

# 在建工程抵押制度研究

陈 扬

(中央财经大学法学院,北京 100081)

**摘要:**立法与学理未尽完善背景下,实践中对在建工程抵押制度的法律效力认识不一。该抵押的性质、抵押范围、竣工后未申请转为房屋抵押登记的效力、与相关权利的受偿顺位等现实困境亟待厘清。剖析预告登记说与本登记说之差异,证成在建工程抵押系本登记。对物权客体之“特定物”的理解,当前学理与立法皆不再强调物之固定形态与现实占有,而自物之经济价值角度较为宽泛地考察,故认为作为在建工程抵押客体之“在建工程”应涵括未建成部分。工程竣工后未申请转为房屋抵押登记的效果问题,自客体厘定、规范分析、情理考量角度进一步审视。民法典视域下抵押物自由转让规则的引入,一定程度上缓解了与商品房预售制度等的激烈冲突,与相关权利的受偿顺位需结合物权追及效力、登记顺序等具体分析。

**关键词:**在建工程抵押;抵押登记;客体范围;特定物;房屋抵押登记;权利冲突

**中图分类号:**D923   **文献标识码:**A   **文章编号:**1008-7192(2020)04-0074-07

## 一、问题缘起

在建工程抵押登记是商品房发展过程中为促进融资的新型担保方式,是房地产行业飞速发展的产物。开发商的自有资金往往不能满足工程建设需要,需借助融资手段筹集资金。实践中,通常先以建设用地使用权抵押获得部分融资,工程开工后再以在建工程进一步融资,期间还与商品房预售、商品房抵押、工程价款优先权等制度交织。其中,在建工程抵押是关键一环,是工程建设过程中重要的融资担保方式,对房地产行业的发展发挥积极作用。然而不可否认该制度未尽完善,问题突出,纠纷频发。

立法上,对在建工程抵押首次作出明确界定的是《城市房地产抵押管理办法》第3条第5款:“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,以不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。”该条为我国在建工程抵押开启了制度层面的先河,对现实需求首次做出明确回应。但该界定距今已20余年,现今受到诸多学者的质疑<sup>①</sup>,主要质疑围绕抵押权人不仅限于银行,抵

押物范围不仅限于已投入资产,资金使用应无限制等方面,主要理由是《物权法》第180条之规定。《物权法》第180条首次自法律层面明定该制度,规定“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押:(五)正在建造的建筑物、船舶、航空器”。此外,《担保法解释》第47条、《不动产登记暂行条例实施细则》第77条、《城市房地产抵押管理办法》第3条第5款等亦有规定。但纵览我国现行立法,相关规定偏于粗疏,诸多问题未尽言明。学理上,关于在建工程抵押(有的将之称为“在建建筑物抵押”)的探讨由来已久,早期学者多自制度探索的角度提倡引进该制度;至《物权法》《房屋登记办法》颁布时,因立法的模糊性,掀起研究的热潮;近年来,在建工程抵押越发广泛应用,但实践问题仍未消解,矛盾日益突出,不仅学者的探讨从未停止,而且登记机关、银行、建筑业等从业者都参与到讨论中,主要围绕该制度的法律风险防范、权利冲突、登记实务等角度展开;当前民法典编纂背景下,在建工程抵押相关规定未作改变,当前不仅是为立法建言的关键时期,也期冀为司法解释的颁布尽绵薄之力。概言之,立法之模糊性,导致实践中问题突出,长期以来

收稿日期:2020-03-13

作者简介:陈 扬(1995-),女,中央财经大学法学院硕士研究生,研究方向为民商法。E-mail:2237892637@qq.com

学界广泛关注。

系统梳理相关司法裁判,存在以下现实困境。

其一,在建工程抵押登记的性质认识不一,即属本登记还是预告登记。行政登记层面,有的为当事人发放的权利证书呈现“预告登记”字样,有的地方则将之与一般抵押权类似办理。司法裁判层面,(2015)民申字第766号民事裁定书中,最高法认为,在建房屋抵押预告登记并不产生就建房屋价款优先受偿的效力,仅有要求其将来办理抵押登记的债权效力,债务人不履行的只能主张违约责任。相反,(2018)最高法民终794号民事判决书中,最高法认为,登记机关由于工作流程的原因,只能出具上述《商品房预告登记证明书》,但本案应当认定讼争四套房屋在建工程已办理抵押登记,权利人享有抵押权;(2019)最高法民申2295号民事裁定书,延续前述立场。

