

《厦门大学法律评论》第2期  
 厦门大学出版社2001.12版  
 《债权人代位权制度研究》  
 第147页~第170页

## 债权人代位权制度研究\*

李翠颖 许立颖\*\*

### 目次

- 一、代位权的立法背景及价值取向
- 二、代位权属性研究
- 三、实证分析
- 四、理论分析

债权人代位权(以下简称代位权)制度之设立源于1804年《法国民法典》(第1166条)、《西班牙民法》(第1111条)及《意大利民法》(第1234条)从之,称为代位诉权或间接诉权。《日本民法典》(第432条)及我国台湾地区现行民法均将代位权规定为债权人一项权利<sup>①</sup>。作为债的保全制度的重要内容,代位权在保障债权人利益方面发挥了相当大的作用。1999年10

\* 在民法理论中,债权代位权分为两种,即保全代位与清偿代位。“保全代位乃债权人代其债务人行使其对第三人之债权之谓”(见郑玉波:《民商法问题研究(一)》,三民书局1984年12月版,第42页),即本文所探讨的债权人代位权。而清偿代位是债务人的代位,意指在代债务人清偿债务后,就取得对该债务人的代位追偿权,如“连带债务人清偿代位,利害关系人清偿代位、保证人清偿代位、物上保证人清偿代位等均是”(见邱聪智:《民法债编通则》,辅仁大学法学丛书编辑委员会1988年8月版,第311页)。据此,本文所探讨的只是债权人代位权即保全代位而非清偿代位问题。

\*\* 李翠颖、许立颖:厦门大学法律系硕士研究生。

① 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年9月版,第178页。

月1日起施行的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第73条正式确立了代位权制度,并在同年12月29日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》中对债权人行使代位权,提起代位权诉讼所涉及的若干问题作了进一步的解释,这是我国在吸收国外先进立法经验以解决我国现存的“三角债”及“执行难”问题的有益尝试,为法官断案提供了有力的法律支持。但《合同法》施行两年多来,不难发现,由于代位权是一种全新的制度,《合同法》及司法解释对之规定得较为笼统、不甚明确,许多理论问题仍存在较大的争议,导致法官在实际断案中无所适从,大大降低了代位权的可操作性。为此,对代位权进行更为深入的研究,解决存在的根本性理论问题就成为当务之急。

近两年来,理论界对代位权制度的讨论颇多,研究成果也颇丰。但综观以往的研究成果,不难发现学者们对代位权的研究方法多采用纯理论的研究模式,即单纯以民法理论为基础,从理论出发,对代位权进行分析、评价和探讨。在研究的过程中往往忽视实践的重要性,没能从实践中有关代位权的案件及实践中存在的问题出发,对代位权进行有针对性的深入研究以解决实际问题。此外,在行文结构的安排上,学者们也多采用代位权的性质、构成要件、行使与效力的论证模式,总跳不出这几段论的窠臼,不禁让人有千篇一律之嫌,缺乏创新性。当然,也有部分学者已尝试对此论证模式进行突破。<sup>②</sup> 由于代位权制度是一个实践性很强的制度,故笔者认为对代位权制度进行研究,在研究方法上应摒弃传统的从理论出发的研究模式,代之以

---

<sup>②</sup> 譬如王利明的《论代位权的行使要件》一文(《民商法学》2001年第6期)即以《合同法》司法解释关于代位权行使的四个要件作为出发点,对代位权的基本理论问题均进行了详细深入的分析研究,并提出许多新的见解。又如丁丽瑛的《债权人代位权诉讼若干问题探讨》(《厦门大学法律评论》第1期,厦门大学出版社2000年版,第159页)突破了代位权研究的传统模式,从代位权诉讼的角度对代位权制度进行深入分析,开辟了一个全新的视野。再如高庆年的《债权人代位权制度几个问题的探讨》(《江汉论坛》2001年第2期)采用提出问题的方式,对代位权制度存在的有争议性的问题进行剖析并阐述自己的观点,具有很强的针对性,也对司法实践大有裨益。

从实践出发的研究方式。为此,笔者就代位权案件进行了亲自调研<sup>③</sup>,并查阅了大量相关案例<sup>④</sup>,采取以实践中产生的代位权的相关案例为研究基础,以债权人行使代位权所涉及的若干法律问题为研究对象的方式,开辟一条对代位权制度进行研究的全新模式,以期通过对代位权的实务研究,为司法实践提供一点启示作用。

在行文上与此相对应,本文在结构安排上采取对实践中存在的代位权案例逐一进行分析探讨,随后在对具体案件进行探讨的基础上,就代位权制度本身存在的几个有争议的理论问题进行研究,提出自己的见解。值得一提的是,笔者认为对代位权的实践及理论问题展开分析应建立在对代位权制度的立法背景、价值取向及本身属性的明晰界定的基础上,因为这些最基础的理论问题将直接影响整个代位权的制度设计。故在结构上,笔者将这一部分置于实践与理论分析之前,而对实践与理论的分析也正是基于对这些基础问题的理解。易言之,本文正是希望采取一种迥异于前人的实证分析的模式,以实践中存在的案件为出发点,对代位权制度的诸多理论问题进行研究,从而为法官断案提供一定的参考作用,以有益于司法实践。可以说,这也正是本文的目的与意旨所在。

本文结构如下:首先对代位权制度的立法背景及价值取向进行阐释,然后界定代位权的属性,以为代位权的整个制度设计奠定基础;第三部分将从实证分析的角度出发,通过对案件的援引分析代位权的若干问题;第四部分属理论分析部分,此节将对实践中虽未出现但理论上仍存在的若干有争议的问题进行研究。

---

<sup>③</sup> 笔者在撰写该文的过程中,走访了厦门中院、厦门开元法院、思明法院、湖里法院、集美法院、杏林法院及同安法院,对实际案件进行调查分析与经办法官进行深入探讨,获得较丰富的第一手资料。

<sup>④</sup> 由于笔者所能亲自调研的地区范围有限,收集到的案件数量亦有限,为了对代位权进行更深入的分析,笔者查阅了国内有关代位权的相关案例,同时也大量参考了我国台湾地区有关代位权的案件,因为在台湾,“实务上此案例颇多”(语见郑淑屏、尤英夫编:《法律顾问百科全书》,阳明书局1990年版,第367页)。

