

中国银行业协会法律工作委员会科研课题研究报告

(2007-2010)

中国银行业 法律前沿问题研究 (第一辑)

RESEARCH ON FOREFRONT
LEGAL ISSUES IN CHINA'S BANKING SECTOR

中国银行业协会 编

中国银行业协会法律工作委员会科研课题研究报告
(2007-2010)

中国银行业 法律前沿问题研究 (第一辑)

RESEARCH ON FOREFRONT
LEGAL ISSUES IN CHINA'S BANKING SECTOR

中国银行业协会 编

责任编辑：董 飞

责任校对：孙 蕊

责任印制：丁淮宾

图书在版编目 (CIP) 数据

中国银行业法律前沿问题研究 (第一辑) (Zhongguo Yinhangye Falü Qianyan Wenti Yanjiu) / 中国银行业协会编. —北京: 中国金融出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5049 - 5734 - 4

I. ①中… II. ①中… III. ①银行法—研究—中国—2007—2010
IV. ①D922. 281. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 226707 号

出版

发行

中国金融出版社

社址 北京市丰台区益泽路 2 号

市场开发部 (010)63266347, 63805472, 63439533 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com>

(010)63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 62568380

邮编 100071

经销 新华书店

印刷 保利达印务有限公司

尺寸 169 毫米×239 毫米

印张 26.5

字数 499 千

版次 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 月第 1 次印刷

定价 58.00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 5734 - 4/F. 5294

如出现印装错误本社负责调换 联系电话 (010)63263947

编写说明

为了促进银行业依法合规、健康平稳地发展，中国银行业协会法律工作委员会根据各会员单位关注的热点、焦点问题在 2007 - 2009 年共立项研究了九个科研课题，即：《物权法》对商业银行的影响分析及完善担保物权法律制度的建议；银行境外涉诉的权益保护问题；银行业如何适用《企业破产法》保护权益的相关问题研究；基于法律约束的合规机制及其完善；物权担保与银行业务发展法律问题报告；理财与银行业务发展法律问题报告；金融衍生产品与银行业务发展法律问题报告——场外金融衍生产品交易标准文本 ISDA 和 NAFMII 法律风险研究；银行卡欺诈交易法律问题研究；银行不良资产处置法律问题研究报告。

为了明确课题研究的理论意义及实践价值，中国银行业协会法律工作委员会组织全国人大法工委、国务院法制办、最高人民法院、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国银行业协会和商业银行的专家组成评审委员会，召开了两次“法律工作委员会科研课题评审会”。评委们与课题组围绕课题报告的相关内容，结合当前形势和工作实际进行了广泛的交流，并就许多问题达成了共识。评委们对每一个选题的实践意义和理论价值给予了充分肯定，认为课题报告中精辟的分析、独到的见解和创新的观点对银行业具有普遍的指导意义。通过对银行业存在的共性问题、实务工作中亟待解决的具体问题，以及金融危机形势下国内银行债权的保护问题进行分析，探索解决途径，提出合理建议，有利于对法律的正确理解和执行，有利于完善我国的金融立法，有利于促进银行业的稳健发展。与此同时，评委们也明确指出课题报告中存在的不足，并提出修改和完善建议。评委们经过讨论形成决议，九个课题报告全部通过验收。

各课题组在评审会后对课题报告又进行了修改和完善。为使这些科研成果更好地服务于银行业务实践，满足会员单位的广泛需求，现将完善后的课题报告汇编出版，供相关单位和个人参考学习。

目 录

一、《物权法》对商业银行的影响分析及完善担保 物权法律制度的建议	1
牵头行：中国工商银行	
参与行：国家开发银行	
上海银行	
二、银行境外涉诉的权益保护问题	33
牵头行：中国银行	
参与行：国家开发银行	
中国工商银行	
中国农业银行	
三、银行业如何适用《企业破产法》保护权益的 相关问题研究	63
牵头行：交通银行	
参与行：中国银行	
中国建设银行	
四、基于法律约束的合规机制及其完善	103
牵头行：中国建设银行	
参与行：交通银行	
招商银行	
五、物权担保与银行业务发展法律问题报告	119
牵头行：中国工商银行	
参与行：国家开发银行	
六、理财与银行业务发展法律问题报告	191
牵头行：中国建设银行	
参与行：中国民生银行	

