

# 抵押合同作为负担行为的双重效果

杨代雄\*

---

**摘 要** 未经抵押登记的不动产抵押合同不能依法律行为转换理论转换为连带责任保证合同。虽未办理抵押登记,但抵押合同作为负担行为已经发生效力。该合同具备双重效果。一方面,债权人有权请求抵押人办理抵押登记,借此设立抵押权。另一方面,主债务届期未受清偿时,债权人有权请求抵押人以抵押物变价所得价款清偿主债务。此项请求权并非担保物权,仅为相对性担保权,不得对抗第三人。包含此项请求权的抵押合同可被作成赋予强制执行效力的公证债权文书。

**关键词** 抵押合同 抵押权 担保物权 负担行为 公证债权文书

---

## 一、问题的提出

在最高人民法院“(2015)民申字第 2354 号”再审民事裁定所涉案例中,步某向新疆石河子农村合作银行借款 25 万元,用刘某的 31936 号房产作为抵押物,办理了抵押登记。此后,步某归还了 25 万元借款,但一直未注销抵押登记。一个月后,石河子农村合作银行与步某又签订了借款 20 万元的《借款合同》,借款期限 6 个月。合同约定:刘某以其 31936 号房产作为步某借款的抵押物,为减少刘某的抵押登记费用,石河子农村合作银行同意刘某继续以 31936 号房产抵押担保、不解除该房产原有抵押登记。<sup>〔1〕</sup>后因步某逾期未清偿借款债务,石河子农村合作银行诉请刘某履行担保责任。一、二审民事判决均认定刘某与石河子农村合作银行之间的

---

\* 华东政法大学教授。本文是 2017 年度国家社科规划基金项目“意思表示解释的原理与方法研究”(项目编号:17BFX192)的阶段成果。

〔1〕 将已经登记的担保债权 A 的抵押权用于担保债权 B 的其他判例有云南省高级人民法院对“丁某与杨某耘、王某元、甘某、岑某燕、云南利贞融资担保有限公司、秦某宁民间借贷纠纷案”作出的(2017)云民再 12 号民事判决。

抵押合同有效,刘某应依抵押合同对步某的借款债务承担担保责任。<sup>〔2〕</sup> 最高人民法院再审裁定驳回刘某的再审申请。<sup>〔3〕</sup>

上述案例(以下简称“石河子农合银行案”)涉及的核心问题是:未经抵押登记的抵押合同是否生效?是否发生担保责任?发生何种担保责任?自《担保法》实施以来,该问题在司法实践中逐渐成为一个棘手的难题。大体上可以分为两个阶段:《物权法》实施之前与实施之后。在第一个阶段,争论的焦点是未经抵押登记的抵押合同是否有效。<sup>〔4〕</sup>之所以如此,是因为依据《担保法》第41条之规定,以不动产、交通工具、企业设备抵押的,抵押合同自办理抵押登记时生效。由此产生疑问,该条所谓的抵押合同究竟是处分行为还是负担行为。如果仅指处分行为,则未经抵押登记的抵押合同尚有可能发生负担行为的效力。反之,如果指负担行为,则未经抵押登记的抵押合同不发生任何效力。在第二个阶段,未经抵押登记的抵押合同之有效性已经不成问题,因为按照《物权法》第187条规定,抵押登记仅为不动产抵押权的设立要件,并非抵押合同的生效要件。此外,按照《物权法》第15条规定,物权变动效果与合同效力区分处理,未办理物权登记,不影响合同效力。这表明,未经抵押登记的不动产抵押合同可以发生效力。至于动产抵押,《物权法》第188条尚且未以登记作为抵押权设立要件,则登记对于抵押合同的效力自然毫无意义。因此,《物权法》实施之后,凡是适用《物权法》的案件,需要探究的问题仅限于未经抵押登记的不动产抵押合同可否产生某种担保责任。

“石河子农合银行案”的诉讼虽然发生于《物权法》实施之后,但抵押合同订立于《物权法》实施之前,所以法院仍然适用《担保法》第41条。一、二审法院均忽视先前办理抵押登记的抵押合同与系争抵押合同不具有同一性这一重要事实,认定系争抵押合同已因登记而生效并且发生担保责任,显然存在错误。最高人民法院的再审裁定认为:依据《担保法》第41条规定,房屋抵押合同自登记之日起生效。刘某与农合银行之间关于先前的贷款还清后不办理注销登记,抵押房产继续为20万元贷款提供担保的约定不能发生双方所希望的法律后果,案涉抵押合同属于未履行登记手续的抵押合同,其法律效力并非确定无效。为救济其法律效力的瑕疵,除可以通过补办登记手续加以补正使其发生法律效力外,还可以通过解释上的转换这一方式,将其转换为有效的担保行为。如果农合银行和刘某在案涉20万元借款合同和担保合同签订之时,就知道这种以在前的抵押登记担保在后发生的另一笔债权并不能产生法律效力,在不办理登记以节约抵押登记费用的情况下,双方会选择由刘某提供保证这一合法有效的担保方式,以保证贷款合同的顺利履行。因此,根据本案的实际情况,应将案涉20万元的抵押担保合同转换为连带责任保证合同。尽管一、二审判决的论理逻辑并不正确,但其关于刘某应当对上述

〔2〕 裁判文书为新疆生产建设兵团第八师中级人民法院对“刘某与新疆石河子农村合作银行、步某借款合同纠纷案”作出的(2013)兵八民再字第4号民事判决以及新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院对本案作出的(2014)新兵民二终字第00013号民事判决。

〔3〕 裁判文书为最高人民法院对“刘某与新疆石河子农村合作银行、步某借款合同纠纷案”作出的(2015)民申字第2354号民事裁定。

〔4〕 认为依《担保法》第41条未经抵押登记的抵押合同无效的裁判文书有辽宁省高级人民法院对“毛某贤与王某、朴某浩民间借贷纠纷案”作出的(2015)辽审一民抗字第146号民事判决。

贷款及利息承担担保责任的处理结果并无不当。

此种处理方式虽然在个案中未产生不合理结果,但在方法上是否妥当,则不无疑问。所谓法律行为转换(Umdeutung, Konversion)是指一项无效法律行为符合另一项有效法律行为的要件,使之发生后两者之效力。<sup>〔5〕</sup>法律行为转换最关键的前提有二。一是系争法律行为本应无效。此处所谓无效既包括狭义无效,比如法律行为违反禁止性法律规定或缺法定形式,也包括法律行为被撤销或者变成确定无效,但不包括可撤销而尚未被撤销的法律行为以及尚处于效力待定状态的法律行为。<sup>〔6〕</sup>因为法律行为转换旨在使法律行为“起死回生”,可撤销与效力待定法律行为尚未“死亡”,自然无需“回生”。二是替代行为(Ersatzgeschäft)在效果上不能超越无效法律行为拟发生之效果,毋宁前者的效果应当弱于后者的效果。就未经抵押登记的抵押合同而言,如果适用《担保法》第41条,抵押合同充其量应认定为未生效(效力待定)而不是确定无效,<sup>〔7〕</sup>因为一旦将来办理了抵押登记,该抵押合同仍然可以生效。从这个角度看,未经抵押登记的抵押合同不适用法律行为转换。另一方面,退一步讲,即便未经抵押登记的抵押合同确定无效,也不宜将其转换为连带责任保证合同。保证是人保,保证人以全部财产为责任财产,承担无限责任,债务人不履行债务的,债权人可以对保证人的任何财产(涉及生存保障的财产除外)予以强制执行。与此不同,抵押是物保,抵押人仅以某一特定财产为责任财产,承担有限责任,如果此项财产因不可归责于抵押人的事由灭失或贬值,导致债权无法完全实现,抵押人无须以其他财产予以补充清偿主债务。<sup>〔8〕</sup>相较之下,绝不能说保证责任轻于抵押责任。保证合同不适合作为抵押合同的替代行为,将未经抵押登记的抵押合同转换为保证合同欠缺正当性。“石河子农合银行案”再审裁定认识到抵押责任有限性与保证责任无限性的区别,但考虑到系争抵押物的价值超过主债务本息数额,又认为使抵押人承担保证责任并未加重其责任。事实上,责任之轻重不仅取决于担保的数额,毋宁还涉及责任所拘束的财产范围。即便被转换为保证人的抵押人须清偿的债务数额未超出抵押物价值,也不能据此认定其责任未加重,因为依据抵押合同,其可被强制执行的财产仅限于约定的抵押物,而依据保证合同,其可被强制执行的财产则是其任何财产。况且,抵押人不承担抵押物意外灭失或贬值的风险,而

〔5〕 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2009, S.160.

