

## 托底型回购合同的风险转嫁机理

王文胜\*

---

**内容提要：**融资租赁回购合同中，在第三人迟延履行债务等条件成就时，回购权利人可以选择要求回购义务人支付回购价款。商品房按揭贷款回购合同与之类似。此类合同的本质在于回购权利人将第三人不履行债务的风险转嫁给回购义务人，换言之，回购义务人为回购权利人对第三人的债权利益进行托底，故可称为托底型回购合同。托底型回购合同的权利义务构造与保证合同存在重大差异，不应适用或类推适用有关保证合同的规则。托底型回购合同在不同情况下可为债权让与、合同权利义务概括移转、买卖、约定形成权等多个模块的不同组合。托底型回购合同为分期履行债务关系中的债权人提供了一种在交易遭遇变故时将其在交易中的全部财产权益打包转让出去、迅速退出这一交易的新机制，对于鼓励交易、促进资金融通和商品销售具有独特价值。

**关键词：**回购合同 融资租赁 按揭 担保 保证

---

近年来，“回购合同”一词出现在多种不同的交易关系之中。虽然合同所处的交易关系不同，合同所设定的权利义务也不同，但都被当事人冠以“回购合同”之名。其中，出现纠纷和争议最多的，当数融资租赁交易中的回购合同。在融资租赁交易中，在出租人与承租人订立的融资租赁合同、出租人作为买受人与出卖人订立的买卖合同之外，有的出租人要求出卖人与之订立回购合同（以下简称为“融资租赁回购合同”），约定在发生承租人迟延支付租金等情形时，由出卖人对租赁物进行回购，从而将融资租赁交易的风险转嫁给出卖人。对于这种回购合同属于何种合同类型、应适用什么法律规则，实务中争议很大，多数将之归入保证合同，有的则认为其虽不属于保证合同，但应类推适用有关保证合同的规则。在融资租赁回购合同之外，还有一些类型的合同如商品房按揭贷款回购合同，也是为合同一方当事人向另一方转嫁风险而设，也面临着类似的争议。

---

\* 湖南大学法学院副教授。

本文系湖南省哲学社会科学基金项目“以普惠金融为导向的融资租赁制度改革创新研究”（14YBA105）的阶段性成果。

鉴于融资租赁回购合同在此类回购合同中最为典型，也最为复杂、争议最多，本文以融资租赁回购合同为主要对象，对此类回购合同的法律性质和权利义务构造进行分析。

## 一、商事实践中用于转嫁风险的回购合同

### （一）转嫁风险型回购合同及其中的托底型回购合同

双方当事人以回购合同为工具，实现一方将其交易风险转嫁给另一方的目标，此类合同可称为转嫁风险型回购合同。此类合同的核心条款在于，在回购条件成就时，一方可以向另一方发出回购通知，要求其支付回购价款，且合同中所约定的回购条件，指向某种风险。其中，有的合同所约定的回购条件，指向涉及特定第三人的风险；有的合同所约定的回购条件，则仅指向不涉及特定第三人的风险。

回购条件指向不涉及特定第三人的风险，常见的是价格波动风险。例如，在商品房销售中，有的开发商向购房者承诺，若一定期限内房屋的市场价格低于购房者的实际购买价格，购房者可以要求开发商按原定价格回购该房屋。<sup>〔1〕</sup>通过这种约定，购房者将房屋市场价格下跌的风险转嫁给了开发商。这种回购合同可称为保价型回购合同。

回购条件指向涉及特定第三人的风险，即约定以特定第三人的特定行为作为回购条件，或以一方当事人与特定第三人之间的合同发生某种变故作为回购条件。例如，融资租赁回购合同中所约定的回购条件，实践中常见的有两种：一种是承租人（相对于回购合同而言属于第三人）欠付租金达一定时间；另一种是融资租赁合同被确认无效、确定不发生效力、被撤销或被解除（以下将这四种情形合称为“无效或失效”）。有的融资租赁回购合同中仅约定第一种回购条件，有的同时约定第一种与第二种。<sup>〔2〕</sup>通过这种约定，出租人将第三人（承租人）欠付租金的风险（或加上融资租赁合同无效或失效的风险）转嫁给了出卖人承担。与之类似的还有商品房按揭贷款中的回购，即在开发商售房过程中，为购房者办理抵押贷款的银行与开发商签订回购合同，约定在购房者不能偿还贷款时，银行可以要求开发商“回购”，<sup>〔3〕</sup>通过这种约定，银行将购房者不能按期偿还贷款的风险转嫁给了开发商。可见，在回购条件指向涉及特定第三人风险的回购合同中，虽然回购合同仅有两方当事人，但合同处于三方当事人的利益关系之中，即回购权利人基于某种原因（通常为另一合同）

〔1〕 参见罗晏诉惠州市银泰达实业有限公司商品房销售回购合同纠纷案，广东省博罗县人民法院（2014）惠博法民一初字第69号民事判决书。

〔2〕 参见信达金融租赁有限公司诉大连机床（数控）股份有限公司等融资租赁合同纠纷案，北京市第二中级人民法院（2017）京02民初5号民事判决书。

〔3〕 商品房按揭贷款回购合同中通常约定，回购价款按购房者所欠的全部贷款（及利息等）计算，回购之后商品房由开发商自行处理。在这种交易关系中，银行并无商品房所有权，故回购并非关于商品房所有权的反向交易。而融资租赁回购中，通常会涉及标的物所有权的反向交易，这也是商品房按揭贷款回购与融资租赁回购的重要差异。但此仅为外在的差异，二者在本质上的相似之处将于后文详述。关于商品房按揭贷款回购合同，参见广州侨鑫房地产开发有限公司诉林潮森等商品房预售合同纠纷案，广东省高级人民法院（2015）粤高法审监民提字第9号民事判决书；广东瑞安房地产开发有限公司与梁雄甜等商品房预售合同纠纷案，广东省高级人民法院（2013）粤高法民一申字第660号民事裁定书；惠州大亚湾利诚实业有限公司与房崇彦商品房预售合同纠纷案，广东省惠州市中级人民法院（2016）粤13民终2506号民事判决书。

对第三人享有债权,在第三人(债务人)不履行债务或者发生回购合同约定的其他情形时,回购权利人可以要求回购义务人支付回购价款。通过这种机制,回购权利人将第三人不履行债务的风险转嫁给回购义务人,换言之,回购义务人为回购权利人对第三人所享有的债权进行托底。为简洁与形象,本文将此类合同称为托底型回购合同。〔4〕

总之,转嫁风险型回购合同可依所转嫁的风险是否涉及特定第三人而分为两种类型。不涉特定第三人的转嫁风险型回购合同,典型的是保价型回购合同。涉特定第三人的转嫁风险型回购合同,本文称为托底型回购合同。保价型回购合同的权利义务构造相对简单,本文以托底型回购合同为分析对象。〔5〕

## (二) 不属于转嫁风险型回购合同的其他回购合同

除本文所讨论的转嫁风险型回购合同外,还有其他一些合同也被当事人或法院称为“回购合同”,但这种合同并非为一方向另一方转嫁风险而设。典型的有:

1. 一定期限之后的反向交易。合同双方当事人之间约定,在一定期限之后再行反向交易,这种反向交易符合当事人在交易开始时所预设的交易目标,是交易正常向前进展所必需的一个环节。典型者如,在售后回租型的融资租赁交易中,出卖人和承租人为同一人,其将标的物出卖给出租人,再从出租人手中租赁标的物,并约定在租赁期限届满后进行回购,重新取得标的物的所有权。〔6〕尤其是在以不动产为标的物的售后回租型融资租赁交易中,租赁期限届满后的标的物回购对于交易而言非常重要。〔7〕信托公司以“买入返售”方式从事信托业务,先从交易对方处受让财产权(特定资产、特定资产收益权等),在一定期间后再由对方回购,〔8〕也属于此类。此外,实践中还有以买卖合同(加回购合同)担保借款偿还的现象,即当事人之间并无真实的移转标的物(多为房屋)所有权的意思,借款人(作为出卖人)与贷款人(作为买受人)订立“买卖合同”,以贷款人在“买卖合同”中的债权作为民间借贷的债权保障,同时订立“回购合同”,用于在借款人按期还款后消灭此前的“买卖合同”所产生的后果。这种交易关系中的“回购合同”,仅就当事人所设定的交易

〔4〕 此前,“托底”一词在我国不大常见,《现代汉语词典》2005年版未予收录,2012年版收录该词,2016年版亦同,解释其用法之一为“比喻做后盾,在某些方面给予保证”。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆2012年版,第1327页;2016年版,第1335页。近年来,我国社会对该词的使用逐渐增多,领导人讲话、中央文件、国务院政府工作报告等多处使用“托底”一词,典型的如“社会政策要托底”“民生托底保障”等。从“民生托底”等词的使用来看,“托底”常喻指为他人的利益提供某种低限度的保障,以此鼓励他人从事某种行为(如发展生产)。后文将述及,融资租赁回购合同、商品房按揭贷款回购合同为回购权利人所提供的保障可能是低限度的,不一定能保障回购权利人的利益得到全部实现。因此,虽实践中未见“托底型回购合同”一词,但依笔者所见,该词可以较为简洁而形象地描述此类回购合同。

