

【司法与实践】

以民事司法查封财产设定抵押的效力分析

张 尧

【摘要】虽然《担保法》《物权法》以及《民法典》明确规定不得以依法被查封的财产设定抵押,但不能据此认定其属于禁止性规定,从而将违反该规定而设定抵押权的行为一律归为无效。查封虽在公法上具有绝对效力,但就其对债务人的效力而言,尤其是在最高人民法院于2004年制定《查封规定》之后,已经由绝对效力转为相对效力。结合《民法典担保制度解释》第37条第2款规定来看,若查封已经充分公示,债务人以查封物设定的抵押权仅是相对无效,不得对抗申请执行人(包括轮候查封的申请执行人)以及其后参与到执行程序中的债权人,但对于其他债权人而言仍是有效的。如果查封的公示效应不达,则允许成立善意取得,就查封物取得抵押权的债权人有权对抗前述主体。

【关键词】查封;抵押;处分权;绝对效力;相对效力

【作者简介】张尧,法学博士,对外经济贸易大学法学院助理教授。

【原文出处】《法学家》(京),2022.1.98~113

【基金项目】本文系对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(19QD10)的阶段性成果。

引言

1986年通过的《民法通则》第89条规定,“债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物”,其中并未对抵押标的物的范围施以禁止性规定。但在其后的《担保法》(第37条)及《物权法》(第184条)立法过程中,均规定依法被查封的财产不得的抵押。这一原则亦被《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第399条加以沿袭,即“依法被查封、扣押、监管的财产”不得抵押。对于违反该原则而设定抵押的效力,大多认为该规定构成强制性规定,当事人不得违反该规定设定抵押,否则将导致抵押无效,不产生优先受偿的效力。^①在我国的司法实践中,大多数司法裁判秉持此种效力判断。^②典型者如在“湖南洞庭水殖股份有限公司与中国光大银行长沙华顺支行等借款担保纠纷上诉案”中,^③最高人民法院认为,案涉股权在出质之前已经被法院查封、冻结,“依据《担

保法》第三十七条(五)关于‘依法被查封、扣押、监管的财产不得抵押’之规定,该股权质押合同应认定为无效。”

然而,前述规定虽然表述为“不得抵押”,但并未明文规定该行为无效。这就使其在解释论上存在其他可能性。例如,在“中国长城资产管理公司郑州办事处诉新乡市第二建筑材料总公司破产管理人破产债权确认纠纷案”中,^④一审法院认为,虽然当事人订立最高额抵押合同,并约定以涉案的土地使用权办理抵押登记,但该土地已被查封,“依照担保法相关规定,依法被查封的财产不得办理抵押,故该抵押合同无效”。依据前述效力判定路径,此种法解释结论无疑是正当的。但在二审裁判中,法院认为,“抵押财产是否被查封,可能影响优先受偿权的实现,但抵押权的成立不构成法律障碍”,据此对一审判决所作的认定加以变更,认定债权人对案涉的土地使用权

享有优先受偿权。^⑤由此来看,依据《担保法》第37条、《物权法》第184条或《民法典》第399条规定而当然认定以查封财产设定抵押的行为无效,并不具有必然性。

如此看来,就以查封物设定抵押权的行为而言,无论是现有解释路径,抑或是其效力,都存在疑问。即使将其认定为无效,其在何种范围内无效,应是绝对无效还是相对无效,抑或是将其解释为“可能影响优先受偿权的实现”,其在何种范围内对优先受偿权的实现产生何种影响,也都存在疑问。因此,本文试图从解释论的角度对其行为效力进行分析,以期对此加以明晰。

一、禁止以查封财产设定抵押的立法考察

(一)“依法被查封的财产不得抵押”的规范性质

如前所述,在我国现行司法实践中,在当事人以依法被查封的财产设定抵押的情形下,主要是依据《担保法》第37条或《物权法》第184条规定,而对其效力加以评判。在《民法典》通过之后,对该行为效力进行判定的规范基础必然转向第399条规定。前述规定禁止以查封物设定抵押,构成抵押物范围的限制,为禁止性规定。^⑥而所谓禁止性规定,是指禁止为某种行为的规定,旨在阻止从事某种行为,不使之成为法律行为的客体。因此,如果债务人或第三人以查封财产设定抵押,会因违反禁止性规定而被归于无效。

此种效力评判所隐含的解释路径主要是基于对规范性质的分析,即首先对前述规定的规范性质进行界定,在确立其性质属于强制性规定抑或是禁止性规定之后,据此认定以查封财产设定的抵押无效。从前述规定的语义表述来看,其采纳“不得抵押”的表述,似已明确禁止以查封物设定抵押权。因此,以《担保法》第37条、《物权法》第184条或《民法典》第399条为规范基础,认定此种担保设定行为无效,似也符合立法趣旨。

然而,强制性规定作为当事人不得以其自由意思而排除其适用的规范,不过是契约自由与社会公正二者冲突与平衡的结果,通过该规范所铺设的管

道而将私法外的法秩序引入其中,从而实现国家的管制目的。^⑦在判定是否属于强制性规定时,不仅需要依据法律规定的用语及其体系归属来进行形式判别,例如,有“不得”“应”或“须”字样者,多为强制性规定;^⑧同时还需要通过法解释途径而进行实质判别,探求法律规范背后的立法旨趣,以判定其是否为强制性规定,以及合同无效等是否为法律目的所必需。而且,从我国历来的司法实践态度来看,^⑨违反强制性规定的交易行为并不尽为无效,无效与否取决于其所违反的是否为效力性强制性规定。如果其涉及的强制性规定并不以交易无效为必须,对违法行为仅适用相应的公法制裁或辅助采用除无效外的私法措施即可实现立法目的,实现对违法行为的有效规制,便不应再采取合同无效等私法规制手段。毕竟,无论是公法管制抑或私法规制,其所实现的皆为对违法行为的否定性评价,而否定性评价的程度应结合该违法行为所损害的利益关系、损害程度以及管制法所欲实现的管制目标等予以综合考量。

准以此言,在对《担保法》第37条、《物权法》第184条以及《民法典》第399条的规范性质进行界定的基础上,一概认为违反该规定而设定抵押权的行为绝对无效,并非可靠的法解释路径。效力规定与取缔规定的划分实则只是对强制性规定的逻辑划分,其实质判别仍有赖于对法律规范背后利益关系的释明。而且,对规范性质的界定多因解释主体的不同而导致解释结论的迥异,通过界定规范性质而对行为效力加以推导,天然就缺乏足够的说服力。例如,就前述规定的规范性质而言,我国就有学者将其界定为“警示性规范”,而非“强制性规范”。^⑩再如,与前述规定相类似,依据《城市房地产管理法》第38条规定,司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者其他形式限制房地产权利的房地产不得转让。对于该规定的规范性质,在“珠海市米兰集团有限公司诉陆素敏商品房预售合同纠纷再审案”中,^⑪法院认为,该条“所陈述的查封行为属于管理性强制性规定,其目的是为担保债权实现和保证法院顺利

执行,只是涉及转让合同能否切实履行的问题,不影响私法行为的效力”。此外,就《担保法》第37条、《物权法》第184条以及《民法典》第399条所列举的强制执行措施而言,除查封之外,还包括扣押及监管等措施。在司法实践中,也已经出现判决允许以处于海关监管期内的特殊动产进行抵押,^⑫且认为前述规定属于管理性强制规范。^⑬这无疑也表明前述规定虽然采纳了“不得抵押”的语义表述,但其是否必然属于禁止性规定,以及能否仅依据该条规定而认定设立的抵押权绝对无效,都不无疑问。

