

《民法典》第406条(转让抵押物规则)评注

范外楼

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年12月1日; 录用日期: 2024年1月29日; 发布日期: 2024年2月7日

摘要

《民法典》第406条一改不允许抵押物自由转让的旧立场, 回归了物权法倡导物畅其流的正轨。第1款第2句提及的禁止转让特约只能发生债法效力, 在先有约定而转让的话引起的是违约责任, 《担保制度解释》第43条对该句的细化实属误读。第2款规定的通知义务之违反不影响转让行为效力。第2款的设置是配合《民法典》允许抵押物转让而开辟的平衡机制, 在抵押权追及力变弱的场合通过保全价款的模式补强, 并不构成权利的重叠保护。抵押权人对价款不享有优先受偿权。应当对“抵押权不受影响”的文义做体系解释, 在诸多情形中追及效力将消灭。

关键词

转让抵押物, 追及力, 物债二分, 优先受偿

Commentary on Article 406 of *The Civil Code* (Rules for Transfer of Mortgaged Property)

Wailou Fan

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Dec. 1st, 2023; accepted: Jan. 29th, 2024; published: Feb. 7th, 2024

Abstract

Article 406 of the Civil Code reverses the old position of not allowing the free transfer of mortgaged property, and returns to the proper track of property law advocating the free flow of property. The non-transfer special agreement mentioned in the second sentence of Paragraph 1 can only have the effect of debt law. If there is a prior agreement but the transfer still occurs, it will cause breach of contract liability. The refinement of this sentence in Article 43 of the Judicial Interpretation of the Guarantee System is a misreading. The violation of the notification obligation

stipulated in Paragraph 2 does not affect the validity of the transfer act. The setting of Paragraph 2 is to coordinate with the Civil Code allowing the transfer of mortgaged property and open up a balancing mechanism. In cases where the enforceability of the mortgage right becomes weaker, the price payment mode is strengthened to supplement it, and does not constitute overlapping protection of rights. Mortgagees do not have priority repayment rights over the price payment. The textual meaning of “the mortgage right shall not be affected” should be interpreted systematically. In many cases, the enforceability will be extinguished.

Keywords

Transfer of Mortgaged Property, Enforceability, Distinction between Property and Debt, Priority for Repayment

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 法律规定

《中华人民共和国民法典》第四百零六条：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。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。

2. 规范定位

2.1. 规范意旨

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 406 条旨在确定抵押物在抵押期间可以转让的规则，并对转让后各方的权利义务关系予以明确。抵押权作为一种不以移转占有为设立要件的定限物权，以抵押物的可变现性来担保主债权的实现。抵押物所有人仍可以在设定抵押后享受抵押物上各项权能，但须以不损害抵押权为要。同时，抵押权具有追及效力，即使抵押物辗转流落于他人之手，只要不出现法律特别规定的抵押权消灭情形，抵押权人仍可以追及至抵押物现所有人/占有人处，要求对抵押物变价并优先受偿。因此从法理上看，抵押物转让后“抵押权不受影响”是自明之理。确保抵押物的可转让属性，以及抵押权不受之影响的追及效力，方能实现物权法“物尽其用”的制度愿景[1]，同时落实《民法典》“为优化营商环境提供法治保障”的重要使命[2]。

同时，本条设置多重措施强化对抵押权人的保护。首先，从文义看，第 1 款第 2 句允许当事人通过约定阻止抵押人继续转让，但这种约定仅能产生债之拘束力抑或产生物权变动效力，还有待后文考证。其次，要求抵押人将抵押物转让的事实通知抵押权人，保障抵押权人的知情权，体现了立法者对抵押权人利益的保护，确保抵押权人能够及时了解抵押物的转让情况，并及时根据需要采取应对措施。最后，抵押权人在能够证明抵押权可能因转让受到损害的情况下，可以要求抵押人用所得价款提前清偿或者提存。诚然，上述措施降低了抵押权不能实现的风险，能够激发债权人进入有物保加持的债之关系的积极性，但对抵押物的流转能力产生了不小的影响，其利益平衡的结果是否周全，还有待进一步考证。

