

限制抵押财产转让约定的 法律效果

常鹏翱^{*}

摘要 《民法典》第406条在抵押人自由转让抵押财产的基础上,允许当事人约定限制这种自由。约定禁止转让抵押财产的,为绝对限制;约定以抵押权人同意等为抵押财产转让条件的,为相对限制。在不动产抵押,绝对限制与《民法典》第406条的目的相悖,应当无效;相对限制一经生效,能约束抵押当事人双方,但该约定未经登记,不得约束抵押财产受让人、登记机构等第三人,即便不具备抵押权人同意等条件,亦不影响抵押财产的转让,登记机构也能办理转移登记。在动产抵押,浮动抵押合同约定绝对限制的,产生非浮动抵押权,非浮动抵押合同的这类约定无效;相对限制无论如何都不能对抗符合《民法典》第404条规定的买受人,但在登记后能对抗其他受让人。这些看法对最高人民法院“民法典担保制度司法解释”第43条有所细化、补充和调整。

关键词 《民法典》第406条 “民法典担保制度司法解释”第43条 抵押财产转让 限制转让的约定

引言

(一)问题的提出

众所周知,能抵押的财产应具有流通性,其价值能在交易市场中被发现和确定。与此对应,在抵押期间,只要抵押人不存在破产等法定例外情形,就有权以转让、抵押等方式自由处分抵押财产。但为了最大程度地保护抵押权人,《物权法》191条(以下简称第191条)有条件地限制了抵押人的处分自由,未经抵押权人同意,抵押人不得转让抵押财产,抵押权人同意在此

^{*} 北京大学法学院教授。

成为抵押财产转让的前置要件。不仅如此,第 191 条还有意阻断抵押权的追及力,抵押权人同意是抵押权消灭的事由,抵押财产受让人无需承受抵押权。^{〔1〕}受制于第 191 条对抵押权人同意的功能定位,相关的操作规范予以因应衔接,比如,《不动产登记操作规范(试行)》第 9.3.4 条规定,被抵押的国有建设用地使用权等不动产物权的转移登记,以办理抵押权注销登记为前提。这样一来,不经抵押权人同意,又没有抵押权消灭的其他正当事由,抵押权就无法注销,被抵押的不动产物权也无法办理转移登记,客观上转让不能。在这样的法律框架中,被抵押的不动产物权在抵押期间实际上失去“转让”这一具体的处分权能,抵押人相应失去自由转让该物权的资格。

《民法典》第 406 条(以下简称第 406 条)努力恢复抵押财产的这一处分权能以及抵押人的处分自由,第 1 款第 1 句规定“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产”,并配套以抵押权的追及力,第 1 款第 3 句规定“抵押财产转让的,抵押权不受影响”。但这种恢复并不彻底,第 406 条同时给当事人的相反约定预留了空间,第 1 款第 2 句规定“当事人另有约定的,按照其约定”。从这种规范布局很明显就能看出,第 406 条是任意规范,以抵押财产自由转让为原则,以约定限制为例外。该格局看上去很明晰,但实则模糊,原因出在约定这一例外,因为第 406 条对该约定的法律效果语焉不详,它在理论上和实践中会面临有无法律效力、在哪些情况仅有债的约束力、在哪些情况能排斥第三人等疑问。这些疑问若不能妥当解决,第 406 条的理解和适用就会面临巨大障碍。

最高人民法院关注到这些疑问,在几经讨论修改后,《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“民法典担保制度司法解释”)第 43 条(以下简称第 43 条)提供了答案。其要点为:①在符合合同成立生效其他条件的背景下,无论约定内容如何,只要意在限制抵押财产转让,它就对抵押当事人双方有约束力,抵押人违反约定转让抵押财产,买卖合同、以物抵债协议等产生债权请求权的基础行为不因此无效。②该约定未登记的,抵押人违反约定,通过交付或登记完成抵押财产转让,受让人仍取得财产,但知道抵押人违约的恶意受让人除外;受让人取得财产的,抵押人应向抵押权人承担违约责任。③该约定登记的,抵押人违反约定,通过交付或登记完成抵押财产转让,该转让行为不发生效力,受让人不得取得财产,但因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外。

第 43 条立足于限制抵押财产转让约定的债的属性,并实质区分了抵押财产转让过程中的基础行为和完成转让的履行行为,强调该约定与基础行为的效力无关,并以该约定是否登记为准,明确了它对履行行为的影响。这些规定符合债的相对性、公示增强债的对抗力、在债权和物权二分基础上法律行为因效果不同而应有区分等等民法规范、学理和实践的共识,值得赞同。但仔细思考,仍有疑问。比如,同样允许抵押财产自由转让,又同样允许当事人约定限制,但《德国民法典》第 1136 条特意强调,有不得转让抵押土地或设定其他负担的义务的,该约定无效。何以如此,为何第 43 条允许当事人约定禁止转让抵押财产,是必须认真分析的问题。又如,虽然限制抵押财产转让约定未登记,但恶意受让人受其约束,不能取得财产,该规定突破

〔1〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 418 页。

债的相对性的缘由何在,也是亟需探讨的问题。

第43条是法院处理纠纷时遵循的规范,对物权登记机构的职责行为没有当然的拘束力,但它无疑会对登记机构的行为产生直接影响。第43条以是否登记为标准,区分了限制抵押财产转让约定的法律效果。与此对应,登记机构必须考虑该约定能否登记、如何登记,登记的信息能否与第43条的效果匹配,这涉及登记制度的调适。不仅如此,第43条实际表明未登记的约定能约束恶意者,它是对恶意者行为的指引规制,与其背离的恶意者行为不受保护。这一道理能否适用于登记机构,也是问题,比如,当事人申请不动产抵押登记,但不申请登记限制抵押财产转让约定,登记机构知悉该约定的,它能否约束登记机构,登记机构在办理抵押财产转移登记时应否查询受让人是否善意,不无疑问。动产抵押登记与不动产抵押登记差别不小,前述问题在动产抵押是否也是问题,同样需要探讨。

对前述问题的梳理,均以《民法典》施行后发生的抵押、抵押财产转让及其纠纷为预设对象,而对于当事人在《民法典》施行前设立抵押权,限制抵押财产转让约定未登记,抵押人在《民法典》施行后违背该约定转让抵押财产的情形,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》(以下简称“民法典时间效力规定”)第1条第3款,应适用第406条和第43条,其结果对抵押权人显然不利。这种不利是抵押权人因第406条的制度变革所承受的代价,而这种变革不受抵押权人的左右,让抵押权人为此买单,合理性存疑。随着《民法典》的施行,在尊重“民法典时间效力规定”的前提下,如何寻求合适的途径来纾解这种抵押权人利益保护之难,是当务之急。

总的说来,上述问题涉及第406条规定的限制抵押财产转让约定的法律效果,为了澄清疑问,便于前述规范的准确理解和适用,本文将对此加以讨论,就教于各方专家。

(二)分析框架

本文旨在分析限制抵押财产转让约定的法律效果,而根据限制程度的不同,该约定有绝对限制和相对限制之分。同时,第406条虽然适用于所有的抵押形态,但不动产抵押和动产抵押有重大的结构差异,这些差异会对前述约定的法律效果带来不同的影响。此外,当事人在《民法典》施行前设立抵押权并有这种约定,它们持续到《民法典》施行后,此时抵押财产转让是适用第191条还是适用第406条,显然有不同的后果。为了使论证聚焦、条理有序,本文将着眼于这些差异设计分析框架。

1.分析框架注重绝对限制和相对限制的区分

约定表现了当事人的创意,而创意是具体的,当事人会根据实际需要而有不同约定,就此而言,限制抵押财产转让约定的内容五花八门,不一而足。不过,从约定对转让抵押财产的限制程度出发,完全能将其类型化。也只有这样,才能在有限篇幅中进行深入细致的分析。

从限制程度来看,限制抵押财产转让约定有两种:一是完全否定,如约定“不得转让”“禁止转让”等,此即绝对限制,也即第43条的“禁止”;二是未完全否定,而是设定了限制条件,如“未经抵押权人同意,不得转让”“清偿80%的债务后,方可转让”“另行提供等值担保,才能转让”等,此即相对限制,也即第43条的“限制”。这两种约定的意图不同,前者意在使抵押财产在抵押期间无法转让,后者则增加了转让的难度,能否转让系于约定的条件是否成就。正如下文所

