

转让可能损害抵押权司法适用的类型化研究 ——以不动产抵押为中心

李欢欢*

内容提要：“转让可能损害抵押权”是不确定性概念，从规范目的及类型化角度具体化该概念对平衡抵押关系当事人的利益至关重要。《民法典》第406条第2款是平衡担保债权安全性与抵押人期限利益的结果。不应将抵押人的转让行为本身、仅未履行通知义务或违反限制转让约定认定为“可能损害抵押权”的情形，否则会使“保护抵押权人单方利益”取代“利益平衡理念”，消解《民法典》第406条对抵押财产转让制度变革的意义。司法实践中倾向于保护弱势群体利益，认为商品房消费者的权利、被拆迁人的权利以及符合一定条件的居住权优先于抵押权，这事实上阻却了抵押权追及效力，可能危及担保债权的安全，因此属于“转让可能损害抵押权”的情形。

关键词：《民法典》第406条 抵押财产 损害抵押权 不动产抵押

一、问题的提出

抵押财产转让规则是充满学术魅力与实务关切的问题，^{〔1〕}同时也是长期困扰我国立法者的问题。纵观我国民事立法历程，抵押财产转让规则总在不断变化。^{〔2〕}《担保法》和《物权法》以限

* 李欢欢，山西大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见刘家安：《〈民法典〉抵押物转让规则的体系解读——以第406条为中心》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期。

〔2〕 最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》的通知（已失效，以下简称《民通意见》）第115条第1款规定，非经债权人同意转让抵押财产的行为无效；《中华人民共和国担保法》（已失效，以下简称《担保法》）第49条第1款规定，已办理登记的抵押物转让应通知抵押权人并告知受让人，未尽通知或告知义务的转让无效，换言之，抵押人只要尽到通知或告知义务即可转让抵押财产；《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》（已失效，以下简称《担保法司法解释》）第67条第1款规定，抵押期间抵押人转让抵押物，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可行使抵押权；《中华人民共和国物权法》（已失效，以下简称《物权法》）第191条规定，抵押人未经抵押权人同意“不得转让”抵押财产，但没有规定未经同意转让的法律效果。

制转让为前提，一旦转让，抵押人须提前清偿债务或者提存转让款。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第406条规定只有当“转让可能损害抵押权”时，抵押人才需提前清偿债务或者提存转让款。这一限制条件对于平衡抵押关系当事人的利益具有重要意义。但《民法典》的表达过于抽象，并未明确其判断标准及具体类型。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号，以下简称《担保制度的解释》）的征求意见稿做了例示规定，列举了“转让可能损害抵押权”的情形，但最终颁行版本将其删除。理论界关于“转让可能损害抵押权”的研究极为缺乏。虽然有少数文献展开了初步研究，但论者要么顺带提到其定义，要么仅列举了可能损害抵押权的情形，但未系统论证和归纳。而且论者就同一事项是否属于“转让可能损害抵押权”的情形亦有不同观点。如有学者认为抵押人违反限制转让约定属于可能损害抵押权的情形，^{〔3〕}但也有观点对此持否定意见。^{〔4〕}

为了防止过高的调查成本，“转让可能损害抵押权”应予推定，并通过审判实践逐步进行类型化。类型化需要学术界评析、整理裁判文书。具言之，法院对“转让可能损害抵押权”的认定是否恰当？法院认定不恰当的情形及理由为何？值得认可的情形如何类型化？由于动产抵押的特殊性以及我国《民法典》对动产担保的重大变革，其所涉问题太过复杂，为聚焦起见，本文以不动产抵押为中心，分析“转让可能损害抵押权”的类型。本文将阐明《民法典》第406条第2款的规范目的，以此为基准并且以裁判文书为素材，类型化属于和不属于“转让可能损害抵押权”的情形。

二、《民法典》第406条第2款中段的规范目的

法学概念一般可区分为描述性概念和规范性概念。^{〔5〕}规范性概念又可区分为规范性确定概念和规范性不确定概念。所谓规范性不确定概念是指在内容和范围上都极不确定的概念。^{〔6〕}不确定性概念的立法语言多采抽象弹性表达，如“必要”“酌情”“显著的”“合理的”“情节严重”等。这类表达未有明确的指向对象，只是划定了适用对象的大致范围。换言之，不确定性概念内涵和外延具有模糊性和概括性，法律适用者对于是否将考察对象涵摄于此类概念具有自由裁量权。《担保制度的解释》征求意见稿列举“转让可能损害抵押权”的情形但最终颁行版本将其删除以及理论界对这一概念认识的不统一都可表明其为不确定概念。对此需要具体化研究。具体化不确定概念大致有两种研究进路，一是研究立法者在引入该不确定概念时对法官的授权与拘束，^{〔7〕}二是分析相关判决并将其类型化。^{〔8〕}本部分主要从规范目的出发研究“转让可能损害抵押权”这一不确定性概念对法官的授权与拘束。

〔3〕 参见王利明：《〈民法典〉抵押物转让规则新解——兼评〈民法典〉第406条》，载《法律科学》2021年第1期。

〔4〕 参见李泓霖：《〈民法典〉第四百零六条（抵押财产转让规则）评注》，载《南海法学》2022年第3期。

〔5〕 参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第27页。

〔6〕 参见刘亚东：《民法概括条款适用的方法论》，载《政治与法律》2019年第12期。

〔7〕 参见程子薇：《域名纠纷中的恶意认定研究——以不确定概念理论为分析工具》，载《华东政法大学学报》2014年第1期。

〔8〕 参见于飞：《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》，载《法学研究》2012年第4期。

