

# 论未登记不动产抵押合同债权人的非典型性担保权

——兼论《担保制度解释》第 46 条的修改建议

卢雄江

(海南大学, 海南 海口 570228)

**摘要:**《担保制度解释》第 46 条整体采纳违约责任作为不动产抵押权未办理设立登记时债权人的救济路径, 但违约责任无法解释物上代位规则的插入应用问题。基于充分保护债权人的利益与提高物的效用的考量, 宜承认债权人可基于有效的抵押合同主张担保权利。此种担保权利仅具有债权性质, 债权人不享有优先权与对物的追及效力。此项担保权利与《民法典》所规定的典型担保权类型均有所不同, 应认定为非典型担保权。其基本构造为在债务人到期不履行债务时, 债权人可基于有效的担保合同, 申请人民法院拍卖、变卖仍为抵押人所有的现存担保物, 但是不具有优先受偿效力。

**关键词:** 担保权利; 债权效力; 《担保制度解释》第 46 条

**中图分类号:** D923 **文献标识码:** A

## 1 问题的提出

在以前《担保法》时代, 立法基于物债合一理念, 不动产抵押合同的生效与抵押权的设立登记捆绑。作为基础原因行为的抵押合同未经登记不生效, 债权人只能向担保人主张缔约过失责任请求权。

《物权法》出台后改变了不动产抵押合同与抵押权的生效规则, 即即使抵押权未办理设立登记, 抵押合同效力不受影响。在抵押合同有效的情况下, 抵押权未办理设立登记, 依《物权法》, 救济路径应自然指向违约责任。

然而最高人民法院在“刘峻瑞、新疆石河子农村合作银行借款合同纠纷案”中越过违约责任救济路径, 提出可以基于无效行为转换理论将无效的抵押权转为有效的连带责任保证对债权人进行救济的新路径。由于保证责任系担保的一种类型, 最高院的这一反常判例引发了理论界与实务界对于不动产抵押权未办理设立登记时, 债权人能否基于有效的担保合同, 请求担保人承担担保责任的争议。

有学者主张抵押合同双方的目的在于在特定物上设立抵押担保主债权, 法律效果指向的是优先受偿权而非债权性的无优先权效力的担保。<sup>[1]</sup>也有学者主张担保权利与违约责任相比具有采取无过错责任原则、连带责任、不受到过失规则的限制等优势, 宜作为违约责任请求权的补充性救济路径。<sup>[2]</sup>审判实务上有法院支持债权人的担保权利; 有法院认为担保权利因抵押权未设立无法产生; 也有法院认为抵押人责任的性质上是担保责任, 债权人损害赔偿的基理在于违约损害赔偿请求权。

审判实务上的不同判决与理论界认识的分歧引发了立法的关注与部分回应。《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称:《九民纪要》)第 60 条指出, 各级法院审理类似案件时应尽可能绕开担保责任担保权利以违约责任的方式救济。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称:《担保制度解释》)第 46 条以司法解释的形式对未

收稿日期: 2023—09—04

作者简介: 卢雄江 (1997—), 男, 法学硕士

基金项目: 海南省研究生创新课题: “海南自贸港对标 CPTPP 等国际经贸规则对策研究” (项目编号: Qhys2022-10)。

登记不动产抵押合同中债权人的救济方式做出了规定。本条特别是第三款有明显的违约责任倾向,但是第二款似乎是在借鉴担保物权的物上代位规则,又有明显的担保责任倾向。立法者主张:“我们认为,在抵押合同无法继续履行的情况下,抵押人应承担违反抵押合同产生的违约赔偿责任,但要根据不同情形确定相应的责任。”<sup>[3]</sup>但是问题在于:完全采用违约责任请求权或者完全采用担保权利对债权人进行救济都不能够贴合整条司法解释。完全采纳违约责任,则责任财产是抵押人的一般财产,无法解释第二款的类似担保物权的物上代位规则;完全采纳担保责任,则在抵押物毁损灭失且没有代位物的情形下,抵押人不需要承担责任,又与第三款不符。混合运用不仅不符合违约责任与担保责任的法理基础,而且有导致两项制度出现适用冲突的嫌疑。

基于以上疑问与指导司法实践的考量,本文拟对不动产抵押权未办理设立登记下,债权人担保权利基理的各类学说进行分析与评价,并论证其非典型担保的性质与效力,对现行《担保制度》解释第46条进行释义,提出可行的修正方案。

## 2 债权人担保权利的解释路径

当前理论界与审判实务界关于不动产抵押权未办理设立登记下债权人享有担保权利的基理主要存在三种类型:无效行为转换理论、特定财产保证理论与非典型性担保理论。

### 2.1 无效行为转换理论的缺陷与不足

理论界对于抵押权未登记设立下债权人的担保权利适用无效行为转换理论的争议集中在两个方面:一是无效行为转换理论中“无效”行为如何认定;二是无效行为转换为保证责任有无超越抵押权的设定效果。其中“无效”行为的认定问题又可拆解为“无效”本身的内涵分歧与不动产抵押权未登记设立下“无效”行为从何得出两个问题。

