

二审和解不履行的实体后果 与程序应对

金 印*

摘 要 根据最高人民法院指导案例2号,一方不履行和解协议,另一方有权要求法院执行一审判决。只有在约束双方的实体法律关系正是一审判决项下的实体法律关系的条件下,该规则才具有实体基础。一方不履行和解协议时,若存在不同的实体基础,则需要与最高人民法院指导案例2号不同的规则调整二审和解不履行。最高人民法院指导案例2号以及与之不同的规则的实体基础即二审和解不履行的实体后果,后者在体系上属于违约责任问题,当事人的意思自治具有优先地位。若不存在当事人的特别约定,则需要适用任意性规定确定违约责任的具体内容,亦即一方不履行和解协议,约束双方的既不是原始争议实体法律关系,亦不是一审判决项下的实体法律关系,而仍是和解协议项下的实体法律关系。由于二审和解不履行的实体后果存在多样性,一方不履行和解协议时,除去最高人民法院指导案例2号确立的执行一审判决的规则,还需要不予执行一审判决、另行诉讼等规则共同调整二审和解不履行。

关键词 和解 撤回上诉 意思自治 不当执行 债务人异议之诉

一、最高人民法院指导案例2号的实体基础不存在时的问题

民事案件二审期间,双方当事人在诉讼外达成和解协议并撤回上诉是纠纷终结的常见方式。当事人不仅因和解减轻了诉累、节约了诉讼费用,还避免了不确定的二审结果,法院也免去了实体审理,二审和解是理想的纠纷解决手段。只是在一方不履行和解协议时,被终结的纠纷又会复发,其最常见的表现形式是另一方申请执行一审判决。与《民事诉讼法》第241条第2款明确规定了不履行执行和解协议与恢复执行原生效法律文书的关系不同,该法未明确规

* 中国人民大学法学院副教授。本文系国家社科基金青年项目“民事实体法与程序法相互作用研究”(项目编号:19CFX058)的阶段性研究成果。

定不履行二审和解协议与执行一审判决的关系。对于二审和解不履行的程序应对(程序保障)问题,最高人民法院指导案例 2 号“吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案”(以下简称“指导案例 2 号”)参照《民事诉讼法》第 241 条第 2 款创立了一项清晰明确的裁判规则:“一方当事人不履行和解协议,另一方当事人申请执行一审判决的,人民法院应予支持。”正如下文所言,此处的“应予支持”是指另一方不仅有权在行为层面申请执行、要求法院启动执行程序、采取执行措施,而且有权在结果层面要求法院强制实现一审判决项下的实体权利。

指导案例 2 号一经公布,就吸引了理论界和司法实务部门的普遍关注。理论界的工作重心在于为指导案例 2 号提供程序和实体双重维度的正当性。从程序维度看,诉讼外达成的和解协议虽能影响一审判决的强制执行,^[1]但一旦发生一方不履行和解协议的情形,一审判决的强制执行力就会“自动恢复”,^[2]另一方有权申请强制执行,法院亦有权采取执行措施。对于诉讼外达成的和解协议能否直接影响一审判决的强制执行力问题,理论界虽存在争议,^[3]但在一方不履行和解协议时,共识是另一方享有执行一审判决的程序权利。具体而言,另一方的执行申请、法院的执行立案、执行程序的启动以及被采取的执行措施均符合民事强制执行法,是程序合法的强制执行(合法执行)。

从实体维度看,当事人在诉讼外达成的和解协议虽能变动一审判决项下的实体法律关系,尤其是和解协议的完全履行将消灭一审判决主文确定的实体权利,但一旦发生一方不履行和解协议的情形,双方之间的实体法律关系就会回复到一审判决项下。至于实体法律关系为何会回复则存在多种意见,有人主张附生效或解除条件的条件成就,^[4]也有人主张法定或约定解除权的有效行使。^[5]由于当事人之间的实体法律关系因不履行和解协议回到了一审判决项下,对一审判决的强制执行还符合实体法,具有实体权利基础,是实体正当的强制执行(正当执行)。实体正当的强制执行符合民事执行法的根本目的,即以国家强制力实现当事人的实体权利。一方不履行和解协议时,另一方申请的强制执行既然不仅程序合法、还实体正当,此种执行就不存在任何层面的瑕疵,不存在任何事中救济或事后矫正的必要性,指导案例 2 号确立的裁判规则就不是权宜之计,而是处理二审和解不履行的终局性解决方案。

[1] 例如“暂时性地替代或‘冻结’判决的执行力”或“中止申请强制执行权利”。参见王亚新:“一审判决效力与二审中的诉讼外和解协议——最高人民法院公布的 2 号指导案例评析”,《法学研究》2012 年第 4 期,第 76 页;隋彭生:“诉讼外和解协议的生效与解除——对最高人民法院《指导案例 2 号》的实体法解释”,《中国政法大学学报》2012 年第 4 期,第 76 页。

[2] 参见王亚新,同上注。

[3] 例如对和解协议能“暂时性地替代或‘冻结’判决的执行力”这一观点的质疑。参见严仁群:“二审和解后的法理逻辑:评第一批指导案例之‘吴梅案’”,《中国法学》2012 年第 4 期,第 169 页;吴泽勇:“‘吴梅案’与判决后和解的处理机制——兼与王亚新教授商榷”,《法学研究》2013 年第 1 期,第 160—161 页。

[4] 参见隋彭生,见前注[1],第 75 页。

[5] 参见贺剑:“诉讼外和解的实体法基础——评最高人民法院指导案例 2 号”,《法学》2013 年第 3 期,第 149 页;郑金玉:“和解协议与生效判决关系之债法原理分析——兼论‘吴梅案’的规则解释”,《比较法研究》2015 年第 4 期,第 108 页。

与完全性法条类似,指导案例2号第2句裁判要点是一项完全性裁判规则,具备清晰的构成要件和明确的法律效果,即一方不履行和解协议,另一方有权要求法院执行一审判决。正如最高人民法院的要求,司法实务部门总体上做到了“严格参照”指导案例2号处理二审和解不履行的案件,这主要体现在两个方面。一方面是认定构成要件时的唯一性,即在判断指导案例2号确立的裁判规则是否适用时,法院只审查是否发生了一方不履行和解协议的事实。法院一旦认定存在一方不履行和解协议的情形,即不再审查其他事实,^{〔6〕}而会径直作出执行一审判决的裁判结论。相反,尽管当事人明确约定未按期足额履行和解协议则执行一审判决,在一方迟延履行但确已履完毕时,法院亦会以和解协议约定的义务已经履行完毕为由终结一审判决的执行。^{〔7〕}另一方面是适用法律效果上的绝对性,即法院会将执行一审判决的法律效果适用于所有二审和解不履行的情形。换言之,无论在构成要件层面,还是在法律效果层面,指导案例2号确立的裁判规则都不存在任何形式的“但书”,该规则因此还是处理二审和解不履行的排他性解决方案。这也意味着当事人不存在意思自治空间,不存在任何约定排除适用的可能,指导案例2号确立的裁判规则成为处理二审和解不履行的强制性解决方案。

只是问题在于,理论界为指导案例2号提供的实体正当性根据亦应是其依赖的实体基础。若此种实体基础不存在,指导案例2号设立的裁判规则就可能无法调整二审和解不履行的情形。具体而言,一方不履行和解协议时,只有在约束当事人双方的实体法律关系不再是和解协议项下的实体法律关系,而是回复到一审判决项下的实体法律关系的条件下,指导案例2号确立的裁判规则才是正确的,才符合民事诉讼法与实体法的原理、制度和规则体系。相反,若尽管发生了一方不履行和解协议的情形,但约束当事人双方的仍不是一审判决项下的实体法律关系,就不能再依据指导案例2号确立的裁判规则调整二审和解不履行的情形,或至少不能将该裁判规则当作终局性解决方案,而应辅之以事中救济性或事后矫正性裁判规则,以避免缺乏实体权利基础的强制执行。例如,一审判决被告支付原告100万元,被告不服上诉,原告与被告在二审期间达成和解协议,约定被告分三期支付原告60万元,否则赔偿原告20万元违约金。既然双方明确约定了二审和解不履行的实体法律后果,在被告不履行和解协议时,约束双方的实体法律关系应仍是和解协议项下的80万元而非一审判决项下的100万元。又如,一审判决被告支付原告100万元,被告不服上诉,原告与被告在二审期间达成和解协议,约定被告分三期支付原告90万元,否则赔偿原告20万元违约金。同样由于存在双方的明确约定,在被告不履行和解协议时,约束双方的实体法律关系亦是和解协议项下的110万元而非一审判决项下的100万元。在一方不履行和解协议时,约束双方的实体法律关系无论是少于还是多于

〔6〕 例如双方是否特别约定了二审和解不履行的实体后果。参见湖南省长沙市中级人民法院(2022)湘01执复280号执行裁定书;山东省潍坊市中级人民法院(2022)鲁07执复203号执行裁定书;江苏省东海县人民法院(2022)苏0722执异106号执行裁定书。

