

# 我国民事执行回转理论基础与 制度构造的革新

陈 刚 \*

**内容提要：**我国民事执行回转制度一方面因在实践运行中背离民事诉讼法的立法趣旨，出现了“审执合一”的程序构造和可能被执行回转之诉替代之问题；另一方面因生成于传统职权主义诉讼体制，又面临着理论基础和制度构造都需要彻底改造的问题。相较于其他被执行财产事后救济制度，民事执行回转制度对于实现诉讼经济和诉讼迅速的理念，促成纠纷一次性或最大化解解决，有着十分明显的制度优势。因此，将民事执行回转制度由职权进行主义运行模式改造成贯彻处分权主义的运行模式，使之在保留原有制度功能及优势的同时，又符合新时代民事诉讼的发展需要，是当下民事强制执行立法过程中应予充分考虑和努力解决的重大课题。具体制度构建上，应将不当得利之债规定为民事执行回转制度的实体法基础，并将其定性为实质诉讼规范；坚持审执分立的程序构造和排除另诉的处理方案；将回转制度规定在民事诉讼法“审判程序”编中，并设立裁判解释程序。

**关键词：**执行回转 最终调整说 审执分立 不当得利

## 引 言

民事执行回转作为一项被执行财产事后救济制度，在我国经历了一个从实践先行到立法规定的演进过程。1991年民事诉讼法第214条确立了执行回转制度，自实施以来，有关其法律适用问题之研讨就从未间断。<sup>〔1〕</sup>制度是历史的产物。我国民事执行回转制度是对苏联法的移植及本土化，若从法系意识分析方法上考察，<sup>〔2〕</sup>它目前主要存在三个严重违背基本法理的问题。一是在实践运行中违背以同一程序和判决最终调整当事人间争讼法律关系的制度设置目

\* 广州大学法学院教授。

本文系作者主持的国家社科基金项目“民事诉讼实体法理论与实践问题研究”（18BFX066）的阶段性成果。

〔1〕 通过在中国知网上查询，自1991年民事诉讼法实施至今，以“执行回转”为篇名发表的报刊文章总计27篇，其中包括《人民司法》6篇、《人民法院报》8篇。这些文章均以讨论执行回转的法律适用问题为主。

〔2〕 关于苏联民事执行回转制度基本法理及制度的考察，详见陈刚：《民事执行回转制度的法系意识考察及立法启示》，《国家检察官学院学报》2021年第3期。

的，允许当事人另行起诉解决被执行财产事后救济问题，打破了执行回转制度固有的排除另诉功能。<sup>〔3〕</sup>二是实定民法没有明确规定执行回转的实体法基础，导致立法方面以处理程序问题的裁判方式（裁定）解决执行回转实体问题，<sup>〔4〕</sup>司法实践更是将执行回转案件待为单纯的执行案件处理之。<sup>〔5〕</sup>三是司法实践采用“审执合一”的程序构造处理执行回转案件的做法，<sup>〔6〕</sup>既违背了1991年民事诉讼法第214条（现为第240条）的立法趣旨，也违背了应当按照“审执分立”的程序构造处理执行回转案件的法理要求。

需要指出，对于上述三项有违基本法理之问题，民事强制执行法草案（以下简称“执行法草案”）不仅在立法导向上毫无修正之意，反而增加了有过之而无不及的执行回转之诉。<sup>〔7〕</sup>不言而喻，“执行法草案”有关执行回转的制度设计一旦被立法机关采纳，不仅现行民事诉讼法第240条将被迫接受一次“革命性”变容，民事执行回转制度的基本法理也将荡然无存。如是，我国民事执行回转制度正面临一场何去何从的挑战，对之理论基础和制度构造进行重新审视的必要性呼之而出。

本文将从三个部分展开。一是通过还原民事执行回转制度及其法理之原貌，纠正认为民事执行回转是“极具中国特色的特殊执行制度”的观点；<sup>〔8〕</sup>二是梳理和解读民事执行回转制度在我国本土化过程中的异变及其成因；三是结合现代民事诉讼体制的发展要求，以新的理论基础和制度构造扬弃传统意义上的民事执行回转制度，实现该项诉讼制度的理论基础与制度构造的革新。本文旨在从立法论的角度，为民事强制执行法以及民法典司法解释的起草人提供一份具有建设性的参考文献，同时也为促进我国民事执行回转制度的法理基础建设积累一份素材。

## 一、民事执行回转制度及其法理原貌

对于执行根据于执行完毕后被撤销或变更之情形，诉讼法中得规定相应的制度，以对被执行人受到的财产及利益损失进行司法救济。本文称这种诉讼制度为被执行财产事后救济制度，其中包括民事执行回转制度。以下结合比较法资料，对我国民事执行回转制度及其法理的原貌以及本土化状况作一考察。

### （一）民事执行回转制度与职权主义诉讼体制

我国民事执行回转制度主要经历了实践先行期和法定化运行期两个发展阶段。根据郭贡学所编《中华人民共和国民事诉讼法讲义》（以下简称“郭氏讲义”）的记载，早在建国初期，我国民事诉讼就开始引进执行回转制度并付诸实践，即“法院判决执行后，由于某种原因而被

〔3〕 参见《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〔2020〕20号，以下简称“民诉法解释”）第494条。

〔4〕 参见1991年民事诉讼法第214条（现为第240条）。

〔5〕 参见《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）》（法释〔1998〕15号，以下简称1998年“执行规定”）第109条。《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）》（法释〔2020〕21号，以下简称2020年“执行规定”）第65条沿用之。据1998年“执行规定”起草者的解释，执行回转案件属于单纯的“再执行”案件。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334页。

〔6〕 参见1998年“执行规定”第109条。

〔7〕 本文中的“执行法草案”是指2019年4月的“征求意见稿”和日期不明的“草案第四稿”，两稿分别以第94条和第52条规定了执行回转之诉。

〔8〕 参见邱强：《“执行回转”制度的检视与完善》，《人民法院报》2019年11月20日第7版。

撤销时，原告应把执行判决所得到的一切返还给被告，这种情况就是判决执行的回转”。〔9〕自1991年民事诉讼法实施后，民事执行回转制度结束了实践先行期而进入法定化运行期。1991年民事诉讼法的立法者根据学理解释和司法经验，〔10〕以第214条规定：“执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，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。”该条自规定至今，虽因2007年（第210条）、2012年（第233条）、2017年（第233条）、2021年（第240条）之民事诉讼法修改于序号上有所调整，但内容方面只字未动。通说一般是依据该条前半句定义民事执行回转概念如下：执行完毕后，作为执行根据的判决、裁定及法律文书因确有错误被撤销或变更的，对于已被执行的财产，人民法院应当以裁定责令该财产取得人予以返还。

民事执行回转制度建立在职权主义诉讼体制之上，它要求人民法院遵从职权进行主义，依职权启动和合并执行回转案件的审理。与之相对，在贯彻处分权主义的民事诉讼体制中，通常是采用诉的制度或另诉形态对被执行财产进行事后救济，在程序启动和案件合并方面采取当事人进行主义。例如，德国、日本的民事诉讼法将符合再审原因且经再审程序撤销的已执行确定判决待为不当执行的发生根据，并将执行债权人根据原判决执行取得的财产待为不当得利，据此规定执行债务人可以向法院提起返还不当得利之诉。

随着我国民事诉讼体制由职权主义向当事人主义转型，对于执行回转案件实体问题处理程序的启动，1998年“执行规定”第109条一改民事诉讼法规定的职权启动制，采用“依当事人申请或依职权”的双轨制。需要指出，当事人申请制虽然为构建本文后述的当事人进行主义的执行回转制度创造了契机，提供了实践经验和可行性证明，但也为执行回转之诉替代执行回转制度观点的生成提供了佐证。

## （二）民事执行回转制度的目的

从目的论出发构建民事执行回转制度，是促成该项诉讼制度在民事诉讼法体系中与其他诉讼制度之间整合化的必然要求。民事诉讼法设置执行回转制度，是为了以同一程序和同一判决合并解决原判决的纠错问题和被执行财产事后救济问题，由此以新判决实现“对当事人间争议的最终调整”（окончательное урегулирование），本文称之为“最终调整说”。〔11〕

