

# 论民事执行救济

## 兼论第三人执行异议之诉的悖论与困境

赵秀举\*

**摘要** 在民事强制执行法的制定过程中,有关民事执行救济的内容无疑依然会是一个难点。民事执行救济虽然为执行程序中的具体制度,但就其内容而言则所涉内容甚为广泛:它是一种程序法上的救济,却与实体法密切相关;其目标是阻止执行机构的不当执行行为,但程序中的两造当事人却始终局限在债权人、债务人或者第三人的范围。修订后的民事诉讼法虽然大幅度地增加了有关执行救济的内容,但尚不能就此得出结论认为已经构建了执行救济制度。而造成这种局面的根本原因在于,我们依然缺乏从程序法的基本原则和精神中来认识和界定执行救济。此外,我国民事诉讼中当事人制度和既判力制度的混乱不清,也加剧了执行救济制度构建上的困难。

**关键词** 执行救济 执行异议 异议之诉

2007年修订后的民事诉讼法虽然对诉讼法学界多年来有关民事执行程序救济体系不完善的批评之声作出了积极的、正面的回应,通过第202条和第204条引入了程序性救济和实体性救济,从而在一定程度上平息了理论层面上的纷争,但同时却给司法实践带来了新的挑战和难题,目前为止各地法院对新法规的适用情况依然十分混乱。<sup>〔1〕</sup>在即将进行的强制执行法立法中,这依然是一个无法回避的问题。造成这种局面的直接原因一方面归结为相关法律条文

\* 上海交通大学凯原法学院讲师。

〔1〕 张柏峰:“当前法院执行工作贯彻修改后民事诉讼法情况的调查报告”,《人民司法》2009年第3期,页58;《人民法院报》2009年10月16日第6版案例(“异议审查期间案外人能否另行提起确权之诉”);尤其是浙江省高级人民法院联合课题组:“新《民事诉讼法》实施与执行救济制度之完善——以浙江法院执行救济实践为考察对象”,《法治研究》2010年第3期,页93、94;龚浩鸣、连强:“共同共有人提出执行异议的审查与处理”,《人民法院报》2010年11月4日,第7版(仅以执行异议是针对执行行为为由,即认为包含《民事诉讼法》第202条上的执行行为异议的内容)。

有欠完善,现有条文缺乏可操作性,另一方面却也反映了执行救济制度理论研究的不足。

表面上看,执行异议乃至执行异议之诉似乎与其他的诉讼救济没有本质区别,2007年《民事诉讼法》修正案第13条亦体现了这样的观念,因此才会出现例如为执行异议之诉前置异议程序、将执行异议之诉与审判监督程序并列这样的规定。但新法在实施过程中所遇到的种种困难则表明,这种简单罗列和堆砌救济程序的做法并没有虑及执行救济的本质以及执行救济与普通诉讼救济的区别,因此无法使问题得到理性解决。<sup>[2]</sup>如此的立法内容也造成了最高人民法院出台相关司法解释的困难,其在《民事诉讼法》修正案生效后不久所发布的《执行解释》<sup>[3]</sup>同样无法从根本上澄清执行救济的实质,也无法为各地法院解决相关问题提供切实可行的指导。

另一方面,就执行程序的总体理论研究状况来看,我国的立法者对执行救济制度进行如此的塑造又不足为奇。从逻辑上讲,为了保障法律救济的有效性,创设救济制度时自然应当以其所适用的法律领域内的基本原则和法律关系为导向。但是与审判程序不同,强制执行法领域内的一个基本现状就是,迄今为止缺乏系统的基本原则和理论体系构建,就连执行机构的设置各国也是千差万别。由此导致的一个直接后果是,各国立法者在塑造执行救济制度时并没有统一的理论可供遵循,而主要是以本国现有的法律救济体系和司法实践为出发点,因此各国的执行救济制度形态迥异也就不足为奇了。德国立法者构建了也许是体系最为完整但同时最为复杂的执行救济体系;法国延续了其在民事诉讼领域内的做法,采用设定特定程序(管辖)的方式来解决执行纠纷;在英国,基本上不存在与德国执行救济制度相类似的制度(见下文),美国的情况也与英国相似。如果我们将各国的相关制度陈列展示,那么展现在我们面前的无疑是一幅色彩斑斓的图案,我国的执行救济制度只不过在众多色彩中又增加了一种新的颜色,不论它是鲜艳抑或暗淡。

## 一、执行救济概念的界定

按照德国学者的解释,<sup>[4]</sup>执行救济(die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung)的产生是与执行程序的强制性紧密联系在一起。在执行程序中通常要干预到债务人的私人领域,甚至触及到了宪法上所保护的权力,例如金钱债权执行会触及到财产所有权,有关行为请求权

[2] 王亚新:“执行检查监督问题与执行救济制度构建”,《中外法学》2009年第1期,页146。执行救济制度的建构不单纯是立法上把相关条文规定的多一点、或者再相应地多发布一些细化法条内容的司法解释就可以做到的事情。构建这种制度将是一个很困难的过程,牵涉到理论上不少复杂的层面和执行工作实践中的两难或悖论。

[3] 即最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》,法释[2008]13号。此外最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》(法释[2008]14号)亦涉及了相关内容。

[4] Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, S. 537; Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, vor § § 765a-777 Rn. 1.

的执行甚至会触及债务人的人身自由。同时,强制执行也可能对债权人乃至第三人的权利产生不当的影响。这就要求执行机构在实施强制执行的过程中必须严格遵守法律规定,并尽到应有的注意义务。对于任何程序性违法行为,例如违反有关执行程序要件规定或执行实施规定,都必须给予执行当事人乃至第三人相应的救济手段,由此就产生了程序性执行救济。这是在任何程序法领域内都普遍存在的救济手段,它遵循的是自然法的精神,即违法行为必须能够得以被纠正。这种救济在行政法领域内最为常见,在强制执行法领域内,由于执行行为广泛地由非法官的执行机构实施,因此同样需要保障当事人诉诸法院的权利,以此来保护其免受公权力的侵害,<sup>[5]</sup>同时也将执行机构的行为置于法院的监督之下。

但是程序性救济并非执行救济的核心内容,或者说,它并非是人们广泛讨论的对象。真正引起人们疑问和困惑的是执行救济的另一部分内容,即实体性执行救济。由于执行程序普遍遵循形式化原则(Formalisierungsgrundsatz),执行机构原则上无权审查执行程序中可能涉及的任何实体法律问题,由此就可能出现纵使执行机构严格遵循了法律规定但依然在事实上妨碍或者侵犯当事人实体权利的情形,例如债务人可能基于债务的履行而提出履行抗辩,或者主张抵消债务,<sup>[6]</sup>第三人亦可能对执行标的的主张阻碍让与的权利<sup>[7]</sup>或者优先受偿的权利。<sup>[8]</sup>法律上基于此种原因为当事人设定的救济途径就被称为实体性执行救济。<sup>[9]</sup>目前,这样的观点基本上也为我国民事诉讼理论界普遍接受,<sup>[10]</sup>立法也在朝着这个方向发展,尽管对于我国的执行救济体系包含哪些具体内容仍然存在争议。

但是,上述对执行救济的阐述只是揭示了执行救济产生的一般原因,而并没有触及执行救济的本质问题。执行救济本身是一个很容易引起误解的概念,这一点仅从我国现行民事诉讼法法律条文中对第三人执行异议概念的错误界定就可以看出。2007年《民事诉讼法》修正案第13条延续使用了1991年《民事诉讼法》第208条中的法律用语,即第三人执行异议是指在“执行程序中,案外人对执行标的”提出的书面异议。在执行法律体系中,执行标的指的是执行措施所指向的对象,包括物、财产权益乃至人身。<sup>[11]</sup>也就是说,执行标

[5] 这被规定在《德国基本法》第19条第4款中(“其权利受到公权力侵害者,有权诉诸法律途径。不存在其他管辖机关时,可诉诸普通的诉讼途径。第10条第2款第2句不受影响。”)。

[6] 例如BGHZ 42, 37(债务人以执行异议之诉的形式主张抵消,仅仅因为没有满足《德国民事诉讼法》第767条第2款规定的时间要求而被驳回)。

[7] 例如BGHZ 20, 88(第三人对执行标的物主张所有权)。

[8] 《德国民事诉讼法》第805条。

[9] 关于大陆法系国家执行救济概念的介绍参见张卫平:“案外人异议之诉”,《法学研究》,2009年第1期,页4(尤其是脚注1和脚注2)。

[10] 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2007年版,页470;李浩主编:《强制执行法》,厦门大学出版社2004年版,页349。

