

房地产按揭中抵押物转让的法律问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_88_BF_E5_9C_B0_E4_BA_A7_E6_c122_483330.htm 我国的房地产按揭

是指以房地产为抵押物的抵押贷款关系。由于贷款的清偿采用分期付款方式，抵押期间往往长达十年以上，在漫长的抵押期间，抵押人希望转让抵押物是在所难免的。我国现行立法虽未绝对禁止抵押物的转让，但却加以严格限制，其结果使抵押人实际上很难转让抵押物。笔者认为，这种做法违背了抵押权属于担保物权的原理，不利于房地产市场的顺利发展，很有必要加以重新认识，尽快修改和完善有关立法。

一、现行立法使抵押人对抵押物的自主转让权受到严格限制 在《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)颁布施行之前，我国的有关法律法规均规定抵押人转让抵押物须经抵押权人同意。只要抵押权人不同意，便不得转让抵押物，抵押人毫无转让抵押物的自主权。1995年颁布的《担保法》第49条第1款规定：“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况”。该规定无疑是立法上的一个重大改进，但仍然存在以下问题：1、未能在房地产按揭中得到贯彻落实。?? 2、《担保法》第49条第1款虽然规定抵押人转让抵押物只须通知抵押权人即可，但在该条第2款和第3款中却又从转让所得价款方面严加限制。? 3、言之，由于现行立法存在多方面的限制，在按揭期间，抵押人若试图转让抵押物，必须依抵押权人的意志而定。法律上重重设障，必然使转让双方当事人举步维艰。

二、我国立法应确认抵押人对抵押物的自主转让权

我国现行立法以种种方式限制抵押人转让抵押物，目的无非是希望给债权人以最充分的保障，其出发点固然可以理解，但解决问题的思路却是失误的。事实上，这类限制既无助于保障债权人利益，又会影响房地产市场的正常发展；既不能充分发挥抵押制度的优越性，又不符合我国《担保法》的立法精神，其实是得不偿失的。为此，笔者主张我国立法应充分贯彻抵押权是担保物权的原理，进而确认并保护抵押人对抵押物的自主转让权。主要理由有以下四点：（一）抵押权是担保物权，可以有效保障债权的实现，抵押物转让不会影响抵押权人利益。是否应该允许抵押人转让抵押物，有无必要加以某种限制，关键要看转让抵押物是否可能损害债权人的利益。而其结论则将取决于对抵押权性质的法律界定，即看抵押权究竟属于债权还是属于担保物权。将抵押权仅仅定性为特定当事人之间的债权关系，抵押权就只能是合同法上的特定权利，不能对抗合同关系以外的第三人。如果抵押人将抵押物转让给他人，受让人与抵押权人又未重新订立抵押合同，抵押权人就不能追及其物向受让人主张权利，被担保的债权也就不能得到可靠保障。为了保障债权的实现，法律对抵押物转让加以禁止或严格限制自然就是顺理成章的事情。我国长期以来未能确立物权制度，不注重债权和物权的划分，现行立法倾向于严格限制抵押物转让，与此不无关系。（二）确认抵押人对抵押物的自主转让权，有利于充分发挥抵押物的经济效用。物上担保制度的发展史表明，在充分保障债权的前提下，尽可能发挥担保物的经济效用，是物上担保制度演化的总趋势。在各种物上担保方式中，抵押是产生较晚而在近现代影响最大的担保方式，甚至获得了“担保之王”

的美誉。究其原因，主要是由于它既能有效地保障债权，又能充分发挥抵押物的经济效用。正是这两方面的优越性，使抵押物制度在近代得到了长足的发展。

(三)限制抵押物转让，不利于充分发展房地产市场。由于房地产按揭的抵押期间较长，抵押人需要转让抵押物的情况在所难免。不必要地限制抵押人的自主转让权，不仅给已经参加按揭关系的抵押人带来极大的不便，而且会使不少潜在的市场参加者因此而有所顾虑，甚至望而却步。

