

抵押预告登记优先受偿效力的解释论

尹思雨

(清华大学,北京 100084)

摘要:作为预告登记的一个子类型,按照法教义学的逻辑推演,抵押预告登记并不产生优先受偿效力。但该制度的创设目的在于满足商品房预售交易中当事人的担保需求,若抵押预告登记权利人最终无法实现优先受偿权,这一制度将难以发挥其应有的作用,最终沦为具文。当符合已办理建筑物所有权首次登记且预告登记未失效等条件时,抵押预告登记转本登记的实质条件已满足,允许抵押预告登记权利人直接行使优先受偿权并不违反物权法基本原理。虽然《民法典担保制度解释》最终未对强制执行程序中抵押预告登记的效力作出规定,但不妨碍预告登记权利人依照该司法解释第52条第1款的规定行使优先受偿权。在破产程序中,抵押预告登记权利人行使优先受偿权无须以已办理建筑物所有权首次登记为前提,优先受偿的范围也不应限制在人民法院受理破产申请时抵押财产的价值范围内。

关键词:预购商品房;抵押预告登记;优先受偿

中图分类号:D923.2 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1008-4355.2022.01.12 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、问题的提出

当今商品房交易实践中,商品房预售已成为最主要的销售模式。^①在这一交易模式下,抵押预告登记制度发挥着重要作用。^②依照我国现行物权法规定,不动产抵押权的客体一般须为现实

收稿日期:2021-12-17

基金项目:2019年度北京市社会科学基金青年项目“北京地下公共设施系统建构研究”(19FXC019)

作者简介:尹思雨(1997),女,江苏淮安人,清华大学法学院民法专业博士研究生。

① 根据国家统计局的数据,2019年8月至2020年7月期间,商品房期房销售累计面积为808169.87万平方米,占同期商品房销售总面积的86%。访问网址:<http://www.stats.gov.cn>,2021年5月19日访问。

② 《自然资源部、国家税务总局、中国银保监会关于协同推进“互联网+不动产登记”方便企业和群众办事的意见》(自然资发〔2020〕83号)第8条规定,国家对预售商品房全面实施预告登记。预售商品房未办理所有权预告登记和抵押预告登记的,银行业金融机构不得审批发放贷款。

存在的不动产,且该不动产已办理所有权初始登记。^①由此导致预购商品房的购房人不得不面临这样一个难题:其仅凭自有资金无力支付高昂的购房款,须向银行申请贷款;但若欲以预购商品房作抵押,此时又尚未取得房屋所有权,无法为银行办理抵押登记。但若购房人不向银行提供必要的担保,便不可能获得银行贷款。为解决这一问题,《房屋登记办法》^②《不动产登记暂行条例实施细则》特别规定抵押预告登记制度,即预购商品房的购房人可以先与银行办理抵押预告登记,待本登记的条件成熟后,再将抵押预告登记转为正式的抵押登记。经过多年实践,在商品房预售领域已逐渐形成了以下一套标准流程:房地产开发企业将商品房预售给买受人、与买受人签订商品房买卖合同后,由房地产开发企业为买受人办理预购商品房所有权预告登记,旨在限制房地产开发企业对房屋实施再处分,确保预购人将来能够按照预期取得预购商品房所有权;预购人为了支付购房款向银行申请贷款,并以预购商品房作抵押,由购房人为银行办理预购商品房抵押预告登记,确保银行将来能够按照预期取得预购商品房抵押权;最后银行发放贷款,将购房款直接汇入房地产开发企业账户。由此在商品房预售法律关系中形成了一种通行的“双重预告登记”模式——在房地产开发企业与购房人办理预购商品房所有权预告登记的基础上,再由购房人与银行办理预购商品房抵押预告登记。^③

但近年来,抵押预告登记制度却因银行的优先受偿权难以实现而面临诸多的争议:一方面,当商品房建造完成并符合办证条件之后,部分无力还贷的购房人故意不办理房屋过户登记手续或者不配合银行将抵押预告登记转为抵押本登记,导致银行无法取得抵押权。此种情形下,即使购房人已经根本违约,银行却无法按照抵押合同的约定,要求将房屋拍卖、变卖以清偿债权。另一方面,在强制执行或破产程序中,作为抵押预告登记权利人的银行能否排除执行或要求行使优先受偿权,在很长一段时间内法律没有明确规定,否定银行优先受偿权的情形也不乏其例。^④最新颁布的《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《民法典担保制度解释》)第52条首次对抵押预告登记权利人的优先受偿问题作出正式规定,承认即使未办理抵押本登记,在符合一定条件的情况下,抵押预告登记权利人也可以行使优先受偿权。在《民法典担保制度解释》颁布前,以最高人民法院为代表,大多数法院均不认可抵押预告登记权利人的优先受偿权,而在新颁布的《民法典担保制度解释》中,最高人民法院却一改过去的一贯立场,其正当性和理由何在,需要辩明。此外,在《民法典担保制度解释》颁布前,学界关于抵押预告登记优先受偿问题的讨论多集中在不涉及其他债权人的普通情形,而鲜少讨论涉及其他债权人的强制执行与破产情形。此次新颁布的司法解释有效填补了这一空白,然而司法解释的规定是否会与已有的强制执行法、破产法产生冲突,以及上述情形下司法解释该如何具体适用,仍需进一步解释。

① 原《房屋登记办法》第43条规定:申请抵押权登记,应当提交下列文件:(一)登记申请书;(二)申请人的身份证明;(三)房屋所有权证书或者房地产权证书;(四)抵押合同;(五)主债权合同;(六)其他必要材料。

② 虽然《房屋登记办法》现已失效,但其关于预购商品房抵押的规定在《不动产登记暂行条例实施细则》中延续了下来。

③ 程啸:《论抵押权的预告登记》,载《中外法学》2017年第2期,第441-442页。

④ 参见福建省平潭县人民法院(2016)闽0128民初4107号民事判决书;黑龙江省大庆市中级人民法院(2015)庆商终字第371号民事判决书。

二、抵押预告登记的性质与功能再探讨

(一) 抵押预告登记制度的立法背景

我国现行法上的抵押预告登记制度是借鉴香港地区商品房预售制度以及德国预告登记制度的混合产物。20世纪50年代,香港人口剧增,住房供应紧张,当时的商品房都是建成以后再出售,但商品房建造周期长、资金需求量大,房地产开发企业一旦资金周转不过来就可能破产。因此香港商人霍英东创造性地推出了“商品房预售”概念,当地称之为“卖楼花”。^① 伴随着“卖楼花”的发明,“楼花按揭”也应运而生。按揭是英美法中的一项担保制度,在这种担保形式下,按揭人需要将其财产权利非终局性地转让给按揭权人,如果按揭人履行了合同中规定的还款义务或符合其他条件,该项财产权利就会返还给按揭人。^② 楼花按揭就是指作为银行贷款的担保,购房人将其对预购商品房所享有的权利转移给按揭权人(即银行),同时对按揭房屋享有回赎权。当购房人违约时,银行可以向法院请求取消按揭人赎回按揭财产的权利。按揭人丧失回赎权后,按揭财产将归按揭权人所有。不过自1925年起,英美财产法引入了大陆法上的变价清偿制度,此后只有当按揭财产不便变价时,按揭财产才能归按揭权人所有,否则在按揭人无法清偿债务时,债权人一般只能就按揭财产的变价行使优先受偿权。^③ 因此在香港的楼花按揭中,银行的权利表现为对预购商品房的优先受偿权。