〔5〕 这两种转嫁风险型回购合同的共性是,都附有回购条件,且在回购条件成就后都有回购权利行使的问题。因此,本文对托底型回购合同中回购条件与回购权利行使的讨论,也适用于保价型回购合同。

〔6〕 最高人民法院《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2014〕3号,以下简称“融资租赁合同纠纷解释”)第2条规定,对于售后回租型融资租赁,“人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系”。

〔7〕 参见嘉兴市人民政府《关于杭州湾大桥北岸接线固定资产融资租赁事项的批复》(嘉政发〔2011〕79号)。

〔8〕 参见北京天悦投资发展有限公司诉安信信托股份有限公司、北京天域新城房地产开发有限公司、王某瑛、黄某海合同纠纷案,最高人民法院(2017)最高法民终907号民事判决书。另参见最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,以下简称“九民纪要”)第89条。

进程的外观而言，〔9〕同样属于一定期限之后的反向交易。

2. 名为回购的独立交易。最典型的是公司法所规定的公司收购股权（或股份），最高人民法院《民事案件案由规定》（法〔2011〕42号）称为“股票回购合同”。按照BOT等模式进行公共基础设施建设时，合同约定的将来的“回购”也属此类，因为在“回购”之前并不存在从政府向投资方移转所有权的正向交易。

以上这两种类型的合同，虽也被称为“回购合同”，但并不具有转嫁风险的功能，因而不属于本文讨论的范围。

## 二、托底型回购合同与保证合同的差异

### （一）关于托底型回购合同与保证合同存在相似之处的现有观点

关于商品房按揭贷款回购合同的性质，学者鲜有讨论，实务中有法院将之认定为保证合同，适用有关保证合同的规则进行裁判。〔10〕

关于融资租赁回购合同的性质，目前主要有三种观点：保证合同说、附条件买卖合同说、买卖与保证混合合同说。许多法官主张买卖与保证混合合同说。〔11〕有些裁判文书采保证合同说。〔12〕少数裁判文书采附条件买卖合同说。〔13〕此外，有的法院回避对合同性质作直

〔9〕 此类合同可能被法院认定为无效，如刘艳芳与商丘市长江置业有限公司确认合同效力纠纷案，河南省宁陵县人民法院（2018）豫1423民初595号民事判决书。最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2010〕18号）第2条第1项规定，不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以约定回购等方式非法吸收资金，符合犯罪构成要件的，以非法吸收公众存款罪定罪处罚。

〔10〕 参见广东省高级人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见》（粤高法发〔2003〕24号）第4条；另参见广州侨鑫房地产开发有限公司诉林潮森等商品房预售合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2012）穗中法审监民抗再字第48号民事判决书，转引自前引〔3〕，广东省高级人民法院（2015）粤高法审监民提字第9号民事判决书。

〔11〕 上海市高级人民法院金融庭在2015年9月发布的内部指导意见中明确主张融资租赁回购合同兼具保证合同和买卖合同的双重属性。参见上海市黄浦区人民法院2015年10月发布的《2014-2015年融资租赁案件审判白皮书》。裁判文书如狮桥融资租赁（中国）有限公司与宝鸡华山工程车辆有限责任公司融资租赁合同纠纷案，天津市第二中级人民法院（2016）津02民终2804号民事判决书；王磊等与恒信金融租赁有限公司等融资租赁合同纠纷案，上海市第二中级人民法院（2013）沪二中民六（商）终字第272号民事判决书；浙江森鹏文具有限公司与国旺国际融资租赁有限公司、哈尔滨三环印刷包装机械有限责任公司融资租赁合同纠纷案，江苏省南京市中级人民法院（2016）苏01民申220号民事裁定书；台新融资租赁（中国）有限公司与四川路雅达科技有限公司、龙化良、龙化荣、重庆惠恩机电设备有限公司融资租赁合同纠纷案，江苏省南京市建邺区人民法院（2014）建商初字第646号民事判决书，转引自江苏省南京市中级人民法院（2016）苏01民终3189号民事裁定书。法官撰写的论文，参见李阿侠：《回购担保合同的法律定性与裁量规则——对回购型融资租赁合同纠纷案的评析》，《天津法学》2018年第4期，第100页；王益平、周荃：《回购型融资租赁纠纷法律适用之透视》，《金融教学与研究》2013年第6期，第34页。

〔12〕 例如孔令猛等诉云南加藤机械设备有限公司追偿权纠纷案，云南省高级人民法院（2017）云民申747号民事裁定书；内蒙古北方重型汽车股份有限公司诉恒信金融租赁有限公司等保证合同纠纷案，上海市第一中级人民法院（2010）沪一中民六（商）终字第13号民事判决书，转引自上海市高级人民法院（2010）沪高民五（商）再提字第1号民事判决书；徐州华东机械厂与宜昌金海工程机械销售有限公司、彭某某保证合同纠纷案，上海市黄浦区人民法院（2010）黄民五（商）初字第3884号民事判决书，转引自上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民六（商）终字第67号民事判决书；安徽省巢湖市华毅工程机械有限公司等与恒信金融租赁有限公司保证合同纠纷案，上海市黄浦区人民法院（2010）黄民五（商）初字第3886号民事判决书，转引自上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民六（商）终字第73号民事判决书；阿特拉斯工程机械有限公司与郭喜和融资租赁合同纠纷案，内蒙古自治区包头市中级人民法院（2014）包民二终字第58号民事判决书。

〔13〕 例如前引〔11〕，江苏省南京市中级人民法院（2016）苏01民终3189号民事裁定书。

接讨论, 仅按合同中的明确约定来处理案件。<sup>[14]</sup> 还有个别学者主张, 不如将之径直认定为纯粹的非典型商事合同, 但又主张类推适用保证合同规则。<sup>[15]</sup>

讨论合同类型的目的, 在于准确判断所应适用的法律规则。对于纯粹非典型合同, 无法适用民法典合同编中关于各典型合同的具体规范, 只能适用民法典总则编和合同编通则中的一般规范, 按照合同约定、诚实信用原则并参酌交易惯例加以处理。<sup>[16]</sup> 因而, 只有在经甄别不属于典型合同、又确实不属于合同联立或混合合同之后, 才能认定为纯粹非典型合同。可见, 首先仍应判断是否属于合同联立或混合合同, 而不宜“径直认定为纯粹非典型商事合同”。

初看上去, 融资租赁回购合同确实与保证合同有相似之处, 又与买卖合同有相似之处。一方面, 其与保证合同的相似度很高。二者都处于三方关系之中, 且都是一方向对方转嫁第三人不履行债务的风险的工具。在融资租赁回购中, 出卖人的回购价款支付义务主要是针对承租人的租金支付义务向出租人提供保障, 这与保证关系中保证人针对债务人的债务向债权人提供担保非常相似。另一方面, 融资租赁回购合同中含有约定标的物所有权移转的元素, 此为其与买卖合同的相似之处。

将保证合同说和附条件买卖合同说这两种观点加以对比可以发现, 两种观点各自所强调者, 正是对方所忽略者。保证合同说重点关注融资租赁回购合同的功能在于为出租人提供保障, 而不在于使出卖人重新取得所有权, 于是忽略了回购合同中约定标的物所有权移转的元素, 忽略了保证合同为单务、无偿合同的特征。这正是反对保证合同说者提出的最核心理由。<sup>[17]</sup> 附条件买卖合同说则正好与之相反, 重点关注其中的标的物所有权移转的元素, 忽视了其与普通买卖合同截然不同的功能。这也正是反对附条件买卖合同说者提出的最核心理由。<sup>[18]</sup> 于是就有了在二者之间求取折衷的“买卖与保证混合合同说”, 该说看似以二者各自的关注重点弥补了对方的不足, 因而被不少法官采纳。

若论保证与买卖这两种元素之间的比例, 似乎融资租赁回购合同的主要部分在于保证, 买卖只是附加的次要部分。司法实践中, 对融资租赁回购合同采纳附条件买卖合同说的裁判文书数量较少, 采纳保证合同说或买卖与保证混合合同说的裁判文书较多, 其原因应在于此。有些当事人也将融资租赁回购合同理解为保证合同, 有的合同所使用的名称就是“回购担保合同”甚至“回购保证合同”, 其原因也应在于此。而商品房按揭贷款回购中, 出卖人(开发商)的回购价款支付义务是出卖人针对借款人(房屋买受人)的贷款偿还义务向银行提供保障, 不像融资租赁回购那样含有标的物所有权移转的元素, 于是裁判文书中仅能见到将之认定为保证合同的观点, 当事人也多将之称为“回购保证合同”或在合同中使用“回购保证”之类的表述。

