

The Legal Validity Research of Repossessed Assets

Shuai Shao

Macau University of Science and Technology, Macau
Email: 1571548323@qq.com

Received: Aug. 21st, 2019; accepted: Sep. 5th, 2019; published: Sep. 12th, 2019

Abstract

Guarantee is the method of guaranteeing the performance of debt stipulated by law or agreed by the parties. With the development of economy and the diversification of trading modes in recent ten years, new guarantee modes are constantly emerging in law. New types of guarantee, such as "called sales contract, actually guaranteeing" which is named as paying the debt by a thing, are increasingly used in modern economic transactions. Because of the contradictory judicial guidance documents issued by the Supreme Court and some provincial high courts, the handling of such cases by the local courts is different, and even different judgments of the same case often occur. By comparing and observing Chinese and foreign traditional and new forms of guarantee, cases of different judgments in the same cases and judicial guidance documents, the author summarizes the mandatory provisions in the guarantee system, and then demonstrates the validity identification and legal nature of the above-mentioned debt-in-kind behavior in order to protect the meaning of private law to the greatest extent. The principle of autonomy and freedom of contract makes the law really play a role in stabilizing the order of social and economic transactions.

Keywords

"Called Sales Contract, Actually Guaranteeing", Pay the Debt by a Thing, Mandatory Provisions

以物抵债的法律效力研究

邵 率

澳门科技大学, 澳门
Email: 1571548323@qq.com

收稿日期: 2019年8月21日; 录用日期: 2019年9月5日; 发布日期: 2019年9月12日

摘要

担保是法律规定或当事人约定的保证债务履行的方法和手段。随着近十年来的经济发展和交易方式多元化,反映在法律上的则是新担保方式的不断出现。“名为买卖,实为担保”的以物抵债等新型担保方式逐渐频繁地被用于现代经济交易中。由于最高院与部分省高院出台的相互矛盾的司法指导文件,导致各地方法院对于此类案件的处理各不相同,甚至时常发生同案不同判的情况。作者将通过对比观察中外传统与新型的担保形式、同案不同判的案例和司法指导文件,对担保制度中存在的强制性规定加以归纳,进而论证上述的以物抵债行为的效力认定问题及法律性质,以求最大程度上保护私法的意思自治及合同自由原则,使法律真正起到稳定社会经济交易秩序的作用。

关键词

“名为买卖,实为担保”,以物抵债,强制性规定

Copyright © 2019 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

以物抵债作为 21 世纪交易中常见的担保方式,至今法律未有明确的规定,并且各地法院以及最高院的判决和指导性文件均无法统一,使得频发同案不同判的现象,给司法增加了难度,且损害法律的严肃性。因此对于以物抵债协议的法律性质和效力的厘清十分必要,有助于维护当事人的合法权益和司法形象,完善《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)相关的法律规定。

不仅是司法界对于以物抵债协议的认定一直存在争议,在学术界也一直未停止争论,但总体上来看,争议的焦点主要是:一是,对于自市场中创新而来的以物抵债协议的合理性问题;二是,将以物抵债所代表的新型担保方式纳入法律所规定的担保体系之可行性。其背后的细节争论则可大致分为:1),不同时期成立的以物抵债协议的法律性质和法律效力;2),与类似的担保方式的区分认定,如代物清偿、让与担保、债的更新等的区别;3),对于以物抵债协议和禁止流质契约的规定是否可以类推适用。

为充分论述这一极具争议性的学术问题,作者收集并整理了最高院及部分地方法院做出的指导性司法文件,以及具有代表性的案例,其中包括最高院所发布的全国指导性案例。于司法实践方面的时间为线索,梳理出司法界对于以物抵债协议的认定上的看法变化。此外加以运用对国内现有规定的部分典型担保与非典型担保进行横向对比,借此归纳非典型担保出现的原因以及各自的利弊之处。并将权利移转型担保放入比较法的视角中,对比日本、英、美等国的规范,观察担保发展之趋势和规范的异同,最后综合所述,总结出关于担保的强制性规范,进一步论证以物抵债的合理性原因。

