

# 效力瑕疵执行和解协议制度的实然缺憾与应然选择 ——以《关于执行和解若干问题的规定》第16条为中心

刘小砚

(西南政法大学 法学院, 重庆 401120)

**摘要:** 中国当前的效力瑕疵执行和解协议制度,存在权利救济情形过少、权利行使主体单一、权利行使方式不当的现实困境。这一困境是基于立法者忽视执行和解协议天生具备的私法属性,采取债权人中心主义与效率价值优先理念违背了利益衡量理念和多元价值衡平思维。为完善效力瑕疵执行和解协议制度,在理念上,应以比例原则与效率与公正衡平原则指导制度安排和司法适用。在具体规则上,应修正将执行和解协议与民事合同完全等同的制度设计;在权利救济情形层面,划定除显失公平外的所有实体法效力瑕疵为权利救济情形;在权利行使主体层面,根据实体法效力瑕疵类型重新界定权利行使主体;在权利行使方式层面,增设执行完毕后当事人权利实现的诉讼程序。

**关键词:** 执行和解; 执行和解协议; 效力瑕疵执行和解协议; 意思自治

**中图分类号:** DF72

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1009-3370(2020)02-0142-09

## 一、效力瑕疵执行和解协议制度的实然缺憾

自20世纪90年代以降,学界有关民事执行和解的争论莫衷一是。学者关注的焦点多集中于执行和解的本质、性质、类型、效力等方面<sup>[1][44-154][2-4]</sup>。由于对此类基础性理论尚未达成共识,致使实践中的执行和解处于软约束状态,故对这些问题的探讨确有必要<sup>[5]</sup>。执行和解协议系双方当事人意思自治下的合意结果。从客观上看,当事人的意思表示也存在不真实、不自由甚至不合法的可能性。执行和解协议的成立并有效应是执行和解制度得以完善与优化的前提<sup>[6][259]</sup>。

中国2012年《民事诉讼法》第230条第2款对效力瑕疵执行和解协议制度正式作出规定,填补了立法空白。2017年《民事诉讼法》第230条沿袭了这一规定。该条规定背后的潜在结论却存在诸多逻辑漏洞,造成司法实践的混乱和失序。

第一,权利救济情形过少,立法规范仅限欺诈、胁迫两种情形,未对其他效力瑕疵类型的执行和解协议进行救济。不论将执行和解协议定性为诉讼契约还是私法契约,该协议均系以双方当事人自愿为前提、以意思表示一致为基础的协议。执行和解协议也存在无效、可撤销和效力待定的可能。换言之,民法上有关意思表示瑕疵的类型在执行和解协议中同样存在。但《民事诉讼法》第230条第2款却仅对欺诈、胁迫两类实践中常见的效力瑕疵进行救济,而就为何仅对欺诈、胁迫两种情形进行立法,不仅在立法理由上缺乏合理根据,在法解释论上也缺乏必要展开。按照现行规定,若执行和解协议存在诸如当事人不具有完全民事行为能力的瑕疵,相对人将无法维护自身合法权益<sup>①</sup>。

第二,权利行使主体单一,被执行人未被列入救济范围。在执行和解协议的订立过程中,申请执行人常常处于被动地位。尤其是在申请执行人与被执行人之间信息不对称的情况下,执行法官为了提高执结率,有时会以被执行人经济状况不佳、执行成功几率小为由促使申请执行人让步部分权利,与被执行人签订执行和解协议,以达申请执行人实现债权之效果<sup>[7][5-16]</sup>。在这一背景下,申请执行人受欺诈、胁迫是常态,被申请人受欺诈、胁迫则是例外。法律不能只保护权利可能受到侵害的多数人利益,而对少数人利益置于不顾。法律

收稿日期: 2018-08-17

基金项目: 国家社科基金项目“迈向制度理性的民事庭审阶段化构造研究”(15XFX012);重庆市社会科学规划项目博士项目“审执分离背景下民事执行争议解决程序研究”(2017BS37)

作者简介: 刘小砚(1990—),女,法学博士,讲师,E-mail:iris\_liuxy@126.com

①广东省高院认为,对和解协议其他争议问题等属于实体法律关系,应由当事人另案解决。广东省高级人民法院(2012)粤高法执复字第79号执行裁定。

规范应当在坚持公平、正义的基础上尽可能多的保护当事人利益。如果法律缺乏制度基础,令被侵权者无所适从,那么人的自由的领域就同样不可靠<sup>[8]225</sup>。第230条第2款只规定了常态,而忽略了例外,使得立法对双方当事人的保护有失偏颇。此外,按照该款文义解释,在申请执行人受欺诈、胁迫的情形下,双方当事人均享有撤销权,这与民法中的意思表示瑕疵理论不同,其合理性有待商榷。

第三,权利行使方式不当,申请恢复原生效法律文书的救济方式只能适用于执行程序过程中,若执行程序归于终结,当事人于执行程序中的相关权利无法实现。依据《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(简称《执行规定》)第87条,执行和解协议履行完毕的,法院应作结案处理。若当事人在执行和解协议履行完毕之后才发现自己被欺诈,或者胁迫直至执行和解协议履行完毕之后才终止,由于已经执行结案,受欺诈、胁迫一方所受损害则无法通过申请恢复原生效法律文书得以救济。

