



商品房预售中预告登记制度之质疑

张双根*

目次

- 一、引言
- 二、《物权法》第20条所真正“参引”的立法例
- 三、《物权法》第20条之规范预设模式：商品房预售
- 四、预告登记适用于预购商品房情形时的制度前提缺失
- 五、各缺失要件的补救可能性
- 六、结语

摘要 《物权法》第20条之预告登记制度，在立法、实务与学理上，均认为主要适用于商品房预售情形，以保全预购人的购房预期利益，以及相应的购房融资担保需求。但是对照该条所参考的德国立法例，在商品房预售情形，预告登记之构造，在交易客体（所预售的商品房）、预告登记之载体（不动产登记簿）以及预告登记所预防之对象（债务人之处分行为）三个制度要件方面，均存在缺失与障碍；其中客体缺失最为根本，决定着在现行法框架下，难以克服这些缺陷。因此，将商品房预售视作预告登记制度的规范预设情形，是物权法继受中的一例失误，亟待修正。

关键词 商品房预售 预告登记 在建建筑物 不动产登记簿 处分行为

一、引言

在《物权法》所继受的诸多新制中，第20条规定的预告登记，是一项真正揉进本土化创意

* 北京大学法学院副教授，德国柏林洪堡大学法学博士(Dr. iur., Humboldt-Universität zu Berlin)。

的制度。这是因为，与该条所参引的立法例相比〔1〕，本条不仅在效力构造上有其“特色”〔2〕，更为重要者，就预告登记的适用对象，也就是预告登记所保全的债权性请求权的范围，无论是立法前后的学说见解〔3〕还是不动产登记部门之后的实务操作〔4〕均认为主要针对商品房预售情形，旨在保全购房人依据预售合同所生的请求权。以商品房预售作为预告登记制度的规范模式，站在原有立法例的立场来看，已与其制度初衷相去甚远。法律继受过程中，基于本土化的需要，原本可以且也应允许进行“再创造”〔5〕。不过颇为吊诡的是，预告登记主要适用于商品房预售情形这一结论，在中文文献中不知自何时起即被视为一种理所当然，至于这一“再创造”是否有其正当性，始终未曾有过深入的探讨〔6〕。单是这一认识的形成过程，就值得反思。

再就预告登记制度本身的法律属性来看，在现行民法体系中，预告登记本是一项蕴含“两

〔1〕 显然，在尚无公布“立法理由书”之定制的当下，所谓“本条的参考立法例”，不过是根据同年全国人大常委会法制工作委员会民法室所编释义书的推测而已。依此释义书（注意：以该单位名义所出版的释义书，品种极多，但大同小异，本文仅择一种：《〈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32~33页），其所列参考立法例为：①《德国民法典》（以下简称：“德民”）第883、885条；②《瑞士民法典》（以下简称：“瑞民”）第960条；③《日本不动产登记法》第2条；④我国台湾地区“土地法”第79条之一。

〔2〕 预告登记之效力，非本文主题内容，在此仅略予提示：第20条第一款第2句就预告登记的保全效力，采取“未经预告登记权利人同意的处分行为不生物权效力”的特有构造，已偏离预告登记在德民第883条第二款中的效力逻辑。不过，立法条文表述若不存在致命性错误，尚可经由学说与判例之纠偏努力，使其得以补救。但《物权法》之后，学理与司法尚未待施展解数，随即出台的两个关于不动产登记的部门规章，既已完全束缚其手脚：司不动产登记职责的两个主管部门，将预告登记的效力坐实为登记簿“冻结”——毁预告登记之制者，莫此为甚！其具体规定，见《土地登记办法》（2008年2月1日起施行，第62条第四款）与《房屋登记办法》（2008年7月1日起施行，第68条第一款）。

〔3〕 《物权法》之前以“预告登记”为题的论文，如：王宏、王道昌：“不动产预告登记制度初探”，《法学论坛》2000年第6期，第64~69页；房绍坤、吕杰：“创设预告登记制度的几个问题”，《法学家》2003年第4期，第63~71页；孙鹏：“不动产预告登记”，《法治论丛》2003年第5期，第28~33页；常鹏翱：“比较法视野中的预告登记”，《金陵法律评论》2005年春季卷，第32~40页；杨立新、宋志红：“预告登记的性质、效力和范围探索”，《法学杂志》2006年第4期，第32~36页。

《物权法》之后的论文，如金可可：“预告登记之性质——从德国法的有关规定说起”，《法学》2007年第7期，第108~120页；杨峥嵘：“商品房预售适用预告登记制度之管见”，《法学评论》2008年第1期，第60~64页；侯国跃：“论不动产预告登记——以我国《物权法》第20条为中心”，《河北法学》2011年第2期，第92~96页；物权法专著或教科书，如王利明：《物权法研究》（第三版上卷），中国人民大学出版社2013年版，第350~362页；崔建远：《物权法》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第59~62页；孙宪忠：《中国物权法总论》（第二版），法律出版社2009年版，第346~353页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第103~107页。

〔4〕 参见住房和城乡建设部政策法规司等编：《房屋登记办法释义》，人民出版社2008年版，第306~309页。

〔5〕 参见〔德〕伯恩哈德·格罗斯菲尔德：《比较法的力量与弱点》，孙世彦等译，清华大学出版社2012年版，第97页。

〔6〕 参见前注〔3〕所引文献。新近就商品房或在建建筑物之上能否成立所有权，进而能否进行抵押等，甚有反思者，仅：王荣珍：“论在建建筑物抵押登记的性质与效力”，《学术研究》2011年第11期，第50~55页；何小勇：“预购商品房抵押法律效力问题探讨——以银行债权保护为视角”，《西部法学评论》2012年第1期，第58~69页。



栖”特性的制度，一方面跨越物权法与债权法的分界，另一方面又联结不动产物权实体法与不动产登记程序法，在构造上极为复杂。^{〔7〕}而商品房预售是以未来物（在建房屋）为交易客体的债法关系，若为了保护预购人的交易预期利益，在该交易结构中植入若干物权性因素，尤其是这一物权性效力构造又直接牵涉作为交易客体之在建房屋时，则会直接接触及物权法上物权客体特定这一基本原则的底线。一旦这两个在民法体系构成上本极具“异禀”的制度彼此结合，也就是将预告登记适用于商品房预售，则其所面临的法技术与理论难度，也就可想而知。故自法教义学构造上观之，对这一制度揉合也有审慎思考的必要。

再者，按照官方公布的立法规划，应在2014年6月底前出台不动产登记立法，实施不动产统一登记制度。^{〔8〕}预告登记作为不动产登记之一种，在此次立法之中自不应忽视；而商品房预购在目前又是商品房交易的重要方式，牵涉广大购房人的利益，其预告登记制度就更应得到仔细且审慎地对待。有鉴于此，借不动产统一登记立法之契机，本文特就预告登记与商品房预售之间在理论构成上的关联，展开全面的反思。

论文在结构安排上，鉴于预告登记制度的继受属性，作为分析前提，有必要先行确定第20条所真正效仿的立法例，并分析原立法例中预告登记制度的内容，揭示其在制度构成上的逻辑前提（第二部分）；同时，本文反思既然指向商品房预售，则也有必要先行确定，在我国的立法、实务与学理中，是否以及如何将商品房预售作为预告登记之规范预设模式（第三部分）。在此基础上，揭示将预告登记制度适用于商品房预售，在交易客体（所预售的商品房）、预告登记之载体（不动产登记簿）以及预告登记所预防之对象（债务人之处分行为），这三方面所存在的缺失与障碍（第四部分）。而就这些缺失与障碍，论文在第五部分进一步探讨在现行法体系下，各自有无克服的可能，以最终确定“商品房预售之预告登记”制度能否证立。

二、《物权法》第20条所真正“参引”的立法例

（一）功能比较视角下的定位考察

预告登记（Vormerkung）发端于早期普鲁士法上的“异议登记（Widerspruch）”，从中分流而出，后为奥、德、瑞民法所采纳，嗣又经移植而体现于日本法与我国旧民法（现我国台湾地区“民法”）。^{〔9〕}全国人大常委会法工委民法室释义书所列的参考立法例，除奥地利外，其余四种均作引列。然而，各立法例上的预告登记，虽或同其名，实则彼此各异，差距颇大。因此，《物权法》第20条所规定之“预告登记”，究竟取自或主要取自何种立法例，仍有待深究。如何

〔7〕 关于预告登记性质及其争议，参见前注〔3〕，金可可文，第108～120页；更详尽的阐述可参见 Staudinger/Gursky (2008), § 883 Rn. 328 ff.

〔8〕 2013年3月14日第十二届全国人大一次会议第四次全体会议通过了关于国务院机构改革和职能转变方案的决定草案，在该《国务院机构改革和职能转变方案》明确提出：“减少部门职责交叉和分散，最大限度地整合分散在国务院不同部门相同或相似的职责，理顺部门职责关系。房屋登记、林地登记、草原登记、土地登记的职责，……分别整合由一个部门承担。”，将建立统一的不动产登记制度正式提上立法日程。而国务院的落实规划，参见《国务院办公厅关于实施〈国务院机构改革和职能转变方案〉任务分工的通知》（国办发〔2013〕22号），载 http://www.gov.cn/zwgc/2013-03/28/content_2364821.htm；而最近的国务院常务会议，再次“决定整合不动产登记职责、建立不动产统一登记制度”，参见 http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-11/20/c_118225491.htm?prolongation=1。

〔9〕 较早译源自日文资料之介绍，可参王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第164～183页；预告登记在德国法之沿革，参见 Philipp Heck, Grundriss des Sachenrechts, Tübingen 1930, S. 194.

