

摘要

随着我国经济的不断发展，融资的需求正在不断地增加，不动产担保在市场经济中就占据了非常重要的地位，逐渐产生了“买卖型担保”这样一种交易方式。针对该种交易方式的性质、特点和规制方式，理论界和实务界均对此进行了大量的探讨，但一直未获得一个统一的结论。“买卖型担保”由于《民法典》并未对该交易方式进行规定，《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》也仅仅提供了一个处理相关案件的路径，并未对效力、性质进行回应，因此就导致各级法院在处理相关案件时产生不同甚至相反的结果。

本文正文除导论外由四部分组成：

第一部分对既往的司法裁判进行梳理与分析。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》出台之前，最高人民法院对于“买卖型担保”中买卖合同的效力都存在不同的认定，在一个案件中认定为其与借款合同分别独立且联系，借款合同系买卖合同的附条件解除约定；在另一个案件中认为买卖合同违反禁止流押条款无效。在该司法解释出台后《民法典》出台前，有法院认为构成让与担保；还有法院认为是虚伪意思表示，故而无效；还有法院模糊地认为买卖合同无效，但是买卖合同的作用是提供担保。在《民法典》出台后，有的法院同样认为构成让与担保；还有法院认为构成后让与担保等。总的来说，法院在裁判过程中观点不统一的局面一直存在。

第二部分对现有的学说理论进行评析。通过将相关理论分类为物权理论和债权理论分别进行评析。具体而言，在让与担保说中，需要将标的物的所有权进行转移，债权人才能就财产优先受偿，而在“买卖型担保”中无法满足此条件；在后让与担保说中，标的物并未转移所有权，看似与“买卖型担保”

相符，但是债权人仅请求实现买卖型担保的权利，并未获得优先受偿权；代物清偿说和代物清偿预约说均认为买卖合同的作用是清偿，与当事人为借贷合同提供担保的目的不符；债之更改说由于违反当事人的意思自治原则也无法很好地作出解释。

第三部分对买卖型担保的性质和效力进行了分析。因为“买卖型担保”这种交易模式具有担保的功能，因此应当肯定其是一种担保。因其实质是以特定的财产权设立担保，所以其属于物的担保。又因为其符合非典型担保的特点，因此其应当被认为是非典型担保的一种。在物权法定原则的适用上，应当对其进行适当的缓和，过于严格地适用会造成我国担保制度的僵化，在此基础上不应当认为其违反物权法定原则。双方当事人签署买卖合同的目的就是为借贷合同提供担保，因此既不是虚伪表示也并非隐藏行为。对于禁止流担保条款的缓和适用也有利于提高我国担保制度的灵活性，据此不应当直接地认为买卖合同因违反禁止流担保条款而无效。

第四部分指明买卖型担保纠纷的裁判路径。在审判过程中，法院不应当僵化地要求当事人对买卖合同进行清算，这样既能尊重当事人的意思表示又能节约司法资源。另外，在审判“买卖型担保”相关案件时，应当限制《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，尊重当事人的真实意思表示，尊重私法自治。最后，应当认可经过预告登记的财产，债权人可以依据预告登记享有依据买卖合同获得财产所有权的权利或优先受偿的权利。

关键词：买卖型担保、非典型担保、预告登记

Abstract

With the continuous development of China's economy, the demand for financing is constantly increasing, and real estate guarantee occupies a very important position in the market economy. As a result, a transaction method of "buy-sell security" has gradually emerged. Since the Civil Code does not stipulate this transaction method, the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Private Lending Cases only provides a way to handle relevant cases, and does not respond to the effectiveness and nature, thus leading to different or even opposite results in the handling of relevant cases by courts at all levels.

In addition to the introduction, the text of this article consists of four parts:

The first part reviews past judicial decisions. Prior to the promulgation of the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Private Lending Cases, the Supreme People's Court had different determinations on the validity of the sales contract in the "sale-type guarantee", and in one case it was found that it was independent and related to the loan contract, and the loan contract was a conditional termination agreement of the sales contract. In another case, the breach of the prohibition of exile clause in the sales contract was held to be null and void. Before the promulgation of the Civil Code after the promulgation of the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Private Lending Cases, some courts held that it constituted an assignment of guarantees; There are also cases where the court considers it to be a false expression of intent, so it is invalid; There are also courts that vaguely hold that the sales contract is invalid, but that the role of the sales contract is to provide

security. After the promulgation of the Civil Code, some courts also held that it constituted an assignment of security; There are also post-assignment guarantees that the court considers to be constituted. In general, there has always been a situation of disagreement among the courts in the adjudication process.

The second part reviews existing doctrinal theories. By classifying the relevant theories into property theory and debt theory, this paper evaluates them separately. Specifically, in the doctrine of assignment of security, ownership of the subject matter needs to be transferred in order for the creditor to be paid in priority for the property, which cannot be met in "sale-type security"; In the theory of post-assignment security, the subject matter does not transfer ownership, which seems to be consistent with the "sale-type security", but the creditor only requests the realization of the right to the sale-type security and does not obtain the priority right to payment; Both the subrogation theory and the subrogate settlement reservation theory both hold that the role of the sales contract is to settle, which is inconsistent with the purpose of the parties to provide security for the loan contract; The variation of the debt is also not well explained because it violates the principle of party autonomy.

Part III provides an analysis of the nature and effectiveness of buy-and-sell security. Because the transaction model of "buy-sell security" has the function of security, it should be affirmed as a kind of security. Because its essence is to create security with a specific property right, it belongs to the security in rem. And because it meets the characteristics of atypical guarantees, it should be regarded as a type of atypical guarantees. In the application of the statutory principle of property rights, it should be appropriately mitigated, and too strict application will cause the rigidity of China's guarantee system, and on this basis, it should not be considered to violate the legal principle of property rights. The purpose of signing the sales contract between the parties is to provide security for the loan contract, so it is neither a false representation nor a concealment. The relaxed application of the prohibition of flow guarantee clause is also conducive to improving the flexibility

of China's guarantee system, and accordingly, it should not be directly considered that the sales contract is invalid because it violates the prohibition of flow guarantee clause.

Part IV provides suggestions for improving the adjudication of buy-and-sell guarantees. During the trial process, the court should not rigidly require the parties to liquidate the sales contract, so as to respect the parties' intentions and save judicial resources. In addition, when adjudicating cases related to "sale-type guarantees", the application of the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Private Lending Cases should be restricted, so as to respect the true intention of the parties and the autonomy of private law. Finally, property registered with advance notice should be recognized, and creditors may enjoy the right to acquire ownership of property pursuant to the contract of sale or the right of priority to be reimbursed under the advance registration.

