

代物清偿制度的发现与构建

王洪亮

(清华大学法学院,北京 100084)

摘要:文章针对以物抵债这一在司法实践中常见的现象,通过制度梳理,发现其中的代物清偿规则,明确界定代物清偿的本质在于受领他种给付以清偿原负担的给付。他种给付的债的原因仍在于原来的债之关系。代物清偿合同性质上是一种诺成合同,而非要物合同。代物清偿不同于为了担保而给付,也不同于新债清偿。对于以物抵债协议的性质若有疑义,应遵循有利于债权人解释的规则,解释为新债清偿对债权人更为有利,所以,应解释为新债清偿。如果债务人依照约定,交付标的物,即可以发生清偿的效力,债之关系消灭。但如果所提供的标的物有物的瑕疵或权利瑕疵,债权人可以要求债务人承担瑕疵担保责任。债权人还可以请求恢复到原债之关系上,并要求恢复原债之关系上的担保等从权利。

关键词:代物清偿;新债清偿;解释规则;瑕疵担保责任

中图分类号:DF522 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2018)02-0038-07

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2018.02.005

The Discovery and Construction of Datio in Solutum

WANG Hong-liang

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: As *datio in solutum* is common in legal practice, this thesis has discovered the *datio in solutum* rules and clarified that the nature of *datio in solutum* is the acceptance of a new payment instead of the original payment. The reason of the new payment lies in the original debt relationship. The contract of *datio in solutum* has the nature of consensual contract, rather than real contract. *Datio in solutum* differs from payment for security as well as paying with a new debt. When it's doubtful with the contract of *datio in solutum*, the interpretation should be to the benefit of the creditor and the contract should be treated as payment with a new debt. The debt relationship terminates when *datio in solutum* comes into effect. However, if there exist defects with new payment, the debtor should undertake the liability for warranty according to the original debt relationship. The creditor can request a reversion back to the original debt relationship, as well as the recovery of the subordinate rights such as security.

Key words: *datio in solutum*; payment with a new debt; interpretation rule; liability for warranty

收稿日期:2018-01-25

作者简介:王洪亮,男,清华大学法学院教授,博士生导师,甘肃政法学院飞天学者讲座教授,法学博士,主要从事物权法、合同法研究。

2017年8月的《中华人民共和国合同法编(草案)》[以下简称《合同编(草案)》]在第7章规定了合同的权利义务终止,其中包含债之关系因目的实现而消灭这一制度。债的消灭,有全部消灭、单个义务消灭之分。废止是全部债务关系的消灭;清偿、免除、提存、抵销是单个义务的消灭;解除比较特殊,消灭的也是单个的权利和义务,但消灭的并非是所有当事人之间的法律关系。值得注意的是,债之关系即使全部消灭,也不影响后合同义务的存在。

按照当事人意思的不同,形成了不同的债的消灭制度。首先是清偿;其次是替代清偿,具体包括代物清偿、新债清偿、提存、抵销、免除以及内容变更、更新或者和解;第三种情况是在债权人利益未被满足的情况下债务关系消灭,具体包括嗣后不能、解除条件的实现、期间经过或者失效、混同以及债务人或债权人消灭。

《合同编(草案)》第99条虽然规定了债的清偿制度与替代清偿制度,但并不完整,其中就缺少对代物清偿制度的规定。而在实践中,以物抵债的情况层出不穷,从中可以解释出多种多样的消灭债之关系的制度,其中之一就是代物清偿制度。然而,由于现行法没有规定代物清偿制度,在司法实践中法官理解不同,适用规则也不同,裁判结果也不同。

从意思自治出发,似乎所有的任意法规则都是不必要的,只要规定合同解释规则即可。但从裁判角度而言,选择典型任意法规则予以规定,对于司法审判会起到指引作用,既符合当事人可推定的意思,也便于法律适用的确定与统一。

基于上述思考,本文拟在司法实践中发现典型的代物清偿的类型,并构建其中的法律要素,最终为法律适用提供指引性的任意法规范。

一、代物清偿合同的诺成性

在以物抵债的情况下,当事人的意思可能是代物清偿,也可能是新债清偿,在个案中,要基于当事人的意思解释判断具体案件事实符合哪种任意法制度规范。债务人与债权人约定债务人可以提供替代原给付的给付时,如果债权人承担价值保持的风险,即可以认为是一种代物清偿的约定,代物的“物”并非物,而是广义的给付。代物清偿情况下,债权人的意思是保有该“物”,而且该物的价值与债权数额相当;而在新债清偿情况下,债权人负有变价该物的义务。^①

