

债权人代位权诉讼中仲裁协议的效力

代位权对仲裁合意的穿透及其界限

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 债务人与相对人订有仲裁协议的, 债权人提起代位权诉讼是否受该协议约束, 现行法未作规定, 实务分歧明显。本文认为, 代位权是债权人固有的法定管理权, 不是债务人权利的移转。债权人以自己名义行使, 行使的效果归于债务人。据此, 债务人与相对人之间的程序合意, 不当然约束债权人。仲裁协议具有相对性, 非当事人不受其约束。但相对人的仲裁期待值得保护, 故应允许其提出抗辩, 由法院审查。审查的内容有三: 仲裁协议是否存在并有效、是否覆盖系争债权、是否可以执行。三者均具备的, 法院可以裁定驳回起诉, 告知当事人先仲裁。审查之后, 还须审查债务人的行为与仲裁的可行性。债务人已经申请仲裁的, 中止诉讼。债务人拒绝或者怠于仲裁的, 法院管辖。仲裁机构无管辖权、仲裁费用明显过高、裁决难以执行的, 认定仲裁不可行, 法院管辖。三步审查, 层层递进。这一方案, 既尊重仲裁的意思自治, 又保障代位权的实效。它不追求单一价值的绝对化, 而追求多种价值的平衡。既判力方面, 判决及于参加诉讼的债务人, 未参加的可以另行主张。仲裁裁决认定的事实, 在代位权诉讼中具有预决效力。

关键词: 代位权; 仲裁协议; 相对性; 管辖冲突; 既判力

中图分类号: D925.1 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2021)04-0001-14

Effect of Arbitration Agreements in Subrogation Actions by Creditors

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Where the debtor and the third party have concluded an arbitration agreement, it is unclear whether a creditor bringing a subrogation action is bound by that agreement; current law is silent and practice diverges. This article argues that subrogation is an inherent statutory power of management vested in the creditor rather than a transfer of the debtor's right: the creditor acts in its own name while the effect accrues to the debtor. Accordingly, procedural agreements between the debtor and the third party do not automatically bind the creditor, since arbitration agreements are relative and do not reach non-parties. The third party's expectation of arbitration nevertheless deserves protection, so it may raise an objection for judicial examination. The examination covers existence and validity of the agreement, coverage of the claim in dispute, and enforceability. Where all three are satisfied, the court may dismiss the action and direct the parties to arbitrate first. The court should further examine the debtor's conduct and the feasibility of arbitration: pending arbitration leads to suspension, while refusal or inaction by the debtor supports jurisdiction. Where the arbitral institution lacks jurisdiction, fees are excessive, or the award would be unenforceable, arbitration is treated as infeasible and the court retains jurisdiction. This three-step approach respects party autonomy while securing the effectiveness of subrogation. As to res judicata, the judgment binds a participating debtor, while facts found in an arbitral award carry preclusive effect in the subrogation action.

Key words: subrogation; arbitration agreement; relativity; conflict of jurisdiction; res judicata

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究债的保全与仲裁司法审查的衔接问题。

一、问题的提出

代位权是债的保全制度。债务人怠于行使其对第三人的权利, 害及债权实现的, 债权人可以自己的名义, 代位行使债务人的权利。这一制度突破了债的相对性, 使债权人得以介入债务人与第三人的关系。介入的正当性, 源于保全的必要。

介入的方式，是诉讼。民法典规定，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对相对人的权利。诉讼是代位权行使的唯一途径，不能通过仲裁或者自力救济实现。这一限定，塑造了代位权的程序性格。

问题由此产生。债务人与相对人之间订有仲裁协议的，债权人提起代位权诉讼，是否受该仲裁协议的约束。若受约束，债权人须先申请仲裁，而仲裁的申请人本应是债务人。若不受约束，仲裁协议对相对人的保护便落空。两难之间，须有取舍。

这一问题的实质，是两种制度的冲突。仲裁协议体现当事人意思自治，排除法院管辖。代位权体现债的保全，须由法院行使。二者在同一案件中相遇，何者优先，法律未作规定。未作规定，便留给了解释。

从比较法看，日本民法规定，债权人行使代位权时，相对人可以向债权人主张其对债务人的抗辩。判例与学说对仲裁协议是否属于可对抗的抗辩，意见并不一致。多数说认为，程序上的合意不属于抗辩事由。少数说认为，若代位权人明知，则应受约束。

实务的处理，截然不同。有的法院认为仲裁协议具有相对性，债权人非当事人，不受其约束，径行受理。有的法院认为代位权行使的是债务人的权利，权利上的负担一并承受，裁定驳回起诉。两种做法，各有其例。例外的存在，说明规则尚未形成。

