

抵押预告登记效力研究

——以《担保制度解释》第52条为分析对象

徐 聪

(华东政法大学 法律学院,上海 200042)

摘 要:所有权预告登记效力与抵押权预告登记效力应予区分。所有权预告登记制度旨在保障所有权变动的顺利发生,通过限制预告登记义务人的处分行为保障债权实现。抵押预告登记旨在促成抵押权的设立,其限制处分行为不包括限制抵押预告登记义务人再设抵押。《民法典》未就预告登记效力予以明确,《担保制度解释》第52条弥补了立法上的空白,但并非将抵押预告登记予以物权化,而是通过人民法院审查模式并配合登记技术手段实现抵押预告登记与抵押登记之间的有效衔接,并以此为基础,赋予抵押预告登记以顺位保护效力、优先清偿效力与破产保护效力,从而有效保障了预告登记权利人的利益。

关键词:预告登记;抵押预告登记;顺位保护效力;优先清偿效力

中图分类号:D923.2

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2021)05-0042-09

预告登记是与本登记相对应的概念,是指保障将来发生的以不动产物权变动为目的的不动产登记,^[1]不同于其他法定登记,预告登记客体为债权请求权,经由登记,该债权请求权产生对抗第三人的物权效力,是债权物权化的具体表现。^[2]预告登记制度价值在于通过法定登记程序,弥合债权行为成立后、物权变动发生前的制度间隙,以保障物权变动效果顺畅发生,从而达致担保债权实现、保护预告登记权利人合法权益的目的。

抵押预告登记主要指购房者将所购商品房向金融机构抵押以申请购房贷款,金融机构为担保抵押权能够得以实现,要求借款人以该房屋设定担保,双方当事人共同向登记机构申请预告登记的情形。问题在于,抵押预告登记既作为预告登记与抵押的制度结合体,其所承载的制度功能自然溢出预告登记自身的制度预设,二者特殊的价值考量与制度构造会产生不同的法效果。遗憾的是,《民法典》未就预告登记与抵押预告登记在法效果上的差异予以区别和明晰。此外,《民法典》第221条照搬原《物权法》第20条的表述,仅就预告登记“权利保全”的效力作出规定,^[3]并未就预告登记是否具有顺位、优先清偿、破产保护效力等问题予以明确,致使预告抵押登记的效力认定在司法裁判中类案不同判现象普遍存在。就顺位保护效力所存的问题而言,核心在于判明在抵押预告登记转为本登记时,本登记效力是否可以追溯至预告登记设立之时?因我国并不禁止就同一标的物设置多重抵押,在购房人取得房屋产权证后,房屋不动产所有人可将该不动产为他人设置抵押,若否认抵押预告登记的顺位效力,则会导致抵押预告登记转为正式抵押登记的序位晚于为他人办理抵押权登记序位的结果,从而改变抵押权人的清偿顺位,影响清偿效果。就优先受偿效力所存的问题而言,司法裁判大致可分为以下三种思路:一种观点认为抵押预告登记对象仅为具有排他效力的请求权,而非正式的抵押权,抵押预告登记权利人并无优先受偿权;另一种观点认为,预告抵押具有与正式抵押相同的物权效力,具有优先受偿权;还有一种观点认为,出现抵押预告

收稿日期:2021-06-02

作者简介:徐 聪(1995—),男,安徽灵璧人,华东政法大学法律学院博士研究生。

登记不能转为正式登记的情形并非归咎于抵押预告权人时,抵押预告登记权利人享有优先受偿权。^①就破产效力的所存问题而言,核心在于明确经预告登记的不动产应否作为破产财产处理?预告登记权利人享有经预告登记物权化的债权能否得到优先保护?肯定论者认为,在抵押预告登记具备转为正式登记的条件下,抵押预告登记权利人享有别除权,破产管理人的解除权应受到相应的限制;反对论者认为,债权虽然具有对抗第三人的物权效力,但债权有别于物权,预告登记并不具备在法律和事实上的支配性,并不享有别除权的法理基础。

以上关于抵押预告登记效力的诸多争议使得预告登记制度进退失据,饱受诟病。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第52条对争议焦点问题予以回应,但抵押预告登记的法律效力仍有澄清之必要。因此,本文主要以第52条为分析对象,以期明确抵押预告登记在顺位保护、优先清偿以及破产保护方面的法律效力。

