

论抵押权预告登记的效力

——以《担保制度司法解释》为中心

● 赵 振



[摘要] 本研究探讨了抵押权预告登记在我国法律体系中的法律效力,特别是其在商品房预售中的应用及其与《民法典》的相关规定之间的冲突。通过分析《担保制度司法解释》的相关条款,论述了抵押权预告登记的优先受偿效力和破产保护效力,并指出了立法中的不足与瑕疵。此外,还讨论了抵押权预告登记对不动产处分的限制效力,以及其与抵押物自由转让规则的冲突。文章提出,在抵押权本登记条件已满足的情况下,应给予抵押权预告登记权利人一定的物权保护,以确保其权利不受损害。

[关键词] 抵押权预告登记;优先受偿效力;破产保护效力

Q 问题的提出

抵押权预告登记是与抵押权本登记相对应的概念,其多适用在商品房预售领域。理论上,曾有学者质疑预购商品房抵押不能适用预告登记。但是,这一制度逐渐被我国立法所采纳。实践中,该制度也被广泛运用,可于各地不动产登记中心进行办理,已成为我国引入预告登记制度以来的主要适用对象。越来越多的学术和实践争论转移到抵押权预告登记的具体法律效力上来,包括其是否具有顺位效力、优先受偿效力、对抗强制执行效力和破产保护效力等。

最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(下文简称《担保制度司法解释》)于2021年1月1日生效,第52条具体规定了抵押权预告登记的优先受偿效力和破产保护效力,然而该条文仍存在立法上的不足,理论基础也尚需明确。同时,《民法典》第406条大幅修改了抵押物转让的规则,允许抵押人可以自由转让财产无需经过抵押权人同意,而《民法典》第221条规定未经预告登记权利人同意,不得处分不动产。将《民法典》第221条适用到抵押权预告登记的情形中,如果没有得到抵押权预告登记权利人的同意,抵押人不能处分该不动产。这与《民法典》第406条规定的抵押物自由转让规则存在一定的冲突,如果进行法律解释需要进一步探讨。

Q 抵押权预告登记之优先受偿效力和破产保护效力理论辨析

(一) 优先受偿效力和破产保护效力的正当性分析

《担保制度司法解释》第52条在一定程度上承认了抵押权预告登记的优先受偿效力和破产保护效力,为司法判决的统一提供了立法基础,本文认为《担保制度司法解释》第52条的规定具有正当性。预告登记制度设立的目的在于保护预告登记权利人的期待权。抵押权人基于对未来获得完整抵押权的期待,才愿意提供贷款,因此,有必要通过预告登记制度保护银行对未来设置抵押权的期待权。如果没有预告登记制度,权利人仅通过具有债权属性的抵押合同,无法确认自己所处的顺位效力,效力的不确定性将会使抵押权人内心尚处于不安状态,不利于提高银行的放贷积极性和房地产市场的繁荣发展。因此,如果不承认预告登记的优先受偿效力和破产保护效力,将会使对预告登记权利人的保障无异于未登记的抵押人,致使预告登记制度目的落空。

(二) 优先受偿效力的实现路径

尽管《担保制度司法解释》第52条第1款的规定具有正当性,条文的本身仍存在一定瑕疵。《担保制度司法解释》第52条第1款认为,若已经进行所有权首次登记,权利人可就抵押财产优先受偿。现实中可能存在的情况是所有权本登记条件已满足,但是由于购房人的原因故意不办理所有权本登记,虽然抵押权本登记条件已达成,但抵押权人非因自己的过错而无法取得相应抵押权的权利。对此,应对《担保制度司法解释》第52条第1款采取目的性扩张解释,若属于所有权本登记条件已满足但未办理本登记的情况,应认为上述情况也属于“已经办理建筑物所有权本登记”,赋予抵押权预告登记权利人优先受偿的权利。

（三）破产保护效力的实现路径

《担保制度司法解释》第52条第2款规定了抵押权预告登记的破产保护效力，即权利人可以就抵押预告财产优先受偿的，范围为受理破产申请时抵押财产的价值范围。《担保制度司法解释》未对抵押权人优先受偿的范围作出限制，抵押权人可随时主张优先受偿其抵押财产经处置后的变价。与之类似的是破产中的别除权，若权利人办理了抵押权本登记，也可随时主张优先受偿其抵押财产经处置后的变价。其立法考量为在本登记条件未满足的情形下，在建工程尚未竣工验收，此时开发商破产，可能有第三人投入资金继续建造建筑物，若允许权利人就第三人投入建造的建筑物有优先受偿权，不利于对第三人利益的保护。

