

论主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得

黄家镇*

摘要:依《物权法》第106条之文义,在不动产抵押权场合,除物权处分权瑕疵引发善意取得外,根据从属性原理,当主债权不存在或无法取得时,抵押权也无法取得,故《物权法》第106条无法涵盖因主债权瑕疵而引发的不动产抵押权善意取得的若干类型。《物权法》中关于不动产登记簿记载内容的规定也未明确登记公信力是否覆盖为满足抵押权确定性要求而被登记在登记簿上的主债权。解决上述问题,需要借助解释论重构从属性原则的效力方式,同时将登记公信力有限扩展至已登记的主债权,使得主债权为了不动产抵押权的存在而被拟制为存在,进而支撑抵押权的善意取得。在编纂民法典物权编时应通过细化登记公信力的规定,适度限制主债权瑕疵借助从属性原则对抵押权的影响,从而填补这一法律漏洞。

关键词:善意取得 从属性原理 不动产登记簿公信力

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2017.04.012

2007年通过的《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第106条对所有权的善意取得规则进行了统一构造,并运用参照技术将其扩展至其他物权的善意取得。^①对于该条的法律适用,学术界已经进行了不少讨论。这些讨论多集中在所有权的善意取得,针对其他物权善意取得的讨论较少。而涉及不动产抵押权善意取得的讨论也多集中在善意的判断、对价的有无等问题。^②司法实践中涉及不动产抵押权善意取得案件的裁判文书中,争论焦点也多为善意的判断、善意信赖是否基于重大过失形成、是否需要支付对价等问题。^③理论界和实务界都没太关注到因主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得问题。从法律适用角度看,《物权法》第106条的文义明定善意取得的对象是物权,并未包括债权。但根据从属性原理,如果主债权不存在,抵押权也无法取得。因此,该条没有涵盖因主债权瑕疵而引发的不动产抵押权善意取得问题。笔者拟就此一问题的产生原因、解决途径等问题展开讨论,就教于学界同仁。

一、主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得之成因与类型

从教义学角度看,因主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得无法通过简单参照适用《物权法》第

* 西南政法大学民商法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(16BFX105)

① 不仅如此,按照2011年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》第27条的规定,公司股权可以参照物权法规则进行善意取得。这使得《物权法》第106条的适用范围扩张到物权之外的权利。

② 参见曹士兵:《物权法关于物权善意取得的规定与检讨:以抵押权的善意取得为核心》,《法律适用》2014年第8期;程啸:《论不动产抵押权的善意取得:兼评最高人民法院物权法司法解释之规定》,《财经法学》2017年第1期;吴光明:《不动产抵押权无效或撤销之探讨:兼论不动产抵押权之善意取得》,载张仁善主编:《南京大学法律评论》(2009年春季卷),法律出版社2009年版,第19-34页。

③ 笔者以“不动产抵押权善意取得”为关键词,以2007-2017年为起止时间,在北大法宝、中国裁判文书网进行搜索,共获得相关案例30件,除去重复案件,有效样本为24件。除两份判决是以抵押违反强制性规定无效而否定善意取得外,其余22份判决都将争议焦点确定为善意取得要件本身,主要集中在善意的判断,普遍要求取得人的善意形成须是无过失。其中有三份判决要求不动产抵押权的善意取得须有合理对价[参见浙江省杭州市江干区人民法院(2011)杭江民初字第1677号民事判决书、上海市普陀区人民法院(2010)普民三(民)初字第2941号民事判决书、上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民二(民)终字第1127号民事判决书],有一份判决还要求主合同合法有效,无异议登记存在、登记错误作为善意取得的特殊构成要件[参见江苏省南通市中级人民法院(2009)通中民二终字第0452号民事判决书]。

106条来解决,其主要原因在于第106条自身的规范内涵以及不动产抵押权特殊的法律构造。

(一)《物权法》第106条之解析

《物权法》第106条第1—2款规定了所有权的善意取得,同条第3款规定:“当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定”。^①《物权法》明定不动产抵押权为其他物权之一,其善意取得自然也属于第3款规定的参照范围。因此,在我国现行法体系下,不动产抵押权善意取得并非由完整法条^②直接加以规范,而是通过参照适用得以调整。学理上将这种法律适用方法称为准用、相应适用,并将这种规范称之为参照性规范。这种立法技术不仅可以避免法律条文重复繁琐,还可起到避免遗漏、节省立法时间、“减少论争范围,避免政治纠纷”、促使法律统一重要作用,^③各国在立法、尤其是民商事立法中广为采用。^④但在我国法上,法律适用中究竟应如何“参照”,却未见立法给出说明。^⑤因此,在适用这种参照规范时,需要进一步澄清其意义与结构。

在理论上,参照被分为两种类型,一种是法律根据参照,即将某一法律规则的特定构成要件和法律后果相应适用到另一案型。另一种是法律后果参照,即法律针对特定案型规定了构成要件,只是规定该案型的法律后果相应适用另一法律规则的法律后果。^⑥前者以《德国民法典》第951条为典型,其规定权利丧失的赔偿在构成要件和法律后果上准用第812条关于不当得利的规定。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第89条也属此类;^⑦而单纯的法律后果参照的典型是《德国民法典》第681条,其规定无因管理的从义务准用第666条至第668条关于委托关系中受托人的规定;《合同法》第175条与此类似。^⑧以此观之,《物权法》第106条第3款只是明确规定了法律效果,但欠缺作为法律效果之前提条件的构成要件,其适用时需要参照第106条第1款关于所有权善意取得构成要件的规定,因此在立法技术上属于法律根据参照。

德国学者拉伦茨认为,“相应的适用意指:通过参照而被形成的构成要件以及其法律效果被参照的法规范的构成要件,(因)这两个构成要件各个要素——例如互易合同和买卖合同的诸要素——按照各自的功能以及其在构成要件意义脉络中的地位被同等看待,(故)应当被赋予同样的法律效果。……(但是),应避免不正确的等同,即不能排除事物或者被调整的生活关系自身固有的差异”。^⑨因此,就援引同类性质法条调整没有明确裁判规定的争议案件而言,参照实质上是一种类推适用。从文义上讲,“参照”不是“依照”,而是“参考并仿照”,不能完全按图索骥。至于能参考仿照到何种程度,只能根据两者之间的“类似性”程度来决定。故而,两种法律关系存在的一些固有差异使被参照的条文无法直接适用,而是必须经过一番解释斟酌方能适用。就不动产抵押权的善意取得而言,有学者主张,与不动产所有权善意取得相比,由于抵押权的设立不以相对人是否有对价为要件,因此,对善意取得不动产抵押权的要求少了一个“合理

^① 此处的“其他物权”包含用益物权、不动产抵押权、动产抵押权、质权等,这些物权类型在法律结构上存在较大差异,其善意取得问题很难笼而统之地处理,需要逐一讨论。限于篇幅,本文只对不动产抵押权善意取得的问题进行讨论。

^② 完整法条是指一个法条规定了构成要件与法律效果,并将法律效果系于构成要件。因此,这种法条在法律适用上能独立作为请求权基础。不完整法条则是指欠缺法律效果或者构成要件甚至两者都欠缺的法条。其功能旨在说明、限制或引用另一法条或章节的规定。不完全法条不能独立作为请求权基础,若不与其他法条配合,则不能发挥规范性的功能。

