

期前以物抵债协议:性质、效力与规则适用

刘保玉 梁远高

【摘要】期前以物抵债协议,是指债务人或第三人与债权人在债务清偿期届满前达成的当债务人未能按期清偿债务或发生约定情形时,以债务人或第三人的金钱外财产抵偿债务的协议。第三人与债权人达成的期前以物抵债协议与担保的构造相契合,宜将其认定为非典型担保合同;以物抵债协议中的第三人无须也不应限定为“对履行债务具有合法利益的第三人”。期前以物抵债协议与债权转让、第三人清偿、债务加入、让与担保、共同担保、流担保条款及担保物权实现方式等具有勾连关系,应注意规则适用上的共性与差异。债务人与债权人达成的期前以物抵债协议仅为替代履行的约定,属于无名合同,其在履行前不具有担保的功用。对于期前以物抵债协议的效力,应考察抵债协议中的财产权利是否转移至债权人名下而分别确定。第三人与债权人达成的此种协议在履行前仅有合同效力,因其具有担保功能,故同样应适用公司对外担保决议机制限制和保证人资格限制的规定,并可享受保证人的部分抗辩权,但不应适用保证期间及保证方式推定规则;除另有约定外,第三人与债务人之间应属于不真正连带责任关系。期前以物抵债协议已经履行而将抵债财产转移至债权人名下的,发生让与担保的法律效果,债权人不能直接享有其所有权而仅具有担保物权的优先受偿效力,同样应适用担保物权的排序规则和实现程序。

【关键词】期前以物抵债协议;非典型担保合同;区分原则;流担保条款;让与担保

【作者简介】刘保玉,中国政法大学法律硕士学院教授;梁远高,深圳大学法学院助理教授。

【原文出处】《清华法学》(京),2024.1.99~116

【基金项目】本文系国家社会科学基金重点项目“非典型担保的构造及其法律规制研究”(22AFX016)、广东省教育厅普通高校青年创新人才项目“数字时代打造具有国际竞争力的数字产业集群的法治保障研究”(2023WQNCX059)的阶段性成果。

2022年11月4日,最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《民法典合同编通则解释(征求意见稿)》)第28条、第29条分别对“债务履行期限届满后达成的以物抵债协议”(又称清偿型以物抵债、期后以物抵债协议)、“债务履行期届满前达成的以物抵债协议”(又称担保型以物抵债、期前以物抵债协议^①)的法律适用问题作了规定。由于对期前以物抵债协议的处理方案在讨论中存在不同意见,故征求意见稿中列出了两种不同的处理方案,^②后经多次改进,^③最终形成了2023

年12月5日正式公布的《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》(法释[2023]13号,以下简称《民法典合同编通则解释》)第28条的规定。^④期前以物抵债协议既涉及以物抵债的一般性问题,在性质认定和效力识别上也具有特殊性,还与非典型担保合同、流担保条款、让与担保、债务加入、第三人清偿、债权转让等相关规定存在内在的联系和差异;此外,不同效力状态下的期前以物抵债协议的规则适用问题亦有进一步明确的必要。本文试对《民法典合同编通则解释》第28条规定的理解与适用略陈管

见,就教于理论界和实务界同仁。

一、期前以物抵债协议的界定及其规则演进

(一)期前以物抵债协议的概念界定与类型归纳

所谓期前以物抵债协议,是指债务人或第三人与债权人在债务清偿期届满前达成的当债务人未能按期清偿债务或发生约定情形时,以债务人或第三人的金钱外财产抵偿债务的协议。其中,以物抵债之“物”,并不限于有体物,其实质涵义为可让与的“财产”或“财产权利”,但货币及与货币具有同等性质的一般等价物除外。参酌《民法典》第395条抵押财产范围的开放性规定,凡是法律、行政法规未禁止转让的财产均可作为抵债之财产,较为常见的如土地使用权、房产、交通运输工具、机器设备、原材料、产品、股权等,未来交易实践中衍生出的其他具有财产价值的“物”,亦无不可。“抵债”除含有清偿债务的目的之外,还可能包含担保的意思。以物抵债协议常常又被称为以物抵债行为,^⑤但此种称谓涉及可否以单方行为为之的疑虑。考虑到当事人之间的意思自治及其与担保合同的关联,以物抵债协议订立后通常还涉及抵债财产移转至债权人名下的交付或登记问题,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号,以下简称《九民纪要》)第45条确立了期前以物抵债系诺成性协议的规则,学界的主流观点也是将以物抵债认定为一项双方协议,本文从之。从抵债协议的主观目的上看,期前以物抵债协议与期后以物抵债协议虽然都具有清偿目的,且均可能发生以他种给付代替原定给付的清偿效果,但前者更多地具有担保的功能,且其担保功能在某种意义上已经超越了偿债功能。^⑥而期后以物抵债则仅有清偿目的,并无担保功能。

实践中的期前以物抵债协议的类型多样,其功能、属性和调整规则亦有所不同,可对其按照以下方式分类:一是根据主体的不同,可以划分为债务人与债权人之间及第三人与债权人之间达成的

期前以物抵债协议。债务人与债权人订立的期前以物抵债协议,尚未移转抵债财产的,由于其并未增加债务履行的责任财产范围,也未能使债权人就约定的抵债财产取得优先受偿权,故其与担保问题无关;而第三人与债权人订立的期前以物抵债协议,在一定程度上扩张了责任财产的范围,故具有了担保的属性,且与债务加入等相关制度发生效果上的关联。二是根据协议是否履行、抵债的财产是否移转,可以划分为抵债财产已移转的和未移转的期前以物抵债协议。如果双方并未完成财产交付、登记等环节,那么该以物抵债协议实质为“让与担保的约定”,仅具有合同的效力;若当事人已经按照协议的约定移转了财产权利,即构成让与担保,应依让与担保的规则处理当事人之间及其与其他人的权利义务关系。三是依协议的效力,可以划分为有效的期前以物抵债协议和无效或部分无效的期前以物抵债协议。例如,第三人不具备担保人资格条件或未经公司对外担保的决议程序的,该协议依法无效。若当事人约定了债务人届期不履行债务时抵债财产直接归债权人所有的条款,此种约定构成流质(押)契约而归于无效,但并不影响担保的意思和效力的认定。

(二)期前以物抵债协议与第三人清偿、债权转让的异同

1.期前以物抵债协议与第三人清偿的比较

第三人清偿,可发生于债务到期前和到期后,亦可通过以货币外的财产抵偿债务的方式进行。由于期前以物抵债协议中的第三人可能对债务的履行具有一定利益,如《民法典合同编通则解释》第30条第4至7项所列的对履行债务具有合法利益的第三人,其抵债目的具有复合性、模糊性,因而可能发生第三人清偿与期前以物抵债协议竞合的情形。

然而,期前以物抵债协议与第三人清偿存在较大差异。根据《民法典》第524条第1款的规定,第三人清偿是单方行为,对债务履行具有合法利

益的第三人“有权向债权人代为履行”,债权人不得拒绝,其目的和所产生的法律效果,是代为清偿债务,发生债权的法定移转。而期前以物抵债是双方的协议行为,而非单方有权实施的行为;债权人不同意的,当然可以拒绝对方的以物抵债请求。故此,以物抵债协议中的第三人,无须对履行债务具有合法利益,如同债权转让协议中受让人的情形一样,其可以是任意第三人。^⑦期前以物抵债协议的目的和法律效果,并非直接以货币外财产抵偿债务的方式清偿债务,而主要是为了保障、担保债务以其原本方式得到清偿。只是在债务人不能以原本方式清偿债务或发生约定情形时,方以约定的财产抵偿债务作为清偿债务的替代方式。第三人履行以物抵债协议后,是否发生债权移转的效果和对债务人的追偿权?对此,法律和司法解释中未作明文规定。笔者认为,第三人履行以物抵债协议后的法律效果,和第三人清偿、保证人和物上保证人承担担保责任的法律效果应当是一致的,除以物抵债的债权人与第三人另有约定及以物抵债的第三人与债务人就能否追偿另有约定外,亦得参照适用《民法典》第524条第2款、第700条^⑧和《民法典合同编通则解释》第30条第2款、第3款的规定而在抵偿债务的范围内向债务人追偿,并享有债权人对债务人的权利,^⑨但是并不当然享有请求其他担保人分担损失的权利,亦不得损害债权人的利益。^⑩

