

《民法典》抵押物转让规则的体系解读

——以第406条为中心

刘家安

摘要: 相对于《物权法》第191条,《民法典》第406条重塑了抵押物转让的规则。但是,抵押物自由转让与抵押权的追及效力,应仅针对不动产抵押。动产抵押应适用第403条、第404条等规范。第406条第1款中“当事人另有约定的,按照其约定”不具有登记能力,仅应在抵押合同当事人间产生债的效力,不影响抵押物转让的效力。在抵押物的追及效力引发的受让人保护方面,可以衔接出卖人瑕疵担保义务以及有利害关系第三人代偿权的规范。

关键词: 抵押物转让; 登记能力; 权利瑕疵担保; 代为清偿权; 涤除权

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.06.008

一、问题的提出与界定

抵押物转让规则,是一个充满学术魅力与实务关切的问题。《民法典》出台前,针对抵押物转让问题的研究,在方法上,有的坚持解释论立场,努力阐明规范的适用意义^①;有的主张谨慎地对《物权法》第191条作出文义解释,透过体系解释等方法,努力从既有规范中得出抵押物可自由转让的结论^②;更多的研究是从立法论角度指出既存规范的不足,并对未来的立法或法律修正提供建议^③。

《民法典》第406条第1款规定:“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。”该条第2款规定:“抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人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。”相对于之前的规范,《民法典》第406条彻底重塑了抵押物转让的规则,抛弃了限制抵押物转让的立法政策,回归了抵押权的对世效力及抵押物自由转让的传统法理,并限制了抵押物价款代位规则的运用。在过去对《物权法》第191条的具有立法论意义的批评意见中,学术研究已经充分论证了承认抵押人处分权及抵押权追及效力的合理性,对此,本文不拟在这方面再做重复性论证。但

收稿日期: 2020-08-05

基金项目: 国家社科基金一般项目“物债交错视角下交付的体系意义研究”(19BFX149)。

作者简介: 刘家安,中国政法大学民商经济法学院教授(北京 100088; liujiaan@sina.com)。

① 例如王利明:《抵押财产转让的法律规制》,《法学》2014年第1期;高圣平、王琪:《不动产抵押物转让规则的解构论:〈物权法〉第191条及其周边》,《法律科学(西北政法学院学报)》2011年第5期;冉克平:《论抵押不动产转让的法律效果——〈物权法〉第191条释论》,《当代法学》2015年第5期;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。

② 典型者如刘贵祥、吴光荣:《论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力》,《比较法研究》2013年第5期;王洪亮:《不动产抵押物转让规则新解》,《财经法学》2015年第2期。

③ 例如邹海林:《论抵押权的追及效力及其缓和——兼论〈物权法〉第191条的制度逻辑和修正》,《法学家》2018年第1期;孙宪忠、徐蓓:《〈物权法〉第191条的缺陷分析和修正方案》,《清华法学》2017年第2期;许明月:《抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救》,《法商研究》2008年第2期。

是,《民法典》第406条不仅自身有解释适用上须澄清的重要问题,而且,抵押物转让交易也涉及转让合同效力层面的诸多问题,对各规范之间的适用与衔接关系需要采体系的方法加以处理。另外,《民法典》406条虽充分承认了抵押人的处分权,但该条所蕴含的法理并未体现于《民法典》第443条等权利质押的情形,对此也有探讨和反思的价值。

二、第406条的适用对象:不动产抵押与动产抵押之区分

伴随着经济生活的日益金融化,不移转占有的动产担保交易的经济需求逐渐得到了法律的认可。不过,就传统大陆法系的立法例而言,不移转占有的动产担保的普遍认可,并不一定会动摇民法典中抵押权的传统构造。以我国台湾地区“民法”为例,动产担保的经济需求虽得到法律承认,但是,立法者并未修改民法典,而是另立“动产担保交易法”。^①在此立法模式下,不动产抵押与动产抵押设置于不同的法律规范中,适用各自不同的法律规则。在德国,《民法典》奉行的物权法定主义很快就受到了经济生活对非移转占有型担保交易强烈需求的挑战,不过,德国民法并未因此将抵押权的客体扩张于动产,而主要是通过所有权构造的担保手段,即担保性所有权转让及所有权保留买卖,来满足贷款担保及价款债权的担保的需求。^②

自《担保法》立法始,我国法就构建了动产抵押与不动产抵押并行的制度,动产可一般性地作为抵押权的客体。^③由于在物权公示及对物控制方面的显著差异,自《担保法》到《民法典》,立法均针对不动产抵押与动产抵押设置不同的抵押权设立规则。但是,在包括抵押物转让在内的抵押权效力规则设计中,并未有明确区分不动产抵押与动产抵押的意识,这就给相关规范的解释适用带来了一定困难。就《民法典》第406条的解释适用而言,首先面临的一个问题是,该条规则是否针对不动产抵押与动产抵押一体适用?

