

让与担保构造与效力重校

——基于我国让与担保的实践分析

龙添豪

(中国政法大学, 北京市, 100088; 18079251525@163.com)

摘要:我国让与担保在制度上采取担保构造, 将让与担保的制度效力认定接入典型担保物权的制度规定中。让与担保在我国的实践更多集中于合同纠纷, 此类纠纷针对让与请求应否履行的问题在我国司法认定中并不清晰, 需要重新明确让与担保的构造与效力。让与担保其自身制度利益存在于让与行为的形式认定中, 兼顾功能主义和形式主义的让与担保构造更能凸显其优势。让与担保的效力考量担保人和制度效率的利益平衡, 对所有权内部的权能进行限制, 可以充分发挥该制度的灵活性。

关键词:让与担保; 财产权利变动; 功能主义; 权利束

引言

让与担保作为一种有效保护债权人利益的非典型担保形式, 在本世纪初便已经在交易活动中被当事人广泛运用并进入司法裁判视野。但基于早先严格禁止流质、流押以及实行严格的物权法定主义的司法审判态度, 让与担保的合同约定会因被法院认定为构成流质、流押或是突破物权法定原则而判定无效, 此时债权人对该部分能否获得优先受偿权在判决中有时并未提及甚至直接被否认。虽然在后续的司法实践中, 最高人民法院已经通过公报案例和《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》(2015)”)等方式从侧面对让与担保的效力认定进行了一定程度的说明, 但迟至2019年的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号, 以下简称“《九民纪要》”), 让与担保的认定和效力裁判标准才以规范性文件的形式在我国具体确定下来。在采取物权法定原则缓和主义的立法背景下[1], 我国《民法典》第388条进一步扩大了担保合同的适用范围, 确定了典型担保合同之外的非典型担保合同形式在我国物权法上的地位, 为让与担保制度留下了更多的解释和适用空间。随着《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》(法释〔2020〕28号, 以下简称“《担保制度解释》”)的颁布, 在流押和流质以及回赎的三种常见让与担保情形中如何发挥担保效力的标准被确立了下来, 这一担保效力的认定标准也被后续颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(法释〔2023〕13号, 以下简称“《合同编通则司法解释》”)中关于期前以物抵债约定效力认定标准所吸收。在前述规范性文件的相互配合下, 让与担保合同内部的担保功能如何实现有了较为完整的适用标准, 但对于合同整体如何履行, 相关法律法规和司法解释并未给出明确的意见。而在合同履行标准缺失的背景下, 让与担保作为一种产生较强公示效力的担保制度, 如何产生对外的法律效果, 也没有在相关法律法规和司法解释中加以论述, 仅在《担保制度解释》第69条中对股权让与担保中的受让人是否履行出资义务进行了规定。在我国对让与担保合同履行及外部效力规定缺失的背景下, 让与担保能否引起、如何引起有别于抵押、质押这类典型担保的效力的作用存在疑问。本文立足于让与担保制度在我国的具体实践, 从让与担保的规制方式出发, 对所有权内部权利进行分解, 明确让与担保的履行规则与效力配置, 以期实现让与担保理论与实践的矛盾纾解, 推动各方利益平衡。

1. 让与担保在我国的实践定位

在让与担保的案件类型上, 因动产让与担保本身就可以通过动产抵押制度来实现, 我国的动产让与担保在实践中运用较少。笔者以“让与担保”和“动产”为关键词, 在北大法宝、威科法律数据库案例库进行检索,

检索结果为242篇,其中物权纠纷20篇,合同、准合同纠纷149篇。相对而言,不动产因移转登记具有更加有力的公示效力,相关的让与担保在我国的司法实践中引起的纠纷较多。笔者以“不动产”及“让与担保”为关键词在进行检索,检索的结果为5674篇,其中3592篇为合同、准合同纠纷相关内容,物权纠纷仅有452篇;而在合同、准合同纠纷中,1596篇确认房屋买卖合同纠纷的相关裁判和382篇确认合同效力纠纷的相关裁判占据了主要纠纷案例范畴。让与担保在我国实践中也多以股权让与担保这种特殊的形式出现的,笔者以“股权”和“让与担保”为关键词进行全文检索,发现相关案件1444件,其中合同、准合同纠纷最多,共有663件;其次是公司、证券相关纠纷,共有572件,而物权相关纠纷较少,仅有29件。从让与担保相关案由的数量来看,让与担保合同所引发的纠纷显著多于相关的物权纠纷。