（一）增加“转让可能损害抵押权”的规范目的

一方面，“转让可能损害抵押权”是立法对司法的授权，法官有一定自由裁量权；但另一方面，《民法典》采取不确定的规范结构同时意味着对法官的拘束，要求法官在自由裁量时应致力于实现不确定性概念所追求的目的。一般而言，不确定概念中对法官的拘束包括两种，一是法条中已明确的类型化，〔9〕二是规范目的。〔10〕《民法典》第406条未对“转让可能损害抵押权”类型化，《担保制度的解释》征求意见稿中例示情形亦被删除。故此，只能从立法目的来考察“转让可能损害抵押权”对法官的拘束。

《民法典》第406条第2款中增加“转让可能损害抵押权”限制性条件的目的是保护抵押人的期限利益。《物权法》第191条表明，只要抵押人转让抵押财产就应当将转让所得价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。这客观上使债务加速到期，实际上损害了抵押人的期限利益，与抵押权实现的或然性相悖。而且在第三人抵押时亦可能损害抵押人的抗辩权。〔11〕《民法典》第406条第2款增加“转让可能损害抵押权”条件限制了抵押权人在抵押人转让抵押财产时主张提前清偿债务或者提存的权利，将被《物权法》第191条剥夺的期限利益和抗辩权归还于抵押人。

或许有观点会质疑，对提前清偿债务或者提存转让价款的请求权增加限制性条件在保护抵押人利益的同时，也会损害抵押权人的利益。据《民法典》第406条第1款中抵押权追及效力的规定，可发现上述质疑不成立。自由转让加追及力并未忽略抵押权人利益，而是妥善平衡了各方利益。《物权法》第191条中抵押权人主张提前清偿或者提存的权利是以否定抵押权追及效力为前提的，但《民法典》已承认了抵押权的追及效力，故并无重复保护的必要。相反，依照《物权法》第191条的规则，抵押人收取的转让价款容易与其所有的一般财产混同，抵押权人不能优先受偿的风险增加。因此，《民法典》第406条第1款中的追及效力规则对抵押权的保障相较于《物权法》第191条规定的提前清偿债务方式更为充分。由是观之，增加限制条件是在不损害抵押权人利益的基础上保护抵押人的期限利益和抗辩权。

（二）“提前清偿债务或者提存”的规范目的

有观点认为，《民法典》在承认抵押权追及效力的背景下依然赋予抵押权人在特定条件下有请求提前清偿债务或者提存的权利是为了在第406条适用范围过于宽泛的情况下保护动产抵押权人的合法权益。〔12〕事实上，由于不动产的不易移动性，追及效力一般即可保护抵押权，确实无需另外赋予抵押权人请求抵押人提前清偿债务或者提存的权利。从这一角度看，将《民法典》第406条第2款的规范目的定位为保护动产抵押权人的合法权益确有道理。但由于我国存在很多具有“中国元素”的规定和特色法律实践，即使不动产抵押，特定情形下的转让也可能损害抵押权，所以将其定位为保护动产抵押权人的合法权益有以偏概全之嫌。

〔9〕 参见前引〔7〕，程子薇文。

〔10〕 参见黄舒芑：《法律授权与法律拘束：Hans Kelsen的规范理论对德国行政法上不确定概念拘束功能的启示》，载《政治与社会哲学评论》2010年第33期。

〔11〕 参见孙宪忠、徐蓓：《〈物权法〉第191条的缺陷分析和修正方案》，载《清华法学》2017年第2期。

〔12〕 参见前引〔4〕，李泓霖文。

《民法典》第406条第2款中，抵押权人可以请求提前清偿或提存的规范目的是确保债权安全实现。传统大陆法的担保物权和英国早期的抵押制度都以保障债权安全为唯一目的。^{〔13〕}抵押制度发展到现在，具备了更多的功能，如信用放大功能和激励交易功能，^{〔14〕}但是确保债权安全依然是最基础的功能。最大限度地维护抵押权担保债权的安全性是抵押制度立法的价值取向。^{〔15〕}如果偏离了保障债权安全及保护抵押权人利益的目标，则会使抵押财产转让制度失去其妥当性基础。^{〔16〕}确保债权安全的核心是抵押权人的优先受偿权，此为抵押权之本体。^{〔17〕}申言之，如果转让行为致使优先受偿权受到损害，即可认定为损害抵押权的情形，此时应允许抵押权人采取措施保护自己合法权益，否则抵押制度的初衷无法实现，抵押权也形同虚设。事实上，在我国法律框架中，因转让使得抵押权人优先受偿权受损的情形屡见不鲜。如果不允许抵押权人采取措施保护其所担保债权的安全，显然不具合理性。因此，《民法典》赋予抵押权人请求抵押人将转让所得价款提前清偿债务或者提存的权利以确保债权安全。

由是观之，《民法典》第406条第2款其实是在抵押权所担保债权的安全性与抵押人的期限利益和抗辩权、抵押权实现的或然性之间平衡的结果，司法实践中应关注立法对当事人利益平衡的努力，而不应该厚此薄彼地仅仅关注某一方当事人的利益。

三、不属于“可能损害抵押权”的类型

司法实践对“转让可能损害抵押权”的认定趋于泛化。本部分基于《民法典》第406条第2款中段的规范目的考察法院判决对“可能损害抵押权”的认定不合理的情形并说明理由。

（一）转让本身不属于“可能损害抵押权”的情形

在《民法典》颁行前，司法实践通行观点认为，只要抵押财产权利主体变更就会损害抵押权人的优先受偿权。^{〔18〕}但在《民法典》重塑抵押财产转让规则之后，仍然有判决认为，如果无法获得抵押权人同意，只有办理解除抵押登记手续后，才能为买受人办理过户登记；^{〔19〕}在抵押物的交换价值实现之日即丧失了物上追及力，抵押权的效力仅及于转让价款，抵押人应向抵押权人提前清偿债务或者提存。^{〔20〕}甚至有法院直接表明，在抵押人转让抵押财产之后，抵押权人有权要求抵押人提前清偿债务或者提存的权利。^{〔21〕}

