

让与担保的效力与清算义务

权利移转的构造与清算义务

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要：让与担保，是实践中最活跃也最富争议的非典型担保。债务人或者第三人将财产的权利移转于债权人，以担保债务的清偿，债务清偿后权利回归，债务不履行时债权人可以就财产受偿。这一安排，形式上表现为权利的买卖或者转让，实质上是担保，形式上与实质上的错位，构成了全部争议的根源。最高人民法院关于适用民法典有关担保制度的解释第六十八条，首次在规范层面承认了让与担保的效力，但规则仍显简略。实务中的分歧集中在四个方面。其一，性质不清，让与担保究竟是权利移转加债权约束，还是附条件的权利移转，抑或是一种新型的担保物权，学理争议未决；其二，效力不明，未完成公示的让与担保能否对抗第三人，在债务人破产或者被强制执行时能否优先受偿，处理极不统一；其三，清算不明，债权人的清算义务何时发生、如何履行、违反的后果如何，条文仅规定参照担保物权的规定，缺乏具体规则；其四，界分不清，让与担保与流质条款、以物抵债、股权代持、融资租赁的界限模糊，同案不同判的现象突出。本文主张：让与担保在性质上属于非典型担保，其效力应当采有限承认说，即承认其担保效力而不承认其权利移转效力；其对抗力以公示为条件，未公示的不得对抗善意第三人，在破产与执行程序中亦不得优先受偿；清算义务是让与担保的核心义务，其内容包括变价清算与归属清算两种方式，债权人负有选择、通知、计算与返还四项义务，违反的应当承担赔偿责任；与流质条款的界分，应当以是否负有清算义务为标准，而非以权利是否移转为标准。

关键词：让与担保；非典型担保；公示对抗；清算义务；流质条款

中图分类号：D923.2 **文献标识码：**A **文稿编号：**WJLT(2020)05-0013-12

The Validity of Security Transfers and the Duty to Settle Accounts

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Security transfer is the most active and most contested of the atypical security devices. The debtor or a third party transfers title in property to the creditor to secure performance; upon performance title returns, and upon default the creditor may realise the property. Formally the arrangement appears as a sale or assignment, substantively it is a security, and this mismatch between form and substance lies at the root of the controversy. Article 68 of the Supreme People's Court interpretation on security under the Civil Code for the first time recognises the validity of security transfers, but the rules remain thin. Four points divide practice. First, nature: whether the device is a transfer of title burdened by a contractual restraint, a conditional transfer, or a new type of security interest. Second, effect: whether an unpublicised transfer may be asserted against third parties, and whether it confers priority in the debtor's insolvency or enforcement. Third, settlement: when the duty to settle arises, how it is performed and what follows from breach. Fourth, boundary: how the device differs from provisions for forfeiture, *datio in solutum*, nominee shareholding and financial leasing. This article argues that the security transfer is an atypical security; that its effect should be recognised in a limited manner, upholding the security but not the transfer; that opposability depends on publicity, so that an unpublicised transfer neither defeats bona fide third parties nor confers priority in insolvency or enforcement; that the duty to settle accounts is the core obligation, performed either by realisation and account or by attribution, and comprising the duties to elect, notify, calculate and return, breach of which sounds in damages; and that the boundary with forfeiture clauses should be drawn by reference to the presence of a duty to settle, not by reference to whether title has passed.

Key words: security transfer; atypical security; publicity and opposability; duty to settle accounts; forfeiture clause

说明：（本文为作者个人研究观点，不代表所在单位意见）

作者简介：赵跃，安徽国运律师事务所执业律师，主要研究民商事诉讼与担保、执行异议。

一、问题的提出

担保的形态，正在从典型走向非典型。抵押、质押、保证，是民法典规定的典型担保，其设立、公示、实现均有明确规则。但交易实践总是走在规范之前：当事人为了规避抵押登记的繁琐，为了避开质押交付的不便，为了在债务人违约时迅速处置财产，创造了各种变通的安排。让与担保，是最典型的一种。