一、预告登记与抵押预告登记辨析

抵押预告登记并非预告登记制度的预设规范对象。预告登记系针对所有权预告登记所设置,其与抵押预告登记在立法意旨、法律效力等方面存在差异,但此差异并未引起立法与审判实践的足够重视,致使抵押预告登记被当然作为预告登记的子类型,对其研究也深囿于预告登记的法律关系之中。在此,有必要对预告登记与抵押预告登记予以辨析,厘清二者间的差异,并以此作为明晰抵押预告登记法律效力的基础。

(一)立法意旨存在差异

预告登记制度旨在解决特定社会问题,最初预设规范对象仅为所有权预告登记,而将抵押权预告登记排除在外。具体而言,所有权预告登记的价值目标在于保障将来实现所有权,敦促双方在客观条件成就时,积极办理不动产所有权登记,避免出现“一房多卖”的情形。而抵押预告登记制度主要功能在于敦促预告登记权利人在条件成熟时,尽快办理抵押正式登记,从而更利于发挥抵押对主债权的担保功能。下文将对二者的立法意旨的差异作以详细论述。

预告登记制度预设规范对象系针对所有权预告登记,其制度创设与当时特定社会背景下的社会问题紧密相关,因而承载特殊的价值考量。改革开放后,我国房地产行业刚刚起步,配套法律规范并不齐备,房地产开发商“一房数卖”“空手套白狼”的现象层出不穷。为加强对房地产市场的管控,国家通过将商品房预售合同进行强制登记,审查预售行为是否符合法律规定,以此加强对商品房预售行为的管理。随之而来的问题是,预售合同登记的法律效力长期处于缺省状态,导致即使对预售合同进行登记,预购人的权利也难以得到实质性的保护。随后,许多地方性法规开始探索建立预告登记制度,推动了我国预告登记制度由点到面的建立。^②经过地方实践的发展与经验累积,《物权法》第20条(现《民法典》第221条)正式确立预告登记制度。预告登记制度对解决现实普遍存在商品房预售中“一房二卖”的敏感社会问题有着特殊作用。^{[4]45}由此可见,预告登记在建立之初就是为了解决特定社会问题,通过运用登记这一公示手段产生阻却第三人取得该不动产所有权的效力,从而保障债权顺利转化为物权,这是预告登记自身保障债权实现效力的集中体现。

但需要指出的是,实践中普遍采用的网签模式使得预告登记制度存在被架空的趋势。所谓的网签制

^① 司法实践对抵押预告登记的性质和效力存在不同认识。(2020)浙民终739号民事判决书、(2019)湘民终242号判决书等认为预告抵押登记是在抵押登记条件成熟或约定期限届满时办理抵押登记的请求权,虽具有一定物权效力,但不同于正式抵押登记,预告抵押权人不具有优先受偿效力。(2014)皖民终字第00780号民事判决书、(2018)川民终893号民事判决书认为预告登记与一般不动产登记具有相同的物权公示效力,预告抵押权人有权按照合同约定在抵押担保范围内对抵押财产享有优先受偿权。(2017)苏民终406号民事判决书认为由于预告抵押人怠于办理房产权证,致使抵押预告登记不能转为正式抵押登记,抵押预告登记权利人对案涉房屋享有优先受偿权。

^② 如南京市2002年1月1日实施的《南京市城镇房屋权属登记条例》第6条、第29条和第30条中对预告登记作了规定;上海市在2003年5月1日开始施行的《上海市房地产登记条例(2004年修正)》中专设第五章,规定了预告登记制度。

度,是在购房者与开发商经过协商合意后,通过互联网正式签约,将合同条款录入合同备款软件,并报相关网络系统进行登记备案。在网签合同生效后,即便房屋未办理过户登记,卖方也不得转让房屋,甚至无法与第三人签订以转让该房屋的债权合同,如此使得买卖双方无须借助预告登记制度即可产生冻结不动产登记簿的作用。^[5]网签合同以其效率优势逐步架空预告登记制度,但其作为房管部门加强管理的环节,通过备案公示的是特定的债权债务关系,当然不具有物权的公示效力。^[6]此外,其弊端还体现在网签合同当事人并未当然具有冻结不动产登记簿之合意,网签制度远远超载其本身应具有的功能。消除此现象的改革方向应是强化登记作为不动产物权变动的唯一公示形式,逐渐消解网签制度的物权公示功能。

与预告登记制度被侵噬不同,预售商品房抵押预告登记却展现出市场的强烈需求。现实中,购房者往往无法一次付清购房的价款,便将预售商品房为金融机构设定抵押,但商品房在预售阶段尚处在建状态,无法办理正式抵押登记,抵押预告登记便应运而生。抵押预告登记权利人享有在抵押登记条件完备时办理正式抵押权登记的请求权,从而促使抵押预告登记向抵押登记进行转化,进而实现其对主债权的担保功能。

