

债权人代位权实现的法律保障

——谈我国相关实体法和程序法的协调

丁丽瑛**

(厦门大学 法律系,福建 厦门 361005)

摘要:债权人代位权是债的保全的一种重要方式。我国现有的立法和司法解释表明,对该项制度的设置存在诸多缺欠,且实体法和程序法的规定明显脱节。债权人代位权保护制度的设置应是一项系统工程。执行程序中,经申请执行人申请,对被执行入到期债权的执行应以债权人代位权的实体规定为依据。有必要明确债权人行使代位权的条件,及有关当事人的法律地位和诉讼地位,限制债务人对该债权的处分权利,并保障第三人的合法抗辩权。

关键词:债权;代位权;实体法;程序法

中图分类号:D923.3 **文献标识码:**A **文章编号:**0438-0460(2000)02-0085-07

债权人代位权是债权人的一项重要权利,是债权保全的一种形式。我国《民法通则》虽未规定债权人代位权制度,但目前《合同法》和民事程序法的司法解释对此已有相应的规定和体现,相关内容却显得各自为政,未能彼此兼顾,在适用和实际操作中存在诸多不足和困难,甚至互相矛盾。本文主要就协调实体法和程序法中关于债权人代位权的规定,更好地提供债权人代位权实现的法律保障这一问题,谈几点看法。

一、立法、司法现状与存在问题

债权人代位权,是指债权人享有的,在债务人怠于行使对第三人 的到期债权而危及债权人债权实现时,以自己的名义代位行使债务人的债权的权利。债权人代位权制度是债的保全制度的一项重要内容,它源于罗马法,罗马法上的废罢诉权实即近现代民法撤销权的源头。近现代民法上债的保全制度得到比较普遍的确认,并发展为债权人代位权与债权人撤销权两种制度。[1](P565) 债权人代位权的设立始于《法国民法典》(第1166条)、《西班牙民法典》(第1111条)及《意大利民法典》(第1234条)从之。《日本民法典》(第423条)以及我国台湾现行民法

* 收稿日期:2000-01-03

作者简介:丁丽瑛(1965-),女,福建厦门人,厦门大学法律系副教授。

指债务人的债务人。在相关论著中被称为“第三债务人”或“第三人”,在《合同法解释》中被称为“次债务人”。

(第 242 条)也明确将代位权规定为债权人的实体权利之一。[2](P178)

我国《民法通则》没有设立债权人代位权制度,但司法实践早已对该制度的建立提出要求,特别是“三角债”、“执行难”问题的普遍存在,促使最高人民法院首先以司法解释的方式采用了这一制度,作为民事执行的一种措施,以为应急之用。最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 300 条首先肯定了人民法院在执行中可以向第三人执行被执行人的到期债权。1998 年 7 月 8 日最高人民法院公布的《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》又就被执行人到期债权的执行工作的具体操作事宜专门作了规定。可见,我国是以执行程序的规定首先确认债权人代位权制度的。

1999 年 10 月 1 日《中华人民共和国合同法》(下文简称《合同法》)正式施行,该法第 73 条规定:“因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用,由债务人负担。”这是目前我国实体法中关于债权人代位权制度的唯一体现,但仅有简洁的原则性规定,且该规定仅适用于合同债权人,并以请求人民法院的救济为行使方式。1999 年 12 月 1 日最高人民法院审判委员会第 1090 次会议通过,并于 1999 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)》(下文简称《合同法解释》)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。这将是目前人民法院受理和处理债权人代位权诉讼时适用的最为主要的司法解释。

比较上述立法或司法解释的相关规定对债权人代位权制度的设置,笔者提出以下问题:

