

# 代物清偿中的合意基础与 清偿效果研究

肖俊\*

---

**摘要** 虽然我国没有规定代物清偿制度,但最高法院近年的公报案例已经承认这种法律关系,并将之看作是要物合同,这种观点以我国民法理论为基础。但这种做法会引发一系列问题,混淆清偿与要物行为的关系,把代物清偿协议看作是一种缔结要物合同的预约,甚至否认了未实际履行的清偿协议的效力,有违意思自治的原则。从私法史上看,代物清偿与要物合同是相互独立的,只是随着代物清偿与买卖合同的趋同,才引入了要物合同来区分它与买卖合同及债的更新这些近似制度。现代民法理论不再类推典型合同来构造它的法律关系,而从清偿合同的角度把它看作是以实现债权人对替代物的满足为目的的诺成性合同。这种趋势在最高法院判决中初现端倪,未来的民法典应该采纳。

**关键词** 代物清偿 要物合同 任意之债 瑕疵担保责任

---

## 一、代物清偿的司法实践与基础理论问题

随着社会经济生活的发展,实践中以物抵债的现象日益普遍。如何认定这类协议的效力,法院的立场并不统一。早期的判决倾向于把它看成是债的更新,认为协议导致了旧债消灭和新债产生,比如2001年的“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”,当事人就借款纠纷签订了《以物抵债协议书》,后来被告没有实际履行协议书中的义务,最高法院判决应依协议书的约定内容承担连带保证责任。

---

\* 上海交通大学凯原法学院讲师。

近年来,法院开始在一些情况中适用代物清偿制度。<sup>〔1〕</sup> 其中最具代表性的是最高院(2011)民提字第210号“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”,判决书明确地认定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”。这一案件后来成为了2012年6月《最高人民法院公报》颁布的公报案例,裁判摘要指出:代物清偿协议系实践性合同,没有实际履行,双方的代物清偿协议不成立,由此在债的更新之外,又引入了一个新的制度来规范我国的以物抵债实践。

这一公报案例对于填补法律漏洞,确立构成要件以及法律效果,起到重要作用。但从请求权基础上看,我国民法没有规定代物清偿制度,即便依据合同自由原则,找到的依据也只是当事人可以自由变更与消灭合同,而不是将之看作是“实践性合同”或“要物合同”。毕竟从现行《合同法》看,在十五种有名合同中,被明确规定为要物合同的只有第367条规定的保管合同,此外,还有未明确区分成立和生效要件的《合同法》第210条的自然人间的借款合同以及《担保法》第90条的定金合同。<sup>〔2〕</sup>

显然,在没有法律依据的情况下,法院采取代物清偿是要物合同(实践性合同)的观点,是受到了学说的影响。早在1999年版的王家福先生、梁慧星主编的《中国民法学·民法债权》一书已经提出代物清偿是一种要物合同。<sup>〔3〕</sup> 后来的主流教科书也延续了这种观点。<sup>〔4〕</sup> 在我国台湾地区的法学传统中,这种以典型合同为基础建构代物清偿的谱系就更为明显。在要物合同之外,代位清偿还被看作是一种有偿合同,如郑玉波先生所说,代物清偿为要物契约,以他种给付的现实给付,代替原定之给付,如仅决定将来为他种给付以代原定给付时,则属债之标的变更;其次,代物清偿是有偿契约,代物清偿在清偿人方面是以他种给付代替原定给付,在债权人方面是抛弃原定给付而受领他种给付,故为有偿契约,适用买卖合同关于物的瑕疵担保的规定。<sup>〔5〕</sup> 近似还有史尚宽先生、黄立先生、林诚二、邱聪智等人的观点。<sup>〔6〕</sup>

即便所有的经典教科书都持相似的立场,但仍然有一些问题值得追问:

第一,代物清偿是以合意为基础的清偿方式,所以学说通过类推典型合同来建构它的法律关系。但为什么选择两种冲突的典型合同,即无偿的要物合同和诺成的有偿合同来共同建构

〔1〕 对于近年来代物清偿案例的观察分析,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”,《交大法学》2013年第1期。

〔2〕 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,页136。

〔3〕 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,页198。

〔4〕 王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2011年版,页280—282。崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,页132。

〔5〕 参见郑玉波:《债法总论》,陈荣隆修订,中国政法大学出版社2003年版,页484—485。

〔6〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页815。黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,页669—670。林诚二:《民法债编总论—体系化解释》,人民大学出版社2003年版,页537—538。邱聪智:《新订民法债编通则》,中国人民大学出版社2004年,页452—453。

代物清偿的法律关系？并且这种要物合同含义如何确定，它指的是狭义的成立债的关系的要物合同，还是包括了广义上的物权合同意义上的要物合同，〔7〕这也有待澄清。

第二，基于要物合同的性质，代物清偿的合意达成必须伴随着物的交付，所以双方当事人达成协议但未实际交付标的物时，它的性质如何判断：是属于预约、〔8〕附停止条件合同、〔9〕债的变更、〔10〕无效、〔11〕任意之债、〔12〕或者可能是新债清偿？〔13〕这在学理上都存在着争议。

第三，基于有偿合同的性质，在代替给付物出现瑕疵的情况下，债权人可以提起买卖的瑕疵担保责任。但是从债的清偿来看，由于替代物的瑕疵使得债权人不能获得满足的情况下，可否直接要求履行原来的债权？并且，这两种救济路径是否可以并存？

这些问题并非中国司法实践和法律理论所特有，也是大陆法系私法史发展中不断被提起的经典命题。正如一个著名的比喻所形容的，代物清偿是“债的更改、买卖合同和履行的混合体”，〔14〕这意味着它的法律关系中包含着各种要素，并且难以划分出它与近似制度之间的明确界限。因此要回应这些问题，笔者认为，有必要重新梳理代物清偿中的合意基础与清偿效果的关系。对此，本文选取了私法史与教义学相结合的径路，从代物清偿在罗马法中的起源开始，考察它与买卖合同的趋同、要物性的形成以及它在现代民法典中的确立与解释，在此基础上明确代物清偿的诺成性与清偿效果，以期为法官的正确适用创造条件，并为未来民法典中的制度建构奠定基础。

## 二、罗马法中代物清偿的合意基础与清偿效果

虽然在传统理论中，无论是德国法族还是拉丁法族，代物清偿的性质都曾被看作是一种要物合同。但是，回到制度的起点，无论在盖尤斯的《法学阶梯》还是优士丁尼的《学说汇纂》中，罗马法学家从来没有把二者相提并论。那么两种看似风马牛不相及的制度，如何走到一起的呢？

