



东方法学  
*Oriental Law*  
ISSN 1674-4039, CN 31-2008/D

## 《东方法学》网络首发论文

题目： 论民法典对买卖型担保协议的规制路径——以裁判立场的考察为基础  
作者： 石冠彬  
DOI： 10.19404/j.cnki.dffx.20191105.001  
网络首发日期： 2019-11-06  
引用格式： 石冠彬. 论民法典对买卖型担保协议的规制路径——以裁判立场的考察为基础. 东方法学. <https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20191105.001>



**网络首发：**在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

**出版确认：**纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

## 论民法典对买卖型担保协议的规制路径

### ——以裁判立场的考察为基础

石冠彬\*

**内容摘要:** 买卖型担保协议这一非典型担保方式在性质上属债权担保, 满足附生效条件买卖合同的认定要件, 属于以特定财产提供保证担保的表现方式, 原则上只要双方当事人达成合意即生效。未来民法典宜废弃现行司法解释否认双方当事人具有“买卖合意”的立场, 肯定债权人既可“要求担保人履行买卖合同”亦可“通过强制拍卖、变卖担保物以实现担保权”。买卖型担保协议与流担保条款因是否直接导致担保物所有权转移而有所区别, 但本质上均可归入事先以物抵债协议的范畴; 在担保债权数额明显低于担保物价值时, 若买卖型担保协议中担保权人要求履行买卖合同, 应允许担保人援引流担保条款的规定予以抗辩, 此时担保权人只能通过变现担保物实现债权。

**关键词:** 买卖型担保协议 意思表示 民法典编纂 非典型担保 流担保条款

#### 一、问题的提出: 源于最高司法机关立场的摇摆

受经济形势和金融政策的影响, 近年来在房地产公司的融资实践中, 逐步出现了债权人与担保人(债务人或第三人)约定“以履行房屋买卖合同来担保债权实现”这一“买卖型担保协议”的新型担保方式。<sup>①</sup>具体而言, 房地产公司与债权人在签订民间借贷合同的同时又签订一份买卖合同,<sup>②</sup>双方约定若房地产公司届期不能偿还债务, 则债权人借给房地产公司的款项将作为购买担保房屋的购房款, 以此担保债权的实现。<sup>③</sup>从司法实务的情况来看, 当事人往往会将上述协议

\* 中国人民大学博士后科研流动站科研人员, 海南大学法学院教授、博士生导师。

本文系第 65 期中国博士后科学基金面上资助项目“担保制度立法与实践新问题研究”(项目批准号: 2019M650929) 的阶段性研究成果。

① 基于侧重点的不同, 学界对这一新型担保方式的称呼并未达成一致, 有论者跟本文一样, 强调买卖合同的本质是担保, 所以称其为“买卖型担保”, 参见庄加园:《“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》,《清华法学》2016 年第 3 期, 第 73 页; 有论者将重点落在买卖上, 突出买卖的功能是担保, 所以将其称为“担保型买卖合同”, 参见高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,《人民司法》2014 年第 23 期, 第 65 页; 有论者则认为这属于交易习惯对让与担保制度的发展, 属于后让与担保, 参见杨立新:《后让与担保: 一个正在形成的习惯法担保物权》,《中国法学》2013 年第 3 期, 76-77 页; 也有论者直接将其称作“名为买卖实为担保行为”等类似称呼, 参见赵振飞:《名为买卖实为担保行为的性质与效力认定——基于一个〈最高人民法院公报〉案例的思考》,《山东审判》2016 年第 1 期, 第 67 页; 郝兆亮、薛妮:《名为房屋买卖实为借款担保的认定》,《人民司法》2016 年第 17 期, 第 52 页。

② 当然, 借贷合同与买卖合同并不要求一定要同步签订, 可以存在一定的时间先后, 但签订买卖合同的目的必须是为了保障债权人债权的实现, 同时不能使债务人已经出现偿债不能的情况, 否则此时的买卖合同不属于本文探讨的买卖型担保协议而属于典型的以物抵债协议。

③ 在司法实务之中, 买卖合同双方当事人一般都将这种买卖型担保冠以“抵押”之类名词, 但其真实意思

中的买卖合同作为正常买卖合同办理备案登记手续。此类纠纷主要源于房地产公司在债务期限届满时无力偿债，当债权人向法院起诉要求房地产公司履行房屋买卖合同时，其因不愿意转让担保房产的所有权给债权人，就以双方并不存在真实买卖合意加以抗辩。

对此，在 2011 年的“朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”中（本文以下简称“2011 朱俊芳案”），最高法院提审后认为案涉买卖合同和借款合同都是有效的，同时认为借款合同是履行买卖合同的解除条件，以此肯定了当事人之间“以履行买卖合同来担保债权实现”这一担保方式的效力，从而支持该案一审、二审法院的观点，否定再审法院认为双方签订的买卖合同属于流质条款这一裁判立场。<sup>④</sup>但是，在 2013 年的“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案”中（本文以下简称“2013 杨伟鹏案”），最高法院再审时认为作为债权债务关系担保的商品房买卖合同属于没有进行过任何公示的非典型担保方式，违背了《物权法》禁止流质条款的规定，所以不能发生担保效力。<sup>⑤</sup>最高司法机关裁判立场的变化引起了学界的关注，自杨立新教授 2013 年在《中国法学》发文主张这一担保方式属于“后让与担保”以来，<sup>⑥</sup>买卖型担保协议一直是学界的研究热点。对于理论与实务的分歧，2015 年《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《民间借贷规定》）第 24 条首次以司法解释的方式提出解决方案，<sup>⑦</sup>但该司法解释条款

---

表示即“设定担保”，参见最高人民法院（2011）民提字第 344 号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民申 4527 号民事裁定书；辽宁省盘锦市中级人民法院（2018）辽 11 民终 399 号民事判决书；江西省上饶市中级人民法院（2017）赣 11 民初 230 号民事判决书，等等。

<sup>④</sup> 事实上，本案历经一审、二审以及两次再审，凸显了买卖型担保协议涉及问题的复杂性及实践立场分歧之大：本案一审、二审法院都认为，买卖合同是双方真实意思的表示，且当事人已经办理房屋买卖相关的备案手续，应当确认其有效；又因为双方在房屋买卖协议签订后的第二天所签订的借款合同里约定，如果嘉和泰公司在约定的期限内偿还了所欠债务，那么公司就不用以履行买卖合同来偿还债务。也就是说，在两个合同中，债务人只需要选择其中一个来履行，如果选择履行借款合同，买卖合同就解除，那么对借款合同的履行就是买卖合同的解除条件。由于嘉和泰公司没有对债务进行清偿，买卖合同中的解除条件就不会发生作用，所以嘉和泰公司应当履行买卖合同。山西高级人民法院再审认为，应当将双方签订的商品房买卖合同认定为次日签订的借款合同的担保，并且借款合同中“到期不能还款的，用抵押物抵偿借款”的约定是属于流质条款，违反了现行法律中的规定，所以应当认定无效，故以此为由撤销了一审、二审的判决，驳回朱俊芳的诉讼请求。最终，最高法院再审时又纠正了山东高级法院的立场。参见最高人民法院（2011）民提字第 344 号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见最高人民法院（2013）民提字第 135 号民事判决书。

