

担保型买卖合同意思表示之辨

张素华 吴亦伟

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430071)

摘要：《民间借贷司法解释》第24条存在证实偏见，所谓的结果正义无法得到理论的支持。在民间借贷中，担保型买卖合同的意思表示既非买卖合意，也非纯粹的担保合意，而是附有选择权的清偿合意。于两种债务清偿方式中，若债务人选择履行还款义务，则当事人之间的借款法律关系消灭，债权人也丧失了请求债务人交付担保型买卖合同标的物之基础；若债务人选择交付标的物，则借款法律关系同样消灭，债务人无须再履行还款义务。由于债务人可以根据客观情势的变化选择最有利于自己的清偿方式，所以担保型买卖合同的设立并未使债务人处于急迫之境地而不得已丧失标的物所有权，因此其并不受流质禁令的约束。

关键词：担保型买卖合同；买卖合意；担保合意；清偿合意；流质禁令

中图分类号：DF525 **文献标识码：**A **文章编号：**1002-3933(2018)05-0020-11

The Analysis of Real Intention of Guarantee & sales Contract

ZHANG Su-hua, WU Yi-wei

(Law School, Wuhan University, Wuhan 430071 China)

Abstract: There exists confirmation bias in the provision of article 24 of [2015] No. 18 judicial interpretation, and the so-called “result justice” does not have theoretical support. The real intention of guarantee & sales contract, which issues from folk loan activities, is neither for sales nor for pure guarantee, but formulating options to pay off debts. According to the option, if the debtor chooses to repay, the civil relations between the parties will terminate, and the creditor will lose the right of claim for delivering the subject matter at the same time; if the debtor chooses to deliver the subject matter, the civil relations will also terminate, and the debtor need not to

收稿日期 2017-11-13 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2018年4月 日数字出版,全球发行

基金项目:国家留学基金委资助项目(留金发[2017]3109号)

作者简介:张素华(1976-),女,湖北宜昌人,武汉大学法学院教授,博士生导师,研究方向:民商法;

吴亦伟(1989-),男,湖北大冶人,武汉大学法学院博士研究生,研究方向:民商法。

repay again. As the debtor can choose the most beneficial way according to the change of circumstances, the debtor, in fact, is not in a state of urgency, therefore this kind of contract should not be subjected to the prohibition of fluidity clause.

Key words: guarantee& sales contract; intention of sales; intention of guarantee; intention of paying off debts; the prohibition of fluidity clause

在民间借贷中,借贷双方往往在借款合同之外再签订一份标的物通常为不动产的买卖合同,并约定借款人如不能按期偿还借款,则转移标的物的所有权于出借人。由于这类买卖合同在客观上起到了促进债务人履行债务、保障债权人的债权得以实现的担保效果,故又称之为担保型买卖合同^①。然而,这一民间智慧的产物自诞生以来却饱受非议。有学者认为,醉翁之意不在酒,担保型买卖合同的真实意思表示并非买卖,而是担保,或为“让与担保/后让与担保”^②,或为“不动产抵押”^③;亦有学者认为,合同的真实意思表示旨在清偿,由此催生了“代物清偿预约说”^④、“附停止条件的代物清偿合意说”^⑤等代表性观点。而从最高人民法院公布的裁判文书来看,实务部门对其性质的认定同样存在分歧,有赞同其为买卖合意者^⑥,亦有认定其为担保合意者^⑦。一时间,百家争鸣。为了统一司法裁判,2015年最高人民法院出台了《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《民间借贷司法解释》),其在第24条对该问题的处理作出了规定^⑧。然而,本欲定纷止争的司法解释却引发了更多的困惑,理论界在质疑司法解释第24条合理性的同时,对担保型买卖合同性质的认定依旧呈三足鼎立之势:担保合意说中新添了“诺成性的担保约定说”观点^⑨;清偿合意说中的“代物清偿预约说”仍得到了部分学者的支持^⑩;坚持“买卖合同本体说”的学者从买卖合同具有担保功能的角度对其作出了新的诠释^⑪。而实务界对担保型买卖合同的定性依旧模糊^⑫。可见,在这个问题上,司法解释第24条的出台并没有达到预期效果。据此,本文首先分析司法解释第24条存在的问题,而后从理性当事人的角度对担保型买卖合同的核心意思表示作出辨析。

一、《民间借贷司法解释》第24条的证实偏见

证实偏见是心理学上的一个专有名词,是指人们普遍倾向于寻找那些能够支持其假设的信息,而选择性忽略否定其假设的信息。《民间借贷司法解释》第24条的证实偏见在于其

① 有的学者称之为买卖型担保合同。(庄加园:《买卖型担保》与流押条款的效力》,载《清华法学》2016年第3期第73页)由于在司法实践中,此类案件均以买卖合同纠纷作为案由立案,且《民间借贷司法解释》第24条也采取“买卖合同”的表述,因此本文仍以买卖合同作为中心词。

