



中国民事诉讼法学研究会
Civil Action Jurisprudence Association of China

【第十六辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

【刊首语】

肖建国 强制执行法的两个基本问题

【民事执行基础理论与制度建构】

- 谭秋桂 再论民事执行权的配置
——以审执分离体制改革为中心
- 马登科 终结本次执行论
- 张晓帆 强制执行之基本定位
- 雷运龙 审执分离原理及其展开
——以肖建国教授关于审执分离的论述为中心
- 葛行军 论科学配置民事强制执行权
- 张永红 审执分离体制改革的理论基础与路径选择
- 张宝成 论调解协议司法确认案件的执行依据

【学理研析】

- 刘明生 诉讼标的概念之厘清、转化与过度扩大危险之防止
- 任重 赫尔维格的法律保护请求权论

【制度探究】

- 韩红俊 论民事执行中被执行人配偶的追加
- 赵培 困境与出路：司法程序中少数民族语言权保障透视
- 杨雅妮 主观预备合并之诉法律构造的反思与重构
- 李磊 民事证据排除规则适用与非法取证的抑制
- 黄鹂

【实务探微】

- 李文超 恶意变更法定代表人规避执行的司法认定与规制路径
- 王聪 形骸化抑或实质化：直接言辞原则在民事二审程序中的实践
- 李后龙 小额诉讼中存在的问题及对策研究
- 潘军锋 成都市中级人民法院 关于推进民事审判庭审优质化及相关改革工作的实施意见

【紫荆沙龙】

- 段文波 当事人主义：对象、方法与程序
- 韩波 民事诉讼中的辩论主义与合作原则
- 曹建军 第五届“紫荆民事诉讼青年沙龙”实录
书面评议

中国民事诉讼法学研究会 主办

2016年10月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

【第十六辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

中国民事诉讼法学研究会 主办

执行主编 任重 黄忠顺

2016年10月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究. 第十六辑/张卫平主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5615-6248-2

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼法-中国-文集 IV. ①D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 235243 号

出版人 蒋东明
责任编辑 甘世恒 邓 臻
装帧设计 李夏凌
封面制作 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 21.5
插页 2
字数 458 千字
版次 2016 年 11 月第 1 版
印次 2016 年 11 月第 1 次印刷
定价 74.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

▣ 《民事诉讼法研究》编委会

(以姓氏拼音为序)

蔡虹 蔡彦敏 姜建初 景汉朝 李浩 李仕春 刘荣军
潘剑锋 齐树洁 宋朝武 谭兵 汤维建 田平安 姚红
张晋红 张卫平 章武生 赵钢

▣ 编委会召集人

张卫平 李浩

刊首语

强制执行法的两个基本问题

■肖建国*

作为实现执行名义中所确定债权的一部法律,强制执行法无论在近代还是现代社会,均扮演着重要的角色。世界各国、各个法域或基于经济社会的发展、解决执行难的现实需要,或基于民事执行在原理、制度和程序上与判决程序的差异性以及法律技术的考虑,其强制执行立法大多经历了由吸收模式或混合模式转变为单行法模式的重大转型。顺应单行法模式的全球性潮流,单独制定民事强制执行法,也成为我国立法机关的不二选择。自2001年以来,最高人民法院先后起草了六部《中华人民共和国民事诉讼法强制执行法草案》,第九届全国人大常委会曾将“民事强制执行法”列入了五年立法规划,第十届全国人大常委会再次将“民事强制执行法”列入立法规划。在2012年修改《民事诉讼法》时,立法机关曾回应社会各界的呼声,今后要在我国制定强制执行法。这一立法目标,在党的十八届四中全会依法治国决定中得以最终确定。

对于民事诉讼法学研究而言,制定强制执行法既是机遇,更是挑战。学界对强制执行法研究的深度和广度,直接影响着立法的质量。在一定意义上,强制执行立法是对民法学研究水平的检测,如果学界对于民事执行制度和程序所涉及的各方面问题都有充分的研究成果,并且形成了相当程度的学术共识,那么强制执行法的起草和制定就会相对容易,阻力也会小很多。从目前来看,强制执行研究较为薄弱、理论准备不足、不少领域存在研究的空白,或许是制约我国强制执行立法的最大障碍。因此,加强民事执行的理论研究,应当成为民事诉讼法学者的使命和担当。

