

清偿抵充探微

法释〔2009〕5号第20条和第21条评析

黄文煌*

摘要 大陆法系民法中的清偿抵充制度渊源于罗马法,但在债务人指定抵充、债权人指定抵充和法定抵充的法律构造方面,各国民法典的规定存在差异。我国法释〔2009〕5号第20条没有规定债务人的指定抵充,属于一项法政策上的失误,应通过法律续造加以克服。关于抵销的抵充、“均到期”债务的抵充、“担保数额最少”债务的抵充以及诉讼时效期间已届满的债务的抵充等问题,该条规定并不明确,应采用法解释论方法予以阐明。围绕超限利息、逾期利息、违约金等项目的抵充,以及数项主债务均有费用和利息时的抵充,我国的审判实务存在争议,应根据法释〔2009〕5号第21条规定的文义并区分不同债务的性质加以明确。

关键词 清偿抵充 指定抵充 法定抵充 利息 违约金

一、问题的提出

在通常情形下,关于债务人的给付旨在清偿何项债务,一般不存在异议。如果债务人与债权人之间仅存在一项债务,或者存有数项债务但其给付的种类不同,纵使债务人未明示其清偿决定,也能从给付的内容推知所欲清偿的债务。^{〔1〕}比如,在劳务之债和金钱之债并存时,债务人支付金钱显然是清偿金钱债务。但在实践中,时会发生债务人对同一债权人负担数项种

* 苏州大学王健法学院讲师。李飞博士帮助我收集并传递意大利语资料,高圣平教授为拙文的完善提出了中肯的修改意见,特此致谢。本文是2014年度国家社会科学基金重点项目《民法典编纂技术研究》(批准号为14AZD143)的前期研究成果。

〔1〕 参见陈白强:《民法讲义II 契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,页337。

类相同的债务,或负担一项债务而分为数次给付,当债务人的给付不足以清偿全部债务时,便产生了何项债务应先受清偿的问题。如果各项债务之间存在利息有无不同、利率高低不同、担保类型不同、担保强度不同、履行期限不同和时效利益不同等方面的差异,则债务受偿顺序的不同,将对债权人、债务人和担保人的利益影响甚大。为此,清偿必须进一步精确化,以确定债务受偿的先后顺序,用于解决这一问题的制度便是清偿抵充制度。〔2〕

对于此项制度,几乎所有大陆法系国家和地区的民法典都进行了明确的规定。〔3〕但我国的《民法通则》和《合同法》均未作规定,导致长期以来司法实践在处理此类问题时无法可依。最高人民法院根据我国的审判实践并借鉴国外的立法经验,在2009年2月9日通过法释〔2009〕5号,即《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》,首次明确规定了清偿抵充制度。〔4〕该解释的第20条规定:“债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务,应当优先抵充已到期的债务;几项债务均到期的,优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务;担保数额相同的,优先抵充债务负担较重的债务;负担相同的,按照债务到期的先后顺序抵充;到期时间相同的,按比例抵充。但是,债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外。”第21条规定:“债务人除主债务之外还应当支付利息和费用,当其给付不足以清偿全部债务时,并且当事人没有约定的,人民法院应当按照下列顺序抵充:①实现债权的有关费用;②利息;③主债务。”

上述司法解释明确了合同履行中的清偿抵充,填补了我国民事立法的空白,对审判实务具有重要的指导意义。然而,上述规定并非毫无争议,在条文的解释和具体适用方面,仍有不少复杂问题有待澄清。例如,根据法释〔2009〕5号第20条但书的规定,在债权人与债务人之间不存在清偿抵充的约定时,是否应直接适用法定抵充而禁止一方当事人的指定抵充?当诉讼时效期间届满的债务与其他效力完整的债务并存时,债务人未明确表示履行何项债务的,可否当然认定为履行的是诉讼时效期间已届满的债务,从而使其先于其他债务抵充?又如,根据法

〔2〕 需要说明的是,清偿抵充的术语在我国的使用并不统一,学者在翻译外国民法典时将其表述为“将给付算入两项以上债权”、“给付的冲抵”、“清偿的指定”、“指定清偿”、“清偿的抵充”、“履行的抵充”等术语。参见齐云:“抵充制度的起源、术语及体系研究”,《政治与法律》2008年第12期。

〔3〕 例如《德国民法典》第366条和第367条,《法国民法典》第1253条至第1256条,《意大利民法典》第1193条和第1194条,《最新阿根廷共和国民法典》第773条至第778条,《魁北克民法典》第1569条至第1572条,《巴西新民法典》第352条至第355条,我国台湾地区“民法”第321条至第323条。

〔4〕 需要说明的是,在法释〔2009〕5号颁布之前,我国的法律和司法解释对特定情形下的清偿抵充问题有所涉及。例如,《担保法》第68条第2款规定质权人收取质物所生的孳息应当先充抵收取孳息的费用;《担保法解释》第64条规定债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的,自扣押之日起抵押权人收取的由抵押物分离的孳息,应先清偿收取孳息的费用,次清偿主债权的利息,再清偿主债权;《担保法解释》第74条规定在当事人没有约定的情形下,抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款应当先清偿实现抵押权的费用,次清偿主债权的利息,再清偿主债权。《物权法》第197条第2款、第213条第2款和第235条第2款分别规定了抵押权人、质权人和留置权人收取担保财产所生的孳息应当先充抵收取孳息的费用。然而这些规定仅调整物之担保情形下关于孳息的清偿抵充以及实现抵押权时的清偿抵充问题,并不能解决其他情形下清偿抵充问题,因此不属于清偿抵充的一般性规定。

释〔2009〕5号第21条规定,利息应先于主债务抵充,那么当事人约定的以支付逾期利息方式计算的违约金,应否被作为本条规定的利息而先于主债务抵充?债务人未明确表示偿付本金或利息时,超出法定利率限制的利息可否先于本金抵充?在数项主债务均有费用和利息的情形下,应如何解决各项债务的费用和利息之间以及它们和主债务之间的清偿抵充?在目前,国内学者对清偿抵充的研究已有一定程度的积累,但对于上述疑难问题,尚未进行深入的探讨,对我国审判实践的关注也不够。〔5〕鉴于此,本文拟运用历史的、比较法的以及法解释论的方法,对清偿抵充制度进行系统的分析和研究,进而对法释〔2009〕5号第20条和第21条规定的解释适用,提出具体的意见和建议。

二、清偿抵充的历史沿革与法律构造

罗马法关于清偿抵充的规则,建立在《学说汇纂》第46卷第3题“关于清偿和责任免除”的相关片段的基础之上。在类型方面,罗马法并未规定约定抵充,只规定了指定抵充和法定抵充。〔6〕在指定抵充方面,债务人被明确赋予指定抵充何项债务的权利,“当债务人同时负有几项债务而只履行其中一项时,由债务人决定他愿意清偿的债务。一旦债务人决定清偿哪项债务,该项债务就会获得清偿”。〔7〕因此,债务人可以出于自己利益的考虑,指定抵充利率较高或者违约后果更为严重的债务。〔8〕但在本金和利息并存时,除非债权人明确同意先抵充本金,债务人须先抵充利息,有剩余时再抵充本金。〔9〕此等利息必须是债务人可被诉请强制偿付的利息,若是没有诉权的利息,便不构成债务人指定抵充本金的障碍。〔10〕在债务人没有指定抵充何项债务的情形下,债权人可以进行指定,但应推测债务人的意思并以有利于债务人的方式为之。〔11〕据此,债权人“应当像对待自己的事务一样”,使无争议的、债务负担最重的或者有担保的债务先获清偿。〔12〕当事人的指定抵充,必须在清偿或受领清偿之时作出,嗣后的指定不发生债务抵充的效力。〔13〕在债务人和债权人均未进行指定的情形下,适用法定抵充。法定抵充的顺序为:第一,到期的债务先于未到期的债务受偿;第二,债务均已到期的,具

〔5〕 国内的相关研究,可参见王利明:《合同法研究》第二卷(修订版),中国人民大学出版社2011年版,页271-277;韩世远:《合同法总论》(第二版),法律出版社2008年版,页278-280;陈建勋:“论债的清偿抵充”,《人民司法》2001年第11期;齐云:“抵充制度的起源、术语及体系研究”,《政治与法律》2008年第12期;曲佳、翟云岭:“论清偿抵充”,《法律科学》2014年第3期;崔琳琳:“清偿抵充法律制度研究”,大连海事大学硕士学位论文,2011年;王涛:“债务抵充制度相关问题研究”,华东政法大学硕士学位论文,2012年。

〔6〕 Cfr. Antonio Guarino, *Dritto Privato Romano*, Editore Jovene Napoli, 2001, p.807.

〔7〕 D.46,3,101,1.

〔8〕 D.46,3,2.

〔9〕 D.46,3,5,3.

〔10〕 Cfr. Andrea Rodeghiero, *Imputazione del Pagamento: Fontamenti e Disciplina*, CEDAM, 2010, p.97.

〔11〕 参见(意)彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,页245。

〔12〕 D.46,3,1.

