



## 法经济学视域下债权人代位权中债务人“怠于行使”之认定

吴俊雄

湖南大学, 法学院

**摘要:** 根据《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》的规定, 在民法典时代, 对于债权人代位权中债务人“怠于行使”的认定标准, 仍沿用了合同法时代的“诉讼或仲裁方式”, 即如果债务人没有以诉讼或仲裁方式要求次债务人履行义务, 则认定债务人构成“怠于行使”其权利。从法经济学的角度来看, 该方式更侧重于保护债权人的利益和保障法院的审判效率, 但在相当程度上忽视了债务人的权益保护, 同时有悖公众常识, 与现行法律体系和法院的改革方向相矛盾, 使得法律效益可能低于法律成本, 易导致法律不经济。因此, 应当对该认定标准进行改良, 采取“推定+反证”的方式, 对于债务人没有以诉讼或仲裁方式行使权利的, 推定其构成“怠于行使”, 但债务人或次债务人能够反证的除外; 对于债务人以诉讼或仲裁方式行使权利的, 推定其不构成“怠于行使”, 但债权人能够反证的除外。

**关键词:** 法经济学, 代位权, 怠于行使, 怠讼

### 一、提出问题

最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(后文简称“《征求意见稿》”)第三十四条关于“怠于行使权利影响到期债权实现的认定”的规定, 实际上是沿用了《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)》(后文简称《解释一》)第十三条第一款的规定, 二者都以“诉讼仲裁”作为认定债务人是否构成“怠于行使”有关权利的标准。不同的是, 《解释一》第十三条第二款还赋予次债务人以抗辩权, 如果债务人未以诉讼或仲裁方式要求次债务人履行义务, 但是次债务人能够举证说明债务人以其他方式行使了权利, 则债务人仍不构成“怠于行使”,

2790-3796/© Shuangqing Academic Publishing House Limited All rights reserved.

Article history: Received December 2, 2022 Accepted January 17, 2023 Available online January 18, 2023

To cite this paper: 吴俊雄(2023).法经济学视域下债权人代位权中债务人“怠于行使”之认定.现代法学研究,第2卷,第1期,21-28.

Doi: <https://doi.org/10.55375/jls.2023.2.3>

该规定是十分必要的，这实际上为债务人或次债务人的权益保护留下一定的空间。<sup>1</sup>但是在《征求意见稿》中，最高院摒弃了该做法，将“诉讼仲裁”作为唯一的认定标准，这可以更充分地实现债权人代位权制度的目的，使法律对债权人的权益保护更加彻底。但是，对债权人的过度保护可能会牺牲其他主体的利益。在微观层面，要求债务人通过诉讼或仲裁的方式行使权利增加了债务人的负担，“人为地、不当地排除了当事人最为常见的行使权利的方式”。<sup>2</sup>从宏观上看，这一方面有悖于中国民众的息讼心理，另一方面也会增加法院或仲裁机构的工作负担，同时也与现行法律体系相悖。

学界对于债权人代位权制度的讨论相当激烈，但主要集中在《中华人民共和国民法典》（后文简称《民法典》）新增的条文例如代位权的客体等方面，就债务人“怠于行使”的认定标准而言，学界讨论较少，而且观点较为集中，大都赞同现行做法。正值最高院就合同编的司法解释征求意见之际，笔者欲通过法经济学的分析方法，就债权人代位权中债务人“怠于行使”之认定进行简要探讨，以期使债权人代位权制度更加完善。

## 二、各方主体的利益评价

“没有无义务的权利，没有无权利的义务”，民法赋予某主体一个权利，必然会使另一主体承担相应的义务。当权利效益大于义务成本时，该权利的赋予或法律的适用是有效率的；当权利效益小于义务成本时，法律不效率（或法律不经济）；当权利效益从大于义务成本逐步转移到等于义务成本时（即权利效益的饱和状态），法律的适用效果将会达到最佳。<sup>3</sup>因此，欲探求债权人代位权制度或“怠于行使”之认定标准的最佳适用效果，必须明确债权人代位权所涉及权利效益和义务成本，即各方主体的利益。用理科术语来讲，就是在建立模型、分析模型前，必须要明确或设置各种变量（因变量、自变量等）。

