

# 约定抵押物不得转让的法律效果

## ——对《民法典》第406条及相关司法解释的解读与反思

季学琛

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年4月20日; 录用日期: 2023年6月28日; 发布日期: 2023年7月7日

### 摘要

抵押物转让一直是民法学界和实务界重点关注的问题。长期以来,我国一直是采禁止抵押物转让的立场。但是《民法典》第406条第1款一改往日立场,抵押期间允许抵押人自由处分抵押物。然而紧随其后的但书,又为当事人意思自治打开了口子。更令人费解的是《〈民法典〉担保制度司法解释》第43条对于约定登记的规定,究竟是为当事人正确适用法律指明了方向,还是加深了疑惑,有待于学界的解释。本文立足于《民法典》第406条及相关司法解释的规定,认为有必要区分不动产和动产,区别适用。

### 关键词

抵押物转让, 禁止转让特约, 公示, 体系解释, 预告登记

# The Legal Effect of Agreeing That the Mortgaged Property Shall Not Be Transferred

## —Interpretation and Reflection on Article 406 of the Civil Code and Related Judicial Interpretations

Xuechen Ji

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

Received: Apr. 20<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jun. 28<sup>th</sup>, 2023; published: Jul. 7<sup>th</sup>, 2023

### Abstract

The transfer of mortgage has always been the focus of civil law and practice circles. For a long time,

China has adopted the position of forbidding the transfer of mortgage property. However, Article 406 (1) of the Civil Code changes the previous position and allows the mortgagor to dispose of the mortgaged property freely during the mortgage period. However, the proviso followed by the party opened the opening for the autonomy of will. What is more puzzling is whether Article 43 of the Judicial Interpretation of Guarantee System in the Civil Code points out the direction of the correct application of law for the parties concerned or deepens the doubts, which remains to be interpreted by the academic circle. Based on Article 406 of the Civil Code and the relevant judicial interpretation, this paper believes that it is necessary to distinguish real property and personal property and apply them differently.

## Keywords

The Transfer of Mortgage, The Prohibited Assignment, Publicization, System Interpretation, Notice Registration

Copyright © 2023 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. 抵押物转让的规则回溯

抵押物转让规则，一直以来都是学术界和实务界重点关注的问题。《民法典》第 406 条和《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条的颁行，再次将这个问题推上舞台的中心。

民法典颁行以前，立法上总体是较为明确的禁止抵押物转让的立场，担保法和物权法明文规定“未通知抵押权人的，转让行为无效”<sup>1</sup>，“未经抵押权人同意，不得转让抵押财产”<sup>2</sup>。但是 2000 年最高人民法院《关于适用〈担保法〉的司法解释》第 67 条<sup>3</sup>，似乎对抵押财产转让的态度有所放松，司法实践也响应该司法解释，涌现了一批具有影响力的判决<sup>4</sup>。

《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”。首先旗帜鲜明地一改往日立场，推翻了民法典之前限制抵押物转让的规则，回归了抵押权的对世效力和抵押物自由转让的民法原理。此举可以说是顺势而为，回应了学界的呼声[1]。但同时，如何理解《民法典》第 406 条第 1 款中的“当事人另有约定的，按照其约定”，成为了新的难题。

很明显，这样一句虽无“但书”之名，却有“但书”之实的规定，为银行等金融机构事先做出禁止转让的约定撕开了口子，也引发了许多思考。当事人做禁止转让的约定会产生怎样的法律效果？是仅对抵押合同当事人产生影响，即仅具有债的效力？还是可以限制抵押人的处分权，进而导致抵押人的行为沦为无权处分？随后，《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条出台，似乎非但没有解决已有的困惑，

<sup>1</sup>《中华人民共和国担保法》第 49 条第 1 款：“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。”

<sup>2</sup>《中华人民共和国物权法》第 191 条第 2 款：“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。”

<sup>3</sup>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：“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。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。”

<sup>4</sup>比如“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”，《最高人民法院公报》2009 年第 4 期(总第 150 期)；“百花公司诉浩鑫公司买卖合同纠纷案”，《最高人民法院公报》2006 年第 3 期(总第 113 期)。