〔6〕 Ellenberger, in: Palandt BGB, 71. Aufl., 2012, § 140, Rdn.3.

〔7〕 认定未经抵押登记的抵押合同未生效的判例有重庆市高级人民法院对“中国长城资产管理股份有限公司重庆市分公司与重庆合成化工厂有限公司、重庆融海实业有限公司、重庆重大高科技股份有限公司、重庆重大高科物业发展有限公司欠款纠纷案”作出的(2016)渝民再157号民事判决;吉林省高级人民法院对“吴某祥、陈某艳、樊某涛与再审申请人马某芬、被申请人王某民间借贷纠纷一案”作出的(2014)吉民提字第93号民事判决。

〔8〕 担保物权的保全权并不否定物的担保责任的有限性。《物权法》第193条以及第216条规定的担保物权的保全权仅仅意味着在担保物毁损或价值减少的情况下,如果担保人不恢复担保物的价值或提供其他担保,担保物权人有权要求债务人提前清偿或提前拍卖、变卖担保物并受偿债权。即便担保人不恢复担保物的价值或提供其他担保,其也仅以该担保物的现有价值承担责任,无须在此之外补充清偿。当然,如果担保人对于担保物的毁损有过错,则其必须赔偿担保物权人的损失,但这已经属于侵权责任范畴,与担保责任的有限性问题无关。Vgl. Bassenge, in: Palandt BGB, 71. Aufl., 2012, § 1133—1135, Rdn.2.

保证人则不得因某项财产灭失或贬值而免责。将抵押合同转换为保证合同,导致此后的风险由本为抵押人的保证人承担,不可谓其责任未被加重。<sup>〔9〕</sup>

在“石河子农合银行案”中,如果想让抵押人承担担保责任,应该寻求比法律行为转换更为妥当的方法。比如,将《担保法》第41条中的抵押合同解释为处分行为,如此,则作为负担行为的抵押合同不以办理抵押登记为生效要件,毋宁自合同成立时即发生效力。《物权法》实施之后,《担保法》第41条的意义仅限于解决“历史遗留问题”。更多案件应该依据《物权法》第187条结合第15条处理。<sup>〔10〕</sup>据此,抵押合同即便未办理抵押登记,仍然发生效力。至于该生效的抵押合同产生何种类型的担保责任,下文将予以深入探究。

## 二、基于抵押合同的抵押权设立请求权

### (一)抵押权设立请求权的理论基础

按照负担行为与处分行为区分理论,抵押合同可以分为负担行为意义上的抵押合同与处分行为意义上的抵押合同。处分行为意义上的抵押合同直接以设立作为物权的抵押权为内容,负担行为意义上的抵押合同则仅使抵押人负担给付义务,与抵押权的设立并无直接关联性。尽管我国民法并未明文规定负担行为与处分行为的区分,<sup>〔11〕</sup>但不等于说不需要作这种区分。负担行为与处分行为的区分与其说是一个立法问题,不如说是一个解释问题或理论选择问题。即便是分离原则的发源地《德国民法典》也并无某一个条文专门规定区分负担行为与处分行为。所谓的物权行为只是学者们基于萨维尼的物权行为理论对《德国民法典》第873条中关于权利变动之合意进行解释得出的概念而已。关键的并非立法上是否有明文规定,而是在解决实践问题时是否需要区分负担行为与处分行为。至少在无权处分情形中,负担行为与处分行为区分的必要性毋庸置疑,否则,买卖合同的效力将因为出卖人欠缺处分权而遭受否定,导致买受人无从寻求合同上的救济。为了避免这种不公平结果,最高人民法院《买卖合同司法解释》第3条规定买卖合

〔9〕 如果抵押人与债权人在抵押合同中约定,未在合同约定期间内办理抵押登记的,抵押人对借款债权承担无限连带清偿责任,则该约定有效。即便如此,也不应认定抵押合同被转换为连带责任保证合同,毋宁说,双方当事人达成了附条件保证合同,所附条件即逾期未办理抵押登记。代表性判例有贵州省高级人民法院对“贵州红星利尔置业有限公司与杨秀丽、贵州利尔房地产开发有限公司民间借贷纠纷案”作出的(2016)黔民终430号民事判决。

〔10〕 实践中,个别裁判文书甚至对于《物权法》实施之前订立的未经抵押登记的不动产抵押合同也依据《物权法》第15条认定为已经生效的抵押合同(最高人民法院对“中国长城资产管理股份有限公司重庆市分公司与重庆合成化工厂有限公司、重庆融海实业有限公司、重庆重大高科技股份有限公司、重庆重大高科物业发展有限公司欠款纠纷案”作出的(2017)最高法民终934号民事判决)。相反,个别裁判文书对于《物权法》实施之后订立的未经抵押登记的不动产抵押合同仍然适用《担保法》第41条,认定抵押合同未生效(吉林省高级人民法院对“吴某祥、陈某艳、樊某涛与再审申请人马某芬、被申请人王某民间借贷纠纷一案”作出的(2014)吉民提字第93号民事判决)。

〔11〕 《物权法》第15条仅规定合同效力与物权变动结果的区分,仅依该条规定并不能当然推导出负担行为与处分行为区分的结论。

同效力不受处分权欠缺之影响,实际上已经承认了负担行为的独立性。需要努力的事情是将负担行为与处分行为的区分推广于财产性法律行为的其他领域。

就抵押合同而言,这种区分在我国现行民法中并非无迹可寻。《物权法》第188条规定动产抵押权自抵押合同生效时设立,抵押人既未交付动产,也未办理抵押登记,如何产生抵押权?如果此处抵押合同仅仅是负担行为意义上的合同,只能产生以特定给付为客体的债权债务关系,断然不会产生作为物权的抵押权。能直接导致抵押权设立这一物权变动效果的必然是另一种意义上的合同,即处分行为意义上的合同或者说物权合同。既然《物权法》第188条中的抵押合同应解释为处分行为或者包含处分行为的合同,那就表明从解释论视角看《物权法》已经承认在负担行为之外还存在另一种法律行为,即处分行为。负担行为与处分行为的区分在我国具有实证法基础。

实践中引发争议的是未经抵押登记的不动产抵押合同。该合同虽然不像动产抵押合同那样导致抵押权设立,但可以作为负担行为发生某种法律效果。一般认为,不动产抵押合同使抵押人负担一项给付义务:通过办理抵押登记给债权人设立一项抵押权。<sup>[12]</sup>反过来说,债权人基于抵押合同对抵押人享有抵押权设立请求权。原则上,抵押合同自成立时生效。此后,债权人随时都有权请求抵押人通过登记为其设立抵押权。如果抵押合同已经明确约定抵押人应在一定期限内办理抵押登记,则债权人无需催告抵押人履行办理登记义务,抵押人应主动在期限届满前去办理登记。对于不动产登记,我国采用共同申请主义,<sup>[13]</sup>需要由抵押人与债权人共同向不动产登记机关申请登记。因此,为了履行办理登记义务,抵押人必须向债权人提议申请登记。在债法原理上,抵押人此举构成给付的提出。所谓给付的提出是指债务人做了自己为履行债务所必须做的所有事情,剩下的事情就是由债权人受领给付。<sup>[14]</sup>就抵押合同而言,债权人受领给付就是协助抵押人共同向登记机关提出登记申请。如果债权人未及时协助,即构成受领迟延,债权人须自己承担不利后果。

有疑问的是,如果抵押合同未明确约定抵押人应在一定期限内办理抵押登记,则究竟应由债权人催告抵押人履行该义务抑或应由抵押人在合理期间内主动提议与债权人共同申请抵押登记。这涉及抵押人是否构成违约的认定。实践中,有判例认为,办理抵押登记手续的主要义务应由抵押人承担,抵押人未提交相关证据证明其履行了此项义务,故未及时办理抵押登记手续,导致抵押权未有效设立的责任在抵押人,抵押人应承担损害赔偿责任。<sup>[15]</sup>有判例认

[12] 参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社2011年版,第649页。

[13] 《不动产登记暂行条例》第14条第1款规定:“因买卖、设定抵押权等申请不动产登记的,应当由当事人双方共同申请。”

[14] Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Bd.1, Verlag C.H.Beck, 19.Aufl., 2010, S.245.