关于无效行为转换理论的定义或者更准确地说适用的前提,理论界存在细微的争议。少数说认为,在物权的设定或者转移缺乏某些要件时,依法不能发生物权效果,但是当事人的债权行为没有效力瑕疵时可适用无效行为转换理论。<sup>[4]</sup>即只要满足民事法律行为的无效或者民事法律行为缺乏要件之一的,即可适用无效行为转换理论。

多数说认为,在存在一个无效的行为,但替代行为有效且替代行为不违背当事人原有的意思表示时,可将无效的法律行为进行转换。<sup>[5]</sup>从以上概念可知,多数说认为无效行为转换理论的前提唯一——即存在着无效的民事法律行为。有学者依据多数说将无效行为转换理论概括为:基础行为无效、转换行为有效与转换的限制性因素三个要件。<sup>[6]</sup>

本文赞同多数说的观点,并以此为基础进行论证。本文认为抵押权未登记设立下,将债权人原有的抵押权转换为连带保证责任不符合无效行为转换理论本身,也有超越抵押权设立效果之嫌。主要体现在以下两个方面:

#### 2.1.1 不存在无效的基础行为

依《民法典》,不动产抵押权的设立与抵押合同的生效采取区分原则。抵押权未登记设立,但抵押合同已经生效,作为权利负担的原因行为不可能再次进行否定性评价。唯一存在可能的只能是作为结果行为的物权行为无效。

有学者即遵循这样的逻辑进行论证,其主张根据原《物权法》第9条、现《民法典》第209条所谓不动产物权未登记不发生物权效力,在抵押权场合即是抵押权无效。抵押权无效即满足了无效行为转换理论的“无效”要件。<sup>[7]</sup>

判断抵押权是否因未登记获得“无效”的后果,需先考察物权变动的模式。依王泽鉴先生的观点现今存在着两种物权变动的模式:一是意思主义,只需当事人达成合意即可发生物权的变动。在意思主义之下又存在着三种类型:契约有效成立即可发生物权变动;契约有效成立可发生物权变动,公示产生对抗效力;契约有效成立+公示要件。二是形式主义,物权的变动除债权行为外尚需要一个物权行为,并践行法定的方式。<sup>[8]</sup>

在此观点下,大陆学者往往以物权变动是否需要存在一个独立的物权行为,将形式主义界分为债权形式主义与物权形式主义。债权形式主义认为,物权的变动需要存在有效的债权合意,同时满足公示要件才能发生物权变动。至于物权行为,其或者认为物权的变动不需要物权行为或者认为物权变动的合意隐含在债权合意之中。据此,在债权形式主义的立法例下,公示要件被认为是一个事实行为。<sup>[9]</sup>而物权形式主义认为,物权的变动需要满足债权合意+物权合意+法定的公示

要件。其中达成物权的合意可通过担保双方当事人协力完成物权的公示要件体现。<sup>[10]</sup>

在《担保法》的立场下,由于法条规定不动产抵押合同自办理登记时起生效,债权行为的生效采取了债权契约+公示的形式,应当认定为上述意思主义的物权变动模式。《物权法》改变了《担保法》关于抵押权的生效规则,一方面对抵押合同的生效与抵押权的设立采取区分原则,另一方面规定不动产抵押权自登记时设立。因《物权法》明晰了抵押权的设立登记与抵押合同无关,我国的物权变动模式已经不是意思主义。《民法典》承袭了上述立场。然而无论是《物权法》还是《民法典》都未明晰我国采用的物权变动模式。

事实上对不动产抵押权未办理设立登记情形下,无论采取物权形式主义还是债权形式主义,都不能得出此时存在着一个无效物权行为的结论。依物权形式主义的立场,物权行为是独立存在的,很多时候是隐藏于抵押登记之下。抵押权未办理设立登记,物权并未设立,类比债法领域即物权未成立。一个未成立的行为是不能进行“无效”的效力评价的。如若将未办理登记的行为解释为物权行为无效,那么一旦将来担保当事人协力办理抵押登记将发生效力评价上的倒流。即使认可此时物权行为已经成立,也应当将其认定为效力待定而非确定无效。

依债权形式主义观点,抵押权的设立需要债权合意加上作为事实行为的公示要件。既然作为事实行为,类比先占、所有权的抛弃、无因管理、不当得利制度,即与当事人的意思表示无关,其效力依照法律的规定产生。所以事实行为无所谓效力评价的问题。

### 2.1.2 与抵押权设定的效果相违背

依照无效行为转换的观点,在不动产抵押权未登记设立情形下,担保人可基于无效行为转换理论将无效的抵押权转换为有效的连带责任保证。赞同适用无效行为转换理论转为连带保证责任的观点是基于以下逻辑:不动产抵押未办理设立,抵押权不生效→有适用无效行为转换理论的前提→推测当事人若知晓不动产抵押未办登记则抵押权无效,债权人会要求担保人订立保证合同→因抵押权的实现并不要求强制执行债务人财产穷尽,则具体债权人会要求担保人对债务承担连带责任。<sup>[11]</sup>