〔7〕 参见浙江省义乌市人民法院(2023)浙0782执异63号执行裁定书;浙江省义乌市人民法院(2022)浙0782执异74号执行裁定书;四川省崇州市人民法院(2020)川0184执异14号执行裁定书。

一审判决项下的实体法律关系,单纯执行一审判决均无法满足实体法的最终要求,因此均需要其他裁判规则共同调整二审和解不履行的情形。由于实体基础不同,这些程序规则的内容肯定不同于指导案例 2 号确立的裁判规则甚至相反。

对于二审和解不履行的程序应对问题,可能存在与指导案例 2 号不同甚至相反的裁判规则,这一论断还会改变我们对指导案例 2 号确立的裁判规则自身性质的认识,即该规则的适用不再是强制性或排他性的,而存在对其构成要件或法律效果加以限制或补充的必要。如下文所言,由于不履行和解协议在体系上属于特定类型合同(和解合同)的违约责任问题,不履行和解协议的实体后果首先取决于当事人的意思自治,指导案例 2 号所依赖的实体基础能否发生亦取决于当事人的意思自治,故指导案例 2 号确立的裁判规则能否适用最终也取决于当事人的意思自治。换言之,当事人意思自治的优先地位将一举改变指导案例 2 号确立的裁判规则的性质,将其从强制性规定转变为任意性规定(默示条款),即降格为不与当事人的意思自治相违背时才得以适用的规则。尤其在揭示了二审和解不履行原则上并不产生指导案例 2 号所依赖的实体基础之后,指导案例 2 号作为任意性规定的地位也将不保,与指导案例 2 号内容相反的裁判规则可能更适合充当二审和解不履行的程序应对方法:“一方当事人不履行和解协议,另一方当事人申请执行一审判决的,人民法院不予支持。”只是双方虽不能回到一审判决项下的实体法律关系,但存在另一方要求法院执行一审判决的现实危险,法律的主要任务变为如何具体贯彻“人民法院不予支持”,从程序上切实保障一方的实体法律地位。

二、二审和解协议不履行的实体法律后果

(一)问题的体系意义与体系定位

1. 体系意义:实体后果的多样性要求程序应对的多样性

二审和解协议不履行的实体法律后果是指和解协议不履行时约束双方的具体的实体法律关系。实体后果对程序应对具有双重意义。一是实体后果的具体内容决定程序应对的具体内容。实体后果作为程序应对的实体基础,是程序应对的目标。在一方不履行和解协议时,指导案例 2 号之所以得出另一方有权要求法院执行一审判决的结论,正是因为法院认为此时约束双方的实体法律关系等于一审判决项下的实体法律关系,一审判决主文确定的权利义务是二审和解不履行时双方权利义务的最终形态。

一方不履行和解协议时,若约束双方的不是等于而是多于一审判决项下的实体法律关系,程序应对的具体内容就不应只是另一方有权要求法院执行一审判决。例如,在最高人民法院指导案例 166 号“北京隆昌伟业贸易有限公司诉北京城建重工有限公司合同纠纷案”(以下简称“指导案例 166 号”)中,双方约定一方不履行和解协议时另一方不仅有权要求对方履行一审判决项下的义务,还同时有权要求对方支付依据和解协议新产生的 80 万元违约金。由于最终约束双方的多于一审判决项下的实体法律关系,相应的程序应对不仅是执行一审判决,还包括另行诉讼主张一审判决主文无法包含的实体权利。

可以想象,在一方不履行和解协议时,若发生了与指导案例 166 号方向相反的实体基础,程序应对的具体内容就不应再是执行一审判决,而应根据实体基础作出相应的限制。具体而言,程序应对的具体内容可能是另一方虽有权执行一审判决,但执行数额应作出有利于不履行和解协议一方的调整。例如,一审判决乙方支付甲方 22 万元,甲乙双方达成和解协议,乙方分两期支付甲方 6 万元,“如乙方未按上述付款期限足额支付相应的赔偿款,乙方向甲方支付人民币 5000 元违约金”,之后乙方在支付了 2 万元后未按和解协议支付余款 4 万元,甲方申请执行一审判决。^{〔8〕} 由于不履行和解协议的违约责任是 5000 元违约金,加上未履行的 4 万元,总数为 4.5 万元的实体后果仍少于一审判决项下的 22 万元,程序应对方案应是甲方虽有权申请强制执行,但乙方有权要求法院将执行数额降至 4.5 万元。更进一步,若“和解协议的达成实质变动了一审判决所确定的实体内容”,无论一方是否履行和解协议,双方的实体法律关系都无法回复至一审判决项下,此时的程序应对就可能是另一方无权要求法院执行一审判决,而是“可以以和解协议为依据,提起新的诉讼”。^{〔9〕}

二是实体后果是程序应对多样性的内在统一依据。既然实体后果的具体内容决定程序应对的具体内容,若实体后果是多样的,相应的程序应对也必将是多样的。由于内容不同的程序应对均是为了保障内容不同的实体后果,不同内容的程序应对因此可以共存,只是在发生特定内容的实体后果时应适用特定内容的程序应对。这不仅可以改变我们对特定程序应对自身性质的看法,还可以加深我们对不同程序应对相互关系的理解。

首先,对于某一特定内容的程序应对,其适用不具有排他性,而应与其他内容不同甚至相反的程序应对一道,共同调整二审和解不履行时的情形。例如,相对于指导案例 2 号确立的执行一审判决的程序规则,只要存在二审和解不履行时约束双方的不是一审判决项下的实体法律关系的情形,就应存在与指导案例 2 号不同的程序规则,指导案例 2 号不能参照适用于所有二审和解不履行时的情形。如文首所言,司法实践存在一旦认定和解协议不履行即执行一审判决而不探究二审和解不履行具体实体后果的倾向性,此种做法未能看到程序应对会因不同的实体后果而呈现多样性,误将指导案例 2 号确立的程序应对当作排他性规范。

其次,不同内容的程序应对之间虽不存在顺位关系,但在实践中未必每种特定内容的程序应对都享有同等的适用机会,它们之间可能存在原则和例外的关系。一方不履行和解协议时,若约束双方的原则上是一审判决项下的实体法律关系,执行一审判决就可能是居于主导地位的程序应对规则。相反,一方不履行和解协议时,若约束双方的原则上不是一审判决项下的实体法律关系,与执行一审判决不同甚至相反的程序应对规则就可能居于主导地位。

2. 体系定位:不履行特定类型合同的违约责任

如前所述,二审和解不履行的实体后果不仅决定程序应对的具体内容,还将决定某一具体内容的程序应对能否升级为任意性规定(占主导地位的规则)。基于实体后果的体系意义,在

〔8〕 参见湖南省长沙市中级人民法院(2022)湘 01 执复 280 号执行裁定书。

〔9〕 最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判实务问答》,法律出版社 2021 年版,第 412 页。

一方不履行和解协议时,如何确定实体后果的具体内容将是问题的重中之重。当事人在二审过程中达成的诉讼外和解协议,其主要内容是对原始争议实体法律关系以及一审判决认定的实体法律关系作出不同约定,此种协议因此是实体法上的合同。如学者所言,此种特定类型的合同在民法上被称为和解合同。^[10] 由于和解协议在诉讼外达成,不同于在二审调解协议基础上制作的民事调解书,二审和解并不直接终结二审程序,因为后者是基于一方或双方撤回上诉的申请而终结。此外,二审和解亦不影响一审判决的法律效力,后者不是基于二审和解而是因二审法院作出准许撤回上诉的裁定而发生法律效力。总而言之,由于不直接产生程序法律效力而只改变约束当事人的实体法律关系的具体内容,二审过程中达成的诉讼外和解协议是纯粹的民事合同。除去变更原始争议实体法律关系以及一审判决认定的实体法律关系,当事人在和解协议中有时还约定请求法院根据和解协议制作民事调解书^[11]或约定一方或双方在和解协议生效后撤回上诉,^[12]此种可能存在的约定独立于以变更实体法律关系为对象的约定,在体系上属于程序上的诉讼契约,其法律效力及其实现需要独立判断,但不影响以变更实体法律关系为对象的和解合同的性质。由于二审中达成的诉讼外和解协议是民法上的和解合同,不履行和解协议是违约行为,二审和解不履行的实体后果在体系上应定位为不履行特定类型合同的违约责任。明晰其体系定位具有正反两方面的意义。

从正面看,若确定了其体系地位,就可以利用既有的体系和分析框架,降低问题难度,促进稳定答案的形成。在明确了二审和解不履行的实体后果属于特定类型合同的违约责任问题之后,就可以利用合同法有关违约责任的规则甚至整个合同法确定其具体内容。一旦确定了二审和解不履行在体系上属于违约责任之后,就可以找到确定实体后果具体内容的二阶方法:首先,当事人的意思自治具有优先地位,应探查是否存在当事人的特别约定;其次,若不存在当事人的特别约定,则应利用有关和解合同违约责任的任意性规定确定不履行的实体后果。