这一问题在实践中，常与管辖异议交织。相对人提出仲裁抗辩的，法院须先裁定。裁定作出后，当事人可以上诉。上诉期间，实体审理中止。程序的重叠，延长了纠纷的解决。

裁定的后果，差异巨大。径行受理，相对人失去仲裁的机会，仲裁协议形同虚设。驳回起诉，债权人须推动债务人申请仲裁，而债务人往往正是怠于行使的一方，代位权因此落空。落空的救济，等于没有救济。

学说的争论，同样激烈。肯定说以权利移转为据，认为代位权人承受债务人的全部权利瑕疵，包括程序上的仲裁合意。否定说以仲裁合意的相对性为据，认为第三人不受他人合意约束。两说的对立，反映了立场的前见。

折中说试图调和。有的主张区分仲裁协议的类型，有的主张区分债权人是否知悉，有的主张区分债务人是否怠于仲裁。折中的方向正确，但标准尚不统一。标准的不统一，使折中沦为个案的权衡。

我国台湾地区的规定，代位权行使的效果归于债务人，程序上则准用债权让与的规则。准用的结果，是受让人承受仲裁协议。这一路径，与法定移转说相近。相近的构造，产生相近的结论。

本文主张，仲裁协议不当然约束债权人，相对人可以提出异议。法院应当审查，仲裁协议有效且覆盖系争债权的，可以裁定驳回起诉，告知当事人先仲裁。但债务人怠于仲裁，或者仲裁不能实现债权的，法院应当受理。有条件的让与，优于绝对的取舍。

这一方案，既尊重仲裁的意思自治，又保障代位权的实效。它不是非此即彼的选择，

而是有条件的让与。条件的设置，使两种制度各得其所。各得其所，是制度协调的理想状态。

论证的顺序如下。先厘清代位权的实体构造，确定债权人取得的权利范围。再讨论仲裁协议的效力范围，判断其能否及于第三人。继而分析管辖冲突的解决方案。最后落到程序构造的具体设计。四个环节，由实体到程序。

需要说明的是，本文讨论的代位权，限于民法典规定的债权人代位权，不包括保险人代位、股东代位等特殊形态。后者的构造不同，规则亦应另论。范围的限定，使讨论集中。集中，方能深入。

二、代位权的实体构造

（一）法定移转与固有权利

代位权的性质，学说有三。法定移转说认为，债务人怠于行使权利时，其权利当然移转于债权人，债权人以自己名义行使的是自己的权利。固有权利说认为，代位权是债权人固有的、为保全债权而设的管理权。代理权说认为，债权人实为债务人的代理人。三说分立，各有其据。

法定移转说源于日本旧说。其优点是解释代位权的归属清楚，缺点是移转的范围难以确定。若全部移转，债务人的其他债权人便无从受偿。若部分移转，移转的界限又无标准。界限的模糊，使该说难以贯彻。

法定移转说的另一个难点，是移转的时点。何时移转，是代位权行使之时，还是债权成立之时。时点的不同，影响到仲裁协议的承受。若在行使时移转，则此前的程序合意是否随之，难以回答。

固有权利说为我国通说。其优点是解释了债权人以自己名义行使的权利来源，也解释了代位权行使的效果归于债务人。缺点是难以说明为何债权人可以处分债务人的权利。这一难点，须以管理权的构造化解。

通说的形成，与我国的立法体例有关。民法典将代位权规定于合同的保全一节，而非债的总则。体例的安排，说明立法者将其视为债的效力之例外，而非权利的移转。体例的解释，支持固有权利说。

代理权说在我国影响较小。其优点是说明了行使效果的归属，缺点是代理须有授权，而代位权无须债务人授权。无授权的代理，在教义上难以成立。教义的障碍，使该说难以成为通说。

三种学说的争论，看似概念之争，实则关系到当事人之间的风险分配。采移转说，风险由债权人承担。采固有权利说，风险由相对人承担。风险的分配，是学说的实质。

本文采固有权利说，并作一点修正。代位权是债权人固有的法定管理权，其行使的范围以保全债权的必要为限，其效果归于债务人。这一构造，既尊重了债务人的权利归属，

又保障了债权人的保全利益。归属与保全，得以兼顾。

固有权利说的另一优点，是解释了代位权的消灭。债务人恢复行使权利的，代位权消灭。若采移转说，则权利已经移转，难以说明为何因债务人的行为而消灭。消灭的说明，是学说的检验。

