

摘要

商品房交易中,预告登记权利人已经支付价款但是并未完成过户的现象十分普遍。若出让人对第三人负担的债务到期,第三人便会向法院申请查封、扣押该房屋,此时执行行为将会损害预告登记权人的合法权益。在民法典规定的不动产登记生效主义模式下,预告登记权人如何对抗其他权利人,保护其合法权益不受侵害是当前亟需解决的问题。然而,我国对预告登记权人期待权的保护仅体现在司法解释中,立法层级较低,无法回应现实需要。此外,理论上的不足也导致立法与司法程序的衔接出现了问题。因此,本文在借鉴德国期待权理论的基础上对其进行了解释论证,以应对司法实践中出现的各种问题。期待权所具有的处分效力、对抗效力可以增强对预告登记权人的保护力度,提升消费者的法律地位。

引入期待权的理论,可以为预告登记权人的保护提供正当性基础。它不仅能够弥补债权保护路径单一的不足,也是物权法定主义缓和的现实需要,更是民事权利精细化研究的必然。预告登记权人期待权的性质实质上属于物权,可以理解为是习惯法所创设的新型物权,预告登记所指向的标的物在一定的条件下取得了大部分所有权权能,属于事实上的物权所有人,该权利的创设与民法典预告登记制度的立法意旨相一致。在对预告登记权人期待权的保护问题上,司法解释与民法典规定的物权法定主义原则存在冲突。司法解释虽然对预告登记权利人期待权的保护作出了有关规定,但是对该权利的性质认定无法统一,导致司法裁判混乱。因为限制处分说立法模式的不足、预告登记顺位保证效力以及优先受偿效力的缺位,往往会造成预告登记权人取得完整物权的期待落空。

基于此,相对无效说更契合预告登记保全效力的立法模式;通过立法明确预告登记的顺位保证、优先受偿效力;在强制执行程序中,认定预告登记的标的物在符合本登记的条件时,具有对抗申请人对标的物处分的效力;而在预告登记的财产毁损、灭失或者被征收的情况下,预告登记权利人可以获得保险金、赔偿金或者补偿金等以代替财产优先受偿。通过对期待权的成立条件以及现有法律与司法解释规定的研究,结合司法实践的需要,我们应当统一预告登记权人期待权的

取得要件：首先，前提条件是出卖人与买受人签订具有债权合意的不动产买卖合同；其次，预告登记权利人应当支付合理价款，具体可参照《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《执行异议与复议的规定》）第 28 条和第 29 条所创设的要件合理确定；最后，不应存在预告登记失效的情形。

关键词：预告登记，期待权，物权法定

ABSTRACT

In the transaction of commercial housing, it is very common that the obligee of advance notice registration has paid the price but has not completed the transfer. If the transferor's debt to the third party is due, the third party will apply to the court for sealing up or detaining the house, and the enforcement will damage the legitimate rights and interests of the holder of advance notice registration. Under the effective mode of real estate registration stipulated in the Civil Code, it is an urgent problem that how the right holder of advance notice registration confronts other right holders. However, the protection of the right of anticipation is only reflected in the judicial interpretation, and the legislative level is lower, which can not respond to the practical needs. In addition, the lack of theory also led to the convergence of legislation and judicial procedures problems. Therefore, on the basis of drawing lessons from the theory of German right of expectation, this paper explains and demonstrates it in order to deal with various problems in judicial practice. The disposition effect and antagonistic effect of the right of expectation can strengthen the protection of the right holder of advance notice registration and enhance the legal status of consumers.

The introduction of the theory of the right of anticipation can provide a legitimate basis for the protection of the right holder of advance notice registration. It can not only make up for the lack of a single path to protect creditors' rights, but also the real need of the relaxation of legalism of property rights, but also the necessity of fine study of civil rights.

The right of anticipation belongs to real right in essence, which can be understood as a new type of real right created by common law. The subject matter of the registration of advance notice has obtained most of the ownership rights under certain conditions, and belongs to the owner of real right. The creation of this right is consistent with the legislative intention of the registration of advance notice system in the Civil Code. There are conflicts between the judicial interpretation and the principle of legalism of real right stipulated in the Civil Code on the protection of the right of anticipation. Although the judicial interpretation has made the relevant provisions on the protection of the right of anticipation of the right holder of advance notice registration, but the nature of the right can not be unified, leading to judicial confusion. Because of the insufficiency of the legislation mode, the absence of the guarantee effect and the priority of repayment effect, the expectation of the right holder of the registration of advance notice to obtain the complete real right often fails.

Based on this, the theory of relative invalidity is more suitable for the legislative mode of the validity of preservation of advance-announcement registration; the sequence guarantee and priority of repayment of the subject matter of advance-announcement registration are defined through legislation; the subject matter of advance-announcement registration is determined to have the effect of counteracting the disposal of the subject matter by the applicant when the conditions for the registration are met in the enforcement procedure; and the right holder of advance-announcement registration may obtain insurance money, compensation or indemnity in lieu of property priority of compensation in the case of damage, loss or expropriation of the property registered in advance notice registration. Through the study of the conditions for the establishment of the right of anticipation and the provisions of

existing laws and judicial interpretations, and in light of the needs of judicial practice, we should unify the elements for obtaining the right of anticipation of the holder of advance notice registration. Firstly, the precondition is that the seller and the buyer sign a real estate sales contract with the creditor's rights; secondly, the holder of the right of advance notice registration shall pay a reasonable price, which may be reasonably determined by referring to the elements created in Articles 28 and 29 of the Provisions on Several Issues concerning the Handling of Enforcement Objection and Reconsideration Cases by the People's Courts (hereinafter referred to as the Provisions on Objection to Enforcement and Reconsideration); and finally, there shall be no invalidation of advance notice registration.

KEY WORDS: advance notice registration,, anticipation right, legal property right.

目 录

摘 要.....	I
ABSTRACT.....	III
目 录.....	VII
绪论.....	1
1.1 研究背景与意义.....	1
1.1.1 研究背景.....	1
1.1.2 研究意义.....	2
1.2 国内外研究现状.....	3
1.3 研究方法.....	4
1.4 论文研究的创新点.....	5
第一章 预告登记权利人期待权保护的理论基础.....	7
1.1 期待权的概念.....	7
1.2 期待权的性质与特征.....	8
1.2.1 期待权的性质.....	8
1.2.2 期待权的特征.....	9
1.3 预告登记权利人期待权的概念界定.....	10
1.4 预告登记权利人期待权的效力.....	11
1.4.1 预告登记权利人期待权的对抗效力.....	11
1.4.2 预告登记权利人期待权的形成效力.....	12
1.4.3 预告登记权利人期待权的处分效力.....	13
第二章 预告登记权利人期待权保护的必要性.....	15
2.1 弥补债权保护路径的不足.....	15
2.2 缓和物权法定主义的僵化.....	16
2.3 实现民法研究精细化的必然选择.....	17
2.4 契合社会生活现实的需要.....	19
第三章 预告登记权利人期待权受侵害的现状原因分析.....	21
3.1 预告登记权利人期待权受侵害的现状.....	21
3.2 预告登记权利人期待权受侵害的原因分析.....	22
3.2.1 理论上对预告登记权利人期待权的性质认识不一.....	22
3.2.2 立法上对预告登记的效力规定不完善.....	24
3.2.3 实践中预告登记权利人期待权的取得条件认定不统一.....	28
第四章 预告登记权利人期待权保护的途径选择.....	31
4.1 界定预告登记权利人期待权为物权性质.....	31
4.2 有效健全预告登记效力的法律规定.....	32
4.2.1 采用相对无效的立法模式.....	33
4.2.2 明确顺位效力、优先受偿效力.....	34
4.3 明确预告登记权利人期待权的取得要件.....	36
4.3.1 签订合法有效的书面合同.....	36
4.3.2 合理对价的给付.....	37
4.3.3 不存在预告登记失效的情形.....	38

结论.....	41
参考文献.....	43
致谢.....	45

绪论

1.1 研究背景与意义

1.1.1 研究背景

在我国不动产交易领域中，双方当事人债权合意的达成到物权变动的发生通常要经过很长一段时间。这期间，该不动产被出卖人再次出卖或者陷入强制执行程序中，不动产买受人的利益将遭受重大损害。预告登记制度对这一重要问题的解决起着重要的作用。在日本法上，预告登记被视为一种暂时的登记并且与权利人想要最终完成的物权登记是不同的概念^[1]。在我国，预告登记是指在不动产买卖领域中，交易双方为确定未来发生物权变动而预先向法定的登记机构进行申请的预先登记。由于预告登记并不是具有物权登记效力的本登记，故预告登记权利人并非确实享有完整物权的权利人。

对于预告登记权利人的权益保障，《民法典》第 221 条通过限制登记义务人的再次处分这一规定进行保护，但未明确规定预告登记的性质。《执行异议与复议规定》第 30 条规定与物权登记条件的条件相契合的预告登记权利人，可以提出案外人异议阻止执行程序，一定程度上肯定了预告登记权利人享有期待权。在我国立法层面，并未明确规定预告登记权利人享有期待权，期待权的概念也无法从相关法律条文中找出。期待权的概念形成于德国发展于德国，是一种发展中的权利，具有独立的受到法律保护的地位。但是我们通过深入研究外国及我国相关先进的理论制度并经过长时间的探索并最终找到最适合的方法，以此来探讨我国不动产交易领域中预告登记权利人所享有的期待权的法律性质、所发挥的法律效力以及在我国法律中是如何适用的问题，以期有效衔接立法层面与司法程序从而达到对预告登记权利人的保护作用。

我们对于预告登记制度的研究经历了很长的一个时间段，但是对于该种制度如何在社会生活中适应或者说如何发挥其作用方面，难言预告登记制度作出了重要的贡献。一方面，虽然立法上规定了该种制度，但是常常处于不能正确适用的

[1] 孙宪忠：《争议与思考：物权立法笔记》，中国人民大学出版社 2006 年，第 115 页。

地位，并且预告登记制度不能与其他法律制度相衔接。特别是在立法者虽然将预告登记制度放置在物权法律的篇章，但是该种制度本身具有的争议，使得该种制度形同虚设；另一方面，预告登记该种制度并没有适应到社会生活的方方面面，即使在立法上明确规定，但是社会实践中该种制度设计上的混乱导致人们对其感到非常陌生。特别是在大数据时代极为发达的今天，预告登记制度是否还能够发挥其应有的作用成了我们需要加紧进行探究的重要问题，但同时也为我们研究预告登记权利人的期待权提供了前所未有的机遇。

基于以上理由，对于预告登记制度的研究更加刻不容缓。一方面，我国引入预告登记制度的立法目的就是因为预告登记制度适应社会生活的需要。预告登记制度是规定在物权编的一种法律制度，我们要看到立法者这样设计的目的就是该种制度与物权的法律规定具有某种关联之处。另一方面，我们要看到预告登记制度项下的民事权利并不属于物权法领域中的物权，这在某种程度上是否与物权法定主义相矛盾是我们将要探讨的一个问题。如果相矛盾，该种制度项下的民事权利仅具有债权的性质。由此引发出另外一个问题，假定该项权利仅具有债权的性质，将其规定在物权编的用意究竟为何。以上层层问题困惑为我们指引了研究的方向。德国民法上具有期待权的概念，假设将预告登记之权利视为一项期待权利，以上问题将会得到妥善地解决。期待权的概念不仅解决了预告登记在立法上的疑难问题，也为司法程序中问题的解决提供了更为有力的解决思路。在当前经济社会发展的大背景下，关于不动产权益这项人们生活中极为重要的权利的研究将会更加火热。