## 一、代位权的立法背景及价值取向

合同法律关系相对于其他民事法律关系(例如物权关系)的显著特点在于合同的相对性原则。依据这一原则,合同效力仅限于合同关系当事人,债权人只能向债务人请求为一定给付,债务人也仅对债权人负有给付义务及附随义务,其他第三人在合同关系中,既不承担义务也不享有权利。由此,也确立了司法实践中审理合同之债适用的“不及第三人规则”,即法院一般仅对具有直接法律关系的相对应的当事人的权利义务作出裁决,对于具有间接法律关系的,即相对应法律关系以外的第三人的权利义务,时常不作及时处理,或者就是分段处理(即债权人与债务人、债务人与第三人之间的法律关系,分别进行处理)。这一规则的弊端在于使债权效力被限制在一个窄小的空间里,债权人往往难以逾越债务人而实现债权。再加上随着市场经济的发展,债务纠纷逐年增加,“三角债”情况日益增多,债务执行难度越来越大,且不少债务人在负债之后,不是努力准备偿还债务而是想方设法隐匿财产,不主张甚至放弃自己的到期债权或与第三人串通规避法律逃避债务等情况的不断发生,使得债权人的债权实现越来越没有保障,给社会经济秩序和商业道德带来了极大的损害。因而,克服不及第三人规则的弊端,为债权人与第三人之间的债权效力通过立法形式予以衔接,以减少诉讼环节和成本,给司法操作带来更简便的捷径和方法,给债权人实现债权以更宽的选择空间已变得刻不容缓。法学理论界经过长期的研究和总结,提出债权效力的扩张学说,从而产生了代位权理论,被世界各国所广泛援用。

从代位权设立的背景中不难发现,代位权制度是对合同相对性原则的突破,其目的就是通过扩大债权的效力范围防止因债务人的消极行为而使债权人受到损害。因而,保护债权人的债权之实现就成了代位权制度的首要价值取向。代位权制度中各个环节(如举证责任、优先受偿)的设计都应该恪守这一基本的价值取向。本文也正是以保护债权人的债权为根本出发点与立足点,对代位权制度的各个问题展开分析的。当然,重视对债权人债权实现的保障并不意味着债权人可以不受限制地任意行使代位权,债的对外效力可以无限制的对外扩张,否则,不但债务人和第三人的利益会受到损

害而且会导致合同相对性原则的崩溃,甚至致使债务人因合同关系的存在而陷入债权人的奴役。所以,理解代位权制度时应注意“保护债权人的债权”和“保护债务人的经济自由”,即维护交易安全与尊重债务人意思自由这两个价值目标之间的平衡,只有做到这一点,才能真正体现公平公正的原则,也才能真正领悟到代位权制度设计的初衷。

## 二、代位权属性研究

依据《合同法》第73条的规定,代位权是指当债务人怠于行使其到期债权给债权人带来损害的,债权人可请求人民法院以自己的名义代债务人行使其债权的权利。但代位权究竟是怎样的一种权利?在属性上是实体请求权还是诉权?这将影响到整个代位权制度的设计。

各国民法对代位权属性的界定不一,法国民法将代位权视为诉权,受其影响的西班牙民法、意大利民法称代位权为代位诉权或间接诉权,<sup>⑤</sup>而日本民法将代位权规定为实体权利,<sup>⑥</sup>受日本民法的影响,我国台湾地区民法也规定代位权为一种实体权利。<sup>⑦</sup>

在对代位权的属性进行界定之前,有必要了解何为“诉权”。由于受前苏联传统诉权理论的影响,我国民事诉讼理论界通常将诉权解释为“当事人向人民法院起诉和应诉,请求人民法院行使国家审判权,保护其实体民事权益的权利。”<sup>⑧</sup>“诉权有程序意义上的诉权和实体意义上的诉权之分。前者指民事诉讼法所确定的赋予当事人进行诉讼的权利;后者指基于实体法的

---

⑤ 如意大利民法第2900条规定了代位诉权的条件、形式和效力:“为保障债权人得以实现其权利,债权人得行使其债务人对第三人享有的权利和诉权,但是以这些权利和诉权包括财产内容并且不涉及根据权利的性质或法律的规定只能由权利人行使的权利或诉权为限,在提起诉讼时,债权人还应当要求将其欲代位的债务人传唤到庭。”

⑥ 该法典第423条规定:“债权人为保全自己的债权,可以行使属于其债务人的权利。但是,专属于债务人本身的权利,不在此限。”

⑦ 王丽萍:《论债权人的代位权》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》,2000年第2期。

⑧ 《民商法辞典》,上海人民出版社1997年版,第360页。

概念产生的通过法院向对方当事人提出实体请求的权利。”<sup>⑨</sup>这是将诉权和实体请求权视为一体的私权诉权说。<sup>⑩</sup>在现今实体法和程序法各自成熟又趋于分离的情况下,我们不应再恪守古老的私权诉权理论,而应将实体请求权与诉权彻底分离开,以利于它们更好发挥各自领域不同的效用。诉权之发生虽然是以实体权利为依据,但它本身仍是一种程序权利。实体请求权与诉权最大的区别就在于实体请求权可以在诉讼程序中行使,也可以在诉讼程序外行使,而诉权只能在诉讼程序中行使。<sup>⑪</sup>

依我国《合同法》第73条对代位权的规定,笔者主张代位权从属性上而言是一种实体请求权而非诉权,原因如下:其一,代位权是债权人代债务人行使对次债务人的债权,其产生的前提是债权人享有对债务人的债权权利,代位权是随着该债权的产生而产生、消灭而消灭。故代位权本身是债权的从权利,是依附于其上的。而债权本身是种实体权利,这一点是民法学界所公认的。因此,基于该实体权利而产生的从权利自然也应是实体权利。其二,有学者提出《合同法》第73条对债权人行使代位权的方式界定为“可以向法院请求”,既然是“可以”而非“必须”,言下之意即债权人仍可以选择诉讼以外的其他方式行使代位权。<sup>⑫</sup>笔者对此表示赞同。此外,台湾学者亦认为代位权之行使以事实行为、法律行为、诉讼外请求、诉讼上请求均无不可。<sup>⑬</sup>因此,可以以诉讼及诉讼外方式行使的代位权自然应属于实体请求权的范畴。其三,代位权对债权人而言具有实际的财产权益,其行使的效果

⑨ 《海商法大辞典》,人民交通出版社1998年版,第393页。

⑩ 转引自②,丁丽瑛文。

⑪ 前引②,丁丽瑛文。对实体请求权与诉权的划分标准,崔建远在其《新〈合同法〉原理与案例评释》(吉林大学出版社1999年版,第338页)提出:“判断一项权利究竟是实体上的权利,还是程序上的权利,不是根据此权利的实现是否通过诉权方式,即使通过诉权方式实现的权利也并不一定是诉权本身,而是要视此权利的设定对当事人之间的法律关系是否有实质性的影响,能否导致当事人之间的法律关系的变动。”尽管此判断标准不同于丁丽瑛的判断标准,但无论怎样,即使依此判断标准,代位权的行使仍直接导致债务人与第三人之间法律关系的变化,故代位权仍为实体上的权利而非诉权。