确定该条所借鉴的立法例，不妨采取比较法方法论上的功能比较思路，着眼于制度功能，比较各制度所欲应对的问题，或者所欲适用的情形。^[10]

考察第20条之表述（“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，……”），则我国物权法上预告登记之主旨，在于保全以房屋等不动产所有权转让以及其他变动为内容之债权性请求权。此即表明，预告登记在我国物权法上是一项辅助性制度，旨在配合物权变动，以保障其效果的实现。而物权变动模式在各立法例上，本就差异极大，且鉴于物权变动制度之重要性，各立法例甚至因此被贴上不同的标签。相应地，处于辅佐地位之预告登记制度，在构成上也就因之而存云霄之别。准此而言，日本法中相当于预告登记之规定，亦即《日本不动产登记法》第2条之“假登记”，因其物权变动之意思主义模式，不动产登记要素在其中仅起对抗作用，^[11]与我国《物权法》规定于第二章第一节之中的预告登记，也就是规定于不动产物权变动采登记生效模式之下的预告登记，性质迥异。既然存在本质性差异，也就难以作为取法之范本，故而日本立法例虽位列其中，但实际上并无“参引”之实，聊备一格而已。

再看瑞士立法例。《物权法》立法前后，乃至现在，就瑞士民法上预告登记制度，系统介述之文献极为少见，故就所列的《瑞士民法典》（以下简称《瑞民》）第960条，《物权法》第20条是否真的有所参照，诚值怀疑。退一步说，即使瑞士立法例在当时确实落入立法者的视野，第20条也未必仿自《瑞民》第960条，这是因为：其一，《瑞民》规定预告登记适用情形的，共计三条，即第959条至第961条。^[12]而此三种情形的预告登记，在瑞士法上并不存在统一的效力构造，且在学理上争点不断。^[13]在如此复杂的制度体系中，取其一截，仅移植其第960条，必伴有割裂其体系关联的风险，立法者谅不致冒然为之。其二，回到《瑞民》第960条本身，该条第一款有三项，分别针对不同情形，适用该条所称之“处分限制之预告登记”。故而，即使说有取法瑞民第960条的印记，也须进一步探究到底是哪一项情形。其三，再运用功能比较的思路，或可确定所借鉴的是《瑞民》第960条第一款第（一）项。^[14]但是，该项规定下的预

[10] 参见〔德〕K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第46页以下。

[11] 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义II：新订物权法》，罗丽译，有泉亨补订，中国法制出版社2008年版，第85~91页。

[12] 《瑞士民法典》第961a条为1994年始生效的新增条文，旨在强调预告登记并不导致“登记簿冻结（Grundbuchsperre）”。但是，瑞民预告登记之这一层效力，在第959~961条各条之第二款，实际上均已揭明，第961a条之新增，实有狗尾之嫌；对此之诟病，参见Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Honsell·Vogt·Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457~977, Art. 961a, N 1 (Jürg Schmid), 2. Aufl. 2003。

[13] 参见Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Aufl. 2003, S. 96 ff.。依该著之归纳，瑞民预告登记之效力，可有三类：①预告登记之典型效力（typische Wirkung der Vormerkung），体现于瑞民第959~961条各条之第二款，亦即“一经预告登记，对其后所取得之权利具有对抗效力”。②预告登记之非典型效力（atypische Wirkung der Vormerkung），体现为瑞士法上特有的“物上债务（Realobligation）”理论，亦即所预告登记之权利或法律关系，依“物上债务”之方式，附着于特定的不动产之上。③预告登记还可具有在登记簿中载明物权关系（尤其是处分权之限制），以便击破第三人善意信赖的功能。而且，此三类效力在具体的预告登记类型中，既可相互结合而同时具备，亦可仅具其一，具体如何，尚须依预告登记之个案而定。

[14] 依前注〔12〕，Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Honsell·Vogt·Geiser (Hrsg.), Art. 457~977, Art. 960, N 3, 9a (Jürg Schmid), 2. Aufl. 2003, 瑞民第960条第一款第（一）项“处分限制之预告登记”所担保的请求权范围，体现为基于买卖合同而生的转让所有权之请求权、基于役权设定合同而生的登记一项役权的请求权、基于担保设定合同而生的登记一项不动产担保物权的请求权等，简言之，主要为以设立物权为其内容的债权性请求权。



告登记,在《瑞民》必须依据法官之命令(richterliche Anordnung),才能申请办理,^[15]这又显然不同于我国《物权法》第20条第一款的适用要件。其四,即便认为确已(有保留地)借鉴了《瑞民》第960条第一款第(一)项,但在瑞士学者自己看来,^[16]在瑞民关于预告登记的所有规定中,恰恰就是该项情形,才与《德国民法》(以下简称《德民》)第883条“预告登记”内容相近,其余的预告登记规定,虽与《德民》之预告登记同其名(均为德语“Vormerkung”),但在性质上截然有别。基于这几项,与其说对《物权法》第20条之形成《瑞民》第960条亦有与焉,莫若说《物权法》第20条直接袭自《德民》第883条,瑞民第960条仅一法条例证而已。这样的判断,或许更接近《物权法》立法时的真实境况。

至于我国台湾地区,亦即其“土地法”第79条之一所规定的预告登记,本就取自德国民法,有自己特色者不多,且在继受过程中,又发生不少偏差。^[17]虽同文同种,有就近取材之便利,但若论借鉴,我国台湾地区立法则非良范,或可用之为反面经验。

综上所述,大体可以确定,《物权法》第20条所引进的预告登记制度,主要取自德国民法。若此论不欺,则就有必要把握预告登记在德国法上的内容与制度前提。

(二) 德国法上预告登记制度的内容

德国民法上预告登记之制度根源,在于其物权行为与债权行为区分原则下,不动产权变动所采取的登记生效主义,或曰强制登记规则(《德民》第873、925条)。申言之,在以不动产权变动为内容的债权性请求权关系中,因债务人仍为所出让不动产的所有权人或其他物权人,且仍登记于不动产登记簿中,一旦债务人嗣后将不动产再处分给第三人,或者债务人的其他债权人就债务人该项不动产权利主张强制执行,则债权人该项请求权即有不得实现之虞,而通过对该请求权佐以预告登记之技术手段,可使请求权人之履行预期获得确保。^[18]不过,在物权与债权严分的德国法体系下,预告登记这一具有“两性特征(Zwitterstellung)”之制度的出现,本就是一个异端,^[19]故为降低或减少其对德民固有体系的破坏力,对其要件与效力构成,在规范设计上极为谨慎细致。^[20]就此,不妨以德国民法教科书式案例,来说明其运作机理与内容:

设V将一块土地以30万元的价格,出卖给K,土地买卖合同已经公证(《德民》第433、311b条),但双方约定,待K已支付买卖价金时,才办理《德民》第873、925条所规定的土地所有权让与合意(Auflassung)与土地所有权转让登记。若在K支付价金前,V又以35万元将

[15] 同上, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Honsell · Vogt · Geiser (Hrsg.), Art. 457 ~ 977, Art. 960, N 6 (Jürg Schmid), 2. Aufl. 2003。

[16] 参见 A. Homberger, Besitz und Grundbuch (Art. 919 ~ 977), 2. Aufl. 1938, S. 248。

[17] 就其预告登记所存在的问题,具体参见卢佳香:“预告登记之研究”,台湾私立辅仁大学1995年硕士论文,第191~203页。

[18] 参见前注[7], § 883 Rn. 3 ff。

[19] 参见〔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419页。德民“一草”原未规定预告登记,二草委员会迫于实务压力,采纳大部分地区践行已久的做法,从而才有现行德民第883条以下之预告登记;就此可参见 Prot. III, 114; 740 ff.; Fuller, Eigenständiges Sachenrecht?, M. Siebeck 2006, S. 99 ff.。

[20] 饶是如此,德国学者仍认为德民中的预告登记规定,乃“漏洞百出(lückenhaft)”;批评激烈者如 Heck 氏,竟挑出多达12处的毛病,参见 Heck, Grundriss des Sachenrechts, Tübingen 1930, S. 198 ~ 203。

该土地转让给 D，且为 D 办理完毕登记手续，则此时 K 在德国法上所能获得的救济，除在极例外情形下，也就是因 D 之行为违反善良风俗而满足《德民》第 826 条之侵权责任要件，从而 K 可要求 D 将土地所有权让与给自己外，K 只能是向 V 主张债务不履行之损害赔偿（《德民》第 280 条第一、三款、第 283 条）。〔21〕

