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

周江洪*

目次

一、案例梳理
（一）基本案情
（二）争点
（三）裁判结果及裁判理由
二、案例评析
（一）本案判决思路
（二）现行法律、学说状况
（三）本案公布之前的案例状况
（四）本案参考效力范围
（五）本案判决遗留的问题

关键词 代物清偿 现实受领 债权人代位权

* 浙江大学光华法学院教授、法学博士。本文受浙江省之江青年社科学者行动计划（项目号 11ZJQN049YB）、浙江大学“求是青年学者”计划及浙江大学“社科学部科研培育项目”（中央高校基本科研业务费）的资助。

一、案例梳理[1]

(一)基本案情

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21 833 446.50元债务全部由四川港招公司承担。此后,四川港招公司未履行付款义务,法院已生效判决要求四川港招公司支付相应的款项,并同时认定因成都港招公司未按规定将注册资本金注入四川港招公司,应承担投资不实的责任。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应在注册资金不实的范围内对武侯国土局承担责任。

另查明,1998年4月12日,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34 441 941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3 481.55万元欠款,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。但该土地使用权至今未转移至成都港招公司名下。

1999年8月22日,招商局公司申请注销,其理由为由全民所有制改为有限责任公司(招商房地产公司)。同年8月23日,招商房地产公司成立。

2004年11月17日,海南民丰公司将其持有的招商房地产公司49%的股份转让给鑫达公司,并约定招商房地产公司在2003年4月前的债权债务由海南民丰公司负担。

2006年11月29日,武侯国土局向成都中院提起代位权诉讼,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21 441 941元债务,并承担本案诉讼费、保全费。

一审成都中院认为:成都港招公司与招商局公司签订的《债权债务清算协议书》合法有效。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。招商局公司经改制更名后,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由改制更名后的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。

二审四川高院认为:本案中,成都港招公司是武侯国土局的债务人。招商局公司若按《债权债务清算协议》履行,其即不再对成都港招公司负有债务,但其实际并未将土地使用权转移过户至成都港招公司名下,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,就其债权、债务及资产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。

---

[1] 以下简称“本案”。本案公布在《最高人民法院公报》(以下简称“《公报》”)2012年第6期,原案件标题为“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”。以下梳理根据《公报》内容整理。

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。因此，武侯国土局将招商房地产公司作为次债务人，要求其承担原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，向最高院申请再审。其主要理由为：1.《债权、债务及资产处置协议》无效；2.原审法院违背了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：1.《债权、债务及资产处置协议》有效；2.招商房地产公司与招商局公司不存在债务承继问题；3.企业改制司法解释不适用本案。

第三人海南民丰公司的答辩理由与招商房地产公司的答辩理由相同。成都港招公司未到庭参加诉讼。

（二）争点

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否对原招商局公司的债务承担责任？[2]

（三）裁判结果及裁判理由

裁判结果：武侯国土局关于要求招商房地产公司承担原招商局公司所欠成都港招公司债务的再审请求和理由成立，撤销一二审判决并予以纠正。其理由如下：

根据合同法第 73 条关于“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”之规定，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 21 441 941 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的《债权债务清算协议书》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 3 481.55 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 3 481.55 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 3 481.55 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

---

〔2〕 关于第二个问题，最高院认为，“《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 3 481.55 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”。对于这一点，涉及的是企业改制时的债务承担问题，与本文拟探讨的债权人代位权与代物清偿协议的问题关系不大，故在后述裁判理由及评释中不做详细探讨。

同法第73条以及《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。

二、案例评析

(一)本案判决思路

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(因注册资金不实的赔偿责任),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》,约定以给付项目用地使用权抵偿其金钱债务,但该给付项目用地使用权的义务并未现实履行。一审认为依《合同法解释一》,债权人代位权的客体为“具有金钱给付内容的到期债权”,土地使用权给付之债不构成债权人代位权的客体。二审法院认为因清算协议并未得到实际履行,故债务人对次债务人的金钱债权仍然存在,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受,故三方的关系变成由债务人承受了次债务人的债务,成都港招公司成为债务人,故不存在行使债权人代位权的问题。

对此,最高院再审的判决思路如下:

1. 要构成债权人代位权,须符合《合同法》第73条及《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的《债权债务清算协议书》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,因此双方的金钱债务并未消灭。