面对实践困境,最高人民法院2018年初颁布《关于执行和解若干问题的规定》(简称《执行和解规定》),其中第16条对该制度作出进一步规定<sup>①</sup>。当事人、利害关系人主张和解无效或可撤销的,应通过诉讼程序认定,再向法院申请恢复执行。《执行和解规定》扩张了效力瑕疵执行和解协议制度的权利救济情形,增加了债权人通过另行起诉方式获得救济的途径,确立了申请恢复执行和另行起诉作为解决执行和解协议效力争议的两种权利行使方式,明确了这两种权利行使方式的适用顺序,并完善了执行和解协议效力争议的解决规则依据,在相当程度上解决了上述长期困扰司法实践的难题。然而,无论从理论层面还是实践层面看,《执行和解规定》都是对既有智识和经验的突破和超越,合法性与合理性有待进一步思辨与考证。此外,该规则在一定程度上将效力瑕疵执行和解协议的处理规则与实体法中效力瑕疵合同的处理规则等同,在法律上也值得商榷。基于对本次修订的解读,在比较《民事诉讼法》第230条第2款与《执行和解规定》第16条之条文变动的基础上,效力瑕疵执行和解协议制度值得进一步深入思考。

## 二、效力瑕疵执行和解协议制度困境的成因分析

### (一)效力瑕疵执行和解协议制度的理念失当:利益衡量理念的缺失

在现代强制执行理论上,民事执行的基本目的并非仅为生效法律判决的实现,其亦关注私法债权的实现<sup>[9]34</sup>。由于执行和解制度的本质是“以部分实体权利的处分来换取执行名义所定权利内容的实现”<sup>[10]</sup>,因而该制度天生具有保护债权人的制度目的。鉴于中国司法亟待突破“执行难”这一困境,在理论与实践的指导下,债权人中心主义促使债权人在无后顾之忧的情形下进入和解程序,从而为执行和解制度焕发出勃勃生机提供了理论根基。立法者理所当然地认为,不论因何种原因导致执行和解协议不履行,都应当以债权人的利益为重。

正当的法律程序理应对利益冲突或利益重叠进行平衡、权衡或调整,现行效力瑕疵执行和解协议制度缺乏利益衡量理念。检阅和梳理大量案例后发现,在执行和解制度中,导致执行和解协议存在效力瑕疵的原因各异,既可能归结于债务人或第三人的过错,也可能归结于债权人的过错。例如,在成功、王飞与惠州市惠阳区南凯实业有限公司借款纠纷一案中,执行和解协议的无效正是基于债权人的无权处分与无权代理行为<sup>②</sup>。执行和解协议是双方当事人意思自治的结果,债务人的意思表示当然存在不真实、不自由的可能。就过错应归结于何方当事人而言,这与《民事诉讼法》第230条第2款中段“当事人不履行和解协议”有所不同。有学者认为,第230条第2款中段所规定的情形中,也可能是基于债权人违约申请恢复执行<sup>[11]</sup>,但笔者不赞成这一观点。从实践经验上看,“当事人不履行和解协议”基本均归结于债务人未按协议约定履行义务。另外,根据《执行和解规定》,在债权人或第三人申请恢复执行时,法官应当对其申请恢复执行的理由是否正当进行审查,如果查明债务人积极履行执行和解协议,就不应恢复执行。

在民事程序中,利益衡量与个人需求密切联系,个人需求是利益衡量的正当性基础。司法程序是双方当事人保护自己利益的最优方式。法律确立违约救济制度的目的即是维护无过错方的合法权益,从而保障经济行为的顺利完成及宏观经济制度的稳定和有序。只有当债权人无过错时,法律才应尽力保护债权人的利

<sup>①</sup>《执行和解规定》第16条规定:“当事人、利害关系人认为执行和解协议无效或者应予撤销的,可以向执行法院提起诉讼。执行和解协议被确认无效或者撤销后,申请执行人可以据此申请恢复执行。被执行人以执行和解协议无效或者应予撤销为由提起诉讼的,不影响申请执行人申请恢复执行。”

<sup>②</sup>最高人民法院[2013]执监字第49号。

益。总之,于债务人或债权人权益保护角度而言,应当就具体情况分而对之。在因执行和解协议存在效力瑕疵导致不履行协议的情形下不应忽视对债务人的保护,而在因债务人存在主观过错所导致不履行协议的情形下则应偏重保护债权人利益。

## (二)效力瑕疵执行和解协议制度的价值失位:多元价值衡平思维的缺乏

提高执行效率素来是执行制度改革之要旨。从比较法角度看,德国等其他主要欧陆法系国家亦将实现司法效率作为其重要议题<sup>[12]</sup>。西方法经济学理论认为,制度是分配法律成本的主要方法<sup>[13]</sup>。当事人、法庭等对程序成本及法律适用结果(收益)的考量,将是程序启动及终止的主要诱因。不过,判断法律程序之价值实际上应基于两个维度,一是这个程序是否具备生成良好后果的能力,二是这个程序本身是否能够实现诸如效率、程序理性等价值。惟此两个维度同时满足之时,方可将此评价为具有完整伦理基础的法律程序<sup>[14]</sup>。一个程序的运行需要在成本与收益之间追求最大的交换值。囿于强制执行以实现确认债权为目的,其在立法理念上更注重效率价值。这一立法理念在执行和解制度中则表现为,当执行和解不成功时,以恢复执行原生效法律文书作为唯一救济方式。

