

以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果

陈永强^{*}

内容提要 以买卖合同担保借贷债务的,《民间借贷司法解释》第24条规定应按借贷审理,其隐含的解释路径是“名为买卖,实为借贷”,似未肯定买卖合同的效力。“汤龙案”及之后的一些案例提出了不同于第24条的裁判路径,并限制了该条的适用。学理上,买卖型担保是一种契约担保,不能解释为传统的“代物清偿预约”“附条件代物清偿”“债之更改”等,亦有别于物权性的让与担保。其契约担保方式并不违反法律强制性规定,应为有效。解释论上,买卖型担保有别于以物抵债,兼具债法效力和担保效力,须综合适用借贷、买卖、担保之相关规定。借贷合同与买卖合同之间,两债并存,买受人享有履行选择权。立法论上,应建立清算规则,于所有权移转请求权得以实现时对标的物进行评估与清算。买卖型担保无优先效力,不能对抗第三人,但若已经预告登记,则其所有权移转请求权应具有优先效力,且仍应对标的物价额与债务额进行清算,并将超出债务额部分返还债务人。

关键词 买卖型担保 代物清偿 清算 民间借贷

一、问题的提出

《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》(法释〔2015〕18号)(以下简称《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。”^①依据该规定,法院对买卖合同不必作实体审查,而是应向当事人释明变更诉讼请求,并按照借贷合同审理。司法解释的立场虽未直接言明买卖合同无效,但从驳回买卖合同的起诉的结果上来看,其隐含的解释路径似乎是“名为买卖,实为借贷”,在实质结果上似未认可买卖合同的效力。

^{*} 中国计量大学法学院教授。本文系国家社科基金项目“阶段性物权变动与交叉型权利研究”(项目批准号:15BFX161)的阶段性成果。

^① 本文将第24条所规定的担保方式称之为“买卖型担保”,也有学者称之为“以物抵债”“后让与担保”“名为买卖,实为借贷”等。

早在《民间借贷司法解释》出台之前,如何确定以买卖合同担保借贷的法律性质与法律效果就存在重大争议。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”(以下简称“朱俊芳案”)中,最高人民法院认为买卖合同有效。^②但在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”(以下简称“嘉美案”)中,最高人民法院认为买卖合同因违反流押禁止之规定而无效。^③《民间借贷司法解释》出台后的“汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”(以下简称“汤龙案”)被确立为第15批指导案例“72号”,其解释路径不同于《民间借贷司法解释》第24条,支持了买卖合同之诉。^④之后,各地方法院也出现了一些不同于第24条第1款的解释路径的案例。买卖型担保的法律定位与司法裁判事关私法自治、诚实信用等重要民法理念,如何妥当解释其法律构成对司法及民法典立法均具有重要意义。

本文对《民间借贷司法解释》前后的重要实务案例及其蕴含的不同裁判观点进行系统梳理,并基于此对《民间借贷司法解释》第24条进行反思,对现有学说和解释路径进行探讨与辨析,以图在解释论与立法论两个层面上完善买卖型担保的司法裁判规则并丰富其学理研究。

二、变动中的裁判路径 《民间借贷司法解释》 前后的实务案例类型

(一)《民间借贷司法解释》出台前的典型案例及争议

《民间借贷司法解释》出台之前的实务案例中,以“朱俊芳案”“嘉美案”“吴俊妮案”^⑤为典型,它们分别代表了三种十分不同的裁判路径。

1. “朱俊芳案”:附解除条件的并立合同

“朱俊芳案”中,朱俊芳与嘉和泰公司于2007年1月25日签订了14份《商品房买卖合同》,约定朱俊芳向嘉和泰公司购买14套商铺,并于同日办理了销售备案登记手续。次日,双方签订《借款协议》,约定嘉和泰公司向朱俊芳借款1100万元。后,朱俊芳诉至法院,请求嘉和泰房产公司履行商品房买卖合同之交房义务。最高人民法院认为,“案涉十四份《商品房买卖合同》和《借款协议》均为依法成立并生效的合同,双方当事人在《借款协议》中约定以签订商品房买卖合同的形式为《借款协议》提供担保,并为此在《借款协议》中为案涉十四份《商品房买卖合同》附设了解除条件,该约定并不违反法

^② 参见最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决书。

^③ 参见最高人民法院(2013)民提字第135号民事判决书。

^④ 参见最高人民法院(2015)民一终字第180号民事判决书。

^⑤ “吴俊妮与安华房地产开发有限公司买卖合同纠纷案”,参见最高人民法院民一庭《是民间借贷还是商品房买卖》,载最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》(总第58辑),人民法院出版社2014年版,第98页。

律、行政法规的强制性规定。”^⑥该案判决认为,商品房买卖合同与借款合同是两个并立而又有联系的法律关系,借款协议为商品房买卖合同履行附设了解除条件,借款到期借款人不能偿还借款的,即应履行商品房买卖合同。

但是,“并立合同说”并不能涵盖当事人的全部意思,当事人除了一经还款即解除合同的意思之外,还存在一旦不还款即应以合同标的物“抵顶债务”的意思。与借款返还义务相对应的实际上是买卖合同之交房及过户义务:一旦借款人偿还借款,买卖合同之交房及产权过户义务即不再履行;若借款人届期不偿还借款,则借款人须履行买卖合同之交房及产权过户义务。而履行买卖合同之交房及过户义务的目的乃在于实现借款之清偿,即“抵债”之意。故而,该解释路径对借款与买卖合同标的物之间的价值平衡问题欠缺考虑,实际上是忽视了买卖合同的担保功能。

2. “嘉美案”:让与担保无效

“嘉美案”中,买受人杨某与嘉美公司签订《商品房买卖合同》,标的物涉及53间商品房,并对合同进行了备案登记。后杨某向法院起诉请求确认该商品房买卖合同有效,并判令被告交付房屋。被告嘉美公司答辩称,双方当事人之间不存在商品房买卖合同关系,而是民间借贷关系,商品房买卖合同只是民间借贷的担保。一审法院与二审法院均认为商品房买卖合同合法有效。^⑦最高人民法院再审认为,双方的真实意思是借款而非买卖商铺,“双方之间成立借贷关系,签订商品房买卖合同并办理商品房备案登记的行为,则系一种非典型担保。杨伟鹏作为债权人,请求直接取得商铺所有权的主张,违反了禁止流押原则,不予支持。”^⑧该案中,最高人民法院实际上是将买卖合同的担保界定为让与担保,因买卖合同的实际后果是取得商品房的所有权,而该所有权取得“违反了禁止流押原则”,故合同无效。持“让与担保说”的观点认为,“嘉美公司和杨伟鹏采取签订商品房买卖合同、办理备案登记的方式设定担保,在表达当事人之间转移所有权设定担保的意思、对形式上所有权的转移予以公示的同时,实现了对实质上所有权的控制,符合不动产让与担保的要件。”^⑨

能不能将商品房买卖合同作为债务偿还的担保方式视为让与担保,并进而以禁止流押之规定认定其无效,尚值进一步分析。首先,让与担保中,债务清偿期届满之前即移转担保物所有权于债权人,而买卖型担保中,债权人在债务清偿期届满前并不取得担保物的所有权,仅是取得了移转所有权的请求权,故不应将商品房买卖合同的担保方式视为物权性的让与担保,因而也不存在违反物权法定原则的问题。其次,既然尚未移转担保物所有权,那么以禁止流押之规定认定其无效也无法成立。因《物权法》第186条之流押禁止与第211条之流质禁止,均是指“在履行期届满之前约定债务届期不能偿

^⑥ 前引②。

^⑦ 参见广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2010)来民一初字第6号民事判决书;广西壮族自治区高级人民法院(2011)桂民一终字第18号民事判决书。

