检视与规范:以物抵债的适用路径

袁文全,卢亚雄

(重庆大学法学院,重庆市 400030)

摘要:以物抵债并非大陆法系的传统概念,其法律性质和法律适用已在理论界和实务界争论多年。在崇尚私法意思自治与合同自由原则的今天,对于有偿合同,一味强调“要物”的成立要件,实则有违合同法的逻辑与价值,更有可能为当事人带来不利益,以物抵债协议应纳入诺成性合同的范畴。将以物抵债与相邻概念进行界分,不同于流押契约、新债清偿以及债的更新,以物抵债协议的目的为替代清偿,旧债与新债之间呈现主从并存的态势,故不存在新债当然消灭旧债的情况。参酌《九民纪要》所确认的履行期届满前/后以及诉讼中的类型划分和裁判规则,审视以物抵债的内涵,明确新旧债的关系及履行顺序,亦在价值层面评估瑕疵以物抵债的救济、以物抵债瑕疵担保责任与原债回复请求权的适用,由此较为明晰地规范以物抵债的适用路径,以期于理论实务界有所裨益。

关键词:以物抵债;代物清偿;诺成性合同;意思自治

中图分类号:D923 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2022)02-0025-12

一、以物抵债的裁判进路

以物抵债的概念和制度在我国现行民法中并无相应的规定,以物抵债协议也并非我国《民法典》合同编所规定的典型合同,但在实践中却出现形态各样的以物抵债情形,因而被笼统称之为以物抵债。目前,学界关于以物抵债的讨论主要有三种观点:一是认为以物抵债是一种债的消灭方式,是替代清偿的规则,并非独立存在的协议^[1];二是认为以物抵债是一种互易或买卖^[2];三是认为以物抵债是一个独立的协议^[3]。本文认为以物抵债是替代清偿与由此达成的以物抵债协议系契约本质上并不矛盾,作为一个总的概念,以物抵债是一种特殊的替代清偿,其当事人达成的合意,在私法意思自治的今天,自然是协议的一种。有学者认为,以物抵债在法律行为层面是指当事人双方达成以他种给付替代原定给付的协议,包括两方面含义:一是仅仅具有以他种给付替代原定给付的合意,尚无债权人受领债务人的他种给付的事实;二是双方当事人不但达成以他种给付替代原定给付的合意,而且债权人受领了债务人的他种给付^[3]。本文暂且将上述两方面含义理解为对以物抵债协议在广义上的界定,即是指债务人与债权人达成的以他种给付替代原定给付,用以清偿债务的约定。事实上,仅从法律含义上难以看出以物抵债的问题所在,其难点主要显现于错综复杂的司法实践中。由此,从典型案例中即可探析以物抵债的裁判规则在我国司法实践中所经历的不断变化、凝聚共识的过程。

例如,在 2012 年《最高人民法院公报》案例“成都武侯国土局与成都招商局等债权人代位权

纠纷案”中,法院最终认为根据《合同法》第73条第1款的规定^①,债务人与次债务人约定以代物清偿方式清偿债务的,因代物清偿协议系实践性合同,因此如次债务人未实际履行代物清偿协议,则次债务人与债务人之间的原金钱债务并未消灭,债权人仍有权代位行使债务人的债权^②。在此案中,法院实际上明确了以债务人履行和债权人受领为以物抵债协议的生效要件,将以物抵债协议等同于要物合同,这在学术界引起了广泛讨论。

再如,在2014年《最高人民法院公报》案例“朱俊芳案”中,嘉和泰公司向朱俊芳借款1100万元,双方签订借款合同;随后嘉和泰公司将其开发的14家商铺以签订商品房买卖合同的方式抵押与朱俊芳,双方约定若到期债务人不能偿还债务,则不再履行借款合同,而履行商品房买卖合同,以此抵还借款。在本案的裁判中,法院认为以商品房买卖合同的形式为借款合同提供担保,均是当事人真实意思表示且未损害任何一方利益,不符合《担保法》和《物权法》对禁止流押的规定,故两个合同都有效力^③。学术界将这种“以商品房买卖合同为借款合同提供担保”的情况称之为买卖型担保。在此案中,最高人民法院实际上认可以物抵债协议并非只为单纯的清偿债务,还应具有担保债务的功能。

另如,在2017年《最高人民法院公报》案例“通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”(以下简称“通州建总集团案”)中,最高人民法院对以物抵债协议效力的认定更偏向于尊重当事人意思自治,而非现实受领抵债物^④。在该判决原则的指导下,替代给付只需双方达成合意,且内容合法合规即可,而债权人可依据双方达成的替代给付合意主张新债,消灭原债,因而这实质上明确了以物抵债协议系属诺成性合同。无独有偶,在“朗小红诉重庆市万华房地产开发有限责任公司建设工程合同纠纷案”中,法院认为以物抵债是诺成性合同,当事人意思表示一致即成立,不以抵债物的物权变动为成立要件^⑤。

通过上述案件分析可以看出,在“成都武侯国土局与成都招商局等债权人代位权纠纷案”中,法院将当事人达成的以物抵债协议当作代物清偿来处理,认定其为要物合同,并以债权人受领抵债物为合同的生效要件,而这实际上是对以物抵债概念的误判。后在“朱俊芳案”中,法院将以物抵债协议当作对借款合同的担保来处理,赋予以物抵债协议担保的合同目的,而这实际上是对以物抵债协议功能的误判。直到“通州建总集团案”,法院方才明确了以物抵债协议的诺成性。不难看出,一系列判决中最高人民法院对于以物抵债协议的性质认定多次出现摇摆不定的情况,其中更是涉及合同效力等核心问题。此外,还有对于以物抵债的概念、功能与相近概念混淆的情况。

然而,实务界在适用以物抵债过程中出现问题绝非偶然,其根源在于理论界对于以物抵债的多样化观点。我国学界长期以来的主流观点将以物抵债等同于代物清偿,认为代物清偿为要物

