

回归与独立:执行和解的私法解释考辨

刘 哲 玮^{*}

摘 要:执行和解是一项中国本土性制度,并无比较法可供参照。从1982年《民事诉讼法(试行)》发轫,长期以来一直被作为一项公法制度。但经过数轮修法和司法解释的更迭,执行和解在规范层面已经与执行措施和执行根据松绑,回归为一项独立的民事合同。理论上不同学说也都认可执行和解中包含私法行为,执行和解回归民事合同不存在实质的理论障碍。在回归私法行为后,有必要运用民法解释方法分析执行和解的法律效果,其中的疑难问题是执行和解确立的债权与原执行根据确定的执行债权之间的关系。执行和解本身的特质决定了其是一种独立合同类型,而不是传统民法意义上的和解合同、实践合同、附条件合同、新债清偿。在解释执行和解的内容和效果时,必须尊重当事人的意思表示,承认在不同类型的案件与和解协议中存在不同的意思解释方案,不能冀望借用一个民法概念对其效力作出统一界定。即便要构造任意性规范,也需要充分考虑执行债权已经具备既判力和强制执行力的特殊性,切实保障债权人的利益。

关键词:执行和解 执行措施 私法行为 新债清偿 意思表示

一、问题的提出

执行和解制度是我国执行法中的一项特有制度。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)及其相关司法解释并未对执行和解制度下一个明确的法律定义,^①学者们概括的执行和解概念也并不统一,有的定义偏重私法方面,从内容上强调执行和解是对执行依据确定的权利义务、履行时间、履行方式的变更;有的定义偏重公法方面,从效力上指出执行和解在于使原

^{*} 北京大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(20BFX085)

^① 立法机关对执行和解的定性主要为事实性描述,即执行和解是指在执行过程中,双方当事人自行协商达成协议,执行员将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章后,义务人按照协议的内容履行义务,从而结束执行程序的活动。参见全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国民事诉讼法释义》(最新修正版),法律出版社2012年版,第541页。

执行程序不再进行,甚至停止或结束执行程序。^①

作为一项基本制度和基础概念,执行和解历经几十年的法制建设竟然在内涵、性质、效力等基本内容上仍未形成通说,这在我国法学研究中是较为罕见的情况。这或许是因为执行和解与我国绝大多数制度都系舶来品不同,在强制执行法中采用专条规定执行和解制度乃是我国的特色。因此,对于已经习惯以比较研究作为主要研究方法的我国法学研究来说,在执行和解上存在不同的解释路径,要形成通说就颇有巧妇难为无米之炊之感。

但是研究总是需要往前推进。考察近年来关于执行和解的具体研究,会发现理论界关于执行和解的分歧,集中于执行和解的性质与效力,且因为分析工具的不同而存在明显的分歧:一方面,执行和解规定于民事诉讼法之中,相关规则多由最高人民法院制定,在司法实务中也往往存在法院主导的身影,因此传统的民事诉讼法学研究往往偏重从公法方面对其定性。另一方面,执行和解毕竟是当事人在执行过程中达成的合意,因而伴随近年来民法解释学的发达,理论界越发重视运用私法技术来解释执行和解,进而回应实务界的需求。公法视角与私法解释的张力一直贯穿于执行和解的研究。遗憾的是,大多数研究都是从自己的逻辑出发,建构自己的体系,展现自己的观点,导致虽有分歧却无辩论,共识也就难以形成。本文希望勾连程序法与实体法,在充分梳理既有规则变迁和理论研究的情况下,考察民法概念工具在解释执行和解上的边界。

二、规范回归:从执行措施到和解协议

(一)20 世纪 80 年代:终结执行的执行措施

执行和解是一项我国本土原发的制度,最早的规则可以溯源到 1982 年的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(以下简称《民事诉讼法(试行)》)第 17 章“执行措施”第 181 条的规定,即“在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章”。显然,这一规定仅仅是描述性地对执行和解的程序事项作出了安排。如果用现在流行的法律人思维观之,该条规定对于和解协议的内容、生效要件以及由此可能产生的效力都没有作出明确的规定。1984 年《最高人民法院关于贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》(以下简称《试行意见》)第 69 条第 2 句增补规定“将协议记录在卷,由双方当事人签名或盖章,终结执行”。从该条款所在的位置可以清晰地看出,在 20 世纪 80 年代,立法者将执行和解明确定位为一种公法性的执行措施。而最高人民法院的司法解释也反映了当时法院系统认为执行和解最直接的后果就是产生终结执行的效力,与执行措施的法律效果恰好吻合。

(二)20 世纪 90 年代:与执行措施松绑而与原审案件捆绑

当民事诉讼法立法者将执行和解定位为足以终结执行的执行措施时,可能的理想情形是双方通过和解终结了纠纷,因而也就无须继续执行,但没有考虑到和解后依然可能存在纠纷或者衍生新纠纷的情形,而此种情形在司法实务中很快就爆发出来,因此最高人民法院不得不用一个批复适度矫正执行和解的定位。在 1989 年《关于在经济纠纷案件执行过程中当事人自愿达成和解

^① 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 425 页;沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社 2015 年版,第 1245 页;谭秋桂:《民事执行法学》,北京大学出版社 2015 年第 3 版,第 200 页。

协议后一方当事人不履行或者翻悔可否按原生效法律文书执行的问题的批复》(以下简称《批复》)中,最高人民法院认为:“在经济纠纷案件执行过程中,当事人自行和解达成协议,是当事人对自己权利的处分,只要确系出于自愿,且不违反法律或者损害国家、集体、第三人的合法权益,人民法院应按民事诉讼法(试行)第181条的规定处理。如果一方当事人不履行和解协议或者翻悔,对方当事人申请执行的,人民法院应按原生效的法律文书执行。但是和解协议已经履行完毕,当事人又申请按原生效法律文书执行的,人民法院不予准许”。这一规则虽然没有从本质上改变执行和解可以终结执行的效果,但是已经承认执行和解之后依然可能恢复原执行文书的执行,从而与《试行意见》将执行和解与执行终结完全捆绑有所区别,在一定程度上淡化了执行和解等同于执行措施的观念。