② (2011)民提字第344号,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。

③ (2013)民提字第135号,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申请案。

④ 原条文如下:“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。(第1款)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。(第2款)”

⑤ 如在(2016)浙0402民初2548号判决中,法院认为担保型买卖合同的本质是清偿期之前达成的代物清偿预约;而在(2015)穗中法金民终字第789号裁定中,法院认为合同的真实意思表示并非买卖,因此意思表示不真实而无效,干脆避免了对其性质的认定。

所认为的“结果正义”应是这样一种状态：为了防止债务人因一时之急迫而不得已丧失高价之物，债权人不得通过签订买卖合同这种方式来取得标的物所有权；但为了保护债权人的合法权益不受侵害，债权人又有权通过申请拍卖买卖合同标的物的方式实现债权。如此，双方当事人的利益在第24条的规制下重新达成某种平衡，这种平衡即是司法解释引以为然的“结果正义”，是担保型买卖合同无论如何也达不到的公平效果。

然而，司法解释空有偏见，却难以证实。其最大的理论缺陷在于：在第24条的逻辑体系下，担保型买卖合同的性质无法确定。从第1款字面含义推究，司法解释否定了买卖合意的观点，似乎认定担保型买卖合同为担保合意，这一观点也能从最高人民法院审判委员会专职委员杜万华教授的解读中得到部分印证，“规定作出这样的制度设计，是对债务人不履行债务时依法处置担保物的必然安排，其目的在于保护债权人的合法权益不受侵害”^①。但如果是担保合意，其要么为非典型物权担保合意，要么是非典型债权担保合意。若将其认定为物权担保合意，暂不论公示方法如何解决，此举无疑开创了司法解释创设非典型物权种类的先河，与《物权法》第5条规定的物权法定主义原则背道而驰^②。若将其认定为非典型债权担保合意，则其非典型性相较于“债的一般担保”在于“到期转移标的物所有权且无须经过清算”，可这唯一的非典型性又被第24条第2款抹杀了，如此一来，若第1款认定该合同为非典型债权担保合意，第2款却又使其陷入了非典型债权担保没有非典型效力的逻辑怪圈。那么，有没有第三种可能性在于“司法解释虽认定其为担保合意，但这一合意无效，债权人可依民事诉讼的执行程序申请拍卖买卖合同标的物受偿”？国内有学者持这一观点^③。但如果担保型买卖合同无效，债权人本就可依民事诉讼法的规定申请执行标的物以获取清偿，第2款岂不是画蛇添足？何况债务人可供执行的财产不只是担保型买卖合同的标的物，该款莫不又挂一漏万？因此，第24条所确立的效力规则实际上是没有原象与之形成映射关系的，担保型买卖合同无法据此反向定性，所谓的结果正义恐怕只是立法的一厢情愿。

意思自治是合同法的基本原则，在不违背法律、行政法规强制性规范的前提下，只要具有民事行为能力的双方当事人意思表示真实，该合同就应有效。从这个意义上讲，意思表示的解释只需探究当事人的真实意思表示，即其究竟意欲通过这一法律行为达到何种法律效果。至于该意思表示最终是否有效，则取决于法律、行政法规的禁止性规定，与当事人意志无关，譬如，在担保型买卖合同中，不能以担保合意说、买卖合意说或清偿合意说违反流质禁令为由否认当事人意欲创设该种合意的内心真意。只有先探寻当事人的真实意思表示，才能进一步判断这一意思表示是否违背了法律所保护的正义价值；万不能本末倒置，以正义价值观的偏见而否认当事人的内心真意。而推究担保型买卖合同的真实意思表示，就是探寻当事人意欲设立何种性质的合同，该合同所能达到的法律效果在于“当债务人到期不履行借款债务时，债权人有权请求对方交付标的物并转移所有权”。

二、担保型买卖合同并非买卖合意

从意思表示解释的表示主义原则看来，担保型买卖合同似属买卖合意。以最高人民法

^① 根据《中华人民共和国物权法》第5条，既然“物权的种类和内容，由法律规定”，那么立法显然采取了狭义上的“法”的概念，即仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。

院公布的两份典型判决为例，“朱俊芳案”的当事人先签订了商品房买卖合同而后签订借款合同；“嘉美公司案”的当事人只签订了商品房买卖合同，没有签订借款合同。但无论上述哪种情形，担保型买卖合同本身均遵循买卖合意的外观，即双方约定一方交付并移转不动产所有权，另一方支付价款。然而，表示主义解释规则并非能准确反映当事人内心真意，从世界立法的趋势来看，意思表示的解释原则也早已由罗马法时期的表示主义发展至近现代的意思主义，因此，“探求当事人立约之真意，不拘泥于契约之文字”成为了意思表示解释的首要规则^①。即便如此，认为担保型买卖合同的主观意思确属买卖合意的观点依旧占据一席之地。在“朱俊芳案”中，最高人民法院即采“附解除条件的买卖合同”之观点，有学者对这一观点进行了修缮，认为“当事人既对买卖合同附设了解除条件，又对出卖人交付房屋的履行行为附设了停止条件”^②。亦有学者认为，由于买卖合同本身具有担保功能，因而无须将买卖合同的法律关系转化成非典型担保关系或其他关系，在尊重当事人意思自治的前提下担保型买卖合同就是买卖合意^③。

