

债权、物权与所有权之期待权辨析-探讨商品房购买人与抵押权人的平衡保护机制 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E5\\_80\\_BA\\_E6\\_9D\\_83\\_E3\\_80\\_81\\_E7\\_c122\\_480474.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_80_BA_E6_9D_83_E3_80_81_E7_c122_480474.htm) 一、出售后再抵押

：一桩典型的房产纠纷案 1、案情简介 1998年7月6日，原告农行与被告外经房地产公司签订了一份《抵押借款合同》。双方约定外经房地产公司以海口市龙昆北路怡景大厦整栋房屋做抵押，向农行贷款1400万元，双方到房产部门办理了抵押登记。农行依约贷款1400万元，外经房地产公司仅还款360万元，尚欠本金1040万元及利息，农行遂将外经房地产公司诉至海口市中级人民法院。借款合同中的抵押物怡景大厦系由外经房地产公司开发，但其在1998年7月抵押给农行前就于1992年3月与中原物业公司签订了《商品房买卖合同》，将20层怡景大厦以5444.81万元售于中原公司。至1998年3月30日双方结算确认，中原公司已支付外经房地产公司房款2627.0898万元，尚欠房款3067.3712万元。中原公司在1992年3月3日就将怡景大厦全部房产售于13家公司及2位个人，15户购房人均向中原公司足额支付了购房款。至起诉之日即2001年时，怡景厦停留在主体工程完工状态，1998年房产主管部门向外经房地产公司颁发了“主体工程完成”的房屋所有权证。中原公司做为本案的第三人参与诉讼。 2、争议的焦点 农行主张其与外经房地产公司《抵押借款合同》合法、有效，对抵押物怡景大厦享有优先受偿权。因而，在外经房地产公司与中原公司的《商品房买卖合同》中，造成外经房地产公司无法向中原公司交付房产，双方合同无法履行，

依法应予解除。中原公司因此遭受的损失只能依法向外经房地产公司求偿。中原公司认为，外经房地产公司“一女二嫁”，抵押房地产权属在农行与中原公司及15户实际购房人之间存在权属争议，依据《房地产管理法》第37条4项，农行与外经房地产公司的《抵押借款合同》为无效，农行就争议房产不享有优先受偿权，外经房地产公司依法应向中原公司交付怡景大厦房产。农行与外经房地产公司的抵押合同是否有效经及农行就抵押物是否享有优先受偿权就成了本案争议的焦点。

3、法院判决 一审海口市中级人民法院认为：《商品房买卖合同》合法有效，而《抵押借款合同》中有关房产抵押的约定虽双方意思表示真实且已办抵押登记，但因抵押物已于1992年售于中原公司，因此对抵押物怡景大厦有权属争议，抵押行为应认定无效。遂判决驳回了农行对抵押物怡景大厦优先受偿的诉讼请求，同时判令外经房地产公司向中原公司一年内交付怡景大厦房产。

二审海南省高级人民法院认为：《商品房买卖合同》及《抵押借款合同》均合法有效，一审认定抵押行为无效是错误的，理由是：（1）、《抵押借款合同》没有违反法律、行政法规的强制性规定，符合合同的基本构成要件。（2）、一审认定抵押物怡景大厦权属有争议不能成立：其一、《商品房买卖合同》确立了彼此之间的债权与债务关系，此为合同之债。在外经房地产公司交付房屋之前，中原公司对其享有的是请求交付怡景大厦房产的权利，而非对怡景大厦房产享有所有权，建设中的怡景大厦的所有权在外经房地产公司依约交付中原公司前仍归外经房地产公司所有。外经房地产公司依约负有交付怡景大厦的义务，否则为违约行为，应对中原公司承担违约责任。因此，针对