[11] 这从《民事诉讼法》第204条的整个条文的表述以及《执行规定》(即最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(法释[1998]15号))第72条和第73条的规定中可以得出。此种观点也系德国理论界的通说,参见Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckung, 13. Aufl., 2006, Rn. 22.1。国内有关执行标的的论述也可参见肖建华:“执行标的的若干问题研究”,《诉讼法论丛》1998年第2卷。

的本身是一种客观存在物或者受法律保护的权益,对其根本无法进行诸如“正确抑或错误”、“正当还是非正当”这样的评价,也就无从谈起“对执行标的”提出任何法律上的异议。假设执行标的是位于某街道某号的一栋房屋,在严格遵照法条用语的情况下,第三人提出的执行异议将会被表述为“案外人对位于某街道某号的房屋提出书面异议”,这显然是错误的,背离了执行异议的实质。相比而言,最高人民法院的司法解释在内容上则要合理得多。《执行规定》第70条将第三人异议定义为“案外人对执行标的主张权利”,《执行解释》第15条进一步将这种权利限定在所有权或者其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利,第17条则将第三人异议之诉定义为第三人“对执行标的的主张实体权利,并请求对执行标的停止执行”。

实际上,执行救济的概念虽然使用了“救济”这样的表达,但是显然无法简单地将它与民事诉讼救济中的“救济”等同对待。<sup>[12]</sup> 正像张卫平教授所说的那样,单是为了澄清第三人异议之诉的性质,至少就应当考虑诸如诉讼类型的划分依据、异议之诉的目的与作用、异议之诉的诉讼标的与诉讼标的理论、异议之诉的既判力、争议中多重法律关系的存在以及公法与私法的不同性质等诸多方面。<sup>[13]</sup> 从这个意义上看,只有在深入比较执行救济与其他形式的救济的基础上,方能澄清有关执行救济的一些根本性问题。

### (一) 法律关系层面

尽管民事执行程序与民事审判程序一样,在根本上都是为解决私法上的民事纠纷服务的,在两种程序中又都存在着三方主体,即作为实体民事法律关系主体的双方当事人以及作为国家权利行使者的第三方——审判机构或执行机构。但是,要清楚地界定执行救济所要针对的法律关系的性质却是一件相当复杂的事情。在审判程序中,各主体之间形成诉讼法律关系;在执行程序中,各主体之间则形成执行法律关系。但是,民事诉讼法律关系并不是引发民事诉讼/司法保障(Justizgewährung)的原因,相反民事诉讼的存在才是民事诉讼法律关系赖以发生的基本前提。民事诉讼救济和民事审判程序是一体的、重合的,它所解决的是外在于民事审判程序的、当事人之间的民事实体法律关系纠纷。这一纠纷与审判机构不存在任何实体法上的利害关系。因此,民事诉讼属于私法领域内的救济范畴。而执行救济所要解决的恰恰是在执行过程中发生的纠纷,或者更确切地说因执行行为引发的纠纷——执行纠纷。执行救济是针对执行程序的救济,它所指向的就是执行法律关系,而不再是发生在当事人之间的单纯的民事实体法律关系。任何执行救济程序的启动总是以一定的执行行为或者执行裁决的存在为前提。从这一意义上看,执行救济属于公法领域内的救济范畴。<sup>[14]</sup> 德国理论界在执行救济概念中所使用的救济(Rechtsbehelf)一词也清楚地表明了这一点。所谓 Rechtsbehelf 是指当出现对

[12] 有关“救济”概念的讨论可以参见韩春晖:《现代公法救济机制的整合》,北京大学出版社2009年版,页23。

[13] 张卫平,见前注[9],页5。

[14] 有关公法救济和私法救济的区分参见杨寅:“我国公法救济的体系与完善”,《北方法学》2009年第6期,页5以下。

其不利裁判时,当事人藉此得以继续主张其权利的、一切程序法上的手段,其中针对法院裁判而主张的救济,又被称为上诉手段。<sup>[15]</sup> 德国民事诉讼法中明确使用该概念的有第 321a 条、第 703 条以及第 10 编第 7 章(针对仲裁裁决的救济)。<sup>[16]</sup>

与民事诉讼法律关系相似,执行法律关系也涵盖两个层面的关系:平等主体(债权人、债务人以及第三人)之间的法律关系、前述主体与执行机构之间的法律关系。在平等主体这个层面,由于执行名义的存在,债权人与债务人之间已经无法像在审判程序中一样进行积极的、动态的对抗,而仅仅是维持一种单方向性的对立,即由债权人指向债务人。<sup>[17]</sup> 在整个执行程序中,除非债务人的合法权益受到侵犯,否则我们根本找不到让债务人积极参与程序的动力。执行程序的运转通常也并不需要债务人的积极配合,他所承担的只是一种容忍执行的义务。<sup>[18]</sup> 因此,如果说债务人在执行程序中享有利益,那么这种利益就集中体现在拒绝或者阻止强制执行上,例如援引有关债务人保护规定或者执行救济规定来阻止强制执行。

同时,债权人与债务人之间的这种单向对立关系,要借助于执行机关的行为才能表现出来,因为国家禁止私力救济。执行机关的介入,使得在执行程序中发生了第二个层面的法律关系。但是,作为执行法律关系主体的执行机构虽然与审判机构一样是国家权力的行使者,它在执行程序中的地位却与审判机构在审判程序中的地位明显不同。执行程序存在的根本意义就在于为债权人的利益服务,帮助债权人实现债权,这样的目标设定使得执行机构很难在当事人之间保持中立地位,尽管执行员作为公职机关的法律地位要求其保持中立。<sup>[19]</sup> 执行机构与债权人在目标上所表现出来的这种一致性,<sup>[20]</sup> 可能产生两方面的结果:

一方面,债权人的主体地位被突出,而执行机构的主体地位则有被弱化之虞。执行机构虽然代表国家行使权力,但是它根本无法像审判机构那样完全独立,法官的裁判不受任何当事人左右,但执行机构基本上不得实施任何有悖于债权人正当请求的行为,执行不得给债权人带来任何积极的不利。包含给付内容的确定的执行名义,既是债权人申请强制执行的根据,也确定了执行机构实施执行的内容与范围。同时,执行机构也与通常的行政机构有别,因为它对债务人采取执行措施既不是简单的规制性行为更不是处罚性行为,正当的执行行为应当既不会给债务人造成不当损害,也不会为债权人带来额外的利益,而只是实现如同债务人自行履行义

[15] LexisNexis Rechtswörterbuch, LexisNexis Datenbank, S. 220.

[16] 从这点上看,翁晓斌教授(《民事执行救济制度》,浙江大学出版社 2005 年版,页 165、166)将第三人异议之诉界定为救济诉讼非常恰当。这也与德国学者的观点一致。

[17] 详细论述参见赵秀举:“论现代社会的民事执行危机”,《中外法学》2010 年第 4 期,页 577。

[18] 仅在例外情况下,强制执行的进行才需要债务人的配合,例如在债务人根据执行名义承担不可替代的作为义务或者不作为义务的情况下,强制执行将直接对债务人的意志进行强迫,迫使其为一定的行为或者不作为。对此也参见《德国民事诉讼法》第 887 条。

[19] 有关执行机构中立地位的阐述例如参见 Prot, Der Commisison zur Beratung einer allgem. CPO für die deutschen Bundesstaaten, Bd. XIII, 1865, S. 4616; Pawlowski, ZJP 90 (1977), 345, 352ff., 358ff.