让与担保的基本构造是：债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产的权利移转于债权人，以担保债务的清偿；债务清偿后，债权人将权利返还；债务不履行时，债权人可以就财产受偿，并就超出债权的部分返还。形式上，权利发生了移转；实质上，移转只是为了担保。

从制度史上看，让与担保并非现代产物。古罗马法上的信托质，即以移转标的物所有权的方式为债权提供担保，债务清偿后返还，债务不履行时债权人可以变卖标的物受偿。日耳曼法上的所有质，与此类似。近代以来，随着典型担保制度的完善，让与担保一度式微；二十世纪以后，随着融资需求的增长，它又在德国、日本等国复兴，成为判例法上的重要制度。这一沿革表明，让与担保的生命力，源于其灵活性与效率。

我国的让与担保，最初出现在房地产融资领域。当事人为了规避不动产抵押的登记与税费，采买卖或者转让的形式，行担保之实。此后，这一做法扩展到股权融资、应收账款融资、设备融资等领域。由于缺乏规范，各地法院的裁判极不统一，有的认定无效，有的认定有效，有的认定名为买卖实为借贷，裁判的理由五花八门。

第六十八条的出台，结束了这一混乱。该条以司法解释的形式，承认了让与担保的效力，确立了优先受偿的规则，划定了与流质的界限。这一规定，是对实践需求的回应，也是对学理共识的确认。但司法解释的效力层级较低，规则的密度不足，仍有待立法的进一步完善。

从比较法上看，德国的让与担保以判例法为主，其核心是债法上的约束，即债权人与债务人之间的担保约定，使债权人在对外享有所有权的同时，对内受担保目的的约束。日本的让与担保，经历了从信托让与说到担保权构成说的演变，现以担保权构成说为通说。我国的立场，接近日本的担保权构成说。

这一形式与实质的错位，构成了全部争议的根源。若严格按形式认定，权利已经移转，债权人即为所有权人，债务人不履行时，债权人可以径行保有财产，无须清算，这实质上是流质，为法律所禁止。若严格按实质认定，权利并未移转，债权人仅为担保物权人，则其地位弱于所有权人，无法对抗第三人，担保的功能落空。两种认定，各有困境。

最高人民法院关于适用民法典有关担保制度的解释第六十八条，首次在规范层面回应了这一困境。该条规定，债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的，人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人

不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的，人民法院应予支持。

该条同时规定，债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求对该财产享有所有权的，人民法院不予支持；债务人不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

两条规定，确立了有限承认的立场：承认担保的效力，不承认移转的效力；承认优先受偿，不承认径行归属。这一立场，与比较法的趋势一致，也与我国的实践需求相符。但规则仍然简略，留下了一系列问题。

其一，性质问题。让与担保究竟是权利移转加债权约束，还是附条件的权利移转，抑或是一种新型的担保物权。性质不同，适用的规则不同，当事人的地位也不同。其二，效力问题。未完成公示的让与担保，能否对抗第三人；在债务人破产或者被强制执行时，能否优先受偿。其三，清算问题。清算义务何时发生，如何履行，违反的后果如何。其四，界分问题。让与担保与流质条款、以物抵债、股权代持、融资租赁的界限何在。

本文的任务，即在第六十八条的基础上，为这四个问题提供一套解释方案。文章先讨论让与担保的构造与类型，再厘定其性质与效力，继而讨论公示与对抗，然后构造清算义务的内容与违反后果，最后处理与相邻制度的界分。方法上，以教义学解释为主，辅以实践考察与比较法参照。

二、构造与类型

让与担保的构造，包含三个要素：权利的移转、债权的担保目的、清算的约定。三个要素，缺一不可。缺少权利的移转，则为抵押或者质押；缺少担保的目的，则为真正的买卖；缺少清算的约定，则为流质。

意思表示的解释，在让与担保的认定中具有关键作用。当事人的合同，可能名为房屋买卖，实为借款担保；可能名为股权转让，实为融资担保；可能名为合作开发，实为让与担保。解释时，不能拘泥于合同的名称，而应当综合考察合同的内容、履行的方式、交易的习惯与当事人的真实意思。