债权人代位权制度中首要保护的是债权人的利益。债权人代位权是债权人出于保全自己债权的目的，以自己的名义代替行使属于债务人债权的权利。<sup>4</sup>债权人代位权制度的根本目的在于债权保全，保护债权人的合法债权，避免因债务人怠于行使其对次债务人的债权而对债权人的权益造成侵害。该制度中其他主体的义务承担，实际上是为了协助债权人实现其债权。为了避免债权人对代位权的滥用，法律设置了四个限制条件，即债权人的债权合法、有效、到期；债务人怠于行使债权或与该债权有关的从权利；影响债权人到期债权的实现；债务人的权利不专属于债务人自身。唯有满足四个条件，债权人方能行使代位权。其中，较难认定的是债务人“怠于行使”有关权利。对于保护债权人利益而言，限定债务人行使有关权利的方式，对债务人行使权利的方式认定严苛化，对债务人怠于行使权利的认定宽松化，无疑是最佳的。

其次要考虑的是债务人（包括次债务人）的利益。对债权人利益的着重关注并不意味着不

<sup>1</sup> 参见徐澜波：《合同债权人代位权行使的效力归属及相关规则辨析——兼论我国合同代位债权司法解释的完善》，载《法学》2011年第7期。

<sup>2</sup> 崔建远：《债权人代位权的新解说》，载《法学》2011年第7期。

<sup>3</sup> 参见冯玉军：《法经济学范式》，清华大学出版社2009年版，第303页。

<sup>4</sup> 参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第433页。

需要保护债务人利益,《解释一》第十三条第二款关于次债务人抗辩权的规定实际上就是对债务人和次债务人利益的保护。在债权人代位权的构成要件中,债务人能够控制的,唯有“怠于行使”。对于债务人而言,行使权利的方式应是越广泛越好,由其自由选择为佳。

最后要考虑的是法院的利益,同时需要兼顾社会效果。尽管在比较法上,债权人可以以诉讼或非讼的方式行使代位权,<sup>5</sup>但是我国法律规定,债权人行使代位权必须要向法院提起诉讼,是否符合行使代位权的构成要件需要法院进行判断,因此不得不考虑法院的利益。如果案件事实复杂,对债务人是否构成“怠于行使”的判断难度较大,必然会影响法院的判案效率,增加法院工作者的负担。出于审判效率和节约司法资源考虑,“怠于行使”的认定标准的设立,自然是越明确越好。此外,法院的审判结果具有引导力,会产生一定的社会影响,该社会影响实际上就是法律效果的反映。最好的结果便是使审判结果与公众认知相符合,例如在刑法中,对于故意杀人者判处死刑,符合公众传统的“杀人偿命”观念,赵春华案件中对赵春华以非法持有枪支罪的处理反而违背了大众心理。<sup>6</sup>因此,对于债务人行使权利的方式,从理想的角度看,需要符合公众的认知。换言之,从一般人角度讲,债务人以或不以某种方式行使权利是合理的(通俗地讲,可以“说得过去”或者“天经地义”)。

综上,在债权人代位权制度中,涉及债权人、债务人、法院和社会四个利益变量(严格地讲还包括法律体系的稳定性),过度保护债权人的利益会使得对怠于行使的认定过于宽松,尽管可能利于法院裁判,但也会影响债务人的利益保护;反之,如果对怠于行使的认定过于严格,可能会使债权人的利益得不到充分保护。唯有使四种利益之间的协调达到均衡状态,才能使债权人代位权制度发挥最大效用。

### 三、怠于行使之认定的学术背景

在实务界,对于“怠于行使”的认定标准的规定,自《解释一》起未有实质性变化。但学界曾对认定标准有过较激烈的讨论,大致形成了“催告说”“宽期限说”“诉讼仲裁说”三种学说。本部分仅对前二者进行阐述。

#### (一) 催告说

传统理论以债务人具有行使债权的客观表现为唯一标准,认为只要债务人在客观上有催告次债务人行使债权的动作,无论结果如何,皆属于债务人行使了债权,债权人不得行使代位权。因此,代位权的适用情形限于债务人完全不行使债权或迟延履行债权。<sup>7</sup>

