

# 论抵押物出资

——兼评(2011)豫法民三终字第127号判决\*

石冠彬\*\*

**内容摘要:**禁止抵押物出资的立场与现行《公司法》将出资问题定位为公司自治事项相悖,亦与抵押物流转及以他人之物出资等规则造成体系上的不协调。《合同法》第51条表述中的“处分他人财产”实乃“处分存在他人排他性权利的财产”之意,故抵押人未经抵押权人同意以抵押物出资的行为宜认定为“附条件的无权处分”:首先,只有当抵押权实现条件成就时,抵押权人方可主张抵押人以抵押物出资的行为属于无权处分。其次,股东以抵押物出资,公司始终均能取得抵押物所有权,唯一的区别在于能否对抗抵押权人的抵押权;即使不符合《物权法》第106条的善意取得构成要件,公司仍取得抵押物的所有权,但不得对抗抵押权人的抵押权。

**关键词:**抵押物出资 《物权法》第191条 附条件的无权处分行为

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2015.02.011

现行《公司法》并未就抵押物的出资问题加以明确规定,相关行政法规则明确将担保财产排除在出资财产范围之外。抵押物是否具有公司出资财产的适格性,本质上属于抵押物的流转问题,而事实上抵押物的流转一直是我国学术界和实务界所探讨的难点问题,现行《担保法》及其司法解释对此均有规定,《物权法》第191条针对该问题也加以了规范。本文试在分析《担保法》及其司法解释、《物权法》中的抵押物流转规则的基础上,结合2014年3月1日施行的《公司法》在出资问题上已经采纳认缴登记制(授权资本制)这一立法演变,对抵押物的出资问题做些分析,以就教于理论、实务界同仁。

## 一、问题的提出

三门峡湖滨公司(抵押人)与工行湖滨支行(抵押权人、债权人)签订了以其所有机器设备作为抵押物的最高额抵押合同。事后,在未经工行同意也未告知工行的情况下以这些设备中的部分作为出资财产与不知情的国投中鲁果汁股份有限公司、新湖滨公司两家公司成立了临猗湖滨公司(也即抵押财产的受让人),并将相关设备交付给新设立的公司。之后,三门峡湖滨公司未能清偿工行的相关债务,工行申请实现包括已经交付出资部分在内的机器设备上的抵押权,三门峡中院根据郑州市仲裁委员会的裁决书等法律文书进入抵押权实现程序,并最终由三门峡百佳工贸有限公司(第三人)通过司法拍卖程序成为上述抵押物新的所有权人。法院通知临猗湖滨公司将三门峡湖滨公司出资的涉及抵押部分的机器设备交付给三门峡百佳工贸有限公司后,临猗湖滨公司向法院提出异议,认为涉案财产系己所有,但该异议被法院驳回。而后,临猗湖滨公司针对上述已经出资交付的抵押物提出了确认之诉。三门峡市中级人民法院做出“(2010)三民初字第37号判决书”驳回了临猗湖滨公司的诉请,认定三门峡湖滨公司以抵押财产出资不能产生新设立公司取得抵押物所有权的法律后果。临猗湖滨公司不服一审判决上诉至河南省高级人民法院,该院以“(2011)豫法民三终字第127号民事判决书”做出了终审判决,支持一审法院的观点。上述两级法院均认为设有抵押权的财产不能作为公司的出资财产,因为若允许抵押物出资,当抵押权人的债权未实现之时,抵押权人主张实现抵押物上的

\* 本文为海南大学法学研究生创新中心研究生课题《公司资本制度改革的法律问题研究》的阶段性研究成果(项目编号:14fxky03)。

\*\* 海南大学2011司法文明协同创新中心南方基地研究人员。

抵押权则将危害到公司债权人的利益,降低公司的偿债能力,从而违反了公司的资本确定原则。<sup>①</sup>

事实上,诚如本文开篇引言所述,我国现行《公司法》并未将抵押物列为禁止出资的财产,《公司法》第27条在规定股东可以以货币和其它能依法转让的非货币财产出资的同时允许法律、行政法规对此做例外规定。2014年3月1日生效的《公司登记管理条例》第14条仍明文将抵押物等担保财产排除在出资财产的范围之外,延续了2005年版《公司登记管理条例》的规定。<sup>②</sup>所以说上述法院根据原《公司登记条例》的规定作出的裁判从表面上看确实是有明确法律依据的。那么,在现行司法实践中,工商行政部门以及司法部门应当如何处理以抵押物出资的问题呢?换言之,工商行政部门在知情的情况下应否允许公司股东以抵押物出资,如果抵押物已经出资并在抵押权人与公司之间产生了诸如上述案情中的纠纷,人民法院又应当如何裁判?抵押物出资问题在本质上即属于抵押物的流转问题,故本文认为首先需要对现行立法关于抵押物转让规则加以分析,在对抵押物流转规则加以准确理解的基础上,方可站在法律解释学的立场对上述抵押物出资规范的适用问题加以论证。