从反面看,可以消除某些因素对确定实体后果具体内容的不良影响,尤其是特定的程序环境的误导作用。虽然《民法典》未将和解合同规定为典型合同,但理论界和司法实务部门均认可和解合同这一特定类型合同的存在,即双方为终止或防止对实体法律关系的争议而相互让步达成的合意对双方具有法律约束力。^[13] 除非通过行使撤销权等方法剥夺和解合同的法律效力,当事人原则上只能在和解合同项下确定违约后的实体法律关系,而不能回到和解合同成立之前的实体法律关系,这既包括一审判决项下的实体法律关系,亦包括原始争议实体法律关系。相比于诉前和解或一审审理过程中的和解,二审过程中达成的和解协议有其特别的程序环境,即一审判决已经作出但因一方或双方行使上诉权而尚未发生法律效力。无论如何,这一

[10] 参见王利明:“论和解协议”,《政治与法律》2014年第1期,第52页。

[11] 参见河南省高级人民法院(2019)豫民终1551号民事调解书。

[12] 参见重庆市第四中级人民法院(2015)渝四中法执异字第13号执行裁定书。

[13] 参见最高人民法院(2008)民申字第1185号民事裁定书;北京市第三中级人民法院(2016)京03民再21号民事裁定书;甘肃省酒泉市中级人民法院(2019)甘09民申51号民事裁定书;参见贺剑,见前注[5],第143页。

特殊的程序环境并不改变二审和解不履行的实体后果仍是有关违约责任的实体法律问题,亦不改变回答这一问题时的二阶任务:对于二审和解不履行的实体后果,当事人是否存在特别约定?若不存在当事人约定,确定其具体内容的任意性规定是什么?

(二)当事人意思自治的优先地位

《民法典》虽然专章规定了违约责任,但某一特定合同违约的具体实体后果仍属当事人意思自治的范畴,这同样适用于二审和解不履行的实体后果问题。可能因为乐观或信任,当事人多在合同中详细约定第一性合同义务,对于第一性合同义务不履行时的第二性合同义务(违约责任),往往缺乏明确约定或约定相对简略。二审和解不履行的实体后果作为第二性合同义务的具体内容问题,往往需要仔细解释整个合同文本及其订立背景才能确定当事人的真意。在解释方法上,《民法典》第142条第1款以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第1条可直接适用,即应按照订立和解合同双方所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,参考缔约背景、磋商过程、履行行为等因素确定违约责任的具体内容。在观察当前的司法实践时,虽然有时难以确定是否存在当事人的特别约定,尤其是难以确定特别约定的具体内容,但仍然能找到当事人对二审和解不履行的实体后果已作特别安排的案例。

1. 明确约定多于一审判决的实体后果

当事人可能在两种交易背景下明确约定多于一审判决的实体后果。一是在原告不服一审判决提起上诉时被告作出实体让步换取原告撤回上诉。例如,原告诉请被告支付加工费及其违约金共计20万元,一审判决被告支付原告加工费约3000元,原告不服提起上诉,原告与被告在二审中达成和解,约定被告支付原告加工费及其违约金35000元,若未按期足额支付,则另支付违约金5000元以及因诉讼产生的相关费用。^{〔14〕}又如,原告诉请被告归还借款53万元,一审判决被告支付原告3万元,原告不服提起上诉,原告与被告达成和解约定被告支付原告33万元,并约定“各方按和解协议履行,原判决不再执行”。^{〔15〕}二是作为原告对被告作出让步的对价,例如给予被告履行宽限期、申请解除对被告的财产保全措施,被告承诺迟延履行时额外支付原告违约金。指导案例166号即为适例。在该案中,当事人双方在二审和解中约定,若被告未按照协议约定的时间支付全部款项,被告应向原告支付80万元违约金。由于二审和解最典型的案型是原告通过实体让步换取被告撤回上诉,一方不履行和解协议时,双方明确约定多于一审判决的实体后果的案件在司法实践中并不多见。

2. 明确约定少于一审判决的实体后果

在一方不履行和解协议时,双方亦可能明确约定少于一审判决的实体后果,此种和解多发生在被告对一审判决结果强烈不满而提起上诉时,为了尽快终结争议、避免不确定的二审结果,原告愿意接受少于一审判决的实体后果。当事人一般通过直接约定违约责任的具体内容

〔14〕 参见重庆市江津区人民法院(2022)渝0116民初13391号民事判决书。

〔15〕 参见天津市第二中级人民法院(2015)二中民一终字第1244号民事判决书。

达到这一目的。例如,一审判决乙方支付甲方 21 万多元,乙方不服提起上诉,甲方与乙方约定乙方分两期支付甲方 6 万元,且约定“如乙方未按上述付款期限足额支付相应的赔偿款,乙方向甲方支付人民币 5000 元违约金”。〔16〕当事人还可以通过约定违约利息的方式实现少于一审判决的实体后果。例如,一审判决被告支付约 206 万元及利息,被告不服提起上诉,原告与被告约定被告分期支付原告 186 万元,且约定“若不按照协议时间还款,按照月息 2% 支付违约金”。〔17〕

当事人还可能通过内容为不得回复到一审判决的特别约定达到少于一审判决的实体后果。例如,原告与被告在二审和解中约定“各方在任何情况下,均不得恢复(2018)沪民初 78 号民事判决的执行”。〔18〕此处的“任何情况”应包括一方不履行和解协议的情形。又如,当事人在约定不履行和解协议应支付迟延履行利息的同时约定“本协议签订后,双方自动撤销一审判决,不再有任何诉讼”。〔19〕再如,原告与被告明知撤回上诉会导致一审判决生效,但仍在和解协议中约定“乙方(原告)自愿放弃对(2012)包民五初字第 42 号民事判决的执行,该判决书对双方不具有任何法律效力”。〔20〕考虑到二审和解建立在一方或双方不服一审判决而提起上诉的基础之上,若当事人在和解协议中使用“不得恢复一审判决的执行”“撤销一审判决”“放弃对一审判决的执行”“不得申请执行一审判决”〔21〕等语词,则应认定当事人已将和解协议作为纠纷解决的终局性安排,即使发生了一方不履行和解协议的情形,当事人之间的实体法律关系亦不能回复到一审判决项下。

此外,当事人还可能通过约定不履行和解协议的争议解决方式达到少于一审判决的实体后果。例如,一审判决被告继续履行合同并承担违约责任,被告不服提起上诉,双方在二审和解中约定“不再执行诉前签订的《协议书》中的违约条款,……,即各方放弃执行(2018)琼民初 32 号民事判决第六、七项判项”,并约定“《和解协议书》和《补充协议》中约定的各项义务在履行中所发生的争议,可向项目所在地有管辖权的法院诉讼解决”。〔22〕又如,一审判决被告支付原告货款 1.3 亿多元,被告不服提起上诉,原告与被告在二审和解中约定了少于一审判决的货款数额,并约定“因本协议的签订和履行而产生的一切争议,……,提交华南国际经济贸易仲裁委员会仲裁解决”。〔23〕再如,当事人在二审和解中约定被告应按期足额支付款项,否则“应支付 2 万元违约金并按年利率 15.4% 支付利息”,且约定原告可对被告提起诉讼,并由被告承

〔16〕 参见湖南省长沙市中级人民法院(2022)湘 01 执复 280 号执行裁定书。

〔17〕 参见山东省潍坊市中级人民法院(2022)鲁 07 执复 203 号执行裁定书。

〔18〕 参见上海市第一中级人民法院(2021)沪 01 执异 298 号执行裁定书。

〔19〕 参见山东省潍坊市中级人民法院(2022)鲁 07 执复 203 号执行裁定书。

〔20〕 参见内蒙古自治区高级人民法院(2015)内执复字第 10 号执行裁定书。

〔21〕 参见安徽省池州市中级人民法院(2019)皖 17 执复 16 号执行裁定书。

〔22〕 参见最高人民法院(2020)最高法执复 40 号执行裁定书。

〔23〕 参见最高人民法院(2019)最高法执复 47 号执行裁定书。

担诉讼费、律师费等费用。^{〔24〕}若当事人在和解协议中约定了纠纷解决方式,亦应认定当事人已将和解协议作为纠纷解决的终局性安排。一方不履行和解协议时,另一方不得主张实体后果已经回复至一审判决项下,双方只能根据和解协议的约定及其具体履行情况确定不履行的实体后果。如此处三则案例所示,原告会在和解协议中放弃部分实体权利换取被告撤回上诉,通过约定的纠纷解决方式确定的实体后果一般少于一审判决。

