

担保型买卖合同的性质、效力与理解

——以“打架”的最高人民法院公报案例为视角

程 乐^①

内容提要 担保型买卖合同近年来引发了一系列的学理讨论,在这个问题的司法实践中更是出现了最高人民法院自相矛盾的情况。针对担保型买卖合同究竟是买卖还是担保,如果是担保又是哪种担保的争论也是莫衷一是。笔者认为,担保型买卖合同本质上是一种非典型担保,该担保具有相应的合同效力,但不具有物权效力,倘若买卖合同业已履行,债务人或担保人就不能主张不动产转让不生物权效力,以图为最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的适用铺平道路,规范此类案件的审理,更好地平衡借贷双方之间的权利与义务关系。

关键词 借贷规定 担保型买卖 非典型担保 后让与担保

一、问题的提出

担保型买卖合同是近年来兴起的一种以买卖合同的形式担保债权实现的契约。在该合同中,若借款人到期还款,则债权债务关系归于消灭;若借款人到期不还款,则将以房屋抵偿借款。这样的约定在现如今房价不断上涨的情况下,极易导致以价格远超贷款数额的房屋抵顶借款,显然会使得双方权利义务出现不对等的情况。在这样的前提下,最高人民法院自己的裁判却出现了自相矛盾之处,使得此类案件的审理一时之间成为法律上的难题。众多学者也针对这类案件提出了自己的看法,让与担保说^②、后让与担保说^③、代物清偿预约说^④、清偿期前的代物清偿预约说^⑤等观点纷至沓来。也有学者提出让与担保登记制度的建立与商事流质的放开^⑥。总之各种观点莫衷一是,成为理论界的焦点问题。为此,最高人民法院于2015年6月23日出台的最高人民法院《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《借贷规定》)以期对类似案件的判决予以规范。其中涉及担保型买卖的部分规定在《借贷规定》第24条^⑦。该条文在明确

^① 中南财经政法大学2018级博士研究生。

^② 梁曙明、刘牧晗:《借贷关系中签订房屋买卖合同并备案登记属于让与担保》,载《人民司法》2014年第16期。

^③ 杨立新:《后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权》,载《中国法学》2013年第3期。

^④ 刘琨:《以物抵债协议不宜认定为流质契约》,载《人民司法(案例)》2014年第2期。

^⑤ 高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,载《人民司法》2014年第23期。

^⑥ 陆青:《以房抵债协议的法理分析——〈最高人民法院公报〉载“朱俊芳案”评释》,载《法学研究》2015年第3期。

^⑦ 《借贷规定》第24条规定:“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,借款到期后借款人不能还款,出借人请求履行买卖合同的,人民法院应当按照民间借贷法律关系审理,并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的,人民法院裁定驳回起诉。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后,借款人不履行生效判决确定的金钱债务,出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额,借款人或者出借人有权主张返还或补偿。”

了双方之间基础法律关系为借贷关系的同时,却也有许多值得商榷之处,笔者将从最高人民法院的裁判思路以及《借贷规定》第 24 条出发,探明其中诸多值得探讨的问题。

二、最高人民法院的摇摆不定:买卖还是担保

(一)“朱俊芳案”^①:买卖关系说

2007 年 1 月 25 日,朱俊芳与某公司签下了 14 份《商品房买卖合同》,内容为朱俊芳购买商铺,并且办理了相关的销售备案登记手续,该公司还向朱俊芳出具了相应的不动产销售发票。

第二天,朱俊芳和公司签订《借款协议》,约定公司向朱俊芳借款 1000 余万元。为了保证还款,公司将其名下的商铺作为抵押。但抵押方式并非办理抵押登记,而是与朱俊芳订立买卖合同,进行备案。如果到期公司没有偿还借款,就用商铺抵偿借款;如果到期成功还款,则退回抵押。

借款到期后,公司未能偿还借款,朱俊芳遂向法院提出诉讼,请求公司履行买卖合同,将商铺过户给自己。一审、二审法院均认为所谓的《借款协议》,实际上是为《买卖合同》附加了条件。将还款作为买卖合同的解除条件,能够还款,就解除合同;如果不能还款,就按照买卖合同履行。如今还款期到了之后,公司没能还款,应按《买卖合同》履行。