反而将问题往更复杂的方向引去。

## 2. 约定公示的分析

《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条有两款，分为已经登记的禁止或限制抵押财产的约定和未经登记的禁止或限制抵押财产的约定，并规定了对受让人产生的不同影响。《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条的基本法理为：不得转让之特约，要对第三人产生效力，须得到公示手段的支持。现笔者按照《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条的思路做尝试性理解，逻辑思考如下：

### (一) 不动产抵押

#### 1) 约定不得转让且不得转让的约定经过登记

首先，根据《民法典》第 402 条的规定<sup>5</sup>，不动产抵押的抵押权自登记时设立。因此，如果不动产抵押未办理登记，抵押权根本就没有设立，则债权人无权主张在债务人不能清偿债务时就抵押物的交换价值实现优先受偿，更遑论主张抵押物转让无效。其次，根据《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条第 2 款第 2 分句，我们可以得出：不动产抵押已经登记，当事人约定抵押物不得转让，且不得转让的约定已经经过登记，那么在抵押人违反约定转让抵押物时，登记机关可能会不予办理所有权转让的登记手续，即不得转让的约定会限制抵押人的处分权。抵押权人在抵押权实现条件具备时，可以就仍属于抵押人所有之抵押物实现抵押权。

#### 2) 约定不得转让但不得转让的约定未登记

如果约定了不得转让抵押物但未将约定进行登记，此时又区分受让人是否知晓该约定。如果受让人明知不得转让抵押物的约定仍受让该抵押物，那么抵押权人可以向法院主张该转让无效，受让人即使就不动产抵押物已经取得登记，仍不能取得该抵押物的所有权；如果受让人善意不知不得转让的约定，且该不动产已经完成所有权移转的登记，那么该转让有效，受让人取得抵押物的所有权，抵押权人主张该转让无效的观点无法得到法院支持，但是抵押权人仍然可以就抵押物拍卖、变卖而获得优先受偿。即在抵押权条件具备时，抵押权人可就属于受让人所有之物实现抵押权。

### (二) 动产抵押

#### 1) 抵押权经过登记，约定不得转让且不得转让的约定经过登记

《民法典》第 403 条规定：“以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”抵押人和抵押权人必须签订了抵押合同，办理了抵押权登记，约定抵押物不得转让，且该不得转让的约定做了登记。根据《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条第 2 款第 2 分句，我们可以得出：此时，该动产抵押物即使已经交付给受让人，受让人也不能取得抵押物的所有权。此时，抵押权人可以就抵押人所有的抵押物拍卖、变卖的价款实现优先受偿。

#### 2) 抵押权登记，约定不得转让但不得转让的约定未登记

根据《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条第 1 款的规定，如果受让人知晓该约定，那么即使不得转让的约定未登记，受让人也不能取得该抵押物的所有权；反之，则可以取得抵押物的所有权。

#### 3) 抵押权未登记，不得转让的约定未登记

此时，根据《民法典》第 403 条如果动产抵押没有登记，抵押权虽然已经设立，但是不能对抗善意第三人。

如果受让人不知该抵押合同的存在，更不知不得转让的约定，那么善意的受让人可以无负担地取得抵押物的所有权；如果受让人知道该抵押合同的存在，但不知晓不得转让的约定，那么受让人可以取得

<sup>5</sup>《中华人民共和国民法典》第 402 条：“以本法第三百九十五条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。”

抵押物的所有权，但是抵押权人可以就受让人取得的抵押物拍卖、变卖的价款实现优先受偿；如果受让人知道该抵押合同的存在且知晓该不得转让的约定，那么受让人不可以取得抵押物的所有权。

### 3. 对《担保制度解释》第 43 条的思考

#### (一) 强大的约定

不动产抵押已经登记，当事人约定抵押物不得转让，且不得转让的约定已经经过登记，那么在抵押人违反约定转让抵押物时，登记机关究竟是不予办理所有权转让的登记手续呢？或者是予以登记，但是在抵押权人主张抵押物转让无效时，抵押人和受让人之间的行为径直变成了无权处分呢？

关于抵押合同当事人约定限制抵押人处分权的问题，比较法上的视角值得关注。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”，即台湾“民法”并没有类似《民法典》第 406 条“当事人另有约定的，按照其约定”的例外。但是台湾民法学界对禁止转让抵押物约定的效力则有过探讨，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<sup>[2]</sup>。《德国民法典》第 1136 条规定：“所有人因之而对债权人负有义务不让与土地或不再继续设定负担于土地的约定，无效。”可见，德国民法明确否认土地所有权人和债权人禁止处分土地约定的效力。