^③ 参见罗传贤:《立法程序与技术》,台湾五南图书出版股份有限公司2011年版,第175页。

^④ 《物权法》第106条第3款、第105条、第114条、第134条、第219条使用了“参照”一语;第195条第3款、第222条第2款、第236条第2款虽然使用“参照”一语,但意义与前述条文中的“参照”显然不同,仅指价格比较。此外,《合同法》在第12条第2款、第124条、第174条、第175条、第185条、第330条第4款也使用了“参照”这一术语。需要指出的是,《物权法》第68条、第153条、第171条、第207条、第229条以及《合同法》第2条、第26条、第126条、第139条、第154条、第159条、第287条、第303条、第306条、第395条、第423条虽然没有使用“参照”,但从性质上讲,属于参照式的立法技术。《民法通则》第120条、第124条也属于这种类型。

^⑤ 同时,我国法学界对这一重要立法技术的理论研究十分薄弱,结合具体条文适用的研究更是几近空白。笔者检索所及的有关“参照”的专题研究论文,仅2篇。参见冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,《清华法学》2011年第3期;谢晖:《“应当参照”否议》,《现代法学》2014年第2期。

^⑥ Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie; mit Juristischer Methodenlehre, C. H. Beck; Auflage: 7., überarbeitete Auflage, 12. August 2013, Rn. 135f.

^⑦ 《合同法》第89条规定:“权利和义务一并转让的,适用本法第79条、第81条至第83条、第85条至第87条的规定。”

^⑧ 《合同法》第175条规定:“当事人约定易货交易,转移标的物的所有权的,参照买卖合同的有关规定。”

^⑨ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Sechste, neu bearbeitete Auflage, 1991, S. 250—251.

价格”内容。按照“参照前两款规定”的要求,不动产抵押权善意取得的要件是:(1)债权人是善意的;(2)已经进行不动产抵押登记。^①而司法实务中的分歧则要大得多,除了上述两个要件外,有的判决要求不动产抵押权的善意取得须有合理对价,^②还有的判决要求将主合同合法有效、无异议登记存在、登记错误作为善意取得的特殊构成要件。^③

笔者认为,现有的通行解释都未能覆盖不动产抵押权善意取得的全部问题,存在一定的视角盲区。首先,这种观点似乎只涉及不动产抵押权初次设定时的善意取得问题,而忽视了不动产抵押权流转过程中的善意取得问题。不动产抵押权初次设定时的善意取得问题确实不需考虑对价要件,因为抵押权人不需要向抵押人支付对价,在抵押人是第三人的场合更为明显。但不动产抵押权流转过程中的善意取得问题则未必,因为不动产抵押权随债权流通时,大多数情况下是有偿让与,即受让人是要支付对价的。表面上这里的对价是债权的对价,但实际上受让人看重的是抵押权的价值,“因为通常对于信贷交易起决定作用的不是债权,而是作为物权性担保权的抵押权。这由以下事实可得而知,即人们(在授予信用时)总是谈论第一顺位的抵押权还是第二顺位的抵押权,并以此来确定土地担保物权的可靠程度。至于债务人是否有信用,只是在贷款关系建立时发挥作用;这一点并不具有决定性意义,因为除去一般的信用基础可能被突然破坏外,对债权人而言,最终能够对被设定担保的土地采取措施的可能性才是决定性的。因此,与这种基本观念相适应,没人说什么‘被抵押权担保的债权’的让与,全世界对此都是称之为‘抵押权转让’、‘抵押权的质押’、‘抵押权的清偿’等等”。^④尤其是在债权人让与附有不动产抵押权的债权而抵押权价值不能覆盖全部主债权的场合,这一点体现得更为明显,受让人往往不会接受未受担保的那部分债权,除非有新的安全保障。因此,完全有理由认为受让人支付的对价实质上是针对不动产抵押权,而不是针对债权。故而,如发生善意取得问题,“合理价格”要件的审查仍可能出现。其次,这种观点只注意到了设定不动产抵押权时因物权处分权瑕疵而导致的善意取得问题,没有注意到主债权因瑕疵无法取得、但抵押权已经登记或转让的情况下,也可能发生善意取得问题。因为不动产抵押权是被担保的主债权的从权利,其享有以主债权的享有为前提,否则不能享有抵押权。但问题在于,不动产抵押权以登记为其变动要件,在债权关系实质上不存在时,抵押权在登记簿上仍然可能被表彰为存在,如果第三人信赖登记簿登记而受让债权与抵押权,则发生是否善意取得问题。另外,主债权让与禁令也可能对抵押权的取得产生影响,进而产生抵押权善意取得问题。

(二)不动产抵押权的法律结构对《物权法》第106条的参照适用的影响

除上述原因外,不动产抵押权的法律结构也后对《物权法》第106条的参照适用产生影响。因为抵押权变动的法律结构与所有权变动的法律结构存在较大的区别,其复杂程度高于单层结构的所有权变动关系,导致在善意取得场合法律适用的复杂性更高,单纯酌减所有权善意取得的构成要件尚不足以完成法适用的任务。

一般而言,在不动产所有权善意取得的典型场合,数个具有相同的卖方—买方单层结构的法律关系呈现一种时间上的前后相继的线形结构:买卖双方先设定了转移所有权义务的债权基础关系,继之以直接变动所有权为目的的登记法律关系;买受人再次转卖的情形亦同。而不动产抵押权的情况则不同,它是一个以从属性为中介的双层结构的法律关系:作为基础关系的主债权关系以及担保关系,因此在呈现债权人—债务人、债权人/抵押权人—抵押人(由债务人或第三人充当)这种双层结构。^⑤在这个法律构造中,虽然

^① 参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法:根据物权法修订》,中国法制出版社2008年版,第223—225页;曹士兵:《论抵押权的善意取得——以〈物权法〉第106条为核心》,载王利明主编:《判解研究》2008年第1期(总第39辑),人民法院出版社2008年版,第20页。

^② 参见浙江省杭州市江干区人民法院(2011)杭江民初字第1677号民事判决书、上海市普陀区人民法院(2010)普民三(民)初字第2941号民事判决书、上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民二(民)终字第1127号民事判决书。

^③ 参见江苏省南通市中级人民法院(2009)通中民二终字第0452号民事判决书。

^④ Baur/Stürner, Sachenrecht, C. H. Beck Verlag, 17. Auflage, München, 1999, S. 431.

