

文章编号: 1674 - 5205(2014)05-0078-(012)

论违反让与禁止的法律后果

——兼论《房地产管理法》第38条与《担保法》第37条的规范性质

吴光荣

(国家法官学院,北京 101100)

〔摘要〕公法上的让与禁止属《合同法》第52条第5项规定的“法律、行政法规的强制性规定”,因而须在区分管理性强制性规定和效力性强制性规定的基础上判断违反让与禁止的法律后果。私法上的让与禁止旨在保护特定主体的利益而限制权利人的处分权,故属相对的让与禁止而非绝对的让与禁止。违反相对的让与禁止与违反国家机关发布的让与禁令一样,其后果都是行为相对于所保护的特定主体无效,但受让人可获善意取得制度的保护。违反约定的让与禁止应区分物权和债权而异其效力。《房地产管理法》第38条和《担保法》第37条既不属于“法律、行政法规的强制性规定”,也不能理解为关于让与禁止或处分禁止的规定,它们在性质上都属警示性规范,因而仅仅是行为规范,不能作为裁判的依据。

〔关键词〕让与禁止;处分禁止;相对无效;强制性规定;警示性规范

Abstract: Assignment prohibition in public law shall be recognized as the mandatory provision of law or administrative regulation, and the validity of contract which violates an assignment prohibition depends on whether the mandatory provision affects the validity of contract or not. Purpose of assignment prohibition in private law is to protect the interest of specific person, therefore it is the relative assignment prohibition, not the absolute assignment prohibition. The contract is invalid as to the specific person when the contract violates a relative assignment prohibition or a ban from the authorities, but the assignee can get the property according to the system of the acquisition in good faith. The validity of the contract violated the agreement of assignment prohibition differs between assignment of property right and assignment of obligation right. Not only Article 38 of Law of Urban Real Estate Administration and Article 37 of Guaranty Law are not the mandatory provisions, but also they are not the assignment prohibition, both of which aim to warn the assignor. Therefore they are guidelines for traders, not the rule for judges.

Key Words: assignment prohibition; disposal prohibition; relative invalidity; mandatory provision; warning provision

中图分类号: DF522 文献标识码: A

一、引言

我国《房地产管理法》第38条规定“下列房地产不得转让:(一)以出让方式取得土地使用权的,不符合本法第39条规定的条件的;(二)司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的;(三)依法收回土地使用权的;(四)共有房地产,未经其他共有人书面同意的;(五)权属有争议的;(六)未依法登记领取权属证书的;(七)法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。”从文义上看,该条旨在禁止当事人在特定情形下转让房地产,因此

在形式上类似于德国法上的“让与禁止(Veraeusserungsverbot)”。所谓“让与禁止”,顾名思义,是指法律规定或者当事人约定权利人在特定情形下不得转让标的物。关于当事人违反“让与禁止”的行为效力,《德国民法典》在第135条至第137条有明确规定。《德国民法典》第135条规定当事人违反法定的让与禁止时,其行为仅相对于法律保护的特定主体被认定无效(相对无效),且合同相对人可获得善意取得制度的保护;第136条规定官署作出的让与禁令与法律规定的让与禁止相同;第137条规定通过法律行为约定的让与禁止不具有物权法上的效力,但可具有债权法上的效力^①。值得注意的是,尽管德国法对

收稿日期: 2013 - 11 - 14

作者简介: 吴光荣(1977—),男,湖南岳阳人,国家法官学院副教授,法学博士。

^① 关于《德国民法典》的相关规定,可参见陈卫佐译注《德国民法典》(第2版),法律出版社2006年版,第46-47页。

于违反让与禁止的法律后果定有明文,但也有学者指出,由于《德国民法典》第135条对法定的让与禁止与其他的、不属于第135条范畴的处分限制作了区分,因此第135条的适用方面仍存在着重大困难;而在第137条中,人们对该条法律规定的宗旨究竟是什么,也还存在着许多争议。⁽¹⁾⁴⁹⁹

就我国的情况来看,现行法上虽然存在大量关于“不得转让”的规定,但却既未就当事人违反“不得转让”的法律后果设一般性规定,也未见法律就特定情形下当事人违反“不得转让”的法律后果设明确规定,以致实践中疑窦丛生:法律关于“不得转让”的规定是否都属于德国法上所谓法定的让与禁止?当事人违反让与禁止时,其行为的效力究竟如何?在法律未就当事人违反让与禁止所订合同的效力作明确规定的情况下,人民法院是否可依据《合同法》第52条第5项认定当事人违反让与禁止所订立的合同无效(例如,在当事人所订房屋买卖合同具有前述《房地产管理法》第38条所列情形之一时,该合同是否因违反“法律、行政法规的强制性规定”而无效)^①?再有,当事人违反法定让与禁止与违反约定让与禁止在法律后果上是否相同(例如,我国《合同法》第79条将法定的债权转让禁止与约定的债权让与禁止并列予以规定,这是否意味着法律对物权的转让禁止与当事人约定的物权转让禁止也具有相同的法律效力)?上述问题既是长期困扰司法实践的疑难问题,也是当前理论研究上的盲点,笔者不揣冒昧,试就这些问题发表些许看法,以引起学界同仁的重视。

二、违反让与禁止与违反强制性规定

在违反法定让与禁止时,当事人所订合同是否因违反“法律、行政法规的强制性规定”而无效,涉及违反让与禁止与违反强制性规定的区别。关于这一点,可从德国学者就《德国民法典》第134条和第135条之间的关系以及各自的适用范围所进行的探讨得到一定的启发。《德国民法典》第134条规定“除本法另有规定外,违反法律禁止规定的法律行为完全无效。”可见,虽然从逻辑上看,当事人违反法定让与禁止所订立的合同,也应被看做是违反法律禁止规定的法律行为,因而也应被认定为完全无效,但是,如前所述,《德国民法典》第135条规定,当事人违反法定让与禁止的后果仅是法律行为相对于特定人无效,即相对无效,而非绝对无效。因此可以看出,德国民法对于当事人违反让与禁止与违反法律禁止规定持不同的态度。⁽¹⁾⁴⁹⁸问题是,当事人违反法定让与禁止与违反法律禁止规定究竟有何本质上的不同呢?按照德

国学者拉伦茨教授的观点,《德国民法典》第134条是基于法律行为的内容或法律行为实施的特定情况而禁止某些特定的法律行为,以阻止这些法律行为的实施,因为法律认为这些行为是有害的,或者基于其他原因不承认这些行为。据此,拉伦茨教授认为,《德国民法典》第134条在适用范围上有其内在限制:首先,法律关于类型强制的规定不属于法律禁止规定,因为这些强制性规定通过规定当事人只能选择特定的、法律所规定的法律类型和行为类型并通过当事人根据私法自治建立法律关系,尤其是合同关系,因而仅仅是限制了私法自治的适用范围;其次,法律规定在特定情形下剥夺或者拒绝给予某个公民对于自己财产或某种特定财产的自由处置权,也不涉及法律禁止规定,因为这里涉及的是财产法中公民对自己财产的处分自由问题,而不是由于某个法律行为的内容而禁止这些法律行为的问题;最后,法律规定某些权利一般情况下、或者在特定前提条件下不得转让,也不属于法律禁止规定,因为在上述情形下,法律并不想阻止这类法律行为的实施,而更多的是希望对这类法律行为实施的可能性在范围上进行一般的限制,从而更好地引导这些法律行为。⁽²⁾⁵⁸⁸⁻⁵⁸⁹总之,在拉伦茨教授看来,“‘不得’并没有表明违法行为的法律后果”。⁽¹⁾⁴⁸³