### （一）代物清偿产生的制度基础：清偿概念的扩张与债权人的满足

最早关于代物清偿现象的文献，可以追溯到罗马共和中期，在老加图的《论农业》中可以看

〔7〕 参见葛云松：“物权行为：传说中的不死鸟——〈物权法〉上的物权变动模式研究”，《华东政法大学学报》2007年第6期。

〔8〕 参见高治：“代物清偿预约研究——兼论流担保制度的立法选择”，《法律适用》2008年第8期。

〔9〕 参见孙森焱：《民法债编总论》，三民书局1980年版，页773。

〔10〕 参见郑玉波，见前注〔5〕，页485。

〔11〕 参见崔军：“代物清偿的基本规则及实务应用”，《法律适用》2006年第7期。

〔12〕 参见史尚宽，见前注〔6〕，页816。

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

〔14〕 Mazeaud, H, L et J, Leçons de droit civil, II, Paris, 1956, 771. Cfr, S. Rodotà, Dazione in pagamento (diritto civile), in Enciclopedia del diritto, Milano, 1962, vol. XI, p. 735.

到它的痕迹(*De agric.* 146,2)。在畜牧业占据主导地位的经济形态下,缺乏足够的货币支付手段,因此出现了一种新的给付方式,在债权人同意后,债务人可以以一种物替代另一种物。<sup>[15]</sup> 随着商业发展,罗马开始大量地与其他民族进行交易,法学家必须考虑如何超越传统市民法中严格的形式要求,使得不可能支付金钱的情况下,允许债务人以其他物替代以实现衡平的目的。<sup>[16]</sup>

现代通用的“代物清偿”的拉丁术语(*datio in solutum*),在罗马法的文献中还没有出现,近似的用语有“经债权人同意的他种给付的清偿”(*aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*),“给付物的清偿”(*rem in solutum dare*)、“给予物替代清偿”(*pro soluto dare*),还有“以物替代金钱清偿”(*rem pro pecunia solvere*),“物替代物的清偿”(*rem pro re solvere*),“他物清偿以替代债务”(*pro eo quod debeo, aliquid solvere*),等等。<sup>[17]</sup> 在这些表达中,位于术语构造中心地位的语词是“清偿”(*solutio*)。法学家有意将这些他种给付与真正的清偿进行类比,通过一个扩大化的清偿概念,把非正式的清偿方式与正式的清偿(*prassetatio vera rei debitae*)联系起来,比如公元3世纪的法学家保罗在《学说汇纂》D.46,3,54的文本中说道:“清偿不仅意味着金钱的清偿,而且包括以任何方式满足债的实质内容而从债务中解脱出来的情形。”这里的清偿包含着广义与狭义的两种,狭义的清偿意味着直接支付一笔金钱,而广义则是按照债的经济法律上的实质内容进行相应的履行。<sup>[18]</sup> 近似的观点还可以在同时期法学家乌尔比安的文本 D.42,1,4,7 中看到。

衔接两种清偿的共同点是“债权人的满足”(*sodisfactio*)。*Sodisfactio* 的字面含义是满足,即与人的愿望相符合。在对债务人使用的语境中,则是用来说明债的履行的效果,这种“满足”与真正的清偿不同,但同样可以使债务人从原债务关系中解脱出来。<sup>[19]</sup> 所以,在文献中可以看到:“满足可以代替清偿”(D.46,3,52),以及“在清偿一词之下,包含了对债权人任何的满足”(D.50,16,176)这类的论述。

## (二)古典法时期代物清偿的合意基础与清偿效力分析

以债权人的满足为线索,可以对罗马法代物清偿中合意基础与清偿效果的关系进行这样的考察:

第一,代物清偿需要合意为基础。合意是受领他种给付的正当性基础,正如一句著名的法

[15] G. Melillo, *In solutum dare: contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, p.45.

[16] E. Costa, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, Torino, 1911, p. 425.

[17] Cfr. A.Saccoccio, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Giuffrè, 2008, p.4-8.

[18] G. Melillo, *Supra* note 15, p.23.

[19] A. Berger, *The Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Transactions of the American Philosophical Society, 1953, p.690.

谚所说的：“不能强迫债权人接受他种给付”（D.12,1,2,1）。盖尤斯也提到代物清偿的前提是“经债权人同意在清偿时用一物代替另一物（G.3,168）。”〔20〕

但值得注意的是，这种“合意”与罗马法当时的“合同（*contractus*）”的含义是不同的。在古典的思维模式中，合同（*contractus*）或者缔结合同（*contrahere*）这些词，仅仅意味着成立市民法所承认的债的关系，并没有现代法中一般性合同的含义。“缔结（合同）”（*contrahere*）和“清偿（债务）”（*solvere*）这两个术语是对立的：前者意味着一种拘束关系的成立，而后者则是拘束关系的解脱。这正如盖尤斯对非债清偿中的合意与一般的合同所做的区分：“这种债看起来不是根据契约而成立的，因为怀着清偿的意愿实行给付的人，与其说希望缔结某一交易，不如说希望解除它”（G.3,91）。

第二，代物清偿消灭原债的效力。到了2世纪的古典法时期，代物清偿已经与真正的清偿并列出现于教科书中，但法学家对它的效力还存有争议。盖尤斯的《法学阶梯》提到了两种观点：第一，代物清偿会导致债直接的消灭；第二，原债没有消灭，但债务人可以对要求继续履行原债的债权人提起诈欺抗辩（G.3.168）。持“直接消灭说”的是萨宾派，盖尤斯本人也属于这个学派；持“抗辩产生说”的是普罗库鲁斯学派，它反映了传统的形式主义的观点，不能由外在于原债的因素使得债务人解脱。最终，严格的形式主义的立场被更为灵活自由的萨宾派的观点所替代。〔21〕后来优士丁尼的钦定教科书《法学阶梯》就直接继承了萨宾派的观点（I.3,29pr）。〔22〕

第三，尚未履行的代物清偿的效力问题。在罗马法中，代物清偿协议产生出的是一种任意之债（*obligatio cum facultate solutionis*）的效力。即是说，在代物清偿协议达成时，债务人可以在履行原债和返还与他种给付之间进行选择，在实际履行使债权人获得现实满足后，原债才消灭。〔23〕比如丈夫通过要式口约和妻子达成合意，在离婚的时候，以担保嫁资协议的土地作为替代清偿。但丈夫仍然可以要求选择返还嫁资的金额，而不交出约定移转的土地（D.46,3,45）。但是反过来，债权人则不能在两种给付中进行选择，保罗举了这样一个例子：如果我们订立一个要式口约，如果你不给我这块地的话，你就要允诺给我100金币。此时只有100金币是要式口约的客体，而土地不是，债权人不能以此协议要求债务人交付土地，但是土地的移转可以解除原来的债务（D.44,7,44,5）。

代物清偿的意思表示的做出与债的更新（*novatio*）不同，后者必须有一个明确的“更新意愿（*animus novandi*）”，即以新债替代旧债，并且不让两者并存，它的旨趣是“依照意愿而非法律（*voluntate non lege*）”来消灭债务，在不能准确解释当事人意思时，新债与旧债并存（D.46,

〔20〕（古罗马）盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，页188。以下盖尤斯《法学阶梯》的文本皆出自此书。

〔21〕 G. Melillo, *Supra* note 15, at 46.

