

买卖型担保的效力研究

卞贵龙

(上海市浦东新区人民法院,上海 200135)

[摘要]根据担保方式的不同,买卖型担保可分为物权性担保及债权性担保。物权性担保实为让与担保,不具有担保物权地位;债权性担保所表现出的买卖合同因双方虚伪表示而归于无效,所承载的代物清偿协议因违反流押禁令而无效,亦不具有担保作用,债权人无权要求债务人交付买卖标的物,但在标的物交付后可行使清算权保障自身债权,该清算权无优先受偿性。

[关键词]买卖型担保;物权性担保;债权性担保;让与担保;代物清偿;流押

[中图分类号]D923.6 **[文献标志码]**A **[文章编号]**1674-117X(2018)04-0051-06

Research on the Effectiveness of Buy-and-Sell Guarantee

BIAN Guilong

(Shanghai Pudong New Area People's Court, Shanghai 200135, China)

Abstract: According to the difference of guarantee types, buy-and-sell guarantee can be divided into real right guarantee and obligatory right guarantee. Real right guarantee is alienation guarantee and has no security interest position. The buy-and-sell contract represented by the debt guarantee is invalidated due to the hypothetical representation of both parties, and the substitution repayment agreement is invalid because it violates the prohibit mortgage, hence having no guarantee effect. The creditor has no right to require the debtor to deliver the subject matter of the transaction, but after the delivery of the subject matter, he or she can exercise the liquidation right to protect his or her own rights. The liquidation right has no priority for repayment.

Key words: buy-and-sell guarantee; real right guarantee; obligatory right guarantee; alienation guarantee; substitution repayment; prohibit mortgage

买卖型担保名为买卖担保实为借贷担保,实际上是通过订立买卖合同的方式实现担保债权,此类担保形式最初为一种企业间融资模式,主要是为了解决企业融资困难所设,但现今广泛应用于民间借贷中,成为“高利贷”常用的担保方式。实践中,根据担保形式的不同,买卖型担保可分为物权性担保与债权性担保。物权性担保是指担保人与担保权人通过买卖合同的履行设定担保,担保人于担保设定时即以买卖的形式实现了物权移转,担保权人取

得担保物之所有权,唯有债务人清偿债务时方可恢复担保物之权利状态,即以物之所有权担保借贷之债;债权性担保是指订立买卖合同但未实现物权移转,合同约定的履行条件为借贷之债的不履行,在担保权实现之前,担保物的所有权一直处于担保人的控制下,故可理解为以买卖之债担保借贷之债。(有学者从目的论的角度提出,这种担保形式并非债权担保,而是物权担保,但债权相对于物权而言,本身即为一种手段,债权的实现最终往往体现于物

收稿日期:2018-05-05

作者简介:卞贵龙(1990-),男,上海人,上海市浦东新区人民法院助理法官,硕士,研究方向为民法。

权的归属,客观上买卖合同为担保手段,跳过合同直接将意思效果归结于物的观点还有待商榷。参见参考文献[1])学界及实务界对此类买卖型担保的效力探究争议较大,即使在《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《民间借贷司法解释》)出台后,似乎对债权性担保的处理规则有所定论,但定论基础仍不明确,法院虽可否定买卖意思,但其背后担保意思的合法性问题仍需考究。

一 物权性担保的效力论

(一)物权性担保的本质——让与担保

就物权性担保而言,形式上双方已通过买卖的形式实现了担保物的权利移转,名义上所有权已归买受人所有,唯有出卖人的借贷之债得以清偿方可恢复权利归属。双方的物权移转意思并非终局性的,移转物权并非依一般买卖合同发生的法律效果,而是为了担保背后的借贷关系,这种权利担保方式一般会通过买卖标的物的回赎权条款体现出来。让与担保的前提是双方存在着有效的债权债务关系,且设定目的是为了担保债权的实现,其客体为可依法转让的财产或财产权利,且让与担保权人所获的所有权是暂时的、可回转的,不要求转移标的物的占有。从实现方式来看,物权性担保基本可归于让与担保的制度框架下。