上述判决表明，司法实践存在对《物权法》的路径依赖，认为转让本身可能损害抵押权，

〔13〕 参见陈本寒：《担保物权法比较研究》，武汉大学出版社2003年版，第3-23页。

〔14〕 参见许明月：《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》，载《法商研究》2008年第2期。

〔15〕 参见张俊浩主编：《民法学原理》（修订第3版上册），中国政法大学出版社2000年版，第488页。

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

〔17〕 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第290页。

〔18〕 参见江西省赣州市中级人民法院（2013）赣中民一终字第255号民事判决书。

〔19〕 参见广西壮族自治区乐业县人民法院（2022）桂1028民初298号民事判决书。

〔20〕 参见广西壮族自治区北海市中级人民法院（2021）桂05执异162号民事判决书。

〔21〕 参见四川省成都高新技术产业开发区人民法院（2021）川0191执异931号民事判决书；新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2022）新01民终940号民事裁定书；辽宁省铁岭市中级人民法院（2021）辽12民终1815号民事判决书。

抵押权人有权请求提前清偿债务或者提存转让款。但事实上,上述判决中所涉抵押财产都是不动产,仅有转让行为且不存在其他特殊事由时,抵押权的追及力即可保障转让不会损害抵押权。认为转让本身可能损害抵押权的判决未关注到《民法典》第406条第2款中段增加限制性条件的规范目的,忽略了抵押人的期限利益、抗辩权以及抵押权实现的或然性。最终导致的结果是,在抵押人转让抵押财产后,抵押权人既可以追及到抵押财产上实现抵押权,也可请求提前清偿债务或提存。^{〔22〕}相较于《物权法》第191条而言,这一结果对抵押权人的偏袒有过之而无不及,保护抵押权人的单方利益已经取代了民法利益平衡理念,背离了《民法典》变革抵押制度的初衷。因此,在不动产抵押中,转让本身不属于可能损害抵押权的情形,上述裁判思路应予以纠正。

(二) 违反限制转让约定不属于“可能损害抵押权”的情形

抵押人违反限制转让约定(包括已经登记或者未登记)转让抵押财产的行为是否属于“可能损害抵押权”的情形?司法实践中有不同的认识。有判决认为,抵押人违反限制转让约定的,抵押权人有权要求提前清偿债务。^{〔23〕}这实际上肯定了仅违反限制转让约定属于“可能损害抵押权”的情形。但也有判决指出,限制转让约定仅仅在抵押关系当事人之间有约束力,不能对抗善意第三人,且根据抵押权的追及效力,抵押权人可向受让人主张抵押权,其抵押权并不受影响,抵押权人如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,否则,诉请将抵押物进行拍卖、变卖,并将所得价款予以提存,于法无据。^{〔24〕}这一判决否认了违反限制转让约定和“可能损害抵押权”之间存在联系。《担保制度的解释》(征求意见稿)第42条持肯定意见,认为抵押人违反限制转让约定属于损害抵押权的情形。但最终颁布的《担保制度的解释》第43条删除了这一条规定。

抵押人仅违反限制转让约定不属于“可能损害抵押权”的情形。首先,认为违反限制转让约定可能损害抵押权的观点过度保护了抵押权,违背了《民法典》第406条平衡各方利益的初衷。一般而言,追及效力即可保护抵押权人利益,阻却抵押权追及效力危及优先受偿权会损害抵押权。而抵押人是否违反限制转让约定与抵押权追及效力被阻断风马牛不相及。申言之,当抵押人违反限制转让约定而追及效力未被阻断时,抵押权继续存在于抵押财产上,实现抵押权费用等都在优先受偿权范围内,抵押权人不会因为抵押人违反限制转让约定受到任何损害。认定其可能损害抵押权超出了“损害”所能承载的文义范围,最终使抵押权人同时获得追及效力和“价金物上代位”双重保护。而且如前文所述,《民法典》增加“转让可能损害抵押权”限制性条件的目的是限制抵押权。如果仅违反限制转让约定就可能损害抵押权,那么又会回到《物权法》确立的规则。抵押权人仅需花费几可忽略的成本,在抵押合同中约定“限制抵押财产转让”,那么当抵押人转让抵押财产时,抵押权人即可完成“损害”的证明,进而主张提前清偿或者提存。这事实上形成了转让即提前清偿或者提存的局面,背离了抵押制度变革的意义。其次,将违反限制转让约定认定为损害抵押权的情形实

〔22〕 参见黑龙江省大庆市中级人民法院(2021)黑06民终1577号民事判决书。

〔23〕 参见江苏省盐城市盐都区人民法院(2021)苏0903民初2384号民事判决书。

〔24〕 参见广西壮族自治区贺州市中级人民法院(2022)桂11民终813号民事判决书。

际混淆了合同层面因义务违反而导致的“损害”与侵权意义层面的“损害”。^{〔25〕} 限制转让约定仅仅是抵押关系当事人的债权性约定，抵押人违反约定转让的，应该依据《民法典》合同编第八章的违约责任部分承担相应的责任。而“转让可能损害抵押权”中的损害更接近于《民法典》侵权编中的损害概念。违约中的损害与侵权中的损害无论是在理论上，还是在判断方式上都不应混淆。

有观点可能会质疑，当抵押人和抵押权人约定“违反限制转让约定是实现抵押权的情形”时，这与将违反限制转让约定认定为可能损害抵押权在结果上并无二致。事实上，抵押关系当事人之间就“违反限制转让约定为实现抵押权情形”的约定是特别终止权，即当约定的事项发生时抵押权人可实现抵押权。^{〔26〕} 实现抵押权以当事人事先的约定为前提。有判决指出，如果抵押人与抵押权人存在限制转让约定以及违反该约定时抵押权人有权依本合同约定对抵押房屋行使抵押权，那么当抵押人违约时，抵押权人请求抵押人偿还贷款本息并要求对涉案房屋享有优先受偿权，法院将予以支持。^{〔27〕} 换言之，如果当事人未约定，即不能以《民法典》第394条为请求权基础主张就抵押财产优先受偿。因此，虽然从结果上看两者确实有相似性，即都是抵押权的实现，甚至依据《民法典》第394条第1款更能保护抵押权，但是两者的请求权基础全然不同，相应的构成要件也不同。在法律适用作业时应作细致区分，而非将违反限制转让约定也认定为可能损害抵押权的情形。

