

# 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

石冠彬\*

内容提要: 未登记不动产抵押合同自成立时产生合同效力,但其不能有效设立抵押权的结论不适用于“房地一体”主义的情形。传统民法学理论及司法实务认为保证人必须以不特定财产提供保证担保,导致担保分类欠缺“特定财产+无优先受偿权”这一债权担保类型,造成体系的不周延,有违私法自治精神,且于法无据。《民法典合同编草案(二次审议稿)》关于保证合同内涵的界定,为担保人可就特定财产提供保证担保这一“特定财产保证论”的解释结论提供了法律依据与制度空间,但更宜对此予以明文规定,且应明确债权人可参照担保物权实现程序直接申请实现特定财产之上的保证担保权。通常情况下,未登记不动产抵押合同虽然不能有效设立不动产抵押权,但其构成特定财产上的保证担保,依法产生双重债法效力:一方面,债权人有权请求抵押人承担违约责任,既可要求其补办抵押登记手续,也可对其主张违约损害赔偿,但损害赔偿的范围以抵押物价值为限;另一方面,债权人有权直接根据抵押合同要求抵押人承担保证责任,此时责任财产限于抵押物本身。

关键词: 未登记不动产抵押合同; 意思表示; 保证担保; 非典型担保; 违约责任

### 一、问题的提出: 由最高人民法院判例引发的思考

原告李向龙(合同甲方)与被告韩福全、李丽华(合同乙方)签订400万元人民币的《借款协议》,约定以商都县众邦亿兴能源材料有限责任公司(以下简称“众邦公司”)名下的土地使用权等担保财产为上述债务提供担保,并由被告再行出具《借条》确认相关事实,但一直未办理抵押登记手续。后乙方未偿还上述借款,甲方起诉至张家口市中级人民法院要求乙方二被告韩福全、李丽华归还400万元欠款并支付相应违约金,要求抵押人众邦公司在担保范围内依法承担连带清偿责任,并确认甲方享有对担保物的优先受偿权。被告众邦公司在庭审中辩称因抵押权未设立,故其不应当承担抵押担保责任。<sup>(1)</sup>

针对该案未登记不动产抵押合同的效力问题,本案一审、二审法院均认为不动产抵押因未经

\* 中国人民大学博士后科研流动站科研人员,海南大学法学院教授,法学博士,博士生导师。本文系第65批中国博士后科学基金面上资助项目“担保制度立法与实践新问题研究”(2019M650929)的阶段性研究成果。

本文的写作得到了中国人民大学王利明教授、中国政法大学刘保玉教授、清华大学程啸教授、西南政法大学黄忠教授、广东外语外贸大学耿卓教授、中国人民大学博士后吴昭军、中国人民大学博士后申晨、青岛大学魏振华博士、清华大学博士后刘云等师友的指导和帮助,在此特表感谢!

(1)笔者此处仅简要概括经法院审理认定且与本文探讨主旨相关的案情,本案具体涉及到多个担保人提供担保、公司越权担保等诸多法律问题。参见河北省张家口市中级人民法院(2014)张商初字第4号民事判决书;河北省高级人民法院(2015)冀民一终字第259号民事判决书。

登记，所以原告李向龙没有依法取得抵押权，不能享有对上述土地使用权的优先受偿权。但与此同时，法院认定本案被告众邦公司与原告李向龙之间在涉案土地使用权上设定抵押担保的合意真实，抵押担保条款有效，被告众邦公司应在土地使用权抵押担保范围内对韩福全、李丽华的上述债务承担连带清偿责任。最高人民法院在再审审查时支持了这一裁判立场。<sup>(2)</sup>

综上，各级法院对本案所作出的裁判均认定未登记不动产抵押合同不能有效设立抵押权，但抵押人仍需对所担保的债务承担连带清偿责任。显然，未登记不动产抵押合同双方当事人“设立抵押的合意”属于“设立担保的合意”，但能否在不符合不动产抵押权法定设立要件的情况下，认定抵押人仍需承担担保责任，或者认定其所承担的合同责任只能是违约责任，抑或两者兼具？对此，2017年12月2日形成的最高人民法院民二庭第7次法官会议纪要显示，最高人民法院目前已经倾向于认为未登记的不动产抵押合同不能产生担保责任，债权人应当通过向所谓的“抵押人”主张违约责任来实现自身债权。<sup>(3)</sup>为更好地解决这一问题，本文将在考察司法实务的基础上，先讨论“未登记不动产抵押合同的生效认定”以及“不动产抵押合同未登记是否必然导致抵押权未设立”的基本问题，再行论证未登记不动产抵押合同的双重债法效力，探讨担保人以特定财产提供保证担保的合理性，就未来民法典对此应当如何加以规制提出立法建议，以期能对共识的形成有所裨益。

## 二、未登记不动产抵押合同的生效与抵押权未设立情形的限定

### (一) 未登记不动产抵押合同的生效

“未登记不动产抵押合同的生效”这一问题主要源于《担保法》第41条与《物权法》第15条的立法冲突。《担保法》第41条规定不动产抵押合同生效的前提是已经办理抵押登记手续；而《物权法》第15条规定不动产抵押等物权变动合同自合同成立时生效，除非法律另有规定或者合同另有约定。也就是说，《担保法》规定的不动产抵押合同的生效要件是办理不动产抵押登记，而《物权法》明确了不动产抵押合同的生效与不动产抵押登记无关，其取决于《合同法》的相关规则。