^⑤ 如果是第三人提供不动产作为抵押,则还产生抵押人一债务人的基础法律关系,此时法律关系显现为三方—双层结构。抵押人与债务人的内部关系对抵押权的影响方式属于有因性与抽象性问题,在适用上可以归入抵押权本身瑕疵,与后述第一种情形类似。

不动产抵押权是一种独立的物权,有自身的权利结构和变动原因,但基于担保目的,不动产抵押权的存续、流转从属于主债权。正由于这种从属性,不动产抵押权善意取得问题除了会因为抵押物处分权瑕疵而发生外,还可能因为主债权关系瑕疵而发生。当主债权因某种原因消失或被禁止让与时,债权人并无让与债权的处分权;借由从属性原则,抵押权的取得也欠缺法律基础。但由于不动产抵押权奉行形式主义而必须登记在不动产登记簿之上,进而享有登记公信力保障;同时为了彰显物权的确定性,被担保的主债权也是要登记在登记簿之上的。虽然这种债权能否主张登记公信力保护尚存很大争议,但最低限度,不动产抵押权的取得人可以主张抵押权受登记公信力保障,这时就发生善意取得问题。^①

(三)不动产抵押权善意取得的四种类型

由于不动产抵押权特殊的法律结构,其善意取得在逻辑上大致可以分为四种情形:(1)初次设定不动产抵押权时纯粹由抵押物处分权瑕疵引起的情形。即在设定不动产抵押权时,主债权关系有效但物权人处分权有瑕疵。这时登记簿上的名义权利人实际上并不是真实权利人,但登记簿记载明确、无异议登记等明显权利疑点可从登记簿察知,如债权人主观上善意,则产生债权人不动产抵押权善意取得问题。(2)初次设定不动产抵押权时主债权和抵押权都存在处分权瑕疵的情形。此时不动产抵押权即便符合善意取得构成要件,但由于无主债权作为基础,能否取得抵押权存在疑问。(3)在不动产抵押权流通过程中由后发性债权瑕疵引起抵押权善意取得问题的情形。即主债权关系在不动产抵押权设定之后被宣告无效或被撤销,如不动产抵押权已经随主债权转移,此时发生受让人是否能取得不动产抵押权的问题。(4)由债权让与禁止约定引发的情形。即主债权不存在瑕疵,不动产抵押权设定有效,但债权附有让与禁止约定,其后债权人违反约定让与主债权及抵押权于第三人。债权让与因违反让与禁止约定而无效,不动产抵押权已经变动登记时,受让人能否主张善意取得?

在上述四种不动产抵押权善意取得类型中,第1种由于无须考虑合理价格要件,参照适用《物权法》第106条第1款相对比较简单,学者和法院的主流意见基本无误,暂可不予讨论。第2种由于各国理论和实践都坚持债权不适用善意取得,也就是说不动产抵押权初次设立时的善意取得,必须以债权有效为前提条件,否则无善意取得的余地,^②也可暂不讨论。第3种和第4种实质上都是主债权瑕疵通过从属性原则发挥作用,使得抵押权的取得发生疑问,区别仅在于前者是主债权在抵押权设立后被发现不存在、被撤销或已消灭,而后者是主债权本身存在,但流通能力因禁止让与约定而受到限制。发生原因上的不同,使得对其的法律处理产生分野。以下将分别讨论这两种类型。

二、后发性主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得

(一)从属性原则对不动产抵押权善意取得参照《物权法》第106条的影响

《物权法》严格贯彻了从属性原则,将被担保债权的有效成立作为不动产抵押权存续的法定构成要素。主要体现在以下几个方面:(1)存续上的从属性。《物权法》第172条第1款第2句规定:“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定的除外。”这一规定将担保合同对主债权债务合同的从属性作为一般规则加以确定,必有法律明文规定才能突破一般规则。在《物权法》文本语境中,这主要是指最高额抵押权中,最高额抵押合同具有相对的独立性;在主债权尚未产生时,最高额抵押权可以存在;以及在连续的交易关系中,其中一笔债权债务无效,并不影响整个最高额抵押权合同的效力。(2)消灭上的从属性。《物权法》第177条规定担保物权随主债权消灭而消灭。(3)转移上的

^① 参见吴光明:《不动产抵押权无效或撤销之探讨:兼论不动产抵押权之善意取得》,载张仁善主编:《南京大学法律评论》(2009年春季卷),法律出版社2009年版,第21页。

^② Vgl. Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Vierte, überarbeitete Auflage, 2001, S. 416. 德国理论和实践坚持《德国民法典》第892条的规定适用于原始的抵押权善意取得,前提是主债权必须有效存在;而《德国民法典》第1138条则不适用于此,即在流通抵押权场合可以拟制债权存在的规则在此不适用。《瑞士民法典》第973条第1款明确规定:“出于善意而信赖不动产登记簿之登记,进而取得所有权或其他物权者,其取得应受保护。”其文义也未将公信力扩展至主债权。

从属性。《物权法》第 192 条规定：“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”所谓的法律另有约定是指《物权法》第 204 条的规定，即“最高额抵押权担保债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，当事人另有约定的除外”。因此，在最高额抵押权中，成立和转让的从属性都有所突破。但这种突破在法律上未被明文扩及普通抵押权。而这里的当事人另有约定从文义解释论，是对“债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让”的例外，应当理解为当事人可另行约定，当债权转让时抵押权不转移。这使得当事人可以通过约定的方式突破抵押权在转让这一问题上对主债权的从属性。但总体而言，普通抵押权对主债权在存续上的严格从属性未被突破。

不过，笔者认为《物权法》中关于从属性原则的规定应当受到物权形式主义原则的限制。按照《物权法》第 9 条和第 14 条的规定，除法律另有特殊规定外，不动产物权变动必须履行登记手续方能产生法律效力。而按照通行解释，这里的法律另有规定，主要包括三方面的内容：一是《物权法》第 9 条第 2 款规定的，依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。二是《物权法》第 2 章规定的非依法律行为而发生的物权变动的情形，包括：（1）因人民法院、仲裁委员会的法律文书以及人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律行为生效或者人民政府的征收决定等行为生效时发生效力。（2）因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。（3）因合法建造、拆除房屋等事实行为设立和消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。三是农村土地承包经营权、宅基地使用权和地役权都是实行登记对抗主义，即未经登记，不得对抗善意第三人。然而，抵押权因债权清偿而消灭、抵押权因主债权债务合同无效而无效显然不属于上述几种例外类型。故在主债权消灭时，形式上的抵押权不会当然消灭，必须等到在不动产登记簿中完成注销登记后，抵押权才消灭。因此，《物权法》第 177 条规定的主债权消灭，担保物权消灭，在不动产抵押权场合应做缩限解释，即将这里的担保物权消灭理解为实质上的消灭；而抵押权在形式上不自动消灭，而是所有权人享有涂销请求权，可以要求进行涂销登记。同理，转移上的从属性也应当作此解释，即债权让与时，抵押权必须办理变更登记手续才能转移给新债权人；未办理登记前，新债权人享有变更登记请求权。这种实体法和形式法权属状况变动在事实上存在的时间差，造成实体法律关系和登记簿上的形式法律关系可能存在不一致。如果此时登记权利人将债权连同不动产抵押权转移给第三人，第三人可否依据登记簿公信力主张不动产抵押权善意取得呢？

由于我国物权法严格坚持从属性原则并未承认独立的抵押权，^①善意第三人无法取得无债权的抵押权。那么，善意第三人能否通过善意取得债权，进而善意取得抵押权呢？《物权法》第 106 条文义上明确该条规定只适用于动产和不动产物权，未提及债权。理论通说也都没有承认债权的善意取得，理由是：未证券化之一般债权，无法公示，无权利外观可言，根本不适用公信力原则，善意取得无从谈起。^②因此，受让人无法借助登记公信力保护解决主债权瑕疵进而支撑不动产抵押权善意取得。

（二）比较法考察

史尚宽先生曾指出，上述情形，“依瑞士民法，此时抵押权实质上已消灭，然在未涂销以前，抵押权仍有登记之形式的效力。所有人不得就抵押权次序为处分，即不得设同一次序之新抵押权。唯在证券抵押及证券土地债务，如抵押证券由善意第三人取得时，抵押权得重新复活。依德国民法，善意第三人此时取得抵押权，然惟取得抵押权，而非取得债权”。^③史尚宽先生所指的德国民法的做法乃是指的《德国民法典》第 1138 条的规定。该条针对抵押人的抗辩，允许流通抵押权借助土地登记簿公信力对从属性原则及抗辩的适用作出重要限制，以保障抵押权流通安全。

