

论抵押财产的转让

“重庆索特盐化股份有限公司 与重庆新万基房地产开发有限公司 土地使用权转让合同纠纷案”评释

程啸*

摘要 对于抵押财产转让的规定,《物权法》与《担保法》及其司法解释在立法目的与具体内容上均存在很大的区别。最高人民法院在“重庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有限公司土地使用权转让合同纠纷案”中同时适用《物权法》第191条、《担保法》第49条及其司法解释的规定是错误的,该案仅可适用《担保法》及其司法解释的规定。理解《物权法》第191条第1款时,应区分采取登记生效要件主义和登记对抗要件主义这两类不同的抵押权。在抵押人违反该条第2款,即未经过抵押权人同意转让抵押财产时,抵押财产转让合同也是有效的,至于无效说、效力待定说和区分说等观点都不妥当。《物权法》第191条所确立的抵押财产转让规则符合我国现行法律体系和社会生活的实际情况。

关键词 抵押权 抵押财产 转让 追及效力 物权法

一、事实概要与判决要旨^{〔1〕}

(一)事实概要

被上诉人(原审原告、反诉被告)重庆索特盐化股份有限公司(以下简称“索特公司”)在重

* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 详细案情与判决要旨参见,“重庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有限公司土地使用权转让合同纠纷案”,最高人民法院(2008)民一终字第122号民事判决书,《中华人民共和国最高人民法院公报》2009年第4期。

重庆市万州区观音岩1号拥有四块商服用地使用权,并将上述土地抵押给相关银行用于贷款担保,抵押期限自2005年至2011年。2005年12月1日,上诉人(原审被告、反诉原告)重庆新万基房地产开发有限公司(以下简称新万基公司)与索特公司签订了《金三峡花园联合开发协议》(以下简称《联合开发协议》),在上述土地上联合开发金三峡花园。该协议约定:①索特公司现已将上述土地抵押给某银行融资贷款,同意在约定时间内将该土地的抵押权解除,并保证不存在其他权利瑕疵;②以新万基公司出资、索特公司出土地使用权,共同投资、共享利润的方式,共同进行房地产开发。2005年12月1日,新万基公司与索特公司又签订了《联合开发协议之补充协议(一)》(以下简称《补充协议》)。2007年12月20日索特公司以新万基公司并未按照合同约定履行相应义务为由,向法院起诉,要求解除双方签订的《联合开发协议》及《补充协议》。同时,请求判令新万基公司支付违约金1000万元。新万基公司提起反诉,请求法院判令索特公司承担违约责任,支付违约金6000万元。

(二)判决要旨

1. 一审判决要旨

重庆市高级人民法院经审理认为:首先,双方当事人之间法律关系实质上是土地使用权转让,即索特公司是土地使用权转让人,新万基公司是受让人。其次,当事人之间的土地使用权转让行为违反了《担保法》第49条第1款——即索特公司在转让抵押财产时未通知抵押权人——而归于无效。此外,由于新万基公司受让的标的物上存在抵押权,根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第67条第1款,新万基公司可以通过行使涤除权消灭该抵押权,从而对转让行为的效力予以补正。但新万基公司并未行使涤除权,该转让行为的效力未能得到补正。故此,《联合开发协议》及《补充协议》属于无效合同,索特公司与新万基公司要求对方支付违约金的请求均不能成立。最后,本案合同无效是因为抵押人未将土地转让的情况通知抵押权人,系索特公司单方的过错导致了合同无效,对新万基公司因此遭受的损失应由索特公司承担赔偿责任。虽然根据《担保法解释》第67条第1款,也可由受让人行使涤除权消灭抵押权,从而使转让行为生效,但对受让人而言,该规定系赋予权利,权利人不行使权利并不构成法律上的过错。

新万基公司不服一审判决,向最高人民法院提起上诉称:根据《担保法解释》第67条、《物权法》第191条,在未告知抵押权人的情况下,转让抵押物的行为并不当然无效。本案中,双方约定由索特公司履行先行解除转让土地上的抵押,能够保护抵押权人的利益,该约定不违反法律的强制性规定,转让合同应为有效合同。索特公司应为此承担违约责任。索特公司答辩称:本案所涉合同因违反《担保法》的强制性规定而无效。索特公司并没有违约,而是新万基公司违约。

2. 二审判决要旨

最高人民法院经审理认为:《联合开发协议》与《补充协议》合法有效。首先,依据《担保法》第49条,抵押期间抵押人转让抵押物应当通知抵押权人,否则转让行为无效;《物权法》第191条亦规定抵押期间转让抵押物须经抵押权人同意。其立法目的是为了确保抵押权人的利益不受侵害。但《担保法解释》第67条和《物权法》第191条也规定,未经通知或者未经抵押权人同

意转让抵押物的,如受让方代为清偿债务消灭抵押权的,转让有效。即受让人通过行使涤除权涤除转让标的物上的抵押权负担的,转让行为有效。本案双方当事人在《联合开发协议》中约定由索特公司在不影响开发进度的前提下办理解除抵押的相关手续,即以约定的方式将先行解除本案所涉土地上的抵押权负担的义务赋予了索特公司。该约定既保障了抵押权人的利益,也不妨害抵押人和受让土地的第三人的利益,与《担保法》、《物权法》以及《担保法司法解释》保障各方当事人利益平衡的立法精神并不相悖,不违反法律规定。因此,应当确认该《联合开发协议》及《补充协议》有效,双方应按照合同诚信履行,索特公司有义务根据双方商定的开发进度清偿银行债务,从而解除该转让土地上的抵押权负担。其次,《物权法》第15条确定了不动产物权变动的原因与结果相区分的原则。物权转让行为不能成就,并不必然导致物权转让的原因即债权合同无效。双方签订的《联合开发协议》及《补充协议》作为讼争土地使用权转让的原因行为是债权形成行为,并非该块土地使用权转让的物权变动行为。相关法律关于未经通知抵押权人而导致物权转让行为无效的规定,其效力不应及于属于物权变动行为的原因行为。因为当事人可以在合同约定完善物权转让的条件,使其转让行为符合法律规定。本案即属此种情形。

综上所述,双方当事人签订的《联合开发协议》与《补充协议》系当事人的真实意思表示,不违反法律和行政法规的禁止性规定,合法有效。索特公司未履行合同义务的行为,构成违约,应承担合同约定的违约责任。二审法院撤销了一审法院判决,改判索特公司向新万基公司支付违约金4038万元。

二、评释

(一)问题的提出

本案中,索特公司与新万基公司之间表面上成立的是“合作开发房地产合同”,而实际上为“土地使用权转让合同”。本案最关键的问题即,抵押人未经抵押权人同意转让已抵押的土地使用权时,该土地使用权转让协议的效力如何?在这个问题上,一审与二审法院有着不同的认识。这种认识上的分歧具体表现在两处。其一,应当适用哪些法律规范?一审法院认为,本案应当适用《担保法》及其司法解释。二审法院则认为,本案除适用《担保法》及其司法解释外,还可以适用《物权法》相关规定。这些法律和司法解释的规定的立法精神是一致的,它们的指导思想是“要在抵押权人和抵押人、受让抵押标的物的第三人之间实现利益平衡,既充分保障抵押权不受侵害,又不过分妨碍财产的自由流转,充分发挥物的效益”。其二,转让协议有效还是无效?一审法院认为,依据《担保法》第49条第1款与《担保法解释》第67条第1款,抵押人索特公司转让抵押财产时须通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况。因索特公司未通知抵押权人(建设银行与工商银行),且受让人新万基公司并未行使涤除权来补正该土地使用权转让行为的效力,故此,土地使用权转让协议无效。二审法院认为,本案中,虽然抵押人转让抵押财产时并未通知抵押权人,但鉴于《物权法》第15条明确区分了负担行为与处分行为,本案中“双方签订的《联合开发协议》及《补充协议》作为讼争土地使用权转让的原因行为是债

权形成行为,并非该块土地使用权转让的物权变动行为”。该合同的效力不因抵押人未通知抵押权人而无效。只是作为物权变动行为的土地使用权转让行为因未通知抵押权人且受让人没有行使涤除权而归于无效。“相关法律关于未经通知抵押权人而导致物权转让行为无效的规定,其效力不应及于属于物权变动行为的原因行为”,因此作为债权行为的《联合开发协议》和《补充协议》的效力不受影响。索特公司与新万基公司之间的协议合法有效。现索特公司未履行合同义务,应当承担违约责任。

尽管相对于一审法院,二审法院的说理更为详细,但仍有不少问题值得思考。首先,从案情来看,抵押协议成立于《物权法》施行前,基于法不溯及既往的原则,能同时适用《担保法》及其司法解释与《物权法》的规定吗?退一步说,即便从时间上说,可以同时适用上述法律和司法解释,《物权法》第191条的抵押财产转让规则与《担保法》第49条、《担保法解释》第67条确立的抵押财产转让规则,真的是一致而不冲突的吗?二审法院以《物权法》第15条已经区分了处分行为(物权行为)与负担行为(债权行为)为基础,认定本案当事人签订的《联合开发协议》及《补充协议》合法有效。问题是,《物权法》第15条真的意味着我国承认了物权行为的独立性与无因性吗?有鉴于此,本文将结合本案判决讨论这些问题及与之相关的问题,以期有助于增进理论界与实务界对现行法中抵押财产转让规则的理解与认识。

(二)《物权法》与《担保法》适用上的时间效力

在重大的新法颁行或旧法做出大规模修订后,对人民法院而言,如何解决新法与旧法在适用上的衔接是一个非常重要的问题。司法实践中,通常采取的方法是由最高人民法院颁布专门的司法解释来解决法律衔接的问题。例如,在1999年3月15日《中华人民共和国合同法》颁布后,最高人民法院很快颁布了《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》。该司法解释对《合同法》与之前的三个合同法,即《经济合同法》、《涉外经济合同法》与《技术合同法》的适用关系作了详细的规定。再如,2005年10月27日十届全国人大常委会第十八次会议对《公司法》做出了大规模修订,为此,最高人民法院颁布了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释(一)》,对新旧《公司法》适用上的衔接问题等作出了规定。

令人奇怪的是,《物权法》这样一部极为重要的民事基本法律颁布后,最高院竟没有对其与《民法通则》、《担保法》、《合同法》等民事法律的适用关系问题做出任何规定。事实上,这种规定是完全必要的。仅就担保物权而言,《担保法》与《物权法》这两部法律都对担保物权作了详细的规定,且二法之间有不少规定并不一致。尽管《物权法》第178条明文规定:“担保法与本法的规定不一致的,适用本法。”然而,对于那些担保物权法律关系成立于《物权法》施行之前,纠纷发生于《物权法》实施之后的案件,究竟适用《担保法》及其司法解释,还是《物权法》,抑或皆可适用,仍应有相应的规定方为妥当。