〔22〕（古罗马）优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，页409。

〔23〕 A. Saccoccio, *Supra* note 17, at 44-47.

2,8,2;C.8,42,8)。

第四,以债权为客体的间接清偿(*datio in solutum di nomina*)。如果替代原给付的标的是债权,只有在该债权现实履行后,原债才能消灭。戴克里先皇帝的敕令说,债务人不能强迫债权人接受他对别人的债权以替代清偿(C.8,43,16)。在这种特殊的代物清偿中,即便债权进行了移转,原债权人的利益也存在着不能实现的危险,比如移转的债权上所附的质押物之前也担保着另一项债权,在质押物被他人取得的时候,债权人不能要求返还质押物(C.4,10,6)。因此,在债权人收到移转的债权以代替清偿的情况下,只有在该债权后续实现时,债权人通过它获得实际上的满足,原债才能消灭。<sup>[24]</sup>

第五,代替给付物的瑕疵问题。在罗马古典法时期,对于代物清偿的瑕疵,与现代民法不同,不采用买卖合同的瑕疵担保责任,而是认为物的瑕疵导致债权人没有获得满足,重新请求原债的给付。公元3世纪的法学家马尔西安在D.46,3,46pr中提到,在债权人同意进行代物清偿的情况下,如果物存在瑕疵,则原债继续存在,即便该物只是部分瑕疵,原债的全部数额仍然保持不变。如果物的归属有问题,可以认为债权人没有受领它。

### (三)小结:为什么罗马人没有把代物清偿和要物合同相提并论

在注重逻辑和体系的罗马古典法时期,代物清偿是一种以合意为基础的清償行为。这一时期罗马法中的要物合同也已经成熟,但罗马法学家从来没有把它和代物清偿相提并论。从合意的目的来看,要物合同的目的是缔结一种新债,所以从物的交付起,产生未来的权利义务关系,而代物清偿则从实际履行起,结束以往的法律关系;从协议生效的时间来看,要物合同的缔结,从物的交付才开始,而代物清偿的生效是诺成性的,它即时产生了任意之债的效力,不需要强调要物性;不需要要物性,它与新债的更新的差异也很清晰,代物清偿的协议并不立即使得原债消灭,所以在合意达成时,原债继续保留,没有新债产生。

基于这些差异,在罗马法中,代物清偿显然不会被看作是要物合同。在对代物清偿要物合同说的检讨中,有学者追溯到了罗马法中的要物合同,通过消费借贷合同的诺成化趋势,证明了代物清偿的要物性的过时。<sup>[25]</sup>但实际上两者在制度史上没有关联,只是由于晚期拜占庭法学的影响产生了代物清偿与买卖合同的趋同化,才引发了要物合同说的补充。

## 三、代物清偿买卖合同说的产生、规范意义及其影响

既然罗马法上没有把代物清偿看作是要物合同,那么这种理论是如何产生的呢?对此,必须先考察代物清偿与买卖合同的趋同问题,虽然教科书是以要物合同和买卖合同为

[24] E.Nardi, *Radiografia dell'aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, in BIDR, Milano, 1970, LXXIII, p. 113.

[25] 参见陈自强:“论代物清偿——契约变更与结束自由之考察”,载《无因债权契约论》,中国政法大学出版社2002年版,页321—323。

基础,共同建构代物清偿法律关系,要物合同是合意形成的方式,而买卖合同则是用以规范替代物的瑕疵问题,但从学说史的发展上看,最先被单独用来规范代物清偿的典型合同是买卖合同。这种类推买卖合同的做法,为代物清偿引入了一种新的瑕疵救济方式,也引发了后来要物合同说的产生。

### (一) 罗马法晚期的代物清偿与扩用的买卖之诉

在重视逻辑严谨的古典罗马法中,清偿合意与缔结新债的合意是截然不同的,但是在随后法学世俗化的发展中,<sup>[26]</sup>代物清偿逐步向买卖合同靠拢。据考据,在拜占庭学派时期,由于东方文化的传入,经过希腊法律传统的影响,使得代物清偿和买卖合同两种制度产生趋同。从在当时希腊地区的交易文件中可以看到,出售和替代物的给付经常被混淆,代物清偿可以被理解为以同样的价格抵消负担之物的买卖。<sup>[27]</sup>

在优士丁尼编纂的《学说汇纂》和《法典》中,存在着一些经过添加的文本把代物清偿与扩用的买卖之诉(*actio utilis ex empto*)联系起来,比如债权人收到土地作为替代清偿物,但这块土地已经为其他债权人设定了抵押,此时,债权人可以针对债务人提起买卖的扩用之诉,同样的还有一处被添加过的乌尔比安的文本(D.13,7,24pr)也提到对于一个接受瑕疵代替物的债务人,可以给予扩用的买卖之诉,他和买受人享有一样的诉权。

所谓“扩用之诉”(*actio utilis*)是指在市民法外,裁判官和法学家将固有的程式扩大到情况相似但原本不能覆盖范围的诉讼。<sup>[28]</sup>在罗马法中,买卖移转的是对物的占有,在物被追夺时,可以提起买卖之诉要求卖方承担责任,而在隐蔽瑕疵的情况下,可以提起解除合同之诉和减价之诉。把买卖之诉扩用到代物清偿的法律关系上,会产生两方面的后果:第一,引入了一种新的替代清偿物瑕疵的救济方式。所以优士丁尼的《市民法大全》中同时存在两种救济模式:一种是前文提到的古典法的模式,替代物出现瑕疵时,债权人可以请求原债的给付(D.46,3,46);另一种则是拜占庭法学的立场,认为应该提起扩用的买卖之诉。第二,使代物清偿失去其独立性,买卖合同是合意合同,单纯的意思表示一致即可成立,立即产生要求债务人移转标的物的拘束力,但对于代物清偿而言,在实际履行前,它对债务人没有拘束力,两者的趋同会导致代物清偿与债的变更的混淆。

