

执行救济制度的体系化

张卫平*

摘要 改革开放四十年来,我国民事执行制度取得了长足进步。作为民事执行制度的有机组成部分,执行救济制度也从无到有得以逐步完善。但由于我国民事执行的制度建构是在民事执行实践中不断摸索方逐渐形成,基于实践和观念上的局限,执行救济制度的现实状态与更有效地解决执行乱、维护当事人合法权益的理想目标,尚有一定距离。要进一步完善民事救济制度,就需要从体系化的角度系统地考察研究民事救济制度体系的基本因素,并在此基础上,调整、补充和完善民事执行救济的各项具体制度,实现各项制度之间的整合与协调。执行中实体问题与程序问题的界分是执行救济制度体系化的基本考量因素。我国民事执行救济制度的体系建构必须响应这一要求,并将实体问题与程序问题的界分作为一般原则,形成实体上的执行救济制度与程序上的执行救济制度相配合的二元构造。在执行实体救济上,应当建立请求异议之诉,增设执行回转之诉,慎待执行文付与制度,完善债权人异议之诉。在执行程序救济上,应当设立“移审异议+原审异议”的二元救济。如此,才能建立起满足民事诉讼与执行、执行与执行救济、各执行救济制度之间协调统一、自治之要求的体系。

关键词 民事执行 执行救济 执行异议之诉 审执分离 执行难

引言

在义务人不主动履行执行根据所确定的义务时,法律规定,权利人可以向人民法院申请强制执行。一旦符合强制执行的条件,人民法院便可以通过实施相应的执行措施强制实现其权利。但如果存在着不当或不合法的执行,包括不存在执行请求权、执行行为违法、执行标的错误等,就有可能导致当事人或利害关系人合法权益受损。因此,为了维护当事人或利害关系人

* 天津大学卓越教授。本文系最高人民法院2018年执行研究课题“另案法律文书对执行程序影响问题研究”(项目编号:ZGFYZXKT201808)的阶段性成果。

的合法权益,保障强制执行的正当性与合法性,作为执行法律制度的有机组成部分——执行救济制度具有重要意义。

强制执行法的价值追求有二,一是执行的效率,从而高效且充分地实现权利;二是执行的合法性和正当性,从而维护当事人或利害关系人的合法权益。但此两项价值之间存在着一定的冲突和紧张。为了保障执行的合法性、正当性,维护当事人或利害关系人的合法权益,就必须设置相应的程序保障措施,而这些程序保障措施客观上必然会影响执行的效率。因此,如何设计出科学、合理的执行救济制度及体系,使其能够很好地平衡上述两种价值追求的冲突,最大限度地缓解其紧张关系,是立法论必须认真对待、深入研究的重要课题。但执行救济制度的建构还不能仅仅考虑这种外部关系,所谓科学、合理的执行救济制度还包括遵循执行救济制度本身的内在规律。

改革开放以来,我国执行法制已经有了长足的发展,相应的,执行救济制度也在不断完善的过程中。但也应当看到,与法治发达国家相比,我国民事执行法制建构的时间尚短,执行实践活动尚不够丰富,理论研究亦不够深入和细致,因此,我国民事执行救济制度还存在诸多不足。其中,执行救济制度的体系化尤为明显。

执行救济制度体系由若干具体的执行救济制度构成。每一个具体的执行救济制度都是根据不同的救济事项和要求设置的。这些具体的执行救济制度就构成了执行救济制度群。然而,有这样由各个具体的执行救济制度构成的制度群,并不意味着它们之间是自然有机整合的。如果在最初建构时,没有对各制度间的关系进行整体考量和设计,仅仅是为应对当时现实问题的需要而为,就很容易孤立地考虑其应对措施和形成规范制度。由于没有从体系化的角度思考,也就不可能在制度建构中进行体系化的调整,制度之间不整合、不协调、不统一,碎片化、补丁化的情形也就在所难免。

执行救济制度体系化的研究是民事执行制度体系化研究的一个重要组成部分,但作为一个子系统又具有相对的独立性。执行救济制度体系化的研究是一种宏观的审视,首先是对现行执行救济各制度以及体系构成进行“扫描”与分析,从执行救济制度的目的、功能以及整合的角度指出存在的问题。体系化研究需要提出执行救济体系化型构的基本考量因素(原理或原则)、各因素之间的关系。体系化要对原有具体制度进行调整以及根据体系化的要求设置缺失的具体制度,并最终搭建成为有机统一的、合理的体系化结构。在这一体系化作业的过程中,执行救济体系与民事执行法的整合关系以及执行救济制度和体系与民事诉讼法的关系是必须注意的事项。本文正是基于上述认识和基本思路而展开的,希望通过这一研究,抛砖引玉推动对执行救济乃至民事执行法更深入的研究。

一、现行执行救济制度的演进

制度的形成都有一个历史演化过程,我国的执行救济制度也是如此。通过对执行救济制度演化过程的观察和梳理,我们可以发现现行制度成型以及型构的原因。

1982年颁布的《民事诉讼法(试行)》虽为试行法,但却是新中国成立之后的第一部民事诉讼法。这部法典也奠定了现今《民事诉讼法》的基本框架,因而在我国民事诉讼法发展史上具有重要的地位。不过《民事诉讼法(试行)》并没有规定执行救济制度。这与我国的社会经济关系、经济体系、财产制度和民事纠纷的规模直接关联。^{〔1〕}在《民事诉讼法(试行)》制定之前,我国经济发展水平很低,经济关系简单,尤其是民营经济。私人拥有的财产数量很少,民事争议中涉及的财产数额也不大。建国初期,民事诉讼案件数量较少,人民法院可以对个案投入更多的资源进行“说服教育”,当事人对前端程序的接受程度普遍较高。社会风气较为淳朴,“欠债还钱,天经地义”等自然正义观对当事人形成较大的道德压力,促使其履行生效法律文书确定的给付义务。^{〔2〕}这种情形几乎一直持续到改革开放初期。当时调解结案的比例较高,义务的自动履行率也相应比较高。因此社会对民事强制执行的需求不高,相应地对执行救济及其制度的需求也不高。作为《民事诉讼法(试行)》的基础文本——最高人民法院制定的《人民法院审判民事案件程序制度的规定(试行)》主要是关于审理程序的规范文件,其中仅有三条规定涉及执行。虽然从民事诉讼法的整体结构考虑,《民事诉讼法(试行)》对执行作出了规定,^{〔3〕}但也只是最基本的、粗略的规定。在当时的历史条件下,执行救济制度作为从属性制度,很容易被人们所忽视。即使有对执行异议的规定,也十分粗略。《民事诉讼法(试行)》第162条规定,“执行过程中,案外人对执行标的提出异议的,执行员应当进行审查。无理由的,予以驳回;有理由的,报院长批准中止执行,由合议庭审查或者审判委员会讨论决定”。至于是什么样决定、如何处置则没有进一步明确。

改革开放带来的最直接的变化是经济体制从传统的计划经济向市场经济转型。伴随着市场经济的发展,民事案件数量不断增加,败诉被告拖延履行生效法律确定给付义务的情形也日趋严重,^{〔4〕}进入强制执行程序的案件数量越来越多,债务人规避逃避执行的手段也层出不穷,执行难问题已经显现。在制度方面,强制执行程序缺失的弊端越来越明显。为了应对社会需要,在1991年制定正式的《民事诉讼法》时,执行制度得以进一步完善。但由于执行制度在当时主要着眼于执行措施的强化,而非执行保障措施,在这一价值取向之下,执行救济自然不会为人们所重点关注。1991年的《民事诉讼法》在执行救济规范的制度化方面贡献主要有二,一是第208条明确规定了案外人提出执行标的异议后,可能引发审判监督程序的启动,与

〔1〕 从1980年10月至1981年9月,地方各级人民法院处理的民事案件仅有63.2万余件,其中财产权益争议案件26.7万余件。参见周继业主编:《强制执行新实践》,法律出版社2018年版,第5页。

