

民法体系视角下《民间借贷规定》第24条的释意

——兼论买卖合同担保入民法典

许中缘, 夏沁

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410020)

摘要: 在缺乏共识的时代,《合同法》《物权法》《破产法》等是《民间借贷规定》第24条解释的基础。基于此,第24条第1款中“买卖合同”应为有效的买卖合同,“买卖合同担保”则为备案登记担保。第24条第2款中“申请拍卖”是法律引导当事人在价值评估清算的基础上可以选择实现担保的方式。就此,《民间借贷规定》第24条所涉买卖合同担保应定位为一种正在向法定担保物权过渡的担保方式,出借人就拍卖所得享有的优先受偿权限于一般债权,但在破产程序中并不享有别除权,其效力弱于典型担保。该释义路径不仅与最高人民法院第72号指导性案例具有一致性,也契合法定担保物权之体系,有助于破除司法解释“立法化”悖论,为其融入民法典提供可取的路径。民法典物权编应将买卖合同担保融入法定担保物权体系之中。

关键词: 民法典体系; 司法解释; 《民间借贷规定》第24条; 买卖合同担保

中图分类号: D913

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2018)06-0062-14

在新旧动力转换的关键时期,为落实“大众创业、万众创新”,着力解决中小微企业融资难的问题,民间借贷已成为广大市场主体获得资金的重要渠道。实践需要高效流通的融资方式,担保提供信用即可融资,于是出现大量非典型担保。相应地,大陆法系的司法裁判中,诸如德国、日本、法国也均承认了适用于现代经济的担保物权(权利保留型担保),“近代经济组织,担保权逐渐由强制手段过渡到以纯粹的担保价值为目的,换言之,是由使用价值为目的过渡到以交换价值为目的”^[1]。以此为背景,2015年9月1日施行的《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《民间借贷规定》)第24条第1款明确以买卖合同作为民间借贷合同的担保方式,意图通过司法解释认可实践中的非典型担保。这对于担保融资增信,促进经济发展具有重要意义。但遗憾的是,学术界和实务界对该条款确定的担保并未达成一致的理理解与适用。理论上,有学者认为此种担保“是一种习惯法担保物权,即后让与担保”^[2];有学者主张为“抵押权的变形”^[3];也有相当部分学者认为是“附条件的代物清偿预约”^[4];甚至还有学者

认为“只是诺成性的担保约定”^[5]。实践中,相当部分法院认为买卖合同担保方式是让与担保^①,也有不少法院将其定性为后让与担保,甚至有法院在同一层面上使用后让与担保和让与担保^②。即使对第24条的担保性质认定相同,不同法院判定条件(担保是否必须登记成立或对抗)、裁决结果却大相径庭^③,对第24条第2款规定的请求拍卖也有不同的裁定^④。凡此种种,可见《民间借贷规定》第24条并未止纷,反添争议。究其根源,乃在于未能在民法体系视角下对第24条作出释意,理论与判决往往顾此失彼。我们认为,因为《民间借贷规定》第24条的规定涉及多个法律,其解释应在既有《合同法》《物权法》《破产法》的基础上进行释意,方能寻求合适的结果。我们对此予以探讨。

一、《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同”应为有效的买卖合同

《民间借贷规定》第24条第1款规定:“当事人

收稿日期: 2018-05-11; 修回日期: 2018-09-26

基金项目: 国家社科基金重大课题“民法典编纂重大疑难问题研究”(14ZDC017);“法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心”与2017研究生自主创新项目“民商合一视角下民法典各分编商事规范的立法设计”(502221703)

作者简介: 许中缘(1975—),男,湖南武冈人,博士,中南大学教授,主要研究方向:民法学;夏沁(1992—),女,湖南常德人,中南大学和马斯和里赫特联合培养博士研究生,主要研究方向:民法学,联系邮箱: xiaqin113@163.com

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。”就文义而言,此条款确定买卖合同作为借贷合同的担保含义有二:第一,肯定存在两个独立的合同,即买卖合同和借贷合同;第二,认可买卖合同作为借贷合同的担保方式。分歧点在于,尽管明确存在买卖合同,但该款后半部分又规定不允许当事人请求履行买卖合同,买卖合同由此蒙上模糊的面纱。那么,“名为买卖,实为担保”的合同性质和效力究竟如何,也就成为理解第24条的逻辑出发点。

(一) 学术界和实务界对买卖合同的定性

正是由于《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同”的定性存在模糊性与不明确性,学者们对“买卖合同”的性质和效力持有不同的观点,法院依据解释认定买卖合同的效力也不尽相同。

1. 无效说

无效说,即主张买卖合同无效。主要理由如下:第一,违反禁止流押条款。买卖合同违反了《物权法》第186条的规定。作为借贷的担保,亦应遵循《物权法》有关禁止流质的规定。第二,违反物权法定原则。有法院明确指出买卖合同违反《物权法》物权法定的基本原则,应为无效^[6]。第三,属于通谋虚伪合同。有学者主张《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同”因通谋虚伪而无效,应解释为单纯的民间借贷合同^[7]。

2. 担保合同说

担保合同说,为无效说的延伸,即认为尽管买卖合同无效,但实质上是担保合同。学者主张“这一债权合同的内容在于设立让与担保,它可以被称为让与担保的约定,或简称担保约定”,其理由主要是“买卖合同虽有转移所有权的意义,却因为通谋虚伪意思而无效,当事人订立担保约定时,既未设立担保物权,也未设立期待权”^[5]。因此,当事人之间并未发生担保关系而只是达成担保约定。

3. 附条件说

附解除条件买卖合同说,即主张以借贷合同是否履行作为买卖合同的条件,如若当事人履行,条件成就,买卖合同则消灭。主要理由如下:第一,通谋虚伪行为并不否定买卖合同的效力。我国法律上并无明文规定通谋虚伪行为无效。第二,符合当事人意思自治。当事人通过借款协议的相关约定,将原本的房屋买卖合同转化为一种附条件的买卖^[8]。第三,最高人民法院在“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”(以下简称“朱俊芳案”)中明确买卖合同为附解除条件的买卖合同。其后又于2013年《民间借贷规定》(征求意见稿)第25条以及2014年第12期《最高人民法院公报》中的案例延续“朱俊芳案”思路,认同附条件说。实践中,就有法院判决《商品房回购协议书》为《内蒙古商品房买卖合同》附设了解除条件^[9]。

(二) 买卖合同定性标准以及性质定位

其实,无效说、担保说以及附解除条件说无外乎是围绕“是否违反法律强制性规定”和“探究当事人真实意思表示”两个方面来确定买卖合同的效力,据此,我们认为第24条第1款中“买卖合同”应定性为有效买卖合同。具体原因如下。

第一,根据物权区分规则,买卖合同本身并不会违反物权法定。有部分学者以《物权法》第5条物权法定为依据否定买卖合同的效力,“该协议名为买卖,实为担保,违反物权法定原则,无效”^[10]。这类认定实质上混淆了合同与物权变动。根据《物权法》第15条确定的区分规则,买卖合同并不会直接创设物权,买卖合同的效力也不会因为违反所谓的物权法定而无效。事实上,司法实践中大部分的法院还是遵循物权区分的规则,认可买卖合同的效力^⑤,典型的如有法院认为买卖合同不属于《合同法》规定的合同无效的情形,应当承认这种非典型担保合同的效力^[11]。

第二,买卖合同作为民间借贷的担保,课有清算程序,贷款人并不能由此直接取得买卖标的物而获得暴利,因而并不违反禁止流押条款。一方面,所谓禁止流押是法律出于公平原则和设立抵(质)押权目的之考虑,禁止当事人约定在债务期届满前,债务人不履行财产,担保物归债权人所有。法律之所以禁止流押主要是防止债权人凭借强势地位形成“合同强制”^⑥,获得暴利,从而均衡当事人之间的权益配置。但需要明确的是,禁止流质并不影响整体合同的效力,只是流押条款无效。另一方面,以买卖合同作为民间借贷的担保方式,通常是由债务人占有买卖标的物,在债务人不履行债务时,债权人并不能直接取得买卖标的物,而是根据买卖合同,请求债务人履行交付标的物的义务,当事人履行合同如有不公正,可以自行修补或寻求法律救济,如协商变更合同、根据显失公平主张撤销合同等。更何况最高人民法院在“朱俊芳案”以及2013年《民间借贷规定》(征求意见稿)第25条就明确买卖合同应当按照市场价格履行,价款与借款差异应当进行相应的调整,2015年的《民间借贷规定》第24条第2款也确定了清算程序。因而,买卖合同并不会因为流押条款而无效^[12]。