梳理司法裁判可知，自《物权法》施行以来，只要没有法律的例外规定或当事人的另行约定，根据《物权法》第178条关于《担保法》与《物权法》适用的衔接规则，未登记的不动产抵押合同的成立与生效应当根据《合同法》的相关规定予以认定，这一结论已经为司法实务所普遍认可。<sup>(4)</sup>但源于前述立法冲突的存在，司法实务对于未登记不动产抵押合同特殊情况下的生效问题产生了一定的认识分歧，主要围绕“划拨土地使用权（或其上面的房屋）的抵押”和“《物权法》施行之前设立的不动产抵押合同的生效判断依据”两个问题展开。

其一，对于以划拨土地使用权（或其上面的房屋）设立的抵押合同，司法裁判对该合同的效力存在一定的认识分歧。一方面，部分法院认为以划拨土地使用权设定抵押权违反了法定的合同无效事由，故此类不动产抵押合同无效。例如，有判例就认为，根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第44条、第45条第4款的规定，如果抵押合同约定设立抵押权的土地使

<sup>(2)</sup> 参见最高人民法院（2015）民申字第3256号民事裁定书。

<sup>(3)</sup> 参见贺小荣主编《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要：追寻裁判背后的法理》，人民法院出版社2018年版，第239-254页。

<sup>(4)</sup> 以最高人民法院为例，其曾在不同判例中反复重申未办理物权登记不影响不动产抵押合同的成立和生效，参见最高人民法院（2017）最高法民终934号民事判决书等。各地人民法院也普遍肯定这一立场，参见湖南省高级人民法院（2018）湘民终253号民事判决书等。从笔者所搜集判例来看，即使一审法院仍然按照《担保法》第41条的规定错误认定此类合同无效或未生效，最终也能得到上级法院的纠正，参见安徽省六安市中级人民法院（2018）皖15民终1255号民事判决书。

用权属于划拨性质,可据此认定抵押合同无效。<sup>(5)</sup>另一方面,最高人民法院又无视“房地一体”的规定,认为以划拨土地使用权之上房屋设定抵押权的合同并不存在法定无效事由。因为法律并未禁止划拨土地使用权之上的房屋用于抵押,如果因为划拨土地使用权未履行抵押审批手续且未办理抵押登记,从而否定房产抵押合同的效力,则与房产抵押合同订立的根本目的相悖;<sup>(6)</sup>最高人民法院认为《关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》(以下简称《划拨土地使用权批复》)第3条“如果建筑物附着于以划拨方式取得的国有土地使用权之上,将该建筑物与土地一并设定抵押的,对土地使用权的抵押须履行法定的审批手续,否则,应认定抵押无效”这一规定仅适用于“当事人约定将建筑物与土地一并设定抵押”的情形。如果当事人单独约定以划拨土地使用权上房产设定抵押并已经办理房屋抵押登记,该情形不适用上述规定。<sup>(7)</sup>

其二,对于《物权法》施行之前签订的不动产抵押合同,其生效的判断依据究竟应该是《担保法》第41条还是《物权法》第15条,司法实务也存在一定分歧。“山西省人民政府机关事务管理局、山西省纺织工业供销总公司与中国银行股份有限公司太原鼓楼支行、山西泰基实业有限公司及山西中兴物资有限公司借款担保合同纠纷案”是体现裁判立场典型的典型案例,在该案中,最高人民法院还因为最高人民检察院的抗诉而出现了立场的转变。起初,山西省高级人民法院二审认为应当根据《物权法》第15条来认定《物权法》施行之前签订的不动产抵押合同的效力,因为《物权法》第178条明确规定《担保法》与《物权法》的规定不一致时应当以《物权法》为准。<sup>(8)</sup>而后,最高人民法院在审查抵押人的再审申请时,也以《物权法》第178条规定“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”为由,认为对于《物权法》施行之前签订的不动产抵押合同的效力,应当适用《物权法》予以裁判,从而认定未登记不动产抵押合同已经生效,并驳回了抵押人的再审申请。<sup>(9)</sup>最后,抵押人向最高人民检察院申请抗诉,最高人民检察院经审查认为,山西省高级人民法院(2011)晋民终字第54号民事判决适用法律错误,并向最高人民法院提起抗诉。最高人民法院根据审判监督程序再审该案,认为根据案件审理时《立法法》第84条(现行《立法法》第93条)的规定,在没有特别规定的情况下,法律不具有溯及既往的效力,即新的法律规定不能调整法律生效前已经发生的事实和行为。而《物权法》自2007年10月1日起施行,故其对《物权法》施行之前发生的事实,并不具有溯及既往的效力,应当按照当时的法律规定予以处理。换言之,《物权法》施行之后,就担保的法律规制问题,出现了《物权法》与《担保法》并行的局面,虽然根据《物权法》第178条规定,《担保法》与《物权法》的规定不一致时,应适用《物权法》的规定,但这一法条的适用对象仅针对《物权法》施行之后的事实和行为。对于《物权法》施行之前的事实和行为,即便两部法律的规定不一致,也应该适用《担保法》的规定。而按照《担保法》第41条的规定,当事人以不动产抵押的,应当办理抵押物登记,此类抵押合同自登记之日起生效,故《物权法》实施之前订立的不动产抵押合同,如果没有办理抵押物登记,则抵押合同应认定为未生效。<sup>(10)</sup>

对“未登记不动产抵押合同的生效”这一问题,本文持如下基本立场:

其一,根据《物权法》第15条所规定的区分原则,不动产抵押合同的生效应当根据《合同法》的相关规则予以判断,除非法律另有规定,否则不动产抵押合同的生效判断与办理抵押登

