

应当如何对待法律的沉默 ——以《合同编通则解释》为例

崔建远*

内容提要：对待中国现行法的沉默，不宜囿于要么属于法外空间、要么使用反面推论的桎梏，可将法律漏洞纳入其中。对越权代表订立的合同，在相对人为恶意时，不应采取反面推论的法技术确定其法律效力。《合同编通则解释》第 21 条第 1 款第 3 句所谓“前述情形”，究竟包括哪些情形，有澄清和确定的必要。对以物抵债协议应首先区分以担保物抵债的协议和非以担保物抵债的协议，其次区分代物清偿和除此之外的以物抵债协议（新债清偿），以便容易、清晰地确定原债权债务关系是否自以物抵债协议成立和生效时归于消灭。对当事人关于排除情事变更原则适用的约定，不宜一概否认其法律效力，而应区分情况确定其法律效力。适用“破解合同僵局规则”解除合同，在违约方诉请解除合同时合同目的尚未落空的，不应一律以起诉状副本送达守约方之处时作为合同解除的时间点，不然就背离“破解合同僵局规则”的规范意旨、公平和诚信原则。在诉讼、仲裁的程序进行符合事物发展规律的情况下，裁判合同解除的法律文书送达之日作为合同解除的时间点，具有正当性。

关键词：法律的沉默 反面推论 法律漏洞 越权代表 以物抵债协议

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）在若干领域未设规范，可称之为法律的沉默。权威专家认为，法律的沉默包含两层意义：要么想要借此明确表示，所涉情形根本不应该出现法律规整，此时问题就要落入所谓的“法外空间”；要么通过将法效果系于某一特定的构成要件来表明，对另一个未明确规定的情形不希望引起这种法效果，此时就属于“反面推论”。^{〔1〕}反

* 崔建远，清华大学谭兆讲席教授、法学院教授。

本文为 2022 年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“民法典违约责任规则的体系化审视研究”（22JJD820015）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定》，杨旭译，北京大学出版社 2023 年版，第 24 页。

面推论常常否定法律漏洞的存在，因此拒绝类推适用。^{〔2〕}这就明白无误地宣明，法律的沉默不构成法律漏洞，不允许使用类推适用、目的性限缩、目的性扩张等手段揭示法律的沉默的含义。

不过，完全拘泥于这种学说对待中国现行法上的沉默，会作茧自缚，不利于有些法律问题的顺利解决。《民法典》对某些情形沉默未语的缘由是复杂的：有些确实使用反面推论就足以解决问题，有些干脆属于法外空间，有些有意交由行政法规及部门规章、地方政府规章去调整（如寺庙的财产归属），有些留给最高人民法院出台司法解释、形成指导性案例以满足处理案件的需要，还有一些则属于因社会关系非常复杂而不易用简明扼要的法律条文准确“翻译”出来，莫不如采用“随着社会经济、生活的发展，由判决、学说总结经验、教训，抽象出解决问题的方案”的方法，待时机成熟时再形成法律规则。有鉴于此，本文在广义上使用法律的沉默，把法律漏洞纳入其中。《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《合同编通则解释》）似乎也是如此，只是存在若干瑕疵，有必要进行检讨。本文在这方面作出尝试，就教于大家。

一、越权代表订立合同的法律效力

（一）《民法典》的沉默被《合同编通则解释》揭示其意

越权代表订立的合同发生何种法律效力，《民法典》第504条设有一半规则——“除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力”。但是，“相对人知道或者应当知道其超越权限”的，法律效果如何？《民法典》却沉默未语。鉴于缺少规整不意味着从根本上不应该出现法效果，可能是法律借此表明对某种情形不追求特定效果，或曰沉默并非拒绝回答，而是反过来构成间接的消极答复，^{〔3〕}《合同编通则解释》不认为《民法典》第504条构成法律漏洞，而是在实质上采用反面推论的法技术予以处理——“法律、行政法规为限制法人的法定代表人或者非法人组织的负责人的代表权，规定合同所涉事项应当由法人、非法人组织的权力机构或者决策机构决议，或者应当由法人、非法人组织的执行机构决定，法定代表人、负责人未取得授权而以法人、非法人组织的名义订立合同，未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持，但是法人、非法人组织有过错的，可以参照民法典第一百五十七条的规定判决其承担相应的赔偿责任。相对人已尽到合理审查义务，构成表见代表的，人民法院应当依据民法典第五百零四条的规定处理”（第20条）。如此处理是否妥当，需要探讨。

（二）《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文错用反面推论

《合同编通则解释》第20条第1款第2句所谓“相对人已尽到合理审查义务”，可转换成“相对人善意”的表达。该句所谓“相对人已尽到合理审查义务，构成表见代表的，人民法院应当依据民法典第五百零四条的规定处理”，就是“相对人善意的，越权代表订立的合同有效”。