[15] 代表性判例有江西省高级人民法院对“万安县银山矿业投资咨询有限公司与吉安市吉州区银丰小额贷款股份有限公司、吉安市银山矿业投资有限公司、吉安银山房地产投资发展有限公司小额贷款合同纠纷案”作出的(2015)赣民二终字第49号民事判决;吉林省高级人民法院对“王某红与吉林森工融信投资集团有限公司、吉林省郡兴经贸有限公司、张某、吉林省华兴泰丰信用担保有限公司、招商银行股份有限公司长春分行借款合同纠纷案”作出的(2017)吉民终441号民事判决。

为,办理抵押登记手续的主要义务应由抵押人承担,但债权人也有催促和协助义务,如果抵押人未主动履行义务,债权人也未予以催促,则双方应按照一定比例分担责任。<sup>[16]</sup> 这种观点值得商榷。

抵押合同未明确约定抵押人应在一定期限内办理抵押登记的,属于履行期限约定不明。依据《合同法》第 62 条之规定,履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,但应当给对方必要的准备时间。债务人只是“可以”随时履行,而不是“必须”随时履行。如果债权人想让债务人随时履行,必须向债务人发出履行催告(要求履行)。就抵押合同而言,债权人应当催告抵押人在合理期间内申请抵押登记。如果抵押人逾期未启动登记申请程序,即构成履行迟延,须向债权人承担迟延损害赔偿责任。反之,如果债权人从未催告抵押人申请抵押登记,则抵押人并不构成履行迟延。即便自抵押合同生效时起已经过了很长时间仍未办理抵押登记,亦然。至于债权人究竟是否已经作出催告,应由债权人负担证明责任,因为在履行期限约定不明的情况下,催告是构成履行迟延的必备要件,<sup>[17]</sup>债权人向抵押人主张履行迟延的违约损害赔偿请求权,自然须证明存在请求权的发生要件。总之,不能仅因抵押人负担办理抵押登记之义务但一直未办理抵押登记就认定抵押人构成违约,一如不能仅因出卖人负担交付标的物之义务但一直未交付就认定出卖人构成违约。

## (二) 抵押权设立请求权的违约救济

抵押人构成履行迟延的,未必都需要承担违约损害赔偿责任。损害赔偿责任的前提是债权人遭受损害,没有损害就没有赔偿。债权人遭受损害的情形比如,因抵押人迟延,直到主债务履行期届满仍未办理抵押登记,导致债权人未能及时通过实现抵押权收回借款从而蒙受资金收益损失;或者主债务履行期届满后抵押物贬值,即便此后办理了抵押登记,但由于抵押权的实现时间被推迟,债权人从抵押物价值中受偿的数额低于其本来可以受偿的数额。对于此类损失,债权人可以请求抵押人赔偿。此外,因抵押人迟延办理抵押登记,导致约定的抵押物被抵押人的其他债权人查封、拍卖,最终无法再设立抵押权,债权人也遭受损失,抵押人须承担损害赔偿责任。不过,从本质上看,此项赔偿责任并非履行迟延损害赔偿责任本身,而是履行迟延造成的其他不利法律后果,即迟延期间发生履行不能,抵押人的责任加重,即便对于履行不能的发生并无过错,仍须就履行不能承担损害赔偿责任。<sup>[18]</sup> 此种赔偿责任是替代给付的损害赔偿责任,赔偿内容是原给付本来可以给债权人带来的履行利益。具体而言,如果抵押人履行义务,设立抵押权,债权人本来可以通过实现抵押权以抵押物的价值受偿债权。现在,抵押权不能设立,抵押人

[16] 代表性判例有四川省高级人民法院对“王某荣与四川鑫星融资担保有限公司、庄某文、成都旺得福科技有限公司、邓某军、杨某艳保证合同纠纷案”作出的(2015)川民终字第 129 号民事判决。

[17] 参见(德)迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 210 页。

[18] Medicus/Lorenz, a. a. O., S. 245.

应当向债权人支付相当于抵押物价值的金钱,替代抵押物清偿债权。如果抵押物价值高于债权数额,则抵押人仅须支付相当于债权数额的金钱。

司法实践中,有些法院判决认为,抵押人的违约损害赔偿责任仅仅是补充清偿责任,即仅在主债务人不予清偿的限度内对债权人负担清偿责任。<sup>[19]</sup> 这种观点欠妥。违约损害赔偿的目标是使债权人的利益处于假如合同义务得到履行时本应具有的状态。<sup>[20]</sup> 就抵押合同而言,在抵押人履行义务设立抵押权的情况下,债权人就抵押物价值受偿债权的权利与其请求主债务人清偿债务的权利处于同一顺位,不分先后。主债务人逾期不履行债务的,债权人即可以实现抵押权,<sup>[21]</sup>无须先就主债务人财产为强制执行。既然如此,则在抵押人不履行义务未设立抵押权的情况下,其违约损害赔偿责任也应当与主债务人的清偿责任处于同一顺位,不能仅定性为处于第二位的补充清偿责任。

关于未办理抵押登记,通常没有适用过失相抵的余地。导致未办理抵押登记,要么是因为抵押人未在明确约定的期限届满前提议申请登记或者在收到债权人催告后没有及时启动登记申请程序,要么是因为未约定履行期限且债权人根本没有作出催告,要么是因为抵押人提议申请登记,但债权人不予协助。在第一种情形中,责任完全在于抵押人;在第二种情形中,抵押人无须承担任何责任;在第三种情形中,债权人受领迟延,须承担全部责任。在未约定履行期限的情形中,绝不能因为抵押人没有积极启动登记申请程序,债权人也没有予以催告,就认定双方皆有过错,适用过失相抵。<sup>[22]</sup> 双方皆有过错的典型情形是,抵押人陷于履行迟延后,向债权人提议申请抵押登记,债权人无正当理由不予协助,导致抵押登记又被延误一段时间。不过,此时也无需适用过失相抵。抵押人履行迟延与债权人受领迟延分别导致抵押登记被延误一段时间,产生两个损害结果,抵押人与债权人各自对其中一个损害结果负责即可。此种情形构成《合同法》第120条意义上的双方违约。

在抵押人构成履行迟延但未发生履行不能的情况下,债权人可否径行主张替代给付的违约损害赔偿请求权,不无疑问。从债法原理看,仅构成履行迟延的,债权人对抵押人享有迟延履行损害赔偿请求权,另一方面对抵押人仍然享有原给付请求权,可以请求抵押人继续履行办理抵

[19] 代表性判例有四川省高级人民法院对“王亚荣与四川鑫星融资担保有限公司、庄某文、成都旺得福科技有限公司、邓某军、杨某艳保证合同纠纷案”作出的(2015)川民终字第129号民事判决;广东省高级人民法院对“梅州市梅港实业有限公司与刘某云、广州市求美贸易有限公司、陈某将民间借贷纠纷案”作出的(2016)粤民再32号民事判决;云南省高级人民法院对“丁某与杨某耘、王某元、甘某、岑某燕、云南利贞融资担保有限公司、秦某宁民间借贷纠纷案”作出的(2017)云民再12号民事判决。

