

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

 使用大字体察看本文
阅读次数: 736

论民事强制执行中的替代履行制度

韩明智

在我国现有的法律框架内,并没有直接规定民事强制执行中的替代履行制度。从《民事诉讼法》第二百三十一条和最高人民法院《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》)第60条的规定中,我们可以依稀见到替代履行制度的影子。正是缺乏法律的明确规定,使得这项原本可以为完善执行措施、克服执行难这一难题独辟蹊径的制度,在理论界和实务界很少被提及,影响了这一制度的推广运用。笔者不揣冒昧,结合自己的工作实际,就该项制度的理论构成及其实践运用作一些粗略的探讨。

一、替代履行制度的法理基础

替代履行制度发根于合同法中的第三人代为履行制度。我国《合同法》没有对第三人代为履行给出定义,仅在第六十五条规定:当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人未履行或者履行不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。对照该规定,可以将第三人代为履行制度表述为:非缔约的第三人依照缔约双方的约定向债权人履行债务的行为。第三人代为履行制度具有以下法律特征:

(一) 第三人非缔约当事人,即非合同当事人,无需参与合同的订立或在该合同上签字或盖章。只需第三人单方表示其愿意代替债务人清偿债务,或者与债务人达成代替其清偿债务的协议即可产生效力。

(二) 合同当事人的约定对第三人不具有拘束力,第三人可以同意履行,也可以拒绝履行。故在此意义上讲,第三人仅为履行主体而非义务主体,对于合同的债权人而言,他只能将第三人作为债务履行的辅助人而不能作为合同的当事人对待,当第三人拒绝履行时,由合同债务人负责履行。

(三) 第三人虽非合同当事人,不承担不履行或不适当履行的违约责任。但是,如果第三人的不适当履行出于恶意,给债权人造成财产损害或者人身伤害的,第三人应当承担责任。而且,债权人也可以请求债务人承担违约责任。

(四) 合同中第三人代为履行条款对债权人具有拘束力,即第三人一旦同意履行,视为债务人的履行,债权人不得拒绝。如果第三人不履行,债务人在履行期限内没有履行;或者第三人的履行不符合合同约定,债务人未在履行期限内予以补正的,债务人应当承担违约责任。

替代履行制度并非第三人代为履行制度的简单翻版,其与第三人代为履行制度之间存在明显差异:

首先,替代履行制度下主体关系更为复杂。除了申请执行人、被执行人外,人民法院委托或申请执行人与被执行人选定的有关单位或个人(以下统称替代履行人)参与到执行关系之中。在人民法院主动委托替代履行人的情形下,人民法院也作为非常重要的主体之一加入到替代履行制度之中。因而,同第三人代为履行制度相比,替代履行制度的主体更具复杂性。

其次,替代履行人需要履行的义务并非来自于当事人之间自由协商的意思表示,而是来自于人民法院

生效法律文书的明确规定。因而替代履行人履行的义务具有限定性，但这种限定性可能因为申请执行人和被执行人协商的意思表示而变更或终止。如法院委托有关单位代替被执行人履行恢复原状的义务，替代履行人应该按照法律文书中确定的义务范围加以履行，但这种义务可以因为申请执行人和被执行人达成和解除放弃权利而终止。

第三，替代履行人的履行行为并不必然导致原有的执行关系终止，被执行人在替代履行人履行有关义务后仍然负担着给付相关费用的义务，这与第三人代为履行制度中第三人代为履行后即可消灭债权债务关系存在本质的区别。易言之，替代履行制度只是将原本应该由被执行人履行的行为替换由其他人履行，而将被执行人应该履行的给付一定行为的义务替换为由被执行人给付一定的金钱，即金钱对行为的替代。

第四，由于主体的多样性，使得替代履行制度的法律关系更加复杂。与主体相对应，在替代履行制度下，分别存在着申请执行人与被执行人之间的法律关系、申请执行人与替代履行人之间的法律务关系、被执行人与替代履行人之间的法律关系、替代履行人与人民法院之间的法律关系。