1991年《民事诉讼法》对执行和解制度有较大的改造,并形成现行执行和解制度的框架雏形:首先,调整体系位置,规定执行和解的第211条的章节位置被移到第20章“执行的一般程序”,在体系上与执行措施脱钩,不能再天然地作为终结执行的手段。其次,增加效力规范,出现了关于执行和解后果的规定;第211条分两款,第1款与《民事诉讼法(试行)》第181条一致,属于程序性描述规则,而在第2款中将不履行执行和解协议的法律效果确定为依申请恢复执行原文书,这一规定完全废止了《试行意见》对执行和解具有终结执行效力的规定,采纳了1989年《批复》的思路,仅仅是阻断执行,并承认执行和解后具有重启执行的可能性。这种双重性使得20世纪90年代人民法院对执行和解性质和效力的态度略显骑墙。一方面,与20世纪80年代相比,执行和解已经与终结执行松绑,不再只是公法意义上的执行措施;另一方面,由于制度惯性,执行和解依然处于执行法的体系之中,并不被作为私法合同对待,其中最重要的例证是执行和解与前案裁判捆绑,仅被视为前案裁判在执行阶段的延伸。

1992年《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称1992年《民诉意见》)第266条再次明确恢复执行的效果,规定:“一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议,对方当事人申请执行原生效法律文书的,人民法院应当恢复执行,但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的,人民法院不予恢复执行”。该条规定进一步为执行和解与执行终结松绑,将执行和解依然纳入执行法体系中。而从该规则的出台过程看,这一规则背后的矛盾性在制定时就曾引起广泛的讨论。有论者主张执行和解并不是执行措施,应当彻底回归民事合同的性质;但是,更为主流的观点是不将其作为独立的合同看待,因此也否定其可以作为独立的诉讼标的,因为人民法院已经通过判决、裁定对当事人的权利义务进行了确认,执行和解虽然是当事人就同一关系作出的又一次处分,但是毕竟源于并依赖于执行文书,因此人民法院不应再就同一关系作重复的确认。^①

在1995年《最高人民法院关于当事人在执行中达成和解协议且已履行完毕的不应恢复执行的函》(以下简称《最高人民法院关于和解协议的函》)中,最高人民法院重申了这一理念,并且首次明确强调执行和解协议不可另诉,从而将执行和解与原案紧密地捆绑在一起。该批复规定:“债权人认为执行和解履行不符合约定,否认和解协议已履行完毕时,法院经过审查,认为证据不足,债权人的主张缺乏依据,执行法院不应恢复执行,应当裁定终结执行。债权人的异议,应当通过审判监督程序进行。”该批复首先明确了债权人可以就和解协议的履行问题提出异议,执行人

^① 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,中国检察出版社1994年版,第164页。

民法院可以审查(证据),并且暗含如果审查符合条件那么就可以恢复执行的规则。更为重要的是,它规定了在终结执行后,关于执行和解协议的履行问题,不是通过另诉,而是应当通过再审程序解决。不难看出,在这一批复背后贯穿着一条逻辑主线,即执行和解与原审案件具有高度的同一性,因此对于在执行和解履行过程中存在的争议,执行法院应当直接审查,对执行审查的争议只能通过再审解决,不允许将其视为独立的民事合同另行提起诉讼。

(三)21世纪:独立的民事执行和解协议

在21世纪前后,关于执行和解的法律和司法解释呈现出较为明显的回归私法属性的态度。近年来,执行和解的属性逐渐通过司法解释回归为独立合同,并最终通过专门条款正式确立。执行和解的私法属性愈发明显,执行和解因为隶属于执行法中的公法价值正在逐渐弱化。

1998年《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)》(以下简称《执行规定》)关于执行和解的条文虽然只有两条,但是两个条文都直接出现了私法性质的内容,改变了过去司法解释仅仅从程序方面规制执行和解的做法。具而言之,《执行规定》第86条第1款采用封闭性列举方式,规定执行和解的内容是“变更生效法律文书确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行期限和履行方式”。这一规则首次明确了执行和解的内容是变更相关的民事权利内容。由于我国民法在传统上认为的民事法律行为的目的即是设立、变更和终止民事法律关系,^①因此该规则自然可以被解读出较强的私法属性。《执行规定》第87条更细化了执行和解中人民法院对案件做结案处理的条件,即“和解协议合法有效并已履行完毕”,再次以明确的条文形式将执行和解与执行结案松绑,凸显私法协议的达成本身并不产生公法效果。当时司法解释的起草人甚至撰文指出,执行和解的性质就是民事合同。^②

2005年最高人民法院作出一个与1995年《最高人民法院关于和解协议的函》截然相反的批复,首次明确当事人就执行和解协议的履行如果存在争议,那么应当另诉解决。^③虽然这一批复的适用情形尚具有一定的特殊性,但是毕竟拉开了最高人民法院认为执行和解的履行争议应当另诉解决的序幕。

2007年《民事诉讼法》第一次修订时虽然并未对执行和解作出直接修改,但是将申请执行期限改为申请执行时效,并与诉讼时效保持一致的变动,在体系上被视为中国法上的债权消灭时效,^④这一改革间接影响了执行和解制度。2008年《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》(以下简称《执行程序解释》)第28条明确规定申请执行时效因当事人达成和解协议、当事人一方提出履行要求或者同意履行义务而中断,从中断时起,申请执行时效重新计算。该规则虽然是对时效中断的规则,但是也再一次强化了执行和解的合同

^① 参见王利明、杨立新等:《民法学》,法律出版社2020年第6版,第187页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年第4版,第181页。

^② 参见黄金龙:《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262页。

^③ 参见《最高人民法院关于当事人对迟延履行和解协议的争议应当另诉解决的复函》[(2005)执监字第24-1号]。最高人民法院在该案中认为:“根据我国民事诉讼法和我院司法解释的有关规定,执行和解协议已履行完毕的人民法院不予恢复执行。本案执行和解协议的履行尽管存在瑕疵,但和解协议确已履行完毕,人民法院应不予恢复执行。至于当事人对迟延履行和解协议的争议,不属执行程序处理,应由当事人另诉解决。”

