



德衡律师集团  
DEHENG LAW GROUP

# 客户通讯 & 律师观点

房地产业务中心 > 矿产能源与工程业务团队 主办

2016年8月19日 | 第2号

## 理论研讨

### 【研讨要点】

房地产抵押法律效力如何认定。

### 【研讨笔记】

房地产抵押是抵押担保的重要组成部分，对现代社会的经济平稳运行具有十分重要的作用。我国对于房地产，采用的是两个分立的原则，土地所有权和使用权相分离，同时，对于土地资源和房屋建筑物，在管理上采取的是国土机关和房产机关并行管理的方式，导致了出现很多房屋和土地分别设立抵押的情况。而在现实生活中，两者却不能分离，这种管理和现实的冲突，导致在房地产抵押效力的认定方面，理论和实践中不断出现新的问题。不过，随着立法机关和最高人民法院在法律和司法解释的层面不断对此类问题进行规范，近年来关于抵押效力认定，已经逐渐形成基本一致的主流观点。

抵押权是一种担保物权，在现代经济活动非常常见，且随着商品交易的发展，目前抵押权基本上已经成为最常见和最典型、最重要的一种担保物权，而房地产抵押，则是所有抵押中最为主要的部分。不过，由于我国关于房地产的立法和关于抵押权的立法都是一个不断发展的过程，在这个过程中，对当事人设立的抵押就其不同情况下的法律效力认定问题，出现了各种大大小小的认识差异，也有过许多当事人认为有效而被司法机关最终认定抵押无效，或者相反的案例，不少当事人，特别是抵押权人的利益被严重损害。那么，如何才能更好的认清不同情况下房地产抵押的效力，在实际运作中避免失误，以保护自己的权益呢？

### ● 第一，我们要认清抵押权的性质。

在不同时期，对于抵押权是属债权范畴还是属于物权范畴，曾有着不同的看法。当然，在物权法即将实施的现在，关于抵押权的性质认识是非常清晰明确的，但在担保法出台之前，我国较早系统的对抵押权进行规定，是《中华人民共和国民法通则》第89条，该条属于第二节债权的部分，并且由于当时立法和理论上对债权和物权没有严格的区分的情况下，而抵押的目的是担保债的实现并非在于对物的使用和收益，因此在当时的思想中抵押权的性质也是处于混沌状态，一直到《中华人民共和国担保法》第28条提出的“物的担保”这一概念，抵押权被明确认定为一种担保物权。

按照通行的物权法定理论和物权公示原则，物权是一种排他的绝对权，其内容应当由法律确定，物权的设立、变更、转让应当依照法律规定进行公示，对不动产而言，就是登记。因此，在担保法开始明确抵押权是一种物权之后，该法也随之规定了抵押权设定的登记问题，当然，担保法的条文中使用的是抵押合同自登记之日起生效这样一个表述，这个表述后来受到很多诟病，很多人认为它不够精确，但这个表述的问题我们就不在本文中涉及了。很显然，在这里我们已经发现了房地产抵押中容易对其效力产生影响的第一个问题，抵押权的性质决定房地产抵押需要登记。

● 第二，我们需要明确中国现行法律体系下关于房地产的规定。

房地产，顾名思义，是有房产和土地两个部分组成，房产不能是空中楼阁，每栋建筑物都是依附于土地之上的，所以我们主要来看土地，中华人民共和国是采取土地公有制的国家，《中华人民共和国土地管理法》第二条规定，中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制，在此种情况下，并不允许私人拥有土地的所有权（当然，在个别区域除外），这个房地产中的地，并不是土地的所有权，而是土地的使用权，即一项用益物权。