^① 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 77 条有限承认所有人抵押权，但《物权法》并未明确。因此，无法得出我国法上承认无从属性不动产抵押权的结论。

^② 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 50 页；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 705 页；梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社 1998 年版，第 492 页。

^③ 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 274 页。

《德国民法典》第 1138 条以“土地登记簿的公信力”为题规定：“就债权和所有人依照第 1137 条所享有的抗辩权而言，第 891 条至第 899 条的规定也适用于抵押权。”而《德国民法典》第 891 条至第 899 条主要是关于登记簿的公信力以及善意取得的规定。具体而言，《德国民法典》第 891 条是关于登记内容推定效力的规定，第 1 款是肯定性推定，即在土地登记簿中，某项权利为某人而被登记，则推定此人享有该项权利；第 2 款是否定性推定，即在土地登记簿中，某项已登记的权利被涂销，则推定该项权利不存在。第 891 条同时是一条举证负担规范，即受登记内容支持者不必举证证明自己权利，而对登记内容持反对立场者应当承担举证负担；第 892 条和第 893 条则是关于土地登记簿公信力和善意取得的规定，即便登记簿的记载与真实法律关系不相符，只要在以法律行为从事土地权利交易时，交易人信赖了登记内容而为交易，其信赖受到法律保护，“他获得在土地登记簿状态与真实法律关系相互吻合时应能取得之权利地位。故而也可以说：权利外观取代了权利”；^①第 894 条至第 899 条是关于土地登记簿更正和异议登记的规定，以便真实权利人可以通过更正不正确的登记内容或以异议登记击破登记公信力的方式保护自己的权利。这实际上是对登记绝对公信力立法主义的折衷，以防止形式主义物权变动模式对真实权利人的限制过于严苛。

通过法律根据的参照，《德国民法典》第 1138 条以支撑抵押权之存在为限度，将公信力有条件地扩展至登记在登记簿之上的债权。质言之，除非抗辩权可以从登记簿中或者抵押权证券中察知，或者受让人明知，否则债务人、抵押人不得以之对抗受让人。也就是说，受让人可以善意取得抵押权。不过必须强调的是，流通抵押权的善意取得不适用于债权本身，即受让人获得的只是一项抵押权，绝对没有获得对人债权。^②在此，法律在保证抵押权存在的范围内采取有抵押必有债权的拟制，将债权与抵押权的主从关系完全颠倒，使得债权为了取得抵押权的目的而被假定为存在。^③“在实践中这一点是这样适用的，即善意取得人可以对所有权人（债务人）提起抵押权诉讼，但不能以强制执行债务人全部财产为目的而提起对人债务诉讼。”^④因此，《德国民法典》第 1138 条的立法目的并不是真正使抵押权人取得无瑕疵的债权进而对债务人取得对人诉权。如果其受让的债权不能为抵押权全额保障，剩余部分的债权只能向让与人主张赔偿责任。例如，丙从乙处受让了 300 万的债权，债务人为甲；该债权附有甲提供的 240 万的土地抵押权。丙在履行一切相关手续后发现主债权并不存在。这时，丙可以取得价值 240 万的抵押权，并对甲提起抵押权诉讼。但是丙只能从甲处获得 240 万的抵押权变价款清偿，剩余的 60 万只能向乙主张权利瑕疵责任，而不能对甲提出对人债权之诉。因为抵押权人提起诉讼的依据并不是债权，而是按照《德国民法典》第 1147 条规定以抵押权或者土地债务为依据提起的物上诉讼。本来丙可以选择提起物上诉讼或者对人诉讼，但由于善意取得人并未获得债权，因此其只能提起针对不动产的物上诉讼，通过强制执行不动产担保物而获得清偿。

这样一来，《德国民法典》在坚持从属性原则的基本前提下，于流通抵押权场合，允许受让人按照《德国民法典》第 1138 条的规定援引公信力保护，在确保抵押权存在的范围内拟制债权存在，从而限制了从属性原则的效力，使得受让人可以善意取得抵押权，向抵押人主张物上权利。不过，《德国民法典》在保全抵押权场合排除了债权援引公信力的可能。总体而言，为了保障交易安全、增强抵押权的流通能力，实现抵押权的融通功能和投资价值，德国法将登记公信力有限制地扩及流通抵押权的债权基础，使得因主债权消失而引发的抵押权善意取得问题得以妥善解决，但同时又没有破坏制度逻辑和法律体系的统一性，立法技术可谓精妙。

（三）小结

相比之下，《物权法》就为确保物权确定性而被登记在登记簿上的债权是否可以有限度地援引登记公信力的问题并无明文规定。从整个法律体系坚决、彻底贯彻从属性原则的立场看，立法者似乎采取的是否

^① Baur/Stürner, a. a. O. S. 255.

^② Vgl. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Bassenge, § 1138 Rn. 1. S. 1538.

^③ Vgl. Wieling, Sachenrecht, S. 420.

^④ Baur/Stürner, a. a. O. S. 435.

定态度。不过,这种赋予从属性原则如此高强度效力的作法是毫无道理和必要的。实际上,我们可以参考德国民法的作法,在此情形对《物权法》第16条作目的性扩张解释,^①将公信力有限度扩展至被登记在登记簿的债权上,为抵押权的流转而拟制债权的存在,进而保障善意受让人的利益。因为《物权法》第16条之规定在民法上被称为权利正确性推定,即在不动产登记簿上记载某人享有某项物权时,推定该人享有该项物权,其权利的内容也以不动产登记簿上的记载为准。^②就不动产抵押权而言,在登记时,仅有关于抵押物状况及抵押权设定合意的记载还不够,其所担保主债权也是抵押权设定登记的内容,否则无法满足物权确定性的要求。我国现行的《房屋登记办法》第43条和第44条对此作出了明确规定。^③因此,从技术上而言,完全可能将登记公信力扩及至作为不动产抵押权之基础的主债权,使其在一定范围内被推定为正确。这样一来,由后发性债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得参照《物权法》第106条才成为可能。

三、主债权让与禁止约定引发的不动产抵押权善意取得问题

此处讨论的是,主债权及抵押权在设定时无瑕疵,但主债权附有让与禁止约款而导致的善意取得问题。出现这个问题乃是因为在债权让与以及相应发生的抵押权让与场合,民法理论坚持了如下立场,即债务人、抵押人的地位不得因为让与而变差;其虽不能阻止债权让与,但也不能因此而受到损害。^④因此,《合同法》第82条的规定:“债务人接到债权转让通知后,债务人对让与人的抗辩,可以向受让人主张”。根据从属性原则,这些抗辩被直接传导到第二层的担保关系中,债务人、所有权人可以以原债权关系产生的抗辩权对抗新债权人(抵押权人)。即便债务人和抵押人并非同一人、债务人放弃抗辩权时,抵押人的抗辩权利也不受影响。照此推理,所有在让与时已经存在的让与人与债务人之间产生的抗辩都能对抗不动产抵押权的受让人!