2. 期前以物抵债协议与债权转让的差异

债权转让是不改变债权的内容而将其移转于他人的合同。^⑪第三人受让债权所支付的对价以货币为常态,但并不限于货币,以货币外财产作为“购买”债权的对价,亦无不可;第三人与债权人协议转让债权,也可以发生于债务到期之前。当第三人以货币外的其他财产作为对价而与债权人协议转让债权时,其与期前以物抵债协议容易发生混淆。二者的主要差异在于目的和效果有所不同:债权转让中转让的对价是否合理,可由当事人

约定,只要不损害其他人利益,纵使对价高于债权数额,仍属有效;债权转让合同履行后,债权人直接取得转让的对价,无论是货币还是作为对价的其他财产;以其他财产作为对价的债权转让合同,所应适用的法律规定仍是《民法典》第545条至第550条和《民法典合同编通则解释》第47条至第50条,该协议订立后(或约定作为转让对价的财产移转后),债权人的债权即转让给受让人,债务人经通知后也不得再向原债权人清偿,而应向债权受让人清偿债务;无论债务人是否清偿债务,原债权人均不负有返还第三人的抵债财产之义务,且不适用流担保条款无效的规则,至于是否因存在损害其他人的利益而发生撤销的问题,则另当别论。而本文所重点讨论的第三人与债权人达成的期前以物抵债协议,属于担保型以物抵债,具有担保的目的和功用,当事人约定的是当债务人不履行到期债务或发生约定情形时,方发生以物抵债的法律效果,债务人对债权人仍负有清偿义务,且在债务人清偿债务后,以物抵债协议消灭,债权人应将抵债财产返还给对方当事人;第三人已将抵债财产移转给债权人而债务人届期末清偿债务的,债权人须对债权和抵债财产的价值进行清算,并仅享有以抵债财产的价值优先受偿的权利,并不能直接取得抵债财产的所有权等权利。

(三)我国规范层面期前以物抵债协议的规则演进

有关(期前)以物抵债协议的典型案例较多,从“武侯国土局案”确立的以“传统的代物清偿理论”来处理“新型的以物抵债协议”的裁判规则,^⑫到“朱俊芳案”确立的“以商品房买卖合同为借款合同担保,并认可买卖合同效力”的裁判规则,^⑬再到“广西嘉美房地产案”确立的“以商品房买卖合同担保债权债务关系属未公示的非典型担保,违反流质条款而无效”的裁判规则,^⑭及至“通州建总集团案”确立的“优先考虑当事人的意思自治、明确了以物抵债的性质为诺成性合同、明确了新债与

旧债的关系”的裁判规则,^⑤期前以物抵债协议的裁判规则在审判实践中逐渐得以发展,而其在我国规范层面的规则演进,则可以《民法典》的颁行为时间节点作如下梳理:

一是前《民法典》阶段,期前以物抵债协议债权性色彩浓厚,担保功能并未被直接地揭示和确认。2015年6月最高人民法院发布的《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2015]18号)第24条第1款中,将买卖合同作为原借贷关系的担保,并根据借贷关系认定双方的权利义务。^⑥如此规范的实质原因在于清偿期届满前的以物抵债协议是对原有债务关系的担保,由于债务尚未届清偿期,债权人极易利用其优势地位,造成债务数额与抵债物的价值相差甚大,损害债务人和其他债权人的权益,有违合同正义,应参照禁止流押、流质的规定否认其效力。^⑦2015年12月最高人民法院发布的《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》第九部分中提出:以履行期届满前、后作为区分以物抵债协议效力的标准,履行期届满前达成的以物抵债协议,因债务数额与抵债物价值可能存在差距而造成利益失衡,因此参照流押、流质条款对协议效力不予认可;而期后以物抵债协议因债务数额已确定,一般不会显失公平,故其效力原则上应予肯定。同年12月最高人民法院发布的《第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要》(商事部分)第47条规定:债务人与债权人达成的期前以物抵债协议,应参照流担保条款无效的相关规定,不确认该种情形下抵债协议的效力。抵债物尚未交付给债权人的,债权人请求确认享有抵债物所有权并要求债务人交付的,不予支持;抵债物已交付的,参照《物权法》中质押有关规定,债务人请求债权人履行清算义务或主张回赎的,人民法院应予支持。2019年的《九民纪要》第45条区分债务人是否履行而确认期前以物抵债协议不同的法律后果:已履行的,履行有效,债权债务关系随着协议的履行而消灭,债务人

不得反悔;如果协议尚未履行,即债权人尚未受领标的物的,无权要求债务人履行协议下的交付义务,而是应根据原债权债务关系另行提起诉讼。^⑧

二是后《民法典》时代,《民法典》并未将以物抵债协议、让与担保合同等作为典型的合同类型加以规定,立法说明中也未明确提及。鉴于让与担保在实践中的广泛适用性,《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》(法释[2020]28号,以下简称《担保制度解释》)第68条对“将财产形式上转让至债权人名下的担保”(让与担保)问题分三款作出了规定,^⑨其所适用的情形虽然与期前以物抵债协议有一定差异,但就担保的目的、合同效力与物权效力的区分和流担保条款无效的规定精神,与期前以物抵债协议问题有内在的契合性。《民法典合同编通则解释》第27条、第28条,是有关以物抵债的最新规则发展,其从功能主义的路径出发,以协议达成的时间在债务履行期届满之后和之前为界,将其区分为清偿型以物抵债协议和担保型以物抵债协议。不过,由于后者中债务人与债权人达成的期前以物抵债协议在履行之前并无担保功能,故期前以物抵债协议并非一概具有担保功能。正式公布的《民法典合同编通则解释》第28条删除前期的讨论稿、征求意见稿中曾出现“担保型以物抵债”的条名及正文中“人民法院应当认定该协议系民法典第三百八十八条规定的‘其他具有担保功能的合同’”,这种处理是妥适的。

二、期前以物抵债协议法律性质的识别

学界主流观点认为期前以物抵债协议属于诺成合同,^⑩而对于应否将其归为具有担保功能的合同存有认识分歧。在《民法典》和《担保制度解释》对担保制度贯彻了实质担保观的背景下,有必要明确除债务人本人与债权人达成但尚未履行的以物抵债协议外,第三人与债权人达成的期前以物抵债协议以及债务人与债权人达成并已履行的以物抵债协议应定性为“非典型担保合同”或“其他

具有担保功能的合同”。

(一)《民法典》中“其他具有担保功能的合同”之规定具有开放性

《民法典》第388条第1款中“其他具有担保功能的合同”的规定具有开放性,让与担保、融资租赁、保理、所有权保留合同等非典型担保合同包含于其中。当然,仅凭该类“其他具有担保功能的合同”或“非典型担保合同”的约定并不能使债权人获得优先于普通债权受偿的效力,债权人欲获得优先受偿,尚需满足物权公示的要求。^②此外,应对《民法典》第388条第1款中“其他具有担保功能的合同”与《担保制度解释》第1条中“涉及担保功能发生的纠纷”作体系考察,前者涉及以具有担保功能的合同设立非典型物的担保的准人性问题,后者则将包括非典型人的担保在内的各类非典型担保一并纳入其适用范围。总的来看,现行担保制度对非典型担保合同及其规则适用采取了一种开放性的处理方式。

