

# 后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权

杨立新\*

---

**内容提要** 我国目前司法实践中存在的以商品房买卖合同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物权。这种新型担保物权与让与担保产生的背景和发展过程基本一致。应当确认这种习惯法上的非典型担保物权,并对其进行规范,使其能够更好地为经济发展服务,为企业的融资进行担保,以发挥其应有的作用。

**关键词** 后让与担保 让与担保 非典型担保物权

---

近年来,经常发生这样一种民事纠纷:开发商与他人进行融资时,借用人和出借人订立商品房买卖合同,约定如届时不能清偿债务,即履行商品房买卖合同,交付房屋,抵偿借款。这种民事争议的真实法律关系的性质究竟是什么,如何顺应发展,因势利导,概括出这种民事法律关系的性质和基本规则,特别值得探讨。我认为,一个初具雏形的习惯法担保物权即后让与担保在我国民法领域已经出现。

## 一、以商品房买卖合同设置的担保的真实性质

### (一) 以商品房买卖合同设置的担保是债权担保还是物的担保

对于以商品房买卖合同作为担保发生的争议,最高人民法院虽然已经注意到,但其关注点并不是担保问题,而是争议是否存在借贷关系的证明责任。<sup>①</sup>这仅仅是这类纠纷中的一个问题,更重要的是要确定这类纠纷中担保性质的界定问题。

用商品房买卖合同对借贷合同进行担保,确实能够起到担保作用。特别是在商品房买卖合同约定的房价较低,而房价持续上涨的时候,更能够督促借款人及时清偿债务,避免承担对自己不利的违约后果。认可订立商品房买卖合同对于债权的担保作用,是研究和讨论这个问题的基础。

当事人订立的商品房买卖合同对借贷合同发生担保作用的,究竟是债权还是物权呢?从形式上看,对借贷合同发生担保作用的,确实是商品房买卖合同。商品房买卖合同的买受人(即借款合同的出借人)依据该合同享有债权,如果借贷合同的借款人(商品房买卖合同的出卖人)能够及时清偿债务,出借人享有的商品房买卖合同的债权就消灭,商品房买卖合同就不再履行。如果借贷合同的借款人不履行债务,出借人即可行使商品房买卖合同交付房屋的债权,并且用交付的房屋清偿债务,消灭债权。从实质上看,对借贷合同发生担保作用的是商品房买卖合同的标的物,而不是该合同的债权。其发生担保作用的链条是:行使买卖合同债权→交付买卖标的物即房屋→房屋价值抵偿债务→消灭借贷债务。因此,商品房买卖合同发生担保作用的不是债权,而是债权的标的物,即买卖合同的标的物——房屋,是房屋的所有权转移对借贷合同的债权发生担保作用。从这个意义上观察,商品房买卖合同作为借贷合同债权的担保,并不是债权担保,而是不动产所有权的担保:不履行债务,即用约定的房屋所有权转移以清偿债务。因此可以确定,用商品房买卖合同设置的担保是物保,而不是人保,更不是债权的担保。用债权

---

\* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

① 参见最高人民法院2011年6月《全国民事审判工作纪要》“关于民间借贷纠纷案件”中的关于证据认定问题。本文以下简称“纪要”,该纪要尚未公开。

作为担保,应当是设立权利质权,是债务人将自己的或者他人的债权质押给债权人,用质押的债权担保债务的履行。用商品房买卖合同担保并不是以债权设立质权,因为并没有对双方的合同债权进行质押,并且这个债权就是债权人享有的另一个债权,不存在用自己的债权进行质押的问题。因此,商品房买卖合同担保借款合同债权,并不是债权担保。

## (二) 以商品房买卖合同作为担保是物的担保中的哪种担保

传统的担保形式是人保和物保。在物的担保中,法律规定的方式有抵押、质押和留置,《物权法》没有明确规定但是其他法律或者实践中确认的非典型担保物权还有优先权、所有权保留和让与担保。<sup>②</sup>用商品房买卖合同担保借款合同债权的担保属于其中的哪一种形式的担保呢?

用商品房买卖合同对债权进行担保,肯定不属于法定担保物权中的任何一种。首先,用商品房买卖合同设置担保,并不存在将房屋抵押给债权人的行为,也没有在商品房上设立抵押权,因此肯定不属于抵押权。其次,用商品房买卖合同担保也不是质权,因为商品房买卖合同的债权由借款合同的债权人享有,没有理由用自己的债权为自己的另一个债权进行担保。再次,用商品房买卖合同设置担保,由于没有基于某种法律关系而实际占有商品房,不存在适用留置权的基础条件,更不是留置权。

在非典型担保中,也不包括用商品房买卖合同担保借款合同债务的担保形式。因为用商品房买卖合同进行担保,与优先权完全不相干,因此不是优先权;也不存在所有权保留的情形,因而也不是所有权保留;当然也没有让与所有权,因此也不是让与担保。

不过,将用商品房买卖合同进行的担保与非典型担保物权进行比较,可以发现,这种担保与让与担保比较接近,类似于让与担保这种非典型担保物权。

## (三) 商品房买卖合同担保与让与担保的联系与区别

让与担保是指债务人或者第三人为担保债务人的债务,将担保标的物的所有权等权利转移于担保权人,而使担保权人在不超过担保之目的范围内,于债务清偿后,担保标的物应返还于债务人或者第三人,债务不履行时,担保权人得就该标的物优先受偿的非典型担保物权。<sup>③</sup>让与担保的法律特征为:一是转移担保标的物权利的担保物权,二是在债权人与债务人之间的债权债务关系基础上成立的担保物权,三是保障债权实现的担保物权,四是在债务履行完毕之时须返还财产权利的担保物权。<sup>④</sup>