[20] 在我国当前实行执行机构行政化管理的背景下,这种“一致性”更被强化,例如执结率被作为机构业绩考核的重要指标,而这一指标也最能反映债权人利益得以实现的程度。

务一样的结果。<sup>[21]</sup> 简而言之,执行机构除了代表国家维护对执行权的垄断外,对债务人的执行保护是它参与执行程序的唯一利益追求,因为否则国家需承担维持债务人基本生活的义务。因此,在很多国家,法律都将执行程序中的主动权赋予了债权人,他有权决定何时以及采取何种执行措施以便达到最佳的执行效果,即适用当事人处分原则,执行机构受债权人发出的具体指示的约束。<sup>[22]</sup> 从这个角度来看,债权人与执行机构之间的关系更像是一种委托服务关系,其间的公法法律关系被淡化。<sup>[23]</sup> 执行是国家在禁止私力救济的情况下为当事人提供的一种服务。正因如此,实践中很少发生执行机构积极侵害债权人利益的情形,其不当行为多以消极、懈怠执行的形式表现出来,即多为纯粹程序上的不当行为,而不涉及民事实体权利义务关系。所以,法律为债权人提供的执行救济也主要集中于这一方面,而并未创设类似于债务人异议之诉之类的债权人异议之诉。

另一方面,当面对债务人时,执行机构的地位被突出,而债权人的地位又被淡化。此时,执行程序充分地展现了其强制性的一面,执行机构代表国家行使执行权针对债务人采取执行措施。因此德国学者也将这种法律关系称为“干预关系”(Eingriffsverhältnis),<sup>[24]</sup> 执行机构干预的可能是债务人的领域,也可能是第三人的领域。而引发执行纠纷的主要是执行机构的这种

[21] 也正是出于这样的考虑,德国的主流观点才认为法律上针对不可替代行为的执行规定的强制措施(Zwangsgeld 和 Zwangshaft)并不是惩罚,而仅仅是一种屈服措施。强制措施并不是针对债务人已经实施的行为且不考虑债务人的过错,措施的目的在于为了强迫债务人(未来)履行债务。因此即使法院裁定进行罚款或者拘留,债务人在裁定被执行前总是可以通过履行债务来避免这一裁定被执行,参见 MünchKommZPO/*Gruber*, 3. Aufl., 2008, § 888, Fn. 60 mit weiteren Nachweisen。在英国法上不履行法院裁判将被视为民事藐视法庭,并因此可处以 committal, sequestration, fine 等措施。民事藐视法庭在性质上通常被认为类似于犯罪(quasi-criminal),债务人理应当为自己的不当行为受到惩罚。例如丹宁勋爵在 *Comet Products UK Ltd. v. Hawkes Plastics Ltd.* ([1971] 2 Q. B. 67, 73f, 75C (C. A.))一案中曾作出评注:“Although this is a civil contempt, it partakes of the nature of a criminal charge. The defendant is liable to be punished for it”。不过,人们同时也指出,在民事执行程序中,民事藐视法庭作为一种执行手段从根本上是为迫使债务人履行债务服务,参见 Zuckerman, *Civil Procedure*, 2003, p. 708, “The sanction for civil contempt is essentially coercive, in that it is intended to enforce compliance with an order of court, although the court may add a punitive element in order to uphold the authority of the law”。对欧洲强制执行法颇有研究的希腊教授 Kerameus (*International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XVI, Chapter 10 (Enforcement Proceedings), 2002, p. 42) 虽然将整个执行程序在性质和功能上视为是对债务人的惩罚(Sanction)系统,但他同时亦指出,这里的惩罚仅是狭义的,从技术上讲它只是执行方式而不是强加给债务人的损害(Detriment)。

[22] O'Hare/Browne, *Civil Litigation*, 2005, 12. Edition, p. 578; *Schuschke/Walke*, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, 4. Aufl., 2008, Einführung Buch 8, Rn. 8(“执行程序的主人”);让·文森/雅克·普雷沃:《法国民事执行程序法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2002年版,页44;《法国民事执行程序法》第22条(“债权人得选择适于确保执行或者能够保全其债权的措施”)。

[23] 《德国民事诉讼法》第753条的表述也许最为恰当,即执行员基于债权人的委托而实施强制执行。但是德国学者为了突出执行权的公法性质也强调,债权人与执行机构之间的这种法律关系可被概括为“申请法律关系”,参见 *Gaul/Schilken/Becker - Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl., 2010, § 8 II 1。

[24] *Gaul/Schilken/Becker - Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl., 2010, § 8 II 2。从这一意义上看,执行机构与债务人之间的关系更像是行政法律关系:执行机构是主体,债务人则被视为是客体。有关行政法律关系中的主体、客体也可参见盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,页238。

干预行为,<sup>[25]</sup>由此也就得出了设立执行救济制度的法律意义,即保护当事人避免因强制执行而遭受不当侵害。

鉴于上述情况,既然执行机构作为执行行为的实施者,似乎完全有理由按照行政法中的救济模式来塑造执行救济,将执行机构置于类似于行政主体的地位。但是,考虑到执行机构相对于债权人时所处的地位,对执行机构而言,上述的制度安排在一定范围内又会显得有失公正,因为常常很难分清,执行措施的实施体现的究竟是执行机构的意志还是债权人的意志。那么,执行机构在执行救济程序中到底扮演何种角色呢?

## (二)救济性质的层面

当引发纠纷的是公法上的法律行为时,通常应当从两个方面来考察可能存在的救济手段,即行为本身的正当性以及行为造成的后果。因为与民事法律行为不同,法律上对公法法律行为的这两个层面一般是分别进行评价的——所谓的二元评价体系,这在行政行为中体现得最为明显,例如针对行政主体的不当行政行为,行政相对人既可以申请行政复议、提起行政诉讼,也可以提起行政赔偿诉讼。前者在于质疑行政行为本身的正当性,后者则是为了弥补不当行政行为造成的损害,两种救济体系彼此相对独立存在。<sup>[26]</sup>但这一情形在涉及民事审判行为时就发生了一些变化,尽管审判同样归属于公法行为的范畴。首先,不论审级制度如何,均得将各级审判程序视为一个整体,以解决当事人之间的纠纷。不论审级层次多寡,对抗的主体永远是实体纠纷的双方当事人,而不是当事人与法官。在整个审判程序中,法官为自己司法行为的正当性进行辩护的唯一手段就是裁判理由,除此之外,他不需要任何额外的辩护。也就是说,民事审判程序是一个自治的、封闭系统。其次,当事人穷尽了诉讼法上的救济手段时整个诉讼程序即告终结,除此之外通常不存在有关司法行为损害赔偿的救济途径。因为现代社会的法官对司法行为普遍享有司法豁免权。<sup>[27]</sup>不论裁判是否正确,也不论当事人是否因裁判而遭受了实际损失,均不得因法官的司法行为而起诉法官和法院。<sup>[28]</sup>这也就是说,当事人针对民事审判行为享有的救济途径全部包含在民事审判程序本身中。就我国而言,尽管人们很少谈及

[25] 与此相反的观点参见洪浩:“论我国民事执行救济法律制度之重构”,《法学》2005年第9期,页81-82。他认为异议之诉“本身并非执行行为引起,而是私权与私权之间的争议,与普通民事争议并无差异”。

[26] 前者是“第一次权利救济”,属于直接救济,而后者是“第二次权利救济”,属于间接救济,韩春晖,见前注[12],页80。

[27] 有关英美法系法官的司法豁免权的历史发展以及具体内容可以参见 Abimbola A., *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*, 2003; 于秀艳:《美国法官制度与法院组织标准》,人民法院出版社2008年版。在大陆法系的德国,法官的这一权利被称为裁判法官特权(Spruchrichterprivileg),即法官对在诉讼判决中违反职务义务并不负损害赔偿义务,除非违反职务义务构成犯罪。相关规定参见《德国民法典》第839条第2款。一般认为,虽然从表面上看,裁判法官特权可能源于基本法上保障的法官独立原则(Leipold, JZ 1967, 737, 739),但实际上这一特权却产生于既判力理论,是为了防止以法官违法为由对已经发生既判力的裁判的诉讼标的重新进行审查。对此参见 MünchKommBGB/Papier, 5. Aufl., 2009, § 839, Rn. 322f; Staudinger/Wurm, BGB, 2007, § 839, Rn. 313ff。

[28] 根据《德国民法典》第839条第2款第1句的规定,仅当法官违反义务的行为构成犯罪时,才可以因法官裁判行为主张职务责任。

法官司法豁免理论,但民事法官乃至国家同样不会因为任何错误裁判而承担赔偿责任。<sup>[29]</sup>从这一意义上看,与行政行为相比,针对民事审判行为造成的损害后果,当事人享有的实际上几乎是零救济。