〔2〕 参见〔奥〕恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第178-179页；王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

〔3〕 参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第29页。

相对人恶意的，越权代表订立的合同的效力如何？《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文回答道：“未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持。”这可被转换成如下表达：相对人恶意的，越权代表订立的合同对越权代表所在的法人或非法人组织不发生法律效力。

所谓合同不发生法律效力，联系《民法典》第155条等条款理解之，就是合同无法律约束力。合同无效、合同经撤销权的行使而归于消灭、效力待定的合同确定地不生效可被包括其中。不过，合同在撤销权行使之前是有效的，甚至因撤销权一直不行使或超过除斥期间而终局地有效，而非合同自其成立伊始就确定地不发生效力。因而，人们使用“合同不发生法律效力”这个断语时把可撤销的合同涵盖在内，实在罕见。效力待定的合同不是自其成立伊始就确定地不发生法律效力，亦非确定地发生法律效力，而是由有权人表态该合同有效抑或无效。唯有合同无效是合同自始、绝对、确定地不发生法律效力。《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文所含意思，符合合同无效的内涵，即越权代表订立的合同对越权代表所在法人、非法人组织自始、绝对、确定地不发生法律效力，而距离可撤销的合同因撤销权的行使而没有法律约束力、效力待定的合同最终归于不发生效力的情形较远。该项结论的可取性，从《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第17条第3句关于“法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效”的规定得到印证。如此，可以断言《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文对《民法典》第504条关于“相对人不知道也不应当知道其超越权限的，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”的规定，采取了反面推论的法技术。

但这需要反思，因为《民法典》第504条的沉默是“意味深长的”，〔4〕存在多种可能的意思。第一种可能是，尽管合同系在越权代表的情况下订立的，而且相对人对此知道或应当知道，但该合同处于双方复杂交易环节中的一环，各方当事人之间于此存在着“堤内损失堤外补”的利益平衡和制约。既然如此，认定越权代表订立的合同对越权代表所在的法人或非法人组织不发生法律效力，或曰合同无效，既惠及复杂交易的正常进展，不符合效率原则，也不符合鼓励交易原则，由越权代表所在的法人或非法人组织自主决定合同有效抑或不接受合同，应为上策。第二种可能是，越权代表订立的合同对越权代表所在的法人或非法人组织确实不利，不过这在其可接受的限度内，法人或非法人组织与其因不接受合同生效、履行的后果而毁掉各方之间的系列交易安排，因另觅交易对象而拉高交易成本，莫不如维持现状，认可合同的效力，避免更大的损失。于此场合，把对合同效力的决定权交给越权代表所在的法人或非法人组织，由其审时度势地作出决断，这优于法律直接令合同无效的方案。第三种可能是，越权代表订立合同严重损害了其所在的法人或非法人组织的权益，而且相对人对此知道或应当知道，令此种合同无效为上策。如果增加变量，比如区别相对人对越权代表明知、应知而不知，进而异其后果，或者考察有无欺诈、胁

〔4〕 Vgl. Binder, S. 977; Larenz, ML, S. 279; Dahm, S. 50. 转引自〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定》，杨旭译，北京大学出版社2023年版，第24页。

迫、重大误解或处于危困状态、缺乏判断能力等因素，分别适用法律，那么，视个案情形而确定最佳或较佳的对策方案，显然更为可取。由此看来，类型化确有必要。不可否认，针对每种类型设计出相应的构成要件和法律效果，草拟出准确契合的、可操作性强的法律条文，实在困难，且难免挂一漏万。《民法典》第504条没有做费力不讨好的工作，而是暂且沉默，留给判决、学说于将来总结实践经验、教训，作出决断，〔5〕而后逐渐形成法律规则。尽管这样设计留下了法律漏洞，但较《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文采取反面推论的法技术显得明智。

上文的列举和分析显示出解决《民法典》第504条的沉默问题离不开价值判断、法律评价，〔6〕而《合同编通则解释》第20条第1款第1句正文面对本有多种可能效果的情形，对为何舍去其他效力类型不加说明、论证，就径直断言“未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持”，这是违反只有在“构成要件已被穷尽列举出可能发生法律效果”的情况下方可反面推论〔7〕的基本要求的。人们难以发现价值判断伴随其中，所看到的只有纯粹的形式逻辑的推论。有学说主张，反面推论常常否定法律漏洞的存在。〔8〕据此可以说，用反面推论解决《民法典》第504条存在的法律漏洞，是不合适的。