^④ 参见霍海红:《执行时效性质的过去、现在与未来》,《现代法学》2019年第2期;金印:《执行时效的体系地位及其规制方式——民法典编撰背景下执行时效制度的未来》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017年第5期。

属性。

2012 年经第二次修改颁布的《民事诉讼法》第 230 条第 2 款针对恢复执行原生效法律文书的情形,在过去一项的基础上(当事人不履行和解协议)又增加一项(申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议)。这一修订突出对当事人订立执行和解协议时意思表示真实性的强调,防止申请执行人非出于自愿而放弃部分权利达成和解,造成对申请执行人权利的损害,而在体系解释上自然也愈发向私法行为靠拢,其关注的不仅仅限于最终的财产分配,也将意思表示这一法律行为的核心纳入考量范围。^①

2015 年《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》(以下简称《民诉解释》)对执行和解的调整主要在于:(1)第 466 条明确了当事人达成和解协议对执行程序产生影响的方式和结果,规定“申请执行人与被执行人达成和解协议后请求中止执行或者撤回执行申请的,人民法院可以裁定中止执行或者终结执行”。该规则第一次明确执行和解协议的达成仅仅具有私法效果,而如果要发生执行法上中止或终结执行的效力,那么要由当事人再次提出申请。(2)第 467 条吸收民事诉讼法和有关司法解释修改的主要精神,对 1992 年《民诉意见》第 266 条进行了修改,增加了申请执行期间具体法条的指引,根据申请执行期限适用申请执行期间这一法律修改,在法律用语上作出相应调整,规定“申请恢复执行原生效法律文书,适用民事诉讼法第 239 条申请执行期间的规定。申请执行期间因达成执行中的和解协议而中断,其期间自和解协议约定履行期限的最后一日起重新计算”。这完善了执行和解对申请执行期间的影响的规定。

2018 年《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》)第一次以单行司法解释的形式就执行和解问题作出更加细致的规范,其中对于理解执行和解性质和效力的突出改动包括:第一,首次明确赋予对执行和解协议的诉权,增设另诉作为一方不履行和解协议时的救济途径(第 11 条),这一变动意味着和解协议是可以独立于原案诉讼标的存在的法律行为。第二,在执行和解协议的诉讼方式上采取二元结构:(1)针对执行和解协议的履行,另诉与原有的申请恢复执行作为救济途径并列,当事人只能选择其中的一种(第 12~13 条);(2)针对履行完毕后的损害赔偿,申请执行人可在恢复执行后再向执行法院另诉请求赔偿(第 15 条),这再次说明执行和解协议与原判之间不具有同一性。第三,再次将执行和解协议的意思表示瑕疵纳入审查范围,规定因执行和解协议无效或可撤销而申请恢复执行需先向执行法院申请确认无效或撤销执行和解协议(第 16 条)。第四,不再区分人民法院主持下的执行和解与当事人自行达成的执行和解,对于当事人私下达成的执行和解协议,允许债务人通过提出执行异议(2017 年《民事诉讼法》第 225 条)的方式取得与“典型”执行和解几乎相同的法律效果(第 19 条)。^② 可以断言,根据这一专项司法解释,执行和解的公法色彩在中国法规范上已经基本褪去,无论是其性质、效力还是救济方式,都无异于一般的民事合同,当事人可以对其独立地提起诉讼,并不受原法律关系或原裁判文书的限制。而公法上阻却执行和终结执行的效果,则必须通过当事人提出申请,

^① 参见雷运龙:《民事执行和解制度的理论基础》,《政法论坛》2010 年第 6 期。

^② 最高人民法院在指导案例 119 号(“安徽省滁州市建筑安装工程有限公司与湖北追日电气股份有限公司执行复议案”)的裁判要点中,强调执行开始前双方当事人自行达成的和解协议可以参照执行和解处理。这也再次印证了执行和解与当事人自行和解在效力上已无本质区别。

再由人民法院作出执行中止、执行终结以及最高人民法院另设的“执行完毕”^①等裁定,因此其效力其实系由上述专门的执行制度完成。可以说,通过这一专项司法解释,执行和解已经完成从公法上的执行措施到私法上的和解协议的回归。

三、理论回归:众说纷纭下的私法共识

民事诉讼法的立法变迁和最高人民法院司法解释的更新迭代体现出的态度变化,也深刻地影响了中国民事诉讼法学界对待执行和解性质的看法。然而,与法律和司法解释具备刚性、新法一旦制定就完全推翻旧法的制度不同,理论与观念的转变不仅漫长,而且明显带有过去的印记。这就导致理论界对执行和解性质的认识十分模糊,各种学说对立,充满了混沌感。而仔细地梳理各种观点,我们不难发现,在纷繁的概念和论证背后,其实并无本质的差异。

我国民事诉讼法学理论界早期在描述执行和解时,大多强调其是当事人的一种行为,并能够产生阻断执行的后果,但对其性质却缺乏明确的定位。^②直到21世纪初,才有学者明确引入私法行为/诉讼行为的分析框架,试图对执行和解的性质予以界定,并进而形成“私法行为说”“诉讼行为说”“两行为并存说”以及“一行为二性质说”的分类。^③在实务界人士参与撰写的有关执行和解的论著中,执行和解的性质也多以此框架为基础进行界定。^④其中“两行为并存说”和“一行为二性质说”都带有调和色彩,只是描述分析的侧重点有所不同,因此下文将其合并讨论。初看起来,众说纷纭的理论争议似乎体现了对于执行和解内容、性质、效力的不同认识,但如果仔细辨析各种学说,尤其是结合前述法条变迁的过程就会发现,其实各种学说都不否认执行和解的私法属性,因而不构成执行和解回归私法的障碍。

(一)“私法行为说”

持“私法行为说”者认为,执行过程中的和解仅仅是私法上的法律行为,和解协议的达成只具有民法上的效力,因此,执行和解的成立、生效、无效、可撤销都应当依照合同法的相应规则来处理。执行和解的达成虽然对双方当事人具有约束力,但是并不直接约束人民法院或对执行程序的影响产生。