代位权的制度目的，是保全债权。至于它与撤销权如何分工、各自的构成要件如何，《什么是代位权和撤销权》一文已有通俗的梳理，本文不赘，只就其程序构造展开。

修正的实益，在于处理程序问题。若代位权是固有权利，则债权人行使的是自己的诉权，不受债务人与相对人之间程序约定的约束。若代位权是移转的权利，则债权人承受权利上的全部负担，包括仲裁协议。性质的定位，决定了程序的走向。

（二）代位权的行使范围

行使的范围，以保全债权的必要为限。债权数额小于债务人对相对人的债权的，代位行使的范围以债权数额为限。超出部分，债权人无权行使。这一限制，防止债权人超越保全目的干预债务人的事务。干预的边界，由必要划定。

范围的确定，还受制于债权的到期。债权未到期的，原则上不得行使代位权。例外是债务人怠于行使权利将导致债权消灭或者丧失强制执行力的，可以提前行使。例外的设置，是为了防止保全的落空。落空的危险，使例外成为必要。

范围的另一维度，是权利的性质。专属于债务人自身的权利，不得代位行使。例如扶养请求权、劳动报酬请求权、人身损害赔偿请求权。专属性的判断，以权利是否与债务人的人身密切相关为准。密切的程度，决定了可代位的范围。

专属性之外，还有一层限制，即权利的可转让性。不可转让的权利，不得代位行使。理由是，代位权的效果归于债务人，若权利不可转让，则代位行使将使其变为可转让。这一后果，违背权利的性质。

行使的方式，限于诉讼。债权人须以自己名义起诉，以相对人为被告，债务人为第三人。诉讼的构造，决定了仲裁协议问题的出现方式。若相对人提出仲裁抗辩，法院如何处理，成为程序的核心争点。

诉讼的构造，还有一个细节。债务人为第三人，其诉讼地位是无独立请求权的第三人。地位的安排，使其可以陈述意见，但不能处分权利。处分的限制，维护了债权人的主导地位。

行使的效果，归于债务人。相对人向债权人履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间的债权债务关系，在相应范围内消灭。效果的归属，体现了代位权的管理性质。管理的性质，排除了债权人的终局取得。

效果的归属，还涉及抵销的问题。相对人对债务人享有债权的，能否以之抵销代位权人的请求。通说认为可以，理由是抵销的对抗力不因请求主体的变化而丧失。这一规则，与仲裁协议的判断相通。

效果的归属，也影响到仲裁协议的判断。若效果归于债务人，则程序上的利益亦应归于债务人。相对人援引仲裁协议，实质是维护债务人的程序利益。这一角度，支持肯定说。角度的转换，改变了论证的方向。

（三）债务人的处分权受限

代位权行使后，债务人对该权利的处分权受到限制。债务人不得再向相对人请求履行，也不得免除相对人的债务。限制的目的，是防止债务人通过处分损害债权人的保全利益。处分的禁止，是保全的必然延伸。

限制的边界，是不得对抗善意相对人。相对人不知代位权行使的事实，向债务人履行的，履行有效。有效的原因，是保护交易的安全。安全与保全，需要权衡。权衡的结果，通常倾向于善意者。

善意的判断时点，以履行之时为准。履行时不知代位权行使的，为善意。知悉的，为恶意。恶意的履行，不发生清偿的效力。债权人可以请求相对人再次履行，相对人可向债务人追偿。

处分权的限制，是否及于程序上的处分。债务人能否在代位权诉讼中，与相对人达成仲裁协议，或者撤回仲裁申请。这一问题，法律未作规定。未作规定，须由解释填补。填补的方向，应与限制的目的一致。

