

全国法院第三十二届
学术讨论会征文

由审执分离迈向审执融贯：裁判执行力的二阶审查构造
——基于自创生系统论法学的分析

广州市海珠区人民法院 杨佩霞

广州大学 余煜刚

二〇二〇年七月十日

论文独创性声明

本人郑重声明：所呈交的论文是我个人进行研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写的研究成果，特此声明。

作者签名：

日期：

论文提要：

从自创生系统论法学的视角分析，审判系统和执行系统是由司法系统功能分化出的两个子系统，各自遵循其自身的“二值编码”进行规范运作，故可能出现生效裁判却无法执行的实务难题。审判权和执行权虽在程序上可分开运行，但从优化司法职权配置的目标考虑，审执分离体制改革应进一步考虑审执融贯的问题。“裁判执行力”作为

审执系统的共有结构，以结构耦合的方式联结着审判和执行系统，使强制执行能凭借审判系统获得“合法性”依据，同时又保证裁判能借助执行系统获得“强制力”保障。因此，审执融贯实质上可转化为形塑裁判执行力。形塑裁判执行力可通过“二阶审查构造”路径，一方面，初阶审查是在执行立案阶段审查执行的启动是否适法，审查范围包括申请执行人是否适格、被执行人是否适格、有无给付内容；进阶审查是在执行实施阶段审查执行的推进是否适法，审查范围包括给付内容是否明确、给付内容是否恒定。另一方面，针对各种裁判执行力争议，均构造相应的或审判或执行的救济途径，以实现审执融贯。（全文共 9845 字）

主要创新观点：

1.以自创生系统论法学为分析视角，提出审执分离实质源于司法系统的功能分化，审执系统遵循不同的二值编码进行自创生运作。但封闭运作可能带来系统的自创生困境，即生效裁判无法执行的实务难题。因此，审执系统有必要借助“裁判执行力”实现结构耦合，结构耦合方式包含规范型运作和回应型运作，规范型运作是指系统根据自

身的二值编码进行运作；回应型运作是指系统感受环境扰动后，经由系统内部结构的“转译”，作出应对。

2.构建解决裁判执行力争议的“二阶审查构造”模式。初阶审查是执行立案阶段审查执行的启动是否适法，进阶审查是在执行实施阶段审查执行的推进是否适法，同时针对各种裁判执行力争议，均设置相应的救济配套机制，以实现审执融贯的目标。

以下正文：

引言

审判权与执行权相分离（以下简称审执分离）是为优化司法职权配置提出的重要体制改革试点工作。《最高人民法院关于深化执行改革健全解决执行难长效机制的意见——人民法院执行工作纲要（2019—2023）》提出要加快推进审执分离体制改革，将裁判的可执行性作为考核案件质效和工作绩效的重要因素。审判权和执行权虽然在程序上可分开运行，但二者均是司法权运作的过程，因此在更深层面上，

审执分离体制改革还应考虑如何使审判权与执行权相融贯(以下简称审执融贯)的问题,而如何在审执系统中审查构造裁判执行力提供了一个有益的视角。本文试图以自创生系统论法学¹为分析工具,以实证考察、演绎分析等论证方法,对此展开研究。

一、问题:审执分离之现实隐忧

自创生系统论法学认为,随着“功能分化时代”的到来,法律从社会领域分离,形成自成一体的法律系统,法律系统分化出司法系统,司法系统再细分出审判系统和执行系统,而审执分离的正当基础和内在逻辑正肇始于功能分化思潮的涌动。但把审执系统描述为分别自成一体的系统,只给出了一个片面的图像,因为运作封闭的审执系统(审执分离)是否足以完成优化司法系统(优化司法职权配置)的目标,还须从理论和实务两个层面加以考量。

(一)法理层面:系统封闭运作的自创生困境

“自创生理论的核心主张在于法律实际上是一种沟通的自我指涉(self-referential)系统。”²自我指涉是指一个自创生系统必须被看作一个规范上封闭的系统。³而规范上的封闭最突出和集中的表现则是各系统皆基于自身固有的“二值编码”展开运作。⁴