见,两者的差异是实质性的,不能混为一谈,应分别探讨。

至于相对限制,根据约定的条件不同,可分为主观限制和客观限制,前者即“未经抵押权人同意,不得转让”之类,抵押财产能否转让完全系于抵押权人的主观意愿;后者即“清偿 80% 的债务后,方可转让”“另行提供等值担保,才能转让”之类,抵押财产能否转让,取决于债务人是否清偿 80% 的债务或另行提供等值担保这样的客观事实。在主观限制中,抵押权人起着实质控制作用,与主观限制相比,客观限制的确定性高,只要约定的客观事实成就,抵押财产的转让就无从阻止。尽管有这种差别,但仔细分析不难看出,客观限制实际是抵押权人同意的客观量化表现,即债务人只要满足清偿 80% 的债务或另行提供等值担保的条件,就达到了抵押权人的要求,其没有不同意的理由,就此说来,这些约定的客观条件无非抵押权人同意的替代,客观限制因此是主观限制的细化。由于主观限制与客观限制有实质相同之处,本文以主观限制作为相对限制的代表进行分析。

2. 分析框架顾及不动产抵押和动产抵押的差异

限制抵押财产转让约定存身于第 406 条,该条适用于所有类型的抵押,但必须对不动产抵押和动产抵押进行分别讨论,因为它们之间的差异很突出,会影响该约定的法律效果。具体而言,在登记机制上,不动产抵押登记、普通动产抵押登记、机动车等特殊动产抵押登记的差别很大,^[2]这些登记对抵押财产的转让又起着不同的作用。根据《民法典》第 402—403 条,不动产抵押在登记时设立,动产抵押在抵押合同生效时设立,登记产生对抗力。再者,根据第 406 条,作为抵押财产的不动产物权转让的,抵押权不受影响,而根据《民法典》第 404 条、“民法典担保制度司法解释”第 56 条,买受人在正常经营活动中支付了合理价款并取得抵押动产的,抵押权人无权就该动产优先受偿。这些差异对限制抵押财产转让约定的影响很大,比如,该约定在不动产登记簿记载后,就能约束抵押财产的受让人,而在未登记的动产抵押,该约定不能登记,只能局限于当事人双方,与第三人无关。

当然,对不动产抵押和动产抵押进行区别论证,不是说不能对其二者进行求同分析,而是说为了分析和论证的精准,应根据前述差异进行有针对性的求异分析。本文主要分析该约定在不动产抵押中的法律效果,在此基础上再分析它在动产抵押中的法律效果,后一分析会略去与前一分析的同理之处,重点把握差异。

3. 分析框架明确《民法典》施行前后的不同

本文针对第 406 条的规定展开分析,故根据“民法典时间效力规定”第 1 条第 2 款,适用第 191 条的情形不在本文的关注范围。在《民法典》施行后发生的限制抵押财产转让约定,且应适用第 406 条和第 43 条的,是本文的主要关注对象。该约定发生在《民法典》施行前并未登记,在《民法典》施行后仍未登记并发生纠纷的,本文将单列论述。

综上所述,本文把限制抵押财产转让约定分为绝对限制和相对限制,分开依序探讨;同时,顾及不动产抵押和动产抵押的差异对该约定法律效果的影响,本文又把约定分别放在这两类

[2] 参见高圣平:“《民法典》视野下统一动产和权利担保登记制度的构造”,《浙江工商大学学报》2020 年第 5 期,第 38—51 页。

抵押中加以分析;此外,《民法典》施行前后也是另一个区别维度。在这三重的区别分析中,本文先依次讨论绝对限制和相对限制在不动产抵押中的法律效果(第一、二部分),这是本文的重点所在,在此基础上重点分析这些限制在动产抵押中不同于在不动产抵押中的法律效果(第三部分),上述分析均针对《民法典》施行后的限制抵押财产转让约定,至于此前的约定在《民法典》施行后引发纠纷的应对,在第四部分分析。

一、不动产抵押中的绝对限制无效

与第191条相比,第406条以抵押财产自由转让为根本导向,在不动产抵押中,只有否定绝对限制的法律效力,才能与第406条的导向匹配,故而,第43条不宜适用于绝对限制。

(一)认定绝对限制无效的原因

绝对限制实质是抵押人承诺在抵押期间不转让抵押财产,这是权利人放弃其本有利益的表现,在无害于公序良俗和他人合法利益的前提下,法律当然没有否定的必要。不过,比较法的经验并非如此。比如,为了保持和促进经济活动的自由,根据《德国民法典》第1136条,不得转让被抵押土地的约定无效,故而,即便有该绝对限制,抵押人对抵押权人也不负担不得转让土地的义务。^{〔3〕}又如,《瑞士民法典》第27条2款规定,任何人不得以违反法律或违背道德的方式阻碍他人的自由,第812条规定,抵押人放弃在抵押财产上再设立负担的行为无效,综合这两个条文,旨在禁止抵押人设立负担的绝对限制无效,^{〔4〕}与此相关的违约责任约定也无效。^{〔5〕}英国也有类似经验,即抵押人不能行使回赎权的约定无效。^{〔6〕}可以说,在德国、瑞士和英国,与抵押人的处分自由相比,与抵押财产持续的流通性相比,绝对限制的意思自治价值不值一提,没有法律意义。

若以抵押人的处分自由为至高准则,将之视为抵押领域的公序良俗,那很显然,绝对限制自当没有法律效力。然而,在第191条的长期强力约束下,无论在规范上还是在实践中,抵押人并没有自主转让抵押财产的自由,既然抵押人自由转让抵押财产并非现实,那就无从成为从现实中渐进生成的公序良俗,^{〔7〕}至多是抵押人的美好向往,未经规范推动和实践积淀,它不

〔3〕 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163—164页。

〔4〕 Vgl. *Leemann*, Kommentar zum § 812, in: *Berner Kommentar zum ZGB*, Band IV, 2. Aufl., 1925, Rn. 37.

〔5〕 Vgl. *David/Daniel*, Kommentar zum § 805—823, in: *Zuercher Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Band/Nr. IV/2b/2, 2. Aufl., 2013, Rn. 47.

〔6〕 See *Fairclough v Swan Brewery Co Ltd* [1912] AC 565; *Victoria Sayles*, *Land Law* (Fifth Edition), Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 229—233. 需要提及的是,英国不动产抵押需要将不动产以租赁或转让的方式转给抵押权人,抵押人享有回赎权,这与德国、瑞士以及我国的抵押权构造不同。

〔7〕 公序良俗不是超然于现实的美好图景,其要么是在实证法中存在的概括性原则,要么是事实上存在于国民生活意识的规则,具有源于现实、长于实践的特色。参见黄立:《民法总则》2005年自版发行,第326—327页。

会在《民法典》和“民法典担保制度司法解释”实施、《物权法》废止之时，一跃成为稳定秩序和良好习惯。这意味着，在我们缺失德国、瑞士和英国经验做法的情况下，还真不能以违背公序良俗为由来否定绝对限制的法律效力。

再看我国台湾地区，其“民法”没有与《德国民法典》第 1136 条相当的条文，学理对绝对限制的效力认定非常谨慎，认为其并非无效，而是不能对抗抵押财产受让人。^{〔8〕} 这种认识为肯认绝对限制的效力提供了有力佐证，但其理论缺陷很明显，不足为训。具体说来，我国台湾地区“民法”不像第 191 条那样禁锢抵押人的转让自由，而是一贯秉持这种自由。而且，在转让被抵押的不动产之际，我国台湾地区有注销抵押权的交易习惯，这种习惯以便于抵押财产流通、简化权利关系为动因和导向，^{〔9〕}绝对限制无疑与此格格不入。基于此，在法律规范、社会观念和交易实践的长期浸淫下，抵押人的转让自由在我国台湾地区可谓公序良俗，与此相悖的绝对限制只有无效这一个归宿。若非如此，我国台湾地区的学理认识就会陷入自我背反，因为在其学理传统和司法实践中，过度限制经济行为自由被认为是违背公序良俗的典型形态。^{〔10〕} 在此前提下，完全否定抵押人转让自由的绝对限制反而有效，在说理标准和逻辑上明显缺乏正当性。

可以说，在德国、瑞士、英国和我国台湾地区，抵押人自由转让抵押财产，不仅是写入法律、法院裁判文书和教科书的抵押人权利，还是深潜于交易现实的通常观念和常规做法，绝对限制在实践中属于罕见的异数。在这样的背景下，无论像《德国民法典》第 1136 条那样直接否定绝对限制的效力，还是借助抵押人自由转让抵押财产这一公序良俗来否定其效力，都不会造成副作用。

但我国大陆没有这样的现实基础，不能用前述理由来否定绝对限制的效力，否则就是东施效颦。不过，这可不是说绝对限制在我国大陆一定有效，而是说我们不能单纯地借助或套用比较法经验来正当化自家的认识。解铃还需系铃人，既然问题出在从第 191 条到第 406 条的转型，那我们必须考察这一转型目的，看绝对限制能否融入其中，进而判断其有无法律效力。

