

预告登记制度法律问题研究述评

柳婷婷

(北京理工大学法学院,北京 100081)

[摘要]随着《物权法》的颁布,预告登记制度首次以国家立法的形式在我国明确下来,但学界对预告登记的性质、效力、构成要件都存在较大的争议,有必要在借鉴大陆法系预告登记制度的实践中,吸纳各国相关制度之合理因素,对这一制度予以改进和完善。

[关键词]预告登记;《物权法》;债权请求权;权利保全

[中图分类号]D913.2 [文献标识码]A [文章编号]1674-117X(2013)06-0103-06

Research and Review of Legal Issues in Advance Notice Registration

LIU Tingting

(School of Law, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081, China)

Abstract: With the promulgation of the *Real Right Law of the People's Republic of China*, the advance notice registration system has been cleared down for the first time in the form of national legislation. But there is still a huge controversy about the nature, effectiveness and components of the advance notice registration in the academic circle. It is necessary to learn from the practice of the civil law notice registration system to absorb reasonable factors from some countries' related systems. On that account, this system would be improved and perfected.

Key words: advance notice registration; *Real Right Law of the People's Republic of China*; claim of credit; right protection

预告登记制度起源于普鲁士法,《德国民法典》第883条、我国台湾地区《土地法》第79条中特别设定了预告登记制度,以保全债权请求权。而在日本民法中,与德国民法上预告登记相对应的制度称为“假登记”。在日本《不动产登记法》第2条中规定的“假登记”包括“为保全物权的假登记”和“为保全请求权的假登记”两部分。与以上国家不同,我国则规定了债权意思主义和债权形式主义两种模式。

2007年颁布的《物权法》第20条规定:“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预

告登记。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。”该条文对预告登记加以了规定,将预告登记制度上升到国家立法的层次上,意义重大。对于预告登记制度,我国学界还在预告登记制度的性质、要件和效力等方面存在分歧。对以上问题的研究,将有利于对预告登记制度的正确理解,对维护交易秩序起到积极的作用。

一 预告登记的性质

本登记登记的是物权,而预告登记登记的是债权请求权,这是为世界各国所承认的。在我国,妨

害债权请求权顺利实现所进行的处分行为的性质认定,即预告登记性质的界定,究其为债权,抑或物权,学界有较大的争议。主要的观点有请求权保全制度说、准物权说、债权物权化说三种。

(一)请求权保全制度说

请求权保全制度说认为,预告登记系介于债权与物权之间,兼具两者的性质,在现行法上为其定性实有困难,可认为系于土地登记簿上公示,以保全对不动产物权之请求权为目的,具有若干物权效力的制度。^[1]以王泽鉴教授的观点来看,预告登记因为兼具债权与物权的特征,又不能定性其何种权利为本质的主要的权利的情况下,不能将其明确为债权或者物权,只规定其为请求权的保全途径。这个学说为德国和我国台湾地区所接受。

《德国民法典》第883条第1款对不动产预告登记做出了规定:“为保全旨在给予或废止土地上的权利或对土地设定负担的权利上的权利的请求权……也准许进行预告登记。”由此可以看出,在德国民法中,预告登记是以登记为形式,对于土地上的权利的请求权的一种担保手段。

台湾地区《土地法》第79条之一特别设立了预告登记制度,旨在保全土地权利转移、消灭、权利内容或次序变更、附条件或期限的请求权,简而言之,为保全请求权。由此可见,在德国和我国台湾地区的民法中,都认定预告登记的性质为保全请求权的手段。

杨立新教授认为,预告登记的作用在于保全请求权,使债权请求权具有物权的排他效力,因而成为特殊债权。^[2]从我国《物权法》第20条来看,预告登记旨在保证将来物权的实现,并排除标的物上其他处分行为的物权效力。要依靠登记行为来保证将来物权的实现,就必须使具有相对性的债权请求权因登记而具有对世效力,但法条并未明确预告登记的性质究竟为债权还是物权。进行不动产预告登记的目的,是为了将来顺利的进行本登记。所以本质上,它是对债权请求权的一种保全。^[3]从这个方面来看,我国《物权法》所规定的预告登记的性质与德国和我国台湾地区一样。

