

代位权 法律制度研究

吴祖祥 李琴 著



吉林大学出版社

代位权 法律制度研究

陈德明 等著



中国政法大学出版社

代位权法律制度研究

吴祖祥 李 琴 著

吉林大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

代位权法律制度研究/吴祖祥,李琴著. —长春:吉林大学出版社,2007.9

ISBN 978-7-5601-3685-1

I. 代… II. ①吴…②李… III. 债权法—研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 141089 号

书 名:代位权法律制度研究

编著者:吴祖祥 李琴 著

责任编辑、责任校对:张显吉

吉林大学出版社出版、发行

开本:880×1230 毫米 1/32

印张:11.5 字数:290 千字

ISBN 978-7-5601-3685-1

封面设计:水木时代(北京)图书中心

北京广达印刷有限公司印刷

2007 年 9 月第 1 版

2007 年 9 月第 1 次印刷

定价:25.00 元

版权所有 翻印必究

社址:长春市明德路 421 号 邮编:130021

发行部电话:0431-88499826

网址: <http://jlup.jlu.edu.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

作者简介

吴祖祥,男,汉族,1968年5月出生,河南省信阳人,法学硕士,现为河南省政法管理干部学院讲师,主要从事民法学和商法学的教学和研究工作,主讲民法学、物权法、合同法和保险法等法学专业课程。发表的论文代表作有:《关于代位权客体问题的探讨》、《对不当得利制度中两个问题的认识》、《精神损害赔偿主体制度的重构》、《脱离人体的器官、组织法律问题研究》。

李琴,女,汉族,1967年2月出生,河南省郑州人,法学硕士,华东科技大学经济学在读博士,现为河南工业大学法学院副教授,主要从事经济法学和商法学的教学和科研工作,主讲经济法、金融法、房地产法等法学专业课程。在国家专业核心期刊上发表《论破产重组制度的若干问题》、《建立企业规范化运作机制的法律对策》、《企业兼并法律问题探讨》、《金融业混业经营的法律思考》等学术论文20多篇。先后主持河南省软科学项目《农村土地产权改革方向和政策研究》、省教育厅项目《国有企业民营化法律问题研究》等六个项目,并有一项目获河南省实用社会科学二等奖。主编《经济法》、《破产法学》等教材。现为河南力天律师事务所律师、合伙人,河南省法学会律师学分会理事,郑州仲裁委员会仲裁员。

序

“代位”一词源于拉丁语“subrogate”，其原意为“使一人处于另一人的位置上”。代位权是一个广义的概念，包括债权人代位权，以及在债权人代位权基础上产生的税收代位权和保险代位求偿权等。代位权制度源于罗马法与日耳曼法，首先在法国民法典中确立。受其影响，日本、意大利、我国台湾地区 and 我国大陆相继在其民法典或合同法中规定了债权人代位权制度，许多国家在其商法典和税法中规定了保险代位求偿权和税收代位权制度。

代位权制度自产生之初即冲破债的相对性，采用“入库规则”理论，着眼于保全债务人的责任财产，以维护交易安全。特别是我国合同法及司法解释以优先受偿规则为理论基础，在保全功能的基础上，增添了实现债权的功能。可见，对代位权进行理论研究将有助于发掘代位权制度的潜力，提升对代位权制度理论的认识，建构代位权的具体制度，以适应现代民商法等的发展。

尽管我国合同法及司法解释中规定了代位权制度，但学者间素有不同观点，这与理论界关于代位权的研究不多，对其性质、价值取向和作用认识不一，不无关系。理论上的不充分，导致在司法实践中难以操作。值我国民法典制定之际，就代位权制度进行较为深刻的理论研究，以增强对代位权的认识，明确代位权制度与相关制度的关系，从而确定我国应如何设计代位权制度。这对于制定一部符合时代特征、适应我国社会经济生活发展需要的民法典，意义重大。

随着我国市场经济秩序的建立，利益多元化以及由此引发的权利冲突正在加剧，代位权制度的功能也日益突现。因此，我们以何种制度来实现相应的功能，这也要求对代位权制度作以深入的

探究。

基于研究代位权制度在现实和理论上都有重要意义,本书采用历史方法、比较方法和综合分析等方法阐明代位权的一般原理和价值功能,并就未来民法典关于代位权制度的具体设计提出了立法建议。