(二)禁止以查封财产设定抵押的外部引致性

在我国,禁止以依法被查封、扣押或监管的财产设定抵押,并非《担保法》第37条、《物权法》第184条或《民法典》第399条首创。在1995年《担保法》通过并实施之前,为了规范抵押贷款活动,一些改革开放起步较早的地方已相继制定了地方性抵押法规或规章,大多规定禁止以被查封的财产设定抵押权,不予办理此类财产的权利登记。^⑭例如,《上海市抵押人民币贷款管理暂行规定(1988年)》及《上海市抵押外汇贷款管理暂行规定(1988年)》第7条均规定,“被依法查封、扣押或采取其他保全措施的财产不得设定抵押权。”再如,在同一时期,《福建省房屋抵押管理暂行规定(1990年)》第10条、《广东省经济特区抵押贷款管理规定(1990年)》第7条、《广州经济技术开发区房产和土地使用权抵押管理规定(1990年)》第7条、《广东省抵押贷款管理条例(1992年)》第7条、《天津市抵押借款条例(1993年)》第7条等都禁止以被依法查封的财产设定抵押权。在此背景下,依法被查封的财产自然也无法进行抵押权设立登记等。例如,《武汉市房产管理条例(1993年)》第13条规定,“被依法限制或者查封的房屋不予办理所有权登记或者他项权利登记。”但是,这些规定为何会禁止以查封物设定抵押,原因不甚明晰。

实际上,这些法规或规章之所以作出此种禁止性规定,是因为自1982年起,我国《民事诉讼法(试行)》或《民事诉讼法》就规定人民法院在财产保全或强制执行中有权发出禁令,通过查封或扣押等措施

禁止权利人对特定财产进行处分。^⑮而且,“隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产”被视作一种妨害民事诉讼的行为,法院可以根据情节轻重施以训诫、责令具结悔过等强制措施,构成犯罪的还要追究刑事责任。究其根本在于,1982年的《民事诉讼法(试行)》作为我国当时的计划经济体制的产物,带有浓厚的国家职权干预的色彩。^⑯而查封是一种带有浓厚的国家强制力色彩的措施,在当时所奉行的强职权主义诉讼体制之下,^⑰禁止对查封、扣押的财产进行处分既有利于维护国家公权力的权威,又有利于维护作为公共利益的诉讼秩序,保障诉讼活动及执行活动的顺利进行。^⑱故而,在司法机关对有关财产查封之后,不准任何人转移或处分,^⑲即使是所有权人也不能对其行使处分权。^⑳此后,《民事诉讼法》虽然历经多次修改,法院在民事诉讼中的职权干预也逐渐被弱化,^㉑但该规则仍被保留了下来。其后,最高人民法院在1998年制定的《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称《执行规定》)中进一步规定被执行人或其他人不得擅自处分已被查封、扣押、冻结财产,否则人民法院有权责令责任人限期追回财产或承担相应的赔偿责任(第44条)。这些规定都表明了采取查封措施之后,被执行人不得擅自对查封物进行事实处分或法律处分。采取查封措施会导致被执行人的处分权全面受限。这实际上是查封的绝对效力的体现。^㉒而这一认识也相应地对《担保法》或《物权法》的立法产生了实质影响。

在担保法立法过程中,依据《关于〈中华人民共和国担保法(草案)〉的说明》(以下简称《担保法草案说明》),^㉓之所以禁止以“依法被查封、扣押、监管财产”设定抵押,是因为可以抵押的财产须具备“必须是抵押人有权处分的”“必须是法律允许转让的”“抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值”以及“便于管理和实施”这四项条件。而依法被查封、扣押或者采取其他强制措施的财产,不满足“必须是抵押人有权处分的”这一要件,因此,《担保法》第37条规定不得以依法被查封的财产设定抵押。换言之,

在司法机关或其他行政执法机关对相关财产采取查封、扣押、监管等措施之后,该财产实际上处于一时的不可让与状态。^④在该类强制性措施未被解除之前,所有权人对该财产丧失处分权,^⑤不得对其进行自由处分,^⑥其自然不得以该财产设定抵押权。违反该规定而设定抵押权的行为,应被宣告无效。^⑦其后,依据《物权法》第184条的权威释义,依法被查封、扣押、监管的财产,其合法性处于不确定状态,国家法律不能够予以确认和保护。^⑧因此,在设定抵押权时,依法被查封的财产被列入禁止之列,不得以其设定抵押。《民法典》第399条的立法理由亦是如此。^⑨

从《担保法》第37条、《物权法》第184条以及《民法典》第399条语义表述来看,其相互之间并无二致。《物权法》第184条以及《民法典》第399条都可以被看作是对《担保法》第37条的保留和沿袭。然而,就民事司法查封而言,较之于《物权法》第184条官方释义所表明的“合法性不确定”这一解释,《担保法草案说明》中的“在被依法查封之后,抵押人无处分权限”这一说明显然更具说服力。在民事司法查封程序中,针对不动产所采取的查封措施,限制被执行人对该财产进行任意处分,是为了保障申请执行人所享有的债权的实现,而非因该财产的合法性不确定。但无论是“处分受限”抑或是“合法性不确定”,都是由查封、扣押或监管等强制性措施所诱导出的效果,而“不得抵押”则是该效果进一步衍生出的规则。

由此可见,禁止以查封物设定抵押的根本原因在于,查封、扣押及监管会对所有权人对该财产的处分权构成限制。准以此言,《担保法》第37条、《物权法》第184条以及《民法典》第399条规定并非担保法或物权法领域的固有规范,而系引致担保法或物权法之外的强行规定而产生的立法及司法效果。诚如学者所言,“民法典所建立的体系,在自治法的面向以外,还要建立自治与管制的界面,也就是使民法典的自治规范和法律体系内的管制规范可以调和、并进,而不至相互扞格,间接地也辅助了管制目的的达成。”^⑩为了与民事强制执行等程序中的查封效力保

持一致,需要通过《担保法》第37条、《物权法》第184条或《民法典》第399条的强制性规定而在私法中架设“管道”,将私法之外的规范嵌入私法之内,限制当事人从事的交易行为的效力,以实现特定交易行为的管制。

因此,在以依法被查封的财产设定抵押的情形下,对其私法效力的评判不能仅以《担保法》第37条、《物权法》第184条或《民法典》第399条为依据,还应将其与私法之外的与查封相关的管制规范结合起来。例如,2020年修正的《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》第24条规定(以下简称《查封规定》)第24条^⑪规定,在对查封等措施的对抗效力进行确认的基础上,才能对该担保设定行为的效力进行评判。

二、查封的对抗效力之检视

如前所述,禁止以依法被查封的财产设定抵押,主要是从查封等强制执行措施的效力之中衍生的效果。查封的效力集中体现于其所具有的对抗效力之上。就查封的对抗效力而言,主要可分为公法上的对抗力和私法上的对抗力(包括对第三人的效力及对债务人的效力)。

(一)查封的绝对效力:公法效力及对第三人的效力

查封的绝对效力,主要体现为公法上的对抗力及对第三人的对抗力。首先,就公法上的对抗力而言,其主要在于对抗其他公权力机关针对查封财产而采取的公权性强制措施,从而确保公权机关及公法行为的权威。对于是否允许在同一财产之上重复采取查封措施,主要可分为两种立法例,即再查封主义和不再查封主义。所谓再查封主义,是指对于已被依法查封的债务人财产,其他债权人可以申请再为查封,例如,德国、日本。^⑫而不再查封主义则是指其他债权人不得对已被查封的债务人财产再行申请查封。在我国,依据《民事诉讼法》第103条第2款等规定,对于已经查封的财产,其他公权力机关不得进行重复查封等公法行为。但是,对于已依法被查封的财产,其他公权力机关可以进行轮候查封。查封