《中华人民共和国土地管理法》第四条规定国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地；由于农用地和未利用地其上一般不会构筑有房产，即使抵押，也只是土地使用权单独设定抵押，而且，按照担保法 37 条的规定，大多数是不能抵押的；现实生活中大量的房地产抵押，其中所谓的地主要是建设用地使用权。进一步分析，按照《中华人民共和国土地管理法》第二条规定，“国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是，国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。”当事人取得的土地使用权，一般应当是从国家有偿取得的出让土地使用权，或转让的土地使用权，但，由于大量国有企业以前取得的是划拨土地使用权，乡镇企业等取得的是集体建设用地使用权，另外，在有些地方还存在违法用地情况，现实中的房地产抵押，其土地情况也不一而足。

关于土地抵押的效力，目前主要依据的有担保法等几个法律法规，最早在《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》中，国务院规定，划拨土地使用权不得抵押，除非符合第四十五条条件，经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，其划拨土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权才可以抵押；《中华人民共和国担保法》第 37 条规定，土地所有权不得抵押；耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，除第三十四条第五项，三十六条第三款规定的除外，不得抵押；之后，最高人民法院又以司法解释的形式在《关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》中进一步明确，如果建筑物附着于以划拨方式取得的国有土地使用权之上，将该建筑物与土地使用权一并设定抵押的，对土地使用权的抵押需履行法定的审批手续，否则，应认定抵押无效。

这就是房地产抵押中容易对其效力产生影响的第二个问题，我国的现有土地所有制和使用权制度下，房地产抵押的效力受土地用途、使用权性质等问题的影响。

- 第三，土地资源和房屋建筑物，通常是由国土机关和房产机关分别管理的，在不同部门进行登记，会对抵押效力产生影响。

除少数地方的国土资源管理机关和房产管理机关是合一的，在我国的大部分市县，国土资源管理的职能和房产管理的职能都是分别由两个机构分别行使的，土地使用权的登记、转让、抵押在一个机构办理手续，地上房产建筑物的登记、转让、抵押在另一个机构办理手续，虽然该两个机关也按照一些规范进行合作，但作为两个独立的机构，无论如何密切配合，都不可能做到完全一致。最终，在实际运作中常常出现一些不协调或最终会不便于实现抵押权的情况，比如，土地使用权被抵押给一家机构而地上建筑物被抵押给另外一家机构，当事人同时抵押房产和土地使用权出于手续简便或其他原因只在土地管理部门或房产管理部门办理了登记等。

但是相关的法律和司法解释却未能给与这样的变通，当事人如果仅仅是出于习惯做法而忽略法律规定与习惯做法的区别，常常会造成不良后果。《中华人民共和国担保法》第36条和《中华人民共和国城市房地产管理法》第31条、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第33条均规定了，房屋抵押时，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押，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这样一个基本原则，也就是说，按照这个理念，是不允许出现房产和土地使用权单独抵押的情况的，即使是单独抵押，也视为具有互相及于的法律效力，笔者认为这一效力来自与法律的特别规定，并不应为当事人的意思表示所转移。这就产生了与实际运作的不同，在现实生活中由于房地的分别管理，如果当事人在一家办理抵押的话，另一家管理机关常常因为不知晓情况，而无法予以协助运作，这一点咋看不起眼，但和某些因素结合起来，就会产生问题。

相关的法律和司法解释关于登记机关的要求，是产生问题的关键。《中华人民共和国担保法》第42条规定分别规定了土地管理部门和县级以上人民政府规定的部门为无地上定着物土地使用权和房地产的抵押登记机关；对于县级以上人民政府规定的部门，有些地方明确规定了某些机关，通常是房地产管理机关，也有的规定是工商机关，有些地方没有明确规定，担保法司法解释第60条对此予以了处理，该解释规定地方人民政府对登记部门未作规定的，当事人在土地或房产管理机关办理了抵押登记，法院可以确认抵押效力；另一个对登记部门做要求的就是《关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》，它规定建筑物附着于以划拨方式取得的国有土地使用权之上时，房地产一并抵押对土地使用权的抵押需履行法定的审批手续，否则，应认定抵押无效。上述三个规定，应属于强制性规范，当事人的运作若是违反其规定，自然无效，其中担保法及其解释的规定，和现实中当事人的变通操作相去不大，但第三个规定却产生了极大影响。按照该解释，土地使用权是划拨时，需履行法定的审批手续，这个审批手续是国土部门进行的（包括后来进一步的解释，也是允许以国土部门的登记代替其审批），而实际运作中，当事人办理抵押以持房产证在房产部门办理登记的居多，其中土地使用权为划拨的也为数不少，很多房产管理机关因为和国



