《2022信贷法律100问直播专栏》系列之十

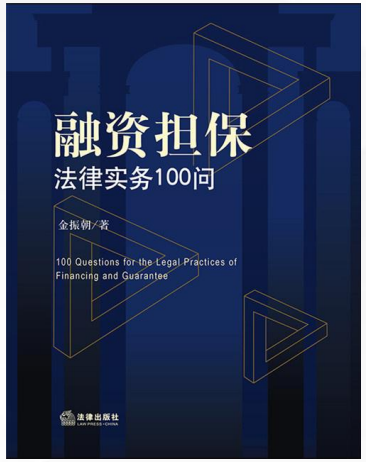
《民法典》与让与担保合同

广东卓建律师事务所 高级合伙人

金振朝 律师

金振朝 律师

北京大学法律硕士（民商法方向）



卓建律师事务所 高级合伙人

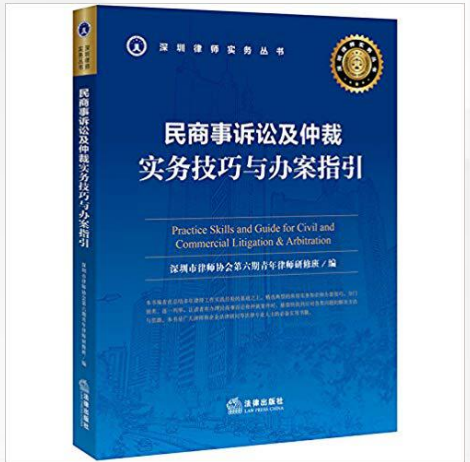
管委会副主任

金诚律师团队负责人

广东省律师协会 民法典宣讲律师团成员

银行与金融法律专业委员会委员、副秘书长

深圳市律师协会 业务发展与创新委员会副主任



服务客户 CLIENTS

SZCGA 深圳市融资担保业协会

WeBank 微众银行

深圳市兴业融资担保有限公司
Shenzhen Xingye Financing Guarantee Co., Ltd.

深圳市不动产融资担保股份有限公司

正泓担保
ZHENGHONG GUARANTY

诚建通
CREDIT GUARANTEE

前海金桥

深圳市中小企业信用融资担保集团有限公司
SHENZHEN SMALL&MEDIUM ENTERPRISES CREDIT FINANCING GUARANTEE GROUP CO., LTD.

深圳市中小企业信用再担保中心
SHENZHEN SMALL&MEDIUM ENTERPRISES CREDIT RE-GUARANTEE CENTER

……

（2020）沪01民终3375号（2020年6月18日）

案例

2015年7月21日，约定甲方将系争房屋出售给乙方，转让价600,000元，在2015年10月20日之前完成过户。双方未约定付款时间，也未约定交房时间。
上述合同签订后，黄某并未支付韩某60万元房价款，后黄某办理了房屋产权登记。
韩某与其次子徐某仍居住在涉案房屋内。

↑

《上海市房地产买卖合同》

韩某
（原告）

黄某
（被告）

《承诺函》

↓

2015年8月17日，约定韩某将涉案房屋暂时以抵押的形式过户至黄某名下，黄某拿出404,200元暂借给韩某用于替其子徐某偿还其所欠债务，所借款项黄某按银行利率计息，在所借款项连本带利全额还清之后，黄某将其名下的系争房屋过户归还给韩某。

↓

郭某
（被告）

2019年4月17日
《上海市房地产买卖合同》
122万元出售并办理过户登记

思考：

1.关于双方就系争房屋达成的合同关系的法律性质如何认定?

2. 关于系争房屋出售的款项应当如何结算?