而《合同法》第79条规定当事人明确约定不得让与的债权,债权人不得让与。那么在当事人定有主债权让与禁止约定场合,债权人对债权就无让与的处分权;^⑤在债权附有抵押权的场合,根据从属性原则,自然也对抵押权无处分权。这一约定在债权人和债务人之间产生法律效力当无疑问,《德国民法典》第399条、《日本民法典》第466条都作有类似的规定。据此,债务人可以主张债权让与无效。但这一禁止让与约定是否能够对抗债权的受让人呢?对于这一问题,如严格按照《合同法》第82条的文义解释,债务人/抵押人是可以禁止让与抗辩对抗受让人的。但问题在于,如果善意第三人在受让主债权和抵押权时,无法从登记簿发现债权抗辩的存在,他能否主张登记簿公信力的保护,进而主张善意取得呢?笔者认为,债权人与债务人之间关于债权让与禁止的约定不得无条件对抗善意第三人。理由如下:

第一,根据类推规则可以得出当事人之间的债权让与禁止约定不得对抗善意第三人。所谓类推,是指“系就法律未规定之事项,比附援引与其性质类似之规定,而为适用”。^⑥具体而言就是“将法律针对某构成要件(A)或多数彼此相类似的构成要件而赋予之规则,转用于法律所未规定而与前述构成要件‘相类似的’构成要件(B)”,德国学者拉伦茨进而指出“转用的基础在于:两构成要件——在与法律评价有关的重要观点上——彼此类似,因此二者应作相同的评价;也就是说,基于正义的要求,同类事物应作相同处理”。^⑦由此可见,类推的理论基础在于公平正义的法理念,而适用类推规则的关键在于认定两类案件事实的“类似性”。而认定“类似性”的学术界通说是“构成要件类似说”,具体方法是假设有法定案型A,其内

① 《物权法》第16条规定:“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”

② 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第53页。

③ 《房屋登记办法》第43条规定:“申请抵押权登记,应当提交下列文件:(一)登记申请书;(二)申请人的身份证明;(三)房屋所有权证书或者房地产权证书;(四)抵押合同;(五)主债权合同;(六)其他必要材料。”第44条规定“对符合条件条件的抵押权设立登记,房屋登记机构应当将下列事项记载于房屋登记簿:(一)抵押当事人、债务人的姓名或者名称;(二)被担保债权的数额;(三)登记时间。”不过,2015年3月开始实施的《不动产登记暂行条例》对此语焉不详。

④ Vgl. Baur/Stürner, a. a. O. S. 444.

⑤ Vgl. BGH NJW 1993, 1640, 1641.

⑥ 杨仁寿:《法学方法论》,北京大学出版社1999年版,第163页。

⑦ Larenz, a. a. O. S. 365.

涵特征可析述为 M1, M2, M3, M4, M5 几点, 系争案件 B 之内涵特征有 M2, M3, M4, M5, M6, M7 几点, 相互比较可知 A、B 两案之相同特征为 M2, M3, M4 三点, 若此三点在法律评价上对 A、B 两案具有重大意义, 则可认定两案具有“类似性”。^① 即只有两种法律关系恰好在与法评价有关的重要观点上相互一致是才能适用类推, 而哪些要素对于法定评价具有重要性则必须联系到法律规整的目的、基本思想来考察。债权人与债务人之间关于债权让与禁止的约定实际上是对债权人再对外处分债权的禁止。而在《合同法》第 49 条规定的表见代理、第 50 条规定的越权代表行为, 都是选择有条件地保护交易安全, 即当事人关于行为权限的约定不得对抗善意第三人。这三种情形都涉及当事人意志自由与交易安全保护的关系的问题。根据这一立法价值取向, 对债权让与禁止约定也应当作出类似解释。

第二, 从比较法角度看, 债权让与禁止约定不得对抗善意第三人是各国的共同规则。《日本民法典》第 466 条第 2 款、《瑞士债法典》第 164 条第 2 款皆作了相同规定。《德国民法典》的情况稍有不同, 第 399 条规定: “不变更给付内容就不能向原债权人以外的人进行给付, 或者与债务人达成的协议排除了让与的, 债权即不得让与”; 但第 405 条又规定: “债务人已制作债务证书的, 在出示该证书始得让与债权时, 债务人不得对新债权人主张债的关系的缔结或者债的关系的承认是虚假的, 或者主张与原债权人不得让与债权的约定, 但新债权人明知或者可知债权让与事实的除外”。该规定创制了一个例外: 对于正当取得人, 如果其信赖由债务人出具的证书, 而从该证书中不能够辨识禁止让与的内容, 则债务人不得援用第 399 条的规定——让与禁止可对抗第三人。^② 这主要是基于在签发债务证书的场合, 受让人无法从证书中看出让与禁止时, 其对权利外观的信赖值得保护。而在未签发证书的场合, 当事人无从产生信赖, 让与禁止抗辩则可以对抗受让人。不过, 如果无债务证书的债权让与同时让与抵押权, 那么根据《德国民法典》第 1138 条的规定, 受让人可以获得妥当的保护。笔者认为, 《德国民法典》第 399 条的规定在逻辑上存在问题。的确, 在无债务证书签发的指名债权中, 受让人确实无法根据一定的权利外观产生信赖。但是, 债权人与债务人之间的债权让与禁止同样没有对外公示, 那它产生对抗第三人效力的合理性又在哪里呢? 显然, 第三人无从产生信赖不能作为对抗力产生的原因; 相反, 从某种程度上看, 让与禁止没有公示, 受让人根本无从察知, 以内部之相对约定对抗善意不知的受让人, 恰恰缺乏正当性。正是基于同样的认识, 德国学术界一直对《德国民法典》第 399 条的规定提出强烈批评, 认为排除债权的可让与性属违反善良风俗行为;^③ 近年来主张债权让与禁止约定不得对抗善意第三人的观点在德国国内得到越来越多学者的支持。^④

而且 1994 年修订的《德国商法典》第 354a 条对《德国民法典》第 399 条做了重大变更, 其规定: “如果某金钱债权的让与已经通过与债务人的商议依照《德国民法典》第 399 条而排除, 并且设定此债权的法律行为对双方均系商行为, 或者债务人系公法人或公法特别财产, 则有关让与仍然有效。但债务人可以对原债权人给付, 并具有免责的效力。对此的另行约定无效”。^⑤ 这一重大变更的原因就是《德国民法典》第 399 条的让与禁止约定可能成为信贷交易的障碍, “因为他(指债权人——笔者注)本来会利用各种可能为收回和担保的目的而让与债权。主要有通过向贷款保理机构让与而获得资金流动性以及通过基于延长的所有权保留的买卖而获得商品信贷, 在此结构中保留所有权的出卖人可以定期向其客户要求买受人债权的提前让与, 而它们在此规定下(即《德国民法典》第 399 条)都被阻止或者变得非常困难。依照法律起草者的意图, 将通过《德国商法典》第 354a 条第 1 句的规定使债权人不再承受以上不利益”。^⑥ 在 2002 年《德国债法现代化法》中, 原《德国民法典》第 399 条未有实质变动, 因此《德国商法典》第 354a 条对《德国民法典》第 399 条作的重大变更仍然是有效的。由此, 可以认为债权让与禁止约定效力的相对化以及增强

① 参见黄建辉:《法律漏洞·类推适用》,台北蔚理法律出版社 1988 年版,第 110 页。

② 参见[德]梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谔译,法律出版社 2004 年版,第 559 页。

③ 参见[德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2001 年版,第 506 页。

④ Vgl. Canaris, FS für Serick, 1992, S. 9ff.