Keywords: Sale-type guarantee; Atypical guarantee; Advance registration

目 录

0.导论	1
0.1 问题的提出	1
0.2 文献综述	3
0.3 研究方法	7
1.买卖型担保纠纷的裁判观点考察	8
1.1 买卖型担保的司法判定标准	8
1.2 买卖型担保性质与效力的裁判立场转变	9
1.2.1 旧《民间借贷规定》出台前的主要裁判观点梳理	9
1.2.2 旧《民间借贷规定》出台后与《民法典》出台前的裁判观点梳理	10
1.2.3 《民法典》出台后的裁判观点梳理	12
1.3 小结	13
2.买卖型担保现有理论评析	15
2.1 物权理论体系学说评析	15
2.1.1 让与担保说评析	15
2.1.2 后让与担保说评析	16
2.1.3 抵押权说评析	17
2.1.4 流押契约说	18
2.2 债权理论体系学说评析	18
2.2.1 新债清偿说评析	18
2.2.2 债之更改说评析	19
2.2.3 代物清偿、代物清偿预约说评析	19
2.2.4 附解除条件之买卖合同说评析	21
2.3 小结	22

3. 《民法典》后买卖型担保的性质与效力认定	24
3.1 买卖型担保之担保构造的证成	24
3.1.1 买卖型担保属于担保	24
3.1.2 买卖型担保属于物的担保	26
3.1.3 买卖型担保属于非典型担保	27
3.2 买卖型担保的效力审视	28
3.2.1 买卖型担保未违反物权法定原则	28
3.2.2 虚伪通谋、隐藏行为之否认	31
3.2.3 禁止流担保适用之缓和	33
4. 《民法典》背景下买卖型担保所受规制的厘定	37
4.1 不应当强制要求进行清算	37
4.2 应当限制新《民间借贷规定》的适用	40
4.3 赋予买卖型担保中债权人履行选择权	42
4.4 预告登记制度应适用于买卖型担保	42
4.5 对买卖合同内容进行审查	46
结 语	48
参考文献	50
致 谢	56

0. 导论

0.1 问题的提出

随着我国经济的不断发展，融资的需求正在不断地增加，不动产担保在市场经济中就占据了非常重要的地位。我国目前法定的担保方式存在效率低下的特点：在质押担保中，质物仅仅限于动产的物，并且还要求转移相关财产的占有；在留置中，还要求留置权人必须已经合法的占有相关财产。由于以上两种担保方式存在较大的局限性，因此在实际生活中应用较少。而抵押则是现实生活中应用最多的担保方式，但不动产抵押的适用情况也存在很多不便之处。因为在我国，不动产抵押权采取登记公示主义，这就使得登记所需的手续非常繁杂，进而就导致相关当事人在办理不动产抵押权登记时遭遇很多困难，以至于不动产抵押成本较高，效率低下。

在过去的几年中，各方民事主体为了获得融资就创造出另一种新的“名为买卖，实为借贷”的融资方式，即债权人和债务人先签订一个借贷合同，与此同时又签署一份房屋买卖合同，债权人和债务人在买卖合同中达成一项约定，若借贷人到期不能偿还借贷，则履行房屋买卖合同，之前的借款抵作购房款，借贷人需要按照合同的约定将房屋变更登记到债权人名下。通过对比其他的法定担保方式，买卖型担保恰恰可以帮助民间民事主体快捷地进行融资并且程序更加简便，可以节省人力物力的成本。除此之外，买卖型担保可以适用的财产种类更加多样，更有利于实现当事人的意思自治。并且在买卖型担保中，也未转移相关财产的所有权，并不妨碍担保物的占用和使用，充分地提高了担保财产的使用效率。另外，买卖型担保中的担保财产的价值

一般比借款价值要高一些，既能保障债权人的权益又能督促债务人主动地偿还借款。

然而由于立法存在缺失，当这些纠纷产生之后，法院对于此类纠纷的性质和效力的判断上具有不同的观点，在这些观点的指引下，在司法裁判中出现了更多相互矛盾的裁判。而众多矛盾的裁判结果也引发了学术界对该问题的关注与讨论。

最高人民法院为了处理相关案件，于2015年发布了《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“旧《民间借贷规定》”），在第二十四条规定中，最高人民法院将“买卖型担保”中的买卖合同认定为民间借贷合同的担保在一定程度上给买卖型担保所产生的纠纷提出了一种解决方法。最高人民法院又于2019年颁布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“九民纪要”），在九民纪要第四十五条和第七十一条认为在债务履行期间届满前达成的以物抵债协议认定为让与担保并参照旧《民间借贷规定》第二十四条的规定处理，而仅仅按照债务履行期间是否届满来确定是否适用让与担保的规定过于直接，违反当事人之间的真实意思表示。《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）于2020年颁布后，最高人民法院对相关的司法解释做了与《民法典》相一致的修改，《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《担保制度司法解释》）第六十八条第一款和第二款比较模糊地对让与担保做了规定，并未对买卖型担保给出一个确切的定性，然而其对于非典型担保的确认也给买卖型担保的认定提供了一定的空间。《民法典》出台后，最高人民法院对旧《民间借贷规定》进行了修订，在新的《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》（法释[2020]17号）（以下简称“新《民间借贷规定》”）中除了将上述规定变为第二十三条外并无实质性修改。该司法解释对于此类合同中涉及的一些实质性的问题依然没有提及，也并未阐明为何适用此司法解释来处理相关案件。

在《担保制度司法解释》中对买卖型担保和让与担保的规定比较模糊。第六十八条仅简单规定了当债务人或第三人同债权人约定，由债务人或第三人将相关财产的所有权形式上进行转移变更，当债务人在履行期届满不能偿

还债务时，财产的所有权即归属债权人的约定是无效的，尽管该约定无效，但是债务人为债权人提供担保的意思表示依旧有效。这个规定表面上似乎可以对买卖型担保进行解释，但是实际上该条文是否能够适用于买卖型担保还有待商榷；除此之外，无效的约定具体是指债权人和债务人签订的买卖合同无效还是买卖合同中存在的流质条款无效存在疑问；除此之外，应当如何解释提供担保的意思表示也存在疑问。

除此之外，依照该规定，应当参照让与担保来处理某些情形。然而，在最高人民法院的既有判决书中，对于让与担保的要件判定也存在不一致的情况，这些都对买卖型担保的判定造成了困扰。在此情况下，买卖型担保的性质和效力如何认定可能会影响诚实信用、意思自治等民法基本原则。当事人可能会利用该情形中的法律漏洞，签署合同并拒不履行，从而获取不正当的利益损害对方当事人的权利。除此之外，对买卖型担保的认定对于我国的担保制度也具有一定的补充意义。本文旨在基于相关法律规定、司法解释和既有案例，剖析现存缺陷，明确买卖型担保的性质和效力，为司法实践提出建议，为买卖型担保司法适用提供可行路径，以期解决“同案不同判”的问题。

