

民事执行根据问题探究

张卫平*

内容提要：执行根据是法院实施强制执行的根据，是执行正当性的基础。虽然执行根据在执行法上具有重要的地位，但学术界和实务界关于执行根据的讨论和研究依然还有较大的空间，也存在诸多模糊不清的认识。在执行根据的一般基础性认识方面，执行根据的形成方式与审执分离原则的贯彻程度密切相关，执行根据有效是执行程序有效性的必要非充分条件，也构成执行机关行使解释权的基础。判决成为执行根据的主要条件包括判决确定且终局、判决具有执行力，判决的执行力与既判力在主客观范围上基本一致但在某些特殊情形下存在差异。仲裁裁决在法理上不能独立成为执行根据，我国应当设置司法审查确认程序完善仲裁裁决的执行制度。公证债权文书作为执行根据的法理依据在于强制执行的契约或承诺，由于没有既判力所以需要执行证书对执行力的证明和保障。

关键词：民事执行法 执行根据 判决的执行力 仲裁裁决 公证债权文书

一、问题的提出

依照法治原则和原理，每一个民事主体的财产都受法律的保护，不得随意剥夺和侵占。强制执行意味着对债务人财产所有权的变更以满足债权人的权利请求，使其债务得以履行。因此，强制执行必须要有确认其实体权利的根据——执行根据。执行机构只能依据其执行根据，依照相应的执行程序，按照法律规定的执行措施展开执行活动。因此说，执行根据是所有强制执行活动正当化的基础。

“执行根据”是我国学界常用的法律概念。在学术刊物和著作中，除了使用“执行根据”“执

* 张卫平，烟台大学黄海学者特聘教授、清华大学法学院教授。

本文为2018年国家社会科学基金重大项目“民事司法智能化设计的理论方案研究”（18ZDA142）的阶段性研究成果。

行依据”之外，还有使用“执行名义”“债务名义”“执行权源”等词语表达相同的含义。^{〔1〕} 这些不同表述并无本质或实质上的差异，从遵循习惯及减少变更成本的角度来看，法律上 [包括正在审议的《中华人民共和国民事诉讼法（草案）》，以下简称《民事强制执行法（草案）》] 继续沿用“执行根据”更为妥当，虽然在相关的司法解释中已经使用“执行依据”的概念，但相对而言司法解释的变动成本要低得多。

执行根据的文本表现形式必须是由法律所明确规定的，即所谓执行根据法定化要求。根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）、《中华人民共和国公证法》（以下简称《公证法》）等法律的规定，执行根据的法定文本形式有：（1）人民法院制作的、已经发生法律效力民事判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书。这类法律文书既包括由本院制作的判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书，也包括由上级法院或者其他法院制作的判决书、裁定书和调解书。（2）人民法院制作的、已经发生法律效力并有财产执行内容的刑事判决书、裁定书和调解书。^{〔2〕}（3）仲裁机关制作的、已经发生法律效力并有执行内容的仲裁裁决和调解书。（4）公证机构制作的、已经发生法律效力并依法赋予强制执行力的债权文书。（5）人民法院制作的承认和执行外国法院判决、裁定或者外国仲裁机构裁决的裁定书和执行令等。应当将哪些组织以及程序所确认的实体请求结果作为执行根据，赋予其强制执行的效力需要国家从纠纷解决资源配置、社会法制环境、法制传统、法治观念等多种因素予以考量。执行根据的法定化可以有多种模式。^{〔3〕} 所有执行根据在性质上都是对文本中存在实体请求权的高度盖然性证明。虽然法律上对执行根据有明确的规定，但这些规定仅仅是执行根据文本形式的规定，执行根据还需要具有相应的实质性内容，包括执行根据的构成、执行根据的有效性、执行力、执行力的主体范围、执行实现的可能性、对执行根据可执行性的判断、执行根据的解释主体及效力等。上述内容在欠缺时有的属于无效情形，有的属于瑕疵情形。这些具体内容需要根据各执行根据的类型进行分析和判断。关于执行根据，不仅是实务中存在许多技术性问题需要解决，也存在着诸多需要厘清的理论问题。例如，如何理解只有给付判决有执行力，而确认判决和形成判决没有执行力的问题。这一问题的认识基础又涉及应当怎样理解执行力问题。有许多问题如果在理论上没有厘清，必将影响有关制度设置的合理性和制度之间的自治性。以往的研究较多是从执行根据内容的某一个方面切入并予以展开，例如执行根据的执行

〔1〕《日本民事执行法》中表达执行依据含义时使用“债务名义”这一概念。我国台湾地区“强制执行法”使用“执行名义”的概念。《韩国民事执行法》则使用“执行根据”的表述。有的学者在翻译韩国民事执行法著作时对“执行根据”进行了意译，译为“执行权源”（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31页），虽然意思没错，但执行根据为《韩国民事执行法》中的汉字表达，国人都能理解，因此没有必要译作“执行权源”，如果意译，“执行权原”可能更为贴切。《韩国民事执行法》原来也使用日本法上的概念，即“债务名义”，后来在修法时改用“执行根据”。“债务名义”更强调执行依据的形式性，相对而言“执行根据”有强调其实质性的意味。无论哪一种执行文本实际上都是对执行根据的高度盖然性证明，在学理意义上使用“债务名义”或“执行名义”的说法似乎更为贴切。

〔2〕这类法律文书主要是因为被害人在刑事诉讼中提出刑事附带民事诉讼而作出的。在刑事诉讼中，如果被害人因为被告人的犯罪行为而受到物质损害，可以提出赔偿请求。法院对损害赔偿作出的判决就是刑事附带民事判决。法院对查封或者扣押被告人财产问题作出的裁定，就是刑事附带民事裁定。法院对附带民事诉讼案件进行调解达成协议所制作的文书，就是调解书。

〔3〕在北欧的一些国家，例如挪威、瑞典，法律上认为诉讼外调解机关达成的调解具有强制执行效力。参见《关于挪威瑞典诉讼外调解制度的考察报告》，载 <http://www.procedurallaw.cn/info/1013/5331.htm>，最后访问时间：2023年2月13日。

力、执行力的主观范围等，缺失从与具体执行根据的联系层面展开，因此容易忽视执行根据之间的比较观察和分析。执行根据并非独立的概念，其作为一项制度关系到整个民事执行制度的基本框架，例如“审执分离”、执行救济的方式与体系等。我国现行民事执行制度中存在的问题之所以没有理顺，其实都与对执行根据的认识不够存在牵连。有鉴于此，笔者认为有必要较为系统地对执行根据在理论上进行更为细致和深入的研究，以期推动我国民事执行法的理论研究，为民事执行制度的完善和发展提供更多的参考指引。

二、关于执行根据的几点基础性认识

（一）执行根据与“审执分离”

