

# 代物清偿协议的效力

——最高人民法院(2011)民提字第 210 号民事判决评释

其木提\*

---

## 目次

- 一、前言
- 二、基本案情
  - (一) 事实概要
  - (二) 争议焦点
  - (三) 判决理由
- 三、案例评析
  - (一) 焦点问题提炼
  - (二) 立法学说概况
  - (三) 在先司法实践
  - (四) 本案判决的法律构成
- 四、结语

**关键词** 代物清偿 代物清偿合同 实践性合同 诺成性合同

---

## 一、前言

所谓代物清偿,是指债权人受领他种给付以代原定给付,而使债之关系归于消灭的现象。<sup>〔1〕</sup>

---

\* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在注释中的日文部分添加了下划线】

〔1〕 在立法例上,德国民法典第 364 条第 1 项、日本民法典第 482 条、我国台湾地区“民法”第 319 条,均有代物清偿之明文规定。关于代物清偿的比较法研究,参见陈自强:《无因债权契约论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 259 页以下。

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)尚无代物清偿之明文规定,但在我国现实生活中“以物抵债”现象却十分普遍。我国实践中的代物清偿,可以分为两种情形:一种是当事人之间已就以物抵债达成了协议,且债权人已现实地受领了该他种给付。于此情形,只要原债务存在且代物清偿协议符合法律行为之规定,即发生清偿的法律效力。<sup>〔2〕</sup>另一种是当事人就以物抵债达成了一致意见,但无债权人现实地受领他种给付的事实。<sup>〔3〕</sup>于此情形,如何认定其法律性质,其法律效力如何,学说意见分歧,实务做法不一。在这种情况下,《最高人民法院公报》(以下简称《公报》)2012年第6期公布了最高人民法院(2011)民提字第210号民事判决书(以下简称“本案判决”),依据代物清偿理论,明确了代物清偿的裁判规范,对于法律体系内判决之统一,具有一定的积极作用。<sup>〔4〕</sup>有鉴于此,笔者不揣浅陋,拟分析本案判决中的代物清偿法律问题,以期法律解释适用的安定,增加法律的预见性,是否有当,尚企教正。

## 二、基本案情<sup>〔5〕</sup>

### (一) 事实概要

1998年4月12日,招商局公司与成都港招公司签订《债权债务清算协议书》,约定招商局公司将泰丰国际商贸中心项目用地的土地使用权(以下简称“涉案土地使用权”)以评估价34441941元抵偿给成都港招公司,用以抵偿招商局公司欠成都港招公司的3481.55万元欠款,双方之间债权债务全面结清;招商局公司应于协议生效之日起第二日将土地交成都港招公司开发使用。但涉案土地使用权至今未转移至成都港招公司名下。

1999年2月,成都港招公司投资开办了四川港招公司。1999年7月20日,武侯国土局、四川港招公司、招商局公司三方共同签订《债务关系转移合同》约定:招商局公司欠武侯国土局土地征用费21833446.50元债务全部由四川港招公司承担。

1999年8月23日,招商局公司由全民所有制改制为有限责任公司,并更名为招商房地产公司。在改制过程中,招商局公司与成都港招公司签订《债权、债务及资产处置协议》,约定改制后的招商房地产公司保留原招商局公司涉案土地使用权,同时承担原招商局公司230万美元债务,其

---

〔2〕 例如,于“江阴市澳星电子材料厂诉南京永立电子有限公司定作合同案”(债权人与债务人签订以物抵债协议,约定以车抵债,债权人收取了抵债车辆及车辆行驶证等,并已实际使用该车辆),南京市中级人民法院(2008)宁民二终字第411号判决认为,本案以物抵债协议系双方真实意思表示,且不违反法律的强制性规定,发生代物清偿的法律效力。在“沈某某与上海顺海某公司借用合同纠纷上诉案”(债权人与债务人签订协议,约定债务人以占有改定方式将其机器设备转让给债权人,以作代物清偿)中,上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四商终字第1392号判决认为,在代物清偿法律关系中,前提在于当事人之间有无债权债务关系,若不存在债权债务关系,则以债权债务关系为基础而产生的代物清偿行为,亦当然不发生法律效力。