[14] 例如安徽大中方工程机械有限公司与现代融资租赁有限公司融资租赁合同纠纷案, 上海市高级人民法院(2019)沪民申1469号民事裁定书。

[15] 参见徐同远:《论融资租赁交易回购担保》, 载龙卫球、王文杰主编:《两岸民商法前沿》第5辑, 中国法制出版社2016年版, 第491页, 第495页以下。

[16] 参见王泽鉴:《债法原理》, 北京大学出版社2013年版, 第139页; 崔建远主编:《合同法》, 法律出版社2016年版, 第15页。

[17] 参见前引[15], 徐同远文, 第489页; 前引[11], 李阿侠文, 第100页。

[18] 参见前引[15], 徐同远文, 第487页; 前引[11], 李阿侠文, 第100页。

## （二）托底型回购合同与保证合同之间存在的差异

但是，当事人为合同取何种名称或在合同中采何种表述，仅体现了当事人的理解，这种理解不一定准确。正如最高人民法院早在1996年就已明确的，“合同约定的权利义务内容与名称不一致的，应当以该合同约定的权利义务内容确定合同的性质”。<sup>〔19〕</sup>在承认托底型回购合同与保证合同之间确有相似之处的同时，应认识到，除前述已被学者指出的差异，即保证合同为单务合同但回购合同中回购义务人通常享有请求移转标的物所有权的权利外，出卖人的回购价款支付义务与保证合同中的保证责任在法律构造上存在更为根本的差异。

### 1. 用于保障金钱债权的回购价款支付义务与保证人的义务存在重大差异

首先，回购价款支付义务并非仅指向第三人迟延履行的那部分金钱债务。这是回购与保证的最根本差异。在保证合同中，若保证方式为一般保证，在债务人不履行债务、债权人通过诉讼或仲裁向债务人主张权利且经依法强制执行后仍未获得清偿的，保证人应承担保证责任（民法典第687条，担保法第17条）；若为连带责任保证，债务人不履行到期债务（债务履行期届满没有履行债务）的，债权人可要求保证人承担保证责任（民法典第688条，担保法第18条）。可见，不论采何种保证方式，债务履行期限届满，都是保证人承担保证责任的前提。换言之，保证人承担保证责任，指向的是债务人已经迟延履行的那部分债务。对于债务人尚未陷入履行迟延的债务，不存在由保证人承担保证责任的可能。与之不同，在融资租赁回购合同中，出卖人的回购价款支付义务并非仅指向承租人所欠付的那部分租金。回购合同中约定的回购价款，一般都是以承租人尚未支付的全部租金为基准进行计算，既包括已经到期尚未支付的租金，也包括尚未到期的租金。也就是说，出卖人承担回购价款支付义务，与保证人承担保证责任的法律构造不同，并非意味着在承租人迟延支付租金时，由出卖人代替承租人支付已经迟延的那部分租金。商品房按揭贷款回购也是如此，开发商所应支付的回购价款，既包括已经到期但购房者尚未偿还的欠款，也包括尚未到期的欠款。

其次，回购义务人对回购权利人的回购价款支付义务与第三人对回购权利人的债务之间，属于相互独立的关系，不似保证关系中的保证债务从属于主债务。在保证关系中，保证人承担保证责任“实质上仍属于清偿他人（主债务人）的债务”，<sup>〔20〕</sup>也正因如此，保证责任以已陷入迟延的主债权、利息、违约金、损害赔偿金加上实现债权的费用计算其范围（民法典第691条，担保法第21条）。与之不同，回购义务人并非替代第三人履行债务。在融资租赁回购中，出卖人所应支付的回购价款的数额，是根据回购合同中约定的计算方法加以计算，通常是以承租人尚未支付的全部租金为计算基准，在此基础上，有的约定加上利息，<sup>〔21〕</sup>有的约定乘以一定系数（如乘以1.05），<sup>〔22〕</sup>或约定其他计算方法。若仅计算利息或乘以一定系数，则意味着不考虑承租人应付的违约金、损害赔偿金等，即并非全然指向承租人所负的债务，并非承租人应付多少出卖人就应付多少。可见，出卖人的回购价款支付义务，是以回购合同为基础的、独立的义务。并且，以此标准计算出的回购价款数额，

〔19〕 参见最高人民法院《关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权问题的批复》（法复〔1996〕16号）。

〔20〕 前引〔16〕，崔建远主编书，第151页。

〔21〕 参见前引〔12〕，上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民六（商）终字第73号民事判决书。

〔22〕 参见十堰晓文工贸有限公司等诉台新融资租赁（中国）有限公司融资租赁合同纠纷案，江苏省南京市中级人民法院（2017）苏01民终11215号民事判决书。

很有可能少于出租人因承租人迟延付租而遭受的损失。考虑到商事实践中出租人对于和谐合作的追求,不一定会在回购条件成就之后立即要求回购,而是可能选择不断地对承租人进行宽限和督促,当出租人最终不得不要求回购时,承租人已实际迟延的时间可能比回购条件中约定的承租人迟延时间更长。随着迟延时间的增加,出租人所受损失不断增大,但以固定系数计算的回购价格保持不变。因此,回购合同为出租人所提供的保障可能是低限度的,可能仅保障出租人的利益基本得到实现,并不一定为其提供完全的保障。商品房按揭贷款回购也是如此。

再次,回购并非仅影响第三人所负金钱债务这一狭义债权债务关系。正因为保证人的保证责任仅针对债务人已经迟延履行的那部分债务,所以,保证人承担保证责任,仅对债权人与主债务人之间以这部分金额为内容的狭义债权债务关系产生影响,并不及于债权人与主债务人之间的其他债权债务关系。例如,在保证人为租赁合同中承租人的租金支付义务提供担保的场合,保证人承担保证责任、代替承租人支付部分租金,对出租人与承租人之间因租赁合同而产生的其他债权债务关系不产生影响。典型者如,出租人与承租人之间的租赁合同关系继续存在(除非合同因违约而另行按照解除制度被解除),出租人继续负有保障承租人占有使用标的物的义务,就后续新产生的租金,出租人仍对承租人享有债权。与之不同,在融资租赁交易中,在完成回购之后,受到影响的不仅是融资租赁合同中承租人所迟延支付的那部分租金,而是整个融资租赁合同,出租人与承租人之间的合同关系将随之终止,出租人不再负有保障承租人占有使用标的物的义务,出租人也不再享有要求承租人支付租金的债权(后文将对此详加论证)。商品房按揭贷款回购与之类似,在完成回购之后,银行与购房者之间的借款合同关系随之终止。

诚然,出卖人与出租人订立回购合同,意在为出租人的租金债权提供保障;开发商与银行订立回购合同,意在为银行的贷款回收提供保障。但是,保障债权实现,不能等同于担保、保证。保障债权实现有多种方式。责任财产制度,债的保全制度,包括保证、担保物权、金钱担保、所有权保留、让与担保等在内的债的担保制度,优先权制度,履行抗辩权制度,抵销制度,预告登记制度,财产保全等民事程序制度等等,都属于保障债权实现的制度。<sup>[23]</sup> 保证仅仅是保障债权实现的一种手段。不能因为回购合同的主要功能在于为金钱债权的实现提供保障,就认为回购合同属于保证合同。

## 2. 回购价款支付义务并非在所有场合都用于保障金钱债权

如前所述,有的融资租赁回购合同中,当事人约定在融资租赁合同无效或失效的情形,出租人也可以要求出卖人支付回购价款。从法律后果来说,在融资租赁合同无效的场合,合同自始没有法律约束力,出租人不享有要求承租人支付租金的债权,应返还已收取的租金,但可向承租人主张标的物的实际使用费。在融资租赁合同失效的场合,鉴于融资租赁合同属于继续性合同,按照通说,其解除原则上无溯及力、仅向将来发生效力,<sup>[24]</sup> 因而,出租人可以保有已经发生且已经支付的租金,可以要求承租人继续支付已发生未支付的租金,但对将来则不再享有租金债权。总之,在这些场合,除融资租赁合同被解除且承租人

[23] 参见崔建远:《合同法总论》中卷,中国人民大学出版社2016年版,第230页以下。

[24] 参见前引〔16〕,崔建远主编书,第205页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第646页。

延付租金时出租人对于已发生未支付的租金享有债权外，出租人对承租人都不再享有租金债权，从而出卖人的回购价款支付义务当然不是用于保障出租人的租金债权，至少其主要功能不在此。相应地，针对这些场合的回购合同当然更不可能属于保证合同。