上世纪90年代,随着住房市场化、货币化改革,内地也借鉴了香港地区的商品房预售制度。在交易实践中,从合同订立到商品房建成并办理产权过户登记往往要经历很长一段时间,这就为房地产开发企业“一房二卖”留下了操作空间。为了解决这一社会问题,《物权法》引入了德国法上的预告登记制度。^④ 预购商品房办理预告登记后,未经购房人同意,房地产开发企业便无法再为他人办理房屋所有权过户登记。但在商品房预售实践中,同样需要解决的还有购房人与银行之间的商品房贷款担保需求。此种情形下,一并借鉴香港的“楼花按揭”制度是最简单的做法。但是,香港的按揭制度建立在更注重法律实用性的英美法系之上,在英国,无论是不动产还是动产,甚至财产上的利益均可以设定担保。在办理房屋过户登记手续之前,预购商品房的买受人虽然不享有房屋所有权,但其对房屋所享有的权利和利益是不可否认的。鉴于这种权利具有财产利益,在英美法上用这种权利来设定担保并无障碍。而我国内地的物权法继受于大陆法系,实行“物权法定”原则,如何在已有的物权法体系中以这样的权利为基础构建担保制度便显得十分棘手。^⑤ 在商品房预售制度引

^① 杨承志:《“楼花”炒卖风险防范:商品房预售管理制度探析》,广东经济出版社2006年版,第3页。

^② See Clark & Wayne, barrister, *Fisher and Lightwood's Law of Mortgage* (14th edition), Lexis Nexis Butterworths, 2014, p. 4.

^③ 毛和文:《不动产按揭法律制度研究》,中国民主法制出版社2010年版,第127、323-324页;许明月:《英国法中的不动产按揭(Mortgage)》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第11卷),法律出版社1999年版,第281-282页;王闯:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版,第102页;卢琼:《房地产楼花按揭研究》,载蔡耀忠主编:《中国房地产法研究》(第1卷),法律出版社2002年版,第309-310页;骆小春等:《商品房预售法律制度本论》,合肥工业大学出版社2011年版,第111页;See Clark & Wayne, barrister, *Fisher and Lightwood's Law of Mortgage* (14th edition), LexisNexis Butterworths, 2014, p. 4.

^④ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第31页。

^⑤ 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》,载《政治与法律》2020年第12期,第22-23页;毛和文:《不动产按揭法律制度研究》,中国民主法制出版社2010年版,第466-467页。

入内地之初,国内法学界对此进行了广泛的讨论,并形成了不动产抵押说^①、权利质押说^②、让与担保说^③、新型担保说^④等几种代表性观点。但依据当时的法律,购房人依据买卖合同享有的债权无论是在抵押还是质押制度下都无法找到容身之所,规定让与担保或新型担保制度又缺乏成熟的立法土壤,而且考虑到“楼花”最终要转变为现房,一旦商品房建造完成、购房人取得房屋所有权后,银行便可取得房屋的抵押权,上述理论难题也将不复存在,立法者最终选择以现有的、具有“保障将来物权实现”功能的预告登记制度来解决预购商品房按揭贷款的担保问题,从而形成了我国特有的抵押预告登记制度。

(二)抵押预告登记制度与预购商品房按揭贷款担保需求的错位

抵押预告登记制度是为解决商品房预售实践中的按揭贷款担保问题所创设的,但预告登记在传统上并非完美满足银行担保需求的工具,运用这一制度解决银行的担保需求,本身就存在对银行保护不周的风险。我国预购商品房法律关系主要涉及三方主体,分别是房地产开发企业、购房人和银行。对购房人而言,其通常只需自行支付百分之二十至三十的购房款,其余款项则可以通过银行贷款解决,因此并非最大的风险承担者。对房地产开发企业而言,除购房人分期付款外,其将商品房售出后便可收到全部购房款,也几乎不存在资金上的风险。但对银行而言,其需要一次性支出几十万甚至上百万的资金,而贷款的收回却往往需要十几年至几十年。在这期间内,不仅存在购房人因经济能力恶化无法还贷的风险,还存在因房屋无法竣工交付从而不能转换为有价值的担保物的风险,绝大部分风险都落在银行一方。^⑤可以说,银行是预购商品房交易中最大的风险承担者。

一般在此情况下,法律都会认可债权人的现实需求,赋予能够有效保障其债权实现的制度工具。在预购商品房按揭贷款中,银行的需求无疑就是在购房人不能按照约定偿还借款时对房屋的变价享有优先受偿权。但是以抵押预告登记制度解决银行的担保需求,最大的问题在于按照我国现行法规定,预告登记本质上是防止不动产物权人对不动产实施处分行为的一种临时登记,预告登记权利人若想真正地取得并行使不动产物权,仍需自能够进行不动产本登记之日起90日内与预告登记义务人办理不动产物权的本登记(例如所有权转移登记、抵押权设立登记等)。《民法典》第394条、第402条规定,不动产抵押权自办理抵押登记时设立。能够使抵押权有效设立的登记是抵押本登记,而非抵押预告登记。因此,如果严格遵守法教义学的推理,只要未办理抵押本登记,抵押预告登记权利人就不存在行使优先受偿权的规范依据。^⑥这也是为何在《民法典担保制度解释》颁布前,以最高院为典型代表的大部分法院均不认可在未办理抵押本登记的情况下抵押预告登记权利人享有优先受偿权。例如最高院曾在2014年第9期的一则公报案例的裁判摘要中指出:“预售商

① 程力:《楼宇按揭对我国抵押权制度理论发展的影响》,载马原主编:《房地产案件新问题与判解研究》,人民法院出版社1997年版,第15-16页。

② 蒋万来:《评我国房地产业界对“按揭”的曲解》,载《法学》2004年第6期,第79页。

③ 王闯:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版,第131-132页。

④ 崔令之:《按揭之非典型担保物权性质探析》,载《求索》2009年第9期,第146页;黄志明、张琦:《论按揭的法律定位》,载《法学家》2001年第3期,第79-80页。

⑤ 孟祥沛:《论中国式按揭》,载《政治与法律》2013年第5期,第91页;陶丽琴:《以抵押方式适用按揭担保的制度设计》,载《法学杂志》2006年第6期,第40页。

⑥ 该类典型观点参见司伟:《预购商品房抵押权预告登记权利保护的法律基础与路径选择》,载《人民司法(案例)》2016年第14期,第18页。

商品房抵押贷款中,虽然银行与借款人(购房人)对预售商品房做了抵押预告登记,但该预告登记并未使银行获得现实的抵押权,而是待房屋建成交付借款人后银行就该房屋设立抵押权的一种预先的排他性保全。如果房屋建成后的产权未登记至借款人名下,则抵押权设立登记无法完成,银行不能对该预售商品房行使抵押权。”^①虽然这种判决在法教义学的逻辑下是完美的,在结论上却是不可接受的。在抵押预告登记无法转为本登记的风险不可避免,银行又缺乏其他有效风险规避手段的情况下,无视银行的真正需求,不仅会对银行等金融机构的利益产生影响,还会对房地产开发企业乃至购房人自身间接产生不利影响,最终有害于商品房预售制度的发展。