一、强制执行与民事审判的关系

笔者于十一年前在《现代法学》上发表过《审执关系的基本原理研究》一文,对近代以来民事审判与执行的关系,尤其是审执分离的理论基础,进行过系统的阐述。近代自由主义民事诉讼法典中,强制执行被塑造成一种特殊形态的审判程序,

* 肖建国,中国人民大学法学院教授。

法国学者也是在民事审判的延长线上研究民事执行问题。这种立场的优点是还原了强制执行的司法本质,民事执行须按照司法权固有的质的规定性予以制度上的安排,执行行为也必须依据司法权行使的一般规律进行调整。其缺点是相对忽略了强制执行的特殊性,即在三面民事执行法律关系中,法院与被执行人之间的关系与审判法律关系中法院与被告之间的关系有天壤之别,所谓审执分离的原理就是建立在这一关系的基础之上。唯有这一层面的法律规制,才能集中体现强制执行程序的特征,强制执行法的制定也应主要聚焦于该领域的规则安排。

在法院与被执行人之间的关系上,强制执行有别于民事审判的特质,在于其强制性而非和平性,所谓“强制执行法是露出牙齿的法律”,就表现在这一层面的法律规制上。查封、扣押、冻结、拍卖、变卖、以物抵债、分配价款等执行实施行为,以及追加或变更被执行人、中止或终结执行等执行裁决行为,相较于民事审判制度和程序,有明显的区别。审执分离的必要性、执行行为的特殊性、执行程序的独特性、强制执行单独立法的可能性,主要维系在法院与被执行人之间关系的法律调整上。

在强制执行的三面法律关系中,法院与被执行人之间关系固然具有特殊性,不过,这没有根本改变强制执行的司法程序属性。一方面,无论在大陆法系还是英美法系国家,执行实施行为中对于被执行财产的控制性裁定(查封、扣押、冻结、扣划等)、处分性裁定(拍卖、变卖、以物抵债、强制管理、价款分配等)、制裁决定权(罚款、拘留)等重大执行事项的命令权,以及追加变更被执行人、处理执行异议复议等执行裁决行为,均属于审判权性质,由法官垄断性行使,由法院作出裁定或命令;只有张贴封条、转移动产占有、肩扛手提、敲门撬锁等体力活,可以交由执行官或警察持法院的裁定或命令实施。另一方面,同民事审判法律关系一样,民事执行法律关系也为三面关系,其中,用于调整申请执行人与法院、申请执行人与被执行人之间关系的法律规则,与民事审判法律关系中调整原告与法院、原告与被告之间的关系的准则,具有高度的一致性,故在这两面关系中,强制执行法可以直接适用民事诉讼法的相关规定。

换个角度看,作为执行程序逻辑起点的执行名义,在近代大陆法系民事诉讼法中,被视为民事审判与执行的分水岭。强制执行法规定,作为执行名义的法院裁判须具有明确、具体的给付内容,表面上是对执行案件受理条件的要求,实际上是对法院裁判主文和审判机构提出的要求。裁判主文的给付内容如果不明确,则欠缺执行力,不能进入执行程序,补救的办法是,由审判庭继续行使剩余审判权,作出补充裁判或更正裁判,而非像我国实践中那样由执行机构行使审判机构未用尽的审判权,导致审执不分,甚至以执代审现象屡屡发生。因此,未来的强制执行法应当明确审判权与执行权行使的时间界限,将审判权用尽作为执行程序启动的要件之一。这对我国强制执行立法而言,颇具现实意义。

进一步来说,即使审判权用尽,进入执行程序后,也无法切断执行制度和程序与民事审判的关联。实际上,在强调诉讼法与实体法分离,执行程序得到充分发育和独立发展的以德国为代表的大陆法系国家,民事执行与民事审判的内在关联在法律体系中也获得了承认和体现。除了前文所述的执行命令行为和执行救济裁定

属于审判权范畴,适用民事诉讼法的规定外,执行过程中衍生的第三人异议之诉、债务人异议之诉和许可执行异议之诉等制度,毫无疑问属于强制执行法所规定的特殊类型的诉讼程序,强制执行法未作特别规定的,无疑应当适用民事诉讼法的规定。