还应说明的是,所谓功能主义和形式主义担保观,在理论和立法例上主要体现在担保物权制度,尤其是于动产和权利上设立的担保。但笔者认为,在人的担保制度中,实际上也有两种观念的差异。^③例如,对于第三人提供的没有保证字样但具有实质性财产责任内容的债务加入、差额补足、流动性支持、到期或者附条件回购等承诺以及担保物权未能经公示设立情况下的责任承担,是否构成担保并适用担保的相关规则?如果持肯定态度,则近乎实质主义的担保观念,而若持否定态度,则可将其称为形式主义的担保观念。从《九民纪要》第23条、第91条到《担保制度解释》第12条、第36条、第46条的规定,可以看出实质主义担保观念不仅在担保物权制度中有所体现,而且已经渗透、拓展到了人的担保制度中。^④

(二)第三人与债权人达成的期前以物抵债协议与担保的契合性

对于期前以物抵债协议的定性,不少学者否

定将其按照担保对待,理由为:第一,期前以物抵债协议是清偿的替代,而不是担保合同;债权人未取得用于抵债的物,并无任何物上担保可言,^⑤也不具有扩大责任财产范围或使债权人优先受偿的效果。^⑥第二,《民法典合同编通则解释(征求意见稿)》第29条中第二种方案将部分“以物抵债约定”认定为“具有担保功能的合同”,承认债权人享有优先受偿权,欠缺法律依据;若债务人还存在其他债权人的话,可能对其他债权人不公。^⑦第三,将期前以物抵债协议解释为“担保合同”,通过担保合同的强制履行而设定担保物权,不仅使法律构造更为复杂,而且通过担保物权的强制设立,可能规避强制执行限制规定的适用,亦即债务人清偿不能时,其多个债权人应当就该抵债财产平等受偿的规定适用;如果坚持维持该种以物抵债约定的效力,其效果只能是“债权人可以请求以该财产抵偿债务”,这是一个债的效果,无论如何不能转化为物权效果。^⑧

笔者认为,期前以物抵债协议作为一项混合协议,其中交织着债务清偿和债的担保的意思与效果,否定期前以物抵债协议担保性的观点并未处理好其名与实的关系问题,定性未尽全面、准确,进而在法律效果和规则适用上也将有失偏颇。理由在于:其一,对期前以物抵债协议定性不能只看其所用词语和表象,应探究当事人的真实意思,其主要是通过抵债物所有权可能丧失的潜在威胁,给债务人施加压力,督促债务人按期清偿债务,担保意图比较明显。^⑨甚至有学者将期前以不动产抵债的协议解释为抵押权设立行为,虽然抵押权未经登记不成立,但当事人关于移转不动产所有权之约定,亦构成流担保条款。^⑩从日本法上的实践来看,当事人之所以选择代物清偿预约等权利移转预约型担保,主要是因为典型担保的不完备性,如质权须移转占有,抵押权的实现须经裁判程序而耗时耗力,且在拍卖中往往低于市价。^⑪而当事人达成的期前以物抵债协议实质上

暗含且能够发挥担保之功用,其在功能上与典型担保无异。再者,对“担保”的界定不宜过于狭隘,虽多数情况下是在债务清偿期届满或发生当事人约定的情形时以约定的责任财产担保债权的实现,但现今的担保不仅仅限于“事后清算”,其在当事人达成交易阶段亦发挥着重要作用。并且,若债权人已办理登记,则其当然享有担保物权性质的权利。其二,将期前以物抵债协议认定为具有担保功能的合同,并非无法可依,《民法典》第388条第1款“其他具有担保功能的合同”当然可以作为其法源依据。至于存在多个债权人及由此涉及的公平问题,按照《民法典》第414条、第415条清偿顺序的规定来处理即可;若不将之认定为担保合同,在抵债财产转移至债权人名下时仍采用各债权人平等受偿的规则,则对该债权人的利益保护极为不利,亦将导致期前以物抵债的约定及其履行失去法律意义。其三,将期前以物抵债协议按照担保对待,并不会发生规避强制执行限制规定适用的效果,若债务人的财产清偿不能时,以物抵债协议之债权人的债权受有非典型担保的保障,相较于其他无担保债权人优先受偿,并未违背公平原则。至于该期前以物抵债协议能否转化为物权效果,在现行法背景下并无认定的障碍,并且能够与相接近的担保规则相互衔接,符合担保制度的内在体系要求。其四,将第三人与债权人达成的以物抵债协议和已经将抵债财产转移至债权人名下的抵债协议认定为具有担保的性质并适用相应的规则,才能有效地防止借此规避法律关于担保人资格限制、公司对外担保的决议程序限制等强制性规定的情形发生。

但需要区分说明的是,期前以物抵债协议中,债务人本人与债权人订立的期前以物抵债协议,在实际履行之前,不具有担保的功能,因为其既未扩张责任财产的范围,也未能使债权人获得优先受偿权,仅是当事人之间约定的一种替代履行方式。而第三人与债权人达成的期前以物抵债协议

并不构成典型意义上的担保,将其归为“无担保之名,但有担保之实”的非典型担保合同更为妥当。

已经得到履行的期前以物抵债协议,完全符合《民法典》第388条第1款“其他具有担保功能的合同”的规范意蕴。《民法典合同编通则解释》第28条第2款第2句中“当事人约定债务人到期没有清偿债务,抵债财产归债权人所有的,人民法院应当认定该约定无效,但是不影响其他部分的效力”的规定,进一步明确了期前以物抵债协议的担保性质及流担保条款无效的意旨;^③依据第28条第3款后半句“债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人名下的,依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第六十八条的规定处理”,债权人有权请求参照《民法典》关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿,契合了担保物权的功能和作用。《担保制度解释》第68条是关于“将财产形式上转让至债权人名下的担保”(让与担保)的规定,而让与担保是典型的非典型物的担保。上列规定,既肯定了已经得到履行的让与担保、以物抵债协议中债权人取得了优先受偿的权利并适用担保物权实现的规则,也体现了防止当事人借此而规避流担保禁止规则的态度。相关规则之间无缝衔接,颇为周延。

(三)期前以物抵债协议的从属性问题

《民法典合同编通则解释》第28条第1款中“人民法院应当在审理债权债务关系基础上认定该协议的效力”,意味着期前以物抵债协议的效力认定与主债权债务关系密切相关。由于期前以物抵债协议对主债权债务关系的建立及债权实现具有担保的功能,故同样应适用担保的从属性规则。在出现主债权债务合同无效、被撤销等情形时,期前以物抵债协议亦应依据法律、司法解释关于担保合同从属性的规定处理。

首先,期前以物抵债协议无效的,根据其无效的原因可分两种情形并产生不同的法律后果:其一,主合同有效,而第三人提供的期前以物抵债协

议无效。其无效事由除了适用《民法典》总则编有关法律行为效力和合同编关于合同效力的一般规定外,还适用有关担保合同无效的特别规定,如主体不适格、标的不合法、违反《公司法》第16条等。^④此种情况下无效的以物抵债协议提供者的责任,应适用《担保制度解释》第17条第1款的规定,根据债权人与提供期前以物抵债的第三人的过错情况来确定该第三人是否承担赔偿责任及其补充性赔偿责任的范围和比例。其二,主合同无效,导致第三人提供的期前以物抵债协议无效。此种情况应按照《担保制度解释》第17条第2款的规定,根据该第三人有无过错来确定其是否承担赔偿责任及其补充性赔偿责任的范围。至于第三人承担赔偿责任后能否向债务人追偿的问题,若该第三人与债务人之间无特殊约定,则应参照适用《担保制度解释》第18条的规定,肯定第三人在其承担责任的范围内对债务人的追偿权。债务人自己与债权人达成并已履行的以物抵债协议的效力问题,亦存在自身无效和因主合同无效而无效的情况,并产生债权人就抵债财产受偿债权随之无效的后果;惟由于债务人的全部财产都属于责任财产,故不发生另外的赔偿责任问题。

