

# 论民事“执行和解”制度

## 以“复杂性”化简为视角

陈杭平\*

**摘要** 民事“执行和解”制度源自1982年《民事诉讼法(试行)》起草者对执行“说服教育”原则的创造性变通。它为受困于执行资源不足的全国法院提供了一种结案“出口”。随着中国社会进入“过度复杂性”阶段,以及社会复杂性不经有效过滤便输入执行程序,执行和解成为化简复杂性的独特程序装置。但受其“半结构化、低制度化”的制度样式的制约,执行和解制度的化简功能远不尽如人意,既产生了“双高”现象,又不时造成办案难度的不减反增。在“主要效力”理论的指引下,一方面应对社会事实保持认知的开放,另一方面对执行和解制度进行完善,以形成相对完整、复杂的规范结构,从而更好地化简复杂性及服务于解决“执行难”。

**关键词** 执行和解 说服教育 “复杂性”化简 “主要效力”理论

### 引言

将当事人变更执行债权的和解协议记入笔录或附卷,产生阻却强制执行的效力,这种民事“执行和解”制度为我国所特有,曾罕见的得到了国外学者的赞誉。<sup>〔1〕</sup>它在司法实践中被广泛应用于减轻执行负担、清理执行积案、化解执行矛盾等场合,一度在有些地方法院占到执行

\* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 最高法院提出的执行和解制度修改草案被一位德国学者誉为“符合了欧洲执行法的新动向”“可称为德国的典范”,被另一位德国学者称为“最有吸引力的一节”“对西欧的法学家来说是建立在新创意基础上的”。参见黄松有主编:《强制执行法起草与论证》(第二册),中国人民公安大学出版社2004年版,第17-18、93页。

结案量的四分之一以上。短期看,执行和解在“用两到三年时间基本解决执行难”运动中被寄予厚望;〔2〕从长远看,它将在《强制执行法》的立法中占据重要位置。不过,与“高和解率”始终如影随行的“高反悔率”(“高不履行率”)。执行当事人不履行或不完全履行和解协议的现象屡见不鲜,比例甚至高达百分之五十左右。这种“双高”现象既令各地法院倍感困扰,也严重影响执行和解的制度功能及意义。

法学界与司法实务界围绕执行和解展开了持续的讨论,迄今形成了两种学说的对峙:一种依托“当事人自行和解达成协议”的法条表述,以民事合同或契约理论为依据,将执行和解协议纳入“私法行为”的范畴;〔3〕另一种则侧重执行和解协议通常在执行人员主导下达成,且须经审查“将协议内容记入笔录”,产生执行中止、终结等诉讼法效力,主张达成和解协议属于公法性的“诉讼行为”。〔4〕但细加辨析,不难发现二者虽在立场上相互抵牾,却在未被明言的层次上共享着体系性的思维或方法论:即把有关执行和解的法条及司法解释涵摄于“私法行为”或“诉讼行为”概念之下,使之正当化、一体化并避免彼此间的矛盾;同时将相应概念作为法律解释、法的续造之逻辑演绎的起点。〔5〕

建立在抽象概念及涵摄的逻辑过程之上的学问固然有规整性、简明性的优点,但恰如两种学说相持不下且内部还有分歧所喻示的那样,无论哪一种均不能将全部相关规范统摄其下,形成周延、自洽的体系。而在更开阔的视野下,这种方法论几乎“隔断”了与经验事实的联系,不仅对执行和解这一中国特有制度之由来及其路径依赖缺乏洞察力,而且对于执行和解遭遇的尴尬、困境显得想象力匮乏与解释力不足。

诚如卢曼提出的著名命题,法律系统与其他社会系统一样,其终极功能是“把握和化简(所处环境的)复杂性”。〔6〕在此意义上,执行和解制度作为一个微观的法律系统,其解释与续造

〔2〕 最高法院专门制定《关于执行和解若干问题的规定》(法释〔2018〕3号),可兹为证。以下简称《执行和解规定》。

〔3〕 参见王利明:“和解协议形成独立的合同关系”,载《人民法院报》2002年1月4日,第B03版;肖建国、赵晋山:“民事执行若干疑难问题探讨”,《法律适用》2005年第6期,第5—6页;肖建国主编:《民事执行法》,中国人民大学出版社2014年版,第186—189页。此学说中存在将执行和解协议定义为实践合同、附条件合同、新债清偿等的理论分歧。而新近的“私法行为说”通过类型化的方法,有向“诉讼行为说”扩展的趋势。参见肖建国、黄忠顺:“执行和解协议的类型化分析”,《法律适用》2014年第5期,第27—30页。

〔4〕 参见汤维建、许尚豪:“论民事执行程序的契约化——以执行和解为分析中心”,《政治与法律》2006年第1期,第89—92页;陈群峰、雷运龙:“论民事执行和解司法审查的本质、功能与效力”,《法学家》2013年第6期,第153—156页;江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社2014年版,第382—384页;史明洲:“执行和解的法解释论展开——《民事诉讼法》第230条评注”,《当代法学》2017年第1期,第146—147页;等等。

〔5〕 (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第316—317页。

〔6〕 John Bednarz, Jr., “Complexity and Intersubjectivity: Towards the Theory of Niklas Luhmann”, *Human Studies*, Vol.7, 1984, p.55. “复杂性”意味着环境排斥任何不可能性,或者说比系统可实现具有更多的可能性。关于法律作为系统化简“复杂性”过程的简要梳理,参见洪鎌德:《法律社会学》,扬智文化事业股份有限公司2001年版,第353—358页;Hubert Rottluthner, “A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System”, *Law & Society Review*, Vol. 23, 1989, pp.780—785.

