

【民事诉讼法学】

民事执行回转制度的 法系意识考察及立法启示

陈 刚

【摘要】从法系意识上考察,民事执行回转制度以同一程序和判决对当事人间争讼法律关系进行最终调整为设置目的,执行回转关系建立在实体法规定的不当得利之债基础之上,执行回转案件处理采用“审执分立”的程序构造。然而现行民事执行回转在制度设计上严重违背了这种法系意识,以致在司法实践中不能充分发挥排除另诉的固有功能以及对被执行财产进行事后救济的制度性功效。目前《民事强制执行法》的起草者拟通过增设执行回转之诉、促成“审执一体化”程序构造的法定化,以改《民事诉讼法》设定的执行回转制度。但这样的制度设计因进一步乖离法系意识,将有可能更加深化现有问题的解决难度。于立法论上的结论而言,宜从法系意识上考察民事执行回转制度的法理基础及特质,审慎研判增设民事执行回转之诉的必要性和可行性,明确执行回转的实体法基础,并复原“审执分立”程序构造。

【关键词】执行回转;最终调整说;不当得利;审执分立

【作者简介】陈刚,广州大学法学院教授、法学博士。

【原文出处】《国家检察官学院学报》(京),2021.3.3~16

【基金项目】本文系国家社科基金项目“民事诉讼实体法理论与实践问题研究”(18BFX066)的阶段性研究成果。

引言

《民事强制执行法》现已被立法机关正式列为二类立法项目,最高人民法院作为立法机关授权的牵头起草单位,在新近推出的《民事强制执行法(草案)》(第四稿)(以下简称“《执行法草案》”)中,拟对《民事诉讼法》第233条规定的执行回转制度进行部分修改。其要点有二:一是将1998年出台的《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称“《执行规定》”)第109条确定的“审执一体化”民事执行回转案件处理程序予以立法化;二是增设

民事执行回转之诉,在民事执行回转制度之外另辟被执行财产事后救济途径。^①但是从法系意识上考察民事执行回转制度以及《民事诉讼法》第233条的本旨,它是以排除另诉为前提设置的被执行财产事后救济制度,要求人民法院采用审理和执行相分立的程序构造处理执行回转案件。由于《执行法草案》的上述制度设计与此形成另端,因而应当引起学界的关注和商榷。这里以为,造成《执行法草案》有如此制度设计的最直接原因,是由于我们对民事执行回转缺乏法系意识上的基本了解,甚至不知其

源自何方,为何而设?例如有观点认为,民事执行回转是“极具中国特色的特殊执行制度”。^②然从法系意识上考察便知,我国民事执行回转制度是对苏联法的移植及本土化,而苏联民事执行回转又是在总结法院审判经验的基础上,以民法典为实体法基础创制的一项特有的诉讼制度。因此,从法系意识上回顾民事执行回转制度的特质及运行条件,温故而知新,这对于提升《民事强制执行法》的立法水平,促进民事执行回转的体系化研究和解释,都有着十分重要的现实意义。

一、民事执行回转制度中的法系意识

制度是历史的产物,民事执行回转作为国家设置的民事诉讼制度之一部,亦然。我国民事执行回转制度是对苏联法的移植及本土化,因此拟研究我国民事执行回转制度及其理论关涉之问题,则必须言及苏联民事执行回转制度及其法理不二。众所周知,苏联法现已随1991年12月25日苏联解体而成为了历史,但它如同罗马法之于现代欧陆法的影响那般,对于我国民事诉讼法及其法理产生的实质性影响至今犹存。今天我国民事诉讼法制中仍保留着诸多由苏联法移植的诉讼原则及诉讼制度,其中最具代表性的有二审终审制、人民陪审员制、监督审、检察监督原则、社会干预原则、审前准备程序和庭审程序相分离的审理程序构造、判决的法律效力等。苏联法又称苏维埃法,它以马克思主义法律观为指导,是社会主义法制的起源和代表,因而曾为各社会主义国家立法争相学习与借鉴。建国初期的20世纪五十年代初,在“全面学习苏联经验”国策的引导下,苏联法制及其理论被移植到我国法制建设和法学教育事业之中,这其中也包括民事执行回转制度。^③如何对待苏联法及其理论对于我国民事诉讼法制及其理论之影响,是当下我国民事诉讼法学研究中一个不可回避的实际问题。为此,笔者提出了法系意识论^④,并将此种研究方法贯彻于自己的学术活动之中。以法系意识为方法研究民事

执行回转制度的现实意义在于:通过回顾民事执行回转制度及其法理的演进过程,有助于我们更加清楚地认识到该项诉讼制度应有的特质及运行条件,据此挖掘出现行制度在运行中所遇问题的根源,佑启我们正确地修正现行制度,以及促成这项诉讼制度及其理论的科学化、体系化建设。