限制的理由，是防止规避。若允许债务人在诉讼中与相对人订立仲裁协议，则代位权诉讼将被轻易瓦解。瓦解的后果，是保全制度失效。失效的制度，无法实现其规范目的。

规避的另一种形态，是债务人放弃债权。放弃使代位权的标的消灭，保全落空。对此，债权人可以行使撤销权。撤销权与代位权，一为保全责任财产，一为保全特定权利。二者互补。

限制的方式，可以是程序上的审查。法院发现债务人与相对人在诉讼中订立仲裁协议的，应当审查其真实性。虚假的仲裁协议，不予认可。认可的标准，是订立的时间、动机与对价。

这一处理，体现了诚信原则。诚信原则在程序法上的适用，近年来逐渐展开。其核心，是禁止以形式上的合意，损害他人的实体权利。形式的合意，不能对抗实质的权利。

三、仲裁协议的效力范围

（一）仲裁协议的相对性

仲裁协议是当事人合意将争议提交仲裁的契约。其效力，限于当事人之间。非当事人，不受其约束。这一相对性，是仲裁制度的基础。若无相对性，任何人都可能被拖入他人的仲裁。

相对性的根据，是意思自治。仲裁的正当性，源于当事人的授权。无授权，即无管辖权。授权只能由本人作出，不能由他人代为作出。代位的授权，在教义上难以成立。难点

的存在，使肯定说须另寻依据。

相对性在我国实定法上有明文。仲裁法规定，仲裁协议对当事人具有约束力。民事诉讼法则规定，当事人达成仲裁协议的，不得向人民法院起诉。两处规定，均以当事人为限。文义的限定，是解释的起点。

相对性的例外，是效力的扩张。实践中，仲裁协议可以扩张至继承人、受让人、提单持有人等。扩张的根据，是这些主体概括承受了当事人的权利义务。概括承受，使程序上的合意随之移转。

相对性的软化，还体现在仲裁协议的形式上。仲裁协议可以是合同中的条款，也可以是单独的协议。形式的差异，不影响其效力。但形式的隐蔽，增加了债权人的审查负担。

扩张的类型，大体有三。其一是主体的概括承受，如合并、分立。其二是权利的转让，受让人承受权利上的负担。其三是代位与代理，行使他人权利的人是否承受仲裁协议。第三种类型，最为复杂。

扩张的另一类型，是公司法上的揭开面纱。股东滥用公司独立人格的，仲裁协议可以扩张至股东。扩张的根据，是诚信原则与禁止权利滥用。这一扩张，与代位权的扩张，理路不同。

第三种类型，争论最大。代位权人行使的是债务人的权利，但以自己的名义。其地位，介于承受与代理之间。介于之间，意味着须具体判断。判断的标准，构成本文的核心。

判断的标准，可以有三。其一是权利的归属，若权利移转，则负担随之。其二是行使的名义，若以自己名义，则不受他人合意约束。其三是利益的归属，若效果归于他人，则程序利益亦应归于他人。三标准之间，可能冲突。冲突的解决，须有先后。

三标准的先后，宜以权利归属为先。权利归属决定了负担的承受。名义与利益，是辅助标准。辅助标准的作用，是在归属不明时提供指引。指引的层次，使判断有序。

（二）效力扩张的学说

肯定说的理由有三。其一，代位权人行使的是债务人的权利，权利上的瑕疵一并承受。仲裁协议是权利上的程序负担，属于瑕疵。其二，若不受约束，相对人的仲裁期待落空。其三，若不受约束，债务人可能通过代位规避仲裁。三点理由，指向同一结论。

肯定说的第三个理由，值得展开。若代位权人不受仲裁协议约束，债务人便可以通过安排第三人起诉的方式，规避仲裁。规避的通道一旦打开，仲裁协议的价值大打折扣。故肯定说强调制度的完整性。

否定说的理由亦有三。其一，仲裁协议是独立的程序契约，不从属于实体权利。其二，代位权人非当事人，未作出仲裁的意思表示。其三，若受约束，代位权人须以自己名义申请仲裁，而仲裁规则不允许非契约当事人申请。规则的障碍，难以逾越。

否定说的第三个理由，是技术性的，却很关键。仲裁规则通常要求申请人与被申请人

之间存在仲裁协议。代位权人非协议当事人，其申请可能不被受理。受理的障碍，使肯定说在操作上落空。

折中说试图调和。有的主张，仲裁协议对代位权人的约束，取决于其是否知悉。知悉的，受约束。不知悉的，不受约束。这一标准，将善意引入程序法，颇具启发。启发之处，在于承认程序利益的独立性。

有的主张，取决于仲裁协议的范围。仲裁协议仅覆盖债务人与相对人之间的合同争议的，代位权行使的其他权利不受约束。范围的判断，须解释仲裁协议的文本。文本的解释，遵循目的解释的方法。

有的主张，取决于债务人的态度。债务人愿意仲裁的，代位权人应先行催告。债务人不愿的，代位权人可以直接起诉。这一标准，将债务人的行为纳入考量，符合代位权的制度目的。目的的考量，使标准具有实质合理性。

本文认为，三种折中各有可取，但均不完整。完整的方案，应当结合权利的性质、仲裁协议的范围与债务人的行为，作综合判断。综合判断，需要类型化的指引。指引的缺失，使综合沦为任意。

折中的另一个维度，是时间的先后。若仲裁协议订立于代位权行使之后，则债务人的处分权已受限，协议的效力存疑。若订立于之前，则相对人的信赖值得保护。时间的先后，影响信赖的正当性。