其次,若合同中债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的,期前以物抵债协议的第三人亦得援引该事由进行抗辩。第三人提供期前以物抵债协议的,其并非主合同的当事人,不能当然享有主合同当事人的撤销权、抵销权等形成权,否则将有违合同相对性原则。但是,期前以物抵债协议提供者的正当权益应予保护,故依照《民法典》第702条赋予其“在相应范围内拒绝承担担保责任”的权利较为合理。

综上,涉及合同效力瑕疵的情形,人民法院均需对主债权债务合同和期前以物抵债协议进行审查,而这种审查的另一重意义,还在于防止虚假偿债、转移财产等情况的发生。《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)》

(法[2021]287号)中明确了“以物抵债”协议纠纷虚假诉讼的情形,^⑤并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。这对于人民法院处理以物抵债协议纠纷案件同样具有指导意义。

三、期前以物抵债协议的合同效力与物权效力的区分

(一)区分原则下的合同效力与物权效力

《民法典》第215条的规定体现了物权变动与债权合同的效力区分原则,这一原则同样适用于动产和权利担保物权情形。理解适用该条及其他相关规定时应重点把握以下两点:其一,《民法典》物权编中对基于民事法律行为的物权变动的公示要件有明文规定,除法律另有规定外,不动产登记与动产交付具有决定物权变动是否发生的效力;当事人之间订立有关取得、变更、移转和消灭物权的合同,虽然自合同成立时生效,但未经办理不动产登记或动产交付的,不能发生物权变动的法律效果。其二,未办理不动产登记或者交付动产的,不影响合同的效力。合同可能有效,也可能无效或可撤销。如果合同依法有效,守约方当然可以依法要求对方继续履行或者承担违约责任;合同无效或者被撤销的,亦应依合同编的有关规定处理。^⑥结合《民法典》第388条第1款的规定,无论是抵押、质押合同还是设立其他具有物的担保功能的合同,均只是设立担保物权的原因行为,仅提供了当事人之间设立担保物权的基础或依据,与担保物权的设立是否发生物权效力没有直接关联。^⑦由此,期前以物抵债协议等非典型担保合同亦应根据区分原则的规定精神把握其合同效力和物权效力。

(二)期前以物抵债协议履行前的合同效力

1. 对《民法典合同编通则解释》第28条第2款、第3款的规范解读

第一,第28条第2款中“当事人约定债务人到

期没有清偿债务,债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的,人民法院应当认定该约定有效”,是对合同效力的确认,此与区分原则的规定一致。期前以物抵债协议属于无名(非典型)合同,根据《民法典》第467条第1款无名合同适用合同编通则的规定,并可以参照适用本编或其他最相类似规则,期前以物抵债协议在符合《民法典》第143条双方当事人意思表示真实,不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗的情况下,应当肯定其合同效力。相较于《九民纪要》第45条中“其应当根据原债权债务关系提起诉讼”的简单表述,《民法典合同编通则解释》第28条第2款中“对抵债财产拍卖、变卖、折价偿还债权的”表述更加准确、合理,也与实现担保权益的其他相关规定保持了一致。

第二,第28条第3款前半句“当事人订立前款规定的以物抵债协议后,债务人或者第三人未将财产权利转移至债权人名下,债权人主张优先受偿的,人民法院不予支持”,明确了期前以物抵债协议在实际履行前仅具有合同的效力,而不具有物权性的优先受偿效力,符合物权公示原则并与让与担保的规则保持了一致。该规定一方面延续了《九民纪要》第45条第1句的思路,另一方面将“抵债物尚未交付债权人”调整为“未将财产权利转移至债权人名下”,在表述上更加细化、准确,并间接地拓宽了以物抵债协议的适用范围。

2. 期前以物抵债协议未履行时的违约责任

对于期前以物抵债协议,应重点考察当事人在债务履行期届满前达成的以物抵债协议是否包含了“移转标的物所有权的物权合意”。^⑤若当事人约定“债权届期未获清偿,则以某物抵债”,应当认定当事人之间只达成了债权合意;若当事人约定“债权届期未获清偿,则某物归债权人所有”,在采取债权形式主义立法例下,物权变动并不因当事人合意而当然发生,还须践行动产的交付、不动产的移转登记才能发生物权变动的效果。也就是

说,当事人负有按照约定将抵债财产移转至债权人名下的义务,若未完成物权变动的形式要件,则参照《担保制度解释》第46条、第63条等相关规定处理。此外,以下三个问题值得说明和讨论:

其一,当事人之间约定期前以物抵债协议,若第三人未履行该协议的违约责任如何?根据《民法典合同编通则解释》第28条第2款第1句“当事人约定债务人到期没有清偿债务,债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的,人民法院应当认定该约定有效”的规定,此时债权人有权要求其履行约定的义务并就经过清算的财产受偿,但若存在其他债权人,则其并无优先受偿的权利与可能;若因可归责于该第三人的原因导致不能再履行协议而将抵债财产移转至债权人名下,则应参照《担保制度解释》第46条等规定,债权人有权请求该第三人在约定的担保范围和抵债财产自身的价值内承担责任。

其二,如果当事人对期前以物抵债协议单独约定违约责任或者约定担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围,此种约定的效力如何?为避免超范围担保情形的出现,《担保制度解释》第3条专门对担保责任范围从属性和超范围担保的效力问题作出了规定。由于第三人与债权人达成的期前以物抵债协议应归入非典型担保合同,其在责任范围及追偿权配置上应与典型担保保持一致,故亦应适用《担保制度解释》第3条的规定,如此方符合“同类事物同等对待”之法理,亦能体现其担保的旨趣并维持当事人之间的公平。^⑥

其三,若抵债财产的价值与债权数额之间存在差额,则债权人能否请求差额部分的清偿?有观点认为,在以物抵债交易中,即使代偿物价值低于原定给付或违约损害,债权人也不得就差额另行请求,相当于约定了赔偿责任的限额条款。^⑦笔者认为,这种认识具有一定的合理性,但并不全面。在第三人与债权人达成的期前以物抵债协议中,第三人处于保证人或物上保证人的地位,约定

的抵债财产的价值低于债权额的,相当于限额担保的约定或构成事实上的限额担保,对不足部分,第三人并不负有补足的责任或另行清偿的责任,但因其过错导致抵债财产贬值或第三人与债权人约定由第三人对不足部分另外承担清偿责任的除外。而债务人与债权人达成的以物抵债协议中抵债财产的价值不足以覆盖全部债务数额的,除有明确的替代履行的约定(相当于债权人放弃剩余债权),债权人接受以物抵债协议的履行后,仍有权就差额部分继续向债务人主张权利。