（三）《合同编通则解释》第20条第2款存在同样的瑕疵

《合同编通则解释》第20条第2款正文内容为：合同所涉事项未超越法律、行政法规规定的法定代表人或负责人的代表权限，但是超越法人、非法人组织的章程或权力机构等对代表权的限制，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院依法予以支持。该款的但书内容为：但是，法人、非法人组织举证证明相对人知道或应当知道该限制的除外。

笔者认为，《合同编通则解释》第20条第2款正文的规定，实际上在复述《民法典》第504条的规定，也符合越权代表的机理，值得赞同。对此试析如下：由于对代表权的限制不是源自法律、行政法规，而是来自法人、非法人组织的章程或权力机构，出于交易便捷、交易安全、交易相对人能否知晓法人和非法人组织的章程或权力机构的决定等因素的考量，不使相对人负有查阅交易对方章程或权力机构的决定的义务。在这种背景下，相对人与法人或非法人组织订立合同，即使法人的法定代表人、非法人组织的负责人违反了章程、权力机构对代表权的限制，也首先推定相对人不知也不应知越权代表，即善意。这有其道理，值得赞同。对于此种合同，法人或非法人组织即使被其法定代表人或负责人“坑害”了，也无权否认合同效力，这是交易安全原则的当然要求。

《合同编通则解释》第20条第2款但书有合理的一面，也有需要检讨的一面。其合理之处表现在：把举证证明相对人恶意的负担分配给越权代表所在的法人或非法人组织，这与交易相对人无义务查阅对方的章程或权力机构的决定相匹配；尽量不使恶意的相对人从合同有效之中取得不当利益。其需要检讨之处表现在，越权代表订立的合同并不总是不利于越权代表所在的法人或非法人组

〔5〕 参见〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第171页。

〔6〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第284、291页；〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第193页；〔奥〕恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第180页；王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

〔7〕 参见王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

〔8〕 参见〔奥〕恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第178-179页；王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第204页。

织，或是虽有不利，但否定合同效力而另觅新的交易可能不如维持合同效力。既然如此，在相对人为恶意的情况下，把合同效力的决定权交给法人或非法人组织，更为明智。但是《合同编通则解释》第20条第2款的但书没有赋予法人或非法人组织这样的权利，而是对《民法典》第504条关于“相对人不知道也不应当知道其超越权限的，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”的规定，采取了反面推论的法技术，不是上策，道理已在上文阐释，不再赘言。

二、职务代理人越权缔约的法律效力

（一）职务代理的表现形式

关于职务代理越权的表现形式，《民法典》也采取了沉默的法技术。《合同编通则解释》于第21条第2款通过列举的方式揭示其法律含义及其表现形式：（1）依法应当由法人的权力机构或决策机构决议的事项却由其工作人员以法人名义为之；（2）依法应当由法人的执行机构决定的事项却由其工作人员以法人名义为之；（3）依法应当由法人的法定代表人或负责人代表法人实施的事项却由其工作人员以法人名义为之；（4）不属于通常情形下依其职权可以处理的事项却由法人的工作人员以法人名义为之。对于非法人组织的工作人员以非法人组织的名义与他人订立合同，也依此规则处理。

认定《合同编通则解释》第21条第2款所言的谁有权处理的事项，应当依据法人或非法人组织的章程及有关文件、有关法律、行业惯例、交易习惯为之。

所谓法人的工作人员有权以法人名义缔约的通常情形，可有种种表现：（1）法人以其名义正式告知（最好是出具正式的法人文件）交易相对人，某工作人员有权以法人名义缔结某合同；（2）法人的法定代表人正式通知交易相对人，某工作人员有权以法人名义缔结某合同；（3）合同文本上明确某工作人员有权以法人名义缔结和履行某合同；（4）银行的分行、支行有权以银行的名义订立储蓄合同、借款合同以及实施有关行为，这属于法定授权；（5）保险公司的分公司有权以保险公司的名义订立保险合同以及实施有关行为，这也属于法定授权；（6）依行业惯例、交易习惯某工作人员拥有代理权，无相反证据排除该工作人员的代理权，4S店的正职负责人具有代理权的外观大多属于此类情况，某建筑公司的“某海外工程部”或“某项目工程部”的正职负责人拥有代理权的外观也时常属于此类情况，当然，若有充分、确凿的相反证据证明其无代理权，则不得认定为其有代理权。