但是，若在 D 登入登记簿之前，K 获 V 之同意或者获得一项假处分命令（《德民》第 885 条），而为自己登入一项预告登记时，则 K 的境况就完全得以改观：虽然 K 的预告登记并不禁止 V 的再处分行为，V 仍可将该土地再转让给 D，D 也仍可以登入登记簿之中——预告登记并不导致“土地登记簿冻结（Grundbuchsperr）”〔22〕，但是一旦 K 支付完毕价金而要求 V 为土地所有权让与合意以及土地所有权转让登记时，则 V 对 D 之土地转让行为显与 K 的请求权内容相抵触，故不生效力（《德民》第 883 条第二款第 1 句）；进一步地，就 K 之所有权取得之登记，因 D 此时是登记所有权人，为贯彻德国《土地登记条例》第 19 条之“在先已登记原则”，《德民》第 888 条又特别规定，K 可请求 D 就 K 的所有权取得登记，作出登记同意，从而 K 得以登入，最终取得其所预期的土地所有权。〔23〕

（三）德国法上预告登记制度构成之逻辑前提

就上述预告登记之要件与效力内容，德国学理均认为其作用机制，在于借助不动产登记技术，使以不动产权变动为内容的债权性请求权，在特定方面获得物权性效力。〔24〕由此也可概括出德国法预告登记在制度构成逻辑上，所应具备的前提条件：

第一，德国法所特有的物权变动上的债权行为与物权行为的区分。一方面，因为这一区分结构，尤其是其中的登记强制规则，使得债权人无法立即随债权而取得物权，从而不得不面临债务人背信的风险；另一方面，债权人所要预防的债务人背信风险，恰恰又是在这一区分结构之下，债务人所为的抵触性处分行为，即债务人的再处分行为。这本是一体之两面，互为因果，二者缺一不可，共同支撑起预告登记制度在实体法构造上的内在逻辑。

第二，预告登记本身也是一种不动产登记，其构造原理，就是利用原本仅适用于不动产权的不动产登记簿，对其进行技术改造，使之扩及适用于债权关系，从而使该债权关系获得若干物权性的效力。准此而言，预告登记制度的构造杠杆，就是现存的不动产登记簿。倘若不动产登记簿尚不存在，那么对该登记簿之利用也就无从谈起，预告登记也就相应地失其构造根基。〔25〕

第三，既然必须有现存的不动产登记簿，那也就意味着必须先有该项不动产的存在。反过来也就是说，必须先有作为物权客体之不动产的存在，才能在其上成立物权，进而才能制备相应的不动产登记簿。这既是物权法上“客体特定原则（Spezialitätsgrundsatz）”的应有之义〔26〕，

〔21〕 Vgl. Alpmann, Sachenrecht 2, Grundstücksrecht, 13. Aufl. 2006, S. 116; 亦参见前注〔19〕, [德] 鲍尔、施蒂尔纳书, 第 415~416 页。

〔22〕 这是德国预告登记制度效力构造的核心所在, 同上, [德] 鲍尔、施蒂尔纳书, 第 418 页。而我国现行规定之问题, 参见注释 2。

〔23〕 同上, 第 431 页以下; Alpmann, Sachenrecht 2, Grundstücksrecht, 13. Aufl. 2006, S. 117。

〔24〕 参见前注〔7〕, § 883 Rn. 3 f., 328 ff。

〔25〕 参见 Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, 2. Aufl. 2006, S. 46 ff.; 同上, § 883 Rn. 104, 328 ff。

〔26〕 参见前注〔19〕, [德] 鲍尔、施蒂尔纳书, 第 65~66 页。



也是不动产登记制度所应遵循的原则^[27]。

这三项逻辑前提中,作为客体之不动产的存在,是基础和核心,决定不动产登记簿的编制,而处分行为则是预告登记之功能指向。只有具备如此的三项逻辑前提,德国民法意义上的预告登记才能得以建构。

三、《物权法》第20条之规范预设模式:商品房预售

上述德国法教科书式案例表明,在德国法上预告登记所适用的,是现房买卖情形。但在我国,预告登记制度自其出现之始,预告登记所针对的,首要是商品房预售情形。为立论之稳妥计,本文仍不惮其烦,梳理该认识与规定的形成过程。

(一)《物权法》之前

《物权法》实施前,在中央立法层面尚未出现预告登记概念,即使涉及商品房预售亦是如此。而肇始于1995年《城市房地产管理法》与(原建设部)《城市商品房预售管理办法》“商品房预售合同登记备案”制度^[28]在通说理论看来^[29],与预告登记制度有着本质差异,因此很难将其视为预告登记制度在我国法上的雏形。这一立场也获得房屋登记主管机关的认同,因为原建设部在《物权法》之后施行的《房屋登记办法》中,第70条第一款就申请预购商品房预告登记所应提交的材料中,仍明确要求提交“已登记备案的商品房预售合同”(第三项)^[30]。换言之,依据《物权法》而来的“预购商品房预告登记”,与原有的强制性的“商品房预售合同登记备案”,仍并行不悖,前者并不取代后者^[31]。

[27] 这一原则体现于《德国土地登记条例》第3条第一款,参见 Staudinger/Raap (2005), § 7 WEG, Rn. 2.

[28] 参见《城市房地产管理法》原第44条(2007年修改后为第45条),《城市商品房预售管理办法》(2001年8月15日修正)第6、10条。

[29] 相关论述参见前注[3],房绍坤、吕杰文,第65页;杨立新、宋志红文,第32页;前注[4],住房和城乡建设部政策法规司等编书,第304~305页。

[30] 住城建部在随后发布的《关于贯彻实施〈房屋登记办法〉的通知(建办住房函[2008]249号)》之(六)中更明确要求“各市、县房地产主管部门应继续做好商品房预售合同登记备案工作。办理预购商品房预告登记时,房屋登记机构应当要求申请人提交已备案的商品房预售合同。”

[31] 由于商品房预售合同登记备案的前提,是须办理预售登记并取得商品房预售许可证(《城市房地产管理法》第45条第一款与第二款参照),再加上预告登记,则在现行法与政策上,就商品房预售,实际上有四种程序并行。这叠床架屋的设计,在法政策上是否合理,不免生疑:自行政管理角度来看(在通说看来,此为商品房预售合同登记备案区别于预告登记的根本点),只要已办理预售登记并取得商品房预售许可证,即可达其目的,再来一道商品房预售合同登记备案程序,有多余之嫌,此为疑问一;如果对商品房预售合同也有“行政管理”的必要,那么只要对现行规则稍加改造即可实现,亦即就预告登记之申请材料,将“已登记备案的商品房预售合同”更改为“商品房预售合同(甚至再加上“商品房预售许可证明)”,而不必另行强制商品房预售合同登记备案,此为疑问二;若预告登记所依据的商品房预售登记(包括商品房预售许可证明)与商品房预售合同登记备案,二者缺其一,是否会影响预告登记之效力,此为疑问三;预售登记与预告登记,仅一字之差,若当事人因不谙法律导致在合同中术语选用不当,则如何确定当事人之真意,在合同解释上又会引发疑问,此为疑问四。申言之,因功能与宗旨之差异,新旧制度仍得并行,本无可诘难,但上述疑问却揭示,并行之际在技术细节上的妥当设计,仍有待探讨。

真正《物权法》意义上的预告登记，先来自于地方立法及其实践，如上海市、天津市、山西省、南京市、广州市、无锡市等地，在《物权法》之前所出台的房地产登记立法中，已使用预告登记概念。^[32] 考察这些地方立法即可发现，引进预告登记制度之主旨，在于解决商品房预售中预购人所遭受的预售人“一房数卖”的风险，亦即预告登记在适用范围上重点在于商品房预售领域^[33]。这不仅与理论界就引进预告登记制度之论证理由合拍，而且也与其时各学者《物权法草案》的立场相吻合。^[34]

（二）《物权法》自身

至《物权法》时，第20条虽未明指商品房预售，但其后的释义文献或专著，在阐述该项制度之立法意旨时，大多认为“预告登记的功能是限制房地产开发商等债务人处分其权利，……比如，老百姓购买预售的住房……”，即沿袭此前对预告登记功能定位上的认识。^[35]

不过更直接的证据，恰在该条自身。该条第二款就预告登记的消灭，以“自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记”，作为一项主要消灭原因。这一预告登记消灭原因的规定，在各立法例中颇为罕见。^[36] 而之所以有此另类规定，其原因正在于，一旦将预告登记适用于商品房预售，那么在商品房将来建成，房地产开发商办理所有权初始登记并取得“大产权证”时，按照我国现行法的逻辑，则此时已不再属于商品房预售，^[37] 而是转变为现房销售，从而针对商品房预售所办理的预告登记，也就失去存在意义。面对这一结果，《物权法》立法者如若将商品房预售之预告登记贯彻下去，就不得不有所应对，而其对策就是将其纳入失效范畴。至于这“三个月”期限，则直接移自《城市房地产开发经营管理条例》第33条与《城市商品房预售管理办法》第12条关于预购人在商品房交付后应办理权属登记的期限规定^[38]，即直接带有现行