将用商品房买卖合同设置的担保与让与担保相比较,用商品房买卖合同担保是债务人为担保债权人的债权实现,用商品房买卖合同的方式,约定如果债务人不履行合同时,将商品房买卖合同约定的房产转让给债权人即担保权人,担保权人得就该买卖标的物优先受清偿,实现自己的债权。这两种担保的区别仅仅在于:一个是将约定的担保物的所有权先让与债权人,于债务清偿时将担保物的所有权再转移给担保人;一个是约定担保标的物的所有权拟转让给债权人,在债务人不履行债务时,即转让所有权,清偿债务。换言之,让与担保是以先转让的所有权为担保,用商品房买卖合同担保是以后转让的所有权为担保。

从法律特征上观察,二者有如下区别:第一,让与担保是转移担保标的物权利的担保物权,商品房买卖合同担保是约定不履行合同时转让标的物所有权的担保物权;第二,让与担保是在债权人与债务人之间的债权债务关系基础上成立的担保物权,商品房买卖合同担保也是在债权人与债务人之间的债权债务关系基础上成立的担保物权;第三,让与担保是保障债权实现的担保标的物,商品房买卖合同担保当然也是通过商品房买卖合同保障债权实现的担保标的物;第四,让与担保是在债务履行完毕之时须返还财产权利的担保物权,商品房买卖合同担保尽管先不转让担保标的物的所有权,如果债务人已经履行债务,就不必再转让标的物的所有权,但在债务人不履行债务时,则应当转移担保标的物的所有权,以

<sup>②</sup> 关于非典型担保标的物,参见杨立新《物权法》,高等教育出版社2007年版,第317页。

<sup>③</sup> 参见谢在全《民法物权论》(下册),台湾新学林出版股份有限公司2010年修订五版,第393页。

<sup>④</sup> 参见前引<sup>②</sup>杨立新书,第328页。

清偿债务,实现债权。可见,让与担保与用商品房买卖合同设置的担保,其区别仅在于一个是先转移所有权,一个是后转移所有权,同样都是担保物权,仅仅是所有权转移有先后之分而已。在其他方面,二者则基本相同。

#### (四) 以商品房买卖合同作为担保的性质是后让与担保

通过以上比较可以发现,用商品房买卖合同设置的担保与让与担保最为近似,将其称之为后让与担保,是恰当的。

之所以将这种用商品房买卖合同为债权设置的担保叫作后让与担保,在于发生担保作用的不是商品房买卖合同的债权,而是商品房买卖合同的标的物即房屋及其所有权,其中也包括商品房的地基及建设用地使用权,在签订商品房买卖合同作为担保的时候,担保标的物的所有权并没有转移,房屋也没有交付,仅仅是约定了交付担保标的物的债权;如果债务人不履行债务,债权人即可主张履行商品房买卖合同,交付担保标的物的所有权以清偿债务,显然是以约定的商品房所有权的后转让作为担保。后让与担保既表达了其与让与担保之间的联系,也表现了与让与担保之间的区别,概括了这种担保物权的基本特征,是一个形象、具体、具有表现力的法律概念,应该确认这个概念。

#### (五) 后让与担保产生的基础与让与担保产生的基础基本相同

目前我国社会存在的后让与担保,是通过签订商品房买卖合同而为融资设立的。这种情形与让与担保产生时的社会基础基本相同。

第一,产生的经济背景相同。让与担保产生的经济背景,主要是为保障融资安全担保借贷合同的债权实现。德国产生让与担保这种非典型担保物权类型,是基于企业对融资的普遍渴求,在向银行进行借贷时,银行不接受以买卖合同的方式订立担保关系,只有企业之间进行融资,才有可能采用以买卖合同对融资进行担保的可能性,让与担保应运而生。在中国,企业之间以及对个人进行融资在实践中曾经被认为是违法的。企业之间以及企业与个人之间的融资不能公开进行,当然更不能以法律规定的典型担保方式进行担保,由于后让与担保的主要融资方是房地产开发商,因此,用商品房预售合同对融资进行担保就成为了可能,并被广泛利用起来。可见,让与担保与后让与担保产生的经济背景是完全一样的,都是企业渴求融资。

第二,产生的法律障碍相同。在德国,从18世纪到19世纪,动产担保被统一成占有质,动产抵押被视为侵害信用或交易的危险源而被禁止。<sup>⑤</sup>设置动产质,必须转移质物的权利,而不得采用占有改定方式,有碍动产的利用,不适于企业的融资。<sup>⑥</sup>我国当前同样存在这样的问题,更为重要的是,国家政策长期禁止企业之间以及企业与私人之间进行借贷,致使企业尤其是房地产开发商融资困难。在这种情况下,开发商用自己的不动产资源,设置既不转移占有,又能为融资提供担保的后让与担保形式,是破解这种法律障碍的一个好方法。可见,后让与担保的产生与让与担保产生的法律背景基本相同。

