

“审执分离”本质与路径的再认识

张卫平^{*}

内容提要 就“审执分离”的原旨而言,审判权与执行权分离的核心是各自权力行使对象的区分和剥离,不抓住这一实质就难以做到真正的“审执分离”。审判权的行使对象是实体权利义务争议以及附带事项;执行权的行使对象是在实现执行根据所确定的实体请求权的过程中的执行程序性事项争议。但“审执分离”的实践存在偏离其原旨的问题。受审执“外分”与“内分”之争的影响,“审执分离”被引入了执行权范畴下的“内分”路径,即执行裁决权与其他执行权能的分离,将执行裁决权与审判权等同。但执行裁决权处置的执行程序事项争议并非审判权的行使对象。执行裁决中的执行程序性事项争议涉及的是执行行为和执行程序,与执行权的行使有关,而与审判权的行使无涉。故此,“审执分离”的改革应当在其原旨意义上推进和深化,对现行民事执行制度进行相应的调整,进而实现我国民事执行制度的现代转型。

关键词 审执分离 民事执行 民事审判权 执行裁决权 执行实施权

目次

- 一、问题的提出
- 二、“审执分离”问题的缘起及路径演变
- 三、回归“审执分离”的原旨及其意义
- 四、“审执分离”的深化与制度改进
- 五、结语

^{*} 烟台大学黄海学者特聘教授。本文系2018年度国家社科基金重大项目“民事司法智能化设计的理论方案研究”(项目批准号:18ZDA142)的阶段性成果。

一、问题的提出

在学界和实务界,所谓“审执分离”^①是在我国的法律语境下,对司法审判权与执行权分离的概括。“审执分离”作为一种政策性表述,最初见诸党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)。该决定中实行的审判权和执行权分离的体制改革试点是完善我国司法体制的一个重要步骤。“审执分离”也在相当一段时间里,被认为是司法体制改革的重大议题之一。“审执分离”的议题始于“外分”还是“内分”之争,在“外分”主张逐渐消散的过程中,探讨的重点逐渐转向“内分”,并深化和细化了对执行权属性的探讨,为“审执”“内分”提供了理论基础。

在明确和统一执行权之司法权属性的基础上,“审执分离”的探讨和改革被具体分为两个基本层面:一是组织意义上的审判权与执行权的分离,即在组织上审判机关与执行机关(机构)的分离;二是执行权范畴之下的各执行权能的分离,探讨的是在执行权的内部结构中执行权不同权能之间的关系。在认识上有早期的“一权说”,以及后来出现的“二权说”“三权说”“四权说”“五权说”“六权说”等各种观点,莫衷一是。^②上述观点都是从我国执行权能实态出发所进行的描述。在这一认识前提下将执行权最基本地划分为执行裁决权与执行实施权是相对合理的,其他权能都可以大致归属于执行实施权之中。由于执行权的各权能之间在内容或对象上存在交叉,人们对各权能的含义的理解也有所不同,因此权能的划分不可能绝对化,如果依照执行机构的具体事项进行划分,可能还不止六种权能。在细化执行权能的前提下,多数人将执行裁决权与执行实施权的关系等同于执行中的审判权与执行权的关系。所谓“审执分离”的体制改革也就成为执行裁决权与执行实施权的分离,以及相应的五个方面的分离操作——机构分离、

① 学术界有“审执分离”和“审执分立”两种近似的表达。“审执分离”有单纯分开的意思,而“审执分立”有表达既分开又协作的辩证关系之意,显示的是一种积极意义。参见肖建国、黄忠顺:《论司法职权配置中的分离与协作原则》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第6期,第37页。笔者认为没有区分的必要。审判权与执行权作为两种不同权力的行使并不存在协作关系,当然,机构之间的沟通和协调是存在的。

② “一权说”认为,民事执行权就是执行实施权。参见孙加瑞:《执行权的正确分配与执行难的解决》,载《政治与法律》1998年第5期,第5-6页。“二权说”认为,执行权由执行裁决权和执行实施权构成。参见高执办:《论执行局设置的理论基础》,载《人民司法》2001年第2期,第25-27页。“三权说”有三种不同的观点,三种观点在执行实施权方面的认识是共同的,分歧在于对执行裁决权的理解有所不同,也有的认为执行命令权是独立于执行实施权和裁决权的第三种权能。参见唐林:《对民事执行“三权分立”若干问题的探析》,载《人民司法》2002年第2期,第58-60页;孙加瑞:《中国强制执行制度概论》,中国民主法制出版社1999年版,第110页。“四权说”则是将执行权的权能划分为执行命令权、执行调查权、执行裁决权和执行实施权。参见满宏伟:《执行权的分割与制衡》,载青岛市中级人民法院编:《司法理论与实务》,法律出版社2001年版,第146页。“五权说”认为,执行权的功能由执行程序启动、执行查控、执行标的实体权益判断、执行标的变价交付、执行救济裁判五部分组成。参见马登科:《审执分离运行机制论》,载《现代法学》2019年第4期,第169-171页。“六权说”认为,执行权包括司法审查权、执行命令权、执行保全权、执行措施实施权、执行裁决权、执行统一管理权。参见耿振善、张慧超:《科学配置民事强制执行权——最高人民法院原执行办副主任葛行军访谈录》,载《人民法治》2015年第7期,第33-35页。

职责分离、人员分离、制度分离、监管分离。^③从“审执分离”改革的实践进程来看,第一个层面上的“审执分离”几乎没有任何实质性的推进。“审执分离”的焦点和重点主要在执行机构内的“内分”上。以深圳市中级人民法院“审执分离”改革为例,该法院“审执分离”的总目标被确定为:界定执行案件办理中的实施权与审查权,确定由不同的机构和主体行使。改革的方向和路径同样是执行案件办理中的“审执分离”。^④广东省、浙江省、河北省等地法院的“审执分离”改革方向和路径也基本相同。^⑤

由此就必然引出问题,为什么原旨意义上的“审执分离”会被人们遗忘或边缘化,对原旨意义上的“审执分离”的理论探究、制度完善和改革实践停滞不前?这是否是因为《民事诉讼法》在立法上已经完成了组织意义上和程序阶段意义上的“审执分离”?若是,是否也就意味着“审执分离”已经成就,需要进一步推进的只是在执行权能下的“审执分离”以及资源配置?这里涉及的若干子问题是:“审执分离”的原旨是否仅仅是审判机构与执行机构、权力行使对象、程序阶段架构的大致分离;审判权的行使对象与执行权的行使对象有何不同,区分的标准是什么;审判事务的处置程序与执行事务的处置程序有何不同,这些差异在制度上应当如何体现;审判权和执行权究竟是什么关系。这里还存在较为明显的演变路径问题,即“审执分离”关涉的应该是审判权和执行权之间的关系,为何最终演变为执行权范畴之下的“审执分离”,执行裁决权与审判权是等值的吗。学界目前对此似乎并没有清晰的认识。笔者认为,在“审执分离”经历了较长实践之后,很有必要对“审执分离”的原旨或应有之意予以再检视,并在此基础上进行深化和拓展,厘清“审执分离”对于完善我国民事执行体制和制度的意义,深化、落实和拓展“审执分离”的改革。

此外,我国民事执行制度和实践一直以解决“执行难”问题为其基本目标,化解“执行难”是推动民事执行体制或制度发展的基本政策导向和动力,而“审执分离”又是民事体制改革的主要议题和重要环节,但问题在于,无论是初始意义上的审判权与执行权的审执分离,还是后来执行权范畴下的执行权能的审执分离,似乎都与解决“执行难”问题没有直接关系,“审执分离”涉及的是审判权与执行权的关系问题;“执行难”的主题是执行中执行债权实现的现实状态,以及如何克服的问题。这两个问题是执行领域中的不同主线。那么“审执分离”这一主题应如何融入到解决“执行难”问题这一政策体系之中?对这一问题也需要予以阐明,以助于说明我国执行政策与执行法律之间的特有联系。

^③ 关于广西壮族自治区高级人民法院“审执分离”改革的实践措施,参见谭秋桂、李哲、曹凤国等:《民事执行权与审判权分离改革路径研究》,知识产权出版社2022年版,第7-8页。