将执行和解理解为私法行为,主要有以下理由:第一,主体因素。执行和解系由当事人平等协商达成,是对自身合法民事权利的处分,应当将其定位为一般民事合同。^⑤第二,客体因素。在执行和解与执行债权的关系上,执行债权的存在并不影响当事人对自己的民事权利进行处分,虽然执行债权已经获得生效裁判文书的认定,但是只要和解协议是当事人的真实意思表示,就不影响其合同效力的发生,并且执行和解也并不意味着与原生效力法律文书完全对立,并没有替代原

① 《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第15条第1款规定:“生效法律文书确定的执行内容,经被执行人自动履行、人民法院强制执行,已全部执行完毕,或者是当事人达成执行和解协议,且执行和解协议履行完毕,可以以‘执行完毕’方式结案。”

② 参见江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第826~829页;刘家兴主编:《民事诉讼法学教程》,北京大学出版社1994年版,第426页。

③ 参见韩波:《执行和解争议的法理分析》,《法学》2002年第9期。

④ 参见肖建国、赵晋山:《民事执行若干疑难问题探讨》,《法律适用》2005年第6期。

⑤ 参见田玉玺、雷运龙:《试论执行和解》,《人民司法》2000年第6期。

生效法律文书,因此,在执行程序中当事人当然可以根据民法的要求,自行达成和解协议。^① 第三,比较法因素。大多数国家在执行法或民事诉讼法中并未直接规定执行和解制度,对于执行中达成的和解协议,都是直接将其作为民法上的契约看待,因此自然定性为私法行为。^②

“私法行为说”虽然本身具有很强的逻辑自洽性,也契合前述法条变迁的趋势,但是长期以来并未成为我国的通说,这主要有以下两个方面的原因:

首先,我国立法和司法传统给“私法行为说”设置了诸多障碍。如前所述,关于执行和解的法条规范在相当长的一段时间并未明确支持执行和解的私法地位,反而在执行和解的效力、执行和解与原判的关系等问题上,相关规则并不利于“私法行为说”。尤其是在2018年《执行和解规定》颁行前,实务部门长期不支持执行和解的可诉性,^③导致在实在法规范的大传统背景下,很难认定其是独立的私法行为。然而,随着新司法解释的出台,这一最致命的理由已经不复存在。

其次,我国民法学界并不太关注执行和解研究,未能从实体法方面为执行和解的定性提供充足的理论支持。由于执行和解是一项规定在民事诉讼法中的制度,因此无论是民事诉讼法学界还是民法学界,都自然地倾向于将其定性为公法性质,加之我国合同法并无专章规范和解合同,^④导致民法学界对此研究不足,因而主张这一理论的研究者相对较少。当然,这种割裂实体法与程序法的状况只能构成说明性的原因,而不构成真正的理由。

(二)“诉讼行为说”

“诉讼行为说”承袭了体系上的一致性,直接认定执行和解发生的是民事诉讼法上规定的诉讼效果,因此其效力直接约束人民法院,且其要件亦由民事诉讼法直接规定。

除前述法律体系赋予的正当性因素外,我国学者支持“诉讼行为说”的主要理由还包括:第一,执行和解属于诉讼契约,当事人达成执行和解协议的行为也是诉讼行为。若债务人履行了执行和解协议,则债权人放弃执行申请权;反之,债权人则保留执行申请权。^⑤ 第二,由于执行和解的达成可以直接取代原执行依据,因此执行和解改变了原执行债权,发生诉讼法上的法律效果。^⑥

不难看出,这些理由最核心的命题是认为执行和解对原执行根据及其记载的执行债权具备阻断、变更的效力,而由于原执行根据往往是司法判决,因此如果将执行和解理解为私法行为,那么就会出现私法行为直接变更公法行为效力的悖论。然而,这些主张恐不足以证成“诉讼行为说”。一方面,司法解释在调整后,不仅承认执行和解的可诉性,从而令执行和解与原判决在实体

^① 参见汤维建、许尚豪:《论民事执行程序的契约化——以执行和解为分析中心》,《政治与法律》2006年第1期;张卫平:《执行和解制度的再认识》,《法学论坛》2016年第4期。

^② 从国外关于执行契约的学说现状看,“私法行为说”或“私法契约说”为学界通说。日本的判例也支持“私法行为说”。对于双方之间存在放弃执行或不执行契约的,不得提起执行抗告或执行异议,但可提起请求异议之诉。参见张卫平:《执行和解制度的再认识》,《法学论坛》2016年第4期。

^③ 不过,实务界也一直有允许另诉的呼声。参见唐荣刚:《执行和解协议诉权的赋予与路径》,《上海政法学院学报》2013年第4期。

^④ 相反,《法国民法典》第2044条、《德国民法典》第779条都专门规定了和解合同的构成要件和效力,东亚其他国家和地区也大多沿袭了《德国民法典》的规则。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。

^⑤ 参见徐继军:《论执行和解协议的效力与性质》,《法律适用》2006年第9期。

^⑥ 参见范小华:《执行和解协议的效力分析及完善立法建议》,《河北法学》2008年第6期。

法律关系上得以脱钩,而且在阻断执行上也并不将其作为执行和解的天然效力,而是需要通过当事人另行申请来完成,这使得执行和解回归私法合同的趋势已经十分明显;另一方面,上述主张并没有从构成要件层面论证执行和解的公法属性,其虽然强调在后续的阻却执行层面需要加入人民法院审查等公法因素,但是在协议生效上依然遵从实体法规范。^①因此,这一主张并非纯正的“诉讼行为说”,而是“一行为两性质说”的变种。