另外，可否以最终颁行的《担保制度的解释》删除了征求意见稿中违反限制转让约定属于损害抵押权情形为理由而做出相反解释？即以此为理由认定违反限制转让约定不会损害抵押权。笔者认为，上述论证思路不严谨。研究表明，立法者试图用固定的、细致的规定对法院的裁量空间作出非常不合理的限制，那么最终会适得其反，在法律结果的确定性上不如那些更富有弹性的规定。^{〔28〕} 最高人民法院可能为了避免适得其反，出于谨慎考量而删除了列举示例。另外，最高人民法院删除的原因有很多，可能是其他法律规范已经有所规定，不一定表明“立法者”与征求意见稿所持立场截然相反。如《担保制度的解释》删除征求意见稿第42条第2款第2项的原因是：商品房消费者的权利可以通过《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（2020年修正）（法释〔2020〕21号）（以下简称《执行异议和复议规定》）第29条予以保护，《担保制度的解释》不需要对此做出规定。^{〔29〕} 所以，不应以《担保制度的解释》最终颁行版本删除违反限制转让约定属于可能损害抵押权的情形为理由，认为违反限制转让约定不属于转让可能损害抵押权的情形。

（三）违反通知义务不属于“可能损害抵押权”的情形

抵押人违反通知义务是否属于“可能损害抵押权”的情形？法院对此裁判不一。有判决认为

〔25〕 参见黄清新：《论抵押物转让时抵押权损害风险之认定》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2023年第5期。

〔26〕 特别终止权事项记载于登记簿上或为买受人所知悉时，可约束买受人。参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第158-159页。

〔27〕 参见河南省济源中级人民法院（2021）豫96民终619号民事判决书。

〔28〕 参见〔奥〕海尔穆特·库齐奥：《动态系统论导论》，张玉东译，载《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

〔29〕 参见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》，人民法院出版社2021年版，第393页。

抵押人违反通知义务损害了抵押权。^{〔30〕}有判决虽然未明确指出未履行通知义务可能损害抵押权,但认为违反该义务时,抵押权人有权要求抵押人提前清偿或者提存。^{〔31〕}这实际上认可了未履行通知义务属于可能损害抵押权的情形。但有相反判决认为,通知义务的违反不一定损害抵押权。如有判决指出,通知的目的是防止抵押财产转让后可能损害抵押权人利益,如果转让抵押财产,不会给抵押权人造成损害,也无需通知抵押权人。^{〔32〕}理论界认为抵押人未履行通知义务违反了诚实信用原则,致使抵押权人需要花费成本调查转让事宜,属于“可能损害抵押权”的情形。^{〔33〕}

《民法典》第406条第2款规定了通知义务,但是未明确违反通知义务的法律后果。法工委关于《民法典》的权威释义书表明,通知义务不影响抵押权追及效力,并无多大意义。^{〔34〕}这虽然正确阐明了通知义务不影响抵押权追及效力,但“并无意义”的说法似乎走得太远。通知义务是抵押人和抵押权人信息流通的“桥梁”,^{〔35〕}意义在于保障抵押权人知悉抵押财产转让事宜。通知所传递的信息可能表现为损害抵押权或不损害抵押权。换言之,转让行为是否损害抵押权,还需要根据通知所传递的具体信息作出具体判断,而非仅以违反通知义务为由认定其可能损害抵押权。因此,仅因抵押人未履行通知义务而认定转让行为损害抵押权失之偏颇。

四、属于“转让可能损害抵押权”的类型

对于不确定概念不能简单依赖逻辑涵摄方式判断。有时候需要法官进行价值补充和价值判断,以此使不确定性概念更好地发挥作用。^{〔36〕}而价值评价要么采用所有人承认的标准,要么具有可比性的案例。^{〔37〕}司法实践中法官正是基于价值判断权衡第三人与抵押权人的利益,阻却抵押权追及效力。

(一) 满足特定条件的商品房消费者权利优先于抵押权

1. 《执行异议和复议规定》第29条阻断抵押权追及效力

满足特定条件的商品房消费者的债权可能阻却抵押权追及效力,影响其优先受偿权,属于转让可能损害抵押权的情形。依《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号,以下简称《批复》,已废止)第2条和《执行异议和复议规定》第29条,商品房消费者可以有条件地排除抵押权人的强制执行。对司法实践具有较大影响的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,以下简称《九民会纪要》)第126条再次明确了两者的顺位,即交付了全部或者大部分款项的商品房消费者的债权优先于抵押权。上述规范表明商品房消

〔30〕 参见广西壮族自治区梧州市长洲区人民法院(2021)桂0405民初1911号民事判决书;山东省武城县人民法院(2021)鲁1428民初1212号民事判决书。

〔31〕 参见辽宁省铁岭市中级人民法院(2021)辽12民终1815号民事判决书。

〔32〕 参见安徽省蚌埠市龙子湖区人民法院(2021)皖0302民初1597号民事判决书。

〔33〕 参见前引〔3〕,王利明文。

〔34〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编释义》,法律出版社2020年版,第511页。

〔35〕 参见李欢欢:《〈民法典〉视域中不动产买受人的合理注意义务——以“执行异议和复议规定”第29条适用为视角》,载《太原理工大学学报(社会科学版)》2023年第4期。

