

# 执行文的历史源流、制度模式 与中国图景

刘颖\*

**摘要** 强制执行是国家公权力对私人领域的干预,因而必须具有正当化根据,执行程序的实质启动要件便是该正当化根据的体现。在执行程序实质启动要件的审查与救济程序缺位的背景下,我国应当借鉴比较法引入执行文制度,在执行文的授予环节完成对执行程序实质启动要件的审查,从而确保强制执行的正当性,并解决当下的“执行乱”困境。在执行文制度的建构上,应当根据审查资质、公证职能及审查相关材料的便利度,就各类执行名义分别设置执行文授予机关;针对单纯执行文及特殊执行文等不同情形具体设定执行文授予要件;在优先确保强制执行之正当性、最大限度地维护执行效率的理念下,设计执行文授予程序,即对于执行程序实质启动要件具备与否,执行文授予上采用形式审查,但在必要时保障执行当事人寻求实体审查的机会。

**关键词** 执行文 强制执行的正当性 执行力 执行名义

## 一、保障强制执行的正当性的应然与实然

### (一)强制执行的正当化根据

为了防止社会陷入弱肉强食、甚至同态复仇的状态,法治国家原则上禁止自力救济。这意味着即便私人享有权利,也不能凭借自己的单方面力量来实现权利。既然如此,作为替代方案,国家便当然地承担利用其强制力帮助私人实现权利这一任务,强制执行正是国家对私人权利的强制性实现。反过来看,对于义务人而言,强制执行意味着国家以

\* 北京航空航天大学法学院副教授。本文系司法部2019年度国家法治与法学理论研究项目“民事强制执行立法背景下的执行程序启动规范化研究”(项目编号:19SFB3024)的阶段性成果。

暴力为后盾强制其履行义务,这一过程伴随着国家公权力对私人财产权、甚至人身权的限制,因而必须具备正当化根据。

在学理上,强制执行的正当化根据被归结为三点:第一,存在适于强制性实现的请求权(以下称为“请求权的存在”)。第二,该请求权处于立即可以请求给付的状态,例如,若该请求权是附条件的,则条件已经成就;若该请求权是附期限的,则期限已经届至(以下称为“即时请求的可能性”)。第三,债权人(申请执行人)可以行使该请求权,债务人(被执行人)应当就该请求权履行义务(以下简称“执行当事人适格”)。<sup>〔1〕</sup>这落实到立法层面便转化为强制执行的实质启动要件;换言之,强制执行的启动必须具备一定的实质要件,否则便构成对国家公权力的滥用。

从比较法来看,德、日等国均是通过执行文的授予来在强制执行启动前完成对其实质启动要件的审查,从而确保强制执行的正当性。<sup>〔2〕</sup>与此相对,我国现行的法律及司法解释并未对强制执行的实质启动要件加以规定,只有《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,以下称为“《执行规定》”)在第18条列举了申请执行的条件。一方面,这些条件并未完全囊括强制执行的实质启动要件。另一方面,法律及司法解释均未明确在强制执行启动前由哪个机关、采用何种程序来审查其实质启动要件,而这一点对于确保强制执行的正当性至关重要。<sup>〔3〕</sup>法律和司法解释上的付之阙如导致司法实践中强制执行的启动呈现出以下迷乱的状态。

## (二)中国法的现实困境

### 1. 对执行名义内容要素的审查与救济程序缺位

强制执行是国家强制性地实现私人权利的程序,其正当化根据之一在于,存在适于强制性实现的请求权。问题是,国家并不知道私人是否真正享有请求权,因而必须有一个制度使国家能够对此加以判断。另一方面,对私人而言,权利的实现无疑越快越好。为了同时满足这两个需求,立法者将权利判定机关(审判部门等)与权利实现机关(执行部门)分离。权利实现机关无需亲自判断权利是否存在,而只需从权利判定机关获得表示权利存在的文书即执行名义后,专任于权利的强制性实现即可。<sup>〔4〕</sup>可见,正是通过执行名义这一技术,审执分离方才得以实现。

由于执行名义天然地具有向权利实现机关传达请求权的存在这一功能,进而表征着强制执行的正当性,因此,各国立法通常将存在有效的执行名义作为强制执行的启动要件,在强制

〔1〕 参见(日)竹下守夫:“强制执行的正当性の保障と執行文の役割”,編集委員会《小室直人・小山昇先生還暦記念——裁判と上訴(下)》,有斐閣1980年版,第334頁。

〔2〕 《德国民事诉讼法》第724条规定:“强制执行,依据已被授予执行文的判决之正本(具有执行力的正本)而实施。”《日本民事执行法》第25条前半段规定:“强制执行,依据已被授予执行文的执行名义之正本而实施。”

〔3〕 竹下守夫,见前注〔1〕,第335頁。

〔4〕 参见(日)中西正、中島弘雅、八田卓也:《民事執行・民事保全法》,有斐閣2010年版,第13頁。

执行开始前,对含有给付内容、给付内容明确、给付内容适于强制性实现等执行名义本身的内容要素加以审查。例如,德国法和日本法是通过一般执行文的授予及异议程序来确保是在存在有效执行名义的前提下启动执行程序,从而保障强制执行之正当性。反观我国,尽管《执行规定》第18条强制执行的启动要件中列举了“法律文书已经生效”“法律文书有给付内容”等一部分执行名义的内容要素,但由于缺乏对其审查及救济程序的明文规定,导致司法实践中出现了较多难题,这突出反映在对执行名义中给付内容不明确的处理上。对于给付内容不明确的法律文书,《执行规定》第18条规定,在立案审查阶段法院就应当裁定不予受理。但是,对于执行名义上给付内容不明确、法院却予以立案的情形,现行法并未给与当事人、尤其是债务人在立案审查阶段申请不服的机会,如此债务人只能在执行程序开始后依照《民事诉讼法》第225条的规定提出执行异议。<sup>〔5〕</sup>问题是,此时查封等执行措施早已对债务人造成不利影响。现行法对给付内容明确等执行名义本身的内容要素的审查及救济程序缺位,导致我国实务界和理论界将给付内容不明确等看作是执行程序开始后对执行名义的解释问题。<sup>〔6〕</sup>然而,从更深层次来看,这其实是在当事人就执行名义是否符合内容要素存在争议的情况下启动强制执行。反过来说,强制执行的启动要件是否具备尚存疑义,那么其正当性自然就受到了挑战。

## 2. 对执行名义所附条件的审查与救济程序缺位

实践中经常会出现执行名义附条件的情形,例如,将来给付之诉的判决中的给付义务是以现在给付之诉的判决无法执行为条件,调解书中的民事责任(违约责任)是以一方当事人不履行调解协议为条件,公证债权文书中的给付义务是以特定事实的发生为条件等等。从保障强制执行之正当性的角度出发,若执行名义附条件,则只有在条件成就后才能启动执行程序。例如,德国法和日本法是通过补充执行文的授予及异议程序来确保是在执行名义所附条件已成就的前提下启动执行程序。反观我国,只有《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2008〕18号)第19条第1款规定,“调解书确定的担保条款条件或者承担民事责任的条件成就时,当事人申请执行的,人民法院应当依法执行”。对于调解书以外的执行名义附条件的情形,更重要的是对于当事人就条件是否成就存在争议的情形应当如何处理,现行法并无明文规定。这也造成实务中的理解与操作出现了较大的分歧。例如,在一则内容中含有违约责任的调解书的执行案件中,对于在当事人就违约这一执行名义所附条件成就与否有争议的前提下可否启动执行程序,四级法院在五次审查中表明了截然不同的立场。对此最高人民法院指出,“本案调解书中所确定的基于双方违约责任而导致的给付义务,取决于未来发生的事实,即当事人双方在履行生效调解书过程中是否违约以及违约程度等,属于与案件审结后新发生事实相结合而形成的新的实体权利义务争议,并非简单的事实判断,在执行程序中

