

【合同法】

论未登记不动产抵押合同的效力

冉克平

【摘要】在不动产抵押合同与登记的关系上,《担保法》的“同一主义原则”已被《物权法》的“区分原则”所取代,“担保法解释”所规定的应景式补救规范应当限制适用(第7条)或废止(第56、57条)。将未登记的不动产抵押合同的效力转换为抵押财产范围内的连带保证,既不符合无效法律行为转换的适用条件,亦未遵循合同的补充性解释规则,不仅有悖于当事人的意思自治,而且未考虑其处理结论的体系辐射效果。未登记不动产抵押合同的效力问题,应在合同法的框架之下考查不动产抵押合同未能登记的具体原因,通过登记请求权、合同解除、违约损害赔偿(可预见性、与有过失)等,合理分配抵押人与债权人的责任。

【关键词】不动产抵押合同;登记;无效转换;违约责任;连带保证

【作者简介】冉克平(1978-),男,湖北枝江人,法学博士,武汉大学法学院教授、博士生导师,主要研究民商法学(武汉 430072)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2020.1.121~130

【基金项目】国家社科基金项目(17BFX135)“夫妻团体行为的法理分析与规范研究”。

一、问题的提出

抵押权是现代市场经济中最为重要的担保方式,具有媒介资本和担保债权的双重功能。除极为特殊的法定抵押权如《物权法》第182条规定的“视为一并抵押”的情形之外,抵押权系债务人或第三人(物上保证人)与债权人通过订立抵押合同的方式设立。依据现行法,在不动产或者不动产权利之上设定抵押权的,抵押权自登记时设立;未经登记的,则抵押权未设立。

有疑问的是,若第三人与债权人订立的抵押合同未经登记,抵押合同的效力如何?最高人民法院近年来接连对此作出数个重要裁判,然而其间分歧明显,具体而言:(1)以法律行为的转换为理论基础,抵押人应承担以抵押物为限的连带保证责任^①。(2)以缔约过失责任为基础,要求抵押人承担相应的赔偿责任^②。(3)以违约责任为基础,抵押人承担连带性的

违约损害赔偿责任^③。(4)欠缺说理部分,径直认为抵押人应当承担以抵押财产为限的连带责任^④。

由于我国属于成文法国家,法院裁判通常仅是对法律的具体适用而不具有法的渊源之地位。然而,最高人民法院在个案或者类案裁判中所表达的“法律见解”,基于法的安定性、平等原则以及信赖保护的要求,在事实上具有一定的拘束力。在相当意义上,除非具有相当理由,下级法院具有依最高人民法院的类似判决所持见解从事裁判的惯性。^[17]显然,最高人民法院对未登记不动产抵押合同的责任承担之“法律见解”迥异,这不仅有违“相似案件应作类似处理”的原则,而且势必会极大地影响法的安定性。

在学理上,未登记不动产抵押合同的效力相关研究仍不多见。该问题属于物权法与合同法的交叉领域,对于该问题的解答必须考虑其处理结论的体

系辐射效果。针对前述最高人民法院的相关裁判,笔者拟结合比较法上的学说,探讨未登记不动产抵押合同的效力以及相关法院判决中包含的裁判规则,并检讨审判实践中存在的问题,以期利于该问题的法教义学研究及其体系的建构。

二、不动产抵押合同与登记之间的关系图景

(一)不动产抵押合同与登记的“同一主义原则”关系

抵押合同系抵押人与债权人在抵押人的特定财产上设定抵押权,并明确双方在抵押关系中权利义务的协议。抵押合同从属于所担保的债权,属于要式合同。虽然抵押合同表现为“有名合同”,但是在体系上,该合同类型并未规定在合同法分则上。相反,抵押合同的相关内容规定在担保物权部分(《担保法》第39条、《物权法》第185条)。究其原因,乃是基于物权法定原则,抵押权的种类与内容、公示方法及效力等主要内容由法律规定。但基于意思自治原则,抵押标的与抵押财产所担保的范围等可由抵押人与债权人在合同中约定。

不动产抵押登记的规范意义在我国法上经历了复杂的变迁。依据1995年《担保法》第41条、42条的规定,在不动产上设立抵押权的,应当办理登记,抵押合同自登记之日起生效。未经登记的,抵押合同无效。由于债权人和抵押人之间不存在抵押法律关系,抵押人不必向债权人承担清偿义务^⑤。债权人只能依主合同向债务人主张无抵押担保的违约责任。这一效力性强制规范体现出浓厚的行政干预市场经济的色彩,表明在计划经济向社会主义市场经济的转型初期,国家试图通过对抵押合同设置生效要件实现对不动产交易的宏观调节和监控。于此情形,登记的首要功能是抵押合同的特别生效要件,附带产生不动产抵押权变动的效果。不动产抵押合同与物权变动是一体的,两者之间无法区分。简言之,在一项法律行为上,债权法上的效力与物权法上的效力同时发生,这在学理上被称为“同一主义原则”。^{[2]93}这一立法观念在1999年颁布实施的《合同法》第44条上仍然有所表现。

以登记作为不动产抵押合同特别生效要件的

“同一主义原则”具有明显的局限性,其不仅极大地影响交易的效力,而且对债权人的保护严重不足,由此导致不公正的结果。^{[3]287}为了缓和这一立法模式给不动产抵押合同相关司法实践所带来的混乱,2000年“担保法司法解释”在区分不动产抵押合同未登记原因的基础上,试图纠正其不足之处,具体而言:(1)若担保合同无效,依据债权人是否有过错区分抵押人的赔偿责任(“担保法解释”第7条)。(2)抵押人违背诚实信用原则拒绝办理登记的赔偿责任(“担保法解释”第56条)。(3)因不动产登记机构的原因导致无法办理抵押登记的效力(“担保法解释”第59条)。