1.1.2 研究意义

第一，丰富不动产预告登记权利人期待权的理论意义。在中国不动产交易领域下，不动产买受人执着于取得对完整不动产物权，虽然立法者引入了预告登记制度，但对于预告登记权利人没有进行足够的保障。本文通过引入期待权理论对预告登记权利人的保护提供正当性的依据，在现有的研究成果及理论上进一步进行延伸与拓展，借鉴德国物权期待权理论提出对预告登记权利人期待权的概念、性质与效力的观点与看法，以期丰富预告登记权利人期待权研究的理论意义。虽然我们对期待权和预告登记制度都有所研究，但是对于二者结合起来的理论却

很少研究。预告登记之权利本身所处的法律地位要求我们必须把研究的方向与矛头指向对期待权这一理论的基础上来。这不仅很好地回答了我们过往物权法定主义的固定化理解，也拨开了理论上的层层迷雾。由于在我国现阶段并没有关于期待权这种相对完整的理念的研究，仅仅是对该项理论的初级探索，要么研究的范围较为宏大，要么只是研究其中很小的一部分，并没有展开全面的研究，更不具有系统性。我们之所以会认识、会界定一项权利，就在于该项权利具有强大的理论基础。只有关于这种理论的不同观点进行讨论的声音越来越多，才有可能将一项权利固有的基础打好。如果我们研究透彻关于期待权这一重要的权利，那么对于实践中出现的种种问题就会迎刃而解。

第二，丰富预告登记权利人期待权制度的实践意义。在司法实践中，相关法院在其裁判文书中虽然可以根据相关规定对预告登记权利人享有物权期待权进行论述与说明，但也存在没有明确的标准，没有统一的适用条件等问题。面对实践中出现的各种问题，当研究这种权利的前提条件即理论基础搞不清楚的情况下，很难想象在实践中运用时将会发生惨烈的局面。由于没有相关理论进行指导，那么在司法裁判过程中一定会出现多种裁判方案与观点，权利人之间主张权利时也会出现相互矛盾的方面。在这样的情况下，司法裁判非但没有解决好问题，反而将这种加深了当事人之间的矛盾，这并不是设立民事法律相关制度的目的所在。通过引入期待权理论，对预告登记权利人所享有的期待权提供合理支持。通过深入研究相关典型案例，对预告登记权利人期待权保护的必要性进行分析，提供自己的观点与解决方法，从而丰富预告登记权利人期待权保护问题的司法实践意义。

1.2 国内外研究现状

第一，在我国对于预告登记之权利的性质的讨论是非常激烈的，各种观点与学说都具有一定的合理性，但是也各有不足之处。其一，认为预告登记是保全一种请求权的制度。例如，王泽鉴教授主张因为预告登记已经在登记机关进行登记，所以具有一定的物权效力。而预告登记的目的是保障这种具有一定物权效力的请求权的最终实现。其二，主张预告登记之权利本身是一种债权，只不过被物权化了。梁慧星教授认为预告登记的本质特征是对现实登记义务人处分权利的限制，使得被登记之权利发生物权效力。其三，主张预告登记之权利具有准物权性质。

王利明教授与杨立新教授赞同该种观点。

第二，在国外，关于预告登记的性质，也形成了不同的观点。一是独立的限制物权说。该种观点主张只要经过预告登记就形成了独立的物权。二是非实体权利说。该学说认为主张，预告登记只是一种不动产的登记制度，虽然被赋予对抗效力，但是该种权利所发挥的效力不能得到实体法上的认可。三是物权期待权说。德国学者赖札主张由于预告登记权利人没有完成登记，所以其享有的权利状态并不完整，仅仅是一种物权期待权。四是特殊登记制度说。在瑞士民法中，认为预告登记具有特殊性，这种具有特殊性的登记制度之权利可以对抗新的所有人。

在对预告登记性质的研究过程中，可以发现国外学者对于预告登记制度的研究更为完善与成熟。比如，国外学者肯定其顺位上的效力，特定条件下的优先性等。这与精湛的立法技术和高深的理论研究是分不开的。我国对于预告登记制度的研究也不逊色，但是还有很长的路要走。例如在理论上预告登记这种制度项下的权利是具有债权上的性质还是具有物权的性质。界定了该种权利的性质后就要继续研究其效力。我国对以上问题的研究还不够深入，无法形成一套完整的理论基础，但是不可否认我国学者对预告登记之权利的兴趣持续高涨，这也为未来民事权利的发展走向提供了机遇。实际上，无论是从国内还是国外对预告登记之权利的研究都处于一种较为混乱的局面，其主要原因在于我们没有真正地探索出这种权利的本质而是强行把其安插进来。其中将预告登记之权利视为一种期待权的看法值得我们注意，因为每一项大胆的尝试都有可能推动理论与实践的向前发展。另外值得肯定的是我们发现了这种对于社会生活具有重要意义的权利，这是我们进行任何一项研究的重要动力。通过以上关于预告登记之权利的研究，为我们未来对该种权利的研究指明了重要的前进方向。

1.3 研究方法

第一，文献研究法。通过查阅现有关于预告登记权利人期待权专著与期刊以及学位论文，综合分析思考，提出在解决预告登记权利人期待权保护的具体设计与构想。

第二，比较分析方法。通过引入德国期待权理论进行分析论证，探讨期待权理论在德国得到发展的原因以及期待权的引入对我国预告登记权利人期待权保

护的重大意义。

第三，案例分析法。通过中国裁判文书网等网站对我国司法实践中预告登记权利人的保护问题进行归纳与总结，对在司法实践中如何解决该类问题提供可行的解决方案。

1.4 论文研究的创新点

第一，从研究内容来看。国内外学者对于期待权理论都有相关的研究，但是对于预告登记权利人期待权的研究少之又少。此外，实践中出现利用预告登记权利人期待权的理论进行裁判的相关案例。本文通过理论与实践相结合，为实践中预告登记权利人的保护提供理论支撑。

第二，从研究视角上看。本文仅选择研究经过预告登记的不动产买受人期待权保护的具体问题，与范围较为广泛的期待权研究主题相比，本文切入点更小，研究重点更加明确与具体。

第一章 预告登记权利人期待权保护的理论基础

1.1 期待权的概念

期待权的概念起源于德国，经过较长时间的研究逐渐传入到我国。期待权这种权利的出现是伴随着社会物质文化水平的提升而逐渐发展起来的。当我国的经济文化达到了一定的高度的情况下，我们必将广泛使用期待权这一概念。然而，我们学习这一外来的概念之时，常常会出现与我国现行法律领域中的种种概念不相匹配的情况。这是因为我们面对实践中出现的问题常常抱着拿来即用的观念，却没有深入考察我国当前的法律规制状态。事实上，引入一项新的权利的最重要的也是最关键的步骤就是认清该种权利的内涵。然而无论是在德国还是在我国都无法对期待权的内涵作出统一而明确的解释。关于一项权利的概念的界定就像是一本书的基本框架，当这种框架无法确定的情况下，这本书的内容也必定是模糊不清的。对期待权的概念有以下几种学说值得讨论。

（1）期待说。该种学说主张期待权是一种期望并且这种期望能够得到法律的保护。实际上，该种观点就是将期待权界定为一种对完整权利的期待，并因为这种期待具有财产性价值，因而具有保护价值。期待说将期待权的概念理解为对取得某种权利的期望，但这种期望能否最终转化为完整权利具有不确定性。（2）法律地位说。该种学说主张，虽然完整权利没有实现，但是在向完整权利过渡的这一过程中，权利人取得了一部分要件。而法律规定对该种权利作出了规定，即使权利要件不完整，也应当具有受到法律保护^[1]。（3）将来权利说。这种权利的取得具有一种过程性，需要一步一步的实现，故具有将来性。（4）法律保护说。在我国有很多学者支持这种观点，因为这种观点将期待权这项权利具有的价值意义上升到了法律保护的高度。主张期待权具有一定的财产性价值，虽然只是具备一部分权利的要件，但是已经形成了稳定性，法律规定应当给予这种权利应有的重视与保护^[2]。（5）利益说。此种学说为龙卫球先生所主张。利益说比较直观并且抓住了重点，指明了期待权的利益与价值。一项权利是所以是被法律所承认和保护，就是因为其具有法律意义上的价值，从而需要法律制度对其进行

[3] 申卫星，期待权基本问题研究（D），2003，5。

[4] 史尚宽，民法总论[M]，北京：中国政法大学出版社，2000，21。

规范与保护^[1]。

虽然上述观点不一，但可以看到的是学者们从各种角度来界定期待权概念，虽然推动了对期待权理论的思考，但是也有其不合理之处。笔者认为将来权利说否认期待权是一种现实权利，这与期待权强调对现实期待利益的保护有着本质上的不同。法律保护说认可了期待权的价值性、利益性，也赋予了该种权利具有法律进行保护的必要性。利益说提出了利益是期待权最核心的要素，却忽视了其他要素的存在。因此对期待权的概念进行界定时需要考虑以下几点：第一，主体要有相应的意思表示。如果缺少意思表示这一要素，只是简单界定为个人主观意志上的期待，这就不能准确界定一项权利的概念。因为这种界定不具有法律上的意义，在权利主体不具备意思表示的能力的情况下，很难说其对该项权利向最终完整权利的发展具有实际的行动。法律是规范人的行为的规范，只是停留在人的思想层面的意思表示不是法律上的意思表示，不值得法律进行保护。第二，权利人具有相应的行为来完成这项权利。权利人需要一步步的取得完整权利的要件，而这些要件的取得需要权利人为一定的法律行为。需要注意的是应当是法律上的行为而不应当是事实行为。二者属于同一个分类规范下的两个体系，虽然二者具有紧密的联系，但是并不能将二者等同，二者在法律规范体系下具有不同的法律性质。过去人们认为如果一项权利具备了全部的构成要件，那么这项权利就是既得权，如果不完全具备或者只是具备了一部分，那么这项权利就是期待权。但是其忽视了期待权的独立性，虽然期待权具有取得要件的不完整性，但是期待权本身就是一种权利，只不过这种权利为将来权利的实现服务。民事法律关系是民法研究的重要内核，期待权所具有的基础法律关系就是为了最终取得完整权利。

1.2 期待权的性质与特征

1.2.1 期待权的性质

如果说对于一项权利概念的界定是将一本书的框架确定，那么，对于该项权利性质的确定就是在将这本书进行分类。此种权利区别于他种权利的关键在于是否弄清楚二者各自的性质。对于目前的我国来讲，这种区分的意义在于防止理论与程序上相互矛盾，进而导致整个权利体系的混乱。对于期待权的性质主要有以

下几种认识。第一，形成权说。该种学说主张期待权与形成权具有相似性，都是一种发展中的动态的权利，这种权利赋予了权利人依据自身意思表示就能发生法律上的效果^[1]。权利的相对人不需要付出行动，但是受到该种权利项下发生的法律效果的拘束。第二，归属权说，当期待权人取得的要件达到最终要实现的权利的要件时，则期待权人享有该项权利。也就是说期待权人每取得一个要件，就越向完整权利靠近，当取得完整权利的条件成熟时发展为既得权并属于权利人所有。第三，特殊权利说。我国学者胡长清先生就主张该种观点，认为期待权是附条件的一种法律行为，并且因为附条件的内容的不确定，最终可能发展为债权、物权或者其他权利。但是需要说明的是，期待权并不是最终发展成的各种法律体系中既有的权利，而是一种特殊权利。第四、先期阶段、发展阶段、同质之缩型说。如同一项权利的胚胎，需要经过一段时间才能发展为既得权利。虽然期待权一直处于发展的动态过程中，但最终发展为何种权利是不能确定的，所以并不能将期待权与既得权的性质相等同。

笔者认为，归属权说以期待权人最终想要实现的结果的发展方向出发，符合权利人想要最终实现完整权利的意愿。此外，归属权说不仅迎合了权利人最终实现权利的期望，也符合一项权利设计的立法目的。特殊权利说将期待权与现有权利体系中的其他权利割裂开来，无法为期待权提供法律上的保护，甚至不能自圆其说。先期阶段说将期待权与所期待的完整权利相混淆，该学说忽略期待权的独立性，不能明确期待权的法律性质。笔者赞同归属权说。立法者对该种权利进行保障的同时，要考虑到权利的真实意图，即权利人想要实现某种权利的最终目的。这个目的就是立法者设计这项权利的主要方向。期待权不能与完整的权利相分离，因为二者具有密切的联系，完整权利的实现并不是一蹴而就的。进一步说明，如果期待权人最终想要实现的物权，则该项期待权就具有期待权性质，同理可得期待权人在取得期待地位时最终想要实现债权，则该项期待权的法律性质就是债权。

1.2.2 期待权的特征

第一，价值性。一项权利之所以可以受到法律的保护，是因为其本身就有价值，值得法律规范加以规制与保护。期待权也是如此，如果期待权能够得到法律的承认与保护，那么这项期待权一定存在着值得法律保护的利益。一方面，期待权

[1] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000, 97.

