

试论预告登记的救济方式

周显卓

(昆明理工大学 法学院, 云南 昆明 650500)

摘要:预告登记为债权物权化之典型,本身虽不影响嗣后登记,但嗣后不动产变动于预告登记权利人相对无效,此为学界昭然;唯相对无效之主张,预告登记权利人之救济前人不曾详言。事实上,除了债权请求权、物权请求权之外,其制度本身也提供了多种“绝对请求权”为救济手段。

关键词:预告登记;债权请求权;物权请求权;绝对请求权;救济手段

中图分类号:D923.2

文献标志码:A

文章编号:1674-2494(2013)05-0042-05

预告登记为债权物权化之典型,正如孙宪忠教授所言:“预告登记是将物权的规则施加于债权法,给予属于债权法的请求权以排他的物权效力,其本质属于物权法向债法的扩张。”^[1]由于物权理论的渗透适用,此种债权被赋予了某种程度上的物权绝对效力,即预告登记虽不影响嗣后登记,但嗣后物权变动于预告登记权利人相对无效。依据此种效力,债权人于不动产交易过程中经常遭遇的一物二卖问题便具有理论上的支撑,但嗣后登记不受影响,登记机关也没有权力阻止嗣后登记,此种相对无效具体应如何主张不甚明晰。加之债权人破产或者债务人、第三人恶意损毁不动产标的物等情形的存在,对预告登记权利人的救济方式便成为关乎债权最终能否得以实现、应当如何实现的重要问题。本文拟从预告登记的具体效力入手探讨该制度本身应有救济方式,同时于民法原理上探讨债权性、物权性救济方式。

一、预告登记本身固有的救济方式

1. 从预告登记的效力到救济

预告登记乃债权物权化之典型,经预告登记的债权或者于登记顺位上优先于其他权利;或者通过法律技术安排得以对抗其他权利;亦或者优先于其他权利受偿。具体来说此种效力表现为保全顺位、保全请求权、破产保护三个方面。通过观察这些方面,预告登记固有的救济方式也就一览无余,同时预告登记的救济方式也深深打上了债权物权化的烙印。

第一,保全顺位——申请提前期日。以《德国民法典》第883条第3款为例:“预告登记请求权如果以不动产物权让与为目的,物权的顺位以预告登记之时为准。”若预告登记后债务人欲将不动产标的物转卖他人即将过户登记,而预告登记权利人的债权尚未到期,无法请求债务人配合登记,依据通常的登记在先原则预告登记权利人的利益势必无法保全。该效力将预告登记权利人本登记时间提前至预告登记之时,为其权益保障提供了有效途径:债权到期后向登记机关主张提前期日并进行过户登记。需要注意的是,该种救济方式虽然快捷简便但也有一定的局限性,即提出申请时第三人过户登记必须尚未完成,因第三人的过户登记不构成登记妨碍^{[2]232-242},故而同一物上同一时间不可重复登记,否则将有违一物一权原则。对于德国来说,此种救济方式的最大作用在

收稿日期:2013-07-24

作者简介:周显卓(1986-),男,河北保定人,硕士研究生,主要研究方向为民商法。

于用益物权、担保物权期日的提前,即使第三人登记业已完成,此类物权可与所有权并存,提前期日进行登记并无冲突。而我国预告登记仅限于不动产买卖,该种救济的功效大打折扣。

第二,保全请求权——要求第三人同意或申请涂消。与提前期日相对,此种救济方式主要用于第三人业已完成登记的情形,而日本与德国采用了不同的方式。

首先,依据《德国民法典》第 888 条第 1 款:“如针对某项经预告登记之权利,或此种权利上之权利的取得,对预告登记之受益人而言应为无效,则该受益人得要求取得人作出必要的登记或注销之同意,以保障预告登记所保障的请求权的实现。”以及德国《不动产登记法令》第 19 条:“登记涉及到他人权利的,则须经该人同意登记,方得进行登记。”德国否认了预告登记权利人凭单方意愿消灭劣后处分的效力,但赋予预告登记权利人一条间接救济的路径:即先要求购得不动产的第三人作出同意,而后将预告登记推进为本登记。此种同意于所有权预告登记场合为涂消第三人登记,物之所有权复归于债务人后,债权人可向债务人要求履行债务为自己办理本登记;于用益物权、担保物权预告登记场合为同意预告登记权利人进行本登记且将期日提前。德国方式的特点是需预告登记权利人向第三人为请求,不予同意的则依法院判决予以强制执行。