1. 抵押预告登记无法转为本登记的风险不可避免

按照立法者的设想,虽然抵押预告登记本身不能赋予登记权利人优先受偿权,但是一旦房屋竣工交付并办理建筑物所有权首次登记,房地产开发企业便会与购房人办理房屋所有权转移登记,待购房人办理登记手续之后,银行即可与购房人将抵押预告登记转为抵押本登记,从而顺利地成为真正的抵押权人,进而行使优先受偿权。但是这一立法预设现实中却存在以下两点漏洞:首先,上述情形只存在于不发生任何意外例如当事人违约的理想状态,而现实中却往往充斥着各种风险:一方面,房屋竣工交付后,购房人可能出于种种理由而不办理房屋所有权过户登记手续或配合银行办理本登记;另一方面,当预购商品房成为强制执行的标的或被纳入破产财产的范围时,一旦法院或破产管理人对预购商品房采取变价措施,抵押预告登记也将处于无法被推进为抵押本登记的风险之中。其次,从《物权法》到《民法典》,我国民法上的预告登记制度均以所有权预告登记为制度设计原型,预告登记“保障将来实现物权”的功能主要体现为“限制物权人擅自处分标的物”的效力,这一点对于取得标的物所有权为目的的买受人而言的确可以提供最强大的保护,但对于抵押权人而言,限制抵押财产的处分与抵押权人最终能否实现优先受偿权之间并不存在必然的因果关系。更何况此次《民法典》第406条彻底修改了以往抵押物禁止处分的规则,那么在抵押物原则上可以自由处分的情况下,抵押预告登记的功能和价值又体现在哪里?^②

2. 银行缺乏其他有效的风险规避手段

在《民法典担保制度解释》颁布前,银行若想真正地享有优先受偿权,须满足以下两个条件:一是购房人与房地产开发企业办理房屋过户登记手续,二是购房人配合银行共同申请将抵押预告登记转为抵押本登记。而根据《不动产登记操作规范(试行)》第9.3.2条以及《不动产登记暂行条例实施细则》第78条第2款规定,无论是办理房屋过户登记手续还是抵押预告登记转抵押本登记,均须双方当事人共同申请,该规定为部分无力还贷的购房人恶意阻碍抵押本登记的设立留下了空间。

有人可能会提出,为何银行不在向购房人提供贷款时便预先要求购房人将申请房屋过户登记以及抵押本登记的权利授权给自己,这样一来如果将来购房人出现怠于申请相关不动产登记的情形,银行无需购房人的配合也可以自行申请相关的不动产登记,从而使得抵押权有效设立。现实中

^① 参见“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二审案”,载《最高人民法院公报》2014年第9期。

^② 抵押预告登记对抵押权人的意义,不在于防止抵押人处分标的物,而在于当预告登记权利人能够办理抵押本登记时,其可以获得较之其他担保物权人或者债权人更加优先的顺位。换言之,即使抵押人在办理抵押预告登记之后对标的物进行了处分(包括设定抵押权),只要预告登记权利人申请办理抵押登记,其就可以主张抵押权自预告登记之日设立。参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第455页。

也有地方不动产机构推出了此种登记模式,例如江苏正在试行的“双预告和预转本登记”一站式服务。在该模式下,房地产开发企业事先将与购房人办理所有权预告登记的权利批量授权委托给银行,当购房人向银行申请贷款时,其便可以与银行共同申请办理商品房所有权预告登记与抵押预告登记,同时现场签署授权委托书,将日后申请双预告登记转本登记的权利全权委托给银行,由银行代为申请。^①

本文认为,事先授权的方法在实践中可能会引起购房人权利保护不足的问题,因此并不能一劳永逸地解决抵押预告登记无法转为本登记所引发的问题。虽然在购房人向银行申请贷款时,银行可以利用自己的强势地位要求购房人将申请房屋过户登记以及抵押本登记的权利授权给自己,一般情形下购房人也会选择同意授权,但是在某些例外情形下,例如房地产开发企业交付的商品房与合同约定不符,或房地产开发企业延迟交付房屋,购房人可能希望暂缓办理房屋过户登记手续甚至解除房屋买卖合同。但是对银行而言,尽快完成抵押本登记的设立是其首要追求,即使房地产开发企业在房屋买卖合同的履行上存在违约情形,只要房屋的价值足以清偿其债务,银行通常希望尽快办理相关不动产登记从而推进抵押权的设立。因此,令购房人直接将“双重预告登记转本登记”的申请权无条件委托授权给银行,可能会损害购房人的利益。为了使购房人和银行双方的利益达到平衡,更妥帖的方式可能是在购房人签署委托银行代为办理预告登记转本登记的授权委托书时,将房地产开发企业对房屋买卖合同的履行不存在瑕疵作为银行代为申请不动产登记的条件。但是在现实中,不动产登记机构不可能对该条件是否达成进行实质审查,因此该做法在实践中也难以操作。

3. 忽略抵押预告登记权利人优先受偿权保护的不利后果

在实务中,对于否定银行在仅办理抵押预告登记的情况下可以行使优先受偿权的法院,其基本做法都是先说明抵押预告登记仅使得银行享有要求预告登记义务人配合办理抵押本登记的请求权,只有办理完毕正式的抵押登记银行才能行使优先受偿权,然后就判决驳回银行的诉讼请求。^②这类判决没有看到银行在仅办理抵押预告登记的情况下就要求行使优先受偿权的原因,无益于纠纷的解决,并且可能会产生非常不良的社会效果。银行之所以向法院提起诉讼要求行使优先受偿权,正是因为现行预购商品房抵押制度下,其已经承担了较多风险,并且无法通过事先的合理安排加以预防,进而无法按照权利实现的正常进程将抵押预告登记转为抵押本登记,法院的判决应当为其提供相应的救济手段,而不是让其承担败诉的后果。^③

首先,在预购商品房抵押贷款法律关系中,银行一般会要求房地产开发企业对购房人的还款义务承担阶段性连带保证责任。如果债务人已经丧失还款能力,而银行又无法行使优先受偿权,银行势必会要求房地产开发企业承担连带责任,如此一来将加重房地产开发企业的责任,甚至增加房地产开发企业的破产风险。此外,房地产开发企业承担保证责任后,往往会随即与购房人解除合同并要求购房人返还房屋,其结果便是已经履行的合同要恢复到未履行时的状态。在房价普遍快速上

^① 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》,载《政治与法律》2020年第12期,第29页。

^② 参见浙江省高级人民法院(2017)浙民申265号民事裁定书;安徽省高级人民法院(2015)皖民二终字第00891号民事判决书;甘肃省高级人民法院(2019)甘执异40号执行裁定书。

^③ 厦门市中级人民法院课题组:《关于认可抵押权预告登记优先受偿效力的调研报告》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2017年卷·总第10卷),厦门大学出版社2017年版,第54页。

涨的今天,这不仅会造成社会资源的浪费,房地产开发企业解除合同将意味着购房人无法再获得房屋价值上涨的增值利益,对购房人不利。^①

其次,否定银行优先受偿权的做法可能会进一步催生购房人不履约以及欺诈的道德风险。否定银行优先受偿权的判决相当于向购房人及其他债权人表明,只要银行未将抵押预告登记转为本登记,其就无法行使优先受偿权,因此购房人可以在不履行贷款偿还义务的情况下仍然保有房屋,其他普通债权人也可以参与该房屋价值的分配。如此一来,购房人故意阻碍抵押本登记条件实现或与他人串通虚增债务以稀释银行对房屋处置价款受偿比例的道德风险将大大增加,而此种风险恰恰是银行难以预防的。^②

最后,如果银行等金融机构债权实现的风险过大,其提供贷款的意愿必然会降低,一方面,银行可能会选择缩减发放贷款的规模,当购房人违约的风险达到一定程度时,其甚至可能会考虑退出预购商品房借贷市场;另一方面,银行可能会选择提高发放贷款的条件,例如提高借款的利率,或者拖延发放贷款。这不仅增加了购房人的资金使用成本,也间接增加了房地产开发企业将商品房变现的难度,最终提高了整个预购商品房的交易成本。^③ 如此不利于商品房预售制度的健康运转,也不利于整个社会经济的发展。