本书的写作,参考了国内外的有关论著和研究成果,得到了许多同仁的大力支持和帮助,特别是得到了河南省政法管理干部学院刘信业教授的鼓励和支持,还有出版社的同志为本书的出版付出了辛勤的劳动,值此,我们一并表示衷心感谢。由于有关代位权研究的资料较少,加之我们的学识水平有限,本书存在一些不足在所难免,诚求专家指正,我们深表谢意,也希望本书能起到“抛砖引玉”之功效。

本书写作分工如下:李棼撰写第一、二、三、五、六、七章,吴祖祥撰写第四、八、九章。

作 者

2007 年 4 月

目 录

第一章 概 述	(1)
第一节 债权人代位权制度的价值取向、功能 与作用.....	(1)
第二节 债权人代位权的基本含义和特征	(15)
第三节 债权人代位权与债的相对性	(19)
第四节 债权人代位权与相关概念的比较	(27)
第二章 债权人代位权的历史沿革及性质	(41)
第一节 债权人代位权的历史沿革	(41)
第二节 债权人代位权的性质	(50)
第三章 债权人代位权法律关系的特点	(60)
第一节 主体方面	(60)
第二节 客体方面	(61)
第三节 内容方面	(74)
第四章 债权人代位权的行使要件及范围	(77)
第一节 债权人代位权的行使要件	(77)
第二节 债权人代位权的行使范围.....	(105)
第五章 债权人代位权的行使	(112)
第一节 传统代位权和我国合同法代位权的行使 方式.....	(112)
第二节 代位权诉讼.....	(113)
第六章 债权人代位权的法律效力	(156)
第一节 传统代位权行使的效果——共同担保的 保全.....	(156)

第二节	我国合同法代位权行使的效果——自己 债权的保全·····	(158)
第三节	入库规则与优先受偿规则·····	(161)
第四节	债权人代位权法律效力的具体内容·····	(178)
第七章	税收代位权——债权人代位权的发展	
与变迁(一)·····		(201)
第一节	税收代位权概述·····	(201)
第二节	税收代位权的行使要件及客体范围·····	(212)
第三节	税收代位权的行使方式、范围及举证·····	(219)
第四节	税收代位权的行使效力·····	(224)
第五节	税收代位权的冲突问题·····	(226)
第八章	保险代位求偿权——债权人代位权的发展	
与变迁(二)·····		(233)
第一节	保险代位求偿权基础理论·····	(233)
第二节	保险代位求偿权的行使·····	(251)
第三节	保险代位求偿权行使的效力·····	(275)
第四节	被保险人放弃对第三人的赔偿权的限制·····	(287)
第五节	重复保险人、再保险人的保险代位求偿权·····	(294)
第六节	保险代位求偿权的时效·····	(299)
第九章	我国债权人代位权立法的完善 ·····	(304)
第一节	我国民法债权人代位权制度的规范体系·····	(304)
第二节	我国合同法代位权制度的优缺点·····	(307)
第三节	我国合同法代位权制度基本理论的检讨 和完善·····	(313)
第四节	我国合同法代位权制度立法实践的完善·····	(316)
第五节	未来民法典关于债权人代位权制度的立法 设想·····	(327)
参考文献 ·····		(348)

第一章 概 述

第一节 债权人代位权制度的价值取向、功能与作用

任何法律制度必然反映特定的社会需求,而对这种社会需求的回应即是制度价值之所在。债权人代位权是指债务人怠于行使其到期债权,债权人因此遭受损害而以自己的名义代位行使债务人债权。其本质在于保证债务人的责任财产不被不当减少,以保全债权人的债权和实现债权。

一、债权人代位权制度的价值取向

(一)债权人代位权制度的价值取向的内容

1. 突破了债的相对性原则,保证商品交易秩序的安全与稳定

突破了债的相对性原则,保证商品交易秩序的安全与稳定,这是债权人代位权制度价值取向的第一层含义。

债的效力是指“为实现债的目的,法律赋予债的当事人及有关第三人某种行为之力或者拘束力以及在债务不履行时的强制执行力”^①。债的相对性原则决定了债之效力当然及于债关系的当事人即债权人与债务人,立法及学说上尚无争议,债的这种效力称之为债的对内效力。债的对外效力是指债对于债权债务关系以外第三人之效力。在民法学上,债的对外效力包括债权人代位权与债