判断的要素，可以列举六项。其一，是否存在主债权债务关系。其二，移转的价格是否明显低于市场价。其三，是否约定回购或者返还。其四，是否约定清算。其五，标的物是否仍由移转人占有使用。其六，交易的过程是否符合买卖的常理。六项要素中，前三项最为关键。

实务中，有的当事人为规避让与担保的认定，刻意将合同写得像真正的买卖：约定合

理的价格、办理过户、交付占有。但若同时存在回购条款、清算条款，或者价格虽合理但始终未实际支付，仍应认定为让与担保。形式可以被设计，实质无法被掩盖。

还有一种情形，是当事人明确约定为让与担保。此时，无须再作实质判断，直接适用让与担保的规则。但若约定的内容违反法律的强制性规定，例如约定债务不履行时财产径行归债权人所有，则该约定无效，应当按第六十八条第二款处理。

权利的移转，是让与担保的形式要素。移转的标的，可以是所有权，例如房屋、车辆、货物；可以是股权，例如有限责任公司的股权、股份有限公司的股份；可以是债权，例如应收账款；也可以是知识产权。移转的方式，依标的的性质确定：不动产须办理过户登记，动产须交付，股权须办理变更登记，债权须通知债务人。

担保的目的，是让与担保的实质要素。当事人的真实意思，不是转移所有权，而是担保债务。这一意思，可以从合同的名称、条款、履行方式、交易背景等因素判断。合同名为买卖，实为担保的，应当认定为让与担保；合同名为转让，实为担保的，亦然。

清算的约定，是让与担保的核心要素。债务不履行时，债权人不能径行取得财产的所有权，而应当就财产变价受偿，或者将财产折价归己并就差额找补。这一约定，使让与担保区别于流质，也是其效力获得承认的关键。

从类型上看，让与担保可以分为两类。第一类是广义型，即权利完全移转于债权人，债权人取得完整的所有权，仅在内部受担保目的的约束。第二类是狭义型，即权利仅在担保目的的范围内移转，债权人取得的是受限制的权利。两者的区别，在于债权人对外能否主张完整的所有权。

第六十八条采的是广义型。该条表述为将财产形式上转移至债权人名下，即权利在外观上完全移转，债权人成为登记名义人或者占有人。但在内部，债权人受担保目的的约束，不得随意处分，债务清偿后须返还。这一构造，兼顾了公示的便利与担保的目的。

按标的划分，让与担保可以分为不动产让与担保、动产让与担保、股权让与担保、债权让与担保。不同标的，公示方式不同，对抗规则不同。不动产须登记，动产须交付，股权须变更登记，债权须通知债务人。公示的强弱，直接影响对抗力的有无。

按主体划分，可以分为债务人提供的让与担保与第三人提供的让与担保。前者由债务人移转自己的财产，后者由第三人移转其财产。第三人的地位，类似于物上保证人，其承担责任的范围，以其提供的财产为限。第三人清偿后，可以向债务人追偿。

按目的划分，可以分为融资型让与担保与担保型让与担保。前者实质上是融资，例如以房屋过户的方式取得借款；后者实质上是担保，例如为既有债务提供担保。两者的区别，在于是否存在新的融资。实务中，多数让与担保属于融资型。

还有一种特殊的类型，即买卖型担保。当事人订立买卖合同，约定债务人不清偿债务时，债权人可以请求履行买卖合同，取得标的物的所有权。这一安排，形式上不是让与担保，实质上是担保。担保制度解释第六十八条第二款，将其纳入调整范围。

三、性质与效力

让与担保的性质，学理上有三种学说。第一种是所有权构成说，认为债权人取得的是完整的所有权，仅受债权合同的约束。第二种是担保权构成说，认为债权人取得的是担保权，而非所有权。第三种是期待权说，认为债权人取得的是附条件的权利，条件成就时转为担保权。