另一方面，学界对“买卖合意说”的质疑也从未停止。有观点认为，在买卖合同中，买方并无支付价款之意，卖方的真实意思是把房屋“抵”给债权人，而不是“卖”给对方，因此“买卖合意说”难以让人信服^{④⑤}。其实，担保型买卖合同并非买卖合意的原因并不在此，因为当事人完全可能存在卖款与借款抵销的意思表示，债务人“卖”房的同时也“抵”了债务，也未尝不可。关键的问题是，在没有借款关系存在的情形下，债务人还会以相同的条件“卖”房吗？在“朱俊芳案”中，当事人先签订的是价格将近1100万的商铺买卖合同，后成立金额为1100万的借款合同，买卖合同标的物的定价明显是根据借款金额的多少而确定的，既非依正常的市场行情，亦非依当事人之间的交易习惯，所谓债务人“卖”房的意思表示极有可能是真实的；“嘉美公司案”则更加典型，被告嘉美公司形式上是与原告签订标的物价格为340万的商铺买卖合同，实质上是为了保住自己的商铺不被以前的债权人取得而不惜采取借新账还旧账的办法向原告借款340万，倘若嘉美公司不存在借新账还旧账的意思表示，他还会以340万的条件将商铺拱手相让吗？恐怕一个理性的市场主体是没有理由这样做的。至于担保型买卖合同不符合正常买卖合同的其他特征，如合同约定内容简单、收据不全、违约金约定反常等^⑥，只能作为当事人意不在买卖的佐证，其证明力还不足以推翻既有观点。但作为买卖合同必要条款之价格条款的反常，以及买卖合意在与借款合同联系时产生的无法解释的逻辑漏洞，足以说明“买卖合意说”的不合理性。《民间借贷司法解释》第24条也已摒弃了这一观点。

三、担保型买卖合同亦非纯粹的担保合意

自担保型买卖合同产生以来，“担保合意说”占据了理论界的半壁江山。司法解释第24条似乎就采此说。其中，“后让与担保说”和“不动产抵押权说”认为该合同不仅意在担保，

^① 如《德国民法》第133条采主观说，但其另设第157条“契约应依诚实信用，并顾及交易惯例的要求而解释”来弥补主观说的缺陷。我国台湾地区“民法”第98条采主观说：“解释意思表示，应探求当事人之真意，不得拘泥于所用之辞句”。（王泽鉴：《债法原理》，北京：北京大学出版社，2013年版第219页。）我国民法尚未规定意思表示解释的原则，但通说认为采折中主义。（梁慧星：《民法总论》，北京：法律出版社，1996年版第164页；王利明：《合同法研究（1）》，北京：中国人民大学出版社，2002年版第418—419页。）

而且属物权担保；“诺成性的担保约定说”则认为该合同只是债权合意，是为担保而给付之约定。不容否认的是，担保型买卖合同的设立在客观上确实起到了保障债权得以实现的担保效果，但当事人的核心意思表示是否旨在设立担保法律关系则有待探讨。

（一）物权担保合意：“后让与担保说”与“不动产抵押说”

后让与担保是杨立新教授基于担保型买卖合同设置的担保在特征和功能上与让与担保极为类似，但又有些许区别而创造的一个新概念^①。该说认为，对借款合同发生担保作用的，从形式上看是买卖合同，但从实质上看却是买卖合同的标的物，因此从某种意义上来说，以买卖合同设置的担保，不是债权担保，而是不动产所有权的担保，这种担保是一种正在形成的习惯法上的担保物权，可称之为“后让与担保”。后让与担保的担保权人所享有的担保物权是一种期待的物权而不是现实的物权；只要条件成就，期待权就转变成既得权，债权人就可以向债务人或第三人主张标的物的物权，以满足债权实现的需求，而主张物权的方式主要有以下两种：变价担保标的物受偿；估价取得担保标的物。

针对“后让与担保说”，董学立教授在《与杨立新教授商榷》一文中提出了“不动产抵押说”的观点^②。该说虽赞成以商品房买卖合同设置的担保是物权担保，但认为其本质是不动产抵押。与一般的不动产抵押不同，这类担保物权的成立时间发生在担保物所有权让与之时。债权人受让不动产所有权后，须按照与抵押权一样的实现方式进行，或变卖清算，或归属清算。所谓的后让与担保，与不动产抵押并不存在实质性差异。

