

代位权行使效力的研究

赵江勇

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘要: 关于代位权行使的效力, 有入库规则说、平等受偿说、优先受偿说等几种观点。从立法目的、法律功能、法律成本和效率、其他债权人利益的保护、中国司法解释的性质和来源来说, 中国应选择优先受偿说的观点, 赋予代位债权人优先受偿权, 建立代位权上优先受偿权的现代理念。

关键词: 代位权; 入库规则; 债权人平等受偿; 优先受偿

中图分类号: D923.6

文献标识码: A

文章编号: 1008-2204(2003)01-0019-04

根据中国《合同法》第73条的规定, 代位权是指债权人为了保全其债权, 而于债务人怠于行使其到期债权, 对债权人造成损害时, 得以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人权利的权利。罗马法只规定了废罢诉权, 相当于现在的债权人的撤销权, 而罗马法却没有规定债权人的代位权。代位权最早见于《法国民法典》第116条的规定, 另外, 《日本民法典》第423条、《西班牙民法》第111条、《意大利民法》第1234条也对代位权制度作出了规定。中国《民法通则》没有规定债的保全制度, 也就没有规定代位权制度, 只在有关的司法解释中有类似的规定。统一《合同法》规定代位权制度, 在理论上具有重大意义, 在中国民法中正式建立了债的保全制度, 填补了债权立法的缺陷; 另一方面, 也有重大的现实意义, 代位权制度增加了债权人的担保财产, 有利于保障债权人债权的实现和解决现实生活中大量存在的三角债问题。

但是《合同法》规定的代位权制度也有不完善之处, 其中一个重大的不足就是没有对代位权行使的效力, 即债权人行使代位权取得的财产的分配作出明确、具体的规定。这就使得在司法实践和审判工作中, 如何分配因行使代位权所取得的财产处于无法可依的状态, 这也使得代位权制度的适用缺乏可操作性。

一、理论上关于代位权行使效力的诸观点

关于代位权行使的效力, 在理论上有如下几

种观点: (1) 入库规则说。这种观点认为代位权制度属于债的保全, 该制度是为了增加债务人的责任财产, 为全体债权人的债权提供担保, 为债务人履行全体债权人的债务提供更为可靠的保障。根据债的相对性理论, 合同的当事人仍是债务人与次债务人, 债权人的代位权只是代位向次债权人行使权利而已, 代位行使所取得的财产仍归属于债务人。债权人代位取得的财产由债务人受领之后, 再按债务清偿规则清偿债权人的债权, 这就是传统民法理论上的入库规则理论。这一观点符合传统债权相对性、平等性理论, 能保证各债权人得到公平合理的受偿, 并有效避免当事人恶意串通损害其他债权人的利益。但同时也会产生其他债权人“搭便车”、“坐享其成”的现象。(2) 平等受偿说。这种观点认为在债权人行使代位权时, 债务人的所有债权人都应当向受诉法院申报各自的债权, 以便各个债权人就债务人的财产平等受偿。由于债务人尚未进入破产程序, 也未进入强制执行程序, 所以没有必要要求所有的债权人到受诉法院申报债权。法院如要求债务人的其他债权人都申报债权, 将使债务人在不具备破产条件的情况下, 事实上进入破产程序, 这无疑将极大损害债务人的利益。(3) 优先受偿说。这种观点认为, 债权人行使代位权取得的财产应由代位债权人在其债权范围内就其债权优先受偿。这样可以避免其他债权人“搭便车”的现象, 也可以激励债权人积极行使代位权, 更好地发挥代位权制度的作用。

被誉为近代民法典模式的《法国民法典》在确立了代位权制度的同时, 采用了入库规则说的观点, 否认行使代位权的债权人的优先受偿, 代位债

权人与其他债权人仍处于平等地位,不得优先受偿。日本民法典和中国台湾地区的民法典也是采用这一观点。《德国民法典》尽管没有规定代位权制度,但在其公布的《民事诉讼法典》的强制执行程序中,赋予债权人对次债权人的财产有直接的优先受偿权。中国传统理论上继受了法国、日本民法典关于代位权行使效力的观点,绝大多数学者持入库规则说的观点。但是,也有少数学者持优先受偿说的观点。

