



锦天城律师事务所
ALLBRIGHT LAW OFFICES

关于
仅办理抵押权预告登记
银行能否享有优先受偿权问题
之
裁判规则分析报告

郭政法律服务团队

二〇一六年十月

目 录

一、引言	2
二、裁判数据分析	3
三、 全国各地法院主要裁判规则	4
（一）支持银行享有优先受偿权的判例	4
（二）不支持银行享有优先受偿权的判例	7
四、福建省各中院裁判观点	8
五、实务建议	10

郭政法律服务团队

本团队系由锦天城律师事务所高级合伙人郭政律师、合伙人萨自勇律师、合伙人蔡思斌律师、合伙人刘荣海律师及多名律师组建的专业化法律服务团队，专注于银行金融法律业务、公司商事争议、并购重组、房地产项目、债务融资工具及公司债券发行、资产证券化、破产重整、家族财富传承管理等业务，在相关诉讼及非诉讼领域具有丰富的实务经验和良好的专业素养。

本团队长期坚持以客户为中心，坚持优质、高效的服务理念和整体的团队服务方式，对客户的每一个项目和案件提供细致的法律分析，落实流畅的沟通机制，提供切实可行的法律建议，并通过诉讼与非诉讼的手段积极进取地解决问题。

一、引言

开发商在进行房屋预售时，购房人为获得银行贷款，往往与银行约定以此房屋作为抵押物，并办理抵押权预告登记，向银行贷款一定数额用于支付购房款。但此时购房人尚未取得相应的房屋所有权证，银行暂时无法办理抵押权登记。这时就需要开发商作为保证人对购房人取得所有权证且银行办理抵押权登记、取得他项权证之前的期间承担阶段性的连带保证责任。三方的上述权利义务彼此制约、保障以更好促成房屋买卖交易。

但在实践过程中，因购房人在取得贷款后，未按期偿还贷款本息导致银行无法按期收回借款的情形十分常见。而在此类案件中，银行能否依据抵押权预告登记主张抵押权已设立，并以此为由要求就上述房屋拍卖、变卖等所取得的价款享有优先受偿权呢？

《物权法》第十四条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”第二十条第一款规定：“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。”据此，预告登记是为了保全一项以将来发生不动产物权变动为目的的请求权的不动产登记；预告登记制度旨在保障将来物权的实现，预告登记权利人享有当不动产物权登记条件成就时对不动产优先办理物权登记的请求权，并可排他性地对抗他人针对不动产的处分。故预告登记并非正式物权登记，在仅办理预购商品房抵押权预告登记情况下，抵押权并未依登记而设立，不产生设立抵押权的法律后果。

因此，原则上，银行（债权人）享有优先受偿权的前提是办理抵押他项权证，而非抵押权预告登记证。《最高人民法院公报》2014年第9期公布案例“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案”（后文亦有详细案例信息）即是支持该观点。在其公布之后，各地法院纷纷亦采用该观点。而在此之前，绝大部分法院认为办理抵押权预告登记的银行享有优先受偿权。

那么，是否仅办理预告登记，就当然地无法享有优先受偿权了呢？实务中，

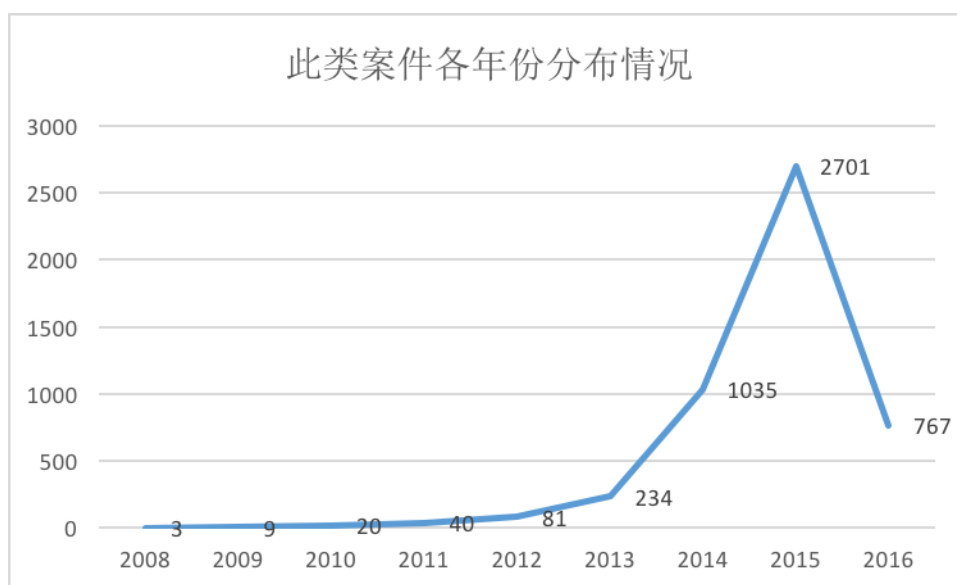
各地法院对此亦有多种不同解读，同案不同判情况十分普遍，甚至于同一个法院都常对此有不同的解读和裁判。