<sup>⑥</sup> 参见前引[1]，杨立新文，第 74-84 页。

<sup>⑦</sup> 《民间借贷司法解释》第 24 条第 1 款规定：“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。就拍卖所得的价款和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。”

只是明确法院不能按照买卖合同审理该类案件,对于这一担保方式本身的效力并未明确,理论界与实务界至今仍未形成共识。<sup>⑧</sup>

整体而言,买卖型担保协议涉及意思表示的认定、意思自治、物权法定原则、让与担保、流担保条款、<sup>⑨</sup>买卖合同效力等诸多问题的判断,跨域了民法总则、物权法和债权法三大领域,颇为复杂。不论从解释论还是立法论视角探讨买卖型担保协议这一问题均具有非常重要的理论与实践意义,笔者将在对买卖型担保协议相关问题裁判立场予以考察的基础上,以前述房地产领域的买卖型担保协议的形态为研究对象,针对买卖型担保协议的内涵、法律属性以及法律效果等问题加以分析,以期构建民法典对买卖型担保协议的应然规制路径,供理论界与实务界同仁参考。

## 二、买卖型担保协议的内涵界定

### (一) 买卖型担保协议内涵界定的裁判立场考察

考察买卖型担保协议内涵界定的裁判立场,可知司法实务就买卖型担保协议的认定,主要在于与以物抵债协议的区分。有法院曾明确指出,《民间借贷规定》第 24 条中“以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保”的内容应理解为,双方当事人签订民间借贷合同时,又另行就借款人所有的房屋或其他财产签订买卖合同,以保证借款人能如期履行借贷合同;如果是在借款到期而借款人未能按期还本付息的情况下,双方另行签订的以借款人的房屋或其他财产抵债的买卖合同,则并不属于上述规定所指的买卖型担保协议。<sup>⑩</sup>还有判例明确指出区分两者的必要性:“此协议的性质属债务到期后双方签订的以物抵债协议。因原债务已到期,债权数额已确定,在此基础上双方达成的以物抵债协议系双方权衡各种因素后所作意思表示,不存在在债务到期前约定以物抵债可能产生的由于债务尚未到期,债权数额与抵债物的价值可能存在较大差距而导致显失公平的形”。<sup>11</sup>概言之,买卖型担保协议可能存在显示公平的情形,而以物抵债协议建立在债务到期、债权数额确定的基础上,所以不会有损担保物所有权人的合法权益。

关于如何区分买卖型担保协议和以物抵债协议,司法实务的裁判立场大致可

<sup>⑧</sup> 据不完全统计,理论界与实务界关于“以履行买卖合同来担保债权实现的协议”的法律效力,至少存在让与担保、后让与担保、变相抵押、非典型债权担保、附解除条件的买卖合同等观点,对于其是否违反流押(质)契约也存在不同立场。详见笔者后续论述。

<sup>⑨</sup> 流担保条款,即流押条款(流押契约)、流质条款(流质契约)的统称。参见魏沁怡:《论担保物权的实现:实体法与程序法的体系衔接》,《东方法学》2019年第5期,第67页。

<sup>⑩</sup> 参见湖南省长沙市中级人民法院(2014)长中民三初字第00654号民事判决书。

<sup>11</sup> 江苏省无锡市中级人民法院(2016)苏02民终862号民事判决书

概括如下：

其一，司法实务注重从双方当事人达成协议的时间来区分买卖型担保协议与以物抵债协议，且多认为债务履行期限届满后当事人之间签订的协议属于以物抵债协议。例如，随州市人民法院在“杨恒洪、艾万忠房屋买卖合同纠纷案”中就认为：“本案双方的借款发生在 2014 年，而《购房合同》签订的时间是在 2017 年。双方在借款到期后，因无力清偿借款，约定将借款转化为购房款，并签订购房合同是双方的真实意思表示，不违反法律的规定。……本案的情形与《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》第二十四条第一款规定，名为房屋买卖实际是为民间借贷提供担保的情形不同。”<sup>12</sup>再如，郴州市人民法院在“郴州市苏仙区汇隆小额贷款有限公司与湖南华邦房地产开发有限公司、李湘疆等合同纠纷案”中也曾指出，《民间借贷规定》第 24 条的规定应当适用于借款人与出借人之间就民间借贷合同签订买卖合同作为担保，在借款人到期不能还款时出借人请求履行该买卖合同的情形，如果是因为在债务到期不能偿还的情形下，合同双方对债务进行多次协商及核算后，经协商一致最终重新订立商品房买卖合同，将双方核算后的债务转变为购房款，此时双方之间原合同关系因商品房买卖合同的签订而终止，该商品房买卖合同亦非再系为原合同提供担保，不能适用前述规定。<sup>13</sup>

其二，司法实务注重从签订房屋买卖合同的目的来区分是否属于买卖型担保协议，认为买卖型担保协议的签约目的在于担保借款的履行，而签订以物抵债协议的目的是为了清偿债务。例如，在“姜云南与何雁雁以及原审被告姜建斌、王会玲、庾琴，原审第三人姜建英房屋买卖合同纠纷案”中，二审法院就认为在债务人因为没有办法偿还债务才与债权人签订买卖协议的情况下，此时债务人卖房的目的是为了清偿债务，而不是为了借贷。因此双方买卖房屋的意思表示是真实的，而《民间借贷规定》第 24 条规定的是“为借款提供担保而签订买卖合同”的情况，目的是担保借款而不是为了买卖，所以本案卖方为了偿债而签订房屋买卖合同不应定性为买卖型担保协议。<sup>14</sup>也就是说，当房屋买卖协议的签订是为了偿还已经欠下的款项，而不是为借款提供担保而设定时，此时该协议本质上属于抵消债务的房屋买卖合同关系（即以物抵债协议），不属于《民间借贷规定》第 24 条所调整的买卖型担保协议的调整范围。<sup>15</sup>