〔3〕 参见崔建远:《以物抵债的理论与实践》,载《河北法学》2012年第3期。

〔4〕 1999年最高人民法院发布的《人民法院第一个五年改革纲要(1999-2003)》提出:“2000年起,经最高人民法院审判委员会讨论、决定有适用法律问题的典型案件予以公布,供下级法院审判类似案件时参考。”2004年最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要》中对指导性案例制度进一步提出:“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”

〔5〕 详细案情参见“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”,载《最高人民法院公报》2012年第6期,第19~28页。

余资产、债权、债务均由成都港招公司承担。

2002年6月28日，因四川港招公司未履行付款义务，武侯国土局提起诉讼，请求判令四川港招公司履行债务。法院做出生效判决，确认《债务关系移转合同》有效，四川港招公司应履行其付款义务，同时认定四川港招公司为成都港招公司投资开办的公司，而成都港招公司未按规定将注册资本金注入四川港招公司，应承担投资不实责任。

2006年9月1日，武侯区法院在执行过程中，裁定成都港招公司在向其开办的四川港招公司投入注册资金时，未将涉案土地使用权转移到四川港招公司，构成投资不实，故追加第三人成都港招公司为被执行人，成都港招公司应在注册资金不实的21441941元范围内对武侯国土局承担责任。

2006年11月29日，武侯国土局以成都港招公司既不向武侯国土局承担注册资金不实的赔偿责任，也不以诉讼或者仲裁方式向招商房地产公司主张到期债权为由，向成都市中级人民法院提起代位权诉讼，请求判令由招商房地产公司履行成都港招公司对武侯国土局负有的21441941元债务。

一审判决：成都港招公司与招商局公司签订的《债权债务清算协议书》为双方当事人真实意思表示，不违反法律规定，应属有效。根据该协议约定，招商局公司对成都港招公司负有给付涉案土地使用权之义务，但未履行。招商局公司改制后，变更为招商房地产公司，故招商局公司所负给付成都港招公司土地使用权的义务应由招商房地产公司承担。根据《合同法解释（一）》第13条规定，债权人行使代位权的前提条件之一是债权人怠于行使具有金钱给付内容的到期债权，从而导致债权人的到期债权未能实现。本案中，武侯国土局所主张的成都港招公司对招商房地产公司享有的债权为土地使用权给付之债，并非具有金钱给付内容的债权，故武侯国土局提出的主张不符合《合同法解释（一）》有关代位权构成要件之规定，对其诉讼请求不予支持。

二审判决：成都港招公司是武侯国土局的债务人。依据《债权债务清算协议书》招商局公司对成都港招公司负有债务，且为金钱债务，至于协议关于以土地作价清偿的约定，只是双方选择的了结债权债务的协议，其是否合法有效，不影响这一基本事实认定。招商局公司若按清算协议履行，其即不再对成都港招公司负有债务，但清算协议未得到实际履行，协议双方的债权债务仍然存在。此时，武侯国土局可以以招商局公司为次债务人，依法行使代位权。但其后招商局公司因改制而注销，招商局公司改制注销时，与成都港招公司签订了《债权、债务及资产处置协议》，明确除由招商房地产公司代招商局公司偿还230万美元外，其他债权、债务和资产均由成都港招公司承担。据此，成都港招公司本系武侯国土局的债务人，不存在行使代位权的问题。武侯国土局要求招商房地产公司承担招商局公司所欠成都港招公司的债务，不符合《合同法》第73条及司法解释的规定，其上诉请求不能成立。

武侯国土局不服，向最高人民法院申请再审。其主要理由为：《债权、债务及资产处置协议》系当事人双方恶意串通，损害国家和债权人利益的行为，应属无效；二审法院认为招商房地产公司不应当承继改制前招商房地产公司债务，违背债务承继原则和企业债务随企业财产变动原则。招商房地产公司辩称：《债权、债务及资产处置协议》系当事人真实意思表示，内容合法，应属有效；招商房地产公司与招商局公司为两个独立法人，不存在债务承继问题，自应独立承担民事责任。