0.2 文献综述

自从最高人民法院出台旧《民间借贷规定》和将以物抵债纠纷案件加入到指导性案例中后，民法学界对于买卖型担保开始进行了大量的研究。而买卖型担保是指当事人以担保借贷合同的履行而订立买卖合同，当债务人不能偿还借贷时，债权人有权要求履行买卖合同，用对债务人的借贷债权抵顶买卖合同的价款。¹而讨论的关键也主要集中在买卖型担保的性质与效力、债权人能否得到优先受偿等问题上。

（一）买卖型担保性质的争议

梁曙明、刘牧晗法官认为，买卖型担保中的担保财产是不动产，但并未对该不动产办理抵押登记，而且双方对在此不动产上设立的担保也不符合法

¹ 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》，载《清华法学》2016年第3期，第73页。

定担保的标准，因此其应当是一种非典型的担保。在非典型担保中与买卖型担保最贴近的就是就是让与担保，而且让与担保能够产生与买卖型担保一致的效果。²

杨立新教授认为，在买卖型担保中，给债务提供担保的并非履行买卖合同的行为，而是买卖合同中的标的物的所有权，因此买卖型担保是一种物权担保。而又因为在此种担保中，转移担保标的物所有权的行为在签订借款合同及提供担保的买卖合同之后，因此创立了“后让与担保”制度，其作为非典型担保的一部分对现有担保制度提供补充。³但是该学说在是否应当公示的问题上没有解释完善，后让与担保制度仍存在一定的不足之处。

针对“后让与担保制度”，董学立教授提出了反驳的观点，认为我国的抵押权制度已经逐渐发展成为“未来物上的抵押权”，而后让与担保也是利用现在尚不存在的，在未来才能够获得的物上设立的抵押权，由此可见，应当认为买卖型担保系一种抵押权，没有单独再设立后让与担保制度的必要。并且他又建议我国应当学习美国的“一元化”的立法模式，对我国抵押制度进行改善。

张伟副教授认为，买卖型担保本质上是通过债来实现担保功能，对于买卖型担保中的买卖合同，不应当运用合同的规则进行规范，买卖合同中的约定均为当事人之间真实的意思表示，法院应当进行审理，并且在履行的时候也没有进行清算的必要。如果债务人在两个合同中都发生了违约，则债权人有权选择请求债务人还款或转移房屋所有权。⁴

陆青教授认为，针对买卖型担保，应当将借款合同和买卖合同分别进行解释。首先，双方约定当债务人到期后不偿还债务时，就转移债务人的房屋，应当视为双方约定成立附有停止条件的代物清偿协议；其次，双方又为买卖合同设立了解除条件，即当债务人按期偿还债务，则解除买卖合同。⁵但是，

² 参见梁曙明、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，第5页。

³ 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，第74-81页。

⁴ 参见张伟：《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》，载《法学评论》2016年第2期，第181-187页。

⁵ 参见陆青：《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，第75页。

就此买卖合同而言，究竟以哪一个解释方式作为裁判的标准，还有待商榷。

庄加园教授认为，在买卖型担保场合，债权人并未实际获得相关房屋的所有权，因此，其并不具备担保功能，其实质上是一种以物抵债契约，因为未实际转移房屋所有权，所以其不具备要物性，只属于诺成合同，当债权人和债务人约定的清偿期限届满债务人不能清偿债务时，债权人便要求获得房屋的所有权。⁶

高治法官认为买卖型担保形式上符合代物清偿预约，⁷他认为代物清偿预约具有两个特点：一个是代物清偿预约在双方约定的债务清偿期届至之前成立；另一个是代物清偿预约以债务人不履行清偿行为为停止条件。因为在买卖型担保中，债权人和债务人事先约定，如果债务人到期不能清偿债务则通过以担保物抵顶的方式偿还债务，因此买卖型担保就是代物清偿预约。

由此可见，目前我国学术界及实务界对于买卖型担保的性质到底是否为担保还有不同的观点。在认定为物的担保的理论中，又存在更多不同的观点。而对任何一个法律关系，对其性质进行认定都是应当排在第一位的，在具有准确的认识之后，才能对其是否具有效力做出评价。

（二）买卖型担保效力的争议

针对买卖型担保的效力，具有“有效说”和“无效说”两种相反的观点，而无效说的观点主要来源于实际发生的司法裁判，部分学者也持相同观点。认为买卖型担保无效的原因主要包括以下几点：1. 债权人和债务人签订的买卖合同不是双方真实的意思表示，而是虚伪通谋表示，因此买卖合同无效；2. 债权人和债务人通过签署一个买卖合同的方式，为借贷合同提供担保，而物权法中并没有此种担保，即违反了物权法定原则，应当认定无效。3. 在买卖型担保中，尽管债权人和债务人签订了买卖合同，但是在实质上，当债务人无法偿还到期债务时，需要将房屋的所有权直接转移给债权人，违反了禁止流质规定，因此无效。

其中“无效说”最具代表性的即是高治法官的观点，他认为，买卖型担保中的买卖合同只是具有买卖合同的形式，而非实质上的买卖合同。当事人

⁶ 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》，载《清华法学》2016年第3期，第79页。

⁷ 参见高治：《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》（第6版补订），载《人民司法》2013年第23期，第65-67页。

之间签署的是以物抵债合同，即当债务人无法在债务到期时偿还所有债务，则需转移房屋以消灭该债务，其本质系代物清偿预约。而且当事人之间发生的买卖行为是虚伪表示，其目的在于在债权人和债务人约定的情况出现时直接转移房屋所有权，而非作为房屋所有权转移的依据，因此债权人和债务人对房屋进行买卖的行为不发生法律上的效果，相关行为背后隐藏的是代物清偿预约，其因为违反禁止流质条款而无效。⁸

陈永强教授认为，在买卖型担保中，买卖合同中约定交易的房屋不具有担保功能，具有担保功能的是债权人的请求权，即当债权人和债务人约定的履行期限届满，债务人无法清偿债务时，债权人可以请求债务人转让房屋的权利，所以其系契约担保，债权人和债务人的意思表示应当得到尊重，认可买卖合同的效力。在买卖型担保中，借贷合同和买卖合同同时存在且均具有效力，这种交易方式兼具债权法效力和物权法效力。⁹

张海鹏博士认为，买卖型担保的本质其实是一种附条件的代物清偿预约。在效力上，他认为代物清偿预约实质上 and 流质契约相同，出于对债务人利益的保护，应当对其予以否认，然而若仅以此作为理由否认这种新型的担保，又会危害债权人实现其债权，并且也损害了双方当事人之间依据自身情况自主决定交易模式的意思自治。可以通过借鉴比较法中的理论，建立清算程序，以期达到既平衡双方的利益，也不损害双方的意思自治。¹⁰

刘馄法官提出，债权人和债务人在借贷合同约定的履行期届满前达成的这种协议，并不违反禁止流担保条款，应当认为其合法有效。他认为，在流担保约定中，标的物是抵押物或质押物，而在以物抵债情形中，代替物是履行债的标的物。而且分辨流担保约定和买卖型担保的关键的一个点就是，买卖合同中当事人是否约定了在实现债权时要对标的物折价或进行清算¹¹