其次,依据日本《不动产登记法》(经 1960 年修订)第 105 条:“假登记权利人,在其所有权为假登记后,如在申请本登记时,登记上存有利害关系的第三人,应附上其承诺书或可对抗的裁判文书誉本,登记官因其申请而为本登记时,依职权涂销该第三人的登记。”日本则赋予预告登记权利人凭单方意愿消灭劣后处分的效力:预告登记权利人可凭承诺书或可对抗裁判文书向登记官申请涂消第三人登记。日本方式的特点是直接便捷无需通过诉讼,直观上预告登记权利人所享有的救济权具有形成权的特征。

再次,德、日救济方式之所以会有此种不同,其原因在于德国严格遵守债、物两分的罗马法传统,认为预告登记的本质为债权,其权利的救济方式只能为请求。即使预告登记具有类似物权的强大效力,预告登记权利人也不能凭单方意志否认第三人已获得的所有权。第三人所有权相对于预告登记债权人的相对无效只能体现为请求第三人同意涂消劣后物权;而日本并未严格坚守债、物两分的罗马法传统,认为预告登记请求权虽为债权,但其具有的物权效力如此之强大,足以直接对他人的妨害行为进行干涉,但苦于预告登记权利人尚未获得物权,不能直接排除他人权利,故设计涂消权作为实现物权此种功能的替代工具。

第三,破产保护——请求优先受偿。如《德国破产法令》第 24 条规定:“如某项请求权系要求在破产债务人的不动产、经登记的船舶或造船厂上或在为破产债务人而登记的权利上设定、消灭权利,或要求变更此类权利之内容与顺位的,为了保障这种请求权,业已在不动产登记簿或船舶登记机关进行了预告登记的,该债权人有权要求破产管理人满足其请求权。即使破产债务人对该债权人尚负有其他未清偿或未完全清偿的义务,亦同。”进入破产程序后未到期债权视为已到期,故虽预告登记权利人之债权尚未届至清偿期,预告登记权利人也可请求破产管理人优先实现其债权。“如该请求权内容为移转所有权,则请求权人可以行使取回权”^[3]。

2. 预告登记固有救济权利的性质

上文谈及德、日在保护请求权延伸出的救济方式上有所不同,关键在于其对于预告登记固有救济权利的性质不同。

日本将其认定为形成权,无论申请提前期日、向登记机关申请涂消抑或向破产管理人请求优先受偿,均以预告登记权利人单方意志直接影响不动产全力状态,“……我们不能混同预告登记本身所产生的法律之力和预告登记项下的请求权之效力这两个范畴。……这个法律上之力,就是一项形成权,即得依权利人一方的意思表示而使法律关系发生,内容变更或消灭”^[4]。此种观点在解释预告登记对物权状态的直接影响方面独具优势,但应当指出的是,预告登记固有的救济权本身并未直接完成本登记,其或者将期日提前;或者将第三人物权排斥;亦或者优先于其他债权人受偿,预告登记权利人的物权也并未直接变动,因此不能称之为直接变动了物权关系,也难谓之形成权。

反观德国,预告登记权利人行使救济权时或向登记机关提出申请;或向第三人提出请求;亦或者向破产管理人提出请求,其救济权利的实现方式始终为请求。加之救济权的性质并未直接变动物权关系,仅为将来物权变动扫清障碍,故谓之请求权。至于该种请求权究竟为债权请求权抑或物权请求权则难以辨明:一方面认定预告登记本质上为请求权,但被赋予了类似于物权的绝对效力,这就决定了预告登记的效力抑或救济方式不可能