⑫ 前引②丁丽瑛文。

⑬ 邱聪智:《民法债编通则》,辅仁大学法学丛书编辑委员会1988年版,第75页。

在于,通过获取作为债务人怠于行使的标的物的财产,从而增强债务人的履行能力,确保债权的圆满实现。故其有别于诸如诉讼保全、担保物执行、强制执行申请等体现诉讼上利益的诉讼权利,而为是保全债务人责任财产意义的实体权利。<sup>⑭</sup>

据以上分析可知,代位权的基本属性<sup>⑮</sup>为实体请求权而非诉权。这一点界定的直接作用在于从理论上认可债权人可以在诉讼外行使代位权,即债权人行使代位权并不一定要以诉讼或仲裁的方式进行,只要债权人具备行使代位权的行使要件,债权人对次债务人行使请求的行为即应认定有效,而次债务人的履行行为也应认定为对债权人、债务人及次债务人债权债务关系的终结。

---

<sup>⑭</sup> 谢怀栻等:《〈合同法〉原理》,法律出版社2000年版,第172页。

<sup>⑮</sup> 代位权除了这一基本属性外,笔者认为其还具备以下性质:其一,代位权非形成权,一些学者主张代位权为形成权,如“从权利的性质来看,属于形成权”(见江平审定,李显冬主编:《中国〈合同法〉要义与案例解释》(上册),中国民主法制出版社1999年版,第271页),但笔者认为,代位权的产生不仅要基于债权人提出行使代位权的单方意思表示,同时还应以债务人与次债务人之间存在债权债务关系为前提,两者缺一不可,故代位权不可能为形成权。因此有些学者提出代位权并非绝对形成权,而为“广义的形成权”(见王家福主编:《中国民法学 民法债权》,法律出版社,1991年版,第178页),但对何为“广义的形成权”却避而不谈,难以令人信服。其二,代位权非代理权。“代位权是债权人所享有的权利,其行使也是以债权人的名义,因而与代理人的代理权不同。”(见孔祥俊:《〈合同法〉疑难案例评析与法理研究》,人民法院出版社2000年版,第366页)。其三,代位权非管理权。大多数学者主张代位权是管理权,如“为债权人得以自己之名义行使债务人权利之实体法上之权利,属于类似形成权之管理权或能权”(见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第463页);“在理解代位权性质时,宜将其视为一种管理权”(见宋海萍、何志、毕献星等:《〈合同法〉总则判解研究与适用》,人民法院出版社2001年版,第472页)。以上学者认为代位权属于管理权是因为他们认为债权人对代位取得的权利只享有管理的权利,而无“优先受偿”的权利,即这部分债权只归属于债务人本身,债权人仅是代其行使管理的义务而已。而基于代位权的价值取向及效益与经济原则,笔者赞同“优先受偿说”,认为代位权不应只是一种管理权,以下将详论之,此不赘述。

### 三、实证分析

笔者在对现有的代位权案件进行亲自调研及广泛查阅相关资料的基础上,以所收集到的代位权案件为基础,对实践中出现的问题进行深入剖析。以下部分的论述将分为实体与程序两个方面,各个方面均按诉讼过程的顺序予以详述。

#### (一) 实体方面

##### 1. 代位权的标的范围包括哪些?<sup>⑯</sup>

#### 【案情简介】

判例一 出租人有以合于所约定使用收益之租赁物交付承租人之义务,苟租赁物为第三人不法占有时,应向第三人行使其返还请求权,以备交付,其怠于行使此项权利者,承租人因保全自己债权,得代位行使之。<sup>⑰</sup>

判例二 丙将土地售乙,乙又将此土地售甲,乙怠于向丙请求移转所有权登记,甲可代位移请求丙将土地移转登记与乙,再依买卖合同,请求乙移转登记与自己,甲不可代位乙请求丙移转登记与自己。但如丙已合法解除乙丙间买卖合同,甲因乙对于丙无权利存在,即无代位行使权利之余地。<sup>⑱</sup>

判例三 违章建筑之房屋,原非债权人所有,而被执行法院误予查封者,买受人因不能登记,自得代位原所有人提起异议之诉,若该房屋为债务人所有,买受人虽买受在先,亦无排除强制执行之权利。<sup>⑲</sup>

判例四 甲对乙有金钱债权,乙意图避强制执行,与丙通谋,将其向丙购买之土地,由丙办理登记移转于丁。在此情形,乙与丙通谋将其购买之土地,由丙登记于丁,系属他们虚伪意思表示,其物权行为无效,丁不能取得土

---

<sup>⑯</sup> 有关代位权标的的案件我国大陆尚未出现过,故此处所引之案例均为台湾地区的案例,但由于台湾学者著书多以判例的形式阐释个案,故在列举具体案件时依之采用“判例”形式。

<sup>⑰</sup> 蔡墩铭主编:《民法理由、判解、决议、令函、实务问题汇编》,五南图书出版公司1989年版,第354页。

<sup>⑱</sup> 朱钰祥:《民法概要》,三民书局出版社1996年版,第219页。

<sup>⑲</sup> 欧阳经宇:《民法债编通则实用》,汉林出版社1978年版,第228页。



地所有权,故丙得向丁请求注销登记。丙既与乙通谋诈害甲,当然不会为此请求,而乙亦不会代位行使丙之权利。于乙与丙均怠于行使其权利时,甲为保全债权,自得以自己名义行使乙之代位权,而请求注销丁之登记。<sup>①</sup>

**法院见解** 台湾法院对代位权标的的范围理解是相当宽泛的。据以上四个案例可知,在台湾,债权、不动产登记请求权、物权(包括物上请求权)、受领权、登记注销请求权、代位权均可成为代位权之标的。除此之外,代位权的标的还包括以财产的利益为目的之形成权、保存登记请求权、电话名义变更请求权、损害赔偿请求权、财产上之利益为主要目的的所认之请求权及民事诉讼法上之权利(债权人给付之诉、申请强制执行或提起执行异议之诉)等<sup>②</sup>。当然,台湾法院对代位权标的范围的宽泛界定并不意味着所有权利债权人均可代位行使。对以下权利债权人仍不可代位,主要有专属于债务人自身的权利(如非财产损害赔偿请求权、扶养请求权等)、非财产权、禁止查封让与之权利、<sup>②</sup> 权能(即非现实的权利)<sup>③</sup> 等。

**笔者见解** 代位权的标的的问题,确是值得探讨的问题之一。因为这将直接关系到债权人在哪些情形下可行使代位权,这与对债权人的利益保护息息相关。据以上分析可知,台湾民法对代位权标的的范围规定得比较广泛,除债权之外,还包括许多实体乃至诉讼上的权利。因此,不少学者认为可以依照台湾民法,对我国《合同法》中以到期债权作为代位权标的的规定进行修正,扩大其范围,以充分发挥该制度在现实生活中的作用。但笔者认为,代位权的标的应严格限定于非专属于债务人自身的债权,原因如下:其一,代位权虽是为了保障债权人利益之实现,但它设立的前提是对传统合同相对性原则的突破,使债权人与债务人间的债权债务关系对次债务人也产生了一定影响。至于代位权的代位,更是将代位权之效力扩张到次债务人的债务人,大大突破了合同相对性的原则。可以说,在一定意义上,这是对