比较法上的立场较为清晰，要么如台湾，限制抵押人处分权的约定对第三人相对的不生效力；要么如德国，完全不生效力。其原因也不难理解，因为原则上合同内部的约定具有隐蔽性，很难为合同以外的第三人所知，故而不生效力，绝对或相对，原理都是一样的。而我国《民法典》第 406 条的规定，并没有对约定的效力予以确认，反而是在司法解释中提出将这种约定予以登记，根据约定登记与否做出区别对待。即将这种隐蔽的约定公开了，成为了公示的内容。

问题的关键是，将当事人之间的约定登记之后，是否意味着这种禁转特约为有效，且不仅对约定的双方当事人有效，也会产生对第三人的效力呢？将禁转特约予以公示就能够使得受让人本已经取得的所有权瞬间消失吗？倘若如此，今后合同当事人若想使约定对第三人产生效力，就将约定进行登记，广而告之，如此下去，约定登记岂非泛滥成灾？合同是当事人的意思自治的结果，但这种自由是有范围、有界限的，不可以动辄影响到第三人，随意给第三人增设义务。如此戕害第三人的利益，实在有违民法平等、公平的理念。

司法解释的立法者通过“禁转特约” + “登记”构造出一种“他物权”，而这种“他物权”却并未出现在《民法典》中，明显有违物权法定原则。司法解释能否明晃晃地违反物权法定的原则，超越规范位阶创设这样一种新型的“他物权”，其正当性是值得怀疑的。

#### (二) 制度的比较

在物权法中，像用益物权和担保物权这类定限物权，虽然成立于他人之物上，但也只是在特定范围内对他人之物进行支配，并不能限制所有权人的处分权。因此登记即可限制处分权的，或许会让我们联想到预告登记制度。

关于预告登记的效力，我国《民法典》第 221 条<sup>6</sup>所持立场为绝对效力，即未经预告登记权利人同意，处分该不动产的，不生物权效力。倘若所有权人甲的不动产登记簿上有乙的预告登记，那么受让人丙若想让出卖人甲为自己办理房屋过户手续，是不能实现的。

但是比较法上的一些国家则是采预告登记的相对效力，比如德国。《德国民法典》第 883 条第 2 款规定了预告登记的效力：“在预告登记后就土地或权利所为的处分，在它妨碍或侵害请求权的限度内，  
<sup>6</sup>《中华人民共和国民法典》第 221 条：当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产权属的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不生物权效力。

不生效力。即使处分系以强制执行或假扣押方式或由支付不能程序中的管理人为之，亦同”。《德国民法典》第 888 条第 1 款规定：“在已登记的权利或此种权利上的权利的取得，对因预告登记的存在而受利益的人不生效力的限度内，此人可以向取得人请求同意对于实现预告登记所保全的请求权为必要的登记或涂销”。

有学者<sup>[3]</sup>解读：预告登记并不会导致对不动产权利人的“处分限制”，即不动产权利人仍然有权对设定预告登记的不动产进行各种处分，甚至有权对之作出“违反预告登记的处分”。与此相对应的，预告登记也不会导致“登记障碍”，不动产登记机关不得以处分违反预告登记为由而拒绝登记。而德国民法之所以做这种安排，是因为预告登记制度的目的载于保障所登记的请求权，而不在于限制不动产权利人的处分权。否则，如果为了一个尚未到期的请求权，而剥夺不动产权利人的处分权能，一方面难谓公正，另一方面则不利于不动产发挥其在社会经济流通中的最大效用。

但是预告登记和禁止转让的约定予以登记的区别在于：首先，预告登记的发生原因往往是预告登记的权利人和不动产所有权人之间有买卖合同，双方有债权债务关系，预告登记的基础在于债权请求权，而《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条的基础在于约定，这种不得转让的约定并不具有债权请求权的性质，即不具有登记能力。其次，预告登记权利人对于预告登记具有登记利益，对于自己即将取得不动产的所有权具有某种期待，且这种期待并不会妨碍第三人的利益，；而抵押权人则不然，因为即使受让人取得抵押物的所有权，抵押权仍然可以继续存在于不动产抵押物之上，因此抵押权人对于抵押物不得转让并不具有清晰的法律利益。

