武漢大學學報【哲学社会科学版】
WUHAN UNIVERSITY JOURNAL (Philosophy & Social Sciences)
第 67 卷 第 1 期 2014 年 1 月
Vol. 67. No. 1 Jan. 2014. 057～061

让与担保与买回制度之比较研究

向逢春

摘　要：对让与担保的规制，首先要明确让与担保的地位和作用，这就需要将让与担保与现行法中有相似或相近功能的制度进行比较，从中发掘出让与担保的独特个性与特殊作用，以明确我国让与担保制度发展之价值。通过对德日两个主要大陆法国家中让与担保与买回制度的比较，并进而对我国大陆地区让与担保与相关制度进行实务区分，以体现出让与担保的独特优势、功能，突显其存在之必要性。

关键词：让与担保；买回；比较；规制

经济发展的需要，促进了法律制度地产生、发展和完善。制度的形成不是孤立进行的，往往是在对原有制度的承继基础上或在相近制度的借鉴中逐步形成的，这就使得制度间出现既区别又联系的局面，让与担保也不例外。近年来，对于让与担保理论的研究逐步深入，但在研究过程中，在让与担保与相近制度的比较方面还显不足，有些比较研究对象错乱，如将德国法上的让与担保制度与日本法上的买回制度进行比较，或将日本的所有权保留制度与德国法上的让与担保制度进行比较。鉴于已有的研究成果对于让与担保本身有较多的论述，限于篇幅，本文仅就大陆法系德日两国与让与担保有相似或相近功能的买回制度进行解析，再将其与让与担保进行比较，从中发掘出让与担保的独特个性与特殊作用，以明确我国让与担保制度发展之价值。

一、德国法中让与担保与买回

（一）德国法中的买回

买回，是指出卖人保留再买回其已出卖的标的物之权利，即订立以出卖人之买回意思表示为停止条件之再买卖契约①。德国民法中的买回可分为物权法上的买回和债法上的买回两种。前者，客体范围只限于土地，主要为法定买回权，《德国民法典》未承认约定性的物权性买回权，但允许约定对人的买回权。法定买回权有实现国家土地政策的功能，规定在如《帝国垦荒法》、《地上权条例》等法律中。在约定对人的买回权时，该权利可通过预告登记方式予以担保，进而获得“准物权”效力。因涉及土地，故须为要式，即要依照《德国民法典》第 311b 条第 1 款规定的方式，将设定买回权的合同做成公证证书（鲍尔、施蒂尔纳，2004：470-471）。后者，规定于《德国民法典》第二编第八章各种债务关系第一节买卖、互易之第二目特种买卖中，属于债法调整的范围。以下主要以后者为讨论重点。

买回之保留，须具备买卖之方式，如对于土地设定债权性的买回权，必须适用《德国民

①参见《德国民法典》第 456 条：(1)出卖人已在买卖合同中保留买回权的，在出卖人对买受人做出行使买回权的意思表示时，买回成立。该意思表示无须使用就买卖合同而定的形式。(2)有疑义时，出卖的价款也适用于买回的价款。

法典》第 311b 条第 1 款规定的方式,即将设定买回权的合同做成公证证书①。在行使时通过权利人向义务人作出单方需受领的意思表示即可,无需使用就买卖合同而定的方式,因而买回权被认为是一种形成权(迪特尔·梅迪库斯,2007:132-133)。买回既为形成权,就有除斥期间之规定,根据《德国民法典》第 462 条之规定,"在土地的情况下,只能到约定保留买回权后经过 30 年时为止行使买回权,在其他标的的情况下,只能到约定保留买回权后经过 3 年时为止行使买回权。为买回权的行使而指定了期间的,所指定的期间代替法定期间。"法条中所指的"其他标的",包括物、权利和既不是物也不是权利的标的(如电)。在除斥期间中,要注意地是,当事人若有约定附条件或附期限之情形,如果以自条件成就或经过一定期间起算,则有背于民法缩短期间以使法律关系尽早确定的法意,故应认为自条件成就或始期届至时开始进行之期间,须在买回契约成立之日(约定保留买回权)起算的 30 年(土地)或 3 年(其他标的)以内,如果进行期间超过法定期间的,就超过部分应予减缩。当然,如条件成就或其始期之届至,在买回契约成立时起算超过除斥期间的,那么买回契约无效。在买回权行使中,一般而言,买回人(即买卖契约之出卖人)应支付与买卖契约同额之价金,以买回其标的物,若当事人间另有约定则从其约定。买卖契约价金之利息,原买受人(即买卖契约之买受人)就标的物所得之利益,视为互相抵销(即出卖人无须支付利息,买受人就标的物无论得利多少,也无须返还或补偿)。原买受人在买回前为买卖标的而支出的费用,可以在买卖标的价值因该费用而增加的限度内,请求偿还。在买回权行使前,原买受人就毁损、灭失或由于其他原因而发生的买卖标的返还不能有过错,或显著地变更标的的,原买受人对因此而发生的损害负责任。标的在原买受人无过错的情况下毁损,或只是轻微地变更的,买回人不得请求减少买卖价款。但是,如果约定以买卖标的在买回时所具有的评估价额为买回价款的,原买受人不对买卖标的毁损、灭失或由于其他原因而发生的返还不能负责任,买回人也不负费用偿还义务。因行使买回权仅使权利人取得移转受买回权拘束的标的物的债权,故若义务人将标的让与第三人,权利人通常只能享有向义务人的替代给付的损害赔偿请求权。