“担保法解释”使抵押权人获得了一定的救济方法,但是其缺陷也是显而易见的:其一,在抵押人具有过错的情形,抵押人所承担的赔偿责任不以抵押物的价值为限,而是以其全部财产作为责任财产,从责任范围的承担上看这更接近于违约责任。既然抵押合同因未登记而无效,由抵押人承担近似于违约责任的正当性依据何在^⑥?其二,因抵押人的原因导致未能登记的,对于“赔偿责任”的性质,法律并未规定。依据“合同法司法解释(二)”第8条的规定,一方当事人未按照法律规定申请登记的,抵押人承担的是缔约过失责任。这势必使债权人的赔偿范围受到极大限制,其合理性值得怀疑。其三,因登记机关的原因导致不能登记,抵押人交付权利凭证即认定债权人享有优先受偿权,这是试图以“交付”代替“登记”作为不动产抵押的公示方法,其不仅与“担保法解释”所规定的登记作为不动产抵押合同的特别生效要件相矛盾,而且使不动产抵押权的公示方法变得复杂。随着《不动产登记暂行条例》及其“实施细则”的颁行,因不动产登记机构的原因导致未能登记的,其应当承担行政责任乃至刑事责任,并无类似“担保法解释”的规定。然而该规定仍被最高人民法院援引作为相关案件的判决依据^⑦。这无疑会带来法律适用的混乱。

(二)不动产抵押合同与登记之间的“区分原则”

《物权法》第15条规定,未办理物权登记的,当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的

的合同效力不受影响。登记是针对物权的变动而非合同所采取的一种公示方法。即使当事人之间就物权的变动达成合意,但未办理登记并不影响合同的效力。相应地,不动产抵押权自登记时设立(《物权法》第187条)。从比较法上看,在基于法律行为发生的不动产物权变动之中,登记的效力可以分为登记生效主义和登记对抗主义。在前者,登记是不动产物权变动的生效要件,仅依当事人的债权合意不发生不动产物权变动的效果。如德国、奥地利民法。在后者,当事人之间的合意即可发生不动产物权变动的效果,但未经登记,不得对抗善意第三人。如法国、日本民法。我国《物权法》对于不动产物权变动确立登记生效主义,因此不动产抵押权的设定必须经公示才能完成。

显然,《物权法》确立的“区分原则”改变了《担保法》规定的“同一主义原则”。在两种立法例之下,不动产抵押合同与登记之间的关系具有实质性差异。在前者,登记仅具有单一意义,针对的是抵押权的设定;^[16]在后者,登记具有双重意义,既针对不动产抵押合同(特别生效要件),亦针对抵押权的设立(权利设定要件)。在价值取向上,“区分原则”体现了法律尊重当事人意思自治及保障交易安全的双重考量;“同一主义原则”则反映了国家对当事人意思自治的过度干预,对当事人的信赖保护不利^⑧。对于不动产抵押合同而言,登记系不动产抵押权的强制公示要件,在效力上涉及设权力、推定力与公信力,它们相互勾连、分工泾渭分明:设权力指向抵押权的变动,是强制公示的基础效力;推定力被用以分配证明抵押权存在与否的责任,属于与举证负担相关的程序规范;公信力保护信赖抵押登记的善意第三人,体现了民法中的信赖保护思想。

在“区分原则”的立法例之下,抵押合同与登记的法律性质存在解释上的争议。在德国法上,法律行为依据法律效果的不同被划分为负担行为与处分行为:使一个人相对另一个人承担某种给付义务的是负担行为;直接作用于某项现存权利的是处分行为,例如设定抵押权或质权即是。^{[15]435-436}我国有学者认为,纯粹的物权行为或处分行为在我国现行法上

是客观存在的,例如第三人与债权人达成的抵押协议。^{[16]213}笔者认为,这一认识有失偏颇。依据德国的物权行为理论,设定抵押权的约定属于债权行为,而当事人有关抵押权的设定行为则属于“物权的合意”。后者与前者相比有严格的界限:在物权的合意中显然欠缺任何使行为人负义务的要素。但是,仅仅是物权合意仍不足以引起物权的变动,还需要有一个可识别的外部形式,即登入土地(不动产)登记簿,才能发生不动产物权的变动。^{[17]1}尽管物权行为理论在我国存在较大争议,但是有相当多的学者认为,无论是基于文义解释,还是历史解释,都无法得出《物权法》第15条承认了物权行为与债权行为区分的结论。^{[18]44}该条只是澄清了这样一个规则,即买卖等债权行为仅仅在当事人之间产生债的效力,其可与物权变动的效力区分开来。^[19]这一区分与德国法上对负担行为、处分行为的区分显著不同。更何况,无论是否区分债权行为与物权行为,都不应混淆抵押合同的效力和不动产登记的效力,否则既不符合物权与债权相区分的法理,无法清晰地界定物权法与合同法的适用范围,更不利于贯彻契约严守原则和维护交易的安全。

(三)以“区分原则”为基础的非典型担保辨析

近年来有观点认为,依据区分原则,在未办理抵押登记的情况下,不动产抵押合同具有在债权人与抵押人之间设定非典型担保的法律意义。相关主要理由归纳如下:(1)《物权法》规定的“区分原则”使债权人可以依据自己的判断来决定设立债权担保(未登记不动产抵押合同)还是物权担保(已登记不动产抵押合同)。未登记不动产抵押合同属于非典型担保之一,介于保证与抵押权之间。由于不动产未经登记因而债权人 not 享有优先受偿权,抵押人在抵押物价值范围内承担连带责任。^[10](2)债权人除享有登记请求权外,还享有抵押合同上的担保权,即债权人要求抵押人(物上保证人)依照抵押合同承担合同上的担保义务的权利。若债权人不行使登记请求权,可以通过行使抵押合同上的担保权的方式担保主债权的实现。^[11](3)未登记不动产抵押合同与保证、抵押等担保方式相比,既有相同之处又有明显不同:未

登记不动产抵押合同与保证均属于债权担保,但后者以保证人的不特定财产进行担保,而前者系将担保财产特定化;未登记不动产抵押合同与抵押权均将担保财产特定化,但后者属于物权担保而前者属于债权担保。^[12]

