

论以物抵债的法律构造

高 圣 平*

摘 要:作为描述性概念,以物抵债是当事人以原定给付之外的财产用于清偿债务的行为类型。依交易目的的不同,以物抵债存在替代清偿功能与担保功能的区分。替代清偿型以物抵债协议的成立并不当然消灭原定给付,抵债人不履行新给付的,债权人享有恢复履行原定给付或者主张违约责任的选择权。此外,人民法院作出的确认以物抵债协议的裁定书、以物抵债调解书,并不导致抵债财产所有权的转移,但在执行程序中作出的以物抵债裁定书将导致抵债财产所有权的转移。担保型以物抵债本质上属于非典型担保,债权人可对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权,在完成财产权利转移的公示的情形之下,适用让与担保规则。在现行法下,预告登记应是有效公示手段。

关键词:以物抵债 物权变动 让与担保 非典型担保 预告登记

“以物抵债”是近年来民商事审判实践与理论研究关注的重点议题之一。“以物抵债”并非内涵与外延明晰的法律概念,而是对交易实践中以原定给付之外的财产清偿债务的描述性概念,呈现出类型多样的行为模式。“以物”表明债务人所为的异种给付,“抵债”则彰显行为的最终效力;“以物抵债”表达的内容也不止于清偿债务,以标的财产的变价款清偿债务亦可为其语义所涵盖。由此,以物抵债与代物清偿、新债清偿、债之更新、抵销、让与担保、流质(抵)契约、和解协议等法律概念皆有牵连。尽管最高人民法院多次通过公报案例、指导性案例、会议纪要和司法解释等形式对以物抵债纠纷案件的审理提供指导,理论上亦有诸多解释方案,但由于以物抵债问题的复杂性,人民法院在处理此类纠纷时远未形成相对统一的裁判标准。考虑到以物抵债的议题色彩浓厚,与债的消灭、债的担保等不同法律制度均有关联,准确认定以物抵债的法律构造也就成了明确其法律适用的必要前提。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《民法典合同编通则解释》)第 27、28 条大体上延续了最高人民法院既往

* 中国人民大学法学院教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员
基金项目:国家社会科学基金资助项目(22BFX071)

的处理思路,以以物抵债协议签订于债务履行期限届满之前或者之后为标准对以物抵债进行类型化,并在此基础上明确具体类型以物抵债的法律适用。这一规定是否妥当,还有待实践检验。在应然意义上,以物抵债存在哪几种可能的定性方案?不同性质的以物抵债呈现出什么样的法律构造?厘清此等问题对司法实践至关重要。

一、以物抵债的类型建构

就以物抵债而言,理想的法律规制离不开借由丰富的实践资源所形成的经验类型。由于《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)未设债法总则,债的消灭制度被合同编通则分编之“合同的权利义务终止”章所取代,而后者并未对代物清偿或者以物抵债作出规定。从本质上看,以物抵债是债权人与债务人或者抵债人达成的合意,以物抵债的概念表述是对这一法律行为内容的直观概括。

(一)交易目的多样的以物抵债

从交易内容上看,以物抵债当事人约定以他种给付(新债)替代原定给付(旧债),新债与旧债之间呈现等同代替的关系。履行新债后,旧债得到同等满足,既有债务均告消灭。如此,以物抵债的最终法律效果在于清偿债务,可置于“债之消灭”项下予以讨论。不过,单以清偿债务作为以物抵债的交易目的加以定性,并不足以实践提供有益的指导。在跨时交易中,债权人的利益实现系于债权的效力,以此为基础建构起的整个债法制度均服务于债权的实现。抵销、提存、免除、混同均为清偿替代之方式,债权人的代位权和撤销权则保障债务人的责任财产不受不当减损,而担保制度则旨在增强债权的效力。换言之,围绕债权而展开的法律制度均追求清偿债务的法律效果。以物抵债交易中“抵债”不具有规范上的区分意义,“以物抵债”概念是法律修辞学运用的结果,用于描述经济活动中的一类行为。在“以他种给付替代原定给付”的行为框架下,以物抵债在不同场景下呈现出不同的含义,当事人的交易目的与客观上表现出的行为目的亦有所不同。

以物抵债是通过原定给付之外的财产清偿债务的交易,因而代物清偿是以物抵债的主要交易目的。从这个意义上看,以物抵债创设了新的债权实现方式,对债权人和债务人均有利。对于债权人而言,以物抵债提高了债权实现的方式和可能性,通过引入财产信用在一定程度上降低了债务人的信用风险;对于债务人来说,多样化的清偿方式在一定程度上能够避免债务人过度依赖单一的履行路径,免于其陷入违约境地,进而影响债务人的信用状况。事实上,对于以物抵债的规制最初就是从其清偿债务的功能入手。依据民事诉讼的相关规范,当事人在审判人员的主持下可以达成以物抵债的调解协议,人民法院还可据此作成具有法律效力的民事调解书;在执行程序中,人民法院可以依法直接将被执行人的财产作价交申请执行人抵偿债务,执行当事人还可以自行和解达成以物抵债协议。^①在抵债财产多数没有评估的情形之下,以物抵债在司法实践中被大量不当利用,如虚构债权债务关系以转移责任财产,或者将价值远超债务数额的抵债财产

^① 参见1991年《中华人民共和国民事诉讼法》第16条第2款以及第8章“调解”、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第491条、《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第16条第1款。

转移给债权人,进而损害抵债人的其他债权人的利益。^① 司法规制的重心也就转向了虚假诉讼的控制、不当以物抵债协议效力的否定等方面。例如,2015年《全国民事审判工作会议纪要》(以下简称《民事审判纪要》)第31条、2015年《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》(以下简称《商事审判纪要》)、2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《民商事审判纪要》)第44条均作出了相关规定。

除替代清偿外,以物抵债还被用于增强债务人信用。从原理上看,以物抵债允许以其他财产清偿既有债务,债务履行的途径得以拓展。如债务人以自己所有的财产用于抵债,由于债务人的责任财产是债权的一般担保,则此时的以物抵债没有实质上增强债务人的信用,充其量为债权人申请强制执行抵债财产时作为执行依据提供了些许方便。如抵债财产为第三人所有,则在债务人的责任财产之外,另增加有第三人的特定财产作为债权的一般担保,债权实现的保障得到提升。据此,以物抵债具有增信功能,可被视为广义上的担保工具。民法上担保工具的作用机理主要有二:(1)扩展责任财产的范围。例如,第三人提供保证担保后,债务人和保证人的责任财产均为债权的一般担保。(2)在特定财产上为债权人设定优先权,使债权人能够就抵债人的特定财产优先受偿。^② 相比较而言,债权人与第三人之间的以物抵债近似于保证,相当于限额担保,^③而在抵债财产上为债权人设定优先权,以物抵债就与担保物权几无差异,这关联到公示制度的衔接与配合。此外,由于担保工具能够有效保障债权实现,债权人更愿意授予债务人信用,担保工具因而具有促进交易的功能。因此,实践中多将其作为一种担保工具使用。^④

从2014年“朱俊芳案”^⑤开始,司法实务界逐渐意识到以物抵债常被当事人用作担保用途,自此形成了替代清偿与担保功能二分的认识格局。在替代清偿功能方面,以物抵债的约定意味着新的给付可以代替原定给付,产生因清偿导致债务消灭的法律后果,为债权人实现债权开辟了新的路径;在担保功能方面,以物抵债协议的实际履行以债务人陷于违约为前提,债务人应当在先履行既有债务的同时面对丧失抵债财产的风险。当然,具有担保功能的以物抵债协议同样具有替代清偿的功能,一如担保人承担保证责任或物上保证责任后主债务归于消灭,只不过当事人更加置重于担保功能。

(二)交易目的作为类型化区分标准

在具体的以物抵债协议中,当事人的主观意愿可能是替代清偿或者增加信用,也可能二者兼具。循此思路,在确保不对第三人产生不利影响的制度安排下,以物抵债应依不同的交易目的而予以区分,并在此基础上讨论具体类型以物抵债协议的规则设计,如此能够最大程度尊重私人自治。^⑥ 不过,最高人民法院在一系列司法文件中将以物抵债协议的缔约时间作为分类标准,区分为诉讼过程中达成的以物抵债协议、履行期限届满前达成的以物抵债协议与履行期限届满后达成的以物抵债协议。

