

代位权客体研究

高万泉 陈雪强

摘 要:我国的合同法对代位权的客体做出了明确的限定,这使得代位权制度在实际运用中碰到了一些困难,本文对代位权的客体和抵押权能否成为代位权的客体进行了分析和探讨。

关键词:代位权;客体;抵押权

中图分类号: D922 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2002)06-0023-04

代位权制度是合同法中的一项重要制度,它涉及的问题很多,例如关于代位权的客体尤其是担保物权能否成为代位权客体的问题。

一、关于代位权客体

关于代位权的客体,目前我国主要存在以下几种学说:

1. 代位权客体无限制 持此种观点的人认为,代位权的客体范围是比较广泛的,而非仅仅限于债权。代位权制度的建立,是为了保障债权的实现,防止债务人的责任财产减少而损害债权人的利益,其客体应不仅仅限于债权。在国外法律以及我国台湾地区的法律中,代位权一般没有限制于债权的规定。例如,在日本法中,代位权的客体包括的范围比较广泛,除专属于债务人本身的权利以外,都可以由债权人代位行使,包括依据没有行为能力或者欺诈胁迫的撤销权,无权代理权的追认权、撤销权,在为第三者订立契约中接受利益的意思表示,以及选择权、买回权、解除权、抵消权、减价请求权、共有物分割请求权等的形成权、债权代位请求权、债权撤销权也都能成为代位的目的。

但此种学说也不是说毫无限制,而是指只要不是专属于债务人自身的债权之外的权利,均可以成为代位权的客体,而没有其他的限制。

2. 代位权客体严格限制说 持此种观点的人认为,不是所有的权利都是代位权的客体。我国的《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)》(以下简称“司法解释”)第11条规定了4项限定条件。

对于我国合同法中规定的代位权制度,《中华人民共和国合同法》(以下简称“合同法”)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。”由此可以认为,我国的合同法确立了代位权制度,但在第73条第2款中又规定了“代位权的行使范围以债权人的债权为限。”这就把代位权客体定位为债务人的债权上,而且司法解释第13条

中,又规定了所谓的“债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的”,是指债务人不履行其对债权人的到期债务,又不以诉讼或仲裁的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。因此,合同法在把代位权客体限制在债权之后,司法解释又进一步把代位权客体限定为“具有金钱给付内容的到期债权”,进一步缩小了范围。

3. 代位权客体的一般限制说 持此种观点的学者认为,扩大代位权行使的客体范围,对保障债权人的权利固然有利,但由于代位权已突破了传统的合同的相对性规则,对第三人已经产生了约束力,因此对这一制度的适用范围应当做出明确的限制,尤其是在代位权行使的客体方面,必须严格地限制。如果扩大代位权的适用范围,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制度都造成威胁,甚至物权法制度的存在也会受到影响。更何况,代位权制度在中国是一项新的制度,在司法实践上并无经验,因此,不宜扩大客体范围。但是,严格遵守此原则,实践中也可能造成不公平的结果,因此,对于债权,还应包括非合同债权、合同上的权利、损害赔偿请求权等,而且如果债权人债务人怠于行使权利,将可能造成担保物权消灭,债权人从保存权利出发,可以代位行使债务人的担保物权。

显然,如果纯粹从我国合同法及其司法解释的条文来看,我国的代位权行使的客体是有非常严格的限制的,应仅仅限于以金钱给付为内容的到期债权,如果不把担保物权作为代位权客体的话,显然可能会使债权人的债权无法实现,这与合同法在制订代位权时的目的明显不符。但如果对于代位权行使的客体如果理解得太广泛,一方面违反了合同的相对性,另一方面,如果任何权利都有可能成为代位权行使的客体,很有可能侵害债务人和次债务人的利益。因此,关于代位权的客体一般限制说应是相对合理的。

二、抵押权能否成为代位权的客体

1. 否定说 持此种观点的学者主要有以下几种理由:

第一,对于主张严格限制说的学者来说,对于抵押权能否成为代位权行使的客体显然是持否定说。我国法律对代位权客体明确限定为债权,而抵押权是属于物权,不可能成为代位权的客体。

