

黄芬,余萧寒.代物清偿协议的诺成性分析[J].中国海商法研究,2021,32(1):79-86

## 代物清偿协议的诺成性分析

黄芬,余萧寒

(大连海事大学法学院,辽宁大连 116026)

**摘要:**代物清偿协议属于诺成性合同,将其认定为要物合同主要是受传统学说的影响以及防止虚假诉讼之需。然而私法史上代物清偿与要物合同并无联系,视代物清偿合同为要物合同实际上是混淆了代物清偿契约本身与代物清偿的履行。代物清偿本质上乃是一种清偿行为,该行为发生的法律原因便是诺成性的代物清偿合同。要物合同的概念产生于意思缺乏约束力的特定历史环境,当下不宜盲目扩大其范围,防止虚假诉讼依赖于法官结合个案具体分析,而不能通过改变合同性质的方式达到该目的。基于意思自治原则,近年来司法实践中也改变了原有观点,将代物清偿协议作为诺成性合同进行规定。

**关键词:**代物清偿;清偿;诺成性合同;要物合同

**中图分类号:**D923 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)01-0079-08

### The defence for consensual datio in solutum

HUANG Fen, YU Xiao-han

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** Datio in solutum is a kind of consensual contract, the reason for mistaking the contract for real contract is the misreading of the history of private law and the need to prevent false litigation in judicial practice. From the perspective of private law history, the datio in solutum is separated from the real contract, this practice actually confused the two separate concepts of datio in solutum contract and the performance of datio in solutum. Datio in solutum is essentially a kind of liquidation behavior, and the legal reason for this behavior is the consensual contract of datio in solutum. The concept of real contract originates from the specific historical environment in which the meaning lacks binding force. At present, it is not appropriate to blindly expand its scope and prevent false litigation from relying on the specific analysis of the judge combined with the case. This purpose can not be achieved by changing the nature of the contract. Based on the principle of autonomy of will, in recent years, the judicial practice has changed the opinion.

**Key words:** datio in solutum; solutum; consensual contract; real contract

### 一、问题的提出

中国民法对于代物清偿契约并未明确作出规定,但现实生活中存在大量以替代物的给付来清偿,以消灭原债务关系的情形。对于此类契约的性质应当如何认定、原债务于何时消灭等问题在学术领域以及司法实践中应当引起重视。在传统大陆法系国家和地区,立法层面上代物清偿多被理解为一种要

物合同<sup>①</sup>;国内方面,早在王家福先生与梁慧星先生主编的1999年版《中国民法学·民法债权》一书中已经提到代物清偿为要物合同,<sup>[1]</sup>在中国台湾地区,认为代物清偿为要物合同的观点更加明确,例如史尚宽先生认为:“为代物清偿之成立,惟有当事人之合意为不足,须代替原定给付,现实为他种之给付。故为要物契约。”<sup>[2]</sup><sup>815</sup>黄立先生认为:“代物清偿,除

收稿日期:2020-11-30

作者简介:黄芬(1979-),女,湖北鄂州人,法学博士,大连海事大学法学院副教授,E-mail:2858063738@qq.com;余萧寒(1996-),男,湖北恩施人,大连海事大学法学院民商法专业硕士研究生,E-mail:yuxiaohan96@163.com。

<sup>①</sup> 《德国民法典》第364条第1项规定:“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。”《日本民法典》第482条规定:“债务人经债权人承诺,代其复返的给付实行其他给付时,该给付与清偿有同样效力。”

有当事人合意外,须现实为其他给付之提出以代替原给付为必要。”<sup>[3]670</sup>

受学术领域影响,早年间司法实践中也多将代物清偿协议作为要物合同进行认定。在最高人民法院(2011)民提字第210号“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”(简称“武侯案”)中,根据当事人真实意思表示,可以推定当事人之间具有以土地使用权折抵欠款之意思表示,法院认可其效力。然而2012年《最高人民法院公报》第6期在本案的案例摘要中又否认了该结论,摘要指出:“因代物清偿协议系实践性合同,故若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金钱债务未消灭。”将代物清偿协议等同于要物合同。

除个案判决外,江苏省高级人民法院在其2014年颁布的《关于以物抵债若干法律问题的审理纪要》中指出:“债务清偿期届满后当事人达成以物抵债协议,在尚未办理物权转移手续前,债务人反悔不履行抵债协议,债权人要求继续履行抵债协议或要求确认所抵之物的所有权归自己的,人民法院应驳回其诉讼请求。但经释明,当事人要求继续履行原债权债务合同的,人民法院应当继续审理。”对于只有合意而尚未履行的代物清偿,江苏省高级人民法院也坚持从要物性的角度出发去认定该类合同,原因方面,主要是预防当事人借代物清偿之名,行虚假诉讼转移财产之实,认为通过将代物清偿协议界定为要物合同,可以避免虚假诉讼的发生。