2. 以物抵债在司法实践中的混乱局面

由于近几年国内经济的不断发展,交易方式也已由单一转向多元。在司法实践中和以物抵债、代物清偿、回赎担保等担保方式相关的案例也大幅增加。将以物抵债为案由在中国裁判文书网上就可筛选出 21,968 起案例,由此反应此类非典型担保纠纷之繁多。但结合目前全国各地法院的判决以及最高院、部分省高院所发布的指导文件来看,司法界仍未在此类纠纷的处理上达成一致的看法,进而导致各法院在对案件的审理和裁决上产生了巨大的差异,对司法公平、威严性造成了严重损害。

2.1. 矛盾性司法指导文件

文件一：2014年4月江苏省高院发布的《审理纪要》[1]中，“当事人在债务未届清偿期之前达成的以物抵债协议，该协议具有担保债权实现的目的，如债权人以债务人违反以物抵债的约定而要求继续履行以物抵债协议或对所抵之物主张所有权的，人民法院应驳回其诉讼请求。”该规定中阐明了，法院不承认债务清偿期届满前成立的且未实际履行的以物抵债协议的效力，债权人只能转而变更为借款返还的诉讼请求，增加了债权人的举证负担，降低债权效益，但其于司法层面上确定了以物抵债协议的真实目的为担保，实为一大进步。

文件二：2014年12月北京高院发布的《会议纪要》[2]中载明，“当事人在民间借贷债务履行期限届满前签订合同约定，借款人逾期不偿还借款即愿意以自己所有(或经第三人同意以第三人所有)的房屋抵偿归贷款人所有，该合同实为基础借贷债权的担保，应当根据当事人的真实意思表示认定双方之间系民间借贷法律关系。贷款人可以选择行使以下权利：(1) 贷款人依原基础借贷法律关系主张偿还借款的，应予支持；(2) 贷款人在履行清算义务的前提下，要求借款人办理房屋过户登记手续的，应予支持。”

文件三：2015年6月最高院发布的《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》[3] (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关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。”依据该规定，法院在审理以买卖合同担保借贷行为的案件时，无须审查买卖合同，只通过让当事人变更诉讼请求为借贷合同来解决此类问题[4]。实质上反映了最高院并不单独承认“名为买卖，实为担保”的买卖合同的效力，一定程度上限制了债权人对正当合同权利的行使，但也揭示了以物抵债协议作为买卖合同的从属性。

2.2. 争议性法院判决

案例一[5]：2012年最高院作为全国指导性案例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。2007年1月25日，朱俊芳与嘉和泰公司签订了14份商品房买卖合同，并办理销售备案登记手续。次日双方又签订了嘉和泰公司向朱俊芳借款1100万元的借款协议，并约定如未能还款，则将14套商品房抵债。

一审法院和最高院均认为，商品房买卖合同与借款协议都是依法成立并生效的合同，是真实意思表示且进行登记备案，约定的解除条件未成就，应当继续履行。由此可见，最高院认为买卖合同与借款合同是并列且相互存在联系的两个合同，并不能简单的否认其一。

案例二[6]：2015年11月山东省高级人民法院宣判的刑永新与刘树森、翟海明民间借贷纠纷案。2011年8月24日起原告刑永森连续借给被告刘树森总计900万元，双方当事人约定借款到期时间为2014年4月。2014年1月10日，李某某、刘树森、刑永新签订了以物抵债协议一份，约定刘树森把上述房产和一处土地的使用权抵顶给刑永新办理的房产抵押手续。

山东省高院认为：涉案三笔借款到期还款日均在2014年4月，《以物抵债协议》签订时间为2014年1月10日，在签订涉案协议时，本案债权未届清偿期，且不动产登记手续尚未完成办理，以物抵债协议属实践契约，故协议无效。

3. 附生效条件的买卖担保之合理性研究

3.1. 非典型担保之历史渊源

自古以来，当事人就已经开始对债权设置保障。从最初时期，债权人可将不履行债务的人的人身权

利置于债权影响之下来保护自己的债权；之后演变到下一个时期时，债务不履行相伴的伦理因素出现，债务人的责任因法律对伦理的关注而相对减轻；到法治时期，债务人的人身责任完全从债权的覆盖下被解放，变为纯粹的经济赔偿责任。但与之相对应的则是债权保障的不断丧失削弱，于是随后担保顺势而生。为同时解决债务人无法清偿债务的两种原因：财产的自始不足清偿债务和财产的非恶性减少导致不足清偿债务，担保物权成为了最重要的担保方式。