审判权与执行权分离（“审执分离”）是现代民事执行制度建构的一项基本原则和要求。这种分离导致了两者权力在诸多方面的不同或差异，包括权力行使的目的、结果、对象、主体、程序以及不服权力行使的救济方式等。就审判权而言，审判权行使的目的是确认权利义务，权力行使的结果在形式上就是法院的裁决（判决和裁定），其中主要包括对权利人权利主张予以确认的判决。该判决如果具有执行力，即成为执行根据。就执行权而言，执行权并不产生执行根据，执行权的目的和责任就是实现执行根据。执行机构应当对审判机构作出的执行根据绝对信赖，只有如此才能使执行机构专注于执行，高效率地通过强制执行方式实现其权利。可以说，执行根据的产生以及如何对待执行根据反映了是否贯彻“审执分离”原则的基本面。

执行权自身不能产生执行根据是“审执分离”原则的基本要求，也是现代民事执行体制的一个基本特点。^{〔4〕}然而在这一点上，我国现行的民事执行制度并未完全满足“审执分离”原则的要求。现行《民事诉讼法》（2021年修正）第240条规定：“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。”这就是“执行回转”制度。虽然该条没有明确指出责令通过原执行程序取得财产的人返还财产的法院是审判法院（审判机构）还是执行法院（执行机构），但从裁决的形式为裁定这一点可以看出该裁决作出的程序不是裁决实体权利争议的审判程序。从执行实践的操作来看，执行回转裁定的主体是执行机构，而非审判机构。审理裁决的程序是非讼程序，而非诉讼程序。也就是说，需要通过启动强制执行程序使得原执行财产回到权利人手中的执行根据是执行权行使的结果，而非审判权行使的结果。我们可以认为现行法律中关于执行回转的裁定也是执行根据，但该执行根据却不是审判机构通过审判程序取得的结果，因此有违“审执分离”原则的要求。^{〔5〕}正在审议的《民事强制执行法（草案）》虽然对原有的执行回转制度有所修正，但没有消解其存在的问题。^{〔6〕}

〔4〕 关于现代民事执行体制，详见张卫平：《论民事执行体制现代化转型》，载《中国政法大学学报》2023年第2期。

〔5〕 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。

〔6〕 《民事强制执行法（草案）》第91条第1款规定：“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。”实际上，只有通过诉讼程序，通过审判才能获得新的执行根据，实现原执行财产的返还。草案这一规定的问题在于，并没有意识到原执行财产返还的强制执行与执行根据的实质关系。

（二）执行根据的无效与执行的有效性

依照依法执行的原则，执行机关实施的强制执行必须要有执行根据，且执行根据是有效的。如果执行根据是无效的，那么将对执行机关的执行产生何种影响、应当如何予以处置就是一个值得讨论的问题。首先，应当明确执行根据无效的含义。所谓执行根据无效，是作为执行根据的文本，例如判决书、裁定书、调解书、仲裁裁决书、公证债权文书等不具备生效要件或基于程序上的原因已经被撤销或被否定，其执行根据不再具有法律上的执行效力。在理论上，前者属于“当然无效”，后者属于“形成性无效”。〔7〕例如，已生效（确定）判决经过再审之后被撤销、仲裁裁决通过司法程序被撤销、公证债权文书被公证机关撤销〔8〕等。法律对每一种特定的执行根据都有相应的要件要求。例如对判决，就要求判决已经生效、属于给付判决、给付请求权的范围是明确的等；对于仲裁裁决同样要求具有给付请求以及明确的请求范围（在国外，仲裁裁决还需要有法院的执行决定）等；对于公证债权文书则要求有债务人对执行的承诺、明确的债权债务、公证书的形成符合公证程序规定、有执行证书等。为防止对财产权的不法侵害，依照通常的法理，基于无效的执行根据所展开的执行也是无效的。〔9〕

如果在满足相应要件的情形下，执行根据被判断为有效，则根据执行程序实施的各种相应的执行措施也都是合法有效的，至于最终能否实现实体请求权则与执行根据有效无效本身没有关系。从强制执行请求权与实体请求权的关系而言，强制执行请求权是债权人基于执行根据请求执行机关通过行使强制执行权以实现其实体请求权的一种权利。通常认为该权利是一种债权人对执行机关的公法上权利。强制执行权依附于执行根据，只要执行根据是有效的，强制执行就是合法的。执行根据的实体权利发生转移时，该执行请求权也随之发生转移（十几年前这一问题还曾在国内学术界引发激烈的争论〔10〕）。根据抽象执行请求权的观点〔11〕以及审执分离的原则，〔12〕强制执行请求权的存在与否不以债权人是否实际拥有实体请求权为前提。〔13〕当然这一结论的前提是作为执行根据的法律文本在形式上是合法成立的。如果执行根据在形式上是不合法的，这一结论就不成立了。执行根据在形式上合法成立的情况下，依据执行根据展开的强制执行虽然在程序上是合法的，但却有可能不会产生实体法上的效果，例如欠缺实体请求权成立要件。这种情形属于实体上的无效。对于执行根据欠缺实体请求权生效要件的情形，最好的救济途径就是债务人提

〔7〕 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院、2016年）159頁参照。

〔8〕 《公证法》第39条规定：“当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的，公证机构应当撤销该公证书并予以公告，该公证书自始无效；公证书有其他错误的，公证机构应当予以更正。”

〔9〕 在国外的执行法通说中也是此种观点。伊藤眞ほか編『条解民事執行法』（弘文堂、2022年）136-138頁参照。

〔10〕 引发争论的问题出自当时实践中存在的所谓判决书买卖是否合法的讨论。判决书买卖实质涉及的问题是判决书中的实体权利是否可以转让及转让之后受让人是否具有申请执行权的问题。关于该问题的讨论，详见张卫平：《判决执行力主体范围的扩张——以实体权利转让与执行权利的获得为中心》，载《现代法学》2007年第5期。

〔11〕 关于强制执行请求权与实体请求权的关系，还有一种观点是“具体执行请求权说”，该说认为强制执行请求权的成立须以实体请求权的成立为要件，没有实体上的请求权，强制执行请求权也不能成立。在大陆法系国家抽象执行请求权的观点为通说。参见杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社2002年版，第5页。

〔12〕 根据审执分离原则，实体权利的确定与实体权利的实现为两种不同的程序，债权人只要取得了执行根据，即证明该债权人拥有了相应的实体权利。执行机关不能再对该债权人是否具有实体权利进行审查和判断。参见前引〔11〕，杨与龄书，第5页。

〔13〕 参见前引〔9〕，伊藤眞等人编书，第136、137页。

起请求异议之诉。由此也说明作为一种救济手段，设置请求异议之诉具有必要性。

（三）执行根据的解释

从应然的角度看，执行根据需对可执行债务的标的、数量、种类、范围等是明确的，^{〔14〕}但实践中却往往存在含糊不清的情形，这就需要执行机构对执行根据的合理解释能够明了该执行根据是否具有可执行性，并在可执行的场合下确定债务标的、数量、种类、范围等。与司法机关适用法律须对其所适用的法律具有解释权同理，执行机关依照执行根据予以执行也须拥有对执行根据的解释权，执行机关不能否定或改变执行根据本身。在权能的属性上，对执行根据的解释权属于执行机关享有的执行权范畴。对执行根据的解释通常是在对申请执行的审查过程中完成的。实践中也有在执行立案之后在具体实施执行的过程中对执行根据进行解释的情形。不同的阶段下，执行根据解释的后果会有所不同。