那么，这种场合的回购，是用来为出租人提供何种保障？在融资租赁交易中，出租人与出卖人订立买卖合同，是为融资租赁交易提供标的物，是服务于出租人与承租人之间的融资租赁合同的正常履行，因此，从功能上看，买卖合同与融资租赁合同之间紧密关联。但是，在法律关系上，除非法律有特殊规定或者当事人在合同中进行特别约定，否则，融资租赁合同与买卖合同之间相互独立，效力和命运相互不受影响。<sup>[25]</sup>因此，在融资租赁合同无效或失效之后，买卖合同的效力和命运不会因此受到影响，只要买卖合同自身不存在瑕疵，就继续有效。这意味着，出租人将继续保有对标的物的所有权，但不再能从承租人处获得租金收益；出租人的资金彻底转化为了实物，且通常来说出租人自己对该特定标的物并无使用需求，同时出租人还要为标的物的保管支出成本。显然，这种后果于出租人而言极为不利。虽然民法典第760条（“融资租赁合同解释”第4条）规定，因承租人原因导致合同无效的场所，出租人可以不要返还租赁物，此时租赁物所有权归承租人、由承租人给予出租人合理补偿，但该条为出租人所提供的保障仍然有限。出租人与出卖人在回购合同中约定融资租赁合同无效或失效后的回购，其功能正在于使买卖交易的走向与融资租赁合同的命运相联结，从而在出租人不再能按原计划从承租人处获得租金收益、反要支出保管成本时，出租人可以将标的物退还给出卖人，将资产由实物回归为现金。由此，出租人将本属于自己的经营风险转嫁给了出卖人。这种风险转嫁显非保证合同所能实现。

总之，有些回购并非用于保障金钱债权，用于保障金钱债权的回购也不似保证那样仅针对已到期的债权，这些都决定了托底型回购合同不能套用保证合同加以解释。

### 三、托底型回购合同的法律构造

对合同的类型进行判断，归根到底要看合同给双方当事人设定的主给付义务。<sup>[26]</sup>托底型回购合同给回购义务人设定了特定情形下的回购价款支付义务，这是其在该合同中所负的主给付义务，就此应无争议。因而，关键是准确判断该合同中回购权利人所负的主给付义务。回购时，在通常情况下，出租人负有将标的物所有权移转给出卖人的义务；但在标的物毁损灭失的场合，出租人当然不负有该义务。在判断融资租赁回购合同的性质时，应当区分这些情况，通过细致的合同解释，准确判断不同场合下出租人所负的主给付义务。商品房按揭贷款回购合同的解释则相对较为简单。

#### （一）融资租赁中不同情形下回购的核心构造

##### 1. 标的物继续存在且融资租赁合同继续有效时的回购

标的物继续存在且融资租赁合同继续有效，因承租人欠付租金导致回购条件成就，是融资租赁回购发生的最常见情形。在这种场合，回购的核心为债权让与加买卖，即作为出

[25] 民法典第754条第1项（“融资租赁合同解释”第11条第1项）仅规定了买卖合同解除、被确认无效或被撤销对于融资租赁合同命运产生影响（双方当事人均享有合同解除权）。

[26] 参见前引〔24〕，韩世远书，第340页。

卖人应付回购价款的对价的,是出租人应向出卖人移转其对承租人的租金债权,并附加地应移转为租金债权提供保障的标的物所有权(此外再附加由出卖人承受融资租赁合同中的出租人义务)。具体分析如下。

从融资租赁合同的融资本质来看,出租人是以购买标的物的成本作为投资,再以租金的名义逐渐收回成本加合理利润。因此,融资租赁交易的一般做法是,合同约定的租金总额相当于购买标的物的全部成本再加合理利润,租赁期间届满后标的物所有权归属于承租人而非由出租人继续保有。<sup>[27]</sup>换言之,若交易顺利完成,最终的利益格局是,出租人获得全部租金,但不享有标的物所有权。因此,在交易进行过程中,出租人的利益包括两部分,一为享有租金债权,二为保有标的物所有权,且保有所有权的根本目标在于为租金债权的实现提供保障,从而,这两部分利益居于相互关联的关系,即已收回的租金越多,待收回的租金越少,保有所有权的意义就越小。

在融资租赁合同遭遇履行障碍而触发回购时,回购价款根据回购合同的约定进行计算,如前所述,是以尚未支付的租金(既包括已经到期的,也包括尚未到期的)为基准,有的加上利息或乘以一定系数。由此,以回购价款的形式,出租人从出卖人处一次性获得了其本应依融资租赁合同陆续从承租人处获得的所有租金收益。换言之,回购意味着出租人退出融资租赁交易,一方面,其在订立合同之初的预期收益通过出卖人支付回购价款的方式一次性得到基本实现,另一方面,其不再受到已陷入危机的融资租赁合同的羁绊。

既然如此,从利益均衡出发,在从出卖人处获得回购价款时,出租人当然应将其在融资租赁合同中享有的全部利益移转给出卖人,包括出租人对承租人所享有的全部租金债权,也包括为租金债权提供保障的标的物所有权。同样,对于取得这些利益的出卖人而言,租金债权与所有权这两部分利益也仍居于相互关联的关系,即待收回的租金越多,保有所有权的意义就越大。

实务中,许多回购合同仅约定了应移转所有权,未明确约定应移转租金债权。<sup>[28]</sup>其原因或许在于,当事人在观念上已将租金债权与标的物所有权绑在一起、一体对待,将所有权移转之后的租金债权移转视为不言自明之事。因而,若回购合同中对于是否应移转租金债权未作明确约定,应通过补充的合同解释以填补合同漏洞,<sup>[29]</sup>综合考虑上述回购价款计算方法、回购合同目的、当事人利益均衡等因素,得出租金债权应一并移转的结论。所应移转的租金债权,既包括已到期未支付的部分,也包括未到期的部分。

在所有权和租金债权都移转给出卖人后,从利益均衡的角度出发,原由出租人在融资租赁合同中承租人所负担的义务,当然也应转由出卖人承担。这首先包括,保障承租人继续占有使用标的物,并按照融资租赁合同的约定在租赁期限届满后将标的物所有权移转给承租人。同样,若回购合同中对此未加约定,可经由补充的合同解释得出这一结论。

总之,在标的物继续存在且融资租赁合同继续有效的场合,因承租人欠付租金导致回

[27] 参见前引〔16〕,崔建远主编书,第357页。

[28] 也有回购合同明确约定了应同时移转租金债权。参见前引〔12〕,上海市高级人民法院(2010)沪高民五(商)再提字第1号民事判决书。

[29] 关于补充的合同解释,参见前引〔24〕,韩世远书,第877页以下;崔建远:《论合同漏洞及其补充》,《中外法学》2018年第6期,第1464页以下。

购条件成就的，若出租人要求回购，则出卖人应向出租人支付回购价款；作为对价，出租人应将标的物所有权移转给出卖人，也应将已到期未支付的租金债权和未到期的租金债权都移转给出卖人；与之相伴，出租人向承租人所负的合同债务应转由出卖人承担，这意味着，面向将来的融资租赁合同出租人地位由出卖人承继。

面向将来的融资租赁合同出租人地位由出卖人承继这一结论，与类推适用买卖不破租赁规则的结论相似。民法典和合同法都没有规定融资租赁合同可以适用租赁合同的规则，但是，融资租赁合同与普通租赁合同之间的差异，主要在于融资租赁合同具有出租人为承租人提供融资的功能，且标的物通常由承租人自行选定。针对普通租赁合同的买卖不破租赁规则，目的在于保障物的利用关系的稳定、提高物的利用效率。融资租赁中承租人对标的物有使用需求，出租人对标的物没有使用需求，故更应保障物的利用关系的稳定。因此，在标的物所有权移转后，应类推适用民法典第725条（合同法第229条）规定的买卖不破租赁规则，<sup>[30]</sup>在原所有权人与新所有权人之间发生融资租赁合同权利义务的概括移转，即出租人地位的概括承受。<sup>[31]</sup>鉴于买卖不破租赁规则处理的是租赁合同正常履行过程中发生所有权变动之后当事人之间的债权债务关系问题，并不针对承租人已经欠付租金这种租赁合同履行障碍场合的已到期租金的处理，因此，因买卖不破租赁而发生的出租人地位概括承受，仅面向将来，不涉及在回购之前已到期未支付的租金债权。

但是，在回购时，面向将来的融资租赁合同出租人地位由出卖人承继，根源仍在于当事人的合意。融资租赁回购中的出租人地位概括移转，重心与买卖不破租赁规则不同。买卖不破租赁规则的重心在于保护承租人利益，是为了保护承租人利益而给标的物买受人强加租赁合同的约束，再为利益均衡而使买受人享有租金债权。与之不同，在因承租人欠付租金而导致的融资租赁回购中，回购的重心在于保护出租人的利益，使出租人可以将其在融资租赁交易中的全部财产权益“打包”转让给出卖人，从而从这一交易中迅速变现、全身而退，将交易的“烂摊子”留给回购义务人去“收拾”。换言之，回购首先是出卖人应向出租人支付回购价款，作为对价，出租人应向出卖人移转其租金债权，并附加地应移转标的物所有权，再附加为保护承租人利益而由出卖人承受融资租赁合同中的出租人义务。可见，回购中的利益安排，尤其是应移转租金债权的安排，是源于当事人的意思，而不是源于买卖不破租赁规则。