(四)允许抵押物转让，对于全面贯彻《担保法》的立法宗旨具有重要意义。不必要地限制抵押物转让，片面强调保障债权而忽视商品流通，与我国《担保法》的立法精神是背道而驰的。我们主张确认并保护抵押人对抵押物的自主转让权，以充分发挥抵押制度的优越性，不仅符合物上担保制度的总体发展趋势，而且也正是为了全面贯彻《担保法》的立法宗旨。

三、为确认抵押人对抵押物的自主转让权，我国立法应当对抵押物转让的法律后果作出适当的和具体的法律规定

我国现行立法对抵押物加以种种限制，不仅是由于对抵押权的担保物权属性，以及对抵押物转让的经济意义缺乏足够的认识，从立法技术上看，对抵押物转让的法律后果缺乏适当的和具体的法律规定也是不可忽视的重要原因。我们认为，根据抵押权的担保物权属性，应将抵押物转让的法律后果具体归结为以下几点：

(一)受让人在取得抵押物所有权的同时，也承受抵押人的地位，成为物上保证人。抵押物转让与一般物转让的主要区别是标的物上存在着抵押权的负担。由于抵押权具有物权的追及效力，抵押权始终对抵押物产生效力，并不因为抵押物所有权的转移而消灭。所以，受让人在取得抵押物所有权的同时也应承受原抵

押人的地位，成为新的抵押人。这种情况相当于《担保法》第33条所规定的由第三人作为抵押人的情况。第三人作为抵押人在理论上称为物上保证人。物上保证人通常是当事人通过合同约定而产生的，但也可以按法律规定直接产生。例如，物上保证人在抵押期间死亡时，其继承人因继承抵押物而应依法承受原物上保证人的地位。同样，在抵押物转让时，只要抵押关系未归于消灭，受让人便应依法承受原抵押人的地位，成为法定的物上保证人，享有物上保证人的权利，也承担物上保证人的义务。受让人一方面取得抵押物所有权，另一方面承受抵押权的负担，似乎对受让人不利。但我们认为对此不必过分担心。首先，由于抵押权须严格进行登记以对外公示，在受让抵押物之前，第三人完全可以通过查阅登记资料来事先了解到抵押权存在的事实，并应对受让抵押物的法律后果作出判断，因而可以对是否受让以及以什么条件受让作出充分自由的选择。其次，在明知有抵押权存在的情况下，仍然同意受让，表明受让人自愿接受相应的法律后果。从这个意义上说，使受让人成为法定的物上保证人，并不是法律将这个后果强加给受让人，而是受让人自愿接受这样的后果，本质上与约定成为物上保证人的情况并无不同。（二）受让人承受抵押人地位，成为物上保证人，并不必然承受主债务人地位。抵押物的转让与主债务的承受是性质不同的两个法律范畴。单纯的转让抵押物，是抵押人对抵押物的依法处分；在抵押物所有权转移的同时，导致抵押人地位的变更，又是担保物权法律效力所决定的，二者均属于物权法的范畴。而主债务的承担则是债权法的范畴。按债法原理，债务人将其债务让渡给第三人承受，除应经第三人同意外，还

须征得债权人同意，否则，债务人地位不能变更。因此，单纯转让抵押物，不能使受让人同时成为主债务人。在按揭实务中，如果主债务人同时也是抵押人，在转让抵押物时希望同时将其主债务人地位一并转移给受让人，那么，除应与受让人就债务承担达成协议外，还须征得债权人同意，在债权人与新的债务人之间应另行订立新的抵押贷款协议。与此相关，如果主债务上除物的担保外另有人的担保(在房产按揭中，贷款银行往往要求开发商为借款人提供履约保证)，主债务的转移还应征得保证人的书面同意，否则，保证人将不承担保证责任。

(三)受让人成为物上保证人，其在诉讼中的法律地位应相当于连带保证人。《担保法》第33条规定：“债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。”当该规定适用于第三人作为抵押人的情况时，抵押人作为物上保证人所应承担的担保责任实际上是抵押物价值范围内的连带责任。抵押物转让后，受让人成为物上保证人，相当于第三人作为抵押人，其在诉讼中的法律地位可以比照抵押物价值范围内的连带责任保证人来确定。最高人民法院“关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见”第53条规定：“因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可只列被保证人为被告。”