在《合同法》的立法过程中,对行使代位权取得的财产的分配存在着许多争议。《试拟稿》第72条第3款规定:“代位权行使的效果归于债务人。”《征求意见稿》第50条第2款也规定:“行使代位权取得的财产,归债务人后再清偿债权。”但在全国人大常委会法制工作委员会将《征求意见稿》印发到有关单位征求意见时,有些地方和部门认为:“行使代位权取得的财产,归债务人后再清偿债权”的规定不切实际,建议修改为“扣除债权人的份额后再归债务人”。^[1]由于意见分歧,合同法最终公布时,删去了对入库规则的适用,没有对代位权行使的效力和代位权取得财产的分配作出规定。从《合同法》第73条既看不出对入库规则的适用,也没有采用更新的制度。立法者在立法上没有对代位权的行使所取得的财产的分配作出明确、具体的规定,而是留待司法工作者在实际工作中总结经验之后,在司法解释中作出规定。

二、实践中代位权实现后财产的分配

在《合同法》对代位权制度作出规定之前,为了解决实际生活中出现的债务人怠于行使权利有害于债权人债权实现的情况,《中华人民共和国企业破产法(试行)》第35条规定:人民法院受理破产案件前6个月至破产宣告之日的期间内,破产企业的下列行为无效:一是隐匿、私分或者无偿转让财产;二是非正常压价出售财产;三是对原来没有财产担保的债务提供财产担保;四是对未到期的债务提前清偿;五是放弃自己的债权;破产企业有前款所列行为的,清算组有权向人民法院申请返回财产,返回的财产,并入破产企业。这一条的规定在一定程度上体现了债的保全的痕迹,而关于第五项的规定类似代位权制度,这一规定将放

弃自己的债权的行为宣告为无效。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条规定:“被执行人不能清偿债务,但对第三人享有到期债权者,人民法院可依申请执行人的申请,通知该第三人向申请执行人履行债务,该第三人对债务没有异议,但在通知指定的期限内不履行的,人民法院可以强制执行。”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)》又就被执行入到期债权的执行工作作了专门具体的规定。可见,中国首先是由最高人民法院在司法解释中确认代位权制度,从而使行使代位权的债权人对所取得的财产享有优先受偿权。但这种优先受偿权仅适用于民事执行程序,并没有将其扩大适用于民事实体法。

1999年12月1日由最高人民法院审判委员会通过、并于1999年12月29日施行的《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)》第20条对行使代位权取得的财产的分配作出了具体规定:即债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审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,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。最高人民法院这一司法解释实际上采纳了优先受偿说的观点,突破了传统债权相对性和债权平等性的理论,使行使代位权的债权人的债权实际上具有了优先受偿的排他性质。一些学者对最高人民法院的这一司法解释提出质疑。有学者指出,如果允许行使代位权的债权人优先受偿,则将使债权在性质上转化为物权,这样既不符合债权的性质,也会损害其他未行使代位权的债权人的利益。^[2]也有学者指出,这一规定,不仅会损害其他债权人权利,还会损害债权平等原则。^[3]笔者认为,最高人民法院作出的这一司法解释不同于传统,联系中国实际,大胆创新,突破了传统债法的理念,对于解决中国现实生活中大量存在的“三角债”、“讨债难”问题具有重大的现实意义。

三、赋予代位债权人优先受偿权的理由

笔者认为,中国司法解释赋予代位债权人优

先受偿权主要是基于以下理由:

1. 从立法目的来看,立法中设立代位权的一个重要目的就是要解决现实生活中大量存在的“三角债”问题。^[4]要达到这一目的,需要债权人在符合法定条件的情况下积极行使代位权。在行使代位权之前,债权人首先要进行一番利弊得失的分析和思考。只有在利大于弊、得大于失的情况下,他才会积极行使代位权。债权人在行使代位权之前,主要会考虑到以下几个方面的因素:一是债务人是否有到期债权。为了了解此情况,债权人需对债务人的经营状况、业务往来进行一番仔细的调查,而在很多情况下进行这项工作是很困难的,因为债务人是否有债权、债权是否到期以及如果已经到期,则债权额是多少在很多情况下是债务人的商业秘密,不会轻易让人得知。二是债务人是否有放弃到期债权的行为以及存在放弃到期债权的情况下,是否对债权人的债权造成损害。在不能确定是否能赢得诉讼的情况下,代位债权人预付诉讼费,进行前期调查工作和法庭上的起诉、应诉等活动,花费了大量的人力、物力、财力。即使债权人赢得了诉讼,而依入库规则和债权人平等受偿理论,还要与其他债权人平等受偿,对于行使代位权的债权人来说,这无疑是不公平的,会打消债权人行使代位权的积极性。对于其他债权人来说,容易使其“搭便车”,产生坐享其成的心理。对于债务人来说,也不能对其产生压力,在对次债务人享有到期债权的情况下,会更加消极地要求次债务人履行债务。所有这一切,都很难实现代位权的立法目的。在这种情况下,入库规则和债权人平等受偿理论的合理性无疑会受到怀疑。而优先受偿的观点在此时则可以弥补入库规则、债权人平等受偿理论的上述缺点和不足。