笔者认为,虽然预告登记的性质介于债权与物权之间,但是仍然不能以保全请求权的说法将其模糊界定。预告登记的目的在于保全请求权是毋庸

置疑的,但是其性质究竟为债权、物权、物权化的债权抑或准物权,仍然对预告登记制度的完善有重要意义。

(二)准物权说

也有学者认为,预告登记是具有物权性质的债权,可以说是一种准物权。登记使请求权具有了优先实现并排除他人权利的效力,从此点而言,登记后的请求权确实有物权属性,所以认为是一种准物权较为适当。^[4]

笔者认为,从定义来看,物权是指权利人直接支配特定物并具有排他性的权利。^[5]第一,物权具有对世性,即物权人以外的其他人对物权都不能侵害或妨碍。预告登记的行为就是将债权请求权以登记的形式而使具有相对性的债权具有对世性,从而使第三人不能妨碍债权的实现。第二,从预告登记的支配性而言,经预告登记的不动产并不表现为可以依照权利人的意志行使占有、使用、收益、处分的权利。第三,从客体的特定性而言,物权应当为有形的动产或者不动产,预告登记的客体是特定的不动产。第四,物权还具有绝对性,即除遵守法律以外,义务人可以独立以自己的意思表示和行为实现权利,而无需他人的协助。在预告登记中,按照我国台湾地区的物权形式主义模式与物权无因性理论,义务人将不动产进行预告登记之后仍然可以独立以自己的意思表示与他人签订不动产买卖合同,其债权行为是有效的,但其物权行为是无效的,义务人属于无权处分行为,在后的买受人可以依据契约关系对出卖人请求其承担违约责任。即义务人可以独立为意思表示,但其意思表示如果与其已登记内容相抵触,则不能实现权利。第五,物权具有排除他人的侵犯或者妨碍的排他性。因为预告登记制度旨在排除第三人对于已登记的债权请求权的侵害,所以其具有排他性是毋庸置疑的。综上,预告登记制度具有物权的对世性、特定性、排他性,而不具有物权的支配性和绝对性。

准物权是指以物之外的其他财产为客体的具有支配性、绝对性和排他性因而类似于物权的民事财产权,包括海域使用权、采矿权等。但从以上分析来看,预告登记并不具有支配性和绝对性,缺乏构成准物权的必要特征,因此,笔者认为,不应当将预告登记的性质认定为准物权。

(三) 债权物权化说

所谓债权物权化,是指债权具备了物权的某些效力。^[6]在我国学界中,梁慧星教授认为,预告登记的本质特征是使被登记的请求权具有物权的效力,其实质是限制现时登记的权利人处分其权利。^[7]

笔者认为,这种观点的确更能体现预告登记制度设计的目的。首先,预告登记登记的是一种债权请求权而非物权,系买房人请求卖房人转移房屋所有权的权利,因此即便预告登记具有物权的某些效力,其本质仍然为债权。也就是说,此种请求权仅仅是一种债权请求权。而除了此种债权请求权之外,则并不存在以取得不动产物权为目的之物权请求权。^[8]再者,预告登记义务人在有害于保全请求权的范围内所为的处分行为,对预告登记权利人是相对无效的。^[9]预告登记的权利是债权请求权,具体而言就是对于不动产物权变动的请求权。这种请求权是因双方当事人之间的法律行为而产生的,具有相对性,权利人虽然有权请求义务人履行不动产物权变动,但并不能因为登记的行为具有对世性而完全阻止义务人对于不动产的再处分。最后,预告登记之后,买卖双方之间的债权因登记具有了对世性,即第三人侵害债权请求权的行为不产生物权变动的效力,标的物的所有权不因第三人与义务人买卖合同的成立而移转所有权。由此可见,经过预告登记的权利虽然仍为债权请求权,但其具有物权的特征,是债权物权化的代表。