第三,当事人之间具有为实现担保借款而订立买卖合同的真实意思表示。“‘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。”^[13]也就是说,虚伪行为并非当事人真实意思表示。当事人通过买卖合同的方式为借贷提供担保,其意并不旨在否定买卖合同,相反买卖合同是达成担保目的之手段。在虚伪行为或根据其他法律行为实施目的的情况下,无意隐藏其法律行为,当事人为共同的效果积极实施手段和目的行为,此即信托行为理论。“如果借助一项法律行为想实现的结果只能在其有效的情况下实现,则该行为一般不是通谋虚伪行为。”^[14]买卖合同为借贷提供担保不同于通谋虚伪行为,再以此来否定买卖合同的效力显然不合适。事实上,以通谋虚伪理论否认买卖合同的效力,也仅见于德国普通法时代以及日本明治末年,现在的理论及实践中基本不存在以虚伪表示之观点否定买卖合同效力之学说^[15]。

(三) 有效的买卖合同附解除条件、附停止条件之商榷

故而可以明确,《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同”乃有效的买卖合同。但问题是,借款合同之履行是否为买卖合同的解除条件或停止条件。如若借款人归还借款,买卖合同则终止,借款合同似乎应为买卖合同的解除条件或停止条件。实则不然。所谓附解除条件法律行为是指以未来不确定事由为条件,如若成就,则使得所形成法律关系的不再存续。“有鉴于此,倘使形成的关系仅以一次性给付为标的,那么解除条件不具有任何意义。”^[16]换言之,解除条件对于存续性的法律关系才具有意义。《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同”以一次性给付为标的,因此不是所谓的附解除条件的买卖合同。

另外,所谓附停止条件法律行为,以不确定的事由为条件,只有当条件成就时,附条件的法律行为规则始发生效力,使得法律关系不形成,如果条件不成就,则附停止条件的法律行为不发生任何效力。早在19世纪,通说即区分附解除条件与附停止条件的法律行为,解除条件为主要意思表示附随的意思表示,而停止条件则构成意思表示不可或缺的组成部分。事实上,德国现行法上也对两者有所区分,两者适用的法律关系、举证责任分配以及违反善良风俗的效力均不相同^[16]。2015年《民间借贷规定》第24条一改2013年《民间借贷规定》(征求意见稿)第25条(延续“朱俊芳案”认可附条件说)的规定就可见一斑,即明确借款人未履行还款义务,要求履行买卖合同的,应当按照民间借贷关系审理,由此借款合同履行与否都应当回

归借款关系,而非使得买卖合同效力归于消灭。是故,《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同”为独立存在的有效的合同,也不是所谓的附停止条件买卖合同。

事实上,我们之所以容易误解第24条第1款中买卖合同为附条件的买卖合同,乃在于担保与条件具有相同的心理基础,即存在主观的疑虑和不确定。然而,尽管两者都存在不确定性事由,却是截然不同的法律规则,“在附条件的情形中,法律行为的效力取决于被设定为条件的事实情况,而在担保的情形中,行为当事人一方就事实情况而言向另一方当事人承担风险,负有赔偿另一方当事人基于该事实情况而获得利益的义务”^[16]。

买卖合同所呈现的不确定性不是以附加借款合同履行为条件,而是在于借款人为借款合同提供担保需要承担风险。相应地,以买卖合同作为承担风险的载体,必须建立在有效买卖合同的基础之上。而且“驳回买卖合同之诉还会产生违约的道德风险,与诚信原则不符”^[13]。就此而论,《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同”也应当是有效的买卖合同。

二、《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同担保”应是备案登记担保

(一) 学术界和实务界对买卖合同担保的定位

既然《民间借贷规定》第24条第1款所涉“买卖合同”乃有效的买卖合同,那么,探究买卖合同作为民间借贷合同的担保性质究竟如何,自是题中之义。目前学术界以及司法实务界对《民间借贷规定》中提及的担保之定性争议极大。

1. 债权说

债权说,即认为买卖合同之担保并未设置担保,实乃担保约定。典型的如有学者主张“买卖型担保实际上没有发生所谓的担保,担保权人只是普通的债权人,担保人也仅为债务人”^[5]。主要理由是:其一,买卖型担保本质上标的物所有权或其他权利没有转移给出借人,还是应当根据债权关系调整当事人权利义务关系。其二,债权人就该担保并不享有优先受偿权。出借人仅在借款人不履行借款债务时,可以请求债务人转移买卖标的物,而在借款人破产或强制执行时难以实现债权,根本无法发挥优先受偿之效力^[17]。另外,还有学者认为买卖合同之担保事实上构成选择之债,“如果借款人同时不履行民间借贷合同和买卖合同,出借人享有履行选择权”^[18]。

2. 担保说

让与担保说,即认为买卖合同提供担保是以转移所有权为意旨的,并且可以通过预告登记或备案登记等方式公示,符合让与担保的实质。让与担保乃通过转移所有权或权利而提供担保的非典型担保方式。在无法转移标的物所有权的情况下,通过预告登记可以达到同样的效果,备案登记也具有公示效力,故而买卖合同提供担保乃让与担保。如学者所述“签订买卖合同并办理备案登记,是以所有权转移为手段实现债权担保的目的,符合让与担保权利转移担保的要件,构成让与担保”^[19]。事实上,在我国司法实践中,就存在大量将买卖合同担保作为让与担保处理的判决^①。

后让与担保说,主张买卖合同提供担保并未实际转移所有权或权利,而是约定无法履行债务时,转移买卖合同标的物,衍生于让与担保又不同于让与担保的,应是后让与担保。主要理由是:第一,买卖合同担保是物的担保。买卖合同担保中发生担保的不是债权,而是买卖合同标的物,因此“是物的担保而非债权担保”^[20]。第二,买卖合同担保与让与担保最为相似,却不同于让与担保。即“让与担保是以先转让所有权担保,而商品买卖合同担保是以后转让的所有权为担保”^[21]。第三,物权法定无法适用社会生活之需,应当认可习惯中新型担保物权,以缓和物权法定之僵化。实践中,越来越多的法院认同后让与担保说,有法院就明确指出买卖合同担保性质应认定为“后让与担保”^②。

抵押权变形说,该说认为所谓的“后让与担保”只是抵押权的一种变形而已。主要理由是:第一,后让与担保与不动产抵押权不存在实质上的差别。买卖合同担保中,担保是目的,让与只是手段,后让与担保实质就是我国《物权法》中确定的未来物上的抵押权。第二,物权法定乃物权法基本支柱,不允许任意变更缓和。“当社会经济生活中出现一种所谓的新型物权时,社会所采取的态度,首先应是尽力将其解释成现有的法定物权类型。”因而,我们需要做的是,“对多元化的物权体系结构进行一元化改造,以应对生活中出现有名无实的新型担保物权”^[3]。实践中,也有法院持同样的观点,即认为买卖合同为借款债务的抵押担保,但未办理抵押登记手续,不能对抗第三人^[22]。

3. 代物清偿说

代物清偿说,即认为买卖合同为借款合同之担保,实质是以买卖合同标的物替代借款给付,从而消灭债务,故达成标的物替代给付的代物清偿。理论上通说认为代物清偿之合意为要物合同^[5]。据此,衍生出代物清偿预约说以及附生效条件代物清偿预约说。其中,

预约说主张买卖合同担保应是标的物替代给付的约定,不同于代物清偿之本约,仅是当事人之间达成的合意。附条件说,则主张借款义务之履行为代物清偿的生效条件,“只有债务人不履行债务,债权人才能要求订立本约”^[4]。也有学者认为代物清偿实质上只是诺成合同,“尽管以物抵债的担保协议未有法律明文规定,根据契约自由原则,双方意思表示一致即发生效力”^[5]。

以此为基础,有学者认为还应当以当事人不履行债务为合意之条件,一旦条件成就,当事人之间的代物清偿合意即发生效力,此即解除条件代物清偿合意说。尽管对代物清偿之要物性以及附条件性认定不同,盖主张代物清偿说之学者,均坚持买卖合同为借款合同提供担保实质上是约定借款人不归还债务时,以买卖合同标的物偿还债务。该行为本质上是代物清偿。事实上,我国司法审判中不少法院就将买卖合同担保定性为“以物抵债”,典型的如有法院认为“《商品房买卖合同》在性质上属于以房抵债协议”^③。