对于当前的法律中已有明确规定、规则明确的担保方式，称为典型担保。主要方式有保证担保、抵押担保、留置担保等，其作为担保方式，无不是从非典型担保经过历史沿革，逐一被确认并加以设置相对完善的法律规范后才成为典型担保。传统担保方式的特点[7]在于：一是价值权性，其主要体现在在债权期满未获清偿时，担保物通过折价、拍卖、变卖等方式变价补偿债权人，以实现物体价值为目的，不以有形占有担保物为必要条件；二是从属性，是指担保物权对其所担保的主债权具有依附性，伴随着主债权的成立和消灭而发生对应变动，这也就说明法院在审理此类案件时，应当首先着手审查作为主债权的借贷及其他关系是否合法成立，不仅可以降低虚假、恶意诉讼，并且可以最大程度的保障债务人的利益免受损害；三是不可分性，担保物的全部行使担保物权，担保物的各部分担保债权的主体，债权的各部分均受担保物全体的担保；四是特定性，担保物权的本质是限制物权，物权的根本便是物权特定原则，这就要求担保物标的特定，也为权利的公示提供了便利和可行性前提。

融资需求是担保出现的原因，由于交易方式的灵活性特征，传统担保方式的固定不再能最大程度化的满足交易主体的需要。债权人若要通过抵押等典型担保最终实现自身的债权，主要不足在于效率的低下，作为担保的标的物需经债权人请求后，始能进行拍卖、变卖来折价获得补偿，在请求至实际得到补偿这段空白期中，债权人可能因资金未返还而无法得到有效及时的周转，且增加债权无法实现的风险。对于融资主体的贷款人，注重的则是效益和安全性。当于传统的担保方式中探寻后无法找到满意的典型担保方式时，当事人便倾向于选择行使手中的合同自由权，如约定将担保物先转移占有，当债务清偿后再返还、在债务清偿期届满前，先约定若无法按时清偿债务，则不动产所有权发生变更的以物抵债协议等。当债权人选择使用此类非典型担保时，最重要的是担保标的物价值的实现成本大大降低，通过所有权的先转移或约定转移，不须经过法院请求债务人，然后经过拍卖这一复杂耗时的程序来实现自身债权，且债权人可获得比抵押、定金等担保方式所给予的更大保障，故非典型担保更能适应现代的经济交易习惯，因此频繁为当事人所使用。

3.2. 权利移转型担保之必要性

3.2.1. 与权利限制型担保比较

对于权利移转型担保有多种不同称呼，可称为非典型担保，抑或是变相担保[8]等。以担保权法律结构为标准，可区分为权利限制型担保和权利移转型担保[7]。作为两个相对的概念，主要区别在于担保权设立后债权人所取得的对于担保物价值的权利如何。对于权利限制型担保，债权人仅仅获得对担保物交换价值的间接支配性权利，可以限制性的处分担保物，属对担保物所有权设置了限制的担保物权，如抵押权、留置权、优先权等。而权利移转型担保则是将担保物的所有权转移或约定将来直接转移至债权人手中，由此债权人依靠对担保物的绝对性的物上支配权来实现自身债权，属于较为全面的担保物权，对债权人权利的保障和债权实现的效率也更有益处，如让与担保、附买回条件的担保、英国的租赁式按揭[9]等。

对于权利移转型和权利限制型担保的差别主要在于担保的实行方式如何，前者通过私力直接取得所有权并进行自由支配和处分，“抢先”消灭债务，后者则是通过向法院申请对担保物的拍卖等方式实现。相比之下优先明显，在于实行方法便利，成本低廉。因此在担保制度的历史演进中，出现了与原本从转

移标的物所有权到不转移所有权为担保的趋势相反的现象，也侧面体现了权利移转型担保的必要性之所在。

3.2.2. 附生效条件的买卖担保之实质

附生效条件的买卖担保在形式上表现为，当事人以所签订的借款合同为前提，之后债务人为进一步担保债务的履行，借款人或担保人与贷款人签订一份买卖合同，附生效条件为当作为主合同的借款协议不履行时买卖合同生效，以物抵债协议作为买卖合同性质上是借款协议的从合同，具有从属性，当条件成就时才可生效。因此附生效条件的担保由借款协议和买卖合同两部分组成，附生效条件的买卖合同订立之目的也就在于担保债务的履行，而买受人对担保物所有权的取得只是实现债权的实际方式，不可将其与目的相混同。