### (二) 中世纪法学家通过互易合同与买卖合同的区分进行协调

中世纪的注释法学派在继受罗马法的同时,也承担起了协调文献中的冲突内容的使命。面对优士丁尼《学说汇纂》中古典法学和拜占庭法学的两种立场,学者们提出区分客体的解决方法,他们认为:如果是以物替代金钱的情况下(*res pro pecunia*),那就是买卖合同,发生的是

[26] 关于罗马法晚期的发展参见(意)格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社2009年版,页324—325。

[27] De Francisici., La dottrina bizantina della *datio in solutum* di fronte al materiale papirologico, in *Aegyptus*, 1920, I, p.302 ss.

[28] A. Berger, *Supra* note 19, at 347.

买卖中的物之瑕疵问题;相反,如果是以一种物替代另一种物(*rem pro re dare*),此时是一个互易,可以提起原债的请求权。<sup>[29]</sup>因为在罗马法中,买卖合同移转的是物的占有,因此,虽然所有权还未移转,但买卖合同已经成立,所以可以适用买卖之诉;而在互易的情况下,移转的是物的所有权,如果只有单纯的占有的移转,互易合同不成立,所以代物清偿就不生效,只能提起请求原债的给付。

注释法学家的观点影响到了后来的评注法学家,巴托鲁斯在 D.46,3,46 的评注中提出,在以物替代物的情况下,无论是全部的瑕疵还是部分的瑕疵,都认为这里没有完成受领,可以提起原债权;反之,如果是以物交换金钱,那么只能提起扩用的买卖之诉而不是请求原债履行。<sup>[30]</sup>

但是他的学生巴尔托德和他的立场不同,认为代物清偿是一种与买卖合同近似的清偿合意,它在对替代物的价格达成一致时才生效。他认为不能重新提起原债,此时发生了债的客体的改变,原债的关系已经消灭,只能提起扩用的买卖之诉。<sup>[31]</sup>

### (三)代物清偿买卖合同说的规范意义及其影响

1804年的《法国民法典》没有明确规定代物清偿制度,这不意味着实践中不适用代物清偿,一方面,有罗马法的传统可供遵循;另一方面,十六、十七世纪两位伟大的法学家让·多玛和波蒂埃的作品为司法实践提供了参考。多玛在他的《自然秩序中的民法》一书中重申了罗马法的观点,提出必须按照应给付之物进行准确的履行,即便支付比其他价值更高的东西,债权人也可以拒绝接受。如果没有债权人同意,就不能进行代物清偿。<sup>[32]</sup>基于这种立场,多玛认为:“如果债权人同意接受一块土地或者其他的物来替代应给付的金钱,这就是买卖,因为它的价格存在于应负担的金钱债务中。因此,债务人当然应该要对物的瑕疵提供担保。”<sup>[33]</sup>在这一点上,波蒂埃和多玛持同样观点:“代物清偿非常相似于买卖,替代交付的物起到了买卖中的物的效果,而物所替代的原来的金钱债务,就如同买卖中的价格一样。”<sup>[34]</sup>所以在物出现瑕疵时,可以提起扩用的买卖之诉,要求返还价金,损害赔偿以及利息,虽然也可以重新请求原债给付,但是买卖合同的保护效果更好,因为它包括了对利息的赔偿。<sup>[35]</sup>

在潘德克顿学派中,邓恩博格从教义学的角度支持代物清偿适用买卖瑕疵担责任,并排除债权人提起原债的请求权。他认为,优士丁尼《学说汇纂》中的两个文本的冲突是不可解决的,采取第一种径路的前提是所有权没有完整的移转,导致原来的债权继续存在;而采取第二种径

[29] A. Saccoccio, *Compravendita e 'datio in solutum'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Vol.I, a cura di Luigi Garofalo, p.667-669.

[30] G. Astuti, *Dazione in pagamento(storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol.XI, p.728.

[31] *Ibid.*, at 728.

[32] J. Domat, *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, tra. it., Firenze, 1834, tomo III, libro IV, p.251-252.

[33] *Ibid.*, at 252-253.

[34] J. Pothier, *Trattato del contratto di vendita*, tra. it., Venezia, 1834, p. 255.

[35] *Ibid.*, at 258.

路的前提是原债已经无条件的消灭,因此必须给予债权人以扩用的买卖之诉,两种诉权不能并存。在物接受之后,原来的债权已经确定且无条件地消灭了,因此正确的主张是只能给予原债权人针对物的瑕疵的诉权。<sup>[36]</sup>

《德国民法第一草案理由书》遵循这种做法,认为代物清偿虽然不是买卖,但可以等同于买卖处理,即使有权利瑕疵,债权人之旧债权仍然消灭,其复活须由当事人以法律行为处置。<sup>[37]</sup>由此形成了《德国民法典》第365条的规定:“在给予物、对第三人的债权或其他权利以代替履行的,因权利瑕疵或物的瑕疵,债务人必须以与出卖人相同的方式提供担保”。<sup>[38]</sup>

但古典罗马法的径路并没有就此退出学说和规范的舞台,温德夏亦德就从教义学层面上论证了两者并存的合理性。他认为,在代替物瑕疵的问题上,存在诉权的竞合,一个是基于原债的诉权,另一个是买卖的瑕疵担保责任。如果债权人没有获得替代清偿之物的所有权,他可以重新提起原债的诉权,或者按照所需的利益进行选择。第一种请求权是源于代物清偿的效果,它不是为了移转物,而是为了移转所有权,因此所有权移转没有完成,代物清偿就无效;第二种是源于债务人基于代物清偿的合意受到的拘束,必须移转他所声明之物的所有权,否则就要承担物的瑕疵担保责任。<sup>[39]</sup>

虽然他的主张没有被《德国民法典》所采纳,但是影响到了其他国家的立法。《意大利民法典》第1197条第2款规定:“如果给付存在于所有权或者一项他物权的移转中,债务人要根据买卖规则对追夺和物的瑕疵提供担保,但是债权人主张原初给付和损害赔偿的除外。”<sup>[40]</sup>这种方式同时包含了优士丁尼《国法大全》中的两种立场,权威的评注书采取的解释径路和温德夏亦德是一样的:“不能认为瑕疵担保的效力是消灭旧债,而与他种给付无关,根据法条和逻辑都可以认为,为了救济他种给付也可以要求承担瑕疵担保责任。”<sup>[41]</sup>

## 四、代物清偿要物合同说的产生、规范意义及其检讨

### (一)代物清偿要物说的产生

除了引入买卖的瑕疵担保责任,代物清偿与买卖合同的趋同还导致了代物清偿性质要物合同说的产生。在古典罗马法中,代物清偿是独立于典型合同的,但是随着拜占庭时期对代物

[36] H.Dernburg, Pandette, trad, it., a cura di F. B.Cicala., Torino, 1903, vol., II, p.240.