综上所述,究其债权请求权的本质属性和对抗第三人妨害债权实现的特征,可以得出,债权物权化说更符合预告登记性质的要义。

二 预告登记的要件

我国大陆学界对于预告登记要件的讨论较少,《物权法》的条文对于预告登记的规定并不能作为其构成要件认定的依据,而建设部的《房屋登记办法》中虽然对于预告登记制度的规定较为详细,但是亦没有将预告登记的构成要件规范化和系统化。在我国台湾地区的学者中,王泽鉴教授和蔡明诚教授均对其做出了阐述。而笔者认为,预告登记的构成要件有如下几点:

(一) 不动产物权变动请求权存在

不动产物权变动请求权存在系预告登记行为

履行的前提。预告登记的从属性是指,当其保全的债权请求权无效的时候其亦失去效力。例如基于房屋形成的买卖合同关系,针对不动产所有权移转的请求权进行预告登记的时候,如果买卖合同无效,即债权无效的时候,预告登记因丧失基础权利而失效。所以,不动产物权变动请求权存在还要求房屋买卖合同有效,即当事人具有相应的民事行为能力、当事人意思表示真实、合同所规定的事项不违反法律或社会公共利益、合同标的须确定和可能。

按照我国《物权法》的规定,首先,当事人双方需已经签订不动产买卖合同。根据债权平等原则,不管是否在一房二卖情况下签订的合同,其合同均为有效的。权利人与义务人形成债权债务关系的情况下均有权请求义务人履行物权变动的义务。故预告登记的前提为不动产物权变动请求权存在。

(二) 预告登记的权利为可以登记的事项

这一要件由蔡明诚教授提出,预告登记系为登记之准备,但不以必须登记之事项为必要。例如保全使土地权利消灭之请求权得为预告登记,而此等权利之消灭,并不以涂销为必要。惟不得登记之事项,例如承租人之占有转移请求权或对于土地强制执行之忍受请求权,则不得为预告登记。^[10]而在王泽鉴教授的论著中并没有将此归为构成要件。

笔者认为,规定此要件是有必要的。预告登记的权利为可以登记的事项,即为法律法规所允许登记的事项。合同有效尚且需要合同所规定的事项不违反法律或社会公共利益,要成立有效的预告登记,也需要预告登记的事项不违反法律或社会公共利益。除此之外,比较特殊的一点是,可预告登记的事项在我国仅限定为债权请求权,除此之外如不动产的物上请求权等权利均不为可登记事项。

(三) 登记名义人同意

根据我国相关法律规定,预告登记的主体应当为签订买卖房屋或其他不动产物权协议的当事人,具体来说是预购商品房、以预购商品房设定抵押、房屋所有权转让、抵押的当事人。^[11]而根据我国台湾地区的《土地登记法》第137条、第34条规定,申请预告登记应提出登记名义人同意书即印鉴。申请人须为债权人,第三人是双方契约的受益人的时候也可以提出申请。登记名义人为不动产原所有

人或出卖人,或其他不动产物权的转让人。^[12]而登记名义人的同意不同于契约是双方法律行为,准确的说,登记名义人的同意是单方法律行为。我国大陆地区并没有规定申请人系债权人、第三人是双方契约的受益人这两种情况,而是规定为买卖合同的当事人,当事人包括买房者也包括卖房者,不仅买房者有权利申请预告登记,卖房的一方同样有权利进行预告登记。

根据我国台湾地区的法律,登记权利人是买房人,登记义务人是卖房人,在债权人或者双方契约的受益人申请预告登记后,登记义务人再对标的不动产为处分行为的时候,其可以将预告登记推进为本登记。债权人和双方契约的受益人的物权变动请求权因为可能遭受义务人的侵害,所以会为主动保全自己的权利而为预告登记,这是较为合理的。