^① 李双元、温世扬:《比较民法学》,武汉大学出版社1998年版,第186页。

权人撤销权。二者统称为债之保全。

按照合同的相对性原则,合同效力仅及于合同关系当事人,债权人只能向债务人请求给付,债务人也仅对债权人负有给付义务,而债权人代位权的行使须向债务人以外的第三人主张或请求,其效力及于合同关系之外的第三人,此为债权的对外效力。^① 债权人代位权制度扩大了债权的效力范围,是对传统的合同相对性原则的突破。无论是在其他国家和地区资本主义商品经济高度发达的环境中,还是在我国社会主义市场经济建立健全的特殊背景下,债权人代位权制度都是从诚实信用原则出发,突破了债的相对性原则,来保证商品交易秩序的安全与稳定。

而诚实信用原则作为民法的一项基本原则,则是适应现代社会中交易各方利益多元化及连带性日趋增强的情况,并针对现代社会商品交换的内容日益复杂、环节增多的趋势而产生的。其要求每一民事主体在民事活动中应当尊重他人利益,以诚待人,恪守信用,积极主动地履行义务,不刻意利用他人的某些缺陷或者法律及合同的漏洞规避债务,逃避履行。^② 诚实信用原则体现了法律根据社会利益变化而对债的相对性原则的修正,目的是以社会根本利益为统一标准,对现有法律之间、法律与法理之间的相互冲突,以及法律未作规定的领域加以统一协调,以平衡各方的利益,从而稳定商品流通秩序。正是基于诚实信用原则出发,许多国家在民法上确立了债权人代位权制度,以此来平衡当事人双方的利益,从而达到保证交易的安全和稳定的目的。

2. “最大限度保护债权人利益”或“平衡当事人双方的利益”

“最大限度保护债权人利益”或“平衡当事人双方的利益”,这是债权人代位权制度价值取向的第二层含义。

① 申卫星:“合同保全制度三论”,《中国法学》2000年第2期。

② 佟强:“代位权制度研究”,《中外法学》2002年第2期。

一种观点认为,债权人代位权制度是针对债务人怠于行使对次债务人的债权,次债务人又不履行债务时如何保护债权人而设立的,因而其根本目的是为了保护债权人。^①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。^②此种观点从民事法律关系的一般原理出发,把最大限度保护债权人利益作为债权人代位权制度的价值取向。

另一种观点则认为,债权人代位权制度有其自身的特殊性,该制度并非是对债权人进行一般的保护,而是属于超越了一般权利范围的特殊保护。因为根据民事主体平等原则和债的相对性原则,债权人不应受到此种特殊的保护。根据大陆法系的立法逻辑,债法应受相对性原则的制约,由此决定债的效力仅在特定的当事人中产生,即只有特定的债权人才享有请求权和受领权。但债法为了维护交易安全的需要,对债的相对性原则作了相应的修正,设立了债权人代位权制度,这就使债权具有对外效力,在一定条件下涉及债的关系以外的第三人的利益。这种对债权人利益的特殊保护表面看起来是在最大限度地保护债权人的利益,但实际上法律在此保护的重点并非完全是从债权人的角度出发,而是通过对各方当事人利益的重新定位以达到平衡各方当事人利益,保护交易安全的目的。^③

笔者认为,任何法律制度并非只强调对其中一方当事人利益的保护而忽视保护另一方当事人的利益。债权人代位权制度解决的是由于债务人怠于行使其到期债权,对债权人的债权造成损害,从而导致对债权人不公平、双方利益失衡的情况。因此,债权人代位权制度的价值取向并非“最大限度保护债权人”,而是“平衡当事

① 曹守晔:“代位权的解释与适用”,《法律适用》2000年第3期。

② 李翠颖、许立颖:“债权人代位权制度研究”,《厦门大学法律评论》第2期,厦门大学出版社2001年版。

③ 佟强:“代位权制度研究”,《中外法学》2002年第2期。

人双方的利益”，对由于债务人的原因造成的当事人双方利益失衡的情况进行调整，使其重新达到平衡。而所谓“平衡当事人双方的利益”，是对双方的利益都要进行保护，而不是最大限度地保护其中的任何一方，与“最大限度保护债权人”有很大的区别。如果以“最大限度保护债权人”作为债权人代位权制度的价值取向，就会过分强调对债权人利益的保护，从而会损害债务人的利益，重新造成当事人双方利益的失衡，又产生了新的不公平现象。解决此问题，就需要在债权人代位权行使的条件等问题上作出限制性规定，以合理限制代位权的行使。

3. “实现债权”或“保全债权”