此种做法在实践中产生了十分不利的影 响。首先,依照上述观点,代物清偿协议在替代物完成交付之前并不能对当事人产生任何约束力,这明显与当事人的真实意思不符,违背了最基础的意思自治的精神。在合意达成之际,债务人期望自己所负担的义务已经转变为替代物的给付,但依照要物合同的性质当事人义务并未发生改变,且因合意不生效力,当事人可随意反悔,这对于维护交易安全十分不利,与诚实信用原则背道而驰,为当事人履行替代给付徒增障碍。另外,审判中多以替代物未交付,因此债务关系未消灭作为支持代物清偿协议为要物合同的理由,实际上是混淆了代物清偿协议与代物清偿两个相互独立的概念,替代给付物未交付债务关系未消灭,但并不意味着代物清偿协议未成立。该做法是在用代物清偿的效果来界定代物清偿协议的内涵,忽略了在合意达成之时双方受该合意约束的

事实。

在要物合同日益减少的今天,基于契约自由原则,将代物清偿协议作为一种实践性合同进行规定是否妥当值得商榷。在既有体系中,自由作为社会与民法的构成性原理,是民法作为“部门宪法”的核心价值,除非有足够充分且正当的理由,否则不得设置例外。<sup>[4]</sup>在合意的达成先于物的交付的情况下,按照要物合同的思路对于保护当事人合法权益以及维护交易稳定明显不利。基于上述思考,笔者认为有必要重新思考将代物清偿合同认定为要物合同的合理性。

## 二、私法史的考证:代物清偿协议乃诺成性契约

代物清偿合同之所以被认定为要物合同与该制度在法制史上的发展密切相关,然而深究代物清偿制度的发展脉络会发现,代物清偿制度在产生之初是作为清偿的一种特殊样态,依照诺成性合同的性质进行规制的。私法史上中所强调的是代物清偿于替代给付物完成交付时发生清偿的法律效力,并非强调此时合同方才成立,要推翻其为要物合同之观点必须先从根源上探究。

### (一) 古典法时期的代物清偿制度:清偿概念的延伸

在罗马法的文献中,“代物清偿”(datio in solutum)多被称为“经债权人同意的他种给付的清偿”(aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare),“给付物的清偿”(rem in solutum dare),“给予物替代清偿”(pro soluto dare),“以物替代金钱清偿”(rem pro pecunia solvere),“物替代物的清偿”(rem pro re solvere),等等。<sup>[5]46</sup>从这些描述中可发现根据立法者之本意,代物清偿乃清偿的一种,从中也并不能找到代物清偿作为要物合同的证据。之所以将它与传统意义上的清偿联系在一起,原因在于虽然债权人并未获得原定给付,但是替代给付物的受领使得债权人主观上获得了与原定给付相当的满足,债权人自然愿意接受该替代物,双方因此能够从该债务关系中解脱出来。“债权人的满足”(satisfactio)作为纽带,将代物清偿与传统意义上的清偿联系起来,使其作为一种特殊的清偿样态而存在。

对于双方已经达成合意但是尚未履行的代物清偿协议,罗马法也并未否认其效力,而是认为此时构成债务人任意之债。申言之,此时债务人享有一个选择权,他可以选择继续履行原给付,也可以选择履行替代给付。一旦选定履行何种给付后,由于给付

物的确定,不能再通过履行其他给付来消灭债务,在实际履行完成之后,原债务关系消灭,此种情形下债务人获得了一个审慎考虑的空间。值得一提的是,赞成代物清偿为要物合同的观点多认为,由于代物清偿为要物合同,未交付而合同不成立,因此即使当事人之间达成代物清偿合意,债务人也还有一段时间审慎考虑,此功能按照将代物清偿合意理解为债务人任意之债的方式便可达成。但从另一方面考虑,这同时也意味着债务人享有反悔的权利,在债务人作出选择之前,给付标的随时可能发生变化,于债权人方面是不利的,也是对交易稳定的一种破坏。在笔者看来,两种观点虽然都从保护债务人的角度出发,认为需要给予债务人一个审慎选择的机会,但一方面,这不利于维护交易的稳定;另一方面,债务人审慎考虑的时间点也不应该是在合意达成之后,在代物清偿合意达成之前更为合理,况且若在合意达成后替代物价值发生显著变化时还有情势变更原则等其他理论支持合同进行变更,通过债务人任意之债的方式是弊大于利的。当然,不论这一合意性质如何,其中均未否认该种协议的效力。