不过，买卖不破租赁规则仍有其类推适用的可能及价值。从类推适用的可能而言，此种情形与普通租赁中出租人出卖租赁物时与买受人明确约定了租赁合同权利义务概括移转的情形相似，发生合同权利义务的意定概括移转与法定概括移转的并存，二者并不冲突或相互否定。从类推适用的价值而言，若当事人未按意定概括移转的规则达成实际的移转合意及征得承租人同意，则仍应在移转标的物所有权时发生法定概括移转的法律效果。前文

[30] 在最高人民法院法官看来，“融资租赁合同解释”第8条的立场是在融资租赁合同中可以“具体运用”买卖不破租赁规则。参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于融资租赁合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2014年版，第142页。

[31] 关于我国合同法第229条应解释为合同权利义务的法定概括移转，参见韩世远：《合同法学》，高等教育出版社2010年版，第457页；朱庆育：《“买卖不破租赁”的正当性》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第1卷，北京大学出版社2006年版，第42页以下。我国学说和实务多持此看法，参见周江洪：《买卖不破租赁规则的法律效果——以契约地位承受模式为前提》，《法学研究》2014年第5期，第115页。

已述,有些当事人在观念上将租金债权与标的物所有权绑在一起、一体对待,将所有权移转之后的租金债权移转视为不言自明之事,这种观念或许也受到了买卖不破租赁规则的强化。正因如此,一些当事人在回购合同中仅约定应移转所有权,而忽略了应移转债权;在实际回购时,当事人可能也仅关注所有权的移转,而忽略对租金债权移转的约定,对出租人债务的承担更容易被忽略。并且,基于合意的出租人地位概括移转,在实际回购时,还需要出租人和出卖人就完成债权移转和债务承担达成合意,债务承担还需要征得债权人(承租人)同意(民法典第551条,合同法第84条)。基于前述当事人将租金债权与所有权捆绑对待的观念,出租人和出卖人的债权移转合意或可从所有权移转合意中解释出来,已到期未支付的租金债权亦同,但债务承担需征得承租人同意则无法从出租人和出卖人的合意中解释出来。此时,仍应类推适用买卖不破租赁规则,认为在出租人向出卖人实际移转标的物所有权时,必然伴随融资租赁合同出租人权利义务的概括移转。从而,概括移转效果的发生也就不再需要征得承租人的同意。<sup>[32]</sup>这也意味着,出租人若欲以出卖人尚未实际支付回购价款为由主张履行抗辩,则应选择拒绝移转所有权且拒绝移转债权,而不能仅同意移转所有权却又拒绝移转债权。<sup>[33]</sup>若出卖人已部分支付回购价款而出租人欲对剩余部分主张履行抗辩,则可先移转相应债权,将所有权的移转留至最后。反之,若在所有权移转之前出租人与出卖人已达成了实际移转债权债务的合意且已征得承租人同意,则该约定的概括移转可即时发生效果,毋需等到所有权移转之时再类推适用买卖不破租赁规则来发生法定概括移转的效果。总之,意定概括移转与法定概括移转各有价值,一方面,当事人可按意定概括移转的规则,在法定概括移转的构成要件具备(即标的物所有权移转)之前先行完成债权债务关系的概括移转,此为意定概括移转路径的特殊价值;另一方面,若当事人未对概括移转达成合意或未征得承租人同意,则可通过在标的物所有权移转时的法定概括移转来加以弥补,此为法定概括移转路径的特殊价值。

此外,主张回购之后在出租人与出卖人之间发生合同权利义务的概括移转,会面临出卖人是否具有相应经营资格以承继融资租赁合同中出租人地位的疑问。一直以来,在我国经营融资租赁业务,需要取得经营资格。<sup>[34]</sup>受制于此,有法院认为,在回购之后,确实发生债权移转,但所移转的不是融资租赁合同中的债权,而是在承租人违约之后发生的违约赔偿之债;在此逻辑基础上,法院进一步得出的结论只能是,出租人在融资租赁合同中享有的债权继续存在,并与出租人要求出卖人支付回购价款的权利并存。<sup>[35]</sup>这一结论显然是错误的。根据回购合同的约定,出租人可以要求出卖人支付的回购价款,既涵盖了承租人迟延支付的租金,也包括尚未到期的租金,从而所移转的不仅是已经违约的部分及相应的违约赔偿之债。笔者认为,正确的理解是,法律、行政法规并未规定只有取得融资租赁经营资格的企业才能成为融资租赁合同的出租人,因而,不具有融资租赁经营资格,只是意

[32] 关于买卖不破租赁规则下出租人地位概括移转不需要征得承租人的同意,参见前引[31],周江洪文,第116页。

[33] 若双方同意仅移转所有权而不移转合同权利义务(原所有权人保留出租人地位),则是另一问题,相关讨论参见上引周江洪文,第125页以下。

[34] 参见《金融租赁公司管理办法》(银监会令2014年第3号)第2条、第26条,《融资租赁企业监督管理办法》(商流通发[2013]337号)第2-4条,《市场准入负面清单(2019年版)》(发改体改[2019]1685号)。

[35] 参见法兴(上海)融资租赁有限公司与于森朴等融资租赁合同纠纷案,上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终7340号民事判决书。

味着不能从事融资租赁经营业务，即不能经常性地、多次反复持续地作为出租人参与融资租赁交易，但并不妨碍其偶尔地成为融资租赁交易的出租人。偶尔作为出租人参与融资租赁合同，并不具有“经营”的特征，不应属于经营资格准入规则的规制对象。换言之，不具有融资租赁经营资格的企业及自然人，仍可偶尔成为融资租赁合同的出租人，既可通过缔结新的合同而偶尔成为出租人，也可通过合同权利义务概括移转而偶尔成为出租人，合同效力不应因此而受影响。<sup>[36]</sup>

## 2. 标的物继续存在且融资租赁合同无效或失效后的回购

在融资租赁合同无效或失效后，原则上出租人不再对承租人享有租金债权；若出卖人承诺在这些场合进行回购，是替出租人承担了经营风险，使出租人能够将资产由实物回归为现金。由此，合同无效或失效后的回购，核心在于标的物的买卖，即出租人将标的物所有权移转给出卖人，并从出卖人处获得回购价款。

实践中，当事人通常不会为此种情形下的回购价款另行约定计算方式，而是与前述承租人欠付租金时的回购价款计算方式相同，均约定按已到期未支付的租金加未到期的租金为基数进行计算。不过，从法律后果来看，在融资租赁合同无效的场合，对于承租人已实际使用的期间，出租人也只有使用费请求权而无租金债权，对于将来出租人当然更无租金债权；在融资租赁合同失效后，出租人对过去享有租金债权但对将来不享有租金债权。若按此计算回购价款，那么在合同无效的场合，回购价款的数额将为零（因出租人不享有租金债权）；在合同失效的场合，回购价款的数额将极少（仅能以已产生未支付的租金为基准进行计算）。显然，这并不符合当事人的真实意思。基于合同中对此种情形下回购价款计算方式的约定，当事人为此种情形约定回购的目的应在于，保障出租人在这些情形下仍能像融资租赁合同正常履行那样获得投资收益，保障出租人在订立融资租赁同时的投资收益预期不会受到合同无效或失效的影响。因而，应将这种情形下的回购价款的计算基准解释为，假如融资租赁合同有效且未被解除、合同继续履行时，出租人可以收回的租金收益。当然，若合同为此种情形约定的回购价款计算方式不同，则解释结果可能不同。

由此也可知，在融资租赁合同无效后，出租人的使用费债权，在回购时也应移转给出卖人；在融资租赁合同失效后，出租人对于已产生未支付租金的债权，在回购时也应移转给出卖人，因为出租人的这两部分利益已被回购价款所覆盖。但是，此时的债权让与不是回购的核心内容。

按照这种计算基准所得出的回购价款，可能与回购时标的物的市场价值并不相当。但是，不能以此为由否认这种情形下回购的核心为买卖。出卖人也不能以回购价款金额超出标的物市场价值为由主张显失公平或要求调低回购价格，因为此种买卖只是出卖人代替出租人承担经营风险的工具，不同于依照等价交换规则所进行的普通买卖。

[36] 最高人民法院曾在《关于审理融资租赁合同纠纷案件若干问题的规定》（法发〔1996〕19号）第6条第1项中明确规定“出租人不具有从事融资租赁经营范围的”合同无效，但该“规定”已被废止。“融资租赁合同解释”未再延续这一规则。这应能间接反映出最高人民法院不因出租人无融资租赁经营资格而否认合同效力的立场。该“规定”废止之前，实务中就曾出现自然人作为出租人的融资租赁合同，有法院承认其合同效力。参见成都兴豪运汽车租赁有限公司与廖敏融资租赁合同纠纷案，四川省成都市中级人民法院（2008）成民终字第2406号民事判决书。