目录
CONTENTS

1 让与担保及其法律特征

2 《民法典》有关让与担保规定

3 让与担保的主要条款与典型案例

让与担保及其法律特征

《九民会议纪要》

71.【让与担保】债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。

当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，**但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。**

让与担保

➢ **股权让与担保：**

让与担保的一种，指的是债务人或者第三人为担保债务的履行，将其股权转移至债权人名下并完成变更登记，在债务人不履行到期债务时，债权人可就股权折价后的价款受偿的一种担保。

- 依法认定其效力。
- 要根据当事人的真实意思表示确定实际的权利义务关系。

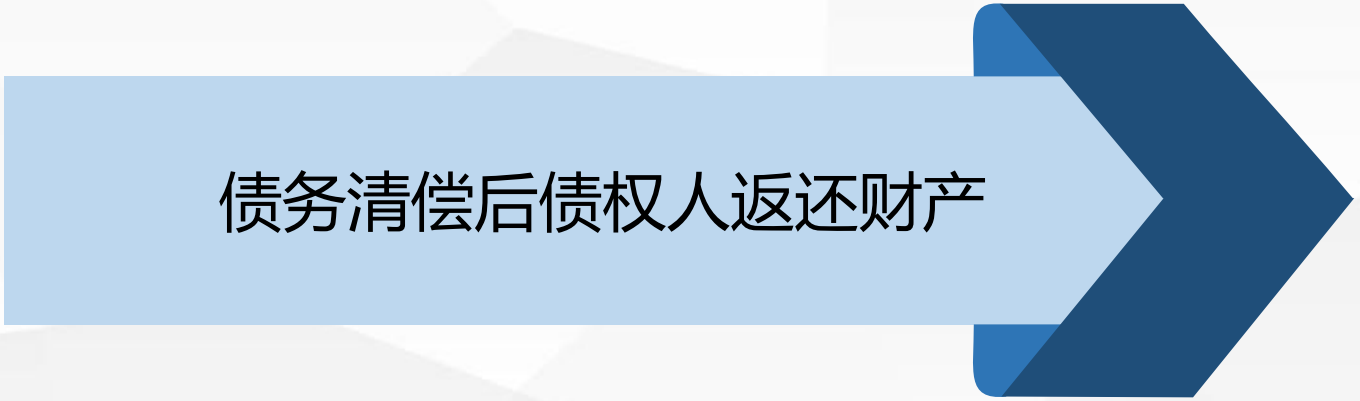
让与担保的法律特征

债务人或第三人约定以虚假交易行为将财产在形式上转让给债权人。双方的财产转让合同仅仅一种表面行为，缺乏真实意思，后续既可能已经完成了财产变动的形式要件，也可能没有办理形式手续。

财产转让系表面行为

让与担保的法律特征

真实合意包括如果债务人到期清偿主债务，债权人应当返还财产的内容。任何担保权利都会因主债务清偿而消灭，此项内容是让与担保合意的核心，这也是认定表面行为虚假性与非独立性的重要依据。



目录
CONTENTS

1 让与担保及其法律特征

2 《民法典》有关让与担保规定

3 让与担保的主要条款与典型案例

02

《民法典》有关让与担保的规定

担保合同的范围

相关法律规定	《民法典》规定
第一百七十二条 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。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。 担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。	**第三百八十八条** 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。**担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同**。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效**的**，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。 担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

担保合同的范围扩大

担保合同的范围

《民法典》第七百四十五条：“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”

第七百六十八条：“应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已经登记的先于未登记的取得应收账款……”

第六百四十一条：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”