^④ 参见前注^③,谭秋桂等书,第11页。

^⑤ 参见前注^③,谭秋桂等书,第13-14页。

二、“审执分离”问题的缘起及路径演变

众所周知,“审执分离”作为一个法律中的政策性问题的缘起,源于党的十八届四中全会通过的《决定》。该决定中明确提出,“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”。但《决定》仅仅是指出要推动“审执分离”的改革试点,并没有明确实行审判权和执行权相分离的体制改革试点的路径和基本内容是什么,也因此引发了各种争论。^⑥从学界对“审执分离”进程的一般认识来看,在立法上,“我国历来贯彻审执分离的原则”。1956年印发的《最高人民法院关于各级人民法院民事案件审判程序总结》、1982年《民事诉讼法(试行)》、1991年正式制定的《民事诉讼法》、2007年修改的《民事诉讼法》都明确了“审执分离”的原则,并认为“审执分离”是我国民事诉讼与执行立法的基本传统。^⑦问题是,既然“审执分离”是我国民事诉讼与执行立法的基本传统,为何党的十八届四中全会《决定》还要求推动实现审判权和执行权相分离的体制改革试点?在此,需务必注意,《决定》强调的是“体制改革”,而非一般制度的完善和落实,例如,证据制度和证明制度中各种新制度的设置与调整、环境公益诉讼制度的建构和充实、家事诉讼与家事非讼制度的完善、送达方式制度的充实和完善、执行制度中对被执行人高消费限制的完善,失信规制制度的建立等。实际上,这些制度的设置和调整与体制改革并没有直接关系。所谓体制改革,必然是关系权力架构或制度基本结构的改革。这与司法体制改革过程中对“体制改革”泛化理解(即将相关制度的调整和设置都视为体制改革)是有本质区别的。

从当时争论发生的背景来看,党的十八届四中全会《决定》的审执分离体制改革的意图并非原初意义上的“审执分离”,也并非后来执行权范畴之下的“审执分离”。从学界关于“外分”与“内分”的争论来看,实际上,当时《决定》所指的审判权与执行权分离的体制改革明显有探求将执行权从法院分离出去的意图,也就是后来引发人们激烈讨论的所谓“外分”问题。如果将执行权从法院分离出去并归属其他国家机关,这无疑属于体制改革的大动作,因为这涉及司法权的基本配置问题。当然,现在“外分”的声音已经不复存在。其实,关于正面论述“外分说”的文章很少,且比较早,也未展开阐述。关于“外分”的主张和论据从来没有正式出现过,^⑧外界对其主张及根据的了解都是从反对“外分”的观点中间接知晓的。^⑨这也从一个侧面说明“外分”这一主张只是探讨

⑥ 参见褚红军、刁海峰、朱嵘:《推动实行审判权与执行权相分离体制改革试点的思考》,载《法律适用》2015年第6期,第33页。

⑦ 参见谭秋桂:《“审执分离”模式的理性选择》,载《人民法治》2015年第7期,第11-12页。

⑧ 参见《解题“执行难”:法院在行动——专访最高人民法院审判委员会副部级专职委员、执行局局长刘贵祥》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/01/id/1535346.shtml>, 2023年11月1日访问。

⑨ 批评和否定“外分”的专家学者也没有说明“外分”观点的出处。对此,一种解读是公开的观点因其权威性不够,因此无需指明并特别关注,关键在于观点本身。参见孙加瑞:《执行权的正确分配与执行难的解决》,载《政治与法律》1998年第5期,第5页。

性的主张,没有正式“发声”。对于“外分说”几乎是清一色的批评和否定,而对于批评和否定“外分说”的观点也没有任何公开的回答。但应当承认,“外分说”可将法院“拯救”出“执行难”的“泥潭”,在维护法院的司法权威方面,确有釜底抽薪的效果,对于深陷“执行难”境地的法院而言无疑是有利的。从域外,尤其是从英美法系国家的执行体制而言,执行权的配置并非是绝对的,也可以有其他配置模式。^⑩在执行权“外分”的模式下,执行难也并未成为社会问题(个案的“执行难”各国均有)。对于我国而言,“外分”的主要问题还是其变动所带来的巨大成本,以及未知因素的不确定性。此外,“外分”也有明显的“甩锅”嫌疑。虽然认为“外分”的观点“在现行的司法体制和司法环境下缺乏基础”是正确的,但“民事执行权是司法权下独立于审判权的一项法院强制权”,也只是一种对于现状的描述,而非对民事执行权性质的论证。任何一个国家的强制执行都与法院有关,但这与执行权应否脱离法院是两回事。在已经“外分”的模式中,执行权不属于法院的模式同样也是能够成立的。

在一片反对、质疑声之中,^⑪“外分说”不久便销声匿迹了。更准确地讲,这种主张甚至始终就没有正式亮过相。但关于“外分”与否的争论却大大地推动了人们对执行权性质以及权能的探讨,并最终将“审执分离”的体制改革之舟引向了“内分”之道。由于彼时对“审执分离”的最初认识主要是基于审判权与执行权组织及程序的基本结构,学界普遍认为审判权与执行权在组织结构上的分离已经完成,由此,审判权与执行权分离命题的主要内容就变成了在执行机构或执行权范畴下的审判权与执行权的分离,与审判机关和执行机关相互关系中的审执分离便渐行渐远。尽管人们曾有过关于“审执分离”体制改革的目标和任务的讨论,但并没有得到令人满意的结论。^⑫之所以如此,主要还是因为没有从国家政治层面上来理解党的十八届四中全会《决定》的意义。党的十八大开启了一个新的时代,而且提出了更高的要求,即全面推进依法治国。面对一个更上一层楼的时代,人们希望在依法治国的既定方向上有一个更大的发展。“全面推进”意味着需要在法治的各方面有所作为、有所探索和改革。《决定》明确提出要“保证公正司法,提高司法公信力”,以回应广大人民群众对司法公正和提高司法公信力的期待。优化司法职权配置,完善司法体制,推动实行审判权和执行权分离的体制改革试点,完善刑罚执行制度,统一刑罚执行体制,改革司法机关人财物管理体制,探索实行法院、检察院司法行政事务管理权和审判权、检察权相分离,改革案件受理制度,完善审级制度等措施,都被视为达成司法公正和提高司法公信力这一要求的具体措施。《决定》无疑作出了一揽子推进和深化司法制度的政策安排。正是因为这一点,《决定》在政治上具有划时代的意义。但需要注意的是,政策方针和要求并不等于法律制度的设计构成,也不能等同于法理上的学术研究成果,而是基本的政治方向和指南。在制度上如何落实、设计

^⑩ 参见前注②,高执办文,第30-48页。

^⑪ 关于学界对“外分说”的批评观点,参见扈纪华:《“审执分离”的科学路径分析》,载《人民法治》2015年第7期,第13-15页;岳彩岭:《论强制执行审执分离模式之新构建》,载《当代法学》2016年第3期,第127页。

^⑫ 参见于铁民:《审执分离应该先解决“为什么要分”的问题》,载《人民法治》2015年第7期,第40页。

和建构,还需细致地论证,包括对制度之间的衔接、可行性(制度成本与产出效益)、体系性等各种因素的考量。关于“审执分离”的体制改革正是基于这样的政策目的,即配合全面推进司法制度改革的政治要求,强调的是改革本身的意义,因而包含对审执“外分”的大胆尝试,而非仅是具体的方案和制度建构。总之,“外分”是否可行需要细致论证,需要听取社会各界的意见。

对执行体制的具体改革还需要回归到法律制度和实践的层面。对“审执分离”的改革及认识也是如此。但学界一般认为原初意义上的审判权与执行权的分离通过几十年的发展已经完成,其标志为三个方面:其一,组织、人事上的分离——审判机构与执行机构的分离、审判员与执行员的分离。组织上的分离体现为设置各自独立行使审判权的业务庭——审判庭与行使执行权的机构——包括最初的执行庭以及后来成立的执行局;人事上的分离体现在,具体行使审判权的人员为审判员,而具体实施执行权的人员为执行员,两者的权限和职责各有不同;其二,权力行使对象的概括分离——审判事项与执行事项的分离;其三,程序分离——审判程序与执行程序的分立及执行程序框架的确立。有实务专家将其具体进程分为三步:第一步,“立法审执分离”;第二步,“全面成立执行庭”;第三步,“完善审执分离”。^⑬由此也就可以断定在原初意义上的审执分离已经没有意义。当然这个判断无疑过于简单。事实上,目前在立法上远未完成“审执分离”的要求,审判权与执行权的制度分离也只是框架性的、粗略的。但作为未来改革方向的指南,《决定》必须要进一步落实,《决定》中关于执行体制的改革必须要继续进行并予以深化。如此,只剩下一条路径,即执行权范畴下的“内分”改革。由此,“审执分离”就演变为执行实施权与执行裁决权的分离。虽然一些学者认为这一改革并非始于《决定》,而是始于2007年《民事诉讼法》修改之时,并已于彼时初步形成了制度。例如,在执行程序中增设执行异议复议、执行监督、案外人异议程序,将执行实施程序与执行救济程序明确区分都是这一改革的成果。^⑭《决定》是对这一改革方向的肯定,上述实践则是对《决定》精神的注释。