债务人提供有别于原给付内容的给付,债权人可以拒绝,并且不陷入受领迟延。但是债权人也可以接受该给付,如此,就在接受标的物之外形成了债权人与债务人之间的代物清偿合同。

代物清偿的约定是一种合同,但这种合同有些特别,如果债权人没有接受该替代给付,代物清偿合同就成立,那么债权就被清偿了,债务人不给付或者给付标的物无法实现的情况下,债权人就获得不了真正的清偿。为了保护债权人,学界多认为代物清偿合同是一种要物合同或实践合同,债务人不提供标的物,代物清偿合同不成立。^②

最高人民法院在2012年《最高人民法院公报》颁布的指导性案例“关于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”中,也认为代物清偿协议的成立要件必须按照要物合同构成要件判断,没有物的交付,合同就不成立。在地方司法文件中,也有采代物清偿协议为要物合同立场者,如2014年《江苏高院关于以物抵债若干法律适用问题的[2014]2号审委会纪要》。

2012年《最高人民法院公报》颁布的指导性案例指向的原判决“关于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”[最高人民法院(2011)民提字第210号],人民法院

^①MüKoBGB/Fetzer, 7. Aufl. 2016, BGB § 364 Rn. 9.

^②参见崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第163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;郑玉波:《民法债编总论》(第二版),中国政法大学出版社2004年,第484页。

认定代物清偿合同是一种诺成合同,清晰地区分了代物清偿合同生效与代物清偿发生清偿效力两个层面,现实地受领给付并非代物清偿合同的生效要件,而是产生清偿效力的要件。^①最高人民法院在“庆阳市立康活性炭有限公司与庆阳市威龙房地产开发有限责任公司合作开发房地产合同纠纷申请再审案”^[1]中也认为:“债的履行方式各有不同,以物抵债合同不以债权人现实地受领给付为构成要件。”2017年最高人民法院发布的指导性案例72号继续重申上述立场,将以物抵债协议确认为诺成性合同,依据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(法发〔2010〕51号)第7条,对于指导性案例,法院审判负有参照适用的义务。所以,可以认为通过司法实践,已经发现了代物清偿,并初步予以构建。

从利益衡量上看,代物清偿合同定位在诺成性,更符合当事人的意思。代物清偿的目的是为了消灭原债务,并不是为了发生新债务。当事人一旦缔结代物清偿合同,即应受该意思约束。如果加上交付标的物要件,代物清偿合同方成立,那么在实质上赋予了债务人保有反悔的机会^[2]。在司法实践中,即有这样的判决,支持允诺以他种给付代替原定给付之人反悔的权利,在彭邦治诉阿克苏金鼎房地产开发有限责任公司民间借贷纠纷案中,法院认为:“以物抵债源于债权,但落脚点却在物权转移,在尚未办理物权转移手续前,清偿行为尚不成立,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根据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。”^②

德国法上也有学者将代物清偿合同定位为要物合同,^③通常情况下,代物清偿合意与完全给付(依照约定给付)同时发生,所以,给人一种代物清偿合同为要物合同的假象。但这种现象与借款合同中的要物性并不相同,如果将代物清偿合同就此认为是要物性的,不仅毫无用处,而且会带来误解。而且,要物合同的概念只适用于有体物,而代物清偿的客体可以是任何债法上的客体,包括权利、债权等。^④因而,不应认为代物清偿为要物合同。

二、代物清偿合同与原债之关系的消灭

债务人提供的给付不同于原给付,所以并非原本的清偿。但债权人接受所提供的给付的,该给付可以替代清偿。清偿约定的内容是提供的替代给付具有清偿债务的效力。那么,如何理解这种替代原给付以清偿的约定?当事人的意思是什么?对此有多种学说,有认为代物清偿合同是有偿合同,即债务人以交付新的给付为对价,换得债权人放弃旧债权。^⑤但多数学者对此予以反对,依照债权人与债务人约定的本意,并非设立新的债之关系,而是关于清偿原先债务的约定,目的是使既存的债务消灭,在性质上属于辅助法律行为。而且,原有的债之关系是给付的原因,确定给付在法律上的存续以及可以要求回复的前提,也是抗辩权与担保存在的前提。^⑥所以,替代清偿之给付的约定并非有偿合同。

对于代物清偿合同的性质,第二种观点是合同变更说。该学说将代物清偿合意理解为双方当事人就给付标的之变更,是一种债的关系内容变更的契约。^⑦与一般的合同变更不同之处在于:原给付标的

①相同观点,参见周江洪:《债权人代位权与未现实受领之“债代物清偿”——“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,第171页。

②“彭邦治诉阿克苏金鼎房地产开发有限责任公司民间借贷纠纷案”(2015)阿中民一初字第51号。

③Enneccerus/Lehmann § 65 2; BGB-RGRK/Weber Rn 1; vgl ferner MünchKomm/Fetzer Rn 1.