(一)《物权法》第191条回顾

与《民法典》第406条一样,《物权法》第191条在确立抵押物转让规则时,也未就不动产抵押与动产抵押做出区分。

通过限制抵押物的自由转让,《物权法》第191条否认了抵押人对抵押物的处分权及抵押权的追及效力。在表达对此立场的支持意见时,时任全国人大法工委副主任的王胜明认为,“过去只有不动产抵押,现在大量的是动产抵押。不动产抵押公示靠登记,动产抵押公示当然也可以采取登记的方式。动产公示的问题很难解决,主要靠诚信和道德来维持。我国以及其他国家现在的规定,包括今后的发展,都是抵押既包括不动产抵押,也包括动产抵押。如果采取追及权的方案,动产适用善意取得制度,追及权有很大可能要落空”^④。尽管该论证的理由不够清晰,但动产抵押的存在构成《物权法》第191条限制抵押物转让立场的一项重要理由,这一点也得到很多学者的支持。^⑤有学者进一步认为,自《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)》第115条^⑥始,我国立法之所以限制抵押物的转让,原本是为了保全抵押权,主要适用于动产抵押,其基本内容亦

① 我国台湾地区“动产担保交易法”于1962年制定公布,并分别于1970年、1976年、2007年修正。

② 参见鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,北京:法律出版社,2006年,第596页。

③ 参见《担保法》第34条、《物权法》第180条及《民法典》第395条。

④ 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。

⑤ 例如,王利明先生在分析抵押物自由转让规则的问题时也认为,抵押物自由转让可能侵害抵押权人的利益,“虽然抵押权人可以行使追及权,但由于动产抵押权的设定无需办理登记,因而第三人可能对抵押权的设定并不知情,所以善意取得抵押财产所有权,并导致抵押权消灭。”参见王利明:《抵押财产转让的法律规制》,《法学》2014年第1期,第109页。

⑥ 该条规定:“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”。

为我国有关动产抵押的成文法吸收。因司法实践的惯性使然,《担保法》第49条继承并发展了限制抵押物转让的制度。^①

在笔者看来,动产抵押的特殊性的确能够构成限制抵押人处分权的正当理由。抵押权为不转移抵押物占有的担保方式,抵押权人纵然不占有抵押物,但在抵押权的客体仅为不动产的立法例中,抵押权的追及效力没有实现上的障碍。不动产不能发生位移,其上的抵押权经过登记后,抵押物的受让人在取得抵押物所有权时须同时继受其上的抵押权负担。相较于向抵押人主张抵押权的实现,抵押权人向抵押物受让人主张抵押权的实现并无法律上或事实上的特别障碍,这就意味着,抵押权人的利益不会受到抵押物所有权转让的影响。相反,在动产抵押的情形,即使动产抵押权经过登记从而在法律上具有一定的对抗力,但由于动产的可移动性,一旦抵押物脱离抵押人的控制,在抵押权人欲依据抵押权的追及效力实现抵押权时,甚至会遭遇抵押物“不知所踪”的境况,向第三人主张抵押权的实现也只能是空谈。要想动产抵押实际发挥担保之功能,除设法通过构建合理的动产抵押登记体系以保护交易安全外,在抵押合同当事人间采限制抵押物转让的规则也是一项非常必要的举措。据此,《物权法》第191条所确立的限制抵押物转让及抵押物转让价款代位的制度安排,至少就动产抵押而言,实际上是合理的。^②在笔者看来,该条真正的问题是不区分动产抵押与不动产抵押,对居于主流地位的不动产抵押权亦加以处分权上的不必要限制。对《物权法》第191条的赞同或批评否认,如果不区分不动产抵押与动产抵押,恐怕均难以自圆其说。