综上所述,在《民法典担保制度解释》颁布前,已有的预购商品房抵押制度实际上无法有效满足银行的担保需求,因为将银行行使优先受偿权的时间点置后的设计已经大大增加了银行债权实现的风险。因此在银行无法将抵押预告登记推进为本登记的情况下,法律有必要对其提供相应的救济,使其能够顺利地实现优先受偿权。

(三) 抵押预告登记制度性质与功能的重构

抵押预告登记的创设目的本就在于解决预购商品房按揭贷款中的担保问题,只有回到如何保障抵押预告登记权利人优先受偿权的实现这一问题,才能发挥抵押预告登记制度应有的功能和价值。因此有必要在一定条件下承认抵押预告登记权利人的优先受偿权。《民法典担保制度解释》第52条规定,在已办理建筑物所有权首次登记且不存在预告登记失效等情形下,抵押预告登记权利人请求就抵押财产优先受偿的,人民法院应当予以支持。针对司法解释最大的质疑在于,许多学者认为毕竟在法律上抵押预告登记与抵押本登记泾渭分明,将抵押预告登记按照抵押权对待,直接赋予抵押预告登记权利人优先受偿权,可能会导致预告登记与本登记相混淆。而且在我国物权法中,优先受偿是担保物权的特有效力,经抵押预告登记后的债权并不属于法律规定的担保物权,不能赋予其我国物权法没有规定的优先受偿效力,否则将违反物权法定原则。^④ 经预告登记的请求权本质上还是债权,而债权具有平等性,在没有办理本登记的情况下赋予抵押预告登记权利人优于其他债权

^① 林秀榕、陈光卓:《抵押权预告登记权利人无过错时有权对商品房优先受偿》,载《人民司法(案例)》2016年第14期,第12页。

^② 厦门市中级人民法院课题组:《关于认可抵押权预告登记优先受偿效力的调研报告》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2017年卷·总第10卷),厦门大学出版社2017年版,第54-55页。

^③ 厦门市中级人民法院课题组:《关于认可抵押权预告登记优先受偿效力的调研报告》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2017年卷·总第10卷),厦门大学出版社2017年版,第53页。

^④ 陈建志、谷丹:《商品房抵押权预告登记的法律效力与司法救济》,载胡云腾主编:《法院改革与民商事审判问题研究——全国法院第29届学术讨论会获奖论文集(下)》,人民法院出版社2018年版,第876页。

人的权利,其正当性值得怀疑。^①

对此,本文认为:首先,司法解释的规定不会导致抵押预告登记与抵押本登记相混淆。根据司法解释的规定,抵押预告登记权利人行使优先受偿权必须符合一定的条件,即经法院审查确认预告商品房已办理建筑物所有权首次登记,且不存在预告登记失效等情形。当已办理建筑物所有权首次登记时,抵押预告登记转本登记的条件实际上已经具备,因为只要预告登记尚未失效,原则上预告登记义务人都应当办理房屋过户登记手续以及协助预告登记权利人办理抵押本登记。^② 赋予抵押预告登记权利人优先受偿权的前提是已满足抵押权实现条件,在不具备这个条件的情形下,不发生优先受偿的问题。^③ 另外,正如有法院在判决中所述,当涉案房屋已具备物权登记条件,只是由于购房人怠于办理所有权转移登记而导致抵押本登记尚未办理时,抵押预告登记权利人对涉案房屋优先受偿的期待利益并非处于不确定状态,因为一旦促成物权登记其便可以得到实现。^④ 因此,当办理本登记的条件已经具备时,为了提高效率省去办理本登记这一步骤,实际上并不会改变法律对各方当事人权利义务的配置,也不会造成对银行的过度保护。

其次,赋予预告登记权利人债权优先实现的地位,不仅是预告登记制度应有的效力,而且有利于维护交易安全、提高交易效率。预告登记制度的基本功能就在于保障预告登记权利人债权请求权的实现,这种保障效力正是通过阻碍其他债权实现的方式体现的。《民法典》第221条规定:“预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。”对办理预告登记的债权人而言,其所要预防的债权不能实现的风险,最主要的来源就是债务人的其他债权人对该不动产享有的与其债权内容相同或相冲突的债权先于其实现。毕竟债权具有平等性,即使某一债权人的债权成立在先,也不能阻止债务人对后手的债权人先履行债务,一旦其他债权人以发生不动产物权变动为内容的债权先得到实现,由于物权具有排他性,该债权人具有相同内容的债权必将无法再实现。因此法律提供预告登记这一手段,以满足债权人对实现某一特定债权的需求。在原本地位平等、存在竞争关系的数个债权人中,法律特别保障预告登记权利人的请求权得以顺利实现,实际上相当于承认经预告登记的债权请求权相较于其他债权具有优先实现的效力。人大法工委在《物权法》的释义书中也表示,预告登记的实践意义在于权利人所期待的未来发生的物权变动“对自己有极为重要的意义”,非要发生这种变动不可;而法律也认可这种变动对权利人的意义,并以法律予以保障。^⑤ 既然立法者如此强调预告登记的目的在于排除从债权发生到物权实现的中间阶段所可能发生的一切法律风险,以此保障特定请求权的实现,那么当非因预告登记权利人过错导致预告登记无法推进为本登记时,法律也应当保障预告登记权利人目的的实现。^⑥

① 崔建远:《实体法与程序法相辅相成——法释[2016]5号之解读、评论与升华》,载《现代法学》2016年第6期,第180页;王利明:《论民法典物权编中预告登记的法律效力》,载《清华法学》2019年第3期,第13页。

② 但现实中也可能存在一些特殊情形,例如房地产开发企业交付的房屋不符合商品房买卖合同约定的条件,购房人有权拒绝办理过户登记,要求房地产开发企业先消除此种违约事实。因此司法解释规定,“经审查已经办理建筑物所有权首次登记,且不存在预告登记失效等情形的,人民法院应予支持”,该规定中的“等情形”就要求法院在审理案件时注意审查是否存在阻碍抵押预告登记转本登记的一切情形,如果存在,则不能支持抵押预告登记权利人行使优先受偿权的请求。

③ 程啸:《论抵押权的预告登记》,载《中外法学》2017年第2期,第454页。

④ 参见福建省福州市中级人民法院(2018)闽01民终8075号民事判决书。

⑤ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第31页。

⑥ 庄加园:《预告登记的破产保护效力》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2014年第6期,第56-57页。

再者,法律之所以能够赋予预告登记权利人权利优先实现的地位,是因为预告登记本身就是一种很强的公示手段,具有公示公信力。当事人办理预告登记后,预告登记权利人的债权就被载入不动产登记簿,原本隐秘、不具有公开性的债权转变为任何其他债权人都可以查阅进而知晓该债权的存在及其内容的债权。该登记向每一位意欲针对该不动产发生物权变动的后手交易方指明:该不动产物权人已经负担为他人办理不动产登记的义务,且法律保障此种义务的履行。如果其仍要针对该不动产进行交易,其债权会有无法实现的风险。因此德国学者认为,预告登记是“以保护物权变动之请求权为目的,具有物权效力的担保手段”。^① 如果否定预告登记权利人已经公示于不动产登记簿并生效的权利,必然会损害不动产登记簿的公信力,进而影响交易安全。