第三,确定担保关系的合同方式相同。产生后让与担保的合同方式是,通过商品房买卖合同为借贷合同提供担保。在德国,18世纪和19世纪发生的让与担保,同样是为了满足经济发展对不转移占有的动产担保的需要,当事人也是通过所谓的“买卖”行为来实现担保的目的:双方当事人缔结附买回权的买卖契约,并允许卖方利用租赁或使用借贷的名义,以占有改定的方式继续占有使用该标的物。<sup>⑦</sup>令人惊奇的是,我国出现的后让与担保关系,同样是以买卖合同的方式来实现担保的目的,有所不同的只是该买卖合同先不履行,只是在债务人不履行债务时,才履行买卖合同转移买卖标的物的所有权或者其他物权以清偿债务。“历史惊人的相似”,经过两百年的轮回,中国社会又出现了以买卖合同对债权进行

<sup>⑤</sup> 参见[日]田高宽贵《担保法体系的新发展》,劫草房1996年版,第33页。转引自陈本寒《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社2003年版,第361页。

<sup>⑥</sup> 参见前引③,谢在全书,第396页。

<sup>⑦</sup> 参见[日]近江幸治《德国法中的权利转移型担保之研究》,载《早稻田法学杂志》(第8号),1978年,第119页。转引自前引⑤,陈本寒书,第361页。

担保的后让与合同,除了令人惊奇之外,还能够让人得出社会发展和变化的动因和结果是相同的这一结论。

第四,通过判例确认为非典型担保物权的方法相同。德国法院对让与担保的确认,几经周折。德国判例最初认为,这种形式只是为了债权担保的目的通过买卖的外观,以达到规避普通法关于禁止设立动产抵押的规定而已,因而认为无效。1880年10月9日德国法院的一起判决,首次承认了这种行为的有效性,但结论是承认买卖合同的有效性,而否定当事人之间担保关系的存在。过了十年,1890年6月2日,德国法院又对类似案件作出判决,认为可以占有改定的方式进行的交付,是上级地方法院所承认的动产占有转移的方式,为担保目的而将动产所有权让与,则为通说和帝国法院判例所承认的行为。至此,德国终于通过判例承认了让与担保制度的合法存在。同样,在日本,在开始的时候,让与担保的买卖部分属于虚伪行为,但作为实际效力部分的担保,则部分有效。后来,随着信托行为理论的引进,日本判例认为让与担保是信托行为的一种,属于有效的法律行为,是为担保当事人之间的债务关系而转移所有权,因此,在第三人的外部关系上,所有权转移给债权人,而在当事人之间的内部关系上,所有权并不发生转移,债务人依然拥有所有权。<sup>⑧</sup>在我国,后让与担保在社会中现实地存在着。它要求法学家以及法官能够发现它,确认它,让它由“地下”的潜伏状态转入“地上”,剥开其买卖合同的外观,还其担保物权的本来面目,能够公开地存在并发挥作用,而不是借口物权法定主义而将其扼杀在摇篮之中,断绝了企业融资的一个良好通道。

综上所述,可以看到,我国长期对企业之间的借贷采取禁止政策,在通过正当融资渠道无法得到借款时,房地产开发商为了得到融资,不得不向自然人或者企业借贷。由于这种融资属于非法借贷,且无法通过法定程序设立担保物权进行担保,因而通过商品房买卖合同的方式,对不正当的借贷关系进行担保,催生了后让与担保的发生。由此看来,催生新型担保物权都以社会经济需要为基础,让与担保和后让与担保都是采用买卖合同方式,约定先转移所有权或者后转移所有权,对债权进行担保。时至今日,国家政策已经放开了民间融资渠道,后让与担保将会被大量应用。是否承认后让与担保,是考验中国民法学家和民事法官智慧的关键时机。最高人民法院前述“纪要”规定民间借贷合同的证明责任,虽未说明其担保问题,但如果能够证明借贷双方当事人之间存在借贷合同,言外之意就等于认可双方所签订的商品房买卖合同属于担保性质。问题的关键就在这里。事实上,这是司法实践间接承认后让与担保的关键一步。

“担保性所有权让与提供的是一个秘密的质权,它在外部是难以被辨别的。”<sup>⑨</sup>同样,后让与担保也是一个秘密的抵押权,它在外部也是难以被辨别的。只有剥开这个秘密的抵押权的面纱,还其本来面目,才能够识别其本质,正确对其适用法律。目前的问题是,后让与担保关系尽管已经被有的法院所确认,但并未在理论上确认这是一种新型的非典型担保物权。目前,尽管企业之间以及企业与自然人之间的借贷关系已经得到法律的确认,但是,因此而发生的通过商品房买卖合同关系确立的后让与担保物权并未得到确认。我们应当确认这个新型的非典型担保物权,将其从“地下”的潜伏状态转移到地上来。

## 二、后让与担保概念的界定及与物权法定原则的关系

### (一) 应当如何界定后让与担保的概念

后让与担保是我国新发展起来的一种非典型担保物权,尚无人为这个概念下一个定义。根据我的研究,借鉴让与担保的概念,可以认为,后让与担保是指债务人或者第三人为担保债权人的债权,与债权人签订不动产买卖合同,约定将不动产买卖合同的标的物作为担保标的物,但权利转让并不实际履行,于债务人不能清偿债务时,须将担保标的物的所有权转让给债权人,债权人据此享有的以担保标的物优