(二)第406条第1款不适用于动产抵押

《民法典》第406条第1款彻底推翻了《物权法》第191条限制抵押物转让的立场,改采抵押物自由转让及抵押权追及效力的规则。笔者认为,针对不动产抵押而言,这一立法修正完全是正确的。一方面,考虑到不动产的性质,不动产抵押物的自由转让,只要承认抵押权的追及效力,就不会影响抵押权人的利益。另一方面,不动产抵押权遵循严格的登记设立规则,抵押权的对世性得到了物权公示的支撑,不仅使抵押物受让人承受抵押权负担具有了正当性,而且也使得抵押物价金的物上代位成为不必要的设计。

不过,《民法典》第406条第1款未将其适用范围限缩在不动产抵押,而是一般性地针对“抵押财产”,从而也就未将动产抵押排除出去。笔者认为,这一立法转向实有矫枉过正的嫌疑,或者说,对该条规范的解释适用本来就应该采体系的方法,协调其与相关规范之间的关系,并最终将动产抵押排除出该款的适用。

动产抵押不适用第406条第1款,首先可以从第三人(受让人)视角出发加以分析。对此,尚可分两点加以说明:(1)动产抵押物的转让,应受《民法典》第403条“未经登记,不得对抗善意第三人”规则的调整。此时,相对于第406条,第403条显然构成特别规范,应优先适用。^③如果动产抵押未经登记,而在抵押期间内抵押人将抵押财产所有权转让给善意之受让人,则受让人取得无负担的所有权,自然不发生第406条所称“抵押权不受影响”的效果。(2)即使抵押人转让经过登记的动产抵押物,或者从抵押人处受让未经登记抵押物的受让人为恶意,也不当然发生第406条“抵押权不受影响”的效果,因为,根据《民法典》第404条,动产抵押权无论如何都不能对抗在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。排列在第406条之前的第403条与第404条已经为动产抵押的对抗性问题设置了特别规范,实际上,第403条和第404条已经构成了动产抵押权对抗性的完整规范,即使

① 邹海林:《论抵押权的追及效力及其缓和——兼论〈物权法〉第191条的制度逻辑和修正》,《法学家》2018年第1期。

② 不过,一种有代表性的学术观点认为,《物权法》第191条第2款所确立的抵押人未经抵押权人同意不得转让抵押财产的规则,并不适用于未经登记的动产抵押,因为后者应优先适用作为特别法的第188条,即未经登记不得对抗善意第三人的规则。参见崔建远:《物权法》(第四版),北京:中国人民大学出版社,2017年,第469页。

③ 龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,《法学家》2016年第3期;高圣平:《民法典动产担保权登记对抗规则的解释论》,《中外法学》2020年第4期。

在动产抵押权具有对抗性的场合,须承认抵押权继续存在于受让人取得的抵押物之上,该结论亦可通过第403条的反面解释得出。由此可见,动产抵押物转让的问题既不能也无须借助第406条即可得到调整。

若采抵押合同当事人的内部视角观察,动产抵押不适用于第406条第1款的结论将会更加清晰。就不动产抵押而言,正如第406条所示,抵押权的对世效力与抵押人对抵押物的处分权之间有着逻辑关系。在抵押合同当事人之间,由于预设抵押物转让并不损害抵押权,故抵押人对抵押权人并不负有不得转让抵押物的义务。^①但是,在动产抵押,即便经登记的抵押权具有对抗效力,也不意味着,抵押人相对于抵押权人可自由转让抵押物。自比较法的视角观察,我国台湾地区“民法”对于不动产抵押物采自由自由让与和抵押权对世性的立法例^②,但是,对于动产抵押,则明确限制抵押人的处分效力^③。

在以《民法典》第406条取代《物权法》第191条后,我国民法规范虽未有对动产抵押人处分权的明确限制,但是,经由对动产抵押合同效力的分析,应可得出动产抵押人对抵押权人负有不得任意处分抵押物之义务的结论。动产抵押合同,不仅构成设立抵押权的物权合意(从而产生了抵押权设立的物权效果),而且,其自身也应在抵押人和抵押权人之间产生债法上的权利义务关系。^④抵押权人订立动产抵押合同的目的,显然不限于获取一个名义上的抵押权,而是为了在债务人不履行合同时,可以针对抵押财产实现抵押权。与质权人实际控制质物不同,抵押期间内,抵押物均由抵押人占有,而抵押权人在抵押物上又享有重要的法律利益,一旦抵押人将抵押物转让并交付于第三人,抵押权人对于动产的追踪和主张权利可能会发生事实上的极度困难。而且,在满足《民法典》第404条规定之情形,抵押权人在抵押物上的抵押权更是会发生消灭的结果。考虑到动产抵押的这一特征,从当事人订立抵押合同的目的出发对当事人的意思加以解释,即便动产抵押合同并未特别约定抵押物转让禁止,也应认定抵押人依动产抵押合同向抵押权人负有了不转让抵押物于第三人的义务。当然,确立抵押人对抵押权人所负担的此项义务,并非一般性地否认了抵押人对抵押物的处分权。如果动产抵押未经登记,且抵押人将抵押物转让于善意第三人,或者在符合第404条所规定的正常经营活动中买受人规则的情形下,均可认定抵押人为有权处分人,受让人依继受取得之方式取得无负担的所有权^⑤。在此等情形,可以认定抵押人违反了抵押合同上对抵押权人所负担的义务,应负抵押合同的违约责任。