审判系统的核心任务是观察行为和事件是否合法,其二值编码是“合法/非法”;执行系统的核心任务是将生效裁判从应然转为实然,

¹德国社会学家卢曼在修正老师帕森斯所提倡的“结构-功能主义”理论的基础上,提出了自创生系统论。该理论认为,并非是结构决定功能,而是功能区分促成了系统分化,系统呈现的是自我创生的动态形式。后其挂名弟子德国法学家托依布纳把卢曼发展出的自创生系统论运用于法律分析,开创了自创生系统论法学,从而为法律系统统一性提供了一套逻辑自洽的描述。

²[英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,彭小龙译,中国政法大学出版社2015年版,第66页。

³参见[德]卢曼:《法社会学》,宾凯等译,上海人民出版社2013年版,第425页。

⁴参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学:一种理解现代法律的新思路》载《政法论坛》2014年第4期。

其二值编码是“实现/不实现”。规范上的封闭意味着系统内部的沟通只遵循其自身的二值编码，因此审判系统不会遵循执行系统“实现/不实现”的二值编码，而执行系统亦不会再行判断“合法/非法”。审判系统分别按照上述二值编码区分运作，有利于化约判决情境和执行环境的复杂性和偶在性，从而使价值判断和正义分配变得相对容易。

“从社会结构分化的历史来看，正是社会对公正的内在需求成为司法结构分化的价值基础。”⁵

审判系统作为生产社会规范性期望的结构，既判力为这种期望创造了理性条件。司法的即时性特征要求法院在法定时间内必须作出判断，所以对案件事实的认定只能是达到被特定主体接受的程度时即宣告完成。⁶既判力基于“程序保障、自我决定、自我责任”的逻辑定式可以遮断基准时之前的事项，亦即对于生效裁判所确定的事实，当事人不得再行争议。

与审判系统的规范性相比，执行系统的复杂性、易变性更显著。生效裁判进入执行系统后，执行标的和执行主体都可能因当事人的法律行为或其他事实发生变化，如果坚持执行力附属于既判力的一元论将导致强制执行的权利义务主体或内容与实际权利义务主体或内容不一致。甚者，更会滋生“三方结构”（即纷争双方在法院主持下解决纠纷）转为“二对一关系”（申请执行人和法院共同对抗被执行人或者被执行人和法院共同“要挟”申请执行人）的风险。即为了解决

⁵程竹汝、卫绒娥：《价值·制度·角色——系统论视野中的现代司法结构形态》，载《学习与探索》2002年第2期。

⁶孙光宁：《可接受性：法律方法的一个分析视角》，北京大学出版社2012年版，第15页。

裁判执行力争议，可能滋生“强制调解”或“变相调解”的现象，而在这些调解中，当事人在不同程度上都会被施加一些“非法”的“负担”或作出“不合理”的“牺牲”。

简言之，如果一味强调系统的封闭运作，而忽略系统间沟通的可能性，则系统也会死亡。理想状态下，审执系统对同一事件的评价应当保持一致，但正因二者遵循不同的二值编码，故可能出现生效裁判无法执行的情形，而无法执行又会反噬裁判公信力。

（二）实务层面：定分不止争的执行难题

生效裁判所确定的权利受公权力保护，具有确定力、既判力和执行力。⁷确定力属于形式效力，而既判力和执行力同属实质效力。⁸应然层面，有既判力就应有执行力，但实然层面，执行力和既判力是否必然共生还须检视。

1. 司法：裁判执行中的二次争执乱象

执行力的作用对象包括客体和主体两方面，客体是指需要通过执行予以实现的权利义务，主体指申请执行人和被执行人。⁹相应的，裁判执行力争议可分为裁判执行力的客体争议和主体争议。

客体争议方面，截至2020年6月，以“执行依据、可执行性、无法执行”为关键词在“法信网”共检索到617件执行案件，剔除被执行人无责任财产可供执行，并筛选出执行依据为民事判决书和民事调解书的情形，获有效案件样本237件（表一）。

⁷参见杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社2002年版，第68页。

⁸参见[日]中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚等译，法律出版社2001年版，第225页。

⁹参见张卫平：《判决执行力主体范围的扩张》，载《现代法学》2007年第5期。

表一：裁判执行力的客体争议类型及执行结案方式

类型		数量（件） 及占比（%）	执行结案方式			
			驳回申请 （件）	终结执行 （件）	终本 （件）	不予执行 （件）
没有给付内容		23（9.705）	22	0	0	1
给付内容不明确		109（45.991）	89	13	3	4
给付内 容变化	裁判前	90（37.975）	15	75	0	1
	裁判后	15（6.329）	15	0	0	0