从债务人的角度看,仅要求其以催告的方式行使债权是对其的最低要求,不会造成什么负担,因为这是通常情况下私主体行使权利的一般方式。从法院的角度看,审判效率可以得到较好的保障,只要债务人证明其已经通过某种方式催告次债务人履行义务,或者次债务人证明自己已被债务人催告,无须考虑催告效果,一律认定为债务人行使了债权。换言之,这是一种形式判断而非实质判断。从债权人的角度来看,此种方式完全忽视了对其利益的保护,

<sup>5</sup> 参见黄茂荣:《债法通则之三 债之保全、转移及消灭》,厦门大学出版社,2014年版,9~11页。

<sup>6</sup> 参见陈兴良:《赵春华非法持有枪支案的教义学分析》,载《华东政法大学学报》2017年第6期。

<sup>7</sup> 参见邱聪智:《新订民法债编通则》(下册),中国人民大学出版社2004年版,第305页。

甚至有架空债权人代位权制度的可能性。因为不考虑实质性效果的催告方式，完全可能使债务人与次债务人恶意串通，通过形式催告来使构成要件不成立，规避债权人行使代位权，最终损害债权人的利益。尽管债权人可以通过当事人恶意串通，法律行为可撤销的规定来要求法院撤销债务人的催告行为，<sup>8</sup>但这会引发新诉，增加债权人的负担，同时债权人需要提供充分的证据证明债务人与次债务人恶意串通，难度较大，有败诉风险。从社会影响角度来看，一方面，以催告的方式行使权利符合民众的普遍认知，另一方面，不考虑实质效果的形式催告实际上也与大众的良善心理相悖。

由于该观点与债权人代位权制度的目的相悖，目前已逐渐被学界抛弃，我国实务界亦未采纳过该做法。

## （二）宽期限说

有学者认为，应当在行使代位权的期限方面额外增设一个宽限期。当债务人对次债务人享有的债权届满时，债权人不能立即行使代位权，而应在债务人的债权届满后设立一定的宽限期。此期限内，债务人若仍未向次债务人要求履行债务，方可构成“怠于行使债权”，债权人才能行使代位权。<sup>9</sup>

此说主要解决了债务人迟延履行债权的情形，如果债务人在宽限期内仍不行使债权，则可以推定其具有主观上的恶意，但该说仍然存在一定的缺陷。其没有从根本上解决问题，即没有对债务人行使债权的方式进行明确阐述，如果采用传统理论，那么实际上还是继承了传统理论的上述缺陷。此外，关于“宽限期”的确定，又是一个难点，法律或司法解释难以固定一个统一的期限，需由法院根据具体情况自行裁量。在具体案件中，债权人主张宽限期已届满和债务人持相反观点，可能都是有道理的，法院如何裁量，采纳何方观点，实际上很难确定，最终会对审判效率造成影响。

## （三）小结

上述两个学说的致命缺陷在于无法全面保障债权人的利益，使得债权人代位权制度的作用难以得到充分发挥。更深层次地讲，“催告说”与“宽期限说”都无法根据催告或其他行为推定债务人的真实意图，无法知悉债务人是否真实希望次债务人履行义务。因此，“诉讼仲裁说”便在该背景下诞生，当债务人通过诉讼或仲裁这两个可以产生法律强制力的方式行使权利时，推定其具有希望次债务人履行义务的真实意图，进而认定其不构成“怠于行使”。概言之，法律通过限定债务人行使权利的方式来保障债权人的利益，利益天平倾向于债权人。

# 四、现行认定标准的适用效果

“诉讼仲裁说”是我国实务界一直采用的方式，学界对此大都持肯定观点。<sup>10</sup>纵使有学者对“诉讼仲裁说”提出过批判，但也未提出新的做法。<sup>11</sup>笔者认为，“诉讼仲裁说”具有上

