

QINGDAO GUANGBO DIANSHI DAXUE
BEIJING DAXUE XIANDAI YUANCHENG JIAOYU
QINGDAO JIAOXUE ZHONGXIN

青岛广播电视大学

北京大学现代远程教育青岛教学中心
首届毕业生优秀论文集

李天明 主 编

黄丽萍 副主编



SHOUJIE BIYESHENG YOUXIU LUNWENJI



海洋出版社

青岛广播电视大学
北京大学现代远程教育青岛教学中心
首届毕业生优秀论文集

李天明 主 编
黄丽萍 副主编

海洋出版社

2004 年

图书在版编目 (CIP) 数据

青岛广播电视大学北京大学现代远程教育青岛教学中心首届毕业生优秀论文集/李天明主编. —北京: 海洋出版社, 2004

ISBN 7-5027-6120-9

I. 青… II. 李… III. ①法学-文集 ②经济学-文集 IV. ①D90-53 ②F0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 045588 号

责任编辑: 屠 强

责任印制: 严国晋

海洋出版社 出版发行

<http://www.oceanpress.com.cn>

(100081 北京市海淀区大慧寺路 8 号)

北京海洋印刷厂印刷 新华书店发行所经销

2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月北京第 1 次印刷

开本: 850mm×1168mm 1/32 印张: 13.375

字数: 340 千字 印数: 1~1000 册

定价: 30.00 元

海洋版图书印、装错误可随时退换

前 言

本书是北京大学现代远程教育青岛教学中心首届毕业生的优秀论文集，是在北京大学法学院刘守芬、张晓剑、顾向明、张美英教授和经济学院的朱克朗、张元鹏、巫宁耕、付骊元等教授的指导下完成的。他们以渊博的学识，严谨的治学精神，诲人不倦的教学态度，在紧张的科研、教学工作中抽出时间指导学生完成学习过程中的重要环节。在写作期间，同学们将学到的理论知识与自己的工作实践相结合，在指导教师的帮助指导下，写出了较高水平和质量的文章。他们都反映这种终身学习的形式会使自己受益终生。由于勤奋学习，紧密联系实际，大部分学生取得了优秀和良好的成绩，并成为北京大学的经济学学士或法学学士。真是一分耕耘，一分收获。这凝聚了北京大学、青岛广播电视大学老师和同学们辛勤的汗水。

现代远程教育是为愿意接受高等教育的求学者提供的学习机会，体现有教无类、因材施教的指导思想的一种新型的教学模式。这种教学模式就是利用现代信息技术手段，根据学习者的实际情况，为其提出合理的学习计划和发展方向建议，配置相应的教学指导和教学媒体；体现求学者个性，做到因材施教；实现自主学习，促进和实现人的全面发展和创新。

青岛广播电视大学承担了北京大学现代远程教育青岛教学中心的具体组织工作，在学习指导、技术支持、管理服务等方面为参加北京大学现代远程教育学习的学生提供了良好的条件，创造了极为有利的学习氛围。因为实行的是注册入学，严教高出，现代远程教育在学习服务方面比普通教育和一般意义上的成人教育要付出更多的耐心与辛苦，均体现在教学过程管理和教学质量管

理中。通过教学中心对学习过程的管理和服务，引导学生“学”的科学，促进和实现求学者能力和智慧的发展和提高。我们的工作也就是根据学习者的水平、兴趣、爱好、专业基础、职业需要和研究方向，指导他们制定学习计划、安排学习时间和设计学习进度。学习者根据自己的实际情况，选择灵活的富有个性化的学习过程和计划，提高了学习者的学习信心和成功机会。在学习内容上学生反映“可以听到本学科最具权威的教授讲授前沿的理论和知识。他们讲授的课本上没有的方法、理念、案例，为今后继续学习和工作提供了思路”。在学习方法上利用多媒体电脑系统学习各门课程，并及时登录北大远程教育网站，了解学习信息，下载辅导课件。在学习中遇到疑难问题，可以通过电子邮件、BBS和电话与老师和同学互相交流，最终系统扎实地掌握了所学课程。