<sup>12</sup> 湖北省随州市中级人民法院（2018）鄂 13 民终 285 号民事判决书。

<sup>13</sup> 参见湖南省郴州市中级人民法院（2018）湘 10 民终 115 号民事裁定书。

<sup>14</sup> 参见陕西省商洛市中级人民法院（2016）陕 10 民终 274 号民事判决书。

<sup>15</sup> 参见湖北省利川市人民法院（2017）鄂 2802 民初 2627 号民事判决书。

其三,司法实务普遍认为在买卖型担保协议签订后,若债务到期未得以清偿,此时当事人再行达成内容一致的偿债合意,应认定为以物抵债协议。对此,在“朱春富与杭州申瑞置业有限公司、徐勇房屋买卖合同纠纷案”中,一审法院对此曾予以充分论证,“现被告杭州申瑞置业有限公司因不能按约归还借款本息,双方当事人经对账协商,决定终止借款合同关系并建立商品房买卖合同关系,将对账确认的借款本息转变为已付购房款,并在原《浙江省商品房买卖合同》基础上,对双方的相关权利义务重新进行了约定。该《浙江省商品房买卖合同》就已非为双方之间的借款合同履行提供担保了,而是借款合同到期杭州申瑞置业有限公司难于清偿债务时,双方协商通过将杭州申瑞置业有限公司所有的商品房出售给原告的方式,实现双方权利义务平衡的一种交易安排。因此,本案情形与《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》第二十四条第一款所规定的‘当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保’的情形并不相同,因而不能适用该条司法解释规定,按照民间借贷法律确定本案双方当事人之间的法律关系性质”。<sup>16</sup>

综上所述,从裁判立场来看,司法实务围绕着合同是否因为借款到期后无力清偿才签订、签订买卖型担保协议是为了担保债权的实现还是担保债务的清偿等角度来区分,也认可在债务履行期届满后借款合意可转变为商品房买卖合意,从而将买卖型担保协议演变为以物抵债协议。两者区别的关键点,在于认定双方当事人的借款合意已经转变为商品房买卖合意。对此,最高法院在针对“刘省龙、江山市江建房地产开发有限责任公司房屋买卖合同纠纷”一案再审审查时曾明确指出,判断借款人与出借人是否已经达成以物抵债协议,不能光凭借《商品房买卖合同》予以认定,双方当事人必须另行达成将借款合同关系转变为商品房买卖合同关系的合意,且一般需要存在对账、清算的过程。<sup>17</sup>

## (二) 买卖型担保协议内涵界定的解释路径

诚如前述,学术界对于买卖型担保协议的称呼尚未统一,但是对该制度的核心要义在于“通过承诺履行买卖合同来担保债权的实现”是存在共识的,且多发生在房地产领域。有论者较为全面地概括了买卖型担保合同的内涵,其认为,买卖型担保协议是指合同当事人在主合同法律关系之外,另行签订一份买卖合同

<sup>16</sup> 浙江省桐乡市人民法院(2017)浙0483民初2562号民事判决书。

<sup>17</sup> 参见最高人民法院(2017)最高法民申4527号民事裁定书。

(实践中多为房屋买卖合同), 并约定如果发生主合同没有得到履行或者其他约定事项的, 当事人就应当履行买卖合同以清偿债务。<sup>18</sup>笔者认为, 买卖型担保协议的认定, 应当把握如下几个基本点:

其一, 买卖型担保协议的目的在于保障未来债权的实现, 其属于意定担保的方式, 而直接以履行买卖合同消灭债权的合意属于以物抵债协议。前述针对司法裁判的考察结果显示, 目前实务中对于买卖型担保协议的认定, 主要从其与以物抵债协议的区别这一角度展开, 而两者的根本区分在于前者“保障债权的实现”, 后者“消灭债权”。虽然说买卖型担保协议得以履行的结果也是债务得以清偿, 但其本质上属于担保, 即使认定买卖型担保协议当事人之间存在附条件的买卖合意, 该协议也将同时产生买卖合同请求权与实现担保权请求权, 所以与通过直接转移所有权消灭债务的以物抵债协议是存在本质区别的。对此, 还需要注意如下两方面的问题: 一方面, 笔者认为, 司法实务以订约时间来区分买卖型担保协议和以物抵债协议存在不妥。当债务履行期限尚未届满, 而债务人发现自己已经无力偿债, 此时双方达成买卖合意提前或在债务履行期限届满之时再行消灭债权的合意, 也应当被认定为以物抵债协议而非买卖型担保协议。另一方面, 如果当事人先前达成买卖型担保协议, 当债务履行期限届满出现应当履行买卖合同的约定情形, 此时双方若再行达成将担保物抵债以消灭主债的合意, 理应肯定这一以物抵债协议已经替代原买卖型担保协议, 即认定约定有效。“民事法律关系的产生、变更、消灭, 除基于法律特别规定, 需要通过法律关系参与主体的意思表示一致形成。而民事交易活动过程中, 当事人的意思表示发生变化, 除为法律特别规定所禁止, 均应予准许。”<sup>19</sup>

其二, 买卖型担保协议本身并未约定所有权转移, 所以与流担保条款在法律架构上是不同的。概言之, 买卖型担保协议双方约定的是如果债务人到期不偿债或者发生了其它当事人约定的情形时, 则担保人应当履行与债权人之间关于担保物的买卖合同, 债务人所欠款项则抵为购买房屋等担保物的价款, 此时不论是否肯定当事人之间具有买卖合意, 债权人所获得的都只能是一个债权请求权。但是, 在流担保条款之中, 双方当事人所约定的是作为债权人的担保权人, 在债务人届期无能力偿债或发生了其他当事人约定的情形时, 其可直接取得担保物的所有权。由此可见, 买卖型担保协议与流担保条款在法律结构上是存在差异的, 不应将其纳入流担保条款的范畴予以考量。

<sup>18</sup> 参见前引[1], 庄加园文, 第 72-73 页。

<sup>19</sup> 浙江省桐乡市人民法院 (2017) 浙 0483 民初 2562 号民事判决书。

其三，买卖型担保协议不要求形式上一定要同时具备“借款合同等主债权债务合同”及“买卖房屋等担保物的买卖合同”这两个协议，只要当事人之间存在债务人届期不履行债务则通过履行买卖合同来消灭主债务的条款，就应当认定当事人之间存在买卖型担保协议。还应注意的是，此类约定既可以规定在主合同之中也可以在当事人之间达成协议，且担保人并不一定是主债务人。而且，当形式上存在两个合同之时，买卖型担保协议与主债权债务合同不需要同时成立。

此外，必须明确的是，虽然《民间借贷规定》第 24 条通过规定“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保”来规制买卖型担保这一问题，但并不意味着买卖型担保所担保的债权只能是民间借贷的债务，但相对而言，由于这一在司法实务中创造出来的担保方式主要是因为房地产公司进行民间融资所导致的，所以现实生活中表现最多的就是“以履行房屋买卖合同或股权转让合同”的担保形式。

### 三、买卖型担保协议的法律属性

#### （一）买卖型担保协议法律属性的裁判立场考察

考察买卖型担保协议法律属性的裁判立场，可知其主要围绕“当事人之间是否存在买卖合意”和“买卖型担保协议属于何种担保方式”这两者展开，并存在一定分歧。值得肯定的是，相当部分法院在裁判说理中认为应当结合案件证据，探究当事人签订合同的真实意思表示（即应当判断双方所追寻的民事法律效果合意），根据其意思表示以及合同履行情况来对双方的法律关系作出判断，而不是拘泥于双方所签订合同的名称和外观。<sup>20</sup>