<sup>8</sup> 参见〔日〕於保不二雄：《日本民法债权总论》〔M〕，庄胜荣校订，五南图书出版有限公司 1998 年版，第 158 页。

<sup>9</sup> 参见曹守晔：《代位权的解释与适用》，载《法律适用》2000 年第 3 期。

<sup>10</sup> 例如湖南大学法学院王文胜教授表示，目前暂时没有更好的方案（源于私下讨论）。

<sup>11</sup> 参见崔建远：《论中国〈民法典〉上的债权人代位权》，载《社会科学》2020 年第 11 期。

述学说无法具有的优势，但是仍然存在可以改良的空间。

## （一）积极效果

### 1. 债权人角度

如前所述，严格限定债务人行使权利的方式对于债权人而言无疑是友好的，“诉讼仲裁说”便是如此。诉讼或仲裁是可以产生法律强制力的行为，其对次债务人所造成的压力是其他普通行为无法比拟的。一旦债务人向法院起诉或向仲裁机构提起仲裁，只要请求权基础成立且次债务人未抗辩成功，则法院或仲裁机构便会支持债务人的请求，有利于充分保障债权人的利益。因此，此方式可避免债务人在形式上行使权利而实质上未要求次债务人履行义务、对债权人显失公平的情形，克服了传统理论的致命缺陷。

此外，由于我国民诉中“谁主张，谁举证”的举证原则，债权人既然要行使代位权，就必然要证明债务人怠于行使权利。诉讼或仲裁是会被法院或仲裁机构记录在案的，对于债权人而言，判断债务人是否提起过诉讼或仲裁是较容易，其只需去有关机关调查即可，故债权人的诉累可以大大降低。对于债务人未通过诉讼或仲裁方式向次债务人主张权利，债权人难以收集并提供证据，加上次债务人也会编造各种事由，说明债务人已经向其主张权利，由此会导致难以判断债务人是否“怠于行使”，而使债权人代位权的目的落空。<sup>12</sup>

### 2. 法院角度

债务人是否对次债务人提起过诉讼或仲裁较好查清，法院对案件事实可以有相对明确的把握。而且将其他所有行使权利的方式排除在外，可以减少法院的审查负担，避免当事人主张的情形无法查清、浪费司法资源，最终保障法院的审理效率。

## （二）消极效果

### 1. 社会角度

在历史上，衙门或公堂是极具权威性的存在，对簿公堂往往是走投无路、不得以而为之。受传统思想的影响，在中国，对一般人而言，通常情况下其是不愿涉足公检法等与法律相关的机关。公民具有“厌诉”或“息讼”心理，彼此间的纠纷，能够私下解决的，通常不会寻求繁琐的诉讼或仲裁方式。<sup>13</sup>具言之，一方面，中国是人情社会，一旦对簿公堂，通常意味着双方将成为一世的仇家，即“撕破脸皮”。另一方面，诉讼或仲裁等法律活动属于精英游戏，当事人需要请律师，需要支出代理费和参加诉讼或仲裁所需的交通费、住宿费等费用，极有可能当事人胜诉所得利益仍不足以弥补当事人参加诉讼支出的成本。作为经济理性人，权衡之下，中国民众一般是不愿意通过诉讼或仲裁解决纠纷的，或者说，诉讼或仲裁不是首选方式。<sup>14</sup>这也是调解制度在中国得以独具特色地存在的原因之一。“通过诉讼或仲裁方式行使债权及其有关的从权利”作为唯一的认定标准，实质上否认了以其他一般方式行使权利的合法性，强制要求当事人提起诉讼或仲裁，这有悖于公众常规的价值观。

<sup>12</sup> 参见王利明：《论代位权的行使要件》，载《法学论坛》2001年第1期。

<sup>13</sup> 参见柴荣，李竹：《传统中国民事诉讼的价值取向与实现路径：“息讼”与“教化”》，载《政法论坛》2018年第2期。

<sup>14</sup> 尽管近年来大量案件涌入法院，但这只能说明现实纠纷增多，不能证明民众倾向于通过诉讼解决纠纷。

## 2. 债务人角度

增加了债务人的负担，可能对债务人显失公平。债务人行使权利最便利的方式便是向次债务人直接主张，而通过繁琐的诉讼或仲裁方式，无疑增加了债务人的时间和财物成本。在债务人有以普通方式行使权利的能力，但没有提起诉讼或仲裁的客观条件或主观意愿的情况下，若仍以此标准来判断其是否行使权利，则对债务人显失公平，不符合效益原则。

