

论代位权诉讼

赵 钢 刘学在*

内容提要：债权人行使代位诉权属于法定诉讼担当，其基础为债权人之“诉的利益”。代位权诉讼的标的包括债权人代位权主张和债务人与次债务之间的法律关系。在代位权诉讼中，债权人与债务人的诉讼权利应当受到必要的限制。代位权诉讼的既判力及于债权人、债务人和次债务人。因此，债务人可以无独立请求权第三人的身份参加诉讼，并具有当事人的诉讼权利义务。

关键词：代位权诉讼 当事人 管辖 诉讼标的 既判力

作为一种有效的债的保全措施，1999年3月15日通过的《中华人民共和国合同法》在第73条规定了代位权制度，即：“因债务人怠于行使其债权，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费用，由债务人负担。”依照这一规定，债权人行使其代位权，应当通过法院予以主张，也即应当通过诉讼方式进行，这就是所谓的代位权诉讼。由于代位权的行使必须通过诉讼方式来进行，因而必然会涉及当事人、管辖、诉讼标的、判决的效力等一系列诉讼法上之法律问题。为了更好地指导诉讼实践及协调代位权诉讼与民事诉讼理论的关系，本文将对这些问题作一初步探讨，并对《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》）中的相关规定之得失加以评析。

* 赵钢，武汉大学法学院教授；刘学在，中南民族学院法律系教师。

在大陆法系国家和地区的民事诉讼中，对于债权人保全其债权而向债务人的债务人提起的诉讼，一般称为“债权人代位诉讼”或者“代位诉讼”（参见杨建华《民事诉讼法问题研析（三）》中的有关论述，台湾三民书局1998年版）。在我国大陆地区，亦有学者撰文指出，这类诉讼应称为“代位诉讼”，而不宜称为“代位权诉讼”（参见张卫平《论代位诉讼》，载《诉讼法学新探》，中国法制出版社2000年版，第658页以下）。最高人民法院于1999年12月1日通过的《关于适用 中华人民共和国合同法 若干问题的解释（一）》则将这类诉讼称为“代位权诉讼”，为求与立法和司法解释上的用语保持一致，本文亦使用“代位权诉讼”这一称谓。

一、代位权诉讼之当事人问题

(一) 债权人代位起诉与当事人适格理论

在民事诉讼中,当事人适格系指就具体的诉讼而言,得以自己名义为原告或者被告,从而受本案判决之权能或资格,这种权能在诉讼理论上称为“诉讼实施权”或“诉讼行为权”。^[1]具有这种权能,才能成为适格的当事人,也即才能成为正当的当事人。^[2]否则,法院便可能因当事人不适格而以诉不合法为由裁定驳回原告之诉,或以诉无理由为据判决驳回原告的诉讼请求。^[3]一般来说,诉讼标的之权利或法律关系之主体(权利人及义务人),通常就该权利或法律关系,有诉讼实施权,故此类当事人明显适格。但在特殊情况下,有时需由第三人替代通常情况中之实质性利益归属人或与他们并列而同样被认为是当事人适格,这种承认第三人具有为他人的利益而作为当事人进行诉讼的现象,称为诉讼担当。^[4]根据诉讼担当是基于法律的规定还是基于当事人的意思表示之不同,可将其分为法定的诉讼担当和任意的诉讼担当,前者例如破产管理人(在我国一般称为破产清算组)、遗嘱执行人、失踪人的财产代管人等为他人的利益而享有诉讼实施权,后者例如代表人诉讼制度。就本文所讨论的代位权诉讼而言,债权人之所以被认为是适格之当事人,在诉讼理论上可以认为是一种法定的诉讼担当,^[5]但它与其它类型的诉讼担当又有着明显的不同。

从民事法律关系上来说,债权人只是与债务人之间存在着直接的法律关系,如果因该法律关系发生争议,任何一方均可提起诉讼且为适格之原告,对方则为适格之被告。但在代位权诉讼中,债权人与次债务人(即债务人的债务人,又称为第三债务人。《合同法解释》将其称为“次债务人”)之间并不存在直接的法律关系,因而他们之间也就没有直接的利害关系。基于此,如果依照民事诉讼法第108条第1项所规定的原告适格条件,即“原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”,则很难对代位权诉讼中的当事人适格问题进行合理的解释,因为债权人与次债务人之间只是一种间接的利害关系,债务人与次债务人之间才具有直接的利害关系。然而,民法在设置债的制度时,为了保全债权的实现,赋予了债权人代位权。在债务人怠于行使其到期债权,且对债权人造成损害时,债权人即可依法代位向次债务人行使债务人的权利,从而使债权人获得诉讼实施权而成为适格之当事人。显然,债权人之诉讼实施权的取得是基于法律的规定(即法律规定其享有代位权),因而,代位权诉讼实质上乃是一种特殊类型的法定的诉讼担当,即债权人担当债务人的地位而诉次债务人履行债务。所以说它是一种特殊类型的诉讼担当,是因为它与其他类型的法定的

[1] 参见陈计男:《民事诉讼法论》上册,台湾三民书局1994年版,第93页;[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第54页。

[2] 当事人适格不同于当事人能力。当事人能力是指抽象地规定能否作为原告或被告的问题,而当事人适格则是就具体的诉讼而言,能否作为原告或被告之资格问题。因而当事人适格者,必定有当事人能力,但有当事人能力,则未必是正当的当事人。

[3] 究竟是用裁定驳回还是用判决驳回,主要取决于各国民事诉讼法的不同规定及诉讼理论上将当事人适格看作是诉讼成立要件(诉讼要件)还是权利保护要件。

[4] 参见前引[1],兼子一等书,第54页。

[5] 这里主要从债权人角度来讨论代位权诉讼中的当事人适格问题。因为解决了债权人之原告适格问题,也就相应地解决了第三债务人之被告适格问题。

诉讼担当有着很多不同之处：(1) 破产管理人、遗产管理人等作为诉讼担当人进行诉讼时，其目的在于维护他人的合法权益，而代位权诉讼中的债权人进行诉讼时，其主要目的在于维护自己的合法权益。(2) 对于其他类型的诉讼担当，按照当事人适格的一般理论，原则上第三人拥有诉讼实施权时，他所保护的权利或法律关系的主体即丧失诉讼实施权，同时，判决的既判力也应当及于该法律关系的主体；而在代位权诉讼中，债权人拥有诉讼实施权时，对于债务人是否丧失诉讼实施权以及既判力是否及于该债务人问题，在理论上则有着不同的看法。^[6] (3) 对于其他类型的诉讼担当，其诉讼标的一般是明确的、单一的；而对于代位权诉讼，关于其诉讼标的是单一的还是非单一的问题则存在着争论。^[7] (4) 对于其他类型的诉讼担当，诉讼担当人与被担当的主体没有利害对立的关系，诉讼担当人获胜诉判决时，是与被担当的主体的利益相一致的；而对于代位权诉讼，债权人与债务人之间却存在利害对立的关系，债权人获胜诉判决时，表面上看对债务人并无不利，但若深入观察，却可能对债务人不利，因为代位权诉讼中债权人获胜诉判决，是以承认债务人对债权人负有债务且已有迟延履行作为该判决的前提的。由于存在上述一系列区别，因而，在破产管理人、遗嘱执行人等担当诉讼的场合，可称为是吸收型的诉讼担当，而对于代位权诉讼，则可称为是对立型的诉讼担当。