执行机构对执行根据具有解释权，这一点没有问题，但需要特别注意的是作为解释权行使对象的执行根据还需要进一步加以限定，即只有在实质上具备了执行根据的要件，执行机关才可能对其进行解释，如果该文本实质上还不能构成执行根据，还需要法院审查予以确认（这种审查判断行为在本质上属于审判行为），那么该文本就不能构成执行根据也就不存在执行机关对其进行解释的问题。因为在我国，仲裁裁决已经直接通过法律确认为执行根据，省略了司法机关审查的重要环节，所以，仲裁裁决直接成为执行机关的解释对象。在需要通过司法审查承认仲裁裁决执行力的国度，执行根据为仲裁裁决和司法审查判断两者的结合，法律上称之为附执行决定的仲裁裁决。因此，执行机关的解释对象也就是附执行决定的仲裁裁决，而非单纯的仲裁裁决。^{〔15〕}

执行根据的性质不同，其解释的方法也有所不同。执行根据总体上可以分为两大类：一类是由裁决机构对债权债务作出具有执行力的判决书，包括司法机关作出的判决、裁定、决定、命令以及由仲裁机构作出的仲裁裁决；另一类是当事人之间认可其债权债务的契约。原则上，执行机关的解释根据仅限于执行根据文本本身，执行根据以外的信息资料不能作为解释的根据，否则就可能对执行根据文本予以否定，这就僭越了执行解释权的权限范围，有替代审判权的嫌疑。对裁决类执行根据的解释与判决主旨的解释同样，在裁决中的债务表述不清晰时需要结合裁决文书的整体内容判断其可执行债务的内容。对契约类的执行根据，即调解书（包括诉讼调解书、仲裁调解书和经调解组织调解达成且经法院确认的调解书）、公证债权文书中债务人承诺的意思表示以及可执行债务的具体内容，也需要结合调解书和公证债权文书做出合理的解释。应当注意的是，无论是调解机构，还是公证机关制作的法律文书都以当事人的合意为前提，因此，执行机关不能对其合意的真实性予以质疑，需要通过解释加以明确的仅仅是债务的具体内容。

根据《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《最高人民法院执行规定》）第16条的规定，人民法院对符合执行受理条件的申请，应当在7日内予以立案；不符合受理条件之一的，应当在7日内裁定不予受理。这就包括了“申请执行的法律文书有给付

〔14〕《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）》（2020年修正）关于执行受理的条件中规定，申请执行的法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确（第16条第3项）。

〔15〕参见前引〔7〕，中野貞一郎、下村正明书，第179页。

内容，且执行标的和被执行人明确”这一条件，如果通过解释无法明确该条件，执行法院将裁定不予受理，实际上就是驳回当事人的执行申请。这里就涉及执行机构的错误解释如何救济的问题。对执行根据的解释权属于执行权，其解释行为也应当属于执行行为。《民事诉讼法》（2021年修正）第232条规定：“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，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，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。”问题在于，执行法院认为申请人所依据的执行根据没有执行力因而驳回执行申请，申请人不服提出了执行异议，法院驳回其异议时，申请人应当如何救济。合理的做法是申请人重新提起给付之诉，通过诉讼获得具有执行力的判决，以此作为执行根据。执行根据没有执行力并不意味着执行根据本身就是错的，仅仅是因为执行内容不明确而无法执行，因为执行内容不明确属于执行根据无效的情形。因此，要想获得有执行力的执行根据就只能向法院提起给付之诉，获得执行根据。这里需要注意的是，对于此类情形，人们容易将其误认为属于重复诉讼，其实不然，虽然两诉的诉讼标的是相同的，但是前诉与后诉的类型是不相同的，前诉客观上只是确认之诉，后诉是给付之诉，目的是获得具有执行力的判决。这一点也是过去人们在议论重复诉讼问题时所疏忽的问题。^{〔16〕}

三、判决与执行根据

在执行根据中，数量最多的是人民法院制作的已经发生法律效力民事判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书等，其中尤以法院通过审判形成的民事判决为主。抽象地讲，发生法律效力民事判决书可以是执行根据，但对具体的民事判决则需要区别对待，并非只要是民事判决就当然可以作为执行根据。本节主要阐述判决作为执行根据所需要具备的两个基本条件，判决为已确定的终局判决和判决具有执行力。

（一）判决作为执行根据的条件之一——已确定的终局判决

作为执行根据的判决在法律状态上应当为已确定的终局判决。这一条件又包含两个最基本的条件：其一，判决已确定；其二，判决属于终局判决。判决已确定以及判决为终局判决虽然都与时态有关，但两者表述的重点有所不同。前者表示判决内容在常态下已没有变动或撤销的可能；后者表示法院对争议进行纠纷解决的状态。终局判决具有终结其审级程序的效力，是法院在审理完结时对争议问题的裁决。与此相对，中间判决是法院在诉讼程序中对某些事项所作的裁决，仅仅是为终局判决做准备，不具有终结诉讼程序的效力。应当注意的是，这里所说的中间判决并不具有我国民事诉讼理论中判决的基本性质，准确地讲，所谓中间判决不过是诉讼程序中的一种中间裁决。大陆法系民事诉讼中判决的含义比我国判决的含义更广，它包括了我国判决概念以外的裁决。关于中间判决的裁决对象、中间判决的效力等有关规定构成了中间判决制度。我国民事诉

〔16〕 关于重复诉讼，参见张卫平：《重复诉讼规制研究：兼论“一事不再理”》，载《中国法学》2015年第2期。

讼法没有规定中间判决制度。^{〔17〕}

在我国，对于判决状态的表述，法律上通常使用“发生法律效力”或“生效”的说法，如“发生法律效力的判决”，^{〔18〕}人们通常也略称为“生效判决”。实际上，民事诉讼法中所谓“发生法律效力”在含义上存在模糊之处。“生效判决”更准确的含义应当是指判决已经确定，通常情形下，法院不能改变其判决的内容。“生效”的说法之所以不准确，是因为判决一旦送达就会发生一定的效力，例如自我羁缚力，即使是一审判决，作出判决的法院亦不能改变该判决，但该判决未必是确定的，在上诉中的判决就是没有确定的判决。一审判决无法通过上诉加以改变时，该一审判决是已确定的判决。笔者认为，为了避免理解上的歧义，法律上还是使用“确定判决”取代“发生法律效力的判决”更为妥当。