本律师以上述公报案例发布时间为节点，通过对中国裁判文书网、无讼案例、OpenLaw 等裁判文书检索平台发布的 2015 年至今的各地中院、高院判决进行重点分析，以此了解本文所述问题在审判实务中的现状及未来发展趋势，以期对银行实现债权提供帮助。

二、裁判数据分析

截止 2016 年 8 月 30 日，无讼案例平台公开发布的因购房人逾期拖欠贷款引起的金融借款合同纠纷判决书共计达 4912 份。

（一）就年份排布来说，受中国裁判文书网公开的影响，公布最多的年份显然是 2015 年。

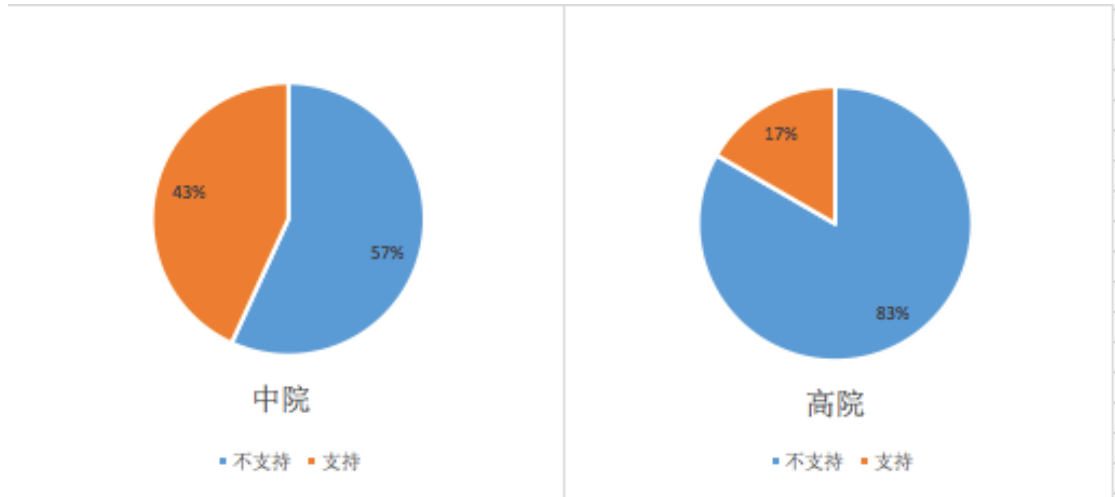


（二）就审理程序而言，一审判决达 4646 份，占总数的 94.6%；二审判决书达 253 份，占 5.1%；再审判决书达 10 份，占总数的 0.2%，其他判决书达 3 份，占总数的 0.1%。

（三）就地域分布而言，占比最多的是浙江省，达 977 份，占总数的 20.1%，其次是内蒙古、山东、福建、江苏，分别占比 11.3%、9.3%、7.1%、6.9%。而经济水平较高的北京、上海、广东，分别有类似判决书 3 份、107 份、347 份。

（四）就判决结果而言，2015 年以前，各地法院虽观点不一，但绝大多数仍然对银行仅办理预告登记是否享有优先受偿权问题持支持的态度。但随着 2014 年第 9 期《最高人民法院公报》公布案例“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案”之后，对此问题，显然不支持的比例更高。