(三)期前以物抵债协议履行后产生的物权效力

根据《民法典合同编通则解释》第28条第3款的文义,债务人或第三人未将财产权利移转至债权人名下的,债权人主张优先受偿的,人民法院不予支持;若已经移转至债权人名下的,则债权人可以根据《担保制度解释》第68条关于让与担保的规定主张优先受偿。从条文表述上看,该款后半句采取了准用条款实现了与《担保制度解释》第68条让与担保规则的衔接,本质上乃是支持债权人享有物权性的优先受偿权。本款规定不仅仅准确表达了条文意旨,还实现了与《民法典》合同编、物权编的担保物权分编和《担保制度解释》的规范联结,更体现了司法解释用语的精简凝练。就《民法典合同编通则解释》第28条第3款规范内容而言,用于抵债的财产权利经登记、交付等方式转移至债权人名下的,发生财产权利形式上的移转,但这并非真正的权利移转,债权人也不能因此而取得抵债财产的“全权利”,而仅是具有优先受偿的效力。因为以物抵债协议中关于“债务人不履行到期债务,财产归债权人所有”的约定亦属于流质条款,其效力不为法律和司法解释所承认。但是该部分无效的约定不影响当事人之间担保的意思表示的效力,债权人可以请求参照担保物权的有关规定就该财产优先受偿。据此,无论从文义角度还是规范角度,均可得出《民法典合同编通则解

释》第28条与《担保制度解释》第68条让与担保物权效力之规定一脉相承、意思一致的结论。

四、期前以物抵债协议与相关担保规则的衔接与协调

前文已经提及了期前以物抵债协议与区分原则的内在一致性、与“其他具有担保功能的合同”的种属关系,还应注意的是,其与债务加入、流担保条款无效、让与担保、担保物权的实现方式、共同担保等规则之间的勾连关系。

(一)与债务加入的潜在关联与差异

债务加入作为增信措施之一种,本质乃非典型人保,其与期前以物抵债协议均有担保的实质功能。第三人与债权人达成的期前以物抵债协议,在履行之前,相当于以约定抵债的财产之价值,加入债务人的债务并与其共同承担清偿责任,故其与债务加入具有一定的关联性。

二者有所不同的是:其一,债务加入通常是以债务加入人的一般财产或全部财产加入债务;而期前以物抵债协议则仅承诺以特定的财产承担清偿债务的责任,其责任财产以该约定的抵债财产及其价值为限,不及于第三人的其他财产,除非存在该第三人违约及另有其他约定的情况。其二,债务加入人依法承担连带责任,并且按照《民法典合同编通则解释》第51条之规定其具有法定追偿权;而期前以物抵债协议中的第三人履行该协议的义务与债务人的清偿责任通常是不真正连带责任关系,此点容后叙明。其三,债务加入人加入债务后,成为主债权债务关系中的连带债务人,无担保合同从属性规则的适用;而第三人与债权人达成的以物抵债协议,构成非典型担保合同,第三人处于保证人或物上保证人的地位,应当适用担保从属性的规定。其四,债务加入的成立方式较为多样,除第三人与债权人订立两方合同或连同债务人一并订立三方合同外,第三人与债务人约定加入并通知债权人及第三人向债权人表示愿意加入债务而债权人未在合理期限内明确拒绝的,即

成立债务加入并发生相应的效力;而第三人与债权人达成的期前以物抵债协议,必须经双方意思一致、达成协议方可成立。^⑨

(二)与让与担保规则的一致性

让与担保,往往是在债务履行期届满前已经完成了财产权利的移转,但是双方真实意思表示并非是物权移转,而是旨在担保,并不当然产生清偿的效果。期前以物抵债协议与让与担保在法律构成上的差异恰恰在于,在让与担保的情形下,标的物在被担保债权成立时即已经转让给了担保债权人,而在以物抵债情形下,标的物直到债务不履行并且需要清偿时才移转给担保权人。^⑩但是,二者又具有内在的一致性,在债务履行期届满前订立的以物抵债协议,如果当事人已将财产权利移转至债权人名下,即属于让与担保;其与让与担保在交易结构、实质效果等方面完全相同,仅是协议的名称有所不同而已。最高人民法院民事审判第二庭所编写的《九民纪要》释义书中,对已经履行的期前以物抵债协议的性质认定,已经明确采纳了让与担保说。^⑪

让与担保和期前以物抵债协议在本质上都属于非典型担保。债权人签订让与担保合同的目的应在于支配财产的交换价值而使债权获得清偿,而不是取得财产的所有权。故此,让与担保合同中约定在债务人届期不能履行债务时,债权人不经清算程序即可直接获得财产的所有权等权利的,有违担保的本质,应否定此类流质性质的约定之效力,^⑫但不影响提供担保的意思表示。

(三)与流担保条款无效规则的契合

《民法典》第401条、第428条对流抵、流质契约的规定作了调整,旨在表明流担保条款的无效不会影响担保物权的效力,抵押权人、质权人只能依法定程序(通过协议折价、变价等方式)就担保财产的价款优先受偿,担保财产的价款超过债权数额的部分应归抵押人、出质人所有,不足偿还债务的部分则由债务人继续清偿,其在立法精神和法

律效果上与原《物权法》中的规定并无二致,^⑬但在表述上的改进使其含义和法律效果更为清晰。尽管学说理论上对流担保条款的效力问题有不同的主张,但我国立法上否定流担保条款效力的态度是非常明确的。

在我国司法实践中,当事人达成的期前以物抵债协议具有流押性质,进而被法院认定为无效协议的案例较为多发,^⑭主要原因在于债务未届清偿期时,债务人不必马上清偿,在债务届期须清偿时债权数额可能与抵债财产的价值存在较大差距,如果直接认定具有流押性质的以物抵债协议有效,可能会导致双方利益失衡,损害债权人利益。而在理论观点上,不乏否定流担保条款无效的规定适用于期前以物抵债协议的观点,其主要理由在于,期前以物抵债协议并非法定担保形式,当事人并无设定抵押、质押担保的意思表示,故此种情形既不能直接适用也无法类推适用。^⑮笔者认为,期前以物抵债协议等非典型担保合同,也均须同样强制地适用流担保条款无效的规定,但不能因有此类条款的约定而否定整个合同的效力。首先,期前以物抵债协议与《民法典》关于流担保条款无效的规定,有所差异的仅在于后者系在抵押合同、质押合同中作此类约定,而前者系在以物抵债协议中约定。但两者系同属于在担保合同中约定的流担保条款,本质相同,规则也应一致。其次,债务人同债权人签订期前以物抵债协议的背景往往是债务人可能由于企业破产、经营不善或者资金短缺等原因而产生不能按时清偿债务的风险,该风险有可能在债务履行期届满前消失,但也有可能持续存在,因此债务人选择用自己或第三人的财产来保障债务的履行,使自己免受违约责任,同时使债权人的债权得以受偿,达到双赢的效果。如果一概否定债务履行期届满前达成的以物抵债协议的效力,债务人既要承担到期不能履行债务的违约责任,债权人的债权也不能及时实现,甚至需要通过诉讼途径实现,浪费了大量资源。故此,对期前以物抵债协议、让与担保等非典

型担保由债权人直接取得担保财产所有权等权利的约定,同样应适用典型担保中的流质、流押条款效力的规定。

(四)与担保物权实现方式规定的协调

根据《民法典》的相关规定,《担保制度解释》第64条、第65条、第68条分别对所有权保留、融资租赁和让与担保这几种较为典型的非典型担保引入了参照适用担保物权实现规则的规定;并且,其第45条进一步明确了担保物权的实现程序。依照这些规定,不管是典型的担保物权还是非典型担保物权,其在实现上均应当遵照担保物权的实现程序。作为非典型担保的期前以物抵债协议,债务届期未获清偿的,债权人可以对财产拍卖、变卖、折价以偿还债权。通过确立债权人的清算义务,不仅可以设立后顺位的担保权,提高担保财产的利用价值,而且可相应类推抵押权的规定。^⑩《民法典合同编通则解释》第28条中的规定与前述非典型担保物权的实现规则保持了一致,较好地平衡当事人双方的利益关系。