〔36〕 参见吴国喆、梁琪:《不确定法律概念的界定、特征及其缺陷》,载《甘肃理论学刊》2013年第3期。

〔37〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第279页。

消费者的债权会阻断抵押权追及效力，抵押权事实上等同于消灭。^{〔38〕}

上述规范确立的裁判思路在《民法典》颁行后得以沿袭。^{〔39〕}只是援引的法律依据以及论证理由略有差异。有的法院未具体阐明理由，直接援引《执行异议和复议规定》第29条裁判案件，认为符合其要件的商品房消费者的权利就可以排除抵押权强制执行。^{〔40〕}有法院认为《批复》第1条和第2条构成《执行异议和复议规定》第27条的例外，处于弱势地位的商品房消费者的权利优先于抵押权。^{〔41〕}有判决指出基于对生存权更高价值的维护，抵押权不能对抗商品房消费者权利。^{〔42〕}消费购房的性质要比抵押权更具有优先保护的价值，抵押权已无存在的必要，注销抵押权有利于房屋的流转，更有利于维护市场经济的稳定和运行。^{〔43〕}

理论界为商品房消费者债权优先于抵押权寻求依据，形成了“消费者生存权保护说”^{〔44〕}“物权期待权说”。^{〔45〕}虽有观点认为这些理论依据均不无商榷余地，但也承认在现实社会的约束条件下，商品房消费者的确需要特别关照，司法解释确立的裁判规则仍有适用的余地。^{〔46〕}

由是观之，从立法、司法以及理论研究来看，符合《执行异议和复议规定》第29条的商品房消费者的权利优先于抵押权，事实上阻断了抵押权追及效力，损害了抵押权的优先受偿权。因此，当受让主体是符合《执行异议和复议规定》第29条要件的买受人时，转让行为可能损害抵押权。

2. 《执行异议和复议规定》第28条不阻断抵押权追及效力

需进一步澄清的是满足《执行异议和复议规定》第28条的一般买受人是否可以阻却抵押权追及效力。在《九民会议纪要》出台及《民法典》颁行之前，买受人符合《执行异议和复议规定》第28条要件是否可以排除抵押权人的强制执行有争议。相较于《九民会议纪要》第126条而言，第127条未确定一般买受人和抵押权人的权利顺位关系，只规定满足要件的买受人可以排除金钱债权的执行。《民法典》颁行之后，司法实践中通常认为一般买受人的权利不能优先于抵押权。

有判决认为，一般买受人的权利是否优先于抵押权，需从两者权利产生时间先后、权利性

〔38〕 参见高圣平、罗帅：《〈民法典〉不动产抵押权追及效力规则的解释论》，载《社会科学研究》2020年第5期。

〔39〕 相关的判决可参见最高人民法院（2022）最高法民终17号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民申6052号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申6055号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申4906号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申1341号民事裁定书。

〔40〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终1316号民事判决书；最高人民法院（2022）最高法民终17号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终987号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终863号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终9550号民事判决书。

〔41〕 参见河南省信阳市中级人民法院（2021）豫15民初22号民事判决书。

〔42〕 参见广西壮族自治区防城港市中级人民法院（2021）桂06民终358号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2020）辽01民初1823号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民终784号民事判决书；广东省惠州市中级人民法院（2021）粤13民终8988号民事判决书；辽宁省沈阳市中级人民法院（2021）辽01民初3566号民事判决书。

〔43〕 参见宁夏回族自治区石嘴山市大武口区人民法院（2022）宁0202民初946号民事判决书。

〔44〕 参见陆晓燕：《保障生存利益与维护交易安全的平衡——房地产开发企业破产中购房人权利之顺位研究》，载《法律适用》2016年第3期；冉克平：《〈民法典〉视域中不动产买受人的法律地位——以“执行异议复议”的修改为中心》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2021年第3期。

〔45〕 参见江必新、刘贵祥主编：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第432页。当然也有相反观点认为商品房消费者的权利不构成物权期待权。参见庄诗岳：《中国式不动产物权期待权的批判与反思》，载《河北法学》2021年第11期。

〔46〕 See GU Mingan & LI Huanhuan, *On Benefit Balance between the Mortgagee and the Consumer of the Commodity Housing: Based on Article 406 of the Civil Code and Article 29 of the Judicial Interpretation No. 21*, 6 China Legal Science 24 (2021).

质、当事人是否存在过错等方面综合分析。^{〔47〕}一般买受人排除强制执行是权利取得在先原则的适用。^{〔48〕}买卖及交付在先且买受人无过错是适用《执行异议和复议规定》第28条的前提。^{〔49〕}但是,买卖在先设立抵押权行为在后并不涉及转让抵押财产的问题,故不属于本文研究范围。当抵押权设立在先买卖契约及交付行为在后时,法院会以一般买受人未尽到审慎的注意义务、对无法办理过户登记存在过错为由驳回异议。^{〔50〕}甚至有判决认为即使买卖交付在先,一般买受人的债权不能对抗抵押权。^{〔51〕}《执行异议和复议规定》第27条的“除外”情形仅指第29条,而不包括第28条。^{〔52〕}满足《执行异议和复议规定》第28条要件的一般买受人的权利性质是债权或物权期待权,^{〔53〕}虽然“物权期待权”被赋予“物权”名义,但不是既得的物权,本质上仍属于债权请求权。^{〔54〕}轻易突破债权平等性及合同相对性会动摇我国物权制度存在之根基,借由执行异议之诉架空担保物权制度,不利于维护交易安全和促进社会经济之发展。^{〔55〕}而且其不具有优先于抵押权的生存权至上的价值基础,因此仅能对抗一般债权人,不能对抗抵押权人。^{〔56〕}

由是观之,符合《执行异议和复议规定》第28条要件的一般买受人的权利不能对抗抵押权。而且,随着我国不动产登记制度的完善,为解决无法办理移转登记的权宜之计的规则终将退出历史舞台。^{〔57〕}因此转让给一般买受人并不属于转让可能损害抵押权的情形。

