

代物清偿的性质及效力探析

李光禄, 杨位龙

(山东科技大学 文法学院, 山东 青岛 266590)

摘要:代物清偿作为债的消灭方式之一,其性质是一种清偿合同。原合同自代物清偿生效时并不当即消灭,唯清偿人为代物清偿之适当履行时消灭。代物清偿的效力包含代物清偿的生效要件与瑕疵履行的后果,原债的有效存在以及《合同法》第52、54条之规定是其生效的基础;履行不能、迟延履行、不完全履行构成代物清偿的瑕疵履行,其后果涉及原债与代物清偿中违约金条款的选择适用、部分履行正当性以及部分履行后剩余合同的违约效力范围等相关问题。

关键词:代物清偿;代物清偿的效力;债的履行

中图分类号:F129

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2015)03-0001-07

一、代物清偿的内涵

(一)代物清偿的界定

代物清偿在我国大陆现有法律中尚无明文规定,然而在我国台湾、外国立法及学者著作中多有表述。台湾地区民法第319条规定:“债权人受领他种给付以代原定之给付者,其债之关系消灭”;《日本民法典》第482条规定:“债务人经债权人之承诺,代替其负担之给付,而为他种给付时,其给付与清偿有同一效力”;《德国民法典》第364条规定:“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”。对于代物清偿的概念,学者观点众多,台湾学者王泽鉴认为代物清偿是债务双方达成的要物合同;德国学者迪特尔·梅迪库斯认为代物清偿是债权人用自己的原有债权交换代物清偿的标的物,类似于买卖合同;学者郭明瑞认为依给付之标的是否以合同约定为标准,清偿分为实际清偿与代物清偿,即代物清偿单纯为清偿行为之一^[1];黄立认为代物清偿乃是一种债务变更契约。

虽然我国目前尚无相关立法,对于代物清偿之概念也没有准确界定,但立法现状和司法实践中并不排斥代物清偿的存在。《合同法》第91条规定合同权利义务终止的法定情形除特定的6种情形外,还包括法律规定或当事人约定终止的其他情形,代物清偿即为此类约定;另《物权法》第195条、第219条关于实现抵押权、质权的折价方法的规定,允许抵押人(质押人)与抵押权人(质押权人)协议以抵押(质押)财产折价或者拍卖、变卖所得价款优先受偿;加之法院以物抵债的判决决定,均表明我国司法实践是认可代物清偿的。

(二)代物清偿的特点

1. 代物清偿中所指的“物”与民法上物的概念不同

民法上所讲的物是指存在于人体之外的能够为民事主体所支配或实际控制,并能满足其社会需要的物质资料。^[2]同时,《物权法》第2条第2款规定:“本法所称物,包括动产和不动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定。”从以上表述,笔者将民法之物简单归纳为存在于人体之外的,能够为民事主体所

支配控制,具有财产性价值的物质。比之代物清偿之物,从现有的司法实践及大多国家有关代物清偿之规定来看,一方面,代物清偿中的“物”,应作为给付标的看待,不仅仅局限于物(特定物),还应包括知识产权、智力成果、财产权利、劳务等;另一方面,所谓“代物”其含义是要求替代之给付应当与债务之原定给付相异,当事人双方为该他种给付应遵从双方之意思自治或者法律的规定,而且不应有悖于社会公共利益和法律的禁止性规定。

2. 代物清偿可基于债权人与债务人之间的约定,亦可基于法律的直接规定

我国台湾地区有关代物清偿之规定没有限定于当事人之间约定,而日本民法典为之。但从我国目前的司法实践可知,我国同时认可当事人之间约定以及法律规定两种形式的代物清偿,笔者称其为意定和法定的代物清偿。意定的代物清偿如甲乙之间存在金钱之债,债务人甲到期后不能还债,遂与乙约定以自有汽车偿还欠款以抵原债;法定的代物清偿如一方当事人不履行由于违约责任应承担的损害赔偿,权利人依据国家强制执行力获得财产利益的情况。^[3]因法定的代物清偿多出现于法律的直接规定或以判决书、民事调解书的形式表露于外,并不以代物清偿字样出现,所以,本文重在探究意定的代物清偿之性质和效力,下文所指皆为此种代物清偿。