我国民事诉讼法使用的“执行回转”概念是对苏联法“поворот исполнения”的汉译,早期汉译苏联民事诉讼法教材曾将之译为“反执行”。^⑤“поворот исполнения”是由“исполнение”(执行)和“поворот”(回转)构成的复合词,按适用法域不同分为民事执行回转和刑事执行回转。由于司法实践中需要回转执行的法律文书主要是发生法律效力判决(确定判决),因此苏联法及其理论又往往将“执行回转”与判决联系在一起称作“判决的执行回转”(поворот исполнения судебного решения)。民事执行回转是指法院在撤销已被执行的原判决后,应当主动根据新判决责令原判决的执行受益人(原判决申请执行人),将所得利益返还原执行受损人(原判决被执行人)。^⑥这里的“原判决”(первое решение)是指作为新判决撤销对象的原审确定判决;“新判决”(новое решение)是指法院在撤销或变更原判决后对本案重新作出的判决。民事执行回转是一项极具苏维埃法特色的诉讼制度,它不仅为我国民事诉讼立法所借鉴,也为原罗马尼亚社会主义共和国和蒙古人民共和国的民事诉讼立法所移植,^⑦且为现行俄罗斯民事诉讼法继续沿用。^⑧由于我国民事执行回转是一项移植苏联法的诉讼制度,因此有关其特质及运行条件的认识和解读就断然不能从苏联法以外获得。顺言之,从法系意识上回顾苏联民事执行回转制度的演进及法理基础,也就成了我们切实领会该项诉讼制度的趣旨以及所涉内容的前提。

民事执行回转是苏联民事诉讼特有的诉讼制度,而苏联民事诉讼法学又是该项诉讼制度得以生

成的理论基础。苏联民事诉讼法学以马克思主义唯物辩证法为哲学基础,将民事诉讼法视为建立在社会主义经济基础之上并对之具有反作用的上层建筑,是马克思主义诉讼法律观以及苏联社会民事诉讼法律意识形态的具体体现,以及维护和保障社会主义法律秩序及法律关系的有效手段。苏联法在理论上取消了公法和私法的划分,不将民事诉讼案件视为纯粹的私人之间民事法律关系争议,而是具有社会性意义的法律争议,它要求在民事诉讼的立法和司法实践中,必须贯彻公民民事权利的保护与国家利益、社会利益的保护于整体上和谐统一的社会主义法治精神及合法性原则。正是在这种基本法理的支配下,苏联民事诉讼在整体上实行国家干预原则的职权主义诉讼体制。

民事执行回转制度源于1924年5月12日苏俄最高法院主席团决议(以下简称“《决议》”,相当于我国最高人民法院司法解释),它是苏联法院为了满足民事审判实务之需要而创制的一项诉讼制度。该制度自建立之初就带有十分强烈的职权进行主义色彩。按照《决议》第4条规定,法院应当在撤销原判决作出新判决的同时主动依职权处理民事执行回转问题。此项规定为民事执行回转制度的实际运用确定了两项程序原则:一是依职权启动民事执行回转程序;二是依职权合并民事执行回转案件的审理。1964年《苏俄民事诉讼法典》通过修正,在保留上述两项程序原则的同时,根据审判经验的总结和民法的实际发展情况,以第430-432条规定了民事执行回转制度的基本原则和内容,从而结束了司法实践主要依据《决议》处理执行回转案件的境况。民事执行回转是一种对被执行财产进行事后救济的诉讼制度,其实体法基础是不当得利之债。因此,民事执行回转案件在本质等同于一件以实体民事权利义务争议为内容的普通民事诉讼案件。在处分主义支配的民事诉讼中,当事人可以选择返还不当得利之诉解决被执行财产事后救济

问题,其中德日法即是显例。但苏联法院却是适用执行回转程序,依职权启动和合并这两项程序原则,以同一程序和判决一并处理原判决对象案件和执行回转案件。苏联法院之所以能够主动依职权启动和合并审理两个独立的民事诉讼案件且不违反处分原则,盖因按照苏联法理的解释,法院应当通过审判权的行使代表国家干预民事诉讼活动,据此贯彻落实社会主义司法审判的合法性原则和客观真实原则,而处分原则在民事诉讼中的作用不是独立发挥的,它必须与合法性原则、客观真实原则密切联系在一起才能够发挥作用。于这种诉讼法理的支配下,苏联法院甚至有权超出当事人诉求范围作出裁判,因而也能够依职权启动和合并民事执行回转案件的审理。

二、法系意识考察之一:最终调整说与民事执行回转的制度目的

制度乃人们为实现一定目的而设计的行为规则,民事执行回转作为国家制度之一部,当然也有其设置目的。以目的论为出发点构建体系化的民事诉讼理论,是实现各个具体诉讼制度之间整序化的必然要求。就民事执行回转的制度目的与各个具体诉讼制度的整序化关系而言,就是以预定的制度目的为前提,将关涉民事执行回转的各项法律规定统一于预定的目的之下,形成一个维护和保障民事执行回转法律秩序的体系。因此,我们研究民事执行回转制度目的的目的,就是为了科学构建民事执行回转的理论体系和规范体系,以及对之在诉讼实践中的适用进行体系化解释。

关于被执行财产事后救济制度之设计,各国基于国情及法律传统之不同而相互有异,但主要是采用另诉方式。例如德日法将被撤销的执行根据待为不当执行的发生根据,原执行债务人可以据此向法院提起返还不当得利之诉。我国目前采用执行回转制度和侵权损害赔偿之诉并行的双轨制。前者是依据《民事诉讼法》第233条规定,适用于普通

民事案件；后者是依据司法解释的规定，适用于错误保全案件。^⑨另外，对于特定物执行不能且双方当事人不能就折价赔偿协商一致的执行回转案件，申请执行人也可以另行起诉。^⑩与之相对，苏联法根据自己的审判经验和法制特质创设了具有排除另诉功能的民事执行回转制度，其设置目的是为了以同一程序和同一判决合并解决原判决的纠错与被执行财产事后救济的问题，以此实现新判决“对当事人间争议的最终调整(окончательное урегулирование)”^⑪。本文将这种目的论称作“最终调整说”。亦即按照苏联法理的解释，民事执行回转制度的设置目的是为了实现对当事人间争讼法律关系的全面调整。

