



# 代偿请求权的法律机理与制度设计

宋宗宇,王耀东

(重庆大学法学院,重庆市 400045)

**摘要:**因不可归责于自身的事由导致债务人违约,债务人又因同一原因获得对第三人的请求权的,德国和我国台湾地区运用代偿请求权制度保护债权人利益,实现法的正义价值。与类似的制度相比较,代偿请求权具有独立的制度功能。我国引入代偿请求权制度,能够为当事人的权利救济提供更多的制度选择。在具体制度设计上,应当充分考虑我国的本土化需求,采用代偿请求权制度与《合同法》第121条并存的制度模式。

**关键词:**代偿请求权;债的相对性;给付不能;代偿利益;法律机理;制度设计

**中图分类号:**D923.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2011)02-0071-05

## 一、问题的提出

合同履行的障碍不仅来自于合同内部的当事人,也可能来自于合同的外部,这使当事人的责任划分更加复杂。按照我国《合同法》第121条<sup>①</sup>的规定,应当严格遵循债的相对性原则来解决此类纠纷。但是,仍然存在以下问题亟待解决:一方面,债权人的权利不能得到充分保护。因不可归责于债务人的原因致使债务人不能向债权人给付时,债务人会以不可归责于自己的原因而请求免除责任或者减轻责任。但是,如果债务人因此项事由而对第三人享有损害赔偿请求权的,债权人却不能直接向第三人主张权利。另一方面,债务人可能承担不合理的负担。无论是否由于第三人的过错导致债务人对债权人违约,债务人应当向债权人承担的违约责任并非全部能够作为损失向第三人请求赔偿,这就可能让债务人承担额外的责任,也可能使第三人逃脱应当承担的责任。对上述问题,在德国以及我国台湾地区是通过代偿请求权制度来解决的。我国现行《合同法》及有关司法解释中没有关于代偿请求权的规定,我们认为适用代偿请求权既可以达到我国《合同法》第121条的立法目的,也有利于上述问题的解决。

## 二、代偿请求权的概念解读

早在古罗马法中代偿请求权就已被承认,近世各国立法也多有明文规定。若无明文规定的,学者也多承认此项原则。我国台湾地区“民法”第225条就明确规定:“因不可归责于债务人之事由,致给付不能者,债务人免给付义务。债务人因前项给付不能之事由,对第三人有损害赔偿请求权者,债权人得向债务人请求让与其损害赔偿请求权,或交付其所受领之赔偿物。”学界称其为债权人行使代偿请求权的请求权基础。但是,对代偿请求权的概念学界却有不同的认识,争议焦点在于代偿请求权的发生原因是否包括可归责于债务人的事由导致的给付不能。

<sup>①</sup> 我国《合同法》第121条规定:“当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷,依照法律规定或者按照约定解决。”

收稿日期:2010-01-04

作者简介:宋宗宇(1968-),男,四川达州人,法学博士,重庆大学法学院,教授,博士生导师,主要研究民商法与经济法。

基金项目:2009年国家精品课程《经济法》建设资助项目(教育部教高函[2009]21号),项目负责人:宋宗宇;中央高校基本科研业务费资助项目“代偿请求权的法律机理与制度设计”(CDJXS10080003),项目负责人:王耀东。

史尚宽认为<sup>[1]388</sup>,代偿请求权是指债务人因与发生给付不能的同一原因,获得给付标的之代偿利益时,债权人对于债务人可以请求其代偿利益之偿还之权利。其中,债务人发生给付不能的原因包括不可归责于债务人的事由和可归责于债务人的事由。我国台湾地区多数学者亦有同解。而王泽鉴则认为债务人发生给付不能仅仅是因不可归责于债务人的事由,而不应包括可归责于债务人的事由,但不否认其能成为类推适用代偿请求权的一个例外规定<sup>[2]121</sup>。