笔者认为,在不动产抵押合同未登记时,将其解释为非典型担保方式并不合理。这是因为:首先,在现代民法上,债的特别担保方式包括人的担保、物的担保和金钱担保三种方式。人的担保是由债务人以外的第三人以其财产和信用为债务清偿所提供的担保,包括保证、连带债务、并存的债务承担;物的担保是指在债务人或第三人提供的特定财产上设定的担保,如抵押、质押、留置、船舶优先权;金钱担保主要指定金。非典型担保方式通常包括让与担保、所有权保留、代物清偿预约等。^{[13]2-3}未登记不动产抵押合同不属于其中任何一例。其次,非典型担保方式通常依据习惯而逐渐形成,具有满足社会生活实践需求、避免担保方式僵化、缓和物权法定原则的功能。但是,就未登记的不动产抵押合同而言,恐难认为其已经具有习惯法的地位,否则对其责任承担,最高人民法院的相关判决也不至于在路径和结果上迥然不同。再次,债的担保与物的担保之间具有相对清晰的界限:前者以债务人的信用作担保,后者以特定财产作担保。不动产抵押合同本身系抵押权这一典型担保物权的设立手段,以特定化的财产作担保,绝不是非典型担保类型。若是将不动产抵押合同作为债权担保,会使不动产抵押登记变得可有可无。而且,由抵押人在抵押财产范围内承担连带清偿责任即负有相当于保证人的地位,欠缺正当性基础。最后,若是将未登记抵押合同解释为债权人有权就特定物享有债权担保,该权利是否具有排他性、追及力以及与其他权利发生冲突时如何处理?显然,“非典型担保说”对此欠缺体系性的考虑。

三、不动产抵押合同效力转换与补充性解释之路径分析

(一)抵押合同转换为连带保证的学理基础

最高人民法院在前引案例中认为,除可以通过补办登记使不动产抵押合同发生法律效力外,还可

以通过解释上的转换将不动产抵押合同转换为连带保证,以节约交易成本,促进交易发展^⑨。该判决依据的是无效法律行为转换理论。

从学理上看,上述判决依据有迹可循。如有学者主张,在物权法上,由于违背物权法定原则,经常会出现民事法律行为无效的情形。因此,在符合条件的情况下,可以将无效的不动产抵押行为转换为债法上的连带保证责任。^{[14]69}还有学者认为,若当事人因为自己的原因或者其他原因未能登记,此时虽然不能认为作为物权的不动产抵押权已经设定生效,但是当事人之间的抵押合同是真实的意思表示的结果。“抵押人”具有以自己的财产为他人担保的意思,这一意思是合法的,虽然不符合物权设定的要求,但是却符合“保证”的要求。对此意思,当然可以依法认定并加以保护,并以此发生法律效力。在抵押权不存在的情况下,可以认定当事人之间有保证的关系,可以依据保证的规则来处理,这符合《德国民法典》第140条规定的“无效法律行为的转换”理论。^{[13]266}

(二)比较法上“无效法律行为转换”制度及其适用条件

无效法律行为转换(Konversion)源于罗马私法,通常是缓解市民法形式主义过于严苛的问题。^{[15]128}经后世学者整理诠释,为《德国民法典》(第140条)、《意大利民法典》(第1424条)、《葡萄牙民法典》(第293条)等所沿袭。“无效法律行为转换”意指原本应按照其内容发生效力的法律行为,因不符合法律的要求或违背禁止性法律规定无效,然而,该法律行为却符合“另一个”法律行为规则的法定要求,原本应生效的无效法律行为作为“另一个”法律行为而生效。^{[16]703}《德国民法典》第140条对此有经典表述,其规范目的与第139条“法律行为部分无效”相同,意在保护当事人经推测的意思,系源于私法自治的精神。例如让与不成立的物上返还请求权被转换为不当得利返还请求权。

无效法律行为的转换与法律行为的解释具有密切联系。在德国法上,当事人的真意可经由解释认定时,应依其意思,则第140条不能被考虑,是为“解

释优先于转换”的原则。^{[174]77}这是因为,法律行为是否无效必须通过解释才能予以判断。相比无效法律行为的转换,法律行为的解释更接近于当事人的“真意”,使意思自治尽可能得到维护和落实,从而有效防止法官的擅权和恣意,并排除名实不符的行为。然而,无效法律行为的转换与法律行为的解释之间的界限并非可以截然分开,具体而言:(1)若当事人之间的约定属于某种有名合同时,解释和转换就是两种不同的现象。因为前者的基础是当事人有效意思表示的存在,并在要素表示的基础上寻求当事人的真意或拟制的意愿(常素和偶素)。由于当事人实施的法律行为具有唯一的种类属性,就说明该行为只能归为某类法律行为,没有其他行为可予替代;^[18]而后者则是在当事人约定的合同类型归于无效时,为能够实现当事人的目的而转换为替代行为。该替代行为所涉及的权利义务主要由法官为当事人所创设。(2)在无名合同中,由于该合同并无合同要素和常素的显著区分,合同解释的界限自然大为扩张,此时法律行为的解释可以包含无效法律行为的转换。^[19]从比较法上的学说与判例来看,无效法律行为为转换的适用条件可以概括如下:

首先,法律行为的转换以该法律行为的无效为前提条件,至于无效的原因则在所不问。反之,若是法律行为有效,或者只要一项法律行为的无效性仍然可能被消除,如可以通过履行或追认予以消除,转换规范就被排除适用。^{[20]395-396}在转换的情形中,法律行为实质上并非“无效”,所谓“无效”所表达的是该法律行为不能以其原有的内容生效。如果法律行为部分无效,则只有依据第139条认为是全部无效时才考虑转换。申言之,法律行为转换属于法律行为部分无效的特殊类型。人们大致可以认为,《德国民法典》第139条所规范“部分无效”的是数量上的部分无效,而第140条规定的“转换”属于质量上的部分无效。^{[16]704}

其次,无效法律行为包含或者至少部分符合有效的替代行为。只有在已经确定本应生效而未生效的法律行为中包含着替代行为,才能就替代行为是否应当生效的问题作出价值判断。虽然法律行为因

违反法律的强制性规范而无效,但抛开导致无效的因素,只要能从另外的角度将原有的效果意思解读成另一效果意思,在其他规范的调整下可成为有效的替代行为。除当事人的意愿之外,行为能力、形式要求、符合法律和善良风俗等有效要件,替代行为都必须具备。尤其重要的是,替代行为本身必须是有效,即它在这方面不能再罹受无效原因。既然替代行为被无效行为所部分包含,这意味着通过解释所得的替代行为的效果意思不得超越当事人原有的效果意思。因此,替代行为的内容小于无效法律行为,是转换的必要条件。^{[21]230}例如设定动产质权的行为,因缺少交付而无效(《德国民法典》第1205条及以下条款),就不能将该行为转换为根据第930条所为的让与担保,因为在效果意思上让与担保大于质权。