3. 明确约定等于一审判决的实体后果

当事人双方也可能明确约定等于一审判决的实体后果。此种和解一般发生在被告不服一审判决提起上诉,原告相比一审判决放弃部分实体权利的情形。通过放弃部分实体权利,原告可换取被告撤回上诉。通过约定一方不履行和解协议时另一方可主张一审判决项下的实体权利,原告可激励被告主动履行和解协议。例如,一审判决被告支付原告158.7万元,被告不服提起上诉,原告与被告约定被告分三期支付原告100万元了结纠纷,并同时约定“若蒋某某(被告)未按本协议第一条约定按期足额履行付款义务,则由胡某某(原告)按一审判决向法院申请强制执行”。^{〔25〕}又如,一审判决被告支付原告318105.60元,被告不服提起上诉,双方约定被告于协议生效后15日内支付原告288105.60元,并约定如被告未在约定的期限内足额付款,则“本案按一审判决确定的权利义务履行”。^{〔26〕}再如,一审判决被告支付原告约85万元,原告与被告在二审和解中约定被告支付原告50万元后原告“对其余的权利予以放弃”,但同时约定如被告不能按期足额履行给付义务,原告“有权按(2016)苏0902民初4936号判决内容申请执行”。^{〔27〕}

4. 即使缺乏明确约定但实体后果客观上无法回复至一审判决的情形

司法实践中还存在一种即使当事人未作明确约定但实体后果客观上无法回复至一审判决项下的特殊情形。此种情形之所以存在,原因在于和解合同中当事人约定的内容本身特殊,或在于交易背景(缔约环境)特殊,故此种情形可看作当事人意思自治的延伸。这主要体现为当事人对多个实体法律关系的和解、在和解中增加或减少承担责任的主体、和解实质性地改变了原始争议实体法律关系的性质或内容以及夫妻通过和解重新分割共同财产等四种类型。

一是对多个实体法律关系的和解。二审和解的对象不限于原告在一审中的诉讼请求。当事人可能对原告的诉讼请求以及被告对原告的相关权利进行和解。例如,一审判决乙方(被告)向甲方(原告)支付租赁费379万元,乙方不服提起上诉,甲乙双方在二审中达成和解协议,约定“因甲方原因,给乙方2005年至2010年经营期间造成部分损失,甲方特每年减免乙方两个月租赁费20万元、扣除乙方办证费用41.09万元、奥运会期间停工6个月的损失60万元,以上各项免除后尚欠1779100元。经双方协商,乙方一次性交纳1423238元,于本协议签订时

〔24〕 参见江苏省东海县人民法院(2022)苏0722执异106号执行裁定书。

〔25〕 参见浙江省义乌市人民法院(2023)浙0782执异63号执行裁定书。

〔26〕 参见湖南省双峰县人民法院(2023)湘1321执异10号执行裁定书。

〔27〕 参见江苏省盐城市中级人民法院(2018)苏09执复152号执行裁定书。

付清,余款甲方自愿放弃”。〔28〕即使发生被告不履行和解协议的情形,此案的实体后果亦不能回复至一审判决项下的 379 万元,而只能在和解协议项下将实体后果认定为 1779100 元,甚至认定为 1423238 元,否则就会损害被告对原告在实体法上享有的权利。

当事人还可能对多个诉讼请求(案件)统一和解。例如,在一起房地产开发合同纠纷中,双方相互提起多个诉讼且各有胜败。双方在二审和解中约定“一次性支付人民币 59 万元作为终结双方之间一切关系、权利义务、责任及债权债务等之款项”。〔29〕又如,双方有多个案件,在其中一个案件的二审期间双方对所有案件达成和解,约定被告支付原告约 189 万元。〔30〕在对多个案件进行和解时,即使双方未作“永久放弃一审判决”〔31〕“……,一撤到底。其他各节,双方互不追究”〔32〕等特别约定,在一方不履行和解协议时,亦应在和解协议项下确定实体后果的具体内容,而不能回复至一审判决项下或原始争议实体法律关系。

二是在和解中增加或减少承担责任的主体。例如,一审判决被告支付原告 47 万元居间报酬和违约金,原告与被告以及第三人、丁方在二审中达成和解协议,约定居间报酬及其违约金共计 54 万元,此款由第三人分期支付,丁方在 27 万元限额内承担保证责任,若第三人未按约定支付款项,则在 54 万元的限额内扣除第三人已支付的款项和丁方承担保证责任的 27 万元后,对剩余未支付部分,原告可以申请执行被告。〔33〕在该案中,若第三人未按约履行,且丁方拒绝承担保证责任,基于当事人在和解协议中的特别安排,被告最多只承担 27 万元的补充责任,实体后果客观上无法回复至一审判决。又如,一审判决被告归还原告借款本金 3500 万元,原告与被告和借款的实际使用人达成三方和解协议,约定在被告支付原告 500 万元后由第三方归还剩余借款。〔34〕由于被告和第三方根据和解协议只承担各自的义务,在第三方不履行和解协议时,原告与被告之间的实体法律关系不能回复至一审判决项下。再如,一审判决被告支付约 40 万元的货款义务,原告与被告和第三方在二审中达成三方和解协议,约定“(2018)湘 0922 民初 2783 号民事判决书确定由向阳公司(被告)承担的全部义务和责任由刘某某(第三方)向李某某(原告)承担和履行。李某某不得就(2018)湘 0922 民初 2783 号民事判决书的内容向向阳公司提出任何权利要求”。〔35〕由于和解协议将被告对原告的义务转移给第三方,原告与被告之间的实体法律关系不因第三方不履行和解协议而回复至一审判决项下。

三是和解实质性地改变了原始争议实体法律关系的性质或内容。例如,一审判决解除机动车买卖合同、被告返还原告价款以及费用共计 55105 元,被告不服提起上诉,原告与被告在

〔28〕 参见山东省莱州市人民法院(2012)莱州执他异字第 8 号执行裁定书。

〔29〕 参见广东省佛山市禅城区人民法院(2018)粤 0604 执异 324 号执行裁定书。

〔30〕 参见重庆市第四中级人民法院(2015)渝四中法执异字第 13 号执行裁定书。

〔31〕 参见北京市第二中级人民法院(2021)京 02 民终 12972 号民事判决书。

〔32〕 参见重庆市第四中级人民法院(2015)渝四中法执异字第 13 号执行裁定书。

〔33〕 参见广东省清远市中级人民法院(2019)粤 18 执复 102 号执行裁定书。

〔34〕 参见最高人民法院(2021)最高法执监 312 号执行裁定书。

〔35〕 参见湖南省益阳市中级人民法院(2021)湘 09 执复 12 号执行裁定书。

二审中达成和解协议,约定继续履行合同,被告补偿原告 8000 元,第三方补偿原告 11000 元,被告协助原告办理机动车注册登记手续。^[36] 由于和解协议实质性地改变了一审判决项下的实体法律关系,一方不履行和解协议时,双方仍应受和解协议的约束。即使因不履行和解协议产生了解除权,合同解除之后的返还内容亦不同于一审判决项下的返还内容。^[37] 又如,一审判决解除租赁合同、被告立即返还原告房屋并支付租金、违约金,双方在二审中达成和解协议,约定延长租赁期间,并重新制定了租金收取方案,即使和解协议中不存在“一审判决主文内容与和解协议不同的,双方以本协议为准执行,本案判决主文内容不再执行”的特别约定,在一方不履行和解协议时,双方亦应在和解协议项下确定不履行的实体后果。^[38] 再如,双方在二审和解中互负债务,若一方因破产宣告而发生了法定解除权的情形,即使双方未明确约定应通过仲裁处理有关和解协议成立和履行的争议,双方亦应在和解协议项下确定相互返还的内容,另一方不得以和解协议履行不能为由要求回复到一审判决项下的实体法律关系。^[39]

四是夫妻通过和解重新分割共同财产。根据《民法典》第 1087 条的规定,法院有权根据财产的具体情况,按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则分割夫妻共同财产。当法院将多项不动产分配给夫妻一方时,或获得分配的一方无力承担差价补偿义务时,双方可能在二审中通过和解协议重新分割夫妻共同财产。例如,一审法院将两项不动产均判给男方,并判决男方补偿女方差价款 166 万元,女方不服提起上诉,双方在二审中达成和解协议,将其中一项不动产分配给女方,并约定女方支付男方差价款 85 万元。^[40] 又如,一审法院将两项不动产均判给男方,并判决男方支付女方差价款 175 万余元,男女双方均不服,在二审中双方达成和解,提出由于男方无力支付女方差价款,双方将其中一项不动产重新分配给女方,并约定女方支付男方折价款 99 万余元。^[41] 在此类案件中,夫妻双方在和解协议中对夫妻共同财产的重新分割建立在意思自治之上,相比于一审判决更能反映夫妻双方的真实意愿,应视为夫妻双方有关夫妻共同财产分割的最终安排。即使和解协议中不存在“共同放弃一审判决关于夫妻共有财产分割给双方确定的权利”^[42]等特别约定,在一方或双方均不履行和解协议时,双方原则上应在和解协议项下确定不履行的实体后果,不得回复至一审判决项下的实体法律关系。