(五)对共同担保规则的参照适用

如前所论,第三人提供的期前以物抵债协议具有担保的功能,应归入非典型担保并适用担保的相关规则(履行前适用保证的某些规定,履行后适用让与担保的规定)。如此,对于同一债务,如存在数个第三人的期前以物抵债协议,或者既存在第三人提供的期前以物抵债协议又存在其他担保的,数个非典型担保或者非典型担保与典型担保之间即构成共同担保,数个担保人之间的关系,应参照适用《民法典》第392条、第699条和《担保制度解释》第13条、第14条关于共同担保的规则来处理。

五、期前以物抵债协议规则适用的类型化

(一)仅具有合同效力的期前以物抵债协议的规则适用

1. 公司对外担保决议机制限制、保证人资格限制规则的适用

实践中,商事主体在经营活动中达成的期前

以物抵债协议的情形尤为多发,其应当受现行《公司法》第16条的调整。首先,通过对《公司法》第16条的文义、目的解释,公司对外提供的各类担保,均在该条规范的射程之内,而期前以物抵债协议作为非典型担保(合同),其与典型担保在功能上一致,故“非典型担保”亦在本条文义的涵盖范围之内,否则就不当限缩了该条适用的范围。其次,公司治理的理念要求公司不得随意对外提供期前以物抵债协议。由于公司契约的特殊性,契约自由原则在《公司法》中是有限度的,这意味着公司法定代表人等不能随意代表公司为他人提供期前以物抵债协议;公司为他人提供期前以物抵债协议通常是无偿的,极有可能被用来不当增加公司负债或作为一种隐蔽的手段掏空公司,有违资本维持原则。^⑪最后,由于我国担保制度的立法体例问题,对担保的共通性规则缺乏提炼和抽取,公司对外担保规则具有担保制度共通规则之一的性质和地位,理应适用于典型担保和非典型担保。至于保证人的资格条件限制规则,将期前以物抵债协议提供者作为“非典型保证提供者”,亦当然应为《民法典》第683条、《担保制度解释》第5条、第6条的适用对象所涵盖;否则,将会为当事人变相利用期前以物抵债协议而规避保证人的资格限制提供机会。

2. 对保证期间、保证方式推定规则的非适用性

期前以物抵债协议作为非典型人的担保(保证),能否根据文意认定为一般保证或连带责任保证?笔者倾向于否定认识。理由在于:其一,《担保制度解释》第25条应当仅适用于保证合同中保证方式约定不明的情况,而不关涉期前以物抵债协议类的非典型人的担保。而《担保制度解释》第36条与期前以物抵债协议有一定的关联,笔者更倾向于参照适用该条第4款的规定,按照约定的意思承担责任。^⑫其二,根据《担保制度解释》第20条的规定,第三人提供物的担保的,可以参照适用保证人

权利的相关规定。此处第三人提供的“物的担保”范围并未明确,非典型担保能否参照适用保证人的权利规则留有疑问。依《担保制度解释》第68条第1款和第2款的规定,在第三人提供的让与担保中,若双方已完成财产权利公示,则债权人可以请求参照担保物权的规定优先受偿。^⑩照此观点,此时的期前以物抵债协议尚未完成公示,其与典型担保(权)有别,故不能参照适用保证期间、保证方式推定等规则。其三,若适用法定保证期间的规定,则完全超出当事人的预期;且作为对保证人优待的特殊规定,不能随意扩张适用于其他情况。

3. 对部分保证人抗辩权规则的适用

第三人与债权人达成的期前以物抵债协议有别于典型的保证合同,第三人的地位有别于保证人的地位,但二者在发挥担保功能上具有类似性,故保证人的部分抗辩权在期前以物抵债协议中具有类推适用的空间。根据《民法典》第701条的规定,保证人可以主张债务人对债权人的抗辩权,这些抗辩权包括:主合同未生效的抗辩、主合同无效的抗辩、主合同已经终止的抗辩、主合同已过诉讼时效的抗辩、抵销抗辩,以及主债务人享有的各类抗辩权(包括同时履行抗辩权、不安抗辩权和先履行抗辩权)。^⑪前述抗辩权中,属于因主合同原因而产生的抗辩权,期前以物抵债协议中的第三人可以援引;此外,前已述及,若债务人对债权人享有抵销权或撤销权的,期前以物抵债协议中的第三人可以类推适用《民法典》第702条关于保证人拒绝履行权的规定,拒绝在相应范围内承担责任。而基于债务人、保证人的地位而产生的抗辩权,诸如先履行抗辩权、不安抗辩权和同时履行抗辩权,期前以物抵债协议提供者并不能享有。简要理由在于,依照担保的从属性,主合同存在抗辩事由的,作为从合同的期前以物抵债协议亦受之影响,故提供者可以援引该类抗辩权。而期前以物抵债协议作为非典型担保合同,与保证合同有别,专属于保证人的抗辩权不能类推适

用,否则将不当地优待了期前以物抵债协议提供者,而损害了债权人的利益。

4. 承担以物抵债责任的第三人与债务人的责任形态

《民法典合同编通则解释》第28条并未明确承担以物抵债责任的第三人的责任形态,无疑将会引发其承担连带责任、补充责任等责任的争议。笔者认为,除非有明确的约定,承担以物抵债责任的第三人的责任形态,既非具有先诉抗辩权的补充责任,亦非真正的连带责任,而应是不真正连带责任,除非抵债协议另有明确约定。连带责任与不真正连带责任的区分一直是学界面临的疑难问题,目前“同一层次说”比较有说服力,^⑫但不排除有其他的认识。参酌诸多区分要素,二者的核心区别在于连带责任的最终责任是可按份额分担的(无法确定份额时推定为等额),而不真正连带责任则由一人承担最终责任。在期前以物抵债协议中,第三人承担了抵债责任后,有权向最终责任人即原债务人追偿,而若将其归为连带责任,则其仅能部分追偿,甚至会发生债务人承担清偿责任后的反向追偿问题,这明显不利于第三人,亦悖于期前以物抵债协议的旨趣。事实上,这一问题与债务加入中第三人的责任形态具有一定的共通性。《民法典》第552条对债务加入人与原债务人间的债务关系规定为连带债务关系,此时便会产生债务加入人的追偿权问题,其非如保证人具有法定追偿权,故将“连带债务”解释为“不真正连带债务”似乎是一个妥适的路径,《民法典合同编通则解释》第51条已经对债务加入人的追偿权作出了明确规定,笔者认为这一处理方案值得肯定。对期前以物抵债协议中第三人的追偿权,亦应采用同样的规则处理。

或有疑问的是,期前以物抵债协议中约定“债务人不能履行债务”,该方式表达的文意是否可以作为推定为补充责任或连带责任的依据?笔者认为,前述约定内容是期前以物抵债协议的履行条

件,而非判定当事人之间责任类型的依据。首先,若据此认定承担抵债责任的第三人负补充责任,相当于赋予了其先诉抗辩权,使其责任份额限定为债务人无力清偿的部分,此与期前以物抵债协议中第三人以物的价值为限承担抵债责任的意思不相吻合。其次,相较于补充责任,据前述协议约定内容推定为连带责任似乎更无可能。因为根据《民法典》第178条第3款和第518条第2款“连带责任/债务,由法律规定或者当事人约定”之规定,在期前以物抵债协议中无明确约定连带责任内容下,仅凭“不能履行”或“不履行”债务的条件性约定不能当然认定为连带责任。因此,宜将“债务人不(能)履行债务”认定为承担抵债责任的第三人的履约条件。