既需对环境保持认知的开放,又应通过沟通与操作形成相对封闭的规范结构,从而把复杂转化为简明,减少风险与无常。〔7〕以此为理论视角,下文尝试从三个层面对执行和解制度展开论述。首先,从历史的维度追寻1982年《民事诉讼法(试行)》(以下简称《民诉法(试行)》)用执行和解替代“说服教育”原则的原因及意义。其次,通过与域外的对照比较,揭示执行和解的制度功能主要在于化简未经有效过滤而输入执行程序的社会“过度复杂性”,并指出受“半结构化、低制度化”的状况所限,其复杂性化简功能具有内在局限性,既难以克服“双高”现象,有时还导致复杂性的不减反增。最后,在卢曼“化简复杂性自身亦需一定程度之复杂化”的意义上,以“主要效力”理论为根据,形成更完整、相对也更复杂的执行和解制度规范结构,以提升其复杂性化简功能。

## 一、从“说服教育”到执行和解

建国以后的相当长时期里,法院处理民事纠纷贯彻“调解型”审判模式。具体而言,从案件受理到审理前的材料送达、调查取证,从开庭审理到法律文书的执行,法院均尝试“加强对当事人的政治思想教育、政策法律教育,分清是非,深入细致地做好当事人的思想工作,在提高觉悟的基础上,互相协商,解决问题”。〔8〕在此模式下,诉讼审判不仅裁断并宣告某种实体安排,而且经常包含这种实体安排的实现;在达成调解或作出判决之后,法院除了以强制执行为后盾劝诱、迫使被执行人履行之外,还频繁地帮助其作出与生效法律文书要求不尽相符的义务安排,甚至对双方当事人都做工作以寻求某种新的妥协方案。〔9〕这种“审中有执,执中有审”或者说审判与执行交织可谓当时的普遍现象。

不过,与诉讼阶段的调解不同,各类法律文本均刻意回避了“执行调解”的提法。以1982年《民诉法(试行)》为界,在此之前常见的是关于在执行工作中贯彻“说服教育”的表述。〔10〕尽管从工作内容或制度内涵来看,执行中的“说服教育”与诉讼中的调解可以说不存在任何质的区别。然而,不将执行像诉讼那样纳入可以调解结案的范畴,却早在《民诉法(试行)》出台之前就已是实务界的共识。查阅1980年代前期出版的民诉法教材,屡见“在执行工作中,不得进

〔7〕 卢曼认为法律是“规范封闭但认知开放”的系统。关于“规范封闭”与“认知开放”二者的关系与张力,参见洪鎌德,同上注,第366—367页;Niklas Luhmann, “The Unity of the Legal System”, in G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law — A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter De Gruyter, 1987, pp.20—21.

〔8〕 参见《最高人民法院关于人民法院审判民事案件程序制度的规定(试行)》(1979年2月印发)。以下简称《审判程序规定(试行)》。

〔9〕 参见王亚新:“强制执行与说服教育辨析”,《中国社会科学》2000年第2期,第111—112页。

〔10〕 参见《最高人民法院关于各级人民法院民事案件审判程序总结》(1956年10月印发);《最高人民法院关于民事审判工作若干问题的意见(修正稿)》(1963年8月印发);《最高人民法院关于人民法院审判民事案件程序制度的规定(试行)》(1979年2月印发)(以下简称《审判程序规定(试行)》);等。

行调解”“执行员在执行阶段,无权进行调解”之类的观点。<sup>[11]</sup>换言之,理论界对此亦早有较清醒的认识。那么,为什么当时一边积极推行实为调解的“说服教育”,一边又严禁通过调解来结案呢?对此,一位1960年代初即在最高法院从事民事审判工作并参与《民事诉讼法(试行)》起草的权威人士在解读该法时指出:

作为执行根据的法律文书,必须是确定的、发生法律效力的法律文书。所以,执行程序发生后,一般不能再进行调解,更不能通过调解达成新的协议而发给当事人新的调解书。这是因为执行只是实现法律文书中已经确认的权利,而不是变更已经确认的权利。……如果在执行中发给当事人新的调解书,就会发生两个同时生效的文书并存,甚至还可能发生下级人民法院改变上级人民法院已经发生法律效力判决或者调解的情况。这是严重违反诉讼程序的。<sup>[12]</sup>

换言之,法院依据生效法律文书执行仅在实现实体权利,而无权变更权利的内容并作出重新安排;如果通过调解——出具调解书——的方式结案,相当于以调解书替代生效且未通过审判监督程序予以撤销的法律文书(遑论前者主要由负责执行的基层法院作出,而后者经常出自其上级法院之手),或者出现两份生效法律文书并存,明显违背诉讼法规定及程序基本法理。这种观点,尤其是后一方面所代表的对生效法律文书哪怕再稀薄的确定性(终局性)的尊重,可以说构成了执行不能通过调解结案最坚不可摧的支撑,在法律工具主义甚至虚无主义盛行的年代维系着民事执行的法治“底线”。因此,尽管由法院主导的“说服教育”构成当时执行工作的主要内容,甚至被提升至基本原则的地位,但各类法律文本均小心翼翼地回避了对执行调解的提及与许可。

这一状况随着《民事诉讼法(试行)》的实施开始发生微妙变化。这部试行法可视为向“调解型”审判模式告别的起点,对诉讼中的调解与执行中的“说服教育”均作了重要调整。除了对诉讼调解加以初步规范化改造之外,<sup>[13]</sup>该法旗帜鲜明地删掉了执行阶段“说服教育”的表述,取而代之的是第181条的执行和解。该条首次规定了执行和解的“三要件”,即“当事人自行和解达成协议”“执行员将协议内容记入笔录”及“交由双方签名或盖章”。经相关司法解释的补充,执

[11] 参见周道鸾编:《民事诉讼法问题解答》,法律出版社1984年版,第218页;程延陵、朱锡森、唐德华、杨荣新:《中华人民共和国民事诉讼法(试行)释义》,吉林人民出版社1984年版,第172页;李瑛:《民事诉讼法要义》,辽宁大学出版社1985年版,第228页;常怡主编:《民事诉讼法》,四川省社会科学院出版社1987年版,第279页。唯一的例外是柴发邦、江伟、刘家兴、范明辛:《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版。该书第443页指出,执行员在执行中可进行调解,“将调解协议的内容报请法院领导或者转合议庭审查批准,发给当事人调解书”。

[12] 唐德华:《民事诉讼法立法与适用》,中国法制出版社2002年版,第252页。

[13] 比如,相比于《审判程序规定(试行)》,该法删除了“调解为主”、调解优先(“凡可以调解解决的,就不要用判决”)、当事人翻悔的“再行调解”等的表述,明确了调解的程序场景及调解书生效的条件等。



行和解被列为终结执行或执行结案的方式之一。<sup>[14]</sup> 由此《民事诉讼法(试行)》迈出了具有实质意义的重要一步:通过“执行和解”将执行实务中无处不在的调解工作(“说服教育”)与结案方式对接起来,凭添一种终结执行的“出口”式制度供给。