反对适用无效行为转换理论的观点主要是认为转为连带责任保证将产生超越原定抵押权如期设定的效果,主要体现在三个方面:一是转为连带责任保证扩大了担保人的责任范围;二是转为连带责任保证使得担保人丧失了抗辩权;三是转为连带责任保证无法回避保证期间的限制问题。本文赞同此反对观点。

假定认可不动产抵押权未办理设立登记经无效行为转换理论转为连带责任保证,自然应当受到保证规则的拘束。依保证的一般法理,保证责任是以保证人的一般责任财产为担保,责任财产不特定,是无限责任。而抵押权设立时,抵押人的责任财产特定化,限于担保物,是有限责任。理论上将无效的抵押权转为连带责任保证确实有扩大责任财产、扩大担保人承担责任数额的嫌疑。

实务界为规避保证责任数额的扩大,常常将担保的范围、担保物的价值以及主债权的数额进行对比。如果担保物的价值以及担保的范围大于主债权,那么就认为转为连带责任保证对担保人的责任范围不会扩大。若担保物的价值小于主债权,或者担保责任小于主债权,有法院主张担保人此时是以担保物的价值为限承担保证责任。但问题在于,依照我国担保制度的法理,保证责任是天然与保证人的一般财产相绑定的。可见依照以上案例,转为连带保证责任需要限定于担保人承担责任财产数额的不扩大。担保物的价值、担保的范围大于主债权的条件,这本身对案件的要求过高,不具有普适性。同时如此处理仍然无法消除担保责任财产扩大的问题。

其次,在抵押权如期设立情景下,债务人自己同时提供物的担保的,第三担保人依照法律的规定享有抗辩权,但转为连带责任保证后,担保人丧失了清偿顺序抗辩。从这个意义上说,也是扩大了抵押财产被实现担保的风险。再者,抵押合同按是否需要支付对价区分,多数为无偿合同,抵押人为债务人的债务提供担保通常是无偿的。很多时候抵押人愿意以自己的财产提供抵押是因为债务人在自己的财产上设定了担保,假使债务人不履行债务,抵押人的担保财产责任承担居于后顺位。转为连带责任保证后完全不考虑担保人的顺序利益,显失公平。

再次,转为保证责任请求权,无疑需要受到《民法典》所规定的保证期间限制。依现行法的



规定,保证期间没有约定或者约定不明的为主债务履行期限届满之日起6个月,同时受到主债权诉讼时效的限制。而抵押权的实现需要在主债权的诉讼时效期间行使,适用3年的诉讼时效期间。可见转为保证责任则债权人请求保证人承担保证责任的时间较适用抵押权的时间更晚、保护期间更短,对债权人的保护不利。

## 2.2 特定财产保证理论的适用障碍

不动产抵押合同未办理设立登记下,特定财产保证理论认为可以将双方当事人的抵押合同解释为在特定财产上所做的保证,从而弥补担保制度在不能优先受偿权+特定财产组合责任方面的缺失;并在债务人到期不履行债务时,需要在担保物现存的前提下,担保人才可以申请法院对担保物拍卖、变卖以清偿债权人的债务。<sup>[12]</sup>

特定财产保证制度的最大问题是与我国现行《民法典》所规定的典型担保类型——保证责任制度不匹配。既然特定财产保证制度以保证责任为基础,就理应需要受到保证责任的限制。

依《民法典》,保证责任是以第三方担保人的全部责任财产担保主债务的履行,在实现担保权时理论上没有预先确定先执行担保人的哪项财产。特定财产保证理论没有限定担保人需要是债权人以外的第三人,且认为在实现担保时债权人请求权的支持范围需要以抵押物为限。其次,特定财产保证理论依保证的一般原理同无效行为转换一样,理论上无法回避保证期间的适用问题。

特定财产保证理论适用于不动产抵押合同未办理设立登记的场合,名不副实。依《民法典》,物上担保(抵押、动产质押、留置)是在特定物上设置的担保,债上担保(保证)是在不特定物上设置的担保。金钱担保(定金、保证金)与权利担保(权利质押)因实现了特定化或者进行了公示,也可以认为归为在特定物上设置的担保。若承认特定财产保证理论,便需要对现有的保证责任制度做出更改,将出现在特定物上设置的债权担保,将破坏现行《民法典》所设置的物上担保与债上担保的典型担保体系。

与其认为特定财产保证理论是保证责任的变形,不如认为是抵押制度与保证制度的结合。依照保证制度,是以债权性质的保证合同的形式担保债权,同时又因其限定担保财产不符合保证责任的特征;依照抵押制度,是在特定物上设定的