2015 年 1 月 1 日至 2016 年 8 月 31 日中院、高院判决结果支持率



三、全国各地法院主要裁判规则

（以下案例均为 2015 年 1 月 1 日之后公布，案例中裁判结果均为部分截取，完整版详见判决书）

（一）支持银行享有优先受偿权的判例

序号	主要观点	参考案例	判决文书支持理由	相似案例
1	将抵押权预告登记视为抵押登记，则抵押权设立，即当然享有优先受偿权。	天津市滨海新区人民法院（2015）滨功民初字第 2129 号	双方在合同中约定了抵押担保的范围，现被告怠于还款，损及原告债权，抵押权实现条件成就。因此，原告对涉案抵押房屋享有优先受偿权。	（2015）南民三初字第 122 号、 （2016）浙 0304 民初 996 号、 （2014）北民初字第 1949 号等

2	在建工程抵押权自登记时设立(含预告登记),且遵从当事人合意与市场规律,预告登记即为设立抵押权。		上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民六(商)终字第452号	以建设用地使用权、正在建造的建筑物设立抵押的,因其符合物权法登记的规定,只要在有权登记机构办理了登记,应产生抵押权设立的法律后果。对于在建工程抵押的优先权效力,即使登记中具有“预告”二字,其优先权得到保护,市场已形成了稳定的预期。此后,对于登记种类的理解产生分歧,导致当事人多年的稳定预期被推翻,则有失公平,不利于市场秩序的稳定,司法不应该破坏这种稳定预期。	(2015)沪二中民六(商)终字第438号等
3	银行无过错(附条件支持)	只要无过错,无需其他条件	温州市中级人民法院(2016)03民终218号	陈晓威以相关预登记房产为本案借款提供抵押担保并已办理抵押权预告登记,因陈晓威未办理房屋所有权登记,无法办理正式抵押登记,不存在瓯海中行急于办理正式抵押登记的情形,故对该预抵押登记的效力予以确认,瓯海中行对相关房产依法享有抵押权。	(2015)浙温商终字第2330号、 (2015)浙温商终字第2116号、 (2015)浙温商终字第311号等
4		已具备办理产权证条件	青岛市中级人民法院(2015)青金商终字第37号	建立预告登记制度的目的是赋予被登记的请求权物权效力,即具有排他效力,使其不但可以对抗不动产的所有人和其他物权人,也可以对抗任意第三人,确保预告登记权利人不受损害。被上诉人周凯在具备办理上述房屋的产权证条件后,无故不及时办理该房屋的产权证书,亦不与上诉人联系,并配合上诉人办理该房屋正式的抵押登记手续。因此,上诉人对未能办理该房屋的正式抵押登记无过错,预购商品房抵押预告登记仍然有效。	(2015)浙嘉商外终字第12号、 (2015)浙绍商终字第390号、 (2015)青金商终字第276号、 (2015)青金商终字第278号等

5		已具备办理产权证条件，且经现产权人即开发商同意	南京市中级人民法院 (2015)宁商终字第 978 号	本案中，就案涉房屋已设立了抵押预告登记，且该房屋已经符合办理权证条件，因吴克祥未能按约还本付息，工行城西支行有权就案涉房屋优先受偿。同时，因吴克祥未办理案涉房屋的产权证，该房屋产权尚在南京金域蓝湾置业有限公司名下，鉴于二审中该公司对工行城西支行就案涉房屋行使优先受偿权的诉请也不持异议，故工行城西支行作为抵押权人有权就案涉房屋优先受偿。	(2015)宁商终字第 979 号、 (2015)宁商终字第 619 号等
6		因其他原因不能办理，且预告登记具有公示性，可对抗第三人	哈尔滨市中级人民法院 (2015)哈民三商初字第 137 号	本案中，涉案房产已办理了预购商品房预告登记和预购商品房抵押权预告登记，高秀英已交清了房款，预告登记已向社会公开，具有公示性，可以产生对抗第三人的效力。因此，在高秀英不继续履行还款义务时，浦发哈分行作为抵押预登记的权利人，可以就抵押预登记的房产处分后所得价款在合同约定的担保范围内享有优先受偿权。	(2014)青金商初字第 819 号等
7		已经实际交付、具备初始登记条件，基于公平原则	怀化市中级人民法院 (2015)怀中民二终字第 200 号	本案中，办理预抵押登记的英泰国际商城负一层 2636 号商铺已实际交付，已具备初始登记条件，蒲彬、李清也取得返租收益；预告抵押登记的房屋至今未进行正式抵押登记，是由于开发商怀化英泰建设投资有限公司原因造成，责任不在预告抵押登记权利人鹤城工行。若在此情形下一概否定预告抵押登记权利人的优先受偿权，实则将他人过错的后果转为由无过错方承担，有违合同法公平原则。	(2015)怀中民二终字第 206 号、 (2015)怀中民二终字第 201 号、 (2015)怀中民二终字第 197 号、 (2015)怀中民二终字第 202 号、 (2015)怀中民二终字第 203 号等
8		抵押人及开发商无异议，且无证据证明已经能够登记而三个月未进行登记	温州市中级人民法院 (2015)浙温商终字第 1950 号	抵押房产的开发公司即银来公司亦未对工行乐清支行的抵押权提出异议，且本案现有证据不能证明能够办理不动产登记而三个月内未申请登记的情形，故本案的抵押权登记未失效。	