〔2〕 参见黄忠顺:“强制执行制度的变迁”,载张卫平等著:《改革开放40年法律制度变迁·民事诉讼法卷》,厦门大学出版社2018年版,第331页。

〔3〕 1982年《民事诉讼法(试行)》第四编在总结既有执行实践经验的基础上,对执行的一些基本程序作了简略的规定,计24个条文(占全部条文的13.33%)。

〔4〕 据有关部门统计,1989年全国各级人民法院共受理一审案件219万件,其中适用民事诉讼程序审理的民事纠纷案件占182万件、经济纠纷案件占70万件,经济纠纷案件争议标的金额达200多亿元。另从审结的伤害、杀人等刑事犯罪案件来看,由于民事纠纷矛盾激化造成的这两类案件约占70%。参见胡康生:“论《民事诉讼法(试行)》的修订”,《中国法学》1991年第3期,第15页。

1982年《民事诉讼法(试行)》相比,在案外人执行救济上有了更明确的规则。二是第214条设立了具有我国特色的执行救济制度——执行回转。^{〔5〕}在大陆法系国家和地区的强制执行法中均没有执行回转制度。

早在上世纪八十年代后期,执行难问题就已经显现,法院对于解决执行难问题给予了高度重视,也采取了大量的应对措施,尤其是在1999年之后。^{〔6〕}但执行难的问题不但没有解决,反而有愈演愈烈的趋势。执行难问题已经成为困扰法院的最大问题,而且已经不再限于法律领域,成为了一个社会问题、政治问题。为了回应解决执行难的社会政治要求,2007年立法机关通过了《民事诉讼法》的修改。其中一个主要内容就是执行制度的完善,目的在于在法律制度的安排上更有利于解决执行难。在完善有利于解决执行难的诸多制度措施之外,也相应地充实和细化了执行救济措施,具体体现在两个方面:其一设置了对违法执行行为的救济措施——执行异议制度;其二完善了针对案外人的执行救济——案外人执行异议以及案外人执行异议之诉。在案外人认为执行标的错误,且该错误又与原判决、裁定无关,即执行标的的错误不是由于执行根据(判决或裁定)的错误所导致,案外人可以通过提起诉讼的方式实现对自己实体权利的救济。这就是所谓的“案外人异议之诉”。民事诉讼法对案外人异议之诉制度的设置首次将执行中部分实体问题的争议交由诉讼程序解决,而非通过执行异议的非讼程序,这一规定具有阶段性意义。

虽然2007年的《民事诉讼法》规定了案外人异议之诉,但在程序上却设置了非讼的前置程序——执行异议。在这一前置程序中,无论是执行标的的错误还是执行行为的错误都必须经过这一程序。对这一程序的裁决不服的,再根据情况分流处理——对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理,即通过申请再审寻求法律救济;与原判决、裁定无关的,可以向人民法院提起诉讼,这就形成了一个“先统后分”的程序安排。这种程序安排在当时是基于争议解决的效率考量。只要能够尽快解决执行中的争议,实现有效率的执行,立法者并不关注争议究竟是执行程序上的问题,还是实体上的问题。但在2007年《民事诉讼法》修改之后的次年,最高人民法院出台了《适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(以下简称“《执行解释》”)。《执行解释》第25条和第26条建立了特殊的参与分配及其救济制度,明确将执行当事人之间的实体争议交由民事诉讼程序加以解决,^{〔7〕}而不是按照过去的传

〔5〕 将执行回转作为执行救济制度是人们的一般认识,是否应当属于执行救济概念之下的执行救济制度,本文将在之后详细阐述。

〔6〕 1999年中共中央转发《中共最高人民法院党组关于解决人民法院“执行难”问题的报告》(中发[1999]11号),使得执行难问题成为国家层面的一项政治任务。2002年党的十六大报告进一步提出了“切实解决‘执行难’”的基本要求,法院系统又加大了解决执行难的力度。

〔7〕 分配方案是执行法院制作的,因此执行当事人对分配方案有异议的,自然要向法院提出,法院按照执行异议程序处理。一旦有执行人提出反对意见,表明执行当事人之间就分配的实体权利存在争议,此时对分配方案提出异议的一方可将异议持反对意见的执行当事人作为被告向法院提起诉讼,通过诉讼程序加以解决。这一做法已经完全借鉴了大陆法系国家和地区处理分配方案异议的做法。

统首先按照异议程序处理,然后再走民事诉讼程序的路径,已经有了执行程序中当事人的实体争议与程序争议分别处理的理念。

通过梳理我国执行救济制度的发展史,可以比较清晰地看到,我国执行救济制度的发展呈现出这样一种脉络,即通过执行实践的发展,不断摸索并逐步建立执行救济制度。在这一过程中,执行实践的丰富性程度也就决定了执行制度的成熟和完善的程度。基于当时经济发展水平、社会对执行的需求程度、制度借鉴认识上的障碍,制度构建者尚未考虑以域外执行救济制度和理论为参照,构建一个体系化的执行救济制度,而是从解决实际问题,考虑执行效率的观念出发,探求执行救济制度的建立。因此,在制度建构中并不在意实体争议和执行行为异议及其对处理程序设置的影响。尽管之后的法律规范为案外人和债权人在执行标的错误时设置了异议之诉,注意到实体争议的解决需要通过诉讼程序,但基于对执行效率的考量,依然保留了非讼性质的异议前置程序。在执行救济制度发展的后期,某些制度的建立已经注意到对域外经验的借鉴,明确了执行中的实体争议需要通过诉讼程序而不是通过执行异议程序处理。

回顾我国执行制度的发展历程,可以发现执行难始终是执行中必须首先面对的问题。在解决执行难问题的追求之下,执行制度的完善主要在于强化和提高执行的有效性。以后,在强化执行的过程中,人们逐渐意识到执行乱也是执行中的基本问题(实际上执行乱是执行问题的另一面而已)。尽管其还没有上升为人们所关注的社会和政治问题,但对执行乱问题的重视和解决更直接促使了执行救济制度的发展和完善。^{〔8〕}而正是由于人们对执行难与执行乱问题的社会影响存在认识上的差异,也就必然导致执行制度发展过程中,执行救济部分发展的不平衡,影响了各执行救济制度的细化和体系化。

二、现行执行救济制度的基本结构、特征及原因分析

(一) 现行执行救济制度的基本结构

通过对我国现行执行救济制度基本结构的考察,我们可以将执行救济制度分为三大类。

第一类,执行救济异议制度。这类制度的基本特点是异议的提出、审查、裁决的程序属于非讼程序。异议的对象是违法执行行为,包括以下三个方面:①在采取查封、扣押、冻结、拍卖、变卖、以物抵债、暂缓执行、中止执行、终结执行等执行措施时违反法律的规定;②在执行中,违反法律关于执行期间、顺序等应当遵守的法定程序;③人民法院作出的侵害当事人、利害关系人合法权益的其他执行行为。

第二类,执行救济诉讼制度。此类制度包括:①案外人或第三人异议之诉;②债权人(申请人)异议之诉;③分配异议之诉。它们的基本特点是,执行中争议的解决是通过诉讼的方式,争

〔8〕其原因可能在于,在我国现实生活中,对权利的实现和权利的程序保障实际存在着认识上的非均衡状态。人们更重视权利的实现,而非权利的程序保障。在这一点上,刑事诉讼的实际状况应该是一个很好的示例。

议的内容涉及实体权利义务。

第三类,执行回转制度。执行回转制度是我国执行救济制度的一个特色。在没有执行回转制度的情形下,即使原执行根据已经被撤销,如果没有新的执行根据,执行机构也不能通过强制执行恢复原执行前的状态。相反,执行回转则无需通过获得新的执行根据便能够简便高效率地实现救济。

(二)现行执行救济制度的三个基本特征

其一,执行中实体争议与程序争议既分离又混同。执行中的部分争议,在其处理程序上存在实体救济与程序救济的分离,例如关于违法执行行为的救济明确适用执行异议程序,采用非讼的方法,并且实行复议制度。但某些争议又采取合一处理的方式。例如关于案外人对执行标的错误的争议又采取执行异议加执行异议之诉的方式,将案外人的执行异议作为案外人异议之诉的前置程序。实际上,案外人对执行标的的异议涉及的是执行标的是否存在错误,因而只能是实体问题,而非执行程序问题,但在处理上却还是将其作为有关执行行为是否正确的争议,通过执行异议程序来处理。^{〔9〕}