真正主张执行和解是纯粹诉讼行为的观点在我国非常少见,但的确也有学者认为,执行和解不应受民法规则的规范,加之在现行制度下,申请执行人的法律地位优于被执行人的法律地位,要实现这种安排就应当把和解协议视作公法性质的契约,并以德国法上不具有实体法效力的和解清偿合意作为类比的对象,认为我国执行和解协议也同样为公法性质的契约,属于诉讼行为,因而不会出现私法上的违约效果。对于《民诉法解释》第466条要求当事人申请中止或终结执行,其认为这并非表示执行和解协议仅具有私法效力,而是属于取效诉讼行为,需要人民法院的裁判以发生诉讼法效果,因而还是标准的诉讼行为。^②这一观点的核心问题在于类比德国法,但在中国法中其实并不具备完备的诉讼行为理论,因此这一观点虽然在逻辑上似乎自洽,但在适用上却力有不逮。例如,所谓的取效诉讼行为跟与效诉讼行为的区分,在中国法中并不明显,而即便以取效诉讼行为来解释执行和解的生效依赖于人民法院的批准,但取效行为究竟是当事人之间达成合意还是当事人向人民法院提交执行和解的内容,也值得商榷。在民法中也广泛存在需要政府审批才能生效的合同,^③我们不可能因此而认定这些合同就属于行政合同。同理,以执行和解需要报人民法院登记备案也不构成否定执行和解协议作为私法行为的直接理由。此外,中国法中的执行和解与德国法中的和解清偿合意也不能简单类比,两者在构成要件与法律效果上均存在明显的区别。德国法中的和解清偿合意实际是债务人说服执行官,并由执行官指定期限延期还款或分期还款,并非债务人与债权人的合意,其效果也是在执行程序上的延期,并不产生实体法上的展期效果。而中国法中的执行和解则是由当事人之间就生效法律文书确定的权利义务关系等内容进行变更从而达成新的协议。

(三)“一行为两性质说”

在“一行为二性质说”那里,执行和解是具有双重属性的特殊行为,一方面是当事人之间在执行程序中达成的私法上的和解契约,另一方面是当事人之间以及当事人与人民法院之间在执行程序中存在的诉讼行为。在执行和解协议的订立、履行、效力等方面不仅要按照私法上的规定来判断,而且当事人在执行程序中达成的和解还必须满足其作为诉讼行为应具备的要件。

大多数学者主要从法律效果方面论证执行和解兼具私法行为(合同)和诉讼行为(诉讼契约)的性质。在定性的讨论上,他们认为执行和解虽然具有合同属性,但是与其他强制执行措施一样,目的都是要实现生效法律文书的内容。^④执行和解一方面是当事人处分自己权利的私法行

① 参见陈杭平:《论民事“执行和解”制度——以“复杂性”化简为视角》,《中外法学》2018年第5期。

② 参见史明洲:《执行和解的法解释论展开——〈民事诉讼法〉第230条评注》,《当代法学》2017年第1期。

③ 《中华人民共和国民法典》第502条第2款明确规定:“依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。”

④ 参见政玉英:《论执行和解》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第11卷),法律出版社2006年版,第346页。

为;另一方面执行和解具有影响执行程序的法律效力,达成执行和解协议可以产生中止执行程序的效果。^① 执行和解的本质是权利人对生效法律文书已经确定的实体权利的处分,是当事人意思自治的体现;另外也包含着当事人对执行机构执行权力的处分,是执行机构对其执行权力有条件的让渡,也具有执行行为的性质,排除生效法律文书的执行力。^②

执行和解是否具备公法效力,关键在于如何理解执行和解协议与执行和解的关系。“一行为二性质说”的主张者认为,执行和解的范畴大于执行和解协议,因而在和解协议达成后,尚需经过一定的要件转化为公法上的执行和解,从而产生阻却执行的公法效力。^③ 但《民诉解释》第 466 条和《执行和解规定》第 2 条已经明确,阻却执行的是人民法院在知悉和解协议后作出的执行中止裁定。因此,执行和解能否直接产生阻却执行的效力,恐应当分别对待。而从理论上讲,执行和解的范畴如果是达成和解协议这一私法行为和向人民法院申请这一诉讼行为的叠加,那么似乎并无必要将二者捆绑为执行和解这一整体概念,因为由此必然带来分析和解释上的负担。

更有论者持激进的观点,认为:“执行和解协议在性质上是替代原请求权的新的私法契约,同时是当事人对执行事项的安排,属于执行契约的一种……执行契约可以发生诉讼法效果。如果对实体请求权实现的限制是在执行根据确认的范围内,则可替代原生效法律文书成为新的执行根据……只要经执行法院在形式上予以认可即可作为执行根据,执行程序应中止,在债务人不履行时债权人可申请强制执行该执行和解协议”。^④ 此种立法论方案虽然有其合理性,但是由此面临的问题既包括在现行法中并无依据,也包括如何与司法确认、撤销和不予执行执行根据等非讼程序的协调。

在具体的构成要件上,“一行为两性质说”在承认执行和解具有私法行为性质的同时,还认为其经历了一定的公法程序,因而应当产生诉讼法上的效果。而其中的关键就是如何看待从 1982 年《民事诉讼法(试行)》就载明并且一直保持到现行 2017 年《民事诉讼法》第 230 条上的“执行员应当将协议内容记入笔录”这一行为的性质和效力。持“一行为两性质说”的学者普遍认为,民事诉讼法将之明文规定足以说明该要求是执行和解的生效要件,否则民事诉讼法没有必要在条文资源稀缺的情形下专门对此加以规定。^⑤ 如果回归到现行法和相关司法解释,那么此种理解在体系上可能存在的障碍包括:首先,《执行和解规定》第 2 条将和解协议达成后可以裁定中止的情形分为 3 项,除第三项的记入笔录并经双方签字外,还包括第一项的当事人共同提交和第二项的一方提交另一方认可。从体系解释的角度看,此时的记入笔录恐并非一项独立的生效要件,而是作为当事人双方共同意思表示的证明根据。其次,《执行和解规定》第 19 条规定了当事人自行达成但未提交人民法院——也即未记入笔录——的和解协议的效力,被执行人同样可以据此提交人民法院,只要人民法院查证为真实意思表示且正在或者已经履行,就可以产生中止执行或终结