〔5〕 参见最高人民法院(2015)执申字第52号执行裁定书。在本案中,针对执行名义上给付内容不明确的问题,被执行人在执行程序开始后提出执行异议,经过二审复议后,最高院在再审中将此定位为执行名义的解释问题。

〔6〕 参见赵晋山、葛洪涛:“《民事诉讼法》司法解释执行程序若干问题解读”,《法律适用》2015年第4期,第32—33页。

直接予以认定,缺乏程序的正当性和必要的程序保障”。〔7〕可见,最高人民法院也意识到立法上对执行名义所附条件成就与否的审查及救济程序缺位,已经影响到强制执行之正当性。

### 3.对执行当事人适格的审查与救济程序缺位

执行名义生效后,其所记载的债权人与债务人之间的实体权利义务关系即告确定。若债务人不履行义务,则债权人可以据此申请执行。换言之,该债权人和债务人为适格的执行当事人。但在执行程序开始前,该债权人或债务人的实体法律地位有可能因诸如自然人的死亡、离婚及法人或其他组织的合并、分立等事由而被他人承受,进而造成执行当事人的变动。对此情形,德国法和日本法是通过承继执行文的授予及异议程序来确保在执行当事人适格的前提下启动执行程序,从而保障强制执行之正当性。与此相对,我国现行法对于执行名义生效后、执行程序开始前执行当事人发生变动的情形未作明确规定;司法实践中的做法是,立案庭进行形式审查后,直接以变动后的主体为执行当事人予以立案。〔8〕这意味着剥夺了当事人在执行程序的启动环节就执行当事人适格与否请求实体审查及申请不服的机会,在执行当事人适格与否尚存争议的情况下启动执行程序,那么,强制执行的正当性便会受到挑战。

从上述分析可知,在我国现行法下对执行程序的实质启动要件存在审查与救济程序的缺位,这一现实困境将影响强制执行的正当性,而比较法上的执行文制度可为我国解决这一困境提供有益的参考。

## 二、执行文的历史源流

### (一)法国法上执行文制度的生成

执行文制度肇始于法国法。曾经,法国某一裁判权管辖区域内的判决等法律文书并不能当然地在其他区域得到承认与执行,除非在该其他区域取得执行许可状。从性质上来看,这种执行许可状是要求该区域的官吏予以服从的命令。若要取得这种命令,除须支付一定的对价外,有时还必须接受对整个案件的重新审理。鉴于这一状况,《1791年宪法》第3编第5章第24条规定:

各法院判决的具有执行力的文本,措辞如下:“某某(国王的姓名),受上帝的恩惠,依据国家宪法,法兰西人的国王,向所有生者和来者祝福。(XX)法院作出如下判决:(判决抄录于此,载明法官的姓名)兹通告所有执行员执行该判决,派驻本法院的专员监督判决的执行,可依法请求武装力量协助执行。法院院长和书记官签署本判决,特此证明。”〔9〕

这一对判决措辞的规定,在当初司法权尚未统一的法国,为特定区域的法院所作出的判决打开了在全国范围内得到承认与执行的可能性。换言之,任何法院的判决只要附有《1791年

〔7〕 参见最高人民法院(2014)执监字第80号执行裁定书。

〔8〕 参见李晓玲、李鹏裕申请执行厦门海洋实业(集团)股份有限公司、厦门海洋实业总公司执行复议案,最高人民法院指导性案例34号(2014)。

〔9〕 周威:《法兰西宪法典全译》(译注),法律出版社2016年版,第36页。

宪法》第 24 条的那段文字,便具有全国性的效力,在其他区域也能得到执行。

上述规定为后来法国民事诉讼方面的法律、法规所吸收,并命名为执行文。<sup>〔10〕</sup> 具体而言,1947 年 6 月 12 日颁布的《执行文规则》(Décret du 12 juin 1947, relatif à la formule exécutoire)第 1 条规定:

判决、命令的副本以及可构成强制执行之依据的合同书及其他文书的正本或副本必须记载下述序文,“法兰西共和国,以法国人民的名义”;并且必须以下述文字结尾,“法兰西共和国兹通告并命令所有执行员,执行以上判决。通告并命令检察长和驻大审法院的检察官,监督执行员。通告并命令所有司令员和行使国家公权力的公务员,在接到合法要求时予以协助。(某某)签署本判决,特此证明。”<sup>〔11〕</sup>

1975 年颁布的现行《法国民事诉讼法》第 502 条明确规定:“任何判决,任何文书,除法律另有规定的情形外,仅在提交了已被授予执行文的副本后,始得执行。”在当下的法国,司法权早已统一,任何法院的判决在全国范围内均会得到承认,那么,为何判决的执行还要以执行文为要件? 其缘由在于,法国将执行权定性为行政权,而判决是司法权行使的结果,即便判决的执行力及于全国,但实现判决的强制执行却属于行政权的范畴。行政权并不服从于司法权,那么若要强制执行,自然在判决之外还需要发动执行权的命令,即执行文。<sup>〔12〕</sup>

可见,就法国而言,在强制执行法内部或者司法权的层面上,执行文制度曾经发挥过巨大作用,其将判决的执行力由特定区域扩大到全国;而在整个法律体系或三权分立的层面上,执行文制度至今仍发挥着重要作用,即发动执行权这一行政权,从而真正实现判决等司法权行使的结果。

## (二)德国法上执行文制度的演进

在德国统一前,各邦国判决的执行原本是由第一审法院负责,因而强制执行启动要件的审查也是由作为执行机关的第一审法院负责。自 19 世纪中叶起,一些邦国陆续制定新的诉讼法,其中 1850 年颁布的《汉诺威民事诉讼法》具有里程碑意义。此法以法国法为借鉴,在德国首次引入执行员制度。从此,执行员取代第一审法院,成为独立的执行机关。然而,执行员适于执行程序的具体实施,但未必适于程序启动要件的审查。例如,存在可构成执行名义的生效法律文书、且其已发生执行力等启动要件明依靠受诉法院或公证员确认过的案件记录就能迅速且准确地审查清楚,将审查交由执行员负责,显然是不合适的。于是,作为执行员制度的配套改革,《汉诺威民事诉讼法》同时引入了执行文制度。同法第 529 条规定,判决等法律文书的正本开头附有“以国王的名义,可以立即执行”这一段文字,始得构成强制执行的依据。这一

〔10〕 执行文在法语中写为 *formule exécutoire*,国内也有学者将其译为执行格式,或执行令印。这些翻译显然更为重视执行文的形式,即其是刻在印章上并具有固定格式的命令。参见罗结珍:《法国新民事诉讼法典》(译注),法律出版社 2008 年版,第 530、1216 页。