(三)任意性规定:应在和解合同项下确定实体后果的具体内容

对于二审和解不履行的实体后果,若无法解释出当事人的特别约定,就需要适用任意性规定确定其具体内容。任意性规定因此指的是确定实体后果具体内容的规则或方法。如买卖、租赁、保证等合同,和解合同不履行问题既有共性,亦有个性。共性在于都属于违约责任问题,

[36] 参见河南省洛阳市中级人民法院(2020)豫 03 执复 41 号民事判决书。

[37] 参见河南省洛阳市老城区人民法院(2020)豫 0302 民初 941 号民事判决书。

[38] 参见上海市第二中级人民法院(2021)沪 02 民终 11907 号民事判决书。

[39] 参见最高人民法院(2019)最高法执复 47 号执行裁定书。

[40] 参见广东省高级人民法院(2019)粤执监 100 号执行裁定书。

[41] 参见浙江省杭州市钱塘区人民法院(2022)浙 0114 民初 730 号民事判决书。

[42] 参见广东省高级人民法院(2019)粤执监 100 号执行裁定书。

《民法典》第三编第八章有关违约责任的规定都存在适用空间。只是由于《民法典》未将和解合同规定为典型合同,相比于典型合同的违约责任可能存在《民法典》第三编第二分编“典型合同”的特别规定,和解合同的违约责任原则上只适用《民法典》第三编第一分编第八章有关违约责任的一般规定。个性则在于和解合同之所以成为特定类型的合同,在比较法上被作为典型合同加以规定,并不是基于其主合同义务,而是基于其特定功能(法政策),即可通过和解合同消除或避免争议的实体法律关系。^[43] 在处理和解合同不履行问题时,尤其在回答和解合同本身被解除后双方是否回复至原始争议实体法律关系的问题时,应特别考虑这一法政策。

如同其他类型合同的不履行,不履行和解合同并不影响和解合同本身的成立和生效,双方仍受和解合同的约束,^[44]和解合同的不履行因此并不导致双方回复至原始争议实体法律关系。具体而言,与其他类型的合同一致,除非当事人事先约定了解除条件,或当事人因和解协议不履行行使了法定或约定的解除权(尤其是“弃权求偿型和解”的特殊情形^[45]),当事人仍受和解合同中第一性合同义务的约束。例如,一审判决被告支付原告 25000 元借款本金以及 19728 元的利息(357 元每月,共计 54 个月),被告不服提起上诉,原告与被告在二审和解中将借款本金确认为 15000 元并将利息结算为 11342 元。^[46] 即使被告不履行和解协议,原告与被告双方仍受和解协议的约束,实体后果只是 15000 元本金及其 11342 元利息的迟延履行,而不是 25000 元本金及其 19728 元利息的迟延履行。在和解协议并未设定新债,而只是明确旧债数额的情形下,和解协议本身甚至不存在被解除的可能性。^[47] 为了促进和解合同法政策的实现,即使一方行使了和解协议中的法定或约定解除权,约束双方的未必是被回复的原始争议实体法律关系,而更可能是和解合同项下的返还法律关系。^[48] 例如,一审判决解除买卖合同、返还价款,双方在二审中达成和解协议,约定继续履行买卖合同并约定具体履行的内容,之后双方又因履行不能而解除了和解合同,则相互返还的内容应根据和解合同而不能根据原始的买卖合同加以确定,一审判决项下的返还内容亦不能作为和解合同解除后的返还内容。^[49]

除非双方明确约定了等于一审判决的实体后果,一方不履行和解协议时,双方的实体法律关系亦不能回复至一审判决项下。指导案例 2 号及其相关司法实践之所以得出相反的结论,主要是受《民事诉讼法》第 241 条第 2 款的影响。根据该款的规定,双方在执行中达成了和解协议,一方不履行和解协议的,另一方有权要求法院恢复对生效判决的执行。但问题在于,对

[43] 参见肖俊:“和解合同的私法传统与规范适用”,《现代法学》2016 年第 5 期,第 69 页。

[44] 参见贵州省安顺市中级人民法院(2022)黔 04 民终 362 号民事判决书。

[45] 参见贺剑,见前注[5],第 148 页。

[46] 参见四川省南充市中级人民法院(2015)南中法执复字第 27 号执行裁定书。

[47] 参见贺剑,见前注[5],第 144 页。

[48] 参见贺剑,见前注[5],第 147 页。

[49] 参见河南省洛阳市老城区人民法院(2020)豫 0302 民初 941 号民事判决书。

于二审和解不履行的实体后果问题,不能类推适用有关执行和解^[50]不履行的规定,不能推定双方之间存在一方不履行和解协议双方实体法律关系即回复至一审判决项下的合意。这是因为在确定实体后果的具体内容时,二审和解与执行和解并不存在类推适用的基础;在达成执行和解时,双方受生效判决项下实体法律关系的约束,但是在达成二审和解时,双方并不受一审判决项下实体法律关系的约束。相反,正是在一方或双方均不服一审判决的背景下双方才在二审中达成和解协议,推定一旦一方不履行和解协议双方即受一审判决约束与二审和解的特殊缔约环境不符。此外,一审判决的确因撤回上诉而发生法律效力,但当事人之所以撤回上诉,正是因为二审和解中重新安排了一审判决项下的实体法律关系,若一方不履行和解协议,约束双方的又是一审判决项下的实体法律关系,就会违背当事人撤回上诉的初衷,亦即通过和解协议替代当事人并不认可的一审判决项下的实体法律关系。^[51]如学者所言,不同于执行和解,一方不履行二审和解协议时,双方的实体法律关系回复至一审判决项下的加重惩罚条款不具有正当性。^[52]在实践中,曾发生因二审和解目的不达而对原一审判决进行再审并改判的情形,^[53]这亦印证一审判决并不具有法律上的确定性。不同于达成执行和解时的生效判决,达成二审和解时的一审判决存在被二审撤销、改判和发回重审的可能性,一审判决项下的实体法律关系不能作为二审和解不履行时约束双方当事人的推定方案。

三、民事诉讼法对二审和解不履行的应对方法

(一) 二审和解及其不同的履行情况对强制执行的影响

1. 违法执行与不当执行的区分

如文首所言,一方不履行和解协议时,纠纷复发的最主要表现形式是另一方申请执行一审判决。对于二审中达成的诉讼外和解协议,包括指导案例2号在内,都需要回答和解协议本身及其不同的履行情况对一审判决的强制执行的影响的问题。在具体回答这一问题之前,有必要区分两种不同的瑕疵执行行为,即违法执行与不当执行这对概念。^[54]通过这对概念可以明确“影响”的具体内容,并进而找到相应的程序救济手段。此外,还可以通过这对概念减少争议,消除不必要的对立,因为有些看似相互冲突的立场可能只是在不同的层面观察二审和解对一审判决强制执行的影响。

违法执行又称错误执行,是与合法执行相对的概念。判断某一执行行为是否合法的依

[50] 有关执行和解的一般理论,参见刘哲玮:“回归与独立:执行和解的私法解释考辨”,《法商研究》2021年第6期,第170—183页。

[51] 参见山东省青岛市中级人民法院(2021)鲁02执异94号执行裁定书。

[52] 参见严仁群,见前注[3],第174页。

[53] 参见江苏省南通市中级人民法院(2014)通中民再终字第9号民事判决书。

[54] 参见骆永家:“违法执行与不当执行之损害赔偿”,《台大法学论丛》1978年第2期,第211—212页;刘颖:“民事执行中案外担保权人的救济路径”,《环球法律评论》2022年第5期,第102页。

据是民事程序法,主要是规定了执行程序的条件、程序和方式的民事执行法。执行机构的作为与不作为都可能构成违法执行。例如,在第三人未书面确认不动产属于被执行人时查封登记在第三人名下的不动产,^[55]发现被执行人有可供执行的财产但拖延执行或不执行。^[56]违法执行的责任主体是执行机构。当事人或利害关系人可根据《民事诉讼法》第 236 条提起异议和复议程序,要求执行机构纠正违法执行。对于违法执行导致的损害,受害人还可以根据《国家赔偿法》第 38 条申请赔偿。^[57]对违法执行的救济在体系上被称为程序性执行救济。