就执行程序而言,在其脱离审判程序而获得了独立的程序法地位的同时,也就丧失了审判程序的本质特征——裁判,民事审判权作为一个整体依然由审判机构行使。执行机构并不拥有法官一样的法律地位和权限,对其不适用所谓的司法豁免的原则,而执行程序也远非自治的程序。这也就是意味着,像行政行为一样,执行行为也将在两个方面被审查:执行行为本身的正当性以及执行行为的损害结果。但是在这个问题上,执行程序再次呈现了独有的特征:在行政程序中损害赔偿总是与违法不当的行政行为存在因果关系,而在执行程序中,却不能总是简单地将执行行为造成的损害后果归结为执行行为违法或不当。首先,执行程序所遵循的形式化原则使得执行机关在采取执行措施时仅能根据权利的外在形式进行判断,例如动产所有权根据占有、不动产以及其他一些特殊财产的所有权根据登记,而公示的权利状态与真实的权利状态有时可能会不一致,在我国财产公示制度不完善的现状下,这个问题更加突出。其次,有给付内容的民事权利义务关系是动态的、发展变化的,尽管执行名义中确定了债权人的给付请求权,但是在进行强制执行时,这一权利也可能已经消灭或无法行使了,然而执行名义的存在却使得执行机构别无选择,必须进行强制执行。这就给立法者造成了立法上的困难,因此在不同的国家才会出现不同的执行救济制度,其所体现的立法宗旨亦不相同,而德国与英国的规定无疑是其中最具代表性的。

### 1. 德国模式——效率优先

德国的立法者优先考虑的是效率,而将执行救济程序完全从执行程序中剥离出来,将其分配给法院管辖,而且当涉及实体法问题时,明确要求当事人向法院提起异议之诉。法律上仅要求执行员按照法律规定的程序进行执行。由于遵循“形式性原则”,执行员不需而且也无权对当事人或第三人提出的实体性异议进行任何实质审查。一旦进入到执行程序,执行机构就有义务持续地实现执行名义中确定的请求权。<sup>[30]</sup>虽然债务人以及第三人有权借助执行救济程序对执行行为的正当性提出异议,但执行救济并不发生推迟效力或停止效力,执行救济程序的启动既不会自动阻止强制执行的继续进行,也不会暂时中止强制执行。<sup>[31]</sup>只有当法院在执行救

[29] 参见《国家赔偿法》第38条以及最高人民法院《关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》(法释[2000]27号)。当然,在刑事诉讼中,国家会因法官的错误裁判而承担司法赔偿责任,《国家赔偿法》第21条。

[30] 这与行政法中的行政行为的公定力/先定力理论相似。执行名义也为执行机构实施执行行为提供绝对的正当化理由,即使该执行名义在后被撤销。债权人委托执行员进行执行以及向执行员提出执行建议并不能使执行员变成债权人,执行员并不对债权人的行为承担责任,而只是为自己的行为承担责任。参见 Halsbury's Laws of England/SHERIFFS (VOLUME 42 (REISSUE)), para. 1133。

[31] 根据《德国民事诉讼法》第775条的规定,仅当经裁判撤销执行名义或者撤销执行名义的可执行性或者执行行为被宣布为不合法等情况出现时,才能中止或者限制强制执行。否则执行机构无权自行中止强制执行。《德国民事诉讼》最初的立法者就有意识地作出此种选择,“以防止无意义的狡辩或迟延造成执行程序软弱无力。”参见 Motive bei Hahn, Mat. II 1(1880), S. 436。

济程序中作出裁判否定了执行行为的正当性时,执行机构才得停止或撤销执行措施。当然,执行救济程序也并不解决当事人之间的任何民事实体权利争议。而且,如果执行程序在能够阻止强制执行的裁判作出之前就已终结,则执行异议之诉会因丧失诉之利益(Rechtsschutzbedürfnis)而不再合法。而且在执行救济程序中,当事人仅得质疑执行程序本身的合法性或正当性,而不考虑不当执行给债务人乃至第三人造成的损害,即使当事人在执行救济程序中主张的是实体法上的异议。

与此相应,德国执行救济的程序构造也极为特殊,不仅执行异议之诉的当事人完全为民事主体,而且作为程序性救济的执行异议也被视为是债权人、债务人以及相关第三人之间的对抗程序,作为执行机构的执行员和法院及其所代表的国家并不拥有当事人地位,<sup>[32]</sup>执行员至多作为证人出庭给予官方答复。简而言之,在德国,虽然执行救济是为了澄清执行行为的正当性与合法性,但执行救济程序的结构与行政法上的救济完全不同,而更接近普通民事诉讼。就像在上诉程序中一样,一切纠纷依然发生在当事人之间,而与作为国家代表的执行机构无关。

## 2. 英国模式——公正优先

在英国,执行救济制度与职务侵权责任紧密相连。立法者优先考虑的是公正,并坚持所有权神圣不可侵犯的现代民法基本原则,即以不当执行可能给债务人乃至第三人造成损害为出发点。公职人员在侵权法和合同法上同样须遵守平等民事主体之间的行为规则,当他们因职务行为侵犯个人权利时,也须依据普通法上发展起来的侵权规则承担侵权责任。<sup>[33]</sup>一旦第三人的财产被执行员不当强制执行,他就有权依照一般的侵权责任规范寻求法律救济,而无需单独对执行行为本身的正当性进行质疑。因此,英国的执行员随时可能面临来自当事人或者第三人的侵权诉讼。为了让执行员摆脱这种局面,法律上创设了 Interpleader 制度。如果债务人之外的任何第三人对被执行或者将被执行的金钱或物提出了请求,执行员可以通过 Interpleader<sup>[34]</sup>程序向法院申请发放一项命令,要求不同当事人——通常是债权人和第三人——就他们之间的纷争进行诉讼,并遵守法院的最终裁判。<sup>[35]</sup>此后,法院应当就物的所有权争议或者涉及金钱清偿的权利等实体问题作出裁判。即使债权人承认了第三人的请求并且执行员依此撤销了执行,执行员也依然可以根据 Interpleader 程序向法院申请签发前述命令,禁止当

[32] BGH NJW 2004, 2979, 2981; BGHZ 170, 243, 246 = NJW 2007, 1276.

[33] Bradley/Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 1997, p. 754.

[34] 有关 Interpleader 的历史发展参件 Halsbury's Laws of England/EQUITY, para. 489 - 492.

[35] 具体的程序是:第三人必须将其请求通知负责执行的执行员,在通知中应当列明自己的地址;执行员收到通知后须将通知转给债权人,而债权人必须在收到通知后的 7 日内告知执行员他对第三人的请求表示承认还是进行争辩。如果债权人承认第三人的请求,则仅需负担执行员收到通知之前而产生的执行费用。此时执行员应当撤销对相关财产或者物的执行,并且可以同时向法院申请命令,要求禁止就他在执行过程中已经占有的金钱或物向他主张权利。如果债务人对第三人的请求进行争辩,或者未在前述期间内向执行员进行通知,而第三人又没有撤回其请求,则执行员可以向法院申请救济。详细内容参见 CPR Schedule 1, RSC Order 17 以及 CPR Schedule 2, CCR Order 33; Halsbury's Laws of England/PRACTICE AND PROCEDURE (VOLUME 37 (REISSUE))/17, para. 1433.

事人将来针对执行员提出任何损害赔偿诉讼。<sup>[36]</sup> 当债务人对执行标的物提出异议时,例如认为被执行的标的物属于执行保护范围时,也适用类似的程序,执行员同样可以向法院寻求指示;法院可以作出简易裁判或者作出相应的指示。<sup>[37]</sup> 从这种意义上看,Interpleader 作为一种救济程序,是向执行员而不是向当事人提供救济。

### 3. 中间结论

(1)虽然两国的制度设计大相径庭,但英国和德国的制度仍然存在共同点:两国立法者原则上都要求必须在执行程序进行过程中寻求执行救济;在执行程序终结之后,认为自己权利因执行行为受到损害的人,多数情况下只能依照国家为私权纠纷而设的普通民事诉讼程序来主张权利。<sup>[38]</sup> 例如,在英国,执行员依照法院发放的执行令将债务人占有的财产进行扣押与变价之后,任何人都无权因变卖财产的行为向执行员主张损害赔偿或恢复原状,除非他能够证明执行员此前已经知悉或者是经过合理询问本可以确信被变卖的财产不归债务人所有。<sup>[39]</sup> 在德国,根据《德国基本法》第34条以及《德国民法典》第839条的规定,作为公务员的法院执行员因职务行为侵害第三人合法权益时,仅当其存在主观过错时才承担损害赔偿责任。如果执行员因过失造成他人损害,则仅当受害人不能以其他方式获得补偿时,始得向执行员要求赔偿。而且如果受害人故意或过失怠于通过上诉手段避免损害发生,则执行员同样不承担责任。<sup>[40]</sup>