“审执分离”被引入到执行裁决权与执行实施权的分离这一路径,还与学界关于“外分说”的争论有直接关系。面对“外分说”,坚持“内分”的专家、学者必须要回应“外分说”最有杀伤力的观点——执行权行使的方式与行政权无异,因此在性质上,执行权与行政权等同,自然也就不属于司法权。^⑮而且在英美法系的法理上对司法权概念的定义中,也的确将执行权排除在外。^⑯这主要是由于学者对司法权含义和权能构成有不同理解。熟悉英美法系制度与法理的学者们很容易受这一认识的影响,接受“外分”的逻

^⑬ 参见前注②,耿振善、张慧超文,第33-35页。

^⑭ 参见前注⑥,褚红军等文,第35页。

^⑮ 关于“外分说”的观点介绍,参见江必新、刘贵祥:《审判权和执行权相分离的最优模式》,载《法制日报》2016年2月3日,第12版。

^⑯ “司法权是赋予法院和法官审理和裁决案件并对其作出有约束力的判决的权力;当对法律规定的作为或不作为产生争议时,解释和应用法律的权力。”Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, Thomson West Press, 2004, p.2478.

辑。而在大陆法系的法理中,执行权则毫无疑问是国家司法权的一项重要权能,执行机构或称“执行法院”“执行裁判所”是独占民事执行权能的国家司法机关。^{①⑦}实际上,无论是英美法系还是大陆法系,对司法权的定义都是从法律制度的现状出发的。一旦承认执行权在性质上等同于行政权,则在逻辑上执行权不属于司法权,“外分说”也就自然成立。为了回答“外分说”的这一观点,就必须要对执行权进行深入的分析,于是就有了执行权不等于行政权,只是执行权若干权能中的执行实施权具有行政权力的特性的观点。^{①⑧}在执行权范畴之下,还有其他若干权能,其中执行裁决权就不能与行政权等同,执行裁决行为更像是一种审判行为。所谓“审执分离”的体制改革也就是执行裁决权与执行实施权的分离,是一种法院司法权架构下的“内分”,并以此来回应“外分说”的质疑。^{①⑨}这种论证的过程自然使得学界有了将执行裁决权与审判权联系起来的认识,即执行裁决权(执行审查权)等同于审判权、执行实施权等同与执行权。于是,两者的应然关系就是《决定》中所指的“审执分离”或“审执分立”,至少可以说是“审执分离”的一种形态。甚至有观点认为,“审判权与执行权分离的最高层次是执行程序中的审执分立”^{②⑩}。

在认识“审执分离”这一主题时,不能回避的一个问题是,“审执分离”改革与解决“执行难”^{②⑪}问题之间的关系。正如最高人民法院原院长周强在《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告》中指出的那样:“从上世纪80年代后期开始,随着我国改革开放不断深化,经济社会发展日趋活跃,诉讼案件数量大幅增长,一些生效法律文书得不到执行,被人民群众称为执行难,执行不了的法律文书被称为‘法律白条’。长期以来,执行难不仅成为困扰人民法院的突出问题,也成为人民群众反映强烈、社会各界极为关注的热点问题。”^{②②}“执行难”一直是横亘在法院司法工作面前的一只拦路虎。“执行难”的问题不解决,将直接损害法律权威和司法公信力,影响党和国家形象,影响人民群众对全面依法治国、建设社会主义法治国家的信心。因此,解决“执行难”问题就成为最高人民法院在执行领域中最大的政治任务,也是法院推动执行工作的最大动力。也正因如此,有人将“审执分离”的改革与解决“执行难”问题联系起来,即“审执分离”的目的之一是为了解决“执行难”问题,“审执分离”是解决“执行难”问题

①⑦ 伊藤真=圆尾隆司编『条解民事执行法』,(弘文堂,2022年)34-35页参照。

①⑧ 参见江必新:《新民事诉讼法执行程序讲座》,法律出版社2012年版,第33页。

①⑨ 参见前注①⑤,江必新、刘贵祥文。

②⑩ 前注①①,肖建国、黄忠顺文,第36页。

②⑪ 关于执行难原因的分析,参见周继业主编:《强制执行新实践》,法律出版社2018年版,第3-47页。关于“执行难”概念的评析,参见高洁:《国家治理现代化语境下的“执行难”概念界定》,载《法制与社会》2021年第15期,第88-90页。

②② 参见周强:《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告——2018年10月24日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第6期,第977-987页。

的重要环节和手段——“通过审执分离,完善司法体制,推动执行难问题的解决”^{②③}。实际上,如果不从“外分”意义上谈“审执分离”,无论是原初意义上的“审执分离”,还是执行权范畴下的“审执分离”,都与解决“执行难”问题无直接关联。为了强调“审执分离”的重要性,将“审执分离”改革与解决“执行难”问题联系起来是一种可以理解的策略,因为解决“执行难”问题本身已经成为一种强有力的社会政治动力。

《民事强制执行法》能够纳入立法日程,在某种程度上也是以解决“执行难”问题作为推动力的。最高人民法院在其官方报告中,将“执行难”具体概括为“四难”:查人找物难;财产变现难;排除非法干预难;清理历史欠账难。^{②④}从“执行难”“四难”的成因来看,几乎没有一个与“审执分离”直接相关。严格而言,“执行难”多半不是纯法律上的原因,而是由于权力资源配置不足(社会控制、信息获取等权力资源的配置)、利益团体之间的冲突、社会信用体系的缺失、历史遗留问题、法律意识薄弱等造成的。在这个意义上,“执行难”与人们常说的其他司法难题(起诉难、取证难、送达难、申诉难)一样,不是一个法律上的概念,而是一个抽象的、社会学意义上的概念。^{②⑤}事实上,“执行难”问题绝不是法院能以一己之力能够解决的。正因为如此,最高人民法院才反复强调解决“执行难”问题的重要意义,以引起社会各界的广泛关注,并借此推动法院权威和公信力的重建以及执行制度的完善。可见,虽然“审执分离”改革与解决“执行难”问题没有直接关联,但由于“执行难”问题与“执行乱”问题之间有牵连关系,而“审执分离”与解决“执行乱”问题有着相对更直接的联系,使得“审执分离”与“执行难”问题的解决有了间接联系。

三、回归“审执分离”的原旨及其意义

在“审执分离”“内分”的前提下,由于学界认为原初意义上的“审执分离”——审判权与执行权在三个方面的分离(组织人事上的分离、权力行使对象上的分离和程序上的分离)已经完成,因此,在必须继续推进“审执分离”体制改革的政策要求之下,“审执分离”体制改革的路径似乎就只能进入到执行权范畴之下的“内分”之中。这一路径与“审执分离”改革主体有直接的关系。最高人民法院具体实施“审执分离”的主体是负责执行业务的领导机构——执行局,在“审执分离”以组织分离为重要标志的意识之下,执行局作为主导执行制度改进的行政主管部门自然要将“审执分离”置于执行权范畴之下。具体做法是对执行权的各项权能进行精细的区分,并由此实现组织上的分离。“执行审查权”(或称“执行裁决权”)与“执行实施权”是学界公认的两项基本权能,这一认识也是客观的、符合执行运作实践的。执行裁决权的行使对应的具体内容是审查、