## 二、抵押物流转规则释评:以《物权法》第191条为中心

### (一)抵押物流转规则的立法演变与本文研究视角

抵押物的流转问题,在我国现行立法中最早可以追溯到《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第115条的规定,其后,《担保法》第49条、《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条以及《物权法》第191条均加以了明确。<sup>③</sup>若从字面上进行文义解释,确如有的学者所言,从《民通意见》“未经同意则无效”的抵押物转让规则到《担保法》的“未告知则无效”规则,再到《担保法解释》的“经登记的抵押权存在追及效力”,最后到《物权法》的“不经抵押权人同意不得转让”,我国关于抵押物流转的立法经历了一个从限制到松动再到限制的轮回过程;<sup>④</sup>有学者主张的《物权法》对《担保法》做了实质性修改的见解也是可以成立的。<sup>⑤</sup>但与此同时,有学者则指出《担保法》与《物权法》在抵押物流转问题上并不存在冲突,《担保法解释》仍有适用余地,故仍应以司法解释之规则解决现行司法实务中的抵押物转让问题。<sup>⑥</sup>显然,上述分歧源于理论界与实务界在解释论上对《物权法》第191条的不同见解:主流观点基于文义解释的立场认为物权法未承认抵押权之追及效力,采纳了严格限制抵押物转让的立法例,正是基于这种见解,《物权法》第191条遭到了学界的广

① 参见关晓海:《抵押物不是适格的公司出资标的——河南高院判决山西临猗湖滨果汁有限公司诉工行三门峡湖滨支行确认之诉案》,载《人民法院报》2012年01月05日第6版。

② 现行《公司登记管理条例》第14条规定:“股东的出资方式应当符合《公司法》第二十七条的规定,但股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。”

③ 《民通意见》第115条:“抵押物如由抵押人自己占有并负责保管,在抵押期间,非经债权人同意,抵押人将同一抵押物转让他人,或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的,其行为无效。债务人以抵押物清偿债务时,如果一项抵押物有数个抵押权人的,应当按照设定抵押权的先后顺序受偿。”《担保法》第49条:“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。转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保;抵押人不提供的,不得转让抵押物。抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分,归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。”《担保法解释》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。”《物权法》第191条:“抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。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。”

④ 参见廖焕国:《我国不动产抵押物流转的制度安排——以〈物权法〉第191条为中心的考察》,载《法学》2009年第4期。

⑤ 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。

⑥ 参见刘贵祥、吴光荣:《论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力》,载《比较法研究》2013年第5期。

泛批评。<sup>⑦</sup>

但是,根据《物权法》第178条所明文确立的《物权法》优先于《担保法》适用的规定,若《物权法》与《担保法解释》相冲突,《物权法》自然应当优先于《担保法解释》适用。由此可知,不论《物权法》第191条是否对《民通意见》、《担保法》及《担保法解释》中的抵押物转让规则做了改变,现行司法实践在抵押物转让问题上均应优先适用《物权法》第191条,且其它法律规范若与《物权法》的规定相冲突则失去适用效力,所以说司法实务对抵押物流转的态度取决于对《物权法》第191条的理解。

基于本文乃以“禁止抵押物出资的行政规范在现行法律框架中是否与抵押物转让规则相冲突”以及“在现行法律体系中公司股东以抵押物出资的实然后果”为研究对象,笔者无意于从立法论视角围绕“利益平衡”与“物尽其用”的原理来重点分析是否应当允许抵押物的自由转让。<sup>⑧</sup>事实上,早在《物权法》颁布之前,理论界与实务界就抵押物转让问题已达成共识,即在允许抵押人所谓的“自由”转让抵押物的同时通过抵押权的追及效力对抵押权人进行保护。<sup>⑨</sup>因为不论是物尽其用原则还是资源优化配置原理的适用原则上均建立在不损害他人权益的基础上。举例而言,张三购买一辆汽车但一直停放在自家车库,法律绝对不会基于所谓的物尽其用和资源优化配置理论而允许李四不经张三同意去随便使用其汽车,这是任何一个现代社会保护私权的基本要求。而在抵押物的处分问题上,随意处分可能侵害到抵押权人的权益,故对受让人取得的抵押物上的所有权进行必要限制是完全合理且有必要的。持抵押人可自由处分抵押物观点的学者也均承认抵押物的转让因为涉及到抵押权人利益的保障,故与一般物的转让有所不同。<sup>⑩</sup>依笔者之见,上述学界所达成共识的抵押物转让模式本质上即属于对抵押人处分抵押物的法律效果进行了限制,即受让人所取得的抵押物上的所有权乃一项不能对抗抵押权人的权利,也即受让人对抵押物所享有的所有权并非一项完整意义上的权利。笔者认为“抵押人是否有权自由处分抵押物”这一问题有广义和狭义之分,需要根据是指“受让人因抵押人的转让行为取得抵押物的所有权”还是指“受让人因抵押人的转让行为取得能对抗抵押权人抵押权的所有权”而加以定论。