9		符合折价、 拍卖、变卖 等流通条件	温州市中级 人民法院 (2015) 浙温 商终字第 929 号	涉案商品房已经进行了抵押权预告登记,且未能推进至本登记的原因并非由债权人的原因所造成,预抵押登记财产又符合折价、拍卖、变卖等能流通条件的,故赋予银行对登记财产享有优先受偿权,以保护银行按揭市场金融秩序。	(2015)浙绍商终 字第 901 号等
10		依据合同合 意约定	沈阳市中级 人民法院 (2016) 辽 01 民终 4333 号	原、被告签订的《个人购房担保借款合同》系各方真实意思表示,本院予以确认。借款人未按约定按期足额偿还借款,贷款人有权提前收回已发放借款,有权提前行使担保权。本案中,被告刘涛未按时足额偿还借款已经构成违约,应当承担违约责任,故对于原告要求被告刘涛偿还剩余贷款本息的诉讼请求,本院予以支持。原告亦可依抵押条款的约定对被告刘涛抵押的房产享有优先受偿权。	(2015)鄂商终字 第 32 号、 (2015)哈民四商 初字第 24 号等等
11		赋予抵押人 通知的义务,据此确 定银行无过 错	青岛市中级 人民法院 (2015) 青金 商终字第 300 号	抵押人既有条件在第一时间知悉能够办理正式抵押登记的事实,又是办理正式抵押登记必不可少的主体之一。而银行享有抵押预告登记的权利系基于其向抵押人支付了相应对价,预告登记失效作为非常严重的失权后果,应以登记权利人具有重大过失为前提,即登记权利人具有明知能够办理登记而不进行登记的过错。因此,赋予抵押人通知的义务是确定预告登记权利人是否有过错的必要条件。本案在上诉人对未能办理该房屋的正式抵押登记无过错的情况下,抵押预告登记仍然有效。	

(二) 不支持银行享有优先受偿权的判例

参考案例	判决文书不支持理由	相似案例
2014 年第 9 期最高人民法院公报案例《中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案》	抵押权预告登记所登记的并非现实的抵押权，而是将来发生抵押权变动的请求权，该请求权具有排他效力。因此，上诉人光大银行作为系争房屋抵押权预告登记的权利人，在未办理房屋抵押权设立登记之前，其享有的是当抵押登记条件成就或约定期限届满对系争房屋办理抵押权登记的请求权，并可排他性地对抗他人针对系争房屋的处分，但并非对系争房屋享有现实抵押权。	(2015)二中民(商)终字第 05985 号、(2015)穗中法金民终字第 152 号、(2015)渝五中法民终字第 5507 号、(2015)南市民再终字第 2 号、(2014)陕民二终字第 00100 号等。
最高人民法院 (2015) 民申字第 766 号	在建房屋抵押预告登记并不产生债务人不履行债务时从拍卖在建房屋的价款中优先受偿的法律后果，而只是对将来建成房屋所作的一种事先约束，以约束债务人以将来建成房屋作为抵押标的物。债务人不履行配合义务，抵押权人只能主张违约责任。	
鹤山市人民法院 (2015) 江鹤法民二初字第 176 号	依《中华人民共和国物权法》第二十条、《房屋登记办法》第六十七条、第六十八条及第七十一条之规定，并参照《最高人民法院公报》案例“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案”不支持优先受偿权。(该案二审维持原判，见江门市中级人民法院 (2015) 江中法民二终字第 456 号)。	