②③ 前注⑥,褚红军等文,第33页。

②④ 参见前注②,周强文,第977-987页。

②⑤ 参见张卫平:《民事执行体制转型——从传统到现代》,载《中国政法大学学报》2023年第2期,第9页。

调查、审理、认定和裁决,其在行为的形式和内容上似乎与“审执分离”的“审”是等同的。执行实施权的行使则与“审执分离”中的“执”是等同的。于是“审执分离”的内分也就是执行裁决权与执行实施权的分离,“审执分离”改革的深化就是更合理、更精细地分离二者,并实现两者之间既充分配合,又相互制约的改革要求。2019年,最高人民法院发布了《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年)》(以下简称《纲要》)。《纲要》中明确提出:“加快推进审执分离体制改革。将执行权区分为执行实施权和执行裁决权,案件量大及具备一定条件的人民法院在执行局内或单独设立执行审判庭,由执行审判庭负责办理执行异议、复议以及执行异议之诉案件。不具备条件的法院的执行实施工作与执行异议、复议等裁判事项由执行机构不同法官团队负责,执行异议之诉案件由相关审判庭负责办理。”

在执行裁决权与执行实施权的分离即为“审执分离”这一认识基础之上,也有学者坚持认为,应当将执行裁决权从执行权范畴中分离,因为民事执行裁决权涉及的都是审判事项,按照“审执分离”的原则,应当将民事执行裁决权从民事执行权中分离出去。^{②6}这种观点与执行权范畴下的执行裁决权与执行实施权及其他执行权能的分离有所不同,是一种在法院司法权范畴下的“大内分”或“小外分”。显然,这种观点更接近于“审执分离”的本意,尤其是在组织、人事的制度建构上。

问题在于,执行裁决权与执行实施权的分离是否就是“审执分离”的原旨或基本内容,执行裁决权与执行实施权的分离能否等同于“审执分离”——无论是执行权统合下的“审执分离”,还是将执行裁决权从执行权中分离出去的所谓“小外分”?

“审执分离”的基本含义或原旨应当是指法院的审判权与执行权的分离,这一点没有异议。审判权与执行权是我国法院最基本的两项司法权能。既然审判权与执行权是法院的不同权能,两者之间必然有着性质上的差异。进而需要深入追问,法院的审判权的内涵是什么,审判权的行使对象是什么,审判权项下包括哪些主要权能?执行权的内涵又是什么,执行权的行使对象是什么,执行权项下包括哪些权能?为什么审判权要与执行权分离,分离的意义是什么?如果不能正确回答这些问题,也就不可能正确理解“审执分离”,所推进的“审执分离”也可能在方向上出现偏差。

审判权的核心为国家司法机关对民事、刑事、行政案件进行审理和裁判的权力。民事审判即对民事纠纷案件的审理和裁判,是民事诉讼的中心和核心阶段,^{②7}其主要权能是管辖权、审理权(审查权)、裁决权(裁判权)、程序保障权等。^{②8}行使审判权(民事)的主要作用是对民事纠纷争议作出裁决,以及为保障其裁决具有执行力而予以审查或证明。在解决纠纷方面,包括给付之诉中对实体请求权的确认、确认之诉中对实体法律关系有无的确认、形成之诉中对形成权的确认等,即所谓“定分止争”,可实现法律对民

^{②6} 参见肖建国:《民事审判权与执行权的分离研究》,载《法制与社会发展》2016年第2期,第40-41页。

^{②7} 参见陈光中主编:《中华法学大辞典·诉讼法学卷》,中国检察出版社1995年版,第486页。

^{②8} 关于法院基本权能,参见张卫平:《民事诉讼法》(第5版),法律出版社2019年,第82-96页。

事权利的保障和维护。在保障裁决的执行力方面则是对裁决结果是否具有执行力予以形式审查,并为其提供相应的公证证明。^{②⑨}这种审查权的行使是在纠纷裁决之后,因此是审判权范畴下的一种附随性的权能。在行使对象上,审判权行使的直接对象是民事实体争议。^{③⑩}

与审判权不同,执行权(民事)是国家特定机构和组织依照法定的程序,运用国家强制力促使义务人履行生效法律文书所确定的义务,以实现权利人民事权利的权限和权能。^{③⑪}强制执行的实施须有一个基本前提,即必须有法律规定的执行依据或根据。执行依据或执行根据来自于法律规定的程序,其中最主要的程序就是审判程序,审判结果的法律形式是审判机关作出的具有既判力或执行力的裁决(判决、裁定、决定、命令等)。执行机构自身不能产生执行依据或执行根据,执行机构的使命就是实现执行依据或执行根据,并且不能对执行根据有任何怀疑或质疑。只有如此,执行机构才能高效地专注于执行,实现权利人的实体权利,这正是“审执分离”的意义所在。审判机构通过审判确认实体权利,执行机构据此实现实体权利,这就是审判与执行、审判权与执行权之间最基本的关系。“审执分离”首先表达的是国家司法权中审判权与执行权的基本分工。对于“审执分离”的任何理解都应当回归于这一基本点上。应当注意,在认识审判权与执行权的关系时,不能以哲学思维替代法律思维。在哲学思维上,我们可以将审判权与执行权视为两个关联的事物,并从辩证统一的认识论出发将两者的关系视为对立统一,相互依存、互相制约。但在法律思维上,两者并不存在对立和统一的关系,也不存在相互制约的关系。两者之间的边界尽管在某些点上存在模糊状态,但总体上彼此分离或分立,界线是清晰的。

前文提到有不少专家学者指出,经过几十年民事执行制度的完善,我国已经完成了审判权与执行权的分离,强调“审执分离”一直是我们的民事审判与民事执行的传统。但这是一种误识。关于“审执分离”,我们只是完成了一个粗略的框架,包括:组织、人事架构上的分离,即审判机构与执行机构的分离;权力行为实施人员的分离,即审判人员与执行人员的分离;权力行使对象的分离,即审判事项与执行事项的分离;程序上的分离,即审判程序与执行程序的分离;权力行使阶段的分离,即审判阶段与执行阶段的分离。^{③⑫}在这些分离之中,最基本、核心的分离是权力行使对象的分离,这也是“审执分离”的本质所在。这种分离以对象的区分为前提,只有完全实现了权力行使对象的分离或区分,

②⑨ 此处的公证证明是指广义上的公证证明,意即由国家机关或法律规定的公证机关对特定事项提供的证明。法院的裁判文书和法庭笔录均是公证证明文书,是对事实和权利的公证证明。判决书作为执行根据即是对权利人存在实体请求权的高度盖然性证明。狭义上的公证证明专指公证机关的公证证明。

③⑩ 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈耳瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第60页;[日]伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第26页。

③⑪ 参见刘家兴、王国枢、张若羽等主编:《北京大学法学百科全书·民事诉讼法学 刑事诉讼法学 行政诉讼法学 司法鉴定学 刑事侦查学》,北京大学出版社2001年版,第694页。

③⑫ 关于审判权与执行权在组织、人员、事项、程序等方面的分离,参见前注①,肖建国、黄忠顺文,第35-36页。

才能真正理解程序分离或区分的意义所在。权力行使对象的不同决定了权力实现在要求、方式和程序上的不同。这也是“审执分离”的全部意义所在。学界没有完全理解和厘清区分两种权力的行使对象差异的意义所在,这必然影响到“审执分离”改革推进的路径和方向。审判权的行使对象即审判事项的核心,是民事主体之间的实体权利义务争议;审判程序或诉讼程序的核心是揭示和认定诉讼请求的事实依据,适用相应的实体法作出裁决。这是由民事诉讼的目的、诉权、诉与审判权的原理、原则所决定的。执行权与审判权分离的核心也在于此,即执行权绝不能染指实体权利义务争议的裁决。这包括执行机构不能对执行根据的合法性、正当性进行审查,不能改变或撤销执行依据或执行根据。只有审判机构自身,才能够按照特定的法律程序对执行根据进行审查,并决定是否撤销、更改作为执行根据的裁决。相应地,尽管审判机构可以通过法定程序改变执行根据,间接影响执行的过程和结果,但其绝不能干预执行机构的执行活动。无论是民事诉讼还是民事执行,都必须建立在这样的原则之上,才能建构现代的民事诉讼体制和民事执行体制。这一原则看起来似乎很简单,也很清晰,但是在“审执分离”的实践中却没有得到完全贯彻。