像物权那样强大,其救济权利必然以债权请求权为基础(违约之债);另一方面此种请求权已然超越了一般债权请求权的功效从而带有一定物权请求权的强大功效,突出表现为可以变更登记顺位、排斥其他权利、优先其他债权实现,因此也难谓之债权请求权。本文认为对于此种情况,不妨借用德国学者卡纳利斯对预告登记性质的定位,将预告登记固有救济权的性质称为“绝对请求权”^[9],于此便可解释其以债权请求权为何兼具物权请求权效力的特征。

二、预告登记的债权与物权性救济方式

预告登记因其债权本属享有违约救济自不待言,唯其类似物权的绝对效力使其可以成为侵权行为的对象,同时也可准用部分物权性救济方式。正如德国学者曼弗雷德·沃尔夫所言:“预告登记具有针对第三人的绝对效力,因此可以和物权一样,获得侵权保护与物权保护。”^{[2]243}区分债权请求权与物权请求权的实益在于其构成要件不同,构成侵权要求损害结果以及行为人的主观故意;而物权请求权则仅需要侵害事实的发生。另外其在赔偿数额上也有所不同。

1. 预告登记的物权性救济方式

物权保护请求权包括返还原物、停止侵害、排除妨害等具体形态。

针对买受不动产的第三人来说,由于预告登记权利人此时对标的物并不享有支配权,故而无法请求其返还原物。但预告登记具有类似于物权的绝对效力,可以准用物权停止侵害、排除妨害的救济方式,因此于第三人损毁标的物不动产时,预告登记权利人可以通过诉讼要求第三人停止侵害、排除妨碍。关于行使停止侵害、排除妨害救济的时间点上,有的学者认为唯有待预告登记请求权到期方可行使,本文认为若待到此时行使权利损害已经发生,放任损害结果的扩大不利于预告登记权利人的保护。故从权利保护的实效上考虑,即使预告登记请求权未到期,也应允许权利人行使停止侵害、排除妨害的救济。

针对侵害物权的其他第三人来说,由于预告登记的相对无效性,处分行为仅在预告登记权利人与买受不动产的第三人之间无效,而对于其他第三人来说是有效的。故当其他第三人侵害物权时,本应由第三人向其主张物权保护请求权。但由于缺乏足够的利益驱动,第三人未必会行使此种救济权,此时为保护预告登记权利人利益,可以准用所有权保护允许预告登记权利人自己向其他第三人行使物权保护请求权,但应以第三人怠于行使物权保护请求权为前提。具体来说当其他第三人侵占第三人不动产时,预告登记权利人可以要求其他第三人向第三人返还原物(也可认为虽第三人构成对物的直接占有,预告登记权利人不构成间接占有,但可准用间接占有的规定,基于占有保护允许其要求其他第三人向第三人返还原物)^[9];当其他第三人损毁不动产时,预告登记权利人可以要求其停止侵害、排除妨碍。

综上,物权保护请求权包括预告登记权利人对第三人行使的停止侵害、排除妨碍请求权;以及第三人怠于行使权力时对其他的第三人行使的返还原物、停止侵害、排除妨碍请求权。

2. 预告登记的债权性救济方式

债权保护请求权主要包括对预告登记权利人向债务人行使的违约之债的请求权以及对第三人、其他第三人行使的侵权之债的请求权。

针对债务人而言,其将标的物不动产转卖第三人,已然违反与预告登记权利人之债权约定,预告登记权利人有权向法院起诉要求债务人承担违约责任,具体来说包括要求继续履行、损害赔偿、支付违约金。

针对第三人来说,其明知预告登记的存在依然将标的物不动产过户于自己名下或对标的物进行损毁,对预告登记权利人的请求权构成了侵害,故预告登记权利人可以行使侵权之债的请求权。具体来说包括损害赔偿、停止侵害、排除妨碍。关于停止侵害与排除妨碍,严格来说并不是传统侵权理论上的救济方式,但由于侵权之债所保护权利的绝对性,现代侵权理论上多把停止侵害、排除妨碍作为侵权之债的救济方式,故侵权之债的请求权应当包含以上两项。