〔13〕 D.46,3,3pr..

有较重负担的债务先获清偿；第三，债务均已到期且债务负担相同的，最早成立的债务先获清偿；〔14〕第四，不存在前述标准时，各项债务按比例受偿。〔15〕

罗马法关于清偿抵充的上述规则，显然对债务人有所偏惠，这特别体现在债权人须顾及债务人的利益行使指定抵充权。由于存在这样的限制，债权人指定抵充的意义大打折扣，成为了债务人指定抵充的替代或补充。甚至可以说，罗马法虽然赋予了债权人指定抵充的权利，但徒有其形式，对债权人而言实际意义不大，这为后来大陆法系的一些国家的民法典不规定债权人指定抵充埋下了伏笔。此外，在法定抵充方面，罗马法还根据“精明的债务人在安排自己债务的清偿时所共同遵循”的原则，在具体适用债务人负担较重的债务先获抵充的问题上，确立了如下的债务受偿顺序：将使债务人受到丧廉耻〔16〕处罚的债务应首先得到清偿；其次清偿有罚金的债务；再清偿有质权或有抵押权的债务；在这一顺序之后，则是清偿债务人自己所负的债务而不是为他人所负的担保债务。〔17〕可见，在这样的法定抵充顺序中，债务人的利益得到了全面的考虑。尤其是罗马法赋予债务人以指定抵充权利的同时，还在法定抵充的顺位中让有担保的债务先于没有担保的债务获得抵充，这就使债务人即便不指定抵充有担保的债务先获清偿，他仍可以借助法定抵充达到同样的效果，从而消除担保物上的负担。由此带来的结果是，对债务人而言，他可以重新利用该担保物，为新的债务设定担保以获取更多的融资；但对债权人而言，由于其剩余的债权没有了担保，他回收债权的风险随之增加，这与债务人因清偿抵充所得的利益相比，其利益格局显然失衡。

罗马法关于清偿抵充的法律构造在很大程度上影响了大陆法系国家的民法典，现代法上的清偿抵充与其相比虽有差异，但区别并不明显。〔18〕在清偿抵充的类型方面，大陆法系国家的民法典遵循了罗马法的传统，均规定债务人享有抵充的指定权。〔19〕但关于是否将指定抵充权赋予债务人之外的清偿人、债权人和其他清偿受领人，各民法典的规定有所不同。例如，《德国民法典》只规定了债务人的指定抵充，没有规定债务人之外的其他清偿人的指定抵充，而《日本民法典》则规定包括债务人在内所有的清偿人均有指定抵充的权利。〔20〕债务人与清偿人的内涵和范围有别，清偿人不限于债务人，在代为清偿等场合债务人以外的第三人亦属于债务的清偿人，在此情形下也会发生清偿抵充问题。然而，纵使法律没有规定债务人以外其他清

〔14〕 D.46,3,24.

〔15〕 D.46,3,8.

〔16〕“丧廉耻”(infamia)是刑事、行政和民事上的综合性处罚，被课加此罚者丧失选举权与被选举权，不能为家庭以外的人担任诉讼代理人，不得与元老院阶级通婚，如其妻子与人通奸，纵使当场缉拿也无权杀死奸夫或起诉之。参见周相：《罗马法原论》(上册)，商务印书馆1994年版，页126-127。

〔17〕 D.46,3,97.

〔18〕 See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p.750.

〔19〕 See Christian von Bar, Eric Clive edited, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. I, Sellicr, European Law Publishers, 2009, p.754.

〔20〕 参见《德国民法典》第366条第1款，《日本民法典》第488条第1款。

偿人的指定抵充,也不会出现规范漏洞,甚至还可以避免法律制度之间的叠床架屋。具体而言,理由有四点:首先,如果债务人以外的其他清偿人明确表示偿付某项具体的债务,则该情形成立第三人的代为清偿,此时依据该第三人的清偿指定便可以确定受偿的债务,无须另外设置清偿人的指定抵充制度。其次,如果该清偿人只概括表示清偿债务人的债务但未指明偿付何项具体的债务,则可以根据该清偿人与债务的利害关系推知其所偿付的债务。一般而言,物上担保人、保证人或担保物的受让人,通常为自己的利益偿付其所担保的债务或受让的担保物所担保的债务,如果无从据以推知清偿人的清偿决定(例如该清偿人是数项不同债务的同一担保人),则可以适用债权人指定抵充或者法定抵充来确定债务的受偿顺序,这在逻辑上和结果上也并无不当。再次,如果清偿人并无明确的为债务人偿债的意思,也无从推知其偿债的意思,则不构成第三人的代为清偿,债权人受领的清偿通常成立非债清偿,根本不发生债务清偿的法律效果。^[21]最后,如果债务人的履行辅助人、代理人履行债务,则在性质上属于债务人自己的履行,这些人的清偿决定对债务人产生法律效力,此时适用债务人指定抵充即可。由此可见,债务人与清偿人虽有不同的概念内涵和外延,但由于上述各项制度的补充,纵使不规定清偿人的指定抵充,债务人以外的其他清偿人亦可以顺利进行债务的清偿。

关于是否继受罗马法中的债权人和清偿受领人指定抵充的问题上,大陆法系国家的民法典遵循了不同的立法体例。以《日本民法典》和《法国民法典》为代表的一些民法典,或是笼统规定清偿人不为指定抵充时,清偿受领人有权指定抵充何项债务;或是规定清偿受领人在清偿收据中指明偿付某项债务的,已接受该收据的债务人不得另行指定抵充他项债务,从而以这种特定的方式赋予清偿受领人以指定抵充的权利。^[22]这种立法体例沿袭了罗马法的传统,采纳了债务人指定抵充和清偿受领人指定抵充同时并存的模式。与此不同的是,《德国民法典》改变了罗马法的这一传统,规定债务人不进行指定抵充时,直接适用法定抵充,从而拒绝给予清偿受领人以指定抵充的权利,采用了仅债务人有指定抵充权的立法体例。^[23]由此而来的问题是,指定抵充的权利被赋予或不赋予债权人和其他清偿受领人,在清偿抵充的法律构造和适用结果上将有哪些差异?

首先,根据《法国民法典》所采用的立法体例,在债权人出示清偿收据,而债务人并无异议接受的情形下,与其说清偿抵充的法律后果产生于债权人的指定,不如说债务人对债权人的清偿决定进行了默认从而产生约定抵充的法律后果。其次,根据上述对清偿抵充历史的考察,罗马法关于清偿受领人指定抵充的规定,对权利人而言意义不大,大陆法系的民法为防范清偿受领人滥用抵充的指定权使债务人陷入不利的境地,也对其指定抵充课加了若干限制。例如,债权人或清偿受领人不得指定抵充有争议的、尚未到期的或者违法的债务,^[24]在自然债务与民

[21] 参见陈自强,见前注[1],页310。

[22] 参见《日本民法典》第488条第2款,《法国民法典》第1255条,《韩国民法典》第476条第2款,《最新阿根廷民法典》第775条,《巴西新民法典》第353条。

[23] 参见《德国民法典》第366条第2款,我国台湾地区“民法”第322条。

[24] 参见《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》(DCFR)第3-2:110条第3项,《欧洲合同法原则》(PECL)第7:109条第2项。

事债务并存时也不得指定前者先抵充。^[25]又如,清偿受领人必须在受领清偿之后毫不迟延地作出清偿抵充的意思表示,并将之通知债务人,否则其所为的指定为无效而径直适用法定抵充。^[26]在这个问题上,日本的司法判例进一步认为,清偿受领人须在受领后不迟延地作出指定抵充的意思表示,如清偿人对清偿受领人的指定毫不迟延地提出异议,该指定不生效力。^[27]如果债务人事先并未同意清偿受领人的指定抵充,他甚至可以拒绝接受后者出具的清偿收据。^[28]但这样一来,在清偿受领人的指定抵充被拒绝之后,又将产生是否允许债务人再行指定抵充,还是直接适用法定抵充的复杂问题。由此可见,债权人或清偿受领人的指定抵充受到诸多的限制,在适用上具有很大的不确定性,权利人单方的意思表示难以直接导致权利变动的效果,不符合指定抵充权所具有的形成权属性。鉴于上述的限制,债权人或清偿受领人的指定抵充往往与法定抵充的效果相同,因此,对债权人或清偿受领人的指定抵充不作规定,事实上避免了制度之间的交叉与繁琐。^[29]

在法律构造上,债权人或清偿受领人指定抵充的存在,还对法定抵充的规则设置产生影响。在仅规定债务人指定抵充的立法例中,当债务人没有作出抵充的指定时,适用法定抵充。由于债务人可以通过指定抵充满足清偿先后的顺位利益,基于平衡当事人利益的考虑,法定抵充的规则设置会更多地顾及债权人的利益。但在同时规定了债务人指定抵充与清偿受领人指定抵充的立法例中,由于形式上已经赋予了清偿受领人以指定抵充权,在法定抵充中通常会对债务人采取“一边倒”的保护。以有担保的债务与无担保的债务并存时法定抵充的顺位为例,《法国民法典》第1256条第1款规定债务均已到期时应抵充债务人“清偿获益最大的债务”。根据法国最高法院的一则判例,这种对债务人最有利益的债务尤其指有某种担保的债务,理由是清偿此等债务使债务人同时解除对贷与人与担保人的义务。^[30]然而,《德国民法典》第366条第2款对此作出了不同处置,规定没有担保或担保最少的债务应先抵充。究其原因,《法国民法典》由于规定了债权人的指定抵充,债权人本可以行使指定权作出最符合自己利益的抵充安排,为了取得利益上的平衡,法定抵充的顺序应更多考虑债务人的利益。因此,依据债务人“清偿获益最大的债务”的标准去确定法定抵充的顺序时,使有担保的债务先于没有担保的债务获得抵充便顺理成章。

不同的是,《德国民法典》不是通过赋予债权人以指定抵充的权利来体现其利益,而是利用法定抵充顺序的设置使债权人和债务人的利益取得平衡。因此,《德国民法典》虽然没有规定

[25] See Walter J. Wadlington III, "Imputation of Payment: A Study in Obligations", 38 *Tul. L. Rev.*, 33(1963).