七、银行卡欺诈交易法律问题研究	261
牵头行：招商银行	
参与行：北京银行	
八、银行不良资产处置法律问题研究报告	309
牵头行：中国农业银行	
参与行：华夏银行	
九、金融衍生产品与银行业务发展法律问题报告	365
牵头行：上海银行	
参与行：中国银行	
渣打银行	

一、《物权法》对商业银行的影响分析及完善担保物权法律制度的建议

牵 头 行：中国工商银行

参 与 行：国家开发银行
上海银行

课题组成员：刘传会 武靖人
张在祯

目 录

概要	4
第一部分 《物权法》主要内容解析及其对银行业金融机构的影响述评	4
一、《物权法》对银行业有重要影响的规定	5
(一) 物权法定原则	5
(二) 不动产登记及其效力规则	5
(三) 人民法院、仲裁委员会的裁决文书对物权的影响	6
(四) 共有规则	6
(五) 担保物权优先受偿原则	7
(六) 担保物受损相关权益的优先受偿	8
(七) 第三人提供担保时债务人转让债务的担保效力规则	8
(八) 物保与人保并存的处理规则	8
(九) 抵押物的范围	9
(十) 动产浮动抵押	9
(十一) 建筑物与建设用地使用权抵押规则	10
(十二) 抵押物转让规则	10
(十三) 抵押权实现与抵押物处置	10
(十四) 最高额抵押权	11
(十五) 质物的范围	12
(十六) 质权的设立	12
(十七) 质押财产的处分和转质规定	13
(十八) 质权人怠于行使质权的损害赔偿赔偿责任	14
(十九) 最高额质权	14
(二十) 应收账款出质	15
二、商业银行应对《物权法》新规定的对策	15
第二部分 关于完善《物权法》相关法律制度的建议	17
一、针对我国不动产登记实践中存在的问题,进一步细化完善不动产统一登记制度	17
(一) 统一不动产抵押登记机构	17

(二) 明确不动产登记机构的责任与义务	17
(三) 取消在他项权利证书上设置“抵押期限”或“存续期限”	18
(四) 规范最高额抵押登记	18
(五) 完善不动产物权预告登记制度, 强化对预告登记权利人的 保护	18
(六) 不动产抵押登记中的其他问题	19
二、允许商业银行处置抵债资产可以不办理登记, 以降低处置成本、 加快处置进度	19
三、明确办理财产集合抵押的程序	20
四、细化完善动产浮动抵押制度	21
(一) 浮动抵押权的设立	22
(二) 浮动抵押的适用范围	22
(三) “结晶”和实行	23
(四) 担保债权之清偿顺位	23
(五) 对浮动抵押公司的行为限制	24
五、调整完善有关建设用地使用权处置和在建工程抵押的法律规定	24
(一) 建设用地使用权是否可以无偿收回	24
(二) 取消相关部门规章中关于在建工程抵押融资用途的 限制性规定	25
六、调整社会公益性单位融资担保的相关规定	26
七、完善抵押权行使期间的规定	27
八、明确法院直接执行抵押担保的司法程序	27
(一) 明确人民法院的执行依据	27
(二) 明确对抵押权人执行申请必须进行审查	28
九、明确“应收账款”的定义和质押登记范围	28
十、调整现有法律规定, 就清偿期后于债务履行期的存单、仓单、 提单等质押权利如何处理作出规定	29
十一、调整完善最高额保证担保制度	30
(一) 调整最高额保证担保的债权范围	31
(二) 允许最高额保证担保主债权的转让	31
(三) 明确最高额保证担保的债权确定事由	31

概 要

《物权法》是构建中国特色社会主义法律体系的重要组成部分。作为一部明晰物的归属、发挥物的效用、实现物权平等保护的基本法律,《物权法》的实施将对“构建完善的私有财产保护法律制度,依法保护私有财产,最终促使一切创造社会财富的源泉充分涌流”起到重要的作用。《物权法》对财产法律关系的确认、调整与保护,为商业银行的经营管理提供了坚实有力的法律保障,其对我国物权法律制度、特别是担保物权制度的创新和突破,也对商业银行的风险管理水平提出了更高的要求。商业银行深入研究《物权法》,有利于加强自身经营管理,加快金融创新,有效防范和化解法律风险,实现稳健快速发展。