强制执行与民事审判虽有区别,但二者是水乳交融的关系,这决定了强制执行立法的复杂性,即既要突出执行程序法的特殊性,又要关照其与民事审判同属于民事权利的司法救济,是司法权作用于民事诉讼领域所呈现出的两种不同程序类型之本质。因此,在探讨民事执行体制改革、审执分离、执行机构设置、执行机制改革等问题时,不能舍本逐末,一叶障目,应当回到民事诉讼的原点,以强制执行的司法属性为基点考察其有别于审判程序的特征,并根据强制执行的效率价值取向来设计执行程序。

二、以责任财产为中心的强制执行立法

强制执行以实现生效法律文书所确定的债权为目标,以国家强制力的运用为手段,所指向的对象主要是债务人的责任财产。强制执行立法是以债务人的责任财产为中心展开的,不同性质的责任财产需要匹配不同类型的执行程序。例如,有体物不同于知识产权等无形财产,动产不同于不动产和其他财产权,有限公司股权不同于上市公司的股份,有登记的车辆、船舶等动产不同于没有登记的其他动产,对工资的执行不同于银行存款,有登记的不动产与在建工程、违法建筑、临时建筑在执行程序的建构上也有所差异,等等。在以有体物的执行为主的近代法中,强制执行法成为连接债权法与物权法的一部程序法。现代社会中,责任财产的形态更加丰富多样,客观上要求提供较近代法更为完善的执行程序立法供给,强制执行法不仅连接着债权法与物权法,也连接着债权法与公司法、证券法、知识产权等法律。这些构成了大陆法系国家制定或修改强制执行法的内在动力。

基于强制执行的司法属性,以法院与被执行人之间的关系为重心,以法院对被执行人责任财产的执行为对象,依据不同类型的责任财产分别设置不同的执行程序,这也是我国未来强制执行立法的基本思路。我国强制执行法应当覆盖从责任财产的查明、控制到责任财产的处分等完整的执行环节,规定各类完备的执行措施。具体而言,当前强制执行理论研究需要着重回答以下问题:

1. 责任财产的范围及其可执行性

民法上也有责任财产概念,但强制执行法上的责任财产,在判断的时间基准、财产范围、能否豁免以及法律后果上,都不同于民法。由于被执行人的责任财产已纳入生效法律文书执行力的有效射程,强制执行法上的责任财产往往具有公法上的效力,对于隐匿、转移、处分责任财产,或者在责任财产上设定负担的行为,法院依据强制执行法可以直接作出否定性评价,否认行为的效力,责令行为人承担相应的赔偿责任,处以必要的司法制裁,并排除第三人对于责任财产的善意取得,等等。显然,这与民法上责任财产仅作为债权人债的保全的功能不可同日而语。

被执行人的责任财产的基准时如何确定?基准时之前已处分的财产是否为责

任财产？基准时后可以取得的财产是否为责任财产？附所有权保留的财产是否为责任财产？公有物、公用物、专属性权利、限制流通物、国有划拨土地使用权能否成为责任财产？这些问题，均需结合民法尤其是物权法等法律的规定，作出理论上的回答。

强制执行是一项攸关公共事务和社会政策的福利设施，应遵循《奥地利强制执行法》的缔造者弗朗茨·克莱因倡导的“社会国家原则”，国家有义务保护弱势群体的利益，为债务人提供免受与社会相矛盾的强制执行保护，尊重和保护当事人的人格尊严、自由，不得剥夺被执行人及其家庭成员的最低生存权，对财产所有权这一基本人权的保护则禁止法官贱价处分债务人的财产。因此，强制执行法中，责任财产的可执行性须通过大量的执行保护规范来予以明确。