⑤ [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 632 页。

⑥ [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 633 页。

财产流通性是各国立法和法律学说发展的共同趋势。

据此,笔者认为,《合同法》第79条涉及的让与禁止约定的法律效力应当作相对化处理,即该约定对约定的双方当事人具有法律效力,但不得对抗第三人,除非第三人明知或应当知道该约定的存在。如果债权人违反约定让与债权,第三人可以取得债权;债务人如不能证明受让人恶意,则不得以让与禁止约定进行抗辩,而只能向原债权人主张违约责任。至于立法者提到的所谓“第三人专为特定的债权人设定抵押的,该第三人与债权人约定,被担保债权的转让未经其同意的,抵押权因债权的转让而消灭”,此类约定也应做相同解释。再者,同样可以《物权法》第16条的规定为奥援,只要让与禁止约定没有登记在不动产登记簿上,就应当视为不存在;第三方无法从登记簿察知,就应当视为善意,使得让与禁止抗辩无法对抗第三人。这样一来,源自债权让与禁止对抵押权流通造成的障碍基本就可消除。

四、主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得之最终解决

从根本上而言,对主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得进行的类型化讨论,都与从属性原则传导主债权瑕疵有关,因此从属性原则成为处理不动产抵押权善意取得问题之要害,欲彻底解决此类问题需从两方面入手:一是重新构造从属性原则的效力方式,二是借助登记簿公信力缓和从属性原则的效力。

(一)从属性原则的效力方式之重构

在我国法上,立法者将从属性原则作为构成性原则贯彻于担保法律关系之法律结构,亦即无主债权即无担保权。而且总体而言,从《担保法》到《物权法》,我国立法对担保物权从属性原则的处理方式越来越严格和保守。《担保法》第5条规定:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定”。据此规定,当事人尚可能通过约定的方式对从属性的效力予以缓和。但后来的《物权法》第172条将这一路径给堵死了,只允许在法律另有规定的情况下才例外。对此,立法时曾有过争议,有人主张应保留当事人这一自由的空间。而《物权法》立法者认为:“担保物权依附于主债权债务而存在,没有主债权债务,就没有担保物权。法律如果允许当事人作出主债权债务合同无效,担保合同仍有效的约定,那么,即使不存在主债权债务,担保人也应承担担保责任。这不但对担保人不公平,而且可能导致欺诈和权利的滥用,还可能损害其他债权人的利益”。^①

这种观点值得商榷。质言之,立法者对从属性原则的理解存在一定的问题。首先,立法者对法条存在误读。《担保法》第5条中所说的“当事人另有约定除外”,《物权法》立法者却把它限缩性地理解为当事人约定“主债权债务合同无效,担保合同仍有效”。而实际上,除立法者想象的情形外,当事人完全可能进行其他约定。比如将从属性的效力从构成性的效力约定为调节性的效力。在这种约定之下,如果出现主债权无效,那么抵押权并不因为缺乏主债权作为构成性基础而当然无效,而是依照债法上的约定应当将抵押权回转于抵押人。这样就确立了抵押权的物权独立性,并在一定程度上保证了其流通性。立法者基于想象中的某种可能损害而完全否定当事人的意志自由,无异于因噎废食。其次,从内涵而言,从属性原则是在讲抵押权与被担保债权的关系,而不是主合同与从合同的关系。^②这两者之间并不处于同一逻辑层面。在很多时候,债权变动、抵押权变动与作为债权基础的主合同根本没有关系。例如,按照《合同法》第81条规定,主债权转移,从权利也随之转移,这时,抵押权的变动与作为债权基础的合同没有关系。这种将合同基础与债权债务关系进行区分是最简单的目的去除方法,在罗马法就已有这种法律技术。再次,在现代财产法日益重视交易安全和财产流通快捷性的大背景之下,当事人如果基于自由意志作出愿意在主债权债务合同无效的情况下,承担担保责任的决定,立法者并没有理由强行禁止。至于说产生欺诈和权利滥用,完全是杞人忧天。作为法律行为之一种,如果担保约定是受欺诈或胁迫而作出,已经有法律行为制度

^① 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第371页。

^② 国内学术界的观点基本上是统一的。参见梁慧星主编:《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第81页以下;孙鹏、肖厚国:《担保法律制度研究》,法律出版社1998年版,第157页以下。

的相关规定加以救济,完全没有必要在这里多此一举。复次,可能有人会担心,在不动产抵押由第三人提供时,如此确立抵押权的流通性,会大大加重了抵押人的负担,造成债权人和抵押人之间的利益失衡,偏向于债权人,因为即使债权无效、被撤销,也仍可支配抵押权这一物权。实际上,这种担心是不成立的。因为抵押人与抵押权人之间的关系本就是不平衡的,抵押由第三人提供时,抵押人对于抵押权人是没有对待给付请求权的。这本就是抵押人和债务人之间的基础关系来解决的问题。将从属性原则从构成性作用方式改为调节式作用方式,从而确立不动产抵押权的流通性,并没有显著恶化作为抵押人的第三人的法律境况,因为第三人因抵押权实现而受到的损失仍然由他和债务人的基础关系来解决。最后,即便这样的制度安排真的能保护债务人/担保人利益,对债权人来说却可能产生不公平的效果。因为在主合同无效的情形下,主合同无效产生的返还请求权和赔偿请求权仍可能存在,严格贯彻从属性原则,将导致上述请求权成为无担保的债权。在主合同因为债务人/抵押人的过错而无效时,对债权人就非常不公平。这样的从属性原则倒像是对债权人的惩罚,对债务人的保护有点过头了。而如果允许对从属性原则作缓和性约定,即主债权无效、抵押权并不当然无效,那么债权人还可以就上述返还及赔偿请求权享有抵押权保障。至于说可能对其他债权人造成损害,也是不能成立的。不动产抵押权的变动必须通过登记方能生效,通过登记公示,债务人/抵押人不动产之上的权利负担已经被客观地揭示出来,其他债权人从技术上讲完全可以进行相应的风险规划,从而避免损害。如其疏于防范风险,则是其自己的责任,与他人无涉。立法者的过度关怀不仅没有必要,反而不利于塑造理性、谨慎和负责任的市场交易主体。

问题的要害在于,从根本上讲,抵押权对被担保债权的从属关系是一种目的上的关联,而非必然的逻辑关联,不像清末法律人认为的那样是不易之理。^①从立法技术上而言,完全存在着不同的选择空间。既可能像罗马法那样直接将这种从属性作为抵押权与债权的法定关系,使债权的存续成为抵押权物权存续的构成性要素;也可能如德国法中的担保式土地债务一般,使从属性成为当事人通过自由意志约定的条件,即将主债权从物权性的构成性要素变成债权法上的调节性要素。在从属性原则被构造为调节性因素的场合,当债权出现瑕疵,抵押权并不必然无效,只不过因丧失债的基础而发生债法上的不当得利或债务不履行问题。^②因为“担保物权依附于主债权债务而存在,没有主债权债务,就没有担保物权”是一种不够全面的认识,只是描述了古典罗马法的保全抵押权,而没有注意到在奉行抽象原则的德国法系担保物权在物权法层面可以独立于主债权而存在,所有权人不动产担保物权和担保式土地债务即为其典型。^③认为从属性原则必须作构成性因素的观点是历史习见使然而非逻辑上的必然。