^① 原《合同法》第73条第1款规定:因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。现此条规定于我国《民法典》第535条第1款。

^② 参见“成都市国土资源局武侯分局与招商(蛇口)成都房地产开发有限责任公司、成都港招实业开发有限责任公司、海南民丰科技实业开发总公司债权人代位权纠纷案”,(2011)民提字第210号民事判决书,载《最高人民法院公报》2012年第6期。

^③ 参见“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案”,(2011)民提字第344号民事判决书,载《最高人民法院公报》2014年第12期。

^④ 在本案的裁判中,最高人民法院明确指出,对以物抵债的认定应以尊重当事人的意思自治为基本原则,一般而言,除当事人明确约定外,当事人达成的以物抵债协议,并不以债权人现实地受领抵债物或取得抵债物所有权、使用权等财产权利为成立或生效要件。只要双方当事人的意思表示真实,合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定,合同即为有效。参见“通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”,(2016)最高法民终字第484号民事判决书,载《最高人民法院公报》2017年第9期。

^⑤ 参见“朗小红诉重庆市万华房地产开发有限责任公司建设工程合同纠纷案”,重庆市石柱土家族自治县人民法院(2016)渝0240民初3200号民事判决书。

契约,需现实完成他种给付,否则是为债务标的之更新^[4]。坚持以物抵债实践性的学者们又有不同观点,其中有学者认为以物抵债与代物清偿都非契约,代物清偿作为法律上的概念是为债的消灭方式之一,其意在于强调债的清偿结果,而以物抵债是在实践中形成的债的变通履行方式,其意在于强调债的清偿方式,但以物抵债协议与代物清偿契约在当事人合意角度来看,却可以等同使用^[5]。也有学者论述以物抵债协议系实践合同,实践性方能符合代物清偿的基本法理,同时充实其理论^[6]。还有学者认为以物抵债并非契约,而是一种处分行为,以处分权、行为能力、公示为构成要件,满足方能发生效力^[1]。随着“通州建总集团案”中最高人民法院裁判的转变,以及2019年最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)的发布,以物抵债协议诺成性的观点逐渐成为学术界的主流观点。此后,有学者跳出以物抵债协议的逻辑层面,转而从价值层面进行评估,认为以物抵债协议系属诺成性合同不仅更能实现要物合同的价值坚守,更能克服要物合同损害合同自由原则与诚信原则的局限性^[7]。也有学者考察最高人民法院的审判经验,认为经典案例已经逐步将以物抵债定位为一种特殊的债的消灭方式^[8],与之对应的代物清偿以清偿合意为基础,是典型的诺成合同^[9]。还有学者认为代物清偿制度以对以物抵债的解释为基础来构建,本质上实为诺成合同、双务合同^[10]。以物抵债源于实践,其中涉及合同效力等核心问题,对其性质的判定及司法适用已严重影响到案件的最终裁判和司法权威。对以物抵债的规范适用,在学理上厘清其与流押契约、新债清偿、债的更新等的不同,对于完善替代清偿、担保等制度具有重大意义。

二、以物抵债协议实践性与诺成性的合理判定

(一) 合同的实践性与诺成性之缘起及发展

实践性合同,又称要物合同,是指除有意思表示达成一致,还需要物之交付方能成立的合同,与之相对的诺成性合同则是指只需要意思表示一致,无须物之交付即可成立的合同^[11]。诺成性合同与实践性合同的区分起源于罗马法。在商品交易并未繁荣的初期,罗马人更重视商品交换的形式要件,与此相对应,法律也侧重于保护商品交换的形式要件,认为只有经过相应形式产生的契约才具有法律效力,于是诞生了口头契约、文书契约等契约形式。随着生产的发展,交换走出部落内部,范围更加广阔、种类日益繁多,随之而来的在实践中未经口头和书面契约即转让交付标的物的交易也日益增多。罗马人认为虽然这些交易未经形式要件确认,但商品已经实际给付,现实完成履行,就应赋予其合同效力,因此便诞生了实践性合同。后世《法国民法典》虽继承了罗马法对实践性合同与诺成性合同的类分,但却将标的物的交付作为合同的生效要件而不是成立要件。合同的成立与否偏向一种事实判断,而合同的生效与否更偏向一种价值判断,区分实践性合同物之交付究竟系成立要件还是生效要件,在今天看来,其实并无太大意义,物若交付且不存在其他有损合同效力的因素,则合同足以成立且生效,且其已经超出“要物”作为构成要件的范围。

从概念来看,实践性合同在物之交付上具有强制性,若以形式上的欠缺来否定合同的成立,则判定就具有严重的形式主义倾向。在更加注重私法意思自治的今天,实践性合同逐渐没落,其以交付为生效要件,无疑与合同自由原则相冲突,并且当事人对其行为能力以内的民事风险应当自担,若直接在法律方面使其合同不成立,则可能导致当事人更大的不利益。随着经济社会的发展,行政权力有扩张之嫌,然而尤其在私法领域,不加制约的行政活动更会对私人活动带来损害^[12]。换言之,现代合同法是在合同自由原则上所建立,若要对意思自治进行约束,需要有更重要的利益存在让其保护方可,这也是法律的内在价值判断,而现代对于实践性合同的分类,无法

满足这一价值判断。事实上,实践性合同从其开始出现就与无偿合同结缘,在无偿借用与无偿保管等无偿合同中,当事人结成契约并非出于获取经济利益目的,而是基于某种特定存在的关系,但因其合同的无偿性,出于公平考量,需对其中一方当事人利益给予保护。因此,实践性合同也主要是存在于无偿合同之中。关于要物合同,王泽鉴先生认为其可以存在,但是在有偿合同中,已经没有必要再坚守要物的观点了^[13],亦有学者认为实践性合同的概念已经过时,其存在不过是法制史的残留,并无实质意义,我国的《民法典》应当否定实践性合同^[14]。