融资租赁合同

保理合同

所有权保留买卖合同

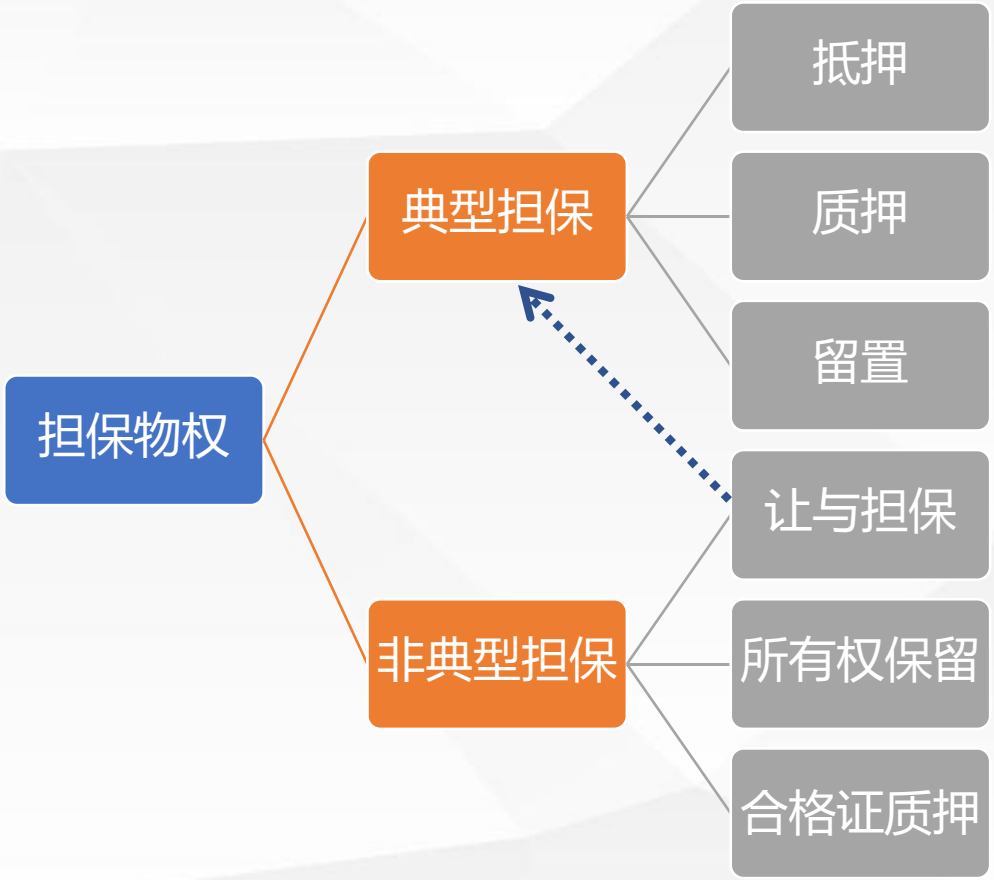
让与担保合同

其他具有担保功能合同

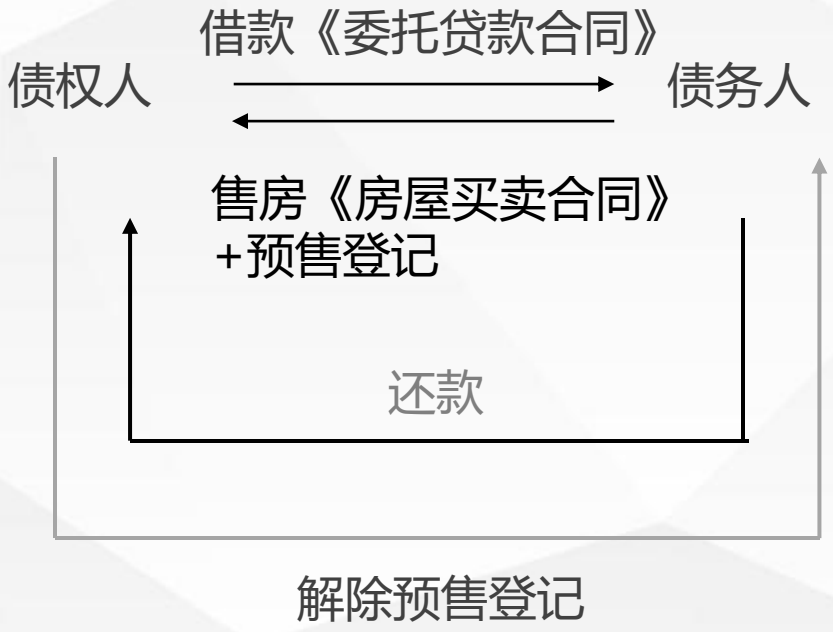
……

债权人就特定物享有的具有担保功能的合同权利，如符合法律规定的公示要求，可以发生对抗效力，

担保合同的范围



预售登记案例



《民法典》担保部分解释——第六十七条

第六十七条

在所有权保留买卖、融资租赁等合同中，出卖人、出租人的所有权未经登记不得对抗的“善意第三人”的范围及其效力，参照本解释第五十四条的规定处理。

《民法典》第六百四十一条

当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

第七百四十五条 出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

对应条文

担保物权——第六十八条

第六十八条

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。

担保物权——第六十八条

第六十八条

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；债权人请求参照民法典关于担保物权的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；债务人履行债务后请求返还财产，或者请求对财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款清偿债务的，人民法院应予支持。

