

预售商品房抵押合同的效力 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E9_A2_84_E5_94_AE_E5_95_86_E5_c122_483153.htm 在商品房预售的交易中，购房人在支付首期规定的房价款后，有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，称之为预售商品房贷款抵押。通过这种方式，一时难以支付全部房款的消费者可以购买商品房，发展商可以尽快收到房款，而银行的业务也得以拓宽。预售商品房的购房人向银行申请贷款的时候，银行与购房人签订书面的抵押贷款合同，约定购房人将其购买的商品房抵押给银行作为贷款的担保。在正常情况下，商品房预售合同的购房人作为贷款人，依据贷款合同向银行分期履行还款义务，应无异议。但是，在商品房买卖出现纠纷的时候，比如发展商不能按期交楼，甚至出现楼盘烂尾的情况下，购房人可能要求解除商品房预售合同并且可能停止还款给银行。当然，贷款人不履行还款义务，已经构成违约。但是，在这种情况下，银行是否可以对抵押物主张抵押权呢？要行使抵押权，银行首先面临的问题就是：银行与预售商品房的购房人所签订的抵押贷款合同是否生效。根据《合同法》第32条的规定，当事人采取合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。在实务中，银行与预售商品房的购房人以采取签订抵押贷款合同的方式订立合同，在合同当事人签字或者盖章时抵押贷款合同成立，应无异议。另外，根据《合同法》44条的规定，依法成立的合同，自成立时生效。该条第2款还规定，法律、行政法规规定应当办理批准、登记等

手续生效的，依照其规定。可以看出，合同的生效与否，其一要看合同是否合法，其二要看法律、行政法规是否规定办理批准、登记手续才能生效。首先，我们来看看抵押贷款合同的合法性问题。这一问题涉及到两个方面，其一：抵押物是否合法？其二：抵押合同中的抵押人是否具有合法的主体资格。就第二个方面而言，抵押合同中抵押人如果具有合法的主体资格，其应当具备的条件有两个：其一为抵押人必须具有民事权利能力和民事行为能力，其二为抵押人需对抵押物享有处分权。对于抵押人第一项条件，民事行为能力具有民事权利能力和民事行为能力是民事法律行为成立的要件，不再累述。因此，在分析预售房地产抵押合同中抵押人的主体资格问题的时候，我们主要讨论：抵押人是否具有为商品房预售合同的购房人是否已经获得了对在建房屋的处分权？

1、抵押物的合法性问题：2、物权的客体为特定独立之物，而物是指能够为人所支配的具有一定经济价值的物质实体和自然力，具有客观物质性。抵押是一种担保物权，其客体应当是客观存在的物。但是在商品房预售的交易中，在签订合同时商品房可能正在建造之中，根据工程进展的不同，有的预售商品房可能连轮廓都还没有，因此不具有物的客观物质性。当事人以并不存在的物来设定抵押，有悖于物权客体的客观物质性。但如果以此否认房地产预售中将正在建造的房屋抵押的合法性，对房地产行业的发展将是很大的打击。其实，就正在建造过程中的物设定抵押，我国法律中也有规定，我国《海商法》中就特别规定正在建造的船舶可以设定抵押。鉴于《担保法》中对于正在建造的房地产是否可以设定抵押权没有明确的规定，在最高人民法院出台的《担保法》

的司法解释中，专门将正在建造的房屋或者其他正在建造的建筑物的抵押效力问题进行了解释。《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》（2000年12月13日施行）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。”据此，正在建造的房屋虽然不符合物的客观物质性，但作为特定抵押物同样可以设定抵押。

2、抵押人的处分权的问题：我国《担保法》第34条明确规定了抵押房屋必须是抵押人所有。对于在建房屋的所有权的问题，存在争议。有主张认为随预购人支付房款的数额房屋所有权逐渐转移给买方。这种观点使买方和卖方可能同时具有同一房地产的所有权，违反了物权法中一物一权的原理，而且与房地产所有权转让登记生效的法律规定也不符。买方虽然签订了房地产预售合同，但要取得房地产的所有权，还取决于两个因素，其一为购买的房屋已建成为客观有形的物，其二为房地产转让已经办理登记，获得了权利证书。因此，对于正在建造的房屋或者建筑物，在建造完毕办理产权转让登记之前，预售合同的买方不能获得房屋的所有权。按照《担保法》的规定，预售商品房抵押合同中抵押人的资格存在问题。另外，预售的商品房非客观存在的物，预售合同的买方对于预售商品房无物权可言，因此对物的处分权同样也不存在。因此，商品房预售中的抵押合同中的抵押人，既不是抵押物的所有人，也无在建房屋的处分权。（在签订预售合同之后，如没有行政法规的限制，买方可以根据《合同法》的规定转让其在预售合同中的权利和义务，这只是买方处分合同的债权债务，而非买卖标的物的处分，