倘若债权人以取得不动产的所有权为目的与债务人先后签订借款协议和买卖合同，则必须等到债务清偿期届满，无论是在效率还是在实现目的的可能性上远不如直接签订不动产买卖合同，不符合长期以来的交易习惯，故而所有权的移转实质上为担保债权实现的手段，目的仍为担保，因此符合“名为买卖，实为担保”的性质。

3.3. 附生效条件的买卖担保之价值

1) 抵押

抵押常见于融资担保中，是债权人对债务人或物上保证人即第三人所提供的担保物不移转占有而提供担保的财产，当抵押约定的条件成就时，即可就其抵押物变价优先进行受偿的担保方式。我国《担保法》中主要是对保全抵押权制定了系统的规定，作为“担保之王”的抵押权同样经历了一系列的历史沿革。抵押权最早可追溯到罗马法，经历了约在 1450 年的罗马法继受运动后，德国的城市率先兴起了抵押权的应用。

由于抵押权的设置，以不转移担保物的占有为基础，仅仅是对担保物的所有权设定了一定的限制，担保物的原所有权人仍可继续对抵押物进行使用、收益，与一定程度上可以于债务清偿期内继续加强自身对债务的清偿能力，避免了债权人直接占有担保物的自身风险和不便。我国《担保法》第 38 条规定了抵押合同须采取书面形式订立，故为要式合同，且《物权法》185 条第二款同时规定了抵押合同的内容，由此可见法律对抵押这类的意定担保物权之形式具有一定限制。对于抵押物的范围可以是动产或不动产，但须具备自然属性、经济属性以及法律属性，否则不能成为抵押的标的物。抵押同时作为典型担保，设有较为完整的登记制度，不动产采取形式主义，不经登记的不动产不产生抵押权，而对于动产则采取意思主义，登记与否不影响抵押权的设立，仅产生对抗第三人的效力。

2) 附买回条件的担保

附买回条件的担保在我国较为不常见，但因其具有深远的历史而一直不断演变并被使用到现在。附买回条件的担保也可称为回赎、在买卖约定的担保制度^[8]，此种担保方式虽属于非典型担保，未有法律的明确条文规定，但在中国当属历史最深远的担保方式，与典当制度有着很大的相似之处。这一担保方式可简单概括为，债务人急于寻求融资时，为换取资金，使用自己的所有物与债权人进行交换，获得所需资金并约定买回期限和条件。

中国古代的典权制度萌芽于北齐，一方面国家禁止土地买卖，另一方面封建思想下对祖宗财产不可轻易损益的思想支配，但出于现实需要的人们想出了暂时移转占有，随后赎回的制度。后于宋代法律形式上对典当制度进行了确认，形成了一整套完整的典权制度。与此之后不断进行修改演变，至今仍能在街市上见到典当铺等相关商业机构。

对于附买回条件的担保,日本及其他国家已经形成了经过现行法律确认的完整制度。回赎在日本法中债权编,被作为“买卖”的附款加以规定[8],回赎的条件是:一是回赎约定的同时性,这就要求回赎契约与买卖合同是同时签订的,也暗示了回赎契约的从属性特点,买卖合同作为主契约;二是回赎价金的同额性,除了利息及债权人的管理费用以外,回赎的价款须和买卖时相同才可以赎回;三是回赎期限的限制,日本对回赎期限的规定是10年,因同时也须保护买受人的物权稳定性的原因,从而该期限为除斥期间,买回权属形成权的一种。也有学者认为这种担保契约虽也名为买卖,但实为以回赎期间为清偿期间所自由设定的抵押权[10]。此种概括仍待商榷,但作者认为附买回条件的担保方式与抵押权无关,应当类比于典权。但当此种担保方式应用于如今的社会制度下,尤其是在不动产的情况,相当于需要完成来回两次不动产登记过户手续,由于其均是以订立和履行买卖合同作为实施手段,则须上缴两倍的不动产交易税,因而效率较低、成本过高,所以附买回条件的担保方式多以动产为标的物。