就人们对为何不就《物权法》与《担保法》等法律的衔接做出规定的问题,最高人民法院有关人士给出的理由是:

物权法与合同法、公司法、破产法不同,合同法等法律在新法施行后,旧法即告废止,不再适用。而物权法施行后,原来规定有担保制度规则的诸如民法通则、担保法、合同法、房地产管理法、海商法、民用航空器法、城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例等并未

被废止。因此物权法施行后,在担保法律制度规则方面呈现出“诸法并行”的局面。因此,所谓的“衔接”问题其实就是如何贯彻“法不溯及既往”原则的问题。〔2〕

笔者认为,这个理由并不成立。所谓法律适用上的衔接问题,并非只是出现在新法颁布而旧法废除的场合,完全可以出现在新法与旧法并存的情形。例如,我国《侵权责任法》颁布后,原先规范侵权责任的诸多法律及其司法解释如《民法通则》、《产品质量法》、《道路交通安全法》、《铁路法》等并未废止,可为了解决法律适用的衔接问题,最高人民法院同样颁布了专门的司法解释——《关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》。该《通知》第1、2条分别规定:“侵权责任法施行后发生的侵权行为引起的民事纠纷案件,适用侵权责任法的规定。侵权责任法施行前发生的侵权行为引起的民事纠纷案件,适用当时的法律规定”;“侵权行为发生在侵权责任法施行前,但损害后果出现在侵权责任法施行后的民事纠纷案件,适用侵权责任法的规定”。

或许最高人民法院希望通过相应的司法解释对《物权法》与之前法律之间相互冲突的规则作出整合,而无暇颁布这样的司法解释。但是,由于《物权法》与《担保法》等之前的法律存在适用上的衔接问题,并不能回避。〔3〕故此,最高人民法院的有关负责人在全国性的审判工作座谈会上提出了具体的法律适用上的指导意见。例如,在2007年的全国民商事审判工作会议上,最高人民法院副院长奚晓明就专门谈到了如何处理《物权法》与《担保法》的适用关系的问题。他说:

在处理担保法等法律与物权法衔接问题时,人民法院应当坚持“法不溯及既往”的法律原则,凡是发生在物权法施行之前的担保物权行为,应当适用担保法及其司法解释的规定。其次,物权法实施后,在处理担保法等法律与物权法的冲突时,应当按照立法法第83条与物权法第178条规定的原则和精神,根据“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”、“特别法优于一般法”的原则解决法律冲突问题。民法通则与物权法虽为同位法,但物权法是新法;担保法与物权法虽皆规定有担保物权,但物权法是上位法;物权法与海商法、民用航空法虽都规定有船舶、航空器抵押权等担保物权,但海商法、民用航空法是特别法。最后,在抵押权登记效力、抵押登记的公信力、独立担保的适用依据、抵押权的重复设定、抵押权的存续期限、担保财产的处分、抵押权的从属性规则、担保物权竞合规则等方面,担保法及其司法解释与物权法第四编的规定差距较大,必须重点加以关注。〔4〕

〔2〕 宋晓明:“物权法担保物权编实施中的几个重要问题——在物权法担保物权国际研讨会上的讲话”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》(2008年第2辑),人民法院出版社2008年版。

〔3〕 奚晓明:“充分发挥民商事审判职能作用 为构建社会主义和谐社会提供司法保障——在全国民商事审判工作会议上的讲话”,载奚晓明主编:《民商事审判指导》(2007年第1辑),人民法院出版社2007年版。

〔4〕 已有一些学者注意到了《物权法》与《担保法》的适用时间效力问题,参见陈龙业:“试论物权法实施后担保法相关条文的效力——由物权法第178条的规定而展开”,杨立新、刘德权主编:《物权法实施疑难问题司法对策》,人民法院出版社2008年版,页548以下;高圣平:《物权担保新制度新问题理解与适用》,人民法院出版社2013年版,页12-20。

显然,上述关于《物权法》与《担保法》适用关系的指导意见是正确的,值得肯定。如果将上述适用标准运用于本案可知:由于一审法院是在《物权法》施行之后受理该案的,而抵押人索特公司将土地使用权抵押给银行以及将之转让给新万基公司的行为均发生在《物权法》实行之前,所以本案应当适用《担保法》第49条与《担保法解释》第67条,而不能适用《物权法》第191条。^[5]

然而,本案二审法院却在未详细说明理由的情形下,不仅适用了《担保法》、《担保法解释》,还适用了《物权法》。特别需要注意的是,二审判决用以支持当事人之间的协议合法有效的最关键依据正是《物权法》第15条。显然,本案二审法院的法官似乎完全违背了最高人民法院提出的上述《物权法》与《担保法》的适用规则。明明是发生在《物权法》施行之前的担保物权行为,本应适用《担保法》及其司法解释的规定,二审法院却同时适用了《物权法》的规定,并之作为主要法律依据,显非妥当。

(三)《担保法》及其司法解释中的抵押财产转让规则

如上文所述,本案应当适用《担保法》及其司法解释的规定。既然如此,依据《担保法》第49条、《担保法解释》第67条,本案中的抵押财产转让合同的效力当如何认定呢?在解决这个问题之前,不妨就我国《物权法》颁布之前,法律和司法解释中抵押财产转让规则的演变过程做一个简单介绍,然后再分析《担保法》及其司法解释的规定,确定本案抵押财产转让协议的法律效力。

1. 从《民法通则意见》^[6]第115条到《担保法》第49条的变化

《民法通则》对抵押财产的转让未作规定,《民法通则意见》第115条第1款规定:“抵押物如由抵押人自己占有并负责保管,在抵押期间,非经债权人同意,抵押人将同一抵押物转让他人,或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的,其行为无效。”^[7]所谓无效,即转让抵押物的合同或抵押合同自始无效、绝对无效。^[8]由此可知,《民法通则意见》对于抵押人转让抵押财产作了非常严格的限制,即原则上抵押人在未获得抵押权人同意的情况下不得转让抵押财产或再次抵押。

1995年10月1日起施行的《担保法》是专门规范各类债权担保制度的民事法律,该法第

[5] 有人认为,由于本案提起诉讼时,《物权法》已经实施,故此依据该法第178条,本案应当适用《物权法》第191条而非《担保法》第49条、《担保法解释》第67条。参见蒋文军:“论抵押财产转让的法律规定及其适用——基于一起公报判例展开的思考”,中华全国律师协会、浙江省律师协会:《中国合同法论坛论文汇编》,2010年印刷,页87。笔者认为,该观点是错误的,依据“法不溯及既往”的基本原则,本案纠纷应当适用担保物权设立行为以及当事人之间发生的转让抵押财产的行为发生时的法律,而非提起诉讼时的法律。

[6] 该司法解释全称为“《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》”。

[7] 由于与《物权法》有关规定相冲突,《民法通则意见》第115条已被《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》(2008年12月24日起施行)废止。

[8] 参见《最高人民法院关于如何认定中国农业银行湖北省分行国际业务部申请宣告武汉货柜有限公司破产一案中两份抵押合同效力问题的复函》(法函[1995]33号)。

49条对抵押财产的转让作了规定。^{〔9〕}考虑到“抵押权实现前,财产所有权人并不因抵押权的设定而失去对物的占有、使用、收益、处分的权利。为了加速经济流转,更好的发挥财产的功能,法律允许财产所有人在抵押期间将抵押物转让。但为了保护抵押权人和转让物的受让人的合法权益,转让的财产必须受到一定的限制”。^{〔10〕}故此,与《民法通则意见》第115条不同的是,《担保法》第49条对抵押人转让抵押财产的限制有了很大的松动。《担保法》第49条第1款规定:“抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况;抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的,转让行为无效。”从该款可知,《担保法》只是对于已经登记的抵押财产的转让有一定的限制,没有限制未登记的抵押财产的转让。此外,《担保法》第49条第2、3款还规定:“转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保;抵押人不提供的,不得转让抵押物。”“抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分,归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。”

《担保法》颁布后,对于该法第49条第1款是否认可了抵押权的追及效力抑或只是将抵押物转让的价金作为代位物,该条第3款是否属于对涤除权的规定等问题,一直有很大的争议。有些人认为,《担保法》第49条第1款之所以仅规定“抵押人转让已办理登记的抵押物”的情形,就是因为已经办理登记的抵押权具有物上追及效力。也正是基于此种追及效力的要求,抵押人在转让抵押物时才需要告知抵押物的买受人,以免使其遭受不测。倘若立法者不承认追及效力,要求抵押人告知受让人标的物已经抵押就显得毫无意义。^{〔11〕}在此说的基础上,有些学者进一步认为,《担保法》第49条不仅承认了抵押权的追及效力,还承认了买卖价金的物上代位性,即采取的是抵押权的物上代位权与追及共容的立法体例。^{〔12〕}然而,有些学者则认为,《担保法》第49条恰恰否定了抵押权的追及效力。因为依据该条,抵押物一旦转让,抵押权就不复存在,自然也不存在抵押权人追及抵押物之所在而实现抵押权的问题。此时,只是发生转让抵押财产所得买卖价金的物上代位。故此,《担保法》第49条第3款规定,转让抵押物所得之价款须提前清偿债务或者提存。如果承认抵押权的追及效力,显然无须作此规定。^{〔13〕}《担保法》要求抵押物转让的价金应当用于提前清偿债务或提存的做法类似于日本的价金物上代位制度,与传统以追及效力为中心的立法不同。^{〔14〕}还有少数学者不赞同上述观点,别出心

〔9〕 参见邹海林、常敏:《债权担保的方式和应用》,法律出版社1998年版,页152。

〔10〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社1995年版,页66-67。

〔11〕 同上注。

〔12〕 参见温世扬、廖焕国:“论抵押权物上代位性与物上追及效力之共容”,《法学》2001年第6期。

〔13〕 参见刘保玉、吕文江主编:《债权担保制度研究》,中国民主法制出版社2000年版,页370;董开军主编:《中华人民共和国担保法原理与条文释义》,中国计划出版社1995年版,页161;邹海林等,见前注〔9〕,页153;孔祥俊主编:《担保法例解与适用》(新编本),人民法院出版社2001年版,页427;徐武生:《担保法理论与实践》,工商出版社1999年版,页290;叶金强:《担保法原理》,科学出版社2005年版,页138。

