

# 未办理变更登记，将在先债权转入最高额抵押担保的约定是否有效——简评最高法院指导案例 95 号



归逸扬 律师

2018-7-20

全文

## 一、案情简介

2012 年 4 月 20 日 中国工商银行股份有限公司宣城龙首支行（以下简称**工行宣城龙首支行**）与宣城柏冠贸易有限公司（以下简称**柏冠公司**）签订《小企业借款合同》，约定柏冠公司向工行宣城龙首支行借款 300 万元，借款期限为 7 个月。

2012 年 10 月 16 日 江苏凯盛置业有限公司（以下简称**凯盛公司**）股东会决议决定，同意将该公司所有的房产抵押与工行宣城龙首支行，用于**柏冠公司、闽航公司、航嘉公司、金亿达公司**四户企业在工行宣城龙首支行办理融资抵押，因此产生一切经济纠纷均由凯盛公司承担。

2012 年 10 月 23 日 凯盛公司向工行宣城龙首支行出具一份房产抵押担保的承诺函，同意该房产为上述四户企业在工行宣城龙首支行融资提供抵押担保。

2012 年 10 月 24 日 工行宣城龙首支行与凯盛公司签订《最高额抵押合同》，约定凯盛公司以房产为**2012 年 10 月 19 日至 2015 年 10 月 19 日**期间，在 4000 万元的最高余额内，工行宣城龙首支行依据与柏冠公司、闽航公司、航嘉公司、金亿达公司签订的借款合同等主合同而享有对债务人的债权，无论该债权在上述期间届满时是否已到期，也无论该债权是否在最高额抵押权设立之前已经产生，提供抵押担保，担保的范围包括主债权本金、利息、实现债权的费用等。同日，双方对该抵押房产依法办理了抵押登记。

2012年11月3日

凯盛公司与工行宣城龙首支行签订《补充协议》，明确双方签订的《最高额抵押合同》担保范围包括2012年4月20日工行宣城龙首支行与柏冠公司、闽航公司、航嘉公司和金亿达公司签订的四份借款合同项下的债权。

因柏冠公司未按期偿还2012年4月20日发生的借款，工行宣城龙首支行诉至宣城市中级人民法院，请求判令柏冠公司偿还借款本息及实现债权的费用，并要求凯盛公司以其抵押的房地产承担抵押担保责任。

## 二、裁判理由

法院认为：2012年11月3日，凯盛公司与工行宣城龙首支行签订的《补充协议》不仅有双方当事人的签字盖章，也与凯盛公司的股东会决议及其出具的房产抵押担保承诺函相印证，故该《补充协议》应系凯盛公司的真实意思表示，且所约定内容符合《物权法》第二百零三条第二款<sup>[1]</sup>的规定，也不违反法律、行政法规的强制性规定，依法成立并有效，其作为原最高额抵押合同的组成部分，与原最高额抵押合同具有同等法律效力。就《补充协议》约定事项，是否需要就前述最高额抵押权办理相应的变更登记手续，《物权法》没有明确规定，应当结合最高额抵押权的特点及相关法律规定来判定。

根据《物权法》第二百零三条第一款的规定，最高额抵押权有两个显著特点：一是最高额抵押权所担保的债权额有一个确定的最高额度限制，但实际发生的债权额是不确定的；二是最高额抵押权是对一定期间内将要连续发生的债权提供担保。由此，最高额抵押权设立时所担保的具体债权一般尚未确定，基于尊重当事人意思自治原则，《物权法》第二百零三条第二款对前款作了但书规定，即允许经当事人同意，将最高额抵押权设立前已经存在的债权转入最高额抵押担保的债权范围，但此并非重新设立最高额抵押权，也非《物权法》第二百零五条规定的最高额抵押权变更的内容。同理，根据《房屋登记办法》<sup>[2]</sup>第五十三条的规定，当事人将最

高额抵押权设立前已存在债权转入最高额抵押担保的债权范围,不是最高抵押权设立登记的他项权利证书及房屋登记簿的必要记载事项,故亦非应当申请最高额抵押权变更登记的法定情形。

综上,法院认为工行宣城龙首支行和凯盛公司虽未就 2012 年 4 月 20 日借款合同项下的债权办理最高额抵押权变更登记,但最高额抵押权的效力仍然及于被转入的涉案借款合同项下的债权。因此,判决:一、柏冠公司于判决生效之日起五日内给付工行宣城龙首支行借款本金 300 万元及利息。……四、如柏冠公司未在判决确定的期限内履行上述第一项给付义务,工行宣城龙首支行以凯盛公司提供的宿房权证宿豫字第 201104767 号房地产权证项下的房产折价或者以拍卖、变卖该房产所得的价款优先受偿……。