依法解除后,在先的轮候查封自动转化为正式查封。同时,如果查封行为未办理登记手续,则不得对抗其他已经办理登记手续的查封行为。^③由此可见,查封的公法效果实现与否,司法权威能否得以维持,取决于查封措施的公示性。只要司法机关所采取的查封措施满足法定的公示性要求,同时佐以国家公权力的强制性,即可实现查封的公法效果。

其次,就查封对第三人的效力而言,依据《查封规定》第24条第2款规定,“第三人未经人民法院准许占有查封、扣押、冻结的财产或者实施其他有碍执行的行为的,人民法院可以依据申请执行人的申请或者依职权解除其占有或者排除其妨害。”据此,在财产依法被查封之后,所有权人以外的第三人不得对查封财产进行事实处分和法律处分,否则可能会造成财产的毁损或灭失,对申请主体的受偿利益产生实质性损害。因而,第三人不得对依法被查封的财产进行处分。这虽是直接源于查封所具有的公权力属性,但亦受到所有权理论的间接影响。所有权人以外的第三人对查封财产进行处分,如果未获得所有权人的合法授权,则是侵害所有权的行为,理应加以禁止。由此可见,查封的公法效果抑或是对第三人的效力,都与禁止以该财产设定抵押权之间无必然联系。

(二)查封对债务人的效力:从绝对效力到相对效力

一般认为,查封的核心效力在于剥夺债务人的处分权。^④在财产依法被查封之后,所有权人对该财产丧失处分权,无权再对该财产进行事实处分或法律处分。^⑤在我国,通常认为查封会导致所有权人丧失对该财产的处分权,所以,《物权法》第184条及《民法典》第399条才会承继《担保法》第37条的规定,明确禁止以查封财产设定抵押。^⑥由此来看,此种论断主要是从查封的绝对效力出发而作出的。^⑦赋予查封以绝对效力,全面剥夺所有权人的处分,有利于保障申请主体的债权利益的实现。但从比较法来看,就查封对债务人的效力而言,赋予查封以绝对效力并不具有必然性。德国、日本以及我国台湾地区都

认为查封效力具有相对性,债务人(即所有权人)就查封财产设定负担,对于债权人不生效力,但对于其他主体仍具有效力。^⑧同时,只要债务人针对查封财产所作出的处分对申请主体的利益不构成影响,就没有必要超越该目的而完全否认其效力。^⑨

在《担保法》的同一时期,最高人民法院在《关于转卖人民法院查封房屋行为无效问题的复函》(1997年4月7日[1997]经他字第8号)中,在回复“查封房屋因未告知房管部门被出卖应如何执行”这一问题时,认为“北京亚运特需供应公司在此后擅自将其已被查封的房产转卖给北京沃克曼贸易开发有限责任公司的行为是违法的,所订立的房屋买卖合同系无效合同”。其后,最高人民法院在《关于人民法院查封的财产被转卖是否保护善意取得人利益问题的复函》(1999年11月17日[1999]执他字第21号)中认为,虽然查封手续不够完备,应对买受人的利益进行照顾,但“人民法院依法查封的财产被转卖的,对买受人原则上不适用善意取得制度”。由此可见,在这一时期,最高人民法院针对是否允许转卖查封物等所进行的解释,实质上是基于查封的绝对效力而作出的。

但在2004年,最高人民法院通过了《查封规定》(2004年),在第26条中作出了不同于之前的规定,改采查封效力相对性的解释。^⑩依据该条第1款规定,“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的转移、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。”由此可见,对债务人(被执行人)而言,查封措施仅具有相对效力,而非绝对效力。其后,最高人民法院在《关于人民法院能否在执行程序中以被执行人擅自出租查封房产为由认定该租赁合同无效或解除该租赁合同的答复》(2009年12月22日[2009]执他字第7号)中坚持了前述解释,认为“被执行人擅自处分查封物,与第三人签订的租赁合同,并不当然无效,只是不得对抗申请执行人”。最高人民法院执行局在其后制定的《民事强制执行法草案》中,也反复坚持了该立场,认为查封措施仅具有相对效力,而非绝对效力,债务人以查封物设定负担的行

为不得对抗债权人(或对于债权人不生效力)。④

同时,基于《查封规定》(2004年)第26条规定,在司法实践中,查封措施对债务人仅具有相对效力这一解释也逐渐被采纳。例如,在“江阴市金凤凰投资有限公司与江阴市城镇建设综合开发有限公司、许罍确认合同无效纠纷案”中,⑤法院认为,“该规定(《查封规定》原第26条第1款)没有否认处分行为的效力,同时又承认查封效力的优先性,被认为确立了查封的相对效力,即查封仅使被执行人在查封目的之内丧失处分权,所以被执行人对查封物的处分,仅对执行债权人不产生效力,对于被执行人与第三人,仍属于有效;当债权人撤回申请或查封被撤销时,处分行为变为完全有效。”有鉴于此,在债务人(被执行人)将查封物转让给第三人的情形下,针对该转让行为的效力,也逐渐开始出现不同于前述司法解释([1997]经他字第8号复函)的判决。例如,在“珠海市华富和合投资发展有限公司、张立伟二审民事判决书”中,⑥法院认为,“虽然第三人与被执行人之间的合同权利不得对抗申请执行人,但第三人与被执行人之间的《房地产转让合同书》是双方当事人真实意思表示,内容没有违反法律、行政法规的强制性规定,合法有效。……但因申请执行人申请查封在先,故第三人与被执行人的合同权利不得对申请执行人的强制执行请求。”⑦

如此来看,虽然查封仍在公法效力以及对第三人的效力上具有绝对性,但这并不当然产生禁止所有权人所为的一切处分的效力。依据《查封规定》原第26条(即2020年修正《查封规定》第24条,下同),查封在对债务人的效力上已经发生了变化,从绝对效力转换为相对效力。换言之,除了该特定人之外,该行为相对于其他一切人都是发生效力的。⑧这就意味着,在以查封物设定抵押的情形下,对其效力的解释应加以改变。

三、以查封物设定抵押的效力的应然解释

(一)禁止以查封物设定抵押的体系异质性

如前所述,在《担保法》的同一时期,一般认为查封具有绝对效力,债务人对查封财产丧失处分权,从

而衍生出“不得以依法被查封的财产设定抵押”这一结论。这就导致了在我国司法实践中,大多数裁判都认为以查封物设定抵押权违反了禁止性规定(《担保法》第37条或《物权法》第184条),继而宣告其无效。但该规定在价值层面上与现行法体系之间存在不一致。

首先,禁止以查封财产设定抵押不符合抵押权的发展趋势。从发展趋势来看,抵押权制度的价值逐渐转变为以投资为中心。⑨从担保的立法目的来看,其在于促进资金融通和商品流通,繁荣市场经济。担保的设定可推动信用授受关系的成立,在保障债权实现的同时,亦可诱导新的债权关系的成立,促进资金融通,活泼市场经济。⑩确保债务清偿(或债权实现),系担保的消极社会功能。其积极的社会作用,则是担保作为社会融资的手段,可以诱导债权的发生,间接促成经济的繁荣。⑪如果全面禁止所有权人对查封财产所享有的处分权,不仅会对现存的其他债权人的利益产生影响,也会对其后的债权人利益产生影响。对于现存的其他债权人而言,其无法通过在依法被查封的财产之上设定抵押权的方式,而确保自身的债权得以实现。对于其后的债权人,因为债务人(即所有权人)无权以查封财产设定担保物权,其能够据以设定抵押权的财产范围就会受到极大限制。这就可能导致所有权人的生产经营陷入困境。因为抵押权的设定是所有权人获取融资的重要途径之一。因此,禁止所有权人对查封财产继续设定担保物权,既不符合效率原则的要求,更无法实现查封财产的价值最大化。

