

域外假执行对我国先予执行制度的启示

蓝文泽

佛山科学技术学院法学与知识产权学院, 广东 佛山

收稿日期: 2023年4月20日; 录用日期: 2023年5月23日; 发布日期: 2023年5月30日

摘要

先予执行作为事前救济的典型代表, 其对于保障当事人合法权益具有重要作用。然而, 先予执行在实际执行过程中却存在着适用范围狭窄、启动条件过于苛刻以及救济途径过于单一等不合理之处, 难以满足当事人日趋多样的需求。通过借鉴域外“假执行”制度, 重新确立先予执行制度的立法定位、扩大其适用范围、简化其启动程序及构建灵活的担保机制等方式进行完善, 以便更好地保障当事人的合法权益, 提高人民对司法的满意度。

关键词

假执行, 先予执行, 恶意上诉

The Enlightenment of Foreign False Execution to Our Country's System of Advance Execution

Wenze Lan

School of Law and Intellectual Property, Foshan University of Science and Technology, Foshan Guangdong

Received: Apr. 20th, 2023; accepted: May 23rd, 2023; published: May 30th, 2023

Abstract

As a typical representative of *ex ante* relief, preemptive execution plays an important role in protecting the legitimate rights and interests of the parties. However, in the actual execution process, there is some unreasonableness, such as narrow scope of application, too harsh starting conditions and too single relief approach, which is difficult to meet the increasingly diverse needs of the parties. By learning from the extraterritorial “false execution” system, we can re-establish the legislative

positioning of the prior execution system, expand its scope of application, simplify its starting procedure and construct a flexible guarantee mechanism to improve it, so as to better protect the legitimate rights and interests of the parties and improve people's satisfaction with the judiciary.

Keywords

Fake Execution, Prior Execution, Bad Faith Appeal

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

随着中国特色社会主义经济的进一步发展、法治建设的进一步完善，人们对经济活动中的纠纷更加倾向于选择公力救济。先予执行作为事前救济的典型代表，对于提前实现申请人的债权、保障其生产、生活的急需具有重要作用。由于受两审终审、先予执行制度设计的限制，该制度的实践效果受限，停留在纸面的意义大于实践意义。加之一审债务人通过恶意上诉从而达到拖延执行、转移隐匿财产等目的，严重影响了申请人财产流通，造成司法资源的浪费。故笔者认为通过借鉴域外假执行制度的优势，结合我国司法实践，进一步完善我国先予执行制度，更好地保障债权人的合法权益，助力改变“执行难”困境。

2. 域外假执行与先予执行制度的概述

法国、日本、德国及我国台湾地区等大陆法系国家及地区的假执行制度是以确保当事人的合法权益得以有效实现为目标，对未实际生效的终局判决予以强制效力，防止另一方当事人恶意上诉、转移财产等可能侵害当事人合法权益的行为的出现。其在维护当事人合法权益的同时，也平衡了义务人的正当权益，在制度设计层面极为精妙。而由于先予执行制度自身以及在实践中存在上述等不合理之处，故笔者认为通过比较、研究及借鉴域外假执行制度的独特价值，对完善我国先予执行制度的某些缺陷具有积极作用。

2.1. 域外假执行的概念

如杨春华教授所言：“假执行是基于民事权利的顺利实现，避免债务人借上诉拖延执行或转移财产而逃避执行，使债权人的权利获得早日满足的制度” [1]。保护正当私权、平衡诉讼双方当事人权益是假执行制度的设计初衷。其法理基础在于：首先，在给付之诉中，当事人由于审级制度的限制，原则上要等到判决生效后才能申请强制执行，败诉方通过上诉启动二审程序，几乎可以不付出任何代价达到拖延判决生效时间的结果。在此期间，败诉方无需承担迟延履行期间的加倍利息，却能够达到其拖延执行、转移隐匿财产的目的。其次，假执行制度仅适用于给付之诉，即使作为法院执行依据的一审裁判文书最后被改变或撤销，被执行人的利益也能够通过执行回转、申请执行人直接赔付、实现申请执行人提供的担保等方式得到充分的救济。