裁判执行力的客体争议集中在：一是没有给付内容的裁判有无执行力。通说认为确认判决、形成判决没有执行力，如武汉中院在武汉市盛奥科技发展有限责任公司执行复议案中认为确认判决不具可执行性¹⁰；但另案中，该院又认为不能仅以学理上确认之诉、形成之诉、给付之诉的分类，就对确认判决不予执行。¹¹二是给付内容不明确产生的争议。如金额不明；计算起止时间、计算标准不明；附条件履行义务时条件是否成就不明；恢复原状的“原状”不明；继续履行合同的履行内容不明；交付特定物指向不明；交付种类物品种、型号等不明；返还土地房屋的坐落四至不明等。三是给付内容变化产生的争议。变化可能发生在裁判前或裁判后，例如判决返还的房屋在判决前（后）过户至案外人名下等。

主体争议方面，因执行程序中解决变更、追加主体问题适用的是2016年12月1日起施行的《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》，故在“法信网”抓取了2017-2019年执行程序中变更、追加当事人的案件数据（表二）。

¹⁰武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中执复字第35号执行裁定书。

¹¹武汉市中级人民法院（2016）鄂01执复51号执行裁定书。

表二：2017-2019年执行程序中变更、追加当事人的案件情况

年度(年)	案件总数(件)	变更、追加案件数(件)	变更、追加案件占比(%)
2019	4196912	24508	0.58
2018	2841292	15602	0.55
2017	3076797	11503	0.37

分析可知，执行中变更、追加当事人的案件呈逐年上升之趋势，且执行力的主体争议集中在：一是执行主体错误，例如判决被告承担给付义务，但被告在诉讼阶段已经注销¹²。二是执行主体遗漏，例如裁判由被告协助原告进行房屋过户登记，但房屋是被告和案外人共有¹³。三是执行主体变更。例如关于债权转让，有的观点认为转让债权是未经判决确认的债权依据，应当经过诉讼确认方可进入执行程序¹⁴；有的观点认为应在执行程序中直接审查并裁定是否变更¹⁵。

结合执行结案方式来看，当前在处理裁判执行力争议的问题上存在以下不足：其一，缺乏关于裁判执行力审查的程序分流机制。结案方式未见“不予受理”，可见司法实务中并未从执行立案阶段开始审查裁判执行力问题。其二，缺乏关于执行力争议案件的有序进退机制。

“驳回申请”“终结执行”“不予执行”均意味着可能彻底终结债权人的权利实现之路；“终本”虽然还存在恢复执行之可能，但将其运用于解决执行力争议案件并不符合“终本”制度的设计初衷。而“不予执行”的结案方式显属法律适用错误，因其仅适用于仲裁裁决和公证债权文书，或者申请执行人超过申请执行期限而被被执行人提出异议的情形。其三，缺乏关于执行力争议案件的救济途径设计。例如，关于

¹²北京市高级人民法院（2017）京执监38号执行裁定书。

¹³江西省泰和县人民法院（2019）赣0826执600号执行裁定书。

¹⁴河源市中级人民法院（2016）粤16执40号执行裁定书。

¹⁵广东省高级人民法院（2019）粤执复658-660号执行裁定书。

“驳回申请”，当事人是否有复议权，有些法院认为有，有些法院则认为赋予复议权属于适用法律错误。¹⁶简言之，执行案件“暂停”后，债权人后续如何实现债权还存在救济途径的空白或者模糊。

2. 立法：形塑裁判执行力的制度阙如

针对司法实践中出现的裁判执行力争议难题，立法层面又是如何应对的？梳理得表三。

表三:关于裁判执行力的规范

	规范名称	裁判执行力的作用对象	裁判执行力争议的解决路径
1	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》（已失效）		第49条：漏判诉讼请求或判决主文不明确的，可补充判决。一审的补充判决可以上诉，二审的是终审判决。
2	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）》	第18条：法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确。	
3	2008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）》		第18条：不符合明确性要求的，在立案审查阶段应裁定不予受理。
4	2014年《最高人民法院关于〈关于执行案件立案、结案若干问题的意见〉》		第20条：不符合明确性要求的，在执行阶段应裁定驳回申请。
5	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463条：法律文书应权利义务主体和给付内容均明确。应明确继续履行合同的具体内容。	
6	2018年《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》	第11条：法律文书主文应明确具体，并列举了给付金钱等九大给付类型的明确标准。	第15条：书面征询审判部门意见。审判部门应在15日内作出书面答复或裁定补正。审判部门未及时答复或不答复的，可层报院长督促审判部门答复。

