

《民法典》背景下让与担保的适用指南

一、基本概念

让与担保指债务人(或第三人)为担保债务人履行债务,将担保标的物的财产权(主要是所有权、股权、使用权及其他财产性权利)转移给债权人(担保权人),若债务人清偿债务的,标的物则返还给债务人(或第三人);若债务人不履行或不完全履行债务,债权人可以就该担保物优先受偿的一种非典型担保方式。

债务之履行在融资需求端极为重要,而交易在获取收益的同时更为关注增信措施的切实保障,以降低成本。在此背景下,所有权更趋于转变为观念性的利用权利,愈加具有资本化的倾向,其与债权性契约相结合在现代生活中可以发挥更为重要的作用。故此,有观点认为,让与担保的出现实际上是所有权债权化或担保化的一种体现。究其实质而言,让与担保与诸如抵押权等法定担保并无显著差异。抵押权作为限定物权虽未获取全部物权权能,尤其是未取得担保物的所有权,但就该物在经济流通中的交换价值已然为担保权人所支配,该物的“资本所有权”专属于担保权人;让与担保虽然由担保人转移标的物之所有权,担保权人成为担保物名义上之所有权人,但囿于让与担保之目的需要,非为担保权之实现的处分权能并不由担保权人享有,担保权人此时所享有的标的物之所有权亦属“资本所有权”。

尽管长期以来实定法并未对让与担保制度作出明确的规定,但让与担保已经在交易中扮演了重要角色,并在学说与判例的更新中发展出一套较为行之有效的规则制度,使当事人对让与担保的制度效力形成某种确信,成为实质上的习惯法之担保物权。在《民法典》已经认可“具有担保功能的合同”之效力的背景下,使得让与担保获得了更多的规范供给,裁判规则亦亟待更新。

二、让与担保成文化争议与规范沿革

《民法典》虽然没有对让与担保进行专门规定(实际上亦有之前的草案稿曾

专章就让与担保进行了规定), 在《物权法》立法过程中让与担保的成文化即已经引起激烈讨论, 但最终并未明文规定让与担保制度。

反对让与担保制度法典化的理由主要包括: 第一, 让与担保属于虚伪表示。当事人转移标的物之所有权, 仅仅是为担保之目的, 转移所有权只是形式而非双方真实意思表示, 属于当事人通谋而为的虚伪意思表示; 第二, 让与担保属于规避法律的脱法行为。因让与担保制度在外部公示上并未显示出双方真实的权利状态, 掩盖了当事人之间真实的财产关系, 不利于还原真实的交易信息; 第三, 让与担保违反物权法定, 并有违流质契约之禁止的规定。另外, 让与担保非但没有比较法上的先例, 更会由于其手段超越目的之特点(即仅仅由于限定物权的需要而认可转移所有权的手段)导致物权体系混乱。而且让与担保制度所调整的现实生活, 均可以由其他制度解释而完成, 无需以法律续造之形式另行承认让与担保制度。

然而, 虽然让与担保并未成为法定担保物权, 但就担保物权的发展轨迹而言, 转移担保标的物之所有权的担保物权实际上是担保物权的原初形态, 其后发展成为不转移所有权而仅移转占有的担保物权(如质押), 以至出现所有权和占有权能均不移转的担保物权(如抵押)。因此, 一个回归担保物权原本状态的让与担保在缺乏明确的规范规制的情况下, 注定使得让与担保争议渐生。

1. 有限制地认可让与担保的合同效力

2013年, 最高人民法院在广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房销售合同纠纷一案[案号: (2013)民提字第135号]中首次肯定了签订房屋买卖合同并办理备案登记为债权进行“非典型担保”的效力, 并认为房屋买受人不能直接取得案涉不动产之所有权, 只能在房屋出让人不能按时归还借款的情况下, 以适当的方式(如通过拍卖或者变卖案涉房屋的方式)实现债权。

同年, 江苏省高级人民法院在《关于审理民间借贷纠纷案件的会议纪要》中规定: “当事人之间以借贷为目的签订房屋买卖合同作为担保的, 人民法院应当认定双方名为房屋买卖实为民间借贷关系。出借人以房屋买卖关系提起诉讼, 请求履行房屋买卖合同并办理房屋过户登记手续的, 人民法院应当向其释明按照民间借贷关系变更诉讼请求; 出借人坚持不予变更的, 人民法院应当判决驳回其诉