担保形式,但是因未办设立登记只能认定其是以债权合同的形式所做出的担保。这在我国《民法典》现有规定的典型性担保责任类型里是无法找到的。

## 2.3 非典型性担保权利的引出

依前所述,特定财产保证理论有两大缺陷:一是不符合保证责任的形式;二是与当事人的意思相违背,并不能当然解释推论出当事人若知道抵押权未设立即会转为设立保证责任。但是特定财产保证理论——即以抵押合同的债权形式在特定物上设定担保,在债务人不履行债务时,债权人可申请法院拍卖、变卖抵押物,以受偿债务,只是不具有优先受偿权——值得借鉴。

若能构建这样一种担保类型:不动产抵押权未登记设立时基于抵押合同,可以参照抵押权设立的状态,在债务人不能清偿债务时,债权人以抵押财产实现担保受偿,只是不具有优先权、不具有追及担保物的效力,即类似有学者所主张的“变价清偿权”,<sup>[13]</sup>如此便能够克服特定财产保证理论混淆典型担保类型的批判,也能够克服无效行为转换理论扩大担保人责任财产的批判。

依照前述,因抵押权未办理设立登记,所以无法成立抵押权;若转为保证责任,依特定财产保证理论有名不副实的问题,依无效行为转换理论不存在无效的前提。所有解释为《民法典》典型性担保的路子完全被卡死,唯有解释为非典型性担保的路径可以一试。

如果承认不动产抵押权未办理设立登记情形下可以成立非典型性担保,那么依照非典型性担保内涵学界通说——“所谓非典型担保,是相对于典型担保而言的。典型担保是指物权法、担保法等其他法律明文规定的担保类型,而非典型担保则是社会交易中自发产生的有关法律没有规定的担保。有的系典型担保之外的新的担保类型,如让与担保;有的则系对典型担保类型内容的改变或变态如账户质押。”<sup>[14]</sup>——自然就不需要受到典型担保将抵押权与特定物相捆绑、保证责任与不特定财产相捆绑的限制,也就可以形成特定财产、无优先受偿权的“保证”责任形式。

## 3 非典型性担保权利的证成与效力

### 3.1 非典型性担保权利的证成

#### 3.1.1 符合当事人的意思

从抵押合同本身来看,不动产抵押合同的生效即是当事人意思表示达成一致的表现,表明抵押人愿意在抵押物上设定负担,以保障债权人债权的实现,不会因为未办理抵押权的设立登记而消失。即使抵押人实质上没有以抵押物为抵押人担保的真实意思,但为保护善意债权人的利益,也应认定抵押人构成真意保留,需要以权利外观标准,仍以抵押合同的生效推测抵押人有担保的意思。

从抵押合同的内容来看,可以通过补充解释,在不改变合同要素的情况下,推知抵押人实际有双重意思:一是在抵押物上设定抵押权以抵押物交换价值保障债权,二是抵押合同上具有担保债权的意思。<sup>[15]</sup>

从实践裁判文书看,相当多的普通自然人并未意识到抵押权的设立需要办理抵押登记手续;或者双方当事人基于主债务期限较短、登记手续过于麻烦等考量,合意不办理抵押权的设立登记。有学者基于谨慎的态度主张担保权利的成立需要以抵押合同双方当事人明确约定为前提。<sup>[16]</sup>对此,本文持否定态度。

因为通过法律解释的方式已经可以明确当事人以抵押物担保债权的意思,担保功能切实存在。理性的担保权人即使误认为抵押权的设立不需要办理抵押登记、或者不必要办理设立登记,虽不会取得公示的强效力担保与公信力,也会采取诸如扣押房产证、备案登记、取走钥匙等方式对抵押物予以保存。如若不发生诉讼纠纷,依有效的担保合意,诚信的抵押人即使未设抵押权也会将抵押物“封存”,在债务人不履行债务时以抵押物用于担保债权。从这些侧面也可以推知即使因未办理设立登记不承认其物权性效力,但当事人的担保意思是明确的,担保效果也是存在的。

### 3.1.2 不违反物权法定原则

有学者认为,承认不动产抵押权未办理设立登记下,债权人具有非典型性担保权利,是违反物权法定的无效行为。因为抵押合同作为原因行为,其效果自然指向抵押权生效。但是依照现行《民法典》的规定,抵押权自办理设立登记时起生效,未办理设立登记仍然承认其有担保效力与物权法定相悖,应当否定其担保效力。

根据物权和债权相区分的原则,物权法定的范围原则上需要局限在物权。<sup>[17]</sup>抵押权未生效确

实不能产生物权上的担保效力,但是在抵押合同已经确属生效的情况下,可以认为非典型性担保权利的性质是债权性质。也就是其根基来自于担保合同,应属于抵押双方当事人意思自治的范畴。可见,物权法定原则不应当否定当事人担保需求经由担保合同得到满足。