2. 从法律公平激励和预测功能来说,也应赋予代位债权人优先受偿权。现代行为科学的公平激励理论为法律功能的研究开辟了一个新方法。该理论认为:公平是平衡稳定状态,个体对所得报酬是否满意,不是看绝对值而是看相对值,每一个体把自己的报酬与贡献的比率同他人的比率作比较,比率相等则认为公平而努力工作。^{[5] (P237)}如果继续沿用入库规则和平等受偿理论,代位债权人对所得报酬按贡献比较起来,肯定会感到不满意,心里肯定会失衡。入库规则和平等受偿理论缺乏竞争机制,债权人只会消极行使权利,不会努力工作,更加不利于中国三角债的解决,最终只会导致

谁也不去行使代位权,使代位权制度失去应有的功能和意义。在具体的立法执法过程中,如果不能处理好上述比率,就无法形成公平关系,也就难以将法律的公平原则落到实处,当然难以发挥法律对个体行为的激励功能。^{[5] (P237)}赋予代位债权人优先受偿权,将在债权人之间建立竞争机制,激励债权人积极行使权利,这样可以及时理顺债权人、债务人、次债务人之间的三角债关系,促进经济的健康发展。从法律的预测功能来说,由于法官的法律裁定都将成为先例,法官就必须考虑到不同的裁定对从事活动的人们的未来行为可能产生的影响。^{[6] (P28)}如果继续沿用入库规则和债权人平等受偿理论,不仅在逻辑上与《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条相矛盾,更重要的是不能很好地激励债权人行使代位权,很难实现立法者设立代位权制度的社会预期效果。此时,债权人为维护其利益,只会更多地援引《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条规定寻求保护,这样《合同法》第73条的规定就可能会成为一纸空文,沦为立法者追求法律体系完善的道具。而赋予行使代位权的债权人以优先受偿权,则不仅更加符合代位权制度的设计初衷和社会预期效果,同时也会在立法原则与精神上与《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条保持连贯,前后一致。

3. 从法律成本和效率上来说,随着现代经济分析法学兴起,人们开始逐渐关注法律的成本和程序经济问题,简而言之,就是诉讼主体以最低诉讼成本取得最大法律效益,实现诉讼目的。程序经济包括两个方面:一是司法资源耗费最小化,达到最低诉讼成本;二是加速诉讼进程,缓和诉讼拖延。^{[7] (P227)}法律的效率研究申明以法律行为的社会成本最小化为其目的。^{[6] (P26)}在代位权诉讼中,债权人如果想实现自己的债权,需进行两个诉讼,即债权人行使代位权对次债务人的诉讼和债权人行使请求权对债务人的诉讼。在第二个诉讼中,债权人是否对债务人拥有真实、到期的债权,是第一个诉讼中法院审查代位权是否成立的先决条件。法院在对第一个诉讼进行审查时,如认为第一个诉讼成立,则此时第二个诉讼也应成立。因而在第一个诉讼之后,对第二个诉讼进行的审查便没有多大实质意义,如果此时继续对第二个诉讼进行审查,会使得诉讼成本相对较高,徒增诉

讼之劳苦,浪费法律资源。程序复杂是程序不经济的最主要的原因,故促进程序经济的努力在于简化程序。^{[7] (P290)} 坚持谁主张谁受益的原则有利于促进债权人积极维护自己的债权,并简化债权保护程序,提高债权保护效率。^[8] 在债权人优先受偿的情况下,可将两个诉讼合并审理,这样可以减少诉讼环节,节省诉讼成本,节约法律资源,体现“诉讼经济”的原则,也有利于中国及时解决“三角债”、“讨债难”的问题。