(二)以物抵债协议的实践性与诺成性之逻辑论证

有学者将以物抵债进行两分:一方面是狭义的以物抵债,即双方达成合意即可认为合同成立,该种合同为诺成性合同;另一方面是代物清偿,须有交付、受领的要件方能成立,属于实践性合同^[3]。代物清偿,是指债权人受领他种给付以代替原定给付,而使债之关系归于消灭的合同^[4]。由此可见,代物清偿的构成要件主要包括真实有效的债务关系、替代给付存在且不同于原定给付、债权人实际受领三个方面。我国大陆法中尚无代物清偿的有关规定,但在《德国民法典》等法律中皆有此方面的规定。从相应法律条文规定^①中可以看出:一是代物清偿作为债务替代履行的方式规定在债的履行和消灭部分;二是交付抵债物后,债权债务关系即告消灭。由此观之,代物清偿在有的国家和地区是明确的法律概念,是债权债务关系终止的法定事由,其目的是清偿原债务,一些学者也坚定地认为代物清偿具有有偿性与要物性^[15]。而以物抵债协议无须约定现实地受领他种给付,旧债也不是在以物抵债协议成立之时即告消灭。因此,在法律上不能将以物抵债与代物清偿等同,更不能据此认定以物抵债协议系属要物合同。

通过进一步细分可以发现,在要物的视角下,区分狭义的以物抵债和代物清偿不切实际,因为没有现实的交付则合同不能成立,也就没有单独的以物抵债协议。但在诺成的视角下,可以将以物抵债作为总的制度概念,以物抵债协议系契约,代物清偿是作为物已经交付所引起的物权变动,由此而明晰其关系,只要意思表示一致,合同即告成立。根据我国《民法典》合同编的规定,依法成立的合同,自成立时生效,除非法律另有规定或者当事人另有约定。根据负担行为和处分行为的类分,代物清偿实际上也应当存在两个阶段,首先是当事人双方达成的以他种给付代替原定给付的合意,这无疑是负担行为阶段,其后才有债务人向债权人交付他种给付,债权人受领此种给付的处分行为^[1]。以物抵债和代物清偿实际上的差异就是前者未履行给付,而后者已经履行给付。因此,不妨可以将代物清偿作为以物抵债的已履行,将其纳入以物抵债的制度范畴。如同上文从诺成的视角所进行的分析,以物抵债协议系契约,而代物清偿是作为物已经交付和受领所引起的物权变动效果。

然而,对于以物抵债协议究竟系诺成性合同还是实践性合同,其难辨的性质直接造成法院对上文所提及案例的不同裁判结果,给司法实践造成了很大困扰。以物抵债实践性合同说^[16]认为:一方面,从以物抵债合同的目的来看,其为清偿原债务,消灭原债权债务关系,而只有当他种标的物给付并受领,这一目的方能实现。因此,以物抵债从目的上来看具有实践性。另一方面,从司法裁判的角度来看,以物抵债若具有实践性,将会更有利于司法裁判,可以有效防止虚假诉讼。达成以物抵债协议后,完成他种交付的履行,债权债务关系即告消灭,若不履行他种交付,则原债务继续有效。这对于法官来讲,简化了司法裁判的逻辑判断,亦降低了其工作量。但其若为诺成性合同,则将增加当事人虚假诉讼,达成转移财产,实现非法交易目的的风险,可能会浪费国家司法资源,不利于保护当事人合法权益^[17]。尽管如此,以物抵债实践性合同说仍然存在不合

^① 《德国民法典》第364条第1款规定:“债权人一经受领他种给付以代替履行债务给付时,债的关系即告消灭。”

理之处。首先,其相当于是直接援引了传统民法中对于代物清偿的有关规定,在高度注重民法意思自治原则和诺成性合同逐渐流行的当下,是不符合市场经济条件下合同法发展趋势的。其次,将其规定为实践性合同,以交付为成立要件,若标的物未交付,则以物抵债合同未成立,当事人不受协议约束,而这样极易诱发诚信问题,造成当事人随意反悔而不受制约。即便事后当事人仍可主张原定债权债务关系来救济,但仍不能弥补当事人所受到的信赖利益损失和为此付出的时间成本。

(三)以物抵债协议的实践性与诺成性之性质界定

综上所述,尽管学者对以物抵债协议的性质持有不同观点,但结合理论和实践考量,将以物抵债协议定性为诺成性合同更加符合法理和现实逻辑。这主要是基于以下方面因素的综合研判:一是从法律适用的角度来看,以物抵债协议属无名合同,根据我国《民法典》第467条关于无名合同类推适用的规定,以物抵债协议作为一种非典型合同,应当适用合同编通则的规定,在双方当事人意思表示真实,没有违反法律、行政法规的效力性、强制性规定的情况下,应当成立并生效。二是从民法的基本价值取向来看,一方面意思自治是民法的基本原则,即双方当事人意思表示一致就可缔结合同,法院不能以诺成性的以物抵债合同会导致虚假诉讼增多为由否认当事人意思自治的效力;另一方面合同法应当维护交易安全及保护诚信,即实践性的以物抵债协议在标的物交付并受领之前,合同不成立,更无效力,因此不能对当事人形成约束,从而难以制约当事人反悔的情形。一旦当事人出现反复,对于另外一方当事人都将造成损失且难以救济,且不利于保护交易安全和促进社会主义诚信体系建设。三是从当下合同法的发展趋势来看,实践性合同越来越少,这也是我国的合同法采取列举式的方式来穷尽该类合同的原因,而诺成性合同逐渐成为合同领域的主流^[18]。有学者认为,借用、金钱消费借贷等曾被定性为要物合同的无偿合同,均已实现诺成化,在合同与法律行为的分类中几乎不再提起^[19]。传统民法认为的借贷、寄存、质押三种实践性合同,在实践中当事人许诺也经常被认为具有法律效力,在负担交付义务的当事人不履行交付义务时,也可能被判令承担赔偿责任。因此,把以物抵债协议判定为诺成性合同更加符合当前市场交易需求和各国民法典的最新发展趋势。