由上可知,在古典法时期,代物清偿实际上是一种特殊的清偿方式,与要物合同并无联系。而导致如今大陆法系国家和地区误将其作为一种要物合同进行规定的原因在于罗马法晚期代物清偿与买卖合同发生了混同。

## (二) 类似买卖说下代物清偿契约的真实属性

代物清偿契约被曲解为一种要物合同,原因在于罗马法晚期代物清偿与买卖合同两种制度发生趋同,买卖合同的相关内容被扩用到了代物清偿之上。具体而言:在代物清偿中替代物的给付可以被看作为双方又订立了一个买卖合同,两个合同中的价款被抵消之后,债务人负有将替代物交付给债权人的义务,因此可以将代物清偿看作是替代物的买卖,因而适用买卖合同的规定。这一学说发轫于《查士丁尼法典》,历经中世纪、启蒙时期,流传到19世纪德国普通法学,终由德国民法立法者所继受形成文字。<sup>[6]280</sup>其后发展出的有偿买卖说实际脱胎于类似买卖说。

类似买卖说虽然在德国已经成为通说,但其中仍存在问题:一方面,债权人欲恢复原债之履行过于繁琐。另一方面,以类似买卖说来解释代物清偿,于原债务为无偿契约时并不能当然适用。此外类似买卖说也无法解决第三人代为代物清偿的问题。<sup>[6]304</sup>类似买卖说除了自身尚有缺陷外,更大的问

题是引发了对代物清偿性质的认定出现误差。类似买卖说认为代物清偿与买卖合同存在相似之处,但相似不代表等同,二者之间依旧存在差异,然而如何对二者进行区分成为一大难题。由此引发了学者们对代物清偿要物性的思考,大体来说,买卖合同中双方意思表示一致时合同即宣告成立,而在代物清偿中,只有替代物交付后才发生代物清偿的法律效果,替代物是否被交付成为区分代物清偿与买卖合同的关键,代物清偿要物说由此产生。

买卖合同于当事人达成合意时成立并生效,而代物清偿在双方达成代物清偿合意时并不发生消灭债之效果,只有在替代物完成交付后当事人之间的债务关系才消灭。从该角度看,代物清偿与买卖合同的区分似乎就在于物交付后方发生代物清偿,因此代物清偿为要物合同。但应注意到,合意的达成与清偿效果的实现乃两个独立的步骤,债务人未交付替代给付物之前当然不发生清偿之效果,但是并不意味着在此之前双方不会受到合意的约束,此处将代物清偿契约视为要物合同实际上是在强调清偿结果的发生,而忽略了合意达成后双方当事人受该合意约束的事实,即在代物清偿契约下,双方达成合意后便发生了债法上的效力,而最终替代物给付后,标的物发生物权上的变动,将代物清偿契约误解为要物契约正是混淆了这两个相互独立的阶段。笔者认为造成这一误解的原因与代物清偿制度本身的发展也有很大的关系,在代物清偿制度产生之初,物的交付与双方合意的达成几乎同时发生,此时很容易将代物清偿误认为是一种要物契约。制度发展到今天,代物清偿契约合意的形成往往早于现实给付的做出,二者割裂开后其中的问题便十分明显:若仍以要物契约去认定代物清偿契约,则双方达成的合意的效力便很难认定。以要物契约的解释路径只能推定该合意不产生任何效力,然实际上只是未发生消灭原债之效力,但合意于当事人之间已经产生约束力。

从代物清偿制度的发展脉络中可以发现,最初的代物清偿与要物合同并无关联,实是为区分代物清偿与买卖合同而导致的结果。而这样的区分不仅在学理上存在缺陷,在实际操作中更是受到诸多诟病。探寻该制度的根源实际上是将代物清偿作为一种特殊的清偿方式,代物清偿只是清偿的一种特殊样态。在类似买卖说之下,代物清偿也是一种诺成性合同,不能以该契约的效果来否认该契约的性质。从当事人真意的角度出发,代物清偿契约应是诺成