〔14〕 参见梁上上、贝金欣:“抵押物转让中的利益衡量与制度设计”,《法学研究》2005年第4期。

裁地认为《担保法》第 49 条采取了涤除主义。在这些人看来,第 49 条之所以要求抵押人通知抵押权人,是为了便于抵押人行使涤除权。如果抵押权转让的价款高于抵押物的价值,则抵押权人的利益不会遭受损害,其不会禁止抵押物转让。反之,当抵押物转让的价款明显低于该物的价值时,则抵押权人有权拒绝涤除,即禁止抵押物的转让。《担保法》第 49 条规定抵押人转让抵押物时应告知受让人转让的标的物已经抵押,主要是为了令受让人有机会决定是否愿意购买一个有负担的财产。^[15]

在笔者看来,上述任何一种学说都难以合乎逻辑地解释《担保法》第 49 条。首先,该条第 1 款第 1 句要求抵押人转让抵押物时必须告知受让人转让物已经抵押的情形,表面上看,该规定似乎意味着立法者认可了抵押权的追及效力。然而,果真如此的话,有两点难以解释:其一,为何《担保法》第 49 条第 1 款第 1 句要求抵押人在转让抵押物时应当通知抵押权人?^[16] 毕竟在承认抵押权追及效力的情况下,即便不告知,对抵押权人的利益也并无损害,更没有必要规定不通知抵押权人将使转让行为无效。其二,如果说《担保法》第 49 条真是对抵押权追及效力的承认,则抵押人转让抵押物的价格是否与抵押物的价值相称,无关紧要。因为即便转让价款很低,对于抵押权人的利益也不发生影响。当债务人届期不履行债务时,抵押权人有权将(无论转让到何人手上的)抵押财产变价并优先受偿。《担保法》第 49 条第 2 款大可不必规定“转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押人可以要求抵押人提供相应的担保”,进而规定“抵押人不提供的,不得转让抵押物”。

其次,如果说《担保法》第 49 条采取了价金物上代位说,则难以解释以下两个问题:第一,为何《担保法》第 49 条第 3 款要求抵押人向抵押权人“提前”清偿所担保的债权? 第二,依据物上代位性理论,抵押权物上代位效力指向的是价金的给付请求权而非价金本身。价金属于金钱,而金钱是具有高度流通性的可替代物,一旦为抵押人收取,即融入其一般财产,抵押权人无法继续行使物上代位权。正因如此,凡将抵押财产转让后所得价金作为代位物的国家,其法律要么规定应由抵押权人于支付或交付前实行扣押(如《日本民法典》第 304 条第 1 款),要么规定在抵押人的价金请求权上产生法定债权质权(如《德国民法典》第 1128 条)。可是,依据我国《担保法》第 49 条第 3 款,价金的受领权人为出卖人即抵押人,出卖人在获得了该价金后,以之提前清偿抵押权担保的债权或者进行提存。这样一来,如果出卖人既不以转让抵押物所得的价款向抵押权人提前清偿所担保的债权,也不进行提存,此时当如何处理?

最后,将《担保法》第 49 条解释为对涤除权的规定,更加不妥。因为涤除权产生的前提就是抵押权具有追及效力,否则不可能也没有必要规定涤除权。既然无法证明《担保法》承认了抵押权的追及效力,如何能够认为《担保法》承认了涤除权? 此外,即便在承认涤除权制度的瑞

[15] 参见肖峒、皇甫景山:《〈中华人民共和国担保法〉讲话》,中国出版社 1995 年版,页 150 以下。

[16] 就《担保法》第 49 条的立法本意,笔者曾咨询过曾担任全国人大常委会法制工作委员会民法室副主任一职的孙礼海先生。据他介绍,该条的本意是要确定抵押权的追及效力。至于为什么规定抵押人转让抵押物时负有通知抵押权人与告知受让人的义务,主要是考虑到当时的登记制度不完善,无法查询,且实践中许多受让人也不去查询登记记录。

士、法国与日本,涤除权也只是作为抵押物第三取得人的权利,并且法律上对于涤除权的行使程序有详细的规定,如涤除权人可以在抵押权人实现抵押权前提出涤除金额据以消灭抵押权,如果抵押权人不接受,则必须以高于涤除金额的底价进行拍卖等。^[17]但这些内容在《担保法》中没有任何规定。

综上所述,《担保法》第49条既没有承认抵押权的追及效力,也没有承认抵押物价金的物上代位性,更未规定所谓的涤除权。该条是混乱而令人难以琢磨的条款。^[18]

2.《担保法解释》第67条的规定

《担保法解释》第67条也对抵押财产的转让做出了规定,该条共分两款。第1款规定:“抵押权存续期间,抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的,如果抵押物已经登记的,抵押权人仍可以行使抵押权;取得抵押物所有权的受让人,可以代替债务人清偿其全部债务,使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。”第2款规定:“如果抵押物未经登记的,抵押权不得对抗受让人,因此给抵押权人造成损失的,由抵押人承担赔偿责任。”从上述规定可知,司法解释区分规定了登记的抵押权与未经登记的抵押权的不同效力。首先,《担保法解释》第67条第1款明确承认了登记的抵押权具有追及效力,不因抵押财产的转让而归于消灭,且抵押财产的转让协议也不会因为未通知抵押权人或者未告知受让人而无效。^[19]易言之,无论抵押财产到何人之手,一旦债务人到期不履行债务,则抵押权人皆可将抵押财产加以变价,从而满足债权的实现。《担保法解释》之所以规定只有登记的抵押权才有追及效力,是因为其已通过登记加以公示,外界能够通过查询登记簿而得知抵押权的存在,故此赋予该抵押权以追及效力不会危及交易安全。^[20]通过登记的抵押权以赋予追及效力,抵押权人的利益

[17] 参见张巍:“日本的抵押权涤除制度”,载梁慧星主编:《民商法论丛(第24卷)》,法律出版社2001年版,页521以下。

[18] 对此,学者有很多精彩的评论,参见朱庆育:“抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条”,《政法论坛》2000年第2期;费安玲:《比较担保法——以德国、法国、瑞士、意大利、英国和中国担保法为研究对象》,中国政法大学出版社2004年版,页202—203。

[19] 刊登于2006年第3期《中华人民共和国最高人民法院公报》的“百花公司诉浩鑫公司买卖合同纠纷案”判决写道,依据《担保法》第47条与《担保法解释》第67条第1款,“可以认为,在未通知抵押权人或者未告知受让人的情形下,抵押人转让已办理登记的抵押物,该转让行为并非绝对无效。如果受让人代替抵押人向抵押权人清偿了全部债务,使抵押权消灭,那么转让行为可以有效。在抵押权人的债权实现后,即丧失了担保法第49条第1款的适用前提”。“抵押权是以确保债务清偿为目的设立的物权,是依附于主债权而存在的从权利。主债权消灭,抵押权亦消灭。抵押权设定后,抵押人对抵押物的所有权并未丧失,而所有权中就包括了对物的处分权。抵押人并非不能向他人转让抵押物,只是应当在转让时履行通知抵押权人和告知受让人的义务。抵押人不履行通知、告知义务就转让抵押物,只要在转让后抵押人向抵押权人清偿债务,或者受让人在得知受让物上有抵押权后代抵押人清偿债务,使物上设定的抵押权消灭,转让仍可以有效”。

[20] 从《担保法解释(送审稿)》到正式颁布的司法解释,强调的都是抵押权的物上追及性。如《担保法解释(送审稿)》(139条版本)第73条规定:“抵押权存续期间,抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的,如果抵押物已经登记的,抵押权人可以追及行使抵押权,如果抵押物未经登记的,抵押权不得对抗受让人,因此给抵押权人造成损失的,由抵押人承担赔偿责任。抵押物转让后,取得抵押物所有权的受让人,可以代替债务人清偿其全部债务,使抵押权消灭,受让人因此造成的损失,由抵押人承担赔偿责任。”

得到保护。同时,因登记具有公示作用,第三人在明知所受让的财产被抵押的情形下,依然愿意受让,法律应尊重其意愿。此外,由于《担保法解释》第67条第1款还允许抵押财产的受让人根据需要自行决定是否通过代为清偿债务而消灭抵押权,以便得到没有负担的、干净的财产。所以,维持抵押财产转让行为的有效性,无论是对抵押物受让人还是对抵押人而言,都是非常有必要的一件事。应当说,司法解释这一规定,显然非常好地协调了抵押人、抵押权人与抵押财产受让人之间的利益。

其次,《担保法解释》第67条第2款显然是针对那些不以登记为生效要件的抵押权,如动产抵押权(《担保法》第43条第1款)。这些抵押权自抵押合同生效时就产生了,其以登记为对抗要件而非生效要件,不登记也不影响抵押权的产生,只是不得对抗第三人(《担保法》第43条第2款第1句)。^[21] 由于这些抵押权未经登记,因此转让其上有此类抵押权负担之财产时,除非抵押人主动告知受让人,否则受让人无法通过查询登记来知悉所受让的财产上是否有抵押权。有鉴于此,《担保法解释》第67条第2款没有赋予这些未经登记而成立的抵押权以追及效力。申言之,没有登记的抵押权不具有追及效力,一旦抵押财产由抵押人转让给第三人,则无论抵押人是否通知抵押权人,也无论抵押人是否告知受让人,抵押权皆无追及效力,不得对抗受让人,受让人取得的是没有抵押权负担的财产,抵押权归于消灭。如果因为抵押人转让抵押财产而导致抵押权消灭,进而给债权人造成损失的,依据《担保法解释》第67条第2款,应由抵押人承担赔偿责任。所谓“抵押权人因此遭受损失”,是指因抵押物被转让而导致抵押权消灭以致被担保的债权无法实现或无法全部获得实现而给抵押权人造成的损失。

将《担保法解释》第67条与《担保法》第49条比较可知,《担保法解释》的规定之所以更科学合理,因为《担保法解释》第67条第2款对于那些负有无须登记即可成立的抵押权的抵押财产在被转让时发生的问题,作出了符合登记对抗要件立法本意的规定。

3. 依据《担保法》及其司法解释的规定,本案土地使用权转让合同合法有效

在本案中,索特公司在抵押期间(抵押期限自2005年至2011年),将抵押财产(其在重庆市万州区观音岩1号拥有的四块商服用地使用权)转让给新万基公司。对此,新万基公司非常清楚,因为索特公司已经在《联合开发协议》中告知了新万基公司,其已将上述土地抵押给某银行融资贷款,并且索特公司同意在约定时间内将该土地的抵押权解除。然而,抵押人索特公司在转让抵押财产之前并未通知抵押权人(中国建设银行重庆万州分行)。此外,土地使用权的抵押必须登记,不登记则抵押权不产生。故此,本案应适用《担保法》第49条中的第1款与《担保法解释》第67条中的第1款,索特公司将抵押的土地使用权转让给新万基公司的行为是合法有效的,即《联合开发协议》及《补充协议》是合法有效的。同时,抵押权人中国建设银行重庆万州分行的抵押权不受影响,如果债务人不履行到期债务,作为抵押权人的贷款银行有权将土地使用权变价并优先受偿。由于索特公司与新万基公司的《联合开发协议》与《补充协议》中已经约定,抵押人有义务人通过清偿债务而消灭抵押权,抵押人索特公司不履行义务时,自然构成违约。