2019年最高人民法院《九民纪要》对以物抵债进行了较为详细完整的规定,虽然其并非司法解释,也不能作为裁判依据,但却可作为下级人民法院裁判的说理依据,以弥补现行法律的不足,当然这必然会对司法实务产生重要影响。《九民纪要》第44条、第45条将以物抵债协议按照履行期届满前、履行期届满后、诉讼中三个阶段进行区分,随后将“交付”和“撤诉”两个法律行为赋予协议不同的效力。需要说明的是,“三阶段区分法”对以物抵债协议的类型化并非《九民纪要》首创,2015年《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》(以下简称《商事审判问题》)就已提出将“履行期届满前/后”作为区分以物抵债协议效力的标准,履行期届满前达成的以物抵债协议因可能涉及双方利益显失公平问题而无效,反之如果在履行期届满后达成的以物抵债协议则有效。“履行期届满前/后”标准在本质上是意思表示解释的参照物,应当对合同目的及新旧债关系予以判断,由此可以看出,该标准实质上担保债权债务履行排除在以物抵债的范畴之外,明确以物抵债协议的目的是为替代清偿。

同理,为尽量避免虚假诉讼发生,根据《九民纪要》第44条第1款^①的规定,人民法院对债务

^① 《九民纪要》第44条第1款规定:“当事人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议,抵债物尚未交付债权人,债权人请求债务人交付的,人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形,避免虚假诉讼的发生。经审查,不存在以上情况,且无其他无效事由的,人民法院依法予以支持。”

履行期限届满后达成的,且抵债物尚未交付给债权人的以物抵债协议,在债权人请求交付时着重审查该协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形。该条款是《九民纪要》中极为重要的以物抵债适用规则。一般认为,履行期届满后达成的以物抵债协议几乎不会存在暴利风险,但从合同内容来看,“履行期届满”要素的实际作用是意思表示解释的线索,由此判断出当事人存在直接替代履行的意图。关于以物抵债协议的效力,《九民纪要》第44条第1款基本与2017年《最高人民法院公报》案例“通州建总集团案”的立场相同,即首先明确以物抵债协议系诺成合同,而非2012年“武侯国土局案”所认为的要物合同;其次对债权人主张新债予以支持,且对于新旧债的给付顺序予以遵循,不同于2015年《商事审判问题》中规定必须先给付原债标的。

通过以上案例与法律法规及规范性文件分析,以物抵债协议的诺成性与实践性问题基本上得以解决,同时也确认了以物抵债协议目的是替代清偿,排除此类协议担保的功能。由此,我们可以把以物抵债协议的基础性构成要件归纳为四个方面:一是原债真实有效,清偿原债务是以物抵债的根本目的,若原债不真实有效,则以物抵债便无从谈起;二是有新的替代给付,且这种替代给付与原给付不同,若原给付物为金钱,则替代给付物应为金钱以外之物;三是须双方达成替代给付的合意,且该合意为双方当事人真实意思表示;四是该协议的目的是为替代清偿原债务,并非提供担保。

三、以物抵债的规范适用

以物抵债并非大陆法系中的传统概念,正如上文所述经典案例,裁判规则并不统一,最高人民法院的立场也几经摇摆。但对于以物抵债这一来源于实践中的现实存在,须厘清其内涵特征、明确新旧债履行及清算、规制瑕疵以物抵债及原债回复等,并以此促进其在实践中规范准确适用。

(一)认识与理解:以物抵债内涵与界分相邻概念

2017年“通州建总集团案”中将以物抵债解释为一种特殊的替代清偿,作为债的消灭方式的一种。本文认为在当前学理下应当将其理解为以清偿旧债为目的的一种替代履行旧债的清偿方式,这亦不失为一种最恰当的功能性理解,但即使存在替代的清偿方式,原债关系仍为有效,因为一旦替代清偿被认定为无效,债权人仍可以原债务请求履行债权,以物抵债作为新的替代给付,且不存在介入或改变原债权债务关系的情形。总之,只有当替代给付完全履行,原债权债务关系才归于消灭。另外需注意的是,以物抵债的替代给付在物的形式上可以为有体物,亦可为无体物,只需不同于原本的债权债务关系即可。由于实务界将以物抵债与流押契约、新债清偿、债的更新等不加区分而又混淆使用,所以造成了许多案件的错判。为此我们有必要对以物抵债与其邻近概念的差异性再做深入甄别。

1. 流押契约与以物抵债。

依据《九民纪要》对于以物抵债协议的划分,以及前述观点,履行期届满后达成的以物抵债协议可视为诺成性合同,适用《民法典》合同编的一般规定。在诉讼中达成的以物抵债协议,如果债权人申请撤回起诉的,其可主张履行请求权;债权人不申请撤回起诉的,则法院继续审理原债权债务关系即可。履行期届满前达成的以物抵债协议,在形式上往往不是以物抵债,而是以一个买卖合同或是一个股权转让合同为外在表现^[20]。此类以物抵债协议与主债务并存,本质上具有担保性质,目的并非是为消灭原债务,而是为担保债务的履行^[21]。在这种情形下,便产生诸如应当适用《民法典》物权编的规定还是合同编的规定以及是否违反禁止流押契约相关规定等问题。