所谓判决的确定，是指法院作出的判决不会因为法律规定的程序原因而改变或撤销。这包括下列情形：当事人在上诉期限内没有上诉；当事人提起上诉后撤回上诉；上诉法院对上诉不予受理或驳回上诉；当事人明示放弃上诉权。我国没有明确承认不上诉契约的合法性，因此，即使当事人双方之间有不上诉契约，判决也不会因该契约的存在而确定。在承认诉讼契约的国家，一旦双方之间存在不上诉契约，则该终局判决即处于确定状态。虽然按照再审制度的规定，确定的判决也有可能通过再审予以推翻，但再审在性质上属于特殊情形，因此，不影响判决的确定。在我国，根据执行文制度关于判决是否确定的审查是由执行机关负责，且仅发生在权利人申请执行时。在国外，权利人可以向专门的机构，如书记官或法院事务官要求出具判决确定的证明。^{〔19〕}该制度的设置可以解决在某些情形下判决是否确定的疑议问题，在这个意义上，这一制度有借鉴的必要。

（二）判决作为执行根据的条件之二——执行力

判断人民法院制作的法律文书是否能够作为执行根据的主要依据是看该法律文书是否具有执行力，没有执行力，即使是人民法院作出的判决、裁定、决定，也不能作为执行根据。

民事判决根据诉的种类与判决的关系，可以分为三种类型：给付判决、确认判决和形成判决。一般认为给付判决具有执行力（准确地讲是指人民法院承认其给付请求的判决具有执行力，执行力的根据是法院对其给付请求权的承认^{〔20〕}），确认判决、形成判决因为确认之诉和形成之诉本身并没有相应的给付请求，法院就不可能作出义务人负有相应给付义务的判决，自然该判决也就没有执行力，因而也就不能作为执行根据。从强制执行的实践来看，承认给付请求的判决作为

〔17〕 中间判决具有以下几个特点：（1）中间判决是一种确认性裁决。中间判决是对某些有争议事项的确认为，不具有给付内容。（2）中间判决的裁决事项具有特定性。裁决的事项一般限于三类：一是有争议的独立的攻击和防御方法。所谓独立的攻击和防御方法，是指作为诉讼中的攻击和防御方法能够与当事人提出的其他主张和抗辩分开。如当事人双方在诉讼中提出的证据的合法性问题。二是中间争点。如诉的合法性问题、诉的变更合法性问题等。三是有关请求原因及数额的争议。（3）中间判决对法院作出终局判决具有拘束力，终局判决不能与中间判决的确认相冲突。（4）中间判决既没有终结性，也没有既判力，不能对中间判决提起上诉。但终局判决作出后在对终局判决上诉时可一并对中间判决主张不服。关于中间判决，兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）494-504頁参照。

〔18〕 如《民事诉讼法》（2021年修正）第205条、第206条、第231条等规定。

〔19〕 参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1150页；〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第469页。

〔20〕 参见前引〔7〕，中野貞一郎、下村正明书，第157页。

执行根据没有异议，但关于确认判决、形成判决不能作为执行根据则存在较大的争议。实践中，主要存在以下几种情形，人们会认为确认判决和形成判决同样具有执行力，而非只有给付判决才具有执行力。一种情形是，法院作出确认其权利义务的判决，在判决确定后，当事人根据该确认判决要求相应的机关对原来权利义务的登记进行变更，例如工商管理部门对股权份额、比例或权利人的变更登记。这种情形下，该机关必须根据该判决的确认作出相应的变更。关于形成判决，可以有两种情形：一种情形是，在关于解除婚姻关系的形成判决中，因为涉及夫妻财产的分割，所以该判决也存在执行力；还有一种情形是基于单纯形成判决所发生的权利义务关系的变动。前者的情形其实并非确认判决的执行力，财产分割与离婚的形成判决本身没有直接关系，虽然离婚是财产分割的前提，但财产分割是独立的法律关系，当事人之间的财产分割是一种独立的给付请求。只不过是法院在离婚诉讼案件中附带对财产分割进行裁判处置。如果单纯从判决所裁判的事项得以实现的作用这一视角来看，可以认为这种实际作用属于广义上的执行力，即包括以强制执行以外的方法实现判决事项的效用。^[21]但从执行力是通过国家强制执行的方式实现判决的作用这一角度而言，确认判决和形成判决的确不存在执行力，因为只有实体给付请求权才存在借助国家强制力予以实现的问题，没有实体请求权当然也就无所谓强制执行。确认判决和形成判决确定之后，所发生的变动并非基于当事人的实体请求，相关机关依据判决作出变动是该机关的法定义务，与当事人的实体权利没有关系。行政机关与当事人之间的关系是一种行政关系或其他关系。因为在形成判决的情形下，新的权利义务关系因法院的判决而发生变动，不存在强制执行的必要。^[22]在法律上人们所言及的执行力通常是指狭义上的执行力。

（三）执行力与既判力

执行力与既判力的关系问题，是在我国民事诉讼法学界已经普遍接受执行力与既判力概念的前提下发生的，尽管学术界对两个概念内涵的理解未必统一。执行力和既判力都是源自大陆法系国家民事诉讼法上的概念，因此，国内学术界关于两者关系的认识也受到大陆法系国家民事诉讼法理论的影响。执行力和既判力两者关系主要是从两种效力的主观范围和客观范围这两个层面来认识的。在日本，关于两者关系的通说认为，确定判决执行力与既判力的主观范围和客观范围完全一致。^[23]反对“一致说”观点的学者也有不少是日本知名学者，如三月章教授、新堂幸司教授，以及专注于民事执行法的著名学者如中野贞一郎、下村正明教授等。反对观点的一种认识是，执行力与既判力两者没有必然联系，各自确定的考量因素有所不同。^[24]在设定的目的上，判决的既判力是以确定权利为目的，而强制执行的目的则在于尽可能通过强制履行满足给付利益，只要能够达到或等同于债务名义（执行根据）的要求即可。在客观范围上，既判力所确定的不作为义务与通过强制执行实现的义务有着明显的不同。^[25]在主观范围方面，执行力的主观范围并不受限于既判力的主观范围。因为存在着诉讼标的之外请求权的例外情形，所以，受执行力扩张

[21] 关于广义上执行力的含义，参见前引〔19〕，新堂幸司书，第508页。

[22] 参见前引〔11〕，杨与龄书，第55页。

[23] 主张一致说的著名学者有兼子一博士、小山升教授、斋藤秀夫教授、菊井维大教授等。参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第198页。

[24] 参见前引〔7〕，中野贞一郎、下村正明书，第158页。

[25] 参见前引〔19〕，新堂幸司书，第509页。

的主体有可能直接成为给付请求权或给付义务的执行关系当事人，而既判力的主观范围就不会存在此种情形，其主观范围也仅限于诉讼标的的范围。^[26]

