

学校编码: 10384  
学号: 13020141150255

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_  
UDC \_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕士学位论文

# 买卖型担保合同的效力研究

Research on the Effect of Trading-based Guarantee Contract

宛晶辉

指导教师姓名: 齐云 助理教授

专业名称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2 0 1 7 年 月

论文答辩时间: 2 0 1 7 年 月

学位授予日期: 2 0 1 7 年 月

答辩委员会主席:

评阅人:

2017 年月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年月日

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

( ) 1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

( ) 2.不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年月日

## 内容摘要

最近这些年在司法实践中出现了一种新的担保方式,债权人为了担保自己的债权往往在与债务人签订借款合同的同时,又与债务人或第三人签订买卖合同(实践中多以房屋买卖合同为主),并约定如果债务人在还款期限届满后不能清偿债务,那么就履行买卖合同,将债务人或第三人的房屋交付给债权人以清偿债务,笔者将这种担保方式称作买卖型担保。现实中债务人在无力清偿债务时,债权人请求对方交付房屋的目的往往无法实现,因而发生纠纷诉至法院,因此法院多以买卖合同纠纷立案。

目前学者们也开始关注这种担保方式,对他们的性质效力,观点并不一致,审判实践中法院对此种纠纷的处理方式也存在着不一致,因此笔者以此题作为毕业论文的选题,以搜集到的32个不同地区法院的判决为基础,对买卖型担保的性质和担保的效力进行研究,以期为司法实践中更好地解决这类纠纷提供一个参考。

本文除引言和结语以外,共分为四个章节。

第一章主要罗列笔者搜集到的32个案例,按不同的标准对其进行分类,并通过分析案例对比判决中的不同之处归纳该类纠纷的几个争议焦点,以此作为分析全文的基础。

第二章分别从让与担保说、后让与担保说、未来抵押权说、以物抵债说这几种主流观点的角度对买卖型担保的性质展开讨论,最后得出买卖型担保的本质。笔者认为,买卖型担保不是让与担保、后让与担保,更不是抵押担保,其本质上是代物清偿预约。

第三章则从案例着手,对司法实践中导致买卖型担保合同无效的原因进行分析,对买卖型担保合同的效力上所存在的争议进行讨论。笔者认为,买卖型担保合同不因虚伪表示而无效,其效力也不应该因流质条款而遭到否定,而应该尊重当事人的意思自治,认可买卖型担保合同的效力。

最后一章主要结合前面分析研究的结果,对现实中出现的这类买卖型担保合同纠纷,司法实践中如何对其裁判,提出一点思路和对策。笔者认为,法院在审判过程中应该审慎地查清相关事实,区分单纯的买卖合同关系和让与担保合同关

系，准确认定出买卖型担保合同关系。只有这样才能适用《民间借贷规定》第24条，按照民间借贷的基础法律关系进行审理。尊重当事人的意思自治，对买卖合同的效力不应一概否决，可以对买卖合同的标的物进行拍卖，也可以按照双方的约定直接以物抵债，但应坚持清算原则。对债权人优先受偿的主张不予支持。

**关键词：** 买卖型担保合同；代物清偿预约；流质条款

厦门大学博硕士论文摘要库

## ABSTRACT

In recent years, there has been a new way of guaranteeing in the judicial practice, creditors in order to guarantee their own claims are often signed the loan contract with the debtor and at the same time signed a sale contract (mostly housing sale contracts) with the debtor or a third party, and agreed that if the debtor after the expiration of the repayment period can't be paid debt, then perform the sale contract and delivery the debtor or the third person's housing to the creditors to pay off the debt. I called it trading-based guarantee. In reality, when the debtor can't to pay debt, the creditor requests the other party to deliver the purpose of the house can not be achieved, and thus the dispute to the court, so the court often register as sale contract dispute.

At present, about the nature and effectiveness of this form of guarantee, scholars have different views and the courts also have different points on the handling of such disputes, so I use this question as a graduation thesis and collect thirty-two judgment of different district courts to study the nature and effectiveness of the guarantee, in order to provide a reference for the judicial practice.

Apart from preface and inclusion, this dissertation is composed of four chapters.