### 3. 标的物毁损灭失后的回购

承租人占有租赁物期间,租赁物因不可归责于双方的原因意外毁损、灭失且不能修复或者确定替代物的,民法典第751条、第754条第2项、第756条(分别对应“融资租赁合同解释”第7条、第11条第2项、第15条)为承租人提供了可以自由选择两种处理方式:承租人可以选择解除合同,并按照租赁物折旧情况向出租人进行补偿;承租人也可以不解除合同、继续支付租金,实质上是避免解除合同后一次性补偿的资金压力、获得分期支付的期限利益。<sup>[37]</sup>前者为适用合同解除制度,后者为运用融资租赁合同的风险负担理论。<sup>[38]</sup>

若承租人选择不解除合同,则名义上融资租赁合同继续履行,实质上融资租赁合同的融物功能已随着租赁物的毁损灭失而消失,仅余融资租赁合同的融资功能,故此时的融资租赁合同已类似于借款合同。从而,若后来又因承租人迟延付租而触发回购,就不存在标的物买卖的问题,故回购的实质为出租人与出卖人之间关于租金债权的让与。所应移转的租金债权,同样既包括已到期未支付的部分,也包括未到期的部分。此债权的移转实质上意味着融资租赁合同出租人地位的承继,原因在于,此时融资租赁合同的内容仅剩承租人的租金支付义务,已无异于单务合同。<sup>[39]</sup>因而,将此种场合的回购理解为租金债权的移转、融资租赁合同中出租人地位的承继,系以合同解释为依据。

若承租人选择解除合同,在合同解除后,出租人对承租人享有要求按照租赁物折旧情况支付补偿金的债权。若因承租人迟延支付此前已到期的租金或拒付合同解除后的补偿金而触发回购,此时的回购实质上是在出租人与出卖人之间就租金债权及补偿金债权的让与。

若标的物已毁损灭失,同时融资租赁合同无效,则应适用有关合同无效后财产不能返还时的折价补偿规则,即出租人对承租人享有要求折价补偿的权利。若此时触发回购,本质上是这一债权的让与。

并且,在后两种场合,回购价款的计算基准同样应解释为,假如融资租赁合同不存在效力瑕疵也未被解除、合同继续履行时,出租人可以收回的租金收益。

#### (二) 商品房按揭贷款中回购的核心构造

商品房按揭贷款关系中,作为回购权利人的银行,对借款人即购房者享有要求返还借款的权利,同时对房屋享有抵押权,但不享有所有权(房屋所有权已由开发商移转给购房者),故所谓回购不是银行向回购义务人(开发商)移转所有权。回购价款通常以借款人尚未偿还的借款为基数进行计算,既包括已到期未偿还的借款,也包括未到期的借款。因此,所谓回购的真实含义是,开发商应向银行支付回购价款,银行应将其对借款人所享有的债权移转给开发商,为债权提供担保的抵押权也相应移转。同样,鉴于此时借款合同的内容仅余借款人的借款偿还义务,银行的债权移转实质上意味着借款合同中贷款人地位的承继。

#### (三) 托底型回购合同中约定的回购条件

托底型回购合同中所约定的回购条件,不应解释为法律行为所附条件。前述附条件买

[37] 参见前引[30],最高人民法院民事审判第二庭编著书,第234页。

[38] 关于融资租赁合同的风险负担理论,参见前引[16],崔建远主编书,第354页;前引[31],韩世远书,第477页。

[39] 此时的融资租赁合同类似于已完成借款交付的借款合同。关于交付借款后成立的借款合同为单务合同,参见前引[24],韩世远书,第80页。

买卖合同说主张回购条件为买卖合同附条件，这种观点不值赞同。

民法典第158条（合同法第45条）所规定的法律行为（合同）附条件，是指法律行为的效力受到条件是否成就的影响。但是，当事人在法律行为中所约定的条件，不一定是对法律行为效力产生影响的条件。“在实务中整个法律行为附条件固然存在，但大量情形却是整个法律行为已经生效，所附条件仅仅限制着法律行为项下的某项义务或某几项义务的履行效力。”<sup>[40]</sup>此外，民法典第562条第2款（合同法第93条第2款）还规定了合同可以约定解除权产生的事由（条件），在事由发生（条件成就）时，一方享有合同解除权。可见，基于意思自治原则，当事人在法律行为中所约定的条件可以多种多样，只要其不违反法律行政法规的强制性规定、不违背公序良俗，法律就应尊重当事人的意思、按照当事人的意思为所约定的条件赋予法律效果，而不应将所有条件都强行解释为对法律行为效力产生影响的条件。

在法律行为附生效条件的场合，是法律行为自条件成就时生效。如果将回购条件理解为法律行为附条件，将意味着在回购条件成就时，回购权利人与回购义务人之间的法律关系自动发生变化。这样的法律后果，并不符合双方当事人在订立回购合同时的真实意思。托底型回购合同只是为回购权利人增加一重保障手段，是否真正运用这一保障手段仍有待其自行选择。因此，回购条件应解释为形成权产生的条件。在回购条件成就时，形成权产生，回购权利人享有形成权，其可以通过行使形成权使其与回购义务人之间的法律关系进入到回购阶段。由此观之，回购条件的法律意义与约定解除权的产生事由（条件）相似。

实践中，当事人通常在回购合同中约定，回购条件成就后，权利人可以向义务人发出要求回购的书面通知。此回购通知所承载的是回购权利人行使形成权的意思表示，行使形成权的行为是有相对人的单方法律行为，在这一法律行为按照民法典总则编的规定发生法律效力时，回购权利人和回购义务人之间的法律关系发生变化。变化的具体内容是，回购权利人享有要求对方支付回购价款的权利，作为对价，回购权利人负有向对方移转债权的义务，在融资租赁回购中标的物继续存在时还负有移转标的物所有权的义务。实践中有的合同约定当事人负有“回购义务”，有的裁判文书也采这一表述，<sup>[41]</sup>这种所谓“回购义务”应解释为支付回购价款的义务，不应理解为与回购权利人订立买卖合同的义务。

当然，回购权利人行使形成权、选择要求回购后，金钱债权的实际移转和标的物的所有权的实际移转均需遵循相应的法律规则。例如，债权的移转还需双方达成移转债权的合意（类推适用买卖不破租赁规则而在所有权移转时当然发生概括移转的除外），对债务人发生法律效力还需通知债务人。此外，回购义务人的回购价款支付义务与回购权利人的移转债权债务和移转所有权义务之间，居于对待给付关系。这意味着，在回购义务人实际支付回购价款之前，回购权利人可以行使履行抗辩权、拒绝向回购义务人移转所有权和移转债权。因此，回购义务人不得以回购条件已经成就为由，径行向债务人（如承租人）主张金钱债权。

综上，托底型回购合同在不同情况下可为债权让与、合同权利义务概括移转、买卖、约定形成权产生条件等多个模块的不同组合。一方面，托底型回购合同属于约定形成权产

[40] 崔建远：《论法律行为或其条款附条件》，《法商研究》2015年第4期，第29页。

[41] 例如上海夏洲重工机械有限公司与马娜等融资租赁合同纠纷案，北京市第二中级人民法院（2019）京02民终13520号民事判决书。

生条件的合同,即在第三人迟延履行债务达到所约定的程度或者发生约定的其他情形时,条件成就,回购权利人(债权人)享有形成权。另一方面,回购权利人行使形成权、选择要求回购后,回购义务人负有向回购权利人支付回购价款的义务,回购权利人对回购义务人的对待给付义务,视情况可为移转债权、移转所有权或二者的并存,并可能在此基础上进一步发生合同权利义务的概括移转。

#### 四、托底型回购合同的法律适用

基于上文可知,托底型回购合同不应适用也不应类推适用有关保证合同的规则,而应视情况分别或合并适用有关形成权、债权让与、买卖等的规则。

##### (一) 回购期间应适用除斥期间规则而非保证期间规则

实践中,有的合同约定了“回购期间”。<sup>[42]</sup>如前所述,回购条件成就后,回购权利人要求回购的权利为形成权(以下简称“回购形成权”)。从而,所谓“回购期间”,应解释为该形成权的存续期间,即除斥期间;回购期间经过后,该形成权消灭。

在合同对回购期间的起算点和长度有约定时,原则上应按约定。对于在合同未约定时应如何处理,则有不同看法。有法官和学者主张参照关于连带责任保证的保证期间的规定,<sup>[43]</sup>有的法官则拒绝采纳出卖人有关“回购合同应适用保证合同制度、已经超过保证期间”的抗辩。<sup>[44]</sup>笔者认为,回购合同中所约定的权利义务关系与保证合同中的权利义务构造完全不同,因而既不应直接适用,也不应类推适用关于保证期间的规定。

一方面,融资租赁合同无效后的回购,无法适用或类推适用关于保证期间的规定。在保证制度中,保证人承担保证责任的前提是主合同有效;若主合同无效,保证合同也无效,保证人仅就其过错承担责任(民法典第682条,担保法第5条),此时,既无保证责任,当然就不存在适用保证期间的可能。而在融资租赁合同无效后,若合同将之约定为回购条件,则仍会发生回购,也就仍然存在回购期间的计算问题。