笔者认为,我国法律中规定预告登记申请人为房屋买卖合同的当事人双方,存在的问题。第一,卖房人作为义务人,并无必要主动申请预告登记以限制自己的权利。第二,法律中并未规定双方契约的受益人可以申请预告登记,那么其作为契约的受益方的利益如何保障,却没有另外的条文予以保护,这形成了法律的空白。例如,甲向乙购买房屋,合同约定丙对于房屋的所有权移转有直接的请求权,丙如果此时无申请预告登记的权利,就有可能对其所有权移转的请求权造成损害。

由此,笔者认为,登记名义人对其所有的不动产有处分权,所以应当尊重其权利,将登记名义人的同意列为完成预告登记的要件,并以同意书等有证明效力的文件为外在形式。

(四)办理登记

王泽鉴教授认为,预告登记为限制登记的一种,系限制登记名义人处分其土地权利所为的登记。登记机关关于登记完毕时,应通知申请人及登记名义人。^[1]我国《房屋登记办法》第九条规定,预告登记具体的程序为申请、受理、审核、记载于登记簿、发证五个环节。但是我国房地产登记部门不统一,仅仅以北京为例,东城区办理登登记的部门为房屋权属登记中心,而海淀区为房屋管理局。机构的不确定性,一方面,使登记的数据分散,难以整合成完整的联网的不动产信息档案,做到物权的公示公信;另一方面,各地办理预告登记的部门不一致,

民众始终难以确定在自身遇到需要预告登记的情况时应当向哪个部门申请。再者,我国大部分地区的房地产登记资料只有房地产登记管理人员、公检法机关和权利人自身可以申请查看,就失去了物权公示公信原则的意义。因此,我国台湾地区的法律强调登记完毕时,应当通知申请人和登记名义人,一则告知债权请求权已受到法律的保护,二则加强了登记的公示公信效力,所以笔者较为支持这种观点。

此外,笔者认为,在预告登记为强制登记的情况下,权利人提出预告登记申请不应当属于预告登记构成要件,而如若预告登记没有强制效力,则权利人提出申请还应当是构成要件之一。笔者认为,在我国《物权法》第20条的条文中可以得出,申请人提出预告登记申请是预告登记的构成要件。其规定“按照约定可以向登记机构申请预告登记”,即预告登记是“可以”进行的而非“必须”进行的,即预告登记没有强制效力。因此,权利人有权选择是否申请预告登记,权利人如果不提起预告登记的申请,那么预告登记将无法进行。但是,笔者认为,申请人提出预告登记的申请不应当被列为预告登记的构成要件。预告登记应当为强制登记,只有其为强制登记才可以避免出卖人隐瞒房屋可预告登记的信息和买受人法律知识缺乏的困难,更好地保护交易的安全。

综上所述,笔者认为,不动产物权变动请求权存在、预告登记的权利为可以登记的事项、登记名义人同意、办理登记这四个要件都符合的时候才能真正实现预告登记。

三 预告登记的效力

(一)权利保全效力

权利保全效力主要是保证债权请求权顺利实现,本登记顺利进行的效力。买卖双方签订房屋买卖合同,合同的相对性决定了合同双方的债权对于第三人没有对抗效力,仅仅依靠相对的债权请求权,无法保障物权变动的实现。而预告登记制度正是以登记的方式,使相对的债权请求权取得排他的效力,从而保护交易的安全。

如果申请人办理了预告登记以后,出卖方依然违反合同义务对不动产进行处分的话,是否其处分

行为当然无效?根据我国《物权法》第20条,其采用的是绝对无效的观点。即在预告登记后,不动产的出卖方如果违反合同义务仍然对标的不动产进行处分的时候,其处分该不动产的行为不发生物权效力。而在《德国民法典》第883条第2款和我国台湾地区的《土地法》第79条中,在权利保全的效力上都强调的是相对无效的原则,认为只有妨碍或侵害请求权而为处分标的不动产的行为,其物权行为才无效,而除此之外的处分是有效的。