[26] *Ibid.*, at 42.

[27] 参见(日)于保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版有限公司1999年版,页349。

[28] Walter J. Wadlington III, *supra* note 25, p.37.

[29] 参见韩世远:《合同法总论》(第二版),法律出版社2008年版,页279。另参见曲佳、翟云岭:“论清偿抵充”,《法律科学》2014年第3期。

[30] 参见罗结珍译:《法国民法典》(下册),法律出版社2005年版,页968。

债权人指定抵充,但其法定抵充的顺序照顾了债权人的利益,使无担保或担保较少的债权先获抵充,债权人得以保留了有担保或有更好的担保的债权,从而降低债权无法受偿的风险。这种法定抵充的法律构造意味着债务人如果要尽早消除担保之负担,他应该在指定抵充的时候选择清偿有担保的债务。由于债权人或清偿受领人的指定抵充限制颇多且过于复杂,基于避繁就简的考虑,可以不规定债权人的指定抵充而在法定抵充的顺序中更多考虑其利益,这正是《德国民法典》立法例的优势所在。仅此而论,抛弃债务人指定抵充和清偿受领人指定抵充并存的立法例,采纳债务人指定抵充的单一立法例并在法定抵充中让缺乏担保或者担保数额最少的债务先获抵充,在立法的科学性上更为可取。这种立法例已为不少国家和地区的民法典所采用。^[31] 根据法释[2009]5号第20条规定,在债务均到期时“优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务”,这样的法定抵充规则是采纳债务人指定抵充的单一立法例的特色,可见我国的司法解释事实上也遵循了这种立法例,值得赞许。

在各项债务均届清偿期或均未届清偿期,且担保也相同时,各国的民法典或规定“债务人负担较重的债务”先抵充,或者规定债务人“清偿获益最大的债务”先抵充。^[32] 判定债务的负担轻重以及债务因清偿给债务人带来的获益多寡,存在经济性标准和非经济性标准。根据《法国民法典》的相关判例,债务人不履行某项债务将导致其受到刑事追究或承受更加严厉的制裁的,该项债务应先抵充。法国亚眠法院的一项判决表明,在被保险人同时负欠数项汽车保险费用时,根据最有利于债务人的原则,债务人的给付应先抵充强制汽车保险的保险费,因为根据法国的法律规定,如果没缴纳此等保险费当事人将受到刑事追究。^[33] 在这项判例中,法国法院采用了非经济性的标准。又如,《马耳他民法典》第1171条(c)项规定:“对于已到期的债务,应指定清偿债务人应受人身逮捕之债;没有任何此等债务的,应附利息之债的指定清偿优先于其他债务。”^[34] 在经济性标准方面,与无利息的债务相比有利息的债务、与低利息的债务相比高利息的债务、与无违约金的债务相比有违约金的债务对债务人而言因清偿而获益较多。^[35] 然而在不少场合,在数项债务中抵充哪项债务对债务人而言获益更多,不能一概而论,需要综合评判各项因素加以判断。例如,附有利息的单纯债务与无利息的连带债务并存时,以及有保证担保且附有利息的债务与有抵押担保且规定了违约金的债务并存时,为确定清偿哪项债务对债务人的获益更大,便需要衡量诸种因素加以判断。^[36] 从法律构造上看,债务人“清偿获益最大的债务”与“债务人负担较重的债务”,两者的评判标准虽不相同,但在判断结果上往往

[31] 参见我国台湾地区“民法”第322条第2项,《葡萄牙民法典》第784条第1款,《澳门民法典》第773条第1款。

[32] 参见《德国民法典》第366条第2款中段,《日本民法典》第489条第2项,《法国民法典》第1256条第1款,《菲律宾民法典》第1254条第1款。

[33] 参见罗结珍,见前注[30],页968。

[34] 参见李飞译:《马耳他民法典》,厦门大学出版社2012年版,页247。

[35] 参见王利明:《合同法研究》第二卷(修订版),中国人民大学出版社2011年版,页276。

[36] 参见(日)我妻荣:《我妻荣民法讲义IV新订债权总论》,王蕊译,中国法制出版社2008年版,页258。

发生重叠,因为让债务人负担较重的债务先获清偿,对债务人而言通常也获益最大。

由上所述,现代民法中的清偿抵充制度虽然溯源于罗马法的规定,但在观念、类型与制度构造方面对罗马法的规定有所扬弃。在罗马法中,由于秉持改善债务人地位的观念,其清偿抵充的法律构造偏重于保护债务人的利益,除了规定利息应先于本金抵充而有利于债权人之外,无论是指定抵充还是法定抵充都较少考虑债权人的利益,甚至可以说清偿抵充是对债务人清偿决定的拟制或补充。在现代民法中,随着债务人地位的改善,罗马法上的清偿抵充的基本类型和法律构造虽然得到了很大程度的保留,但现代的清偿抵充制度并不片面强调债务人的利益,而是出于平衡债务人、债权人和有利害关系的第三人各方利益的考虑,对当事人的清偿决定施加了许多限制。法定抵充也并非是对当事人意思表示的补充,而是考虑了双方当事人地位的公平、妥当的标准。^{〔37〕}

三、法释〔2009〕5号第20条解释

法释〔2009〕5号第20条确立了合同债务的清偿抵充顺序:第一,债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的,按照约定抵充;第二,在无约定抵充时,如债务中有的已届清偿期,有的未届清偿期,则先抵充已届清偿期的债务;第三,债务均届清偿期的,先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务;第四,债务均届清偿期,且均无担保或担保数额相等的,先抵充债务负担较重的债务;第五,债务的负担相同时,按照债务清偿期的先后顺序抵充;第六,债务的清偿期和债务负担相同的,按比例抵充。^{〔38〕}上述规定借鉴了外国民法典上的清偿抵充的基本法律构造,但关于清偿抵充的约定、指定抵充的适用以及法定抵充的顺位等细节问题,仍需进一步明确。

(一)清偿抵充的约定

大陆法系国家的民法典均不明确规定约定抵充,但这不妨碍当事人达成抵充的合意,因为关于清偿抵充的规定非属法律的强制性规定,根据契约自由原则,当事人当然可以约定所欲抵充的债务。^{〔39〕}约定抵充具有适用上的优先性,在当事人未约定抵充或该约定无效时,才适用指定抵充或法定抵充。抵充的合意无需采用特定的形式,除了明示的抵充合意之外,还可根据当事人的行为推定存在抵充的合意。比如,债权人请求偿付特定债务,债务人对此予以支付;或者债务人的给付系为清偿特定的债务,债权人未表示反对而默认受领。^{〔40〕}如前所述,债权人或清偿受领人在清偿收据中指明了某项给付所偿付的债务,并且债务人接受了该收据的,可视为当事人之间成立了默示的抵充合意。在一方实施了欺诈或胁迫的情形下,受欺诈方或受胁迫方可以根据意思表示的一般规则请求撤销该抵充约定。

〔37〕 同上注,页254。

〔38〕 参见曹守晔:“《关于适用合同法若干问题的解释(二)》的理解与适用”,《人民司法》2009年第13期。

〔39〕 参见孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社2006年版,页869。

〔40〕 参见我妻荣,见前注〔36〕,页260。

抵充的合意应在债务履行之前或在履行之时达成,当事人亦可约定一方的指定抵充权,但该权利必须在偿债之时或在受领清偿之后不迟延地行使。在债务履行之前达成的抵充合意,构成抵充的预约,如债务人违反该预约而指定抵充其他债务,债权人可拒绝受领,不构成受领迟延,债务人因未按照抵充预约履行给付,陷于给付迟延并承担损害赔偿责任。^{〔41〕}但债权人仍受领该给付的,债务人所指定抵充的债务即归于消灭,至于债务人违反抵充的预约,则属于另一个问题。^{〔42〕}在债务清偿之后当事人协议更改抵充的约定的,仅在当事人之间发生更改的效力,但对有利害关系的第三人而言,原来因约定抵充而消灭的债务不复活,特别是因清偿而免责的保证人或物上担保人并不受影响。^{〔43〕}因此,如果在清偿之后债务人接受债权人开具的清偿收据,视同偿付之后再行约定抵充,因债务已经受偿而获得免责的利害关系人不受影响。在约定抵充中债务受偿的顺序并无限制,可以先抵充无担保的债务,保证人、物上担保人、连带债务人等利害关系人亦无权干涉当事人的抵充约定,但此等利害关系人与债权人和债务人共同成立抵充预约之后,债权人与债务人作出的与之相异的抵充约定或指定,对他们不具有对抗效力。