让与担保系债务人或者第三人为担保债务人之债务,将担保标的物之财产权转移于担保权人,而使担保权人在不超过担保目的之范围内,取得担保标的物之财产权,于债务清偿后,标的物应返还于债务人或第三人,债务不履行时,担保权人得就该标的物受偿的非典型担保。^[2]让与担保最初的法律形态可视为一种财产信托行为,即债务人将其财产基于信托关系移转至债权人处,债权人负有名义上所有权人的保护义务及对债务人的忠诚义务,不得随意处分信托物,发生约定事宜应依约返还信托物。鉴于让与担保是以所有权作为担保方式,不同于抵押、质押等典型担保方式,时常会发生权利归属的错象,在物权公示制度未予以配合的法律环境下一直受到批判。时至今日,让与担保的适用在国外已得到广泛认可,而我国立法尚未正式确立让与担保权制度。

(二)物权性担保的效力探讨

从我国目前物权法立法实践来看,虽在物权法

草案中讨论过让与担保制度,但从正式公布的法律来看,立法者摒弃了让与担保制度,也没有相关司法解释明确规定该制度。笔者亦遵从立法态度,认为物权性担保不发生物权法意义上的担保作用。

第一,让与担保至今未有法律明文承认,不具有物权效力。尽管多人提出“物权法定”的缓和主义,主张让与担保可在缓和主义下通过法律解释融入现有法律体系之中。但我国的担保物权体系一直以抵押及质押为两大支柱,配套的物权登记制度已自成体系,若要新建一种担保模式则需十足理由,不仅要证明现实法律生活的迫切需求,还要证实现有制度的空缺短板,倘若只追求法律体系上的形式完整而忽视内在统一实非明智之选。

第二,让与担保以让与所有权为担保方式,不同于保有所有权的抵押和质押,前者以所有权整体权能为担保对象,后者以所有权的部分权能作为担保,两者在担保的直接效果上均表现为担保人处分权的受约束性,最终效果同为对担保物价值的优先受偿。就此而言,在登记的抵押权面前,让与担保权并无过人之处;在动产质押面前让与担保人因不实际控制担保物,其权利风险更大。可以说,现实中大部分担保关系均可通过现有的制度解决,让与担保并无实践优势。^[3]

第三,让与担保造成名义所有权及实际所有权分离,在没有适当的公示手段配合实施的情况下,担保人的所有权脱离了自身控制,不利于担保人的权利保护。在当前我国权利登记错误情形较多的现实环境下,若采用一般意义上的所有权转移登记,则会极大增加随意处分担保物的可能性,由此必会产生更多的纠纷,登记的公信力亦会受到损伤;若新设“让与担保权”的权利登记模式似乎可解决此问题,但创设的成本及实际影响则无从考究,与其为一个非典型担保专门设立公示制度,不如就现有担保制度的框架下,引导民事主体合理选择抵押、质押的担保模式更为妥当。^[4]

因此,在国内现有担保体系的运作模式下,让与担保的入法进程尚需放缓,物权性担保中应当认定担保关系无效;同时考虑到买卖合同的直接法律效果为所有权的让与,依合同本意,债务人未能按期偿债(未行使赎回权),所有权即归债权人所有,显已违背流押禁令,故双方之间的买卖合同属无效合同,不能产生物权移转的意思,买受人仅可主张担保关系背后的借贷债权。

二 债权性担保的效力论

债权性担保的发展历程并无物权性担保之遥远,其为近年来新生担保方式,对其本质目前仍有一定争议。

(一) 债权性担保的本质

1. 附条件买卖的不妥

有观点认为借贷合同的履行为买卖合同的解除条件,若借贷法律关系得以消灭,则买卖关系不再发生法律效力,在《民间借贷司法解释》第24条出台之前,最高人民法院就以“朱俊芳”案(参见朱俊芳诉嘉和泰公司商品房买卖合同纠纷案,[2011]民提字第344号判决)表明此立场,但若采此解释则避免不了下述难题。