上述讨论表明，债权人代位起诉，是一种法定的诉讼担当，债权人所享有的诉讼实施权是基于法律的直接规定。那么，从诉讼理论上讲，债权人之诉讼实施权的基础是什么？或者说债权人之当事人适格的理论依据是什么呢？传统的诉讼理论一般认为，诉讼实施权的基础是当事人对作为诉讼标的的法律关系所具有的管理权或处分权，或称管理处分权。^[8] 但管理权理论并不适用于确认之诉，对形成之诉也难以作出圆满的解释。因而，将管理权作为诉讼实施权的基础并不能普遍地适用于各种类型的诉讼。所以，有学者提出管理权并非是诉讼实施权的直接基础，诉讼实施权的直接基础应是主体的“诉的利益”。^[9] 对于代位权诉讼而言，我们认为，以“诉的利益”作为债权人诉讼实施权的基础较之管理权处分说更为妥当。理由在于，之所以承认债权人可以向次债务人直接提起诉讼，并不是因为债权人对代位债权有管理处分权，而是因为如果不承认债权人可以向次债务人直接起诉，则债权人的权益就得不到有效的保护。因而在债务人怠于行使其到期债权并给债权人造成损害时，债权人与次债务人之间就存在一种“诉的利益”，这种“诉的利益”经法律的明确规定即成为法定的诉的利益。正是由于这种法定的诉的利益的存在，债权人才相应地具有诉讼实施权，故而能以次债务人为被告提起代位权诉讼。

(二) 代位权诉讼中债务人之诉讼地位

代位权诉讼中，债权人处于原告的诉讼地位，次债务人处于被告的诉讼地位，对此，诉讼理论上并不存在争论，《合同法解释》也是予以确认的。而对于债务人的诉讼地位问题，则是众说纷纭，颇有争论。我们认为，债务人于代位权诉讼中的诉讼地位之界定，不仅涉及如何正确处

[6] 参见张卫平：《程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼法研究引论》，成都出版社1993年版，第124页以下；台湾民事诉讼法研究会编：《民事诉讼法之研讨（二）》，台湾三民书局1990年版，第3页以下。

[7] 对于代位权诉讼的诉讼标的问题，下文将专门予以讨论。

[8] 广义的管理权包括处分权在内，狭义的管理权则不包括处分权在内，但以广义说为通说。参见杨建华：《民事诉讼法问题研析（一）》，台湾三民书局1996年版，第37页。另参见前引[6]，张卫平书，第120页。

[9] 参见江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社1999年版，第402页。

理债权人、债务人及次债务人三者之间的关系问题,而且更为重要的是,它关系到对债务人的程序保障问题,故确有讨论的必要。

在我国台湾地区,关于债务人之诉讼地位的确定问题,常常与代位权诉讼的诉讼标的及判决的既判力范围之讨论联系在一起。在理论上主要有以下几种观点:(1)若债务人否认债权人代位权,则可以就第三债务人为诉讼参加而成为被告之参加人,^[10]但不能就债权人为诉讼参加而成为原告之参加人,因为对于代位权之存否问题,债权人与债务人之间利害互相对立。债权人亦可以在起诉时,因债务人否认其代位权而直接将债务人列为共同被告。如果债权人代位起诉后,因第三债务人否认债务人对其有权利,则此时债权人可以告之债务人,使债务人对第三债务人提起诉讼;债务人亦可以在代位诉讼系属后,自己对次债务人起诉,于此种情况下,法院应驳回代位权诉讼(此时,债务人的诉讼地位实际上已经不是代位权诉讼中的诉讼地位,而是另一诉讼中的原告——笔者注)。^[11](2)债权人对第三债务人起诉后,不论第三债务人有无否认债权人之权利,债务人都可以根据民事诉讼法第58条规定(指我国台湾地区之民事诉讼法——笔者注),参加诉讼。至于是辅助债权人,还是辅助第三债务人,则因原、被告的主张不同而有异。而债权人或第三债务人亦可以依据第65条(指我国台湾地区之民事诉讼法——笔者注)关于告知参加的规定,通知债务人参加诉讼。^[12](3)可考虑采取当事人主导的引进权制度,即在债权人代位债务人向第三债务人提起代位诉讼时,应承认第三债务人可以声请法院命债务人为原告,而成为共同诉讼人。这样既能给债务人提供较为充分的程序保障,也有助于解决关于代位诉讼判决之效力应否及于债务人的争论。^[13]

从我国台湾地区学者的讨论来看,对于代位权诉讼,依据诉讼参加的规定,原则上债务人可参加诉讼,或者由当事人告知其参加,但对于是否仅限于对被告(次债务人)为参加的问题则存在着争论,此其一。其二,由于代位权诉讼涉及债权人、债务人及次债务人三方的利益关系,因而基于为债务人及次债务人提供程序保障、统一解决纠纷、确定既判力范围等方面的考虑,出现了应将债务人列为共同被告或者将其引进为原告等各种不同的观点。

合同法颁布之后,我国大陆地区的学者们对代位权诉讼中债务人的诉讼地位问题也进行了广泛的讨论。综合起来,主要有以下几种观点:(1)主张应将债务人列为有独立请求权的第三人。^[14](2)认为债务人可以作为无独立请求权的第三人参加诉讼。^[15](3)认为应当将债务人列为共同原告。^[16](4)认为在代位权诉讼中,债务人只能充当证人。^[17](5)认为债务人在代位权诉讼中的地位可因案而异,但并非当然的诉讼法律关系主体。债务人如果参加诉讼,其

[10] 我国台湾地区民事诉讼法第58条规定了“诉讼参加”制度,即:“就两造之诉讼有法律上利害关系之第三人,为辅助一造起见,于该诉讼系属中得为参加。”这种辅助参加制度与我国民事诉讼法第56条所规定的“无独立请求权第三人”在形式上有相似之处,但在参加的程序与效力等方面存在着不同。参见石志泉著、杨建华增订:《民事诉讼法释义》,台湾三民书局1987年版,第78页以下。

[11] 以上为陈荣宗教授所持观点。参见陈荣宗:《债权人代位诉讼与既判力范围》,载杨建华主编:《民事诉讼法论文选辑》下册,台湾五南图书出版公司1984年版,第706页以下。

[12] 杨建华教授、陈石狮教授等持这一观点。参见前引[6],《民事诉讼法之研讨(二)》,第23页、第28页。

[13] 我国台湾学者许士宦持这一观点。参见台湾民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(四)》,台湾三民书局1993年版,第737页以下。

[14] 参见戚兆波:《代位权诉讼主体》,1999年8月11日《人民法院报》。

[15] 参见前引[6],张卫平文;另参见丁建明:《也谈代位权诉讼主体》,1999年8月11日《人民法院报》。

[16] 参见彭志鸿:《论债权人代位权和撤销权》,《律师世界》2000年第2期。

[17] 参见周美艳:《代位权:能否成为解决三角债的良方》,《中国律师》2000年第3期。

诉讼地位可能包括以下情形:A. 为原告;B. 为被告;C. 为有独立请求权的第三人;D. 为证人。^[18] (6)认为应当具体案件具体分析,区别不同案情,确立债务人在代位权诉讼中的地位。具体包括以下几种情形:A. 应当列债务人为无独立请求权的第三人;B. 在一些特殊情况下可以作为有独立请求权的第三人;C. 列债权人、债务人为共同原告;D. 充当证人。^[19]《合同法解释》第16条第1款则规定:“债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼,未将债务人列为第三人的,人民法院可以追加债务人为第三人。”

上述六种观点,我们认为第二种较为可取,其他几种观点则皆有失偏颇,甚至与诉讼法理相悖。而《合同法解释》第16条第1款虽然有其合理之处,但仍有诸多有待完善的地方。就债务人在代位权诉讼中的诉讼地位之合理定位而言,主要涉及下列问题:(1)债务人是否必须参加代位权诉讼?(2)如果债务人参加代位权诉讼,其具体的诉讼地位如何?(3)如果债务人作为无独立请求权的第三人参加诉讼,其具体的形态如何?(4)如果债务人不知道债权人已提起代位权诉讼,应当如何为其提供必要的程序保障?(5)如果债务人作为无独立请求权的第三人参加诉讼,是否具有当事人的诉讼权利义务?现将这些问题分述如下,并对上述几种观点及《合同法解释》的相关规定予以评析。