执行和解制度仅以效率价值导向为核心是缺乏多元价值衡平思维的体现。当前,在执行效率优先原则之外奉行多元价值衡平执行理念,已经逐渐成为学界主流理论。除确保执行效率之外,执行公正也应是民事执行程序的重要价值目标。“在程序正义方面,要求尊重当事人的自主性、实现当事人诉讼平等、平等主张、平等辩论,并通过辩论原则、处分原则、审判公开、直言言词、回避、程序救济等制度以切实保障程序正义的实现。”<sup>[15]</sup>张卫平<sup>[175-16]</sup>对民事程序应当构建“多重价值衡平思维”的提出,恰恰又说明中国现代执行理论的进化应当以多元价值衡平思维为导向。

反观中国学界对效力瑕疵执行和解协议制度构建的争论,正是集中于应以一元价值还是以多元价值衡平为核心。大致而言,学界主要有否定执行当事人有权就执行和解协议另行起诉的观点,以及支持由债权人选择适用另行起诉和申请恢复执行的观点。前一种观点可称为“新诉提起否定说”,后一种观点可称为“债权人选择权赋予说”。支持“新诉提起否定说”的学者认为,由于执行和解制度遵循效率优先原则,并且和解协议具有公法属性,因而和解协议不可作为提起新诉的依据。而支持“债权人选择权赋予说”的学者则认为,应当在执行和解制度中贯彻意思自治原则和处分原则,注重保障民事权利,避免发生违约不必付出代价的后果。因此,应当赋予债权人选择权,对债务人的救济则应另行构建债务人异议之诉。从程序正义理论而言,侧重保护债权人和执行效率优先理念否定了作为双方当事人意思自治下的执行和解协议天生所具有的私法属性,进而漠视了对债务人的保护和对公平价值的追求。仅仅以效率优先作为效力瑕疵执行和解协议制度的理念,无法克服“执行难”“执行乱”的现实难题。现行效力瑕疵执行和解协议制度在公平、正义核心价值上的缺失,恰是多元价值衡平执行思维缺乏的体现。效率价值导向的单一价值观忽视了公正价值的追求,是引起效力瑕疵执行和解协议制度困境的另一成因。

## 三、效力瑕疵执行和解协议制度的理论选择

### (一)以比例原则指导效力瑕疵执行和解协议的制度安排

产生于德国行政法学的比例原则,是以法治国之民主自决为根本,以社会契约论为基础,以报应公正、分配正义、自由主义国家观念为根基。其核心思想在于,法律必须为既定目的服务,并且应当与该目的达成相适性<sup>[16]678-679</sup>。比例原则的程序正义及利益均衡保护理念均可适用于效力瑕疵执行和解协议制度。

在效力瑕疵执行和解协议制度中,确保目的与手段之间的均衡性,即是权衡当事人之间的利益。在避免对某一方当事人过度保障的同时,对不同救济方式间的利弊加以衡量,使救济对象、救济方式与所追求的目的保持适当、合理、均衡的比例。首先,在救济对象上,《执行和解规定》第16条改变了《民事诉讼法》第230条仅保护债权人的立法状况,规定双方当事人和利害关系人认为执行和解协议无效或者应予撤销的,均可向执行法院提起诉讼,从而平衡了各方当事人的救济权,避免了对债权人过度保障。于效力瑕疵执行和解协议制度而言,解决执行和解协议效力争议是其首要目的。在以解决纠纷为主要的制度中,公正价值的追求尤为重要。无论是债权人抑或债务人之权利,均应是该制度不可偏废而须同时保护的利益。在权利保护层面,无论怎样对利弊加以权衡,都欠缺牺牲债务人利益而张扬债权人利益的实质理由。即使执行法偏重保护债权人,也只能是在二者之间进行平衡,而不是毫无边界的一味保护。不过,使双方当事人的救济权相平衡,并

并不意味着双方当事人的救济方式、救济力度完全一致,而应当根据双方在相应程序中的不同地位,为其配置相应的救济方式,以防止因救济的不平等而须再次进行救济。

其次,在权利行使方式上,《执行和解规定》第16条增加了当事人可就执行和解协议效力争议提起新诉的规定,赋予了当事人一定的程序选择权,从而使当事人能够在衡量两种程序之利弊后做出理性决定。对于效力瑕疵执行和解协议制度而言,可能的救济方式包括申请恢复执行原生效法律文书和就和解协议效力另行诉讼两种方式。第一,就两种救济方式的救济力度而言,诉讼需要启动国家强力或由这种强力所产生的威胁来救济相应的权利,在救济力度上最强<sup>[17]380</sup>;而申请恢复执行原执行名义则规划了执行程序的内容和走向,具有终结执行和解的效力,在救济力度上较弱<sup>[4]24-31</sup>。第二,就不同救济方式所对应的救济对象而言,诉讼以解决实体权利义务纷争为首要;申请恢复执行的救济方式则仅适用于执行和解制度中债权人的债权无法得到实现之情形。此外,权利受到侵害后所应获得的救济力度又与权利重要性程度密切相关。当事人的民事权利或程序权利遭受损害,救济力度最强之诉讼方式即是解决纠纷的最优路径。针对其他一般程序权利受损之情形,仅需予以普通救济手段即可。确保救济力度与权利的重要性程度相适应,不仅能够实现救济手段的层次性和多样性,保证救济方式的恰如其分<sup>[8]</sup>,亦可实现司法资源优化配置,达到目的与手段的合比例要求。对于重要的法律权利,法律还会赋予当事人一定的程序选择权,由当事人自行选择适用何种程序获得救济<sup>[19]</sup>。