[32] 具体阐述参见前注〔4〕，住房和城乡建设部政策法规司等编书，第302~303页。

[33] 如2008年修订前的《上海市房地产登记条例》，其预告登记甚至仅适用于“房屋尚未建成”时的预购商品房及其转让等情形。

[34] 参见中国物权法研究课题组（课题组负责人梁慧星）：《中国物权法草案建议稿，条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第35~37条；王利明主编：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2001年版，第31条。其中后者将其条文名称定为“房屋预售登记”，并以此来理解“预告登记”（第198页以下）；而前者虽在条文表述上模仿《德国民法典》第883条以下之规定，但在立法说明上却称“由此可见，预告登记对解决住房预售这样一些敏感的社会问题有着特殊的作用”。

[35] 参见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；以及前注〔3〕所揭《物权法》之后的文献。

[36] 德国法情况参见前注〔19〕，〔德〕鲍尔、施蒂尔纳书，第441~443页；在我国台湾地区预告登记制度中，亦未见类似规定或学理论述，参见王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社2010年版，第91~94页。

[37] 所谓“商品房预售”，依《城市商品房预售管理办法》（建设部2001年8月15日修订）第2条之定义，仅指房地产开发企业将正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人支付定金或房价款的行为。

[38] 《城市房地产开发经营管理条例》（国务院令〔第248号〕1998年）第33条：“预售商品房的购买人应当自商品房交付使用之日起90日内，办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续；……”；《城市商品房预售管理办法》第12条之表述基本雷同。而现在的《房屋登记办法》第68条第二款（“预告登记后，债权消灭或者自能够进行相应的房屋登记之日起三个月内，当事人申请房屋登记的，房屋登记机构应当按照预告登记事项办理相应的登记”），在表述上基本不脱前二者的逻辑。



商品房预售规定的烙印。^[39]

(三)《物权法》之后

之后出台的《房屋登记办法》在第67条就预告登记的适用情形规定有四项，而前两项都是针对商品房预购，亦即预购商品房之预告登记与预购商品房抵押之预告登记，从而该《办法》在登记规则方面，进一步落实《物权法》关于预告登记的规范预设。

四、预告登记适用于预购商品房情形时的制度前提缺失

上述梳理也显示，以保护商品房预售中预购人之利益，作为预告登记之规范预设目的，在整个立法过程中，乃至于现在，始终不见深入探讨与反思。预告登记真的可以当然地、毫无障碍地生长于商品房预售这片土壤中？不妨依上文所揭示的预告登记在德国法上的三项逻辑前提，就预购商品房之预告登记，一一予以检视。而预购商品房抵押权之预告登记，为商品房预售交易的延伸，不妨在最后予以集中剖析。

(一)所预售的在建商品房并非不动产——物权客体缺失

在商品房预售合同签订时，乃至在办理所谓的预购商品房预告登记时，作为买卖标的之“商品房”，尚在建造之中。此为不争之事实。尚在建造之中的房屋或建筑物，虽然可以成为物，但至多只是动产（建筑材料），不能成为不动产，尤其是建筑物意义上的不动产。^[40]因此，所谓商品房预售，实际上是关于目前尚不存在之不动产的买卖，属于未来物买卖合同的一种。虽然买卖标的是未来物，但在我国因所有权变动不采意思主义，商品房预购合同的法律效力，不

[39] 这一预告登记失效制度的设计，至少自一个侧面反映出将预告登记之适用于商品房预售，立法者在思虑上的漏洞百出与左支右绌：第一，按其所谓的“商品房预售”概念的逻辑，商品房预购预告登记之失效，应该是在商品房建成时或至迟在开发商取得大产权证时，而不应在三个月之后。如此一来，在这“三个月”之内的预告登记，在法律上又该如何定性呢？第二，在商品房预购中，房屋建成后，预购人申请办理房屋权属登记时，所凭的也只是原有的商品房预售合同，并不因为房屋之建成而须另签一份房屋（现房）买卖合同。既然房屋建成之前后，预购人所依凭的合同不变，其买受人地位也不发生变化，为何作为保全其买受人权利之手段的预告登记，却要随房屋之建成，而要发生“生死之变”呢？第三，退一步说，即使预购人单方能够办理正式的本登记，预购人是否及时办理，也应是预购人私权决定事项；立法者纵然基于不动产登记管理与规制，须制裁此等怠于办理登记的行为，那么也只能采取其他的制裁措施（如加收相应的登记费用等），而决无直接宣布预购人“失权”之理由。

由此可以看出，冒然将预告登记用于商品房预售，在法理上本就不牢靠；接着因“商品房预售”概念的奇特逻辑，又以三个月期限之失效制来仓促应对。真可谓以一个错误来施救另一个错误，终至万劫不复之境。而“三个月期限”规定一出，留给学理的任务，就是须绞尽脑汁来参究这一期限的法律性质，遂有“除斥期间”等说法（简要论述可参见前注[3]，侯国跃文，第96页）。而这在本文看来，本就是一个错误，实无深义可言。

最后再提一点：如果说《物权法》针对商品房预售预告登记所设置的这一“逾期失效”规则，倘能用其特有——尽管是错误——的逻辑来圆通，那么《土地登记办法》第62条第三款就土地权利转让之预告登记，照搬这一规定，就错得离谱了：土地权利无从“预售”，怎可能会有所谓“自能够进行土地登记之日起”的说法呢？退一步说，假定所指的是出让人在尚未取得自己之土地权利及其登记之前，就先行转让其土地权利的情形，那么既然出让入自己此时尚未登入登记簿，又怎可能为受让人办理一个“预告登记”呢？

[40] 此几为通说，参见前注[36]，王泽鉴书，第42~43页；前注[6]，王荣珍文，第50~51页；至于将在建房屋视为“与不动产相当”的观点，参见下文注释79处正文。

存任何疑问。^[41] 易言之，基于商品房预购合同，预购人已有效取得针对预售人（开发商）的一项债权性请求权，只是不同于现物买卖中买受人之权利，该项请求权的内容为请求将来才建成之房屋的交付与所有权转让。^[42]

不过，尽管预购人之请求权现实且有效地存在，但由于房屋将来才能建成，故在合同签订时或在欲办理预告登记时，并不存在独立且特定的不动产（商品房）。尽管已建成之房屋在我国乃独立之不动产，但就未建成之在建房屋，按照物权客体特定原则，^[43] 预售方（开发商）也不可能在其上成立独立的不动产所有权。作为客体之房屋的缺失，这是将预告登记适用于商品房预售所面临的最根本的障碍，并决定着下述两个前提在构成上的障碍。

（二）无既存之不动产登记簿——构造杠杆之缺失

既然不存在不动产意义上的房屋，预售方也不可能在其上成立独立的不动产所有权，那么在登记簿编制采“物的编成”体例之现行不动产登记制度下，不可能为其编制一个独立的房屋登记簿，房屋登记簿之制作只能针对已建成之房屋。^[44] 这也意味着在商品房预售情形，欠缺一个相对应的现存的不动产登记簿，从而作为不动产登记之一个种类的预告登记，也就缺失其得以构造的技术杠杆，预告登记无从附丽。^[45]

按理说，既然《物权法》将预告登记作为一项重要制度加以引进，那么住建部其后有关房屋登记的规章在落实预告登记之登记程序时，就预告登记制度的这一核心构件，这一无论如何也绕不过去的问题，应该给出明确答案。但很遗憾，检索其各项规定后所能获得的，只是预告登记应登记在房屋登记簿之“其他状况部分”，以及房屋登记机构发放相应的“预告登记证明”（《房屋登记办法》第25条第三款、《房屋登记簿管理试行办法》第10条）。但是，其所称的“房屋登记簿”仅针对已建成的房屋，而尚在在建的商品房，又何来“登记簿”？^[46] 预告登记本是借助不动产登记簿来保全债权请求权的效力，兼及保护不动产交易之安全，现在无登记簿可供附丽，或者无从知晓“登记簿”之何在，又从何谈起其公示功能？

[41] 在采物权变动意思主义之立法例如法国，未来物买卖合同之构造，乃一大难题；就此可参见 Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Band 2, 2. Aufl. 1986, S. 83 ff.