据此，物上保证人在诉讼中的法律地位应依债权人行使权利的方式而分为以下三种：1、债权人向主债务人和物上保

证人一并主张权利时，主债务人和物上保证人应作为共同被告；2、债权人仅起诉物上保证人时，可只列物上保证人为被告。债权人仅起诉物上保证人即意味着抵押权人直接行使对抵押物的权利，对此物上保证人并无先诉抗辩权。抵押人为维护自身利益，可请求法院将主债务人列为第三人参加诉讼。主债务人作为第三人对诉讼标的应无独立请求权。3、债权人仅起诉主债务人时，可只列主债务人为被告。物上保证人亦可作为第三人参加诉讼。综合以上三点，抵押物转让的法律后果可以作如下归纳：受让人在取得抵押物所有权的同时，亦依法承受抵押人的地位，成为物上保证人，但主债务人地位并不变化(当事人另有约定者除外)。因此，主债务人仍负有清偿责任，受让人作为物上保证人则应以抵押物的价值承担连带责任。当主债务人不能按期履行债务时，债权人有权追及抵押物对受让人即物上保证人行使抵押权。对因抵押权的行使所受到的损失，受让人作为物上保证人有权依照《担保法》第57条的规定向主债务人进行追偿。确定抵押物转让的上述法律后果，便可以顺利解决抵押物转让后所应当解决的主要法律技术问题，消除人们对抵押物转让所产生的各种思想顾虑，因而法律也没有必要再对抵押物转让加以其他不合理的限制，使抵押人可以自主转让抵押物。??四、完善现行立法的几点建议 以确认抵押人对抵押物的自主转让为目标，对现行有关立法的进一步完善提出以下几点建议：(一)应将《担保法》第49条第1款的规定充分贯彻落实在各种不动产抵押关系之中(动产抵押另当别论)，尤其是贯彻在房地产按揭之中。也就是说，抵押物转让无须再经债权人同意。但为使抵押权人便于追及抵押物行使权利，抵押人应当通

知债权人即抵押权人。在我国，法律的效力高于法规和行政规章，因此，凡与《担保法》该项规定相抵触的法规、规章应认定为无效。根据物权法定原则，当事人在房地产抵押合同中关于抵押物转让应经债权人同意的约定应按无效条款处理。

(二)应删除《担保法》第49条第2款的规定。也就是说，抵押权人不应对抵押物转让价款问题。无论抵押人是有偿转让还是无偿转让，对抵押权均无影响，完全可以由抵押人自行其便。

(三)应删除《担保法》第49条第3款的规定。也就是说，法律不应再强制抵押人将所得价款用于提前清偿所担保的债权。当然，法律也不应排除当事人通过约定自愿提前清偿所担保的债权，从而使抵押关系归于消灭的可能性。在抵押物转让时，如受让人不愿意接受抵押权的负担，除可以不接受转让外，也可以与转让人达成协议，将转让价款直接支付给抵押权人，以提前清偿所担保的债务，从而清除标的物上的抵押权负担。由当事人自主决定是否提前清偿所担保的债权，显然比在法律上作强行规定要好。在这个问题上，当事人尤其是受让人出于自身利益的考虑，应该能够作出对自己最有利的选择，况且这样处理对抵押权人并无不便。

(四)对抵押物转让的法律后果应根据担保物权的原理作出尽可能详尽的具体规定，使当事人能够便于了解和执行，方便司法实践中的操作。

(五)对动产抵押关系中的抵押物转让问题应另作研究。本文所提出的观点主要是针对房地产按揭中的抵押物转让而言，也可以适用于整个不动产抵押的情况，但对动产抵押则另当别论。抵押通常适用于不动产担保，但现代抵押制度也承认动产抵押。由于不动产不能移动其位置，在法律上也容易进行严格的登记管理，所以抵押物的

自由转让既不会妨碍债权的实现，也不会损害善意第三人的合法权益。而动产的情况则有所不同，不应与不动产抵押相提并论。进一步完善抵押制度看，应当对动产抵押作出特别规定，以区别于普通抵押即不动产抵押是适宜的。 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