(二)让与担保②与买回的比较

德国法上的买回与让与担保的差别,首先表现在让与担保本质上是一种担保,即使采用买卖+租赁的方式也是如此,故需要债权债务关系的存在。而买回本质上则属于买卖,尽管其实际具有融资的功能,但当事人间不存在债权债务关系。其次,让与担保的适用客体将不动产排除在外,而买回的适用客体广泛,包括不动产在内。③ 三是让与担保以不转移标的物的占有为常态,而在买回中,一般须转移标的物的占有。正是基于此三点,才产生出让与担保与买回间的其他差异。首先,让与担保之担保提供人在未附解除条件下,尽管只对被担保人具有债权法上的约束,但担保提供人基于占有的准物权的效力可对被担保人滥用权利进行有效制约。而买回权建立在买卖契约的基础上,标的物一般由原买受人(买卖契约之买受人)用益,原买受人对物既享有完全的所有权,也因实际占有而可以方便的处分标的物,买回约定仅使原买受人负担将标的物返还于买回人(买卖契约之出卖人)之债务,若原买受人将标的物处分于第三人,即使第三人知道买回人对原买受人具有买回权,但债法上的约束力不能阻止第三人取得无负

---

①在德国,公证证书的做成是民法典规定的最为严格的形式,要求合同的全部条文由公证人做成证书,适用于土地的让与或取得等特别重要的合同。一般由合同双方经咨询公证人意见后,在其面前做出意思表示,由其做成记录并向双方现场逐一诵读,获双方同意后再由双方及公证人签名,并加盖公证印记。参见陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社 2006 年版,第 44 页。

②德国学界至今并未有一个能够准确概括让与担保所有特性与效力的概念界定,其只是基于让与担保之标的主要为动产和债权,而直接从让与担保的法律结构出发分类进行大致地概括说明,如认为动产让与担保(担保性所有权让与)制度就是债务人(或第三人)为了担保债权人对债务人享有的债权,而将属于他的动产之所有权转让给债权人,所有权转让总是通过物权合意以及占有改定的合意而进行的,这样一来,债务人可以在保留直接占有与用益的情况下,将完全所有权移转给债权人。为了担保而转移所有权的物,当变价条件成熟,被担保人有权对担保物进行变价而获得清偿,而在被担保债权被清偿后,应当重新归属于债务人。债权让与担保(担保性债权让与)是指在债务人为了对针对他成立的债权进行担保,而向他的债权人让与他对第三人享有的债权(或者其他权利)的情况,当变价条件成熟,被担保人有权收取为了担保而让与的债权(权利),而在被担保债权被清偿后,则被担保人负有向担保提供人向回让与债权的义务。担保提供人也可能是非债务人。参见[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社 2006 年版,第 599~603 页、第 641~645 页;类似的还可参见[德]M·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社 2004 年版,第 331~332 页;[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞:《德国民商法导论》,托尼·韦尔英译,楚建译(中文),中国大百科全书出版社 1996 年版,第 204~206 页。