(二) 买卖合同担保类型化分析

凡此诸多相对之学说以及我国司法实践中迥异之判决,实质上,乃在于不同的学说对应不同的事实情况。通过检索相关案例,可以发现实践中有关买卖合同作为借贷合同的担保,存在诸多不同的事实要素,而《民间借贷规定》第24条第1款中买卖合同担保的规定确有模糊性,学说和判决不免容易针对不同情形各说各话,故而有必要对这些情况加以类型化区分,而后再展开判断。

第一,买卖合同为民间借贷合同提供担保,合同标的物已经登记过户(或交付),转移所有权属(以下简称“第一类”)。不难发现,此类型下的买卖合同担保关键要素有二:其一,当事人之间签订买卖合同,完成登记或交付手续,标的物所有权已经转移给出借人;其二,双方约定借款人在一定期限内可以赎回标的物。事实上,具备这些事实要素的案例并不多,且大部分买卖合同的标的物为股权、不动产,极少为动产^④。典型的如有法院在判决书中认定股权转让办理了工商变更登记。实际上该买卖型股权转让与担保,是为借款而采取的一种非典型的担保方式^[23]。

第二,买卖合同为民间借贷合同提供担保,合同标的物无法转移所有权属,但已办理预告登记手续,买卖合同也备案登记(以下简称“第二类”)。在某些情况下,当事人之间买卖合同的标的物是正在修建之物,无法办理过户登记手续,出借人只能就买卖合同之标的物办理预告登记。此情形中:其一,买卖合同标的物所有权无法也并未实际转移;其二,双方约定

一定期限如不偿还债务,则“以物抵债”并办理预告登记,买卖合同也登记备案。此类案件不少,由于我国《物权法》第20条明确预告登记范围限于不动产,此类买卖合同标的物自然也限于房屋等不动产。实践中,有法院就是如此认定的^⑨。

第三,买卖合同为民间借贷合同提供担保,未办理预告登记,仅买卖合同备案登记(以下简称“第三类”)^⑩。此情形下:其一,买卖合同的标的物所有权并未实际转移;其二,约定一定期限不履行债务,则“以物抵债”,未办理预告登记,但因为国家要求商品房预售进行登记备案而一般备案登记^⑪。事实上,绝大部分案件中,借款人签订买卖合同为其借款担保,只办理合同备案登记,即认定构成买卖合同担保。

第四,买卖合同为民间借贷合同提供担保,并未办理任何登记手续(以下简称“第四类”)。此类型买卖合同担保的事实要素仅仅是当事人之间通过买卖合同约定如借款人到期不履行债务,则“以物抵债”,双方并未办理任何登记或公示手续。实践中,有少许法院就是如此认定的。

通过分析买卖合同担保中存在的不同类型化事实要素,可以发现:第一类担保实质上就是学者所论“让与担保”(转移财产所有权或权利而担保债务之履行);第二类 and 第三类担保即符合“后让与担保”“抵押权变形”“代物清偿”之构成(所有权并未转移而是约定“以物抵债”为担保);第四类则符合“债权说”之构成要件(依据契约自由,是当事人之间签订的担保合同)。

如此一来,问题便可以简化为《民间借贷规定》第24条第1款中“买卖合同作为借款合同担保”究竟是何类情形下的担保。

首先,应当遵循文义解释探析担保性质。按照《民间借贷规定》第24条第1款的字面表述,以买卖合同作为借款合同担保,并不涉及转移标的物所有权,而是订立买卖合同作为担保,故而可以排除第一类担保情形,即买卖合同担保非让与担保。

其次,还应当探究《民间借贷规定》的立法目的。最高人民法院明确第24条是针对特定情形为债权人提供担保,并且在立法背景中明确“本司法解释明确规定,当事人通过签订买卖合同作为民间借贷合同的担保”^[24]。最高人民法院在适用民间借贷相关的司法解释中也指出,买卖合同担保乃尚未发生标的物所有权转移之外观的非典型担保^[25]。据此可以排除第一类、第四类情形,即买卖合同担保非让与担保,也非仅为债权合同。

最后,需要置于体系化视角之中予以全盘把握。后让与担保是以让与担保为基础而构建的概念体

系^[2],让与担保的核心乃是买卖标的物之回赎^⑫,但是第二类、第三类情形之中并不涉及所谓标的物所有权转移,自然也无所谓赎回,因而后让与担保概念本身并不可取。我国《物权法》明确规定不动产抵押权应该依法登记设立,抵押权变形说所论以“登记作为对抗要件”,直接与现行法律相左,也不可取,更何况不动产抵押权乃是传统上权利限制型担保物权,其核心出发点在于限制权利。而实践中大量出现的“买卖合同作为借款合同担保”实质是权利转移型担保,其核心乃在于转移权利,即约定到期如借款人不履行债务,则“以物抵债”,以买卖合同标的物替代清偿借款。

因而可以推论,《民间借贷规定》第24条第1款中买卖合同担保乃第二类、第三类担保情形下的代物清偿担保。

(三) 代物清偿约定与临时登记担保

以代物清偿的要物性为基础,有学者主张买卖合同担保应为代物清偿预约之担保,还有学者主张应为附生效条件代物清偿预约之担保。事实上,代物清偿预约仍然是达成交付标的物前的合意,本质还是代物清偿的诺成化。要物合同最早出现在古罗马法之中,尽管现代债法中保留此类型合同,典型的如保管合同,其存在的核心是以物的交付作为成立要件,令当事人在交付前有考虑斟酌的机会^[26]。但是,随着私法现代化的发展,再以物之交付作为合同成立条件,难免与物权自相矛盾。德国法上,早已经实现要物合同之诺成化。王泽鉴教授就指出,“财产性的契约应诺成化,保留要物契约此种法制史上的残留物,实无必要”^[27],陈自强教授也指出,“借贷之要物性,为法制史上错误之发展,要物契约概念本身,在德国亦多认为系陈旧过时,早可功成身退”^[28]。可见,现代民法法理上已经认可了代物清偿诺成化,自然不必再借助代物清偿预约说予以证成。

更何况,我国立法上并未明确代物清偿之要物性,而《合同法》对于要物合同则采用明确列举方式,如第210条(自然人之间的借贷)、第367条(保管)等,由此可见代物清偿诺成化更贴合我国法律体系,诚如学者所言:“不宜硬性套用境外关于代物清偿的规则及其理论,削足适履式地、作茧自缚般地处理。”^[29]我国司法实践中,诺成化代物清偿也最为常见^⑬。由此可以明确,第24条第1款中买卖合同担保乃代物清偿中的代物清偿约定之担保。

但问题是,代物清偿约定本身是否就足以提供担保。代物清偿约定乃诺成化约定,其逻辑结果即当事人可以承担违约责任而不履行买卖合同。实践中也确实有法院认为当事人之间尚未办理物权转移手续,仅

达成以物抵债的约定, 债务人可以反悔不履行。法院如此判决显然是极其不合理的, 由此也可见, 代物清偿约定本身并不足以提供担保。一来买卖合同担保根本无法发挥担保之功能; 二来并不能有效保障出借人应享有的担保权益; 三来相对第三人无从得知代物清偿之担保, 其利益也难以保全。

另外, 尽管买卖合同担保是非正式的担保方式, 并未被我国《物权法》所认可, 但是金融机关、法院以及相关各方均倾向于认可新型担保的法律效力。尽管司法判决中诸多法院倾向于回避买卖合同担保优先受偿的问题, 但是处于一线的法官普遍认为, “司法应当顺应经济发展的要求, 如果能够认定其物权效力、法律效力最好, 如果不能认定, 至少也不能轻易地否定其物权效力”^[30]。买卖合同担保也大量存在于现实生活中, 且其已纳入《民间借贷规定》, 正逐步地迈向合法化。事实上, 大陆法系诸国, 典型的如德国、日本, 在司法判决中也趋向认可新型担保方式^⑤, 法国甚至在《法国民法典》中予以确认^⑥。英美法系国家, 如美国的《统一商法典》更是确定一元化“担保权益”, 为新型担保预留极大空间^⑦。因此, 我们不宜简单地否认此种新型担保, 而应当设法将其纳入正轨。基于此, 我们认为第24条第1款中买卖合同担保要为借款合同提供担保至少还需要满足以下条件。

