

试论未经同意之抵押物转让合同的效力

郝纪鹏 赵 墨

(河南信行律师事务所 河南 郑州 450000)

【摘要】我国《物权法》第一百九十一条规定抵押期间，抵押人未经抵押权人的同意，不得转让财产，但受让人代为清偿债务消灭的除外。由于《物权法》第191条第2款并未从正面规定未经抵押权人同意之抵押物转让的后果，且与此前《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第49条第1款及《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条的规定有所不同，解释上分歧迭生。在民法典编纂的大背景下，去除《物权法》第191条第2款与《担保法》第49条第1款及《担保法解释》第67条规定间的龃龉，并提出修改意见，实属必要。

【关键词】抵押物转让；合同效力；强制规范；追及效力

【DOI】 10.12252/j.issn.2096-6261.2020.05.323

一、《物权法》第191条第2款的规范属性

（一）强制性规范抑或倡导性规范

判断未经同意之抵押物转让合同的效力，必先从《物权法》第191条第2款的规范属性入手。该条款使用了“不得”的表述，文义上将强制性表露无遗。而且，该条款修改了《担保法》第49条第1款“转让抵押物应当通知抵押权人并告知受让人”的规定，因为“现实中往往是在实现抵押权时才发现未通知抵押权人或者未告知受让人已转让了抵押财产的情况，此时即使宣告转让合同无效，转让的财产可能也已无法追回，而转让抵押财产前就取得抵押权人的同意，可防止以后出现的一系列麻烦，节省经济运行的成本，减少纠纷”。从上述全国人大法工委物权法释义所表达的立场上看，保护抵押权人而否定未经其同意的转让之立法目的十分明显，实难认定为允许依个人的意思加以排斥的任意性规范。

（二）效力性强制规范抑或管理性强制规范

如上所述，《物权法》第191条第2款性质上为强制性规范，而强制性规范在学理上可进一步区分为效力性强制规范与管理性强制规范。依最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释（二）》）第14条，违反法律、行政法规的效力性强制规范，合同无效。《民法总则》第153条第1款并未使用“效力性强制规范”这一术语，而是以但书的方式限缩了导致法律行为无效的强制性规范的范围，有学者认为此举废弃了《合同法解释（二）》设立的规则。本文认为，只要不是以机械的标准简单地划定强制性规范的性质进而确定法律行为的效力，^②而是在综合考虑规范目的等因素的基础上得出法律行为效力的判断，那么，继续采用效力性强制规范与管理性强制规范这一学理分类，亦未尝不可。

考察《物权法》第191条第2款，“不得”一词指向转让，“转让”是一个法律行为，故它涉及一个法律行为的法律效果的评价，而从其修改《担保法》第49条第1款所反映出的立法目的上看，保护抵押权人而否定未经其同意的转让之意图凸显，故应认定其为效力性强制规范。诚如王利明教授所言，从该条规定的立法目的来看，就是要通过禁止转让使第三人不能通过获得财产的权利，从而保障抵押权人的利益，如果将该条规定认定为管理性强制规范，这就意味着抵押人未经抵押权人同意而转让其抵押财产的合同仍然有效，就会使得法律关于要征得抵押权人同意的规定形同虚设，无法实现其立法目的。

二、《物权法》第191条与抵押权的追及效力

由于《担保法解释》第67条确认了抵押权的追及效力，在《物权法》实施后，《物权法》第191条与《担保法解释》第67条在适用上的关系需要讨论。况且，若推理建立在《物权法》承认了抵押权之追及效力的基础上，结论也会有所不同，因为抵押权人可以追及物之所在，其利益不会受到影响，自然不必急于否认转让的效力。最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第14条称“物权法第191条第2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”，大概正是建立在《担保法解释》第67条确认抵押权追及效力的立场上。