2.2. 制度沿革

关于抵押物能否转让的问题，我国历部规范的态度曾多次发生摇摆。早在1988年最高院发布的《民通意见》第115条就将抵押权人同意作为流转抵押物的法定生效要件，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。”《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)第49条稍微降低转让门槛，把同意要件弱化为通知要件，要求转让已登记的抵押物时必须通知抵押权人并告知受让人权利负担情况，“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。”最高院2000年发布的《担保法解释》进一步对抵押物转让松绑，即使未通知抵押权人和告知受让人，只要登记“抵押权人仍可行使抵押权”，亦即通过强调抵押权的追及力间接承认抵押物转让行为的效力。但这一规则与《担保法》不通知/告知则转让行为无效的刚性效力规定发生直接抵触，最高院有超出解释职权的嫌疑。

进入物权法时代后，对于抵押物可否转让的观念出现了回流。《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第191条复而禁止抵押物任意转让，“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产”，例外情况是受让人代为清偿债务消灭负担，但实际上受让人涤除负担后取得的已不再是一个抵押物。上述制度变动可见立法机关和最高院对于能否允许抵押物自由转让、如何把握“自由”的尺度一直摇摆不定，在平衡抵押人处分自由与抵押权人利益保障之间长期无法形成统一和稳定的态度。

《民法典》第406条再次纠正这种一刀切的态度，肯认抵押物所有人仍享有处分权能，抵押期间发生的转让行为原则上无须抵押权人的同意，并且明文规定了抵押权追及效力。然而，本条第1款第2句“当事人约定优先”的规定也为实践中试图阻止抵押物流转的当事人留下了操作空间，“当事人另有约定”究竟产生债法效力还是物法效力也带来了新的争议。最高院在之后出台的《担保制度解释》第43条似为打补丁之举，根据该规定，当事人约定为可登记事项，登记或者交付能够带来对抗效力，虽不影响转让合同效力，但是会发生阻碍物权变动的效果。

3. 抵押物转让的核心规范

3.1. 第1款第1句：允许抵押物转让

就法理而言，抵押权作为一项他物权，其存在并不当然限制所有权人行使抵押物所有权的其他权能。同时，抵押权具有对世效力，抵押权一旦设立，包括抵押人之外的一切人都要尊重其权利内容和权利归属，也就是要承认抵押物上的权利负担，在受让抵押物的场合体现尤甚：物权的继受取得需要承受原权利负担，受让人仍要蒙受标的物被拍卖、变卖的危险。从利益配置的角度观察，抵押权的主要内容是变价权和优先受偿权，既然抵押权能够追及，无论抵押物所有人为何者，抵押物只要存续、不丧失交换价值和变价能力，抵押权的意义就不会丧失。本条第1款第3句明文规定追及效力，值得肯定。不但如此，抵押人可以就抵押物二次融资，降低融资成本，受让人也能在抵押期间继续利用抵押物价值，抵押物的经济效用就可以全面发挥[3]。再者，举重以明轻，将抵押物再次抵押、质押、出租等其他处分的效力同样不受影响[4]。所以，本条从禁止处分抵押物的旧论调回归正确法理，足称得上《民法典》的重大立法进步。

3.2. 第1款第2句：禁止转让特约仅发生债权效力

本条第1款第2句允许抵押人对于“抵押期间可以转让财产”的基本规定作出不同约定，并根据约定发生相应后果。从该句文义出发，当事人如果约定禁止转让的，有两种可能的解释路径。其一，抵押权人要求抵押人不得转让的合意仅发生债法效力，抵押人的移转行为触发违约的不法评价，并由此产生违约责任[1]。其二，抵押人的对抵押物的处分权能受限，再次转让的不发生物权效力，受让人不能取得标的物所有权[5]。为消解可能的争议，最高院配套出台《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《担保制度解释》),其中第43条规定,不管该约定是否登记,都不影响转让合同本身的效力。同时赋予约定登记能力,试图使登记后的约定在一定程度上产生对抗第三人的效果,同时结合受让人主观知情与否进行规制。约定被登记后再行转让的,受让人拟制为恶意,不能取得所有权;即使未约定,受让人若知道该约定的存在,亦不能取得所有权,除非前两者能够涤除抵押负担[6]。