在从理论上肯定了应当对抵押人处分抵押物加以合理限制的基础上,从实务视角考量,“如何从解释论视角来理解我国现行法律规则对抵押人随意处分抵押物的法律效果进行限制”乃司法实务的重心所在。基于《物权法》第191条立法用语之特殊性,笔者在坚持客观解释立场的基础上,<sup>⑪</sup>认为“唯有在体系解释、利益衡量解释等多种解释方法的合力之下,才能合理地破解《物权法》第191条之谜,还抵押物转让规则的应有内容。”<sup>⑫</sup>因此,本文将围绕“如何理解《物权法》第191条的未经抵押权人同意抵押人不得转让抵押物”和“抵押人未经抵押权人同意擅自转让抵押物的法律后果”这两个密切相关的问题从解释论视角对抵押物的转让规则加以分析。

## (二)抵押人擅自转让抵押物与无权处分

我国《物权法》第191条第2款规定:“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。”学界普遍认为《物权法》第191条第2款之“不得转让”的立法术语表明我国现行立法对抵押物的流转持严格限制的态度,该规则属于禁止性规范;<sup>⑬</sup>换言之,若抵押人不经抵押权

<sup>⑦</sup> 参见前注⑥,刘贵祥、吴光荣文。

<sup>⑧</sup> 关于抵押物转让制度的构建必须考虑“如何在抵押权人、抵押人与受让人之间实现利益平衡”和“如何达到物尽其用的价值目标”的论述,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。

<sup>⑨</sup> 参见前注⑥,刘贵祥、吴光荣文。

<sup>⑩</sup> 参见高圣平、王琪:《不动产抵押物转让规则的解释论:〈物权法〉第191条及其周边》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第5期;参见前注⑧,梁上上、贝金欣文。

<sup>⑪</sup> 关于在法律解释中为何应当坚持“客观解释立场”而不应当纠结于“主观解释立场”的详细论证,参见张明楷:《刑法分则的解释原理·上》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第27—34页。

<sup>⑫</sup> 前注⑩,高圣平、王琪文。

<sup>⑬</sup> 参见陈永强、王建东:《论抵押物转让的法律效果——以对我国〈物权法〉第191条的解释为中心》,载《政治与法律》2009年第9期。

人同意转让抵押物的，则转让行为将不发生抵押物物权变动的法律后果。<sup>⑭</sup>与此同时，也有论者在否定上述并不合理的通说观点的同时却混淆了“能否取得所有权”和“能否取得对抗抵押权人的所有权”这两个问题，从而认为第三人能否取得抵押物的所有权取决于第三人的主观态度。<sup>⑮</sup>从解释论立场出发，考虑到抵押人处分抵押物可能影响到抵押权人的期待利益，“不得转让规则”乃法律引导抵押人通过获得抵押权人的同意去避免“因未经抵押权人同意转让抵押物”所可能引发的纠纷，实属一种倡导性规范。<sup>⑯</sup>换言之，笔者不认同《物权法》第191条将抵押人未经抵押权人同意转让抵押物的行为界定为无效的通说观点。

本文认为，抵押人违反《物权法》第191条第2款“不经同意、不得转让”这一倡导性规范属于“附条件的无权处分行为”。<sup>⑰</sup>理由如下：首先，若抵押之债最终消灭，则抵押人之前“未经抵押权人同意即处分抵押物”的行为因为并不会对受让人或抵押权人产生不利影响，应认定为有权处分；但若抵押权实现条件成就（即债权人债权未受清偿），此时之前“抵押人未经抵押权人同意处分抵押物的行为”必然影响到抵押权人的权益，理应赋予抵押权人相应的权利救济措施，本文认为此时抵押权人有权主张之前抵押人处分抵押物的行为属于无权处分。概言之，应当根据抵押权人抵押权最终是否需要实现来对抵押人擅自转让抵押物的行为予以定性，此为“附条件的无权处分行为”中“条件”的内涵所在，也即只有当抵押权人需要实现抵押权时才能将抵押人之前擅自转让抵押物的行为认定为无权处分行为。其次，所有权人处分自己的财产可能构成无权处分乃基于对现行法律规范进行文理解释所得出的结论。<sup>⑱</sup>根据我国《物权法》第39条“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”规定，所有权人对自己所有之物行使处分权时必须“依法”，由此可知，若所有权人没有依法进行处分，将这种处分行为认定为无权处分也是合理的。再者，“抵押人未经抵押权人同意处分抵押物”与“出卖他人之物”具有制度的类似性，在现行法律明文规定“不经同意、不得转让”的背景下，从司法实务的视角而言，“抵押人之前未经抵押权人同意转让抵押物的行为”宜理解为无权处分行为，此乃法律体系内部和谐性与一致性的必然要求。以出卖他人之物为例，“任何人未经同意不得处分他人财产”乃属无争议之法律常识，但这并不代表未经所有权人同意的处分行为就是无效的，而应当根据无权处分的规则来认定这种转让行为的效力。从转让与处分的关系而言，王利明教授将处分权界定为“就是所有权人对其动产或者不动产进行消费和转让的权利”，<sup>⑲</sup>而转让一般均理解为所有权的让与，显然也包含附条件的转让在内，即设定担保物权等情形亦应当理解为此处的转让，但不管如何理解转让行为的内涵，其包含设定转让权利的原因行为和直接导致物权变动的转让行为本身当属无异议，也即此处的转让指宽泛意义上的处分行为。<sup>⑳</sup>因此，将《物权法》第191条所规定的“不经同意、不得转让”的规则界定为“附条件的无权处分行为”的解释有利于现行法律制度内部体系的和谐。最后，将抵押人擅自转让抵押物的行为界定为“附条件的无权处分行为”这一解释比赋予抵押权以追及效力的立法模式更具科学性，不仅体现了对抵押人所有权的尊重，也不损害抵押权人的权益。以出卖他人之物的规则为例，进入现代社会以来，境内外均没有“原所有权人可基于所有权的追及效力而要求买受人返还受让标的物”的立法例出现过，绝大多数国家均以立法形式承认了善意取得制度。基于同样的法理，使善意受让人受到抵押权人抵押权的追及并不具有合理