针对其他第三人来说,其恶意损毁标的物不动产的行为,必然对将来预告登记权利人请求权的实现构成妨害并对预告登记权利人的请求权构成侵害。于此,预告登记权利人可以行使侵权之债的请求权,要求其他第三人赔偿损害、停止侵害、排除妨碍。

综上,债权保护请求权包括预告登记权利人对债务人行使的违约之债的继续履行、损害赔偿、支付违约金请求权;对第三人行使的侵权之债的损害赔偿、停止侵害、排除妨碍请求权;以及对其他第三人行使的侵权之债的损害赔偿、停止侵害、排除妨碍请求权。

三、我国预告登记的救济方式

不论德、日关于预告登记本身固有救济方式的观点还是债权请求权、物权请求权理论对于预告登记制度的适用,对于我国预告登记救济方式的选择均有一定的借鉴意义。

1. 预告登记固有救济方式的选择

第一,对申请提前期日的适用。申请提前期日适用的情形分为存在与预告登记请求权相冲突的他人权利,如完全所有权;以及存在于顺位上部分妨碍预告登记请求权实现的他人权利,如用益物权、担保物权。前者与预告登记请求权所实现的物权为相互排斥的关系,因一物上不能并存两个不相容物权,故登记在先者得以实现。虽得将预告登记请求权期日于观念上提前,但他人所有权事实上已为登记者,该种救济方式无从适用,而只能依保全请求权效力将他人权利排除。所以此种情形下,要求他人权利登记尚未完成。后者他人物权与预告登记请求权所实现之物权为可相容物权,只因登记顺位在先而先与实现,预告登记权利人请求权只能于此后标的物剩余价值范围内得以实现。此种情形下适用提前期日救济方式可使登记顺位提前,从而使预告登记请求权先行实现,则他人权利所构成的部分妨碍也被排除了。

德国物权登记审查模式为实质审查,即需对债权、物权合意均进行审查,在债权文书未公证时还需审查物权公契,因此登记多费周折;而我国登记审查模式为形式审查,无需债权公证或物权公契,登记过程相对简便,所以在前者情形申请提前期日使用余地不大。以此观之,该种救济方式在我国并无实际意义。如果将来预告登记适用范围能够突破不动产买卖,则该种救济方式也应仅指提前期日于用益权、担保物权之前。

第二,要求第三人同意、申请涂消间的选择。上文已述德、日对保全请求权效力的实现采取了两种不同的方式,造成此种差异的原因是对预告登记固有救济权利的定性不同。本文认为依中国国情,应认定为绝对请求权,并采取要求第三人同意的方式为宜,理由如下:

(1)预告登记固有救济权均以请求作为权利行使方式,或对第三人或对登记机关或对破产管理人主张,其本质上只能是请求权。而其效力可以突破债权关系双方约束第三方,正是“绝对”请求权使然,但不可据此认为权利人可凭单方意志改变权利关系,故该种救济方式只能是要求第三人同意。

(2)形成权仅仅适用于特定债权的救济,与本债不可分离。“追认权、选择权、撤销权、解除权、终止权等形成权是法定代理权、所有权或某些特殊债权的形成权能而已,权利人是基于代理权、所有权或特定债权才享有创设、变更或消灭一定法律关系的形成力”^[9]。预告登记固有救济权显然不在此种特殊债权之列,各国有关规定多系于物权法而非债法,也表明其创设预告登记制度的初衷:将其作为一种物权法上的特殊登记制度而非适用形成权的特殊债权,我国既无将预告登记救济视为形成权的习惯,即宜将之定为请求权。

(3)预告登记固有救济权仅仅为将来本登记的推进扫清障碍,并未直接变动物权关系,物权关系的变动需要将来为本登记时方始发生。而形成权是直接变动权利关系的权利,仅此点并不相符。