在整体上看，第 406 条把抵押人从第 191 条的禁锢中解放出来，恢复其转让抵押财产自由的努力很明显。在第 191 条的背景下，抵押权人同意是抵押财产转让的唯一关卡，即便当事人约定了绝对限制，但只要抵押权人同意，抵押财产仍能现实转让，绝对限制在此没有法律意义。在第 406 条比第 191 条更倾向于抵押财产自由转让的导向下，无疑更应否定绝对限制的法律效力，否则，像第 43 条第 2 款规定的那样，在绝对限制登记后，只要受让人没有代替债务人清偿债务导致抵押权消灭，抵押财产转让绝对不发生物权效力，会使第 406 条的实际效果反而比第 191 条更限制抵押人的转让自由，这显然不是立法者所乐见的。

〔8〕 参见姚瑞光：《民法物权论》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 149 页；谢在全：《民法物权论》（下册）2020 年自版发行，第 206 页。

〔9〕 参见林清江：“对于民法第八六七条抵押权追及性之研究与建议”，《月旦法学杂志》2013 年第 9 期，第 268—270 页。

〔10〕 参见陈自强：《民法讲义 I 契约之成立与生效》，法律出版社 2002 年版，第 153 页。

而且,绝对限制以照料抵押权人的利益为导向,其目的旨在固定和强化抵押关系双方的人身属性,不容许抵押人的主体身份变更。出于维护抵押权人最大利益的考虑,这种导向完全可以理解,但不一定非要采用绝对限制这样的决绝手段,双方完全可以约定主观限制,把抵押权人同意作为抵押财产转让的先决条件,由抵押权人拿捏抵押财产是否适宜转让的分寸,同样也能达到目的。两相对比,主观限制比绝对限制对抵押人的处分自由限制要小,但同样能实现后者意欲的目的,从比例原则的角度来看,前者能替代后者。说这些是想表明,即便绝对限制无效,但通过无效法律行为转换的法理,仍能把隐含于该约定当中的主观限制的意思凸显出来,赋予其法律约束力,从而既在相当程度上尊重了当事人的意思自治,不至于彻底抹煞该约定的利益导向,又能消除其副作用,可谓两全其美。也就是说,尽管《民法典》未规定无效法律行为转换的规则,但裁判者只要像既有的司法经验一样,妥当运用该法理,^[11]仍能轻松解决问题。这样一来,无论当事人基于何种考量,不动产抵押中的绝对限制应一律无效。

可以说,正因为抵押人自由转让抵押财产并非我们现实中可用的公序良俗,我们无法据此来否定绝对限制的法律效力,才更有必要探查第406条的目的和导向,把绝对限制从该条第1款第2句的约定中扣除出来,使其不能发生法律效力。与此同时,在司法中把这种无效行为转换为主观限制,不会过分忽略照料抵押权人利益的目的。

(二) 认定绝对限制无效的规范路径

上面的话虽然十分确定,但仍有解释难题,究竟应依怎样的规范路径来认定绝对限制无效?

从形式上看,第406条是任意规范,正是它给绝对限制提供了生存土壤,此外也没有其他强制规定来非难这种约定,故而,即便把民事强制规范纳入《民法典》第153条第1款的“法律、行政法规”范围,^[12]也无法说绝对限制违背强制规定而无效。同时,正如前文所言,也难以根据《民法典》第153条第2款,说绝对限制因违背公序良俗而无效。

这看似无解,其实不然,从规范目的出发,完全能得出绝对限制无效的结论。第406条扭正了第191条的指向,以引领抵押财产的自由转让为目的,这一点是确定无疑的。^[13]绝对限制与该目的刚好相悖,放任其发生效力,特别是在其登记后,发生第43条第2款的效果,不仅无异于回到了第191条限制抵押财产自由转让的局面,还有过之而无不及,因为第191条还有抵押财产因抵押权人同意而转让的闸门,而第43条第2款却可以通过绝对限制封上这道闸门。而且,虽然第406条通过当事人约定来保护抵押权人的利益,但用比例原则来衡量,绝对限制对抵押权人的保护力度过大,不是适格的手段。既然绝对限制与第406条的目的不合,那就不能认可其法律效力,其规范依据无需取道他径,用第406条自身即可。

[11] 参见常鹏翱:“无效行为转换的法官裁量标准”,《法学》2016年第2期,第42—51页;最高人民法院民事审判二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第345—347页。

[12] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上册),法律出版社2020年版,第304—305页。

[13] 同上注,第786—787页。

这样的分析思路并非孤案,流押条款是大家更为熟知的适例。《物权法》第186条明定禁止流押条款,《民法典》第401条未明定禁止,而是将其法律效果表述为抵押权人“只能依法就抵押财产优先受偿”,但无论基于哪个条文,流押条款都没有法律效力。^[14]造成这一结果的规范依据无他,正是这两个条文本身。

说到底,无论是基于第406条来否定绝对限制的效力,还是基于《民法典》第401条否定流押约定的效力,均是从条文目的出发进行的功能考量。

(三) 认定绝对限制无效的实益

绝对限制无效与有效有天壤之别,最明显的,无效的绝对限制不能发生当事人预期的约束力,正如德国和瑞士的法例显示的那样,即便有绝对限制,抵押人也能自由转让抵押财产,无需承担违约责任,把这种做法放在我国,结论就是绝对限制不应在第43条的适用范围内。

不过,按照前文所述,无效的绝对限制能转换为有效的主观限制,这样一来,抵押人负担了转让抵押财产需经抵押权人同意的义务,抵押人违背该义务的,要适用第43条,照此来看,认定绝对限制无效似乎没有实益。其实不然,正如下文所言,在主观限制中,抵押权人同意虽然使抵押权人取得单向控制抵押财产转让的权利,但在抵押财产转让无害于抵押权时,同意还是抵押权人的义务,抵押权人违背该义务的,抵押人可不经抵押权人同意就能转让抵押财产,无需承担违约责任。若非如此,根据第43条第1款,在绝对限制有效时,未经抵押权人同意,抵押人转让抵押财产,应承担违约责任。

不仅如此,无效法律行为的转换是裁判规范,不动产登记机构不能援用,对登记机构而言,无效的绝对限制没有转圜的生机。在限制抵押财产约定能够登记的前提下,只有有效的约定才有法律意义,否则,即便登记,也不改绝对限制的无效,更不会使其对抗第三人。而且,由于当事人的约定借助登记会产生信息溢出效应,能约束第三人,这在相当程度上限制了权利人的处分自由,若这种限制不符合制度目的,也不能予以登记。比如,地役权当事人约定供役地人不能转让供役地,一旦该约定成为地役权的内容,供役地人就不再有处分权,供役地只能“烂”在供役地人手中,无论需役地是否转让,也无论需役地转让给谁,供役地人都不能转让供役地,这与地役权的制度目的不合,故而,虽然这种约定在当事人之间产生债的效力,但不能登记。^[15]以此为标准,限制权利人处分自由的约定虽然有效,但因登记会过度限制处分自由时,该约定没有登记能力。与此相比,绝对限制本身已过度限制抵押人的处分自由,背离了第406条的规范目的,举轻以明重,更不应贸然允许其记载于登记簿。

二、不动产抵押中相对限制的法律效果

主观限制与绝对限制有根本不同,前者在满足法律行为生效要件时具有法律效力。而且,

[14] 参见高圣平:《担保法前沿问题与判解研究》(第4卷),人民法院出版社2019年版,第347页;黄薇,见前注[12],第778页。

[15] 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715—716页;谢在全,见前注[8],第54—55页。

正是保护抵押权人的法定手段不周延,主观限制才有用武之地,具有实质正当性。主观限制产生债权债务关系,能约束抵押当事人双方,并在登记后能约束包括抵押财产受让人、不动产登记机构在内的第三人,进而事先限制抵押财产的转让。由于主观限制的法律效果与第191条的适用结果存在实质差异,不能认为肯定主观限制是在“复辟”第191条。这些分析对客观限制同样适用。

(一)主观限制与绝对限制没有效力等同性

与绝对限制一样,对主观限制也要进行效力评价。在评价前,应先解决这两种约定是否同质的问题,若二者实质等同,在绝对限制无效的前提下,基于同等事物同等对待的原理,主观限制也应无效。

有人会说,绝对限制含有抵押财产转让须经抵押权人同意的意思,与主观限制实质等同。这种认识看到了两者的共性,而在假设主观限制有效的前提下,这种共性正是无效的绝对限制转换成主观限制的根基。不过,对意思表示的解释首先立足于文义,就文义而言,绝对限制彻底否定了抵押财产转让的可能性,而主观限制以抵押权人同意为条件,保留了抵押财产转让的可能性,二者因此不能混为一谈。这一点在德国法上有清晰表现,尽管《德国民法典》第1136条否定绝对限制的效力,但主观限制得到允许,在该限制的约束下,抵押人未经抵押权人同意而转让抵押财产,能成为抵押权实现的条件。^[16]至于在绝对限制的框架下,经抵押权人同意,抵押人转让抵押财产的,不过是双方协商废止绝对限制,新订并履行主观限制的表现。