^① 参见夏正芳、潘军锋:《以物抵债的性质及法律规制——兼论虚假诉讼的防范》,《人民司法》2013年第21期。

^② 参见崔建远:《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》,《政治与法律》2015年第12期。

^③ 参见刘保玉、梁远高:《期前以物抵债协议:性质、效力与规则适用》,《清华法学》2024年第1期。

^④ 最为典型的是“买卖型担保”,理论上观点甚至认为这种交易形式近乎达到习惯法上物权的程度。参见杨立新:《后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权》,《中国法学》2013年第3期。

^⑤ 参见最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决书。

^⑥ 参见王利明、朱虎:《〈民法典〉合同编通则司法解释的亮点与创新》,《法学家》2024年第1期。

对于在诉讼过程中达成的以物抵债协议,规制的重心围绕着以物抵债协议是否会损害他人合法权益而展开。当事人自愿达成以物抵债协议并要求人民法院制作调解书的,人民法院应当严格审查,防止当事人借此损害其他债权人的利益或者规避公共政策。^①《最高人民法院关于在民事诉讼中防范与惩治虚假诉讼工作指引(一)》更是明确将“以物抵债”协议纠纷作为规制虚假诉讼的重点对象,指出人民法院可通过审查债务形成当时的情况、当事人之间的关系、款项往来过程,查清当事人的真实意思表示,并结合债权债务成立时的市场经济情况等多方面因素综合判断是否属于虚假诉讼。而对于履行期限届满前/后达成的以物抵债协议,最高人民法院则是将二者分别对应于担保型以物抵债协议与替代清偿型以物抵债协议来处理。关于履行期限届满前达成的以物抵债协议,相关规范均引入了“清算义务”“禁止流抵(质)”等担保法理,以控制此类以物抵债协议的效力。如抵债财产尚未完成公示的,则应参照适用《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《民间借贷解释》)第 23 条的规定,按照原债权债务关系进行审理,债权人只能请求对抵债财产进行变价并受偿;如抵债财产完成公示的,则债权人应就抵债财产履行清算义务,而不能径直取得抵债财产的所有权。最高人民法院直言,此种以物抵债实际上属于履行债务的担保。^②至于履行期限届满后达成的以物抵债协议,抵债财产已经完成公示的,除非存在效力瑕疵事由,债权人取得抵债财产的所有权,旧债归于消灭。抵债财产未完成公示的,《商事审判纪要》认为债务人在有证据证明有能力继续履行旧债的情况下享有反悔的权利,而《民商事审判纪要》第 44 条第 1 款则将选择履行旧债或者新债的权利交予债权人,但只要不存在其他效力瑕疵事由,以物抵债协议履行后债权人取得抵债财产的所有权,没有清算的问题。在此,诉讼过程中达成的以物抵债协议与履行期限届满后达成的以物抵债协议,实际上遵循的是同一规制路径,在替代清偿的视角下关注以物抵债协议是否会产生负外部性、新债与旧债之间的关系处理等问题。在解释上,由于进入诉讼阶段意味着债务人已经陷于违约境地,以物抵债协议的缔约时间必然晚于债务履行期限届满之日,因此,履行期限届满后达成的以物抵债协议足以涵盖诉讼过程中达成的以物抵债协议。^③

最高人民法院选择缔约时间作为区分以物抵债协议类型的标准,可能是实践经验归纳的结果,同时顾及司法解释明确裁判规则的功能。债务履行期限届满之后,债权数额归于确定,债务人与债权人就清偿债务的形式开展谈判也不会落于下风,甚至债权人为及时回收债权还会主动减免部分债务。此时达成的以物抵债协议专为实现债权,缔约目的只能是寻求原债清偿,债务人迫于资金压力将远高于债权价值的其他财产抵偿债务的危险也不复存在。即便存在,债务人也可以依据《民法典》第 147 条至第 152 条的规定,向人民法院请求撤销以物抵债协议或者确认以物抵债协议无效。而债务履行期限届满之前,债权实现与否端赖债务人是否按约履行,此时达成的以物抵债协议是对债务人不履行原债务所作的预防性安排,与设定担保时债权人通常要求担保人提供价值高于主债权数额的担保财产,以应对担保权实现时变价的不充分,同时督促主债务

^① 参见 2010 年《全国民事审判工作会议纪要》第 31 条、2015 年《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》第 16 条。

^② 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 307 页。

^③ 担保物权实现程序中的“折价协议”也是如此,其与以物抵债协议没有实质性区别。参见武亦文:《〈民法典〉第 410 条(抵押权的实现)评注》,《法学家》2022 年第 3 期。

人如约履行如出一辙。换言之,两种以物抵债协议分别具有即时性、必然性与远期性、或然性。^① 在实践中,除了直观的以物抵债协议外,当事人通常采用买卖合同的外观达成实质上的以物抵债合意,买卖合同的标的物与对价分别对应于抵债财产和抵债数额,司法实务界多认为债务履行期限届满后当事人之间签订的买卖合同属于代替清偿的以物抵债协议。^② 此外,以缔约时间为标准进行分类,最大的优势在于其确立的裁判规则十分明晰,只需要比较以物抵债协议的缔约时间与债务履行期限届满之日的先后,就可以准确地适用法律,极大便利了司法实践。

实际上,以缔约时间为标准划分以物抵债协议的类型,并在此基础上分别配置各自的法律适用规则,最终仍是导向了替代清偿功能的以物抵债协议与担保功能的以物抵债协议这种以交易目的或曰合同功能为依据的分类结果。换言之,表面上是以缔约时间这一客观依据作为分类标准,但实质上还是基于以物抵债所具有的功能来考虑适用的规则,这在具有担保功能的以物抵债协议中体现得最为明显。既然如此,直接将以物抵债的功能确立为分类标准更加准确。而且,缔约时间的分类标准还存在诸多缺陷。一方面,缔约时间看似是一项易于查明的客观事实,但当事人倒签合同的道德风险难以被有效防范;另一方面,虽然债务履行期限届满前后签订的以物抵债协议的确与担保功能和替代清偿功能大致对应,但是一律循此标准将有扭曲当事人真实意志的嫌疑。具体而言,当事人在债务履行期限届满前达成以物抵债协议,确实有督促债务人如约履行的功能,但不能排除当事人的合同目的就在于预先作出替代清偿的安排,简化债务实现的程序。^③ 裁判实践就此已有其例。^④ 当事人通常约定,债务人“有权选择以现金、转支、电汇……或抵房等支付方式中任选一种或多种方式进行支付”,其中“抵房”即以物抵债,是债务清偿的方式之一。^⑤ 虽然当事人在债务履行期限届满前签订了以物抵债协议,但是协议中同时约定按照市场价格处理抵债财产用于清偿,法院也认可适用替代清偿型以物抵债协议的规则。^⑥ 至于债务履行期限届满后达成的以物抵债协议,当事人的缔约动机不外乎扩大清偿的路径。即使当事人在以物抵债协议中约定,债权人作为债务人提供一定的宽限期,债务人未在宽限期内清偿就履行以物抵债协议,在解释上也应当认为当事人合意变更了债务履行期限,以物抵债协议虽然订立在原债务履行期限届满之后,但是仍处于变更后的债务履行期限届满之前。因此,时间标准的缺陷主要集中在不能准确为债务履行期限届满前达成的以物抵债协议之规则适用提供类型基础,而这种类型的以物抵债协议又恰好是最为实践青睐的“买卖型担保”。

最高人民法院曾在《民法典合同编通则解释(征求意见稿)》第28条、第29条处列明条旨,分别为“清偿型以物抵债的法律适用”与“担保型以物抵债的法律适用”,清楚地显示以功能为区分标准的意图,但在内容上仍以缔约时间为标准进行分类。其中第29条将履行期限届满前达成的以物抵债协议一律定性为担保合同,失之偏颇。幸好在公布的司法解释中,该条删去了这些表述,以“人民法院应当在审理债权债务关系的基础上认定该协议的效力”代之。