尽管我国立法与实践,普遍将预售商品房抵押预告登记作为不动产预告登记的范围,但仍然有学者认为我国从德国继受的预告登记制度应用于预售商品房抵押制度还需接受本土化的检验。^{①[7]}需要指出的是,我国预告登记制度与德国法相比,所根植的法律土壤并不相同。首先,在理论上,我国物权变动采债权合意加公示的方法,并非采德国法因处分行为发生物权变动的理论,我国预告登记所担保的对象并非德国法上的处分行为,而应理解为物权变动合同。^{[8]435}其次,预售商品房足够特定化,理论上,在抵押权设定时,不以抵押物的存在为必要,而以将来可发生抵押之可能性为已足。^[9]最后,没有登记簿的技术障碍也可以通过类似“预登记簿”的预售楼盘表予以克服。故预告登记机制经过本土化的改造后,将预售商品房已经纳入预告登记的对象范畴,这点也被《不动产登记暂行条例》予以明确。

综上,预告登记预设规范对象系针对“所有权预告登记”,旨在保障预告登记权利人顺利取得不动产所有权。对于预告抵押登记而言,其旨在促成办理正式抵押登记以达致融资目的,侧重于对债权的担保。二者虽然对物权期待权均有保障作用,但侧重点有所差异。

(二)法律效力存在差异

王利明教授认为预告登记的法律效力包括保障债权实现、对抗第三人、限制物权处分、确定权利顺位等法律效力。^{[10]5-7}

就保障债权实现效力而言,预告登记与抵押预告登记都以保护以物权变动为内容的债权请求权,不同之处在于物权变动的内容有所差异。此外,预告登记与抵押预告登记就保障债权实现效力的规范路径存在差异,前者通过限制预告登记义务人对不动产实施处分,后者则通过确立顺位利益以保障债权实现。

就对抗第三人效力而言,司法解释所持观点认为,预告登记具有对抗法院强制执行程序中对标的物处分的效力。^②因保全性措施不会对预告登记转为本登记造成实质影响,故可对案涉财产采取查封等保全性措施,预告抵押登记与预告登记在对抗第三人效力方面并不存在特殊差异。而对于预告登记的顺位保护效力、优先受偿效力、破产保护效力,下文将结合《担保制度解释》第52条进行阐述,这里主要就二者在限制物权处分方面的效力差异予以辨析。

预告登记的限制物权处分效力在立法上存在两种模式:一是相对处分无效模式,以德国法为典型;二是限制处分模式,以我国法为典型。

① 张双根教授指出,我国预告登记制度在交易的客体(房屋尚不存在)、预告登记的载体(没有建立不动产登记簿)以及预告登记所预防对象(债务人的处分行为)的制度要件上都存在缺失与障碍。

② 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第30条规定:“金钱债权执行中,对被查封的办理了受让物权预告登记的不动产,受让人提出停止处分异议的,人民法院应予支持;符合物权登记条件,受让人提出排除执行异议的,应予支持。”

我国法中,预告登记义务人的处分权受到严格限制。《民法典》第 221 条第 1 款第 2 句^①明确的规则是:处分预告登记财产必须以取得登记权利人的同意为前提。《不动产登记暂行条例实施细则》第 85 条第 2 款同时进一步明确若无预告登记权利人书面同意,不动产登记机构不得为处分不动产办理登记。^②进一步需要明确的是,条文中“处分该不动产”应作何理解?全国人大常委会法制工作委员会民法室对《物权法》第 20 条(现《民法典》第 221 条)撰写的立法理由载明,处分行为既包括“一房二卖”,也包括在已售房屋上设定抵押权等行为。^{[4]45}《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释》(一)(以下简称《物权编解释》)第 4 条明确指出,这里所谓的“处分”包括设定抵押权。^③不难得知,这里限制处分的行为既包括所有权移转行为,也包括设定限制物权行为。预告登记后在客观上产生冻结不动产登记簿的法效果,预告登记义务人处分不动产在登记程序上受到严格的限制。需要提及的是,对预告登记义务人的处分行为的限制,并不影响与第三人签订处分该不动产的合同效力,这是物权与债权区分原则的具体体现。且在《民法典》确立无权处分不会影响合同效力的规则下,举重以明轻,预告登记义务人享有不动产所有权,合同效力并不会受到影响,只是不发生物权效力。