该规则没有将“抵押财产”限定为动产或不动产,同时,其文义表明限制或者禁止转让的约定本身就能发生物权效力,不登记只会导致约定的对抗力受到影响。这种模式与动产抵押权的设立比较一致,但是与不动产抵押权的登记生效规定则相去甚远,也就是说,抵押权设立的一般规则与本条对抵押权的限制规则所采取的公示方法在不动产领域产生了巨大的差异。可能的原因是,最高院在制定本条解释时是以抵押动产流转为思维出发点,毕竟抵押物转让损害抵押权实现的情景主要发生在动产领域[7],《物权法》第191条禁止抵押物自由流转的顾虑可能也来自于动产抵押制度[8],最高院延续这种顾虑也就不足为奇。《民法典》第209条第1款确定不动产物权变动以登记为公示手段和生效要件,不动产以登记为公示方法也是学界的通说[9],因为不动产往往价值较大,法律通过登记公示手段可以最大限度地保护不动产交易安全。如果当事人通过不得转让抵押物的约定来限制不动产物权的权利内容,这当然也涉及对物权的变动,既然法律无另外规定,不登记不得发生物权效力。如果第三人知道或应当知道该禁止约定时即不能有效受让不动产标的物,既抵触不动产登记主义,又明显违反合同相对性,使禁转让条款无节制地拘束合同外知情者[10]。这种不加区分的做法显然产生了体系上的不协调。

同时,《担保制度解释》第43条的出现也没能涵盖本句带来的其他适用困惑。“另有约定的从其约定”的措辞对约定的形式和范围没有作出限制。譬如当事人约定抵押标的物只能够被转让给抵押权人的关联公司,或者约定抵押人在抵押权人本年度盈利的情况下可以转让抵押物,若欲此类限制或禁止的约定影响抵押物让与的效力,其是否具有登记能力?即使能够记载在登记簿上,如果允许这种约定对第三人发生效力,他人为了交易查阅抵押物信息时还需要进行实质审查,或者对登记内容进行解释,这就使得约定的公示效力和对抗效果大打折扣。亦或者,当事人的意定空间非常狭窄,只能约定允许或者不允许转让、其他更为复杂的博弈结果因登记能力欠缺而不能实现,那么这类实践中既已存在的条款是否还属于法条规定的“另有约定”的情形?这种约定的法律效果显然无法直接通过《担保制度解释》第43条涵摄,反倒是第43条所追求的物权效力引发了新的适用困难。综上,需要重新审视最高院对《民法典》406条理解的正当性。

本文认为,本条提出的禁止转让特约只发生债法效力,《担保制度解释》第43条充其量是一种政策性选择,已经逾出“解释”的权力空间和作业范围。在曾经的《物权法》第191条之下,“抵押权人同意”是抵押物让与的一项生效要件,如果抵押权人不同意,抵押物所有权人的让与行为构成无权处分。如果受让人是善意,则适用善意取得规则;如果受让人知道存在抵押权的事实,他在交易时必须取得抵押权人的认可,否则不能完成让与。与之相比,《民法典》406条确立的原则是不再限制抵押物转让,审查抵押权人是否同意转让就不再是法律对受让人提出的义务要求,受让人也不必像过去一样查询或确认,“转让人同意”实际已经丧失了要件性质。而且,如果当事人的禁止转让约定能够对外影响抵押物转让的效力——本文称其为“允许转让,除非抵押权人反对”的构造,那么其与“禁止转让,除非抵押权人同意”的旧立法表述就没有什么本质的不同,即“抵押权人同意”仍然承担着要件功能。观察对比《民法典》文本和各个废止的旧法文本,可以发现《民法典》的立法者惜墨如金,若非需要真正变革的规则,一般不会大动干戈地重拟条文措辞,要么直接挪作新用,要么仅作纯粹文字修订,或者作不改变原意的标点修订。如果二者真的是构造相同的规范,《民法典》在承继《物权法》这一规定时改变此处的表述就不符合其立法特征,显得多此一举。从这个角度看,也不应和司法解释一样把406条第1款理解成抵押物允许转让、除非抵押权人反对的意思,把《民法典》对《物权法》的推倒重建当成新瓶装旧酒。

法律允许当事人可以通过特约禁止转让抵押物，目的是明确抵押权人能在抵押人转让抵押物后追究其违约责任。之所以需要特别强调该约定的可行性，目的应是化解针对担保合同中特约效力可能出现的争议。所有权内容法定，《民法典》240条载明所有人对自己的物依法享有占有、使用、收益、处分之权能。法律既已允许抵押人转让抵押物，如果再利用特约限制抵押人的处分权能，可能因违反物权法定原则而归于无效。就此问题比较法上亦有立法例，如《德国民法典》第1136条规定：“所有人对债权人约定，负有不将土地让与，或设定其他负担之义务者，其约定无效[11]。”再如《瑞士民法典》第812条第1款载明：“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[12]。”鉴于比较法的经验，我国《民法典》在允许抵押物转让的前提下，特地明确允许当事人另作约定，正是为提前解决“这种约定是否违反物权法定原则而无效”的疑虑。