再次,替代行为应当符合当事人假设的意愿,并通过“理性人”标准予以构造。转换的意思是法官结合当事人在法律行为成立时具体的境遇而对当事人意思的推断,这是当事人表示出来的“客观意思”而非“主观意思”。由于当事人在法律行为设立之时通常不会考虑无效的问题,因此这种可推测的意思是假定理性的当事人若知道其实施的法律行为的无效性,将愿意缔结该替代行为。^{[20]397}易言之,对当事人“假设意思”的认定,采取的是“理性人”标准。于此情形,具有决定作用的是当事人在设定法律行为的时间点上,若知晓无效性并鉴于那个由原来被期待的但无效的法律行为所追寻的目的,从事被转化的行为(替代行为)是否具有合理性。^[22]也就是说,法官对当事人假设意愿的确定,需要考察法律行为的目的、当事人的利益状况以及个案的具体情形为基础。可以设想当事人所欲达到的经济意图以及他们可知的利益价值,并进一步考查替代行为对实现当事人原本所欲达到的目的是否是合适的手段。当事人经济上的意图应该以一种尽管当事人未明确表达,但与他们自己的利益价值相符合以及合法可能的方式来得到实现。通过转换这一路径,无效法律行为的当事人所欲实现的效果意思可通过替代行为而全面或部分地完成。例如,根据《德国民法典》第1059条第1句,对用益权的转让无效。然而,该无效

行为包含委托他人使用益权的经济目的,依据第1059条第2句,该行为有效。替代行为是对当事人意愿的假设、推测和拟制,应依当事人缔结合同所欲达到的经济目的及可理解的利益衡量加以判定。

最后,替代行为不能与当事人明确的真实意思相违背。若能够探明当事人的真实意思,就不能强行以“理性人”的意思代替当事人的真实意思,这也是“解释优先于转换”的表现。如果当事人真实的意思是可确定的,比如他们在合同缔结时已经约定,在行为无效时应适用其他行为,那么这具有优先效力,此时不考虑转换。德国联邦最高法院指出,法律行为的转换不能完全无视当事人的特别意思和倾向,否则由此对当事人的约束就与私法自治相抵触。^{[9]435-436}

(三)未登记不动产抵押合同转换连带保证之批判

我国《民法总则》并未规定无效法律行为的转换制度。然而,我国台湾地区所谓“民法”(第112条)、澳门特别行政区《澳门民法典》(第286条)对该制度均有明文规定。学者认为,转换制度的意义在于不拘泥于行为之外观而尊重当事人的合法真意,从而对交易作出新评价,因此主张确立无效合同转换规则。^{[23][24]}尽管我国现行法并未规定“解释的转换”,但是随着国家对市场经济强制干预的收缩,民事主体的私法自治逐渐受到尊重,相关司法解释规定了“法律的转换”^⑩,以尽可能减少法律行为无效的范围,这对无效法律行为的转换具有借鉴意义。从前述最高人民法院的相关判决来看,未登记不动产抵押合同被转换为连带保证责任的主要理由^⑪,可以归结为两点:一是功能意义上,将未登记抵押合同转换为连带保证可以鼓励交易,节省交易成本;二是原理意义上,透过法律行为转换制度对交易作出新的评价。笔者认为,最高人民法院的上述见解令人费解,并不具有合理性。主要理由如下:

首先,法律行为转换以行为无效为前提,未登记不动产抵押合同并无任何无效事由存在。如前所述,无效法律行为的转换的适用前提是,当事人已经表示出来的法律行为因为违反禁止性规定或者公序

良俗而无效。就不动产抵押合同而言,无论什么原因导致未经登记,该合同都不会因为未经登记而无效。登记是不动产抵押权的设立要件,这也是物权法定原则的要求。不动产抵押合同未经登记,当事人因违反物权法定原则而不能如愿创设物权,但抵押合同的效力并不受任何影响。无论是从物权法定原则的指涉范围、当事人的效果意思,抑或是从物权行为理论出发,未登记不动产抵押合同均不能通过无效行为适格标准的检验。因此并无适用法律行为转换规范的余地。^[18]在预售商品房抵押预告登记的情形,尽管对抵押合同进行了预抵押登记,但是鉴于预告登记不包含支配利益而无法与物权等量齐观,因此预抵押登记并无优先受偿的效力。^[24]从我国司法审判实践来看也持这一观点^⑫。反之,不动产抵押合同未经任何登记,反而能够获取超过抵押合同预告登记的法律地位,这势必造成体系上的自相矛盾。

其次,连带保证作为替代行为,超出了不动产抵押合同的内容。如上所述,只有当替代行为的范围比无效行为更小或者被后者所涵盖时,才能进行转换。完全与无效法律行为不同的或者更为广泛的效果意思并不符合当事人的想法,因此不可以通过转换而被创设。比较而言,不动产抵押合同是以特定的财产作为债权实现的担保,而连带保证则是以第三人的全部财产作为担保。从范围上看,后者比前者大。即使将连带保证的范围限于抵押财产的范围之内,然而,由于连带保证是以信用作担保,所谓在抵押财产的范围承担连带保证责任,这实质上就是抵押责任。依据《物权法》第176条的规定,若债权人既有物的担保又有人的担保的,债权人应当依据当事人的约定实现债权;没有约定或者约定不明确的,第三人提供物保的,由债权人选择适用。然而,若将未登记不动产抵押合同转换为连带保证,由于连带保证人不享有先诉抗辩权,实质上会导致当事人之间关于担保顺序的约定归于无效,这势必会加大第三人的担保责任。此外,在同一债权既有人的担保又有物的担保时,人的担保与物的担保并存时的求偿问题,理论分歧很大,有物的担保责任绝对优先说、物的担保相对优先说以及平等说三种不同的