有人会结果出发提出疑问,在主观限制,抵押权人占据着主动地位,即便抵押财产转让无害于甚至有利于抵押权,如受让人是世界500强企业,其接手被抵押的商场房产,会使财产价值大幅提升,抵押权人对此仍有不同意的权利,其结果与绝对限制不还是一样的吗?这种疑问相当有力,若其成真,前述对绝对限制和主观限制的差异化分析,不过是概念游戏,没有实际价值。其实不然,绝对限制彻底否定了抵押财产的转让,未给抵押关系双方预留一丁点的意思介入空间,这意味着,面对抵押人转让抵押财产并表示,抵押权人既没有同意的权利,也没有同意的义务。与此不同,主观限制为抵押权人预留了是否同意的意思介入空间,其因此占有主动地位,就此而言,同意是抵押权人的权利,是否同意或在何种条件下同意,取决于抵押权人。但不要忘了,合同解释还要看交易目的,主观限制的目的是为了防止抵押财产转让危及抵押权,在这个目的指引下,同意还是抵押权人的义务,即在抵押财产转让不会危害抵押权时,抵押权人有同意的义务,而不能借此拿翘。相应地,在这种情况下,为了防止抵押权人滥用主动地位,对抵押财产转让不表示同意或消极不表态,抵押人应有反制措施,有权请求抵押权人履行同意义务。这种机制在德国不乏其例。比如,根据《德国地上权条例》第5条、第7条,当事人可约定,地上权人转让地上权,须经土地所有权人的同意,若转让未根本性地妨害或危害地上权的设定目的,且受让人的人品能够确保其依照约定履行地上权内容中的义务,则地上权人有权利要求土

[16] 参见鲍尔、施蒂尔纳,见前注[3],第158—159页。

地所有权人同意其转让地上权。^{〔17〕}又如,《德国住宅所有权与长期居住权法》第12条允许约定住宅所有权人转让住宅需经其他住宅所有权人或第三人的同意,但这些人只能出于重要原因才有权拒绝同意,而且,该限制能通过住宅所有权人的多数决来取消。^{〔18〕}正是通过这样的相互牵制,主观限制能有效实现其目的,并实质平衡双方利益,进而与绝对限制有云泥之别。

既然主观限制不同于绝对限制,当然也就不能以后者无效为由直接否定前者效力,在符合主体适格、意思表示适当、满足法律规定的特别要件等合同有效要件时,主观限制有效。

(二)主观限制的实质正当性

从根本上看,主观限制之所以存在,并应赋予其法律约束力,是因为在抵押财产转让时,《民法典》对抵押权人的保护存在力所不及之处,主观限制则能给予必要的补强。

《民法典》对抵押权人的这种保护包括以下手段:①根据第406条第1款第3句,抵押财产转让不影响抵押权,取得财产的受让人是抵押人,其对抵押财产可能或实际造成损害时,抵押权人能行使第408条的保全请求权,这样就能应对受让人滥用抵押财产、贬损其经济价值、损害抵押权的隐患。②根据第406条第2款第2句,在有证据证明抵押财产转让可能损害抵押权时,转让款要供抵押权人优先受偿,这样就在抵押权之外,使抵押财产转让款也实际负载了担保作用,为抵押权人提供了双保险。这些手段很强力,但不足也很明显。单就适用情形来看,它们均着眼于抵押财产完成转让,在米已成粥时为抵押权人提供救济,而不能未雨绸缪,无法把危及抵押权的抵押财产转让扼杀在摇篮之中,不令其现实发生。也正因为允许抵押人自由转让抵押财产、并承认抵押权追及效力的方案是“亡羊补牢”的事后救济,《物权法》才选择了第191条的方案,以求能事先保护抵押权人,避免破坏抵押财产转让后形成的财产秩序。^{〔19〕}

受制于抵押权的结构,在抵押财产转让时,未雨绸缪的保护非常重要。抵押制度对抵押财产的使用价值和交换价值在当事人之间进行了分配,只要抵押权人未租用或借用抵押财产,抵押人通过控制抵押财产能保有其使用价值,抵押权人则能支配其交换价值。不过,虽然抵押财产的价值在制度上有这样的分离,但它们实则浑然一体,道理很简单,抵押人一把火把抵押房屋烧了,哪儿还有交换价值,反之,抵押人把商场等经营类的抵押房屋盘活了,交换价值自然跟着水涨船高。这说明抵押财产的交换价值与使用价值唇齿相依,休戚相关,要确保抵押财产的交换价值,抵押权人就应能排除使用人有损抵押财产价值的用益行为。^{〔20〕}也就是说,在实践中,抵押人不仅控制着抵押财产的使用价值,还实实在在地会影响其交换价值,故而,抵押财产是什么,抵押人是谁,对抵押权人是否成立主债权债务关系、是否设立抵押权的交易决策而言,都是至关重要的信息。与此同理,在抵押财产转让时,受让人是谁,会影响抵押财产将来的交换价值,当然也是抵押权人的关切所在。

〔17〕 参见“地上权条例”,李静译,载王洪亮等主编:《中德私法研究》(第1卷),北京大学出版社2006年版,第261—262页。

〔18〕 参见“德国住宅所有权与长期居住权法(德国住宅所有权法)”,胡晓静译,载王洪亮等主编:《中德私法研究》(第5卷),北京大学出版社2009年版,第167—168页。

〔19〕 参见王胜明:“物权法制定过程中的几个重要问题”,《法学杂志》2006年第1期,第35—38页。

〔20〕 参见曾品杰:“论不动产利用权与抵押权之关系”,《月旦法学杂志》2016年第6期,第112—130页。

第406条第2款第1句注意到了抵押权人的这种利益关切,它要求抵押人在转让抵押财产时,应及时通知抵押权人,这固然能使抵押权人知悉抵押财产的转让事宜,但未赋予其话语权,抵押权人除了被动接受抵押财产的转让,别无回天良法,因为抵押财产的转让遵循不动产物权变动规则,即便抵押人不履行通知义务,也不会影响抵押财产的转让。不过,在抵押人有转让抵押财产的动议,但尚未实施或完成转让之前,抵押权人对受让人不满意,并有证据表明转让可能有害于抵押权,如受让人向来经营不善,没有能力像抵押人那样能经营好被抵押的商场房屋,若抵押权人能行使《民法典》第408条的保全请求权,及时叫停抵押财产的转让,就能保全自己的利益。问题在于,抵押权人的保全请求权是与抵押权的结构匹配的,它以抵押人滥用抵押财产,可能危及或现实损害抵押财产使用价值的情形为对象,^[21]这种滥用行为是事实行为,不包括抵押人转让抵押财产这一法律行为。而且,受让人经营不善的过去,只说明历史,仅凭此无法确定其未来,谁能说失败者一定不会东山再起?因此,《民法典》第408条不能为抵押权人事先阻止抵押财产转让提供有力支持。

这样看来,仅凭前述的保护手段,抵押权人无法事先防止会贬损抵押财产交换价值的抵押人变更,正因此,抵押权人不得不进行自救,主观限制随之产生,它使抵押权人能提前卡位,判断抵押财产能否转让给某一受让人,从而填补前述保障手段的空缺。

事实上,即便在适用第191条的情形,包括商业银行等金融机构制定的格式抵押合同在内的各种抵押合同往往会明确约定主观限制,^[22]对此现象,固然可以理解为当事人对第191条的无知或无视,但从另外一个角度来看,反而更能说明抵押权人对抵押财产的转让具有天然的敏感度,通过在抵押合同中重复第191条的内容,再次强调抵押权人的同意对抵押财产转让的关卡作用。

(三)未登记的主观限制仅能约束抵押当事人双方

1.主观限制具有登记能力

第43条以是否登记为标准,对主观限制的法律效果予以分类规制,这隐含了主观限制能记载于不动产登记簿这一前提,也即主观限制具有登记能力。在我国不动产统一登记的制度建设中,除了预告登记,具有登记能力的权利被限定为不动产物权,^[23]与此一致,虽然《物权法》规定了共有人对不动产的管理、分割等约定,但因为它们产生债的关系,无法记载于登记簿。延续既往的这种思路,主观限制也没有登记能力,第43条将因此失去适用根基。

既有的这种观念和做法并不妥当,因为不动产登记制度在明确权属的基础上,有引导交易有序发展的独特目的,认可诸如主观限制这样的与不动产物权密切相关的约定有登记能力,便

[21] 参见谢在全,见前注[8],第225页、第228页;王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2018年版,第486—487页。

[22] 参见甘肃省庆阳市中级人民法院民事判决书(2014)庆中民初字第67号、吉林省高级人民法院民事判决书(2016)吉民终42号、陕西省西安市中级人民法院民事判决书(2019)陕01民终7176号。

[23] 参见国土资源部政策法规司等编著:《不动产登记暂行条例释义》,中国法制出版社2015年版,第43—66页;国土资源部不动产登记中心编:《不动产登记暂行条例实施细则释义》,北京大学出版社2016年版,第55—57页。