④Gernhuber §10 1 b.

⑤Enneccerus/Lehmann § 65 1.

⑥Staudinger/Olzen (2016) BGB § 364, Rn. 8. (Palandt/Grüneberg Rn. 4)

⑦Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Suttogate, S. 95 f. 187 f.; Staudinger/Olzen, §364, Rn. 10; a. A; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl., S. 248; MünchKomm/Heinrichs, § 364 Rn. 在变更合同情况下,当事人约定变更的是合同内容,可以是主给付义务,如减少价款或者租金,也可以是从给付义务,但此时债之关系虽然变更了,但并没有成为另一个债,故此,债权上的担保依然存在,债务人享有的须主张以及无须主张的抗辩均得对抗原债务人。与之不同的是债的变更,此时,当事人约定以另一个给付代替即存的给付。Medicu/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 330 ff.

的变更与被变更债务的清偿是同时进行并彼此关联在一起,变更与债的实现结合在一起。该观点的缺点在于破坏了债的同一性,原债之上的抗辩与担保失去了基础。

第三种观点,也是通说,认为代物清偿合同在性质上是一种特殊的清偿合同,内当事人约定提出并受领该给付以替代清偿债权人所放弃的旧债权。^①在实际效果上,与债的变更学说相差不大,其都承认旧债之关系是提供新给付的债之原因。但在同一性问题上,第三种观点说理更充分。

根据清偿合同说,只有提供最初不负担的替代给付的情况下,债务(主给付义务)才消灭。^②有疑问的是,代替清偿是否一定要与代物清偿合同同时进行呢?在实践中,代物清偿的约定可能在替代清偿前、替代清偿时,也可能在替代清偿后订立。^③订立时间的不同会导致代物清偿合同性质的不同吗?

(一) 替代清偿与代物清偿合同同时发生

在替代清偿时或替代清偿后订立代物清偿合同的情况下,债务人已经提供他种给付,而且债权人已经受领,所以,原债之关系消灭。当事人之间不会争议是否可以返回到原定给付的问题。在提供有体物用以清偿原债之关系的情况下,债务人移交有体物,债权人即获得占有以及所有权,债之关系清偿。如果是不动产,债务人提供不动产之后登记过户的,债权人 also 获得占有及所有权,债之关系也消灭。如签订房屋买卖合同,但没有过户登记,实质上就是承担了一个新的债权,即交付并移转房屋所有权的请求权。除此之外,以对第三人的债权进行代替清偿的,债权人与债务人达成债权移转协议,债权即转移到债权人手中,即为替代清偿,债权人须承担对第三人债权变价的风险。

(二) 代物清偿合同在代替清偿行为之前发生

实践中争议最大的是,如果在提供他种给付之前,当事人即达成代物清偿协议,债务人是否必须提供他种给付,还是可以反悔并仍提供原定给付。

对此,有学者认为,如果在提供他种给付之前,当事人达成代物清偿协议的,涉及的可能是债务人替代权或者债之更改合同。^④债务人的义务自始只限于一个给付,但是基于约定债务人可以以另一给付替代或者债权人可以要求另一给付。代替权既可能归属于债务人,也可能归属于债权人,如果债务人是代替权人,他就享有以其他给付代替清偿的权利,例如在汽车商业中以旧车抵价的交易,买受人(债务人)就新车的全部价金承担债务,但以旧车折抵价金以替代清偿。又如债务人支付一定的金额替代给付先前负担的10吨煤。如果所负担的给付是不可能的,则债务人的原给付义务即告消灭,即使其他给付是可能的,也是如此。如果只有其他给付不可能,则只有代替权消灭,此时,仍需进行原负担的给付,^⑤比如在以旧车折抵新车价金的情况下,如果旧车在折抵前灭失或者丢失的,债务人即须支付全部价款。也就是说,债务人承担全部风险,之所以如此,是因为该妨害来自债务人的风险范围。反过来,如果甲向乙购买新车,约定甲以其旧车折价15万,抵充价金,后甲误将全部价金支付给乙。此时,给付旧车尚为可能,故此,甲得基于不当得利返还该全部价金,而主张给付旧车。