由此可见，学术界及实务界对于买卖型担保中买卖合同是否存在效力还具有不同的观点。除此之外，对于买卖合同是否违反禁止流担保规定和是否

⁸ 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》，载《清华法学》2016年第3期，第79页。

⁹ 参见陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，载《中国法学》2018年第2期，第228页。

¹⁰ 参见张海鹏：《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》，载《东方法学》2016年第2期，第156-158页。

¹¹ 参见刘琨：《以物抵债协议不宜认定为流质契约》，载《人民司法》2014年第2期，第55页。

违反物权法定原则还持有不同的观点。目前学界对买卖型担保的性质和效力存在众多的解释，并未达成通说的观点，而对买卖型担保的性质和效力作出界定，有利于指导司法裁判在相关案件中作出恰当的判决，也有利于促进我国担保制度的发展。因此，如何对买卖型担保进行解释，是一个非常值得探讨的问题。

0.3 研究方法

一、案例分析法

近年来，“买卖型担保”在司法裁判中大量出现，因此在研究买卖型担保的过程中，案例分析法是最为重要的方法。本文通过威科先行、裁判文书网等数据库对“买卖型担保”类案件进行检索、归纳、总结，梳理其中具有代表性的案例，对买卖型担保的性质和效力进行分析。

二、文献研究法

通过对知网、北大法宝等数据库的检索和查阅学校图书馆的文献资料的方式对各个学者关于“买卖型担保”的文献进行学习和梳理，结合本文所探讨的问题，对不同的学说进行整理、归纳，研究学者的不同观点，给本文提供不同的思路，为本文写作提供理论支持。

三、法解释学方法

本文同时会运用解释学方法，尝试从解释学角度对“买卖型担保”的性质与效力进行解释、希望为买卖型担保提供一种最合适的解释路径。与此同时，通过解释学的方法对缓和适用物权法定原则的合理性予以解释；并且也通过对预告登记适用于买卖型担保的合理性予以解释。

1. 买卖型担保纠纷的裁判观点考察

1.1 买卖型担保的司法判定标准

现行法律及司法解释并未对买卖型担保有更加具体的规定，而法院在司法实践中大多数情况下是按照不同案件情况作出主观上的判断，最后形成判决，极少有法院对买卖型担保的原理、性质、认定方式、构成要件等进行法律上的论证。因此，对买卖型担保确立具体的判定标准就显得非常有必要。

买卖型担保一般是指，双方当事人签署两个合同，一个为借贷合同，另一个为买卖合同，两个合同的签署时间一般为买卖合同在借贷履行期间届满之前也有可能二者同时签署。债权人和债务人会在买卖合同中约定，当债务人无法按照借贷合同中关于清偿期限的约定偿还借款时，此时双方就应当履行买卖合同，借贷转化为买卖合同中的支付款，转移买卖合同中的标的物所有权，通过约定履行买卖合同的方式来为借贷合同提供担保。一般情况下，在签署买卖合同时，双方并未转移标的物的所有权，已经转移所有权的符合让与担保的情形，本文暂不讨论。

为了更加准确地对买卖型担保作出判断，对在司法实践中，法院对买卖型担保的判定标准进行总结就显得非常重要。一般情况下法院认定买卖型担保有以下几个特征：

（1）签署买卖合同的时间

一般来说，法院在认定买卖型担保的时候，会依据买卖合同签署的时间进行判断，如果买卖合同先于借贷合同履行期间届满或者与借贷合同同时签

署，那么法院可能会判断其为买卖型担保；如果买卖合同是在借贷合同履行期届满后签署的，则会被法院认为是以物抵债协议。

（2）签署买卖合同的目的

根据新《民间借贷规定》第二十三条的规定，在买卖型担保中，债权人和债务人以为借贷合同提供担保为目的，另外签署了一个买卖合同。因此，如果双方当事人在签署买卖合同时的目的在于清偿债务而非提供担保，即双方买卖的意思表示真实，则不会被认定为买卖型担保。与此同时，如果债权人和债务人出于为借贷合同提供担保的目的签署买卖合同，即双方的真实意思为：若债务人不能按时清偿借款，以合同中的房屋进行抵债。卖方没有出售房屋以获得房屋价款的意思；买房也没有支付房屋价款以获得房屋所有权的意思，除此之外可能还包括与卖方就房屋商议补偿款的行为。此时，双方之间签署的买卖合同和借贷合同的行为就会被判定为买卖型担保。

（3）是否转移买卖合同中标的物的所有权

在让与担保中，债务人会将动产转移给债权人，将不动产在形式上转移登记给债权人，从外观上完成了财产所有权的转移。然而，在买卖型担保中，债权人和债务人仅仅在买卖合同中约定了，当债务人不能按照借贷合同中约定的期限偿还借款时将财产所有权进行转移，而非在借贷合同签署时就转移财产所有权。

1.2 买卖型担保性质与效力的裁判立场转变

在旧《民间借贷规定》出台前后，最高人民法院对于买卖型担保的认识就一直在发生变化。《民法典》出台后，肯定了非典型担保的存在，现在笔者对前后裁判进行梳理以探求法院对买卖型担保的态度，并对此加以分析。

1.2.1 旧《民间借贷规定》出台前的主要裁判观点梳理

1. 认可买卖合同。在“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（以下简称“朱俊芳案”），¹²各级法院均认可了借贷合同和买卖合同都是成立且生效的合同，最高人民法院还在判决中认可两个合同的关系为并立又存在联系。除此之外，还认为案涉商品房买卖合同设立的目的就是为借贷合同提供担保。并且因为买卖合同中的相关约定并不因违反法律而无效。当买卖合同中约定的条件成就时，即嘉和泰公司超过借贷合同约定的清偿期限而未偿还借款或已经没有还款能力时，就需要转移房屋买卖合同中标的物的所有权来抵顶借款，债权人也不需要向债务人支付任何款项。最高人民法院认为，债权人和债务人在借贷合同中附设了解除条件，以此决定是否继续履行买卖合同。

2. 认定买卖合同无效。在“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，¹³双方签署了商品房买卖合同，并且就相关房屋进行了备案登记。但是在一审二审都认可买卖合同有效的情况下，最高人民法院在再审中否认了买卖合同的效力。最高人民法院认为双方当事人的真实目的为借款，而非买卖房屋，债权人和债务人之间签署商品房买卖合同，并且对该房屋办理备案登记的目的系为借贷合同的履行提供担保。而债权人杨某要求直接获得买卖合同内的商品房的所有权违反禁止流押条款，因此该商品房买卖合同应当认定为无效。