然而，《担保制度司法解释》第52条第2款的规定存在表述上的瑕疵。该条规定若抵押人破产，预告登记权利人有权主张优先受偿。然而，在预售商品房抵押权预告登记中，抵押人往往是购房人，预告登记权利人是银行，房地产开发商为保证人。而我国的《企业破产法》尚未建立个人破产制度，因此，《担保制度司法解释》52条第2款的规范目的并不在于规范购房人破产的情况，相反，它意欲规范的是房地产开发商破产的情况。因此，《担保制度司法解释》第52条第2款的规定存在表述上的瑕疵。同时，也有学者提出仅就受理破产申请时抵押财产的价值优先受偿不利于对权利人的保护，因为变价后的财产价值具有不确定性。但是，若不限制财产价值范围，将会使预告登记和本登记无异，违背公平原则。对此，本文认为，基于对破产人、购房人和抵押权人三方利益的权衡，应分三种情况进行讨论。

1. 办理抵押权本登记的条件已满足

若办理抵押权本登记的条件已满足，适用《担保制度司法解释》第52条第2款仅就受理破产申请时的财产价值优先受偿，显然不利于对权利人的保护，其财产价值必然少于权利人办理预告登记时期待的财产价值范围。但是即使抵押权本登记条件已满足，房地产开发商破产，破产管理人很可能依据《企业破产法》第18条第1款的规定行使解除权解除购房合同，而不予协助购房人办理所有权本登记，抵押权预告登记权利人也因此无法办理抵押权登记。即使房地产开发商提供了阶段性的保证，但该保证为人保，若其破产，银行只能将其申报为普通破产债权，很难得到清偿。

根据《民法典》第159条的规定，当事人恶意阻止条件成就，视为条件已成就。若房地产开发商或破产管理人为了维持破产企业的财产，而不予协助购房人办理所有权本登记，使购房人无法按照购房合同约定享有房屋所有权，是当事人恶意阻却条件成就，即购房人已获得房屋所有权。同时，所有权预告登记具有准物权效力，《民法典》第221条也限制了破产管理人对不动产的处分。对于所有权预告登

记的性质，学术界有不同的观点。有些学者称之为准物权属性，因为其并没有物权的支配性，但有对抗第三人的绝对效力。《民法典》第221条规定，未经预告登记权利人同意，处分不动产不发生物权效力。该条并未规定处分该不动产的主体仅限于预告登记义务人，预告登记的权利具有对世效力，其效力指向的义务人包括任何人。预告登记义务人还包括继承人、强制执行执行人、破产管理人等。他们未经预告登记人同意，均不能处分不动产。因此，应对《企业破产法》第18条第1款作目的性限缩解释，限制破产管理人的解除权，使其负有义务为购房人将所有权预告登记转为所有权本登记，购房人基于此行使取回权，享有商品房的所有权。银行据此可以将抵押权预告登记转为抵押权本登记，享有抵押权。同时，需要注意的是，《企业破产法》第18条第1款规定的解除权行使，仅适用于双方均未履行完毕的合同，如果购房人已支付全部价款履行完全部购房合同项下的义务，破产管理人不得解除合同。

适用目的性限缩法律解释方法的前提是存在法律漏洞。首先，要考察《企业破产法》第18条第1款是否存在法律漏洞。《企业破产法》颁布于我国原《物权法》引入预告登记制度之前，因此，《企业破产法》未考虑预告登记的情形，存在立法的疏漏，即隐藏性的法律漏洞。学术界也对破产管理人没有限制的合同解除权提出疑问。有学者认为，没有限制的合同解除权很可能造成破产债务人与债权人之间的利益失衡。从比较法经验来看，一些国家对某些特殊合同，例如，房屋租赁、劳动等合同中破产管理人的解除权提出了限制。以《德国破产法》为例，《德国破产法》第103条规定了破产管理人对尚未履行的双务合同享有解除权，但在第106条规定了破产管理人不得拒绝履行预告登记所担保的请求权所对应的义务。由此，《德国破产法》第106条构成了第103条的例外，即在已预告登记的买卖合同或抵押合同中限制破产管理人的解除权。在《美国破产法》中，以“商业判断标准”来判断破产管理人行使合同解除或继续履行的选择权。但是，这一纯粹的商业利益衡量标准也逐渐遭到质疑。有学者提出应采用衡平的方法注意对合同相对人的影响。这种观点也被相关判例所采纳以拒绝支持破产管理人履行合同。