准确判断上述问题,首先需明确流押契约的本质内涵。流押契约,亦称流质契约、流抵契约,

是指当事人在签订抵押合同或在债权清偿期届满前,约定在债务履行期届满而抵押权人未受到清偿时,抵押物的所有权由债务人转移到债权人的契约。在我国《民法典》出台前,无论是《物权法》还是《担保法》都明确禁止流押契约。一方面,因为现实生活中债务人常处于经济上的弱势地位,债权人则依赖其强势经济地位与债务人签订协议,而往往在债务履行期届满时债务人无力偿还债务,所以未经中立第三方评估担保物的价值,由债权人直接取得担保物的所有权,这无疑是对法律公平的严重践踏,且未经中立第三方评估的资产,若是其价值远超过债务人所负债务,那么流押条款就成为变相的高利贷条款,从而使得合同的公平性愈加失衡^[6]。另一方面,禁止流押契约也有利于保护债权人利益,以及有效防止债务人财产恶意减少或债权债务相互勾结签订虚假债务合同来转移财产,从而危害其他债权人的合法权益。然而,预防暴利毕竟只是对于将来可能出现的风险进行预防,若以此致使流押契约无效则会阻碍现实中的融资发展。对此,只需引入清算义务即可对其进行约束^[22],预防未发生的风险。我国在本次《民法典》编纂过程中,立法机关亦注意到国外民法典发展的最新趋势,尤其是对新修订的《法国民法典》中有关担保部分的关注。2006年新修订的《法国民法典》新设第四编担保编,不同于旧的民法典,新法典在流押条款上主要有两点变动:一是解禁流押条款,设立当债权到期无力偿还时对质押物的评估制度^①。通过对比较法经验的研究,我国立法机关借鉴了该立法例,在《民法典》第401条规定“只能依法就抵押财产优先受偿”,否定了以往法律“不得约定流押条款”的规定。显然,该法律条款规定的法意是不禁止流押条款。“不禁止”意即法院不得直接认定当事人设置的流押条款无效,其本意是为尊重当事人意思自治。二是清算义务的分配,实现担保物权的清算义务由债权人承担,其同时对担保物享有优先受偿的权利。引入清算程序,在平衡当事人双方利益的同时也可保护其他担保权人与债权人的正当利益。这也反映了我国《民法典》编纂过程中对于担保观念的一些实质性变化。在传统意义上,物权法定,但担保物权是典型的功能性物权,随着民法典对其修订,形式主义担保观念有所式微而实质性担保^[23]逐渐受到重视,即更加遵从以经济和功能的标准来判断担保合同。

换言之,流押条款约定债务履行期届满,债务人无力偿还债务,则担保物的所有权直接转移至债权人^[24]。由此可以看出,流押契约与履行期届满前达成的以物抵债协议最大的不同在于合同目的不同,前者是为了担保债务的履行,而后者则是为了清偿债务。但往往在实践中,履行期届满前达成的以物抵债协议带有担保债务的性质,偏离了以物抵债协议合同目的初衷,因此这类协议在本质上就是流押契约。在当今民法典背景下,此类协议并非无效,而应依照有关担保的规定,尊重当事人意思自治,债权人通过清算程序享有优先受偿权。尽管如此,亦不能一概而论。对于那些并未带有担保债务性质但仍以清偿债务为目的的履行期届满前达成的以物抵债协议,不能适用担保物权的規定,仍然应当按照合同诺成性的规则来处理。至于对两者的区分问题,应当尽量探知当事人的合同真意,观其合同中是否有担保债务履行的内容,充分尊重当事人意思自治^[25],以准确区分流押契约与履行期届满前达成的以物抵债协议的不同。

2. 新债清偿与以物抵债。

新债清偿,亦称间接清偿、新债抵旧。从《德国民法典》第364条第2款^②的规定可以探知,新

^① 2006年3月23日,法国部长会议通过《第2006-346号关于担保的法令》,同年3月25日该法令生效。其后《法国民法典》修订,新法典新设第四编,解除对流押条款的禁止,体现了尊重当事人意思自治的民法基本原则,但规定了当履行期届满而债务人无力偿还债务,应当采取拍卖变卖程序来实现担保物的价值,而非由债权人直接取走抵押物(第2348条)。

^② 《德国民法典》第364条第2款规定:债务人为使债权人受清偿而对债权人承担新债务的,有疑义时,不得认为债务人承担该债务以代替清偿。

债清偿是指债务人为清偿旧债务而负担新债务,并因新债务的履行而消灭旧债务的一种制度。在这种法律关系中,新债务与原债务并存,若债务人未偿还新债务,则债权人有权请求履行原债务^[26]。

新债清偿与以物抵债的区别在于新债与旧债之间是否系并存关系。从上述规定可以看出,在新债清偿中新债与旧债同时存在。在新债清偿中债权人的请求权并非可以任意行使,而是受新旧债权请求权的顺序限制。而对于以物抵债协议与原债务之间的关系,我国学界尚无共识性定论,但在诺成的视角下,目前主要有两种观点:一是债的更新说。依我国《民法典》第 543 条的规定,当事人协商一致可变更合同;而第 544 条又规定,当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更。可见,合同内容的变更,实为合同变更的重要方式,而合同的标的物是合同内容的重要构成。既然把履行标的变为物的交付,合同主要内容发生了变更,那就是合同的变更,即以后的权利义务只能按照以物抵债协议履行,协议如得不到履行,原债务也不能回复^[27]。有学者认为,在代物清偿制度下,债务人负担新债并非是履行旧债的方法,而应是替代旧债,旧债因代物清偿而归于消灭^[3]。二是并存说。该学说认为基础法律关系还是债权债务,主张若以物抵债的协议没有履行,则消灭债权的实质目的就没有实现,原债务仍然有效,原债可以得到回复^[28]。

债的更新说存在明显弊端,债的变更极易导致双方权利义务失衡,损害债务人的合法权益。如在民间借贷合同中,抵债物价值往往明显高于原债务金额,将可能规避司法解释所规定的借贷利率上限而成为变相的高利贷,这将极大地损害债务人利益。同时,还将产生第三人利益保护问题;还有诸如原债务关系消灭,其效力是否及于以物抵债协议,以及以物抵债协议生效后,如果存在法律上或事实上的履行障碍(如地震、征用等不可抗力),原债务能否有效等问题。至于上述并存说的观点,虽然有益于保护债权人的利益,但是新旧债务并存,两种法律关系同时存在,逻辑上不仅不通畅,也容易在法律适用上带来诸如时效等问题,如债权人主张以物抵债能否当然引起原债权债务关系的中断。