由上述分析可以看出，假执行制度具有暂定性和广泛性。之所以说假执行制度具有暂定性，这是因为其并不是最终的结果，还有可能改变或撤销；之所以说假执行制度具有广泛性，这是因为假执行制度与同样作为事前救济的先予执行制度相比，其适用情形更为广泛，任何给付之诉的裁判文书均可依据假执行制度申请执行，而无需当事人正处于生产生活困难状态等条件。

2.2. 域外假执行的特征

目前,以德国法为代表的大陆法系国家或地区的法律体系中均对假执行制度在制度设计上十分精密。假执行,即允许胜诉方自判决送达之日即可实现其权益,即使向上级法院提出上诉申请或在上诉期内,也不会影响判决的实现。意欲通过借鉴该制度完善我国先予执行制度,则须对此制度具有充分了解。因此,下文将根据假执行的基本理论对该制度进行剖析。

第一,假执行的适用范围具有周延性。假执行这一概念最早出现在法国民事诉讼法制定时期,而后德国、日本及我国台湾地区相继适用进行了引用。根据法国《新民事诉讼法典》第515条所作出的规定,除却应当假执行的情况以外,若法官认为有必要假执行,且这一判断符合本案件的性质,在法律允许的情形下,法官都可以根据自身职权或者当事人提出的申请命令假执行^[2]。而日本在适用范围上则比法国更加灵活。如在《日本新民事诉讼法》中的规定民事督促程序亦可适用假执行制度。但整体而言,日本的假执行制度在适用范围上与法国仍然具有很大的相似性。

德国的假执行则与前文所述的两国有很大的不同之处。德国的假执行制度将假执行分为需要提供担保的假执行和无需提供担保的假执行。根据德国《民事诉讼法》的表述范式,其对无需提供担保即可宣告假执行的情形进行了列举式规定。该规定有两点合理性:一是明确界定了法官行使自由裁量权的范围,在一定程度上充分限制了法官的自由裁量权;二是在充分保障债权人利益的同时兼顾了债务人的利益,体现出该制度的平衡保护设计。

我国台湾地区的民事诉讼法在吸收借鉴了德、日两国民事诉讼法的基础上,明确规定该制度仅适用于财产权给付之诉。而德国与法国的假执行制度的适用范围还包括财产权给付之诉之外的其他诉讼。笔者认为,将假执行的适用范围扩大至除财产权给付之诉之外的其他诉讼,若执行错误或执行依据被改变或撤销,不仅不利于恢复原状,甚至对被告的影响太大,不利于保障另一方当事人的权益,所以笔者认为台湾地区的假执行制度更具有合理性。

第二,假执行的适用时间具有提前性。结合法国、日本、德国和我国台湾地区等大陆法系国家或地区关于假执行制度的规定,可以看出假执行的决定应当在判决做出之后,生效之前。从假执行的上述特点可以看出,假执行仅仅是将执行的时间点提前,属于临时性的措施,并不会影响最终生效的裁判结果;同时,亦有利于充分解决前文提到先予执行制度未能及时有效保障申请人权益的问题,也为一审判决后,二审启动前及对检察院抗诉的生效判决提出的先予执行应当如何处理等问题提供了解决路径。另外,经过了一审审理后,当事人权利义务关系已经明确,此时适用假执行制度能及时有效的制约债务人借上诉之机转移、隐匿财产,拒绝履行义务的行为。

第三,假执行的适用条件具有提前性。综合德国、日本以及我国台湾地区的民事诉讼法中关于假执行制度的相关规定,启动假执行制度的方式有两种:

一是法院依职权启动。日本规定:对票据和支票支付金额及依法定利率支付损害赔偿的判决。我国台湾地区规定:其一,基于被告认诺所做判决。此类案件因为事实清楚,权利义务关系明确,故判决被改变的可能性很小。其二,命履行抚养义务的判决,但以起诉前最近六个月及诉讼中履行期已到者为限。此类案件往往是债权人的生活处于窘迫且急需的状况下才提起诉讼,若不提早执行该判决其基本的生存权也将面临了挑战。与此同时,为避免债权人滥诉以及债务人利用上诉逃避抚养义务的情况出现,其时间期限也严格限定为“起诉前最近六个月及诉讼中履行期已到者为限”。其三,被告败诉的判决:1)出租人与承租人间,因接收房屋或迁让、使用、修缮或因留置承租人的家具、物品涉诉者;2)雇用人与受雇人间,因雇用契约涉诉,其雇用期间在一年以下者;3)旅客与旅馆主人、饮食店主人或运送人间,因食宿、运送费或因寄存行李、财物涉诉者;4)因请求保护占有涉诉者;5)因不动产的界限或设置界限标

涉诉者。其四，清偿票据上债务的判决。五是给付的金额或价额未逾一千元判决^[3]。上诉案件因法律关系并不复杂、事实清楚且财产金额较小，即使原判决面临被撤销或改变，造成的影响也很轻微，故原则上并不需要原告提供担保。

二是经债权人申请并提供相应担保启动：其一，原告有充分举证证明在判决生效前不先行执行其自身权益会遭受难以弥补或难以计算的损害时，此时由法官自由裁量是否宣告启动假执行；其二，原告若无法举证说明上述情况，但能够相应担保。此时法官可根据案件标的实际情况提出一定的担保额，此时被告可能遭受的损害已经由原告提供担保进行了保障，故法官此时应当启动假执行程序。

该制度的启动方式及担保规定的多样性与灵活性，一方面进一步维护了原告的合法权益，同时，也保障了一些法律素养不高但需要假执行制度维护其合法权益的弱势群体；另一方面，灵活的担保规定在保护原告权益的同时，也预防了损害被告权益的风险。

2.3. 域外假执行的价值功能

在德国，假执行制度及时保障了当事人权益，原告能够借助假执行制度避免败诉方借上诉损害其的正当权益，对债权人的利益给予了充分有效的保护，让公平正义得以更快实现。假执行制度还让原被告双方将更多精力投入到一审、减少对明显合理的一审判决提出上诉。

假执行制度算经济账的特点与我国“无讼”、“息讼”的司法理念契合，正好用于治理随意上诉的司法现象，让二审法院可以节省更多的司法力量用于审理少数“繁案、难案”，进而减少司法资源的浪费。

3. 我国先予执行制度的不足

法谚云：“救济走在权利前面，无救济则无权利”。先予执行作为事前救济制度，理应及时有效的保障当事人的合法权益。但是由于其法律定位及制度本身的不合理不仅使当事人的合法权益未得到及时有效的保障，也未能使之在司法实践中贯彻落实，影响了法律的公平与正义的实现。

3.1. 法律定位与实际存在偏差

先予执行制度“前身”原为先行给付制度，其立法目的主要是为了进一步解决妇女、儿童及老年人在生活上面临的急需，及时有效的保障上述的权益^[4]。随着社会的发展，先予执行制度在当下含义即：人民法院在案件受理后，一审判决作出前的阶段内，为解决一方当事人生活或生产的紧迫需求，根据一方当事人的申请，裁定对方当事人向申请一方当事人立即履行给付义务，或者实施或者停止某种行为的一种特殊的事前救济程序。

尽管其在法律适用范围上进行扩大，但其立法目的在本质上仍然是通过提前执行及时有效的保障当事人合法权益。在司法实践中，该制度受制于其规定并不明确以及当事人法律素养，许多法院一年都罕见作出先予执行的裁定，故其价值也并未在实践中得以实现。

一方面，先予执行制度在诉讼理论上也被称为诉讼保障程序，而所谓的诉讼保障程序是指在诉讼理论上，对保障民事诉讼程序得以顺利进行以及诉讼任务得以圆满完成的保全程序、先予执行和妨害民事诉讼强制措施所作的概括性表述^[5]。故针对先予执行制度的有效性而言，先予执行的立法定位不是仅在部分情况下通过事前执行从而制约债务人恶意上诉拖延执行、转移隐匿财产来保障当事人生产生活急需的债权，而是在于保障所有当事人的债权。但是先予执行的这一功能没有在实践中具体落实，从而使得许多债权人的合法权益受到损害。