^① 参见景光强:《以物抵债疑难法律问题精释》,中国法制出版社2020年版,第184页。

^② 参见石冠彬:《论民法典对买卖型担保协议的规制路径——以裁判立场的考察为基础》,《东方法学》2019年第6期。

^③ 参见付荣:《论执行程序中的以物抵债》,《法学家》2024年第2期。

^④ 参见河北省沧州市中级人民法院(2018)冀09民终3590号民事判决书。

^⑤ 参见重庆市长寿区人民法院(2023)渝0115民初6776号民事判决书。

^⑥ 参见广东省东莞市第一人民法院(2023)粤1971民初37178号民事判决书。

值得注意的是,最高人民法院在“通州建总案”^①的说理部分指出,“以物抵债,系债务清偿的方式之一,是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排”。有学者据此认为,此项表述自此纯化了以物抵债的功能,将以物抵债协议定为清偿合同,而不会与担保合同相混淆;^②然而,最高人民法院在“通州建总案”裁判摘要中并未保留“以物抵债,系债务清偿的方式”的内容,而是开宗明义地指出,“对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定,应以尊重当事人的意思自治为基本原则”,这足以表明最高人民法院无意限定以物抵债的功能。学说上的“代物清偿”这一经典法学概念,很大程度上可以涵盖替代清偿功能的以物抵债。持此类观点的学者在具体建构(替代清偿功能)以物抵债的规则时,主要也是围绕着代物清偿制度而展开。^③以物抵债本就作为对一种法律现象的描述,替代清偿功能与担保功能在学理上也难以集成,不如保留以物抵债的描述性概念属性,转而厘清其规则适用,这样更具有实践意义。

《民法典合同编通则解释》第27条、第28条延续了此前的司法态度,以缔约时间为标准区分调整债务履行期限届满前后达成的以物抵债协议。在解释上,以物抵债协议并非《民法典》上的典型合同类型,而是交易中一类常见合同的归纳,其中体现的当事人合意应当秉持“解释先行”的原则进行识别,即根据《民法典》第142条的规定,依合同呈现的利益状态、合同目的以及斟酌交易习惯进行解释,对缔约意图、合同目的以及合同内容等进行探析。就此而言,可以考察具体以物抵债协议约定的内容更多体现了哪种元素,如协议中约定有新旧债关系、债权人在新债不履行时的救济途径等内容的,则应当倾向于认定为替代清偿型以物抵债。换言之,《民法典合同编通则解释》第27条、第28条的性质实为解释性规范,在适用过程中应让位于合同解释,当事人之间的以物抵债协议存在解释为具体合同类型的空间之时,不宜直接适用该两条以物抵债规则。如此一来,虽然《民法典合同编通则解释》第27条、第28条看似采纳了时间标准,但是在规则适用方面仍是将以物抵债的交易目的作为分类标准。面对实践中约定内容不明确的以物抵债协议,若经由解释亦难探知当事人的真实意思究竟在于替代清偿还是提供担保,则只能从形式上根据缔约时间标准适用《民法典合同编通则解释》第27条或第28条。

二、替代清偿型以物抵债的法律构造

在替代清偿的功能之下,以物抵债协议的成立等价于旧债的新债,抵债人可以通过转移抵债财产的所有权^④以消灭债务。但尚须讨论的是,以物抵债协议生效后,新债发生,旧债是否消灭?如答案是否定的,那么在履行顺序上,债权人是否必须先请求履行新债?债权人是否享有自由选择主张新债或者旧债的权利?如抵债财产存在质量瑕疵或者权利瑕疵,或是债务人不履行以物

^① 参见最高人民法院(2016)最高法民终484号民事判决书。

^② 参见肖俊:《以物抵债裁判规则的发展趋势与建构方向——2011—2019年最高人民法院审判经验的考察与分析》,《南大法学》2020年第1期。

^③ 参见王洪亮:《以物抵债的解释与构建》,《陕西师范大学学报》(哲学社会科学版)2016年第6期;王洪亮:《代物清偿制度的发现与构建》,《浙江工商大学学报》2018年第2期。

^④ 值得注意的是,抵债财产的类型不同,抵债人予债权人的权利亦不尽相同。以不动产、动产抵债的,转移的是抵债财产的所有权;以股权、知识产权等财产权利抵债的,转移的则是抵债财产权利本身。为行文的方便,除非必要,本文以转移抵债财产的所有权统称新的给付。

抵债的义务,债权人如何寻求救济?这里涉及如何处理新债与旧债之间关系的问题。在司法程序中,以物抵债协议的效力是否有其特殊性?此外,如果以物抵债协议本身有失公允,应当如何处理?

(一)新债与旧债之间的关系

1.推定为新债与旧债并存

以物抵债协议生效后,抵债人对债权人负有新的替代清偿义务。有学者认为,由于债务履行期限已经届满,新的替代清偿义务与原债务在履行上处于同一顺序,因此第三人与债权人签订以物抵债协议,实质上构成债务加入。债权人可以请求债务人清偿原债务,也可以请求抵债人履行抵债义务。^① 债务加入是指第三人加入既有的债务,与债务人共同向第三人负有清偿义务,第三人与债务人之间系连带债务关系。^② 在第三人以物抵债的情形下,虽然第三人的给付等效于原定给付,相当于债权人为第三人开放了新的履行方式,但是第三人并非共同承担既有债务,其抵债义务是新产生的独立法律义务,以物抵债协议还可专门约定不履行抵债义务的违约责任。因此,第三人以物抵债不同于债务加入,特别是在构成债之更新时,旧债因新债的成立而消灭,此时更无债务加入之可能。从逻辑上看,以物抵债协议成立后,旧债既可能归于消灭,也可能与新债同时存在,后一情形又可以依据是否存在履行顺序再次细分。理论上,旧债因新债的产生而消灭属于债之更新,新债产生的同时旧债继续存在则属于新债清偿。从《民法典合同编通则解释》第27条第2款的规定来看,以物抵债协议的成立并不必然导致旧债的消灭,新债与旧债原则上处于并存的状态。结合《民法典合同编通则解释》第27条的规范属性,如以物抵债协议中已就新债与旧债之间的关系作出明确的安排,自应尊重当事人的意思表示。只有在当事人没有明确约定的情况下,才能适用《民法典合同编通则解释》第27条第2款推定当事人不存在消灭旧债的意思。这种对当事人意思表示的推定具有合理性。

第一,以物抵债增加了与旧债等效的新的履行方式,给付内容的改变虽然具有同等效力,但是债权人接受的财产类型毕竟不同,增加了债权人的隐性成本。实践中最常见的以物抵债情形莫过于以非货币财产(如房产、股权、机动车等财产)抵偿金钱债务。债权人接受非货币财产抵偿债务,多是出于债务人缺乏充足的资金,退而求其次选择价值相当的非货币财产。除非抵债财产对于债权人本就具有利用价值,否则债权人在实际收到抵债财产后仍需变价,债权人承担了其中产生的价值损耗、费用成本、变价时间。因此,债权人更新债之内容的动机不够充分。

第二,以物抵债新增债务清偿方式,对于债权人和债务人皆为有利。旧债得以保留,意味着债权人可以继续享有旧债上的担保利益,新增的履行方式增加了债权实现的可能。同时,债务人也获得了灵活的履行空间,可以多种方式清偿债务。《民法典合同编通则解释》第27条第2款的推定规则契合债权人和债务人的真实意愿。

第三,旧债因以物抵债协议的生效而消灭,法律效果至为严格,当事人就此应有明晰的意思表示。以物抵债协议的内容无法解释出当事人之间是否具有消灭旧债意思的,不宜认为债权人已经放弃了对旧债的权利主张。

^① 参见李玉林:《论以物抵债协议的类型化适用》,《法律科学》(西北政法大学学报)2023年第4期。

^② 参见高圣平、陶鑫明:《债务加入法律适用中的争议问题——以〈民法典合同编通则解释〉第51条为分析对象》,《法律适用》2024年第1期;陈龙业:《债务加入人追偿权的体系化证成与适用》,《法学家》2024年第3期。

第四,旧债是否因新债的产生而消灭,取决于抵债义务是作为旧债履行的替代方式,还是抵债人独立的法律义务。债务人可能已经欠缺充分履行旧债的能力,为预防法律风险,债务人主动寻求替代清偿方式,这是替代清偿型以物抵债的主要场景。债权人同意受领抵债财产后,旧债已经得到等效履行。此际,以物抵债协议当事人并不一定谋求替代旧债,但必然明确异种给付具备清偿旧债的法律效果。鉴于债务人可能如约履行,新债与旧债并存也就顺理成章。