分析上述规定可知：第一，关于裁判执行力的规范性法律文件效力等级不高，目前仅有最高院的司法解释或实施意见对此作出了规定。第二，裁判执行力的作用对象不清晰。例如《最高人民法院关于人民

¹⁶沧州市中级人民法院（2018）冀09执复78号执行裁定书。

法院执行工作若干问题的规定(试行)》认为具备执行力是指“有给付内容+执行标的明确+被执行人明确”；《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》则认为具备执行力是指“给付内容明确+申请执行人明确+被执行人明确”。第三，关于裁判执行力争议的解决路径笼统单一且不畅通。2007年民事诉讼法将“遗漏诉讼请求或超出诉讼请求”列为提起再审的情形，因此“补充判决”似乎失去适用空间。裁定不予受理或驳回申请后，理论上债权人可以通过其他途径请求细化给付内容，以继续申请执行，但债权人在另寻它径时却可能遭遇“一事不再理”的困境，例如有法院以执行标的不明确为由驳回执行申请，并告知申请执行人另诉解决实体争议问题，但随后法院又以重复起诉为由驳回起诉。¹⁷而一律书面征询审判部门意见的作法在当前的司法语境之下，可能引发审判部门是否足以承载的隐忧。

综上，简单的强调审执分离并无益于解决生效裁判无法执行的难题，但裁判之不获执行或有效执行，对司法权威的证伪最为具象，对法治信仰的树立也最具冲击力。因此，在优化司法职权配置的目标下，审执分离本身绝非目的，而应考虑如何通过裁判执行力争议的解决以致审执融贯。

二、探寻：审执融贯之司法路径

在探寻审执融贯的司法道路上，首先必须解释为何解决裁判执行力争议有利于实现审执融贯，其次是何种争议解决机制有利于实现审执融贯。

¹⁷常州市中级人民法院（2018）苏04执复8号执行裁定书。

（一）定位审执系统之耦合结构：裁判执行力

自创生系统论法学认为，系统的运作在规范上是关闭的，但在认知上应保持开放。¹⁸系统自主但不自足，系统之外的其他系统共同构成该系统的环境，均存在激扰系统稳定性的可能，因此系统必须保持对环境的认知，作出回应型运作，维持自身对复杂世界的应对水平。系统对环境的认知，亦即系统与环境的信息交换，主要是通过“结构耦合”的方式。“结构耦合”是指每一个系统都不能直接参与其他系统，但在结构耦合中可创造他们之间的接触区域，以提高系统际“共振”的能力。¹⁹

在审执分离的背景下，审判系统负责裁决，执行系统负责执行，二者如何实现融贯之可能？裁判执行力提供了一个可能的路径。裁判执行力作为审执系统共有的结构，以结构耦合的方式联结着审判和执行系统，使强制执行能借助审判系统获得“合法性”依据，同时又保证裁判能借助执行系统获得“强制力”的保障。借助裁判执行力这个联结点，无论是审判还是执行系统，在各自规范运作中就不可避免的要持续关注另一系统的运作，那么对同一事件的期待就有可能尽量保持一致，从而不断加工出使系统间保持融贯的期望结构。

但如前所述，裁判执行力并非总是随着生效裁判的输出而当然产生，其也会产生争议。因此，在认识到裁判执行力是审执系统的结构耦合点的基础上，审执融贯就可简化为裁判执行力争议的解决。

（二）构建审执系统之融贯路径：裁判执行力的二阶审查构造

¹⁸[德]卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第38页。

¹⁹参见[德]托依布纳：《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社2004年版，第12页。

解决裁判执行力争议，实质上是系统如何自创生的问题。自创生包含规范型运作和回应型运作，规范型运作是指系统根据自身的二值编码进行运作；回应型运作是指系统感受环境扰动后，经由系统内部结构的“转译”，作出应对。