讼请求。”

2015年8月，最高人民法院在《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第24条进一步规定：“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。”因此，以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，出借人要求履行买卖合同时，法院应当按照民间借贷法律关系审理；且在判决生效后，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物偿还债务。如果将此种买卖型担保解释为让与担保，该规定则是最高人民法院在司法解释层面对让与担保制度首次进行的规范调整，但其并未承认债权人对担保物权享有优先受偿之权利。

2. 赋予让与担保物权效力

2019年7月3日，最高人民法院审判委员会专职委员刘贵祥在全国法院民事审判工作会议上的讲话中明确，要在民商事审判中统一裁判尺度，其中就包括了让与担保问题，并在第八章“关于股权让与担保问题”中肯定了股权让与担保作为担保的合同效力，并进一步认可了在完成股权变更登记的情况下，应参照适用股权质押实现的规定，赋予股权让与担保权利人优先于一般债权人受偿的效力。

其后，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民纪要》”）第71条正式明确了让与担保的概念和效力，认为“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。” 《九民纪要》首次正面回应让与担保的争议问题， 并对涉及“流质”的归属型让与担保之合同效力、让与担保的物权效力等问题进行了较为全面的规定。

在《民法典》第 388 条认可“其他具有担保功能合同”的情况下， 《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》（下称“《担保制度解释》”）第 68 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。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； 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。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。” 该等规定在吸收《九民纪要》内容的基础上， 对让与担保的清算问题、流质条款的影响以及附回购条款的让与担保等情形进行了更为精细的规定。至此， 让与担保的效力及具体实现的核心内容均获得了制度上的认可。

三、让与担保的类别

1. 根据标的物的不同，让与担保包括动产让与担保、不动产让与担保及股权转让与担保等类型。从债权人取得的权利角度看，动产让与担保与动产抵押，两者并无太大差异，均取得的是动产的实际资本价值，实践中运用得并不多。不动产让与担保则多出现在民间借贷交叉不动产买卖合同案件中，以不动产买卖作为民间借贷纠纷项下对主债权的担保。股权转让与担保是指债务人或者第三人为担保债务的履行，将其股权转让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。而股权转让与担保与其他担保形式相比，因股权本身的特性和公司这一主体的加入，导致其更为复杂。

2. 根据担保设定时担保物所有权是否进行转移，可以分为让与担保与后让与担保。《九民纪要》所明确的就是前者，即指在担保设定之初就将担保物的所有权转移于担保权人，并认为后让与担保并非严谨的法律概念，当事人作出将标的物转移给债权人的约定时，标的物并未以交付或者登记的方式进行公示，不属于《九民纪要》所规定的让与担保；而后者是杨立新教授所创设的概念，指债务人(或第三人)与债权人签订买卖合同，约定将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，债务人届期未依约履行债务后才转移担保物所有权给担保权人。两者主要区别在于一个是先转移所有权，一个是后转移所有权。有观点认为区分两者的意义不大，不动产让与担保在本质上就是不动产抵押。实践中也有法官回避对后让与担保问题的定性，使用“类似让与担保的一种非典型的担保行为”进行概括，并大多认为“双方之间真实的法律关系不应受制于当事人签订合同的外观与名称，而应当根据当事人之间真实意思表示和合同的实质内容来判定。”实践中多认为以买卖合同的后续履行而设定的担保多属于后者。最高人民法院在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再审案[案号：(2011)民提字第344号]中认为，双方以抵押房屋抵顶借款的约定并非法律所禁止的流质条款，债务人到期不能偿还时，所有权并非直接转移给债权人，而需履行商品房买卖合同，并不符合流质契约的构成要件。以买卖合同为借款提供担保亦不违反法律、行政法规的禁止性规定，无论是履行借款协议抑或是买卖合同，均是当事人真实意思表示，并且当事人对履行协议具有选择性，债务