由此可见,抵债人履行以物抵债协议的,新债和旧债同时消灭。在此之前,除法律另有规定或者当事人另有约定之外,旧债与新债并存,旧债之上的担保利益仍然存续。

2.新债与旧债的履行顺序

根据《民法典合同编通则解释》第27条第2款前段的规定,以物抵债协议履行后,“相应的原债务同时消灭”。一方面,以物抵债协议确认的新债与其相应的旧债具有对应关系,二者均具有清偿原债务的法律效果;另一方面,抵债财产的价值不一定与原债务数额相当,当事人在以物抵债协议中明确抵债数额的,旧债也仅在“相应的”范围内消灭。唯应注意的是,如果《民法典》第524条第1款及《民法典合同编通则解释》第30条所称“对履行债务具有合法利益的第三人”签订以物抵债协议,由于该第三人因其与债务的利益关联享有代为清偿的权利,此时应认为以物抵债协议同时构成代为清偿的约定。在第三人履行以物抵债协议后,旧债仅在债权人与债务人之间相应地消灭,但仍然存续于代为清偿的第三人与债务人之间。^①如此,《民法典合同编通则解释》第27条第2款前段的适用范围应予限缩,将《民法典》第524条意义上对履行债务具有合法利益的第三人予以排除。在解释上,也可以认为此时的“原债务同时消灭”仅指相对于债权人消灭。抵债财产价值低于原债务数额的,原债务的剩余部分仍然存续,但债权人只能请求债务人继续履行,而无权请求抵债人另行给付。根据《民法典合同编通则解释》第27条第2款后段的规定,抵债人未按照约定履行以物抵债协议并经催告后在合理期限内仍不履行的,债权人享有选择请求履行原债务或者以物抵债协议的权利,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。不过,该款并没有明确,在新债与旧债并存的情况下,新旧债的履行顺序如何。

如当事人就新旧债务履行的选择权利或者履行顺序作出了明确的约定,则应当尊重当事人的交易安排。但是在缺乏此类约定之时,有的裁判认为债权人有选择履行的权利,即债权人可以直接请求抵债人转移抵债财产的所有权,也可以请求债务人继续履行原债务。^②有学者指出,在以物抵债协议生效后,新债与旧债的选择履行权利应当归于债务人,其理由如下:(1)新债与旧债并存的局面符合选择之债的构造,在没有专门约定选择权的情形下,依选择之债的法理,选择权应为债务人享有,由债务人决定履行旧债还是新债;(2)承认债务人享有选择权,可以在债务人恢复旧债履行能力后继续履行旧债,如此也不违反债权人的预期;(3)替代清偿型以物抵债成立后,债权人对新债与旧债的给付都有合理期待,赋予债务人选择权并无不可,债务人选择履行旧债更是符合最初的交易预期;(4)由于旧债之上可能存在担保措施,债务人选择履行旧债对债权人而

^① 参见高圣平、陶鑫明:《论第三人代为清偿的法律适用——以〈民法典合同编通则解释〉第30条为分析对象》,《社会科学研究》2024年第1期。

^② 参见最高人民法院(2015)民二终字第42号民事判决书。

言并无不利。^①

笔者不完全赞同以上看法,理由如下:一方面,替代清偿型以物抵债成立后新债与旧债并存的构造,并不完全与选择之债适配。选择之债是与简单之债并称的债之类型,是在多个不同给付中择一履行的债。^② 由于选择之债存在数宗给付,只有经由选择才能转化为简单之债,给付才得以特定。因此,选择之债的履行必须经过选择权的行使令给付特定的过程。以物抵债协议的达成改变了此前简单之债的格局,新债与旧债并存,但债务人的给付义务并不处于不确定的状态。尤其是在第三人以物抵债的场合,债务人自始至终只负有原给付义务,第三人亦仅是履行抵债义务,选择权无由存在。如认为存在选择权并经由行使,则原本并存的新旧债即转化为单一的新债或者旧债。转化为新债的,旧债之上的担保措施不能转移到新债,相当于发生债之更新;转化为旧债的,债权人仍面临债务人履行旧债能力的风险,以物抵债协议的签订也就没有了意义。新债与旧债之间互为替代关系,更接近于任意之债。债务人的给付义务确定,但可以通过替代性给付履行债务。另一方面,以物抵债协议是债权人与抵债人的合意,无论履行新债还是旧债,均符合当事人的交易预期。实践中,以物抵债协议通常会约定新债的履行期限,为抵债人以物抵债预留时间。在新债履行期限届满之前,抵债人对新债的履行保有期限利益,此时债权人尚不能主张新债。即使以物抵债协议没有约定新债履行期限,参照《民法典》第 511 条第 4 项的规定,抵债人可以随时履行新债,债权人也可以随时请求履行新债,但是应当给对方必要的准备时间。如此,在新债履行期限届满之前,债权人与债务人、抵债人不存在选择履行的权利。债权人面对债务人提出旧债履行,以及抵债人提出新债履行,不得拒绝受领。^③ 结合以物抵债协议的缔约背景,债务人履行旧债存在障碍,此时多为旧债履行期限已经届满。当事人专门就替代清偿达成合意,足以表明其优先追求新债的意图,基于诚信原则,债权人应当暂停旧债的请求。新债履行期限届满的,债权人应当先请求履行新债。^④

此外,在第三人以物抵债的情形下,新债履行期限届满后抵债人未履行新债的,抵债人与债务人一样陷于违约,债权的实现前后遭遇两次障碍。此时,债权人面对抵债人与债务人并无差异,二者在债权人看来均存在信用风险。但是抵债人与债务人的具体信用状况毕竟并非完全相同,允许债权人根据实际情况选择履行新债或者旧债,是保护债权人的必要举措。即使是债务人自己充任抵债人,向同一人请求转移抵债财产的所有权与履行原债务,权利实现难度也不尽相同,债权人选择其中较易实现之一种具有正当性。在解释上,“未按照约定履行以物抵债协议”应与债务人未履行原债务的程度相当,而结合替代清偿型以物抵债的适用场景,债务人缺乏履行原定给付的能力,构成根本违约。抵债财产存在瑕疵,或者仅转移部分抵债财产所有权的,如未达到影响债权实现的程度,债权人应当请求抵债人继续履行抵债义务。循此以解,如抵债人在债权人催告后及时补救,履行了抵债义务,即表明此时尚未达到根本违约的程度。抵债人经债权人催

^① 参见王利明:《论清偿型以物抵债协议产生的选择权——以〈合同编通则解释〉第 27 条为中心》,《东方法学》2024 年第 2 期。

^② 参见[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,第 108 页。

^③ 参见肖俊:《以物抵债裁判规则的发展趋势与建构方向——2011—2019 年最高人民法院审判经验的考察与分析》,《南大法学》2020 年第 1 期。

^④ 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,第 454 页。

告后仍未在合理期限内履行的,足以反映其不履行新债的意图,已经切实影响到债权的实现。同时,催告程序的设置还可以保障抵债人的利益,避免债权人在抵债财产价值波动之际肆意行使选择权。^①

(二)替代清偿型以物抵债协议中的债权人保护

在替代清偿型以物抵债的情形下,抵债人转移抵债财产的所有权是清偿原债务的替代。此时可以认为,债权人以其对债务人的债权作为对价而取得抵债财产的所有权,或者说,原债务与抵债财产的买卖价金相抵销。如此,债权人实际上处于买受人的地位,抵债人则是出卖人。换言之,替代清偿型以物抵债协议形成了拟制的对价关系,其中债权人的保护可以参照买卖合同中买受人保护的规则。就买卖合同中买受人的保护而言,最重要的莫过于标的物瑕疵引发的救济。有学者认为,以物抵债协议不是有偿契约,因而不能适用瑕疵担保责任的相关规则。^②以物抵债固然有替代清偿的目的,通过有别于原债务的给付达到了债务清偿的法律效果,债权人实际上负有免除原债务的义务。另有学者指出,抵债财产存有瑕疵的,债权人可以返还抵债财产,并依据旧债主张违约责任,抵债人不承担瑕疵担保责任。^③然而,将抵债财产退还给抵债人,相当于解除以物抵债协议。依据《民法典》第563条的规定,只有在抵债财产的瑕疵致使合同目的不能实现时,债权人才享有法定解除权。因此,债权人可以参照买卖合同中标的物瑕疵救济规则主张救济。但是在解释上,如果原债务系由单方、无偿的赠与合同产生,债务人对债权人负有赠与义务,债权人在原债务中没有给付义务,其在以物抵债协议中也就不能比照买受人对待。^④此时应当按照无偿合同中标的物瑕疵的救济规则处理,参照适用《民法典》第662条。