<sup>⑭</sup> 关于针对《物权法》第191条进行文义解释之通说观点的概述，参见前注⑥，刘贵祥、吴光荣文。

<sup>⑮</sup> 参见前注⑬，陈永强、王建东文。

<sup>⑯</sup> 倡导性规范乃提倡或者诱导人们采用特定行为模式的法律规范，并不具有效力上的意义。关于该理论的具体阐释，参见王轶：《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》，载《清华法学》2007年第1期。持此种观点的学者，参见前注⑥，刘贵祥、吴光荣文。

<sup>⑰</sup> 关于抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产可能构成无权处分的观点，亦可参见王利明：《抵押财产转让的法律规制》，载《法学》2014年第1期；参见王利明：《物权法研究·下卷》，中国人民大学出版社2013年版，第1229—1230页。但是，王利明教授并未从法律解释学视角解决“所有权人处分自己的财产可能构成无权处分”这一结论与《合同法》第51条存在冲突的问题，也未将“抵押人未经抵押权人同意擅自处分抵押物”这一特殊的无权处分情形与一般无权处分情形加以区别。

<sup>⑱</sup> 对于所有权人处分自己财产可能构成无权处分的观点及其论证，参见石冠彬：《论无权处分的认定》，载《河南财经政法大学学报》2014年第6期。

<sup>⑲</sup> 王利明：《物权法研究·上卷》，中国人民大学出版社2013年版，第404页。

<sup>⑳</sup> 关于处分内涵的阐释，参见王利明：《不动产善意取得的构成要件研究》，载《政治与法律》2008年第10期；参见曹瑛辉：《无权处分与善意取得》，载《环球法律评论》2005年第2期。

性:因为抵押权与所有权均属于物权,当所有权人基于所有权而产生的处分权受限于第三人抵押权时,理应保护第三人的利益。换言之,此时应当将“抵押人在抵押权实现前出现之前的转让抵押物的行为”理解为无权处分,并按照无权处分与善意取得的相应规则分析抵押人擅自处分抵押物的法律后果。这样的解释结论一方面符合《物权法》对所有权的权能需要“依法”行使的规定,在理论上符合物权平等性的原则,在充分保护第三人权益以维护交易安全的同时,也体现了对所有权人的尊重与保护。综上所述,将“抵押人未经抵押权人同意擅自转让抵押物的行为”界定为“附条件的无权处分行为”在理论上是完全科学可行的。

除上述理由之外,还必须加以说明的是,本文认为上述针对《物权法》第191条“不经同意、不得转让”规则的释论同样符合现行《合同法》第51条关于无权处分的相关立法表述。本文认为《合同法》第51条并未将无权处分限定为处分他人之物的情形,“所有权人未依法处分自己的财产可能构成无权处分”的结论与《合同法》第51条的规定并不相悖。我国现行《合同法》第51条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”该规定自《合同法》施行以来引发了学界激烈的争议,有学者将该争论盛况形容为“论者蜂起,见仁见智,不断深入,诚为民商法学届少有的盛事。”<sup>①</sup>虽然学界对于如何定义无权处分的看法并不一致,<sup>②</sup>但或许是基于《合同法》第51条“无处分权的人处分他人财产”的立法表述,对于处分人处分自己的财产是否可能构成无权处分的问题,学界几乎未提及。根据笔者揣测,学者们似乎默认了《合同法》第51条的立法本意即将无权处分界定为处分人针对他人财产实施的处分行为。对此,笔者实难认同,本文认为通说观点对《合同法》第51条的解释论过于拘泥法条的字面含义,诚如王利明先生所言,“无权处分”的认定关键在于处分人的处分权存在瑕疵,<sup>③</sup>也即与处分人是否属于处分物的所有权人并不具有逻辑上的必然性。那么,应当如何理解《合同法》第51条“无处分权的人处分他人财产”这一立法术语的含义呢?首先,既然无权处分的本质在于处分人的处分权存在瑕疵,而所有权的“处分权能”需要依法行使,那么所有权人的处分行为若不符合法律规定,从理论上而言自然可能构成无权处分。其次,既然“所有权人未依法行使对自己所有之物的处分权能”可能被认定为无权处分,而《合同法》第51条是关于无权处分内涵的立法规定,那么上述结论就应当包含于《合同法》第51条“无处分权的人处分他人财产”的立法表述之中。那么,“所有权人未依法处分自己所有之物可能构成无权处分”包含于《合同法》第51条的立法表述之中这一见解是否能够成立呢?对此,本文认为《合同法》第51条“无处分权的人处分他人财产”并不表明无权处分只能针对他人财产,“无处分权的人处分他人财产”应当扩大解释为“无处分权的人处分存在他人排他性权利的财产”。唯有如此,方能使理论上具有合理性的“抵押人擅自转让抵押物可能构成无权处分”这一结论与《合同法》第51条的规定相一致,“无权处分本质在于处分权存在瑕疵”这一认定标准也才能得到体现,并有助于解决“抵押人未经抵押权人同意处分抵押财产”之类的实务纠纷,最终实现维护私权、维护交易安全、构建良好的市场秩序的目标。