① 参见范小华:《执行和解协议的效力分析及完善立法建议》,《河北法学》2008 年第 6 期。

② 参见李乐平:《执行和解的法理思考》,《哈尔滨学院学报》2006 年第 9 期。

③ 参见谭秋桂:《论民事执行和解的性质》,《法学杂志》2020 年第 11 期。

④ 张卫平:《执行和解制度的再认识》,《法学论坛》2016 年第 4 期。

⑤ 参见张卫平:《执行和解制度的再认识》,《法学论坛》2016 年第 4 期;刘东:《论民事执行和解协议效力的完善》,《时代法学》2013 年第 5 期。

执行的法律效力,与执行和解的法律效力并无二致。^① 如果非要区分公法上的执行和解与私法上的执行外和解,那么其价值可能仅仅在于前者可以在记入笔录后直接产生阻却执行的法律效力,而后者则需要由被执行人通过提起执行异议来完成审查,但这恰恰证明记入笔录的意义只是便捷人民法院查明当事人的意思,而并非具有独特的公法价值。我们无须再重复中国法中执行和解的法条发展来解释尽管“记入笔录”被载入执行和解的条文中,但未必就是真正的生效要件。如果我们从历史的维度考察中国法中执行和解的法条发展,考虑到1982年《民事诉讼法(试行)》更多地强调操作流程,以及当时人民法院在执行时的工作方法^②和当事人的文化程度,^③那么立法者对“记入笔录”的功能期待就更可能是证据效力,而未必是法律行为真正的生效要件。

此外,还有一些学者以比较法方面的资源作为依据,认为“该说是德国日本民事诉讼理论界的通说,我国……同属大陆法系,在诉讼的构架和程式上与德、日较为相近……采取两行为竞合说较为适宜”。^④持这种观点的论者可能存在对德日执行制度误读的问题。虽然因为调和中庸的考虑,大陆法系国家民事执行法中的诸多制度的确强调一行为二性质并存,但是执行和解作为一项本土性极强的中国特色的执行制度,很难援引比较法来论证其正当性。我国台湾地区虽然有“执行契约”的讨论,但是司法实务部门却支持执行契约为私法契约的观点。^⑤

由此可见,“一行为二性质说”也好,“诉讼行为说”也罢,虽然看起来与“私法行为说”大相径庭,但是在本质上其实并无矛盾。当代中国法学界其实已经普遍承认执行和解包含着私法行为,^⑥在构成要件上必须遵从民事实体法规范,而在法律效果上虽然有所争议,但是如果从解释论的维度思考,那么其阻断执行的法律效力也主要来自执行和解协议变更了原执行债权的主体、内容、期限。可以说,执行和解回归为民事合同在理论上已经没有实质障碍。

四、独立效果:避免单一的概念标签

在历经几十年的曲折发展后,无论是在法条层面还是在理论层面,执行和解已经完全可以回

① 针对执行和解协议之争议,引入债务人异议之诉制度已成为普遍的理论共识。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;吴俊:《指导案例2号的程序法理》,《法学》2013年第1期;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;鄢焱:《再论执行和解——以执行和解协议的性质论争为中心展开》,《河北法学》2016年第4期。

② 参见王亚新:《论强制执行与说服教育》,《中国社会科学》2000年第2期。

③ 在民事诉讼法中,记入笔录往往都与“口头”联系在一起,如2015年《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269条第1款规定:“当事人就案件适用简易程序提出异议,人民法院经审查,异议成立的,裁定转为普通程序;异议不成立的,口头告知当事人,并记入笔录”;第355条规定:“当事人申请司法确认调解协议,可以采用书面形式或者口头形式。当事人口头申请的,人民法院应当记入笔录,并由当事人签名、捺印或者盖章”。

④ 韩波:《执行和解争议的法理分析》,《法学》2002年第9期。

⑤ 参见陈荣宗:《强制执行法》,台湾三民书局1995年版,第18~20页;赖来焜:《强制执行法总论》,台湾元照出版公司2007年版,第278~279页。

⑥ 中国司法实务部门其实已经明确执行和解的司法属性,最高人民法院在官方释义书中明确指出,执行和解的本质属于私法行为,是诉讼外和解,只产生私法效果,对当事人具有合同拘束力,不能像诉讼和解那样产生诉讼法上的效果。参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2015年版,第1246页;江必新:《民事诉讼法执行程序修改应关注的十大问题》,《人民司法》2011年第17期。

归私法行为属性。虽然在强调诉讼行为具有公法行为效力的学者看来,依然有必要通过修法来赋予执行和解特殊的公法效力,如执行力、^①禁诉效力,^②但是对以法解释学为主体的教义学研究而言,执行和解的研究重点是且只能是运用私法解释工具,对执行和解的构成要件和法律效果予以阐释分析。

事实上,由于制定规则的缺位,因此在实务中关于执行和解真正的疑难问题在于,执行和解达成后对原执行根据认可的执行债权发生何种影响。几十年来,执行法学者也不断借助实体法概念提出了若干解释方案。在不同的历史时期,不同的解释方案都曾产生过一定的影响,并被不同时期的司法实务界广泛接受。但理论的逻辑和历史的演进都证明,借助某单一的民法概念标签来描述执行和解的效力,虽然可以满足某些特殊需求,或是符合某条规则效果,但是都不能准确完整地覆盖当事人可能的真实意思,反而会对司法实践构成误导。简言之,用单一化的民法概念来拟制执行和解的效力虽然简明清晰,但是与探求当事人真意的合同解释论的初衷背道而驰。^③

(一) 执行和解不是和解合同

有部分研究者运用民法上的“和解合同”来构筑执行和解的效力,认为执行和解就是和解合同,虽然在我国并无明确的规定,但是由于大陆法系国家和地区都在其民法典中确立了和解合同,因此执行和解应当比照私法上的和解合同来认定其效力,^④并主要借助我国台湾地区的相关理论,认为和解契约具有认定和创设两重效力。^⑤而民法学界的相关研究似乎证明,创设效已经代替认定效而占据主流地位。^⑥