其二,客体范围存有分歧,即是否涵括未建成部分。行政登记层面,有的地方仅为工程已建成部分办理该登记,有的地方则无此限制<sup>②</sup>。司法裁判层面,(2013)鄂民二终字第00039号民事裁定书中,湖北高院认为,中国银行湖北分行于1999年对恒昌花园在建工程设定抵押,此时恒昌花园A、B栋房屋并未建成,故权利人仅对该部分的土地使用权享有抵押权,对房屋并不享有抵押权。相反,(2018)最高法民再19号案中,最高院认为,作为一种单独的抵押权类型,除另有约定外,抵押物范围不仅包括建设用地使用权,还包括规划许可范围内已建造的和尚未建造的建筑物。

其三,竣工后未申请转为房屋抵押登记的效果未有定论,即抵押权是否失效。(2017)鄂行申233号行政裁定书中,湖北高院认为,在建工程竣工后,未重新办理房地产抵押登记,不必然导致抵押权消灭;(2018)粤民终367号民事判决书中,广东高院观点亦同。相反,(2018)新01民终2236号民事判决书中,乌鲁木齐中院认为,房屋抵押和在建工程抵押系不同财产种类的抵押,在建工程抵押并不会必然、当然的转化为房屋抵押登记,未办理抵押登记手续情况下,对涉案房屋不享有抵押权。

其四,在建工程抵押与相关权利的受偿顺序问题有待厘清。主要关涉工程价款优先受偿权、建设用地使用权抵押登记、预购商品房预告登记、预购

商品房抵押权预告登记、商品房转移登记等权利冲突,有待厘清。

前述问题亟待厘清,否则将有损当事人合法权益,降低登记机关的效率,影响司法权威,不利于该制度的效益最大化,有碍我国房地产行业的持续健康发展。以下将围绕前述四方面的突出问题具体分析,以期因应我国房地产行业融资担保的需要。

## 二、在建工程抵押登记性质厘定

### 1. 预告登记说与本登记说之分歧

在建工程抵押登记的性质系该制度的根基,但立法的模糊性使该问题历来争议颇多,主要有预告登记说与本登记说两种观点。厘清系本登记或预告登记具有重要意义:首先,权利种类不同。如果认为其属本登记,则权利人享有抵押权;如果认为其系预告登记,则权利人不享有抵押权,需要办理本登记后才享有抵押权。其次,权能不同。若认为系本登记,则可以在在建工程担保债权的实现,当债务人不履行债务时可优先受偿;若认为系预告登记,则无权直接就在建工程优先受偿,但预告登记具有使一项债权请求权获得某些物权的效力<sup>[1]133</sup>,未经权利人的同意,对标的物的处分不发生物权效力。再次,权利行使期限不同。物权法针对预告登记设有办理本登记的时间限制,权利人应于条件成熟后三个月内申请本登记,否则预告登记失效;而抵押权的行使期限则无此规定,通常仅受诉讼时效的限制。

预告登记说认为,在建工程抵押登记办理的实为预告登记。预告登记是以保全不动产物权变动请求权为目的的登记,权利人仅享有未来可请求物权变动的权利<sup>[2]103</sup>。即仅享有对抵押权的期待权,系债权请求权,但该债权请求权具有对抗物权变动的效力<sup>[3]50</sup>。支持预告登记说的主要有谢在全、李延荣等<sup>③</sup>。主要理由有:标的物在建工程不具有特定性,不符合物权的特征;尚未办理所有权初始登记,故不能办理抵押登记,只能办理预告登记,否则有违“连续登记原则”;工程竣工后应申请转为房屋抵押登记的规定,证成了抵押权尚未设立;与预购商品房抵押预告登记具有一定相似性,应系预告登记。

本登记说认为,在建工程抵押是物权(抵押权)

设立登记,就在建工程享有优先受偿权。支持本登记说的主要有崔建远、高圣平、程啸等<sup>④</sup>。主要理由包括:物权法第187条等规范的体系位置与法律解释;抵押物具有特定性,但又有两种子观点即“不涵括未建成部分当然具有特定性”与“涵括未建成部分仍具有特定性”。