从相关案件数据来看,即便是在《担保制度解释》已经明确了让与担保的效力适用准则,让与担保的相关纠纷也不断发生,如果让与担保发挥的作用仅是担保的功能,没有其他更为优位的法律效果,为什么让与担保实践会在我国实践中频繁出现?回到上述检索结果,当事人之间更多是针对让与担保相关合同是否具有法律效力、让与担保合同如何履行产生较多的争议,占让与担保相关裁判的八成以上,而对于担保权能的物权纠纷较之于合同履行问题则提起的较少,这也侧面证明让与担保本身的争议来源于合同相关内容如何实现担保本和让与的平衡,即让与担保中担保目的如何进入到“让与”行为中。

从相关案件裁判中的具体说理来看,法院对让与行为是否必要的态度,即不动产让与担保中所有权变更登记是否有效,在《九民纪要》出台前后法院所持态度存在较大差异:在《九民纪要》对让与担保制度进行系统性阐释前,因对让与担保是否合法存在争议,其中的财产变更登记便更成问题,因而有法院认为让与担保属于增加权属登记负担、逾越物权法定原则、存在极大安全隐患的行为,进而认定不动产物权让与担保的所有权移转登记行为应当否认;而在明确让与担保效力后,法院开始支持所有权移转登记行为,认为按照约定双方就登记的不动产办理变更登记,不属于违反法律法规的强制性规定的行为。此时让与担保行为中变更登记的物权变动行为为司法实践所承认。但在此共识基础上,不动产所有权的移转登记是否构成不动产让与担保生效的构成要件之一存在疑问:有法院认为,从物权公示角度来看,没有变更登记的房产无法起到公示外观,也不符合物权变动规则,因而不构成让与担保,此时不动产让与担保中的所有权变更登记属于让与担保的构成要件,缺乏变更登记的让与担保并不成立;但也有法院认为,不动产让与担保不一定需要变更所有权登记,办理网签备案及预告登记也具有对外公示的效力,符合不动产让与担保的构成要件,当事人也有权就被宣告破产后的抵押物享有优先受偿权,此时让与担保中让与行为被理解为加强公示外观的一种方式,其他能够在外观上形成更强的公示作用也可以作为让与担保的“让与”行为。

在承认让与担保效力的基础上,更为突出的问题是法院对于让与担保合同中的“让与”部分是否有效、如何履行,形成了多重观点:有部分法院认为“让与”对应部分的合同构成通谋虚伪而无效,债权人无权请求担保人变更不动产登记;部分法院认为让与担保合同有效,但让与担保中并不需要让与行为,可以通过前文所述的网签备案等有一定公示效力的方法实现让与担保,而以担保为目的成立的“让与”相关合同中,债权人并不需要甚至无权请求担保人变更担保物的登记;也有部分法院既认为让与担保合同有效,同时也认可当事人依“让与”相关合同请求担保人变更担保财产登记。而在让与行为能否请求履行的争议之下,让与担保的对外效力角度,法院区分了让与担保合同的债权相对效力和让与担保移转登记后的物权公示效力。在承认“让与”相关合同的案件中,法院认为在未办理所有权变更登记的背景下,合同仅有相对效力,应当按照正常的财产变更情况确定权利优先顺序,债权人请求对担保财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿不予支持,但并不影响债权人就担保财产依法定程序主张权利。在没有实施让与行为的背景下,即便不发生物权效力,部分法院也并不否认通过其他措施如网签备案登记等方式,对让与担保进行对外表彰。而在完成让与行为后,法院多数都认可担保财产的公示外观,但否认债权人对担保物在未满足处分条件时的处分权,在债权人转移担保财产时,多以善意取得认定担保财产是否发生变动,仅有少数法院认为债权人构成有权处分。