担保物权——第六十八条

第六十八条

债务人与债权人约定将财产转移至债权人名下，在一定期间后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金加上溢价款回购，债务人到期不履行回购义务，财产归债权人所有的，人民法院应当参照第二款规定处理。回购对象自始不存在的，人民法院应当依照民法典第一百四十六条第二款的规定，按照其实际构成的法律关系处理。

担保物权——第六十八条

对应条文

《全国法院民商事审判工作会议纪要》71.【让与担保】

债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。

当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。

担保物权——第六十八条

让与担保

1 广义让与担保

包含买卖式担保,是指以买卖方式移转标的物的所有权,而以价金名义通融金钱,并约定日后将该标的物买回的制度

2 狭义让与担保

仅指让与式担保,又称为信托让与担保,是指债务人(或第三人)为担保债务清偿,将担保标的物之所有权移转给债权人,在债务清偿后,标的物之所有权回归于担保人；在债务届时未能得到清偿时，债权人有就担保物优先受偿的权利。

担保物权——第六十八条

让与担保

01

标的物所有权暂时转让给债权人,债权人成为形式上的所有人

02

担保人保持对担保标的物的使用效益，通过如租赁等方式，使得担保人对担保标的物使用

03

债务人履行债务后,债权人应返回标的物所有权

04

在债务人未偿还债务时,债权人不是取得担保标的物所有权,而是进行清算

让与担保与流质契约之辨

01 流质契约应然无效

流质契约因不利于双方当事人利益的实现与平衡，因而被认定为无效，为法律所禁止。

但是，流质契约是所有担保物权都有可能出现的情形，取决于担保合同的约定，并非让与担保所独有，也非让与担保的制度缺陷。

02 让与担保的救济

实务中当事人为图避开无效之后果，通常并不签订让与担保合同，而是以买卖合同的形式，实现让与担保的功能，因而形式上似有流质契约之嫌。

对此，可通过拟制双方之间的清算约定予以补正。

担保物权——第六十九条

第六十九条

股东以将其股权转移至债权人名下的方式为债务履行提供担保，公司或者公司的债权人以股东未履行或者未全面履行出资义务、抽逃出资等为由，请求作为名义股东的债权人与股东承担连带责任的，人民法院不予支持。

担保物权——第六十九条

解读

破产程序中常见债务人企业名义股东与实际出资人不一致的情况，债务人股东出于融资需要将其所持有的债务人企业股权形式转让至债权人名下，由债权人以增资或支付股权转让款的方式注入资金并约定回购条款，该种交易模式此前尤其常见于信托融资。

担保物权——第六十九条

解读

股权让与担保与股权转让的区别

01 意思表示

股权转让是当事人之间出于转让目的而签订的协议，由转让人转让股权，受让人支付对价。而股权让与担保的目的在于保障债权的实现。

02 股东权利

股权转让，受让方取得了相应的完整股东权利，承担股东义务。股权让与担保，股权转让协议中多存在股权限制条款，名义股东不享有对应的股东权利。

03 转让的从属性

股权转让不存在从属性问题，而在股权让与担保中，主合同一般为借款合同，股权让与合同用以保障主债权的实现。

04 股权回购

股权让与担保，股权转让协议中应约定股权回购条款

解读

股权让与担保与股权质押的区别

股权质押办理质押登记，而股权让与担保具有转让股权的外观。

登记方式

股权质押属于质押的方式之一，在性质上属于法定的担保物权。

然而股权让与担保则属非典型担保，其是否具有物权效力需具体分析。

权利属性

股权让与担保相比股权质押，股权让与担保更具灵活性、主动性。

债权保障程度

解读

股权让与担保与股权代持的区别

让与担保与股权代持在理论基础、基本结构、规范目的方面具有高度的一致性，具有类推适用的正当性基础。然而，尽管两者皆表现为股权变更并呈现“名”“实”不符的特征，但在合同目的上却存在差异，股权代持往往是出资人基于诸因素的考虑，而股权让与担保的核心目的在于保障债权的实现。