最后,如果采功能主义的视角,预告登记实际上也是一项担保制度——其目的与抵押权、质权等担保物权无异,均是在一项财产可能被多个债权人均主张权利时,赋予先采取法律规定的公示手段的债权人优先实现债权的权利,因此即使担保人被强制执行或陷入破产,担保物权人也不必担心自己的债权无法实现。担保物权的存在有助于企业获得融资,从而扩大经营或增加研发投入,进而有利于社会经济的发展和科技的进步,最终提高社会整体的收益。^② 同样地,预告登记也为债务人融资提供了一种有效的担保手段。在商品房预售实践中,正因为房地产开发企业为购房人办理了预告登记,购房人才有理由相信,在商品房正常竣工验收的情形下自己能够按照预期取得房屋的所有权。因为根据法律的规定,即使房地产开发企业又将该房屋出售给第三人或为第三人设立权利负担,该行为也不发生物权效力。因此购房人愿意在离办理房屋过户登记手续条件的成就还比较遥远的情况下,就预先支付购买商品房的价款。借助该制度,房地产开发企业得以在房地产开发过程中获得融资,缓解资金紧缺的压力。类似地,借助抵押预告登记制度,购房人得以在为银行办理抵押本登记之前就从银行处获得贷款,从而实现购房的愿望。如果不承认抵押预告登记制度此种担保债权实现的效力,势必大大减损预告登记所能够发挥的担保作用,而在担保融资需求日益增加、新型担保工具不断涌现的今天,预告登记制度最终将被当事人弃之不用。

三、抵押预告登记优先受偿效力的具体适用

(一) 普通情形下抵押预告登记的优先受偿效力

当预购商品房抵押所需的“双重预告登记”(即“所有权预告登记”+“抵押预告登记”)办理完毕后,银行对预购商品房行使优先受偿权一般还需经历以下流程:首先,预购商品房楼盘竣工并验收合格后,由房地产开发企业向不动产登记机构申请建筑物所有权首次登记,即俗称的“大产权证”;接着,房地产开发企业通知购房人共同向不动产登记机构申请预购人所购房屋的所有权移转登记,即办理俗称的“小产权证”;最后,购房人与银行共同申请将预购商品房上的抵押预告登记转为抵押本登记。当出现购房人未按时偿还贷款等情形时,银行便可以抵押权人的身份要求将房屋拍卖、变卖并就房屋的变价优先受偿。

在不涉及其他债权人启动强制执行或破产程序的普通情形下,实践中阻碍银行按照上述正常

^① [德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第416、419页。

^② 许德风:《破产法论:解释与功能比较的视角》,北京大学出版社2015年版,第297-298页。

流程行使优先受偿权的因素主要是购房人怠于配合办理房屋过户登记(即取得“小产权证”)或办理抵押本登记。根据《民法典担保制度解释》第52条第1款规定,在购房人已根本违约的情况下,即使尚未办理抵押本登记,银行也可直接请求就预购商品房行使优先受偿权。但这并不意味着银行行使优先受偿权须以购房人不配合办理本登记为前提。在购房人已经根本违约时,银行事实上已经具备行使优先受偿权的条件,当其向法院起诉请求行使优先受偿权时,如果仍要求银行必须先与购房人完成抵押本登记,徒增繁琐。^① 但就另一方面而言,毕竟双方办理的是抵押预告登记而非抵押本登记,银行行使优先受偿权还须满足两个前提条件:第一,房地产开发企业已办理建筑物所有权首次登记,且预告登记的财产与建筑物所有权首次登记的财产一致。第二,预告登记尚未失效。此外,法条使用了“等”字,表明现实中还可能存在导致办理抵押本登记的实质条件无法具备的其他情形,如果出现此种情形,法院也不得允许抵押预告登记的权利人直接行使优先受偿权。例如,房地产开发企业已经竣工验收的房屋不符合商品房买卖合同中约定的条件,此时购房人有权拒绝办理过户登记,要求房地产开发企业先消除此种违约事实。当房地产开发企业达到根本违约时,购房人还有权解除合同。在这种情况下,法院便不得直接判决允许银行行使优先受偿权,而应待房地产开发企业与购房人之间的纠纷解决之后,再根据具体情况决定是否允许银行行使优先受偿权。司法解释规定中的“等情形”要求法院在审理案件时注意审查是否存在阻碍抵押预告登记转本登记的一切情形,如果存在,则不能支持抵押预告登记的权利人行使优先受偿权的请求。

然而有观点认为,办理抵押本登记的核心条件是购房人办理了房屋所有权登记,在房地产开发企业办理了建筑物所有权首次登记的情况下,可能存在两种情况:一是房地产开发企业与购房人进一步办理了房屋过户登记手续;二是尚未办理房屋过户登记手续。在已办理房屋过户登记手续的情况下,抵押本登记最核心的条件已经具备,允许银行直接行使优先受偿权并无问题。但是在尚未办理房屋过户登记的情形下,有观点认为不应允许银行直接行使优先受偿权。^② 本文认为,即使在尚未办理房屋所有权登记的情况下允许银行直接行使优先受偿权,也不会违反物权法基本法理。如前所述,房地产开发企业办理建筑物所有权首次登记只是银行行使优先受偿权的前提条件之一,法院仍需对办理抵押本登记的各项实质条件进行审查,其中就包括是否符合办理房屋所有权登记的条件。如果存在购房人有权解除房屋买卖合同等情形,法院不能直接判决允许银行就预购商品房行使优先受偿权。在购房人不存在拒绝办理房屋过户登记手续的实质性理由的前提下,允许银行直接就预购商品房行使优先受偿权,是出于效率与公平的考虑在特殊情形下省去法律强制要求的不动产登记体现。因此银行在行使优先受偿权时,实质上拍卖、变卖的仍是购房人所有的抵押财产,而非房地产开发企业的财产。而且由于我国物权法对不动产物权的变动采登记生效主义,即使在某些情形下出现“中间省略登记”,只要最终的不动产登记与真实的物权变动状况相吻合,便不会存在太大问题。^③

(二) 强制执行程序中抵押预告登记的优先受偿效力

当其他债权人为了实现债权对已办理抵押预告登记的预购商品房申请强制执行时,抵押预告登

^① 参见刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,载《法律适用》2021年第1期,第25页。

^② 司伟:《预购商品房抵押权预告登记权利保护的法律基础与路径选择》,载《人民司法(案例)》2016年第14期,第19-20页。

^③ 龙俊:《民法典中的债之保全体系》,载《比较法研究》2020年第4期,第127页。

记在强制执行程序中具有何种效力,也决定了银行的优先受偿权最终能否实现。一旦其他债权人申请法院查封预告登记的不动产,进而将该不动产拍卖、变卖,预告登记义务人将丧失不动产所有权,预告登记所保全的请求权也将因此陷入履行不能的境地。^①《民法典担保制度解释》在征求意见稿中曾规定,经抵押预告登记的财产被人民法院拍卖或者变卖,经审查已办理首次登记的,预告登记权利人可以行使优先受偿权。但正式颁布的版本删去了这一条文。此种改动是表明司法解释最终并未承认强制执行程序中抵押预告登记权利人的优先受偿权还是另有它意,值得推敲。

由于民事强制执行措施可分为保全措施与变价措施,前者是指对被执行人的财产实施的控制性措施,例如查封、扣押等,目的在于防止被执行人对其财产的处分行为减少可执行的财产,从而妨害债权的清偿;后者是指对被执行人的财产实施的处分性措施,例如拍卖、变卖等,目的在于将被执行人的财产转化为金钱用以清偿债权人的债权,这两类措施对预告登记权利人权利实现的影响并不相同,本文将针对这两种执行措施进行分别讨论。^②