与上述观点相反,有学者认为这种实现约定的以他种给付替代原定给付进行清偿的约定还是一种代物清偿约定,^⑥即使当事人约定了债务人代替权,也是如此。因为债务人所负担的本来就是原给付,即使约定了以他种给付替代原定给付,也不会侵入现存债之关系中,只是与既有的债之关系并存而已。如果债务人履行了替代之给付,那么债之关系消灭,而且不是因清偿而消灭,而是因替代清偿而消灭。^⑦以此也可以解释旧车低价的买卖合同。

①Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl., §18 IV, S. 248.

②Staudinger/BGB, 364, Rn. 13.

③Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 20 Auflage, 2012, Rn. 288.

④Staudinger/Olzen (2016) BGB § 364, Rn. 5.

⑤MünchKomm/Krueger, § 265, Rn. 15.

⑥Palandt/Grüneberg § 364, Rn 1

⑦MüKoBGB/Fetzer, 7. Aufl. 2016, BGB § 364 Rn. 3.

代物清偿约定发生在先的情况下,如果债务人不提供新的给付,则债权人有权请求权,可以请求其给付,在债务人提供新的给付前,原债权不消灭。

(三) 代物清偿与为担保而提供给付

债务人在以新的给付替代旧的给付的情况下,按照当事人的意思,可以有三种情况:其一是代物清偿,以新债务清偿旧债务,旧债务消灭;其二是新债清偿,先以新债清偿,清偿实现不了的,再就旧债获得清偿,是一种担保性质的约定;其三是为了担保而给付,先就旧债获得清偿,清偿不了的再就新债获得清偿,例如设定质权、让与担保等(《德国民法典》第232条以下)。关键的判断点是谁承担所提交的标的价值保持之风险。为担保而给付的情况下,并无变价义务,而在新债清偿情况下,则有变价义务,原债务只在变价所得范围内消灭。相反,在代物清偿情况下,债权人承担价值保持风险,因为一旦接受标的物,所负担的原给付即消灭。^①

在实践中,当事人约定以新的给付替代旧的给付的情况下,当事人的意思究竟是代物清偿还是为担保而提供给付,颇具争议。在“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”中,朱俊芳与嘉和泰公司签订一份《借款协议》,约定嘉和泰公司向朱俊芳借款1100万元,借款期限为2007年1月26日至2007年4月26日。另外约定,嘉和泰公司将其开发的商铺以每平方米4600元的价格抵押给朱俊芳,抵押的方式为和朱俊芳签订商品房买卖合同,并办理备案手续,开具发票。同时约定,如果借款到期,嘉和泰公司须先一次性还清借款,如果到期不能偿还,那么,嘉和泰公司将以抵押物抵顶借款,双方互不支付对方任何款项等。^②对于该约定,到底是担保约定,还是代物清偿合同,学说上争议不断,更有学者将其解释为后让与担保者。^③

从上述案件中当事人约定的内容来看,一方面,债权人须先就旧债获得清偿,清偿不了的再就新债获得清偿;另一方面,标的物的价值与债权价值并不相当,债权人可以进行变价清偿。所以,在性质上属于担保合同。不过,由于该担保没有登记,不发生物权效力而已。但问题是该担保约定在当事人之间是否发生物权效力。2014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》(以下简称《民间借贷规定》)第24条第1款第1句对此没有明确规定,承认这种约定是一种担保,但本质上又是借贷关系,担保合同是否为了担保借贷合同中返还请求权,并没有明确规定,而在人民法院判决债务人返还贷款后,债权人可以直接申请拍卖买卖合同标的物,并赋予债权人清算义务,由此,又可以推断最高人民法院承认了其中的担保关系。在结果上,承认了担保合同在当事人之间是具有物权效力的,债权人可以对该标的物进行求偿。

进一步的问题还有,当事人约定的是担保,但内容中含有到期以抵押物抵顶借款的约定,如此违反了禁止流押之规定,由此是否导致担保合同无效。

2015年最高人民法院在《当前商事审判工作中的若干具体问题》认为只有在债权人与债务人在债务履行期届满前作出以物抵债的约定时,才可以准用物权法关于禁止流押、流质的规定,判定整个担保合同的无效^[3]。对于流押条款的正当性,以及是否可以影响到整个担保合同无效,学界一直有批评意见,认为只要规定清算义务,就不会产生压迫担保人的问题。2017年11月《中华人民共和国民法典物权编(草案)》第182条完全承认当事人可以约定流押条款,但不完善的是,没有规定清算义务。

(四) 旧债权的消灭

替代清偿的给付与清偿的效果相同。债务人提供给付后,原债权即消灭。其上的担保权或优先权,也全部消灭。债权人在替代清偿移转给他的标的物上则取得了无限制的法律地位,可以出卖或者持

^①Looschelders, S. 145.