在物上担保人或保证人仅对一笔债务的部分提供担保的情形下,债务人的部分清偿如何抵充,涉及担保责任是否消灭的问题。就担保物权而言,根据其不可分性,债权的一部分因清偿、抵销、混同等原因而消灭时,担保物权并不相应地缩减,担保物权人仍可就担保物的全部行使其权利。^{〔44〕}因此,无论约定还是指定抵充一笔债务中的部分债务,债权人仍可就债权的余额对担保物的整体主张权利。就保证债务而言,如仅就债务的部分额度约定了担保,例如全部债务为50万,约定就其中的20万元债务负保证责任,保证人应在该担保额度内对债务的余额承担保证责任,如有20万元的债务未获清偿,保证责任即不免除。但保证人或物上保证人仅担保部分债务受偿的,例如仅担保50万元债务中的20万元可获受偿,则债务人偿付了20万元债务时担保人即可免责,纵使债权人与债务人约定抵充其他部分的债务,担保责任亦归于消灭。

(二)指定抵充的适用

在不存在约定抵充或约定抵充无效时,适用指定抵充,这是罗马法以来大陆法系民法的传统与共识。然而根据法释〔2009〕5号第20条末段但书的规定,仅在债权人与债务人约定了抵充的情形下,该条前段规定的法定抵充顺位才不适用。根据其文义解释,如债务人或债权人在清偿时单方指定抵充某项债务,该指定无效而应适用法定抵充,这无论在私法史还是在比较法上,司法解释的这种规定均属于立法例上的孤例,其正当性和合理性值得怀疑。

在法释〔2009〕5号实施之前,在宁波市江北区人民法院审理的“宁波恒威数控机床有限公司诉宁波北仑东叶模具有限公司买卖合同纠纷案”^{〔45〕}中,法院认为“应尊重债务人指定抵充

〔41〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页794。

〔42〕 参见孙森焱,见前注〔39〕,页869。但胡长清先生认为,债务人在给付之际违反清偿抵充的预约,单独指定抵充其他债务时,该指定应属无效。参见胡长清:《中国民法债编总论》,商务印书馆1935年版,页54。

〔43〕 参见史尚宽,见前注〔41〕,页795。

〔44〕 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,页242。

〔45〕 (2008)甬北民二初字第422号。

的权利,在债权人与债务人双方未达成抵充合意的情况下,各国民法无例外地规定债务人有权以其单方面的意思表示,决定其给付系清偿何宗债务,这无疑符合私法自治的本义。因为清偿的给付行为,由债务人为之,自然应当尊重其意思。”又如,在浙江省绍兴市中级人民法院审理的“嘉兴市良亮服饰有限公司与绍兴县天成印染有限公司承揽合同纠纷上诉案”〔46〕中,法院在适用法释〔2009〕5号第20条时指出“如果双方没有约定,那么债务人有权单方指定抵充顺序”。再如,在江苏省盐城市中级人民法院审理的“江苏悦达贸易股份有限公司诉卫兵等企业借贷纠纷案”〔47〕中,债务人分别作为担保人和借款人负欠债权人一笔保证债务和一笔借款债务,在不存在抵充约定的情形下,法院也认为债务人有权指定偿付自己负欠的借款债务,而不是自己为他人承担的保证债务。在该案件中,如果严格遵循法释〔2009〕5号第20条末段但书的规定,债务人便无从指定抵充自己负欠的借款债务,而必须依据法定抵充的顺位使有担保的债务先获抵充。这样的适用结果无异于强迫债务人须在偿付了作为从债务的保证债务(无论其主债务是否被主张)之后,才能偿付自身负欠的主债务,这剥夺了债务人为自己的利益进行清偿自由,也违背了保证债务的从属性,并衍生保证人如何援引先诉抗辩权的复杂法律问题。

无论在比较法中还是在司法实践中,债务人的清偿自由不可剥夺,否定债务人指定抵充做法在法政策上并不可取。我国的主流学者也认为,规定债务人的指定抵充具有重要的现实意义,并对其法律构造进行了学理的阐述。〔48〕从法释〔2009〕5号第20条所借鉴的国外立法例来看,司法解释的制定者对指定抵充也并不陌生,最高人民法院法官撰写的立法资料显示,之所以没有规定指定抵充,是因为制定者认为这种情况在现实生活中尚未遇到。〔49〕可见,此项制度的缺失属于司法解释制定者明知而故为,但上述出现在我国审判实践中的债务人指定抵充的现象表明司法解释的制定者对现实情况发生了误判,法释〔2009〕5号第20条但书排除债务人指定抵充的做法实为法政策的错误安排。这种法政策上的错误,并不涉及法律规定是否圆满,只是法律决定本身无法经受法政策上的批评,因此非属法律漏洞,因而无目的性扩张解释或类推适用的空间,应通过创造性的补充进行法律续造。〔50〕关于债务清偿的性质,通说认为债务的清偿不必在债务人与债权人之间成立合意,不要求当事人对完成给付的目的达成协议,而仅要求清偿人有清偿的目的决定。〔51〕要促成清偿的效果并确定其具体的归属,离不开清偿人的目的决定,纵使在诸多情形下,债务人的给付究竟指向何项债务,根本不存在疑问,但

〔46〕 (2009)浙浙商终字第612号。

〔47〕 (2013)盐商初字第0152号。

〔48〕 参见王利明,见前注〔35〕,页274;韩世远,见前注〔29〕,页279。

〔49〕 参见沈德咏、奚晓明主编,最高人民法院研究室编著:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,页164。另参见曹守晔,见前注〔38〕。

〔50〕 法律漏洞是一种“违反计划的不圆满性”,上述立法资料显示,依法释〔2009〕5号第20条制定者的计划及规整意向,其原不拟准许此制度,因此该条并不存在违反计划的漏洞。但制定者的这项决定被证实为不当,因而属于法政策上的错误。参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页251-252;黄茂荣:《法学方法与现代民法》第五版,法律出版社2007年版,页503。

〔51〕 参见陈白强,见前注〔1〕,页305。

在学理上仍假定债务人作出了给付目的的指定。^[52] 由于清偿行为由债务人完成,依据事理之性质,自然离不开其意思决定,法释〔2009〕5号第20条但书排除债务人指定抵充的做法,严重悖反事物的本质。鉴于此,为了明确清偿效果的归属,在适用法释〔2009〕5号第20条规定时,如当事人之间不存在抵充的合意,不宜径直适用法定抵充,在债务人明确表示偿付何项债务的情形下,应考虑其指定抵充的决定。为避免发生争议,在立法论上笔者建议删除法释〔2009〕5号第20条末段的但书,并明确规定债务人的指定抵充。^[53]

抵充的指定必须以需受领的意思表示的方式为之,无需采用特定的形式,也不以明示为必要,债务人可以根据法律行为的一般规则作出默示的抵充指定。^[54] 在特定情形下,可根据债务数额上的对应关系推知债务人指定抵充的债务,例如因借贷而负担100马克并作为价金而负担57.80马克,则汇付57.80马克通常将用于清偿价金债务。^[55] 债务人可以单独决定其清偿目的,指定某项或某几项债务优先受偿,但该指定不得违反费用、利息和主债务的法定抵充顺位,即不得先指定抵充主债务,然后抵充费用和利息。如债权人未明确同意债务人的此等指定,纵使 he 受领了债务人的清偿,亦不适用主债务先于费用、利息的抵充。债务人可指定对某项或某几项债务进行部分清偿,这种部分清偿可适用债务不履行的一般性规定。^[56] 债务人的指定抵充权在性质上属于形成权,债务人单方的意思表示即发生债务抵充的效果。^[57] 一旦进行了指定,债务人不得撤消,清偿受领人也无另外主张抵充其他债务的余地。债务人在清偿债务之后作出的抵充指定,亦属无效,在此情形下应适用法定抵充。

在法定抵销的情形下,由于抵销适状的出现并不自动导致同种类的债权之间等额消灭,当事人必须作出抵销的意思表示。^[58] 如果存在多个适于抵销的被动债权,而主动债权不足以抵销这些被动债权的全部债权额,就会发生抵销的抵充问题,抵销人必须明确说明抵销涉及哪项具体的债务,则该项债务因抵销的抵充而消灭。如果抵销人仅作出抵销的意思表示,但未指明具体抵销哪项债务,只要他有消灭二人互负债务的意思即成立有效的抵销,并不要求被抵销债务必须具体明确。在此情形下,应通过法定抵充的规则确定被抵销的债务,且须遵循先抵销费用、次抵销利息、最后抵销主债务的顺序。^[59] 由于抵销具有溯及既往的效力,它使当事人

[52] 参见杜景林:《德国债法总则新论》,法律出版社2011年版,页115。

[53] 有人提出仅规定债务人的指定抵充,在指定权的主体上过于狭窄,在术语上应使用“清偿人”代替“债务人”,或者通过法律解释得出由清偿人享有指定抵充权(参见王涛:“债务抵充制度相关问题研究”,华东政法大学硕士学位论文,2012年,页40)。对此,笔者并不赞同,因为债务人以外的清偿人可通过第三人代为清偿等替代制度,达到与指定抵充相同的法律效果,详细的理由可参见本文第二部分的分析。

[54] Cfr. C. Massimo Bianca, *Dritto Civile IV: L'obbligazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 338.