本文倾向于担保权构成说，但须作修正。让与担保的实质是担保，债权人取得的权利，在内部是担保权，在外部表现为所有权。内部关系与外部关系的分离，是理解让与担保的关键。内部，债权人不得随意处分，不得径行归属，须履行清算义务；外部，债权人可以登记名义人的身份对抗第三人。

这一构造，类似于信托。受托人在外部是所有权人，在内部受信托目的的约束。让与担保的债权人，在外部是所有权人，在内部受担保目的的约束。两者的共同点，是权利的归属与利益的归属相分离。这一分离，是现代财产法的重要特征。

效力的认定，应当采有限承认说。承认的，是担保的效力；不承认的，是移转的效力。具体而言，债权人对财产享有优先受偿权，但不享有所有权；债务人清偿债务后，有权请求返还财产；债务不履行时，债权人须清算，不得径行取得财产。

担保目的的证明，是实务中的难点。让与担保的认定，核心在于证明移转的目的是担保而非买卖。证明的方法，包括合同的条款、往来的函件、付款的凭证、当事人的陈述、交易的习惯。单一证据往往不足，须综合判断。举证责任，由主张让与担保的一方承担。

举证责任的分配，也须考虑证据的接近。合同文本、付款凭证，通常由主张买卖的一方掌握；担保的约定，可能体现在补充协议、微信记录、录音之中。法院应当运用证据规则，要求掌握证据的一方提供，拒不提供的，可以作出不利推定。

案由的确定，也须统一。让与担保纠纷，案由可以定为合同纠纷，也可以定为担保物权纠纷。本文主张，应当依当事人的诉讼请求确定：请求确认担保效力的，定为担保物权纠纷；请求确认合同无效的，定为合同纠纷；请求清算的，定为担保物权纠纷。案由的统一，有利于类案的检索与统计。

诉讼时效的适用，也须明确。债务人请求返还财产的，适用三年的诉讼时效，自债务清偿之日起算；债权人请求清算的，不受诉讼时效限制，因为清算属于担保物权的实现，而担保物权不适用诉讼时效。这一区分，与担保物权的规则一致。

最后须强调，让与担保的规制，不能仅靠司法。金融监管、不动产登记、税务管理，都应当介入。金融机构办理以让与担保方式的融资，应当遵守审慎经营的规则；登记机构应当规范登记的类型与材料；税务机关应当明确税费的处理。多管齐下，让与担保才能走出灰色地带。

有限承认说的正当性，有三点。其一，符合当事人的真实意思。当事人移转权利，目的是担保，而非转移所有权。承认担保效力，符合其真意。其二，符合法律的体系。民法

典禁止流质，若承认移转效力，则让与担保成为规避流质的工具。其三，符合交易的安全。承认优先受偿，使债权人获得担保，鼓励融资；否认径行归属，保护债务人，防止债权人的暴利。

效力的范围，须予界定。对内，债权人与债务人之间，让与担保合同有效，双方依约履行。对外，债权人与第三人之间，让与担保的效力取决于公示：已公示的，可以对抗；未公示的，不得对抗善意第三人。

对破产管理人的效力，值得讨论。债务人破产时，债权人能否就移转的财产优先受偿。本文认为，已公示的，可以优先受偿，但须履行清算义务，就超出债权的部分返还破产财产；未公示的，不得优先受偿，只能作为普通债权申报。这一规则，与担保物权在破产中的处理一致。

对执行债权人的效力，同样如此。债务人的其他债权人申请执行移转的财产时，已公示的让与担保人可以提起执行异议之诉，主张优先受偿；未公示的，不得对抗执行债权人，财产应当作为债务人的责任财产予以执行。

让与担保与抵押权的竞存，是实务中的复杂问题。同一财产上既设定抵押，又设定让与担保的，何者优先。本文主张，应当依公示的先后确定顺位：抵押权已登记的，让与担保已公示的，依时间先后；抵押权未登记的，不得对抗已公示的让与担保；让与担保未公示的，不得对抗已登记的抵押权。

顺位规则的经济意义，在于激励当事人及时公示。公示越早，顺位越前，风险越小。这一激励，使权利的状态透明，降低了交易的成本。若采相反的规则，例如让与担保一律优先，则将使抵押权人处于不利地位，抑制抵押融资。