<sup>⑧</sup> 以上均引自前引<sup>⑤</sup> 陈本寒书,第361-362页。

<sup>⑨</sup> [德]鲍尔/斯蒂尔纳《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第603页。

先受偿的非典型担保物权。

后让与担保与其他担保物权不同。界定这个概念,应当特别揭示其独具的特点,使这一概念更加清晰、明确。

第一,后让与担保是通过不动产转让合同设立的担保物权。由于目前在社会生活中存在的后让与担保并无确定的法律地位,因此,设定后让与担保的合同都未明确为设定后让与担保的物权合同,而是直接使用商品房买卖合同。在法律确认后让与担保的非典型担保物权的合法地位后,就可以直接将担保而设立的商品房买卖合同明确为设立后让与担保的物权合同。事实上,目前为设立后让与担保的商品房买卖合同,实际上就是设立不动产后让与担保的合同,它与抵押合同、质权合同、所有权保留合同以及让与担保合同是一样的。设定后让与担保的标的物就是约定的转让物权的不动产标的物,通常是房屋所有权或者土地使用权。

第二,设定后让与担保的不动产转让合同是担保主合同债权的从合同。在现实生活中,这类民事纠纷通常是享有担保物权的债权人主张设立担保合同的不动产转让合同的非从属性,而将其主张为主合同,否认不动产转让合同是设立后让与担保物权的从合同性质,因而主张不履行主合同或者否认主合同。“纪要”反映的正是这样的问题。确认后让与担保法律关系,转让不动产权利的合同就是设立后让与担保的从合同,是从属于主合同的从合同。设立后让与担保的从合同的命运随主合同的命运变化,主合同因清偿而消灭的,设定后让与担保的从合同即时消灭,不复存在;只有在主合同债务届时不清偿时,才发生履行后让与担保合同的必要。只要双方当事人设定的是后让与担保合同,设定后让与担保的不动产转让合同就永远是主合同的从合同,永远不会变为具有独立地位的主合同,更不得离开被担保的主合同而单独请求从合同的单独履行。

第三,后让与担保的当事人是主合同的债权人以及债务人或者第三人。在目前发生的后让与担保关系中,当事人基本上是主合同的当事人。接受后让与担保物权的债权人为担保权人,是主合同的债权人,同时也是从合同的债权人(即担保权人)。提供担保标的物的一方当事人为担保物权设定人,通常是主合同的债务人,而不是第三人。在目前发生争议的案件中,通常都是开发商出于融资目的与出借人签订后让与担保合同(即商品房买卖合同),尚未见到第三人提供此类担保的案例。不过,从发展的角度观察,会发生第三人提供后让与担保的情形,因而不能否定第三人作为后让与担保的当事人的可能性。

第四,后让与担保的性质是新型的非典型担保物权。后让与担保既不是人的担保,也不是债权的担保,属于新型的非典型担保物权。这种担保物权不像让与担保那样,在设定担保时,债务人或第三人就将担保标的物的所有权转移给债权人,债权人成为担保标的物的所有权人。后让与担保在担保物权设定时,担保标的物的物权并没有转移,而仅仅是约定在债务不履行时转让担保标的物的物权。因此,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,这表现在,设定后让与担保的不动产在主合同履行期间并不实际履行,只有在债务届时不能清偿时才转移所有权,实现债权。后让与担保的担保效力,就发生在担保权人所享有的担保物权的期待权上,只要约定的条件成就,期待权就转变为现实的既得权,就可以向债务人或者第三人主张担保标的物的物权,以满足债权实现的要求。这种担保物权既非法定担保物权,亦非目前所认可的非典型担保物权,而是一种新产生的新型非典型担保物权。

## (二) 后让与担保的担保物权与物权法定原则之间的关系

我国《物权法》实行物权法定原则,且没有明文规定物权法定缓和。<sup>⑩</sup>2006年8月18日全国人大常委会第五次审议的《物权法(草案)》曾经规定了物权法定缓和原则,即第3条规定“物权的种类和内

<sup>⑩</sup> 参见王利明《物权法研究》(上册),中国人民大学出版社2007年第2版,第166页。

容,由法律规定;法律未作规定的,符合物权特征的权利,视为物权。”我曾经撰文赞美这个条文,<sup>①</sup>但文章发表后,《物权法》在通过时删除了物权法定缓和部分的内容。对此,反对最劲者,当属梁慧星教授。他认为,《物权法(草案)》增加“法律未作规定的,符合物权性质的权利,视为物权”一句,导致物权法基本原则的根本性改变,即由“物权法定原则”,变为“物权自由原则”。这一基本原则的改变,在理论上是错误的,在实践中是有害的。<sup>②</sup>事实上,物权法定与物权自由并非截然对立,二者之间还存在一个中间地带,即物权法定缓和。没有物权法定缓和,物权法定原则就是僵化的、死板的,无法适应社会发展需要。学者认为,为避免物权法定主义过于僵化,妨碍社会之发展,在法律尚未及补充新物权秩序时,若习惯形成之新物权,明确合理,无违物权法定主义之旨趣,能依一定之公示方法予以公示者,法律应予承认,以促进社会之经济发展,并维护法秩序之安定。<sup>③</sup>正是基于这样的理由,我认为梁慧星教授的上述意见值得商榷。