### (三)抵押人未经抵押权人同意转让抵押物的法律后果

诚如前述,抵押人若未经抵押权人的同意处分抵押物,属于违反了《物权法》第191条对抵押人行使抵押物上所有权所做的限制规定,当抵押权人需要实现抵押权之时,理应赋予抵押权人主张“抵押人于抵押权实现条件成就之前擅自转让抵押物的行为构成无权处分”的权利。那么,抵押人未经抵押权人同意转让抵押物究竟会产生何种法律效果呢?显然,当抵押物买受人受让抵押物符合《物权法》第106条关于善意取得的全部构成要件之时,则受让人可以无瑕疵地取得抵押物上的所有权,因为根据《物权法》第108条的规定,此时

<sup>①</sup> 崔建远:《无权处分辨——合同法第51条的解释与适用》,载《法学研究》2003年第1期。需要加以说明的是,学界对于无权处分的争论基本集中在《合同法》第51条在实体法意义上应当如何理解的问题上,同时,也有论者从程序规则上对无权处分问题展开了研究,参见蒲菊花:《无权处分的法律效力及其诉讼结构——以权利人的视角为分析路径》,载《法学评论》2005年第3期。

<sup>②</sup> 对无权处分下定义的典型观点及论述,参见田韶华、包雯:《论我国合同法上的无权处分合同及其效力——〈合同法〉第51条再探讨》,载《法学家》2002年第2期;参见金成:《我国合同法上无权处分制度研究》,载《当代法学》2002年第6期;参见王利明:《善意取得制度的构成——以我国物权法草案第111条为分析对象》,载《中国法学》2006年第5期;参见前注<sup>①</sup>,曹瑛辉文。

<sup>③</sup> 参见前注<sup>①</sup>,王利明文。

之前设立于抵押物之上的抵押权因为与抵押物所有权冲突而归于消灭。值得探讨的问题是，若受让人受让抵押物的行为并不完全符合善意取得构成要件，此时，抵押人擅自转让抵押物的法律后果又当如何？善意取得的本质即在于排除善意取得标的物上原存权利对善意受让人所取得权利的影响，而并非意味着无权处分的相对人就一定不能取得相应的物权。也就是说，无权处分相对人善意取得一个物权时，《物权法》第108条所说的原有权利人的权利消灭指的是一种“相对消灭”，即指原有权利人的权利不能对抗善意取得人所取得的权利。

是故，当抵押物受让人的受让行为并不完全符合《物权法》第106条的善意取得构成要件之时，本文主张受让人仍能成为抵押物的所有权人，只是受让人不得以抵押物上的所有权对抗抵押权人的抵押权。之所以如此认定，关键理由在于抵押物的转让属于抵押人（即抵押物所有权人）与受让人之间的民事法律行为，相当于抵押人将抵押物上的一切利益让与给受让人，而抵押物所担保债务的数额又很可能低于抵押物的价值，认定受让人不管是否符合善意取得构成要件均能成为抵押物所有权人，更能体现出法律对受让人权益的保护。

此外，《民通意见》第115条与《担保法》第49条显然是立法观念落后的体现。但是，《担保法解释》第67条与《物权法》第191条本质上完全相同，从解释论视角出发均可得出前述对于《物权法》第191条的结论。即抵押人不经抵押权人同意擅自转让抵押物的行为属于“附条件的无权处分行为”，受让人善意取得与否不影响受让人成为抵押物的所有权人，但当受让人不符合《物权法》第106条受让人善意、物权变动公示要件完成以及合理价款这些善意取得构成要件中的任意一项之时，受让人无权阻止抵押权人在抵押权实现条件成就之时行使其对抵押物享有的抵押权。唯此，方能真正体现出对抵押人所有权的尊重，方能维护抵押权人的权益。