本案情况不能得出怡景大厦权属有争议的结论。其二、外经房地产公司持有房产部门颁发的房屋所有权证，法律、行政法规并没有禁止其据此设定抵押，既便是在本案中外经房地产公司已先于1992年将抵押物售于中原公司的情形也是如此。因此，本案不属《房地产管理法》第37条第4项“有争议的财产”不得抵押的情形。其三、在《抵押借款合同》中抵押权人农行享有的债权与一般债权不同，农行根据《抵押借款合同》而取得的抵押权又被称为担保物权，兼具债权与物权属性；而在《商品房买卖合同》中的中原公司对外经房地产公司仅享有合同债权，即请求外经房地产公司交付怡景大厦及请求其承担违约责任、赔偿损失的权利。当同一物上并存物权与债权时，农行享有的物权优于中原公司享有的债权。因此，农行对抵押物怡景大厦享有优先受偿的权利。因农行对怡景大厦享有优先受偿权，导致外经房地产公司无法向中原公司履约，双方合同应依法解除。根据上述事实 and 理由，二审海南省高级人民法院于2001年9月14日判决撤销一审判决，支持了农行对抵押物享有优先受偿权的诉讼请求。

二、由此案引发的思考之一：所有权之期待权

1、期待权概念的提出

发展商将同一房产既出售又抵押或做多次出售的现象比较普遍，一物之上设定两项以上的权利，无论是对买方还是对抵押权人均加大了风险。在诚信普遍缺乏的今天，特别是对类似本案的购房人而言，他们有可能血本无归。本案中的发展商外经房地产公司已收取中原公司购房款2600余万元，又从农行取得以怡景大厦房产抵押借款1400万元，因怡景大厦取得购房款与贷款合计4600余万元，扣除已还360万元贷款，尚余4240万元，而怡景大厦至今只是主体完工。此时外经房地

产公司如果不讲诚信完全可以放弃履行《商品房买卖合同》及《抵押借款合同》中的交付房产和清偿借款的合同义务而卷款而逃，事实证明确是如此。正如此案二审判决所言，对此种情形又无任何法律、法规禁止，这显然是法律漏洞，因此而发生类似本案的大量纠纷在所难免。正是从此意义上说本案具有典型性。一审判决发生于2001年，关于物权、担保物权及其与债权关系的阐述虽符合法理，但并无法律依据。我国《物权法》至今还未出台，没有物权与担保物权的概念。学理解释可做为判决理由加以阐述，但不能做为判决的依据。除此之外，该案二审判决应该说是完全符合当时的法律规定的，讲理也比较充分，能够令人信服。判决虽无可挑剔，但透过判决所折射的一种社会现象不能不引人深思：15位购房人买房在前，且均已足额支付了购房款，是卖房人“一女二嫁”或又在已售之物上设定了抵押权，导致购房人“笼里鸡飞”。已出售房产能否再设定抵押？怎样保护购房人的利益？怎样约束发展商的一物多售或即押又售行为？本案昭示严峻的现实向不完善的现行法律规定提出了严重挑战。问题的提出实际上是在购房人与抵押权人之间在利益出现冲突后怎样求得一个公平的权利平衡机制？或从根本上杜绝这种冲突的发生，以避免出现本案中的往抵押权人一边倒的不公平现象。经济在不断发展，它不可避免地要求相应的法律制度也要跟上。当一种新的经济现象出现之后，如果没有相应的法律诠释和保障，不但不会促进反而有可能阻碍经济的发展。要回答前面提出的问题，关键取决于购房人根据商品房买卖合同所取得的权利的性质的界定，即购房人取得的仅仅是传统意义上的债权还是具有其它性质的权利？买卖双方签

订了商品房买卖合同，双方因此产生一种债权债务关系自无问题。但双方以合同买卖的不是一般的商品，是关于不动产物权的买卖，因此，出卖人根据合同所取得的债权必然与物权相联，这也是不争的事实。这种与物权相联的债权是界定为债权呢还是在现行法律体系基础之上新设定一种权利？国外早在19世纪的理论与实践就提出了解决的方案即期待权法律制度。19世纪期，分期付款交易方式日益流行。所有权保留制度作为与分期付款交易最紧密结合的一种担保方式，逐渐成为最活跃其作用甚至超过抵押的理想担保方式。所有权保留制度是指在买卖合同中，买受人先占有、使用标的物，但在双方当事人约定的特定条件成就前，出卖人仍保留标的物的所有权，待条件成就之后，再将所有权转移给买受人的制度。这种制度的优越性在于，对出卖人来讲，只要买受人不付清价款，所有权就不发生转移，从而实现了对未付价款的担保；对买受人来讲，虽未付清价款，但可对标的物提前占有、使用。这种交易方式实现了当事人间的利益均衡，保证了交易安全，促进了交易的发展。在这种交易方式的不动产交易中，出卖人享有保留所有权，与之相对应，买受人享有期待权，这种期待权实际就是买卖合同中买方的标的物交付请求权。标的物交付请求权是债权，但因其与物权相联便不再是一般意义上的债权，而被称之为期待权。期待权既不是单纯的债权，也不是完整的物权，而是介于债权和物权之间的一种权利，或说是从债权到物权实现过程中的权利，可以被称做物权化的债权。物权就是物权，债权就是债权，为什么一定要把债权物权化？这是实践中蓬勃发展的新型交易方式的需要。从债权到物权的实现过程中面临很多危险，因