## （二）争议焦点

最高人民法院审理后认为，本案的诉讼焦点是：武侯国土局能否对招商房地产公司行使代位

权。该焦点问题可以细分为两个具体问题：其一，武侯国土局能否对改制前的招商局公司行使代位权？其二，改制后的招商房地产公司应对原招商局公司的债务承担责任？〔6〕

### （三）判决理由

根据《合同法》第73条规定，债权人代位权是债权人为了保全其债权不受损害而以自己的名义代债务人行使权利。本案中，武侯国土局对四川港招公司的债权合法确定，因此四川港招公司是武侯国土局的债务人。成都港招公司因出资不实而被生效的裁判文书认定应在注册资金不实的21441941元范围内对武侯国土局承担责任，故成都港招公司亦是武侯国土局的债务人。成都港招公司与招商局公司签订《债权债务清算协议书》，约定招商局公司应该将其涉案土地使用权以评估价34441941元抵偿其所欠成都港招公司的3481.55万元的债务。该协议书系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规强制性规定，应属有效。根据该协议，招商局公司对成都港招公司负有3481.55万元的金钱债务，招商局公司对成都港招公司负有给付涉案土地使用权的义务。

成都港招公司与招商局公司双方协议以土地作价清偿的约定构成了代物清偿法律关系。依据民法基本原理，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，以债权人等有受领权的人现实地受领给付为生效条件，在新债务未履行前，原债务并不消灭，当新债务履行后，原债务同时消灭。本案中，成都港招公司与招商局公司虽然签订了《债权债务清算协议书》并约定“以地抵债”的代物清偿方式了结双方债务，但由于该代物清偿协议并未实际履行，因此双方原来的3481.55万元的金钱债务并未消灭，招商局公司仍对成都港招公司负有3481.55万元的金钱债务。据此，招商局公司是成都港招公司的债务人，进而是武侯国土局的次债务人。根据《合同法》第73条以及本院《合同法解释（一）》第11条、第13条之规定，因为成都港招公司既未向武侯国土局承担注册资金不实的赔偿责任，又未以诉讼或者仲裁方式向招商局公司主张已到期债权，致使债权人武侯国土局的债权未能实现，已经构成《合同法》第73条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害”，因此，武侯国土局有权代位行使成都港招公司基于《债权债务清算协议书》而对招商局公司享有的合法金钱债权。原一、二审判判决认定事实基本清楚，但适用法律不当，本院予以纠正。

## 三、案例评析

### （一）焦点问题提炼

法院判决是法院以法律事实和相关法律规范为前提的裁判。分析法院判决，特别是指导性案

---

〔6〕关于第二个诉讼焦点，最高人民法院认为“《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》所确立的法人财产原则、企业债务承继原则以及企业债务随企业财产变动原则，旨在防止企业在改制过程中造成企业财产流失，避免损害债权人的利益。企业改制或者改造只是企业变更的一种形式，根据法人财产原则和企业债务承继原则，变更设立后的公司应当承继原企业的债权债务。虽然招商局公司在改制时与成都港招公司签订了《债权、债务及资产处置协议》，但无论是招商局公司对成都港招公司负有的3481.55万元的债务，还是招商局公司欠招商银行的230万美元的贷款，均是招商局公司改制前的对外负债，根据法人财产原则以及企业债务承继原则，改制后的招商房地产公司均应负责偿还改制前的招商局公司的债务”。该诉讼焦点问题，涉及的是企业改制时的债务承担问题，与本文拟探讨的第一个诉讼焦点即代物清偿问题关系不大，故本文对此不做详细探讨。

例中的规范性逻辑,应以其定型化事实为前提,明确其问题之所在。本案的基本案情是:武侯国土局(债权人)对成都港招公司(债务人)享有债权,成都港招公司对招商局公司(次债务人)享有债权,武侯国土局因此而向招商局公司及其改制后的招商房地产公司主张行使债权人代位权。但本案中的关键事实是债务人与次债务人订有《债权债务清算协议书》,约定以涉案土地使用权抵偿金钱债务,但该协议未实际履行。

对此,一审判决认为,债务人与次债务人代物清偿协议合法有效,次债务人负有依约给付涉案土地使用权的义务,但《合同法解释(一)》第13条规定债权人代位权的客体为“具有金钱给付内容的到期债权”,而本案债权人所主张的债务人对次债务人享有的债权并非到期金钱债务,故本案债权人主张不符合《合同法解释(一)》有关代位权构成要件之规定。二审判决认为,债务人与次债务人代物清偿协议合法有效,该协议未得到实际履行,故债权人可以对次债务人依法行使代位权,但因次债务人改制注销时签订的协议明确其债务由债务人承担,债务人承受了次债务人的债务,故不存在行使债权人代位权的问题。