[21] 该“第三人”并非所有的第三人,而限于“善意第三人”。

本案一审法院虽然同时适用《担保法》第49条第1款与《担保法解释》第67条第1款,却得出了“该土地使用权转让行为违反法律规定,应属无效”的结论。这样的结论显然是错误的。不仅如此,该判决一方面依据《担保法》第49条第1款认定转让行为无效,另一方面又依据《担保法解释》第67条第1款认定,“新万基公司可以通过行使涤除权消灭该抵押权,从而对转让行为的效力予以补正,但新万基公司并未行使涤除权,该转让行为的效力未能得到补正”。无论是我国《民法通则》、《合同法》的规定,还是民法学通说,都认为合同无效是当然无效、自始无效、绝对无效,不存在补正的问题。如果认为当事人可以通过行使所谓的涤除权来补正转让行为的效力,则法院显然是认为该转让行为属于效力待定而非无效。反之,如果认为转让行为因违法而无效,则不存在补正的可能性。

4.“代替债务人清偿债务”是受让人的权利而非义务

本案中,新万基公司是抵押财产(被抵押的土地使用权)的受让人,依据《担保法解释》第67条第1款第2句,其可以代替债务人清偿其全部债务,从而消灭抵押权。这个所谓“代替债务人清偿债务”的行为,究竟是受让人的权利还是义务,值得思考。有一种观点认为,《担保法解释》上述规定赋予了取得抵押物所有权的受让人一项新的权利——涤除权,即抵押物取得人为了取得没有负担的所有权时,可以行使代替清偿的涤除权,代抵押人履行债务或者清偿债权而消灭抵押权。^[22]还有一种观点认为,代为清偿债务是受让人的义务,而非权利或前置程序,是否接受代偿应由抵押权人决定,抵押权人有权拒绝。例如,最高人民法院的一则判决认为:“闽江公司为取得商贸大厦产权,可以申请代筹备处向佳盛公司偿还欠款本息,但该义务仅为最高人民法院《关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》第67条规定的选择情形,而非权利或前置程序的性质。”“佳盛公司既可以选择申请法院强制执行抵押物以实现其优先受偿权,也可以选择闽江公司取得抵押物的产权之后,接受闽江公司的代偿行为,使抵押权归于消灭。在闽江公司没有取得抵押物产权且未履行代偿义务的情况下,其物权要求福建省高级人民法院停止执行……裁定书项下的拍卖行为,佳盛公司对涉案抵押物享有的优先受偿权应当得到保护。”^[23]笔者不赞同上述任何一种观点。因为《担保法解释》第67条第1款第2句既非对涤除权的规定,更没有规定抵押财产受让人的代偿义务,它规定的只是抵押财产受让人享有的通过代为清偿债务从而消灭抵押权的权利。

涤除权,也称消灭抵押权的请求权,是指抵押物第三取得人有权向抵押权人提供抵押物的评价额,并支付或者提存其承诺的金额,使得抵押权消灭的制度。涤除权与抵押物第三取得人

[22] 参见李国光、奚晓明、曹士兵、金剑峰:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,页257-258;潘晓璇:“抵押物第三取得人行使涤除权的要件”,《人民法院报》2004年10月13日。笔者以前也曾有此种错误的认识,参见拙著:《中国抵押权制度的理论与实践》,法律出版社2002年版,页354。

[23] “福建省闽江房地产开发公司与福建佳盛投资发展有限公司、原审第三人福州商贸大厦筹备处外人执行异议之诉纠纷案”,中华人民共和国最高人民法院(2012)民二终字第138号民事裁定书,载奚晓明主编:《最高人民法院商事审判指导案例(2012):合同与借贷担保》,中国民主法制出版社2013年版,页548-549。

通过代位履行债务消灭抵押权的情形是不同的,二者的主要区别在于以下几点:首先,抵押物第三取得人代位履行债务而消灭抵押权的情形通常发生在抵押物的价值大于抵押权所担保的债权金额之时,而涤除权则发生在抵押物的价值低于抵押权所担保的债权金额之时(参见《瑞士民法典》第 828 条第 1 款);其次,抵押物第三取得人代位履行债务而消灭抵押权是一项权利,抵押权人原则上不能阻止抵押物第三取得人行使此项权利而消灭抵押权。而涤除权的行使则要获得抵押权人的同意,当抵押权人同意时,抵押物第三取得人可以通过将向抵押权人支付或者提出该价格而消灭抵押权;如果抵押权人不同意,则其要预付费将抵押物进行拍卖,如果拍卖所得的价格高于抵押物第三取得人给出的价格时,以该拍卖价格作为消灭抵押权的价格,此时抵押权人负担拍卖费用;反之,则以抵押物第三取得人给出的价格作为消灭抵押权的价格,此时抵押物第三取得人负担拍卖费用。第三,在日本法中,通过代位履行债务消灭抵押权的所谓抵押物第三取得人可以是取得抵押物的所有权的人,也可以是取得抵押物的地上权、典权的人,但是涤除权人只能是取得抵押物所有权的第三人(《日本民法典》第 378 条)。本案中的新万基公司依法有权代替债务人清偿债务而消灭土地使用权上的抵押权,但这并非是新万基公司的义务。此外,这种通过代为清偿债务而消灭抵押权的权利,也不可能如一审法院判决认为的那样可以补正土地使用权转让协议的效力。因为依据《担保法解释》第 67 条第 1 款的规定,本案中的《联合开发协议》及《补充协议》本身就是合法有效的,不存在对之效力进行补正的问题。

(四)对《物权法》第 191 条的理解

《物权法》第 191 条共分两款。第 1 款规定:“抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。”第 2 款规定:“抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”《物权法》颁行至今,理论界与实务界对该条的含义,众说纷纭,争议极大。正是因为对《物权法》第 191 条有不同的理解,才使本案二审法院(以及实践中一些法院和学者)认为,《物权法》第 191 条与《担保法》及其司法解释关于抵押财产转让规定的精神是一致的,二者并不矛盾,可以同时适用。^[24]在应当适用《担保法》及其司法解释的抵押财产转让纠纷案件中,法院同时适用《物权法》不属于实质性错误,并不影响实体判决结果。^[25]

为澄清《物权法》第 191 条上的“迷雾”,正确界定《物权法》与《担保法》及其司法解释的关系,本部分主要围绕着如何理解《物权法》第 191 条而产生的争议性问题加以研究。

1.《物权法》第 191 条是否承认抵押权的追及效力

《物权法》是否承认所谓抵押权追及效力的问题是理论界围绕着该法第 191 条讨论最多的

[24] 参见吴光荣:“论抵押物转让的效力——物权法第 191 条的理解与适用”,载王利明主编:《判解研究(总第 59 辑)》,人民法院出版社 2012 年版,页 43—47。

[25] “侯小民、孙雪梅与王琳、王瑜、杨育新房屋买卖合同再审纠纷案”,新疆维吾尔自治区高级人民法院(2013)新民一提字第 00095 号民事判决书。本文所引用案例与判决书,除特别说明外,均取自北大法宝数据库:[http://www.pkulaw.cn/cluster_call_form.aspx? menu_item=law&EncodingName=&key_word=](http://www.pkulaw.cn/cluster_call_form.aspx?menu_item=law&EncodingName=&key_word=)。

问题之一。一种观点认为,《物权法》第191条很清楚地表明了立法者彻底否定抵押权追及效力的立场。^[26] 因为依据该条,在抵押权人同意抵押人转让抵押财产的情况下,抵押权只能通过价金物上代位得到保全。^[27] 如果说《物权法》真的承认了抵押权的追及效力,则抵押人完全可以自由转让抵押财产,无须得到抵押权人的同意。^[28] 另一种观点认为,《物权法》第191条并未否定抵押权的追及效力,而只是采取了价金的物上代位制度为主,并辅之以抵押权追及效力的模式,实现了制度上的最优组合。^[29] 虽然《物权法》并未如《担保法解释》那样在条文中直接规定抵押权的追及效力,但从物权法的基本原理及《物权法》第188、189条关于动产抵押权对抗效力的规定上,可以推导出抵押权具有追及效力。^[30] 此外,《物权法》第191条第2款但书规定“但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外”,如果没有抵押权在已经转让的抵押物上继续存在,亦即如果抵押权没有追及效力的话,何须抵押物受让人代为清偿债务从而消灭抵押权?^[31]

在抵押财产转让时,讨论所谓“抵押权的追及效力”有无,其实就是在讨论抵押财产转让后该抵押权是否继续存在于该被转让的财产之上。抵押权作为限制物权,构成对所有权的正当限制,而抵押权本质上就是对标的物的直接支配并排他的权利,只要该权利存在,不论所有权归属于何人,抵押权人均可以在抵押权实现事由成立时就抵押财产变价并优先受偿。故此,追及效力原本就是抵押权作为“依法对特定的物享有直接支配和排他的权利”的题中应有之义,并非什么法律赋予的特别效力。对此,最高人民法院的一则判决曾有精辟之阐述:

抵押权系为确保债务清偿为目的,债权人对债务人或者第三人所有的特定财产所享有的直接支配和排他的权利。抵押权本质上是“对物”的权利,而非“对人”的权利。因此,一旦抵押权依法设定,债权人即对抵押财产享有了排他的优先受偿的权利,只要抵押权人未表示同意放弃抵押权的,抵押财产不论是基于抵押人的自由转让行为,还是基于司法执行行为等导致变动,抵押权人均可基于有效的抵押权追及抵押财产行使权利。^[32]

由此可知,学界热议的《物权法》第191条是否承认抵押权追及效力的问题,实际上就是抵押财产被转让后抵押权是否依然存在的问题。要解决这个问题,显然既需要正确地解读《物

[26] 王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,页478;马俊驹、陈本寒主编:《物权法》,复旦大学出版社2007年版,页374。

[27] 郇砚:“抵押人处分不动产抵押物的自由与限制——评《物权法》第191条”,《法律适用》2011年第10期。

[28] 参见王利明等,见前注[26],页478;王利明:《物权法研究(第三版)》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,页1221以下。

[29] 参见黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,页573;孙宪忠主编:《中国物权法:原理释义和立法解读》,经济管理出版社2008年版,页463。