（二）《合同编通则解释》第21条第2款的缺陷

应当看到，《合同编通则解释》第21条第2款仍然无法合理解决如下问题：某个非法定代表人的工作人员实施了在外观上属其职权范围内但在法人内部却不允许其擅自作为的法律行为，这在外观上“属于通常情形下依其职权可以处理的事项”，依《合同编通则解释》第21条第2款第4项乃至整个条文的文义，构成表见代理。但笔者不赞同此说，理由如下：“属于通常情形下依其职权可以处理的事项”，只是表见代理的构成要件之一，即“存在代理权的外观”（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第28条第1款第1项），但不见得同时具备“相对人不知道行为人行为时没有代理权，且无过失”这项构成要件，下面的案型

即属其例。A公司的综合采购部主任张三擅自以A公司的名义购买B公司的货物，在采购订单上加盖有“A公司的综合采购部”的方章，没有加盖A公司的公章或合同专用章，也没有向B公司出示A公司的法定代表人的授权委托书。这不符合交易惯例和缔约法理。于此场合，B公司有义务向A公司核实张三有无代理权，却未加核实，有重大过失。此其一。案涉A公司和B公司之间交易，没有签署合同书、往来款项未走公司账户而是进入私人账户。这也反常，B公司也有义务向A公司核实张三有无代理权，B公司没有如此做，构成重大过失。此其二。所有这些，都表明诉争案件不具备“相对人不知道行为人行为时没有代理权，且无过失”这项构成要件。

其实，举证证明责任的分配可有助于该问题较为妥当地获得解决。例如，法人的规章制度明确了一般工作人员以法人名义与相对人缔约必须具备的要素（如法定代表人的授权委托书，或者在合同文本上加盖法人的公章或合同专用章，或者各方当事人在洽商之际明确了某一般工作人员专门负责该交易事宜，等等），交易相对人能够且有注意义务了解此类信息。于是，在某工作人员没有代理权同时欠缺上述要素的情况下，不应认定交易相对人于缔约时为善意，不构成职务代理、表见代理。

此外，对于《民法典》第172条所谓“相对人有理由相信行为人有代理权”的判断，应当限于“相对人”在代理行为成立之时或此前的洽商阶段“有理由相信行为人有代理权”。如果在此阶段相对人在判断“行为人有无代理权”方面存在过错乃至非善意，那么，即使在履行阶段出现了有代理权的外观，仍不可径直断言表见代理成立。其道理在于：如果此时行为人仍无代理权，所谓“存在代理权的外观”不会治愈相对人在判断“行为人有无代理权”方面存在的过错乃至非善意，相对人应当通过尽职调查查清行为人确实无代理权；如果此时行为人已经拥有代理权，那是被代理人追认了行为人的“代理行为”，赋予行为人以代理权。

再者，《合同编通则解释》第21条第1款共有三句，第一句为狭义的无权代理规则，第二句系缔约过失责任规则，第三句“前述情形，构成表见代理的，人民法院应当依据民法典第一百七十二条的规定处理”中的所谓“前述情形”，不知其仅限于第一句所述“情形”，还是也涵盖第二句所述“情形”？若单指第一句所述“情形”，因该“情形”可大致分为构成要件（“法人、非法人组织的工作人员就超越其职权范围的事项以法人、非法人组织的名义订立合同”）与法律效果（“相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持”，即狭义的无权代理后果），则似乎采用了反面推论的法技术。这在方法论上是错误的，因为第一句“情形”下被代理人在选任、监督其工作人员方面具有过错的，应当产生法律责任，原因在于过错是过错责任的构成要件，而不当然地成立表见代理。表见代理的成立所需要的善意、无过错，不是要求被代理人的，而是要求相对人的。只要相对人在判断行为人有无代理权方面具有过错乃至非善意，就仍不成立表见代理。

三、填补以物抵债协议的漏洞反倒酿成漏洞

《民法典》未就以物抵债设计完整的规范，只在流押条款（第401条）、抵押权实现方式（第410条）、流质条款（第428条）、质权实现方式（第436条第2款）涉及以物抵债的规定。《合同

编通则解释》不满足于此，推出具有普遍适用性的以物抵债协议规范（第 27 条、第 28 条），旨在填补《民法典》的漏洞。

但是，《合同编通则解释》第 27 条没有区分代物清偿与除此之外的以物抵债协议（新债清偿），也就没有清晰地就每一种类型设置相应的构成要件和赋予法律效果，这会严重地影响人们理解和适用其规定，且又酿出新的漏洞。