根据“最终调整说”设置的执行回转制度，既是一种依职权强制合并审理案件的方式，也是一种使确定判决在客观上充分达到纠纷一次性或最大化解解决效果的诉讼制度。案件合并制度可分为任意合并和强制合并。任意合并是民事诉讼法本着经济、迅速等诉讼理念，赋予当事人利用同一诉讼程序解决多个争讼案件的诉讼制度，如2021年民事诉讼法第143条规定的诉讼请求合并。在贯彻处分权主义的民事诉讼体制中，由于采用独立诉讼形态处理被执行财产事后救济案件，因而原则上不适用案件合并审理制度。但作为例外，日本民事保全法第33条基于简便诉讼程序之考量，允许当事人在本案诉讼程序中对不当假处分执行案件提出恢复原状之申请，〔12〕

〔9〕 郭学贡编：《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。

〔10〕 参见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176页以下。

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

〔12〕 该项申请相当于诉，理由在于，申请的内容及目的是请求实体裁判。也正因为如此，日本学者对该条的法域属性产生争议，有实体法说和诉讼法说之分。实体法说认为不应当将恢复原状规定在保全法中，否则难以从民法体系上说明民法中的恢复原状与保全法中的恢复原状在构成要件等方面的区别。而诉讼法说则从诉讼经济和迅速等程序立场，解释将之规定在保全法中的意义。

但同时也允许当事人另行提起恢复原状之诉，亦即日本法对于处理不当假处分执行案件规定了任意合并制度。

强制合并又分为法定合并和职权合并。法定合并是当事人依照法律的强制性规定主动要求法院合并案件审理，它在制度设计上体现了对处分权的尊重。在法定合并情形下，当事人如果不利用同一诉讼程序要求法院合并审理某一法定合并案件，那么按照处分权主义的解释，就视为当事人自愿放弃了对该案要求司法裁判的权益，且其不得就该案另行诉讼。职权合并是法院依职权强制合并案件审理，由于它将合并审理待为法院的职责，具有强烈的职权进行主义色彩，所以不被贯彻处分权主义的民事诉讼所接受。我国民事诉讼法规定人民法院应当主动依职权处理执行回转案件，即采用职权合并；1998年“执行规定”第109条规定“依当事人申请或依职权”处理执行回转案件，即采用法定合并和职权合并的双轨制。两种强制合并方式都具有排除当事人另诉执行回转案件的功能。

尽管以“最终调整说”为设置目的的执行回转制度在运行上具有职权进行主义特质，但它在客观上也具有追求纠纷解决最大化的效果。在“民诉法解释”第494条允许另诉之前，人民法院在司法实践中一直采用排除另诉的方式处理民事执行回转案件。

### （三）民事执行回转制度的实体法基础

目前，我国实定民法尚未明确规定被执行财产事后救济制度的实体法基础，司法实务只能依据民事诉讼法及其司法解释的相关规定处理实体问题。对于错误保全案件的事后救济，适用侵权之债的规范处理；<sup>[13]</sup>对于执行回转案件，主要适用如下规定处理：返还被执行财产，<sup>[14]</sup>支付被执行财产的孳息，<sup>[15]</sup>对错误先予执行造成的损失进行赔偿，<sup>[16]</sup>返还因错误先予执行所取得的利益。<sup>[17]</sup>此外，还有不少处理执行回转案件实体问题的司法解释<sup>[18]</sup>和各级法院的参考案例。

笔者赞成司法解释将侵权之债作为错误保全案件事后救济的实体法基础。从比较法观之，德、日民事诉讼也是将侵权之债待为不当保全执行案件事后救济的实体法基础。<sup>[19]</sup>其法理依据在于，诉讼保全尤其是财产保全是以确保将来的确定判决得以顺利执行为制度设置目的，尽管在保全过程中涉及保全措施的执行，但其法律效果只是暂时限制被申请人处分或者转移被保全财产，并不涉及该财产的确权和实际交付，因此对于错误保全案件适用返还财产之类的事后救济措施于法理上无据，而只能援用侵权责任法为实体法基础，将错误申请保全行为待为一种特殊的侵权行为，责令申请人对因实施该行为给被申请人造成的财产及利益损失承担损害赔偿

[13] 参见2021年民事诉讼法第108条；《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否承担赔偿责任问题的解释》（法释〔2005〕11号）；最高人民法院（2017）最高法民终118号，《最高人民法院公报》2018年第10期。

[14] 参见2021年民事诉讼法第240条、2020年“执行规定”第65条。

[15] 参见2020年“执行规定”第65条。

[16] 参见2021年民事诉讼法第110条。

[17] 参见“民诉法解释”第173条。

[18] 参见《最高人民法院执行工作办公室关于执行回转案件的申请执行人在被执行人破产案件中能否得到优先受偿保护的请示的答复》（〔2005〕执他字第27号）；《最高人民法院执行工作办公室关于原执行裁定被撤销后能否对第三人从债权人处买受的财产进行回转的请示的答复》（〔2007〕执他字第2号）；《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》（法释〔2014〕8号）第6条。

[19] 参见〔日〕清田明夫：《仮執行に基づく原状回復・損害賠償義務》，載三ヶ月章・青山善充編：《民事訴訟法の争点〔新版〕》，有斐閣1988年版，第302页以下。

责任。

关于判决类被执行财产案件事后救济的实体法基础问题，各国因民法的立法趣旨以及判决种类之不同，而于规范和解释方面有所不同。就未确定判决（即所在审级作出的仍可上诉的判决）的事后救济而言，苏联法以不当得利之债为“立即执行判决”事后救济的实体法基础；日本法以侵权损害赔偿作为“附假执行宣告判决”的事后救济措施，并从民法解释上将当事人申请执行未确定判决之行为视作一种“不当利用公权力”的侵权行为。<sup>[20]</sup>但是就确定判决的事后救济而言，苏联法和德、日法都以不当得利之债作为实体法基础，两者仅在事后救济制度的运行方式上存在差异，前者采用执行回转制度，后者采用独立诉讼形态。

在民法典中规定执行回转的实体法基础，具有阻止当事人以其他实体法规定为依据对执行回转案件另行诉讼的作用。首先，就执行回转（不当得利之债）与侵权之债的关系而言，虽然两者都是法定之债，但侵权之债以行为具有违法性为成立要件，侵权人不论其行为造成的损害结果是否于己有利，都应当对受害人进行损害赔偿；但执行回转是以不当得利之债作为实体法基础，它无须将违法行为作为债的成立要件，即不当得利可以根据原判决执行受益人的合法或违法行为发生。由于法律规定不适用侵权之债关系调整执行回转关系，原判决执行受损人不得以侵权之债为依据，在执行回转制度外另寻对被执行财产的事后救济。其次，就执行回转（不当得利之债）与合同之债的关系而言，两者在司法救济方式上截然不同。合同之债关系中的债权人对于未履行合同义务的债务人，只能通过履行合同义务之诉寻求司法保护。这是因为，在债务人没有履行合同义务的情形，债权人和债务人根据合同约定的债权债务关系并没有因此而消灭，即债务人对债权人既没有实施以取得财产为目的的侵权行为，也没有因债务尚存而取得不当得利。因此，债权人只能依照法律规定要求债务人履行合同义务，而不能向债务人主张返还不当得利或者侵权之债意义上的损害赔偿。同理，原判决执行受损人因不能以合同之债为依据另行提起被执行财产事后救济之诉，而只能利用执行回转制度要求原判决执行受益人返还不当得利意义上的被执行财产。<sup>[21]</sup>

从法系意识上考察，我国实践先行期因深受苏联法理之影响，主流观点也将不当得利之债作为民事执行回转制度的实体法基础。<sup>[22]</sup>笔者推测，可能因为我国民法通则没有仿效苏联民法将“法律根据于事后消灭”也列为不当得利发生原因之缘故，自1991年民事诉讼法确立执行回转制度以后，几乎不再有教材或著述主张不当得利之债说，甚至连执行回转的实体法基础这个问题也几无提及。