1. 抵押预告登记不能对抗法院的查封措施

抵押预告登记权利人是否享有阻止或排除查封措施的权利,可能会影响到其优先受偿权最终能否实现。具体而言,若其有权阻止或排除查封措施,购房人的其他债权人便无法将强制执行推进到变价程序,其优先受偿权的实现便不会受到债权人申请强制执行的不利影响。若其无权阻止或排除查封措施,抵押预告登记权利人的优先受偿权可能因标的物被拍卖、变卖而无法实现。

首先,从实体法层面来看,根据有关司法解释,对办理了预告登记的不动产,法院有权进行预查封或查封。《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》(以下简称《执行通知》)第15条规定,对于购房人购买的房屋,虽然尚未办理房屋过户登记手续,但只要其办理了商品房预售合同登记备案手续或预告登记,人民法院就可以进行预查封。预查封是指执行法院对被执行人尚未办理不动产权属登记,但又履行了一定批准或备案手续的不动产进行的查封措施。^③预查封的效力等同于正式查封。当不动产权属在预查封期间登记在被执行人名下时,预查封登记自动转为查封登记。此外,预售商品房办理预告登记后,只要房地产开发企业未与购房人办理房屋过户登记手续,该房屋的所有权就仍归属于房地产开发企业,预告登记并不能改变其所指向的标的物的权属,因此法院也可以根据房地产开发企业的债权人的申请,对该房屋进行查封或预查封,除非根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第15条规定,购房人已经支付全部价款并实际占有该不动产,并且对未办理过户登记手续没有过错。综上所述,依照现行法的规定,当预购商品房尚未办理建筑物所有权首次登记时,无论是房地产开发企业的债权人还是购房人的债权人,都可以申请对该商品房进行预查封。当办理了建筑物所有权首次登记但尚未办理房屋所有权转移登记时,房地产开发企业的债权人可申请对该商品房进行正式查封;当购房人已经取得预购商品房所有权时,在银行将抵押预告登记转为本登记之前,购房人的债权人则有权申请法院对该房屋进行正式查封。

其次,预告登记的房屋被法院预查封或查封后,抵押预告登记权利人并不享有排除查封措施的

^① 庄加园:《预告登记在强制执行程序中的效力》,载《当代法学》2016年第4期,第128页。

^② 庄加园:《预告登记在强制执行程序中的效力》,载《当代法学》2016年第4期,第129页。

^③ 江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社2014年版,第589-590页。

权利。《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》(以下简称《执行异议和复议规定》)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。”依照该规定,符合物权登记条件时,所有权预告登记权利人可以提出排除执行的异议,即要求法院解除查封措施,但抵押预告登记权利人是否也享有此种权利,则存在疑问。最高人民法院在释义书中指出,虽然《执行异议和复议规定》第30条将有权提出排除执行异议的主体规定为“受让人”,但这是由于实践中以办理了预告登记为由提出案外人异议的主体主要是该不动产的受让人,而根据《物权法》第20条的规定,“受让人”也可以是其他不动产物权协议的权利人。^①然而不少学者都认为,《执行异议和复议规定》第30条规定中的受让人仅限于所有权预告登记权利人,并未囊括所有类型的预告登记权利人。^②实务中也有法院持此种观点。^③

本文认为,虽然最高人民法院对《执行异议和复议规定》第30条的解释偏向于将抵押预告登记权利人也涵盖在内,从而实现预告登记权利人的保护,但此种解释可能会与现行法的规定和价值取向发生冲突,并不可取。当办理所有权转移登记的条件具备时,法律赋予所有权预告登记权利人排除查封措施的权利有其正当性,因为所有权预告登记权利人权利实现的最终状态就是取得该不动产所有权。一旦预告登记权利人取得该不动产的所有权,法院就丧失了对该不动产采取强制执行措施的依据,因此必须令该所有权恢复到没有负担的圆满状态。但是赋予抵押预告登记权利人同样的权利,其正当性则存疑。依照《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第31条规定,即使是设定抵押权的财产,人民法院也可以采取查封、扣押措施。拍卖、变卖该财产所得的价款,应当由抵押权人优先受偿。因为抵押权本身是一种价值权,其效力体现在所担保的债权届期未受清偿时,抵押权人有权就抵押物的变价优先受偿。^④而强制执行程序本身就包含财产的变价程序,只要使抵押权人的优先受偿权在该程序中得到保障,便无需赋予抵押权人排除强制执行措施的权利。最高人民法院在判决中也表示,“抵押权人可以从执行标的的变价款中优先受偿,并不需要排除对抵押物的执行,强制执行程序可以保障抵押权人优先受偿权的实现。”^⑤预告登记保障的是权利人本登记请求权的实现,既然抵押预告登记的权利人在本登记请求权实现的情况下,其作为抵押权人都无权排除法院的查封措施,根据举重以明轻的法理,抵押预告登记并非现实的抵押权,更不应享有如此强大的效力。综上所述,当其他债权人申请对预告登记的财产强制执行时,抵押预告登记权利人并不享有排除查封措施的权利。

2. 变价措施中抵押预告登记权利人享有优先受偿权

强制执行程序中的变价措施因涉及到对预告登记不动产的处分,对预告登记权利人的影响相较于查封措施更为重大。经预告登记保全的请求权本质上仍属于债权,债权具有相对性,其实现依

^① 江必新、刘贵祥主编:《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理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第439-440页。

^② 参见庄加园:《预告登记在强制执行程序中的效力》,载《当代法学》2016年第4期,第131页;蔡虹、邓沁婷:《预告登记权利人“排除异议”的判定——以〈异议复议规定〉第30条为中心》,载《河北法学》2020年第5期,第76页;张春光:《执行与执行异议疑难问题全解与典型案例裁判规则》,法律出版社2019年版,第153页。

^③ 参见山西省高级人民法院(2020)晋执复9号执行裁定书。

^④ 江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社2014年版,第606页。

^⑤ 参见最高人民法院(2016)最高法执监204号执行裁定书。

赖于相对人的给付。若允许将预告登记的不动产直接拍卖、变卖,预告登记义务人丧失不动产所有权,亦即丧失对不动产的支配权,即使嗣后办理本登记的条件具备,预告登记义务人也无法再为权利人办理本登记,预告登记权利人的请求权将因相对人履行不能而无法实现。《民法典》第 221 条规定:“预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。”虽然通说认为此处的“处分”是指基于法律行为所实施的处分,强制执行程序中的拍卖、变卖措施非私法意义上的处分,不能直接根据该规定推导出我国如同《德国民法典》第 883 条第 2 款那样,肯定了预告登记具有对抗强制执行的效力,但绝大多数学者均认可预告登记所具有的权利保全效力应当足以使预告登记权利人防范强制执行对其权利实现可能造成的不利影响,否则预告登记将在一定程度上丧失其功能。^①我国台湾地区“土地法”第 79 条规定:“预告登记者,对于因征收、法院判决或强制执行而为新登记,无排除效力。”依此规定可能会出现一个荒诞的局面,倘若不动产所有权人一物数卖,后买受人就移转标的物所有权之请求权诉诸法院并获得法院胜诉判决及强制执行名义时,因预告登记不具有排除强制执行的效力,办理了预告登记的前买受人反而不能取得不动产所有权。^②这样一来,如果债权人希望自己的债权得到保障,与其办理预告登记,不如直接从法院获取一纸具有强制力的文书,从而在利益实现的竞争中占据制高点。^③若预告登记不能对抗强制执行,将可能出现出卖人与第三人恶意串通,通过抢先申请法院强制执行的方式规避预告登记权利保全效力的局面。^④因此我国台湾地区有学者认为,预告登记无排除强制执行的效力导致该制度设计的功能丧失殆尽,几乎已形同具文,为消除该弊端,回归德国预告登记效力将为一妥当选择。^⑤