（一）《物权法》未采纳追及效力的制度设计

物权的追及效力，指物权成立后，其标的物不论辗转于何人之手，物权人均得追及物之所在，而直接支配其物的效力。据此，即使未经抵押权人同意而转让抵押物，抵押权人也可追及抵押物之所在，支配其担保价值。但《物权法》第191条旨在否定抵押权的追及效力。一方面，如果承认抵押权的追及效力，就没有必要要求抵押人转让抵押财产时取得抵押权人的同意；另一方面，依《物权法》第191条规

定，取得抵押权人的同意后，转让抵押财产的价款应当提前清偿债务或提存，此时可以认为抵押权已经提前实现，既然抵押权已经因实现而消灭，就不存在追及的可能。而且，立法机关的相关负责人在《物权法》起草阶段曾公开撰文表示，事后行使追及权的方案是“力挽狂澜”，把已经形成的财产秩序重新打乱，中间的买卖当事人要一一追索，最终可能追到原出让人，如果一开始进行限制，经抵押权人同意才可以进行转让，就可以防患于未然；法工委释义也明确指出，按照本条的制度设计，转让抵押财产，必须消除该财产上的抵押权，既然买受人取得的是没有物上负担的财产，也就不再有物上追及的问题，足见《物权法》有意放弃追及效力而选择事前限制方案的立法意图。

（二）《担保法解释》第67条不再使用

在《物权法》实施之前，《担保法解释》第67条确认了抵押权的追及效力，但《物权法》第191条未采纳追及效力的制度安排。由于《物权法》第178条规定“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”，而《担保法解释》是对《担保法》的解释，在《物权法》实施后，《担保法解释》第67条因与《物权法》第191条冲突而无继续适用的空间。

三、司法实践中对于抵押物转让合同的认定

我国司法实践中对于合同的效力经历一个合同绝对无效不生物权效力到如今合同有效不生物权效力的过程。虽然擅自转让抵押物的合同的效力没有明确的法律规定，但是司法实践中法官们通过对《物权法》的核心价值、相关法律规定、立法者意图、社会各界人士的看法的综合分析，他们对于这类合同的效力给予了肯定的答案，即转让合同是有效的，但不生物权效力。笔者认为，未经抵押权人同意，抵押人擅自转让抵押物的合同是有效的，但是物权效力待定。首先抵押物的标的包括不动产和动产以及权力，如果抵押物的标的物是不动产，那么合同不生物权的效力，合同是有效的。其原因是：根据合同法可知双方当事人订立合同时是意思表示真实，不存在显失公平，重大误解，也不存在合同法定无效的情况，满足合同生效的条件；《物权法》的核心价值是物尽其用，如果抵押物禁止流转，那么就不能充分的利用物的价值；物权的追及效力，禁止抵押物的流转绝大部分的原因在于保障抵押权人的合法利益，物权的追及效力已经给了抵押权人的保护，如果再规定合同的无效，那么在抵押权人和受让人之间就不能达到利益的平衡，对于受让人来说明显是不公平的。从物权的角度来说，物权效力的待定仅限于在与优于抵押权的物权发生矛盾并且矛盾的标的物是动产的情况下，其物权效力是可能有效的。所以未经抵押权人同意抵押物的转让合同是有效的，物权效力是待定的。如果不生物权效力时，抵押权人就失去了抵押物将不再享有抵押权的相关特权而转化为普通的债权。

结束语

权威应该通过法律自身来维护，有权威的法律才有存在的价值，公正的法律才能为人们自觉遵守。在适用法律的时候也应该有一把天平去衡量，物权法中关于抵押物转让合同有效的认定，不仅保障了抵押权人的利益，也保护了受让人的权益，使二者得到了相对公平的对待。也正是由于法律的不断完善与发展，人们对法律权威的认同才不断得以加强。这样的法律才能为人们去尊重，遵守。

参考文献

[1]刘贵祥,吴光荣.论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力[J].比较法研究,2013(5)

[2]许明月.抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救——评《中华人民共和国物权法》第191条[J].法商研究,2008(2):141.

[3]王利明.抵押财产转让的法律规制[J].法学,2014(1):110