可以确认,我国《物权法》确实没有规定物权法定缓和原则,这与梁慧星教授的意见有直接关系。不过,僵化的物权法定原则不符合实际生活的需要。谢在全教授认为,惟时变境迁,规范私人间财货秩序之物权法不能与社会需要脱节,更不能阻碍其进步,若民事法定法与社会实际生活已生不一致之现象,立法又未能适时补充时,民法设计即许习惯法填补,物权法定主义亦应无例外。准此以观,应认物权法定主义之意旨应仅在限制当事人创设物权,尚无禁止经由习惯法形成新物权之理。因此,物权法定主义之适用应不得过度僵化,以免成为社会进步之绊脚石。<sup>④</sup>谢在全教授的上述意见特别值得赞赏。

对于社会生活中出现的新型担保物权,不能以僵化的观念,固守物权法定原则而予以拒绝和排斥。应当顺势而为,确认习惯中的后让与担保的担保物权效力。至于具体的方法,可以采取“习惯法形成之物权若类型固定,明确合理,无违物权法定主义存在之旨趣,且有公示之可能,社会上确有其利益及需要,而透过上述物权法定缓和之适用,又已逾解释之界限,将抵触物权之核心内容时,即有以习惯法之物权,加以承认之余地”。<sup>⑤</sup>因此,通过习惯法确认后让与担保为非典型担保物权,不违反《物权法》第5条规定的物权法定原则,应当予以确认。

### 三、全面规范后让与担保用益物权的法律规则

后让与担保是正在形成的非典型担保物权,目前在习惯法上已经有了一些基本规则,但并不完善,甚至有些做法不符合担保物权的规则,存在的漏洞容易被当事人利用而引发纠纷。因而,必须结合实践中的习惯规则,用《物权法》第十五章规定的担保物权的一般规定统制它,确定完善的后让与担保规则,保障这种新型的非典型担保物权的正常发展和正确适用,为融资提供保障。

#### (一) 后让与担保的设定

##### 1. 可以设定后让与担保的标的物

目前在司法实践中出现的后让与担保,其担保标的物没有让与担保的标的物那么广泛。让与担保既有不动产让与担保,也有动产让与担保。<sup>⑥</sup>由此推论,不动产和动产的物权均可以设置后让与担保。

目前社会生活中通行的,都是以商品房的所有权设置后让与担保。在商品房的地基上,实际上还有建设用地使用权,因此建设用地使用权也是后让与担保的标的物。是否也可能出现其他不动产权利,如宅基地使用权、土地承包经营权、典权等,作为后让与担保的可能性,值得研究。依我所见,凡是不动产

<sup>①</sup> 杨立新《物权法定原则缓和与非法定物权》,载《政法论坛》2007年第1期。

<sup>②</sup> 新浪博客《杨立新PK梁慧星:物权法定?物权自由?物权法定的缓和?》,载 [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_4c74b289010008hy.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_4c74b289010008hy.html) 2012年6月7日访问。

<sup>③</sup> 郑冠宇《民法物权》,新学林出版股份有限公司2010年版,第25页。

<sup>④</sup> 谢在全《民法物权论》(上),台湾地区新学林出版股份有限公司2010年修订第五版,第50-51页。

<sup>⑤</sup> 参见前引<sup>④</sup>,谢在全书,第52页。

<sup>⑥</sup> 参见前引<sup>③</sup>,谢在全书,第411、433页。

的物权都有可能设立后让与担保。

目前还没有出现以动产设定后让与担保的案例,但这不是由于动产不能设定后让与担保,而是后让与担保仍然处于“地下”的“潜伏”状态。如果习惯法或者实定法确认后让与担保的担保物权地位,后让与担保是将财产或者财产权利在债务人不履行债务时转移于债权人以担保债权实现的担保物权制度,由它的性质所决定,凡是具有可转让性的标的物的物权,不论动产还是不动产,都可以成为后让与担保的标的物。因此,后让与担保的标的物应当是一切可以依法转让的财产和财产权利。不具有可转让性的财产或者财产权利不能作为后让与担保标的物。

在动产让与担保中,由于先转移标的物的物权,而动产物权的转移须以交付为法定公示方式,因此,通常采用占有改定为之。<sup>①</sup>在动产的后让与担保中,由于并非先转移担保标的物的物权,则不存在这样的问题,担保标的物仍然由担保设定人占有,只是在后让与担保实现时方转移物权,因此,动产作为后让与担保的标的物,不存在法律上的障碍。不过,由于后让与担保在不履行债务时方转移所有权,因而风险较大,以动产设置后让与担保时,应当慎重。

## 2. 后让与担保的设定方法和后果

目前在实践中设定后让与担保,基本上都是通过商品房买卖合同设立的。这完全符合担保物权应当采用法律行为的方式为设立规则的要求。不过,用订立商品房买卖合同的方式设定后让与担保法律关系是不规范的。依照《物权法》第172条第1款的规定,<sup>②</sup>应当明确,设立后让与担保物权,应当依照设立担保物权的一般方法,即订立后让与担保合同的方式,确定后让与担保的法律关系。在目前,通过后转让标的物所有权合同(即商品房买卖合同)的方式为债权担保的,只要符合后让与担保合同的主要特征要求,应当认定成立后让与担保合同,发生后让与担保的担保物权。