(4)预告登记拥有类似物权的强大效力,但此种效力并不等同于完整的物权效力,赋予预告登记权利人单方否定第三人物权的形成权,效力过于强大,且与债、物两分的罗马法传统不符,我国既因循大陆法债务两分,则也应将之定为请求权。

第三,我国应明文规定破产时预告登记优先受偿。我国并未有破产时预告登记优先受偿权的明文规定,而仅于企业破产法中有类似的取回权、别除权的规定。企业破产法第32条规定:“破产宣告前成立的有财产担保的债权,债权人享有就该担保物优先受偿的权利。”第38条规定:“人民法院受理破产申请后,债务人占有的不属于债务人的财产,该财产的权利人可以通过管理人取回。但是,本法另有规定的除外。”

虽然预告登记请求权实依本登记可推进为所有权及担保物权,但是预告登记救济性权利本质上为“绝对请求权”,与作为取回权、别除权基础的所有权与担保物权并不相同,所以我国宜将预告登记破产时优先受偿权单独为规定。

2. 关于我国预告登记债权性、物权性请求权的适用

行文至此,开篇提到的债务人转卖不动产标的物、不动产标的物被列入破产财产、第三人损毁不动产标的物、其他第三人侵占第三人占有的不动产标的物等问题已然有清晰答案:预告登记权利人可于预告登记固有的救济方式或债权性、物权性救济方式中视情况选择行使,其权利真正得到保障。但各种请求权需要各国根据本国国情相互调和、形成系统加以适用,所以债权性、物权性请求权在我国适用时需区分情况:

第一,债务人转卖不动产标的物的情形下。若第三人登记尚未完成或预告登记的权利为用益物权、担保物权时,预告登记权利人可向登记机关申请提前期日;若第三人登记已然完成或预告登记的权利为所有权时,预告登记权利人可要求第三人同意登记或涂销其已完成的登记。

第二,不动产标的物被列为破产财产时,预告登记权利人可向破产管理人请求优先受偿。

第三,于债务人转卖不动产标的物的两种情形下,预告登记权利人也可诉债务人违约主张继续履行、损害赔偿、支付违约金等请求权。同时应当与两种固有救济方式构成竞合,以免构成滥用权利。

第四,第三人恶意登记损害预告登记债权或故意损坏不动产标的物时,权利人以侵权之诉主张损害赔偿、停止侵害、排除妨碍请求权。其他第三人恶意损毁不动产标的物的救济方式同上。

第五,第三人恶意损毁不动产标的物时,权利人可以主张停止侵害、排除妨碍等物权请求权。其他第三人恶意损毁不动产标的物时,权利人救济同上,甚至在第三人怠于行权时,权利人还可要求其他第三人向第三人返还原物。

参考文献:

- [1]孙宪忠.论物权法[M].北京:法律出版社,2001:454.
- [2]曼弗雷德·沃尔夫.物权法[M].吴越,李大雪,译.北京:法律出版社,2002.
- [3]黄胜开,阮荣建,樊清华.试析商品房预售中的预告登记制度[J].江西社会科学,2005(9):3.
- [4]王泽鉴.法学上之发现[M]//民法学说与判例研究(第四册).北京:中国政法大学出版社,2005:1-21.
- [5]金可可.论支配权概念——以德国民法学为背景[J].中国法学,2006(2):113.
- [6]申卫星.形成权基本理论研究[C]//民商法论丛(第30卷).北京:法律出版社,2004:9.

On Relief of Advance Notice Registration of China

Zhou Xianzhuo

(Law School, Kunming University of Science and Technology, Kunming 650500, China)

Abstract: As a typical property claims, notice of registration itself does not affect subsequent registration, but real estate property change is relatively ineffective to the obligee of advance notice registration, which is known to all. But how to claim relatively invalid and get remedy, seniorities doesn't tell. This article explores the way of relief from its effect, in addition to right of the obligatory claim, claim of real rights, the system itself also provides a variety of "absolute right of claim" for remedies.

Key words: advance notice registration; right of the obligatory claim; claim of real rights; absolute right of asking for; the way of relief

(责任编辑 张春生)