## 2. 在建工程抵押登记应系本登记

笔者认为,在建工程抵押与预告登记存在本质差异,本登记说具有可采性<sup>⑤</sup>。

第一,在建工程符合物权客体系“特定物”的要求。根据传统民法理论,物权客体应当系特定物<sup>[4]41-42</sup>。在建工程抵押以“在建工程”为客体,具有尚在建设中的特殊性,有必要深入研究是否符合特定性的要求。关于特定性之意涵,有观点认为以物的现实性为前提<sup>[5]</sup>。但史尚宽先生则认为“经济命运特定时,则不妨物理的形态之有变更(例如由原料以迄于为完成品之物上之担保权)”<sup>[6]8</sup>。此外诸多学者亦肯认,物权客体不再单纯强调显示占有,而具有价值化的趋势<sup>[7]</sup>。担保物权的客体系“具有市场流通性的经济财产”<sup>[8]</sup>。笔者支持对“特定物”的理解不宜僵化,事实上法律上已承认动产浮动抵押,还有学理上讨论较多的作为物权的碳排放权<sup>[9]</sup>以及美国法中规定的“移转可能的开发权”(transferable development rights,简称“TDR”)<sup>[10]</sup>,皆不再强调物之固定形态与现实占有,而自物之经济价值角度较为宽泛地理解“特定物”。笔者认为,尽管在建工程抵押登记的客体涵括未建成部分(具体下文详述),但仍符合特定物的要求。标的物“正在形成中”不必然导向客体不特定的结果,因为根据工程规划、预算等对在建工程未来的客观形态与经济价值具有较强的可预见性,故此在建工程的“经济命运特定”且具有经济价值,符合物权客体特定性的要求。

第二,《物权法》《民法典》等相关规范采本登记的立场。其一,文义解释角度的角度。《物权法》第187条:“以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。”《民法典》第四百零二条<sup>⑥</sup>有相同规定。前述条文首先将在建工程与一般的建筑物抵押等一并规定,可见法律将之同等对待的立场;同时,明确规定

“抵押权自登记时设立”的法律效果,即权利人享有的应当是抵押权而非债权期待权。其二,体系解释的角度,将在建工程抵押登记与预告登记分置,应系不同制度。《物权法》第187条也是置于第十六章“抵押权”项下,而预告登记制度规定于“总则”部分。《房屋登记办法》将在建工程抵押登记制度置于“抵押权登记”部分,而“预告登记”则自成一独立的部分。法律规范之体系安排,彰显了立法者对两者的不同态度。因此,在建工程抵押登记与预告登记不可等同,以在建工程设立抵押权有明确的法律依据,符合物权法定原则。

第三,在建工程虽尚未办理所有权初始登记,但基于法律的特别规定,仍可设立抵押权,系“连续登记原则”的例外。尚未办理初始登记,不能导向只能办理预告登记的结论。该特殊抵押权之成立,系法律为提高建设工程项目融资能力的特殊规定,已经成为法律上的“物”,应当认为其系抵押权。尽管其与预购商品房上设定的预告登记均针对工程竣工前的阶段,但此客体的相似性不足以证成其同样系预告登记。在建工程抵押的设立,是基于法律的特别规定。

综上,在建工程抵押登记属本登记而非预告登记,权利人依法享有抵押权。

## 三、在建工程抵押的客体界定

在建工程抵押以“在建工程”为标的物,随着建设进度的推进建筑物会发生变化。当前对在建工程抵押客体的认识分歧较大,有观点认为仅限已建成部分,还有观点认为亦涵括未建成部分。笔者支持后者,即在建工程抵押的客体不仅包括建设用地使用权及其上已建造的建筑物,还及于尚未建造的建筑物。

首先,《城市房地产抵押管理办法》第3条第5款中“土地使用权连同在建工程的投入资产”的规定是反对者的主要理由,但笔者认为该条已被《物权法》等上位法修正。该定义中抵押权人、抵押目的、资金用途等方面应无特殊限制,已成学界通说,故该定义本身值得商榷。该较早规范囿于历史的局限性,事实上已经被新法修正,应当以发展的眼光解释、适用法律。当前《物权法》《民法典》采“正在建造的建筑物”之表述,而未将其进一步限制,应