从前述两国执行救济制度的设计也可以看出,执行救济与普通的民事诉讼救济存在巨大差别:它不属于典型的事后性救济,它更强调预防性保护,通过撤销、终止执行措施来防止损害权利人利益的强制执行。<sup>[41]</sup> 这一点在英国的 Interpleader 程序中体现的尤为明显。在时间上,它被限定在执行程序开始后到执行程序终结前的这段时间,因为在执行程序开始前不存在受执行行为侵害的危险,如果当事人的权利受到他人妨害,他自然可以寻求普通的民事诉讼救济;<sup>[42]</sup> 在执行程序终结后,由于侵害已经发生,因此受害人只能寻求根据实体法有权获得的普通民事救济方式。执行救济与执行程序在时间上的重合并不是一种纯粹时间上的巧合,而是由其本质决定的。这是执行救济与一般民事诉讼的另一个重要区别。因此,以执行程序的开始与结束的时点为标准,可以将当事人享有的救济途径划分为执行前救济、执行救济和执行后

[36] Halsbury's Laws of England/PRACTICE AND PROCEDURE (VOLUME 37 (REISSUE))/17, para. 1422。即使当事人已经针对执行员提起了诉讼,执行员也可以提出 Interpleader 申请, CPR Schedule 1, RSC Order 17 r. 1 (1) (a); r. 2 (4)。

[37] Halsbury's Laws of England/PRACTICE AND PROCEDURE (VOLUME 37 (REISSUE))/17, para. 1431。

[38] 例如,作为所有权人的第三人可能首先向其财产的获得人要求返还原物;如果无法返还,则可能会要求损害赔偿。此外,他也可以向执行债权人主张损害赔偿或者返还价款。参见 Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 456。

[39] Halsbury's Laws of England/ENFORCEMENT (VOLUME 17(1) (REISSUE)), para. 186; para. 151。

[40] Gaul/Schilken/Becker - Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., 2010, § 25 IV 1 (b)。

[41] Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 456。

[42] 当然,如果在强制执行开始前就已经明确受到强制执行的威胁,例如在物之交付或者搬迁的情况下,也应当允许寻求执行救济,参见 Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., 2008, § 771, Rn. 5。

救济。正因如此,执行救济也被称为执行程序的“内部”救济,以此区别于执行程序之外的普通民事诉讼,例如不当得利、损害赔偿等诉讼。当事人以及第三人任何时候均有权借助于普通民事诉讼解决民事纠纷;仅在执行程序阶段,执行救济与普通民事诉讼会出现重叠,但此时两者的职能不同,所以无法相互替代。〔43〕

(2)在德国,程序性执行救济体现的是法院对执行机构的事务性监督,它要回答的是执行程序的程序合法性,对此无需赘述。实体性救济本质上是民事审判程序在执行程序阶段的延续,例如债务人执行异议之诉所要解决的是,执行名义确定后才产生的债务人针对债权人实体权利的抗辩,所以债务人在异议之诉中只能主张权利阻却抗辩或权利消灭抗辩,而不能主张权利妨害抗辩,因为在执行名义发生确定力后,权利妨害抗辩因失权效而不得再被主张;〔44〕第三人执行异议之诉则是要保护第三人的实体权利免受他人的侵犯,其所体现的法律精神是,不能因为侵犯第三人权利的是强制执行,就剥夺第三人对此诉诸普通法院的权利。〔45〕此外,就实体性异议所作的裁判在发生既判力后将可能对将来的民事诉讼发生先决效力,并由此排除了在事后的不当得利诉讼或损害赔偿诉讼中再次对争点进行争议的可能性。因此,为了就所涉的实体异议或权利向当事人提供充分的权利保护保障,就此创设了诉讼制度并将这些诉讼都被分配给法院审理。其中债务人异议之诉因为与在先诉讼之间存在事务牵连而由受诉法院管辖,而第三人异议之诉因为不存在此种牵连而根据争议额分配给执行地的初级法院或州法院管辖。

但是实体性执行救济却以纯粹的程序法效力为追求目标。虽然执行异议之诉必然以当事人主张实体权利为前提,其诉讼请求却与普通民事诉讼完全不同:在任何执行异议之诉中,当事人的诉讼请求是要求法院宣告执行不合法;判决主文的内容也只能是“针对……的强制执行合法/不合法”。〔46〕执行行为由执行机构实施,但起诉的相对人却是债权人。这种诉讼目的与程序结构上的矛盾也成为人们对异议之诉的性质争论不休的根本原因,它使得人们很难从传统的诉讼模式出发来确定异议之诉的性质。〔47〕

〔43〕 关于提起第三人执行异议之诉的时间,参见 *Gaul/Schilken/Becker - Eberhard* (*Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl., 2010, § 41, Rn. 126); 当从一开始就确定了执行将针对特定标的物进行时,第三人也可以在执行程序开始前提起异议之诉。

〔44〕 *Gaul/Schilken/Becker - Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl., 2010, § 40 Rn. 37, 53.

〔45〕 *Gaul*, *Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung - Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung*, *ZZP* 85 (1972), S. 295ff.

〔46〕 *MünchKommZPO/Schmidt*, 3. Aufl., 2007, § 767, Rn. 39; § 771, Rn. 71.

〔47〕 不论是在德国法律中,还是在继承了德国法律的日本和我国台湾地区,对此始终存在争议。相关观点介绍可参见赖来焜:《强制执行法总论》,元照出版社2007年版,页647-650;张卫平,见前注〔9〕,页7-9;唐力:“民事执行的正当性与程序保障”,《法学评论》2009年第5期,页60。对此,肖建国(“《民事诉讼法》执行编修改的若干问题探讨”,《法律适用》,2008年第4期,页24)提出的案外人异议之诉是“民事程序法中的一种实体性规则”的观点颇具建设性。从某种意义上看,德国的第三人执行异议之诉与日本的“公法上的当事人之诉”存在一些相似之处,有关后者参见王天华:“日本的‘公法上的当事人诉讼’”,《比较法研究》2008年第3期,页15-24。从前面的介绍也可以看出,法国法上第三人针对动产扣押提出的解除扣押之诉实际上遵循了与德国一样的原则:诉讼指向的仅仅是作为执行行为的扣押。

德国有学者<sup>[48]</sup>结合第三人异议之诉对此提出的解释是:执行异议之诉指向的是强制执行行为在实体法上对债务人、第三人的干预;这里被主张的不是国家的违法行为,而是可以归因于债权人的强制执行的违法干预,原因在于强制执行服务于满足债权人的请求权。在遵循“形式性原则”的前提下,国家的执行行为可能从实体法上看违法,但并不必然程序违法,例如法院执行员虽然遵循了一切相关的法律规定,但是可能基于“占有推定”<sup>[49]</sup>执行的依然是第三人的财产。因此以异议之诉方式主张的违法性只能源自于当事人与债权人的关系:执行程序有一个虽无法律明文规定但却是理所当然的前提,即金钱债权执行时执行标的物应当是执行名义中确定的债务人的财产,债权人的执行名义只是使得其针对该财产的执行和受偿获得了合法性,但超出此范围执行时,并“不会使得执行措施变得非法,更谈不上无效,尤其无法阻止产生扣押对抗力,而只是妨碍了扣押质权的产生”<sup>[50]</sup>。简而言之,负担形式性审查义务的执行机构此时实施的执行行为是合法的,因此法律上要求第三人只能借助于执行异议之诉从实体法角度来对抗债权人的执行。所以,第三人异议之诉同样被称为参加之诉。

但从本质上看,这种诉讼结构能够在德国乃至英国被普遍认可,其最根本的原因则在于这两个国家的执行法适用当事人处分原则。法律将启动执行程序的主动权赋予了债权人,他有权决定何时以及采取何种执行措施以便达到最佳的执行效果,执行机构也受债权人发出的具体指示的约束。<sup>[51]</sup>例如,当发生实体性争议时,执行机构通常会将争议告知债权人,由其决定是否中止、撤销还是继续执行措施;只有当债权人决定继续进行强制执行时,实体性争议才会引发执行救济程序。正是从这一意义上看,德国才会有意见认为债权人与执行机构之间的关系更像是一种委托代理关系。<sup>[52]</sup>

## 二、我国现行执行救济制度及其问题

从内容和结构上看,我国的执行救济制度与德国的比较接近:就程序性的执行救济而言,

[48] MünchKommZPO/Schmidt, 3. Aufl., 2007, § 771, Rn. 2.