作为以物抵债协议之一种形态的代物清偿，是债权人受领他种给付以代原定给付而使合同关系消灭的现象。代物清偿合同为实践（要物）合同，作为他种给付的动产应当交付给债权人、作为他种给付的不动产应被登记于债权人的名下，即债权人拟于原交易取得标的物物权的目的是已经变相实现了。由此决定了代物清偿合同的法律效力为：原债权债务关系归于消灭，债权的从权利（如担保权）亦不存在，纵使代物清偿的他种给付存有瑕疵，原债权亦不复生，债权人也不能请求债务人为无瑕疵的给付，只得依据代物清偿合同的有偿性主张瑕疵担保责任。换句话说，代物清偿仅发生债的自体消灭的效力，并不能说当事人之间不存在其他法律关系，因其为有偿合同，故法律关于买卖合同中瑕疵担保的规定在代物清偿合同场合有准用的余地。但法律关于买卖合同中债权人受领标的物义务、价款支付义务、风险负担等规定，则不予准用。^{〔9〕}

除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）则与之不同，以物抵债协议不以作为抵债之物的动产交付、作为抵债之物的不动产转移登记作为成立要件，属于诺成合同。就是说，除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）成立但尚未实际履行时，债权人的原债权尚未实现，债权人拟于原交易取得标的物物权的目的是尚未达到。此时此地令原债权债务关系消灭，遇有以物抵债协议不能履行的情形，债权人就会遭受损失。为避免这种不公正的结果出现，除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）不应具有消灭原债权债务关系的法律效力，唯有以物抵债协议实际履行后才消灭原债权债务关系。

明确了上述原理，就不难发现《合同编通则解释》第 27 条的问题之所在。《合同编通则解释》第 27 条第 2 款正文前半句所谓“债务人或者第三人履行以物抵债协议后，人民法院应当认定相应的原债务同时消灭”，若指已将抵债之物的物权转移给了债权人即代物清偿，是正确的，但若涵盖抵债之物的物权尚未转移给债权人的情形，则是错误的，因为债务人的债务尚未清偿，债权人的债权并未实现，却消灭原债权债务关系，不但在逻辑上、法理上不通，而且在利益衡量方面也是非常不利于债权人的。第 27 条第 1 款正文后半句关于“债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人选择请求履行原债务或者以物抵债协议的，人民法院应予支持”的规定，只有在适用于除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）的场合，才是正确的，若适用于代物清偿合同的情形，则不正确，因为于此场合原债权债务关系已经消灭。

《合同编通则解释》第 27 条第 3 款关于“前款规定的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，债权人主张财产权利自确认书、调解书生效

〔9〕 参见郑玉波：《民法债编总论》（修订 2 版），陈荣隆修订，中国政法大学出版社 2004 年版，第 484 - 485 页；〔日〕於保不二雄：《日本民法债权总论》，庄胜荣校订，五南图书出版有限公司 1998 年版，第 381 页；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 453 页；林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 539 页；王利明：《合同法研究》（修订版，第二卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 281 页。

时发生变动或者具有对抗善意第三人效力的，人民法院不予支持”的规定，若适用于除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿）的场合，符合《民法典》关于物权变动的规则，值得肯定。但它若适用于代物清偿的领域则不正确，因为抵债之物为动产时，动产已经交付给债权人，符合《民法典》第224条的规定，债权人取得动产物权，且该权具有对世效力，能够对抗善意第三人，抵债之物为不动产时，不动产物权已经转移登记在债权人的名下，按照《民法典》第209条第1款正文和第214条的规定，该不动产物权具有对世效力，能够对抗善意第三人。在人民法院已就代物清偿制作成调解书时更应如此。

债务人以他人之物或物权、股权、知识产权向债权人抵债，属于代物清偿且符合《民法典》第311条要求的构成要件的，债权人能够取得并保有所得的权利，其与债务人之间的原债权债务关系在相应的范围内消灭。《合同编通则解释》第27条第4款适用于这个领域是正确的，值得赞同。但是，如果《合同编通则解释》第27条第4款所谓权利指向的是欠缺公示方式的债权，则不正确，因为欠缺公示方式的债权不是善意取得的标的物，不适用《民法典》第311条的规定，债权人不能取得该债权。如此，真正的债权人有权主张继续拥有该债权，相应地，债权人与债务人之间的原债权债务关系不消灭。

《合同编通则解释》第28条的字面意思给人的印象是以物抵债协议项下的“物”都是担保物。其实，以物抵债协议项下的“物”，既有担保物，也有除此之外的物。这两种类型的以物抵债协议需要的构成要件和法律效力是不同的。从尽可能正面理解《合同编通则解释》第28条第1款的立场出发，把其中所谓“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”解释为人民法院首先审理原债权债务关系有无担保，以确定以物抵债协议是否涉及流质条款、流押条款，最后才判定以物抵债协议的法律效力，这是可取的立场及方法。