首先,附条件的买卖本质上仍为买卖合同,即此理论认可双方之间的买卖意思为真实有效,倘若条件成就,则双方需按照买卖规则来履约。但实践中买受人缔约意思在于借贷债权得不到满足时用买卖债权来弥补,即通过取得买卖标的物来填补自身出借资金的损失,买受人也没有实际支付买卖价款的意图;而出卖人的真实意思在于用买卖标的物作为自己借贷债务的担保,若到期无力偿债则用该标的物抵债,买卖合同的订立仅为一种担保手段而已。就双方缔约真意来看,买卖合同并非当事人之间的真实意思,用买卖标的物来抵债才是真实意思,所以定性为买卖合同实为不妥。

其次,即使认可双方之间的买卖意思,那么如何解释作为买卖行为附款又是一大难题。若作停止条件解释,条件成就(债务人到期未清偿债务)前,买卖合同未生效,双方均不受买卖合同的约束,买受人自然也无法申请预告登记来保全合同权利,对出卖人另行出售的限制也较小,显然不符合买卖合同缔约的本意;若作解除条件解释,条件成就(债务人已清偿债务)买卖合同方才失效,那么对于债务清偿期内出卖人支付价款,买受人交付标的物的义务该如何处理?有人提出这两项义务应均附停止条件,唯有债务人未清偿债务方负此义务。但义务究竟能否附条件,给付价款的义务可否直接与借贷债务直接抵消,法理上仍难以自圆其说。

最后,将买卖合同视为有效合同则会造成双方严重的利益失衡。真实有效的合同所产生的权利义务虽不比物权关系在法律效果上的强势地位,但债权的强制性亦不容忽视。若认为合同债权对债

务人没有约束力,当事人可自由选择是否履行合同义务,且可通过撤销权来平衡缔约和履行的利益失衡问题的话,无疑忽视了债的强制性,因为一旦债务人不能清偿到期债务,实际上不能选择是否履行买卖合同,履约的选择权在债权人手上,若债权人要求继续履行,债务人不具有法律上的抗辩权。至于债务人采用查封、设定抵押、另行出售的方式来逃避债权实现则是权利实现的风险问题,即使是物权也可能面临善意取得的“侵夺”,所以这些规避手段并非讨论权利强制性的因素。而且实践中出现的大量买卖型担保均由高利贷引起,若一味认可买卖合同的效力,而罔顾借款人的利益,即使借款人以显失公平等理由要求撤销合同,那么也面临举证责任及除斥期间的限制,实际上造成了“间接流押”的结果。

2. 后让与担保与未来抵押权的不当

如上所述,双方表面上的买卖意思不应被法律所承认,则买卖背后的真实意思该如何判断,学界出现了后让与担保与未来抵押权的对抗。^[1,5]后让与担保实际上是人为创设的代替债权性担保称谓的又一法律名词而已,其将债权性担保的诸多法律特性归结于一处,并与传统的让与担保制度相较,试图通过另一法律术语来归纳这种新型担保形式。且不论后让与担保立法依据如何,作为让与担保的变形同样面临本土化适用的困境,在让与担保制度尚未得到肯定的背景下直接承认后让与担保的制度也不妥当。

对于未来抵押权一说,将买卖背后的担保意思解释为抵押担保,目的在不破坏现有法律体系的前提下将债权性担保融入当下的法律规则中,将抵押物的范围扩大到未来可能取得的债权标的物。债权性担保本质上的担保手段还是买卖之债,将债权看作一种物保方式有失稳妥。而且我国的不动产抵押采用登记生效主义,未经登记不发生物权效力,这种买卖合同无法作为抵押登记事由,不具有现实可操作性。即使此种抵押方式用登记对抗规则来解释,抛开如何登记的难题来看,合意即成立物保会大大加大债权人的投机行为:此类买卖合同涉及到当事人之间意思表示的解释问题,具体案件的事实查明都较为困难,买卖的真实性很难判断,即使这种买卖合同的买卖意思被法院否定,债权人的债权还可受到担保物权保障。现实中债权人完全可先以买卖合同起诉要求交付标的物,若法院未

能识别出借贷关系,便可依买卖合同取得标的物;若法院识别出借贷关系,其债权依旧可以合意设立的抵押权来作担保。在无法保证法院能对此类买卖合同性质作出准确判断的情况下,对借款人殊为不利。且若这类担保方式获得承认,不动产抵押将会大量减少,由此导致的纠纷也将大幅增加。^[6]因此,这类买卖合同并不能有效设立不动产抵押权。