我们认为,依据我国台湾地区“民法”的规定,代偿请求权的发生原因只包括不可归责于债务人的事由。理由如下:其一,我国台湾地区“民法”仅于第 225 条规定了代偿请求权,但“最高法院”没有对此作出扩大解释,代偿请求权代损害赔偿请求权而行使缺乏法律明文规定。其二,代偿请求权的立法理由是“基于衡平思想,并斟酌当事人可推知之意思,旨在调整失当之财产价值的分配”<sup>[2]121</sup>。而在第 226 条的情形下,债务人应向债权人承担损害赔偿责任,无不当财产价值的产生,已获得的救济与承担责任上也无失衡与冲突,无需赋予债权人代偿请求权。同时,王伯琦认为,若承认第 226 条可以适用或者类推适用代偿请求权,在时效方面也会产生不当的结果<sup>[3]162</sup>。其三,代偿请求权所借鉴的“代替物请求权”,在德国民法典中并没有明确指出导致给付不能的事由是否可归责于债务人。并且,改革后的德国民法典第 285 条第 1 款也对“代替物请求权”的构成要件进行了修改,将排除债务人给付义务的情形限定在不可归责于债务人的事由内。基于上述理解,代偿请求权是指债务人因与发生不可归责于自身的事由导致给付不能的同一原因,获得给付标的的代偿利益时,债权人对于债务人可以请求其代偿利益的偿还的请求权。

代偿请求权的性质是原债权的继续,而非新生的请求权,其行使期间按照原债权来确定。代偿请求权不仅适用于单务合同,也适用于双务合同。在单务合同中,当债务人因不可归责于自身的事由导致给付不能而免为给付义务时,债权人没有损害赔偿请求权,仅有代偿请求权的适用。但是在双务合同中,非因双方当事人的事由导致给付不能时,债务人和债权人同时免为对待给付义务;若债务人取得了代偿利益,债权人有选择权,要么解除合同要么维持合同效力,请求债务人让与或交付其获得的代偿利益并履行对待给付义务。其代偿利益不能满足原债权的全部价额范围的,就其所受部分的价值,比例缩减对待给付。

### 三、代偿请求权的构成要件

根据对代偿请求权概念的分析,代偿请求权应当具备以下构成要件:

#### (一)需发生不可归责于债务人的事由导致给付不能

给付不能是指债务关系范围之内应予完成的给付最终没有能够完成<sup>[4]</sup>。只有给付不能才可能适用代偿请求权,而给付延迟不存在适用代偿请求权的问题。不可归责于债务人的事由是指依法律规定或者当事人的约定,不应由债务人负责的事由。从逻辑结构上看,不可归责于债务人的事由,包括不可归责于双方当事人的事由以及可归责于债权人的事由。

#### (二)需债务人取得代偿利益

一方面,若债务人没有取得代偿利益,则债权人无代偿请求权。另一方面,债务人取得的利益必须是给付利益的代偿,即代偿利益与给付客体须具有同一性<sup>[2]122</sup>。因此,债务人以作为(如提供劳务)或不作为为内容的给付不适用代偿请求权。一般而言,代偿利益的范围包括以下四种情形<sup>[1]389-390</sup>:其一,债务人对侵权人的损害赔偿请求权或业已受领的赔偿金、补偿金;其二,债务人对保险公司的保险金请求权或受领保险金的权利;其三,债务人对标的物被征收或征用而获得的补偿金;其四,债务人因法律行为而取得的对价利益。

#### (三)代偿利益的取得与发生给付不能的事由之间存在因果关系

需债务人因给付不能的事由而取得了第三人的代偿利益,至于存在何种因果关系则在所不问,即必然的因果关系和相当的因果关系都可以适用代偿请求权<sup>[5]</sup>。

#### (四)代偿利益需具有可让与性

作为代偿请求权的标的,代偿利益应当具有可让与性。但是,债务人因特定身份而享有的权利或请求权客体为行为的,一般具有专属性和不可让与性,债权人不得对其请求让与。

#### (五)代偿请求权的标的利益以债权人原债权价额的范围为限

代偿请求权的标的利益是指债务人因给付不能的同一原因而获得的代偿利益。由于代偿请求权是一项救济性权利,即在债务人给付不能时,使不当的财产价值得到合理的分配,使债权人的债权得以救济,其立法目的在于保护债权人债权的实现,而不是让债权人觊觎原债权利益之外的额外利益,因此,代偿请求权的标的利益应以债权人原债权价额的范围为限。而且,在双务合同中,债权人应当根据代偿利益的价值对原对待给付进行调整。当代偿利益的价值低于原给付价值时,对待给付按比例缩减;当代偿利益的价值高于原给付价值时,若债权人主张代偿利益而无法履行对待给付时,债权人就可能承担违约责任,这对债权人不利,故债权人仅可主张原债权的价额,并履行原对待给付义务。