由于不动产抵押物的受让人若想取得抵押物的所有权，不仅要取得抵押物的占有，也要办理登记，此时受让人一定会注意到不动产登记簿上有抵押权，此时无论受让人是愿意接受一个“不干净”的抵押物，在债权人债权到期时就抵押物主张优先受偿权，抑或是受让人主张《民法典》第 524 条第一款<sup>7</sup>合法利益第三人代偿权，对于受让人而言都无可厚非。当事人原本可以自由选择，法律又何必参与其中，横加干涉？

### (三) 动力的缺乏

按照《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条第 2 款的规定，如前述分析可知，动产抵押已经登记，不得转让的约定也已经登记，那么即使抵押物已经交付，买受人已经取得抵押物的占有，也不能取得抵押物的所有权。问题在于，对于动产的买受人而言，其取得抵押物所有权本来就不需要登记，只需要交付，所以买受人根本就没有必要也没有动力去查看该动产上是否存在抵押权，也不会去关心当事人是否对抵押物转让做了禁止性的约定并将约定进行登记。

曾任全国人大法工委副主任的王胜明认为，“动产公示的问题很难解决，主要靠诚信和道德来维持……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”<sup>[4]</sup>。因此，有学者<sup>[5]</sup>认为，应当将动产抵押排除出《民法典》第 406 条第 1 款的适用范围。在动产抵押的情形下，由于动产的可移动性，一旦抵押物脱离抵押人的控制，在抵押权人想要实现抵押权时，可能会遭遇抵押物“不知所踪”的情况，向第三人主张抵押权也只能是空谈。

当然也有学者<sup>[6]</sup>认为，由于市场监管总局建立的“全国市场监管动产抵押登记业务系统”和中国人民银行征信中心的“动产融资统一登记公示系统”的引入，动产抵押登记的查询成本有了质变性的降低，几乎变成了一间足不出户就能完成的工作。因此，提前查询标的物的状态成为买受人应尽的注意义务，若没有做到，应承担相应的不利后果。

即便查询动产抵押登记是轻而易举的事情，但是从体系的角度去解释和协调适用《民法典》动产抵

<sup>7</sup>《中华人民共和国民法典》第 524 条：“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。”

押的相关规定也是必要的。《民法典》第 403 条规定：“以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”因此，倘若动产抵押权没有登记，且受让人对此善意，那么受让人可以无负担地取得抵押物的所有权，不仅可以导致原所有权消灭，而且可以导致动产上的其他物权消灭，自然不会发生《民法典》第 406 条所称的“抵押权不受影响”的结果，当事人的不得转让的约定无论登记与否，都不会对受让人产生影响。而《民法典》第 404 条<sup>8</sup>规定的则是正常经营活动买受人规则，只要满足了相关的要件，无论买受人是否善意，抵押权都会消灭。如果说第 403 条还停留在善意保护的框架内，但第 404 条已然跨越了善意的范围，引入了一种构成要件上更客观化即不考虑受让人是否善意，后果上更偏向于受让人利益保护的消灭事由。第 403 和 404 条既是优先于 406 条关于动产抵押的特别规范，也构成了动产抵押权对抗性的完整规范。而关于第 403 和 404 条的竞合问题，也有学者[6]进行细化予以进一步阐述，笔者在此不再赘述。

#### (四) 体系的解释

抵押物转让规则的混乱，使当事人在适用具体规则时显得有些手足无措。众所周知，《民法典》采用了形式主义与功能主义相结合的立法模式，承认了融资租赁等非典型担保的担保功能，但也因此引发了一系列的解释冲突。根据《民法典》第 406 条的规定，抵押期间抵押人可以自由处分抵押财产。然而在融资租赁合同中，承租人未经出租人同意处分租赁物，会成为出租人解除融资租赁合同的理由<sup>9</sup>。我们应当如何理解这里规则的不同，又应当如何化解规则的矛盾之处呢？笔者以为，有两条解释路径。