^②“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”,载《最高人民法院公报》2014年第12期;“何阿云等与林美莲民间借贷纠纷上诉案”,(2015)浙温商终字第3062号民事判决书;“首都机场地产集团有限公司与三能达置业有限公司企业借贷纠纷上诉案”,(2008)民二终字第111号民事判决书。

^③详细讨论,参见庄加园:《“买卖型担保”与流押条款——民间借贷规定第24条的解读》,载《清华法学》2016年第3期。

有,也可以任由其腐烂,但自己要承担损失。在此,债权人承担价值保持风险,^①也承担使用风险。在确定是否为代物清偿约定的情况下,债权人是否愿意承担使用与变价风险是最为关键的判断根据。

在逻辑上,债权人承担使用与变价风险,作为平衡,债权人也享有价值超过原债权的利益。也就是说,无论替代给付价值是否高于原定给付价值,均无需清算二者的差额^[4]。根据中国台湾地区的判例,“代物清偿经成立者,无论他种给付与原定之给付其价值是否相当,债之关系均归消灭”^[5]。

在清偿情况下,只有债务人提供无瑕疵的标的物,债权才消灭。也就是说,债务人负有提供无瑕疵标的物的主给付义务。但在代物清偿情况下,因为债权人同意受领新的标的物,所以,即使标的物有瑕疵,也视为此种情况下发生了代替清偿效力。债权人只能就新的给付主张瑕疵担保责任。故此,瑕疵的风险由债权人承担。

三、解释规则

当事人提供他种给付用于清偿债务时,经常争议的还有,其意思到底是代物清偿还是新债清偿。对于前者,一旦债权人受领新的给付,原债即消灭;而对于后者,受领之后,新、旧两个债会并存,对于债权人颇为有利。那么在当事人以物抵债的情况下,立法者应当权衡,应如何确立解释规则。根据交易习惯以及诚信原则,应当假定债权人在受领他种给付时,并不清楚原给付会消灭的风险,所以在以物抵债约定存有疑义时,应认为该协议是新债清偿约定(比较《德国民法典》第364条第2款)。例如债务人负有对债权人支付价款的义务,后来二者约定以交付电视机替代支付价款的义务,这里存在替代二字,应是明确约定了代物清偿义务,如果只是约定用于支付价款,并无代替二字,就应推定解释为新债清偿。

金钱债务人将物之所有权让与给债权人的情况,如果债权人自物中变价获得清偿,则为“为清偿之给付”;如果债权人替代金钱受领物即为满足,则为“代替清偿之给付”,即代物清偿。债务人为使债权人受清偿而对债权人承担新债务的,如有异议,则推定为“为清偿之给付”。

任何可以成为债务标的的给付都可以称为替代清偿的给付,如提供有体物、提供服务、承揽给付以及债权、支票、汇票等。但标的物的不同,会对当事人意思的解释产生影响。如果所提供的标的物,债权人受领后即可以达到清偿效果,那么,当事人的意思即可被解释为代物清偿,而如果所提供的物是服务、承揽或者债权,则很可能被解释为新债清偿。在债务人让与给债权人其对第三人的请求权的情况下,通常也解释为新债清偿,因为债权人通常不准备承担对第三人请求权的支付风险。对第三人的请求权可以是债务人对保险公司的请求权,也可以是一般债权、非真正保理中的债权让与、电子支付情况等。如果没有疑问,当事人的意思就是债务人提供债权替代原有给付,债权人取得新债权,并且该债权价值与原债权相当,那么,债权人就要承担该新债权的变价风险。在交出物替代清偿的情况下,具体根据个案分析。如果债权人意思是保有该物,而物的价值与债权相当,或者从约定中可以推知,愿意承担变价风险,则可以认为构成代物清偿。如果债权人意思是变价该物,那么就是新债清偿。

当事人约定的是代物清偿还是为清偿而给付,还可以考察当事人的意思是被清偿的债务随着另一个给付的提供是消灭了,还是与新承担的给付并存,如果须被清偿的债务消灭,即为代物清偿,否则就是为清偿而给付。在存有疑问推定为新债清偿规则下,如果债务人主张已经发生清偿效力(即代物清偿),则须举证推翻该推定。

四、瑕疵担保责任规则

有疑问的是,如果作为替代给付交付的标的物存在物的瑕疵或权利瑕疵,如何处理?对此,司法实践创设了一些规则,例如《江苏高院关于以物抵债若干法律适用问题的[2014]2号审委会纪要》规定,对于代替物的瑕疵问题应适用买卖合同中的瑕疵担保责任。在立法例上模仿了《德国民法典》第365条

^①Medicus, Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 288.