重返 1980 年代初,《民事诉讼法(试行)》用执行和解取代“说服教育”,颇有些耐人寻味。从历史的角度看,无论是法学界提出“从(超)职权主义向当事人主义诉讼模式转型”的理论命题还是法院借助“举证责任”改革强化当事人自我负责的审判方式,都是在数年甚至多年以后的事。而在当时,当事人处分原则内涵空洞且与国家干预、社会干预原则相互交织,着重调解或调解优先原则仍在实践中及理念上占据着主导地位。<sup>[15]</sup> 换言之,法院而非当事人承担着民事诉讼及民事执行的绝大部分权能与责任,后者在程序当中尚处于一种消极被动的、主要作为法院工作对象的地位。但在执行和解上,《民事诉讼法(试行)》却将当事人的意思表示或处分权(“自行和解达成协议”)提升到制度核心的位置,同时摒弃了一贯强调的“说服教育”。为什么会出现这种“一反常态”的立法呢?置于当时的历史背景,除了上文提到的执行难以通过调解结案的法理障碍之外,恐怕是执行案件难办难结、执行资源匮乏等“沉痾痼疾”随着社会复杂性增长而迅速加剧所致。

具体来说,尽管“执行难”作为社会热点议题要迟至 1980 年代末才逐渐浮出水面,<sup>[16]</sup> 但有理由相信在经济社会体制改革之前执行工作就存在比较大的困难和阻力。这从 1980 年代初各类出版物的只言片语中即可见端倪。例如,有的以当时特有的政治正确的方式称,决不容许再存在、再重演“‘文化大革命’中那种‘法律权威性,不如拳头硬’,当事人拒不执行法律文书,有关单位和个人拒绝协助执行,甚至公开撕毁人民法院依法作出的法律文书的混乱局面”。<sup>[17]</sup> 而实行改革开放政策后短短数年内,“蜂窝状”社会结构逐步趋向瓦解,商品经济的活跃性、交易结构的复杂性、人财物的流动性等因素迅速增长。随之而来的便是被执行人难找、可供执行财产难寻等现象日趋普遍。与此同时,当时法院拥有的执行办案力量(由为数很少的审判人员兼顾执行)极为有限,可资利用的技术手段、制度资源也明显短缺。在两方面因素的交互作用下,真正通过诉诸强制执行结案并非主流。相反,“片面地强调说服教育,……不敢采取强制执行的方法”“在执行中有缩手缩脚、拖延和软弱”的现象可能更为普遍。<sup>[18]</sup>

[14] 《民事诉讼法(试行)》将第 181 条列在查封、扣押、强制迁出等之后作为一种执行措施,尚未明确执行和解具有结案的效力。1984 年《关于贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》第 69 条后段规定:“当事人自愿和解达成协议的,将协议记录在卷,由双方当事人签名或盖章,终结执行。”这一规定可能受到《苏联民事诉讼法》第 364 条的影响。该条规定,债权人与债务人达成和解协议,应终结执行程序。参见《苏联民事诉讼法典》,梁启明、邓曙光译,法律出版社 1982 年版,第 124—125 页。

[15] 唐德华,见前注[12],第 87 页。

[16] “执行难”的表述在 1988 年最高人民法院工作报告中首次出现,特指经济纠纷判决难以执行、未执率逐年上升现象。自此以后,直至本世纪初,历年最高人民法院工作报告均提及“执行难”(含“执行乱”)现象,并不断丰富其内涵。

[17] 华原:《民事诉讼法知识问答》,天津人民出版社 1982 年版,第 134 页。

[18] 常怡主编:《民事诉讼法教程》,重庆出版社 1982 年版,第 272 页。

与此形成鲜明对比的是,在当事人“自行和解达成协议”的名义下,法院既拥有了突破原生效法律文书、针对权利义务作出重新安排的更大的灵活性或裁量空间,甚至得以在合法与非法的边线上游走,又不必出具调解书或撤销已生效的法律文书,而仅仅通过将和解协议记入笔录及要求双方当事人签名盖章即可结案。换言之,一方面法院的执行权限得以正当的扩张,另一方面给执行案件增添了一种制度出口,法院的负担与责任可就此告一段落。立足当时社会复杂性急剧增长,执行案件常常久拖不结,法院“缩手缩脚”、不敢或不能诉诸强制措施等一般背景,不能不说这是一种有的放矢且颇为巧妙的制度设计。

然而,执行债权毕竟不因当事人达成和解协议而自动兑现。如当事人自愿履行完毕,尚可以说因当事人履行新约定的债务替代原债务而消灭(“新债清偿”);如当事人未履行或未完全履行,法院又该如何处理呢?这一问题在执行和解制度施行以后很快便暴露出来。在当时,显然绝大多数执行和解协议系由执行人员竭力甚至强制达成,而当事人的意思表示如何并不受重视,或者说不具有实质性的制度意义。在此状况下,既然当事人对协议的达成不起决定作用,自然也没理由要求其因违反协议承担过分的责任。因此,在1990年前后最高法院与立法机关不出意外地均给出了单一救济模式:一方不履行或反悔的,经对方申请,法院恢复原生效法律文书的执行。<sup>[19]</sup>“恢复执行”模式背后的深层原因,大概就在于在法院与当事人之间,民事执行归根结底被视作法院的责任与权能——既然未因当事人履行协议而结案,那就由法院继续执行吧!

至此,“三要件、一救济”的执行和解制度框架得以成型。但是,执行和解协议有何法律效力,当事人意思表示有何制度内涵,诸如此类问题被搁置下来,很长一段时期里未引起足够重视。受此影响,法律关于执行和解的规定始终裹足不前,较之二十多年前并无质的突破。在《执行和解规定》出台之前,执行和解制度主要具有以下三层含义:①执行和解生效后中止执行、终结本次执行程序(以下简称“终本”),申请执行人可依协议撤回执行申请;②和解协议履行完毕的作结案处理;③如申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议,或者一方当事人不履行或不完全履行和解协议的,法院可根据当事人的申请恢复执行,已履行的部分经职权审查予以扣除。该制度既成了法院化解不断攀升之“执行难”问题的程序工具,其粗陋又为实践中遭遇的种种尴尬、困境埋下伏笔。《执行和解规定》虽取得了一些进步(主要是增设另行起诉作为救济方式),但仍有不少问题悬而未决,甚至制造了一些新困惑。对此本文将在第三部分进行评析。

## 二、执行和解制度的功能与局限

上文大致揭示了执行和解旨在为受困于执行能力不足、资源有限的法院提供一种结案的

[19] 参见《关于在经济纠纷案件执行过程中当事人自愿达成和解协议后一方当事人不履行或翻悔可按原生效法律文书执行的批复》(法(经)复[1989]8号)、1991年《民事诉讼法》第211条、1992年《民诉法意见》第266条。