第一,执行程序中的“代位执行”缺乏相应的实体权利依据。对被执行人到期债权的执行虽是执行程序中的一种执行措施或手段,但申请执行人的这一权利的性质却是一种实体权利。该执行债权是被执行人享有的财产权益的一部分,是一种请求权,体现为请求他人为一定的给付,其实现必须以债务人完全实际履行为条件。执行阶段中,被执行人的到期债权具有不确定性,即是否存在及是否合法并受法律保护是不确定的,其实际价值多少、能否实现也不确定。因此,在执行程序中,被执行人的到期债权不能直接用于清偿其债务,申请执行人也不能代替被执行人直接取得对第三人的债权,对被执行人到期债权的执行必须以申请执行人(即债权人)实体上的代位权为依据。而在我国目前的民事立法中,除《合同法》为合同债权人行使代位权提供法律依据外,尚未能找到其他相应的实体法依据。根据传统民法的观点,债的发生根据除了合同外,还有无因管理、不当得利以及侵权行为。即除合同债权人外,作为申请执行人的债权人尚有其他不同性质的债权人,其债权依执行程序法可采用对被执行人到期债权的代位执行而获得实现,但依实体法,这种执行措施是没有依据的,因为非合同债权人没有该实体权利。此外,目前还有学者提出,侵权行为的本质属性是责任而不是债,在未来民法典体系安排上应当将侵权行为从债编独立出来。从理论上讲,责任不能再转为债,但这并不妨碍侵权行为人承担民事责任过程中,在与债的本质不相违背的情况下,适用债编通则的某些规定。[3]因此,要解决程序法脱离实体法而作超前规定的问题,必须期待于我国民法典的制定,统一在债编中规定债权人代位权制度。

第二,关于债权人代位权的行使条件,实体法与程序法的相关规定并不一致。(1)债权人启动代位权的前提条件不同。前者规定为“因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害

的”；后者规定为“被执行人不能清偿债务，但对本案以外的第三人享有到期债权的”。前者对债务人适用范围较广，按照《合同法解释》第13条的解释，指“债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者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”的一切情形，以突出保全债权之必要。后者的适用条件对债务人较为宽松，适用范围较窄，适用于债务人不能清偿债务时，它以被执行人（实体法意义上的债务人）现有的不含到期债权的财产不足以清偿债务为权利人启动代位权的前提，而不论债务人其他财产的变现情况。（2）债权人行使代位权的方式不同。前者规定为“债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使”；后者规定只需经申请执行人的申请，由法院向第三人发出履行到期债务的通知，若第三人在履行通知指定的期限内没有提出异议的，则权利人的代位权即可实现。后者显然是将债务人对第三人的债权及债权人的代位权的审查程序和实现程序合二为一了，不利于对第三人合法权益的保护，且未强调债权人行使权利的性质为代位行使。（3）第三人提出异议的内容和法律后果不同。在非执行程序中，债权人是以自己为原告，以第三人为被告，向人民法院提起诉讼来行使自己的代位权的，因此，第三人有异议的，应根据有关的实体法或民事诉讼法的规定进行答辩和抗辩，并承担相应的举证责任；而在执行程序中，第三人只需在履行通知规定的期限内提出异议，不论其异议理由是否成立和被支持，也不必提供相应的有效证据，即足以对抗申请执行人行使代位权，负责执行的人民法院不对执行异议进行实质性审查。有异议的债权不能作为执行的对象，只能通过诉讼确认，这使执行程序中的债权人代位权的行使实际上只流于形式，形同虚设，未能发挥应有的效用。