当认为是“有意义的沉默”,即不仅限于已完工部分或已投入资产。

其次,虽然在建工程现实中仍在不断增建,但其在法律上已被严格限定,未建成部分具有可预见的经济价值。根据《房屋登记办法》第60条之规定,申请在建工程抵押登记应提交建设用地使用权证书、建设工程规划许可证等材料。可见,在建工程所在的土地范围、规划建造的房屋数量与构造等都已明确限定。在建工程的未来形态、经济价值具有可预期性,不宜否认未建成部分的经济价值与担保能力。有观点认为,该在建建筑物具有“与不动产相当”的地位<sup>[11]50</sup>。如前述,对“特定物”的理解不宜僵化,当前学理与立法皆不再强调物之固定形态与现实占有,而自物之经济价值角度较为宽泛地理解“特定物”,在建工程的“经济命运特定”且具有经济价值,可以肯认未建成部分作为抵押权的客体。

最后,若仅允许已建成部分作为抵押客体,将事实上导致债权人接受该抵押的阶段延后,大幅降低在建工程的融资能力,不符合该制度之本旨,难以发挥其应有价值。自鼓励交易、充分发挥经济效益的角度,应肯认未建成部分亦属抵押权的客体。

概言之,在建工程抵押的客体“在建工程”应当涵括未建成部分。申言之,若非明确约定且登记时特别载明仅限已完工部分,应当认为亦涵括未建成部分,否则有损抵押权人利益。

## 四、未申请转为房屋抵押登记的效果审视

根据《城市房地产抵押管理办法》第34条第2款、《房屋登记办法》第62条的要求,工程竣工后,当事人应当申请将在建工程抵押登记转为房屋抵押登记。未及时申请的法律效力则未予明确。笔者认为,在建工程抵押登记的效力应及于已完工程,不因未申请转为房屋抵押登记而失效。

### 1. 客体厘定:标的物具有“同一性”

在建工程抵押的标的物系“在建工程”。如前述,其客体涵括未建成部分。在建工程抵押的效力所及的标的物范围应以竣工后的最终形态为准,而非设定时的形态<sup>[12]</sup>。在建工程抵押与普通房屋抵押均针对同一标的物,客体具有“同一性”。日本有

判例亦认可,对建筑物进行增建、扩建或部分拆除的,原则上仍具有同一性<sup>[1]61</sup>。因此,自标的物同一性的角度,应当认为在建工程抵押的效力及于已完工程。

### 2. 规范分析:未申请并非在建工程抵押权消灭的因由

首先,规范层级方面,《城市房地产抵押管理办法》与《房屋登记办法》皆系行政规章,对其规则的违反不构成抵押权消灭的理由。抵押权的效力应当根据《担保法》《物权法》等判定。《担保法》第52条、58条分别规定了抵押权因主债权消灭、因抵押物灭失而消灭。结合传统民法理论,抵押权消灭的原因还包括抵押权的实行、除斥期间经过、混同、抛弃<sup>[1]558-559</sup>。《物权法》第177条规定了“法律规定担保物权消灭的其他情形”的兜底性条款,但此处“法律”应作狭义理解,即仅限于全国人大及其常委会的立法。而《城市房地产抵押管理办法》与《房屋登记办法》皆系建设部的部门规章,不导致抵押权消灭。

其次,法律效力方面,“当事人应当申请”之规定应属管理性强制性规范,不构成抵押权无效的事由。《民法总则》第153条载明“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。尽管有学者认为上述表述值得商榷,但不可否认,我国立法肯认“并非所有违反强制性规定的行为皆无效”应无异议,通说认为仅效力性强制性规定产生无效的后果。事实上笔者认为,前述相关规范源于房管局办理登记便利性的考量,因登记机关对房屋是否竣工难以掌握,故通过调动当事人的积极性,以确保登记的及时转换。故此,上述规范系管理性强制性规范,违反该规定可能构成行政责任或损害赔偿,但不影响已设立的在建工程抵押权的效力。

最后,历史解释角度,《房屋登记办法》第62条“转为”的表述,弱化了两次登记的独立性,强调自然紧密过渡。1997年《城市房地产抵押管理办法》第34条第2款规定“抵押的房地产在抵押期间竣工的,当事人应当在抵押人领取房地产权属证书后,重新办理房地产抵押登记”。意味着,应先将前者注销再申请抵押登记,后者的办理以前者的注销为前提。而2008年《房屋登记办法》第62条一改前