同时,有学者主张,如果承认不动产抵押权未办理设立登记下的非典型性担保权利,将在一定程度上架空抵押权的公示要件。<sup>[18]</sup>本文认为此种考虑显得多余。因为不动产抵押权未登记设立情况下债权人的担保权利系债权性质。物权并未设立,也无法定的公示公信要件,无法取得担保物权的效果。从保护善意第三人的角度出发,债权性担保权利不能包含抵押权的优先权、限制抵押物的流通与追及效力,其法律效力自然无法与抵押权设立相比。

诚如有学者主张,若债权人因信赖担保合同的有限担保功能而在未办理抵押权公示的基础上发放贷款,自应当承受风险。<sup>[19]</sup>采取抵押权设立下的物权效力保护与抵押合同生效下的债权效力保护的双重保护,给当事人以自由选择的空间,不仅不会架空不动产抵押权设立的登记要件,反而可以加大对债权人的利益保护。

### 3.1.3 存在类似的担保类型

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第23条第2款,初步认可了买卖型担保的效力。依前述,未登记不动产抵押合同中债权人的担保权利构造与该解释中的买卖型担保有相当的一致性。有学者将买卖型担保也认定为非典型性的债权担保形式。<sup>[20]</sup>

买卖型担保的构造有二:一是存在借款合意。依通说观点,其形式并非需要限制在借款合同的范围。二是存在名为买卖实为担保的契约。买卖型担保与未登记不动产抵押合同构成非典型性担保的相似之处均在于:一是二者均是以合同的形式担保主债权;二是二者均是在特定物上设立的担保形式;三是二者均可以认为与典型担保中的抵押权制度最为相似,只不过均未办理公示要件。

至于有学者主张将非典型性担保的性质限缩为物权性质,主张非典型担保的设立需要有一定的公示方法,从严采纳非典型性担保类型,<sup>[21]</sup>也有学者基于担保泛化的考量,主张买卖型担保至少起到民事责任的作用,无法切实保障债权,<sup>[22]</sup>



其实质是不承认债权性质的担保权利类型存在。

然而前述司法解释已经在相当程度上承认了买卖型担保作为非典型性担保的类型,只是仅承认其债权担保的效力而不承认其具有物权的优先效力。不动产抵押权未办理设立登记下,债权人有权变价清偿的请求权,可以参照买卖型担保揉化为一种债权性质的非典型性担保类型。

### 3.2 非典型性担保权利的应有效力与局限

如前所述,未登记不动产抵押合同债权人的非典型性担保权利与抵押权设定的关系唯缺少设立登记。在制度架构上,抵押权未办理设立登记形成的非典型性担保权利与抵押权制度最为接近,所以在应有效力上可以参照抵押权、担保物权的效力。但是如前所述债权人的此种非典型性担保权利为债权性质的请求权,所以债权人的请求权需要受到债权的特性、物权本身的特性、担保物权因公示取得的特别效力等大致三重限制。

依史尚宽先生的观点,担保物权本身具有5大特性:一是变价权及优先受偿权;二是不可分性;三是附随性;四是物上代位性;五是物权性,分为物权性、排他性(优先性、追及性)。<sup>[23]</sup>

基于债权本身的非支配性,不动产抵押权未办理设立登记下,此种非典型性担保的实现完全需要依赖担保人的意志。一方面在担保物为第三人或者担保人自身侵害时或担保物因买卖、赠与、互易等原因物权由担保人转移给第三人时,债权人不能强制排除干涉,不具有物权的追及效力,也就是其需要满足担保权利实现时担保物仍然由原担保人所有的事实。另一方面是在债务人到期不能履行债务时,因为不动产抵押权未登记,债权人只具有请求担保人承担责任的效力。在担保人拒不履行义务时,只能申请法院拍卖、变卖担保物,而不能对担保财产以法定方式外的手段实现支配交换价值的目的。<sup>[24]</sup>

基于债权本身的相对性,不动产抵押权未办理设立登记下,此种非典型性担保与其他债权具有平等的关系,不能对抗物权;在债务人不能偿还债务、由担保人承担担保责任时,债权人不具有优先受偿效力。

未登记不动产抵押合同构成非典型性担保,债权人的主要权利为变价清偿请求权与参照适用担保物权的物上代位规则。

不具有优先权的变价清偿请求权在我国本就

存在。《担保制度解释》第68条规定,让与担保中债权人与债务人或者第三人约定将财产形式上转移至债权人名下,未办理公示要件,发生债务人不履行到期债务,债权人可以拍卖、变卖所得价款受偿,只是不具有优先效力。

再者,依照债权一般原理,若债权人主张担保人承担债权责任,则担保人的责任财产为一般财产。现债权人以担保责任请求将担保人的责任财产限定于特定财产,且没有优先受偿权,是责任财产的缩小,从某种程度上是债权人对自己权益的缩减处分,法律不应当限制未危及第三人权益的部分权利放弃。诚如有学者所言,只要基于有效的合同就可以申请对担保物拍卖变卖,至于优先受偿权,那是担保物权的效力不是抵押合同的效力。<sup>[25]</sup>