本案判决认为,(1)债权人行使代位权须符合《合同法》第73条、《合同法解释(一)》第11条、第13条规定的要件,即次债务人对债务人负有到期金钱债务;(2)依本案债务人与次债务人签订的《债权债务清算协议书》,次债务人对债务人负有到期金钱债务;(3)债务人与次债务人签订《债权债务清算协议书》约定“以地抵债”,但该协议并未实际履行,因此双方的金钱债务关系并未消灭,债权人有权代位行使债务人对次债务人享有的金钱债权。

由上可知,本案判决的主要思路在于代物清偿协议的效力及其对债权人代位权的影响问题。易言之,代物清偿协议是否有效成立,原债权债务关系是否消灭,债权人能否行使原定给付,是解决本案债权人代位权问题的关键所在。

## (二) 立法学说概况

我国《合同法》尚无代物清偿之明文规定,欠缺其构成要件及法律效果的规范。有学者认为,我国相关立法和司法解释中隐含了代物清偿的法理,<sup>[7]</sup>例如,最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定》第86条规定:“在执行中,双方当事人可以自愿达成和解协议,变更生效法律文书确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行期限和履行方式。”第87条规定:“当事人之间达成的和解协议合法有效并已履行完毕的,人民法院作执行结案处理。”《中华人民共和国物权法》第105条、第219条关于实现抵押权、质权的折价方法的规定,实际上承认代物清偿。不过,这些规定并未明确代物清偿,特别是未现实受领之代物清偿的构成要件及其法律效果。

法学理论与司法实务相辅相成,学说理论影响判决发展,法院判决又对学说理论产生影响。<sup>[8]</sup>当然,法院判决所创设的法规范并不限于学说理论,因此判决研究工作须与学说理论保持一定的距离。<sup>[9]</sup>但为了阐明本案判决理由中的法律构成,有必要简要介绍相关学说理论。<sup>[10]</sup>关于代物清偿的法律性质及法律效力,学说意见并不一致,大致可以分为实践性合同说和诺成性合同说两

[7] 参见葛云松:《物权行为理论研究》,载《中外法学》2004年第6期。

[8] 参见王泽鉴:《最高法院判决在法学方法论上之检讨》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),台湾三民书局1996年版,第315页。

[9] 参见大村敦志、道垣内弘人、森田宏樹、山本敬三著『民法研究ハンドブック』(有斐閣・2000年)322頁。

[10] 有关代物清偿的学说概况,参见前注[1],陈自强书,第259页以下。

种观点。传统代物清偿理论采实践性合同说,认为代物清偿合同为要物契约,其成立仅当事人之合意尚有未足,须现实地为他种给付。<sup>[11]</sup>其构成要件为:(1)须有原债务存在;(2)须以他种给付代替原定给付;(3)须有当事人关于代物清偿的合意;(4)须债权人等有受领权的人现实地受领他种给付。也就是说,债务人不为现实给付,代物清偿合同不成立,债权人可以依原债的关系主张权利。<sup>[12]</sup>当然,债务人虽无他种给付义务,但负有先合同义务,违反该义务可构成缔约过失责任。<sup>[13]</sup>诺成性合同说则认为,代物清偿契约为诺成性合同,仅以当事人之合意为成立要件,无须现实地受领他种给付。债务人违反其他种给付义务,应承担违约责任。<sup>[14]</sup>不过,诺成性合同说在代物清偿合同有效成立时,原债权债务关系是否消灭,债权人是否可以请求原定给付或他种给付等问题上,意见并不一致。有学者认为,代物清偿合同成立后,新合同代替了旧合同,旧合同已经消灭,如果债务人没有按照代物清偿合同履行义务,应当根据新合同承担违约责任;<sup>[15]</sup>也有学者认为,代物清偿合同成立后,原债权债务关系并不消灭,其效力是使债务人负担提出他种给付的义务;<sup>[16]</sup>亦有学者认为,代物清偿合同成立后,原债权债务关系不消灭,只要他种给付届期未履行,债权人可以直接请求原定给付。<sup>[17]</sup>