The first chapter mainly lists the thirty-two cases collected by me, classifies them according to different standards, and summarizes the controversial focus of the disputes by analyzing the differences in the judgment as the basis for the analysis.

The second chapter discusses the nature of the trading-based guarantee by respectively comparing with the transferring guarantee, after-alienation guarantee, mortgage concerning the properties in future, paying the debt by a thing. Then I get the conclusion that the nature of trading-based guarantee is pre-contract for *datio in solutum*.

The third chapter starts from the case, analyzes the reasons for the ineffectiveness of trading-based guarantee contract in the judicial practice, and discusses the controversy about the validity of trading-based guarantee contract. In my opinion, The trading-based guarantee contract is not valid for untrue declaration of will and forfeiture clause, but also respect the meaning of the parties autonomy,

recognize the effectiveness of the trading-based guarantee contract.

In the last chapter, based on the results of the previous analysis, this paper puts forward some ideas and countermeasures to the judgments. In my view, the court should carefully check the facts in the course of the trial, distinguish between the real sale contract and transferring guarantee contract, accurately cognize the trading-based guarantee contract. Only in this way can the court apply private lending judicial explanation article 24 and trial in the basic legal relationship of civil lending. The court also should respect the will of parties, the effectiveness of the sale contract should not be rejected, and parties not only auction the subject of the contract, but also pay the debt by a thing directly. In addition they should adhere to the principle of liquidation. The creditors' priority claims should not be supported.

**Keywords:** Trading-based Guarantee Contract; Pre-contract for Datio in Solutum; Fluidity Clause.

# 目录

引言 .....	1
<b>第一章 买卖型担保合同纠纷中的法律争点研究 .....</b>	<b>3</b>
<b>第一节 买卖型担保的分类 .....</b>	<b>3</b>
一、以是否明确约定了担保为标准 .....	3
二、以是否进行了预告登记、商品房登记备案等为标准 .....	4
<b>第二节 司法实践中有争议的法律问题 .....</b>	<b>5</b>
一、关于买卖型担保性质上的争议 .....	5
二、关于买卖合同效力的争议 .....	5
三、关于债权人是否可以优先受偿的争议 .....	6
<b>第二章 买卖型担保的性质研究 .....</b>	<b>7</b>
<b>第一节 让与担保说 .....</b>	<b>7</b>
一、司法实践中的体现 .....	7
二、让与担保制度的基本理论 .....	8
三、让与担保说概述 .....	9
四、买卖型担保与让与担保之比较 .....	9
<b>第二节 后让与担保说 .....</b>	<b>10</b>
一、司法实践中的体现 .....	10
二、后让与担保的概念 .....	11
三、后让与担保说概述 .....	11
四、买卖型担保与后让与担保之比较 .....	12
<b>第三节 未来抵押权说 .....</b>	<b>16</b>
一、未来抵押权的概念 .....	16
二、未来抵押权说概述 .....	17
三、买卖型担保与未来抵押权之比较 .....	18
<b>第四节 以物抵债与代物清偿预约说 .....</b>	<b>18</b>
一、司法实践中的体现 .....	18
二、代物清偿与以物抵债 .....	19
三、代物清偿预约概述 .....	20
四、代物清偿预约说 .....	21
五、买卖型担保的本质是代物清偿预约 .....	22
<b>第三章 买卖型担保合同的效力认定 .....</b>	<b>23</b>
<b>第一节 买卖型担保的债权担保效力 .....</b>	<b>23</b>
一、债的担保功能 .....	23
二、合同标的物的价值变化来实现担保功能 .....	23
三、买卖型担保不具有优先受偿性 .....	24
<b>第二节 担保合同是否因虚伪表示而无效 .....</b>	<b>24</b>
一、通谋虚伪行为的概念 .....	25