^⑧ 前引③。

^⑨ 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。

还,所有权即直接归属于债权人”。流押或流质约定的直接后果是债权人取得所有权,而买卖型担保中债权人取得的是请求权,故不能适用第186条。但能否类推适用第186条呢?笔者认为,第186条属禁止性规定,禁止性规定一般不可以类推适用,因私法须遵守“法无明文禁止即自由”之原则,若将第186条扩张适用于买卖型担保,则将违反此一私法原则。

3. “吴俊妮案”:“名为买卖,实为借贷”之虚伪表示无效

“吴俊妮案”中,郑鹤与安华公司签订《商品房买卖合同》与《回购协议》,并办理商品房备案登记手续。双方约定,郑鹤收到安华公司的回购房款后,终止商品房买卖合同,郑鹤应协助安华公司办理房屋备案解除手续。后郑鹤将该买卖合同之债权转让给吴俊妮,吴俊妮起诉要求安华公司偿还其向郑鹤借款本金。法院认为,郑鹤签订《商品房买卖合同》的真实目的并非取得所购商品房的所有权及使用权,安华公司签订《商品房买卖合同》的真实目的亦非为了出售该商品房,而是为了获取竞拍土地所需资金后再回购。最高人民法院民一庭认为,当事人没有签订书面借款合同,而是签订《商品房买卖合同》并登记备案作为担保,且同时签订了回购协议,这说明当事人所选择的是借贷方式。“如果《商品房买卖合同》中售房方并未准备实际交付房屋,而购房一方亦不关心取得所购房屋产权。且双方当事人的关注点集中在《回购协议》及其相应的违约金上,则足以证明双方之间真实的法律关系是民间借贷。”^⑩相似的裁判思路亦见于“张桌玮与重庆怡豪房地产开发有限公司房屋买卖纠纷案”中,^⑪其判决认为,商品房买卖合同并非当事人的真实意思表示,“作为外形的买卖合同属于通谋虚伪表示,无效。”^⑫

“名为买卖,实为借贷”的裁判思路认为真实意思表示是借贷否定了当事人之间关于买卖的意思表示的真实性。而民法理论中的虚伪表示有三项核心要件:(1)虚伪的意思表示外观;(2)不存在法效果意思;(3)通谋。^⑬虚伪表示必须以双方当事人的一致同意为事实构成,^⑭即一致同意该表示行为为虚伪的、无法效意思的表示。而本案,双方根本就未一致同意买卖的意思表示是虚伪的,也无使买卖合同不生效力之法效意思。且双方的意思表示中,除了购房款一经返还买卖合同即终止之意思外,尚有购房款不返还则履行买卖合同之意思。法院判决忽视了后面这一层意思,对当事人的真实意思只解释了一半。此外,该种交易方式并不同于虚伪表示,正如王泽鉴所指出的,“此种行为外表上系移转土地所有权,而内容上却在担保债权,外表与内部目的不相符合,与虚伪表示颇相类似,但当事人间均具有受其意思表示拘束之意思,具有效果意思,故与通谋虚

^⑩ 最高人民法院民一庭《是民间借贷还是商品房买卖》,载最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》(总第58辑),人民法院出版社2014年版,第103页。

^⑪ 重庆市第五中级人民法院(2012)渝五法民初字第00012号民事判决书。

^⑫ 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》2013年第23期。

^⑬ 参见[日]近江幸治《民法讲义I民法总则》(第6版补订),渠涛等译,北京大学出版社2015年版,第173页。

^⑭ 参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第480页。

伪表示有别,应属有效。”^⑮

(二)《民间借贷司法解释》出台之后裁判路径的新变化

《民间借贷司法解释》于2015年9月1日施行后,各地法院裁判情况发生了一些变化。根据笔者在“无讼案例”网站的检索,适用第24条第1款的案例共251例^⑯。其中,要求当事人变更诉讼请求,当事人未变更诉讼请求而最终被驳回的案例221例,这些案例中:即使在房屋已经办理产权过户登记,当事人诉请履行交房义务的,法院也予以驳回;^⑰即使买受人已经依买卖合同移转占有,出卖人也可以诉请返还占有。^⑱其余30个案例则出现了对第24条第1款的适用上的松动,法院支持了买卖合同之诉。

1. 第24条第1款的适用限制

司法实务发展出了限制适用第24条第1款的情形,具体有4种类型:

第一类,当事人之间没有订立书面借贷合同,无直接证据证明买卖合同为民间借贷担保的案例。在“郑奕旋、韶关市伟强置业有限公司房屋买卖合同纠纷案”中,二审法院认为,“一审法院在没有任何证据证明双方之间在签订《商品房买卖合同》前存在民间借贷关系、在签订《商品房买卖合同》中没有约定作为民间借贷担保、在签订《商品房买卖合同》后形成新的借贷关系的情况下,依据《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裁定驳回郑奕旋的起诉不当,本院予以纠正。”^⑲该种裁判思路早在《民间借贷司法解释》出台之前就有,如“洪秀凤与昆明安锁佳房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”,最高人民法院认为,买卖合同为书面证据,在无充分证据证明所隐藏的借贷法律关系时,“不宜简单否定既存外化法律关系对当事人真实意思的体现和反映,避免当事人一方不当摆脱既定权利义务约束的结果出现。”^⑳

第二类,以意思表示真实为论据,认定买卖合同有效的案例。在“李占民与柴亚锋房屋买卖合同纠纷案”中,买卖合同中约定了回购条款,但法院认为,“虽然合同中约定一年内柴亚锋可以回购房屋,这主要是基于柴亚锋在无奈的情况下变卖房屋偿债情形的考虑而约定的回购条件,并不能改变双方房屋买卖合同的性质。因此本案双方争议的是房屋买卖合同纠纷而不是借款担保纠纷。原告李占民和被告柴亚锋自愿签订《房屋买卖合同》系双方真实意思表示,未违反法律的强制性规定,为有效合同。”^㉑在“保定白沟新城银宏小额贷款有限公司与李铁柱等案外人执行异议之诉案”中,法院认为,“《商品房买卖合同》及《入住经营奖励合同》,系双方当事人真实意思表示,不违反法律

^⑮ 王泽鉴《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第367页。

^⑯ 参见无讼案例网: www.itslaw.com, 最后访问时间: 2017年9月12日。

^⑰ 参见贵州省遵义市汇川区法院(2017)黔0303民初1273号民事裁定书。

^⑱ 参见河南省舞阳县人民法院(2016)豫1121民初405号民事判决书。

^⑲ 广东省韶关市中级人民法院(2017)粤02民终194号民事判决书。

^⑳ 最高人民法院(2015)民一终字第78号民事判决书。

^㉑ 陕西省洛南县人民法院(2016)陕1021民初843号民事判决书。

及行政法规的强制性规定,合法有效,应基于本案基本事实,充分尊重当事人的意思自治,尊重市场主体的交易安排,避免机械适用《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》第二十四条之规定。”^②在“盐城市文化经济发展有限公司与卞瑾房屋买卖合同纠纷案”中,法院特别指出,即使为借贷进行担保,买卖合同也是独立的、真实的意思表示,并不违反强制性规定,因此不能认定合同无效。^③

第三类,采纳“债的转化”理论^④,认为借贷可以转化为买卖合同。在“杨军、张从增房屋买卖合同纠纷案”中,双方签订涉案购房协议之前,存在债权债务关系,且就借(欠)款本金和利息进行确定后,被上诉人明确表示无款归还,同意以涉案房屋抵偿,原借(欠)款和利息数额遂演变为上诉人支付被上诉人购房款。法院认为,双方原存在的民间借贷关系性质已经转化,不属于以房屋作担保引起的房屋买卖纠纷,而是其他买卖合同纠纷,故不适用《民间借贷司法解释》第24条。^⑤相似的案例如“杨敏与巴彦淖尔市国瑞房地产开发有限责任公司商品房预售合同纠纷案”。^⑥

