

试论房屋产权抵押的有关法律问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AF_95_E8_AE_BA_E6_88_BF_E5_c122_479688.htm 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。房地产属于不动产，设定房地产抵押权时，需依法履行抵押登记的法律行为，因此，房地产的抵押担保方式在现实生活中也极为普遍，随之而来产生的抵押纠纷也相当多。对于抵押设定所生产的诸多法律关系与之对应的法律后果，所映射出的我国现行法律的相关问题，以及纠纷的避免与处理也必须充分重视与研究。

一、可以抵押的房屋 应当说，凡合法取得所有权证的房屋均可由所有权人作出权利处分而设置抵押。对于私有房产、开发商合法开发的商品房未出售、转让的房屋可以抵押。开发商因建设需要资金虽与金融机构签订了抵押担保借款合同的房屋，只要是未出售的房屋可以抵押。

二、抵押合同 房屋抵押权的设定属于要式法律行为，抵押当事人必须签订书面抵押合同。抵押合同内容应符合《中华人民共和国担保法》第三十九条与《城市房地产抵押管理办法》第二十六条、第二十七条和第二十八条的规定。抵押合同自房地产办理抵押登记之日起生效。抵押合同仅具有债权行为的性质，抵押登记则是物权行为。当事人之间存在抵押合同，仅能产生债权人对抵押人的登记请求权，而不能直接产生抵押权，抵押合同的成立和生效与抵押权的成立应作区分。抵押合同成立是表示以书面方式表示当事人同意某项房地产抵押的意

思真实表示的反映与达成。抵押合同生效是指在当事人之间产生约束力，抵押权的生效则意味着物权对世效力的产生，抵押合同成立并不意味着其必然生效，只是有其可能。抵押合同的生效更不必然意味着抵押权的成立，只有登记才可产生抵押权的设定与成立。因此，抵押合同的成立与生效应当分开，而抵押合同的生效在现行法律规定的条件下，只能因法定条件成就而生效。其他的学理讨论实无具体实质意义。

三、抵押登记 房屋产权抵押登记必须符合《城市房地产抵押管理办法》第四章房地产抵押登记的各项规定。房屋产权抵押登记必须向登记机关提交下列文件：1、抵押当事人的身份证明或法人资格证明；2、抵押登记申请书；3、抵押合同；4、《国有土地使用权证》、《房屋所有权证》或《房地产权证》，共有的房屋还必须提交《房屋共有权证》和其他共有人同意抵押的证明；5、可以证明抵押人有权设定抵押权的文件与证明材料；6、可以证明抵押房地产价值的资料；7、登记机关认为必要的其他文件。对于集体所有制企业的抵押人需要提交集体所有制企业职工（代表）大会会通过同意抵押的决议；股份制企业（有限责任公司、股份有限公司）、三资企业（中外合资企业、合作经营企业和外商独资企业）抵押人需要提交董事会或者股东大会通过抵押的证明，但企业章程另有规定的除外。国有企业、事业单位法人以国家授予其经营管理的房地产抵押的，应当符合国有资产管理的有关规定。有经营期限的企业以其所有的房地产设定抵押的，所担保债务的履行期限不应当超过该企业的经营期限。抵押登记的合法证明是登记机关发给抵押权人的《房屋他项权证》。

四、房屋产权抵押无效的情形 1、法定不得设定

抵押的房屋：1)、权属有争议的房地产；2)、用于教育、医疗、市政等公共福利事业的房地产；3)、列入文物保护的建筑物和有重要纪念意义的其他建筑物；4)、已依法公告列入拆迁范围的房地产；5)、被依法查封、扣押、监管或者以其他形式限制的房地产；6)、依法不得抵押的其他房地产。

2、一般讲，凡已合法出售的房屋均不得作抵押登记。如果开发商与金融机构将已出售的房屋作抵押，此时的法律后果相当于“一房二卖”，此抵押登记为无效。

3、依据最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第四十七条规定，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。如果将已竣工，尚未进行竣工验收，尚未获得“大产权证”的房屋作为在建工程抵押的，此抵押登记无效。

4、依据最高人民法院关于《关于适用若干问题的解释》第四十八条规定，以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。

五、以共有房地产抵押时，要取得共有人同意。根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第五十四条：按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。因此，凡涉及到共有房地产设定贷款抵押时，首先应弄清该共有房产是按份共有还是共同共有。按份共有只能以其共有房产中享有的份额抵押，超出其份额的抵押无效。设定抵押的房地产如果是共同共有的，则必须经全体共有人同意。以全体共有人作为抵押人，抵押合同的签署必须是全体共同共有

人的签字。六、土地使用权与地上建筑物一致的原则 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第三十三条 土地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物随之抵押。地上建筑物、其他附着物抵押时，其使用范围内的土地使用权随之抵押。所以当地上有建筑物、其他附着物时，不可能进行单纯的土地使用权抵押或房屋产权抵押，而必须土地与地上有建筑物、其他附着物同时抵押，并按照规定分别办理土地使用权抵押登记和房产抵押登记。除《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》外，《城市房地产管理法》第三十一条规定：“房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时抵押。”第四十七条规定：“依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。”《担保法》第三十六条规定：“以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。”“以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。”“乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。”明确规定了“三个同时抵押”。《划拨土地使用权管理暂行办法》第十一条规定：“转让、抵押土地使用权，其地上建筑物、其他附着物所有权随之转让、抵押；转让、抵押地上建筑物、其他附着物所有权，其使用范围内的土地使用权随之转让、抵押。但地上建筑物、其他附着物作为动产转让的除外。”上述规定即是遵循了“房随地走”和“地随房走”的双向原则。七、以共有房地产抵押时，要取得共有人同意 根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释

