

抵押物登记的性质与效力对《担保法》第41条和《民法》(草案)物权编第252条修改的思考与建议 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_8A_B5_E6_8A_BC_E7_89_A9_E7_c122_484209.htm ????

抵押物登记的法律性质 抵押物登记是我国法律制度中的一项非常重要的制度，它关系到抵押权是否产生、所担保的主债务能否实现、抵押合同生效与否以及能否对抗第三人等法律问题。尽管我国《担保法》对此作出了相应规定，但是目前《担保法》的规定与债权法和物权法的基本原则不一致，给司法实践带来了许多难以解决的问题。同时，混淆了债权行为和物权行为的联系和区别。虽然《民法》(草案)中对此作了进步性的规定，但仍有不完善的地方。因此，有必要对此予以探研。我国《担保法》第41条规定：“当事人以本法第42条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。”显然，《担保法》把抵押物登记作为抵押合同生效的条件，并把抵押权产生与抵押合同生效等同。笔者认为这是把债权行为和物权行为的某些特征混同了，究其原因是对抵押物登记行为的法律性质未能作出准确的定性。既然《担保法》规定抵押物登记是债权法调整的抵押合同生效条件，那么意味着把抵押物登记行为作为抵押合同(债权合同)生效所附法定条件。从某种意义上讲担保法把抵押物登记作为一种债权行为对待。如果不是债权行为，怎么能产生债权方面的法律效力。作为典型的债权行为抵押合同的签订，它是合同当事人为了实现一定的目的(保证主债权的实现)达成意思一致的过程，通常表现为要约和承诺的过程。如果相关当事人

达成了意思一致，那么合同成立。按照我《合同法》生效的基本原则，只要合同不违反法律行政法规的强制性规定及《合同法》第52条规定的情形，都是有效的，不应再附法定的生效条件。否则，存在干预私权的嫌疑。既然抵押合同是当事人保障实现某种特定债权而达成的一致意思，不违反法律行政法规的强制性规定及损害国家、集体、社会公共利益等，当然应当生效，不应受抵押物登记与否的影响。作为一种担保物权的抵押权是具有排他性的优先受偿权，它是抵押权人为保证实现某特定债权而设定的担保物权。它的产生基于原因行为(又称基础法律关系)和公示行为，二者缺一不可。所谓原因行为是抵押合同的当事人的合意行为，即抵押权人与抵押人为保证某特定债权的实现而就某一实物设定抵押的行为，也就是抵押合同的签订。但仅有原因行为不能产生物权法律意义上的抵押权，也就是不能产生对抗第三人的优先权受偿的法律效力。在原因行为完成后，还必须完成公示行为，即抵押物登记，向非特定的第三人公开并告知该抵押物已经设定具有限制其所有权行使的抵押权，提醒非特定的第三人谨慎从事与该抵押物相关的民事行为，以维护自己的权益不受侵害，这是物权公示原则的基本要求。例如，产生有效的抵押权的原因行为和公示行为之间的关系，就如同票据法中的基础行为和票据行为之间的关系。尽管有了如买卖、赠与等基础行为，没有实施符合票据法规定的票据行为(出票行为)，仍然不产生票据法律关系。经上述比较分析，抵押物登记是产生有效的抵押权重要的物权行为，而非债权行为。抵押物登记的法律效力 抵押物登记的法律效力是指抵押物登记对相关当事人所产生的法律约束力和所引起的法律效果。既

然抵押物登记是一物权行为，其产生的法律效力也只能在物权领域内产生，不应也不能在债权领域内产生法律效力。而我国《担保法》第41条规定抵押物登记是抵押合同生效的条件，显然把物权行为的法律效力扩大了，扩大到债权领域，影响合同的效力。这是不符合物权行为的法律特征，既影响了合同当事人的意思自治，也不利于保护债权人的利益。试想，如果不进行抵押物登记，抵押合同就无效，那么抵押合同签订后，抵押合同的抵押人出于自身的原因而不履行抵押合同约定的抵押物登记义务(抵押物的权利凭证在抵押人手里，必须由抵押人办理)，而导致合同不生效。抵押权人(债权层面的，即抵押合同中据称的)既无法追究抵押人(仅是抵押合同中所称的，)因合同无效的民事赔偿责任，又无法依据有效合同追究其不履行抵押物登记义务的违约责任，更不能追究抵押人的缔约过失责任。因为抵押物未登记不是导致抵押合同无效的原因，只是未生效的原因；又因为抵押合同未生效，也谈不上追究抵押人违约责任；且缔约过失责任是前合同责任，即在合同尚未成立前的违背诚实信用原则的“过失责任”。这样一来岂不把抵押合同生效与否的权利交给抵押人一方，对抵押合同中的抵押权人不公平的。尽管最高人民法院《关于适用若干问题的解释》第56条第2款规定：“法律规定登记和已生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚信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。”但此条规定并不能有效地保护债权人的利益，且该条解释与《担保法》的规定存在循环逻辑错误。《担保法》规定抵押物登记是抵押合同生效的条件，而该条解释又规定“已生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚信原则拒