还有一些案例则采用了与“债的转化”理论相似的推理,如“汝城县泰隆房地产开发有限公司诉何国富确认合同无效纠纷案”,法院认为,“虽然涉案商品房买卖合同中有关付款方式和期限、交付期限、违约责任等主要条款空白未填写,有重大瑕疵,但该重大瑕疵并不因此而必然导致合同无效。即使原、被告之间之前存在民间借贷法律关系,但经双方协商意思表示真实,不违反法律、行政法规的强制性规定,不损害国家、集体或者第三人利益的,且合同约定的交易价格不属于明显不合理的低价,原民间借贷法律关系亦可转化为买卖合同关系。”^⑦在“刘轩君、铁岭天福房地产开发有限公司企业借贷纠纷案”中,双方在订立借款合同同时订立买卖合同,约定借款届期不还,即履行房屋买卖合同。发生诉讼时,该房屋已经交付。一审认为双方为借贷法律关系。二审改判认为,“本案天福公司向刘轩君发出进户通知单,刘轩君办理了相关入户手续并取得房屋钥匙,可以视为双方经协商一致终止借款合同关系,建立商品房买卖合同关系,并非为借款合同的履行提供担保。该交易并未违反法律法规的强制性规定,不属于《中华人民共和国物权法》第一百八十六条规定的禁止情形,亦不适用《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》第二十四条的规定,应当尊重当事人嗣后形成的变更法律关系的一致意思表示,贯彻合同自由原则。该《商品房买卖合同》有效,刘轩君已履行付款义务,天福公司已交付房屋,双方均已履行了合同的主要义务,天福公司有义务协助刘轩君办理房屋产权证书。”^⑧

^② 河北省高级人民法院(2016)冀民终760号民事判决书。

^③ 参见江苏省盐城市中级人民法院(2017)苏09民终950号民事判决书。

^④ “债的转化”理论为“汤龙案”采用的解释路径,后文单独详论之。

^⑤ 参见安徽省宿州市中级人民法院(2017)皖13民终388号民事裁定书。

^⑥ 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2016)内08民终1542号民事裁定书。

^⑦ 湖南省汝城县人民法院(2016)湘1026民初650号民事判决书。

^⑧ 辽宁省铁岭市中级人民法院(2017)辽12民终88号民事判决书。

第四类,已经履行交付和产权登记的,不再适用第24条第1款。“玉环县德嘉置业有限公司与汪友林对外追收债权纠纷案”中,法院认为,原、被告达成的借款协议系以商品房买卖合同作为民间借贷合同的担保,其性质属于让与担保合同。根据《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24条,本案应当以民间借贷关系审理。但是本案中,原告已向被告开具不动产销售发票,同时也交付房屋,并办理了房屋产权登记,原、被告已经按照商品房买卖合同进行履行。故法院认为,本案可按商品房买卖合同纠纷处理。^{②9}

2. 指导案例“汤龙案”的新路径分析: 债的“转化”理论

“汤龙案”案中,汤龙等4人与新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司(以下简称“彦海公司”)于2013年先后签订多份借款合同,为担保借款合同的履行,4人与彦海公司分别签订多份商品房预售合同,并向当地房屋产权交易中心办理了备案登记。债权到期后,彦海公司未偿还借款,双方经对账确认借款本息总额,并重新签订商品房买卖合同,约定彦海公司将其名下房屋出售给4人,尚欠的借款本息转化为已付购房款,剩余购房款待办理全部标的物产权移转登记后一次性支付给彦海公司。法院判决的要点如下:

第一,汤龙等4人与彦海公司分别签订的商品房预售合同是经借款合同转化而来,将借款合同转变为商品房买卖合同以及将借款本息转为购房款,均属于意思表示的变化,该意思表示的变化并不为法律特别规定所禁止,应予准许;

第二,双方的借款合同因商品房买卖合同的订立而终止,“建立商品房买卖合同关系,并非为双方之间的借款合同履行提供担保,而是借款合同到期彦海公司难以清偿债务时,通过将彦海公司所有的商品房出售给汤龙等四位债权人的方式,实现双方权利义务平衡的一种交易安排。”^{③0}该交易安排既不违反法律强制性规定,也不属于《物权法》第186条的禁止流押情形,亦不适用《民间借贷司法解释》第24条的规定。故合同有效;

第三,因购房款系由借款本息转化而来,故应对借款之利率进行审查,对双方当事人包含高额利息的欠款数额,依法不能予以确认。

“汤龙案”判决与“朱俊芳案”判决的相似之处是两案均认可当事人之意思表示的有效性,从而否定了“让与担保无效说”“虚伪意思表示无效说”。不同之处在于,“汤龙案”不认为借款合同与商品房买卖合同之间属于附解除条件的并立合同,而是认为商品房买卖合同系由借款合同转化而来,商品房买卖合同一经建立即终止了借款合同。学说路径上,该案似乎是采纳了“债之更改”理论,即“新债务成立,旧债务即消灭”。

“汤龙案”准确地认识到在买卖合同重新签订后,借款已经转化为购房款,此时买卖合同之债实际上是替代原借贷之债的履行,具有清偿性,因而不适用《民间借贷司法

^{②9} 参见浙江省玉环县人民法院(2015)台玉商初字第1357号民事判决书。

^{③0} 前引^④。

解释》第24条。然而,自相矛盾的是,既然法院认为“汤龙案”不属于对借款合同的担保,又何须指明和强调“将借款本金即利息转化为已付购房款并经对账清算的,不属于《中华人民共和国物权法》第一百八十六条规定禁止的情形”。如果将这一句表述理解为,因为经过“对账清算”所以不适用第186条,那么“对账清算”就成了不适用第186条的前提,这样实际上又认可了买卖合同的担保意义。因为若不认可其担保意义的话,又何须“对账清算”?且依“债之更改”,原借款合同已经因新债设立而终止,但法院又将买卖合同置于借款合同本息的审查规范之下,可既然借款合同已经终止,又怎能按借款合同来审查借款本息?

尽管如此,“汤龙案”仍具有重要意义:首先,它区分了具有履行性质的买卖合同和具有担保性质的买卖合同,前者具有清偿性能,后者具有担保性能。第24条第1款的适用对象应是后者,而非前者;其次,它明确了借款本息转化为购房款后,法院仍应对购房款,即原借款之本息进行审查,违法高利部分不能支持。

(三) 对《民间借贷司法解释》第24条的反思

《民间借贷司法解释》第24条对买卖合同采取消极的不予审理的司法立场,似乎也存在给买卖合同有效留下裁判空间的可能。^①但是,第24条仍存在如下问题:

第一,过多干预了私法自治。第24条所隐含的“名为买卖,实为借贷”的解释路径忽视了当事人交易的真实意图,即基于买卖合同的担保作用来安排交易,买卖合同的订立是双方的真实意思表示,而非虚假的意思表示。且债权人选择借贷关系诉讼还是买卖合同关系诉讼,是债权人的自由,法律在无足够充分且正当理由的前提下,不得对民事主体的自由作出限制。^②上述第一类案例巧妙地避开对第24条的适用,第二类案例宣称避免机械适用第24条,其目的均在于维护和尊重依自治方式设立的交易安排。