是故,债权人可以向次债务人主张行使债权人代位权。

从判决理由来看,本案的判决思路主要在于“代物清偿”协议的效力及其对债权人代位权的影响问题。本文拟围绕该点做一简要评析。

(二)现行法律、学说状况

关于代物清偿,虽然在《中华人民共和国合同法(试拟稿)》第120条曾做简单规定[3],但现行民事立法未做专门规定。最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第86条明确规定:“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。”而且其第87条还规定:“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。”这些规定隐含了代物清偿的法理。此外,《物权法》第195条第1款关于抵押权人与抵押人协议以抵押财产折价的规定也隐含了代物清偿的原理。[4] 不过,这些规定至多是存在代物清偿的“影子”,并未明确代物清偿的构成要件及其法律

---

[3] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法律出版社1999年版,第37页。

[4] 葛云松:《物权行为:传说中的不死鸟——〈物权法〉上的物权变动模式研究》,载《华东政法大学学报》2007年第6期。

效果。

但实践中经常出现“以物抵债”或“以劳务抵债”的现象。对此，学说在借鉴域外法理的基础上主要形成了以下共识：

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的关系消灭的现象。代物清偿时的他种给付的履行亦构成清偿，与清偿具有同一效力。通常认为，代物清偿为实践合同，当事人必须现实为给付，并经债权人受领始能发生原债务消灭的效力。[5]

但对于如同本案一样的未现实受领的“代物清偿”或“以物抵债”产生何种效力，学界并未形成一致意见。学界多通过比较法上的新债清偿、债的更新或更改、“专为清偿”、“代物清偿预约”等概念对其加以比较分析。[6]

其中，有学说认为，由于标的本身是权利义务指向的对象，合同标的的变更属于合同的实质内容，标的的变更使合同的基本权利义务也发生变化，因此，变更标的，实际上已结束了原合同关系。[7] 王利明教授也认为，如果当事人没有按照代物清偿协议履行，应当根据新合同承担违约责任。[8]

但也有观点认为，如果债务人未现实履行他种给付，应认定代物清偿合同未成立，债权人可以依原债的关系主张权利。[9] 或者是虽然肯定代物清偿合同的效力，但认为代物清偿契约为诺成契约，其效力是使债务人负担提出他种给付的义务，并不直接发生代物清偿的效果，即原债务并未消灭。[10]

此外，亦有学者认为，我国实践中的“代物清偿”，可以区分为实践性的代物清偿合同和诺成性的以物抵债合同。对于前者，借鉴比较法的经验确定其构成要件；而对于后者，赋予其法律效力，在构成要件方面不要求债权人现实地受领给付，其法律效果则依合同法及民法通则确定。[11] 但并未言明未现实受领的诺成性以物抵债合同是否得以消灭原债务。

当然，也有学者认为，若当事人之间约定以他种给付代替原定给付，并未现实履行或现实受领时，应依当事人之意思确定其究竟为消灭原来债务的债的更改，还是不消灭原来债务的新债清偿，或依其意思将其作为代物清偿的预约对待，而不能将其作为代物清偿。[12]

如上所述，对于“代物清偿”，学说中主要有实践性合同说和诺成性合同说，但就诺成性合同构成时产生何种效力，相关学说亦未达成一致。而在本案中，最高院判决认为债务人与次债务人以土地作价清偿的约定构成代物清偿法律关系，但以受领交付作为生效条件。这点与前述实践性合

---

〔5〕 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；王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·债法总则编·合同编》，法律出版社 2005 年版，第 148 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；柳经纬主编：《债法总论》，北京师范大学出版社 2011 年版，第 149 页。

〔6〕 关于代物清偿的比较法学说状况，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；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。

〔7〕 谢怀栻等：《合同法原理》，法律出版社 2000 年版，第 203 页。

〔8〕 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 280 页。

〔9〕 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。

〔10〕 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。

〔11〕 崔建远主编：《合同法》(第五版)，法律出版社 2010 年版，第 133 页；崔建远：《以物抵债的理论与实践》，载《河北法学》2012 年第 3 期。

〔12〕 柳经纬主编：《债法总论》，北京师范大学出版社 2011 年版，第 150 页。

同学说中主张的未成立说明显不同,而是认为未实际履行时“未生效”。但同时,最高院判决认为双方当事人的“代物清偿”协议也产生了给付项目用地使用权的义务。结合此两点分析,最高院判决并不是否定“代物清偿”的合同效力本身,而是认为要产生“清偿的效力”,须现实地受领给付,其所谓的“生效条件”,指的是“产生清偿效力”的条件。[13] 若依该理解,最高院判决并没有采纳合同标的变更说或依新合同承担违约责任的学说,而是在肯定“代物清偿”协议合同效力的基础上,结合代物清偿的民法原理,认为未受领给付时不产生消灭原债务的法律效果。[14] 这点对于澄清学界的争议具有一定的积极作用。