再审法院最高人民法院认为:双方存在买卖关系与借贷关系两个法律关系,两份协议之间的关系为并列且有联系的。至于《借款协议》中约定的“如果到期不能偿还借款,乙方需用商铺抵偿借款”是否违反禁止流押的规定。最高人民法院的观点是,《借款协议》的约定并不是直接规定如到期不能还款就直接转移抵押物之所有权,商铺归朱俊芳所有,而必须通过买卖合同约定的方式转移所有权。这种用买卖合同担保借款的形式并没有违反法律、法规的强制性规定。且对于是履行买卖合同还是借款合同,双方是拥有选择权的。无论怎么选择,都是双方的真实意思表示。

(二)“杨伟鹏案”^②:担保关系说

2007 年 6 月 27 日,杨伟鹏与嘉美公司签订商品房买卖合同,约定杨伟鹏向嘉美公司购买商铺 53 间,价款 340 万元。签订合同当日,嘉美公司向杨伟鹏出具了不动产发票,但发票原件由嘉美公司持有。签订合同第二日,双方对案涉商铺进行了备案登记,并由房产管理局出具了商品房备案证明。

2010 年 4 月 9 日,因为嘉美公司未按约定向杨伟鹏还款,杨伟鹏向法院提起诉讼,要求确认买卖合同有效并交付所涉及的商铺。经过一审、二审以后,最高人民法院再审认为:第一,嘉美公司之所以向杨伟鹏借款是为了避免其对严欣等五人所欠的借款会导致其签订的《商品房买卖合同》生效而失去商铺的所有权,所以嘉美公司即使签订了借款合同与买卖合同,但其并不想失去商铺的所有权。第二,杨伟鹏虽与嘉美公司签订了《商品房买卖合同》,但一直未向嘉美公司索要发票,并且一直未要求办理不动产的权属登记,这有违购房者的一般做法。第三,嘉美公司曾于 2007 年 6 月 28 日至 2007 年 12 月 18 日,分别向杨伟鹏账户分九次打款共 60 余万元,这并不是买卖的一般做法而是借款中偿还利息的一般做法。

^① 最高人民法院(2011)民提字第 344 号判决书。

^② 最高人民法院(2013)民一终字第 62 号判决书。

最高人民法院再审认为,双方的债务关系并不需要书面合同予以确认,杨伟鹏向嘉美公司支付借款并收取利息的行为,足以认定债权债务关系的存在。而《买卖合同》其实是一种担保,且属于非典型担保,在无法偿还时,应进行拍卖。最终最高人民法院驳回了杨伟鹏要求交付的诉讼请求。“名为买卖,实为借贷(或借款担保关系)”为审判实践中较为普遍的认定“以房抵债”协议的方式,在一些地方法院的审判实践中也有出现。^①

(三)小结

根据对最高人民法院同案不同判的梳理,我们不难看出,前述案例中的当事人之间存在这样一种法律关系:借贷关系的当事人或其关系人在借贷合同之外再签订一份房屋买卖合同,约定如不能按期偿还借款,则执行房屋买卖合同,将房屋转让给出借方,以房屋抵债。^②在朱俊芳案中,法院倾向于将借款合同看作是为买卖合同设立了解除条件。在杨伟鹏案中,法院则认为在考察真实意思的情况下,认为所谓的买卖合同名为买卖,实为担保,当事人之间应成立借贷关系,双方签订《商品房买卖合同》并办理商品房备案登记的行为应认定为非典型的担保方式。显然,从最高人民法院前后两份判决中,针对这类案件的争议点在于:①当事人之间成立的是借贷关系还是买卖关系;②有关到期不还款则进行不动产所有权移转的约定是否有违法律有关禁止流押的规定;③“买卖合同”是否有效。对于买卖合同的性质问题,不少学者也提出了自己的看法,如“代物清偿预约说”^③和“后让与担保说”^④。对此,笔者将在下文对这些观点——进行评述,并提出自己的想法。

三、对担保型买卖合同的理解与评析

由于此类案件争议较大,《借贷规定》第24条规定的价值在于:在房价不断上涨的今天,原本可能只值100万元的房屋,几个月后已经远不止这个价了。此时若根据买卖合同的约定,将一套150万元的房屋折抵原本100万元的债务,显然有失公正,也不会被借款人所认可。通过拍卖的方式,多退少补,显然可以更好地平衡原被告之间的权利与义务关系。但是《借贷规定》第24条本身并不是完美无瑕的,其背后还有许多隐藏的问题亟待解决,如不动产未经抵押登记,担保物权应没有设立,法院拍卖依据何在?买卖合同中有关移转不动产所有权的规定是否有违禁止流押