》第五十四条：按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。

八、相关证明 这是与房屋产权抵押登记一样的法定要求，抵押人是集体所有制企业的，在抵押时要提交企业职工会通过抵押的合法有效证明文件。抵押人若是三资企业或股份制企业，在抵押时要提供董事会同意抵押的证明。依法以集体土地使用权抵押的，要提交集体土地所有权人同意抵押的证明。其他类型的企业的相关证明要求如房屋产权抵押登记的要求一样。

九、抵押登记资料中的有关问题 在抵押登记过程中，首先，抵押人必须向登记机关提交完整、真实、准确、合法有效的登记资料，如果登记资料存在不完整的瑕疵，应当补正，一般情形下不会影响登记的效力。如果登记资料不真实，将直接导致登记的不具有效力的后果。登记资料不真实一般表现为下列情形：1、抵押物存在权利争议，如已出售的商品房；2、不符合法定通过要件，未经企业有关机构，如职工代表大会、董事会、股东大会通过的；3、未经企业职工代会通过，但抵押人提交了通过的虚假证明的；4、登记资料中抵押房屋面积与实际面积出入较大的；5、将未获得"大产权证"或产权证的实际已在销售的房屋作为在建房屋抵押的；6、将已获得产权证的房屋，而因抵押人原因无法提交产权证作为在建房屋抵押的；7、批量房屋、整体小区房屋抵押中，登记机关没有对应建设规划项目的房屋进行抵押登记的；8、抵押合同不真实、虚假抵押合同；9、抵押房屋价值未进行评估的，或评估值严重失真，虚假评估、10、抵押人未提交抵押登记房屋

对应的土地使用证的等等。其次，抵押登记时，未对抵押房屋按套、户进行特定化，将导致抵押登记无效。第三、有争议的房屋权属进行登记的，抵押登记无效。房屋产权抵押登记机关对抵押人提交的登记资料负有审查义务，对不符合登记规定的，应书面通知申请人不予登记。

十、在建房屋（在建工程）的抵押

1、在建房屋抵押合同的法律性质。

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。这里的在建工程是指该建筑工程未完工，不包括已部分完工的情形，在建房屋抵押与一般房屋抵押是有区别的，两者最大的区别在于抵押权的理论成立的时间不同。在建房屋抵押是以将来建成的房屋作为抵押标的物的，因此抵押权只能在房屋建成后方才成立，这种理论意味着，在建房屋抵押合同是以设定某种将来权利为目的的抵押合同，而不是现在即可设定某种权利。从这个意义上说，在建房屋抵押合同是附条件的民事法律行为，只有在条件成就时，某种权利方可设立。值得注意的是，在实际中，理论上和实务上没有将抵押合同的成立生效与抵押权的成立区分开来。应当认为，抵押合同仅是设定抵押权的民事行为，是抵押权发生的必要条件，但并不是抵押权发生的充分条件。作为物权，抵押权是否成立除有抵押合同外还须有另外的要件。只有有效的抵押合同，才能发生当事人双方设定抵押权的权利义务。但抵押权不成立并不等于抵押合同无效。因此，应当将抵押合同的成立和生效与抵押权的成立和生效区分开来。关于抵押合同成立与生效的条件，应当分别适用《中华人民共和国合同法

同法》的规定与房地产抵押的法律规定，基于抵押登记法律与《中华人民共和国合同法》规定，登记机关应当允许抵押当事人对抵押附条件成立进行约定，即对在建房屋标的价值点作为抵押点进行约定。然后，登记机关将此抵押向社会以及房屋交易市场进行公告公示。

2、在建房屋抵押登记的实际状况。

上述观点似乎合理，但实际立法状况是我国目前尚无专门的规定，只是散见在抵押相关法规之中，而实际登记程序上，只能适用现行法定登记程序，首先要对在建房进行评估，以作这抵押价值，此时评估只能反映房屋未建成时的某一基准时的价值，而不可能评估获得房屋建成后的评估值，因此，将抵押标的设定建成后的房屋是行不通的。因此，唯一能实现并通过抵押的方法，只能将抵押标的、评估锁定在在建的某一基准状态时点，作一次抵押登记（可理解为预告登记），由登记进行公告公示（预告公告）。待房屋建成后，再作一次评估，然后向登记机关再抵押重新登记（或变更登记），并由登记机关再次进行公告公示。这样也符合《城市房地产抵押管理办法》第三十四条第二款“以预售商品房或者在建工程抵押的，登记机关应当在抵押合同上作记载。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。以在建工程抵押的，抵押合同还应当载明以下内容：（1）《国有土地使用权证》、《建设用地规划许可证》和《建设工程规划许可证》编号；（2）已交纳的土地使用权出让金或需交纳的相当于土地使用权出让金的款额；（3）已投入在建工程的工程款；（4）施工进度及工程竣工日期；（5）“已完成的工作量和工程量。”、“以在建工程已完工部分抵押的，

其土地使用权随之抵押。”等规定。十一、房地产抵押后新增房屋的受偿问题 房地产抵押后，土地上新增的房屋不属抵押物。《中华人民共和国担保法》、《城市房地产管理法》规定，房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产，需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋的所得，抵押权人无权优先受偿。编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 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