在最终调整说的支配下，原判决的执行回转问题被待为新判决的审判对象。从旧实体法说诉讼标的识别理论上分析，最终调整说实际上是将两个诉讼标的强制合并于同一诉讼程序中审理，类似于诉的客体或诉讼请求的单纯合并，据此通过一个判决实现纠纷解决的最大化。这种将原判决审理对象与执行回转问题强制合并于同一诉讼程序中审理和判决的理由如下：根据原判决确定归属的标的物，现在已被强制执行且仍处于原判决受益人(原审原告)的支配下，它不仅在形态上可能发生了灭失或变造，在价值上也可能发生了增减，由此在本案当事人间又引发了一个新的法律争议；对于这种情形，法院只有在新判决中连带解决原判决被执行人受到的财产及利益损失问题，亦即一并解决被执行财产事后救济问题，才有可能促成新判决对当事人间争讼法律关系的全面调整^⑫。

从诉讼标的识别标准与实质既判力的关系上考察，最终调整说是以追求纠纷解决最大化为本旨，因此它要求执行回转在制度设计上作为一种独立的诉讼制度而不同于其他被执行财产事后救济方式，亦即不允许法院将执行回转案件与原判决审理对象分开进行审理和判决。因此，将两个关系密

切的实体权利义务争讼案件，强制合并于同一程序和判决中进行审判，乃是我们认识和把握最终调整说的关键。如是，以最终调整说为目的论构建的民事执行回转制度，其固有功能就是排除另诉。

为了实现民事执行回转的制度设置目的及其排除另诉功能，苏联法要求在该制度的设计和实务运作方面遵循下列原则：

第一，在程序制度设计上以职权启动和强制合并执行回转案件的审理，以此排除当事人另行诉讼的可能性。苏联民事诉讼建立在职权主义诉讼体制之上，依照法律规定，法院有权根据案件事实真相超出当事人诉求范围作出裁判，因而能够为法院依职权启动和利用同一诉讼程序，强制合并审理和判决两个有法律上密切关系的诉讼案件提供制度性保障。在总结审判实践经验以及法学研究成果的基础上^⑬，1964年《苏俄民事诉讼法典》第430条规定，法院应当主动在新判决中一并处理执行回转问题，将原审原告依据原判决执行所得到的一切利益返还原审被告。据此从程序制度设计上堵截了当事人寻求另诉解决被执行财产事后救济问题的可能性，同时也从客观上促成民事执行回转制度具有了排除另诉的固有功能。

第二，以民法典明确规定处理民事执行回转案件的实体法基础，从实体法上堵截当事人另行诉讼的可能性。按照苏联民法理论的解释，民事执行回转的实体法基础是民法规定的不当得利之债。即，被执行财产受损人与受益人就返还被执行财产及利益所产生的法律关系，在民法上称作不当得利之债关系，在诉讼法上称作民事执行回转关系。由于民事执行回转案件只能通过与本案强制合并方式得到审理和判决，因此这种以实定民法为基础明确规定执行回转实体法律依据的做法，具有堵截当事人以其他实体法规定为依据另行诉讼的可能性，从而在客观上促成民事执行回转制度具有了排除另诉功能。从比较法上观之，德日法理也以不当得利

之债解释被执行财产事后救济的实体法基础,因此与苏联法理别无二致。但由于德日法没有规定民事执行回转制度,所以当事人只能通过另诉方式解决被执行财产事后救济问题。

第三,采用审执分立的程序构造处理民事执行回转案件。民事诉讼程序应当实行审判程序和执行程序分立,这是一条普适性程序原则,其法理依据不言自明。虽然《苏俄民事诉讼法典》将民事执行回转制度置于执行程序篇中规定,但这并不意味着适用执行程序审理民事执行回转案件。按照苏联法理的解释,民事执行回转案件属于涉及当事人实体权利义务关系(不当得利之债关系)的诉讼案件,它是审判权的行使对象,应当由法院依职权启动以及强制合并审理。按照苏联法的规定,民事执行回转案件的执行属于执行法院的主管事项,由司法执行员负责,因此苏联法院既无可能也无必要适用执行程序审理民事执行回转案件。与之相对,我国法院现在采用“审执一体化”的组织构造和程序构造处理民事执行回转案件,在制度设计上与苏联法的“审执分立”形同两极。

三、法系意识考察之二:不当得利与民事执行回转的实体法基础

如前所述,苏联民法明确规定民事执行回转的实体法基础是不当得利之债,这与许多大陆法系国家将不当得利之债待为不当执行事后救济制度的实体法依据,在本质上别无二致。但是苏联法针对民事执行回转实体法基础规定的不当得利制度,除具有比较法上的共性外,在形式和内容方面还具有鲜明的个性,因而在法解释论上具有不同于其他国家民法解释的特别之处。

(一)民法规定

1922年《苏俄民法典》是世界上第一部具有社会主义性质的民法典,它在第399条规定了不当得利之债的一般原则,即“无法律上契约上所规定之充分根据,有损他人而获得利益者,应返还其所获