^① 如“李桂允诉惠亚军等民间借贷案”[(2009)邳民一初字第1077号]。该案中,被告将其房屋以8万元价格出卖给原告,并约定后者付清房款后即对该房屋享有所有权和使用权,前者应于一年内将该房地产交付给后者,并协助其办理产权过户手续。同日双方签订“补充协议”,约定房屋产权虽属原告所有,但必须租赁给被告使用12个月,月租金1200元。被告在租赁期满付清租金并退还卖房款后,原告无条件放弃该房地产的所有权和使用权,即该房地产买卖合同失效。租赁期满,被告未交清租金又不退还卖房款的,原告有权收回该房屋。法院认为该合同条款说明“房屋买卖”并非是双方当事人真实意思之表示,即名为房屋买卖,实为借贷关系,获取该借款、收借款本息才是双方当事人实现合同的根本目的。案件刊载于李晓东:《合同效力不因约定违反物权法定原则而无效——李桂允诉惠亚军等三人民间借贷纠纷案》,载《朝阳法律评论》2010年第1期。类似的案件还有“张桌玮诉怡豪公司商品房销售合同纠纷案”[(2012)渝五法民初字第12号],参见张华荣:《名为房屋买卖实为借款担保的认定——重庆五中院判决张桌玮诉怡豪公司商品房销售合同纠纷案》,载《人民法院报》2014年9月11日,第6版。

^② 高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,载《人民司法》2014年第23期。

^③ 高治:《代物清偿预约研究——兼论流担保制度的立法选择》,载《法律适用》2008年第8期。

^④ 杨立新:《后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权》,载《中国法学》2013年第3期。

(质)的规定?第 24 条是否是对物权法定原则的突破?等等。这一系列问题都是值得我们研究的,对此笔者将在下文评述一些学者观点,从担保型买卖合同的性质出发,分析该合同的性质与效力问题,并进一步分析《借贷规定》第 24 条未能阐释清楚的疑问。

(一)“担保型买卖合同”的性质

在解决这类案件的过程中,第一个绕不开的问题就是案件中的“买卖合同”究竟是真的买卖还是另有深意?

1.代物清偿预约说

对此,有学者从以物抵债的角度进行分析,所谓以物抵债就是指双方达成以他种给付替代原定给付的协议。包括以下两种情况:一种是只具有以他种给付替代原定给付的合意,但却没有实际给付。另一种是当事人之间不仅形成了以他种给付替代原定给付的合意,而且给付已经实际发生。依其法律构造,有“有偿契约说”“类似买卖说”“清偿行为说”“特殊债务变更契约说”等。^①对此,我国学者多以支持“纯代物清偿合意”为主。在这样的前提下,就有学者提出了“代物清偿预约”的观点,认为担保型买卖合同虽然冠以买卖之名,但买卖不过是其借用的外衣,揭开这层画皮,究其实质,是双方预先约定如到期不能清偿债务则以物抵债,其在民法概念体系中的定位应是代物清偿预约。^②所谓代物清偿预约,是指当事人在清偿期前预先约定,若债务人不履行债务,债权人或债务人请求以特定标的物为代物清偿,即以特定之物抵偿债务。^③也有学者认为,其本质还是“附停止条件的代物清偿合意”^④,认为只要约定的内容不涉及抵押、质押的外在形式,就应属有效。债务人也可通过行使撤销权、变更权的方式获得救济。^⑤若依据这种观点,显然很好地支持了起诉方的观点,也回避了流担保的规定,有一定的可取性,但立法者并没有采纳这样的观点,因为在制度层面,我国法律没有像有的国家或地区那样明文肯定代物清偿预约,^⑥而依据“代物清偿预约”的观点,不履行债务的后果将是转移房屋所有权,并多退少补,而非进行拍卖。立法者之所以没有采纳“代物清偿预约”的观点就是因为考虑到:(1)这样做的后果将可能导致抵债之物与债之数额的不对等。(2)“代物清偿”合同的性质尚存在较大争议,即代物清偿合同究竟是诺成合同还是实践合同。虽然学说上多有肯定“纯代物清偿合意”的观点,但也有很多学者认为将代物清偿合意看作是一种要物合同更有意义,因为:第一,有利于明确代物清偿制度的独立性,把它与债的更新和变更区分开来;^⑦第二,有利于保护债务人,一方面避免债务人被请求强制履行明显超过原定给付价值的他种给付,另一方面^⑧代物清偿合同的争议尚不明晰,代物清偿预约之观点更难得到一致的认可与采纳。且正如高治先生所言:我国《物权法》第 186 条、第 211