综上,笔者认为,代物清偿是一种基于当事人约定的用他种给付替代原有给付的清偿合同。因代物清偿而为 he 种给付,乃是遵从双方协议、履行合同的表现,其完全、适当履行是代物清偿得以实现的条件,而并非该约定生效的要件。

二、代物清偿的性质

(一)代物清偿性质之主要争点

1. 要物契约论

契约以于意思表示外,是否需要其他现实成分为标准,可分为诺成契约(不要物契约)及要物契约。要物契约论者认为代物清偿除当事人间他种给付替代原有给付的意思表示合意外,还需要物之交付或者其他给付行为。台湾多数学者采此观点,认为代物清偿乃一要物合同,他种给付的现实受领为代物清偿成立的条件。然而,在我国现有法律规定中,要物合同包括自然人间的借款合同、保管合同、定金合同。要物契约自罗马法时期延续至今,伴随现代社会私法自治的发展,起初其创设之意思已然不适应现实发展。同时,因债权人有权请求债务人为特定行为之给付的权利,所以,债的清偿必然会涉及财产权益的转移或者具体单纯行为(劳务、雇佣或不作为等),此乃完成清偿债务的内在要求,大可不必削足适履、画蛇添足,因此,代物清偿于双方达成债权之合意时即成立生效,即为诺成性合同。

2. 买卖互易说

该说认为:“代物清偿是债权人用自己的原有债权交换代物清偿的标的物”^[4],同时,根据《德国民法典》第 365 条规定“以物、对第三人之债权或其他权利为代物清偿者,债务人应对于权利之瑕疵或物之瑕疵,负与出卖人同一之担保责任”,表明债务人应负担类似于买卖合同下的标的物的瑕疵担保责任。然笔者看来,双方当事人达成代物清偿的约定并不意味着放弃原有债权债务,恰恰相反,这是在以新的方式寻求债权的实现。同时,代物清偿对于债权人而言,只是一种新的取得债权的方式,除清偿人正确履行了代物清偿之约定外,并不会对原有债权造成实质性的影响,而只是让原债在权利、义务的实现顺序上有所滞后而已。又代物清偿中,仅有清偿人的给付行为,因此,代物清偿更宜定义为一种单务合同。

3. 清偿行为说

“债权人受领他种给付,并非意在舍弃其债权,而仅在代替原定给付,即仅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乃在履行其债务,故,是非独立的清偿之辅助行为”^{[5]290};清偿人以债之

本旨,实现债务内容,债的关系因之而消灭的行为即为清偿。^[6]他种给付,作为因清偿而为之给付,与清偿并非同一概念,该种给付行为,在我国采债权形式主义的物权变动模式下,定性为事实行为。从代物清偿合意的角度看,该他种给付乃是对代物清偿约定的履行;从原债的角度看,也是对于原债的清偿,但该种给付并非原债之给付内容,清偿行为论之观点容易令人质疑,如若没有双方之代物清偿约定,以强迫之意思用异于原债之给付为清偿得否视为有效,其结论显然不甚合理。

4. 债务更新说

债的更新,亦称债务更替或债务更新,是罗马法上的概念,谓成立新债务,而使旧债务消灭之合同。该说认为,通过这种合同,当事人将原来的债务关系消灭,而以新的债务关系替代,其行为意思被称为更替意思,其所欲达到的效果被称为债务更新。^{[5]510}然而,从债的同一性角度,代物清偿并非以产生新的债之关系为目的,同时,代物清偿使债的关系消灭是终局性的,而债务更新只是阶段性的。除此之外,债务更新在新债产生之时,原债务同时归于消灭;而对于代物清偿来说,代物清偿成立之时,原债并非同步消灭,仍然存在。故债务更新说有待商榷。