通过上述案例的数据及说理内容分析,不难发现尽管我国已经承认了让与担保的担保功能,但不管是从构成要件角度还是从法律效果角度,在我国司法裁判中让与担保制度如何适用,除担保功能外有怎样的法律效果,都呈现出较为混乱的裁判状态;而在让与担保各项内容的效力认定问题上,我国司法裁判从内部合同是否有效,到内部合同如何履行,再到实施移转行为后对外界公示效力如何,法院依据的法律条文不同,得到的认定结果亦不相同,造成了相似案件出现了不同的判决结果,债权人和第三人与债务人之间的利益关系难以得到平衡[2]。在当前立法和司法观点中的让与担保,担保效力的实现自无疑义,但所有权让与行为却缺少立法和司法上的充分关注,仅处理让与担保的后端物权担保效力问题使得让与担保的特殊功能能否发挥存在疑问。让与行为在让与担保中是否必要、能否请求相对方履行让与义务、何种行为才构成让与担保中的“让与”,欲解决此类问题需要回归到让与担保的自身功能特性及我国对非典型担保的立法路径中。

2. 让与担保构造方法的审视与校准

2.1. 功能主义背景下让与担保构造审视

非典型担保相关制度的出现，系法学功能主义进入民法的结果。在早期的民法学研究中，形式主义的法学研究范式在法典化国家占据绝对的优势，其认为以既有法律概念的推演即可完成全部法律规范的构建，法律的发现仅是对制定法的适用，一切的法内空间均涵摄于制定法之下。但法律本身系于社会生产关系，以既有制定法去涵盖不断发展的社会生产关系，形式主义的法学研究逐渐面临着脱离社会实际的问题。伴随着形式主义民法学研究逐渐陷入难以自洽的境地，利益法学对于的法规范的发现提出了新的认定方法，其以法律实在的目的或利益取代法学概念作为规范内容的判断标准。而以目的和利益为研究视角，主张不仅仅依托于法律规范的初始内容和相应的逻辑推导，还需关注规范的社会效果，以不断调整规范的实质内容，系以功能主义视角对法律进行的研究[3]。在我国《民法典》的内容适用上，尽管并未出现直接以功能认定相应法律关系的条文，但无论是在体系观察上还是在具体条文适用中，我国《民法典》实际上都存在着承认法律关系中的实际运作功能认定效力而非仅以形式要素认定效力的适用逻辑[4]，而《担保制度解释》更是对这一适用逻辑的直接回应，在多种情形下对于实质发挥担保功能而不具备法定担保形式的法律关系承认其担保作用。

但需注意的是，功能主义视角本身需扫视该项法律关系自身的特殊目的和自有利益，非典型担保其本身追求的如果仅是担保功能，则当事人本就无需创制诸多公示形式和交付形式，特殊担保交易形式的发生必然存在着其内在价值。让与担保如何实施，也需要进入到该项法律关系的内部利益衡量。如前文所述，让与担保制度来源的基础动机，系债权人通过对标的物变更所有权的特殊公示外观以增加设立人的心理压力，使债权回收变得容易[5]。标的物所有权之外观变化系让与担保的特殊公示手段，也是其产生物权效用的唯一路径，在忽略让与担保中让与行为而仅重视让与担保中的担保功能的背景下，让与担保内部关系和外部效力均存在模糊不清的地带，既是对民法功能视角的背离，也是对民法形式主义要求的冲击：从功能主义角度，仅认可担保功能的最终效果，而拒绝其他为担保目的服务的行为，使得让与担保中债权人无权请求转移担保财产所有权以获得公示外观，让与担保沦为债权关系，本身的制度功能完全无法实现，此种做法系压制而非完善了让与担保制度；而从物权法定的形式主义角度，当事人之间仅通过合同，而非登记就能够在不动产上设立担保，明显突破了既有的不动产抵押形式，而这种突破对于该项担保法律关系的利益又不存在更有效的保护，此种做法的实益何在？