二、通谋虚伪行为的基本结构.....	25
三、通谋虚伪行为的效力认定.....	26
<b>第三节担保合同是否因流质条款而无效.....</b>	<b>26</b>
一、问题的提出.....	26
二、流质条款概述.....	27
三、买卖型担保合同与流质条款.....	29
<b>第四章买卖型担保合同纠纷的裁判思路与司法对策.....</b>	<b>33</b>
<b>第一节买卖型担保合同的认定.....</b>	<b>33</b>
一、买卖合同与借款合同并存时的三种情形.....	33
二、如何认定买卖型担保合同.....	36
<b>第二节买卖型担保的实现方式.....</b>	<b>37</b>
一、《民间借贷规定》第 24 条的解读.....	37
二、实践中的几个具体问题.....	38
<b>结语.....</b>	<b>40</b>
<b>附件.....</b>	<b>42</b>
<b>参考文献.....</b>	<b>48</b>
<b>致谢.....</b>	<b>51</b>

# CONTENTS

<b>Perface .....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 Legal Controversy in Trading-based Guarantee Contract.....</b>	<b>3</b>
<b>Subchapter 1 Classification of Trading-based Guarantee.....</b>	<b>3</b>
Section 1 Whether Agreed to Guarantee as Standard.....	3
Section 2 Whether the Notice is Registered or Commercial Housing isRegistered ....	4
<b>Subchapter 2 List of disputed legal issues.....</b>	<b>5</b>
Section 1 Issues with Controversy on the Nature of Trading-based Guarantee.....	5
Section 2 Issues with Controversy on the Effect of Trading-based Guarantee Contract .....	5
Section 3 Issues with Controversy on Whether the Creditor can be Given Priority ....	6
<b>Chapter 2 Research on the Nature of Trading-based Guarantee.....</b>	<b>7</b>
<b>Subchapter 1 Transferring Guarantee .....</b>	<b>7</b>
Section 1 Embodiment of Judicial Practice.....	7
Section 2 Basic Theory of Transferring Guarantee .....	8
Section 3 Overview of Transferring Guarantee Theory .....	9
Section 4 Comparison of Trading-based Guarantee and Transferring Guarantee.....	9
<b>Subchapter 2 After-alienation Guarantee .....</b>	<b>10</b>
Section 1 Embodiment of Judicial Practice.....	10
Section 2 Concept of After-alienation Guarantee.....	11
Section 3 Overview of After-alienation Guarantee Theory .....	11
Section 4 Comparison of Trading-based Guarantee and After-alienation Guarantee	12
<b>Subchapter 3 Mortgage Concerning the Properties in Future .....</b>	<b>16</b>
Section 1 Concept of Mortgage Concerning the Properties in Future .....	16
Section 2 Overview of Mortgage Concerning the Properties in Future.....	17
Section 3 Comparison of Trading-based Guarantee and Mortgage Concerning the Properties in Future .....	17
<b>Subchapter 4 Paying the Debt by a Thing and Pre-contract for Datio in Solutum ..</b>	<b>18</b>

Section 1 Embodiment of Judicial Practice.....	18
Section 2 Datio in Solutum and Paying the Debt by a Thing.....	19
Section 3 Overview of Pre-contract for Datio in Solutum .....	19
Section 4 Pre-contract for Datio in Solutum .....	21
Section 5 Nature of Trading-based Guarantee .....	21
<b>Chapter 3 Cognizance of Effect of Trading-based Guarantee Contract .....</b>	<b>23</b>
<b>Subchapter 1 Valid of Security for an Obligation of Trading-based Guarantee .....</b>	<b>23</b>
Section 1 Guarantee Function of Obligation.....	23
Section 2 Function of Guarantee due to Price Fluctuation of Sale Contract.....	23
Section 3 No Preferential Payment in Trading-based Guarantee.....	24
<b>Subchapter 2 Whether the Guarantee Contract is Invalid due to the untrue declaration of will .....</b>	<b>24</b>
Section 1 Concept of Conspire Hypocritical Act .....	25
Section 2 Basic Structure of Conspire Hypocritical Act .....	25
Section 3 Validity of Conspire Hypocritical Act .....	26
<b>Subchapter 3 Whether the Guarantee Contract is Invalid due to the Forfeiture clause .....</b>	<b>26</b>
Section 1 Raise of Question .....	26
Section 2 Overview of Forfeiture clause.....	27
Section 3 Trading-based Guarantee and Forfeiture clause.....	29
<b>Chapter 4 Referee Thought and Judicial Countermeasures of Trading-based Guarantee Contract Dispute .....</b>	<b>33</b>
<b>Subchapter 1 Cognizance of Trading-based Guarantee Contract.....</b>	<b>33</b>
Section 1 Three Situations when Sale Contract cross Loan Contract .....	33
Section 2 How to Cognize Trading-based Guarantee Contract.....	36
<b>Subchapter 2 Method to Realize Trading-based Guarantee .....</b>	<b>37</b>
Section 1 Interpretation of Private Lending Judicial Explanation Article 24 .....	37
Section 2 Several Problems in Practice.....	38