首先，上述观点本身就存在明显的漏洞。第一，“对借款合同发生担保作用的是买卖合同的标的物，所以以买卖合同设置的担保是物权担保”的观点错误。依此逻辑，所有的担保都可能是物权担保，在保证担保中，起实质担保作用的也不是保证合同，而是保证人的财产。判断买卖合同设置的是何种担保，只能从当事人的目的意思来判断。债权人若欲支配物的交换价值且排除第三人的干涉，则需在物上设立担保物权；否则，物上负担的只是一般的债权，债权人只能请求担保人为一定的给付义务。第二，不存在期待的物权。物权是一种支配权，具有排他效力，所谓期待的物权无法支配，也无法排除第三人干涉。在典型的担保物权中，虽说担保权利的实现也需要约定的条件成就，但这并不表示它是一种期待权，它的现实支配性体现在主债务履行期内限制标的物的流转上。因此，如果当事人意欲在标的物上设立物权担保，就需要采取一定的公示手段对抗第三人，展现其现实支配性，或者由法律作出特殊规定，这也与我国《物权法》基于法律行为而发生物权变动之规则——“债权形式主义”为原则，“债权意思主义”为例外——相一致。第三，不存在事后的担保。“不动产抵押说”认为，这类担保物权的成立时间发生在担保物所有权让与之时，即买卖合同最初仅产生合同债权，不产生担保物权，须待债权不能实现时，让与人履行标的物所有权移转义务，始产生担保物权。然而，担保制度原本就是一项事先预防债务不履行的制度，当债权不能实现时再设定担保物权，担保的价值何在？如果让与人在“仅产生合同债权”的这段时间内将标的物转让给了善意第三人，那么待债权不能实现时，权利人如何设立担保物权？事实上，“不动产抵押说”只有在“商品房尚未建成、合同成立时标的物尚不存在”的特殊情形下有一定的合理性，但即便如此，担保物权的成立也不应该发生在让与人转移标的物所有权之时，而是标的物从“未建成”到“建成”的一瞬间。何况，实践中用以设置担保的标的物并非皆是未来之

物,即使是在未来之物上设定担保物权,也须事先设定,不存在事后的担保。

其次,在理论界,批评“物权担保合意说”最集中的理由在于其违反了物权法定主义以及物权公示原则^{[1][7]}。而“习惯法上的非典型担保物权”一说似乎可以避开这些质疑,毕竟习惯法无须遵守物权法定,非典型物权也可能抛弃公示方法。然而,这种唯心论的观点完全抛弃了当事人的真实立场,也与非典型担保物权的特征格格不入。第一,当事人创设一个对标的物没有任何支配力的非典型担保物权意义何在?其为何不直接设立一个典型的抵押权?在明知或应知其没有物权效力的情况下,当事人仍执着的要创新一个非典型担保物权是否符合理性人思维。第二,即便当事人要创新,这一新型的担保物权也应在既有的物权法理论体系下创新,我国基于法律行为而产生的物权变动规则是以“债权形式主义”为原则,“债权意思主义”为例外的。也即通常情况下,当事人设立的非典型担保物权也要有公示方式以对抗不特定的第三人,否则其如何对物进行支配?譬如在让与担保中,标的物是已经转移交付至债权人手中的^[8],此时债权人对标的物已经具有了支配力,当然能起到物权担保的效果;而在担保型买卖合同中,债权人在债务人到期履行债务之前对标的物没有任何支配力,也无法预防债务人将标的物转卖给第三方,其物权担保效果几乎为零,此时再认为当事人旨在设立非典型担保物权,实乃对当事人内心真意的盲目揣度。

(二) 债权担保合意:“诺成性的担保约定说”

虽然物权担保合意有违当事人内心真意,但债权担保合意又为“担保合意说”提供了一条新的解释路径。有学者基于《物权法》第187、212条规定的区分原则指出,即使担保物权没有成立,当事人的担保约定同样可以构成担保;担保型买卖合同的性质就类似于抵押合同、质押合同,虽然内容不尽相同,但都是一种为担保而给付之约定,可称之为“诺成性的担保约定”;这种协议虽然没有法律明文规定,但基于契约自由原则理应有效^[9]。