[42] 实务及学理上，也有学者将预购人之权利，定性为一项“期待权”；就此参见前注[6]，何小勇文，第58~63页；王荣珍文，第52~53页；孟祥沛：“论中国式按揭”，《政治与法律》2013年第5期，第88页以下。但是，预购人之债权已有效成立，本就是既得权，何劳降格为“期待权”？如果所指乃是对房屋将来建成之“期待”，那么首先也应该是开发商的“期待”，预购人谈何“期待”？

[43] 尽管通说在阐释物权客体特定原则，只是指出物之特定性要求，未明确强调作为客体之物必须存在，但在本文看来，此为物权客体特定原则的应有之义，以致无待赘述。通说可参梁慧星、陈华彬：《物权法》（第5版），法律出版社2010年版，第50~52页；前注[36]，王泽鉴书，第41~42页；前注[19]，〔德〕鲍尔、施蒂尔纳书，第65~66页。

[44] 现行房屋登记立法虽未明确这一原则，但由其相关规定，可以基本确定；参见《房屋登记办法》第2、8、10、24、30、31、62条；《房屋登记簿管理试行办法》（住建部2008年）第2、5、6条。

[45] 此一构造障碍，学者也已有认识，参见李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒：《不动产登记程序的制度建构》，北京大学出版社2005年版，第439页（常鹏翱执笔）、第452页（叶金强执笔）；程啸：“不动产登记簿之研究”，《清华法学》2007年第4期，第76页。

[46] 类似问题也存在于其后的地方立法中，如《济南市房屋登记条例》（2009年5月1日起施行）、《重庆市土地房屋权属登记条例》（2012年10月1日起施行）。



(三) 债务人无从实施再处分行为——实体法前提之缺失

同样因为客体不动产之缺失,预告登记所欲防范的债务人再处分行为,在商品房预售情形,也无法建构。无法建构的原因,并非因为多数学者对物权行为理论的排斥。退一步说,即便如同德国法采行物权行为制度,也就是将第20条第一款第2句所称“处分该不动产”之行为落到实处,也仍无法建构商品房预售人(开发商)的再处分行为。其道理在于,物权法所贯彻的客体特定原则,不仅要求物权仅能成立于特定的单个物之上,而且也要求就物权人所为之处分行为,须针对现实的特定的物权。^[47]在商品房预售中,商品房尚未建成,在其上不可能成立所有权。既然开发商就尚在建造的“商品房”无从享有所有权,那么开发商在签订商品房预售合同后一直到“商品房”建成之前,也就无从实施让与所有权、为他人设定抵押权等处分行为,而至多只能实施与该“商品房”有关的债法行为。也就是说,如同开发商只能与预购人签订该“商品房”预购合同,无法立即为其转让所有权一样,开发商与其他买受人之间也只能签订债法性质的买卖合同(即所谓的“一房两卖”或“一房多卖”),或者约定设定抵押权的债法合同。既然在商品房预售中,在该“商品房”建成之前,开发商在实体法制度层面上无法实施处分行为,那么预购人也就可能遭受因该处分行为所导致的债权内容无法实现的风险,进而为保全其利益而导入的预告登记制度,实际上也就成为无的放矢。

论者或谓,就各单独的商品房,虽然开发商无法进行处分,但是就开发项目之整个楼盘或者在建工程,开发商为了融取建设资金而向银行贷款时,可以为贷款银行设立“在建工程抵押权”。这不仅为《物权法》所明定(即“在建建筑物抵押”,第180条第一款第(五)项、第187条),亦为登记主管部门所认可(《城市房地产抵押管理办法》第3条第五款、第11条、第28条、第34条第二款,《房屋登记办法》第59~62条),更为房地产开发实务之惯例。而且,一旦设立有在建工程抵押权,那么开发商在进行预售时,在实务做法中常要求须事先取得抵押权人(即贷款银行)的同意,进而以预售所得价款向银行提前清偿或提存,以消灭其建设工程抵押权。^[48]前者之在建工程抵押权,就是一项对尚未建成之建筑物的处分;后者之开发商预售行为,也是按照处分行为的逻辑来对待的。

就此质疑,本文认为:第一,在建工程抵押权在性质上,是否仅是单纯的“在建建筑物”上抵押权,值得怀疑。对此下述再作申论。第二,至于开发商预售前须取得抵押权人的同意,是否导源于《物权法》第191条限制抵押人转让抵押物之规则,^[49]更值得斟酌。撇开《物权法》第191条规则在法教义学上所存在的问题不论,单就开发商预售行为而言,该行为只能是债权性行为,无论如何也不能算作处分行为,因而也就不能以此为据并经《物权法》第191条,来为这一实务做法的正当性背书。之所以不在商品房建成并向预购人转让所有权时,而是提前至商品房预售时,就要求取得抵押权人的同意,其原因在本文看来,一来是因为开发商通过预

[47] 具体参见前注[19], [德]鲍尔、施蒂尔纳书,第65~66页;准此而言,此种意义上的“客体特定原则”,实际上并非物权法所独有,而是所有处分行为所应遵循的原则,参见Jan Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, S. 11 f.

[48] 地方性规定,如《重庆市土地房屋权属登记条例》第46条第二款(“已进行在建工程抵押权登记的开发项目进行商品房预(销)售,应当经抵押权人书面同意。商品房预(销)售所得价款应当依法向抵押权人提前清偿债务或者提存以消灭抵押权”)、北京《房屋登记工作规范(试行)》(京建权[2008]827号,2009年2月20日实施)第2.9.6.1条;相关阐述可参程啸:“《房屋登记办法》中在建工程抵押权登记的理解与适用——《房屋登记办法》研讨之四”,《中国房地产》2008年第7期,第18页;前注[42],孟祥沛文,第96~97页。

[49] 持此论者,如同上,程啸文,第18页。

售所回笼的资金，也必须用于工程的后续建设，与通过建设工程抵押所融取的资金目的重合，从而有必要释放建设工程抵押，以避免开发商囤资，进而遏制相应的资金风险；二来不利于满足认购人融资购房的担保需求，也就是与下述所谓的“预购商品房抵押权”产生纠葛。至于因此而提前满足《物权法》第191条的要件，则是其附带所生的效果，绝非这一实务做法的原因所在。

（四）矛盾之集中体现——预购商品房抵押权及其预告登记

在目前，认购人为购房通常需要向银行贷款融资，而融资担保的手段，似乎可以比照现房买卖的模式，将所预购的商品房抵押给贷款银行。如此遂产生“预购商品房抵押权”（俗称“期房抵押”），以及为保全该抵押权的“预购商品房抵押权之预告登记”。因此，以预购商品房来“抵押”，是商品房预购交易的进一步延伸与利用。但是，如果说在商品房预售交易环节，商品房预售合同的效力尚不存问题，那么在这一交易延伸环节，其最大的疑问，进而决定其预告登记能否成立的，则是这一预购商品房抵押权，到底能不能称得上“不动产抵押权”。就此不妨分两个层面来考察，即规范层面与实务操作层面。

1. 规范层面的考察

预购商品房抵押权始见于1997年原建设部的《城市房地产抵押管理办法》（2001年修订，第3条第四款、第20条、第27条、第34条第二款），嗣后并获得司法实务的认可（《担保法司法解释》第47条）。因此自时间上看，预购商品房抵押权这一贷款担保方式，基本上伴随我国个人住房市场化的全过程。^[50]《物权法》之后的《房屋登记办法》，继续认可预购商品房抵押权制度，只不过在登记技术处理上，将其纳入预告登记中（第67条第（二）项、第71条）。

蹊跷的是，就这一乍看之下极为流行且极为重要的担保手段，在2007年的《物权法》立法中，并未见任何明文规定。^[51]这在物权法定原则下（《物权法》第5条），单是这一点，就足以令人质疑这一抵押权种类的正当性。若进一步分析其在规范层面的构造，则这一抵押权在法教义学上更是无从证立。申言之，依《城市房地产抵押管理办法》第3条第四款，所谓“预购商品房贷款抵押，是指购房人在支付首期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”由这一表述可以看出，其构造完全是比照现房抵押权而来。但问题是，在现房抵押中，买受人所抵押的，是其已取得所有权的房屋；反之在商品房预购情形，商品房尚未建成，其上不可能成立所有权，不仅开发商没有，认购人更无从享有。认购人连所有权都没有，又如何能为贷款银行设立一个由所有权派生出的抵押权？因此，“以预购商品房设定抵押权”本身就是一个错误逻辑，“期房抵押”是生搬硬套“现房抵押”而造出的错误概念。一言以蔽之，在所预购的商品房上，无由成立不动产抵押，至少不能成立我国《物权法》意义上的抵押权。^[52]

[50] 相关数据分析，可参何小勇、姜俊：“预购商品房抵押法律效力的思考”，《行政与法》2012年第1期，第104~105页。

[51] 不少学者认为《物权法》第180条第一款第（五）项之“正在建造的建筑物”抵押权，也包含“预购商品房抵押权”，如王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，人民法院出版社2007年版，第460页；前注[48]，程啸文，第16页。但在本文看来，即便就“预购商品房抵押权”之法律性质不采债权质权思路，也难以将其与在建工程抵押权等列，因此难以纳入该项规定中。

[52] 虽然我国在引入这一“抵押权”时曾受香港地区“楼花按揭”制度的影响，但在法律性质上仍有别于后者；相关论述可参蒋万来：“评我国房地产业界对‘按揭’的曲解”，《法学》2004年第6期，第74~79页；前注[42]，孟祥沛文，第88~91页。



进一步的问题是, 预购人能否利用其商品房预购交易之成果, 来为其贷款融资提供担保呢? 如果可以, 则又是何种属性的担保呢? 如上所述, 在商品房建成之前, 预购人通过商品房预购所获得的交易成果, 仅体现为基于商品房预购合同所产生的债权性权利。^[53] 预购人所取得的这一债权请求权, 在当事人无特约排除时, 原则上可以用来充当担保手段, 但在物权法定原则下, 其所能成立的担保物权, 也就必然只能是债权质权。^[54] 因此, 如果将商品房预购交易进一步延伸至担保融资环节, 那么在现行制度体系下, 其唯一的构造可能性, 就是债权质权。^[55]