### 四、代偿请求权的权利边界

在克服给付障碍的权利体系中,除了代偿请求权外,还有其他救济性权利,例如替代给付的损害赔偿请求权、代物清偿和让与请求权。与这些权利相比较,代偿请求权具有独立的制度功能。

#### (一)代偿请求权与替代给付的损害赔偿请求权

替代给付的损害赔偿在改革前的德国民法典中被称为“不履行的损害赔偿”。它是指在原给付最终不再被履行的情形下,债权人所享有的原给付请求权转移为替代此种给付的损害赔偿请求权<sup>[6]16</sup>。代偿请求权与替代给付的损害赔偿请求权的区别在于:(1)适用的情形不同。在债务人发生了不可归责于自身的事由导致给付不能,并因同一原因获得给付标的的代偿利益时,债权人可以向债务人主张代偿请求权。而适用替代给付的损害赔偿请求权则有以下三种情形:其一,因不履行给付或者因不以负担的方式履行给付而请求替代给付的损害赔偿;其二,因违反保护义务而请求替代给付的损害赔偿;其三,在排除给付义务的情形下替代给付的损害赔偿;(2)代偿请求权需要债务人获得代偿利益,而替代给付的损害赔偿请求权不需要债务人取得代偿利益;(3)代偿请求权并非以损害赔偿替代原给付,而替代给付的损害赔偿请求权则是债权人请求债务人以损害赔偿替代原给付的方法来保护自身的利益。

#### (二)代偿请求权与代物清偿

代物清偿又称“替代清偿”或“代物履行”,是指双方当事人达成合意,债权人受领他种给付以代替原定给付,从而使债的关系消灭的法律行为。代物清偿的性质是一种有偿的要物合同,它是为了使原债务得到清偿而设立合同,其法律效力受到原债的关系和自身(代物清偿关系)效力的双重约束。代偿请求权与代物清偿的区别是显而易见的。一方面,代偿请求权是原债的关系的继续,并非独立的新的请求权,而代物清偿作为一种独立的法律行为,需当事人之间达成代物清偿的合意并现实履行与受领。另一方面,代偿请求权并非以他种给付来代替原定给付,而代物清偿则是以他种给付代替原定给付从而消灭原债的关系。

#### (三)代偿请求权与让与请求权

让与请求权是指因物或权利的丧失或损害,赔偿义务人可以向赔偿请求权人请求让与基于物的所有权或基于其权利对于第三人享有的请求权。让与请求权应当具备以下构成要件:需有物或权利的丧失或损害;需赔偿请求权人对第三人有请求权;赔偿请求权人对第三人的请求权,需基于赔偿请求权人的物的所有权或其权利而产生的。代偿请求权与让与请求权的区别主要表现在两方面:一方面,在代偿请求权中,物或权利的丧失或损害需因不可归责于债务人的原因,并且导致给付不能。而在让与请求权中,物或权利的丧失或损害并无上述限制。另一方面,产生对第三人的请求权的原因不同。代偿请求权中的债务人对第三人的请求权是因导致给付不能的不可归责于债务人的事由。而让与请求权中的赔偿请求权人对第三人的请求权,需基于赔偿请求权人的物的所有权或其权利。