至于可以参照物上代位规则,是基于抵押物因征收、毁损、灭失等原因,担保人或者丧失了担保物上的权利,或者担保物本身灭失。但是因为担保物上产生了特定的补偿金、保险金、赔偿金,可以视为是担保的延续或者已经转为金钱上的担保。未登记不动产抵押权上债权人由特定的物上担保转为参照物上代物规则在特定金钱上担保,只是不享有优先效力,不应当得到反对。

## 4 《担保制度解释》第46条的疑惑与修正

### 4.1 《担保制度解释》第46条的困惑

《担保制度解释》第46条一共三款,对不动产抵押权未办理设立登记情形下债权人的救济做出了规定,对学界和实务界的问题有所回应,但也回避了一些事项。

第一款规定,在抵押合同本身有效、同时满足债权人请求办理设立登记的,人民法院应当予以支持。该规定似乎是在违约责任的前提下,初步回应了学界对于债权人的登记请求权与损害赔偿请求权的适用顺序问题;也对有的法院主张法院不能对担保人施加强力、强制担保人办理抵押登记手续做出了反驳;同时回避了在债权人未申请继续履行时,请求违约损害赔偿范围能否得到支持的问题。

第二款、第三款对担保人不能办理抵押权设立登记的原因进行了区分。第三款规定,对可归责于抵押人的原因导致不能办理设立登记的,抵

押人应当承担责任。第二款规定,对不可归责于抵押人的原因导致不能办理设立登记的,原则上抵押人不承担责任,但是存在补偿金、赔偿金、保险金等代位物的,在取得的代位物的范围内承担责任。

《担保制度》第46条的问题出现在上述三款司法解释的体系协调方面。对第一款债权人的救济,依据通说,是认定为违约责任的假定下采取的措施。但依违约责任的一般法理,采取的是严格责任原则。然而第二、第三款“可归责于”“不可归责于”的表述似乎是采纳了过错责任原则。

若依照严格责任原则,目前学界多数说认为,办理抵押登记是担保人的义务,担保人迟延履行抵押登记义务已经构成违约;因征收、灭失等非基于担保人的原因导致不能办理设立登记,唯有主张不可抗力免责。<sup>[26]</sup>但依照《民法典》第590条第2款的规定,迟延履行后发生不可抗力的,不免除违约责任。这与司法解释在无法办理抵押登记也不存在代位物时,担保人仍然需要承担担保责任相违背。

若依照过错责任原则,担保人在有过错的前提下,需要承担违约责任;担保人在没有过错的前提下,不应当承担责任。但是第二款后半句,在担保人没有过错的前提下,存在代位物的,担保人仍然需要承担责任。这与违约责任的一般原理不相符合。有学者提出,此为借鉴台湾地区民法中的“代偿请求权”制度。理由有二:一是认为代位物本身就属于责任财产,应当用于履行债务,二是认为这样的风险负担对于担保人并不苛刻,属于合理预期。<sup>[27]</sup>这与其说是借鉴台湾民法,不如说是带有浓厚的担保物权的物上代位规则。

据此,可能的解释是第二、第三款不是如第一款一样适用违约责任,而是事实上适用担保责任。如果是这样就存在体系不一的问题。

#### 4.2 非典型担保权利与违约责任请求权并存的合理性

依照前述观点,不动产抵押权未办理设立登记下,债权人的非典型担保权利具有无过错责任、连带责任与物上代位性的优势。无过错责任、连带责任是依据担保的一般原理,通常情形下不需要担保人有过错、不需要在主债务申请强制执行不能时才适用。同时在担保物毁损、灭失且存在代位物时,可适用物上代位规则,以担保人

获得的补偿金、保险金、赔偿金清偿债务。债权人享有非典型性担保权利具有符合民商事交易迅捷、担保权利实现方便的优势。

但是也应当看到此时债权人的担保权利有诸多的限制:担保权利实现时需要以担保人仍然受领控制担保物为前提;担保物转让、赠与时没有追及效力,此时只能主张违约责任的救济方式。

依照学界多数说与违约责任一般原理,债权人的违约责任损害赔偿请求权需要以损害为前提;违约责任以补充责任为前提,在债务人履行不能时才由担保人承担责任。若采取如担保责任一般的连带责任,很可能会出现债务人有清偿能力,但是债权人先向担保人主张违约责任,担保人承担违约责任后引发与债务人的纠纷,有造成新生争议的弊端。同时违约责任请求权程序过多,需要受到违约责任的减轻与免除规则的限制。

承认不动产抵押权未办理设立登记下债权人享有双重债法的效力即非典型性担保权利与违约损害赔偿请求权的双重救济,不仅不会导致立法解释上的混乱,还可给债权人以选择的权利,充分保障其债权。

#### 4.3 可能的修正方案

未来司法解释如能够认可不动产抵押权未办理设立登记下债权人享有担保权利与违约损害赔偿请求权的双重救济,将两项请求权分置在一个法律条文中,将能够扭转目前解释上的困惑,实现对债权人利益的充分保护。