而保护这种取得权利的权利是必要的，而现行物权或债权理论无法满足实践中的这种的需求。根据传统物权法原理，不动产物权基于登记取得，但做为不动产物权变动的原因行为的债权行为，往往先于不动产变动登记，不动产权利人的其它处分行为势必危害债权人不动产交付请求权的实现。因为请求权是债权，具有相对性，无对抗第三人的效力，一旦原不动产物权人违约，债权人只能要求债务人承担违约责任、赔偿损失。同时，这种用债权法的手段保护购房人无可避免地受到出卖人支付能力的制约，在出卖人没有支付能力的情况下，对于购房人的违约救济很可能沦为法律白条，且购房人已为此付出了较大的诉讼成本。本案中的15户购房人即是如此，他们支付了全部房款，尽管15户购房人分别对外经房地产公司、中原公司提起了诉讼，结果是不但得不到房产，也得不到退房款。关键是以不动产物权变动为内容的债权人的目的在于发生特定的物权变动，而非债务人承担违约责任。因此，赋予购房债权人以对抗第三人的物权效力成为维护不动产交易安全之必需。所以，期待权的产生有其客观现实基础，无论法学家还是立法者是否能够正视，这是一个在实践中发生的无法回避的活生生的事实！

## 2、期待权的法律性质。

期待权的概念、理论提出之后，关于期待权是属于什么类型、什么性质的权利便一直众说纷纭，难有定论。之所以如此，笔者以为还是在以传统的眼光看待新型的期待权，在现有的权利划分体系中自然难以找期待权的一席之地。与期待权相对应的是既得权，能说既得权是一种债权或物权吗？显然不能。既得权得到的是什么权就是什么权，可能是物权，也可能是债权。期待权与此同理，它是一种权利的泛称，

不是一种具体的权利，无法将其划分到某一种权利类型。鉴于期待权是取得权利之权利，似可从权利的取得根据上分析其具体的权利类型。期待权源于分期付款交易，也就是源于合同，合同的标的物可以是债权，也可以是物权。因此，期待权可以划分为债权期待权与物权期待权。人身权包括人格权和身份权，这两种权利显然不可能通过合同设定期待权，所以，期待权只能在财产权上设定。期待权的类型划定之后，其法律性质自然便迎刃而解。物权期待权以取得物权为目的，则具有绝对权之性质；债权期待权旨在取得债权，应归入相对权。分期付款交易实质是一种附期限的法律行为，因此，可以说期待权最早发生于附期限的法律行为中，后来又扩大到了附条件的法律行为中。法律行为按内容又可分为债权行为和物权行为，国外期待权理论认为，无论是附条件还是附期限的债权行为或是物权行为，均可发生、设定期待权。关于债权期待权，虽然我国立法中没有明确使用期待权这一概念，但从附期限、附条件法律行为的角度，实际是对期待权的内容进行了一般规定。

### 3、现行法律关于期待权规定的考察

(1) 关于期待权的规定 最高人民法院《民法通则》司法解释第75条规定：“附条件的民事行为，如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认定该民事行为无效”。第76条规定：“附期限的民事法律行为，在所附期限到来时生效或者解除”。第84条规定：“财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移”。前述三条司法解释，是关于附条件、期限法律行为亦即期待权内容的最早的法律规定。《合同法》第134条规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人