[55] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢祺译,法律出版社2004年版,页189。

[56] Christian von Bar, Eric Clive, *supra* note 19, p.754.

[57] 参见崔建远:《债法总论》,法律出版社2013年版,页266。

[58] 根据我国《合同法》第99条规定,当事人主张抵销的,自通知到达对方当事人时抵销生效,可见我国并未采取抵销当然主义,而是采纳了抵销意思主义。

[59] 参见梅迪库斯,见前注[55],页214。

之间的债之关系溯及最初得为抵销时消灭。因此,自抵销适状发生时起再发生的一些变化,比如,后来的债权让与、后来主动债权的诉讼时效届满,均不妨碍抵销人主张抵销。^[60]如果在抵销之时有一项被动债权的诉讼时效已经届满,但该项债权在抵销适状时其诉讼时效尚未届满,则抵销相对人可以不迟延地反对抵销人的指定,然后再按照法定抵充规则确定应予抵销的债务,从而使该项在抵销之时其诉讼时效已经届满的被动债权获得受偿的可能。^[61]举例说明:甲对乙有 A、B 两项金钱债权,其中 A 债权的利率较高但诉讼时效已经届满,B 项债权的利率较低但效力完整,乙对甲有一项金钱债权。当乙以自己对甲的债权(主动债权)去选择抵销甲的 B 债权(被动债权)时,如果在抵销适状时 A 债权的诉讼时效尚未届满,则甲可以及时反对乙的抵销指定,进而依据法定抵充的顺位确定 A、B 两项债权中何者应被抵销。由于 A 债权对债务人乙而言负担较重,则它应先于 B 债权被抵销。在此例中,乙的指定抵充的权利被削弱了,而甲可以借助法定抵充使诉讼时效已届满的债权得到抵销,这是承认抵销具有溯及既往之效力的必然结果。因为依据抵销的溯及力,若在诉讼时效届满之前债权可以相互抵销,则在时效届满之后此等债权仍可以被抵销。^[62]我国《合同法》虽然没有明确规定抵销的溯及力,但已为学界的主流学者所一致承认,^[63]因此在解释上应做同样的理解。

(三)法定抵充的顺位

在既无约定抵充也无指定抵充的情形下,轮到了法定抵充的出场。法释〔2009〕5 号第 20 条规定了法定抵充的五个顺位,但在确定此等顺位时,须考虑如下特殊的情况。

第一,法释〔2009〕5 号第 20 条仅规定债务“均到期”的情形下,优先抵充对债权人缺乏担保或“担保数额最少的债务”,没有规定数项均未到期的债务的抵充顺位,也没规定超额偿付到期债务的部分可否抵充此后发生的债务。根据《合同法》第 71 条的规定,在债权人利益不受损害时,他不得拒绝债务人的提前履行,因此在债务人提前履行债务时,若同时存在数项均未到期的债务,此等债务之间仍会发生清偿抵充的问题。对此,《日本民法典》、《韩国民法典》和我国台湾地区“民法”都规定了未到期债务的清偿抵充,立法上的考虑更为周全。^[64]就法释〔2009〕5 号第 20 条的适用而言,既然《合同法》第 71 条允许债务人放弃期限利益而提前清偿债务,根据体系解释可以将“均到期”的债务抵充之规定类推适用于“均未到期”的债务之间的抵充。此外,在连续发生的借贷关系中,如债务人超额偿付了某项借款债务,该超额支付金可否当然抵充后续发生的借款债务?日本的司法判例认为,如果持续反复进行的借贷可被视为一个整体的借贷,则超额支付金应按照法定抵充的规定抵充其他借款债务;但如果当事人先后缔结了两个基本契约,则清偿既存债务所产生的超额支付金不能抵充之后产生的债务,超额

[60] 参见韩世远,见前注〔29〕,页 495。

[61] 参见(德)迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(第 7 版),沈小军、张金海译,中国人民大学出版社 2014 年版,页 150。

[62] 参见(德)汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第 33 版),张艳译、杨大可校,中国人民大学出版社,页 403。

[63] 参见王利明,见前注〔35〕,页 362;韩世远,见前注〔29〕,页 495。

[64] 《日本民法典》第 489 条第 2 项,《韩国民法典》第 477 条第 2 项,我国台湾地区“民法”第 322 条第 2 项。

支付金抵充将来债务的条件是当事人之间存在关于这样的抵充合意。^[65]事实上,这种处理方案考虑了债务人的期限利益,他不被强迫提前履行债务,债权人只能等待后续的债权到期,用它来抵销债务人的不当得利返还请求权。

第二,法释〔2009〕5号第20条使用了优先抵充“担保数额最少的债务”之表述,从文义解释上看它并不区分担保的类型,只要债务所受担保的数额最少,就应当先抵充。例如,如果一项数额较少而由银行提供全额保证的债务,与另一项数额较大而由个人提供全额保证的债务并存,根据上述规定,应当先抵充的债务是由银行提供保证的债务。这样适用的结果是,有银行信用担保的债务先抵充,而以个人信用担保的债务却未获抵充,这有悖于该条规定所体现的保护债权人利益的规范目的。事实上,仅仅以债务所受担保数额的多少来决定抵充顺位,难以保障债权并维护交易安全。因此,法释〔2009〕5号第20条关于“担保数额最少的债务”先获抵充的规定,不能贯彻法定抵充的规范意旨,在适用上应对其进行目的性扩张解释,即除了要考虑担保的债务的数额之外,还应考虑担保的类型、担保人的信用等因素,综合判断应先予抵充的债务。例如,有保证的债务较之有物的担保的债务往往应先抵充;^[66]而有抵押担保的债务相较于由一家大银行提供保证的债务,所受的担保程度会差一些,因而应先抵充。^[67]对债权人而言,连带债务增加了责任财产从而具有一定的担保功能,但不能直接将其解释为“有担保”的债务并与其他有担保的债务加以比较。相较于连带债务,单纯的债务对债务人而言负担较重,因为单纯的债务的债务人不具有求偿权,因而应先获抵充。

第三,在商事交往中,交易双方经常采用往来账的结算来清理多项债权债务关系,何项债务先获抵充以及余额债权的构成对当事人而言具有实际意义,至少会涉及余额债权的诉讼时效的长短问题。例如,在往来账中,债权人有三笔价金债权,分别是10万、5万和15万,同时有一笔租金债权10万(诉讼时效期间为1年),所有的债权均届清偿期,所附的担保和债务负担均属相同。通过结算,债务人偿付了30万元但没有进行余额承认。如果无法根据债务到期的先后(例如均未约定上述债务的履行期限)确定抵充的顺序,则各债权按比例抵充时仍将存在上述四项债权的余额,结果是没有任何一项债权得到了完全的清偿,显然这种解决方案很不实用。根据德国的通说,在上述例子中诉讼时效较早过期的债权应先获抵充,因为它属于给债权人担保较少的债权。^[68]笔者认为这种解释更具有实用性和效率,符合往来账结算旨在简化债务构成的目的,在判断何项债务属于“担保数额最少的债务”,法官拥有一定的裁量权。但如果当事人对往来账进行了余额承认,数项债务被整合为一项债务而发生债的更新时,不适用清偿抵充的规则。^[69]

第四,在现实中时会发生诉讼时效期间已届满的债务与其他债务并存的情况,从而产生债务人的清偿应抵充何项债务的问题。根据最高人民法院对法释〔2008〕11号(即《最高人民法

[65] 参见高翔:“超过法定利息债务的抵充——从最高裁判判例看当事人合意意思之解释”,载解亘主编:《南京大学判例评论》(第1辑),法律出版社2012年版,页106-107。

[66] 参见孙森焱,见前注〔39〕,页871。

[67] 参见梅迪库斯,见前注〔55〕,页190。

[68] 参见(德)C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,页611。

[69] Christian von Bar, Eric Clive, *supra* note 19, p.756.