实务中，不乏以执行和解解决裁判执行力争议的作法。不可否认在个案中，执行和解能快速顺应情境变化，稳定当事人的规范期望。但从系统而言，稳定规范期望的基础却不可能寄托于期望每个个体都能采取执行和解这种偶然性的进路，且偶然性的进路注定会给系统的同一性带来风险。因此，在解决裁判执行力争议的问题上，应发展出一套能迅速指明认知方向，且该认知能被证明是合理的运作机制。

最高院《关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第2条规定执行案件由立案机构审查立案；第20条规定立案后发现不符合受理条件的，应驳回申请，综上规定了对裁判执行力进行“二阶审查构造”的雏形。但一方面，自引入立案登记制后，执行立案审查的范围和标准变得愈加模糊和随意；另一方面，因为缺乏配套救济措施，对裁判执行力也是“审而不造”，造成执行程序的极度不稳定。

鉴于此，有必要重新审视和建构裁判执行力的“二阶审查构造”模式。一方面，初阶审查是执行立案审查，审查的范围包括：申请执行人是否适格、被执行人是否适格、有无给付内容。对裁判执行力设置前置审查程序，是由执行作为国家公权力强制介入民事领域的性质所决定的，即必须通过执行立案审查，证明执行的提起是适法的。进阶审查是执行实施审查，审查的范围包括：给付内容是否明确、给付

内容是否恒定。执行中，给付内容随时可能因客观事实或法律行为发生变化，因此进阶审查是审查执行的推进是否适法。另一方面，针对各种裁判执行力争议，均构造相应的或审判或执行的救济途径，以实现审执融贯。（图一）



图一：“审执融贯”视域下“裁判执行力”的二阶审查构造

三、初阶：执行立案阶段对裁判执行力的审查构造

裁判执行力之初阶审查构造，主要审查执行当事人是否适格、给付内容是否具备，其目的是过滤不适法的、塑造适法的执行申请。

（一）申请执行人是否适格

通常单凭执行依据之记载即可判断谁为申请执行人，但根据民事诉讼法司法解释第249条的规定，裁判执行力可扩张及民事权利的受让人，故产生审查受让人是否适格申请执行人的必要。

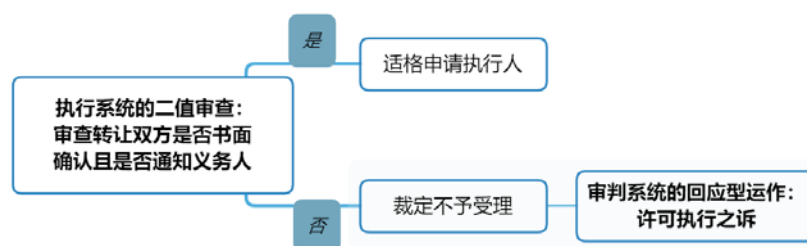
权利转移，即继受，包括一般继受和特定继受。一般继受是指权利主体如自然人或法人、其他组织死亡或消灭，权利由他人享有。特定继受是指权利主体把权利转让他人，由其他人享有。²⁰

一般继受从形式上就可以判断，例如自然人死亡有户籍注销登记、法人消灭有工商注销登记等，因此在审查是否一般继受人时通常不是

²⁰参见常廷彬：《试论特定继受人与既判力主体范围扩张》，载《社会科学》2010年第8期。

难题。但追索赡养费、扶养费、抚育费等涉及人身专属性的案件，不存在一般继受人可申请执行的情形。

特定继受的情形，执行系统须进行“转让双方是否书面确认+是否通知义务人”的二值审查，若是，则特定继受人可成为适格申请执行人；若否，则裁定不予受理。但裁定不予受理仅从程序上否定特定继受人的申请执行权，并不意味着从实体上否认权利转让的效力，权利转让的效力应由审判系统回应。在该问题上，审判系统可构造“许可执行之诉”实现“实体上是否权利人+程序上是否申请人”的双重目标。（图二）