性契约,在当事人达成代物清偿合意时即成立,只是在交付替代物后方引发原债务关系消灭的后果。

不仅如此,在德国以及中国台湾地区,将代物清偿合同认定为要物合同也是由于在法律继受的过程中发生了错误,在解释法条时,很可能错误地将合同的履行结果等同于合同的性质。<sup>[7]39</sup>具体而言,中国台湾地区“民法”第319条中规定的“代物清偿”乃是对《德国民法典》第364条关于“受领替代给付”规定的继受,而“受领替代给付”在德国学界并不存在要物合同与诺成合同的争论。关于“受领替代给付”的性质,意大利学者扎卡利亚也作出过清晰的论述:“此时的合同被称作‘要物’合同,是一个不真正的定义。他种给付的提供,亦即给付的履行——物的所有权转移——发生在订立合同之时,并不需要完成交付,而真正的要物合同必须在成立时完成交付。”<sup>[8]</sup>在代物清偿合同中将最终导致的债消灭的后果理解成了代物清偿的要物性,在此视角下忽略了合意达成时合同成立的事实,在大陆法系国家和地区,对代物清偿合同的成立与履行效果已经进行了清晰的界定,二者区别甚为明显。

### 三、诺成性代物清偿契约的合理性证成

#### (一) 代物清偿为清偿行为

类似买卖说的盛行与其在法史中的地位密切相关,然结合前文可知此观点有待商榷,罗马法在最初其实是采取了清偿行为说。既然代物清偿乃清偿概念的扩充,则以清偿之特殊样态来看待代物清偿实属可行。所谓清偿行为说是指:受领他种给付,并非意在舍弃其债权,而仅仅是代替原定给付,即视他种给付之受领为原定债务之清偿。债务人提出他种给付是其履行其债务之表现,故代物清偿单纯为清偿行为,又因需经债权人同意,以契约的方式为之,故为清偿契约。<sup>[6]290</sup>与单纯的清偿行为相比,代物清偿只是多了一个“以他种给付代替原定给付”的合意,但是最终仍然是通过清偿行为达到消灭债权的目的,申言之,代物清偿乃一种特殊的清偿方式,而双方达成的合意,就是代物清偿契约。

清偿契约说较之类似买卖说,因其符合当事人意思表示而更加合理。当事人并非想成立一个新的债权,类似买卖说中将替代物给付看作当事人之间又订立了一个新的买卖合同。严格意义上来说是法学家们的一种拟制,但当事人真实目的乃是清偿债务,旨在结束债务关系,达到清偿之目的。只不过其中还需要双方当事人达成合意,以契约为之,而这个契约就是代物清偿契约,因此不同于清偿为事实行

为,代物清偿乃法律行为。此处的“契约”与“行为”实际上也就区分了代物清偿行为与代物清偿契约。在完成代物清偿后双方债务关系消灭,而双方合意的达成应是代物清偿契约成立之时,合意的形成与债务关系的消灭乃两个不同的步骤。代物清偿之要物性实际上是指替代原定给付的现实做出,<sup>[5]54</sup>即双方债务关系于替代物给付完成时消灭,并非是指代物清偿契约为要物或诺成性的合同。此点澄清之后也自然能够理解代物清偿乃是在清偿的客体方面对清偿制度的变态,属于清偿的样态之一。<sup>[9]</sup>

此外,要梳理代物清偿下新旧两种给付之间的关系,需借助清偿行为说将代物清偿理解为一种特殊的清偿方式方能实现。在代物清偿之下,当事人之间于订立代物清偿协议时合意已经形成,只是原债务关系尚未消灭,此时双方的法律关系类似于新债清偿。但也只是类似,并不能与新债清偿等同,新债清偿中债务人交付替代物后债权人负有出卖该替代物,以价金清偿债务的义务,而在代物清偿中替代物给付完成后双方债务关系即宣告消灭。<sup>[10]</sup>此外,更重要的是当事人只是变更了债的标的,但是并未跳出原债务关系的范畴,依照当事人真意并无订立一个新债的意思表示,如同类似买卖说,此处的新债实际上也是学说下的一种拟制,已经偏离了当事人的真实意思。而观之债的更新,在债的更新中认为原债已经消灭而产生了新债,代物清偿契约成立时替代给付并未履行,何来消灭之说。至于债的变更强调原债并未消灭,此点与代物清偿相同,但是债的更新与债的变更之间的另一区别是债的同一性是否发生变化,有学者认为代物清偿乃特殊债务变更契约,在债务变更中债的同一性依双方经济目的不变而得以维持,而代物清偿不同于普通的债务变更,因系债务变更之同时即为清偿,债务变更后之债之关系,因清偿而消灭,因此被称为“特殊债务变更说”,<sup>[6]298</sup>在债务变更中原债并未消灭,于代物清偿契约达成时亦生此效果,关于此点笔者赞同,但是对于代物清偿中原给付与替代给付仍具有同一性的观点,笔者对此持保留意见,盖“债务之同一性”这一概念中存在大量解释空间,而如何判断是否丧失同一性则依据的是两个相对宽泛的概念:“依当事人意思及一般交易之观念定之。”<sup>[2]832</sup>此处单以当事人经济目的不变来支撑其保持同一性略显单薄。该学说虽然同样认识到代物清偿非要物合同,认为原来的债务关系为给付的法律原因,然而需要注意的是,双方达成的以他种给付代替原定给付而为清偿之合意