人更具有主动性，并未损害其利益。因此，即便不将买卖型担保定义为让与担保，其作为一种新型的担保方式，亦有其存在价值。

3. 根据是否需要担保物进行清算估价程序，让与担保又可以分为归属型让与担保和清算型让与担保，前者是指当债务人不能履行债务时，约定无需进行清算，担保物所有权直接归属债权人用于偿债，归属型让与担保因涉及流质条款其有效性并不被认可；后者是指在债务人不能履行债务时，约定需要对担保物进行清算，如处置担保物清偿债务后，剩余部分返还给担保人，按照清算的类型，又可以进一步分为归属清算型让与担保与变价清算型让与担保，区分的标准在于估价后如何处置担保物，而相同点则为必须对担保物进行估价。

四、让与担保在司法实务中的审查要点

《九民纪要》第 71 条与《担保制度解释》第 68 条对让与担保的规定，实际上是对实践中长期以来的争议问题进行的回应，集中表现为两个重要问题：一是让与担保的合同效力；二是让与担保的物权效力。

1. 让与担保合同效力的认定

《九民纪要》和《担保制度解释》总体上认可让与担保合同的效力，但否认归属型让与担保之效力，即在约定以财产转让担保债务的情形中，约定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，合同有效，但如约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，该约定则应认定为无效。

但以往的司法案例中，许多法院并不认可让与担保合同的效力，其间要点与学说争议主要包括“违反物权法定原则”、“违反禁止流押/流质的规定”以及“构成虚假的意思表示”，在司法裁判中出现并不统一的裁判规则。但该等反对理由实际上源于不少制度和理论上的误解。

表：司法实务中对让与担保合同法律效力的裁判分歧

影响担保合同有效的理由	观点分歧	司法判例
是否违反物权法定原则	<p>【认定无效的观点】</p> <p>物权的种类和内容均由法律作出规定，不允许当事人自由创设和变更。当事人约定以股权转让与形式为借款合同提供担保违反了物权法定原则。</p>	(2016)辽民申1115号
	<p>【认定有效的观点】</p> <p>根据物权和债权区分原则，物权法定原则并不能否定上述合同的效力，即使股权转让与担保不具有物权效力，股权转让与担保合同也不必然无效。</p>	(2019)最高法民终133号
是否违反禁止流押/流质的规定	<p>【认定无效的观点】</p> <p>让与担保是一种非典型担保，该约定与担保法中关于流质契约的规定相冲突，违反了法律的禁止性规定。</p>	(2016)辽民申1115号
	<p>【认定有效的观点】</p> <p>《物权法》禁止流押、禁止流质之规定，旨在避免债权人乘债务人之危而滥用其优势地位，压低担保物价值，谋取不当利益，如约定担保权人负有清算义务，当债务人不履行债务时，担保权人并非当然取得担保物所有权时，并不存在流押、流质的问题。</p>	(2019)最高法民终133号
是否构成虚假的意思表示	<p>【认定无效的观点】</p> <p>根据《中华人民共和国民法总则》第一百四十六条的规定，当事人之间因不具备商品房买卖合同的合意，买卖房屋是假，为曾福元债权作担保是真，故双方以虚假的意思表示签订的《商品房买卖合同》应属无效。</p>	(2018)湘民终797号

	<p>【认定有效的观点】</p> <p>在让与担保中，债务人为担保其债务将担保物的权利转移给债权人，使债权人在不超过担保目的范围内取得担保物的权利，是出于真的效果意思而做出的意思表示。尽管其中存在法律手段超越经济目的的问题，但与前述禁止性规定中以虚假的意思表示隐藏其他法律行为的做法明显不同，不应因此而无效。</p>	<p>(2018)最高法民 119 号</p>
--	---	-------------------------

1) 关于违反物权法定原则之问题。 不少观点认为实定法并未对让与担保制度进行明确规定，设定让与担保违反了物权法定原则。比如在王恩柱、陈胜英与滕德荣、宽甸金远房地产开发有限公司合同纠纷再审案案[案号：(2016)辽民申1115号]中，辽宁省高级人民法院认为：“让与担保是双方约定设定的担保物权，《物权法》第五条规定物权的种类和内容，由法律规定。第一百七十二条规定设定担保物权，应当依照本法和其他法规的规定订立担保合同。从以上规定看，物权的种类和内容均由法律作出规定，不允许当事人自由创设和变更。本案中以股权转让形式为借款合同提供担保违反了物权法定原则。”