〔11〕 竹下守夫,见前注〔1〕,第 337 页。

〔12〕 竹下守夫,见前注〔1〕,第 341 页。

段文字被称为执行文。<sup>[13]</sup>

1871年德国统一后,随即于1877年颁布了《德国民事诉讼法》。该法吸收了以《汉诺威民事诉讼法》为基础的“汉诺威草案”中的执行文制度,自此执行文制度在德国全境得以建立。对于执行文制度的立法目的,《德国民事诉讼法立法理由书》指出:

把判决的正本提高为强制执行形式上独立的依据,乃是把执行从受诉法院的权责中分离出来的情形下,不可避免的选择。强制执行应当依据已被授予执行文的执行名义之正本来实施,并且执行文只有在执行名义具有执行力时,始能授予——这一规定,已经将执行员从审查存在于判决书以外的、判决之执行力的要件这项权责中剥离出来。(尽管法国法是将这一审查权责交给执行员),但由于本法规定上诉具有停止执行的效力,因而执行要件与法国法有着根本的不同。换言之,既然对执行要件的判断越发困难,鉴于执行员队伍的资质,将审查执行要件的权责交给执行员,就存在疑问了……那么,更为合适的选择是,在执行员着手实施执行之前,就以诉讼上的状态为依据来完成对执行力的审查……在这一原则下,<sup>[14]</sup>不应该将内容完全能够特定的判决之无条件执行以外的、其他职责交给执行员。<sup>[15]</sup>

于是,《德国民事诉讼法》将请求权的存在、即时请求的可能性、执行当事人适格等强制执行的正当化根据全面地作为授予执行文要件,并将之交给法院书记官或公证员等执行文授予机关审查。<sup>[16]</sup>这是将受诉法院从实施强制执行的权责中解放出来,在执行机关上采用执行员制度的必然结果。

由此可知,执行文制度在被引入到德国后,其性质和功能发生了明显的变化。在法国模式下,执行文只是赋予判决等法律文书以执行名义资格的一种形式。换言之,如果不具备这一形式,则无法发动执行权,那么判决等法律文书就无法上升为执行名义。至于执行名义是否具备强制执行的正当化根据,则是由法律素养较低的执行员根据执行名义以外的资料予以审查。与此相反,在德国模式下,则是由法官书记官或公证员等执行文授予机关在执行程序启动前将执行名义是否具备强制执行的正当化根据作为执行文的授予要件来审查。执行文起到了对强制执行的正当化根据加以公示的作用,而执行机关不再承担相关审查责任。<sup>[17]</sup>从这个意义上说,执行文乃是公示执行名义具备强制执行的正当化根据的技术性手段。

### (三)日本法上执行文制度的沿袭

日本于1890年颁布首部近代意义上的民事诉讼法即《明治民事诉讼法》。该法以德国法

[13] 执行文在德语中写为 Vollstreckungsklausel,国内也有学者将其译为执行条款。参见谢怀斌译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社2001年,第189页。

[14] 所谓执行力,是指执行名义(中所记载的请求权)能够实施强制执行的效力。执行名义在具备强制执行的正当化根据后,始得实施强制执行。可见,《德国民事诉讼法立法理由书》中所说的“对执行力的审查”,就是对强制执行的正当化根据的审查。

[15] 竹下守夫,见前注[1],第366页。

[16] 参见《德国民事诉讼法》第724—729条、第751条第1款。

[17] 参见(日)中野贞一郎:“执行文付与にかんする訴訟と請求異議”,中务俊昌主编:《中田淳一先生選曆記念——民事訴訟の理論(下)》,有斐阁1970年版,第179页。

为蓝本,在第6编“强制执行”中对执行文的相关规定进行了翻译式的移植。此后,这些规定又被1926年颁布的《大正民事诉讼法》所沿袭。1979年,日本将《大正民事诉讼法》中的“强制执行”编与1898年颁布的《拍卖法》合并为《民事执行法》,并对执行文制度进行了小幅修改,即废除法院书记官按照法官的命令授予执行文的相关规定,将执行文的授予要件全部交给法院书记官或公证员来审查。显然,立法者意图在保障强制执行的正当性与追求强制执行的效率性之间取得平衡。<sup>[18]</sup>

综上所述,执行文制度生成于法国法,但进入到德国法后才演进为保障强制执行之正当性的技术性手段。之后,日本法从德国法完整地移植了整套制度。从现行法来看,日本法与德国法在执行文制度的具体安排上几乎没有差异。

### 三、执行文的制度模式

#### (一) 执行文的种类和授予要件

##### 1. 单纯执行文和一般要件

单纯执行文,是指直接按照执行名义的内容,公示其执行力的执行文。在此情形,由于在事实关系上不存在条件是否成就、执行当事人是否发生变动等问题,因而只需审查授予执行文的一般要件即可。所谓一般要件,是指所有执行名义若要被授予执行文均须具备的要件。其包括以下三项:第一,存在性质上可构成执行名义的法律文书。若是判决,则该判决必须已经确定。第二,该法律文书上载明了适于强制执行的请求权,具体而言,该法律文书必须含有给付内容、给付内容必须明确、给付请求权必须具有通过强制执行来实现的可能。确认判决、只含有当事人“应采取适当措施”等抽象条款的调解书、含有强迫另一方同居等内容的法律文书均不符合此要件。第三,该法律文书的执行力已经发生、且尚未消灭。若是判决,则该判决本身未因再审中的裁判而被撤销、或者该判决的执行力未因债务人异议之诉中的裁判而消灭。需要注意的是,正如从案件记录上无法知晓该案是否进入再审一样,执行文授予机关客观上无法百分之百地确定法律文书的执行力是否尚存,因而有可能在欠缺这一要件的情况下授予执行文。此时,债务人只需按照后述对授予执行文的异议程序来寻求救济即可。

##### 2. 补充执行文及其特别要件

补充执行文,又称为条件成就执行文,是指在按照执行名义的记载,给付请求涉及应由债权人证明的事实之发生的情形,公示该事实已发生的执行文。<sup>[19]</sup> 应由债权人证明的事实,是

[18] 日本法将法官从执行文授予机关中剔除,有可能是受到德国法的影响。在此之前,德国1950年颁布的《法律统一法》第2条第108项删除了《德国民事诉讼法》中法院书记官按照法官的命令授予执行文的相关规定。

[19] 《德国民事诉讼法》第726条第1款规定:“在按照判决的内容,该判决的执行涉及债权人所应承担的担保之提供以外的、应由债权人证明的事实之发生的情形,须经公文书或者公证证书予以证明,始得授予具有执行力的正本。”《日本民事执行法》第27条第1款规定:“在给付请求涉及应由债权人证明的事实之发生的情形,债权人提出了证明该事实已发生的文书后,始得授予执行文。”

指在针对该给付请求中所主张的请求权是否存在而进行的审理中应由债权人一方承担证明责任的事实。其包括停止条件的成就,不确定期限的届至,债权人承担先履行义务时其对先给付的提供,解除权及选择权等形成权的行使等等。但是,诸如确定期限的届至,债权人提供担保等强制执行实施条件的成就等单纯事实不在其列。<sup>[20]</sup> 由于这些事实相对单纯,对其审查不会形成过重的负担,因而立法者将这些事实上升为强制执行的特别启动要件,交由执行机关直接审查。<sup>[21]</sup> 换言之,尽管从证明责任分配的一般原则来看,这些事实也应当由债权人提供证据予以证明,但考虑到确定期限(某一时点)是否届至、以及债权人是否向执行机关提供了担保等事实,执行机关能够通过形式审查就做出准确的判断,因而涉及这些事实的执行名义无需补充执行文。