对于第一个问题,我们认为债务人可以参加代位权诉讼,但不是必须要参加诉讼。理由在于:代位权诉讼是债权人与次债务人之间的一种诉讼,债务人并非是这种诉讼的狭义的当事人(即原告与被告),因而没有必要规定债务人必须参加代位权诉讼,此其一。其二,代位权诉讼的结果虽然与债务人有利害关系,但这种利害关系主要涉及债务人的权利是否受到损害的问题,而关于债务人权利的问题,当然应当适用处分原则,故而应当由债务人自己决定是否参加诉讼。^[20]从《合同法解释》第16条第1款的规定来看,债权人在起诉时可以将债务人列为第三人,受诉法院也可以追加债务人为第三人,^[21]但债务人最终是否参加诉讼,仍应当理解为取决于债务人的自愿。值得注意的是,对于债务人是否可以主动申请参加诉讼的问题,《合同法解释》却未予以规定,我们认为,债务人可依照民事诉讼法第56条第2款之规定主动申请参加代位权诉讼。

对于第二个问题,即如果债务人参加诉讼,其具体的诉讼地位如何确定之问题,我们认为,债务人如果参加代位权诉讼,其诉讼地位应当是无独立请求权的第三人,而非原告、被告、有独立请求权的第三人或者证人。理由如下:首先,债权人提起代位权诉讼后,债务人的诉讼实施权应当受到限制,债务人原则上不得对次债务人提起同一诉讼请求的诉讼,因而债务人不应与债权人一起作为共同原告。另一方面,就债务人与次债务人之间的关系而言,他们并不具有共同的权利义务,因而将债务人与次债务人作为共同被告缺乏必要的实体法基础。其次,在代位权诉讼中,将债务人列为有独立请求权的第三人,显然与法律规定不符,也缺乏理论上的根据。众所周知,依照民事诉讼法第56条第1款的规定,所谓有独立请求权的第三人,是指对他人之间争议的诉讼标的,认为有全部或部分的独立的请求权,而以起诉的方式参加到诉讼中来的人。有独立请求权的第三人与本诉中的原、被告双方对立,他既

[18] 参见吴英姿:《代位权确立了民法法怎么办——债权人代位诉讼初探》,《法学》1999年第4期。

[19] 参见高建飞等:《如何确定被代位人的诉讼地位》,《律师世界》2000年第2期。

[20] 参见前引[6],张卫平文。

[21] 至于法院依职权追加第三人的规定是否合理,由于牵涉到民事诉讼中第三人制度的改革以及以良性弱化法院职权为主要内容的诉讼结构之变革问题,故在此不作为讨论的重点。

不同意本诉中原告的主张,也不同意被告的主张,认为不论是原告胜诉,还是被告胜诉,都将损害他的民事权益。实际上,他是为了维护自己的权益,以独立的实体权利人的资格提起了一个新的诉讼。显而易见,对于代位权诉讼,债务人并不具备有独立请求权的第三人之构成要件,因为代位权是法律赋予债权人的一项权利,债权人在法定条件下代位债务人对次债务人提起诉讼有着正当的法律根据,并不存在债务人对该诉讼标的有所谓独立请求权问题。再次,认为债务人处于证人的诉讼地位也非合理,因为债务人与代位权诉讼的结果有着法律上的利害关系,并且要受到判决效力的约束,这一点与证人有着显著的不同。最后,我们认为,代位权诉讼中的债务人之诉讼地位是与民事诉讼法所规定的无独立请求权第三人之基本特征相符合的。依照民事诉讼法第56条第2款的规定,无独立请求权的第三人是指对当事人双方的诉讼标的,虽然没有独立请求权,但案件的审理结果同其有法律上的利害关系,而申请参加诉讼或者由法院通知其参加诉讼的人。就代位权诉讼而言,债权人向次债务人主张的是债务人的权利,因而不不管是债权人胜诉还是次债务人胜诉,该裁判结果都与债务人有着法律上的利害关系。

对于第三个问题,我们认为,债务人作为无独立请求权的第三人参加诉讼时,在具体形态上,可能是参加原告一方,主张代位债权(即债务人对次债务人的债权)的存在;也可能是参加被告(次债务人)一方,主张代位权不存在或者不成立;还可能是既不参加原告一方,也不参加被告一方,而是具有独特地位的无独立请求权第三人。这里的第三种情况似乎令人费解,但在实践中却是确实存在,例如,债务人否认他与原告之间存在债权债务关系或者认为行使代位权的要件不具备,但同时主张自己对被告的债权是存在的,而被告却承认原告与债务人之间的债权债务关系或者对该债权债务关系并不关心,只是否认自己对债务人负有债务,在这种情况下,债务人的主张既不同于原告,也不同于被告,因而无法参加到任何一方,故其只能是具有独特地位的无独立请求权第三人。

对于第四个问题,即如果债务人不知道债权人已提起代位权诉讼,应当如何为其提供必要的程序保障之问题,我们认为,对此可确立诉讼告知制度予以解决,即规定人民法院应当以书面方式并严格按照送达的规定向债务人告知关于债权人已提起代位权诉讼的情况,并说明债务人可以申请参加诉讼,以及不参加诉讼时的法律后果。确立诉讼告知制度,不仅有利于对债务人合法权益的保护,而且对于解决后文将要讨论的既判力范围问题具有重要意义。

上述第五个问题是关于债务人作为无独立请求权第三人参加诉讼时,是否具有当事人的诉讼权利义务。对于这一问题,我们认为,应当明确规定债务人在代位权诉讼中具有当事人的诉讼权利义务。因为,就代位权诉讼而言,虽然是债权人对次债务人提起诉讼,但债务人实际上却是所裁判的实体法律关系的主体,案件的处理结果与债务人有着直接的法律上的利害关系;如果让债务人受代位权诉讼之裁判的约束但却不赋予其当事人之诉讼权利义务,则显然不利于对债务人合法权益的保护,从程序上来说对其也是极不公正的。但令人遗憾的是,《合同法解释》对债务人的诉讼权利义务并未作出明确规定,而民事诉讼法对无独立请求权第三人之诉讼权利义务所作的相关规定又存在着明显的冲突,这种立法规定上的罅漏对于代位权诉讼中债务人之合法权益的保护是极为不利的。申言之,民事诉讼法第56条第2款规定:“人民法院判决承担民事责任的第三人,有当事人的诉讼权利义务”(此款中的第三人专指无独立请求权第三人——笔者注),而《最高人民法院关于适用民事诉讼法若干问题的意见》(以下简称《适用意见》)第66条规定:“在诉讼中,无独立请求权的第三人有

当事人的诉讼权利义务。”二者之间的抵触是显而易见的。^[22]在此情况下，如果适用民事诉讼法第56条第2款的规定，显然不能为债务人提供充分的程序保障，如果适用《适用意见》第66条的规定（尽管这一规定无论是从理论上讲还是从诉讼实践来看都较之民事诉讼法第56条第2款之规定更具有合理性），则在法律适用和选择等方面均缺乏正当性的基础。因此，从保护代位权诉讼中债务人合法权益的角度观察，民事诉讼法第56条第2款确有修正的必要；退一步说，作为权宜之计，《合同法解释》也本应当作出一条与之相“抵触”的规定，即“债务人作为第三人参加诉讼时，具有当事人的诉讼权利义务”，但令人遗憾的是，《合同法解释》对此重要问题却未予规定。

（三）多数债权人之代位权诉讼问题

《合同法解释》第16条规定：“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。”这种情况，我们可称之为“多数债权人之代位权诉讼”。对于这种诉讼，下列问题有必要加以探讨。

1. 多数债权人提起代位权诉讼时，其相互间的关系问题。多个债权人对同一次债务人提起代位权诉讼时，债权人之间是一种必要的共同诉讼人之关系，还是一种普通的共同诉讼人之关系呢？对此，我们认为，多数债权人所提起的代位权诉讼应当是一种必要的共同诉讼，但它与民事诉讼法所规定的其他类型的必要共同诉讼又有着一些区别。因为，对于后者，共同诉讼人之间具有共同的诉讼权利义务，而对于多数债权人之代位权诉讼，债权人之间只是就债务人与次债务人之间的法律关系具有共同的诉讼权利义务，至于各个债权人是否对债务人享有代位权的问题，债权人之间则不具有共同的诉讼权利义务。故此，可以认为多数债权人之代位权诉讼实际上是一种特殊类型的必要的共同诉讼。与此相联系，多数债权人之间实际上乃是一种特殊类型的必要共同诉讼人（即共同原告）之关系。由于存在这种特殊的关系，因而在诉讼过程中，就各个债权人是否具有代位权而言，共同原告中一人之行为或者被告（次债务人）对于共同原告中一人之行为，其效力应不及于其他共同原告；就债务人与次债务人之间的法律关系而言，共同原告中一人之行为或者被告对于共同原告中一人之行为，其效力应当及于其他共同原告。