[30] 参见赵振飞:“抵押财产转让问题研究”,《山东审判》2013年第4期。

[31] 参见高圣平、王琪:“不动产抵押物转让规则的解释论:《物权法》第191条及其周边”,《法律科学》2011年第5期。

[32] “新疆三山娱乐有限公司等与中国农业银行新疆维吾尔自治区分行营业部等金融借款合同纠纷上诉案”,中华人民共和国最高人民法院(2012)民二终字第113号民事判决书。

法》第 191 条的文义与立法目的,还必须对《物权法》所确立的抵押权制度作整体性的考虑。

在我国,《物权法》规定的可以抵押的财产范围非常广,既包括建筑物和其他土地附着物等不动产,也包括建设用地使用权、“四荒”土地承包经营权等不动产物权,还包括生产设备、原材料、半成品、产品以及交通运输工具等动产(第 180 条第 1 款)。此外,即便是正在建造的建筑物、船舶和航空器,也可以抵押(第 180 条第 1 款第 5 项)。正是由于抵押财产的范围非常广泛,因此《物权法》对抵押权的设立采取了两种不同的立法模式:一是对不动产及不动产物权上抵押权的设立采取了登记生效要件主义,即不登记抵押权不产生(第 187 条);一是对动产抵押权和动产浮动抵押权的设立采取了登记对抗要件主义,即不登记抵押权也产生,但不能对抗善意第三人(第 188、189 条)。在考虑抵押财产转让后抵押权有无追及效力的问题时,应当区分采取登记生效要件主义的抵押权和登记对抗要件主义的抵押权这两类不同的抵押权,分别讨论之。

对于以登记为生效要件的不动产抵押权而言,不登记抵押权不产生,不登记抵押财产的所有权也不转移。抵押人要将抵押财产转移给第三人,即便签订了抵押财产转让合同,但如果没有得到抵押权人的书面同意,无法办理抵押财产的转移登记,自然实现不了当事人期待的不动产权变动的法律后果。^[33] 依据《房屋登记办法》第 34 条、《土地登记办法》第 43 条第 1 款,^[34] 如果抵押人转让抵押财产而未能提交抵押权人同意抵押财产转让的书面文件的,房屋或土地登记机构不得办理房屋所有权转移登记或土地使用权变更登记。此时,抵押人与受让人只是债权债务关系,抵押财产依旧属于抵押人,当债权届期未受清偿或发生当事人约定的实现抵押权的情形时,抵押权人自然可以就抵押财产变价并优先受偿,不发生抵押权有无追及效力的问题。反之,倘若抵押权人同意抵押人转移抵押财产并提交了书面同意文件的,登记机构应当为当事人办理抵押财产转移登记。

需要讨论的是,抵押权人同意抵押人转让抵押财产的,是否意味着抵押权人放弃了抵押权?换言之,登记机构是否应先办理完毕抵押权注销登记,然后才能办理房屋所有权或土地使用权的转移登记?对此,有不同的看法。一种观点认为,抵押权人同意抵押人转移抵押财产就意味着其放弃了抵押权,故此应先办理抵押权的注销登记,才能办理房屋或土地使用权的转移登记。^[35] 另一种观点认为,抵押权人同意转让抵押房屋并不等于抵押权人放弃抵押权。只要抵押权人没有明确的放弃抵押权的意思表示,登记机构就不能仅仅因为抵押权人提交了同意抵押人转让抵

[33] 对此,转让人和受让人都是非常清楚的。因为受让人完全可以通过查询不动产登记簿而知悉受让财产上存在抵押权这一权利负担。

[34] 第 34 条规定:“抵押期间,抵押人转让抵押房屋的所有权,申请房屋所有权转移登记的,除提供本办法第 33 条规定材料外,还应当提交抵押权人的身份证明、抵押权人同意抵押房屋转让的书面文件、他项权利证书。”第 43 条第 1 款规定:“土地使用权抵押期间,土地使用权依法发生转让的,当事人应当持抵押权人同意转让的书面证明、转让合同及其他相关证明材料,申请土地使用权变更登记。”

[35] 参见住房和城乡建设部政策法规司、住宅与房地产业司、村镇建设办公室编:《房屋登记办法释义》,人民出版社 2008 年版,页 144。

押财产的书面文件而办理抵押权的注销登记。^{〔36〕}

笔者认为第一种观点是正确的。首先,依据《物权法》第191条,抵押权人同意抵押人转让抵押财产后,抵押人就应当将转让的价款向抵押权人提前清偿债务或提存。也就是说,此时抵押权的效力只是体现为就转让后所得价款的优先受偿权。这就意味着抵押权已经归于消灭了。倘不作此理解,就意味着《物权法》的立法者既规定债权人可以提前获得债务的清偿,又允许债权人继续享有抵押权。这样的规定对于抵押人而言是极为不公的,立法者恐怕不会做出如此显著失衡的利益考量。

其次,从《物权法》第191条的立法目的来看,也应当认为抵押权人同意抵押人转让抵押财产就意味着抵押权人放弃了抵押权。《物权法》颁行后,全国人大常委会法制工作委员会出版了多部内容基本相同的物权法释义书,这些著作均明确指出,抵押物一经转让,交换价值就已实现,而以交换所得的价款来偿还债务,消灭抵押权,可以减少抵押物流转过程中的风险,避免抵押人利用制度设计的漏洞取得不当利益,更好地保护抵押权人和买受人的合法权益。^{〔37〕}

在《物权法》的起草者看来,既然财产已经设定了抵押,则该财产的交换价值交给了抵押权人控制,抵押人就不能再享有抵押财产的交换价值了。抵押人只能对抵押财产进行占有和使用,即获得使用价值。如果法律上依然允许抵押人在抵押期间将抵押财产任意转让,岂不是鼓励“一物二卖”?^{〔38〕}事实上,就保护抵押权人而言,禁止抵押人自由转让抵押财产是一种预先防范措施,即“防患于未然”。而允许抵押人自由转让抵押财产但承认抵押权的追及效力,对抵押权人而言,只是一种“亡羊补牢”或者说“力挽狂澜”的事后救济。相比较而言,预先防范不仅对抵押权人更为有利,而且还能够避免破坏抵押财产转让之后形成的新的财产秩序。^{〔39〕}显然,只有抵押权在转让后继续存在于被转让的财产之上,才会出现因抵押人行使抵押权而破坏一系列已经形成的新的财产秩序的情形。故此,将抵押权人同意抵押人转让抵押财产理解为放弃抵押权才最可能实现立法者维护财产秩序的目标。

在我国现实生活中,转让抵押财产时如不使抵押权消灭则最可能影响财产秩序的情形就是房地产开发企业销售已经办理在建工程抵押的商品房。正因如此,我国不少地方的建设行政主管部门要求房地产开发企业在进行预售或现售时,如果存在在建工程抵押或土地使用权抵押的,抵押权人(向房地产开发企业发放贷款的银行)必须出具同意抵押人(即房地产开发企业)向受让人(购房业主)转让抵押财产的文件并办理抵押权的注销登记。

由此可见,《物权法》第191条旨在否定抵押权的追及效力,该条第1款规定的抵押权人同

〔36〕 参见刘守君:“转让抵押房屋申请登记时应提交同意注销抵押权证明 兼及《房屋登记办法》第34条修改建议及理由”,《中国房地产》2013年第7期。

〔37〕 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,页418;全国人大常委会法制工作委员会民法室:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,页349。

〔38〕 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。

〔39〕 同上注。

意抵押人转让抵押财产的意思表示应当理解为包含了抵押权人放弃抵押权并办理抵押权注销登记的意思表示。^{〔40〕}当然,实践中可能存在的一种情形是:抵押权人、抵押人与受让人三方达成合意,抵押权人同意抵押人将抵押财产转让给受让人,而受让人也同意受让有抵押权负担的标的物。当事人的此种约定合法有效,此时登记机构应当为抵押人与受让人办理抵押财产转移登记。^{〔41〕}

除了以登记作为生效要件的抵押权,我国《物权法》还规定了采取登记对抗要件主义的抵押权,即动产抵押权与动产浮动抵押权。这两类抵押权的客体均为动产,而我国法上基于法律行为的动产物权变动原则上采取了交付生效要件主义(《物权法》第23条),故此动产抵押权与动产浮动抵押权中,抵押权人控制抵押财产的转让难度较大。因为即便没有得到抵押权人的同意,抵押人也完全可以通过交付抵押财产将之转让给第三人,而动产抵押权人、动产浮动抵押权人无法如不动产抵押权人那样通过不动产登记制度实现对抵押财产的控制。此外,如果没有登记,受让人也难以了解受让财产上是否有抵押权这一权利负担。故此,《物权法》第188条与第189条对动产抵押权和动产浮动抵押权采取了登记对抗要件主义,即动产抵押权与动产浮动抵押权未经登记的,不得对抗善意第三人。所谓“第三人”,是指抵押权设立后抵押财产上的权利人,如买受人、抵押权人、质权人、留置权人、承租人等物上权利人。“善意”意味着,该第三人不知道或虽应知道却非因重大过失而不知道财产上存在抵押权的情事。在动产抵押权、动产浮动抵押权已经办理了登记的情况下,依据《物权法》第191条第1款,抵押人经过抵押权人的同意而转让全部或部分抵押财产的,应先办理动产抵押权、动产浮动抵押权的注销登记或变更登记。抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或提存,而受让人取得的财产上不再负有抵押权这一权利负担。如果抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的,因买受人可以通过登记知悉受让财产上的抵押权负担,故此,抵押权依然存在于抵押财产之上并不消灭。

不过,这里有一个例外:依据《物权法》第189条第2款,即便是经过登记的动产浮动抵押权,也不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。该规定的理由在于:抵押人为债权人设定动产浮动抵押权之后,其正常的经营活动不受到影响,抵押人依然可以处分抵押财产,从事生产经营活动。当买受人支付了合理的价款并获得了对这些抵押财产的占有之后,如果法律规定动产浮动抵押权只要办理了登记,就能发生绝对的对抗第三人的效力,那就意味着抵押人将抵押财产转让后,动产浮动抵押权依然存在于被转移的动产之上并不消灭。当债务人届期不履行债务或者发生当事人约定的实现抵押权的事由时,抵押权人依然有权将第三人已经取得所有权的抵押财产加以拍卖或者变卖,买受人只能通过买卖合同追究