在我国学术界，从教材的情形来看，基本认同执行力与既判力一致说。也有的学者从民事诉讼法的基本原理，如纠纷解决的相对性角度，更深入地探究了执行力与既判力一致的合理性以及实践意义。^[27]笔者认为，单就执行力与既判力在主观范围、客观范围的比较来看，两者基本上是相同的，只在某些特殊情形下存在差异。

四、仲裁裁决与执行根据

在我国，仲裁裁决是《民事诉讼法》和《仲裁法》所明确规定的执行根据。这一点没有疑问。在我国的强制执行实践中，对于有执行力的仲裁裁决，权利人在义务人不主动履行仲裁裁决所确定的义务时，权利人可以向执行法院申请强制执行。但就法理而言，仲裁裁决并不能独立成为执行根据，需要有一个国家司法审查确认的环节。只不过在法理规定和程序上，我国忽视或忽略了这一重要环节。

这一程序制度的基本法理在于，强制执行权专属于国家司法机关，任何非司法机关关于实体给付请求权的实现都必须经过国家司法机关的确认。这种司法确认本身不是执行行为而是司法裁判行为，是司法裁判权或审判权的运用。仲裁虽然作为一种广泛运用的、能够有效替代司法解决的方法对于大量民商事纠纷解决具有非常重要的作用，但毕竟与司法裁判不同，仲裁在性质上毕竟只是一种民间的纠纷解决方式，仲裁机构也只是当事人双方通过协议认可的作出裁决的第三人。也就是说，虽然仲裁被国家认可，但毕竟是一种民间裁决方式，尽管在观念上基于历史和组织行政化的原因，我国的仲裁机构具有浓厚的“官方”色彩，^[28]但仲裁裁决并非自然具有执行力。这一点，国内极少数学者在较早时期已经注意到，虽然尚未展开分析。^[29]在执行原理上，仲裁裁决必须得到司法机关的认可并赋予执行力，才能被强制执行，即只有与国家司法机关的司法确认相结合，仲裁裁决才能够成为执行根据。人们正是由于认为仲裁裁决本身即具有执行力，才当然地将仲裁裁决作为执行根据。既然仲裁裁决被认为是当然的执行根据，也就不可能在仲裁执行开始前设置司法审查确认这一环节和程序对其合法性及执行力进行审查判断。

正是认识到这一法理，大陆法系国家和地区仲裁法及执行法的规定及法理均不认为仲裁裁决当然具有执行力，均明确规定仲裁裁决需要向法院申请确认之后才能获得执行力，成为执行根据。^[30]《韩国仲裁法》第35、37条明确规定，经过法院审查作出可执行决定后，仲裁裁决成为执行根据。^[31]当然，在认识仲裁裁决是否直接作为执行根据的问题时，必然涉及应当如何理解

[26] 参见前引 [7]，中野貞一郎、下村正明书，第158页。

[27] 参见任重：《民事判决既判力与执行力的关系——反思穿透式审判思维》，载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

[28] 在历史上，在我国仲裁制度发展的初期，仲裁机构是工商管理部门的附设机构，在性质上属于行政部门。

[29] 参见宋连斌：《仲裁法》，武汉大学出版社2010年版，第256页。

[30] Vgl. MüKoZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1055, Rn. 1; 鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法11』（第一法規出版、1985年）330、334頁参照。

[31] 参见前引 [1]，姜大成书，第73页。

域外仲裁法中关于仲裁裁决与确定判决具有同一效力或同样效力之规定。人们也许认为，仲裁裁决与判决具有同样的效力，就自然意味着判决有什么效力，仲裁裁决也就应该具有什么效力，例如既判力、执行力。一方面，法律规定所说的具有与判决同样的效力，是指仲裁裁决的既判力。因为执行力专属于司法机关，属于国家司法机关垄断的权力。另一方面，同样具有既判力、执行力这样的结论要看是在什么样的语境之下作出的。因为无论是既判力，还是执行力的取得都存在具体的条件设定。相对于执行力，仲裁裁决的既判力无须通过法院审查确认后由国家赋予，自然会在当事人之间产生相应的约束力。基于仲裁裁决的既判力，只要存在确定的仲裁裁决，当事人便不得就该已裁决的纠纷再行申请仲裁或提起诉讼。法院本身就是国家司法机关，因此，法院自己作出的判决其执行力无需再经过法院的审查就可以获得。德国民事强制执行法理论非常确定地指出，仲裁机构作出的裁决并不能自然获得执行力，因为仲裁裁决不能直接作为执行名义（执行根据），强制执行权专属于国家司法机关，所以只有经过相应的国家司法机关的司法审查确认后，仲裁裁决才能成为执行根据。我国在仲裁裁决作为执行根据方面恰恰缺失了这一重要环节。国家行使司法审查权对仲裁裁决的确认是“积极地”创设了执行根据，而非简单“消极地”批准了仲裁裁决的执行力。^{〔32〕}对照一下我国民事诉讼法关于域外仲裁裁决的承认与执行制度，就可以比较容易理解为何仲裁裁决需要有司法机关的司法确认才能成为执行根据。我国法院如果要强制实现域外仲裁裁决中的实体请求权，首先必须对域外仲裁裁决进行审查和确认，只有在得以确认的情形下，才可能展开执行，其执行根据并非仲裁裁决本身，而是我国法院关于承认该仲裁裁决并认可予以执行的司法裁决。国内的仲裁裁决与域外的仲裁裁决两者之间并没有什么本质上的不同，都是作为民间裁判机构的第三人作出的裁决。这与国外法院作出的判决也需要我国的司法确认不同，后者涉及司法主权的问题，因此国外法院的判决不能直接作为我国执行法院的执行根据。

五、公证债权文书与执行根据

公证债权文书的执行是我国强制执行的一种。虽然总体数量相较于法院判决和仲裁裁决不算多，但增长速度很快。有数据表明，近10年来，公证债权文书的执行明显呈持续增长的态势。2008年随着公证机关对附强公证监管力度的加大，附强公证数量有所减少，但依然处于较高位的运行状态。^{〔33〕}公证债权文书的执行对于提高无争议债权的强制执行无疑具有重要意义，避免了权利人必须通过司法或其他程序才能获得执行根据实现强制执行的程序障碍。但从公证债权文书的执行实践来看，公证债权文书的执行也存在诸多问题，强制执行的难度同样很大。造成公证债权文书执行难的原因是多方面的，既有公证体制方面的原因，也有执行体制和制度方面的原因。除了附强制执行中涉及的体制和制度原因外，公证债权文书制度在理论或认识层面也同样存在诸多争议问题。可以认为，公证债权文书执行中的某些体制和制度问题与理论或认识层面的问题

〔32〕 Vgl. MüKoZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, ZPO § 1060, Rn. 2.