综上,《民法典》第406条所称“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产”及“抵押财产转让的,抵押权不受影响”的规定原则上仅系针对不动产抵押而设,对于动产抵押不应一体地加以适用。

① 有观点认为,抵押物转让后,受让人可能会对作为抵押物的房屋进行改建、改造,从而增加抵押权人行使抵押权的成本,这一点可以成为限制不动产抵押物自由转让的理由。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。笔者认为,此种情形,抵押权人向受让人亦可主张《民法典》第408条有关抵押权保全的权利,故不应以此作为反对抵押物自由转让的理由。有关抵押权保全规范的学理展开,可参见谢鸿飞:《抵押物价值恢复请求权的体系化展开——兼及抵押权保全的立法论》,《比较法研究》2018年第4期。

② 我国台湾地区“民法”第867条规定:“不动产所有人设定抵押权后,得将不动产让与他人。但其抵押权不因此而受影响。”关于该条之解释适用,可参考谢在全:《物权法论》(中册),北京:中国政法大学出版社,2011年,第700页以下。

③ 我国台湾地区“动产担保交易法”第17条第1款规定:“债务人不履行契约或抵押物被迁移、出卖、出质、移转或受其他处分,致有害于抵押权之行使者,抵押权人得占有抵押物。”

④ 近年来,围绕抵押合同的研究,开始聚焦于抵押合同所产生的债法效力及其与抵押权物权效力之间的关联,可参见高圣平:《未登记不动产抵押权的法律后果——基于裁判分歧的展开与分析》,《政法论坛》2019年第6期;冉克平:《论未登记不动产抵押合同的效力》,《法律科学》2020年第1期;石冠彬:《民法典应明确未登记不动产抵押合同的双重债法效力——“特定财产保证论”的证成及展开》,《当代法学》2020年第1期。

⑤ 有观点认为,受让人系根据善意取得之规定取得抵押物所有权,并依《物权法》第108条之规定,主张物上的抵押权消灭。参见王利明:《抵押财产转让的法律规制》,《法学》2014年第1期。

三、“当事人另有约定的,按照其约定”解读

《民法典》第406条第1款应仅适用于不动产抵押,已如前述。针对不动产抵押,立法者在抛弃《物权法》的法定转让限制而改采自由转让立场的同时,或许为了舒缓此种立法转向对担保实践的冲击,又尝试通过给抵押合同当事人的自治留下了空间,允许当事人约定限制抵押物的转让。但是,当事人的“另有约定”究竟产生何种效力?其是否能够对抵押人原本享有的处分权构成限制,抑或是仅约束抵押合同当事人的、具有债之效力的约定?在存在限制转让约定情形下,是否仍发生“抵押物转让的,抵押权不受影响”的效力?对该条的解释适用,必须回答这些问题。

《民法典》既然回归传统,改采抵押物自由转让的规则,则在抵押合同当事人能否以合同约定限制抵押权人处分权的问题上,比较法的经验应可资借鉴。我国台湾地区“民法”第867条类似《民法典》第406条第1款,但未设“当事人另有约定,按照其约定”的规定。关于当事人之间设定抵押权后不得转让抵押物之特约的效力,姚瑞光先生认为,虽不能将该约定认定为无效,但对于受让人应不生效力。^①谢在全先生同意该观点^②,此应为我国台湾地区学理上的通说。《德国民法典》更是明确否认土地所有人对债权人限制处分权之法律行为的效力,该法典第1136条规定,“所有人对债权人约定,负有不得将土地让与,或设定其他负担之义务者,其约定无效”^③。《瑞士民法典》第812条第1款也规定,“所有人,对已设定担保的不动产,放弃再设定负担之权利者,其放弃,无拘束力”^④。