在期前以物抵债协议履行前,若出现债务人低价或者无偿转让其财产情况的,则第三人有权主张撤销该转让合同。根据《民法典》第538条、第539条债权人在债务人无偿处分财产及不合理低价交易时享有撤销权,此时若债权人怠于行使撤销权,第三人可以代位其向债务人主张撤销权,以防止债务人财产不当减少而加大自己以物抵债的可能性及责任份额的加重。若债权人擅自许可债务人移转债务或者放弃债务人本人提供的物的担保的,对以物抵债协议的第三人应类推适用《民法典》第391条“第三人提供担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任”之规定,否则将滋生乃至助长债权人与债务人恶意串通损害期前以物抵债协议第三人利益的情况。此外,债权人与债务人擅自变更主债权债务合同内容的,应类推适用《民法典》第695条之规定,提供期前以物抵债协议的第三人是否承担责任区分情形而定:二者协议减轻债务的,则第三人对变更后的债务仍然承担抵债责任;二者协议加重债务的,则第三人对加重部分不再承担抵债责任。

(二)具有担保物权效力的期前以物抵债协议的规则适用

1. 具有物权性的优先受偿权

若债权人主张直接取得抵债物的物权,则因受到流押或流质条款无效的约束,其主张并不能得到人民法院的支持。但是,债权人可以通过折价、拍卖、变卖抵债物等方式实现债权。至于对拍卖、变卖、折价所得的价款是否享有优先权,则因视抵债财产是否完成了相应的公示而异其效力。^②动产已经交付债权人、不动产已经完成了登记的,即满足了《民法典合同编通则解释》第28条第3款“转移至债权人名下”,则此时便构成让与担保,根据让与担保的规则处理,以实现债权人的优先受偿权。

2. 须经担保物权的实现程序

关于期前以物抵债协议的实现条件,《民法典合同编通则解释》第28条第2款中仅规定了一种,即“债务人到期没有清偿债务”。此外,尊重当事人的意思自治及参照《民法典》第386条中“发生当事人约定的实现担保物权的情形”,当事人之间亦可就抵债条件成就的其他情形作出约定。

满足了公示要件的期前以物抵债协议,此时应按照《担保制度解释》第68条让与担保来对待,其实现方式参照担保物权的实现方式。债权人有权请求参照民法典关于担保物权的规定,对财产折价或者拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿;而且折价或者变卖均应当参照市场价格;折价协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。需要注意的是,担保物权人实现担保物权并就担保财产的变价价值受偿债权后,无论其债权是否全部得到清偿,担保物权均因目的实现而归于消灭;债权未能受偿部分,只能作为普通债权而由债务人另行清偿。^③而期前以物抵债协议中的第三人所承担的抵债责任仅仅是以抵债财产的价值为限,在抵债财产价值不足偿付全部债务的情况下,抵债人不负担补足责任。

3. 与其他担保物权的排序规则的适用

根据《民法典合同编通则解释》第28条第3款财产权利移转至债权人名下的规定,此时债权人所设定的让与担保在无其他权利人相竞争的情况下,其当然可以优先受偿。但是,实践中可能会发生当事人就抵债财产另行设立有抵押、质押担保或订立有数个以物抵债协议等,当以物抵债条件成就的,第三人承担抵债责任时便会发生权利冲突,这就需要依照担保物权的清偿顺位规则处理。也就是说,经过公示的让与担保等非典型物的担保,权利人所享有的优先受偿权亦应归入担保物权的范畴,统一适用担保物权的顺位排序规则,即当其与抵押权、质权竞存时,适用《民法典》第414条、第415条的规定;当抵债财产上存在留置权时,适用《民法典》第456条的规定;当抵债的动产上负担有贷款债权或贷款债权时,亦有《民法典》第416条和《担保制度解释》第57条超级优先顺位规则的适用空间。

六、结语

我国民商事交易实践中自发产生期前以物抵债协议,其性质认定和处理规则经由司法审判实践不断发展和各界的反复推敲,并最终在《民法典合同编通则解释》第28条中得到妥适的规定,可谓司法解释的又一重要贡献。期前以物抵债协议作为一项混合协议,其中复合了债的清偿及债的担保的元素,后者的意味大于前者,并对其定性和规则适用发挥着决定性作用。在实质担保观深入贯彻以及《民法典》功能主义释义模式运用的背景之下,需明确除债务人本人与债权人达成但尚未履行的以物抵债协议外,第三人与债权人达成的期前以物抵债协议以及债务人与债权人达成并已履行的以物抵债协议性质为“非典型担保合同”。根据物权变动与债权合同的效力区分原则,可分别根据债务人或者第三人是否将财产权利移转至债权人名下确定期前以物抵债协议的债权效力和物权效力。对于期前以物抵债协议的规则适用,

《民法典合同编通则解释》第28条提供了基本依据,但尚需区分不同效力情形,借助典型担保规则实现其规则适用的体系化,最终实现作为非典型担保(合同)的期前以物抵债协议与典型担保的规范融合。

注释:

①此类协议另有代物清偿预约、附停止条件的代物清偿协议等称谓,为用语统一和行文方便,本文统一采用“期前以物抵债协议”的表述。

②第一种方案与第二种方案最大差异,在于后者将此类以物抵债协议认定为具有担保功能的合同,并对财产权利是否移转于债权人的不同法律效果作出了明确的规定。公开发表意见的学者以支持第一种方案者居多,参见石佳友:《关于民法典合同编司法解释草案的若干修订建议》,载微信公众号“中国民商法律网”2022年12月16日;李宇:《合同编通则司法解释(征求意见稿)修改建议》,载微信公众号“华政民商”2022年11月24日;张家勇:《民法典合同编司法解释(征求意见稿)的修订意见》,载微信公众号“华政民商”2022年11月7日。少数学者支持第二种方案,参见程啸:《对最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)的若干意见》,载微信公众号“中国民商法律网”2022年11月15日。

③讨论中的争点主要在于宜否将期前以物抵债协议界定为“其他具有担保功能的合同”、抵债协议中的第三人是否须“对履行债务具有合法利益”。

④该条规定:“债务人或者第三人与债权人在债务履行期限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。”“当事人约定债务人到期没有清偿债务,债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的,人民法院应当认定该约定有效。当事人约定债务人到期没有清偿债务,抵债财产归债权人所有的,人民法院应当认定该约定无效,但是不影响其他部分的效力;债权人请求对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的,人民法院应予支持。”“当事人订立前款规定的以物抵债协议后,债务人或者第三人未将财产权利转移至债权人名下,债权人主张优先受偿的,人民法院不予支持;债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人名下的,依据《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》第六十八条的规定处理。”

⑤参见景光强:《以物抵债疑难法律问题精释》,中国法制出版社2020年版,第15页;陈永强:《以物抵债之处分为

论》，载《法学》2014年第11期，第106-115页；黄耀文：《再论以物抵债行为的性质与效力》，载《江西财经大学学报》2020年第2期，第137-146页；冯永强：《论以物抵债行为的性质与效力》，载《新疆社会科学》2015年第3期，第101-107页。

⑥参见同上注，景光强书，第254页。

⑦在《民法典合同编通则解释（征求意见稿）》征求意见的过程中，曾有意见主张因第三人与债权人达成的以物抵债协议履行后同样发生债权移转的效果，故此应以物抵债协议中的第三人限定为“对履行债务具有合法利益的第三人”。但此种认识误将以物抵债协议与第三人清偿债务的规则混为一谈，而这种混淆两者差异的认识，无疑会极大地限缩以物抵债协议的适用范围。经认真讨论、推敲后，《民法典合同编通则解释》第27条、第28条最终未采用这一意见。

⑧人民法院审理第三人提供的物的担保纠纷案件时，亦可适用该条规定。

⑨根据《民法典合同编通则解释》第30条第2、3款的规定，第三人代为清偿的代位权及第三人履行以物抵债协议后的代位权均应为“有限制的代位权”，即仅在相应范围内取得“债权人对债务人的权利”（包括对债务人享有的担保物权）。