2. 责任财产的控制和处分

责任财产的控制（司法查封、扣押、冻结）和处分（司法拍卖、变卖、以物抵债、强制执行、执行款分配等）是强制执行法中执行措施和执行程序的中心内容，构成了大陆法系国家强制执行立法的主体部分，集中反映了强制执行法的立法精神，并将强制执行合法原则、效率原则、比例原则和执行穷尽原则等基本原则外化为翔实、可操作性的具体规则，因此成为检测一国强制执行立法质量优劣的决定性要素。由于执行程序要与责任财产的不同类型相匹配，因此好的强制执行法一定是为各类不同责任财产量身定做不同类型执行程序 and 措施的立法。近代德国的执行立法就是典范。德国于 1877 年颁布民事诉讼法典时，执行程序编重点规范动产的控制和处分，此后德国民法典颁布，为配合民法典中不动产权的规定，德国于 1898 年专门出台了单行的《强制拍卖与强制管理法》，共 186 条，丰富完善了不动产的司法拍卖和强制管理程序，弥补了德国民诉法典的不足。在以有体物为主要财产形态的近代社会中，德国法的规定无疑具有前瞻性，也为其他大陆法系国家的强制执行立法提供了可以借鉴的样本。即便在一百多年后的今天，我们仍然会被德国立法者的周到缜密和远见卓识所震撼。

责任财产的控制和处分，属于我国民法立法上的空白环节，学界的相关研究也极为薄弱，因此，目前该领域的制度形成依靠司法实践的摸索，制度性程序性规范的产生都打上了实践的烙印，具有实践推动型的时代特征。例如，为了回应物权法的规定，强化不动产执行的效力，在责任财产的查封之外，对于尚未进行物权登记但履行了一定的批准或备案登记手续，被执行人享有未公示的物权或物权期待权的不动产，我国实践中生成了预查封制度。又如，民诉法在财产保全制度中明确禁止重复查封，但该规定与物权法的适用之间存在着紧张关系，由此促成了轮候查封的诞生。还如，作为金钱债权执行的不可或缺的一环，执行款分配制度虽然在民诉法中未有提及，但为了实现与破产法功能的分化配合，经由实践经验的积累，逐步形成了我国的参与分配制度和执行程序转破产程序的衔接机制。

不过，实践推动型的制度生成，具有零敲碎打性质，东一榔头西一棒子，缺乏体系性，这是其先天的不足。例如，不同类型财产的查封（含扣押、冻结，下同）的程序要件、查封方法、查封效力、保全查封与执行查封的区分，以及司法拍卖的程序要

件、拍卖委托的性质、拍卖底价的确定与公开、强制拍卖中优先购买权的保护、强制拍卖(变卖、抵债)对当事人、拍定人、不动产上的其他权利人和协助执行人的效力,尤其是强制管理的程序要件、强制管理方法、强制管理的效力,等等问题,至今缺乏统一明确的法律规范。由于立法缺位,靠实践自行摸索,造成执行实践的困惑和混乱,这是我国执行乱产生的深层原因之一。因此,未来的强制执行立法应当提供各类责任财产执行程序的一揽子方案。

3. 现代科技在强制执行中的运用

最高人民法院推动建立的执行网络查控系统、失信被执行人信息系统以及刚刚通过的司法解释所确立的网络司法拍卖制度,将现代科技引入强制执行程序,利用互联网+时代的信息技术,在我国全面构建了执行网络查控系统、失信被执行人信息系统,并且依据网络拍卖优先原则在全国推行网络司法拍卖,极大改善了责任财产的执行程序,提高了执行效率,实现阳光执行,这在全球范围内都具有示范性意义,必将引领执行程序改革的新潮流。现代信息技术与强制执行程序的联姻,对我国强制执行立法提出了挑战,传统的司法查封和拍卖规则,在网络查控和网络拍卖下,有不少需要作出必要的调整,才能适应网络环境。网络查控和网络司法拍卖的特别规则,虽部分反映在司法解释中,但仍然亟待进一步完善。

目 录

- 刊首语
- 001 肖建国 强制执行法的两个基本问题
- 民事执行基础理论与制度建构
- 001 谭秋桂 再论民事执行权的配置
——以审执分离体制改革为中心
- 012 马登科 终结本次执行论
- 张晓帆
- 026 雷运龙 强制执行之基本定位
- 034 宋春龙 审执分离原理及其展开
——以肖建国教授关于审执分离的论述为中心
- 046 葛行军 论科学配置民事强制执行权
- 058 张永红 审执分离体制改革的理论基础与路径选择
- 071 张宝成 论调解协议司法确认案件的执行依据
- 学理研析
- 083 刘明生 诉讼标的概念之厘清、转化与过度扩大危险之防止
- 097 任重 赫尔维格的法律保护请求权论
- 制度探究
- 113 韩红俊 论民事执行中被执行人配偶的追加
- 赵培
- 129 杨雅妮 困境与出路：司法程序中少数民族语言权保障透视
- 142 李磊 主观预备合并之诉法律构造的反思与重构
- 154 黄鹂 民事证据排除规则适用与非法取证的抑制