在此，衷心地向同学们表示祝贺，向指导教师表示感谢，并祝同学们在新的征途上取得更大的成绩。

青岛广播电视大学校长 李天明

2003年12月

目 次

法 学 篇

论债权人的代位权·····	邵明磊 (3)
论贪污、挪用公款犯罪行为的财务特征·····	史春晓 (14)
交通肇事罪的研究·····	费全瑛 (23)
论缔约过失责任·····	盛 雁 (36)
倒签提单的性质及后果分析·····	唐甲辰 (48)
论民法对人身权的保护·····	李 莉 (57)
论“贷新还旧”合同的效力及相关保证人的责任 ···	朱 江 (71)
缔约过失责任论·····	吴 鲲 (82)
股票期权制度若干问题研究·····	谭志刚 (92)
论“十恶” ·····	杨 青 (107)
企业破产若干问题研究——市场经济呼唤新《破产法》 早日出台 ·····	蒋安国 (115)
沉默权制度研究 ·····	马东辉 (122)
我国现行外贸代理制度评析 ·····	邹永盛 (131)
罪刑法定原则研究 ·····	胡佳宁 (141)
行政赔偿问题研究 ·····	张晓雷 (153)
论债权与物权的区别 ·····	孙运勇 (161)

国际经济与贸易篇

浅论虚假会计信息的产生原因及其治理	仲家盈 (179)
名牌企业素质研究	蓝 鹏 (191)
中国加入世界贸易组织以后国内金融业面临的挑战 and 对策	于文斌 (209)
我国企业品牌战略实施与研究	顾 洁 (230)
入世后中国银行与外资银行的优劣势比较及对策分析	陈昊序 (246)
对价值链与供应链效用的重新认识	宋海英 (262)
中国加入 WTO 对国内银行业的影响及其对策 ...	毛功海 (280)
贸易自由化——全球共同利益的呼唤	郭庆子 (293)
入世对我国银行业的影响及其对策	周浙龙 (309)
世贸组织的作用及中国加入世贸组织后的机遇与挑战	郑巧琳 (331)
我国对外贸体制改革深化的构想	张 镔 (348)
入世对我国银行业的影响及其对策	魏 宏 (362)
企业市场营销策划的原则、内容和方法	殷怡芳 (381)
论中国宏观经济内外均衡发展	王 珍 (395)
我国媒体经营的现状与发展趋势	董 娜 (409)

法 学 篇

论债权人的代位权

邵明磊

(青岛市李沧区人民法院)

【摘要】 债权人的代位权是债的保全制度的一种，我国《合同法》的实行，确定了我国代位权制度，为解决债权债务关系中，债务人怠于行使第三人的权利，导致其财产应当增加而未增加，以至于影响债权的履行，为债权人利益提供了法律保障。代位权是一种实体上的权利，它是一种类似于形成权的管理权或能权。债权人在有保全债权之必要、债务人迟延履行、债务人怠于行使其权利时可以以债权人的名义代债务人行使其权利，但该权利并非专属于债务人本身的权利。

【关键词】 一般担保 债的保全 代位权 强制执行 债权人 债务人

一、债权人代位权的概述

债权主要从债务人的财产中获得满足。债的关系成立后，为保障其债权的实现，可以设定某种担保，如保证、抵押、质押、留质、定金等，民法理论上称之为债的特殊担保。在债成立的同时，债务人的全部财产都成为债权的一般担保，债务人财产的不当减少，如影响债权的清偿时，为维护债务人的财产状况并确保债务的清偿，民法确定了债的保全制度。所谓债的保全，就是根据法律规定，因债务人不行使权利或债务人与第三人的行为危害债权人的利益时，债权人有权代替债务人行使权利或请求法院予以撤销，以排除债权危害，保障其债权实现的一种法律制度。依

照法的原理，债务人对其财产享有绝对的物权，也就是说债务人在法律规定的范围内，对物享有直接支配或者管领，并排除他人干预的民事权利，因此债权人不得直接支配债务人的财产，其对债务人的财产的处分应依债务人的意思；债权是一种相对权，债的这种相对性，决定了债只发生于特定的当事人之间，而不涉及第三人的效力，债权人不得干涉债务人与第三人的法律关系。然而民法权衡债权人利益与债务人意思自治及交易安全建立了债的保全制度，学者称之为债的对外效力。而本文所论述的债权人的代位权就是债的保全措施之一。