4. 赋予债权人优先受偿权不会损害其他债权人的利益。如果其他债权人的债权没有到期,代位债权人的债权先于其他债权人的债权到期,此时其他债权人的债权谈不上清偿,代位债权人在行使了代位权的情况下先行受偿,不会损害其他债权人的利益。如果其他债权人的债权一起到期,则共同向次债权人行使代位权,然后依债务清偿规则清偿债权,此时也不会损害其他债权人的利益。在同时到期的情况下,如果代位债权人行使代位权,其他债权人不行使代位权,此时代位债权人先行受偿,不仅不会损害其他债权人的利益,反而正好符合法律公平的价值观念,如果行使代位权的人不能优先受偿,仍然依入库规则要求其他债权人与代位债权人平等受偿,此时不仅违背了法律的“不告不理”的原则,而且违背了法律公平正义的精神,让不行使权利的人能坐享其成。在权利保护问题上,应该受到保护的向来是积极行使权利、主张权利的人,而不是消极等待的懒惰者,代位债权人最先“火中取栗”,纵没有与他人分享,亦不悖于公道。^[9]

5. 关于债权人利益的保护,法律上规定了三种救济措施:一是债的担保制度。在债务人履行债务之前由债务人向债权人设定担保,当债务人不履行债务时,债权人就可以利用担保优先受偿。其形式主要是保证、定金、抵押、质押、留置等。法律赋予债权人以优先受偿权,使之具有物权的性质。二是民事责任制度。在履行期届满,债务人不履行债务时,债权人就可以要求债务人承担民事责任,请求赔偿。此时债权人之间是平等受偿,法律使之具有债权的性质。三是债的保全制度。债的担保制度着眼于债的发生之初,履行之前;债的民事责任制度着眼于债务不履行之后,债的保全制度运用于债务人履行债务的过程中,出现法律规定的情形时,债权人享有代位权和撤销权。债的保全是民事责任制度的继续和补充,其作用

在于保全作为民事责任基础的财产。民事责任制度、债的保全制度和债的担保制度构成完整的债权保障体系。^[10] 笔者认为,代位权属于债的保全制度,处于债权和物权之间,具有从债权到物权的过渡性。尽管传统的债法理论认为代位权是债权,但其也具有了物权的一些效力,其中一个重要的方面就是代位债权人的优先受偿权。惟有如此,才能构成一个完整的债权保障体系。

6. 从中国司法解释的性质和来源来看,应该说,对于法律是否需要解释感受最迫切,或对如何理解法律最具有切身体会是案件的当事人和审理案件的法官,他们对法律需要解释的“发现”可能最具有实际意义,他们对法律的理解和感受也许最能揭示出法律缺陷之所在。而反映和弥补这种缺陷的方式就是司法解释。中国的司法解释往往是以调查研究为基础,以审判经验为指导,既有实践依据,又有案例支持;既来源于审判实际,又来源于生活需要。诚如美国大法官霍姆斯所言,生活并非因为逻辑,逻辑却是因为生活。最高人民法院也采纳了优先受偿说这一理论,无疑反映了审判工作中社会实际和法律运作的要求、当事人和法官的要求。

鉴于中国立法粗而不细的现象和立法技术落后的原因,最高人民法院的司法解释实质上具备了补充立法的功能,形成立法与司法解释共同运作的特点。司法解释是解脱法律困境的钥匙,是通向法律发展的阶梯。^[11] 中国正在制定符合中国国情的《民法典》,制定中的《民法典》应该反映更多优秀的研究成果和实际生活的需要。法律原本是社会结构的一部分,每一项法律制度都应积极发现和承认合理的社会存在,而不是人为地设线控制之。^[12] 因而笔者建议立法者在起草中国民法典时,应联系中国的实际,考虑优先受偿说的合理性,将其在民法典中加以反映和体现。

注释:

中国绝大多数学者在著作中都持这种观点,主要有:魏振瀛主编的《民法》北京大学出版社 高等教育出版社,2000 年第 1 版;彭万林主编的《民法学》,中国政法大学出版社,1994 年第 1 版;王利明主编的《民法》,中国人民大学出版社,2000 年第 1 版;张俊浩主编的《民法学原理》,中国政法大学出版社,2000 年版。

中国也有极少数学者持优先受偿说的观点,主要有:谢怀拭,曹三民,王家福等的《合同法原理》,法律出版社,2000 年第 1 版。

子, 不胜枚举。这说明在当代虽然存在立法机关权力相对弱化的大势, 但在一些具体问题上其作用仍不能轻估。

注释:

转引自李林. 立法机关比较研究. 北京: 人民日报出版社, 1991. 241 .
转引自李林. 立法机关比较研究. 北京: 人民日报出版社, 1991. 243 .