第二,不当加重了债权人的举证负担。如果对买卖合同不予审理,则势必迫使当事人另行以借贷纠纷起诉。可在当事人并未订立书面借贷合同的情形下,让原告放着有书面证据支持的买卖关系不用,而去主张没有书面证据的借贷关系,必然不当加重原告的举证负担,造成举证困难。上述第一类案例的裁判就很好地回应了这个问题。

第三,违反诚实信用,增加违约的道德风险。依第24条,当事人所订立的买卖合同相当于在当事人之间不发生任何拘束力,这意味着当事人在借款当时可以任意答应订立买卖合同以抵偿借款,但事后却可以主张买卖合同无效,并无需履行买卖合同之义务,其后果必是违约的道德风险剧增。

^① 有案例认为,第24条是指请求履行买卖合同的应予驳回,但请求确认合同效力的,不能依据第24条判决其无效。参见前引^②。

^② 参见王轶《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第31页。

三、现有学说之辨析与商榷

现有学说在解释此类以他种给付(买卖之债)代替原定给付(借贷之债)的行为时有两个方向:一个是解释为以物抵债之清偿,其学说有“代物清偿预约”“附条件代物清偿”“债之更改”等理论形态;另一个是解释为担保,其学说有“让与担保说”“后让与担保说”“抵押权说”等。以下分别检讨之。

(一) 代物清偿预约说

有学者认为,买卖型担保应属代物清偿预约,“担保型买卖合同符合代物清偿预约的本质特征,因此就是代物清偿预约。”^③代物清偿预约者,乃债务成立之时,当事人附带约定,将来如不履行时,得以他种给付代替原定给付之契约。^④代物清偿预约与代物清偿之区别在于:其一,代物清偿系要物契约,以他种给付的交付或登记为要件,而代物清偿预约为非要物契约;其二,代物清偿成立即消灭旧债务,而代物清偿预约之成立并不消灭旧债务;其三,代物清偿预约成立于原债务发生之初,而代物清偿发生于原债务清偿之际。^⑤在发生时点上,买卖型担保与代物清偿预约相同,均发生在原债务设立之初。双方订立的以他种给付替代原定给付的契约是买卖合同,买卖合同固非要物合同。至于说买卖合同的订立是否消灭原借贷债务自应视当事人之意思而定。因而,从这三方面看,买卖型担保与代物清偿预约相近,而与代物清偿相去甚远。

所谓“预约”,乃是约定将来订立本约之契约,而本约为履行该预约而订立的契约。因而,代物清偿预约并非代物清偿之预约,代物清偿亦非代物清偿预约之本约。实际上,代物清偿乃是代物清偿预约的履行行为,并非独立的另一契约,两者之间类似于契约及契约的履行之关系。当代物清偿预约所约定的条件成就时,即发生履行代物清偿预约约定的“得以他种给付代替原定给付”之效力,而无须再另订作为本约的代物清偿协议。故以“代物清偿预约”名之,不无商榷之余地。陈自强认为,若将代物清偿视为代物清偿预约之本约,则代物清偿预约与单纯代物清偿合意实质上不分轩輊。^⑥但依陈自强的定义,所谓单纯代物清偿合意,乃是指债之关系的当事人之间以他种给付代替原定给付的“约定”。他引用“1994年度台上字第890号判决”提出,“关于本案,(台湾地区)高等法院及最高法院皆以代物清偿为要物契约为由,认为单纯代物清偿合意并未实现为他种给付,因代物清偿契约尚未成立,尚未成立之契约,不发生效力,故债权人无法请求为现实给付,实质上,否认单纯代物清偿合意之效力。”^⑦这样一来,通过单纯代物清偿合意概念,代物清偿预约又回到了代物清偿契约上来了。

^③ 前引⑫,高治文。

^④ 参见郑玉波《民法债编总论》(修订2版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年版,第485页。

^⑤ 参见前引④,郑玉波书,第485页。

^⑥ 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327页。

^⑦ 前引⑥,陈自强书,第321页。

从“代物清偿契约——代物清偿预约——单纯代物清偿合意——代物清偿契约”这一分析逻辑可以看出,代物清偿预约或单纯代物清偿合意之学说陷入了循环论证。既以代物清偿预约区别代物清偿以去除代物清偿之要物性要件,又怎能以单纯代物清偿合意来对代物清偿预约进行解释?因单纯代物清偿合意(与物权合意相似)之成立须以要物性为要件,而在此要件前提下,自不能成立代物清偿预约,而应成立代物清偿契约。若将代物清偿预约与代物清偿作为契约与契约之履行行为的关系角度解释,则属于代物清偿契约与代物清偿履行行为的区别,依此,代物清偿预约与代物清偿契约无异,代物清偿预约自无概念独立之必要。

将代物清偿预约从代物清偿中区别出来,本旨在于避免因欠缺要物之要件而被认定为无效。然亦有学者认为,尚应进一步区分代物清偿权的主体而定其效力。如孙森焱认为,代物清偿预约,若约定代物清偿权在债务人者,即成立任意之债,应属有效;若约定债权人得请求代物清偿者,仍应类推适用我国台湾地区民法第 873 条第 2 项(流押之禁止)或第 893 条第 2 项(流质之禁止)规定,认定其约定无效。^{③⑧} 买卖型担保中,是债务人还是债权人享有履行选择之权利应视合同约定而定;若合同并无约定,按照合同文本之“一旦债务届期不还,即应履行买卖合同”的文义,似乎只有债权人享有履行选择权;对债务人而言,履行买卖合同是其义务,而非可选择之权利。因此,按照孙森焱的区分,似乎应类推适用流押禁止之规定。但即便如此,买卖合同也未必无效。因我国台湾地区民法的以上规定已于 2007 年修改,修改后的第 873 条第 1 项规定,“约定于债权已届清偿期而未为清偿时,抵押物之所有权移属于抵押权人者,非经登记,不得对抗第三人。”即流押不再为法律所禁止,改采登记对抗主义。故而,债权人得请求代物清偿者应类推适用流押禁止条款而无效之观点已不再能够成立。

(二) 附停止条件代物清偿说

学说上也有认为“以买卖合同担保借贷债务”属“附停止条件代物清偿”,如孙森焱认为,当事人约定代物清偿契约于债务人不履行原定给付时始生效力者,是为附停止条件之代物清偿,与第 873 条第 2 项及第 893 条第 2 项规定之流押(质)契约无殊,应认此项约定无效。^{③⑨}

然而,代物清偿的效力发生与否实则最终又取决于代物清偿的界定,若认代物清偿为要物契约,则非现实给付不足以成立代物清偿契约,纵然债务人不履行债务的条件成就,代物清偿契约亦不成立,债权人亦无从请求相对人为他种给付。于此,尚需探讨的是,所附的停止条件究竟为代物清偿契约之条件抑或是代物清偿合意之条件?若为前者,停止条件成就则代物清偿契约效力发生,即使得债务人负有转移所有权之义务,但债权人并不因代物清偿契约生效而直接取得所有权,故而,以此适用流押禁止之规定便有不妥,因流押禁止乃针对物权契约而言,债权契约并不在禁止之列;若为后者,则解释

^{③⑧} 参见孙森焱《民法债编总论》(下册),法律出版社 2006 年版,第 853 页。

^{③⑨} 参见前引^{③⑧},孙森焱书,第 853 页。

上仍有不通。因按德国民法之学理,物权合意本不得附条件,其第925条第2款规定,附条件或附期限达成的关于土地所有权转移的合意,不生效力。^{④①}且物权合意本身并不依意思表示发生效力而须以公示为要件,在未完成物权公示之前,纵然所附条件成就,物权亦无法转移。故而,陈自强认为,“附停止条件代物清偿说”并无实益。^{④②}

