

民事间接强制执行比较研究

廖中洪◎主编

MINSHI JIANJIE QIANGZHI ZHIXING BIJIAO YANJIU

中国检察出版社

国家社科基金项目成果：（批准号：09BFX081）

民事间接强制执行比较研究

Comparative Study on Indirect Civil Enforcement

主 编 廖中洪

撰稿人 廖中洪 孔令章 刘福泉

程 林 林轲亮 王晓利

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事间接强制执行比较研究/廖中洪主编. —北京: 中国检察出版社, 2013. 2

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0809 - 6

I. ①民… II. ①廖… III. ①民事诉讼 - 强制执行 - 研究 - 中国
IV. ①D925.118.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 307844 号

民事间接强制执行比较研究

主编 廖中洪

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: A5

印 张: 12.375 印张

字 数: 341 千字

版 次: 2013 年 2 月第一版 2013 年 2 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0809 - 6

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

作者简介

廖中洪，男，西南政法大学教授，博士生导师。著有《中国民事诉讼程序制度研究》，主编《民事诉讼程序改革热点问题研究》、《民事诉讼立法体例及法典编纂比较研究》、《民事诉讼体制比较研究》等多部作品。公开发表《人权保障与我国民法的修改》、《自由心证与法官心证来源》、《检察机关提起民事诉讼若干问题研究》、《民事程序立法中的国家本位主义批判》、《民事诉讼基本原则立法体例之比较研究》、《“心证公开”及其在中国的适用》、《大陆法系当事人主义程序理论溯源》等多篇论文。撰写本书前言、第二部分、第八部分中的部分内容、第九部分。

孔令章，男，华北电力大学人文与社会科学学院教师，法学博士。曾主持和参与教育部社科基金课题项目、国家社科基金课题项目等多个项目，独立或合作撰写《民事诉讼改革热点问题研究综述》、《民事诉讼立法体例及法典编纂比较研究》、《转型社会的纠纷与解决：多元纠纷解决机制实证研究》、《民事证据判例与理论分析》等多部专著，在《现代法学》、《河北法学》、《学术月刊》等期刊发表论文十多篇。撰写本书第三部分、第八部分中的部分内容。

刘福泉，男，长沙学院法学与公共管理系法学教研室主任，法学博士，撰写本书第七部分。

程林，女，辽宁开原人，中共江西省委政法委员会干部，江西警察学院客座副教授，法学博士，撰写本书第四部分。

林轲亮，男，广西大学法学院讲师，法学博士。曾参与课题七项，发表《美国民事间接强制执行主义及其理论思想研究》、《禁止不利益变更原则正名论》、《美国民事速裁程序及其基本理论思

想》等文章十余篇。撰写本书第五部分、第六部分。

王晓利，男，法学博士研究生。曾参与司法部国家法治与法学理论研究项目“民事速裁程序比较研究”的写作，公开发表《从比较法的角度谈集团诉讼的引进》、《群体性纠纷解决机制之辨析》、《慎待法官程序控制权》、《诉讼调解的完善》等多篇学术论文。撰写本书第一部分。

前 言

“法是一种文化现象，因此，只要是准备研究它的现象形态、功能、前提条件和效果等等，就不能将视野封闭在国境之内。”^①

——〔日〕大木雅夫

德国雷根斯堡大学法学教授皮特·戈特瓦尔特（Peter Gottwald）在谈到比较民事诉讼法的意义时指出：“没有一门学科可以仅陶醉于本国的思想和发现，在全球化的今天尤其如此。”^②我国学者沈宗灵先生在其《比较法研究》一书中也指出：“人们的认识过程总是在不同程度上通过比较的方法进行的。通过比较，才可能将不同现象区别开来，了解它们之间的共同点和不同点，确定它们各自的概念。”^③这些思想与观点不仅从学术研究的角度向我们展示了比较研究在现代法学研究中的重要意义，即在全球化的今天任何学科或者科学的研究都不能将视野仅仅局限于本国境内发生的情况，而且从法律问题的研究以及研究科学性的角度来看，比较研究也是法学研究中最基本以及应当予以高度重视的一种研究方式与方法。

① 〔日〕大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社2006年版，第16页。

② 〔德〕皮特·戈特瓦尔特：2004年4月在日本立命馆大学发表的讲演。转引自杨小虎编译：《比较民事诉讼法的意义》，载陈刚主编：《比较民事诉讼法》（第6卷），中国法制出版社2007年版，第3页。