(二)代物清偿性质之我见

纵观上述代物清偿性质之观点,都有可取之处,然笔者认为,完善代物清偿之性质界定,对于更好探究其效力有重要奠基作用。清偿人而为之他种给付并非原债务的给付内容,且债权人也并没有接受此他种给付的义务,然只有双方在先存在以他种给付替代原有给付以清偿原债的约定,该他种给付之受领自然顺理成章。故综合各种观点来看,笔者认为,代物清偿更宜被看作是一种清偿合同,该合同是一种诺成性的、单务无名合同,其效果之实现取决于清偿人对于他种给付的履行。代物清偿与清偿作为债的消灭的原因,两者所生之效果相一致,不同的是,清偿作为一种事实行为(此为通说),而代物清偿是一种合同,需要当事人双方达成合意,并且在给付上代物清偿具有特殊性,他种给付存在之合理性并非是为原债的清偿,而是代物清偿合意之内容规定,即债务人与债权人之间以他种给付替代原给付之合同。因此,代物清偿其实质乃是一种清偿合同。

综上所述,代物清偿之性质采清偿合同较为合宜,其具有诺成性、单务、无名等特性。代物清偿其本质就是通过双方当事人约定以他种给付方式偿还原有债务的一种债权合意,与清偿居于同一位阶,其效果的实现取决于他种给付的实际履行情况。

三、代物清偿的效力分析

代物清偿的效果,从广义上讲,包括效力与后果两部分,代物清偿的效力指代物清偿自身的成立生效问题;代物清偿的后果包括代物清偿不生效对原合同的影响以及代物清偿生效后,合同履行对原合同效力产生的影响。代物清偿的效果,最为直观的表现是代物清偿的全面、适当履行将会导致原债的消灭,这种情况探讨之意义不大,笔者要讨论的是代物清偿的效果最终不能实现时,对原合同效力的影响,涉及其从权利、部分合同条款(如违约金条款)等方面的适用及效力。代物清偿效果实现之影响因素主要包括其合同本身的效力影响以及代物清偿履行的影响。

(一)代物清偿的生效要件

代物清偿生效的基础是原合同的有效存在。法律行为以是否能与其原因相分离,亦即是否以其原因为要件,可分为要因行为(有因行为)和不要因行为(无因行为)。代物清偿其形成之原因就是在原合同债务不能清偿时,通过他种给付清偿原债务。因此,原债务的不能清偿是代物清偿存在的原因。即可以说代物清偿是上文所述的有因行为。代物清偿之目的即是为清偿原有之债务,若原合同因为某种原因无效、被撤销,损害集体、第三人利益时,代物清偿自然没有存在的必要,更不会涉及此后的相关问题。例

如,若存在国家禁止交易的物作为原债的标的物,或者是原债的双方串通虚构债务关系存在,以此骗取第三人为代物清偿等情况,则合同将会归于无效或者被撤销。详言之,因代物清偿乃是上述所言的有因法律行为,原债务的不能清偿是成立代物清偿的原因(目的),故代物清偿成立之原因不复存在,合同便不能成就,代物清偿之效果也不能达到,则代物清偿便失去存在的意义,所以,原合同的效力直接影响代物清偿的成立,而与代物清偿的实现存在间接之影响。从有因行为的概念上理解,即为有因行为与其原因不能分离。若此时,清偿人已经依据代物清偿之规定完全或部分履行,债权人对于该他种给付则失去法律上的保持力,因而,给付人可依据不当得利之规定要求债权人返还受领之财产或财产价值。同时,若是约定由第三人为代物清偿时,债权人与债务人若出现违反法律禁止性规定、存在恶意串通等导致该清偿人利益受损,其还可依据缔约过失责任请求过错方负一定赔偿责任。