^① 参见陈自强:《无因债权契约论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 259 页。

^② 高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,载《人民司法》2014 年第 23 期。

^③ 孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社 2006 年版,第 853 页。

^④ 陆青:《以房抵债协议的法理分析——〈最高人民法院公报〉载“朱俊芳案”评释》,载《法学研究》2015 年第 3 期。

^⑤ 高治:《代物清偿预约研究——兼论流担保制度的立法选择》,载《法律适用》2008 年第 8 期。

^⑥ [日]近江幸志:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社 2000 年版,第 234 页。

^⑦ A. Marchio, voce *Dazione in pagamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988, Vol. X, p. 4.

^⑧ 陈自强:《论代物清偿——契约变更与结束自由之考察》,载《无因债权契约论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 324 页。

条明文禁止在抵押合同和质押合同中设定流担保约款。在债务清偿期前,当事人关于“届期不履行债务,则担保物归债权人所有”的流担保约款系我国法律禁止的无效约定。而流担保约款的本质就是以债务不履行为条件的代物清偿预约。因此,与其说法律禁止流担保约款,不如直接说禁止代物清偿预约。^①因此,立法者对此还是保持着一种谨慎的态度。笔者认为这也是无可厚非的。

2. 附条件的买卖合同说

在实务界,法院提出的是一种附解除条件的买卖合同的观点,认为当事人之间确有买卖房屋的意思,《借款协议》的约定是为买卖合同附设了解除条件。一旦借款人还款,买卖合同即告失效。在杨伟鹏案中,法院则通过考察买卖合同约定的价款金额、履约方式(如出卖人继续持有发票)是否违反交易惯例、有无收取利息等事实,进而判断当事人之间的真实意图到底是借款还是买卖,最终认定主合同关系为借贷关系。针对两种不同的观点,《借贷规定》第24条第1款显然更加支持后者,并明文规定人民法院应当按照“借贷法律关系”进行审理。对此,笔者表示赞同。

从合同订立时的追求和期待而言,所谓附条件的合同,无论是附设解除条件抑或生效条件,附加的条件只是解决合同的效力问题。但案件中的借款合同显然不是为了“买卖合同”的生效与否设定条件,当事人之间是抱着实现一定的法律效果而订立两份合同的。即期望如果到期不能还款,就用房屋抵偿借款,所以从附条件的合同角度是说不通的。

3. 笔者观点

笔者认为要解决合同的性质问题,还得从真意考察的角度来进行分析。对此存在两种不同的观点:一种观点认为,此处作为外形的买卖合同属于通谋虚伪表示,而通谋虚伪的意思表示无效,但如果通谋虚伪表示中隐藏着其他法律行为的,适用关于该其他法律行为的规定。^②另一种观点认为,买卖合同和借款合同均是当事人的真实意思表示,只是作为外形的“买卖”并非双方当事人积极追求的法律后果,而是作为无法还款时的备选方案罢了。对此,笔者赞同后一种观点,买卖合同的订立并非为了掩饰已经存在的借款合同,而是一种防止借款人不能还款的备用手段。因此,借款合同和买卖合同均是当事人的真实意思表示。如果没有导致合同无效或者可变更、撤销等特殊情形,两份合同都应有效,如果借款人不能及时还款,就应该用买卖合同中约定的房产抵偿借款,对此借款人也是明知且自愿的。但实际情况却是随着房价的上涨,若还是以房屋抵偿价款,显然是权利与义务不对等的,也不会得到借款人的认可。此时的买卖合同其实存有两层意思表示:一为到期不还款即转移房屋所有权之意思,二为用房屋担保债务之履行的意思。在担保意思的考察上,双方确有为借款提供担保之意思,合同应属有效。会存在约定不动产所有权移转的情形往往是因为借款人处于窘迫的情况,债权人可能存在利用这种窘迫侵吞其不动产的情况。^③至于买卖合同中约定的有关不还钱则物权移转的规定是否有违禁止流押的规定呢?对此,笔者将在后文详细论述,此处不复多言。退一步说,即使这种规定确实有违禁止流押的规定,但根据《担保法司法解释》第57条第1款的规定,流押约款无效不影响担保合同其他部分的效力,故借贷双方的“买卖合同”应属有效。