除我国规定的限制处分的模式外,还存在以德国法为代表的“处分相对无效”模式。从《德国民法典》第 883 条第 2 款规定来看,德国法并未禁止预告登记义务人对预告登记财产再次处分,登记机关也不应对处分行为进行阻抗。^④不动产权利人甚至可以作出“违反预告登记的处分”,所需确保是请求权在届期时得以最终实现即可。^[11]普遍认为违反预告登记的处分效果是“相对无效”,体现在相对无效的主体仅针对的是登记权利人,对第三人普遍有效,且相对无效的内容仅只针对处分行为内容中妨碍债权实现的范围。采取这种事后认定处分相对无效的做法是考虑到,为保障尚未届期的请求权而剥夺不动产权利人的处分权能、牺牲不动产经济流通功能难谓合理。

比较而言,限制处分的模式简单粗暴却较为实用,但其无法回避的缺陷是对预告登记义务人权利的过度限制,不利于财产的流通与其经济功能的发挥。相对无效的模式需要法官结合具体个案判断预告登记义务人的处分行为是否构成对权利人的妨害;同时,相对无效模式下,会产生预告登记财产上较为混乱的权利状态,不利于预告登记权利人权益的保护。诚如上文所述,预告登记设立之初在于保障以房屋“所有权”为核心的物的归属秩序,而非限制物的交易与流通功能。就所有权预告登记而言,维持我国现行限制处分模式未尝不可,这样可以减少制度变迁的成本,但作为物的交易流通价值的集中体现,抵押预告登记在效力上应有别于所有权预告登记。正因如此,有学者指出抵押预告登记具有限制处分的效力,但不能限制就该不动产再次设立抵押。^{[8]429-455}这是因为我国《民法典》承认可就一财产设立多重抵押的规则,即便在该财产上已经存在抵押权预告登记,不动产权利人也可在取得不动产房产证后再次设定抵押权。^{[10]8}考虑到限制抵押物转让存在诸多弊端,为促进物尽其用与鼓励交易,《民法典》第 406 条废除了对抵押物转让的限制。^⑤在此规则修改影响下,若依然坚守限制处分模式的话,则会产生抵押预告登记对抵押人的限制大于本登记对抵押人限制的现象。^[12]抵押预告登记的目的在于保障权利人债权得以清偿,而非取得抵押物所有权,故为保障体系解释的通畅,不应禁止抵押预告登记义务人再设抵押。

综上,预告登记在设立后客观上产生“冻结不动产登记簿的效力”,预告登记义务人不能实施所有权移转的处分行为,实施处分房屋所有权行为应属无效。而抵押预告登记设立后,在预告登记义务人满足房屋设立抵押条件时,不应禁止其再次设立抵押权,再设抵押权的行为若无其他效力瑕疵应属有效。预

① 《民法典》第 221 条第 1 款规定,预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产,不发生物权效力。

② 《不动产登记暂行条例实施细则》第 85 条第 2 款规定,预告登记生效期间,未经预告登记的权利人书面同意,处分该不动产权利申请登记的,不动产登记机构应当不予办理。

③ 该条规定:“未经预告登记的权利人同意,转让不动产所有权等物权,或者设立建设用地使用权、居住权、地役权、抵押权等其他物权的,应当依照民法典第 212 条第 1 款规定,认定其不发生物权效力。”

④ 《德国民法典》第 883 条第 2 款规定:“预告登记后对不动产或其权利所作的处分,如有损害或妨害请求权之虞,则无效。”

⑤ 《民法典》第 406 条第 1 款规定,抵押期间抵押人可以转让抵押财产,抵押财产转让的,抵押权不受影响。

告登记与抵押预告登记在法律效力上的差异存在以下协调路径:即对《民法典》第221条“处分不动产”作限缩解释,将“处分”行为限定于房屋买卖预告登记,维持限制处分模式。将抵押预告登记作以区分,即通过现行《担保制度解释》第52条对抵押预告登记的特殊效力予以规定,同时对《物权法司法解释》第4条进行修改。

二、抵押预告登记的顺位保护效力

理论上所称预告登记具有顺位保护作用,并非指向所有权预告登记,而是特指抵押预告登记,因为顺位制度只适用不动产限制物权,根据“一物一权”原则,所有权并不存在顺位问题。^[13]抵押预告登记顺位保护效力在法律上的阙如,导致理论上存在较大争议。持抵押预告登记不具有顺位保护效力的观点认为,《物权法》第20条仅承认预告登记具备担保效力,并没有承认顺位保护效力,且《物权法》第14条明确规定不动产的物权变动时间以本登记为准,^①进而否认预告登记具有顺位效力。^[14]抵押预告登记具有顺位保护效力之观点认为,预告登记的顺位效力与不动产物权变动效力以本登记为时间点并不冲突;同时,承认抵押预告登记不会对在先登记权利人产生不利影响,也可以促进物尽其用;此外,《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第3款“按照预告登记事项”办理相应的登记,可理解为依据预告登记的顺位确定登记的类型、权利内容及顺位,该款实际已经明确认可了预告登记的顺位效力。^{[8]449}