补充执行文的授予要件除包括前述一般要件外,还包括执行文的申请人(债权人)提出了证明执行名义所记载的、应由债权人证明的事实已发生的文书这一特别要件。原本应以该事实的发生本身为要件,但立法者考虑到执行文授予机关的审查能力,将证明该事实已发生的证据作为要件,而且将证据方法限定为文书。<sup>[22]</sup>

### 3. 承继执行文及其特别要件

承继执行文,是指以执行名义所记载的当事人以外的主体为债权人或债务人的执行文。<sup>[23]</sup> 其主要适用于以下几种情形:第一,执行名义所记载的当事人是为了他人而成为当事人,在强制执行中需要以该他人为债权人或债务人。例如,诉讼担当中的实体权利义务归属主体。第二,执行名义生效后承继人从执行名义所记载的当事人处承受了权利或义务,在强制执行中需要以该承继人为债权人或债务人。例如,继承人或债权受让人等等。第三,需要为执行名义所记载的债务人或其承继人利益而占有具体执行标的的人为债务人。例如,执行标的的保管人、管理人等,但需要注意的是,承租人、质权人等基于自己固有的利益而占有具体执行标的的人,则不在此限。

与补充执行文相同,若要授予承继执行文,除须具备一般要件外,还须具备特别要件,即执行文的申请人提出了证明执行力的主观范围及于申请人或被申请人的文书,除

[20] 《日本民事执行法》第30条第1款规定:“在给付请求涉及确定期限之届至的情形,强制执行在该期限届至后,方得开始。”同条第2款规定:“以提供担保为强制执行之实施条件的执行名义的强制执行,在债权人提出了证明已提供担保的文书后,方得开始。”

[21] 参见(日)松本博之:《民事执行保全法》,弘文堂2011年版,第95页。

[22] 中西正等,见前注[4],第54页。

[23] 《德国民事诉讼法》第727条第1款规定:“具有执行力的正本,可以为判决内容所记载的债权人的承继人而授予,也可以对判决所记载的债务人的承继人及诉讼标的物的占有人授予,但仅限于该承继或占有关系对法院而言是明白无误的情形、或者是经公文书或者公证证书予以证明的情形。”《日本民事执行法》第27条第2款规定:“在以执行名义所记载的当事人以外的人为债权人或者债务人的情形,仅限于可以对该人或为该人实施强制执行对法院书记官或公证员而言是明白无误的情形、或者债权人对此提出了予以证明的文书的情形,始得授予执行文。”



非这一点对于执行文授予机关而言是明白无误的。立法者并未将相关事实本身、而是将相关事实的证明文书作为要件,显然是基于对执行文授予机关审查能力的考量。

## (二) 执行文的授予程序

根据审查相关材料的便利度,立法针对不同的情形设置了相应的执行文授予机关:在执行名义为公证债权文书的情形,为保存该公证债权文书之原本的公证员;在执行名义为其他法律文书的情形,为存放案件记录的法院的书记官。<sup>[24]</sup>

执行文的授予须经申请人提出载明了必要事项的书面申请。对于确定后才发生法律效力的执行名义,申请人还须提交确定证明书。接到债权人提出的申请后,执行文授予机关应根据案件记录及申请人提交的文书对一般要件及特别要件进行形式审查,并做出以下处分:具备执行文的授予要件的,授予执行文;不具备授予要件的,驳回申请。在授予执行文的情形,执行文授予机关应当将以下文字附记于执行名义之正本的末尾,“债权人可以依据其执行名义对债务人强制执行”。<sup>[25]</sup>

对于特别要件,申请人提交公文书或私文书予以证明皆可。但申请人采用文书以外的证据方法的,执行文授予机关不予审查。对此,申请人可通过执行文授予之诉来获取执行文。

## (三) 有关执行文的救济

### 1. 程序性救济:对是否授予执行文的异议

债权人或债务人对是否授予执行文的处分不服的,可以向作出该处分的书记官所属的法院、或者管辖作出该处分的公证员所属的公证处所在地的法院申请异议。<sup>[26]</sup> 异议的申请以书面或口头方式提出均可,且在期间上没有限制,但债务人在执行完结后不再具有申请异议的利益。

异议这种救济方式普遍适用于单纯执行文、补充执行文及承继执行文等情形。异议事由仅限于是否具备执行文的授予要件。例如,对于授予执行文的处分,债务人可以主张判决尚未确定、判决中不含有给付判项、判决已被撤销、或者不存在构成补充执行文或承继执行文之特

[24] 《德国民事诉讼法》第724条第2款规定:“具有执行力的正本,由一审法院书记科的证书官授予;案件正在上级法院审理中的,由该法院书记科的证书官授予。”《日本民事诉讼法》第26条第1款规定:“对于公证债权文书以外的执行名义,由存放案件记录的法院的书记官依申请授予执行文。对于公证债权文书,由保存其原本的公证员依申请授予执行文。”

[25] 《德国民事诉讼法》第725条规定:“执行文应当将以下文字附记于判决之正本的末尾,‘此正本授予某某(当事人的姓名或名称),以供强制执行之用’,并由法院书记官署名,且加盖法院的公章。”《日本民事诉讼法》第26条第2款规定:“债权人可以依据其执行名义对债务人强制执行的,执行文的授予方式为将该内容附记于执行名义之正本的末尾。”

[26] 《德国民事诉讼法》第732条第1款前半段规定:“债务人对执行文的合法性提出异议时,由授予执行文的书记官所属的法院裁判。”《日本民事诉讼法》第32条第1款规定:“对于法院书记官就授予执行文的申请所做出的处分,可以向该书记官所属的法院申请异议。对于公证员就授予执行文的申请所做出的处分,可以向管辖该公证员所属的公证处所在地的法院提出异议。”

别要件的文书。对于拒绝授予执行文的处分,债权人则可以提出相反的主张。

由于一般要件通过案件记录等书面材料便可审查清楚,特别要件更是文书本身,因此,对于异议事由,法院原则上采用书面审查,无需召开口头辩论。<sup>[27]</sup>法院经审查认为异议事由成立的,在异议人为债权人的情形,应裁定撤销执行文授予机关拒绝授予执行文的处分,并责令其授予执行文;在异议人为债务人的情形,应裁定撤销执行文授予机关授予执行文的处分,并宣言不得根据该执行名义的正本强制执行。法院经审查认为异议事由不成立的,应裁定驳回异议申请。对于上述裁定,异议人不得提出不服。<sup>[28]</sup>其理由在于,对于仅以书面材料便可审查清楚的事项,执行文授予机关与异议审查机关的判断一致,表明不存在进一步争议的实质利益。<sup>[29]</sup>

债务人提出的异议不具有停止执行的效力,因此,法院在就该异议作出裁判前,可以根据需要责令债务人提供担保后,裁定停止执行,也可以直接裁定停止执行。在裁定停止执行的情形,法院可以责令债权人提供(反)担保后,恢复执行。<sup>[30]</sup>