## (二)以效率与公正衡平原则约束效力瑕疵执行和解协议的司法适用

《执行和解规定》第16条变更了债权人只能以申请恢复执行寻求救济的模式,规定双方当事人均可针对执行和解协议效力争议提起诉讼,从而将效率优先的立法理念更新为效率与公正衡平原则。民事权利的实现不仅有赖于高效的程序,而且与实体的公正紧密相关。执行程序之争议解决制度,亦应以公正、公平为主要价值维度<sup>[20]34-35</sup>。不仅如此,从以往惟实体公正至上的经验可知,在对实体公正过度追求的同时,缺少对程序公正与效率的保护,亦无法实现真正的实质公正。“公正的程序是产生公正结果的必要条件而不是充分条件。”<sup>[21]54</sup>在因执行和解协议存在效力瑕疵导致不履行协议的情形下,应将公正与效率放在同等重要的地位,赋予当事人诉权,允许当事人就协议效力另诉解决纠纷。“为了实现一定利益,必须要付出适当的成本……所以一个十分复杂并且成本很高的程序依然可能是合理的。”<sup>[22]</sup>《民事诉讼法》第230条第2款所建构的效力瑕疵执行和解协议制度,在“效率优先”立法理念的指导之下,公平价值受到挤压,体现为当前的权利行使主体、权利行使方式都明显偏向保护债权人一方。执行程序天生即具有经济、迅速的特性。此外,在市场经济环境下的法律实践中,“法律也用等同于机会成本的代价引导人们促成效率的最大化”<sup>[21]247</sup>。故在执行程序中,效率与公正间的价值选择中冲突实所存在,致使执行程序在应然状态与实然状态间始终横亘着一条鸿沟。但毋庸讳言的是,自张卫平提出民事程序法理论应当建立“多重价值衡平思维”以来,执行和解制度从效率核心向效率与公正双核心之理论转换势所必然。

执行公正包含形式公正与实质公正双重含义。形式公正指执行程序之公平、公正。实质公正指执行结果之公平、公正<sup>[23]</sup>。在形式公正得以实现的情况下,确保私法与公法二元实体权利与程序权利之不受损害,是效率与公正衡平原则之重要维度。于执行公正之理论解构中,应当明确,国家法律体系是保障民主和自由的基础,当事人间的平等与公平是民事程序正当化之基石。构建民事程序法之公正价值体系,应当确立程序平等与公正、当事人利益衡平、有效性、利害关系人权利保护等多项原则<sup>[24]</sup>。可以说,执行制度之改革正是通过对实体法权利保障之考量来保证执行公正。此外,形式公正与实质公正也是当前“法治中国”建设的重要方面和探索自主型中国法治发展道路的关键环节<sup>[25]</sup>。若程序法的建构目标仅围绕矛盾解决的规范性与高效性,忽视对实体权益的保障,将无疑令执行程序具有“官本位”之嫌,并具有只追求形式公正的错误表征。民事程序从重实体轻程序走向重程序轻实体,即是从一个极端走向另一个极端,忽视了程序与实体均以公正、公平为根本价值追求。

与其他争议解决程序相同,执行程序的争议解决制度也应以公正、公平为主要价值维度。在英美法系,正是基于形式公正与实质公正的双重保障,法律才能顺利保障民事主体的民主与自由的价值。执行和解协议的私法与公法双重属性特征,要求效力瑕疵执行和解制度对债权人与债务人进行利益衡量与平等保护,这是效力瑕疵执行和解制度中执行公正的真正含义。

## 四、效力瑕疵执行和解协议制度的规则修正

### (一)划定权利救济情形为除显示公平外的所有实体法效力瑕疵

严格依据《民事诉讼法》第230条第2款前段的列举性规定,构成效力瑕疵的事由仅限欺诈、胁迫两种情形。从《民事诉讼法》第230条的立法理由来看,立法者之所以只对欺诈、胁迫两种情形进行立法,是因为司法实务部门反映,实践中申请执行人受欺诈、胁迫情形较其他情形更为普遍。全国人大法工委在解释新修民法中曾表示,如被执行人故意隐匿资产,制造出欠缺还债能力的假象,或者虚构执行标的物之价值等,骗取申请执行人与其签订和解协议,在实践中确有其事<sup>[26]368-369</sup>。这无疑说明第230条增加效力瑕疵执行和解协议制度的初衷即是为解决实践中频生之事。

但于理论上,此解释却有不当限缩当事人获得救济途径之嫌<sup>[11]44-154</sup>。在《执行和解规定》颁布之前,最高人民法院的先例性裁判也没有机械套用民事诉讼法第230条第2款前段的列举性规定,其在(2013)执监字第49号执行裁定书中通过适用执行规定第87条,回避了民事诉讼法第230条第2款前段,增加了“当事人不具备相应的民事行为能力”类型的实体法瑕疵。而《执行和解规定》第16条则将权利救济情形扩张为导致“执行和解协议无效或应予撤销”的实体法瑕疵。《执行和解规定》第16条将效力待定的实体法瑕疵排除在救济情形之外,缺乏理论上的支撑,将效力待定执行和解协议也作为权利救济情形之一殊为必要。