人应当受到法律保护的原因是，期待权人在取得完整权利人的过程中形成了具有法律意义上的民事法律关系，并且这种法律关系具有财产性利益的特征；另一个方面，完整权利尚未形成，期待权人的权利状态虽具有暂时性、发展性，但是法律给予该种权利民法上的保护。第二，具有受到私法保护的法律地位。通常一项权利的成立需要多个构成要件同时满足才能最终成立。因此，当权利人具备一部分要件，或者仅缺少一部分要件时，根据法律的规定，该项权利并不能产生。此时权利人处于绝对的弱势地位，因为其距离完整权利的取得仅差很小的一步，如果完全否认其权利将会导致司法不公的现象。期待权这种权利则不同，通过立法承认其具有权利的性质，也可以规定权利人以外的人不得侵害这种具有法律意义的财产性利益。一项期待权利的形成的前提是该项权利虽然不完整但是存在有效的法律关系，因而是具有独立的受到法律保护的地位。期待权的产生使得期待权人拥有对抗对其一切破坏其期待利益的效力^[1]。

1.3 预告登记权利人期待权的概念界定

在明确预告登记权利人期待权的概念了解之前，应先了解什么是预告登记，预告登记的性质是什么。预告登记是一种保全性权利，它保全的是尚未成为物权的权利，特别之处在于将公示手段运用于债法上，从而使其具有对抗第三人物权效力的保全措施，是物权与债权的有机结合。关于预告登记的性质主要有“物权说”、“准物权说”、“债权物权化说”、“债权说”、“债权担保手段说”等观点^[2]。这些学说将预告登记的性质按照权利的效力进行分类，划分为支配权与请求权等。由此可见，预告登记的性质展现出了其多面性与复杂性。第一，预告登记通过强化债权人的地位，保障债权请求权的实现，可称之为债权的保全手段；第二，预告登记债权请求权具有物权效力，因而具有“债权物权化”的特征；第三，由于预告登记兼具债权与物权的属性，又具有排他的属性，因而不同于一般的债权，因此可以称之为物权化的债权。

笔者认为，除此之外，也可以按照权利的发展阶段的不同，将权利分为既得权和期待权。期待权与既得权相对，是一项不完整权利。期待权与既得权的区别在于，保护既得权利的法律之力并不完全保护期待权。在房地产所有权预售的情

[1] 申卫星. 期待权基本理论研究[M]. 中国人民大学出版社, 2006 年. 第 16 页。

况下，如果买受人将其权利进行“预告登记”，买受人的权利受到不动产登记簿的确认和保护，这种保护就是物权保护，此时这种期待权具有排斥他人的效力。在买受人享有排他性权利的情况下，第三人已经不可能取得纳入预告登记的房屋所有权，那么买受人这种已经受到物权保护的，但是尚未取得物权之前的效力就是期待权。

预告登记权利人期待权的概念可以从以下三个方面进行分析。第一，预告登记权利人在订立合同时希望取得对不动产的完整权利。实践中双方当事人进行预告登记的目的是将来取得物权这一特定的期待利益。经过预告登记，预告登记权利人的期待利益就以一种公示的方式确定下来。在一项不动产上，由于预告登记的存在，不仅对出卖人来说甚至对于无关的第三人来说都具有警示效力。这与权利人的尚未外化行动的主观期待不同，预告登记制度无疑就是将二者区分开来的重要手段。因此，预告登记权利人期待权是期待将来实现物权的一种权利。第二，预告登记权利人已经取得部分要件。既得权是指必然会发生的权利，而期待权则是处于发展中的权利，未来是否能够取得尚不确定。预告登记权利人已经取得了物权变动模式中的当事人的法律地位，只是缺少最后一步即物权登记就可以完整最终的物权登记，实现其特定的期待利益。因此，预告登记权利人期待权是一种已经取得物权实现的部分要件并且未来可以取得物权的权利。第三，预告登记权利人期待权具有独立的法律地位。从《民法典》第 221 条的规定来看，当前在我国立法层面并没有明确规定预告登记权利人的期待权这一概念^[1]。登记权利人期待权的概念是由最高人民法院提出^[2]。将期待权理论引入我国现存的法律体系之后，预告登记权利人期待权就应当具有相应的法律地位。理由在于预告登记的权利保全效力却被法律所认可并明确规定，因此，预告登记权利人期待权是一种受法律规范的权利。

1.4 预告登记权利人期待权的效力

1.4.1 预告登记权利人期待权的对抗效力

[1] 《中华人民共和国民法典》第 221 条：“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。”

[2] 《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）》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，受让人停止处分异议的，人民法院应予以支持；符合物权登记条件，受让人提出停止处分异议的，应予支持。”

第一，预告登记权利人期待权具有对抗出让人的效力。预告登记权利人期待权依法成立后，相对人就应当积极履行相应的合同义务，不能对预告登记权利人取得最终的物权造成妨害。一方面，权利人经过预告登记产生期待权后，如果该被预告登记后的标的物再次被相对人处分，那么预告登记权利人的期待权定会遭受侵害。如果根据《民法典》第 221 条的规定进行处理，则该不动产的出让人只需要承担违约责任，但是期待权理论的引入使得预告登记权利人可以对抗出卖人的再次处分行为。预告登记权利人所享有的期待权直接对出让人的妨害行为进行了否定，体现了期待权理论的优越性即对预告登记权利人权益的保障更加直接与明确。另一方面，在不动产预告登记适用于一般不动产买卖的情况下，预告登记权利人已经占有了标的物并且当事人之间的基础法律关系并没有消失，即使权利人尚未取得标的物所有权，但是出让人也不能基于其占有返还请求权与预告登记权利人的期待权进行对抗。

第二，预告登记权利人期待权具有对抗法院的强制执行的效力。由于我国不动产买卖过程的复杂性以及预告登记制度本身的特殊性，使得权利人在进行预告登记到最终完成物权登记之间存在较长的时间差。这段时间差使得预告登记权利人的合法权益容易受到侵害。从公平理念的角度出发，与一般债权相比，预告登记权利人付出了更大的努力，其合法权益应当得到优先保护。出让人的债权人申请法院对该标的物强制执行时，预告登记权利人在符合期待权的成立条件下可发挥其对抗效力与之对抗。

1.4.2 预告登记权利人期待权的形成效力

预告登记权利人期待权的形成效力是指期待权人最终完成物权登记，实现其最初订立不动产物权买卖合同的目的。期待权的对抗效力是在预告登记权利人权益受到侵害时发挥重要作用，而形成效力使得期待权人实现完整的物权。前者是手段，后者是最终目的，因此应当重视对预告登记权利人期待权的形成效力的研究。期待权形成效力的最重要的价值意义在于当预告登记转为本登记的条件成熟以后，无须相对人的配合，依据权利人单方的意思表示即可达到实现完整物权的法律效果。这一点在《执行异议与复议规定》第 30 条的后半句中得以体现，也就是说在我国司法裁判中已经认可了期待权的转化效力，即预告登记权利人在符合物权登记条件的情况下，无须相对人同意即可实现期待权向物权的转化。但是

这种转化并不是无限制的，这种限制体现在对预告登记权利人期待权的存续时间的限制，还体现要求基础法律关系稳定等。

1.4.3 预告登记权利人期待权的处分效力

在预售商品房买卖合同中，虽然权利人双方已经完成预告登记，但是由于预售商品房尚未建成等原因导致预告登记权利人并未占有现实存在的不动产。此种情况下，预告登记权利人的期待权更容易受到侵害，原因在于其既没有完成房屋的过户登记也没有取得对现实房屋的占有，其合法权益很难得到司法裁判的认可。将期待权理论引入办理了预告登记的预售商品房买卖领域中便可以解决以上问题。一方面，如前所述预告登记权利人期待权是一项不完整的但是处于发展中的权利，其具有值得法律保护的独立地位与价值意义，因此不能剥夺其自由转让期待利益的权利。另一方面，处于促进社会经济发展的需要，如果期待权人在购买房屋后发生了经济能力的恶化的情况，只有认可其转让效力才能实现经济利益的最大化。

第二章 预告登记权利人期待权保护的必要性

2.1 弥补债权保护路径的不足

首先,将期待权理论应用于不动产预告登记领域中可以增强对权利人的保护力度。例如,实践中预告登记权利人为最终实现物权付出了种种努力但最终该项不动产却落入他人之手的情况比比皆是。如果仅依靠债权法进行规制,则对善意的预告登记权利人来说不公平,这不符合预告登记制度的立法目的。比起对违反办理过户约定的出卖人承担债权法上的民事责任而言,期待权给予了权利人更为充分的保护。其次,相比较债权法上的相对性,期待权所具有的对抗性更有利于保护预告登记权利人。在实践中,不动产买卖双方当事人即使已经签订买卖合同,但是根据合同的相对性,当预告登记权利人期待利益受到侵害也无法得到最大程度的救济。最后,根据债权的平等性,债权法上的保护路径将不动产买受人与出让人的债权人放置于同等的法律地位,给予平等的保护。很显然,这对于预告登记权利人来说并不公平。仅按照债权法的保护方式已经不能满足司法实践的需要,对于司法实践中层出不穷的新型权利的出现不能得到及时的回应,更不能得到法律上的保护。究其原因在于,该项权利向物权领域进行扩张并希望得到物权法上的保护。

为了解决以上债权保护方式的不足之处,笔者认为有必要对预告登记权利人期待权进行分析论证。第一,发挥预告登记权利人期待权的对抗效力。对于买受人的侵害行为,期待权直接进行了否定,将这种侵害行为定性为民法上的无效行为。当一项处分行为不能发生法律效力的情况下,将会对出卖人的行为进行一定的警示与规范作用。值得注意的是,预告登记所发挥的警示作用不仅及于相对人,对于法律关系之外的第三人来说也是有效的。实践中,当登记义务人违背协议将与权利人已经约定的不动产再次出卖给第三人时,如果第三人注意到该项不动产上负担着预告登记将会对交易行为产生质疑,从而阻碍交易的进行。此外,即使预告登记所具有的警示作用不足以震慑相关法律关系之外的第三人,预告登记权利人在符合相关条件的情况下也可以与之对抗,这主要体现在司法实践中对一项不动产财产权利的纠纷中。第三人主张其具有的法律地位相比登记权利期待权人

来说更为重要，这是因为即使预告登记具有警示作用，但是这一警示作用无法与物权登记相比较。物权登记是将一项不动产财产权利确定无疑的公示出来，反观预告登记所具有的警示作用相对较弱，不能达到物权登记这样强烈的作用力。但是预告登记权利人期待权不是一种被动的权利，在必要的时候可以拿起武器进行抗争。即使预告登记不能等同于最终的物权登记，但是也不可否认这项期待权具有物权法上的价值意义，在特定情况下可以认为这种期待权利已经产生了强大的公示效力。