<b>Conclusion</b> .....	<b>40</b>
<b>Appendix</b> .....	<b>42</b>
<b>Bibliography</b> .....	<b>48</b>
<b>Acknowledgements</b> .....	<b>51</b>

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 引言

### 一、研究缘由

近些年来，实践中经常出现当事人之间通过签订买卖合同(以商品房买卖合同为主)担保民间借贷合同的现象，双方在借款合同外往往又签订买卖合同，并约定如果债务人不能按时履行债务，就用买卖合同的标的物来消灭债务。对于该约定的性质和效力，学者们看法并不一致，审判实践中法院的观点也存在着差异。理论上对此也没有一个固定的名称，各学者因其侧重点不同，叫法不一。为保持全文的简洁和统一，本文将它称作买卖型担保合同，以此为题展开论述。

《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<sup>①</sup>就是在这种背景下应运而生。然而第 24 条似乎只是在审判程序层面进行了规定，并没有对买卖合同的效力和性质进行明确，在审判实践中应该如何理解适用该条也依然存在着问题。因此，笔者将该类买卖型担保作为论文选题，试图通过后面的研究解决这些问题。

### 二、研究现状

目前关于买卖型担保研究的期刊论文主要有：杨立新的《后让与担保：一个正在形成的习惯法担保物权》，董学立的《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》，陆青的《以房抵债协议的法理分析——〈最高人民法院公报〉载“原告案”评释》，高治的《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》，袁士增、马艳华的《后让与担保权人不能直接以物抵债》，刘生亮、董新辉的《买卖式担保的理论基础与司法对策——以民间借贷与买卖合同混合的处理为中心》，梁曙明、刘牧晗的《借贷关系中签订房屋买卖合同并登记备案属于让与担保》，唐旭的《用商品房买卖合同进行“担保”的行为性质研究》，张伟的《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》，张海鹏的《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》，

<sup>①</sup>《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：“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。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。”

陈然的《担保型买卖合同的法律效力研判——兼评〈民间借贷司法解释〉第 24 条》，黄薇的《以商品房买卖担保借贷合同的案件性质认定及解决方法初探》，章晓英的《“以房抵债”与抵销预约——〈最高人民法院公报〉载“朱俊芳案”评释》，庄加园的《“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》。

学位论文有：黄娥的《借款合同与房屋买卖合同重叠的法律分析及司法应对》、王臻的《买卖型担保问题研究》、廖原菲的《论民间借贷司法解释第 24 条与以房抵债裁判规则的衔接》。

现阶段对于买卖型担保的性质和效力问题，学界已经有了一些研究成果，但观点大多并不一致，在实务中如何审理这类案件也存在一些问题。大多数学者对该问题的研究成果多以理论分析为主，也有对个案的评析，但还没有以大量案例为基础，结合相关理论的综合分析。因此，笔者希望以搜集到的 32 个案例为基础，通过对不同地区法院的判决进行归纳总结，比较出不同之处，梳理各种学说观点，从中理清买卖型担保的法律关系，为今后理论界和实务界分析和解决该问题提供一个参考。

### 三、写作内容

全文以不同判决中的争议点为基础，结合笔者自己的理解和理论研究实务现状，共分为四个部分。

第一部分主要罗列笔者搜集到的 32 个案例中的法律争点。第二部分从让与担保说、后让与担保说、未来抵押权说、以物抵债说这几种主流观点的角度对买卖型担保的性质展开讨论。第三部分则从案例着手，对司法实践中导致买卖型担保合同无效的原因进行分析，对买卖型担保合同的效力上所存在的争议进行讨论。最后一部分主要结合前面分析研究的结果，对现实中出现的这类买卖型担保合同纠纷，司法实践中如何对其裁判，提出一点思路和对策。