本文立足于有效应对物权法律制度变化,从确保银行债权实现、维护金融交易安全的角度,通过深入分析《物权法》相关原则、制度,特别是担保物权制度对商业银行日常经营管理的影响,就商业银行如何运用《物权法》规则维护自身合法权益提出建议;针对现行担保法律制度重大变化给银行业务可能带来的影响,本文分别在调整融资担保管理制度、健全业务操作规程,完善担保合同文本等方面,提出了应对措施和意见。同时,结合商业银行业务经营与法律风险防控实践,分析比较国内外制度规范及实践经验,指出了《物权法》相关法律制度存在的立法规定不明确、制度操作性不强、法规规章相互矛盾等问题,并提出若干完善建议,对防范银行融资风险,保护金融债权的安全,完善我国担保法律制度和健全物权法律体系作出了有益探索。

第一部分 《物权法》主要内容解析 及其对银行业金融机构的影响述评

2007年3月16日,历时13年、经过全国人大常委会八次审议的《物权法》正式出台。作为一部规范财产关系、调整因物的归属和利用而产生的民事关系的民事基本法律,《物权法》的制定、颁布将对我国社会生产和生活的

诸多方面产生巨大影响，其中的很多规定将会直接影响银行业金融机构的经营方式和经营策略，需要商业银行予以充分关注和重视。下面对《物权法》中与商业银行经营管理有密切联系的规定作一评析，并对商业银行如何应对《物权法》所带来的影响提出建议。

一、《物权法》对银行业有重要影响的规定

（一）物权法定原则

物权法定是《物权法》的一项基本原则。《物权法》第5条规定，物权的种类和内容，由法律规定。根据这一规定，物权的种类、内容、效力及公示方法必须由法律进行规定，不能由当事人协商创设。担保物权作为物权的一种，其种类和内容也应当是法定的。依照《物权法》第180条、第184条、第209条、第223条等相关条款的规定，凡符合法律、行政法规规定的担保物权，可认定为法定。

对商业银行而言，在开展经营管理活动过程中，应严格遵循物权法定原则，避免因担保物权存在瑕疵而危及自身金融债权的安全。对法律、行政法规明确规定可抵押或质押的财产或权利，银行可大胆运用；对禁止抵押或质押的财产或权利，银行不得接受；对未禁止抵押的财产，银行虽可接受，但因涉及登记或能否有效控制等问题，应慎重选择；对无明文规定可质押的财产或权利，银行不得接受。

（二）不动产登记及其效力规则

《物权法》出台前我国没有专门的不动产登记法律，有关不动产登记的规定主要散见于各项单行法律和行政法规，没有形成完整的体系。《物权法》专门规定了不动产登记，确立异议登记、更正登记以及预告登记等以前没有的登记制度，弥补了以往法律中的诸多缺漏，主要包括：

1. 确立了不动产统一登记制度。《物权法》第10条规定，国家对不动产实行统一登记制度，统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。目前，我国有权办理不动产转让和抵押的登记机构有多个部门，且相关登记信息互不联网，难以查询。这种多头登记现象既增加了交易成本，又影响了公示效果。不动产统一登记制度的建立，有助于消除当前不动产登记多头负责、复杂烦琐的弊端，为当事人办理物权登记提供了极大的便利，不但减轻了抵押人和银行的负担，同时还方便银行查阅、复印有关不动产的登记资料。

2. 明确不动产登记簿和不动产权属证书的关系。《物权法》第16条和第17条规定，不动产登记簿是物权归属和内容的根据，不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明；不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记

记簿为准。这两条规定明确了不动产登记簿的效力高于不动产权属证书。这意味着银行在贷前审查客户的资产或办理抵押时,必须到登记机关查询登记簿,审查权属证书的内容是否与登记簿一致,信贷人员应在信贷档案中增加查询记录。此外,还应确保银行抵押协议清单记载的财产范围与登记簿一致。

3. 建立不动产预告登记制度。根据《物权法》出台以前的法律规定,不动产登记必须在不动产实际存在之后才有可能,这就为“一房多卖”、“多头抵押”问题的滋生提供了“温床”。针对这些问题,《物权法》第20条创设了不动产“预告登记”制度,规定“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来取得物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力”。这一规定有助于解决开发商“一房多卖”和“多头抵押”问题,切实保护购房人和银行的合法权益。同时,该条第2款规定,“预告登记后,债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,预告登记失效”。按照这条规定,如果银行接受了预告登记的不动产为抵押物,一旦抵押人没有在能够进行不动产登记之日起三个月内及时办理正式登记,则银行的抵押权将因抵押人的所有权预告登记失效而面临落空的风险。因此,银行今后在接受预告登记的不动产为抵押物的,应当在房产权证出证后及时督促抵押人及时办理正式的登记手续,避免抵押权落空。