利益。获得利益之根据,于事后消灭时,亦发生返还之义务。”^⑩1964年《苏俄民法典》修正时沿用上述第399条的内容,仅将法条序号改为第473条。不当得利之债的成立要件有二:一是对方损害他人而获得利益;二是获得利益无法法律根据。从形式上考察,在不当得利成立要件的规定及表述方面,《苏俄民法典》似乎与我国《民法典》第122条、第985条基本相同。但从实质上考察,两者在“没有法律根据”的解释方面却明显有别。《苏俄民法典》规定的“无法法律根据”情形有二:一是取得利益之时没有法律根据;二是取得利益的法律根据于事后消灭。目前我国《民法典》只明确规定了前一种情形,而对于后一种情形却语焉不详。按照苏联民法理论的解释,因法律根据于事后消灭而产生的不当得利情形主要有三:其一,债的目的消灭。例如,裁缝店因丢失顾客衣料而向顾客赔付了等价金钱,但事后因找到衣料并退还顾客而使赔付目的(债务目的)消灭,据此顾客已领受的赔款就成为不当得利。其二,因颁布具有溯及力的新法律而使履行完毕的债务之法律根据消灭。例如,政府在产品降价文件中规定,其效力及于供应合同中已经履行完毕的产品,据此供货方按旧价格取得但高于新价格的这一部分差价,也属于不当得利。其三,作为执行根据的法院判决、仲裁裁决以及公证文书经法院撤销的,已被执行的财产及利益成为原判决执行受益人的不当得利。^⑪在上述三种因“法律根据于事后消灭”产生的不当得利情形中,第三种是民事执行回转的实体法基础及其成立要件。

民事执行回转的实体法基础是不当得利之债,因此其内容也必须以民法规定的不当得利之债的内容为基础。按照苏联民法理论的解释,不当得利之债的内容以得利人向受损人返还所取得的一切为原则,即优先适用原物或实物返还;仅在原物或实物返还不能时,受损人可以主张赔偿等值财产或金钱。关于不当得利数额的计算,苏联法院在审判

实践中通常是以财产取得时的时价为标准,而不是以受损人起诉或得利人返还财产时的时价为标准。这是因为苏联实行计划经济而不是市场经济,在计算不当得利的具体数额时,原则上执行国家定价,以实际取得为计算原则,不考虑可期待利益亦即财产的增值或减值。按照《苏俄民法典》的规定,得利人除向受损人返还或赔偿已取得的财产和利益外,还应当向受损人支付相应的利息;不当得利取得人死亡的,其财产继承人是不得得利返还诉讼中的被告,在执行回转案件中也可以适用诉讼继承。

(二)诉讼法规定

虽然不当得利之债是民事执行回转的实体法基础,但鉴于执行回转关系有着不同于普通不当得利之债关系的特殊性,为此又在民事诉讼法中规定了执行回转关系的成立要件和适用例外。这种由诉讼法规定的调整当事人间争讼法律关系的法律规范,在本质上属于实质诉讼法规范而不是民法规范。^⑤

1964年《苏俄民事诉讼法》第432条规定,对于追索个人劳动报酬、集体农庄劳动收入,或者著作权、发现权、发明权、合理化建议权的报酬,或者抚养费、伤残损失费、抚恤金以及其他损害健康赔偿费等诉讼案件,除撤销原判决的理由是因为原审原告对领取报酬及费用有虚假陈述或伪造文件的情形外,否则不予回转执行。按照苏联法理的_{解释},由诉讼法规定不予返还得利情形的目的在于,这些属于超发部分的金钱,通常都已经被劳动者用于日常生活消费开支,甚至被领取人当作维持生活的主要来源,倘若法院判决劳动者必须返还这些金钱,势必给劳动者及其家庭生活和财产状况造成负面影响。如是,民事诉讼法为了保护劳动者及其家庭的生活得以正常进行,特别规定了上述不予追索或返还的情形。^⑥另外,1969年《苏俄婚姻与家庭法典》第97条规定:“除了被撤销的法

院判决是根据原告提供的假情况或假证件作出的以外,已经给付的抚养费不得重新索回。”^⑦在本质上,这也是一条仅适用于诉讼领域而非生活领域的实质诉讼规范。

四、法系意识考察之三:“审执分立”与民事执行回转的程序构造

民事执行回转案件在本质上属于以判决确定实体权利义务归属的诉讼案件,因此其实体处理程序当然适用审理程序;民事执行回转案件的执行在本质上同于普通民事执行案件,其执行活动也当然依照普通执行程序的规定进行。民事执行回转制度建立在职权主义诉讼体制之上,因此在审理程序和执行程序的具体制度设计上有着与当事人主义诉讼体制不同的特色。

(一)民事执行回转案件审理程序

与普通民事诉讼程序的启动和案件合并均采用当事人进行主义不同,民事执行回转案件于此两个方面都采用职权进行主义。简言之,职权启动和职权合并是民事执行回转案件审理程序的两大特色。但两者在实现“最终调整说”的制度目的和排除另诉功能方面发挥的作用并不等值。

职权启动虽然在客观上发挥了堵截当事人另行诉讼的作用,但实质上由当事人启动审理程序也可以达到同样效果。例如,对于法院没有依职权在新判决中一并审理民事执行回转案件的情形,当事人可以申请一审法院适用解释判决程序进行处理。解释判决(разъяснение и толкование решений)是指当事人因判决内容不明确而要求法院对此作出说明的诉讼制度。法院依当事人申请启动解释判决程序,在不改变新判决内容的前提下处理执行回转问题;当事人不服一审法院对解释判决问题作出的裁定,可以向二审法院提出上诉(《苏俄民事诉讼法典》第221条)。因此,职权启动只对排除另诉功能的实现起到加持而不是决定性作用。