制度“出口”,减轻执行办案负担、风险与压力。自上世纪90年代以来,随着社会复杂性的继续增长及“执行难”问题的凸显,执行和解的重要性日趋显著。

一方面,在超大的地理空间、人口规模、经济体量与二十多年内社会高速流变转型等因素相互叠加、“共振”下,中国已成为一个由无限可能性(“没有什么不可能”)所构成的“过度复杂性”社会。横向比较,这种复杂性程度远非西方社会所能比拟。另一方面,由于国家认证(identification)体系不够健全完备,诸如担保、银行存款及证券的记名、不动产登记、公证、拍卖等制度尚难以将不动产及担保债权、存款及证券等财产的执行简化到可操控的格式化程度。在民事执行领域,中国正经历的“被执行人难找,执行财产难寻,协助执行人难求,应执行财产难动”、特殊主体难碰、特殊财产难分配等执行难问题,其体量及深刻性可以说在人类历史上前所未有。在此背景下,执行和解因其弹性和张力而受到法院从上到下的青睐,“和解优先”一度被确立为司法政策。<sup>[20]</sup> 它的制度功能及局限性也由此显现。

### (一) 执行和解的制度功能

为了减轻执行负担、清理执行积案、缓减执行矛盾,法院频繁地通过执行和解变更执行名义所确定的履行义务主体、标的物、债务数额、履行期限和履行方式,增加担保物或担保人、违约责任等。受此影响,执行和解占执行结案量之比一直维持在较高水准,呈现较为鲜明的“高和解率”现象。据公开统计数据,2006—2010年全国法院执行和解率为15.1%,同一时期四川省法院执行和解率达到22.4%;2006—2013年上海市法院执行和解率维持在9.9%—17.6%之间;2009—2013年湖南省法院执行和解率则从25.33%逐年上升到32.40%。<sup>[21]</sup> 而从更局部的情况来看,有些地市法院的执行和解率甚至一度超过40%。<sup>[22]</sup> 与此同时,不少地方法院制定了关于执行和解的规范文件,<sup>[23]</sup> 最高法院则出台了专门的《执行和解规定》。

在比较法的视野下,不仅“高和解率”现象为我国所特有,而且执行和解制度本身也“只此一家,别无分店”。域外虽然屡见当事人通过契约变更执行债权,甚至不乏执行员

[20] 参见《最高人民法院关于开展社会主义法治理念教育的通知》(法发[2006]10号);《最高人民法院印发〈关于人民法院预防和执行突发事件的若干规定〉(试行)的通知》(法发[2009]50号);《最高人民法院印发〈关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见〉的通知》(法发[2010]16号);《关于扩大诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制改革试点总体方案》(法[2012]116号);等等。

[21] 参见2006—2010年《最高人民法院工作报告》《四川省高级人民法院工作报告》;2008—2014年《上海统计年鉴》;胡研、唐正旭:“在尊重与干预之间:执行和解瑕疵的实证分析与制度重构”,载贺荣主编:《司法体制改革与民商事法律适用问题研究——全国法院第26届学术讨论会论文集》,人民法院出版社2015年版,第859页。另据笔者从相关高院了解到的信息,2009—2017年7月湖南法院的执行和解率为23.5%,2010—2016年黑龙江省的执行和解率为21.4%,但2009—2016年浙江省的执行和解率仅为7.2%。概言之,各地对执行和解的重视程度不尽一致,但强调和解的居多。

[22] 参见刘爽:《关于K市民事执行和解制度的调研报告》,法律硕士学位论文,辽宁大学法学院,2014年,第2页;隋荣迅:《淮南市执行和解案件执行情况调研报告》,法律硕士学位论文,安徽大学法学院,2011年,第2页;等。

[23] 例如,《北京市高级人民法院关于规范民事执行和解的若干规定(试行)》《浙江省高级人民法院关于规范执行和解工作的规定(试行)》《伊春市金山屯区人民法院执行局执行和解若干问题的规定》;等等。

介入劝谕,但仅为不具有强制执行法上位置的“诉讼(执行)外和解”,停留在事实状态上。<sup>[24]</sup>两相对照,就产生一个颇为有趣的问题:为什么域外无需通过当事人意思表示变更执行债权来实现执行结案?或者说,没有出现足够强烈的制度需求,来推动朝向执行和解的制度变迁呢?

首先可以肯定的是,以执行到位率、执行成本等指标来衡量,域外民事执行亦非易事。<sup>[25]</sup>其执行同样需要应对社会多种的可能性或较高的复杂性(尽管未达到或已渡过“过度复杂性”阶段)。但域外民事执行的制度内涵及功能均较为单纯,一般仅指通过对特定化的执行标的进行事实性处分或观念性处分以实现债权。其执行机构无需对执行名义所记载的全部给付内容进行统一、概括的执行,而主要依据当事人指定并负责提供财产线索的执行标的确定执行案件的范围及程序组合。大体上,根据不动产、特殊动产、普通动产、权利等执行标的的分类,“一类执行标的=一个执行案件=一种执行方法(一组程序组合)”,且往往交由执行法院与公务员性质的“执达官”或职业人员性质的“执行员”按照各自权限分别负责。<sup>[26]</sup>不仅如此,执行机构免于(也被禁止)对执行开始要件进行实体审查,从而保障执行程序的“形式化”(formalization)、单向性等特征,防止陷入实体权利义务的繁复纠葛当中。

细加考察,可以发现域外主要国家的执行之所以能够有效化简社会复杂性,“密码”就在于执行案件“入口”处的特殊程序装置。此即大陆法系国家如德国、日本的“执行文”,<sup>[27]</sup>英美法

[24] 王亚新,见前注[9],第113页。正在翻译德国强制执行法教科书的王洪亮教授亦向笔者确认这一点。域外虽存在个别表面相仿的法律条文,但与我国的执行和解完全不可同日而语。例如,《德国民事诉讼法》第802b条2款规定:“如果债权人没有排除支付协议,而债务人充分证明其有能力按定期定额支付,执行员可以确定债务人支付的期间,或允许债务人分期付款。依据第一句的规定确定了支付计划的,执行延期。偿付应在十二个月内完成。”该款一方面并不以“当事人自行和解达成协议”为要件,而是在债务人的申请下由执行员依职权决定;另一方面仅适用延期付款、分期付款,执行员不得要求当事人达成新的妥协或对债权债务做出其他安排。

[25] 例如,美国新泽西州针对11个县1987年执行情况展开的一项调查显示,普通民事案件的执行令状仅25%成功执行,7%部分执行,剩下的68%未获执行;小额诉讼案件情况稍好,37%的令状成功执行,5%部分执行。Donald C. Clarke, “Power and Politics in the Chinese Court System: The Enforcement of Civil Judgments”, *Columbia Journal of Asian Law*, Vol.10, 1996, p.34. 德国夏洛登堡法院的执行率只有15%—20%。倪寿明:“想起了夏洛登堡法院的执行”,载《人民法院报》2003年3月11日,第4版。英国2007年郡法院执行员的执行到位率仅21%,且连年下降。John Baldwin and Ralph Cunnington, “The Abandonment of Civil Enforcement Reform”, *Civil Justice Quarterly*, Vol.29, 2010, p.163.