③在德国法的买回中,通过准许约定对人的买回权,对债权辅以预告登记,使以不动产为客体的买回获得"准物权"效力,从而实现了以不动产进行融资的目的。

担的标的物的所有权，即第三人无须借助于善意取得的保护，出卖人无权要求第三人返还标的物，只能向买受人请求损害赔偿。从此点看，买回与占有转移型让与担保更为相似，但即使在占有转移型让与担保中，如果附解除条件，则担保提供人在条件成就时，对非善意第三人仍可以回复标的物的所有权。其次，让与担保中债务人须清偿债务，才能行使返还请求权或在附解除条件时使条件成就而使权利自动回复。而买回权是买回人的单方行为，是形成权，只须买回人对原买受人做出行使买回权的意思表示，买回成立，此时不以买回人支付原买卖价金为条件。且对于买回人，买回权是其权利，故其可以不行使该权利，该权利经过除斥期间而消灭，而对于原买受人，其并无请求（催告）买回人行使买回权的权利。再次，让与担保当事人间没有约定的，担保债权的范围应当包括债权原额、利息、迟延利息和实现担保权的费用，因担保标的物为担保提供人所用益，不存在与担保债权的抵销问题。而买回在当事人间无特别约定时，买回人只支付与买卖契约同额之价金即可买回其标的物，买卖契约价金之利息与原买受人因对标的物之用益所得之利益互相抵销。第四，让与担保无期限之限制，而买回则在各国均有期限之规定。第五，让与担保之标的物一般由担保提供人占有，若标的物在担保提供人无过错情况下毁损灭失且又无经济上之变形物或代替物发生时，则让与担保消灭。而买回之标的物一般由原买受人占有，当标的物在原买受人无过错的情况下毁损，或只是轻微地变更的，买回人不得请求减少买卖价款。

二、日本法中让与担保与买回（回赎）[①]、再买卖约定（再买卖预约）

（一）日本法中的买回和再买卖约定

买回规定在《日本民法典》债权编第二章契约之第三节买卖中，在日本学理上，直接将其认定为是为担保目的而进行的买卖，故被作为变相担保（即权利转移型担保）进行研究。

附买回的买卖既然是因担保目的所作的买卖行为，就要有被担保债权的存在。民法上买回的标的物为不动产。买回有四个要件：一是买回的同时性。即买回权的设定是在签订买卖合同的同时做出附买回的约定，这是为了使买卖合同从一开始就要服从解除权的限制。二是买回价金的同额性。买回是封建时代的用益质的反映，买回价金与最初的买卖价金同额，这是为了防止规避利息限制法，因此，不用返还契约费用的特别约定当然有效。三是利息与孳息相抵。买主取得标的物的用益权能，用益价值（孳息）视为与利息对等。四是买回期间被限制为 10 年，买回已确定期间的，其后不能将其延长，买回未确定期间的，须于 5 年以内买回，因超过买回期间买回权失效，以避免不动产的归属长期处于不安定状态。买回约定的对抗要件是要在最初的买卖所有权转移登记中，作买回约定的附记登记，且登记与买卖合同同时进行。日本学界认为买回权是形成权性质，通过买回权人对原买受人为意思表示即可，但因买回制度被（变相）担保化，故《日本民法典》第 583 条规定，出卖人非在第 580 条[②]规定的期间内提供价金及契约的费用，不能实行买回。为防止买主获取暴利，日本民法导入“清算”法理，买卖价金和标的不动产价额背离明显时，原买受人必须进行清算。实际上导致买回权不是到超过买回期间时为止，而应理解为到清算金支付时为止。

日本因对买回制度有相当严格的限制规定，实务中更多的是利用再买卖约定实现与买回相类似的功能，“回赎（买回）的要件以外的回赎（买回）可视为再买卖约定。”（近江幸治，2000：249）再买卖约定是由合同自由原则而定的能够履行担保功能的买卖方式，顾名思义，就是出卖人具有约定新的买卖，完结其约定的权利。买回与再买卖约定的基本不同是：买回是使最初的买卖契约被取消，通过出卖人买回权的行使，将出卖人与买受人的原买卖行为解除，所有权恢复原状，回到出卖人手中。再买卖约定则是通过出卖人预约完成权的行使而再一次成立买卖契约，发生所有权的再次转移，两者最后的效果一样，所有

---

①我国学者对此有不同译法，在王书江、渠涛所译的《日本民法典》中译为“买回”（王书江译：《日本民法典》，法律出版社 2006 版，第 106 页；渠涛编译：《最新日本民法》，法律出版社 2006 版，第 126 页。）；祝娅等译为“回赎”（[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，法律出版社 2000 年版，第 230、246 页。）；徐进等又译为“赎回”（[日]我妻荣：《债权各论》（中卷一），徐进、李又又译，中国法制出版社 2008 年版，第 103 页。）。本文采“买回”。“再买卖约定”的翻译情况亦类似。