承接上文分析,若严格按照《物权编解释》第4条的规定,预告登记义务人不得实施再设抵押权的处分行为,可推知我国法否认抵押预告登记具有顺位效力。但此规定并不合理,因为借助不动产登记系统,第三人可以明确标的物上的权利负担,并对自身的权利义务有合理的预期。在办理完预告抵押登记后,不动产登记簿对预告抵押登记事项进行公示,因其具有顺位效力不会对在后设立的担保物权造成实质损害,如此,预告登记义务人便可就同一不动产向第三人再行设立抵押权。^[15-16]

《担保制度解释》第52条明确了抵押预告登记的顺位保护效力,其第一款规定“应当认定抵押权自预告登记之日起设立”表明办理权利人在办理抵押预告登记时就已经获得被法律认可的顺位,当抵押的同一不动产上存在多个抵押权时,可依据《民法典》第414条的规定确定效力次序。之所以无法办理抵押登记而办理预告抵押登记,根源在于欠缺抵押权设立的必备要件“抵押人享有不动产所有权”,在不动产所有权首次登记后且预告登记有效时,抵押权设立所欠缺的必备要件得以补正,预告抵押登记可转化为抵押登记,且设立时间追溯至抵押预告登记时。不难发现,《担保制度解释》第52条确立预告登记顺位效力系采德国法下处分行为“相对无效”的处理路径,在此之前,因我国预告登记采限制处分模式,我国预告登记顺位保护效力相较于德国适用范围较窄,主要适用于由于登记机构登记错误而导致重复抵押时,可通过确立预告登记的顺位效力解决纠纷。但在《担保解释制度》明确预告登记制度具有顺位效力后,只要满足“建筑物所有权首次登记,且不存在预告登记失效等情形”,抵押预告登记的优先顺位便可追溯至办理抵押预告登记之时,《担保制度解释》第52条的规定实际上突破了此前我国法上预告登记限制处分的模式。

《担保制度解释》确立抵押预告登记具有顺位保护效力可以有效定分止争,及时为司法实践提供明确指引。此外,确立预告登记的顺位效力可以有效解决物上权利冲突,保障抵押预告登记的制度功能能够有效实现。因为若将预抵押登记仅理解为抵押权登记请求权的优先顺序,而不是实现抵押权(物权)的优先顺序,那么这样的制度设计与预告登记为将来实现物权的立法目的不符,在程序上既繁琐复杂又无效率。^[17]因此,《担保制度解释》明确规定抵押预告登记具备顺位保护效力是值得肯定的。

三、抵押预告登记的优先受偿效力

预告抵押登记是否具有优先受偿效力是司法实践中的焦点问题,很遗憾《民法典》仍未予回应。司法

① 不动产的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生效力。

实践中对抵押预告登记能否优先受偿的问题产生较大分歧。典型如最高人民法院公报案例的裁判规则指出预告抵押权登记并非现实的抵押权登记,只是对将来发生抵押权变动的请求权,该请求权可对抗他人对系争房屋的处分,在抵押权未正式设立时,对抵押物不享有优先受偿权。^① 最高人民法院此后的裁判亦坚持“对于未办理正式抵押登记的财产,抵押权人不享有优先受偿权”的观点。^②

最高人民法院司伟撰文阐释其中的观点,核心在于优先受偿权通常需要法律明确规定,对于预购商品房抵押权预告登记权利人享有优先受偿权无法律明文予以规定,即便预告抵押登记无法及时转为正式登记并不归咎于权利人,也无法弥补抵押登记生效要件的缺失。^③ 不同的观点如,部分法院认为出于平衡各方利益关系,当商品房具备办证条件时,而购房人有怠于办理正式抵押登记,那么可参照附条件民事法律行为的规定视为条件已经成就,可以附条件地承认预告登记权利人享有优先受偿效力。若无法转为正式抵押登记不可归咎于权利人,而抵押物又符合折价、拍卖、变卖等流通条件的,可以对抵押物享有优先受偿权。如浙江高院认为若预告抵押权人可证明正式抵押登记无法正常设立,或者可证明自能够进行抵押登记的 90 天内,已向抵押人发出催告,敦促其办理正式抵押登记,而抵押物同时又符合折价、拍卖、变卖等流通条件,抵押预告登记人对抵押物享有优先受偿权。^④ 当然,也存在部分法院直接认定抵押权预告登记具有物权效力,预告抵押权人有权依合同约定在抵押担保范围内对抵押物享有优先受偿权。^⑤