实际上,在学者关于效力瑕疵执行和解协议制度之权利救济情形的理论纷争中,效力待定执行和解协议无一例外地被认为应纳入救济范围。不仅如此,他们认为所有实体法合同的效力瑕疵均应作为效力瑕疵执行和解协议的权利救济情形。例如,有学者认为,(2013)执监字第49号执行裁定书意味着最高人民法院将执行和解协议效力瑕疵事由扩张到所有的实体法构成事由。进而,理论上不应当再对执行和解协议之效力瑕疵事由进行限缩解释<sup>[11]44-154</sup>。笔者于此不敢苟同。对执行和解协议之救济途径进行正当性限缩实所应当,具体而言,“显失公平”这一实体法瑕疵构成事由不可成为执行和解协议的瑕疵事由。原因在于,民法中显失公平行为须具备构成要件:于主观而言,当事人明知对方处于不利情境,且具有利用之故意;于客观上,则表现为利用对方不利情境,并成立双方权利义务关系明显失衡的协议<sup>[27]358</sup>。而执行和解协议却是以部分实体权益换取和解协议内约定的权利义务的履行。协议内容虽是以双方协商为基础,但其目的则是从根本上突破执行难的窘境<sup>[28]</sup>。易言之,如果不让步部分权利义务,实体权益即有无法实现之可能<sup>[7]5-16</sup>。在本质上,执行和解协议本就不具有双方权利义务完全对等之属性。与此同时,司法机关也难以认定执行程序中债务人在主观上具有利用债权人处于危困状态或缺乏判断能力等不利情境的故意。恰恰相反,债权人在执行程序中选择与债务人签订执行和解协议,往往是其理性选择的结果。在执行和解协议生成之法理基础上,即使执行和解协议的内容在客观上表现出双方权利义务明显失衡,也无法认定为显失公平而被撤销。因此,效力瑕疵执行和解协议制度的权利救济情形应为除显失公平外的所有实体法效力瑕疵。

### (二)根据实体法效力瑕疵类型重新界定权利行使主体

#### 1.可撤销执行和解协议之权利行使主体

第一,在因欺诈、胁迫订立的执行和解协议中,权利行使主体均为受欺诈、胁迫的当事人。由于司法实践中的欺诈、胁迫既可能来源于对方当事人,也可能来源于第三人(包括执行员),所以须根据不同的欺诈、胁迫主体来确定可撤销执行和解协议之权利行使主体。

其一,当一方当事人受对方欺诈、胁迫时,仅被欺诈、胁迫人为权利行使主体,另一方不具有此权利行使之主体资格。《民事诉讼法》第230条第2款之规定与实体法欺诈、胁迫理论相悖。依文义解释,《民事诉讼法》第230条第2款规定,当一方当事人受对方欺诈、胁迫时,双方均享有撤销权。而实体法中欺诈、胁迫理论认为仅受欺诈、胁迫方享有撤销权。因为被欺诈人的撤销权以意思表示不自由为其权利生成之基础<sup>[29]217-218</sup>,而被胁迫人的撤销权则是缘于胁迫对意思表示方的强制威胁已从根本上违反了意思自治<sup>[30]152</sup>。申言之,某个民事法律行为被法律规定为可撤销,是因为在意志的形成与表达过程中,行为人存有受他人欺诈、胁迫等而非基于自由意思做出决定的可能性。因此,在执行和解程序中,若申请执行人受被执行人欺诈、胁迫并与其签订和解协议,而被执行人没有在意志的形成与表达过程中受到他人干扰,则被执行人不应享有撤销权,仅申请执行人享有撤销权;反之,若被执行人受到申请执行人欺诈、胁迫并签订和解协议,亦应仅被执行人享有撤销权。

其二,当第三人实施欺诈、胁迫时,不论相对人是否知情,受欺诈、胁迫的当事人均应享有撤销权。在实体法上,欧陆法系国家关于第三人实施欺诈、胁迫时,受欺诈、胁迫的当事人是否享有撤销权有三种立法例。法国民法认为,受第三人欺诈、胁迫的合同有效,当事人仅有权向第三人提出损害赔偿。德国民法则认为,仅在相对人知道或者应当知道其受欺诈时,合同才可撤销,而第三人胁迫则无条件地属于合同可撤销的原因。意大利民法典则规定,只在第三人胁迫的情况下,才属于合同可撤销的原因。中国民法典采“区分模式”<sup>①</sup>。但对于受第三人欺诈、胁迫订立的执行和解协议不应采“区分模式”,而应规定不论相对人是否善意,均赋予受欺诈、胁迫的当事人以撤销权。原因在于,受第三人胁迫订立的执行和解协议是对表意人人身和财产的重大威胁,只要存在胁迫,契约正义应当优先于交易安全这一法益保护<sup>[31]</sup>。不论相对人是否为善意,均应赋予受胁迫方撤销权;而对于受第三人欺诈签订的执行和解协议,是否应根据相对人善意与否之不同赋予受欺诈当事人以撤销权,其关键在于如何平衡受欺诈当事人的合同利益和相对人对合同效力的信赖利益<sup>[32]</sup>。当相对人知情时,对受欺诈当事人而言,相对人没有告知存在第三人欺诈的情形即构成不作为欺诈。此时,相对人对于合同效力不存在信赖利益,相对人即不享有撤销权;反之,当相对人不知情时,虽然从实体法角度而言,相对人存在对合同效力的信赖利益,但从执行法角度而言,由于《民事诉讼法》第230条第2款规定了只要当事人不履行执行和解协议即可申请恢复执行的救济情形,故即使不赋予受欺诈当事人撤销权,其也可以通过不履行执行和解协议的方式来达到撤销执行和解协议的目的。因此,为使执行法达到逻辑自洽及法条前后的统一,应赋予受欺诈一方当事人撤销权。