后让与担保合同的设立后果是产生后让与担保物权。由于利益关系重大,后让与担保合同应当采取书面形式订立,为要式合同。如果没有采取书面形式订立让与担保合同,不承认其效力。出现这种情形,对债权人不利,但债权人的身份是商人,即使是自然人,也都应当对自己谨慎负责,对自己的利益应采善良管理人的注意,如果没有采取书面形式订立后让与担保合同的,违反一般的交易常识,受到损失的是债权人自己,后果是使自己的债权失去担保。由于自己的过错而使自己承受后果,于社会利益而言并无大碍。

## (二) 后让与担保合同

### 1. 后让与担保合同的基本内容

目前发生的后让与担保合同均采取商品房预售合同的标准合同形式,并非采取后让与担保合同的格式,而且由于后让与担保处于“地下”状态,因此,还没有典型的后让与担保合同的格式要求。尽管可以根据发生后让与担保作用的商品房预售合同确认后让与担保合同的效力,但承认后让与担保为非典型担保物权,就须确定典型的后让与担保合同的基本内容,应当以后让与担保合同设立后让与担保物权。

后让与担保合同应当具有以下内容:(1)后让与担保的当事人,包括后让与担保的设定人、取得后让与担保的担保权人的姓名或者名称以及住所。(2)被担保债权的种类、性质及担保的数额。(3)担保标的物(或者权利)的名称、种类、数量、状况和处所等,特别应当注明担保标的物是不动产还是动产。后让与担保的设定人(即债务人或者第三人)应当以其享有的动产或者不动产以及其他财产权利为限,设定后让与担保。对于不属于自己的财产或者财产权利,不能设定后让与担保。(4)担保标的物(或者权利)的评价。(5)担保标的物(或者权利)的占有、管领、收益以及有关费用的负担。(6)后让与担保权的期限。(7)被担保债权不能实现时,担保设定人应当将担保标的物的物权转移给担保权人。(8)后

<sup>①</sup> 参见前引③,谢在全书,第433页。

<sup>②</sup> 《物权法》第172条第1款的内容是“设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。”

让与担保物权的消灭条件。(9) 当事人解决争议的方式。(10) 双方当事人约定的其他事项。

现实生活中出现的后让与担保合同(如商品房预售合同)不完全具备上述基本内容,但符合后让与担保合同的实质条件要求的,应当认可发生后让与担保的担保物权。

#### 2. 后让与担保的生效条件与实现条件

后让与担保合同成立,即发生产生后让与担保物权的效果,债权人取得担保物权。由于后让与担保是以主合同履行期届满至债务人不履行债务时转移担保标的物的权利于债权人的方式,实现对债权担保职能的,因此,后让与担保的设定人应当以承诺主合同债务履行期届满时不履行债务为担保物权实现条件。不具备实现条件的,不能行使后让与担保物权。

一般认为,习惯法认定新型物权,应当存在公示之可能。<sup>⑩</sup>后让与担保在担保物权发生之时,所有权并没有转移,因此不存在对预定不履行债务时的物权转移无法进行物权变动的公示。但是,认可后让与担保为担保物权,该担保物权应当能够进行公示。在法律尚未明确认可后让与担保的情况下,按照习惯法,如果有条件的,以不动产设置后让与担保物权应当将该担保物权在物权登记簿上进行他项权利的登记;对于动产的后让与担保,不必进行登记的公示。目前,商品房买卖合同进行预告登记的,应当视为公示。不过,即使目前出现的后让与担保没有进行公示,只要具备后让与担保法律特征的,应当认可后让与担保的法律关系,保护双方当事人的合法权益。

即使将来法律对后让与担保予以认可,对于该项担保物权的登记,也应当采取登记对抗主义,而不是登记生效主义。至于当需要转移担保标的物的物权的登记时,则为实现后让与担保的担保物权时的必经手续,不在此处讨论。

### (三) 后让与担保成立后发生的效力

#### 1. 对债权人的效力

设置后让与担保的目的在于担保债权的实现。债权人基于后让与担保发生担保物权,进而产生后让与担保请求权。该请求权的性质不是既得权,而是期待权,期待后让与担保物权实现的条件成就时,变为既得权,依据该后让与担保的既得权,担保人可以向后让与担保的设定人行使该请求权,通过让与担保标的物的物权,而实现自己的债权。

后让与担保请求权由期待权变为既得权的必要条件,就是实现担保物权的条件,即债务已届清偿期,债务人不清偿债务。如果债务人已经清偿了债务,后让与担保的担保作用已经完成,没有继续存在的必要,后让与担保的期待权失去存在的价值,因而消灭。

后让与担保请求权一旦从期待权变为既得权,担保人可以行使该请求权,向后让与担保的设定人主张转让让与担保标的物的物权,并取得该担保标的物的物权,以清偿债务。

担保权人基于对担保标的物的期待权,享有对担保标的物的保全请求权。如果担保设定人将担保标的物做不适当处置,债权人有权行使保全请求权,恢复担保标的物的原状,以担保债权的实现。

#### 2. 对担保人的效力

后让与担保的担保设定人,即担保人,既可以是主合同的债务人,也可以是主合同当事人以外的第三人。

后让与担保对于担保人的效力,首先表现在对担保标的物的权利设置负担。尽管后让与担保在成立时并不转移担保标的物的占有和权利,但是对担保标的物设置了担保物权,构成了对担保人行使物权的限制,其所享有的所有权或者其他物权附设了权利行使的限制。对此,应当参照抵押权的规定,适当限制后让与担保的担保标的物的流转,如果流转,须经债权人同意,未经同意者不发生流转的效力。担保人应当保持对后让与担保的标的物的占有和权利,防止被他人侵占或者侵夺。同时,应当在担保期间保持担保标的物的完好状态,防止减损担保标的物的价值,损害债权人的权益。