### 三、律师评析

在本案的裁判理由中,法院首先确认《最高额抵押合同》与《补充协议》系工行宣城龙首支行与凯盛公司的真实意思表示。并且,《补充协议》约定将 2012 年 4 月 20 日发生的债权转入最高额抵押担保的债权范围亦符合《物权法》第二百零三条规定。由此,法院肯定了《最高额抵押合同》与《补充协议》的法律效力。笔者认为,《最高额抵押合同》与《补充协议》的法律效力并无较大争议,而本案主要的争议焦点是:在未办理变更登记的情况下,将最高额抵押权设立前已经存在的债权转入最高额抵押担保债权范围的约定是否产生效力。对于这一争议焦点,本文拟从以下两个角度出发探讨:

#### 第一, 登记行为对于最高额抵押权的影响。

根据《物权法》第十六条<sup>[3]</sup>、第十七条<sup>[4]</sup>及第一百八十七条<sup>[5]</sup>的规定,以不动产抵押的,抵押权自办理抵押登记时设立。换言之,不动产抵押登记是不动产抵押权的取得要件,未经登记,不能设立不动产抵押权。同时,不动产登记簿和不动产权属证书是不动产物权归属的证明,当事人至不动产管理部门进行抵押登记并取得权属证书,该登记行为即以国家信誉为基础而产生公信力。登记的公信力使社会具有知悉该不动产存在抵押权的合法渠道,起到提示他人防范权

利负担风险的作用。本案中，工行与凯盛公司签订《最高额抵押合同》的当日一并办理了抵押登记，这意味着工行已依法取得房地产的最高额抵押权，债权确定后，若债务人不履行到期债务的，工行有权以抵押房产拍卖、变卖所得价款优先受偿。

## **第二，最高额抵押具有区别于一般抵押的特性。**

最高额抵押是当事人设定最高额担保限额于特定财产，以担保将来一定期间内连续方式的不特定债权的担保方式。不同于一般抵押已有确定的债权，最高额抵押系为不特定的且连续发生的债权提供担保，在最高额抵押权与被担保债权之间不具有一一对应性。并且，最高额抵押权与被担保债权也不具有发生与消灭上的从属性。新增被担保债权不会对最高额抵押权产生影响，同时，在债权确定前，最高额抵押权也不会随被担保债权的消灭而消灭，只要债务人偿还了全部债务，最高额抵押权仍然存在。另一方面，最高额抵押权具有一般抵押权不可替代的功能，在市场交易关系中，各商事主体之间的连续性交易行为较为常见，每次交易都通过登记设立抵押权十分繁琐，而一次性登记设立最高额抵押权使得被担保债权的发生不必分别就同一抵押物重复登记，不仅简便了手续，也满足了市场需求。结合上述特性，最高额抵押权设立后，任何新增债权无需再行登记即已发生被担保之效果。笔者认为，本案凯盛公司与工行基于意思自治原则将在先债权转入最高额抵押担保的债权范围内，其本质上与最高额抵押权设立后新发生一笔债权并无差别，无需进行变更登记。

从相关法规来看，法院援引了《房屋管理办法》第五十三条规定<sup>[6]</sup>，笔者还检索到《不动产登记条例实施细则》第七十一条规定<sup>[7]</sup>，但无论此类规定是否要求就本案情形办理登记或登记需要什么材料，均属于最高额抵押登记在行政层面的指导要求，而涉及在先债权转入的法律效力问题，则应依据最高额抵押制度的法律原理并结合社会实际需要以判定。

综上所述，笔者认为，本案中凯盛公司与工行依法办理最高额抵押登记，工行取得抵押权。双方协商一致签订《补充协议》将最高额抵押权设立前已经存在的债权转入最高额抵押担

保债权范围符合法律规定且不损害第三人利益，合法有效，无需办理变更登记。债务人未履行到期债务，工行有权以抵押物拍卖、变卖所得价款优先受偿。

#### **相关法条：**

[1] 《物权法》第二百零三条 为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，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，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。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。

[2] 《房屋登记办法》第五十三条 对符合规定条件的最高额抵押权设立登记，除本办法第四十四条所列事项外，登记机构还应当将最高债权额、债权确定的期间记载于房屋登记簿，并明确记载其为最高额抵押权。

[3] 《物权法》第十六条 不动产登记簿是物权归属和内容的根据。不动产登记簿由登记机构管理。

[4] 《物权法》第十七条 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，以不动产登记簿为准。

[5] 《物权法》第一百八十七条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

[6] 《房屋登记办法》第五十三条 对符合规定条件的最高额抵押权设立登记，除本办法第四十四条所列事项外，登记机构还应当将最高债权额、债权确定的期间记载于房屋登记簿，并明确记载其为最高额抵押权。

[7] 《不动产实施细则》第七十一条 设立最高额抵押权的，当事人应当持不动产权属证书、最高额抵押合同与一定期间内将要连续发生的债权的合同或者其他登记原因材料等必要材料，申请最高额抵押权首次登记。当事人申请最高额抵押权首次登记时，同意将最高额抵押权设立前已经存在的债权转入最高额抵押担保的债权范围的，还应当提交已存在债权的合同以及当事人同意将该债权纳入最高额抵押权担保范围的书面材料。