3. 代物清偿的合理性初判

从担保方式的本意上考究,债权性担保更接近于代物清偿协议。所谓代物清偿,又名以物抵债,即当事人之间约定以履行他种给付替代原定给付,以实现原债务的消灭。一般而言,由于代物清偿通常随着他种给付的履行才发生旧债消灭的效力,所以代物清偿为要物合同。作为要物合同,债务人若无履行他种给付行为而仅有代物清偿合意,并不发生效力。^[7]实践中为了规避代物清偿协议的要物性,当事人往往会在债务的实际履行前达成代物清偿合意,约定一旦债务无法按约清偿,债务人需就某特定物冲抵债务。对于其法律定性,有观点认为债权性担保可作为“代物清偿预约”,^[8]但预约订立的目的是为了另行订立本约,预约仅为双方的初步合意,具体意思表现还需通过本约的确立,但此处所谓的“代物清偿预约”实质上已经是一个完备的合意体现了,欠缺的只是“债务未得清偿”这个履行前提,所以双方达成的是预先履约的意思,并非为预先立约的意思,故此观点说服力不强。当然,也有“附生效条件的代物清偿协议”的看法,^[9]将债务清偿看作代物清偿协议效力的约束条件,考虑到代物清偿协议的要物性,此时协议的初始效力受到“债务清偿与否”及“标的物交付与否”的双重约束,唯有债务人未清偿债务且实际交付标的物用以偿债时此约定方才生效。但作为实践合同的代物清偿协议能否另行附条件作为效力约束还值得探讨,所以这种理解也有一定问题。

既然在现行法下无法很好地解释这一新生事物,不妨抛开对以物抵债合同要物性的认识,直接认定为诺成合同,也并非毫无可能。(已有学者从债务人履行异于原定给付的他种给付的类型入手,论述诺成性以物抵债协议的法律依据,参见参考文献^[10])《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》中第7条提到,人民法院可出具以物抵债裁定书,该裁定书直接发生物权变动效果,若坚持以物抵债的自愿履行性,法院凭

何制作执行裁定?另外,《2016年全国法院民商事审判工作会议纪要》中第31条也表示法院可根据当事人之间自愿达成的以房抵债协议制作调解书,同样证实了以物抵债协议的诺成性可能。

(二) 债权性担保的效力探究

1. 诺成合同的效力解释

依上文分析,若将债权性担保理解为诺成性抵债合同,首先面临的的就是合同的约束力问题,一诺即成理应自合意达成时即产生债法上的强制履行力,通过预先约定达成抵债担保的方式最大的挑战就是流押禁令的适用。就此种担保的实现方式来看,若债务人不偿还债务将以买卖标的物直接抵债,与流押条款所指的担保物权实现时不可直接以物权转移来消灭主债务的意思一致,就当事人设立债权性担保的真实意思层面是完全在流押禁令的规制领域内,故此项意思应被否定。这种担保方式与一般的流押禁令之间唯一区别在于流押的适用基础上,抵押、质押的流押体现在物权性担保上,诺成性抵债合同则体现在债权性担保上,故有人提出,流押禁令应严格限制在抵押、质押上,^[11]债权性担保因为担保效力较弱不应以流押来否定此合同的效力。其实,这是对流押精神的误解。流押禁令是用于防止债务人不谨慎或陷入困境的一个手段,避免将其推入不公平的投机给付,本意是保护债务人免受暴利之盘剥,其并非仅针对现实的、具体的威胁,也为了预防将来的、抽象的威胁,最终是为了防止一种可能存在的利益失衡。不能因为债权性担保的担保作用比传统的抵押、质押弱就认为其不应受流押限制,只要承认债权性担保具有担保作用,那么就应受到流押禁令的约束。^[10]故债务人可援引此规定主张约定无效。(虽然学界近来也对流质、流押条款的正当性与必要性颇多质疑,但完全废除禁止流质、流押约款的主张显得过于激进,其完全忽视了债务人在被担保债权到期之前的保护需要。正因为如此,学界的传统观点大多坚持禁止流质、流押条款的立场)