[20] 参见罗歇尔德斯,见前注[17],第202页。

[21] 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第379页。

[22] 适用过失相抵的判例有四川省高级人民法院对“王某荣与四川鑫星融资担保有限公司、庄某文、成都旺得福科技有限公司、邓某军、杨某艳保证合同纠纷案”作出的(2015)川民终字第129号民事判决;贵州省高级人民法院对“高某齐与徐某华、黔西南州白铃公路建设投资有限公司、贵州白层港新港港务有限公司、贵州金州港船舶运输有限公司借款担保合同纠纷案”作出的(2014)黔高民初字第61号民事判决。

押登记之义务。<sup>[23]</sup> 诉讼中,法院可以依据《合同法》第 107 条判令抵押人限期办理抵押登记。抵押人逾期未按判决要求办理登记的,债权人可以申请强制执行该判决。执行法院依据《民事诉讼法》第 251 条、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2015]5 号)第 502 条向登记机关发出协助执行通知书,据此办理抵押登记。有疑问的是,债权人可否直接持该判决书向登记机关申请抵押登记。在德国法中,依据《德国民事诉讼法》第 894 条,如果债务人被法院判令作出一项意思表示,则该判决生效时,此项意思表示视为已经作出。这就是所谓的判决拟制意思表示。在实践中,此种拟制可以解决很多问题,尤其是物权变动情形中,以判决拟制让与物权的意思表示,受让人据此可以不依赖于让与人的意思表示而取得物权。<sup>[24]</sup> 具体而言,此项判决一方面可以替代让与人的让与物权意思表示(实体法上的意思表示),<sup>[25]</sup> 另一方面也可以替代让与人的登记同意(程序法上的意思表示),<sup>[26]</sup> 所以,受让人仅需自己在登记机关作出意思表示即满足了登记要件。我国法律可以借鉴判决拟制意思表示制度,以解决旨在转让或创设物权之合同的继续履行问题。<sup>[27]</sup>

不过,实践中法院通常并未判令抵押人继续履行办理抵押登记之义务,毋宁直接判令抵押人赔偿因抵押权未设立给债权人造成的损失,<sup>[28]</sup> 这是替代给付的损害赔偿。之所以如此,大概是为了方便起见。毕竟判令抵押人办理抵押登记,登记完毕之后,再由债权人申请实现抵押权,步骤较多,耗时较长,略显繁琐。当然,这种处理方式妥当与否,有待斟酌。仅在两种情形中,才可以判令抵押人承担替代给付的损害赔偿。其一,抵押人的迟延履行已经符合合同解除之要件,债权人可以解除抵押合同并诉请抵押人承担替代给付的损害赔偿。比如,抵

[23] 在最高人民法院对“中国长城资产管理股份有限公司重庆市分公司与重庆合成化工厂有限公司、重庆融海实业有限公司、重庆重大高科技股份有限公司、重庆重大高科物业发展有限公司欠款纠纷案”作出的(2017)最高法民终 934 号民事判决中,法院认为债权人有权请求抵押人履行协助办理抵押登记义务,但由于债权人仅诉请抵押人承担违约损害赔偿责任,所以法院并未判令抵押人履行协助办理登记义务。此外,在贵州省高级人民法院对“高某齐与徐某华、黔西南州白铃公路建设投资有限公司、贵州白层港新港港务有限公司、贵州金州港船舶运输有限公司借款担保合同纠纷案”作出的(2014)黔高民初字第 61 号民事判决中,法院也认为债权人有权请求抵押人继续履行办理抵押登记义务,但在裁判结论中并未判令抵押人继续履行此项义务。

[24] 参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社 2004 年版,第 74 页。

[25] Hügel, in: BeckOK GBO, 2018, § 20, Rdn. 44.

[26] Holzer, in: BeckOK GBO, 2018, § 19, Rdn. 24.

[27] 《不动产登记暂行条例》第 14 条第 2 款第 3 项虽规定人民法院、仲裁委员会生效的法律文书设立、变更、转让、消灭不动产权利的,可以由当事人单方申请不动产登记,但如果将其中的生效法律文书与《物权法》第 28 条中的生效法律文书作等同解释,则仅限于形成之诉的裁判文书以及执行程序中的拍卖成交裁定书等,不包括给付之诉的裁判文书。只有基于判决拟制意思表示之理论,才有可能将《不动产登记暂行条例》第 14 条第 2 款第 3 项中的生效法律文书扩及于以不动产权利转移或创设为给付内容的裁判文书。

[28] 代表性判例有广东省高级人民法院对“梅州市梅港实业有限公司与刘安云、广州市求美贸易有限公司、陈某将民间借贷纠纷案”作出的(2016)粤民再 32 号民事判决;甘肃省高级人民法院对“杨某荣与王某霞、杨某厉民间借贷纠纷案”作出的(2017)甘民申 174 号民事裁定以及庆阳市中级人民法院对该案作出的(2015)庆中民终字第 857 号民事判决。



押人构成履行迟延之后,债权人催告其在合理期限内履行办理登记之义务,期限届满后抵押人仍未履行的,债权人可以依据《合同法》第94条第3项解除合同。至于主债务履行期已经届满而仍未办理抵押登记,抵押合同可否因目的不能实现而依据《合同法》第94条第4项予以解除,则有疑问。抵押合同之目的在于保障债权的实现,尽管主债务履行期已经届满,但如果设立抵押权,仍然有助于债权的实现,所以抵押合同目的仍然可以实现,不符合《合同法》第94条第4项之解除要件。其二,抵押人构成履行迟延之后,债权人在合理期限内未要求抵押人继续履行办理抵押登记之义务,依据《合同法》第110条第3项规定,债权人不得再请求抵押人继续履行。此时,抵押人免于原给付义务,债权人只能依据《合同法》第107条请求抵押人承担替代给付的违约损害赔偿责任。上述两种情形对当事人具有不同的意义。如果债权人认为办理抵押登记多此一举,打算直接请求抵押人承担违约损害赔偿责任,则其应当设法证明存在第一种情形的要件。反之,如果抵押人不想办理抵押登记,仅打算通过支付一笔赔偿金了结此事,则其应当设法证明存在第二种情形的要件。

抵押人的办理抵押登记义务到期后,债权人催告抵押人履行该义务,抵押人明确表示拒绝办理登记,<sup>[29]</sup>则其行为构成拒绝履行而不仅仅是履行迟延。与履行迟延相比,拒绝履行是更为严重的违约行为,所以法律后果也更为严重。在履行迟延情形中,履行尚且可以期待,反之,在拒绝履行情形中,履行已经不可期待。既如此,就不应苛求债权人再给抵押人一次机会。债权人可以依据《合同法》第94条第4项解除抵押合同并要求抵押人承担替代给付的损害赔偿责任。此时,拒绝履行可以认定为《合同法》第94条第4项中的“其他违约行为”。

### (三)约定自登记时生效的抵押合同与抵押权设立请求权

作为负担行为的抵押合同原则上自合同成立时生效,除非当事人有特别约定,如约定自抵押登记时合同生效。依《物权法》第15条第1分句但书之规定,此种特别约定为法律所允许。有疑问的是,此时,抵押合同究竟是附停止条件合同还是意定实践合同。依通说,实践合同(要物合同)以交付或者完成其他现实给付为特别成立要件,而不是生效要件。<sup>[30]</sup>不过,我国民法既有规定合同自交付时起成立,如保管合同,也有规定合同自交付或登记时生效,如定金合同、自然人之间的借款合同以及《担保法》中的质押合同、抵押合同。前一类合同无疑属于实践合同。后一类合同在学说上也被视为实践合同。<sup>[31]</sup>如果考虑到我国民法在相当长时间里并未严格区分合同成立与生效,则将后一类合同定性为实践合同未尝不可。实践合同一般由法律明确规定,但依私法自治原则,当事人也可以达成特别约定使合同自交付、登记时成立或生效,此项特别约定应为有效。据此,约定自抵押登记时合同生效的,该抵押合同具有两种解释的可能性:附停止条件合同与意定实践合同。如果认定为实践合同,则抵押人没有义务去办理