#### （四）民事执行回转制度的程序构造

执行回转案件是关涉被执行财产事后救济的诉讼案件，按照审判权和执行权相分立原则，人民法院应当分别适用审理程序和执行程序处理执行回转案件的审理与执行。至于民事执行回转制度究竟应当在审判程序篇还是执行程序篇中加以规定的问题，历史上有两种做法。苏联在其实践先行期，其教材将执行回转安排在审判程序篇的判决制度项下，理由是执行回转案件属

[20] 参见[日]加藤一郎编：《注释民法（19）債權（10）》，有斐阁1971年版，第157页。

[21] 参见[苏联]B. П. 格里巴诺夫、C. M. 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439页以下。

[22] 参见柴发邦、江伟主编：《民事诉讼法讲座》，第三期全国法律专业《民事诉讼法》师资进修班资料，西南政法学院印制，1983年，第258页以下；北京政法学院民事诉讼法教研室：《中华人民共和国民事诉讼法讲义》，内部印刷（校内用书），1983年2月，第293页。

于新判决的审判对象。但自1964年苏俄民事诉讼法将执行回转制度规定在执行程序篇以后，其教材也随之将相关内容悉数移至执行程序篇中。因借鉴苏联教材及立法例之缘故，我国民事诉讼法教材在实践先行期的早期，也将执行回转制度安排在审判程序篇的判决制度项下，<sup>[23]</sup>但到了实践先行期的后期，又开始借鉴1964年苏俄民事诉讼法实施后出版的苏联教材，将相关内容安排在执行程序篇中。<sup>[24]</sup>1991年民事诉讼法参考1964年苏俄民事诉讼法的立法例，将民事执行回转制度规定在执行程序编中。由上可知，当下我国民事诉讼法教材将执行回转制度安排在执行程序编中的理由，实际上与民事诉讼法的体例安排没有直接关系，而是受到了苏联立法例及其教材变化的影响。

在我国实践先行期，人民法院依照1954年人民法院组织法规定的“审执分立”原则处理执行回转案件。这种程序构造也被1991年民事诉讼法第214条再次肯定，该条起草人的解释是：“需要执行回转的案件，应当由对执行根据有权撤销的人民法院作出裁定，责令取得财产的人（包括公民、法人和其他组织）返还财产，如果拒不返还，该裁定即为执行回转的执行根据，适用执行程序，采取相应的强制执行措施。”<sup>[25]</sup>这段解释从两个方面要求人民法院应当按照“审执分立”的程序构造处理执行回转案件。其一，只有“对执行根据有权撤销的人民法院”才有权作出责令返还财产裁定。其二，与普通民事裁定只适用于处理诉讼程序问题不同，责令返还财产裁定具有实体内容，<sup>[26]</sup>它在原申请执行人拒不履行时，可以成为原被执行人申请人民法院强制执行的执行根据。因此，按照民事诉讼法的规定，执行机构只负责执行回转案件的执行，而执行回转案件的实体处理则应当由审判组织负责。

尽管1991年民事诉讼法第214条沿用至今且只字未改，但1998年“执行规定”第109条却打破了民事诉讼法规定的“审执分立”的程序构造，明确规定原执行机构有权作出责令返还财产裁定并负责执行回转案件的强制执行，从而在司法实践中确立了“审执合一”处理执行回转案件的程序构造。

## 二、民事执行回转制度的异变及其成因

如前所述，我国现在实际运行中的民事执行回转制度既背离了其原貌，也突破了民事诉讼法的预定框架。因此，梳理和解读民事执行回转制度在本土化过程中的异变及其成因，就成为认识和改造这一诉讼制度必须完成的前期任务。

### （一）目的论的异变及其成因：另诉之门的关闭与开启

在“民诉法解释”第494条为执行回转案件开启另诉之门以前，实务中一直维系着排除另诉的做法，这其中原因何在？“民诉法解释”第494条又是基于何种原因打开了另诉之门？

[23] 参见前引〔9〕，郭贡学编书，第十五篇“中华人民共和国民事诉讼中的法院判决和裁定”第七节“判决执行的回转”，第157页以下。

[24] 以郭学贡在实践先行期的观念变化为例，他在后期也开始将执行回转制度的内容置于执行程序篇中讲授。参见石宝山、郭学贡、周元伯：《中华人民共和国民事诉讼法教程》第十九章“执行”第四节“判决执行的保全与执行的回转”，吉林大学法律系印刷，1981年5月，第254页。

[25] 前引〔10〕，最高人民法院民事诉讼法培训班编书，第177页。

[26] 对于民事诉讼法规定以裁定方式处理执行回转案件实体问题的做法，有学者指出“执行回转系对原被执行财产的最终处分，以裁定书作为执行根据，显属不当”（江伟、肖建国：《民事执行制度若干问题的探讨》，《中国法学》1995年第1期，第68页）。笔者赞同此种观点。

### 1. 关闭另诉之门的原因

在“民诉法解释”第494条开启另诉之门以前，实务中对执行回转案件排除另诉的主要原因有二：一是对苏联法的教条式引进；二是传统职权主义诉讼体制的加持。

在实践先行期的早期，实务中照搬苏联法经验处理执行回转案件，这种做法一如“郭氏讲义”所述：“当发生判决的执行回转时，被告不必另对原告提起诉讼，而在新作出的判决或裁定中明确注明就行。”<sup>[27]</sup>通过这种教条式引进，人民法院在实践中依职权启动和合并执行回转案件的审理，在客观上排除了当事人对执行回转案件另行诉讼的可能性和必要性。在实践先行期的后期，虽然1982年试行民事诉讼法尚未规定执行回转制度，但在这部法律的起草者们编写的一系列著述中，都明确将之列为一项实践性诉讼制度予以讲授。其中对当时执行回转实践最具指导意义的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）短训班部分讲义》（以下简称“短训班讲义”）明确指出：“对于发生执行回转的情况，人民法院和有关机关应当在制作的新判决、裁定或其他法律文书中写明，并确定采取相应的执行措施，把申请人得到的一切财产和其他收入，退回给被申请人。此项工作由执行员主动进行，无须当事人再行申请。”<sup>[28]</sup>这段文字除在主旨方面与“郭氏讲义”保持一致外，还特别强调人民法院应当依职权对执行回转案件进行执行。不言自明，由人民法院依职权包揽执行回转案件的审理和执行，无疑从客观上彻底排除了当事人对执行回转案件提起另诉的可能性。<sup>[29]</sup>

虽然1991年民事诉讼法在执行回转案件的执行程序启动方面，将作为实践先行期司法惯例的职权移送制变更为以当事人申请制为原则，在一定程度上削弱了职权移送制对排除另诉的加持，但其第214条明确规定，在执行回转案件的实体处理方面，人民法院“应当”依职权对执行回转案件作出责令返还裁定，从而在客观上排除了当事人对执行回转案件另行诉讼的可能性。

综上，教条式引进和传统职权主义诉讼体制的加持，是“民诉法解释”第494条出台之前执行回转制度在司法实践中发挥排除另诉功能的原因。

### 2. 开启另诉之门的原因

“民诉法解释”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。”按照“民诉法解释”起草者的释义，此项规定也适用于执行回转案件。<sup>[30]</sup>至此，民事执行回转制度在实践先行期和1991年民事诉讼法规定下所维系的排除另诉功能被突破。值得注意的是，该解释的起草者认为，允许当事人对执行回转案件另行诉讼是为了满足“审执分立”的要求，因为折价赔偿问题涉及实体法判断，不应该

[27] 前引〔9〕，郭学贡编书，第157页以下。

[28] 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。为了培养全国法院系统民事骨干干部正确适用试行民事诉讼法，最高人民法院于1982年5月15日在京举办了为期一个月的“中华人民共和国民事诉讼法（试行）短训班”。该短训班教员全部由试行民事诉讼法起草小组成员担任，其中部分讲座内容编印成《中华人民共和国民事诉讼法（试行）短训班部分讲义》后，以内部资料名义发放各位学员，供他们回原单位宣讲试行民事诉讼法以及指导民事审判实务所用。