然而,债权担保合意说的问题在于其完全没有起到特殊担保的效果,一个理性的当事人是没有动机签订这类债权担保合同的。我国《担保法》上的“担保”通常指特殊担保,它是相对于一般担保而言,后者指债务人以其全部财产作为履行债务的总担保,是债的法律效力的自然结果,无须特别约定^[11]。特殊担保之所以特殊,缘于它在确保债权实现、预防债务不履行风险以及维护交易安全上起到了双保险作用:第一,设立特殊担保,不影响债权人主张一般担保的债权请求权,债务人到期不履行债务时,债权人同样可以请求人民法院执行债务人财产;第二,设立特殊担保,意味着债权人还可以选择其他更有利于自己的方式获取清偿,如在保证担保中,债权人可以要求财产更为雄厚的保证人偿还借款,在抵押、质押或留置担保中,债权人有权直接拍卖、变卖标的物受偿,因此实践中当事人约定的担保通常指特殊担保,一般担保没有单独约定的意义。担保型买卖合同若是债权担保合意,则其与一般担保的法律效果没有实质区别。其既没有第三人参与保证,从而多一条有待实现的承诺,也没有对担保标的物的支配权,从而优先受偿。它与一般担保一样,都是在自己的财产上负担一个财产本身都处于流动状态的担保承诺。不同的是,担保型买卖合同将承诺的对象特定化,但这种特定化毫无意义,债务人承诺或不承诺,它都是一般责任财产的组成部分,没有支配力、没有排他力,债务人的债务到期之前,其对买卖合同标的物拥有完整的处分权,债权人无可奈何。因此,一个理性的当事人是不会以设立债权担保为目的而签订担保型买卖合同的,其完全没

有起到民事主体通常所欲达到的特殊担保效果。

综上,虽然担保型买卖合同的设立在客观上确实起到了担保效果,但当事人的核心意思表示并非旨在设立担保法律关系。

四、担保型买卖合同是附有选择权的清偿合意

基于担保型买卖合同与民间借贷合同之间密不可分的联系,第三类代表性观点认为买卖合同的真实意思表示就在于清偿,且约定的清偿方式为代物清偿。然而,无论是我国学界通说^{[2] [3] [4]},还是司法实践中的相关判例^①,代物清偿的性质都沿袭了要物合同说的传统观点,由于担保型买卖合同的成立并不需要交付标的物,因此代物清偿合意说与传统理论发生了根本性的冲突。为了解决这一冲突,理论上形成了两种解释路径:(1)“代物清偿预约说”,该说认为担保型买卖合同是诺成性的代物清偿预约,对双方当事人产生预约合同的约束力,当债务人到期不履行债务时,债权人便可以要求订立代物清偿本约,如此一来既坚持了代物清偿合同的要物性,又保留了当事人意思自治的合法有效性^[6]; (2)变更合同给付客体的“纯代物清偿合意说”,该说旨在突破传统代物清偿合同的要物性,认为单纯的代物清偿合意也属于变更合同给付客体的债务变更契约的范畴,理应有效;当条件成就之时,债权人便有权要求债务人以他种给付代替原定给付,债务人不得行使选择权^{② [1] [5]}。

(一)担保型买卖合同不符合预约合同的实质要件

代物清偿预约说的最大问题在于担保型买卖合同并不符合预约合同的实质要件。所谓预约合同,是当事人约定于将来一定期限内订立本约合同的合同。在德国判例法以及我国学界通说中,它和本约是两个独立的合同^{③ [6]}。将担保型买卖合同解释为预约合意,就意味着当事人在债务人到期不履行债务时,还要签订一个代物清偿的本约。然而目前为止还没有任何迹象表明,当事人签订一个担保型买卖合同的目的是为了以后再签订一个内容一模一样的合同,至少在“朱俊芳案”和“嘉美公司案”中,当事人没有这样的意思表示。而且,若按代物清偿预约说的逻辑,所有的要物合同都可以拆分成两个合同,交付之前的合意构成预约,交付之后的合同便是本约,但这种拆分完全混淆了预约和本约,也使预约的存在失去了意义。预约和本约的本质区别在于标的不同,以及由标的不同产生的内容上的差异性。根据相关学者考证,预约制度起源于罗马法中的定金制度,后来逐渐发展成独立的合同,其目的是使一方当事人预先受到订立本约合同义务的约束^[7]。因此,预约合同的内容和标的均为订立合同本约,其只需要有将来订立本约的意思表示即具备了预约合同成立的必要条款,无须包含本约合同中诸如价款、履行期限、地点等主要条款,亦无须指向具体的权利变动^[6]。

① 最高院(2011)民提字第210号“关于武侯国土局与招商局公司、成都港招公司、海南民丰公司债权人代位权纠纷案”,载《最高人民法院公报》2012年6月。

② 陆青教授借鉴了我国台湾地区学者陈自强的观点。陈自强认为,代物清偿合意属于“特殊债务变更契约”的范畴,且在债务人现实地履行他种给付之前,原有债务并不消灭。与此同时,代物清偿合意不生代替权行使的问题,基于双方合意,债权人有权要求债务人以他种给付代替原定给付,而债务人也有义务履行他种给付以代替原定给付。换言之,债务人没有选择履行他种给付或原定给付来消灭原债的权利。