(三) 本案公布之前的案例状况

在《最高人民法院公报》刊发该案例之前,实践中虽有不少涉及“以物抵债”或“代物清偿”的现象,但以北大法宝案例数据库为限,就其法律效果形成纠纷的案件并不多,涉及债权人代位权的则几乎没有。这里选取若干典型案件做一简单介绍和分析。[15]

1. 本案公布之前的相关案例

(1) 讷河市拉哈镇第一制砖厂与刘爱顺申请民间借贷纠纷再审案[16]

该案中,针对原始借款,当事人之间协商用红砖付款(具体协议,判决中未载明)。

法院认为,开具砖票属代物清偿,系对还款履行方式的变更,原有的借贷法律关系并未消灭,双方仍受借贷法律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,债务人仍应承担未履行部分的还款义务,即应偿还剩余借款本金及利息。

(2) 沈某某与上海顺海某公司借用合同纠纷上诉案[17]

该案中,沈某某作为甲方、顺海公司作为乙方签订协议书一份,内容为:“一、乙方于 2009 年 9 月 21 日向沈某某借款合计人民币一百万元。现乙方无偿还能力,以下列财产(附清单)抵偿借款一百万元,即上述财产归甲方所有。二、乙方向甲方无偿借用上述第一项协议中的全部抵偿借款财产,借用期限至 2010 年 2 月 15 日为止。”

法院认为,在代物清偿法律关系中,前提在于借款事实的认定。既然借款债权债务不存在,则以该借款为基础而产生的代物清偿行为,亦当然不发生法律效力。基于代物清偿行为无效,双方合意对涉案机器设备物权进行转移的基础丧失,沈某某不再享有受领涉案机器设备的合法根据。因此,沈某某无权以所有权人主张返还请求权。

(3) 周晓萍与德恒证券有限责任公司委托理财纠纷上诉案[18]

该案中,当事人以股票清偿本金损失。

法院认为,被上诉人以股票清偿上诉人本金损失,系以物抵债的代物清偿行为。代物清偿成

---

[13] 从本案最高院判决理由看,本案并未采纳“实践性合同说”;但在《公报》刊载的“裁判摘要”则明显修改了法院的判决理由,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,……”,认为本案中的协议为实践性合同,即以“实际履行”作为代物清偿协议的成立要件,与判决理由中所表述的“未生效”,存在明显不同。鉴于“裁判摘要”的事后归纳特性,本文仍以法院判决理由分析该案件。

[14] 事实上,其构成类似于比较法上的“新债清偿”,即债务人因清偿旧债务而与债权人成立负担新债务的合同,新债清偿合同成立时,旧债务即告暂时停止作用,新债务届期不履行时,旧债务回复作用(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] 未经特别说明,以下案例均出自北大法宝案例数据库。

[16] 黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院(2011)齐民申字第 46 号。

[17] 上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第 1392 号。

[18] 上海市高级人民法院(2009)沪高民二(商)终字第 43 号。

立后，对应的债之关系消灭，债消灭之后抵债之物的价值变化不影响债的清偿效力。

(4) 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[19]

该案中，澳星厂与永立公司签订《货款清理协议》，约定澳星厂同意永立公司以汽车一辆作价 325 000 元抵冲货款。澳星厂于 2006 年 8 月 31 日已收取了上述抵债车辆及相关车辆行驶证等，并已实际使用了该车。

法院确认了该协议的效力，认可了已履行该协议所产生的清偿效力。

(5) 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[20]

该案中，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》约定，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，且在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 年的时间里虽经多次催告仍未将抵债房产过户给信达公司。

法院认为，信达公司依据合同法第 94 条关于法定解除权的规定及合同约定解除上述两份协议书的诉讼主张成立，中建公司应当偿还信达公司欠款及相应利息，并就其违约行为向信达公司支付违约金。