“实现债权”或“保全债权”，这是债权人代位权制度价值取向的第三层含义。

“入库规则”理论认为，债权人行使代位权，不得请求次债务人直接向自己履行债务，其行使代位权所得利益应加入债务人总财产之内，作为全体债权人的共同担保财产，由行使债权人代位权的债权人和其他债权人公平受偿，不得专供清偿自己的债权或抵销自己的债务。^①“入库规则”理论同时认为，债权人代位权制度的现实功能是“保全债权”而并非是“实现债权”。因此，债权人行使代位权只限于加强债权的担保力，以备将来强制执行，而并非使债权人直接受偿该利益。

把“最大限度保护债权人”作为债权人代位权制度价值取向的观点同时认为：“保护债权人的债权之实现就成了代位权制度的重要价值取向。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。”^②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）》（以下简称《合

^① 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第462～474页。

^② 李翠颖、许立颖：“债权人代位权制度研究”，《厦门大学法律评论》第2期，厦门大学出版社2001年版。

同法解释》)第20条规定债权人代位权的行使结果是由次债务人直接向债权人履行清偿义务,因此似乎可以理解为债权人代位权制度的现实功能并非是“保全债权”,而是变成了“实现债权”。这也是我国债权人代位权制度与其他国家和地区有关债权人代位权制度的规定差异最大之所在。我国《合同法解释》第20条规定,债权人代位权的行使结果是由次债务人直接向债权人履行清偿义务,也即是说债权人可以通过行使代位权而使自己的债权直接受偿。可以看出,《合同法解释》第20条已将债权人代位权制度的现实功能由单纯的“保全债权”转变为“实现债权”,“入库规则”已被债权人优先受偿所取代。

(二) 债权人代位权制度价值取向之检讨

在代位权制度中,当事人的利益状态主要涉及两方面的问题:在债权人与债务人之间,一为债权人债权实现的利益,一为债务人权利处分自由的利益,保护后者势必损害前者,保护前者也势必影响后者;在债权人与第三人之间,一为债权人债权实现的利益,一为第三人对债的相对性的信赖利益。^①二者亦处于对立状态。

就债权人与债务人之间的关系而言:一般来讲,只有在强制执行程序启动后,债务人的权利处分自由才应受到限制。在此之前,债务人有权自主决定是否行使权利,何时行使权利,但该种自由行使如果危及债权人债权的实现,则会构成对他人权利的妨害。基于“权利不得滥用”的基本原则,牺牲债务人的权利处分自由而赋予债权人代位权,法理上应无问题。

就债权人与第三人之间的关系而言:如果为保护债权人利益而赋予其代位权,则无辜的第三人尚须对债权人代位权的资格问题进行攻击防御,无疑会在一定程度上增加其负担,但由于第三人

^① 债的相对性,本仅就债权而言,债务人对第三人的物上请求权等权利,并不属之。但该类权利,除债务人外,其他人亦不得任意主张,在此意义上,本文将之均纳入债的相对性的涵摄范围。

对债务人的抗辩尚不因之而受影响,因而对第三人的利益尚不构成根本性的损害;而如果不赋予债权人代位权,则可能导致债权人权利根本无从实现。“两害相权取其轻”,赋予债权人代位权在价值判断上,应无可厚非。

另外,在代位权制度中,涉及代位债权人与其他债权人之间的利益关系问题。对此,传统民法债权人代位权制度通过代位权行使的效果归于债务人而达到二者利益的平衡,并从而维持了债权的平等性。但是,同时也降低了债权人行使代位权的积极性,影响了代位权功能和作用的发挥。

基于以上论述,我们知道代位权的制度价值本身基本可以成立。但是,也应该看到,债权人代位权制度在保护债权人债权实现的同时,也在一定程度上牺牲了债务人的权利处分自由和第三人对债的相对性的信赖利益。

二、债权人代位权制度的功能

(一)债权人代位权制度功能的内容

设立债权人代位权制度的理论基础不同,债权人代位权制度的社会功能也不同。以“入库规则”为理论基础的傳統代位权制度具有保全债权的功能。据传统代位权制度,代位权行使的最终目的虽然是实现债权,但它保全的是全体债权人的责任财产,债权人代位权的行使的结果仅仅为任意清偿或强制执行做好准备。以“优先受偿规则”为理论基础的代位权制度具有实现债权的功能。如我国合同法代位权制度,最高人民法院在司法解释中,放弃了“入库规则”,规定“次债务人不应向债务人履行,而应直接向债权人履行”。将制度之功能定位于实现债权的法律手段,不再以保障全体债权人利益为目的,而是以最大限度保护特定债权人利益的实现为目的,从而赋予了债权人更大的权限。