(5) 参见江西省高级人民法院(2018)赣民终395号民事判决书。

(6) 参见最高人民法院(2006)民二终字第153号民事判决书。

(7) 参见最高人民法院(2007)民二终字第183号民事判决书。

(8) 参见山西省高级人民法院(2011)晋民终字第54号民事判决书。

(9) 参见最高人民法院(2012)民申字第1642号民事裁定书。

(10) 参见最高人民法院(2013)民抗字第67号民事判决书。

记无关；但是，根据《物权法》第187条的规定，不动产抵押权的设立，均以抵押登记为生效要件。

其二，以划拨土地使用权或其上面的房屋进行抵押，不宜直接据此认定抵押合同无效。应当肯定的是，土地使用权的抵押实质上属于附条件的出让土地使用权行为，其以债务人不偿债为出让前提，所以讨论土地使用权抵押合同的效力即讨论土地使用权出让合同的效力。出让划拨土地使用权合同有效的理由可以概括如下：一方面，虽然根据2005年8月施行的《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《国有土地使用权解释》）第11条的规定，“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效。但起诉前经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，应当认定合同有效。”在司法实务之中，也确有不少法院据此认定出让划拨土地使用权的行为如果在起诉前尚未得到相应人民政府的批准，则应当认定为无效。<sup>(11)</sup>但是，除了最高人民法院在前述的相关判例中直接回避该司法解释，而通过限定《划拨土地使用权批复》的适用范围来认定该类合同有效之外，各地人民法院也有判例结合具体案情从不同角度出发认定划拨土地使用权出让合同有效。<sup>(12)</sup>而且，前述司法解释效力存疑，因为2009年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第14条已经将强制性规范分为管理性强制性规范和效力性强制性规范，前述2005年的《国有土地使用权解释》宜认定为与新司法解释冲突，已经失去适用效力。另一方面，前述司法解释不当地解释了1994年版《城市房地产管理法》第39条的规定（该法历经2007年、2009年以及2019年数次修正，目前规定在第40条），<sup>(13)</sup>也就是说，《城市房地产管理法》所确立的基本立场就是“需要经过批准”“需要补交土地出让金”，宜理解为属于管理性的规范而非禁止性的规范。就此，有法院曾在判例中明确该规定是管理性的强制性规定，而不是效力性的强制性规定，所以不能根据《合同法》第52条第5项的内容认定此类合同无效。<sup>(14)</sup>

其三，《物权法》第178条关于《担保法》与《物权法》效力衔接规则适用的前提，在于两部法律同时适用于某一个法律问题并且立场相冲突，对于《物权法》施行之前的不动产抵押合同，仍宜根据《担保法》的规则确立不动产抵押合同的生效要件及不动产抵押权的设立要件。理由如下：一方面，根据现行《立法法》第93条的规定，法律原则上不溯及既往，除非是为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作出特别规定，即现行立法已经明确法律的溯及力仅针对其施行之后的案件；另一方面，从法理上讲，以《物权法》废除不动产抵押合同“经登记生效”这一要件的立法演变，来认定《物权法》尚未颁布时根据《担保法》订立的不动产抵押合同的法律效力，有违国民需对法律具有预测可能性这一确立法律溯及力的基本原理，“何时行为何时法”理应成为新旧法律适用的基本准则。

## （二）未登记不动产抵押合同设立抵押权的情形

根据现行《物权法》第9条关于不动产物权变动的一般规则，以及《物权法》第187条对

(11) 参见北京市第二中级人民法院（2016）京02民终8893号民事判决书；广东省珠海市中级人民法院（2017）粤04民终668号民事判决书。

(12) 参见海南省高级人民法院（2014）琼民抗字第3号民事判决书；广东省河源市中级人民法院（2014）河中法民一终字第456号民事判决书。

(13) 《城市房地产管理法》（1999年版）第39条规定：“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。”“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。”

(14) 参见湖北省武汉市武昌区人民法院（2016）鄂0106民初86号民事判决书。

不动产抵押权设立要件的相关规定，不动产抵押权自办理不动产抵押登记时方能设立，未登记的不动产抵押合同不能设立不动产抵押权。

梳理司法裁判可知，关于未登记不动产抵押合同能否设立抵押权的问题，相关分歧主要围绕《物权法》第182条“房地一体”的规定而产生。换言之，不动产抵押合同双方当事人之间仅就房屋（或土地使用权）办理不动产抵押登记时，能否就此认定尚未登记的土地使用权（或房屋）之上也已经设立抵押权？对此，最高人民法院内部存在一定分歧。一方面，最高人民法院在有的判例中认为，房屋或者土地使用权上面设立抵押登记必须分别办理登记，否则未登记的不动产抵押权不能设立。例如，在“石家庄建工集团有限公司与中国东方资产管理公司石家庄办事处最高额抵押借款合同纠纷案”中，最高人民法院认为“登记是抵押合同生效的条件，未经登记，抵押合同无效，抵押权不能成立。而且目前石家庄市实行的是土地与房产分别登记制度，办理抵押登记需要分别到土地和房管部门进行”，所以在房屋已经办理抵押登记手续而土地使用权没有办理抵押登记手续的情况下，依法应当认定土地抵押权不成立。<sup>〔15〕</sup>另一方面，最高人民法院在有的判例中则认为，房屋或者土地使用权上设立抵押权无需分别办理登记，只要房屋或者土地使用权上办理了抵押登记，则将产生房地一体抵押的法律效果。例如，在“中国建设银行股份有限公司分宜支行、江西江锂科技有限公司金融借款合同纠纷案”中，最高人民法院就认为不动产抵押合同系双方当事人真实意思表示，合同明确约定抵押物包括案涉土地使用权，双方当事人对该土地使用权作为抵押财产均有明确预期，所以，虽然案涉土地使用权未办理抵押登记，但根据《物权法》第182条关于“房地一体”的规定，抵押权人对案涉土地使用权亦享有抵押权，并因此纠正了一审判决“以未办理抵押登记为由，判令抵押权人对案涉土地使用权不享有优先受偿权”的错误立场。<sup>〔16〕</sup>

