

执行处分的既判力现实性考察----执行异议驳回后不具有另行起诉的 PDF 转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_89_A7_E8_A1_8C_E5_A4_84_E5_c122_479311.htm 【问题的提出】

陕西省高级人民法院（1999）陕经初字第27号民事判决发生法律效力后，申请人市第三建筑工程公司依法申请执行。2000年7月29日省高级人民法院向被执行人侨安公司发出了（2000）陕执经字第21号执行通知书，责令其限期履行义务。由于被执行人未履行义务，陕西省高级人民法院遂对在诉讼和执行阶段查封的被执行人所有的“民乐大厦”进行评估，并委托拍卖机构于2001年10月15日对其进行了公开拍卖，竞买人裕华公司以最高价竞买成交。在执行中案外人省电力公司等以所查封的“民乐大厦”系其定向投资、与侨安公司合作建设，“民乐大厦”相应部分产权归其所有，法院无权全部查封和拍卖为由提出执行异议。陕西省高级人民法院驳回了案外人省电力公司等提出的执行异议，并于2002年1月14日以（2000）陕执经字第21-6号民事裁定依法将“民乐大厦”过户于买受人裕华公司名下。案外人省电力公司在陕西省高级人民法院驳回了执行异议后遂以执行异议原理由向陕西省高级人民法院提起诉讼，要求确认其定向投资的“民乐大厦”相应部分房产归其所有。陕西省高级人民法院于2002年4月23日以（2001）陕民初字第3号民事判决确认“民乐大厦”相应部分归省电力公司所有。省电力公司以同理由在被驳回异议后另行起诉，标的物“民乐大厦”先后两次被陕西省高级人民法院裁决给两个当事人。竞买人裕华公司因支付了7500万元得不到“民乐大厦”而奔走，合作人省电力公司因投资了7800

万元而呼号。究竟问题出在何处？《民事诉讼法》第208条规定，“在执行过程中，案外人对执行标的提出异议的，执行员应当按照法定程序进行审查”。最高人民法院《关于人民法院执行工作的若干规定》第49条的规定，“经审查认为案外人的异议理由不成立的，裁定驳回其异议”。从《民事诉讼法》和最高人民法院的司法解释看，法律授权由执行员在执行程序中以裁定解决实体权利纠纷，用执行程序代替审判程序，且不得上诉。尽管对此规定有不同的意见，但在民事诉讼法未修改之前仍应遵守“游戏规则”执行员有权在执行程序中解决实体权利纠纷。对于这种实践中存在的同一案件有两个不同的裁判的状况，般作法是由当事人申请再审，让再审法院否定其中个确定裁判。然而，在当事人未申请再审、都要求执行的情况下，法院应当怎么办？有的学者认为：“通常认为后一个确定的判决有效，即后判优于前判”要正确回答这个问题，必须借助于民事诉讼理论，从“既判力”这一制度入手。【执行处分的既判力】既判力观念渊于罗马法，盛行于德、日、法等大陆法系国家，“是指确定的终局判决裁判的诉讼标的对当事人和法院的强制通用力。按此，当事人和法院不得就已裁判的诉讼标的为不同的主张和裁判”。简单地说，判决的既判力是“诉讼上所表现的一事不再理的理念而已”。由此不难看出，既判力的概念讲的是判决的强制通用力，而视乎不包括裁定的强制通用力问题。那么，作为执行处分的裁定有没有既判力呢？民事裁定就其内容而言，从《民事诉讼法》第140条的规定看有不予受理、对管辖权有异议的、驳回起诉、财产保全和先予执行、准许或不准许撤诉、中止或者终结诉讼、补正判决中的错误、中止或