[37] 参见陈自强,见前注[25],页279。

[38] 《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2010年版,页134。以下德国民法典条文皆出自此书。

[39] B. Windscheid, Diritto Delle Pandette, trad. C. Fadda e P. E. Bensa, Volume II, Parte I, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1904, p. 317.

[40] 《意大利民法典》,费安玲译,中国政法学出版社1997年版,第330页。下文意大利民法典条文皆出自此书。

[41] A.Di Majo, Dell'adempimento in genenale, in commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, p.350-351.

清偿适用扩用的买卖之诉,引发了学者们对要物性的思考。面对罗马法晚期的买卖合同说,中世纪阿库修斯学派的法学家不得不提出互易合同说,把以一物替代另一物的代物清偿看作是互易。在这种情况下,他们把物的交付作为区分它与买卖合同的关键,只有在物交付之后协议才是不能撤销的。<sup>[42]</sup>从他们强调物的移转与代物清偿合意拘束力的关系中,可以看到代物清偿的“要物性”的端倪。

在近代法国的民法理论中,代物清偿被完全等同于买卖合同,为了弥补这种学说的不足,随之出现了要物合同说。波蒂埃在《论买卖合同》一书中提出,代物清偿非常相似于买卖,但两者的目的是不同的,在代物清偿中,替代物所获得的对价是用来清偿所欠的债务,而买卖合同是为了获得价款。此外,买卖合同是一种诺成合同,它在双方合意达成时生效,而代物清偿如果没有替代物的交付(*la tradition*)或者所有权的移转(*la translation de la propriété de la chose donnée en paiement*)则不发生,因为没有所有权的移转就没有清偿。<sup>[43]</sup>

在波蒂埃区分买卖合同和代物清偿的关系中,提出了代物清偿合同与一般的诺成合同的差异,它只有在物的所有权移转后才完成。由于他没有明确的区分物的交付(*la tradition*)和所有权的移转(*la translation de la propriété de la chose donnée en paiement*),所以受其影响的学者们认为代物清偿区别于诺成性的买卖合同的关键在于必须有“物的交付”,由此形成了学界通行的代物清偿要物合同说。但实际上,波蒂埃强调的物的交付是为了说明债的清偿效果必须有物的所有权的实际移转,而不是把它当作是要物合同。在《论合同之债》一书中可以看到,波蒂埃的立场仍然是和古典罗马法一致的。如果甲把葡萄园租给乙,约定每年可以用500升的葡萄酒替代租金,那么乙有权利选择清偿的方式,如果乙要给付金钱的话,甲不能强制要求乙给予葡萄酒。因为代物清偿协议必须是有利于债务人的。<sup>[44]</sup>

波蒂埃对于买卖合同和代物清偿的区分促成了要物合同说在欧洲的发展,其他学者进一步加强了代物清偿要物合同说。德国潘德克顿学派的罗梅尔(*Robert Von Römer*)在1866年关于代物清偿的专著中提出,从教义学上看代物清偿是一个清偿行为,但附带产生了债的效力,由此,通过缔结要物合同来消灭了一个债权。也就是说,通过物的交付缔结了一个债,同时消灭了原来的债,所以代物清偿具有双重属性,一方面是清偿行为,另一方面也是产生新债的行为。<sup>[45]</sup>与波蒂埃相比,罗梅尔对要物性的论述更为纯粹,他抛开了买卖合同,直接把代物清

[42] Cfr. A. Saccoccio, *L'evizione nella cd. d'aito in solutum dal diritto romano dal diritto romano all'art. 1197, Modelli teorici e metodologici per la storia del diritto privato*, Vol II, Napoli, 2006, p.302.

[43] J. Pothier, *Supra* note 34, at 255—256.

[44] J. Pothier, *A Treatise on the Law of Obligations, Or Contracts*, trans. by William David Evans, Vol.1, London, 1806, p.347.

[45] R. Römer, *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher / Von R. Römer — Tübingen: Laupp 1866*, p.54—57. Cfr. A. Saccoccio, *Supra* note 42, at 318—319.

偿看作是要物合同,把清偿旧债的合意建立在以物的实际交付为形式的意思表示之上。

## (二)代物清偿要物性的规范意义

在现代民法的规范中,这种“要物性”集中体现在“受领”一词上。1804年的《法国民法典》没有明确规定代物清偿制度,其第1243条仅以否定的方式提出代物清偿须有合意为前提,即“债务人不得给付其应予交付之物以外的他种物”,<sup>[46]</sup>没有涉及代物清偿合意的形式与效力。但波蒂埃的学说可以为实践提供参考,在《论买卖合同》一书中,他对代物清偿做出这样的定义:“代物清偿是债务人可以向债权人给付另一种物,债权人受领它以替代原来应给付的一笔金钱或者其他物的行为”。<sup>[47]</sup>这种对现实受领要素的强调,就体现出了它与一般诺成合同的差异。

在1900年的《德国民法典》中,不再使用传统的拉丁术语“*datio in solutum*”,而代之以原创术语“*Annahme an Erfüllungs Statt*”(受领以替代履行),这一措辞受到了潘德克顿学派的影响。他们使用含义更广泛的德语“*Leistung*”(给付)代替了拉丁语“*datio*”(物的给予),用以表示与原履行内容不同的任何形式的给付。而在经过债权人同意之后,接受了价值等同的履行,则被称为“*Erfüllung*”,由此原来的代物清偿就被称作“受领替代给付”(Annahme an Erfüllungs Statt)或者“替代给付的履行”(Leistung an Erfüllungs Statt)。<sup>[48]</sup>