此外,德国学者普遍认为,《德国民法典》第134条的真正意义,是针对不属于民法领域的、并且仅仅规定了民法以外的制裁措施的法律禁令,⁽¹⁾⁴⁸³因而是沟通公法与私法的最重要的连接纽带之一。⁽³⁾⁴⁶⁸与《德国民法典》第134条不同,在谈到《德国民法典》第135条的适用范围时,拉伦茨教授认为,《德国民法典》第135条规定违反法定让与禁止规定的行为相对无效,其目的在于保护某个特定人的利益,因而仅适用于如下情形,即如果某人具有对某种权利的处分权,而这种处分权因为考虑到他人的利益刚好又是被法律禁止。因此,一方面受法律保护的当事人不应承受这样的风险,即由于权利持有人在此期间为了第三者的利益而处分他的权利,从而使受法律保护的当事人的请求权的实现或强制执行的实施成为不可能;另一方面,在达到上述目的后,权利持有人的处分权也应不再继续受到限制。⁽²⁾⁶⁵²也就是说,在德国,违反法律禁止规定在性质上是私法自治在“内容”界限上的逾越,处分权的僭越则是私法自治在“权限”界限

① 以未取得产权证书的房屋买卖为例,针对实践中一些法院动辄以违反法律、行政法规的强制性规定为由认定买卖合同无效的做法,崔建远教授曾专门就此撰文提出批评,参见崔建远《无产权证房屋买卖合同的法律后果》,载《法学研究》2004年第3期。

上的逾越,二者向来是严格区分的。⁽⁴⁾

我国台湾学者苏永钦教授亦从转介条款的角度来理解我国台湾地区“民法”第71条的规定。我国台湾地区继受《德国民法典》第134条的规定,于“民法”第71条规定“法律行为,违反强制或禁止之规定者,无效。但其规定并不以之为无效者,不在此限。”在谈到该条的适用范围时,苏永钦教授指出我国台湾地区学说和实务最大的误解在于赋权规范与禁止规范的混淆。⁽⁴⁾在苏永钦教授看来,由于权能规范(Befugnisnorm)在中文的表述常常也是“得”、“不得”,因此和禁止规定很容易混淆,但作为行为规范的“不得”是法律秩序根本不容许行为的发生(duerfen nicht),而作为权能规范的“不得”则只是不赋予法律效力,精确地说应该只是法律上的“不能”或“无权(koennen nicht)”。据此,苏永钦教授认为,处理国家和人民关系的公法,使用“不得”时几乎都是行为规范,而规范人民之间关系的私法,主要功能则是赋予或者分配权能,因此提到“不得”时,几乎都是权能规范,且违反权能规范的效果,大多也都可以在民法里找到答案,因而无须适用“民法”第71条。⁽⁴⁾在苏永钦教授看来,我国台湾地区“民法”第71条要转介的是基于政策的行为规范,而不是要把民法的权能规范任意扩张为行为规范。⁽⁴⁾

借鉴上述德国和我国台湾地区的相关理论,笔者认为,我国《合同法》第52条第5项所称“法律、行政法规的强制性规定”亦应理解为仅指公法上的强制性规定,而不包括私法上的强制性规定,因为违反私法上强制性规定的法律后果,民法本身大多已设明确规定,例如《合同法》已就无权处分或者欠缺行为能力时所订合同的效力设有明确规定,《物权法》也已就当事人违反预告登记的法律后果设有明确规定,自无适用《合同法》第52条第5项的余地。此外,即使是在民法本身未就违反私法上强制性规定的法律后果设有明确规定时,也应运用法解释学的方法来分析违反私法上强制性规范的法律后果,而不应简单依据《合同法》第52条第5项直接认定合同无效,例如我国民法关于优先购买权的规定属强制性规定,在法律未就侵害承租人优先购买权或者股东优先购买权所订合同的效力进行明确规定的情况下,最高人民法院通过解释法律,在《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》认定侵害承租人优先购买权并不影响当事人所订合同的效力,但却在《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的解释(一)》将侵害股东优先购买权作为当事人可以主张合同可撤销的原因。可见,在违反私法上强制性规

范的情形下,其法律后果必须在民法内部进行解释论的操作才能获得,因而极具复杂性,只有违反公法上强制性规范所订立的合同,才必须借助《合同法》第52条第5项来认定其效力。

由于《合同法》第52条第5项仅指公法上的强制性规定,因此,就当事人违反让与禁止的行为效力而言,笔者认为,也应区分公法上的让与禁止与私法上的让与禁止而适用不同的规则:如果当事人违反的是私法上的让与禁止,自无适用《合同法》第52条第5项的可能,而应根据私法本身的规定或者通过法律解释来确定其法律后果;只有在当事人违反公法上的让与禁止时,才有适用《合同法》第52条第5项的可能。当然,即使是在当事人违反公法上的让与禁止时,也还要进一步区分法律关于该让与禁止的规定究竟是管理性的强制性规定还是效力性的强制性规定而异其后果。《房地产管理法》第39条(原第38条)规定“按照出让合同约定进行投资开发,属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的百分之二十五以上,属于成片开发土地的,形成工业用地或者其他建设用地条件。”对于当事人签订合同时标的物不具备这一条件的房地产转让合同纠纷案件,在2004年以前的司法实践中,不少法院即以合同违反《房地产管理法》第38条第1项为由,依据《合同法》第52条第5项认定所订房地产转让合同无效^①。但是,由于最高人民法院在柳州市全威电器有限公司、柳州超凡房地产开发有限责任公司与南宁桂馨源房地产有限公司土地使用权转让合同纠纷一案中明确了《房地产管理法》第39条的这一规定并不是影响合同效力的法律强制性规定,不能据此认定当事人所订合同无效^②,因此在2004年以后的司法实践中,各地法院

① 例如在河南天坤交通旅游有限公司与华明(郑州)置业有限公司土地使用权转让纠纷一案中,最高法院二审判决认为“本案证据表明,华明公司在转让土地中的投资没有完成开发投资总额的25%,双方当事人之间的土地转让行为不符合《中华人民共和国城市房地产管理法》第38条关于房地产转让条件的规定。华明公司与天坤公司签订的《国有土地使用权转让合同》应认定无效,对此,华明公司负有主要责任。华明公司应将依据该合同收取的款项返还给天坤公司。”参见最高人民法院(2000)民终字第135号民事判决书。

② 在柳州市全威电器有限公司、柳州超凡房地产开发有限责任公司与南宁桂馨源房地产有限公司土地使用权转让合同纠纷一案中,最高人民法院认为“关于投资开发的问题,《城市房地产管理法》第38条关于土地转让时投资应达到开发投资总额25%的规定,是对土地使用权转让合同标的物设定的于物权变动时的限制性条件,转让的土地未达到25%以上的投资,属合同标的物的瑕疵,并不直接影响土地使用权转让合同的效力,《城市房地产管理法》第38条中的该项规定,不是认定土地使用权转让合同效力的法律强制性规定。因此,超凡公司关于《土地开发合同》未达到25%投资开发条件应认定无效的主张,本院不予支持。”参见最高人民法院(2004)民一终字第46号民事判决书。