职权合并对于实现“最终调整”和排除另诉具

有决定性作用。这是因为法律规定适用同一程序强制合并本案和执行回转案件的审理,才使得当事人不可能再另寻其他诉讼程序处理被执行财产事后救济问题。因此,利用同一程序强制合并两个案件的审理和判决,是立法上设立和实务中适用民事执行回转制度必须遵循的基本法理。关于利用同一程序合并审理与最终调整的关系,学者们曾以新判决撤销原执行根据后没有一并处理执行回转案件的情形为例,就法院应当适用何种审理程序为实施执行回转提供执行根据的问题展开了一场激烈论战。其争议焦点在于,是否允许当事人采用增加新诉或者另行诉讼方式,要求法院解决本应在新判决中一并处理但未作处理的民事执行回转问题?阿布拉莫夫认为,对于此种情形,法院应当适用补充判决程序“以补充判决解决之”^⑧。但依据法理解释,补充判决相当于一个独立判决,法院若适用补充判决程序处理民事执行回转案件,则等同于在新判决之外又另行一个判决解决执行回转问题,这无疑与最终调整说强调的以新判决一并解决执行回转案件的要求发生矛盾。鉴于此,克林曼主张,对于上指情形,法院应当适用解释判决程序并依据解释判决裁定进行处理,“而不是采用补充判决和另行独立之诉的判决方式加以解决”^⑨。在法理上,解释判决裁定不属于新判决之外的独立判决,因而适用解释判决程序处理民事执行回转案件,在理论上符合以一个新判决合并处理两个案件的要求,并能够与最终调整说的目的论保持首尾一致。克林曼的观点被1964年《苏俄民事诉讼法典》采纳。这里顺带一句,我国有学者因受阿布拉莫夫观点的影响,也主张对于没有在新判决中一并解决执行回转问题的情形,要求人民法院适用补充判决程序以裁定解决之^⑩。

(二)民事执行回转案件执行程序

执行程序是民事诉讼的最终阶段。关于执行回转案件的执行,苏联法规定由司法执行员在执

行法院的监督下依照执行程序进行,但执行法院及其司法执行员不得对执行回转案件进行实体审理。与我国民事执行回转案件直接以执行根据为执行程序启动根据不同,苏联法是以新判决为执行根据,以执行书为程序的启动根据。执行根据(основания исполнения)是指能够取得法院执行且法院必须执行的法律意义上的根据。由于执行根据都采用书面形式,所以我们习惯上将之称作法律文件或执行文书^⑪。而执行文书(исполнительные документы)是基于执行根据记载具体执行内容的文书,它是启动执行程序的根据,这一点就如同普通民事诉讼程序始于提交诉状。因此从理论上说,执行法院是根据执行文书而不是执行根据启动执行程序。民事执行回转案件的执行根据是指法院在撤销原判决后作出的新判决或裁定;其执行文书是指由作出新判决或裁定的法院针对执行回转案件的执行专门发放的执行书(исполнительные листы)^⑫。

执行书由法院在判决发生法律效力及确定后发放给追索人。依照《苏俄民事诉讼法典》第340条规定,追索人可以自己将执行书提交执行法院(自行提交方式),也可以申请执行书制作法院直接交付执行法院(直接交付方式),据此启动执行程序。对于民事执行回转案件执行程序的启动,原则上采用依职权直接交付执行书方式。我国司法实践在相当长一段时期里也是采用直接交付方式启动民事执行回转案件的执行程序,其理由是人民法院应当主动纠正错误裁判给被执行人造成的损失,以此减轻当事人的讼累。^⑬民事执行回转案件的执行由司法执行员依照两种法定方式进行。首先是采用责令债务人自行执行判决方式。依照《苏俄民事诉讼法典》第356条规定,司法执行员在着手执行时,应当向债务人发出通知,并责令债务人在五天以内自行执行判决。我国《民事诉讼法》第233条有关裁定“责令取得财产的人返还”被执行财产

的规定,在实质上暗合了责令被执行人自行执行判决方式的立法趣旨。其次是采用强制执行判决方式。依照《苏俄民事诉讼法典》第357条规定,司法执行员在责令债务人自动执行判决的期限届满后,对于债务人没有主动执行判决的情形,应当运用强制执行措施进行执行。为了保障债务人及被执行人的日常生活和生产工作得以正常进行,苏联法还特别规定了债务人免于强制执行的财产对象及范围。^④我国《民事诉讼法》第233条有关取得被执行财产人“拒不返还的,强制执行”的规定,与上指强制执行判决方式的立法趣旨别无二致。

五、法系意识对修正民事执行回转制度的启示

我国民事执行回转一直缺位实体法基础,且司法实践中出现了允许另诉和采用“审执一体化”程序构造的现象,这使得它在实际运行中不能充分发挥应有的制度性效果。如是,以下结合上述三个方面的法系意识考察,从立法论上对修正现行民事执行回转制度提出若干建言,以供学界和立法者参考。

第一,从制度顶层设计上明确我国民事执行回转制度的设置目的,审慎研判增设民事执行回转之诉的必要性和可行性。从法系意识上考察,民事执行回转是通过同一程序和判决对当事人间具有密切联系的两个法律上争议进行一次性处理,以实现当事人间争讼法律关系的最终调整,因此排除另诉是其固有功能。但是,今天的诉讼实务已经违背了本有的制度目的并打破这一固有功能。例如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第494条规定,对于特定物执行不能且双方当事人不能就折价赔偿协商一致的民事执行回转案件,人民法院应当终结执行程序,由申请执行人通过另诉方式实现被执行财产的事后救济。^⑤不仅如此,处于起草中的《民事强制执行法》还拟通过增设民事执行回转之诉来完善民事执行救济制度。从制度的设置目的与各个相关诉讼制度的整