[29] 认定抵押人拒绝办理登记的代表性判例有云南省高级人民法院对“丁某与杨某耘、王某元、甘某、岑某燕、云南利贞融资担保有限公司、秦某宁民间借贷纠纷案”作出的(2017)云民再12号民事判决。

[30] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第83页。

[31] 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2016年版,第19页。

抵押登记使合同生效,因为合同尚未生效,不能从中产生义务,债权人不享有抵押权设立请求权。<sup>[32]</sup> 如果认定为附停止条件合同,则债权人虽然也没有基于抵押合同的抵押权设立请求权,但在债权人要求抵押人共同去办理登记时,抵押人不予配合的,可能被认定为恶意阻止条件成就,从而拟制条件成就,抵押合同生效并产生抵押权设立请求权。

相较之下,认定为附停止条件抵押合同更有利于保护债权人。因此,原则上应将此类抵押合同解释为附停止条件合同。当事人之所以约定抵押合同自办理抵押登记时生效,可能是因为《担保法》第41条之规定对其法律观念仍有影响,使其误以为订立合同时与法律规定保持一致就得如此约定。当然,如果个案相关情势表明抵押人确实不愿意在抵押登记之前承受任何负担,则应解释为实践合同。此外,如果抵押合同一方面约定合同自抵押登记时生效,另一方面又约定抵押人应于一定期限内与债权人共同办理抵押登记,否则应承担缔约过失责任,则后一项约定本身已经发生效力。<sup>[33]</sup> 此种约定如同须经行政批准的合同,双方约定由某一方当事人负责办理报批手续,违反报批义务的,需要承担损害赔偿责任。

### 三、基于抵押合同的变价清偿请求权

#### (一)变价清偿请求权的理论基础及其实现

基于抵押合同,债权人对抵押人享有设立抵押权的请求权。债权人据此可以请求抵押人办理抵押登记,在抵押人违约的情况下,债权人还可以主张违约损害赔偿。不过,这两种保护手段都有不足之处。一方面,如果抵押人不办理抵押登记,对其予以强制履行的程序比较繁琐,多费时日。另一方面,债权人要想证明抵押人构成违约而且符合替代给付的损害赔偿责任之构成要件,并非易事。在抵押合同发生纠纷的情况下,通常主债务履行期已经届满。此时,债权人最想得到的结果是尽快让抵押人履行担保责任,以便实现债权。<sup>[34]</sup> 上述两种保护手段显然不能帮助债权人圆满地实现该目标,因此,法律上应当为债权人提供更为便利、更契合当事人本意的保护手段。

从意思表示解释的视角看,双方当事人订立抵押合同的意图并非仅仅是将来通过登记设

<sup>[32]</sup> 在抵押合同或质押合同被规定为实践合同的情况下,抵押人是否负担办理抵押登记的先合同义务,甚有疑问。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉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”。此项司法解释似乎表明,基于诚实信用原则,抵押人负担办理抵押登记的先合同义务,否则就没有理由使其承担损害赔偿责任。不过,这种处理方式不宜推广适用于意定实践合同,否则将违背当事人的本意,导致合同的“实践性”形同虚设。

<sup>[33]</sup> 代表性判例有最高人民法院对“中国银行股份有限公司大连甘井子支行与库伦旗首宇甜菊糖有限公司、望奎县百益源新生代糖业有限公司、天津盛世亚糖业食品有限公司、大连新源华食品加工有限公司等金融借款合同纠纷案”作出的(2017)最高法民终436号民事判决。

<sup>[34]</sup> 这一点从很多案例原告的诉讼请求中就可以看出来:原告通常只是诉请抵押人履行担保责任,而不是诉请抵押人履行办理登记之义务。

立一项作为物权的抵押权。尤其是在主债务履行期很短的情况下,比如只有几天,<sup>[35]</sup>即便抵押人积极办理抵押登记,也无法在主债务履行期届满之前完成登记程序。实际上,依据一般交易观念,双方当事人的意图首先是以特定抵押物担保债权的实现。担保的方式是当债务人不履行债务时,债权人有权从抵押物拍卖、变卖所得价款中受偿债权,抵押人则对此有协助义务。至于办理抵押登记,则是法律为了使债权人的担保权利具备对世性而作出的更高要求。未满足这项更高要求并不意味着债权人不能从抵押合同中取得任何担保权利。

在不动产买卖合同中,出卖人一方面有义务通过办理登记向买受人移转不动产所有权,另一方面有义务向买受人交付不动产供其支配。即便尚未办理登记,买受人也有权请求出卖人交付不动产。如果不动产已经交付给买受人,买受人尽管尚未取得不动产所有权,但仍然有权对该不动产进行占有、使用。同理,在不动产抵押合同中,债权人一方面有权请求抵押人办理抵押登记从而设立一项抵押权;另一方面,即便尚未办理抵押登记,未取得作为物权的抵押权,一旦债权届期未受清偿,债权人也应有权请求抵押人以抵押物的价值替主债务人清偿债务。无论如何,抵押人在订立抵押合同时作出了担保允诺,终究需要信守诺言,按照约定履行担保义务。实践中,很多抵押合同除了明确约定抵押人有义务在一定期限内办理抵押登记之外,还约定债权人有权处置抵押物,用于受偿债权,甚至抵押人对此还将抵押物的权属证书交付给债权人。<sup>[36]</sup>此时,抵押人的允诺显然包含两层意思。一是负担以抵押物担保主债务之义务的意思,二是负担办理登记设立抵押权之义务的意思。第一层意思侧重于解决抵押人与债权人的内部关系,第二层意思侧重于解决债权人与第三人的关系,旨在通过登记使债权人的权利得以对抗不特定第三人。实际上,即便抵押合同仅明确约定抵押人有登记义务,未明确约定债权人届期有权处置抵押物受偿债权,也应认定存在上述两层意思,不应解释为“抵押人仅允诺通过登记设立抵押权,未允诺在登记前就以抵押物担保主债务”。因为,既然抵押人负担通过登记设立抵押权的义务,该义务可以强制履行,就意味着一旦债权人认真追究,抵押物难逃担保责任。从这个意义上说,抵押人在订约时表示愿意通过登记设立抵押权,就等于愿意以抵押物的价值清偿主债务,不大可能在订约时“留一手”,妄想将来可以反悔,赖着不去办理抵押登记以便逃脱担保责任。纵然抵押人当时确实心存此种特殊的想法,充其量也只是真意保留,作为相对人的债权人不得而知,所以对抵押合同的内容与效力不应产生影响。<sup>[37]</sup>

[35] 代表性判例有广东省高级人民法院对“梅州市梅港实业有限公司与刘安云、广州市求美贸易有限公司、陈某民间借贷纠纷案”作出的(2016)粤民再32号民事判决。

[36] 代表性判例有最高人民法院对“商都县众邦亿兴能源材料有限责任公司与侯某阳、韩某全、李某华民间借贷合同纠纷案”作出的(2015)民申字第3299号民事裁定以及河北省高级人民法院对该案作出的(2015)冀民一终字第260号民事判决。

[37] 我国民法虽未明确规定真意保留,但可以依意思表示解释规则解决真意保留问题。在当代民法学中,意思表示解释主要采用规范解释方法,侧重于从受领人(相对人)视角探究意思表示应当具备何种意义,此项意义即为意思表示的内容。真意保留只是表意人的主观想法,只要受领人不知道该想法,就不应成为意思表示的内容。类似观点参见纪海龙:“真意保留与意思表示解释规则——论真意保留不具有独立的制度价值”,《法律科学》2018年第3期,第91页。