(6) 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[21]

该案中，当事人之间就借款纠纷签订了《协议书》、《以物抵债协议书》及《补充协议书》等，但在协议签订后，未履行此等协议书中约定的义务。

对此，法院直接判令，依协议书的约定威格公司和胃康公司应对本案的债务承担连带保证责任。但该案并未明确原债权债务关系是否消灭的问题。

(7) 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申诉案[22]

该案中，依协议约定，工贸公司应以丽都商贸城解放路二楼大厅折抵 200 万元债务给延边交行。但是，在签订协议时，以及原一审、二审直至再审审理终结时，工贸公司作为抵债的房产一直未能确定产权，至 2001 年 6 月 19 日才领取房屋所有权证。

法院认为，工贸公司以产权未确定的房屋作为履行其债务的标的，致使延边交行的债权无法得以实现，依法应确认三方协议中关于以房抵债的约定无效。

2. 简要评析

从上述案例可以看出，在本案刊发以前，亦有一些案件涉及“以物抵债”的法律构造判断，[23]但略有差异。以下以时间为序对其做一分析。

在早期阶段，法院并不十分关注“以物抵债”的法律构造究竟为代物清偿、新债清偿还是债的更改等，而更多地关注“以物抵债”协议本身的效力。若有效，则多按“以物抵债”协议的约定处理案件。若无效，则依原债权债务关系处理。例如，最高院审理的案件(6)，当事人并未履行以物抵债协议约定的义务，法院直接判令依以物抵债协议约定承担责任，而并未明确原债权债务关系是

---

[19] 南京市中级人民法院(2008)宁民二终字第 411 号。

[20] 最高人民法院(2004)民二终字第 168 号。

[21] 最高人民法院(2001)民二终字第 179 号。

[22] 最高人民法院(2002)民二提字第 15 号。

[23] 除了上述案例，《人民法院报》也刊载过一些“以物抵债”的案例。例如，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”。

否消灭的问题。在最高院审理的案件(5)中,当事人未履行《以物抵债协议书》及《以物抵债补充协议书》,最高院判决也只是援引《合同法》第 94 条及协议中约定的解除条件,确认当事人解除本案两份协议的主张成立,在此基础上判令债务人偿还原债务及相应利息,并就其违反以物抵债协议的违约行为承担违约金责任。在该案中,法院并未如同本案一样明确援引“代物清偿”法理(未现实受领之“代物清偿”协议,不产生清偿的效力),而是依据了当事人之间“以物抵债”协议的解释及其适用,其更多地体现了前述按照新合同承担违约责任的观点。再如案例(4),虽然法院认可了已履行的“以物抵债”协议产生清偿的效力,但并未明确采用“代物清偿”的表述,亦未明确是否采用了“代物清偿”的法理。而最高院审理的案例(7),则是认为以产权未确定的房屋作为履行以物抵债协议债务的标的,应当确认该以物抵债协议无效(并非如同本案中一样的“未生效”),转而依原借款合同承担本金及利息,与本案所采取的因未实际履行“代物清偿”协议而不发生清偿的效果——即,原债务的消灭——的构成明显不同,本案中,法院直接确认双方的“清算协议书”有效,只是因未实际履行不产生消灭原债务之法律效果。

但到了后期,法院在判决理由中开始明确使用“代物清偿”的表述,认为以股票清偿本金损失“系以物抵债的代物清偿行为”,“代物清偿成立后,对应的债之关系消灭”[案例(3)]。而案例(2),则明确了代物清偿要件之一,即存在原债务。这非常明显地参考了学理上关于代物清偿的构成要件。在案例(1)中,法院认为用红砖付款属“代物清偿”,并依代物清偿的法理,对于部分履行的代物清偿协议的法律效果做出了判断,认为在以代物清偿方式实际履行完毕前,原有借贷法律关系的还款义务并未完全消灭。

这一变化,在很大程度上折射出了学说对于实务的逐渐渗透过程,从关注“以物抵债”协议约定的义务本身逐渐过渡到其具体的法律原理构成。代物清偿作为法律上并没有明确规定的“非典型合同”,对于其法律构成及其效果判断,学说发挥了重要的作用。实际上,法院的这一趋势也表明,实践中已在逐渐接受“代物清偿”的概念,并试图以法学的原理去阐释其法律效果。而本文所评述的本案,则是这一趋势在最高院判决层面的反映。