③ BGH NJW 1962,1812。

要物合同之所以不能拆分成两个合同,是因为其内容和标的无法拆分。同理,在担保型买卖合同中,当事人之间的权利义务关系已经非常明确,债务人交付标的物的条件、时间以及须付出的对价都已跃然纸上,此时其就是本约合同。可见,虽然代物清偿预约说缓和了传统代物清偿协议的要物性与单纯代物清偿合意说的矛盾,但由于担保型买卖合同本身并不满足预约合同的实质要件,因此当事人的真实意思表示绝非代物清偿预约合意。

(二)“纯代物清偿合意说”与“附有选择权的清偿合意”

揭开担保型买卖合同的面纱后发现,“清偿合意说”展现了其合理的一面。所谓的担保型买卖合同实质上只是当事人事先约定的清偿协议,仅此而已。它不是附条件的买卖合同,虽然一方当事人可能有通过这种交易形式取得标的物的动机,但动机不是意思表示的构成要素,该合同的目的仍旧旨在消灭借款合同之主债,因此买卖并非当事人之所欲。它也不是担保合同,通常意义上的担保合同旨在设立特殊担保,或物权担保,或保证担保,甚至非典型担保中的让与担保,但担保型买卖合同呈现出的担保效果与广义一般担保没有本质区别,因此担保亦非当事人之所欲。事实上,从担保型买卖合同设立的初衷看来,其就是为了消灭民间借贷法律关系而设立的,担保型买卖合同附属于民间借贷法律关系而存在:没有民间借贷关系,也就没有担保型买卖合同;民间借贷关系消灭,担保型买卖合同也随之消灭。担保型买卖合同的本质就是当事人通过约定一个新的拘束关系来结束旧的拘束关系的清偿协议,前者是手段,后者才是目的,因此当事人的真实意思确在清偿。

接下来的问题是,当债务人到期不履行债务这一条件成就时,旧的拘束关系是立即结束还是待新的拘束关系被实际履行后结束。在“纯代物清偿合意说”的理论下,旧的拘束关系显然是立即结束:由于采合同给付客体变更说,债务人的偿还借款义务随着代物清偿合同的生效转变为了交付标的物并移转所有权义务,此时债务人没有选择权,只能以他种给付代替原定给付^①。但随之产生的问题在于:(1)在传统民法理论中,代物清偿合同的要物性是有其实际价值与特殊功能的,即在标的物交付之前给予债务人充分的时间谨慎思考是否进行他种给付^[18]。这相当于赋予了债务人特定期限内的单方“反悔权”^[19]。“纯代物清偿合意说”虽然增强了当事人意思自治的法律效果,但也剥夺了债务人这一特别的反悔权,当债务人到期不履行债务时,其必须履行价值可能超过原定给付的他种给付,从而承担与流质相同的法律后果,债务人是否愿意承担这一不利后果存疑^②。(2)由于原债已经变更为新债,当他种给付之标的物不能满足债权人的需求时,如标的物严重毁损、标的物因转卖给第三人而不复存在等,债权人只能请求债务人承担瑕疵担保责任或其他违约责任,而不能请求原债之履行,债权人是否愿意承担这一不利后果同样存疑。

① 虽然我国台湾学者陈自强认为在代物清偿合意中,债务人现实地履行他种给付之前,原有债务并不消灭。(陈自强:《无因债权契约论》,北京:中国政法大学出版社,2002年版第319页。)但依其理论,代物清偿合意不生代替权行使的问题,在债务到期不能清偿之时,债务人只能履行他种给付而不能履行原定给付。(陈自强:《无因债权契约论》,北京:中国政法大学出版社,2002年版第334页。)那么事实上,原有债务在债务到期不能清偿之时即告消灭,毋须等至债务人现实履行他种给付之时。