于受让人了解被抵押不动产权的状态,以决定是否或如何进行交易,能节省交易成本,并避免可能的纠纷解决成本,同时还能恰当实现法定的物权内容与当事人约定搭配的规范目的。正因此,在德国、瑞士以及我国台湾地区,法律规定的与不动产权密切相关的约定都有登记能力,^[24]这些法域与我国大陆的物权法、不动产登记制度高度同质,只要没有特殊的强力事由,我国大陆不应有例外,主观限制应具有登记能力。

必须看到,第406条的制度转型备受抵押融资交易业界的关注,业界对于主观限制应能记载于不动产登记簿的呼吁声音很高,这的确事关抵押融资交易能否正常开展,是优化营商环境必须考量的重要方面,自然资源部负责指导、监督全国不动产登记工作,同时在优化营商环境的财产登记指标方面发挥牵头和负责作用,故其有动力扩大登记能力的范围,把主观限制等约定纳入进来。而且,赋予主观限制等约定以登记能力,在我国切实可行,因为信息技术的迅猛发展,使电子登记成为不动产登记的主流业态,从理论上讲,登记能显示的信息无穷多,查询也能实现在线化、即时化和全景化,这样一来,登记机构在登记簿中准确地再现主观限制等约定,并向社会公众提供便利的查询,成本负担完全内化于其正常工作,不会额外增加登记成本。

赋予主观限制等约定以登记能力,势必涉及这些约定的效力,像43条第2款一样,使其产生约束受让人的效力,实际上填补了《民法典》的未及之处,具有补充和发展物权规范的作用,而这正是不动产登记制度的重要功能。^[25]这与我国不动产登记立法方向完全吻合。我国目前正在起草“不动产登记法”,该法不会大幅度重复《民法典》规定的物权及不动产登记制度,而是补充和发展其没有、但应有的内容,通过登记主观限制等约定,观察其实践效果,并将它们的成功经验上升为“不动产登记法”的内容,正体现了这一点。

总而言之,主观限制具有登记能力,能记载于不动产登记簿,是指日可待的现实,第43条的分类规制因此具有可行性,值得赞同。

2. 未登记的主观限制仅能约束抵押当事人双方

作为抵押当事人双方的合意,主观限制是对抵押人处分自由的限制,只有在抵押权设立后才有意义,抵押权未设立,主观限制不能产生实效。在抵押权设立后,未载入不动产登记簿的主观限制具有隐秘性,产生的是相对性的债的关系,仅能约束当事人双方。在主观限制的约束下,诚实守信的抵押人在转让抵押财产前,会征询抵押权人的意见,由其一锤定音。不过,这种约束力很低,抵押人完全能以承担违约金或损害赔偿为代价,换取不实际履行的自由。这意味着,未登记的主观限制不能有效防止抵押人背信,其完全可不经抵押权人同意就转让抵押财产,结果正如第43条第1款规定的,转让合同不因此无效,抵押人向抵押权人承担违约责任。

在实践中,当事人双方会把主观限制与抵押权的实现关联起来,如约定“未经抵押权人同

[24] 参见《德国地上权条例》第2条、第5条,《德国住宅所有权与长期居住权法》第5条、第10条、第12条等,《瑞士民法典》第730条、第741条、第782条、第792条等,我国台湾地区“民法”第826条之1、第838条、第850条之3等。

[25] Vgl. Schmid/Huerlimann-Kaup, Sachenrecht, 3. Aufl., 2009, S. 81.

意转让抵押财产,抵押权人有权实现抵押权”,这是当事人对抵押权实现条件的约定,据此,在抵押人未经抵押权人同意而转让抵押财产后,根据《民法典》第394条第1款,无论债务清偿期是否届满,抵押权人都能实现抵押权。将这种约定与第406条、第43条第1款结合起来,结果就是在主观限制未登记的情形,抵押人违背约定转让抵押财产的,受让人虽然能取得被抵押的不动产物权,但在其取得该物权之际,抵押权人能实现抵押权。

主观限制在抵押当事人双方创设了债的关系,抵押权人据此享有的请求权旨在保护抵押权,没有抵押权,该请求权失去根本,没有该请求权,抵押权的效用无法最大化,抵押权和该请求权之间形成主权利和从权利的关系。在抵押权人转让主债权时,抵押权随之转让,抵押权人基于主观限制的请求权也要随之转让,债权受让人由此受制于主观限制,但这是从权利附随于主权利——抵押权从属于主债权、抵押权人的前述请求权从属于抵押权——的结果,不能因此得出主观限制能约束第三人的结论。

3. 未登记的主观限制不能对抗善意受让人

在不动产领域,约定的债要想具备对抗第三人的物权效力,必须以载入登记簿为正途,正是借助这种法定的公示机制,债才能为世人周知,进而取得与物权相当的对世性。《德国地上权条例》第2条把债的约定当成地上权内容、《瑞士民法典》第730条使约定义务对抗需役地或供役地的受让人、我国台湾地区“民法”第826条之1第1项关于共有不动产的管理约定约束份额受让人,等等,无不以登记为依托。至于未登记的约定,因为只能约束当事人双方,即便第三人知道约定,也不受约束。但第43条与这种认识并不完全一致,第1款留有例外口子,即主观限制未登记,受让人知道抵押人违约转让抵押财产的,转让不发生物权效力。该例外用一句话表达,就是未登记的主观限制,能对抗善意受让人。如此显著的例外是否合理,应予探讨。

首先应明确的是,《民法典》物权编有不少条文对于不适宜一概进行刚性调整的物权内容事项,通过授权机制交由下位规范、相关机构或当事人根据具体情况进行安排,^[26]但主观限制并非第406条授权当事人直接限制抵押财产的处分权能。原因在于,像第191条那样的做法,事关抵押财产的市场流通,事关抵押人的处分自由,属于民事基本制度的范畴,根据《立法法》第8条的“法律保留”,只能由法律规定才算正当。若允许当事人通过主观限制打破这种保留,那就表明,受让人要想免受抵押人无权处分抵押财产之害,就必须事先探知有无这样的约定,而在主观限制未登记的情形,受制于约定的隐秘性,受让人的探知难度和代价之大可想而知,抵押财产转让的基本交易秩序由此被扰乱。这意味着,未登记的主观限制局限在债的层面,仅使抵押人对抵押权人负担相应的债务,并未渗透到被抵押的不动产物权本身来扣减“转让”这一处分权能。既然如此,虽然有主观限制,但其不影响抵押人对抵押财产的完整处分权,主观限制未登记,不表明被抵押的不动产物权登记错误,也不表明抵押权登记错误,抵押人转让被抵押的不动产物权是有权处分。在这种情形,无论如何都无法参照善意取得的法理,把受

[26] 比如,根据第346条,设立建设用地使用权应当遵守行政法规关于土地用途的规定;又如,根据第255条,国家机关对其直接支配的不动产和动产,享有依照国务院的有关规定处分的权利;再如,根据第373条,作为地役权核心的对供役地的利用目的和方法,由地役权合同约定。

让人是否善意作为抵押财产转让的要件,只要转让合同有效并完成转移登记,无论受让人是否知道主观限制,都不应妨碍其取得该物权。

此外,主观限制与土地承包经营权等物权变动有实质差异,不能套用不动产登记的对抗力规范。以土地承包经营权为例,《农村土地承包法》第35条规定,土地承包经营权的互换、转让在合同生效时完成,未经登记,不得对抗善意第三人。之所以如此,是因为土地承包经营权源自集体经济组织成员公开商议的承包方案和承包合同,并存续于信息高度透明、人员流动低频的农村社会结构中,无需借助登记就众所周知,其绝对性实属农村社会结构的塑造产物,与此相应,无需登记,承包合同成立即产生土地承包经营权。土地承包经营权互换、转让在同一集体经济组织内部进行,并要向发包方备案或经发包方同意,这会使物权变动信息溢出当事人双方,为他人所了解,因而仍不以登记为要件。^[27]但互换或转让毕竟是小概率的具体事件,不像公开商议的承包方案和承包合同那样能覆盖集体经济组织的全部成员,互换或转让后的土地承包经营权绝对性由此打了折扣,不能约束那些的确不知道的成员。主观限制显然不能套用上述的规范和法理,因其原本仅有相对性,除了登记,没有任何能让其为不特定的多数人知悉的机制,这使其本来就不能约束他人,受让人知道它的存在,不会改变它本无约束力的既有属性。