实际上，让与担保本身并未创设新的物权类型、也未新设物权的内容，与物权法定原则并不冲突。物权法定原则也仅是对物权之效力产生影响，并不涉及当事人之间基于真实意思表示所达成的协议之效力。现行法所确认的区分原则以及基于对非典型担保的制度确信，如果已经完成了公示的让与担保赋予其物权效力，就要将其纳入现行法之中，或从物权法定缓和的角度，认为让与担保是习惯法上的物权。但物权法定原则本身并不影响合同效力。在合同效力认定上，应根据契约自由之原则，只要不存在合同无效的法定事由，不宜轻易否定让与担保等非典型担保合同的效力，以促进担保制度的发展完善，满足担保实践之需要。

2) 关于违反流质条款之问题。 禁止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债务时抵押财产归债权人享有，以避免债权人乘债务人之急迫而滥用其优势地位，通过压低担保物价值的方式获取暴利，因此始有流质禁止之共识。但流质禁止与让与担保并非天然之对等关系，实践中早有将是否附有清

算程序作为判断让与担保是否构成流质之标准的观点。在姜思臣与张绪安民间借贷纠纷案[案号：(2017)鄂 01 民终第 2364 号]中，武汉市中级人民法院认为：

“让与担保将担保财产交由担保权人所有以消灭双方债权债务关系的约定， 排除了担保物实现时对担保财产的清算程序， 存在因市场变化而产生的实质不公平的可能性违反了禁止流质契约的法律原则。” 因此， 只有在排除清算程序时， 让与担保才有可能构成流质契约。

另外， 即便根据流质契约禁止规则判定债权人无权直接取得担保物之所有权， 流质契约无效， 但《民法典》第 156 条规定：“第一百五十六条民事法律行为部分无效， 不影响其他部分效力的， 其他部分仍然有效。” 因此， 禁止流质契约虽自始无效， 但因违反流质条款无效的部分， 并不影响其在有效范围内实现双方的效果意思， 此时构成流质的归属型让与担保应当转化为清算型担保， 从而不影响合同中其他条款的效力。

3) 关于构成通谋虚伪表示的问题。在学说上， 的确存在让与担保中转移所有权构成通谋虚伪表示而无效的解读， 但不久即被废弃。有观点认为， 尽管当事人转移所有权旨在实现担保的经济目的， 但该意思表示属于真实的效果意思， 并非欠缺效果意思的通谋虚伪表示， 换言之， 让与担保的当事人恰恰希望其所表示的行为成立生效， 藉此当事人才可据以转移标的物所有权来担保债权的实现， 其与通谋虚伪表示存在根本差异， 让与担保并不因通谋虚伪表示而无效。本文作者尽管对此不敢认同， 但是并非通谋虚伪表示即当然属于无效或可成为该问题的解决规则。《民法典》第一百四十六条规定：“第一百四十六条行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力， 依照有关法律规定处理。” 在通谋虚伪的前提下， 转移所有权的通谋虚伪表示固然可因欠缺效果意思而无效， 而隐藏的行为即担保行为则要根据合同效力的相关规定来进行认定。让与担保本身并不存在违反法律、 行政法规的强制性规定的情形， 依法应当认定有效。《九民纪要》即是循此思路进行的解读。实际上，《民法典》之前已由裁判照此进行。在李云香与徐忠相、 卢振东等股权转让纠纷案[案号：(2018)苏 01 民终 3411 号]中， 南京市中级人民法院即认为：“股权转让协议的双方当事人之间并无真实的股权转让之意， 该虚假的意思表示系双方共同有意为之， 故应认定股权转让协议系双方以虚假的意思表示实施的民事法

律行为，依法应属无效……就以股权转让形式对相应借款进行担保的意思表示真实、一致；就该股权设定的让与担保不违反法律、行政法规的禁止性规定。”因此，以虚伪意思表示为由认定让与担保无效缺乏法律依据。