根据《执行异议和复议规定》第 30 条规定,在我国司法实践中,所有权预告登记权利人具有排除强制执行程序中处分措施的权利,这一点并无疑问。但如何处理抵押预告登记,则存在争议。有学者提出,预告登记不能阻止法院对不动产采取查封、扣押等保全性执行措施,但可以对抗拍卖、变卖等处分性强制执行措施,似乎并未将抵押预告登记特别排除在外。^⑥而有学者则特别指出不应将《执行异议和复议规定》第 30 条规定的异议主体扩张至抵押预告登记权利人,因为抵押预告登记的初衷是将来取得房屋的抵押权,从而当其债权未获满足时,就该房屋的变价优先受偿。而抵押权人并不需要排除对抵押物的执行,其可以从执行标的的变价款中优先受偿,强制执行程序反而可以保障抵押权人优先受偿权的实现。^⑦

本文认为,抵押预告登记与所有权预告登记虽然都属于预告登记的一种,但因其所要保全的请求权的性质不同,是否应当一概赋予预告登记权利人排除处分性强制措施的权利,值得仔细推敲。所有权预告登记所保全的请求权乃所有权之取得,该权利的实现与处分性强制执行措施目的之实

① 庄加园:《预告登记在强制执行程序中的效力》,载《当代法学》2016 年第 4 期,第 133 页。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社 2009 年版,第 54 页。

③ 常鹏翱:《比较法视野中的预告登记》,载《金陵法律评论》2005 年第 1 期,第 39 页。

④ 包晓丽:《预告登记法律效力之理解与完善》,载《重庆社会科学》2019 年第 11 期,第 62 页。

⑤ 卢佳香:《预告登记之研究》,台湾私立辅仁大学 1995 年硕士学位论文,第 191-203 页。转引自常鹏翱:《比较法视野中的预告登记》,载《金陵法律评论》2005 年第 1 期,第 39 页。

⑥ 王利明:《论民法典物权编中预告登记的法律效力》,载《清华法学》2019 年第 3 期,第 11 页;包晓丽:《预告登记法律效力之理解与完善》,载《重庆社会科学》2019 年第 11 期,第 62 页。

⑦ 蔡虹、邓沁婷:《预告登记权利人“排除异议”的判定——以〈异议复议规定〉第 30 条为中心》,载《河北法学》2020 年第 5 期,第 76 页。

现是完全对立的,预告登记权利人与拍定人最终只能有一人取得不动产的所有权,当预告登记设立在先、法院采取强制执行措施在后时,预告登记所保全的请求权应当具有优先实现的效力。因此,为了维护预告登记的制度功能,强制执行程序只能为所有权预告登记权利人让位。但抵押预告登记所保全的请求权乃抵押权之设立,其实质是一种优先受偿权。而优先受偿权的实现并不依赖于对标的物的支配,只要在处分该标的物时将标的物的变价优先用于满足抵押权人的债权,此种权利便可得到满足。因此与所有权预告登记不同,抵押预告登记功能的实现与强制执行程序并非完全对立互斥,而是可以各取所需,并行不悖的。当预购商品房被法院采取强制执行措施时,只要该不动产已经办理建筑物所有权首次登记、且不存在预告登记失效等情形时,即使抵押预告登记权利人尚未办理抵押本登记,也应当允许其就抵押财产优先受偿。同时由于是在强制执行程序中,其权利实现的规则可以参照《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第28条第1款,即处理拍卖财产上抵押权的规定。虽然《民法典担保制度解释》的正式版本删去了征求意见稿中曾明确规定的抵押预告登记权利人有权在预告登记的财产被法院拍卖、变卖时要求行使优先受偿权的表述,但这并不妨碍抵押预告登记权利人在强制执行程序中依照《民法典担保制度解释》第52条第1款的规定请求行使优先受偿权。^①

(三) 破产程序中抵押预告登记的优先受偿效力

在《民法典担保制度解释》颁布前,由于我国并未规定预告登记的破产保护效力,在实践中当抵押预告登记义务人破产时,否定预告登记权利人可就抵押财产优先受偿的案例也不乏其数。其理由主要在于,纵观我国破产法,在破产程序中享有特殊地位的权利无外乎所有权、担保物权和法律明文规定具有优先性的债权(例如破产费用、共益债务等),经预告登记的请求权本质上仍然是债权,且不属于法律明文规定具有优先性的债权,所有权预告登记权利人和抵押预告登记权利人也并非真正意义上的所有权人和抵押权人,无法行使取回权或别除权。^②因此有学者认为,“否认预告登记债权优先性的判决也有其合理性,毕竟仅从实在法看,预告登记的债权并不具有与物权一样的优先性,所以根据别除权机制的原理,既然别除权的基础权利不存在,那么在破产法上也不可能享有优先权。”^③

在法律未规定经预告登记的债权具有优先效力的情况下,对于普通债权而言,其能否优先实现取决于债权本身的性质以及破产管理人的选择。《企业破产法》第18条规定,债务人破产后如果债权人和债务人之间存在双方均未履行完毕的合同,管理人可以选择继续履行或解除合同。而在预购商品房抵押实践中,抵押预告登记所担保的债权请求权来自抵押合同。而抵押合同属于单务合同,它仅使抵押预告登记权利人享有要求预告登记义务人办理抵押本登记的请求权,并不负有向抵押人对待给付的义务。因此,购房人破产后并不发生管理人选择履行抵押合同或解除合同的情形。^④在《企业破产法》第18条的规定下,抵押预告登记义务人陷入破产后便得以不再履行办理抵押本登记的义务,其结果是银行无法再取得抵押权并就预购商品房行使优先受偿权。

^① 参见高圣平:《担保法前沿问题与判解研究》(第五卷),人民法院出版社2021年版,第373页。

^② 参见黑龙江省大庆市中级人民法院(2015)庆商终字第371号民事判决书;江苏省淮安市淮阴区人民法院(2019)苏0804民初1695号民事判决书。

^③ 李忠鲜:《论担保权在破产中的别除机制》,载《河北法学》2019年第6期,第171-172页。

^④ 庄加园:《预告登记的破产保护效力》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2014年第6期,第58页。

本文认为,破产法基于公平与经济效益最大化的考量,以禁止个别清偿与实现全体债权人利益最大化为原则,特别赋予破产管理人对双方均未履行完毕的合同以选择权,对于地位完全平等的债权人而言是合理的。但预告登记权利人与普通债权人的地位并非完全平等,其享有法律保障其债权优先实现的权利。在破产程序中,对于债务人和预告登记权利人之间的债权债务关系,不应简单地适用《企业破产法》第18条。预告登记的制度目的是保障请求权的实现,其根本效力体现为“继续履行”,这种效力在破产法中应当得到延续。因此新颁布的《民法典担保制度解释》第52条第2款规定,除预告登记设立在人民法院受理破产申请前一年内,抵押人破产时,抵押预告登记权利人有权请求就抵押财产优先受偿。