综上，双方关于禁止或限制抵押物的特别约定只能产生债法效力，应当将第2句的含义明确为“当事人另有约定的，按照其约定承担违约责任”。第1款第3句对追及力的确认放在第2句之后，进一步宣示了抵押物即使有约定也不影响转让的属性。

4. 抵押物转让的配套规范

4.1. 第2款第1句：通知义务

抵押物转让——尤其是动产转让，会降低抵押权人对抵押物的控制力，因此抵押权人也须知晓抵押物的现所有人，以便了解抵押物的未来状况，主张各项物上请求权以维护抵押物的价值。法律仅规定了抵押人的通知义务，但未规定不通知的法效果。学说普遍认为不通知也不会导致让与行为无效[3]，这一观点应予赞同。此外，另有学者认为违反通知义务引发的是违约责任[13]，这似乎是将通知义务视为债务人(抵押人)的法定附随义务，已经订入双方的抵押合同。

4.2. 第2款第2句：抵押权保全请求权

如果抵押人的转让行为可能损害抵押权的，抵押权人有权依照本句规定要求抵押人提前清偿债务或者提存价款。

有学者主张，本句构建了我国法上的价金物上代位规则[14]。此规范类似于物上代位，但也存在差异。其一，物上代位权要求抵押物发生损毁、灭失、被征收等导致抵押权终局消灭的情形，而适用本句并无此限制，反而要求抵押权尚存，只是因抵押物所有权的移转而价值下降之虞。例如抵押人将抵押的汽车出售给某赛车爱好者并让与所有权，如果抵押权人能够证明转让给该赛车手的行为有害于抵押权，则可主张适用本句并要求抵押人提前清偿。其二，通说认为物上代位权属于法定债权质权性质[15]，行使物上代位权只能让抵押权人在未来对赔偿金、补偿金、保险金等优先受偿。反观本句规定的抵押物保全权，抵押权人既可以要求提存，也可以主张提前清偿。不管是哪一种措施抵押人都须放弃部分债务的期限利益，立即给付。因此，有观点批评这种额外赋予抵押权人一项价款代位权的模式有过度保护、叠床架屋之嫌[16][17]。

本文认为，第2款的设置是配合《民法典》允许抵押物转让而开辟的平衡机制，尽可能抵消抵押物转让可能带来的负面影响，具有价值正当性。我国抵押权客体不以不动产为限，如果是动产抵押，因其难以定位行踪，被转让后会极大增加抵押权人查找动产和实现抵押权的难度，抵押权的安全性极易受到冲击；再结合《民法典》第403条规定的登记对抗主义、第406条规定的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规则，追及力对于动产抵押权人的保护已然被大大削弱[18]。如果是不动产抵押，除了某些特殊案中不动产抵押权可能因转让而生发行使障碍——比如转让不动产后成为受让人的家庭唯一住房[19]，更多情况下，因不动产价值的稳定性和控制的便利性，转让行为自身一般

不会引发不动产抵押权受损害的后果。既然不满足该要件，不动产抵押权人无权也无须适用本款规定要求对价款进行保全。也就是说，本款实际是在抵押权追及力减弱的场合(主要是动产抵押)，通过保全价款的模式补强，尤其是对动产抵押权给予额外关照，并不构成权利的重叠保护。

有学者认为，本款确认了在抵押权有受到损害之虞时，抵押权人能够要求对抵押物转让价款优先受偿^[18]。此种看法值得怀疑。“将转让所得的价款提前清偿债务或者提存”的文义只说明，抵押权人能够要求提前清偿和提存的范围仅限于转让金额，并未使其对价款有优先于其他债权人受偿的权利。相比之下，第 390 条对于物上代位的规定明确指出抵押权人能够“就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿”。再者，如果承认抵押权人对转让价款有优先受偿权，等同于让债务人或担保人再以自有财产——从受让人处取得的金钱，为抵押权人设定了一项债权质权，并且允许抵押权人在此刻就能立马实现该质权。此时原先的抵押权仍存续，而抵押权的担保作用本就基于抵押物价值变现后的权利优先顺序，于是出现了价值指向相同的两个优先权并存的局面。债权人获得了特别优待，这种优待不仅超越了抵押权的权利内涵和制度功能，也大大挤压了抵押人利用抵押物二次融资的可能。因此，对本句规定的抵押权保全权的性质不能理解为优先受偿权，只是一种给付请求权。