目的并非变更债之标的,而只是为了清偿债务,且该学说还需讨论履行行为与变更合意的关系,与清偿行为说相比更为繁琐,究其根源,还是与当事人真意不符。不管是新债清偿、债的变更还是债的更改都不能对代物清偿下新旧两种给付的关系作出完美的解释,采取清偿行为说是最合理的做法。具体来说,首先,在代物清偿中替代给付物与原定给付相异,此乃代物清偿应有之意,因此在代物清偿中两种给付间的同一性必然无法保持。而清偿行为说下之所以认为代物清偿乃清偿的一种特殊样态,特殊之处就在于给付标的的变化。此外代物清偿只是一种特殊的清偿行为,变换给付物之原因,归根结底是为了债权人获得与原定给付相当的满足,换言之,真实目的还是落在清偿之上,在此真意之下并无创立新债的意思表示。因此,严格来说此处所讨论的也不是新旧两债之间的关系,而是新旧两种给付之间的关系。总之,依据清偿行为说将代物清偿作为清偿的一种特殊样态,更能清晰解剖两种给付间的关系,即:替代给付与原定给付之间不具备同一性,同时依据当事人真意也并未产生新债。

代物清偿作为一种特殊的清偿行为存在,而导致该行为发生的法律原因就是之前双方所达成的这个代物清偿合意,这样的区分也就自然表明该协议为诺成性合同,代物清偿之所以发生是因为基于代物清偿协议,债务人负有交付替代给付物之义务,只有将该协议看作诺成性契约,代物清偿方有发生的法律原因,若代物清偿协议不成立,那么代物清偿行为便无依据,因此代物清偿协议必然是诺成性契约。

事实上,按照清偿行为说的解释路径,当事人在达成代物清偿合意时目的是为了清偿该笔债务,只是因为达成合意而未交付的情况下,债务人负担履行该合意之义务,由此可以推导出他种给付与免除原定给付之间存在对价关系的结论是欠妥的,因此代物清偿协议不是有偿合同。不应以合意达成时债务关系未消灭为由而否认双方达成的代物清偿协议的效力,这与当事人意思表示明显不符。学理上赞成代物清偿为要物契约的原因无外乎如果代物清偿协议于合意达成时即成立,债务消灭,若接下来债务人不交付替代物债权人便无法获得清偿,以保护债权人作为由而认定其为要物契约,然而该理由成立的基础是承认双方债务于合意达成时便消灭,在合意达成先于替代物给付完成的情况下双方真实意思并非如此。同时,债的消灭发生于替代物给付完成之时并非只指交付,清偿效果的发生一定是在替代

物的物权发生变动之时,于动产发生在交付时,不动产应为变动登记之时,至于权利、债权等的给付依照其规定。代物清偿中的“物”应作广义上的理解,不限于动产、不动产此类有体物的范畴,应将其理解为“给付”,而要物契约之下也无法解释以权利、债权等为代物清偿时如何处理,此已超过要物契约之射程范围。双方于签订代物清偿协议时已经达成了合意,此时双方应受该协议的束缚,将其作为要物合同实际上是赋予了债务人反悔的权利,出于对双方利益权衡的考量也不应将其作为要物契约。

综上,从清偿行为说的视角将代物清偿协议理解为诺成性合同是最符合当事人真实意思表示的做法。双方在达成以他种给付替代原定给付时代物清偿合同即宣告成立并生效,基于合意的束缚,此时债务人的义务已经转变为替代物的给付,当事人的真实意思表示并非产生一个新的债务,只是清偿手段发生了变化。该笔债务在替代给付物完成交付后消灭。只有将代物清偿协议认定为诺成性合同,才能解释何为代物清偿发生的法律原因。

## (二) 要物合同自身缺陷

就要物合同本身而言,与代物清偿合同在性质、法律效果上也存在较大差异,况且契约自由原则发展到今日,关于废除要物合同的声音也越发壮大,更应思考将代物清偿合同理解为要物合同的合理性。在消费借贷合同、寄存合同等典型的要物合同中均以受领人返还物为主要义务,在代物清偿契约中很明显不存在该义务,要物合同中,债不是产生于协议本身,而是产生于对有形物的交付。<sup>[11-12]</sup>