让与担保与留置权的竞存，也须处理。留置权是法定的担保物权，优先于约定的担保物权。承揽人、承运人、保管人留置标的物的，其留置权优先于让与担保权，即使让与担保已公示。这一规则，体现了对劳务债权与占有事实的保护。

让与担保与建设工程价款优先权的竞存，同样如此。承包人的优先权优先于让与担保权，即使让与担保设立在先。这一规则，体现了对建筑工人工资的保护，是实质公平的要求。

对第三取得人的效力，须区分善意与恶意。债权人违反担保目的，将财产转让给第三人的，第三人善意取得所有权的，债务人只能请求债权人赔偿损失；第三人恶意的，债务人可以请求确认转让无效，追回财产。这一规则，与善意取得制度一致。

四、公示与对抗

公示，是让与担保取得对抗力的条件。公示的方式，依标的的性质确定。不动产，须办理过户登记；动产，须交付；股权，须办理变更登记；债权，须通知债务人。公示的完成，使第三人得以知悉权利的状态，从而避免遭受不测。

把房子过户给出借人作为担保，究竟有哪些风险、发生纠纷时法院怎么看，实务中已有较为具体的梳理，可参见让与担保是什么：把房子过户给债权人做担保的风险一文所作的归纳。该文所列的风险点，正是本文讨论清算义务的现实背景。

公示的效力，采对抗主义而非生效主义。未公示的让与担保，在当事人之间有效，但不得对抗善意第三人。这一规则，与动产抵押的登记对抗主义一致，也与第六十八条的表述相符：该条以已完成财产权利变动的公示为优先受偿的条件。

公示的内容，是否须显示担保的性质，值得讨论。实务中，不动产登记簿通常记载为买卖或者转让，不显示担保。第三人查阅登记簿，只能看到权利的移转，看不到担保的实质，容易误信债权人为真正的所有权人。这一信息不对称，可能损害第三人的信赖。

本文主张，应当逐步建立让与担保的登记机制。在不动产登记簿中增设担保目的的记载，使第三人得以知悉权利的真实状态。在动产融资统一登记系统中，允许当事人登记让与担保，以公示其担保地位。在股权登记中，注明担保目的。三项机制建立，公示的信息才完整，对抗的规则才公平。

公示的时间，决定顺位。同一财产上存在多个让与担保的，依公示的先后确定顺位；让与担保与抵押权并存的，亦依公示的先后确定顺位。这一规则，与担保物权的顺位规则一致，便于操作。

未公示的让与担保，在当事人之间的效力不受影响。债务人清偿债务后，有权请求返还财产；债权人不返还的，债务人可以请求返还并赔偿损失。债务人不清偿的，债权人可以请求变价受偿，但不得对抗第三人。

公示的涂销，也须规范。债务清偿后，债权人应当配合办理涂销登记或者返还占有。拒不配合的，债务人可以请求法院判令涂销，并可以请求赔偿损失。涂销的费用，由债权人承担，因为其负有返还义务。

还有一种情形，是公示后又约定解除。当事人约定解除让与担保的，应当办理涂销登记；未办理的，不得对抗第三人。这一规则，防止当事人通过内部约定规避公示的要求。

五、清算义务的履行

清算义务，是让与担保的核心义务，也是其区别于流质的关键。债务不履行时，债权人不能径行取得财产的所有权，而应当清算。清算的方式，有变价清算与归属清算两种。

变价清算，是指债权人将财产拍卖、变卖，以所得价款清偿债权，剩余部分返还债务人，不足部分继续追偿。这一方式，最符合担保的本旨，也最能保护债务人的利益。变价的程序，参照担保物权的实现程序，可以协商，也可以申请法院拍卖。

归属清算，是指债权人取得财产的所有权，但须按市场价格计算财产的价值，就超出债权的部分向债务人返还。这一方式，效率较高，但须有公正的估价。估价的时点，应当是债权人取得所有权之日；估价的标准，应当是市场价格，而非当事人的约定价格。