另外,从技术层面看,将债权作为抵押权的构成性要素,这种从属性的构造模式是一种简单化的立法技术,其价值取向是偏重保护债务人/抵押人的静态财产安全。由于只是在考虑主债权安全的基础上建立规则,然后将这些规则的效力凭借从属性原则直接传导到第二层的抵押权关系之中,这样的法律后果就是主债权债务关系产生的一切瑕疵和抗辩权都影响到抵押权关系。抵押权的保全功能倒是非常突出,但抵押权的物权功能和流通能力则被牺牲了。史尚宽先生很早就对这种忽略担保物权的多重价值功能、片面突出某一方面的手法提出质疑,“担保物权纯自保全的担保方面为观察时,常以债权之存在为前提,其从属于债权之性质,在担保物权之本质上为当然之事,然自其为价值权、变价权之方面为观察,则从属性不必与担保物权之本质为不可分。在今日担保物权之性质,已渐次由保全的性质而有为价值权之独立的权利之

^① 清末变法时,日本学者松冈义正起草的《大清民律草案》物权部分采取了《德国民法典》中的形式主义物权变动模式(第979条规定:“依法律行为而有不动产权之得丧及变更者,非经登记,不生效力”)。该草案第1165条规定“抵押权,因涂销其设定登记而消灭”而不因为债权消灭而当然丧失其形式上的存在,即为明证。但与德国民法承认流通抵押权与土地债务不同,该民律草案完全采纳了古典罗马法的从属性保全抵押权。该草案第1162条明确规定:“抵押权不得离债权而为让与,或为他债权之担保。”清末民初学者劭义在《民律释义》中称:“惟抵押权不能离于所担保之债权而独立存在。故其所担保之债权,如有消灭、转移,抵押权亦随之,此乃不易之理。是以以吾人之眼光观察之,抵押权故必须附从于债权,始能存在。此其所以为从物权也。”劭义:《民律释义》,王志华勘校,北京大学出版社2008年版,第352—353页。这一立场的影响直到今天仍在汉语法学界占据支配性地位。

^② 关于物权变动时债权基础关系的构成性模式与调节性模式的论述,参见黄家镇:《德国流通式不动产担保物权制度研究》,法律出版社2010年版,第117页以下。

^③ Vgl. Baur/Stürner, a. a. O. S. 416.

性质”。^① 现代的财货流通要求财产在物权层面简单化、抽象化,不再负载人格性的债权因素和特殊价值追求,表现为客观化的流通价值。同时,法律并没有否定当事人的意志自由,而是允许当事人在债法层面,用多样化的意定条款对当事人的基础关系进行精细加工,适应多元化的价值追求。德国法因应这种变化趋势,运用抽象技术构造的流通抵押权和担保式土地债务即用债法性质的从属性取代了物权法上的从属性,使得当事人在这一个层次的目的性成为当事人自由约定的对象。

虽然这种将债权作为抵押权的调节性要素的构建方法使得理论复杂化,但同时也使得自由空间得到极大拓展、抵押资产流通的安全性得到极大提升。债权瑕疵并不必然导致抵押权及其流转无效,受让人可凭借登记公信力受到保护;而债务人仍可凭借基础债权对出让人主张权利而获得保障。“自由的法律秩序绝不可能是简单的,因为自由一直要求制度具有较高度区分细化的潜能以及灵活性,自由的法律秩序在运作中必须考虑到这一点。只有僵死的经济才有简单化的信贷方式及其担保制度。”^②正如苏永钦先生所言:“概念愈精确,规范之间的矛盾愈少,概念抽象的层次愈高,所形成的规范体系能处理自治事务的‘复杂度’也愈高,自然也愈具有时空的超越性。技术性和体制中立性,提供了自治法超越时空的优势。”^③概念越抽象,其外延就越大,适用的具体案例类型就越多。同理,物权的抽象度越高,就越能够适应人们意思的多样化。《物权法》关于从属性问题的处理,表面上实现了法律关系简单化,但其代价却是法律制度失去了应有的弹性,以及对当事人意志自由和经济活动空间的限制。

(二)不动产登记簿公信力与从属性原则的缓和

《物权法》采形式主义立法例,故不动产物权变动以在不动产登记簿登记为生效要件。在不动产抵押权场合,因从属性原则之故,抵押权在设定时,仅有关于抵押物状况及抵押权设定合意的记载还不够,其所担保主债权也是属于抵押权设定登记的内容,否则物权的确定性无以彰显。类似要求在采物权变动形式主义立法例的国家被普遍接受。例如,《德国民法典》第 1115 条规定,在抵押权登记时,债权人、债权金额、利率以及其他可能的从给付的金额必须被登记在土地登记簿之中,以便抵押权能被清晰的确定。由此,抵押权登记与其他不动产物权登记显著不同的地方就在于其必须与被担保的债权共同登记,其存续必须包含一个原因性的债权。^④此外,根据《德国民法典》第 874 条以及第 1115 条第 1 款后半段的规定,为了标记该债权以及更详细地说明债权权利的内容还可以援用登记的许可;如果债务人与所有权人非同一人,还可以通过对其负责原因和债务人进行说明的方式,进行标记。^⑤《不动产登记暂行条例》虽未作明确规定,但现行的《房屋登记办法》第 43 条规定申请抵押权登记应当抵押合同和主债权合同,第 44 条更是明确规定要求登记抵押当事人、债务人的姓名或者名称;被担保债权的数额应当记载于房屋登记簿。这些要求除了达到使物权确定的目的外,更主要的目的还在于将土地的负担情况最大限度公示出来。因此,在设定抵押权时,必须在土地登记簿上表现出债权和债权人的信息。

接下来的问题是,债权的登记应当达到什么程度才算是满足法定性的要求。换言之,是否需要将原因关系的所有内容都登记到登记簿之上?对此,我国法律并没有明确规定。《德国民法典》第 1113 条和第 1115 条同样只是一般性地要求指向确定的金钱债权,并未要求负责原因的登记。不过,从实践操作看,德国土地登记簿第三部分抵押权、土地债务和定期金土地债务的登记项下,通常会出现负责原因。常见的有生产性信贷、买卖价金、遗产分配与补偿等。^⑥当然,这些负责原因的记载都比较表面化,一般只是表明原

① 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 257 页。

② Stürmer, Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft, in FS für Serick, 1992, S. 382.

③ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 93 页。

④ Vgl. Gierke, Sachenrecht, Verlag von Duncker & Humboldt, Leipzig, 1905, S. 878.