其次,相较于《担保法》严格限制担保财产范围的做法,我国《民法典》的规定沿袭了《物权法》的做法,⑫允许所有权人以法律、行政法规未禁止抵押的财产设定抵押,⑬以方便所有权人进行融资。但《物权法》以及《民法典》却并未对抵押权设定的禁止性规范作出实质修正,仍保留了《担保法》第37条的规定,将“依法被查封、扣押、监管的财产”排除在可设定抵押的财产范围之外,这无疑是与“发挥物的效用”的趣旨相违背的。⑭从现行法赋予查封的效力来

看,其虽是为了保障申请主体的债权得以实现,但已如前述,允许所有权人以查封财产设定抵押并不会对申请主体的利益造成损害,相反却会对所有权人的意思自治产生实质损害,极大压缩了所有权人的意思自治空间。意思自治作为私法的基石,在禁止所有权人以查封财产设定抵押并无正当且充分的论据时,理应允许所有权人以此设定抵押。

最后,从《物权法》以及《民法典》的规定来看,抵押物虽然也可以是动产,但其主体部分仍是由不动产所构成的。而不动产的价值通常较大,且具有整体性。如果要求“查封、扣押财产的价值应当与被执行人履行债务的价值相当”,无疑需要对不动产进行价值切割或将不动产进行整体查封。如果对不动产进行价值切割,因不动产具有整体性,所分出的供查封的不动产部分的价值势必会受到影响。同时,如果对该部分进行拍卖以偿还债务,经拍卖取得该部分所有权的主体在行使所有权时,其使用和收益也可能存在极大的障碍。而如果对不动产进行整体查封,该不动产的价值又超过被执行人所应履行的债务数额的,此时,全面禁止所有权人对于该财产所享有的处分权,禁止以查封的不动产设定抵押,则可能造成所有权人的生产经营活动以及融资难以为继,对其利益造成极大损害。因此,对于依法被查封的财产,如果有价值余额部分的,理应允许所有权人以其设定抵押权,并保障抵押权人享有的优先受偿权,这也有利于遏制超额查封。^⑤同时,即使对于与被执行人所应履行债务的价值相当的查封财产,其与一般的财产在属性上并无差异,所有权人也应有权设定抵押。

因此,无须对所有权人以查封财产设定抵押权作出限制,甚至是禁止。在所有权人(被执行人)以依法被查封的财产设定抵押的情形下,仅在实现时对其效力加以限制即可,如此才能对《民法典》第399条(《担保法》第37条、《物权法》第184条)的禁止性加以缓冲。

(二)以查封物设定抵押的效力:是否产生优先受偿权?

从我国登记实务来看,虽然《不动产登记暂行条

例》及其实施细则并未规定“依法被查封的财产”不得办理抵押权登记,但该做法实际上却为登记实务所采纳。例如,《北京市不动产登记工作规范(试行)》第14.1.3条、《江苏省不动产登记条例》第67条、《天津市不动产登记条例》第52条就对此进行了明确规定。^⑥此类规定实则是延续了《担保法》第37条或《物权法》第184条的实体规定,禁止以查封财产设定抵押权。但如前所述,无论是从查封对抗力抑或是查封公示的角度来看,都无甚必要禁止以查封财产设定抵押权或所为的抵押权登记。而且,从与执行有关的法律抑或刑法等公法来看,禁止所有权人以及第三人对查封财产进行事实处分,是与查封有关的禁止性规定的主要内核。例如,《刑法》第314条规定,“隐藏、转移、变卖、故意毁损已被司法机关查封、扣押、冻结的财产,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。”但所有权人以查封财产而设定权利负担等会产生何种私法效果,则无明确规定。

在2004年出台《查封规定》原第26条之后,依据该条规定及其后的司法解释,所有权人是否可以就已经查封的财产设定权利负担及其效力,应从是否会有碍执行出发而进行价值评判。依据比例原则,^⑦所欲实现的目的应与手段之间应保持均衡。从该角度来看,为了保障申请执行人的债权获得满足而限制债务人对查封物进行处分,应仅限于有碍执行的事实处分或法律处分行为,而非一切法律处分行为均应受到限制或是被全面禁止。而且,即使是有碍执行的设定权利负担等行为,剥夺其对抗申请执行人的效力就可以实现前述目的,将其归为绝对无效似有失均衡。因此,在《民法典》第399条仍是沿袭《担保法》第37条及《物权法》第184条规定的解释语境之下,如果被执行人以依法被查封的财产设定抵押权,应将其效力解释为相对无效,仅不得对抗申请执行人(债权人),而非绝对无效。

所谓相对无效,是指该处分行为在原则上是有效的,仅是相对于某个特定人才是无效的。^⑧就《担保法》第37条、《物权法》第184条以及《民法典》第

399条规定而言,其是为了保护申请执行人的债权利益,而对债务人的处分权加以限制。故而,债务人针对查封物所享有的处分权仅相对于受该禁止性条款保护的当事人无效。在债务人违反前述规定而以查封物设定抵押权的情形下,该抵押权无法对抗申请执行人,但在该抵押权的当事人之间仍然有效。^⑤对于申请执行人而言,其可以无视该抵押权,为保障其债权实现的拍卖程序仍可以继续。拍卖成交之后,该查封物的买受人可以取得该查封物的所有权。

准以此言,虽然在我国目前的司法实践中,多数裁判仅以《担保法》第37条或《物权法》第184条为规范基础,而认定以依法查封的财产而设定抵押的行为无效,但这实际上仍是遵循查封对债务人具有绝对效力这一认识,认为在采取查封措施之后被执行人对查封财产丧失处分权。在此情形下,依据《查封规定》原第26条,债务人以查封财产设定的抵押权,如已经满足法定的生效要件(登记等),应当产生优先受偿的效力。同时,在查封已充分公示的基础上,后债权人就依法查封的财产所取得的抵押权,不得对抗申请执行人。由此可见,在前述“中国长城资产管理公司郑州办事处与新乡市第二建筑材料总公司别除权纠纷上诉案”中,^⑥二审法院认为“抵押财产是否被查封,可能影响优先受偿权的实现,但抵押权的成立不构成法律障碍”,在法解释上具有妥适性。所谓“可能影响优先受偿权的实现”应被解释为,抵押权人虽就查封物取得了优先受偿权,但因其不能对抗申请执行人,劣后于申请执行人的债权满足。这也就意味着该优先受偿权的实现有可能会受到查封物变价手续的影响。

(三)以查封物设定抵押的对抗范围

依据《查封规定》原第26条第1款,后债权人就查封物所取得的抵押权自然无法对抗申请执行人。但在申请执行人之外,该抵押权能否对抗其后参与到执行程序中的债权人,则并无明文规定。在此情形下,如何界定债权人的范围,主要存在两种学说,即“个别相对无效说”与“程序相对无效说”。^⑦前者可以有效避免后续债权人“搭便车”的行为,在债务