(三) 人民法院、仲裁委员会的裁决文书对物权的影响

在银行不良资产处置工作中,经常会遇到法院裁定债务人以物抵贷的情形。但银行自何时取得抵贷物的所有权,取得抵贷资产后是否需要办理物权登记,在司法实践中一直存在争议。《物权法》第28条对此专门作出规定,“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力”。这一规定使银行依据法院裁定所取得的抵贷资产的所有权合法化,在接收抵贷资产时不需要进行物权登记即可享有相应物权,从而可以降低相关费用支出。但是,在处分抵贷资产时,则需根据《物权法》的规定办理相应物权登记手续,避免给不良资产处置工作带来潜在法律隐患。

(四) 共有规则

《物权法》第二编第八章主要规定了按份共有和共同共有所有权的享有、共有财产的分割、优先购买、对外承担连带债权或债务等内容,基本上是对《物权法》出台以前《民法通则》、《婚姻法》等法律法规的归纳和细化。

商业银行在接受共有财产作为担保时,应依据《物权法》关于共有的法律规定完善相关担保手续,并需注意以下问题:第一,银行接受共有财产设定抵(质)押的,应根据第97条的规定,区分按份共有和共同共有,分别取得

占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。第二，银行接受某些特殊财产设定质押，应认真辨析财产的共有性质，如人寿保险单，有投保人、被保险人和受益人三方主体，这些主体之间属于哪种共有、谁和谁共有，在办理人寿保险单质押时应认真加以辨析，并根据《物权法》关于共有的相关规定慎重接受。第三，我国近几年来持续进行宏观调控，严格控制建设用地审批，在土地资源较为稀缺的背景下，往往有资金的人没有土地，有土地的人没有资金，进行联合开发；或者开发商找到土地后，不想支付金额巨大的土地过户税费，也会采用联合开发的操作模式；又或者提供土地的一方不承担任何风险。按照《物权法》的规定，联合开发具有共有的法律特征，如果银行为项目提供融资，应要求联合开发各方在合作协议中明确是按份共有还是共同共有，在销售合同中表明卖方是联合主体，然后在借款或担保合同中作出相应法律安排。

（五）担保物权优先受偿原则

《物权法》第170条规定，“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外”。《担保法》规定，只有当债务人不履行到期债务的，债权人才能可行使担保物权，《物权法》则在此基础上增加了当事人可以约定实现担保物权的情形，扩展了行使担保物权的条件，使债权人行使权利不再限于债务人不履行到期债务的情形，因此，更有利于对债权人的保护。比如，商业银行可以在担保合同中把交叉违约列为实现担保物权的情形。

需要注意的是，担保物权的优先受偿权利并不是绝对的，如果法律另有规定，则担保物权人所享有的对担保财产优先受偿的权利就可能受到限制。结合我国现行《企业破产法》、《合同法》、《税收征收管理法》等法律，担保物权优先受偿原则的除外规定主要包括：（1）国家税收优先于担保物权。《税收征收管理法》第45条规定，“纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行”。（2）特定阶段的职工债权优先于担保物权。《企业破产法》第132条规定，“破产人在本法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金”。依照本法第113条的规定清偿后不足以清偿的部分，由本法第109条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。（3）建筑工程价款优先于抵押权。《合同法》第286条规定，“建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿”。2002年，最高人民法院在《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》中指出，人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当认定建筑工程的承包

人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。(4)《海商法》规定,船舶优先权优于船舶抵押权受偿。(5)在租赁物出租时未设定抵押权的情况下,承租人的优先购买权优于抵押权。根据以上这些法律规定,银行在办理抵押业务时,一定要考虑债务人的欠税问题、工程欠款问题、《破产法》公布前所欠职工基本费用问题,如抵押物存在租赁关系,在处置抵押物时,还要考虑承租人的优先购买权。