但是,与早期相比,后期的案件更多地表现出了以概念和原理去套用事实的痕迹,并未就案件中出现的协议本身是否符合传统法理上的“代物清偿”的构成做出更多地关注,而直接断定其为代物清偿法律关系。事实上,在民法原理上,要识别代物清偿、债的更新、新债清偿等等,并不是件容易的事情。[24] 法院如此轻易地使用“代物清偿”的概念,本身值得商榷。在这点上,本文所评述的本案也同样呈现出了这一特征,即简单的一句“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”表述就断定了我国民事法律上并未明确规定的“非典型合同”的具体类型。当然,这一开放式的“代物清偿法律关系”的表述,亦在某种程度上蕴含了将“代物清偿”或“以物抵债合同”作为统一的概念思考以物抵债法律问题[25]这一区别于比较法民法规则及其学说的可能性。

至此,作为学理概念的“代物清偿”,已逐渐得到司法实践的承认,并以最高院判决及《公报》刊发的形式得到确认。在这点上,虽然是否妥切尚有争议,但对于今后的审判实践具有极为重要的意义。在本案中,最高院判决中直接采用了“依据民法基本原理,代物清偿作为清偿债务的方法之一,……”的表述。这也表明,学说被作为直接的判决理由采纳,表明学说不仅在裁判说理时发挥解释法律的作用,对于法律未作规定之事项,学说亦可能在创设法律制度方面发挥其作用。但是

---

〔24〕 陈自强:《无因债权契约论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 265 页。

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

否存在着司法权过于扩张之嫌疑，仍有待今后探讨。

（四）本案参考效力范围[26]

对照上述学说及在先的审判实践，就本案而言，至少在以下几个方面可以对将来的案件裁判提供参考。

首先，对于法律未作规定的事项，本案至少创设了这样的法规范。即，在代物清偿法律关系中，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。

其次，此处所谓的“代物清偿法律关系”，指的是“以他种给付替代原定给付清偿”的法律关系，并不以现实受领交付作为代物清偿法律关系成立的要件。结合本案的定型化事实，本案中，双方当事人并未约定该成立要件，法院亦认定其构成“代物清偿法律关系”。

再次，未现实地受领给付本身并不影响作为“代物清偿法律关系”前提的抵偿协议（或以物抵债协议）的效力。如前所述，虽然法院认为“以债权人等有受领权的人现实地受领给付为生效条件”，但结合后述表述（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），即可得知所谓的“生效条件”，指的是是否产生清偿的法律效果，抵偿协议本身的效力并不受影响，该协议仍然如同法院判决理由所载明的那样，得以产生“给付义务”。而且，除非作如此理解，也无法合逻辑地解释本案《债权债务清偿协议书》的约定。该协议书约定“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”，也就是说，只有协议生效之后的第二日其给付义务才到期。若将判决理由中的“生效条件”理解为协议书本身的生效条件，势必陷入死循环——依判决理由，现实受领他种给付为“生效条件”，因未现实受领，故不生效；而受领的前提在于债务人履行给付义务，但协议书本身又规定了给付义务的届期以合同生效为前提，在合同生效之前并不产生他种给付的给付义务。

最后，何时构成本案中所谓的“代物清偿法律关系”？本案的关键事实，即《债权债务清偿协议书》只是约定了“招商局公司将涉案土地使用权以评估价 34 441 941 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 3 481.55 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”。依该协议，双方只是约定了以他种给付替代原定给付。而依“双方债权债务全面结清”的表述，仅仅表明只有在该协议项下的义务履行完毕后，双方当事人的债权债务才得以全面结清（否则至少尚存在本协议项下的债权债务），却既不能推测出双方当事人存在消灭原债务的意思，也不能推测出双方当事人不消灭原债务的意思。

虽然如此，最高院判决仍然认定此时构成未现实受领交付的代物清偿法律关系，即在他种给付得到履行前，并不消灭原债务。那么，是否可以说法院确立了以下规则：在当事人意思不明的情况下，就直接确定其为未现实受领前不消灭原来债务的代物清偿法律关系。[27]