就此，本文持如下基本立场：当事人之间仅就房屋（或土地使用权）设立不动产抵押登记时，其效力能够及于未办理抵押登记的土地使用权（或房屋）。因为不论根据《担保法》第36条还是《物权法》第182条的规定，我国在不动产物权变动的问题上均采纳“房地一体”主义的立法模式，故针对已登记的房屋（或土地使用权）实现抵押权必然涉及到尚未登记的土地使用权（或房屋）的变现问题。从双方当事人之间的合意来看，只要双方当事人之间没有特别约定，其对于已经办理抵押登记的房屋（或土地使用权）的抵押效力将延伸至尚未办理登记的不动产是具有合理预期的，宜认定抵押登记效力能扩至未登记的不动产。同时，根据《物权法》的相关规定，抵押登记办理后土地使用权上的新增建筑物不属于抵押物，这也间接体现了不动产抵押合同的法律效果应当符合双方当事人签订合同时的内心预期这一法理。<sup>〔17〕</sup>

### 三、未登记不动产抵押合同具有双重债法效力的证成

#### （一）未登记不动产抵押合同债法效力的裁判立场考察

〔15〕参见最高人民法院（2007）民二终字第240号民事判决书。

〔16〕参见最高人民法院（2017）最高法民终40号民事判决书。

〔17〕此外，最高人民法院曾突破前述《物权法》第9条以及第187条的规定，在未能办理不动产抵押登记不可全归责于抵押人（既有政府的原因也有抵押权人想更好得到债权保障等方面的原因）且抵押人仍然愿意以已经被查封的不动产抵押物提供担保的情况下，直接判决认定当事人没有必要补办抵押登记手续，认可抵押权人此时已经享有针对不动产抵押物的抵押权，抵押权人可直接拍卖、变卖约定抵押的不动产并在担保物的变现范围内享有优先受偿权，参见最高人民法院（2016）最高法民再416号民事判决书。对此，笔者认为，虽然此种情况下法院直接判决认可抵押权已经设立的裁判立场符合不动产抵押合同双方当事人的真实意思表示，且能够简化程序、避免必须补办抵押登记所带来的不必要麻烦，此时若没有损害到第三人的合法权益，从结果来看确实具有一定合理性。但是，在我国现行《物权法》就不动产物权变动采纳登记生效主义立法模式的情况下，这一裁判立场欠缺法律依据，值得商榷。

梳理司法裁判可知,就未登记不动产抵押合同的债法效力而言,除认可当事人有权请求办理抵押登记手续之外,相当数量的判例并未言明抵押人基于抵押合同所承担的合同责任究竟应当被认定为担保责任还是违约责任。有法院直接认为未登记不动产抵押合同有效,但是抵押权尚未设立,所以抵押人应当依法承担合同责任。<sup>(18)</sup>不少法院则直接认定此时抵押人应当基于抵押合同的约定,在用于抵押担保的财产范围内,对其所担保的债务与债务人共同承担连带清偿责任,只是不能就担保财产享有优先受偿权,<sup>(19)</sup>最高人民法院在相关判例中也持这一立场。<sup>(20)</sup>但也有法院在未明确责任性质的同时,认为未登记不动产抵押合同中抵押人应在抵押房产的价值范围内承担补充清偿责任。<sup>(21)</sup>此外,还有不少判例明确将抵押人所需承担的合同责任界定为担保责任或违约责任,且分歧极为明显,具体包括以下情形:

### 1. 违约责任的司法认定

诚如前述,在没有法律特别规定或当事人特别约定的情况下,未登记不动产抵押合同成立即生效,对当事人将产生法定拘束力,因此,在尚未办理抵押登记之前,抵押权人有权要求抵押人办理抵押登记手续。<sup>(22)</sup>除此之外,违约责任还包含违约损害赔偿。也就是说,根据《物权法》的规定,不动产抵押未登记只导致抵押权未设立,并不影响抵押合同的效力,所以当该违约行为导致债权人届时无法实现所约定的抵押权时,抵押人应承担相应的违约赔偿责任。<sup>(23)</sup>

从司法实务来看,在认定未登记不动产抵押合同产生违约责任的前提下,法院关于违约责任的“责任财产范围”的认定存在一定分歧:一方面,有裁判将违约责任财产的范围表述为“合同约定的担保范围”。例如,在“中国建设银行股份有限公司满洲里分行与满洲里中欧化工有限公司、北京伊尔库科贸有限公司信用证纠纷案”中,最高人民法院就认为抵押人应当在合同约定的担保范围内对担保的债务与债务人承担连带责任。<sup>(24)</sup>另一方面,有裁判将违约责任的范围表述为“提供抵押担保的担保物价值范围”。也就是说,未登记不动产抵押合同中的抵押人应当承担合同责任,因为该合同的目的是为了实现在实现债务偿还,所以其具体违约责任的承担方式乃抵押人在其所提供的不动产抵押物的价值范围内承担连带清偿责任。<sup>(25)</sup>值得注意的是,此处“担保物的价值范围”应当以“出现抵押合同约定的或者法定的实现抵押权情形时”抵押物的客观价值为准,而非以抵押合同签订时抵押物的价值为准。<sup>(26)</sup>就此,也有法院明确指出,未登记不动产抵押合同所约定的担保范围,等同于抵押人所提供抵押物的价值范围。<sup>(27)</sup>