2.2 缓和物权法定主义的僵化

第一，因为物权法定主义是近百余年来民法物权发展的必然结果，经过了现实和历史的检验。如果现在对它持有彻底否定的态度，并采用物权自由创设的法律原则，就会破坏社会秩序，也损害了物权法的稳定性。在这个层面上将预告登记权利人期待权强行解释，认为其与物权法定相一致，很显然是不正确的。但是，这并不妨碍对预告登记之权利进行期待权性质的解说。当一项物权设立下来，该种权利就具备稳定性，相比较而言债权就具有相当大的自由性，随着当事人之间意思的自由转变，可以很迅速的设立或者改变一项债权法上的关系。理由在于，这样的强行解释不仅无法自圆其说，也无法在实践中站稳脚跟。第二，物权法定主义缓和的效用在于减少了物权法定原则的僵化性。在当前不动产交易市场日益繁荣的。第二，固守一种观点的结果就是无法为预告登记之权利的保护找到出路。众所周知，民事立法的发展与理论上各种观点的提出并进行一次又一次的探讨是分不开的。因此，对于物权领域这一重要的制度研究我们必须摆正态度，要做到合理借鉴吸收最适合也最有利于社会发展的观点。申言之，在一种观点处于统治地位的地位，别种观点无法形成，更无法推动实践与理论的结合与发展。

物权法定主义从立法者的价值判断出发，这一价值判断的出发点是将当事人的自由选择权。因此，即使某些权利具有物权上的某些效力，但是法律并不认可其物权性质，所以该项权利自始不能产生物权法上的全部效力。物权法定原则带有强行性的法律色彩，它将一项权利的属性归于立法者的选择而不是权利自身的性质。虽然物权法也属于司法领域，具有强制性色彩，但意思自治原则也应当具

有适用的空间。对物权变动的解读就是物权法定和意思自治原则的适用过程^[1]。如前所述,司法实践中保护预告登记权利人期待权的规定后,学界对该项制度激烈讨论的同时也产生了新的问题。一方面,我们应当肯定这种进步,因为有了这样的规定,预告登记权利人期待权在某种程度上受到了来自法律规范上的重视。同时,这也表明了该种权利的今后的一种发展趋向,即预告登记权利人期待权所具有的价值性应具有法律的保障。但是从另一个方面,虽然实践中为解决该种问题作出了努力,但是没有与立法相呼应,因此存在矛盾、尴尬的局面。之所以实践中出台了这项规定,就是基于公平交易的考虑解决社会领域中出现的种种问题。当我们对一项权利进行深入研究时,通常会发现在社会运作过程中,一项权利之所以被人们称赞为好的制度,就是因为该种制度项下的某种权利是一种动态的存在。当前,我们对一项权利进行深入研究时一定要考虑到其灵活性。应当看到的是,我们对于物权和债权的研究应当注重其中的界限,但在实践中也不能采取模糊的标准将物权称之为债权。在民法学这个庞大的研究体系中,我们对每一项权利进行研究时都应当谨记其中具有非常精妙的各种联系,对于预告登记之权利的研究也不例外。

2.3 实现民法研究精细化的必然选择

如前所述,预告登记权利人所享有的期待权是按照权利的发展阶段来界定的。预告登记权利人期待权是对权利人实现最终取得物权的先前阶段进行的研究。诚然,如果预告登记权利人顺利完成了本登记则取得物权法上的保护,那么对于预告登记权利人尚未完成最终的物权登记,这一阶段的期待权人的法律地位如何保护的问题则体现了民法研究朝着精细化的研究方向。对于民事权利的研究应当符合精细化的要求,相应的研究范围也要拓宽。我们倾向于对一项已经完成的权利进行研究,殊不知从权利保护的周密化趋势出发,对于一些尚未完成的权利也应当列入研究计划。因此,对于预告登记权利人期待权从形成到继续发展再到完整权利的实现都是我们要研究的范围。对于权利实现的各个阶段都应当投入足够的精力,而不是将研究视角局限于某一点上。实际上我们对民事法律上有关权利的精细化研究的道路并不是一蹴而就的,然而随着社会的发展,经济社会的发展与

[1] 参见申卫星“物权法定与意思自治——解读我国《物权法》的两把钥匙”,《法制与社会发展》2013年第5期,第134页。

壮大，我们的研究视角与研究方向就会越来越朝着精细化的方向发展。一方面，精细化研究的研究方向是我们对待民事法律规范下的权利的重视。同时也是以人的权利为主体的社会经济发展的需要。另一方面，民事权利的精细化研究也是新时期民法典的立法宗旨的重要体现。权利与权利之间的界限需要严格分明，不能采取模糊的立法方式。在未引入期待权理论之前，经预告登记之权利常常被理解为债权化的物权或者物权化的债权，使得预告登记权利人期待权模糊化。因此，民众无法从立法层面找到救济途径，甚至在司法实践中出现法官将同一项民事权利解释成不同的权利内容，人们的私法权益的保障面临更加危险的境地。对预告登记权利人期待权的精细化研究不仅顺应了未来民事权利的发展，也是我们坚持法律这种强制性行为规范造福人类社会的重要目的。德国立法者在对民事方面进行立法时，将各种权利都细致化的研究，从而能够满足不断变化的社会发展的需要。同时在对待民事权利的研究态度上，我们始终要保持严谨的态度。民事法律规范是一个庞大的综合体系，在对其进行研究的过程中，我们既要抓住重要部分更要注意细枝末节。

物权是我国民事法律规范中的重要权利，因此我们对于物权的研究一定要保持严谨的态度，此外需要完善相关制度的法律规定。正是因为其具有如此重要的地位，也是人们普遍关注的问题，所以我们在对预告登记权利人期待权进行研究时一定要投入更多的精力。对民事权利的精细化研究不仅能够解决人们对于某一项民事权利的争议，更是立法与实践相互连通，回应社会现实的需要。我们通常研究一项物权时，以物权登记为分水岭。经过登记的通过物权法处理，未经登记的直接将其抛出物权法的研究范围之外，这样的研究视角已经成了固定化的模式，这不能够适用瞬息万变的市場交易领域。预告登记权利人期待权就处于这样的位置，它是市场经济化的产物，同时如果严格按照物权法定主义原则将无法解决该项新型权利带来的问题。因此，我们需要转变思路、转换研究视角。当我们对预告登记权利人期待权进行研究之时，我们发现权利人处于一种期待将来取得物权这一财产性利益的法律地位。如果对物权的研究视角还停留在过去，那么在市場交易中，预告登记权利人将处于弱势地位。如果我们对完成物权登记前的权利阶段进行研究，问题将会迎刃而解。不如将预告登记之权利作为取得物权的先期阶段进行研究，更有利于物权法理论的后续发展。

2.4 契合社会生活现实的需要

在社会生活实践中，权利不仅是被赋予某个人的，更是将人们的行为边界进行明确的划分。对权利与义务的划分，有利于平衡当事人之间的利益，起到定分止争的作用。对预告登记权利人期待权的研究是民事法律贴近现实生活的重要体现。

首先，交易安全的需要。我们对预告登记权利人期待权的研究的重要意义在于弥补现有制度下对权利人保护不足的现状，最大限度的保障交易的安全。在不动产市场交易领域中，如果预告登记权利人的期待权得不到保护，例如现实生活中常常出现的“一房二卖甚至是一房数卖”情形，导致市场交易秩序的混乱。即使预告登记制度本身对上述情形起着规制的作用，但是只要是预告登记权利人的期待权不被确定，权利人的合法权益就面临受侵害的风险，由此引发市场交易安全问题。期待权为预告登记制度下的权利人合法权益的保障提供了理论依据。预告登记权利人期待权在符合一定条件下的权利不再处于不稳定的状态，而是为其将来权利的取得指明了方向。如此，市场交易主体才能够保持一种稳定的状态，有利于保障市场交易的安全。其次，纠纷解决的需要。现实生活中，当预告登记权利人与该不动产的让与人或者不特定第三人发生纠纷时，由于立法规定的不完善导致我国不动产交易领域出现各种各样的矛盾。为了缓解这种矛盾，最高法出台了相应的司法解释，但是并不能从根本上解决问题。立法上的不完善导致了其与司法程序不能完美有效的衔接，层出不穷的矛盾无法得到缓解。解决以上现实生活中的矛盾纠纷的关键在于发挥预告登记权利人期待权的对抗效力。最后，社会发展的需要。预告登记权利人在符合一定的条件下应当被界定为期待权，这种权利具有稳定性与独立性，可以在市场交易中自由流通。期待权的独立性决定了预告登记之权利可以在市场中独立进行交易。当预告登记权利人期待权被界定为一种可以在市场中自由交易与流通的权利，那么该种权利所代表的利益将会使得社会资源处于最大化的收益状态。我们说社会的发展，与一项新型权利的出现息息相关。预告登记权利人期待权这项权益的背后给社会的迅速发展带来了契机。实际上，立法上对预告登记之权利的保护就是以牺牲社会效益为代价的。然而效率是社会向前发展的试金石，如何节省交易的时间成本，是经济社会向前发展的重要内容。

综上，基于以上我们对于社会现实生活的需要，更要重视对预告登记权利人的这一期待权深入进行研究。同时我们需要注意的是社会现实生活的复杂性要求我们对于该项权利进行研究时必须注重公平的理念，只有重视公平的理念才能够起到权益保护的作用。对于预告登记权利人的期待权的研究具有巨大的长远意义，是社会发展的题中之义。

第三章 预告登记权利人期待权受侵害的现状原因分析

3.1 预告登记权利人期待权受侵害的现状

第一，在立法上并没有将预告登记权利人期待权作为一项实体权利加以明确规定，故权利人期待权受到侵害时不能从现有的民法体系中找到相应的请求权基础。立法上设立预告登记制度的初衷在于规范实践中房屋的多重买卖行为，因此预告登记制度并不是赋予了权利人相应的权利，而是用一种限制出卖人再次处分的方式来规范不动产市场中的交易秩序。值得思考的是预告登记制度除了要发挥制止“一房二卖”的作用，更重要的是将设立预告登记制度的落脚点放在保护在市场交易中处于弱势地位的相对人身上。对此《民法典》第 221 条的回应是房屋出卖人若要再次处分该不动产需要经过预告登记权利人的同意，否则不能发生物权关系的变动^[1]。这并不能从根本上解决对预告登记权利人的保护问题。实际上，实践中绝大部分判决已经支持预告登记权利人的期待权性质，认为预告登记权利人为实现最终的物权作出了一系列积极的努力应当得到保护^[2]。立法上忽略了预告登记权利人为最终获得物权而作出的努力，预告登记权利人应当享有期待权。但是由于期待权的特殊性，在现有的法律体系中无法为其找寻可以落脚的地方，即当预告登记权利人的期待权受到侵害，权利人可以请求排除侵害的请求权基础尚不能确定，权利人的合法权益自然处于无法保障的境地。

第二，虽然最高法出台相应的司法解释认为预告登记权利人享有期待权，但是由于没有立法作为其背后的支撑，故二者之间的衔接与协调也出现了很多问题，主要体现在预告登记权利人期待权对抗执行的法律规定不明确。在实践中，预告登记权利人发现其期待权受到侵害往往发生在法院的保全或者执行过程中，即不动产买受人支付全部或者大部分价款并完成预告登记的不动产物权成为了法院保全或者执行的标的。对于预告登记权利人期待权利的妨害人即申请对该不动产

^[1] 《中华人民共和国民法典》第 221 条：“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。”

^[2] 参见蔡虹，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，[J]《河北法学》，2020 年第 5 期，第 71 页。