述作法,规定“在建工程竣工并经房屋所有权初始登记后,当事人应当申请将在建工程抵押权登记转为房屋抵押权登记”。对“转为”的理解系关键。笔者认为,“转为”意味着两次登记之间没有时间空隙。一改“重新登记”势必存在的时间空隙给抵押权人带来的不合理风险;“转为”的表述较之“重新办理”彰显了两次登记之间的自然紧密过渡性,不再将两次登记割裂对待,转为房屋抵押权登记是房屋建成带来的必然结果,彰显对重新申请登记的决定性意义不再强调。在建工程抵押的效力应当及于已完工程。

### 3. 情理考量:避免赋予抵押权人过高的注意义务

如若在建工程抵押权效力不及于已完工程,则意味着抵押权人需要时刻密切关注施工情况,于竣工并办理初始登记之日,即刻提出申请,否则容易造成登记风险,甚至抵押权落空<sup>[13]</sup>。但事实上,短暂的时间间隙不可避免,即便数日甚至更短的时间差内,只要权利人不享有抵押权,则房产就存在被查封、异议登记或变更登记的风险,善意第三人的利益同样值得保护,抵押权人的利益可能受损。在建工程的进度及办理初始登记的时间,主要由开发商(债务人、抵押人)掌握,要求抵押权人(通常为银行)实时跟进工程进展委实强人所难。法律制度的设计应当贯彻人本主义理念,不宜人为制造纠纷与困境。故此,在建工程抵押权效力应及于已完工程,避免给抵押权人施加过高的注意义务。

概言之,自客体厘定、规范分析、情理考量的视角考察,在建工程抵押的效力应及于已完工程,工程竣工后未申请转为房屋抵押登记的,也不导致抵押权失效。

## 五、民法典视域下与相关权利的冲突与协调

在建工程之上,除在建工程抵押权人外,还关涉开发商、施工者、开发商之债权人、购房人、购房人之债权人等多方主体利益<sup>[14]</sup>。主要涵括商品房预告登记、商品房抵押权预告登记、建设用地使用权抵押登记、工程价款优先受偿权、商品房转移登记,厘清相关权利的受偿顺位具有重要

意义。

作为抵押之一种的在建工程抵押,无特殊规定时可适用抵押权相关规则。值得关注的是,民法典编纂背景下,抵押权转让规则发生了重大变化,对厘清在建工程抵押与相关权利的冲突问题有一定影响。具言之,此前我国《担保法》《物权法》皆限制抵押物的转让,要求需经抵押权人的同意,即牺牲抵押权的追及效力<sup>[15]</sup><sup>414</sup>。致使在建工程抵押与相关权利产生激烈冲突,尤其是与预售制度的交织。此前学界试图厘清权利冲突问题时,多围绕房屋预售或者再次抵押等处分行为是否经在建工程抵押权人同意、预售或抵押登记与在建工程抵押登记的设立先后等,排列组合,具体分析<sup>[16]</sup>。而2020年5月28日颁布的《民法典》中第406条<sup>⑦</sup>一改前述立场,回应了长久以来学界对抵押权追及效力之较高呼声<sup>[17]</sup>。该条具体确定了如下规则:首先,第一款肯定了抵押物可以自由转让,一改此前的限制转让立场,同时明确肯定了抵押权的追及效力,旨在保护抵押权人<sup>[1]</sup><sup>421</sup>;其次,第二款前半段规定了转让时抵押权人的通知义务,但学者认为该通知义务亦或相反约定均不影响追及效力<sup>[18]</sup>;再次,第二款后半段规定了抵押物转让时抵押权的保全规则。《民法典》新规之确立使在建工程抵押权与相关权利的激烈冲突一定程度上得到调和。结合《民法典》及其他规范,相关权利的受偿顺位具体分析如下。