## 2. 实体性救济:执行文授予之诉和对授予执行文的异议之诉

在补充执行文或承继执行文的情形,应由债权人证明的事实之发生或者执行名义的执行力及于其所记载的当事人以外的主体等事由(以下称为“特别要件所涉事由”)本身并非特别要件,而证明该事由的文书才是特别要件。如此有可能出现的状况是,特别要件所涉事由本身是存在的,债权人却无法提出相关证明文书,执行文授予机关遂拒绝授予执行文。相反,也有可能出现债权人提出了证明文书,但其他的证据方法表明特别要件所涉事由本身并不存在,执行文授予机关只会根据证明文书授予执行文。鉴于此,立法设有执行文授予之诉和对授予执行文的异议之诉,从而给与执行当事人通过书证以外的证据方法寻求法院就是否应授予执行文进行实体审判的机会。具体而言,倘若债权人起诉后,能够在诉讼中通过书证以外的证据方法证明特别要件事实的存在,则可在胜诉后要求执行文授予机关授予执行文。<sup>[31]</sup>相反,倘若债务人起诉后,能够

[27] 《德国民事诉讼法》第732条第1款后半段规定:“该裁判可以不经过头头辩论。”《日本民事执行法》第32条第3款规定:“法院就第一款的申请作出裁判时以及作出前一款的裁判时,可以不经过头头辩论。”

[28] 《日本民事执行法》第32条第4款规定:“对于前一款规定的裁判,不得提出不服。”

[29] 参见(日)三月章:《民事执行法(オンデマンド版)》,弘文堂2008年版,第116页。

[30] 《德国民事诉讼法》第732条第2款规定:“法院在作出该裁判前,可以作出假处分。法院可以命令提供担保或不提供担保而停止执行,或者与此同时命令提供担保而继续执行。”《日本民事执行法》第32条第2款规定:“接到对执行文授予的异议申请后,法院在就该异议作出裁判前,可以命令提供担保或不提供担保而停止执行,或者与此同时命令提供担保而继续执行,亦或者命令提供担保而撤销已实施的执行。当存在紧急的事由时,审判长也可以命令实施这些执行措施。”

[31] 《德国民事诉讼法》第731条规定:“债权人无法依照第726条第1款、第727条至第729条的规定通过公文书或公证证书予以证明时,应当向第一审受诉法院提起执行文授予之诉。”《日本民事执行法》第33条第1款规定:“债权人无法提出第27条第1款或第2款规定的文书时,可以为请求授予执行文(依照同条第3款规定授予的执行文除外)而提起执行文授予之诉。”

在诉讼中证明不存在特别要件事实,则可要求执行机关停止执行。<sup>[32]</sup>

债权人可以直接提起执行文授予之诉,其起诉不以已经向执行文授予机关提出授予执行文的申请并被拒绝为条件,亦不受到已经向法院提出对拒绝授予执行文的异议并被驳回的影响。同样,债务人在相关执行文授予后、执行完结前均可以直接提起对授予执行文的异议之诉,其起诉不以已经基于同样的事由向法院提出对授予执行文的异议并被驳回为条件,亦不受此影响。需要注意的是,对于执行文授予机关拒绝授予单纯执行文的处分,债权人不得以具备一般要件为由提起执行文授予之诉。其理由在于,一般要件仅通过对书面材料的形式审查便可查明,无需在异议程序外,再给与债权人寻求实体审判的机会。另外,债务人的起诉不具有停止执行的效力,但法院可以经裁量后作出停止执行等临时处分。<sup>[33]</sup>

债权人应当在起诉状中以应作为被执行人的主体为被告,以授予相关内容的执行文为诉讼请求,并以存在特别要件所涉事由为诉的理由。相反,债务人应当在起诉状中以相关执行文上所记载的债权人为被告,以不得根据被授予该执行文的执行名义执行为诉讼请求,并以不存在特别要件所涉事由为诉的理由。对此,法院以普通程序审理,应当召开口头辩论。无论是债权人起诉、还是债务人起诉的情形,均由债权人对特别要件所涉事由的存在承担证明责任。换言之,即便是债务人起诉的情形,债务人也无需对特别要件所涉事由的不存在承担证明责任。

在债权人起诉的情形,法院经审理认为不存在特别要件所涉事由的,则应判决驳回诉讼请求。<sup>[34]</sup>相反,尽管多数说认为执行文授予之诉是以确认具备执行文的授予要件为目的的诉讼,<sup>[35]</sup>但实务中的做法是,法院经审理认为存在特别要件所涉事由的,则在判决主文中写明,“执行文授予机关应当授予(XX内容)的执行文”。<sup>[36]</sup>该判决对于执行文授予机关有约束力,债权人以该判决申请执行文的,执行文授予机关不得拒绝。与此相对,在债务人起诉的情形,法院经审理认为存在特别要件所涉事由的,应判决驳回诉讼请求。相反,法院经审理认为不存在特别要件所涉事由的,则应判决支持诉讼请求,<sup>[37]</sup>并在判决主文中写明,“不得根据已被授

[32] 《日本民事执行法》第34条第1款规定:“执行文授予机关依照第27条的规定授予执行文后,对于应由债权人证明的事实已发生、或者可以对执行名义所记载的当事人以外的人或为该人实施强制执行有异议的债务人,可以为请求不得根据已被授予该执行文的执行名义之正本强制执行而提起对授予执行文的异议之诉。”

[33] 《日本民事执行法》第36条第1款规定:“当事人提起对授予执行文的异议之诉或请求异议之诉后,可认为其为异议而主张的事由在法律上是有理由的、且其疏明了相关异议事实的,受诉法院可以依申请,在终局判决中作出下一条第一款的裁判前,命令提供担保或不提供担保而停止执行,或者与此同时命令提供担保而继续执行,亦或者命令提供担保而撤销已实施的执行。当存在紧急的事由时,审判长也可以命令实施这些执行措施。”

[34] 有论者指出,一般要件为职权探知事项,因此,法院在审理中发现不具备一般要件的,也应判决驳回诉讼请求,参见(日)中野贞一郎、下村正明:《民事执行法》,青林书院2016年版,第268页参照。

[35] 参见(日)山本和彦、小林昭彦、浜秀树、白石哲主编:《新基本法コンメンタール民事执行法》,〔名津井吉裕〕日本评论社2014年版,第87页。

[36] (日)中野贞一郎:《民事执行·保全入门(补订版)》,有斐阁2013年版,第269页。

[37] 有论者指出,法院在审理中发现不具备一般要件的,也应判决支持诉讼请求,其理由也是一般要件为职权探知事项。中野贞一郎等,见前注[34],第270页参照。

予该执行文的执行名义之正本强制执行”。〔38〕 在执行程序已经开始的情形,胜诉的债务人向执行机关提交确定判决的正本后,可以请求停止或撤销执行。〔39〕

## 四、执行文的中国图景

### (一) 执行文制度的必要性和优越性

#### 1. 引入执行文制度的必要性

如前文所述,在执行程序的启动环节上,我国现行法的规定并不明晰。从理论的角度看,这造成了一个突出的问题——强制执行的正当性受到影响。执行文制度无疑为解决这一问题提供了可行性选择。具体而言,在设有执行文制度的立法例下,执行文的立法目的被归纳为两点:第一,在通常情形,公示执行名义上执行力的存在及范围。第二,在特定情形,弥补执行名义的不足。〔40〕 考虑到案件记录等审查资料并非保存于执行机关,将执行程序的实质启动要件交给执行机关审查,显然不符合强制执行的效率追求。而且,对于执行名义上所附条件是否成就或者执行当事人是否适格等有可能需要实体审查的问题,执行机关的形式审查也无法达到要求。因此,在执行文授予环节完成对执行程序的实质启动要件的审查,并将结果传达给执行机关,能够在确保强制执行的正当性的前提下,实现执行机关迅速且正确地启动执行程序。