(六) 担保物受损相关权益的优先受偿

《物权法》第174条规定,“担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿”。而《担保法》则仅规定,担保物灭失的,因灭失所得的赔偿金应当作为抵押财产。较之于《担保法》,《物权法》将担保物权人的优先受偿权扩大到保险金和补偿金。此外,《物权法》还规定,被担保债权的履行期未届满的,担保物权人可以提存该等保险金、赔偿金或者补偿金。《物权法》这一规定,使得债权人实现权利的规则更加完善。实践中,可能存在担保财产毁损、灭失而主债权尚未到期的情况,此时,虽然代位物特定,但由于其货币化的性质,导致债权人对其控制的可能性降低。按照《担保法》的规定,债权人固然可以就代位物优先受偿,但可能会导致其期限利益的丧失。《物权法》的规定使得债权人行使权利有了选择性,将有利于债权人根据实际情况更好地维权。

(七) 第三人提供担保时债务人转让债务的担保效力规则

《担保法》第23条规定,保证期间,保证人对未经其同意转让的债务不再承担保证责任,而就抵质押担保中债务人转让债务对担保效力的影响则未作明确约定。《担保法》司法解释对这一问题做了相应补充,规定第三人提供抵质押担保的,债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的,抵押人对未经其同意转让的债务,不再承担担保责任。《物权法》吸收了《担保法》司法解释中的立法原则,在第175条中规定,第三人提供担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。根据《物权法》,第三人提供担保时,债权人允许债务人转让债务必须取得担保人的同意,否则,担保人不再承担担保责任。《物权法》施行后,银行允许借款人转让其债务必须取得担保人的书面同意,否则贷款原有担保无效。

(八) 物保与人保并存的处理规则

《担保法》第28条规定,“同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任”。这一规定体现出来的是“物保优先于人保”的立法观念,不利于公平对待物权担保人和保证人,也限制了债权人的选择自由。《担保法》司法解释试图弥补这一不足,规定同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的,债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责

任。《物权法》则对人保和物保共存时的处理规则做了更为完善的规定，该法第176条规定，“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任”。这一规定有三层含义：一是尊重当事人选择的权利，将当事人的约定置于最优先的地位；二是债务人以自己的财产提供物的担保的，物保优先于人保；三是在同时存在保证人与第三人提供的物保的情况下，物保和保证人地位平等，债权人可以选择行使担保权。因此，在信贷业务中，如果既有物保又有人保的，商业银行可以在保证合同中约定当债务人不履行到期债务时，商业银行有权直接向保证人予以追究保证责任，保证人不得以存在物的担保而提出抗辩。

（九）抵押物的范围

《物权法》第180条列举了抵押物的范围，同时强调了“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”。相比《担保法》，《物权法》所规定的抵押物范围的变化体现在：（1）作为抵押物的“荒山、荒沟、荒丘、荒滩等土地使用权”改为“荒地等土地承包经营权”；（2）列举的可抵押动产范围拓展（包括生产设备、原材料、半成品、产品），并且将半成品也纳入；（3）正在建造的建筑物、船舶、航空器也归入可抵押物；（4）确立了非常广泛的可抵押的“其他财产”，即只要法律和行政法规没有禁止的财产均可作抵押。《物权法》关于抵押物范围的扩大，在拓宽经营者融资渠道的同时，也扩大了银行办理贷款担保业务的范围，能够使银行的信贷资产得到更为有效的安全保障。

（十）动产浮动抵押

现行《担保法》规定可以用于抵押的财产均为抵押时已经现实存在的财产，《物权法》第181条规定，“经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿”，即设立动产浮动抵押制度。根据《物权法》第196条的规定，设立动产浮动抵押后，“抵押财产自下列情形之一发生时确定：（一）债务履行期届满，债权未实现；（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；（三）当事人约定的实现抵押权的情形；（四）严重影响债权实现的其他情形。”

《物权法》关于动产担保和动产浮动抵押制度的创设，有利于充分发挥动产的经济价值，拓宽企业特别是中小企业的融资渠道。银行在发放贷款时，可以接受企业、个体工商户、农业生产经营者现有的以及将有的生产设备、原材

料、半成品、产品为抵押物向企业融资。同时,动产浮动抵押也对银行的信贷管理提出了较高的要求,这是由于浮动担保在实现前,担保物的范围并不确定,债务人对担保财产仍然享有管理控制的权利,可在生产经营中予以利用,对担保财产处分不受任何限制,债权人对于担保物的动态很难加以实时控制,对发生于担保物上的风险的获悉也有一定难度,更无从向债务人主张排除风险的要求。