②《日本民法典》第 580 条：（1）买回的期间，不能超过十年。以特约确定的期间超过十年的，仅作为十年。（2）买回已确定期间的，其后不能将其延长。（3）买回未确定期间的，须于五年以内买回。

权在出卖人手中。再买卖约定不像买回一样对最初的买卖作附记登记,而是对新的买卖的约定完结权作临时登记,也能取得物权效果。判例对再买卖约定的期间没有限制(但学界对此提出质疑,认为应类推适用买回的期间或至少解释为因消灭时效期间的经过而消灭)。在当事人间对再买卖约定的期间进行约定的情况下,出卖人不能在有效期间行使约定完结权时,学界主张不能流质而须进行清算,再买卖约定完结权的行使应该到支付清算金时为止(我妻荣,2008:103)。

(二)让与担保①与买回、再买卖约定的比较

日本学界认为,让与担保的基础也是买回和再买卖约定,因而如果一定对它们进行区分的话,首先应着眼于占有方式上的不同。买回、再买卖约定在日本民法典中,被置于"买卖"的担保制度(权利转移型担保)部分,因为"买卖"中,买主占有标的物的权限是清楚的,所以本来的买回、再买卖约定依然是"质押"形态担保方法(占有担保)。而让与担保基于买卖+租赁之方式,依据租赁合同法理而成立"抵押"形态的担保方法(非占有担保)。但是,对于以占有为基准而形成的"占有严格区别论"在日本学界也受到质疑。因为就标的物的占有而言,让与担保的一般形态为担保提供人占有标的物,而买回、再买卖约定的本来形态为买受人占有,这可能在一般意义上可以将让与担保与买回、再买卖约定区别开来,但就让与担保,亦有被担保人占有标的物,买回、再买卖约定也有出卖人占有标的物,因此,在日本民法中,对于让与担保、买回、再买卖约定在采担保权结构来说明的时代,这种区分已无多大实际意义,"只不过是把新的担保手段塞进现行民法时作了现象的整理"而已(近江幸治,2000:231-233)。其次,让与担保中债权人对债务人有借贷资金的返还请求权,即可请求债务人依约履行,而买回、再买卖约定中并不伴随着已融资金钱的返还请求权。再次,与德国法相似,让与担保无期限之限制,而买回则在各国均有期限之规定。

再对比德日的买回制度,二者也有根本性的不同:德国法中的买回是两次有效的买卖,只是通过该两次买卖,实现了担保功能,但不能因此否定买卖的效力。而日本法中的买回是被作为权利转移型担保,因而认可被担保债权的存在,否定买卖的特性,此点与设定让与担保时的定性一致;买回权的行使就是解除权的行使,通过出卖人买回权的行使,将出卖人与买受人的原买卖行为解除,使所有权回复原状。从日本法将买回彻底担保权化的作法,反映出采担保权构成论②实际会造成泛担保的结果,消弭了大陆法中原有的典型担保物权与非典型担保物权的分野,更将具有明显差别的不同担保类型以"担保权"一词统摄,与《美国统一商法典》规定之动产担保制度的发展方向相似,这种作法难以为绝大多数大陆法国家及地区所接受。

三、我国大陆地区让与担保与相关制度之实务区分

在前述德日让与担保与买回制度的比较分析基础上,返观上述相关制度在我国现行法中的规制情况,并与让与担保制度进行对比,可以明确让与担保制度在我国法律制度中所应具有的不可替代的地位。

我国大陆地区法律中没有明确规定买回制度,如果当事人依照买回制度原理,根据我国《合同法》中关于买卖合同的规定,缔结附买回约定的买卖合同,自行达成"买回",依合同自由原则当然不为法律所禁止,但问题是,这种"买回"并不能够代替让与担保。因为买回设立的初衷是使标的物为买受人占有、用益,因而当出卖人行使买回权时,只需支付原卖价即可,而无需负担原价金之利息,该利息实际是与买

---

①日本学界也并未对让与担保进行严格定义,日本让与担保标的范围广泛而无德国之限制,让与担保主要是以债权的形式来授予信用,但也可能通过买卖的形式来授予信用,授予信用者按照约定条件可以请求返还货款,被授予信用者如果不按约定返还货款的话,授予信用者可以在标的物上行使权利来得到满足。让与担保可以分为让渡质和让渡抵押,前者担保标的物的占有是转移给担保债权人(债权人),后者则仍保留在担保权设立人(债务人)手里。参见[日]我妻荣:《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,第539~541页;类似的还可参见[日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第231~233页。