### 1. 在建工程抵押登记与预购商品房预告登记或预购商品房抵押权预告登记

两者之间的权利顺位主要依抵押权与预告登记效力判断。第一种情形,在建工程抵押设立在先时。依据抵押物自由转让规则,相关主体办理预购商品房预告登记或预购商品房抵押权预告登记时,无需经过在建工程抵押权人同意,原抵押权人还享有抵押权,故原则上在后办理登记的权利人的受偿顺序劣后,但法律另有规定的除外。申言之,办理相关预告登记时,应当注意登记簿上是否有在先设立的在建工程抵押权,若存在则应当要求办理注销登记,否则抵押权人可优先受偿。第二种情形,预购商品房预告登记或预购商品房抵押权预告登记在先。预告登记之核心价值在于使债权具有对抗效力<sup>[19]</sup>。根据《物权法》第20条、《物权法解释(一)》第4条的规定,若未经预告登记权利人同意

的,擅自处分不发生物权效力,即在建工程抵押未能有效设立,不存在权利冲突,仅有预告登记权利人的期待权需要保护。但预告登记人对标的物不能直接优先受偿,尚需在法定期限内办理抵押登记后,才享有具有优先受偿效力的抵押权。

## 2. 在建工程抵押与建设用地使用权抵押

因我国法律不禁止重复抵押,故无论在建工程抵押与建设用地使用权抵押何者设立在先,均可以办理另一抵押登记,且无需在先的抵押权人同意,但先登记的受偿顺位在先。此外,在建工程抵押与建设用地使用权抵押的标的物范围存在差异,前者的抵押物涵括土地及地上建设工程(涵括未建成部分),而后者则新增的建筑物并非抵押财产(《物权法》第200条)。

## 3. 在建工程抵押权与工程价款优先受偿权

根据《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条之规定,建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权,故此工程价款优先受偿权优先于属抵押权的在建工程抵押权。但该工程价款优先受偿权有除斥期间的限制,自发包人应当给付建设工程价款之日起六个月。同时,前述批复第2条规定“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”。

## 4. 在建工程抵押登记与商品房转移登记

在建工程抵押登记在工程未竣工阶段办理,商品房转移登记则系工程竣工并办理过房屋初始登记后的活动。如前述,工程竣工后,若相关主体未及时申请将在建工程抵押登记转为商品房抵押登记,抵押权也仍然有效。同时根据抵押物自由转让规则,设有抵押权的情况下,仍可办理商品房转移登记,但在先的抵押权仍可依追及效力优先受偿。因此,购房人办理商品房转移登记时,应当注意审查房屋登记簿上是否设有抵押登记(涵括尚未转为房屋抵押登记的在建工程抵押登记),避免购买的房屋上有权利负担。

# 六、结 语

尽管在建工程抵押具有一定特殊性,但应当认为在建工程抵押是抵押权设立登记,与预告登记存在本质不同。作为抵押权客体的“在建工程”,应当

涵括未建成部分,仍符合物权客体特定性的要求。自客体厘定、规范分析、情理考量的角度出发,工程竣工后未申请转为房屋抵押登记的,权利人仍享有在建工程抵押权。《民法典》规定“抵押物自由转让”规则,一定程度上化解了作为抵押之一种的在建工程抵押与相关权利的激烈冲突,权利顺位主要结合物权的追及效力、登记顺序等规则具体分析。在建工程抵押制度系建设工程的重要融资手段,建议通过司法解释或者指导案例明定在建工程抵押制度的前述法律效力,以期充分发挥其应有价值且裨益于房地产行业的持续健康发展。

## 参 考 文 献

- [1] 陈华彬. 物权法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2018.
- [2] 黄松有. 《中华人民共和国物权法》条文理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2007.
- [3] 李延荣. 房地产法研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007.
- [4] 王泽鉴. 民法物权[M]. 北京:北京大学出版社,2010.
- [5] 董学立. 论“在建物”上的抵押权[J]. 政法论丛,2009(2):31-34.
- [6] 史尚宽. 物权法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000.
- [7] 李国强. 时代变迁与物权客体的重新界定[J]. 北京师范大学学报(社会科学版),2011(1):129-130.
- [8] 常鹏翱. 民法中的物[J]. 法学研究,2008(2):27-39.
- [9] 王明远. 论碳排放权的准物权和发展权属性[J]. 中国法学,2010(6):92-99.
- [10] 陈华彬. 空间建设用地使用权探微[J]. 法学,2015(7):21-29.
- [11] 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[M]. 北京:清华大学出版社,2011.
- [12] 高圣平,申晨. 不动产抵押登记若干问题探讨不动产抵押登记若干问题探讨——从不动产统一登记条例出发[J]. 社会科学,2014(5):95-102.
- [13] 程啸. 《房屋登记办法》中在建工程抵押权——《房屋登记办法》研讨之四[J]. 中国房地产,2008(7):19-23.
- [14] 陈思静. 在建工程抵押权实现中权利冲突及解决探析[J]. 天津法学,2015(2):30-31.
- [15] 王胜明. 中华人民共和国物权法解读[M]. 北京:中国法制出版社,2007.