[29] 由人民法院依职权审理和执行民事执行回转案件的做法，被当时的代表性民事诉讼法教材所肯定。参见前引〔22〕，柴发邦等主编书，第259页以下；全国法院干部业余法律大学民事诉讼法教研组编：《中国民事诉讼法教程》，人民法院出版社1988年版，第353页以下；法学教材编辑部《民事诉讼法教程》编写组：《民事诉讼法教程》，法律出版社1983年版，第383页。

[30] 参见《最高人民法院民事诉讼法司法解释实务指南》编写小组编著：《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。

直接在执行程序中作出处理。<sup>[31]</sup>但笔者以为,将“民诉法解释”第494条适用于执行回转案件,实属一种因事制宜的对策性安排,它不仅没有实现“审执分立”的初衷,反而为突破排除另诉功能创造了契机,同时也对1998年“执行规定”确立的“审执合一”的程序构造进行了加持。

归结起来,促使“民诉法解释”第494条开启另诉之门的主要原因有二:一是我国执行回转制度缺乏明确的实体法基础;二是1998年“执行规定”第109条形成了“审执一体化”的程序构造。前者是根本原因,后者只是前者的派生。具体而言,第一,由于执行回转缺乏明确的实体法基础,导致1998年“执行规定”的起草者将执行回转案件待为单纯的执行案件或者“再执行案件”,并规定由原执行机构按照“审执一体化”程序处理。第二,正是基于“审执一体化”的程序构造,执行机构遇特定物执行不能且双方当事人不能对折价赔偿协商一致时,因受制于“审执分立”原则之约束而不能完成执行回转案件的执行工作。为此,“民诉法解释”第494条作为权宜之计,规定以终结执行程序的方式认可当事人另行起诉,作为解决执行回转案件执行不能的对策。

顺带指出,按照1991年民事诉讼法第214条之规定及其起草者的解释,执行回转裁定应当由有权撤销原执行根据的人民法院作出,因此执行机构遇特定物执行不能且当事人不能达成折价赔偿协议情形时,其正确做法是将该问题移送有权撤销原执行根据的人民法院通过审理程序处理,如此也就不会导致另诉。另外,在“民诉法解释”第494条出台之前,司法实践中遇特定物执行不能且当事人不能达成折价赔偿协议之问题时,执行机构通常是采用依职权确定合理数额的方式完成执行工作,此种做法类似于民法典第1182条规定的人民法院根据实际情况确定赔偿数额或德、日法上的“相当性损害额认定”。<sup>[32]</sup>虽然执行机构依职权确定折价赔偿数额在客观上能够起到维护排除另诉功能的作用,但它严重违背了“不得以执代审”的基本要求。

## (二) 实体法基础的异变及其成因:从实体法说到诉讼法说

学界至今未有一篇研究民事执行回转实体法基础的专论,笔者通过文献整理,大致归纳出三种关于民事执行回转实体法基础的观点:不当得利之债说、实体法的执行前状态恢复说以及诉讼法的执行前状态恢复说。前两者属于实体法说,后者属于诉讼法说。

### 1. 实体法说

不当得利之债说是实践先行期的一种代表性观点。该说认为,原申请执行人所得的被执行财产,因作为其执行根据的法律文书事后被人民法院撤销或变更而构成不当得利,所以原申请执行人应当将所得的被执行财产待为不当得利,返还原被执行人。<sup>[33]</sup>笔者以为,不当得利之债说是深受苏联法影响发展而来的学说,该说将作为执行根据的法律文书待为申请执行人取得实体权利的法律根据,同时又主张“作为执行根据的法律文书又被撤销,因而申请人得到的权利便无根据,成为不当得利”。<sup>[34]</sup>这种将法律文书的事后撤销即“法律根据于事后消灭”待为不当得利之债发生原因的观点,是苏联民法学解释执行回转实体法基础的通说,因此可以

[31] 前引〔30〕,《最高人民法院民事诉讼法司法解释实务指南》编写小组编著书,第800页。

[32] 参见段文波:《事实证明抑或法官裁量:民事损害赔偿数额认定的德日经验》,《法学家》2012年第6期,第165页以下。

[33] 参见前引〔22〕,柴发邦等主编书,第258页以下;前引〔22〕,北京政法学院民事诉讼法教研室书,第293页。

[34] 前引〔22〕,北京政法学院民事诉讼法教研室书,第293页。



称为不当得利之债说。

实体法的执行前状态恢复说,是在实践先行期生成的本土学说。该说一方面基于执行行为解释执行回转的实体意义,即执行回转是将原申请执行人在执行程序中取得的财产或其他利益退还或返还原被执行人,使被执行财产恢复到执行程序开始前的状态;<sup>[35]</sup>另一方面又从实体法立场解释这种恢复执行前状态的法律依据,即作为原执行根据的法律文书被撤销以后,“申请人得到的权利和利益,成为不当得利”。<sup>[36]</sup>从权利与权利救济方法的关系分析,这种所谓“恢复执行前状态”实际上与民法规定的恢复原状旨趣相同(原民法通则第134条第1款第5项,民法典第179条第1款第5项)。但是,恢复原状作为民事责任的承担方式或救济措施,本身并不能成为执行回转的实体法基础。由于这种意义上的执行前状态恢复说是将不当得利之债待为执行回转的实体法基础,并将恢复原状待为实现被执行财产回转或不当得利之债权的方法或措施,笔者称之为“实体法的执行前状态恢复说”。

需要指出,不当得利之债说和实体法的执行前状态恢复说,都是在没有受到任何学术质疑的情形下就淡出了我国学者的视野。如前所述,这可能是由于原民法通则未将“法律根据于事后消灭”列为不当得利的发生原因,从而导致学界自1991年民事诉讼法实施以后不再提及该说。

## 2. 诉讼法说

诉讼法的执行前状态恢复说,是具有本土原创性的学说,也是目前学界和实务界的通说。该说主张,作为原执行根据的法律文书因确有错误而被人民法院撤销后,申请执行人应当将已取得的执行财产退还被执行人,以使当事人间曾经存在的财产执行关系恢复到执行程序开始前的状态。与实体法说将恢复原状待为实现被执行财产回转或不当得利之债权的救济措施不同,诉讼法说将执行回转作为人民法院为了纠正错误法律文书所导致的执行工作失误而采取的一种补救措施,即直接将纠正不当执行后果所实施的执行行为本身作为执行回转的法理依据,而恢复原状只是实施这种执行行为所追求的法律效果。由于该说不以实体法为基础解释执行回转关系中实体内容的形成依据,认为处理执行回转案件的依据是将已被执行财产恢复到执行前状态的执行行为,笔者谓之“诉讼法说”。1998年“执行规定”起草人就是因为采取了诉讼法说,将执行回转案件待为单纯的执行案件,从而规定了处理执行回转案件的“审执合一”的程序构造。需要指出,在1998年“执行规定”的影响下,一些代表性学者和教材也对民事执行回转概念进行了重新定义,即执行回转“是指全部或部分执行完毕后,由于据以执行的法律文书被撤销或变更,执行机构将已经执行的财产返还给被执行人,使被执行人的财产恢复到执行程序开始前的状态”。<sup>[37]</sup>这也是支持由执行机构采用“审执合一”的程序构造处理执行回转案件的观点。

### (三) 程序构造的异变及其成因:从“审执分立”到“审执合一”

虽然我国民事诉讼理论和立法一直强调采用审理和执行相分立的程序构造处理诉讼案件,

[35] 参见前引〔29〕,法学教材编辑部《民事诉讼法教程》编写组书,第406页;前引〔29〕,全国法院干部业余法律大学民事诉讼法教研组编书,第353页。

[36] 陈延陵等编著:《民事诉讼法试行问题探讨》,法律出版社1985年版,第251页以下。

[37] 李浩:《民事诉讼法学》,法律出版社2014年版,第526页以下。另外,江伟在2000年主编的《民事诉讼法》一书中是依照1991年民事诉讼法的规定定义执行回转(中国人民大学出版社2000年版,第352页以下),但在2012年主编的《民事诉讼法学》一书中,改为依照1998年“执行规定”第109条定义执行回转(北京大学出版社2012年版,第460页)。