②担保权构成论认为,让与担保所采取地转移所有权的外观形式,并非真正地转移标的物的完全所有权,无须将被转移的权利作为所有权人之权利来看待,而应当将让与担保限制物权化以完善其法律构成,即将让与担保确定为一种担保物权,使之直接成为担保物权制度之一种,一种与抵押权、质权相并列的约定担保物权,通过对让与担保定限物权化、典型化的法律构成,再导入清算义务,保障让与担保当事人在内部关系中的权益平衡。与之相对的是所有权构成论,即让与担保中,所有权是确定地被移转至被担保人处,但这种法律上的、绝对的所有权转移并不等同于所有权的绝对性,在让与担保中,所有权是被绝对的转移,而此种担保中被转移的所有权本身具有相对性之特性。

受人就标的物之用益所得相抵销。如果出卖人与买受人约定仍由出卖人占有、用益标的物，则与买回制度的目的不相符。当然，此种约定仍为合法有效，但此时，标的物所有权的转移是因真正的买卖而转移，而非为担保而转移，在当事人间不存在债权债务关系，行使买回权是出卖人的单方权利；且依买回理论，该权利为形成权，而对于买受人而言，其并无催告出卖人须及时行使买回权的权利。这样，在实践中，如果缺乏不动产的中小企业以其动产（机器设备）采用附买回约定的买卖形式在不转移占有的情形下向银行融资，那么银行与该中小企业间并无债权债务关系的存在，即银行通过买卖合同在“经济上”和“法律上”都是该中小企业所占有使用的机器设备的真正所有人，银行并无请求该中小企业在将来某一确定时间返还融资款项的权利。相反，该中小企业则享有可以按照买回之约定、支付约定之价金而请求返还机器设备所有权的权利。这样，在此种附买回约定的买卖中银行的地位，相较于让与担保中银行之被担保人（债权人）的地位差距极大。银行购买机器设备等动产对于银行所从事的金融业务来说毫无意义，其只是想以该动产担保融资款项的返还，在附买回约定的买卖中却将银行的此种返还请求权“剥夺”了，那么当中小企业不行使买回权时，意味着银行最终只能就该动产变价受偿，如果该动产变价所得不足以抵偿融资款项，银行并无权利就中小企业（出卖人）之其他财产求偿，此种地位是银行难以接受的。若此，则银行将失去对主要资产为动产的中小企业提供融资贷款的动力，这反过来将影响并阻碍中小企业的发展，进而削弱市场的竞争活力，最终影响经济的顺利运行。而只有在银行与中小企业间适用让与担保制度，给予银行贷款必要的担保保障，同时赋予中小企业必要的制衡权利，才能真正实现在不转移动产占有用益情形下以该动产进行融资之目的。

总体而言，就我国现行法之规定来考察，让与担保制度所具有的功能是其他相关制度所不能替代的。因此，我国应在借鉴的基础上，根据经济发展之实际需要，修改完善相关法律法规，并可根据司法实务制定具体的司法解释，发展出一套适合我国经济发展、市场需要且洽合于我国基本法律制度的让与担保规制模式，为社会经济的顺利运行提供助力。

参考文献：

[1] [德]鲍尔·施蒂尔纳(2004). 德国物权法(上册). 北京：法律出版社.
[2] [德]迪特尔·梅迪库斯(2007). 德国债法分论. 北京：法律出版社.
[3] [日]近江幸治(2000). 担保物权法. 北京：法律出版社.
[4] [日]我妻荣(2008). 债权各论(中卷一). 北京：中国法制出版社.

Comparative Studies of Transfer Guarantee and Buying Back Systems

Xiang Fengchun (Post-Doctoral Researcher, Southwest University of Politics & Law)

Abstract: For the regulation on security transfer, we must first know the status and role of security transfer, which needs to have comparison between security transfer and current laws of similar functions and similar systems, discovering the uniqueness and special role of transferring and security, to make clear our country the system of transferring guarantee development of value. Based on the two main Continental Law countries of Germany and Japan in the transferring guarantee and buying back, we further compare the real-life distinction of the transferring guarantee and buying back in the mainland of China, to reflect the unique advantages and features of transferring guarantee.

Key words: transfer guarantee; buying back; comparison; regulation

■**作者简介**：向逢春，西南政法大学法学博士后科研流动站，高级工程师，法学博士；重庆 401120。
Email：xiangfc@yahoo.com.cn。

■**基金项目**：重庆市博士后科研项目特别资助项目(XM20120022)
■**责任编辑**：车　英