未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人”。《合同法》第167条规定：“分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的，可以向买受人要求支付该标的物的使用费”。此条是我国现行法律关于所有权保留买卖制度的规定，也是关于期待权内容的具体规定。有观点认为，我国民事立法不承认物权行为，故在附条件与附期限的法律行为中仅有债权期待权的存在。我国虽没有《物权法》，且《民法通则》也没有规定物权行为，但在最高人民法院的相关司法解释中，的确出现了一些物权期待权或与之极其类似的规定。（2）关于物权期待权的规定 其一、关于购房款优先受偿的规定 2002年6月20日，最高人民法院发布了法释（2002）16号《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》。该《批复》规定：“一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”。该司法解释破天荒地在购房人、承包人、抵押权人的保护上排了顺序。依据《担保法》第33条，抵押权人对抵押物享有优先受偿的权利；依据《建筑法》第286条，工程承包人对工程价款享有对建筑物拍卖款中优先受偿的权利。购房人、工程承包人与建筑物抵押权人应该是与建筑物关系最为密切的三种人，这三种人中已有两种人即工程承包人、建筑物抵押权人被两部法律授予了优先受偿的权利，而恰恰对直接购买、使



用房产的人不但没有规定优先受偿的权利，甚至还仅仅停留在债权的保护阶段和水平上，这显然对购房人是不公平的，保护也是极为不利的。前述案例中的购房人与抵押权人的诉讼遭遇便是这一普遍存在的不公平现象的真实写照。前述司法解释的出台改变了这种不公平的现象，该解释明确规定：购房人期待权优于工程承包人工程款优先权，而承包工程款则优于抵押优先受偿权及其它债权，即购房人的期待权为第一顺序受偿，承包人为第二顺序受偿，抵押权人为第三顺序受偿。正如本文前面所述，购房人根据商品房买卖合同取得的是物权性质的所有权期待权，购房人受到物权保护。但当房屋不能建形成“半拉子”，即所有权期待权不能实现为物权的时候，即出现该司法解释所规定建筑物被拍卖的情形，此时的所有权期待权又恢复了其债权的初始属性，只所以规定这种债权就建筑物拍卖款在第一顺序受偿，概因其由所有权期待权转化而来，不同于一般的债权。其二、付清房款并占有的房产不得查封的规定 2004年11月4日，最高人民法院发布了法释[2004]15号《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》。该《规定》第17条规定：“被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，人民法院不得查封、扣押、冻结”。该司法解释虽然是从查封角度做出的规定，但仍然体现了优先对购房人权利的保护，尽管这种保护是附有支付全价并实际占有的前提条件因而是全面、不彻底和不充分

的，但比之法释（2002）16号司法解释，在所有权期待权的道路上又明显前进了一大步。因为该司法解释充分体现了对购房人物权而不是债权的保护，赋予了购房人对抗第三人甚至人民法院查封的权利。其三、在建房产允许抵押的规定

1988年1月26日，最高人民法院发布的关于《民法通则》司法解释第113条规定：“以自己不享有所有权或者经营管理权的财产作抵押物的，应当认定抵押无效。以法律限制流通的财产作抵押物的，在清偿债务时，应当由有关部门收购，抵押权人可以从价款中优先受偿”。1990年建设部发布的《城市房屋产权产籍管理暂行办法》第18条规定：“凡未按照本办法申请并办理房屋产权登记的，其房屋产权的取得、转移、变更和他项权利的设定，均为无效。”。1995年1月1日施行的《城市房地产管理法》第46条第1款规定：“房地产抵押，是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。”。第48条规定：“房地产抵押，应当凭土地使用权证书、房屋所有权证书办理”。根据上述法律及司法解释规定期房是不能抵押的。但这些法律已不能满足实践中的需要，最高人民法院及相关部门又制定了如下法律、法规及司法解释。1997年5月9日建设部发布的《城市房地产抵押管理办法》第3条规定：“本办法所称房地产抵押，是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，债权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿。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。本办法所称在建