3) 英国之租赁式按揭担保

英美法中的担保可大致分为:一是,担保权人取得担保物的一定权利,即发生权利移转,当债务人定期内清偿债务后,担保物的权利再次返还于债务人或担保权设定人手中,如按揭担保;二是,通过对担保物占有而确保债务的未来实际履行,如留置权;三是,即不移转担保物的占有,也不发生一定的权利移转的担保,如抵押(非占有质)。英美法的担保制度中不动产按揭曾是最为常用的不动产担保方式之一,其渊源最早可追溯到普通法中“质”的概念。不动产按揭担保常与租赁合同互为表里,原理在于债务人以其不动产的交换价值作为担保,并以租赁的方式将占有移转给债权人[11],债权人享有一定的用益权。

按揭的英文是 mortgage,由古英文中的 mort(永久)和 gage(担保、质押)组合而成[12],组合起来便可理解为永久的死质,而死质与活质属于一堆相对应的担保概念,是指当事人通过合同协定,债权人对于使用不动产所收取的利益仅可用来抵消借款的利息,而非可以一直清偿完本金,活质则可以一直清偿至本金的全部。在按揭制度中,和回赎担保相同点在于同样规定了回赎权及回赎期限,回赎权作为形成权是债务人救济的主要来源,因而在法效果上与回赎、再买卖约定制度以及让与担保有着相似之处。但另一方面,租赁式按揭与回赎或典当制度的根本不同在于,前者只移转不动产的占有,对于担保物的实际所有权归属并未发生变化,后者则是权利的绝对移转,所有权的权属发生变化,债务人的保护程度上相对较弱,回赎担保则更强调回债务人的赎权,因此按揭也可理解为附回赎条件的让与。相对于传统的租赁式按揭,在中国应用的较为广泛的是其演变形态——按揭贷款,举例来说购房者以其所购房屋向所购买房产的房地产商作抵押,由其提供阶段性担保和个人住房贷款业务,购房者想有使用权,直至房屋全部价款清偿完毕后,产权再过户给购房者。

4) 德国之担保用益

担保用益的担保理念上与以物抵债有着不言而喻的相似之处,前者是“名为用益,实为担保”的担保形式,因此也被学者和实践中认定为用益权看待,但其实质所发挥的作用却是担保。担保用益产生于20世纪初期的德国司法实践中,并一直通过司法实践进行确认,《德国民法典》未对此做出明确规定。

担保用益常见于抵押的附属条款中,一般先约定债务人或抵押权设定人将某特定财产进行抵押担保,之后在不移转所有权的前提之下,再另行达成用益权的契约。一方面使得担保物的使用、收益价值得以更大程度的实现,另一方面也不断加强了债权人对债务的履行信心,因为债权人对担保物行使用益权,从而获得了一定的收益,使得其在债务无法履行的情况下,也可以减少相应的损失。但也有学者认为,这一制度是将债权人的权利的过度扩大,直接满足了他物利用的需求,但不可否认的是,该制度创设之根本目的还是源于债权人对担保的需求。担保用益权随着债务的成立而附属性的成立,随着债务的消灭也同时归于消灭,具有强烈的从属性。无论是在表现形式还是历史沿革的趋势,均和以物抵债制度异曲同工。

5) 小结

从比较法的视角看来,四种担保方式的根本区别在于所有权(占有)或财产权是否发生移转。虽然单就融资这一目的而言,抵押是最便利的手段,但对于债权人所考虑的显然不止有便利这一因素,更为重要的是保障债务的预期正常履行,因而不少的债权人选择给自己设定一定的“麻烦”,这尽管会降低担保的弹性,但可进一步加强债权的稳定性,巩固自身的地位。各种担保方式各有优劣,且无法被典型担保所简单的取代,各自适应不同国家不同时期的经济发展状况,多种担保行为的并存,一方面为当事人增加了担保方式的选项,进一步增加了融资的可能性,另一方面有利于完善担保体系,构建符合现代经济运作模式的法律制度。

综上所述,附生效条件的买卖担保的价值就在于其兼顾效率与债权的保障。一方面使得债权的实现不必像抵押权那样通过请求法院来变价抵偿债务,提高了债权实现的效率。另一方面与附买回条件的担保相比,省去了两次不动产交易的纳税及实践成本,更加贴合现代经济社会的生活方式及需求,因此具有其独有的进步性价值。