前述“朱俊芳案”的裁判思路介于“选择之债+代物清偿”和“附停止条件之代物清偿说”之间,既不坚持代物清偿的要物性,亦未坚持代物清偿成立即消灭旧债务之观点,故与代物清偿说及附条件代物清偿说均不相同。该案在学理上只是认可成立两个并立的合同,但对于两个合同之关系及其要件问题并未深入探讨。

(三) 债之更改、新债清偿与代物清偿

与代物清偿相近的概念还有债之更改与新债清偿。所谓“债之更改”系指消灭旧债务而成立新债务之契约也。^{④③}债之更改契约一旦成立,旧债务即归消灭,其从属之债务,如利息、违约金、担保等均随之消灭;旧债务之抗辩,新债务亦不得主张。^{④④}“新债清偿”,亦称间接给付,乃是因清偿旧债务而负担新债务,因新债务之履行而使旧债务消灭之契约。在债之更改、新债清偿与代物清偿三者间,债之更改契约成立后,旧债务即归消灭,债务人仅负担新债务;而在新债清偿,新债旧债并存,新债履行后旧债始归消灭;代物清偿中,代物清偿实现,旧债即归消灭。代物清偿与新债清偿均为要物契约^{④⑤},而债之更改为非要物契约;代物清偿为要因契约,而债之更改为要因契约。^{④⑥}

72号指导案例“汤龙案”采纳了“债之更改说”,法院依此认定商品房买卖合同成立后,借款合同即终止。但疑问在于,既然判定借款合同终止,何以法院仍要审查借款合同中的本息和利率以及高利率的违法性问题呢?既然借款之本息已经转化为购房款,为何又仍然适用借贷关系之法律规范呢?依“债之更改”,旧债务既已消灭,旧债务所生之抗辩就不能被援用于新债关系。^{④⑦}但“汤龙案”仍将买卖合同中之购房款还原为借款旧债的本息来加以审查,实际上援用了旧债之抗辩到新债关系上,这与债之更改理论不符。更为关键的是,以“债之更改”来解释,似还有违私法自治。因依债之更改,新债设立,旧债即消灭,但笔者认为,是否消灭旧债务应遵守私法自治原则以当事人明示之意思表示为判断依据,否则,似不宜直接认定借款合同已经终止。为保护债权人利益,应持旧债不消灭说较为妥当,即原借款合同仍然有效。我国台湾地区“民法”第320条也

④① 参见陈永强《民法学说与比较民法》,法律出版社2017年版,第189页。

④② 参见前引③⑥,陈自强书,第334页。

④③ 为叙述上的方便,本文亦将买卖型担保中的借款合同之债称为旧债,买卖合同之债称为新债。

④④ 参见前引③④,郑玉波书,第528页。

④⑤ 多数说认为,新债清偿为要物契约,如史尚宽、孙森焱、郑玉波等,但此一观点似与其性质不符。新债清偿中,旧债因新债的履行而消灭,若其属要物契约,则一旦新债清偿成立,即已经履行完毕,不生新债的履行的问题。故而,新债清偿应为非要物契约。邱聪智主张新债清偿为非要物契约,参见邱聪智《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社2004年版,第453页。

④⑥ 参见前引③⑧,孙森焱书,第854页。

④⑦ 参见前引③④,郑玉波书,第528页。

规定,“因清偿债务而对于债权人负担新债务者,除当事人另有意思表示,若新债务不履行时,其旧债务仍不消灭。”因而,有学者提出,“当事人间订定之契约除另有意思表示,可认系代物清偿或债之更改者外,应认系新债清偿。盖于新债清偿,新旧二债务并立;新债务如经履行,债权即可获得满足,旧债务始随同消灭,是于债权人为有利。”^{④7}

(四) 物权担保说

“物权担保说”强调买卖合同的担保机能,将买卖合同参照担保物权进行解释,具体又分“让与担保说”^{④8}“后让与担保说”^{④9}“抵押权说”^{⑤0}等学说。

1. 让与担保、后让与担保说

将买卖型担保类比让与担保,其论据是两者在实际结果上的相似性:履行买卖合同会产生债权人取得所有权的结果,该结果与让与担保之效果无异。前述“嘉美案”采纳的即是“让与担保说”。然而,以买卖合同作为担保,不动产所有权于买卖合同订立时尚未移转,其间尚无物权产生,即便买卖合同已经办理备案登记,所有权仍未转移,故不宜将买卖型担保界定为“让与担保”。

也有学者主张,买卖型担保是一种“后让与担保”。该观点认为,“商品房买卖合同作为借款合同债权的担保,并不是债权担保,而是不动产所有权的担保:不履行债务,即用约定的房屋所有权转移以清偿债务。因此可以确定,用商品房买卖合同设置的担保是物保,而不是人保,更不是债权的担保。”^{⑤1}笔者认为,移转所有权的请求权与已经取得所有权之间应予区分,移转所有权的请求权是请求权而不是所有权,该请求权实际上受到买卖之双务合同关系的拘束,与单纯的所有权取得显然不同。故在法律性质上,亦不能将其界定为“物权形态”的“后让与担保”。

2. 抵押权说

“抵押权说”与“让与担保说”都认为买卖型担保属于物权担保,两者的不同之处在于,后者认为是所有权的担保,而前者认为是抵押权的担保。“抵押权说”认为,后让与担保中的所有权让与并不在于让受让人取得所有权,而仅仅在于“以此所有权让与来担保借款债权的实现”,担保是其目的,让与是实现担保的手段,故而,其与抵押权之间只存在名与实的区别。^{⑤2}“抵押权说”主张不必另设“后让与担保”制度,通过适用抵押权之拍卖、清算等规则即可解决买卖型担保问题。笔者认为,该主张有相当合理的意义,可以运用抵押之清算规则解决买卖型担保中的利益平衡问题。但不无疑问的是,在私法自治的意义上如何将买卖合同的意思表示解释成设立抵押权的意思表示呢?且就不动产而言,因不动产抵押权的设立需满足《物权法》第187条的登记要件,采“抵押权

^{④7} 参见前引^{④3},孙森焱书,第856页。

^{④8} 参见前引^{④9},梁曙明、刘牧晗文。

^{④9} 参见杨立新《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。

^{⑤0} 参见董学立《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。

^{⑤1} 前引^{④9},杨立新文。

^{⑤2} 参见前引^{⑤0},董学立文。

说”就会面临如何将买卖合同进行登记公示的困境:是办理抵押权设立登记呢,还是办理抵押权预告登记?更为甚者,以买卖合同去办理抵押登记,显然会发生意思表示的自我矛盾。

(五) 小结

综合而言,上述学说均不能全面解释买卖型担保的法律特点:

第一,买卖型担保与代物清偿、债之更改及新债清偿虽有相似性,均为以他种给付替代原定给付,但它们之间的法律性质不同:前者重在担保,后者重在清偿。以清偿行为来解释不仅会陷入合同的要物性、物权合意的独立性等问题的争议中,而且忽视了买卖合同的担保性能,对借款转化为购房款之特点未予重视,在利益上可能导致失衡;

第二,物权担保说的优势在于其注意到了买卖合同的担保机能,通过物权担保规范的适用使借款人的债务与担保物的价值之间能够取得平衡,但是以所有权移转请求权作担保与以物权作担保在性质上毕竟不同,将买卖合同视为物权担保存在意思表示解释上的困境,且与物权公示原则发生冲突,与买卖合同的债法性质亦明显不合。

总之,买卖型担保兼具买卖、借贷、担保之事实要素属性,单一地以代物清偿、债之更改等债法路径来解释会忽略买卖合同的担保功能,显已超越了其学说之射程范围;而单一地以物权担保路径去解释又会忽略买卖合同与借款合同的债法性要素,故前述学说均无法圆满地、融贯地解释买卖型担保。