若代物清偿违反《合同法》第 52 条之规定,存在违反国家法律、法规规定,恶意串通损害国家、集体或者第三人利益等情况,代物清偿乃属无效合同。在清偿人尚未履行时,原有债务自然不能消灭,而因成立代物清偿,债权人之信赖利益损失得由债务人赔偿,同时,因代物清偿之无效,原债所生的权利义务恢复,债务人因原债而负有的义务继续履行;若清偿人已经履行,不管处于部分履行还是已经完全履行,都不能使原债消灭,同时债权人丧失保有给付的保持力,清偿人可依不当得利要求其返还财产或财产价值。若违反第 54 条关于“可变更、可撤销”合同的规定,代物清偿并不当然失去效力。当权利人放弃或逾期不行使撤销权,则代物清偿生效;当权利人主张变更代物清偿约定时,则可能成立新的代物清偿;其他情况下,代物清偿失效,其效果同上。

(二)代物清偿瑕疵履行的后果

1. 代物清偿的履行不能

履行不能,是指依社会观念其履行已属不能,或谓实现履行的内容为不能。《合同法》第 107 条所讲的“一方不履行”合同义务就是指不履行的行为,其与迟延履行、不完全履行共同构成债务不履行的三大形态^[7],是契约法上的核心问题之一。履行不能通常可分为自始不能与嗣后不能,自始不能归属于债务成立的问题,嗣后不能则涉及债务履行和违约的问题。^[8]

对于自始不能,罗马法学家赛塞斯曾提出过“给付不能的债务无效”的论断,同时《德国民法典》第 306 条继承了这一观点,该条规定:“以不能的给付为标的的契约,无效”。德国学者拉伦茨对此解释为:“此项规定系基于事实需要而做出的价值判断,盖在给付客观不能之情形,契约自始即失其目的,失其意义,失其客体,故使之不发生任何效力。”代物清偿之他种给付,若属于自始不能之情况,则代物清偿无效,恢复于不存在代物清偿之时,债权人可继续主张履行原合同。

而嗣后不能则是指,不能的原因发生于法律行为成立之后。依主观、客观标准,若能够履行而不履行则属于拒绝履行;若客观不具有履行能力,则属于给付不能。于代物清偿的情况下,若清偿人拒绝履行,则构成根本违约,一方面债权人可以解除代物清偿,同时,也可以向债务人追偿违约金。针对违约金问题,这里值得探讨的是,因代物清偿不能履行,原合同恢复效力,此时,若两个合同均约定了违约金的适用,则如何取舍?笔者认为,此种情况要根据意思自治原则并且结合受害人的实际损失考虑,首先,合同约定违约金应属双方合意之一部分,因此应尊重双方当事人之意思自治;其次,应选择能最大程度一次性补偿实际损失的违约条款,然仍有不足的情况下,在通过另一条款补偿,同时结合《合同法》第 114 条第 2 款的规定处理;若属于客观上的给付不能情形,债权人可以追究债务人的违约责任,同时也可以主张信赖利益、合同先期履行费用的赔偿。

2. 代物清偿的迟延履行

代物清偿的迟延履行,与其履行期限相关。如果双方约定了确定的期限,那就按照既定的期限履行;若是没有约定或者约定不确定,根据《合同法》第 62 条的规定,债务人可以随时履行,债权人也可以随时

要求履行,但要给对方留出必要时间。若发生迟延履行的情形,此时,代物清偿人除应继续履行他种给付义务外,还须承担因代物清偿陷入履行迟延而产生的迟延损害赔偿。不仅如此,若因迟延履行造成约定“给付之物”的财产价值减损,虽已完成给付,但仍不能算是代物清偿结果之实现,仍应就减损的部分另行补偿。