^① 高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,载《人民司法》2014年第23期。

^② 高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,载《人民司法》2014年第23期。

^③ 梁慧星:《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第638页。

综上,将担保和代物清偿作为借贷双方的真实意思表示都能较好地解决这类案件。但在真意的考察上,立法者显然还是更倾向于将双方的借贷合同认定为主合同,而将买卖合同认定为一种担保。此类案件中的“买卖合同”的本质应该是名为买卖实为担保的“担保合同”。

(二)担保型买卖合同中的担保是何种担保

既然“买卖合同”的本质是为借贷关系提供担保。那么商品房买卖合同对借贷合同进行的担保,属于债权担保还是物权担保呢?对此,管见以为属于物的担保。虽然从形式上看,似乎是用履行交付房屋的债权来为借贷关系提供担保,但实质上为借贷关系提供担保的并不是买卖合同本身,而是房屋的价值。此外,如果说这是一种债权担保,则应该通过设立权利质权的方式实现,就应该由债务人将某种债权质押给债权人。对此董学立教授也认为,以商品房买卖合同设置的担保是物权担保。^①

既然是物的担保,那么这种担保应该属于物的担保中的哪一种呢?法律明文规定的物的担保为抵押、质押和留置,此处显然不适用质押与留置的规定,那么这种物的担保是否是一种抵押呢?若是抵押,根据《物权法》第187条的规定,不动产的抵押以登记为生效要件。在这类案件中,多是办理了商品房买卖的备案登记,并没有办理抵押登记,在没有抵押登记的情况下,抵押权无法设立,但抵押合同依然有效。违约的担保人在承担责任的形式上,可以是继续履行合同,也可以是赔偿损失。此时承担的应为违约责任,而非担保责任。此外,当事人之间本就没有设立抵押权的合意。该案债权人和债务人在签订“买卖”合同时,确有提供担保之意思,但债权人并不想通过抵押的方式实现该担保,这也是当事人未办理抵押登记的原因,因此该合同不应认定为抵押合同。既然没有抵押合同,抵押权亦未设立,《借贷规定》又怎能在裁判生效之后作出拍卖买卖合同标的物的决定呢?

为此,就只能从非典型担保的角度来予以思考。所谓非典型担保,是法无明文规定的,在社会生活中逐步形成的,并得到一定使用的担保。^②在非典型担保的效力问题上我国采取合同有效,物权待定的立场。即在有违反法律的强制性规定的情况下,非典型担保合同是有效的,但有效的合同是否能够当然的产生物权效力,就不一定了。对于此类案件中的非典型担保,杨立新教授认为这种新型的非典型担保为后让与担保。^③这种观点是建立在已有的让与担保的概念上的。依学理通说,广义的让与担保指通过转移担保物之所有权或者其他权利,从而为债权提供担保的行为。^④而狭义的让与担保,仅指将担保物的权利移转给担保权人,如到期能够清偿债务,则将所有权或其他权利返还。若不能偿还,则直接以标的物清偿的行为。^⑤此外,与让与担保相比较,两者

^① 董学立:《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》,载《中国法学》2014年第3期。

^② 梁慧星、陈华彬编著:《物权法》,法律出版社2007年版。

^③ 杨立新:《后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权》,载《中国法学》2013年第3期。所谓“后让与担保”,是指债务人或者第三人为担保债权人的债权,与债权人签订不动产买卖合同,约定将不动产买卖合同的标的物作为担保标的物,但权利转让并不实际履行,于债务人不能清偿债务时,须将担保标的物的所有权转让给债权人,债权人据此享有的以担保标的物优先受偿的非典型担保物权。

^④ 陆青:《以房抵债协议的法理分析——〈最高人民法院〉载“朱俊芳案”评释》,载《法学研究》2015年第3期。

^⑤ 梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2007年版,第382页。

的根本差异只是所有权移转的时间不同,让与担保之所有权移转在债务履行之前,而后让与担保之所有权移转在债务不履之时。但也有学者认为,“后让与担保”实质上就是让与担保,法律上并无本质区别,没必要进行区分。^①但不管怎么说,这种担保形式确属非典型担保。

(三)担保型买卖合同之合同效力

合同与私法自治联系最密切的问题当属合同效力判断。对自由的限制应当符合如下原则:出于社会公共利益的需要,出于诚实信用和善良风俗的需要,出于他人利益保护的需要,当合同只关系到单纯的合同当事人利益的衡量时,裁判者不能简单否定其效力。^②《物权法》第 186 条规定了禁止流押的条款。所谓流押或者流质条款,其本质在于,合同双方在事先就约定好了如果到期不能还款担保物即归特定人所有的条款。^③那么此类案件中有关不还钱就将房屋或者商铺抵偿借款的约定是否违反了禁止流押或者流质的规定呢?实务中存在大量判例,认为类似“以房抵债协议”如果约定“债务人不履行债务时房屋归买受人所有”,则违反流押条款禁令。这些判决或语焉不详,或认为争议条款属于让与担保,故违反流押禁令,^④或认为当事人签订的协议名为买卖,实为“借款担保合同”,进而认定为违反流押禁令而无效。^⑤判决说理较为模糊。

