

抵押权登记的效力问题

从一起未登记的抵押合同纠纷引发的思考

张 靖

(湖南大学 法学院, 湖南 长沙 410082)

摘 要:自 1995 年 担保法 颁行以来,我国就开始实行抵押权登记制度。这一制度在我国维护社会经济秩序,保障交易安全以及提高交易效率的过程中起了很大作用,但这一制度尚不完备。本文试图通过一起未经登记的抵押合同纠纷,结合国际上抵押权登记的立法体例分析讨论现行的中国关于抵押权登记的效力问题,希望能以此促进抵押权登记制度以及物权立法的完善。

关键词:抵押权登记;效力

中图分类号: D923 3

文献标识码: A

文章编号: 1007- 4074(2003)03- 0099- 03

作者简介:张 靖(1980-),女,湖南长沙市人,湖南大学 2002 级经济法硕士研究生,主要研究经济法。

自 1995 年 担保法 颁行以来,我国就开始实行抵押权登记制度。这一制度在我国维护社会主义市场经济秩序,保障交易安全,提高交易的效率,以及实现国家对不动产交易的宏观调节和监控过程中起了很大的作用。但是,我们仍然看到由于早期在立法上混淆抵押合同的生效与抵押权的设立(即依据抵押合同所发生的物权变动),使得 担保法 确立了法定登记的抵押权,抵押合同自登记之日生效这一与大陆法系大相径庭的规定,从而导致在实践中对抵押权登记的效力的准确认定留下了很大的隐患。下面从一个案例来进行分析。

李某因为急需用钱,向朋友张某借款 22 万元。张某提出必须提供一定的担保。李某遂请表哥王某出面作担保,王某表示愿意用小车一辆(价值 25 万元)抵押给张某,张某便和王某订立了抵押合同,合同签订后,双方并未办理抵押登记手续。半年后,李某因生意亏损,无力还债,张某找到抵押人王某要求实现抵押权,王却提出,由于抵押合同并没

有办理登记手续,因而抵押是无效的,张某无权要求实现抵押权。上述案例就是现实生活中因为双方当事人在订立抵押合同之后未进行抵押登记而发生担保纠纷的典型。也就是说本案主要涉及的是抵押登记的效力问题。

在抵押权设立与登记的关系上,世界上存在两种不同的立法体例:登记成立要件主义和登记对抗要件主义。前种立法认为抵押权的设立未经登记不发生效力,登记为抵押权成立的要件,德国民法采取这一主义;而登记对抗要件主义则认为抵押权虽然未经登记但是仍然可以因当事人的合意而设立,但是未经登记的抵押权,不得对抗第三人,法国、日本民法采取了这一主义。我国的立法则混合了上述两种立法主义,采用折衷的做法,根据抵押物的性质不同来区分抵押权的设立和登记之间的关系。对于不动产抵押和一些特殊的动产(如车辆、船舶等)采用登记成立要件主义,而对于绝大部分动产的抵押,则只需要当事人之间协议即可成立抵押权,但不可

对抗第三人,也就是采取登记对抗要件主义。这种规定看似完备,借鉴了两大立法主义的经验:一方面,对不动产和一些重要的动产设立严格的登记制度,有利于防止交易过程中的欺诈,保护交易的安全和维护交易秩序;另一方面,对绝大多数的动产采用灵活的方式,只需要协议即可设立抵押权,免除了复杂的登记手续,更减少了交易的费用,提高了交易的效率。这似乎是结合了两大立法主义的完美典范,然而在实际生活中却不尽然。

根据我国担保法第41、42条的规定:以车辆、船舶、航空器抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。上述规定表明,对车辆进行抵押的,必须履行登记手续,才能设立抵押权;未经登记,抵押合同不能生效,抵押权也不能产生。而在上述案例中,由于张某和王某仅仅订立了抵押合同,尚未登记,这就引发了司法实践中的问题,以法定登记的抵押物为内容的抵押合同是否依据法律所规定的严格的登记制度而一定不生效呢?抵押人的抵押权是否应当受到保护呢,又该如何保护呢?

按照担保法的规定,以法定登记的抵押物为内容的抵押合同未经登记是不生效的,此时不仅不能设立抵押权,而且建立在当事人合意基础上的抵押合同也属于不生效合同。这样一来由于双方事先没有办理抵押登记,从而使抵押合同不生效,而事后抵押人又以未办理登记为由拒绝承担担保责任,此时若要追究抵押人的责任就缺乏法律上的依据。由于我国立法上的偏差,使得抵押合同的效力受制于抵押登记,在没有办理抵押登记时,抵押合同不生效,当事人无需承担合同所约定的义务,既然无需履行,就不够成违约,也就不需要承担违约责任了。且抵押合同由于未登记而不生效,并不等同于合同无效,也就不发生合同法上的无效合同责任了。因此在担保法颁布后的很长一段时间内,对于如何处理上述案例的担保纠纷仍然没有可行的法律依据。

笔者认为,对于担保法未将物权的变动的公示方法(登记与交付)和物权变动的合意(合同)的生效区别开来的做法暂且不论,既然对不动产和车辆这些特殊动产上设立抵押采用登记要件主义,就应当允许当事人补办登记。也就是说当事人在订立合同后如果没有及时办理登记,并不是就一定认为合同不生效,而应当根据具体情况来决定是否允许其补办登记。因为在实践中,当事人可能由于各种原因未能及时办理登记手续(主观上并非恶意)如登记的费用过高等,但事后双方若已经实际履行了合

同义务,在这种情况下,应当允许当事人补办登记,而不是由法院简单的宣告合同无效。因为如果当事人已经履行了合同义务或愿意接受合同约定,任何一方就不能再以没有登记为由而主张合同无效;否则,不仅不符合当事人的意愿,而且这样造成的财产损失与浪费也不利于交易的开展。特别是如果补办登记不会影响到第三人的利益,在不妨碍他人利益的行使和交易安全的情况下,这样的补办登记只是有百利而无一害的,何乐而不为呢?