但是，要确立某判决的参考效力范围，离不开对该特定案件定型化事实的抽取。除了本案协

---

〔26〕 为区别于指导案例制度下的指导性案例的作用，就《最高人民法院公报》刊载的案例，此处不用“指导效力范围”或“射程”的表述，而用“参考效力范围”的表述。

〔27〕 在传统民法理论上，通常认为只要构成了代物清偿即消灭原有法律关系，且该代物清偿须现实受领他种给付。但本案中，最高院判决明确将未现实受领时的情形也称为“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，也在一定程度上模糊了代物清偿与新债清偿的界限（关于代物清偿与新债清偿的区别，参见王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 301 页）。

议书,本案基本案情是债权人代位权纠纷,代物清偿只不过是其中的一个环节,这是否也应纳入考量的视野,也可进一步分析。虽然原债权债务关系是否消灭原则上仅涉及双方当事人之间的关系,仅考量当事人之间的意思及其利益衡量即可。但在特定情形,第三人因素亦会否定债务消灭之效果。例如,《破产法》上规定的个别清偿无效(第 16 条)、特别规定不得抵销的情形(第 40 条),《合同法》第 106 条规定的混同涉及第三人利益时,等等。而在本案中,债务人对次债务人的债权一旦消灭,债权人代位权即无从成立;更何况本案最高院判决中曾明言“……等一系列行为,暂且不论其是否真正存在恶意逃债、损害债权人利益的动机和目的,但实际结果的确导致武侯国土局不能实现对四川港招公司和成都港招公司的债权,令本院不得不对其上述系列行为的动机产生怀疑”,表明了法院对于次债务人的怀疑态度。在如此背景下,认定本案协议为未现实受领前不消灭原来债务的代物清偿法律关系也就不足为奇了。

也就是说,在当事人意思不明时,究竟是否直接认定为不消灭原债务,仍有待将来的判例法理进一步明确。最后,无论如何,该判决至少并不当然地承认部分学说所主张的合同标的改变导致原合同关系的消灭,对于是否仅得依新合同主张违约责任,也持否定态度。

(五)本案判决遗留的问题

作为我国民事法律没有明确规定的“代物清偿”,最高院判决以公报案例的方式宣示了其法学原理,虽然其具体的构成要件及其与传统民法学说之间的若干乖离尚有待今后判例法理及学说的推动,但仍不失其积极的意义。而且,虽然在对本案的参考效力范围做上述限定后,其确立的规范及其参考效力范围已基本明确,但也如前所述,本案的规范构成,更多的是若构成本案所谓的“代物清偿法律关系”时该如何处理的问题,在法律规范的构成上,明确的是其“处理”部分,但对于其“假定”部分,即构成“代物清偿法律关系”的具体要件及与相关制度之间的区别,仍有待今后的判例法理进一步推进。不仅如此,如前所述,判决理由中将“他种给付”的履行作为“生效”要件,与传统学说出现了一定的乖离;但《公报》刊载的“裁判摘要”又将其作为“实践性合同”(即以他种给付的履行作为合同成立要件),与传统学说又保持了一定的亲和性。这同时也表明,所谓的“代物清偿法律关系”,除了如同本案判决理由所表明的新构成以外,尚存在着回复到传统学说的可能性,即以他种给付的履行作为代物清偿协议的成立要件,保持了一定的开放性。也正是这一点,给本案的参考效力范围带来了一定的逻辑混乱——即究竟以判决理由为准,还是以“裁判摘要”为准。当然,从理论上来说,将判决理由中的“生效”解释成“成立”的“误用”亦未尝不可,进而使得判决理由与裁判摘要保持一致,但如此一来,明显有违“生效”之本来含义,亦可能曲解判决理由本身。因此,本案中关于“代物清偿法律关系”的新构成,是否能够得到今后相关判决及学说的支撑,仍有待今后判例法理的展开。

不仅如此,就“代物清偿”及债权人代位权而言,仍然面临以下诸多问题。

首先,关于抵偿协议(或以物抵债协议)产生的“给付义务”与尚未消灭的原债务的关系,在本案中尚未得到究明。例如,在他种给付届期未履行时,债权人仅得请求原定给付,还是亦得请求他种给付,或者是否应先请求他种给付未果时始得请求原定给付,等等。本案中,法院判决只表明了前者未实现时后者并不消灭,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,故无需做具体区分。当然,从《合同法解释一》第 13 条的规定来看,债权人代位权指向的是金钱给付内容的到期债权,而本案又肯定了债权人代位权的成立,故可以推测只要他种给付届期未履行,原定的给付就尚未被替代,亦可以直接得以请求,而无须先请求他种给付未果时始得请求原定给付。