2.2. 让与担保构造校正：形式主义与功能主义的结合

回归于功能主义与形式主义的角度，两种法学研究方法实际并未完全排除另一方的适用，而仅是在相关问题的考量上存在适用程度上的差异。在让与担保中，功能主义的认定要素固然是其成立的基础，但忽视其中的形式要求，对于让与相关的合同约定及让与行为进行概然的否定，实际会让该项制度的适用导向丧失自身特性的另一端：缺少请求对方履行转让义务权能的让与担保，无法正常的发挥公示功能，甚至根据《合同编通则司法解释》，其担保功能都无法存在。故在认定让与担保实际构成时，我们强调其担保功能同时也要尊重其自身的合同效用，合同中的担保性质规定应当有效，而其中的转让约定也应当有效，在此基础上以担保目的限制合同作用范围，最终实现让与担保自身特性发挥的最大化。因此在内部关系上，只有承认让与行为的必要性，让与担保制度本身的存在价值才能得到保障，因而合同关系应该在承认相关“转让”部分有效的基础上按照相应的要求执行，债权人有权依合同请求相对方转让担保财产。

而在外观设立上，让与担保对外效力的产生系于“让与”行为之上，因此如何界定让与担保的“让与”内涵是产生让与担保对外效力的前提。尽管《担保制度解释》第68条中确认了财产权利变动公示的要求，但并未明确何为具体的“财产权利变动”，此时在不动产、动产所有权和其他权利的让与担保设立过程中发生了对外效力是否产生的问题。因动产所有权让与担保本身极为少见，同时适用动产抵押制度能够更为有效的解决动产利用效用与交换价值的平衡问题，后文集中于对不动产所有权和其他权利的“财产权利变动”问题的论述。

对于不动产所有权让与担保对外效力的产生，典型的不动产移转登记这类彰显权利变动的行为属于“财产变动行为”自无疑问，但存有疑问是具有其他涉及权利变动外观的行为，如网签备案、预告登记等行为，是否也构成“财产权利变动行为”？笔者认为，让与担保的物权效力，也即让与担保的公示外观，仅能存在于让与担保的权利“让与”行为，此类行为产生的是财产变动归属的外观而不是任何财产公示的外观，因此预告登记这类明确将权利归属移转的行为，即便这种行为发生在未来，也应当纳入让与担保的适用范畴中，同时确认预告登记作为让与担保的“财产权利变动”行为也有利于扩大让与担保的适用范围[6]，此种设立让与担保的方式也为大多数法院所接受。而网签备案本身产生于市场监管的功能主义目标，并未与不动产登记产生实质性的联系，仅是预告登记的前置监管手段，不能产生直接的物权公示效力[7]，更不能成为让与担保的“财产权利变动”行为的具体表征，因此在部分判决中，法院否定网签备案与让与担保合同的结合能够产生担保物权的物权效力；或者在单纯的网签备案而没有其他的移转登记行为下，认定担保物权关系并未产生。

3. 让与担保效力重思

因“让与”这一特殊行为的存在,在让与担保外部效力的认定上存在多种观点:对于不动产的让与担保,在债权人转让此类财产时,有学者认为从让与担保内部视角来看,担保权人负有对担保人不处分其财产的义务,因此即使此时债权人登记为担保财产的权利人,其也不存在处分权,对财产的处分构成无权处分,相对人对不动产登记外观的信赖适用善意取得制度来进行保护;也有学者认为,此时的处分构成有权处分,可以自由的转让、处分标的物,但这种处分权同时受到担保人占有保护的限制[8];还有学者认为对外关系中,担保权人是完全的所有权人,其处分均为有权处分,在第三人明知时第三人也可以取得权利,而担保人只能通过侵权之诉来请求担保权人承担损害赔偿责任。对于权利的让与担保,有追索权的保理可以视为应收账款债权作为让与担保标的的一种权利让与担保[9],但此时债权人可以自由转让其所有的应收账款债权,其对作为担保内容的权利处分构成有权处分;而对于股权这种特殊权利类型,更多观点直接认为债权人对于股权的处分属于有权处分,仅是该种有权处分应当基于股权让与担保目的而受到比例原则的限制,在违反目的的情况下当属无效[10]。