即不再以当事人订立的土地使用权转让合同违反《房地产管理法》第38条第1项为由认定合同无效。

三、私法上存在让与禁止的规定吗？

一般认为,在探讨违反让与禁止的法律后果时,不仅要区分公法上的让与禁止与私法上让与禁止,还要区分绝对的(absolut)让与禁止与相对的(relativ)让与禁止:前者旨在保护不特定的多数人或者公众的利益,而后者旨在保护特定主体的利益。⁽⁵⁾²²¹德国学者认为,因公法上的让与禁止均涉及公共利益,故均属于绝对的让与禁止,例如法律禁止转让具有危险性的食品或者药品即属此例;⁽⁵⁾²²¹此外,私法上的让与禁止也有一些属于绝对的让与禁止,例如《德国民法典》第1365和1369条即属于绝对的让与禁止。⁽⁶⁾由于《德国民法典》第135条和第136条仅适用于相对的处分禁止,旨在保护特定主体的利益,因此,在让与禁止并非旨在保护特定的个人,而是旨在保护不特定的多数人或者公众时,《德国民法典》第135条、第136条并无适用的空间。⁽¹⁾⁵⁰¹问题是,何种情形属相对的让与禁止呢?对此,德国学者梅迪库斯教授指出,相对的让与禁止不仅应与绝对的让与禁止区分开来,而且应将其与保护处分人自己的规定(如《德国民法典》第310条)、须经官署同意的处分行为以及法律对处分权的限制区别开来。⁽¹⁾⁵⁰¹据此,梅迪库斯教授认为,由于几乎所有的法定让与禁止要么可以被纳入到绝对的让与禁止或者上述其他情形之中,要么是法律设有独特的规定,因此均无法适用《德国民法典》第135条的规定,结果是,《德国民法典》第135条根本不具有直接的适用范围,或者仅仅具有一个非常狭小的直接的适用范围(亦即仅仅在民法典之外,如在《保险合同法》第15条、第98条、第156条第1款之情形)。⁽¹⁾⁵⁰²德国学者拉伦茨教授亦认为,实践中是否真正存在着如《德国民法典》第135条规定的那种直接基于法律规定的“处分禁止”,而这个禁止又仅仅旨在保护某个特定人的情况,是值得怀疑的;有关这种法律禁止的、能使人信服的案例现在几乎还没有。⁽²⁾⁶⁵³正因为如此,有些德国学者认为,《德国民法典》第135条的真正意义在于透过第136条,将法定的让与禁止准用于官署发布的让与禁令。⁽¹⁾⁵⁰³⁽²⁾⁶⁵³

笔者认为,如果将让与禁止与无权处分以及法律对处分权的限制严格区别,则不仅私法上是否存在相对的让与禁止值得怀疑,而且私法上是否存在绝对的让与禁止也值得怀疑。以《德国民法典》第1365条、第1369条规定的夫妻财产制方面的限制为例,虽然德国民法通说认为上述规定是绝对的处分禁止,但德

国学者格恩胡贝尔(Gernhuber)则认为,这是一种“对法律上的能力(rechtliches Können)的限制”,因为一种绝对的让与禁止,只能被理解为旨在保护家庭和维护公共利益的措施,而上述规范在法律中的地位(尤其是将此种限制归属于法定财产制,而未归属于一般的婚姻法中)与此宗旨不符。⁽¹⁾⁵⁰²德国学者施瓦布教授亦认为,在处分根据法律规定形成的夫妻共有财产时,任何一方都没有处分权能。⁽³⁾³²⁷在我国,《物权法》第97条明确规定除非共有人之间另有约定,处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的,应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意,因此在夫妻共有的情形下,夫妻任何一方未经另一方同意,均不得处分夫妻共有财产。据此,我国民法通说亦认为夫妻一方未经另一方同意擅自处分共有财产的行为属无权处分,而非属违反绝对的让与禁止^①。同理,在其他共同共有或者按份共有的情况下,如果未经其他共有人同意(按份共有须经占份额三分之二以上的共有人同意,共同共有须经全体共有人同意),个别共有人对共有财产的处分均构成无权处分。就此而言,《房地产管理法》第38条第4项规定在共有房地产的情况下,共有人未经其他共有人书面同意不得转让共有房地产,不过是重申《物权法》关于共有财产的处分规则,因而,当事人违反《房地产管理法》第38条第4项的法律后果,也应根据我国民法关于无权处分的规则来处理。可见,若将上述情形认定为无权处分,则私法上是否存在绝对的让与禁止,殊值怀疑。

比较难以区分的是法律对处分权的限制与相对的让与禁止。如前所述,相对的让与禁止是指法律为特定主体的利益而禁止权利人处分标的物,而私法对处分权的限制也往往是为了保护特定主体的利益。例如,为了保护其他合伙人的利益,我国《合伙企业法》第22条规定“除合伙协议另有约定外,合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时,须经其他合伙人一致同意。”再如,为保障债权人将来实现物权,《物权法》第20条规定“预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。”问题是,相对的让与禁止与法律对处分权的限制之间究竟是何种关系呢?对此,德国联邦最高法院认为,在《德国民法典》第719条规定的共同共有约束情形,合伙人的处分权受

^① 也有少数学者认为夫或者妻未经另一方同意转让夫妻共有财产应被认定为有权处分而非无权处分。参见梁慧星《物权变动与无权处分》,载王利明主编《判解研究》(第1辑),人民法院出版社2000年版。

到限制,因为合伙份额的让与意味着对其他合伙人法律地位的侵害,所以根据一般的原则,让与合伙份额就必须征得其他合伙人的同意,第719条明确了这一原则,而没有对法律上的处分能力作出进一步限制。据此,德国学者梅迪库斯教授认为,在权利人从一开始就不能处分其权利的情况下,即可认定处分权受到了限制。在这种情况下,就不必再为维护某人的利益而去禁止这种处分行为,因为某人根据法律“不得为处分”。⁽¹⁾⁵⁰²可见,梅迪库斯教授似乎较为严格的区分相对的让与禁止与法律对处分权的限制,进而将私法为实现对特定主体的保护而对处分权的限制统统排除在相对的让与禁止之外,以致认为实践中可能并不存在法律规定的相对的让与禁止,且即使有,其范围也相当狭窄。德国学者弗卢梅亦认为相对让与禁止及其法律后果必须由法律明确予以规定,否则即应理解为法律对处分权进行的限制,因此“尽管依法排除或限制处分权仅旨在保护第三人,然而,如果法律没有明确作出不同规定,则这一法定排除或法定限制具有绝对效力”,并据此认为德国最高联邦法院否认《德国民法典》第719条为相对让与禁止是正确的。⁽⁷⁾⁴¹⁵⁻⁴¹⁶