### 四、缺陷和不足

因为笔者语言能力上的不足，本文只搜集了国内关于买卖型担保纠纷的相关判决，没有能够展开比较研究。此外，笔者此文的目的在于为之后的司法实践中的类似案件的解决提出个人见解，但由于篇幅的限制，本文没有涉及融资性买卖，也称为“隐蔽型买卖式担保”，而是将主要范围限于司法实践中常见的借款合同和房屋买卖合同并存的这一类担保方式。

## 第一章买卖型担保合同纠纷中的法律争点研究

本章分为两节，第一节主要是在对笔者搜集的 32 个案例分析的基础上，将实践中出现的买卖型担保合同纠纷的不同情形按不同的标准进行分类，第二节是在前一小节的基础上，归纳出法院审判过程中存在的一些争议或法律争点，并以这些有争议的法律问题来展开后文的论述。

### 第一节买卖型担保的分类

笔者在北大法宝<sup>①</sup>、无讼案例<sup>②</sup>上以借款合同、买卖合同、买卖型担保、买卖合同担保借款合同等关键词查找筛选了与买卖型担保有关的大量案例，并通过研读这些判决书，从中挑选出了具有典型意义的 32 个案例，这 32 个案例尽可能多地将实践中出现的这类纠纷中不同的情况涵盖进来，其中也包括了对于相似情形法院出现的不同判决。也有个别案例的案情与本文所讨论的买卖型担保的情形相类似，但并不属于买卖型担保，笔者也一起列出，以方便在后文进行比较。具体见附件表 1。

通过对搜集的这 32 个案例进行整理，笔者试图将买卖型担保中存在的一些不同情形按不同的标准进行分类。

#### 一、以是否明确约定了担保为标准

根据合同条款中是否明确约定以买卖合同作为借款担保为标准，可以分为明确约定以买卖合同作为借款担保的和没有明确约定以买卖合同作为借款担保的。在笔者搜集的 32 个案例中，有 17 个案例属于前者，剩下的则是没有约定的情形，通过研读判决书，笔者认为尤其是后者这种没有明确约定以买卖合同作为借款担保的，审判过程中如果双方各执一词，一方认为买卖合同是借款合同的担保，另一方则认为二者不存在担保关系，是相互独立的合同，那么实务中如何认定双方之间法律关系的性质这部分的事实将成为法官首要解决的难题。因此，本文将在第四章重点探讨该问题。

<sup>①</sup>北大法宝数据库主页：<http://www.pkulaw.cn/>。

<sup>②</sup>无讼案例主页：<http://www.itslaw.com/>。

## 二、以是否进行了预告登记、商品房登记备案等为标准

根据签订房屋买卖合同并是否进行了预告登记、商品房登记备案等为标准可以分为仅签订了房屋买卖合同的，签订了房屋买卖合同并完成了商品房登记备案的和签订了房屋买卖合同并预告登记的，也存在着既完成了商品房登记备案，又进行了预告登记这种情况。此外，还存在着签订买卖合同的同时办理公证的情况。

在笔者搜集到的 32 个案例中，仅签订了买卖合同的有 9 个案例，签订商品房买卖合同并办理了合同登记备案的有 10 个案例，签订了买卖合同并办理了预告登记的有 4 个案例，还有 2 个案例中出现办理了公证的情形。

从上面可知，司法实践中签订买卖合同并办理商品房登记备案的比较常见，那么其登记备案的效力就是值得讨论的问题。现实中，往往是当事人无法办理抵押登记，希望借这种方式来担保自己的债权，以期在债务人不能清偿债务时能够就担保标的物来实现自己的债权。那么，按照这种标准划分的债权人仅签订买卖合同和签订买卖合同，并办理登记备案、预告登记或进行公证的这几种情形是否能达到这一目的，从而使债权人享有优先受偿权，这是一个值得讨论的问题，这也极大的关系着债权人利益是否能得到切实的保护，笔者将在后文中对此问题进行论述。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库