如抵债人用于抵债的财产存在瑕疵,且以物抵债协议约定了抵债财产瑕疵担保责任的,则债权人依据协议的约定主张违约责任即可。以物抵债协议没有约定抵债财产瑕疵担保责任的,参照《民法典》第617条的规定,债权人可以依据《民法典》第582条至第584条请求承担违约责任。具体而言,债权人和抵债人不能就抵债财产的质量瑕疵达成补充协议的,债权人有权选择请求抵债人修理、重作或更换抵债财产,也可以请求减少抵偿原债务的数额;债权人也可以请求抵债人赔偿可得利益,即无质量瑕疵抵债财产与质量瑕疵抵债财产的价值差额。换言之,无论是减少抵偿原债务的数额还是赔偿差额,目的都在于保证抵债财产的价值与其抵偿原债务的数额相当。如抵债财产的质量不符合要求,致使严重影响债权实现的,参照《民法典》第610条的规定,债权人可以拒绝受领抵债财产,但债权人能否主张解除以物抵债协议?以物抵债协议约定的主要内容包括抵债人的抵债义务,以及债权人认可抵债财产的受领在抵债财产相应价值范围内清偿原债务的义务。在逻辑上,抵债人义务的履行构成债权人认可原债务相应清偿的前提。抵债财产的质量瑕疵足以影响以物抵债协议目的,即意味着抵债财产几乎不能发挥抵偿原债务的功能。根据《民法典》第566条的规定,合同解除后,尚未履行的内容终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质恢复原状或者采取其他补救措施,并有权请求赔偿违约损失。结合上述场景,债权

^① 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第313页。

^② 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第673页。

^③ 参见[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,第144页。

^④ 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286页。

人行使法定解除权的,有义务将抵债财产返还给抵债人,同时只有以物抵债协议部分或者全部履行后,债权人才能部分或者全部实现债权,因此债权人的违约损害赔偿请求权相当于将抵债人的抵债义务转化为金钱给付义务。如此一来,债权人可以行使因抵债人根本违约而生的法定解除权,将抵债财产返还给抵债人后,有权请求抵债人赔偿抵债财产的应有价值。在此基础上还需考虑《民法典合同编通则解释》第27条第2款后段的规定。抵债财产存在严重质量瑕疵的,构成对以物抵债协议的根本违约,债权人可以选择请求履行原债务或者以物抵债协议。债权人选择请求履行以物抵债协议,实际上是在主张违约责任,与行使法定解除权的效果相差无几。因此,债权人还可以请求恢复原债务的履行。简言之,抵债财产存在质量瑕疵的,债权人可以请求抵债人赔偿抵债财产应有价值与其实际价值的差额。如抵债财产的质量瑕疵严重到不能产生替代清偿的效果,债权人可以请求解除以物抵债协议,或者径直请求恢复履行原债务。^①应当注意的是,新债与旧债的并存并不意味着债权人可以同时主张新债与旧债的违约责任,二者是原债的不同履行方式。债权人在新债或者旧债中实现债权的,相应的数额同时在新债或者旧债中消灭。

除质量瑕疵外,抵债人用于抵债的财产还可能存在权利瑕疵。债权人与抵债人之外的第三人对抵债财产享有权利影响到抵债财产所有权转移的,以物抵债协议存在法律上的履行不能。依据《民法典》第580条第1款第1项的规定,债权人无权请求转移抵债财产的所有权,此时应适用《民法典》第563条第1款、第577条等规定,债权人享有法定解除权,并可请求抵债人承担违约责任。在我国债务不履行规则体系之下,违反权利瑕疵担保义务的损害赔偿与违反所有权转移义务的损害赔偿均实行无过错责任,二者指向的合同法救济在构成要件和法律效果上均无实质差异。^②《民法典合同编通则解释》第27条第4款亦将此种情形转引至该解释第19条。如果债权人与抵债人之外的第三人对抵债财产的权利(抵债财产上存在抵押权)不影响所有权转移,那么债权人取得的是附有抵押负担的抵债财产所有权。依据《民法典》第613条的规定,债权人订立以物抵债协议时知道或应当知道抵债财产上存在权利负担的,抵债人不承担权利瑕疵担保义务。反之,债权人有权主张降低抵偿债务的数额,或者请求抵债人涤除抵债财产上的权利负担,抑或是请求抵债人因赔偿不清洁抵债财产所有权导致的损失,与前述质量瑕疵担保情形一致。

另需说明的是,债权人与抵债人达成以物抵债协议,表明债权人积极主张了权利,构成诉讼外请求,符合《民法典》第195条第1项“权利人向义务人提出履行请求”的情形。因此,以物抵债协议的达成具有中断旧债诉讼时效的效力。^③如以物抵债义务需要多次履行,则每一次履行皆产生诉讼时效中断的效果。^④

(三)替代清偿型以物抵债协议的效力瑕疵

以物抵债协议属于无名合同,在效力判断问题上应当适用《民法典》总则编关于民事法律行为效力的一般规定。一般而言,替代清偿型以物抵债协议订立时债务人已经违约,此时当事人寻

^① 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第314页。

^② 参见武腾:《无权处分场合买卖合同的效力与权利瑕疵担保》,《交大法学》2022年第1期。

^③ 参见杨巍:《〈民法典〉第195条评注之一(诉讼外请求、义务承认)》,《法学家》2021年第4期。

^④ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第318~319页。

求以债务人其他财产或者第三人财产抵偿债务,债权人利用债务人急需资金的窘迫情事谋取远超债权数额财产的风险较小,债务人可以选择以大致相当于债权数额的财产用于替代清偿。^①真正需要警惕的是,当事人双方合意以远高于债权数额的财产抵偿债务,抵债人的责任财产不当减少,由此对抵债人的其他债权人造成不利影响。在此情况下,抵债人相当于以不合理的低价转让财产,抵债人的其他债权人可以依据《民法典》第539条的规定请求人民法院撤销以物抵债协议。《民法典合同编通则解释》第43条对此予以明确,抵债人以明显不合理的价格实施以物抵债,影响其债权人的债权实现,抵债人的相对人知道或者应当知道该情形,该债权人可以请求撤销抵债人的行为。至于“明显不合理的价格”的认定,《民法典合同编通则解释》第42条明确了具体的认定标准。^②

(四)替代清偿型以物抵债协议与物权变动

债权人订立以物抵债协议的主要目的是取得抵债财产的所有权。在《民法典》所确立的物权变动的原因与结果相区分原则之下,以物抵债协议仅发生债的效力,即使在债权人和抵债人之间也不发生物权变动的效力。在公示生效模式之下,无论抵债财产是动产、不动产还是财产权利,均须依照《民法典》第214条、第224条等的规定办理转移登记、完成交付等公示手续后,才发生物权变动的效力。债权人仅凭以物抵债协议无法取得抵债财产的所有权,仅得请求抵债人履行。不仅如此,《民法典合同编通则解释》第27条第3款还明确,即使以物抵债协议经人民法院确认或者人民法院根据当事人达成的以物抵债协议制作成调解书,债权人亦不得主张财产权利自确认书、调解书生效时发生变动或者具有对抗善意第三人的效力。之所以如此,是因为此前大量出现当事人借以物抵债协议进行虚假诉讼,排除第三人对标的物的强制执行,或者在其他诉讼中主张优先保护。^③在前述场景下,人民法院的确认书或者调解书均系对以物抵债协议内容的确认,而确认性文书不能导致物权变动,况且以物抵债协议中也不存在对物权权属的宣示。^④《民法典合同编通则解释》的起草者认为,一旦将以物抵债调解书排除在能够直接引起物权变动的法律文书之外,当事人通过虚假诉讼取得以物抵债调解书的动因便不再存在,如此能够从根本上遏制以物抵债虚假诉讼。^⑤即使债权人向法院起诉要求抵债人履行以物抵债协议并获得胜诉裁决,该裁决的性质亦属给付裁决,而非《民法典》第229条中的形成裁决,抵债财产不因该裁决生效而发生物权变动的效力,仍须满足物权转移的形式要件。^⑥