笔者认为,上述将法律对处分权的限制与法律规定之相对让与禁止进行截然区分的思路值得检讨,因为在实践中,法律对处分权的限制以行为人享有处分权为前提且类型多样,因而违反法律关于处分限制的法律后果也可能较为复杂。为保护特定主体的利益而规定的相对让与禁止,也是以行为人对标的物享有处分权为前提,其目的在于明确该行为的效力相对于受法律保护的特定主体无效,因此应将相对的让与禁止理解为法律对处分权进行限制的一种特殊情形,而不应将二者完全割裂开来。以我国民法为例,法律对处分权的限制极为复杂,因而当事人违反法律关于处分限制之规定的法律后果也是多种多样:有的是不影响行为的效力,如前述承租人优先购买权构成对作为所有权人的出租人之处分权的限制,但依据相关司法解释的规定,出租人与第三人订立的买卖合同的效力并不因侵犯承租人优先购买权而受影响,而仅使出租人承担赔偿责任;有的则是影响行为的效力,但影响的程度又有所不同,例如通说认为共有人未经其他共有人同意而擅自处分共有财产时,其行为无效,而在外商投资的有限责任公司中,股东未经其他股东同意转让其股权或者侵害其他股东优先购买权时,根据相关司法解释的规定,其与第三人所订立的股权转让合同则属可撤销的合同。由此可见,当事人违反私法本身对处分权的限制是否影响合同效力以及影响到何

种程度,是一个有待进一步分析的问题。也正因为如此,《合同法》第132条规定“出卖的标的物,应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物,依照其规定。”问题是,在法律限制转让标的物的情形下,关于当事人违反法律限制转让之规定的法律后果,由于法律大多未设明确规定,因此才有解释的空间,而法律行为“相对无效”显然也是当事人违反法律关于限制转让规定所可能引起的后果之一,例如在前述外商投资企业的股东因侵害其他股东同意权或者优先购买权而导致其与第三人所订合同可被撤销的情形中,参与该司法解释起草工作的法官在谈到这一撤销合同时,即认为采取的就是相对无效理论,只不过因为我国民法不承认合同的相对无效,这才解释为合同可撤销。⁽⁸⁾³⁷⁴因此,笔者认为,将合同相对于特定主体无效作为法律限制处分权的法律后果之一,可以使法律制度更加富有弹性,从而更能满足实践的需要,与此相对应,我们将此种法律对处分权的限制称为相对的让与禁止,从而将相对的让与禁止看做是法律对处分权进行限制的一种特殊情形,似乎显得更加合理。如此一来,判断何种情形下法律对处分权的限制属于相对的让与禁止就成为一种立法政策或解释选择问题。也就是说,立法者或者司法者可以将相对的让与禁止作为实现某种法政策的工具,尤其是在需要对特定主体进行保护而又既不宜宣告合同绝对无效,也不宜认定合同效力不受影响之时,通过将此种情形设计或者解释为相对让与禁止进而认定违反该规定的行为相对于需要保护的特定主体无效,可能是一种明智的选择。就此而言,所谓相对的让与禁止不过是就当事人违反私法对处分权限制所进行的一种价值判断的结果,而不是原因,我们既不应将相对的让与禁止与法律对处分权的限制彻底区分开来,也不应认为法律为保护特定主体的利益而对处分权的限制均是相对的让与禁止^①。

在我国民法上,究竟哪些情形属于相对的让与禁止呢?笔者认为,根据现行法律和司法解释,至少下列情形属于法律规定的相对让与禁止:其一,法律规定有限责任公司股东转让其股权须经其他股东同意且其他股东享有优先购买权。尽管相关司法解释仅将外商投资企业股东转让其股权须经其他股东(其

^① 德国学者弗卢梅在认为常见的相对让与禁止系指法院或者其他机关所作出的相对处分禁止的同时,深刻指出针对这类情形,“禁止”这一术语的使用并不甚恰当,因为事实上这些情形涉及的并不是“禁止”,而仅是处分权的限制(参见(德)维尔纳·弗卢梅《法律行为论》迟颖译,法律出版社2013年版,第419页)。可见,弗卢梅也认为相对让与禁止在本质上就是对处分权的一种限制。

他全体股东)同意且其他股东享有优先购买权确认为相对的让与禁止,但根据相同事物相同处理的原则,应认为凡是有限责任公司股东转让其股权须经其他股东(二分之一以上股东)同意且其他股东享有优先购买权均属于法律规定的相对的让与禁止。其二,前述《物权法》规定的预告登记也构成相对的让与禁止,因为依通说,权利人违反预告登记而处分标的物时,其行为并非绝对无效,而是相对无效。⁽⁹⁾除上述两种情形之外,是否还存在其他法律规定的相对的让与禁止,还有待学说和判例的进一步明确。不过,基于前述理由,笔者认为,《房地产管理法》第38条第4项的规定应被理解为无权处分,而非相对的让与禁止。

四、违反由国家机关发布的让与禁令

如前所述,一些德国学者认为法定的相对让与禁止在实践中并不存在,因此《德国民法典》第135条的真正意义在于透过第136条将法定相对让与禁止的规定准用于官署的让与禁令。在德国,此类官署的禁令包括:在强制执行程序中发出的处分禁令(《德国民事诉讼法》第829条第1款、第857条第1款)、通过临时处分宣布的处分禁令(《德国民事诉讼法》第935条、第938条第1款)以及根据《德国强制拍卖和强制管理法》第20条及以下条款、《德国刑事诉讼法》第290条及以下条款实施的没收等。⁽⁷⁾⁴¹⁹依德国民法通说,违反上述官署禁令的处分行为仅仅相对于被保护人才是无效的(nur gegenueber dem Geschuetzten unwirksam),例如《德国民事诉讼法》第829条第1款、第857条第1款旨在保护申请强制执行的债权人,因此对他来说,债务人违反禁令给出的东西仍然属于这个债务人,而取得该物的第三人虽然相对于其他人可以主张该物,但相对于该债权人却不得主张该物。⁽¹⁾⁵⁰³⁽⁵⁾²²³

在我国,相关程序法及其司法解释同样规定人民法院在财产保全或者强制执行程序中有权发出禁止权利人处分标的物的禁令。例如《民事诉讼法》第92条规定“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决不能执行或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请,作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。”该法第94条规定“财产保全限于请求的范围,或者与本案有关的财物。财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。”此外,该法第220条规定“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务,人民法院有权查封、扣押、

冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。”在上述人民法院有权采取的财产保全措施和强制执行措施中,查封、扣押、冻结均涉及限制财产权利人处分其财产,如果查封、扣押、冻结的标的物是房地产,即属于《房地产管理法》第38条第2项规定的“司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的”情形。问题是,在司法机关或者行政机关依法决定对权利人的房地产采取查封、扣押、冻结等措施时,房地产的权利人违反司法机关或者行政机关作出的上述禁令处分标的物时,其行为的效力究竟如何呢?对此,《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释〔2004〕15号)第26条第1款规定“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为,不得对抗申请执行人。”可见,根据上述司法解释,财产权利人在人民法院对财产采取查封、扣押、冻结之后,如果违反处分禁令就财产作出转让、设定权利负担或者其他有碍执行的行为,则该行为并非绝对无效,而仅仅是“不得对抗申请执行人”。言下之意即是,设在人民法院对财产采取查封、扣押、冻结之后,财产权利人就标的物所作的处分可以对抗除申请执行人之外的其他所有人,如被执行人或者财产的受让人等。如果从行为效力的角度看,也就是说,财产权利人违反人民法院的让与禁令所作出的处分行为仅相对于申请执行人无效,因此属相对无效行为。由此可见,尽管我国民法未明确规定当事人违反相对让与禁止的行为效力,但至少在当事人违反人民法院作出的查封、扣押、冻结裁定就标的物作出处分时,我国民法采取的是与德国民法相同的立场。