再者,在法律未限制的情况下,财产具有流通性是社会的公共观念,财产流通也是经济运转的常态,当事人通过约定来限制财产自由流通,是用私人安排来打破社会常规,若这种私人安排没有充分的正当理由,法律对其效果持非常审慎的保守态度。最典型的如《德国民法典》第117条,它鼓励财产流通,只允许这种约定有债的效力,即便受让人明知该约定,仍能取得财产,其目的旨在促进法律交易的定位安全,谁想取得某项通常可以转让的权利,谁就能直接信赖该权利的流通性不会被约定限制的事实。^[28]《民法典》第545条第2款也基本如此,它在债权流通性和约定保护的债务人利益之间进行细致权衡,只在后者的重要性的确不容忽视时,才设置了相应救济,具体说来,金钱债权转让对债务人没有实质影响,流通性压倒债务人保护,该债权不得转让的约定因此对受让人——无论其善意还是恶意——没有约束力;对于非金钱债权,不得转让的约定能对抗恶意受让人,以实现债务人利益的保护,但仍要顾及债权流通性,结果就是恶意受让人仍取得债权,债务人能主张债权不得转让的抗辩。^[29]与这两个例子相比,第43条第1款的例外显得很突兀,它实质背离了当事人约定通常不影响财产流通性的通常观念,也未考虑抵押财产转让对抵押权有无实质影响,就直接否定受让人取得抵押财产,正当性并不充分。

4. 未申请办理登记的主观限制不能约束不动产登记机构

抵押合同是办理抵押登记的必备材料,该合同约定主观限制的,登记机构在受理抵押登记申请时,基于审核职责会知悉存在主观限制,在当事人不申请登记主观限制时,基于不动产登

[27] 参见杜涛主编:《中华人民共和国农村土地承包法解读》,中国法制出版社2019年版,第200页。

[28] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第506页。

[29] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中册),法律出版社2020年版,第1046页。

记的申请原则,登记机构应尊重当事人的选择,既不能依职权主动登记主观限制,也不能要求当事人一并申请登记抵押权和主观限制。在这种情形,抵押权登记的信息与抵押合同约定出现偏差,这种偏差是当事人刻意为之的结果,不是登记错误。

在当事人仅申请抵押登记而不申请登记主观限制时,表明当事人不欲主观限制产生对世性,它仅有债的效力,是抵押人对抵押权人负担的债务,不能附在抵押财产之上,直接限制抵押财产的流通性,故而,知悉主观限制的登记机构不受其影响,不被其约束。与此相应,登记机构就抵押财产转让办理转移登记,既无需抵押权人参与共同申请,也无需申请人提供抵押权人同意的证明材料,更无需查询受让人对主观限制的知悉情况。

(四)登记的主观限制对抵押财产转让的事先限制

未登记的主观限制具有相对性和隐秘性,它无法达到未经抵押权人同意,抵押人无法转让抵押财产的效果,而在抵押财产转让木已成舟后,再让抵押人承担违约责任,不过是事后找补,显然并非抵押权人所愿。要想破局,出路只有一条,就是把主观限制记载于不动产登记簿。

当事人申请登记主观限制,既可以与抵押登记一并申请,也可以在抵押登记后单独申请。在登记后,世人已周知主观限制,这使受让人能事先知悉抵押权人同意是抵押财产转让的约束条件,进而决定是否与抵押人进行交易。从理论上讲,主观限制在登记后影响被抵押的不动产物权转让,它在登记簿中应记载于相应的不动产物权信息页,但为了便于受让人了解信息,也为了防止出现信息混淆和疏漏,主观限制应记载于抵押权信息页。

在主观限制登记后,根据第43条第2款,未经抵押权人同意,抵押财产转让合同不因此无效,但转让不发生物权效力。这与《民法典》第221条对预告登记的效力界定完全一致。虽然我国的预告登记主要借鉴了德国制度,但差异很大,最明显的是德国预告登记不禁止不动产物权的处分,只是该处分对于预告登记权利人不生效力,^[30]我国的预告登记有事先限制不动产物权处分的效力,根据《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款,未经预告登记权利人书面同意,登记机构不办理处分该不动产权利的登记。对于特定人不生效力,是法律行为效力瑕疵的一种,其构造的学理争议很大,^[31]我国的民法理论和实务对此比较陌生,而从实践情况来看,预告登记的事先限制效力没有副作用,故而,43条第2款中的转让不发生物权效力,应与预告登记的效力内涵一样。

也就是说,在主观限制登记后,登记机构要替抵押权人把关,在没有抵押权人参与共同申请,或没有其同意的证明材料时,登记机构不能办理抵押财产的转移登记,从而事先限制抵押财产的转让。这样一来,“未经抵押权人同意转让抵押财产,抵押权人有权实现抵押权”的实现条件约定没有意义,因为不经抵押权人同意,抵押财产转让不了,该约定条件无法成就。

在主观限制登记的情形,抵押权人的同意,只表明抵押权人愿意承受抵押财产转让的法律效果,而不表明其愿意承受抵押权消灭的后果,也不表明其愿意终止主观限制,故而,在经抵押

[30] 参见(德)曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第237—238页。

[31] Vgl. Beer, Die relative Unwirksamkeit, 1975, S. 1 ff. 另参见(德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第420—427页。

权人同意的抵押财产转让后,抵押权和主观限制都继续存在。这意味着,抵押财产转移登记的办理,既不以注销抵押登记为前提,也不带来注销主观限制登记的结果。

借助登记的公示作用,主观限制与抵押权都扎根于抵押财产,初始的抵押人以及抵押财产受让人均要承受这些负担,抵押财产受让人想再转让抵押财产,仍要事先取得抵押权人的同意。需要注意的是,被抵押的不动产权和抵押权都是物权,受物权法定原则的制约,抵押人和抵押权人就抵押财产享有的支配利益和处分权能都由法律规定,而主观限制产生的是债的关系,是抵押当事人双方在法定的物权内容之外所做的安排,不能纳入被抵押的不动产权或抵押权的内容,仍在合同之债的范畴。只不过,登记使主观限制突破了合同之债固有的隐秘性和相对性,成为存在于抵押财产上的物上之债,^[32]只要没有适格的消灭事由且登记未被依法注销,主观限制将与抵押财产共存亡,具有相当牢固的稳定性。

还应强调的是,主观限制也会与抵押预告登记并存,它应记载于登记簿的预告登记信息页,只要当事人未申请注销,在预告登记转本登记时,主观限制要一并进行登记。

(五)主观限制与第 191 条的根本差异

行文至此,细心的读者会有这样的疑问,既然第 406 条允许主观限制,若当事人在交易中普遍延循适用第 191 条所形成的习惯,使主观限制蔚然成风并普遍予以登记,这与第 191 条在效果上有什么区别?

的确如此,在第 191 条的长期作用下,对商业银行等专业提供融资的债权人而言,经抵押权人同意抵押财产才能转让,是根深蒂固的观念认识和行为习惯,在实践中形成一套交易规范和监管机制,如中国银监会颁布的《商业银行押品管理指引》第 26 条就规定,商业银行应对抵押人情况进行调查并形成书面意见,内容包括抵押人的担保意愿、与债务人的关联关系等,这些是牵制抵押人能否自由转让抵押财产的约束因素,只要它们不变,主观限制一定极其常见。^[33]更何况,在抵押融资交易中,债权人的话语权往往占有压倒性地位,只要债权人没有动力去更改过去的惯常做法,通过主观限制来排斥抵押人的转让自由,肯定是很现实的做法,而在失去抵押财产转让自由和获得急需融资之间,理性的债务人(在自己提供抵押的情形)一定会——或督促提供抵押的第三人——用前者来换取后者。也就是说,虽然第 406 条的方向很美好,但只要允许登记的主观限制嵌入其中,它估计只能是方向很美好,实践的结果会大概率地重复第 191 条的事实结局,抵押财产仍不能自由转让。这样看来,主观限制与第 191 条在效果上看似没有差异。

一个可能的辩驳是,正如前文所言,主观限制有防止抵押权人随心所欲、保障抵押人转让利益的平衡调节机制,即在抵押财产转让无害于抵押权时,抵押权人有同意的义务,但第 191

[32] 参见常鹏翱:“物上之债的构造、价值和借鉴”,《环球法律评论》2016 年第 1 期,第 5—23 页。

[33] 在我国台湾地区,金融机构征信不动产、提供资金借贷时,通常对抵押人与债务人进行审核后才授予信用核准贷款。正因此,学界认为,抵押人自由转让抵押财产,会使金融机构的这种信用评估机制失灵。而且,金融机构在审核抵押财产时,也要考虑其用途,抵押财产转让会使抵押财产用途发生变化,从而破坏征信机制。参见林清汶,见前注[9],第 257—259 页。从这种现实情况来看,主观限制在我国台湾地区具有正当性。不过,我国台湾地区盛行转让抵押财产即注销原抵押权登记的习惯,主观限制在客观上没有必要。