人以查封财产设定抵押之前,已经申请查封或参与分配的债权人,可以主张该处分行为对其不发生对抗效力,但该抵押设定行为,可以对抗在设定抵押之后才参与到执行程序的债权人。^⑧而后者则认为,如果以申请参与分配的时间而区分是否发生对抗效力,与平等精神相悖。债务人所为的抵押等法律处分行为不仅无法对抗申请执行的债权人,也无法对抗参与执行程序的所有债权人,如参与分配的债权人及拍定人。^⑨对执行竞合奉行平等主义^⑩的立法一般奉行“程序相对无效说”。^⑪然而,我国立法并未对查封效力的主观范围作出明确规定,且是采纳平等主义与优先主义混合的执行分配原则。^⑫同时,也有观点认为,“程序相对无效说”与平等主义之间也并无必然联系。^⑬因此,在被执行人(所有权人)以依法被查封的财产设定抵押的情形下,应依据“个别相对优先说”抑或“程序相对无效说”而确定抵押权人的优先顺位,不免存在疑问。

首先,在被执行人为公民或其他组织的财产不足以清偿全部债务的情形下,依据《执行规定》原第90条,^⑭奉行“平等主义”而允许后续债权人参与分配。此时,如果采纳“个别相对有效说”,就意味着允许就查封物取得抵押权的债权人对抗后续债权人,这无疑是与“平等主义”相矛盾的。

其次,依据《执行规定》原第88条(2020年修正《执行规定》第55条),在查封财产足够清偿债权,根据“优先主义”进行执行分配的情形下,应按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。而在多个债权人对同一财产申请查封的情形下,如果已经进行首查封,后续的应进行轮候查封。同时,只要首先查封解除,登记在先的轮候查封即自动生效。^⑮在此情形下,抵押权人能否对抗轮候查封的债权人?对此,最高人民法院认为,“被执行人对财产进行移转、设定权利负担等行为虽并非绝对无效,但对申请执行人而言不能产生对抗效力,包括对轮候查封的申请执行人。只要首查封措施早于被执行人移转财产或为其设定权利负担等行为,那么针对相同标的物的轮候查封措施即使发生在上述行为之后,也足以基于

财产的持续被查封状态而自然进入国家司法权的规制范围。”^⑥据此来看,在我国司法实践中,在债务人(被执行人)以查封物设定抵押权的情形下,即使采纳“优先主义”,只要后续债权人已按照规定进行轮候查封,对查封加以公示,抵押权人就不能对抗轮候查封的申请执行人。^⑦

最后,在债务人以查封财产设定抵押的情形下,如果采纳“个别相对无效说”,则会产生“申请执行人>后抵押权人>后参与执行程序的债权人”的优先顺位。然而,如果“后参与执行程序的债权人”就查封财产享有法定优先权(如建筑工程价款优先权),在“申请执行人”系抵押权人等情形下,则会产生先于“申请执行人”而获得受偿的效力。^⑧由此可见,依据“个别相对无效说”而确立的优先顺位,会与实体法上所确立的优先顺位之间产生交错的现象。

据此来看,“程序相对无效说”所倡导的优先顺位更具可行性。在债务人(被执行人)以查封物设立抵押权的情形下,抵押权人不仅无法对抗申请执行人(包括轮候查封的申请执行人在内),也无法对抗其后参与到执行程序中的其他债权人。

(四)查封公示与查封对抗规则的例外:善意取得的成立

就查封的对抗效力而言,虽然其在本质上是由司法机关所具有的国家公权力属性赋予的,但无论是公法上及对第三人的绝对效力,抑或是对债务人的相对效力,都需要经过查封公示才能得以实现。通过已经采取的查封措施,可以使潜在的债权人充分了解该财产已被依法查封的事实,从而对查封物的经济价值以及潜在的交易风险进行充分考虑,决定是否接受以该查封物而设定的担保物权抑或是围绕查封物而进行交易行为。同时,查封的公示效果也会对潜在的债权人能否主张善意取得产生直接影响,而这也会对在查封之前已经取得债权的主体的利益构成潜在的威胁。如果查封的公示效应不达,潜在的债权人就可以通过主张善意取得而获得优先清偿,这就会压缩其他债权人的清偿利益空间,可能导致其无法获得清偿。因此,从查封公示的角度来

看,只要查封措施能够充分发挥公示效应,即使允许以依法被查封的财产设定抵押权,也不会对申请执行人的利益造成妨害。

就查封的公示方法而言,一方面,动产查封原则上是以占有为公示方法。在比较法上,大多数国家是由执行法院解除债务人对该动产的占有,由执行法院直接占有为动产查封的主要或唯一的方式。^⑨在我国亦是如此。^⑩另一方面,不动产的查封通常并不采用移转占有的形式,而是在流通环节采用限制处分的措施。^⑪例如,通过办理登记而进行查封。在实践中,为了确保查封不动产的安全,执行机关需要同时采用查封登记与张贴封条、公告的方式。^⑫对不同类型的财产采取不同的查封措施,可以向其他公权力机关和第三人表彰该财产已经被查封的事实,实现查封的公示效应,获致对抗性。^⑬也正是基于此,为了充分实现查封的公示效应,在学者起草的《强制执行法(专家建议稿)》中,才会将查封登记作为不动产查封必不可少的措施,赋予其优先效力,^⑭甚至有学者建议将登记作为唯一的查封公示措施。^⑮

然而,在查封公示之后,如果法院所采取的公示措施无法使第三人认识到该标的物已被查封,是否允许第三人善意取得而对抗申请执行人?如前所述,在《查封规定》原第26条出台之前,最高人民法院在司法解释中坚持了查封的绝对效力,否认善意取得的成立。但在改采相对效力的解释立场之后,依据《查封规定》原第26条第3款规定:“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。”^⑯据此,就依法被查封的财产而言,如果查封措施的公示效果不达,该权利外观并没有明显瑕疵,而债权人也已经尽到最基本的审慎注意义务,^⑰并不具有故意或重大过失时,当然应当允许善意取得的成立。在此情形下,就该查封物取得抵押权的债权人自然可以对抗申请执行人。典型者如,在“恒丰银行股份有限公司杭州分行与玉环观光国际酒店有限公司、玉环国际大酒店有限公司金融借款合同纠纷案”中,^⑱法院认为,“根据某不动产登记服务中心的回函,其在办理在建工程抵押登记时,未受到法院查

封的限制。因此,该抵押财产在办理登记时权利外观并无明显瑕疵。况且,即便案涉在建工程的抵押登记确实因信息不对称或其他原因而导致错误,在未有证据证明债权人对此具有故意或重大过失的情况下,该事项所产生的后果亦不应由债权人承担,故其对于案涉在建工程抵押权可以构成善意取得”,从而认可了债权人对标的物所享有的抵押权。

因此,在查封的公示效应不达的情形下,允许成立善意取得实际上构成了前述对抗规则的例外,以查封物设立的抵押权不仅在当事人之间有效,还可以对抗申请执行人。同时,允许在查封物之上适用善意取得,实际上也表明查封对债务人的效力不再是封闭的绝对效力,而是构建在查封公示制度之上的相对效力。在构成善意取得的情形下,就查封物取得抵押权的债权人可以对抗包括申请执行人在内的所有人。而在查封充分公示的基础上,该抵押权则相对于申请执行人(包括轮候查封的申请执行人在内)以及其后参与到执行程序中的其他债权人无效。

四、以查封物设定抵押的效力解释的实然选择

(一)以查封物设定抵押的合同有效

在《民法典》出台之后,针对以查封财产设定抵押的行为效力,最高人民法院试图从区分原则出发,将合同效力区别于物权效力,即使《民法典》第399条规定不得以“依法被查封、扣押、监管的财产”设定抵押,也不应简单从强制性规定的角度对其效力作一体解释。对此,《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》(以下简称《民法典担保制度解释》)第37条第2款规定,“抵押人以抵押权设立时财产被查封或者扣押为由主张抵押合同无效的,人民法院不予支持”。这显然是基于《民法典》第215条所规定的“区分原则”而作出的合理解释。