[26] 原则上,像不动产拍卖等观念性处分、处以罚金等间接执行、替代执行等由执行法院(执行法官、书记官)管辖;像动产扣押拍卖等事实性处分由执达官或执行员负责。参见陈杭平:“比较法视野下的执行权配置模式研究——以解决‘执行难’问题为中心”,《法学家》2018年第2期,第74—79页。

[27] 所谓“执行文”,指的是保存执行名义的机关经形式审查判断,针对执行名义之执行力的现状及范围所出具的书面证明,通常附记于执行名义的末尾。债权人申请执行文付与是申请强制执行的前置程序。通常针对一类独立的执行标的、一个协助执行机关等付与一份执行文。参见江必新主编:《比较强制执行法》,中国法制出版社2014年版,第152—153页。



系国家如美国、英国的“执行令状”(writ)及“执行命令”(order)。〔28〕恰因为经过“入口”处最大限度的分门别类,执行人员或执行法院的任务相应得以格式化,只需按照固定的流程、方法履行法定职责。无论是否全部或部分实现执行债权,执行案件均告终结。在此制度语境下,借由当事人意思表示变更执行债权来节省执行成本及提高执行结案率,既没多大必要,也违背事实性或观念性处分的行政属性。

反观我国,由于执行程序“入口”处未设置类似的过滤、区分装置,不仅在“一份执行名义(法律文书)=一个执行案件”的意义上案件体量大、事项多、任务重,而且执行与审判事务无法有效隔离。法院在执行立案后需要一并负责对执行名义(是否具有合法性、可执行性)、执行主体(被执行人的变更追加)、执行客体(责任财产的所在、执行标的物的权利状态、权利负担、附着其上的执行措施)等进行审查判断,并常常卷入无尽的实体纷争当中。由此,不难理解执行和解之于我国民事执行的结构性功能。

由于“过度复杂性”社会里的种种难题未经有效过滤地输入执行程序,使得独揽执行的法院承受了远超其能力范围的负担。除了一经通知被执行人即履行到位或通过网络查询进行存款冻结划拨等予以结案的简易案件,法院面对的大量是需要投入可观司法资源才有执结希望的各色案件,其中还不乏性质上就难以强制执行或非法院一家可以解决的难办案件。〔29〕执行程序难免因负担过重而走向扭曲变形,既使得分类、涵摄等法学方法难尽其用,无法在技术层面上形成由不同程序组合而成的执行方法及对应的结案方式,又使执行人员的裁量权难以得到有效监督制约,引发普遍、泛在的“执行乱”现象。执行和解作为巧妙借用司法外的符号资源(“自行和解达成协议”)的制度装置,实际上起到了与国外“执行文”或“执行令状/命令”类似的化简复杂性的功能。所不同的是,它后置于执行程序之中,用于从“出口”分流执行案件,并主要由法院来启用与推动。以此为视角,不仅应看到执行和解是《民事诉讼法(试行)》起草者对“说服教育”原则的吸收及创造性变通,或者说是一种人为制造的偶然,更应该看到它产生的深层原因,它的历史必然性。

## (二) 执行和解的功能局限

然而,受制于“三要件、一救济”制度框架的粗陋,执行和解的化简功能远未尽如人意。这主要体现在两个方面:一方面,在执行人员的主持、协调甚至反复“做工作”下,执行和解率虽然维持在较高水平,但执行和解“反悔率”或“不履行率”同样居高不下。据有限的统计数据显示,

〔28〕 在英国,“执行令状”系对执行官或执行吏作出,授权其针对债务人的特定财产采取相应的执行方法。“执行命令”则由法院针对银行、被执行人的债务人、被执行人的雇主等直接发出的涉及冻结、划拨、扣取、提存的司法命令,通常无需假借执行官或执行吏之手而得实现。参见张永红:《英国强制执行法》,复旦大学出版社2014年版,第94—117页;Claire Sandbrook, *Enforcement of a Judgment*, London: Sweet & Maxwell, 2007, p.58. 美国关于令状与命令的分类标准有所不同,但在执行方法的意义同样针对不同的执行标的物适用不同的令状或命令。James J. Brown, *Judgment Enforcement*, New York: Wolters Kluwer, 2011, 5.1—5.17.

〔29〕 前者如家事案件中未成年子女探视权,后者如各类涉党政、涉民生、涉维稳等敏感案件。

2009—2013年湖南省执行和解未履行率从30.88%上升至37.63%；2009—2013年某市法院的未自动履行率在42.5%—62.2%之间，未完全履行率在43.6%—56.5%之间；2006—2010年淮南市两级法院的未自动履行率在58.4%—64.5%之间，未完全履行率在44.0%—56.8%之间；2010—2012年北京延庆法院的未自动履行率约为33%。<sup>〔30〕</sup>由此形成令人无奈也颇让人尴尬的“双高”现象。超过三分之一甚至一半左右的执行和解案件未“案结事了”，与法院为达成和解投入的司法资源难成比例。<sup>〔31〕</sup>另一方面，法院在利用执行和解清理执行积案及化解执行矛盾的过程中，有时还增加了案件的难办程度。以一起案件为例：