依照《民法典担保制度解释》第52条第2款规定,当购房人破产时,除抵押预告登记系人民法院受理破产申请一年前办理之外,抵押预告登记权利人可直接就抵押财产行使优先受偿权,但人民法院只能在“受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持”。如果购房人破产时抵押预告登记的房屋已经具备建筑物所有权首次登记的条件,此时抵押财产的价值与正常房屋的市场价值不会相差太大,因此本条规定对抵押预告登记权利人优先受偿的范围不会产生太大影响。但如果购房人破产时预购商品房尚未建成,这必然会导致预购商品房的价值低于正常房屋的市场价格。依照司法解释的规定,抵押预告登记权利人在破产程序中行使优先受偿权的,优先受偿的范围只能以法院受理抵押人破产申请时抵押财产的价值为准,即使破产宣告后抵押财产的价值增加,抵押预告登记权利人也不能就增加的部分优先受偿。^① 此与已办理抵押本登记的抵押权人在破产程序中享有的优先受偿权不同。依照破产法的规定,担保物权人在破产程序中可以随时向管理人主张处置抵押财产并就其变价优先受偿,破产法并未对担保物权人优先受偿的范围作出特别限制。因此对于已办理抵押本登记的抵押权人而言,其优先受偿的范围是以抵押财产变价时的价值为准。如果抵押财产在债务人被申请破产后升值,只要该抵押财产的价值未超过抵押权担保的主债权数额,抵押权人当然可以就升值部分行使优先受偿权。但《民法典担保制度解释》第52条第2款却将抵押预告登记权利人优先受偿的范围限定为“人民法院受理破产申请时抵押财产的价值范围内”,根据最高院的说明,这样规定主要基于两点考虑:一是抵押人破产时抵押财产可能尚未建成,如果根据相关法律建成的部分还不属于抵押人所有,此时认定预告登记权利人对抵押财产享有优先受偿权可能会损害案外第三人的利益。二是如果用于抵押的建筑物在抵押人破产时成为“烂尾楼”,在破产重整过程中又有第三人投入资金继续完成了建筑物的建造,此时赋予抵押预告登记权利人对建成后的建筑物享有优先受偿权,也可能会损害第三人的利益,并给破产重整带来诸多风险,不利于破产重整制度的推行。^②

但在上述两种情形中是否有必要对抵押预告登记权利人的优先受偿范围作出特别限制,值得商榷。如前所述,抵押预告登记的适用场景主要是预购商品房按揭贷款,在该法律关系中,除银行与购房人外,房地产开发企业也是重要的一方主体。现实中,大部分普通消费者都无力凭借其自有资金购买住房,如果购房人无法通过银行获得贷款,必然导致众多消费者无力买房,房地产开发企业也将无法通过“商品房预售”的方式提前回笼资金,最终使得这一商业模式难以继续运作。因此

^① 程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第333页。

^② 最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第460页。

购房人从银行处获得按揭贷款符合房地产开发企业的利益,实践中房地产开发企业也扮演着促成银行向购房人发放按揭贷款的角色:为了打消银行的顾虑,一方面房地产开发企业会为购房人办理预购商品房所有权预告登记,确保购房人将来能够顺利取得房屋所有权,进而保障银行抵押权的实现;另一方面,在银行的抵押权顺利设立前,房地产开发企业还会为购房人的还款责任提供阶段性连带责任保证,如果购房人无力还款,银行可以直接要求房地产开发企业承担清偿责任。从上述交易模式可以看出,虽然房屋未建成前已建成的部分属于房地产开发企业所有,理论上允许银行直接行使优先受偿权似乎会损害所有权人即房地产开发企业的利益,但实质上自银行向购房人提供按揭贷款时起,房地产开发企业与购房人均默认银行对房屋享有优先受偿权,因此在房屋未建成的情况下允许银行行使优先受偿权并不违反当事人的真实意思,也不会损害第三人即房地产开发企业的利益。相反,如果银行的债权无法通过对预购商品房的价值优先受偿得到满足,银行势必还会要求房地产开发企业承担连带责任保证,显然对房地产开发企业而言,其更希望银行直接通过行使优先受偿权实现债权。另外,如果用于抵押的建筑物在抵押人破产时成为“烂尾楼”,而在破产重整过程中有第三人愿意投入资金继续完成建筑物的建造,这一决定属于破产程序中的重大事项,必然需要经债权人会议一致通过,抵押预告登记权利人作为这一方案的受益方,也必然需要作出一定的让步,在各方基于自身利益的考虑达成一致的情况下,法律没有必要出于“父爱主义”规定抵押预告登记权利人只能在法院受理抵押人破产申请时抵押财产的价值范围内优先受偿。综上所述,在抵押人破产的情形下,如果主债权的数额大于抵押财产的价值且无特别约定的,抵押预告登记权利人优先受偿的范围应当以抵押财产变价时的价值为准。

四、结语

《民法典》中的预告登记制度系以所有权预告登记为原型构建的,其效力主要体现为限制对标的物的处分。通过对商品房预售制度的历史考察可以发现,抵押预告登记制度的创设目的是满足预购商品房按揭贷款中当事人的担保需求。就此而言,抵押预告登记所承载的制度使命与所有权预告登记并不相同,“限制处分”不足以满足抵押预告登记权利人的根本需求。《民法典担保制度解释》颁布前,只要抵押预告登记未转为抵押本登记,预告登记权利人所期待实现的优先受偿权往往不被承认。此种结果不仅对抵押预告登记权利人有失公平,还可能造成不良的社会效果。《民法典担保制度解释》第52条承认即使未办理抵押本登记,在一定条件下抵押预告登记权利人也可以直接行使优先受偿权,如此有利于平衡各方当事人利益,使抵押预告登记制度发挥其应有的功能。然而在破产程序中,司法解释对抵押预告登记权利人的优先受偿权仍作出了相较于抵押权人的差别对待,体现出最高院依然对承认抵押预告登记优先受偿效力的限度保持着一定警惕。在特定情形下附条件地肯定抵押预告登记权利人享有优先受偿权是回应现实需求的结果,但这也恰恰反映了抵押预告登记制度在我国物权体系中的“尴尬地位”。除抵押预告登记权利人优先受偿权这一问题外,在抵押人转移抵押财产、抵押预告登记与其他担保物权或优先权发生冲突等情形中,抵押预告登记应当具有何种效力,仍有待进一步展开研究。■ JS

Interpretation of the Priority Effect of the Advance-Notice Registration of the Mortgage

YIN Si-yu

(Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: As a subtype of the advance-notice registration, merely according to the logical deduction of articles of law, the advance-notice registration of the mortgage does not have a preferential effect. However, the purpose of creating this system is to meet the security needs of the parties in the pre-sale transactions of commercial housing. If the right holder is unable to realize the priority of payment, the system cannot play its proper role and will eventually be dead-letter law. When the real estate development enterprise has completed the first registration of building ownership and the advance-notice registration of the mortgage has not been invalidated, the substantive conditions for transferring the advance-notice registration of the mortgage to the formal registration have been fulfilled. Although the parties have not applied for the formal registration of the mortgage, the right holder should be allowed to exercise the priority right to be paid directly. The newly promulgated interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Code of the People's Republic of China Concerning the Guarantee System does not directly provide the effect of the advance-notice of registration of the mortgage in the enforcement proceedings, but it does not prevent the right holder from exercising his priority right to be paid in accordance with the provision of Article 52(1). In the bankruptcy proceedings, the exercise of the priority right need not be premised on the first registration of building ownership, nor should be limited within the scope of the value of the mortgaged property at the time the people's court accepts the debtor's bankruptcy petition.

Key words: pre-sale of commodity housing; advance-notice registration of the mortgage; priority of payment

本文责任编辑:黄忠

青年学术编辑:林少伟