3. 代物清偿的不完全履行

债的不完全履行是指,债务人有一定的履行行为,但不符合债的本旨。主要表现为不适当履行、部分履行。

首先,对于不适当履行,也即通常所说的“履行瑕疵”,主要分为给付之物的瑕疵或者是物之权利瑕疵两种。在存在物之瑕疵的情况下,债权人可主张债务人的违约责任,对于违约条款的适用问题上上述观点,考虑当事人意思自治及实际损失相结合;若所为代物清偿的他种给付之物存在权力上的瑕疵,如给付之物属与他人共有、他人之物或者存在权利负担。综合来看,即存在清偿人无权处分的情形。由《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》可知,无权处分的合同并不当然无效,在不存在除物之权属问题之外的瑕疵时,合同是有效的,只是代物清偿能否实现,要分情况对待。例如甲欠乙10万元,到期不能偿还,此情况下,甲乙约定用甲的汽车清偿10万元债务。第一,若甲所偿还之汽车乃第三人丙所有,在不构成善意取得的情况下,若丙不行使追认权,就不会发生汽车所有权的变动,合同虽然有效,但并不能实现代物清偿。由此,原合同规定的权利义务恢复,债权人可依原合同向债务人主张权利;若丙行使了追认权,则相当于补足了甲的权利瑕疵,此时无权处分变成有权处分,汽车的所有权发生变动。代物清偿得以实现,继而原债务消灭。此时,原所有权人丙可以主张清偿人的损害赔偿或者主张不当得利。当然,若符合《物权法》第106条善意取得之规定,汽车所有权当然转移,代物清偿得以实现。第二,若甲所偿还之汽车乃甲丙共有,如果是按份共有,则甲可以将其所占份额用以代物清偿,只是存在其他共有人丙的优先购买权与债权人乙之受领权之间的顺位问题,笔者认为共有人丙的优先购买权优先于债权人乙的受领权。因为优先购买权是法定的权利,并且优先购买权作为物权应当优先于债权。所以,在共有人丙放弃优先权的情况下,代物清偿方得实现。反之,不得实现,原债之关系恢复。如果是共同共有,未经其他共有人丙同意时处分共有物,处分行为无效。那么甲乙之间的代物清偿当然无效,所以,代物清偿不发生效果。债权人可以主张违反代物清偿的违约责任。反之,共同共有人知情并同意后,代物清偿有效,适当履行可达到代物清偿的效果。第三,若甲的汽车为其债权人丙设定抵押或者质押权,抵押权人丙(质押权人丙)可行使撤销权撤销甲乙之代物清偿约定,以保全自己的担保物权的实现,已经履行的可以主张返还财产于自己或者债务人甲。

其次,对于代物清偿的部分履行,指的是合同履行存在数量的不足。这里笔者主要想探讨两方面的问题:第一,代物清偿的部分履行是否应算作一种适当履行;第二,若是一种适当履行,在部分履行下的代物清偿,其效果如何?《合同法》第72条规定:“债权人可以拒绝债务人提前履行债务,但部分履行不损害债权人利益的除外。”从该条规定看出,债权人可以受领或拒绝债务人的部分履行,但取决于是否危及自身利益。笔者认为,对于代物清偿的部分履行,首先应当肯定的是,部分履行不能看作是一种违约的形态,其充其量可以作为履行形态的一种,是完全履行的一个过程形态。究其是否构成违约,决定于剩下履行部分的履行情况。而对于法条中所讲的危及债权人自身的“利益”,这种利益的界定,笔者认为应当采取限缩解释,将其认为是与完全履行相比较而言的利益悬殊,而不涉及其他。从利益平衡的角度分析,若清偿人的部分履行损害债权的此种利益,那么债权人就可以拒绝受领;反之亦然。因此,这种解释下的部分履行应当是一种适当的履行,对于债权人来说是有益的。退一步讲,如果清偿人的部分履行会危及债权人的利益,那么债权人有权拒绝受领,其结果并非使债务人陷于违约状态。因为清偿人提出部分履行的请求,如果不被债权人接受,其可以再次选择完全履行,而此时就不需承担为违约责任,甚至说清偿人