### 三、禁止担保物出资规范与抵押物处分规则的体系解释

根据本文前面所述，可知禁止抵押物转让的立法模式从立法论视角而言是不合理的，且从解释论视角出发主张《物权法》第191条造成了抵押关系人之间的利益失衡、损害了抵押人的所有权的观点<sup>④</sup>也过于拘泥法条的字面含义，《物权法》第191条并未禁止抵押物的转让。恰恰相反，从《担保法解释》第67条“经登记的抵押权存在追及效力”的规则到《物权法》第191条“不经同意、不得转让”的规则来看，我国现行民事法律规范关于抵押人擅自处分抵押物的规则可以解释为一种“附条件的无权处分”规则，且可根据善意取得制度的实质在于“善意取得人的权利不受善意取得标的物上原权利人权利的影响”来对“抵押人未经抵押权人同意擅自转让抵押物”的法律规则加以设计。一言以蔽之，我国现行法律及司法解释并未禁止抵押物的流转，只是取得抵押物的受让人并不一定能够对抗抵押权人的抵押权。

就公司出资规范而言，2014年3月1日生效的现行《公司登记管理条例》第14条已经明确禁止抵押物等担保财产作为公司出资的财产。根据文理解释，这一行政法规条文的内涵如下：“无论抵押物是否经过登记，无论是否获得抵押权人的同意，都不得以已设定抵押的财产作为公司成立时的出资。”<sup>⑤</sup>学者一般认为，“之所以禁止设定担保的财产出资，主要是鉴于此类财产的权利上存在法律负担，倘若许其作价出资，公司在对此类财产行使占有、使用、处分和收益权能时有可能随时遭受来自担保物权人的不测攻击。”<sup>⑥</sup>简单说，禁止抵押物出资的根本原因在于保护公司债权人的利益，也是源于“第三人利益”的考量，也体现了行政权力对公司资本充实原则的监管。

对于上述禁止抵押物出资的行政法规，本文认为“只要是担保财产，股东就不能用于出资”这一通行见解实在是值得商榷的，这种观点过于拘泥上述行政规范的字面含义。以抵押权人同意抵押人将抵押物作为出资财产为例，“按照私法自治原则，只要不损害其他人的利益，法律应该尊重当事人的意思”；<sup>⑦</sup>此时，相当于

<sup>④</sup> 参见前注①，廖焕国文。

<sup>⑤</sup> 《已设定抵押的财产能否作为成立公司时的出资》，载 <http://www.9ask.cn/blog/user/zhuhaiibo/archives/2010/136022.html>。

<sup>⑥</sup> 刘俊海：《现代公司法》，法律出版社2011年版，第150页。

<sup>⑦</sup> 前注①，王利明文。

抵押权人自愿放弃其对抵押物所享有的抵押权,<sup>②</sup>法律没有必要对此加以干涉。因此,上述禁止担保财产出资的行政规范宜做如下解释:首先,对于担保物权人同意的情况,工商行政部门应当准予公司核准登记,因为此时相当于担保物权人自愿放弃担保物权。其次,对于担保物权人不同意但是公司发起人或者公司已经知道出资人是在以担保财产出资的情况下,工商行政部门也应当准许出资,但是应当要求公司必须在企业信用信息公示系统中加以说明。因为此时公司所取得的针对担保物的所有权不能对抗将来可能会主张实现的担保物权,而在企业信用信息公示系统中加以登记则有利于保障公司债权人的权益。最后,工商行政部门若发现担保物权人不同意担保人以担保物出资且公司发起人或者公司本身并不知晓股东在以担保物出资的情况下,此时工商行政部门应当征求抵押权人与公司其余发起人股东或公司本身的意见,再根据上述两个步骤的规则加以处理。同时,对于司法实务中工商行政部门没有发现股东用于出资的财产属于担保财产而予以核准登记的情况,此时认定公司已经取得出资财产所有权当是无疑义的,关键是需要根据《担保法》及其司法解释等民事法律规则来判断公司对担保财产所享有的所有权是否能够对抗担保物权,而不应当认定股东的出资行为无效,具体而言,这一解释结论可以从以下几方面加以论证:<sup>③</sup>

第一,十二届全国人大常委会第六次会议在2013年12月28日通过的《公司法》修正案贯彻了“以建立现代企业制度为核心的彰显自治的公司法理论”,<sup>④</sup>在公司出资问题上采纳了认缴登记制(也即授权资本制),即原则上将公司出资问题作为公司自治事项,不再进行最低注册资本、是否实缴出资、是否以货币出资等方面的强行监管。<sup>⑤</sup>换言之,公司股东的出资问题根据2014年3月1日开始施行的《公司法》的立法精神与规则乃属于公司自治的事项,行政权原则上不应当加以干涉。因此,即使《公司登记管理条例》的立法本意即“绝对禁止抵押物出资”,则上述禁止担保财产出资的行政规范已经与现行立法相冲突,理应失去适用效力。根据“上位法优先于下位法”、“新法优先于旧法”的法律冲突协调规则,若上述行政规范本意确实是不允许任何担保财产在任何情况下作为公司的出资财产,则其也失去了适用效力。从这个层面而言,股东若以抵押物出资,认定出资无效显然于法无据。