另一方面，先予执行作为我国为数不多的事前救济的制度，其另一目的就是“及时”地维护当事人的合法权益。但是根据现行法律的规定，裁定先予执行需要认定“当事人双方权利义务关系明确”这一

条件。绝大多数情况下，要等到权利义务关系明确通常是在判决作出甚至生效之后；更有甚者，申请人甚至有可能需要经历二审甚至是再审其权利义务关系才会“真正明确”，而在此期间债务人有充足的时间转移隐匿财产，即使最终判决债权人胜诉，其也可能无法真正及时地实现自己的债权。这不仅与先予执行制度的立法目的相违背，也会导致司法实务中更多“执行难”的问题的产生。

3.2. 法律规范的自身缺陷

首先，先予执行的适用范围狭窄。先予执行适用于“四费一金”与劳动报酬及为停止侵害、排除妨碍等在“紧急情况需要先予执行”的兜底条款。对金钱给付之诉类的案件虽作出了明确规定，但是对于“不立即返还款项”的被申请人，对申请人申请启动该程序附加了“情况紧急”和“严重影响权利人生活生产经营”的两个条件，约束了许多债权人，他们无法对这两种情况进行充分举证，也给先予执行的认定带来困难。

其次，先予执行的启动条件过于苛刻。先予执行程序的启动，只能由当事人通过递交书面申请的方式提出，而法院不能依职权主动启动。如前文所述，先予执行的适用范围较为明确就是“四费一金”以及劳动报酬，故法院往往不要求申请人提供担保。但是对于该案的承办法官而言，一旦判决被改变或撤销，其就要被追究错案责任，并且还会损害了被申请人的实体权利；但是如果责令申请人提供担保，该担保往往是足额担保，故很多申请人因无法提供足额担保而达不到先予执行的条件。实践中，需要申请先予执行的当事人通常老年人、被拖欠报酬的劳动者等社会上的弱势群体，这一部分人受限于自身的经济能力与知识能力，能够用法律维权的人已寥寥无几，知道先予执行制度的人更是乏善可陈，这对于当事人的权益保护无疑是一个巨大阻碍，同时这也导致许多可以启动先予执行的案件在实际中并没有发挥作用。

再次，先予执行举证困难。周翠教授指出先予执行三个要件可进一步划分为请求权要件和理由要件，并主张先予执行正因为是一种旨在提前履行的临时措施，故要求债权人对其请求权与先予执行的理由之存在提供完全的证明相当必要。然而，这项制度对于司法实务中的审判人员以及承担证明责任的当事人而言都是一项不小的挑战：一是对承担证明责任的当事人而言，当他申请适用该项制度的时候，当事人需要举证证明自身处于何种境况下才属于急需？这种急需又需要举证到什么程度才能够证明申请人具有实现权利的迫切需要；二是对于法院而言，由于规定不明确，其认定“急需”往往只能根据不同法官的生活经验、办案经历甚至是“朴素的法感”来作出裁定，这就会导致作出的裁定五花八门；三是裁定先予执行还需要认定“当事人双方权利义务关系明确”这一条件。一般情况下，诉讼双方就是因为权利义务关系存在纠纷才来提起诉讼，申请人却要等到权利义务关系明确通常都要等到作出判决或待到判决生效后。这就导致了法院在实际应用过程中进入了“进退两难”的困局之中。另外，这在司法实务中没有一个统一的标准，如果仅仅依据申请人的举证，对申请人而言这无疑是在“雪上加霜”；四是证明“被申请人有履行能力”困难，但是对证明主体和标准规定不明确。如果按照“谁主张，谁举证”的通俗做法进行，申请人需要对被申请人的财产状况进行调查，这加重了本就处于弱势地位的申请人的举证责任；如果法院是依职权进行调查，该行为并没有明确的法律规定。故这条规定提高了启动先予执行的门槛，将许多债权人直接“拒之门外”了。