既然预购商品房“抵押权”的法律性质,^[56] 在现行法背景下只是一种债权质权, 并不属于不动产物权, 那么这种“抵押权”自身, 也就根本不享有不动产登记能力,^[57] 根本不可能进行登记。“抵押权”连其自身都不能登记, 作为担保其取得之手段的预告登记, 又何以能登记?^[58] 这也意味着, 相较于预购商品房之预告登记, 预购商品房“抵押权”之预告登记在制度构成上, 除照单全收前者的全部缺陷外, 又多出一个致命缺陷: 所欲保全之债权请求权的内容, 并非一项不动产物权之变动。

实际上在《城市房地产抵押管理办法》中, 就所谓“预购商品房抵押权”的登记, 也只是要求“登记机关应当在抵押合同上作记载”(第34条第二款第1句), 并非真的在某种不动产登记簿中进行登记——此时还存在不动产登记簿呢! 后来的《房屋登记办法》虽然将其列入预告登记序列, 且要求先须进行预购商品房预告登记(第71条第(五)项), 但如同预购商品房之预告登记, 其“登记簿”何在, 在规范层面上仍无从得知。

2. 实务操作层面的考察

规范层面上的定性错误, 导致银行担保贷款实务操作上的五花八门, 其直接体现, 就是各家银行贷款担保格式合同中, 就这一“抵押权”常各有各的称谓。^[59] 而且其预想的交易模式与真正的实务操作, 并不尽然相符。具体来说, 着眼于上述规范层面的理解, 其交易环节似乎应该是: 首先, 购房人与开发商签订商品房预售合同后, 缴纳一定比例的购房款作为首付款; 其次, 再与银行签订借款合同; 与此同时, 与银行签订预购商品房抵押合同, 以预购的商品房作为抵押贷款的担保; 最后, 在房屋登记机关办理“抵押合同记载”, 或者现在的所谓“预购商品

[53] 也有学者基于“预购人期待权”逻辑, 将“预购商品房抵押权”转换成所谓的“期待权担保”, 进而纳入不动产抵押体系, 如同上, 孟祥沛文, 第93~95页。此说之不妥, 在于“预购人期待权”之前提错误。

[54] 相同见解亦参见前注[52], 蒋万来文, 第77~79页。

[55] 退一步说, 即便是现房买卖情形, 在买受人尚未取得所有权登记, 而仅是其债权请求权之预告登记(《房屋登记办法》第72条参照)时, 买受人也无法立即为其贷款银行设立一项该房屋抵押权, 而只能以该请求权为客体设立债权质权。现房买卖尚且如此, 遑论房屋尚未建成之商品房预购!

[56] 关于其性质的其他学说主张, 可参见前注[45], 李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒书, 第448~451页(叶金强执笔); 前注[52], 蒋万来文, 第77~79页; 前注[42], 孟祥沛文, 第91~93页。

[57] 关于不动产登记能力, 可参见前注[19], [德]鲍尔、施蒂尔纳书, 第289~295页。

[58] 再与现房买卖做比较: 纵是现房买卖, 在买受人仅有债权请求权之预告登记时, 也无从为他人设定一项房屋抵押权并进行预告登记。由此揭示预告登记制度所遵循的一项重要原则, 即“请求权内容所指向的物权变动, 须以将来之不动产物权为基础时, 对该请求权不得进行预告登记”; 参见 Heck, Grundriss des Sachenrechts, Tübingen 1930, S. 195; Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, S. 827 f.

[59] 具体参见前注[42], 孟祥沛文, 第89页; 对这一制度在实务层面的反思, 可参见前注[6], 何小勇文, 第58~69页。

房抵押权预告登记”。但在实务操作上：

第一，如上所说，开发商在预售前一般已设定在建工程抵押权。虽然“预购商品房抵押权”在本文看来仅是一种债权质权，但在将其理解为不动产抵押权或类似不动产抵押权的思维定势下，就会产生同一标的物上两个不动产抵押权的并存问题——尽管是一个伪问题。^[60]若开发贷款与预购人购房贷款由同一个银行发出时，因为抵押权人同一，尚不致有疑问，但是若分属不同的银行，则预购人贷款银行的所谓“预购商品房抵押权”在顺位上就处于劣势。这对有抵押贷款率（最高一般为70%）要求的银行来说，显然是不能接受的，从而会要求在期房抵押之前，取消或注销建设工程抵押，^[61]其结果不免增加期房抵押的设立难度。

第二，即使已办理了所谓的“预购商品房抵押权”，预购人贷款银行也并不满足于此，而是进一步要求开发商同时承担所谓阶段性连带责任保证担保，以担保预购人正式取得所购房屋所有权之前贷款债务的履行。^[62]在操作方法上，开发商在预售之前与选定的银行签订《房地产抵押贷款合作协议》，开发商按协议须在银行开立贷款保证金账户，并存入一定比例的保证金，从而在协议项下某一商品房抵押贷款发生逾期或违约，则银行有权从该保证金账户直接扣除相应款项，而开发商有义务及时补足保证金。^[63]如此一来，自担保的便利与实际有效性上，在房地产开发阶段，也就是预购人取得房屋所有权登记之前，银行更倾向于开发商所提供的保证担保，而所谓的“预购商品房抵押权”，基本上蛰伏不动。退一步说，即使真到了须强制实现该“预购商品房抵押权”的地步，贷款银行也无从执行尚未建成的商品房，而只能执行预购人手中持有的基于商品房预购合同所生的债权性权利；换言之，一旦至此境地，则其债权质权的本质属性，也就暴露无遗了。

因此，如果自实务操作层面来考察，则规范制定者所提供的“预购商品房抵押权”这一担保手段，对贷款银行来说并不是一个很好用的法律工具。实际上对贷款银行来说，在商品房建成之前这一担保手段所具有的意义，主要在于确保在商品房建成且预购人取得所有权登记后，这一所谓的“抵押权”能自动地转为该房屋上的抵押权，也就是转为现房抵押。这一点自开发商所提供的阶段性连带责任保证之保证期间的届至期约定，即可得到明证，因为开发商的这一

[60] 若定性为债权质权，则原则上不产生同一标的物上的担保权利并存问题。不过，因债权有赖于债务人之履行行为，从而在债权质权中也存在类似的保全需求，尤其在作为质权客体之债权以不动产权变动为其内容的情形；对此问题，在德国法中，现房买卖之买受人在就其请求权为预告登记，同时又将该债权设定质权时，则可将债权质权在土地登记簿上该预告登记处进行“债权质权之附注（Verpfändungsvermerk）”，甚至还可采取其他登记程序措施，以保障其债权质权，但是此种“附注”在法律性质上并非预告登记本身，不过是纯粹的登记技术手段，而且必须有现存的土地登记簿可供操作。对此可参〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），王洪亮、申卫星译，法律出版社2006年版，第742～743页；MüKoBGB/Damrau, § 1274, Rn. 30 ff. Aufl. 6, 2013。

[61] 参见前注〔6〕，何小勇文，第65页；前注〔42〕，孟祥沛文，第96～97页；体现于地方性规定的，如北京《房屋登记工作规范（试行）》（京建权〔2008〕827号，2009年2月20日实施）第3.3.4条。

[62] 参见雷兰：《商品房预售法律问题研究》，知识产权出版社2007年版，第130～133页；周胜编著：《房地产投资与开发法律实务》，法律出版社2012年版，第271～274页；前注〔6〕，何小勇文，第59、61页；前注〔42〕，孟祥沛文，第88页以下（该文甚至以此作为“中国式按揭”的重要特征或标记，这一点值得商榷，因为开发商的这一保证责任，终究不是法定性担保责任，从而难以构成其必然要素）。

[63] 具体参见同上，孟祥沛文，第96页；亦参见同上，周胜编著书，第271～274页。



保证责任,通常均约定至贷款银行取得商品房建成后的抵押登记时为止。但是,一旦将其功能定位于此,则将其定性为债权质权的思路,同样也能达到这一目的,因为预购人所取得的房屋所有权恰是该债权之给付内容,在法理上构成该债权之代位物,从而适用担保物权之物上代位原则。^[64]

五、各缺失要件的补救可能性

上述剖析表明,预告登记制度得以构成的三项逻辑前提,在商品房预售关系中,尤其在预售商品房抵押情形,无一不缺。这几乎意味着,将预告登记适用于目前的商品房预售交易,是彻头彻尾的错误。有无解救可能?论者或谓,既然缺失的是前提,那么在立法上创造相应的前提条件,即可解救这一构造困局。立法者果真能具有如此的创造力?就此不妨依各前提条件在创造上的难易程度,由易而难,逐一予以分析。在此之前,须再次审视引入预告登记所预设的功能,因为预设功能之正当性,决定其制度设置的正当性。

(一) 商品房预售中引入预告登记的功能预设

在商品房预购情形,引入预告登记的目的,在于预防开发商一房两卖或数卖,避免预购人最终不能取得房屋所有权;若不考虑客体因素,则预购人处境况与需求,与现房买卖之买受入情况,恰相吻合,因此动用预告登记手段,也应有同样的正当性。以所预购商品房来抵押贷款,为购房进行融资,是大多数购房者的首选方案,是不容否认的现实;而银行放贷,自然需要借款人提供担保,因此要求抵押权(预告)登记,也是理所当然。