但在最高人民法院公报确立上述裁判规则后,无疑加剧了预告抵押登记转为正式抵押登记的现实困难。此前实践中,既可能因为开发商私自出卖房屋以及消防措施不合格等原因无法办理房屋产权证,也可能因为购房人违约、陷入经济纠纷致使房屋被查封等原因导致预告抵押登记迟迟无法转为正式登记。此外,抵押预告登记转为正式登记需要预告登记权利人与义务人共同向登记机构申请办理,并需要提供相关身份证明与不动产权属证书等材料,在购房人怠于配合办理正式抵押登记并致使预抵押登记超期失效后,金融机构面临权益无法获得保障的风险。最高人民法院公报裁判实质上瓦解预告抵押登记的制度功能,极大削弱了对预告登记权利人的保护,损害了金融机构信贷的积极性,会对房地产市场经济的发展造成不良影响。

面对司法实践中的争议焦点,为及时定分止争,保障裁判规定的统一,《担保制度解释》就预告抵押登记权利人能否享有优先受偿权的问题作出了回应。其第 52 条第 2 款确立了预告登记权利人在满足特定条件下享有优先受偿权。^⑥ 从文义解释的角度出发,该条表述似将抵押预告登记与抵押登记的效果作一体对待,即便不具备抵押登记的办理条件,抵押预告登记权利人也可就该财产优先受偿。但从体系解释上来看,从第 52 条第 1 款传达的立法旨意,只有在满足正式抵押登记条件下,抵押预告登记权利人才可就该财产优先受偿。比较而言,遵循体系解释更为合理,因为抵押预告登记对象作为债权,经由登记赋予物权化特征,但并非真正意义上的物权,赋予抵押预告登记以优先清偿效力法理基础不足。

但需要明确的是,该条并未明确当事人是否需要额外办理抵押登记,即需要将抵押预告登记转为正式抵押的程序,这里存在两种解释路径,一是将抵押预告登记拟制为正式抵押登记,通过立法技术将预告

① 参见《中国光大银行股份优先公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案》,载《最高人民法院公报》2014 年第 9 期。

② 参见《张家川回族自治县农村信用合作联社、苏宏金融借款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》,(2020)最高法民申 6788 号。

③ 参见《镇江市远达电器公司诉建设银行扬中支行预告登记抵押权确权纠纷案》,载《江苏省人民法院公报》2011 年第 5 辑。

④ 参见《浙江省浙商资产管理有限公司、寿宁县东泰房地产开发有限公司债权转让合同纠纷二审民事判决书》,(2020)浙民终 739 号。

⑤ 参见《中国银行股份有限公司合肥南城支行与刘忠发、刘娟等借款合同纠纷案》,(2014)皖民二终字第 00780 号。

⑥ 第 52 条第 2 款规定“当事人办理了抵押预告登记,抵押人破产,经审查抵押财产属于破产财产,预告登记权利人主张就抵押财产优先受偿的,人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持,但是在人民法院受理破产申请前一年内,债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外。”

登记物权化,二是运用登记技术手段,将“抵押预告登记”自动转为“抵押登记”,在此基础上赋予抵押预告登记优先清偿效力。本文认为采第二种路径更为合理,这是因为若采第一种解释路径会混淆抵押预告登记与正式抵押登记间的制度差异,更加剧预告抵押义务人急于办理正式抵押情形的发生,抵押登记制度会面临被架空的风险。法律的创制旨在定分止争,而非混淆不同的法律制度与法律效果。故若承认预告抵押登记权利人享有优先受偿权,则会产生矫枉过正的结果,实不可取。

若采第二种解释路径,所面临的问题是在技术层面将抵押预告登记与抵押权登记实现对接与转换。实际上,自然资源部颁布的《不动产登记操作规范(修订)》(征求意见稿)中已经明确预购商品房抵押预告登记可以按约定自动转为抵押权登记。^①实践中存在的做法,如抵押预告登记双方当事人可在合同约定该不动产满足转为正式抵押登记条件后,由抵押预告登记权利人申请转为正式登记。登记机关将约定内容记载于不动产登记簿,抵押预告登记权利人再与登记机关签订委托协议,在条件成熟时自动办理转换登记。各地实践中推行互联网申请不动产登记的做法也在最大限度实现节约资源、精简程序、高效联动的效果,探索抵押预告登记自动转化为抵押权登记不仅有效减少了申请人的负担,而且也是实现优化营商环境的必要路径。