4. 以物抵债纳入担保体系的可行性

4.1. 以物抵债的法律性质

早在罗马帝国前期就有法学家曾提出,债主要因清偿应给付物而消灭,但当某人经债权人同意在清偿时用一物代替另一物,其也是当然解脱,因为债也因正式免除而消灭。对于正式免除就像是一种想象清偿,因当事人的意思表示而产生^[13]。而以物抵债的本质之一也正是在清偿时用一物代替另一物,不可否认的作为债务的清偿方式。由此可以看出,以物抵债的作用于实体上的表现就是债务的清偿,但若设立以物抵债协议的双方仅仅是为抵偿债务,则并不需要于传统的债务清偿方式之外,另辟蹊径,以至于债权人的利益无法得到保护。

除此之外,中国大陆对于以物抵债概念上的官方认定,则始于2012年《最高人民法院研究室关于以物抵债调解书是否具有发生物权变动效力的研究意见》,但其也只是针对于法院出具的调解书效力上所做的司法解释,未涉及到实质性的规范。之后最具代表性的要属2014年最高院的《民事审判指导与参考》及2015年的《民间借贷司法解释》,规范确切指出了目前对于以物抵债协议的争议所在。

根据江苏省高院发布的《审理纪要》对以物抵债的相关说明,“当事人在债务未届清偿期之前达成的以物抵债协议,该协议具有担保债权实现的目的”中可看出以物抵债的效果上表现出了担保的作用,以及同年的最高院也对以物抵债做出了界定,使得对以物抵债的认定进一步变为以买卖合同作为担保方式的担保行为。以物抵债的法律性质应当为担保,其具有“名为买卖,实为担保”的功能,债务人或担保人以其所有的不动产为限,帮助其顺利进行融资,债权人则因为拥有了除对民间借贷的司法救济之外的第二重担保,而对于债权的实现拥有信心,促进其积极与债务人进行融资活动,最终使得市场经济得以发展并呈现出更加稳定的交易环境。

4.2. 担保制度的强制性规定及适用检视

4.2.1. 以担保为目的的原则

根据目前《担保法》所有明文规定的担保方式,可知无论是人之担保还是物之担保,其均不可避免“担保”二字,究其根本是以信用或者特定资产来增强债权实现的可能性,担保债权的顺利实现。担保的目的性在人的担保中体现的较为明显,其方式较为单一,因为信用本身就具有使他人相信的功能,因此人保正是利用了信用的根本功能。而在担保物权中,当事人在约定担保或签订担保协议后,债权人取得了附生效条件的对特定财产的支配权,因此债权人在原有的债权请求权之外,另外获得了物权请求权,

当债务人不能清偿债务时，债权人即可就物权请求权获得相应救济来填补损失。在融资关系中看似债权人的地位远高于债务人，但若没有担保制度的保障，债权人的地位实则虚无缥缈得不到稳定的保证，借此担保的出现才平衡了融资中当事人地位和债务清偿风险的关系。

而对于以物抵债制度，虽外观上呈现出的是买卖合同，但剥去外壳其主合同仍然是借贷协议，因此不动产的买卖合同是依附于借贷协议的从合同，具有从属性，因而合同的目的上具有联系。债权人为了确保自己的债权可以得以实现，因此在债务清偿期届满前，于借贷协议之外又与债务人或担保人签订不动产买卖协议，约定当债务清偿期届满后，若债务人无法清偿债务，则移转登记不动产的所有权予债权人。这种合同到期后直接移转所有权的协议，在司法实践中常常误认流质契约。但反过来思考，若债权人或债务人签订以物抵债协议的真实目的不是担保债权，而是为移转不动产的所有权，则给自身平白增添麻烦，反而不如放弃先借贷协议后买卖合同，直接签订不动产的买卖合同，能更具效率地完成交易，对于当事人均有好处。在普遍的交易习惯的认知中，债权人与债务人签订的借贷协议并非为取得债权规定的特定资产以外的其他资产的中间手段，当事人极少提前有预谋的以获得不动产所有权为目的进行融资活动。因此在债务清偿期届满前的以物抵债协议的目的是为担保债权的实现。对于债务清偿期届满后成立的以物抵债协议，其债务已经到期，在进行签订以物抵债协议实则是为谋取另一种债务的清偿途径并放弃原种给付方式。因此应当认定为代物清偿，作为要物合同进行对待，且此时的目的已经变为清偿债务，性质上区别于债务清偿期届满前成立的以物抵债协议。