##### 1. 买卖型担保协议中当事人不具有买卖合意的裁判立场

就“当事人之间是否存在买卖合意”而言，诚如本文开篇所示，最高法院曾在“2011 朱俊芳案”中主张买卖型担保协议属于附解除条件的买卖合同，<sup>21</sup>但其在“2013 杨伟鹏案”中摒弃了这一裁判立场，<sup>22</sup>2015 年颁布的《民间借贷规定》第 24 条再次表明最高法院认为买卖型担保协议的当事人并不存在买卖合意的立场。

就此，在上述司法解释施行后，有法院针对当事人提出的买卖型担保协议属于附条件买卖合同，在裁判说理中特别强调买卖型担保协议不能认定为附解除条

<sup>20</sup> 参见云南省泸水市人民法院（2017）云 3321 民初 521 号民事判决书；辽宁省盘锦市中级人民法院（2018）辽 11 民终 399 号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2017）川 01 民终 12893 号民事判决书，等等。

<sup>21</sup> 参见最高人民法院（2011）民提字第 344 号民事判决书。

<sup>22</sup> 参见最高人民法院（2013）民提字第 135 号民事判决书。



件的买卖合同。<sup>23</sup>上述司法解释条款虽然未能解决司法裁判对于买卖型担保效力认定上的分歧,但其确实让司法裁判多根据该规定认定买卖型担保协议的当事人之间不具有履行买卖合同的真实意思表示。<sup>24</sup>例如,在“郎启芳与赵金海侵权责任纠纷一案”中,法院就明确指出:“当事人在民间借贷债务履行期限届满前约定,借款人逾期不偿还借款即愿意以其所有的房屋抵偿归贷款人所有,该合同实为基于借贷债权的担保,应当根据当事人的真实意思表示认定双方之间系民间借贷法律关系。”<sup>25</sup>也就是说,“以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保”是指以签订买卖合同作为保障借款债权实现的方式,实质系对民间借贷合同的一种担保,双方并无房屋买卖的真实意思表示。<sup>26</sup>

准确而言,司法解释所确立的裁判立场应理解为,买卖型担保协议并不意味着买卖合同单独成立。<sup>27</sup>换言之,买卖型担保协议中,双方签订买卖合同的真实意思应是为借贷关系等主债提供担保,并非追求实现买卖合同的目的,借贷关系等主债权债务关系与买卖合同存在明显的主从之分,债权人脱离双方的借贷关系直接主张履行双方的买卖合同关系并请求确认签订的合同效力,违背双方真实意思表示,所以不应得到支持。<sup>28</sup>此时即使房屋买卖合同即使已经备案,也因其签订乃是为了保障债权的实现,从而会被法院认定备案无效,由此否定备案的公示效力。<sup>29</sup>

此外,司法机关也将司法解释的规定予以类推,即使当事人没有主张买卖型担保协议属于买卖合同关系,而是主张属于以物抵债协议的,法院也会据此否定当事人之间存在该合意。<sup>30</sup>即使对于当事人已经将买卖型担保标的物过户登记的情形,法院也会按照上述司法解释的立场予以裁判;换言之,在让与担保的场景,司法解释也否定当事人之间存在买卖合意,从而否认买卖型担保协议所涉标的物的所有权已经转移。最高法院在“张杨、贺延伟房屋买卖合同纠纷再审审查与审判监督案”中就持这一立场。<sup>31</sup>

<sup>23</sup> 参见辽宁省锦州市太和区人民法院(2017)辽0792民初1329号民事判决书。

<sup>24</sup> 参见最高人民法院(2017)最高法民申4527号民事裁定书;最高人民法院(2016)最高法民申1234号民事裁定书;吉林省松原市中级人民法院(2018)吉07民终968号民事裁定书;贵州省遵义市中级人民法院(2018)黔03民终1528号民事裁定书;江西省景德镇市中级人民法院(2016)赣02民初19号民事判决书,等等。

<sup>25</sup> 黑龙江省东宁市人民法院(2017)黑1024民初801号民事裁定书。

<sup>26</sup> 参见贵州省遵义市中级人民法院(2018)黔03民终1528号民事裁定书。

<sup>27</sup> 参见河北省青县人民法院(2017)冀0922民初3583号民事判决书。

<sup>28</sup> 参见余姚市人民法院(2017)浙0281民初3302号民事裁定书;广东省汕头市中级人民法院(2016)粤05民终653号民事裁定书,等等。

<sup>29</sup> 参见辽宁省盘锦市中级人民法院(2018)辽11民终399号民事判决书。

<sup>30</sup> 参见最高人民法院(2017)最高法民申4527号民事裁定书。

<sup>31</sup> 参见最高人民法院(2017)最高法民申1543号民事裁定书。

## 2. 买卖型担保协议属于何种担保方式的裁判分歧

司法实务否定买卖型担保协议双方当事人之间具有买卖合意，而将其认定为对债权提供的担保，但就“买卖型担保协议属于何种担保方式”这一法律属性的认定，则存在较为严重的分歧：

其一，买卖型担保协议本质上属于抵押担保。持该裁判立场的法院认为，当事人之间设定买卖型担保的真实意思在于为借款协议提供抵押担保。<sup>32</sup>而且，司法实务认为先转移所有权的情形也应当由《民间借贷规定》第 24 条予以调整。<sup>33</sup>换言之，即使当事人已经将用于担保的买卖合同中所确定的房屋所有权过户到债权人名下，性质上仍属于抵押担保（即让与担保在法律性质上也属于抵押担保）。

34

其二，买卖型担保协议属于非典型性担保方式中的让与担保。以不动产抵押为例，除了前述有法院认为让与担保属于抵押担保之外，还有法院认为应当按照非典型担保的债权关系予以处理。例如，在“在傅凤琼、绵阳市御龙实业有限公司房屋买卖合同纠纷案”中，二审法院认为，根据《民间借贷规定》第 24 条第 2 款关于担保型买卖合同担保权实现方式的规定，可知买卖型担保协议应视为让与担保协议，目的在于一定程度上保护债权人权利的实现。<sup>35</sup>引申之，买卖型担保协议中双方并无买卖合同法律关系，其形成的是民间借贷和让与担保法律关系。<sup>36</sup>

其三，买卖型担保协议属于非典型性担保方式中的后让与担保。就此，“余菊花与余宗仁、龚爱国民间借贷纠纷案”的审理法院就指出：“原告余菊花与被告江西金湖投资有限公司签订《商品房买卖合同》，根据《借款抵押合同》可以看出，双方并非真正的房屋买卖关系，而是通过签订商品房买卖合同并备案的方式，为原告债权实现提供一种形式的担保，应认定为非典型的担保方式。商品房

---

<sup>32</sup> 参见江苏省无锡市中级人民法院(2016)苏 02 民终 862 号民事判决书；浙江省金华市中级人民法院(2016)浙 07 民再 00024 号民事判决书，等等。