院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》)第 22 条规定的解读,为保护债权人利益,应该认定债务人偿付的是诉讼时效期间已过的债务,属于诉讼时效期限届满后债务人作出的同意履行义务的意思表示。^[70]然而这样的解读与法释〔2009〕5 号第 20 条规定存在冲突,因为它撇开了债务的担保以及债务负担等考虑因素,以片面保护债权人利益的立场作出对债务人不利的解释,这种处理的合理性值得怀疑。在比较法上,根据意大利最高法院民事庭的判例,适用法定抵充的债务仅限于债权人可请求强制履行的债务,而消灭时效期间届满的债务属于不可强制履行的自然债务,纵使债务人为超额偿付,债权人对超额偿付部分也不具有“清偿留置”^[71]的效力,仅在债务人明确表示将清偿归属此等债务时,才产生清偿抵充的效果。^[72]意大利的学说也认为,在自然债务与民事债务并存的情形下,不能适用法定抵充和债权人的指定抵充。^[73]根据法释〔2008〕11 号第 3 条的规定,法院不得主动援引诉讼时效的规定进行裁判,当事人一方未提出诉讼时效抗辩,法院也不得对诉讼时效问题进行释明。因此通说认为,关于诉讼时效的效力,上述关于诉讼时效的司法解释采取了抗辩权发生主义。^[74]在债务人既未明确表示偿付诉讼时效期间已届满的债务,也未表示偿付他项并存的债务的情形下,依据法定抵充的规则直接认定诉讼时效期间已届满的债务先予抵充,就相当于认定为债务人放弃援引诉讼时效的抗辩权。笔者认为,在债务人并无明确的清偿的目的决定时,不能基于片面保护债权人的目的,断然认为他放弃援引诉讼时效的抗辩。在此情形下,仍有清偿抵充制度的适用余地,在法释〔2009〕5 号第 20 条规定实施之后,应根据该条规定的法定抵充规则确定债务的受偿顺序,例如根据担保的情况确定债务的清偿抵充,或者根据债务的到期先后。

四、法释〔2009〕5 号第 21 条的解释

(一)利息的抵充

法释〔2009〕5 号第 21 条规定利息先于主债务抵充,但未对可抵充的利息类型进行列举,而现实中利息的样态各异、性质有别,尤其是超过法定利率限额的利息、逾期利息可否一概适用同样的抵充规则,值得研究。

现代法奉行利息自由的同时还对其进行管控,我国法(民)发〔1991〕21 号,即《最高人民法

[70] 根据法释〔2008〕11 号第 22 条的释义,“多笔债务中的一笔债务已过诉讼时效期间,债务人履行了其中一笔,但未表示是何笔的,如何认定其履行的债务是何笔债务问题……在这种情形下,为保护债权人利益,可以认定履行的是诉讼时效期间已过的债务。”参见奚晓明主编,最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2008 年版,页 380。

[71] “清偿留置”(soluti retentio)制度源自于罗马法,指某人在接受了他人的错误给付后,可基于与该人的其他债之关系而扣留该给付物,从而使债权获得清偿。在此情形下,接受了错误清偿的人不受“非债返还诉”的追究。Cfr. Matteo Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, G. B. Palumbo & C. Editore S. P. A., 1994, p.426.

[72] Cfr. Paolo Cendon /Agusto Baldassari (a cura di), *Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza*, UTET Giuridica, 2007, p.1293.

[73] Andrea Rodeghiero, op. cit. 10, p.22.

[74] 参见奚晓明,见前注〔70〕,页 78。

院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条规定:约定利率超过银行同类贷款利率的四倍的,超出部分的利息不予保护。传统的民法理论认为,对于超过法定利率限额的利息,债权人无请求权,但债务人任意偿付的,仍为有效。^[75]在实践中常有超限利息和本金并存的情况,如债务人的给付不足以清偿此等全部债务,便产生了利息与本金如何抵充的问题,在此情形下,需判断债务人的给付是否构成对超限利息的任意偿付。例如,甲负欠乙本金债务100万,约定的利率超过法定的利率限额,到期利息10万(其中超限利息为5万),现甲向乙偿还8万元,但未标明系偿还本金还是利息,那么超限利息可否先于本金受偿?我国台湾地区的判例认为,在当事人没有约定的情形下可先于本金抵充的利息,仅指未超过法定利率限制的利息,对于超过法定利率限制的利息,不成立债务人的任意偿付。^[76]日本的学说也将其按清偿抵充问题加以处理,规定在债务人并未明确表示偿付超限利息时,不得抵充超限的利息。^[77]根据日本的判例,在当事人之间仅存在一个借贷关系时,债务人偿付的超过利息限制部分的支付金应抵充本金债权,对一直继续支付本已消灭的本金的借款人,赋予其不当得利返还请求权。^[78]在我国审判实务中,法院支持法定利率限额之内的利息(即按银行同类贷款利率的四倍计算的利息)可先于本金抵充,超出的部分抵充本金。^[79]这种做法与域外的判例观点一致,值得赞同。因此,根据法释〔2009〕5号第21条规定,仅在债务人明示或默示偿付超限利息时,才产生该部分利息先于本金受偿的效果,构成债务人的任意清偿,偿付之后不得主张将超限利息部分的偿付抵充本金,也不得请求返还该部分的偿付。在既无当事人的约定,也无债务人指定时,仅导致法定利率限额内的利息受偿,不当然抵充超限的利息。

在审判实务中,时会产生逾期利息是否属于法释〔2009〕5号第21条规定的利息并先于本金抵充的问题。例如,在上海市徐汇区人民法院审理的“黄一诉黄二等民间借贷纠纷案”^[80]中,当事人约定按银行同期贷款利率的四倍计算逾期利息,原告债权人提出的此等利息应先于本金抵充的请求得到了法院的支持。在湖南省永州市中级人民法院审理的“蒋某某等与龚某民间借贷纠纷上诉案”^[81]中,对于第一笔没有约定利息的借款,法院根据同期银行贷款的基准利率计算

[75] 参见史尚宽,见前注〔41〕,页799;我妻荣,见前注〔36〕,页36。

[76] 参见我国台湾地区“最高法院”1952台上字807号判例:上诉人对于被上诉人负有原本及利息数宗债务,其提出2500元之给付不足清偿全部债务,在不能证明被上诉人同意先充原本时,不过应依“民法”第323条所定顺序,先充利息,后充原本而已,本与上诉人就其约定超过法定利率限制之利息是否任意给付,系属别一问题,且该条所谓应先抵充之利息,系仅指未超过法定利率限制之利息而言,至超过法定利率限制之利息,即无论在“民法”或“利率管理条例”,既规定为无请求权,自难谓为包含在内,亦不得仅执该条前开规定,遂谓上诉人就其约定超过法定利率限制之利息,已为任意给付。

[77] 参见我妻荣,见前注〔36〕,页47。

[78] 参见高翔,见前注〔65〕,页100。

[79] 例如重庆市高级人民法院审理的“景小毛诉李志盛等民间借贷纠纷案”〔(2013)渝高法民终字第00259号〕,宁波海事法院审理的“林某某诉梁甲等船舶营运借款合同纠纷案”〔(2013)甬海法台商初字第38号〕,江苏省徐州市中级人民法院审理的“润东汽车集团有限公司诉江苏恒龙通信实业有限公司等企业之间借款纠纷案”〔(2012)徐商初字第00125号〕。

[80] (2013)徐民一(民)初字第2204号。

[81] (2013)永中法民一终字第40号。

逾期利息,对于第二笔规定了本金利息且利率没有超过同期银行贷款利率四倍的借款,法院以本金的利息计算逾期利息,并根据〔2009〕5号第21条规定判决这两笔借款的逾期利息均先于本金抵充。类似的案件还有上海市闵行区人民法院审理的“张a诉上海A机电工程有限公司等民间借贷纠纷案”,在当事人未约定逾期利息的情形下,法院按约定的本金利率计算逾期利息并进行抵充。^{〔82〕}由上可见,法院在处理逾期利息的抵充问题时,按不同的利率标准计算逾期利息,但这些利率标准是否具有合理性,仍值得研究。在性质上,利息属于债权人应有的收益,如因违约或其他原因占用了应属他人的资金,就应当向他方按资金占用的时间长短偿付该笔资金的成本。在违约案件中,当事人提出的诉讼请求通常都包括要求对方给付欠款的逾期利息,实际上是以利息作为标准来计算不能及时回收资金的损失。^{〔83〕}逾期利息的给付仅取决于债务人占用了本归债权人支配的资金的事实,不考虑债权人遭受的实际损害,纵因不可抗力致迟延归还本金,债务人偿付逾期利息的义务也不能豁免,债务人纵因运用资金得宜而大有斩获,亦无须对债权人增加给付,逾期利息的偿付与当事人营业的盈亏无关。因此,逾期利息的支付具有绝对性,它与已经发生的本金利息具有同质性,可适用相同的抵充规则。^{〔84〕}