2. 多数债权人分别起诉时，后诉是否应当禁止？对于这一问题，我国台湾学者杨建华教授主张，多数债权人分别起诉时，应当认定后诉违反更行起诉之规定而予禁止。^[23]考虑到大陆之合同法与台湾地区民法对代位权所作的下述之不同规定，我们认为，债权人分别起诉时，后诉不应禁止，但应合并审理和裁判。依照我国台湾地区民法的规定和学理解释，“债权人行使代位权所生私法上之效力，直接归属于债务人。债权人代债务人所受领之给付，其标的物仍为一般债权人之共同担保物，行使代位权者不得直接以之充清偿。故债权人为欲满足自己之债权，应另采取强制执行之方法。”^[24]于此种条件下，在多数债权人分别起诉时，即使禁止后诉的提起，往往也并不会影响后诉原告合法权益的实现。而根据我国大陆《合同法解释》第20条的规定，法院对代位权诉讼审理后认定代位权成立的，则应当由次债

[22] 关于这一问题，请参见赵钢：《从司法解释与现行立法之抵触看无独立请求权第三人诉讼地位之窘困及其合理解脱》，《法学》1997年第11期。

[23] 参见杨建华：《民事诉讼法问题研析》（三），台湾三民书局1998年版，第286页以下。

[24] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第471页。

务人直接向债权人清偿债务,在这种情况下,如果禁止后诉,则后诉之债权人的合法权益往往难以得到保障。

3. 对于多数债权人之代位权诉讼,受诉法院是“可以”合并审理,还是“应当”合并审理之问题。对于这一点,我们认为,法院应当合并审理。理由在于,该多数债权人都是代债务人之位而向次债务人主张同一权利,为了统一解决纠纷和避免矛盾判决,理应予以合并审理。显然,《合同法解释》第20条中的“可以合并审理”之规定并不合理。

二、代位权诉讼之管辖

对于代位权诉讼的管辖问题,《合同法解释》第14条作出了明确的规定,即“债权人依照合同法第73条的规定提起代位权诉讼的,由被告住所地人民法院管辖”。这里的关键问题在于如何正确理解这一管辖条款。结合民事诉讼法有关管辖的规定,我们认为,以下两个问题有必要予以澄清。

(一)《合同法解释》第14条之规定是一般地域管辖还是特殊地域管辖,抑或是专属地域管辖之规定的问题

根据民事诉讼法之规定,地域管辖有一般地域管辖、特殊地域管辖、专属地域管辖(即专属管辖)之分。一般地域管辖系指以当事人的住所地与法院的隶属关系来确定管辖,原则上由被告所在地(即住所地或经常居住地)法院管辖;特殊地域管辖是指以被告住所地、诉讼标的或法律事实所在地为标准来确定管辖法院;而专属管辖则是指法律规定某些案件只能由特定的法院管辖,具有排他性。对具体案件来说,应当优先适用专属管辖之规定,其次是特殊地域管辖(有协议管辖时则应后于协议管辖),最后是一般地域管辖。这些皆为民事诉讼法学的一般性常识。就代位权诉讼而言,《合同法解释》第14条规定由被告住所地人民法院管辖,那么,这一规定应当属于上述哪种形态之地域管辖呢?显然,如果理解上发生歧义,则在适用效果上就会迥然不同。例如,若认为它是与民事诉讼法第22条之规定相一致的一般地域管辖,则在适用时应当优先考虑专属管辖和特殊地域管辖的规定;如果认为它是一种特殊地域管辖,那么在适用时即可排除民事诉讼法所规定的其它特殊地域管辖,但不能排除专属管辖的适用;倘认为它是专属管辖,则应当排除民事诉讼法所规定的各种地域管辖。由此看来,恰当而合理地理解上述管辖条款,对于确定代位权诉讼之管辖法院具有非常重要的意义。

我们认为,考虑到代位权诉讼的特殊性,应当将《合同法解释》第14条之规定理解为一种特殊地域管辖。具体来说,有以下几点理由:其一,代位权诉讼与其它类型的诉讼之最大区别就在于诉讼的代位性,针对这一特点,就有必要将代位权诉讼之管辖规定为特殊地域管辖,以便于双方当事人诉权的行使和法院对代位权诉讼的审理与裁判。《合同法解释》规定这类诉讼由被告住所地人民法院管辖,也许正是考虑到这层因素。^[25]其二,如果将该项管辖规定理解为一般地域管辖,那么对于很多代位权诉讼,则需要根据债务人与次债务人之间争议的实体法律关系的性质来确定管辖,也即还应当根据民事诉讼法针对案件性质的不同所确定的各种特殊地域管辖来处理,而民事诉讼法对很多案件又规定了多个管辖法院供当事

[25] 由于资料欠缺,笔者并不知道最高人民法院在作出该项管辖规定时的本意及理由如何,这里只是我们的猜测。

人选择, 另者, 如果要适用这些规定, 首先还需要查明债务人与次债务人的实体法律关系的性质问题, 这样就会使代位权诉讼之管辖问题复杂化, 不利于债权人代位权的行使。而将《合同法解释》第 14 条之规定理解为特殊地域管辖, 不仅便于债权人和次债务人进行诉讼, 而且可操作性较强, 并可以有效地避免或者减少管辖争议以提高诉讼效率。其三, 《合同法解释》第 14 条之规定虽然与民事诉讼法第 22 条关于一般地域管辖的规定相同, 但应当注意的是, 前者是针对特殊类型的民事案件而言的, 而后者是针对一般的民事案件而言的。因此, 虽然在表述上相同, 即都规定“由被告住所地人民法院管辖”, 但应当认为, 前者是与后者并不相同的一种特殊地域管辖。其四, 不能将《合同法解释》第 14 条之管辖规定认为是专属管辖。从管辖理论上来说, 某类民事案件是否属于某特定法院专属管辖, 应当以法律明文规定为准(例如民事诉讼法第 34 条之规定), 否则, 不得认其为专属管辖。而《合同法解释》第 14 条并未明文规定该条是专属管辖, 故而在代位权诉讼中, 如果债务人与次债务人之间的债权债务关系属于次债务人住所地以外的某法院专属管辖, 则次债务人住所地法院对该代位权诉讼不具有管辖权。

(二) 代位权诉讼之管辖与协议管辖、协议仲裁之协调问题

前文指出, 《合同法解释》第 14 条之规定应当是一种特殊地域管辖, 那么, 它与协议管辖、协议仲裁之间是一种什么样的关系呢? 换言之, 对于代位权诉讼, 是否允许当事人协议管辖? 如果债务人与次债务人签订有管辖协议或仲裁协议, 这种协议对代位权诉讼是否有影响呢? 诸如此类问题, 《合同法解释》并未指明应如何处理, 而在诉讼实践中当这类问题出现时又必须予以解决, 因而显有必要从理论上对它们之间的关系作出合理的说明和解释。

1. 债权人与次债务人不能就代位权诉讼进行协议管辖、协议仲裁。首先, 依据《合同法解释》第 73 条的规定, 债权人代位债务人向次债务人主张权利, 只能通过法院的途径进行, 也即只能通过代位权诉讼的方式主张权利, 这就排除了债权人与次债务人签订仲裁协议的可能性。其次, 应当认为, 债权人与次债务人亦无权就代位权诉讼签订管辖协议。理由有两点: 第一, 债权人所主张的权利是债务人对次债务人所享有的债权, 债务人与次债务人才是实体法律关系的真正主体, 而债权人与次债务人之间并不存在直接的实体法律关系, 因而从实体法的角度来说, 债权人与次债务人应无权对该项实体法律关系进行协议管辖。第二, 依据前文笔者的观点, 代位权诉讼应当被理解作为一种与一般的合同诉讼或其它债权诉讼有着明显不同的特殊类型的民事案件, 为其所确立的特殊地域管辖是就债权人与次债务人之间的特殊关系而设置的, 而债权人与次债务人之间并非是一种合同关系, 故此债权人与次债务人应无权依照民事诉讼法第 25 条之规定对代位权诉讼进行协议管辖。