<sup>33</sup> 参见广东省中山市第二中级人民法院（2017）粤 2072 民初 8637 号民事判决书。

<sup>34</sup> 参见广东省中山市中级人民法院(2016)粤 20 民终 502 号民事裁定书；广东省中山市第二中级人民法院(2017)粤 2072 民初 8637 号民事判决书。

<sup>35</sup> 参见四川省绵阳市中级人民法院（2017）川 07 民终 3064 号民事判决书。类似案例，参见吉林省辽源市中级人民法院（2017）吉 04 民终 160 号民事裁定书；江西省九江市中级人民法院（2017）赣 04 民终 150 号民事判决书；江苏省南通市中级人民法院（2016）苏 06 民终 1938 号民事判决书；吉林省长春市中级人民法院（2016）吉 01 民终 2142 号民事裁定书；青海省西宁市城西区人民法院（2018）青 0104 民初 246 号民事判决书，等等。

<sup>36</sup> 参见四川省成都市中级人民法院（2017）川 01 民终 12893 号民事判决书；新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院（2017）新 02 民终 225 号民事裁定书，等等。

买卖合同的备案是一种行政管理措施，并非所有权登记，不能导致原告直接取得合同项下房产所有权。进行商品房买卖合同备案登记仅是用来避免担保人在担保设立后将担保物再行出售或在担保物上设置其他权利，从而保障担保权人的债权安全。担保权利的后取得性，决定了该种担保方式属后让与担保。该种担保方式既解决了债务人资金融通的愿望，又保障了债权人的利益，维护了双方当事人合法权益，亦不违反法律、行政法规有关效力的强制性规定。”<sup>37</sup>也就是说，双方当事人达成买卖型担保协议的真实目的在于为民间借贷提供担保，在未办理所有权转移的情况下，双方之间形成的是后让与担保。<sup>38</sup>根据这一裁判立场可知，如果双方当事人在签订买卖型担保之时，已经转移买卖合同所涉标的物的所有权，则在法律属性上应当界定为让与担保。

其四，笼统地主张买卖型担保协议属于债权担保属性的非典型性担保。就此，有法院认为买卖型担保协议虽然因为违反禁止流质的规定，所以债权人不能直接主张要求对方履行买卖合同，但是买卖型担保协议虽然不导致抵押权的成立，但足以在双方当事人之间成立一种非典型的担保关系。<sup>39</sup>也有法院认为，鉴于买卖型担保协议的双方未办理抵押登记，其约定也不符合法定的其他担保方式，所以双方达成的商品房买卖合意的行为应认定为非典型的担保方式。<sup>40</sup>

## （二）买卖型担保协议法律属性的解释路径

诚如前述，司法实务就买卖型担保协议的法律属性曾有“买卖合同”还是“担保合同”的分歧，现行司法解释明确该协议并不存在买卖合意，从而将买卖型担保协议定性为主债务（借款合同法律关系等）的担保合同，但是就属于何种具体担保类型发生了较大的分歧。就此，笔者持如下基本立场：

其一，宜认定买卖型担保协议属于非典型担保，且属于以有限的、特定的责任财产所提供的债权担保。首先，我国现行法律在担保物权的种类及效力上实行物权法定主义的立场，买卖型担保协议的约定并不符合《物权法》关于抵押、质押以及留置权的设立要件。<sup>41</sup>以不动产买卖型担保为例，只要当事人之间没有完成不动产的抵押登记，就不能认定存在抵押权；至于司法实务中当事人之间将买

<sup>37</sup> 江西省上饶市中级人民法院（2017）赣11民初230号民事判决书。

<sup>38</sup> 参见广东省江门市蓬江区人民法院（2017）粤0703民初4017号民事判决书。

<sup>39</sup> 参见广东省汕头市中级人民法院（2016）粤05民终653号民事裁定书。

<sup>40</sup> 参见重庆市巴南区人民法院（2017）渝0113民初6235号民事判决书。

<sup>41</sup> 就此，也有论者认为不动产买卖型担保协议本质上就是不动产的抵押协议。参见董学立：《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》，《中国法学》2014年第3期，第288-304页。

卖型担保协议命名为“抵押合同”，这属于“误载”的情形，仍应当根据其“为债务提供担保”的真实意思表示加以认定。其次，买卖型担保双方约定通过履行担保物的买卖合同来实现债权的担保，直接限定了担保责任财产的范围，而民法学理论一般认为担保人是以期责任财产提供担保的，所以其不属于典型的保证担保。再者，在双方当事人具有担保合意，而买卖型担保协议不属于担保物权的情况下，只能将其认定为债权担保，既然其又不属于典型的保证担保，那么就只能认定为非典型的债权担保；<sup>42</sup>作为非典型债权担保的买卖型担保协议，其责任财产是特定的、有限的财产，从解释论或立法论角度来说，可将其称为“有限财产保证论”。最后，基于让与担保要求先行转移所有权，而买卖型担保协议中当事人约定的是债务不能得到清偿时，双方以履行买卖合同消灭主债，<sup>43</sup>所以两者具有本质区别，不能将买卖型担保协议认定为让与担保这一我国目前立法并未明确的担保方式。<sup>44</sup>至于有论者提出的“后让与担保”，笔者认为确实具有一定合理性，但不援引这一全新概念亦不足以解决相关法律问题，故也不予考虑。

其二，宜认定买卖型担保协议的当事人同时具有担保合意和买卖合意<sup>45</sup>，其中买卖合意可理解为双方达成附生效条件的买卖合同，债权人有权选择行使何种债权请求权，即可主张通过实现买卖合同来实现担保权或主张按照拍卖、变卖途径实现债权担保权。诚如前述，司法实务中法院普遍认为法律关系的界定，不应受制于当事人所签订法律关系的外观和名称，而应当探寻其真实意思表示。<sup>46</sup>有法院曾在判决书中详细阐释《民间借贷规定》第 24 条的立场，认为从担保型买卖合同约定的内容来看，债权人签订合同的真实目的并非为了取得所购商品房的所有权及使用权，担保人签订合同的目的是非为了出售案涉商品房，即双方当事

<sup>42</sup> 笔者认为，当事人之间约定或者法律规定具有担保债务履行的制度即可理解为担保制度，类似违约金制度、定金制度、所有权保留合同等，均可认定为非典型担保，也有论者对此提出了系统的批判意见，并认为从从属性、附随性、保障债权切实实现性这“三性”是认定为担保的基本要求。参见《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，《政治与法律》2015 年第 12 期，第 109-123 页。

<sup>43</sup> 诚如前述，司法实务一般也认可买卖型担保协议属于主债务合同的从合同，笔者认为，主要肯定买卖型担保协议属于非典型担保，自然应当肯定买卖型担保协议的从属性，但也有论者对此提出了不同见解。张伟：《买卖合同担保民间借贷合同的解释论——以法释[2015]18 号第 24 条为中心》，《法学评论》2016 年第 2 期，第 176-188 页。