者终结执行、不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书和其他需要裁定解决的事项等11种裁定形式。就效力而言，从《民事诉讼法》第141条规定看对于确定的裁定“是发生法律效力”的裁定”。按照我国民事诉讼法学界通说，“民事裁定是人民法院依法作出的，是法律规定在具体程序问题上的适用，因而民事裁定也具有法律上的约束力”。但又“由于民事裁定是对诉讼中的具体程序问题作出的决定，一般只涉及参与诉讼的人，不涉及诉讼程序以外的其他人，不需要诉讼程序以外的其他人协助履行或遵守，因而，民事裁定一般只对当事人和其他诉讼参与人以及作出裁定的人民法院有拘束力，而对社会没有普遍拘束力”。由此可知，我国学界认为裁定一般是解决程序问题的，仅具有形式上的确定力（即有拘束力），而不具有实质上的确定力，在此前提下是不承认裁定有既判力的。从大陆法国家看，德国、日本的民事诉讼法学界一般认为，“法院就实体权利争点所作的意思表示原则上以判决行之，以裁定行之者乃属意外；而法院就程序事项所为的意思表示，原则上以裁定行之，以判决行之者也属例外”。但是，从法律规范上看并没有严格区分判决与裁定的适用范围，而对于基于诉讼要件或上诉的合法要件有欠缺而以诉或者上诉不合法为由判定予以驳回的也称为诉讼判决。由于德、日学理普遍认同诉讼判决的既判力，因而，其认同的理由同样可以适用在裁定上。台湾地区的民事诉讼法学者认为法院“裁定如以实体权利或法律关系之存否为内容，既有既判力，否则无既判力可言”。我国一些民事诉讼法学者也认为“就立法论而言，无论裁定的客体是以实体权利或法律关系为内容，还是以程序事项为内容，均有既判力

”。基于此，执行处分的裁定无论其是以实体权利为内容，还是以程序事项为内容，都有既判力。【执行处分的现实性分析】通过对执行处分的既判力考察，我们观在可以看出两份裁判相矛盾根源题在于：陕西省高级人民法院的后一份判决〔（2001）陕民初字第3号民事判决〕没有遵循既判力理论，案外人省电力公司在执行异议驳回后不具有另行起诉的权力。当然，从完善执行异议之诉的角度讲，我国现行民事诉讼法由执行员在执行程序中以裁定解决实体权利纠纷，用执行程序代替审判程序的设计存在一定的问题。其一，审判程序的职能是确认民事权利义务；而执行程序的职能是实现民事权利义务的。这样的设计混淆了审判程序与执行程序的功能。其二，由执行员审查执行异议违背了审、执相分离的原则。其三，以审查代替审理无法保障案外人行使诉权。其四，由于案外人对执行处分的判定不能上诉，因而违背了二审终审的审判原则。合理的思路是设立案外人的执行异议之诉，从立法上规范案外人提起执行异议之诉的条件、时间，执行异议之诉的管辖法院、审理期限以及审理程序。这样才能彻底解决案外人对执行异议驳回后的另行起诉问题。

- 1.张士顺等：《试论我国执行异议制度的缺陷及完善》，载《法学天地》，1997年第7号。
- 2.中国政法大学杨荣新教授主持的《中华人民共和国强制执行法（专家建议稿草案）讨论稿》第101条设计为“第三人异议之诉，由执行法院的审判机构管辖，依民事诉讼普通程序进行审理并作出裁判”。
- 3.张卫平著：《程序公正实践中的冲突与衡平》，成都出版社，1993年版第347页。
- 4.江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社，1998年版第153页。
- 5.日本民事诉讼法著名

学者三月 章语，转自台湾学者陈荣宗《举证责任分配与民事程序法》，三民书局，1983年版，第172页。 6.柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社，1992年版，第381-382页。 7.江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社，1998年版第184页。 8.“诉讼判决”是大陆法上的概念，按照台湾学者陈清秀的观点意指“诉讼因不具备法定程序或缺诉讼要件而以诉讼不合法驳回”。如日本《民事诉讼法》202条是也。 9.陈荣宗《诉讼当事人与民事程序法》，三民书局，1987年版，第233页。 10.江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社，1998年版第184页。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com