第二,我国立法之所以作出此种限制,首先是因为立法者对法官的能力质疑,为了防止在法律适用中的混乱,立法对代位权作了明确的规定,进行了人为的范围缩小。其次,立法上对范围的限定,还有一种目的是为了便利。立法之初设立代位权制度是为了解决三角债问题,我国立法为了鼓励债权人行使代位权,法律规定行使了代位权由债权人获得清偿,也就是司法解释的第 20 条的规定,而且采用了抵销规则,这体现了便利的原则。因此,我国立法之所以作出此种限制,是立法内在逻辑的结果,扩大适用范围可能违反此种逻辑体系,且便利性的特点也无法突出,因此,不主张抵押权成为代位权的客体。最后,立法作出此种限制,还因为我国合同法中的代位权制度是在我国的一种尝试,立法意图是非常谨慎的,对于代位权的客体还没有经验,而正因为是尝试,所以就不能随意扩大此种权利的适用范围。

2. 肯定说 持肯定说的学者主要有以下几种理由:

第一,抵押权能否成为代位权的客体,应该从代位权制度的目的出发,代位权理论是为了保全债权,防止债务人的责任财产减少而损害债权人的债权,从文字上理解,抵押权当然

不能成为代位权的客体。但是,如果债权人是行使债权为本的,只是在行使债权过程中涉及到了物权,并非直接行使物权。担保物权具有附属性,附属于债权,或者说附属于合同法第73条所指的债权。而抵押权是一种优先受偿权,是指在处分抵押物后获得的金钱中能够优先受偿,符合司法解释第13条的“具有金钱给付内容”的要求,即仍是金钱给付,因此,从抵押权的附属性角度考虑,抵押权应该成为代位权的客体。

第二,从抵押的附属性的角度考虑,债权人行使代位权相当于是由债权人行使债务人的债权,这类似于债权转让,而在债权转让的同时,抵押权也随之转让,因此,对于债务人可以行使的抵押权,债权人也是可以代位行使的。

第三,对于法律的理解,应不限于法律的文义,而应该从法律的目标来看待此问题。首先我们应确定问题的前提:其一在我国应该强调对私权的保护,我国法律没有明确规定私权,但我们应该加强对私权的保护。合同法是一部保护私权的法律,理应着重考虑如何保护私权;其二,我们应该考虑一项制度的建立,其宗旨是什么?从这两个前提条件出发,有学者认为,抵押权应该成为也可以成为代位权的客体,因为:(1)抵押权与一般的担保物权不同,其有自身的特点,包括它是一种价值权、优先受偿权,具有追及性等。抵押权本质上是一种债权,而且是一种从债,抵押权与用益物权不同,后者是着重对物的利用,而前者则是为了保障债权,其有物权的特征,但更有债权的内涵;(2)担保物权与代位权的宗旨实际上是一致的。代位权理论上属于一般担保,虽然与特殊的担保物权有区别,但由于宗旨上是一致的,也具有优先受偿性,理应得到保护;(3)对于代位权的客体,我国法律限定了债权,但由于抵押权有债权的内涵,行使担保物权只是一种途径和方法,抵押权的实现实际上也是债权,因此,抵押权应该可以成为代位权的客体;(4)提起代位权诉讼的条件,司法解释第11条作了规定,但是其中最主要的是第4项,即“债务人的债权不是专属于债务人自身的债权”,只要满足此项规定,就应该可以成为代位权的客体,包括所有的权利,例如损害赔偿等;