对于权利保全效力,笔者认为,应坚持相对无效的原则。首先,预告登记为物权化的债权,如果因为预告登记的对世性而使一切处分标的不动产的物权行为都无效,对于不动产所有人的限制过于严苛。再者,相对无效的原则并不会使妨碍“一房二卖”目的的实现,只是在无效上设定条件。相对无效允许义务人将不动产再行出卖给第三人,或者为第三人设定其他的物权,这样既保障了权利人的债权请求权,又尊重了义务人作为所有权人的处分权利。最后,相对无效还强调,义务人妨碍或者侵害不动产而为处分时其物权行为只是相对于权利人无效,对于其他人是有效的。此时第三人得对抗任何人,但不得对抗预告登记权利人,对预告登记权利人而言,登记义务人仍为所有人,故预告登记权利人仍得请求登记义务人移转其所有权。即当第三人从义务人处取得了标的不动产的所有权,并进行了所有权移转的登记,第三人有理由信赖不动产为义务人所有,所以义务人针对第三人的处分是有效的,第三人可以向义务人请求返还价金和损害赔偿。

(二) 顺位保全效力

顺位保全效力在于不动产债权请求权经过预告登记之后,被保全的权利的顺位由预告登记之时决定,由此防止第三人侵犯,而保证了本登记的顺位,使得物权变动请求权得以实现。所谓顺位,是不动产在不动产登记簿中所登记的先后位置顺序,先进行预告登记的请求权优于后登记的请求权的实现,也只有先登记的权利实现了后登记的权利才能实现。如果说预告登记的权利保全效力是保护的实体权利,那么顺位保全效力则是保全的登记程序上的顺位权利。例如,甲将房屋卖给乙,此时乙对于甲移转所有权的债权请求权的条件尚未成就,

而甲又存在将标的不动产转售给第三人的风险,不仅如此,第三人还可能抢先进行登记,使乙的债权请求权无法实现,于是乙申请了预告登记。等到所有权移转的条件成立的时候,乙可以将预告登记推进为本登记,而本登记的效力也直接溯及到预告登记之时。这样以来,预告登记制度防止了第三人抢先的登记,而起到了顺位保全作用。

《德国民法典》第883条第3款规定:“在请求权以权利的给予为目的的情形下,该项权利的顺位按预告登记予以确定。”《日本不动产登记法》第7条规定“已经进行假登记时,本登记的顺位,依假登记的顺位。”而我国《物权法》对预告登记的顺位效力并没有规定。各个国家和地区对预告登记赋予顺位效力的目的在于:当预告登记转为本登记的时候,其本身所具有的权利顺位也应当归为本登记,即不是依照本登记的日期来确定顺位的,而是由预告登记的日期来确定的,如此才能更好地保障权利人的合法权益。

(三) 破产保护效力

破产保护效力,是义务人破产的时候,虽然权利人的债权请求权的履行期尚未届满或者履行条件尚未形成,但是权利人可以将此标的不动产列入破产财产,在破产管理人进行清算之后,取得标的不动产的所有权,使债权请求权依然得以顺利行使。也就是说,在义务人临于破产时,权利人的债权请求权还可以对抗其他的债权人,从而优先取得破产财产的效力。破产保护效力在德国法中表现为《德国破产法》的第24条:“为保全破产人的土地权利,或破产人所为登记的权利让与、消灭,或权利内容、顺位变更请求权,在登记簿内记入预告登记时,债权人对破产管理人得请求履行。”日本法律中,也规定在假登记推进为本登记之前,如标的不动产被编入破产财产,仍然不妨碍本登记的实现。由此可见,预告登记制度中,当标的不动产的所有权人,即义务人面临破产时权利人得对抗其他债权人的债权,从而保全其债权请求权。