不当执行则是与正当执行相对的概念,与民法上的不当得利制度具有相同的价值取向。由于民事强制执行的根本目的在于通过国家强制力实现当事人的实体权利,某一执行行为是否正当取决于其是否具有相应的实体权利基础。依据主体进行划分,主要存在对案外人的不当执行和对债务人的不当执行。例如,对登记在被执行人名下的不动产采取查封措施虽是合法执行,但若该不动产归案外人所有或案外人享有其他足以排除执行的实体权利,则该程序合法的查封措施对案外人仍构成实体不当的强制执行,案外人可根据《民事诉讼法》第 238 条排除执行。又如,债务人在主动履行生效判决确定的义务后,债权人仍有权申请强制执行,法院的执行立案、启动的执行程序以及采取的执行措施仍然合法,但由于作为执行依据的生效判决项下的实体权利已经因履行而消灭,程序上合法的执行行为对债务人仍构成实体不当的强制执行,对其相应的救济是终结已经启动的执行程序。^[58]与违法执行不同,不当执行的责任主体是债权人。由于强制执行是否正当取决于其是否具有相应的实体权利基础,对不当执行的救济在体系上被称为实体性执行救济。

2. 二审和解及其不同的履行情况不影响执行行为的程序合法性

作出执行行为的主体是行使公权力的执行机构,二审和解及其不同的履行情况是否影响执行行为的合法性,这直接关涉执行机构的权责边界,是必须首先清晰回答的问题。对此,指导案例 2 号给出了答案,即和解协议本身及其不同的履行情况均不影响执行行为的合法性。根据指导案例 2 号,一旦法院裁定准予撤回上诉,一审判决即为生效判决,具有强制执行的效力。由于生效判决的强制执行力不会受到民事合同及其履行等私法行为的影响,原告因此有权申请执行,法院亦有权立案执行,有权启动执行程序以及采取相应的执行措施。由于存在生效判决这一合法有效的执行依据,据此启动的整个执行程序以及单个的执行行为均具有程序合法性。如学者所言,二审和解及其履行不影响执行行为的程序合法性是“总体上趋于统一的

[55] 参见《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 2 条第 3 款。

[56] 参见《民事诉讼法》第 237 条。

[57] 具体参见《最高人民法院关于审理涉执行司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》。

[58] 参见吉林省长春汽车经济技术开发区人民法院(2023)吉 0192 执 205 号执行结案通知书。

处理方法”。〔59〕与理论界〔60〕和司法实务部门〔61〕的零星观点相反,二审和解及其履行既不会导致一审判决的强制执行力暂时失效,亦不会导致一审判决本身失去强制执行力。

二审和解及其履行不影响强制执行的程序合法性,这既符合民事实体法与程序法的相互作用方式,亦符合民事强制执行法的基本结构。一方面,尽管保护实体权利是程序法的根本任务,但实体法律关系难以直接作用于程序法,难以直接产生、变动或消灭程序法律关系。例如,实体权利本身并不足以触发强制执行,当事人原则上只能通过确认实体权利的生效判决要求法院强制实现自己的实体权利。存在有效的执行依据是最重要的执行要件。如指导案例2号所言,只要法院裁定准予撤回上诉,一审判决即是生效判决,其能够当然成为启动执行程序的执行依据。至于当事人撤回上诉的动机,尤其是此程序行为背后的实体理由,无论是一审判决作出后一方的主动履行、〔62〕全部或部分放弃一审判决主文项下的实体权利,〔63〕还是双方达成的和解协议,均不影响一审判决因撤回上诉而生效,亦不影响依据一审生效判决启动的强制执行的合法性。

另一方面,为了提高执行效率,避免被执行人隐匿或转移财产,民事强制执行法遵循形式性原则,执行机构在启动执行程序、对被执行人采取执行措施时并不审查一审判决项下的实体法律关系是否仍然存在,执行行为是否具有相应的实体权利基础因此并不构成其程序合法的前提条件。在指导案例2号中,法院在被执行人申请执行监督后方才知晓双方曾达成诉讼外和解协议,本身就体现了法院在启动执行程序、采取执行措施时并不审查当事人在一审判决作出后是否达成了和解协议,亦不审查和解协议及其履行是否消灭或变更了一审判决项下的实体法律关系。〔64〕由于二审和解及其履行最多只会导致一审判决项下的实体法律关系发生变化,而后者是否发生变化又不构成执行行为程序合法的前提条件,二审和解及其履行自然不影响执行行为的程序合法性。

3. 二审和解及其不同的履行情况可能影响执行行为的实体正当性

由于二审和解及其不同的履行情况会直接影响一审判决项下的实体法律关系,可导致一审判决主文项下的实体权利全部或部分消灭,二审和解及其履行因此可能影响执行行为的实体正当性,可能将程序合法的执行行为变为实体不当的瑕疵执行行为(不当执行)。欲寻找对此不当执行的程序应对方法,有三点背景值得注意。

首先,不当执行是否因二审和解及其履行而发生,只是一种可能性。如前所述,对于二审和解不履行的实体后果,当事人的意思自治具有优先地位,当其大于或等于一审判决项下的实

〔59〕 吴泽勇,见前注〔3〕,第160页。

〔60〕 参见王亚新,见前注〔1〕,第76页。

〔61〕 参见四川省南充市中级人民法院(2015)南中法执复字第27号执行裁定书。

〔62〕 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2018)黔01民终5543号民事裁定书。

〔63〕 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2018)辽01民终5363号民事裁定书。

〔64〕 司法实践从未在执行立案时主动审查是否存在二审和解。参见江苏省常州市新北区人民法院(2022)苏0411执2447号之一执行裁定书;浙江省义乌市人民法院(2023)浙0782执异63号执行裁定书。

体法律关系时,执行一审判决既程序合法又实体正当。当其小于一审判决项下的实体法律关系,或不履行的实体后果客观上无法回复至一审判决项下的实体法律关系时,执行一审判决虽程序合法但实体不当。只有充分认识到不当执行只是一种可能性,法院才可能有意识地将不履行和解协议的具体实体后果作为审理重心,并根据不同的实体后果采取不同的程序应对方法。

其次,不当执行的救济程序具有滞后性。如履行、抵销、免除等其他实体事由,二审和解及其履行对一审判决项下实体法律关系的具体影响因尚未被审理而具有未知性。如前所述,为了提高执行效率,强制执行法遵守形式性原则,其在设置相应的执行程序时假定可能但尚未知的不当执行尚不存在。例如,根据《民事诉讼法》第 251 条,执行机构在接到执行申请后“可以立即采取强制执行措施”,即体现了执行机构在启动执行程序以及采取执行措施时并不顾及可能存在的执行危险。只有受影响的被执行人主张存在不当执行时,强制执行法才会提供相应的救济机会。由于救济程序的滞后性,二审和解的当事人一般只能在执行过程中甚至在执行结束后才有机会主张对不当执行的救济。

再次,不当执行是否存在由实体法决定,救济不当执行的程序应符合解决实体争议的通常标准。对于实体争议,为了彻底保障当事人的实体法律地位,原则上只能通过普通诉讼程序以判决的形式作出最终结论。例如,为了对受到不当执行的案外人提供符合体系要求的程序保障,2007 年《民事诉讼法》修正时增加了案外人执行异议之诉这一新的诉讼形式。从体系的角度看,对被执行人是否因二审和解及其履行而受到不当执行的主张,亦应通过普通诉讼程序以判决的形式作出最终结论。

(二) 被执行人主张有利于己的实体法律地位的程序保护

1. 事中甚至事前防御性诉权救济

在一方不履行和解协议,另一方申请执行一审判决时,民事程序法的主要任务就是在上述三点背景下救济被不当执行的被执行人。根据上文对二审和解不履行实体后果的分析,在两种情况下尤其容易发生不当执行的危险,一是当事人明确约定了少于一审判决的实体后果,二是即使缺乏明确约定但实体后果客观上无法回复至一审判决项下。从被执行人的角度看,问题转化为当其主张虽发生二审和解不履行的事实,但相比于一审判决仍存在有利于己的实体法律地位时,民事程序法应为其提供何种性质和内容的程序救济?