观点。^{[13]72-73}将不动产抵押合同转换为连带保证人,必然会改变担保人之间的求偿关系。

再次,不动产抵押合同的类型非常明确,当事人的目的是为了在特定不动产上设立抵押权。将未登记不动产抵押合同转换为连带保证,不仅有悖于当事人的真意,而且不符合当事人的推测意思。因为抵押合同本身不具有担保功能,具有担保功能的是抵押权。^{[25]200}不动产抵押合同未登记的原因有很多种,既有可能是抵押人的原因(不愿登记)、也有可能是债权人的原因(未能发放贷款),还有可能是登记机构的原因(消极不作为)。不考虑抵押未登记的复杂因素,将未登记不动产抵押合同转换为连带保证,实质上作出了对债权人有利的解决方式,对债务人非常不利,在利益衡量上有失妥当。由于抵押与连带保证系两个完全不同的担保方式,在抵押权未设立的情形,也不能推测出当事人具有承担连带保证的意图。这是因为,无效法律行为转换是基于对当事人的假设或可推测意思的考虑,这反映了当事人的价值标准。即使当事人的价值标准可能被认为是不合理的,法官也不能以自己的利益价值标准来取代可知的当事人的价值标准。^{[9]651-652}否则有违私法自治原则。除非当事人在合同中约定抵押权未设立,抵押人承担保证责任。

最后,抵押合同与保证合同的成立方式不同,受法律保护的期间及计算方式也不同。依据现行法,抵押权人应当在主债权的诉讼时效期间行使权利;未行使抵押权的,人民法院不予保护(《物权法》第202条)。与之不同的是,连带保证合同的当事人可以约定保证期间,若当事人未约定保证期间的,自主债务履行期届满之日起六个月内,债权人有权要求连带保证人承担责任(《担保法》第26条)。这就是说,对于连带责任保证,除当事人另有约定之外,只有当被担保的主合同履行期届满时,保证期间才开始计算(6个月)。在连带保证责任的保证期间之内,如果债权人选择向连带保证人主张权利,保证期间将会因未完成而失去意义,若此时保证人拒绝履行保证债务,则保证债务诉讼时效自此开始计算,适用普通诉讼时效期间即3年。当事人在订立不动产抵

押合同时,对于保证期间不可能有约定。如果将未登记的不动产抵押合同转换为连带保证合同,如何确立保证债务诉讼时效的起算点,势必成为司法难题^③。由此“转换”的结果是,不动产抵押人被视为在保证期间内拒绝履行保证债务的“连带保证人”,而债权人则被视为在保证期间内积极地向保证人主张了权利,这显然有失公平。

概言之,将未登记的不动产抵押合同转换为连带保证的学说与审判实务,并不符合无效法律行为转换的适用条件,有违当事人的意思自治(除非当事人另有约定),而且未考虑其处理结论的体系辐射效果,有失妥当。

(四)未登记抵押合同补充性解释分析

有疑问的是,最高人民法院径直认为未登记抵押合同,应由抵押人承担以抵押物为限的连带保证责任,是否属于补充性解释?合同的补充性解释是一种使个案实现“它的”正义的不可或缺的辅助手段。与狭义解释相比:后者试图查明单个具体的意思表示的含义;而前者除此之外还查明整体行为的含义,这个整体行为以多个意思表示为基础,并可能具有比诸个单个的意思表示更为广泛的含义。补充性解释并非是根据某个假设的当事人的意思来衡量,而仅仅是根据当事人的理解可能性来衡量的,而且衡量时应当探究恰当的与正确的东西。^{[26]99-100}补充解释属于填补合同漏洞的方法,以合同有效的存在为前提。法官在通过解释补充合同时,仅限于补充合同的常素和偶素,而不能为当事人创设或者变更合同。^{[27]292}为尊重当事人的意思自治,决定合同类型和主要权利义务的要害不能由法官补充,而只能由当事人决定。简言之,合同的补充解释强调的是“补”,无效法律行为的转换强调的则是“改”,两者之间具有量和质的差异。

对于未登记不动产抵押合同而言,若当事人未约定合同的效力,可以认为存在“漏洞”。依据《合同法》第61条和第125条第1款,整体解释和交易习惯补充方法以及目的解释、诚信解释方法对于补充的合同解释,均可发挥作用。然而,补充性解释旨在补充合同的不备,虽有“含义带入”的特点,却并非在为

当事人创造合同,因此应遵循“最少介入原则”,不得变更合同的内容。^{[23]879}法院对合同的补充性解释不能用于变更契约内容,以致侵害私法自治原则。^{[28]327}使未办理登记的抵押合同产生连带保证责任,不仅改变了合同的类型,而且超出了当事人(尤其是抵押人)的真意,有违意思自治的精神。

四、不动产抵押合同救济的路径分析

在我国“区分原则”之下,不动产抵押分为两个阶段:一是不动产抵押合同的订立有效;二是不动产抵押的登记。前者是不动产抵押登记请求权的产生基础;后者则导致抵押权的产生,以实现当事人订立该合同的最终目的。既然未登记不动产抵押合同是有效的,前述最高人民法院判决的缔约过失责任亦不妥当。尽管不动产抵押合同未经登记,但是该合同的效力并不受影响。考虑到未办理登记的房屋买卖合同与未登记抵押合同具有相似性,因此后者的解决方式可以借鉴前者的解决,将未登记不动产抵押合同置于《合同法》的规范体系内,以合同解除与违约责任的方式对债权人予以救济,是解决第三人提供不动产抵押但未登记这个问题的合理途径。

(一)强制实际履行与不动产抵押登记请求权

登记请求权是指特定的人(登记权利人)针对特定的人(登记义务人),请求协助进行登记申请的权利。通常认为,登记权利人是指通过登记而直接享有登记簿上的利益(正值效果)之人,登记义务人是指通过登记而直接接受登记簿上的不利益(负值效果)之人。在实体法上,谁是登记请求人,会因情况的不同而异。^{[29]57}这就是说,登记权利人与义务人的地位可以互换。但是,考虑到不动产抵押合同属于无偿契约,登记请求权人通常应当是债权人,登记义务人则是抵押人。登记请求权的法律性质与不动产权利的变动模式密切相关。在登记生效主义的情形,登记请求权的性质为债权请求权。