工程抵押，是指抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产以转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为”。2000年9月29日，最高人民法院发布了《关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》。该解释第47条规定：“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效”。《福建省抵押贷款条例》第9条第2款规定：“签订了购买依法获准建造的房屋或其他建筑物的合同，并预付价款的，购买人可就该房屋或其他建筑物设定抵押权，但应由房地产开发商提供担保”。最高人民法院前述司法解释规定在“关于抵押部分的解释”一节里。而《担保法》第33条第1款规定的抵押概念是指：“债务人或者第三人转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。”。而《担保法》第34条所规定的可供抵押的（一）至（六）项财产全部是物权，不包括债权。从购房人以合同买卖在建的房屋和其他建筑物可供抵押的规定可以看出，购房人的合同债权已被物化，具有了担保物权的权能。最高人民法院的此项司法解释与建设部的上述规章及福建省的地方性法规的规定是基本一致的，这些在实践中也被看做是房地产交易实践中大量发生的楼花买卖、按揭的法律依据。其四、所有权之期待权“凭证”的规定 1996年9月25日，海口市人民政府发布了《加快城市住宅建设的若干规定》。该《规定》第6条规定：“主体工程已完成的商品住宅，经市城市建设行政主管部门验收合格后，可向市房产管理部门申请办理注明“房屋主体工程完成”的房屋所有权证，作为抵押贷款

的凭证，待工程项目全部竣工后，再交还此证换领正式的房屋所有权证”。1998年12月18日，海口市人民政府发布了《海口市盘活房地产市场若干办法》。该《办法》第5条第1款规定：“‘停建’工程主体已完成或需要调整规划达到主体工程完成的，经市规划、城建部门出具符合规划和主体工程竣工验收合格意见后，可向市房管部门申请办理注明“房屋主体工程完成”的房屋所有权证，作为抵押贷款的凭证，待工程项目全部竣工后，再交还此证领取正式的房屋所有权证。”有观点认为，“房屋主体工程完成”的房屋所有权证不是正式的房屋所有权证，应被认为是政府部门确认房产开发商对在建工程享有的“所有权之期待权”的一种凭证。此种观点显然有待商榷，但所有权之期待权的概念及立法正在被逐步接受并付诸实践却是一个不争的事实。

三、由此案引发的思考之二：预告登记制度 所有权之期待权对购房人保护之充分，正如抵押权对抵押权人、所有权对所有权人一样。根据《房地产法》、《土地管理法》、《担保法》，所有权、抵押权的设定和取得是通过所有权登记和抵押权登记这一要式法律行为取得的，显然具有物权性质的所有权期待权之设立也应和其它物权一样通过登记制度取得。预告登记制度恰恰满足了所有权之期待权的需要。预告登记制度也是德国民法学者在中世纪所创，日本民法称为假登记。预告登记与本登记的区别在于预告登记不能象本登记那样发生物权的变动，但预告登记权利人获得了依债的内容在将来发生不动产物权变动的权利，从而保护了尚未成就的物权。其实质是物权法则在债权法中的渗透和扩张，是债权法理论和物权法理论的有机结合。所有权之期待权一经预告登记，便具有了排他

效力，不但可以对抗物权人，还可以对抗任意第三人。《城市房地产管理法》第44条第2款规定：“商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案”。2001年8月15日，建设部发布了《城市商品房预售管理办法》。该《办法》第10条第1款规定：“商品房预售，开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。预售人应当在签约之日起30日内持商品房预售合同向县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门办理登记备案手续。”2003年4月，最高人民法院发布了《审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》。该《解释》第6条规定：“当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同生效条件的，从其约定，但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外”。有观点认为，商品房预售合同虽然要求登记备案，但也仅仅是备案而已，更多具有的是行政管理色彩。而最高人民法院的上述解释无疑为此种观点提供了法律依据支持。预告登记制度是设定、取得所有权之期待权的必备法律程序，而最高院司法解释却规定不支持以未登记备案为由确认合同无效的主张，使预售合同备案登记与预告登记之间的关系昭然若揭。虽然我国实行的商品房预售登记与传统的预告登记不可相提并论，但在购房人缺乏有效保护的今天，认可商品房预售登记的预告登记效力是非常必要的。2002年1月1日，南京市发布了《南京市城镇房屋权属登记条例》。该《条例》第6条规定：“房屋权属登记包括：（一）初始登记；（二）转移登记；（三）变更登记；（四）他项权利