最后，其救济措施不完善。法院对先予执行的申请进行审查并作出裁定，对该裁定不服，当事人可以申请复议一次，复议期间不停止原裁定的执行，其中复议机关与作出原裁定的机关为同一主体。然而，这一规定对维护当事人的合法权益并不完善：对申请人而言，其申请被驳回后又向同一审判人员提出复议，让原法官去推翻自己原先的裁定无异于变相剥夺了申请人在该程序中的救济权。对被申请人而言，一是倘若启动先予执行程序后，一旦执行错误或原判决被改变，被申请人只能依靠执行回转程序或者申

请启动审判监督程序来维护自身权益，即使被申请人“事后救济”成功了，其本质上也是原申请人对他进行补偿，本质上并不能有效预防其权利遭受侵害；二是导致被申请人在“救济”期间付出大量的诉讼成本与时间成本，给被申请人造成巨大的损失。

4. 域外假执行对我国先予执行制度的启示

基于前文分析，由于德国、日本、法国和我国台湾地区的假执行制度在设计上的精密与合理，故学界中不少学者主张引入假执行制度来替换与之在制度上具有相似性的先予执行制度。但笔者则认为一味照搬域外的假执行制度在现状下并不具备可行性，应在立足于本土法律现状的基础上借鉴该制度以完善先予执行制度。

4.1. 明确先予执行制度的法律定位

如前文所述，先予执行制度的立法定位在有效性和及时性上的不足是导致先予执行制度运行失衡的主要原因。故需重新矫正先予执行的法律定位，兼顾及时性和有效性。首先，我国先予执行的法律定位在保留及时解决申请人生产生活急需的目的时应注重有效性，赋予其他财产给付类型案件的债权人也可通过先予执行进行救济的途径。这样既符合先予执行制度原先的法律定位，又有效地保护更多债权人的合法权益，遏制被申请人滥用上诉权规避执行、抗拒执行的非法目的，进而有效地避免了被告借用上诉降低诉讼效率，减少司法资源的浪费；其次，通过赋予未生效的财产给付之诉以执行力，提前对申请人进行了救济，同时其并未影响案件的最终裁判结果，又能够真正使得当事人的权利得到及时的保护，进而改变我国“执行难”的现状，最大化地实现先予执行制度的价值。

4.2. 扩大先予执行案件的适用范围

随着改革开放的深入推进，奥斯曼提出的“不支付文化”极大地冲击了本土中“欠债还钱”的文化观念。为及时有效地保障债权人的合法权益，笔者认为可以借鉴我国台湾地区的假执行制度，在民事诉讼法及《民法解释》明确规定可以启动先予执行的情形外，增加“判决作出后未生效前，因情况紧急，不先予执行会对当事人造成难以弥补的损失，需提前实现其诉讼请求的财产给付之诉”这一概括性条款。即便将来的判决结果未支持原告的诉讼请求或判决结果改变，先予执行造成的后果也较容易恢复原状或者以金钱赔偿。

对某些债权人而言，长时间的诉讼带来的是长期折磨，中途往往因经不起消耗而撤诉。即使坚持到最后的少部分债权人获得的是胜诉的判决结果，这对于他们而言也只不过是“迟来的正义”，一如原最高人民法院院长肖扬所说：“就像是一场迟来雨对已经久旱枯死的庄稼无济于事一样，对胜诉方而言是某种意义上的不公正。”通过赋予尚未生效的财产给付之诉以执行力，其一可以最大限度地保护债权人的权利；其二可以有效地切断债务人通过恶意上诉逃避债务、拖延执行、转移隐匿财产等途径；其三能够给予投机取巧的债务人以“当头棒喝”的警示作用，有利于推动诚信风尚的形成与发展。

4.3. 增设先予执行的启动程序

在先予执行适用范围扩大的前提下，可以借鉴德国和我国台湾地区的假执行制度增设由法院启动先予执行的程序。对于法院主动依职权启动的案件可以结合我国具体国情，同时参考我国台湾地区的相关制度，在原有的劳动报酬、“四费一金”的基础上，将金额小、事实清楚以及被告认诺、缺席判决和适用简易程序的案件采用列举式的方式予以明确规定。上述案件在性质上要么属于上诉后上诉法院变更判决的可能性小，或是属于事实清楚，性质轻微的案件。即使原判决被撤销或变更，其执行回转亦相对简便，对被告的生产生活不会造成实质性的影响。增设法院依职权启动先予执行的条款应保留弹性条款作