## 3. 其他

首先，从法院角度来看，可能会增加法院负担。目前，大量案件涌入法院，法院正积极探索诉调对接、繁简分流等机制以减轻案件压力，而在债权人代位权制度中却要求债务人提起诉讼或仲裁，无疑与法院的改革潮流相悖。也许会有反对者指出，可以通过督促程序来解决该问题，一方面督促程序适用简便，成本较低，另一方面也可以达到以诉讼方式要求次债务人履行义务的目的，而且督促程序适用案件的范围与债权人代位权制度的客体基本吻合。笔者认为，从理论上讲，上述观点并无问题，但是从法社会学的角度看，实务中法官对督促程序适用意愿并不高。<sup>15</sup>因为一旦当事人反悔，需要重新适用普通诉讼程序解决纠纷，法官在督促程序中做的一切努力、达成的全部成果皆作废。对于有考核要求、面临巨大案件压力的法官而言，这无疑是一种浪费，不如开始就直接适用普通诉讼程序。因此，督促程序难以作为一种理想的解决方式。

其次，从债权人的角度看，在特定情形下可能不利于保障其利益。尽管债务人以诉讼或仲裁方式要求次债务人履行义务，但是存在在法律文书生效且没有客观阻却事由的情形下，次债务人未依据法律文书履行义务的可能，对此本质上债务人仍构成怠于行使其权利。但是由于其之前已经提起了诉讼或仲裁，因此无法认定，债权人的利益实际上没有得到保障。在中祥公司诉闸北区经委会、中亚商业地产公司案中，尽管债务人以诉讼的方式向次债务人行使债权，但是在判决文书生效后，由于无客观阻却事由，债务人在本可以去实现自己享有的权利的情况下仍未实现对次债务人的权利。但法院最终还是判定债务人构成怠于行使，突破了诉讼仲裁说的边界。<sup>16</sup>可见，不宜将诉讼仲裁说作为唯一的认定标准。

最后，与现行的法律体系相悖。在我国，法律行为的核心是意思表示，意思表示由意思和表示两部分构成，前者包括行为意思、内心意欲发生某种私法效果的表示意思、内心希望发生特定私法效果的效果意思，后者包括表示行为、客观表现出意欲发生某种私法效果、向外界表达的所追求的私法效果。其中，由于除行为意思外的意思内容过于主观，外人无法或难以判断，因此法律行为或意思表示的成立要件仅为行为意思和表示。<sup>17</sup>换言之，只要行为主体作出某项客观上具备了表示要件的“法律行为”，则推定其是在自我意识的支配下作出该行为的，即具有行为意思，法律行为成立且生效。至于其是否真实希望发生客观行为所造成的效果（即表示意思和效果意思），在所不问。在债权人代位权中，如果债务人以催告的

<sup>15</sup> 参见吴俐，王蕾蕾：《督促程序失灵问题研究》，载《海大法律评论》2020年I辑。

<sup>16</sup> 参见上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民二(民)初字第14号；上海市高级人民法院(2009)沪高民一(民)终字第21号。

<sup>17</sup> 参见王文胜：《〈民法典〉第133条（民事法律行为的定义）评注》，载《法治研究》2022年第1期。

方式行使权利，不管其是否真实希望次债务人履行义务，至少债务人具备了行为意思和表示要件，法律行为是有效的。而“诉讼仲裁说”否定了催告或以其他一般方式行使权利的正当性，与现行法律体系背道而驰。

### （三）小结

从法经济学层面讲，根据卡尔多-希克斯效率标准，如果某种方式所造成的效益大于其所造成的成本，那么该方式便是有效率的。<sup>18</sup>在债权人代位权中，诉讼仲裁说所造成效益仅限于对债权人的利益保护和法院的判案效率，但是所带来的成本却涉及债务人利益、公众价值观、法院工作压力、法律体系等诸多方面，因此很难说诉讼仲裁说的效益大于成本，其仍然存在可以改良的空间。