时下推行的以执行裁决权和执行实施权为中心的“审执分离”的理论和实践将执行裁决权与审判权等同,将执行争议的审理、裁决与实体权利义务争议的审理、裁决等同,干扰或影响了人们对执行权与审判权本质差异的认识。问题的原因就在于对执行裁决权与审判权的等同认识上。执行裁决权一般被定义为对执行相关争议事项作出认定和裁决的权能。其中,与执行相关的争议事项包括关于执行程序中的行为(执行措施)是否违法的争议以及涉及实体权利义务争议的争议。而依照审判权的内涵,审判权的行使对象包括民事实体权利义务争议以及与此相关的程序附带事项。^③显然,执行阶段中所发生的涉及实体权利义务争议的争议依然应当属于审判权行使的范畴,该阶段中的非实体权利义务争议的执行程序争议则不属于审判权的行使对象范围,依然归属于执行权的行使对象范围,即属于执行裁决权。该权能与执行根据解释权、^④执行实施权、执行命令权、执行调查权等构成了完整的执行权体系。虽然也有人意识到民事执行权不应包含针对实体性争议的审判权,但却因为只承认审判权属于司法权而认为执行权不在其内,并且将审判权与裁决权或判断权等同,从而产生将执行争议裁决权(判断权)被排除在民事执行权之外的误识。^⑤

笔者认为,学界之所以会将执行裁决权等同于审判权,将执行中的程序事项的争议的审理、裁决也纳入审判权范畴,主要有以下原因:

^③ 所谓附带程序是指为保障诉讼程序以及裁判的实效,在诉讼过程中所设置的附带程序。例如,诉讼保全程序、证据保全程序、先予执行程序、书证提出命令程序、庭外调查程序、对妨碍民事诉讼行为予以制裁的程序等。

^④ 以往人们在讨论执行权权能时几乎都没有谈及执行机构对执行根据的解释权,实际上执行根据解释权是执行权能中非常重要的一项权能。缺失这一权能,执行便不能顺利展开。作为执行根据解释的制度构成包括了解释原则、解释主体、解释依据的资料范围、对执行机构解释不服的异议程序等。

^⑤ 参见石时态:《民事执行权配置研究》,法律出版社2011年版,第28页。

其一,囿于“阶段思维”,对“审执分离”的认识被限制在了特定的时空之中。在认识“审执分离”的问题时,学者们在思维方式上处于“阶段维度”,即认为审判权与执行权的行使在时空维度上是截然分开的两个阶段——审判阶段与执行阶段。执行阶段是审判阶段的接续,审判阶段结束之后是执行阶段的开始。因此,执行开始之后的所有事项的处置都被归属于执行事项,不再区分执行程序事项和实体权利义务事项。由此,权力行使的主体上就应该为相应的机构,由执行机构一并处理也更为简单、快捷、有效。实际上,审判权的行使在执行根据产生之后的执行过程中依然存在且必要。因为在执行过程中,依然有关联执行的实体权利义务争议存在,这些争议同样需要通过行使审判权加以解决。

其二,笼统的“执行救济”概念阻断了人们对不同性质争议认识的深化。人们习惯于将执行中争议的解决归为一种程序救济——“执行救济”,无论是执行程序事项上的争议,还是涉及实体权利义务事项的争议。即使是执行程序事项争议也与当事人的实体利益有关。从“救济”具有纠正、矫正这一含义的角度而言,对违法执行行为通过执行异议或执行关系诉讼对实体权利义务认定错误予以纠正也可被称为“执行救济”。但正是“执行救济”这一概念统合了执行阶段中发生的程序事项争议与实体权利义务事项争议,再有“阶段思维”的加持,客观上进一步弱化了执行程序事项争议与实体权利义务事项争议的本质差异,强化了执行裁决权与审判权在形式上(审理、调查、认定和裁决)的对接。正如有学者认为的,执行裁决权中的执行异议、执行复议、不予执行是民事执行程序中为当事人、利害关系人提供的司法救济制度,应当适用民事审判程序的程序保障原理,由人民法院主导该救济程序的进行,其定位在民事审判权的范畴之内。追加、变更被执行人是将生效法律文书之外的第三人作为被执行人,由其为执行债权人承担责任,因此会对第三人的实体利益和程序利益造成实质性不利影响。为此,追加、变更被执行人须遵守法定的理由和程序,应当由法院为被追加、变更之人提供正当的程序保障。中止执行、终结执行等事项,涉及民事执行程序的进行,根据民事执行及时、不间断原则的要求,除非具备法定事由和程序,不得停止执行,因此,尽管中止执行、终结执行属于纯粹的程序事项,但由于其会涉及当事人的重大实体利益和程序利益,属于民事审判权的事项,有必要由人民法院来负责。^{③⑥}在实践中,执行裁决权审理、裁决的事项即所谓“权力清单”就包括了执行异议(执行复议)、执行监督、执行异议之诉、许可执行之诉、分配方案异议之诉。这样的“清单”显然模糊了执行程序事项和涉及实体权利义务事项之间的差异。

其三,“便利思维”阻止了争议解决方法的分化和细化。从我国执行争议解决的发展过程来看,由于没有制度移植、借鉴的过程,对争议解决方式的制度设计是在不断摸索的实践经验中发展起来的。实用且便利是人类实践探索的价值追求,执行中争议的解决

^{③⑥} 参见前注^{②⑥},肖建国文,第40-41页。

也是如此。制度的发展当然要考虑实用便利,但这种实用主义的思维也会阻碍对争议性质的认识,进而影响不同性质处置方法和程序的科学性。例如,在制度建构中并不在意区分实体争议和执行行为异议会对处理程序设置产生影响。尽管现行的法律规范注意到实体争议的解决需要通过诉讼程序,为案外人和债权人在执行标的错误时设置了异议之诉,但基于“便利思维”的实用主义考量,依然保留了具有非讼性质的异议前置程序。^{③7}

事实上,执行裁决权不等于审判权,也不能等于审判权。学界以往所理解的执行裁决权是一个笼统的、含混的概念,僭越了执行裁决权应有的权限范围,错误地将审判权的行使对象武断地纳入了执行裁决权之中,违背了只有审判权才能对实体权利义务争议作出审理和裁决的常识。反之,将学界当下理解的执行程序的争议事项纳入审判权范畴之中也同样不恰当,审判权的行使对象并不直接包含程序事项,只有在附带的情形下才有可能,例如,在实体权利义务争议解决的诉讼程序中对程序问题予以处置。审判权是司法权下的子范畴,与司法权下的执行权具有对应和关联关系。民事审判权的核心内容是对民事实体权利义务争议的审理和裁决。审判权是法院为解决私人间权利关系争议而行使的权能的总和。^{③8} 围绕这一核心事项而开展的所有程序以及权力配置和制度安排都是审判权范畴下的子权力或从权能。如对起诉立案的审查和裁决、对管辖异议的审查和裁决、诉讼保全的审查和决定、证据交换的处置、审理程序的安排、庭审程序的安排、质证认证的处置、案件事实的职权调查、书证提出义务的审查和裁决、法律文书的送达、对妨碍民事诉讼行为的惩戒等权能都附随于审判权,不能将这些附随的权力或权能从审判权中割裂开来。

为什么不能将学界通常认识的执行裁决权与审判权等同,将两者混同有何不妥?这涉及到对“审执分离”的价值和必要性这一基本问题的认识。民事审判程序是因当事人行使诉权而开启的,当事人的诉求一定涉及实体权利义务,无论是给付之诉、确认之诉,还是形成之诉,并由此形成了诉讼。法律依照公平、公正、适当、经济的价值追求以及相互间的衡平设置相应的诉讼程序,其中包括审判权行使的正当程序。基于双方当事人民事权利义务的对立,诉讼程序必须平等地给予其充分的程序保障。这些程序保障措施还必须符合民事实体法的原则和精神,由此也就有了一系列的原则——平等原则、处分原则、辩论原则、直接言辞原则、回避原则、主张责任原则、证明责任原则、程序权利救济原则等。审判程序、诉讼程序设立的基本点在两个方面——实体权利义务争议以及平等的双方当事人。没有这一基本点,审判程序和诉讼程序的许多原则都是没有意义的。换言之,虽然因为诉讼标的额或案件事实的复杂程度的差异,审判程序和诉讼程序的复杂程度有所不同,但只要涉及到这一基本点,就必须要有相应的程序、原则和制度以实现程序正义的基本价值要求。因此,在涉及实体权利义务争议时,无论是在哪个阶段,都应当通过审判权的行使依照相应的诉讼程序予以解决。诉讼程序一定是审判权行使的程序,