<sup>①</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第五册),三民书局1991年版,第296页。

<sup>②</sup> 张龙文:《民法债权实务研究》,汉林出版社1988年版,第5~6页。

<sup>③</sup> 前引<sup>①</sup>邱聪智书,第78页。

<sup>④</sup> 前引<sup>②</sup>张龙文书,第7页。

债务人与次债务人权利的一种拘束,因此为了公平保护债权人、债务人、次债务人三方的合法权益,必须对代位权的适用范围作出严格限定,否则将导致债权人权利之不当扩大与债务人、次债务人权利之不当缩小的不公平状态。而且,如果扩大代位权的适用范围,也将会对合同的相对性规则以及基于此规则所产生的各项合同法律制度造成威胁,甚至使物权法制度的存在也受到影响。<sup>④</sup>其二,我国台湾地区民法对代位权的标的界定之广泛性是其较为完整的民法体制相对应的,而且经过多年的实践,在代位权制度上,其理论与实践经验已相当丰富,有可能对代位权标的的范围进行适当扩充,在更充分保护债权人利益的同时也能通过其他完善的制约机制来维护债务人、次债务人的合法权益。但代位权制度对我国大陆地区而言尚是一个全新的领域,《合同法》是第一次引入代位权概念,在司法实践上尚无任何经验,就是仅以债权为代位权标的的情况下,实践中仍有许多问题需要解决。在这种起步状态中,若照搬台湾地区的相关规定如允许将代位权之代位也纳入代位权的标的,将无限扩张代位权行使之范围,这只会使司法实践陷于混乱,最终导致对债务人、次债务人合法正当权利的侵害,对其经济自由造成不当侵犯。

2. 当债务人对次债务人的债权部分到期时,债权人能否就到期部分行使代位权?

**【案情简介】** 第三人厦门东广福泰装修工程有限公司(债务人)欠原告罗某(债权人)货款人民币39050元,被告泽豪公司(次债务人)与第三人之间存在装饰工程承包合同,该合同系分期付款合同。在原告罗某提起代位权诉讼时,被告与第三人间的合同已部分到期。现原告主张被告就到期部分代偿第三人尚欠原告的货款及逾期付款违约金,而被告认为其与第三人间的合同应全部履行完毕才算债权到期,故原告不能行使代位权,由此产生争议。

法院见解:对于此案,法院内部存在两种不同意见:其一,认为应将分期

---

<sup>④</sup> 王利明:《论代位权的行使要件》,《民商法学》(人大复印资料),2001年第6期,第56页。

付款合同视为一个整体,只有在合同全部履行完毕之时债权才到期,因此在合同部分到期时不应视为债务人享有对次债务人的到期债权,债权人也就不能行使代位权。而且,从现实的角度出发,这样做也有利于债务人与次债务人间剩余各期合同的顺利履行;其二,则主张分期付款合同的部分到期应认定为债务人就已到期部分享有对次债务人的到期债权,债权人完全可在此基础上行使代位权。对这一分歧,二审法院曾请示过最高院,最高院的态度较为保守,认为代位权是项新制度,其理论探讨还刚刚起步,实践运用中应坚持谨慎严格的原则,对“债权到期”从严界定,因此赞同第一种观点。

**笔者见解** 以上争议实质是对“债务人享有对次债务人到期债权”中的“到期”的理解不同。根据债的理论,债务到期指的是债务人与债权人约定的债务履行期限已届满。若仅约定一次性履行,则该履行期限届满之时就应视为债务到期;若约定分期履行则每个履行期限届满时均应视为该部分债务到期。分期付款合同即属于后者。因而本案中,被告与第三人间已到期的那部分债务应视为作为债务人的第三人享有对被告即次债务人的到期债权,那么,原告在符合代位权其他构成要件的情况下就可行使代位权。而且,笔者认为这样做并不影响债务人与次债务人间剩余各项合同的顺利履行。因为分期付款合同订立的初衷就是为了使债权人在债权部分到期时就能行使债权,如工程承包合同,规定分期付款就是利于债权人一方的资金周转,债权部分得到保障。由此,本案中允许债权人在债务人的债权部分到期时就行使代位权,实际上也是对债务人自身权益的保护,同时也保护了债权人的权利,符合代位权设立的初衷。

### 3. “怠于行使”的认定标准

对于这个问题,实践中存在两种情况。

#### (1) “善意”的怠于行使

##### 【案情简介】

案例 1:1992 年 7 月 1 日,某银行(A)与某有限责任公司(B)签订一份 274 万美元的外汇借款合同,期限从 1992 年 7 月 10 日到 1997 年 7 月 9 日,但贷款到期后 B 未按约返还全部的本金和利息,至 2000 年 6 月 21 日,欠 A 本金 236 万美元及利息 305235.05 美元。A 知 B 不能还款的原因在于某国

企(C)拖欠B货款,而B为维持与C的销售关系,在债权到期时怠于行使,损害了A的债权。A于2000年7月5日向法院提起代位权诉讼。

案例2:2000年6月,某装饰公司从某厂购买一批外墙涂料,货款计72万,该公司以资金紧张为由拒绝付款。某厂对该公司财务状况调查后发现:该公司确无流动资金归还货款,但1999年该公司曾为其上级单位某物资公司装修,装修费97万,碍于上下级关系,装饰公司未向物资公司索要装修费,故某厂派人到物资公司要款,物资公司以“与你厂无经济往来”拒付。

法院见解 法院认为《合同法》司法解释第13条明确规定:“债务人不履行其对债权人的到期债务又不以诉讼或仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权,致使债权人的到期债权未能实现的”,即属于怠于行使到期债权的情况,意即是否属于怠于行使到期债权的惟一认定尺度就是债务人是否以诉讼或仲裁方式向次债务人主张债权。以上案件中债务人都没有以这一方式来主张债权因而可认定其为怠于行使。