如前所述,《德国民法典》第136条规定法院或其他机关在其管辖权限内发布的让与禁令,视同第135条所称法定让与禁止,从而将《德国民法典》第135条关于法定让与禁止的规定准用于官署发布的让与禁令。值得注意的是,上述“准用”的结果不仅使得当事人违反官署发布的让与禁令的处分行为在效力上属于相对无效行为,而且还使得不知道且不当知道该让与禁令的第三人可以获得善意取得制度的保护,因为《德国民法典》第135条第2款明确规定“准用对从无权利人处取得权利的人有利的规定。”也就是说,尽管权利人违反官署之让与禁令将标的物转让给第三人的行为相对于禁令所要保护的当事人无效,但该第三人的善意可以消除这种无效性。对此,梅迪库斯教授指出,《德国民法典》第135条第2款虽然没有创设额外的取得规范,而只是援引

了业已存在的规范(特别是《德国民法典》第932条及以下条款) ,但第135条第2款对第932条及以下条款作了扩张:第932条及以下条款的文意仅仅涉及从非权利人那里取得权利,而根据第135条第2款的规定,第932条及以下条款也适用于从一个受处分禁令限制的权利人那里取得权利。⁽¹⁾⁵⁰⁴

不难理解,法律之所以要将善意取得的规定扩大适用于相对让与禁止的场合,是因为行为的相对无效也可能给第三人的交易安全构成威胁,尤其是在第三人不知道国家机关已就标的物发布让与禁令的情况下。因此,为了实现对第三人交易安全进行保护,法律不仅规定国家机关所发布的让与禁令必须公示,以便于第三人知晓,而且还规定,如果未进行公示而导致第三人不知情,则第三人即可获得善意取得制度的保护。以我国为例,虽然《民事诉讼法》未要求人民法院就其发出的查封、扣押、冻结进行公示,亦未明确第三人可受善意取得制度的保护,但《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释〔2004〕15号)不仅严格贯彻了公示原则(第8条至第11条),而且还明确规定,“人民法院的查封、扣押、冻结没有公示的,其效力不得对抗善意第三人”(第26条第3款)。所谓“不得对抗善意第三人”,显然是指第三人在善意的情况下仍然可以取得标的物,因此,尽管我国民法未明确规定违反相对让与禁止所订合同的法律效力,且司法解释采取的“不得对抗善意第三人”的表述,但从结果上看,我国民法与德国民法的立场则基本相同,即均认为违反官署让与禁令的行为属相对无效的行为,且该相对无效不得对抗善意第三人。

五、违反约定之让与禁止的行为效力

除了法定的让与禁止以及国家机关发布的让与禁令外,实践中还存在当事人约定不得转让标的物的情形,例如在上个世纪90年代进行的公房改革过程中,即有职工所在单位与职工约定,虽然房屋由单位出售给了职工,但职工在一定时期内不得转让该房屋。如前所述,对于通过法律行为设定的让与禁止,《德国民法典》第137条设有明文。根据该条规定,权利人对某项可让与的权利的处分原则上不得通过法律行为予以排除或者限制(第137条第1句),但当事人不得处分该权利的义务的有效性,则不因此而受影响(第137条第2句)。也就是说,私人不能排除某项可转让财产(如所有权)的可转让性,因而当事人的约定不具有物权法上的效力;不过,虽然负有处分禁止义务的人能够处分(kann)标的物,但是他

却不当(soll)处分。一旦当事人未遵守约定而处分该标的物,就构成违约行为,须承担违约责任,但不影响转让行为的效力。⁽⁵⁾²²³⁻²²⁴

值得注意的是,在德国法上,《德国民法典》第137条关于不得以法律行为排除或者限制权利之可让与性的规定存在一项重要的例外,即《德国民法典》第399条规定的债权让与。根据《德国民法典》第399条规定,债权人与债务人可以通过约定排除某项债权的让与(及在该权利上设定质权,第1274条第2款)。至于当事人违反约定之让与禁止的法律后果,尽管存在激烈的争议,但通说认为,如果债权人与债务人约定了债权不得让与,让与债权的行为就是无效的。⁽¹⁾⁵⁰⁵由于《德国民法典》第413条规定,在法律未作其他规定的情况下,第399条也应准用于其他权利的转让。如此一来,就产生了规范上的冲突。梅迪库斯教授认为,应当通过以下途径来化解这一冲突:第137条第1句是规则;第413条、第399条充其量仅涉及法律没有对其转让作出不同规定的权利。这样,对于全体物权,都不适用第413条、第399条的规定。⁽¹⁾⁵⁰⁵

我国民法未就当事人约定不得转让物权的法律效力作一般性的规定,但《合同法》第79条规定“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:(一)根据合同性质不得转让;(二)按照当事人约定不得转让;(三)依照法律规定不得转让。”可见,自文义看,我国民法不仅承认债权的让与性可由当事人约定而排除,而且未明确区分法定的让与禁止与约定的让与禁止而异其效力。不过,我国民法通说在借鉴德国和我国台湾地区相关学说的基础上认为,由于当事人关于禁止债权让与的约定不具有公开性,因此,如果一概认定违反约定之债权让与禁止的债权让与行为无效,可能会对善意第三人的交易安全构成威胁,故应区分法律规定的让与禁止与当事人约定的让与禁止而异其效力,将约定的让与禁止的效力限制在“不得对抗善意受让人”的范围内。当然,因德国法和我国台湾地区承认物权行为理论,严格区分债权让与合同与债权让与本身,且债权让与本身被看做准物权行为,因此所谓债权让与(行为)的有效或无效系指债权让与这个准物权行为有效或者无效。而在我国,由于不承认物权行为理论,故宜形成如下规则:其一,在受让人为善意的情况下,债权让与合同有效,即债权人和债务人之间关于禁止债权让与的约定,不得对抗善意受让人,待债务履行期届至时,受让人有权请求债务人清偿。不过,债务人可以追究债权人的违约责任。其二,在受让人

为恶意场合,如果债务人不提出抗辩,让与人和受让人之间的债权让与合同有效;如果债务人提出受让人恶意的抗辩,主张债权让与合同无效,应当予以支持。⁽¹⁰⁾

笔者赞同上述处理约定之债权让与禁止的思路。问题是,上述思路是否可以用于解决当事人关于不得转让物权的约定呢?笔者认为答案应是否定的,理由是:其一,尽管我国民法未就当事人违反约定之让与禁止的行为效力设明确规定,但我国《物权法》已明确采纳了物权法定原则,即物权的种类和内容由法律规定,当事人不得自由约定。依民法通说,即使当事人之间的约定违反物权法定原则,也并不必然无效,而仅仅是不发生物权法上的效力。言下之意就是,即使当事人之间的约定违反物权法定原则,只要该约定本身合法有效,也可以发生债权法上的效力。以所有权为例,既然《物权法》已明确规定所有权包含占有、使用、收益和处分的权能,上述权能便自然不能再由当事人约定排除,故即使当事人以约定排除,也不发生物权法上的效力,而仅发生债权法上的效力。可见,根据物权法定原则,在违反约定之让与禁止问题上,也可以获得与德国法一致的结果,自无采违反约定之债权让与之法律效果的必要。