另一方面,在因债务人迟延履行导致回购的场合,也无法适用或类推适用关于保证期间的规定。融资租赁合同中承租人的租金为分期支付,商品房按揭贷款中的借款返还亦同。对于保证合同所担保的主合同债务为分期支付场合的保证期间起算,与主债务诉讼时效期间的起算一样存在争议。有的认为应从最后一期债务履行期限届满之日起计算,有的则认为应将分期支付的债务分割成为若个别债务,分别从每期债务履行期限届满之日起计算针对相应个别债务的保证期间和诉讼时效期间。<sup>[45]</sup>民法典第189条规定,当事人约定“同一债务分期履行”的,诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。对于其他问题,

[42] 参见西安航空发动机集团机电石化设备有限公司等诉中航国际租赁有限公司融资租赁合同纠纷案,上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民六(商)终字第131号民事判决书。

[43] 参见前引[11],李阿侠文,第101页;前引[15],徐同远文,第495页。

[44] 例如北京舜地伟业工程机械有限公司、永立建机(中国)有限公司与恒信金融租赁有限公司、薛野卫、张大平融资租赁合同纠纷案,上海市高级人民法院(2014)沪高民五(商)申字第3号民事裁定书。

[45] 参见程啸:《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第521页以下;崔建远:《继续性债权与诉讼时效》,《人民法院报》2003年6月27日第3版。

民法典则未予明确。<sup>[46]</sup>但无论如何，这两种观点都可自圆其说。后一种观点之所以能够成立，其中暗含着一个前提，即在计算诉讼时效期间和保证期间时，分期支付的债务在观念上是可分割的。分期支付之债的保证期间之所以可以分割计算，其原因正在于前文所强调的，保证人承担的保证责任仅指向债务人已迟延履行的那部分债务。

但是，回购价款支付义务既指向债务人已欠付的金钱债务，也指向未到期的债务；回购并非分别对某一期债务产生影响，而是对整个合同的命运产生影响。因此，不能认为某一期债务的迟延支付产生一个针对该期债务的形成权、第二期债务的迟延支付再产生另一个针对第二期债务的形成权。第一笔迟延支付的债务若一直处于迟延状态，通常会导致后续各期的债务也不断陷于迟延，这并非导致一个又一个形成权接连产生，而是最初所产生的形成权持续存在。最初导致回购条件成就的事实，只是意味着达到了产生形成权所需的最低标准；后续各期的不断迟延，是债务人违约程度的不断加重，是不断超过形成权产生的最低标准，是不断强化形成权已经产生这一结论。有的融资租赁回购合同中约定，“承租人单笔逾期超过10日或累计超过60日未支付租金的，回购条件成就”，<sup>[47]</sup>有的回购合同中约定“承租人连续两期迟延履行租金支付义务或未足额履行租金支付义务累计三期（含）以上”时，回购条件成就，<sup>[48]</sup>合同中类似这种“超过”“累计”“以上”的表述，更清晰地表明了当事人的意思并非在于不断产生新的形成权。因此，在判断形成权行使期限即除斥期间的起算点和长度时，不应将各期债务进行分割观察，不能如关于主债务分期履行场合保证期间计算的学说那样，针对单期的个别债务进行期间的计算。这也就决定了，回购期间不能适用或类推适用关于保证期间的规定。

前文已述，回购形成权与民法典第562条第2款（合同法第93条第2款）所规定的约定解除权相似，回购条件与约定解除权产生的事由（条件）相似。因而，回购形成权的除斥期间，应类推适用民法典第564条（合同法第95条）关于合同解除权行使期间的规定。

此外，在已产生的形成权因某种原因而消灭后，若后续又有新的事实再次导致回购条件成就，则又产生新的形成权。例如，在融资租赁回购中，因承租人迟延付租导致回购条件成就后，若承租人补交租金且出租人加以受领，则意味着出租人放弃了此前已产生的形成权，该形成权因而消灭。但是，之后若承租人又迟延履行，则仍能导致新的形成权产生。

## （二）回购义务人不能援用有关多个担保并存的规则

实践中，债权人除通过托底型回购合同为自己的利益提供保障外，往往同时要求债务人提供保证、抵押等担保。纠纷发生后，有的回购义务人会主张将多个担保并存的规则（特别是保证与物的担保并存的规则）适用于回购。例如，在既有回购合同又有债务人自己提

[46] 最高人民法院在《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号）第5条将同一合同项下约定的分期履行之债分为两种类型，一为同一债务分期履行（如借款合同中分期还贷），二为不同债务分期履行（如定期支付租金），且第5条仅规定了第一种类型的处理，对第二种类型未予规定。参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社2008年版，第111页以下。“融资租赁合同解释”第25条规定，融资租赁合同租金欠付争议的诉讼时效期间“自租赁期限届满之日起计算”。

[47] 参见恒信金融租赁有限公司诉闫宾等融资租赁合同纠纷案，上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民六（商）终字第30号民事判决书。

[48] 参见安徽省久旺机械有限公司与海尔融资租赁（中国）有限公司融资租赁合同纠纷案，上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终538号民事判决书。

供抵押物作为担保的场合，回购义务人根据物权法第176条（对应民法典第392条）主张“债权人应先行使抵押权，行使抵押权之后仍未实现债权的，才能要求回购”。类似的还有，以担保法第28条第2款（大概对应民法典第409条第2款、第435条）为依据，在债权人放弃物的担保后，主张回购义务人在债权人放弃权利的范围内免除回购义务。<sup>[49]</sup>与之类似的还有多个担保并存时的相互追偿与共同分担的规则，若通过解释采纳该规则，<sup>[50]</sup>同样存在能否直接适用或类推适用于回购的问题。<sup>[51]</sup>本文无意对多个担保并存时的具体规则展开讨论，但是，多个担保并存的规则能否直接适用或类推适用于回购，是本文需要讨论的问题。

如前所述，回购合同所约定的权利义务关系与保证合同中的权利义务构造完全不同。因此，回购与保证或担保物权并存时，既不应直接适用、也不应类推适用关于多个担保并存的规则。

一方面，之所以可以为多个担保并存的场合设置顺位、追偿或分担规则，基本前提是，保证与物的担保的功能基本相同，可以相互替代。但是，回购与保证或物的担保功能不同，不能相互替代。保证与物的担保都是用于实现已经到期但未获偿付的债权，二者功能相同。尚未到期的债权，则不属于要求保证人承担保证责任或实现担保物权时所能主张的范围。与之不同，在以托底型回购合同保障债权的场合，回购既涵盖已到期未支付的债权，也涵盖未到期的债权，从而，债权人要求回购义务人支付回购价款，发挥着类似于分期付款买卖中全部价款支付义务加速到期的功能，又与继续性合同中信赖关系丧失后的合同解除有相似之处，并且，回购综合了二者的优点，又回避了二者的不足。以融资租赁回购为例，出租人能够迅速实现其预期可得但本应慢慢实现的投资收益，从整个融资租赁交易中迅速脱身，同时，融资租赁合同并未解除，承租人可以继续占有使用租赁物。商品房按揭贷款回购与之类似。这样的功能，不论保证还是物的担保都无法实现。可见，对于债权人而言，担保不能替代回购。因而，在回购合同与担保并存时，不能设置谁先谁后，不能强制债权人必须先实现担保物权（或主张保证责任）之后才能要求回购，而应交由债权人自行选择。并且，也不存在回购义务人与担保人之间相互追偿或分担的问题。

另一方面，从各方当事人之间利益关系的远近来看，回购义务人与第三人提供担保时的担保人，也完全不同。在第三人提供担保时，保证是以保证人的责任财产与债务人的责任财产一起，作为对债务进行清偿的责任财产；物的担保则是以特定的物与债务人的责任财产一起，作为对债务进行清偿的责任财产。换言之，担保人是为特定的债务人增加信用，从而增加其被他人接受的可能、增加其与他人缔约的机会。与之不同，在托底型回购中，回购义务人是同意债权人向其转嫁风险，即承诺在特定情形下收购债权人一方在交易中的所有财产权益，使得债权人可以迅速退出交易，从而增加债权人参与交易（如作为出租人参与融资租赁交易、作为贷款人提供商品房按揭贷款）的意愿。

相应地，在第三人提供担保时，对于担保人而言，债务人是特定的，担保人是出于与

[49] 例如前引〔42〕，上海市第二中级人民法院（2015）沪二中民六（商）终字第131号民事判决书。

[50] 关于此问题的解释论或立法论争论，参见崔建远：《混合共同担保人相互间无追偿权论》，《法学研究》2020年第1期，第84页以下；王利明：《民法典物权编应规定混合共同担保追偿权》，《东方法学》2019年第5期，第41页。“九民纪要”第56条采否定说。民法典第392条的表述与物权法第176条相同，仅规定“提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿”；民法典第700条仅规定保证人有权“向债务人追偿”。