其二,在执行完结之后,执行根据被撤销时,直接采取执行回转的非讼方式恢复原有的状态。当执行根据中的权利已经实现,则本案执行已经结束。如果执行根据在执行终结之后被撤销,只是说从实体正义的角度,该权利并不存在,执行在实质结果是错误的。但从执行程序上而言,执行并没有错误。执行程序已经结束,如果要恢复原有状态,并且要通过强制执行才能实现时,同样需要执行根据。但在执行回转的理念中,快捷有效率的纠错成为首要价值。在这一理念之下,执行根据事后撤销导致的执行错误并没有因为执行程序的终结而终结。

其三,执行救济制度的非体系化。作为体系化的执行救济制度,要求能够基本顾全到执行救济的整体需要,并且各个具体的执行救济制度之间应协调自治。由于我国执行救济制度的建立是根据执行实践的需要,在总结执行实践经验的基础上摸索形成,因此不可能在一开始便形成体系化的构成。这就导致我国执行救济制度的完善基本上处于一种被动和消极的状态。由于我国立法活动与社会和政治具有非常紧密的联系,因此立法更多地满足社会抽象的需要放在首位。法律逻辑、法律技术以及法律自治的要求往往被忽视。在解决执行难的社会诉求之下,体系化地考虑执行救济制度显然不合时宜。但从法律逻辑、法律技术和法律自治来看,却又必须考虑体系化问题。例如,在现行执行救济体制中,没有债务人异议之诉制度就是执行救济体系的最大缺失。但债务人异议之诉或许不仅不会有利于解决执行难,反而给解决执行难问题添乱。如此一来,这一在法律逻辑上成立的制度,在社会抽象诉求面前就难以被建构。

(三)关于特征形成的原因分析

我国现行执行救济制度的特征形成有以下多方面的原因:

〔9〕 关于案外人异议之诉的理论争论,参见韩波:“分置、合并与转向:程序关系之维的案外人异议之诉”,《法学论坛》2016年第4期,第25—35页。

1. 执行中涉及被执行人或案外人权益的争执或不满——无论是实体还是程序——都被笼统地视为是一种争议,需要法院面对和解决。基于这样的认识,在观念构造上,便习惯了争议当事人与法院之间的两面关系,也就不可能意识到存在三面关系的诉讼结构。前述所谓的混同结构的产生与执行争议形态的逐渐明朗化、清晰化以及域外制度的部分借鉴有关。正如前文所述,在2007年《民事诉讼法》修改时,域外的案外人异议之诉制度开始受到关注,并被引进到民事诉讼法之中。虽然此时已经意识到执行争议存在两种形态的差异,但鉴于快捷高效解决争议这一价值追求的影响,最终没有将案外人异议之诉贯穿始终。

2. 快捷高效解决争议在执行救济的价值维度中一直处在最高纬度。之所以占有如此高纬度,与人们对执行效率的追求密切相关。基于执行效率在执行制度中的价值维度,作为附带的执行救济制度也容易将执行救济解决的效率置于高纬度。无论是案外人异议制度,还是执行回转制度都体现了这一点。一旦将效率追求置于价值维度中的高纬度,程序应有的要求和法律的逻辑也就必然会被忽视。尽管早就有学者提出应当将实体争议与程序争议分别对待,通过不同的程序加以解决,却因为效率优先的理念而被拒斥。此外,通过域外借鉴,最高法院可以以司法解释的方法建构起分配异议之诉,但却没有通过司法解释建构起债务人异议之诉。这显然还是因为单纯从解决执行难的角度看,与分配异议之诉相比,债务人异议之诉的价值取向与解决执行难的取向是冲突或背离的。^[10]

3. 实体争议与程序争议的不同处理,必然使得争议解决程序被细分,也就使得程序变得精细复杂。这恰恰为我国程序立法所忌讳。作为法律文本的《民事诉讼法》依然奉行的是简略化路线。^[11]一方面,从实际需要来看,在纠纷演化的历史上,简单的民事纠纷不需要复杂的解决程序;另一方面,在意识形态上,我国民事诉讼法受传统纠纷解决方式、理念和原苏联民事诉讼法意识的影响,^[12]简略化一直是我们的追求,便民与程序简化之间常常划等号。这不仅反映出一种立法技术理念,也反映了特定的意识形态。

4. 从法院的科层化^[13]和司法运作的行政化^[14]角度看,法院总体上更倾向于非讼化的纠纷解决方式。这一点不仅在执行救济争议的审理方式上有所体现,在我国仲裁司法监督的审

[10] 关于执行快捷对执行正当性保障的影响,参见唐力:“论民事执行的正当性与程序保障——以第三人异议之诉为中心”,《法学评论》2009年第5期,第58—64页。

[11] 虽然经过多年司法解释的积累,民事诉讼法的规则已经变得复杂,但由于司法解释毕竟只是对民事诉讼法的解释,因此作为对外的法律文本,《民事诉讼法》依然是尽可能简略的。

[12] 原苏联民事诉讼法学的一个突出特点是意识形态化。尤其是在早期,西方民事诉讼程序的繁复性一直是当时人们所诟病之处。在意识形态上这种程序的繁复性被打上了阶级的烙印。参见张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》,法律出版社2004年版,第128—129页。

[13] 关于科层化或科层制的描述,参见(美)米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第63页。

[14] 参见张卫平:“论我国法院体制的非行政化——法院体制改革的一种基本思路”,《法商研究》2000年第3期,第4—7页。

理程序上也能够得到印证。^{〔15〕}科层化和行政化又与效率有着勾连关系,行政化运作同样是采取效率优先原则。

5.虽然我们现在将执行中关于维护执行当事人和利害关系人合法权益的制度称为执行救济制度,属于权利救济。但从司法的角度看,我们更愿意将其视为一种纠错机制。既然是一种纠错机制,也就不会在意解决路径和方法。权利救济是基于权利人的积极作为的行为,由权利人启动。作为纠错机制则更多地强调司法者的主动。这种主动纠错意识则恰恰是“能动性司法”的一个特点。这也是社会本位、国家本位社会与个人本位社会的不同之处。通过细致的观察,我们可以比较容易地发现,在我国的司法中,监督是一种我们更愿意适用和强调的方法——例如,民事诉讼中的法院依职权启动再审和检察监督。^{〔16〕}通常我们会有一种主动职权“纠错”好过被动权利“纠错”的观念和意识,这也是干预型政府所具有的意识特征。而在“回应型司法”^{〔17〕}中,这种主动监督几乎不存在。在这种主动纠错意识之下,作为被动的权利救济便很容易被忽视。

三、执行救济制度体系化建构的基本考量因素

执行救济制度的非体系化不仅是我国现行执行救济制度的一个特征,也是我国现行执行救济制度的一个缺陷。这种非体系化的缺陷有其历史必然性,它是我国执行救济制度发展过程与历史社会环境所致。虽然我国的执行救济制度已经有所发展和完善,但执行救济制度体系化是建构现代民事执行制度所不能忽视的问题。任何制度的完善都需要通过实践,不断积累经验加以改进和完成,但这并不意味着我们只能摸着石头过河,我们完全可以参考执行法理论和域外经验,从宏观上考虑执行救济体系化的问题。体系化实质就是一个整体的设计方案,只要这一体系化的设计方案充分考量了执行救济制度的应有因素,实现制度之间协调、自洽与执行法整个法律体系的整合,那么这一体系就是一个合理的体系化的制度框架。

执行救济制度的体系化作业应当考虑哪些因素或者基于什么要素考量完成其体系化作业,是必须思考的基本问题。从民事诉讼与民事执行的基本关系出发,执行救济制度的体系化必须要考虑执行救济中实体问题与程序问题的分离。也就是说,体系化的一个重要作业是根据执行中实体争议与程序争议事项的差别,设置不同的执行救济程序,形成实体上的执行救济

〔15〕 我国仲裁司法监督审理程序的非讼化特征集中表现在,法院对仲裁裁决事由的单向审查,而非基于利益相对的当事人之间的辩论。参见张卫平:“仲裁裁决撤销程序的法理分析”,《比较法研究》2018年第6期,第23页。