程啸教授认为,预告登记还具有增强效力。预告登记的增强效力是指由于预告登记已经表明了被担保的请求权经过履行后将产生某种不动产物权,因此该请求权被作为该项将来才能产生的不动产物权来看待,具有了与之相同的效力。^[13]但笔

者认为,实际上,这种情况与破产保护效力的情况是一致的,都是对将来才能产生的不动产物权变动请求权进行规制。

有学者认为,预告登记具有预警效力。通过预告登记可以告知潜在的交易方该不动产上已设立具有排他性权利的事实。^[14]但笔者认为,预警效力并不是预告登记特有的效力。第一,物权的公示公信原则决定物权变动的模式,不动产须进行登记,所以不论是预告登记,还是本登记,其都具有对第三人的公示预警效力;第二,本文之前所提到的预告登记的三种效力都包括对抗第三人的预警情形,所以笔者认为,不当应当将预警效力独立列为预告登记的效力之一。

有学者认为,预告登记具有强制执行效力。就推进本登记来说,如果债务人拒绝办理,则债权人有权请求法院强制债务人履行到期义务,进而确保债权人权利的实现。^[4]强制执行效力主要指的是经过公证的债权文书到期不执行的,债权人可以免去诉讼程序而直接申请人民法院强制执行。而预告登记内容并不是经过公证的债权文书,公证和登记是虽然都有公示性,但完全是两个概念。

综上所述,笔者认为,预告登记制度应当具有权利保全效力、顺位保全效力和破产保护效力,而排斥增强效力、预警效力、强制执行效力。

不动产“一房二卖”的现象屡见不鲜,往往导致严重的民事纠纷和法律后果。^[15]随着《物权法》的颁布,预告登记制度作为不动产登记制度的重要制度之一,在现代社会中越来越凸显其稳定房地产交易秩序的功能。然而,预告登记制度就像一把双刃剑,在司法实践中适用得当可以有效防止“一房二卖”等不利于买受人利益和市场交易稳定的行为的发生,运用不当则会损害当事人的利益,所以如何平衡不动产买卖各方的利益将变得尤为重要。笔者认为在实际操作上可以借鉴大陆法系国家或地

区的先进立法及前沿的学术成果,立足国情,将其不断完善和发展,推动《不动产登记法》的颁布。

参考文献:

- [1] 王泽鉴. 民法物权[M]. 台北:兴丰综合印刷有限公司, 2009:114-115.
- [2] 杨立新,宋志红. 预告登记的性质、效力和范围探索[J]. 法学杂志,2006(4):32-36.
- [3] 路 玮. 中德不动产预告登记制度比较[J]. 法制与社会,2012(2):31-32.
- [4] 焦红静,王 彦. 浅析不动产预告登记[J]. 经济论坛,2007(9):132-135.
- [5] 江 平. 民法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2011:220.
- [6] 房绍坤,吕 杰. 创设预告登记制度的几个问题[J]. 法学家,2003(4):63-71.
- [7] 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.
- [8] 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):108-120.
- [9] 常鹏翱. 比较法视野中的预告登记[J]. 金陵法律评论,2005(1):32-40.
- [10] 蔡明诚. 预告登记之意义及效力[J]. 法学杂志,2002(34):127-132.
- [11] 程杜芳. 论预告登记制度存在的问题——从构成要件角度分析[J]. 法制与社会,2010(24):58.
- [12] 郭升选. 论商品房买卖中的预告登记[J]. 政法论丛,2006(6):57-61.
- [13] 程 啸. 试论《物权法》中规定的预告登记制度[J]. 中国房地产,2007(5):9-11.
- [14] 杨唐勇. 浅析《物权法》中的预告登记制度[J]. 广东培正学院学报,2007(2):80-83.
- [15] 陈 光,梁俊菊,刘筱童. 论转型时期民间纠纷的特点及解决机制[J]. 湖南警察学院学报,2012(6):5-10.

责任编辑:黄声波