故此，在《民法典》进一步调整无权处分合同效力、细化并肯定所有权存在争议或瑕疵之担保物的合同效力的基础上，上述观点并不能成为否定让与担保有效性的充分理由。

2. 让与担保的物权效力

让与担保合同有效仅是权利实现的一个方面，更为重要的是，债权人就担保物是否享有优先受偿的权利。

在港丰集团有限公司与深圳市国融投资控股有限公司、长城融资担保有限公司等合同纠纷申诉案[案号：(2016)最高法民申 1689号]中，最高人民法院认为：“在长城担保公司、国融公司已经代港丰房地产公司偿还了深圳发展银行欠款，港丰集团公司亦已经将港丰房地产公司的股权变更登记在国融公司名下的情况下，双方的主要合同义务均已履行。即使长城担保公司、国融公司不履行清算义务，也不能据此认定《股权及债权重组协议书》和《股权转让协议》的合同目的不能实现。因港丰集团公司未能在双方约定股权回购期内向长城担保公司、国融公司还款，导致其不能继续行使股权回购权，则长城担保公司、国融公司有权依据上述协议的约定，通过处置港丰房地产公司的资产或股权的方式优先受偿，在此过程中产生的纠纷，双方当事人可以另寻途径解决。”可见，在担保物已过户至债权人名下时，债权人可以通过对担保物的处置以享有优先受偿的权利。

也有观点认为，债权人对债务人不履行偿还义务时，可以申请对标的物进行拍卖变卖以受偿债权，但债权人对买卖之标的物所享有的仅是普通债权，并非优先受偿权。此种所谓未完成财产权利变动公示的后让与担保不享有优先受偿之权利当为自明之理。

但是亦有观点认为，即便完成了标的物所有权之转移登记手续，也不应享有优先受偿之权利。在江苏悦达贸易股份有限公司与陈为民、盐城市嘉丰置业有限公司等企业借贷纠纷案[案号：(2016)苏民再 68号]中，江苏省高级人民法院对

一审法院的如下认定予以支持：“悦达公司认为，股权转让系让与担保，悦达公司有权就股权价款优先受偿……根据物权法定原则，当事人应当按照物权法和其他法律的规定设立担保物权，不得自由创设物权的种类和内容，因物权法明确规定物的担保方式为抵押、质押和留置等，故悦达公司主张就股权优先受偿缺乏法律依据，一审法院不予支持。”

在本文作者看来，让与担保中债权人的优先受偿权或担保物权之优先受偿权的基础在于，担保物权之设定是否进行相应公示手段且该等公示手段被包括其他债权人在内的第三人所知悉。

如果让与担保之担保人仅存在担保权人单一的债权人，是否优先受偿并没有实质差别，担保物所有权是否进行移转在结果处理上也没有影响，甚至将让与担保认定为习惯法上的担保物权还是债权也没有实质差别，因为此时对担保物的处置已经包含在让与担保人信用财产的处置之中，考察是否具有优先受偿没有实际意义；如涉及其他债权人，在让与担保已经完成标的物所有权转移的情况下，债权人已成为名义上所有权人，让与担保人的信用财产中已不包含担保之标的物，即便后续债权人为交易之目的对让与担保人财产进行查询，也没有合理信赖认为担保标的物仍属于让与担保人所有，对标的物的受偿价值更没有合理期待，此时无异于使让与担保之债权人获得实际意义上的优先受偿之权利更符合各方预期。从另一个角度而言，让与担保由于其手段大于目的之特性，在已经完成标的物所有权转移的情况下，举重以明轻，赋予债权人就标的物优先受偿的权利也在情理之中。因此，在当事人已经采取符合标的物公示方法之措施的情况下，让与担保之转移所有权应当属于债权人可采取的最大限度的风险防范措施，也符合《民法典》消灭隐形担保的意旨，应对其优先受偿的效力予以认可。

《九民纪要》和《担保制度解释》也正是照此理解进行规定。最高人民法院认为：首先，让与担保具有物权的前提是，当事人根据合同约定已经完成财产权利变动的公示，形式上已经将财产转让至债权人名下。具体来说，动产已经交付债权人，不动产或者股权已经变更登记在债权人名下。仅签订合同，未完成财产权利变动公示的所谓的“后让与担保”，不具有物权效力。其次，让与担保的物权效力，指的是参照适用最相类似的担保物权，享有优先受偿的权利。其中动产、

不动产以及股权转让与担保分别参照适用动产质押、不动产抵押以及股权质押的规定，将财产拍卖、变卖、折价，并以所得价款优先受偿。让与担保参照适用最相类似的担保物权，面临的主要问题是，公示的是所有权或者股权变动，而实际上享有的却是担保物权，二者存在不一致的情形，而这恰是非典型担保和典型担保的区别之处。根据“举重以明轻”的解释规则，将登记的所有权或者股权解释为担保物权，并不损害相对人的利益，因此参照适用在价值上是妥当的。最后，尽管债权人形式上享有所有权或者股权，但鉴于其实质上享有的仅是担保物权，因而其请求确认对财产享有所有权或者股权的，人民法院不予支持。如此，亦不影响债权人优先受偿的目的。