〔16〕 参见张卫平,见前注〔12〕,第155页。

〔17〕 达玛什卡,见前注〔13〕,第94—95页。需要注意的是,达玛什卡所谓的回应型司法与美国学者诺内特以及塞尔兹尼克所谓的回应型法治有所不同,前者的含义大体上能够对应后者所说的自治型法治中的司法。相应的,前者的能动型司法更多地对应于后者的压制型法治的司法。对司法类型的分析立场,前者与后者也有很大不同。关于诺内特、塞尔兹尼克对三种类型法治的阐述,参见(美)诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第17—19、85—87页。

制度与程序上的执行救济制度的二元构造。只有如此,才能满足民事诉讼与执行、执行与执行救济、各执行救济制度之间三维关系协调统一、自治的执行救济体系化的基本要求。执行救济中的实体争议与程序争议原本就是客观存在的,由于争议的对象不同,发生侵害的原因性质不同,我们也就必须考虑不同的救济路径。由于这种路径已为民事诉讼程序与民事执行程序的分界而先决性给定,所以在此意义上,我们并无选择余地,一旦不按照这种区别予以选择,并建构相应的制度,其体系上的混乱就是一种必然。

实际上,按照执行中争议对象的性质不同,设置诉与非诉的执行救济程序,并非一种新的观点,我国学界很早就有人有所主张。但反对的声音也很“响亮”。^{〔18〕}这种制度安排也是大陆法系国家和地区的通行做法。但为什么必须根据争议性质不同——实体与程序——设置不同的解决路径或进行分流,人们并未说的十分清晰。在当下强调制度自信的理念之下,显然不能以大陆法系国家都是如此,我们也应当向其看齐,作为简单的论据。要清晰地阐述这一问题必须明确一个基本点,即实体权利义务的争议必须通过诉的方式加以解决。这是由诉权和相应的审判原则和程序所决定——无论是在执行中,还是执行外。基于诉权,当事人对于实体权利义务的争议有权提起诉讼,这是当事人的基本权利,在应然层面就是一项宪法意义上的权利。为了保证对实体问题裁判的公正性,在法律或法理上有相应的审理原则和程序作为保障,例如言词辩论程序中的对审原则、公开原则、口头原则、直接原则等。这些原则和程序在很大程度上是为公正解决实体争议所配置的。^{〔19〕}

实体争议与程序争议处理程序的分离,还在于实体争议与程序争议在发生原因及法理上是完全不同的。执行中的实体争议与执行机关并没有关系,而是因为债权人在执行根据中显示的请求权与权利的实际现状不符,例如实体请求权已经丧失等。执行中的程序异议涉及的是执行在程序上是否违法、执行手段的方法上是否违法等,一定与执行机关有关。正是因为实体上的问题与执行机构无关,所以其所引发的执行结果的错误就属于执行不当,而非执行违法。执行程序上的错误是执行机构违反执行法规范所导致的,因而属于执行违法。而在我们过去的认识上,无论是实体上的错误,还是执行程序上的错误都笼统地称为执行违法。^{〔20〕}在学界,虽然很早就有人主张移植大陆法系关于执行救济的定义——当事人或第三人因执行机

〔18〕 参见黄松有、杨春华:“对我国民事执行中实体争议救济的考量”,《中国法学》2006年第5期,第123—134页。该文虽然指出实体与程序问题处理的分离有所偏颇,对分置处理在原理上持怀疑态度,并介绍了我国台湾地区学者提出的可以选择执行异议和执行异议之诉两种不同路径的观点,由此试图说明分离处置是一个伪命题。但遗憾的是,该文作者并没有认识到,之所以在某些场合下不能分离,其原因是存在实体与程序问题的竞合,既然是竞合,自然也就存在选择可能性。但竞合依然要以实体问题与程序问题的独立存在为前提。

〔19〕 当然,执行中的实体争议具有特殊性,因而需要特殊的诉讼制度安排,如案外人异议之诉、债务人异议之诉或请求异议之诉,其与一般的诉讼都有所不同。

〔20〕 参见张卫平:“案外人异议之诉”,《法学研究》2009年第1期,第15页。笔者在该文的注释中虽然谈到了执行不当和执行违法的区别,但也没有深入论及为什么将执行实体上的错误称为“不当”,将执行程序上的错误称为“违法”。

构的违法或不当(失当)执行而致使其权益受到侵害时,法律上给予其救济的制度。^[21]但是,人们并没有深究什么是执行违法?什么是执行不当?自然也就无法将执行违法和执行不当与不同的执行救济程序联系起来。实体上的执行救济采诉讼程序,其目的在于避免执行在实体上的非正当性。执行程序的合法,并不等于其在实体上的正当;而程序上的执行救济则是为了纠正执行程序上的违法性。同样,执行在实体上的正当,也并不必然导致在程序上的合法。因此,两者的目的和作用完全不同。强制执行法不仅要保证执行在实体上的正当性,还要保证执行实施在程序上的合法性。

正是由于在制度设定时没有完全贯彻实体与程序分离,也就必然导致执行救济程序设置上的混乱。例如,现行执行救济制度中案外人异议的解决程序就存在两种救济的混杂。《民事诉讼法》既然已经将问题限定为执行标的的错误,则案外人提出的异议就只能是实体上的争议,但我们却依然将这一实体问题纳入执行异议这一非讼程序的路径加以解决。如此设置的理由与争议解决效率的认识有关。人们认为如果将执行异议作为前置,将有利于提高争议解决的效率。从实体与程序分离理论来看,这种设置是不妥当的。而且,从争议解决的效率而言也并非如此。^[22]

能否通过当事人的程序选择权,由当事人自主选择实体问题的处理方式,即选择诉讼救济程序还是执行异议程序,是一个有意思的话题。这种设想的一个预设是,执行异议程序作为非讼程序在效率上比诉讼程序效率要高,成本要低,周期更短。因此,基于对效率成本的追求,即使是实体权利的争议,也要放弃诉讼程序的低效率高成本路径。在观念上,这一构想是,无论是执行异议程序,还是诉讼救济程序,都是解决纠纷的路径,即条条大路通罗马。既然如此,自然是可以选择的。基于当事人自治和处分自由,在民事诉讼中的确承认当事人的程序选择权。^[23]但是,民事诉讼程序的选择也存在限制,同样性质的程序之间,当事人可以基于更多程序保障的放弃以交换效率利益。但在执行救济上,执行异议程序与执行救济诉讼程序是两类不同性质的程序,对于不同性质的程序,当事人不能行使程序选择权。不同性质的程序是由不同的对象所决定的,这是一种公法的制度安排,由不得当事人基于私权进行选择。

[21] 关于不当执行(执行不当)与违法执行(执行违法)的概念和区别,参见(日)松村和德:《民事执行救济制度论》,成文堂1998年版,第2—3页;邵明:《民事诉讼法理研究》,中国人民大学出版社2004年版,第464页;郭兵主编:《法院强制执行》,人民法院出版社2008年版,第380页。

[22] 就案外人实体争议设置执行异议前置程序是否真的有利于提高争议解决的效率,学者们亦有质疑,认为此程序不过是为案外人或当事人徒增了一个环节,加重了诉累,应当取消。参见刘学在、朱建敏:“案外人异议制度的废弃与执行异议之诉的构建——兼评修改后的《民事诉讼法》第204条”,《法学评论》2008年第6期,第133—134页;赵信会:“论民事执行异议之诉——对《民事诉讼法》关于执行异议之诉改革的评价”,《政法论丛》2009年第3期,第101页。

[23] 也有观点认为,当事人在诉讼中的主体地位是享有选择权的根据。参见范跃如:“现代司法理念视角下的民事程序选择权研究”,《法律适用》2005年第1期,第19页。实际上,诉讼主体地位并非选择权的根据。因为选择权本质上是一种自由处分的权利,而自由处分的源头来自于实体上的当事人自治和处分自由。

在近几年的民事执行的改革实践中,人们经常议论的审执分离中的审执内分,^[24]其实质就是在法院的组织架构下,根据不同的法律事项——实体的与程序的——分别纳入审判的轨道和执行的轨道,使之成为“两股道上跑的车”,即“审判的归审判,执行的归执行”。内分型审执分离的内在根据就是源于对象的性质差异——实体的与程序的。这也是由诉讼程序(审判程序)与执行程序的职能所决定。如果我们知道审判程序与执行程序的职能差异及其与执行争议不同对象性质的内在联系,就不会在设立执行救济制度时忽视这一内在要求。从这一点来看,民事执行改革提出审执分离,的确有其内在的逻辑支持。