四、买卖型担保的解释论改进与立法论上的构建

买卖型担保应综合借贷、买卖和担保之规范予以构建,学理上应以尊重当事人意思自治为基础,可以通过清偿性规范与担保性规范来处理两债之间的关系。

(一) 解释论改进

1. 性质界分: 区分担保性买卖合同和抵债性买卖合同

以买卖合同是在借款合同的履行期届满之前订立或之后订立为依据进行区分是必要的,因为两者的功能不同、性质相异,法理基础也不相同。当买卖合同的订立是在借款合同履行期届满之前订立时,买卖合同的功能在于担保借款合同的履行,具有担保性能;当买卖合同的订立是在借款合同履行期届满之后订立时,买卖合同的作用在于代物清偿,具有清偿性能。买卖型担保因不具有清偿性质,故在学理基础上不宜采用“代物清偿”“债之更改”等学说来进行解释。相应地,亦不能将其界定为要物合同,否则,既与人们通常所理解的买卖合同的性质不符,也不符合当事人的意思,因为当事人的意思并不是要让买卖合同在履行所有权移转义务之后才生效。故而,用作借贷担保的买卖合同为非要物合同,其成立生效显然不能依据清偿行为的要件作为判断依据,而只能依据负担行为的一般生效规则予以判断。相反,债务履行期届满之后的以物抵债型买卖合同,实际上则具有清偿行为性质,学说上多以代物清偿或债之更改解释之,故强调其

要物性,若未移转所有权,则视为代物清偿或债之更改不成立。^{⑤③} 因此,在解释论上,正如“汤龙案”所揭示的,《民间借贷司法解释》第24条并非指抵债型买卖合同,从第24条“借款到期后借款人不能还款,出借人请求履行买卖合同的”的表述来看,该条仅适用于借款到期前订立的买卖合同而不适用于借款到期后订立的抵债性买卖合同。

2. 自治法理: 依据自治原则判断买卖合同的订立是否消灭原借款债务

在买卖合同与借款合同之间,借款之债与买卖之债是并存的抑或买卖之债成立即消灭借款之债? 笔者认为: 首先,新债的设立是否消灭原借贷之债应取决于当事人的意思,基于意思自治原则,当事人有约定的应遵从约定; 其次,若当事人就是否消灭旧债无明确约定的,不能将买卖合同的订立视为借款合同当然消灭。若按代物清偿或债之更改进行解释,新债产生即消灭旧债。但旧债之所以消灭乃是因为代物清偿或债之更改本来就是以消灭旧债为目的,而买卖型担保中,买卖合同的订立本身是对借贷之债的担保而非以消灭旧债为目的。故而,买卖合同的订立并不立即消灭借贷之债。前述“汤龙案”依“债之更改”认定商品房买卖合同的订立即终止了借款合同,与私法自治原则殊有不合; 再次,买卖合同履行完毕的,借贷之债消灭。若买卖之债无法履行或部分无法履行的,借款之债在未履行的限度内仍然存在。

3. 借贷法律规范的适用: 借贷债务的真实性、合法性审查

买卖合同中的购房款系由原借款合同中的借款本息“转化”而来,实际上是将应偿还的借款本息抵作购房款,购房人并未另行支付房款,而借款人的还款义务由移转所有权义务取而代。 “汤龙案”注意到了这一点,并对由借款本息转化而来的购房款进行了还原和审查,即法院在审理买卖合同之新债法律关系时,依据借款合同关系之旧债的相关规范来审查购房款的构成。法院认为,“在当事人请求司法确认和保护购房者合同权利时,人民法院对基于借款合同的实际履行而形成的借款本金及利息数额应当予以审查,以避免当事人通过签订商品房买卖合同等方式,将违法高息合法化。”^{⑤④} 这样,该案就相当于确立了一个原则,即买卖合同的审理需要考察购房款的原始构成,将购房款还原为原借款本息,并对借款本息的合法性予以审查。从这个原则中,可以进一步延伸出,当事人签订的无论是用作担保的买卖合同还是其他的以物抵债协议,因为未实际付款,法院在审理此类纠纷时,都应当审查原债务的真实性与合法性问题。这有利于妥善解决虚假债务问题,并防范借以物抵债方式进行的虚假抵债和虚假诉讼。^{⑤⑤}

4. 买卖合同中关于违约金条款的适用问题

72号指导案例“汤龙案”中,原告提出被告彦海公司逾期交付房屋构成违约,应承担买卖合同约定的违约金,法院认为,被告未按约定时间交付房屋乃是因原告尚未足额

^{⑤③} 亦有观点认为,以物抵债协议不应界定为实践性合同,未交付的以物抵债协议应按照诺成性合同确定其效力。参见崔建远《以物抵债的理论与实践》,载《河北法学》2012年第3期。

^{⑤④} 前引④。

^{⑤⑤} 参见江苏省高级人民法院民一庭《以物抵债若干问题研究》,载最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》(总第58辑),人民法院出版社2014年版,第67页。

支付合同约定的购房款,故对于违约金的请求不予支持。假设本案中原告原出借的借款已构成充足的购房款,而被告确实迟延交付房屋,那么,买卖合同中约定的违约金条款应如何适用法律?是否应支持违约金?又应如何判断违约金过高的问题?因买卖合同之购房款系由借款本息转化而来,原借款本息构成了“已付房款”,买卖合同产生的债虽名为“新债”,但实际上是“借款本息”之旧债的“替代”,两者之间本为同一笔债务。在此意义上,买卖合同中迟延违约金的约定不能独立于原借款本息之债的范围。故而,买卖合同中约定的违约金能否获得支持并不以实际损失为判断依据,不适用《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)》(法释〔2009〕5号)第29条(违约金的上限是不超过实际损失的30%)的规定,而应优先适用《民间借贷司法解释》第26条,将其数额折算成年利率后判断其效力。

5. 买受人的履行选择权

买卖合同和借款合同所指向的债务既然为同一笔债务,两者亦不过是清偿方式不同而已,当借款合同届期,买受人(债权人)是否仍然有履行选择权呢?若依“新债清偿说”,买卖合同之订立并不立即消灭借贷之旧债,但“债权人却不能择一请求,而必须先就新债务请求履行”,“倘新债务不能履行,或无效或撤销时,始能就旧债务请求。”^{⑤⑥}笔者认为,买卖型担保不应受此限制。于债权人有利的角度而论,在当事人无特别约定时,应由债权人选择请求履行。当新债旧债均已届清偿期的,于新债务不履行时,其旧债务仍不消灭,债权人可请求履行新债务,也可请求履行旧债务。^{⑤⑦}

6. 买卖合同与借款合同的时效

买卖合同订立后,借款合同的时效是否中断呢?如果依据“新债清偿说”,新债务成立后,虽不立即消灭旧债务,但使其诉讼时效中断。因新债务之设立乃以清偿旧债务为目的,性质上与债务人承认旧债务无异。但邱聪智认为,在债务人不履行新债务,而债权人请求债务人履行旧债务时,“中断说有轻重失据之虞,解释上应认为仅生时效不完成之效力”,“新债务成立,旧债务即告暂时停止作用,消灭时效进行亦告中止”。^{⑤⑧}但“中止说”的问题在于,依据《民法总则》第194条,中止仅可发生在时效完成前的6个月之内。笔者认为,买卖合同与借款合同的时效问题不能依据“新债清偿说”予以解释。买卖合同的订立并不立即中断借款合同的时效,因为,只有等到借款合同届期不履行时,买卖合同才发生效力,债权人也可以请求履行买卖合同,故而,借款合同的时效起算应当视为延长至买卖合同履行期届满之时。这样,新债与旧债之间,就建立了统一的时效算法,两者时效计算时间相同,便不会发生旧债已过诉讼时效而新债未过诉讼时效的尴尬情境。债权人请求履行买卖合同时,借款合同的时效同时发生中断,反之亦然。