3. 让与担保的实现

让与担保广为质疑的根本原因即是其实现时有可能直接取得标的物所有权，有违禁止流质契约之原则。然而诚如前述，对让与担保课以清算义务，即可避免当然的构成流质契约，不会对债务人或其他利害关系人造成不公之后果。

在担保物的清算问题上，也分为归属清算型和处分清算型，前者是指在让与担保可得实现之时，担保权人确定地取得标的物的所有权，但须在标的物完成清算之后；处分清算则是在让与担保可得实现之时，担保权人须将担保物变价处分，并对价款优先受偿。

本文作者认为，在具体实现方式上，首先应尊重当事人意思自治，无论约定归属清算或处分清算，只要是当事人真实意思表示，自应允许。在当事人并未约定或无法解释出清算条款时，亦应课予清算程序以实现让与担保。在清算中，让与担保各方在让与担保设定之时即对以标的物抵债有所预期，让与担保实现时由其享有标的物之所有权并不违反当事人之间的预设期待。

在股权转让与担保的特殊问题上，最高人民法院的立场在《九民纪要》与《担保制度解释》中出现了差别。在《九民纪要》时代，最高人民法院认为：“如果转让人将让与担保的真实意思告诉了公司及其他股东，则即便受让人在公司的股东名册上进行了记载，也仅是名义股东，不得对抗公司及其他股东。此时，作为名义股东，其并不享有股东的权利，即既不享有股权中的财产权，也不享有股权中的成员权。反之，如果转让人并未告知公司及其他股东实情，而是告知他们是

股权转让，则法律也要保护此种信赖。在此情况下，一旦受让人在公司的股东名册上进行了记载，即便真实的意思是股权让与担保，受让人仍然可以行使股东权利，包括财产权和成员权。”实际上，此时《九民纪要》所探究的更偏重于因合理信赖而产生的公司及其他股东之真意。而在《担保制度解释》颁布后，最高人民法院认为，债权人即便被推定具有股东资格，公司、其他股东及转让人仍可提供证据证明股权转让的真实意图为让与担保，此时名义股东仍不享有股东资格。

在具体实现上，已经登记为股东的债权人在实现让与担保时是否构成抽逃出资的问题，《九民纪要》仅认为“登记为名义股东的受让人本质上是有担保的债权人而非股东，且其实现债权行为是合法行为，加之其取得债权往往是支付对价的，一般不存在抽逃出资问题。”《担保制度解释》第69条明确股权让与担保的债权人(名义股东)并不承担出资义务，名义股东对出资义务的补充或连带责任，实际上是未考虑让与担保情况下指定的规则，故此，在《民法典》背景下，债权人与受让股权的出资义务无缘。与之类似，在让与担保与明股实债的交叉地带，当明股实债被认定为债权投资的情况下，即便由项目公司进行回购，已有判例显示并不构成抽逃出资，可谓与该种情况具有同质性。在武汉缤购城置业有限公司与国通信托有限责任公司借款合同纠纷案[案号：(2019)最高法民终1532号]中，最高人民法院认为：“尽管国通公司通过工商变更登记取得缤购城公司93.07%的股权，但其股东权利义务与普通股东不同，国通公司并非实际控制缤购城公司经营的股东。该增资交易的实质是国通公司仅定期收取固定收益，到期回收本金，属于信托公司的投资经营活动。国通公司依据《增资协议》约定在信托计划期限届满后收回增资款，符合双方的事前约定，且该约定的前提是国通公司前期对公司进行了投资，国通公司并非无偿取得，不构成上述抽逃出资行为。”

五、结论

在《民法典》时代，让与担保的合同效力已获规范上认可。在具体适用上，让与担保须排除流质条款，建立清算型让与担保的权利模式。已经完成公示手段的让与担保足以赋予债权人优先受偿的物权效力。在股权让与担保时，债权人尽管有获得股东资格的机会，但并不属于瑕疵出资/抽逃出资时的名义股东，对此

并不承担赔偿责任。