笔者见解 笔者赞同司法解释及法院的观点,司法解释的立法本意在于便于法院实务操作的同时不致导致法官自由裁量权的无限扩大。也许有人会提出,这样规定是与实际情形相脱节的。就第一个案例而言,依照中国人的传统观念,除非到万不得已,否则谁也不愿意轻易对簿公堂。在这一传统思想的影响下,再加上债务人与次债务人之间本已有一定的合作关系,债务人未在债权到期情况下就采取诉讼或仲裁方式主张其对次债务人的债权的做法也是合乎常理的。而在第二个案例中,尽力维持好上下级关系是中国人基本的处世原则,某装饰公司的做法也实为出于无奈之举。由此可见,在以上情况中债务人不在债权一到期时立即以诉讼或仲裁的方式向次债务人主张债权实在也是一种无奈的选择。因此,可借鉴台湾最高法院对于“是否怠于行使”采取的认定标准:“债务人是否怠于行使权利,应视其有无行使权利之决心与具体行动,以及是否积极求取达到圆满实现其权利内容之目的以为断”。<sup>⑤</sup> 据此,“是否怠于行使”的认定标准并不仅限于债务人是否有采取诉讼或仲裁的方式,凡一切实现债权的方式均可认定为非怠于行

<sup>⑤</sup> 马维麟:《民法债编注释书(三)》,五南图书出版有限公司1996年版,第32页。

使,例如催告、通知等。笔者认为这种观点至少有以下两个弊端:其一,代位权制度设立的初衷就是为了保护债权人的利益,同时亦兼顾债务人的经济自由,力求从两者间找寻平衡点。若对债务人怠于行使进行过于宽泛的解释,认为只要其有合理理由或在合理期限内已采用一定方式就不属于怠于行使,这将给债务人太大的自由空间,极易导致债务人的道德风险及机会主义的产生。这对债权人利益的维护是十分有害的。其二,这种观点在司法实践中缺乏可操作性。因为“合理的期限”与“已采用一定的方式”(或“行使权利之决心与具体行动”)均是弹性很强的概念,究竟多长的期限属于“合理的期限”?当事人如何举证“已采用一定的方式”?举证又是否会因受到另一方当事人干扰而受阻?因此,有学者认为可引入“及时性”作为判断怠于行使的另一个要件,而及时性就是指债务人的债务到期以后,债务人不存在任何行使权利的障碍而未能在合理期限内主张权利。<sup>⑤</sup>而这种界定同样也将遇到对“合理期限”的认定问题。这将导致司法实践上的不可操作,同时也将赋予法官太大的自由裁量权。笔者认为在代位权尚作为一种全新制度的中国,缺乏理论及实践的丰富经验,在起步阶段,仍需对怠于行使的认定标准进行严格界定。一方面可维护债权人利益并助其实现之,防止债务人的机会主义倾向,另一方面也为法官的审判实践赋予明确的认定标准,有利于其进行个案认定。

进言之,代位权制度设立的初衷就是为使债权人能代位债务人行使其债权。在债务人善意的情形下,其无法立即行使债权,这正可由债权人替而行之。这不正是与代位权的立法旨趣相符吗?为此,笔者主张应严格界定怠于行使的认定标准,只要债权到期债务人未以诉讼或仲裁方式提出,债权人即可行使代位权。

## (2)“恶意”的怠于行使

**【案情简介】** 孙某与他人合伙经营服装生意。1993年3月12日孙某向许某借款1.5万元,借期6个月。到期后,许某多次催要,孙某无法清偿欠款。某月,许又向孙催债,恰有姜某找孙还款,许经了解得知,原来孙数年

<sup>⑤</sup> 前引<sup>④</sup>,王利明书,第53页。

前曾借给姜1万元作经营资金,现在本息已达2万余元。孙认为收回这2万元也得还债,故欲放弃债权,给姜作经营资金,日后自己入股共同经营。许向法院起诉,请求孙以此款清偿债务。孙辩称该债权已放弃,无法清偿债务。

**法院见解** 对此案法院有两种不同见解。其一,认为孙某对其享有的债权可以依自己的意志支配,完全有放弃的权利,既然他已放弃了自己的债权,又没有其他财产清偿债务,可以判决孙某承担偿付债务的责任,无法偿还的问题放到执行程序中解决。其二,认为放弃债权是债权人的权利,但如果放弃债权是以逃避债务为目的,那么这种放弃是不允许的。法院可以依照债权人代位权,判决孙某放弃债权的行为无效,用姜某的应付欠款付许某的债权。

**笔者见解** 笔者赞同第二种观点。依民法原理虽然其强调意思自治,但这种意思自治必须建立在不损害他人利益的基础上,否则该行为不被法律所允许。本案中,孙某放弃自己债权的行为损害了另一债权人许某的利益,因而这种放弃就是法律所不允许的。故笔者认为,若债务人本身是处于恶意而不以诉讼或仲裁方式主张其债权的话,即属于怠于行使。

## (二)程序方面

法院在审理代位权案件过程中普遍认为以下两个程序方面的问题较难把握:

### 1. 原告资格问题

**法院见解** 法官认为民事诉讼法第108条规定原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织,而在代位权诉讼中债权人与次债务人之间并无直接权利义务关系,他仅是代债务人行使权利,因而单从程序法角度看债权人并不具备原告资格。然而债权人的代位诉讼权又是实体法——《合同法》所赋予的,于是便存在程序法与实体法间的冲突。对此,法官认为可以将民事诉讼法第108条作扩大解释为:“原告是以自己的名义,为了保护自己或者依法由自己行使或保护的他人民事权益而起诉的自然人、法人或者其它组织。”从而可使债权人合理地进入诉讼程序。

**笔者见解** 笔者赞同法官的这一建议,但同时笔者以为也可不对民事

诉讼法第 108 条作扩大解释而换个角度理解:虽然就债务人与次债务人之间的债权债务关系而言,债权人与之并无直接利害关系,但既然法律赋予了债权人代位行使的权利,而且行使结果为次债务人直接向债权人履行清偿义务,那么在代位权诉讼中,债权人与次债务人之间便以立法形式由原来的间接法律关系转化成了直接法律关系,债权人与案件便有了直接的利害关系,从而满足民事诉讼法第 108 条规定的原告资格。

## 2. 债务人的诉讼地位问题

最高院在适用《合同法》的司法解释的第 16 条中规定:债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼,未将债务人列为第三人,人民法院可以追加债务人为第三人。但债务人作为有独立请求权的第三人还是无独立请求权的第三人,司法解释并无规定。

笔者见解 对此应区分两种情况考虑:其一,债权人行使代位权的请求数额小于或等于债务人所付债务额,债务人应为无独立请求权的第三人。因为此时债务人的怠于行使不能对抗债权人合法的代位权,而债务人对案件的处理结果又确有法律上利害关系。其二,债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额时,债务人应为有独立请求权的第三人。因为债权人行使的代位权侵犯了债务人的合法权益,债务人对超过部分应有独立的请求权。这一区分在司法解释中并没有得到体现,不能不说是一大缺憾。