### (三) 在先司法实践

本案判决刊发以前,在我国司法实践中,也有一些涉及未现实受领之代物清偿的案例。<sup>[18]</sup>对照本案判决焦点问题和前述学说理论,不难发现,这些案例在代物清偿合同成立要件,代物清偿合同产生何种效力方面,意见并不一致。

首先,在代物清偿合同成立要件上,司法实务意见不一。有判决认为,债务人未现实履行他种给付,当事人签订的代物清偿合同不成立,<sup>[19]</sup>也有判决认为,未现实受领他种给付的代物清偿协议有效成立,债务人负有他种给付义务。<sup>[20]</sup>例如,在“交通银行延边支行与延边延吉城市信用社等借款合同纠纷案”中,吉林省高级人民法院(1998)吉经监字第88号判决认为,本案以物抵债协议系当事人真实意思表示,符合法律规定,应认定有效;<sup>[21]</sup>在“讷河市拉哈镇第一制砖厂与刘爱顺申请

[11] 参见王家福、梁慧星主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第198页;张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第265页;崔建远主编:《合同法》(第五版),法律出版社2010年版,第132页;王利明:《合同法研究》第二卷(修订版),中国人民大学出版社2011年版,第279页。

[12] 参见崔军:《代物清偿的基本规则及实务应用》,载《法律适用》2006年第7期。

[13] 参见前注[11],崔建远书,第32页。

[14] 参见崔建远:《以物抵债的理论与实践》,载《河北法学》2012年第3期。

[15] 参见前注[11],王利明书,第280页。

[16] 参见翟云岭、于靖文:《代物清偿理论剖析》,载《大连海事大学学报》2012年第1期。

[17] 参见周江洪:《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”评释》,载《交大法学》2013年第1期。

[18] 未经特别说明,以下案例均出自北大法宝案例数据库。

[19] 参见刘毅:《代物清偿制度研究》,黑龙江大学2010年硕士研究生论文,第24页。

[20] 参见崔军:《代物清偿的基本规则及实务应用》,载《法律适用》2006年第7期。

[21] 本案基本案情是:工贸公司与延边交行约定,工贸公司以丽都商贸城解放路二楼大厅折抵债务给延边交行,但直至再审理终结时,工贸公司作为抵债的房产一直未能确定产权,领取房屋所有权证。一审吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(1996)延州经初字第192号判决、二审吉林省高级人民法院(1996)吉经终字第331号判决认为,工贸公司将未确定产权的房屋以物抵债给延边交行,致使其无法按期取得抵债物的所有权,故该条款无效。

民间借贷纠纷再审案”中,黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院(2011)齐民申字第46号判决认为,当事人协商用红砖付款并开具砖票属代物清偿,系对还款履行方式的变更。

在最高法院层面上,虽有涉及代物清偿的判决,但未正面论及代物清偿合同本身的效力问题。例如,在上述“交通银行延边支行与延边延吉城市信用社等借款合同纠纷案”中,最高人民法院(2002)民二提字第15号判决认为依法应确认本案以房抵债协议无效。但该判决是以抵债之物产权未确定为由否定了代物清偿协议的效力,这与未现实地受领他种给付,代物清偿协议是否有效成立的问题明显不同。再如,在“广西临桂县城市信用社诉中国农业银行神农架林区支行等欠款担保合同纠纷案”中,<sup>[22]</sup>最高人民法院(2001)民二终字第179号判决认为,本案当事人签订的以物抵债协议合法有效;在“重庆中建工程公司与中国信达资产管理公司重庆办事处等借款合同纠纷上诉案”中,<sup>[23]</sup>最高人民法院(2004)民二终字第168号判决也认为,本案当事人签订的《以物抵债协议书》及《以物抵债补充协议书》合法有效。但前者以“本合同如未实际执行完毕,原债权债务关系不变,威格公司和胃康公司为临桂信用社向神农架支行偿还债务提供全额连带责任保证担保”这一约定为前提,肯定了以物抵债协议的效力;后者是以“合同双方有违背本协议约定的情形,守约方除可行使合同解除权”这一约定的解除条件为前提,确认了当事人解除本案两份协议的主张成立,并未从代物清偿理论角度阐述代物清偿的法律构成。

