

## 债权人保护系列专题（六）：不动产抵押权预告登记

### 【摘要】

作为确保不动产抵押权实现的手段，抵押权预告登记在运用于房地产交易的同时，也产生了较多法律适用争议；《民法典》及相关司法解释确立了一套新的抵押权预告登记规则，由此给债权人带来的影响需要结合近年的司法和登记实践进行探讨。

### 一、抵押权预告登记

所谓预告登记，指为确保未来发生物权变动的债权请求权的实现，而向登记机构申请办理的预先登记。<sup>1</sup>在一些不动产交易中，当作为对价或担保的物权本登记暂时无法办理时，当事人可约定先行办

理预告登记这种临时性登记，以确保后续物权变动的实现。作为预告登记的一种，抵押权预告登记在现行法下主要见于全国人民代表大会 2020 年 5 月 28 日颁布并于 2021 年 1 月 1 日生效的《中华人民共和国民法典》（“《民法典》”）、最高人民法院（“**最高院**”）2020 年 12 月 29 日颁布并于 2021 年 1 月 1 日生效的《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）》（法释〔2020〕24 号，“**《物权编解释》**”）、最高院 2020 年 12 月 31 日颁布并于 2021 年 1 月 1 日生效的《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》（法释〔2020〕28 号，“**《担保制度解释》**”）和一系列不动产登记规范。

《民法典》第 221 条	《物权编解释》第 4 条
当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产权属的协议，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。预告登记后，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。	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，应当依照民法典第二百二十一条第一款的规定，认定其不发生物权效力。

根据自然资源部 2019 年 7 月 24 日修订并生效的《不动产登记暂行条例实施细则》（“**《实施细则》**”）第八十五条，以下情形可办理抵押权预告登记：（1）不动产抵押；（2）以预购商品房设定抵押。基于现行不动产登记制度下当事人一般可在签署抵押合同后直接办理现房的抵押权设立登记（下称“**抵押本登**

**记**”），抵押权预告登记很少见于现房，而比较广泛地适用于预购商品房。<sup>2</sup>不过，各地的登记实践可能存在差异。以北京市为例，部分区县的登记机构仅能就预购商品房办理抵押权预告登记；另有部分区县的登记机构认为现房和预购商品房均可办理抵押权预告登记。

<sup>1</sup> 见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（上），人民法院出版社 2020 年版，第 114 页。

<sup>2</sup> 见金俭：《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》，《政治与法律》2020 年第 12 期，第 17 页。

## 二、 抵押权预告登记的设立与失效

### 1. 抵押权预告登记的设立

根据《实施细则》第八十八条，当事人办理抵押权预告登记时，应向登记机构提交主债权合同、抵押合同、当事人关于预告登记的约定等材料。登记机构会在登记完成后核发不动产登记证明、将登记信息载入不动产登记簿并以依申请查询的方式公示。参与不动产交易的第三人在查询登记信息时，即能知晓预告登记的存在。

### 2. 抵押权预告登记的失效情形

根据前述《民法典》第二百二十一条第二款，下列任一情形均会导致抵押权预告登记失效：

- (1) **债权消灭：**合法有效的债权是抵押权预告登记存在的法律基础和目的，故如债权因法定原因消灭（如主合同和/或抵押合同被认定无效等），抵押权预告登记也会相应失效。<sup>3</sup>
- (2) **自能够进行抵押本登记之日起 90 日内未申请登记：**需要说明的是，司法实践对于该条款的具体认定标准存在差异，具体详见下文（本文第三部分第二节）。