进行保全或者执行的权利人来说，预告登记权利人虽然未完成最终的物权登记，但是属于物权期待权人。预告登记权利人为了阻却法院的保全或者执行行为便会提起执行异议之诉，通常权利人会提出以下两种诉讼请求：其一，预告登记权利人提起确权诉讼，请求确认预告登记之不动产的最终归属，由此而引发的的问题就是确权诉讼并不能阻止执行程序，对标的物的强制执行便无法停止，最后的结果是预告登记权利人无法实现将预告登记的不动产变更至自己名下的目的，预告登记权利人的期待权仍然无法得到保护。其二，预告登记权利人请求停止法院的执行程序。在实践中，预告登记权利人基于其期待权的法律地位而享有实体权利从而阻却了法院对标的物的执行。随之而来的新的问题是遇到法院进行轮番查封的情形下，预告登记权利人并不能在查封期间完成物权登记，这也是预告登记权利人期待权受到侵害的重要原因。

3.2 预告登记权利人期待权受侵害的原因分析

3.2.1 理论上对预告登记权利人期待权的性质认识不一

预告登记权利人期待权受侵害的首要原因在于各种观点学说相互碰撞，无法得到统一的认识。因为对预告登记权利人期待权性质认识的差异导致了对其保护方式的不同。如前所述，由于期待权法律性质具有争议性，导致理论界及实务界对预告登记权利人期待权的法律性质争不能达成统一认识。

关于债权说的表述虽然有差异，但是都将预告登记权利人期待权定性为债权性质。理由在于：第一，预告登记权利人期待权虽然是为了最终实现物权，但是其实现方式是请求出让人转移所有权。出卖人和买受人签订合法有效的书面合同是预告登记权利人期待权成立的前提。合同的签订意味着双方债权债务关系的成立，买方向卖方支付价款后卖方应当及时将房屋所有权变更至买方名下。从债权的角度出发，预告登记权利人的期待利益就是财产上的一种请求权，当受让人履行一定义务之后，可要求出卖人及时转移标的物所有权。第二，在我国，除法律另有规定外，登记公示是物权变动的一个必要条件。买受人在不动产标的未过户登记前，其享有的物权期待利益并未以法定登记方式公示。故买受人不具有在法律意义上的所有权人地位。在此期间买受人仅仅享有请求债权人履行相应义务的债权请求权，当买受人支付部分或者全部价款后，可请求买受人交付房屋以及协

助办理过户登记手续。当出卖人违反合同规定时,买受人可基于基础合同关系提起诉讼,这样也可使得各方权益得到合理保障。

我们看到了债权说的立场就是坚决的维护物权的稳定性,这有利于对交易市场中出现的种种问题进行法律上的精准规制。但是坚持债权说的观点是不足以保护预告登记权利人的期待权。原因有两点:其一是保护力度不足。预告登记权利人期待权遭受侵害后寻求救济的途径较为单一,相比较权利人付出的成本来说得不偿失。因为保护力度的不足,导致越来越多的人丧失了对相关法律法规的信任,从而引发更深层次的问题。其二是债权说对实践中出现的新型权利持完全排斥的态度。在对预告登记权利人期待权的定性问题上,债权说坚持未完成最终的物权登记就不能将其称之为物权。由此可见,债权说认为预告登记权利人期待权尚不能构成物权这一权利而退而求其次将其定性为债权。预告登记之权利本身就涉及物权的相关规定,如果将其与物权完全分开界定,则不能遵循这种制度的本身所具有的属性,也不利于预告登记权利人期待权制度的长足发展。

支持新型权利说的学者在一定程度上认为预告登记权利人期待权实质为物权,但又局限于其具有的债权的依附性,故提出新型权利说缓和此种矛盾。具体理由如下:第一,预告登记权利人期待权虽然实质为取得物的所有权,但是我国实行的是不动产物权变动登记公示主义,若将预告登记权利人期待权理解为一项物权可能会导致出现权属纠纷时无法及时有效的保护预告登记权利人的利益的情况。但若将预告登记权利人期待权简单定性为债权,则也可能脱离预告登记权利人期待取得物权利益的本质。第二,将其界定为新型权利有利于其自身独立性的发挥。对标的物已经形成事实占有、使用、收益的预告登记权利人看似享有物权人地位,但是该权利的存在仍然需要以基础合同法律关系的有效为前提,具有债权的依托。为了缓和此种矛盾,将其定义为一种新型权利,这样不仅使得该权利有了合理的法律地位,并且将其与物权和债权分开来保护。

申言之,将预告登记之权利称之为一种新型的权利是因为其在现有的民事法律体系下无法立足。所以说将一种无处安插的权利定性为一种新型的权利实际上是一种较为简便的方法,也更有效率。这种简单的方法减小了立法者设计该种制度难度,但是却忽略了另一个层面更为重要的问题。新型权利说很好的解释了预告登记之权利与之联系密切的债权和物权之间具有严格的界限,但这是一种极端

的做法。因为，如果将预告登记之权利定性为一种新型的权利，在现有的法律框架内无法为其找到理论依据，权利人的救济问题还是面临着同样的问题。实际上，我们在对一项权利径行确定其性质时，绝对不能脱离实际需要，也不能割裂权利之间的关系。预告登记之权利本身就具有特殊性，这就决定了如何为该项权利的救济找寻出路。但是应当看到物权法定主义缓和只是一种例外，民事法律的例外情形固然值得研究，但并不能本末倒置。脱离现有的经过时间检验的物权方式，将会导致不动产交易市场处于动荡不安的状况。因此，我们要用发展、辩证的观点去验证一项权利的具体性质，探索更加适合的能够与经济社会发展相挂钩的观点。

主张物权说的学者认为预告登记权利人期待权本质上应当属于一种物权，权利人期待在将来某个时间点内取得完整物权。支持物权说的具体理由如下：第一，从立法目的角度出发。物的归属由物权法进行保护，而物的转移由债权法进行规制。其中，归属权是指权利人在满足一定的条件的情况下，无须自己的行为即可获得某种权利的一种权利。不动产交易中预告登记权利人主张期待权的目的是为了明确物的归属，因而预告登记权利人期待权实质上应属于一种物的归属权。第二，从文义理解的角度出发，在依据合同主张债权或者是要求实现物权上，预告登记权利人已经做出明确的选择，其直接目的指向的是取得物的所有权。关于预告登记之权利具有物权的性质的说法也印证了期待权这种权利的本质应当从权利人最终想要实现、归属于目标权利出发。物权说是遵循权利人进入到交易关系中的目的出发，充分的尊重权利人的意愿，将权利人的利益放在了首要位置。第三，从民法上的基本原则的角度出发。其一，物权说是公平原则在权利义务人之间的重要体现。当预告登记项下的不动产再次被登记义务人以某种方式进行交易，这显然对权利人一方或者第三方是不公平的，但是坚持物权说的观点就不会出现这样的问题。其二，坚持物权说的观点是民法上诚实信用原则在物的流转过程中的应用。因为对于预告登记权利人来说其积极的取得法律上的一个又一个的要件，应当属于民事法律关系中的积极履行者，然而在实际的执行程序中却处于劣势的地位，这显然违背了民事立法的初衷。因此，预告登记权利人期待权是对未完成物权登记前权利人已经实际享有的物权的认可与保护。

3.2.2 立法上对预告登记的效力规定不完善

(1) 权利保全效力立法模式的不足。我们之所以对预告登记这种制度是如何在应用的过程中发生作用以及其具有什么样的功能进行探讨,是因为预告登记制度具有非常特殊、也非常尴尬的地位,而这与立法者对这种制度的安排的不合理具有较大的关系。预告登记制度是通过不动产变动登记的公示公信效力,限制预告登记义务人对该不动产实施处分的行为,从而实现保障债权人实现债权的功能和作用。在限制登记义务人实施处分行为的方式上主要有限制处分和相对无效两种模式。两种方式都能起到解决问题的目的,但是其在处理问题而产生的结果上是不一样的。一种尚不成熟的、不全面的立法模式虽然可以解决眼前的问题,但是却不可以长久的适用。并且选择合适的立法模式更有益于整个民法体系的发扬光大。值得关注的是在权利保全的问题上是否要注意利益的衡量也是一个值得关注的问题。

限制处分模式下对登记义务人的行为进行诸多的限制。一是登记程序上的限制,即登记机构对义务人的处分行为不予认可,并且对后续的转让行为不能给予登记,致使不能实现变更登记的目的;二是根据法律的规定否定该处分行为的效力,即其转让行为不具有物权变动的效力,不妨碍权利人债权请求权的实现。我国民事立法即采取此种模式。在预告登记存续期间,虽然出让人的再处分行为无效,但这不影响出让人就该不动产与第三人签订的买卖、赠与、抵押等的合同效力。如果不动产权利人因预告登记的存在而无法履行其变动物权的效力,应当对第三人承担相应的违约责任。然而,值得思考的是限制处分模式下对登记义务人的诸多限制是否就是妥当的。很显然,当我们对一项权利进行保护的时候不是对他种权利的享有人设立重重关卡。民事法律关系是当事人之间自由创设的,但是法律强制性的将本来较为平衡的天平加重了砝码,利益的天平则不会再正常运作了。由此可见限制处分说存在多种的不足之处,主要体现在以下两个方面:其一,不符合公平原则。限制处分立法模式下的权利保全效力过于强调对预告登记权利人期待权的保护,这种绝对无效的方式使得交易双方处于不平等的地位。虽然预告登记制度立法宗旨就是保护预告登记期待权人的权益,但这并不意味着不区分情况一味地将利益的天平向其倾斜。其二,不符合比例原则。诚然,不动产预告登记权利人在交易领域中处于弱势地位,但是比例原则所要求的适度与均衡都体现了在立法技术层面不能出现矫枉过正的局面。德国立法者称限制处分的立法模

式为最简单、最粗暴、同时也是最笨拙的方法。虽然它对预告登记权利人期待权提供了充分保护的制度安排，但同时也阻碍了不动产市场的交易与流通。其三，无法与司法程序相衔接。在司法实践中，这种动辄无效的立法方式给司法审判的工作带来了更多的问题。特别是相关解释的出台，更是导致相关案件的办理成了难题。首先，立法上确定的动则无效的方式是否包括实践中法院的执行行为也没有得到明确的解释。其次，如果在预告登记之不动产只是遭受人民法院的查封的情况下，是否也是绝对无效的也不得而知。最后，当预告登记之不动产被拍卖的情况下，根据绝对无效的模式，该不动产处于不能拍卖与不能实现权利的阶段，这一阶段或许会持续很久的时间，这显然存在不合理之处。

（2）顺位效力、优先受偿效力的缺位。预告登记的顺位保证效力，是指权利人完成本登记后取得的权利顺位以预告登记的时间为准而并非以本登记完成的时间为准。当预告登记权利人期待权符合物权登记条件并最终完成本登记之时，权利人享有的物权顺位溯及到预告登记之时^[1]。从权利顺位而言，预告登记的权利虽然是物权请求权，但是该请求权经过登记后，法律赋予了优先于其他权利实现的效力。为此，有学者主张预告登记本身并没有独立的效力，只有在能够完成本登记后才具有意义，预告登记完全依赖于日后本登记是否可以完成^[2]。

我国《民法典》对预告登记的顺位效力未作出立法规定，学者对预告登记权利人期待权是否具有相应的顺位效力存在争议。一种观点认为从我国现有的法律制度中无法推导出预告登记权利人期待权享有相应的顺位效力。从我国关于预告登记制度的有关规定来看，设立该种制度的目的就在于保护权利人，避免其权利受到侵害，但是却丝毫没有考虑到权利之间的顺序问题。实际上，权利的实现顺序也是民事法律关系中至关重要的环节，因为在追求权利实现的顺序更符合私法自治的特点。根据物权法定原则，应当以本登记簿中记载的物权变动的时间节点为准，而非以预告登记的时间确定顺位^[3]。相反的观点主张，不能据此否认我国预告登记期待权具有顺位效力，狭隘诠释原物权法定原则的内涵。我国预告登记制度虽然采取限制处分的立法模式，认可预告登记的顺位效力，对于预告登记之