的规定。但这种处理规则的基础是将代物清偿理解为了有偿合同或者单独合同,切断了其与旧的债之关系的关联。如果原来的债务产生于有偿合同,尚可依据买卖合同的瑕疵担保责任予以处理,但如果产生于无偿合同,依照买卖合同的瑕疵担保责任就不合理了。

如上所述,代物清偿合同性质上属于清偿合同,其债的原因在于旧的债之关系。债务人应在清偿情况下、其所原应负担的物之瑕疵的范围内对该提出的物承担瑕疵担保责任。如果原来的债务产生于有偿合同,则依据买卖合同的瑕疵担保责任予以处理,如果原来的债务产生于无偿合同,依照无偿合同的瑕疵担保责任规定处理,具体仅就过错或重大过失承担责任。

在替代给付的标的物有瑕疵的情况下,当事人选择补救履行,也可以选择减价或解除该代物清偿合同。在选择减价的时候,可以相应地减少其对待给付,但不影响该合同,债务人从债务中解脱出来,但得到的比约定的要少。值得考虑的是,债权人可否不局限于新的给付,而请求原债务关系复活,从而要求从属权利继续存在。

当替代清偿所给付的标的物之上有权利瑕疵或物的瑕疵,债权人可以请求回复原债权,在本质上属于损害赔偿中的恢复原状请求权。^①债务人负有义务重新设立已经消灭的担保。但有些担保,如保证可能不能再设立,此时只能承受损害赔偿。

就瑕疵担保责任而言,于代物清偿情况下,如果认为债务人替代给付履行即发生清偿效力的,债务人就该替代给付的瑕疵承担担保责任;而在为清偿而给付的情况下,就新债的实现,债权人与债务人之间的关系准用委托合同之规则。在委托合同关系上,委托人对受托人并无瑕疵担保责任,对于新债的瑕疵,债权人只能根据为清偿而给付的合同处理。

五、结 论

代物清偿的本质在于受领他种给付以清偿原负担的给付。他种给付的债的原因仍在于原来的债之关系。代物清偿合同性质上是一种诺成合同,属于特别的清偿合同。通常代物清偿合同与他种给付的提供同时进行,但在他种给付之前约定代物清偿的,也发生合同效力,但此时原定之债并未消灭,债权人可以请求债务人履行代物清偿契约,如果债务人不履行的,债权人得选择回复到原来债务关系。当然需要通过约定内容判断是构成代物清偿,还是为担保而给付,对于后者,须考虑是否适用流押禁止规定的问题。

代物清偿之债权人承担使用以及变价风险,并无就新债、旧债价值清算之问题。新债清偿情况下,债权人除了旧债权之外,又获得了新债权,处于比较有利局面。所以,在解释时,如果当事人对于以物抵债约定存在争议,应将之解释为新债清偿。

债务人提供他种给付而债权人受领他种给付的,债之关系即消灭,但所提供的他种给付指向的标的物有瑕疵的,债务人仍须依照旧债之性质,承担相应的瑕疵担保责任。债权人还可以请求恢复到原债之关系上,并要求恢复原债之关系上的担保等从权利。

参考文献:

- [1] 奚晓明. 最高人民法院民事案件审判指导:第1卷[M]. 北京:人民法院出版社,2012:264.
- [2] 陈自强. 民法讲义Ⅱ:契约之内容与消灭[M]. 北京:法律出版社,2004:333.
- [3] 杨临萍. 当前商事审判工作中的若干具体问题[J]. 人民司法(应用),2016(4):26-32.
- [4] 王利明. 合同法研究:第二卷[M]. 北京:中国人民大学出版社,2003:325.
- [5] 陈自强. 无因债权契约论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:260.



(责任编辑 陶舒亚)

^①MüKoBGB/Fetzer, 7. Aufl. 2016, BGB § 365 Rn. 3-4.