第一种观点，认为体系上并不存在冲突。理由一：依照前述部分学者的观点，动产抵押的特殊性本身足以构成限制抵押人处分权的正当理由[5]。而融资租赁交易中，其标的往往多为动产。因此不需要适用《民法典》第 406 条的规定，即融资租赁的承租人未经出租人同意不得处分租赁物。理由二：融资租赁合同可能会构成《民法典》第 406 条第一款但书的情形，即“当事人另有约定的，按照其约定”。在融资租赁合同中，出租人往往处于强势的一方，双方通常会在合同中明确约定，承租人未经同意不得处分租赁物，否则将承担一系列的法律后果。因此，符合当事人另有约定的情形。

当然，理由二也引发了笔者的反思。根据《民法典》第 745 条，融资租赁出租人的所有权未经登记，不得对抗善意第三人。那么融资租赁合同中对承租人不得随意处分租赁物的约定，是否亦需要登记？根据《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条的规定，是有必要将这种约定予以登记的，若未登记，则需要根据第三人的善意与否来进行判定，若第三人善意不知租赁物有不得转让的约定，其仍然可以取得抵押物的所有权。如此一来，则通过《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条，无形之中消解了《民法典》第 745 条登记对抗的规则效力。原先仅需要登记所有权就可以对抗第三人，如今还需要将融资租赁合同中的约定进行公示才能对抗善意第三人，司法解释是否有这种削弱法律的功效，值得怀疑。

第二种观点，《民法典》第 406 条和《融资租赁》第 753 条确实存在矛盾之处，但这种区别是基于融资租赁交易本身的特殊安排。对于出租人而言，租赁物是实现其租金债权的重要保障，若承租人对租赁物作不当处分，租金债权的实现将面临着极大的风险。因此为了强化对出租人利益的保护，实现双方当事人间的利益平衡，有必要限制承租人的处分权。

## 4. 小结

《民法典》第 406 条虽然改变了往日禁止抵押物转让的立场，但或许存在矫枉过正的嫌疑。但书的“约定”使得一波未平一波又起。《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条的规定，则让问题变得更加错综复杂、变幻莫测。不仅引发了体系的混乱与解释的冲突，而且动摇了民法学的根基。

<sup>8</sup>《中华人民共和国民法典》第 404 条：“以动产抵押的，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。”

<sup>9</sup>《中华人民共和国民法典》第 753 条：“承租人未经出租人同意，将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分的，出租人可以解除融资租赁合同。”

为了简化问题,关于抵押物转让,笔者以为我们需要区分不动产抵押和动产抵押。

就不动产抵押物转让而言,无论是从比较法学习借鉴的角度而言,抑或是从制度的比较而言,禁止不动产抵押物的转让都难谓合理,更遑论将此禁止转让的约定予以登记。因此我们认为禁止转让不动产抵押物的约定宜只发生债法上的效力。倘若不得不认可该约定,也不宜赋予该约定绝对的效力,即登记机关在看到登记了的禁转特约后,仍应当予以办理不动产过户手续。当抵押权人主张实现抵押权时,赋予其选择权,既可以选择就受让人所有的抵押物实现抵押权,并追究抵押人的违约责任,当然前提是抵押权人得证明有损害;也可以选择主张抵押人与受让人之间的转让行为无效,就抵押人所有的抵押物实现抵押权。相信明智的抵押权人深知自己的利益存在于抵押物之上,而不在于抵押物存在于何人的手中,因而选择前者而非后者。

就动产抵押物转让而言,应当考虑优先适用第 403 条和第 404 条的规则,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买受人规则的情形下,均可认为受让人依继受取得的方式取得无负担的所有权。在此等情形中,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,应承担违约责任。如果排除第 403 条和第 404 条的适用情形的话,再考虑适用《〈民法典〉担保制度司法解释》第 43 条有关动产抵押的规定,但此种适用应当建立在完善的动产抵押登记系统的前提下,否则应认为动产抵押物不宜转让。

## 参考文献

- [1] 王洪亮. 不动产抵押物转让规则新解[J]. 财经法学, 2015(2): 56-68.
- [2] 姚瑞光. 民法物权论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [3] 金可可. 预告登记之性质——从德国法的有关规定说起[J]. 比较法研究, 2007(7): 108-120.
- [4] 王胜明. 物权法制定过程中的几个重要问题[J]. 法学杂志, 2006(1): 35-38.
- [5] 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.
- [6] 王琦. 论抵押财产转让对抵押权的影响——以《民法典》第 403、404、406 条的协调适用为视角[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2020, 33(5): 1-10.