[1] [德]鲍尔、施蒂纳尔：《德国物权法》，张双根译，法律出版社2004年版，第438-439页。

[2] 参见王轶：《不动产法上的预备登记制度——比较法考察报告》，载《中国房地产法研究》（第1卷），法律出版社2002年版。

[3] 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第194-195页。

外的第三人而言,并未损害其合法权益。第三人通过预告登记可以预判介入交易后的法律后果,为其决定是否参与到该法律关系中来以及在何种条件下进行交易提供了预先判断标准,并未因此损害正常的交易秩序^[1]。从我国不动产登记实践及司法解释上看,预告登记实际上已经有顺位保全的效力^[2]。预告登记后,当事人申请不动产变动登记的,只要不超过能够进行不动产登记之日起3个月之外,当事人所主张的相应的登记应当给予办理。这里所谓规定办理相应的登记,从文义解释理解,预告登记的内容、类型、权利顺位等,均属于办理本登记“事项范畴”^[3]。这也符合立法设立预告登记制度的目的,即当抵押权预告登记的抵押物符合本登记条件时,抵押权人可以获得比后来的其他担保物权人优先受偿的顺位,并非防止抵押权人再次处分抵押标的物^[4]。

我国现行立法上也没有预告登记权利人期待权产生的优先受偿效力的相关规定。实际上,这是由于立法者专注于解决实践中出现的某一具体问题,但是却忽略了发掘预告登记制度的另外一种功能。这里值得思考的一个问题就是,当预告登记的义务人破产的情况下,登记权利人是否和其他相关债权人一样等待最后的分配方案平等受偿。如前所述,预告登记权利人为最终取得物权付出了多重的努力,这里的努力相比较其他破产债权人来说最明显的特征就是进行了预告登记。正因为预告登记权利人的这一举动,法律也应当赋予权利人在某种特定的情况下的优先受偿的地位。但是由于从我国立法上无法得出预告登记这项制度具备优先受偿的效力,所以实践中遇到这种问题常常是手足无措的或者以某种不公平的方式分配了相关利益。通常情况下,赋予某种权利具有优先受偿的效力是因为这种权利项下的行为主体具有相对弱势的法律地位。那么,预告登记期待权人应当具有优先受偿权利就具有了正当性。

综上,我们可以看到虽然在我国引入了预告登记制度,但是对于该种制度的认识不够全面。一方面可能是因为社会经济发展水平的不同,另一方面还有可能是立法技术还不是很成熟所导致的。其实,预告登记这种制度所具有的功能远远

[1] 常鹏翱:《预购商品房抵押预告登记的法律效力》,载《法律科学》2016年第6期。

[2] 参见山东省威海市中级人民法院(2014)威民再终字第24号判决书、山东省青岛市中级人民法院(2015)青金商终字第37号民事判决书、辽宁省沈阳市中级人民法院(2015)沈中民四终字第147号民事判决书。

[3] 参见程啸、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332页。

[4] 林文学、杨永清、马锦亮、吴荣光:《〈关于适用民法典有关担保制度解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2012年,第4期。

大于现有我们的认识,需要我们进一步去发掘与应用。我国立法与实践中的一大缺憾就是没有认可预告登记所具有的顺位功能与优先受偿的能力。特别是在期待权理论的指导下,这种潜在的制度功能应当被及时的发掘出来。立足于新的经济时代,我们在坚守传统理论保持专有特色的情况下,更应当注重对新的制度功能的深入钻研。

3.2.3 实践中预告登记权利人期待权的取得条件认定不统一

法律对一项权利进行保护的规则应当是清楚而明确的,在不能明确一项权利的取得要件的情况下就更谈不上对该种权利进行的保护。从《执行异议与复议规定》第28条与29条的规定来看,一般不动产买受人的期待权的取得要件得到了司法裁判上的统一认识。相比较而言《执行异议与复议规定》第30条对预告登记权利人期待权的取得要件较为模糊,给予法官自由裁量权过大,不利于统一司法裁判。特别是对《执行异议与复议规定》第30条后半句的理解与运用,存在着较大的分歧。有些法院只是在该裁判文书中写明排除法院强制执行还应当满足“符合物权登记”的条件,而该条件的具体内容并无详细说明。有的法院认为符合物权登记条件就是已付清不动产价款。在其裁判文书中表明“因现阶段没有充分证据表明陈锋已付清案涉房产的款项,故陈锋在提出执行异议时并不具备物权登记条件”^[1]。有的法院利用排除法将不符合“物权登记条件”进行罗列:“如即使提交买卖合同、预告登记证明以及转账凭证等并不能等同于实现物权登记的条件已经具备”^[2]。此外,还有的法院认为“符合物权登记条件”就是符合“本登记”条件的意见^[3]。质言之,符合“本登记”条件即是《民法典》第221条第2款规定的“自能够进行不动产预告登记之日”。众所周知,预告登记转为本登记需要登记义务人的协助,那么在登记义务人不配合的情况下即非因预告登记权利人的过错不能推进至本登记的情况下是否符合“物权登记条件”也有着分歧。该观点的理由在于预告登记期间,预告登记所指向的财产状态尚不能确定,只有预告登记符合“本登记”条件,执行法院才能对其采取强制措施。

如果预告登记权利人根据《执行异议与复议规定》第30条排除异议,那么

[1] 参见中华人民共和国最高人民法院(2019)最高法民申4618号。

[2] 参见中华人民共和国最高人民法院(2018)最高法民申5297号。

[3] 参见福建省高级人民法院(2017)闽民终816号。

对于符合“物权登记条件”的审查却没有可以参考的依据。而《执行异议与复议规定》第28条、29条的规定来看，二者都对一般不动产权利人期待权的适用条件进行了列举。参照苏幼华、宏建建工集团有限公司申请执行人执行异议之诉再审审查与审判监督一案：“法院主张其强制执行的措施并没有错误，原因在于在这之前权利人根本没有经过正当途径占有该项权利项下的财产因而权利人不值得进行保护。即使依照苏幼华……也不满足该条款第二项之规定，因此根据该司法解释，不符合该项规范意旨下的可以适用的情形。在对《执行异议与复议规定》第30条“符合物权登记条件”进行审查时，该裁判文书只是利用列举的方法“在仅提交商品房买卖合同、预告登记证明、转账凭证的情况下，并不能得出争议不动产已经符合物权登记条件”^[1]。最高人民法院将“符合物权登记条件”解释为“按照约定已符合取得预告登记物权的条件”。这一解释较为模糊，没有为实践中出现的该类案件提供准确的解决方案。“《执行异议与复议规定》第30条亦未将“符合物权登记”的条件进行列举，使得据以裁判的标准没有统一性，故在审判实践中有的裁判文书才会将“符合物权登记条件”一笔带过。“符合物权登记条件”是作为排除异议的客观前提条件还是经登记义务人的协助完成本登记也没有明确的答案。在经济社会发展迅猛的当下，预售商品房买卖和现房买卖合同中的预告登记权利人“符合物权登记条件”是否采取同样的标准，没有一致的意见。此外，在没有统一标准的情况下，“符合物权登记条件”给予了法官较大的自由裁量权，对于有着不同审判经验、不同的认知水平的法官来说，相似案件的裁判肯定会存在分歧。

通常，我们所说权利人享有一项权利的前提必定是构成要件已经实现。要想拥有某项权利，一定是法律规范已经规定了该要件，或者理论上对一种权利的取得要件形成了统一的观点。当前，无论是在法律规范上还是在理论上都无法准确的界定预告登记权利人期待权的构成要件。因此，当权利人不能确定是否已经享有该项权利的情况下就与相对人陷入激烈的争议之中。有着不同认知水平的或者受不同观点影响的各级各类法官都不能取得一个明确的可以参照的标准。当我们从根源上进行考察时发现，存在不能统一取得要件的原因还在于我国对预告登记这种制度本身的认识就不够透彻，只是简单的持有简单的拿来即用的态度。纵观

[1] 参见中华人民共和国最高人民法院（2018）最高法民申5297号。

整个关于不动产权利人期待权的取得要件可以发现，立法上并没有作出具体的回应。只是为了解决实践中层出不穷的问题而先以司法解释来缓和这种长期以来形成的矛盾。即使是这样，司法解释也无法代替立法上的肯定，对相关问题的解决也没有做到彻底、有效。此外，相关解释的层级、用语的准确性以及效力较低，有时不能作为裁判的重要依据，也根本不能据此认定一项权利的取得要件。预告登记权利人期待权的构成要件只能由法律进行规定，进而相关的司法解释进行具体的解释。因此，在实践中出现的新问题与新情况不能简单地以司法解释作为依靠，还应当考虑的是这种问题出现的更深层次的原因。

第四章 预告登记权利人期待权保护的路径选择

4.1 界定预告登记权利人期待权为物权性质

首先,预告登记权利人期待权可视为一种新的类型的物权。当发生不动产期待权纠纷时,法院实际上依裁判“习惯”创设一种新类型物权概念来保护预告登记权利人的期待利益。《查封扣押规定》第17条、《异议复议规定》第28条及第29条,明确要求不动产权利人期待权的取得需要符合“订立合法有效的书面合同”及“占有”等条件。在一定程度上,该司法解释的规定体现着物权变动应具有独立意思表示再加上具有公示外观的法理。正因为对物权法定中“法”的理解不同,而导致部分学者认为此种新物权种类的创设与物权法定主义相冲突。其实法院裁判的拘束力基本仍以制定法为主,但当法院在长期审判实践中对某一问题的处理基本形成统一的裁判规范时,尤其此种裁判规范经由最高法院认可,并出台司法解释予以确认,此时就可以认为已经形成习惯法。长期司法实践形成的为我国法律共同体所普遍确信的一般规则,当然也可以是《民法典》的适用法源。认可预告登记权利人期待权为新物权种类在一定程度上也修正了人们对物权法定主义的理解,可以为解决实际权属纠纷问题提供可行方案,与司法解释工作的精神内涵相一致。

其次,预告登记权利人期待权转化为最终的物权应结合多元要素进行综合衡量。结合不动产交易过程来看,其中包含双方达成合意、订立合同、支付价款、交付占有、不动产备案登记、办理本登记、过错与责任承担等。其中各个要素的功能与作用各不相同,也并非某单一要素就可决定物权的产生与变动,需要整体的综合衡量。依据现有法律规定,若仅凭“登记”这一外观性要素来判定买受人是否取得物权,而忽视其他要素的作用力,难免会导致裁判结果不当。预告登记权利人期待权的转化过程需要由多种要素相互结合在一起才能完成。各要素的作用主要表现为:第一,自治性要素为合同或合意。这是指在设立债权债务关系,可作为买受人向出卖人行使请求权的基础,合意是一种对移转物权所作出的意思表示,是物权法上的法律行为。我国坚持的是债权形式主义,物权变动有效的前

提是基础法律关系的存在与有效,此种基础法律关系也体现出了当事人物权移转的合意。第二,外观性要素主要包括登记或占有,这是权利人知晓该不动产的权利人的方式。例如,登记这种外观性要素体现出的是一种推定,其假设前提为登记权利人与事实权利人总是处于相一致的状态,在这个前提成立的情况下登记作为公示外观具有合理性,维护了交易秩序,也可以依据登记推定何者为权利人。但是当有充分证据证明真实权利为他者所享有时,虽然缺少登记外观法院依然应保护真实权利人,因此外观性要素应与其他解释要素相结合来判定物权的归属问题。例如,在不动产买卖中,预告登记权利人虽未办理登记,但是已经基于合法有效的基础法律关系占有了不动产标的,且主观不具有过错性,此时买受人已经成为事实物权人,具有对抗出卖人及第三人的效力,此时占有既体现出权利外观性要素,又体现对财产实际控制的对物性要素。第三,这些权利是实质性为物权。其中占有为对物性要素中的基础核心权能,是直接的实质性财产权,这种实际控制形式既向公众显示自己对财产的拥有,又使得他人知悉该权利的存在。