## 3. 举证责任问题

**【案情简介】** 1998 年 10 月 2 日,某武夷铝制品公司(以下简称甲)向某区农村信用社(以下简称乙)借款 30 万元人民币,某电器厂(以下简称丙)应甲要求为其向乙的借款提供连带责任担保。因甲在贷款到期之后无力偿还乙的贷款,乙即向法院起诉甲和丙,要求甲承担还本付息责任,丙承担甲借款本金的连带清偿责任。法院判决因甲无力清偿,由丙代替甲向乙偿还本息 27.5 万元。在丙代替甲偿还乙贷款本息后,甲即为丙的债务人,丙为甲的债权人。丙发现甲尚有 27.5 万元的债权在某铝业有限公司(以下简称丁)处,便向丁所在地的人民法院起诉,主张行使债权人代位权,要求丁公司向丙直接支付 27.5 万元。法院受理后,在当事人答辩期间丁提出:甲转交给丁市因为某仕发铝业有限公司(以下简称戊)欠丁货款,甲向戊公司购物,

需支付货款,为结算简便而代戊公司转款给了。甲、丁、戊、之间的关系另案处理,与本案无关。另查明,甲转款给丁公司后,其法定代表人负案在逃,现下落不明。

**法院见解** 举证责任问题是目前法院在审理代位权案件中遇到的最大困难之一。因为代位权诉讼涉及多重法律关系,而债权人一般仅能举出其与债务人之间的债务债权关系的证据,但往往对债务人与次债务人相关事宜无力举证。本案中丙能否行使代位权取决于甲、戊、丁之间是否存在供货关系,若存在则甲支付给丁 27.5 万元就有了法律依据,故丙不能行使代位权。而若不存在,则丙行使代位权于法有据。所以,本案对于丙来说,关键在于能否证明甲与戊之间是否存在供货关系。但在现实中,完全由丙来证明这点是很困难的,特别遇到甲与戊串通的情形,则丙的举证几乎不可能,因而将举证责任全压在债权人的身上既不现实也不公平。

**笔者见解** 在调研中笔者发现,举证责任问题的确是目前司法审判实践中遇到的最多也最棘手的问题。对于此,笔者主张不应单纯地就举证责任而论举证责任,而应将其与代位权的行使要件结合在一起思量。<sup>⑦</sup>

依《合同法》司法解释第 11 条的规定,提起代位权诉讼<sup>⑧</sup>应当符合下列条件:(1)债权人对债务人的债权合法;(2)债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害;(3)债务人的债权已到期;(4)债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。兹分述如下:

首先,债权人对债务人的债权合法、有效。这里需要解决的问题是债权

---

<sup>⑦</sup> 根据民法上的“谁主张,谁举证”原则,债权人若要主张行使代位权,必须证明自己符合代位权的行使要件,因此,代位权的行使要件的范围就决定了当事人举证责任的范围。

<sup>⑧</sup> 这里应当区分代位权诉讼的标的与代位权标的之不同。对于诉讼标的,民事诉讼法学界一般认为是当事人争议的民事法律关系或权利。(见江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 64~65 页)。据此,代位权之诉讼标的应指代位权诉讼中当事人所争议的民事法律关系或权利。当事人对此应承担一定的举证责任。具体而言就是代位权与债务人对次债务人的债权两方面。而代位权的标的则仅限于债权,即只包括债务人对次债务人的债权部分,不含代位权本身(依前文之分析)。



人对债务人的债权是不是代位权诉讼的诉讼标的,及其是否属于法院审查的范围。因为这直接关系到当事人的举证责任之分配。笔者认为这一问题的解决可以《合同法》司法解释第15条第1款中获得,按解释规定,“债权人向人民法院起诉债务人以后,又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼,符合本解释第14条规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第108条规定的起诉条件的,应当立案受理;不符合本解释的14条规定的,告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。”由此可见,债权人向法院起诉债务人而发生的诉讼与债权人对次债务人提起的代位权诉讼是两个不同的诉讼。可以说,债权人对债务人享有合法的债权是债权人提起代位权诉讼的条件。<sup>②</sup>既然其只是提起代位权诉讼之条件,与代位权诉讼分属于两个不同的诉,故债权人对债务人的债权并非代位权诉讼的诉讼标的,而是提起代位权诉讼的前提,这一点从《合同法》司法解释的15条第2款中也可以得到明证,其规定:“受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决方式法律效力以前,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第136条第5项的规定中止代位权诉讼。”既然债权人对债务人是否享有合法的债权是代位权诉讼之前提,故法院就应该对该前提的真实有效性进行审查,只有审查通过,代位权诉讼才有开始的可能。因此债权人为能进入到代位权诉讼程序中必须首先向法庭证明其拥有对债务人合法有效的债权。

另依据司法解释第13条,债权人对债务人的债权必须到期。笔者对这点规定提出质疑。创设代位权制度的法律意义在与为合同责任的履行提供物质基础,保全作为承担合同责任基础的责任财产,克服合同责任消极被动的缺点。在这种情况下,若要求债权人必须在债权已到期时才能行使代位权,那么当遇到债权到期而债务人对次债务人的债权已过诉讼时效,或在次债务人破产时,因没有及时向法院申请债权登记而使其过期无法再主张债权等诸多情况时,即使债权人可以行使代位权也早已失去其行使的实际意义,代位权制度创设的立法本意也必然落空。但司法解释的规定也不无道理:在债务人迟延履行之前,债权人的债权能否实现尚难预料,如果在这种

<sup>②</sup> 前引<sup>②</sup>,丁丽瑛文。

情况下,允许债权人行使代位权,则对于债务人的干预实属过分。对此,可先看看其他国家和地区的立法条例。日本民法第423条第2款规定:“债权人于其债权期限未届至时,除非依裁判上的代位,不得行使前款权利(即代位权),但保存行为不在此限”。<sup>③④</sup>台湾民法第243条规定:“前条债权人权利(即代位权)非于债务人负迟延履行责任时,不得行使,但专为保存债务人权利之行为,不在此限”。<sup>④</sup>以上立法条例仍将债权人享有对债务人的到期债权作为代位权的构成要件之一而将保存行为作为这一构成要件的例外。但笔者认为既然保存行为可作为债权人代位权的行使内容之一,是否可采取以下方法更为妥当:对符合代位权其他构成要件的债权人的代位权的行使内容依时间不同分成两部分——保存行为与实行行为。在债权未到期时,债权人行使代位权仅限于保存行为例如申请债权登记、中止诉讼时效等,待债权到期时才可代债务人向次债务人主张债权。而这种理解也同样对举证有利。因为对是否存在保存情况举证较容易,在债权未到期时仍可举证;而对其他情况则严格以到期作为标志。