(二) 被拆迁人的权利优先于抵押权

在抵押权与被拆迁人的权利发生冲突时,司法实践中形成的规则是优先保护被拆迁人的权利。有判决认为,根据《批复》第1条和第2条、《执行异议和复议规定》第29条,建设工程承包人权利优先于抵押权,商品房消费者权利优先于建设工程承包人权利,根据《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》(法释〔2003〕7号,已被修改,以下简称《商品房买卖合同的解释》)第7条第1款,被拆迁人的安置补偿权益优先于商品房消费者权利,故抵押权不能对抗被拆迁人的安置补偿权益,应优先保护被拆迁人的安置补偿权益。^{〔58〕}

〔47〕 参见江苏省无锡市锡山区人民法院(2021)苏0205民初5083号民事判决书。

〔48〕 参见河南省高级人民法院(2021)豫民再785号民事判决书。

〔49〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2021)新民终65号民事判决书。

〔50〕 参见江苏省宿迁市中级人民法院(2020)苏13民终3278号民事判决书;河南省修武县人民法院(2021)豫0821民初96号民事判决书;江苏省南通市中级人民法院(2020)苏06民终3678号民事判决书;安徽省亳州市中级人民法院(2021)皖16民终736号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终2549号民事判决书;河南省濮阳市中级人民法院(2022)豫09民终287号民事判决书。

〔51〕 参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2022)吉24民终254号民事判决书。

〔52〕 参见最高人民法院(2021)最高法民申4659号民事裁定书;最高人民法院(2022)最高法民终72号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申5426号民事裁定书;河南省高级人民法院(2022)豫民申1964号民事裁定书。

〔53〕 参见山西省太原市中级人民法院(2021)晋01民终2789号民事判决书。

〔54〕 参见最高人民法院(2021)最高法民终604号民事判决书;最高人民法院(2022)最高法民终77号民事判决书;最高人民法院(2022)最高法民终115号民事判决书。

〔55〕 参见广东省湛江市中级人民法院(2022)粤08民终1505号民事判决书。

〔56〕 参见最高人民法院(2021)最高法民申1131号民事裁定书;最高人民法院(2021)最高法民再189号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申3574号民事裁定书;河南省许昌市中级人民法院(2022)豫10民终886号之十二民事判决书。

〔57〕 参见王宝道:《案外人异议之诉权益冲突规则研究——以多重买卖与案外人异议规则的比较为切入点》,载《中南大学学报(社会科学版)》2019年第3期。

〔58〕 参见最高人民法院(2020)最高法民申5097号民事裁定书;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2021)黑01民终170号民事判决书;辽宁省铁岭市中级人民法院(2022)辽12民终1589号民事判决书;河南省高级人民法院(2022)豫民终251号民事判决书;安徽省蚌埠市中级人民法院(2022)皖03民终413号民事判决书。

但是《商品房买卖合同的解释》（法释〔2003〕7号）已被修改，其中第7条被删除。理论上法院不应援引没有法律效力的条文作为裁判依据。但司法实践中依然从价值衡量角度论证被拆迁人权利优先于抵押权。有的法院在援引《商品房买卖合同的解释》第7条的基础上兼顾考量了被拆迁人的集体利益保护，认为拆迁补偿安置权益优先于抵押权。^{〔59〕}有法院从公平角度指出，被征收人牺牲了存在于原房屋上的居住权来满足公共利益，其权利应优先于抵押权，这更符合公平正义精神且有助于社会稳定。^{〔60〕}有法院认为无论是原有拆除房屋还是安置补偿房屋，都是被拆迁人的安身立命之本，与其生存权息息相关，被拆迁人因社会公共利益需要以丧失自己原有产权房屋为前提，所获得的安置补偿权益更是一种基本生存权，既然商品房消费者的权利优先于抵押权，那么举轻以明重，处于更优先地位的被拆迁人对补偿安置房屋的权利，亦应当能够排除担保物权等优先受偿权的执行。^{〔61〕}

综上，虽然该第7条被删除，但被拆迁人的权利事实上优先于抵押权。因此，应将“转让给被拆迁人或者与被拆迁人签订置换协议或买卖协议的行为”认定为可能损害抵押权的行为。

（三）符合特定条件的居住权优先于抵押权

1. 考察抵押财产上设立居住权是否损害抵押权有必要性

有地方规范性文件规定，在已经设立抵押权的不动产上设立居住权需经抵押权人同意。^{〔62〕}有的则规定了特定情形下须经抵押权人同意，即该文件实施前已经办理了抵押权首次登记，或者该规范性文件实施后办理的抵押权首次登记中有限制设立居住权的记载事项时，设立居住权需经抵押权人同意。^{〔63〕}

如果按照上述思路，抵押权人就抵押财产上能否设立居住权有控制权，其权衡成本收益后往往倾向于不同意设立居住权。因此，讨论抵押财产上设立居住权是否会损害抵押权则稍显多余。但是，上述思路显然是对《物权法》第191条限制转让模式的路径依赖。《民法典》第406条重塑《物权法》第191条，明确规定抵押期间转让抵押财产无需抵押权人同意。地方规范性文件的思路与《民法典》第406条不符。有观点可能质疑，《民法典》第406条的“转让”的文义不能涵摄“设立居住权”，因此不能当然适用之。虽然“转让”是指对抵押财产法律上的处分，不包括事实上的处分，^{〔64〕}但也不仅限于买卖，还应包括互易、赠与、投资等行为。^{〔65〕}抵押财产上设立居住权可以类推适用《民法典》第406条。因此抵押权和居住权可能存在同一标的物上，产生权利冲突。但我国《民法典》并未规定两者的权利顺位，法官有较大自由裁量权，存在基于特定理由判定后设立的居住权优先于先成立的抵押权的可能。因此，有必要考察在抵押财产上设立居住权是否可能损害抵押权。