并不是我们讨论的对物的处分权。) 在商品房预售的业务中，商品房预售合同的买方虽然在签订商品房预售合同的时候对预售的房屋没有所有权和处分权，但他在将来可依法获得其所购买的商品房的所有权，即享有对所有权的期待权。而《担保法》没有规定无权利人将来可以获得权利的情况下所签订的抵押合同的效力问题。在特别法没有规定的情况下，我们可以适用一般法的有关规定。而作为一般法的《合同法》第51条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”由是推之，无处分权的人订立的抵押合同，属于效力待定合同，是否生效需要取决于权利人的追认，或者在订立合同之后获得处分权。如果权利人不追认或者无处分权人订立合同之后不能获得处分权，即为不发生使合同有效的事实，则该合同始终不能发生法律效力。根据《合同法》的这一内容，最高人民法院在《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》中，对这种抵押合同效力待定的情况做出了相应的规定，该解释的第49条规定，以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。从该条款的字面意思可以看出，只要抵押人在第一审法庭辩论终结之前获得权利证书，即为抵押人取得对抵押物的处分权，该抵押合同可以认定有效。同时，我们也注意到《合同法》中所规定的经过权利人追认也可以使效力待定的合同有效的内容，《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》中并没有作相应的规定。从上面的分析，对于预售商品房中抵押合同的合法性问题可以得出这样的结论：正

在建造的房屋或者建筑物可以作为抵押物进行抵押；房地产预售合同的买方以其购买的正在建造的房屋进行抵押所签订的抵押合同，属于效力待定的合同，如果在第一审法庭辩论结束之前，买方可以获得房屋的处分权，抵押合同的效力不应因此受到影响。其次，我们再来讨论商品房预售中，办理登记对于抵押合同效力的影响。关于抵押登记的效力，存在两种立法主义，登记对抗主义和登记要件主义。如果采取登记对抗主义，抵押权的设定，在当事人达成抵押合同之后即可成立，而不以登记为生效要件，但是，如果抵押物未经登记，抵押权不产生对抗第三人的效力。如果采取登记要件主义，抵押权的设定，除当事人意思表示一致之外，还必须履行登记手续，才能产生效力。根据我国《担保法》第41条的规定，以城市房地产设定抵押权的，必须经过登记才能生效。可见，对于城市房地产的抵押，我国《担保法》采取登记要件主义。另外，商品房预售中的抵押合同，由于在预售的时候，商品房还处于在建过程中，属于《最高人民法院关于中华人民共和国担保法若干问题的解释》第47条所规定的将在建房屋或者建筑物进行抵押的情况。根据该条规定：“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。”从该条内容可以看出，以在建房屋设定抵押权的，也采取登记要件主义。从这些规定可以看出，在商品房预售的按揭业务中，预售合同的买方作为抵押人将预售的房产抵押给银行，在办理抵押物登记之后，可以认定抵押有效。但是，在实务中，如果商品房没有建成，抵押人没有获得权利证书，根本不能对预售商品房抵押合同进行登记。如果

抵押物没有办理登记，是否必然导致抵押合同无效？《担保法》中虽然对城市房地产的抵押采取了登记要件主义，但是在《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》中，根据登记的不同情况，我们可以看出明显的立法指导思想的变化。因此，回答抵押登记对于抵押合同效力的影响这一问题，需要具体情况具体分析。