[49] 例如《德国民法典》第1006条第1款第1句规定:“为动产占有人之利益,推定其为物之所有权人”。

[50] Gaul/Schilken/Becker - Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., 2010, § 41 I 1.

[51] Schuschke/Walke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, Einführung Buch 8, Rn. 8(“执行程序的主人”); O'Hare/Brown, *Civil Litigation*, 2005, 12. Edition, p. 578。这在法国也适用,参见让·文森/雅克·普雷沃,见前注[22],页44;《法国民事执行程序法》第22条(“债权人得选择适于确保执行或者能够保全其债权的措施”)。

[52] 这不是什么新鲜的理论,《德国民事诉讼法》的最初立法者在第753条中使用的术语就是“委托”(Auftrag),即执行机构基于债权人的“委托”进行强制执行。立法者采用了私法上的委托代理理论,将针对债务人的执行行为归因于债权人的“私的强制权限”。帝国法院在早期的裁判中也持同样观点,认为执行员“作为债权人的受托人根据委托规则对其依委托而实施的强制执行行为承担责任”,参见RGZ(VZS)16, 396, 397。只不过随着有关公法法律关系的观点的出现和发展,德国学者才开始强调这里的委托更应该被视为“申请”(Antrag)。

可以说两国不存在根本性差别;但在实体性执行救济方面,我国《民事诉讼法》第204条以及最高人民法院的司法解释又与德国的规定存在重大差异。

### (一) 程序性救济与实体性救济的比较

虽然从结构上看,修订后的民事诉讼法确立的执行救济体系包括程序性救济和实体性救济,但是从救济的形式上看,两者之间并不存在严格的区分,因为不论是程序违法还是实体争议,当事人均向法院提出书面执行异议,执行异议构成了执行救济的基本形式。《民事诉讼法》第202条前两句与第204条第一句规定的救济程序只是适用对象不同,总体上它们并没有抛开1991年《民事诉讼法》第208条规定的第三人执行异议的框架体系,只不过管辖机构发生了变化:原有的执行异议由执行员管辖,修订后的法律则规定由法院管辖。但是,对于执行异议的审判组织法律并未作出进一步规定。

我国的程序性执行异议和实体性执行异议的区别主要体现在两方面:其一,从程序后果上看,程序性异议的提起并不自动引起执行的停止或者中止效果,仅当当事人提供充分、有效的担保时,法院才可以根据具体情况准许停止相应的处分措施或继续执行;<sup>[53]</sup>但是,实体性执行异议的提起则直接发生程序法上的效力,可以阻止执行机构对执行标的进行处分。当然,法律上同样允许当事人以提供充分有效的担保请求法院解除执行措施或者继续进行执行。<sup>[54]</sup>其二,对两者的救济途径不同。根据第202条第三句和第204条第二句的规定,对程序性异议和实体性异议分别适用复议程序和审判监督程序/异议之诉的救济途径。<sup>[55]</sup>

### (二) 前置异议程序与异议之诉

为异议之诉前置异议程序,这似乎仿照了行政法上的救济模式,相当于行政相对人对行政复议不服再提起行政诉讼。<sup>[56]</sup>保留执行异议程序自然是为了提高执行效率,而增加异议之诉则是完善程序保障。<sup>[57]</sup>但是,在这里却无法援用行政法上的理论来说明这一程序设置的正当性。行政复议的复议机关与行政诉讼的管辖法院是各自独立的,两者之间并不存在交叉重叠的问题。但根据《民事诉讼法》第204条和《执行解释》第18条的规定,执行异议和异议之诉均由同一执行法院管辖,其后果是在同一审级层面创设了两种服务于同一目的的救济,造成了救济重叠,这违背了基本的程序法原则——裁判的拘束力原则:裁判法院原则上不得自行撤销、变更或者补充其裁判,除非发生再审、发回重审等情形。<sup>[58]</sup>我国之所以作出如上规定,其原因在于我国的立法者并没有严格区分审执权限,误以为执行异议可以由执行员审查,而异议

[53] 《执行解释》第10条。

[54] 《执行解释》第16条。

[55] 对于程序性异议和实体性异议并存情况下的法律适用问题的讨论可参见章武生、金殿军:“案外人异议之诉研究”,《法学家》2010年第5期,页77。

[56] 例如参见《行政复议法》第14条、第16条、第19条。

[57] 全国人大常委会法工委民法室编:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,页407、408;赵晋山:“为当事人提供了更充分的救济途径”,《人民法院报》2007年11月2日第6版;杨春华:“论民事执行案外人的救济途径”,《现代法学》2008年第3期,页116以下。

[58] Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 61 I 1ff.

之诉才需由法官审理。<sup>[59]</sup>当然,也有学者质疑这种前置的异议程序是否真能起到提高执行效率的作用。<sup>[60]</sup>

### (三) 异议之诉

事实上,针对我国的异议之诉,亟需澄清如下三个问题:异议之诉的诉讼结构、异议之诉的诉讼标的、异议之诉与普通民事诉讼的关系。其中,后两个问题又紧密相连。

#### 1. 异议之诉的诉讼结构

根据《执行解释》第17条的规定,第三人提起异议之诉时,应当以债权人为被告;债务人反对第三人所主张的实体权利的,以债权人和债务人为共同被告。在以债权人为被告这一点上,我国法律的规定与德国相同。我国理论界还鲜有人对此进行独立探讨,最高人民法院执行局在对《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》的解读中给出的解释是:由于第三人异议之诉的目的在于对抗或排除对异议标的的执行,而执行的目的在于实现申请执行人的债权,因此,该类诉讼应当以债权人为被告。

但就我国而言,虽然在民事审判程序中日益重视处分原则,但是在执行程序中还很难谈得上贯彻此原则,除了执行程序依债权人申请而启动外,执行行为的实施更多体现的是执行机构的意志,债权人扮演的只是执行结果的单纯受益者而已。在目前这种执行机构行政化管理非常突出的情况下,用处分原则来证明异议之诉的诉讼结构似乎很牵强,而沿着这个问题的方向再向前迈一步就会触及更加根本的问题:错误执行或者说违法执行时由谁对第三人承担赔偿责任?在当前这种执行体制下,让债权人代替执行机构承担可能有失公正,毕竟债权人只是申请进行强制执行,而没有要求执行机构去侵犯他人的合法权益,但完全由执行机构承担责任,又会打击执行机构的积极性,使得“执行难”变得更加突出。为了解决这一问题,在未来进行强制执行立法时,必须理顺债权人与执行机构之间的关系。

#### 2. 异议之诉与普通民事诉讼的关系

一旦确立实体性执行救济制度,直接的后果就是要协调它与普通民事诉讼之间的关系,而如何协调这一关系又直接取决于对执行救济程序的定位。

[59] 执行程序中的一些具体制度的构建存在问题,一个重要原因就在于我国执行员和审判人员的权限界定不清楚,例如《民事诉讼法》第201条规定执行由法院管辖,第205条规定执行工作由执行员进行。但是有关执行员与执行法院的关系和执行员的权限范围这些问题,《法院组织法》并没有做出任何具体的规定。肖建国(“执行标的实体权属的判断标准——以案外人异议的审查为中心的研究”,《政法论坛》2010年第3期,页98以下)。为了区别异议之诉中审判法官的审判行为,将执行法官对《民事诉讼法》第204条第1句规定的执行异议的审查标准确定为“物权公示主义”和“权利外观主义”。这两个标准的界定十分有价值,但其观点则值得商榷,因为上述两项标准恰恰是执行程序“形式性原则”的具体体现,属于执行机构实施执行行为时应遵循的标准。当执行机构违背这些标准时,既可视为其存在故意或者重大过失,可能被当事人追究职务侵权责任,同时也可被视为是违背了基本的法律规定(例如仅得针对债务人和债务人的财产进行执行),应当允许当事人求助程序性执行救济。但由于这也同时涉及实体权利争议,当事人同样也有权求助于实体性救济。对此可参见Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 2002, § 771, Rn. 3, 仅当在《德国民法典》第1006条规定的权利推定等情形下,当事人才无需承担主张责任。