二、替代履行的法律关系

对于强制执行法律关系，学术界存在一面关系说、两面关系说和三面关系说。一面关系说认为民事强制执行的法律关系是执行当事人之间的私法关系，执行机关虽然对债务人采取强制执行措施，但它也只是处在居中第三人的地位，只是根据执行依据实施民事强制措施，不与执行当事人发生法律关系；两面关系说认为，民事强制执行法律关系包括债权人与执行机关的申请执行的法律关系和执行机关对债务人采取强制执行措施的执行实施法律关系；三面关系说认为民事强制执行法律关系包括债权人与执行机关之间的申请关系，执行机关与债务人之间的干预关系，债权人与债务人之间的执行关系。但无论上述三种学说怎样界定，当替代履行人作为民事强制执行非常重要的一个因素加入到强制执行程序中时，都会使得在替代履行制度下，民事强制法律关系更加复杂。限于篇幅，本文侧重阐述替代履行人与其他执行主体之间的权利义务关系。

替代履行人参与法院民事强制执行活动，可能存在两方面的依据，即由申请执行人与被执行人协商确定和来自人民法院的指定。由于依据不同，则导致彼此间的权利义务关系也不同。

（一）、在申请执行人和被执行人协商确定替代履行人的情况下

通常这种情形的出现，在于人民法院所确定的义务涉及的专业性、技术性较强，被执行人不能依靠自身的力量来独立完成，如驾驶机动车在高速公路上肇事损坏交通设备后，被判令承担恢复原状的义务。这种情形又可以分为以下两种情况：

1、申请执行人与被执行人协商一致，由申请执行人委托第三方作为替代履行人，向申请执行人履行义务，被执行人向替代履行人支付相应的费用。在这种情形下，替代履行的协议涉及到三方当事人，各方的意思表示均趋向一致。这种协议虽然以人民法院生效的法律文书作为协商的基本依据，但更多地体现了各方当事人的自由意思表示，法律也不禁止各方当事人超越法律文书规定的义务范围约定彼此的权利义务关系，因此，这样的协议属于私法中的契约关系。如因履行该协议产生纠纷，将产生一个新的诉讼。同时由于该协议的达成，消灭了原先人民法院生效法律文书中确定的权利义务关系，人民法院可以据此终结执行。

2、申请执行人不参与替代履行方式的选定，替代履行人系由被执行人自己选定和委托的。在这种情形下，申请执行人和替代履行人之间不发生执行法律关系，除非替代履行人恶意加害给付，申请执行人可以对替代履行人享有民法上的诉权，否则在替代履行人不履行义务或不适当履行义务时，申请执行人可以依据其与被执行人之间仍然存在的执行法律关系要求人民法院对被执行人采取进一步的强制措施，以使其履行的义务符合人民法院生效法律文书中的规定。被执行人与替代履行人之间就替代履行达成的协议，也属于私法上的契约关系，具备民法上的可诉性。

（二）替代履行人系由人民法院选定的情况之下

尽管许多人民法院在适用替代履行制度时，更愿意参照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中有关鉴定人的选任方法加以确定，即由申请执行人和被执行人协商选定，以更多地体现尊重当事人的意愿，尽量减少因人民法院的主动参与而导致执行工作的复杂化，但现实中申请执行人和被执行人能够就替代履行达成一致的为数并不多。在此情况下，人民法院必须参与其中，担负起挑选替代履行方式和选定替代履行人的工作。正是法院的参与，使得这种情形下各主体之间的权利义务关系更加纷繁复杂。在人民法院指定替代履行人的情况下，替代履行并不是简单的民事活动，而应该视为法院执行手段的延伸。

1、申请执行人与替代履行人之间的权利义务关系

替代履行人的履行行为可以给申请执行人带来利益或不利益，衡量的主要依据就是法律文书中确定的申请执行人应该实现的权利。一旦替代履行人的履行行为满足了申请执行人的利益，则消灭申请人与被执行人及人民法院之间的执行法律关系；在替代履行人的履行行为不能满足申请执行人的权利时，申请执行人可以以权利尚未得到完全满足为由要求人民法院继续采取相应的执行措施，除非被执行案件符合法定的终结情形；在替代履行人加害给付时，申请执行人可以以人民法院不当采取执行措施给其人身或财产造成实质损害为由要求国家赔偿，而不能对替代履行人主张。