对此,可以将原债权债务合同和以物抵债协议视为主从合同关系,原债权债务合同为主合同,以物抵债协议为从合同。由此,原债权债务的合法存在是根基,以物抵债系为履行原债权债务而双方达成的替代履行协议,依附于原债权债务,但又具有相对独立性,也不同于原来债权债务的权利义务。债务履行期届满前达成的以物抵债协议,若符合让与担保的构成要件,当然构成主从债务关系。但关键问题在于,履行期限届满后达成的以物抵债协议与原债务之间的主从关系如何认定?首先,从以物抵债协议产生的法理基础看,原债务是本源,以物抵债只是亚类。其次,从效力上看,原债务被确认无效后,自然也无须再继续履行以物抵债协议;以物抵债协议被确认无效后,原债务能否复活?如是从属关系,就不存在复活之说。再次,从法律后果的消灭看,原债务消灭,后来以物抵债协议也没有存在的必要性。最后,若原债务时效抗辩可基于以物抵债协议,而在达成以物抵债协议后发现原债务已经部分履行,则债务人显然可以抗辩扣除已履行部分。基于这些因素的考量,将原债务与以物抵债协议的关系界定为主从关系更有利于保护双方当事人合法权益。

3. 债的更新与以物抵债。

上文在有关债的更新说中已经提及“债的更新”这一概念。具体来说,债的更新是指成立新债务,同时消灭旧债务的合同。在这种情形下,变更后的新合同是对原债权债务关系的主体、客体或内容进行了变更,因此旧的债权债务关系消灭。在传统民法上,债的更新即为债权消灭的原因之一。

司法实践中也存在将债的更新与以物抵债相混淆的情况。例如,最高人民法院发布的指导

案例 72 号:汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案^①。本案中,法院认为以物抵债协议属于当事人之间达成的债务更改或者更新的协议,在性质上属于诺成性合同,也就是说,在不存在违法无效情形的前提下该协议对当事人产生法律效力,而当其成立生效后,原债权债务关系即告消灭^[29]。因此,本案将当事人借款合同到期后无法偿还债务且又经协商一致终止借款合同关系而建立商品房买卖合同关系的行为看作是以物抵债,这无疑是将债的更新混淆为以物抵债。债的更新实为一项独立的制度,具有实现债权债务转移、简化法律关系、保护债之当事人合法权益等功能,是债权让与、债务承担、债的变更无法替代的制度。依据上文对以物抵债协议与原债权债务关系的主从关系分析认定,以物抵债协议成立后,原债权债务关系并不当然消灭,这是两个制度之间最重要的不同。

(二)履行与清算:以物抵债中新旧债的给付履行顺序及清算义务

从 2017 年的“通州建总集团案”到《九民纪要》,可以看到无论是在实务中还是在学理上,目前的主流观点都认为债权人可在债务履行期届满后直接主张以物抵债的新债务,而不必遵循旧债务。换言之,新债优于旧债的履行,但同时仍然存在清算义务问题尚未解决。

首先,债务履行期届满前达成的以物抵债协议,在履行期届满时债权人就抵债物进行优先受偿,无疑需要先履行清算程序。因以物抵债协议在履行期届满前达成,由债务方弱势地位而导致的暴利风险极高,债权人与债务人之间权利义务失衡的风险增大,所以进入清算程序是必要的,且债权人不得就担保物超出债务的部分受偿。但对于债务履行期届满后达成的以物抵债协议,其是否需要进入清偿程序则存在争论。如上文所述,通常认为履行期届满后达成的以物抵债协议不存在暴利风险,不存在债权人与债务人权利义务失衡的情况,故而只需尊重当事人意思自治即可,不需进入清算程序,这样也节约了司法资源,减轻了债权人和债务人的负担。至于诉讼中达成的以物抵债协议,《九民纪要》^②认为其效力以当事人是否撤回起诉为前提,当事人达成以物抵债协议且撤回原先起诉的,协议有效,若经法院释明拒不撤回的,则协议不被法院认可,法院继续审理原债权债务关系。因此,诉讼中达成的以物抵债协议本质上属于债务履行期届满后达成的协议,若有效则无须进入清算程序。

其次,关于抵债物的清算义务承担问题。如上文所述,新的《法国民法典》规定清算义务应当由享有优先受偿权的债权人承担,抵债物受偿后的剩余价值应当归还债务人,以此平衡债权人与债务人、其他担保权人的利益。我国 2015 年的《商事审判问题》中也是如此规定的^③。依据我国的交易习惯,在债务人不能履行原债务情况下,以物抵债协议已经赋予债务人替代给付的权利以及应当承担抵债物清算的责任。在此情况下,债权人与债务人之间并没有强弱地位失衡的风险,若增加债权人的清算负担,无疑是额外加重了债权人的责任,甚至会导致债权人承担因抵债物清算所带来的损失风险,从而不符合民法的公平原则。同时,加重债权人的清算负担也可能导致潜在风险,即降低以物抵债发生的可能性,不利于债权债务的替代清偿。当然也应注意,对于特殊的物如支票、汇票等债权凭证,不以交付而转移其价值,而需要变价后才能实现其价值,那么债务

^① 参见“汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”,(2015)民一终字第 180 号民事判决书,载《最高人民法院关于发布第 15 批指导性案例的通知》指导案例 72 号。

^② 《九民纪要》第 44 条第 2 款规定:“当事人在一审程序中因达成以物抵债协议申请撤回起诉的,人民法院可予准许。当事人在二审程序中申请撤回上诉的,人民法院应当告知其申请撤回起诉。当事人申请撤回起诉,经审查不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的,人民法院可予准许。当事人不申请撤回起诉,请求人民法院出具调解书对以物抵债协议予以确认的,因债务人完全可以立即履行该协议,没有必要由人民法院出具调解书,故人民法院不应准许,同时应当继续对原债权债务关系进行审理。”