1.2.2 旧《民间借贷规定》出台后与《民法典》出台前的裁判观点梳理

为了解决以上司法裁判中遇到的相关问题，最高人民法院在2015年发布了法释（2015）18号，即旧《民间借贷规定》。其第二十四条规定，当事人通过同时设立一个买卖合同的方式为借贷合同的履行提供担保的，应按照借贷关系进行审理，否则应当驳回当事人的起诉。该规定的出现一定程度上给解决此类问题提供了一个解决的方案，但是并未完全解决买卖型担保性质、效力不明确的问题，各级法院在该规定出台后仍然存在多种认定的路径，笔者仅就几种较多出现的法院观点进行评析。

¹² 参见最高人民法院（2011）民提字第344号民事判决书。

¹³ 参见最高人民法院（2013）民一终字第62号民事判决书。

1. 认为构成让与担保。在“崔连杰、肃宁县新世纪房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案”¹⁴中，法院认为：“让与担保，是指为担保债务人能按照借贷合同的约定偿还债务，债务人或第三人转移担保标的物的所有权至债权人，债务人按照借贷合同履行清偿义务的，债权人在债务人清偿后返还担保标的物，债务人未按照借贷合同约定的期限履行清偿义务的，债权人可以就该标的物受偿的非典型担保。”在该案中，为了给崔连杰与李立根签订的借贷合同提供让与担保，崔连杰与新世纪房产公司签署了商品房买卖合同，而崔连杰和新世纪房产公司之间并不存在真实的买卖商品房的意思表示，因此应当按照借贷合同纠纷审理，并依据旧《民间借贷规定》驳回起诉。在“李沈生、沈阳东森房地产开发有限公司民间借贷纠纷案”¹⁵中，昊宇公司与李沈生就 46 套商品房签订了商品房买卖合同，但双方并非具有买卖案涉 46 套商品房的真实意思，而是为了担保李沈生的 1105 万元债权从而签订相关《商品房买卖合同》，其性质应被认定为让与担保。法院认为，虽然双方当事人约定当债务人在借贷合同约定的期限届满不能偿还债务时，46 套商品房归李沈生所有的约定无效，但是不影响其提供担保的效力。以上两个案例的问题在于，在债务人均未将案涉房屋的所有权转移时就认定为了让与担保。

2. 认为买卖合同构成虚伪意思表示而无效。在“孙永强、河北金恒基房地产开发有限公司确认合同效力案”中，法院认为，孙永强认可《商品房买卖合同》记载的合同总价款 2.86 亿元是其向金恒基公司出借的全部款项，而在上述四笔借款尚未到期（其中三笔尚未发生）的情况下，双方签订的《商品房买卖合同》虽然不是直接约定成立担保关系，但究其本质仍是为了担保借款的实现，双方之间真实的意思表示并非商品房买卖。因此，双方签署的《商品房买卖合同》因属于虚伪意思表示而无效。¹⁶

3. 认为买卖合同因违反禁止流押条款而无效。在“孙永强、河北金恒基房地产开发有限公司确认合同效力案”中。法院认为，本案中借款担保作为商品房买卖行为的隐藏行为，只在孙永强和金恒基公司之间产生合同效力，但双方关于金恒基公司届满不履行债务时，孙永强有权要求转移车库所有权

¹⁴ 参见最高人民法院（2020）最高法民申 2928 号民事裁定书。

¹⁵ 参见最高人民法院（2019）最高法民申 5927 号民事裁定书。

¹⁶ 参见河北省高级人民法院（2020）冀民终 292 号民事判决书。

至其名下的约定违反了禁止流押条款，应认定为无效。¹⁷

4. 承认买卖合同系借贷合同的担保，但否认买卖合同的效力。在“北京首都旅游集团有限责任公司、黑龙江华风家俱装饰材料市场有限公司申请执行人执行异议之诉案”中，法院认为，在人民法院查封时，双方当事人并非为了买卖房屋而签订《商品房买卖合同》，案涉《商品房买卖合同》实际上是对借款的担保。在人民法院查封之后，无论华风家俱公司是否形成以物抵债或者以借款转变为购房款，都不能改变案涉《商品房买卖合同》的性质。一审判决认定华风家俱公司与北亚公司在人民法院查封之前已经形成合法有效的房屋买卖合同关系，认定事实不清。¹⁸

1.2.3 《民法典》出台后的裁判观点梳理

1. 认为构成让与担保。在《担保制度司法解释》明确让与担保构成要件的情况下，仍旧有法院认为买卖型担保就是让与担保。在“高明谦与张成群、吉林省筑居房地产开发有限公司、吉林市吉东木业有限公司民间借贷纠纷案”中，法院认为，从双方磋商过程看，双方于2015年11月12日达成了以24套房源作为抵押，担保高明谦已到期债权的合意，为此双方通过网签备案形式将上述房源固定至高明谦及其指定人员名下，双方实际就上述房屋成立了让与担保合同关系，上述协议合意达成时的筑居公司法定代表人张成群在高明谦另案起诉主张部分债权的案件中，亦明确指出双方的网签行为为让与担保。但是，该案中案涉房屋未进行转移登记，仅仅进行网签备案，这是否符合让与担保还有待商榷。¹⁹

2. 认为构成后让与担保。在“王永刚、贾富义等民间借贷纠纷案”中，2012年10月19日，被申请人贾富义因公司经营需要向申请人借款1400000元，用申请人购买被申请人位于大同市的两间商铺认购合同作为担保。2012年12月28日，被申请人贾富义因公司经营需要向申请人借款1700000元，用申请人购买被申请人位于大同市的两间房屋认购合同作为担保。法院认为，

¹⁷ 参见河北省高级人民法院（2020）冀民终292号民事判决书。

¹⁸ 参见最高人民法院（2019）最高法民终1548号民事判决书。

¹⁹ 参见吉林省高级人民法院（2021）吉民终190号民事判决书。

按照民间借贷法律关系审理并且作出的判决生效以后，债务人不按照生效的判决履行偿还金钱债务的义务的，债权人可以向法院申请将买卖合同中约定的标的物予以拍卖，用以偿还债务。本案中，申请人与被申请人已形成后让与担保关系。²⁰

3. 认为买卖合同是虚伪意思表示。在“缙建功、甘肃恒基嘉业房地产开发有限公司等民间借贷纠纷”案中，法院认为，从本案缙建功与恒基嘉业公司口头约定借款，之后签订《房屋预售合同》，缙建功两次起诉的诉讼请求及理由的变更、各方当事人陈述以及庭审查明的整体情况来看，案涉《房屋预售合同》约定的本身是当事人之间的虚伪意思表示，缙建功与恒基嘉业公司之间形成的真实的法律关系应当为民间借贷关系。²¹