- [16] 胡卫. 论在建工程抵押中的利益协调[J]. 法学论坛, 2009(4):135-138.
- [17] 邹海林. 抵押权的追及效力及其缓和——兼论《物权法》第191条的制度逻辑和修正[J]. 法学家, 2018(1):137-140.
- [18] 邹海林. 论《民法典各分编(草案)》“担保物权”的制度完善——以《民法典各分编(草案)》第一编物权为分析对象[J]. 比较法研究, 2019(2):31-51.
- [19] 叶金强. 商品房预售中的担保及登记立法研究[J]. 南京大学法律评论, 2004(2):208-217.

## A Research on the Mortgage of Construction Work in Process

CHEN Yang

(Law School, Central University of Finance and Economics, Beijing 100081, China)

**Abstract:** Under the background of imperfect legislation and academic theory, the legal effect of the mortgage of construction work in process is not well understood in practice. There is a great need to clarify the fact of the nature of the mortgage, the scope of the mortgage, the legal force of not applying for conversion to housing mortgage registration after project completion, and the compensation order of the related rights, etc. Comparing the advance notice registration and the mortgage registration, the paper regards the mortgage of construction work in process as mortgage registration. In terms of taking real right object as “specific object”, the current theory and the legislation emphasize the economic value of the object from a broader perspective instead of the fixed form and actual possession of the object. Therefore it is thought that “construction work in process” taken as the mortgaged object should involve the uncompleted parts of the project. A further examination on the legal force of not applying for housing mortgage registration after project completion should follow the principle of object determination, normative analysis and rational consideration. The rules of free transfer of mortgaged property stipulated in The Civil Code alleviate to some extent the fierce conflict with the pre-sale system of commercial housing. The order of compensation with related rights needs to be considered with recourse efficacy of real right, registration order and so on.

**Key words:** mortgage of construction work in process; mortgage registration; object scope; specific object; transfer registration; rights conflict

【编辑 王思齐】

### 注释:

- ① 如有观点认为,在建工程抵押登记的抵押权人应当不仅限于银行,该观点已得到最高院的肯认,2012年《最高人民法院关于〈城市房地产抵押管理办法〉在建工程抵押规定与上位法是否冲突问题的答复》载明“法律对在建工程没有做出限制性规定,《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款有关在建工程抵押的规定,是针对贷款银行作为抵押权人时的特别规定,但并不限制贷款银行以外的主体成为在建工程的抵押权人”。
- ② 例如,浙江省住建厅等发布的《关于进一步做好在建工程抵押权登记工作的若干意见》规定,仅为已完工部分或可售部分办理该登记。
- ③ 支持预告登记说的主要有谢在全、李延荣、王荣珍、郑岐山等。参见谢在全:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社2011年版,527页;李延荣主编:《房地产法研究》2007年版,中国人民大学出版社,第53页;王荣珍:《论在建建筑物抵押登记的性质与效力》,载《学术研究》2011年第11期,第55页;郑岐山:《商品房买卖法律实务》2010年版,上海社会科学院出版社,第246页。
- ④ 支持本登记说的主要有崔建远、高圣平、程啸等,详细论述参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(上册)2011年版,清华大学出版社,第50页;高圣平、申晨:《不动产抵押登记若干问题探讨——从不动产统一登记条例出发》,载《社会科学》2014年第5期,第93-100页;程啸:《论抵押权的预告登记》,载《中外法学》2017年第2期,429-455页。
- ⑤ 尽管在建工程也可以办理预告登记,但需明确约定且办理预告登记,而《物权法》第187条规定的应系抵押权设立登记,针对前者兹不讨论。
- ⑥ 《民法典》第402条:“以本法第三百九十五条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记(第一款)。抵押权自登记时设立(第二款)。”
- ⑦ 《民法典》第406条:“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响(第一款)。抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿(第二款)。”