第二,因重大误解订立的执行和解协议,撤销权行使主体应为因重大误解而遭受较大损害的行为人,不应宽泛规定为“当事人”。在执行和解制度中,之所以须将重大误解作为执行和解协议效力瑕疵事由之一,是因为执行和解协议之成立是以当事人意思自治为根本,必须对意思表示不自由一方的合法利益进行救济,撤销权亦只应赋予意思表示不自由的一方当事人。从表面上看,重大误解的相关规范以保护被损害方或意思表示瑕疵方之利益为目的。但实质上,其规范设立是以意思自治原则为根本,凡是有违合同成立之意思自由的根本,即无法被定性为有效。若令相对人同等享有撤销权,无异于从立法上否定合同成立之根本,否定意思自治原则。

## 2.效力待定、无效执行和解协议之权利行使主体

效力待定执行和解协议和无效执行和解协议的权利行使主体应直接参照实体法相关规定进行处理。

第一,效力待定执行和解协议的权利行使主体为善意相对人。在实体法理论中,效力待定合同欠缺有效要件,须经追认权人追认之后方为有效。其原因在于,效力待定合同虽是因欠缺部分生效要件而产生合同效力瑕疵的结果,但并未从根本上违反合同制度的目的。较之于无效合同,其对公共利益的损害相对轻微,对权利人赋予追认权弥补了合同的效力瑕疵,既可令当事人权益保护原则得以实现,又促成了交易,还维护了市场经济秩序。而无效合同之瑕疵程度明显高于效力待定合同。其严重违背了合同制度的目的,对国家、社会利益存有侵害之嫌。正是由于其效力瑕疵难以弥补,法律才对其效力属性采取严厉的绝对否认态度<sup>[33][36]</sup>。此外,民事实体法还规定了催告权和撤销权来保护相对人。撤销权则仅为善意相对人所享有。在执行和解中,效力待定执行和解协议的权利行使主体为善意相对人。如果相对人明知对方越权订立合同,应按照实体法的表见代理制度处理。

第二,无效执行和解协议的权利行使主体为双方当事人以及遭受利益损害的国家、集体或第三人。根据通说观点,当合同生效要件严重欠缺时,应被定性为合同无效。即无论合同当事人的意愿如何,均无法按照当事人的意愿产生相应法律后果<sup>[33][30]</sup>。合同之无效结果,应被理解为自合同成立之时即归为无效,任何人均可主张合同无效<sup>[34][34]</sup>。申言之,当执行和解协议严重欠缺有效要件时,该执行和解协议自始、绝对、当然地无效。因而,无效执行和解协议的权利行使主体为双方当事人以及遭受利益损害的国家、集体或第三人。

## (三)增设执行完毕后当事人权利实现的适用程序

在司法实践中,针对当事人对执行和解协议效力争议的处理形成了三种观点:(1)诉讼程序解决说,即一律不审查和解协议的效力问题,只要发生争议,全部推到审判程序中解决;(2)执行程序解决说,即执行和

<sup>①</sup>区分模式即在法律规定上对欺诈与胁迫进行区别对待。《民法总则》第149条和第150条规定,因第三人欺诈而实施的民事法律行为,当对方知道或者应当知道该欺诈行为的,受欺诈方有权请求撤销;因第三人胁迫实施的民事法律行为无条件地属于合同可撤销的原因。

解协议是执行程序中达成的,应由执行程序解决,拒绝受理以执行和解协议为争议标的的诉讼;(3)不予审查说,即执行程序只能审查执行和解协议的履行问题,只要履行完毕,执行机构就必须作结案处理,对于和解协议的其他问题则一律不予审查<sup>[35]</sup>。《执行和解规定》第16条就该问题作出了明确规定,若当事人对和解协议的有效性存有争议,允许当事人申请恢复执行原生效法律文书或就此另行起诉。并且,二者的适用顺序为先通过诉讼程序予以效力认定,再向法院申请恢复执行。

第一,应当保留申请恢复执行原生效法律文书的权利行使方式。理由在于:其一,这种做法一方面充分尊重了原生效法律文书的拘束力、确定力及执行力;其二,以恢复执行原生效法律文书为否定性法律后果,能够对债务人全面、适当履行执行和解协议起到震慑和督促作用;其三,向法院申请恢复执行原生效法律文书的救济方式是自1982年执行和解制度确立后一直沿用的救济方式,已为实务界普遍接受和掌握,应当继续沿用下去<sup>[36][51]</sup>。尽管申请恢复执行的救济方式存在诸多优点,但其缺点也显而易见:其一,这种救济方式使执行和解协议处于“软约束”状态,在执行和解协议存在效力争议的情况下,和解协议形同一纸空文,纵容了当事人随意以和解协议存在效力瑕疵为由不履行和解协议,进而有违诚实信用原则。执行和解制度的虚位化,不仅降低了司法执行效率,延长了法院执行的结案周期,亦令执行处于不确定的状态。其二,在实践中,大量被执行人假借和解拖延、抗拒执行。被执行人往往利用执行和解的磋商环节和宽限期限拖延执行或转移财产。当债权人对原生效法律文书申请恢复执行时,往往已无法执行,从而使债务人达到拖延、抗拒执行的目的<sup>[37][386]</sup>。总之,过于单一的救济方式只能使当事人陷入被动。