考究要物合同的发展史我们会发现,此类合同的产生具有特殊背景,要物合同产生的原因在于,罗马法时期要式口约居于一般合同地位,具有严格形式主义特征。然而类似消费借贷合同,基于其无偿性的特点无法采用要式口约的方式,为了保护债权人的利益,保证受领物被返还,需突出该合同的要物性。究其根源,在于罗马法中未发展出意思具有拘束力的规则,因此必须采取要物合同的方式保证当事人利益。可以说,将合同分为要物合同与诺成合同,是在商品交换不发达与信用价值匮乏的特定历史条件下对合同进行类型化的结果。而法律发展到今天,在意思普遍具有约束力,信用制度发达的大背景下,对消费借贷这一类合同通过要物性施加特别保护已经丧失了前提性的基础。因此有学者提出对于要物合同需进行废止以及要式化改造。<sup>[13]</sup>另外,从技术结构层面来说,要物合同强调除意思表示外,

还需交付才能使得合同成立,“交付”以及“返还受领物”作为一种纽带,将借款合同、保管合同,借贷合同等功能各不相同的合同类型聚集在了“要物合同”中,但是纵观上述合同,“交付”在其中产生的效力也并不相同。将如此不同的各种合同以“交付”作为连接点凑合成一个类别其实并没有令人信服的理由。<sup>[14]</sup>

要物合同概念本身已存在如此争议,而将代物清偿契约视为要物合同还会导致一系列的问题。

首先,由于债务人在交付前获得了任意反悔的权利,债权人的期待被置于债务人的恣意之下,对债权人的利益将造成损害,“保护弱势群体利益作为合同自由原则的例外,彰显了道义力量,其正当性一度受到充分肯定,但现如今,债务人相较于债权人而言属于弱者的身份划分已经不复存在,仅以保护债务人利益为出发点对合同自由进行限制就显得更为不合时宜。”<sup>[15]</sup>

其次,当事人真实意思表示是在合意达成时即受到约束,改变合同成立的时间与合同自由原则和鼓励交易的司法导向相悖,也不利于维护诚信价值。

再次,将其视为要物合同后,应当如何认定替代给付物完成给付之前的合意。对此有学者将其称为“代物清偿预约”,<sup>[16]</sup>然而预约是债法上的契约,缔约人因预约而负有缔结主契约的义务。预约的目的在于为主契约的缔结与内容,先做准备,预约当事人相互许诺,于较晚时点,从事主契约的订定。<sup>[3]48</sup>也就是说预约的作用在于督促当事人订立本约,但依照该预约显然无法督促当事人订立一个“代物清偿本约”;也有学者认为构成“附条件代物清偿合意”,<sup>[17]</sup>但是附条件的应该是法律行为而非请求权。单纯的只是请求权附条件实际的功效并不大,有生造之嫌,<sup>[18]</sup>因此也存在讨论的空间。对此类未履行的代物清偿合意称呼各异,均是将其作为要物契约之结果。

另外,实践中将代物清偿合同认定为要物合同,多是认为以此可遏制虚假诉讼的发生,以保护第三人合法权益。2019年颁布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(简称《九民纪要》)中对于代物清偿合同的认定,较之前江苏省高级人民法院颁布的《关于以物抵债若干法律问题的审理纪要》也发生了颠覆性的变化,《九民纪要》第44条第1款规定:“当事人在债务履行期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,人民法院予以支持。”而《全国法院民商事审判工作会议纪要》(最高人民法院民二庭向社会公开征求意见稿)第41条对于避免虚假诉讼之方法彰显得更加明显:“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,债权人请求交付抵债物或者办理权属变更登记,以物抵债协议不存在合同无效事由的,人民法院应予支持。人民法院在审查以物抵债协议效力时,要注重审查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。”两条文的核心,在于承认代物清偿合同的诺成性。在江苏省高级人民法院之前出台的审理纪要中,将代物清偿合同作为要物合同的主要原因是为了预防虚假诉讼,但此观点无论是从价值判断还是内在逻辑出发都不能成立。虚假诉讼的产生多是由当事人利用诉讼程序的瑕疵而导致,本质上属于程序问题,杜绝虚假诉讼应当通过法官结合个案实际情况进行判断以及完善诉讼中的相关程序来解决,《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第483条明确规定除非法律另有规定或者当事人另有约定,承诺生效时合同成立。在法律并无特殊规定的情况下,不能因为审判难度大而通过改变法律的规定这种修改实体法的方式来解决。代物清偿合同与虚假诉讼本身并非一个层面的问题,有学者指出若要从根本上解决此类合同催生的虚假诉讼问题,需司法机关与行政机关联合出具相关行政规范性文件,使当事人对订立合同的后果有提前的预期。<sup>[7]40</sup>查清案件事实是法官在裁判中应尽的职责,防止虚假诉讼更应当依赖于法官们守住审判底线。