〔33〕 关于附强制执行的实证数据，参见部长茂：《公证债权文书执行制度之完善》，载《人民司法（应用）》2021年第31期。

没有厘清有着直接关联。^{〔34〕} 在执行根据、执行根据审查和解释、附强执行的要件、对错误附强执行的救济路径和方式等方面都存在这样的问题。本文系关于执行根据问题的探讨，因此涉及公证债权文书执行的其他理论或认识问题不在此展开。

公证债权文书强制执行的执行根据是什么，一直是公证债权文书强制执行制度中一个重要问题，也是一个极富争议的问题。这一争议是随着公证债权文书强制执行制度的发展而延伸出来的。在《公证法》明确公证债权文书强制执行效力后至执行证书制度出台之前，对于赋予执行力的公证债权文书即为执行根据似乎没有疑问，但在《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》（以下简称《联合通知》）出台之后，因为要求公证债权文书的债权人申请执行提供执行证书，所以也就引发了关于执行根据的争论，即公证债权文书是执行根据，还是执行证书是执行根据，抑或公证债权文书与执行证书共同构成执行根据。虽然在2018年《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》（以下简称《公证债权文书执行规定》）出台之后，这一争论在制度层面已经有明确的规定，但在理论上其争论并未终结。《公证债权文书执行规定》第3条规定：“债权人申请执行公证债权文书，除应当提交作为执行依据的公证债权文书等申请执行所需材料外，还应当提交证明履行情况等内容的执行证书。”该条明确公证债权文书为执行依据。第5条规定：“债权人申请执行公证债权文书，有下列情形之一的，人民法院应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回执行申请……”这一表述也明确指明公证债权文书是执行根据。执行证书只是债权人申请执行的条件之一。

问题在于，在理论上为何公证债权文书是执行根据，而执行证书不是执行根据，执行证书的法律地位和意义是什么。这些问题在人们的认识中实际上并没有完全厘清。

首先需要明确的是，公证债权文书的性质和内容究竟是什么，为什么法律要赋予其强制执行的效力。《公证法》第37条第1款规定：“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，债务人不履行或者履行不适当的，债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”在法理上，赋予公证债权文书强制执行效力的基础是债权人与债务人之间关于接受债务不履行时可通过强制执行予以实现的承诺。这一承诺就是当事人之间关于强制执行的契约。这是公证债权文书可执行的核心。这一契约意味着当事人不通过诉讼途径即可获得强制执行的正当性根据。执行契约属于广义上的诉讼契约，与广义民事诉讼同义（但应当注意的是尽管在性质上属于诉讼契约但具体内容并非关于诉讼的契约，而是关于执行的契约，即所谓“执行契约”。诉讼契约可以包括不起诉契约、不上诉契约、不提起再审之诉契约等）。^{〔35〕} 虽然我国并没有承认狭义上的诉讼契约，但公证债权文书作为执行契约却已经得到法律的肯定。法律对执行公证债权文书的这种肯定实际上有一定的历史原因，是特殊历史背景下的产物。中华人民共和国成立后不久，在1951年发布的《最高人民法院、司法部关于保护国家银行债权的通报》中就规定了载明强制执行条款的公证契约可申请法院执行。20世纪80年代公证工作恢复后，1982年国务院颁布

〔34〕 参见张卫平：《民事诉讼法》（第5版），法律出版社2019年版，第533-536页。

〔35〕 关于诉讼契约，参见张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，载《中国法学》2004年第3期。

的《中华人民共和国公证暂行条例》规定公证机构可对追偿借款、物品的文书赋予强制执行的效力。第五届全国人大常委会第22次会议同年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》则是我国法律第一次明确规定公证债权文书与人民法院判决、仲裁机构作出的仲裁裁决等同属于人民法院的执行依据。^[36]应当承认在那个年代，我们还没有诉讼契约的意识，甚至连实体契约的意识也还十分薄弱。在我们传统的诉讼理念上诉讼契约是难以成立的。承认公证债权文书的可执行性一是为权利实现的便捷，二是受公证债权文书执行制度移植的影响。制度移植占有很重要的成分。

在我国承认公证债权文书的可执行性之初，国际上已经普遍认可公证债权文书的可执行性，尤其是公证体制比较完善、公证事业比较发达的国家。在这一点上我国公证法对公证债权文书可执行性的承认是为了顺应国际公证与强制执行发展的趋势。其时，人们并未充分考虑私法上私人契约和法律等效性与我国本土法意识的差异性。对公证债权文书可执行性予以认可的国度，都有相应比较完善的公证体制和较为普适的契约法治观念作为基础。可以说，在我国公证事业尚处于初级阶段时，《公证法》即赋予公证债权文书可执行性的确具有相当的超前性。在国外，例如德国、日本、韩国等国家，虽然公证法治已经较为发达，公证人的素质相对较高，但学者们依然指出，赋予公证债权文书执行力存在较大风险。当事人很难对契约约束性有充分的认识，而且，对公证人员制约不够也很容易引发违法公证和执行难的现象。关于这一点已经有实证资料予以证实。^[37]因此，我国在公证债权文书执行方面应当更为谨慎，并构建更为细致的制度作为正当性的保障措施。

公证债权文书是否为执行根据的争论也涉及我国法上的执行证书的性质和作用问题。厘清公证债权文书与执行证书首先必须清楚两者的差异何在。无论是《联合通知》《公证债权文书执行规定》，还是《公证程序规则》都明确规定公证债权文书的公证必须具备以下条件：（1）债权文书以给付为内容；（2）债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义；（3）债务履行方式、内容、时限明确；（4）债权文书中载明当债务人不履行或者不适当履行义务时，债务人愿意接受强制执行的承诺；（5）债权人和债务人愿意接受公证机构对债务履行情况进行核实。这些条件实际上也是公证债权文书的基本内容。如果从上述内容来看，权利人完全可以以公证债权文书为据向执行法院申请强制执行，那么为何还要求当事人必须从公证机关获得执行证书，才能申请强制执行？这涉及执行证书的实际作用问题。《联合通知》第4条规定：“债务人不履行或不完全履行公证机关赋予强制执行效力的债权文书的，债权人可以向原公证机关申请执行证书。”第5条规定：“公证机关签发执行证书应当注意审查以下内容：（1）不履行或不完全履行的事实确实发生；（2）债权人履行合同义务的事实和证据，债务人依照债权文书已经部分履行的事实；（3）债务人对债权文书规定的履行义务有无疑义。”从这两条规定中可以看出，执行证书的作用是证明公证债权文书中的义务现在并未实际履行。也就是说执行证书的作用相当于一些国家强制执行法中的“执行文”，即由审判机构的书记官（或法院事务官）或公证机关对执行根

[36] 参见谢浪：《公证债权文书执行依据的法理逻辑与制度演进》，载《中国公证》2019年第5期。

[37] 参见前引[7]，中野貞一郎、下村正明书，第198页。

据具有执行力进行审查判断。执行文的主要作用就是对公证债权文书具有执行力进行证明。在公证债权文书形成之后，其执行力因为多种原因有可能已经丧失，所以还需要专门机构就执行根据是否还具有执行力予以审查判断。因此，原执行文本（判决、裁定、决定、命令、仲裁裁决、公证债权文书）是执行根据，执行文不是执行根据或执行根据的一部分。从这一点来看，我国公证机关制作的执行证书也实际上具有这样的作用，因此，执行证书并非执行根据或执行根据的组成部分，只是作为执行根据有效的要件之一。