在本案中,却不像上面所说的,双方当事人均是善意的且都愿意履行合同义务而没有办理抵押登记,而是有一方当事人处于恶意的情况下没有办理抵押登记。即当抵押权人张某已经履行了合同的义务,借款22万元给债务人之后,抵押人王某却又不办理抵押登记,故意使得抵押合同不生效,并以此为由拒绝承担担保责任。这样看来王某主观上是恶意的,是想以法律的规定来规避自己的责任。在这种情况下如果一味地按照担保法的规定认为未经抵押权登记而合同不生效,抵押权不成立,就会纵容恶意抵押人的行为。2000年颁行的担保法司法解释正是看到了担保法在抵押登记问题上规定的不足,而在解释中加以补充,这在一定程度上解决了这一难题。它在第56条第2款规定: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。应该看到,虽然司法解释仍然未将合同的生效与登记的效力区分开来,但是在要求恶意的抵押人承担赔偿责任的基础上却保护了善意一方当事人的合法权益,也为惩戒不法的抵押人提供了法律依据,使其不能再利用规避法律来欺诈他人,也在一定程度上稳定了交易的安全,维护了交易的正常秩序。应该看到,抵押人的这种赔偿责任不是合同责任,而是属于缔约过失责任性质,它是依据新颁布的合同法第42条的规定而做出的。也就是说虽然合同不生效,不产生合同生效后的给付义务,但是却存在一些以诚实信用为基础,随着债的关系的发展而逐渐产生的附随义务(又称先合同义务),如互相协助,互相通知,保密等。这种义务旨在通过法律的规定而保护缔约中的当事人的安全并促成缔约成功。在司法解释看来,抵押物的登记义务也属于这种先合同义务。一旦违反,抵押人就要承担抵押权人基于信赖利益所造成的损失,但最多不超过履行的利益。一般抵押人是以抵押合同所设定的

抵押物的价值为限承担缔约过失的赔偿责任。

抛开本案来看,我国现行的登记制度的不健全也给当事人依照法律办理抵押登记手续造成了很大的困难。如法定登记机关不办理抵押登记业务,登记部门擅自规定登记期限和不合理的收费标准,登记制度的分散(如房、地分别由不同的机关登记等)等,这在一定程度上也减弱了抵押权的登记效力。对此,我国的担保法司法解释 在第 59 条规定:当事人办理抵押物登记手续,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。也就是说,如果当事人有充分的证据证明进行了抵押登记,但是因登记部门的原因,如登记条件过于苛刻等,致使当事人无法办理抵押登记的,应当认定抵押有效,抵押权人可以取得抵押权。只是因为未进行公示,因此抵押权不得对抗第三人,仅具有优先受偿的效力。

综上所述,我国的抵押权登记制度还很不完备,致使抵押权的登记效力问题依然常有争议,应

该看到,即使是在法律严格要求必须办理登记的抵押权的规定上,仍有灵活回转的余地,而非一味地追求死板的文义。为了更准确地确定物权的归属,使物权变动变得清晰透明和公开,同时也加速物的流转,使交易的完成更为便捷,我们应该努力完善现行的抵押登记制度,从而促进物权法的完备,使之更好地为社会主义市场经济服务。

参考文献:

- [1] 史尚宽 物权法论[M] 北京:中国政法大学出版社,2000
- [2] 刘建文,王震华 中华人民共和国合同法释义与适用指南[M] 北京:中国人民公安大学出版社,1999
- [3] 王利明 民商法研究:第5辑[M] 北京:法律出版社,2001
- [4] 曹士兵 中国担保诸问题的解决与展望 基于担保法及其司法解释[M] 北京:中国法制出版社,2001
- [5] 王利明 物权法论[M] 中国政法大学出版社,1998
- [6] 江平主 中华人民共和国合同法精解[M] 北京:中国政法大学出版社,1999

On the Effect of the Registration in Mortgage

From a Case of Non-registered Mortgage Contract

ZHANG Jing

(The School of Law in Hunan University, Changsha, Hunan, 410082, China)

Abstract: Since the guarantee law of the People's Republic of China came into effect in 1995, Our country has begun to put into effect the regulations of the registration in mortgage. Although the regulations maintain social economic order, ensure the safety of trade and raise the efficiency of the trade, it still has the imperfections. Starting from a case of non-registered mortgage contract, combining with the international legislative rules on the registration in mortgage, the article tries to discuss the problem of registration in mortgage in China nowadays. With a view to helping improve the regulation, especially the perfection of the property law in China.

Key words: registration in mortgage; the effect