然而,和解合同的这一效力与中国法上执行和解面临的问题不相匹配。首先,由于原执行依据的存在,执行和解要解决的关键问题是处理与原执行债权的关系,而创设效只强调用新的合同替代原来的争议,却没有顾及执行依据已经对争议进行了解决。换言之,执行和解虽然不否定创设新的法律关系,但是不能因此轻易否认原有债权的性质和效力。其次,由于民法上和解合同的根本目的在于以消灭原法律关系不确定性的方式解决争议,将其单独作为一种有名合同就是为了尽力确保这类合同的有效性,因此在意思表示瑕疵等问题上都持更为宽松的态度。而执行和解只是为了更加有效地实现债权人的权利,如果一旦达成执行和解就进入新合同的情景而较难回复到执行债权状态下,那么既对债权人极端不利,不符合立法者的初衷,也与中国司法实务的操作大相径庭。因此,套用和解合同的标签,虽然在名称和解释依据上都可以有清晰的解释方案,但是并不完全符合执行和解制度的设立目的。

(二) 执行和解不是实践合同/附条件合同

在我国法学界长期存在一种观点,认为执行和解协议的性质是实践合同或者附条件合同。其原因是司法解释规定,若债务人不履行和解协议,则申请执行人只能申请恢复执行,而不能另

① 参见张卫平:《执行和解制度的再认识》,《法学论坛》2016 年第 4 期。

② 参见占善刚、张习华:《执行和解协议可诉性探析》,《社会科学家》2019 年第 11 期;丁朋超:《执行和解的合同效力探析——以执行和解的强制执行行为为视角》,《政法学刊》2018 年第 3 期。

③ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2018 年第 4 版,第 869 页。

④ 参见王利明:《论和解协议》,《政治与法律》2014 年第 1 期。

⑤ 参见刘学在:《和解制度所涉实体及程序问题研究》,《国家检察官学院学报》2016 年第 2 期。

⑥ 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。

诉和解协议。无论是司法解释的起草者还是相关研究者由此得出结论,既然和解协议只有履行完毕才生效,“类似于实践性合同”,那么和解协议若没有真正履行则不发生实际的效力。^①

这一分析虽然看似阐明了恢复执行的合法性,但是其实存在诸多误解,既未真正理解实践合同的发生要件必须法定,也未注意到附条件合同的条件必须纳入协议文本之中。总之,实践合同或附条件合同都必须有法律的明文规定或当事人的约定,而不能从另一项制度倒推出这一要件,所以将执行和解协议定位为这类合同,在要件层面并不符合实体法的基本要求。最近几年,已经有一些学者对这一见解提出了相当尖锐的批评。^②而随着《执行和解规定》赋予和解协议另诉的效力,此种见解在规范层面的正当性基础也土崩瓦解。

(三)执行和解不是新债清偿

近年来,伴随着司法解释对执行和解私法行为的肯定,一种借鉴债法理论将执行和解的效力定位为新债清偿的观点被学者提出,^③并迅速获得实务部门的支持。^④尽管我国合同法和民法典均未作出明确的规定,但是从大陆法系国家的民法典看,的确存在新债清偿(或称间接给付、为清偿之给付)的条款。

新债清偿之所以受到研究者和实务部门的青睐,是因为在新旧债关系上存在特殊的处理方案:新债务不履行则旧债务不消灭,新债务履行则旧债务随同消灭。这一方案与我国现行法中执行和解的效力高度类似:在和解协议不履行时,允许债权人申请恢复执行原执行债权;而在和解协议履行完毕时则视为旧债消灭,因而按照执行完毕终结执行。

但是,新债清偿与执行和解在性质上存在根本的差别:新债清偿在债法中的位置是一种清偿方式,因此其关注的重点在于变更给付内容以实现清偿效果,双方约定的核心在于如何以负担新债的方式清偿旧债,而并非在于订立新债本身。新债清偿明确旧债不消灭的根源是为了保护债权人基于担保等因素而对旧债享有的利益。因此,尽管在新债未履行时,旧债本身亦存在,但是债权人是否能够就两个债权主张权利,抑或存在排他的行使权限,民法学界的讨论甚少。我国学者大多认为当事人应先就新债为请求,因为尽管新旧债务并存,但是依诚信原则,债权人应先就新债务请求履行,如新债务为无效或被撤销或因实行无结果时,始应就旧债务请求履行。^⑤尽管也有少数论者认为,债权人具有选择权,可就新旧债权任意选择行使,但是对于选择权的条件(如行使时间)以及选择后的法律效果,却语焉不详。^⑥换言之,在新债清偿的制度体系下,债权人原则上应当请求督促债务人履行新债,而不能在债务人迟延履行或瑕疵履行时,就立即要求其履行旧债。而这显然与我国执行和解的理念和实践存在差别:一方面,《执行和解规定》构建的二元救

① 参见黄龙龙:《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262页;肖建国、赵晋山:《民事执行若干疑难问题探讨》,《法律适用》2005年第6期。

② 参见鄢焱:《再论执行和解——以执行和解协议的性质论争为中心展开》,《河北法学》2016年第4期;肖建国、黄忠顺:《执行和解协议的类型化分析》,《法律适用》2014年第5期。

③ 参见肖建国、黄忠顺:《执行和解协议的类型化分析》,《法律适用》2014年第5期。

④ 参见王柏东、王赫:《中国法语境下执行和解之建构》,《法律适用》2017年第24期。最高人民法院在“安阳市城建房地产开发有限公司、秦学诗诉牛海昌合资、合作开发房地产合同纠纷”等案件中也认为执行和解的效力是新债清偿。参见最高人民法院(2018)最高法执监485号执行裁定书。

⑤ 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第821页;王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第171页;房绍坤:《论新债清偿》,《广东社会科学》2014年第5期。

⑥ 参见孙森焱:《民法债编总论》(下册),法律出版社2006年版,第857页。

济模式允许当事人就新债的损害赔偿另行起诉,这似与新债清偿强调清偿的体例不尽一致;另一方面,最高人民法院也在一些案件中明确强调一般的瑕疵履行或迟延履行就构成恢复执行的条件。^①