图二：“审执系统”中“特定继受人是否适格申请执行人”的审查构造

“许可执行之诉”源自我国台湾地区《强制执行法》第14条之一第二项的规定，指权利人之继受人向法院申请执行，被法院裁定驳回后，对被执行人所提起之请求许可强制执行的诉。²¹相较于其他诉讼类型，审判系统选择许可执行之诉有两个原因：一是许可执行之诉本质上是执行力争议之诉，其核心任务是解决申请执行人是否适格的问题；二是许可执行之诉是实体上的执行救济，权利人通过许可执行之诉胜诉后，即可持此项生效判决及原执行依据申请执行，而被执行人亦不得再主张其非执行依据效力所及之人。

²¹陈娴灵：《许可执行之诉：强制执行程序中当事人适格之救济》，载《法学评论》2010年第6期。

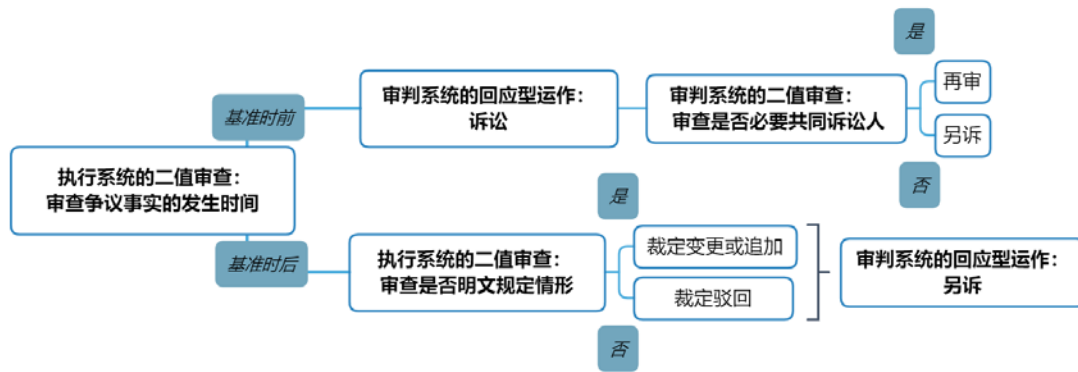
（二）审查被执行人是否适格

审查被执行人是否适格，即审查是否须要变更、追加被执行人。变更、追加被执行人涉及裁判既判力主观范围的扩张，因此审查时必须审查变更、追加被执行人所依据的事实（以下简称争议事实）与既判力“基准时”²²的顺序关系，“争议事实与基准时的顺序关系，决定着该事实是否被前诉判决既判力遮断。”²³

具言之，审查被执行人是否适格应遵循如下路径：执行系统进行“争议事实发生时间”的二值审查。审查结果一是发生于基准时之前，囿于既判力基准时的遮断效，该争议事实交由审判系统，审判系统再行“被变更、追加的主体是否构成必要共同诉讼人”的二值审查，若是，进入再审；若否，另诉。审查结果二是发生于基准时之后，执行系统继续进行“是否属于《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》规定的情形”的二值审查，若是，裁定变更、追加；若否，裁定驳回申请，若当事人对该执行审查结果不服，均应在审判系统中寻求另诉解决。（图三）

²²关于基准时的时间点，一直有判决生效时、法庭审理终结时、法庭辩论终结时、一审庭审结束时、法院指定举证期限届满时的争论，我国民事诉讼法司法解释第 248 条采纳的是“裁判生效时”的观点。参见江伟：《民事诉讼法》，北京大学出版社 2012 年版，第 114 页。吴明童：《既判力的界限研究》，载《中国法学》2001 年第 6 期。[德] 汉斯·约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 332 页。耿宝建：《既判力理论的发展及在审判中的运用》，载《法律适用》2004 年第 2 期。

²³程书锋、程方伟：《持续侵权状态下前诉裁判对后诉的影响——兼议知识产权诉讼停止侵害执行力的扩张》，载《电子知识产权》2020 年第 1 期。



图三：“审执系统”中“是否适格被执行人”的审查构造

（三）审查有无给付内容

学理上，诉的种类有确认之诉、变更之诉（也称形成之诉）、给付之诉。确认之诉，是当事人向法院提起的要求确认某种法律关系存在或不存在的诉；变更之诉，是当事人向法院提出的改变或消灭现存某种法律关系的请求；给付之诉，是当事人向法院提起的，请求责令义务人履行义务，以实现自己合法权益的请求。²⁴