担保物权——第六十九条

解读

股权让与担保是商事主体基于商事活动而创设，在一定程度上迎合了经济发展趋势，满足了市场主体对融资担保方式多元化的需要。债权人同样也是担保权人，其在签订协议的过程中应注意以下几个方面问题：

(一) 及时办理股权变更登记等程序

(二) 避免合同条款违反流质契约原则

担保物权——第六十九条

周飞与陶明、中住佳展地产（徐州）有限公司等买卖合同纠纷案
（2014）民二终字第259号

陶明与周飞签订《协议》将周飞在天迈投资公司享有的公司中50%的股权和相关权益转让给景昇和赖文东并办理了工商登记手续，但该转让系为融资提供的让与担保方式，陶明和周飞的股东权益并不因此而当然丧失，陶明和周飞仍对天迈投资公司享有股权。

争议焦点：

股东为融资而以股权让与担保时是否还享有股东权益？

裁判要旨：

即使股东的出资均系通过标的公司融资并由该公司负责偿还也不能由此否认其在标的公司设立时所享有的投资性权益。本案标的公司股东将股权进行转让系为融资提供的让与担保方式，该股东权益并不因此而当然丧失。

目录
CONTENTS

1 让与担保及其法律特征

2 《民法典》有关让与担保规定

3 让与担保的主要条款与典型案例

03 让与担保的主要条款与典型案例

让与担保协议

甲方（债权人）：

乙方（债务人）：

丙方（担保人）：

鉴于【】年【】月【】日，甲方向乙方出借人民币本金【】元，为担保该债权之实现， 经甲、乙、丙三方协商一致，丙方自愿将其所有的物业转让给甲方作为保证乙方履行还款义务的担保，并达成本协议，供三方共同信守和履行。

第一条担保物

乙方用作担保的标的物如下：

1、

第二条产权之移转

1.对于前述物业，甲方无须向丙方支付任何费用。同时对于办理签订《商品房买卖合同》、网签、变更登记等过程中可能产生的所有费用，包括但不限于契税、物业专项维修资金、更名费用等均由丙方据实承担和支付。

第三条担保范围

担保范围为借款本金、利息、违约金，以及甲方为追索该借款所产的所有合理费用，包括但不限于律师费、差旅费、鉴定费、公证费等。

第四条担保期限

担保期限为：甲、乙双方约定的还款期限届满之日起【】年。

第五条双方权利义务

1.乙方未完全履行债务（包括未履行）前，丙方须自行妥善保管担保标的物，并负责维修、保养，享有该担保物收益。与此同时须保证担保物完好无损并接受甲方检查。

2.乙方未完全履行债务前，非经甲方同意，丙方不得以任何形式（包括出租）处分该担保物。

3.担保物有损坏或者价值明显减少之可能，足以危害甲方权利时，甲方可以要求丙方再提供相应之担保。丙方不提供担保的，甲方可以提前拍卖或者变卖担保物并优先受偿。

4.乙方完全履行债务后，甲方应配合丙方办理房屋过户手续。

第六条风险承担

本合同担保物未作清偿或为甲方实际占有前，担保物之意外毁损等风险由丙方承担。

第七条担保物之处置

乙方未按照借款合同的约定及时偿还甲方借款的，乙、丙方一致同意甲方聘请有关评估 鉴定部门对担保物进行估价，并由甲方优先受偿，乙、丙方放弃对该甲方聘请之评估部门及评估价的异议权。担保物折价或拍卖、变卖后，其价款超过债权数额（包括费用）的部分归丙方所有，不足部分由乙方继续清偿。