有论者指出,执行名义本身并不承载执行力,而是由执行文赋予其执行力。〔41〕 然而按照我国通说,执行力是执行名义所应有之意或本质特征。〔42〕 判决一旦生效,即发生既判力、执行力和形成力。〔43〕 那么,生效判决作为执行名义,无需其他的机关或程序进一步赋予其执行力,自不待言。问题恰恰是,既然生效判决等执行名义天然地具有执行力,即能够实施强制执行的效力,那为何执行机关不能仅凭执行名义来启动执行程序。其理由在于,执行力具有完全不同于既判力的属性。例如,对于确定判决中败诉被告的承继人而言,既判力的扩张仅仅意味着其不得在后诉中提出与“前诉被告对原告承担给付义务”这一前诉法院的判断相反的诉讼请求,但执行力的扩张却意味着其必须以自己的财产对前诉原告履行给付义务。既判力解决的是观念世界的问题,而执行力解决的是现实世界的问题,必须以执行程序启动时的实际状态为

〔38〕 中西正等,见前注〔4〕,第61页。

〔39〕 《日本民事执行法》第39条第1款第1项规定:“法院接到下列文书后,应停止强制执行:(一)载有撤销执行名义或临时执行宣言或者不得强制执行等内容的、具有执行力的裁判之正本。”第40条第1款规定:“法院接到前一条第一款第一项至第六项的文书后,执行法院或执行员应当一并撤销执行员已实施的执行措施。”

〔40〕 中野贞一郎等,见前注〔34〕,第253—254页。

〔41〕 参见黄忠顺:“执行力的正当性基础及其制度展开”,《国家检察官学院学报》2016年第4期,第31页。

〔42〕 参见肖建国:《民事执行法》,中国人民大学出版社2014年版,第114页;谭秋桂:《民事执行法学》,北京大学出版社2015年版,第78页。

〔43〕 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2019年版,第440页。

基准。<sup>〔44〕</sup>因此,执行机关在着手执行承继人的财产时,必须确保执行力的主观范围已及于承继人,即执行当事人适格,否则强制执行便缺乏正当性。同理,执行力的客观范围(请求权的存在)和时间范围(即时请求的可能性),亦必须以启动执行程序时的实际状态为准。

另一方面,从现实的角度看,执行程序启动环节的立法缺位,已经给司法实践造成了相当大的困境。对于执行名义的内容要素、执行名义所附条件、执行当事人适格等问题,司法实践中的做法是,由法院的立案庭进行形式审查后,裁定立案或者不予受理。立案后,执行机关发现不符合受理条件的,裁定驳回执行申请。这种在执行程序启动后才完成对启动要件的实体审查及争议解决的操作方式,不仅影响了强制执行的正当性,造成了执行的拖延,而且衍生出一系列“执行乱”的问题。例如,在立案庭作出不予受理的裁定后,对此不服的申请执行人是以上诉、还是复议的方式寻求救济,不同法院之间的处理方式不尽相同。又如,当事人对立案庭经过形式审查后作出的不予受理的裁定尚且有可能提出复议、甚至提起上诉,而对执行机关经过实体审查后作出的驳回执行申请的裁定只能提出复议,两种处理明显不平衡。

可见,无论从理论依据,还是从现实需求来看,改革我国目前的执行程序启动环节都势在必行,由此便产生了引入执行文制度的必要性。

## 2. 采用执行文制度的优越性

接下来的问题是,从理论和现实两方面来看我国目前的执行程序启动环节亟需重构和优化,是否就意味着执行文制度是唯一的选择?如果不是唯一的选择,那么采用执行文制度的优越性是什么?

对此问题,我国台湾地区并未采用执行文制度,而是由执行机关依职权对执行程序的实质启动要件进行审查。<sup>〔45〕</sup>然而,执行机关在审查时依然需要从法院书记官或公证员处调阅卷宗,因此有论者指出,由不具体负责保管和经手卷宗的执行机关来负责审查,反而使得审查程序从公开走向了非公开,而且对外的责任主体也不如执行文模式那样明晰。<sup>〔46〕</sup>另外,在这种执行机关依职权审查模式下,对于执行名义所附条件是否成就或者执行当事人适格与否,执行机关根据当事人提交的证明文件进行形式审查后,即可裁定许可执行,而对此不服的债务人只得在执行程序开始后提起“债务人对执行当事人不适格之异议之诉”或者另诉救济。<sup>〔47〕</sup>这等于是在当事人对执行程序的实质启动要件存在争议的情况下便启动了执行程序,那么强制执行的正当性自然会受到质疑。相对而言,执行文模式一方面更有利于保障执行启动要件的审查程序的透明化和审查机关的责任的明晰化,另一方面能够确保是在具备执行启动要件的前提下启动执行程序,避免出现亡羊补牢的结果。

除了上述执行机关依职权审查模式的弊端这一消极理由外,采用执行文模式的积极理由

〔44〕 裁判所职员综合研修所:《执行文講義案(改訂再訂版)》,司法协会2015年版,第113页。

〔45〕 我国台湾地区“强制执行法”第8条第1款规定:“关于强制执行事项及范围发生疑义时,执行法院应调阅卷宗。”

〔46〕 参见张卫平:“执行救济制度的体系化”,《中外法学》2019年第4期,第905页。

〔47〕 参见赖来焜:《强制执行法总论》,元照出版公司2007年版,第179、381、635页。

在于:第一,执行文模式是由特定的机关采用统一的程序完成对各个程序启动要件的审查,因而能够避免目前司法实践中针对执行名义的内容要素、执行名义所附条件、执行当事人适格等问题采用不同的审查程序所造成的混乱,从而实现执行程序启动环节的规范化和科学化,进而推动民事诉讼法总则部分理论研究的体系化。第二,执行文模式是在执行程序启动前完成对执行启动要件的审查及相关争议的解决。这不仅能够给与执行当事人充分的程序保障,而且能够彰显强制执行的正当性。

当然,也有论者指出,执行文制度客观上提高了启动执行程序的门槛,将权利不能强制实现的风险最终转移给了债权人,因而未必是一种理想的制度安排。<sup>[48]</sup>但是,即便没有执行文制度,债务人同样有可能在执行程序开始后通过执行异议等方式对程序启动要件提出争议,那么从结果上看,将该争议的解决放在执行程序的启动前、还是启动后,对于债权人最终能否实现权利并没有差异。毋宁将执行程序的实质启动要件的审查及相关争议的解决放在执行程序启动前,从而在确保强制执行的正当性的前提下启动执行程序,乃更为理想。