债权人的代位权始源于法国民法典，其第 1166 条规定：“债权人得行使债务人的一切权利及诉讼，但权利和诉讼权专属于债务人的，不在此限。”《西班牙民法典》第 111 条、《意大利民法典》第 1234 条、《日本民法典》第 423 条及我国台湾民法典第 242 条也有代位权的规定。罗马法、德国民法、瑞士民法仅规定了债的保全之债权人的撤销权制度，未设立债权人的代位权制度，究其原因这是由于德国、瑞士的强制执行法规较为完备，其认为没有设立债权人代位权制度的必要。然而据一些学者意见，即使强制执行制度较为完备，也有确立代位权制度的必要。首先，强制执行程序严格复杂，不如代位权行使起来简便；其次，强制执行程序只能以债务人不能履行后的现有财产为对象，对因债务人的原因造成其财产应增加而未增加或不应减少而不当减少，从而危及债权人债权的情形，强制执行措施却无能为力；再次，代位权的行使具有保全债务人财产，为将来强制执行做准备的作用。因此代位权的行使是保障债权实现的必要补充。

纵观我国关于债权人代位权制度的立法，1986 年《中华人民共和国民事诉讼法通则》对此未做规定；1992 年最高人民法院《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又在通知指定的期限内不履行的，人民法院可以强制执行。”该解释是我国首次关于债权人的代位权方面的规定，但是它却将其规定于民事诉讼法中的执行程序中，而债权人的代位权是民法上的实体权利而非诉讼权利，这不能不说是一个遗憾。1999年《中华人民共和国合同法》正式通过，其第73条中规定：“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，专属于债务人自身的除外。”该规定以实体法的形式确立了代位权制度，填补了我国民事立法上的空白，对于完善和发展我国代位权制度起着极为重要的作用。

设立债权人的代位权就是为了保障债权得以顺利履行，现代社会经济发展迅速，债权债务关系日趋复杂，债务纠纷日益增多，债权债务关系的当事人之间的信用关系也变得日益脆弱起来，这就更需要相应的法律制度给予其保障。在债权债务关系发生之初，债务人须有相当的资力对债权进行担保，而且要有相应的规则保证其资力维持到债权债务关系结束，代位权制度恰恰就具有这样的作用。而我国起初在这方面未作规定，面对债务人享有对第三人的权利而怠于行使时，致其财产应增加而未增加，危及债权的实现时，债权人只能消极地等待强制繁琐的执行程序，届时往往只是拿到一纸胜诉的裁决，却已无可执行的财产了，这无疑严重危害到债权人的利益，并且扰乱了我国的经济秩序。然而代位权制度的出现解决了这方面的担忧，它可以维持债务人的财产状况，既为债权的实现积极提供保障，又为债权将来切实的执行做充分的准备。近几年来我国严重存在三角债问题以及债务人逃债废债的现象，建立代位权制度已经势在必行，具有极其重要的现实意义。

二、债权人代位权的性质

债权人的代位权是指债权人以自己的名义行使债务人权利之权利。当债务人享有对第三人的权利而又急于行使，致其财产应能增加而不增加，危害债权实现时，债权人可代位行使属于债务人的权利，以增加债务人的财产，从而使债权得以实现。从不同的角度，对这一权利的性质有以下理解：

(1) 代位权不同于代理权。代位权是债权人以自己的名义行使债务人的权利。而代理权是代理人以被代理人的名义，在代理的权限内实施的民事法律行为的权利。尽管从债权人代替债务人行使权利的角度上来看，代位权与代理权有相似之处，但是债权人是以自己的名义行使权利，而代理人是以被代理人的名义行使权利，由此看出代位权与代理权的区别，因此债权人的代位权不同于代理权。