债权人作为登记请求权人,可以向抵押人主张申请办理抵押登记,抵押人作为登记义务人应当协助。双方应当持不动产权属证书、抵押合同与主债权合同等必要材料,共同向不动产登记机构申请办理抵押权登记(《不动产登记暂行条例实施细则》第

66条)。若是抵押人不按照合同约定履行协助登记的义务,债权人可以通过司法救济的途径实现登记请求权,债权因抵押权的强制设立而易于实现。^{[30]772}

由于债权人强制不动产抵押登记请求权属于债权上的请求权,其应适用诉讼时效。如果请求权人在一定期间内不行使该权利,义务人将因时效的经过而取得时效抗辩权。权利人主张抵押权的强制登记,相当于要求抵押人承担强制实际履行的责任。然而,从司法审判实践来看,法院强制抵押人办理抵押登记的情形非常罕见。究其原因,在办理登记时,当事人应当在不动产登记机构共同申请不动产登记。若是抵押人拒绝协助,则难以实现强制登记的目的。若抵押财产依法被查封、扣押、监管或者灭失,或者抵押财产被抵押人处分给第三人,则该抵押财产由于事实上或法律上的原因不能被强制办理抵押登记(《合同法》第110条)。此外,由于登记请求权产生于抵押合同,抵押合同的效力受主合同效力的影响。因此,若主合同归于无效或者被撤销,登记请求权也归于消灭。但是,主合同被解除的,除当事人另有约定外,担保合同的效力不受影响。^[31]

(二)解除不动产抵押合同

在合同生效之后,若合同的履行成为不必要或不可能,致使当事人一方或双方的缔约目的无法实现,法律赋予一方或双方解除合同的权利。依据《合同法》第94条的规定,合同解除的法定原因分为客观与主观两个方面。在不动产抵押合同订立之后登记之前,若是抵押财产因自然原因而灭失,或者抵押物被征收,或者抵押物的价值急剧下降等,由此导致抵押权的设立不能实现保障主债权的目的时,抵押人或债权人均可解除抵押合同(《合同法》第94条第1项)。因债权人的原因导致抵押登记不能在约定的期限或者合理的期限内办理,抵押人可以解除抵押合同。鉴于抵押人解除抵押合同,相当于解除其负担并使其获利,无需进一步考虑解除的法律效果。若抵押人在约定的抵押登记期间明确表示拒绝办理抵押登记,或者在抵押财产上为成立在后的其他债权人设立先顺位的抵押权,从而使抵押财产的价值不足以担保债权,或者在约定的抵押登记期间届满

之后,经催告后在合理期限内仍然拒绝办理抵押登记,债权人有权解除抵押合同(《合同法》第94条第2-4项)。

因抵押人的违约行为导致债权人解除抵押合同的,抵押合同终止履行。非违约方当事人可以请求违约方恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。在我国理论上,对于合同解除能否与违约损害赔偿并存,在学术界有不同见解。^{[27][207]}实务界也存在分歧,并反映在最高人民法院的公报案件中^④。合同解除时,只是使合同债务向将来消灭,使双方当事人从将来的债务中解放出来,合同因违约解除而导致的损害赔偿,在性质上是违约损害赔偿,以履行利益为主,在不发生重复填补问题的前提下,也可以包括其他损害的赔偿,如非违约方的信赖利益和固有利益的赔偿。

(三)违约损害赔偿范围

在约定的抵押登记期间届满之后,如果因债权人原因未完成抵押登记,应解释为债权人以自己的行为放弃了抵押权,抵押人无需承担违约责任;若是因为不动产登记机构的原因导致抵押登记未能办理或者登记错误的,债权人可以依法要求登记机构承担赔偿责任。如果抵押人无正当理由拒绝办理抵押登记的,债权人可以直接要求抵押人承担违约损害赔偿。由于抵押合同是单务无偿合同,因此在抵押人违约时,债权人解除抵押合同要求抵押人承担违约损害赔偿,与债权人直接要求抵押人承担违约损害赔偿,两者的差别并不大。该违约责任是对抵押权未经登记设立的一种补救措施,与抵押权的有效设立具有本质的差异。^[32]这是因为,如果抵押权经登记而设立,则债权人对抵押财产享有优先受偿的权利,在抵押财产的价值范围内,对债权实现的保障是具体的、可行的。债权人享有的是具有支配意义的担保物权;而抵押人承担违约损害赔偿,并不以任何特定财产作担保,只是以其的责任财产作为一般担保。因此违约损害赔偿并不具有优先受偿性,只有在抵押人有财产可供履行债务时,债权才具有实现的可能性。因此,若是主债务人的财产本身不足以清偿债务,只有抵押人

有足够的财产,债权人的债权才可以实现。违约损害赔偿才会与抵押权具有同等的效果。由此可见,对债权人而言,违约损害赔偿的效果远远不如抵押权的设立。

抵押人的违约损害赔偿的范围受下列因素的限制:(1)可预见性规则。违约损害赔偿责任受可预见性规则的限制(《合同法》第113条第1款),主要是为了限制所失利益赔偿的意图。可预见性的判断通常以客观标准即抽象的“理性人”并结合具体的情事进行判断。因不动产抵押人的原因导致抵押登记未能办理或者发生错误登记,损害赔偿的范围应当以抵押财产的价值为限,即使不动产抵押合同办理登记,抵押人承担责任也仅限于抵押财产。如果抵押财产上还存在先顺位的抵押权,则应当扣减先顺位的债权担保数额。此外,抵押财产的价值可能在主债务成立至履行的期间内发生变化,由于担保权具有从属性,因此抵押人预见的时间点并非以不动产抵押合同缔结之时,而应以主债务不履行之时为准。(2)债权人与有过失。债权人与有过失表现在两个方面:一是不积极协助办理抵押登记。债权人应当积极的协助或者配合办理抵押登记,在性质上属于不真正义务,违反该义务必须忍受法律地位的恶化。^{[33][36]}相应的,抵押人的违约损害赔偿应当依据具体的情事予以减轻。二是债权人自身风险防范意识不足。不动产抵押合同登记抵押合同不是保证合同,该合同本身不具有担保功能,若债权人在未取得抵押权之前即发放贷款,贷款损失不能完全归到抵押人不履行抵押合同上,损害赔偿的范围应当考虑债权人自身风险防范意识不够的问题。^{[25][200]}