③ 沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社1998年版，第5页。

近十几年以来,我国民事执行领域内的“执行难”、“执行乱”虽然已经有所改观,但是还较大程度地存在却是不容否认的事实。“执行难”与“执行乱”现象的客观存在,不仅严重阻碍了对于债权人合法权益的保护,直接影响到了司法裁判的权威性,而且更为严重的是在一些地区,“执行难”与“执行乱”现象已经不再仅仅是一个单纯的民事执行问题,已由一般的民事执行问题转化为了社会问题,一定程度上影响到了这些地区的社会安宁与稳定。鉴于这一问题所具有的严重性与潜在的危害性,不仅需要我们从思想认识和观念上给予必要的重视,而且也要求我们从理论研究的角度针对有关民事执行的现实问题进行必要的研究、探讨,进而为科学、有效以及富有技术性地解决这些问题提供相应的理论思想、策略与方式和方法。

目前,就有关民事执行问题的学术研究而言,虽然从我国社会历史发展的角度,即外部的、社会的角度来看,这种现象的产生与我国社会正处于发展变革的经济形态、政治体制、司法环境乃至人们的社会观念都存在一定的关系,但是,从内在的、制度构建的角度来看,外部的、社会性的条件并不是导致这一问题及社会现象产生的全部原因。换言之,从我国现行有关民事执行法律规定及其内在制度设置的角度来看,现行“执行难”、“执行乱”现象的产生与出现,不仅与我们有关执行机构的设置、民事执行权力的配置、执行力度等有关,而且与我们有关执行方式与执行措施的设置、执行手段的选择等方面也存在着直接的联系。

由于客观上导致“执行难”、“执行乱”现象的原因是多方面与多方位的,因此富有针对性地对这种问题进行全面研究是解决这一问题的客观需要。然而,就目前学术界的研究状况而言,现行的有关研究大多关注的是导致这一问题产生的政治、经济、司法环境、社会观念等社会层面的原因,内在的涉及制度构建以及有关执行措施、执行技术性方面的关注与研究相对较少。但是有关执行措施、执行方式、执行手段等与制度设置直接相关的内在技术性的研究是不容忽视的。在具有充分科学论证的基础上,建立起一整套科

学、合理以及富有技术性的执行措施、执行手段与执行方式，是保证民事执行行为科学、有效、富有技术性的必要条件。

从民事执行措施、执行手段、执行方式性质与类型的角度来看，间接强制执行作为一种有别于直接强制执行的执行措施，不仅是随着世界各国民事执行实践的深入发展而产生的，而且也是富有技术性的有效解决民事执行中复杂、特殊案件的一种执行方式与执行措施。从民事执行制度及执行措施历史发展的角度来看，这种有别于直接强制执行的措施，不仅是在民事执行活动日趋复杂的社会条件下，为了适应民事执行实践的客观需要而产生的一种执行措施，而且是世界各国在民事执行实践中创制的一种富有技术性解决民事执行问题的方式与措施。

从民事执行制度历史发展的过程来看，间接强制执行这种执行方式与措施作为各国在解决复杂执行问题的实践中创设与发展起来的一种特殊的执行制度与执行措施，在西方一些执行法律制度比较健全的国家中已有近 200 年的历史，这些先于我国确立的有关民事间接强制执行的制度、措施、方式与方法，以及理论思想和实践经验，不仅为我国有关民事间接强制执行制度的设置及其立法完善提供了可资参照的立法体例、措施、方式与方法，也提供了可资借鉴的理论思想与实践经验。从借鉴与比较性研究的角度来看，对于西方一些国家在长期的民事执行实践中形成、确立的有关民事间接强制执行的措施、方式、方法、制度构建及其理论思想和实践经验进行比较研究，并从中归纳、发掘出科学且富有技术性、规律性的制度设置及其执行措施与执行方式，不仅有利于加深我们对间接强制执行制度、措施、方式与方法本质的深刻认识，从而避免我国在有关制度构建、措施设置上的盲目，而且也有利于促进我国民事间接强制执行制度的构建与立法的完善。换言之，从我国民事间接强制执行制度、执行措施、执行方式、方法的构建与完善的角度而言，要促进我国有关民事间接强制执行制度及其执行措施的立法完善，就应当充分研究、把握世界各国有关民事间接强制执行的立法体例、制度设置、基本思想，以及某些具有共同性、普适性为各国间