2、被执行人与替代履行人之间的权利义务关系

由于替代履行人的履行行为可以消灭申请人与被执行人之间的执行法律关系，可以认为替代履行行为给被执行人带来利益，因此被执行人需要为获取的这种利益支付相应的对价。虽然替代履行人与被执行人之间没有协议，但由于在此情形下替代履行被视为人民法院采取的一种执行手段的延续，替代履行人的付出可以被视为在执行中实际支出的费用，依据最高人民法院《人民法院诉讼收费办法》第二十四条第一款的规定，被执行人有义务负担这项费用。在替代履行之后，申请执行人已经从执行法律关系中退出，人民法院取代了申请执行人的地位，只是原先法律文书确定的义务现在已经转化为费用请求权，因这种费用请求权来自于强制执行权的具体运用，不具备可诉性，由人民法院直接执行。

3、替代履行人与人民法院之间的权利义务关系

替代履行人与人民法院之间的关系可以比照行政合同的性质加以确定，即在人民法院指定替代履行人时，首先尊重了替代履行人的意思表示，但一旦成立替代履行，替代履行人履行义务带有一定的强制性，替代履行人和人民法院之间并非完全平等的民事主体关系。替代履行人履行义务后，对人民法院享有直接的报酬请求权；当人民法院拒绝支付该报酬时，替代履行人不能依据民法向人民法院提起诉讼，而仅能依据《国家赔偿法》的相关规定，请求赔偿。由于替代履行是人民法院执行措施的一种，在替代履行人不当履行义务时，人民法院可以要求替代履行人纠正；在替代履行人不履行或加害履行时，人民法院可以依照《民事诉讼法》第一百零三条的规定对替代履行人予以处罚。

三、替代行为的具体运用

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第254条规定：“强制执行的标的应当是财物或行为。”似乎强制执行的标的存在两种，即财物和行为。笔者认为这种认识是有失偏颇的。在笔者看来，尽管民事诉讼的标的存在多样性，但在强制执行法律关系中，其标的只有一个——行为！没有一定行为的执行案件是不可想象的。从民事法律关系变动的因素看，就在于法律事实和法律行为。法律事实显然不会成为强使执行的标的，故无论请求权的实现或者物权关系的变动，均需要一定的行为加以实现，无论这种行为是积极的作为还是消极的不作为，财物仅是行为指向的一种对象而已。因此，最高人民法院的上述规定并在逻辑上并不周延。

从需要强制执行的行为所指向的对象而言，可以分为以交付金钱为对象的行为、以交付金钱以外的其他财物为对象的行为、以人身为对象的行为、以完成特定行为为对象的行为等。以金钱为对象的行为并无替代的可能，因为诚如前文所述，替代履行的本质在于金钱对行为的替代，也即将其他行为简化为金钱给付行为；以人身为对象的行为因人身关系的专属性和其中涉及到人格利益，通常也认为不具备替代履行的可能性。故替代履行的运用空间仅限于以金钱以外的其他财物为对象的行为和以完成特定行为为对象的行为，尤其以完成特定行为为对象的行为为主。

1、以完成金钱以外的其他财物为对象行为的替代

这种行为通常发生在返还原物和要求继续履行合同的诉讼请求之下。如甲公司因迟延向乙公司交付水泥被判令继续履行交付而乙公司迟迟未履行义务，在此情况下，如一定要迫使乙公司向甲公司交付水泥，则可能费时费力，考虑到水泥并非稀缺商品，人民法院完全可以责成甲公司自行采购后，将乙公司的物的交付义务替代为金钱交付义务。物的交付行为替代为金钱交付行为，不仅局限于种类物，在被执行人不能履行特定物的交付时，通常也只能转化为金钱交付行为。