<sup>44</sup> 对于《民间借贷规定》第 24 条的法律属性，最高人民法院在司法解释颁布后的权威释义中认为这属于不具有物权效力的债权担保，并将条主旨界定为“让与担保”。参见杜万华主编：《民间借贷司法解释理解与适用》，中国法制出版社 2015 年版，第 412 页。相关判例，参见江苏省南通市中级人民法院（2016）苏 06 民终 1938 号民事判决书，等等。

<sup>45</sup> 类似认为买卖型担保协议中当事人之间具有买卖合意的论述。参见陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，《中国法学》2018 年第 2 期，第 240 页。

<sup>46</sup> 参见云南省泸水市人民法院（2017）云 3321 民初 521 号民事判决书。

人在签订合同当时并无真正转移标的物所有权的意思，而是设立一种非典型担保，以期在借款人不能按期还款的情况下对资金安全起到一定担保作用，双方当事人真正关注的焦点为借款的使用、返还及利息支付问题。<sup>47</sup>对此，笔者实难认同，诚然，当事人签订买卖型担保合同是为债权提供担保，但提供担保的意思表示本身并不意味着当事人不具有买卖合意，通过买卖合同消灭债权债务关系本身就可理解为实现担保权的方式。<sup>48</sup>从意思表示的解释立场与解释规则来看，不论根据客观解释还是主观解释，买卖型担保协议中“主债务不履行则通过履行买卖合同清偿债务”的合意都能解释出当事人达成了通过履行买卖合同的方式来实现担保权、清偿主债务的意思表示。同样，不论是从用语的通常理解、协议的整体解释还是目的解释出发，都能得出前述结论。<sup>49</sup>具体而言，在买卖型担保协议之中，当事人签订协议的根本目的在于保障债权的实现，而不是为了取得协议所涉房屋等担保财产的所有权，但是取得担保物所有权也同样是实现债权的一种方式，这是买卖型担保协议双方当事人就债权实现所约定的“额外程序路径”。换言之，当债务人到期如果不清偿债务时，债权人可以要求实现担保权，最终就担保物进行拍卖、变卖，以消灭主债权债务关系；但因为买卖型担保协议中双方当事人事先达成了“以物抵债协议”，且是通过主张履行买卖合同来实现，债务人不偿债是买卖型担保协议中“附条件买卖合同”发生效力的前提，其与债权人通过正常的担保权实现途径一并成为实现买卖型担保协议担保功能的程序路径。

#### 四、买卖型担保协议的法律效力

##### （一）买卖型担保协议法律效力的裁判立场考察

考察司法实务就买卖型担保协议法律效力的裁判立场，可知对买卖型担保协议法律属性的认定将直接影响到对其法律效力的判断。与此同时，虽然司法实务根据《民间借贷规定》第 24 条的规定认定买卖型担保协议中当事人之间不存在买卖合意，但在买卖型担保协议效力的认定上产生了分歧。

在主张买卖型担保协议本质上属于抵押担保的裁判者眼中，就其法律效果存在如下裁判分歧：一方面，有法院认为作为抵押担保的买卖型担保协议，其违反

<sup>47</sup> 参见江西省景德镇市中级人民法院（2016）赣 02 民初 19 号民事判决书。

<sup>48</sup> 参见李开宇、王茂霖：《“以房抵债”协议性质之辨析》，《中国不动产法研究》2016 年第 2 期，第 110 页。

<sup>49</sup> 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 528-532 页。

流担保条款的强制规定，故担保无效（不成立）。例如，在“张进法、菏泽昶楷房地产开发有限公司确认合同无效纠纷案”中，二审法院就认为：“该种担保以商品房买卖合同形式出现，并在房屋登记部门备案登记，通过房地产买卖合同在债务到期之前就固定了担保物的价值，且由于预售登记的存在，作为债务人的昶楷公司不可能另行通过交易途径实现担保物的市场价值，该房地产买卖合同事实上达到了‘流押契约’的效果，规避了法律禁止‘流押’的规定，故案涉商品房买卖合同实际上是‘流押’契约，有违法律强制性规定，依法应确认为无效”。<sup>50</sup>就此，在“刘省龙、江山市江建房地产开发有限责任公司房屋买卖合同纠纷”一案中，最高法院在再审时也曾持类似立场，其在该案中认为，借款合同当事人之间在合同中直接约定到期不还钱则办理备案合同购房的约定有违物权法上“流抵押”的规定。<sup>51</sup>也有法院针对不动产买卖型担保协议的效力认为，在欠缺不动产抵押登记这一生效要件时，担保不成立。例如，在“上诉人陕西铁成投资管理有限公司与被上诉人林军、白水县信源房地产有限责任公司借款合同纠纷一案”中，二审法院认为：“陕西铁成投资管理有限公司诉称 8 套《商品房买卖合同》是对借款提供的担保，因该房产未经担保登记，形式上不符合担保的特征，故陕西铁成投资管理有限公司该主张不能成立。”<sup>52</sup>还有法院持区分立场，认为如果合同当事人要求根据买卖型担保协议直接取得案涉标的物所有权，则明显违背了物权法关于禁止流质的规定，应当认定买卖型担保协议因违反这一强制规定而无效；但如果当事人据此主张对案涉标的物通过拍卖、变卖方式实现债权的，则应认定该协议构成非典型担保的法律关系，支持其诉讼请求。<sup>53</sup>另一方面，有法院则认为在不动产买卖型担保中，虽然双方的真实意思表示是为借款提供抵押担保，当抵押因未办理抵押登记而致抵押权未能设立时，该合同因不违反法律、行政法规强制性规定，仍应认定为有效，此时担保权人有权基于该有效抵押担保合同要求相对人承担连带还款义务。否则有效的抵押担保合同将是一纸空文，不但有违公平、诚信原则，而且不利于保护交易安全。<sup>54</sup>也就是说，在不动产之上设立的买卖型担保合同本质上属于不动产抵押担保合同，虽然没有办理抵押登记，但该协议已经成立生效，此时债权人有权要求担保人以买卖型担保协议所涉标的物为