② 在代物清偿合同要物性的传统理论中,由于债务人是经过谨慎思考才交付标的物的,因此可推定其愿意承担将来履行代物清偿合同时可能达至的与流质相同的法律后果。

本文认为,当债务人到期不履行债务时,旧的拘束关系只有待新的拘束关系被实际履行后或原定给付实现的情况下才能终止,因此突破传统代物清偿要物性的代物清偿合意宜解释为“附有选择权的清偿合意”:若债务人选择履行他种给付,则民间借贷法律关系自债务人将标的物所有权转移给债权人时终止,债务人无须再履行还款义务;若债务人选择履行原定给付,则民间借贷法律关系立即终止,清偿协议也随之消灭,这是由清偿协议的附属性决定的。德国学界也有类似观点,认为履行之前的代物清偿合意并非成立债的变更合同,而是债务人获得以履行他种给付代替原定给付的替代权^[5]。“附有选择权的清偿合意说”最合理的一部分莫过于赋予债务人选择权以替代其在代物清偿要物说下的反悔权。代物清偿的要物性虽给予了债务人在交付标的物之前反悔的时间和权利,却削弱了双方当事人意思自治的法律效果;“纯代物清偿合意说”虽增强了当事人意思自治的法律效果,促进交易便捷,但剥夺了债务人反悔的权利;“附有选择权的清偿合意说”则综合了两者,去粗取精,既保证了意思自治的法律效果,又以合同履行时的选择权替代合同成立前的反悔权,避免债务人陷入到期不履行债务时必须代物清偿的困境,而这种困境足以引发流质禁令的规制(下文将详细论述)。而于债权人而言,当他种给付之标的物不能满足债权人的需求时,其既可以请求债务人承担瑕疵担保责任或其他违约责任,也可以请求原债的履行。例如,在担保型房屋买卖合同中,债务人在交付房屋之前已将其过户给了第三人,此时标的物已无法交付,债权人当然有权请求债务人履行主借款合同之给付义务,而在“纯代物清偿合意说”的理论下其只能请求债务人承担违反新合同给付义务的违约责任。另外,有学者担心,债务人不履行他种给付可能会引发道德风险^[6]。其实不然。既然担保型买卖合同是清偿合意,那么其首要目的便是保证债权人的债权得以清偿,而不是保障其通过这种交易形式获得投机之收益^①。因此,其不存在引发道德风险之前提。综上,将担保型买卖合同解释为附有选择权的清偿协议最符合当事人的内心真意。

五、附有选择权的清偿合意不受流质禁令的约束

流质禁令是我国担保法的一项重要制度,其在《物权法》第186条和第211条有所体现,指债权人和担保人在担保物权设立时约定的,在主债务清偿期届满而债权人未受清偿时,担保人将担保物的所有权移转给债权人的约款。它满足以下要件:(1)约定的时间在担保物权设立时至主债务履行期届满前,如果是债务履行期届满后当事人达成的折价协议则不为法律所禁止;(2)约定的内容为:主债务清偿期届满而债权人未受清偿时,担保人转移担保物的所有权于债权人。学界的争议焦点在于,担保型买卖合同虽意在设立担保物权,但从形式上来看其就是当事人为了规避流质禁令而事先约定所有权转移的契约,履行这一契约将达到与流质相同的法律效果,因此,担保型买卖合同属“以合法形式掩盖非法目的”,理应无效^{[7][8]}。这种观点将流质禁令的适用范围扩大化,其不再局限于抵押、质押等担保物权,而是适用于所有当事人事先约定的债务不履行时不经清算转移标的物所有权的情形,也由此产生了一个疑问:流质禁令的辐射范围究竟有多广?脱离了担保物权,其是否还有适用的可能?

^① 债务人履行原定给付至少能保证债权人的借款债权能得到足额偿还。债务人履行他种给付反而会给债权人带来风险,因为标的物的价值可能会降至低于借款金额的水平。

将流质禁令扩大化的重要理由之一即保护债务人的利益免因一时之急迫而受不法侵害。之所以禁止流质契约,理论上大致有“保护债务人利益说”^[20]、“维护交易公平说”^[21]、“交换价值说”^[22]、“优先受偿说”^[22]等几种理由,但保护债务人利益是核心立法依据,“防止债务人因一时之急迫,以高价之物而供较小数额债权之担保,于清偿不能时,不得不忍受所有权之丧失,其用意与利益之限制相同”^[20]。有学者认为,当事人采用何种形式并不重要,起决定作用的乃是这种形式是否使得债务人面临暴利盘剥的抽象威胁,担保型买卖合同无疑构成了这种威胁^[6]。然而,在知晓担保型买卖合同的真实意思表示是附有选择权的清偿合意后,债务人的处境远比想象中的优越。以标的物为商品房的清偿合意为例,当债务到期时,若房价大于借款数额,债务人可以选择履行还款义务而保留房产,如果债务人没有足够的现金偿还债务,他还可以自行变卖房产偿还债务并将多余的变价款收入囊中^①;若房价低于借款数额,债务人可径直转移房屋所有权于债权人而无须偿还差额借款,债权人也乐得新房、静待升值,当然债务人也可以主动偿还借款债务而保留具有升值空间的不动产。可见,债务人远远没有达到急迫之危境,附有选择权的清偿协议赋予了债务人以履行何种清偿义务的选择权,债务人可以根据市场行情、自身财务状况作出最有利于自己的选择,债权人试图利用这种交易形式盘剥债务人的财产基本不可能,除非债务人不愿自我救济,一个不愿意自我救济的人难道还期待法律给予额外的帮助?在担保物权中,抵押物和质押物均因物权的公示而受到了处分上的限制,债务人是无法根据客观情况的变化做出最有利于自己的选择的,这也是流质禁令重点规制物权担保的本质原因;但在附有选择权的清偿协议中,标的物既没有因登记而负担抵押权,也没有因交付而负担质权,其完全处在债务人的自由支配范围内,债务人可以将抽象的威胁扼杀在萌芽之中,何以存在急迫之危境?因此,附有选择权的清偿合意不应该受流质禁令的约束。与此同时,债权人也不会在这一博弈中丧失自己的利益,即便有丧失利益的可能,也是其自愿承担商业风险的结果,不存在意思表示不自由的情形,立法和司法完全无须为了保护债权人的利益而强行引入清算程序。担保型买卖合同是民间借贷实践中当事人意思自治的产物,既然它给予了双方当事人足够的利益博弈空间,立法就毋须惶恐双方利益互损,在意思表示真实且不违背法律禁止性规定的情形下,断不宜随意以“合法形式掩盖非法目的”为由将这一实践中的创新之举扼杀在摇篮之中。