从概念上看，确认判决和变更判决均无给付内容，应无执行力。但实务中，偶尔也会产生是否应赋予确认判决和变更判决执行力的争论，而该争论的核心焦点在于：确认判决和变更判决能否确定给付内容。但事实上，确认判决和变更判决无法在执行中确定给付内容，譬如确认合同无效的确认判决，其合同无效的法律后果包括返还财产、赔偿损失等，这些均属于实体判断的问题，并不适宜在执行系统中认定。因此，执行系统应排除执行确认判决和变更判决，针对这类判决所引发的无法执行问题，可在审判系统中，由审判法官向当事人释明是否增加给付诉讼请求加以解决。

²⁴参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社 2015 年版，第 24-25 页。□

四、进阶：执行实施阶段对裁判执行力的审查构造

通过初阶审查进入执行实施阶段后，仍须审查执行依据的给付内容是否明确、给付内容是否恒定，以确保执行的推进适法。

（一）审查给付内容是否明确

关于执行依据给付内容不明确的问题，无论统一交由审判部门或是执行部门解释均是审执系统无法承受之重。首先，统一由审判部门解释的作法虽然考虑到审判法官是最接近案件事实的人²⁵，但审判解释能否适应复杂多变的执行环境显然存疑；其次，执行解释虽然能兼顾执行效率和裁判权威²⁶，但却容易陷入“以执代审”的困境。最后，也有观点认为，可将执行中发生的实体争议分为远域与近域事项，视具体情况选择运用。对于远域实体争议事项以及执行未及领域的实体争议事项导入诉讼程序，对于近域实体争议通过执行权自我裁量解决。²⁷然而，何谓远域、近域本身就无法区分，且对近域事项进行执行解释也可能违背审执分离原则。

因此，从审执系统的功能区分视角出发，解决给付内容不明确类型的执行力争议，可采取如下路径：第一步，执行系统进行“综合裁判主文和裁判理由能否确定给付内容”的二值审查，若能，由执行系统进行执行解释；若不能，由审判系统进行回应，即作出审判解释。第二步，执行系统回应审判解释，即综合审判解释和执行阶段查明的事实，以“合法、合理、合用”为标准进行执行裁量，若当事人对执

²⁵参见王健：《“审执分离”视野下的“审执统一”——浅谈民事判决执行力缺陷的救济》，载《山东审判》2016年第1期。□□

²⁶杨春华：《对我国民事执行中实体争议救济的考量》，载《中国法学》2006年第5期，第133页。

²⁷参见殷兵、曹凤国：《执行衍生实体争议解决机制研究》，载《法律适用》2014年第2期，第67-68页。

行裁量结果有异议的,应返回审判系统,由审判系统作出“补充判决”。之所以将补充判决作为最后一道屏障,是在“尊重执行系统规范型运作”和“审判系统谨慎回应型运作”之间作出的选择。(图四)



图四：“审执系统”中“给付内容不明确”的审查构造

补充判决是指法院对裁判遗漏事项另行判决予以补正,是大陆法系国家和地区针对裁判遗漏所普遍采取的救济制度。²⁸而审判系统之所以选择补充判决而非裁定更正或是再审作为遗漏裁判的救济制度,是因为补充判决最符合司法效率兼顾司法公正的诉讼理念²⁹:其一,补充判决可以明确给付内容,有利于定分止争;其二,补充判决属于部分判决,有利于提高诉讼效率。

(二) 审查给付内容是否恒定

理论上,审判系统一旦作出给付判决,该判决所确定的终局给付内容就应具有“基准性和不可争性效果。”³⁰但执行中,当事人经常会提出譬如已经给付、第三人代偿,主张抵销等事实来阻碍执行(以下简称给付障碍事实),而如果不对给付障碍事实进行审查,则可能导致申请执行人“双重获利”,违背矫正正义原则。