但在处理执行回转这一类型的诉讼案件方面，却经历了一个从“审执分立”到“审执合一”的演变过程。

### 1. 审判兼办执行的“审执分立”程序构造

在执行回转实践先行期的早期，按照“郭氏讲义”所述，人民法院应当在“新作出的判决或裁定中明确注明”执行回转案件的处理结果，<sup>[38]</sup>即要求人民法院在审理程序中处理执行回转案件。与此同时，根据1954年人民法院组织法第38条有关“地方各级人民法院设执行员，办理民事案件的判决和裁定的执行事项”的规定，立法上也要求由执行员负责执行回转案件的执行。在实践先行期的后期，由于1982年试行民事诉讼法再次明确肯定了“审执分立”的程序构造，就执行回转案件而言，实践中一方面要求人民法院应当在审理程序中“制作的新判决、裁定或其他法律文书中写明”处理结果；另一方面，为了及时纠正错误裁判给被执行人造成的财产损失，减轻当事人的讼累，又要求人民法院采用职权移送制（学理上称作“交付执行”）对执行回转案件进行执行。<sup>[39]</sup>自1991年民事诉讼法第214条增设民事执行回转制度以后，对于执行回转案件实体问题的处理，由“对执行根据有权撤销的人民法院”负责；<sup>[40]</sup>而对于执行回转案件的执行，则采用当事人申请制，由当时已经普遍建立或建设中的独立执行机构负责。因此，在1998年“执行规定”第109条出台之前，人民法院一直按照“审执分立”的组织构造和程序构造处理执行回转案件，这既是理论上的当然要求，也是对沿用至今的1991年民事诉讼法第214条的遵守。

但是，我国法制建设经历了一段十分坎坷的发展过程，司法实践中曾出现过一段虽然在程序构造上采“审执分立”、但在“审执业务”办案人员方面却不分立的经历，笔者称之为“审判兼办执行”的“审执分立”程序构造。在实践先行期的早期，各级人民法院尚未完成1954年人民法院组织法规定的执行组织（执行处、执行室、执行组）建设任务，就因“法制虚无主义”的影响而停滞了人民法院队伍建设工作。即使在实践先行期的后期，即恢复法制建设不久的1982年试行民事诉讼法时期，人民法院的执行组织甚至审判队伍也仅处于积极重建之中。上述背景下，尽管理论和立法均要求人民法院处理执行回转案件时应当在程序和组织两个方面都实行“审执分立”，但由于是时执行组织尚未建立健全，甚至连审判人员也严重不足，在审判和执行业务的人员分工方面难以实现分立，“三包法官”（包立案、包审判、包执行）现象甚至是这一时期基层人民法院的工作常态。这种审判兼办执行的组织构造直到1991年民事诉讼法制定以后才得到根本扭转。因此，在“审执分立”程序构造下采用审判兼办执行的方式处理包括执行回转案件在内的诉讼案件，可谓我国民事诉讼在特定历史时期的一大特色。

### 2. 执行兼办审判的“审执合一”程序构造

与前述审判兼办执行的“审执分立”程序构造形同两极，在根据1998年“执行规定”第109条建立的执行兼办审判的“审执合一”程序构造中，执行机构兼任了审判机构的职责，在执行程序中一并处理执行回转案件的实体问题和执行问题。1998年“执行规定”设立这种程序构造的理由如下：虽然最高人民法院制定“执行规定”的现实意义之一就是贯彻落实“审

[38] 前引〔9〕，郭学贡编书，第157页以下。

[39] 前引〔28〕，中央政法干部学校教务处编印书，第190页。

[40] 前引〔10〕，最高人民法院民事诉讼法培训班编书，第177页。

执分立”，但“执行规定”的起草人却认为，“执行回转的实质是再执行，与原来的执行相比较属于新的执行”。<sup>[41]</sup>由于将执行回转定义为再执行，按照再执行案件仍属于执行案件的逻辑，“执行规定”第109条就一改民事诉讼法的规定，将执行回转裁定的制作者由撤销原执行根据的“人民法院”变更为“原执行机构”，从而使执行机构兼办了执行回转案件的审判业务。

也许有问，执行回转案件的执行根据是撤销或变更原判决的新判决，而执行回转裁定只是启动执行程序的根据，其本身不具有解决执行回转案件实体问题的功能，因此由执行机构制作执行回转裁定并无不妥。但这是一种将执行回转裁定待为单纯的强制执行程序启动根据，而不见它在本质上属于执行根据的观点。此观点的成因在于，我国民事诉讼法没有规定作为强制执行实质启动根据的执行文制度，<sup>[42]</sup>导致实务中是直接依据具有执行力的法律文书启动强制执行，即具有执行力的法律文书兼具执行根据和实质启动根据的双重功能。民事诉讼法规定的执行回转裁定，原本是为了解决新判决没有一并处理执行回转实体问题而设置的，它不同于一般意义上旨在解决程序问题的裁定，而是具有实体内容和执行力的法律文书，因此它也具有执行根据和实质启动根据的双重功能。

笔者以为，将执行回转裁定待为单纯的执行程序启动根据的观点，主要依据有二：一是我国执行回转缺乏实体法基础；二是1991年民事诉讼法改变了实践先行期在理论上要求人民法院以新判决一并解决执行回转实体问题的做法，参考了实践中的一些做法，规定以裁定单独处理执行回转案件的实体问题。故此，撤销原执行根据的人民法院既不能根据新判决一并解决执行回转实体问题，也不能在本案审理程序中另行制作解决实体问题的执行回转裁定，这就为1998年“执行规定”以执行回转案件属于单纯的执行案件为理由，规定执行机构以裁定直接处理执行回转实体问题并将该裁定当作执行程序启动根据提供了条件，其结果是采用执行兼办审判的“审执合一”程序构造处理执行回转案件。

### 三、我国民事执行回转制度的革新设计

前述两个部分集中阐释了民事执行回转制度的原貌及其在我国本土化过程中的异变与成因，以下按照问题对象与解决方案首尾一致的要求，由目的论入手，从立法论就执行回转制度的革新提出若干己见。

#### （一）以“新最终调整说”为制度目的构建当事人进行主义的民事执行回转制度

关于我国民事执行回转制度何去何从的问题，笔者以为，我们既不应该恢复一个充满职权主义色彩的执行回转制度，也不应该因噎废食放弃这种简便实用且具有纠纷解决最大化效果的诉讼制度，因此主张通过理论创新尤其是对目的论的改造，构建一个符合新时代民事诉讼体制发展需要的执行回转制度。

##### 1. 对“最终调整说”进行改造的必要性

“执行法草案”拟增设执行回转之诉，这意味着已经承认执行回转案件属于独立的诉讼案件，在客观上否定了1998年“执行规定”起草人所持的“再执行案件”观点。因此，我们

[41] 前引〔5〕，黄龙龙书，第334页。

[42] 有关执行文在执行程序构造中的意义，参见刘颖：《执行文的历史源流、制度模式与中国图景》，《中外法学》2020年第1期，第241页以下。

可以就执行回转制度和执行回转之诉的适用前提达成共识，即执行回转案件是一种独立的诉讼案件。接下来需要回答的问题是，当下我国民事诉讼中的被执行财产事后救济制度应该如何设计？也许有问：倘若同时设置两种诉讼制度供当事人选择，岂不更便于当事人进行诉讼和人民法院办案吗？但这种意欲择取两种制度所长达致“两全其美”的观点，在法理上却不能自洽。由于执行回转制度的固有功能是排除另诉，而执行回转之诉是在本案诉讼之外的独立诉讼，两种制度在设置目的上逆向而行，在适用上属于排斥关系。但保留执行回转制度又会面临一个重大的理论问题：如何克服其浓厚的职权进行主义色彩，使之符合新时代民事诉讼体制的发展要求。倘若不能在理论上解决这一问题，则可能为探讨增设体现当事人主义诉讼观的执行回转之诉提供契机和空间。因此，欲保留执行回转制度，必须首先从理论上改造原来的“最终调整说”。