<sup>⑩</sup> 参见前引<sup>⑪</sup>,谢在全书,第52页。

后让与担保对于担保人的效力,其次在于债务不履行时转移担保标的物的权利于担保权人,以清偿债务。后让与担保请求权经过行使而实现,则消灭担保人的担保义务,担保人对债务人产生清偿担保债务的请求权,对债务人有权请求履行后让与担保义务所发生的一切财产的不利益。

### 3. 对债务人的效力

债务人设定后让与担保的,债务人就是担保人,后让与担保对其发生对担保人相同的效力。如果是第三人设立后让与担保物权,债务人不是担保人,仅为债务人,则债权人行使后让与担保请求权,对债务人的效力是,债权人的债权实现,消灭债务人的债务,但债务人对担保人产生清偿担保债务的义务,对担保人因后让与担保物权的实现而造成的一切财产的不利益,均应当承担清偿义务。

### 4. 对第三人的效力

这里的第三人是指后让与担保法律关系当事人之外的第三人,即担保人和担保权人之外的第三人。在后让与担保法律关系存续期间,第三人负有不得侵害和妨碍债权人享有的后让与担保物权的义务。这个义务来源于《民法通则》第5条规定,即公民、法人的合法民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。第三人明知担保人的担保标的物设置了后让与担保标的物,仍然与担保人进行交易,取得担保标的物的权利,应当承担不利于自己的后果。

如果第三人与担保人就担保标的物的移转进行交易而不知情,即第三人为善意无过失,则不发生交易无效的后果,第三人不承担担保物权不能实现的后果责任。该后果责任由担保人对担保权人负责,对于造成的一切损失,均应当予以补偿。如果担保标的物是不动产或者不动产权利,后让与担保已经作了物权登记,则具有对抗效力,第三人不得以不知情为由,主张物权变动,取得担保标的物的权利。

### 5. 对担保权人的债权人发生的效力

在让与担保法律关系中,担保权人的债权人对担保标的物申请强制执行的,担保人无法对第三人提出强制执行的异议之诉,<sup>②</sup>即使担保标的物为动产且由担保人占有的,担保权人的债权人对其申请强制执行的,第三人的强制执行异议之诉也不能支持。但在后让与担保法律关系中,因担保法律关系存续期间担保标的物并没有转移所有权,担保标的物仍然由设定人占有并享有物权,因此,担保权人的债权人无权对后让与担保标的物主张实现其债权。即使在担保权人破产时,担保权人的财产成为破产财产的,担保标的物也不为担保权人所有,担保权人的债权人也不得主张该权利。

担保权人的债权人对后让与担保标的物主张对担保权人的债权实现时,担保人可以依照自己享有的所有权或者其他物权进行抗辩,法院应当支持。只有在后让与担保的担保权实现时,担保权人已经取得了担保标的物的物权的,担保权人的债权人才可以请求对该标的物主张债权。

### 6. 对担保人的债权人发生的效力

担保人的债权人在设定后让与担保后,有权对担保标的物主张债权,申请强制执行。无论后让与担保的担保标的物是不动产还是动产,由于该担保标的物均在担保人的权利支配之下,只是设置了后让与担保的负担,因此,担保人的债权人在对后让与担保标的物主张债权实现时,担保人不得以已经设置了后让与担保进行抗辩。后让与担保的担保权人对此可以主张自己的担保标的物,并要求实现债权。担保人的债权人和担保权人均为债权人,但担保权人对担保标的物享有担保物权,因此享有优先受偿权。如果担保人的债权人对此也享有担保物权,则依据担保物权的设置先后,依照顺序进行清偿。

如果担保人破产,对于担保标的物,担保权人不享有取回权,但享有优先受偿权,担保人的债权人亦享有担保物权的,亦应依照清偿顺序清偿。

### (四) 担保的债权范围和标的范围

后让与担保设定之后,担保标的物仍然归担保人享有并依法占有。其基本效力,就是担保债务的清偿,保证债权实现。

<sup>②</sup> 参见前引④,杨立新书,第333页。

1. 后让与担保所担保的债权范围

后让与担保设定后,担保标的物并没有转移权利,是以债务不履行时转移担保标的物的所有权的方式担保债权的实现。后让与担保所担保的债权范围,应当依照《物权法》第173条关于担保物权担保范围的一般规定确定:一是主债权及其利息;二是与主债权相关的违约金、损害赔偿金、实现担保物权的费用;三是如果当时人另有约定,则除外。

2. 后让与担保的标的范围

后让与担保的效力及于担保标的物及担保标的物的从物和孳息以及其他利益。具体表现为:第一,后让与担保的效力及于担保标的物本身。尽管后让与担保并没有让渡担保标的物的所有权和其他权利,但担保标的物本身必然受其效力所支配,担保人继续享有担保标的物的所有权或者其他权利,但已经设置了担保物权,担保权人享有担保物权。第二,后让与担保的效力及于担保标的物的从物。依照“从随主”原则,从物和从权利随主物和主权利的变动而变动。担保标的物为主物并附有从物的时候,除非担保人和担保权人另有约定,否则从物随主物成为担保标的物而一并成为担保标的物,担保权人享有担保物权。但后让与担保设定后,担保人又取得的具有担保标的物从物性质的物,不构成担保标的物的从物,不能成为担保物权的标的物,不属于后让与担保效力范围。第三,后让与担保的效力及于担保标的物所产生的孳息,包括天然孳息和法定孳息。第四,后让与担保的效力及于担保标的物的代位物。担保标的物在担保期间受到的损失,应当是担保人的损失。因担保标的物的灭失、毁损、被征收等所取得的保险金、赔偿金或者补偿金,构成担保标的物的代位物,受到担保权人享有的担保物权效力的支配。