依据《民法典》第229条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第7条的规定,人民法院作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书,

^① 最高人民法院也认为,由于不存在利益失衡的风险,无须履行清算程序。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第319页。

^② 参见王利明、朱虎主编:《民法典合同编通则司法解释释评》,中国人民大学出版社2024年版,第317页。

^③ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第315页。

^④ 有裁判观点清楚地表明,以物抵债协议调解书的实质内容是确认以物抵债履行方式的有效性,而不是对物权权属变动的确认。参见最高人民法院(2018)最高法民再445号民事判决书。

^⑤ 参见刘贵祥、吴光荣:《〈民法典〉合同编法律适用中的思维方法——以合同编通则解释为中心》,《法学家》2024年第1期。

^⑥ 参见崔建远:《以物抵债的理论与实践》,《河北法学》2012年第3期。

以及人民法院在执行程序中作出的以物抵债裁定书导致物权变动的,自法律文书生效时发生法律效力。在以物抵债协议纠纷之中,符合上述直接导致物权变动情形的法律文书通常出现在执行程序中,执行程序作出的形成裁定直接发生权利实现的效果,即抵债财产所有权转移至债权人名下。当然,人民法院在执行程序中也可以依法作出直接针对消灭债务的以物抵债裁定,将执行财产抵债清偿债务。应当注意的是,某些特殊类型的财产转移尚须履行审批手续,此时不宜认可人民法院以物抵债裁定直接发生权利变动的效力,如《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条第1款规定的矿业权转让。此外,对于不动产抵债财产而言,虽然上述以物抵债裁定的生效直接使债权人取得不动产所有权,但是依据《民法典》第232条的规定,债权人未按照法律规定办理登记的,其处分该不动产不发生物权效力。

三、担保型以物抵债的法律构造

以物抵债协议增强债务人信用的功能,奠定了其在实践中被用作担保工具的基础。与所有权保留、融资租赁等已被《民法典》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《民法典担保制度解释》)明确的非典型担保类似,担保型以物抵债本身并没有采取典型担保的结构,而是通过对既有法律制度的组合使之发挥担保功能。例如,融资租赁交易主要结合买卖与租赁,担保型以物抵债则是为转移抵债财产所有权之请求权提供担保。以物抵债协议生效后,债权人对抵债人享有请求转移抵债财产所有权的权利,但以债务人未履行到期债务为前提。只有在抵债财产所有权实际转移给债权人后,才能导致债务消灭的法律后果。在此之前,旨在向债务人施加履约压力、担保债务履行的以物抵债协议,其中发挥担保功能的也只是债权人享有的债权性质的请求权。如此,准确识别担保型以物抵债并在此基础上明确其适用担保制度规则的限度,是了解其法律构造的重要路径。

(一)担保型以物抵债的识别

《民法典合同编通则解释》第28条第1款规定:“债务人或者第三人与债权人在债务履行期届满前达成以物抵债协议的,人民法院应当在审理债权债务关系的基础上认定该协议的效力。”结合《民间借贷解释》第23条的规定,“在审理债权债务关系的基础上认定该协议的效力”旨在强调当事人订立以物抵债协议的真实意思。在解释上,只有当事人的真实目的为担保债务履行时,才能适用《民法典合同编通则解释》第28条第2、3款的规定。^①如果当事人只是意图替代清偿,则不应将其认定为担保型以物抵债。从《民法典合同编通则解释》第28条第2、3款的内容来看,无论是抵债财产变价与清算,还是转引《民法典担保制度解释》第68条按照让与担保的规则处理,都反映着担保型以物抵债协议中债权人权利的实现方式。在解释上,依《民法典合同编通则解释》第28条第1款的规定不能识别为担保型以物抵债协议的,即使缔约时间位于债务履行期限届满之前,也不能适用其后两款的规定。在此基础上,既然已肯认债务履行期限届满前的以物抵债协议具有担保的经济功能,那么第1款的“审理债权债务关系”即要求人民法院审查主债权的真实性和合法性。对于担保型以物抵债协议而言,主债权无效或者被撤销的,以物抵债协议亦

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第344页。

归于无效,债权人与抵债人的责任承担可参照《民法典担保制度解释》第17条的规定处理。此外,债务履行期限届满后为“展期”而签订的以物抵债协议具有担保性质。^①即使当事人在债务履行期限届满后订立以物抵债协议,并约定债务人在一定期限内未履行以物抵债协议就恢复原务履行的,在解释上相当于延长了债务履行期限,以物抵债协议仍是在债务的最终履行期限届满前所订立。

如前所述,替代清偿与提供担保并非截然不同的功能,即使是明确担保目的的以物抵债协议,其最终履行的法律效果也能体现替代清偿的功能,因此要考察的应当是具体合同安排最能反映哪种交易目的的特点。

第一,以物抵债协议中关于抵债财产处置的约定。当事人在以物抵债协议中约定了债权人对抵债财产负有变价清算义务的,能够直接反映出当事人的担保目的,因为抵债财产作为担保财产是以其变价款清偿主债务,并且担保从属性还要求债权人就变价款“多退少补”。即使是折价这一担保实现方式,也存在评估价值与清算的步骤。如属替代清偿型以物抵债协议,债权人接受抵债财产的所有权以抵偿债务,则原则上不存在清算的余地。^②尚须注意的是,如以物抵债协议存在抵债财产在特定条件下归属于债权人的约定,则无法进一步据此判断交易目的,这也是当事人利用以物抵债这一交易模式的原因——旨在实现流质(抵)的效果。如结合其他识别标准判断为担保型以物抵债协议,则依《民法典合同编通则解释》第28条第2款的规定,该约定无效。

第二,抵债财产的价值与债权数额的比较。在替代清偿功能之下,以物抵债不过是扩充债务人的履行方式以及债权人实现债权的路径,数种给付在价值量方面大体相当,抵债财产的价值不会过分高于债权的数额。但是以物抵债若要产生为债务人施加压力的功能,抵债财产应当选定为远高于抵债数额的财产,如此债务人才会为避免失去高价值的财产而尽力按约履行债务。债务履行期限届满之前,以物抵债协议多以买卖合同的形式出现,但买卖合同的价款与标的物市场价相差甚远,却与当事人合同之外的债权数额相近,当事人的担保意图至为明显。^③

第三,以物抵债协议的履行条件。如以物抵债协议担保债务履行是当事人所欲实现的主要目的,以物抵债协议的履行应当以债务人未依约履行债务为前提条件。但是替代清偿功能的以物抵债则不必如此,当事人可以约定债务人在债务履行期限届满前有权选择履行原债务或者以物抵债协议,也可以由债权人享有此项选择履行的权利,还可以约定先履行以物抵债协议,^④甚至可以约定将原定的给付内容更改为抵债财产。可见,除以债务不履行为履行条件的以物抵债协议外,其余类型的以物抵债协议均不以担保为主要功能,而前者还需进一步辨析具体类型。例如,债权人与债务人在债务履行期限届满前订立以物抵债协议,其中约定当债务人未按期偿还货款时,债务人以其房产抵偿,债权人同时承诺不以现金支付的形式请求债务人支付货款。上述约定实际上构成债之更新,虽然以物抵债协议订立于债务履行期限届满之前,但是在货款债权履行期限届满时,债务人偿还货款的债务被转移抵债房产所有权的债务所替代,此时不能认为债权人

① 参见汪洋、刘冲:《行为经济学视角下担保型以物抵债的界定》,《云南社会科学》2024年第1期。

② 参见解亘、冯洁语、尚连杰:《板书体债法总论》,北京大学出版社2024年版,第242页。

③ 参见高治:《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》,《人民司法》2014年第23期。

④ 德国法上与之对应的是“为清偿而给付”。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谔译,法律出版社2004年版,第196页。