鉴于此,在当事人既未约定逾期利息也未约定其计算方法的情形下,应根据法定标准而不能按约定的本金利率计算逾期利息并进行抵充,否则就等于变相延长了本金的借款期限。这种法定标准可参考法释〔2012〕8号(即《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》)第24条第4款规定,以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础,按照逾期罚息利率标准计算逾期利息。之所以采用罚息利率,是为了避免逾期付款而占用他人资金与通过银行贷款获取融资相比代价更小,从而滋长逾期付款的不诚信行为。^{〔85〕}在当事人约定了逾期利息及其计算方法时,可按当事人的约定计算逾期利息,但仅法定限额内的逾期利息可先于本金抵充。逾期利息中超出法定利率限制的部分,因为具有违约金或损害赔偿金的属性,与本金利息和法定限额内的逾期利息有所不同,前者是尚未清算的损失,后者是原物的孳息,它们之间不具有同质性。因此,超出法定利率限制的逾期利息不能根据〔2009〕5号第21条规定先于本金抵充,但可作为债务人迟延履行付款所致的损害赔偿金与本金处于同样的顺序受偿。

值得注意的是,2009年3月30日通过的法释〔2009〕6号(《最高人民法院关于在执行工作中如何计算迟延履行期间的债务利息等问题的批复》)第2条规定:“执行款不足以偿付全部债务的,应当根据并还原则按比例清偿法律文书确定的金钱债务与迟延履行期间的债务利息,但当事人在执行和解中对清偿顺序另有约定的除外。”本条是关于执行程序中执行款的清偿顺序的规定,与法释〔2009〕5号第21条所规定的合同之债的清偿抵充不同,两者之间的关系为特殊与一般的关系。依据该条规定,在金钱债务的执行程序中,并非所有迟延履行利息均先于法律文书所确定的债务受偿,而应当遵循利随本清和并还原则,已到位的执行款项部分用于偿

〔82〕 (2012)闵民二(商)初字第2148号。

〔83〕 参见白璐:“买卖合同司法解释与联合国国际货物销售合同公约中利息偿付规定的比较研究——从国际货物买卖合同案件审理的视角”,《法律适用》2014年第3期。

〔84〕 参见邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社2004年版,页461。

〔85〕 参见奚晓明主编,最高人民法院民事审判庭第二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,页395。

付法律文书所确定的债务,部分用于偿付与该债务份额对应的迟延履行期间的债务利息。这种处理模式看似简单,采取并还原则也平衡了债务人和债权人的利益,但在主债务本身就包含有债务利息的情形下,该模式的适用陷入困境。举例说明:甲负欠乙10万元的借款债务,并约定按日息5‰计算逾期还款利息,该项借款本金和利息均为法院的判决所确认。如果在判决确定的执行期限到来时,乙没有履行法律文书所规定的金钱债务,根据法释〔2009〕6号规定的计算方法,他应当承担自该日起算的迟延履行期间的债务利息。^{〔86〕}至于当事人约定的逾期还款的债务利息如何适用,它可否与上述迟延履行期间的债务利息并存,该司法解释并没有涉及。在适用该司法解释的过程中,许多法院认为按照并还原则计算执行款的偿付过于复杂,不具有可操作性,从而最终导致最高人民法院通过的法释〔2014〕8号(《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》)对此进行了重大变更。^{〔87〕}根据该解释的第1条规定,执行程序中迟延履行期间的债务利息包括一般债务利息和加倍部分债务利息,前者根据法律文书确定的方法计算,后者的计算方法为:加倍部分债务利息=债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务×日万分之一点七五×迟延履行期间。由此可见,在执行程序中一般债务利息和加倍部分债务利息相互独立且并行计算,前者属于债务人逾期履行金钱债务所致的迟延利息,后者是被执行人不履行生效法律文书时被课加的间接强制执行措施,两者具有不同的法律意义。根据该解释的第4条规定,除当事人另有约定外,被执行人的财产不足以清偿全部债务的,应当先清偿生效法律文书确定的金钱债务,再清偿加倍部分债务利息。依据这样清偿顺序,已到位的执行款在优先偿付生效法律文书确定的金钱债务时,如果该金钱债务包含有费用和一般利息,则仍须根据法释〔2009〕5号第21条规定,使此等费用和利息先于主债务抵充,但执行程序中的加倍部分债务利息不能先于该金钱债务受偿。

(二)违约金的抵充

从文义上看,法释〔2009〕5号第21条仅规定了费用和利息应先于主债务抵充,未规定违约金的抵充顺序,但审判实务往往对利息与违约金不加区分,出现了将该条规定扩大适用于违约金抵充的情况。

在“曹国良与张德明民间借贷纠纷上诉案”^{〔88〕}中,原被告双方于2008年7月8日签订还款协议,约定债务总额为25万元,分六次偿还,同时还约定如出现任何一笔款项未按时归还,即视为全部欠款到期,被告未按时偿还欠款的,“自违约日起,按全部未还本金日万分之六支付利息。”嗣后,被告向张原告还了31000元,但未明确该笔款项系偿付哪项债务。对此,北京市朝阳区人民法院(一审法院)将当事人约定的逾期付款利息认定为违约金,并根据法释〔2009〕5号第21条规定,判决被告向原告偿还的31000元应先抵充违约金,但考虑到违约金过高,法院按照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算,将被告已支付的31000元

〔86〕 根据法释〔2009〕6号的规定,迟延履行期间的债务利息=清偿的法律文书确定的金钱债务×同期贷款基准利率×2×迟延履行期间。

〔87〕 参见江必新、刘贵祥主编、最高人民法院执行局编著:《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息司法解释理解与适用》,人民法院出版社2014年版,页109。

〔88〕 (2011)二中民终字第15914号。

从利息总额中扣除。北京市第二中级人民法院(二审法院)认为,当事人约定的逾期利息具有违约金的性质,不能适用法释〔2009〕5号第21条规定先于本金抵充,判决被告支付的31000元直接抵充本金。

在浙江省杭州市中级人民法院审理的“张某某与曹某某民间借贷纠纷案”〔89〕中,被告向原告借款人民币350万元,利息为月息2%,借款期限为两个月,到期应偿还本息合计364万元,并约定如逾期还款被告应以尚欠的借款本息按每天5‰的数额支付违约金。之后,在尚欠263.25万元本金和超过20万元违约金的情形下,被告向原告支付了20万元的款项,但未表明系偿还本金还是偿付逾期还款的违约金,双方就该笔款项偿付的是借款本金还是违约金发生了争议。法院根据法释〔2009〕5号第21条规定,判定被告偿付的20万元款项应先抵充逾期还款的违约金而不抵充本金。

与第二个案件类似的还有浙江省嵊州市人民法院审理的“上饶林源房地产开发有限公司等与尹良君股权转让合同纠纷案”、〔90〕上海市浦东新区人民法院“XX公司诉刘XX等民间借贷纠纷案”,〔91〕法院直接适用了法释〔2009〕5号第21条,判定被告支付给原告的款项应首先抵充利息和违约金。此外,浙江省高级人民法院于2009年9月8日制定了《浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》(浙高法〔2009〕297号),明确规定违约金与利息均应先于本金抵充。〔92〕由上可见,我国的审判实务存在扩大适用法释〔2009〕5号第21条规定的倾向,将利息的抵充规则适用于违约金抵充,但这种解释的合理与否,还值得进一步研究。

在性质上,利息是借款人占用资金的成本费用,属于借款人向贷款人融资而付给后者的报酬。〔93〕如因违约或其他原因占用了应属他人的资金,就应当向他方按资金占用的时间长短偿付该笔资金的成本。在违约案件中当事人提出的诉讼请求通常都包括要求对方给付欠款的逾期利息,实际上是以利息作为标准来计算不能及时回收资金的损失。〔94〕但违约金与利息不同,是对违约损害赔偿的预定,如当事人约定的违约金与逾期付款无关(例如约定迟延交货时的违约金),则其性质与计算依据均和利息迥异。其次,如当事人既约定了利息又约定了违约金,则债务人迟延偿付利息将导致承担违约金责任,但债务人未偿付违约金并不导致产生额外的债务,因此,与偿付违约金相比,先行偿付利息对债务人而言具有更为重要的意义。再次,我国的《担保法司法解释》也仅规定抵押物的孳息和卖得的价款应先清偿费用、次清偿利息、后清偿主债权,未规定违约金与利息应按照同样的顺序受偿。〔95〕此外,我国台湾地区的学说与

〔89〕 (2011)浙杭商终字第670号。

〔90〕 (2009)绍嵊商初字第1467号。

〔91〕 (2010)浦民二(商)初字第1908号。

〔92〕 浙高法〔2009〕297号第25条第2项:“债务人除借款本金之外还应当支付利息和费用,当其给付不足以清偿全部债务时,并且当事人没有约定的,法院应按照下列顺序抵充:①实现债权的有关费用;②利息或者违约金;③借款本金。”

〔93〕 参见李巍:《联合国国际货物销售合同公约评释》,法律出版社2002年版,页333。

〔94〕 参见白璐,见前注〔83〕。

〔95〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第64条、第74条。

判例也认为,违约金的性质与利息不同,除非当事人另有特定约定,违约金不得先于本金抵充。^[96]综上所述,违约金与利息不可等视之,不加区分地将利息的抵充顺序适用于违约金的抵充,并不恰当。