[60] 卢正敏、齐树洁:“论错误拍卖第三人财产的法律效力”,《现代法学》2010年第1期,页155。

(1) 执行救济具有独立价值。我国法律设立第三人执行异议以及执行异议之诉,既是为了保护第三人的合法权益,更是为了保护债权人的利益,防止债务人与第三人恶意串通损害债权人的合法权益。就前一个问题,我国目前的执行救济已经发挥了相应的作用,尽管具体制度设计上可能还存在疏漏。就后一问题,我国的规定却存在问题。因为现行的立法规定以及司法实践中所遵循的僵化的“一致裁判”的原则,为第三人规避执行救济程序提供了可能。第三人可以在执行救济程序外独立进行确权之诉、仲裁甚至通过公证债权文书来规避执行救济程序,而一旦获得了有关其实体权利的生效裁判、仲裁裁决书或者调解书,根据《民事诉讼法》第204条第1句的规定申请执行异议的合理结果只能是:法院裁定异议的理由成立,中止对该标的物的执行。<sup>[61]</sup> 接下来,即使债权人基于《民事诉讼法》第204条第2句提起异议之诉,他也可能面临着双重障碍:第一,审理异议之诉的法官是否会作出与在先的已生效的法律文书尤其是裁判相矛盾的裁判?考虑到第204条第2句规定的“认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序处理”,这里的担心绝非毫无依据。<sup>[62]</sup> 第二,《民诉意见》第75条以及《民诉证据规定》第9条对已决事实的预决效力作出了十分宽泛的规定,<sup>[63]</sup> 异议之诉的胜诉空间几乎被挤压殆尽。这实际上是变相地用普通民事诉讼救济代替了执行救济,从而否定了实体性执行救济的独立价值。

对此,德国给出的答案是,执行救济是完全独立的程序,只能在执行救济程序中解决执行行为的合法性问题。良好的制度设计促使第三人为了最大限度地保护自己的利益,不可能绕过执行异议或者执行异议之诉而另行针对债务人提起独立的普通民事诉讼,以主张原本作为执行异议之诉的理由的民事实体权利。因为即使第三人——当债务人与第三人恶意串通时——在普通民事确权之诉中胜诉,这一裁判结果仍然无法阻止强制执行的进行,除非债权人同意停止或者终止。同时,受裁判既判力的主观范围的限制,该生效裁判也不可能对(可能的)在后的执行异议之诉发生任何直接的效力,因为两个诉讼的当事人不同。这也即是说,在后执行异议之诉的审理法官完全可能作出与前一裁判相矛盾的裁判。这样的结果是,第三人要么在执行程序终结前再行提起异议之诉,要么因执行程序已经终结而无法提起执行异议之诉,而只能按照民事实体法的规定再另行提起普通民事诉讼,例如不当得利之诉、侵权之诉等。后一种情况对第三人的不利是显而易见的。再加之,执行异议之诉的特殊地位也排除了

[61] 值得赞同的裁判参见杨海超、潘亮洁:“对非房屋登记所有权人执行异议的审查”,《人民司法》2011年第16期(海淀法院以调解书不足以证明第三人所有权为由,驳回了第三人异议,但同时也暗示倘若代替调解书的是法院的判决书或裁定书,裁判结果将可能不同)。

[62] 我国的民事审判实践对于裁判的正确性问题还停留在认识的第一个阶段,即认为可以根据最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》有关举证时限的规定而作出可能与实体公正相悖之裁判,而对于第二个阶段——即民事诉讼亦容许前后相矛盾之裁判——则多持否定态度,这主要是受客观真实观念的影响,再加之既判力理论未确立,导致审判监督程序的适用范围过于宽泛。立法者持有的逻辑恐怕是,既然存在前后矛盾的裁判,就必然存在错误裁判;存在错误的裁判,必然需要考虑改判的问题。《民事诉讼法》第204条第2句规定“依照审判监督程序办理”即体现了这种逻辑。

[63] 详细的论述参见江伟、常廷彬:“论已确定事实的预决力”,《中国法学》2008年第3期,页102以下;翁晓斌:“论已决事实的预决效力”,《中国法学》2006年第4期,页180以下。

第三人在执行程序期间针对债权人提起独立的物之交付、物之返还或停止强制执行之诉的可能性。显而易见,第三人异议之诉是德国立法者为第三人设立的专门的、最佳的救济手段,根据《德国民事诉讼法》第775条第1项的规定,只有执行异议之诉才能引发停止执行的效果。〔64〕

在此问题上,英国的设计也与德国的立法意旨相同:第三人无论何时向执行机构提出异议、或者对执行机构乃至债权人提起侵权诉讼或准备提起侵权之诉,执行机构都可以通过 *Interpleader* 程序向法院寻求救济,从而使得第三人不可能真正绕过 *Interpleader* 程序。只不过与德国不同,英国处理 *Interpleader* 申请的法官的权限更大一些:如果有不同的程序系属于不同的法院或者同一法院的不同法官,该法院在必要或者认为适当时可以在 *Interpleader* 程序中作出一项命令,此命令对所有诉因和事项都产生效力,并对所有与此有关的当事人都具有拘束力。〔65〕 审理 *Interpleader* 事项的法官甚至有权对该程序中出现的所有问题作出裁判。〔66〕

我国将来若不强化执行救济相对于民事诉讼救济的独立价值,就无法为上述困境找到合理的解决方案。而要做到这一点,就必须清醒地认识到,执行救济独立于普通民事诉讼救济而存在,它们之间应当相互分离。当然,机械地取消第三人在寻求执行救济前针对债务人另行起诉的可能性也同样不可取,〔67〕 这种因噎废食的解决方案同样忽视了两种救济的彼此独立性。程序设计本来就不那么简单的事情,因为程序法有自己的原则和底线。〔68〕 立法者并无权限将第三人提起普通民事诉讼与执行救济捆绑在一起,让第三人要么寻求执行救济并附带确定民事实体权利,要么禁止他启动任何普通民事程序。

(2) 执行救济可以吸收普通民事诉讼救济。上面的讨论也表明了执行救济程序对普通民事诉讼程序的排斥性,即第三人不可能以独立提起普通民事诉讼的方式代替执行救济,那么当第三人启动了执行救济程序后,是否可以再行独立提起普通的民事诉讼呢? 在英国的模式下,答案显然是否定的。*Interpleader* 程序就是要强迫争议当事人就其间的纷争进行诉讼,并由法官对此作出裁判。在德国,如前所述,在执行程序期间不允许第三人就执行标的物单独对债权人提起任何的普通民事诉讼。但在启动了执行救济程序时,他依然有权针对债务人提起确权之诉或者物之交付之诉,只不过《德国民事诉讼法》第771条第2款规定了强制诉讼合并,要求此时将普通民事诉讼与异议之诉合并审理。〔69〕 但是该款规定并不应被错误理解为共同诉讼:当第三人根据第771条第2款针对债权人和债务人共同提起诉讼时,这构成两个独立的诉

〔64〕 *MünchKommZPO/Schmidt*, 3. Aufl., 2007, § 771, Rn. 12; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., 2002, § 771, Rn. 78.

〔65〕 CPR Schedule 1, RSC Order 17 r. 9.

〔66〕 CPR Schedule 1, RSC Order 17 r. 11.

〔67〕 章武生、金殿军,见前注〔55〕,页80。

〔68〕 中肯的分析张卫平,见前注〔9〕,页14。

〔69〕 根据《德国民事诉讼法》第59条及以下几条有关共同诉讼的规定,这样的诉讼合并原本并不合法,参见 *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 2002, § 771, Rn. 64。当然,德国法律的立法用语本身具有误导性,这种合并应当被视为普通的共同诉讼,参见 *MünchKommZPO/Schmidt*, 3. Aufl., 2007, § 771, Rn. 67。

讼,即执行异议之诉加普通民事诉讼,而绝不是在执行异议之诉中以债权人和债务人为共同被告。只有此时才允许对第三人主张的民事实体权利作出判决,但对债权人单独提起执行异议之诉时,裁判的内容只能是执行行为合法或非法。这体现的依然是执行救济与普通民事诉讼救济相分离的观念。

我国的执行异议之诉并没有遵循普通民事诉讼救济与执行救济相分离的二元救济体系,根据最高法院《执行解释》第17条的规定,第三人异议之诉的诉讼请求包含两个层面,即“对执行标的物主张实体权利,以及请求对执行标的物停止执行。”〔70〕异议之诉吸收了普通民事诉讼的内容。立法者希望一石二鸟借助于异议之诉一次性解决两个层面的问题——民事实体权利纠纷与执行纠纷。此时的诉讼标的的内容等同于《德国民事诉讼法》第771条第2款规定的强制诉讼合并的情形。在我国,理论上人们也大多反对允许第三人另行单独针对债务人提起普通民事诉讼。〔71〕