### 2. 担保责任的司法认定

就未登记不动产抵押合同的债法效力而言,司法实务中确实也有不少判例认为虽然不动产抵押合同没有办理抵押登记,但是双方当事人所签订的不动产抵押合同已经生效,双方设立抵押担

(18)参见江西省南昌市中级人民法院(2017)赣01民终2348号民事判决书;山西省阳泉市中级人民法院(2017)晋03民终393号民事判决书等。

(19)参见湖北省丹江口市人民法院(2018)鄂0381民初490号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2018)京03民终4515号民事判决书;江苏省张家港市人民法院(2018)苏0582民初4106号民事判决书;湖南省长沙市雨花区人民法院(2018)湘0111民初403号民事判决书;河南省郑州市二七区人民法院(2017)豫0103民初8676号民事判决书;辽宁省东港市人民法院(2018)辽0681民初1412号民事判决书等。

(20)参见最高人民法院(2015)民申字第3256号民事裁定书;最高人民法院(2015)民申字第3299号民事裁定书。

(21)参见湖北省随州市中级人民法院(2015)鄂随州中民再终字第00017号民事判决书;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2018)黑01民终624号民事判决书等。

(22)参见北京市第三中级人民法院(2018)京03民终4515号民事判决书。

(23)参见浙江省海宁市人民法院(2017)浙0481民初6686号民事判决书。

(24)参见最高人民法院(2009)民二终字第112号民事判决书。

(25)参见四川省三台县人民法院(2018)川0722民初468号民事判决书。

(26)参见云南省高级人民法院(2017)云民再12号民事判决书。

(27)参见黑龙江省鸡西市中级人民法院(2015)鸡商终字第80号民事判决书。

保的意思表示真实，所以此时仍然应当认定抵押人须承担相应担保责任。在这一立场内部，司法裁判主要分化为“笼统认定为债权担保责任”和“转换为保证担保责任”两大类：

其一，未登记不动产抵押合同设立非典型债权担保责任。该裁判立场内部就抵押人应当在抵押物价值范围内承担连带担保责任还是抵押物变价款范围内承担担保责任存在一定分歧。一方面，有判例认为，虽然不动产抵押合同未在不动产管理部门依法办理登记，抵押权未能依法设立，但并不影响不动产抵押合同的效力，抵押人仍应在“担保财产范围内”承担连带担保责任，只是债权人不能主张就担保财产享有优先受偿权；<sup>(28)</sup>也有法院认为未登记不动产抵押合同系一种非典型担保的意思表示，抵押人应当在案涉抵押房屋的变价款范围内向抵押权人承担责任，但并未表明其应当承担连带清偿责任，只是同时否定了抵押权人的优先受偿权。<sup>(29)</sup>对此，最高人民法院曾在相关判例中明确未登记不动产抵押合同的抵押人应当在案涉不动产抵押物的变价款范围内承担连带清偿责任。<sup>(30)</sup>另一方面，有判例认为，在未办理抵押登记的情况下，抵押权人只能请求抵押人在“抵押物价值范围内”承担担保义务，该权利属于债权范畴。<sup>(31)</sup>概言之，在未登记不动产抵押合同义务人应当承担连带性的债权担保责任的同时，有裁判认为责任财产只能是“担保财产”这一范围，也有观点认为责任财产只要价值与“抵押物价值范围”相同即可。

其二，未登记不动产抵押合同设立保证担保责任。对此，在“新疆石河子农村合作银行与刘峻瑞、步春华借款合同案”中，最高人民法院曾认为，在未办理抵押登记时，不动产抵押合同的法律效力并非确定无效，除可以通过补办登记手续这种方式使其发生法律效力外，还可以通过解释学将其转换为有效的担保行为，从而节约交易成本、促进交易发展。换言之，对于未登记不动产抵押合同的法律效力，不应当拘泥于法律行为的外观，而应当在尊重当事人的真实意思的基础上，对交易做出新的评价，用一种适当的行为去替换当事人所选择不适当行为，以平衡当事人之间的利益。如果机械适用法律，认定未登记不动产抵押合同不发生任何法律效力，则抵押人不承担担保责任的结果将会明显背离一般社会大众对公平的认知，亦有违诚实信用原则，所以应当将案涉抵押担保合同转换为连带责任保证合同。<sup>(32)</sup>与此同时，也有不少法院认为要求未登记不动产抵押合同中的抵押人承担连带保证责任于法无据，不应当得到支持。就此，有法院曾在判例中详细论证抵押人所承担的担保责任为何不是保证担保责任：虽然未登记不动产抵押合同中抵押权人的担保权利在性质上属于债权，其性质最近似于保证。但是，保证系以保证人不特定财产进行担保，而本案当事人约定系以特定的财产进行担保，这是两者的根本性差别，所以尽管不能以特定财产实现债权，但抵押人就债务人未偿还的到期借款本金应在抵押物价值范围内承担清偿责任，故应当支持债权人要求抵押人在抵押物价值范围内就债务人的债务承担连带清偿责任的请求。<sup>(33)</sup>也就是说，保证担保不能以特定财产作为责任财产，所以未登记不动产抵押合同所产生的担保责任只能是非典型债权担保责任，而不能转换为保证担保责任。

## (二) 未登记不动产抵押合同双重债法效力的解释路径

诚如前述，司法实务围绕合同责任是否属于担保责任出现了分歧，以此为逻辑起点，司法实务就“未登记不动产抵押合同的抵押人应当与未偿债债务人一起承担连带清偿责任还是仅就债务人不能清偿部分承担补充责任”“责任财产是限于抵押物范围还是只要与抵押物价值范围等同的财产即可”等问题也存在不同立场。本文认为，未登记不动产抵押合同的抵押人所需承担的