最后,预告登记权利人期待权的创设与物权法保护真实权利人的立法思想相一致。从我国物权法定主义角度出发,预告登记权利人期待权的保护表面看似突破我国现行物权登记主义法律规定,但正是因为买受人实际对不动产占有、使用、收益,形成一种稳定的社会状态。法律的基本功能就是维护社会的稳定,当这种事实物权受到基于债权关系或司法强制介入产生的第三人的冲击时,保护真实权利人利益与物权法定主义并不冲突。此外,坚持物权法定主义也并不是僵化理解物权法定的内涵,而是合理规范交易主体的自治行为,避免当事人随意创设新的法律关系,从而合理维护物权关系,故不应以此为依据否定预告登记权利人期待权这种事实物权人的真实权利。依据不动产登记簿推定何者为权利人具有正确性,但当出现错误登记或者真实物权人未登记时,一味认可其推定力,似乎违背了物权法立法初衷。而物权独立性是指物权的存续不应被基础债权行为所左右,预告登记权利人期待权所具有的债权依附性并不妨碍买受人依法取得物权。物权法就是任务与目的就是为了确保权利人独享该项权利,预告登记期待权利人也不例外,如果不是为了最终的目的的实现,权利人不会耗费那么长的时间花费大量的金钱等去促成最终权利义务关系的实现。

4.2 有效健全预告登记效力的法律规定

4.2.1 采用相对无效的立法模式

相对无效的立法模式主张预告登记并不限制登记义务人处分不动产，只要不损害权利人的利益，该处分行为并不当然无效；这里的无效是相对来说无效，并且是在预告登记之权利受到一定程度的侵害之时才属于相对的无效^[1]。例如《德国民法典》第 883 条第 2 款规定，如果处分行为将会破坏或者妨碍债权请求权的实现时，该处分不生效力。也就是说，预告登记权利人针对以后对土地或者对土地权利作出的处分受到保护，此种处分对于预告登记权利人，相对地不发生效力^[2]。基于限制处分说的立法模式的不足，对预告登记权利保全的效力可以参考德国立法采用相对无效模式。一方面，所有妨害预告登记担保请求权的处分都会无效，预告登记不应随着强制拍卖而消灭；另一方面，在本登记还未实现的情况下，预告登记所担保的债权请求权不能够阻止强制拍卖程序的进行^[3]。实体法与程序法的衔接导致冲突不断，可行的解决方案是使得执行债权人与预告登记权利人处于平等对抗的地位。当执行债权人权益受到侵犯而诉诸法院请求强制执行该不动产时，预告登记继续存在于该不动产上。相比较我国的相对无效模式有着利益的天平向预告登记权利人倾斜的倾向。应当注意的是与相对无效模式相配套的“最低出价额制度”，我国立法上并未规定拍定人拍得不动产时的价款一般要减去该不动产上已经负担的担保物权价款，而预告登记之权利并不包含在内。虽然对于不动产拍定人来说这一过程存在风险，但不可否认这是平衡各方利益的有效解决方式。采用相对无效说的重要意义在于有利于民法上公平原则的贯彻，即不论是在何种民事领域中，都应当将公平原则贯彻到底。如果双方当事人不处于相同的法律地位上，那么其裁判结果难言存在合理的地方。此外，有利于一项财产的流转起到增进社会效益的作用。如果一项期待权利被限制处分，那么只能由权利人进行处理，别人无权干涉，更不能在市场中自由流通。那么，即使保护了相对弱势的一方的权益，但同时也付出了较为沉重的代价。在多项财产性利益中，人们最渴望获取的就是物权，预告登记制度的目的就是保障期待人获得物权，当该项不动产不能再行流通时，该权利项下的期待利益也就丧失了。

[1] [德]鲍尔、施蒂纳尔：《德国物权法》，张双根译，法律出版社 2004 年版，第 431-434 页。

[2] 参见杜景林、卢湛：《德国民法典——全条文注释》（下册），中国政法大学出版社 2015 年版，第 712 页。

[3] 参见庄加园：《预告登记在强制执行程序中的效力》，《当代法学》，2016 年第 4 期。

在我国立法模式中不乏有着对相关问题的解决采用相对无效的处理方式,可以说适用在预告登记制度领域下并无不当。采用相对无效的立法模式的重要意义在于:一方面对于预告登记制度项下的登记义务人的处分行为并不是一律认定为是不发生物权法上的效力,而是根据具体的情况作出不同的判断。这不仅考验了立法者精妙的立法技术也对裁判者判案水平的提高发挥重要作用。另一方面,相比绝对无效的立法模式来说,相对无效的立法模式给予了商品自由流通的较大可能性。立法者在解决实践中多个权利人对一项不动产主张权利的问题时,创造性的提出了预告登记制度,但是却在某种意义上冻结了本应当在市场交易领域中自由流通的不动产这项财产性权利。采用相对无效的立法模式就不会出现这样的问题,当经预告登记之不动产被查封时,此时并没有涉及对权利人任何权益的损害,不应当从根本上否定这种行为。当预告登记之不动产被强制拍卖时,应当本着不动产权的流通与变动的观念允许拍卖程序的进行。

4.2.2 明确顺位效力、优先受偿效力

实务中处理预告登记与查封的关系时,认为查封具有阻止预告登记转为本登记的效力,预告登记期待权人在符合物权登记条件的情况下才能提起案外人异议解除查封措施从而完成本登记。从另外一个角度来看,如查封措施一直未解除将会对预告登记期待权人取得不动产权构成障碍,而执行债权人请求人民法院对涉案不动产进行查封措施并不会导致物权的变动。此时,预告登记期待权利人与执行债权人处于两败俱伤的局。有观点认为,在实践中,一项权利在经过预告登记之时,以预告登记权利人是否最终完成目标项下的物权登记为节点,在此之前不能赋予轮候查封的效力,反之则会需要外力的帮助则能产生法律上的效力^[1]。但这一过程导致法律关系较为复杂,不如直接肯定预告登记的顺位功能更为便捷。通过以上的考察我们可以知道,如果按照该种方式对当事人所申请的执行要求将会出现反反复复的局面。然而一项制度的确立应当是明确而具体的,在效力的问题上出现反复的局面是不能容忍的。如若肯定预告登记的顺位功能,一方面,预告登记顺利完成了本登记,不动产权的变动发生之日为预告登记之日;另一方面若预告登记所担保的债权请求权归于失效,查封措施当然可以继续行。

[1] 参见章晓英:《论房屋所有权转让预告登记在金钱债权中的法律地位》,《政治与法律》,2016年第11期。

赋予预告登记权利人期待权请求权实现的优先顺位,既不会损害此后对该标的物进行交易第三人的信赖利益,也没有影响公正、有序、高效的不动产交易秩序和诚信理念的保护。《民法典担保制度解释》在起草的过程中,并不是僵化地以抵押权预告登记不等同于抵押权登记。而是确认其在一定条件下享有优先受偿权,并且认可了其顺位保证效力,同时也细化了预告登记权利人期待权的权益保护。有学者认为,当同时出现数个内容不相冲突的不动产变动且登记的情形下,虽然之后的物权变动有效,但预告登记的顺位保证效力发挥了其作用。例如,房屋或者建筑物的抵押权在设立、变更请求权预告登记后,房屋或者建筑物的所有权人又将该房屋或者建筑物转让且办理登记的,根据《民法典》第406条第1款之规定,在承认抵押权人对抵押物享有追及权的前提下,没有必要否定房屋所有权的物权变动的效力,而应当承认预告登记的抵押权成立在先,顺位在先,受让或者继受的所有权负担抵押权,受让人可以通过涤除权的行使获得无负担的所有权。此时体现了预告登记的顺位保证效力。从交易实践看,预告登记已经对登记的标的物物权负担情况进行了公示,只要第三人对不动产的登记信息尽到了合理的注意义务。

司法实践中对于预告登记权利人期待权的法律性质不能形成统一的裁判标准。在关于最新的关于担保的解释出现以前,法官在裁判过程中认为即使一项抵押财产权利经权益方进行提前预先登记,但是在权利人不能具备完成最终关于抵押的登记的要件之前,权利人只是享有一种请求义务人帮助的情况下进行关于抵押的登记的请求权利,并可排他性地对抗他人针对该房屋的处分,此时该项权利项下的现实的关于抵押的可以立即行使的权利不能享有。我们知道,抵押权这项权利对于权利人来说也是至关重要的,重要性在于赋予了权利人相比于其他人相对较为优先的地位,这也是权利人积极行使进行预告登记并尽力实现各种条件的原因所在。我们之所以称一项权利为物权是因为该项权利具有物权上的法律效果。以物权登记为界限,在此之前的权利状态都不能称之为物权。司法解释中对预告登记效力问题作出重大改变,赋予预告登记权利人期待权在一定条件下可达到本登记的效果从而促使预告登记权利人得以行使优先受偿权。

根据我国相关法律的规定,一项不动产权利必须要经过符合法定的条件的首次的登记。故在商品房预售领域,首次登记是指房地产开发商就已经竣工的建设

工程，对国有土地建设使用权及房屋所有权进行的第一次登记。《解释》第 52 条并未将预告登记与本登记相等同，只是赋予预告登记在具备转为抵押登记的条件但又未办理抵押登记的情况下可具备本登记的某些效力。第一，抵押财产不存在尚未办理建筑物所有权首次登记；第二，预告登记的财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产一致；第三，不存在预告登记已经失效等不具备办理抵押登记条件的情形。在实现抵押权的条件尚未成熟时，预告登记的条件尚未成熟，预告登记仅起到限制处分的保全效力，因此，不存在优先受偿权的问题。

综上，从平衡执行债权人与享有期待权的预告登记权利人角度出发，在解决不动产预告登记与强制拍卖程序衔接的问题上，德国法采用的“相对无效模式”值得效仿；在解决不动产预告登记与查封措施的关系上应肯定预告登记的顺位功能，给予享有期待权的预告登记权利人在预告登记期间拥有选择权，从而达到平衡双方利益的效果。

4.3 明确预告登记权利人期待权的取得要件

4.3.1 签订合法有效的书面合同

在我国，如果要发生一项物权的变动，需要考虑物权变动采取何种模式。在我国采用债权形式主义的物权变动模式下，当事人最终取得完整物权就需要具有独立的具有债权法上的基础的债权合意的存在。在该种物权的变动模式下，物权取得的前提就是存在合法有效的民事法律关系。在不动产预告登记交易领域中，预告登记权利人之所以会取得期待权的法律地位，就是因为出让人与受让人之间存在受到法律保护的基础法律关系。作为审查预告登记权利人期待权的基础要件，对当事人之间签订的书面合同要进行严格审查。通常情况下，需要审查权利人是否具备善意的要件。一方面，无论是从立法规定还是司法解释中都可以看出预告登记制度利益的天平是向权利人一方倾斜的，这是因为在一般观念中，期待权人一般在交易领域中相对于交易对方较为劣势。所以我们需要审查的第一个条件就是期待权人是否善意。通常来看从双方当事人签订的书面合同中根本无法准确的判定期待权人是善意的。在司法裁判中，预告登记权利人仅将一份合同作为证据，是缺乏证明力的。因此，需要结合其他证据进行综合判断。另一方面，根据签订

的时间进行分析论断，防止权利人与相对人恶意串通，以此损害第三人的合法权益。由此可见考虑到司法实践中的复杂性，即使是一项善意的规则，也会被不当利用，这极大的损害了市场交易的发展。之所以将书面合同作为审查的前提条件就是因为，书面合同具有稳定性。相对于其他证明条件来看，书面证明更具有说服力，是考察双方当事人签订合同真实意图的第一手资料。