第一, 当事人以代物清偿约定方式为借款合同提供担保, 应当以要式买卖合同的形式, 也就是订立书面的买卖合同。观我国既有担保法律体系, 不论是物的担保抑或人的保证, 所涉担保合同均要求采用书面形式。如《物权法》第186条规定采用书面形式订立抵押合同。代物清偿约定担保所涉买卖合同采用书面形式自是题中之义。

第二, 书面的买卖合同应当依法备案登记。代物清偿约定既为诺成合同, 本无可履行借款担保之机制功能, 然《民间借贷规定》所确定买卖合同担保是基于现实生活融资之需, 为达到强化债务履行之目的而设置的^[31]。概言之, 代物清偿约定要达到强化债务履行之目的, 以实现担保之功能, 必须采取一定公示方式。在我国法律体系中, 以特定标的物设定之担保无一不是如此。其基本原则是, 动产交付公示, 不动产登记公示。但在实践中, 新型权利转移担保最为核心的特征即不转移占有。买卖合同担保亦然。因而, 该担保就只能通过登记方式予以公示。另外, 由于以买卖合同为担保尚未涉及标的物, 故而应当对买卖合同予以备案登记。如此一来, 也能有效均衡债权人与相对第三人的利益。

因此, 在体系化视角下, 《民间借贷规定》第24

条第1款中买卖合同担保应当扩张解释为书面买卖合同经过登记公示为借款合同提供担保。也就是说, 需要对代物清偿约定以登记方式公示之, 实质上相当于日本法上的临时担保登记(也译“假担保登记”), 即通过对所有权转移请求权的临时登记, 从而保全债权人的地位。日本后于1978年制定《临时担保登记法》改革担保公示方式, 将这种非正式担保加以法制化, 最终使得临时登记担保的内容合理化^[32]。可以说, 《民间借贷规定》第24条第1款中买卖合同担保实质乃“临时登记担保”。

三、《民间借贷规定》第24条第2款中清算程序的定位

《民间借贷规定》第24条第2款规定: “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。”遵循该款文义^[33]: 其一, 出借人在借款人不履行生效判决确定债务时, 可以申请拍卖标的物; 其二, 出借人有权就拍卖所得偿还借款本息。延续第24条第1款的语境, 当事人之间约定买卖合同以担保债务的履行, 当借款人不履行债务时, 出借人可以用标的物拍卖所得抵偿其借款应是题中之义。争议点在于该款是否以及在多大程度上认可买卖合同担保的物权效力。于此款文义中, 具体表现为: 一申请拍卖程序性质的认定; 二拍卖所得的优先受偿性问题。

(一) 申请拍卖程序的性质

《民间借贷规定》第24条第2款所涉“出借人可以申请拍卖合同标的物”, 这样的拍卖程序究竟是在借款人不履行生效判决时, 法律为防止债权人获得暴利, 课加于出借人的义务, 抑或是出借人请求法院拍卖已偿还债务的权利, 或者说是一种法律提供的救济选择方式^[34]。

1. 学术界和实务界对拍卖程序的定性

目前有关该款中的“申请拍卖”程序的定性, 学术界存有不同的观点。

拍卖程序规制说, 即认为拍卖程序是法律上用以规制禁止流押约定的程序。学者认为“代物清偿预约与流押条款在本质上具有一致性, 应当受到流押禁令的控制”, 但同时“如流押条款不影响担保合同整体效力一样, 代物清偿预约也无需因流押禁令而整体无效, 只需要增加一个清算环节即可”^[4], 在24条规定中, 拍卖程序就是规范流押禁令的法定程序。但问题是,

第一,如果代物清偿预约本质上就是流押约定,其还会因整体违反流押禁令而无效;第二,如果出借人没有因代物清偿预约获取暴利,为何一定需要拍卖清算程序予以规制。

拍卖程序前置说,即主张拍卖程序是当事人之间请求买卖合同担保的前置性程序。拍卖清算的义务并非来自买卖合同担保,应当“由债务人根据自身利益状况决定是否援引《物权法》第186条”,“债权人可以选择放弃援引第186条作为无效抗辩,而主张流押条款生效,但首先需要经过清算确定担保物价值”^[5]。学者本意在于赋予债务人自由选择权利,但债权人如果请求买卖合同为担保,债务人或可以流押禁令为抗辩,或需要经拍卖清算程序而要求之。也就是说,出借人必须经拍卖清算程序方可实现买卖合同的担保。如此一来,债务人的选择就成为出借人的法定义务。

拍卖程序选择说,即认为拍卖程序只是法律为出借人所设定其可以选择实现债权的方式之一^[35]。学者所论实践中之所以出现买卖合同担保方式乃在于“其具有节省抵押权、质权的实行成本,避免拍卖程序繁琐及变价过低等不利因素的优势”。因而,买卖合同担保可以“通过赋予债务人撤销权、变更权或适用清算程序以克服其流担保的潜在弊端”^[36]。换言之,如果债务人可以通过多种途径防止债权人获得暴利,出借人亦可通过转让标的物、变价、折价等方式实现债权,拍卖程序只是克服流押禁令又同时实现债权的方式。拍卖程序能有效克服流押实现债权无疑,可是债务人的撤销权、变更权等事后救济,还受到一定期间限制,能否有效克服流押确有疑义。

不难发现拍卖程序规制说、拍卖程序前置说实质上都是将拍卖程序作为法律课加于出借人的义务,拍卖程序选择说则将拍卖程序视为可供出借人选择的方式。事实上,我国司法实践对《民间借贷规定》第24条第2款的理解适用也极为不统一。有法院认为24条第2款“申请拍卖”应为出借人之权利,也有法院将拍卖程序作为出借人的义务,担保人不履行债务,而承担担保责任时,出借人应当对担保物进行清算。大部分法院甚至未有明确性,即认为贷款人不履行生效判决确定的金钱义务时,对方当事人可以提出对买卖合同的标的物进行清算^[37]。

2. 文义解释与目的解释的冲突与调和

学术界和实务界争论的实质是因为《民间借贷规定》第24条第2款存在不同解释方式。根据文义解释,第24条第2款“出借人可以申请拍卖”应是出借人享有实现债权的权利;而按照目的解释,拍卖清算程序旨在实现公平,防止债权人获取暴利,故而应是法律

课予出借人的义务。可见,此时文义解释与目的解释是相悖的。如此,“申请拍卖”性质自难以确定。因此,我们首先需要协调相互冲突的解释方式。一般而论,协调文义解释与目的解释的基本准则为:

第一,文义解释应当优先于目的解释。“文义不仅是一切法律解释的出发点,而且是一切法律解释的终点。”^[38]就此,文义解释是居于首位的解释方式,应当优于其他解释方法,也优于目的解释。其实,从文本的字面含义出发进行解释,尊重文本实质也就是尊重立法原意和立法目的^[39]。

第二,文义是体系解释的前提,体系是文义解释的归宿。体系解释是以法律体系为依据而开展的解释。只有在解释文本的基础之上才需要置于系统化制度之中进行解释,即体系解释是以文义解释为前提条件的。同时,文义解释的内容和形式又必须契合法律的体系要求。

第三,在体系视角之中,重新再审视目的解释。目的解释是通过探求立法目的和意旨以阐释文本的解释方法。但是立法目的和意图本身即具有主观不确定性,因此目的解释难免会介入解释者的主观因素。故而目的解释“应当从宏观的整个法律体系背景出发,以确定规范的具体目的”^[40]。

这就意味着文义解释与目的解释可以在体系中达成一致。据此,首先应当把握第24条第2款的文本。其次,在文本基础之上展开体系化分析,即买卖合同是借款合同的担保,在贷款人不履行债务时,出借人享有担保权益,法律也应当保护其实现债权之利益。最后,置于体系化视角下,协调文义解释与目的解释。拍卖清算程序确实是为实现公平、防止出借方获取暴利而设,但是拍卖绝非唯一实现公平的方式,借贷双方完全可以通过变卖、折价、协商等方式达成目的。由此,“可以申请拍卖”应为出借人的选择方式或权利而非法律施加的义务。那么,拍卖程序就不应当是法律课加于出借人的义务,拍卖也自然不应当是法定或强制性程序。