对抵债房产的特定物债权是贷款债权的担保。^①

第四,以物抵债协议的缔约时间。如当事人意欲以物抵债协议主要发挥担保债务履行的功能,则债权人向债务人实际提供资金应当以担保措施的设定与完善为前提,亦即以物抵债协议应当订立于债权产生的前后不久。相反,对于替代清偿功能的以物抵债协议而言,债务人在实际收到资金后仍然想要与债权人达成他种给付清偿的合意,很大可能是源自对履行能力的预估不足,主动寻求替代清偿的可能以避免陷于违约。当然,债务人也可能有信心在履行期限届满前恢复履行能力,此时应债权人的要求与之订立担保功能的以物抵债协议。

(二)适用担保制度规则的解释基础

在《民法典》颁布之前,担保型以物抵债未被纳入担保制度予以调整,司法实践中也就缺乏适用担保规则的规范基础。考虑到担保型以物抵债的广泛应用以及由此产生的纠纷不断涌现,最高人民法院将“买卖型担保”选作典型规制对象,在肯认这种以物抵债协议担保功能(《民间借贷解释》第23条)的基础上,将这种非典型担保形式与让与担保关联起来,以民间借贷为基础法律关系进行审理,导入清算义务。^②但是,在担保型以物抵债中,抵债财产的所有权并未发生转移。债权人仅在债务人不履行到期债务之时,才享有请求债务人转移抵债财产所有权的权利,此种以物抵债协议只不过是让与担保合同而已。^③就担保型以物抵债而言,真正的障碍在于债权人无法像典型担保物权人一般对抵债财产的交换价值进行支配,并以此担保债务的履行,债权人享有的债权性担保措施不具备“担保的保障债权切实实现性”。^④债权人依据基础债权债务关系获得胜诉判决后,可以依据该判决申请执行抵债财产,但没有优先受偿权。^⑤不过,在《民法典》担保制度吸收功能主义思路的背景下,担保型以物抵债协议的解释基础相应地发生改变,尤其是《民法典》第388条第1款“其他具有担保功能的合同”,为其适用担保规则奠定了解释基础。

一方面,《民法典》第388条第1款“其他具有担保功能的合同”的规定意在“扩大担保合同的范围,明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能”。^⑥经由“其他具有担保功能的合同”的转化,这些设定非典型担保措施的合同被定性为担保合同,为进一步适用《民法典》及《民法典担保制度解释》的相关规则提供了前提。另一方面,《民法典担保制度解释》第1条后句规定:“所有权保留买卖、融资租赁、保理等涉及担保功能发生的纠纷,适用本解释的有关规定。”在解释上,包括担保型以物抵债在内的非典型担保适用该解释的有关规定。《民法典担保制度解释》第4章专门调整非典型担保。虽然以物抵债没有直接出现在其中,但是可以类推适用与

^① 参见山东省烟台市中级人民法院(2024)鲁06民终3489号民事判决书。

^② 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第425~430页。

^③ 参见庄加园:《“买卖型担保”与流押条款的效力——〈民间借贷规定〉第24条的解读》,《清华法学》2016年第3期。

^④ 崔建远:《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》,《政治与法律》2015年第12期。

^⑤ 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第430~431页。

^⑥ 王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,载《民法典立法背景与观点全集》编写组编:《民法典立法背景与观点全集》,法律出版社2020年版,第11页。

之最相似的非典型担保类型的专门规则。担保型以物抵债的担保措施在于债权人主张获得抵债财产所有权的请求权,其在权利行使后的效果类似于让与担保之下债权人获得担保财产所有权,《民法典合同编通则解释》第28条第3款也提示适用《民法典担保制度解释》第68条的让与担保规则。

(三)担保型以物抵债的公示

在识别为担保型以物抵债协议的基础上,债权人对抵债财产的特定物债权是债权的担保。债务人不履行到期债务的,债权人有权依约请求就抵债财产变价受偿。依《民法典合同编通则解释》第28条第3款以及《民法典担保制度解释》第68条的规定,是否“将财产权利转移至债权人名下”是债权人能否就变价款主张优先受偿的关键。虽然让与担保合同所转移的所有权仅具担保作用,并不具有其他权能,但是在“物权法定主义缓和论”之下,让与担保经长期的惯行已使相关领域的交易当事人形成了法的确信,已然成为习惯法上的物权。让与担保权的公示、效力和实现,自可准用担保物权的相关规定。之所以强调公示,是因为优先受偿的法律效果构成对债权平等的突破,债权人的请求权效力溢出相对法律关系,影响到对抵债财产具有利益诉求的第三人。具有强效对世性的权利得有足由外部辨识的表征,如此方可透明其法律关系,避免第三人遭受损害,维护交易安全。^①从《民法典担保制度解释》第68条和《民法典合同编通则解释》第28条第3款的规定来看,将财产权利(形式上)转移至债权人名下被视为适当的公示手段。问题在于,如何理解这种公示方式的具体内涵?

无论是不动产、动产还是财产权利,将这些财产的所有权或者财产权利本身转移至债权人名下,使债权人成为财产所有人或者财产权利人,当然符合公示的要求。对于不同类型的财产,只有在满足各自权利变动构成要件的基础上,才能产生权利转移的法律效果。不动产抵债财产须办理所有权转移登记,动产抵债财产须交付给债权人,财产权利可以通过交付权利凭证、办理转移登记等方式完成转移。即使是典型担保物权,也是在所有权之上设定权利负担,表征债权人对担保财产享有定限物权。在解释上,将上述所有权和财产权利的转移理解为具有设定担保的效力亦无不妥。从公示角度来看,抵债财产已经不属于债务人,而在形式上归属于债权人,但债权人仅对抵债财产享有担保物权的效力,不会损害因信赖公示状态与债务人交易的第三人的利益。^②

然而,《民法典合同编通则解释》第28条第3款将公示要件界定为“将财产权利转移至债权人名下”,未免苛刻。即使是将抵债财产的所有权形式上转移给债权人,也会产生相关的税费,由此增加当事人的交易成本。有学者主张,此处表述是“债权人名下”而非“债权人”,即意味着抵债财产权利必须满足法定的公示对抗要件。如抵债财产为动产的,完成抵债财产所有权转移而未根据《动产和权利担保统一登记办法》进行担保登记,债权人也不享有变价的优先受偿权。^③如抵债财产为动产,动产融资担保的登记机构为动产融资统一登记公示系统,动产所有权变动的公

^① 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第18页。

^② 参见吴光荣:《后民法典时代的让与担保及其适用——兼评〈民法典合同编通则解释〉第28条》,《社会科学研究》2024年第1期。

^③ 参见谢鸿飞、蔡睿、刘平等:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义(社科院版)》,中国法制出版社2023年版,第236页。

示手段主要为交付,动产担保融资模式便倒向了动产抵押、动产质押与动产让与担保,当事人采用以物抵债形式进行担保的意义将大大缩减。^①从某种程度上看,动产担保形式丰富且灵活,反向激励当事人采用典型动产担保形式不失为效率之举。这也与担保型以物抵债协议较少将动产作为抵债财产的客观现实相符。实践中,不论是担保型以物抵债还是让与担保,不动产均为其中的典型适用对象。不动产抵押登记与所有权转移登记均在统一不动产登记机构办理,担保型以物抵债即为不动产让与担保。不动产让与担保是让与担保制度的开路先锋,其未来发展的关键问题在于能否办理登记。^②这也涉及所谓买卖型担保的公示。

实证数据显示,在当事人选择的不动产让与担保的公示方式中,最多采用的是网签和备案登记,其次是预告登记,最少的是转移登记。面对非转移登记的公示方式,裁判实践支持网签公示效力的占比最高,达到42.9%,其次是预告登记的25%,最后是备案登记的21.4%。^③当事人依照规定以转移登记的方式进行公示,成本较高,因此较难成为理性当事人的优先选项。但是,之所以备案登记的选用频次高于预告登记,可能是因为备案登记的便利性、预告登记的期限性以及备案登记事实上的公示效果与排他效力。^④至于网签,《房屋交易合同网签备案业务规范(试行)》明确规定,网签的适用范围包括房屋抵押等交易活动,其他涉及房屋担保的交易亦可被纳入其中,便于债权人全面知悉房屋上的权利负担。同时,基于互联网搭建的网签系统能够及时更新不动产情况,可以实现实时查阅。^⑤应当注意的是,是否认可这些实践中创新的公示方式,一方面取决于立法或者司法解释未来修订时的态度,另一方面则视其是否满足公示的目的,是否足以支撑债权人享有优先受偿利益的正当性。