应当注意的是,债权人基于未经登记的抵押合同享有的请求抵押人以抵押物价值清偿债务的权利并非担保物权。关于担保物权的性质,存在两种学说。通说认为,担保物权是一种变价权(Verwertungsrecht),表现为主债务届期未受清偿时,担保物权人有权对担保物进行拍卖、变卖并从所得价款中优先受偿债权。担保人必须容忍对担保物的变价,这对担保人而言是一种责任而不是债务。<sup>[38]</sup>反之,少数说认为,担保物权并不仅仅是一种变价权,担保物权人对担保人享有支付一定数额金钱的请求权,反过来,担保人负担支付一定数额金钱的义务(债务)。此种请求权有两个特殊性。一方面,担保人仅有义务从担保物的价值中支付金钱,或者说只有担保物才承担责任;另一方面,该请求权是物权性的,可以对抗任何一个当下的担保物所有权人,而且优先于任何一项仅仅指向担保人(担保物所有权人)自身的债权请求权。<sup>[39]</sup>少数说也被称为物上债务说,多数说则被称为物上责任说或变价权说。少数说植根于日耳曼法理论,尤其是基尔克的理论。<sup>[40]</sup>这种理论最初并无太大影响力,但随着土地债务在20世纪后半叶的德国成为不动产担保物权的主流形式,其逐渐受到重视。因为,与抵押权不同,土地债务不要求附随性,即便没有主债务,也可以设定土地债务,此时,如果说土地债务作为担保物权仅仅是一种责任,那就变成无债务的责任了,在理论上很难予以合理解释。<sup>[41]</sup>我国民法并未规定不具备附随性的担保物权,所以没有必要为了解释此种担保物权而采用物上债务说。况且,从我国《物权法》第195条第2款“抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”以及第179条第1款“债权人有权就该财产优先受偿”等立法表述看,法条文义显然倾向于变价权说,物上债务说没有太大的解释空间。

如果对于担保物权的性质采用变价权说,则显然不能将债权人基于未经登记的抵押合同享有的以抵押物价值清偿债务的请求权定性为担保物权。因为,作为变价权的担保物权是一种支配权,其实现不依赖于担保人的意志,而债权人基于未经登记的抵押合同享有的权利则是请求权,其实现依赖于抵押人的意志。两种权利截然不同,不可混为一谈。实际上,即便对于担保物权的性质采用物上债务说,结论亦无不同。因为,少数说所谓的担保物权人之请求权是对世性的,其义务主体是任何一个当下的担保物所有权人,义务随着担保物所有权的移转而法定移转。反之,债权人基于未经登记的抵押合同享有的受偿请求权是对人性(相对性)的,其义

[38] 参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(下册)》,申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第169页;Bassenge, in: Palandt BGB, 71. Aufl., 2012, Vor § 1113, Rdn.1; Wenzel, in: Erman BGB, 15. Aufl., 2017, Vor § 1113, Rdn.4.

[39] Wolfsteiner, in: Staudinger BGB, 5. neu. Aufl., 2015, Einleitung zu §§ 1113 ff, Rdn.24.

[40] 基尔克认为,土地担保物权的主要内容是物的责任(Sachhaftung),但与物的责任相联系的还有任何一个当下所有权人负担的物上债务(dingliche Schuld)。物上债务只能通过物上责任之实现得以强制履行。因此,通过基于物上债权的诉讼不能直接请求所有权人支付金钱,只能请求其从土地中支付金钱。法院判决应该确认针对所有权人的从土地中支付金钱的物上请求权,赋予其对该土地而且仅对该土地的可执行性。物上债务并未创设一项人的负担(Verpflchtung der Person),毋宁说,它创设了一项土地上的负担,作为土地财产的消极成分。Vgl. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.2, Duncker & Humblot, 1905, S.852-856.

[41] 学理上所谓存在“无债务的责任”实际上是不精确的说法,确切地说,是存在“无自己债务的责任”,亦即,物上担保人为他人债务提供担保。

务主体是特定人,抵押物所有权移转之后,负担清偿义务的仍然是订立抵押合同的原所有权人,债权人无权请求新所有权人清偿债务。

总之,基于未经抵押登记的抵押合同,债权人仅取得一项相对性担保权。该担保权仅在订立合同的抵押人与债权人之间发生效力,从本质上看,其仅为债权请求权。相对性担保权不能对抗抵押人的其他债权人。当其他债权人对抵押物强制执行时,相对性担保权人不得主张优先受偿权,因为同为债权请求权,地位是平等的,充其量只能在已经取得执行依据的情况下申请参与分配抵押物的价值。一如特定物买卖合同,在买卖物所有权移转之前,出卖人的债权人对买卖物予以强制执行,买受人无权提出异议,<sup>[42]</sup>因为买受人也仅仅是债权人而已,并无优先地位。仅当没有其他债权人介入时,相对性担保权才能充分发挥作用。担保权人为实现其债权,有权诉请抵押人履行抵押合同产生的担保义务,即对抵押物予以变价并以所得价款清偿主债务。就担保物的变价而言,相对性担保权人仅享有变价请求权而不是像抵押权人那样享有作为支配权的变价权,该请求权的实现需要抵押人积极地作出给付。<sup>[43]</sup>法院认定抵押合同有效的,可判令抵押人限期履行此项给付义务。抵押人逾期不履行的,相对性担保权人有权申请对该判决予以强制执行,执行的方式为由法院对抵押物进行拍卖并以所得价款清偿债权。

仅从强制执行结果看,变价清偿请求权的强制执行与抵押权人变价权的强制实现没有本质不同。二者的区别在于:前者是对抵押人给付义务的执行,执行措施是对抵押人给付行为的替代;后者是抵押权人处分权的司法实现,<sup>[44]</sup>执行措施是对抵押权人处分行为的替代——抵押权人在抵押权实现条件成就时对抵押物虽有处分权,但为确保公正,须借助于法院的特别程序(《民事诉讼法》第196—197条)与执行程序行使处分权,一如意思表示撤销权在我国须借助于法院判决予以行使。尽管变价清偿请求权的实现本来依赖于抵押人的给付行为,但被执措施替代之后,此种依赖性不复存在,实际发挥作用的是司法行为。另一方面,尽管抵押权的实现不依赖于抵押人的给付行为,但由于需要经过司法程序,实际发挥作用的也是司法行为。

[42] 例外情形是依据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条之规定,登记物的买受人已经支付全部价款并占有该物,非因其过错尚未办理过户登记,该物出卖人被其债权人申请强制执行的,执行法院不得查封、扣押、冻结该物。

[43] 与已办理抵押登记之情形相比,未办理抵押登记的抵押人需要做的事情更多一些:已办理抵押登记的,按照抵押权的实现程序操作,抵押人无须积极地对抵押物予以变价,只须容忍抵押权人的变价即可;反之,未办理抵押登记的,抵押人需要自己对抵押物予以变价,并以所得价款清偿主债务。尽管两种情形中抵押物变价的成本最终都由抵押人承担,但毕竟在第二种情形中需要更为积极地行动。从这个角度看,抵押合同的第二种法律效果加重了抵押人的负担。不过,此项负担的加重存在充分理由。抵押合同生效后,抵押人本来应该(明确约定办理抵押登记期限时)或者可以(未明确约定办理抵押登记期限时)及时办理抵押登记,设立抵押权,借此免去自行变价之麻烦,否则,未及时办理抵押登记,当然应该承受自行变价之负担。况且,此项负担事后可以通过抵押人直接以金钱清偿主债务或者与债权人协议以抵押物折价清偿主债务等方式予以消解。此外,从实务上看,债权人坐等抵押人自行变价清偿主债务的可能性也不大,通常都会积极地通过起诉并申请强制执行的方式实现基于抵押合同的担保权利,在实际效果上与实现抵押权大同小异。因此,所谓的负担加重并不构成否定抵押合同第二种法律效果的充分理由。

[44] Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 6. Aufl., Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1887, S.827; 鲍尔等,见前注[38],第30页。

结果是殊途同归,相对性担保权与绝对性担保权(担保物权)的差别在执行程序中被抵消。当然,前提是没有其他债权人介入,否则,在相对性担保权强制执行过程中已经取得执行依据的其他债权人在符合《民事诉讼法司法解释》第508条规定的条件下可以申请参与分配。