功能预设尽管有这些正当性,但倘若在现行法律制度资源中,其功能已为其他制度所实现,则预告登记手段仍无引入必要性。实际上自有商品房预售模式以来,鉴于其特有的交易风险,各种管制措施一直不断。^[65]前文所提及的商品房预售登记、商品房预售许可证以及商品房预售合同登记备案等制度,其很大一部分功能即在于遏制开发商一房多卖的投机行为。只不过这些行政管理措施不能直接发生私法性效果,难符当事人的期待,而且也无法作用于预售商品房抵押情形。至于近年来各地所推行的商品房预售“网上签约”制度,^[66]借助网签技术手段,使开发商就同一商品房难以签订两个或数个预售合同,从而在遏制开发商“一房多卖”的实际效果

[64] 可参见 MüKoBGB/Damrau, § 1274, Rn. 32 f. Aufl. 6, 2013。

[65] 顺便提及,迫于房价飞速上涨的压力,近十年来房地产市场的发展,一直伴随着一轮又一轮的调控政策,而在数次调控风暴中,商品房预售制度常成为各界炮轰的对象,引发对商品房预售制度的存废之争;参见“住建部商品房预售制或变革”,载 <http://house.focus.cn/news/2010-11-08/1093830.html>, 最后访问时间:2010年11月8日;亦参见雷兴虎、蔡科云:“中国商品房预售制度的存与废——兼谈我国房地产法律制度的完善”,《法学评论》2008年第1期,第54~59页。因监管不力而要废除这一交易模式,在本文看来,实有因噎废食之嫌;关于各国房屋预售的简要介绍,可参见张涛等:“房屋预售制度的国际比较”,载《金融纵横》2006年第1期,第4~8页。

[66] 商品房预售实行“网上签约”的城市,如北京(《北京市建设委员会关于北京市商品房预售合同实行网上签约和预售登记管理工作的通知》,2005年3月15日起施行)、武汉(《武汉市房产局关于实行商品房预(销)售合同网上签约和登记备案管理工作的通知》,2005年8月1日施行)、重庆(《重庆市商品房销售网上签约办法(试行)》,2005年6月1日起施行)、成都(《成都市商品房预售网上签约暂行规定》,2010年2月1日起施行)、攀枝花(《攀枝花市商品房预售网上签约管理暂行规定》,2011年3月1日起施行)等。

方面，确实有其力度，^[67]但以地方性规章形式直接剥夺市场主体之（债法性的）缔约自由，其制度正当性不免令人存疑，且该措施并不适用于预售商品房抵押。准此而言，对应于其功能预设，预告登记作为一种纯粹私法性的制度工具，似乎仍有其不可替代的作用。

（二）预售商品房登记簿之拟制

在这三项障碍中，登记簿缺失之障碍，表面看起来最易于克服。之所以如此，因为现行的不动产登记簿（包括土地登记簿和房屋登记簿），本身就是一种独立于不动产之外的人为技术产物。既然独立于不动产之外，那么登记簿之制作，自其制作技术角度看，原则上不受制于不动产存在与否。换言之，如同房屋已建成时的情形，在房屋尚未建成时，同样可以运用人为技术制作一个类似的登记簿。如果前者是“本登记簿”的话，后者不妨称为“预登记簿”。^[68]而且，我国目前商品房预售中的预告登记实务，^[69]所采取的大体也是这一思路，即在能够制作“本登记簿”之前，先制造出一个临时性的登记簿，在其上进行预告登记的操作，一旦房屋建成而制备本登记簿，则将各预告登记相应地转化为本登记簿中的相应登记。由此可见，《房屋登记办法》虽规定预告登记应登记在“房屋登记簿”的“其他状况部分”，但在预售商品房预告登记实务中的操作平台，并非在“本登记簿”意义上的“房屋登记簿”。不过，自登记属性上看，预告登记在不动产登记种类体系中，本是所谓的“临时性登记”，^[70]而经“预登记簿”之技术改造，则一转而变为具有中国本土特色的以“临时性登记簿”为操作平台的“临时性登记”了。因此，如果孤立地观察房屋登记簿这一要件，那么既存登记簿缺失所构成的障碍，似乎只是一项技术障碍，同样可以运用人为技术来予以克服。

但是，技术终究只是手段，而非目的。制作不动产登记簿的目的，在于全面再现不动产权关系，以保障其交易安全。故而，“预登记簿”之创造，固然可以超然于房屋实体之外，但其

[67] 以北京市为例，按其《通知》，遏制开发商一房多售的技术手段如下：第一，开发商与购房者签订的商品房预售合同，均应在网签系统上进行网上签约和预售登记（第1条）；第二，一旦网上提交，系统自动生成认购书编号或合同编号，且管理系统及时标明该单元（套）商品房已预订或已预售（第7条第二、三款，第8条第二、四款）；第三，一旦商品房已联机签约或已预售登记，则开发商对其就不能另行网上签约（第10条第三款，第16条第五款）；第四，已联机签约的，须经交易双方当事人共同申请才能解除（也就是“注销”）网签（第11条）。归纳言之，所有的商品房预售，都必须进行网签；而一旦网签，则就已预售的商品房，开发商无法再次进行网签，从而被实际剥夺再次订立买卖合同的可能。

至于因网签所引发的实务纠纷，目前多集中于“存量房”交易领域，如被誉为“首例房屋买卖网签注销案”的“沈某与安某房屋买卖合同纠纷案”（案号：北京市朝阳区人民法院（2009）朝民初字第24866号；北京市第二中级人民法院（2010）二中民终字第05439号）；相关评述可参见戴炜：“房屋买卖合同‘网签’的法律解析”，《上海房地》2012年2月号，第53~56页；徐娟、胡昌明：“网上签约房屋买卖合同的性质及效力的认定——沈海星与安香云房屋买卖合同纠纷案”，《法律适用》2012年第9期，第112~113页。

[68] 建设部委托上海市房地产管理局起草的《房地产登记簿管理办法（试拟稿）》之第7条，所采取的就是这一思路：“I. 登记簿包括预登记簿和本登记簿。II. 尚未建成的房屋需要登记的，应当建立预登记簿。预登记簿应当根据规划批准的图纸和房屋预测结果建立。预购商品房、预购商品房抵押、在建工程抵押的预告登记，应当记载于预登记簿。III. 房屋建成后，应当建立本登记簿。预登记簿和本登记簿的房屋基本单元应当建立对应关系。预告登记转化为本登记的，应当在预登记簿上涂销原预告登记的内容，注记本登记的登记号，并在本登记簿上注记原预告登记的登记号。”转引自前注〔45〕，程啸文，第76页。

[69] 这方面的规定或公开性资料极有限，隐约显示的如赵凤阁、杨光、闫文威：“预购商品房抵押预告登记中合并受理分期登记之实践”，《中国房地产》2010年第9期，第41页。

[70] 参见前注〔7〕，§ 883 Rn. 1 ff.



制作应遵循何种原则、如何发挥其公示效力与功能,乃至如何维持其技术手段的正当性等问题,最终仍取决于所对应的不动产或房屋的真实状况。否则,技术就会反制目的,就会妖化,成为房地产价值泡沫化与虚化的催化剂。一言以蔽之,这一技术补救措施的正当性,最终仍取决于客体缺失的克服。

(三) 处分行为制度之承认及其构造可能性

鉴于是否承认处分行为以及相应的物权行为理论,是我国物权法上的一大争点,^[71]所以先有必要再行确定,对整个预告登记制度的构造来说,处分行为概念具有不可或缺性。

1. 处分行为之于预告登记制度的不可或缺性

先自反面看,也就是假如不承认处分行为的话,那么能否以防范预告登记义务人(如开发商)的其他债法行为,来构建预告登记呢?在文献中一再出现的防止“一房二卖”的表述,似乎暗含这一逻辑。但在本文看来,如果真沿此路走下去,那么预告登记在我国,就真有可能走上了一条不归路:开发商就在建商品房的二次出卖行为,在效力上本就不受第一次出卖行为(及其相应的预告登记)的影响,这一点在《物权法》第15条立法者特予重申,也体现于第20条第一款第2句的条文表述中。既然二次出卖行为不受已存在之预告登记的影响,那么在这一思路下,理论上所认同的基本源自德国法的预告登记三方面效力,即担保效力、顺位效力、破产保护效力(或称增强效力),^[72]还留存什么意义呢?

再回到正面角度,即处分行为在预告登记之运作机理中的体现:第一,按诸《物权法》第20条第一款第1句,产生预告登记的实体法依据,在于当事人双方的约定。就该约定之性质,因预告登记所具有的物权性效力,尤其是在此情形尚有预告登记善意取得之可能性,故只能解释为处分行为,或至少应视作处分行为。^[73]第二,预告登记所预防的,只能是预告登记义务人的再处分行为。之所以如此,源于处分行为之特性,即随处分行为之行使与生效,处分人随之丧失相应的处分权,从而无法再进行相同内容的处分行为。^[74]其结果,在上述德国教科书式案例中已有充分阐述,此处不赘。

基此正反两方面,本文认为,欠缺处分行为概念,预告登记制度在我国将彻底失灵。只有承认独立的处分行为制度,第20条第一款第2句中所谓“处分该不动产”,才能被激活而成为一项实质性要件。由此也可以说,《物权法》引进预告登记制度,恰是我国物权法采纳处分行为或物权行为理论的一个例证。^[75]

2. 预售商品房之预告登记中,如何克服处分行为之缺失?