其次,原债权债务关系是否因代物清偿协议而消灭,债权人是否可以请求原定给付或他种给付,司法实务意见也不一致。有判决认为,债务人不为现实给付,代物清偿合同未成立,债权人可以依原债的关系主张权利;也有判决认为,当事人之间的原债权债务关系因双方签订以物抵债协议而变更为他种给付,原债权债务关系即告消灭,债权人只能请求他种给付;亦有判决认为,当事人签订代物清偿协议后,当事人未履行他种给付义务,原债权债务关系不消灭,债权人仍有权请求原定给付。<sup>[24]</sup>例如,前述吉林省高级人民法院(1998)吉经监字第88号判决认为,本案以物抵债协议有效成立,债务人将没有产权的房屋抵债,致使协议履行不能,贷款不能按期归还,构成违约,应归还贷款及利息;黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院(2011)齐民申字第46号判决认为,本案代物

[22] 本案基本案情是:神农架支行、临桂信用社与威格公司和胃康公司签订了《协议书》、《以物抵债协议》及《补充协议书》。《协议书》约定,为保证神农架支行实现对临桂信用社所享有的债权,威格公司和胃康公司为本协议的担保人。《以物抵债协议》约定,胃康公司、威格公司将其房地产等抵偿给神农架支行,并约定如本合同未实际执行完毕,原债权债务关系不变,威格公司和胃康公司为临桂信用社向神农架支行偿还债务承担连带保证责任。《补充协议书》约定,如胃康公司、威格公司未履行以物抵债协议约定的义务,神农架支行有权即时向临桂信用社主张债权。上述协议签订后,临桂信用社未履行还款义务,胃康公司、威格公司亦未履行上述协议约定的义务,神农架支行提起诉讼,请求判令临桂信用社、威格公司和胃康公司偿还债务。

[23] 本案基本案情是:信达公司与中建公司签订《以物抵债协议书》及《以物抵债补充协议书》,中建公司承诺在抵债协议书签订之日起18个月内办理抵债房屋的土地使用权和房屋产权手续,并同时将其办至信达公司名下;并约定合同双方有违背本协议约定的情形,守约方除可行使合同解除权,还可要求按本协议所涉及合同金额的3%支付违约金。但中建公司在签约之后长达4年的时间里未将抵债房产过户给信达公司。

[24] 参见前注[20],崔军文;张新:《本案以房抵债协议构成新债清偿》,载《人民法院报》2006年11月29日第6版(不过,该文作者认为,该案并不构成以受领交付为要件的代物清偿,而是构成不消灭原有金钱债务的“新债清偿”。所谓新债清偿即债务人因清偿旧债务,而对债权人负担新债务的合同。新债清偿合同成立,旧债务及其从权利并不消灭,新债务与旧债务同时并存,新债务履行,旧债务消灭,新债务不履行,旧债务并不消灭。关于代物清偿与新债清偿的区别,参见林诚二:《民法债编总论——体系化解说》,中国人民大学出版社2004年版,第453页)。

清偿系对还款履行方式的变更,原有的借贷法律关系并未消灭,双方仍受原债权债务关系的约束承担义务或享有权利,嗣后债务人实际未能以代物清偿方式全部还款,债务人仍应承担剩余借款本金及利息。

在最高法院层面上,相关判决也未明确原债权债务关系是否因代物清偿协议而消灭的问题。例如,上述最高人民法院(2001)民二终字第179号判决,直接判令依以物抵债协议的约定承担连带保证责任,但未明确原债权债务关系是否消灭的问题;最高人民法院(2004)民二终字第168号判决认为,债权人可以请求原定给付,但也只是依据当事人以物抵债协议中约定的解除条件,确认当事人解除以物抵债协议的主张成立,在此基础上判令债务人偿还原债务及利息,而未从代物清偿理论角度论及以物抵债协议成立后原债权债务关系是否消灭的问题。

由上可知,我国司法实务已逐渐接受代物清偿理论,并试图阐释其法律原理构成,但这一趋势在最高院判决层面上并未得到体现。而本案判决直接依据代物清偿的民法原理,宣示了代物清偿的裁判规范,对于今后的审判实践具有极为重要的意义。