四、福建省各中院裁判观点

目前，福州市中院判决除 (2015) 榕民终字第 5965 号判决书外 (该份判决书虽认定仅预告登记的则抵押权未设立，但判决同时基于具备办理初始登记条件，明确购房人配合办理抵押登记的义务，亦明确了若购房人在判决确定期限内未依约协助办理抵押登记的情况下，赋予了银行对涉案房产的优先受偿权。也就是说，其并未直接因为预告登记就直接否决其优先受偿权)，均认定抵押权未设立、依法不享有优先受偿权。

而除福州市中院之外的泉州市中院【(2014)泉民终字第 3284 号】、龙岩市中院【(2014)岩民终字第 29-23 号】、宁德市中院【(2015)宁民终字第 691

号】等则大多认可银行享有优先受偿权（举例如下）：

审理法院	序号	参考案例	判决结果	法院观点	相似案例
福州中院	1	(2015)榕民终字第2836号	不支持	预告登记制度旨在保障将来物权的实现，建设银行城北支行据此享有当抵押登记条件成就或约定期限届满时对讼争抵押房屋办理抵押权登记的请求权，并可排他性地对抗他人针对抵押房屋的处分，但并非已对该房屋享有现实的抵押权。本案抵押权并未设立。	(2015)榕民终字第2634号、(2015)榕民终字第1626号、(2014)榕民终字第284号、(2015)榕民终字第2837号、(2014)榕民终字第3575号等。
	2	(2015)榕民终字第5965号	支持	附条件，在已经具备初始登记条件的情况下，基于银行无过错，判决借款人限定期限内办理抵押登记，逾期未予办理的，银行享有优先受偿权。	
莆田中院		(2015)莆民终字第2166号	不支持	预告登记作为一种临时性登记行为，即不是行政部门对房屋交易行为的监管行为，也不能等同于直接产生支配效力的抵押登记，只是待房屋交付借款人后银行就该房屋设立抵押权的一种预先的排他性保全。即抵押权预告登记所登记的并非现实的抵押权，而是将来发生抵押权变动的请求权。	
宁德中院		(2015)宁民终字第691号	支持	本案抵押已依法设立，在债务人未履行到期债务的情况下，债权人福安农行有权就抵押物优先受偿。上诉人福安农行的上诉主张有理，应予支持。	
泉州中院		(2014)泉民终字第3284号	支持	根据贷款合同约定，晋江中行依约发放贷款，但郭伟森未按期偿还借款本息，应承担相应的违约责任，晋江中行有权解除合同，要求郭伟森偿还本金及相应的利息，并对郭伟森提供的抵押物房产享有优先受偿权。	

龙岩中院		(2014) 岩民终字第 29 号	支持	当事人在合同中约定了以涉案在建房地产设定抵押作为贷款担保,并经漳平市房地产交易服务中心办理了抵押权(预告)登记。因此,在黄清豪、李苏瑜未按合同履行到期债务时,建行漳平支行有权以该抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押物的价款优先受偿。	(2014) 岩民终字第 23 号、(2014) 岩民终字第 24 号、(2014) 岩民终字第 25 号、(2014) 岩民终字第 26 号、(2014) 岩民终字第 27 号、(2014) 岩民终字第 28 号等。
------	--	-------------------	----	---	---

五、实务建议

为降低银行债权实现风险,在结合上述案例裁判规则分析的基础上,本团队律师特提出如下建议:

(一) 在仅办理抵押权预告登记的情况下,可从以下几个方面积极主张并争取法院支持银行对抵押预告登记房产享有优先受偿权:

1、具备初始登记条件且预告抵押登记权利人无过错,则享有优先受偿权

在抵押预告登记房产完成初始登记或具备办理产权证条件的情况下,抵押人既有条件在第一时间知悉能够办理正式抵押登记的事实,又是办理正式抵押登记必不可少的主体之一,而银行享有抵押预告登记的权利系基于其向抵押人支付了相应对价,预告登记失效作为非常严重的失权后果,应以登记权利人具有重大过失为前提,即登记权利人具有明知能够办理登记而不进行登记的过错。因此,在抵押预告登记房产完成初始登记,且银行对未能办理正式抵押登记无过错情况下,抵押预告登记仍然有效。