综上所述,将代物清偿合同理解为双方达成的以替代物给付代替原定给付的合意,无疑更符合当事人真实意思表示。

#### 四、中国司法裁判态度的转变

学理上的研析最终需要作用到实践,而实践的反馈也是佐证学理研究价值的重要考据。近年来司法实践对于代物清偿合同的态度也由要物性认定转向了诺成性认定,为明确代物清偿合同的性质提供了强有力的支持。

前文中提到的“武侯案”是司法实践对代物清偿规范化的初探,但是因过于僵化地套用概念而并不成功,不仅忽视了最基本的意思自治原则,还不利于交易的展开。

而在要物认定上,发生松动的原因归根于2014

年第12期《最高人民法院公报》刊载的“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”,该案中双方当事人订立借款合同的同时还订立了一个房屋买卖合同,以买卖合同担保主债的履行,约定若到期不能偿还债务的,以房屋抵顶款项。在该案中当事人“以买卖合同的标的抵顶主债款额”实际上也是代物清偿,与前面的“武侯案”不同,《最高人民法院公报》案例摘要指出:“借款到期,借款人不能按期偿还借款。对方当事人要求并通过履行《商品房买卖合同》取得房屋所有权,不违反《担保法》第40条、《物权法》第186条有关‘禁止流押’的规定。”此处并未通过认定该代物清偿协议为要物合同的方式否认合同的效力,而是认可了该合同的效力,实际上是为促进交易以及融资之需要。而后在2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中虽然完全否认了前案观点,但所依据的立场乃是防止流抵押以及维护物权法定原则的需要,并非以其为要物合同而进行否认。随后,为了区分代物清偿与担保,在同年颁布的《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》和《全国民事审判工作会议纪要》中最高人民法院提出了以“履行期是否届满”来区分二者。而此时再回到笔者提出的问题时,最高人民法院的态度已经远没有“武侯案”时那般坚决,《全国民事审判工作会议纪要》第33条指出:“当事人在债务清偿期届满后达成以房抵债协议并已经办理了产权转移手续后,一方反悔,要求确认以房抵债协议无效的,一般不予支持。”该条中虽然未明确支持代物清偿协议为诺成性合同的观点,但是否定意味已经大不如前,原因其实仍与届满前的代物清偿协议有关,在届满前的代物清偿合意被看作担保,根据《全国民事审判工作会议纪要》第32条,此时协议若被附加清算条款便有效,换言之,此时具有担保功能的代物清偿合同是诺成性的。

需说明的是,以上案例及法院颁布的文件均通过“债务履行期是否届满”的方式对代物清偿合同进行类型化,其目的是为了将“买卖型担保合同”与代物清偿协议区分开来,但是对制度进行深究,二者的区别并不在于债务履行期是否届满这一客观标准,而在于当事人主观上订立合同之目的是担保还是清偿,映射到客观层面则是合同成立后应当先履行原给付还是替代给付的问题,在债务履行期届满之前,当事人订立代物清偿合同的目的也可能是为了清偿债务,不能以要物合同为由而否认该合同的

效力,况且《民法典》第401条以及第428条放宽了对流质条款的限制,条款并不无效,当事人对担保部分的财产优先受偿,类推至履行期届满前当事人订立的代物清偿合同,只要附加必要的清算条款,应当肯定该类合同的效力。

而在2017年第9期《最高人民法院公报》刊载的“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上诉案”中,最高人民法院最终明确了代物清偿合同的诺成性,与之前的“武侯案”相似,该案同样存在以房屋抵顶工程款之规定,但在公报摘要中最高人民法院明确指出:“对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定,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,当事人于债务清偿期届满后签订的以物抵债协议,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。”代物清偿最终的目的在于实现清偿债务的功能,而合同订立后债务人便获得了通过给付替代物消灭债务的权利,摘要将合同成立的时间锚定在合意达成之时,并不以取得替代给付物所有权作为合同成立的时间,明确了代物清偿契约的诺成性。而关于转变的原因,从最高人民法院的表述来看,实是在价值判断上尊重当事人真意,以巩固合同自由原则。在此基础上,最高人民法院还明确指出,代物清偿系债务清偿的方式之一,是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排,对相关问题的认定应当以遵循当事人的意思自治为基本原则。由此,明确了代物清偿乃清偿的一种,于清偿行为说的角度去构建系统的代物清偿制度。