我国《企业破产法》规定破产管理人解除权的立法目的在于使破产财产利益最大化，然而，基于公共政策的考量，当其立法目的与其他法益相冲突时，仍要保持利益的衡平。例如，别除权和取回权即为破产目的和物权冲突时，基于对社会政策、公共利益等方面的考虑所设置的。由此可见，别除权和取回权的立法精神在于破产财产利益最大化不能优先于物权的保护，立法者意在保护担保权和所有权的实现。由于预告登记制度引入于《企业破产法》颁布之后，《企业

破产法》未规定预告登记的效力。由于预告登记一定程度上也具有物权效力，可推知立法者若当时已知预告登记制度，便会给予其类似取回权和别除权的特殊保护。由于当时立法者并不知晓预告登记制度，立法存在隐藏性法律漏洞，基于保护物权的立法目的，可通过目的性限缩的法律解释方法限制破产管理人的解除权。在本登记条件已满足时，银行据此可以将抵押权预告登记转为抵押权本登记，享有抵押权，以实现抵押权预告登记的破产保护效力。

2. 办理抵押权本登记的条件不满足，房地产开发商是抵押人

若办理抵押权本登记的条件不满足，即商品房尚未竣工验收，若此时房地产开发商是抵押人，银行是预告登记权利人，则银行可依据对《担保制度司法解释》第52条第2款瑕疵的修正，就受理破产申请时抵押财产的价值优先受偿。

3. 办理抵押权本登记的条件不满足，购房人是抵押人

若此时抵押人是购房人，银行是预告登记权利人，房地产开发商破产且商品房尚未竣工验收，购房人显然无法取得商品房所有权。若此时根据《担保制度司法解释》第52条第2款的规定，让银行就该商品房再享有抵押权，或就抵押财产变价优先受偿的权利，显然会使购房人陷入困境，有违《担保制度司法解释》的立法目的。因此，在此种情况下，应先使购房人行使所有权预告登记所赋予的债权请求权，类推适用《担保制度司法解释》第52条第2款的规定对预告登记的财产优先受偿，受偿的价值范围为受理破产申请时财产的价值范围。对于抵押权预告登记权利人的权利而言，因此抵押权设立的条件不可能成就，无法获得担保物权的保障，若抵押人不履行还款义务，权利人可根据借款合同主张违约责任。

Q 抵押权预告登记的顺位效力和限制处分效力

尽管法律未规定抵押权预告登记具有顺位效力，但学术界普遍接受此观点。有观点认为，此类登记能限制房地产开发商再次处分商品房，但本文不予支持。实际操作中，

通过办理网签和所有权预告登记可限制开发商再次处分，而非依赖抵押权预告登记。本文讨论的重点是抵押人再次处分抵押权预告登记财产的可能性，例如，是否能转让不动产或设定他物权。根据《民法典》第221条，未经预告登记权利人同意，处分不动产不发生物权效力。《不动产登记暂行条例实施细则》也规定，未获预告登记权利人同意时，不予办理新的处分登记。然而，《民法典》第406条规定，未经抵押权人同意也可转让抵押物，显示了与第221条的某种冲突。解释此一矛盾时，应注意抵押权预告登记财产尚未设立实际抵押权，其物权效力相对较弱，故不应限制抵押人处分该财产。在无特别约定的情况下，抵押权预告登记不应限制抵押人处分行为。对于抵押人转让不动产，尚未取得所有权的处分行为属无权处分，相对人难以满足善意取得的要件。法律允许在同一财产上设立多个抵押权，抵押权预告登记具有顺位效力，不影响先前权利人的权利，有助于充分实现物的价值。《民法典》第406条为新法，与第221条存在冲突时，应优先适用。因此，若抵押人欲在已进行抵押权预告登记的财产上设立其他担保物权，不需原抵押权人同意，应由不动产登记机构予以办理。

参考文献

- [1]曹明哲.《民法典担保制度司法解释》对担保从属性的贯彻与适用[J].法律适用,2021(09):83-95.
- [2]罗亚文.论抵押权预告登记制度的独立性建构——兼评“民法典担保制度司法解释”第52条[J].学术交流,2022(02):55-66.
- [3]尹思雨.抵押预告登记优先受偿效力的解释论[J].西南政法大学学报,2022,24(01):111-127.
- [4]花蕾,江悦庭.抵押权预告登记在执行程序中的效力探析[J].福建技术师范学院学报,2022,40(01):32-36,50.

作者简介:

赵振(1986—),男,汉族,北京人,硕士,北海国际仲裁院,研究方向:商事争议、跨境争议。