条的抵押权人同意源自法律规定,并无相同的机制可用,两者的区别因此很明显。这个回答不能令人满意,因为尽管在实践中,在债权人没有正当理由不同意抵押财产转让的情形,的确少有抵押人通过法院或仲裁机构的裁判来强制抵押权人同意,但这不意味着第191条的抵押权人同意是单方的任意机制,只要抵押权人不同意,任谁都无法转让抵押财产。在涉及转让自由的大问题上,法律向来态度审慎,虽然为了某特定人的利益而赋予其对他人转让财产以拍板同意的法律地位,但不是说这只是不受任何限制的权利,在财产转让对其无害时,同意是其应为之义务。在此方面,《农村土地承包法》第34条就很典型,它规定土地承包经营权的转让须经发包方同意,而该同意不是任意的,只要转让符合法定条件,发包方应予准许,^[34]与此相应的《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第13条也规定,承包方未经发包方同意转让土地承包经营权的,转让合同无效,但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外。与此同理,无论是第406条中的主观限制,还是第191条中的抵押权人同意,均包含了利益平衡机制,在抵押权人无正当理由不同意时,抵押人均有通过法院或仲裁机构来进行正当反制的机会,就此而言,它们的确具有共性。

然而,这种共性掩盖不住它们的根本差异:①第406条以抵押人自由转让抵押财产为基本立场,主观限制是例外的当事人约定,它在实践中完全可能不发生,而第191条的基本立场是限制抵押人的转让自由,抵押权人的同意是转让抵押财产的前提,这是法定的普遍要求,故而,主观限制是抵押财产转让自由的例外,第191条则是抵押财产不得自由转让的一般化表达。②主观限制是产生债的关系的约定,既受制于合同成立和生效的要件,也受制于诉讼时效制度,而第191条不存在这些约束。③未经不动产登记簿的记载,主观限制局限于抵押当事人内部,对其他人没有约束力,而第191条的抵押权人同意凭借法律的公开性而为世人皆知,无需登记簿的记载,就对受让人以及登记机构产生约束力,未经抵押权人同意,登记机构不能办理转移登记,受让人也不能取得抵押财产,主观限制想达到这种效果,必须记载于登记簿。④在第191条,抵押权人同意抵押财产转让的,抵押权因此消灭,没有追及力可言,^[35]而在主观限制登记的情形,抵押权人同意抵押财产转让的,受让人取得的不动产物权不仅承载抵押权,还承载作为物上之债的主观限制,也即抵押权和主观限制均有追及力。

还必须看到,在一些抵押融资交易情形,如债权人是初入抵押融资交易市场的新手,根本没有抵押财产经过抵押权人同意才能转让的观念羁绊,又如当事人双方的经济地位势均力敌(如债务人与债权人一样是世界500强企业),甚至抵押人的实力更为出色(如提供抵押的债务人是信誉良好的世界500强企业,债权人是区域性的商业银行),在抵押合同中不约定主观限制是不难想见的,这样一来,第406条允许抵押财产自由转让的作用就凸显出来。

(六)客观限制的法律效果

与前述分析的道理相当,在满足合同成立和生效要件后,客观限制具有法律效力,对抵押

[34] 参见杜涛,见前注[27],第200页。

[35] 参见司伟、肖峰:《担保法实务札记:担保纠纷裁判思路精解》,中国法制出版社2019年版,第374—378页。

当事人双方具有约束力,并在登记后能事先限制抵押财产的转让。

需要注意的是,尽管客观限制包含了抵押权人同意的条件,但它和主观限制的内容毕竟有差异,相应地,抵押财产转移登记的申请材料也有差别。在主观限制登记后,想通过转移登记来转让抵押财产,抵押权人应参与共同申请,不能参与共同申请的,其同意的证明材料不可或缺,该材料既可以是抵押权人自愿表示的同意,也可以是在抵押权人没有正当理由不同意时,法院或仲裁机构要求押权人同意的生效法律文书。在客观限制登记后,约定的客观条件是否成就,登记机构无法实质判断,就抵押财产转移登记来说,抵押权人应参与共同申请,否则,抵押权人对此加以认可的证明材料必不可少,抵押权人不予认可的,抵押人必须通过诉讼或仲裁确定客观条件成就,再持相关生效法律文书申请抵押财产转移登记。

三、动产抵押中绝对限制和相对限制的法律效果

浮动抵押与绝对限制不能并存,约定绝对限制的浮动抵押合同应解释为非浮动抵押,而非浮动抵押中的绝对限制无效。未经登记的相对限制仅约束动产抵押当事人双方,在登记后,相对限制不能约束《民法典》第404条的买受人,但对其他情形的抵押财产受让人有约束力。

(一)绝对限制的法律效果

动产抵押有浮动抵押和非浮动抵押之分,两者的主要差异在于抵押财产特定的时间不同,前者以《民法典》第411条列举情形发生的时间为准,在此时间之前,抵押财产处于自由流通因而不确定的状态,后者以抵押合同生效的时间为准。这种差异使绝对限制在浮动抵押和非浮动抵押中产生迥异的效果。

绝对限制与旨在保持抵押财产充分流通性的浮动抵押完全背离,两者无法相融。在浮动抵押合同中约定绝对限制,是自相矛盾的表达,但不能由此认为不存在抵押关系,毕竟在主债权明确的基础上,当事人双方订立抵押合同,表明了设立抵押关系的清晰意图,不能因为绝对限制就轻易否定抵押关系;同时,也不能断然认为既然是浮动抵押,与此相悖的绝对限制无效,因为这种自相矛盾表明,当事人是否意在设立浮动抵押,还有斟酌辨析的空间。在抵押关系确定的基础上,绝对限制清晰表明了当事人双方不欲抵押财产转让流通的意图,该抵押显然不是浮动抵押,^[36]不能适用浮动抵押规范。这意味着,约定绝对限制的浮动抵押合同形成了非浮动抵押。

至于非浮动抵押中的绝对限制,应认定无效,其道理如同不动产抵押中的绝对限制无效。不仅如此,与不动产抵押相比,动产抵押规范更侧重于抵押财产自由转让,特别是《民法典》第404条扩大《物权法》第189条第2款的适用范围,所有符合要求的抵押动产转让后都会产生买受人不承担抵押权的后果,那么,举重以明轻,绝对限制在不动产抵押中无效,在更注重抵押财产转让流通性的动产抵押中,更应认定绝对限制无效。

概括而言,浮动抵押合同中约定绝对限制的,形成的是非浮动抵押,而非浮动抵押中的绝

[36] 参见最高人民法院(2017)民申1500号民事裁定书。

对限制无效,故而,无论当事人约定的动产抵押是否为浮动抵押,只要其中约定了绝对限制,均应认定为非浮动抵押。

(二)相对限制的法律效果

除了抵押财产特定的时间不同,浮动抵押和非浮动抵押在《民法典》中没有其他实质区分,都在抵押合同生效时设立,都以登记为对抗要件,都允许抵押财产转让,符合第404条要求的买受人都不负担抵押权。这些共性使相对限制在浮动抵押和非浮动抵押中的法律效果相同,没有必要区别分析。

为了保持动产交易的活络,根据《民法典》第404条,无论动产抵押登记与否,都不能对抗在正常经营活动中通过合理价款取得抵押动产的买受人。^[37] 为了实现这一目的,无论相对限制在法定的动产抵押登记系统中记载与否,也都不能对抗前述的买受人,否则《民法典》第404条在实践中将沦为具文。也就是说,与第406条、第43条相比,《民法典》第404条是专门调整抵押动产转让的特别规范,应优先适用,其结果就是,无论相对限制登记与否,也无论符合《民法典》第404条要求的买受人是否知道相对限制,都不影响抵押动产的转让,买受人也都不负担抵押权。

在不能适用《民法典》第404条的情形,如“民法典担保制度司法解释”第56条第1款例举的除外情形,无论动产抵押是否登记,只要相对限制未登记,它就仅有债的效力,根据第43条第1款,未经抵押权人同意,并非导致抵押财产转让合同无效的事由,也不影响抵押财产因交付而转让,但抵押人要向抵押权人承担违约责任。此外,与对不动产抵押中未登记的相对限制分析同理,抵押动产的受让人是否知道未登记的相对限制,不应影响该动产转让。

在动产抵押及相对限制均登记的情形,由于抵押动产转让以交付为要件,动产抵押权人无法像不动产抵押权人那样能通过登记机构事先控制抵押财产转让,会形成受让人占有该动产的事实,但在不满足抵押权人同意等约定条件时,根据第43条第2款,即便受让人未查询登记而不知该相对限制的,也不能实现其预期的转让目的。需要强调的是,无论抵押动产的转让意在转移所有权还是设立让与担保等担保权,都要遵循前述规则,结果就是,只要不满足约定条件,受让人通过交付占有抵押动产,既不能取得所有权,也不能对该动产获得相较于一般债权人的优先受偿权。

