

依法成立、尚未办理抵押登记的抵押合同受法律保护 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E4_BE_9D_E6_B3_95_E6_88_90_E7_c122_479810.htm

我国《担保法》第四十三条规定，当事人以土地使用权及城市房地产等不动产为抵押物签订抵押合同的，抵押合同自登记之日起生效。实践中比比皆是的现象是，当事人之间以上述抵押物签订了抵押合同后，抵押人拒绝办理抵押登记，致使抵押权人因抵押合同所追求的抵押信赖利益无法实现，在尚未给抵押权人造成损失的情况下，如果抵押权人诉请人民法院判令抵押人继续履行抵押合同，办理抵押登记，人民法院是否应当给予支持？目前《担保法》及司法解释均未对此情况作出明确规定。

笔者认为，根据现有法律规定，人民法院应当作出支持抵押权人请求的判决。一、《合同法》并未规定，需要办理批准、登记手续才生效的合同在未办理批准、登记手续的情况下不成立。我国法律保护依法成立的合同。我国《合同法》及《民法通则》有合同生效的概念，同时也有合同成立的概念。合同成立与合同生效既有区别、又有联系。合同成立的条件，《合同法》在合同订立一章中作出了明确规定。主要包括主体资格、合同订立形式、合同内容当事人约定、合同订立方式、合同成立时间及依法订立合同等六个要件。六个要件中并未将办理批准、登记手续的作为任何合同成立要件。另外，我国《担保法》也仅仅规定此类抵押合同自登记之日起生效，并未规定未登记抵押合同就不成立。将《合同法》及《民法通则》中的“依法成立的合同”理解为具有法律效力的合同是错误的，并进而认为只有具有法律效力的合同才

受法律保护，是不符合《合同法》规定的。仔细研究《合同法》第二章合同订立及第三章合同效力的规定，按照合同效力来划分，我国《合同法》规定了四种类型的合同：一是依法成立并已生效的合同（规定在《合同法》第44条）；二是依法成立但尚未生效的合同：包括需要办理批准及登记手续的合同（规定在《合同法》第44条第二款）和附条件、附期限的合同（规定在《合同法》第45条和第46条）；三是需要由监护人的法定代理人、权利人等追认的合同（规定在《合同法》第47、48、51条）；四是无效合同（规定在《合同法》第52条）。可见，法律承认有依法成立但未办批准、登记手续的合同类型。我国《合同法》第8条规定，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。我国《民法通则》第85条规定，合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。既然法律承认有依法成立但未办批准、登记手续的合同类型，《合同法》及《民法通则》在此所规定的合同依法成立即受到法律保护，决不是用语不准确，我们有理由认为这正是立法者考虑了此种合同类型的存在所作出的规定。所以，将依法成立的合同理解为具有法律效力的合同是错误的，并进而将只有具有法律效力的合同才受法律保护，是不符合《合同法》及《民法通则》规定的。

二、从《合同法》确定了缔约过失责任、并规定了合同权利义务终止后的后合同义务等角度看，保护已依法成立、尚未生效的合同是《合同法》的题中应有之义。1999年我国新《合同法》将缔约过失责任作为一项新的法律制度予以规定，冲击了无契约即

无责任、无侵权即无责任的传统观念。新《合同法》在第42、43条等对缔约过失责任作出了规定。如当事人假借订立合同，恶意进行磋商、故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况等，总之，缔约过失责任是缔约当事人基于对先合同义务的违反而产生的损害赔偿 responsibility。同时《合同法》第92条还规定了合同权利义务终止后，当事人应当履行的通知、协助、保密等后合同义务。由此也可以看出，《合同法》的目的显然是要保护交易的每一个环节，在对缔约后已生效的合同早有规制的情况下，对交易过程中缔约前的行为及合同终止后的行为也作出规制，规定了缔约过失责任和后合同义务，如果将缔约后、尚未生效的合同排除在法律保护之外，显然不符合立法初衷，不符合法律逻辑。所以，对依法成立、尚未生效的合同给予保护顺理成章。保护依法成立、尚未生效的合同，也是《合同法》和《民法通则》的诚实信用原则的必然要求。诚实信用原则一直被看作民法中的最高原则和最高理念，普遍被法律界学者称之为“帝王规则”。1999年颁布实施的《合同法》不仅将诚实信用原则确立为基本原则，同时还将这一原则确定为合同订立和合同履行过程中的基本原则，诚实信用义务已不仅仅是一种契约义务，而是由法律确立的一种在合同订立及履行中的法定义务。所以，依据诚实信用原则，也应当支持抵押权人要求判令抵押人办理抵押登记的请求。三、未办抵押登记，应当承担违约责任，而非缔约过失责任，《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第56条的规定，并未排除抵押人可以请求判令抵押人承担违约责任。《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的解释》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。据此有人就认为，对于此类合同在未办理抵押登记的情况下，抵押权人仅享有请求赔偿的权利，并且认为司法解释的此项规定属于缔约过失责任，而非违约责任。这种理解是错误的。