清算义务的性质，学理上有两种观点。一种认为是合同义务，源于当事人的约定；一种认为是法定义务，源于担保的本质。本文倾向于后者：清算义务是让与担保的本质要求，不以当事人的约定为必要；当事人未约定清算的，仍应依法律的规定清算。这一理解，是让与担保免于流质命运的关键。

清算义务的履行期限，须有规定。本文主张，债权人应当在债务履行期届满后合理期限内开始清算，一般不超过三个月；情况复杂的，可以适当延长，但不得超过六个月。逾期不清算的，债务人可以请求法院指定清算，或者请求赔偿因迟延造成的损失。

清算中的信息披露，也须强调。债权人应当向债务人披露清算的方式、估价的依据、费用的构成、债权数额的计算。披露不实的，债务人可以请求重新清算，并可以请求赔偿。这一义务，是清算公正的程序保障。

清算结果的争议，可以通过诉讼解决。债务人对清算结果有异议的，可以请求法院审查；法院审查的范围，包括清算方式的选择是否正当、估价是否合理、费用是否必要、差额计算是否准确。审查后，可以维持、变更或者撤销清算结果。

两种方式的选择权，归谁享有，值得讨论。第一种观点认为，归债权人，因为其处于主动地位。第二种观点认为，归债务人，因为其是弱势一方。第三种观点认为，应当以变价清算为原则，以归属清算为例外，须经债务人同意。

本文倾向于第三种观点。变价清算最能体现担保的本旨，应当作为原则；归属清算虽然效率较高，但容易导致债权人压低估价、损害债务人利益，应当以债务人同意为条件。债务人不同意的，债权人只能变价清算。

清算义务的内容，包括四项。第一项是选择义务，即债权人应当在合理期限内选择清算方式，并通知债务人。第二项是通知义务，即债权人应当将清算的方式、时间、地点通知债务人，给予其参与的机会。第三项是计算义务，即债权人应当如实计算财产的价值、债权的数额、应返还的差额，并向债务人提供计算依据。第四项是返还义务，即债权人应当将超出债权的部分返还债务人。

清算义务的发生时点，是债务履行期届满而未履行。在此之前，债权人不得清算，也不得处分财产。在债务履行期届满后，债权人应当及时清算，不得长期占有财产、等待财产升值。长期不清算的，债务人可以请求法院指定清算期限，或者请求赔偿损失。

实务中，债权人规避清算的手段多样。有的约定以物抵债，规避清算；有的约定债务不履行时债权人可以自行处分财产，规避清算；有的以长期租赁的方式占有财产，规避清算。这些手段，实质上都是排除清算义务，应当认定为流质，适用第六十八条第二款的规定。

还有一种手段，是约定债权人可以指定第三人购买财产，价格由债权人确定。这一安排，形式上不是径行归属，实质上是变相归属。法院应当穿透形式，审查价格的合理性；价格明显低于市场价的，应当认定为规避清算，按清算规则处理。

债务人一方，也有规避的手段。有的债务人在清算前将财产转卖他人，使债权人无法实现担保；有的债务人恶意压低财产价值，使债权人无法受偿。对此，债权人可以请求确认转让无效，或者请求赔偿损失。双方的规避，都应当受到规制。

违反清算义务的后果，包括三项。第一项是赔偿责任，债权人应当赔偿债务人因未清算或者不当清算而遭受的损失。第二项是返还财产，债权人径行取得所有权的，债务人可以请求返还，或者请求按市场价格找补差额。第三项是丧失优先权，情节严重的，法院可以认定债权人丧失优先受偿权，仅按普通债权受偿。

清算中的估价争议，是实务中的难点。债权人往往压低估价，债务人往往抬高估价，双方难以达成一致。本文建议，应当建立第三方估价机制：由双方共同委托评估机构，或者由法院指定评估机构；评估的结果，作为清算的依据；一方对评估结果有异议的，可以申请重新评估，但须有正当理由。