^{③7} 参见张卫平:《执行救济制度的体系化》,载《中外法学》2019年第4期,第895页。

^{③8} 参见前注^{③0},伊藤真书,第26页。

不可能存在无审判权行使的诉讼程序。在执行阶段,请求异议之诉、第三人异议之诉、分配方案异议之诉等之所以被称为诉讼,当然是因为涉及实体权利义务的争议,也因此有相应的诉讼程序,即法院审判权以及当事人诉讼权利行使的程序。依照“审执分离”的基本原则,执行权不能介入,执行机构应当完全尊重审判权行使的结果。

在阐明审判权的基本含义之后,还需要深入地讨论一下一般学界所认识的执行裁决权,以便说明为什么人们所认知的执行裁决权不能被笼统地认定为审判权以及为什么关于执行争议的审查和裁决依然属于执行权的范畴,属于执行权的基本权能。如前文所述,现在学界认为执行裁决权的对象既包括关于执行行为的争议,也包括执行过程中的实体权利义务争议。应当明确的是,执行过程中,被执行人对执行行为的异议,在于执行异议人认为执行机构在执行程序以及执行方法、手段上违反了执行法规范,在性质上属于执行违法。执行违法必定与执行机构有关(执行人员代表执行机构所实施的行为,其责任归属于执行机构)。与此不同,因实体上的问题所导致的执行结果错误属于执行不当,而非执行违法。过去,无论是实体上的错误,还是执行程序上的错误都被笼统地称为执行违法。^{③⑨}“执行违法”与“执行不当”这两个概念将两种性质不同的错误——执行行为的错误与实体上的错误或不当——明确地区别开来了。

实体根据被撤销、变更,实体请求权的丧失等实体原因与执行机关的执行行为没有任何直接关系。正是因为执行违法与执行不当系不同的原因所致(作为执行程序上的原因,执行异议是当事人或利害关系人对执行机关的执行行为在程序上的异议;实体上的原因是被执行人、债务人或第三人在实体上提出主张,请求排除强制执行^{④⑩}),对两者予以救济的方式也就有所不同。前者是执行异议程序,解决的是执行机构在程序和方法上是否违反执行法的问题,属于程序上的救济方法,在权力归属上自然属于执行的范畴。而且,因为执行行为违法与否与执行机构相关,所以其争议的处理才应当由执行机构通过行使执行权来解决。在此过程中,因为不存在对立的双方当事人,仅仅涉及执行权力人与执行相对人之间的关系,也不存在执行机构在处理争议时是否中立的问题。后者是诉讼程序,解决的是实体权利义务的争议,属于实体上的救济方法,因此属于审判权行使的范围,^{④⑪}归民事审判庭管辖。至于审理裁判执行异议之诉及其他执行关系诉讼的审判庭是单独设立还是归属于法院的一般民事审判庭管辖,并无大碍。需要进一步说明的是,如同法院并非只能拥有审判权,而不能拥有执行权一样,执行机构并非只能行使执行权,而不能行使审判权。是否拥有审判权和执行权并非真理性命题。为了方便行使审判权,在执行机构中同样也可以设置民事审判庭,审理执行关系诉讼案件。关键不在于组织机构的设置,而在于争议对象、诉求、审理的程序和适用的相关法律。在我国台湾地区,审

^{③⑨} 参见张卫平:《案外人异议之诉》,载《法学研究》2009年第1期,第4页。

^{④⑩} 参见杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第170页。

^{④⑪} 参见前注^{④⑩},杨与龄书,第169页。

理执行异议之诉的民事管辖法院就设在执行法院。^⑫由此可以说明,该审理、裁判机构设在执行法院还是普通法院并不重要,重要的是按照审判或诉讼程序进行审理、裁判。程序设置的科学性、合理性是结果正当性的保障和根据。

只有真正理解了民事审判权的行使对象的规定性——对民事实体权利义务争议的审理和裁判权能,以及执行权行使对象的规定性——对执行程序事项的裁决和实施权能,才能正确地理解审判权与执行权两者之间的应有关系,正确把握“审执分离”的原旨,进而才能完整地、科学地、逻辑自洽地构建起审判权与执行权的整体框架,实现我国民事执行体制的现代转型。以执行请求异议之诉或债务人异议之诉制度的构建为例。执行请求异议之诉有无必要,应当向法院的哪一个管辖机构提起,应当适用何种程序,当事人法庭辩论程序是否必要,都是该制度建构中必须要回答的问题。执行请求异议之诉、第三人异议之诉以及其他执行关系诉讼一起构成了执行关系诉讼的整体。在建立执行关系诉讼制度和程序的同时,还需要构建执行异议制度和程序。如果仅有其中一个体系,或者两者是交叉混同的,就不能认为民事执行制度是完善的、体系化的、科学的、现代的。执行始于债权人或执行申请人向执行法院(执行机关)申请执行,其实体请求根据是判决书、其他执行根据或债务名义。相应的,债务人认为执行根据不成立或不存在,就必须提出相应的实体上的反对根据(反对名义),无论是执行根据(债务名义),还是反对根据(反对名义),都是实体上关于执行根据的实体权利义务是否存在或成立的问题。既然是实体权利义务的争议(民事诉讼产生执行根据,民事诉讼也可以推翻执行根据,即法理上所说的只有民事诉讼才能阻止民事执行。^⑬换言之,民事审判权决定了执行根据,而其他权力无法做到这一点,执行权也不能)。按照笔者对“审执分离”的认识,上述实体权利义务的争议当然应当归于审判权行使的范围,由民事审判庭通过诉讼程序审理和裁判,而非归属于执行权行使的范围,也不应按照解决执行异议的非讼程序审查和裁决。既然是诉讼程序就必须适用民事诉讼基本原则和审理的基本原则,包括平等原则、处分原则、辩论原则、诚实信用原则、对审原则、言辞原则、直接原则——这是诉讼程序正义的基本要求。诉讼程序中最重要程序就是口头辩论程序,而在执行的非讼程序中,上述民事诉讼基本原则和审理原则,如对审原则、言辞原则、直接原则和口头辩论程序都是非必要的、非原则性的,显然,两者有着本质上的差异。不仅是执行异议处置的程序,执行措施决定的产生也应有相应的程序。这些程序的设置与审判程序有很大的区别,例如,审判程序中为了查明和确认案件事实需要有辩论程序,而在执行程序中执行机构虽然也需要了解相关事实,但在程序上适用的是非口头辩论程序,大陆法系国家称之为“审寻”程序,^⑭强调的是执行程序中的职权主义及非讼因素。口头辩论适用的是公开原则,审寻

^⑫ 参见前注⑩,杨与龄书,第170页。

^⑬ 山本和彦等主编『民事执行法』(日本评论社,2014年)3页参照。

^⑭ 日本《民事执行法》第5条规定,执行裁判所在作出执行处分的场合,认为有必要时,可以对利害关系人及其他参考人进行审寻。

适用的是非公开原则,其他口头辩论程序中适用的对审原则、直接原则、言辞原则等在审寻程序里也都不予适用。^{④5}

四、“审执分离”的深化与制度改进

在明确“审执分离”的本质或要义之后,就需要以此为基准进一步深化和拓展,真正贯彻和落实“审执分离”原则。我们过去所认为的在立法、组织(人事)、权力行使对象、程序上的“审执分离”在一定程度上偏离了应然的路径和方向,因而难言“审执分离”的完成。因此,民事执行体制的转型和民事执行制度完善的一个重要方面就是在正确的路径上深化和拓展“审执分离”,贯彻和落实“审执分离”的基本原则和原理。尤其应利用制定《民事强制执行法》的契机,按照“审执分离”的原则,全面理清和调整现在制度结构中审判权与执行权的关系,使其回归“审执分离”应有的状态。一旦错过了《民事强制执行法》制定这样一个制度调整机会,今后再进行制度调整,必然面临更大的困难。

依照“审执分离”的原旨和要义,其深化和制度改进初步可以考虑从以下几个方面着手:

(一) 依照“审执分离”的原则,实行民事执行争议的解决与涉及实体权利义务争议解决程序的分离

首先需要对现行民事执行实践中的执行裁决权行使对象进行清理,将执行关系诉讼(包括各种异议之诉)从执行裁决权中分离出去。将执行程序争议与执行过程中的实体权利义务争议的处置程序分为执行异议程序与执行异议诉讼程序。前者属于执行权行使的范畴,后者属于审判权行使的范畴,彻底实现“审执分离”。按照现行《民事诉讼法》(2021年)第234条的规定,执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。在该条规定下,对执行异议与涉及实体权利义务争议的解决在程序上并没有加以区分,而是笼统地使用“案外人对执行标的提出书面异议”的说法,将两种争议首先按照执行异议非讼的方式予以处理,只有在不服该处理之后,才将实体权利义务争议纳入诉讼路径。这显然有违“审执分离”原则。尽管在《民事强制执行法(草案)》中第89条有了一些调整,但其基本的思路没有变化。^{④6}按照第89条规定,尽管涉及实体权利义