在抵押预告登记转化为抵押权登记的程序尚未普遍推广时,可由法院个案审理判断在转换登记的条件(即抵押登记条件)是否成熟,并通过“《不动产登记操作规范(试行)》第1.2.1条规定不动产登记机构可依据人民法院作出的嘱托文件直接办理登记。”^②的路径予以补足。人民法院审查具备办理抵押登记条件下(预告登记有效期内建筑物办理首次登记),预告登记权利人即可主张抵押权的效果。诚然,若从节约资本、提升效率的角度考虑,由人民法院确认具备抵押登记条件的,登记机构仅需进行形式审查即可,而无须交由抵押部门重复审理并颁发抵押登记证书的做法存在风险,并不提倡。若人民法院审查不具备办理抵押登记条件,预告登记权利人请求行使抵押权,则不应予以支持,但不影响其在具备抵押登记条件时再行使抵押权。^[18]

《担保制度解释》第52条对具备办理抵押条件也予以明确。第一,建筑物所有权进行了首次登记,且预告登记财产与办理建筑物所有权首次登记财产保持一致。建筑物所有权首次登记应区别于所有权登记,当商品房的开发商办理了商品房的权属初始登记,那么就足可认定商品房实质具备了办理抵押登记的条件。第二,抵押预告登记并未失效,即没有产生《民法典》第221条第2款规定的预告登记失效的情形。^③法院既要审查担保债权是否消灭,也要审查预告登记是否超过九十日的除斥期间。审查的核心在于判断是否存在预告登记人能够进行不动产权正式登记而急于办理登记手续导致预告登记无效的情形,能够进行不动产登记的起算点是指金融机构在主观上“知道或者应当知道”预购的不动产能够进行登记之日起起算九十日的除斥期间。^[19]如果购房人急于办理商品房权属移转登记,致使抵押登记未及时办理,金融机构对此并无过错,也不宜认定为预告登记失效。第三,预告登记财产与建筑物所有权首次登记的财产保持一致。

综上,对《担保制度司法解释》第52条的理解应为,其蕴含的法律逻辑仍遵循物权法定原则,抵押预告登记权利人并不当然享有优先受偿权。而是通过人民法院审查抵押条件是否成熟并借助登记技术的优化,实现预告抵押登记与正式抵押登记的转化与衔接,从而实现抵押预告登记在特定条件下被赋予的优先受偿效力。

① 《不动产登记操作规范(修订)》(征求意见稿)第1.10.1条之规定。

② 《不动产登记操作规范(试行)》第1.2.1条规定:“不动产登记机构可依据人民法院、人民检察院等国家有权机关依法作出的嘱托文件直接办理登记。”

③ 该款规定:“债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的,预告登记失效。”

四、抵押预告登记的破产保护效力

除确立顺位保护效力外,《担保制度解释》第52条第2款^①还规定了抵押预告登记的破产保护效力,针对预告登记权利人在义务人进入破产程序后就其利益如何进行保护的问题予以回应。

预告登记权利人利益在破产程序中如何救济一直面临困境。实践中,在预告登记义务人破产时,预告登记权利人为保障自身利益会选择向破产管理人行使本登记请求权,但破产管理人为维持破产财产最大化往往选择解除合同。破产管理人无限制的合同解除权会阻却预告登记权利人的请求权。这是因为《破产法》第18条赋予破产管理人可选择解除破产受理前未履行完毕合同的权利。若破产管理人解除合同,这导致预告登记消灭,即便具备所有权本登记条件,也会因合同解除而无法实现本登记请求权。此外,预告登记权利人的债权无法通过物权变动取得所有权而别除于债务人的财产。^[20]

正因如此,有学者主张对破产管理人解除合同作目的限缩解释,当管理人的选择权与预告登记权利人利益产生冲突时,应明确赋予预告登记以破产保护效力,限制破产管理人的解除权。^[21]若不赋予抵押预告登记具有破产保护效力,可能引发预告登记义务人恶意通过破产来避免其履行义务。比较法上,德国破产法为避免预告登记制度目的落空,对破产管理人的解除权和撤销权进行了严格的限制。

《担保制度解释》确立了抵押预告登记权利人的破产保护效力,即在预告登记义务人破产程序中,预告登记权利人可就抵押财产优先受偿。此条规范影响下,人民法院只要审查该抵押财产是否属于破产财产,在受理破产申请时在抵押财产的价值范围内,判断是否支持预告登记人优先受偿,从而实现与正式抵押登记权利人行使别除权相同的法律效果。第52条还设有但书^②,主要考量到与《企业破产法》第31条的衔接,规范恶意设立抵押预告登记进行个别清偿的行为,避免损害其他债权人利益结果的发生。