⑩在担保人及抵偿债务的第三人仅清偿或抵偿部分债务的情况下，其对债务人的追偿权在实现上应逊后于债权人对债务人的剩余债权。

⑪参见[日]我妻荣：《新订债权总论》，岩波书店1964年版，第509页。

⑫参见最高人民法院（2011）民提字第210号民事判决书。

⑬参见最高人民法院（2011）民提字第344号民事判决书。

⑭参见最高人民法院（2013）民提字第135号民事判决书。

⑮参见最高人民法院（2016）最高法民终字第484号民事判决书。

⑯该款规定：“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。”

⑰参见杜万华主编：《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429-430页；谢胜文：《债务清偿期届满前以物抵债协议的效力》，载《民主与法制时报》2019年12月26日，第7版。

⑱关于此条规定的解释，参见最高人民法院民事审判第二庭编：《〈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307-308页。

⑲该款规定：“债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，债权人有权

对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的，人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的，人民法院应予支持。”“债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求对该财产享有所有权的，人民法院不予支持；债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿的，人民法院应予支持；债务人履行债务后请求返还财产，或者请求对财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款清偿债务的，人民法院应予支持。”“债务人与债权人约定将财产转移至债权人名下，在一定期间后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金加上溢价款回购，债务人到期不履行回购义务，财产归债权人所有的，人民法院应当参照第二款规定处理。回购对象自始不存在的，人民法院应当依照民法典第一百四十六条第二款的规定，按照其实际构成的法律关系处理。”

⑳参见姚辉、阙梓冰：《从逻辑到价值：以物抵债协议性质的探究》，载《学术研究》2020年第8期，第71-74页；袁文全、卢亚雄：《检视与规范：以物抵债的适用路径》，载《西南大学学报（社会科学版）》2022年第2期，第25页；同前注⑤，黄耀文文，第141-146页。

㉑参见崔建远：《中国民法典释评·物权编》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第321页；刘保玉：《民法典担保物权制度新规释评》，载《法商研究》2020年第5期，第7页；梁远高：《民法典视野下非典型担保的登记对抗法律技术》，载《湖北社会科学》2022年第12期，第142-144页。

㉒日本学界在研究非典型担保的过程中，也提出存在非典型人的担保，例如代理受领、指定汇款、抵销预约等。烏谷部茂「非典型担保の法理」（信山社，2009年）15-16頁参照。

㉓参见刘保玉、梁远高：《“增信措施”的担保定型及公司对外担保规则的适用》，载《法学论坛》2021年第2期，第106-107页。

㉔参见同前注②，李宇文；同前注②⑩，袁文全、卢亚雄文，第30页；许一君：《论履行期届满前达成的以物抵债协议——兼评〈九民纪要〉第45条》，载《私法》2020年第2辑，第210页。

㉕参见邬砚、张伟：《以物抵债的成立要件与效力判定》，载《人民司法·案例》2017年第17期，第75页；张方、张革苹：《以物抵债协议的效力认定及其适用》，载《人民法治》2018年第20期，第117页。

㉖参见同前注②，石佳友文。

②⑦参见同前注②,张家勇文。

②⑧参见同前注⑩,最高人民法院民事审判第二庭编书,第308页;同前注⑤,景光强书,第184页;董泽瑞:《以物抵债协议的类型化构建》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2023年第6期,第162-164页。

②⑨参见谢在全:《民法物权论》(修订五版,中册),中国政法大学出版社2011年版,第784页。

③⑩道垣内弘人「担保物権法」(有斐閣,2017年,第4版)271頁以下参照。

③⑪此前的讨论稿中出现过“但是不影响当事人提供担保的意思表示的效力”之表述。相较之下,“不影响其他部分的效力”的表述更加稳妥,也贴切实际,符合司法解释的守正精神。

③⑫参见高圣平、谢鸿飞、程啸:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第144-145页。

③⑬其第50条规定:“有下列情形之一的,人民法院认定属于‘以物抵债’协议纠纷虚假诉讼:(1)当事人恶意串通,将财产价值作低用以抵偿虚构债务,按照抵债财产价值计税,以达到规避国家法定税收的目的;(2)当事人恶意串通,通过诉讼和申请强制执行,将涉案财产过户,以达到规避政府限购政策的目的;(3)债务人资不抵债或者存在多个债权人的情况下,与某个债权人恶意串通,以其仅有的财产抵偿该债权人的债权,损害其他债权人的利益;(4)债务人与他人恶意串通,虚构债务关系恶意转移财产,利用法院判决、调解书的形式或者仲裁裁决等形式使该非法行为合法化,损害案外人的合法权益;(5)其它‘以物抵债’协议纠纷虚假诉讼的情形。对于当事人以‘让与担保’形式担保债务履行的‘以物抵债’协议,不宜简单地以其真实意思并不包括以物抵债而认定其属于虚假诉讼,应依据其真实的法律关系进行审理。”

③⑭参见刘保玉:《物权法学》(第二版),中国法制出版社2022年版,第201-202页。

③⑮参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注·物权编》(4),本条由邹海林执笔,中国法制出版社2020年版,第22页。

③⑯参见同前注⑤,景光强书,第191页。

③⑰关于超范围担保约定的效力及人民法院能否依职权主动适用《担保制度解释》第3条规定的问题,存在不同的认识。笔者主张超出债务人应当承担的责任范围部分的约定不具有法律强制力;即使当事人未提出主张,人民法院也应依职权主动审查实际发生的债权数额和担保范围的约定,对债权人提出的超出债务人应当承担的责任范围部分的权利要求,

人民法院不予支持。当事人就超范围担保部分的约定及其履行有赠与的意思的,则应按照赠与的相关规定处理。

③⑱参见同前注②④,许一君文,第226页。

③⑲第三人单方向债权人作出以物抵债的承诺且为债权人所接受,或债权人直接接受以物抵债的履行的,亦应视为达成了以物抵债协议。

④⑩参见[日]我妻荣:《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,第541页。

④⑪参见同前注⑩,最高人民法院民事审判第二庭编书,第307页。

④⑫参见最高人民法院民事审判第二庭编:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第568页。

④⑬参见同前注②①,刘保玉文,第12页。

④⑭参见江苏省启东市人民法院(2020)苏0681民初字第1824号民事判决书;福建省高级人民法院(2018)闽民申字第511号民事裁定书;最高人民法院(2017)最高法民申字第284号民事裁定书;吉林省吉林市中级人民法院(2017)吉02民终字第1008号民事判决书。

④⑮参见同前注①⑦,谢胜文文。

④⑯[日]椿寿夫『代物弁済予約の研究』(有斐閣,1975年)329頁以下参照。

④⑰参见同前注②③,刘保玉、梁远高文,第107-109页。

④⑱应当注意的是,不具有先诉抗辩权涵义的增信承诺,不宜一概推定为一般保证,《担保制度解释》第36条第3款似有将增信措施典型化为保证之嫌。更好的处理方案是,删除《担保制度解释》第36条第3款,并入第4款中。或者退而求其次,在司法实践中谨慎适用第3款,更多地按照第4款的规定,裁量增信承诺人“依据承诺文件履行约定的义务或者承担相应的民事责任”。

④⑲参见同前注②②,高圣平、谢鸿飞、程啸书,第179页。

④⑳参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2022年版,第783页。

⑤①如史尚宽、郑玉波、王伯琦、邱聰智等对不真正连带债务的判断兼采“原因同一说”与“目的同一说”,此为多数说;王泽鉴、王洪亮等对不真正连带债务的判断采取“同一层次说”,此为少数说。相关观点的梳理,参见税兵:《不真正连带之债的实定法塑造》,载《清华法学》2015年第5期,第130页。

⑤②参见同前注⑩,最高人民法院民事审判第二庭编书,第307页。

⑤③参见同前注⑤④,刘保玉书,第446页。