笔者认为,针对这一问题必须首先明确的是,如上文所述担保型买卖合同所设立的担保并不是抵押,更非质押和留置。故不应适用有关禁止流押的规定,那么有关禁止流押的规定能否类推适用于非典型担保呢?也就是说,法律禁止流押(质),是否意味着禁止一切流担保。对于这个问题,学界一直争议颇多。有的学者就认为:“流质(流押)禁令并未规定在物权法第 15 章担保物权一章,而是分别规定在抵押权和质权的相关章节,可见流质禁令并非规制担保物权的一般条款,仅涉及调整抵押和质押关系,因而包括让与担保在内的其他担保形式并不直接违反流质禁令而无效。”^⑥更加激进的观点甚至认为应该废除对流担保的禁止。^⑦在司法实践中,对于类似的案件,法院也多认为如果约定“债务人不履行债务时房屋归买受人所有”,则违反禁止流押的规定。^⑧最高人民法院在“杨伟鹏案”中也持有这样的观点。但这些判决都有一个共同缺憾,就是在违反禁止流押的问题上一笔带过,并未很好地起到说理、释法的作用。

^① 董学立:《也论“后让与担保”》,载《中国法学》2014年第3期。

^② 王利明:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第339页。

^③ 孙鹏、王勤劳:《流质条款效力论》,载《法学》2008年第1期。

^④ “何春霖与罗开明等房屋买卖合同纠纷上诉案”[(2007)金牛民初字第2408号]。

^⑤ “章敏诉林秀忠等执行异议之诉纠纷案”[(2013)温鹿执异初字第9号]判决认为:《房屋卖尽契》明确载明“该屋是出卖方(鲍胜坚、李青妹)向章敏借款人民币壹佰叁拾万元正,在约定借款期内出卖方能按时向受买方还清本息,该屋应归还给出卖方,如不能按时还清或故意不清本息,章敏有权处理该屋”内容,该约定表明,原告章敏与被告鲍胜坚、李青妹买卖涉案房屋并非双方的真实目的,而是被告鲍胜坚、李青妹以其房屋作为借款130万元提供抵押担保,双方以房屋买卖合同的名义代替了借款担保合同,且原告章敏已将上述130万元作为借款提起诉讼,故原告章敏与被告鲍胜坚、李青妹之间的合同名为房屋买卖合同实为借款担保合同的事实明确,双方就涉案房屋所作的抵债约定违反我国有关法律规定,显属无效。

^⑥ 陈本寒:《新类型担保的法律定位》,载《清华法学》2014年第2期。

^⑦ 吴延学:《多重视角下的流担保条款:反思与重构》,载《重庆法学》2007年第2期。

^⑧ (2013)温鹿执异初字第9号、(2007)金牛民初字第2408号。

学者们这样的看法虽有其一定的道理,但在现行法律的规定下,对流质(押)条款的禁止是法有明文规定的,是应该遵守和维护的。立法机关在解释流质条款禁令的规定时,提到的核心理由在于它“不仅不利于保护债务人的合法权益,也与民法规定的平等、公平的原则相悖”。^①笔者认为,法律之所以规定禁止流押(质)是为了保护抵押人的正当权益,防止抵押人因为情况紧急,急需用钱等情况为了能借到钱而迫不得已做出一些自己不想做出的承诺,使自身处于合同中的不利地位,订立不利于自己利益的抵押合同。流质(押)条款的禁止就是要让债权人、债务人通过正常的法律途径解决问题,避免私下约定导致的混乱,这样的立法目的是为整个担保物权所有的。此外,禁止流质(押)的关键并不是债权人能否“即时”取得物之所有权,因为即使这样约定,所有权的取得还是要经过登记、交付的公示。在禁止流质(押)条款的前提下,笔者认为,这种保护抵押、质押人的精神是为整个担保物权所共有的。因此,担保型买卖合同的签订虽没有直接规定抵押财产归债权人所有,但也是利用了当事人需要借钱的弱势地位,在债务履行期届满之前就约定了变相取得担保物的所有权的方法,一旦债务人不能履行债务,不动产物权最终必定归属于债权人。因此,该约定在根本上造成了抵押人的不利地位,应属无效。