2. 债权人提起代位权诉讼之后, 债务人与次债务人就他们之间的债权债务纠纷签订管辖协议或仲裁协议的, 应认定对债权人不生效力, 不影响代位权诉讼的继续进行。但是, 该管辖协议或仲裁协议对于债务人对次债务人所享有的、超过债权人代位请求数额的债权纠纷部分, 应当具有法律效力。

3. 债权人提起代位权诉讼之前, 债务人与次债务人已经签订有管辖协议, 应当如何加以协调之问题。这主要是指受理代位权诉讼的法院(即被告住所地法院)与协议管辖的法院不一致时的情况, 如果二者是一致的, 则不存在需要加以协调的问题。为了平衡债权人与次债务人之间的利益关系, 我们认为, 可以分两种情况来处理这种管辖的冲突。一方面, 在原则上应当认定债务人与次债务人之间的管辖协议对代位权诉讼没有约束力, 因为, 尽管债务人与次债务

人之间存在管辖协议,但在债务人怠于行使其权利,不向次债务人提起诉讼的情况下,如果仍让债权人受该管辖协议的约束,则显然对债权人是公平的,此其一。其二,管辖协议是债务人与次债务人之间签订的,债权人并不是该协议的当事人,既然债权人不是签订该管辖协议的当事人,原则上就应当认定代位权诉讼之管辖不受管辖协议的约束。其三,依据《合同法解释》的规定,代位权诉讼由被告(即次债务人)住所地法院管辖,因而在一般情况下,这种管辖并不会给次债务人带来很大的不便。

另一方面,作为例外,则应当承认管辖协议的效力。这种例外情况就是,在债权人提起代位权诉讼后,次债务人又依照管辖协议的规定对债务人提起诉讼,或者债务人依照管辖协议的规定对次债务人提起诉讼,而次债务人不进行抗辩的,应当确定协议管辖的法院对案件有管辖权,在此种情况下,应规定受理代位权诉讼的法院将该诉讼移送给协议管辖的法院合并审理。之所以要求承认这种例外,原因在于,法律在为债权人的权益保护提供程序保障的同时,也应当顾及对次债务人的程序保障,以体现程序的公平性。易言之,协议管辖是民事诉讼法赋予当事人的一项程序选择权,是体现程序公正的重要内容之一,当次债务人与债务人达成某种管辖协议时,表明他们对诉讼有着某种合理的预期;为了保护债权人的利益,次债务人的这种合理预期即因债权人行使代位权而被打破,但是如果将代位权诉讼之管辖绝对化,对次债务人来说,在程序上则有欠公允。所以,在上述之例外情形下,应当承认协议管辖的效力,但为了统一解决纠纷和防止矛盾判决,应当规定将代位权诉讼移送给协议管辖的法院合并审理。

4. 债权人提起代位权诉讼之前,债务人与次债务人已经签订有仲裁协议,应当如何予以协调。对于这一问题,有学者认为,即使债务人与次债务人之间订有有效的仲裁协议,次债务人也不得以仲裁协议为由对债权人提起的代位权诉讼提出管辖异议。^[26]我们认为,这种观点过于绝对,没有体现出对次债务人程序利益的尊重和保护。基于上述第三个问题中相类似的理由,对于这一问题,亦应当分两种情况予以处理,即在原则上应当认定债务人与次债务人之间的仲裁协议对代位权诉讼没有约束力,但是,在债权人提起代位权诉讼后,次债务人又依照仲裁协议的规定申请仲裁或者债务人依照仲裁协议的规定申请仲裁而次债务人不提出既存诉讼抗辩的,应当规定仲裁机构有管辖权,在此情况下,法院应裁定终结代位权诉讼。

三、代位权诉讼之诉讼标的

(一)学理上之主要观点

诉讼标的是法院审理和裁判的对象,是判断是否再行起诉及确定既判力客观范围的主要根据,因而在民事诉讼中具有极为重要的地位。^[27]那么,应当如何理解和区分代位权诉讼的诉讼标的呢?对于这一问题,诉讼理论上主要有下述三种观点。

1. 二诉讼标的说。即认为代位权诉讼中存在两个诉讼标的,一个是原告的代位权主张,另一个是原告所提出的债务人对次债务人享有权利之主张。这一观点认为,在代位权诉讼中,

[26] 参见曹守晔:《对合同法中代位权的理解与适用(下)》,2000年3月12日《人民法院报》。

[27] 参见张卫平:《诉讼标的及其识别标准》,《法学研究》1997年第4期。

代位权存否之问题与债务人对次债务人权利存否之问题,系两件断然不同的事情。债权人对于次债务人之诉讼,就其主张的权利情况而言,有两种情况可遭败诉判决:其一,债权人仅缺乏代位权,但债务人对次债务人的权利确系存在;其二,债权人有代位权,但债务人对次债务人无权利。于第一种情况,常因被告抗辩债权人对债务人无权利存在,或抗辩债务人对次债务人无怠于行使权利等事实,而使债权人遭诉讼不合法之判决,在此种情形下,法院仅就代位权之有无为判断,并未就债务人对次债务人之权利存否为判断,其诉讼判决仅以代位权之主张为诉讼标的。于第二种情形,债权人遭败诉判决,其原因系起于债务人在实体上对于次债务人无权利存在,法院所判断的诉讼标的,包括债权人之代位权及债务人对次债务人的权利。^[28]

2. 一诉讼标的说。这一观点认为,代位权诉讼之诉讼标的,应仅为债务人对于次债务人之间之权利义务关系,而不包括代位权本身。其理由在于,债权人代位债务人对次债务人起诉时,代位权仅为债权人对于债务人与次债务人之间的权利义务关系有无实施诉讼权能之问题,即仍为当事人适格问题,而非构成诉讼标的之事项。从诉讼学说来看,不论是采本案判决请求权说还是采权利保护请求权说,关于当事人适格之要件与为诉讼标的之法律关系有无理由之要件,均作明确划分,将有无诉讼实施权之当事人适格有关事项,作为独立的诉讼标的或者合并作为本案诉讼标的之内容,在诉讼程序上使二者混淆不清或混为一体,似均有不宜。从诉之声明和判决效力来看,诉之声明仅与债务人对次债务人的权利义务关系有关,而代位权本身在诉讼程序上并无诉之声明,即并不构成本案之诉讼请求,因而法院对债权人能否行使代位权之判断,仅在判决理由中说明,判决主文并无记载,该判断对债务人并无任何实质上之效力,故此代位权本身应不构成诉讼标的。^[29]

3. 一个诉讼标的,两个基础法律关系说。即认为代位权诉讼的诉讼标的系债权人得以自己之名义,依债务人权利对第三人得为主张之权利,这个诉讼标的包括债权人自己对债务人之权利与债务人对次债务人之债权两个基础法律关系,但此基础法律关系并非诉讼标的。^[30]

从我国台湾地区民事诉讼法学界的讨论来看,对于代位权诉讼的诉讼标的的问题,多数学者持上述第二种观点。我国合同法颁布之后,有学者在讨论代位权诉讼时亦认为,其诉讼标的是债务人与次债务人之间的民事法律关系,而不包括债权人与债务人之间的权利义务关系。并认为代位权成立与否不属于代位权诉讼之诉讼标的的理由在于:(1)代位权是债权的保全权能,并非对债务人和次债务人的请求权。法院对代位权成立与否的判断对债务人和次债务人并不发生实体法上的效果。(2)代位权成立与否并非债权人代位诉讼本身所要解决的争议事项,即债权人提起代位诉讼并不是为了证明代位权的存在。(3)代位权是债权人诉权产生的前提,也是代位权诉讼成立的前提;从性质上讲,是代位权诉讼原告适格的必要条件,即起诉条件之一,法院对此问题审查判断的结果只是决定是否受理代位权诉讼的根据。^[31]我们认为,无论从理论上还是从《合同法解释》的现有规定来看,承认代位权诉讼包括两个诉讼标的更具有合理性和现实意义。下文将就此展开讨论。