第三，债权人行使代位权的效力规定不清。关于债权人代位权的规定，无论是《合同法》或是民事诉讼法的司法解释，对债权人、债务人及第三人的权利义务关系问题关注不足，相应规定不甚明确，特别是实体法的规定过于简单、原则，缺乏可操作性，导致实际适用的困难，或授意法官主观断案。主要体现在：（1）仅规定债权人可以以自己的名义行使代位权，请求第三人履行对债务人的债务，但未规定债务人的配合义务。无论是通过诉讼或直接在执行程序中实现债权人的代位权，作为权利人的债权人均应就其主张承担举证责任。而债务人对第三人享有的债权是根据债务人与第三人的债的法律关系而发生的，债权人与第三人之间原本没有任何的法律关系，由其承担债务人对第三人的债权的举证并不容易，而债务人因追回的债权并不由其实际受益而消极对待，若不规定债务人的法定配合义务以及不履行该法定义务的法律后果，将不利于债权人代位权的实现。（2）对债权人行使代位权的约束不够。债权人虽是以自己的名义代位向第三人行使债权，但行使代位权后的结果却是由债务人承受，即名义上归债务人后再用于清偿债权人的债权，即与债务人的利益密切相关。但在《合同法》中只见有“代位权的行使范围以债权人的债权为限”，未再对债权人行使代位权时应尽的妥善义务作出规定，有偏袒债权人之嫌。（3）对债权人行使代位权的效力规定不够明确。《合同法》未涉及规定对债权

原合同法征求意见稿规定：“债权人以自己的名义通过诉讼代位行使债务人对第三人的债权”，即须按照民事诉讼程序，行使诉讼权利和履行诉讼义务，并以最终的法院判决为权利实现的救济途径。这与代位执行的有关规定相脱节，经修改后确定的这一条文兼顾了已有的代位执行司法解释，因而是正确的。

根据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第64条第1款的规定，第三人提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系的，不属于本规定所指的异议。

人能否直接受领行使代位权的结果。《合同法解释》第 20 条规定“债权人向次债务人提起代位权诉讼经人民法院受理后认定代位权成立的,由次债务人向债权人履行清偿义务”,第 16 条第 2 款又规定“两个或者两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的,人民法院可以合并审理”。但未更细地涉及当债务人对同一次债务人的债权不足以实现两个或两个以上的债权人的全部债权时,次债务人如何向两个或两个以上的债权人履行清偿义务的问题。《合同法解释》也未涉及债务人在债权人行使代位权时对所涉及的标的财产是否受处分限制、代位权是否可以辗转行使等问题的回答,而这些问题又多是在具体实务操作中会遇到的。

第四,缺乏债权人行使代位权的诉讼程序保障,债务人在债权人行使代位权的诉讼中的诉讼地位和诉讼权利不甚明确。《合同法》规定的代位权以债权人提起代位权诉讼为行使方式,而直接诉讼的程序规定未能全部适用于代位权诉讼。按照《合同法解释》的规定,债权人提起代位权诉讼,是以自己为原告,以次债务人为被告,债务人列为“第三人”(指民事诉讼当事人中的“第三人”,与前文中指债务人的债务人的“第三人”含义不同)。但是,在诉讼中债务人享有哪些诉讼权利?是否能够独立地行使自己的诉讼权利,或是完全由债权人所“代位”?债权人在诉讼中的实体处分权和诉讼处分权是否受阻?次债务人能否与债权人进行和解,能否对债权人提出反诉?等等,这些问题仍未能能在《合同法解释》中得到解答。

二、关于完善债权人代位权制度及其法律保障的思考

1. 最终须以统一民法典规定债权人代位权制度,在民法典制定以前,可以先考虑以司法解释规范和保障不同发生根据的债权人与合同之债的债权人一样享有代位权,以为代位执行提供实体法依据。

笔者认为,代位权不应仅是针对合同债权人而设置的制度,债权人代位权的主体应是一切债权的债权人。目前,在民事执行程序中的债权人代位权被认为可以适用于一切“被执行人不能清偿债务,但对本案以外的第三人享有到期债权”的情况,而不论申请执行人对被执行人原所享有的债权是因什么原因而发生的,即在程序法上,承认合同以外的债权人也同样享有代位权。债权人代位权本质上是民事实体权利,而不是程序法上的诉讼权利,因此,仍需以实体法建立债权人代位权制度为根本。在外国立法中,在民事立法上采用统一立法形式的国家,如法国、日本、意大利的民法典均将代位权的规定放入民法债编中。关于我国民法典的制定,目前已被提到了立法起草议事日程。毫无疑问,债权人的代位权应被纳入民法典中债权编的立法内容。但在民法典制定以前,是否只能根据《合同法》而仅保护合同债权人的代位权,或仅是在执行程序中保护申请执行人的代位权?笔者认为,在这阶段司法解释应能发挥应有的作用,最高人民法院可以以司法解释的方式结合合同法的施行,对债权人的代位权作扩大适用的解释,但这种解释应当是针对债权人的实体权利而不是诉讼或程序上的权利而作出的。