第八条费用负担

甲方就本合同担保物优先受偿前，该担保物所生或所涉一切税费等概由丙方负责承担。

第九条其他

乙方未完全履行债务（包括未履行）前，丙方出现解散或破产之情形，本合同担保物不列入清算范围，其时甲方有权提前处分担保物。

第十条本合同自双方签字并盖章之日起生效。

第十一条本合同壹拾贰份，均具同等法律效力。

（以下无正文）

甲方：

乙方：

丙方：

让与担保的主要条款

让与担保的设立，一般认为应同时具备下列三个要件：

一、是根据合同的约定，债务人负有现时债务或者未来债务；

二、是为了担保债务的履行，债务人或者第三人将担保物或者其他财产权利转让在债权人名下；

三、是各方约定，在债务人履行债务的情况下，债权人应将担保物返还给债务人或者第三人；反之，债权人有权就该担保物享有优先受偿权。

让与担保的主要条款

主债权的有关约定

最高人民法院在《<全国法院民商事审判工作会议纪要>理解与适用》（以下简称《理解与适用》）中指出，是否存在主合同是判断一份协议是财产转让协议还是让与担保的重要标准。让与担保虽非法定担保，但其核心在于“担保”功能，若主债权不存在，则法院一般不会将相关交易安排认定为股权让与担保。

让与担保的主要条款

案例

1

潘某、SC信托合同纠纷 —— 案号：（2019）最高法民终688号

最高人民法院认为潘某未能提供证据证明其与SC信托之间存在借款关系，股权让与担保成立的前提并不存在，因此是否成立股权让与担保无从谈起

2

熊某、TC公司股权转让纠纷 —— 案号：（2019）赣民终696号

江西省高级人民法院认为既然TC公司与熊某之间不存在借款关系，案涉《股权代持协议书》性质则不可能是向案涉借款提供的让与担保。

让与担保的主要条款

让与担保的有关约定

“意思表示必借助语言表述，文义往往成为进入意思表示意义世界的第一道关口。”如协议措辞明确，文义可作为认定协议性质的重要依据。

若当事人的约定明确含有“让与担保”的用语，并对担保的相关事项作出明确约定，既可以避免陷入流质契约的风险，又可使法院在协议中找寻到认定让与担保性质的依据。

让与担保的主要条款

让与担保权利实现的约定

一、当事人可约定清算条款并据之处置担保物，亦可在清算条款中约定担保物价值

二、让与担保权人对担保物折价、拍卖、变卖所得的价款可享有优先受偿权

让与担保的主要条款

案例

HH公司与WX公司、JG信托股东资格确认纠纷

案号：（2018）苏02民终954号

案涉股权转让合同约定WX公司发生信托合同及债务确认协议项下的违约情形时，JG信托有权处分转让标的及JG信托持有的WX公司其他股权，并以处分所得款项为限代WX公司履行信托合同及债务确认协议项下债务。若相关款项仍有剩余的，按照相关标准计算的剩余金额归属于HH公司。江苏省无锡市中级人民法院认为该约定实质上是将清算义务施予债权人JG信托，不属于流质或流押条款，应合法有效。

让与担保的主要条款

案例

MC公司、XL集团有限公司民间借贷纠纷

案号：（2019）最高法民终133号

最高人民法院在《理解与适用》已明确表示，将登记的股权解释为担保物权并不损害相对人的利益，因此让与担保权人对股权享有优先受偿权。

此外，既然质权人可在股权质押中就已办理出质登记的股权优先受偿。举轻以明重，在股权让与担保中，若将作为担保财产的股权变更登记到担保权人名下，担保权人形式上已享有股权，可享有优先受偿权。因此，让与担保原则上具有对抗第三人的效力，应受到保护，这亦体现了股权让与担保的核心价值。

让与担保的注意事项

- 只有在典型担保物权不能设立的情况下，才考虑设立让与担保，降低权利实现的风险因素。
- 不宜在同一担保物或者权利上同时设立让与担保和典型担保物权。
- 办理所有权或者其他权利转让登记过户手续。
  实际权利变动将决定债权人享有的权利、行使方式和是否享有优先受偿权。
- 在让与担保合同中约定好清算条款。
  除了约定债权人有权选择权利行使方式，还应明确以担保物实现债权的情形

让与担保的注意事项

股权让与担保

让与担保权人是否需要承担股东责任?