与《民事诉讼法》第 238 条明确规定了对案外人不当执行的程序救济不同,立法未明确规定对债务人不当执行的程序救济。尽管如此,如指导案例 2 号本身所示,法院亦会为可能遭受不当执行的被执行人提供救济,否则就不会允许其在执行中主张诉讼外和解协议,并通过执行监督程序审查和解协议的履行情况。可以想象,法院若得出被执行人已经完全履行和解协议的结论,就会如其他案情与指导案例 2 号相反的案例所示,裁定不予执行或终结执行。^[65]

当前的司法实践主要通过两条路径救济因和解协议及其履行而可能遭受不当执行的被执

[65] 参见最高人民法院(2021)最高法执监 97 号执行裁定书。

行人。一是类推适用《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》(以下简称《执行和解规定》)。该司法解释的主要任务是细化《民事诉讼法》第 241 条的规定,其调整对象本是执行过程中达成的和解协议。通过类推适用《执行和解规定》第 19 条,被执行人可通过异议和复议程序主张和解协议及其履行已消灭或变更一审判决项下的实体法律关系。二是将和解协议当作实体事由,与履行、免除、抵销等实体事由一致,直接根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 7 条第 2、3 款加以审查。

这两条路径并无本质不同,均建立在参照适用《民事诉讼法》第 236 条的异议和复议程序之上。异议和复议程序本是用来救济违法执行的,通过裁定终结争议,在体系上属于程序性执行救济。与此不同,本应用普通诉讼程序救济不当执行,通过判决终结争议,用异议和复议程序救济对被执行人的不当执行因此存在以裁代审、以裁代判、审执不分的嫌疑。与遭受不当执行的案外人不同,其可根据《民事诉讼法》第 238 条提起普通诉讼程序(案外人执行异议之诉),遭受不当执行的被执行人无法通过普通诉讼程序获得程序保护,因为理论界和司法实务部门均认为《民事诉讼法》并未明确规定专门救济对被执行人不当执行的债务人异议之诉制度,^[66]故只能通过类推适用《民事诉讼法》第 236 条的异议和复议程序救济被执行人。^[67]

对可能遭受不当执行的被执行人,比较法上的债务人异议之诉可为其提供防御性诉权保护,即被执行人可以通过普通诉讼程序主张和解协议及其履行已经消灭或变更一审判决项下的实体法律关系,并根据胜诉判决排除对一审判决的执行。在债务人异议之诉的审理期间,被执行人还可以通过申请中止执行确保未来可能的胜诉判决的实现。与我国当前司法实践相比,比较法保持了体系上的一致性,即都以普通诉讼程序处理实体争议,并以判决的形式终结争议。除此之外,比较法上的债务人异议之诉可通过收取案件受理费过滤部分案件,相比免费的异议和复议程序,债务人异议之诉可减少滥用程序、拖延执行等背信行为。

我国《民事诉讼法》虽未明确规定债务人异议之诉,但仍有能力为被执行人提供功能完全相同的诉权救济,具体做法分以下两步。其一,被执行人根据《民事诉讼法》第 122 条对申请执行人提起确认之诉,^[68]请求确认双方之间存在有效的和解协议以及请求确认和解协议及其履行对一审判决项下的实体法律关系的具体影响。例如,若一审判决被告支付原告 100 万元,原告与被告在二审和解中约定被告分三期支付原告 60 万元,若不按期足额支付,被告支付原告 20 万元违约金,后被告在支付了原告 30 万元后不再履行,原告申请执行一审判决。此时,被告可对原告提起确认之诉,请求法院确认和解协议有效且请求法院确认因和解协议及其部分履行一审判决项下的 100 万元金钱债务已经降至 50 万元。在被执行人获得生效的胜诉确

[66] 参见最高人民法院(2015)执监字第 38 号、第 146 号执行裁定书;严仁群,见前注[3],第 172 页。

[67] 参见江必新、刘贵祥主编:《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定理解与适用》,人民法院出版社 2015 年版,第 102—103 页。

[68] 有关确认之诉的一般理论可参见刘哲玮:“确认之诉的限缩及其路径”,《法学研究》2018 年第 1 期,第 126—145 页。

认判决后,执行机构应根据判决结果将执行数额调整为 50 万元并变更相应的执行措施。若被告按期足额支付了原告 60 万元,则其可请求法院确认一审判决项下的 100 万元金钱债务因完全履行和解协议而消灭。在其获得生效的胜诉确认判决后,执行机构应终结执行。其二,在确认之诉的审理过程中,根据《民事诉讼法》第 103 条以及第 267 条第 1 款第 5 项的规定,法院可依当事人的申请或依职权中止执行一审判决。

事实上,当前的司法实践已有类似探索,即利用确认之诉以及中止执行为被执行人提供防御性诉权保护,尽管其尚未意识到这些做法在功能上与比较法上的债务人异议之诉并无二致。例如,在一审判决二被告共同支付原告 260 万元及利息后,原告和被告一以及第三方达成三方和解,约定原告放弃对被告一的实体权利,而由被告二和第三方承担给付义务,后原告追加被告一为被执行人,被告一提起确认之诉,请求法院确认和解协议有效,在一审法院驳回其诉讼请求后,二审法院判决确认和解协议有效。^[69]又如,一审判决被告对建设工程款承担连带责任,原告与被告在和解协议中约定以物抵债,在原告申请执行后被告起诉确认和解协议有效并胜诉。^[70]再如,在被执行人起诉要求法院确认和解协议有效时,执行机构依职权裁定中止执行,理由是一审判决项下的实体法律关系因和解协议及其履行而处于待定状态,需要根据确认之诉的结果决定是否继续执行。^[71]还如,在因二审和解提起的异议和复议程序中,法院以异议和复议程序尚未结束,暂不具备执行条件为由中止执行一审判决,^[72]这一思路完全可以借用于因二审和解提起的确认之诉之中。最后,若原告在与被告达成和解协议后仍执行一审判决,被告因此解除和解协议,在被告诉请原告返还利益的给付之诉中,被告向法院申请财产保全,要求法院冻结原告执行被告的执行程序中法院尚未发放给原告的执行暂存款,以达到中止执行一审判决的效果。^[73]

在明确被执行人有权在执行过程中提起确认之诉并通过胜诉的确认判决阻止正在进行的强制执行之后,即可推导出其甚至有权在执行程序开始之前就提起确认之诉,以阻止强制执行的启动。从起诉条件看,被执行人不仅有事中救济的必要,亦有事前救济的必要,其在学习程序开始前提起的确认之诉因此存在诉的利益。^[74]从胜诉条件看,二审和解及其履行在执行程序开始就可能已经消灭或变更一审判决项下的实体法律关系,被执行人在执行程序开始前提起的确认之诉能获得胜诉。

2. 事后矫正性诉权救济

如上文所言,对不当执行的救济程序具有滞后性,若被执行人未提起事前或事中防御性诉

[69] 参见贵州省安顺市中级人民法院(2022)黔 04 民终 362 号民事判决书。

[70] 参见湖北省十堰市茅箭区人民法院(2020)鄂 0302 民初 4769 号民事判决书。

[71] 参见浙江省杭州市钱塘区人民法院(2021)浙 0114 执 129 号之三执行裁定书。

[72] 参见江苏省高级人民法院(2018)苏执 19 号之一执行裁定书。

[73] 参见河南省洛阳市老城区人民法院(2019)豫 0302 民初 941 号之一民事裁定书。

[74] 参见金印:“论债务人异议之诉的必要性——以防御性司法保护的特别功能为中心”,《法学》2019 年第 7 期,第 59—60 页。

权救济,或不当执行在防御性诉权救济获得胜诉之前即已终结,此时就存在提起事后矫正性诉权救济的必要,即被执行人有权通过给付之诉要求申请执行人返还因不当执行而获得的利益。由于执行行为本身并不构成申请执行人保有利益的合法根据,其因不当执行而获得的利益仍构成民法上的不当得利。在体系上,此种不当得利应属于权益侵害型不当得利。需要特别指出的是,虽然直接作出侵害行为的主体是行使公权力的执行机构,但由于执行行为本身是合法的,执行机构并不承担国家赔偿责任。此外,若申请执行人的行为同时构成违约,则被执行人不仅有权要求返还不当得利,还有权要求赔偿因违约造成的损害。当然,被执行人在一定条件下还有权要求申请执行人承担侵权责任,此时发生请求权基础竞合。

当前的司法实践已经存在此类诉讼,即被执行人对申请执行人提起给付之诉,以已经完全履行和解协议但对方仍申请执行一审判决为由,请求法院判令申请执行人返还因执行获得的利益以及相应的执行费。^[75]在少数司法实践中,亦存在对事后矫正性诉权救济的误解,法院以被执行人针对的是执行行为本身为由裁定驳回起诉。^[76]事实上,债务人正是在肯定执行行为程序合法的基础上主张执行行为实体不当,要求法院矫正申请执行人没有实体法律依据而取得利益的不当得利行为。

当前司法实践普遍认可的事后矫正性诉权救济亦能印证《民事诉讼法》存在事中甚至事前的防御性诉权救济。首先,两种诉权救济的功能都是一致的,即对不存在相应实体权利基础的不当执行提供救济。其次,两者处理的都是有关实体法律关系的争议,其审查的主要内容都是二审和解及其履行对一审判决项下实体法律关系的影响。既然被执行人有权在事后提起给付之诉,以矫正不当执行的结果,且这一诉讼不需要《民事诉讼法》的明文规定,那么被执行人亦应有权在事中甚至事前提起相应形式的诉讼,以阻止不当执行的启动或推进,而承担此种防御性功能的正是确认之诉,提起确认之诉同样不需要《民事诉讼法》的明文规定,只要满足该法第122条规定的起诉要件即可。