结语

虽然担保型买卖合同的真实意思表示得以澄清,但其产生的一系列问题及争议还是给民法典的编纂工作敲响了警钟。第一,未来的物权编是否需要缓和物权法定主义,如果需要又该如何缓和。以担保型房屋买卖合同为例,若债权人在签订该合同时对房屋进行了预告登记,其是否构成非典型担保物权从而具有排他效力?如果确有类似典型物权的效力,司法解释能否根据情况灵活确认实践中形成的非典型物权?第二,如何认定法律规避。在判断担保型买卖合同的效力时,相当一部分学者认为其规避了流质禁令而无效,但事实上担保型

^① 实践中,债务人总能想方设法筹得还款资金,如在“嘉美公司案”中,嘉美公司为了保住自己的商铺不被用来清偿旧账,便采取了借新账还旧账的方法。当然,如果债务人在合理期限内仍无法筹得还款资金,则其只能以房产清偿。这是债务人必须承担的商业风险,也是债权人可期待的利益。

买卖合同的设立并未使债务人处于急迫之地而不得已丧失标的物所有权,因此其并不受流质禁令的约束。可见,法律规避行为不能仅从形式上判断,而要根据法律禁止性规定的立法目的及案件的客观情况综合认定。民法总则删除了《民法通则》“以合法形式掩盖非法目的”认定法律行为无效的规定,可见法律规避的认定确实存在诸多问题,在以后的司法审判工作中如何认定法律规避、是否仍需认定法律规避亟待理论上的突破。第三,合同编中是否补充完善清偿制度。在现行《合同法》中,合同权利义务终止的情形没有明确规定“清偿”,然不论是要物性的代物清偿,还是附有选择权的清偿合意,其均可以作为消灭债权债务关系的原因或手段,清偿制度入典同样具有现实意义。最后,担保型买卖合同再次强调了私法自治的重要性。在私法领域,法无禁止即自由,只要意思表示真实且不违背法律、行政法规的禁止性规定,当事人的法律行为就应该受到保护,公权力不能以想象中的正义观和没有法理支撑的偏见损害意思自治,否则民法典只不过是一本没有灵魂的工具书罢了。

参考文献:

- [1] 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):76-84.
- [2] 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):288-294.
- [3] 高治. 担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策 [J]. 人民司法,2014,(23):65-68.
- [4] 陆青. 以房抵债协议的法理分析——《最高人民法院公报》载“朱俊芳案”评释 [J]. 法学研究,2015,(3):68-77.
- [5] 庄加园. “买卖型担保”与流押条款的效力 [J]. 清华法学,2016,(3):74-82.
- [6] 张海鹏. 担保型房屋买卖合同法律性质之探析 [J]. 东方法学,2016,(2):150-156.
- [7] 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):176-182.
- [8] 李想. 最高法详解民间借贷司法解释亮点 [N]. 法制日报,2015-08-10,(5).
- [9] 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》理解与运用 [M]. 北京:中国法制出版社,2015.150.
- [10] 梁慧星,陈华彬. 物权法 [M]. 北京:法律出版社,2007.382.
- [11] 马俊驹,余延满. 民法原论 [M]. 北京:法律出版社,2010.545.
- [12] 王家福,梁慧星. 中国民法学·民法债权 [M]. 北京:法律出版社,1991.198.
- [13] 王利明. 合同法研究·第二卷 [M]. 北京:中国人民大学出版社,2011.280-282.
- [14] 崔建远. 合同法 [M]. 北京:法律出版社,2010.132.
- [15] 陈自强. 无因债权契约论 [M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.319-334.
- [16] 王利明. 预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评 [J]. 法商研究,2014,(1),58-59.
- [17] 郑玉波. 民法债编总论 [M]. 中国政法大学出版社,2004.30.
- [18] 肖俊. 代物清偿中的合意基础与清偿效果研究 [J]. 中外法学,2015,(1):57.
- [19] 刘家安. “要物合同”概念之探究 [J]. 比较法研究,2011,(4):37.
- [20] 史尚宽. 物权法论 [M]. 北京:中国政法大学出版社,2000.305.
- [21] 彭万林. 民法学 [M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.316.
- [22] 魏淑君. 流质契约禁止的原因与必要性 [J]. 政法论丛,1998,(3):27.

(全文共 16 061 字)