第二,应当允许就执行和解协议效力争议另行起诉。《民事诉讼法》第230条明文规定了申请恢复执行原生效法律文书的救济方式,但并未排除其他救济方式。若申请执行人或被执行人在执行和解协议履行完毕之后才发现自己被欺诈,抑或被胁迫直至执行和解协议履行完毕之后才终止。由于已经执行结案,受欺诈、胁迫一方当事人在程序上无法申请恢复原生效法律文书<sup>①</sup>。如无其他补充救济方式,则受欺诈、胁迫一方所受的伤害将无法得到救济。有学者指出,执行和解协议虽然也是变更当事人之间的权利义务关系的合同,但其与一般的民事合同不同,执行和解协议应属程序性协议,其不应具有可诉性。否则,必然导致纠纷解决成本的提高和司法资源的浪费<sup>[38][469][39][118]</sup>。这种观点漠视了实践中大量存在的执行和解协议效力之争。其一,如果允许具备效力瑕疵的和解协议也能产生合同履行的效力,即债权债务的消灭,将从根本上违反意思自治原则。自我决定是意思自治的构成要素,是自我归责的生成基础<sup>[40][52]</sup>。当事人意思自由是合同权利义务产生的前提,是合同具备法律效力之必备要求<sup>[41][118]</sup>。其二,和解协议并不是原债权债务关系的延续,而是一种新的债的关系。尽管和解协议与原合同债务具有密切联系,但在合同的性质、内容及当事人等问题上均可能存有差异性<sup>[42][440-442]</sup>。执行和解协议是平等主体之间经自由意思表示而成的合意结果,其应当具备最低效力层次的私法契约性质<sup>[43][129]</sup>。亦即,执行和解协议与一般民事合同具有同等私法地位,理应受到法律的同等保护。依据民事诉讼法基本原理,民事权利义务纠纷由诉讼程序解决,不属于民事权利义务的纠纷则由非讼程序解决<sup>[75-116]</sup>。因执行和解协议效力产生的纠纷属于一般民事纠纷范畴,当事人亦可以该执行和解协议效力为诉因另行提起诉讼。其三,不允许当事人采取诉讼方式违反效率与公正兼顾原则。由非讼程序解决民事权利义务争议,虽从表面上看方便快捷、减少了解决成本,但实质上却因违反诉讼审理原则而欠缺了实体争议解决的程序正当性<sup>[75-116]</sup>。强制执行权的基本功能决定了执行机关不应对实体性争议作出处理和裁判<sup>[44][77]</sup>。执行程序本身并不审理争议或解决纠纷,在执行程序中,若权利人与义务人或第三人发生实体性争议,应当中止执行程序,由当事人向裁判机关提出裁判请求。

第三,申请恢复执行与另行起诉的适用顺序为,先就和解协议效力争议提起诉讼,后视判决结果决定是否恢复执行。对原生效法律文书申请恢复执行与另行就合同效力提起诉讼之间的适用关系有3种方式:(1)另行起诉程序仅作为无法恢复执行原生效法律文书的替补性程序;(2)由当事人选择适用;(3)先就和解协议效力争议提起诉讼,然后视判决结果决定是否恢复执行。在这三种适用关系中,《执行和解规定》第16条所采的先就和解协议效力争议提起诉讼,然后视判决结果决定是否恢复执行为最佳方式。将另行起诉程序仅作为无法恢复执行原生效法律文书的替补性程序以及由当事人选择适用的方式均会导致双方当事人的救济力度不对等,有违比例原则。首先,对于债权人而言,如果其认为执行和解协议存在效力瑕疵,其可以申请

<sup>①</sup>最高人民法院曾以请示答复的方式确定了在执行过程中达成和解协议且已履行完毕的,即使和解协议存在效力瑕疵也不应恢复执行原生效法律文书。经他[1995]2号,法经[1996]19号。

恢复执行原执行名义,这种救济方式对其而言是一种简便快捷的实现权利的方式。在申请执行原执行名义之外,是否赋予其另诉确认执行和解协议效力的权利,对权利实现并无影响。其次,对于债务人而言,其可以执行和解协议存在效力瑕疵为由而拒绝履行义务。但若债权人主张效力瑕疵,而债务人认为不存在效力瑕疵,且已经为履行和解协议做了准备工作。此时,若允许债权人随意申请恢复执行原生效法律文书,债务人则没有任何救济途径,有违当事人武器平等原则。

此外,在执行完毕后,当事人可就效力瑕疵执行和解协议另行提起诉讼,由法院判断该协议的效力。若法院判决该协议无效或可撤销,当事人可就该判决申请强制执行,以使双方财产状况恢复到执行和解协议履行之前的状态。而对于债权人未实现的债权,可由债权人申请启动针对前一个判决的强制执行以实现债权。