## 2. “新最终调整说”的理论基础

以“最终调整说”为目的设置的执行回转制度，是基于国家干预诉讼原则来追求当事人间纠纷的最终解决。作为对照，“新最终调整说”以实现民事诉讼的经济和迅速这两个理念为制度目的，是基于处分权主义追求当事人间纠纷解决的最大化。简言之，两种目的论仅在追求纠纷一次性或最大化解决方面具有共同点，而在诉讼观上完全对立。

民事诉讼的理念是指其在制度建设上的价值追求，通常认为由公平、正当、经济、迅速四个方面组成，<sup>[43]</sup>相互之间属于对立统一的辩证关系，因此设计每一具体诉讼制度时都应该考虑这四者间的协调关系。就被执行财产事后救济制度的设计而言，执行回转制度和执行回转之诉在实现公平和正当这两个诉讼理念方面难分伯仲，难以从理论和实践上证成何种制度更高一筹。但是在实现经济 and 迅速这两个诉讼理念方面，则不难证成执行回转制度优于执行回转之诉。在诉讼经济方面，执行回转制度要求以同一程序和判决解决当事人间有牵连关系的两个法律争议，它具有减少当事人讼累，合理调配司法资源，降低当事人和人民法院的诉讼成本之效果。与之相对，执行回转之诉是以新的诉讼程序解决执行回转案件，它使当事人和人民法院的诉讼成本均相当于增加一起普通诉讼案件，因此在诉讼经济方面难以比肩执行回转制度。在诉讼迅速方面，同样由于执行回转制度是利用同一程序和判决解决两个有牵连关系的法律争议，它既便于同一审判组织在全面把握案情的条件下行使审判权，也便于当事人及时组织有效的诉讼攻击防御方法，在极大地提高审判效率和集中辩论效果的同时实现诉讼迅速。反观执行回转之诉，由于它是在本案诉讼程序之外另启诉讼程序，在诉讼迅速方面自然无法与执行回转制度相较。

“新最终调整说”旨在保留执行回转制度的排除另诉功能和当事人间法律争议得到最终调整的效果，并与当下理论界和实务界共同倡导的民事纠纷一次性解决之要求遥相呼应。<sup>[44]</sup>据此，可以考虑采用“新最终调整说”为目的论，继续沿用执行回转制度解决被执行财产事后救济问题，同时对增设执行回转之诉保持审慎态度。

## 3. 以“新最终调整说”革新现行执行回转制度

在改造“最终调整说”这一法理依据的同时，还须对建立在该说基础上的执行回转制度进行彻底革新，否则执行回转在制度运行上仍摆脱不了职权进行主义的桎梏。首先，1998年

[43] 也有学者直接采用“民事诉讼制度的价值追求”概念来表述这里所述的“民事诉讼的理念”。参见张卫平：《论民事诉讼制度的价值追求》，《法治现代化研究》2021年第3期，第1页以下。

[44] 参见任重：《民事纠纷一次性解决的限度》，《政法论坛》2021年第3期，第94页以下。

“执行规定”已将民事诉讼法规定的职权启动制改为当事人申请制和职权启动制并行的双轨制，而实践证明当事人申请制也能保障执行回转实现最终调整目的。因此，将执行回转启动程序改为当事人申请制，既能够消除职权进行主义色彩，也能够实现向当事人进行主义之转型。其次，虽然民事诉讼法规定的职权合并制体现了强烈的国家干预诉讼原则，但强制合并可以采用职权合并和法定合并两种方式进行。因此，我们只需将现行法规定的职权合并改成法定合并，则可以按照处分权主义的解释，由当事人自主决定是否合并案件审理。对于当事人不利用执行回转制度处理执行回转案件的，则应当视其自愿放弃了获得司法救济之权利，不得通过另行诉讼寻求救济。即便另诉，人民法院亦将以另诉不具诉的利益为由裁定驳回起诉。但作为例外，对于审判监督型再审和法律监督型再审中的执行回转案件，应当考虑保留职权启动和职权合并的必要性，以与这两种再审所体现的国家干预诉讼原则相一致。另外，在作为执行根据的其他有关部门作出的法律文书是由“有关部门自己撤销的”的情形，按照1991年民事诉讼法起草人的解释，不应当适用执行回转制度处理，而应当告知当事人另行诉讼，<sup>[45]</sup>因此对于此类案件不适用法定合并。

## （二）完备民事执行回转制度的实体法基础

执行回转的实体法基础问题也是各种被执行财产事后救济制度的共同前提问题，因此它是一个足以容纳民法学和民事诉讼法学共同研讨的课题。笔者囿于民法理论学力贫弱，只得粗具梗概地提出以下几点抛砖引玉的建议。

### 1. 执行回转案件类型与实体法基础及其救济措施的统一

实务中适用执行回转的案件有三：一是错误先予执行案件；二是已经执行完毕但事后被依法撤销或变更的确定判决、裁定、支付令、调解书案件；三是法律规定由人民法院执行且执行完毕后被人民法院撤销或变更的其他法律文书案件。<sup>[46]</sup>笔者出于叙述便利，将错误先予执行案件列为一类，将后二者统称为“错误裁判类执行回转案件”，列为另一类。需要指出，这种分类起因于民事诉讼法对两类执行回转案件规定了不同的事后救济措施，即2021年民事诉讼法第110条规定错误先予执行案件适用赔偿财产损失，第240条（1991年民事诉讼法第214条）规定错误裁判类执行回转案件适用返还财产。于法理上分析，赔偿财产损失和返还财产应当属于两种不同的救济措施，因而各自的实体法基础也应该有所不同。笔者建议立法者将两类执行回转案件的实体法基础统一规定为不当得利之债，相应的救济措施均为返还财产。为此，试述法理依据如下。

第一，就错误裁判类执行回转案件的实体法基础及事后救济措施而言，如上所陈，其原本为民法上的不当得利之债，相应的救济措施是由原申请执行人返还根据原执行取得的财产。笔者也持不当得利之债说，因而赞同相应的救济措施是返还财产。

第二，关于错误先予执行案件的事后救济措施及其实体法基础问题，笔者认为2021年民事诉讼法第110条有关赔偿财产损失的规定，既有违实体法理，也难以在实务中适用，应当通过法律修改准用错误裁判类执行回转案件的相关规定。具体理由有二：其一，虽然不当得利之债和侵权之债都属于法定之债，但明确区别两者的责任承担方式，是民法划分这两种法定之

[45] 参见前引〔10〕，最高人民法院民事诉讼法培训班编书，第177页。

[46] 虽然错误保全案件属于广义上的执行回转案件或被执行人财产事后救济案件，但因现行法明确规定对之处理应当适用独立诉讼而不是执行回转制度，故本文不将其纳入讨论范围。

债的重要实益之一。不当得利之债的责任承担方式是返还不当取得之利益，侵权之债的责任承担方式是损害赔偿。<sup>[47]</sup>传统先予执行是一种以赡养费、扶养费、抚养费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等为执行标的的判决前执行财产制度，其制度目的是保障当事人在诉讼期间能够维持最基本的日常生活或者满足生产经营之迫切需要。因为其执行措施是由被申请人向申请人实际给付一定金钱或特定物，所以应当将申请人根据错误先予执行取得的财产待为不当得利，其实体法基础是不当得利之债，相应的责任承担方式是返还财产或同等数额的金钱。<sup>[48]</sup>因此，民事诉讼法将赔偿财产损失规定为错误先予执行案件的事后救济措施，有违上述法理。不仅如此，该项规定在实务中也难以贯彻落实。这是因为，对于执行标的是特定物的错误先予执行案件而言，倘若严格依照2021年民事诉讼法第110条处理之，被申请人岂不是只能要求赔偿财产损失而不能要求返还财产？其二，虽然民事诉讼法规定两种执行回转案件的事后救济措施分别是赔偿财产损失和返还财产，但司法实践以及“民诉法解释”第173条却是比照2012年民事诉讼法第233条（现为第240条）的规定，对错误先予执行案件也要求适用返还财产的责任承担方式。笔者不知“民诉法解释”第173条是基于何种动机及法理依据，将2012年民事诉讼法第107条（现为第110条）规定的“应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失”更改为“申请人应当返还因先予执行所取得的利益”，但对这一更改持赞同意见。具体原因有四：一是先予执行案件与确定判决类案件的执行，都是为了让申请执行人实际取得执行标的物，因而两者的事后救济措施及其实体法基础也应当相同，即以不当得利之债为实体法基础，由申请执行人向被执行人返还根据原执行取得的财产及利益；二是如上所述，2021年民事诉讼法第110条关于错误先予执行案件以赔偿财产损失为事后救济措施的规定，既有违实体法理，也难以在实务中适用；三是在执行回转的返还标的及范围方面，虽然“民诉法解释”第173条以“取得的利益”对2012年民事诉讼法第233条规定的“取得财产”进行了扩大解释，但由于“民诉法解释”第173条规定责任承担方式是“返还”而不是“赔偿”，因而为实践中适用执行回转制度处理错误先予执行案件提供了法律依据；四是在实践中倘若民事执行回转制度不能适用于事后救济措施是“赔偿财产损失”的错误先予执行案件，那么错误先予执行案件的被申请人只能通过另诉或提起损害赔偿之诉的方式寻求事后救济，民事执行回转制度就无法发挥排除另诉的功能。