接强制执行立法所普遍认同的规律、规则、思想与立法方式和形式，而要实现这一目标，从学术研究的角度采用比较研究的方法，深入探讨、研究其他国家有关民事间接强制执行的立法体例、措施设置及其相关的理论思想，从而把握其中某些具有学科性、合理性与规律性的东西，就具有了十分重要的意义。

正是基于上述思考，我们力求通过对大陆法系与英美法系一些主要国家民事间接强制执行制度的历史发展、间接强制执行制度的基本内容、影响各国民事间接强制执行制度构建的基本理论思想与社会原因的比较研究，在对于世界各国民事间接强制执行的立法体例、制度设置、措施选择、执行实践和当今世界各国改革发展的趋势与倾向，以及其中凝结的有关立法体例和内在结构的经验、智慧与教训进行分析、归纳与总结的基础上，结合我国民事执行现实情况的实证调研，对我国民事间接强制执行的立法体例、制度构建以及执行措施的完善，提出一些可供立法参考的思路与建议，以推动我国民事间接强制执行立法的发展及制度的构建，最终富有技术性地促进有关“执行难”、“执行乱”问题的解决。

目 录

前 言	1
第一部分 民事间接强制执行的历史、概念、基本特征与 比较研究的价值	1
一、民事间接强制执行的历史	1
二、民事间接强制执行的概念	4
三、民事间接强制执行的基本特征	5
四、民事间接强制执行比较研究的价值	10
第二部分 法国民事间接强制执行立法及基本理论思想	17
一、法国民事间接强制执行的历史与发展	17
二、法国的民事间接强制执行制度	20
三、影响法国民事间接强制执行制度的原因与理论思想	39
四、法国民事间接强制执行实践	54
第三部分 德国民事间接强制执行立法及基本理论思想	61
一、德国民事间接强制执行的历史与发展	61
二、德国的民事间接强制执行制度	67
三、德国民事间接强制执行立法的法理基础	78
四、影响德国民事间接强制执行制度的原因	79
五、德国民事间接强制执行实践	92
第四部分 日本民事间接强制执行立法及基本理论思想	104
一、日本民事间接强制执行的历史与发展	104
二、日本的民事间接强制执行制度	109
三、影响日本民事间接强制执行制度的原因与理论思想	129

四、日本民事间接强制执行实践·····	140
第五部分 英国民事间接强制执行立法及基本理论思想·····	147
一、英国民事间接强制执行的历史与发展·····	148
二、英国的民事间接强制执行制度·····	155
三、影响英国民事间接强制执行制度的原因与理论思想·····	172
四、英国民事间接强制执行实践·····	186
第六部分 美国民事间接强制执行立法及基本理论思想·····	193
一、美国民事间接强制执行的历史与发展·····	195
二、美国的民事间接强制执行制度·····	199
三、影响美国民事间接强制执行制度的原因与理论思想·····	221
四、美国民事间接强制执行实践·····	234
第七部分 韩国民事间接强制执行立法及基本理论思想·····	241
一、韩国民事间接强制执行的历史、渊源与立法特征·····	241
二、韩国民事间接强制执行制度的基本内容·····	251
三、影响韩国民事间接强制执行制度的理论思想·····	263
四、韩国民事间接强制执行的实践及启示·····	272
第八部分 中国民事间接强制执行的理论与实践·····	278
一、新中国民事间接强制执行的历史·····	278
二、我国民事间接强制执行的理论及研究状况·····	284
三、我国民事间接强制执行的立法现状·····	291
四、我国民事间接强制执行措施的实证考察·····	299
五、中国民事间接强制执行实践中的问题·····	309
第九部分 中国民事间接强制执行制度的完善·····	314
一、关于完善我国民事间接强制执行指导观念的几点思考·····	314
二、确立我国民事间接强制执行的适用原则·····	317
三、规定民事间接强制执行适用的程序规则·····	331
四、明确“人身”可以作为民事间接强制执行的对象·····	335
五、扩大民事间接强制执行的适用范围·····	346

六、增设民事间接强制执行的措施·····	350
七、完善被执行人财产申报制度与执行威慑制度·····	353
八、对执行实践中几种特殊间接强制执行的研究·····	359