由于出让人周某未如约履行红砖厂《转让协议》，受让人宋某起诉。法院判决周某协助办理土地使用权登记手续；协助办理相关证照的变更手续；移交土地及地上建筑、厂房、机械及附属设施、物料。因周某未履行义务，法院依申请予以强制执行。周某以对红砖厂有新增投资为由“上访滋事”“扰乱厂区生产秩序”。在法院及政府部门的协调下，双方达成《执行和解协议》，约定宋某限期支付剩余转让款515万元及130万元“新增投资补偿价款”。该协议签订后一个月，宋某向法院起诉，请求周某赔偿因其不履行生效判决造成的损失，被法院裁定驳回。其后因宋某拒不支付新增投资补偿款，周某向法院起诉。法院经二审判决周某胜诉。宋某申请再审亦被驳回。<sup>〔32〕</sup>

在本案中，因周某“滋事”“上访”造成的压力，法院及有关部门充分利用执行和解的弹性及灵活性，逾越生效法律文书，一并处理未经审判的申请执行人价款给付义务，甚至将未包含在《转让协议》里的“新增投资补偿款”也纳入其中，从而极大地扩张了本案执行的涵盖范围。如当事人自愿履行自无不可；当事人拒不履行，就像本案后续多起诉讼表明的那样，化解的成本及难度成倍增加，且很可能因双方的抗拒执行、涉执上访等无穷无尽的延续下去。法院为了促成执行和解，往往会劝诱迫使当事人对债权债务内容作出重新安排，难免不会像本案这样使执行复杂化，甚至导致纠纷蔓延与失控。换言之，因执行和解造成法院执行难度不减反增的，绝非个别现象。

追根溯源，执行和解功能的局限性内在于其独特的制度框架。回顾过去，在“三要件”入法的当时，达成执行和解即可办理执行结案，无疑赋予执行人员的裁量权越宽泛越好，故无论“当事人自行和解达成协议”还是“将协议内容记入笔录”作为要件都内涵空洞、言之无物；而在“一救济”形成的时期，立法者及司法者并未认真对待当事人的意思表示，也未充分意识到因此可

〔30〕 胡研等，见前注〔21〕，第859页；刘爽，见前注〔22〕，第5—7页；隋荣迅，见前注〔22〕，第3、4页；徐小飞：“防范执行和解‘陷阱’”，载《人民法院报》2013年6月20日，第2版。

〔31〕 多项经验研究显示，执行和解主要由法院介入并做工作后达成。参见王义禄：《民事执行和解制度实证调查研究——基于某市两级法院民事执行和解现状的分析》，法律硕士学位论文，西南财经大学法学院，2010年，第23页；祝颖：“执行和解制度的理论思考与实证分析”，《当代法学论坛》2011年第1辑，第188页；徐小飞：“执行和解中法院的职能和角色”，《法律适用》2012年第10期，第91页；等等。

〔32〕 “上诉人宋遵平与被上诉人周世伍合同纠纷民事二审判决书”，（2015）临中民终字第250号；“宋遵平与周世伍合同纠纷再审复查与审判监督民事裁定书”，（2016）云民申287号。

能造成层出不穷的“履行还不如反悔(恢复执行)更有利”的结构性失衡。<sup>〔33〕</sup>换言之,执行和解被有意无意地塑造成“半结构化、低制度化”的样式。在此不完整的规范结构下,一方面,法院不受相对确定、客观之要件的束缚,而得以相当灵活、自由地促成和解,在一定程度上催生了“高和解率”;另一方面,执行和解生效以后案件就如进入一个“黑匣子”,能否结案几乎完全依赖当事人不可预测的履行行为,在此意义上“高反悔率”及复杂性不减反增在所难免。概言之,执行和解并未在要件与效力(救济)上形成足以化简“过度复杂性”的规范结构,未能通过必要的要件化与类型化容纳各类执行难题,并尽可能在制度内予以分化、消解。而这也指示了完善执行和解制度的基本方向。

### 三、执行和解制度的完善

如果中国在宏观上告别法院独揽(垄断)民事执行的体制,将执行实施权部分或全部从法院剥离,<sup>〔34〕</sup>在微观上对执行案件“入口”设置过滤、切分装置并贯彻审执分离原则,则执行和解有可能会慢慢淡出历史舞台,像域外那样退化为以具体执行方法或措施为适用对象的辅助性制度,只影响执行程序的进行与否。但在执行体制与程序构造未发生根本转变的前提下,执行和解仍将作为“出口”式的复杂性化简装置,发挥其难以替代的制度功能。由此出发,执行和解完善之课题任务,就在于提升其化简的效能,防止复杂性的回流与扩散。

回顾过去,自“三要件、一救济”框架成型以来,随着近三十年市场经济的高速发展,生活世界里个人主体性的崛起已蔚然成风。这无疑会渗透或映射到法的空间里,要求法律系统作出相应变迁。既有研究中,无论“私法行为说”还是“诉讼行为说”,均注重当事人达成执行和解的意思表示,以其私法的或者公法的属性、效力为视角来重塑执行和解制度。本文既分享这一理论视角,又超越二者“非此即彼”的格局,而根据“主要效力”(Hauptwirkungstheorie)理论,主张这一形成于执行程序场景下的法律行为除了产生私法效力,同样产生诉讼法上效力,且以前

---

〔33〕 例如,和解协议属于在原执行债权范围内的“限制性”协议,一般是申请执行人作出让步而对其不利;反之,如属于超出原执行债权的“扩张性”协议,至少不会对申请执行人明显不利。对于前者,不排除申请执行人反悔,拒不受领被执行人的履行而申请恢复执行;对于后者,被执行人即使恢复执行也不致遭受更大的不利益,因而有不履行的强烈动机。再如执行和解履行过程中,用以“以物抵债”的标的物或者被替换的原执行标的物(如房产、土地、在建工程)价格明显上涨,双方当事人均可能选择不履行协议。

〔34〕 2014年10月中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出要“完善司法体制,推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”。2015年4月中共中央办公厅、国务院办公厅下发《关于贯彻落实党的十八届四中全会决定进一步深化司法体制和社会体制改革的实施方案》,进一步提出“在总结人民法院内部审执分离改革经验的基础上,研究论证审判权与执行权外部分离的模式”。到目前为止,审判权与执行权相分离的模式仍在研讨与论证过程中。

者为根本特征及典型功能。<sup>〔35〕</sup> 这样虽会对理论体系的简明、齐整产生一定影响,但符合卢曼意义上的“系统化简复杂性自身亦需一定程度的复杂化”。在此基础上,还有必要调整法院在执行和解协议达成与履行过程中的权能与责任,以减少“双高”现象。