2、抵押预告登记具有优先受偿权符合当事人预期

对于预告抵押登记的优先权应得到保护,市场已形成了稳定的预期。若对于预告抵押登记效力的理解产生分歧,将导致当事人多年的稳定预期被推翻,有失公平且不利于市场秩序的稳定,司法不应该破坏这种稳定预期。

3、预告抵押登记权利人无过错即享有抵押优先权

预告抵押登记后,导致无法办理正式抵押登记并非银行原因造成(包括抵押人未办理房屋所有权登记、抵押人不与银行联系并配合办理正式的抵押登记手续、开发商原因等),银行不存在怠于办理正式抵押登记的过错。若在此情形下一概

否定预告抵押登记权利人的优先受偿权,实则将他人过错的后果转为由无过错方承担,有违合同法公平原则。

4、预告登记具有公示性,可以对抗第三人

在已办理房屋预告登记和抵押权预告登记情况下,预告登记已向社会公开,具有公示性,可以产生对抗第三人的效力。因此,银行作为抵押预告登记的权利人享有优先受偿权。

5、参照比较在建工程抵押权登记的法律效力,主张房屋抵押权预告登记的优先受偿权。

与房屋抵押权预告登记相似,在建工程抵押权登记事实上也具有“预告”特点,但是,我国法律保护在建工程抵押登记的优先受偿权效力,只要在有权登记机构办理了登记,就产生抵押权设立的法律后果。通过与在建工程抵押权登记的类比分析,积极争取银行的优先受偿权得到法院支持。

(二)为最大限度保护银行对抵押预告登记房产的优先受偿权,银行在业务办理可以从以下方面进行规范:

1、增加进一步明确开发商阶段性担保责任的条款

根据《物权法》以及物权法司法解释的规定,预售合同等不动产买卖合同一经解除,基于该商品房之上的预告登记将面临失效的法律风险。因此,虽然在银行的合同文本中,已对开发商应承担的阶段性担保责任作出了约定,但我们建议在合同中进一步约定,若房屋无法建成或购房者行使合同解除权而影响银行的优先受偿权行使的,则在还清银行贷款前,未经银行书面允许开发商不得对该房屋作出任何买卖、出租、抵押等处分措施,以更有利于实现银行债权。

2、完善合同条款,最大限度降低银行风险

(1) 签订《借款合同》前,严格审核借款人资信情况,防止开发商虚构买卖事实、恶意借款,降低风险。

(2) 在《借款合同》中明确如下事项,通过双方合意约定加强法院支持银行抵押优先权的可能性,降低风险:

例如,约定若借款人逾期未还借款的,银行有权就涉案房产拍卖、变卖所得享有优先受偿权。也就是说,在合同中明确优先受偿权,如此可在当事人合意约

定的基础上，争取法院对银行优先受偿权诉讼请求的支持；

又如，在合同中明确约定借款人在具备办理抵押登记条件时，应当履行通知银行办理的义务。在对此约定的基础上，可在日后引起诉讼时，借此确定过错责任，即借款人未通知的，银行无过错。

(3)明确约定无论是否成功办理抵押登记、借款人是否取得房屋所有权证、《商品房买卖合同》是否有效或是否解除等，借款人均应当对借款承担偿还责任。

3、在法律规定的时限内，积极将预告登记转为正式登记

根据《物权法》第二十条规定：“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。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”

因此，银行应告别以前办妥预告登记就“高枕无忧”的心态，尽可能地缩短抵押权预告登记的存续期，并多方面积极促成正式抵押登记办理条件的达成（比如：可以考虑在合同中约定开发商或购房者办理权属证书及抵押登记的时限要求，以及违约责任，等）；同时，主动跟踪按揭房产项目初始登记、权属证书办理进展，深入分析房产证未能及时办理的原因，并根据合同条款采用合理措施及时应对，严格遵守法定时效，加快推进正式抵押登记的办理进度，避免今后司法审判中可能出现的不支持银行主张优先受偿权带来的不利后果。

4、发生纠纷时，及时搜集银行无过错证据，并积极主张优先受偿权

当借款人发生逾期还款、或是可以办理抵押登记而拒绝办理等违约行为时，及时发函催告，不仅可起到督促的作用，同时亦可为后续诉讼中无过错主张提供有力支持。