(28) 参见江苏省苏州市中级人民法院(2018)苏05民终9376号民事判决书。

(29) 参见浙江省高级人民法院(2016)浙民终228号民事判决书。

(30) 参见最高人民法院(2017)最高法民申1144号民事裁定书。

(31) 参见广东省肇庆市中级人民法院(2017)粤12民终2358号民事判决书。

(32) 参见最高人民法院(2015)民申字第2354号民事裁定书。

(33) 参见湖北省荆门市中级人民法院(2016)鄂08民终521号民事判决书。

合同责任兼具违约责任和担保责任的双重属性，具体取决于抵押权人行使何种债权请求权。此外，抵押人的责任财产范围因抵押权人请求权的不同而有所区别。

### 1. 违约责任的证成与展开

显然，未登记不动产抵押合同原则上可依《合同法》的相关规定认定为有效，即对当事人产生相应法律约束力。根据《合同法》第107条关于违约责任的规定，“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等违约责任。”由此可知，未登记不动产抵押合同的抵押权人有权请求抵押人继续履行合同义务，也有权直接要求抵押人对自己承担违约损害赔偿责任：

其一，未登记不动产抵押合同的抵押权人有权请求抵押人补办抵押登记手续，但请求办理抵押登记手续不是抵押权人请求抵押人承担损害赔偿责任的前置程序。而且抵押人未办理抵押登记所需承担的违约责任的具体形态选择权属于抵押权人，抵押人不能以自愿承担损害赔偿责任等理由抗辩抵押权人要求办理抵押登记的请求权，只要抵押权人提出的补办抵押登记手续的请求权在法律上还能得到支持，法院就应当支持抵押权人的这一诉讼请求。

其二，未登记不动产抵押合同的抵押权人有权请求抵押人对自己承担违约损害赔偿责任，且此时的责任财产不限于抵押物。但如果抵押权人对于尚未办理抵押登记也存在相应过错的，宜肯定其也应当承担相应责任。具体而言，一方面，抵押人因尚未办理抵押登记而需要承担违约损害赔偿责任时，其与任何合同引起的违约损害赔偿责任在性质上是一致的，此时该种责任在性质上已经不属于不动产抵押合同双方当事人在不动产抵押物上所约定的担保责任，所以其责任财产自然不限于抵押物自身；但是，抵押权人因为未办理不动产抵押登记手续所遭受的损失，局限于其通过实现抵押权所能实现的债权数额，所以抵押人承担违约损害赔偿责任的数额应当以抵押物的价值为限（若抵押物价值高于债务数额，此时损失为债务数额，仍然不影响损害赔偿以抵押物价值为限这一结论）。另一方面，我国《合同法》虽然没有明确规定违约责任的承担应当适用过失相抵原则，但是从民法公平原则和《合同法》的历史变迁来看，当抵押权人对不动产抵押合同未办理抵押登记有过错时，宜认定其不能要求所有的损失均由抵押人承担。<sup>(34)</sup>从司法实务来看，法院也基本贯彻了这一公平原则。<sup>(35)</sup>

### 2. 特定财产保证责任的证成与展开

诚如前述，有法院将未登记不动产抵押合同中抵押人的责任转变为连带责任保证，也有法院曾认为未登记不动产抵押合同的法律效力最接近于保证担保，但是因为保证是以保证人的不特定财产对外提供担保，所以不能认定抵押权人在特定财产的范围内实现债权。就此，本文认为未登记不动产抵押合同不存在所谓的转化为连带责任保证的问题，而纯粹属于意思表示的解释问题，未登记不动产抵押合同的合意之中本来就包含了双方的担保合意，无需借助法律行为转换制度。根据民法基本原理，法律行为的转换是指原有行为如果具备替代行为的要件，并且可以认为当事人如果知道原有行为不生效力或无效将希望替代行为生效的，可以将原有行为转换为替代行为而使之生效。<sup>(36)</sup>但是，当结合当事人所使用的用语、行为目的、交易习惯等多种因素可明确当事人本意时，<sup>(37)</sup>意思表示的解释就应当优先于法律行为转换制度适用，理应探寻当事人的真实合

(34) 参见韩世远《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第797-799页。

(35) 参见海南省高级人民法院（2016）琼民申482号民事裁定书；广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终15134号民事判决书；湖北省汉江中级人民法院（2016）鄂96民终138号民事判决书。

(36) 参见最高人民法院（2015）民申字第2354号民事裁定书。

(37) 参见陈甦主编《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第1019页。



意而不能进行转换。<sup>(38)</sup> 根据本文立场,未登记不动产抵押合同本来属于能够产生非典型债权担保的生效债权合同,其实质上属于特定财产之上的保证担保,理由如下:

其一,保证人以特定财产提供保证担保,这一“特定财产保证论”符合担保类型划分的内在逻辑要求,传统民法学理论以及司法实务要求保证人必须以不特定财产提供保证缺乏合理依据。具体而言,担保就是为了保障债权人的债权得到清偿而设立的制度,主要分为人保和物保两种:物保的核心内涵在于担保物权人对特定物的变价款享有优先受偿的权利;人保在我国的立法语境中等同于保证,根据是否具有先诉抗辩权区分为一般保证和连带责任保证。<sup>(39)</sup> 换言之,不论抵押还是保证,都是担保的下位概念,抵押、质押、留置等担保物权形式自然也隶属于担保这一概念。<sup>(40)</sup> 而且,传统民法学理论一般认为担保物权是以特定财产提供担保的,<sup>(41)</sup> 而保证则是以保证人自身的责任财产(全部财产、信用财产)来担保相应的债权,<sup>(42)</sup> 且担保物权人对特定财产享有优先受偿权而保证担保的债权人不享有该权利。受民法学理论前述通说的影响,包括最高人民法院的判例在内,司法实务一般都认为保证系以保证人不特定财产所提供的担保。<sup>(43)</sup> 本文认为这种认识存在重大缺陷,使得担保物权制度与保证合同制度出现割裂,从而导致担保方式分类理论无法涵盖担保的全部内涵。从理论上讲,担保的内涵能够包含“特定财产上设立保证”的债权担保形式(即特定财产保证包含于担保的内涵之中)，“以特定财产做担保,但担保人不具有优先受偿权”的担保情形从逻辑上来说理应存在。也就是说,从担保物权和保证概念的界定来看,提供担保的财产可以分为全部财产和特定财产,再加上人保与物保优先受偿权的区分标准,从排列组合的角度来讲,应该存在“一般财产+不能优先受偿”“特定财产+不能优先受偿”“一般财产+优先受偿”“特定财产+优先受偿”四类担保方式,其中“一般财产+不能优先受偿”是保证担保的内涵,“特定财产+优先受偿”是传统的担保物权的内涵,“一般财产+优先受偿”则类似于担保物权中浮动抵押的内涵<sup>(44)</sup>,目前我国立法唯一没有明确的就是“特定财产+不能优先受偿”这种担保方式。既然如此,就没有理由否认当事人可以通过合意设定“特定财产+不能优先受偿”这一担保方式,即肯定“特定财产保证”这一债权担保方式具有合理性。

其二,保证人以特定财产提供保证担保的“特定财产保证论”符合当事人真实意思表示。在未登记不动产抵押合同之中,抵押人以“抵押物”这一特定财产提供担保的意思表示是明确的,即以该特定的、有限的财产来为债权提供担保,对此,理应尊重其意思表示,此乃对私法最高价值——意思自治的遵守。

其三,保证人以特定财产提供保证担保的“特定财产保证论”符合法律关于保证内涵的界定,传统民法学理论要求保证人必须以不特定财产提供保证缺乏法律依据。“特定财产保证”这一债权担保方式不论在现行法还是未来民法典中,均存在相应依据。根据现行《担保法》第6条的规定,保证是根据保证人与债权人的约定,在债务人不履行债务时,保证人需要按照约定履

(38) 参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第389页;常鹏翱《无效行为转换的法官裁量标准》,《法学》2016年第2期,第45页。

(39) 参见王利明、杨立新、王轶、程啸《民法学》,法律出版社2017年版,第547页。

(40) 参见江平主编《物权法》,法律出版社2009年版,第271页;参见杨会《担保法》,北京大学出版社2017年版,第7页。

(41) 参见崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2017年版,第418页;参见王泽鉴《民法物权》,法律出版社2010年版,第377页。

(42) 参见王利明《合同法研究·第四卷》,中国人民大学出版社2017年版,第241-242页。

(43) 参见湖北省荆门市中级人民法院(2016)鄂08民终521号民事判决书;最高人民法院(2015)民申字第2354号民事裁定书。

(44) 根据我国现行立法,浮动抵押只针对动产,而这种动产准确来说是“一定范围内的动产”,虽然不能同等于全部财产,但整体上是是一致的。

行债务或者承担责任的行为。也就是说，立法从未限定保证人只能以自己的全部责任财产提供担保，其内容完全可由双方当事人通过协议达成。从解释论上讲，只能说在双方没有特别约定的情况下，保证人需要以全部资产作为自身承担保证责任的责任财产，而不能得出保证人不能通过特定的财产来提供保证的结论。同样，《民法典合同编草案（二次审议稿）》第471条规定“保证合同是为保障债权的实现，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。”也就是说，未来民法典关于保证内涵的界定也仍然能够包含“特定财产保证”这一保证形式在内。

其四，肯定保证人以特定财产提供保证担保的“特定财产保证论”，具有较大的理论及实践价值，有助于完善担保法理论，消除此类问题的司法实务分歧。近年来，与“未登记不动产抵押合同效力”一样，“买卖型担保”<sup>(45)</sup>（以及在法理方面相似的“股权转让型担保”“让与担保”）等司法实务疑难案件的不断出现，因为相关立法缺失，而民法理论又不认可“当事人以特定财产提供债权担保这一保证担保方式”，裁判者对私法自治理念的理解又存在分歧，进而导致裁判立场出现明显分化。因此，建构“特定财产保证论”确有必要。<sup>(46)</sup>

综上，肯定保证人以特定财产提供保证担保的“特定财产保证论”不仅具有理论上的合理性和解决司法实务疑难问题的务实性，而且也具有相应的法律依据。此外，“特定财产保证论”还需要从如下方面进行把握。

首先，责任财产限于抵押物本身，且与未登记原因无关。具体而言，“特定财产保证论”是对未登记不动产抵押合同双方当事人非典型担保意思表示的尊重。也就是说，抵押权人行使特定财产之上的保证担保权，从严格意义上讲，并不属于将抵押担保转化为保证担保，而是尊重了当事人的真实意思表示，并不存在最高人民法院在判例中所讲的“转化风险”，即将未登记不动产抵押合同认定为保证担保责任，在理论上存在着增加抵押人责任范围的可能性。<sup>(47)</sup>因为此时抵押人的责任财产仅限于抵押物本身，抵押人应当在不动产的变价款范围内向抵押权人承担责任，且此时抵押权人不享有优先受偿权。<sup>(48)</sup>即使抵押权人对不动产抵押未登记存在过错，也不影响抵押人承担这一保证担保责任。

其次，抵押权人要求抵押人在抵押物范围内承担保证担保责任，前提在于抵押物仍然客观存在或者可强制执行。如果抵押物已经不能通过拍卖、变卖得以变现，则此时抵押权人只能根据抵押合同要求抵押人对自己承担违约责任。