应当说明的是，虽然《联合通知》中明确规定公证债权文书的权利人向法院申请强制执行需要执行证书以证明该债务并没有实际履行或未全部履行，权利人需要再向公证机关申请就此作出公证文书，但是，对于债务人现时没有自动履行其债务的事实并不是必须通过公证来审查证明，也可以交给执行机构进行审查。债务人是否已经履行其债务的事实属于是否满足强制执行要件的事实。当然，如果从减少执行法院执行立案审查的工作负担以及审查的实效性来看，这也是一种资源配置的考量。在实行执行文制度的国家，依据裁判机关与证明机关分离的原则，关于执行根据执行力及执行力范围的调查和审查就是由专门的机关（法院书记官或公证人）来完成。无论是法院的判决、假执行或假处分决定，还是赋予执行力的公证债权文书，在申请执行之前都需要向专门机关——法院书记官^[38]或公证机关申请赋予执行文。^[39]该制度的原理在于，执行机关不能独立地对强制执行的要件进行审查判断。其目的是让执行机关更加专注于强制执行活动本身。^[40]公证债权文书的执行文就是由公证人出具的、关于证明其执行根据存在执行力以及执行力范围的文书。公证债权文书的执行文由保管该公证文书文本的公证人，而非原进行公证的公证人作出。通常做法是在执行文文本完成后即粘贴在公证债权文书（执行证书）正本末尾处，并加盖公证人印章。从比较法的视角看，我国执行证书的作用类似于国外的作为公证债权文书执行要件之一的执行文。两者都是将执行根据是否具有执行力以及执行力范围的调查或审查职能赋予了公证机关。在此，还需要说明的是，在国外，公证债权文书也被称为“执行证书”。但此“执行证书”与我国执行制度中的“执行证书”在含义上有很大的差异。在国外民事执行法中，所谓“执行证书”是指与法院裁判无关的债务名义，该债务名义（执行名义）的执行力根据在于债务人在公证人面前明确表示其债务在不履行时可强制执行的承诺，^[41]也就是公证债权文书自身。

[38] 在国外，法院的书记官与我国法院的书记员的法律地位有所不同，国外法院的书记官既是审判的事务人员也是独立地位的公证证明机关，对法官的审判活动具有独立的监督作用。在我国，书记员仅仅是辅助法院审判的事务人员，不具有证明诉讼活动，并以此实现对审判活动监督的职能。在公证法理上，只要是对法定事项或事实提供具有法定证明效力文书的主体即称为公证机关。在国外，除了对特定事实提供一般公证证明文书的公证人之外，诉讼中的书记官也是具有这种公证职能的主体。关于国外法院书记官的公证职能，参见石井浩「新民事訴訟法における裁判所書記官」竹下守夫＝今井功編『講座新民事訴訟法 11』（弘文堂、1998年）69頁；张卫平：《论庭审笔录的法定化》，载《中外法学》2015年第4期。

[39] 关于国外民事执行中的执行文制度，参见《日本民事执行法》第26条。学理解释参见前引[9]，伊藤真等人编书，第232-263页；山本和彦ほか編『民事執行法』（日本評論社、1998年）63-67頁；国内文章，可参见刘颖：《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。德国与日本同样实行执行文（执行条款）制度，即对需要执行的生效判决、仲裁裁决等，需要权利人向执行文赋予机构——法院书记官或公证人申请赋予执行文（执行条款），经书记官审查（形式审查）之后，在该判决书中赋予执行文（执行条款），即许可予以实际执行的判决。书记处的书记官对于执行名义是否存在、是否可以执行、执行是否为附条件的执行、执行当事人是否适格等事项进行审查。参见〔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361-362页。

[40] 参见前引[39]，山本和彦等人编书，第65页。

[41] 参见前引[39]，山本和彦等人编书，第53页。

因此，如果我国法律要继续推行具有证明执行力功能的执行证书制度，^{〔42〕}最好能够使用其他概念加以替代，比如使用“执行证明”（因为这种审查结论本质就是一种证明）的说法，以示区别。这里需要提及的是，在我国，如果公证债权文书作为执行根据还需要执行证书制度保障和明确其执行力，则其他执行根据（判决书、仲裁裁决书、法院调解书等）也就同样有这样的需要，这也从一个侧面说明国外的执行文制度在我国也同样有其必要。

公证债权文书是否具有既判力以及如何进行理解，是关于公证债权文书作为执行根据若干问题中的一个激烈争论的问题。问题的实质是在作出赋予强制执行效力的公证债权文书之后，该公证债权文书对其所涉及的法律关系是否具有既判力。有人认为该公证文书有既判力，有的人认为没有既判力。从公开发表的文章来看，多数从事公证工作的专家认为公证债权文书应当具有既判力。从现行的制度规定来看，由于人们的理解不同，公证债权文书没有既判力的含义同样存有争议。

对于这一争议问题，需要明确的是究竟什么是既判力，有既判力意味着什么，没有既判力又意味着什么。既判力是大陆法系国家民事判决制度与理论中的一个重要概念。既判力通常是针对法院的判决，是指判决所具有的某种约束力。其基本含义是，终局判决一旦获得确定，该判决针对请求所作出的判断就成为规制双方当事人今后法律关系的规范，当双方当事人对同一事项（请求或被请求的事项）再度发生争执时，将不允许当事人提出与该判断相矛盾的主张，而且当事人也不能对该判断进行争议，法院也不能作出与此相矛盾或抵触的判断。^{〔43〕}国外民事执行制度和理论一般认为执行证书（公证债权文书）没有既判力。国内民事诉讼学者也持这一观点，尽管其论证的根据和路径略有不同。^{〔44〕}国外这一认识是借用了既判力概念来表达执行证书（公证债权文书）对当事人双方的约束效用。因为毕竟执行证书（公证债权文书）并非司法机关所作出的终局裁决。从既判力的约束作用来看，如果认为公证债权文书有既判力就意味着公证债权文书关于债权债务及执行力的确认，当事人双方均不能在对其争议时向法院提起诉讼，即使法院受理该诉讼，法院也不能作出与公证债权文书确认的事项（债权债务和执行力）相反的判断。反之，如果认为公证债权文书没有既判力，则意味着在公证债权文书确认存在特定的债权债务之后，当事人双方依然可以就该债权债务的争议向法院提起诉讼，法院审理后也可以作出与公证债权文书相反的判断。

在法理上，之所以公证债权文书没有既判力主要是基于以下理由：公证债权文书的形成过程中公证员并未对债权债务的存在以及内容进行实体审查，仅仅是基于当事人之间的承认（有了当事人的承认，也就无需进行实质审查）。这与法院判决中对实体内容的判断有所不同，法院的判断是以依照程序对实体法律关系进行审理为前提，实体的正当性能够得以保障。即使是诉讼调