## 三、 抵押权预告登记的效力和功能

与抵押本登记不同，抵押权预告登记并不直接设立抵押权，而是保障抵押权取得的临时性预先公示手段，其效力和功能具体如下：

### 1. 限制预告登记抵押人对不动产的处分<sup>4</sup>

《民法典》第二百二十一条规定：“当事人签订买卖房屋的协议或者签订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。”但上述规定显然以房屋产权转让的预告登记为主要规制对象，未充分考虑抵押权预告登记的特殊性。<sup>5</sup>由于《民法典》第四百零六条和相关司法解释明确允许抵押本登记的抵押人在无相反约定的情况下自由转让抵押财产，故基于文义解读，相比于抵押本登记，仅为临时性预先登记的抵押权预告登记更应无权限制抵押人转让抵押不动产，最高法院民二庭亦将这一规范上的矛盾视为制定法上的漏洞。<sup>6</sup>结合《民法典》实施后的司法实践，法院亦多依据前述《民法典》第四百零六条规定认为已设立抵押权预告登记的不动产仍可转让，<sup>7</sup>因此，在实践中，抵押权预告登记在限制抵押人转让抵押不动产方面实际发挥的功能较为有限。但值得注意，目前不动产登记主管部门已允许当事人在办理抵押权预告登记时将禁止或限制抵押不动产转让的约定予以登记，如当事人填写“是”（即存在此类约定），则在抵押不动产发生转让的情况下，须由预告登记的抵押人、抵押不动产的受让人及抵押权预告登记权利人共同申请方可办理不动产转移登记，这将有助于强化抵押权预告登记的上述限制处分权能。<sup>8</sup>相关问题请见本所于 2022 年 5 月 6 日在“君合法律评论”公众号发表的文章《债权人保护系列专题（四）：不动产抵押物转让》。

### 2. 一定条件下，抵押权预告登记权利人对不动产享有优先受偿权

由于预告登记并不产生设立不动产物权的法律效果，而只是增强了债权人实现物权的请求权，故抵押权预告登记权利人可享受的优先受偿权实际上是受到一定限制的。根据《担保制度解释》第五十二条第一款规定，预告登记权利人仅在具备办理抵押本登记所需条件（该等条件具体见下文）的前提下，方能就抵押不动产优先受偿：

<sup>3</sup> 根据《民法典》第五百五十七条、《物权编解释》第五条等规定，债权消灭的事由包括债务履行、抵消、提存、免除（即放弃债权）、混同、合同被认定无效、可撤销等。

<sup>4</sup> 本文中提及的“处分”主要指转让所有权的行为。

<sup>5</sup> 见最高人民法院民事审判第二庭著：《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 454 页。

<sup>6</sup> 见前注 5，第 454 页。

<sup>7</sup> 如(2021)吉 02 民终 499 号判决书、(2021)鲁 1322 执异 16 号裁定书。

<sup>8</sup> 见《自然资源部关于做好不动产抵押权登记工作的通知》（自然资发〔2021〕54 号）第三条。不过，根据我们的了解，部分一线城市区县的登记机构在实操中仍维持“未经抵押权人同意不得转让抵押物”的模式。

### (1) 已完成建筑物所有权首次登记

根据最高院民二庭的解读，建筑物所有权首次登记通常是指房地产开发企业在建筑物竣工验收后办理的所有权首次登记(实践中常称为“大产证”)。

<sup>9</sup>

### (2) 不存在某些特定情形

需要说明的是，前述《担保制度解释》第五十二条第一款并未对该等特定情形作穷尽性列举，仅明确列举了以下情形：(i) 不存在预告登记失效的情形；(ii) 预告登记财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产不存在不一致。上述第(ii)种情形较为直观，目的是避免因登记物不一致而损害第三人交易安全，此处不再赘述。对上述第(i)种情形，如上所述，《民法典》第二百二十一条规定了抵押权预告登记失效的两种情形(见本文第二部分第2节)，但司法实践对如何认定“自能够进行抵押本登记之日起90日内未申请登记”有不同理解，以下简析之：

#### (i) 如何认定“能够进行抵押本登记”：

根据《实施细则》第七十八条第二款，自预购商品房办理房屋所有权登记起，当事人应申请将抵押权预告登记转为抵押本登记。但需要说明的是，上述规定并未明确前述所有权登记是针对特定商品房进行的产权登记(实践中常称为“小产证”)还是针对包括该商品房在内的整体物业项目的产权登记(即大产证)。故在司法实践中，各地法院对于“能够进行抵押本登记”的认定标准存在差异：部分法院认为涉案房屋获得大产证即可视为“能够进行抵押本登记”，而部分法院则认为涉案房屋获得小产证方可视为“能够进行抵押本登记”。<sup>10</sup>此外，最高院的解读还认为，由于实践中预告登记权利人

对“能够进行抵押本登记”的条件是否已经具备可能并不知情，故应以权利人知道或应当知道该等条件已经具备之日起计算登记期限。<sup>11</sup>

#### (ii) 是否考虑预告登记权利人对于“未申请登记”存在过错：

根据国务院2019年3月24日颁布并生效的《不动产登记暂行条例》，抵押权预告登记转为抵押本登记需要双方当事人共同配合。<sup>12</sup>因此，有裁判将当事人是否就未申请抵押本登记存在过错纳入考量范围，认为若抵押权预告登记权利人对无法转为抵押本登记不存在过错(如抵押人经权利人催告仍怠于配合办理抵押本登记)，则预告登记未失效，权利人在满足《担保制度解释》第五十二条第一款规定的其他条件的情况下仍有优先受偿权；<sup>13</sup>但也有部分裁判在认定优先受偿权问题时并未考虑该等因素。