第一部分 民事间接强制执行的历史、概念、基本特征与比较研究的价值

一、民事间接强制执行的历史

民事间接强制执行作为民事执行中的一种执行措施、方式和手段，并不是现代社会的产物，历史大可追溯至古代罗马法时期。早在人类社会法律制度发展的初期，为了实现判决以及保证司法裁判的实际履行，就已经有了关于民事间接强制执行的法律规定。著名的《十二铜表法》在第3表“债务法”的第3条中明确规定：“若〔债务人〕仍未〔自动〕执行法庭判决，且在受讯时无人代他解脱责任，则〔原告人〕得把他带到私宅，给他们带上足枷或手铐，其重量不轻于十五磅，而且假如愿意，还可以加重。”第4条规定：“〔债务人在拘禁期中〕，如愿意，可自费供养。若无力自费供养，则〔拘禁他的人〕每日应发给他面粉一磅，如愿意，亦可多给。”^①

陈朝壁老先生的《罗马法原理》一书，对于古代罗马法时期的民事间接强制执行制度作了十分详细、深入的考究，按照他的研究：在古罗马时期不仅“依《十二铜表法》之规定，拘禁式之行使，原则上，以执行判决者为限，是为‘已判决之拘禁’（*manus injectio judicati*）。但在某种情形之下，债之原因，视为显然正当者，亦准用之，是为‘准判决之拘禁’（*manus injectio pro judica-*

^① 江平主编：《十二铜表法》，法律出版社2000年版，第10页。

ti)。是项例外，限制极严，仅限于特种债务，得适用之”。^① 而且“根据判决而行使拘禁者，须自判决之日起经过三十日之期间，始得为之；如无判决而直接以债务为拘禁之原因者，则须自债务到期之日起经过三十日之期间焉”。^② “债务人被拘禁后，如不给付金钱，并无第三者出面干预，则债权人得自拘扭时起六十日之期间内，将债务人幽禁于其家中，使用锁链，剥夺其自由。但债务人所处之地位与奴隶有别，得由外间送来食物，并得自由与债权人谈判偿债之方法；《十二铜表法》且规定锁链之重量与食物之数量，使债权人不得过分虐待之焉。不特此也，依《十二铜表法》之规定，此六十日期间行将届满时，债权人应曳债务人至三个不同之市场内，高声说明债务人所欠金额，使有第三者出而代为给付，以解放之也。”^③

《罗马法》一书在论及古罗马时期的执行法律制度时，也写道：“程式诉讼的执行程序，分‘对人执行’和‘对物执行’两种……这两种执行，原告可以自选一种，或在第一种执行不可能的状况时，只能采用第二种执行程序。但从帝政时代起，凡是在被告拿出全部财产提供债权人分配的情况下，债权人就不得再对债务人的身体加以强制执行。”^④

公元486年至496年，由法兰克王国的习惯法和国王法令汇编而成的《萨利克法典》，在第五十二条“关于借贷”中规定：“如果有人把自己的某些东西借贷于别人，而后者不愿意归还他，他应依下列手续召唤那个人到法院去：他应偕同证人同到那借他东西的人的家里，并通知他如下的话：‘因为你不愿意归还我所借给你的东西，那么，依萨利克法律，今天你还可保有他们。’并指定期限

① 陈朝壁：《罗马法原理》，法律出版社2006年版，第554页。

② 陈朝壁：《罗马法原理》，法律出版社2006年版，第555页。

③ 陈朝壁：《罗马法原理》，法律出版社2006年版，第555页。

④ 周枏、吴文翰、谢邦宇编著：《罗马法》，群众出版社1983年版，第345页。

要他〔归还〕。如果届时他还是不肯归还，应再给予延期七天。在七天期满后，应同样通知他说，依萨利克法律，今天他可以保持这些东西。又如果届时还是不肯归还，那么在另外七天期满后，应和前次一样同证人一起到他那里，并请他归还他的东西。又如果那时他还是不肯归还，应对他指定限期。如果三次对他指定期限，那么，每次增加债款各一百二十银币，就是各三金币。如果他那时既不肯归还东西，也不肯支付债款，那么，除债款和由三次通知所加的金币之外，另应罚付六百银币，折合十五金币。”^①

美国学者孟罗·斯密在其有关欧陆法律发达史的研究中指出，中世纪后期的欧洲，在“侵权行为或其他民事案件之中，如判决之执行不得满足实现者，对于判决债务人亦随之有放逐法外之处分，惟尔后债务人苟能完全满足判决之执行，则仍可免此种处分。在法兰克帝国之内，后来尚发达他一种执行程序，根据此种程序，不仅可以放逐判决债务者本人于法外，且可放逐其财产于法外。凡债务者之财产经放逐于法外之后，即得为满足判决执行之目的，而占有之，变买之”。^②