〔42〕 关于执行文制度的中国化问题，参见前引〔39〕，刘颖文。

〔43〕 参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第477页；高桥宏志「重点讲义民事訴訟法（上）」（有斐閣、2011年）585页；张卫平：《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，载《法学研究》2015年第1期。

〔44〕 参见肖建国、张苏平：《执行力来源与实体关系变动：公证债权文书执行的解释框架》，载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

解，也因为法院的参与及若干程序原则和制度的存在，其实体正当性也能够得以保障。因此为了让当事人尤其是债务人有相应的救济途径，对于缺乏实体正当性保障的公证债权文书不能赋予既判力，一旦赋予其既判力就等于关闭了当事人的救济途径。^{〔45〕}这种司法上的救济途径包括当事人就公证债权文书中确认的债权债务争议向法院提起诉讼通过司法程序予以解决，以及在权利人向执行法院申请强制执行之后，债务人针对债权人提起的异议之诉。债务人可以通过请求异议之诉（债务人异议之诉）否定该公证债权文书的执行力，以达到阻止对债务人强制执行的目的。债权异议之诉是执行救济体系中最重要诉讼种类，目的是维护债务人的合法权益，因而是不可或缺的。国内有人质疑的是，如果允许公证债权文书的债权人可以就其债权债务关系另行提起诉讼（也有的文章将其表述为公证债权文书的可诉性^{〔46〕}），岂不是让公证债权文书成为废纸，浪费司法资源，且有违诚信原则？^{〔47〕}在此，需要明确的是，公证债权文书没有既判力并不等于债权人就可以滥用诉权。在诉的制度和实践中还有一个规制诉讼的概念——诉的利益。有诉权并不等于可以无条件地推动诉讼。诉权的行使总是有条件的限制，其条件的合理设置对于保障诉权行使有着重要意义。作为诉讼要件或起诉要件，诉的利益是指对于具体的诉讼请求，是否具有进行本案判决的必要性和实效性（判决所能够实现的实际效果）。^{〔48〕}在公证债权文书获得强制执行许可之后，债权人向法院再行提起诉讼时便可以认定该诉缺乏诉的利益，法院可以不予受理或受理后裁定驳回起诉。^{〔49〕}有无既判力涉及当事人能否对已确定的权利义务再行争议的诉讼权利问题，诉的利益涉及的是如何正当行使诉讼权利的问题，是否可诉与有无既判力是两个不同层面的问题。债权人另行提起诉讼时缺乏诉的利益，而债务人提起的债权异议之诉则具有诉的利益，可以通过提起该诉维护自己的正当权利。

六、结 语

以上阐述只是笔者对执行根据中部分问题的拙见，有的方面还有待进一步阐释和展开。“执行根据”这一主题，涉及制度设置、实务操作技术以及理论构造等诸多方面，制度设置与实务操作又与理论构造有直接关联，如果在理论上没有厘清其原理和机制，制度设置和实务操作必然出现偏差，尽管制度设置具有一定的政策性，受到操作便利、实务习惯等诸多因素的影响，但制度

〔45〕 参见前引〔7〕，中野貞一郎、下村正明书，第198、199页。

〔46〕 “公证债权文书的可诉性”这种表述显然是不准确的，因为在公证债权文书的情形下，另行诉讼针对的是有争议的民事实体法律关系，而非公证债权文书本身。另外，可诉性包含着两层意思：在抽象场面，涉及争议法律关系能否被诉的一般问题；在具体层面，是指在个案场合是否具备起诉的要件或诉讼要件的个别问题。因此，使用可诉性这一说法就容易模糊讨论的焦点。

〔47〕 关于公证债权文书是否可诉的观点，参见叶科展：《关于公证债权文书的债权人诉权的思考——以〈最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定〉第24条为视角》，载《中国公证》2020年第6期。

〔48〕 诉的利益概念的出处，参见〔日〕高桥宏志：《民事诉讼法重点讲义（导读版）》，张卫平、许可译，法律出版社2021年版，第6-10页；张卫平：《诉的利益：内涵、功用与制度设计》，载《法学评论》2017年第4期。关于公证债权文书债权人另行起诉的诉的利益，早在2016年已有学者发文对此有过阐述。参见黄忠顺：《论执行力对诉的利益的阻却——以公证债权文书为中心的分析》，载《法学论坛》2016年第4期。

〔49〕 我国民事诉讼缺失诉讼要件制度，因此只能将诉的利益设置为起诉要件，当不具有诉的利益时也就只能以不符合起诉要件为由予以驳回。

设置的基础和基本构架必须要有充分的理论作为支撑，因此，深入地探究和厘清执行根据中的理论问题，特别是基础性的理论问题就显得尤为重要。当下，我国正在制定《民事强制执行法》，执行根据又是民事强制执行法中最为重要的制度之一。执行根据制度并非只是简单地在《民事强制执行法》对执行根据的形式作出明确规定，还需要对各种执行根据的执行力、确保执行根据的执行力、各执行根据执行力的范围（主体与客体）、执行根据与执行要件的关系、执行根据的审查和判断程序以及相应的救济程序等作出规定。这些制度细节都需要有扎实的理论作为基础。我国《民事强制执行法》不仅应当与我国国情适配，而且还应当充分借鉴和吸取国外发达民事执行的制度。制度的有效借鉴也必须以充分的理论研究为前提，只有真正了解了外国民事执行的制度构造和运行机理、原理以及理论基础，才能更好地为我所用，做到“洋为中用”。

Abstract: The enforcement basis is both the ground for court to implement enforcement, and the foundation of enforcement legitimacy. Although the enforcement basis has an important status in the enforcement law, there is still much room for discussion and research on the enforcement basis in the academic and practical circles. There exist also many ambiguous understandings. In terms of the general basic understanding about enforcement basis, the forming-manner of enforcement basis is closely related to the implementation degree of the principle “separation of trial and execution”, and the validity of enforcement basis is a necessary but not sufficient condition for the validity of enforcement procedure, which also constitutes the basis for the enforcement agency to exercise its power of interpretation. The main conditions for a judgment to become enforcement basis include that the judgment is definitive and final, and the judgment is enforceable. The enforceability of judgment is essentially the same as res judicata in its subjective and objective scope but differs in certain special circumstances. Arbitration award is not independent enforcement basis in jurisprudence, and China should set up judicial review and confirmation procedure to improve the enforcement system of arbitration awards. The jurisprudential basis for the enforcement of a notarized debt instrument lies in the contract or promise to accept enforcement, and since it has no res judicata effect, it requires the execution certificate to prove and guarantee its enforceability.

Key Words: civil enforcement law, basis of enforcement, enforcement effect of judgment, arbitration award, notarized debt instrument

(责任编辑：曹建军 赵建蕊)