(二)债权人代位权制度功能的演变

债权人代位权制度诞生本身就是对债的相对性的背叛,从一

开始它就注定要扮演“异端”的角色,就注定要备受非议,随着自身的不断膨胀衍生出一些有别于人们设计此制度应有的功能时,债权人代位权制度又一次成为学者们关注的焦点,它的目的、功能甚至存在的必要被重新审视。它的新发展在日本表现得最为明显。据学者研究,它在日本有两个明显的发展趋势,主要表现在:(1)债权保全向债权回收发展;(2)由金钱债权向特定之债的保全发展。^①

考察一下法国民法典创制代位权制度的历史背景可以发现,代位权制度肇始之时,正是私法自治、契约自由原则大行其道之时,在其引导下,个体自由竞争逐渐形成垄断,而垄断企业又滥用债的相对性原则以加强垄断,并不断破坏交易的安全。为解决自由竞争对社会造成的不良影响,各国立法和司法开始从注重交易自由、忽视交易安全向交易自由和交易安全并重发展,在某些情况下,甚至牺牲交易自由以维护交易安全。这些做法为各国民法中产生大胆修正合同自由原则、突破债的相对性奠定了基础。代位权制度的设置即是其中一例,其就是为了防止因债务人怠于行使其权利,造成债务人之财产减少,而赋予债权人代债务人维持财产之权利。据此可知,设置代位权制度的目的就在于保全债务人之财产,确保债权的实现,促进交易的安全。依传统民法代位权理论,债务人之全部财产为债权之共同担保,债权人应于债权之共同担保减少致害及债权人利益时,方得行使代位权。简而言之,代位权之规定,系以保障全体债权人之利益为目的,非为确保特定债权而设。因此,在传统法律框架下,代位权制度功能侧重于作为保全债权的手段,目标定位于为全体债权人的利益,制度的社会功能与目标是和谐统一的。但日本在一判例中确立了在某些特殊情况

^① 戴世瑛:“债权人代位权制度之目的、发展、存废与立法评议”,载梁慧星:《民商法论丛》第17卷,金桥文化出版(香港)有限公司2000年版,第101页。

下,债权人代位权的行使可形成优先效力的先例。当债权人对债务人的金钱债权行使代位权时,债权人可请求第三人直接向自己清偿,而后有向债务人返还的义务,但就自己与债务人间的债权债务关系可主张发生抵销的效力。^①这在事实上已形成优先受偿,代位权行使的优先权原则首次出现。在这种情况下,债权的保全与债权的实现合二为一了。我国立法受日本和我国台湾地区的影响,立法上在几度徘徊后,终于沿着债权人代位权功能扩张的路继续前进,并最终突破了日本民法和我国台湾地区“民法”,走得更远,第一次彻底确立了优先权原则,我国成了有代位权制度的大陆法系国家中第一个完全确立此原则的国家。我国《合同法》修订之时,立法背景与传统代位权制度的产生背景十分相似,当时也是市场信用匮乏、三角债及债务人逃废债务盛行,这些问题的存在造成了当事人在交易时缺乏安全感。这种现实也为我国法律突破债的相对性打下了基础,但相似的背景却孕育出了性质截然不同的制度。

后一趋势主要表现在,日本及我国台湾地区在判例及实务上承认除一般债权外某些特定债权也可行使代位权。如不动产移转登记请求权、基于租赁的排除妨害请求权、共有者相互履行请求权、交通事故受害者代位加害者的保险金请求权,也被称做代位权的“他用”。^②

(三) 债权人代位权制度功能演变的合理性分析

对“入库规则”的突破在多大程度上是合理的?抑或代位权制度本身的存在从来就是不必要的?要回答这两个问题,我们必须首先确定,债权人代位权制度的存在是否仅仅因为它是补充民事

^① 日本判例,大判昭和10·3·12民集14卷,第482页,转引自戴世瑛:“债权人代位权制度之目的、发展、存废与立法评议”,载梁慧星:《民商法论丛》第17卷,金桥文化出版(香港)有限公司2000年版,第101页。

^② 段匡:“日本债权人代位权的运用”,载梁慧星:《民商法论丛》第16卷,金桥文化出版(香港)有限公司2000年版,第535~537页。