(二)以查封物设定抵押应予办理登记

在以查封物设定抵押的情形下,登记机构能否为当事人办理抵押权登记手续?在《民法典担保制度解释》征求意见的阶段,其“征求意见稿”第36条曾

在“担保合同有效”的基础上,对因不能办理登记而产生的损失承担问题进一步加以明确,即“因不能办理登记给债权人造成损失,债权人请求担保人在约定的担保财产价值范围内承担违约责任的,人民法院应予支持,但不得超过担保物权有效设立时担保人应当承担的责任”。从该表述来看,在该司法解释的起草过程中,起草者曾仅欲对不能办理抵押登记的抵押合同的效力进行明确,对以查封财产设定抵押是否应予办理登记则采取了回避态度。

从表面来看,《民法典担保制度解释》第37条第2款对该问题似仍是不置可否,但其删除了“征求意见稿”所采纳的前述规则,转而置重于抵押权的行使,即当事人以依法被查封的财产抵押,抵押权人请求行使抵押权,经审查查封措施已经解除的,人民法院应予支持。然而,若登记生效的抵押权无法办理登记,该抵押权未有效设立,在查封措施已解除的情形下,抵押权人何以请求行使抵押权?诚然,依据《民法典》第403条规定,动产抵押权的设立不以登记为成立要件,即使对依法被查封的财产设定抵押不予办理登记,也不妨碍动产抵押权的设立和行使。但《民法典担保制度解释》第37条第2款并未将依法被查封的财产区分为不动产和动产。若登记机构对已被依法查封的不动产不予办理抵押登记,则该条规则的适用对象势必会被限缩为动产抵押权。如在解释论上作此解释,该司法解释的起草者直接将其适用对象限定为动产抵押权即可,而无须将其规定为“依法被查封的财产”。尤其是从前述“征求意见稿”第36条规定来看,该司法解释的起草者在起草阶段显然已经意识到,在我国登记实务中存在不予办理登记的做法,但其仍选择抛弃了“征求意见稿”第36条规定,转而对抵押权人能否行使抵押权进行限制,这似已表明其对查封物的抵押登记问题持肯定态度。而且,从体系来看,该司法解释并未将第37条第2款所确立的规则置于“不动产抵押”或“动产或权利担保”部分,而是将其置于“担保合同与担保物权的效力”中予以规定。准以此言,只要抵押财产属于“法律、行政法规未禁止抵押”的财产(《民法典》第

395条),在其被依法查封之后,当事人申请以该财产办理抵押权登记的,登记机构原则上均应予办理登记。《民法典担保制度解释》第37条第2款的适用对象并不仅限于动产或不动产,法律、行政法规未禁止抵押的动产或不动产之外的其他财产权利亦可适用。

尤其是就不动产登记而言,如前所述,虽然《不动产登记暂行条例》及其实施细则并未规定依法被查封的财产不得办理抵押权登记,但我国的登记实务却在某种程度上采纳了该做法,登记机构对已被依法被查封的财产原则上不予办理抵押权登记手续。依据《不动产登记暂行条例》第8条第3款规定,不动产登记簿应当记载的事项包括“涉及不动产权利限制、提示的事项”,一般认为其中所规定的“权利限制、提示”主要包括司法机关要求的查封登记、依法纳入登记簿的异议登记以及预告登记等。^⑧在人民法院等国家有权机关依法要求办理不动产查封登记的情形下,依据该条例及其实施细则的规定,在提交法定材料之后,不动产登记机构应当办理查封登记。但在办理查封登记之后,不动产登记机构能否以查封登记属于“涉及不动产权利限制、提示的事项”而拒绝为当事人办理抵押权登记手续?该条例及其实施细则并未予以明确。从异议登记及预告登记的相关规定来看,这两者虽同属于“涉及不动产权利限制、提示的事项”,但不动产登记机构能否为后续交易办理登记,规则却是截然不同。依据《不动产登记暂行条例实施细则》第84条规定,“异议登记期间,不动产登记簿上记载的权利人以及第三人因处分权利申请登记的,不动产登记机构应当书面告知申请人该权利已经存在异议登记的有关事项。”如果“申请人申请继续办理的,应当予以办理”。与之相对,在“预告登记生效期间,未经预告登记的权利人书面同意,处分该不动产权利申请登记的,不动产登记机构应当不予办理”(《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款)。如此来看,虽然查封登记可以被归入到“涉及不动产权利限制、提示的事项”之中,但在已经采取查封登记等措施之后,当事人以依

法被查封的财产设立抵押权并申请办理登记的,不动产登记机构不能据此而当然认为应不予办理。

准以此言,在以依法被查封的财产设定抵押的情形下,登记机构拒绝为其办理登记的主要障碍似为《物权法》第184条以及《民法典》第399条所规定的“依法被查封的财产不得抵押”。但如前所述,“不得抵押”并不等同于禁止抵押,警示性规定通常会采用“不得”的表述。^⑨如此,从法解释论来看,在以依法被查封的法律、行政法规未禁止抵押的财产设定抵押的情形下,无论查封物为动产、不动产抑或是财产权利,当事人申请办理抵押登记的,登记机构原则上均应为其办理登记,除非其已被明确列入不予登记的情形之中,或是存在明确禁止其抵押的规定。

(三)以查封物设定抵押权并不影响其物权效力

在以查封物设定抵押权设定抵押权的情形下,其是否具有物权效力?《征求意见稿》第36条对此不置可否,《民法典担保制度解释》第37条第2款则规定,“当事人以依法被查封或者扣押的财产抵押,抵押权人请求行使抵押权,经审查查封或者扣押措施已经解除的,人民法院应予支持。”从该条规定的表述来看,一方面,抵押权人所请求行使的抵押权应是在查封措施采取之后、解除之前所设立的。如果该抵押权设立于查封措施采取之前或解除之后,抵押权人无须待查封措施解除即可行使抵押权。另一方面,在当事人以依法被查封的财产设定抵押权的情形下,查封措施的采取所影响的仅是抵押权的实现,经审查查封措施未解除的,仅会导致抵押权人不得就依法被查封的财产行使抵押权而优先受偿,并不会对抵押权的物权效力产生影响。否则,在查封措施解除之后,当事人以依法被查封的财产所设立的抵押权不会当然获得物权效力,亦不会从无效而当然转为有效,除非当事人重新以已被解除查封措施的财产设立抵押权,抵押权人行使抵押权才能获得支持。由此,在以依法被查封的财产设定抵押的情形下,《民法典担保制度解释》第37条第2款已对《民法典》第399条规定的“不得抵押”的内涵作出了解释,即在已被依法查封的财产上设定抵押,仅导致该

抵押权的劣后实现。只有在查封措施解除之后,该抵押财产上存在的处分权限制被解除,抵押权人请求行使抵押权才能得到法院的支持。

同时,依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(以下简称《民法典物权编解释(一)》)第15条规定,在“登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项”等情形下,当事人以依法查封的不动产等设定抵押权会构成无权处分,抵押权人也不属于善意第三人,但此情形不同于通常的无权处分,其系所有权人所为的处分。将其归入到无权处分,并非为了保护真正所有者的利益,而是出于保护申请执行人等主体的利益的考虑。对此,不应依据《民法典》第311条而对其物权效力加以判定,亦属当然之理。正因如此,尽管依据《民法典物权编解释(一)》第16条等规定,可以将以依法查封的财产设定抵押权归为无权处分,但《民法典担保制度解释》抛弃了其《征求意见稿》将“所有权、使用权不明或者有争议的财产”与“依法被查封的财产”作相同解释的做法,在第37条第1款中对以前者设定抵押的行为循无权处分的路径加以解释,^①在第2款中却未采纳同样的路径而对以后者设定抵押的物权效力加以解释。