四、执行实体救济制度的充实与完善

按照实体与程序分离的基本考量,我们就可以进一步考虑执行救济体系化的另一个要求——执行救济制度整体的完备。明确了执行救济的基本框架——按照实体与程序分离的架构,就可以更深入地思考还有哪些执行救济制度需要完善,无论是作为诉讼程序的执行救济,还是作为异议程序的执行救济。在分离的架构思路之下,确定执行中存在着哪些因为实体争议而产生的问题,并需要通过设置诉的方式予以救济。

(一)建立请求异议之诉

作为执行救济制度的体系化建构,从我国的实践和国外的制度及理论来看,我国最需要设立的是请求异议之诉(债务人异议之诉)。

请求异议之诉的目的,在于排除执行根据(无论是裁判上的执行根据,还是裁判外的执行根据)的执行力。债务人之所以提起该异议之诉,是因为该执行债权不成立、债权已消灭或者存在妨碍债权人请求的事由等原因。现行执行救济体制中的案外人异议之诉与请求异议之诉不仅诉讼主体不同,在诉讼客体上也有所不同,案外人异议之诉对执行的排除仅限于特定的被执行的标的(案外人对执行标的拥有足以排除其强制执行权利的,就可以向法院提起案外人之诉),并不排除执行根据的执行力。^[25]因此,作为执行救济的制度体系,请求异议之诉制度是不可或缺的。

在我国现行的执行救济制度体系中,对于因请求权原因导致的执行不当,其救济措施主要是通过再审程序撤销执行根据或通过执行异议程序提出异议阻止执行。通过再审撤销原裁判,目的是令作为裁判上的执行根据不复存在。然而执行根据被撤销仅仅是债权消灭的一种情形。实际上,发生债权消灭的事由还有很多,例如已经清偿、提存、抵销、债务免除、混同、撤销权或解除权行使等,都有可能会导致执行根据中的债权消灭。除了债权消灭事由,影响债权

^[24] 审判权与执行权的分离有多种认识,宏观上有外分论和内分论。外分论认为执行权并非司法权,因此应当将执行权从作为司法机关的法院中分离出去。内分论则主张执行权是司法权的一种,因此反对将执行权从法院中分离,坚持在司法权运行内实现审判权与执行权的分离。参见肖建国:“民事审判权与执行权的分离研究”,《法制与社会发展》2016年第2期,第40页;洪冬英:“论审执分离的路径选择”,《政治与法律》2015年第12期,第157页。

^[25] 参见(日)中野贞一郎、下村正明:《民事执行法》,青林书院2016年版,第281页。

执行力的还有妨碍债权人请求的事由(例如债权人同意延期等)、债权不成立的事由(例如虽有關於拍卖抵押物的裁定,但其抵押物的设定是虚假的)、在主体上属于非执行根据效力所及的事由等。^[26] 这些事由都涉及到实体问题,是执行机构在执行异议审查中不能判断的——无论在职能上还是程序上都无法做到,只能通过专门的债务人异议之诉予以判断。现行执行救济制度体系中之所以缺失请求异议之诉,除了执行救济理念上的不足之外,主要还是没有能够真正认识到实体与程序的差异及其与救济方式之间的内在关系,导致执行异议审查在实体问题上跨界越权。

反对请求异议之诉的理由主要是害怕影响请求权实现的效率。一方面,应当承认作为一种程序保障,其肯定会对执行效率产生一定影响,但基于对执行效率价值的追求,在制度设计上会考虑尽量将其影响降到最低限度。例如,请求异议之诉的提起并不当然中止执行,只有存在显著理由的情形才会考虑中止执行。另一方面,作为以排除执行力为目的的请求异议之诉,在制度设计上会基于诉讼效率的考量,设置相应的程序限制。例如,在请求异议之诉提起之时,要求原告提出异议的事实原因,并就此事由的存在承担证明责任,没有证据或虽有证据但不能证明具有排除事由的,即驳回该诉讼请求。如果不是从请求异议之诉的特殊性出发,依然按照一般民事诉讼的认识,就所有事实都进行审理,自然会强化人们对请求异议之诉的顾虑和担忧。此外,在诉的变更、反诉等导致诉讼迟延的权利行使上也应当加以限制。如此,也可以在较大程度上缓解执行效率与权利保障之间的紧张关系。

一旦建立了合理的请求异议之诉,再加上案外人异议之诉和分配异议之诉的完善和法定化,我国的实体执行救济制度就基本健全了。当然,已有的执行救济制度自身还有诸多需要完善之处。例如,关于案外人异议之诉,还需要就异议之诉的当事人、异议事由(显然不能像现行民事诉讼法规定的“对执行标的有异议”这样模糊的表达)、异议之诉的提起、管辖、审理、裁判程序以及效果作出相应的规定,使之成为一个完整的制度构成。请求异议之诉的具体设定也还有许多技术性的工作要做,尤其是与既有的其他执行制度应如何衔接。例如,在请求异议之诉中最为重要的制度设置是关于异议事由的规定,其涉及到我国现有的执行和解制度。如果执行和解协议可作为债务人异议事由,则执行和解制度就应当进行调整,现行执行和解制度中的和解协议的可诉性就值得重新评估。

(二)增设执行回转之诉

一直以来,在人们对执行救济的认识中,执行回转一直被视为一项重要的执行救济制度。原来据以执行的法律文书(执行根据)被撤销,使原来的执行失去根据,是发生执行回转的重要原因。但问题是,执行回转的前提是原来执行根据的执行已经完毕。既然已经执行结束,执行机关的执行任务就已经完成。执行根据被撤销,属于实体上的问题,不是执行机关执行违法所致,因此直接由执行机关在没有实体根据的情况下实行回转就值得商榷了。执行回转制度设立的主要原因还是因为没有顾及执行的实体因素,加之实质正义的理念,因而导致执行机关“越位”。执行机关的职能就是实现权利,一旦需要回复原状,且必须通过强制执行程序时,该

^[26] 请求异议的事由,取决于实体法的规定。不同国家或地区因实体法规定的不同而有所不同。

执行同样需要执行根据。而目前的执行回转没有执行根据,导致其缺乏法律上的逻辑性。

不过,在执行根据的债权人不愿意恢复原状时,如果通过一般诉讼程序获得执行根据则必将增加债务人的诉讼负担,这一点的确是应该加以考虑的。降低救济成本、提高救济效率,毕竟也是程序法的价值追求。为此,笔者认为,可以考虑为其专设特殊诉讼程序,实行一审终审,以简易快捷的程序提供救济。只要原债务人能够在诉讼中证明执行根据已经撤销,财产状态尚未恢复原状,即可获得相应的给付判决。由此便可以快捷地获得恢复原状的执行根据,使其权利得到救济。如此一来,在这一问题的处理上就既坚持了审执分离,又顾及到了救济效率和成本。

(三) 慎待执行文付与制度与执行文异议之诉

在论及执行救济制度体系化时,大陆法系国家(如德国、日本、韩国等)的执行文付与制度^[27]是我们在理论研究和立法论上不可回避的话题。在大陆法系国家,执行文付与是为了保障执行正当性的一项很重要的制度。这一制度一方面为执行根据的执行力有无设置了形式审查程序,并由特定的机构——书记官和公证人给出是否付与执行根据以执行力的证明——执行文。另一方面,也设置了对不付与执行文时如何救济的途径——提起执行文付与之诉以及债务人对付与执行文不服的执行文付与异议之诉。由于我们在执行中同样会涉及到如何保障执行正当性的问题,因此自然也需要在完善我国执行制度时,考虑是否应当移植和借鉴该制度的问题。如果移植该制度必然涉及执行文付与的程序以及相应的程序救济,就进一步需要回答执行文异议之诉与执行救济制度的关系问题。

执行文付与制度的目的在于保障强制执行的正当性。其运作机制是,所有执行根据(域外称“执行名义”或“债务名义”)都需要债权人向法院的书记官或公证人(限于执行证书,即公证债权文书的执行)申请付与所谓的“执行文”。经书记官或公证人对执行根据是否具有执行力等进行形式审查之后,在执行根据文书上付与执行文(将认定该执行根据具有执行力的结论附在执行根据文书的末尾,并加盖书记官或公证人的印章。在仲裁裁决的执行场合,仲裁裁决中的债权人须首先向法院申请对仲裁裁决的执行力予以确认,获得确认之后,如果需要执行,再向确认程序中的书记官申请付与执行文。^[28])债权人再持附有执行文的执行根据向执行机构