但根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 57 条规定,某一条款因为违反禁止流押的规定而无效时,并不会影响到整个合同的效力。此外,将房屋作为担保也确为双方之间真实的意思表示。因此,笔者认为,虽然关于房屋转让的条款有违禁止流担保的规定,但担保型买卖合同中有关担保的部分并不受到影响。

(四)担保型买卖合同之物权效力

那么,在后让与担保还是一个新鲜事物的时候,其物权效力究竟如何呢?在没有先例可循的情况下,笔者决定先考察让与担保的物权效力。从司法实务来看,法院对于让与担保尤其是不动产让与担保的态度并不明朗。在承认(不动产)让与担保上存在诸多困扰,最主要的原因在于,现行法上让与担保缺乏一定的公示手段,因此无法真正发挥其就特定担保物优先受偿的担保功能。实践中的“以房抵债”协议无非两种情况:一种情况是,当事人没有根据房屋买卖合同办理产权变动登记,在这种情况下,买受人在订立买卖合同时无法取得房屋的所有权(即使是暂时性的),因此不符合传统让与担保的构成条件。另一种情况是,债权人或买受人根据房屋买卖合同办理了产权变动登记,但由于实务中并不将让与担保作为一种可登记的物权类型,这种登记只能表现和公示为所有权的直接移转。如果司法实践否定以房抵债协议中的买受人可以取得房屋的所有权,认定该协议属于让与担保而非买卖,但缺乏一定的公示方式与法律认可,当事人如何取得(相对于其他债权人的)优先受偿权?而如果买受人(债权人)无法取得优先受偿权,让与担保的担保功能也就无从体现。

为此,笔者查阅了物权法颁布之后有关让与担保的案例,直接适用让与担保的案件有 5 起,其中认为让与担保有效的有 2 起,^②而认定让与担保无效的案件有 3 起^③。在认定让与担保无效的

^① 胡康生主编:《物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 408、460 页。

^② 浙江省高级人民法院(2010)浙商终字第 74 号判决书,四川省成都市中级人民法院(2008)成民终字第 2318 号判决书。

^③ 杭州市西湖区人民法院(2009)杭西商初字第 2416 号判决书,河南省郑州市中级人民法院(2010)郑民三终字第 714 号判决书,陕西省高级人民法院(2008)陕民一终字第 7 号判决书。

案例中,法院的一致意见是“因为让与担保违反了物权法定的原则,因此无效”的观点。对此,也有学者或法官试图通过缓和物权法定原则来承认让与担保具有担保物权属性,即主张让与担保具有习惯法赋予的物权地位。^①还有的学者提出,早在2006年8月审议的《物权法(草案)》中其实是规定了有关物权法定缓和原则的:对于物权的种类和内容,应根据契约自由原则容许其存在并加以司法调整。^②可以看出,有关让与担保这一问题,在没有法律明文规定的情况下,法院对于让与担保的物权效力也是存在诸多分歧的。而《借贷规定》第24条规定的本意其实是从司法解释的角度在肯定后让与担保的合同效力的前提下,进一步肯定了其物权效力。依据该司法解释的观点,不动产的担保型买卖合同在即使没有进行不动产担保登记的情况下也能具有担保的效力,此种担保无须办理抵押登记即具有担保效力,也是对不动产抵押登记生效的突破。这样的规定与最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定(征求意见稿)》第25条^③曾设计的“民间借贷与买卖合同混合的处理”颇为类似。^④

但在笔者看来,这种规定适用于本案是颇为不妥的。这种类似于动产抵押中的合同生效抵押权即告成立的规定显然是对不动产物权公示生效的权威进行了挑战。既然不动产物权不经公示也具有物权效力,为何法律还要规定不动产物权变动采行公示生效主义?对此有学者就认为不动产登记生效主义,乃是法律对交易安全的过度追求。相对于公示对抗主义,公示生效主义更能保障交易安全。他们认为公示对抗主义不仅对交易安全无碍,而且更能实现交易效率。^⑤还有学者认为:“在无碍于交易安全的前提下,法律不应该否定公示生效主义立法体例,未经办理公示手续的物权在相对人之间以及与非善意的交易第三人之间的物权效力。”^⑥但上述学者的观点还略有些前卫,当然不动产物权公示生效的规定也不是没有例外。物权法早有规定非基于法律行为的物权变动不需公示。但这样的突破也仅是限于法律自身的规定。然而,司法解释作为司法机关对法律、法规(法令)的进一步明确界限或作的补充规定,是不可以与其上位法即宪法和法律相冲突的。《借贷规定》第24条这样的规定显然是有所不妥的。担保型买卖合同是不应该具备物权效力的。