^③ 参见第九点“关于以物抵债合同纠纷案件的审理问题”:对债务履行期届满前约定的以物抵债,如果此时抵债物已交付给债权人,参照《物权法》中质押的有关规定,债务人请求债权人履行清算义务或主张回赎的,法院应予支持。

人请求债权人变价以实现其价值而完成替代清偿的,应当予以支持。

(三)规范与限制:瑕疵以物抵债的司法救济

瑕疵以物抵债是指在以物抵债协议的订立和履行过程中出现瑕疵的情形,主要包括因意思表示瑕疵而订立的以物抵债协议、履行过程中出现瑕疵的以物抵债协议以及抵押物价值和原债务价值失衡的以物抵债协议三种情形。

在实体法层面。从当事人角度看,首先,对于因意思表示瑕疵而订立的以物抵债协议,可依据我国《民法典》合同编中关于合同撤销的规定进行处置,如出现欺诈、胁迫、重大误解等情形;其次,对于因履行过程中出现抵债物的瑕疵,债务人应当依据我国《民法典》合同编中关于买卖合同的规定承担瑕疵担保责任;最后,对于可能出现抵债物价值明显高于原债权价值的情形,可以依据我国《民法典》总则编第 151 条规定的显失公平制度维护自身权益。然而,在瑕疵以物抵债中较为复杂的是第三人救济权问题,现行法律对此规定较多。首先,根据我国《民法典》合同编第 538 条、第 539 条的规定,对于债务人以低价或者无偿转让财产的,债权人可以主张撤销该合同。同时,也可以根据我国《民法典》总则编第 154 条有关“恶意串通,损害他人合法权益”的规定,主张抵债协议无效。上述两种救济方式可以并存,法律应当赋予第三人可以选择更加有利于自己举证的救济方式的权利。

在程序法层面。民事诉讼法中可以援引第三人撤销之诉进行救济,但争议在于对无独立请求权的第三人是否具有原告的主体资格,这是司法实践中的争议点所在。对于一个已经生效的裁判,若第三人可以申请撤销或者提起执行异议之诉,无疑会影响司法裁判的确定性。虽然当事人的救济权利也变得越来越,但对于守法的或者守信的一方当事人利益的侵害也会更大。因此,应当严格限定主体资格,防止第三人因滥用撤销之诉申请而侵害诚信方当事人的合法利益。

(四)选择与平衡:以物抵债瑕疵担保责任与原债回复请求权的关系

对于瑕疵以物抵债的责任问题,虽然《九民纪要》中并未明确以物抵债协议的瑕疵担保责任,但可依据法理类推适用买卖合同的瑕疵担保责任。由于以物抵债协议存在新旧双重给付,因而其与买卖合同实质上存在些许差异。瑕疵担保责任的适用应当区分以物抵债协议的原权利义务是否为有偿,若为无偿则无须加重债务人负担,且不适用瑕疵担保责任,而只有当其为有偿的情况下才应考虑是否适用瑕疵担保责任。由此,当新的给付存在瑕疵时,适用瑕疵担保责任解决还是重新主张原债权债务回复就成为亟待解决的问题。

从诉讼经济高效的角度来看,当因新的给付存在瑕疵而回复原债权债务关系时,无疑更为简便,这本身也简化了司法裁判。古罗马法即采取此种方式,当替代给付存在瑕疵而无法满足债权人要求时,可以主张回复原债权债务,而以物抵债协议失效。从现代来看,《德国民法典》采用先瑕疵担保责任后回复原债关系的做法(第 365 条),只有当瑕疵程度严重时才可以通过解除替代给付关系回复原债关系,但在其实务和理论中同样认为回复原债关系更为符合经济和效率的原则^[30]。《意大利民法典》采用两者并行模式,规定当事人可在替代给付的瑕疵担保责任和回复原债权债务关系中择一适用^[31]。

在我国司法实践中,2017 年的《最高人民法院公报》案例“通州建总集团案”支持直接回复原债关系,主张不以协议无效、被撤销或者被解除为前提。如果将其延伸适用,可以认为若轻微瑕疵没有从根本上影响清偿目的的,不应主张回复原债请求权,而只有当瑕疵程度严重到致使清偿目的无法实现时,债权人才可不经解除以物抵债协议而直接主张回复原债关系。基于以物抵债协议是以清偿原债为目的,同时新旧债并存不悖,故当新债给付存在瑕疵时,应当赋予无过错债权人选择主张替代给付的违约责任与主张原债的权利。

四、结 语

意思自治是现代民法的重要原则。一般情况下,当事人达成合意即可订立合同,民法只在效力性强制性规定方面对合同效力进行约束,其前提须是基于维护国家利益、公共利益或者第三人合法权益的考量以及维护公序良俗的目的。除此之外,民法应当尽量消减对当事人意思自治的干预,充分体现法律对人类尊严的认可。在此大背景下,只需当事人合意则可成立生效的诺成性合同逐渐成为主流,而需以交付为成立要件的实践性合同则应用范围日益变窄,且有逐渐退出历史舞台之趋势。将以物抵债协议认定为诺成性合同,无疑顺应了法律发展趋势和经济社会发展需求,这将使得以物抵债协议在债权清偿领域更好地发挥作用,更利于市场稳定、交易安全和社会主义诚信体系建设。对于实践中产生的以物抵债,应参酌最高人民法院案例及相关规定,厘清其内涵特征及与相近概念的界分,规范其适用路径,对债务履行期届满前达成的以物抵债协议因债权人与债务人之间权利义务失衡而应当进行清算,并由债务人承担清算义务。从逻辑方面与经济高效价值方面考虑,在以物抵债出现瑕疵时,应当赋予无过错债权人选择主张替代给付的违约责任与主张原债的权利。可见,规范以物抵债的适用路径有助于厘清以物抵债由现实存在到法律制度规范出现的逻辑混乱,亦在价值层面彰显其功能与适用,与民法典时代下担保的功能主义倾向遥相呼应。