序关系上分析,在法律已经对被执行财产事后救济设置了具有排除另诉功能的民事执行回转制度的同时,又设置与之相反的独立之诉,这无疑在理论上难以做到自洽。因此,我们有必要从顶层设计上就未来的被执行财产事后救济制度进行规划和论证,亦即是从一元论立场选择可以首尾呼应的执行回转制度或执行回转之诉?还是从对立的二元论立场规定并驾齐驱的执行回转制度和执行回转之诉?这里以为,虽然民事执行回转制度生成于职权主义诉讼体制,但造成我国司法实践没有充分发挥其预设的制度性效果的根本原因,并不在于此种体制上的原因,而是在于如下所述的实体法基础缺位和“审执一体化”组织构造及程序构造。因此,我们若从民事诉讼追求的经济和迅速这两个理念出发,对于传统民事执行回转中的职权启动和合并进行当事人进行主义的改造,亦即通过规定当事人申请和法定合并方式改造职权进行主义,就有可能在继续沿用民事执行回转制度的同时,仍能够实现其预设的最终调整之制度目的以及排除另诉的固有功能。

这一建言并非凭空而出,其理由在于,目前诉讼实践中采用的当事人申请制虽有违《民事诉讼法》规定的职权启动制,但此种做法已经在相当程度上接近了另诉,所以我们大可不必弃民事执行回转制度而择执行回转之诉,更无必要设置理论上相互矛盾却制度上并行的两种被执行财产事后救济方法。另外,我们在理论上尚未就如何增设执行回转之诉进行全面论证,亦即缺乏理论支撑也是这里不赞成仓促设其的一个重要理由。例如,仅从审理程序构造方面言说,如果照搬普通民事诉讼程序运行民事执行回转之诉,这显然不符合经济和迅速这两个诉讼理念的要求。然若专门规定一个类似简易程序的特别程序处理执行回转案件,这似乎又与保留改造后的民事执行回转制度并无实质区别。

第二,统一被执行财产事后救济及民事执行回转的实体法基础,扩大《民法典》不当得利规定的适

用对象及范围,为人民法院处理民事执行回转案件提供明确的实体法依据。在实定法秩序下,由于《民法典》没有明确规定民事执行回转的实体法依据,人民法院目前只能依据《民事诉讼法》以及司法解释的相关规定处理执行回转案件的实体问题。这些依据主要有:(1)返还被执行财产(《民事诉讼法》第233条、《执行规定》第109条);(2)支付被执行财产的孳息(《执行规定》第109条);(3)赔偿损失(《民事诉讼法》第105条、第107条)。另外,依照《民事诉讼法》及司法解释的趣旨,执行回转案件以返还原物为原则,但同时又特别规定,对于错误保全和先予执行案件以赔偿损失为原则。这种实体裁判依据多样化的现状,不仅为我们研究执行回转实体法基础问题增加了复杂性,也为人民法院适用法律带来了诸多不便和困惑。通过法系意识回顾可知,民事执行回转案件是以原执行根据被人民法院撤销或变更为成立要件的返还不当得利案件,它有别于侵权责任案件和违约责任案件。这种将民事执行回转实体法基础统一解释为不当得利之债的法理,既是堵截当事人在执行回转制度之外另寻法律依据提起诉讼的法理依据,也是要求人民法院应当按照“审执分立”程序构造处理执行回转案件的法理依据。要之,实体裁判依据的多样化必然招致诉讼标的及案由的多样化,从而制约民事执行回转制度排除另诉功能的实现。例如,虽然《民事诉讼法》第107条规定错误先予执行案件的事后救济之实体依据同于第105条规定的错误保全案件,两者都以损失赔偿为原则,但司法解释却规定当事人对于错误先予执行案件只能依照《民事诉讼法》第233条规定申请执行回转,而不能如同错误保全案件一样提起侵权损害赔偿之诉。^⑤之于为何对承担同样法律责任(损害赔偿责任)的被执行财产事后救济案件适用不同的处理程序,对此尚未见到权威性或具有说服力的解释。但从诉的理论上分析,若以侵权之债解释错误先予执行案件事后救济的实体

法基础,对于当事人提起返还原物之诉之情形,岂不因缺乏诉的利益而应当被人民法院驳回?另外,不当得利的制度目的是责令受益人返还无法法律根据的所受利益,而不是填补受损人因利益损失所受到的损害,因此以侵权之债解释错误先予执行案件事后救济的实体法基础,也有违民法理论和《民法典》的规定。

这里鉴于《民法典》方才实施于短期内不宜修正之实际,建言最高人民法院在制定《民法典》司法解释或牵头起草《执行法草案》中,基于法系意识之考量,将不当得利之债确定为民事执行回转的实体法基础,明确规定“法律根据于事后消失”为不当得利的发生原因,据此为人民法院处理民事执行回转案件提供统一的实体裁判规范。