(四)抵押人违约时的责任形式:连带之债抑或真正连带之债

因不动产抵押人的原因导致抵押登记未能办理或者错误登记时,抵押人所应承担的责任形式,司法审判实务对此存在争议。许多判决认为,抵押人应当在抵押财产的范围内对债权人承担连带清偿责任^⑤。但是亦有不同观点认为,在当事人对违约责任没有特别约定时,判决抵押人承担赔偿责任更为合理,不应当直接判决抵押人对主债务承担连带责

任。^{[34][236]}

笔者认为,若抵押人(物上保证人)与债权人对此并未约定,则属于合同漏洞的补充。由于连带责任是一种非常严格的责任,意指数人对于债权人各负全部给付的责任,其系针对债务人的加重责任,因此必须以法律明文规定或当事人明文约定为限。^{[35][223]}仅从现行法律无法得出抵押人对债权人承担连带赔偿责任的依据。抵押人因违约承担的损害赔偿责任的性质上应属于不真正连带债务,其与连带责任的相同点均在于数个债务人依法对同一债务人承担给付内容相同的债务。但不同之处在于,前者系基于不同的原因,而且在某一债务人清偿之后,债务人有权向终局的责任人追偿。^{[36][250-251]}因此,在抵押人因违约引起损害赔偿时,其与债务人并不处于相同的连带责任人的法律地位。相反,抵押人仅在其自身引起的损害范围内承担赔偿责任,在抵押人承担责任之后,其有权向债务人代位求偿。

五、结语

在互联网时代,法院裁判文书的获取变得前所未有的便捷。最高人民法院针对新出现的案件事实作出的新颖“法律见解”,借助大众传播媒介很容易为司法实务界(法官、律师等)所广泛关注。鉴于最高人民法院的权威地位,这些新颖的“法律见解”很可能成为各下级法院援引的对象,以解决类似的非典型案件。未经登记抵押合同转换为连带保证责任即是适例,其适用的制度基础有二:无效法律行为转换制度与合同的补充性解释。无效法律行为转换虽未被我国现行法所规定,但是最高人民法院的案例仍然可具有法源的地位。因为法源、准法源、非法源之间的边界是流动的,权威地位的获得是一个持续不断的过程。^[37]最高人民法院个案或类案权威地位的获得,必须有赖于学理的说服和检验,以形成司法与学理的良性的互动关系。^{[38][59]}

然而在个案中,无论是无效法律行为转换还是合同的补充性解释,法官首先要立足于具体行为,以贴近当事人状况为原则判断其真意,以尽可能地维护意思自治,有效防止法官的恣意裁判。^[39]具体而言:无效法律行为转换制度必须以法律行为无效为

前提,而且替代行为的效力不能超出原先行为的效力,而且不能背离当事人的意思。否则,转换规范就不具有正当性;合同的补充性解释虽以有效合同为前提,但是其只是对当事人可能的意思进行补充和完备,而不能改变合同的类型。否则就会导致法官的武断裁量。非经登记的不动产抵押合同,并不符合无效法律行为转换的适用条件,因为未登记不动产抵押合同并非无效。不动产抵押合同只是设立抵押权的手段,其自身并不具有担保功能,具有担保功能的是经登记而创设的抵押权。非经登记的不动产抵押合同也不符合合同的补充性解释的条件,因为将未登记不动产抵押合同转换为连带保证,从根本上改变了合同的类型,这超出了补充性解释的范畴。概言之,私法自治是无效法律行为转换与合同的补充性解释的共同价值基础。最高人民法院将未登记不动产抵押合同转换为抵押财产范围内的连带保证责任,既未能遵循规范的适用条件,亦未能尊重当事人的意思自治。

注释:

①参见“新疆石河子农村合作银行与刘峻瑞、步春华借款合同纠纷案”,最高人民法院(2015)民申字第2354号民事裁定书。

②参见“中国银行股份有限公司大连甘井子支行、库伦旗首宇甜菊糖有限公司金融借款合同纠纷案”,最高人民法院(2017)最高法民终436号民事判决书。

③参见“万安县银山矿业投资有限公司与吉安市吉州区银丰小额贷款股份有限公司等合同纠纷案”,最高人民法院(2015)民申字第3285号民事裁定书。

④参见“李向龙与商都县众邦亿兴能源材料有限责任公司、韩福全等民间借贷纠纷案”,最高人民法院(2015)民申字第3256号民事裁定书。最高人民法院可能是从功能主义(保护债权人)的角度出发对此案作出裁判。然而,这种欠缺说理部分、脱离基本形式化要求的裁判方式显然不可取。

⑤如在“上海新启投资有限公司与浪都实业国际贸易(上海)有限公司等抵押合同纠纷上诉案”中,法院认为:“按当时的《担保法》规定,双方以在建的浪都中心作为抵押须共同向相关的房地产登记部门申请登记,借款合同中的抵押条款经合法登记才能依法生效,双方的抵押关系才告成立。”参见上

海市高级人民法院(2009)沪高民一(民)终字第49号民事判决书。

⑥虽然2007年《物权法》已颁布多年,但在“中国银行股份有限公司大连甘井子支行、库伦旗首宇甜菊糖有限公司金融借款合同纠纷案”中,最高人民法院仍然认为未经登记抵押合同已成立但未生效,并援引“担保法解释”第7条的规定确立抵押人、债权人之间的责任分担。参见最高人民法院(2017)最高法民终436号民事判决书。这在某种程度上反映出“同一主义原则”的惯性根深蒂固。

⑦参见“中国建设银行股份有限公司韶关市分行与张掖凯航置业有限公司、佛山市金塘海贸易有限公司等金融借款合同纠纷申诉、申请民事判决书”,最高人民法院(2016)民再416号民事判决书。

⑧《物权法》第187条所规定的登记与《合同法》第44条所规定的登记具有不同的规范意义,后者是对合同本身进行登记,未必涉及物权的变动,例如“担保法司法解释”第6条第1项规定:“未经国家有关主管部门批准或登记对外担保的,对外担保合同无效。”

⑨参见“新疆星河子农村合作银行与刘峻瑞、步春华借款合同纠纷案”,最高人民法院(2015)民申字第2354号民事裁定书。

⑩如《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》第13条、《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第46条。