[51] 主张应类推适用的，参见前引〔15〕，徐同远文，第496页。

债务人之间的特定的情谊关系或合同关系，为特定的债务人提供担保；债权人则是非特定的、去个性化的，担保人并不关注债权人具体是谁，因为债权人具体是谁对于担保人而言并没有什么影响。与之相反，在托底型回购中，回购义务人在承诺回购时，对其而言，债务人（如承租人、购房者）才是非特定的、去个性化的。回购义务人是要通过承诺回购来劝说回购权利人以债权人的身份（如出租人、贷款人）加入到交易中来，其根本动机是通过鼓励债权人参与交易来卖出自己的商品、增加商品的销量，至于债务人具体是谁，回购义务人则没有那么关心。换言之，对于回购义务人而言，债务人可以是市场中任何一个对其商品有使用需求的人（明显无支付能力者当然除外），对于融资租赁中的出卖人而言如此，对于商品房销售中的开发商而言亦同。

可见，从各方当事人之间利益关系的远近来看，担保人与债务人之间的利益关系很近，属于同一利益共同体；回购义务人与债务人之间的利益关系则很远，属于不同的利益共同体。有关多个担保并存的规则，建立在“担保人与债务人属于同一利益共同体”这一前提之上。在这一利益共同体中，终局的责任应由债务人承担，担保人作为同一利益共同体的成员，共同对外承担责任，但在利益共同体内部，则从意思自治、效率、公平等价值出发，为顺位、追偿与分担等问题确立内部规则。在融资租赁交易中承诺回购的出卖人，在商品房按揭贷款中承诺回购的开发商，则都不属于这一利益共同体的成员，因而，有关多个担保并存的规则，当然不能适用于回购。

### （三）托底型回购主要应适用债权让与或合同权利义务概括移转的规则

既然多数情况下托底型回购合同的核心为债权让与，当然应主要适用关于债权让与的规则，并视情况适用关于合同权利义务概括移转的规则。

这首先意味着，在融资租赁回购中，出卖人不得以回购价款远超回购时的标的物价值为由，主张显失公平。司法实践中有出卖人提出此种主张，<sup>[52]</sup>这显然不能成立。其原因首先在于合同法原则上采主观公平标准，按照当事人缔约时的主观意愿来判断公平与否，<sup>[53]</sup>对于商人与商人之间的商事合同尤应如此。在前述案件中，法院就是以回购合同已有明确约定为由反驳出卖人的主张。更深层次的原因还在于，在这种场合，虽然名为标的物回购，但核心在于租金债权的让与，标的物买卖的因素尚在其次。因此，按照已到期未支付的租金加未到期的租金为基准计算价款，本就符合当事人之间的利益均衡。

其次，在债权实际移转之后，从属于债权的权利也相应移转。为租金债权提供担保的保证债权与担保物权，原则上应相应移转，其依据为民法典第 696 条（担保法第 22 条）、第 407 条（物权法第 192 条）等。

此外，若在债权让与的基础上进一步发生合同权利义务的概括移转，那么债务人当然可以向承继债权人地位的回购义务人主张相应的权利。在融资租赁中，在回购之后，除前文已述的保障承租人继续占有使用标的物的义务等由出卖人承继外，其他权利也改由承租人向出卖人主张。例如，若承租人享有融资租赁合同的解除权，则回购后当然可以向承继出租人地位的出卖人行使解除权。另一方面，若已因承租人违约而使出租人享有合同解除

[52] 例如盱眙广宇农业机械有限公司诉海尔融资租赁（中国）有限公司买卖合同纠纷案，上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终10800号民事判决书。

[53] 参见前引[16]，崔建远主编书，第9页；前引[24]，韩世远书，第52页。

权，在回购之后，解除权转由出卖人享有，出卖人可选择行使合同解除权、实际收回标的物，也可以选择不解除合同、继续履行融资租赁合同。

#### （四）融资租赁回购中对买卖规则的适用应顾及回购的特殊性

对于融资租赁回购中标的物买卖的部分，应当适用买卖的规则，但也应顾及回购的特殊性而有所变通。在融资租赁中，标的物本是从出卖人处购买，且通常是由出卖人直接向承租人进行交付（民法典第739条，合同法第239条），在回购时标的物通常仍由承租人直接占有。换言之，一般来说，出租人从未占有标的物。受此影响：（1）出租人向出卖人移转所有权，一般要采用指示交付的方式。（2）在融资租赁合同继续存在的场合，标的物继续由承租人直接占有，因而不发生现实占有的变化，也就不存在标的物检验和风险转移的问题。根据融资租赁合同的风险负担规则，回购之前的标的物风险由承租人承担，之后亦由承租人承担。在融资租赁合同无效或失效后回购的场合，返还财产通常系由承租人直接向出卖人交付，此时在出卖人和承租人之间适用有关返还财产的标的物检验规则和风险转移规则。（3）若标的物存在质量瑕疵，瑕疵或产生于第一次所有权变动之前的出卖人占有阶段，或产生于第一次所有权变动之后的承租人占有阶段。若瑕疵产生于承租人占有阶段，则承租人因未履行妥善保管、妥善使用的义务而应向出租人承担责任，出卖人因回购而受让出租人的此种请求权。因此，对于回购，不适用质量瑕疵担保规则，出租人不承担质量瑕疵担保责任。（4）在回购时，出租人向出卖人负权利瑕疵担保责任，但仅限于出租人“担保”未因自身原因致使他人对标的物享有权利（如出租人未另行出卖）。若因承租人原因致使他人对标的物享有权利（如承租人无权处分致他人善意取得），则出租人因此享有对承租人的损害赔偿请求权，出卖人因回购而受让出租人的此种请求权，但出租人不对此承担标的物权利瑕疵担保责任，其理由在于，承租人无权处分的风险也因回购合同而转嫁给出卖人。

### 结论：一种不同于担保的风险转嫁新机制

虽然托底型回购合同如保证合同那样都处于三方关系之中、都是一方当事人向对方当事人转嫁第三人不履行债务的风险的工具，但托底型回购合同不是保证合同，不能直接适用或类推适用有关保证合同的规则。将托底型回购合同误认为保证合同，是担保泛化思维的产物。<sup>〔54〕</sup>

托底型回购合同的本质在于，在债权人与第三人所订立的合同（如融资租赁合同、借款合同）发生某种变故时，债权人可以将其在交易所享有的财产权益及所负担的债务“打包”转让给回购义务人，以迅速退出这一交易，将交易的“烂摊子”留给回购义务人去“收拾”。回购义务人并非为第三人（债务人）增加信用、提供担保，并非代第三人（债务人）履行其已到期的债务，而是整体承接了债权人在该交易中的风险，为债权人“托底”，借此说服债权人参与到这一交易之中、为商品需求者提供融资，从而促进自己的商品销售。

〔54〕 关于担保泛化思维及其批判，参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，《政治与法律》2015年第12期。

融资租赁回购中的出卖人如此，商品房按揭贷款中的开发商也是如此，其他类型的大额商品销售商也可以如此。

托底型回购合同为商人提供了在分期偿还的融资关系中分散风险的、担保之外的另一种可选择的机制。保证制度的规则设计以单次给付的债务关系为模型，保证人仅对已陷入迟延的债务承担保证责任，从而在债务分期履行场合，保证制度为债权人所提供的保障不够充分，债权人只能被动等待每期债务到期，在债务人迟延履行各期债务后分别向保证人主张责任（或求助于加速到期等其他制度）。与之相对，托底型回购合同对于单次给付的债务关系而言或许不具有异于保证制度的明显独到之处，但对于分期履行的债务关系而言，它使得在债务人迟延达到一定程度后（或发生其他变故时），债权人能够从整个交易中迅速脱身，对于降低债权人风险、鼓励债权人参与交易有其独特的价值。

托底型回购合同是合同自由原则下商人创新的产物，其之所以能够具有不同于保证的独特价值，原因正在于此。保证制度已在很大程度上远离了合同自由原则，完成了相当程度的类型固化，形成了许多强制性规范，对于典型交易场景中减少交易成本有其优势，但对于满足非典型交易的需求又有不足。与之相反，托底型回购合同只是将债权让与、合同权利义务概括移转、买卖、约定形成权等多个模块进行组合，具体的组合方式由当事人视情况而定，从而更加灵活、更能满足非典型交易场景中商人对于法律工具的需求。

---

---

**Abstract:** In a financial leasing repurchase contract, the repo obligee has the right to demand the obligor to pay the repurchase price when such conditions as delayed performance of obligation by the third party are met. The same is true for the commercial housing mortgage loan repurchase contract. The essence of such contracts is that the repo obligee transfers the risk of the third party's default to the obligor. In other words, a repurchase contract is the backup of a repo obligee for his obligatory right to the third party, so it can be called "repurchase contract as a backup", which is very different from a guarantee contract. Therefore, the rules for a guarantee contract should not be applied directly or by analogy in a repo case. In fact, a repurchase contract as a backup can be a combination of multiple modules, including assignment of obligatory right, simultaneous transfer of contractual rights and obligations, sales, and agreed right of formation. It provides a new mechanism for the creditors in an installment contract to leave without any trouble when the transaction encounters frustration.

**Key Words:** repurchase contract, financial leasing, mortgage loan, security, guaranty

---

---