为补充，给审判人员一定的自由裁量权，如此更有利于先予执行制度的落地，缓和双方当事人“剑拔弩张”的关系，更有利于和谐社会的构建。

4.4. 构建灵活的担保机制

针对担保问题，我国《民事诉讼法》只是作了一个抽象性规定，为了更好地发挥先予执行制度的优势，笔者认为可以通过参考德国和台湾地区的相关制度，明确将先予执行分为应当提供担保与无需提供担保的类型：首先，无需提供担保的先予执行主要为：1) 被告在诉讼中自认的案件；2) 被告在审判时没有出席的案件[6]；对于某些申请人的确能够充分举证证明其具有实现权利的迫切需要，不立即实现该债权的会严重影响其生产生活，并经法院审查确信该待证事实的可能性能够排除合理怀疑时，法院应免于申请人提供担保。其次，提供部分担保的先予执行。当申请人满足先予执行的前提条件时，对于申请人提供的证据的证明力法院属于是确信待证事实具有高度可能性的，此时可以参考我国台湾地区的规定，以标的额的三分之一作为担保额；最后，提供足额担保的先予执行。对于不属于法院依职权直接启动先予执行程序的并且未提供证据或者提供的是无证明力的申请人而言，对其申请启动的先予执行程序要么驳回申请，要么责令其提供足额担保才允许启动先予执行程序。关于担保方式，参照民法典的规定，具体可包括保证人担保、实物担保和现金或有价证券担保三类，但在保护原告合法权益的同时兼顾保障被告权利。

4.5. 完善多样化的救济程序

先予执行制度是由申请、受理、裁定、救济等步骤组成的一套完整程序，而不仅仅是一种措施。故而，笔者认为，作为先予执行制度的一部分，其救济程序可在以下两个方面可以进行完善：一是改变对先予执行的复议只能向原审法院提出的规定，改为当事人的复议申请由上一级法院处理，这样可以较好地避免原审法院习惯于维持自己做出的决定的司法倾向。对于学界中提出建立对先予执行不服的提起上诉的机制笔者认为该观点有待商榷。倘若规定该制度，无异于是换种方式让被告进行“另类”的恶意诉讼，本质上并没有保障债权人的权利。而通过向上一级法院复议，则可以有效避免让原法官推翻自己的裁定的“窘境”，同时也保障了原告的救济权；二是参照我国台湾地区的相关制度，规定当原告申请先予执行时，被告若能够举证证明一旦先予执行也会对其造成无可挽回的损失时，法院应根据双方所提供的证据的证明力来自由裁量。至于台湾地区中又规定原被告双方若对假执行宣告不服可一并或单独提起诉讼的制度，笔者认为可不必仿效。另外，若被申请人提出其能够提供“反担保”，经债权人同意，也可以免于先予执行。

先予执行制度在保障诉讼参与人的生产、生活以及降低被告恶意上诉比率和破解“执行难”困境方面有发挥重要作用的潜力。目前我国的先予执行制度尚不完善，如能够借鉴德国、台湾地区的假执行制度，同时结合我国实际情况，在适用范围、程序、机制及救济措施等方面对先予执行制度进行完善，笔者相信必会对先予执行制度有所裨益。

参考文献

- [1] 杨春华. 域外假执行对完善我国先予执行制度的启示[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2008(3): 34.
- [2] [法]让·文森. 法国民事诉讼法要义[M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国法制出版社, 2005: 1131.
- [3] 杨春华. 域外假执行对完善我国先予执行制度的启示[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2008(3): 36.
- [4] 谭兵. 民事诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 259.
- [5] 江伟. 民事诉讼法[M]. 北京: 高等教育出版社, 北京大学出版社, 2003: 209.
- [6] 许桂永. 域外假执行制度与我国先予执行制度的比较研究[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2010: 23.