#### 参考文献:

- [1] 史明洲. 执行和解的法解释论展开——《民事诉讼法》第230条评注[J]. 当代法学, 2017(1): 144-154.
- [2] 陈群峰, 雷运龙. 论民事执行和解司法审查的本质、功能和效力[J]. 法学家, 2013(6): 153-160.
- [3] 雷运龙. 民事执行和解制度的理论基础[J]. 政法论坛, 2010(6): 3-20.
- [4] 肖建国, 黄忠顺. 执行和解协议的类型化分析[J]. 法律适用, 2014(5): 24-31.
- [5] 韩波. 执行和解争议的法理分析[J]. 法学, 2002(9): 48-51.
- [6] 杨荣馨. 《中华人民共和国强制执行法(专家建议稿)》立法理由、立法例参考与立法建议[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011.
- [7] 张卫平. 执行和解制度的再认识[J]. 法学论坛, 2016(4): 5-16.
- [8] 约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 何包钢, 廖申白, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988.
- [9] 廖中洪. 民事间接强制执行比较研究[M]. 北京: 中国检察出版社, 2013.
- [10] 汤维建, 许尚豪. 论民事执行程序的契约化——以执行和解为分析中心[J]. 政治与法律, 2006(1): 89-97.
- [11] 孔金萍. 论中国执行和解协议救济机制的完善[J]. 甘肃社会科学, 2017(3): 162-167.
- [12] 周翠. 德国司法的电子应用方式改革[J]. 环球法律评论, 2016(1): 98-114.
- [13] STEVEN S. Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs[J]. Journal of Legal Studies, 1982(1): 55-81.
- [14] ROBERT S S. Evaluating and improving legal processes—a plea for process values[J]. Cornell Law Review, 1974(1): 1-3.
- [15] 张卫平. 民事诉讼法学方法论[J]. 法商研究, 2016(2): 3-16.
- [16] SCHWARZE J. European administrative law[M]. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1992.
- [17] 程燎原, 王人博. 权利论[M]. 桂林: 广西师范大学出版社, 2014.
- [18] 潘剑锋. 论建构民事程序权利救济机制的基本原则[J]. 中国法学, 2015(2): 29-42.
- [19] 傅郁林. 新民事诉讼法中的程序性合意机制[J]. 比较法研究, 2012(5): 55-66.
- [20] 马登科. 民事执行的现代转型与制度创新——以威慑机制和人权保障的冲突与融合为背景[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2014.
- [21] 胡锡庆. 诉讼法学专论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [22] MICHAEL B. Principles for legal procedure[J]. Law and Philosophy, 1986(1): 33-57.
- [23] 李炎, 李志明. 试论执行公正[J]. 江西社会科学, 2008(2): 174-177.
- [24] SHIMON S. The duties of fairness and impartiality in non-judicial justice[J]. Asia Pacific Law Review, 2013(2): 197-222.
- [25] 马长山. 中国法治发展道路的时代拓展[J]. 内蒙古社会科学(汉文版), 2018(1): 81-87.
- [26] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编. 《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[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [27] 石宏. 民法总则条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [28] MARTIJN V K. Deliberate breach of contract and consequences for remedies: exploration of a neglected area in the law of contract[J]. Maastricht journal of European and comparative law, 2014(2): 141-161.
- [29] 李永军. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [30] 江平. 民法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [31] 薛军. 第三人欺诈与第三人胁迫[J]. 法学研究, 2011(1): 58-67.
- [32] 冉克平. 论因第三人欺诈或胁迫而订立合同的效力[J]. 法学论坛, 2012(4): 109-115.



- [33] 崔建远. 合同法总论(上)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2011.
- [34] 王泽鉴. 民法总则[M]. 台北:三民书局,2000.
- [35] 范向阳. 执行程序对和解协议审查的范围[C]//江必新,刘贵祥. 执行工作指导(总第49辑). 北京:人民法院出版社,2014.
- [36] 许尚豪. 执行中和解协议能否作为起诉依据判解研究(总第20辑)[M]. 北京:人民法院出版社,2005.
- [37] 江必新,贺荣. 最高人民法院执行案例精选[M]. 北京:中国法制出版社,2014.
- [38] 梁展欣. 民法与民事诉讼法的协同[M]. 北京:人民法院出版社,2015.
- [39] 江必新,刘贵祥. 最高人民法院执行最新司法解释统一理解与适用[M]. 北京:中国法制出版社,2016.
- [40] 原島重义. “約款と契約の自由”:現代契約法大系・現代契約の法理(1)[M]. 東京:有斐閣,1983.
- [41] 星野英一. 现代民法基本问题[M]. 段匡,译. 上海:上海三联书店,2012.
- [42] 王利明. 民商法研究(第5辑)[M]. 北京:法律出版社,2001.
- [43] 何东宁. 民商审判疑难问题解析与典型案例指导[M]. 北京:法律出版社,2014.
- [44] 江必新,贺荣. 强制执行法的起草与论证(三)[M]. 北京:中国法制出版社,2014.

## The Defects and Proper Choice of the System of Defective Execution of Settlement Agreement

### —Focusing on Article 16 of Provisions on Several Issues Concerning the Implementation of Reconciliation

LIU Xiaoyan

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** China's current system of defective execution of settlement agreement has some practical difficulties, such as too few rights relief situations, single subject of rights exercise and improper way of rights exercise. This dilemma is based on the fact that legislators ignore the inherent private law nature of the settlement agreement. The idea of creditor centrism and efficiency value priority concept they adopted is against the concept of interest measurement and the thought of multiple value balance. In order to perfect system of defective execution of settlement agreement, the principle of proportionality, efficiency and equity should be used to guide the system arrangement and judicial application. In terms of specific rules, the system design which equates the execution of settlement agreement and civil contract should be amended; In the aspect of right relief situations, we should define all the defects of effect in substantive law except obvious unfairness as the situations of right relief; In the aspect of the subject of rights exercise, the subject of the exercise of rights should be redefined according to the types of defects of effect in substantive law; In the aspect of the way of exercising the rights, we should add the procedure of realizing the rights of the parties after the execution.

**Key words:** conciliation of execution; settlement agreement; defective execution of settlement agreement; party autonomy

[责任编辑:箫姚]