参考文献:

- [1] 陈永强. 以物抵债之处分行为论[J]. 法学, 2014(11):106-115.
- [2] 迪特尔·梅迪库斯. 德国债法总论[M]. 杜景林, 卢湛, 译. 北京:法律出版社, 2004:248.
- [3] 崔建远. 以物抵债的理论与实践[J]. 河北法学, 2012(3):23-28.
- [4] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:814-815.
- [5] 房绍坤, 严聪. 以物抵债协议的法律适用与性质判断——最高人民法院(2016)最高法民终 484 号判决评析[J]. 求是学刊, 2018(5):100-110.
- [6] 施建辉. 以物抵债契约研究[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2014(6):36-43.
- [7] 姚辉, 阙梓冰. 从逻辑到价值:以物抵债协议性质的探究[J]. 学术研究, 2020(8):71-74.
- [8] 肖俊. 以物抵债裁判规则的发展趋势与建构方向——2011—2019 年最高人民法院审判经验的考察与分析[J]. 南大法学, 2020(1):101-115.
- [9] 肖俊. 代物清偿的合意基础与清偿效果研究[J]. 中外法学, 2015(1):43-59.
- [10] 王洪亮. 以物抵债的解释与构建[J]. 陕西师范大学学报(哲学社会科学版), 2016(6):106-115.
- [11] 郑永宽. 要物合同之存在现状及其价值反思[J]. 现代法学, 2009(1):53-64.
- [12] 卫国华, 金晓伟, 譙冉. 从域外到本土:公务员行政赔偿责任制度的历史与革新[J]. 西南大学学报(社会科学版), 2018(3):35-42.
- [13] 王泽鉴. 债法原理[M]. 2 版. 北京:北京大学出版社, 2013:151.
- [14] 王洪. 要物合同的存与废——兼论我国《民法典》的立法抉择[J]. 上海师范大学学报(哲学社会科学版), 2007(4):38-44.
- [15] 秦伟. 法律文书:运行导致物权变动之研判——以代物清偿为切入点[J]. 法学论坛, 2016(5):99-106.
- [16] 周江洪. 债权人代位权与未现实受领之“代物清偿”——“武侯国土局与招商局公司、成都港招公司、海南民丰公司债权人代位权纠纷案”评析[J]. 交大法学, 2013(1):166-176.
- [17] 刘羽丰. 以物抵债的法律属性及效力分析[D]. 重庆:西南政法大学, 2019.
- [18] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京:法律出版社, 2011:59.
- [19] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京:北京大学出版社, 2016:141.
- [20] 石冠彬. 论民法典对买卖型担保协议的规制路径——以裁判立场的考察为基础[J]. 东方法学, 2019(6):18-29.
- [21] 司伟. 债务清偿期届满后的以物抵债纠纷裁判若干疑难问题思考[J]. 法律适用, 2017(17):79-84.
- [22] 庄加园. “买卖型担保”与流押条款的效力——《民间借贷规定》第 24 条的解读[J]. 清华法学, 2016(3):72-85.
- [23] 梁上上. 物权法定主义:在自由与强制之间[J]. 法学研究, 2003(3):43-57.

- [24] 袁玉金. 以物抵债契约研究[D]. 重庆:西南政法大学,2015.
- [25] 司伟. 债务清偿期届满后以物抵债协议的性质与履行[J]. 人民司法,2018(2):82-91.
- [26] 房绍坤. 论新债清偿[J]. 广东社会科学,2014(5):246-256.
- [27] 黄立. 民法债编总论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:640.
- [28] 崔军. 代物清偿的基本规则及实务应用[J]. 法律适用,2006(7):53-56.
- [29] 沈丹丹,石磊.《汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案》的理解与参照——当事人协商一致终止借款合同并将借款转化为购房款的法律关系认定[J]. 人民司法,2018(23):14-18.
- [30] 陈自强. 无因债权契约论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:282.
- [31] 费安玲,丁玫. 意大利民法典[M]. 北京:中国政法大学出版社,1997:330.

Inspection and Standardization: The Applicable Path of Expiation Debts in Kind

YUAN Wenquan, LU Yaxiong

(Law School, Chongqing University, Chongqing 400030, China)

Abstract: Expiation of debts in kind is not a traditional concept in the civil law system, whose nature and application have been the topics of debate in the theoretical and practical circles for many years. Nowadays, the principles of autonomy of will in private law and freedom of contract are advocated, so in the onerous contracts, putting the sole emphasis on the constitutive requirements of “subject matter” goes against the logic and value of contract law, and it is more likely to bring illegal profits to the parties. Therefore, the agreement on expiation of debts in kind should be included in the scope of consensual contract.

In this paper, the concept of expiation debts in kind is distinguished from similar concepts, such as fluidity contract, the new debt settlement and the renewal of the debt. The purpose of the expiation of debt in kind is for the alternative liquidation, in which the old debt and the new debt present subordinative-coexistence, so the new debt cannot wipe out old debt in such a situation.

With reference to the classification of types and judgment rules before/after the expiration of the performance period confirmed in the “Summary of the National Conference on Civil and Commercial”, as well as the type division and judgment rules in the litigation, this paper probes into the connotation of expiation of debts in kind, clarifies the relationship between new and old debts and their order of performance. It also evaluates remedies of defects in expiation of debts in kind at the value level, and explores the application of the liability for warrant of defects in expiation of debts in kind and the right of request for restoration of original debts to construct a clear application path of expiation debts in kind, which is expected to be of benefit to theory and practice.

Key words: expiation debts in kind; datio in solutum; consensual contract; autonomy of will

责任编辑 高阿蕊

网 址: <http://xbbjb.swu.edu.cn>