关于抵押合同当事人对不得转让抵押物之特别约定的效力问题,《民法典》406条第1款的文字表达相当耐人寻味。该款共三句,第一句规定“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产”。第二句“当事人另有约定,按照其约定”应该构成对第一句的但书,应解读为,当事人可约定抵押期间抵押人不得转让抵押财产。在第二句具有但书性质的规定之后,第三句仍独立规定“抵押物转让的,抵押权不受影响”。由此可见,立法者在该条款中,实际上已经表达了这样的规则:抵押合同可以约定抵押物转让限制,该约定在当事人间具有效力;当事人即便有关于限制转让的特约,该特约也不影响抵押人转让抵押物行为带来的物权变动效力,即受让人可继受取得抵押物所有权,但同时也须承受其上的抵押权。

在我国的担保实践中,抵押权人多为银行等金融机构,它们大多使用格式化合同与抵押人订立抵押合同。《物权法》第191条一般性地限制抵押人转让抵押物,明显具有对抵押权人倾斜保护的立场。《民法典》第406条在采自由转让主义的同时,又专门规定当事人可以另行约定,由此我们可以预期,金融机构极有可能会通过格式条款一般性地排除抵押人自由转让的权利,从而尝试收复其在法律上丧失的优势地位。对第406条第1款的前述解读,能够确保《民法典》的变革不被格式合同中限制转让条款所侵蚀。

抵押合同约定抵押人负有不得转让抵押物义务的,该约定在当事人间具有债法上的拘束力。当事人可以进一步约定抵押人违反此项约定的后果,而在欠缺此后果约定时,应依合同法的原理,根据有关违约责任的原理确定抵押权人的请求权。不过,如果抵押权人向抵押人主张违约损害赔偿,则需要考虑以下事实,并赋予抵押人相应的事实抗辩:既然抵押权继续存留在属于受让人的抵押物上,在抵押权条件具备时仍可正常行使,且实现抵押权的费用等均在优先受偿权的范围之内,则抵押权人很可能并未因抵押人违反约定转让抵押物而遭受损害。

① 姚瑞光:《民法物权论》,北京:中国政法大学出版社,2011年,第149页。

② 谢在全:《物权法论》(中册),第700页。

③ 台湾大学法律学院、台大法学基金会编译:《德国民法典》,北京:北京大学出版社,2017年,第917页。

④ 戴永胜译:《瑞士民法典》,北京:中国政法大学出版社,2016年,第287页。

一个颇具讨论价值的问题是,“当事人另有约定的,按照其约定”有无可能真正限制抵押人的处分权,并因产生对抗受让人的效果而阻断第三人取得抵押物所有权?

《民法典》第406条承认抵押人对抵押物的处分权,是以登记的抵押权具有对抗性为前提的。受让人之所以需要承受抵押物上的抵押权负担,是因为该抵押权已登记于不动产登记簿,满足了公示的要求。依物权法之原理,抵押合同当事人关于抵押人处分权之限制,如要产生对抗第三人的效力,亦须满足公示的要求,即必须能够将此处分权限制约定记载于登记簿,而这将涉及处分权限制约定的登记能力问题。

狭义的不动产登记能力,指的是哪些不动产权利可以记载于不动产登记簿并产生特定法律效力的问题。^① 广义的登记能力,不仅包括可记载于不动产登记簿的权利,也包括其他可以记载于登记簿并因此产生对抗效力的事项,包括共有人之间的共管协议、地役权的具体内容、对权利所设的负担等。^② 据此而言,若能将抵押合同当事人对抵押人的处分禁止约定作为不动产登记事项载入登记簿,则在抵押权消灭之前,该处分禁止登记可能产生排斥所有权移转登记的效力。根据《不动产登记暂行条例》第8条第3款之规定,不动产登记簿的记载事项中包括“涉及不动产权利限制、提示”,因此,在理论上确有将当事人约定的处分权限制载入登记簿的可能。