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。”，抵押物未登记抵押合同怎么生效，已生效是否还有必要登记，岂不循环互为条件，互相矛盾。如果不把抵押物登记作为抵押合同生效的条件，而规定抵押合同自成立之日起生效，同时在合同中约定由抵押人办理登记(通常应由抵押人办理，因为抵押物的权利证件在抵押人手里)，抵押人一旦不履行抵押物登记义务，合同抵押权人完全有权利主张抵押人履行抵押登记的义务，经诉讼后法院可判决合同抵押人履行抵押登记的义务。况且，该项司法解释也在《担保法》不能有效充分保护债权人的利益的情况下，所作的权宜之计。显然，《担保法》第41条规定抵押物登记是抵押合同生效的条件，不但有背债权法意思自治原则，同时更不利于保护债权人的利益。既然抵押物登记是一物权行为，那么其效力范围应限于物权领域。致于产生物权后所具有的效力范围，是另一层面的问题。具体而言，抵押物登记是产生有效的抵押权的必要条件。未进行抵押物登记，就不产生有效的抵押权，也就不享有对抗第三人的优先受偿的法律效果。抵押合同中的“抵押权”仅具有债权层面上的期待权，不具有物权层面上的抵押权，只有进行抵押物登记，才能产生物权层面上的抵押权，才能享有对抗第三人的优先受偿的法律效力。另外，需要指出的是“抵押合同备案登记”与“抵押物登记”是两个完全不同的登记行为，其行为性质和法律效力是完全不同的。立法建议在第九届全国人民代表大会常务委员会三十一一次会议上，全国人大常委会法制工作委员会提请审议的《民法(草案)》物权编第252条规定：“以不动产抵押的，抵押权自记载于登记簿之时起生效。以动产抵押的，抵押

权自抵押合同成立时生效，但未办理登记的，不得对抗第三人。法律另有规定的，依照其规定。”该规定较《担保法》有很大的进步：(1)把“不动产抵押合同自登记之日起生效。”修改为“不动产抵押权自记载于登记簿之时起生效”，即不再把抵押物登记作为抵押合同生效的条件，而是撇开抵押合同的效力，直接规定抵押权生效的条件和时间。(2)把“其他财产(动产)抵押合同自签订之日起生效”修改为“动产抵押权自抵押合同成立时生效”，即把“动产抵押合同的生效”与“动产抵押权生效”予以区别。(3)把《担保法》规定的抵押合同生效“之日”修改为抵押权生效“之时”，便于确定实现债权的顺序，便于实践。但《民法》(草案)第252条规定，在逻辑上也存在一定的问题：(1)没有规定不动产抵押合同的效力，只规定不动产抵押权的生效时刻。既然不动产抵押合同是不动产抵押权的生效的较为重要的基础行为，应在该条中予以规定，以便更有效地保护债权人的合法权益。同时，也便于区别作为债权中“抵押合同”和作为物权中的“抵押权”生效的条件和时刻的不同。(2)“动产抵押权自抵押合同成立时生效”与“不登记不得对抗第三人”在逻辑上不一致。既然动产抵押权自抵押合同成立时生效，那么抵押权人自抵押合同成立就拥有了抵押权，而抵押权本身就具有对抗第三人的优先受偿的权利，如果不具有对抗第三人的优先受偿的特性就不是物权中的抵押权。既然动产抵押权自抵押合同成立时生效，为什么还要进行登记才能对抗第三人呢？(抵押权对抗第三人的效力范围有两个层面：一是对抗其他普通的债权人；一是对抗任何第三人对该抵押物的所有和抵押)。岂不存在前后逻辑上不一致。(3)如果把不动产和动产抵押

权的生效的条件和时刻都统一于登记，既解决了抵押权的生效和对抗第三人的一致性，又把动产和不动产的抵押权的生效统一于登记，没有必要人为地把其分开。抵押合同生效，只产生债权法中的“抵押期待权”，这种“抵押期待权”不具有物权意义上抵押权，根据合同相对性原理，当然既不能对抗第三人，也不能优先受偿。只有进行了抵押物登记，才能产生物权法中抵押权，这种抵押权既能对抗第三人，又能优先受偿。才能算得上真正意义的上抵押权。(4)既然没有对抵押合同的效力作相应的规定，那么就无法追究抵押人不履行抵押物登记的合同义务的违约责任。所以应把抵押合同生效规定进去，一来可以加强抵押人履约责任，二来便于区分债权中“抵押期待权”和“物权中抵押权”。为解决《民法(草案)》第252条存在的问题，特建议修改为：“抵押合同自成立时生效。抵押权自记载于法定的登记机关登记簿时生效。法律另有规定的，依照其规定。”同时，建议在《民法》公布实施时，废止《担保法》及其相关司法解释。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