4. 认可买卖型担保，但是否认优先受偿权。在“吴建华、睢宁华信置业有限公司民间借贷纠纷”案中，法院认为，原、被告之间形成民间借贷关系，华信公司以其开发建设的房屋作网签担保，并将案涉房屋网签备案登记在原告名下。华信公司与原告签订商品房买卖合同并办理商品房预售合同网上登记备案实质为双方之间的借款提供不动产担保，即“名为买卖，实为借贷”，因此，原告不具有向被告购买商品房的真实意思表示。本案实质为买卖型担保，而买卖型担保因标的物所有权并未发生转移，没有产生公示公信的法律效力，债权人对拍卖房屋所得价款不享有优先受偿权。²²

1.3 小结

从法院对买卖型担保的性质判断问题上来看，依旧存在性质认定不清晰的问题。在旧《民间借贷规定》出台之前，最高人民法院对买卖合同是否违反禁止流押条款就持有对立的观点。在该解释出台后，不同的法院对买卖型

²⁰ 参见山西省高级人民法院（2021）晋民申1440号民事判决书。

²¹ 参见甘肃省高级人民法院（2021）甘民终481号民事判决书。

²² 参见江苏省睢宁县人民法院（2022）苏0324民初7501号民事判决书。

担保的性质分别认定为让与担保、违反禁止流押条款、构成虚伪表示等。《民法典》出台后，也未给买卖型担保提供更加具体的性质判断标准，法院依旧认为买卖型担保属于让与担保、后让与担保或因构成虚伪表示而无效。由此可见，法院在买卖型担保的性质认定上依旧没有形成统一认识。而性质的准确确定对于指导后续如何判断买卖型担保的效力、司法裁判具有重要意义。

在买卖合同的效力认定上，在旧《民间借贷规定》和《民法典》颁布的前后，均有法院分别认定买卖合同有效或无效。而认定无效的原因主要是违反了禁止流押条款、虚伪通谋表示。然而实际上，买卖型担保中的买卖合同并不符合前述合同无效的条件，这三种合同无效的情形都有非常明确的适用标准，而买卖型担保均不符合三种无效情形的标准，笔者将于后文予以详述。除此之外，在很大一部分买卖型担保案件的审理中，法院都是直接依据旧《民间借贷规定》的规定审理，并未对买卖合同的性质和效力予以判定，而是对于买卖合同采取一种忽视的态度，这种“一刀切”的审理方法并不利于该法律问题的良好解决。因为在买卖型担保中，并未有不动产所有权的转移行为存在，加上我国物权变动必须经过登记才能转移所有权，因此债权人不仅无法获得所有权也无法获得优先受偿权，这就导致此类案件中的债权人的权利无法得到很好的保障。

2. 买卖型担保现有理论评析

如前所述，即使在旧《民间借贷规定》出台以后，法院对买卖型担保的认定仍旧有很多不同的观点。《民法典》出台后，最高人民法院也未对该规定做实质性的更改，就导致各级法院在面对买卖型担保时仍旧力有不逮。自最高人民法院在将以物抵债纠纷的案例加入到最高人民法院的指导性案例中后，民法学界对买卖型担保进行了大量的研究，就买卖型担保情形下的以物抵债也产生了众多学说，总体上分为物权理论的学说和债权理论的学说。

2.1 物权理论体系学说评析

2.1.1 让与担保说评析

程啸教授认为，非典型担保中最常见的就是当事人基于意思自治而通过合同所创设的转移所有权型的担保，也称让与担保。形式通常为债务人与债权人签订借贷合同后，双方又签订一个由债务人向债权人出售其所有的不动产的买卖契约，并相约如果债务人在买卖契约约定的债务履行期届满后无力偿还借款，则该借款本金及利息则转化为购房款，房屋所有权归属债权人。²³

《担保制度司法解释》第六十八条规定了让与担保制度，即最高人民法院认可了这种非典型担保制度。让与担保有三个特点：一、有债权债务存在；二、转移担保物的所有权；三、转移担保财产所有权的目的是为债务提供担

²³ 参见程啸：《民法典物权编担保物权制度的完善》，载《比较法研究》2018年第2期，第53页。

保。根据让与担保的理论，只有在标的物所有权完成转移的情况下才能够设定抵押权，在转移所有权后，其他债权人均无法就该财产行使优先受偿的权利。根据法定担保物权“区分原则”的规定，若要形成不动产担保物权须要在登记机构进行登记，即在不动产让与担保中，双方当事人签署了买卖合同后真实的有效的在不动产登记机构变更所有权后才真正设立了让与担保。²⁴但是，在买卖型担保中，双方当事人在签署买卖合同时，债务人一般还未出现不能按照借贷合同约定的期限清偿债务的情况，即此时债权人不享有相关财产的所有权，还未设定担保权。此时，债权人也不享有期待权，仅仅拥有债法上的单纯期待，因为期待权是指取得特定权利部分要件的主体享有的，得因法律规定或当事人约定的其他要件实现而取得特定权利的受法律保护的地位。²⁵此时，“担保权人”仍是普通债权人，不享有任何优先受偿的权利，因此用让与担保的理论解释买卖型担保是不合适的。除此之外，众多法院在担保财产未转移所有权的情况下认定了让与担保成立也是未全面理解让与担保制度所导致的错误裁判。

2.1.2 后让与担保说评析

该学说认为：为给债权人提供担保，债务人或第三人与债权人签订一个不动产买卖合同，以买卖合同中的标的物作为担保物，并且约定不即时履行该买卖合同，也不转移担保物的所有权。当债务人无法按照借贷合同中清偿期限的约定予以偿还债务时，债权人可以要求获得担保物的所有权，其享有可以就该担保物获得优先受偿的非典型担保物权。不动产买卖合同则为借贷合同债权提供担保，但是其并不是债权性质的担保，而是不动产所有权的担保，当债务人不按照借贷合同履行债务，即转移买卖合同中约定的不动产所有权以清偿债务。²⁶并且根据该学说，其与让与担保最根本的区别在于后让与

²⁴ 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》，载《清华法学》2016年第5期，第76页。

²⁵ 参见王轶：《期待权初探》，载《法律科学》1996年第4期，第53页；申卫星：《期待权研究导论》，载《清华法学》2002年第1期，第169-170页。

²⁶ 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，第77页。

担保中标的物所有权转移的时间不在担保形成之时，而是在债务不履行之时。²⁷此学说注意到了标的物所有权转移的时间上与让与担保存在差别，故将其认定为后让与担保，但是该学说并未解释债权人如何在未经登记的情况下获得担保物权和债权人如果才能享有优先受偿的权利。

在一般的买卖型担保中，债权人和债务人只约定了当债务人无法按照双方在借贷合同中约定的期限偿还债务时，债权人有权要求债务人履行买卖合同或协助其进行不动产转移登记，而这仅仅是一项请求权，并不能让债权人享有优先受偿权。然而，我国不动产物权变动以登记为生效要件。所以，在后让与担保中，担保标的物未经过登记，债权人也就未得到物权，也就无法获得优先受偿权。即使杨立新教授强调：“后让与担保合同成立，即产生后让与担保物权的效果，债权人取得担保物权。”²⁸但是，因为无法进行不动产物权登记，始终无法让债权人获得担保物权。如此说来，在后让与担保中，双方当事人只是就实现担保达成了约定，但是并未设立担保物权，债权人与债务人之间也仅仅只具有一个民间借贷法律关系。因此后让与担保并不具备担保物权的功能，其不属于担保，其与让与担保具有本质上的不同。所以，后让与担保不能解释买卖型担保的定性问题。