在我国,由于立法和司法的共同推动,逐渐出现并生成了“逾期付款违约金”这一概念,^[97]当事人也常常以其名义约定债务人迟延付款时的赔偿责任,那么这种违约金与逾期利息的关系如何?可否适用法释〔2009〕5号第21条规定的利息的抵充顺序?首先,笔者认为逾期付款违约金包含了逾期利息,因为逾期付款的损失首先表现为受领人的利息损失,属于付款方按期付款时受领人本可获得的该笔款项的逾期利息,这部分的利息损失可先于本金抵充。由于我国实行法定利率的限制,如当事人约定的逾期付款违约金超过同期银行贷款基准利率四倍,则该超出法定利率限制的部分,便不属于逾期利息而是一般意义的损害赔偿金,不能先于本金抵充。因此,关于逾期付款违约金的抵充,可通过对法释〔2009〕5号第21条规定的利息作目的性扩张解释,其中法定利率限额内的逾期付款违约金可先于本金抵充,超出限额的部分不得先于本金抵充。

除了具有逾期利息性质的逾期付款违约金应先于主债务抵充之外,法释〔2009〕5号第21条并没有对一般意义上的违约金和主债务的清偿抵充顺序加以规定。既无明文规定,而当事人之间也并未约定时,违约金和主债务之间的清偿抵充顺序仍需进一步明确。从债务履行时间的先后上看,违约金债务和主债务均属于已到期的债务,在当事人并无具体约定时两者的担保也相同。^[98]在此条件下,应依据法释〔2009〕5号第21条规定,使债务负担较重的债务先抵充。相较于违约金的不履行,主债务的不履行将导致更加不利的法律后果。因此对债务人而言,主债务属于负担较重的债务或属于债务人清偿获益较大的债务,应先于违约金抵充。^[99]

(三)主债务均有费用、利息时的抵充

根据法释〔2009〕5号第21条的文义,在主债务、实现债权的费用和利息并存的场合,如果当事人没有约定清偿的顺序,应按照先抵充费用,次抵充利息,后抵充主债务的顺序清偿。在仅有一项主债务时,该条的适用没有问题,司法解释的制定者也仅考虑到同一项债务附有费用和利息的抵充。^[100]但如果存在数项债务且均有费用或利息,该条规定并不明确,存在两种可能的解释:解释一,先依法释〔2009〕5号第20条规定确定各项主债务的抵充顺序,再依本条规

[96] 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,页691。

[97] 参见最高人民法院作出的法复〔1996〕7号《关于逾期付款违约金应当依据何种标准计算问题的批复》、法释〔1999〕8号《关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》、法释〔2000〕34号《关于修改〈关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复〉的批复》、法释〔2012〕8号《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第24条。

[98] 根据《担保法》第21条、第46条、第67条、第83条和《物权法》第173条规定,如果当事人没有另外的约定,担保的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。

[99] 参见张龙文:《民法债权实务研究》,汉林出版社1977年版,页72。

[100] 参见沈德咏等,见前注〔49〕,页157。

定确定各项主债务的费用、利息和主债务本身的抵充顺序；^{〔101〕}解释二，根据本条规定先抵充全部费用，次抵充全部利息，后抵充全部主债务，但费用之间、利息之间和主债务之间的抵充顺序适用法释〔2009〕5号第20条的规定。

举例说明：如果存在A、B、C三项债务，而且每笔债务都有费用和利息。根据解释一，应先按法释〔2009〕5号第20条规定的标准，确定A、B、C三项主债务的抵充顺序，尔后依据第21条规定的先费用、次利息、后主债务的顺序安排各项债务本身的抵充，即先抵充A债务的费用，次抵充A债务的利息、次抵充A债务的原本，然后按此方式依次确定B、C债务的清偿抵充；根据解释二，应先按法释〔2009〕5号第20条规定确定A、B、C三项债务的整体的费用、利息和主债务抵充顺序，然后依据法释〔2009〕5号第20条规定确定A、B、C三项债务的费用的抵充顺序，再依此确定A、B、C三项债务的利息的抵充顺序，最后依此确定A、B、C三项主债务本身的抵充顺序。

在浙江省温州市瓯海区人民法院审理的“詹元孝诉肖锡良等民间借贷纠纷案”^{〔102〕}中，法院遭遇了上述疑难。在该案中，被告于2008年2月21日向原告借款55万元，还款期限为2008年3月21日，约定若逾期还款，被告应按借款额每日千分之六支付违约金，该笔借款由保证人肖某承担连带责任保证；2008年3月5日被告又向原告借款80万元并约定了利息，还款期限为2008年3月24日，由某合作社提供连带责任保证。此后，在2009年1月23日至同年2月17日间，被告先后四次向原告支付了124500元，但未明确系偿付何项债务。保证人肖某认为上述款项应用于偿还本案借款，而原告认为上述款项系用于清偿被告于2008年3月5日向原告所借的另一笔80万元借款的到期利息。法院认为，原告主张的两笔借款均已到期，且均有保证人提供全额保证，故适用法释〔2009〕5号第20条按债务到期的先后顺序进行抵充，判决被告支付的124500元系清偿其中的55万元借款。

上述判决采纳了第一种解释，在担保数额和债务负担均相同的情形下，按照债务到期的先后顺序抵充，即先抵充最先到期的55万元借款本金，而已到期的80万元本金及其到期利息均未获清偿。但在笔者看来，法院既未正确适用法释〔2009〕5号第20条规定，又忽视了第21条的适用，这样的判决并不合理。因为依据第20条规定的按债务到期的先后顺序抵充，则80万元本金的自2008年3月5日至3月21日的利息早于另一笔55万元的借款本金到期，本应先予抵充，但法院却判决该笔后到期的55万元借款本金先获清偿，在结果上显然背离了第20条的规定。就第21条规定而言，依照费用、利息和主债务的顺序进行抵充，是因为三者之间存在性质上差别，只有性质相同的债务，才能根据第20条规定进行抵充。也就是说，如果并存的数项主债务均有费用或利息，也应遵循费用、利息和主债务之间的先后位阶，然后在同类债务之间确定抵充的顺序。^{〔103〕}因此，为避免争议，笔者认为法释〔2009〕5号第21条规定应优先适用，建议采纳上述第二种解

〔101〕 参见曲佳等，见前注〔29〕，页85。

〔102〕 (2009)温瓯商初字第758号。

〔103〕 参见郑玉波：《民法债编总论》，陈荣隆修订，中国政法大学出版社2004年版，页499。

释,将第20条规定准用于第21条规定的各项费用之间以及各项利息之间的抵充。

五、结 语

清偿抵充自罗马法确立以来,在大陆法系国家的民法典中得到继受。现代的清偿抵充制度出于平衡各方当事人利益的考虑,其法律构造旨在实现债务清偿中的公平,是民法制度走向精细化的产物。我国的法释〔2009〕5号第20条和第21条规定了合同债务的清偿抵充,但关于抵充顺位的确定、利息和违约金的抵充、以及数项主债务的费用和利息并存时如何进行抵充等方面的问题,目前我国的司法实务并不统一。在条文的解释和适用上,有比较法的经验可资借鉴,更离不开国内司法判例的积累和学说的发展。在我国现行的民法体系中,清偿抵充制度仅适用于合同之债,目前尚不能直接适用于非合同之债。然而,无论是罗马法还是现代各国的民法典,都将清偿抵充视为一种具体的债之消灭方式,它既可适用于合同之债,也可适用于非合同之债。在体系构造上,各国民法典要么在债法总则的“债的消灭”要么在“债的履行”中规定清偿抵充。法释〔2009〕5号第20条和第21条规定受到司法解释对象的限制,仅适用于合同债务,因不当得利、无因管理和侵权行为产生的债务不能直接适用该规定,导致目前清偿抵充制度的适用范围受到限制。鉴于清偿抵充属债之清偿的一般性问题,在解释论上笔者建议可将现行的合同之债的清偿抵充类推适用于非合同之债,在立法论上则可以考虑在我国未来民法典的债法总则中加以规定,可选择在“债的消灭”或在“债的履行”部分规定之。

Abstract: The imputation of payment in the civil law system derives from Roman law, but there are some discrepancies on the institutional structure in modern civil codes. Though the article 20 in No. 5〔2009〕of the Supreme People's Court stipulates the imputation of contractual obligation, the agreement of imputation, the right to impute and the rank of statutory imputation still need more specific explanations. In trial practice the article 21 in No. 5〔2009〕of the Supreme People's Court has been treated differently around the imputation of overdue interest, overrun interest and liquidated damages, as well as the way of imputation when costs and interests of several main debts coexist, which could be solved through the interpretation of such articles based on its nature of different obligation.

Key Words: Imputation of Payment; Right to Impute; Imputation by Law; Interest; Liquidated Damages

(责任编辑:许德风)