

在建工程抵押的若干法律思考 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__E5_9C_A8_E5_BB_BA_E5_B7_A5_E7_c122_483359.htm 抵押是指债务人或第三人以不转移对物的占有，将其合法拥有或有权处分的财产作为债权的担保，在债务人不履行债务时，债权人有权依法规定以该财产折价或从该财产的拍卖、变卖价款中优先得到清偿。其中债务人或第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。本文探讨的在建工程抵押是抵押的一种。《城市房地产抵押管理办法》第三条将在建工程抵押定义为：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，以下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。笔者拟就当前我国房地产开发中普遍存在的在建工程抵押问题发表一些看法，以求探讨。《城市房地产管理法》第44条(三)规定：开发商只要按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上，就可以预售商品房。商品房预售所得款项再用于该商品房的后续建设。但实践中预售款的回收需要较长的时间，为了尽快完成工程建设，开发商经常用在建工程(含国有土地使用权)作抵押向银行申请贷款，以解燃眉之急。同时开发商为了及时回笼资金，尽快还贷，又将该在建工程进行商品房预售，且有些房地产管理部门对这种预售契约给予预售登记，承认其销售合法。笔者认为此种作法，在法律上缺乏依据，并且容易造成严重后果。《担保法》第49条规定：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；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。笔者认为，前述预售行为可能会造成如下法律后果：第一，违反《担保法》第49条的规定而造成买卖行为无效，开发商需承担违约责任；第二，损害了抵押权人的利益，可能造成抵押权难以实现；第三，也损害了购房者的权益，因为购房者获得的权利是不完整的，带有瑕疵的；第四，从《消费者权益保护法》第49条的规定看，有可能对购房者构成欺诈(当然《消费者权益保护法》的有关条款是否适用于房地产消费，还存在争议)；第五，如果购房者采用按揭方式购房，那么，在建工程抵押贷款尚未还清之前的某个阶段，购房者所购商品房可能再次抵押给银行，造成重复抵押。因此该种作法隐藏着巨大的隐患。笔者认为，上述情况的存在，可能从一个侧面反映了某些开发商开发资质和信用等级较低、资金不足、开发能力不强、因此只能依靠贷款和预售回款进行周转的现状。那么这种矛盾应该如何解决呢?结合实际及我国现有法律、法规的规定，笔者提出以下解决方案。

一、开发商预售抵押在建项目的商品房之前，应取得抵押权人的书面同意并且如实告知购房者

房地产开发是资金需求量大、开发周期长的行业，大多数开发商不可能在开发之前筹措到全部资金。为了融资，许多开发商都是用在建工程向银行申请贷款。开发商为了及早还贷，只能边建设边销售。为了不违反《担保法》第49条的规定，使合同合法有效，开发商(抵押人)预售商品房时，必须取得贷款银行(抵押权人)的书面同意，同时向购房者如实告知，例如，讲明属于阶段性抵押，该种抵押可能产生的法律后果以及本项目的建设和销售前景等，消除购房者的后

顾之忧。一味隐瞒毕竟不是最好的办法。况且，随着购房者法律意识的增强，他们可以请律师依照《担保法》第45条“登记部门登记的资料，应当允许查阅、抄录或者复印”的规定向房地产管理部门进行调查。如果开发商隐瞒了项目的抵押情况，使该商品房存在权利瑕疵，购房者可以无条件退房，并且开发商要承担违约责任，还有可能承担双倍赔偿的风险。《担保法》第49条规定，抵押期间，抵押人在履行了通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的义务后，可以转让已办理登记的抵押物。抵押人依该规定转让房地产并办理变更登记后，受让人取得的所有权即受法律保护。在这种情况下，抵押权人已无法行使追及权，只能对抵押人所得的已设置抵押的房地产转让价款行使物上代位权。我国《担保法》也规定抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。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。根据抵押权与其担保的债权同时存在的原则，抵押人将其转让抵押物所得价款提前清偿贷款或提存，原抵押关系应消灭，这样抵押权人和购房者的利益就能得到充分保证。但实践中许多开发商转让已经抵押的房地产时未经抵押权人书面同意，在办理《房屋所有权证》时，房地产管理部门发现《国有土地使用证》上已有抵押记载，造成办理产权过户出现障碍，购房者无法顺利拿到《房屋所有权证》。因此，为了规范购房法律关系，减少甚至杜绝纠纷，从保护购房者利益的角度出发，较好的办法是在《商品房买卖合同》补充协议中增加如下条款：1、出卖人保证不得以任何形式将该商品房所属的在建项目及其所处位置的土地使用权进行抵押。