五、结语

《担保制度解释》对抵押预告登记的法律效力予以明确具有重要的理论意义和实践价值。其理论意义在于明确在抵押预告登记有效并满足抵押权登记的前提下,承认抵押预告登记具有顺位保护、优先清偿、破产保护效力,有利于维持预告登记制度功能,填补规则空隙;其实践价值在于通过人民法院审查模式并配合登记技术手段,有效解决了抵押人不配合办理抵押预告登记的现实困难,实现了抵押预告登记与抵押登记的有效衔接,有力地保障了预告登记抵押权人的合法权益。

参考文献:

- [1]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由(物权编)[M].北京:法律出版社,2004:38.
- [2]房绍坤,吕杰.创设预告登记制度的几个问题[J].法学家,2003(4):65.
- [3]席志国.中国物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2016:144.
- [4]全国人大常委会法制工作委员会民法室.《中华人民共和国物权法》条文说明、立法理由及相关规定(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2017.
- [5]汤文平.法学实证主义:《民法典》物权编丛议[J].清华法学,2020(3):64.
- [6]徐金广.不动产登记案例与实务[M].北京:海洋出版社,2018:278.
- [7]张双根.商品房预售中预告登记制度之质疑[J].清华法学,2014(2):68-86.
- [8]程啸.论抵押权的预告登记[J].中外法学,2017(2).
- [9]史尚宽.物权总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:274.
- [10]王利明.论民法典物权编中预告登记的法律效力[J].清华法学,2019(3).

① 《担保制度解释》第52条第2款规定:“当事人办理了抵押预告登记,抵押人破产,经审查抵押财产属于破产财产,预告登记权利人主张就抵押财产优先受偿的,人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持,但是在人民法院受理破产申请前一年内,债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外。”

② 该但书指出“在人民法院受理破产申请前一年内,债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外”。

- [11]金可可.预告登记之性质——从德国法的有关规定说起[J].法学,2007(7):11.
- [12]章诗迪.民法典视阈下抵押权预告登记效力再探讨——中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案评析[J].苏州大学学报(法学版),2020(4):77.
- [13]常昱,常宪亚.不动产登记与物权法:以登记为中心[M].北京:中国社会科学出版社,2009:349.
- [14]崔建远.物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心(上册)[M].北京:清华大学出版社,2011:194-195.
- [15]尹田.物权法(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2013:175.
- [16]冉克平.物权法总论[M].北京:法律出版社,2015:406.
- [17]金俭.不动产预告登记制度的搁浅与重启——以我国《民法典》颁行为契机[J].政治与法律,2020(12):26-27.
- [18]林文学.不动产抵押制度法律适用的新发展——以民法典《担保制度》为中心[J].法律适用,2021(5):27.
- [19]宿敏.抵押权预告登记制度法律适用问题探析——以抵押权预告登记与所有权预告登记本质区别为基础[J].山东法官培训学院学报,2018(5):33-43.
- [20]傅远泓.论预告登记权利人的破产保护[J].山东社会科学,2020(9):175.
- [21]李永军.论破产管理人合同解除权的限制[J].中国政法大学学报,2012(6):69-77+159.

Study on the Effectiveness of Mortgage Advance Notice Registration: An Analysis of Article 52 in the *Interpretation of Guarantee System*

XU Cong

(College of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The effectiveness of ownership advance notice registration should be distinguished from that of mortgage advance notice registration. The ownership advance notice registration is intended to guarantee that the ownership changes will occur successfully, and the obligatory right will be realized by restricting the act of disposition of the obligor. The mortgage advance notice registration is intended to facilitate the establishment of a mortgage, and its restriction of disposition does not include restricting obligor's remortgage rights. The *Civil Code* fails to provide clear stipulations on the effectiveness of advance notice registration. Article 52 in The *Interpretation of Guarantee System* fills the legislative gap, but instead of materializing the mortgage advance notice registration, it realizes the effective connection between the mortgage advance notice registration and the mortgage registration through the review mode of the People's Court along with the technical means of registration, and on this basis, mortgage advance notice registration is given order protection effectiveness, priority liquidity effectiveness and bankruptcy protection effectiveness, thus effectively protecting the interests of the holder of the advance registration.

Key words: advance notice registration; mortgage advance notice registration; order protection effectiveness; priority liquidity effectiveness

(责任编辑:董兴佩)