3. 申请拍卖与清算程序

其实,就买卖合同担保而言,通过代物清偿约定以担保借款之履行,性质上极可能存在出借人获取暴利,损害贷款人之权益的风险,事后再以不公平或显示公正而主张撤销或变更买卖合同并不能有效地防范此种风险^[41]。因此,法律为了有效防范买卖合同担保自身固有风险,一般会于担保实现之前设置清算程序,评估标的物价值,从而实现公平。

但是,拍卖程序不完全等同于清算程序,“可以申请拍卖”也不意味着出借人可以不清算而直接以物抵

债。事实上, 拍卖程序只是清算的方式之一。拍卖程序是实现买卖合同担保手段之一, 是法院应出借人依据生效的借款判决之请求而强制拍卖买卖合同标的物的程序, 而清算则是实现买卖合同担保必要条件, 其实质在于价值评估, 即估量买卖合同标的物之价值以防止价款高于或低于借款, 从而实现公平。进而言之, 拍卖程序只是清算的一种方式或途径, 甚至是当事人不倾向采取的方式, 因为拍卖成本过高, 经济效益低下^[42]。故而当事人可以也应当可以通过折价、抵价、协商等其他清算方式实现担保, 只要能够通过对买卖合同标的物适当评估从而有效防范代物清偿约定固有风险, 并不限制清算的方式。在日本, 尽管《临时登记担保法》将临时担保登记合法化, 但该法强制要求贯彻处分清算, 致使当事人避免使用此担保制度, 实际上极大地压制了临时登记担保。可见, 强制单一程序(拍卖)并不可取。

因此, 实现买卖合同担保的清算方式应当具有多样性, 当事人可以自主选择最为有利方式, 实现民事自治, 买卖合同担保才能焕发生机。事实上, 清算方法包括归属型清算和处分型清算, 前者是将标的物抵偿债务, 后者则是通过处分标的物以偿还债务, 但无论何种方式, 出借人必须对标的物作出合理的评价并清算, 不然债务人可以不协助担保实现^[43]。需要强调的是, 清算的实质在于价值评估, 归属或处分也都只是实现清算方式。2009年《法国民法典》第2372-3条即明确无论何种实现方式, “被让与的财产或权利的价值, 由当事人协商或法院指定的鉴定人鉴定”。正是价值评估鉴定使得“以担保名义让与所有权”固有风险得以克服。

故而《民间借贷规定》第24条第2款中“申请拍卖”, 只是法律提供了一种实现买卖合同担保的清算方式, 是法律为防止出借人获得暴利, 克服买卖合同担保固有局限而提供的一种规范价值指导。一方面, 买卖合同担保需要通过拍卖清算程序实现公正, 事后通过撤销、变更合同并不能有效防范风险; 另一方面, 当事人“可以申请拍卖”也可以选择其他价值评估清算的方式, 其关键在于价款与借款之间的对等性。申言之, 第24条第2款中“申请拍卖”是法律引导当事人在价值评估清算的基础上可以选择实现担保的方式。

(二) 拍卖所得的优先受偿性

1. 争议与回避

尽管出借人可以申请拍卖, 并就拍卖所得获取与借款对等的价款以偿还债务, 但第24条第2款并未明确出借人就拍卖所得是否享有优先受偿的权利。对此,

目前存在较大的争议。

优先受偿肯定说, 即肯定出借人就拍卖所得享有优先受偿的权利。以杨立新教授为代表, 主张“实践中存在的以商品房为借贷合同进行担保的新型担保形式, 是一种正在形成的习惯法上的非典型担保”, 对此可以缓和物权法定之适用, “顺势而为确认习惯中的担保物权效力”, “债权人据此享有担保标的物优先受偿权”^[2]。实践中, 不少法院认同并裁决债权人据此享有区别于普通债权的以担保标的物优先受偿的担保物权。

优先受偿否定说, 即否定出借人就拍卖所得享有优先受偿的权利。盖学者主张买卖合同担保“只是诺成性的担保约定, 债权人并不就该物享有优先受偿权”^[5]。或“由于借款人对于该合同标的物并无约定或法定的担保物权, 就该标的物拍卖所得, 并不享有优先受偿权, 而只能与借款人的其他债务人公平受偿”^[25]。在司法实践中, 亦有不少法院持此观点, 即认为出借人主张享有优先受偿权, 缺乏法律依据^④。

事实上, 尽管大部分法院在判决中都承认买卖合同担保, 但也未明确出借人是否享有优先受偿权利, 其意在回避物权法定与《民间借贷规定》所确定担保之间的冲突。第24条第2款规定之模糊性, 实质上也是在回避非典型担保的物权性。

2. 体系化视角下的优先受偿权

既然司法解释已经规定买卖合同担保这种非典型的方式, 我们就不能一味回避问题, 简单地否定其优先受偿的效力, 而应当在体系中寻求恰当方式予以融合。

首先, 就《民间借贷规定》第24条第2款文义而言, 出借人“可以申请拍卖”并“就拍卖所得的价款”偿还债务, 可以确定申请拍卖与普通的申请债务履行的民事执行并不一样。此处申请拍卖的标的物为特定的财产, 即买卖合同标的物, 而一般民事执行中并不会针对特定的财产。

其次, 根据《民间借贷规定》第24条的立法目的, 设置买卖合同担保就是为担保债务之履行, 如若出借人并不能就拍卖所得优先受偿, 而仅作为一般债权人, 买卖合同所设担保便无任何实质意义, 第24条的立法目的落空, 也无存在之价值。更有甚者, 在“优先受偿否定说”情形下, 当事人的担保意图落空, 由此会扼杀融资的有效途径, 阻碍市场经济的运行。

最后, 基于平衡当事人之间的权益考量, 买卖合同担保需经清算程序, 防止出借人获得暴利, 以保护债务人不会迫于借贷压力而蒙受损失。但问题是, 买卖合同担保是债权人保障借款履行而设置的, 债权

人只能选择清算方式而就清算所得无法享有优先受偿权,对债权人而言,是极不公平的,由此导致出借方与借款人的权益失衡。

就此而论,《民间借贷规定》第24条第2款解释为出借人就拍卖所得享有优先受偿权具有一定的合理性。然未经法律赋权,司法解释并不能赋予买卖合同担保等非典型担保予以担保物权效力。这也是“优先受偿肯定说”备受指斥之处。其实,这是因为我们简单地将优先受偿权等同于担保物权所致。事实上,担保物权对担保物享有优先受偿权,主要是因为物权的支配和排他效力而产生的,故而不动产要求登记,动产要求转移占有;而优先受偿权之取得方式是多样的,既可因担保物权,也可因特别法所规定的优先权,如职工工资、劳动保险费用等。因此,并不能简单地因为非为法定物权而否定买卖合同担保的优先受偿性。还有学者进一步指出物权法定是对当事人提出的要求,而非对立法者和法官的要求,即“物权法定主义仅仅排除了当事人形成的自由,但不排除成文法或者法官发展新的物权种类”^[44]。申言之,买卖合同担保作为非典型担保物权,与不动产抵押或动产质押、留置具有明显的区别,抵押或质押需要办理抵押登记或转移交付,而设定买卖合同担保之基本条件即不转移占有交付,只就买卖合同办理备案登记。可以说,抵押、质押具有支配担保物之排他效力,并不存在于买卖合同担保之中。

故而,出借人就清算所得享有优先受偿权,是由特别法(《民间借贷规定》)赋予出借人相对于一般债权人而享有的优先权利,并不能根据物权法定而予以否定。

3. 优先受偿权与《破产法》的别除权

所谓优先受偿权,是基于债权性质和产生原因,为实现公平正义而赋予债权人对特定或全部财产享有优先于其他债权人受偿的权利。优先权制度起源于古罗马法,确立于法国民法典,后在日本民法典中趋向完善,但德国民法并未确定统一优先权。然而,德国并非无统一之优先权,而是“优先权制度中的特殊优先权在德国法系由物权法上的法定担保物权承担,一般优先权功能在德国法系则由破产法中的优先破产债权来履行”^[45]。可以说,法定担保物权之优先权在大陆法系民法中占有独特的地位。申言之,买卖合同担保中出借人所享有的优先受偿权并不同于抵押或质押中担保权人就担保物所享有的优先受偿权。