否则，买售人有权无条件退房并要求出卖人承担赔偿责任。

2、买受人有权在取得《房屋所有权证》之前的任何时间，要求出卖人提供《国有土地使用证》，以便及时了解该项目的抵押情况。

二、抵押权人(银行)应谨防多方贷款、重复抵押现象的出现。目前，房地产开发商多头开户、在多家银行同时贷款的情况比比皆是，也存在开发商在一家银行用在建工程申请抵押贷款，同时在预售期房时又与另一家银行达成按揭贷款合作协议，出现重复抵押的现象。根据《个人住房贷款管理办法》第16条：“借款人以所购自用住房作为贷款抵押物的，必须将住房价值全额用于贷款抵押”。而依据《担保法》的规定，抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。在建工程既已作为贷款抵押物，因此购房人所购商品房不可能再全额用于按揭贷款抵押，否则有可能造成无效抵押的后果。《担保法》第35条规定：抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值；第54条规定：同一财产向两个以上债权人抵押的，以抵押登记的先后顺序受偿。因此，如果出现重复抵押并且超出抵押物的价值，将可能使后一抵押权人的债权得不到保证。针对上述问题，笔者建议：(一)在建工程抵押贷款银行与按揭银行是同一家银行的情况下，在建工程抵押贷款银行应严格审查开发商的资质、条件以及项目的有关文件，防止骗取银行信贷资金的行为，并按照开发项目工程进度合理掌握贷款的发放；与开发商达成按揭贷款合作协议，通过帐户管理等多种手段控制开发商销售款项，及时收回住房开发贷款本息；另外，开发商在实际销售中，每卖出一套房屋，应该告知银行，在原在建工程抵押登记机关变更抵押登记，将原在建工程抵押登记变更为按揭贷款抵押登记，

并变更抵押人。同时，银行可要求客户直接向银行交款，将客户预交款、拟发放的按揭贷款与开发商已向银行所贷款项进行冲抵。

(二)在建工程抵押贷款银行与按揭贷款银行不是同一家银行的情况下，即前者不参与该项目的按揭贷款，那么，对前者的保护可能较为不利。建议在此种情况下，在建工程抵押贷款银行最好与开发商达成专项贷款协议，严格贷款审批、抵押物登记、贷后监督检查等工作，确保抵押权的真实有效。如果不这样做，将有可能造成房地产抵押市场的混乱，使银行、购房者的利益面临极大的风险，从而引发大量的矛盾和纠纷，这些矛盾和纠纷甚至成为社会的不稳定因素。

三、要加强房地产管理部门、银行的监管职责

如上所述，开发企业违反有关法律和法规的规定，出售已设定抵押的商品房时，未依法取得抵押权人即监管银行的同意，也未将该房产已设定抵押的情况告知买房人，这种瞒上欺下的行为既损害了抵押权人的利益，也损害了购房人的利益。因为开发商得到贷款后，如无力按期还款，在银行起诉后，如果购房者确实没有其他住处，从社会安定角度出发，法院也不可能将购房者赶到大街上，银行将很难行使抵押权；而开发商取得买房人的购房款后又有可能不存入监管银行而挪作他用，未按法律要求以购房款优先偿还所借抵押贷款，使出售房屋不能及时解押，购房人也就无法申办《房屋所有权证》，使购房人的合法权益受到侵害。因此，为了保护抵押双方、交易双方的合法权益，维护房地产交易市场的正常秩序，依法加强和规范在建工程抵押和预售商品房的管理是非常必要的。所以，房地产管理部门应该严格履行职责，加强抵押登记手续的审查，并建立社会公众查询制度。银行也应从保护

债权和抵押权的角度考虑，严格履行贷款审查、发放、使用、监管职责，严禁侵占、挪用，保证专款专用，贷款安全。在我国，房地产开发热只有十几年的时间，由于法律、法规不健全、缺乏可操作性以及实际工作中管理混乱等因素，使在建工程抵押存在着许多问题；因此对购房者而言，应严格审查欲购买项目的合法性，尽可能选择实力强，知名度高的开发商开发的项目；对银行而言，应选择具备房地产开发资质、信用等级较高的开发企业，严格贷款审批、抵押登记、贷后监督检查等工作，以保证银行贷款的安全性；对开发商而言，应遵循市场规律，履行诚信义务，不欺诈、不隐瞒，做一个遵纪守法、信用等级高的开发商，以保证企业的长远发展。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