首先,为了提升执行和解化简复杂性的功能,应当从当事人的程序主体性入手,以当事人的意思表示及“自主意思,自我负责”为正当化基础,建构足以应对形形色色的和解类型、违约种类的多元救济模式。根据“主要效力”理论,和解协议兼具实体法与诉讼法效力。故当事人在执行和解协议中除了约定实体权利义务条款,还可约定违约救济条款。前者既包括标的额、标的物、履行期限、履行方式、履行主体等内容,也包括担保或保证条款、违约责任条款;后者主要有申请恢复执行、另行起诉与申请执行和解协议三种选择。如果当事人仅约定了前者,和解协议为纯粹的民事合同,可称为“一般和解协议”;如果当事人一并约定了后者,和解协议则兼具诉讼合同的性质,可称为“特殊和解协议”。<sup>〔36〕</sup> 以下分别展开论述。

“一般和解协议”大致可分为在执行债权范围内就债权债务作出重新安排的“限制性”协议与突破原执行债权范围的“扩张性”协议。原则上这两种一般和解协议均沿用恢复执行的救济方式。不过,“扩张性”和解协议包含了原执行名义未记载的内容(如违约金条款、担保条款),而“限制性”和解协议中一方违约也可能给对方造成难以通过恢复执行予以救济的损失(如瑕疵履行造成申请执行人财产受损)。在这些情形下,最高法院通过一系列复函、批复及裁判明确当事人可根据和解协议另行起诉。<sup>〔37〕</sup> 换言之,最高法院已突破单一救济模式,承认另行起诉作为补充性救济手段。由于当事人基于和解协议的新实体内容或协议履行过程中新发生的法律事实提起诉讼,与形成执行名义之原诉的诉讼标的并不完全相同,理论上不构成重复起诉。<sup>〔38〕</sup> 以此为铺垫,《执行和解规定》第9条规定被执行人不履行执行和解协议的,申请执行人也可以向执行法院提起诉讼,从而形成了针对一般和解协议的“双轨制”救济模式。这可视作该司法解释的最大进步。但在解释论上,被执行人不履行或不完全履行“限制性”和解协议而未造成申请执行人额外损害的,如后者提起诉讼,法院可基于不具备诉的利益而裁定不予受理或驳回起诉。

容易引起争议的是“特殊和解协议”的效力。除了恢复执行,当事人合意选择另行起诉作

〔35〕 该理论主张法律行为性质的判断,应视其典型的功能,或者说以诉讼法上还是实体法上的效力为主。罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2004年版,第426—427页;陈啓垂:《民事诉讼法(上册)》,新学林出版股份有限公司2015年版,第248页;等。

〔36〕 由最高法院起草的《中国强制执行法草案(第六稿)》第59、60条即区分了“一般执行和解协议”与“特殊执行和解协议”。有学者对后者进一步区分为“替代型和解协议”与“选择型和解协议”。肖建国等,见前注〔3〕,第27—30页。

〔37〕 参见乔宇:“迟延履行执行和解协议纠纷与执行权的审查范围”,《人民司法》2012年第8期,第61—62页;朱婧、何东宁:“执行和解协议对原裁判文书未涉及或不能恢复执行的部分具有可诉性”,《人民司法》2012年第8期,第27—29页。

〔38〕 朱婧等,同上注。



为救济方式的,尚可理解为是一种“取效行为”,也即由法院通过裁判决定是否给予救济。<sup>[39]</sup>但是,执行和解协议能否仅因当事人的合意产生执行力?就此而言,无论“私法行为说”还是“诉讼行为说”似乎都不能提供充分合理的解释。这是因为,执行力是一种相当于给执行机关“设定负担”的特殊效力,不能脱离司法权或类司法权(仲裁、公证)而仅依据当事人的诉讼合同产生。有鉴于此,有必要重返执行和解的“三要件”框架。其中,“执行员将协议内容记入笔录”或附卷是区分“执行和解”与“执行外和解”(诉讼外和解),审查甄别和解协议是否违法、有无瑕疵、是否明确,并构成辅助当事人意思表示或独立产生诉讼法效力的正当性根据。<sup>[40]</sup>该要件可以作为独立的要素与当事人的合意相互作用,类似发生“化学反应”,产生执行力。<sup>[41]</sup>或者如有学者所言,和解协议经过司法确认已经具备和满足了正当执行所要求的高度证明。<sup>[42]</sup>对此,法院对于调解协议的司法确认制度可资为证。<sup>[43]</sup>而《执行和解规定》第18条也已针对担保条款作了有限度的突破。该条规定,担保人向法院“承诺在被执行人不履行执行和解协议时自愿接受直接强制执行”的,法院可依申请直接裁定执行担保财产或者保证人的财产。这种以法院为对象作出的单方承诺属于典型的诉讼行为。当事人之间达成的和解协议虽然与之不可同日而语,但根据“主要效力”理论,和解协议兼具诉讼行为性质,且有法院审查确认的介入融合,由此产生执行力并非不可接受。

通过当事人的博弈及法院必要的释明,可以大致达成与和解协议实体内容相匹配的救济方法,有效改变“履约不如违约更有利”的结构性失衡,抑制当事人不履行的投机心理。例如,在“限制性”和解协议中,申请执行人往往因为被执行人可供执行财产不足、不明等才不得不在期限、金额等方面作出让步,但可能会以恢复执行反制、威慑被执行人;而在“扩张性”和解协议中,被执行人经常是因重要财物(如不动产、权利凭证、对公账户)已被法院控制而陷入被动,申请执行人更可能选择另行起诉(如加重违约责任的)或直接执行和解协议(如以物抵债、提供担

[39] 一方违约后,另一方起诉能否获得法院的实体审判,需要经受“诉的利益”的检验。如受诉法院经审查认定恢复执行足以弥补其损失的,应以不具有起诉的实效及必要为由裁定驳回。至于能否胜诉,更取决于双方实际展开的诉讼攻防。

[40] 部分高院已明确法院对执行和解协议负有审查及确认的职责,换言之已将该要件实体化。例如,《北京市高级人民法院关于规范民事执行和解的若干规定(试行)》第6条规定:“对于当事人之间的和解协议,执行法院经审查认为系当事人自愿达成且不违反法律、法规及司法解释规定的,予以认可。执行法院经审查后不认可和解协议的,执行和解不成立。”《浙江省高级人民法院关于规范执行和解工作的规定(试行)》第6条规定:“执行和解协议违反法律规定或者损害国家、集体、第三人利益的,人民法院不予认可。”