第一,效力来源以及程序不同。《民间借贷规定》第24条所涉买卖合同担保中优先受偿性是基于特别法授权与利益均衡的需要,而传统担保物权则是基于

物权支配、排他属性。因而传统担保物权的优先效力程度较买卖合同担保等非典型担保更甚,即传统担保物权优先于新型担保。

第二,适用范围不同。因为传统担保物权中担保人就担保标的物享有优先受偿权来源于物权固有属性,故而优先受偿性也具有一定的排他性。各国破产法均认可法定物权先行主义,例如在抵押人破产的情形下,抵押权人可以就抵押物在破产程序中享有别除权,即不受破产程序或和解程序的限制,单独、及时地实现优先受偿。但买卖合同担保所涉优先受偿性则应当限于一般债权,即就买卖合同标的物,出借人仅就一般债权人而言享有优先效力,并不能主张《破产法》中之别除权^[46]。

我国司法实践中买卖合同担保凡涉破产之强制履行,也均未将买卖合同担保标的物纳入别除权范围之内。盖一般而论,买卖合同担保并未就买卖标的物登记或交付公示,不能将其排除于破产程序之外。因别除权系以担保物权为基础的权利,是就担保人特定财产设定的担保物权。不动产担保物权的取得须以不动产物权登记为原则。而买卖合同担保的标的物不具有支配权,故不享有别除权。其实,“别除权是指担保权人享有就特定财产不依照破产清算程序而优先获得清偿和满足的权利。法定担保物权能在破产程序中转化为别除权”。故而,《民间借贷规定》第24条第2款中出借人就拍卖所得享有优先受偿权限于一般债权,在破产程序中并不享有别除权。

另外,尽管标的物过户登记之担保已经超过第24条第1款买卖合同担保之范围,但根据“举轻以明重”之当然解释,应当也可以适用第24条第2款规定的清算程序并产生相对一般债权的优先受偿之效力。

四、《民间借贷规定》第24条与最高人民法院第72号指导性案例辨析

《民间借贷规定》第24条颁布之后,最高人民法院审判委员会讨论通过并于2016年12月28日发布了《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“第72号指导性案例”)。该案例认为,买卖合同“不属于《中华人民共和国物权法》第186条规定禁止的情形,该商品房买卖合同的订立目的,亦不属于《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条规定的‘作为民间借贷合同的担保’。在不存在《中华人民共和国合同法》第52条规定情形的情况下,该商品房买卖合同具有法律效

力”。该指导性案例事实上否定了房屋买卖合同担保。尽管司法解释具有优先于指导性案例适用的效力, 但根据最高人民法院颁行《关于案例指导制度工作的规定》第7条规定, “最高人民法院发布的指导性案例, 各级人民法院审判类似案例时应当参照”, 指导性案例具有“独特的启示、指引、示范和规范功能”, 法官在审理类似案件时, 应当参照而不参照, 必须有令人信服的理由; 不参照又不说明理由, 导致裁判显失司法公正的, 就应当追究相应的法律责任, 当事人有权利提出上诉、申诉^[47]。因此, 在第72号指导性案例与《民间借贷规定》第24条均认可买卖合同效力的前提下, 不免会产生适用误导问题。

(一) 第72号指导性案例的本质

1. 第72号指导性案例属于代物清偿?

所谓代物清偿, 即双方达成以商品房买卖合同作为债的履行的依据, 约定用房屋清偿所借的债务。在第72号指导性案例中, 法官认定在当事人一方并不履行代物清偿契约的情况下, 认定契约有效并要求履行, 并不能确定判决的可执行性。但在该案中, 当事人的诉请属于承担违约金, 并不要求主张确认房屋的所有权, 因此, 第72号指导性案例并没有直接确认代物清偿的效力。

2. 第72号指导性案例属于以物抵债?

第72号指导性案例中的当事人签订的买卖合同可以看作为以物抵债协议, 属于债的更新。根据第72号指导性案例的事实, 当事人达成了两个债的更新协议: 一是对借贷合同的内容进行更新, 即借贷合同本金的消灭; 二是对原来买卖合同的内容进行更新, 确认了新买卖合同的内容。但以物抵债协议仅仅只是物权变动的基础, 在当事人并不履行买卖合同的情况下, 人民法院的判决也仅仅只是确认了买卖合同的效力, 是否根据《物权法》第28条的规定当然取得物权, 我们对此持否定态度。我们认为, 《物权法》第28条确认的司法判决是引起物权变动的基础, 是物权的确认, 属于确认之诉的逻辑后果。由此, 在当事人并未提起确认之诉的情况下, 我们赞同抵债之物的所有权不因判决、裁决送达当事人处时而移转的观点。

(二) 第72号指导性案例与《民间借贷规定》第24条的关系

1. 第72号指导性案例与《民间借贷规定》第24条第1款

第72号指导性案例最为突出的一个亮点, 就是确认了双方当事人形成的自由意思。“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。民事交易活动

中, 当事人意思表示发生变化并不鲜见, 该意思表示的变化, 除为法律特别规定所禁止外, 均应予以准许。”^[31]但问题是, 在《民间借贷规定》第24条第1款规定中, 当事人协议确定, 在双方当事人借贷合同没有清偿的情况下, 双方达成的自愿履行担保的买卖合同的意思表示也应该得到重视。具体而言, 原来履行所担保的买卖合同的意思自治与以物抵债合同的意思自治应该受同等遵循, 并不能因为时间签订先后其效力而具有差异。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, 最高人民法院认为买卖担保合同有效的做法其实也是对意思自治的遵循。由此可以看出, 在买卖合同担保不违反法律、行政法规的强制性规定的情况下, 《民间借贷规定》第24条第1款只审理借贷合同的规定, 也是在尊重当事人买卖合同意思自治有效的前提下。这与第72号指导性案例具有一致性。

2. 第72号指导性案例与《民间借贷规定》第24条第2款

第72号指导性案例确立了以物抵债合同的效力, 本质是确认当事人以自己的意思表示消灭借贷法律关系, 这与第24条确认以买卖合同担保消灭借贷法律关系的做法并不矛盾。第24条第2款规定债权人负有清算债权债务的义务, 事实上是一种债的清偿方式, 该种方式并未排除其他实现债的清偿方式。

五、买卖合同担保入民法典物权编的基本构思

新型担保在寻求与民法典传统担保物权融合时, 是逐步趋向法定担保物权之过程。尽管有学者认为“从传统的物权与债权二元体系角度确实无法将这些新型保障债权实现的方式归入恰当的位置”^[48]。但是“现代让与担保已经成为重要担保方式, 如果物权法不作规定, 将造成法律与实践环节脱节, 在实践中得不到法律规范引导, 也于维护经济秩序和法律秩序不利”^[49]。法国甚至在2009年修订了民法典并引入“以担保名义让与所有权”, 由此将非典型担保上升为典型担保。美国《统一商法典》第九编试图创设统一化的登记系统以实现“担保利益”的公示。在德国, 司法裁判中很大程度上也认可担保性所有权让与的公示方式[®]。可见, 新型担保处在不断发展并逐步融入民法典的过程之中。因而, 一方面, 我们不能忽视新型担保的现实功能; 另一方面, 还要清楚地认识到新型担保与传统担保之间的差异。

(一) 买卖合同担保需要进入民法典物权编

《民间借贷规定》第24条所涉买卖合同担保是一种正在向法定担保物权过渡的新型担保,实质上就是司法解释对法律未规定担保之“立法化”。但问题是,该种立法化本身具有不足,在第72号指导性案例出台之后,不免产生“按下葫芦浮起瓢”的后果。如何求同存异,以期调和新型担保与传统担保之间的紧张度以及司法解释“立法化”的自身悖论。进而言之,司法解释应当如何纳入民法典,以及如何在民法典体系之中寻求恰当位置。这是破除司法解释“立法化”悖论的关键点,也正是我国编纂一部体系化民法典所亟须解决的问题。

其实,“构成法律条文的语言,或多或少总有不明确之处。语言的核心部分,其意义固甚明确,但越趋边缘则越模糊”^[50]。正是因为语言的模糊性,我们可以在遵循物权法定并认可买卖合同担保的体系视角下,寻求一种解释路径将其纳入民法典担保物权体系之中。就《民间借贷规定》第24条开展法典体系化解释的路径为:买卖合同担保首先应当具备法律合法性要素。一切担保法律规范和法律制度都必须有其上位法的依据,进而必须合乎物权法,否则不具有合法性而无效。其次应当具有法律正当性。作为某一特定担保法律规范和法律制度之正当性依据的终极上位法,应有其自身的合理性与正当性。物权法的基本价值乃定纷止争、物尽其用,第24条也应当契合这一价值。最后还应当考量法律的妥当性。即进一步拷问担保规范在民法体系之中是否符合意思自治以及时代精神。