(二) 本文观点及对《合同法解释》相关规定的评析

[28] 参见前引[11],陈荣宗文,第708页。

[29] 参见前引[23],杨建华书,第360页以下。

[30] 陈计男教授等持这一观点。参见前引[6],《民事诉讼法之研讨(二)》,第43页。由于这一观点在禁止重复起诉、既判力范围等方面尚有许多复杂的问题需要解决,故本文不作为讨论的重点。

[31] 参见前引[18],吴英姿文,第44页。

本文认为,基于以下理由,应当认为代位权诉讼之诉讼标的有两个,即代位权存否之主张与债务人和次债务人之间的债权债务关系。

1. 代位权是债权人为了保全其债权而代位债务人行使其权利的权利,在性质上是一种实体法上的权利,这一点已为各国立法和民法理论所普遍认可。不同的是,在日本、意大利等大陆法系国家及我国台湾地区,债权人行使代位权的方式,既可以是直接向次债务人行使,也可以是通过诉讼途径行使,而根据我国合同法及司法解释的规定,债权人只能通过法院,即通过提起代位权诉讼的方式予以行使。在债权人提起代位权诉讼时,代位权本身存在与否即成为法院裁判的一个对象,而代位权又是实体法上的权利,因而按照传统的诉讼标的理论,应当将代位权看作一个独立的诉讼标的。

2. 从法院的审理情况来看,在代位权诉讼中,法院审理和判断的实体法律关系实际上有两个,一个是原告(债权人)与债务人之间的法律关系,另一个是债务人与次债务人之间的法律关系。法院必须首先对第一个法律关系进行审查,就代位权存否问题加以判断,其次才有必要对债务人与次债务人之间的法律关系予以审查和判断。如果债权人与债务人之间的法律关系不存在,或者债权人所享有的债权尚未到期或已过诉讼时效,则债权人就没有代位权,其就不能请求次债务人履行债务。如果债务人和次债务人对债权人主张同时履行抗辩权、不安抗辩权或抵销抗辩权,或者主张债务人并没有怠于行使其到期债权,则债权人的代位权也有可能不成立。显然,在代位权诉讼中,将代位权本身存在与否之问题作为一个诉讼标的是客观存在的,只有对这一诉讼标的作出判断,才有必要对另一诉讼标的,即债务人与次债务人之间的民事法律关系加以判断。

3. 从《合同法解释》第20条的规定来看,应当认为有两个诉讼标的经过了裁判。《合同法解释》第20条规定:“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。”显然,根据这一规定,在代位权诉讼中受诉法院的裁判对象,不仅包括债权人与次债务人之间的法律关系,而且包括债权人与债务人之间的法律关系。换言之,代位权诉讼的诉讼标的不仅包括债权人与次债务人之间的权利义务关系,而且亦包括债权人与债务人之间代位权关系是否存在。否则,如果认为其诉讼标的仅仅是债务人与次债务人之间的法律关系,显然无法对上述条款中的由次债务人向债权人履行清偿义务以及债权人与债务人之间相应的债权债务关系归于消灭之规定作出合理解释。申言之,倘若不将代位权本身作为一个诉讼标的,则代位权诉讼之裁判就不应当对债权人与债务人之间的债权债务关系作出实体上的判断。从这里可以看出,《合同法解释》第20条的规定与传统民法理论及日本、我国台湾地区等的立法有着显著的不同,对于后者,采取的是“入库规则”,即代位权行使的效果直接归于债务人,而不能由债权人直接受领,即使在债务人怠于受领的情况下由债权人代为受领,在其受领之后,债务人仍可以请求债权人交付受领的财产。由于存在这种区别,在大陆法系国家和地区的代位权诉讼中,其判决主文一般仅对债务人与次债务人之间的民事法律关系作出判断,而对债权人与债务人之间的法律关系则并不作出实体上的判断,只是在判决理由中加以说明。正是由于这一主要原因,故而关于代位权诉讼的诉讼标的,其主流观点为一诉讼标的说。而依照我国《合同法解释》第20条的规定,法院的判决须对上述两种法律关系均作出判断,因而应当认为代位权诉讼之诉讼标的包括代位权本身存在与否及债务人与次债务人之间的法律关系。

4. 将代位权诉讼认定为有两个诉讼标的, 便于纠纷的统一解决, 并符合诉讼经济原则。承认代位权诉讼存在两个诉讼标的, 有利于统一解决债务人与次债务人、债权人与债务人之间的权利义务争议, 避免法院就此问题作出相互矛盾的裁判, 同时也有利于实现诉讼经济。但是, 如果认为代位权诉讼的诉讼标的仅限于债务人与次债务人之间的法律关系, 而将债权人对债务人所享有的代位权存在与否作为一个程序问题, 那么从理论上来说, 由于债权人与债务人之间的法律关系没有经过实体上的裁判, 法院对代位权诉讼所作的判决对该法律关系就不应当具有既判力。在此种情况下, 如果债权人在代位权诉讼中获胜诉判决, 则债务人仍然有权就自己与债权人之间的债权债务关系再行争执。显然, 这不仅不利与统一解决纠纷和实现诉讼经济, 而且与《合同法解释》第 20 条之规定的旨趣也是相悖的。

5. 前文所引的反对将代位权本身作为诉讼标的的理由之一是, 认为代位权是债权的保全权能, 并非是对债务人和次债务人的请求权, 法院对代位权成立与否的判断对债务人与次债务人不发生实体法上的效果。其实, 这并不能成为否认将代位权作为诉讼标的的理由。因为实体法上的请求权固然可以作为诉讼标的, 但能够作为诉讼标的的并非仅限于请求权, 例如确认之诉与形成之诉的诉讼标的就不是请求权。另者, 法院对代位权成立与否的判断也并非对债务人和次债务人没有实体法上的效果, 例如, 法院认定代位权成立时, 债权人即有权请求次债务人履行其债务, 债务人亦不得阻碍债权人行使代位权。反对者的另一理由, 即代位权成立与否并非债权人代位诉讼本身所要解决的争议事项, 这种观点也是不能成立的。相反, 代位权成立与否是代位权诉讼所必须要解决的争议事项, 否则代位权诉讼不能继续进行。

综上, 本文认为, 代位权诉讼的诉讼标的应当包括代位权主张与债务人和次债务人之间的法律关系。其中, 对于代位权存否这一诉讼标的, 从性质上来说, 具有确认之诉的性质, 而债务人与次债务人之间的法律关系这一诉讼标的, 则具有给付之诉的性质。因而债权人在代位起诉时, 在诉讼请求中可载明请求确认代位权的存在并请求判令次债务人履行债务。

四、代位权诉讼中当事人诉讼权利之限制

在代位权诉讼中, 债权人是作为原告代位债务人而向次债务人主张权利, 基于这一本质特征的要求, 债权人在行使诉讼权利时, 不当损害债务人的合法权益。另一方面, 如前所述, 债务人在作为第三人参加诉讼时, 应当具有当事人的诉讼权利义务, 但是基于其诉讼地位所决定, 以及充分保全债权人的债权之需要, 其诉讼权利义务又应当与作为狭义当事人的原告、被告有所区别。因此, 在代位权诉讼中, 对债权人与债务人的诉讼权利应当作适当限制, 以平衡他们彼此之间的利益关系。至于作为被告的次债务人, 其诉讼权利原则上不应受到限制。