4.2.2. 公平偿债规则

由于以物抵债协议所最终达成债权实现的结果，便是不动产的所有权移转登记给债权人，也就意味着这一债务清偿过程不须经过请求法院来进行折价变卖等程序，虽更大程度上使债权人的救济效率提高，但也更容易对债务人的其他债权人造成不公平清偿的损害。当债务人自身不具备或丧失了按照原定方式清偿债务的能力时，其不动产若单独的按照以物抵债协议优先使得特定的债权人受偿，则进一步削弱债务人的债务清偿能力，反而使得其他同等地位的债权人的债权更无得以清偿的可能性，即公平偿债规则之根本是不得损害其他债权人、债务人不特定第三人的利益。对于担保体系中已有规定的担保方式，均有明确规定其优先受偿以及受偿的先后顺序，如法定担保物权优先于意定担保物权、留置权优先于抵押权和质押权等规定，故而若要承认以物抵债的合理性，建立相似的公平偿债规则实则必要。

以物抵债作为特殊的权利移转型担保物权，应当与意定担保物权归于相似地位，因此效力上后于法定担保物权。但因其主要为不动产为标的，所以基本不涉及留置权，且以物抵债的担保过程与抵押和质押相似，因此对于除留置权以外的其他担保物权的优先效力，应当按照传统的登记对抗主义，经过登记的担保物权优先于未登记的，因债务人的担保为不动产，标的价值较大，也应当引起债权人的足够重视和谨慎，登记也有助于债权的稳定性。

除债权人受偿的顺序问题以外，以物抵债协议的另一为学界批判的缺点就是暴利性。在借贷关系中的当事人的民事法律地位虽是平等的，但债权人因其属于资本较多的一方，债务人属于急于融资周转运营状况的一方，债务人常常因此处于交易中的弱势，处于强势地位的债权人则有可能借此间接迫使债务人签订以物抵债协议，使得原本价值超过出借资金的不动产称为担保标的进行偿还债务，由此债权人则可获得更大利益。此种情况在司法实践中，难以进行举证或证明来适用《合同法》第54条撤销买卖合同，损害债务人的利益。因此应当借鉴日本关于变相担保所设立的清算程序，来排除附生效条件的买卖担保所存在的暴利性^[8]。但也应当同时兼顾以物抵债协议的高效性，因此应当赋予债权人清算义务，通过资产评估机构对担保的不动产进行价值评估，若不动产的价值降低，无法达到债权实现的标准时，债务人则应当对差价进行填补，若不动产价值升高或本身高于债权，则债权人要么变卖不动产，折价补偿自身

的利益，要么对于溢出的价值返还补偿给债务人，以求债权的合理实现，排除暴利性。

4.2.3. 意思自治原则

根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第4条规定“当事人享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预”，正是意思自治原则的条文化体现，意思自治原则作为合同法乃至民法的一项基本原则，所表达的思想是在民事法律活动中，应当最大程度上保障当事人的合法自由。并且根据此原则，延伸出了《合同法》所赋予当事人的各项自由，如是否订立合同之自由、合同内容自由、合同形式自由等，这些均是作为民法对意思自治原则的有效适用，并应当被其他民法的部门法律所借鉴。因此笔者认为，将合同法的基本原则类推适用到《担保法》中，并由此延伸出类似于合同自由的担保方式自由，此项自由权不仅包括当事人选择何种担保方式的自由，也应当包括当事人合理合法的创设担保方式的自由。以流质条款为例，其本身与普通的担保方式并无不同，但因《担保法》、《物权法》的明文禁止而成为了法院判决时认定绝不能使用的担保形式之一，但流质条款的产生之基础便是当事人的意思合致，与以往非典型担保的产生原理一致，并无实质不同。在效力上并非如法律明文禁止的那样只具有负面性，和其他民事法律行为一样，效力上本属中性^[7]，因此不可对于其效力认定为绝对有效或绝对无效的无效。流质条款为法律所禁止的原因与以物抵债有相似的一点是具有暴利性的可能，但无法排除一些流质条款的设立单纯为了效率的更大化，并非具有暴利性，然而法律的长期明文禁止则造成了对于流质这一形式的无端仇视，使之失去了其原有的社会功效。由此反观以物抵债制度，同样是借贷关系的当事人间自由创设的目的为担保的担保方式，本质来源也与一般的民事法律行为相同，效力当属中性，法律并无类推适用流质条款来禁止的理由，在法律若放宽对以物抵债制度的规定下，以物抵债客观上损害了担保人或其他债权人等的利益，受害人也仍有使用现有法律规定的可变更或撤销的民事法律行为的保护制度加以救济自身利益，并非绝对需要法律予以禁止。民法上对以物抵债的类推适用禁止性条款，不仅是对于一项促进法律进步的担保方式的打击，更是对于意思自治原则的侵损，因此应当在司法实践中谨慎判断。