如此,司法解释方能在民法典体系之中找到恰当的边界。第24条所涉买卖合同担保是一种“正在路上”的担保物权,如何在不违反物权法定等强制性规定的前提下,适应现代社会融资需求,将其融入民法典担保物权体系之中。这正是司法解释在发展成为法典法条过程中需要把握住的界限,也是民法典所必须具有的弹性。毫无疑问,在我国民法典编纂过程中,司法解释应当整合入法典体系之中。这样,民法典体系才能呈现应有的开放性,在实践运用中也才能具备必要的生命力。在民法典颁行之后,最高人民法院颁布司法解释,就不能抱着“头疼医头、脚痛医脚”的态度。另外,相应的司法解释也需要在民法典体系下适用,如此才能够保证同类案件得到相同裁判,维护司法公正和司法公信,从而最终保持民法典的稳定性。

(二) 买卖合同担保进入民法典物权编的基本要素

我国目前的司法实践就买卖合同担保是否需要登记公示以及需要何种登记并无统一论,且分歧巨大。

第一,认同无需登记,即借款提供担保不需要通过登记来产生物权效力。第二,主张预告登记或过户登记方式为公示方式。如果该以买卖形式用来担保的房屋已经进行预告登记或者已经办理了产权变更手续,则应当视为进行了物权公示。第三,备案登记为公示方式,即备案登记的行为属于当事人之间借款的一种担保。还有法院明确备案登记是公示对抗要件,认为备案行为符合登记对抗主义,债权人理应就担保物享有区别于普通债权的优先受偿权。也有法院明确备案登记为公示生效要件,如若当事人达成房屋买卖合意,并办理备案,该买卖合同即合法有效。如此混乱的判决,对一国司法公信力可谓危害极大。

恰逢我国司法改革关键时期,司法公信对于司法制度至为重要,“如果司法公信力不高,司法裁判就很难得到普遍尊重与服从,倘若一国司法制度无法获得公信力并构建自身的合法性,它将难以有效运行,无法实现司法公正”^[51]。因此,尽管《民间借贷规定》并未明示买卖合同担保是否需要登记公示以及采用何种登记方式,法院有选择理解并适用的空间,但基于维持司法公信力之必须,有必要进一步明确登记性质、范围、方式等。

第一,应当构建统一的买卖合同备案登记制度。目前,我国司法实践中主要存在商品房备案登记、预告登记以及过户登记三种登记形式。一来,买卖合同担保不涉及过户登记;二来,预告登记仅适用于正在修建或有争议之不动产,适用范围过于狭窄;三来,尽管现有登记备案主要是基于行政管理职能,但并不能否认其登记公示之功效,而且实践操作可行,具有普遍性。另外,需要明确的是,备案登记的是买卖合同,而预告登记或过户登记的则是合同标的物,就此而论,也只有备案登记能作为买卖合同担保公示方式。

第二,买卖合同登记备案为买卖合同担保的生效要件。买卖合同担保为非典型的担保方式,同样需要遵循我国物权体系所确定的区分规则以及公示要件主义。也就是说,买卖合同应当与买卖合同担保相区分,买卖合同担保需经一定的公示方式方可设立,即自买卖合同备案登记公示时设立。实践中,《民间借贷规定》出台后,法院在适用第24条时,一般也确定第1款买卖合同担保经备案登记而生效^⑨。

第三,将涉及不动产、动产以及股权等买卖合同担保纳入统一备案登记中。实践中,尽管买卖合同标的物绝大部分是房屋,但也存在车库、土地使用权等不动产,车辆、磅秤等动产以及股权。对于这类买卖合同,并没有相应的登记机关可以予以备案登记。针对此,关于登记机关设置可以是:其一,确定统一的

登记机关;其二,根据标的物的不同,分别确定登记机关;其三,通过公证机关进行登记^[52]。为达简化统一之目的,我们赞同第一种方式。事实上,出于行政管理的需要,房屋买卖合同已经具备较为健全和统一的备案登记,因而将不动产、动产以及股权等买卖合同担保作为一种特殊备案登记制度纳入房屋备案登记之中,也不失为一种可行的选择。

注释:

- ① 截至2018年5月10日,我们在中国裁判文书网上以“让与担保”为关键词搜索相关案例,总共978例,在将近97%案例中,法院在裁判文书中将买卖合同担保民间借贷偿还作为“让与担保”定性。
- ② 截至2018年5月10日,我们在中国裁判文书网上以“后让与担保”为关键词搜索相关案例,总共235例,其中有26例的裁判文书明确指出“让与担保或后让与担保”,占11.92%。
- ③ 例如同样是第24条买卖合同提供担保定性为后让与担保,但是有的法院认为“房屋买卖合同设置的担保应属后让与担保。由于让与担保违反物权法定原则,并不被我国法律所认可”。还有的法院认为“债权人据此享有的以担保标的物优先受偿的担保物权”。参见黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院民事判决书(2016)黑民终字第1362号。
- ④ 例如有法院根据第24条认定权利人享有优先受偿的担保物权,有的法院则认为有权申请拍卖涉案房屋清偿债务,还有的法院则区分是否登记,而判断具有对抗第三人的效力与否。参见重庆市铜梁区人民法院民事判决书(2015)铜法民初字第05617号。
- ⑤ 截至2018年5月10日,我们在中国裁判文书网上分别以“后让与担保”“让与担保”“以房抵债+担保”为关键词搜索相关案例,总共12695例,其中涉及法院以买卖合同违反物权法定原则而否定其效力的不到5%。
- ⑥ “合同强制”是指一方当事人利用其优势地位,在事实上迫使对方接受不公平条款。禁止流押是否适用于合同,存在争议。在德国,有学者主张禁止流质条款应当仅适用于物权行为,而不是债权行为,最高人民法院在“朱俊芳案”中就以此为依据肯定买卖合同的效力,然而当今多数学说和判例都支持禁止流押适用于普遍规则。我们认为出于保护债务人免于将来、抽象的威胁,禁止流押同样可以适用于合同之中,但其核心还是在于防止债权人获得暴利。参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第521页。
- ⑦ 截至2018年5月10日,我们在中国裁判文书网上分别以“后让与担保”“让与担保”“以物抵债+担保”为关键词搜索相关案例,总共4502例,其中“以物抵债+担保”3312例,占总数73%以上。
- ⑧ 其中真正转移财产所有权的仅50余例,不到0.40%。50余例中,买卖合同标的物一半以上为股权,其余为房屋、车库、土地使用权等不动产,极少为车辆、磅秤等动产。
- ⑨ “双方在签订买卖合同后依法备案登记,并办理了商品房预告登记,具有对抗第三人的效力,是非典型的担保方式。”参见浙江省温州市瓯海区人民法院民事判决书(2016)浙民初字第1037号。
- ⑩ 此类型中包括可以办理预告登记的情况以及不可以办理预告登记的情况,当事人均未办理,因为不存在实质上的差异,我