第三,复原“审执分立”程序构造,彻底否定《执行规定》确立的“审执一体化”处理执行回转案件程序。民事执行回转现在主要是依照《执行规定》第109条确立的组织构造和程序构造运行。该条规定“在执行中或执行完毕后,据以执行的法律文书被人民法院或其他有关机关撤销或变更的,原执行机构应当依照民事诉讼法第二百一十条的规定,依当事人申请或依职权,按照新的生效法律文书,作出执行回转的裁定,责令原申请执行人返还已取得的财产及其孳息。拒不返还的,强制执行。”如前面反复所述,民事执行回转案件是关涉当事人间实体权利义务关系调整的诉讼案件,而《执行规定》起草者却将之待为单纯的执行案件——所谓“再执行案件”^⑥,进而规定了违反《民事诉讼法》第223条本旨的处理执行回转案件的组织构造和程序构造。首先是《执行规定》第109条在组织构造上规定由“原执行机构”负责民事执行回转案件的审理和执行,由此违背了由审判组织和执行机构分别处理实体问题和执行问题的基本法理,同时还突破了《民事诉讼法》第223条有关撤销原执行根据的人民法院作出执行回转裁定的立法趣旨,以及由执行机构

负责该裁定执行的立法精神。其次是在程序构造上规定适用执行程序处理执行回转案件的审判业务和执行业务。按照1991年《民事诉讼法》第214条(现为第223条)起草人的解释,由撤销原执行根据的人民法院作出的责令回转裁定是具有实体内容的执行根据,^⑧而不是单纯的启动执行程序的依据。否则,《民事诉讼法》第223条中就不会出现“对已被执行的财产,人民法院应当作出裁定,责令取得财产的人返还;拒不返还的,强制执行”的表述。而《执行规定》改由“原执行机构”适用执行程序作出责令回转裁定,其实质等同于适用执行程序处理民事执行回转案件的实体问题。

这里以为,导致《执行规定》采用执行兼办审理的“审执一体化”组织构造和程序构造处理执行回转案件的根本原因,是由于我国民事执行回转长期缺位实体法基础,将关涉当事人间实体权利义务关系调整的诉讼案件待为单纯的执行案件。因此,我们现在应当藉制定《民事强制执行法》之契机,否定《执行规定》第109条,从而回归“审执分立”的程序构造来处理民事执行回转案件。另外,为了避免民事执行回转因带有“执行”二字而被误解为一种单纯的执行制度,建议今后在修正《民事诉讼法》时,将有关民事执行回转的成立要件、法律效果等规定,由现在的执行程序篇移至审判程序篇,取消现行法中有关原申请执行人拒不返还被执行财产及不主动履行执行回转裁定时,应当对其实施“强制执行”的表述。这是因为:其一,民事执行回转案件作为诉讼案件之一种,在法理上应当适用审理程序进行审理,同时有关其审理程序的特别规定也应当放在审理程序篇而不是执行程序篇;其二,对于一方当事人拒不主动履行裁判的情形,按照现行法律规定,相对方当事人当然可以依法申请强制执行,所以法律上没有必要再作出重复规定。

结语

我国民事执行回转制度是对苏联法的移植,但

基于诸多历史原因,它在本土化过程中发生了与原型法理背道而驰的异变。从今天的实际运用效果上考察,这种异变并没有为我们带来“青出于蓝”的惊喜,而是留下了南橘北枳般的失望。一如实务界人士认为的那样,“执行回转制度在司法实践中的‘空转’现象仍时有发生,不仅没有发挥其应有的权利救济作用,反而一定程度上给执行实践造成了困扰。”^⑨因此,我们有必要从法系意识上考察民事执行回转制度的特质及内容,还其于本来面目,从制度目的、实体法基础以及“审执分立”三个方面修正现行制度,以发挥其在民事诉讼中的固有作用。但同时我们也必须看到,民事执行回转制度毕竟是职权主义诉讼体制的产物,采用职权启动和职权合并保障其实现排除另诉功能的做法,有违当事人主义诉讼观的要求。所以,我们在修正民事执行回转制度时,切不能墨守成规,对苏联法及其法理亦步亦趋。就如何结合我国民事诉讼理论及法制的实情,对民事执行回转的传统法理以及制度设计进行修正,本文中虽有若干提及,然相较于此题所涉内容足以容纳民法学者和民事诉讼法学者共同参与研讨而言,真可谓微不足道。如是,期待本文能够起到抛砖引玉之效。

**文中俄文资料的收集与翻译得到了黑龙江大学中俄学院宫楠博士的大力支持,在此鸣谢。

注释:

①《执行法草案》第52条规定:执行根据被依法撤销、变更的,原被执行人可以向原执行法院提出执行回转申请,请求原申请执行人返还因强制执行所受的清偿,也可以向有管辖权的人民法院提起诉讼。此条是对2019年9月《民事强制执行法草案(征求意见稿)》第94条只字未动的沿用。

②邱强:《“执行回转”制度的检视与完善》,《人民法院报》2019年11月20日。

③参见郭学贡：《中华人民共和国民事诉讼法讲义》（油印本），东北人民大学教材出版科印刷，1957年6月，第157页。

④关于法系意识在我国民事诉讼法学研究中的现实意义，参见拙作《法系意识在民事诉讼法学研究中重要意义》，《法学研究》2012年第5期；《中国民事诉讼法制现代化百年进程中的法族意识》，载江伟主编：《比较民事诉讼法国际研讨会文集》，中国政法大学出版社2004年版，第374-409页。