## 2. 执行回转制度中的不当得利规范与实质诉讼规范的关系

虽然执行回转制度的实体法基础是不当得利之债，但人民法院在实务中却是依据2021年民事诉讼法第240条及其相关司法解释处理执行回转案件的实体问题，如此就在法理上提出一个问题：这些规定在本质上属于民法规范还是诉讼规范？笔者以为，这些仅适用于诉讼领域调整争讼状态不当得利之债关系的法律规范，应当属于实质诉讼规范，即下文所称的执行回转实质规范，<sup>[49]</sup>它与民法的不当得利规范的关系如下。

首先，民法是调整和创设不当得利之债关系的生活规范，而执行回转实质规范是调整争讼状态不当得利之债关系的诉讼规范。执行回转关系是不当得利之债关系在诉讼法领域的再现及

[47] 参见陈自强：《不当得利法体系之再构成——围绕〈民法典〉展开》，《北方法学》2020年第5期，第5页以下。

[48] 因行为先予执行的执行标的是行为（作为或不作为），其事后救济措施不同于财产类执行回转案件，故本文不予讨论。

[49] 有关实质诉讼规范的定义及内容介绍，参见陈刚：《民事实质诉讼法论》，《法学研究》2018年第6期，第128页以下。

特殊表现形式，因此执行回转实质规范建立在不当得利之债规范的基础上，它是为调整不当得利之债关系的诉讼表现抑或执行回转关系“量身定制”的诉讼规范。于此意义上说，由2021年民事诉讼法第240条等规定的执行回转实质规范不是创设不当得利之债关系的民法规范，而是人民法院据以解决争讼不当得利之债关系（执行回转关系）所适用的裁判规范；裁判本身（执行回转裁定）不具有创设不当得利之债关系的法律意义，只是以既判力确认争讼不当得利之债关系（执行回转关系）的实际存在状态。

其次，执行回转实质规范也是以诉讼方式形成不当得利之债关系的诉讼规范。不当得利之债关系的形成方式有二：一是在生活领域排除国家审判权介入的任意形成；二是在诉讼领域以国家审判权判定为条件的诉讼形成。一般的不当得利之债关系可以通过上述任一方式形成，即任意形成和返还不当得利之诉，但是执行回转关系却只能通过诉讼方式形成，即执行回转案件被强制要求与本案合并审理和判决。因此，民法是规定不当得利之债关系任意形成的生活规范，而执行回转实质规范是规定以判决形成执行回转关系的诉讼规范。

最后，执行回转实质规范是体现诉权法形式的诉讼规范。虽然在权利既存观念下，作为被执行财产事后救济制度的不当得利之诉和执行回转制度，都将民法规定的不当得利之债作为实体法基础，但两者在权利与权利保护方式的制度设计上有所区别。不当得利之诉是将权利与权利的诉讼保护方式分别规定在民法和民事诉讼法之中，而执行回转实质规范是将权利与权利的诉讼保护方式统一规定在民事诉讼法之中，从而形成了权利与权利的诉讼保护方式不可分割的法律现象。尽管这种法律现象在认识和把握权利与诉讼的关系方面，与罗马法时期有诉才有权利的诉权法思维逆向而行，但因为它将执行回转制度作为不当得利之债（被执行财产事后救济）的唯一实现方式，所以在一定程度上体现了诉权法形式。

### 3. 完善执行回转实质规范的若干建言

虽然民法典确立的不当得利规范体系（第122条，第985—988条）是执行回转的实体法基础，但它不能替代执行回转实质规范直接适用于处于争讼状态的不当得利之债关系即执行回转关系的调整，因此以下结合不当得利之债的规范基础，探讨执行回转实质规范的建设问题。

第一，由于立法层面将不当得利之债明确规定为执行回转的实体法基础是讨论如何完备执行回转实质规范的前提，笔者建议日后有机会修订民法典时，在其第122条和第985条中增加“因取得利益的法律根据于事后消灭的，也构成不当得利”一句，以明确和统一包括执行回转在内的被执行财产事后救济制度的实体法基础。

第二，建议立法者和司法解释制定者以民法典规定的不当得利之债为实体法基础，对现有执行回转实质规范进行全面梳理，使之符合体系化建设的要求，以为人民法院处理执行回转案件实体问题提供统一的裁判规范。例如，关于执行回转财产是否享有优先受偿保护的问题，民法典没有明确规定不当得利之债属于优先受偿之债，2021年民事诉讼法第240条也没有规定执行回转债权应当优先受偿。但司法解释确定了执行回转债权优先受偿的精神，其理由是“因原错误判决而被执行的财产，并非因当事人的自主交易而转移。为此，不应当将当事人请求执行回转的权利作为普通债权对待”。<sup>[50]</sup> 该司法解释的这一规定突破了债权平等的一般原

[50] 参见《最高人民法院执行工作办公室关于执行回转案件的申请执行人在被执行人破产案件中能否得到优先受偿保护的请示的答复》。

则，但并没有提出有力的论证依据。可见，有必要对现有执行回转实质规范进行梳理，以不当得利之债为统一的实体法基础，建设理论自洽的执行回转实质规范体系。

第三，建议将2021年民事诉讼法第110条有关错误先予执行案件适用赔偿财产损失的规定，按照行为先予执行案件和财产先予执行案件之区别，根据不当得利之债将错误财产先予执行案件的事后救济措施修改为“返还财产”，使其实体法基础同于普通执行回转案件，也为适用执行回转制度处理错误先予执行案件提供法律依据。另外，这里还建议依据民法典第1条规定的“弘扬社会主义核心价值观”之立法目的，以及其第986条关于免除善意得利人返还义务的立法趣旨，针对追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等错误先予执行案件，专门制定减少或免除执行回转及返还财产义务的实质诉讼规范，即依据执行回转实质规范确定不当得利的返还范围。其理由如下：根据2021年民事诉讼法第110条，上述法定的财产先予执行之情形，是以“严重影响”申请人日常生活为适用要件，在通常情况下，申请人已经将这些根据先予执行取得的金钱性财产用于解决日常生活之急需，倘若人民法院判令申请人必须返还这些金钱性财产，则无疑将给申请人及其家庭维持日常生活带来困难甚至难以继的影响。因此，对于上述法定类型的财产先予执行案件，遇申请人败诉或者先予执行裁定被事后撤销之情形，对于其根据先予执行已取得的财产，人民法院除查明该项先予执行裁定是根据申请人提供的虚假陈述及伪造的法律文书作出者之外，应当依职权判定减轻或者免除申请人的执行回转及返还财产义务。由于再次修改民事诉讼法尚待时机，这里建议立法者可借制定民事强制执行法之机，将上述两项立法建言规定其中。