清算费用，由谁承担，也须明确。清算费用包括评估费、拍卖费、税费等，属于实现担保物权的费用，应当从财产变价款中优先扣除。这一规则，与担保物权的实现费用一致。

六、与相邻制度的界分

让与担保与流质条款的界分，是实务中最易混淆的问题。民法典第四百零一条规定，抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。第四百二十八条对质权作了类似规定。两条规定，确立了流质禁止的原则。

让与担保与流质条款的区别，在于是否负有清算义务。让与担保的债权人，虽然取得权利的外观，但负有清算义务，须就超出债权的部分返还；流质条款的债权人，径行取得财产的所有权，无须清算。是否清算，是两者的分水岭。

第六十八条第二款的规定，正是这一思路。当事人约定财产归债权人所有的，该约定无效，但不影响担保意思的效力；债权人请求取得所有权的，不予支持，但可以请求优先受偿。这一规定，实质上是以清算义务替代径行归属，使让与担保免于流质的命运。

让与担保与以物抵债的界分，在于债务履行期的前后。债务履行期届满后，当事人约定以物抵债的，属于以物抵债，合法有效；债务履行期届满前，当事人约定以物抵债的，实质上是以物担保，应当适用让与担保的规则。这一区分，与担保制度解释关于以物抵债的规定一致。

让与担保与股权代持的界分，在于是否存在担保目的。股权让与担保，形式上表现为股权转让，实质上是担保；股权代持，形式上表现为代持，实质上是委托。前者，债权人是名义股东，享有优先受偿权；后者，名义股东是受托人，实际出资人享有股权。两者的法律后果不同。

实务中，股权让与担保与股权代持往往难以区分。区分的标准有三：其一，是否存在主债务；其二，是否约定清偿后返还股权；其三，是否约定债务不履行时清算。三项具备，宜认定为让与担保；否则，宜认定为股权代持。

让与担保与融资租赁的界分，在于是否存在租赁关系。融资租赁，出租人取得租赁物的所有权，承租人支付租金并使用租赁物；让与担保，债权人取得财产的所有权，债务人并不使用财产，财产仍在债务人处。两者的区别，在于财产的使用与租金的性质。

实务中，有的当事人以融资租赁之名，行让与担保之实，例如约定租赁期满后财产归承租人所有，租金实质上是借款的本息。此时，应当认定为让与担保，适用相应的规则。认定的标准，是当事人的真实意思，而非合同的名称。

七、裁判规则

综合上述分析，可以提炼出若干裁判规则，供实务参考。

规则一，让与担保的认定，应当采实质标准。合同名为买卖、转让，但实质上是为债务提供担保的，应当认定为让与担保，适用担保的规则。

规则二，让与担保的效力，采有限承认说。承认担保的效力，不承认移转的效力；债权人享有优先受偿权，不享有所有权；债务不履行时，债权人须清算。

规则三，让与担保的对抗力，以公示为条件。已公示的，可以对抗第三人，在破产与执行程序中可以优先受偿；未公示的，不得对抗善意第三人，亦不得优先受偿。

规则四，清算义务是让与担保的核心义务。清算方式以变价清算为原则，以归属清算为例外；归属清算须经债务人同意，并按市场价格找补差额。

规则五，债权人违反清算义务的，应当赔偿损失、返还财产；情节严重的，丧失优先受偿权。

规则六，让与担保与流质条款的界分，以是否负有清算义务为标准。负有清算义务的，为让与担保，有效；不负清算义务的，为流质，无效。

裁判文书的表述，也须规范。认定让与担保的，应当明确说明认定的理由，包括合同的名称与内容、交易的背景与过程、当事人的真实意思。仅以名为买卖实为担保一语带过，说理不足，难以服人。说理的充分，是裁判公信力的基础。

执行程序中的处理，也须统一。债权人持让与担保的登记，申请执行财产，债务人或者其他债权人提出异议的，法院应当审查让与担保的效力与公示情况。已公示且有效的，债权人可以优先受偿；未公示的，不得对抗其他债权人。审查的标准，与审判程序一致。