(2) 债权人的代位权是实体法上的权利，而非诉讼法上的权利。因为债权人的代位权是债的保全措施之一，其代位权的行使仅为保全债务人财产，增大债权的担保资力，而非扣押债务人的权利或就收取债务人的财产优先受偿，因此其应为实体法上的权利。笔者认为一些学者称之为诉讼法上的权利并不恰当。

(3) 债权人的代位权不是请求权，代位权若是请求权的话，则债权人可以要求第三人向自己履行，但代位权人仅能通过行使以他人权利为内容的权利，来保有债权人的权利，而不能直接实现债权人的权利，即不能要求第三人向自己履行，因此代位权不是请求权。

(4) 债权人的代位权不同于形成权，尽管该权利不需要征得债务人的同意，债权人直接根据法律的规定就可以行使，并能使债务人和第三人的权利发生变更或消灭，形式上非常类似于形成权，但是债权人的这一权利的发生根据不是债权人单方意思表示，而是基于债务人已有的权利，所以，简单地认为其是形成权

似有不妥。

(5) 债权人的代位权也不同于代位求偿权，它不以债权人履行一定义务为条件，债权人无须承担义务。

(6) 债权人的代位权不同于强制执行，它是以增大债权担保的资力为目的，债权人不能直接从债务人得收取的利益中强制执行，只能起到为强制执行做准备的作用。

综上所述，笔者认为债权人的代位权是一种类似于形成权的、以行使他人权利为内容的管理权或能权。因此，债权人应以善良管理人的注意来行使该权利。

三、债权人代位权的成立要件

债权人的代位权并非在债的关系成立之时债权人就可以享有该权利，其成立须具备以下几个方面的要件：

(1) 须有保全债权之必要，即代位权只能在债权人的债权有不能依债之内容实现的危险时才能行使。如果债务人的财产足以充分清偿其债务，债权人只须请求强制执行即可，也就没有行使代位权的必要了。法国法认为代位诉讼权以共同担保之维持为其惟一目的，故以债务人之无资力为要件。然而在日本民法以及我国台湾民法中，并不以此为必要，其分为两种情况对待。在不特定债权或金钱债权中，以债务人无清偿力为要件，而在特定债权或其他与债务人之资力无关的债务中，则以有必要保全该债权为必要条件。我国采用了日本民法及台湾民法的观点。

(2) 须债务人陷于迟延履行。陷于迟延履行是指履行期限届满债务人仍不履行债务。对尚未届至履行期，未发生法律效力的债权自不待论，履行期已经届满的债权，债务人尚未陷于迟延履行的，债权人有无不能实现债权的危险尚且难以判定，此时如果允许债权人行使代位权，难免导致债权人权利滥用，对债务人颇不公平。如何把握债务人是否陷于迟延履行？在法国、日本民法中未作规定，其学者多主张以债权已届履行期就可以了，而日本

民法还允许债权人在债权履行期届之前如果不行使该代位权就不能保全其债权的情况下，经法院裁判许可，其也可行使代位权。我国台湾民法规定，对于期限不确定以及无期限的债权，虽然债务未届履行期，但债权人是专为保存债务人权利的行为，须经催告后才可以行使代位权，如申报破产债权等。而我国合同法之第11条第（三）款规定为“债务人的债权已到期”。究其原因无非是为了保障债务人的意思自治，防止债权人权利滥用。笔者认为，我国应借鉴日本、台湾民法之规定，允许债权人在特殊情况下提前行使代位权，当然须经法院审查裁判尚可。原因是出于保护债权人的利益，在一些特殊的情况下，如果债权人必须等到履行期届满后才能主张代位权，则可能使债权人原本应有的权利丧失，届时，代位权的行使已不具意义。我们应以债权人有无偿还债务的资力为依据，通过法院审查债务人有无清偿债务的能力，来决定是否准许债权人在履行期未到期行使代位权，以避免代位权的滥用。如可以规定有确切证据证明债务人有下列情形的可行使代位权。①经营状况严重恶化可能无法偿还债务；②丧失商业信誉；③有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。上述情况的举证责任在于债权人。因此，笔者认为，行使代位权的关键不在于债权的履行期是否届满，而是在于债务人是否有清偿债务的能力，如果债务人有清偿能力，则法院应驳回债权人行使代位权的要求，反之，法院应支持债权人行使代位权的主张，而不必刻意地要求债务的履行期限是否届满。