再次选择了瑕疵履行,也可能选择拒绝履行。至于什么是部分履行,对于部分履行的判定,则是另一问题,本文不再详述。

在代物清偿部分履行的情况下,应当认为原债并不因此改变,而变化的是代物清偿约定债权之部分消灭。法律只是规定了完全适当履行债的结果是使债的关系消灭,并没有规定部分履行之效果如何,然而部分履行乃经过债权人受领,必然经过双方合意的达成,因此,部分履行会使得代物清偿部分消灭。但是,原债的效力并不会有所改变,因为代物清偿效果的完全实现才是原债消灭的原因。也正是如此,清偿人有继续履行剩下合同之义务。如果清偿人不履行或者不适当履行剩下的债务,则还应追究债务人的违约责任,此种情况下的违约条款适用于整个完整合同,虽然部分履行之结果是债务的部分消灭,如果认为此时的违约责任只及于剩下的债务,那么换种说法即,清偿人此时的违约行为使其责任相对减轻了,也即清偿人因其不法行为获得了一定利益,正如法律格言所讲:“损人而利己乃违反衡平。”此一行为有失公平。因此,笔者认为此时的违约责任也应及于整个合同。

四、结语

代物清偿性质之现有观点林林总总,买卖互易说、清偿行为说、债务更新说各衷一是。然完全剥离原债与代物清偿之关系,其实质就是双方当事人间的债权合同,其效果的实现取决于清偿人的履行情况,笔者采此观点。对于代物清偿的效力,一方面,代物清偿存在之前提原债应有效存在,另一方面,当双方当事人之间达成的代物清偿合意出现无效、可变更、可撤销的情况,若债权人怠于行使撤销权超过时限或者放弃权利,则代物清偿生效;若债权人主张变更代物清偿之约定,则成立新的代物清偿;其他情况下,代物清偿归于无效。然若存在履行上的瑕疵时,则代物清偿之效果便不能实现,原合同不被消灭。其中,给付瑕疵的违约金条款适用应结合实际情况,秉承意思自治及最大限度一次性补偿的原则,并结合《合同法》相关规定处理;代物清偿的部分履行应采适当履行,其效果乃使代物清偿约定的债权之部分消灭,原合同并不受其影响。同时,若因剩余债务履行瑕疵再生违约责任,则应从合同的整体性考虑,认为此时违约责任及于整个合同。

参考文献:

- [1]郭明瑞. 合同法学[M]. 上海:复旦大学出版社,2005:178.
- [2]郭明瑞,房绍坤. 民法[M]. 北京:高等教育出版社,2010:78.
- [3]王泽鉴. 王泽鉴法学全集:第10卷[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003:237.
- [4]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.
- [5]陈自强. 无因债权契约论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
- [6]陈界融. 中国民法学·债法学源论[M]. 北京:人民法院出版社,2005:488.
- [7]王家福. 中国民法学·民法债权[M]. 北京:法律出版社,1991:151.
- [8]史尚宽. 债法总论[M]. 台北:国立台北大学出版社,1979:367.

Datio in solutum: nature and effectiveness research

LI Guanglu, YANG Weilong

(College of Humanities and Law, Shandong University of Science and Technology, Qingdaog266590, China)

Abstract: Datio in solutum is one of the ways of debt's perishing, its nature being a settlement of contracts. It's not eliminated immediately only once the payer fulfilled the contract properly. Effectiveness of datio in solutum covers its requirement of validity and consequences of defective performance. Valid original contract and article 52, 54 of The PRC Contract Law are the basis for its validation. Defective performance of datio in solutum consists of impossibility of performance, delay in performance, incomplete performance, whose consequences involve how to select the liquidated damages between original contract and datio in solutum, partial performance's legitimacy, the scope-of-validity of remaining contract's breaching after the partial performance.

Key words: Datio in solutum; the validity of the datio in solutum; performance of obligation

(责任编辑:董兴佩)

本刊文章转载取得好成绩

2015年4月16日,中国人民大学人文社会科学学术成果评价研究中心、中国人民大学书报资料中心发来贺信,祝贺本刊在2014年度“复印报刊资料”转载学术论文指数排名中喜获佳绩。贺信称,本刊在“高等院校主办人文社科学报”全文转载排名中,转载率位列第81名。

据介绍,该排名是根据人大“复印报刊资料”近100种学术刊的全文转载数据,从转载量、转载率、综合指数三个维度统计形成。“复印报刊资料”系列刊是从国内公开出版的近4000种报刊上精选人文社科研究成果,并按人文社科二级学科分类、编辑、出版的二次文献。