有疑问的是,基于未经抵押登记的抵押合同,债权人可否仅请求抵押人清偿债务,不要求其抵押物予以变价。依债法原理,债可以分为特定之债、种类之债与金钱之债。三者的主要区别在于,债之标的是否具有可替代性,由此决定了债可否发生履行不能。<sup>[45]</sup>依其本旨,抵押人债务之标的是届期对抵押物予以变价并以所得价款清偿主债务。由于抵押物是特定的,所以抵押人的债务是特定之债,一如以特定物之维修为给付内容的承揽债务是特定之债。抵押物灭失的,抵押人无法对其予以变价,抵押人的债务发生履行不能。债权人无权请求抵押人以其他物替代抵押物履行担保义务,当然,如果符合代偿请求权的要件,则另当别论。债权人充其量只能在抵押人对于履行不能的发生有过错的情况下请求其承担损害赔偿。在抵押人没有过错的情况下,抵押物灭失导致履行不能的风险由债权人承担,抵押人免于担保义务,除非抵押人此前已经陷于履行迟延。从这个角度看,基于未经抵押登记的抵押合同,债权人仅有权请求抵押人以抵押物变价所得清偿主债务,无权请求抵押人以其他财产(包括金钱)清偿主债务,否则,可能导致风险(灭失风险、贬值风险)被不适当地转嫁给抵押人承担。

不过,从另一个角度看,针对债权人的以抵押物变价所得清偿主债务之请求,抵押人并非必须老实地先将抵押物变卖,然后将所得价款用于清偿主债务。毋宁说,抵押人可以直接用金钱清偿主债务。对此,可以区分两种情况。其一,抵押人支付的金钱等于主债务数额,可以解释为第三人清偿,即抵押人代主债务人清偿。主债务因清偿而消灭,作为从债务的担保义务同时消灭,债权人不得再请求抵押人履行变价清偿义务。其二,抵押人仅支付相当于抵押物价值的金钱且该金钱低于主债务数额。此时,如果解释为第三人清偿,则仅为部分清偿。由于主债务并未完全消灭,所以抵押人的担保义务没有消灭,债权人仍有权基于抵押合同请求抵押人以抵押物变价清偿。如果解释为代物清偿,即抵押人以“用其他金钱清偿”替代“将抵押物变价并以所得价款清偿”,则抵押人的变价清偿义务(担保义务)因代物清偿而消灭。当然,代物清偿需要作为担保义务人的抵押人与债权人达成合意,因为替代给付的价值未必等同于原定给付的价值,是否接受替代给付,应由债权人自由决定。实践中,如果债权人受领了抵押人支付的金钱,可以解释为默示同意了代物清偿。债权人如果认为抵押人支付的金钱低于抵押物的价值,可以拒绝接受代物清偿并请求抵押人继续履行变价清偿义务。

如果因抵押人的过错导致变价清偿义务履行不能(抵押物灭失、被转让),或者抵押人迟延履行变价清偿义务后该义务陷于履行不能,则抵押人须对债权人承担违约损害赔偿,在抵押物价值范围内赔偿债权人因丧失担保权利而遭受的损失。另一方面,虽未构成履行不能,但如果抵押人陷于履行迟延,债权人催告其在合理期限内履行变价清偿义务而其逾期仍未履行的,债权人有权依据《合同法》第94条第3项解除抵押合同并请求替代给付的损害赔偿。同样也是在抵押物价值范围内赔偿债权人因未享用担保权利而遭受的损失。此时,“抵押物价值”

[45] 罗歇尔德斯,见前注[17],第105—106页。

仅具有数学意义,发挥限定赔偿数额的作用,抵押人可以用抵押物之外的其他财产履行违约损害赔偿义务。在上述情形之外,债权人仅有权请求抵押人以抵押物变价所得清偿主债务。不过,如果债权人事实上请求抵押人在抵押物价值范围内对主债务承担连带清偿责任,则可以解释为向抵押人发出代物清偿要约,允许抵押人直接以金钱清偿主债务。抵押人按照要求向债权人支付金钱的,构成代物清偿承诺,同时发生清偿效力,主债务与抵押人的担保义务均归于消灭。

## (二) 变价清偿请求权的实践基础

司法实践中,只有少数判决或裁定在概念上明确区分抵押合同违约责任与基于抵押合同的连带担保责任,而且此类裁判大都只判令抵押人承担抵押合同违约责任,<sup>[46]</sup>未判令其履行基于抵押合同的连带担保责任。<sup>[47]</sup>之所以如此,主要是因为民法学理上尚未普遍认识到抵押合同一方面使抵押人负担通过登记设立抵押权的义务,另一方面还可以使抵押人负担以抵押物变价清偿主债务的义务。不过,在司法解释中,未经抵押登记的抵押合同并非一律不产生担保责任。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第59条规定:“当事人办理抵押物登记手续时,因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记,抵押人向债权人交付权利凭证的,可以认定债权人对该财产有优先受偿权,但是,未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。”此项司法解释在例外情况下承认未经抵押登记的抵押合同产生担保权利,值得肯定。不过,也存在不足之处。首先,一方面规定债权人有优先受偿权,另一方面又规定不得对抗第三人,自相矛盾。因为,“优先”意味着优先于第三人,“不得对抗第三人”意味着不能优先于第三人,二者恰恰相反。其次,“对该财产有优先受偿权”意味着债权人对抵押物享有作为物权的抵押权。这一步显然迈得太大,突破了债权与物权的界限。更为可取的是仅承认债权人对抵押人享有就抵押物受偿债权的请求权。

此外,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24条第2款也表明最高人民法院承认物的担保合同即便不能创设物权也能发生相对性担保义务。依该款规定,当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,按照民间借贷法律关系处理。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。此种交易模式中,双方当事人的真实意思是一方(出借人)向另一方(借款人)提供借款,另一方逾期不返还借款的,必须将“买卖合同标的物”所有权移转给出借人。实际上,这是借款合同加上附流押约款的抵押合同。流押约款不发生效力,但抵押合同的其他内容应为有效。因此,司法解释规定出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务,拍卖所得价款高于借款本息数额的,借

[46] 代表性判例有湖南省高级人民法院对“饶某芳与付某明、常宁市湘中南置业有限公司民间借贷纠纷案”作出的(2015)湘高法民三终字第176号民事判决。

[47] 明确承认基于未经登记抵押合同的连带担保责任的判例有最高人民法院对“商都县众邦亿兴能源材料有限责任公司与侯某阳、韩某全、李某华民间借贷合同纠纷案”作出的(2015)民申字第3299号民事裁定以及河北省高级人民法院对该案作出的(2015)冀民一终字第260号民事判决。法院认为,当事人之间签订的抵押担保条款应为有效条款,众邦公司应在土地使用权抵押担保范围内对韩某全、李某华的上述债务承担连带清偿责任。

款人有权主张返还。尽管此种隐藏于买卖合同之下的抵押合同未通过抵押登记产生作为物权的抵押权,但债权人依据上述司法解释最终也能从抵押物的价值中实现相对性担保权利。实践中,完全可以将此项司法解释的精神推广适用于公开订立的未经抵押登记的不动产抵押合同。

更为普遍且直接承认基于抵押合同的相对性担保权的是涉及赋予强制执行效力的公证债权文书的司法解释。未经抵押登记的抵押合同可否被作成赋予强制执行效力的公证债权文书,<sup>[48]</sup>在我国实践中曾经是一个备受争议的问题。我国《公证法》第37条第1款规定:“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”2000年最高人民法院、司法部联合发布的《关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》第1条规定公证债权文书须具有给付货币、物品、有价证券的内容,第2条列举的公证债权文书类型不包括抵押合同。因此,包含服从执行条款的公证抵押合同是否具备强制执行效力就成为一个疑问。实践中,法院的意见并不统一。直至2014年,最高人民法院《关于公证机关赋予强制执行效力的包含担保协议的公证债权文书能否强制执行的请示的答复》(〔2014〕执他字第36号)指出,现行法律、司法解释并未对公证债权文书所附担保协议的强制执行作出限制性规定,公证机构可以对附有担保协议债权文书的真实性与合法性予以证明,并赋予强制执行效力。据此,抵押合同可以作为主债权合同的附件被公证机关一并赋予强制执行效力。<sup>[49]</sup>2015年最高人民法院发布的《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2015〕10号)第22条重申了这一立场。2017年最高人民法院、司法部、中国银监会联合发布的《关于充分发挥公证书的强制执行效力服务银行金融债权风险防控的通知》(司发通〔2017〕76号)第1条规定银行业金融机构运营中所签署的各类担保合同均可被公证机关赋予强制执行效力,无须与主债权合同一并作成公证债权文书。