第四,从代位权客体的成立要件来看,代位权成立的要件之一是债务是否存在,而抵押权能否成为代位权的客体,首先应该解决两个条件:一是抵押权是否有效,二是抵押权是否属于债权的范畴。在国外以及我国台湾地区的代位权制度中,代位权客体并没有限制在债权范畴,对于第二个条件并不是很重要,而在我国引进这一制度时,如果法律做出了此种限制,则抵押权是否属于债权的问题就有探讨的必要。事实上,在我国,由于抵押权具有二重性,即抵押权既有物权的特点,又有债权的特征,使得抵押权的性质存在争议。首先,由于抵押权的成立需要双方当事人的同意,具有相对性,这类似于债权,而不同于物权,而且物权的设立与实现往往表现为同步性,即物权一旦设立,权利人就可以实现物权;与之相反,债权的设立与实现经常表现为异步性。其次,代位权制度的目的是为了债权人债权的实现,也是一种债权。而实现抵押权也只是为了获得抵押物的交换价值,而非获得使用价值。虽然支配权与处分权的区分不是十分严格,但抵押权的实现并非是为了支配抵押物。当然,债权人能否在抵押权实现中享有优先受偿权,则可以另外探讨。

另外,设立代位权的目的是为了保持债务的财产,而且债务人的次债权大部分是金钱债权,而抵押权是实现交换价值的转移,仍是一种金钱的转移,两者相比较,抵押权更接近债权。而且,物权与债权的区分并非十分严格,相互之间并非绝对可分,例如租赁权性质。

3. 评论 从传统民法的角度来看,抵押权是属于物权范畴的,因此,简单地将抵押权与债权划等号显然是比较困难的,但从立法目的来看,代位权是为了更有利于债权的保护,

以抵押权起诉的基础是债权,从这一角度来说,抵押权成为代位权的客体应该是可以的。在《担保法》中规定了质押、抵押等以对债权进行担保,这就意味着债权的范围是比较广泛的,它既包括了债权合同产生的债权,还包括了附属合同产生的债权,也就是包括了债权的附属权利。

上述观点中,否定说虽然具有很强的说服力,但从结果看,法律的严格限制说造成的后果显然是与合同法的立法目的和原则是相违背的,这意味着法律自身在逻辑上有不严密之处,因此,如果突破之,构成对法律逻辑结构的违反,遵守之亦有违其逻辑结构,而突破之更显社会的公正,那么我们应该选择前者。

而肯定说在理论上分为两个方向,一是跳了法律本身的结构,从宏观角度进行分析,一是从法律条文的微观角度出发,以纯粹的法律技巧,来求得有所突破。

三、关于抵押问题

抵押权要成为代位权客体,首先是抵押权成立并有效,但是在未登记的情形下(主要是指不动产),能否成为代位权客体?如果次债务人与债务人之间存在几个抵押合同,有的进行了登记,有的则没有。进行了登记的抵押权显然是有效的,可以按照上述的规则处理,而对于未登记的抵押,则在学术界存在争议。

持肯定说的学者认为,抵押权虽然尚未生效,但抵押合同的权利已经产生,因此,会使抵押合同权利成为代位权的客体,即代位要求进行登记是抵押权有效。而且《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》的第59条规定了“未办理抵押登记的不得对抗第三人”,扩大了《担保法》中关于抵押权的效力,因此在法律上不存在障碍。

但在我国的担保法中,不动产的抵押登记是抵押合同生效的要件(《担保法》第41条),因此,抵押物未登记的,抵押合同尚未生效,抵押权亦未产生,司法解释的第59条中的“未办理抵押登记的不得对抗第三人”只是针对该条的前半段来说的,并未突破《担保法》关于抵押合同效力的规定。

而根据合同法的规定,当事人的义务延伸到了合同成立前和生效前,因此即使抵押合同尚未生效,并不否定抵押人的义务,如果抵押人未履行其义务,抵押权人可以要求其承担相应的责任。但请求进行登记并非是合同法和司法解释中所说的债权,即不是具有金钱给付内容的债权,因此不能成为代位权的客体。唯有当抵押人未履行其义务,对抵押权人造成金钱上的损失而形成的损害赔偿,可以成为代位权的客体。

因此,如果抵押权尚未生效,显然不可能成为代位权的客体,而所谓的请求登记也不应成为代位权的客体。

(作者单位:上海市静安区人民法院)

参考文献:

- [1] 段匡.日本债权人代位权的应用[A].梁慧星.民商法论丛(第16卷)[C].香港:金桥文化出版社,2000.
- [2] 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).