## 五、改良方式

笔者认为，应当采用“推定+反证”的认定标准，沿用并改良《解释一》的做法，在诉讼仲裁说的基础上，赋予债权人和债务人或次债务人抗辩权。换言之，如果债务人未通过诉讼或仲裁方式行使其权利，则推定其构成怠于行使。但是如果债务人能够充分地举证说明自己实质性地要求次债务人履行义务（或者次债务人证明），纵使债务人未通过诉讼或仲裁方式，仍应认定其不构成“怠于行使”。至于债务人的主张是否成立，需要法院根据债务人的具体情况如经济状况、文化素养甚至是社会评价等来判断，例如法院不宜要求一个经济条件差的文盲通过诉讼或仲裁的方式行使债权，否定该主体以通常方式行使权利的正当性。此外，尽管债务人通过诉讼或仲裁方式要求次债务人履行义务，但是债权人能够证明债务人在不存在客观阻却事由的情形下并未依据生效的法律文书行使权利，则仍应认定债务人构成怠于行使。概言之，相关的司法解释应做如下三款规定。

债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼或者仲裁方式向相对人主张其享有的债权或者与该债权有关的从权利，致使债权人的到期债权未能实现的，人民法院可以认定为民法典第五百三十五条规定的“债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现”。

对于债务人以诉讼或者仲裁方式向相对人主张其享有的债权或者与该债权有关的从权利的，如果债权人有证据证明债务人未实质性行使权利的，人民法院可以认定为民法典第五百三十五条规定的“债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现”。

如果当事人或第三人不认为债务人有怠于行使其到期债权或者与该债权有关的从权利的情况的，应当承担举证责任。

从各方主体的利益评价来看，此种方式并不会造成因为过度关注某一主体利益而忽视其他主体利益保护的结果。首先，对于债权人而言，其仍然只要证明债务人未通过诉讼或仲裁

---

<sup>18</sup> 参见冯玉军：《法经济学范式》，清华大学出版社2009年版，第218页。

方式要求次债务人履行义务即可，对于债务人或次债务人所提出的抗辩，主要是由法院审查其是否成立，债权人无需承担因为无法充分对抗债务人或次债务人的主张而产生的败诉风险。其次，对于债务人或次债务人言，赋予其抗辩权或要求其承担举证责任是相当合理的。因为债权人代位权将义务成本施加在债务人和次债务人身上，如果二者不愿意承担该义务成本，则负有证明其不符合有关条件的责任。再次，对于法院而言，一方面，将诉讼仲裁方式作为推定的怠于行使的认定标准，仍然可以保障审判效率，另一方面，对债务人或次债务人主张的评价，是法院自由裁量的应有之义，属于法院固有的审判成本范围，不会额外增加法院负担。复次，对于社会公众而言，不将诉讼仲裁方式作为认定债务人怠于行使权利的唯一标准，符合民众行使权利的一般方式认知。最后，改良的“诉讼仲裁说”并没有否定以一般方式行使权利的正当性，只要当事人能够充分证明效果意思和表示意思的存在，因此与现行法律体系相一致。可见，“推定+反证”做法的适用效果，应是好于现行标准的。

## 六、结语

债权人代位权制度是为了解决三角债问题而衍生出来的，随着我国经济的发展，该制度在现实生活中的适用也愈加广泛。《民法典》及相关法律法规和司法解释的颁布弥补了合同法时代该制度的部分缺陷，在一定程度上完善了债权人代位权制度。但是该制度存在为了充分保障债权人利益而忽视其他主体利益的情况，问题的关键在于对“怠于行使”的认定标准的唯一化。以诉讼或仲裁作为认定债务人是否构成怠于行使有关权利，有相当的好处，但同时也会造成司法适用的僵化，不利于保障债务人的合法权益，有悖公众常识。因此，应当以该做法为基础，赋予债权人和债务人双方反证或抗辩的权利，使对“怠于行使”的认定从形式层面转向实质层面，使债权人代位权制度发挥更大的价值。