由上述不同时代的法律文献以及中外学者有关间接强制执行的研究来看，间接强制执行作为一种保障司法裁判得以履行、维护债权人权益的方式和措施，不仅早在人类法制文明的初期就已经存在，并早已被纳入法律规定的范围，而且，历史上就执行制度中有关执行措施的基本内容与规定而言，间接强制执行从来都是民事执行中十分重要且不可缺少的一项执行制度，同时也是保障司法裁判得以履行的必要方式与措施。

间接强制执行制度作为保障司法裁判权威以及维护债权人合法利益的必要方式与制度设置，不仅是任何社会的立法与司法都不得不充分重视的问题，而且随着社会的进步、民事执行法制的发展，

① 江平主编：《萨利克法典》，法律出版社2000年版，第32页。

② 〔美〕孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社1999年版，第50—51页。

这种执行制度的观念、理论思想以及有关的措施、种类、方式与形式也在不断地变化与发展。社会历史条件不同,民事间接强制执行的观念、思想、措施、种类、方式与形式都有所不同。

二、民事间接强制执行的概念

从学术研究的角度上讲,概念不仅是对于问题本质属性的揭示与表述,而且为了研究与讨论问题的同一与统一以及避免无谓的争论,研究问题所涉基本概念的内在含义,就成为学术研究中必须首先加以明确的问题。何谓间接强制执行,目前就我国有关学术研究的情况来看,存在多种表述。

有学者认为:“当执行标的是行为,或者执行标的物已不存在,且无其他执行标的物可供执行时,执行机关只能对执行标的施加间接影响,或者通过其他途径,迫使债务人履行义务,完成执行行为。这种迫使债务人履行义务的间接影响和其他途径,就是间接执行措施。”^①另有学者认为:“间接执行是指执行机关对债务人进行处罚而迫使其亲自履行义务,如对债务人进行罚款、拘留以迫使其为一定行为。因拘留、罚款属对人执行,故对人执行是间接执行。”^②

我国台湾地区学者杨与龄认为:“间接执行,即执行机关不直接以强制力实现债权人之权利,而予债务人一定之不利益,使其心理上受压迫,而自行履行债务,以实现私权之内容之执行。例如管收债务人或处以过怠金是。惟拘提管收属于对人执行,故对人执行为间接执行。”^③台湾地区学者许士宦认为:“间接强制系对债务人预告财产上或人身上不利益而施加心理上压力,迫使其自行履行执

① 谭秋桂:《民事执行原理研究》,中国法制出版社2001年版,第261页。

② 孙加瑞:《强制执行实务研究》,法律出版社1994年版,第9页。

③ 杨与龄编著:《强制执行法论》,台北三民书局1979年版,第15页。

行名义之内容。”^①台湾地区学者耿云卿认为：“凡以直接之方法，对债务人之财产加以执行如查封拍卖或强制管理，物之直接取交，或命交付子女于债权人等，曰直接执行。反之，若以间接方法，对债务人加以拘提、管收、处以息金等以迫使债务人履行债务而达执行之目的者，曰间接执行。”^②

由上述不同学者对间接强制执行概念的表述来看，虽然各自表述的具体文字不尽相同，但是，就间接强制执行不同于直接强制执行，即执行机关直接对执行标的采取查封、扣押、拍卖、变卖等措施，以实现债权人权利的行为，而是由执行机关对债务人采取处以财产上或者人身上的不利益，例如，责令债务人支付迟延履行期间的债务利息、罚款，甚至拘留债务人等方式，从而对债务人形成一定程度上的心理强制，迫使其履行债务这一基本含义而言，却是十分的一致与统一的。换言之，就民事强制执行制度的角度来看，所谓民事间接强制执行，实际上指的是民事执行机关采用对债务人的财产或者人身处以一定程度不利益的方式，来形成对债务人的心理强制，从而迫使债务人履行判决所确定义务的一种执行制度。这种执行制度不仅在概念即基本含义上与直接强制执行不同，而且在基本特征上与直接强制执行也存在较大的差异。

三、民事间接强制执行的基本特征

民事间接强制执行的基本特征作为该制度的存在基础的标志，体现的不仅是这种执行制度的基本特点，也表明了这种执行制度与直接强制执行在类型、性质以及执行方式、方法上的主要区别。相对于直接执行而言，民事间接强制执行具有下述一些基本特征。

① 许士宦：《金钱及物交付执行之间接强制》，载《台湾大学法学论丛》2008年第2期，第152页。

② 耿云卿：《实用强制执行法》，五南图书出版有限公司2000年版，第17页。