不过,对如何界定无效的范围意见不尽一致。若将无效理解为整体无效,那么债务人即使将抵债物交付(登记)给债权人,也因缺乏债法上的原因而不产生物权移转效力,债务人可主张返还抵债物。如若将其理解为部分无效,参照抵押、质押的流押适用规则,虽抵债行为无效,双方之间达成的担保意思还在,故债权人对取得的抵债物负有强制清算

义务,在清算完毕后将溢出的担保价值返还债务人,以此达成相对的利益平衡。但就债权人对标的物的清算价值有无优先受偿权的问题仍需注意,若承认债权人对清算后价款的优先受偿权,则赋予了债权人以担保物权人的地位,间接承认了债权性担保的物权地位,此与法理相悖,故此种清算仅具程序法意义,债权人就清算所得价款无优先受偿权,抑或说仅有买卖合同当事人之间的内部效力,没有对抗第三人的外部效力。

2. 实践合同的效力解释

实践合同的效力如何,最终取决于债务人的履行行为,换言之,双方达成的代物清偿协议对债务人没有约束力,买受人不可依预先订立的买卖合同请求出卖人交付标的物,故在交付之前的权利状态与诺成性合同一致。唯有债务到期,出卖人交付标的物后,即债务人实际履行了代物清偿协议,此时协议生效,对双方均产生强制约束力,买卖合同背后的借贷债务随着债务人的交付(抵债)行为而消灭。所以,买卖标的物一旦完成交付,债务人就不得请求返还,物之所有权终局性地转移至债权人处。

3. 利益平衡下的效力抉择

依前文所述,两种效力模式的主要区别在于:若债务人实际履行了买卖合同,可否请求返还。就实践性合同而言,债务人的自愿履行表示其认可抵债行为,同意以买卖合同的标的物来清偿背后的借贷债务,即使标的物的价值远大于借贷债务也应该认为是基于双方的自由意思而定抵债有效。此虽属法律上的应然之理,但在当下“高利贷”盛行的风气下,难免会出现权利失衡的现象。另外,抵债的有效性极可能也会损伤到债务人的其他债权人利益,此种抵债行为因其隐蔽性特征,债权人欲证明债务人恶意清偿的难度较大,无疑又给债务人提供了合法避债的机会,因此,实践性解释实难兼顾各方利益。

在诺成性效力模式的支撑下,诺成性解释下的交付行为并不发生所有权移转的效果,标的物的所有权理应回归至出卖人手中,故整体无效说的观点具有一定可取性。所有权让与虽然无效,考虑到出卖人毕竟对买受人负有借贷债务,法院若支持所有权恢复的诉请后,买受人立即会以债权人的身份要求出卖人(债务人)偿还债务,最终还是要对买卖标的物进行清算,如此看来,债权人直接清算则可节

省司法资源,亦可避免债务人擅自转移标的物的风险。(实践中,买卖合同纠纷中的返还原物诉请得以支持后,标的物的控制权回归至出卖人(债务人)手上,即使债权人立即起诉并要求保全,中间也会存在一定的时间差,债务人极有可能趁此机会转移责任财产)但笔者认为清算与其说是义务,不如认为是一种权利。因为清算若为债权人的法定义务,则必须有对应的权利主体提出方可,即债权性担保中的出卖人主动提出清算请求,不过实践中出卖人一般均以“合同无效,返还原物”为由主张物权,要求出卖人放弃这种“优势地位”几无可能。若将清算认为债权人的权利,赋予其对抗债务人“返还原物”请求的功能,则可避免救济程序上的尴尬。由此可见,一诺即成下的效力解释更具合理性,上文所述将买卖合同背后的抵债协议认定为诺成协议当为可取之论。

三 《民间借贷司法解释》第24条之证成

对买卖型担保最直接的法律规制莫过于《民间借贷司法解释》第24条,将买卖关系的处理放入民间借贷案件的裁判规则里无疑表现出立法者对买卖关系所持的否定态度。该条第1款明确了在处理债权性担保时不确认双方买卖关系的裁判精神,从结果意义上看买卖合意已被法律所否定,正契合上文所述此种担保方式只是将买卖合同作为实现担保目的的手段,并无实际买卖意思的判断逻辑,据此,表面上的买卖合同无效。但是买卖背后的担保意思的法律效力能否从第24条中推测得出仍然值得深入研究。