⑪最高人民法院认为:“为救济其法律效力的瑕疵,除可以通过补办登记手续这种方式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,以节约交易成本,促进交易发展。”参见“新疆星河子农村合作银行与刘峻瑞、步春华借款合同纠纷案”,最高人民法院(2015)民申字第2354号民事裁定书。

⑫参见“中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2014年第9期。

⑬在“新疆星河子农村合作银行与刘峻瑞、步春华借款合同纠纷案”,最高人民法院认为:“在担保方式转换后……刘峻瑞应当承担责任的保证期间依法应确定为主债务履行期届满之日起二年。”参见最高人民法院(2015)民申字第2354号民事裁定书。这显然比6个月的法定保证期间长得多。

⑭认为合同解除与违约损害赔偿可以并存,参见江苏省南京市中级人民法院(2004)宁民四终字第470号民事判决书,

载《最高人民法院公报》2006年第6期;认为合同解除排斥违约损害赔偿,参见最高人民法院(2009)民一终字第23号民事判决书,载《最高人民法院公报》2010年第5期。

⑮参见“万安县银山矿业投资有限公司与吉安市吉州区银丰小额贷款股份有限公司等合同纠纷案”,最高人民法院(2015)民申字第3285号民事裁定书。另参见“北京朝汇通小额贷款股份有限公司与北京中嘉实信房地产经纪有限公司等借款合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第07989号民事判决书。

参考文献:

- [1]黄茂荣.法学方法与现代民法[M].北京:法律出版社,2007.
- [2][德]特德雷夫·约斯特.区分原则与同一原则的体系比较分析[M]/王晓馨,译.孙宪忠,主编.制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会论文集.北京:法律出版社,2002.
- [3]孙宪忠.中国物权法总论[M].北京:法律出版社,2014.
- [4]杨洁,李洁.不动产的抵押登记与抵押合同之关系[J].现代法学,2002,(6):152-155.
- [5][德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论(下)[M].王晓晔,等译.北京:法律出版社,2003.
- [6]朱广新.合同法总则研究[M].北京:法律出版社,2012.
- [7][德]鲍尔·施蒂尔纳.德国物权法(上)[M].张双根,译.北京:法律出版社,2004.
- [8]崔建远.物权法[M].北京:中国人民大学出版社,2014.
- [9]刘家安.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2015.
- [10]杨日洪,徐琦.非典型担保意思表示下抵押人的责任承担[N].人民法院报,2017-5-25(06).
- [11]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,(3):54-59.
- [12]范小华.未办理抵押登记的不动产抵押合同中抵押人责任研究[J].法律适用,2015,(4):113-116.
- [13]高圣平.担保法论[M].北京:法律出版社,2000.
- [14]梁慧星,陈华彬.物权法[M].北京:法律出版社,2010.
- [15][德]马克斯·卡泽尔,罗尔夫·克努特.罗马私法[M].田士永,译.北京:法律出版社,2018.
- [16][德]维尔纳·弗卢梅.法律行为论[M].迟颖,译.北京:法律出版社,2013.
- [17][德]本德·吕特斯,阿斯特丽德·施塔德勒.德国民法总论[M].于馨森,张姝,译.北京:法律出版社,2017.

- [18]常鹏翱. 无效行为转换的法官裁量标准[J]. 法学, 2016, (2): 42-51.
- [19]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, (2): 106-118.
- [20][德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2001.
- [21][德]汉斯·布洛克斯, 沃尔夫·迪特里希·瓦尔克. 德国民法总论[M]. 张艳, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.
- [22]叶金强. 私法中理性人标准之构建[J]. 法学研究, 2015, (1): 101-114.
- [23]韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [24]常鹏翱. 预购商品房抵押预告登记的法律效力[J]. 法律科学, 2016, (6): 88-96.
- [25]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.
- [26][德]卡尔·拉伦茨. 法律行为解释之方法[M]. 范雪飞, 等译. 北京: 法律出版社, 2018.
- [27]崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [28]王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [29][日]田山辉明. 物权法[M]. 陆庆胜, 译. 北京: 法律出版社, 2001.
- [30]崔建远. 物权: 规范与学说(下)[M]. 北京: 清华大学出版社, 2011.
- [31]冉克平. 论违约解除后的责任承担[J]. 法律科学, 2013, (5): 142-150.
- [32]刘振会. 签订土地使用权抵押合同不办理抵押登记的责任性质及承担[J]. 人民司法, 2017, (20): 78-81.
- [33][德]迪特尔·施瓦布. 民法导论[M]. 郑冲, 译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [34]最高人民法院民事审判第二庭. 担保案件审判指导[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [35]王泽鉴. 民法概要[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [36]王利明. 债法总则研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015.
- [37]雷磊. 指导性案例法源地位再反思[J]. 中国法学, 2015, (1): 272-290.
- [38][意]罗道尔夫·萨科. 比较法导论[M]. 费安玲, 等译. 北京: 商务印书馆, 2014.
- [39]叶金强. 合同解释理论的一元模式[J]. 法制与社会发展, 2013, (2): 101-111.

On the Validity of Unregistered Real Estate Mortgage Contract

Ran Keping

Abstract: In the relationship between real estate mortgage contract and registration, the “principle of oneness” in the Guaranty Law has been replaced by the “principle of distinction” in the Property Law, and the remedy rule specified in the “guarantee law interpretation” should be restricted (Article 7)) or abolished (Articles 56 and 57). Converting the validity of an unregistered real estate mortgage contract into a joint guarantee within the scope of the mortgaged property does not meet the applicable conditions for the conversion of the invalid legal act, nor does it follow the supplementary interpretation rules of the contract, which is not only contrary to the autonomy of the parties, but also ignoring the system effect of its processing conclusions. The validity of the unregistered real estate mortgage contract shall be examined under the framework of the contract law for the specific reasons for the failure to register the real estate mortgage contract. Responsibilities should be assigned to the mortgagor and the creditor considering the registration claim, the contract cancellation, the damages for the breach of contract (predictability, and fault).

Key words: real estate mortgage contract; registration; invalid transformation; responsibility for breach of contract; joint guarantee