## (二) 执行文制度的具体构造

### 1. 执行文授予机关的设置

首先,执行文授予机关负责强制执行的实质启动要件的审查,因而其必须具备能够胜任审查职能的资质。其次,执行文制度的主要目的不是赋予执行名义以执行力,而是公示执行名义上执行力的存在及范围,这意味着执行文授予机关无须是审判机关,但必须是具有公证职能的机关。再次,以实现民事执行的效率追求为出发点,<sup>[49]</sup>应当将执行文授予机关与执行机关分开,先由保存执行名义相关材料、易于审查的机关负责授予执行文,再由执行机关按照公示过的执行名义上执行力的内容及范围直接执行。如前所述,德国法和日本法是将不同执行名义的执行文授予机关划分为法院书记官与公证员。盖因为法院书记官和公证员是具有程序性事项的公证职能、在法律地位上独立于审判机关和执行机关的程序机关。<sup>[50]</sup>与此相对,由于我国现阶段尚未建立书记官制度,因而不宜将不具有独立的程序机关地位的机构内部人员作为执行文授予机关,而应当将机构本身作为执行文授予机关。具体而言,第一,在执行名义为民事或行政判决、裁定、调解书、或者涉财产部分内容的刑事裁判或刑事附带民事判决、裁定的情形,以第一审法院为执行文授予机关,由承办法官助理具体负责执行文的授予工作。我国现行法将法官助理定位于“负责查案件材料、草拟法律文书等审判辅助事务”,<sup>[51]</sup>因而从审查资质和公证职能来看,法官助理适于执行文的授予工作。另外,从审查相关材料的便利度来看,第一审法院的承办法官助理通过负责诉讼文书材料立卷归档工作的审判庭内勤或承办书记员,查阅本院的判决书、调解书、裁定书正本及送达回证、上诉案件移送函存根、上级法院退卷函、

[48] 参见肖建国:“执行当事人变更与追加的程序研究”,《法律适用》2011年第9期,第12页。

[49] 参见肖建国:“审执关系的基本原理研究”,《现代法学》2004年第5期,第100页。

[50] 参见张卫平:“论庭审笔录的法定化”,《中外法学》2015年第4期,第905页。

[51] 参见《中华人民共和国法院组织法》(2018年修订)第48条、《中华人民共和国法官法》(2019年修订)第67条。

上级法院判决书、调解书、裁定书正本等材料后，<sup>〔52〕</sup>易于就是否授予执行文做出迅速而正确的判断。但需要注意的是，从确保审查资质的角度出发，不宜以内勤或书记员作为执行文授予工作的具体负责人。第二，在执行名义为公证债权文书的情形，以公证处为执行文授予机关，由承办公证员具体负责执行文的授予工作。承办公证员负责公证书的拟制、公证文书和相关材料的立卷归档工作，<sup>〔53〕</sup>无论从审查资质、公证职能，还是审查相关材料的便利度来看，都适于执行文的授予工作。第三，在执行名义为仲裁裁决、调解书的情形，以仲裁委员会为执行文授予机关，由承办仲裁秘书具体负责执行文的授予工作。尽管我国现行法未对仲裁秘书的职责作出规定，但实务中通常是由仲裁秘书来负责仲裁相关材料的初步审查、立卷归档工作，而且职业化和专业化是今后仲裁秘书队伍建设的方向，<sup>〔54〕</sup>因此可以认为承办仲裁秘书适于执行文的授予工作。第四，在执行名义为劳动人事争议仲裁裁决书、调解书的情形，以劳动争议仲裁委员会为执行文授予机关，由承办书记员具体负责执行文的授予工作。劳动人事争议案件处理终结后，仲裁委员会应当对全部材料立卷归档，实务中，这一工作通常由承办书记员负责。承办书记员能够通过调解书、裁决书、案件移送函、送达回证等材料对是否具备执行文的授予要件作出判断，<sup>〔55〕</sup>因而适于执行文的授予工作。

## 2. 执行文授予要件的设定

既然执行文制度的主要目的在于公示执行名义上执行力的存在及范围，那么就应当从执行力的客观范围、时间范围和主观范围来设定执行文的授予要件。执行力的客观范围，是指发生执行力的、执行名义上请求权的范围，其又可细化为两个要件，即存在足以构成执行名义的法律文书(要件1)，以及该法律文书上载明了适于强制执行的请求权(要件2)。执行力的时间范围，是指执行力存续的期间，其在要件上表现为执行力已经发生且尚未消灭(要件3)。执行力的主观范围，是指执行力及于哪些主体，其在要件上表现为执行名义对执行文的申请人及被申请人有执行力(要件4)。

以比较法为参考，在我国法下可以将执行文分为单纯执行文与特殊执行文。单纯执行文适用于一般情形，即只需对法律文书等材料进行形式审查后便能判断是否具备上述全部四个要件的情形。关于要件1，执行文授予机关应当审查当事人提交的法律文书是否符合判决、仲裁裁决等法定的执行名义类型。关于要件2，执行文授予机关应当审查执行名义中是否含有给付内容、该给付内容是否明确、给付请求权可否通过强制执行来实现。关于要件3，执行文授予机关应当从法律文书本身以及送达回证、案件移送函存根、退卷函等材料来审查该法律文书是否已经生效、且尚未被撤销。关于要件4，执行文授予机关应当审查执行文的申请人和被申请人是否与执行文上记载的债权人和债务人相吻合。

〔52〕 参见《人民法院诉讼文书立卷归档办法》，法(办)发〔1991〕46号，第11—20、29条。

〔53〕 参见《公证程序规则》(司法部令103号)第40、58条。

〔54〕 参见《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见〉的通知》中办发〔2018〕76号。

〔55〕 参见《劳动人事争议仲裁办案规则》(2017年)第21、22条。

与此相对,特殊执行文则是有可能需要实体审查才能判断是否具备上述某些要件的情形,其又可以细分为补充执行文与承继执行文。补充执行文适用于有可能需要对上述要件3进行实体审查的情形,其中最主要的问题就是执行名义所附条件成就与否。考虑到执行文授予机关的审查能力以及兼顾执行效率的要求,在我国法下也可以借鉴德国和日本的做法,即将证明应由债权人承担证明责任的事实已发生的文书作为补充执行文的特别要件,并允许执行当事人通过起诉的方式申请法院就该事实是否发生展开实体审查。另外,关于补充执行文需要注意以下几点:第一,对于执行名义附确定期限的情形,由于无需实体审查,因而应当适用一般执行文;相反,对于执行名义附不确定期限的情形,则应看作是执行名义附停止条件,适用补充执行文。第二,对于执行名义附解除条件的情形,由于条件的成就是由债务人一方承担证明责任,因此债权人只需申请一般执行文即可,无需提交证明解除条件是否成就的文书。第三,对于执行名义须债权人提供对待给付的情形,应当适用一般执行文,债权人在申请执行文时无需提交证明其已向债务人提供对待给付的文书,否则等于从程序法上剥夺了实体法赋予债权人的同时履行抗辩权。