[71] 否定者如前注[3],王利明书,第256页以下;前注[43],梁慧星、陈华彬书,第102页;前注[3],崔建远书,第47~48页。肯定者如前注[3],孙宪忠书,第248页以下;葛云松:“物权行为:传说中的不死鸟——《物权法》上的物权变动模式研究”,《华东政法大学学报》2007年第6期,第102页。

[72] 参见前注[4],住房和城乡建设部政策法规司等编书,第309~312页;孙宪忠主编:《中国物权法:原理释义和立法解读》,经济管理出版社2008年版,第141~142页。

[73] 此为德国法之通说,其详参见 Assmann, Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998, S. 331 ff; 前注[7], § 883 Rn. 341, § 885 Rn. 10, 18 f; 亦参见王荣珍:“论预告登记的善意取得”,《法学杂志》2011年第3期,第10~13页。

[74] Vgl. W. Flume, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, S. 142 f.

[75] 新近关于物权行为理论的系统阐述,可参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第157页以下。

承认处分行为制度，并不意味着即已克服预售商品房预告登记中的处分行为缺失问题。恰恰相反，正因为处分行为要素的要求，其处分行为缺失问题才得以彻底暴露出来：因为作为客体之房屋尚不存在，开发商无从实施其再处分行为；在预购商品房抵押权预告登记中，预购人更是无从处分其所预购的商品房，为贷款银行设立抵押权。这一缺失，也无法随“预登记簿”之创造而得以弥补，因为人造出来的登记簿，无法弥补实体法上的客体缺失。

那么，能否以“商品房之建成”作为条件，来构造开发商的再处分行为，或者预购人设定抵押之处分行为呢？^[76]在动产物权乃至特定领域之债权关系中，这种以未来物之生成作为条件的处分行为构造，尚且可行，^[77]但是在不动产物权领域，在登记生效要件主义下，为确保不动产登记簿之公信力，不动产登记遵循不得附任何条件的规则，从而决无此种构造的可能。^[78]因此，即便在立法上承认处分行为概念，但是在商品房预售交易中，立法者构造其处分行为的根本障碍，同样在于客体的缺失。

（四）物权客体缺失之补救？

所有问题最终归结到一点：客体（建筑物）的缺失，又该如何克服？或者说，尚在建造的建筑物，又该如何“建成”？面对这一客观事实，立法者已然无能为力：无论其创造力与想象力是何等的富有，也无法“建成”一个（尚在建的）建筑物！

有学者就在建建筑物，以实证法上的在建建筑物抵押权（或在建工程抵押权，《物权法》第180条第一款第（五）项、第187条）为据，认为在中国法上，具有“与不动产相当”的地位。^[79]这一思路深具启发性，因为不动产概念，尤其在土地与地上建筑物能否各为独立的不动产这一点上，各立法例本就不尽一致，各立法者在其中具有法政策取舍或创造的空间。但是立法者的这一取舍或创造，是否须遵循一定的限制，比如能否突破未来物与现实物间的界限，仍不无商讨余地。而就本文主题来说，这一思路能否应对本文所提出的难题，也须进一步分析：

首先，在建工程抵押权在法律性质上，可否理解为一种单纯的“在建建筑物”上抵押权，或者说有无其他的解释可能性，诚值思考。在现行法所贯彻的“房（建筑物所有权）地（建设用地使用权）一体”原则下（《物权法》第146、147、182、183、200、201条等），在建建筑物抵押权在客体范围上同样及于其建设用地使用权（《物权法》第182、183条参照适用）；而且在建建筑物抵押权在办理设立登记时，有别于现房抵押，特别强调须提交“建设用地使用权证书”（《房屋登记办法》第60条第（五）项）。自实务操作上看，开发商之所以能为其贷款银行设立所谓的在建建筑物抵押权，而贷款银行之所以愿意接受这一抵押担保方式，更多的是因为开发商手中握有现实的建设用地使用权。指出这一点，一方面意味着，即使采纳在建建筑物“与不

[76] 隐含类似思路者，如前注[6]，王荣珍文，第52~53页；前注[3]，王利明书，第174~175页。

[77] 在我国如浮动抵押制度，在德国如动产以及债权让与担保情形，都会存在这一预先处分之构造；参见前注[3]，崔建远书，第490~491页；王利明书，第1280页；前注[60]，〔德〕鲍尔、施蒂尔纳书，第607~608、655~658页。

[78] 德民第925条第二款明文规定附条件或附期限之不动产所有权让与合意不生效力；我国法虽无类似规定，但在这一点上也应采相同解释。因此，学理上就“预购商品房抵押权”性质采让与担保构成的思路，在我国法上同样行不通。在德国法上，恰是因为德民第925条第二款的规定，本文主题之预告登记制度，才在德国的不动产所有权让与领域，获得特殊的功能；参见Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, 2. Aufl. 2006, S. 46；前注[7]，§ 883 Rn. 6, 175。

[79] 参见前注[3]，崔建远书，第30页；亦参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第50页。



动产相当”的思路，也不能忽视建设用地使用权在其中的功能与作用；另一方面则暗示着，在法教义学上除比照现房抵押来理解在建建筑物抵押权的思路外，还存在着另外一种构造可能性，即着眼于建设用地使用权，借助“房地一体”原则，将地上正在建造的建筑物，纳入建设用地使用权之中，从而以建设用地使用权抵押权来囊括在建建筑物抵押权，或者以建设用地使用权为核心来涵盖在建建筑物抵押权。不过就这一构造可能性，本文限于篇幅，已难以展开。^{〔80〕}

其次，与在建建筑物抵押权在构造上不同的是，本文主题所针对的预购人，手中并不握有建设用地使用权，预购人手中所能享有的一切，均来源于与开发商间交易上所取得的成果。而这在目前的商品房预售交易模式下，预购人所能得到的仅是债法关系上的权利。因此，立法者为满足其预购利益以及融资担保需求，而为其谋划一种物权性措施时，却在其手中找不到一丁点的“物权性”的凭籍。

最后，退一步说，假定在建建筑物可以“与不动产相当”，预购人自开发商处所购买的“楼花”在法律上可以视作实实在在的——尽管在事实上是虚拟的——“房屋”，那么此时预购人的购房预期利益完全比照现房交易，通过立即的——尽管是虚拟的——登记即产权过户来保障，根本不需要多出一个繁琐的“预告登记”程序；而其融资担保需求，同样可以通过类似的虚拟的抵押登记来满足，也不需要一个多余的“预购商品房之预告登记”程序，而且现行法上的在建工程抵押权登记，走的就是这一逻辑^{〔81〕}——尽管疑问丛生。质言之，本待借助“在建建筑物可以与不动产相当”的思路来证立商品房预售中的预告登记制度，未料在论证结果上却走向其反面，预告登记最终成了多余的程序：连生存空间都被剥夺了。

六、结 语

在商品房预售情形，引入预告登记制度来保全预购人的期待利益，在制度前提上存在客体、登记簿以及处分行为之缺失。其中客体缺失为其根本，并最终决定了在现行法框架下，难以对其施展解救。因此，将预告登记制度引入我国的商品房预售领域，可以说是法律继受或引进过程中，发生的又一例失误与曲解。

制度构成前提上的缺陷，也导致不动产登记实务的困惑，使得预告登记制度远未发挥出立法者所预设的功能。^{〔82〕}因此，若要维持预告登记在我国物权法中的制度意义，使其不至于沦为了一项制度具文，则理论上对预告登记制度的关注点，须撇开商品房预售情形，进而另觅在理论构成上具有正当性的其他适用领域。

〔80〕 在德国法上，地上权制度虽破除德民第94条所确立的建筑物构成土地之重要成分这一原则，但建筑物并不因此可成为单独所有权之客体，盖依《德国地上权法（Erbbaurecht）》第12条第一款第1句，基于地上权而建造之建筑物，构成地上权之重要成分，从而保证所谓的“房地一体性”；就此详参见 MüKoErbbaurecht/von Oefele/Heinemann, § 1, Rn. 5 f.; § 12, Rn. 1 ff. Aufl. 6, 2013。这一以“地”为重心的思路，在本文看来，对我国法上“房地关系”的理解，具有相当的启示意义。

〔81〕 与预购商品房抵押权只能采取“预告登记”的登记方法（第71条）不同，《房屋登记办法》将在建工程抵押权，与现房抵押一起，同列于“抵押权登记”一节之中（第42条以下）。

〔82〕 据每年发布的“北京市房地产年鉴”以及北京市住建委相关人员所提供的统计数字，2011年预告登记业务件数占全市房屋登记总件数的0.6%，2012年为0.28%，2013年1~9月（尚未对外公布）为0.17%。业务数量极有限。