以担保物之外的有体物或权利抵债，以物抵债协议的效力不涉及流质条款、流押条款，在合同生效方面遵从一般的合同效力规则，在是否消灭原债权债务关系方面，因其为代物清偿类型或除此之外的以物抵债协议（新债清偿）类型而有不同，这在上文已述，此处不赘。有必要赘言的一点是，新债清偿这种类型的以物抵债协议的效力不受债务履行期限届满的影响，因为在这些领域缔约当事人不会因债务履行期限届满而承受额外的压力，故不会因此而不得已地接受于己不利的条款。《合同编通则解释》第28条第1款要求在债务履行期限届满前达成以物抵债协议，属于画蛇添足。

诚然，有观点认为，于债务履行期限届满前订立的以物抵债协议属于担保，在债务履行期限届满后成立的以物抵债协议，则无担保的效能。在笔者看来，这是偏离担保的质的规定性、混淆担保与担保作用的表现，其错误与所谓“后让与担保”之说如出一辙。其一，于债务履行期限届满前订立的以物抵债协议，若为代物清偿，则其一经生效，原债的关系即归于消灭。在抵债之物存在瑕疵时，仅仅存在单一的以物抵债协议（代物清偿）。这不符合担保须并存着原债的关系与担保关系的规格要求。在抵债之物无瑕疵时，原债的关系即可消灭，以物抵债协议（代物清偿）也功成身退，转换为物权关系或与之类似的法律关系（如知识产权关系、股权关系）。两种债的关系均已消失，哪有担保的踪影？其二，于债务履行期限届满前订立的以物抵债协议，若为除代物清偿以外的以物抵债协议（新债清偿），则并存着原债的关系与新债清偿关系。尽管如此，在

债务履行期限届满前订立的新债清偿，仅为两种债的关系并存，新债清偿不具有如下我国现行法承认的担保的效力：其无就抵债之物优先受偿的效力，未增加债务人清偿债务所需要的责任财产，亦未将一定数额的金钱先行交给债权人。其三，新债清偿若公平合理，与原债的关系并存，那么，债权人有权选择请求债务人实际履行哪种债务，处于较为有利的地位，这也是事实。尽管如此，新债清偿也至多具有担保作用，距离抵押权、质权、留置权、保证、定金、押金等我国现行法承认的担保相距甚远，根本不具有担保的质的规定性，不适用法律关于担保的规定。

接下来解读《合同编通则解释》第28条第2款。若将该条款看成专为以担保物抵债的协议而设的规定，则可有如下剖析及结论。

该条款第1句关于“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，符合《民法典》第410条第1款的规范意旨，值得赞同。但该条款第2句前半段所谓“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”，却是对《民法典》第401条关于流押条款、第428条关于流质条款的消极的、负面的解读，不符合鼓励交易原则，也与其第3条第3款选择有利于有效解释的规则不一致。换言之，属于流押条款、流质条款的以物抵债协议并非全都无效，应当区分情形而确定其法律效力：（1）如果担保权人主张履行以物抵债协议，不损害担保人的其他债权人（如担保人无其他债权人，或者即使存有其他债权人，但担保人的责任财产足以清偿那些债权，现金流处于正常状态）的正当权益的，法律自无干预的必要。即使对担保物的估价偏低，不利于担保人，只要担保人不行使撤销权，也应认可此种以物抵债协议为有效。该协议适当履行（包括担保物为动产时完成交付，担保物为不动产时已经完成转移登记）后，担保权人取得该担保物的物权。（2）在担保人的数个债权人都请求担保人为清偿，不涉及担保物、担保人也没有进入破产程序的场合，担保人可以基于以物抵债协议的约定及其适当履行取得担保物的物权。（3）在担保人的数个债权人都请求担保人为清偿，且涉及担保物，但担保人尚未进入破产程序的情况下，担保人无请求担保人实际履行以物抵债协议，只可援用《民法典》第410条或第428条的规定，实行担保权，就担保物的变价使担保债权优先获得清偿。（4）在担保人已经进入破产程序的情况下，担保权人也无权请求担保人实际履行以物抵债协议，必须适用《中华人民共和国企业破产法》的有关规定，包括第109条关于“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”的规定。上述（1）（2）符合《民法典》第401条所说的“只能依法就抵押财产优先受偿”、第428条所说的“只能依法就质押财产优先受偿”，故不得认定这两种情况下的以物抵债协议无效。并且，第28条第3款前半句关于“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”的规定，就以偏概全了，因为在上述（1）（2）的案型中，应当支持债权人关于优先受偿的请求，更遑论在上述（1）（2）的案型中“债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人名下的”，应当支持债权人关于优先受偿的请求了。就此看来，《合同编通则解释》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〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十八条的规定处理”再次以偏概全了。在上述（3）（4）的案型中，即使担保物的权利已经转移至债权人的名下，因以物抵债协议违法而无效，债权人取得