[27] 日本的执行文付与制度移植于德国,德国的执行文付与制度又借鉴于法国。关于执行文制度的发展史,参见中野贞一郎等,见前注[25],第253页。韩国则是借鉴了德国和日本。关于韩国执行文制度,参见李时润主编:《新民事执行法》,博英社2016年版,第153页。具体的制度规定,参见《韩国民事执行法》第29—36条,《韩国小额裁判法》第5条第7、8项。韩文资料由黑龙江大学法学院教师朴顺善博士提供,在此表示感谢。

[28] 之所以需要经过确认程序,是因为仲裁裁决本身并没有执行力,仅有既判力。一旦法院对仲裁裁决的执行力予以确认,则仲裁裁决与法院的确认裁决共同构成执行根据。关于仲裁裁决的执行,详见 Vgl. MüKoZPO/ Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1055, Rdn. 1; (日)三月章、铃木忠一主编:《注解民事执行法(一)》,第一法规1984年版,第330、334页。

申请执行。付与执行文是执行开始的要件,没有执行文,仅有执行根据的(例如,已确定的判决书〔29〕),执行机构将驳回其执行申请。

书记官或公证人对执行根据有无执行力的审查只是形式审查。执行文付与的要件包括:①当事人的特定。例如,明确债权人与债务人是谁。②执行根据有效存在。例如,是已经确定的判决,没有因为撤诉、和解、上诉或再审而被撤销。③执行根据具有可执行性。例如,给付请求的目的能够通过执行予以实现。夫妻同居、特定的艺术活动就被认为不具有可执行性。④执行力的现实存在。这一要件设置的目的在于确保执行力存在,因为执行根据成立之后也可能存在执行力丧失的情形。例如,因为债务人提起请求异议之诉,导致该执行根据丧失执行力。这一要件针对的是虽然存在执行根据,但并非现实存在执行力的情形。尤其是判决中对于权利的实现附有条件的场合,书记官需要对该条件是否成就进行审查,当事人需要提供条件已经成就的证明。条件没有成就或不能证明条件已经成就的,书记官将不会付与执行文。该要件与要件②具有交叉性,只是审查的视角有所不同。要件②主要是从执行根据本身的有效性出发。执行文付与的要件正是从上述四个方面的审查出发,以保障执行的正当性。〔30〕

执行文付与的机构是法院的书记官或公证人。之所以书记官或公证人享有付与执行文的权限,是因为书记官和公证人具有记录、制作和保管相关文书资料的职能(例如,书记官是制作法庭笔录等诉讼记录和保管诉讼记录的机构,负有证明诉讼程序性事项的权限),而执行机构并不保管这些诉讼资料,也不了解裁判根据形成的过程。因此,只有书记官和公证人才最了解执行根据及其形成过程,并且是这些资料内容存在的公证机关。书记官和公证人的调查是一种公证证明活动。在德国和日本,法院的书记官独立于法官,是独立实施诉讼程序事项的公证机构。〔31〕在诉讼中,书记官既有辅助的一面,也有监督制约的一面。〔32〕在这一点上,我国法院的书记员与其有很大差异。从大陆法系国家的司法理论而言,对执行力的调查权不属于执行机构,也不属于审判权机关,而属于法院的书记官或公证人。书记官或公证人付与执行文的程序属于非讼程序——既不是执行程序,也不是审判程序。因为不属于执行程序,执行机关也不能对其进行审查,因此,对付与执行文或不付与执行文行为不满的救济程序不是执行异议程序,而是通过执行文付与之诉和执行文付与异议之诉予以解决。这两类诉在性质上亦不属于执行救济之诉,因为此时执行程序尚未开始,属于执行前的阶段。

〔29〕 在大陆法系国家的判决制度和理论中,生效判决和确定判决是两个概念。生效判决的范围很广泛,判决虽然没有确定,但只要成立就具有相应的效力。确定判决是指不能通过通常程序(如上诉)加以改变的终局判决。作为执行根据的判决应是确定判决。

〔30〕 关于执行文付与的要件,参见三月章等,见前注〔28〕,第455—456页;(日)山本和彦、小林昭彦等主编:《民事执行法》,日本评论社2014年版,第66—67页。

〔31〕 在公证法理上,只要是有权对法定事项或事实提供具有法定证明效力文书的主体即为公证机关。在国外除了对特定事实提供一般公证证明文书的公证人外,诉讼中的书记官也是具有这种公证职能的主体。参见张卫平:“论庭审笔录的法定化”,《中外法学》2015年第4期,第905页。

〔32〕 有关内容参见(日)新堂幸司、福永有利编集:“诉·辩论的准备”,载《注释民事诉讼法(5)》,有斐阁1998年版,第336—338页。

当然,在检讨执行文付与制度的意义时,也可以不考虑对执行权的限制(在德日的执行理论中,执行机关无权对执行根据的执行力进行审查,执行机构的职权或职能就是通过执行手段实现权利),将对执行力有无的审查权限赋予执行机构,由执行机构对执行根据有无执行力进行审查。这样就可以免除债权人申请付与执行文这一环节。债权人可以持执行根据直接向执行机构申请执行,由执行机构对执行根据执行力的有无进行审查,以减轻当事人的程序负担。我国台湾地区的执行制度即是如此考虑的。^[33]对执行力的审查环节依然无法避免,仅仅是减少了债权人的申请。执行机构在进行审查时,依然要向具体保管和经手诉讼记录的书记官或保管公证资料的公证人了解执行根据有无执行力的情况。法院、书记官、执行机构在权利实现上进行职权分工的意义在于,法院对实体权利的存在予以确认,其确认的裁判文书成为执行根据;书记官对执行根据存在执行力予以确认、证明;执行机关执行有执行力的执行根据。如果省掉执行文付与制度,但对执行力有无的审查实际上依然存在,只是转为由执行机关予以审查确认。执行机关的审查依然要通过书记官或公证人,因为自己并不了解。这使得审查程序从公开走向了非公开,而且对外的责任主体也不如执行文付与制度那样明晰。

针对我国内地的情形,执行文付与制度的意义就更加明显。在我国内地,对于执行根据执行力的审查往往是通过债务人提出执行异议启动的,如果由于债务人认识上的原因,尤其是法律认知上的原因,没有提出异议,则执行即刻启动,一旦执行根据并无执行力,则损失即已发生。如果有执行文付与这样的前置措施,则可以避免或减少由此发生的损害。

就此看来,我国似乎很有必要移植或借鉴执行文付与制度。不过,移植或借鉴执行文付与制度必须要考虑相应的配套制度。就大陆法系国家的执行文付与制度而言,一个重要的配套制度是现代书记官制度。如果没有现代书记官制度,执行证书(公证债权文书)之外的执行根据的执行文付与将无法实现制度性运作。在我国法院中,书记员还不是独立的诉讼程序公证机构,仅仅是审判工作的辅助人员,没有独立的法律地位。因此,书记员无权也不可能作出是否付与执行文的证明。在此情况下,如果笼统规定由法院作出,也就无法明确具体的责任主体。^[34]从我国司法人事制度的改革来看,短期内我国还做不到与执行立法同步,设立现代书记官制度。我们对书记官的应有职能尤其是制约职能还缺乏足够的认识。在法院的人事体制改革方面,形成法官、书记官、执行官三大体制的现代转型还有相当长的路要走。^[35]因此,在此情形下,建立执行文付与制度还不太现实。当前能够做的还是只有将执行根据执行力的审查权限暂时交由执行机构。执行机构通过法院内部机制和程序完成其审查。由此看来,当事人对审查结果的不满就只能转化为执行异议,通过执行异议程序加以解决。这种程序上的