既然担保型买卖合同不发生物权效力,那么倘若“买卖合同”业已履行,债务人或担保人能否主张不动产转让也不发生物权效力呢?笔者认为,不可以。根据《物权法》第186条的规定,买卖合同已经生效,只是其中有关房屋转让的条款因有违禁止流担保的规定而无效。但对于流担保的禁止只存在于履行期限届满之前,而对于清偿期之后当事人所达成的以物抵债约定,法律是不

^① 王闯:《关于让与担保的司法态度及实务问题之解决》,载《人民司法(案例)》2014年第16期。

^② 梁曙明:《借贷关系中签订房屋买卖合同并备案登记属于让与担保》,载《人民司法》2014年第16期。

^③ 该条规定:“借款人为借款而与贷款人签订买卖合同,借款到期后借款人不能还款,贷款人要求以借款本息抵顶买卖合同价款的,人民法院应当将民间借贷合同和买卖合同合并审理(第1款)。买卖合同约定的价款明显高于或者明显低于合同履行时的市场价格,当事人主张以市场价格履行合同的,人民法院应予支持(第2款)。就履行的买卖合同价款与应偿还借款本金之间的差额,当事人主张偿还或者补偿的,人民法院应予支持(第3款)。”

^④ 陆青:《以房抵债协议的法理分析——〈最高人民法院〉载“朱俊芳案”评释》,载《法学研究》2015年第3期。

^⑤ 彭诚信:《我国物权变动理论的立法选择》(上、下),载《法律科学》2000年第1、2期。

^⑥ 董学立:《也论后让与担保——与杨立新教授商榷》,载《中国法学》2014年第3期。

禁止的。如果在清偿期届至之后,当事人履行了原合同中规定的所有权转移的约定,则说明在清偿期之后,当事人是具有以物抵债的意思的,已经履行的,产生债之消灭的效力,不容再任意反悔。因此,这一履行行为虽然表现为对清偿期前无效约定的履行,但在规范意义上可解释为对清偿期之后有效的代物清偿协议的履行。需要说明的是,业已履行的不动产虽然不能被确认不生物权效力,但如果确实存在欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解等情形,则债务人或担保人仍可主张行使撤销权或变更权,要求债权人将标的物价值过分高于债权额的部分予以适当找回,从而尽量实现利益平衡。

四、结论

《借贷规定》第 24 条的出台使担保型买卖合同有了更加准确的法律适用依据,也使得这类案件有了一个较为合适的,同时保护原被告双方利益的解决办法。但该条的规定也存在许多突破现行物权法的地方。故笔者在对法条进行分析的基础上得出了一些理解与建议,以期为该条文在今后法律实务中的正确运行提供参考:

(1)担保型买卖合同合法有效,起到为借贷关系提供担保的作用。且该种担保属于物的担保。但该种担保方式不同于物权法所规定的典型担保,既不是抵押,亦非质押与流质,属于非典型担保。

(2)担保型买卖合同中有关到期不还款则不动产移转的约定,有违禁止流担保的精神,该条款应属无效,但并不影响整个合同的效力。

(3)担保型买卖合同虽然有效,但依据不动产物权登记生效的精神,这种非典型担保不具有相应的物权效力。不过倘若买卖合同业已履行,债务人或担保人就不能主张不动产转让不发生物权效力。

The Nature, Effectiveness and Understanding of the Guarantee-type Sale Contract —From the Perspective of conflicting Supreme Court Cases By Cheng Le

Abstract: In recent years, the collateralized trading contract has given rise to heated debate. In judicial practice, conflicting opinions by Supreme People's Court reveal nonuniformity on this issue. The nature of such contract is in dispute. This article considers that the secured sale contract is essentially a kind of atypical guarantee, which has the contractual effect without rights in rem. If the contract of sale has been performed, the debtor or the guarantor cannot request the transfer of title. In addition, the author intended to pave way for the application of SPC's interpretation on civil loan agreement, and to standardize the trial of such cases and to strike right balance between disputing parties.

Key words: Loan Provisions Guarantee-type Sale Contract Atypical Guarantee Post-transference Guarantee

(责任编辑:林思敏)