最后，根据我国现行法律的规定，未登记不动产抵押权人实现抵押物上的保证担保权时，只能通过诉讼方式实现。也就是说，抵押权人只能在获得胜诉判决后再申请执行抵押物，才能实现

(45)买卖型担保也被称为担保型买卖，有学者将其称为“后让与担保”，其内涵为“担保人以履行买卖合同担保债权的实现”。对于其属性的相关争论，参见石冠彬《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》，《东方法学》2019年第6期，第22-26页；陈永强《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，《中国法学》2018年第2期，第236-240页；吴昭军《类型化界定涉“借”案件中的买卖合同性质——兼论法释〔2015〕18号第24条之所指》，《东方法学》2017年第4期，第39-41页；庄加园《“买卖型担保”与流押条款的效力——〈民间借贷规定〉第24条的解读》，《清华法学》2016年第3期，第76-80页；杨立新《后让与担保：一个正在形成的习惯法担保物权》，《中国法学》2013年第3期，第74-76页；董学立《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》，《中国法学》2014年第3期，第289-294页。

(46)即使是作为最高审判机关的最高人民法院，在这些问题上的裁判立场也存在差异。比如，在买卖型担保问题上，最高人民法院先后持不同的裁判立场，在“朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”再审程序中，最高人民法院认为当事人实际上先后设立的买卖合同和借款合同意思表示均为真实合法，两个合同成立并生效，参见最高人民法院（2011）民提字第344号民事判决书；在“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷申请案”的再审程序中，最高人民法院认为双方的真实意思不在于买卖而是在于担保，且违反了禁止流质规则而不产生担保之效力，参见最高人民法院（2013）民提字第135号民事判决书。

(47)参见最高人民法院（2015）民申字第2354号民事裁定书。

(48)参见浙江省高级人民法院（2016）浙民终228号民事判决书。

自己的保证担保权。本文认为，未来立法应当规定抵押权人可以借助担保物权实现程序来实现此类特殊的保证担保权，允许其选择通过诉讼程序或者非诉程序来实现保证担保权，即赋予抵押权人实现保证担保权的双重程序路径。<sup>(49)</sup>

#### 四、结论：民法典对未登记不动产抵押合同的立法规制

综上所述，在法律没有特别规定或当事人没有另行约定的情况下，未登记不动产抵押合同自成立时生效，但其不能设立有效的不动产抵押权。与此同时，其将产生双重债法效力，且责任财产和责任数额的范围均与当事人诉讼请求存在紧密关系。当抵押权人主张违约责任时，如果其没有主张补办登记，而是主张损害赔偿请求权的，此时抵押人的责任财产并不限于抵押物本身但以抵押物价值范围为限，且抵押人并不需要对债权人因为没有取得抵押权而受损部分的债权承担损害赔偿赔偿责任，而应当考虑到双方的过错；当抵押权人主张实现其在抵押物上的保证担保权时，其责任财产将局限于抵押物本身，而且此时无需考虑双方当事人对未办理抵押登记的过错。概言之，未登记不动产抵押合同这类非典型担保合同，可称为“特定财产保证合同”，即保证人有权在特定财产上设定保证担保权，其将产生“违约责任”和“担保责任”这一双重债法效力。本文认为，尽管违约责任制度可以维护抵押权人的合法权益，但不能由此否认未登记不动产抵押合同的“担保责任”效力。事实上，之所以出现债权人要求未登记不动产抵押合同的抵押人承担担保责任的诉讼请求，很大程度上是因为当事人起诉时未能审慎审查法律关系，因而才未提出违约责任请求权。从判例的分歧来看，司法实务之中有部分当事人选择请求实现抵押权，并要求实现优先受偿权，确实表明其对法律关系的分析过于粗糙，但从法院深入分析合同约束力的裁判视角来看，体现了法院对抵押权人请求权的尊重。在当事人提出诉讼请求的前提下，立法以及司法自然应当分析该诉请本身是否能够成立，而不宜判断有无更好的权利实现途径，只要该诉请存在法理基础和法律依据，司法裁判就应最大限度地尊重当事人的意思表示。

为避免司法实务的分歧，本文认为，未来民法典应当明确规定“特定财产保证制度”，从而将其作为担保种类的兜底类型，以解决包括未登记不动产抵押合同担保效力在内的一系列问题，诸如前述买卖型担保、股权转让型担保等情形，并形成由“以特定物设立担保物权”“以特定物提供保证担保”“以全部责任财产提供保证”“以全部动产设立担保物权”组成的完备的担保体系。<sup>(50)</sup>就具体立法方案而言，可以考虑在《民法典物权编草案（二次审议稿）》第177条关于担保物权的基本概念后面增加第二款和第三款：

“因没有完成交付或办理登记，导致担保物权未设立的，担保权人可主张在担保物范围内要求担保物提供人承担保证责任，也可根据本法合同编的相关规定要求担保物提供人在担保物价值范围内承担相应违约责任。”

“当事人通过其他方式创设不属于本编所规定担保物权的，参照第二款处理。”

责任编辑：王国柱

(49) 参见魏沁怡《论担保物权的实现：实体法与程序法的体系衔接》，《东方法学》2019年第5期，第63-64页。

(50) 制度的体系化是民法典的目标，有学者认为如果不能实现这一目标，就应该修正现行的“两步走”立法思路。参见柳经纬《民法典编纂“两步走”思路之检讨》，《当代法学》2019年第2期，第47-51页；本文所述担保制度的体系化，参见石冠彬《论民法典担保物权制度的体系化构建》，《法学评论》2019年第6期，第135-146页。