2. 以居住权可能降低抵押财产价值为由论证其可能损害抵押权的反思

实务界认为设立居住权会降低房屋经济效用，^{〔66〕}极有可能出现降低价格竞拍甚至无人竞拍

〔59〕 参见最高人民法院（2021）最高法民申5083号民事裁定书。

〔60〕 参见湖北省武汉市中级人民法院（2021）鄂01民终1456号民事判决书。

〔61〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2022）新民终200号民事判决书。

〔62〕 参见《长沙市居住权登记操作规定（试行）》（长资规发〔2021〕94号）。

〔63〕 参见《武汉市居住权登记操作规范（试行）》（武自然资规发〔2021〕60号）。

〔64〕 参见刘宝玉：《民法典担保物权制度新规释评》，载《法商研究》2020年第5期。

〔65〕 参见房绍坤：《民法典物权编之检视》，载《东方法学》2020年第4期。

〔66〕 参见周英：《居住权登记的理论与实务操作》，载《中国房地产》2021年第7期。

的情形,导致拍卖价款不足以清偿其债权,^[67]因此可能损害抵押权。司法实践也有判决认为在设立抵押权的标的物上确认居住权会减少抵押财产的价值,损害抵押权。^[68]

由此可见,已有文献认为在抵押财产上设立居住权致使其价值贬损,可能导致担保债权无法实现,进而认为设立居住权的行为可能损害抵押权。但是,这一观点有待澄清。在抵押财产上设立用益物权等行为属于抵押人应有权利,并非不法侵害抵押权的行为。^[69]而且,不动产抵押财产的价值受社会环境和公共政策等多种因素的影响,因政策等因素增加的价值可能对冲因居住权负担降低的价值。换言之,负担居住权的抵押财产的拍卖价值并非一定不能足额清偿担保债权。退一步讲,即使因居住权的存在导致标的物价值贬损,致使担保债权无法完全足额清偿时,抵押人可以请求法院去除居住权负担后拍卖。^[70]《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(2020年修正)(法释〔2020〕21号,以下简称《拍卖、变卖财产的规定》)第28条第2款也确立了去除后拍卖规则。因此,依此逻辑,在抵押财产上设立居住权在最终结果上不会影响担保债权的实现,不宜以此为由认定抵押财产上设立居住权属于损害抵押权的情形。

3. 居住权是否可能损害抵押权的关键在于管制因素

在抵押财产上设立居住权是否损害抵押权所涉及的核心问题是抵押权与居住权的权利顺位。虽然《民法典》并未明确居住权和抵押权的权利顺位,但依《民法典》第402条、第368条,抵押权及居住权自登记时设立。一般而言,两者的权利顺位依公示先后顺序确定,且未公示的“居住权”劣后于抵押权。^[71]司法实践中也大体遵循这一思路。如有判决指出,合同中或者调解协议中约定了居住事宜但是未登记的不享有居住权,不具有公示效力,不能对抗抵押权;^[72]成立在先的抵押权优先于居住权,抵押权人有权就抵押财产享有优先受偿权。^[73]

如果依照公示先后顺序确定抵押权和居住权的权利顺位,那么在抵押财产上设立居住权不会损害抵押权。但是,影响权利顺位的因素除了公示时间先后之外,还包括管制强度,背负了管制功能的权利优先于无此功能的权利。^[74]从《民法典》制定过程来看,居住权蕴含了浓厚的管制因素。全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀指出,为落实党中央要求,认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排,满足特定人群的居住需求,《民法典各分编(草案)》在用益物权部分增加一章,专门规定居住权。^[75]王晨指出,居住权设立的目的在于贯彻党的十九大提出的加

[67] 参见徐珏、朱桐梅:《〈民法典〉背景下居住权登记若干问题》,载《中国房地产》2021年第7期。

[68] 参见广东省广州市越秀区人民法院(2021)粤0104民初45039号民事判决书;江苏省无锡市锡山区人民法院(2021)苏0205民初3239号民事判决书;上海市宝山区人民法院(2021)沪0113执6038号执行裁定书。

[69] 参见前引〔17〕,史尚宽书,第286页。

[70] 参见王荣珍:《解释论视角下的居住权客体》,载《比较法研究》2021年第6期。

[71] 参见高圣平、范佳慧:《不动产上抵押权与利用权的冲突与协调》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期。

[72] 参见浙江省绍兴市上虞区人民法院(2022)浙0604执异11号执行裁定书;山东省济南市市中区人民法院(2022)鲁0103执异30号执行裁定书;四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2021)川0191民初14863号民事判决书;上海金融法院(2022)沪74执异101号执行裁定书。当然,也有极少数相反判决认为,虽然当事人未完成居住权登记,但因为离婚协议中约定的居住权在抵押权设立之前,为保护当事人合法权益,尊重老有所养、老有所居的社会公德,对在先的居住权予以保护。参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2020)浙0602执异24号执行裁定书。

[73] 参见广东省深圳市罗湖区人民法院(2022)粤0303民初4445号民事判决书。

[74] 参见常鹏翱:《民法中的财产权竞合规范——以优先规范为中心》,载《法学研究》2010年第5期。

[75] 参见荆龙:《民法典分编草案首次提请审议》,载《人民法院报》2018年8月28日,第004版。

快建立多主体供给、多渠道保障住房制度的要求。^{〔76〕}无论是“住房保障”还是“特定人群”还是“多渠道保障住房制度”，都具有明确的保护弱者的价值取向。最高人民法院颁布的指导性案例也可以说明这一点。^{〔77〕}理论界有观点认为私人自治才是居住权制度的核心价值，而弱者保护应处于附属地位，^{〔78〕}而且居住权作为私法中财产权仅在家事范围内有住房保障功能，其与公法上的住宅权不是同一体系，不应该附加以国家为责任主体的住房保障功能。^{〔79〕}但是通说依然认为居住权对住房保障具有重大意义，^{〔80〕}其目的在于实现对社会弱势群体，如老年人、妇女、未成年人以及城市困难家庭住房权益的保护。^{〔81〕}