当处理公司外部关系时，目前司法实践的主流观点认为应当从权利义务相一致的角度出发，若债权人不享有股东权利，则其不应承担相应股东责任

此外，债权人实现债权的行为是合法的，且其取得债权时往往已支付对价，一般不存在抽逃出资行为。

但是股权让与担保属于非典型担保，未有相应的公示方式，故关于公司的对外关系，还需要考虑第三人的信赖利益保护问题。

让与担保的注意事项

案例

邓某、XH信托执行异议之诉纠纷

案号：（2017）吉07民初87号

XH信托基于让与担保关系成为被执行人BX公司的股东，在实现信托利益后退出公司。BX公司其他债权人邓*梅在执行案件中，以XH信托抽逃出资为由，请求追加XH信托为被执行人。

松原中院认为XH信托系基于其与BX公司之间的基础法律关系即信托融资关系而退出资金，这是双方的真实意思表示，没有损害BX公司的利益。故认定新华信托退出资金的行为不属于《公司法》意义上的抽逃出资行为，因而法院未追加新华信托为被执行人。

让与担保的注意事项

案例

XH信托与周某、JY公司民间借贷纠纷

案号：（2018）苏民申1390号

江苏高院认为，由于XH信托已经登记为JY公司股东，其退出信托资金，应当符合合同约定及法律规定。在XH信托仍为JY公司唯一股东的情况下，XH信托与JY公司约定将信托资金转为借款，由JY公司直接支付给XH信托，既不符合合作协议的约定，也不符合法律规定。

因此，XH信托实际收取的费用已超出其按照合作协议约定可收取的信托费用，构成抽逃出资。

让与担保的注意事项

建议

- 担保人为公司的，应当出具相应的决议，上市公司还应进行公告。
- 债权人应当及时告知标的公司的其他股东。
- 应谨慎审查受让的股权是否存在出资瑕疵等涉及股东责任的问题，并约定相应的责任承担。
- 债权人实现债权并退出持股公司时，应当履行相关合同约定办理股权转让手续；如涉及减资，应当依照法定程序为持股公司办理减资手续。
- 在订立相关协议时，可以合意约定股权价值，并灵活设置让与担保的实现条件，从而充分发挥股权让与担保的担保功能。

目录
CONTENTS

1 让与担保及其法律特征

2 《民法典》有关让与担保规定

3 让与担保的主要条款与典型案例

思考：

1.关于双方就系争房屋达成的合同关系的法律性质如何认定?

2. 关于系争房屋出售的款项应当如何结算?

律所简介

卓建所是一家快速发展的大型合伙制综合型律师事务所。目前，卓建已形成人员超过**500人**，执业律师超过**300人**的规模。

截至2022年3月，已设立**广州分所、深圳龙岗分所、西安分所、重庆分所、中山分所、马鞍山分所、东莞分所、福建分所、杭州分所**等十余家分所。

团队概况

卓建所金诚律师团队是卓建所金融法律事务部下属专业团队之一，团队长期服务于包括银行、**融资担保公司、小额贷款公司**、典当行、融资租赁公司在内的类金融机构，多年来长期密切关注着金融行业的最新法律发展动向和积极参与相关法律实践。未来，金振朝律师团队也将不断提高自身业务水平和创新服务形式，以期为客户提供更专业、周到的法律服务。

团队概况

卓建金诚律师团队是**卓建金融法律事务部**旗下的专业团队之一，是一支专注于金融担保法律服务的专业律师团队

使命：防控法律风险，为客户创造价值

愿景：打造国内一流的金融担保律师团队

价值观：专业、诚信、高效、创新

服务范围：融资担保公司法律顾问、民商事诉讼（仲裁）、投融资法律调查、担保方案设计、制度或者合同起草/审核、 法律培训

增值服务：法律资讯、法规手册 、赠送书籍

我们服务：

——法律顾问、诉讼仲裁、合同版本更新

互动交流……

2022

感谢您的观看与聆听

电话：金律师：13537718723
和助理：18824246626
邮箱：jinzz@lawzj.cn
地址：广东省深圳市福田区福中三路2003号
国银金融中心大厦11-13层