⑤ Vgl. Baur/Stürmer, a. a. O. S. 424. 这主要是因为《德国民法典》第 874 条第 2 款规定有约束力的登记意思表示可以以下方式作出:(1)将意思表示作成公证证书;(2)已经向土地登记机关作出意思表示或者已经在土地登记机关提出意思表示;(3)权利人已经向相对人交付符合《土地登记法》规定的登记许可。在第 3 种方式中,可能出现援引登记许可的情况。

⑥ 关于德国登记簿页和记载内容的实例,参见[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 745 页以下。

因债权的法律性质,并不是整个债权合同的全文登录。不过,《德国民法典》及《德国土地登记条例》并未明确哪些权利和法律关系具备登记能力,可以被登录在土地登记簿中。德国学界只是根据相关规定归纳和推导出下列权利无争议的具备登记能力:物权、法定的相对效力处分限制、预告登记以及异议登记。由于没有明确限制,加上《德国民法典》第1115条允许援引登记许可来说明债权,因此在实践中即使是基于债法上约定而产生的抗辩权,也可以被登记载登记簿上或进行登记援引。^①这样就造成当事人特别是债务人往往有着强烈的冲动将抗辩权或登记援引得越详细越好。因为这样一来,债务人对抵押权流转的控制力就越强。但这种趋势却是有害的,因为这会导致登记变得越来越臃肿、繁琐,进而导致抵押权的流通变得非常困难。而且这也会加重登记机关审查的负担,存在着公权力过多介入私人关系的危险。因此,“联邦最高法院与下述恶习进行了斗争,即对所有的债法性约定都进行了登记援引,哪怕其既不属于物权的内容,又不是终止的理由。那么这些被援引的内容不能被看作是土地登记簿的内容”。^②也就是说,德国最高法院坚持了相关性的原则,即所有的债权登记和援引都必须是与物权的变动直接相关的且足以说明抵押权即可;不能将所有的债务约定都记载到登记簿。这是保持担保物权独立性和流通性必要的限度。

无论如何,基于物权确定性以及登记公示的要求,不动产抵押权的债权基础应当被登记在登记簿之上。这使得原本仅限于相对的当事人之间的债权关系在一定程度上被显明出来,第三人可从登记簿中窥知债权的部分内容以及债权与抵押权之间的关联状态。因此,在德国法上,当基于主债权的抗辩无法从登记簿察知时,债务人不能以之对抗不动产抵押权的善意受让人,即善意受让人可以主张登记公信力的保护。此时,登记公信力可以有限度地扩展至主债权,使得主债权为了不动产抵押权的存在而被拟制为存在,或者使基于主债权之抗辩因未登记而不得对抗善意第三人。如此,善意受让人可以善意取得不动产抵押权,而债务人则仍能向出让人主张债法上的权利,各方利益得到平衡和协调。在我国的不动产抵押权登记实践中,相关法规明确规定,主债权合同是办理抵押权登记时必须提交的法定文件,主债权应当被记载在登记簿之上。这就为缓和从属性原则对不动产抵押权流通造成的阻碍创造了技术上的可能性。

遗憾的是,《物权法》对登记簿公信力的规定过于粗疏,仅在第16条规定了不动产登记簿的权利推定力,而登记公信力的规定几乎付之阙如。针对《物权法》第16条第1款和第17条的内容,立法机关相关人士做了如下解释:“本条第一款的规定,在民法学上一般称为权利正确性推定原则,即在不动产登记簿上记载某人享有某项物权时,推定该人享有该项权利,其权利内容以不动产登记簿上的记载为准。……正因为登记簿有此效力,第三人依据登记簿的取得才受到法律的保护,交易的安全才有了保障。由此可见,法律规定物权的归属和内容以不动产登记簿为根据,目的就是国家公信力的角度对物权相对人的利益进行保护,从而建立一个能以客观标准衡量的公正的经济秩序,这也是物权公示原则的价值和要求”。^③无论是从文义,还是立法解释来看,《物权法》都没有明确公信力的范围,即便对该两条规定进行推论而由此推出的公信力的极限也只是及于物权。而这样的解释结果是难以解决未登记的权利和权利限制引发的善意保护问题的。这种情况的形成恐怕与学界和立法界将不动产登记簿公信力制度与不动产善意取得制度等而视之不无关系。^④部分学者似乎认为,凭借《物权法》第106条规定的统一善意取得制度可以替代登记簿公信力的制度功能。然而,《物权法》第106条文义仅覆盖了无物权处分权一种情况,与第16条权利正确性推定所可能包含的内容相比,又有明显缩减。处分人无物权处分权时的善意保护仅仅是不动产登记公信力发挥作用的一个场合,无权处分涵盖不了如预告登记等非物权性权利限制与权利负担情形;加上该条所指无权处分仅指无物权处分权,不包含其他权利处分权缺失的情形,因此,此种善意取得制度不能解决现实中从无权利人处取得不动产权利的全部问题,不动产登记簿公信力制度确有单独规定之必要。具体

① Baur/Stürner, a. a. O. S. 446.

② Baur/Stürner, a. a. O. S. 424.

③ 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年3月版,第53页。

④ 参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2007年8月版,第437页;程啸:《论不动产善意取得之构成要件——〈中华人民共和国物权法〉第106条释义》,《法商研究》2010年第5期。

到不动产抵押权善意取得问题,如没有登记簿公信力制度的配合,《物权法》第 106 条很难独立解决不动产抵押权善意取得问题。就此而言,我国善意取得制度的法律规定存在法律漏洞,上述将公信力有限扩展至已登记的主债权的问题解决方法,已经逾越了法条文义的极限,实际上已经进入法律续造的领域。

五、结语

综上所述,由于不动产抵押权特殊的法律结构,使得不动产抵押权的设立及流转很大程度上受制于主债权的存续,在发生不动产抵押权善意取得的场合,主债权的法律状态成为一个无法回避的关键因素。而《物权法》第 106 条设计的基点是所有权的善意取得,然后通过参照的方式扩及其他物权的善意取得,却完全没考虑不动产抵押权的特殊性,因此根本没有考虑如何应对主债权瑕疵引发的抵押权善意取得问题。加上《物权法》对不动产登记簿公信力规定的粗疏,使得下述法技术可能性于法无据,即通过将登记簿公信力有条件扩展至作为不动产抵押权之基础的主债权,进而解决该问题。这在实质上已经构成违反法律调整计划的规范漏洞。因此,在现行法体系下,如果要公平处理上述问题,只能通过以下途径来克服上述法律障碍。首先,如果是主债权消灭引发的不动产抵押权善意取得,那么在适用法律时,必须对《物权法》第 16 条、第 17 条作目的性扩张解释,将登记簿公信力有条件扩展至主债权,使得主债权为了抵押权的存在而被拟制为存在,然后再参照适用第 106 条。这样,善意受让人可以取得不动产抵押权,进而对抵押人主张物上权利。这本质上已经是法官的造法了,因为第 16 条、第 17 条的文义极限也无法涵盖这种作法,因此已经不能称为解释了。其次,如果是主债权附有让与禁止约定,而债权人违反约定让与主债权及抵押权,则需要对《合同法》第 79 条、第 82 条作目的性限缩,将没有登记在登记簿上的让与禁止约定的效力作相对化处理,使之无法对抗善意第三人。然后再参照适用《物权法》第 106 条,使善意第三人取得不动产抵押权。不过,这种解释论的处理方式过于迂回曲折,增加了法律适用的复杂性及难度。从根本上讲,这些问题是由于《物权法》对登记簿公信力规定的粗疏以及第 106 条统一的善意取得制度的结构性问题带来的;因此,在未来修改物权法时需要将登记簿公信力的规定进行细化,并对善意取得制度进行结构性调整,将上述解决方案形成法律规定,明确涵盖已登记主债权的公信力保护问题,从根本上解决因主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得问题。

责任编辑 温世扬