无论是从立法目的还是从学界研究观察，我国《民法典》中的居住权倾向于弱者保护，蕴含了浓厚的管制色彩。正是这种“管制”可能致使设立在后的居住权优先于在先设立的抵押权。而且司法实践中也存在优先保护居住性权益的价值判断。《民法典》颁行之前，有判决就指出抵押权劣后于“居住权”。^{〔82〕}《民法典》颁行之后，依然有判决以保护消费者“居住权”为理由，阻却抵押权追及效力。^{〔83〕}虽然这些判决中所言之“居住权”实际上是前文所述的《执行异议和复议规定》第29条的规定，不是《民法典》第366条至第371条规定的居住权，但是也足以说明法院在进行价值判断时会优先考虑权利人的基本生活居住利益。事实上，《执行异议和复议规定》第29条的实务意义远未限于抵押权人和商品房消费者的权利冲突，其已经被“嫁接”于居住权和抵押权的冲突。有法官认为当居住权背后所暗含的基本生存权与债权人的经营利益发生冲突时，应首先考虑居住权。^{〔84〕}甚至有观点指出，对于未经登记的“居住权”，可以参照《执行异议和复议规定》第28条确立“未登记的居住权期待权”排除强制执行。^{〔85〕}满足在法院查封前签订居住权合同、居住权人已经实际占有使用该房屋、满足生活之必要性以及未登记非因居住权人过错导致这四个要件时，可以排除抵押权强制执行。^{〔86〕}尤其是公益性居住权是为了保护社会弱势成员的居住利益，可用于满足孤寡老人、残疾人等无稳定收入群体的生活需求，因此先设立的抵押权不能对抗后成立的居住权，否则不利于社会稳定。^{〔87〕}

由此可见，法官可能会基于对弱势群体的人文关怀而使居住权优先于抵押权，事实上阻断抵押权的追及效力。但是，此种对弱势群体的关怀并非一概而论，仅限于满足特定条件的居住权。

〔76〕 参见王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》，载 http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/22/c_1126021017.htm，最后访问时间：2023年10月6日。

〔77〕 参见“邱某光与董某军居住权执行案”，最高人民法院贯彻实施民法典典型案例（第一批）之五（2022年）。

〔78〕 参见申卫星、杨旭：《中国民法典应如何规定居住权？》，载《比较法研究》2019年第6期。

〔79〕 参见胡尔西旦·卡哈尔、金俭：《〈民法典〉视域中居住权制度价值功能及其适用限制》，载《法律适用》2021年第12期。

〔80〕 参见申卫星：《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》，载《现代法学》2018年第2期；席志国：《居住权的法教义学分析》，载《南京社会科学》2020年第9期。

〔81〕 参见王利明：《我国民法典物权编的修改与完善》，载《清华法学》2018年第2期；肖业忠：《居者有其屋语境下的居住权研究》，载《理论学刊》2022年第4期。

〔82〕 参见贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2016）黔26民再49号民事判决书；最高人民法院（2018）最高法民申1536号民事裁定书。

〔83〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终1316号民事判决书。

〔84〕 参见何马根、吉卓烨：《居住权排除强制执行的实证分析和规则构建》，载《法律适用》2022年第5期。

〔85〕 参见李亚彬、李亚妮：《居住权期待权异议之诉裁判思路探究》，载《人民法院报》2021年8月5日，第007版。

〔86〕 参见前引〔84〕，何马根、吉卓烨文。

〔87〕 参见戴佳豫：《居住权与抵押权的顺位冲突》，载《上海房地》2022年第10期。

司法实践中，法官主要参考《执行异议和复议规定》第 29 条、第 28 条的要件，适当改造其要件以决定是否突破“公示在先，权利在先”的一般规则。因此，当居住权人满足特定条件时，在抵押财产上设立居住权就可能损害抵押权人的利益。

综上所述，在不动产抵押中，商品房消费者的权利、被拆迁人的权利以及符合特定条件的居住权优先于抵押权，可以认定为损害抵押权的情形。此类权利承载了保障弱势群体生存权益的期待，具有强烈的管制因素。另外值得注意的是，从司法裁判中归纳“转让可能损害抵押权”的情形受时间因素制约。上述归纳整理不具有终极性，变动不居的生产生活关系决定了可能出现新的转让可能损害抵押权的类型。

五、结 论

“转让可能损害抵押权”为平衡担保债权安全性和抵押人期限利益和处分自由所生，其抽象性表达赋予法官自由裁量权。司法实践对《物权法》第 191 条存在路径依赖，对“转让可能损害抵押权”的认定有泛化之趋势。一般而言，在不动产抵押中，转让行为、仅违反通知义务或者限制转让约定都不足以损害抵押权。真正可能损害抵押权的是法院基于保护弱势群体的价值判断认定其他权利优先于抵押权、阻却抵押权追及效力的情形，如商品房消费者和被拆迁人的权利以及符合一定要件的居住权。

Abstract: “Transfer may impair mortgage right” is an uncertain concept. Specifying this concept from the perspective of normative purposes and typification is crucial to balancing the interests of the parties involved in the mortgage relationship. Subparagraph 2 of Article 406 of the Civil Code is the result of balancing the security of the secured claim and the term interests of the mortgagor. Transfer of mortgage, mere failure to perform the notification obligation or violation of the agreement to restrict transfer should not be considered as a situation that may impair mortgage right. Otherwise, protecting the unilateral interests of the mortgagee will replace the concept of balanced interests, eliminating the significance of Article 406 of the Civil Code on the reform of the transfer system of the mortgaged property. Judicial practice tends to protect the interests of vulnerable groups, believing that the right of commercial apartment consumers, the right of evicted persons, and the right of habitation under certain conditions take precedence over mortgage rights. This actually blocks the tracing effect of mortgage and may endanger the security of the secured claim. Therefore, it is a situation where transfer may impair mortgage right.

Key Words: article 406 of the civil code, mortgaged property, impairment of mortgages, real estate mortgages

(责任编辑: 王叶刚 赵建蕊)