综合上述的三项担保制度中的强制性规定，当以物抵债协议为债务清偿期届满前成立，且符合目的为担保债务实现、满足公平偿债规则且根据意思自治而创设，即应认定为有效，法院应当予以支持，而非单一的适用法律规定，仇视其形式而归于无效，对于效力的认定不应当囿于适用某一类似的条款来避免可能发生损失，应当对这一制度体系中作为根本的强制性规范加以检视，若满足适用，则应当认定为合法有效。因此以物抵债具有合理性，且应当被纳入担保体系中。

5. 结语

对于作为新型担保方式的附生效条件的买卖担保，法院在审理时不可生硬地类推适用流质契约或代物清偿等规定来对其效力进行判定，应当对其怀有同一般民事法律行为同等的尊重和重视。在审理与以物抵债相关的案件时，应当不但审查作为从合同的不动产买卖协议，着重对作为主合同的借贷协议审查其真实性、合法性等因素，若主合同无效则无须审查从合同，从而一方面可最大程度上保障债务人的合法利益不受侵害，另一方面可避免部分的虚假诉讼。以物抵债协议的担保目的在司法实践的不断积累下也逐渐体现出来，其本质上属于附生效条件的买卖担保方式，因不违背担保制度下无形强制性规定的担保目的原则、公平偿债规则、意思自治原则，对以物抵债协议的认定也就无绝对无效的理由。

附生效条件的买卖担保作为现代经济发展所带来法律发展带来的附属产物，其也有着一些不可避免的缺点，如暴利性的难以排除和效力的优先性问题以及对其他债权人及第三人可能存在的隐患。因此在现有的担保体系中，为此项新型担保方式设立相应的公平偿债程序，如财产清算程序来平衡债权与不动产

的价值、将附生效条件的买卖担保比照意定担保物权进行优先权的排序，以此最大程度达到公平偿债，防止损害债务人、其他债权人以及其余第三人的利益。因此笔者建议，应当在《担保法》中增加非典型担保一章，加以规定相应的效力认定强制性规定、公平偿债的程序性规范，借此对清算义务与标的物给付请求权做出一般性规定。

在未来的民法典的编纂中，应当在对于法律明文规定的民事行为方式以外，留出其合理的生存发展空间，并对此做出强制性规定作为司法底线。法律应当承认社会发展必将带来民事法律行为的多样性，并及时审查其产生的来源与根本性质，司法机关间做出统一的司法解释与指导性文件，避免再现因以物抵债引起的全国指导性案例与各省高院乃至最高院的司法指导各自不同的情况，发现实践问题后，及时完善相关制度的立法，以求稳固司法威信，实现法治社会。

参考文献

- [1] “江苏省高级人民法院关于审理以物抵债的若干法律适用问题的审理纪要”第2条[Z]. 2014.
- [2] “北京高院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要”第25条[Z]. 2014.
- [3] “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条第1款[Z]. 2015.
- [4] 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.
- [5] 最高人民法院(2011)民提字第344号[Z]. 2011.
- [6] 山东省高级人民法院(2015)鲁民一终字第381号[Z]. 2015.
- [7] 孙鹏, 王勤劳, 范雪飞. 担保物权法原理[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 87-94.
- [8] 近江幸治. 担保物权法[M]. 祝娅, 王卫军, 房兆融, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 102-110.
- [9] 许明月. 英美担保法要论[M]. 重庆: 重庆出版社, 1998: 55-59.
- [10] 吴从周. 附买回条件之契约[J]. 法学教室民法(台湾大学), 2013(7): 129.
- [11] 费安玲. 比较担保法——以德国、法国、瑞士、意大利、英国和中国担保法为研究对象[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 166-170.
- [12] 徐海燕. 英美担保法[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2012: 148-150.
- [13] 盖尤斯. 法学阶梯[M]. 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2008: 188.