(三) 申请执行人主张有利于己的实体法律地位的程序保护

当不履行和解协议的实体后果多于一审判决项下的实体法律关系时,例如和解协议中约定了违约金,^[77]或实体后果的内容实质不同于一审判决项下的实体法律关系时,例如和解协议中约定了以物抵债,^[78]申请执行人亦存在通过新的诉讼主张有利于己的实体法律地位的需求。由于二审中达成的和解协议是独立的实体法律关系,和解协议及其履行构成一审判决之后“新的事实”,诉讼标的不再相同,因此无论和解协议中的新债和旧债之间在实体法上的关系究竟如何,在程序法上都不存在重复诉讼的问题。如指导案例166号所示,司法实践一般会

[75] 参见北京市怀柔区人民法院(2023)京0116民初948号民事裁定书;山东省烟台市中级人民法院(2021)鲁06民终4714号民事判决书;河南省许昌市中级人民法院(2021)豫10民终2793号民事判决书。

[76] 参见山东省菏泽市中级人民法院(2022)鲁17民终5274号民事裁定书。

[77] 参见广东省广州市海珠区人民法院(2021)粤0105民初26257号民事判决书。

[78] 参见广东省广州市黄埔区人民法院(2022)粤0112执异545号执行裁定书。

准许申请执行人以另行诉讼的方式主张有利于己的实体法律地位。实践中也存在与指导案例 166 号不同的错误做法,即否定申请执行人在申请强制执行的同时通过新的诉讼主张实体权利。^{〔79〕}此种做法未能认识到在不履行二审和解的实体后果多于一审判决项下的实体法律关系时,指导案例 2 号的程序规则可以叠加指导案例 166 号的程序规则,即申请执行人不仅有权要求法院执行一审判决,还有权通过新的诉讼主张二审和解中新产生的实体权利。

(四)和解协议作为二审新的事实的处理方法

如文首所言,因二审和解不履行所产生的纠纷一般复发在执行程序中,具体表现为另一方申请执行一审判决,但二审过程中达成的诉讼外和解协议作为一审判决作出之后发生的新的事实,亦可能成为二审程序本身需要处理的对象。例如,双方在和解协议中约定根据和解协议请求法院制作二审民事调解书,^{〔80〕}或一致同意法院在二审中审理和解协议这一新的事实并根据和解协议成立之后的实体法律关系作出二审判决。^{〔81〕}如同一一审判决作出之后的履行、免除、抵销或其他实体事由,在体系上这涉及二审程序对新的事实的处理方法。具体的问题主要是,一方是否有权提出二审和解及其履行的实体抗辩,以及另一方是否有权根据和解协议变更诉讼请求等。例如,一审判决被告支付原告 100 万元,被告上诉,原告与被告在二审过程中达成和解协议,约定以 80 万元了结纠纷,二审法院能否根据原告与被告达成的和解协议依法改判被告支付原告 80 万元?

对于二审过程中发生的新的事实,当前司法实践的通行做法是即使一审判决认定事实清楚,适用法律正确,二审法院仍倾向于在查清新的事实后改判。^{〔82〕}最高人民法院的司法实践也存在相反做法,即除非当事人对新的事实达成一致意见,最高人民法院并不审理新的事实,而是释明当事人在执行程序中主张新的事实。^{〔83〕}由于二审过程中达成的和解协议及其履行会实质性地变动一审判决项下的实体法律关系,若二审法院不审理二审过程中达成的和解协议及其履行,通过判决或民事调解书将当事人的实体法律关系确认至二审庭审终结之时,就无法真正解决当事人之间的纠纷。考虑到二审中当事人仍能提交新的证据,对新的证据的审理也会导致法院对实体法律关系形成新的结论,只要二审审理仍围绕一审诉讼标的,对和解协议的审理并不影响一审和二审诉讼标的之间的牵连性,二审法院直接审理二审和解及其履行并未实质性地影响当事人的审级利益。此外,由于和解协议发生在一审判决作出之后、二审判决作出之前,若在二审中不对和解协议进行审理而径行作出二审判决,当事人在执行程序中提出此实体事由可能发生“一事不再理”的危险。

(五)和解协议不成立、无效或被撤销时的审级利益保障问题

如前所述,在一方不履行和解协议时,一般不发生双方的实体法律关系回复至原始争议实

〔79〕 参见宁夏回族自治区吴忠市中级人民法院(2023)宁 03 民终 52 号民事判决书。

〔80〕 参见河南省高级人民法院(2019)豫民终 1551 号民事调解书。

〔81〕 参见重庆市第二中级人民法院(2019)渝 02 民终 779 号民事判决书。

〔82〕 参见北京市朝阳区人民法院(2018)京 0105 民初 85384 号民事判决书。

〔83〕 参见最高人民法院(2019)最高法民终 31 号民事判决书。

体法律关系的情形,但在和解协议不成立、无效或被撤销时,以及存在当事人的特别约定时,仍难免发生双方的实体法律关系回复至原始争议实体法律关系的例外情形。若当事人之间尚未提起诉讼,或因达成和解而撤诉,一审判决尚未作出,此时不存在特别问题,当事人可通过诉讼直接主张原始争议实体法律关系。但对于二审过程中达成的和解协议,则需要处理实体与程序相互冲突的特别问题:在实体上,约束双方的是原始争议实体法律关系;在程序上,约束双方的是因撤回上诉而发生法律效力的一审判决。此一审判决之所以生效,是因为双方以为受和解协议约束而放弃上诉权的结果,若以一审判决的结论作为审理原始争议实体法律关系的最终结论,则会损害当事人的审级利益。为了保障这一审级利益,程序法面临一项新的任务,即重新启动已经因撤回上诉而终结的二审程序。

当前的司法实践一般以依职权再审的方式对原始争议法律关系进行二审。例如,一审判决分割共有财产后,被告不服上诉,原告与被告在二审中通过和解协议重新分配了共同财产,被告撤回上诉,后原告仍申请执行一审判决。被告以和解协议目的不达、一审判决已经执行完毕为由要求重新审理原始争议实体法律关系,二审法院依职权启动了再审程序(依照二审程序审理)并直接改判。^[84]事实上,还有另一种保障当事人审级利益的思路,即不通过撤销二审裁定,而通过决定直接将程序回复至二审审理之中。《民事诉讼法》第86条或可成为类推适用的法律依据。根据该条的规定,当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的,在障碍消除后的10日内,可以申请顺延期限。若法院通过决定准许顺延期限,已经届满的期限将顺延,即发生期限尚未届满的效果。通过类推适用该条的规定,当事人可以以和解协议无效、被撤销等事由请求法院作出回复至二审审理之中的决定。此处之所以存在类推适用的基础,是因为和解协议无效、被撤销等情形构成将程序状态回复至前一个状态的正当事由。这一处理思路与当前司法实践的不同之处在于将依职权启动再审改为依申请继续二审,相同之处则在于都将程序回复至二审终结之前的程序状态。

四、结 论

在处理二审和解不履行与执行一审判决的关系时,应先确定二审和解不履行的实体后果,再根据具体的实体后果确定程序应对方法。与指导案例2号及其相关司法实践的看法不同,二审和解不履行的实体后果具有多样性。由于实体后果的具体内容决定程序应对的具体内容,实体后果的多样性必然导致程序应对的多样性。因此,指导案例2号确立的规则无法调整二审和解不履行的全部情形。具体而言,一方不履行和解协议时,仅在双方的实体法律关系正是一审判决项下的条件下,指导案例2号确立的执行一审判决的规则才具有终局性。一方不履行和解协议时,若实体后果仍少于一审判决或实质不同于一审判决项下的实体法律关系,执行一审判决会导致不当执行的发生,被执行人有权通过债务人异议之诉排除相应的不当执行。

[84] 参见江苏省南通市中级人民法院(2014)通中民再终字第9号民事判决书。

一方不履行和解协议时,若实体后果多于一审判决项下的实体法律关系,在有权要求法院执行一审判决之外,申请执行人还有权另诉主张二审和解中新产生的实体权利。

Abstract: According to Guiding Case No. 2, if one party fails to perform a settlement, the other party can enforce the first-instance judgment. This rule has a substantive basis only when the relationship binding both parties aligns with the one under the first-instance judgment. In cases where a different substantive basis arises, different rules are needed to regulate the non-performance of the second-instance settlement. The substantive basis relied upon by Guiding Case No. 2 and the differing rules constitute the substantive consequences of the non-performance of the settlement. The latter, from a systematic perspective, falls under the issue of breach of contract, where private autonomy takes the advantage. In the absence of specific agreements, the specific content of the breach of contract needs to be determined by applying default rules. This means that when one party fails to perform a settlement, what binds both parties is neither the original substantive legal relationship in dispute nor the relationship under the first-instance judgment. Rather it remains the substantive legal relationship under the settlement. Due to the diversity of the substantive basis, in addition to the rules established by Guiding Case No. 2, rules such as not enforcing the first-instance judgment and initiating a new action are needed.

Key Words: Settlement; Withdrawal of Appeal; Private Autonomy; Unjust Enforcement; Debtor's Objection Action

(责任编辑:曹志勋)