参考文献:

[1] 李林. 立法机关比较研究[M] . 北京: 人民日报出版社, 1991 .
[2] 谭君久. 各国政治制度——美国[M] . 兰州: 兰州大学出版社, 1998 .237 ~238 .

[3] Samuel P Hurlington .Congressional Responses to the Twentieth Century[A] . The Congress and America 's Future [C] . Englewood Cliffs , NJ : Prentice Hall , 1965 .23-24 .
[4] 詹宁斯. 英国议会[M] . 蓬勃译. 北京: 商务印书馆, 1959 .438 .
[5] 许崇德. 中国宪法学[M] . 北京: 中国人民大学出版社, 1995 .79 .
[6] 张贤明. 论政治责任——民主理论的一个视角[M] . 长春: 吉林大学出版社, 2000 .143-144 .
[7] 劳伦斯·迈耶, 约翰·伯纳特, 苏珊·奥格登, 等. 比较政治科学[M] . 罗飞等译. 北京: 华夏出版社, 2001 .225 .
[8] 迈克尔·罗斯金, 罗伯特·科德, 詹姆斯·梅代罗斯, 等. 政治科学[M] . 林震等译. 北京: 华夏出版社, 2001 .306 .
[9] 莱斯利·里普森. 政治学的重大问题[M] . 刘晓译. 北京: 华夏出版社, 2001 .233 .
[10] 曹沛霖, 许宗士. 比较政府体制[M] . 上海: 复旦大学出版社, 1993 .113-114 .

Rubber-stamp Trend of Present Western Legislatures

XIE Bao-fu

(School of Public Administration , Beijing University of Aeronautics and Astronautics , Beijing 100083 , China)

Abstract : The rubber-stamp trend is one of the major trends of the present political system development . The paper analyzed the manifestations of the trend and reviewed some of its causes and relativity as well .
Key words : legislature ; rubber stamp ; trend ; manifestation ; cause ; relativity

(上接第22 页)

参考文献:

[1] 全国人大法制工作委员会民法室. 《中华人民共和国合同法》立法资料选[Q] . 北京: 法律出版社, 1999 . 84 .
[2] 王利明, 崔建远. 合同法新论·总则[M] . 北京: 中国政法大学出版社, 2000 . 385 .
[3] 张俊浩. 民法学原理[M] . 北京: 中国政法大学出版社, 2000 . 691 .
[4] 梁慧星. 合同法的成功与不足[J] . 中外法学, 1999 ,(6) :25 .
[5] 赵震江. 法律社会学[M] . 北京: 北京大学出版社, 1998 .
[6] 理查德·A·波斯纳. 法律的经济分析[M] . 北京: 中国大百科全书出版社, 1997 .
[7] 徐昕. 程序经济的实证与比较分析[A] . 米健比较法学文萃

[Q] . 北京: 法律出版社, 2002 .
[8] 谢怀栻, 曹三民, 王家福, 等. 合同法原理[M] . 北京: 法律出版社, 2000 .176 .
[9] 崔建远, 韩世远. 合同法中的债权人代位权制度[J] . 中国法学, 1999 ,(3) :36 .
[10] 杨立新. 关于合同法中的债的保全问题[J] . 法学前沿, 1998 ,(2) :18 .
[11] 董白皋. 司法解释论[M] . 北京: 中国政法大学出版社, 1999 . 74 .
[12] 江平, 龙卫球. 合伙的多种形式和合伙立法[J] . 中国法学, 1996 ,(3) :51 .

Effect of Exercision of Right of Subrogation

ZHAO Ji ang-yong

(School of Law , Renmin University of China , Beijing 100872 , China)

Abstract : There are many opinions about the effect of exercision of right of subrogation , such as stock regulation , equal treatnert and preferential payment . Consider from legislative interest and purpose , society effect of law , legal cost and efficiert , benefit of other creditors , character and origin of judicial interpretation , we should choose the opinion of preferential payment , vest substituted creditor priority of compension and creat modern system of priority of compension in right of subrogation .
Key words : right of subrogation ; stock regulation ; equal treatnert ; preferential payment