们合并而述,特此说明。

- ⑪ 实践中,备案登记主要见于房屋买卖。《城市房地产管理法》第45条,“商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案”。
- ⑫ 如“因为双方签订的买卖地磅秤协议,依契约自由原则,应当承认这种非典型担保合同的效力”。参见黑龙江省穆棱市人民法院民事判决书(2015)穆下民初字第25号。
- ⑬ 广义让与担保,包括买卖式担保和让与式担保。买卖式担保,包括买回和再买卖约定,即将物的所有权转移给对方,旨在确定将来赎回物时,返还已经支付的价款。狭义上的让与担保是指让与式担保,又称为信托让与担保,本质上与买卖式担保相同,即为了担保将自己财产转移给债权人,以后再赎回。参见[日]我妻荣:《民法讲义Ⅱ债权各论》,徐进、李又又译,中国法制出版社2008年版,第116-117页。
- ⑭ 当然,司法实践中还存在不少将代物清偿作为要物合同的案例,但是在这些案例中,法院又肯定买卖合同以及代物清偿预约的效力,其实质还是承认代物清偿的诺成化,因此我们建议可将司法实践中大量存在的以物抵债总体上都纳入诺成性范畴。
- ⑮ 新型权利转移型担保是德国判例法所创造,法律虽未明文规定,但是由于实践的需要,获得实务界和学界普遍的认可,后为日本所发展,经历从交易法到判例法确认之过程,并改革日本担保法,确认新型担保登记公示方法。参见高圣平:《动产担保交易制度比较研究》,中国人民大学出版社2008年版,第35-39页。
- ⑯ 在法国,自2007年信托正式纳入《法国民法典》之后,权利转移型担保作为信托的一种运作方式就获得了认可,2009年更是在《法国民法典》第四卷担保中增设第四章“以担保的名义留置和让与所有权”,在法典层面承认新型权利转移性的担保。参见《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第517-518页。
- ⑰ 美国《统一商法典》第九编中采取一种全新的统一担保立法模式,即确定以担保权益为核心的一元化担保体系,以此可容纳新型担保,从而满足社会融资的现实需求。See Cf Gerard McCormack, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge University Press 2004, pp.14-20.
- ⑱ 其实,德国权利转移型担保中之所以未涉及不动产,乃在于抽象构思的偏好,对所有流传下来的不动产担保物权形式尽可能加以保留。德国法的不动产担保物权类型变化范围非常宽泛,甚至超过实际需要,包括土地债务、流通抵押权、担保性抵押权等。故而德国司法实践中只承认动产的担保性所有权转移让与,即使如此,也还需要将占有改定作为所有权让与的公示方式。[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43-45页。
- ⑲ 截至2018年5月10日,我们在中国裁判文书网上以“《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》第二十四条为判决+民间借贷”为关键词搜索相关案例,共2243例,以“《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条为判决+民间借贷”为关键词搜索相关案例,共123例,总计2366例。其中,在80%以上的案例中,法院依据第24条认定当事人应当办理买卖合同备案登记,担保方可成立。具体参见江苏省高级人民法院民事裁定书(2015)苏审二商申字第00070号,重庆市铜梁区人民法院民事判决书(2015)铜法民初字第05619号,河北省衡水市中级人民法院民事判决书(2015)衡民三初字第102号。

参考文献:

- [1] 我妻荣. 债法在近代法中的优越地位[M]. 王书江, 张雷, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1999: 100.
- [2] 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.
- [3] 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.
- [4] 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): 150-160.
- [5] 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(3): 72-85.
- [6] 王成. 物权法定与物权整理[J]. 浙江社会科学, 2005(6): 89-94.
- [7] 杨立新. 《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》理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2015: 155.
- [8] 陆青. 以房抵债协议的法理分析——最高法院裁“朱俊芳”案评释[J]. 法学研究, 2015(3): 62-81.
- [9] 陈永强. 以物抵债之处分行为论[J]. 法学, 2014(11): 106-115.
- [10] 杨立新. 物权法: 第四版[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 11.
- [11] 吕志涛. 买卖合同担保之探析——以《民间借贷司法解释》第二十四条为焦点[J]. 太原学院学报(社会科学版), 2017(6): 25-32.
- [12] 尹田. 物权法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 521.
- [13] 陈永强. 以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果[J]. 中国法学, 2018(2): 228-247.
- [14] 杨代雄. 恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角[J]. 比较法研究, 2014(4): 106-121.
- [15] 辛正郁. 比较法解释的司法运用尝试[J]. 判解研究, 2015(1): 48.
- [16] 维尔纳·弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2012: 814-827.
- [17] 吴昭军. 类型化界定涉“借”案件中的买卖合同性质——兼论法释(2015)18号第24条之所指[J]. 东方法学, 2017(4): 32-41.
- [18] 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[J]. 法学评论, 2016(2): 176-188.
- [19] 裴亚洲, 单星辰. 论以房抵债协议买卖条款之法律效力——以民间借贷司法解释第24条为中心[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2017(4): 405-409.
- [20] 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[J]. 人民司法, 2014(16): 4-8.
- [21] 杨立新. 司法实践的后让与担保与法律适用[J]. 人民司法, 2015(5): 13-15.
- [22] 王春梅. 乱象与治理: 买卖型担保之定性分析——以最高人民法院的判决为视角[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2016(5): 4-9.
- [23] 姚辉. 关于民间借贷若干法律问题的思考[J]. 政治与法律, 2013(12): 2-9.
- [24] 2015年8月6日最高人民法院审判委员会专职委员杜万华发布了《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》并回答记者提问[EB/OL]. (2018-06-10) [2018-09-25]. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-15147.html>.
- [25] 杜万华. 最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 35.
- [26] 谢在全. 民法物权论: 下册(修订5版)[M]. 台北: 台湾新学林股份有限公司, 2010: 393.
- [27] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 98.
- [28] 陈自强. 法律行为、法律性质与民法债编修正[J]. 台湾本土法学杂志, 2001(6): 1-18.
- [29] 崔建远. 以物抵债的理论与实践[J]. 河北法学, 2012(3): 23-28.
- [30] 最高人民法院民事审判第二庭. 担保案件审判指导[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 35.
- [31] 房绍坤. 民法: 第三版[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 232-240.
- [32] 徐海燕, 李莉. 物权担保前沿理论与实务探讨[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012: 247-248.
- [33] 王玉梅. 买卖合同担保民间借贷合同的实务裁判研究——兼论《民间借贷司法解释》第24条适用[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2017(4): 51-54.
- [34] 近江幸治. 担保物权法[M]. 祝娅, 王卫军, 房兆融, 译. 沈国明, 李康民, 审校. 北京: 法律出版社, 2001: 253.
- [35] 王伟国. 最高人民法院民商事类司法解释研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 210.
- [36] 高治. 代物清偿预约研究——兼论流担保制度的立法选择[J]. 法律适用, 2008(8): 22-26.
- [37] 王成. 最高法院司法解释效力研究[J]. 中外法学, 2016(1): 263-279.
- [38] 魏德士. 法理学[M]. 吴越, 等译. 北京: 法律出版社, 2006: 316.
- [39] 杨育正. 民法的解释与适用[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 184-196.
- [40] 王利明. 法律解释学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 96.
- [41] 梁慧星, 陈华彬. 物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 328.
- [42] 王闯. 让与担保法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 359.
- [43] 松岗久和. 日本非典型担保法的最近的动向[C]// 郑芙蓉, 译. 渠涛. 中日民商法研究: 第8卷. 北京: 法律出版社, 2009: 60.
- [44] 沃尔夫. 物权法(第2版)[M]. 吴越, 李大雪, 译. 北京: 法律出版社, 2004: 14.
- [45] 孙新强. 我国法律移植中的败笔——优先权[J]. 中国法学, 2011(1): 153-163.
- [46] 王欣新. 破产别除权理论与实务研究[J]. 政法论坛, 2007(1): 31-34.

- [47] 蒋安杰. 人民法院案例指导制度的构建[J]. 法制资讯, 2011(1): 78-81.
- [48] 王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由(物权编)[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 339.
- [49] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由(物权编)[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 416.
- [50] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 215.
- [51] 胡铭. 司法公信力的理性解释和建构[J]. 中国社会科学, 2015(4): 85-106.
- [52] 曹士兵. 中国担保制度与担保方法: 第三版[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 26-27.

Interpretation of Article 24 in *Private Lending Regulations* from the perspective of civil law system: Also on the entry of the guarantee of sales contract into the civil code

XU Zhongyuan, XIA Qin

(School of Law, Central South University, Changsha 410020, China)

Abstract: In an age when consensus is hard to reach, *the Contract Law, the Property Law, the Bankruptcy Law* and so on should be the basis for the interpretation of Article 24 of *Private Lending Regulations*. Based on this, "Sales Contract" in Item 1 of Article 24 should be an effective sales contract, and the guarantee of sales contracts should be that of registration record. "Applying for Auction" in Item 2 of Article 24 is the law that guides the parties to choose how to implement the guarantee on the basis of value assessment and liquidation. In this regard, the guarantee of the sales contract under Article 24 of *the Private Lending Regulations* should be positioned as a way of guarantee at its transition to statutory security interest. The lender has the right to receive the preferential repayment of the auction, but in the bankruptcy proceedings, the lender cannot enjoy the rights to remove and its effectiveness is weaker than the typical guarantee. Such interpretation is not only consistent with No. 72 guidance case of the Supreme People's Court, but also legally conforms to the system of security property rights. It also helps to eliminate the paradox of judicial interpretation and provides a desirable path for its integration into civil code. Therefore, the civil code should integrate this kind of guarantee into the statutory security property system.

Key Words: civil code system; judicial interpretation; Article 24 of the *Private Lending Regulations*; the guarantee of sales contracts

[编辑: 苏慧]