5. 追及效果的例外阻断

本条第 1 款第 3 句规定，抵押财产转让的，抵押权不受影响。但是为保护交易安全及第三人信赖，法律阻断转让行为的追及效力亦有之，适用本条时应予注意。《民法典》第 403 条第 2 句对动产抵押物采登记对抗主义，若抵押人转让时动产上无抵押登记，善意受让人取得无负担的动产物权，抵押权人不再享有抵押权，追及力消灭。同样地，根据《民法典》第 404 条，如果动产受让人在正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产，无论其善意恶意，抵押权均因不能追及而消灭。另外，原《物权法》第 191 条规定的受让人涤除权已被《民法典》第 524 条吸纳为一般规则，若受让人向债权人代为履行的，抵押权因所担保债权实现而消灭。其余诸如抛弃抵押权、担保物毁损灭失且无代位物、善意取得等情况，追及效果亦当然消灭，不再赘述。

6. 举证责任

因抵押效力自动追及，转让发生后抵押权人主张抵押权仍存续的，只须证明存在设立抵押权的情况。受让人主张抵押权消灭的，须证明存在阻断追及力的法律事实。抵押权人认为抵押物的转让可能损害抵押权的，应当由抵押权人对此承担举证责任。有观点认为转让行为本身就足以损害抵押权^[20]，证明对象相应地简化为发生转让行为即已足。此种观点与“能够证明财产转让可能损害……”的条文要件不相符，法条并没有把转让行为和损害的发生等同视之，因此难以认同。

7. 结语

《民法典》第 406 条关于抵押物转让的规定，述说着立法者在鼓励抵押物流通与保护抵押权价值之间找到的平衡点。肯定抵押物转让的原则，使抵押物的经济效用得以充分发挥，这符合市场主体的交易需要。同时，本条也设置了多重措施保护抵押权人的利益，如要求抵押人及时通知、允许抵押权人在必要时请求保全价款等，凸显法典编纂者平衡交易安全与权利实现的立法构思。关于当事人禁止转让约定的效力，本文认为仅产生债法效力，不影响转让行为效力，司法解释在这一问题上的态度值得商榷。关于抵押权保全的设计则是合理的制度安排，并非重复保护抵押权人，而是对抵押权提供必要的补充保障。总的看来，本条通过平衡多方利益关系，对引导我国抵押制度向着灵活和高效的目标发展具有不容小觑的重要意义。

参考文献

- [1] 黄薇. 中华人民共和国民法典物权编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 526, 682.
- [2] 王晨. 关于《中华人民共和国民法典(草案)》的说明[J]. 中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报, 2020年特刊: 188.
- [3] 高圣平, 罗帅. 《民法典》不动产抵押权追及效力规则的释论[J]. 社会科学研究, 2020(5): 27-37.
- [4] 张永. 抵押权追及力的确认及空洞化——《民法典担保制度解释》第43条第2款的效力检讨[J]. 北方法学, 2023, 17(2): 50-61.
- [5] 程啸. 我国民法典中的抵押财产转让[N]. 检察日报, 2020-11-16(3).
- [6] 最高人民法院民事审判第二庭. 最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2021: 391.
- [7] 刘家安. 民法典抵押物转让规则的体系解读——以第406条为中心[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2020(6): 71-79.
- [8] 王利明. 抵押财产转让的法律规制[J]. 法学, 2014(1): 107-116.
- [9] 郭明瑞. 关于物权法公示公信原则诸问题的思考[J]. 清华法学, 2017(2): 28-37.
- [10] 谢在全. 民法物权论(中册)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 700.
- [11] 台湾大学法律学院, 台大法学基金会. 德国民法典[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 917.
- [12] 戴永盛. 瑞士民法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 287.
- [13] 杨代雄. 袖珍民法典评注[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2022: 314.
- [14] 景光强. 抵押物转让新规则释论[J]. 山东法官培训学院学报, 2021(5): 45.
- [15] 程啸. 担保物权人物上代位权实现程序的建构[J]. 比较法研究, 2015(2): 13-28.
- [16] 我妻荣. 新订物权法[M]. 罗丽, 译. 北京: 中国法制出版社, 2008: 261.
- [17] 近江幸治. 担保物权法[M]. 祝娅, 王卫军, 房兆融, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 124.
- [18] 张尧. 抵押财产转让规则的适用[J]. 政治与法律, 2021(8): 18-28.
- [19] 刘家安. 民法物权[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2023: 287.
- [20] 孙宪忠, 朱广新. 民法典评注: 物权编4[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 172.