（三）代位权人的地位

代位权人的地位，可以从三个角度观察。对债务人，它是管理者，行使的是他人的权利。对相对人，它是请求者，主张的是他人的债权。对法院，它是原告，提起的是自己的诉讼。三重身份，交织于一身。

三重身份，决定了其程序地位的特殊。作为管理者，它应受债务人权利范围的限制。作为请求者，它应承受相对人的抗辩。作为原告，它享有当事人的诉讼权利。三种地位，对应着三种规则。

抗辩的承受，是问题的关键。相对人对债务人的抗辩，可以对抗代位权人。例如，债务未到期、债务已清偿、合同无效。这些抗辩，源于实体关系。仲裁协议的抗辩，源于程序关系。二者是否同等对待，须作区分。

本文认为，实体抗辩当然承受，程序抗辩须经审查。理由是，实体抗辩影响权利的存在，程序抗辩影响救济的途径。前者是权利的实质，后者是权利的实现。实质与实现，层次不同。层次的区分，是论证的关键。

审查的内容，包括仲裁协议的有效性、范围与可执行性。有效的、覆盖系争债权的、可以执行的仲裁协议，方能对抗代位权人。三者缺一，不得对抗。三项审查，构成一个完整的过滤机制。

审查的标准，可以参考仲裁协议效力异议的审查标准。即审查协议是否成立、是否有

效、是否失效。三项审查，由法院依仲裁法的规定进行。审查的结论，对代位权诉讼具有拘束力。

审查的结果，可以是驳回起诉，也可以是继续审理。驳回起诉的，告知当事人先仲裁。继续审理的，仲裁协议不予采纳。结果的选择，取决于上述三项审查。审查的结论，决定了程序的走向。

驳回起诉的裁定，应当告知债权人救济的途径。途径包括催告债务人申请仲裁、在仲裁后另行起诉等。途径的告知，是释明义务的体现。释明的充分，减少了当事人的讼累。

四、管辖冲突的解决

（一）法院与仲裁的分工

法院与仲裁的分工，是并行管辖。当事人约定仲裁的，排除法院管辖。未约定的，法院管辖。分工的基础，是当事人的选择。选择一旦作出，便应受其约束。约束的效力，源于自治。

分工的例外，是仲裁协议无效、失效或者不能执行。此时法院可以管辖。无效的情形，包括约定的仲裁事项超出范围、无民事行为能力人订立、胁迫订立等。例外的存在，说明分工不是绝对的。

例外之外的另一种情形，是仲裁协议的范围不覆盖系争债权。此时仲裁机构无管辖权，法院当然管辖。范围的判断，须解释协议的文字。文字不清的，须有明确的解释立场。

代位权诉讼中的分工，更为复杂。因为选择仲裁的是债务人与相对人，而起诉的是债权人。选择者与起诉者分离，使分工的基础动摇。动摇之后，须重新寻找分工的依据。依据的寻找，是本文的任务。

重新寻找的依据，可以是保全的必要。代位权的目的，是保全债权。若因仲裁协议而使保全落空，则制度目的无法实现。故在保全必要的范围内，法院应当管辖。必要的判断，以债权是否受到损害为准。

依据之二，可以是程序的效率。若债务人怠于仲裁，强制债权人推动仲裁，只会延误救济。延误的代价，由债权人承担。这一分配，不符合公平。公平的要求，使效率成为独立的依据。

依据之四，可以是诉讼的合并。代位权诉讼可以将债务人与相对人之间的争议一并解决，避免程序的重复。合并审理，节约了资源，也提高了事实认定的准确性。准确的事实，是正确裁判的基础。

依据之三，可以是仲裁的合意基础。仲裁的正当性，源于当事人的合意。债权人未参与合意，强制其仲裁，缺乏正当性。缺乏正当性的程序，难以获得服从。服从的自愿，是程序有效的前提。

三项依据，指向同一结论：法院原则上可以管辖，但应尊重有效的仲裁协议。尊重的程度，取决于债务人的行为与仲裁的可行性。可行的仲裁，值得尊重。不可行的仲裁，只是拖延的工具。

三项依据的位阶，须有先后。保全必要是第一位的，因为它是代位权的目的。程序效率是第二位的，因为它是手段。合意基础是第三位的，因为它在代位场合本就薄弱。位阶的明确，使权衡有序。

（二）债权人起诉的后果

债权人起诉后，相对人可能提出仲裁抗辩。抗辩的性质，是程序抗辩，而非实体抗辩。法院应当先于实体审理，作出处理。处理的顺序，影响程序的效率。先程序后实体，是通行的做法。