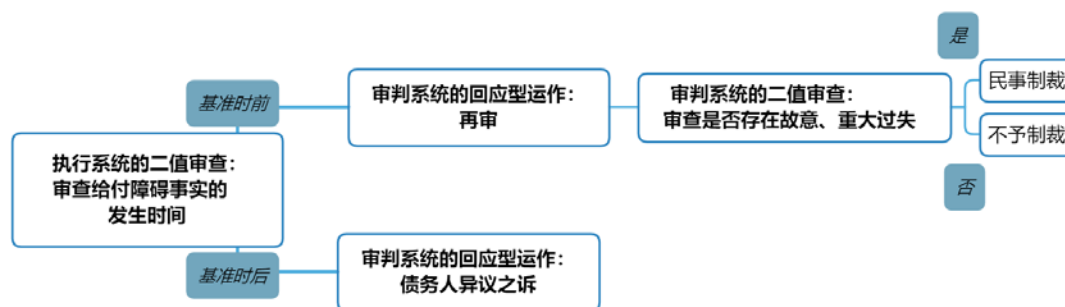
因此,在审查给付内容是否恒定以及后续的执行力构造时可遵循

²⁸参见法国民事诉讼法第463条第1款、德国民事诉讼法第321条第1项、俄罗斯民事诉讼法第205条第1款、日本民事诉讼法第258条、我国台湾地区民事诉讼法第233条第1项的规定。

²⁹参见赵泽君:《民事裁判遗漏的补充判决制度——兼评我国民事诉讼法第179条第12项之规定》,载《政法论坛》2008年第5期。曹志勋:《论民事一审漏判的更正》,载《法学》2017年第7期。

³⁰吴明童:《既判力的界限研究》,载《中国法学》2001年第6期。

以下原则：即根据给付障碍事实的发生时间与基准时的顺序关系来决定应采取何种解决路径。首先，执行系统进行“给付障碍事实发生时间”的二值审查，审查结果一是发生于基准时之前，说明既判力的客观范围出现误差，故应由审判系统回应，启动再审。但考虑到审判系统未能查清给付障碍事实是否存在的原因也可能是当事人故意隐瞒，因此在再审程序中，审判系统又须进行“当事人是否存在故意或重大过失”的二值审查，若存在，则对当事人采取罚款、拘留等民事制裁措施，以规避执行中可能出现的“拖延执行”问题；若否，则不启动民事制裁措施。审查结果二是发生于基准时之后，则该事实不受既判力约束，但该事实亦不宜由执行法官进行实体判断，而应返由审判系统进行“债务人异议之诉”³¹。（图五）



图五：“审执系统”中“给付内容是否恒定”的审查构造

债务人异议之诉，是指债务人可以提出实体法上关于履行请求权消灭或暂缓执行的主张，以排除生效裁判所具有的执行力。债务人异议之诉并非是对生效裁判既判力的再争执，而是允许债务人在有消灭或妨碍债权人请求之事由发生之后，向执行法院提起异议之诉，以完善执行程序中的权利救济途径。³²相比于事后补救性的不当得利返还

³¹德国民事诉讼法第 767 条、日本民事执行法第 35 条、我国台湾地区强制执行法第 14 条。

³²参见王柏东、程立：《生效法律文书执行力的阻却与回归——以执行外和解对执行程序的影响为视角》，

之诉或损害赔偿之诉只能回复或矫正不当执行的后果而言，债务人异议之诉具有事中甚至事前的防御功能，且凭借该防御性功能可以有效减轻法院的裁判和执行负担，³³因此是比较适当的选择。

结语

审执分离的背景下，司法信用不昌和司法权威不足，主要是由审执系统无法兑现自身对社会的功能承诺所引起的。但“法律系统运作自成一体的原则是无例外地有效的”³⁴，系统分化在造成整合问题和导致冲突的同时也创造了整合的补偿力量。³⁵通过在执行立案审查阶段和执行实施阶段对裁判执行力的二阶审查构造，可以把裁判执行力争议的结构风险问题交由审执系统的功能分化来应对，且有效的应对也会进一步引起规范建构表达，从而使审执系统间逐步走向有序共振。此时，裁判执行力争议不再是审判或执行系统的禁忌或死穴，反而是系统能感受其他系统的激扰并不断自我创生的动力，从而使得审执系统能容纳更丰富的社会演化叙事，真正实现审执分离以优化司法职权配置的初衷。

载《法律适用》2020年第2期。

³³金印：《论债务人异议之诉的必要性——以防御性司法保护的特别功能为中心》，载《法学》2019年第7期。

³⁴[德]卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第47页。

³⁵参见[美]乔纳森·特纳：《社会学理论的结构（上）》邱泽奇等译，华夏出版社2001年版，第66-68页。