但是,对于未现实受领他种给付的“代物清偿”,能否在不消灭原有债务的前提下依新合同(代

物清偿协议)追究债务人的责任？抑或是在何种情形认定原有债务已归消灭？对于这一点，如前所述，因本案为债权人代位权纠纷，法院只须认定未消灭原债务即可，无须对此做出详细考量。但就实践中而言，此前不少案例(包括最高院判决在内)并未考虑是否消灭原债务，而是径直按照新合同约定对当事人采取救济措施(如解除、违约金责任等)。其实，若肯定按照新合同追究本案次债务人的责任，则并不必然不符合《合同法解释一》规定之“到期金钱债权”之要件。原因在于，因次债务人未履行合同义务而产生的违约责任，或者是未履行先合同义务而产生的缔约过失责任，[28]本身就包含了损害赔偿责任。若以金钱赔偿为原则，该损害赔偿责任亦当属到期金钱债权。当然，由于本案债务人在次债务人未履行债务时，尚未请求承担金钱赔偿责任，此时的债权人是否得以径直代位行使该损害赔偿请求权，尚需进一步斟酌和论证。但无论如何，正是因为存在这样的可能性，本案所确立的“代物清偿法律关系”及其制度仍尚待今后的判例法理进一步完善。

其次，债权人代位权的构成要件是否有重新考虑之必要？本案之所以费尽周折地导入了“代物清偿法律关系”，其主要缘由可能在于《合同法解释一》第 13 条规定的“合同法第 73 条规定的‘债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的’，是指债务人不履行对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现”。该条明确将其限定为具有金钱给付内容的到期债权。也正是因为如此，本案一审旗帜鲜明地认为次债务人承担的“给付土地使用权的义务”不属于《合同法》第 73 条规定的“到期债权”，不符合行使债权人代位权的要件。而二审和最高院再审，则利用原金钱给付债务未消灭这一点回避了该司法解释的限制。而最高院判决更是明确地导入了“代物清偿”的民法原理为其提供注脚。虽然说从确立“代物清偿”相关裁判规范角度言，其具有积极的作用。但如此费劲地导入法律上未加明确规定的制度，何不如利用现成的制度对司法解释规定的“金钱给付内容的到期债权”做修正更为合适？毕竟，在《合同法》第 73 条中只是限定了“专属于债务人自身的”到期债权不得代位行使，并未表明仅得对金钱给付债权行使代位权。从立法者将解决“三角债”作为债权人代位权制度的主攻对象来看，将其限定为“金钱给付内容”可以迅速地实现金钱债权回收功能，有其合理性。若依该制度目的，要达成清理三角债之目的，须在行使代位权的同时，债权人、债务人与次债务人三者之间的相应的债权债务均归消灭才得以达成。《合同法解释一》第 20 条正是这一目的之体现。然而，目前学界对于司法解释限定债权人代位权客体的批判并不在少数，[29]能否利用这一制度目的对《合同法解释一》第 13 条做限缩解释？即，只有在对金钱给付内容的到期债权行使代位权时，才得以构成该司法解释第 20 条(债权人、债务人与次债务人之间的相应债权债务即予消灭)规定的法律效果；反过来，并非达成该效果的债权人代位权客体(如作为“入库规则”的责任财产保全)，并不一定非要限于金钱给付内容的到期债权。当然，这一改造能否得以实施，仍然有待今后判例法理的发展或司法解释的修改。而本案最高院判决，虽然援引了《合同法解释一》第 20 条，以存在金钱债权为前提肯定了债权人代位权的行使，但并未明确对非金钱债权能否行使债权人代位权的态度。由于该点并不在本案判决的射程范围之内，须考察最高院直接涉及债权人代位权指向之案例始能得出其结论，故此处不详细展开。

(责任编辑：顾祝轩)

---

〔28〕 依传统理解，代物清偿为实践性合同。实践性合同产生的不是当事人的给付义务，而只是先合同义务，违反它可构成缔约过失责任(参见崔建远主编：《合同法》(第五版)，法律出版社 2010 年版，第 32 页)。

〔29〕 韩世远：《合同法总论》(第三版)，法律出版社 2011 年版，第 330 页。