抗辩的审查，适用仲裁法及其司法解释关于仲裁协议效力异议的规定。审查的内容，包括协议的存在、效力与范围。审查的方式，可以是书面审查，也可以是听证。方式的灵活，适应了案件的差异。

抗辩成立的，法院裁定驳回起诉。驳回的效力，是程序上的，不影响实体权利。债权人可以在仲裁后另行起诉，也可以在条件具备时再行起诉。另行起诉的门槛，须明确。门槛不清，会使债权人无所适从。

驳回起诉后，诉讼时效是否中断，须明确。本文认为，起诉之日即为中断之时。理由在于，起诉是权利人主张权利的行为，符合中断的要件。中断的效果，不因程序驳回而丧失。

抗辩不成立的，法院继续审理。继续审理的，相对人不得再以仲裁协议为由提出异议。异议的一次性，维护了程序的安定。安定的程序，是效率的保障。

继续审理时，相对人是否可以再次提出仲裁抗辩，须有规则。本文主张，一次为限。一次之后，不得再提。限制的理由，是程序的安定。安定的程序，要求争点的固定。

相对人未提出抗辩的，法院是否可以依职权审查。本文认为，可以。理由是，仲裁协议涉及法院的管辖权，属于依职权调查的事项。但依职权审查，应当给予当事人陈述的机会。机会的给予，是程序公正的要求。

依职权审查的界限，应当明确。仅限于仲裁协议明显存在且有效的情形。明显性的判断，以书面材料为准。材料的审查，不涉及实体。

抗辩的滥用，须有制约。相对人明知仲裁不能实现债权，仍提出抗辩的，构成程序权利的滥用。滥用的，法院可以不予支持。支持的例外，须说明理由。理由的缺失，使裁量失去约束。

滥用的判断，可以参考三个因素：仲裁是否可行、债务人是否配合、抗辩是否及时。三者结合，形成综合判断。综合判断，避免了机械适用。机械的适用，往往背离制度目的。

（三）债务人仲裁的效力

债务人已经申请仲裁的，代位权诉讼应当如何处理。这一问题，涉及诉讼与仲裁的并行。并行的处理，有中止诉讼与驳回起诉两种方案。两种方案，各有其理。

中止诉讼的方案，保留了诉讼的程序，待仲裁裁决后再恢复。优点是效率，缺点是诉讼长期悬置。悬置的诉讼，占用司法资源。资源的占用，须有正当理由。

驳回起诉的方案，终结诉讼程序，待仲裁后再行起诉。优点是清晰，缺点是当事人须重新起诉。重新起诉，增加了成本。成本的增加，最终由债权人承担。

本文主张，采中止诉讼。理由是，代位权诉讼与仲裁针对的是同一债权，仲裁的结果直接影响诉讼。中止等待，符合诉讼经济。经济的原则，优于形式的清晰。清晰的形式，若代价过高，便不值得追求。

中止的裁定，应当送达当事人。送达的效力，是使当事人知悉程序的暂停。知悉，避免了误解。误解的消除，减少了不必要的申诉。

中止的期限，不宜过长。超过一定期限仲裁未决的，法院可以恢复审理。恢复的条件，是仲裁明显迟延。迟延的判断，须有客观标准。标准的具体化，防止裁量的恣意。

中止期间，保全措施是否继续，须明确。本文认为，应当继续。理由是，中止只是程序的暂停，不影响保全的效力。若保全失效，代位权的目的便落空。

仲裁裁决作出后，诉讼恢复。裁决认定债权不存在的，代位权诉讼驳回。裁决认定债权存在的，诉讼继续，就代位权的其他要件作审理。审理的范围，限于未决事项。未决事项的界定，须作限缩解释。

裁决认定债权存在但数额不同的，诉讼按裁决认定。裁决的认定，具有预决效力。预决的效力，使诉讼免于重复审理。重复审理，浪费了资源，也可能产生矛盾。

五、程序构造的具体方案

（一）三种模式的比较

模式一，仲裁优先。债权人须先推动债务人仲裁，仲裁后另行起诉。优点是尊重仲裁，缺点是代位权易落空。落空的风险，由债权人承担。风险的分配，是否符合公平，值得追问。

模式一在我国的实践，多以驳回起诉的形式出现。驳回的理由，是当事人之间有仲裁协议。驳回的后果，是债权人须另行推动仲裁。推动的成本，往往高于诉讼。成本的比较，是模式选择的经济依据。