实践中出现不少原告在不动产抵押权未办理设立登记的情形下,仍然主张优先受偿权。若完全以不符合优先权的行使条件为由一概驳回当事人的诉讼请求不利于解决纠纷,对于债权人的保护也不公平。此时应当概括理解为当事人的主张为对被告承担担保责任的请求权。

具体修正方案设计如下:第xxxx条:第一款 不动产抵押合同生效后未办理抵押登记手续的,债权人可以请求抵押人办理抵押登记手续、承担违约责任或者担保责任;第二款 债务人到期不能履行债务,债权人请求抵押人在约定的范围内承担违约责任的,人民法院应当予以支持,但是不得超过抵押权能够设立时抵押人应当承担的责任范围;第三款 抵押实现时担保物仍为抵押人所有的,债权人主张以担保物拍卖、变卖所得价款清偿的,人民法院依法予以支持,但是不



具有优先受偿权。

### 注释:

①参见最高人民法院(2015)民申字第2354号民事裁定书。

②本文所指的未登记不动产抵押下债权人的担保权利之争与抵押人担保责任之争是同一个问题的两个方面。对债权人而言是担保权利存在与否的争议,对抵押人而言是担保责任承担与否的争议。

③参见陕西省西安市未央区人民法院(2020)陕0112民初369号民事判决。此外有不少法院是不认为债权人有权请求担保责任的,例如江苏省高级人民法院(2020)苏民申5245号民事裁定书、湖北省丹江口市人民法院(2018)鄂0381民初1279号民事判决书、常州市钟楼区人民法院(2020)苏0404民初1406号民事判决书等。

④参见江西省抚州市中级人民法院(2022)赣10民终1325号民事判决书。

⑤参见北京市高级人民法院(2018)京民终25号民事判决书。

⑥《九民纪要》第60条:不动产抵押合同依法成立,但未办理抵押登记手续,债权人请求抵押人办理抵押登记手续的,人民法院依法予以支持。因抵押物灭失以及抵押物转让他人等原因不能办理抵押登记,债权人请求抵押人以抵押物的价值为限承担责任的,人民法院依法予以支持,但其范围不得超过抵押权有效设立时抵押人应当承担的责任。

⑦《担保制度解释》第46条:“不动产抵押合同生效后未办理抵押登记手续,债权人请求抵押人办理抵押登记手续的,人民法院应予支持。”“抵押财产因不可归责于抵押人自身的原因灭失或者被征收等导致不能办理抵押登记,债权人请求抵押人在约定的担保范围内承担责任的,人民法院不予支持;但是抵押人已经获得保险金、赔偿金或者补偿金等,债权人请求抵押人在其所获金额范围内承担赔偿责任的,人民法院依法予以支持。”“因抵押人转让抵押财产或者其他可归责于抵押人自身的原因导致不能办理抵押登记,债权人请求抵押人在约定的担保范围内

承担责任的,人民法院依法予以支持,但是不得超过抵押权能够设立时抵押人应当承担的责任范围。”

⑧还有学者主张将不动产抵押下债权人的请求权径直解释为最高额保证责任,但是因其与特定财产保证理论具有相当的一致性,本文不再论述。

⑨《民法典》第二百零九条第一款:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但是法律另有规定的除外。”

⑩参见山东省淄博市张店区人民法院(2018)鲁0303民初6699号民事判决书。

⑪参见重庆市第二中级人民法院(2020)渝02民终2009号民事判决。

⑫此外也有学者主张基于解释优于转换规则,抵押权未设立转为保证责任不需要借助无效行为转换理论,因抵押合同中已经包含双方当事人的保证合意,故只需要解释不需要转换。具体参见石冠彬:《民法典应明确未登记不动产抵押合同的双重债法效力——“特定财产保证论”的证成及展开》,《当代法学》2020年第1期。但是解释重在对原定数个矛盾法律行为进行疏导;而转换需要法官发挥主观能动性,是法官对当事人效果的一种推测具体可参见房绍坤、张泽嵩:《比例原则视域下无效法律行为转换司法适用之判断》,《社会科学战线》2020年第12期。依个人之见,未生效的抵押权转为保证已经超出了解释的范围。

⑬参见保定市中级人民法院(2015)保民三初字第43号民事判决书;山东省邹平市人民法院(2018)鲁1626民初335号民事判决书。

⑭参见北京市第三中级人民法院(2018)京民终25号民事判决书。

⑮《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第23条第2款:“按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后,借款人不履行生效判决确定的金钱债务,出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务。”

⑯参见《担保制度解释》第68条第1款:“债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下,债务人不履行到期债务,债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价



款偿还债务的,人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示,债务人不履行到期债务,债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的,人民法院应予支持。”

⑰《担保制度解释》第六十八条第一款:“第六十八条 债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下,债务人不履行到期债务,债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的,人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示,债务人不履行到期债务,债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的,人民法院应予支持。”