该条第2款中提及若借款人不履行生效判决确定的金钱债务,对方当事人可提出对买卖标的物进行清算。很明显,法院偏向于将清算也视为是一种权利,作为债权人丧失买卖合同保障的补偿性权利,免去了再行主张以买卖标的物作为债务人责任财产进行清偿的执行麻烦,但此项规定是否赋予了债权人优先受偿权不得而知。从一般意义上看,当被告拒绝履行判决文书记载的给付请求时,原告自然有权对被告所有的责任财产申请法院强制执行。买卖合同因缺少法律上的履行理由,担保物的所有权仍在债务人处,当属其责任财产,故债权人申请拍卖买卖物本质上属于诉讼后续的执行程序。第24条第2款也没有明确说明拍卖所得价款的处理规则,优先受偿权一般作为担保性的法定权利,若

无法律明文确定,不宜通过任意解释扩大其适用范围。所以,这一款并非创设担保权人对担保物优先受偿权之法,而应为指导债权人通过一般债权救济路径(司法拍卖)实现己方权利的宣示之意,目的在于省去司法程序上的反复。

本款创设的清算权虽然是针对债权性担保的处理方式,但物权性担保的法律后果与债权性担保存在重叠,同样作为非担保物权的担保形式,物权性担保的裁判规则亦可参照此款进行,即物权性担保下的所有权让与无效,出卖人(债务人)可请求返还标的物,买受人(债权人)可优先直接行使清算权来实现债权,但其对清算所得价款无优先受偿权,与债务人的其他债权人同等条件受偿。

由此看来,买卖型担保的当事人虽有设立担保的意思,以预先/可能移转不动产所有权作为担保,但在债物两分的既有体系下,其无法满足担保形式的要求,也不足以对抗由于债务人不能支付所发生的一系列风险。为了满足担保需求,学界与实务界的各种解释都尝试赋予物权性担保一定的合法性及债权性担保中债权人的优先受偿权,以此实现这种特殊的交易方式一定的担保功能。其在立法论上或有其合理性,但就解释论层面,承认其担保物权地位或赋予其担保物权的效果对现行的担保法体系冲击过大,在相关法律制度对此未作明确规定的情况下,这种尝试不宜过于急促,应以遵循法律的稳定性及司法的实用性为本。

参考文献:

- [1] 杨立新. 后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权[J]. 中国法学,2013(3):74-84.
- [2] 陈华彬. 民法物权论[M]. 北京:中国法制出版社,2010:411.
- [3] 张海鹏. 担保性房屋买卖合同法律性质之探析:兼析《民间借贷司法解释》第24条[J]. 东方法学,2016(2):152.
- [4] 董新辉. 后让与担保的重新解读:以《民间借贷司法解释》第二十四条为中心[J]. 法学研究,2016(7):109.
- [5] 董学立. 也论“后让与担保”:与杨立新教授商榷[J]. 中国法学,2014(3):288-304.
- [6] 张海鹏. 担保性房屋买卖合同法律性质之探析:兼析《民间借贷司法解释》第24条[J]. 东方法学,2016(2):154.
- [7] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:815.
- [8] 高 治. 担保型买卖合同纠纷的法律辨析与裁判对策[J]. 人民司法,2014(23):65-69.
- [9] 陆 青. 以房抵债协议的法律分析:最高人民法院“朱俊芳案”评析[J]. 法学研究,2015(3):74-75.
- [10] 庄加园. “买卖型担保”与流押条款的效力:《民间借贷规定》第24条的解读[J]. 清华法学,2016,10(3):72-85.
- [11] 章晓英. “以房抵债”与抵消预约:《最高人民法院公报》载“朱俊芳案”评析[J]. 西部法学评论,2016(1):58-67.

责任编辑:徐海燕

勘误启事

本刊2018年第2期《黄埔不知何处,绿波依旧东流——论何顿〈黄埔四期〉》一文的第27页左栏倒数第6行“1944年”系错误时间,现更正为“1949年”。

本刊编辑部