笔者认为,现代理论对所有权的理解逐渐转向将所有权认定为一种权利束,拆分该束权利可以发现其中的各项具体权利内容,这些具体权利内容可以分别进行分解、组合和利用[11]。在让与担保中,如果保持原有所有权移转的全有或全无的观念,会导致这种行为因对于担保人的过于不公而坠入被法律否认的一端,严重限制这种制度的适用可能性[12];而将所有权的具体权能进行拆分,通过担保目的进行限制,则能够最大程度的满足担保功能与担保人保护的平衡。让与担保的所有权移转本质系为更好的确保担保权利的实现,所有权中的数项权利束应当受到担保目的的限制,如处分权这种在担保期限内与担保权利无关的权利,应当排除于债权人对所有权所享有的权利束范围,因此在担保期限内应当认为缺乏处分权这种权能。

回归到让与担保制度的基础讨论,如果这一制度并不存在突破传统抵押、质押的功能效果,即采取美国统一商法典的解构路径来认定让与担保;或者仅是在形式上突破抵押制度,而实质上还是仅发挥着担保制度功能,即采取比较法上的担保权构造路径来建构让与担保,在我国抵押制度逐渐完善的基础上,让与担保在实践中本应逐渐消失。但现实却是让与担保制度在我国实施功能主义担保观背景下仍然保持活力,这种活力维持的效果与注重让与担保的“担保”而非“让与”的推导结果大不相同,笔者认为这种现状的解释路径之一是让与担保本身的所有权移转物权行为带来的结果是所有权的权能实质移转而非“形式移转”,而这种权能变动是以所有权移转外观为基础的,因而是具有对外效力的,但同时又受到担保目的这一原因行为约束,将让与担保所有权移转后的权利行使效应尽可能的压缩在有利于担保物权行使的范围内,仅允许所有权权能中交换价值和监督功能的实现,从而实现让与担保的“担保”功能和“让与”功能的平衡。现阶段在股权让与担保中涌现的大量股权的权利内容对公司行使的情形,也反映出让与担保中“让与”起到保护担保功能的需要,因而在部分法院的裁判中,开始认可股权让与担保的“名义股东”可以在一定程度上行使股权的实质内容以保护自己的担保物权。

因此,让与担保中的“让与”作为物权公示方式系其产生物权效力的前提,缺少公示外观的让与担保本身仅是一种合同关系而非担保关系。我国《担保制度解释》第68条在承认让与担保作为担保行为的基础上强调了让与担保约定与让与担保物权行为的区分,即让与担保合同约定发挥担保效力的部分是有效的,但该部分并不直接产生担保的效力,而是“当事人已经完成财产权利变动的公示”这一物权公示活动,担保行为才产生物权效力,此时债务人不履行到期债务,债权人有权请求债务人参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿[13]。虽然在让与担保存在让与行为背景下我国《担保制度解释》第68条采取形式所有权移转行为参考担保制度的规则的观点,有学者认为此种观点是认定让与行为系虚假意思表示而否认其效力,而直接适用真实的担保意思表示[14],但笔者认为《担保制度解释》的主要目标在于明确区分两种行为,同时对于转让行为的强调本身也意味着物权变动的效果发生,因此让与担保的受让人应是所有权人,仅是其所有权的权能受到担保目的限制。

在前述基础上,对让与担保中债权人所有权的限制可以通过登记系统来实现。我国《不动产登记暂行条例(国务院令第656号)》(“以下简称《不动产登记条例》”)第八条第三款规定了不动产登记簿的记载事项,其中包含了“涉及不动产权利限制、提示的事项”,此时让与担保即使完成了所有权的移转,所有权的对外效力仍可以通过不动产登记簿上的权利限制事项来予以公示限制,如果登记系统能够进一步完善,将当事人对于让与担保中更为细致的权利限制登记与不动产登记簿之上,则对于所有权的分解利用能够与当事人的意思自治发生更为紧密的结合。基于登记系统的公示效力,不动产让与担保的对外效力可以得到较为明晰的判定体系:诸如处分权这类典型排除于债权人所享有的所有权权利束之外的权能,在债权人处分不动产时,在不动产登记簿已写明让与担保取得所有权的背景下,所有权人对该不动产不享有处分权,此时无权处分之相对人缺乏信赖外观,无法取得不动产之所有权;在不动产登记簿上未写明让与担保取得所有权的情况下,相对人如果对于不动产的受让为善意,应当保障其对不动产登记簿的外观信赖,能够善意取得不动产。而其