2. 协调实体法和执行程序中关于债权人行使代位权的规定,使之相辅相成,避免发生矛盾

《法国民法典》第 1166 条规定的债权人代位权制度置于第三编“契约或合意之债的一般规定”中的第三章“债的效果”的第六节“契约对第三人的效果”。《日本民法典》第 423 条规定的债权人代位权制度置于第三编“债权”中的第一章“总则”的第二节“债权之效力”。

和冲突。

债权人行使代位权主要是通过诉讼程序而为之,即以提起代位权诉讼,请求人民法院保护其债权为主要方式。代位权诉讼同样适用民事诉讼程序的规定,因此,债权人代位权问题必然涉及实体权利和诉讼权利的规定,程序法应对代位权诉讼涉及的程序问题作相应的规定。同时,执行程序中的代位执行应以实体法为基础和依据,实体法也应考虑债权人在民事诉讼程序中行使代位权的具体情形。执行程序中的“对被执行入到期债权的执行”是以实体法上规定的债权人的实体权利的行使为依据的,是债权人代位权在执行程序中的直接行使和体现。但执行程序有关的司法解释仅将这种代位权的行使表达为“依申请执行人或被执行人的申请”,由人民法院“向第三人发出履行到期债务的通知”,这是不够的。执行程序虽不是所有民事诉讼的必经程序,却也是许多民事权利最终实现的途径,是民事诉讼的选择性程序。当民商纠纷已进入执行程序时,债权人同样可以行使代位权,提出代位申请执行。其向第三人所行使的代位权虽未经诉讼确认,但也经第三人行使抗辩权,对于第三人没有异议的,可视为债权人行使代位权得到第三人的承认,并径直再进入执行程序;对于第三人有异议的,可视为因第三人行使抗辩权而使债权人行使代位权受阻,但没有必要在执行程序中中止执行而等待该有争议的债权的处理结果,否则就违背了采用“对被执行入到期债权的执行”为解决“执行难”的一项措施的初衷,因此,债权人应当另行提起诉讼。即应当认为,前者是在第三人没有争议的条件下,债权人行使代位权的一种简化程式。

此外,实体法中关于债权人代位权的行使条件应得到进一步的合理规范和界定。《合同法解释》对“债务人怠于行使其到期债权”泛泛解释为“不以诉讼方式或者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”,未明确是否以债务人的现有财产不足以清偿债务为认定条件,即在适用中仍存在“在债务人的现有财产足以清偿债务,但没有变现力即有价无市的情形下,是否可以适用代位权诉讼程序,由次债务人向债权人履行清偿义务”这样的疑问。笔者认为,应以“债务人不以诉讼方式或者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,致其可供履行的财产不足以清偿债务,损害债权人到期债权实现的”为债权人行使代位权的前提条件,因为若债务人所享有的除对第三人所享有的债权以外的可供履行的财产已足以清偿债务,则没有保全债权人债权的必要。

3. 债权人行使代位权的效力的规定,既要以法理为基础,又要体现债权人代位权制度设置的现实意义。

债权人行使代位权的意义在于保全债权,该意义应在法律中得到体现。《合同法》回避直接规定这一问题。按照民法理论解释,就法律关系分析,对第三人享有的债权是债务人的权利,债权人只是“代位”行使债权,因此所得虽最终用于清偿债权人的债权,但利益根本上是属于债务人的,即债权人对次债务人行使代位权的结果名义上归于债务人。债权人又如何用名义上归于债务人的财产保全自己的债权呢?对此,《合同法解释》规定代位权诉讼的既判力及