一、买方不能获得预售房屋处分权的情况：二、在实务中，银行在签订抵押贷款合同之后，将贷款支付给商品房预售合同的卖方。而商品房虽然已经预售，但是在房屋所有权登记之前，买方并未获得处分权，其与银行签订的抵押合同处于效力待定的状态，银行的债权因为没有有效的担保而处于极为不利的地位。如果出现预售商品房根本不能交付的情况，比如商品房预售合同的卖方携款潜逃，导致商品房预售合同的买方不可能取得房屋的所有权或者处分权，不可能办理权利证书，其与银行签订的抵押合同的效力最后可能出现因为抵押人不能获得抵押物的处分权而无效。银行对于贷款人的债权，只能认定为没有担保的普通债权，对于抵押合同中设定的抵押物，银行并不能行使抵押权进行拍卖、变卖或者折价以清偿债务。而对于抵押合同无效的法律后果，则需要根据《合同法》第58条的规定的缔约过失原则，来分析抵押合同当事人应当承担的缔约过失责任。

三、买方在签订抵押合同的时候没有处分权，但是在第一审法庭辩论结束前办理并向法庭提供了权利证书的情况：四、买方虽然在签订抵押合同的时候没有处分权，但根据《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第49条第1款的规定，在第一审法庭辩论结束前办理并向法庭提供了权利证书，其签订的抵押合同

就可以认定有效。但是，作为抵押权人的银行就有权要求行使抵押权并获得优先受偿呢？《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第49条第2款还规定，当事人未办理抵押物登记手续的，不得对抗第三人。由是看出，在这种情况下，司法解释采取的登记对抗主义。抵押人后来虽然获得了处分权，抵押合同可以认定为有效，但是如果没有办理登记，则不产生对抗第三人的效力，在没有第三人主张权利的情况下，抵押权人享有抵押物的优先受偿权，如果由第三人对抵押物主张权利，抵押权人则不能以抵押权对抗第三人。

五、在有关争议提起起诉之前抵押人就已经获得了权利证书的情况：六、对《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第49条的适用，应当以当事人就争议提起诉讼时尚未获得权利证书为条件。如果预售的商品房的买方已经获得了权利凭证，《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第49条的规定应当不适用。同时，由于预售商品房的买方已经获得了权利证书，根据《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第47条的规定，抵押生效的条件为登记。但如果没有办理抵押登记手续，是否一定导致抵押合同无效？在《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》中，最高人民法院对具体情况做出了不同的解释。

1、当事人违背诚实信用原则，拒绝办理的情况：2、《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第56条第2款的规定：“法律规定登记生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的，抵押人应当承担赔偿责任。”可以看出，由

于当事人违背诚实信用原则导致抵押合同没有登记，抵押合同并不生效。因此，银行也不能行使抵押权将抵押物变卖、拍卖来清偿债务。对于银行不能收回贷款所遭受的损失，银行只能通过追究抵押人违背诚实信用原则而给抵押权人导致的信赖利益的损失。

3、因为登记部门的原因使其无法办理登记的情况：

4、根据《最高人民法院关于 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》第59条的规定：“当事人办理抵押登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。”在这种情况下，抵押人获得优先受偿权的条件有两个：其一为当事人已经办理登记手续但因为登记部门的原因而登记不能，其二为抵押人获得处分权并将权利凭证交给了抵押权人。在满足了这些条件的情况下，根据最高人民法院的司法解释，债权人对抵押物获得优先受偿权。而债权人对抵押物享有优先受偿权，应当以抵押合同生效为前提，因为抵押合同的生效，抵押权人才具有因抵押权有效而产生的对抵押物享有的优先受偿权。在债务人不能清偿对债权人的债务的情况下，抵押权人可以依据抵押合同对抵押物进行拍卖、变卖或者折价使债权得以清偿。但是，由于抵押权属于物权中的担保物权的一种，如果没有公示，就不能产生对抗第三人的效力。因此，司法解释又明确，如果没有登记，抵押合同不产生对抗第三人的效力。据此，在这种情况下，最高人民法院的立法主义已经改为登记对抗主义，改变了《担保法》中的登记要件主义。

结束语：在房地产预售的按揭交易中，银行在贷款之后，由于其与商品房预售合同的购房人所

签订的抵押合同在相当长的时间内处于效力待定的状态，银行的债权并没有得到有效的保障。另外，对于《担保法》对城市房地产抵押规定的登记要件主义，最高人民法院在司法解释中已经改变为在不同情况下采用登记对抗主义，在立法指导思想上更趋维护正常的交易秩序。 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