不过,在笔者看来,尽管在理念上应强化不动产登记簿的登记功能,利用其特有的公示功能,将更多涉及不动产的权利义务安排通过不动产登记簿记载赋予对世的效力,但是,解释上仍不宜将抵押合同当事人关于抵押物转让限制的约定认定为“涉及不动产权利限制、提示”。该项所称权利限制、提示,主要应指依法纳入登记簿的异议登记、预告登记、司法机关要求的查封登记等。当事人之间所做的对物处分限制特约,如相关当事人并无显著的法律利益,则不应赋予该类约定以登记能力。一项原本可以自由流通的权利,如果因当事人的特别约定就丧失了流通能力,这与物权法“物尽其用、物畅其流”的立法理念不符,而且,此类不寻常的权利安排如果记载于登记簿,也会大大增加交易当事人的检索成本。更为重要的是,既然不动产抵押权可以继续存在于抵押物之上,且基于不动产的属性,抵押权人向受让人主张抵押权的实现并不会增加权利行使的难度和成本,可以认为,抵押权人对于抵押物的不得转让并不具有清晰可辨的法律利益。因此,在法律政策上,应否认该类限制处分约定的登记能力,使其仅在抵押合同当事人间产生意义有限的债法上的效力。如此解释,既尊重了当事人的自治,同时又能保障物的自由流通不受影响。

四、第406条的周边:制度衔接问题

依《民法典》第406条的规定,抵押人可自由转让抵押物,而抵押权不受影响。以抵押人出卖抵押物这种最常见的情形而言,抵押权人的抵押权不受影响,这就意味着,买受人须承受标的物上的权利负担。那么,在以抵押物为标的物的买卖合同当事人间,就涉及权利瑕疵担保制度与第406条的衔接问题。另外,《物权法》第191条第2款规定“但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外”,一些学者认为该规定属于涤除权的规定^③,而在《民法典》第406条上已不见相似规定,须由《民法典》的体系出发解释此种规范变迁的法律意义。

① 孙宪忠:《不动产登记基本范畴解析》,《法学家》2014年第6期;高圣平:《不动产权利的登记能力——评〈不动产登记暂行条例(征求意见稿)〉第4条》,《政治与法律》2014年第12期。

② 常鹏翱:《不动产登记簿的制度构造》,《法律科学》2009年第5期。

③ 参见崔建远:《物权法》(第四版),北京:中国人民大学出版社,2017年,第469-470页;王利明:《抵押财产转让的法律规制》,《法学》2014年第1期。

（一）抵押物买卖合同的效力与权利瑕疵担保

就《物权法》第191条规定而言,无论是学说^①还是司法立场^②均曾纠结于《物权法》第191条第2款有关“抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产”之规定究竟是效力性强制性规定还是管理性强制性规定的问题。在笔者看来,未经同意不得转让的规定,其性质属于处分权规定,根本不涉及法律行为的外在效力评价问题。

在《民法典》第406条之下,抵押物买卖合同的有效性不再成为一个问题。该条规定抵押权不受影响,在为抵押权人提供充分保护——以此换取了其对抵押物转让的同意权——的同时,也产生了买受人保护的问题。在买卖合同的效力框架下,这主要涉及权利瑕疵担保相关规则的适用问题。^③

《民法典》关于出卖人瑕疵担保义务的规范首先体现在第612条的规定之中。抵押物的转让,受让人取得的所有权上显然有第三人的抵押权,初看起来出卖人违反了权利瑕疵担保义务。但是,根据《民法典》第613条,买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的,出卖人不承担前款规定的义务。不动产抵押权均已登记,买卖标的物上有第三人的抵押权,这应属于第613条所称买受人“知道或者应当知道”的情形,如此,买受人似又不能向出卖人主张权利瑕疵担保责任的承担。

笔者认为,自抵押物转让的视角观察,《民法典》的前述两条规范均有一定问题,需要透过一定的解释方法做出变通。(1)依第613条规定,买受人知道或应当知道物上有第三人权利时出卖人即免于承担权利瑕疵担保责任,此中逻辑应该是买受人的权利放弃。但是,买受人明知标的物上有第三人的抵押权而仍然受让的,并不能简单地解释为其愿意承受抵押权的负担,买受人极可能是相信了出让人关于后续债务人将正常清偿债务而抵押权负担会因此自动消失的说法,或者其单方面产生了此种认知。尤其是,如果买受人明知标的物上有抵押权而仍愿意以市价购买,则无论如何不能解释为其放弃了权利瑕疵担保的权利。^④(2)抵押权是一种价值权,其在物上的存在不会影响抵押物受让人对物的使用,只要抵押权人不行使其抵押权,则除非系为再次转让或抵押等需要即刻除去,买受人的除去权利瑕疵的请求权可以在抵押权人主张抵押权实现时再向出卖人主张,就此点而言,买受人主张瑕疵担保原则上须证明自己因第三人权利的存在而影响了所有权的行使。就此点而言,第612条中“不享有”的表述宜在“不主张”的意义上理解。^⑤