《法国民法典》规定的代位权,被认为仅于诉讼得以行使,故被称为代位诉权或间接诉权。《日本民法典》规定的代位权则未限于诉讼,债权人认为保全自己债权必要,就可以行使属于债务人的权利。我国台湾地区民法第242条规定的代位权与《日本民法典》立法例相同,我国《合同法》规定的代位权则采用《法国民法典》的立法例。

于债务人,“由次债务人向债权人履行清偿义务,债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭”,但法院判令次债务人直接向债权人履行清偿义务必须具备债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力的条件。在执行程序中则强调“第三人直接向申请执行人履行其对被执行人所负的债务,不得向被执行人清偿”。据此,我们可以推导出,债权人可以直接受领行使代位权结果。只是在代位权诉讼中,它是法院判决的内容,是执行的直接依据,性质上属于法院判决的对内效力(对本案诉讼当事人的拘束力);而在执行程序中,它是一种变通的执行措施,是法院判决的对外效力(对本案诉讼当事人以外的第三人的拘束力)。

《合同法》关于债权人代位权的规定立法意义之一是为已经出现的代位执行提供实体法依据,但又不受限于程序法及其司法解释中已有的规定。为了使执行程序中的代位执行规定与实体法相关规定协调一致,可以考虑将“第三人直接向申请执行人履行其对被执行人所负的债务,不得向被执行人清偿”,改为“第三人履行对被执行人所负的债务的财产直接用于清偿申请执行人的债权,第三人应直接向申请执行人履行”。

4. 明确债权人行使代位权时及其后相关当事人的权利义务关系,完善代位权制度的框架。

债权人行使代位权的效力及因此而产生的相关当事人的权利或义务应得到明确的规定。其内容框架应包括:(1)债权人行使代位权的范围以债权为限,在该行使范围内,第三人对债务人负有的债务经履行归于消灭;未涉及部分仍归债务人享有债权,不受影响。(2)债权人行使代位权时,债务人在该代位权行使范围内,不得行使处分权,不得为抛弃、免除、让与、延长履行期限等可能导致代位权行使失去效力的行为,否则,所为的行为无效。(3)债权人行使代位权应尽妥善义务,因债权人的过错造成债务人财产利益受损的,债权人应当承担赔偿责任。(4)债权人行使代位权时,第三人对债务人取得的抗辩权,如同时履行抗辩、权利不发生或消灭之抗辩等,应及于债权人。(5)债权人行使代位权不得及于第三人的债务人,即不应允许辗转行使代位权。(6)债权人行使代位权所支出的必要费用由债务人负担。因为债权人是“代位”行使权利,行使权利而取得的财产又归属债务人,所支出的必要费用理应由债务人负担。

5. 完善《民事诉讼法》,增加债权人行使代位权的程序保障,明确债务人的诉讼地位和诉讼权利、义务。

民事程序法是民事主体实现民事权利的诉讼程序保障。根据实体法的规定,债权人是以“向人民法院请求,以自己的名义代位行使债务人的债权”来行使代位权的,因此而提出的诉讼是一种“代位诉讼”。代位诉讼又称为间接诉讼,是直接诉讼的对称,但与直接诉讼一样均适用民事诉讼的普通程序,而不适用特别程序。债权人代位权诉讼的诉讼法律关系、诉讼结果的归属及诉讼标的等方面不同于直接诉讼,^[5]因而为切实保障债权人代位权的实现,有必要在民事程序法中为债权人提起代位权诉讼设置特别的保障性规定。债权人行使代位权的程序保障规定应当包括以下内容:(1)债务人的诉讼地位。《合同法解释》第16条已规定,债权人以自己为原告,以次债务人为被告提起代位权诉讼的,人民法院应将债务人列为第三人,通知其参

《合同法解释》第15条第2款规定:“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发生法律效力以前,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第136条第(五)项的规定中止代位权诉讼。”