并保有该权的原因不复存在，也要按照担保权实现的程序处理，债权人无权对抗拍卖、变卖担保物的程序（《合同编通则解释》第28条第3款后半句、《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68条）。

总之，在坚持《民法典》第401条、第428条并未一概否定流押条款、流质条款的法律效力之说的前提下，对待和处理以物抵债协议的思路及观点应为：首先区分以担保物抵债的协议和以非担保物抵债的协议，对前者必须适用《民法典》第401条或第428条的规定，对后者则不适用这些规定，而须再区分代物清偿和除此之外的以物抵债协议（新债清偿），以便容易、清晰地确定原债权债务关系是否因以物抵债协议成立和生效而归于消灭。其实，在流押条款、流质条款有效的情况下，以担保物抵债的协议也有必要区分代物清偿和除此之外的以物抵债协议，以便容易、清晰地确定原债权债务关系是否因以物抵债协议成立和生效而归于消灭。

四、排除情事变更原则适用的特约的法律效力

当事人事先约定排除情事变更原则的适用，其效力如何？《民法典》依旧保持沉默，《合同编通则解释》打破此种状态，于第32条第4款规定：“当事人事前约定排除民法典第五百三十三条适用的，人民法院应当认定该约定无效。”对此，笔者总的看法是：它太过简单化，有些武断。笔者主张应当区分情形而有相应的结论：（1）情事变更原则的法律效果有变更合同与解除合同。对于排除合同变更效力的约定，不应被径直认定为无效，而应首先检索其是否存在《民法典》第146条第1款等条款规定的无效原因。若存在，则排除合同变更效力的约定归于无效；若不存在，就需要进一步检索其是否存在《民法典》第147条等条款规定的可撤销的原因。若存在，则允许撤销权人主张撤销排除合同变更效力的约定；若不存在，就应当承认、维护此类约定的法律效力。之所以如此主张，一个重要的原因是，当事人排除合同变更效力的约定，时常是当事人分配其交易成本、风险的表现，也是降低交易成本的法律措施。对于此类约定，显然不宜一股脑地否定之。例如，有的合同变更需要履行复杂、漫长的程序，这与特定交易必须迅捷的性质不相匹配。再如，有充分、确凿的证据证明一方当事人将自某个时间节点始更换主要股东或管理团队，双方无法继续合作，唯有解除合同方为上策。（2）对于排除解除合同的约定，不宜拘泥于《民法典》第533条的规定是否属于强制性规定的视角，因为对此作判断和下结论十分困难，而应依据合同解除制度的目的及功能、诚信原则、交易习惯，考量个案案情，综合多项因素进行判断，然后得出结论：有的约定无效，有的约定有效。（3）对《民法典》第533条的适用由当事人请求而启动，不告不理原则依然适合于此。由此决定，当事人约定排除合同变更或解除，不涉及无视公权力的问题，仍宜适用意思自治原则。

五、适用“破解合同僵局规则”时合同解除的时间点

适用“破解合同僵局规则”时合同自何时解除？《民法典》未设明文，《合同编通则解释》第59条填补该种法律漏洞。不过，笔者认为其填补得不尽理想。

适用“破解合同僵局规则”如何确定合同解除之日，可有三个选项：其一，《合同编通则解释》第59条第1句规定的“人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同权利义务关系终止的时间”。其二，裁判文书生效之时为合同解除之日。其三，《合同编通则解释》第59条第2句规定的“根据案件的具体情况，以其他时间作为合同权利义务关系终止的时间更加符合公平原则和诚信原则的，人民法院可以以该时间作为合同权利义务关系终止的时间”。