其二,物权变动与债权让与之间存在较大的差别。近代民法虽然广泛承认债权的让与性,但债权让与毕竟具有自身的特点,例如债权让与可能会使债务人受到不利影响(比如履行地点的变更等),且债权让与仅须债权人和受让人的合意即成立、生效,对债务人只需通知即可,无须征得其同意。因此,在债务人不希望债权让与他人的情况下,应该允许其采取相应的对策排除债权的可让与性,而债务人通过与债权人达成不得让与的特别约定,便是以限制债权人对债权的处分为目的。从这个意义上说,禁止让与约定可以说是债务人对抗债权让与的一种自我保护措施。⁽¹⁰⁾此外,物权变动与债权让与的不同,还表现在公示方式上。根据物权法的规定,物权变动须以交付或登记为生效要件或者对抗要件,但对于债权让与,原则上却无须采用特别的公示方式(《合同法》第87条)^①。如此一来,在债权让与的情形下,即使按照德国民法或者我国台湾地区“民法”,是否能够或者有必要清楚区分负担行为与处分行为,便值得怀疑,而这一点在物权变动的情况下则是毋庸置疑的。

综上所述,由于物权变动不同于债权让与,因此德国法虽然规定了约定的债权让与禁止(第399条),且规定可适用于其他权利的让与(第413条),但另一方面,《德国民法典》又就约定的让与禁止设一般

性的规定(第137条),从而将当事人关于物权之让与禁止的约定与关于债权等其他权利之让与禁止的约定区别开来^②。在梅迪库斯教授看来,《德国民法典》第137条的主要意义之一即是尽可能避免适用《德国民法典》第399条,因为《德国民法典》第399条就债权的可让与性所作的不同规定,在实践中产生了很大的困难。⁽¹⁾⁵⁰⁶同理,我国民法虽然仅就约定的债权让与禁止设有规定,但这并不意味着可以将法律关于约定之债权让与禁止的规定适用于物权变动,而应根据物权法定原则将当事人关于禁止物权让与之约定的效力限制在债权法层面上。

六、《房地产管理法》第38条的规范性质

在上文中,笔者不仅将让与禁止区分为公法上的让与禁止和私法上的让与禁止,绝对的让与禁止与相对的让与禁止、法律规定的让与禁令与国家机关发布的让与禁令、法定的让与禁止和约定的让与禁止,而且还将让与禁止与无权处分、法律对处分权的限制区分开来。之所以要作上述区分,是因为在我国现行法存在大量关于“不得转让”的规定,而目前的司法实践却对此不加区分,习惯性以《合同法》第52条第5项为依据认定当事人违反关于“不得转让”之规定的行为无效。以当事人违反《房地产管理法》第38条为例,尽管该条规定的情形极为复杂,仅就前文所述的情形而言,有的涉及公法上的强制性规定(第38条第1项),有的涉及无权处分(第38条第4项),还有的涉及国家机关发布的让与禁令(第38条第2款),但在司法实践中,不少法院或者仲裁机构都以违反法律、行政法规的强制性规定为由,认定当事人违反第38条的行为无效。笔者认为,我国现行法上的“不得转让”在规范性质上是否属于法律、行政法规的强制性规定,进而是否能够依据《合同法》第52条第5项认定当事人违反“不得转让”之规定的行为无效,须具体问题具体分析,千万不能一概而论。以《房地产管理法》第38条为例,尽管该条使用了“不得转让”的表述,但并不意味着该条所列情形全部构成公法上让与禁止,从而也不当然都是公法上的强制性规定,因此,无论是以该条属效力性强制性规定为

^① 除票据债权等以外,债权让与无登记、占有移转的要求。至多对已经做成债权证书的债权进行让与时,必须交付债权证书,但这属于履行附随义务。参见韩海光、崔建远《论债权让与的标的物》,载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第5期。

^② 有关《德国民法典》的立法资料将不可转让性视为债权内容的一部分,故未将《德国民法典》第399条视为第137条的“例外”。对此,参见(德)维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,法律出版社2013年版,第429页。

由认定当事人违反该条的行为无效,还是以该条属管理性强制性规定为由,认定当事人的行为不因违反该条而无效,均有所不妥。在笔者看来,由于《房地产管理法》第38条所列1、2、4项的情形均能在该法或其他法律上找到依据(如前所述,《房地产管理法》第38条第1项指向的是该法第39条的规定,第2项指向的是《民事诉讼法》及相关司法解释关于国家机关发布查封、扣押、冻结的规定,第4项指向的是《物权法》关于共有物处分的规定),故可以认为《房地产管理法》第38条旨在将该法或其他法律中存在的公法上的让与禁止、国家机关发布的让与禁令、无权处分等可能影响当事人之交易安全的规定予以归纳总结并予以强调,以提醒当事人注意其行为的性质,以免发生不利于自己的法律后果。至于当事人违反该条所列各种情形的法律后果,自然还须根据法律对各种情形的具体规定进行分析,否则,法律关于当事人违反各种情形之法律后果的规定就有可能因《房地产管理法》第38条的存在而全部被架空。可见,由于当事人违反《房地产管理法》第38条第1、2、4项规定的法律后果须根据该法或其他法律对该情形的规定进行具体分析,因此,《房地产管理法》第38条只不过是针对该法或者其他法律相关规定的总结,其目的在于提醒当事人注意避免不利后果发生。就此而言,笔者认为,该条在规范性质上就只能理解为警示性规范,仅具警示功能,而不能作为裁判的依据^①。

与上述情形相同的是《房地产管理法》第38条第6项,即“未依法登记领取权属证书的房地产不得转让”,因为根据《物权法》第9条的规定,房地产权属变动须以办理变更登记为要件,而根据国土资源部发布的《土地登记办法》和建设部发布的《房屋登记办法》,当事人提交权属证书是申请办理变更登记等手续的法定文件,如果当事人未依法登记领取权属证书,即无法办理房地产变更登记等手续,因此,《房地产管理法》第38条第6项也应理解为旨在提醒当事人注意变更登记在房地产权属变动中的作用以及相关法律、规章对变更登记的具体要求,否则,即可能导致合同无法得到履行而须承担违约责任。就此而言,我们既不能简单地将未依法登记领取权属证书的房地产转让行为理解为无权处分,因为未依法登记领取权属证书并不意味着行为人不是房地产的权利人,也不能简单地将未依法登记领取权属证书的房地产转让行为理解为违反法律、行政法规之强制性规定的行为,并以此为据认定行为无效或者将此作为行政机关实施行政处罚的依据,因为相关法律或规章已经就未依法登记领取权属证书之房地产转让行为的法律后

果做出了规定。

当然,将《房地产管理法》第38条理解为警示性规范而非强制性规范,最具启发意义的是《房地产管理法》第38条第5项,因为该项甚至规定“权属有争议的房地产”不得转让。如果将该项认定为强制性规定,那么,无论是将其认定为管理性强制性规定还是效力性强制性规定,都将是荒谬的,因为“权属有争议”是一个很不确定的描述,且不说权属有争议并不表明行为人就一定不是权利人,即使权属争议的处理结果是行为人不是权利人或者虽然是权利人但处分权受到限制,行为人的行为也只是构成无权处分或者须承担权利瑕疵担保责任等,故既不能简单地根据《合同法》第52条第5项认定当事人的行为无效,当事人也不一定因此就应受到行政处罚。此外,如果将“权属有争议”作为认定行为无效或者行政机关实施行政处罚的依据,那么,还可能会引发诚信危机,更不符合依法行政的原则。因为在将“权属有争议”作为认定行为无效的依据的情况下,就有可能发生当事人为主张行为无效而故意引发权属争议;而在将“权属有争议”作为行政机关实施行政处罚的依据的情况下,也将导致行政机关自由裁量权的过度膨胀,不利于保护当事人的合法权益。因此,在笔者看来,《房地产管理法》规定“权属有争议的房地产”不得转让,其目的并不是要禁止权属有争议的房地产转让,也不是要将此作为行政处罚的情形,而是旨在提醒当事人注意,如果房地产存在权属争议,最好是在解决权属争议后再转让房地产,否则,即有可能构成无权处分或者须承担违约责任等。就此而言,《房地产管理法》第38条第5项显然只能理解为警示性的规范,因而只能作为行为规范,不能作为裁判的依据。