### 五、我国引入代偿请求权制度的可行性分析

代偿请求权的基础是债的相对性原则,属于合同法范畴,它有别于侵权法的“请求进路”,应于合同法

中加以规定。但是,对于代偿请求权这样一个权利形态,我国立法不能照抄照搬,需更多的慎重和理性。

我国立法引入代偿请求权制度的最大障碍在于没有承认给付不能制度。给付不能的实质是违约责任采取过错归责原则的制度体现。对于把“可归责性”与给付不能联系在一起,并由此确定债务人是否承担责任的归责原则,王利明认为不仅给付不能制度本身有矛盾和不合理性,而且“可归责性”规则也很难运用到给付不能之中,在实践中也会产生不当财产价值的分配问题<sup>[7]790</sup>。基于此,反对意见认为,我国《合同法》规定的严格责任归责原则已经具有先进意义,无须引入代偿请求权而设立给付不能制度,否则,只会徒增立法成本。但是,我们认为代偿请求权虽然以给付不能制度为前提,但并不是说脱离了给付不能制度就失去了生长的土壤。代偿请求权与我国《合同法》的严格责任归责原则相结合,对其进行符合我国《合同法》的精神与体系的本土化设计,同样可以发挥代偿请求权的制度功能。

此外,王利明还对代偿请求权提出以下两点疑问<sup>[8]</sup>:其一,债权人虽享有代偿权利,但因为免除了债务人对债权人的责任,这样对债权人可能并不有利,因为他在获得利益时可能仍有一定的障碍。其二,如果行使代偿请求权,债权人必须作出对待给付,由于债权人对债务人仍需履行义务,而债权人又不能从第三人那里获得补偿,则对债权人造成更大的损失。

我们认为,王利明的上述疑问不无道理,但是这些问题在制度层面和实务操作中是可以得到解决的。一方面,代偿请求权中的债权人获得利益时可能发生的障碍无非是诉讼上的障碍以及对方是否履行的障碍,而其他替代性制度中的债权人主张权利时同样也会面临这样的障碍。另一方面,债权人为对待给付以行使代偿请求权并获得代偿利益为前提,虽然代偿利益不能满足原债权的全部价额范围,但是债权人也应按所获代偿利益价值的相应比例缩减为对待给付。因此,不会发生债权人没有获得代偿利益,却向债务人为对待给付的情形。事实上,王利明真正担心的是债权人履行了对待给付后要求第三人赔偿时却遇到障碍。我们认为,代偿请求权作为一种选择权,它赋予了债权人是否主张权利的自由。若债权人选择了主张代偿请求权,就应承担第三人不能履行的风险,这也是权利人行使权利所应承担的相应代价。这些风险并非代偿请求权制度所独有,行使任何权利都存在权利预期能否顺利实现的问题,都具有风险性。因此,代偿请求权制度不会像王利明担忧的那样,一定会陷债权人于被动或承担更大损失的局面。

## 六、代偿请求权制度在我国的具体设计

根据上述消除引入代偿请求权制度障碍的基本思路,我国引入代偿请求权制度可分为两步,即构建我国《合同法》视阈下的代偿请求权以及设计一种代偿请求权与合同法第 121 条并存的制度模式。

我们认为,在既有的代偿请求权法律机理上,在严格责任归责原则下具体构建我国的代偿请求权制度是较为合适的,其立法目的不再是调和给付不能制度造成的不合理,而是从“效果进路”的角度缩短债权人与第三人之间的“距离”,使两种损害赔偿责任的分配更加公平和高效。

经改造后的代偿请求权,应当是债务人因第三人的原因或不可抗力而导致违约,并因同一原因获得给付标的的代偿利益时,债权人对于债务人可以请求代偿利益的偿还请求权。其中,债务人因第三人的原因导致违约,债权人向债务人请求代偿利益的让与或交付,是为了代替债务人应承担的违约责任;而债务人因不可抗力导致违约,可以根据合同法第 117 条免除部分或全部责任。但是,若债务人因同一原因获得代偿利益时,债权人可以为了获得代偿利益而向债务人请求代偿利益的让与或交付,并履行相应的对待给付义务。同时,双方当事人均负有附随义务,即债务人不得使代替利益灭失,债权人应在一定期间内通知债务人是否主张代偿请求权。当然,债务人也可以在合理期限内予以催告<sup>[9]20-21</sup>。其构成要件仍然采用前述的代偿请求权五要件说,但有其中两个要件要有所改变:

第一,债务人因第三人的原因或不可抗力而导致违约。此要件中强调的不是“第三人”,而是“第三人的原因”,即除不可抗力之外的不可归责于合同双方当事人的事由。当事人的履行辅助人的过错,视同是当事人的过错,当事人对履行辅助人造成的损失应当承担责任。至于“违约”的性质是一般违约还是根本违约,则在所不问,均可适用代偿请求权。

第二,代偿请求权标的之利益以违约责任的范围或债权人原有债权价额的范围为限。若债务人因不可抗力而导致违约,并因同一原因获得代偿利益时,债权人可以向债务人请求代偿利益的让与或交付,并履行相应的对待给付义务,但是所获的代偿利益以债权人原有债权价额的范围为限。若债务人因第三人的原因而导致违约,并因同一原因获得给付标的的代偿利益时,债权人可以向债务人请求其代偿利益的让与和交付来替代其应承担的违约责任,而债权人无对待给付的义务,并且代偿请求权标的之利益以违约责任的范围为限。

我国的代偿请求权应当是一种选择权,赋予债权人是否主张此项权利的自由。若债权人选择主张代偿请求权,也仅仅是请求债务人让与或交付其获得的代偿利益,而不是直接规定此代偿利益当然转移给债权人。因此,代偿请求权不是物上代位而是债权上的代位。

当然,权利构建还需制度保障。我们建议设计一种代偿请求权与我国《合同法》第121条并存的制度模式,即不改变现有的合同法律制度体系,保留《合同法》第121条,仅在债务人因第三人的原因或不可抗力而导致违约,并因同一原因获得给付标的的代偿利益情况下,使债权人有机会选择一种更高效、更便捷的救济途径。对于因第三人的原因导致债务人违约的情形,虽然我国《合同法》第121条规定得不尽详细,但这是债的相对性原则的基本体现,是一切符合此项原则发展起来的法律制度的法理基础,也是突破此项原则而发展起来的法律制度在失灵后,给债权人维护自身权益的最后一道防线。因此任何时候都不能废弃我国《合同法》第121条。同时,代偿请求权与之并存的制度模式,既坚持了债的相对性原则,也细化了《合同法》第121条的原则性规定,使之在操作层面上更为高效、便捷,还改变了第121条的单一性,使之更富有张力与活力,有利于形成权利救济的纵深。为了克服传统合同法“要么全有,要么全无”的处理方式<sup>[10]</sup>,这种制度设计会产生请求权的竞合问题。但是出现请求权竞合不是给当事人的权利救济制造障碍,而是为了给当事人提供更多的选择,更好地维护当事人的合法权益。我们相信,两者并存的制度模式不仅在制度上互为补充而相得益彰,并且在实践中更有利于彻底解决当事人之间的纠纷。

## 七、结 语

代偿请求权制度既合理分配了两种民事责任、划清第三人原因的范围和消除严格的债的相对性的弊端,又为当事人的权利救济提供了更多的制度选择,其制度功能具有明显优势。但是,值得注意的是,代偿请求权制度调整的范围仅仅是债务人因与发生不可归责于自身的事由而导致违约情形下的一部分,更多的、合理的制度设计仍然需要我们不断探索,从而建立起完善的违约责任分担制度。

### 参考文献:

- [1] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国人民大学出版社,2000.
- [2] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第7册)[M]. 北京:中国人民大学出版社,1998.
- [3] 王伯琦. 民法债篇总论[M]. 台北:正中书局,1997.
- [4] 杜景林,卢湛. 给付不能的基本问题及体系构建[J]. 现代法学,2005(6):121-128.
- [5] 张舫,高中义. 论代偿请求权[J]. 理论学刊,2007(1):87-89.
- [6] 杜景林,卢湛. 德国新债法研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004.
- [7] 王利明. 民商法研究(第三辑)[M]. 北京:法律出版社,2001.
- [8] 王利明. 论履行不能[J]. 法商研究,1995(3):33-43.
- [9] 杨佳元. 双务契约给付不能之效力[J]. 台北大学法学论丛,2003(61):1-42.
- [10] 李旭东,段小兵. 试论我国合同信赖利益损害赔偿制度的完善[J]. 西南大学学报:社会科学版,2007(3):123-127.