将签订合法有效的书面合同作为一项前提条件，同时也要合理考虑这项前提条件下的相关要素。第一，要考察书面合同的真实性伪造的或者突击签订的合同不能适用于该权利项下的前提条件。第二，之所以规定书面合同是因为书面合同具有正式的特性。一份合格的书面合同所体现的风险承担、权利义务的分配都能体现出交易双方的真实意图。第三，还要考察所进行预告登记的不动产是否与争议的不动产相一致。实务中，常常出现为了追求经济目的的实现而弄虚作假的情形，从而损害了交易第三方的权益。最重要的是，要判断基础合同的效力问题，如果经过调查发现预告登记权利人利用法律规范的倾斜保护的制度安排损害相对人的利益，应当作出不认可其期待权的判决。此外，还要对出让人进行考察，主要审查其是否具有重大的过错，审查合同项下的义务是否已经履行。书面合同对于司法实践中当事人进行举证论证提供了最有利的表现方式，因此应当予以重视。尤其是在简化交易的浪潮的推动下，更应注意到这种具有重要特征的合意形式。

4.3.2 合理对价的给付

从本质上来看，预告登记权利人期待权的性质决定了其在物权登记之前要具备法律上的要件，其权利才能够具有保全的可能。除了要审查双方当事人是否具有真实的将来取得物权的意图，还要审查权利人对这一权利的取得是否付出积极的行动。实践中，当事人之间虽然签订合法有效的书面合同，但是仅仅支付小部分价款或者根本不支付价款，这样的情况很难说期待权人付出了极大的努力期望期待权最终实现。合理对价的给付可以制定一套标准，例如权利人支付了不动产的大部分价款而不是仅仅是形式上的给付。更为重要的是要考虑合理对价中的对价问题，对价是指符合该项物权项下的价值。预告登记之权利相对于权利人最终想要实现之物权来说，权利人的法律地位虽然具有稳定性，也体现出了一定的财

产性利益,但是不可否认的是该种具有期待性质的权利并不能等同于物权登记后的物权。因此,我们在进行审查时,不能将一项物权的取得标准适用于期待权。故合理对价的支付应当参照司法实践中一项物权取得条件进行审查。还应当注意的是,预告登记之权利这种期待权与完整物权的取得要件的差别在于最后的物权登记,因此在考虑合理对价的给付时要考虑该范畴。合理对价的给付也不能固定化的理解,因为当前支付领域正面临巨大的改变,支付方式呈现出多样化的趋势,因此需要灵活考虑这里的支付合理对价。我们将支付合理对价的目的在于,我们要确定权利人之间期待权正向前发展并向目标权利靠近的这一过程,而价款的支付能够很好的体现出这种趋势与方向。从平衡利益的角度出发即另一个层面理解预告登记权利人应当具有合理对价的支付。原因在于如果期待权人仅支付一小部分价款就获得了绝对的优势地位,对于不动产交易领域中人未免太过不公平。

实际上司法实践中对一般不动产买受人期待权的取得要件中也将一定的价款视为构成条件。在民事相关法律规范中,也有对于先支付一定价款的权利人优先进行保护的情况,故价款的支付是一种合理化的存在。至于具体的标准,需要经过大量的调查,形成统一的认识。例如分期付款中的关于价款的支付、所有权保留中的关于价款的规定。既然以上情形都能形成毫无争议的认识,那么预告登记制度下的权利人应当支付的价款也可以确定。

4.3.3 不存在预告登记失效的情形

我们一直在强调预告登记如何转换为最终的物权登记,是因为我们研究的视角是从期待权人最终取得权利的目的出发。当我们将研究的视角转向为当一项期待权不能完成最终的登记时。此时期待权人是否就处于一种不受保护的法律地位,更值得思考的是此时该期待权是否还具有相应的效力。对此,争议不断,不能统一明确观点。首先我们需要明确的是在预告登记最终不能完成本登记的情况下,预告登记是否就被消除了。本文的观点在于即使预告登记最终不能实现最终的本登记,预告登记也不会当然的消除。理由在于:我们承认相对无效说的立法模式具有较大的优势,同时不可否认的是预告登记在不能转换为本登记也不会被消除的情况下,被登记的不动产因负担预告登记也不会阻碍不动产的流通与转让。当债务人破产的情况下,该项不动产的拍卖程序也可以继续进行。其次,不存在预

告登记失效的情形是出于预告登记这种制度的临时性特征考虑,即预告登记之权利只是一种临时性的权利,它是为其最终实现的权利而服务的。具体来说,预告登记权利人在具备相应的实现物权的所有客观条件都具备的条件下,例如签订了合法有效的书面合同并且支付了合理对价,但是预告登记权利人只是单纯的享有这种权利而不是积极的履行完成取得权利的最后一步。从尊重当事人的自由选择权,预告登记制度无法再给予权利人期待利益的保障。我国现行立法将期待权人的除斥期间的时间规定为3个月。这是出于兼顾保障交易安全与效率的需要。

在现房买卖交易场合,登记义务人通常为被执行人。例如,甲为房屋买受人,乙为房屋出卖人,甲乙订立房屋买卖合同并办理了预告登记,甲作为登记权利人可以请求登记义务人乙的协助办理本登记以实现其取得房屋所有权。在预告登记期间,登记义务人乙的处分权受到限制,当乙的另一债权人丙请求查封或者拍卖登记在乙名下房屋时,第一,在丙提起案外人异议查封该房产期间,甲只有在符合物权登记条件下才能排除异议从而进行本登记。本登记完成后发生物权变动的时间为本登记之日。房屋所有权从乙的手中转移到甲的手中,而执行债权人丙只能就债权人乙的其他财产主张清偿债权。主要原因在于,债权债务关系具有相对性,一般债权人丙只能就其债权向债务人乙主张权利,除非发生债务转移债权人乙才有可能向第三人主张其权利。而预告登记之权利本就是一种加强型的债权请求权,在进行本登记之后获得所有权当然具有绝对支配与排他的权利。此外,如果肯定预告登记的顺位功能,则预告登记之日就视为本登记完成之日。而此时,物权的变动已经发生,物权变动发生的效果归属于不动产买受人所有。如此一来,预告登记权利人就不必再提起案外人异议之诉来排除强制执行,既简化了法律关系,又避免了司法资源的浪费。两种路径都能够合理保障预告登记权利人的权益,相比较而言肯定预告登记的顺位功能对于当事人来说更为方便。第二,如执行债权人丙提请法院主张拍卖、变卖该房屋。参照德国的相对无效模式,预告登记的权利人可以要求拍卖人将不动产的所有权转让给拍卖人,并将其返还。如果拍定人在竞拍该房屋时知道其负担着物权预告登记,拍定人所付价款则为减去负担物权预告登记的价款。这一在德国法上称之为“最低出价额”的制度,既可以解决执行难的问题又可以使得经预告登记之权利得以保全,值得我国借鉴。此外,如果预告登记不能顺利转为本登记,如果预告登记并未消灭的情况下,再次符合“物

权登记” 条件的情况下还可以进行物权登记。

概言之，不动产预告登记转为本登记是预告登记权人债权得以保全的真正实现，意味着其取得完整的物权。拍卖人在取得该房地产时，可以向拍卖人提出请求，要求拍卖人归还其占有。当然，如果预告登记一旦失效，拍定人拍定该不动产时所负的法律风险也随之消灭。拍定人不仅要在预告登记权利人主张本登记时表示同意，还要在本登记完成后转移占有。至于拍定人的利益损失其不能向不动产受让人主张，其只能在拍定该不动产之前进行风险识别，或者向登记义务人另行主张其权利。

结论

对于预告登记权利人的保护，期待权理论为其提供了理论依据。将预告登记之权利定性为物权的合理性在于，不仅弥补了债权保护路径的不足、缓和了固有的物权法定主义，还为预告登记权利人的保护提供了新的思路。应当看到预告登记制度与期待权相结合所发挥的巨大作用。一方面，需要对预告登记的立法模式进行适当的完善，采用更加符合我国国情与社会现实的模式即相对无效的模式；另一方面还要彻底挖掘预告登记制度所具有的顺位效力、优先效力。还应当明确预告登记权利人期待权的取得要件，为司法裁判指明方向。

参考文献

(1) 专著

- [1]王泽鉴,附条件买卖买受人之期待权,民法学说与判例研究[M],北京,中国政法大学出版社,1998,145-235.
- [2]史尚宽,民法总论[M],北京:中国政法大学出版社,2000,21.
- [3]王轶,所有权保留制度研究,民商法论丛[M]北京,法律出版社,1997.593-670.
- [4]王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2000,97.
- [5]胡长清.中国民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,1997,282-283.
- [6]王利明:《物权法论》[M],中国政法大学出版社,2003年版,第174页.
- [7]梁慧星《中国民法典草案建议稿附理由》(物权编)[M],法律出版社,2004年版,第38页.
- [8]参见杜景林、卢谌:《德国民法典——全条文注释》(下册)[M],中国政法大学出版社2015年版,第712页.
- [9]参见程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》[M],法律出版社2021年版,第332页.
- [10]杜万华主编《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》[M],人民法院出版社2016年版,第143页.
- [11]参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2013年版,第485页.
- [12]参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国法的解释论为中心》(上册)[M],清华大学出版社2011年版,第194-195页.
- [13]常鹏翱:《物权法的展开与反思》[M],法律出版社2017年版,第395页.
- [14][德]鲍尔、施蒂纳尔:《德国物权法》,张双根译,法律出版社2004年版,第434页.
- [15]申卫星.期待权基本理论研究[M].北京:中国人民大学出版社,2006.
- [16]江必新,刘贵祥.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规定理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2015.

(2) 连续出版物

- [1]王轶,期待权初探(J),法律科学,1996,(4):51-56.
- [2]张诗迪,民法典视域下抵押权预告登记效力再探讨——中国光大银行股份有限公司上海青浦支行上海东鹤房地产优先公司、陈思绮保证合同纠纷案评析[J]苏州大学学报,2020(4):76-77.
- [3]金春.论房地产企业破产中购房者的权利保护[J].2016(4):38-44.
- [4]常鹏翱:《预购商品房抵押预告登记的法律效力》,[J].载《法律科学》2016年第6期.
- [5]林文学、杨永清、马锦亮、吴荣光:《〈关于适用民法典有关担保制度解释〉的理解与适用》,[J].载《人民司法》2012年,第4期.
- [6]参见蔡虹,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,[J]《河北法学》,2020年第5期,第71页.
- [7]参见申光伟:《案外人涉房执行异议之诉及其主要权利类型》,[J].载《人民司法.应用》2019年第22期,第104页.
- [8]章晓英:《论房屋所有权转让预告登记在金钱债权执行程序中的法律地位》,载《政治与法律》2016年第11期.
- [9]参见王利明:《论民法典物权编中预告登记的法律效力》[J].,载《清华法学》第3期.
- [10]庄加园:《预告登记在强制执行程序中的效力》[J].,载《当代法学》2016年第4期.

- [11]李玉林,《民法典》预告登记制度的司法适用——以效力问题为中心[J],《法律适用》2021年第8期.
- [12]王利明.论民法典物权编中预告登记的法律效力[J].清华法学.2019年第3期.
- [13]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(04).
- [14]程啸《论抵押权的预告登记》[J],《中外法学》2017年第2期.
- [15]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》[J],《人民司法(案例)》2016年第14期.
- [16]程啸《论抵押权的预告登记》[J],《中外法学》2017年第2期.

(3) 学位论文

- [1]申卫星,期待权基本问题研究(D),2003,5.

致谢

在此特别感谢我敬爱的导师，从第一次讨论该论文的题目时到论文的最终完成，老师都耐心、仔细的教导，最终才有了这篇论文的产生。学习还没有结束，我会始终牢记学校与老师的教诲，在以后的日子里继续努力学习，奋发向上！