但是这种解决方案至少存在下面的疑问:首先,如果承认第三人异议之诉中依然适用处分原则,那么就允许当事人自行确定诉讼请求的内容和范围。在当事人仅主张对执行标的的停止执行这一请求时,法院如何突破当事人的诉讼请求范围对实体权利义务作出裁判呢?人们也许会提出理由,在英国不是也允许法官在 Interpleader 程序中就当事人之间争议的实体问题作出裁判吗?需要指出的是,英美法系民事诉讼奉行“一次性解决纠纷”的原则,这样的理论要求当事人在一个诉讼中提出全部的诉讼请求,否则意味着永远丧失主张的机会。英美法系特有的令状制度也为强迫当事人就其纷争到法官面前进行诉讼提供了可能,以使执行员避免随时面临可能来自于第三人的侵权诉讼。显然,这些理论和制度都是我国民事诉讼程序所不具备的。其次,《执行解释》第17条前半句规定的解决方案并没有否定而且也无法否定第三人针对债务人独立诉讼的可能性,因为第三人以阻却让与权利为基础向债权人提出的执行异议与向债务人就执行标的提起的普通民事诉讼根本就是相互独立的,这就像甲认为乙和丙各自分别侵犯了自己的权利,从而分别起诉丙和乙一样。因此,《执行解释》第17条前半句扩大异议之诉的请求范围的规定实际上是多余的,因为可能发生矛盾裁判的情形必然产生于第三人针对债权人的诉讼与第三人针对债务人的诉讼之间,单独扩大执行异议之诉的诉讼标的是没有现实意义的。有意义的仅是《执行解释》第17条后半句的规定,对此可以借鉴《德国民事诉讼法》第771条第2款强制诉讼合并的做法,这样就可以在一定程度上避免矛盾的裁判。

〔70〕 在《落实民事诉讼法新规定 强化规范执行工作——最高人民法院执行局负责人解读“关于民事诉讼法执行程序若干问题的解释”》中,执行局负责人同样认为异议之诉的诉讼请求包含两方面的内容。

〔71〕 章武生、金殿军,见前注〔55〕,页80;最高人民法院民事诉讼法修改研究小组:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改的理解与适用》,人民法院出版社2007年版,页149;《人民法院报》2009年10月16日第6版(“异议审查期间案外人能否另行提起确权之诉”)中所公布的案例中,作者从案外人异议制度的实质、异议人的法律地位、债权人保护以及民事执行的法律定位等角度否定了在异议审查期间案外人另行提起确权之诉的可能性。该作者的基本前提是:执行异议之诉必然对第三人的实体权利作出裁判,因此另行提起的确权之诉被“一事不再理”原则所排斥。

#### (四) 异议之诉与审判监督程序

我国执行救济制度的另一个特殊之处体现在异议之诉与审判监督程序并存,《民事诉讼法》第204条第二句规定,案外人、当事人对法院作出的有关实体性执行异议的“裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向法院提起诉讼。”从表面上看,这一规定将执行救济与审判监督程序并行,但是深入分析后即会发现,所谓的“依照审判监督程序办理”实质上是对执行救济的否定。

首先,对当事人而言,审判监督程序与普通诉讼程序有别,它是一种裁量性救济程序,而非权利性救济程序,<sup>[72]</sup>其启动受诸多因素限制,而当事人乃至案外第三人寻求执行救济时需要的是常态的救济,审判监督程序显然无法满足这一条件。

其次,我国的审判监督程序依然属于民事审判程序范畴,通过它要解决的是民事实体权利纠纷或者审理程序的瑕疵,而与执行程序无关,因此无法将其冠以“执行救济”的名称。<sup>[73]</sup>即使借鉴日本、意大利的第三人再审之诉或者法国、我国台湾地区的第三人撤销诉讼对再审程序进行补充或者完善,<sup>[74]</sup>从而为第三人提供更加合理的攻击他人之间生效裁判的可能性,但这也并没有超出民事审判程序的范畴,尽管可以间接发生执行法上的效力。在日本、法国以及我国的台湾地区,也都没有因为第三人再审之诉或者第三人撤销之诉的存在而否认执行异议之诉的独立存在性。

第三,对于裁判当事人而言,认为原判决、裁定错误的,当然可以寻求审判监督程序的救济,无需在执行程序中特别规定,但是对于第三人而言,如何界定“原判决、裁定错误”呢?《民事诉讼法》第204条第二句规定的基本前提是,第三人对执行标的主张所有权或者有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利。<sup>[75]</sup>在民事审判程序中,此类第三人应当属于有独立请求权第三人或者必要共同诉讼人,而非无独立请求权第三人。<sup>[76]</sup>因此,“原判决、裁定错误”应当被理解为原判决、裁定的内容与第三人对执行标的主张的权利相冲突。根据最高人民法院《审判监督程序解释》<sup>[77]</sup>第5条及第42条的规定,仅必要共同诉讼人可以直接采用审判监督程序解决,其他情况下最终解决纠纷仍然需当事人另行起诉主张权利的。有独立请求权第三人应当有权通过独立的民事诉讼主张自己的实体权利,同样针对执行程序,他亦应当有

[72] 这里借用的是上诉程序的概念,有关权力性上诉和裁量性上诉的概念参见傅郁林:“审判制度的构建原理”,《中国社会科学》,2004年第4期,页84-99。

[73] 持相同观点的参见张卫平,见前注[9],页5,脚注6。

[74] 有关的论述参见董少谋:“执行程序中案外人之救济途径”,《中国法学》2009年第5期,页110-117。

[75] 《执行解释》第15条。

[76] 我国台湾地区《民事诉讼法》第507条所规定的第三人撤销诉讼适用范围为“有法律利害关系之第三人”,相当于无独立请求权第三人,因此与本文探讨的执行异议之诉无关。至于法国《新民事诉讼法典》第582条及其之后的条款规定的第三人取消判决的异议,应当主要是针对必要共同诉讼人、无独立请求权第三人以及代理人侵害被代理人权利的情况,参见让·文森/塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2001年版,页1283、1284。

[77] 法释[2008]14号。

权通过执行异议之诉对抗执行机构的执行行为。综上,第204条第二句规定实际上是一个错误的规定。

### 三、我国执行救济制度的未来

综合看来,我国现有的执行救济体系所面临的最主要问题是缺乏系统的理论支持。除了执行异议外,立法者在构建所谓的执行异议之诉时未能摆脱民事审判程序中的理念,误认为执行救济亦是在解决当事人之间的民事实体权利纠纷,不论是执行异议之诉的构建还是按照审判监督程序处理的规定,这些都体现了立法者的这一错误观念。其结果是,如何构建执行救济制度的问题最终被转化成如何完善对民事诉讼中的第三人保护制度的问题。最高人民法院《审判监督程序解释》第5条以及第42条旨在解决《民事诉讼法》第204条的司法困惑,但其所涉及的也主要是如何完善民事审判程序,与针对执行程序的执行救济无关。归根结底,问题仍然在于:迄今为止,我国的民事诉讼法并未真正合理解决民事诉讼的第三人问题,这导致立法者在执行救济制度也无可避免地滑向了拯救与补足第三人诉讼制度的深渊。

执行救济是一种独立的救济制度,它不仅充分展现了民事程序主体之间关系的复杂性,也体现了民事执行程序与民事审判程序的相互分离性,任何希望直接借助于民事审判程序来解决执行纠纷的努力,最后都可能要付出破坏民事审判程序原有框架与原理的代价。任何试图将执行救济制度当作拯救审判程序中有欠完善的第三人制度的努力,亦同样会产生捉襟见肘、拙于应付的局面。执行救济就是针对执行纠纷而提供的救济手段,它不可能承担普通民事诉讼的功能,但是这也并不意味着在执行救济程序中不能同时解决民事实体权利纠纷,那是操作层面的问题,与制度的本质无关。

我国的立法者最初希望借鉴德国的执行救济制度体系框架,并且在一定程度上加以简化,但始料不及却创设出了比德国还要复杂而且一定程度上非常混乱的执行救济制度。这也让我国的执行救济制度打上了“中国的烙印”,并且给司法实践带来了新的难题。可以预见,要克服所有这些难题,还有很长的路要走。

(责任编辑:傅郁林)