《德国民法典》第364条第1款规定:“债权人受领所负担的给付以外的给付以替代履行的,债务关系消灭。”在这里,“受领”一词体现出要物合同理论的影响,它意味着只有通过完成物的交付或者实际履行,才能发生清偿的效果。这个条文中没有提到给付替代物的合意做出,但通常学说认为,合意的表示是同时发生于受领给付的过程中,由此使得代物清偿的合意表示与清偿效果重叠起来。而第364条第2款“受领消灭给付”,从“受领”的角度上看,是指以债权为替代给付的代物清偿,此时债权人尚未能获得直接的满足,所以必须等到债权实现,才能达到原债消灭的效果。

《德国民法典》的术语变化影响了其他的民法典,比如1942年《意大利民法典》第1197条,仿效《德国民法典》,将代物清偿(*datio in solutum*)替换为“以履行替代给付”(prestazione in luogo d'adempimento)。其第1197条第1款的前半段遵循了从罗马法到法国的传统,规定了代物清偿的合意基础,“除非债权人同意,即便金额相等甚至更高的不同给付也不能消灭债务人履行其应当履行的给付义务”。而后半段则是关于清偿效力,“债权人同意的,当不同的给付被履行时,债务消灭”。在传统理论看来,这体现了代物清偿的要物性,因为只有给付被履行时,合意才产生消灭原债的效果。但新的学说认为,从法条文义上看,并没有明确规定在替代

[46] 《法国民法典》,罗结珍译,北大出版社2010年版,页321。

[47] J. Pothier, *Supra* note 34, p.255.

[48] H.Dernburg, *Pandekten*, Berlin, 1886, Vol. II, § 58, p. 156. Cfr. A.D.Candian, voce, Prestazione in luogo di adempimento, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civile, Torino, 1996 (quarta edizione), vol. XIV, p. 265.

物的交付或者受领时合意才能成立,只是强调现实履行后才产生债的消灭的后果,由此可以引申出代物清偿诺成性。

《我国台湾地区“民法”》沿袭德国法,其第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。”据此,学者认为代物清偿合同是一种要物合同,合意的成立须有现实地为他种给付,否则是债的变更或标的的更改。而没有实际履行的代物清偿协议称为“代物清偿预约”,为了消灭旧债而缔结新债的行为则是“新债清偿”,这些概念和学理形成了我们大陆的代物清偿的理论基础。

### (三)对于代物清偿要物合同说的分析与检讨

基于前文的分析,可以看出代物清偿的要物性,实际上指的是替代原给付的现实做出。所以这里的“要物”不能望文生义地被认为是通常意义上的“物的交付”或者“物的占有的移转”,它的实际含义是指现实的履行,包括物的所有权的移转,以及以行为为客体的作为之债,可以是完成特定的作为也可以是不作为的义务。所以这种“要物性”差异,用谢在全区分物权变动与要物行为的话说,即是“物权行为之意思表示系以物权之变动为内容,而要物行为,以使用借贷为例,其意思表示仅发生债之关系,而非以物权变动为内容,则两者亦属有异。”<sup>[49]</sup>在我国大陆学界,也有人把这种物权变动的意思表示一致看作是“要物合同”,由此认为代物清偿是一种要物合同。<sup>[50]</sup>但是,我们应该注意到,给付行为并不一定具备清偿的意思,如果没有清偿的意思,此时就会不因为给付行为而产生清偿的效果,因此从负担行为和处分行为区分的角度上,也不能把代物清偿看作是要物合同。即便采取广义的要物合同的概念,代物清偿的要物性也有其独立性,与债权性的要物合同相比,它需要移转物的所有权;而与物权性的要物合同相比,它又需要有以他种给付替代原给付进行清偿的意图。

从现代民法来看,把代物清偿合意看做是一种要物合同,有两方面的意义:第一,有利于明确代物清偿制度的独立性,把它与债的更新和变更区分开来;<sup>[51]</sup>第二,有利于保护债务人,一方面避免债务人被请求强制履行明显超过原定给付价值的他种给付,<sup>[52]</sup>另一方面,给予当事人一个在达成合意后实际交付前,审慎评估利害关系的机会。<sup>[53]</sup>

但是,清偿与要物合同在实质上的差异,导致了以要物合同为基础来确定的代物清偿的意思表示是存在缺陷的:双方的合意消灭旧债,做出意思表示的方式是替代物的给付,但是替代物的给付本身就是一种债的履行,这样的循环明显削弱了意思自治的效力。

首先来看给付替代物的合意的形成问题。所谓要物合同,是指当事人双方意思表示一致

[49] 谢在全:《民法物权论》,上册,中国政法大学出版社2011年版,页60。

[50] 参见葛云松,见前注[7]。

[51] A. Marchio, voce Dazione in pagamento, in Enciclopedia giuridica, Treccani, Roma, 1988, vol. X, p. 4.

[52] 参见陈自强,见前注[25],页324。

[53] 参见崔军,见前注[11]。

以外,尚需交付标的物或完成其他现实交付才能成立的合同。<sup>[54]</sup>因此,代物清偿的合意只有在物的交付或者债务现实履行时成立,此时,协议才对债务人有拘束力,并产生旧债消灭的后果。但是这种要物性对代物清偿的意义是非常有限的,因为要物合同以物的交付作为双方未来权利义务的起点,比如保管合同从收到物开始,并由此产生一个返还原物的义务;但是对代物清偿而言,此后双方的法律关系就完结了,合意的内容就是合意表达的形式,这显然不能有效解释交付替代物的合意是在何时形成。比如甲乙达成一个代物清偿的协议,以一台二手笔记本替代原来欠款500元现金,5小时后交付。5小时后甲酒精过敏,陷于无意识状态,受领了乙交付的二手笔记本。如果采取要物合同的观点,由于甲的行为问题会导致双方合意不成立,原债不消灭,但是,从常识来看,显然这一合意的内容在5个小时前就已经存在了,没有必要否认双方之前存在着代物清偿的合意。根据现代关于履行性质的通说,只要事实上引起给付后果即足以发生履行的效力,那么此时的清偿已经完成,所以如果双方达成消灭原债的意图,即便没有实际交付替代给付,也不能否认合意已经产生出效力,此时,合意的效力不体现为原债的消灭而是赋予他种履行可以替代原给付的效果。