“其一”选项，有其合理的一面：合同存续使双方当事人的利益关系较为严重地失衡，合同不再具有积极价值，故应及时解除，不宜拖延不决。如果违约方请求裁判解除合同的时间点正好与此精神相符，那么，《合同编通则解释》第59条第1句的规定便为妥当。同时，该选项也有值得反思的一面：（1）违约方请求裁判者判决或裁决解除合同，仅仅在行使请求权（不具备“破解合同僵局”的条件），而非在行使形成权。^{〔10〕}既然不是形成权的行使，违约方请求解除合同之日就不会发生合同解除这种结果。换言之，《民法典》第580条第2款规范的案型与《民法典》第565条调整的解除权行使场合确定解除之日的案型具有本质的不同，法律评价的关注点不一致，这决定了这两种案型中合同解除的时间点常常有异，尽管有时可以相同。既然如此，“人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同权利义务关系终止的时间”，作为原则和首选，就未契合请求权和形成权的机理。（2）适用《民法典》第580条第2款的规定解除合同，系裁判权行使的表现和结果。裁判文书尚未生效意味着裁判权尚未行使完毕，此时难有裁判权行使的结果。无裁判权行使的结果却认可合同已被解除，不合逻辑，违背事理。（3）适用《民法典》第580条第2款的规定解除合同，违约方请求裁判者解除合同，其本身即为违约。对违约，特别是恶意违约，法律不应放纵之，而应予以否定。在违约方请求解除合同之际，合同目的尚未落空，双方当事人的利益关系没有严重失衡，依《民法典》第580条第2款的规范意旨，合同本不应被解除。如果此种状态持续下去，裁判者不应支持违约方关于解除合同的请求。如果在事物演进的过程中，合同目的才告落空，裁判者应当支持违约方关于解除合同的请求。面对这种案型，把合同目的落空之时作为合同解除的时间点，才有正当性；将违约方的起诉状副本送达给守约方的时间作为合同解除的时间点，则不正当。由此可见，《合同编通则解释》第59条第1句规定“人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同权利义务关系终止的时间”，至少是以偏概全的，在某些情况下是背离公平正义的。

“其二”选项贯彻和落实了裁判解除合同乃裁判权行使的结果的表现，且操作性很强。就此看来，该选项值得赞同。当然，该选项也确有不足：合同目的已经不能实现，合同存续已无积极价值，自合同目的不能实现之日将合同解除，方为上策；但是，诉讼或仲裁旷日持久，合同多存续一日，双方当事人之间的利益失衡状态就多持续一日，违约方的负担便愈发沉重，而这已经超出了违约方就其违约而应遭受的“惩罚”的上限。看来，一律以裁判文书生效之时作为合同解除之日，也不尽妥当。

从以上剖析“其一”选项和“其二”选项的利弊可知，从实质方面观察，以系争合同不能实现目的之时作为合同解除的时间点，最符合《民法典》第580条第2款的规范意旨。《合同编通则解释》第59条第2句关于“根据案件的具体情况，以其他时间作为合同权利义务关系终止的

〔10〕 中国政法大学的管晓峰教授在2024年3月11日召开的研讨会上发表了这种意见。特此感谢管晓峰教授！

时间更加符合公平原则和诚信原则的，人民法院可以以该时间作为合同权利义务关系终止的时间，但是应当在裁判文书中充分说明理由”的规定，相较于“其一”选项和“其二”选项为优，应当作为确定合同解除的时间点的原则，处于首选的地位。只是它过于抽象，赋权裁判者处理案件时进行价值补充，自由裁量权过大，遇有不公正的裁判者时也会出问题。这也是适用《合同编通则解释》第59条第2句的规定时应当注意的。

“其一”选项在有的系争案件中可取，在另外的系争案件中有违公平正义，《合同编通则解释》第59条第1句将之作为确定合同解除之日的的首选，应被反思。一句话，该选项应被有条件地采纳。

“其二”契合裁判解除合同的本质，具有可操作性，《合同编通则解释》没有列举出该种选项，为其失误。不过，鉴于它在有些系争案件中不合理地加重了违约方的负担，在这点上不符合《民法典》第580条第2款的规范意旨，裁判者应当有条件地采纳该种选项。

Abstract: The silence on China's current law should not be confined to the shackles of either extralegal space or the use of negative inferences, and legal loopholes can be included in it. In the case of a contract concluded by an ultra vires representative, the legal effect of the contract should not be determined by negative inference, if the counterparty knew or ought to know that. It is necessary to clarify and determine what exactly the so-called "aforesaid circumstances" in the third sentence of paragraph 1 of Article 21 of the Interpretation of General Provisions of Contract Law include. For debt-in-rem agreements, a distinction should be made, firstly, between agreements in which debts are paid with collateral and agreements that are not secured by collateral, and secondly, between repayment in rem and agreements in rem (repayment of new debts), so that it is easy and clear to determine whether the original creditor-debtor relationship is extinguished when the agreement is concluded and takes effect. It is not appropriate to nullify the parties' agreement on exclusion of application of the principle of change of circumstances, but to determine its legal effect on a case-by-case basis. If the purpose of the contract has not been frustrated when the breaching party applies for the termination of the contract, the time of termination should not be the time when the copy of the complaint is sent to the non-breaching party, otherwise it will deviate from the purpose of the "rule for breaking the deadlock of contract", as well as the principle of fairness and good faith. Under the circumstance that the proceedings of litigation or arbitration conform to the law of development, the date of service of the legal document adjudicating the termination of the contract should be the time of termination of the contract.

Key Words: the silence of the law, negative inferences, legal loopholes, ultra vires representatives, debt in rem agreements

(责任编辑:武 腾)