^{④5} 伊藤真=圆尾隆司·前掲注①7 52页;山本和彦·前掲注③ 21页参照。

^{④6} 《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》第89条规定:“案外人认为其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的,可以在该执行标的的执行程序终结前,向执行法院提出书面异议。执行法院应当在收到书面异议之日起三十日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;认为与原判决、裁定无关或者执行依据为仲裁裁决、公证债权文书等的,可以自裁定送达之日起十五日内向执行法院提起诉讼。”

务,但仍然应当向执行法院先提出异议,由执行法院进行审查,对审查结果不服的才能向执行法院提起诉讼。而依照“审执分离”的原则,只要涉及实体权利义务,一开始就应该向法院提起诉讼,由法院行使审判权进行审理和裁决。因此,无论是修改《民事诉讼法》,还是今后制定《民事强制执行法》,这一点都应当加以明确。

（二）按照“审执分离”的原则,改变现行执行回转制度中由执行权替代审判权决定执行根据的做法

在现行的民事执行回转制度中一直存在以执行权替代审判权的做法。执行回转制度被认为是我国执行制度中一个具有中国特色的制度,源于1991年的《民事诉讼法》第214条规定。然而这一制度却显然有违“审执分离”的原则。所谓执行回转,是指执行结束之后因原来的执行根据被撤销,原被执行人要求申请执行人返回其财产,在遭到拒绝的情形下,原被执行人可要求法院通过强制执行返回其被执行的财产,从而恢复到原执行程序开始前状态的制度。根据现行《民事诉讼法》(2021年)第240条的规定,“执行完毕后,据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误,被人民法院撤销的,对已被执行的财产,人民法院应当作出裁定,责令取得财产的人返还;拒不返还的,强制执行”。该条并未明确规定具体适用何种程序,由哪一个机构进行审理或审查。从相关司法解释和实践来看,适用的是非讼审查程序——审查机构是执行机构,最终裁决的形式为裁定,以及对执行回转的裁定不服时可以提出执行异议等都说明该程序并非审判、裁判实体争议的程序。

从原理上讲,一方面,原执行根据被撤销并非执行机构的行为错误所致,涉及执行根据在实体上的错误,与执行机构无关;另一方面,原申请执行人在其执行根据被撤销后不愿意返还其执行的财产,就需要通过启动强制执行程序实现其返还义务,启动新强制执行程序就要求权利人须有新的执行根据,这一执行根据只能由通过审判机构行使审判权获得,而非通过执行机构行使执行权获得,因而其程序也只能是诉讼程序,而非非讼程序。然而遗憾的是,在2022年《民事强制执行法(草案)》中依然保留了有违“审执分离”原则的执行回转规定(第6章第3节)。虽然该草案第91条规定,“执行依据被依法撤销、变更的,原被执行人可以向原执行法院提出执行回转申请,请求原申请执行人返还因强制执行所受的清偿,也可以向原执行法院提起诉讼”,但实际上,这样的选项是不存在的。妥当的程序设置应当是,原执行根据被撤销之后需要通过执行返还其被执行财产的,权利人应当向人民法院提出财产返还之诉,由法院的审判机构通过民事诉讼作出承认该实体请求的生效判决。如果财产持有人依然不返回其财产,则权利人可以将该生效判决作为执行根据申请强制执行。之所以必须要通过诉讼程序,是因为该纠纷涉及的是实体权利义务的争议。这是“审执分离”必须坚守的一个基本原则。至于是否可以通过更为便捷的程序以使权利人能够更快地获得执行根据,则是一个可以进一步探讨的问题。^{④7}

^{④7} 关于这一问题的初步思路,参见前注^{③9},张卫平文,第906页。

（三）依照“审执分离”原则，完善执行关系诉讼体系

所谓执行关系诉讼是指，在执行过程中适格当事人提起执行相关的涉及实体权利义务的诉讼。这些诉讼包括请求异议之诉、第三人异议之诉（案外人异议之诉）、分配方案异议之诉、请求执行异议之诉、许可执行之诉^{④⑧}、执行文异议之诉（在有执行文制度的体系中）等。这些诉讼的共同点就是涉及实体权利义务的争议，而非执行行为以及执行程序上的争议，因此应当属于审判权的行使对象范围。在执行关系诉讼体系中，最主要的是请求异议之诉和第三人异议之诉。目前在我国的执行关系诉讼体系中尚缺独立的请求异议之诉制度以及与此对应的请求执行异议之诉制度。请求执行异议之诉是指申请人向执行法院申请强制执行，执行法院以实体理由（没有执行力）驳回其申请后，申请人以涉及该实体权利的当事人为被告提起的诉讼。该实体请求如果得到法院的认可，权利人还可以该判决为根据向执行法院请求强制执行。请求执行异议之诉与请求异议之诉两者之间构成了一种对应的关系。在我国现行的民事执行制度中尚未设置请求执行异议之诉制度。既有的救济制度没有为驳回所涉及的实体权利义务异议设置相应的诉讼救济途径。缺失这些制度的一个重要原因就在于没有认识到这些制度与“审执分离”改革本质之间的内在联系。

请求异议之诉或债务人异议之诉以排除执行根据（无论是裁判上的执行根据，还是裁判外的执行根据）的执行力为目的。债务人之所以提起该异议之诉，是因为该执行债权不成立、债权已消灭或者存在妨碍债权人请求的事由等原因。现行执行救济体制中的案外人异议之诉与请求异议之诉或债务人异议之诉不仅在诉讼主体上不同，而且在诉讼客体上也有所不同，案外人异议之诉对执行的排除仅仅限于特定被执行的标的（案外人对执行标的拥有足以排除其强制执行权利的，可以向法院提起案外人之诉），并不排除执行根据的执行力。^{④⑨}因此，作为执行救济的制度体系的组成部分，请求异议之诉或债务人异议之诉制度是不可或缺的。在我国现行的执行救济制度体系中，对于因请求权原因导致的执行不当虽有救济措施，但救济措施主要是通过再审程序撤销执行根据或在执行异议程序中提出异议阻止其执行。通过再审有可能撤销原裁判，一旦原裁判撤销，就意味着原执行根据不复存在。但执行根据被撤销仅仅是债权消灭的一种情形。实际上，还有很多发生债权消灭的事由，例如已经清偿、提存、抵销、债务免除、混同、撤销权或解除权行使等，这些原因都有可能会导致执行根据中债权的消灭。除了债权消灭事由，影响债权执行力的还有妨碍债权人请求的事由（例如债权人同意延期等）、债权不成立的事由（例如，虽有关于拍卖抵押物的裁定，但抵押物的设定是虚假的）、在主体上属于非执行根

^{④⑧} 许可执行之诉是指请求权人以执行根据所涉及的债务人的继受人以及因执行根据效力扩张所及的人为被执行人申请的强制执行，在执行法院驳回之后，向被执行人提起的请求履行债务的诉讼。参见前注^{④⑦}，杨与龄书，第125页。在现行的民事执行制度中，此种情形一般的救济方式是权利人向法院提起执行异议，通过执行异议程序加以解决。但是，债务人的继受与执行力的扩张涉及的是实体权利义务问题，因此通过仅解决执行程序性争议的执行异议程序来解决显然是不妥当的。

^{④⑨} 中野贞一郎=下村正明『民事执行法』（青林书院，2016年）281页参照。

据效力所及的事由等。^{⑤①} 这些事由都涉及实体权利义务问题,是执行机构在执行异议审查中不能判断的——无论在职能上还是程序上都无法予以满足,只能通过专门的债务人异议之诉进行判断。现行执行救济制度体系中之所以缺失请求异议之诉,除了执行救济理念上的不足之外,主要是因为没有能够真正认识到“审执分离”改革的本质、实体权利义务事项与程序事项的差异及其与救济方式之间的内在关系,由此导致执行异议审查在实体问题上的跨界越权。只有真正理解了“审执分离”改革的本质才能认识到设置请求异议之诉的意义,以及该诉讼应当由何人、向何地的审判机构、针对何人提出。其中涉及请求异议之诉的当事人适格(原告适格、被告适格)、诉讼标的、审判法院管辖、判决既判力的主客观范围等问题。如果仅仅由法院管辖,就从有利于查清案件争议事实角度出发,根据执行依据的不同,设置不同的法院管辖。针对国内法院裁决、我国法院承认的国外法院判决、域外仲裁机构的仲裁裁决、支付令、公证债权文书、经过司法确认的有执行力的调解书等提起请求异议之诉,其管辖问题就不是“执行机构所在地的审判机构管辖”这样简单的规定可以解决的。