关于出卖人违反权利瑕疵担保义务的法律后果,《民法典》仅设第614条作出如下规范:“买受人有确切证据证明第三人对标的物享有权利的,可以中止支付相应的价款,但是出卖人提供适当担保的除外。”该条实际上仅系抗辩规范,显然未穷尽出卖人违反权利瑕疵担保义务时买受人的救济手段。在《合同法》上,物的瑕疵责任由第155条规定,在权利瑕疵责任欠缺专门法律规定时,可类推适用物的瑕疵责任规定。^⑥《民法典》进一步整合物的瑕疵担保责任与违约责任,前者已纳入违约责任之下的第582条至第584条调整,因此,抵押物的买受人亦可准用第582条至第584条之规定,尤其是第

① 参见崔建远:《物权法》(第四版),第467-468页;王利明:《抵押财产转让的法律规制》,《法学》2014年第1期。

② 最高人民法院于2016年11月30日通过的《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》第11条前段规定:“物权法第一百九十一条第二款并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定,当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由,请求确认转让合同无效的,不予支持”。

③ 关于物的瑕疵责任,我国有力学说认为,其已并入违约责任的一般规定中,参见韩世远:《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》,《中国法学》2007年第3期。《民法典》第617条也清晰地体现了这一立场。不过,权利瑕疵担保义务本身必须明确,故《民法典》有第612-614条之设。

④ 《德国民法典》第442条第1款亦规定,买受人在订立合同时明知瑕疵的,无因瑕疵所生权利。但是,其第2款明文规定,“土地登记簿上已登记之权利,纵为买受人所知悉,出卖人应除去之”,可资借鉴。

⑤ 我国台湾地区“民法”第349条规定:“出卖人应担保第三人就买卖之标的物,对于买受人不得主张任何权利。”

⑥ 易军:《债法各论》,北京:北京大学出版社,2009年,第24页。

582条,向出卖人主张权利。具体而言,应首先考虑补正给付(第577条所称“采取补救措施”),类推第582条所规定的“修理、重做、更换”,由买受人要求出卖人通过向债权人清偿等方式除去标的物上的抵押权;如果在合理期间内出卖人不除去抵押权,或者存在其他导致合同目的不能实现之情形的(如抵押权人已实现抵押权),则买受人有权解除合同(“退货”)。

(二)受让人的代为清偿权

关于《物权法》第191条第2款上“受让人代为清偿”的规定是否承认了所谓涤除权的问题,学理上存在争论。尽管诸多学者及司法判决^①均将191条第2款中“受让人代为清偿”的规定径直以涤除权称谓之,但在笔者看来,由于涤除权本来就属于域外法上比较特殊的一种权利安排^②,论者往往仅是在“有权清除权利负担”的意义上将受让人的代为清偿权想当然地称为“涤除权”。实际上,我国法上从未规定过涤除权。涤除权制度有两个基本要点:

其一,涤除权以抵押物的自由转让及抵押权的追及效力为前提,系抵押物受让人在取得抵押物所有权前提下除去抵押权的手段。

其二,涤除权并不表现为受让人代债务人清偿债务,通过消灭主债权达成消灭抵押权的目的。涤除权乃是受让人按抵押物的合理估价向抵押权人支付以消灭抵押权的制度。涤除权是抵押物受让人的特权,与第三人代为清偿制度存在显著差异。通常,只有在抵押物的价值大大低于其所担保之债权时,抵押物的受让人才有可能行使涤除权,以避免其获得的抵押物被抵押权人强制执行。如果抵押物价值高于所担保之债权,则受让人仅须作为第三人代为清偿债务即可消灭抵押权,此时,其无理由以更高的代价去行使涤除权。

《民法典》406条在确立抵押权的追及效力时,并未规定涤除权,也未在该条中明确规定受让人可以通过代为清偿消灭抵押权。但是,这里并不存在法律漏洞。首先,如前所述,受让人可依权利瑕疵担保之规定使转让人负有除去抵押权的义务。其次,《民法典》合同编中对有利害关系人代偿权的规定可以与第406条完美契合,解决受让人保护之问题。