其次,债务人怠于行使其到期债权,给债权人造成损害,且两者之间存在因果关系。这里笔者主要论述的是对“造成损害”的认定标准。法学界对此有四种不同的主张。一种认为给债权人造成损害是指给债权人造成现实的损害威胁,其含义是指因为债务人不行使其债权,造成债务人应当增加的财产没有增加,使债权人的债权到时因此不能得到全部清偿,即有消灭或者丧失的现实危险,进而对债权人的债权也就产生不利的影晌。<sup>⑤</sup>第二种观点认为,所谓对债权人造成损害,是指债务人已经构成对债权人的迟延履行,因怠于行使自己对第三人的权利,就会造成自己无力清偿自己的债务,但债权人因债务人的行为而使自己的债权有不能实现的危险,即债权人

<sup>③④</sup> 《日本民法典》王书江译,中国人民公安大学出版社1999年版,第77页。

<sup>⑤</sup> 黄宗乐监修:《六法全书(民法)》,保成文化事业出版有限公司1998年版,第501页。

<sup>⑥</sup> 龙翼飞著:《新编〈合同法〉》,中国人民大学出版社1990年版,第80页。

保全债权的必要。<sup>③</sup>第三种观点可以说是第二种的补充修正。认为应以是否迟延履行作为债务人给债权人造成损害的判定标准,但也应当有某些例外,这些例外主要是保存债权的行为,此时不需要等到债务人履行迟延就可行使代位权。<sup>④</sup>第四种观点认为,在不特定债权和金钱债权时以债务人无资力作为判断是否造成损害的标准,而在特定债权或其他以与债务人之资力无关之债务,则以保全该债权有所必要为已足。<sup>⑤</sup>笔者认为以上四种观点均有缺憾。据第一种观点,只要债务人怠于行使其债权,则不论债权人对债务人的债权是否到期及怠于行使的结果是否会减少债务人的财产则不必考虑。这样就等于将损害的范围进行了相当宽泛的解释,即债务人只要怠于行使就认定为造成损害,这与现实生活中许多情况不符。第二种观点认为只要债权人认为债务人的行为会使自己的债权有不能实现之危险就可认定为受到损害,应保全自己的债权。其实在实践中,一来对构成此种危险的判定并没有明确的标准,二来如果债权人动辄就以此对抗债务人,则会对债务人的经济自由造成一定的损害。代位权制度本身就是对合同相对性原则的突破,债权人在享受一定权利的同时也应兼顾对债务人合法权益的保护。这种过分扩大债权人行使代位权的情形的行为不利于维护公平原则。第四种观点将造成损害的行为分为两种,以有无资力与有无保全必要作为损害的认定标准。笔者认为这种认定标准在实践中会遇到举证难的问题。因为要证明债务人无资力,若由债权人举证,由于债权人不可能完全彻底且清楚地知悉债务人的资金状况,而且债务人也可能隐瞒自己的资产,债权人对此根本无从得知,因而要求债权人举证证明对债权人而言难度太大。若由债务人自己证明,更是会遇到很多问题,因为是否有资力是债务人自己最清楚的,为了达到其目的,其有可能编造各种事实,而许多事实连法庭都无法查证,且一旦遇到债务人与次债务人通谋之情形,债务人的虚假举证更是

<sup>③</sup> 最高人民法院经济审判庭:《〈合同法〉解释与适用》(上册),新华出版社1999年版,第314页。

<sup>④</sup> 前引<sup>③</sup>,王利明书,第55页。

<sup>⑤</sup> 前引<sup>③</sup>,张龙文书,第2页。需要同时说明的是,对于该问题法国民法一律采取以债务人之无资力作为判断标准。

可能。为此以这种极具弹性的“软标准”来判定是不合理的。不仅举证困难,而且还徒增诉讼成本。至于第三种观点,笔者认为具有一定的可采性,但仍需修正。通过分析以往学者在代位权方面的研究成果,可以发现他们在论证时常采用“例外”的论证体例,即在主张某种观点时又同时规定一系列的例外情形,在一定程度上欠缺说服力。笔者主张在论述上作一点变动,即将例外情形单列为一种情况。以债务人对债权人造成损害而言,可分为两种情形,其一就是保存债权的行为,如债务人的债权即将因时效届满而使债务人难以主张权利,此时债权人为了中断时效,无需等到债务人履行迟延就可以行使代位权。又如在次债务人破产时,为债务人申报债权也无需等到债务人构成迟延。对于这些情形,只要债权人有保全债权的必要时就可认定为造成损害。而这种情形由于较明了,债权人承担举证责任的难度也不大。其二就是在除保存行为之外的其他情形,均以债务人履行迟延作为债务人给债权人造成损害的标准。因为以履行迟延作为判断标准,具有客观明确性,是否迟延,一目了然,债权人在举证时也较容易,不像以无资力为要件时会遇到许多因素的干扰。因此,笔者提出第五种判断是否造成损害的标准:在保存行为下以是否有保全的必要为标准,在除保存行为以外的其它情形以债务人是否迟延履行为判断标准。

最后,债务人的债权已经到期。对这一要件法学界并无争议。然值得研究的是是否应将债务人对次债务人的债权之“确定”纳入代位权的行使要件。所谓“确定”指的是对于债权的存在及内容没有异议。对此,有学者主张由于债权人很难确切了解债务人与次债务人之间债权的具体数额,如果要求其必须举证此种债的关系的确定性之后才能行使代位权,这必然增加其行使的难度,而且即使他们之间债的关系并不确定,在债权人提出请求之后,次债务人仍可以主动提出抗辩,因而,债权人无须举证债务人与次债务人之间债权债务关系的确定,而转由次债务人证明。<sup>⑤</sup> 笔者赞同之。

由以上的分析,我们就可以较容易攻克举证责任这一难题。笔者认为在代位权诉讼中,债权人承担的举证责任范围应包括:①举证明自己对债

<sup>⑤</sup> 前引<sup>④</sup>,王利明书,第51页。

务人债权的合法存在;②当债务人怠于行使自己的到期债权时,若此时债权人的债权未到期,则债权人应证明债务人的债权存在保存情形,始得行使代位权。若此时债权人的债权已到期,则债权人应证明债务人存在迟延履行情况;③证明债务人与次债务人之间存在合法到期且非专属于债务人的债权债务关系。而次债务人应对其与债务人之间存在的债权债务关系内容承担举证责任。

#### 四、理论分析

由于代位权是项很新的制度,因而虽然实践中代位权的案件很少,但笔者在与经办法官的探讨及查阅现有的关于代位权理论研究的资料的过程中,认为尚有以下几个问题值得探讨:

1. 代位权行使金额范围是以代位权人的债权为限还是以债务人的所有债权人的债权为限?