承继执行文适用于有可能需要对上述要件4进行实体审查的情形,其主要表现为执行文的申请人与执行名义上的债权人不一致、或者执行文的被申请人与执行名义上的债务人不一致。基于与补充执行文所同样的理由,对于执行当事人应变更为执行名义所记载的当事人以外的其他人的情形,应当以证明执行当事人应予变更的文书作为承继执行文的特别要件,并允许执行当事人或利害关系人通过起诉的方式申请法院就执行当事人是否应予变更展开实体审查。但需要注意的是,这里的承继执行文只解决执行程序启动前执行当事人的变动问题;对于执行程序启动后执行当事人发生变动的情形,目前应当适用《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》(法释[2016]21号)。

### 3. 执行文授予程序的设计

在优先确保强制执行之正当性、最大限度地维护执行效率的理念下,我国法可对执行文授予程序进行如下设计:

首先,无论是单纯执行文、还是特殊执行文,均由申请人提交申请书及执行名义等相关材料,执行文授予机关经过形式审查后,根据是否符合执行文的授予要件,作出授予执行文或驳回申请的决定。一经授予执行文,就表明具备执行程序的实质启动要件,强制执行便具有正当性。需要注意的是,关于特别要件,申请人只能提交书证,采用其他证据方法的,执行文授予机关不予审查,这主要是出于对执行文授予机关的审查能力和维护执行效率要求的考虑。

其次,若申请人或被申请人对于执行文授予机关形式审查的结果即授予执行文与否的决定不服,则可以向该执行文授予机关所属的法院、或者管辖该执行文授予机关所在地的法院提出书面异议。法院经过形式审查,根据异议事由是否成立,裁定驳回异议,或者裁定撤销执行文授予机关的决定并责令其授予执行文(债权人提出异议的情形)、或不得就该执行名义强制执行(债务人提出异议的情形)。对此裁定,异议人不得以上诉、复议等任何方式申请不服。异议在执行程序启动前或启动后提出均可,但在执行程序终结后债务人不得提出异议。另外,在此异议的审理期间,执行法院原则上不停止执行。如此,一方面赋予执行当事人对执行文授予



机关的决定提出异议的机会,确保强制执行的正当性,另一方面从异议的法律效果等角度对异议程序加以把控,维护执行的效率。

再次,在特殊执行文的情形,若债权人或债务人能够通过书证以外的其他证据方法证明特别要件所涉事由是否存在的,则可以提起诉讼,请求法院责令执行文授予机关授予执行文(债权人起诉的情形)、或者撤销执行文授予机关授予执行文的决定(债务人起诉的情形)。债权人的起诉不以其已向执行文授予机关提出申请或异议并被驳回为前提;债务人的起诉不以其已就授予执行文的决定向法院提出异议并被驳回为前提。其理由在于,这里的诉讼是为了在有可能需要就特别要件所涉事由进行实体审查的前提下,保障执行当事人接受该实体审查的机会,因而不受执行当事人是否接受形式审查及其结果的影响。那么,既然单纯执行文的情形不存在实体审查的必要,在执行文授予机关作出是否授予单纯执行文的决定后,执行当事人自然不得通过诉讼来寻求救济。在此异议的审理期间,执行法院原则上不停止执行。无论是债权人起诉、还是债务人起诉的情形,在诉讼中都应当遵循证明责任分配的一般规则,即由债权人就特别要件所涉事由的存在承担证明责任。在债权人起诉的情形,法院经审理认为存在特别要件所涉事由的,则判决“执行文授予机关应当授予执行文”,债权人可以据此要求执行文授予机关授予执行文;反之,则判决驳回诉讼请求。与此相对,在债务人起诉的情形,法院经审理认为不存在特别要件所涉事由的,则判决“不得根据附有该执行文的执行名义强制执行”,债务人可以据此请求执行法院停止或撤销执行;反之,则判决驳回诉讼请求。诉讼按照普通程序审理,对一审判决不服的当事人可以提出上诉。

## 五、结 语

目前,我国新一轮的《民事强制执行法》的立法大幕业已拉开,这为引入执行文制度提供了绝佳的契机。笔者建议抓住这一民事执行法典化的机遇,在《民事强制执行法》中就执行文做出如下制度安排,以实现强制执行程序启动的规范化和科学化:

第一,在列举执行名义种类的基础上,明确各类执行名义在被授予执行文后,始得强制执行。

第二,根据执行名义的作出机关,分别设置不同的执行文授予机关。针对执行名义为法院作出的判决书、公证债权文书、仲裁裁决或调解书、劳动人事争议仲裁裁决书或调解书等不同情形,分别以第一审法院、公证处、仲裁委员会、劳动争议仲裁委员会等机构为执行文授予机关。

第三,明晰执行文的授予要件和授予程序。在通常情形,将执行力的客观范围、时间范围、主观范围作为授予执行文的一般要件。在执行名义附停止条件等给付请求涉及应由债权人证明的事实之发生的情形,将债权人提出了证明该事实已发生的文书作为授予执行文的特别要件。在执行当事人应变更为执行名义所记载的当事人以外的其他人的情形,将债权人或利害关系人提出了证明执行当事人应予变更的文书作为授予执行文的特别要件。执行文授予机关对执行名义进行形式审查后,认为具备一般要件及特别要件的,授予执行文;认为不具备一般

要件或特别要件的,拒绝授予执行文。

第四,赋予执行当事人有关执行文的程序性救济。债权人认为具备授予执行文的一般要件或特别要件,执行文授予机关却拒绝授予执行文的,或者债务人认为不具备授予执行文的一般要件或特别要件,执行文授予机关却授予执行文的,可以请求该执行文授予机关所属的法院执行文授予机关所在地的法院启动异议程序。

第五,赋予执行当事人有关执行文的实体性救济。债权人持有书证以外的其他证据方法证明应由债权人证明的事实已发生、或者执行当事人应予变更的,可以向执行文授予机关所属的法院或管辖该执行文授予机关所在地的法院提起诉讼,请求法院责令执行文授予机关的授予执行文。债务人有书证以外的其他证据方法证明应由债权人证明的事实并未发生、或者执行当事人不应变更的,可以向执行文授予机关所属的法院或管辖该执行文授予机关所在地的法院提起诉讼,请求法院撤销执行文授予机关所作出的授予执行文的决定。

---

**Abstract:** Execution procedure is the intervention of state public power in the private sphere, which must then have the basis of legitimation. The essential starting point of execution procedure is the embodiment of the basis of legitimation. Against the background of the examination of the essential starting points of the execution procedure and in the absence of relief procedure, China should use the comparative law as a reference to introduce the executive formula, and complete the examination of the essential starting elements of the execution procedure through the granting link of the executive formula, so as to ensure the legitimacy of the compulsory execution and to solve the current “disorder of execution”. In the construction of the executive formula, according to the qualification of examination, notarization function and the convenience of examining relevant materials, the executive formula granting organs should be set up under different names of execution. In view of different situations such as simple executive formula and special executive formula, specific requirements for granting executive formula shall be set up. Under the idea of giving priority to ensuring the legitimacy of compulsory execution and maximizing the efficiency of execution, the procedure of granting executive formula is designed, which means that whether the essential starting elements of execution procedures are available or not, the organ of granting executive formula shall, in principle, adopt formal review, but if necessary, guarantee the opportunity for executing parties to seek substantive review.

**Key Words:** Executive Formula; Legitimacy of Enforcement; Authority of Enforcement; Types of Enforcement

---

(责任编辑:刘哲玮)