2.1.3 抵押权说评析

在“后让与担保”的观点提出后，董学立教授提出了不同的观点。他认为，在后让与担保中，向债权人提供担保是最终的目的，所谓的“让与”是一种提供担保的方式，所以后让与担保与不动产抵押权之间只有名义上的区别，而没有实际意义上的不同，即本质上“后让与担保”就是不动产抵押权。²⁹抵押权说认为不必设立“后让与担保”制度，因为买卖型担保中存在的问题只需要通过适用一般抵押权中的拍卖、清算的规则就可以得到解决。但是抵

²⁷ 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，第77页。

²⁸ 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，第77页。

²⁹ 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，第292页。

押权说并没有解决就如何对买卖合同进行登记公示这个问题，也未说明应进行抵押权预告登记还是抵押权登记。在我国不动产抵押登记生效主义下，没有经过登记，就无法获得抵押权，就无所谓提供担保的功能。因此，该学说也无法很好地为买卖型担保提供合适的解释。

2.1.4 流押契约说

该学说认为：“以签订买卖合同的方式为借贷合同作为担保，因以物抵债产生于原债务履行期间届满之前，即使当事人未设立担保物权，但其约定用担保标的物作为原债务的替代给付也违反了禁止流押、流质规定，应认定合同无效。”³⁰但是在《民法典》第四百零一条关于流押禁止的条款中规定，债务人在债务履行期限届满之前同抵押权人约定，若其不能按照约定期限偿还债务，抵押财物直接归属抵押权人所有，该约定无效，并且抵押权人只能就抵押财产优先受偿。除此之外，在买卖型担保中，首先，债务人并未对其提供给债权人的财产进行抵押登记，债权人未获得抵押权；其次，在买卖型担保中，债务人和债权人并不直接转移财产的所有权，而是通过履行另一个双方签订的买卖合同来达到转移财产所有权的目的是。所以，此理论并不能解释买卖型担保。

2.2 债权理论体系学说评析

2.2.1 新债清偿说评析

新债清偿是指通过清偿新债务而使旧债务消灭，即为了消灭旧债务而承担新债务，当新债务得到清偿时，旧债务一同消灭的约定。若以该观点解释买卖型担保，则可以认为当买卖合同履行完毕后借贷合同亦履行完毕，两个合同是并存的关系。邱聪智先生认为：“新债清偿应属于非要物契约而非要

³⁰ 高圣平：《物权法担保物权编》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 142 页。

物契约，其成立并不以转移标的物为要件。”³¹新债清偿的这个特点和买卖型担保恰好比较符合，因为在买卖型担保中也没有转移财产的所有权。但是，在此种情形下，存在两个并存生效的合同，那么如果债权人在借贷合同中约定的清偿期限届满之前要求债务人按照买卖合同的约定买卖担保物，则债务人此时没有抗辩的理由，不利于交易的稳定。因此，新债清偿无法很好的解释买卖型担保。

2.2.2 债之更改说评析

第72号指导案例“汤龙案”³²采取了该学说，法院认为商品房买卖合同就是由借贷合同转化而来，借贷合同在商品房买卖合同成立的时候就自动终止。法院认为，因为借款已经转化为商品房的购房款，商品房买卖合同作为借贷合同的替代品，具有清偿性，所以不应当适用旧《民间借贷规定》。然而，法院又强调，借款本息已经转化为案涉商品房的购房款，并且因为已经经过了对账清算，所以不违反流押禁止条款。所以如果因为经过了对账清算就不违反流押禁止条款，那么就相当于认为商品房买卖合同具有担保功能，否则无需经过对账清算。除此之外，在债之更改中，新债务和旧债务在成立时间上存在时间顺序，而不是债之更改理论中的平行关系。所以在任何的情形下，债权人应当只享有一项债权请求权。然而，在买卖型担保中，两份合同的签订都符合成立要件，都属于成立并生效的合同。此时，按照债之更改学说简单地认为买卖型担保中的旧债已消灭是违反民法中意思自治原则的。旧债是否消灭应当由当事人按照自己的意思去决定，否则，法院武断地直接认定当事人之间的借贷合同已经终止是不妥的。

2.2.3 代物清偿、代物清偿预约说评析

代物清偿是指债权人受领债务人的他种给付以代替债务人原定给付从而

³¹ 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。

³² 参见最高人民法院（2015）民一终字第180号判决书。

消灭原债务的约定。在买卖型担保中，一般认为买卖合同就是当事人之间后达成的清偿合意，属于以物抵债协议，具有代物清偿的作用。此观点也被《担保制度司法解释》采纳，即在借贷合同履行期间届满之前签订的买卖合同就是代物清偿合同，已经完成公示的就构成让与担保。

而该学说所面临的的一个问题就是代物清偿协议到底是否是实践性合同。如果认为其为实践性合同，则只有在当事人履行完该合同时才发生效力，那么就可以认为在履行该合同之前对双方当事人都没有约束力，如果这样认为那么债权人的权益将无法得到保护。根据我国民法学界的通说，代物清偿合同属于实践性合同，即代物清偿的完成需要债权人和债务人之间就代物清偿达成一致约定，并且债权人实现其在买卖合同中约定的债权后，原债务才消灭。³³然而，在买卖型担保中，相关标的物并没有发生转移。所以，依照代物清偿理论，双方也就未达成代物清偿的合意。除此之外，代物清偿协议一般是在借贷合同无法得到清偿时，作为其的一个替代，但是在买卖型担保中，两个合同一般是同时签订，买卖合同时作为借贷合同的一个保障，所以代物清偿说不能很好的解释买卖型担保。

因为代物清偿理论无法很好的解释买卖型担保，又有学者提出了代物清偿预约说。“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。”³⁴“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。”³⁵而代物清偿和代物清偿预约之间有三个不同之处，分别为：1. 代物清偿是实践性合同，而代物清偿预约诺成性合同；2. 代物清偿成立后原债权债务消灭，代物清偿预约成立后原债权债务仍旧存在；3. 代物清偿预约的发生时间和原债权债务发生的时间大概相同，而代物清偿一般是发生在原债权债务之后。因此，买卖型担保代物清偿预约更加相似。³⁶

³³ 参见崔建远、韩世远、于敏：《债法》，清华大学出版社 2010 年版，第 163 页；崔建远：《合同法》第 5 版，法律出版社 2010 年版，第 132 页；郑玉波：《民法债编总论》第 2 版，中国政法大学出版社 2004 年版，第 484 页。