破产程序中的处理，同样如此。债务人破产的，让与担保权人申报债权的，管理人应当审查其担保效力。已公示的，确认为担保债权，就特定财产优先受偿；未公示的，确认为普通债权。清算后的剩余，归入破产财产。

规则七，股权让与担保与股权代持的界分，以是否存在主债务、是否约定返还、是否

约定清算为标准。三项具备的，为让与担保；否则，为股权代持。

八、立法完善

从立法论上看，现行规定尚有三处可以完善。其一，在民法典或者司法解释中明确让与担保的性质与效力，避免实践中的争议。其二，建立让与担保的登记机制，使公示的信息完整、对抗的规则公平。其三，细化清算义务的内容与违反后果，为司法提供可操作的规则。

制度配套方面，须建立三项机制。第一项是估价机制，培育专业的评估机构，形成科学的估价方法。第二项是登记机制，在不动产登记、动产融资登记、股权登记中增设担保目的的记载。第三项是监督机制，发挥债权人委员会、破产管理人的监督作用，防止债权人滥用优势地位。

从经济分析的角度看，让与担保的效率优势，源于其降低了公示成本与实现成本。典型担保须办理抵押登记，程序繁琐、费用较高；让与担保只须办理权利移转登记，程序相对简便。典型担保的实现须经诉讼或者特别程序，周期较长；让与担保的实现相对迅速。这些优势，使让与担保在短期融资、过桥融资中广受欢迎。

但效率优势也带来风险。权利外观的移转，使债务人处于弱势；债权人的道德风险，难以防范；第三人的信赖，容易落空。法律的任务，是在承认效率的同时，设置风险控制的机制：以清算义务保护债务人，以公示要求保护第三人，以效力认定防止规避法律。三管齐下，效率与安全才能兼顾。

从更宏观的视角看，让与担保的兴起，反映了融资需求与担保制度之间的张力。典型的担保，程序繁琐、成本较高；非典型的担保，灵活便捷、风险较大。法律的任务，不是禁止非典型担保，而是为其提供规则，使之在效率与安全之间取得平衡。

九、结语

让与担保，是交易实践对法律规则的挑战，也是法律规则对交易实践的回应。它把担保的目的，藏在权利移转的形式之下；把清算的义务，留在当事人的约定之中。形式与实质的错位，既是它的魅力，也是它的风险。

本文的基本主张是：让与担保在性质上属于非典型担保，其效力应当采有限承认说；其对抗力以公示为条件；清算义务是其核心义务，包括选择、通知、计算与返还四项内容；与流质条款的界分，应当以是否负有清算义务为标准。这些主张，未必周全，但至少提供了一个可以讨论的框架。

实务中，还有一个细节值得注意：让与担保的税费。权利移转须缴纳税费，债务清偿后返还又须缴纳一次，两次税费增加了融资成本。有的当事人为规避税费，采阴阳合同、虚假交易等方式，触犯税法甚至刑律。对此，应当从制度上解决：明确让与担保的税收处

理，避免重复征税；同时加强监管，防止以避税为名的违法行为。

登记实务的改进，也须推进。目前，不动产登记机构对让与担保的登记，态度不一：有的按买卖办理，有的拒绝办理，有的要求提供担保合同。这种不确定性，增加了交易的成本。建议由自然资源主管部门出台统一的规则，明确让与担保的登记类型、材料与流程。

一份过户协议，一套房产，背后是一个家庭的居所与一个企业的资金链。规则清晰，清算公正，救济有效，让与担保才能成为融资的工具，而不是掠夺的手段。

参考文献

- [1] [1] 《中华人民共和国民法典》第三百八十八条、第四百零一条、第四百二十八条。
- [2] [2] 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》第六十八条、第六十九条，2021年。
- [3] [3] 高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版。
- [4] [4] 王利明：《物权法研究》（下卷），中国人民大学出版社2016年版。
- [5] [5] 谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社2011年版。
- [6] [6] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版。
- [7] [7] 《中华人民共和国民法典》第四百一十条、第四百一十三条。