#### (四) 本案判决的法律构成

判决理由是法院以法律事实和相关法律规定,支撑其法律事实和适用法律的理由。然而,法院判决理由采用的是何种法律构成,判决本身并无释明,“裁判摘要”也可能曲解判决理由本身。<sup>[25]</sup>特别是对判决理由中的法律构成存在争议时,解读视角不同往往会影响到裁判逻辑的理解。事实上,如后文所述,本案判决理由不仅可以依据实践性合同说解读其法律构成,也有依诺成性合同说解释其法律构成的可能性。那么,本案判决理由采纳的是何种法律构成,本文认为,对照前述学说和实务,可以将本案判决理由分解为以下两个论点,分析其所采法律构成。

其一,本案代物清偿合同是否成立? 本案判决认为,“成都港招公司与招商局公司双方协议以土地作价清偿的约定构成了代物清偿法律关系。依据民法基本原理,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,以债权人等有受领权的人现实地受领给付为生效条件,在新债务未履行前,原债务并不消灭,当新债务履行后,原债务同时消灭”。那么,此谓“生效条件”是否亦为代物清偿合同本身的成立要件,不无争议。《公报》刊载的“裁判摘要”认为,“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……”,故所谓“生效条件”不仅是代物清偿生效的要件,亦为代物清偿合同的成立要件。但有学者认为,“裁判摘要”明显修改了本案判决理由,本案判决并不否定代物清偿合同效力本身,而是认为要产生清偿的效力,须现实地受领给付,即所谓“生效条件”指的是产生清偿效力的条件,而非代物清偿合同本身的成立要件。<sup>[26]</sup>

的确,从理论上来说,可以依据诺成合同说解读本案判决理由中的“生效条件”,但本文认为,对照本案一审和本案判决思路,本案判决所谓“生效条件”更符合传统代物清偿理论的构成要件。如前文所述,一审判决以本案代物清偿协议有效成立,但本案代位权客体并非金钱债权为由,否定了本案债权人代位权的行使。本案判决也认为债权人代位权的客体限于到期金钱债权,但肯定了债权人代位权的行使。那么在认定事实相同,适用法律相同的情况下,一审判决和本案判决为何

[25] 参见五十嵐清『法学入門〔新版〕』(悠々社・2002年)77頁;中野次雄編『判例とその読み方』(有斐閣・1995年)30頁。

[26] 参见前注[17],周江洪文。



会出现截然不同的裁判结果?其根本原因在于,一审判决和本案判决对代物清偿合同效力的认识是不同的。一审判决肯定本案代物清偿合同的有效成立,原金钱给付之债已变更为土地使用权之债,所以本案债权人行使代位权的主张就不符合《合同法解释(一)》规定的“到期金钱债权”这一要件。而本案判决之所以肯定本案债权人代位权的行使,是因为本案判决否定未现实受领他种给付的代物清偿合同的效力,故债务人对次债务人所享有的债权仍为原金钱债权,本案债权人就有权代位行使债务人对次债务人享有的金钱债权。相反,如果本案判决采用的是诺成性合同的法律构成,只要表明新债务与原债务并存,债权人有权主张原债务即可,遗憾的是,本案判决并未明确债权人是否可以直接请求原定给付问题。从这个角度而言,可以认为本案判决采纳的是实践性合同的法律构成。<sup>[27]</sup>

其二,本案原债权债务关系是否因代物清偿协议而消灭?本案判决认为“在新债务未履行前,原债务并不消灭,当新债务履行后,原债务同时消灭。本案中,成都港招公司与招商局公司虽然签订了《债权债务清算协议书》并约定‘以地抵债’的代物清偿方式了结双方债务,但由于该代物清偿协议并未实际履行,因此双方原来的金钱债务并未消灭,招商局公司仍对成都港招公司负有金钱债务”。《公报》刊载的“裁判摘要”认为,“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,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”。亦即代物清偿合同不成立,债权人只能主张原定给付。但有学者认为,本案判决上述理由并未采纳实践性合同说,代物清偿合同本身的效力并不受影响。同时认为,本案判决未明确新债务与原债务之间的关系,也没有明确债权人是否可以请求原定给付或他种给付,抑或应先请求他种给付未果时方可请求原定给付问题,但在本案债权人代位权纠纷的背景下,只要认定了原债务继续存在即得以构成债权人代位权的行使要件,故可以推测只要他种给付届期未履行,原定给付就尚未被替代,债权人可以直接请求原定给付,而无须先请求他种给付未果时始得请求原定给付。<sup>[28]</sup>