第二,单纯代物清偿合意的性质问题。对于协议达成后,实际履行前的代物清偿协议,由于受到日本学说的影响,理论称之为“代物清偿预约”,因为基于要物合同的构成要件,代物清偿必须有现实的交付,所以达成协议一致只是为这种合同进行准备。<sup>[55]</sup>但把它看作预约的主张是不准确的。预约是指约定将来订立一定合同的合同,它的效力主要体现在对当事人不履行预约在法律上可能发生的效果,权利人得诉请法院命契约人为订立本约的意思表示。<sup>[56]</sup>这显然不是代物清偿协议的效力,债权人不能以此要求成立一个“代物清偿本约”。而且根据要物合同的特质,强制缔约的效果即是强制执行,显然有违代物清偿的制度本旨。

对于单纯的代物清偿的另一种称谓是“附停止条件的代物清偿协议”,其意义为在原债务履行不能时,履行他种给付的合意才能生效。<sup>[57]</sup>但是如果将代物清偿看作是要物合同,这时候由于尚未交付,代物清偿仍然没有发生,成立的还是一个代物清偿预约,于是皮球又被踢回上一个问题。

更有甚者,认为此时的单纯的协议是无效的,比如我国台湾地区的一系列判决,无论是高等法院还是最高法院都认为代物清偿是要物契约,所以没有现实地为其他种给付的情况下,代物清偿契约就没有成立,尚未成立的契约自然不发生效力。<sup>[58]</sup>最高院指导性案例的裁判摘要所持的立场也是如此,这种观点无疑削弱了双方当事人意思自治的效果。

[54] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,页58。

[55] 参见史尚宽,见前注[6],页815。

[56] 参见韩世远,见前注[54],页68。

[57] 参见孙森焱,见前注[9],页773。

[58] 1976年度台上字第1300号判例,1994年度台上字第890号判决,参见陈自强,见前注[25],页20-321

## 五、代物清偿关系中的合意基础和清偿效果重构

### (一)当代民法理论中代物清偿的性质

现代民法理论已经摆脱类推适用多个典型合同建构代物清偿法律关系,转而通过一个整合的独立视角对之进行观察,其中最为典型的两种学说是“债务变更说”和“清偿契约说”。罗歇尔德斯在《德国债法总论》提到,在德国学说中,早期的观点认为是有偿互易合同,后来已经改变为“变更合同”,现在的通说则是“履行合同”;〔59〕意大利权威的民法典评注书,对于代物清偿性质也主要是围绕着这两种学说进行,并同样以后者作为主流的观点。〔60〕

“合同变更说”,也称为“债的客体变更说”,是指虽然给付之标的发生改变,但经济目的不变,债之关系保持其同一性,标的的变更是在实际履行时发生,变更后的债权债务关系随着清偿而消灭,所以也被称为“特殊的债务变更说”。〔61〕在变更说的视角下,通过双方达成代物清偿协议,债务的内容发生了变更,形成了任意之债,债务人可以选择一种履行方式来消灭原债,代物清偿协议不影响债务人和债权人之间的关系,原来的债并不因为协议的产生而消失。这种变更只有在实际履行时才发生。所以,代物清偿应该具有双重结构:第一,典型的代物清偿,它的合意与不同给付的履行相伴随,旨在直接改变债的客体。第二,非典型代物清偿,它给予债务人单方修改债的客体的权利,但这种权利只有通过他种履行的完成来行使。在这种情况下,履行行为是与变更行为联系在一起,具有法律行为的性质。〔62〕

“清偿合同说”则把代物清偿看作是债权人同意债务人以他种给付替代原给付,以消灭原债为目的的合同。清偿意味着履行使得债权人满足,从而消灭债务,而清偿合同则是以清偿效果的实现为目的的合同。它与清偿的差别在于,清偿被主流学说认为是一种事实行为,而代物清偿则是一种法律行为,需要双方的合意成立,并通过债务人对替代权的行使来实现。而在清偿合同的视角下,他种履行的效力不必与给付的提供同时发生,可以事先做出,此时债务人获得一种以任意之债为内容的替代给付权。〔63〕这种替代权可以即时行使也可以在将来行使,它可以对抗债权人的原给付请求权,只有通过履行他种给付满足债权人后,原债关系才能消灭。

虽然两种学说在构造上存在差异,但对代物清偿中的合意关系和清偿效果的认识则并无不同,都将原来的债务关系作为给付的法律原因,并且认为代物清偿无需要物性。考虑到代物

〔59〕 (德)迪尔克·罗歇尔德斯《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,页142—143。

〔60〕 A. Di Majo, *Supra* note 41, p.344—348.

〔61〕 陈自强,见前注〔25〕,页279。

〔62〕 A. Zaccaria., *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p.107.

〔63〕 罗歇尔德斯,见前注〔59〕,页143。

清偿的制度目的在于消灭原来的债务,而不是改变债的客体,笔者采取了清偿合同说来展开下一步的论述。因为即使采取“合同变更说”,债的客体变更在合意要素之外,还需要伴随着履行行为,<sup>[64]</sup>而清偿合同的优势就在于能把制度目的清晰地展示出来,不需要通过所谓“物的交付”或者其他特殊要件作为合同缔结标志,而且这种术语也与我国实践中的“债务清偿协议”的表达相一致。<sup>[65]</sup>

## (二) 诺成性代物清偿与传统理论的衔接

借助清偿合同的视角,可以发现代物清偿的合意基础是诺成性的。但与此同时,我们要注意到,在传统民法理论中,代物清偿要物合同说是有其作用的,一方面是从教义学上区分代物清偿与债的更新;另一方面在实践中给债务人充分的时间谨慎思考是否进行他种给付,以保护其利益。此外,把具有任意之债效力的代物清偿协议看作是代物清偿,还会引发一个严重的教义学问题:清偿的内容不同于原债的给付标的,这是代物清偿的构成要件之一,但是在代物清偿协议中,替代给付的内容已经在原来的债务规定了,那此时就不构成代物清偿。<sup>[66]</sup>由此可见,选择诺成性的代物清偿协议的立场,也需要面对教义学和实践功能各方面的质疑。

首先,代物清偿与债的更新的区分问题。诺成性的代物清偿不会导致原债务的消灭,因为清偿合同的目的是要消灭债权,因此,即便达成了代物清偿协议,在债权人获得实际满足之前,合同的目的没有实现,原债将继续存在。这与债的更新不同,后者在合意成立新债时,原债就已经消灭了。

其次,诺成性代物清偿协议与代物清偿构成要件的问题。从构成要件上看,清偿的内容不能与原债的给付标的相同,这是代物清偿题中应有之意,所以如果替代给付的内容已经在原来的债务规定了,就不是代物清偿,只是原债的履行。这种观点实际上混淆了任意之债与选择之债这对近似概念。在选择之债中,存在着一个或者多个给付客体,必须由债权人或者债务人行使选择权来确定一个履行客体。<sup>[67]</sup>选择之债的多个给付都存在于原债之中,而任意之债只有一个给付,他种给付不属于原债的履行内容。所以,根据代物清偿协议所产生的任意之债进行的给付,不属于履行原债。在债务人行使其代替权之前,他种给付请求不受原债关系约束。<sup>[68]</sup>除非债权人已经对此做出相应的处置,否则享有替代权的债务人可以撤回替代表示。

最后,诺成性代物清偿与它的实践功能的兼容问题。诺成性的代物清偿,虽然意思表示一致即可成立,但并没有即刻让债务人负担新债,产生的只是一个给予债务人替代权的任意之债,债务人可以自由选择行使与否,所以不会削弱代物清偿原来所具备的警告功能,让债务人

[64] A. Di Majo, *Supra* note 41, at 346.