因此,用新债清偿来概括执行和解后和解债权与原执行债权的关系,虽然在表面上与《执行和解规定》既可以另诉新债又可以恢复执行旧债的制度设计相仿,但是在具体条件上并不一致。在执行和解的情况下,只要债务人未按约定履行和解债务,债权人就享有不受限制的选择权;而新债清偿理论却对债权人提出了更高的要求,要求债权人尽可能地督促债务人履行新债。造成此种分歧的根源在于,新债清偿理论无法预料到执行债权作为已经取得执行效力的旧债与和解协议达成新债并不具有真正的平等性。

(四)执行和解的独立地位

执行和解究竟是什么?一旦达成执行和解,其与原执行根据确定的执行债权的关系又是什么?笔者认为,如果我们真的认同执行和解已经回归为私法契约,那么就应当摒弃大一统的思维定式去作出标准化的回答。作为一种特殊的合同,其法律效果只能来自当事人的真意,而不应由法律作出拟制性的规定。

既有研究展示出的一种倾向是,无论是理论界还是实务部门,都一直希望用一种实体法形态来解释执行和解的效力,并为之付出了艰苦的努力,但总是存在误读。事实上,既然执行和解的本质是当事人意思表示一致的结果,那么就应当充分尊重当事人的选择,根本无法一刀切地给予定型。正如实体法学者所言,和解可能发生变更、更新、认许、免除、新债设立、物权转移或债权转移等各种效力,也有可能发生其中几种效力的混合。^②也有诉讼法学者在研究诉讼和解时列举了和解中可能蕴含的8种情形。^③由此可见,执行和解的效力可能极其丰富,单一化的效力解释方案虽然可能会契合特殊时代背景下的考量因素,但是难以覆盖全部当事人的意图,而机械地比附民法概念,自然会遭到质疑和批评。近年来,民事诉讼法学界的一些研究者也的确开始尝试通过类型化研究的方式建立“相对完整、复杂的规范结构”,^④区分一般型和解协议、替代型和解协议与选择型和解协议,分别发生新债清偿、债的更新和选择之债的效力,^⑤虽然在具体解释技术上还有一些可以探讨的空间,但是的确更有利于理解执行和解的效力。而对中国民事诉讼法学理论界和执行实务界的启示或许在于,应该更加从实质出发,探寻当事人在执行和解时真实的意思表示,而不是力求用一种单一化的民法学理论来替代当事人的意思自由。单一化的解释方案虽然在表面上可能为执行和解的效力乃至执行法的体系给出确定的答案,但是由此却可能造成强制执行法体系的混乱和实务操作的不公。

① 例如,在“谢利琼与谢立群民间借贷纠纷、申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案”中,最高人民法院认为:“谢立群虽将执行和解协议约定的480万元款项付清,但已经超过执行和解协议约定的偿付时间,且申请执行人已提出申请,要求恢复原生效判决的执行。据此,本案不属于执行和解协议已履行完毕,不予恢复原生效判决执行的情形”。最高人民法院(2015)执申字第30号执行裁定书。

② 参见庄加园:《和解合同的实体法效力——基于德国法视角的考察》,《华东政法大学学报》2015年第5期。

③ 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。

④ 参见陈杭平:《论民事“执行和解”制度——以“复杂性”化简为视角》,《中外法学》2018年第5期。

⑤ 参见肖建国、黄忠顺:《执行和解协议的类型化分析》,《法律适用》2014年第5期。

诚然,在承认执行和解多样性的前提下,我们也可以结合中国司法实践的真实状态,发展出一种任意性规范的解释方案,但值得强调的是,执行和解是中国民事执行法中的一项独特的制度设计。一方面,它具有本土性特点,是中国法上的独创;另一方面,它具有执行法特征,是在之前的债权已经被生效执行根据确认乃至进入执行程序之后才发生的和解。这两项独特性已经基本决定,以比较法为主要参考经验的民法解释论很难直接提供一种具体的合同类型来作为执行和解的任意性规范。前述“和解合同”“新债清偿”都是因为承袭传统的民法学理论,而忽视执行债权已经具有既判力和执行力的特性,导致将和解后的债权与执行债权等量齐观。这恐怕很难符合债权人达成执行和解的真意。相比较之下,有学者主张赋予包括执行和解在内的广义的诉讼和解以默示的约定解除权,允许债权人在债务人不完全履行和解协议时解除和解合同,进而恢复原债权的执行。^①用“债的变更+默示约定解除”作为执行和解的任意性规范,虽然略显繁复,但是可能更加符合当事人的真意,也符合中国法中执行和解的既有规则及程序原理。

五、结 论

执行和解作为一项中国本土性制度,从1982年《民事诉讼法(试行)》至今已经有近40年的历史。伴随着中国经济的发展和法治的完善,这一制度的结构与功能也因为法律和司法解释的更迭而出现了变化。从法律规定看,执行和解在最初是一种终结执行的执行措施,演变至今则已经基本上与执行中的民事合同无异,终究回归了当事人意思表示一致的本源。

而理论界关于执行和解的分析,出现了各种学说争鸣的局面。借用比较法的框架,形成了“私法行为说”“诉讼行为说”“一行为二性质说”等不同的学说。但至少在解释论层面,由于民事诉讼法和司法解释的规范,各种学说在本质上都认可执行和解中包含合同这一私法行为,因此理论上的争议并不构成执行和解回归私法行为进而引入私法解释方法的障碍。

通过引入私法解释方法,可以避免出现目前片面强调执行和解只具有阻断执行的公法效果的情形。然而,另一种需要避免的情形是,在借助民法概念分析执行和解的效力尤其是执行和解合同与原执行债权的关系时,希望赋予其统一的定性。执行和解本身的特质,决定了其既不是民法意义上的和解合同,也不能用实践合同、附条件合同来一般性地概括其效力,近年来的新债清偿虽然与执行和解的法律效果形似,但是只有标签意义,并不能真正为执行和解在实务中遭遇的难题提供解释路径。执行和解既然是当事人的意思表示,就必须从具体的合同内容出发,分析其不同类型案件和不同类型的和解协议中的真实意思,而不能冀望借用一个民法概念统一地作出回答。即便要构造任意性规范,也需要考虑执行债权已经具备既判力和强制执行力的特殊性,充分保障债权人的合法利益。

责任编辑 王虹霞

^① 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。