在债权人尚未现实地受领他种给付,当事人又无特别约定的情况下,若肯定原有债权债务关系因代物清偿合同而消灭,原债务的担保权等从权利也会随之消灭,这对债权人十分不公。相反,如果将代物清偿合同作为实践性合同,债务人未现实地履行他种给付,代物清偿合同未成立,原债权债务关系就不消灭,债权人当然有权请求债务人履行原定给付并追究其违约责任。这不仅有利于保护债务人的利益,也有利于保护债权人的利益。<sup>[29]</sup>那么,是否可以认为本案判决“在新债务未履行前,原债务并不消灭,当新债务履行后,原债务同时消灭”这一表述采用的是实践性合同说?如“裁判摘要”所述,可以从实践性合同的角度解释本案判决理由中的法律构成,即债务人未现实地履行他种给付义务,代物清偿合同不成立,原定给付并不消灭,债权人有权请求主张原定给付;当债务人履行他种给付后,原定给付义务同时消灭。当然,也可以从诺成性合同的角度解读本案判决上述表述中的法律构成,即代物清偿合同成立后,原债权债务关系并不消灭,只要他种给付届

<sup>[27]</sup> 从这个意义上说,本案判决不区分已现实地受领他种给付与未现实受领他种给付的情形,将后者也称之为“代物清偿法律关系”,无疑是扩大了传统民法对该称谓的外延,在一定程度上也模糊了代物清偿与代物清偿合同的界限。

<sup>[28]</sup> 参见前注[17],周江洪文。

<sup>[29]</sup> 参见前注[20],崔军文。

期未履行,债权人就可以直接请求原定给付。不过,如上所述,与原审判决不同,本案判决并未明确原定给付义务与他种给付义务之间的关系,也未明确债务人不为他种给付时,债权人是否可以请求债务人履行原定给付或他种给付及其先后顺序问题。换言之,如果本案判决采诺成性合同说,只要表明新债务与原债务同时并存,债权人可以直接请求原定给付从而肯定债权人代位权的成立即可,无须回避原定给付义务与他种给付义务之间的关系,费劲地导入上述判决理由而为本案债权人代位权问题提供注脚。从这个角度而言,可以认为本案判决采纳的是实践性合同的法律构成。

#### 四、结语

综上,结合本案定型化事实及本案判决思路可知,本案判决理由实际上采纳的是实践性合同的法律构成。在我国尚无代物清偿规定的情况下,对于填补法律漏洞,统一其构成要件及法律效果具有一定的作用。当然,本案判决所采裁判规范是否能够得到今后相关判决的肯定,尚待今后判例法理的进一步完善。

最后,需强调的是,案例评析旨在客观地分析判例所体现的法规范,并不意味着作者对其法律构成持赞同态度。笔者认为,以代物清偿协议的缔约时间为标准,可以将未现实受领的代物清偿合同,分为两种情形:一是债务履行期限届满前,当事人达成代物清偿协议;二是如同本案案情,债务已届履行期限后,当事人达成了代物清偿协议。对于前者,须兼顾我国相关立法(如《物权法》第186条、第211条流担保禁止之明文规定)认定其法律性质;<sup>[30]</sup>对于后者,应以意思自治为原则,在兼顾债务人利益的基础上,肯定其法律效力。<sup>[31]</sup>

(责任编辑:顾祝轩)

---

[30] 相关司法实务及学说理论,参见高治:《代物清偿预约研究——兼论流担保制度的立法选择》,载《法律适用》2008年第8期。

[31] 《日本債權法改正の基本方針》第[3. 1. 3. 05]条规定:(1)债务人和债权人约定以他种给付替代原定给付,债务人履行该他种给付的,债权人和债务人之间债权债务关系消灭;(2)达成第1款合意时,债权人可以请求债务人履行他种给付,也可以请求履行原定给付;(3)达成第1款合意时,债务人履行原定给付的,债权人不得请求债务人履行他种给付;(4)债务人以外的第三人与债权人约定以他种给付替代债务人所负债务的,当第三人已为他种给付时,发生债务消灭的效力。于此情形,依本条第2款、第3款规定处理。参见民法(債權法)改正検討委員会編『詳解 債權法改正の基本方針Ⅲ 契約及び債權一般(2)』(商事法務・2009年)16頁。