(二) 立法论上清算规则的构建

^{⑤⑥} 前引③④,郑玉波书,第486页。

^{⑤⑦} 参见前引③⑧,孙森焱书,第857页。

^{⑤⑧} 前引④④,邱聪智书,第454页。

买卖合同虽以所有权移转义务替代借款之返还,即以他种给付替代原定给付,但其实质上具有担保借款债务返还的机能,学者称之为代物清偿机能向担保机能的变迁。^{⑤⑨}陈自强认为,具有担保机能之“代物清偿预约”可以准用让与担保,“纵债务人债务不履行,发生所有权移转义务,但应准用让与担保,课债权人以清算义务,标的价额如超过担保债权额时,超过部分应交还债务人。”^{⑥⑩}德国法亦认为,“为了担保而被让与的可以是一项针对土地所有权转移的请求权,如果被担保人实现了该请求权,那么随着不动产转让之合意与登记,他就成为了土地的所有权人,但只能用于担保的目的。”^{⑥⑪}

1. 清算规则

自比较法观之,清算法理来自于让与担保的法律实践,在回赎、再买卖约定、让与担保等变担保法律实践中,日本实务判例与学说为了排除因所有权移转可能带来的暴利性而确立了清算法理。^{⑥⑫}清算法理的论据乃是基于“事务的本质”,而“事务本质说”蕴含了类型化及类推的法律思想,^{⑥⑬}即买卖型担保与让与担保在性质上具有相似性,可以进行类比而类推适用其清算规则。当然,笔者认为,为简便买卖型担保的实行,立法上可以规定,清算可以按照自治的方式进行,如72号指导案例所启示的,当事人已经就借款本息与购房款进行“对账清算”的,法院应予认可。

清算方法分为归属型清算法与处分型清算法。^{⑥⑭}归属型清算是指,由债权人取得标的物之所有权,并对标的物价值进行评估,将其超过额部分返还给债务人的方法。处分型清算是指,债权人将标的物处分给第三人,从其出售价金中优先受偿的方法。处分清算的优点在于可以将标的物放入交易市场中,所出价格会更公允。而归属清算的优点在于建立了“支付正确的清算金与转移标的物同时履行关系”,^{⑥⑮}债权人主张移转所有权的同时需要履行清算义务,并将超过债务额部分返还给债务人,始能取得标的物所有权。依归属清算法,债权人应在清算期内提出标的物的评估额并通知债务人,当标的物的评估额超过债权额时,其超过部分应当向债务人返还。在归属清算与处分清算之间,当事人未作约定或者约定不明的,因处分清算须将标的物变价,程序繁琐,故应以归属清算为原则,以使清算程序更有效率。此外,归属清算法也更符合买卖型担保的法律特性,由买受人取得标的物所有权符合买卖合同的目的。

2. 交还请求权

依担保之法理,因担保而可实现的债权应不能超过主债权的额度,而实践中买卖合同标的物的价值可能会大大超过被担保的主债权,因而有必要在买卖合同标的物的价

^{⑤⑨} 参见 [日] 於保不二雄《日本民法债权总论》,莊胜荣校订,五南图书出版有限公司1998年版,第376页。

^{⑥⑩} 前引^{⑤⑨},陈自强书,第330-331页。

^{⑥⑪} [德] 鲍尔·施蒂尔纳《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第648-649页。

^{⑥⑫} 参见 [日] 近江幸治《担保物权法》,祝娅、王卫军等译,法律出版社2001年版,第230页。

^{⑥⑬} 参见 [德] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第15页。

^{⑥⑭} 参见前引^{⑥⑫}, [日] 近江幸治书,第256页。

^{⑥⑮} 前引^{⑥⑫}, [日] 近江幸治书,第256页。

值与尚未履行的借款债权之间进行比较,以避免所有权取得的暴利性。如果出现事后的过度担保,如被担保债权因为部分履行而减少,则产生担保法所固有的差额交还请求权。交还请求权被认为是根植于担保法本身的性质的,“交还请求权对于任何一个担保来讲都是内在的,所以根本不需要对此明示的约定。”^{⑥⑥}“即使是买卖,但是只要以担保为目的,其作为被担保债权的保留部分,债权额价金的超过部分就必须返还。”^{⑥⑦}

五、买卖型担保的公示与对第三人的效力

买卖型担保为契约性质的担保,买卖合同订立后并未直接转移所有权,尚不发生物权变动的效力,故而,买卖型担保无对抗第三人的效力,破产清算时买受人亦不享有别除权。从这些效果上看,买卖型担保对于债权人的担保效果很弱。对于债权人而言,债权人在实现其债权时,只是多了一项合同请求权而已。不过,实践中,为了强化债权人的债权保障,有的通过取得对不动产或动产的占有来进一步控制财产,有的则通过预告登记或备案登记等方式来强化自己的权利。对于以上情形中买受人之权利性质、对抗第三人之效力、占有转移之利益与孳息返还清算等问题,也需在学理上作出解释。

(一) 买卖合同的公示: 备案登记、预告登记及意义

前述“嘉美案”“朱俊芳案”“汤龙案”诸案中的买卖合同均进行了备案登记。依据《中华人民共和国城市房地产管理法》第42条规定,商品房预售应当取得预售许可证,并将预售合同进行登记备案。但备案登记是对预售合同的备案,既不是实体法意义上的实体权利的登记,也不属于物权公示方式,而仅仅是房地产管理部门对房地产开发商的预售行为的一种行政管理行为。故而,备案登记不具有设立物权的效力,也起不到债权人权利“物权化”的效果。但实践中,备案登记对于买受人而言也并非毫无用处,其具有一定的防止二重买卖的反欺诈功能。因为在对商品房预售合同进行登记备案后,如果房地产开发商想要违约进行二重买卖,就必须得先解除经登记备案的买卖合同并撤销备案登记,否则,开发商即便再次出售商品房给他人,亦无法给次买受人办理登记过户手续。^{⑥⑧}

相较备案登记,预告登记是一种“具有物权效力的担保手段”,^{⑥⑨}其目的在于确保将来能够实现所有权移转请求权,且不受出卖人二重买卖行为的影响。依《物权法》第20条的规定,房屋买卖合同经预告登记后,未经预告登记权利人同意,原所有权人的处分行为不发生物权变动的效力。这实质上限制了出卖人的处分权,由此保障预告登记权利人可以优先获得不动产所有权。但是,在买卖型担保场合,预告登记是否产生相同的

^{⑥⑥} 〔德〕曼弗雷德·沃尔夫《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第381页。

^{⑥⑦} 前引⑥,〔日〕近江幸治书,第232页。

^{⑥⑧} 而且,实务中,解除经备案登记的商品房买卖合同通常需要通过诉讼的方式进行,经判决解除合同的,当事人拿着判决书才能要求房地产管理部门撤销备案登记。

^{⑥⑨} 参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2006年版,第419页。

法律效果呢?自比较法视角观之,日本法中,代物清偿预约、附停止条件的代物清偿合同都可以通过临时登记来保全标的物所有权移转请求权,这种情形被称为“临时登记担保”。^⑩日本通过临时登记担保法将之前以判例存在的以约定法理保全所有权移转请求权的代物偿还约定成文法化,通过临时登记所担保的所有权移转请求权被认为具有优先受偿的效力,其法律效果与抵押权的设定效果相同。^⑪日本法利用临时登记制度将代物偿还约定“担保化”,并基于此,构建了标的物评估、处分清算、清算期间、赎回权等规范体系。笔者认为,经预告登记的买卖型担保的法律效果应参照物权担保进行解释,买卖合同配上预告登记强化了债权人的所有权移转请求权,解释论上应承认该种经预告登记的所有权移转请求权具有优先效力和对抗效力,预告登记权利人可以对抗出卖人的债权人、已登记的次买受人和后设立的抵押权人。依据《物权法》第21条的规定,未经预告登记人同意的,即使登记也不发生所有权移转的效力。^⑫