⑤[苏联]克林曼：《苏联民事诉讼法概论》，中央人民政府法制委员会编，张文蕴译，赵涵舆校，人民出版社1951年版，第39页。

⑥参见[苏联]克列曼：《苏联民事诉讼》，王之相、王增润译，法律出版社1957年版，第337页；[苏联]C. H. 阿布拉莫夫：《苏联民事诉讼》（下），中国人民大学民法教研室译，中国人民大学出版社1954年版，第90页；[苏联]阿·阿·多勃罗沃里斯基：《苏联民事诉讼》，李衍译，常怡校，法律出版社1985年版，第742页。

⑦参见[罗]格·波卢姆勃：《罗马尼亚社会主义共和国民事诉讼》第十一章第十四节“判决执行的回转”，李衍译，西南政法学院诉讼法教研室、西南政法学院科研处编印，印刷时间不详（1985年左右），第147-148页；[蒙]多弗顿基因·鲁弗桑沙拉夫：《蒙古人民共和国民事诉讼》第十四章第九节“判决执行的回转”，李衍译，西南政法学院法律系诉讼法教研室编印，1986年12月印刷，第127-128页。

⑧参见《俄罗斯民事诉讼法典》第443-445条，程丽庄、张西安译，厦门大学出版社2017年版，第165-166页。

⑨《最高人民法院关于当事人申请财产保全错误造成案外人损失应承担赔偿责任问题的解释》（法释[2005]11号）；最高人民法院（2017年）最高法民终118号，《最高人民法院公报》2018年第10期。

⑩《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5号）第494条规定：“双方当事人对折价赔偿不能协商一致的，人民法院应当终结执行程序。申请执行人可以另行起诉。”

⑪Л. И. Анисимова、Л. Ф. Лесницкая: Поворот исполнения судебного решения в советском гражданском процессе, Научная конференция аспирантов ВИЮН, Тезисы докладов. М. 1955. ст. 9.

⑫同前注⑥，克列曼书，第338页；C. H. 阿布拉莫夫书，第90页。

⑬中央人民政府法制委员会编：《苏俄民法典》，王增润译，王之相校，新华书店发行，1950年，第162页。

⑭本段内容根据苏联学者B. П. 格里巴诺夫、С. М. 科尔涅耶夫主编《苏联民法》（下册）（中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译，法律出版社1986年版，第440-441页）和苏联学者C. H. 布拉图斯主编《苏维埃民法》（第三册）（张泽武等译，江平校，法律出版社1957年版，第392页）的相关内容，撮述而成。

⑮关于实质诉讼法概念的解释及其理论基础，参见拙作《民事实质诉讼法初论》，《法学研究》2018年第6期。

⑯同前注⑭，C. H. 布拉图斯书，第397页。

⑰《苏俄婚姻与家庭法典》，马骧译，王家福校，中国社会科学出版社1978年版（内部发行），第31页。

⑱同前注⑥，C. H. 阿布拉莫夫书，第91页。

⑲Л. И. Анисимова、Л. Ф. Лесницкая: Поворот исполнения судебного решения в советском гражданском процессе, Научная конференция аспирантов ВИЮН, Тезисы докладов. М. 1955. ст. 9.

⑳石宝山等：《中华人民共和国民事诉讼法教程》，吉林大学法律系编印，1981年，第254页。

㉑参见法学教材编辑部《民事诉讼法教程》编写组：高等学校法学试用教材《民事诉讼法教程》，法律出版社1983年版，第383页。

㉒执行文属于执行文书的一种。虽然“执行文书”和“执行书”在汉译概念上仅一字之差，但两者的实质意义却不相同，因此我们切不可按照汉译概念从字面上理解两者的真实含义，以免发生无谓争议。

㉓参见中央政法干部学校教务处编印：《中华人民共和国

民事诉讼法(试行)短训班部分讲义》,1982年6月,第190页。

⑳参见《苏俄民事诉讼法典》附录—《不能依照执行文书提起追索的公民财产》,梁启明、邓曙光译,刘家辉校,法律出版社1982年版,第151-152页。

㉑杜万华:《最高人民法院民事诉讼法司法解释实务指南》,中国法制出版社2015年版,第770页。

㉒《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2015]5号)第173条规定,对于错误先予执

行案件的被执行财产事后救济,当事人应当依照《民事诉讼法》第233条规定申请执行回转,亦即不得提起侵权损害赔偿之诉。

㉓黄金龙:《关于人民法院执行工作若干问题的规定实用解析》,中国法制出版社2000年版,第334页。

㉔最高人民法院民事诉讼法培训班编:《民事诉讼法讲座》,法律出版社1991年版,第177页。

㉕同前注②。

Review of the System of Recovery Execution with the Consciousness of Legal Families and Its Practical Significance

Chen Gang

Abstract: Reviewing with the consciousness of legal families, the system of recovery execution is legislated to ultimately adjust the disputed legal relation between the parties in the execution process, and the civil relation in the recovery execution is based on debt of the unjustified enrichment stipulated in civil law. In other words, the case of recovery execution is solved in a trial-and-executionseparating procedural structure. But in China, the system of recovery execution was imported and localized incompletely. As a result, the function of the recovery execution to exclude a new action and give a remedy for the executed property can't play its role in judicial practice. Nowadays, the drafter of the Civil Execution Law wants to adopt the action of recovery execution to legislate the integration of trial and execution and complete the reform of the current system of recovery execution. However, such reform will make the present problems more difficult to be resolved, because it deviates further from the consciousness of legal family. Based on the original literature, this paper gives a review to the nature and running condition of the system of recovery execution, and delivers a legislative research on the amendment of the current system of recovery execution in China.

Key words: Recovery Execution; Theory of Final Adjustment; Unjustified Enrichment; Separation of Trial and Execution