值得说明的是，部分一线城市的登记规范规定，不动产转移登记后，其上的预购商品房抵押权预告登记自动转为抵押本登记，<sup>14</sup>故预告登记失效的风险在这些地区已被实际消减。

### 3. 在破产程序中享有别除权

别除权一般指债权人在债务人破产时不经破产程序而直接就特定财产获得清偿的权利。依《担保制度解释》第五十二条第二款，如抵押权预告登记的抵押人破产，且经审查该不动产属于破产财产的，权利人有权优先受偿，但受到以下限制：**(1) 受偿范围限于法院受理破产申请时不动产的价值范围。**该规定主要是为避免损害第三人在破产后对在建工程继续投入资金而对建筑物应有的权益。**(2) 法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的**

<sup>9</sup> 见前注5，第459页。

<sup>10</sup> 如(2019)最高法民申4607号裁定书认为小产证办理后方具备办理抵押本登记的条件；而(2021)鄂01民终424号、(2021)湘13民终1786号判决书等认为大产证办理后即具备办理抵押本登记的条件。

<sup>11</sup> 见前注5，第460页。

<sup>12</sup> 《不动产登记暂行条例》第十四条第一款：“因买卖、设定抵押权等申请不动产登记的，应当由当事人双方共同申请。”

<sup>13</sup> 如(2018)最高法民申1851号、(2021)鲁02民终14885号、(2020)浙民终739号判决书。

<sup>14</sup> 见《上海市不动产登记技术规定》(沪规划资源规(2021)1号)第14.7.3条。

## 债务设立抵押权预告登记的除外。

需要注意的是，除上述限制条件以外，前述《担保制度解释》第五十二条第一款还规定了抵押权预告登记权利人享有优先受偿权需满足的一般性条件，该等条件是否同等适用于破产情形？最高院民二庭认为，在抵押人破产时，即使预告登记权利人尚不具备办理抵押登记的条件，也可参照《企业破产法》中破产债权加速到期的规定视为该等条件已成就，否则将对预告登记权利人构成不公平。<sup>15</sup>关于“具备办理抵押登记的条件”，如本文第三部分第二节所述，在司法实践中，各地法院对于该条件的认定标准是获得“大产证”还是“小产证”存在差异，从房地产开发实践看，因开发商破产而无法获得“大产证”是较为常见的情形。目前，已有个别《民法典》实施后的案例认为，尚未获得“大产证”的抵押权预告登记在破产程序中也可优先受偿，<sup>16</sup>不过该问题仍有待未来对司法实践的进一步观察。

此外值得说明的一个问题是，抵押权预告登记能否排除司法强制执行？对此，《民法典》及其司法解释未明确规定，但最高院 2020 年 12 月 29 日修订并于 2021 年 1 月 1 日生效的《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》第二十八条第一款规定：“拍卖财产上原有的担保物权及其

他优先受偿权，因拍卖而消灭，拍卖所得价款，应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权，但当事人另有约定的除外。”尽管上述规定并未明确提及抵押权预告登记，但在抵押本登记的权利人都不能排除法院对不动产强制拍卖的情况下，抵押权预告登记的权利人更加不应享有该等能力。

## 四、 结语

作为预告登记制度和抵押制度的结合，抵押权预告登记的法律适用问题因《民法典》和相关司法解释有了一定答案；而新规的具体实施和解读也有待司法实践进一步完善。同时，与抵押本登记相比，抵押权预告登记的效力在诸多方面存在一定限制。建议债权人及时跟进和了解抵押物及其所处整体项目物业的权属登记情况，并在能够办理抵押本登记时尽快办理相应登记手续，从而最大限度地发挥抵押权预告登记的功能。

张莉萍 合伙人 电话：86 10 8553 7768 邮箱地址：zhanglp@junhe.com  
田小影 律师 电话：86 10 8553 7940 邮箱地址：tianxy@junhe.com  
孙 然 律师 电话：86 10 8553 7721 邮箱地址：sunran@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。



<sup>15</sup> 见前注 5，第 458 页。《企业破产法》第四十六条第一款：“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。”

<sup>16</sup> 如(2021)黔 2725 民初 5019 号判决书。