<sup>50</sup> 山东省菏泽市中级人民法院（2017）鲁 17 民终 111 号民事判决书。

<sup>51</sup> 参见最高人民法院（2017）最高法民申 4527 号民事裁定书。

<sup>52</sup> 陕西省渭南市中级人民法院（2017）陕 05 民终 857 号民事判决书。

<sup>53</sup> 参见广东省汕头市中级人民法院（2016）粤 05 民终 653 号民事裁定书。

<sup>54</sup> 参见吉林省桦甸市人民法院（2018）吉 0282 民初 480 号民事判决书。

限，要求其承担相应法律责任。<sup>55</sup>

在主张买卖型担保协议属于让与担保/后让与担保的裁判者眼中，就其具体法律效果存在如下裁判立场：一方面，有法院认为让与担保违背了流担保条款的强制规定，所以担保权未设立，债权人不能依约取得买卖型担保协议所涉不动产/房屋的所有权。例如，有法院指出：“涉案房屋买卖合同名为买卖、实为民间借贷项下的让与担保，出借方拟通过签订房屋买卖合同的形式在债权到期未获清偿时将标的物据为己有。根据流质禁止的法律原则，该类房屋买卖合同仅具有债权上的担保效力，出借人不能据其直接获得涉案房屋所有权。”<sup>56</sup>也有类似判例认为，对于内容包含合同当事人关于交付房产及土地权属证明材料即意味着完成权属的让与、担保人必须在特定时间内完成回购，否则作为担保的房地产将由债权人管理和经营等内容的约定，法院应当认定存在明显的流质契约性质。<sup>57</sup>另一方面，有法院则认为当事人签订买卖型担保协议是当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制规定，为有效合同，所以债权人有权请求法院拍卖或变卖案涉买卖标的物来实现债权；<sup>58</sup>也有法院在明确买卖型担保协议属于让与担保合同的基础上，认为该协议的目的系一定程度上保护债权人权利的实现，该类合同并不因双方签订时买卖的意思表示不真实而当然无效，请求确认担保型买卖合同无效，缺乏相应事实及法律依据。<sup>59</sup>

值得注意的是，买卖型担保协议表现为买卖合同的形式，所以探讨买卖型担保协议的法律效力，即讨论作为担保方式的买卖合同的效力。就此，司法实务在遵循《民间借贷规定》第 24 条规定，认定买卖型担保协议中当事人之间并不存在买卖合意，在裁判说理中有时存在将买卖型担保合同的担保效力与买卖合同效力混淆使用的问题。从司法实务来看，这种情况下法院在买卖型担保协议效力的认定上，理由与前述不同，但裁判立场也仍有分歧：其一，合同未生效论。延续买卖型担保协议中的当事人之间不存在买卖合意的观点，有法院认为买卖型担保协议之中所谓的《房屋买卖协议书》并非双方真实意思表示，双方之间不存在真实的房屋买卖关系，而是作为民间借贷合同的担保，**所以应当认定作为担保的《房屋买卖协议》未生效；**<sup>60</sup>其二，合同无效论。有法院认为，买卖型担保当事人所

<sup>55</sup> 参见浙江省金华市中级人民法院（2016）浙 07 民再 00024 号民事判决书。

<sup>56</sup> 吉林省辽源市中级人民法院（2017）吉 04 民终 160 号民事裁定书。

<sup>57</sup> 参见云南省西双版纳傣族自治州中级人民法院（2016）云 28 民终 636 号民事裁定书。

<sup>58</sup> 参见江西省上饶市中级人民法院（2017）赣 11 民初 230 号民事判决书。

<sup>59</sup> 参见四川省绵阳市中级人民法院（2017）川 07 民终 3064 号民事判决书。

<sup>60</sup> 参见吉林省长春市中级人民法院（2015）长民一终字第 279 号民事裁定书。

签订的商品房买卖合同属于规避法律的行为，当事人之间并不存在真实的商品房买卖合同关系，该民事行为因损害他人权益时应当归于无效；<sup>61</sup>也有法院直接以当事人之间不具有真实的买卖房屋合意为由，认定债权人与债务人之间签订的用于担保的买卖合同无效，相应网签也应当依法撤销。<sup>62</sup>其三，合同有效论。该房屋买卖及回购合同系双方当事人自愿订立，亦不违反国家法律的强制性规定，故为有效合同。<sup>63</sup>

此外，也有法院在不涉及上述理由的情况下，直接否定买卖型担保协议的法律效力。例如，有法院认为买卖型担保协议这一担保方式违反物权法定原则和民间借贷的法律规定，其名为买卖实为借贷，意思表示不真实，应当认定无效，此时如果第三人购买了案涉房屋，法院应认定担保人有义务协助办理过户登记。<sup>64</sup>还有法院认为买卖型担保协议中双方都不享有履行买卖合同的意思表示，也没有依约履行买卖合同，所以一方起诉要求解除买卖合同时，应当予以支持。<sup>65</sup>

## （二）买卖型担保协议法律效力的解释路径

买卖型担保协议的裁判立场较为混乱，一方面是因为司法实务对于买卖型担保协议的法律属性看法不一致，另一方面是对于买卖型担保协议法律属性看法一致的论者关于法律效力的认识也并不一致。就此，笔者持如下基本立场：

其一，即使认为买卖型担保协议本质上与流担保条款相一致，也应当从限制流担保条款的适用这一角度出发，认定买卖型担保协议不属于流担保条款，但仍宜认定在特定情况下可参照适用。具体而言，首先，流担保条款的合理性备受质疑，司法实务已经通过解释学的方式限制其适用范围。对于我国正在制定的民法典应当缓和禁止流担保的立场，一定程度上可以说已经达成广泛共识，学者们从立法目的、比较法经验、司法实践情况等角度全面论证了现行立法模式的不合理性。<sup>66</sup>从司法实务来看，有论者通过检索发现，不论是最高人民法院还是地方法院，都在司法实务中限制流担保条款的适用范围，尤其是对于担保物价值与所担保债

<sup>61</sup> 参见辽宁省盘锦市兴隆台区人民法院（2018）辽1103民初148号民事判决书。

<sup>62</sup> 参见内蒙古自治区赤峰市中级人民法院（2015）赤商终字第222号民事判决书。

<sup>63</sup> 参见河北省元氏县人民法院（2017）冀0132民初761号民事判决书。

<sup>64</sup> 参见黑龙江省桦南县人民法院（2018）黑0822民初221号民事判决书。

<sup>65</sup> 参见四川省蓬安县人民法院（2017）川1323民初970号民事判决书。

<sup>66</sup> 参见王利明：《我国民法典物权编的修改与完善》，《清华法学》2018年第2期，第18页；高圣平：《论担保物权“一般规定”的修改》，《现代法学》2017年第6期，第25-27页；孟强：《〈民法典物权编〉应允许流质流抵》，《当代法学》2018年第4期，第80-90页。



权额度相比没有明显过高的情形。<sup>67</sup>其次，从法律构造上来说，当买卖型担保协议并未约定债务人不偿债时，担保财产的所有权就转移给债权人，其仅仅是约定双方通过履行买卖合同来消灭主债务，这是担保型买卖协议与流担保条款协议的根本差别之所在。所以说，在买卖型担保协议与流担保条款存在法律结构差异且流担保条款自身就不具有合理性的情况下，司法实务自然应当通过限制流担保条款的适用范围从而将买卖型担保协议排除在外。最后，从客观上而言，司法实务确实可能存在买卖型担保协议所涉担保物价值高于所担保债务数额的情况，此时宜确立法院可以参照流担保条款立场限制债权人买卖合同履约请求权，以有效平衡当事人之间的合法权益。