1、该条不适用于合同依法成立，未办抵押登记、损失尚未形成的情况。从这条规定本身看，此条规定的适用包括三个条件，即法律规定登记生效的抵押合同、拒绝办理抵押登记、致使当事人受到损失。这三个条件是充分必要条件，该条规定仅适用在未办抵押登记给当事人造成损失一种情况下的责任承担方式，并没有对未办登记且尚未造成损失的情况作出调整。同时，将该条理解为未办理抵押登记处即承担缔约过失责任，即仅承担赔偿责任，是错误的。此条也并未规定在有损失的情况下，可以不再承担继续履行合同、办理抵押登记的责任。还有，如果在未办抵押登记的情况下，仅可以要求赔偿，也不符合《合同法》关于当事人在一方违约的情况下有义务防止损失扩大的规定，更不符合公平原则。

2、未办抵押登记，应当承担违约责任，而非缔约过失责任。《合同法》规定了两种责任，一是缔约过失责任，一是违约责任。而这两种责任的承担方式不同。缔约过失责任的承担方式仅仅包括赔偿责任，而违约责任的承担方式不仅赔偿损失，也包括继续履行合同和采取补救措施。在抵押人未办理抵押登记的情况下，抵押人应当承担违约责任，还是缔约过失责任，是抵押权人办理抵押登记的请求能否得到保护的关键问题。关于缔约过失责任，根据《合同法》第42条规定，构成该责任的条件是在订立合同过程中，发生了假借订立合

同恶意磋商、故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况及其违背诚实信用原则的行为。另在无权代理、合同无效等情况下，《合同法》也规定了缔约过失责任。但所有这些缔约过失责任的前提，即构成缔约过失的首要条件均是在订立合同过程中存在法律禁止的行为。在双方所订立的抵押合同已经成立、且在缔约过程中也不存在上述法律禁止的行为的情况下，抵押人不按合同约定办理抵押登记，违反了已依法成立的合同的约定，是有约而违之，是双方成约以后的不作为行为，符合违约行为的特征。

3、我国《合同法》第107条规定的违约责任条款，并没有将违反已依法成立、尚未生效的合同排除在违约责任之外。《合同法》第107条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失的违约责任。可见，《合同法》在此之处所指出的违反合同，是概括了全部依法成立的合同，并不单指已生效的合同。并没有将已依法成立、未办理批准、登记手续不生效的合同排除在外。

4、根据《合同法》第8条的规定，当事人须依约履行合同，不履行合同构成违约责任。《合同法》第8条规定，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力，当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。既然法律规定当事人应当对依法成立的合同按照约定履行自己的义务，那么这种约定显然也是在已依法成立合同的前提下，遵照合同的约定履行义务，所履行的义务显然也是合同义务，而不是在承担订立合同过程中因有过错而产生的缔约过失责任。综上所述，对于以《担保法》规定的抵押合同自登记之日起生效的抵押合同；在抵押人拒绝办理抵押登记的情况

下，抵押人请求人民法院判令抵押人继续履行抵押登记义务，人民法院应当给予支持，如果仅在抵押权人产生损失的情况下才给予其法律救济，不仅违反法律规定，对于维护抵押权人的抵押信赖利益、对于建立诚实信用的市场经济的担保秩序都是有害的。编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 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