(五) 担保标的物的利用和保管

在后让与担保期间,由于担保设定人仍然享物权,因此,担保标的物依照担保人的意思进行利用,不必支付费用。如果后让与担保合同对担保标的物的利用有特别约定的,则依照约定进行利用。

担保标的物由担保人继续保管。担保人违反保管义务造成担保标的物损害的,是担保人的损失,损害赔偿权利实现获得的赔偿金,仍为担保物权的效力范围,继续为债权提供担保。

(六) 后让与担保的实行和消灭

1. 后让与担保的实行

后让与担保所担保的债务已届清偿期,债务人没有清偿债务时,债权人即担保人可以实行后让与担保物权,实现其债权。后让与担保的实行方式是:

(1) 转让担保标的物的所有权或其他物权。与让与担保不同,后让与担保的实现不仅仅是债权的实现,而且主要的是先转让担保标的物的所有权或者其他物权。这是因为后让与担保并非以转让担保标的物的权利而实现担保效力,而是以不清偿债务时转让担保标的物的权利而实现担保物权。因此,后让与担保的实行与让与担保相反,是在债务不能清偿时,转让担保标的物的所有权或者其他物权。

债权人主张实现后让与担保权利时,担保人应当将担保标的物的所有权或者其他物权转让给担保权人。房屋等不动产的转让,须经过登记程序方能转移,并且须交付标的物的占有。动产的转让应当进行交付,债权人受领交付,取得担保标的物的所有权。

(2) 变价担保标的物取偿或者估价取得担保标的物的物权。后让与担保的债务清偿,由于在担保权实现时担保标的物的权利已经转给担保权人,因此,其方式与让与担保的债务清偿一样,有以下两种方式:

一是变价担保标的物取偿。变价担保标的物取偿,是指担保权人将担保标的物出售取得担保标的物的价金,以其价金清偿债权。后让与担保并非“作死”<sup>②</sup>。由于市场价格的变动,也由于估价的不准确,实现债权一般应当采取变价形式。一般应当采用拍卖方式,也可以采用变卖的方式,将担保标的物变价,变价款扣除债务清偿部分之外有剩余的,应当返还担保人;如果变价款不足清偿债务,则担保人不

<sup>②</sup> 作死,是典权制度中的概念,即权利完全归属于对方当事人。

再承担担保责任,债务人对不足部分承担清偿责任。变价方式不得损害后让与担保设定人和其他利害关系人的利益。

二是估价取得担保标的物。估价取得担保标的物,是指担保权人将担保标的物以公平的方式进行估价,以其估价额替代变价担保标的物的金额清偿债务。以估价方式取得担保标的物,应当清算担保标的物的价额和债权额,超过债权额的部分,应当返还后让与担保人。估价取得担保标的物,须以双方当事人有明确约定,否则不发生债权人确定的取得担保标的物的物权的效力。

在让与担保中,存在担保过度的问题。担保的价值超出被担保债权的金额是如此之多,以至于在担保与债权之间不存在平衡的、兼顾双方利益的关系,就是担保过度。<sup>②</sup>后让与担保尽管是后转移所有权,但也会出现担保过度的问题。后让与担保出现担保过度,无论采用上述两种方法中的哪一种实现后让与担保,担保权人在实行时均负有清算义务。不予以清算直接取得担保标的物的权利的,不发生法律上的效力。

## 2. 后让与担保的消灭

参照《物权法》第177条规定,后让与担保因下列情形而消灭:

(1) 因被担保的主债权的消灭而消灭。后让与担保权是从权利,从属于被担保的主债权。当被担保的主债权因清偿、抵销等原因而消灭时,后让与担保即失去其存在的目的,后让与担保消灭。这时,在担保标的物上设定的负担消灭,担保权人的权利消灭,担保人不再受担保物权的限制。

(2) 因后让与担保物权的实行而消灭。担保权人实行后让与担保物权之后,后让与担保的任务已经完成,后让与担保当然消灭,不复存在。

(3) 因担保标的物所有权及其他物权的消灭而消灭。在后让与担保存续期间,如果担保标的物的所有权消灭,如担保标的物混同、灭失、被征收、被权利人处分,后让与担保权随之消灭。以其他财产权利设定后让与担保的,财产权利消灭亦消灭后让与担保。

---

**Abstract:** A new form of guarantee which currently exists in China's judicial practice is providing guarantee for a loan contract by a contract on the purchase and sale of commercial houses, which is a forming atypical security interest in customary law. This new security interest has the substantially same background of emergence and process of development with transferring security. This atypical right for security in customary law should be confirmed and stipulated in order to make it play its rightful role by providing better service for economic development and guarantee for financing of enterprises.

---

(责任编辑:朱广新)

<sup>②</sup> 参见前引①,[德]鲍尔/斯蒂尔纳书,第615页。