〔40〕 当然,如果受让抵押财产之人愿意继续将该财产抵押给原抵押权人的,也完全可以,只是其需要与抵押权人重新设立抵押权并办理新的抵押权设立登记。目前我国不动产登记实践中,原抵押权注销登记、所有权转移登记与新抵押权设立登记这三种登记可以合并办理。例如,《住房和城乡建设部关于贯彻实施〈房屋登记办法〉的通知》(建办住房函〔2008〕249号)规定:“转让已设定抵押的房屋,受让人申请设立新的抵押的,房屋登记机构可以将原抵押权注销登记、所有权转移登记和新的抵押权设立登记一并办理。”

〔41〕 抵押权是一种物上负担,故只要办理抵押财产的转移登记即可。

出卖人(抵押人)的权利瑕疵担保责任。这样一来,买受人的风险就被极大的增加了,其为了防范这种风险,要么支出大量的费用去逐一查证标的物是否被抵押了,要么就不与设定了浮动抵押权的抵押人从事交易,该抵押人的正常生产经营活动事实上就无法开展,设立浮动抵押权的立法目的之一,即“有利于提供浮动抵押的民事主体从事正常的经营管理活动”也将落空。所以,《物权法》第189条第2款特别对办理了登记的动产浮动抵押权效力作出了进一步的限制。

在动产抵押权或动产浮动抵押权没有办理登记时,由于受让人无法通过查询登记簿而知悉动产上的权利负担,此时抵押权不得对抗善意第三人。如果抵押人转让抵押财产得到抵押权人的同意,则意味着抵押权人放弃了抵押权,受让人取得的财产上没有抵押权的负担;当抵押人未经抵押权人同意就转让抵押财产时,如果受让人是善意第三人,即其不知道或虽应知道却非因重大过失而不知道受让财产上有抵押权的,依据《物权法》第188、189条,该抵押权不得对抗受让人。对于买受人而言,所谓“不得对抗”就是指该抵押权消灭,受让人取得没有权利负担的财产。^[42]如果受让人并非善意第三人,即其知道或者应当知道却因重大过失不知道受让的财产上有抵押权的,则抵押财产转让后抵押权并不消灭,继续存在。

2.抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的协议的效力

(1)学说上的争议。《物权法》第191条第2款规定:“抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”该款仅规定了抵押人未经抵押权人同意“不得转让抵押财产”,却没有规定抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的后果是什么,即转让协议是有效、无效抑或其他?《物权法》颁行后,就未经抵押权人同意的抵押财产转让合同的效力问题,学界与实务界众说纷纭,产生了无效说、有效说、效力待定说以及区分说等观点。

无效说认为,如果抵押人未经抵押权人同意而转让抵押财产,该转让合同无效,^[43]因为《物权法》第191条第2款属于效力强制性规范。该条的立法目的就是要通过禁止转让使第三人不能获得财产的权利,从而保障抵押权人的利益。如果将该条规定认定为管理性规范,就意味着抵押人未经抵押权人同意转让其抵押财产的合同仍然有效,这会使得法律关于抵押权人同意的规定形同虚设,无法实现其立法目的。因此,违反该规定将导致合同无效。^[44]持无效说的学者进一步认为,由于该转让抵押财产的合同仅仅损害了抵押权人的利益,所以主张该合

[42] 依据《物权法》第108条,动产善意取得时,动产上原有的权利消灭,除非善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利。抵押人虽然未经抵押权人同意转让抵押的动产,但不属于无权处分。此种情形下受让人的善意不是指其不知道或虽应知道却非因重大过失而不知道处分人为无权处分人的善意,而是指不知道或虽应知道却非因重大过失而不知道受让财产上是否存在抵押权负担的善意。笔者认为,这种情况下,可以参照适用第108条的规定,使得抵押权消灭。

[43] 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,页352。相关判决参见,“袁安琨与黄秀桂、建行南湖支行、广西桂嘉汇房地产集团有限公司所有权确认纠纷案”,广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院(2013)兴民一初字第1908号民事判决书。

[44] 参见王利明:《物权法研究(第三版)》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,页1225;刘智慧主编:《中国物权法解释与应用》,人民法院出版社2007年版,页556。

同无效的权利人仅限于抵押权人,它属于仅能由特定人主张的无效合同。^[45]

有效说认为,只要该抵押财产转让合同不存在《合同法》第 52 条规定的无效情形,仅仅违反《物权法》第 191 条并不会导致合同无效,即抵押财产转让合同本身是合法有效的。^[46] 如果出卖人在合同约定的履行期限届满时仍未能履行消灭抵押权的义务,致使买受人无法办理所有权转移登记的,则出卖人构成违约,买受人可以请求解除合同。如果买受人同意并能够代为清偿债务消灭抵押权的,则抵押权人应当协助办理抵押权注销登记,出卖人则应当在抵押权消灭后为买受人办理所有权转移登记手续。^[47] 有效说的理由如下:首先,《物权法》第 191 条第 2 款是管理性的强制性规范,而非效力强制性规范。^[48] 一方面,该条的立法目的在于保护抵押权人的利益,而转让合同主要涉及到抵押人与受让人之间的利益,与保护抵押权人利益无直接关系,故此,使转让合同无效并不符合立法目的。另一方面,将《物权法》第 191 条作为管理性的强制性规范,有利于保护交易安全。如果依据抵押权人的同意与否来决定抵押财产转让合同的有效与否,不利于维护交易安全、保护诚实守信者的权益。^[49] 其次,《物权法》第 191 条第 2 款的立法目的不在于否定未经抵押权人同意转让抵押物的合同的效力,而是赋予抵押权人就为实现已经登记的抵押权而额外增加的成本向抵押人请求损害赔偿的权利,赋予抵押人就抵押人未经其同意而向善意第三人转让未经登记的动产抵押物后的损害赔偿请求权,或者赋予抵押人就抵押人未经其同意而向恶意第三人转让已经生效但未登记的动产抵押物的追及权以及其为实现抵押权而额外增加的成本向抵押人请求损害赔偿的权利。简言之,《物权法》第 191 条第 2 款是为了保护抵押权人的利益而专门针对抵押人设定的义务。^[50] 最后,

[45] 同上注,页 1225。

[46] 参见崔建远:《物权法(第二版)》,中国人民大学出版社 2011 年版,页 464。

[47] 参见最高人民法院民一庭:“房屋抵押权存续期间,出卖人(抵押人)未经抵押权人同意签订房屋买卖合同的效力及履行”,载奚晓明主编:《民事审判指导与参考》(2011 年第 1 辑),人民法院出版社 2011 年版,页 134。

[48] 该观点为最高人民法院和一些地方法院的判决所接受。在“东莞市利成电子实业有限公司、河源市源城区宝源房地产发展有限公司与东莞市品隆实业发展有限公司、东莞市大岭山镇房地产开发公司、东莞市大岭山镇颜屋村村民委员会及麦赞新、蔡月红项目转让合同纠纷再审案”中,最高人民法院认为,“虽然在长新公司与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》时,其名下的 2 块土地使用权尚处于抵押状态,《物权法》第 191 条第二款规定……但相关抵押财产未经抵押权人同意只是不能办理转让登记,而并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定,且双方调解协议也有关于清偿债务消灭抵押权的约定,故《转让合同书》及《调解协议》中涉及转让长新公司名下的 2 块土地使用权部分依法应认定为有效”。引自最高人民法院(2012)民提字第 122 号民事判决书。地方法院的判决,参见“萧建强与王秀梅等案外人执行异议之诉上诉案”,广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民五终字第 1420 号民事判决书;“裴黎明、江苏新时代防火保安工程公司与连云港市晶都房地产开发有限公司、连云港市新明珠大酒店有限公司所有权确认纠纷”,江苏省高级人民法院(2013)苏民终字第 0324 号民事判决书;“萧建强与王秀梅等案外人执行异议之诉上诉案”,广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民五终字第 1420 号民事判决书。

[49] 参见王利明:“抵押财产转让的法律规制”,《法学》2014 年第 1 期。王利明教授在该文中改变了其原来所持的无效说的观点。

[50] 参见蔡文军:“论抵押财产转让的法律规定及其适用——基于一起公报案例展开的思考”,《判解研究》2009 年第 5 期,页 129。

如果认为转让抵押财产的合同无效,则既不符合抵押权的本质,也与善意取得制度相违背。^[51]

效力待定说认为,抵押人在抵押期间未经抵押权人的同意,擅自处分抵押财产,该处分行为属于无权处分。^[52]既然是无权处分,则该转让合同属于效力待定的合同,应依据《合同法》第51条处理,即获得该抵押物的第三人可以向抵押权人发出通知,要求抵押权人表示是否同意处分;如不同意,则处分行为自始不生效力,第三人不能取得该抵押物的所有权或者使用权。如果第三人希望获得抵押物,也可以通过代替债务人清偿债务,为抵押人赎回抵押物的处分权,从而使得处分该财产的合同归于有效,进而取得该抵押物的所有权或使用权。^[53]

区分说认为,抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产时,应区分处分行为与负担行为而分别确定其效力。抵押人转让抵押物的合同是负担行为,而抵押物所有权的变动是处分行为。《物权法》第191条规定抵押物不得转让指向的仅仅是处分行为,即不得处分某物的所有权,非指不得订立旨在引起该物所有权转移的买卖合同。^[54]如果抵押人未经抵押权人同意而转让抵押财产的,该处分行为相对无效,但作为负担行为的抵押财产买卖合同的效力是有效的。^[55]“就不动产物权变动而言,这里的转让,指的是不动产物权变动的结果,而不是原因。引起不动产物权变动的原因行为即合同的效力,不受抵押权人是否同意转让抵押物的影响。”^[56]在本案中,二审法院采取的就是区分说,其认为作为负担行为的《联合开发协议》及《补充协议》是有效的,而土地使用权的转让属于处分行为则无效,但其无效并不影响负担行为的效力。区分说得到了最高人民法院相关业务庭的赞同,被相当数量的地方法院的判决所接受。^[57]

[51] 王利明等,见前注[28],页478。

[52] 梁慧星教授认为,抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产属于“处分权受到限制的所有人出卖自己之物”,是《合同法》第132条的四种反面案型中的一种。参见梁慧星:“对买卖合同司法解释(法释[2012]8号)的解读和评论”,中国法学网,访问地址:<http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=3660>。

[53] 江平主编:《中国物权法教程》,知识产权出版社2007年版,页451;江平主编:《中华人民共和国物权法精解》,中国政法大学出版社2007年版,页250。

[54] 吴光荣,见前注[24],页36。

[55] 参见陈永强、王建东:“论抵押物转让的法律效果——以对我国《物权法》第191条的解释为中心”,《政治与法律》2009年第9期。

[56] 最高人民法院民一庭:“未经抵押权人同意是否影响转让不动产合同的效力”,载奚晓明主编:《民事审判指导与参考》(总第42集),法律出版社2011年版,页152-153;最高人民法院民一庭:“房屋抵押权存续期间,出卖人(抵押人)未经抵押权人同意签订房屋买卖合同的效力及履行”,载奚晓明主编《民事审判指导与参考》(总第45集),法律出版社2011年版,页130以下。