“当某一债权借助特定的公示形式将其信息公布于众,使不特定的社会公众能知悉该信息时,该债权的约束力会扩及第三人,从而产生对抗第三人的效果。”^⑥网签、备案登记、预告登记均具有向第三人告知交易内容与权利负担的功效,但彼此之间尚有不同之处。例如,根据《民法典》第221条第2款的规定,预告登记的效力期限为90日;而备案登记的适用范围有限,《城市商品房预售管理办法》第10条明确备案登记的办理主体是房地产开发企业与承购人,商业银行等债权人则被排除在外,非预售房也不在其适用范围内;网签由备案登记发展而来,是对当事人双方合同予以再现和确认,通过网签系统表现和记载,但目前还处于推行试验阶段。^⑦公示手段主要起着告知权利状况并警示潜在交易相对人的作用,同时也为重复担保时受偿顺位的排序提供客观依据。以不动产以物抵债协议作为担保的,抵债人为债权人办理上述任一登记,均能够有效防止抵债人私下处分:在预告登记有效期内,依据《民法典》第221条第1款、《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款的规定,抵债人因预告登记的限制处分效力无法出售或者再为他人设

^① 日本的经验显示,《日本预告登记担保合同法》的颁布反而抑制了“买卖预约+登记”的实践。参见冯洁语:《民法典视野下非典型担保合同的教义学构造——以买卖型担保为例》,《法学家》2020年第6期。

^② 参见王泽鉴:《不动产让与担保——第一个习惯物权的创设》,《荆楚法学》2022年第4期。

^③ 参见杨雅婷、陈晓源:《不动产让与担保公示方法的困境与网签之选择》,《房地产经济》2024年第2期。

^④ 参见张伟:《〈民法典〉时代非典型担保的逻辑追问与效力审视——以买卖型担保为分析视角》,《社会科学战线》2022年第3期。

^⑤ 参见武诗敏:《破产法视野中的以房抵债问题研究》,《法学家》2023年第4期。

^⑥ 常鹏翱:《存量房买卖网签的法律效力》,《当代法学》2017年第1期。

^⑦ 参见常鹏翱:《中国式买房:网签备案的功能分析》,《法律科学》(西北政法大学学报)2020年第4期。

定担保;^①网签与备案登记因与房屋所有权转移登记挂钩,客观上亦具有限制私法上处分的效力。正是上述方式能够达致公示目的,因此有学者认为,经由备案登记或者预告登记的买卖型担保合同具有“准担保”的法律效力。^②从立法论层面出发,未来的网签制度大有被整合到既有不动产登记系统的趋势,可以根据届时的实际情况明确网签作为公示手段的有效性。

在现行法之下,虽然上述手段存在适用范围有限或效力期限性等问题,但是从解释论立场出发,宜对《民法典合同编通则解释》第28条第3款“将财产权利转移至债权人名下”的规定进行目的性扩张解释,除将财产权利转移至债权人之外,至少还应承认预告登记的有效性。预告登记是对以将来不动产物权设立或者变动为目的的债权请求权的登记,通过限制相对人向第三人处分预告登记标的物,保障该债权请求权的实现。换言之,预告登记是针对不动产物权未来发生变动的提前公示,对外告知登记名义人享有在未来请求不动产物权变动的权利。在解释上,《民法典合同编通则解释》第28条第3款提到的“财产权利”如包括未来请求财产所有权变动的权利,指向的即为预告登记。至于预告登记90日的效力期限,当事人在订立以物抵债协议时即应知悉《民法典》对预告登记效力期限的规定,并据此商定债务履行期限。考虑到网签与备案登记的现状,更为稳妥的做法是,待形成全国通行的网签与备案登记制度后,再根据彼时情形具体分析。

(四)担保型以物抵债的权利实现

依据《民法典合同编通则解释》第28条第2、3款的规定,在债务人没有履行到期债务的情况下,债权人不能直接取得抵债财产的所有权,但可以请求对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权,而就变价款能否优先受偿,则交由该条第3款处理。在解释上,《民法典合同编通则解释》第28条第2款只是限定了抵债财产的变价方式,在变价程序上应可适用典型担保物权的实现程序,如协议实现与庭外实现。如果债权人与抵债人就抵债财产变价采取协议实现形式,则应当类推适用《民法典》第410条的规定,协议损害抵债人的其他债权人利益的,其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。依据《民法典》第152条的规定,其他债权人应在知道或者应当知道撤销事由之日起1年内请求人民法院撤销该协议,否则撤销权消灭。在协议达成起5年内其他债权人没有行使撤销权的,撤销权也归于消灭。

值得探讨的是,在实现担保物权之时,尚须就担保财产的价值与被担保的主债务之间进行清算,实行“多退少补”。清算方式包括处分清算与归属清算。其中,处分清算包括《民法典》所规定的拍卖、变卖实现方式;归属清算包括《民法典》所规定的折价实现方式。在归属清算的情形下,将经清算超出担保债权数额部分的价款归还给担保人,实际上亦属优先受偿。相比处分清算而言,归属清算无疑更为简单便捷,无须当事人再行诉讼,也无须启动实现担保物权案件特别程序。因此,《民法典》第401条、第428条为流抵(质)约款规定的清算义务可以采取归属清算的方式。^③在解释上也可以认为,当事人之间的流抵(质)约款事实上已经就担保物权可得实行时的折价实现方式达成了协议。^④如此一来,《民法典合同编通则解释》第28条第2款“债权人请求

^① 参见王利明:《论民法典物权编中预告登记的法律效力》,《清华法学》2019年第3期。

^② 参见夏沁:《论备案登记制度的民法规范实现》,《东方法学》2019年第2期。

^③ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1071~1072页。

^④ 参见高圣平:《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》(上),中国法制出版社2021年版,第508页。

对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权”，既包括处分清算，也包括归属清算。^① 尽管债权人不得主张抵债财产的所有权，但可以请求以抵债财产折价以实现债权。

四、结 语

以物抵债的目的具有多样性，金融市场自可据此充分发掘此类行为模式的利用价值。这也决定了难以用统一的视角审视以物抵债，而应当根据具体协议反映的交易目的，分别认识其法律构造。秉持功能导向的规制思路，《民法典合同编通则解释》第 27 条、第 28 条在总结既有司法经验的基础上，将以物抵债区分为替代清偿型与担保型，前者是对我国债法上替代清偿制度的重要完善，后者在《民法典》功能主义担保变革之下将重要的“买卖型担保”融入让与担保规范，以期与实践提供有效激励与引导。当然，清晰地区分不同功能的以物抵债协议是其法律适用的前置性关键问题，司法解释以缔约时间作为标准未臻完美，更多的是为司法审判提供便利，为此应准确把握《民法典合同编通则解释》第 28 条第 1 款“在审理债权债务关系的基础上认定该协议的效力”之语义，及时总结区分以物抵债协议功能的经验标准。

Abstract: As a descriptive concept, debt-in-kind refers to a type of conduct in which the parties use property other than the original payment to satisfy a debt. Depending on the transaction's intent, there exist two types of debt-in-kind: the substitute satisfaction function and the security function. The establishment of an agreement for substituting a liquidated debt does not automatically extinguish the original obligation; should the debtor fail to fulfill this new payment, the creditor retains the right to either revert to enforcing the original payment or pursue a claim for breach of contract. Furthermore, the People's Court ruling on the confirmation of the debt-in-kind agreement or the debt-in-kind conciliation letter does not effectuate the transfer of ownership of the property in favor of the creditor, but the decision regarding debt-in-kind issued in the course of the enforcement proceedings will result in the transfer of ownership of the property subject to the debt. The security debt-in-kind essentially constitutes an atypical form of security, where the creditor may auction, sell or discount the property to realize the claim, and the rules of transfer security apply in the event of the completion of the publicity of the transfer of the property right. Under the current law, advance registration serves as an effective means of publicity.

Key Words: debt-in-kind, change of real right, security by transfer, atypical security, advance registration

责任编辑 何 艳

^① 有学者持相反观点，认为《民法典合同编通则解释》第 28 条仅承认了处分清算，并未承认归属清算。参见王利明、朱虎：《〈民法典〉合同编通则司法解释的亮点与创新》，《法学家》2024 年第 1 期。