其二，若没有法定的合同无效事由或合同可撤销事由，买卖型担保协议的效力应当予以肯定。合同的生效要件是判断合同是否具有法律效力的标准，根据我国现行《民法通则》第 55 条、《民法总则》第 143 条的规定，当合同满足缔约人具有相应的缔约能力、意思表示真实而且不违反法律和社会公共利益这三个条件时，原则上就能认定合同有效。<sup>68</sup>

其三，如果买卖型担保合同案涉不动产等担保财产已经经过备案登记等公示程序，此时应根据具体情况确定第三人是否对此知情或者应当知情，从而判断买卖型担保协议是否具有对抗第三人的功能，而不宜简单地认为具有或者不具有对抗力。<sup>69</sup>因为保护善意、惩罚恶意乃是民法最基本的价值观念，如果根据案情可以确认第三人知道或者应当知道买卖型担保协议的存在，其就不应得到保护，即使是债权也应如此。<sup>70</sup>从这个层面而言，有法院认为买卖型担保协议性质上属于债权担保的让与担保合同，故其不具有对抗第三人的效力，这一裁判立场是值得商榷的。<sup>71</sup>

其四，当实现担保条件成就时，买卖型担保协议的债权人有权主张通过拍卖、变卖等方式实现担保权，也有权主张通过履行买卖合同取得标的物所有权。也就

<sup>67</sup> 参见魏沁怡：《论担保物权的实现：实体法与程序法的体系衔接》，《东方法学》2019 年第 5 期，第 67 页。

<sup>68</sup> 参见王利明：《合同法研究·第一卷》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 538-554 页；魏亮：《网购合同成立时间：实证考察、现行立法及应然立场》，《社会科学》2018 年第 12 期，第 95 页。

<sup>69</sup> 认为买卖型担保协议在合同成立并生效时就已经具备了物权性担保的效力。参见杨立新：《后让与担保：一个正在形成的习惯法担保物权》，《中国法学》2013 年第 3 期，第 81 页。

<sup>70</sup> 参见石冠彬：《论无权处分与出卖他人之物——兼评〈合同法〉第 51 条与〈买卖合同解释〉第 3 条》，《当代法学》2016 年第 2 期，第 116 页。

<sup>71</sup> 参见江西省九江市中级人民法院（2017）赣 04 民终 150 号民事判决书。

是说，当事人签订买卖型担保协议的根本目的在于保障债权的实现，<sup>72</sup>而取得房屋所有权也同样是实现债权的一种方式，这是买卖型担保协议双方当事人就债权实现所约定的“担保权实现的备用程序路径”。具体而言，债务人到期如果不清偿债务，理论以及立法应支持债权人此时可以通过拍卖、变卖担保物的方式依法实现担保权，只是对变现款项不享有优先受偿权；但与此同时，买卖型担保协议双方当事人相当于事先达成一个变相的“以物抵债协议”，可通过要求担保人履行买卖合同来实现自己的担保债权。债务人不偿债是买卖型担保协议中“附条件买卖合同”发生效力的前提，债权人请求履行买卖合同与债权人请求依法拍卖、变卖担保物实现自身的非典型债权担保权，一并成为买卖型担保协议实现的法定程序。还应注意的是，如果担保财产价值明显高于所担保债务数额的，则应赋予债务人援引流担保条款对抗债权人的请求权。

概言之，买卖型担保协议不应被认定为流担保条款，两者存在法律架构上的区别，在双方当事人达成合意之时原则上即应认定买卖型担保协议成立。当实现条件成就时，买卖型担保协议的债权人有权主张通过拍卖、变卖担保物等方式实现担保权，也有权主张通过履行买卖合同取得标的物所有权。

### 结语：民法典买卖型担保制度的立法建议

综上所述，《民间借贷规定》第 24 条未能统一理论界及司法实务关于买卖型担保协议的认识，且其否认双方当事人存在买卖合意的立场值得商榷。为统一司法裁判立场，未来民法典有必要就该问题作出规制。在考察裁判立场的基础上，笔者认为买卖型担保协议的相关问题应当确立如下基本立场：其一，只有当事人为担保债权实现而订立的买卖合同才属于买卖型担保协议，而不能仅从签约时间上来区分买卖型担保协议和以物抵债协议；其二，买卖型担保协议在法律属性上应认定为非典型的债权担保，且属于以有限的、特定的财产所提供的债权担保，宜肯定买卖型担保协议双方当事人同时具有担保合意和买卖合意，认定其兼具担保合同和附生效条件买卖合同的双重属性；其三，当买卖型担保协议生效条件成就时，买卖型担保协议的债权人有权主张通过拍卖、变卖担保物等方式实现担保债权，但不能优先受偿变价款，同时也有权主张通过履行买卖合同取得标的物所有权。

---

<sup>72</sup> 参见李静：《不动产让与担保之合法性探讨——以买卖合同担保借款合同为视角》，《中国不动产法研究》2017 年第 1 期，第 44 页。

就未来民法典编纂对买卖型担保协议的立法设计而言,笔者建议未来民法典合同编在“保证合同”一章保证内涵的界定条文(现为民法典合同编二审稿草案第417条)之后增加一条对该问题加以规定:“第X条 当事人以签订买卖合同作为债务履行的担保,债务人到期不偿债的,债权人有权要求实现担保权或者主张担保人履行买卖合同。债权人主张担保人履行买卖合同的,当买卖合同标的物价值明显高于所担保债务数额时,债务人有权援引本法物权编关于流质契约、流押契约的相关规定主张买卖合同无效。债权人主张实现担保权的,既可在主债权债务法律关系判决生效后,申请拍卖买卖标的物,以偿还债务;也可直接申请拍卖买卖标的物,要求实现担保权,但是该权利原则上不得对抗第三人,但第三人知道或者应当知道的除外。”

### **On the Regulation Route of the Civil Code to the Security Agreement — Focusing on the Investigation of the Adjudication Position**

Shi Guanbin

**Abstract:** A sales security agreement, an atypical type of security, is claims security in nature, meets the identification conditions of a sales contract with effective conditions, and belongs to guaranty security provided with specific property. In principle, a sales security agreement shall come into force as soon as both parties reach an agreement. In the future, it is advisable to abandon the existing judicial interpretations to deny that the parties are must in the position of "sale and purchase agreement", and affirm that the creditor either "require the guarantor to perform the sales contract" or "by mandatory auction or sale of collateral to realize hypothec". Sales guarantee agreements and floating guarantee agreements are different due to whether directly causing the transfer of ownership of collaterals or not, but both can be included into the scope of prior agreement on paying debts in kind actually. If the amount of secured claims is obviously less than the value of collaterals and the guaranteed party under the sales guarantee agreement require the performance of the sales contract, the guarantor is allowed to invoke the floating guarantee clauses to defend the claim, and then the guaranteed party can only obtain creditor's rights through the realization of collaterals.

**Key words:** the sales security agreement; declaration of will; codification of the Civil Code; atypical security; fluidity items