[33] 参见杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第122页。

[34] 按照2014年最高人民法院《人民法院诉讼档案管理办法》第6条的规定,审判业务部门应当在案件办理结束之后三个月内将诉讼档案材料交由人民法院的档案管理部门。这也就是说,案件办理结束之后三个月期间,诉讼档案有可能还保存在审判业务部门(各审判庭)。无论是由审判业务部门保管,还是法院档案部门保管,二者均不能作为对外独立的机构证明执行根据的执行力。现在有的法院允许相关书记员就裁判文书是否生效这一事项出具证明,但不仅证明内容的范围有限,而且没有制度化。

[35] 参见李敏:“张卫平:司法人事体制改革的‘新’构想”,《中国审判》2014年第12期,第52—55页。

救济也就转化为程序上的执行救济。

(四)完善债权人异议之诉

作为体系化的执行救济制度,对于因强制执行的不当或违法造成当事人或利害关系人的合法权益遭受损害时,都应当有相应的救济手段。在救济对象方面,则不论是当事人还是案外人,债务人还是债权人,都应当平等对待。在权利实现方面,人们的关注点在于债权人,而在执行救济方面,人们的关注点则在债务人和案外人上。相对而言,针对债权人的执行救济并未受到应有的重视。实际上,债权的实现同样体现在积极实现与消极维护两个方面。现行执行救济在债权方面尚有不足,主要体现在针对债权人实体执行救济制度的缺失。我国《民事诉讼法》第227条中虽然极其模糊地规定了债权人可以向法院提起异议之诉,但却没有规定适用的具体情形和程序。尽管最高人民法院的《执行解释》第21条规定,执行债权人可以向执行法院提起诉讼,要求执行法院对该执行标的许可执行,但也有关于该程序的特别规定。

在这方面,我国台湾地区的许可执行之诉可以借鉴,即在执行机关驳回执行申请,并且涉及到实体理由时,债权人有权将执行债务人(包括债务人的继受人以及其他因执行根据效力扩张所涉及的人)作为被告向法院提起许可执行之诉。如前所述,一旦涉及执行的实体问题,必然是债权人与债务人之间的争议,双方当事人的实体争议只能交由诉讼程序加以解决。在我国一旦按照执行中实体争议与程序争议的差异设置不同的执行救济路径时,这一制度的设置就非常有必要了。该诉也实际上具有了执行文付与之诉的功能。只不过在将执行力有无的审查权限分配给执行机关之后,该诉就成为了执行救济之诉,而非执行前程序救济之诉。许可执行之诉的审理程序可以按照普通诉讼程序进行,需要特别加以规定的主要是提起诉讼的期限。考虑到法律关系的安定性,应当规定较短的起诉期间,台湾地区的规定为驳回执行申请的裁定送达之日起十日内提起诉讼。^[36]

五、执行程序救济制度的完善与结构重置

作为执行救济制度的体系化,在完善执行实体救济制度的同时,执行程序救济制度也应当相应地予以完善。现行的制度不仅在程序细节上存在需要进一步充实和完善之处(例如缺失异议提起的要件,因此导致异议权的滥用),而且在制度的基本结构方面也存在明显问题。限于本文的讨论主题和篇幅,本文将不再详述具体制度完善的诸多细节,下文主要将就执行程序救济制度基本结构的调整问题阐发己见。

在现行的民事诉讼法中,虽然设置了执行程序救济制度——执行异议制度,但是,现行的执行程序救济制度并没有根据异议对象——违法执行行为(执行处分)的基本形态和内容不同,设置不同的执行异议方式和程序,而是对所有的违法执行行为(执行处分)的救济采取单一的执行异议方式和程序。根据《民事诉讼法》第225条的规定,凡是对执行行为提出异议的,法院都应当在一定期限内对该异议进行审查,并作出撤销、改正或驳回的裁定,对于驳回异议的

[36] 关于许可执行之诉,参见杨与龄,见前注[33],第125页。

裁定不服的,都可以申请复议,上一级法院还必须对该复议进行审查并作出相应的审查裁定。这一结构可以概括为“异议+复议”结构。

问题在于,虽然我国实行的是单一执行机构体制,^[37]但执行机构的执行行为(执行处分)在形式、内容和作用方面均有所不同,不同的执行行为对执行当事人和利害关系人权益的影响也就有所不同。从执行行为的基本形式和内容来看,大体上可以将执行行为分为两大类:一类是执行法院对某一特定执行事项是否应当实施执行措施的判断或裁决行为(包括作为或不作为,由于是一种司法判断,通常是以裁定的形式,即所谓执行裁定)。如关于受理执行申请或不受理执行申请的行为的裁定;变更或追加被执行当事人的裁定;对被执行财产采取冻结、扣押、查封等保全措施的裁定;拍卖动产、不动产的决定行为;关于债务人提供担保的裁定;关于执行承担的裁定;扣留被执行人收入的裁定;公布失信人名单、限制高消费的裁定;中止执行、终结执行、终本执行的裁定等。另一类属于执行裁定内容的具体实施行为,如冻结、扣押、查封、拍卖、变卖、扣留收入等的具体实施行为。

从上面两类不同的执行行为来看,执行中的裁决行为是具体实施执行行为的前提和根据,因此,裁决行为对于执行当事人或利害关系人的影响具有关键作用,并且对当事人或利害关系人权益的影响也更大。从救济程序构建的原理而言,救济程序的设置应当与救济权利大小及认定的复杂程度相宜。作为执行救济的程序或方式也应当根据救济权利或利害影响的大小以及权利救济的复杂程度作出相应的制度安排。现行的程序救济制度似乎并没有完全遵循这一原理,而是基于简单化、便宜化的考量,设置了“异议+复议”的救济程序结构。从程序救济制度的实践情形来看,这样看似简单化的结构却大大增加了法院的审理负担,也干扰和影响了法院的执行事务。

基于此,笔者认为在《民事诉讼法》制定之际,应当重新考虑改进和完善现行程序救济程序的制度安排。在其制度的基本结构方面,应考虑对现行的“异议+复议”结构予以调整,重置为根据执行行为基本类型和内容的不同,“移审异议+原审异议”的二元分立结构。即对当事人

[37] 与我国采取的一元体制不同,德国和日本的执行机构实行二元体制。所谓二元体制是指,执行法院和执行官(例外时,也包括法院书记官——小额债权的执行由书记官实施)是并行的执行机构。执行官为独立于执行法院的执行机构,享有不同于执行法院的执行权限。执行官与执行法院不是上下级关系和监督关系。执行法院作为裁判机关对执行异议拥有相应的裁判权限,这也是为何称其为执行法院的原因。作为执行法院,以“观念上的执行处分”为主(通常涉及到较为复杂的权利义务关系判断,也无须到执行标的物所在现场实际执行),包括三类:①金钱的执行、不动产的执行、准不动产的执行等;②非金钱的执行;③财产的开示程序等。除此之外,执行法院还有权处理与执行官连接、关联的事项。相对于执行法院观念上的执行处分,执行官则是实施“现实的执行处分”(通常需要到现场具体实施执行行为),例如,针对动产作出有关查封、扣押、冻结的命令,变更查封、扣押、冻结财产的范围等。二元执行机构体制与执行程序救济制度的关联在于,对执行官的执行处分只能提起执行异议,不能提起执行抗告。参见中野贞一郎等,见前注[25],第43—44页;山本和彦等,见前注[30],第15页。在评述执行机构的体制时,有日本学者认为,从立法论上讲,执行机构的一元体制更具有优越性。参见中野贞一郎等,见前注[25],第40页。虽然在二战后,日本在制定民事诉讼法时,关于是否采用一元体制有过认真的研讨,但最终还是承袭了历史传授,维持了二元体制。参见三月章等,见前注[28],第52页。

或利害关系人权益有重大影响影响的执行裁决行为——法院在执行中的各种重要执行事项的裁定,当事人不服的,采取“移审异议”的方式,作为一种独立的上诉方式,当事人或利害关系人可以通过执行裁定法院向上一级法院提出,要求上一级法院撤销或变更法院的执行裁定。之所以称为“移审异议”,是因为这种异议作为独立的上诉方式,具有移审的效果。按照移审异议的要求,对异议不再由原执行法院进行审查或审理,而是由上一级法院对异议进行是否成立进行实质审查或审理。诚然,并非所有的执行裁定的异议都需要走移审异议的通道,在制度的适用范围上,需要更进一步考虑执行裁定对当事人、利害关系人利益影响的大小(这一点还需要有实证研究结果作为判断的根据),对于可以提起移审异议的,法律应当作出明确规定。因为毕竟移审异议的审理较之原审异议成本更高一些。