就以查封物设定抵押的物权效力而言,《民法典担保制度解释》第37条第2款规定抵押权人须待查封措施解除之后才能行使抵押权,这实际上已经表明其与查封措施的申请主体等之间构成权利对抗关系。双方当事人之间所竞存抗争的并非是依法被查封的财产(即抵押财产)的所有权,而是该财产的处分权应由哪一方主导,对该财产进行处分而所得的金额应由哪一方优先受偿。而就对抗当事人的范围而言,如前所述,依据《查封规定(2020年修正)》第24条等规定,在以依法被查封的财产设定抵押的情形下,抵押权人不仅无法对抗申请执行人(包括轮候查封的申请执行人在内),也无法对抗其后参与到执行程序中的其他债权人。在不构成善意取得的情形下,该抵押权人就依法被查封的财产所享有的抵押权的

实现劣后于前述主体。准此以言,考虑到轮候查封以及参与分配的可能性,即使依法被查封的财产已被执行且仍有余额,但查封措施未解除的,似应认为只有在查封措施因申请执行人放弃债务或债务已获清偿等原因而被解除之后,抵押权人才可以行使抵押权。如此,在以依法被查封的财产设定抵押的情形下,抵押权人请求行使抵押权的,只有待查封措施解除之后,人民法院才应予以支持。

结论

虽然《担保法》第37条、《物权法》第184条以及《民法典》第399条规定不得以依法被查封的财产设定抵押,但其并未明文规定该行为绝对无效。在以依法被查封的财产设定抵押权的情形下,抵押合同的效力不受影响。同时,从解释论来看,《民法典担保制度解释》第37条第2款规定实则表明,无论依法被查封的财产为动产、不动产抑或是财产权利,当事人申请办理抵押登记的,登记机构原则上均应为其办理登记手续。但该抵押权的物权效力应被解释为相对无效,仅在相对于申请执行人(包括轮候查封的申请执行人)以及其后参与到执行程序中的其他债权人等主体的范围内是无效的。除非抵押权人因查封公示效应不达而构成善意取得,可以据此优先于申请执行人等主体而行使抵押权,从查封物中获得优先受偿。否则,抵押权人针对查封物所享有的抵押权的实现不仅应劣后于申请执行人,还劣后于轮候查封的申请执行人以及其后参与到执行程序中的其他债权人等主体。有鉴于此,即使依法被查封的财产已被执行且仍有余额,但查封措施未解除的,抵押权人仍应待查封措施解除之后才可行使抵押权。

注释:

^①参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》第4版,中国法制出版社2017年版,第219页。

^②具体可参见:河南省南阳市中级人民法院(2019)豫13民终2720号民事判决书;陕西省高级人民法院(2018)陕民申1839号民事裁定书;山东省泰安市中级人民法院(2018)鲁09民终1292号民事判决书;浙江省建德市人民法院(2018)浙

0182民初6598号民事判决书;广西壮族自治区平乐县人民法院(2018)桂0330民初1274号民事判决书;湖北省宜昌市中级人民法院(2017)鄂05民初233号民事判决书;天津市滨海新区人民法院(2017)津0116民初32955号民事判决书;山东省烟台市中级人民法院(2015)烟商二终字第602号民事判决书;山东省聊城市中级人民法院(2015)聊民一终字第281号民事判决书;陕西省眉县人民法院(2012)眉民一初字第00732号民事判决书;河南省新乡市中级人民法院(2011)新中民二终字第311号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2009)浙甬商终字第595号民事判决书;安徽省高级人民法院(2009)皖民二终字第0023号民事判决书;四川省雅安地区中级人民法院(1998)雅中法经初字第17号民事判决书等。

③参见最高人民法院(2007)民二终字第117号民事判决书。

④参见河南省新乡市中级人民法院(2009)新民二初字第010号民事判决书。

⑤参见河南省高级人民法院(2009)豫法民二破字第2号民事判决书。

⑥参见注①,第219页。

⑦参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第267页。

⑧参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第329页;黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第329页。

⑨例如,《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条规定,“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”

⑩参见吴光荣:“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”,《法律科学》2014年第5期,第89页。

⑪参见广东省珠海市中级人民法院(2013)珠中法审监民再字第19号民事裁定书。

⑫参见浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭商终字第2307号民事判决书。虽然该案的判决结果具有一定的合理性,但其解释思路和论述仍有待商榷。对此,也可参考吴光荣:“判定以海关监管之物设定抵押之效力的裁判思路”,《人民司法·案例》2017年第8期,第81-82页。

⑬参见黄亮:“以处于海关监管期内特殊动产进行抵押应属有效”,《人民司法·案例》2017年第8期,第79页。

⑭参见庄宏志:“房地产抵押的有关法律问题”,《中外法

学》1993年第3期,第28页。

⑮参见注⑩,第83页。

⑯参见胡夏冰、陈春梅:“对妨害民事诉讼的强制措施的建议”,《广西政法管理干部学院学报》2011年4期,第73页。

⑰参见蔡彦敏、张珺:“审时度势:对现行《民事诉讼法》修订之思考”,《法学家》2002年第4期,第61页。

⑱参见北京政法学院民事诉讼法教研室:《中华人民共和国民事诉讼法讲义》,1982年自版,第152页。

⑲参见柴发邦、赵惠芬:《中华人民共和国民事诉讼法(试行)简释》,法律出版社1982年版,第171-172页。

⑳参见柴发邦等:《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版,第273-274页。

㉑参见张卫平:“中国民事诉讼法立法四十年”,《法学》2018年第7期,第45-46页;任重:“改革开放40年:民事审判程序的变迁”,《河北法学》2018年第12期,第24页。

㉒参见徐燕华:“民事执行中查封之效力”,《上海市政法管理干部学院学报》2001年第3期,第42页。

㉓参见顾昂然:“关于《中华人民共和国担保法(草案)》的说明——1995年2月21日在第八届全国人民代表大会常务委员会议第十二次会议上”,载何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览(增订本)》(中卷),北京大学出版社2017年版,第1384-1386页。

㉔参见孔祥俊主编:《担保法例解与适用》,人民法院出版社1996年版,第283页。

㉕参见董开军主编:《〈中华人民共和国担保法〉原理与条文释义》,中国计划出版社1995年版,第147页。

㉖参见唐德华主编:《最新担保法条文释义》,人民法院出版社1995年版,第98页。

㉗参见注⑩,第98页。

㉘参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2009年版,第404-405页;王胜明主编:《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社2007年版,第397页。

㉙参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编释义》,法律出版社2020年版,第493页。

㉚苏永钦:“民事立法者的角色——从公私法的接轨工程谈起”,载苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第27页。

㉛2020年修正之前,该条规定的序号为“第26条”,内容相同。

㉜参见杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社

2002年版,第21页。

③③参见《查封规定》原第9条第2款。2020年修正之后,该条的序号变为“第7条第2款”,内容与之前相同。

③④参见陈世荣:《强制执行法论解》,台北1980年自版,第255页;蓝贤勇:《民事强制执行法理论与实务》,人民法院出版社2004年版,第229页。

③⑤参见刘哲玮:“论民事司法查封的效力”,《国家检察官学院学报》2019年第4期,第147页;李磊明:“论查封的法律效力”,《中外法学》1998年第1期,第62页。