[41] 执行和解的执行力既非当事人通过合意直接产生,也非执行法官单方面赋予。两种要素缺一不可。

[42] 张卫平:“执行和解制度的再认识”,《法学论坛》2016年第4期,第14页。

[43] 《民事诉讼法》第194条、195条在特别程序部分规定法院对于当事人共同提出的调解协议,经审查出具裁定确认有效,一方不履行或不完全履行的,对方可申请强制执行。参照此规定,执行法官不妨对这一类执行和解出具专门的司法确认书,以确定其执行力。

保物或保证人的),以巩固和解协议所取得的利益。〔44〕

其次,为了最大限度地减少“双高”现象,一方面需加强法院的司法审查及职权约束,挤掉“高和解率”中掺入的水分,使执行和解协议更多的体现当事人的真实意思;另一方面有必要改变以往法院促成执行和解后就“置身事外”“袖手旁观”的状况。〔45〕

对于前者,法院除了加强对和解协议是否违法、有无瑕疵、是否明确等的审查,还应提高在促成执行和解中裁量权行使的规范性。如法院利用信息不对称等进行不实陈述甚至诱导、强迫,由此达成的违背当事人真实意思之和解协议无效。当事人可依据《民事诉讼法》第230条第2款以受欺诈、胁迫为由申请恢复执行。〔46〕对于后者,为了缩小当事人嗣后反悔的余地,法院有义务按照当事人的合意,实施必要的辅助性执行措施。例如,对于和解协议约定被执行人或第三人以不动产、股权、知识产权等需办理登记的财产抵债的,执行法官应作出相应裁定并向有关部门送达协助执行通知书。〔47〕《执行和解规定》第6条规定,当事人达成以物抵债和解协议的,法院不得据以作出以物抵债裁定。这针对的是一般执行和解协议,且有逃避风险、推卸责任之嫌,实不足取。在今后,应通过扩大特殊执行和解协议的适用,减少该条可能造成的负面影响。另外,经审查确认和解协议中的担保条款的,除担保人向法院作出可执行的特殊承诺外,作为担保物的动产交由法院控制,不动产、股权、知识产权等由执行人员向有关部门送达协助执行通知书,禁止其在约定期间内办理担保物的权利变更手续。由此,执行和解中的担保条款向执行和解转化。如果被执行人逾期不履行和解协议的,法院可依申请执行担保物或担保人的财产。

综上所述,以当事人的意思表示为基点,建构一般执行和解协议与特殊执行和解协议的分类,形成可应对各种和解、违约类型的多元救济模式。这种较之过去更完整、也相对更复杂的规范结构具有以下功能上的提升:其一,根据当事人博弈所形成的合意及法院的司法审查,赋予执行和解相应的诉讼法上效力,加重当事人不履行和解协议的法律后果,由此改变当事人的行为预期,降低围绕执行和解协议的“高反悔率”;其二,明确法院有责任保障当事人达成和解协议的自主性、真实性,有义务防范法院自身对当事人、案外人等的欺诈、胁迫行为,由此降低人为制造的“高和解率”,防止后续纠纷的蔓延;其三,明确法院有义务根据当事人的合意实施必要的辅助性执行措施,缩小当事人反悔的余地。概言之,在确保执行和解合法有效的基础上,

〔44〕 为提高效率和降低沟通成本,法院可考虑制作并向当事人提供载有不同违约责任、救济方法选项的和解协议范本。

〔45〕 对此有学者形象地描述道:由法院参与下达成的“和解内含有一定的法院意志,但在最终的表现形式上,法院意志又撤身于外,蒸发于无形之中,形成一种当事人自动和解的表象”。汤维建等,见前注〔4〕,第95页。

〔46〕 实务界常见的观点是将欺诈、胁迫的主体限定为被执行人,而不包括法院,从“挤水分”及限制法院裁量权来看并不可取。参见江必新主编:《新民事诉讼法执行程序讲座》,法律出版社2012年版,第57页。

〔47〕 这一点已在实务中获得部分法院的承认。例如,“谢鹏程与万元房地产开发有限公司、万元实业集团有限公司、李万元、徐美民间借贷纠纷执行裁定书”,(2015)衡中法执复字第24号;“张方宏、杨均华、刘长山、蒋绪辉等与王振柱返还原物纠纷二审民事判决书”,(2014)济民四终字第69号。

尽可能促使当事人履行和解协议以终结执行,即使未履行或未完全履行,也将所引发的纠纷纳入审判/执行程序框架内予以消解、分化,避免向程序外扩散或蔓延。此为执行和解制度化简化复杂性的本义所在。

#### 四、结 语

我国语境下,执行和解制度是化简社会“过度复杂性”不经有效过滤输入执行程序的独特程序装置。它源自对“说服教育”原则的变通与替代,经过三十多年的磨合,已深刻地“嵌入”我国民事执行制度架构当中。执行和解一度以“半结构化、低制度化”的样式而存在,为法院灵活多变地利用当事人意思表示减轻执行负担、清理执行积案、化解执行矛盾等提供方便,但同时也引起了“高反悔率”现象,甚至会将法院卷入更复杂的纠纷之中。在对社会事实及执行实务保持认知开放的前提下,形成更完整也相对更复杂的规范结构,是提升其复杂性化简功能的必由之路。而这也是从裁量走向规则、从弹性走向确定的题中之义。

---

**Abstract:** The system of reconciliation in civil enforcement, in which the parties are allowed to reach a settlement agreement before the judgement is executed, originated in the Civil Procedure Law 1982 (for trial implementation). It was treated as a replacement of the “Persuasion and Education Principle” by the legislators. The legislators aimed to provide Chinese courts, who had suffered a serious shortage of judicial resources, with a specific way-out for civil enforcement cases. As the social complexity of Chinese society had cast its role in the civil enforcement procedure, the system, as a unique procedural setting, was born and shaped to reduce the cases’ complexity. Contrary to their expectations, however, since the system fell short of structurization and institutionalization, the high rate of reconciliation agreements reached coincided with an equally high rate of failure to perform those agreements, and the system seemed to make cases even more complicated than before, after vain attempts to seek for reconciliation. Based on the “main effect” theory, this paper proposes to improve the system of reconciliation in civil enforcement through the lens of Niklas Luhmann’s theory of cognitive openness to the society. By virtue of this theory, it is possible to build a mechanism, which may reduce the social complexity to a large extent.

**Key Words:** Reconciliation in Civil Enforcement; Persuasion and Education Principle; Simplification of Complexity; “Main Effect” Theory

---

(学术编辑:刘哲玮)

(技术编辑:范华瑶)