第四，建议“执行法草案”将“返还因强制执行所受的清偿”<sup>[51]</sup>修改为“返还因执行取得的财产”。执行回转的实体法基础是不当得利之债，作为法定之债，其责任承担方式应当是民法典第122条规定的“返还不当利益”，即2021年民事诉讼法第240条规定的返还因执行取得的财产。与此相对，“清偿”原本是合同法上的概念，在一般情形下同义于合同的履行，是指债务人按照合同约定了结债务，配合债权人实现债权目的的行为。以合同法上的清偿概念表述执行回转的责任承担方式，不仅易使人误以为执行回转的实体法基础是合同之债，而且又因民法典没有将清偿明确规定为一种法定的责任承担方式，极易在具体适用中引发解释上的歧义。因此建议“执行法草案”与民事诉讼法保持一致，将返还因执行取得的财产作为执行回转的责任承担方式。

第五，建议民事诉讼法依据民法典第987条有关恶意得利人返还义务规定的立法精神，对于被撤销的原执行根据属于原申请执行人单方实施虚假诉讼行为骗取的确定判决之情形，除规定原申请执行人承担返还根据执行取得的财产的义务外，还规定其应当承担赔偿损失责任。此项规定旨在通过提高虚假诉讼的成本对其加以遏止，同时也与新近“两高两部”联合发布的《关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》的精神相呼应。<sup>[52]</sup>鉴于再次修改民事诉讼法尚待时机，建议立法者将该项立法建言规定在正在制定的民事强制执行法中。

### （三）回归“审执分立”程序构造，设置执行回转案件特别审理程序

依照1991年民事诉讼法起草人的解释，执行回转仅适用于作为执行根据的法律文书被人

[51] 参见“征求意见稿”第94条和“草案第四稿”第52条。

[52] 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》（法发〔2021〕10号）。



民法院撤销的已执行案件。而在作为执行根据的法律文书是由“有关部门自己撤销的”的情形，“自然不发生执行回转问题，而是作为另一类案件起诉”。<sup>[53]</sup>因此，笔者有关执行回转案件的审理程序改造建议，不涉及作为执行根据的法律文书非由人民法院撤销的被执行财产案件事后救济程序问题。需要指出，关于此类案件如何另诉以及如何适用执行回转制度的程序问题，现行法尚未作出明确规定，而司法实践中确实存在诸多尚待解决的问题，因此有必要作为一个专门课题加以研究。而对于同样可以影响原执行行为的案外人执行异议之诉，由于其对原执行依据没有撤销作用，亦不在本文讨论范畴之内。另外，由于在执行回转案件执行程序的建設方面，我们尚未发现增设有别于普通民事执行案件的特别执行程序之理由或实例，也就无从探讨设置特别执行程序的必要性及实益。与此相对，由于2021年民事诉讼法第240条本身就是一条关涉执行回转案件审理程序的特别规定，本节仅就改造执行回转案件审理程序提出若干建言。

第一，建议借民事强制执行法制定之契机，彻底否定1998年“执行规定”第109条确定且保持至今的“审执合一”的程序构造，删除原执行机构以裁定处理执行回转案件之规定，将执行回转案件的审判权归还1991年民事诉讼法第214条起草人解释的“对执行根据有权撤销的人民法院”，从审判组织和审理程序两个方面保障人民法院按照“审执分立”的程序构造处理执行回转案件。

第二，建议民事诉讼法修改时，将执行回转案件的审理程序由目前所在第三编“执行程序”移至第二编“审判程序”，同时将之列入第十五章“特别程序”之下。理由如下：首先，于理论自洽方面分析，执行回转案件因属于诉讼案件，所以其审理程序应当规定在审判程序编中。其次，于立法技术而言，2021年民事诉讼法第240条有关执行回转制度的规定，其前句是有关审理程序和实体责任承担方式的规定，而后句中的“拒不返还的，强制执行”是有关执行程序的规定，但由于后句是对2021年民事诉讼法第243条有关“一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行”规定的复述，对于司法实践没有任何实际指导意义，建议法律修改时予以删除。不言自明，第240条在删除后句之后，也就失去了继续保留在执行程序编中的正当性。最后，就设立独立的执行回转案件特别审理程序的实益而言，它不仅便于立法者在民事诉讼法中集中规定处理执行回转案件的程序规范和实质规范，也符合民事诉讼法按照案件名称将处理特别案件实体问题的规定一并规定在特别程序篇中的立法惯例。需要指出，与其他特别程序属于独立存在的审判程序不同，执行回转案件审理程序属于附带程序或程序中的程序，它以本案诉讼程序的存在为适用前提，因而在运行上应当准用督促程序、公示催告程序等略式诉讼程序或者简易程序的规定。

第三，建议民事诉讼法修改时，增设判决解释程序以处理执行回转案件在审理和执行过程中遇到的特殊问题。判决解释程序是指当事人因判决内容不明确而要求本案判决法院给予说明的本案附属程序，也是一种程序中的程序。增设判决解释程序后，当事人对于特定物执行不能所产生的折价问题，应当申请法院适用该程序进行处理，从而避免折价不成而产生的另诉问题。对于判决中没有明确支付方式造成执行障碍的执行回转案件，当事人也应当申请法院适用判决解释程序处理，从而避免另诉。另外，这里还建议立法者在增设的判决解释程序中规定职权确定相当赔偿额规则，该规则类似于民法典第1182条有关人民法院根据实际情况确定赔偿

[53] 前引[10]，最高人民法院民事诉讼法培训班编书，第177页。

数额的规定。还需指出, 判决解释程序、职权确定相当赔偿额规则, 也可以适用于解决执行回转案件以外因特定物、支付方式造成的执行不能问题, 避免将此类案件当作单独的诉讼案件处理, 徒增人民法院和当事人的诉讼成本, 妨碍诉讼经济和诉讼迅速这两个理念的实现。

## 结 语

民事执行回转制度一方面是职权主义诉讼体制的产物, 建立在不当得利之债的实体法基础之上, 采用职权进行主义的运行模式; 另一方面又具有促进纠纷一次性或最大化解决之功能, 有利于实现诉讼经济和诉讼迅速。因此, 在执行回转制度中消除职权主义色彩, 贯彻当事人处分权主义, 是将该项诉讼制度改造成符合新时代民事诉讼发展要求的被执行财产事后救济制度的一项必须完成的作业。这项作业所需解决的理论问题和现实问题非常繁杂和艰巨, 它既需要在民事诉讼法领域解决实践中按照“审执合一”的程序构造处理执行回转案件的问题, 以及程序启动和案件合并方面的职权进行主义问题, 又需要在民事诉讼理论上回答如何才能不被执行回转之诉等其他被执行财产事后救济制度替代的问题; 它既需要在民法领域解决执行回转的实体法基础问题, 又需要考虑民法规范与执行回转实质规范之间的协调问题。本文从立法论上对完备我国民事执行回转的制度构造和实体法基础提出若干建言, 期待这些建言能够抛砖引玉, 共同建构新的民事执行回转法律体系。

---

**Abstract:** In China, the recovery enforcement system on one hand deviates from the legislative intention of civil procedure legislation, leading to such problems as the procedural structure of “integration of trial and enforcement” and the permission of instituting a separate action, and, on the other hand, originated in the traditional inquisitorial system and, as a result, needs a thorough reform both in basic theory and in institutional structure. Compared with other remedies in property enforcement, the recovery enforcement system has obvious advantages, such as being an economic, efficient and complete way of dispute resolution. Therefore, how to transform the operational mode of recovery enforcement from an inquisitorial one to an adversarial one to retain its function and advantages while at the same time satisfying the need for the development of civil litigation in the new era has become an important topic to be discussed and a major question to be answered in the formulation of the Civil Enforcement Law. As for the construction of the concrete system, rules on the debt of unjustified enrichment should be taken as the basis of the system of recovery enforcement and defined as substantive litigation norms. The procedure of separating trial from enforcement should be adhered to and the permission for the institution of a separate action should be excluded. The system of recovery enforcement should be stipulated in the Part of “Trial Procedure” in Civil Procedure Law, and a judgment-explaining procedure should be provided as well.

**Key Words:** recovery enforcement, theory of final adjustment, separation of trial and enforcement, unjustified enrichment

---