[57] 相关判决参见“蔡永善与蔡清洽、何月英房屋买卖合同纠纷案”,福建省石狮市人民法院(2013)狮民初字第2647号民事判决书;“田文华与张正勇定金合同纠纷案”,山东省威海市中级人民法院(2013)威海商初字第123号民事判决书;“忠毅(清远)电子塑胶五金有限公司与清远市新世纪拍卖有限公司建设用地使用权转让合同纠纷案”,广东省清远市中级人民法院(2013)清中法民一终字第4号民事判决书;“江苏金融租赁有限公司与江苏日出化工有限公司、泰州良帅服饰有限公司融资租赁合同纠纷案”,江苏省南京市中级人民法院(2012)宁商终字第680号民事判决书。

(2)本文赞同有效说。诚如崔建远教授所言,我国法上使用“不得转让”、“不得抵押”等表述的地方甚多,但这些“不得……”的涵义并不相同,有的是指不发生物权变动的效果,有的则是指转让合同本身无效等。^[58]就《物权法》第191条第2款中“不得转让抵押财产”如何理解的问题,笔者认为,既应当考虑立法本意,也应当考虑前文讨论过的所谓抵押权追及效力的问题。

表面上看,无效说似乎能够最直接起到禁止抵押人未经抵押权人转移抵押财产的作用,但此种方法简单粗暴,并未考虑到我国法上不动产抵押权与动产抵押权在是否以登记为生效要件上的差别。就不动产抵押权而言,由于采取的是登记生效要件主义,因此受让人在与抵押人签订转让合同前,可以通过查询不动产登记簿而知悉抵押权的存在。如果受让人明知受让的标的物上有抵押权,仍然购买,此时令抵押财产转让合同无效,也不为过。而对该合同之无效,抵押人与受让人均有过错。可是,对于以登记为对抗要件的动产抵押权和动产浮动抵押权,情况就有所不同。这些抵押权存在于动产之上,不登记抵押权也产生,但不能对抗善意第三人。故此,实践中完全可能出现受让人根本无法知悉标的物上存在抵押权的情形,此时令合同无效,既与《物权法》第188条、第189条关于未经登记的抵押权不得对抗善意第三人的规定的趣旨相悖,也违反了《物权法》第106条、第108条关于善意取得的规定。因为,一方面,《物权法》第188条与第189条明确规定了未登记的动产抵押权不得对抗善意第三人。既然如此,如果抵押财产转让合同无效,则受让人就必须将抵押财产返还给抵押人,此时原本并无对抗效力的动产抵押权岂不具有了对抗效力?另一方面,《物权法》第108条规定,善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭,除非善意受让人在受让时知道或应当知道该权利。既然善意受让人取得的动产上原有的抵押权都归于消灭,是否经过抵押权人同意又有什么关系呢?未经抵押权人同意,凭什么又会造成抵押财产转让合同无效呢?因此,无效说并不可取。

至于效力待定说,显然是将抵押人未经抵押权人同意而处分抵押物的行为看作是无权处分行为。然而,抵押人未经抵押权人同意处分抵押财产是否属于无权处分,值得讨论。所谓无权处分,可分为两种情形:一是对财产并无所有权或处分权之人处分该财产,如承租人出卖租赁物、保管人将保管物出质给他人;其二,对财产并无单独的所有权或者处分权的人单独处分该财产,如按份共有人中的一人单独出卖共有物、共同共有人中的一人抵押共有物。抵押人将财产抵押给债权人之后,只是其所有权上产生了负担,受到抵押权的限制。抵押人并未因此失去对抵押财产的处分权。《物权法》第191条对抵押人在转让抵押财产时须得到抵押权人同意的规定,既不意味着立法者剥夺了抵押人的处分权(否则抵押人再次将同一财产抵押给其他债权人也需要得到抵押权人的同意),也很难认为是对抵押人处分权的限制。况且,即便将抵押人未经抵押权人同意而转让抵押财产的行为认定为无权处分,该抵押财产转让合同也是有效的,而非无效合同。对此,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款有明文规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。”

[58] 崔建远,见前注[46],页464。

至于区分说,笔者认为,其最大的错误就在于没有正确地理解《物权法》第15条的涵义,将之误解为对物权行为独立性与无因性的承认,并在这一误解的基础上认定:在未得到抵押权人同意的情况下,抵押财产的转让这一处分行为归于无效,而作为负担行为的抵押财产转让合同依然有效。因该观点未在实务界影响甚大,又涉及到对《物权法》第15条的理解,下文专门对之加以批评。

综上所述,笔者赞同有效说,即抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的合同既非无效合同,也非效力待定的合同,而是有效合同。申言之,如果抵押权是以登记为生效要件的,则抵押财产转让合同生效后,因标的物上存在抵押权以致无法办理抵押财产转移登记时,抵押人有义务通过清偿债务消灭抵押权而完成登记,否则应向受让人承担违约责任。当然,受让人也可以通过代为履行债务而消灭抵押权,从而办理财产的转移登记。至于那些以登记为对抗要件的抵押权(如动产抵押权和动产浮动抵押权),如果该抵押权已登记的,可以对抗受让人,即受让人依据抵押财产转让合同取得的财产上依然负抵押权,当债务人届期不履行债务或发生其他抵押权实现事由时,抵押权人有权实现抵押权。如果被转让的财产上的抵押权未办理登记,抵押权不能对抗善意的受让人,受让人依抵押财产转让合同取得的财产上不负抵押权。如果抵押权人知道或者应当知道却因重大过失而不知道受让的动产上负有抵押权的,则该抵押权存在于买受人所取得的财产之上,可以对抗该非善意的受让人。

(3)《物权法》第15条与抵押财产转让合同的效力问题。负担行为与处分行为是德国民法对法律行为的一种分类。其区分的标准在于法律效果与构成要件的不同。负担行为,也称债权行为,主要包括债务合同,如买卖、赠与、租赁等,其旨在产生一项或多项请求权,或者至少产生一项能够保留给付的法律原因。而处分行为直接作用于某项既存的权利,使得物权产生、转让或消灭,例如转让物的所有权、让与债权、抛弃抵押权等。^[59] 物权行为是最典型的处分行为。很长一段时间内,我国民法学界就是否承认物权行为与债权行为存在极大的争议。

《物权法》第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”相当多的人认为,该条明确的表明立法者终于承认了负担行为与处分行为(即物权行为与债权行为)的区分。在这些人看来,《物权法》的“这一规定就是依据区分原则的要求,对债权关系发生变动建立的规则。它纠正了《合同法》第51条等规定”。^[60] 《物权法》第15条“使我们看到了中国法律区分负担行为与处分行为的立法例”,“在区分负担行为与处分行为的前提下,负担行为与处分行为相互独立,无权处分应当是处分行为效力待定,而负担行为(合同)应当是有效的。无权处分人订立的合同之效力不应受到影响,无处分权仅仅涉及将来合同的履行问题”。^[61] 这种认为《物权法》第15条区分了负担行为与处分行为的观点在最高人民法院似乎有很大的市场,不仅直接影响了案件的裁判,还影响了相关的司法解释。本案二审的主审法官

[59] 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2004年版,页167-168。

[60] 孙宪忠:《中国物权法总论(第二版)》,法律出版社2009年版,页250。

[61] 李永军:《合同法》(第三版),中国人民大学出版社2012年版,页126。

正是受这一理论的影响,才将抵押财产转让行为解释为处分行为,而将当事人之间订立的联营协议解释为负担行为。

在司法解释层面上,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》旗帜鲜明地采取了负担行为与处分行为区分说。该解释第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”司法解释的起草者解读该条时写道,司法解释该条:

旨在依据《物权法》第15条关于物权变动原因与结果区分原则之规定精神,理顺《合同法》第51条与第132条之间的关系。根据合同归《合同法》调整,物权变动归《物权法》规制的原则,在买卖合同法律关系中,买卖合同是物权变动的原因,所有权转移是物权变动的结果。出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权,并不影响作为原因行为的买卖合同的效力,但能否发生所有权转移的物权变动效果,则取决于出卖人嗣后能否取得所有权或者处分权,物权变动属于效力待定状态。^[62]

因此,“在解释《合同法》第132条与第51条的关系时要区分负担行为与处分行为、区分物权变动的原因与结果,区分合同的效力与合同的履行,区分买卖合同与无权处分”。^[63]

理论界也有相当数量的学者认为,《物权法》第15条与区分负担行为与处分行为毫无关系,它只是区分了合同的效力与不动产登记的效力。该规定与德国法上认可的负担行为与处分行为的区分原则是完全不同的。^[64] 在这些学者看来,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。^[65] 《物权法》这一条只是对不动产物权变动合同的效力与不动产登记效力的区分,它纠正了以往我国民事立法和实践中的一个错误,明确了不动产登记并非不动产物权变动合同的生效要件。简言之,其意义只是澄清了这样一条规则:“买卖等债权行为仅发生债的效力,债的发生的效力可以与物权变动的效力区分开来。”^[66]

笔者认为,上述第二种观点是正确的。首先,《物权法》第15条仅是为纠正以往立法中的错误而做出的规定,属于纠偏性的条文,而非区分负担行为与处分行为。由于对不动产登记法律效力的认识错误,我国有些法律错误地将登记作为合同的生效要件,如《担保法》第41条规定:“当事人以本法第42条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同

[62] 奚晓明主编:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,页69。

[63] 同上注,页163。

[64] 王利明等,见前注[28],页97;崔建远,见前注[46],页43;梁慧星、陈华彬:《物权法(第五版)》,法律出版社2010年版,页102。

[65] 杨明宇:“《物权法》第15条的涵义与负担行为、处分行为的区分——兼评最高人民法院买卖合同司法解释第3条”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2013年第9期。