(四) 依照“审执分离”的原则,设置执行文制度

在《民事强制执行法》的制定中,学界在关于如何保障执行根据具有执行力的制度设计问题上存在着较大的争议。具体而言就是在《民事强制执行法》中是否应当设置“执行文制度”。所谓执行文是指由法院的专门机构对执行根据进行审查后,为其执行根据具有执行力所提供的证明文书。一般的做法是在执行正本中附上“具有执行力可以执行”的结论。大陆法系国家(如法国、德国、日本、韩国等)的民事执行法都有这样的规定。日本的执行文付与制度移植了德国的制度,德国的执行文付与制度又借鉴于法国。韩国的执行文则是借鉴了德国和日本的制度模式。^{⑤②} 执行文制度设立的基本依据也是“审执分离”原则。^{⑤③} 按照“审执分离”原则,执行机构必须绝对信赖审判机关作出的执行根据,才能高效地实现执行,但是在有些情形下执行机构很难判断该执行根据在执行开始之时依然具有执行力,因而需要法院的专门机构进行审查和判断。这一权力行使由于涉及执行根据,且只有熟悉相应执行根据产生过程的机构才能作出更为正确的判断,所以由执行机构予以审查、判断是不妥当的。虽然提供证明的机关不是审判机关,赋予执行文的行为也不是审判权的行使,^{⑤④} 但目的是为了保障执行根据具有执行力,因此是“审执分离”原则的派生制度。

也许有学者认为设置执行文制度对执行根据赋予执行文以证明其执行力,纯属多此一举,不如在执行申请立案时由执行机构进行审查更为简便。但笔者认为,除为贯彻“审

^{⑤①} 请求异议的事由,取决于实体法的规定。不同国家或地区因实体法规定的不同而有所不同。

^{⑤②} 中野贞一郎=下村正明·前掲注④ 253 页参照。关于韩国执行文制度,参见[韩]李时润主编:《新民事执行法》(第7版),博英社2016年,第153页。关于执行文的制度规定,参见韩国《民事执行法》第29-36条、韩国《小额裁判法》第5条第7-8项。

^{⑤③} 参见[韩]姜大成:《韩国民事执行法》,朴宗根译,法律出版社2010年版,第74页。

^{⑤④} 山本和彦·前掲注④ 65 页参照。

执分离”原则之外,就执行根据在申请执行之时是否确实具有执行力这一点而言,执行根据产生过程中的见证主体(在大陆法系国家,该主体为法院的书记官^{⑤4}和公证机构的公证员^{⑤5})一定比处于这一过程之外的执行机构更为清楚,因此更有权对其执行力存在与否作出证明,因此,从保障执行根据的执行力、便于更好地实施强制执行的角度来看,有必要设立执行文制度。依照我国现行的制度——在执行开始后由执行机构进行审查判断的做法显然没有完全遵循“审执分离”原则,进行修正调整是必要的。当然执行文制度的设置涉及许多制度环节,如执行文主体、赋予执行文的要件、赋予执行文的范围、赋予执行文的程序、对执行文异议(诉讼)的处置等诸多问题,尤其是如何构建适应我国制度环境的执行文制度将是一个值得深入研究的课题,^{⑤6}限于篇幅,本文不在此展开阐述。

五、结 语

“审执分离”是民事执行制度建构的一项基本原则,目的在于通过审判权与执行权的分离,使得执行权能够专注于执行,高效地实现实体请求权,避免执行权对审判权的僭越,对审判机构行使审判权形成干扰。虽然在司法实践中的某些特殊情形下,可能难以厘清审判权与执行权的界限,但总体而言,在绝大多数情形下,都可以清晰地厘清审判权与执行权的界限。“审执分离”的核心在于审判权和执行权的行使对象,正是由于审判权与执行权在行使对象上的差异,使得审判权与执行权行使的方法和程序也都有所差异,并由此有了对组织及人事上合理、科学的制度设置要求。“审执分离”虽然不是我国民事执行制度改革和完善的唯一要求,但却是完善和改革我国民事执行制度,实现我国民事执行制度现代转型的相当重要的一个方面。

在我国民事执行制度发展过程中,随着新中国民事诉讼法不断发展和完善,“审执分离”也在不断推进,尤其在组织人事、权力行使对象、程序框架等方面都有所改进。但因为学界对“审执分离”,尤其是对审判权与执行权行使对象的差异以及对象差异对组织人事、程序、处置方法的影响缺乏深入细致的理解和认识,加之受传统民事执行理念的影响,“审执分离”还止于表面和粗疏的框架建构上。而且,由于未能深刻理解和把握“审执分离”应有的含义,“审执分离”被引入了执行裁决权与执行实施权分离的方向。党的十八届四中全会《决定》出台后,为了积极回应“审执分离”改革试点中的“外分”观点,学界对“审执分离”的关注点转向了“外分”与“内分”之争,并将“审执分离”的改革进一步引入了深化执行权范畴之下的“内分”,笼统地将执行裁决权等同于审判权,并将其与执行实施权等其他权能的分离视为“审执分离”的基本方向,进而逐渐偏

^{⑤4} 在大陆法系国家,书记官作为案件审理和裁判的公证机构,具有记录、证明保管案件所有法律文书的职责,同时具有监督法官的职能。参见张卫平:《论庭审笔录的法定化》,载《中外法学》2015年第4期,第913-914页。

^{⑤5} 公证机关的公证员所赋予的执行文仅限于公证债权文书。山本和彦=小林昭彦=浜秀树=白石哲编《民事执行法》(日本评论社,2014年)65页参照。

^{⑤6} 参见刘颖:《执行文的历史源流、制度模式与中国图景》,载《中外法学》2020年第1期,第241-258页。

离了“审执分离”的原旨。实际上,在充分认识审判权与执行权本质的基础上,可以比较清晰地认识到执行裁决权的行使对象中关于实体权利义务争议的审理和裁决属于审判权,而由于异议的原因与执行机构以及其行为有关,涉及执行程序违法和手段违法的异议事项属于执行权行使的范畴。今后的“审执分离”改革应当以“审执分离”的原旨为中心推进和深化,并利用我国制定《民事强制执行法》的契机对现有的制度进行调整,进而实现我国民事执行体制的现代转型。鉴于这种调整涉及诸多问题的细化论证,《民事强制执行法》的制定应当是一个较长的过程,不宜仓促而就。

Abstract: In terms of the essence of ‘separation of trial and execution’, the core of the separation of adjudicative power and enforcement power lies in the distinction and deviation of the objects of their respective powers. Without grasping this essence, it is difficult to achieve a true ‘separation of trial and execution’. The object of exercising adjudicative power is the disputes over substantive rights and obligations, as well as the appendant matters; the object of exercising enforcement power is the disputes related to procedural matters during the implementation of the rights to claim based on the enforcement. However, the practice of ‘separation of trial and execution’ has the issue with the departure from its original meaning. Under the influence of the debate between ‘external separation’ and ‘internal separation’ of trial and execution, ‘separation of trial and execution’ has been introduced into the path of ‘internal separation’ within the scope of enforcement power, i.e. the separation of enforcement adjudication power from other enforcement powers, equating the enforcement adjudication power to the adjudicative power. Yet, the resolution of disputes arising from the execution of procedural matters through the enforcement adjudication power does not perform as the object of the exercise of adjudicative power. The disputes over procedural matters in the execution of rulings involve the acts of enforcement and procedures of enforcement, which are related to the exercise of enforcement power, but not to the exercise of adjudicative power. Therefore, the reform of ‘separation of trial and execution’ should be promoted and deepened in its original sense, and corresponding adjustments should be made to the current civil enforcement system, in order to achieve the modern transformation of China’s civil enforcement system.

(责任编辑: 陈贻健)