再来看《房地产管理法》第38条第3项,即“依法收回土地使用权的房地产不得转让”。既然土地使用权已经被依法收回,说明行为人对土地使用权的处分属无权处分无疑。同时,根据“房随地走”的原则,在土地使用权被依法收回时,行为人亦已丧失房屋所有权,故其对房屋所有权的处分也构成无权处

^① 一般来说,民法规范既是行为规范也是裁判规范,但警示性规范与倡导性规范一样,都仅属于行为规范而非裁判规范。倡导性规范是立法者从正面对行为人提出的建议,如《合同法》第12条规定:“合同的内容由当事人约定,一般包括以下条款:……”即是立法者为避免发生纠纷而对当事人如何订立合同提出的建议,法院不得依据此规范认定合同不成立或者无效;警示性规范则是立法者从反面对行为人提出的忠告,如本文提到的《房地产管理法》第38条和《担保法》第37条,法院亦不得依据此规范认定违反该条的行为无效。我国法上之所以存在大量倡导性规范和警示性规范,在笔者看来,可能是由于立法者担心广大民众法律意识不强而认为立法亦不得不在一定程度上发挥普法宣传的功能。

分。就此而言,笔者认为,《房地产管理法》第38条第3项亦应理解为旨在提醒当事人注意,在土地使用权已被依法收回的情形下,其对房地产的转让将构成无权处分,故可能依法承担相应的法律责任。

总之,《房地产管理法》第38条在规范性性质上应理解为警示性规范,旨在警示当事人注意该法或其他法律关于禁止房地产转让的规定以及该法或者其他法律关于行为人可能承担相应法律责任的规定。事实上,《房地产管理法》第38条第7项已明确表达了这一规范性性质,因为该项明确规定在“法律、行政法规规定禁止转让的其他情形”下,当事人不得转让房地产。试想,既然其他法律、行政法规已经规定禁止转让房地产,那么《房地产管理法》再次强调“不得转让”,显然系提醒当事人注意该法律、行政法规的禁止性规定。至于当事人违反该法律、行政法规之禁止性规定的后果,自然也必须根据该法律、行政法规的具体规定来进行分析,而无法从《房地产管理法》获得答案。也就是说,由于《房地产管理法》第38条所列各种情形在法律性质上各异,因而在当事人违反《房地产管理法》第38条所列具体情形时,自应根据该法或其他法律关于该情形的具体规定来认定行为的效力,而不能简单地将《房地产管理法》第38条认定为强制性规范,再依《合同法》第52条第5项来认定行为的效力。

值得说明的是,针对实践中不少法院将《房地产管理法》第38条理解为“法律、行政法规的强制性规定”并简单依据《合同法》第52条第5项认定违反《房地产管理法》第38条的合同无效的做法,实务界已开始进行检讨,并提出了如下两种解决方案:其一是根据《物权法》所确立的物权变动与其原因行为相区分的原则,将《房地产管理法》第38条所称“不得转让”理解为不得使物权发生变动,非指不得订立“转让合同”,故当事人订立的房地产转让合同本身并不因违反《房地产管理法》第38条而无效;⁽¹¹⁾⁸⁵⁻⁹⁰其二是认为在《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)》第14条已经明确规定《合同法》第52条第5项所称“法律、行政法规的强制性规定”仅指“效力性强制性规定”的背景下,应将《房地产管理法》第38条认定为管理性强制性规定,而非效力性强制性规定,故人民法院不能根据《合同法》第52条第5项认定当事人违反《房地产管理法》第38条第1项所订房地产转让合同无效^①。笔者也曾认为应按照第一种解决方案认定当事人违反《房地产管理法》第38条的法律后果,⁽¹²⁾³⁴⁴不过现在看来,这一思路虽然可以解决无权处分带来的问

题,但在其他情形下,这种解决问题的方案则可能既不符合立法者的意图,还可能带来架空其他法律的后果,因为根据《物权法》所确立的区分原则,虽然房地产转让合同不因违反《房地产管理法》第38条而无效,但物权变动本身则可能因违反《房地产管理法》第38条而无效。至于上述第二种解决方案,即将《房地产管理法》第38条理解为管理性强制性规定而非效力性强制性规定,虽然可以在一定程度上解决《房地产管理法》第38条第1项带来的问题,但将《房地产管理法》第38条所列的全部情形均认定为管理性强制性规定,似也欠缺足够的说服力,并且可能造成与其他法律之间的冲突和矛盾,因而也不可取。实际上,从前面的分析可以看出,《房地产管理法》第38条所列情形非常复杂,无论是“一刀切”地以《物权法》上的区分原则来分析违反《房地产管理法》第38条的法律后果,还是“一刀切”地将《房地产管理法》第38条理解为管理性强制性规定,都存在以偏概全的问题。

七、从违反让与禁止到违反处分禁止

在我国现行法上,除了上述关于“不得转让”的规定外,还存在关于“不得抵押”的规定,例如《担保法》第37条规定:“下列财产不得抵押:(一)土地所有权;(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但本法第34条第5项、第36条第3款规定的除外;(三)学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施;(四)所有权、使用权不明或者有争议的财产;(五)依法被查封、扣押、监管的财产;(六)依法不得抵押的其他财产。”虽然与“不得转让”不同,“不得抵押”涉及到的不是转让标的物,而是以标的物为他人设定抵押权,但二者都属于法律上的处分。可见,处分的概念要大于让与的概念,让与仅是处分的一种情形,处分除了让与外,还包括出质或者其他对物设立负担的情形。为了使法律用语更加准确,有学者认为《德国民法典》第135条规定的

^① 例如在河南花园置业有限公司与河南鑫苑置业有限公司土地使用权转让合同纠纷一案中,最高人民法院即进一步明确《房地产管理法》第38、39条系行政管理性质的规定,以避免《合同法》第52条第5项的适用。具体判决理由如下:“《城市房地产管理法》第37条、第38条的规定是行政管理部门对不符合规定条件的土地在办理土地使用权权属变更登记问题上所作出的行政管理性质的规定,而非针对转让合同效力的强制性规定。因此,花园公司在收取占有鑫苑公司部分土地转让费后,以自己不履行合同约定义务,违背诚实信用原则,反而主张合同无效的上诉理由,本院不予支持。”参见最高人民法院(2006)民一终字第26号民事判决书。

是“让与禁止”对“处分行为”效力的影响,故在用语上显得不够严谨,因为“让与”仅仅是“处分”的一种情形。⁽¹⁾⁴⁹⁹也正因为如此,学者普遍认为,将《德国民法典》第135条的“让与禁止(Veraußerungsverbot)”讲成“处分禁止(Verfügungsverbot)”应更确切些,因为这里不仅仅是对转让某物的禁止,还包括对物的出质或者其他对物设立负担的禁止。⁽²⁾⁶⁵³也就是说,《德国民法典》第135条和第136条不仅适用于“让与禁止”,而且适用于“处分禁止”。⁽⁷⁾⁴¹⁴问题是,在我国法上,上述《担保法》第37条关于“不得抵押”的规定是否构成法律上的处分禁止?前述关于让与禁止的讨论是否可以直接适用于处分禁止?当事人违反《担保法》第37条所列情形的法律效果如何?