第524条为《民法典》新设之规定,该条称:“债务人不履行债务,第三人对履行该债务具有合法利益的,第三人有权向债权人代为履行;但是,根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。债权人接受第三人履行后,其对债务人的债权转让给第三人,但是债务人和第三人另有约定的除外。”《民法典》此条具有债法总则的新规确立了两条重要的规则,可以对抵押物的受让人提供救济:

其一,该条确立了对履行债务有合法利益之第三人的代偿权。关于第三人清偿,应区分第三人为有利害关系人抑或是无利害关系人而确定不同的规则。第三人对债务清偿无利害关系的,法律并不承认第三人的代为清偿为一种权利,在债务人提出异议等情形,债权人可以拒绝受领^③。抵押物的受让人须承受抵押权的负担,其虽不同时承受抵押权所担保之债务,但是,对于此债务的清偿当然具有显著的法律利益。依第524条,抵押物受让人享有代为清偿权,这就意味着,即便存在债务人反对等情形,债权人也不得拒绝受领来自于抵押物受让人的清偿。如此,抵押物受让人可自主实现其物上抵押权的清除。

其二,该条第2款采用法定债权移转的立法技术,使具有利害关系的第三人在做出代为清偿之后,可以取得债权人对债务人的法律地位。据此,抵押物受让人代债务人清偿债务后,不仅可立刻实

① 例如“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”,见《最高人民法院公报》2009年第4期。

② 对于“涤除权”所做界定,可参见冉克平:《论抵押不动产转让的法律效果——〈物权法〉第191条释论》,《当代法学》2015年第5期;许明月:《抵押物转让的立法模式选择与制度安排——兼论我国担保物权立法对抵押权涤除制度的取舍》,《现代法学》2006年第2期。

③ 参见冉克平:《民法典编纂视野中的第三人清偿制度》,《法商研究》2015年第2期。

现其物上抵押权的目的,而且可直接根据该条承继债权人的法律地位,从而对债务人行使债权以及附属于债权的从权利。

由以上分析可知,《民法典》第 524 条可以很好地与第 406 条相衔接,赋予抵押物受让人以代偿权。我国的立法传统与担保实践表明,涤除权并非必要。

五、余论

本文分析表明,相对于先前的规范而言,《民法典》在抵押物转让规则的重塑与相关制度的配合方面表现出了巨大的进步。尤其是,第 406 条一改被诟病已久的《物权法》第 191 条,重新承认了抵押权的对世效力与抵押人的处分权,很好地实现了抵押人、抵押权人以及抵押物受让人之间的利益平衡,实现了物权法规范追求的物尽其用的功能。

然而,如果以更为挑剔的眼光考察《民法典》物权编的相关规定,我们能够发现,立法者并未将体现于第 406 条中的立法思想一体地贯彻于类似的规范之中。例如,《民法典》第 443 条、第 444 条针对股权、知识产权的权利质押规定,仍完全继受《物权法》第 226、227 条的规定,采质押后禁止质押财产自由转让的规则。以股权或知识产权质押的,经登记方可设立质权,而质权亦为具有对世性的物权,在第 406 条已改采抵押财产自由转让立场的情况下,宜删去第 443、444 条中禁止质押财产转让的规则,以便在发生质押财产转让时可类推适用第 406 条之规定。

A Systematic Interpretation on the Rules of Mortgaged Property Transfer in the Civil Code —Centered on Article 406

Liu Jia'an

(Civil and Commercial Law School, China University of Political Science and Law,
Beijing 100872, P. R. China)

Abstract: Compared with Article 191 of the “Property Law”, Article 406 of the “Civil Code” reshapes the rules for mortgaged property transfer. While the free transfer of the mortgaged property and the follow-up effect of mortgage should only be aimed at real estate mortgage. Movable mortgages shall be subject to Article 403, Article 404 and other regulations. Article 406, paragraph 1, “If it is otherwise agreed upon by the parties, their agreement shall prevail”, does not have the ability to register, and shall only have the effect of generating debts between the parties, without affecting the effectiveness of the mortgaged property transfer. Regarding the protection of the transferee caused by the effect of the collateral, it can be connected with the seller’s defect guarantee obligation and the norms of the third party’s right of compensation.

Keywords: Mortgaged property transferring; Registration ability; Guarantee of right defects; Rights to pay off; Right of eliminating mortgage

[责任编辑:林 舒]