(十一) 建筑物与建设用地使用权抵押规则

《物权法》第182条明确了房、地合一的抵押原则,规定“以建筑物抵押的,该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的,该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的,未抵押的财产视为一并抵押”。该规定确定了房、地合并抵押的基本准则,规范了抵押人和商业银行对房地产抵押贷款的操作行为,有利于抵押房地产的可变性。

《担保法》虽然规定了房屋、土地同时抵押,但并未明确房屋、土地是否要同时列入抵押财产,是否要同时办理抵押登记,因而在实际操作中,法院经常以房屋、土地没有同时列入抵押财产、没有同时办理抵押登记而判决抵押无效。而且,商业银行的房地产抵押贷款,往往将房、地分开评估、分离抵押,并在不同的登记机关分别办理抵押登记手续。甚至有部分企业为扩大授信额度,将房和地分别抵押给不同的商业银行以获取更多的信贷资金。为妥善解决房、地分离抵押重复计算抵押价值的现象,商业银行在办理房地产抵押贷款时,要以《物权法》为依据,不接受房、地分离抵押,确保房地产抵押物权的完整性。

(十二) 抵押物转让规则

《物权法》第191条规定了抵押物转让规则和抵押权转让规则。“抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外”。该规定相比《担保法》第49条抵押人转让抵押物应当通知抵押权人的规定有很大变化,将转让抵押物履行通知义务改为必须取得抵押权人的同意,有利于银行对抵押物的监管。在抵押期间,抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的行为无效。所以,在实践中,如抵押物被抵押人擅自处置,抵押权人可以申请法院认定转让行为无效,并恢复抵押物转让前原状。

(十三) 抵押权实现与抵押物处置

《物权法》第195条规定,“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,……抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”。但是《担保法》第53条规定,“债务履行期届满抵押权人未受清偿的,可以与抵押人协议以抵押物

折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼”。根据《担保法》前述规定，主债务人届期不能清偿到期债务，抵押人又拒绝与抵押权人达成变价担保物的协议的，抵押权人须向人民法院起诉，由人民法院作出判决，确认抵押权人的权利。债务人不执行判决时，抵押权人才可向人民法院申请强制执行。在强制执行程序中，由法院聘请评估机构对抵押物进行估价，聘请拍卖公司拍卖抵押物。银行等抵押权人实现抵押权必须交纳诉讼费、评估费、拍卖费和强制执行费，实现抵押权的成本大大超过无担保债权。这样的制度设计对担保物权人有失公平，使得抵押权人不能及时受偿，担保制度不能发挥其应有的保护债权人利益的功能。

《物权法》关于抵押权人在与抵押人未就抵押权实现方式达成一致的情况下，可以直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产的规定，将大大简化实现抵押权的程序，有利于银行降低成本，在较短时间内实现抵押权。

《物权法》第 202 条还对抵押权行使的时间做了限定：“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”这一规定缩短了抵押权行使的时限，要求担保权人必须在主债权诉讼时效期间行使担保物权。而《担保法》司法解释第 12 条规定，担保权人在主债权诉讼时效结束后的两年内行使担保物权的，人民法院应当支持。《物权法》实施后，银行应按照新的规定在主债权诉讼时效期间届满前及时行使抵押权。

（十四）最高额抵押权

《担保法》及其司法解释对最高额抵押权进行了规定，但条文较少，没有形成一个较为完整的法律制度框架，《物权法》从最高额抵押担保的主债权范围、是否可以设立前存在的债权提供担保、抵押权的确定和变更、债权转让等方面进一步丰富、完善了已有法律规定。

《物权法》相对《担保法》及其司法解释在最高额抵押权规定上有较大的突破，表现在：（1）放宽了最高额抵押权担保的债权范围。《物权法》第 203 条规定“……最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围”。这里允许债权人将最高额抵押权设立前已经存在的债权纳入抵押担保的范围中，有助于债权人和债务人灵活运用最高额抵押机制来实现相关利益的优化配置和平衡。（2）最高额抵押担保债权未确定情形，允许当事人约定抵押权的转让或者协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高额债权额等。《物权法》第 204 条明确规定：“最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。”第 205 条则进一步允许“抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响”。这在一定程度上改变了最高额抵押债权确定前禁止转让抵押权的机