可参见我国台湾地区“最高法院”1951年台上字第304号判例。[4](P139)我国《合同法解释》第18条已明确“在代位权诉讼中,次债务人对债务人的抗辩,可以向债权人主张。”

加诉讼。又按照该解释的第 18 条、第 21 条的规定,债务人参加代位权诉讼,对债权人(原告)提出的诉讼请求享有实体上的权利,因而可以认为该债务人在代位权诉讼中属于《民事诉讼法》第 56 条第 1 款规定的“有独立请求权的第三人”。(2) 债权人代位权诉讼的诉讼标的。债权人既是“向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权”,则因此而提起的诉是一个诉,其诉讼标的为债权人的代位权和债务人对次债务人的债权,债权人对债务人的债权并不属于诉讼标的。但受诉法院应就债权人对债务的债权是否合法、有效存在进行审查、判断,因为这涉及债权人作为原告是否具备起诉的条件即当事人是否合格的问题。因此,已经生效法律文书确认的债权人的债权无须再经受诉法院的实质审查,法院只须就债权人请求次债务人直接履行清偿义务进行裁决。若债权人的债权未经生效法律文书确认而处于不确定中,则应另行起诉。若因此涉及级别管辖或地域管辖问题的,应当按照民事诉讼法关于管辖的规定和《合同法解释》第 14、15、22 条的规定处理。(3) 具体解决相关三方当事人在债权人代位权诉讼中的诉讼权利与义务。包括:第一,《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定的举证责任分担原则即“谁主张,谁举证”仍应适用于代位权诉讼,但应当允许债权人以提供债务人债权的初步证明或相关复制件来完成举证责任。第二,对于诉讼中所达成的和解须经三方当事人一致同意方能有效。即债权人和债务人在代位权诉讼中的实体处分权和诉讼处分权应彼此受到制约。第三,债权人提起代位权诉讼时,被告就债权人的债务人提出反诉的,人民法院应当通知被告向有管辖权的法院另行起诉,反诉与代位权诉讼不宜合并审理。第四,债权人提起代位权诉讼后,债务人不得就同一债权范围再提起诉讼。至于债权人提起代位权诉讼后,债务人又就同一债务起诉次债务人的,人民法院可以受理,但受理债务人起诉的人民法院应当在代位权诉讼裁决发生法律效力后才审理债务人的诉讼请求。对于已经债权人行使代位权而责令次债务人向债权人履行清偿义务的债权部分,债务人不得再行使诉权,债务人的诉讼请求包括这一部分的,人民法院应予以驳回。债务人只能就超过债权人代位请求数额的债权部分请求人民法院保护。

参考文献:

- [1]李双元,温世扬.比较民法学[M].武汉:武汉大学出版社,1998.
- [2]王家福.中国民法学·民法债权[M].北京:法律出版社,1991.
- [3]魏振瀛.论债与责任的融合与分离[J].中国法学,1998,(1).
- [4]刘春堂.判解民法债篇通则[M].台北:三民书局,1991.
- [5]吴英姿.代位权确立了民法法怎么办[J].法学,1999,(4).
- [6]杨建华.问题研析——民事诉讼法(三)[M].台北:三民书局,1998.
- [7]陈荣宗.债权人代位诉讼与既判力范围[A].杨建华.民事诉讼法论文选辑(F)[C].台北:五南图书出版公司,1984.

[责任编辑:冈 阳]

1998年6月19日最高人民法院审判委员会第995次会议通过的《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第30条规定:“有证据证明持有证据的一方当事人无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。”

台湾地区“最高法院”1978年第11次民事庭庭推总会议决议认为,债权人代位起诉后债务人又就同一债提起诉讼的,两诉讼互不影响,可以并存,且分别为不同判决,得由债权人选择为执行。但这一结论欠公平合理,且可能在实施中产生两裁判矛盾之情形,故遭台湾不少学者批驳。[6](P278-283)[7](P703-728)