依据《合同法》司法解释第 21 条,债权人行使代位权的金额范围不得超过债务人所负债务额也不得超过次债务人对债务人所负债务额,否则,对超出部分人民法院不予支持。实践中容易引起争议的地方在于对“不得超过债务人所负债务额”的理解,其究竟是指债务人对所有债权人所负债务额还是仅指债务人对行使代位权的债权人所负债务额?笔者认为应作后者理解。理由有二:其一,创设代位权制度的价值取向在于平衡“保护债权人债权”和“保护债务人经济自由”,因而只要债权人本身的债权能得以实现,代位权行使的目的就已达到,行使代位权的债权人不应再就超过其债权本身的部分行使代位权,否则将构成对债务人经济自由的侵犯。其二,从法条上看,《合同法》第 73 条第 2 款“代位权行使范围以债权人债权为限”,其中的“债权人”一词在上下文中即指行使代位权的债权人。另外,司法解释第 22 条规定“债务人在代位权诉讼中,对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的”,若解释第 21 条规定的“不得超过债务人所负债务额”指的是债务人对所有债权人所负债务额,则第 22 条的规定就多此一举了。

2. 债权人行使代位权能否享有优先受偿的权利?

对于此问题,理论界基本主张采取“入库规则”而非“优先受偿”。所谓

入库规则指依传统的债权人代位权法理,行使代位权取得的财产应先加入债务人的责任财产,然后再依债之清偿规则清偿债权人债权。据此,由于债权人代位行使的权利归属于债务人,其结果自然直接归属于债务人,成为对全体债权人的共同担保,代位债权人并不因代位而取得优先受偿权,只不过是与其他的债权人平等受偿。<sup>⑦</sup>台湾学者也多采入库规则说。<sup>⑧</sup>认为债权人代位债务人起诉,求为财产上之给付,因债务人之财产为总债权人之共同担保,故诉求所得应直接属于债务人,即代位起诉之债权人,不得以之仅供清偿一己之债权,如须满足自己债权,应另经强制执行程序始可。<sup>⑨</sup>这些学者反对的理由主要有:如果债权人直接接受履行,不仅破坏了合同相对性规则,而且在存在数个债权人的情况下,也损害了其他未行使代位权的债权人的利益。债务人的财产是所有债权人的债权之共同担保,各个债权人不管是否行使代位权,都依据债权平等原则,有权就债务人的财产平等受偿。如果允许行使代位权的债权人优先受偿,将使债权在性质上转化为物权。<sup>⑩</sup>

笔者对“入库规则”持否定态度,主张债权人行使代位权应享有优先受偿之权利。原因如下:其一,从代位权制度的立法背景及价值取向的分析可知,保护债权人的债权是代位权制度产生的原动力。若将债权人代位取得的债权直接归属于债权人,则债权人要真正实现其债权仍存在许多不确定的因素,有碍于债权人权益的真正实现。其二,若坚持“入库规则”,则主动行使代位权的债权人将与其他不主动行使权利的债权人处于同一受偿地位,能否实现债权及能实现多少对主动行使方而言就成了未知数,这就在很大程度上阻碍了债权人行使代位权的积极性,同时也助长了其他债权人坐

<sup>⑦</sup> 韩世远、申卫星:《债权人代位权制度的适用》,下载于 <http://www.east-law.com/faxuejieti/>

<sup>⑧</sup> 孙森焱:《民法债篇总论》,文太印刷企业有限公司1997年版,第452页。

<sup>⑨</sup> 《“中华民国”六十四年至六十五年,“最高法院”刑事判例全文汇编》,台湾“最高法院”法律丛书编辑委员会,1984年版,第90页。

<sup>⑩</sup> 唐德华主编:《〈合同法〉案例评析》,人民法院出版社2000年版,第498页。

收渔翁之利的投机心理,并最终导致“公用地的悲剧”,<sup>①</sup>这与公平原则是背道而驰的。其三,“优先受偿”理论较“入库规则”更符合经济与效益原则。在“入库规则”下,债权人行使代位权取得的债权均归属于债务人所有,则债权人很可能私下对这些债权进行不当处分,从而影响到债权人债权之实现,若要对这种私下处分行为进行约束,法律一方面要作出详细的司法解释,同时在司法实践中还需采取保全等一系列行为,这将徒增诉讼成本,不经济。而若采取优先受偿原则,则债权人可就其债权部分优先受偿,无需担心债务人会私下处分也无需采取保全等任何措施,符合经济与效益的原则。这一点在 today 市场经济的背景下显得尤其重要。市场经济讲求的就是公平与效益,优先受偿也正体现了这两个目标。而入库规则将无法使债权人的个人效用最大化,相反还增加了国家和当事人许多不必要的投入和耗费,使得代位权成为一种高成本低回报的制度。<sup>②</sup>其四,反对“优先受偿”原则的学者们认为该原则将损害其他债权人的利益。笔者认为此观点值得商榷。债权人在行使代位权取得自己的那部分债权后,其他债权人仍可就债务人的其他债权提起代位权诉讼,而且对于债权人已代位行使的那部分债权,若数额超过债权人所需的部分,其他债权人仍可就剩余部分提起代位权诉讼,这并不影响到其他债权人的利益。相反若采“入库规则”,则所有债权人均有“搭便车”的心理,谁也不愿主动采取代位措施,这才会损害债权人的债权。优先受偿可以激励债权人积极主动行使代位权,当各债权人均主张代位权时,若债务人的债权不足以分配,则可采取按比例分配的办法。最后,有学者主张采用债务抵消的方法来解决债权人的“搭便车”问题。在不能适用抵消办法的场合,只能适用严格的“入库规则”。<sup>③</sup>所谓债务抵消指代位债权人在代位受领标的物后,可以直接通知债务人(标的物种类、品质相同时)或与债务人协商一致(标的物种类、品质不相同)的方式,主张将自己所负的向债

① 董志武:《试论代位权的不经济》,《集美大学学报(哲学社会科学版)》,第2卷第4期。

② 同①。

③ 高庆年:《债权人代位权制度几个问题的探讨》,《江汉论坛》,2001年第2期。

务人返还代位受领的标的物的义务与债务人所负的向债权人清偿有关债权两者相互抵消。笔者认为这种观点在本质上仍是一种优先受偿的方式,债权人以此可以实现其所有的债权,这种方式对其他债权人的利益并没有什么特殊的保护。而且“协商一致”的方式极具弹性,这只会导致道德风险与机会主义倾向的滋长。因为无论债权人还是债务人都可以以自己的利益为出发点否定曾“协商一致”的事实,而且在法庭上要举证证明有时也很困难,尤其在当事人采用口头协商的情形下。而在不适用抵消的情形下仍沿用入库规则其不利处前文已论述得很详细,此不赘述。

因此,笔者主张债权人对其代位受领之债权有优先受偿的权利,不应死守传统的“入库规则”,否则将有悖于代位权设立的初衷与公平、经济、效益的原则。值得庆幸的是,我国《合同法》第73条采用的就是“优先受偿说”,笔者认为这是符合我国市场经济形势的科学模式。