不过,相对限制登记对不同动产登记机构的影响有所不同。根据2020年《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》,普通的动产抵押由当事人在中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统自主办理登记,当事人对登记内容的真实性、完整性和合法性负责,登记机构不对登记内容进行实质审查。这意味着,在抵押权人自主登记相对限制后,抵押人以该动产为标的物进行让与担保等所有权担保活动的,其他担保权人也能进行相应的自主登记,登记机构无法制止在后的登记。机动车、船舶、航空器等特殊动产抵押就不一样,它们的登记机制与不动产登记类似,在相对限制登记后,未经抵押权人同意,登记机构不应再办理抵押财产转移登记,否则登记错误。

[37] 参见黄薇,见前注[12],第781—782页。

此外,在不能适用《民法典》第 404 条的情形,如果当事人把相对限制与抵押权的实现相互关联,如约定“未经抵押权人同意转让抵押财产,抵押权人有权实现抵押权”,只要抵押人未经抵押权人同意就转让抵押财产,无论受让人是否取得该动产所有权,也无论债务清偿期是否届满,抵押权人都能实现抵押权。

四、《民法典》施行对绝对限制和相对限制法律效果的影响

前文所述适用于《民法典》施行后发生的限制抵押财产转让约定及由其引发的纠纷,对于这些约定出现在《民法典》施行前,纠纷发生在《民法典》施行后的情形,不宜一概根据“民法典时间效力规定”第 1 条第 3 款,无条件地适用第 406 条、第 43 条,而应根据不同情况来分别处理。

首先,不动产抵押和非浮动抵押中的绝对限制过分抑制抵押人的处分自由,过度限制财产的流通性,不仅与第 406 条的规范目的有冲突,也与第 191 条的规范目的不合拍,应将其认定无效。浮动抵押与绝对限制之间的内在冲突,也与适用第 191 条还是第 406 条无关,应根据具体交易情形来解释当事人的意思表示,只要能解释出当事人既设立抵押,又不让抵押财产转让的意思,该抵押就是非浮动抵押。

其次,《民法典》第 404 条源自《物权法》第 189 条第 2 款,后者相较于第 191 条是应优先适用的特别规范,^[38]《民法典》第 404 条也优先于第 406 条适用,故而,在《物权法》第 189 条第 2 款针对的情形,相对限制无论如何不能对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押动产的买受人。

再次,在《民法典》施行前,在不能适用《物权法》第 189 条第 2 款的情形,第 191 条是实施抵押活动的背景,无论抵押当事人双方是否约定主观限制,第 191 条都深嵌于抵押活动当中,可以说,第 191 条与当事人的具体约定相辅相成,共同为当事人提供明确预期,共同保障当事人的交易信心。如若允许第 406 条对第 191 条的事后改变溯及既往,那一定会破坏基于第 191 条而确定的交易秩序。从实践情况来看,在商业银行等金融机构的格式抵押合同中,普遍存在主观限制,它们是通过约定方式重复了第 191 条对抵押财产转让的限制条件,意在强化抵押权人对抵押财产转让的控制权。如果认为它们只有在登记后,才能产生事先限制抵押财产的法律效果,那一定会在业界引发申请登记主观限制的热潮,而这除了徒增成本,实无益处。对此,应参照适用“民法典时间效力规定”第 3 条,以明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务、背离当事人合理预期为由,排除适用第 406 条和第 43 条,继续适用第 191 条。也只有这样,那些既往没有约定主观限制的当事人才无需补充该约定并申请登记。相应地,无论是不动产登记机构还是特殊动产抵押登记机构,在注销抵押登记前,均不能办理抵押财产转移登记,这样的不作为不属于违法行为。

最后,客观限制把抵押财产能否转让系于特定的客观条件,它不同于主观限制的内容,与

[38] 参见胡康生,见前注[1],第 415 页。

第191条的限制条件也不同,是当事人在第191条基础上,对抵押财产转让条件的细化,原本就仅有债的效力,它应适用第406条和第43条,在登记后产生事先限制的效力。

五、结 语

第191条在我国施行多年,商业银行等金融机构围绕它有稳固成型的交易机制,在法律和交易的强力推动下,未经抵押权人同意,抵押人不得转让抵押财产,业已成为抵押融资交易中根深蒂固的观念。第406条针对第191条进行了制度转型,在松绑对抵押财产转让的限制的同时,又允许当事人进行例外约定。第191条在稳定交易秩序、实现物尽其用等方面的作用明显,而第406条第2款规定的抵押财产转让可能损害抵押权的情形不明,^[39]为了确保交易安全,金融机构在进行抵押融资时,会普遍延续既往的经验做法,通过约定限制抵押财产转让。在此情况下,该约定有何法律效果,就成为事关重大的问题,本文论题正由此产生。第43条回应了该问题,所持方案的基本立场值得赞同,但仍有进一步探讨的空间。

根据前文,对《民法典》施行后发生的限制抵押财产转让约定的法律效果,能得出以下结论:

第一,限制抵押财产转让约定源自第406条,而该条是在恢复抵押人处分自由的目的引导下,才背离第191条进行制度转型的,此目的对该约定法律效果起着重要的指引作用。而且,第406条与《民法典》第394条、第404条、第408条、“民法典担保制度司法解释”第43条、第56条存在直接的紧密关联,只有通盘考虑这些规范,才能全方位地透视该约定,进而准确厘定其法律效果。

第二,限制抵押财产转让约定有绝对限制和相对限制之分,它们的法律效果会因不动产抵押与动产抵押的结构性差异而不同,故对该约定法律效果的分析,必须根据不同的约定内容、不同的抵押类型进行区别对待。相对限制分为主观限制和客观限制,前者具有代表性,对其法律效果的分析能适用于客观限制。

第三,在不动产抵押,绝对限制过分约束了抵押人的处分自由,与第406条的方向相悖,不应产生法律效力,不能载入不动产登记簿,第43条规定的“禁止”因此不宜包括这种绝对限制。不过,法院在处理绝对限制的纠纷时,可通过无效法律行为的转换,认定它发生主观限制的效力。

第四,在不动产抵押,主观限制未记载于不动产登记簿的,基于合同的相对性,它仅对抵押当事人双方有约束力,即便抵押财产受让人知道该约定,也不受其拘束,因此,未经抵押权人同意,既不会导致抵押财产转让的基础行为出现效力瑕疵,也不会影响抵押财产的转让。不仅如此,只要当事人未向登记机构申请登记主观限制,它对登记机构也没有约束力,登记机构既不能主动登记,也不能以存在主观限制为由拒绝办理抵押财产转移登记。既然未登记的主观限制仅有债的效力,不能约束抵押财产受让人和登记机构,那么,第43条第1款有关受让人知道

[39] 参见程啸:《担保物权研究》,中国人民大学出版社2019年版,第454—458页。

约定会导致抵押财产转让不生物权效力的规定是否合理,颇值商榷。当然,在抵押财产转让后,抵押人应对抵押权人承担违约责任。

第五,在不动产抵押,登记的主观限制对社会公众公示,它因此不仅约束抵押当事人双方,还能约束抵押财产受让人和登记机构,在未经抵押权人同意时,抵押财产转让的基础行为不因此无效,但抵押财产客观上不能通过转移登记完成转让。而且,虽然抵押权人的同意为抵押财产转让扫清了障碍,但主观限制和抵押权并存于抵押财产,受让人取得的抵押财产仍负担有抵押权和主观限制。

第六,在动产抵押,浮动抵押合同中约定绝对限制的,应解释为非浮动抵押,与不动产抵押一样,非浮动抵押中的绝对限制无效。至于动产抵押中的相对限制,除了不能对抗《民法典》第404条的买受人,其他法律效果与不动产抵押中的相对限制无异。

Abstract: Article 406 of the Chinese Civil Code vested in mortgagors with freedom to transfer the mortgaged property, and this freedom can be restricted by parties' agreement. Absolute restriction means that the transfer of mortgaged property is prohibited in the agreement of the parties, while relative restriction means that the parties agree to use the mortgagee's consent as the condition for the transfer of the mortgaged property. For real estate mortgage, absolute restriction goes against the gist of Article 406 of the Civil Code, which shall be invalid. Once the relative restriction takes effect, it can only bind the parties of mortgage relationship and it shall not bind any third party, including the assignee or the registration authority without registration. Even without the consent of the mortgagee, the registration authority can also accept the transfer registration as it does not affect the transfer of the mortgaged property. For chattel mortgage, when a floating charge contract stipulates absolute restrictions, it turns into "non-floating charge", while such agreement of forbidding the transfer in a non-floating charge contract shall be invalid; the relative restriction agreement can oppose to the assignee described in Article 404 of the Civil Code under no circumstances, but it can oppose other assignees after registration. These views have refined, supplemented and adjusted Article 43 of Judicial Interpretation of Civil Code's Guarantee System of the Supreme People's Court.

Key Words: Article 406 of the Civil Code; Article 43 of Judicial Interpretations of the Civil Code's Guarantee System of SPC; Transfer of Mortgaged Property; Agreement on Restriction of Transfer

(责任编辑:贺 剑)