⑱例如云南省昆明市官渡区人民法院(2015)官民二初字第1196号民事判决书载明:“办理抵押物抵押登记为当事人自愿设立不动产抵押权的行为,不宜强制执行,故本院对原告要求继续办理抵押物抵押登记的请求本院不予支持。”

⑲参见甘肃省酒泉市中级人民法院(2023)甘09民终328号民事判决书、广东省揭阳市榕城区人民法院(2020)粤5202民初992号民事判决书、四川省成都市锦江区人民法院(2019)川0104民初9413号民事判决书。

### 参考文献:

- [1] 高燕竹,王晶晶.不动产未办理抵押登记情形下抵押人责任的裁判路径分析——以再审申请人中信银行股份有限公司东莞分行与被申请人陈某1、陈某2、梁某某等金融借款合同纠纷案为例[J].法律适用,2020,(12):43-52.
- [2] 刘延杰,王明华.未办理抵押权登记时抵押人应承担何种责任[J].人民司法,2013,(03):54-59.
- [3] 最高人民法院民事审判第二庭.最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2021.
- [4] 孙宪忠.中国物权法总论(第四版)[M].北京:法律出版社,2018.
- [5] 殷秋实.无效行为转换与法律行为解释——兼论转换制度的必要性与正当性[J].法学,2018,(02):106-118.
- [6] 孙蕾,房绍坤.论无效民事行为转换的适用要件[J].政法论丛,2013,(05):117-122.
- [7] 徐蓓.不动产抵押未经登记之“无效”转换的适用探析[J].河北法学,2018,36(05):158-168.
- [8] 王泽鉴.民法物权[M].北京:北京大学出版社,2009.
- [9] 尹田.物权法[M].北京:北京大学出版社,2022.
- [10] 刘家安.民法物权[M].北京:中国政法大学出版社,2023.
- [11] 张文胜.论我国法律行为转换的法律构造——以最高人民法院(2015)民申第3299号民事裁定书为解释背景[J].中国政法大学学报,2019,(06):38-47+206.
- [12] 石冠彬.民法典应明确未登记不动产抵押合同的双重债法效力——“特定财产保证论”的证成及展开[J].当代法学,2020,34(01):28-38.
- [13] 杨代雄.抵押合同作为负担行为的双重效果[J].中外法学,2019,31(03):762-779.
- [14] 刘贵祥.《物权法》关于担保物权的创新及审判实务面临的问题(下)[J].法律适用,2007,(09):21-27.
- [15] 孙超.未登记不动产抵押人的责任探析——从强制执行的视角切入[J].人民司法,2020,(25):47-51.
- [16] 倪龙燕.不动产抵押合同的效力探析——以实务中法律救济裁判路径为出发点[J].法治研究,2019,(01):104-113.
- [17] 姚辉,李付雷.“理性他者”的依归——让与担保实践争议探源与启示[J].中国人民大学学报,2018,32(06):101-113.
- [18] 王叶刚.论未办理抵押登记时不动产抵押合同的效力——兼评《〈民法典〉担保司法解释》第46条[J].现代法学,2022,44(01):109-124.
- [19] 曹士兵.中国担保制度与担保方法[M].北京:中国法制出版社,2015.
- [20] 石冠彬.论民法典对买卖型担保协议的规制路径——以裁判立场的考察为基础[J].东方法学,2019,(06):18-29.
- [21] 梁慧星,陈华彬.物权法[M].北京:法律出版社,2016.
- [22] 崔建远.“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考[J].政治与法律,2015,(12):109-123.

- [23] 史尚宽. 物权法论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [24] 尹田. 物权法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2022.
- [25] 吴光荣. 担保法精讲: 体系解说与实务解答 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2023.
- [26] 高圣平. 民法典担保制度体系研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2023.
- [27] 程啸, 高圣平, 谢鸿飞. 最高人民法院新担保司法解释理解与适用 [M]. 北京: 法律出版社, 2021.

## On the Atypical Security Right of the Unregistered Real Estate Mortgage Contract Creditors

—— Suggestions on the Revision of Article 46 of the “Interpretation of the Guarantee System”

LU Xiong-jiang

( Hainan University, Haikou 570105, China )

**Abstract:** Article 46 of the Interpretation of the Guarantee System adopts the liability for breach of contract as the remedy path for creditors when the registration of real estate mortgage is not handled, but the liability for breach of contract cannot explain the insertion and application of the subrogation rule. In consideration of adequate protection of the interests of the creditor and enhancement of the utility of the property, it is appropriate to recognize that the creditor can claim a security right based on a valid mortgage contract. This kind of security right only has the nature of creditor's right, the creditor does not enjoy the priority and the effect of the pursuit of the object. This security right is different from the typical type of security right stipulated in the Civil Code and should be regarded as atypical security right. Its basic structure is that when the debtor fails to perform the debt at the due date, the creditor can apply to the people's court to auction and sell the existing security property still owned by the mortgagor based on the effective guarantee contract, but it does not have the effect of priority compensation.

**Keywords:** security right; validity of creditor's right; guarantee system interpretation Article 46