③⑥参见许明月:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第147页。

③⑦参见赵晋山:“论查封、扣押的效力——以动产、不动产的查封、扣押为中心”,载最高人民法院执行工作办公室编:《执行工作指导》(第1辑),人民法院出版社2004年版,第113页。

③⑧参见刘璐:《民事执行重大疑难问题研究》,人民法院出版社2010年版,第176页。

③⑨参见[日]竹下守夫:《日本民事执行法理论与实务研究》,张卫平、刘荣军译,重庆大学出版社1994年版,第78页。

④④参见王飞鸿:“关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定”的理解与适用”,《人民司法》2004年第12期,第12页。

④①例如,《民事强制执行法草案(第一稿)》第270条(查封对债务人的效力)第2款;《民事强制执行法草案(第二稿)》第219条(查封对债务人的效力)第2款;《民事强制执行法草案(第四稿)(2003年7月10日)》第122条(查封对被执行人的效力);《强制执行法草案(第六稿)(2011年3月)》第111条(查封对执行债务人的效力)第1款;等。具体可参见:沈德咏主编:《强制执行法起草与论证》(第一册),中国法制出版社2002年版,第98页以下;黄松有主编:《强制执行法起草与论证》(第二册),中国人民公安大学出版社2004年版,第134页以下;江必新、贺荣主编:《强制执行法的起草与论证》(三),中国法制出版社2014年版,第600页等。

④②参见江苏省江阴市人民法院(2018)苏0281民初15295号民事判决书。

④③参见广东省珠海市中级人民法院(2017)粤04民终2584号民事判决书。为了行文的简洁和流畅,本文在引用判决内容时对当事人的名称进行了简化处理。

④④采纳同样观点的判决还有:贵州省遵义市中级人民法院(2018)黔03民终5704号民事判决书;浙江省临海市人民法院(2017)浙1082执异1号执行裁定书;湖南省湘西土家族苗族

自治州中级人民法院(2016)湘31民终935号民事判决书等。

④⑤参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第375页。

④⑥参见[日]我妻荣:《新订担保物权法》,岩波书店1968年版,第6页。

④⑦参见叶金强:《担保法原理》,科学出版社2002年版,第7页;王泽鉴:《民法物权论》,北京大学出版社2009年版,第352页;郭明瑞:《担保法原理与实务》,中国方正出版社1995年版,第17-18页。

④⑧参见谢在全:《民法物权论》(中册),台北2009年自版,第327-328页。

④⑨参见《民法典》第395条。

④⑩参见《物权法》第180条。

④⑪参见《物权法》第1条。

④⑫对此,我国有学者主张,虽然所有权人的处分权受到限制,但在不影响保全措施、执行措施的申请主体及有权申请“参与分配”的债权人等的利益且依法被查封的财产有价值余额的情况下,应当允许在此类财产上再设立抵押权。参见刘保玉:“我国担保物权制度的立法改进与规则完善”,《公民与法》2012年第7期,第6页。

④⑬《江苏省不动产登记条例》第67条以及《天津市不动产登记条例》第52条等都规定,“以法律、行政法规未禁止抵押的其他不动产进行抵押的,可以申请办理不动产抵押权登记。”

④⑭比例原则包括均衡性原则、适合性原则和必要性原则。参见[日]山本敬三:“取引関係における公法的規制と私法の役割(1):取締法規論の再検討”,《ジュリスト》1996年第1087号,第129-132页。

④⑮参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第652页。

④⑯参见[日]中野貞一郎:《民事執行・保全法概説》,有斐閣1991年版,第110页。

④⑰参见河南省高级人民法院(2009)豫法民二破字第2号民事判决书。

④⑱参见[日]田中康久:《新民事執行法の解説》(増補改訂版),金融財政事情研究会1980年版,第129-130页。

④⑲参见[日]中野貞一郎、下村正明:《民事執行法》,青林書院2016年版,第30页。

④⑳参见注⑳,第338页。

④㉑所谓平等主义,是指在强制执行程序进行中,并不因申

请时间或申请参与分配的时间的先后使各个债权人的受偿权利有优先劣后之分,而是按照债权数额的公平比例受偿。参见夏蔚、谭玲:《民事强制执行研究》,中国检察出版社2005年版,第197页。

⑫参见李浩主编:《强制执行法》,厦门大学出版社2004年版,第262页。

⑬参见注⑧,第97页。

⑭参见许士宦:《执行力扩张与不动产执行》,新学林出版股份有限公司2003年版,第234页。

⑮2020年修正之后,《执行规定》原第90条被删除,但依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第508条第1款规定,“被执行人为公民或者其他组织,在执行程序开始后,被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的,可以向人民法院申请参与分配。”该条规定与《执行规定》原第90条内涵基本一致。

⑯参见《查封规定》原第28条第1款。2020年修正之后,该条的序号变为“第26条第1款”,内容与之前相同。

⑰最高人民法院(2015)民申字第3553号民事裁定书。

⑱同样的观点可参见:广东省珠海市中级人民法院(2017)粤04民终2584号民事判决书、江苏省高级人民法院(2018)苏民终332号民事判决书等。

⑲《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)第1条规定:“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定,认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”《民法典》出台之后,该司法解释已被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》(法释[2020]16号)废止,但前述规定所确立的优先顺位被《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(法释[2020]25号)第36条继续采纳,即“承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权”。

⑳参见占善刚:“略论民事强制执行中不动产查封的方法”,《武汉理工大学学报(社会科学版)》2005年第2期,第232页。

㉑参见《查封规定》原第8条规定。2020年修正之后,该

条文序号变为“第6条”,内容与之前相同。

㉒参见田玉玺、刘文涛:“不动产查封公示问题研究”,《政法论坛(中国政法大学学报)》2001年第1期,第42页。

㉓参见《查封规定》原第9条规定。2020年修正之后,该条文序号变为“第7条”,内容与之前相同。

㉔参见童兆洪:《民事强制执行新论》,人民法院出版社2001年版,第92页。

㉕参见杨荣馨主编:《〈中华人民共和国强制执行法(专家建议稿)〉立法理由、立法例参考与立法意义》,厦门大学出版社2011年版,第425页。

㉖参见于海涌:“法国保全性裁判抵押权制度研究——兼论我国不动产查封制度的完善”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2006年第3期,第143页;于志明:“不动产查封制度之缺陷——以一起商品房买卖合同纠纷为视角”,《山东审判》2012年第2期,第110页。

㉗该观点也为我国司法实践广泛采纳。典型者如最高人民法院(2017)最高法民再90号判决书。

㉘参见最高人民法院(2017)最高法民申3150号民事裁定书。

㉙参见浙江省杭州市中级人民法院(2016)浙01民初360号民事判决书。

㉚参见刘家安:“《民法典》抵押物转让规则的体系解读——以第406条为中心”,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第76页。

㉛参见刘贵祥:“《民法典》实施的若干理论与实践问题”,《法律适用》2020年第15期,第8页。

㉜参见注⑩,第8-9页。

参考文献:

[1]赵晋山:“论查封、扣押的效力——以动产、不动产的查封、扣押为中心”,载最高人民法院执行工作办公室编:《执行工作指导》(第1辑),人民法院出版社2004年版。

[2]王飞鸿:“《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》的理解与适用”,《人民司法》2004年第12期。

[3]吴光荣:“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”,《法律科学》2014年第5期。