他处于模糊地带的所有权权能，如债权人能否利用不动产等问题，如在不动产登记簿上已经登记排除的，也能构成对于债权人行使所有权时的限制，此时第三人无法获得债权人行使已经排除的所有权权能之效果。

4. 结语

在让与担保体系建构上，我国现行立法观念采取担保权构造，缺少对于“让与”行为的充分重视，导致让与担保仅具形式作用而无实质效能^[15]，但实践却涌现出大量发挥着所有权实质效能的让与担保，其本质在于“让与”行为仍产生的是所有权的移转效果而非形式上的虚假法律行为，过于注重让与担保的担保功能使得该项制度的实践意义受到侵蚀，因此让与担保的所有权变动行为系必需要素。在所有权变动的基础上，对所有权内部各项权能的深层次考察，可以发现所有权本质系多项权利之集合，而所有权内部的处分权为让与担保平衡各方利益的关键：以担保目的限制所有权中的处分权，辅以当事人自治的权能安排，能够有效实现让与担保制度灵活性与担保人利益平衡的要求，同时也能够对外效力上实现充分的信赖利益保护，实现让与担保中担保人、担保人和第三人各方利益的平衡。

参考文献

- [1] 杨立新. 民法分则物权编应当规定物权法定缓和原则[J]. 清华法学, 2017, 11(02):14-27; 张志坡. 物权法定缓和的可能性及其边界[J]. 比较法研究, 2017, (01):157-169.
- [2] 汪振江. 让与担保法律构造下司法裁判的统一 [J]. 兰州大学学报(社会科学版), 2023, 51(03):101-116.
- [3] 申晨. 论中国民法学研究中的功能主义范式 [J]. 法制与社会发展, 2023, 29(05):146-166.
- [4] 李永军. 论民法典形式意义与实质意义上的担保物权——形式与实质担保物权冲击下的物权法体系 [J]. 西北师大学报(社会科学版), 2020, 57(06):27-35.
- [5] 姚辉, 李付雷. “理性他者”的依归——让与担保实践争议探源与启示[J]. 中国人民大学学报, 2018, 32(06):101-113.
- [6] 贾梦嫣. 构建“形神兼备”的让与担保规则——基于《民法典》担保解释的法律构造与精细化规则探究[J]. 贵州社会科学, 2023, (04):100-107.
- [7] 常鹏翱. 中国式买房: 网签备案的功能分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2020, 38(04):100-109.
- [8] 王洪亮. 让与担保效力论——以《民法典担保解释》第68条为中心[J]. 政法论坛, 2021, 39(05):138-150.
- [9] 潘运华. 民法典中有追索权保理的教学构造 [J]. 法商研究, 2021, 38(05):173-186.
- [10] 王萌. 组织法视域下的股权让与担保及其效力体系 [J]. 法学家, 2024, (02):99-112+194.
- [11] 陈怡. 权利分解: 重塑财产的国家逻辑 [J]. 法制与社会发展, 2023, 29(02):77-99.
- [12] 谢鸿飞. 《民法典》实质担保观的规则适用与冲突化解 [J]. 法学, 2020, (09):3-20.
- [13] 张尧. 我国让与担保制度的解释论——以《民法典担保制度解释》第 68 条为分析对象 [J]. 中国不动产法研究, 2022, (02):169-187.
- [14] 李永军. 论《民法典》及最高人民法院司法解释与破产法在担保制度上的融贯性 [J]. 清华法学, 2024, 18(02):126-142.
- [15] 李运杨. 动产担保立法中的功能主义: 缘起、内涵及发展 [J]. 比较法研究, 2023, (06):122-138