土部门的配合问题，也并不一定非要国土部门先给一个审批文件或登记文件，最终的结果必然是办理了抵押也会被法院认定为无效。

撇除抵押中有关合同因素的影响，上述三个方面，基本上也就概括了房地产抵押影响抵押效力的主要情况，根据上述的分析，我们基本上就可以对认定抵押效力问题需要考虑的方面勾勒出一个框架了。

### ● 我们的建议：

**首先**，我们要考察其是否该房地产能否办理抵押，土地所有权是不能抵押的，土地使用权中的耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权大多数也是不能抵押的，除非是担保法规定两种例外，换句话说，能够抵押的土地部分其实是以国有土地使用权（根据土地管理法的分类，实际上国有土地使用权基本都是建设用地使用权）为主，如果涉及其他的土地，就需要仔细看看法律给与的条件了。对于房产，法律给与的限制较少，绝大多数建筑物，包括正在合法建造的建筑物都可以抵押，实践中又是持证抵押为主，违章建筑能够办理抵押登记的情况极少，所以出问题的比较少。

**其次**，要注意办理抵押登记，抵押登记的要求发端于担保法，目前即将实施的物权法对抵押登记问题做了一些调整，有些财产抵押将转变为抵押对抗第三人，但对于房地产抵押，仍然采用抵押权自登记时设立的规定，经过多年的实践，房地产抵押登记的观念已经深入人心，当事人签订抵押合同不办理抵押登记的已经很少。

**最后**，要正确选择登记的机关，履行登记手续，其中特别要避免习惯做法的误区。对于单独的无地上建筑的土地使用权抵押，法律规定在土地部门办理抵押，几乎没有争议，但对于房产抵押，由于担保法采用的是授权性规定，在实践中问题较多，一般来说，首先要看地方人民政府对登记部门是否有规定，如未作规定的，则可以按照担保法解释的 60 条在土地或房产管理机关办理抵押登记。在办理登记时，当事人最容易犯错误的地方就是持房产证抵押的情况，当事人常常在房产管理机关办理了登记而未在土地部门办理审批或登记；在当事人看来，这好像与国土部门没有关系，其实这埋下了很大的风险，一旦属于国有企业以划拨地上房屋抵押，显然会导致抵押无效。有些当事人在这个问题上想不通，他们认为这实属与以房屋单独抵押，并非最高院所说的将建筑物与土地使用权一并设定抵押的情况，因此不应当无效。其实不光当事人，有时候有些法院也有这样的认识，以至于一些高级人民法院不得不专门出台文件，向下级法院指出，单独抵押房产或单独抵押房产占用的土地使用权或房产、土地分别抵押给不同的人，均要考察土地使用权是否划拨，如果是划拨则应当取得土地部门的审批或登记（例如山东省高级人民法院的 2004 年第 238 号文件）。其实，笔者认为，出现这种局面，显然是当事人没有理解透房地产管理法、担保法、土地出让转让暂行条例等法律法规关于房地合一规定的本质，从法律法规的层面上，根本就不存在单独以房产抵押或单独以房产占用范围内的土地使用权抵押这个概念，抵押房产或土地使用权均是司法解释中所谓的建筑物与土地使用权一并设定抵押的应有之意，这一点如果说原来的担保法等法律法规说得还不够直

白，那物权法第 182 条也已经说得够直白了（原文：抵押人未按照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押）。

---

如对本客户通讯有任何疑问，请联络下列作者或您通常联系的集团律师。

宋振伟

[songzhenwei@deheng.com](mailto:songzhenwei@deheng.com)

18911475651

北京/青岛

---

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明，请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯，请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>，查找本团队专栏，订阅本通讯。我们将定期向您发送。