第二,2011年开始施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释三》)第7条第1款明确规定:“出资人以不享有处分权的财产出资,当事人之间对于出资行为效力产生争议的,人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定予以认定。”简言之,现行司法解释已经确立了公司股东若以他人财产予以出资的,若公司或者发起人善意之时,<sup>⑥</sup>则被无权处分的标的物亦能成为公司的财产。因此,“绝对禁止抵押物”出资的通说观点将导致法律制度内部的体系冲突。从社会一般观念而言,公司股东以他人之物出资都有可能被认定为该出资行为有效,有什么理由认定所有权人不能以自己所有但设定了抵押权的财产予以出资?因为允许处分他人之物的行为成为有效的出资行为本即涉及到对他人权益的侵犯,这与允许抵押物出资可能导致不利于债权人权益的保护没有本质上的区别,若无特别缘由,禁止抵押物出资在理论上显得难以自圆其说。从制度的类比性上而言,将抵押物作为绝对禁止出资物并不合适。

<sup>②</sup> 关于抵押权人同意则抵押物不受抵押权追及的观点与论证,参见前注<sup>①</sup>,高圣平、王琪文。

<sup>③</sup> 在此需要说明的是,抵押物的流转规范与质押物的流转规范在法理上具有共通性,所以可以通过担保物能否用于出资的讨论解决抵押物出资的问题。具体而言,在我国现行担保方式中,不论是人保还是物保,其在本质上均是为了保障债权人权益,故抵押人、出质人的法律地位自然也相同,担保物流转所涉及的担保人的权益也相同。关于担保人法律地位相同见解及论证,参见石冠彬:《论共同担保统一法律规则的构建——〈物权法〉第176条的释义及其展开》,浙江师范大学2013届硕士学位论文;参见江海、石冠彬:《论共同担保人内部追偿规则的构建——兼评〈物权法〉第176条》,载《法学评论》2013年第6期。

<sup>④</sup> 关于“以建立现代企业制度为核心的彰显自治的公司法理论”的论述,参见于莹:《中国特色的社会主义商法学理论研究》,载《当代法学》2013年第4期。

<sup>⑤</sup> 参见石冠彬、江海:《论公司发起人的出资补缴责任——兼评〈公司法解释三〉第13条》,载《法商研究》2014年第2期。

<sup>⑥</sup> 若发起人(即公司设立股东)以他人财产出资,此时该发起行为的相对人为其它的设立股东,故《物权法》第106条所要求的相对人善意中的相对人只能是其它发起人而不能是尚未设立的公司;若公司已经设立,则公司股东以无权处分的标的物作为出资物加入公司的,此时相对人为公司。关于瑕疵出资的违约责任因为公司股东身份的不同而有所区别的论述,参见叶林:《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第267页;参见前注<sup>③</sup>,石冠彬、江海文。



第三,允许抵押物作为公司出资财产有利于公司债权人权益的保护。现行学界通说观点认为允许抵押物出资有损公司债权人的权益是值得商榷的,一定程度上可以说是学界欠缺理论思考、盲目追随多数人见解的研究现状的体现。<sup>③</sup>在公司股东已经瞒骗工商登记部门事实上以抵押物出资的情况下,若如本文开篇判例一样认定抵押人的出资行为无效,只能导致公司资产缩减、损害公司债权人的利益。

第四,允许抵押物作为公司出资财产符合利益平衡的法律规则设计原理,符合对动态安全的保护高于静态安全这一市场经济立法的基本规则。允许抵押物出资是法律在权衡公司、公司债权人与抵押权人利益的平衡后所做的规则设计,与“出卖他人之物”这一无权处分的规则的设计原理完全一致,是符合整个社会的利益最大化的,不能片面地因为抵押权人的利益可能受到一定损害而否定这一规则整体合理性,况且允许抵押物出资情况下公司对抵押物所享有的所有权只有在符合《物权法》第106条的善意取得规则之时方可对抗抵押权人的抵押权。

综上所述,《物权法》等法律规范对抵押物的转让并未禁止,而是采纳了符合民商法基本原理的“附条件无权处分”规则。同时,“抵押物绝对不能作为出资财产”的通说观点与现行《公司法》相矛盾,与《公司法解释三》造成了体系上的冲突。上述行政规范作为应然层面的管理性规范,对股东出资进行避免日后纠纷的审查仍具有一定的合理性。但是,在司法实务中,公司股东若掩盖了出资财产已经设立抵押权的事实,工商行政管理部门事实上已经办理了公司注册或变更登记的,事后抵押权人与公司之间产生了诸如本文开篇判例中所述之争议的,则人民法院应当根据本文上述的针对《担保法解释》第67条及《物权法》第191条的解释结论对抵押物客观上已经出资的这一实然问题加以裁判,而不能简单地以“抵押物不得出资”为由直接认定公司股东的出资行为无效。唯有如此,方能体现法律最重要的任务,即解决纠纷。<sup>④</sup>