(一) 债权人诉讼权利之限制

1. 债权人之诉讼请求额应受限制。由于代位权诉讼涉及债务人与次债务人、债权人与债务人之间的双重法律关系, 因而其诉讼请求额应当受到两个方面的限制。一方面, 其诉讼请求额不应超过本人所享债权的数额, 亦即不应超过债务人所负的债务数额; 另一方面, 其诉讼请求额不应超出债务人对次债务人所享有的债权数额。这是代位权诉讼在诉讼请求上不同于一般的债务纠纷案件的特点之一。对于这一问题, 《合同法解释》第 21 条已明确规定: “在代位权诉讼中, 债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所

负债务额的,对超出部分人民法院不予支持。”

2. 和解权、请求调解权之限制。依据民事诉讼法的规定,原、被告双方都享有自行和解或请求法院调解的权利,这是民事诉讼的处分原则使然。但在代位权诉讼中,作为原告的债权人之和解权、请求调解权则应当有适当限制,以免使债务人的合法权益受到损害。申言之,和解或者调解往往是在享有权利的一方当事人作出让步、甚至于巨大让步的基础上进行的,和解协议或调解协议的达成常常是权利人放弃部分实体权利所产生的妥协结果,因而行使和解权或请求调解权的原则上应当是对实体权利享有处分权的主体。然而就代位权诉讼而言,债权人虽然可依法代位行使债务人的权利,但并不等于有权处分债务人的权利。显然,行使权利与处分权利在这里的涵义并不相同:行使权利是指积极地使权利内容得到实现,使债务人得到其应该得到的利益,而处分权利则是指将权利转让、抛弃、免除或使其受到限制等,处分权利的结果将导致该权利的消灭或在数额上减少。^[33]因此,债权人原则上只能行使债务人的权利,而不能处分债务人的权利,否则,如果允许债权人可以随意处分债务人的权利,则不仅可能极大地损害债务人的权益,而且会造成对交易秩序的破坏。正是基于这个道理,原告的和解权、请求调解权应当受到限制,特别是在债务人未参加诉讼的场合,应当认为债权人不得与次债务人进行和解或与之达成调解协议。值得注意的是,如果债务人参加了诉讼,那么在债权人、债务人和次债务人三方都同意的条件下,则应当认为可以就代位权诉讼进行和解或调解。

3. 诉讼上之自认和舍弃应受一定限制。诉讼上的自认是指当事人一方承认对方所主张的不利于己的事实是真实的之意思表示,诉讼上的舍弃则是指原告承认其诉讼请求的全部或一部为不正当之陈述。在诉讼过程中,当事人的自认或舍弃很可能导致对该当事人不利的裁判,特别是原告在舍弃诉讼请求的场合,一般会导致法院作出其败诉的判决。基于上述相类似的道理,在代位权诉讼中,债权人的自认或舍弃行为应当受到一定的限制,以保护债务人的合法权益。因此,对于次债务人就其与债务人之间的债权债务关系主张的不利于债务人的事实,债权人原则上不得自认,而应当由次债务人予以举证;对于债权人就债务人享有的债权所作的舍弃行为,未经债务人同意的,法院原则上不能将其作为债权人败诉的根据,以免债权人与次债务人串通损害债务人的权益。

(二) 债务人的处分权应予限制

关于债权人行使代位权后,债务人对其权利的处分应否受到限制的问题,在各个国家和地区的民法学界存在否定说与肯定说两种观点。否定说认为,代位权的行使并非强制执行,代位权行使之后,债务人的处分权不应因此而受限制。法国学者多持此说。肯定说则认为,代位权行使后,债务人就其权利不得再为妨害代位行使的处分,否则,如果债务人的处分不受限制而仍可抛弃、免除或让与其权利,则代位权制度将失去效用。日本和我国台湾地区的学者多持此种观点。^[34]我国大陆学者也多持肯定说,认为债务人不得就已被债权人代位行使的权利进行处分,以保障债权人之债权的实现。^[35]从民事诉讼的角度来看,对债务人的处分权之限制则

[33] 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1996年版,第400页。

[34] 参见前引[24],史尚宽书,第471页;王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第181页。

[35] 参见前引[34],王家福书,第181页;前引[33],王利明等书,第402页;余延满:《合同法论》,武汉大学出版社1999年版,第452页。

表现为对其诉讼权利的限制,即债务人作为第三人参加代位权诉讼时,不得实施妨碍债权人行使代位权的处分行为。在代位权诉讼中,之所以要求对债务人的处分权加以限制,原因在于:一方面,这种限制是保障债权人的债权得以实现的必要措施,这一点与民法学者所论证的理由是相同的。另一方面,限制债务人的处分权也是维护诉讼的严肃性和程序的安定性的必然要求。易言之,如果允许债务人转让、抛弃其权利或者推延债务人的还债期限,则极有可能使已经开始的诉讼归于无效,从而有损诉讼的严肃性和程序的安定性,并会直接对债权人造成程序不公。

五、代位权诉讼之既判力范围

在民事诉讼中,既判力又称判决在实质上的确定力,是指生效判决对作为诉讼标的的法律关系之判断所具有的强制性的通用力或确定力。其内容表现为,判决在形式上确定之后,当事人即不得就该判决所裁判的法律关系再行起诉,或者在其他诉讼中提出与该确定判决内容相反的主张;法院的后诉判决亦不得与该确定判决内容相抵触。^[36]对于既判力问题,其关键之处在于应当如何确定既判力的范围。就代位权诉讼而言,由于涉及债权人、债务人与次债务人三者之间的关系,因而其判决的既判力范围与一般民事案件之判决的既判力范围应当有所不同。

(一)代位权诉讼之既判力客观范围

既判力的客观范围是指生效判决对哪些实体法律关系有既判力的问题。对于这一问题,大陆法系民事诉讼理论之通说及立法的一般规定是:既判力原则上只对判决主文中表达的判断事项产生,而所谓判决主文的判断则是指对于诉讼标的之判断。如果前后两诉的诉讼标的相同,则后诉应予禁止,亦即后诉应受前诉判决之既判力的拘束。因此,从传统的诉讼标的理论来看,界定既判力之客观范围的标准就在于,要看已经裁判过的法律关系与未经裁判的法律关系是否同一。据此,代位权诉讼之既判力客观范围的界定,主要取决于代位权诉讼之诉讼标的的界定。申言之,如果认为代位权诉讼的诉讼标的仅限于债务人与次债务人之间的法律关系,则既判力之客观范围也仅限于该法律关系,至于债权人与债务人之间的法律关系则不受既判力的约束;如果认为其诉讼标的包括债务人与次债务人之间的法律关系以及代位权本身存否之主张,则既判力之客观范围也会相应地扩大。

对于上述第一种情况,即认为代位权诉讼的诉讼标的仅限于债务人与次债务人之间的法律关系,在界定既判力客观范围时,则可能会出现无法解决的矛盾。例如,如果债权人在代位权诉讼中获胜诉判决,那么该判决的既判力客观范围并不及于债权人与债务人之间的法律关系,在此条件下,债务人应仍然有权对债权人提起诉讼,以否认债权人存在对自己的权利。假如债务人提起诉讼并获胜诉判决,则前后两个判决就会产生无法解释的冲突:债权人对债务人既然不享有权利,为什么在代位权诉讼中又获胜诉判决?要想解决这一问题,合理的途径应当是,在为债务人提供充分的程序保障之前提下,承认代位权诉讼有两个诉讼标的,并在此基础上相应地扩大既判力的客观范围,即承认关于代位权存否的判断也有既判力。

具体来说,在债权人获胜诉判决时,既判力的客观范围应当包括债务人与次债务人之间的

[36] 参见前引[1],陈计男书,第60页。

法律关系以及债权人与债务人之间的代位权关系(包括债权人与债务人之间的法律关系)。^[37]在债权人遭败诉判决时,则应当区别情况来确定既判力的客观范围:如果因代位权存在但却认定债务人对次债务人的债权不存在而遭败诉,既判力的客观范围也应包括上述两类法律关系;如果因代位权关系不存在但债务人与次债务人之间的法律关系未经判断而遭败诉,则既判力的客观范围仅限于代位权关系。这里需要特别加以强调的是,在对既判力的客观范围作上述相应扩大时,必须为债务人提供充分的程序保障,包括必须为其提供参加诉讼的信息、机会和手段,以及赋予其当事人之诉讼权利义务等。