³⁴ 高治：《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》（第 6 版补订），载《人民司法》2014 年第 23 期，第 52、55 页。

³⁵ 郑玉波：《民法债编总论》第 2 版，陈荣隆修订，中国政法大学出版社 2004 年版，第 485 页。

³⁶ 参见陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，载《中国法学》2018 年第 2 期，第 236 页。

但是，代物清偿预约是代物清偿的前置行为，代物清偿预约的存在就是为了保证之后的代物清偿。按照这样理解，代物清偿合意和代物清偿预约概念上就没有什么区别。³⁷除此之外，代物清偿预约强调的是清偿功能，约定将来以他种给付代替原定给付，但是在买卖型担保中，当事人之间签订买卖合同的真实意图是为了给借款合同提供一个担保，而非清偿，所以用代物清偿预约这个理论解释买卖型担保也行不通。

2.2.4 附解除条件之买卖合同说评析

此观点主要出现在“朱俊芳案”中，法院认为借款合同和商品房买卖合同之间相互独立且有联系，并认为借款合同中相关内容系为商品房买卖合同的履行附设了解除条件。最高人民法院在判决中作出了如下解释，债务人在借贷合同中约定的偿还借款期限到期后还款，嘉和泰公司在到期后偿还所有借款，则双方签订的《商品房买卖合同》不再履行；若嘉和泰公司不能在约定的期限内偿还所有借款，则履行《商品房买卖合同》。若按照此解释借贷合同，那么一旦债务人按照借贷合同的约定按期还清了借款，那么商品房买卖合同就终止，同时债权人无需承担支付购房款的义务，债务人也无需承担交付房屋的义务。³⁸

然而，此观点无法很好地解释债权人和债务人的真实意思。因为，如果认为借贷合同系为买卖合同附设的解除条件，那么在债务人清偿到期债务之前，商品房买卖合同已经生效。既然商品房买卖合同已经生效，那么双方当事人就可以按照合同分别交付房屋和支付购房款。在买卖型担保中，这明显是与债权人、债务人的真实意思不一致，因为双方并不会履行商品房买卖合同。但是，又因为借贷合同中附设的条件导致商品房买卖合同无法发生效力，这又使得债权人无法行使要求债务人转移房屋的所有权。除此之外，该观点也只能解释在债务人清偿欠款后，商品房买卖合同得以解除；无法解释当债务人在约定的履行期届满后不履行清偿义务，如何按照商品房买卖合同转移

³⁷ 参见陈自强：《无因债权契约论》，中国政法大学出版社2011年版，第327页。

³⁸ 参见《最高人民法院公报》2014年第12期。

房屋所有权。除此之外，有学者认为借贷合同不仅为买卖合同约定了解除条件，还对债务人转让房屋的行为约定了停止条件。³⁹但是，在一份合同中，不能并存解除条件和停止条件，该合同在效力上存在冲突。在买卖型担保中，双方当事人之所以签署买卖合同是为了给借贷合同提供担保，此种解释方法不能完整表达当事人的真实意思，所以也不适宜用于解释买卖型担保。

2.3 小结

综上所述，以上各观点均不能很好地解释买卖型担保的特点。首先，物权的解释方法认可了买卖合同的担保功能，通过物权的担保规范来平衡债务与标的财产的价值，但是所有权转移请求权并不是一种物权，所以将买卖合同解释为类似于典型的物权担保存在一定的困难，并且此种解释与民法中物权公示原则也存在冲突，也不符合买卖合同的债法的性质。其次，买卖型担保虽然与债权理论的解释存在相似之处，即都是以他种给付代替原定给付，但是买卖型担保的目的在于提供担保，而后者是提供一种清偿方式。将买卖型担保解释为一种清偿行为忽略了其担保的性质，并且间接否定了当事人之间的意思表示。⁴⁰物权理论虽然重视买卖型担保的担保功能和担保的效果，但是其中的观点都没有脱离既有理论的束缚，不能从根本上对买卖型担保进行定义，也无从认定买卖型担保的效力，是否具有担保所应当具备的优先受偿权。而债权理论重视清偿，以届满不履行为出发点思考买卖型担保的买卖合同，而忽略了其担保的目的和效果，或者即使是考虑到了担保的效果，也据此认定是债权性担保，认为是买卖合同为债权提供担保，但是忽略了实质，即担保的实质是财产价值，而非权利，一纸合同并不能起到担保的作用。

以上学者的观点除了没有完美的解释买卖型担保的性质与效力，同样也都未能解决过往司法裁判中的一些问题，即这些观点都在试图解释其具有有效力的原因，但是并未有学者在解释其具有有效性的同时，对买卖型担保为

³⁹ 参见陆青：《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，第75页。

⁴⁰ 参见贾章范：《买卖型担保的理论廓清、效力分析与裁判路径——以最高人民法院的裁判观点为研究对象》载《厦门大学法律评论》2021年第6期，第188页。

何不违反物权法定原则、为何买卖型担保因不构成虚伪通谋表示和买卖型担保为何不违反禁止流担保条款进行论证。既然已经认定应当承认买卖型担保的存在，也试图从各方面对其进行解释，那么也应当对其关键的被认定为无效的问题予以合适的回应，否则无法对司法裁判给予一个准确的指导和参考。

买卖型担保不仅具有买卖合同的外观特点，也有给借款合同提供担保的功能，其具有买卖、担保、借贷等三种法律关系的特点，如果只以担保物权的路径去解释买卖型担保会忽略担保物权的特点；仅以债权的路径去解释买卖型担保又会买卖合同担保的特点予以遗漏。故以上学说都不能完美地解释此担保方式。“担保”是以特定的财产或者人的信用来督促债务人偿还债务的制度。⁴¹对于买卖型担保，债权人和债务人签订了买卖合同，并以买卖合同中的标的物作为担保财产，当债务人无法按照借款合同清偿债务时，则通过履行买卖合同来促使债务人履行清偿债务，其是具有担保功能的。但是由于买卖型担保集合了多种法律关系的特点，所以用典型担保理论对其予以解释是不正确的。除此之外，真正具有担保作用的是买卖合同中标的物的实际价值，而非买卖合同本身。当民间借贷合同无法履行的时候，债权人和债务人就按照买卖合同的约定转移标的物的所有权，因此应当认为其是是物权性质的担保。

综上所述，买卖型担保是综合了买卖、担保、借贷的一种新的担保制度，是一种新的担保方式。因此，就需要对其有效性进行论证：即买卖型担保不违反物权法定原则，不是虚伪表示和隐藏行为，同样也不违反禁止流担保条款。其次，在认可其为物权性质的担保的前提下，应当以担保物权作为其主要的解释路径，同时不能忽略其具有的债权属性，也应当适用部分债权的规定、制度对其予以规制。

⁴¹ 参见刘保玉、吕文江：《债权担保制度研究》，中国民主法制出版社 2000 年版，第 16 页。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/307042150125006031>