#### 四、结论

现将本文对《物权法》等法律规范关于抵押物流转的规则、抵押物可以作为公司出资财产的缘由及如何协调相关法律冲突总结如下:

首先,若抵押权人同意抵押人转让抵押物的,则无论抵押物受让人善意还是恶意,当抵押权实现条件成就之时,抵押权人均不得对受让人主张实现抵押权。<sup>⑤</sup>《物权法》第191条并未将抵押人擅自转让抵押物的行为界定为无效行为,“经过抵押权人同意”仅仅属于倡导性法律规范,《物权法》的上述规定与《担保法解释》第67条对抵押人未经抵押权人处分抵押物的规定可从解释论视角理解为“附条件的无权处分行为”。具体而言:1、若抵押权实现条件最终未成就,则抵押人处分抵押物的行为应认定为有权处分;2、只有当抵押权人最终需要实现抵押权时,方能将抵押人未经抵押权人同意擅自转让抵押物的行为视为无权处分行为,且不论受让行为是否符合善意取得的构成要件,受让人均能取得对抵押物的所有权;3、当抵押权实现条件成就之时,若抵押人擅自转让抵押物的行为不构成善意取得,则抵押权人仍能向取得抵押物所有权的受让人主张抵押权。

其次,在2014《公司法》已然将股东出资问题原则上界定为公司自治事项的背景下,虽然《公司法》第27条将“可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产”界定为出资范围的同时仍允许法律、行政法规对出资物的适格性予以否定性规定,但是这也应当以出资财产不可能转移所有权或者全部财产性权益为前提。在现行《物权法》及《担保法解释》均未禁止抵押物转让的前提下,《公司登记管理条例》第14条所规定的“担保财产不得作为出资物”只能理解为“禁止担保人在不通知担保物权人与受让人的情况下擅自以担保物出资”,且这仅属于行政层面的管理型规定而非效力层面的规定,即不可因此而否认抵押人擅自以抵押物出资的实然效力。换言之,上述行政规范只能理解为属于工商行政管理部门的管理性规定,对公司及公司股东而言仅能解释为一种为了避免日后纠纷而设立的倡导性规范,其意在表明负责公司登记的行政部门在明知公司股东以抵押物出资且未经过抵押权人同意之时不应当办理相关工商登记。若公司股东已以抵押物实际出资的,则

<sup>③</sup> 关于当前学界研究欠缺理论思考、盲目追随通说观点的评述,参见孟勤国:《东施效颦——评〈物权法〉的担保物权》,载《法学评论》2007年第3期;参见前注<sup>②</sup>,江海、石冠彬文。

<sup>④</sup> 参见陈金钊:《法律解释学的转向与实用法学的第三条道路(上)》,载《法学评论》2002年第1期。

<sup>⑤</sup> 关于抵押权人同意则抵押物不受抵押权追及的观点与论证,参见前注<sup>⑩</sup>,高圣平、王琪文。



应当根据无权处分与善意取得的相关规则加以处理。唯有如此,上述关于公司出资的行政规范方能与《物权法》、《担保法解释》对于抵押物处分问题的规定在体系上保持一致。

概言之,抵押物具有作为公司出资财产的适格性:第一,若抵押权人同意抵押人以抵押物作为出资财产,则抵押物的物权变动公示要件完成之时,公司成为该抵押物的所有权人,当抵押权人实现抵押权条件成就之时,不论发起人(或公司)对抵押人以抵押物出资的事实知情与否,抵押物上的抵押权均视为自始不存在。第二,当抵押人未经抵押权人同意擅自将抵押物作为公司出资财产之时,公司均能成为抵押物的所有权人;但若抵押人处分抵押物的行为并不符合《物权法》第106条的善意取得构成要件之时,抵押权人有权向公司主张实现抵押权,且其实现方式应当是强制拍卖抵押物所对应部分的股权。

---

**Abstract:** The rules forbid the guarantee to be invested is contrary to Corporation Law, which has given the companies the right to decide shareholders how to invest. Meanwhile, they are conflicted with the rules about pawn transferring. The article 51 of Contract Law means unauthorized disposal demand someone's act of disposition is harmful to others' exclusive rights. If the mortgager invest with the guarantee without the agreement of pledgee, we can regard this as unauthorized disposal with certain conditions. In other ways, only when the mortgage right can be realized, the pledgee can claim the investment of pledger is unauthorized disposal. In the aforementioned circumstances, if the investment can not be applicable to the article 106 of the Property Law, the corporation can still be owner of the guarantee, but the pledgee's mortgage is prior to the corporation's ownership.

**Key Words:** Mortgaged Property Investment; Article 191 of the Property Law; Unauthorized Disposal with Certain Conditions

---

(责任编辑:张素华)