(二)代位权诉讼之既判力主观范围

既判力的主观范围是指判决对哪些主体有既判力。一般来说,既判力原则上只及于诉讼请求的对立双方,即原告和被告,而对于当事人以外的人,除有例外规定,则不应受该判决之既判力约束。否则,如果既判力可以任意地扩大到其他人,则对该其他人显然是不公平的。对于代位权诉讼而言,其原、被告双方分别为债权人和次债务人,因而法院所作判决自然应当对债权人与次债务人具有既判力,这一点在理论上并无异议。问题在于,债务人与次债务人之间的法律关系经法院判决后,其既判力是否及于债务人呢?对于这一问题,在诉讼理论上颇有争论,归纳起来大致有以下三种观点:

1. 既判力不及于债务人说。该说认为确定判决仅在当事人之间发生效力。债权人代位债务人对次债务人提起诉讼时,债务人并非是诉讼当事人,因此依据既判力之相对性原理,代位权诉讼之确定判决仅对债权人与次债务人有既判力,而对债务人则没有既判力。所以,债权人遭败诉判决时,债务人仍然可以次债务人为被告起诉请求次债务人对其为给付;若债权人获胜诉判决,次债务人亦可以债务人为被告,提起确认债权不存在之诉。^[38]

2. 既判力及于债务人说。持这一观点的学者认为,代位权诉讼之确定判决的既判力,不仅及于债权人和次债务人,而且及于债务人。理由在于:债权人对次债务人起诉,属于法定的诉讼担当,债权人乃系为债务人而为当事人,在实体法上行使代位权之效果,既然应归于债务人,则在诉讼法上亦应当依据有关既判力之扩张的规定,^[39]认定判决的效力及于债务人,否则,代位权诉讼即无任何实际意义。^[40]此说为日本及我国台湾地区的通说。

3. 债权人胜诉时既判力始及于债务人说。即认为债权人获胜诉判决时,其既判力及于债务人,而当债权人遭败诉判决时则既判力不及于债务人。其理由是:债权人行使代位权的目的在于增加债务人的财产,债权人败诉时,既然不能增加债务人的财产,即应对债务人不生效力,况且,在实践中有关诉讼的有力证据多在债务人之手,如果债权人因无有力证据而遭败诉判决,在此情形下亦要求债务人受该判决拘束,则对债务人显非公平。^[41]

[37] 从《合同法解释》第20条的规定来看,债权人获胜诉判决时,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归于消灭,由此也应当认为该判决的既判力的客观范围包括上述两种法律关系。

[38] 我国台湾地区学者陈荣宗、梅仲协等持此说。参见前引[11],陈荣宗文,载杨建华书,第719页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第244页。

[39] 这里的“有关既判力扩张的规定”,在我国台湾地区,系指其民事诉讼法第400条第2款之规定,即“对于为他人而为原告或被告者之确定判决,对于该他人亦有效力。”在日本,系指其民事诉讼法第115条第1款第2项之规定(旧法为第201条第2款),内容大致相同。

[40] 参见前引[23],杨建华书,第366页以下;王甲乙等:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局1998年版,第486页;前引[24],史尚宽书,第472页。

[41] 日本学者三月章、加藤正治、松板佐一等持此观点。转引自前引[11],陈荣宗文,第717页。

考察学者的相关论述,并结合我国的实际情况,我们认为,上述第二种观点较为可取,即代位权诉讼之判决对债务人与次债务人之间的法律关系所做判断,其既判力应当及于该债务人。具体理由如下:

其一,从诉讼标的之同一性来说,债务人与次债务人之间的法律关系这一诉讼标的既然在代位权诉讼中已经过裁判,就应当具有既判力,债务人再以同一法律关系更行起诉,即应当认为违反“一事不再理”原则。况且,就这一诉讼标的而言,债权人提起的代位权诉讼与债务人自己提起的诉讼尽管在形式上当事人不同,但由于债权人是代位债务人进行诉讼,故应当认为在实质上当事人是相同的,^[42]因而债务人应当受代位权诉讼之判决的既判力约束。

其二,承认既判力及于债务人有利于统一解决纷争、防止矛盾判决,并符合诉讼经济原则。债务人与次债务人之间的法律关系在代位权诉讼中经裁判后,如果其既判力不及于债务人,则债务人可就同一诉讼标的另行起诉,如此一来,就可能出现相互矛盾的判决,这显然有损法院裁判的严肃性。而且,如果允许债务人对同一纠纷另行起诉,则无论两诉讼的裁判结果是否一致,都将会扩大当事人和国家的诉讼成本支出,有违诉讼经济原则。

其三,承认既判力及于债务人有利于对次债务人的程序保障。法院对代位权诉讼作出判决后,如果其既判力不及于债务人,或者于债权人胜诉时及于债务人但在败诉时不及于债务人,则次债务人将有受多重诉讼的危险,也即对于同一实体法上的权利义务关系,次债务人有可能遭受多重讼累,这对其显然是很不公平的。对此,有学者指出,次债务人因债权人与债务人之间的纠纷而被牵扯到诉讼中去,这已经是一次不幸,如果该诉讼的结果对债务人没有既判力,则次债务人可能再一次不幸地被诉,显然对其程序保障在此受到了忽视。^[43]因此,基于为次债务人提供必要的程序保障之考虑,代位权诉讼之判决应当对债务人具有既判力。

其四,既判力不及于债务人说不利于发挥代位权诉讼解决纷争的功能。如果认为代位权诉讼之判决只是在债权人与次债务人之间有既判力,则债权人和次债务人花费相当多的努力、尽了攻击防御之后所取得的诉讼结果,其效力可能因对债务人没有既判力而被动摇。这势必会破坏代位权诉讼制度的运作成果,影响其解决纷争之功能的有效发挥。

其五,债权人代位债务人对次债务人起诉,其原因在于债务人怠于行使其权利。既然债务人有怠于行使权利之行为,即使债权人代位起诉遭败诉之判决,债务人本身亦属有过错。故此,在为债务人提供必要的程序保障之前提下,将既判力扩及债务人并由其承担原告败诉的风险并非苛刻。

其六,《合同法解释》第20条规定,债权人胜诉时,“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。”由此可知,在债权人胜诉时,判决中关于债务人与次债务人之间的法律关系之判断,对债务人应当具有既判力,因为该条款明确规定债务人与次债务人之间相应的债权债务关系归于消灭。但值得注意的是,对于因债务人对次债务人不享有权利而致债权人败诉时,其既判力是否及于债务人的问题,《合同法解释》并未明确规定,我们认为,基于上述所列理由,债权人败诉时,其既判力也应当及于债务人。

在要求债务人受代位权诉讼之判决的既判力约束时,有必要再次强调的问题是,应当为债务人提供相应的程序保障。因此,前文所述的应当确立对债务人的诉讼告知制度及赋予其当

[42][43] 参见前引[23],杨建华书,第282页,第376页。

事人之诉讼权利义务的重要性必须再次加以重申。只有如此,才能为债务人充分提供参加诉讼的信息和机会,并在其实际参加诉讼时能够具有充分的攻击防御手段。可以说,这种程序权利之保障是代位权诉讼之判决的既判力扩及债务人的正当化基础,否则,如果债务人未充分地进行攻击防御或未被给予陈述意见的机会,但却要求其受对己不利的判决之拘束,则显然对其是极不公平的。

Abstract : Litigation by creditors according to the right to subrogation is based on the "litigation benefit" of the creditors. The object of litigation according to the right to subrogation includes the creditor's claim to the right to subrogation and legal relations between the debtor and the subordinate debtor. The rights of the creditor and debtors in the proceeding should be restricted to a certain extent. All creditors, debtor and subordinate debtor should subject to the judgement. Therefore, the creditor may participate in the proceeding as if he is the third person who has no independent right to claim, and have the rights and obligations of the parties concerned.