[65] 参见广州市中级人民法院(2009)穗中法民五初字第93号民事判决,广州市高级人民法院(2010)粤高法民一终字第105号民事判决书。

[66] P. Franceschetti, M. Marasca, *Le obbligazioni*, Maggioli Editore, 2008, p.551.

[67] C. Massimo Bianca, *Diritto civile*, Vol IV, *Obbligazione*, Milano, 1993, p.123-124.

[68] *Ibid.*, at 140.

履行明显超过原定给付价值的他种给付。

### (三) 替代物瑕疵救济径路的选择问题

虽然最高院的指导性案例没有涉及代物清偿与买卖合同的关系问题,但地方的司法意见,比如《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》已经提出,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,这也符合传统学说把代物清偿看作是买卖合同的立场。但值得注意的是,给予债权人提起买卖瑕疵担保请求权,并不是唯一的救济途径,在优士丁尼的《国法大全》中还存在着要求债务人负担原债的请求权的做法。在现代民法典中,《德国民法典》第 365 条采取了单一的买卖合同的瑕疵担保责任的径路,而《意大利民法典》第 1197 条第 2 款则选取了两者并存的径路。

在清偿合同的视角下看,债权人必须从他种给付中获得与原债同样程度的满足,才能使得原债消灭。在替代给付物存在瑕疵的情况下,债权人未能获得他在代物清偿合意中所要受领的标的物,所以原债并没有消灭,债权人可以主张原债给付。虽然有批评指出,“清偿合同说”在体系层面上与买卖合同中的瑕疵担保责任是不兼容的,因为提起买卖的瑕疵担保请求权,就意味着承认这里给付的标的已经发生变更,而原债已经消灭,所以只能在债权人解除买卖合同之后才能重新提起原债的请求。但是在清偿合同的视角下,构成原债消灭原因的是他种给付的履行,为了实现这一目的,同样可以适用瑕疵担保责任,其原因不是原债已经消灭,而是根据替代给付的合意。因此,债权人可以在两种请求权中进行选择。值得注意的现象是,有学者观察指出,德国法的当代实践与理论已经开始背离单一的买卖瑕疵担保的救济方式。因为要请求债务人负担原债务就必须先诉请解除合同,在判决之后才能提起这一请求的做法有违诉讼经济原则。<sup>[69]</sup> 这似乎显示了,现代民法在替代清偿物瑕疵问题的解决方法上,开始融合了古典罗马法和优士丁尼罗马法的两种径路,这不仅结束了长期以来的学理争议,而且有利于给予债权人充分的保护,这是值得借鉴的。

## 六、代结论:开放式的代物清偿法律关系

虽然 2012 年 6 月公报中的裁判摘要的立场是与传统的代物清偿理论相符合的,但也有学者指出,在 2011 年的原判决书和 2012 年的公报摘要中,对于代物清偿的构成要件的认定存在着微妙的差异:原判决承认代物清偿的诺成效力,支持双方当事人的代物清偿协议产生了给付项目用地使用权的义务,只是需要现实地受领给付才产生清偿的效力;而根据公报摘要的观点,代物清偿协议的成立要件按照要物合同判断,没有交付,合同就无效,由此认为在原判决中蕴含着一种“开放式的代物清偿法律关系”,它可以统一地涵盖传统的代物清偿与以物抵债合

[69] 参见陈自强,见前注[25],页 282。

同。<sup>〔70〕</sup> 这种主张对于意识自治的保护以及解决我国的以物抵债协议问题有着很大的意义,但整体而言,它还停留在探索阶段。这种隐而不显的立场,没有被后续的地方司法意见所重视,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》采取的仍是传统的代物清偿为要物合同的立场。

基于前文的论证,这种开放式的代物清偿法律关系有其私法史和教义学上的理论基础。从最高院的原判决的立场中,可以发现代物清偿的性质是一种独立的清偿合同,由此可以把他种给付替代原债务的合意基础与清偿结果区分开来,避免了适用传统的分析工具所带来的混乱。在这一视角下,代物清偿的合意基础就从物的现实交付才能成立,转为依照双方协议一致即可成立,赋予债务人一种替代给付权,在其履行时消灭原债的合同。

在未来的债法典或者民法典的建构中,这种立场是值得遵循的。在规范建构层面,我们应该注意把“债权人的同意”作为进行他种给付的合意基础,使之与原债消灭的清偿效果区分开来,而不是使用“债权人受领”这一术语,直接把合意基础与清偿效果重叠在一起。同时,在替代物瑕疵的情况下,应该允许给予债权人两种救济径路的选择权,不仅包括买卖合同上的瑕疵担保责任,而且也能直接要求原债所负担的给付。

---

**Abstract:** Datio in solutum is not included in the Chinese civil law, but recently, the bulletin case of the Supreme Court has recognized this institution as a real contract, which is resulted from the prevalent doctrine. But this theory and practice cause a series of problems, including the confusion of the solution with the real contract, the confusion of the accord of datio in solutum with the preliminary contract of the real contract, and the negation of the effect of a pure accord of datio in solutum. From the perspective of private law history, the datio in solutum is separated from the real contract in Roman law, but with the convergence of datio in solutum and the sale contract, the traditional theory had to introduce the pattern of real contract to divide them. The modern doctrine does not analogize the typical contract, on the contrary, takes it as a consensual contract on the agreement of satisfaction. In the judgment of Supreme Court, we can find its clue and the civil code in the future should follow this way.

**Key Words:** datio in solutum; Real Contract; obligatio cum facultate solutionis; Defect Warranty

---

(责任编辑:薛 军)

---

〔70〕 参见周江洪,见前注〔1〕。