与“移审异议”不同,对于执行裁定之外的执行行为只能采取“原审异议”的方式,即当事人或利害关系人对于移审异议之外的执行行为的异议只能向实施该执行行为的法院提出,并由原执行法院进行审查并判断。对法院就执行异议的处理不服的,一般不再有救济机会(法律特别规定除外)。“原审异议”其意为由原来的执行法院进行审查。

“移审异议+原审异议”的制度构造借鉴于日本、德国的“执行抗告+执行异议”的二元程序救济构造。^[38] 本文所言的移审异议与德国、日本的执行抗告相当。执行抗告作为一种独立的上诉是专门针对执行法院在执行中作出有关执行事项裁决的救济。^[39] 执行抗告之外的执行处分救济采用执行异议。本文所言的原审异议与德国、日本的执行异议相当。执行异议向实施执行处分的执行法院提出,并由执行法院审理作出裁决。之所以没有直接采用德国、日本的概念,是因为执行抗告作为一个法律概念有其独特含义,是德国、日本抗告制度的一种。德国、日本的抗告制度本身是一个相对独立的裁判救济体系。^[40] 如果直接移植抗告概念,必然涉及到我国民事裁判体系以及救济体系,牵连到若干相关制度,甚至体制问题。因此只能取其概念的实质为完善我国的程序救济制度之用。

[38] 关于德国的执行抗告和执行异议(执行抗议)制度,参见《德国民事诉讼法》第766条(关于执行异议或执行抗议——Vollstreckungserinnerung)和第793条(执行抗告或即时抗告——sofortige Beschwerde)。关于执行异议与执行抗告的区别,参见Schmidt/Brinkmann, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 766, Rdn. 12. 德文资料由中国政法大学欧元捷博士提供,欧元捷博士还对两种制度作了详细的说明,在此对其表示感谢。日本的执行抗告和异议制度,参见中野贞一郎等,见前注[25],第78—94页;三月章等,见前注[28],第121—164页。

[39] 应当注意的是,这里所谓的抗告作为独立的上诉,是指当事人或利害关系人要求上一级法院直接就执行裁定的合法性进行审理,而非我们通常所说的,对第一审裁判不服的上诉。也就说这种上诉并不以不服下级法院对异议的审理裁判结果为前提。这一点正是与我国复议救济制度的最大不同。

[40] 抗告针对的客体是法院作出的决定(相当于我国的裁定)以及命令。抗告可分为通常抗告和即时抗告、最初抗告和再抗告、特别抗告和许可抗告、一般抗告和法律抗告等。抗告审在审理程序上属于决定程序,是一种较为简便的审理程序。决定程序与判决程序的最大不同在于,口头辩论或言词辩论不是必经程序。德国、日本、韩国等大陆法系国家虽然都有抗告制度,但细节上尚有不同。关于日本抗告制度,参见(日)三木浩一、笠井正俊等:《民事诉讼法》,有斐阁2018年版,第637—644页;(日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第652—659页。关于德国抗告制度,参见(德)罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1123—1142页。

也许有人会担心,对执行法院的各种执行裁定直接向上一级法院提出移审异议,会增加当事人的异议负担——时间和经济成本。这种担心并无必要。实际上,移审异议都是通过原裁定法院向上一级法院提出的,且原审法院需要对抗告是否合法进行形式审查,不符合移审异议要件的,直接驳回其申请。综合考量这种结构应当比“异议+复议”结构更具有优势。

当然,这种结构要能够发挥其应有的作用还需要在具体制度上作出精心设计和安排。异议权作为一种程序救济手段也最容易被滥用,成为阻碍执行效率的消极因素。因此,程序救济制度设计,一方面要保障当事人、利害关系人的合法权益,同时也要注意防止滥用。在制度的细节方面,关于两种异议程序提起的主体范围、异议提起的要件、异议客体、移审异议和原审异议的异议事由、异议审理的程序、异议审理裁判的效力都需要法律作出明确和妥当的规定。以移审异议提起的要件为例,要防止异议程序被滥用,就可以在程序上设置为,移审异议通过原执行裁定的法院向上一级法院提出,并要求在异议申请中明确提出异议的理由以及相应的证据(符合证据形式要求的证据)。原执行裁定法院对其移审异议的要件进行审查,不符合要件要求的,裁定驳回其异议申请。此种程序设置显然与一般诉的提起有所不同,原因在于顾及异议对执行效率的影响,与执行的特定语境有关。有关制度的细节及理论将在笔者其后专门的论文中探究和阐释。

六、结 语

民事执行法是民事程序法规范体系中不可或缺的组成部分。在制定、出台《民事执行法》已是历史必然的今天,认真对待执行救济,尤其是以体系化的视角来研究和建构各项执行救济制度就有了重要的意义。而体系化建构执行救济制度的关键在于执行实体救济与执行程序救济的界分。

实体问题与程序问题处置的分离、审判权与执行权分离、执行权性质与行使边界的划定是一种大致的原则或框架。应当承认,任何精致的法律也都存在模糊性和不确定性,在这个意义上法律存在模糊是必然的,^[41]也可以说这是法律作为一种以行为性质认定为前提的规则体系本身所无法避免的。^[42]实体问题与程序问题的界分在有些情形下也许存在模糊性,以致于难以界定,这是事物的复杂性所决定的。因而制度的设置就只是建立在大致区分或原则区分的基础之上。基于此,我们在制度设置中,也就不排除某些情形的例外。我们需要考虑例外,但更需要坚持原则,决不能以个别和例外否定原则、原理的价值和存在的意义。

执行救济制度体系化只是笔者研究执行救济制度的一个视角。体系化关注的是执行救济制度之间的整合关系和要素,以及执行救济制度的宏观架构。从具体的执行救济制度来看,无论是实体执行救济制度,还是程序执行救济制度,都还有许多制度细节需要研究和加以改进。

[41] 参见(英)蒂莫西·A.O.恩迪科特:《法律中的模糊性》,程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第239—240页。

[42] 参见张卫平:“我国民事诉讼法理论的体系建构”,《法商研究》2018年第5期,第116页。

因此,笔者还期望学界在执行救济体系化的宏观和具体制度改进的微观方面投入更多的关注和研究,深化和提升研究的层次,为我国打造一部高质量的《民事执行法》提供更加充足的知识。正是基于此意,笔者尝试在这方面有所作为,以图达成抛砖引玉之效。

Abstract: Since Reform and Opening, China's civil enforcement system has made considerable progress thanks to the practice of forty years. As an integral part of civil enforcement system, the remedy system of enforcement has been built from scratch and has been constantly improved since then. However, for the reason that China's civil enforcement system is constructed gradually through trial and error in concrete practice and is limited by the confines of practice and minds, there is still a gap between the current development of the remedy system of enforcement and the ideal of solving the problem of arbitrary enforcement more efficiently and protecting lawful rights and interests, leaving the equilibrium in both the actualization of rights and the remedy of rights to be reached. The further improvement of the remedy system of civil rights requires a systematic consideration and study of the fundamental structural elements, based on which, the adjustment, complement and improvement of each particular secondary system can be done so that the concordance and coherence between those systems will be realized. The demarcation of procedural issues and substantive issues is a fundamental element to be taken into consideration in the process of the systemization of the enforcement remedies. The different functions of civil action and civil enforcement decides that it is a must to formulate different paths of remedy based on the nature of the subject matter of dispute in the enforcement. Therefore, the construction of China's the remedy system of enforcement needs to be in line with this, and regards the demarcation of procedural issues and substantive issues as a general principle. To set up different remedy procedures for substantive matters in dispute and procedural matters in dispute in civil enforcement is an important task of systemization, which means a binary structure of enforcement remedies for substantive matters and enforcement remedies for procedural matters. Only in this way can a consistent and consonant multi-dimensional relationship between civil action and enforcement, enforcement and its remedies be accomplished.

Key Words: Civil Enforcement; Remedy System of Enforcement; Enforcement Objection; Separation of Judicial Power and Enforcement Power; Difficulties of Execution

(学术编辑:刘哲玮)

(技术编辑:范华瑶)