但买卖合同经预告登记后,虽然取得优先实现的效力,在程序上仍应受清算规则的限制,即债权人并不能因债务人的债务不履行而直接取得所有权,而是必须对标的物之评估额与被担保之债权额进行清算。若按归属型清算法,债权人只有在将高出债权额部分返还给债务人后,所有权才能移转给债权人。^⑬

(二) 移转占有之效果

买卖型担保的法律实践中,债权人往往要求债务人移转标的物的占有。在标的物为不动产时,占有之移转会发生所有权部分权能的转移,^⑭并产生物权的用益、孳息等利益分割问题。在内部关系中,因买受人占有不动产会产生用益,故应适用租赁之法理,债权人在清算时应以市场租金计算并在借款本息中予以抵扣。但是,已交付占有的不动产的买受人是否可以对抗其他债权人的强制执行呢?依据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结的规定》(法释〔2004〕15号)第17条,已占有且已支付大部分价款的买受人可对抗债务人的债权人申请的查封和强制执行。买卖型担保中,以买卖替代借款的清偿约定与一般性买卖合同之目的虽然有所不同,但对基于合法债之关系的占有保护,应类推适用一般买卖合同中对买受人的特别保护。如在“保定白沟新城银宏小额贷款有限公司与李铁柱等案外人执行异议之诉案”中,法院认为,买卖型担保中的已占有的买受人可以适用该规定第17条的保护,从而排除第三人的强制执行。^⑮

如果买卖合同的标的物是动产,该动产已经移转债权人占有时,若依严格解释,则

⑩ 所谓“临时登记担保”,是指“为了担保金钱债务,约定其不履行时,债务人或者第三人将属于自己的所有权及其他权利转移给债权人,以此作为标的的代物偿还。”前引⑫, [日] 近江幸治书,第236页。

⑪ 参见前引⑫, [日] 近江幸治书,第239-244页。

⑫ 参见崔建远《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(上册),清华大学出版社2011年版,第193页。

⑬ 参见前引⑫, [日] 近江幸治书,第239页。

⑭ 参见陈永强《物权变动三阶段论》,载《法商研究》2013年第4期。

⑮ 参见前引⑫。

构成让与担保,因在清偿期届满之前即移转标的物所有权的,违反了《物权法》第211条禁止流质之规定,故为无效。但笔者认为,此时可借鉴《德国民法典》第140条的规定,“无效的法律行为具备另一法律行为的要件,且须认为在知道无效性时会愿意另一法律行为有效的,另一法律行为是有效的。”依此无效转换技术,虽然所有权移转无效,但可以成立质权,适用质权之规则。^⑦故而,《物权法》第213条之孳息收取、第220条和第221条之质物拍卖等条款均可适用之。与一般质权的不同之处在于:一般质权人只能依拍卖取得优先受偿权,但不能取得标的物的所有权;而在买卖型担保中,只要债权人(买受人)遵循清算法理及规则,将标的物予以评估和清算,在支付清算差额后即可取得标的物所有权。惟于存在其他债权人的强制执行与第三人的担保物权的情形下,已占有的买受人是否具有对抗效力呢?笔者认为,既然“买卖合同+占有”之担保方式可以适用质权之规定,那么,即应运用质权法理来解决其与第三人之间的权利优劣关系:在买受人与抵押权人之间,若动产抵押权成立在先,则应视抵押权是否登记而定,已登记的抵押权优先于在后设立的买卖型担保;若抵押权未登记的,则应依据《物权法》第188条“未经登记,不得对抗善意第三人”之规范予以适用;若动产抵押权设立在后,则无论在后设立的动产抵押权是否登记,已交付占有的买卖型担保均优先于设立在后的抵押权。因为,依据质权法理,质权依交付占有生效,故成立在先者权利优先。

结 语

以买卖合同担保借贷是市场交易主体依自治的方式发展起来的新型契约担保,司法实务对于当事人之间建立的此种交易安排,应当予以重视和尊重。《民间借贷司法解释》第24条隐含的“名为买卖,实为借贷”之解释路径不符合当事人之真实意思,不能依据虚伪表示认定买卖合同无效。而且,若按照第24条驳回买卖合同之诉,还会产生违约的道德风险,与诚信原则殊有不合。

在解释技术上,第24条的担保不同于履行期到来之后订立的抵债型买卖合同,后者具有清偿性,但不具有担保性。故不能使用解释抵债型买卖合同(以物抵债)的“附停止条件代物清偿”“代物清偿预约”“债之更改”等传统学说来解释买卖型担保。买卖型担保亦不属于物权性的让与担保,不能依据《物权法》第186条之禁止流押之规定认定其无效。借贷、买卖、担保是买卖型担保的三个基本事实要素,相应地,法律规则和解释理论均应构建在这三种基本属性之上。故而,在解释论上,买卖型担保纠纷的审理需要以借贷事实为基础审查借贷法律关系与利息问题,以买卖事实为基础确定标的物所有权移转请求权,并依据预告登记与否判定其是否具有对抗第三人的效力问题。在买卖之债与借贷之债的关系上,首先应依据自治原则来确定买卖之新债的设立是否终止借贷之旧债,当事人没有约定的,不能一般性地视为买卖之债的设立即终止借贷之债。

^⑦ 参见前引①, [德] 鲍尔、施蒂尔纳书,第644页。

在立法论上,应以担保事实要素为基础构建标的物之清算与交还请求权问题。建议在我国民法典物权编中增设让与担保一章,对清算义务和交还请求权作出一般规定,同时规定买卖型担保条文。具体条文建议如下:

第 n 条: 当事人以签订买卖合同作为借贷合同的担保的,不具有合同法第 52 条的无效情形的,合同有效。

债务人不履行到期债务,债权人有权请求履行借贷合同或请求履行买卖合同,但当事人另有约定的除外。

第 $n+1$ 条: 债权人请求履行买卖合同的,所有权移转时应进行清算。标的物评估额超出借款额的,债权人应将超出部分返还给债务人。标的物评估额不足以清偿借款的,债权人就不足部分有权请求债务人清偿。

Abstract: There are two contracts in a loan guaranteed by the sales contract. The sales contract is to provide guarantee for a loan. The Judicial Interpretation of Private Lending by the Supreme People's Court holds that the sales contract is invalid, but Guiding Case No. 72 "Tang Long Case" proposes the theory of debt conversion and holds that the sales contract is valid. It will be a failure to use the traditional concept of "datio in solutum" or "changing debt" to interpret. It is not a kind of transferring guarantee but a contractual guarantee, which is valid because it does not breach any mandatory provision. This type of guarantee should apply to the law of obligation and the guarantee law, and must be thought comprehensively. When excising the claim for transferring ownership, the subject matter of the contract should be evaluated and liquidated. In internal relations, the sales contract enjoys no priority and cannot be against a third party, but if it is registered for advance notice, the priority of claim for transferring ownership should be supported. Also, the value and debt of the subject matter should be liquidated, and the amount of excess should be returned to the debtor.

(责任编辑: 王莉萍)