模式二，诉讼优先。债权人可以直接起诉，仲裁协议不得对抗。优点是保障保全，缺点是仲裁协议形同虚设。虚设的协议，损害了相对人的信赖。信赖的损害，会削弱仲裁制度的吸引力。

模式二的实践后果，值得注意。若仲裁协议一律不得对抗，则相对人在订立合同时，

便无法通过仲裁安排争议解决。安排的落空，会使当事人在交易中寻求其他保障，例如提高价格或者要求担保。成本的转嫁，最终由市场承担。

模式三，折中处理。区分情形，有的优先仲裁，有的优先诉讼。优点是兼顾，缺点是标准难定。标准的不确定，可能导致同案不同判。不同判的后果，是司法公信的损耗。

三种模式，各有其理。选择的标准，应当是制度目的的权衡。代位权的目的，是保全债权。仲裁的目的，是尊重合意。两者冲突时，何者优先，须看具体情形。具体的判断，优于抽象的排序。

模式选择的价值判断，可以归结为一个问题：谁应当承担程序的不确定性。是债权人，还是相对人。债权人选择代位，是主动的。相对人订立仲裁协议，也是主动的。两者均主动，故须看谁的行为更值得保护。

本文倾向于模式三，但主张标准的明确化。明确的标准，可以减少争议，提高可预期性。可预期性，是程序正义的形式要求。形式的明确，为实质的公正提供条件。

标准的设计，应当围绕三个变量：仲裁协议的范围、债务人的行为、仲裁的可行性。三个变量的组合，形成若干类型。类型化的处理，使折中具有可操作性。可操作，是规则的生命。

（二）本文的方案

方案的第一步，是审查仲裁协议。审查其是否存在、是否有效、是否覆盖系争债权。三项均满足的，进入第二步。任一项不满足的，法院直接管辖。第一步的功能，是过滤明显的无效协议。

方案的第二步，是审查债务人的行为。债务人已经申请仲裁的，中止诉讼。债务人明确拒绝仲裁的，法院管辖。债务人沉默的，催告后仍不申请的，法院管辖。第二步的功能，是识别怠于行使。

催告的形式，宜采书面。书面催告，可以固定证据。催告的期限，宜为三十日。期限过长，延误救济。期限过短，债务人来不及申请。三十日是折中的选择。

方案的第三步，是审查仲裁的可行性。仲裁机构无管辖权、仲裁费用明显过高、仲裁地无法确定的，认定仲裁不可行。不可行的，法院管辖。第三步的功能，是防止程序的空转。

可行性的判断，还须考虑仲裁裁决的可执行性。相对人的财产在境外，仲裁裁决难以执行的，可以认定不可行。执行的障碍，使仲裁失去意义。意义的丧失，使法院管辖成为必要。

三步审查，层层递进。第一步是形式审查，第二步是行为审查，第三步是可行性审查。三步之后，法院作出管辖或者不予受理的裁定。裁定的理由，应当载明。载明的理由，是上诉审查的基础。

三步审查的文书，可以采裁定书。裁定书应当载明审查的过程与结论。载明的过程，

使当事人理解。理解，是接受的前提。

方案的优点，是把抽象的原则转化为可操作的步骤。步骤的明确，减少了裁量的空间。空间的压缩，提高了裁判的一致性。一致性，是法律适用的基本要求。

方案的局限，是审查的成本。三步审查，增加了诉讼的时间。时间的增加，可能损害保全的时效。故审查应当简化，以书面审查为主。书面的审查，兼顾了效率与准确。

（三）既判力的处理

代位权诉讼的判决，既判力及于债权人与相对人。对债务人，是否及于，学说有争论。有的主张及于，因为债务人是第三人。有的主张不及于，因为债务人未参加诉讼。两说的对立，源于程序保障的程度。

本文主张，既判力及于债务人，但以参加诉讼为条件。债务人参加诉讼的，受既判力约束。未参加的，不受约束，可以另行主张。条件的设置，使既判力与程序保障相匹配。匹配的构造，才具有正当性。

参加诉讼的方式，可以是第三人申请参加，也可以是法院通知参加。通知参加，更为主动。主动的通知，保障了债务人的程序权利。权利的保障，是既判力扩张的前提。

这一处理，平衡了程序保障与诉讼经济。参加诉讼的债务人，有陈述的机会，受约束是正当的。未参加的，无机会陈述，不受约束是公平的。公平与效率，在此得到兼顾。

第三人参加诉讼的，其上诉权如何处理，须有规则。本文认为，第三人有独立的上诉权。理由是，其受既判力约束，应有救济的机会。机会的给予，是程序公正的要求。

仲裁裁决的既判力，及于债务人与相对人。对债权人，是否及于，同样有争论。本文认为，仲裁裁决认定的事实，在代位权诉讼中具有预决效力。预决效力，不是既判力，但可以免除举证。免除举证，减轻了当事人的负担。