笔者认为,由于权利人在将标的物出质或者抵押的情况下,债权人行使抵押权或者质权的结果,可能是标的物的强制转让(如变卖、拍卖),因此前述关于让与禁止的规定自然可以直接适用于标的物的出质、抵押等其他处分禁止。不过,《担保法》第37条所称“不得抵押”是否属于法律关于处分禁止的规定则不无疑问。在笔者看来,与《房地产管理法》第38条的规范性质相同,《担保法》第37条的规范性质也属于旨在提醒当事人注意的警示性规定,无法作为裁判的依据。也就是说,当事人违反《担保法》第37条所列具体情形时,应根据法律、行政法规关于该种情形的具体规定来认定合同效力,既不能简单地将“不得抵押”认定为法律、行政法规的强制性规定,进而认定当事人违反该条的行为无效,亦不能将“不得抵押”认定为私法关于处分禁止的规定,进而一概认定当事人违反该条的行为相对无效。

之所以应将《担保法》第37条理解为警示性规范而非强制性规范,是因为《担保法》第37条所列具体情形要么是其他法律、行政法规已明确规定此类财产不得抵押或者依照财产的法律性质不得抵押,如土地所有权(第1项)、一般情形下取得耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权(第2项)以及学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施(第3项)。至于依法被查封、扣押、监管的财产(第5项),虽然我国法律未明确其不得抵押,但因抵押可能带来这些财产的强制转让,自然也属禁止之列。可见,《担保法》第37条的第1、2、3、5项旨在将其他法律、行政法规关于不得抵押的规定在此进一步强调突出,以警示当事人注意其行为的性质,避免承担不利的后果。

当然,认定《担保法》第37条为警示性规范最为

明显的证据当属《担保法》第37条第4项,因为该项规定“所有权、使用权不明或者有争议的财产不得抵押”。与《房地产管理法》第38条第5项关于“权属有争议的房地产不得转让”之规定的目的相同,《担保法》第37条第4项亦旨在提醒注意,在“所有权、使用权不明或者有争议”的情形下,当事人应先行确权,再办理抵押手续,否则,即可能会承担不利的后果。可见,《担保法》第37条也只能理解为警示性规范,而不能理解为强制性规范。

总之,虽然法律关于让与禁止的规定同样应适用于处分禁止,但是,我国现行法上的关于“不得抵押”的规定并非都是处分禁止。因此,必须先对关于“不得抵押”的规定进行规范性质的分析后,才能选择所要适用的法律。

八、结语

尽管我国民法未明确规定当事人违反让与禁止的行为效力,但由于公法上的让与禁止属《合同法》第52条第5项所称“法律、行政法规的强制性规定”,因而当事人违反公法上的让与禁止时,人民法院可依《合同法》第52条第5项认定行为绝对无效——当然前提必须是该强制性规定属于效力性强制性规定而不是管理性强制性规定。在严格区分让与禁止与无权处分时,可以认为绝对的让与禁止仅存在于公法上,私法上仅存在相对的让与禁止。当事人违反相对的让与禁止,其行为相对于法律所保护特定主体无效,但受让人可以获得善意取得制度的保护。我国民法虽未就当事人违反相对的让与禁止的行为效力设明确规定,但相关司法解释已采纳相对无效理论,将当事人违反相对之让与禁止的行为认定为可撤销行为,学说也认为当事人违反预告登记所作的不动产转让行为系相对无效行为。至于当事人违反国家机关发布的让与禁令的行为效力问题,我国《民事诉讼法》及相关司法解释已设明确规定,在立场上与采相对无效理论的德国民法基本一致。

根据物权法定原则,当事人不得以约定排除物权的可让与性,因而当事人违反约定之让与禁止不发生物权法上的效力,但可以发生债权法上的效力,即在该约定合法有效的情形下,违反让与禁止之约定的当事人须承担违约责任。因此,我国民法虽未明确规定当事人违反约定之让与禁止的行为效力,但根据物权法定原则亦可获得与德国法相同的结果。但须注意的是,由于物权变动与债权让与之间存在较大差异,故我国民法和德国民法一样,均对当事人违反约定之债权让与的法律后果设有例外规定。

我国民法虽然存在大量关于“不得转让”的规定,但并不意味着这些规定都属于法律关于让与禁止的规定。以《房地产管理法》第38条为例,该条旨在提醒当事人注意法律、行政法规关于让与禁止、无权处分等规定并尽量采取措施防范法律风险的发生,以维护其交易安全,故在规范性上属警示性规范,只能作为行为规范,不能作为裁判规范。当事人违反《房地产管理法》第38条所列情形时,应根据相关法律、行政法规关于该情形的规定认定行为效力,而不能在将《房地产管理法》第38条认定为强制性规定的基础上直接适用《合同法》第52条第5项。同理,

尽管法律关于让与禁止的规定也应适用于法律关于处分禁止的规定,但并非所有法律关于“不得抵押”的规定都是法律关于处分禁止的规定。《担保法》第37条在规范性质上与《房地产管理法》第38条相同,都属于警示性规范,不具有裁判规范的功能。人民法院或者仲裁机构在适用法律关于“不得转让”、“不得抵押”等规定时,应先审查该规定的规范性质,才能正确选择所应适用的法律,否则,就可能导致将大量本属于警示性或者倡导性规范的条文理解为强制性规范,进而将其作为裁判的依据,这既不符合立法本意,也不利于当事人合法权益的保护。

参 考 文 献

- (1) [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论(M). 邵建东,译. 北京:法律出版社,2000.
- (2) [德]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(M). 谢怀栻,等译. 北京:法律出版社,2003.
- (3) [德]迪特尔·施瓦布. 民法导论(M). 郑冲,译. 北京:法律出版社,2006.
- (4) 苏永钦. 违反强制或禁止规定的法律行为——从德国民法§134的理论与实务操作看台湾地区“民法”§71(M)//. 苏永钦. 私法自治中的经济理性. 北京:中国人民大学出版社,2004.
- (5) [德]汉斯·布洛克斯,沃尔夫·迪特里希·瓦尔克. 德国民法总论(M). 张艳,译. 北京:中国人民大学出版社,2012.
- (6) StaudingerKommentar/Rolf Sack,2003,§134,Rn.165.
- (7) [德]维尔纳·弗卢梅. 法律行为论(M). 迟颖,译. 北京:法律出版社,2013.
- (8) 刘贵祥. 合同效力研究(M). 北京:人民法院出版社,2012.
- (9) 金可可. 预告登记之性质——从德国法的有关规定说起(J). 法学,2007,(7):108-120.
- (10) 韩海光,崔建远. 论债权让与的标的物(J). 河南省政法管理干部学院学报,2003,(5):9-14.
- (11) 最高人民法院物权法研究小组. 《中华人民共和国物权法》条文理解和适用(M). 北京:人民法院出版社,2007.
- (12) 吴光荣. 物权诉讼:原理与实务(M). 北京:人民法院出版社,2009.

(本文责任编辑 松 明)