[66] 刘家安:《物权法论》,中国政法大学出版社2009年版,页85。

自登记之日起生效。”《合同法》第44条第2款规定：“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”有些法律则以强制性规范要求当事人必须办理登记，如《土地管理法》第12条规定：“依法改变土地权属和用途的，应当办理土地变更登记手续。”《城市房地产管理法》第61条第3款规定：“房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。”这样的一些法律规定造成了实践中的一种误解，即认为未经登记，合同无效或不生效力。早在1995年，最高人民法院在《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》中就力图纠正此种错误认识。该《解答》第12条规定：“转让合同签订后，双方当事人应按合同约定和法律规定，到有关主管部门办理土地使用权变更登记手续，一方拖延不办，并以未办理土地使用权变更登记手续为由主张合同无效的，人民法院不予支持，应责令当事人依法办理土地使用权变更登记手续。”1999年最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第9条更是明确规定：“依照合同法第44条第2款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。”2004年最高人民法院在《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》中进一步强调，“土地使用权人作为转让方与受让方订立土地使用权转让合同后，当事人一方以双方之间未办理土地使用权变更登记手续为由，请求确认合同无效的，不予支持（第8条）”。显然，《物权法》颁行前的这三个司法解释都只是澄清一点，即不动产登记并非不动产物权变动合同的生效要件，不登记不会使合同不生效，更不会造成合同无效。《物权法》第15条正是在总结司法解释上述规定的基础上，以法律的形式对合同效力与登记效力所做的区分。

其次，《物权法》第15条区分的是登记所具有的物权变动效力与合同所具有的“设立、变更、终止民事权利义务关系”的效力。这一区分显然完全不同于德国法上对负担行为与处分行为的区分。^{〔67〕}无论负担行为还是处分行为皆属于法律行为，既然是法律行为就必须有当事人的合意，即当事人的债权合意与物权合意。但从《物权法》第15条和其他条文（如第9条第1款、第14条中）都看不出对这两种合意的区分。目前国内法学界通说认为，我国法上没有区分物权行为与债权行为。例如，曾领导《物权法》起草工作的原全国人大常委会法制工作委员会副主任王胜明先生就明确指出：“我国改革开放以来20多年的实践和法律规定没有区分过物权合同和债权合同。”^{〔68〕}全程参与过《合同法》、《物权法》起草的著名学者王利明、梁慧星、崔建远等教授也都一致认为，无论是《合同法》还是《物权法》都没有承认物权行为与债权行为

〔67〕 王利明，见前注〔28〕，页315。

〔68〕 王胜明等，见前注〔38〕。

的区分。^[69]退一步说,就算是《物权法》第15条承认了负担行为与处分行为的区分,也仅仅意味着我国法上承认处分行为的独立性,但是,没有任何证据表明我国法上也承认处分行为的无因性。处分行为独立性与无因性是两个层次的问题,认可独立性不等于认可无因性。但不认可独立性,则无因性根本无从谈起。^[70]

由此可见,最高人民法院在本案判决中以《物权法》第15条作为我国区分负担行为与处分行为的依据,进而认为我国法承认了处分行为的独立性与无因性,显非妥当。至于以负担行为与处分行为的区分作为依据,来认定本案中抵押财产(土地使用权)转让合同的效力,得出当事人之间的联营协议有效而转让抵押财产的行为无效的结论,更是没有道理。

(五)《物权法》第191条之评判

《物权法》颁行后,不少人对第191条痛加批判,认为该条限制抵押人任意转让抵押财产,否定了抵押权的追及效力,有很大的弊端:一方面,由于不允许抵押人未经抵押权人同意而转让抵押财产,违反了比较法上的通行做法,不利于抵押物的物尽其用,容易诱发抵押物交易中的不诚信行为;^[71]另一方面,客观上降低了债务人的融资能力和交易能力,最终导致其偿还债务的能力下降,影响主债权的实现。^[72]

笔者不赞同上述观点。《物权法》第191条并非如批评的那样糟糕,而批评者指出的那些弊端也并不存在。首先,《物权法》第191条体现了优先保护交易安全、重在稳定交易秩序的立法价值取向,完全是符合我国国情的规定。诚如学者所言,抵押财产转让制度应符合该国的国情,不仅要充分权衡抵押人、抵押权人以及受让人三者的利益冲突,更要结合物尽其用这一物权法基本价值目标。^[73]在利益的权衡上,抵押权人与善意第三人的利益当然要优先于抵押人的利益。因为抵押权制度以担保功能为其基本功能,如何确保抵押权人的债权能够得到抵押权的有效担保是抵押权制度设计时的基本目标。由于抵押权的设立不以转移抵押财产的占有为必要,故此抵押权设立后,法律上需要通过多种规则和制度安排来确保抵押权人对抵押财产价值的控制,抵押权的物上代位性、抵押权的不可分性、抵押财产的转让等规则的产生无不是为了实现该目标。由于当前我国社会的整体信用状况很差,法治不健全,威胁交易安全的各种欺诈行为较多,故此保护善意第三人、维护交易安全、稳定交易的秩序,相比于维护抵押权人的利益更为重要。如果允许抵押人可以不经抵押权人的同意,随意转移抵押财产,不仅会给抵押权人的利益造成损害,也会给交易中的第三人造成不测的风险。在抵押权人与善意第三人的利益发生

[69] 参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,页164—166;梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,页62;崔建远:“从解释论看物权行为与中国民法”,《比较法研究》2004年第2期;崔建远:“从立法论看物权行为与中国民法”,《政治与法律》2004年第2期。

[70] 参见谢怀栻、程啸:“物权行为理论辨析”,《法学研究》2002年第4期。

[71] 参见孙鹏、王勤劳、范雪飞:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,页174。

[72] 鄢飏,见前注[27]。

[73] 梁上上等,见前注[14]。

冲突的时候,我国法律历来是贯彻优先保护善意第三人,以维护交易的安全并稳定交易秩序的价值目标。故此,当抵押权与善意第三人的权利发生冲突时,抵押权的效力通常要弱于第三人的权利。^[74]《物权法》第189条第2款最明显的体现了这一点。

此外,《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定的“交付购买商品房的全部或者大部分款项”的买受人的权利优先于《合同法》第286条的建设工程价款优先受偿权(该权利又优先于抵押权和其他债权),也是这一思想的体现。《物权法》的立法者正是考虑到交易安全的重要性,为了避免抵押权人因实行抵押权而摧毁围绕着抵押财产已发生和正在发生的一系列交易,一方面对抵押人转移抵押财产进行了限制,另一方面尽量使得抵押权在抵押财产被转让后不继续存在于抵押财产之上。这种立法价值取向完全符合我国经济生活的实际,无可厚非。^[75]

其次,为实现物尽其用的立法目标,我国《物权法》已极大地扩展了抵押财产的范围。除传统法上可用于抵押的不动产外,还规定了不动产物权、动产以及正在建造的建筑物、船舶与航空器等只要是法律、行政法规不禁止抵押的财产,皆可抵押(第180条)。不仅如此,对于生产设备、原材料、半成品和产品等动产,不仅是现有的可以抵押,将有的也可以抵押(第181条)。这样一来,我国法上抵押权的类型众多,包括不动产抵押权、动产抵押权、动产浮动抵押权、在建工程抵押、在建船舶抵押和在建航空器抵押。如此众多类型的抵押权,它们各自的成立要件不同,对抗效力有异,倘若不做区分,只是一概承认所谓追及效力,势必对交易安全构成严重的损害。正因如此,《物权法》第188条、第189条第1款明确规定未经登记的动产抵押权和动产浮动抵押权不得对抗善意第三人。《物权法》第189条第2款甚至明确规定,即便是登记的动产浮动抵押权也“不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人”。

最后,有的学者提出的降低抵押人的融资能力与交易能力的弊端,笔者认为,这种弊端并不存在。因为当抵押人即债务人设立抵押时,其已经通过将财产抵押给债权人获得了融资,这种情况下,如果允许其任意转让抵押财产再次获得所谓的融资,不仅危害交易安全,也不利于维护抵押权人的利益。况且,不允许其任意转让抵押财产,也并不意味着其就完全丧失了融资的机会。因为同一抵押物上可以设立多个抵押权,抵押人完全可以通过再次抵押而获得融资。当抵押人是债务人之外的第三人时,其在为他人债务提供担保时就应意识到这一点,既然其愿意承受抵押

[74] 我国法上抵押权的整体效力比较弱,除了正文中所言外,还体现在强制执行当中。例如,《最高人民法院关于人民法院执行设定抵押的房屋的规定》就对于执行抵押房屋作了很多限制,如给予六个月的宽限期;在强制迁出时,如果被执行人无法自行解决居住问题的,还要由申请执行人为被执行人及其所扶养家属提供临时住房;如果被执行人属于低保对象且无法自行解决居住问题的,人民法院不应强制迁出。

[75] 抵押人的抵押财产经过多次转让后,就要涉及到诸多当事人,如果因为抵押权人要行使抵押权而逐一击破这一系列的交易,势必对众多当事人的权益产生影响,严重危害交易安全,影响社会秩序。正因如此,《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条才将出卖人“故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实”作为欺诈行为予以制裁,规定买受人有权获得惩罚赔偿金(即请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任)。

财产转让须受限制的状况,也难以认定对其不公平。所以,禁止抵押人转让抵押财产并不意味着抵押人无法再融资,更不能将之作为导致抵押人偿债能力下降的原因,二者没有因果关系。

三、结 语

从《民法通则意见》到《担保法》,再到《担保法解释》,直至《物权法》,我国法上涉及抵押财产转让的规则一直在发生着变化。这种变化是立法者或司法解释起草者基于不同的利益衡量,在我国现行抵押权制度的整体背景下做出的规定。无视这些规定之间实质上存在的差异而强行将之整合,显然是不科学的做法。在本案中,最高人民法院未能正确地适用法律,而是简单地认定《担保法》第49条、《担保法解释》第67条与《物权法》第191条的规定是一致的,从而错误地同时适用了上述三个条文。本案应当适用的是《担保法》第49条与《担保法解释》第67条。依据这两条的规定,本案中索特公司与新万基公司之间的名为联合开发实为土地使用权转让合同的法律关系是合法有效的,但是该土地使用权上的抵押权依然存续。如果债务人不履行到期债务,抵押权人依然有权将土地使用权变价并优先受偿。抵押人索特公司依据其与新万基公司之间的《联合开发协议》与《补充协议》负有消灭抵押权的义务,其不履行该义务,则构成违约,应承担违约责任。

退一步而言,即便本案应当适用《物权法》第191条,二审法院对第191条的理解也是错误的。一方面,《物权法》第191条第1款并不承认所谓抵押权的追及效力。依据该款,只要抵押权人同意抵押人转让抵押财产的,则抵押权归于消灭,抵押人应当用转让价金清偿债务或提存。另一方面,对《物权法》第191条第2款关于抵押人未经抵押权人的同意而转让抵押财产时,最高人民法院虽然正确地认定了转让合同是有效的,但是其支持转让合同有效的理由却是错误的。因为《物权法》第15条并未承认处分行为与负担行为的区分,该条只是为了解决以往立法中错误地将登记作为合同生效要件而做出的改正性规定。

(责任编辑:许德风)