预决效力的范围，限于裁决主文认定的事实。理由部分的事实，不具有预决效力。限定的原因，是理由部分未经充分的辩论。辩论的充分性，是效力正当性的基础。

预决效力的援引，须由当事人主张。法院不得主动援引。理由是，预决效力涉及当事人的处分权。处分的自由，是民事诉讼的原则。原则的贯彻，限制了法院的职权。

既判力与预决效力的区分，是程序法上的精细问题。区分的目的，是避免重复审理，同时保障当事人的程序权利。权利的保障，是效力的边界。边界之外，不生效力。

六、结语

代位权与仲裁协议的冲突，是实体法与程序法交错的典型。它表面上是管辖问题，实质上是两种制度价值的权衡。权衡的结果，决定了保全的实效。实效的取得，需要精细的规则。

本文的核心主张有三。其一，代位权是债权人固有的法定管理权，不是移转的权利。其二，仲裁协议不当然约束债权人，相对人可以提出抗辩，法院应当审查。其三，审查采

三步法，综合判断管辖。三点主张，构成一个闭环。

这一主张，既尊重仲裁的意思自治，又保障代位权的实效。它不追求单一价值的绝对化，而追求多种价值的平衡。平衡，是复杂社会的法律智慧。智慧的具体化，是法学的任务。

方案的成本，也须评估。三步审查增加了审理的环节，可能延长审限。为控制成本，可以设定简易程序。简易程序适用于争议不大的案件。繁简分流，是司法改革的方向。

立法层面，建议在民法典或者仲裁法解释中，明确代位权诉讼与仲裁协议的关系。现行法未作规定，实务只能依靠解释。解释的统一，需要规范的支撑。支撑的缺失，使解释流于个案。

立法之外，还须有司法的自觉。法官在处理此类案件时，应当意识到两种制度的价值。意识到价值，才能权衡。权衡的自觉，是裁判说理的前提。

司法解释层面，建议明确三步审查的具体标准，包括仲裁协议范围的解释规则、债务人怠于仲裁的认定标准、仲裁可行性的判断因素。标准的明确，减少了适用的分歧。分歧的减少，是司法统一的前提。

案例指导层面，建议最高人民法院发布代位权与仲裁协议冲突的指导性案例。案例的作用，是统一尺度。尺度的统一，使当事人能够预期。预期，是交易的基础。

实务层面，建议法院在受理代位权诉讼时，主动询问仲裁协议的存在。主动询问，可以及早发现问题，避免程序反复。反复的程序，损害当事人的信赖。信赖的维护，是司法的软实力。

法院与仲裁机构的沟通，也须加强。沟通的机制，可以是联席会议，也可以是信息共享。共享的信息，包括仲裁案件的受理与裁决情况。情况的掌握，使审查更为准确。

仲裁机构层面，建议研究代位权人申请仲裁的可行性。若允许，则冲突可以化解。若不许可，则法院管辖的必要性增强。可行性的研究，需要仲裁规则的修改。修改的方向，应当兼顾效率与自治。

学理层面，仍需研究仲裁协议效力扩张的一般理论。扩张的边界，至今不清。不清的边界，使实务难以适从。理论的澄清，是实践的先导。先导的缺失，使实践陷入试错。

代位权是债权保全的最后手段。它的实效，关系到交易的安全。仲裁是多元解纷的重要方式，它的自治，关系到当事人的选择。两者皆重要，故须谨慎权衡。权衡的过程，也是法治成熟的过程。

法治的精细，体现在这些交错的缝隙里。一个管辖规则的设计，可能决定一个债权能否实现。规则的温度，正在于此。温度的背后，是对当事人处境的体察。

参考文献

[1] 王利明：《合同法研究》（第二卷），中国人民大学出版社2021年版。

[2] 崔建远：《合同法》，北京大学出版社2021年版。

- [3] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2021年版。
- [4] 江伟：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2021年版。
- [5] 张卫平：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社2020年版。
- [6] 宋连斌：《仲裁协议的效力扩张》，载《中国法学》2020年第4期。
- [7] 肖建国：《代位权诉讼的程序构造》，载《法学研究》2021年第2期。
- [8] 傅郁林：《诉讼与仲裁的管辖冲突及其解决》，载《中外法学》2022年第1期。