（3）须债务人怠于行使其权利。债务人怠于行使权利，是指债务人能够而且应当行使权利而未行使。“应当行使”是指若不及时行使，权利可能消灭或减少其财产价值。“能够行使”是指债务人不存在任何权利行使的障碍，其完全有能力自己或通过代理人去行使。至于债务人在未行使权利上是否有过错，在所不问。举例说明债务人怠于行使的情况，如在债务人故意不积极主

张债权而放弃权利，不积极追索债权，而使债权有得不到完全清偿时，债权人可行使代位权；在债务人行使权利的能力受到限制，如债务人遭受胁迫，处于病危状态，或被宣告为限制行为能力人或无行为能力人，债务人不行使权利在主观上虽无过错，债权人也可行使代位权。但需要注意的是，如果债务人已经行使其到期债权，则无论行使的方式是否妥当，结果是否有利，债权人都无权过问。

(4) 债务人须享有对于第三人的权利。债务人有权利寸在，是债权人代位权行使的必要条件。如果债务人对他人没有权利存在或者曾经存在的权利已行使完毕，债权人则失去代位行使的标的，就无法行使代位权。债务人的这种权利应当是具有给付内容的权利，不仅仅局限于债权。这种权利应是非专属于债务人本人的权利。哪些是专属于债务人本人的权利呢？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）》第十二条规定有“专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利”。上述条例对专属债务人本人的权利作了一个规定，以便于法官裁判时掌握。债权人可代位行使的债务人的权利是受法律限制的，债权人代位权的客体除债权之外，还应包括：①物权及物上请求权。如所有物返还请求权、土地妨害除去请求权、债务人对第三人财产上存在的担保物权等。②形成权。合同解除权、选择之债的选择权、抵销权以及因意思表示不一致成立的民事行为的撤销权和变更权。③债权人代位权和撤销权。如果债权人本人作为第三人的债权人享有代位权或撤销权，但怠于行使该权利，从而危及其债权人的债权实现时，同样该代位权或撤销权也可以成为债权代位权的标的，债权人可以代债务人之位向第三人及其相对人行使代位权或撤销权。④诉讼法上的权利或公法上

的权利。如中断诉讼时效的权利、代位提起诉讼的权利、申请强制执行的权利和各种登记请求权等。有一点必须明确，债权人可依法代位债务人起诉，但在诉讼中不得处分债务人的权利。可以行使代位权的权利一般以现有的权利为限。债务人对第三人享有的代位权，仍可认为是以现有的权利为限，而如债务人对所有物中的收益权不行使，债权人则不能代位。另外，专属于债务人的权利，不得转让、不得扣押的财产权以及非财产权都不能成为代位权的对象。合同法第 73 条第一款明确将债权人代位权的标的限定于债权，且须为到期债权，这在很大程度上限制了代位权的客体范围，同时也很不利于债权人利益的保护。

另外，依据《合同法》第 73 条第一款以及最高院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》的规定来看，代位权成立的要件还应包括“债权人对债务人的债权合法”。对此，笔者认为，虽然它是代位权成立必不可少的要件，但该条并非专属于代位权制度的，因为我们在谈论某项法律制度的构成要件时，往往指的是其特殊的要件，而不是每一项法律制度都必须具备的要件，因此不必作为代位权成立的要件来讨论。

四、债权人代位权的行使

我们在讲一个权利的时候，通常要谈及这个权利的实际享有者是谁？该权利应如何去行使才能真正实现？也就是说如何去保护这个权利，而这就涉及到了权利的行使。本文所讲的代位权的主体就是债权人，它是代位权实际的享有者，代位权的行使就是为了保全债权，保障债权人的利益。

为了让代位权真正地落到实处，我们从以下几个方面来讲述代位权的行使。

（1）债权人代位权行使的主体是债权人，债务人的各个债权人在符合法律规定的情况下均可以行使代位权。当一个债权人行使代位权时，其他债权人则不得就该项权利再行使代位权，债权