关于诺成性的认定实际在之前最高人民法院的判决中已经初见端倪。2016年12月28日,最高人民法院发布了指导案例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”,明确指出对于双方意思表示一致的以房抵债协议,在不违反法律强制性规定的情况下应当认为有效。

此外,审判实践中也注意到应将代物清偿协议与代物清偿区别开来,双方债务关系于替代给付物交付后消灭,但代物清偿协议于当事人达成合意时已经成立并生效。例如在“南京中山园林建设(集团)有限公司、唐山市丰南建设投资有限公司建设工

程施工合同纠纷案”<sup>①</sup>中,法院认为代物清偿作为清偿债务的方法之一,是以他种给付代替原定给付的清偿,其生效必须以实际履行交付代偿标的物为条件,当事人一方必须履行实际交付代偿标的物的行为,才能产生消灭原有债务的法律效果。而对于双方达成的构成代物清偿关系的《偿债协议书》是当事人的真实意思表示,在不违反法律强制性规定的情况下即为有效。审判中明确表明代物清偿只是一种特殊的清偿方式,与代物清偿契约乃两个独立的概念。

从转变中不难发现,近年来最高人民法院在关于此类协议的认定上最终也是将代物清偿协议作为诺成性合同进行规定。这与学界对该问题的不断探索有很大关系,但更重要的是,此类问题在实践中屡见不鲜,要物性认定并未有效解决问题,反而给当事人造成很大困扰,因此无论从学理还是实践的角度出发,都应应将代物清偿协议认定为诺成性合同。

## 五、结语

代物清偿协议被认定为要物合同实际上是为将其与买卖合同进行区分而带来的误解,然而依当事

人真实意思表示,在合意达成时双方已经愿意受该合意约束,因此无论从私法史还是当事人真意的角度,将代物清偿理解为诺成性合同都是更好的选择。而在实际运用中,将其作为要物合同无外乎可以给予当事人充分考虑的时间,但从反面来说也就使得债务人拥有了反悔的机会,并且这样的考虑空间也不应出现在合意达成之后,以此来支撑其为要物合同是难以成立的。

代物清偿作为诺成性合同,在双方意思表示达成一致时成立,当事人即受该协议约束,但是原债并未消灭,在替代给付物未完成交付之前依然存在,于给付完成后双方债务关系方消灭。此点类似于新债清偿,只是代物清偿少了之后的变价环节,并且依据当事人真实意思表示并未产生新债。总的来说,代物清偿协议于当事人达成合意时成立并生效,由此产生的法律效力并非消灭债务关系的效力,而是债务人因此负担履行替代给付义务之效力,最终导致债务关系消灭的原因乃替代给付物的给付。将两种效力区别开后,代物清偿契约自然应当作为一种诺成性合同进行规定。

## 参考文献:

- [1]王家福,梁慧星.中国民法学·民法债权[M].北京:法律出版社,1999:198.
- [2]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [3]黄立.民法债编总论[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [4]王轶.民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景[J].中国社会科学,2004(6):104-116.
- [5]肖俊.代物清偿中的合意基础与清偿效果研究[J].中外法学,2015(1).
- [6]陈自强.无因债权契约论[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [7]严聪.以物抵债合同研究[D].长春:吉林大学,2019.
- [8]阿雷西奥·扎卡利亚.债是法锁——债法要义[M].陆青,译.北京:法律出版社,2017:140.
- [9]翟云岭,于靖文.代物清偿理论剖析[J].大连海事大学学报(社会科学版),2012(1):45.
- [10]王洪亮.代物清偿制度的发现与构建[J].浙江工商大学学报,2018(2):42.
- [11]巴里·尼古拉斯.罗马法概论[M].黄风,译.北京:法律出版社,2004:208.
- [12]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):54.
- [13]张金海.论要物合同的废止与改造[J].中外法学,2014(4):1003-1023.
- [14]王洪.要物合同的存与废——结论我国《民法典》的立法选择[J].上海师范大学学报(哲学社会科学版),2007(4):38.
- [15]李志刚.民法审判前沿:争议、法理与实务[M].北京:人民法院出版社,2019:123.
- [16]高治.代物清偿预约研究——兼论流担保制度的立法选择[J].法律适用,2006(7):22-26.
- [17]陆青.以房抵债协议的法理分析——《最高人民法院公报》载“朱俊芳案”评释[J].法学研究,2015,37(3):79.
- [18]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,2016,10(3):74.

<sup>①</sup> 参见(2017)最高法民终148号。