“司发通〔2017〕76号”通知的上述规定值得肯定。如前所述,在《物权法》实施之后,作为负担行为的抵押合同即便未经抵押登记也依然有效。抵押合同产生两项请求权:抵押权设立请求权与抵押物变价清偿请求权。二者在本质上也是债权,相对于被担保的主债权,二者属于从债权。从这个意义上说,抵押合同书也是一项债权文书。抵押人的义务包括办理抵押登记

[48] 将完成抵押登记的不动产抵押合同作成赋予强制执行效力的公证债权文书没有多大的意义,因为办理登记后,已经产生作为物权的抵押权,依据我国《民事诉讼法》第196条、197条之规定,债权人实现担保物权的,可以不经起诉,直接向法院申请作出变价裁定,并以该裁定作为执行依据对担保物予以强制执行。与实现抵押权的特别程序相比,对被赋予强制执行效力的公证抵押合同的强制执行程序并未表现出效率上的优势。

[49] 最高人民法院对“天津隆侨商贸有限公司与中航信托股份有限公司、深圳市中技实业(集团)有限公司、成某波、隆侨公司借款合同纠纷案”作出的(2015)执复字第44号执行裁定认为抵押合同与主合同一并作出公证文书的,可被赋予强制执行效力。类似判例还有山东省高级人民法院对“泰安志高实业集团有限公司、淮南志高动漫文化科技发展有限公司、江某廷、岳某、江某溢等股权回购纠纷案”作出的(2014)鲁执复议字第47号执行裁定。



和对抵押物予以变价清偿主债务,这些行为都属于给付,所以抵押合同满足了《公证法》第37条“以给付为内容”的债权文书之要求,被作成赋予强制执行效力的公证债权文书并无法律障碍。而且,抵押合同并非必须与主合同一并作成赋予强制执行效力的公证债权文书。尽管抵押合同只是从合同,但从合同不需要与主合同完全一致。主合同可以采用口头形式,作为从合同的抵押合同须采用书面形式。同理,主合同未办理公证,作为从合同的抵押合同可以办理公证。既然抵押合同本身就是一项债权合同,其应该可以被单独作成赋予强制执行效力的公证债权文书。

未经抵押登记的抵押合同被作成赋予强制执行效力的公证债权文书后,主债务届期未受清偿的,抵押合同即可作为执行依据(执行名义),无须法院作出判决。由于抵押合同产生两项请求权,所以存在两种强制执行方式。一是强制执行抵押权设立请求权,通过法院的执行程序强制设立抵押权。具体表现为执行法院向不动产登记机关发出协助执行通知书,要求其合同约定的抵押物办理抵押登记。据此设立抵押权后,再由抵押权人依《民事诉讼法》第196—197条规定的特别程序申请实现抵押权。实践中基本上没有当事人采用这种强制执行方式,因为必须经过法院的两道程序,分两步走,效率太低。另一种方式是对变价清偿请求权予以强制执行。具体而言,执行法院受理债权人的执行申请后,向抵押人发出执行通知,要求抵押人以抵押物变价清偿主债务。抵押人收到通知后未按期清偿债务的,再由执行法院查封抵押物并对其进行拍卖,所得价款用于清偿主债务。这种强制执行方式的优点是简便快捷,一步到位,如果没有其他债权人介入,则实际效果相当于实现作为物权的抵押权。因此,实践中当事人通常采用这种强制执行方式,而且获得法院肯定。最有代表性的案例是最高人民法院对“隆侨公司案”作出的“(2015)执复字第44号”执行裁定。

此种获得最高人民法院支持的强制执行方式表明,在未经抵押登记的抵押合同被作成赋予强制执行效力的公证债权文书的情形中,最高人民法院已经承认抵押合同的法律效果包含了抵押物变价清偿请求权,否则,在未通过登记设立抵押权的情况下,没有理由依据抵押合同直接查封抵押物并予以变价。

#### 四、结 语

实践中,出于交易成本或效率等因素的考虑,当事人订立抵押合同但未办理抵押登记的现象不在少数。如果固守“抵押合同仅产生抵押权设立请求权”之陈见,则一方面违背双方当事人订立抵押合同的初衷,不符合一般交易观念,另一方面导致债权人的利益得不到充分保护。因此,非常有必要承认抵押合同具备双重法律效果,既能产生抵押权设立请求权,也能产生抵押物变价清偿请求权。我国现行司法解释以及某些判例实际上已经直接或变相地认可了基于抵押合同的抵押物变价清偿请求权。我们需要做的事情是更进一步,使这种请求权得到普遍承认。不但未经抵押登记的抵押合同可以产生变价清偿请求权,股权、知识产权、应收账款等权利质押合同也可以产生此种请求权。因为,依据《物权法》第17章第2节相关条款的规定,股权、知识产权等权利质权自登记时设立,未经质押登记的,不产生质权,但质押合同本身有

效。债权人一方面可以请求出质人办理质押登记,另一方面在主债务届期未受清偿的情况下可以请求出质人兑现允诺,将股权、知识产权等权利变价清偿主债务。实践中也存在很多涉及未经质押登记的权利质押合同的案例,<sup>[50]</sup>与未经抵押登记的抵押合同面临同样的问题,应该按照相同的原理予以处理。

**Abstract:** The real estate mortgage contract without mortgage registration should not be converted into joint liability guaranty contract according to the theory of legal act conversion. Although the mortgage registration has not been done, mortgage contract has already come into force as an Obligation—Act with dual legal effects. Firstly, the creditor is entitled to request the mortgager to establish mortgage right through registration. Secondly, when the principal debt is not paid off by the debtor on the appointed date, the creditor is entitled to request the mortgager to pay off the principal debt with the money obtained from the sale of the guarantee. Such right of the creditor is not a real right, but a relative right of security without effect against the third party. A mortgage contract containing such right can be made into notarial obligatory right document with compulsory execution effect.

**Key Words:** Mortgage Contract; Mortgage; Real Right for Security; Obligation—Act; Notarial Obligatory Right Document

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:许一君)

[50] 代表性判例有最高人民法院对“郭某相与中国高新投资集团公司、张家港市新天宏铜业有限公司委托贷款合同纠纷案”作出的(2014)民一终字第162号民事判决以及北京市高级人民法院对该案作出的(2013)高民初字第81号一审民事判决(法院认为未经登记的股权质押合同有效,出质人应当以约定出质的股权向债权人承担债权不能实现部分的违约损害赔偿赔偿责任);最高人民法院对“长城(宁夏)资产经营有限公司与北京金桥国盛投资有限公司、北京金汇联合投资有限公司借款合同、股权转让纠纷案”作出的(2015)民二终字第70号民事判决(法院认为未经登记的股权质押合同有效,出质人须承担违约责任,在股权价值及孳息范围内赔偿因其逃避了质押担保责任给债权人造成的损失);广东省高级人民法院对“中国银行股份有限公司广州荔湾支行、广东正元药业有限公司、广州宏大典当有限公司、湖南成林粤港城房地产开发有限公司、湖南华强制药有限公司、中国人民财产保险股份有限公司广东省分公司等金融借款合同纠纷案”作出的(2017)粤民终22号民事判决(法院认为未经登记的股权质押合同有效,出质人因过错对债权不能实现部分承担违约损害赔偿赔偿责任)。