登记；（五）备案登记；（六）预告登记；（七）注销登记”。第29条规定：“有下列情形之一的，当事人可以申请预告登记：（一）预购商品房的；（二）约定优先购买权的；（三）约定回购房屋的；（四）约定通行权的；（五）为保全约定的其他涉及房屋的请求权的。当事人申请预告登记，应当提交合同书或者房屋所有权人的承诺书。”。第30条规定：“由银行代付购房款的预购房屋贷款抵押或者在建房屋抵押的，抵押当事人应当于抵押合同约定的登记期限内办理抵押预告登记，并提交主合同、抵押合同以及其他有关证件、证明。抵押人办理抵押房屋初始登记的，登记机关应当将预告登记的抵押权记录在该房屋登记簿中他项权一栏内，并保留原预告登记顺位”。2002年10月31日，上海市发布了《上海市房地产登记条例》，设第五章专章规定了预告登记制度。该条例第49条规定：“房屋尚未建成时，有下列情形之一的，当事人可以申请预告登记：（一）预购商品房以及按照市人民政府有关规定进行预购商品房的转让；（二）以预购商品房设定抵押及其抵押权的转让；（三）以房屋建设工程设定抵押及其抵押权的转让；（四）法律、法规规定的其他情形。应当由当事人双方共同申请的登记，一方当事人未提出登记申请的，另一方当事人可以单方申请预告登记。经预告登记后，当事人取得土地使用权、房屋所有权或者房地产他项权利的优先请求权。本条第一款所列情形的预告登记，自房屋所有权初始登记之日起满两年，当事人未申请土地使用权、房屋所有权或者房地产他项权利登记的，该预告登记失效；本条第二款规定的预告登记，自登记之日起满两年，当事人未申请土地使用权、房屋所有权或者房地产他项权

利登记的，该预告登记失效”。第53条规定：“预购商品房未经预告登记的，不予办理预购商品房抵押权的预告登记”。第59条规定：“新建商品房所有权初始登记后，商品房预购人应当申请房地产转移登记。预购商品房设定抵押的，房地产转移登记后，其预购商品房抵押权预告登记转为房地产抵押权登记”。第60条规定：“新建房屋所有权初始登记后，其房屋建设工程抵押权预告登记转为房地产抵押权登记。房屋建设工程抵押权预告登记转为房地产抵押权登记时，其抵押物范围不包括已经办理预告登记的预购商品房”。地方性法规关于预告登记的规定虽然有利于保护购房人的利益，从而也有利于房地产交易的健康发展，但根据物权法定的原则，在国家没有预告登记的明确法律规定的情况下，地方立法关于预告登记的效力是值得商榷的。

#### 四、结论

所有权之期待权就是不动产交付的请求权，虽请求权是债权，但因其是物权请求权，便不同于一般的债权，针对这种不同于一般债权的不动产交付请求权发明了一个新的概念--所有权之期待权，以区别于传统的债权、物权概念，这与以现房担保称做抵押而以期房做担保称做按揭同理。对所有权之期待权做这样的区分与界定，易于为实践中理解和接受。任何一触理论和立法都是为实践服务的，这是其存在的唯一目的，因此必须考虑新的概念的内涵清晰程度和在实践中的可接受程度。而所有权之期待权与预告登记制度之关系，则如同实体法与程序法之关系，所有权之期待权这种种具有物权性质的新型权利的取得不能通过合同创立，必须通过预告登记制度才能取得，这也与物权法定的基本原则暗合。有观点认为预告登记制度本身也具有物权属性则实无必要。预告登记制度虽然

保证了债权物权化的权利即所有权之期待权的实现，但它本身并没有物权或债权的属性，它仅仅是一项登记制度而已，正如所有权、抵押权赖以取得的本登记制度一样。具有物权属性的是所有权、抵押权、所有权之期待权这些实体权利本身，而不是保证这些实体权利实现的登记制度。又如律师为被告辩护有罪的还是被告不是也不可能因辩护而变成律师一样。如果在1998年我国就立了所有权之期待权及预告登记制度，本文案例中受保护的便应是中原公司及其15户购房人，而不是抵押权人农行；反言之，如果中国在当时就建立了所有权期待权及预告登记制度，农行在外经房地产公司于1992年已预售怡景大厦的情况下，也不可能取得怡景大厦抵押权，这是预告登记的公示性及排它性使然。因此说，如果中国在当时就建立了所有权期待权及预告登记制度，本案就不会发生，类似本案的纠纷也不会发生。因此，建立所有权期待权及预告登记法律制度是必要的、可行的，它能够保障交易的安全，预防纠纷的发生，从而促进房地产业健康、有序的顺利发展。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)