2、以完成一定行为为对象的行为的替代

从《民法通则》第六章第四节规定的十种承担民事责任的方式看，停止侵害、排除妨碍、消除危险、

恢复原状、修理、重作、更换、消除影响、恢复名誉以及赔礼道歉均表现为一定的行为，这些行为需要义务人依据行为所固有的属性并结合个案的实际情况加以实施，在被执行人不能主动履行义务的情况下，人民法院可以选择替代履行人代替执行人履行上述行为，将原本的行为履行最终替代为金钱给付。在上述行为中，对赔礼道歉是否可以替代履行存在一定的争议，有学者认为赔礼道歉带有精神抚慰的性质，与人格利益切身相关，很难由其他人来代替，也很难用金钱来替代。笔者认为，赔礼道歉确与人格利益损害直接相关，人格利益难以用金钱来加以衡量，因此用金钱替代赔礼道歉在法理上并无充分的理由。但听凭被执行人置人民法院生效的法律文书于不顾，可能给申请执行人带来的利益损害更巨。在此情况下，人民法院除了通过采取一定的强制手段迫使被执行人履行义务外，也可以通过在被执行人的住所或者当地主要媒体上公布法律文书的主要内容，以平抑申请执行人内心因人格受损不能获得救济所带来的郁闷。这或许也可以视为人民法院主动替被执行人履行义务的一种“特例”吧。

四、替代履行与协助执行及委托执行的辨析

我国《民事诉讼法》虽然没有开宗明义地规定替代履行制度，但对协助执行制度和委托执行制度做了明确的规定。

1、替代履行与协助执行

人民法院的执行工作不是孤立的，缺少社会方方面面的支持，法院的执行工作举步维艰。近年来人民法院执行难的局面没有根本突破，与社会方方面面的支持乏力不无关系。但协助执行制度在我国执行制度中占有十分重要的地位。人民法院在实施民事强制措施时需要有关单位和个人协助执行生效的法律文书，这体现了法院执行和有关单位、个人协助执行相结合的执行原则。实践中，协助执行有两类，即有关单位的协助执行和个人的协助执行。执行相比与替代履行存在以下的差异：

(1)、主体不同

协助执行的义务主体仅限于特定的几种类型，如有关单位的协助主要包括银行、信用社等储蓄业务的机构根据法院的通知，查询、冻结、扣划被执行人在银行、信用社的存款，还可以扣押、提取被执行人应当履行义务的收入，办理房产证、土地证、山林所有权证、专利证书、车辆执照等转移手续的部门根据法院通知而办理该产权证照的转移手续等，一言以蔽之，负有协助执行义务的单位或个人或多或少与被执行人存在经济或行政上的法律关系；替代履行的主体就要宽泛得多，不仅与被执行人存在一定经济或行政法律关系的单位或个人可以充任，没有任何关系的单位或个人只要有申请执行人和被执行人协商一致或者由人民法院选定均可以担任。

(2)、义务发生的根据不同

协助执行义务来自于法律规定，这可以从《民事诉讼法》第二百三十条和一百零三条的规定得以清晰体现。人民法院向协助单位或个人发出协助执行通知后，有关单位或个人必须办理，否则将面临《民事诉讼法》一百零三条规定的制裁措施。但替代履行的义务法律没有直接作出规定，在申请执行人和被执行人协商一致的条件下，纯属私法中的契约，即便在人民法院选定的情形下，其也仅带有类似行政合同的色彩。

2、替代履行与委托执行

委托执行是指人民法院将被执行人或者被执行人的财产在其辖区以外的案件，委托当地同级人民法院实施执行的制度。委托执行制度是人民法院之间一项重要的司法协助制度，目的在于克服有执行管辖权的人民法院开展异地执行活动的困难，节省有限的司法资源。与替代履行相比，委托执行具有以下不同点：

(1)、主体不同

委托执行专指人民法院之间的一种司法协助制度，是执行管辖权根据法定事由的出现（如被执行人或者被执行人的主要财产不在受理执行案件法院的辖区内）而在同级别法院之间进行移转，除了执行机关的变更外，并不改变申请执行人和被执行人之间依据生效法律文书而产生的固有的执行法律关系。在替代履行制度下，人民法院作为执行机关与被执行人、申请执行人和替代履行人发生权利义务关系，主体范围要宽泛得多。

(2)、性质不同

委托执行仅是处置执行案件的管辖权问题，属于执行过程中的程序性问题；而替代履行则是由替代履行人代替被执行人履行生效法律文书中所确定的义务，属于执行过程中的实体性问题。

相关文章：

[从本案谈建立我国异议之诉的必要性](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)