■ 实务探微

- 173 李文超 恶意变更法定代表人规避执行的司法认定与规制路径
——基于对三类规制方式与四种裁决思路的研究
- 186 王 聪 形骸化抑或实质化:直接言辞原则在民事二审程序中的
实践
- 199 李后龙 小额诉讼中存在的问题及对策研究
- 潘军锋 ——基于江苏法院小额诉讼工作的实践分析
- 208 成都市中级 关于推进民事审判庭审优质化及相关改革工作的
人民法院 实施意见

■ 紫荆沙龙

- 221 段文波 当事人主义:对象、方法与程序
- 239 韩 波 民事诉讼中的辩论主义与合作原则
- 251 曹建军 第五届“紫荆民事诉讼青年沙龙”实录
- 291 附:争点整理
- 293 书面评议

民事执行 基础理论 与制度建构

再论民事执行权的配置

——以审执分离体制改革为中心

■ 谭秋桂*

摘要 民事执行权的配置必须以科学认识民事执行权的基本属性为基础,以实现民事执行制度的基本功能为出发点与归宿,以实现民事执行制度的效益优先价值为价值目标,解决执行难问题应当是民事执行权重新配置的目的之一。审执分离体制改革应当是我国民事执行权配置的基本方向。推动民事审执分离体制改革,必须首先厘清“审”和“执”的内涵与外延,将民事执行权完整地配置给人民法院,在审执分离的同时强调审执配合和审执协调,按照“分而不离”的原则配置实施性执行权能和判断性执行权能。我国应当通过实行审判权和执行权相分离的体制改革,重新构建民事执行机制,彻底解决民事执行难问题。

关键词 民事执行权 配置 审执分离 体制改革

在中国语境下讨论民事执行,无论如何都绕不开执行难的话题。2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《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》)明确提出“切实解决执行难”,2016年3月13日最高人民法院院长周强在第十二届全国人民代表大会第四次全体会议上承诺“用两到三年时间基本解决执行难问题”,执行难问题的解决再次注入了动力,也似乎再次看到了希望。然而,造成民事执行难问题的原因很多,

* 谭秋桂,中国政法大学诉讼法学研究院教授。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“诉讼功能与司法权威研究”(13JJD820019)的阶段性研究成果。

解决这一问题必须多管齐下,而不能寄希望于单靠某一方面的改革或者努力。其中,完善民事执行的体制和机制,是解决民事执行难问题不可或缺的方面。只有在健全民事执行体制和机制的前提下,通过人民法院加大执行力度并克服执行乱,加上全社会的协同配合,才有可能彻底解决这一复杂问题。民事执行的体制和机制,是民事执行权配置模式的反映。因此,民事执行权的配置在民事执行难问题的解决中处于基础性地位。换言之,科学配置民事执行权,是健全民事执行体制和机制、彻底解决执行难问题的必由之路。

民事执行权的配置其实是个老问题。这一问题包括民事执行权与民事审判权关系、民事执行权的权能范围及其运作方式等一系列具体问题,核心是民事执行权与民事审判权关系的处理。党的十八届四中全会《决定》提出“推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”,尽管其中的“审判权和执行权”并不一定仅指“民事审判权和民事执行权”,但至少可以认为包含“民事审判权和民事执行权”。党的文件明确提出改革任务,足见在民事执行权配置问题上尚未形成一致意见,尤其是决策层并不认为这个老问题已经得到解决。笔者认为,重申民事执行权配置的一些基本问题,从而确保民事执行权配置的正确方向,对于科学处理民事领域的审执关系、切实解决民事执行难问题,具有重要的现实意义。

一、民事执行权的配置必须以科学认识民事执行权的基本属性为基础

民事执行权的配置是指国家根据民事执行权的属性和民事执行实践的需要,明确民事执行权的内容并将其交付给具体的机关及其人员行使的活动。其实质是一种国家分权活动,是国家权力分配的一种。民事执行权配置的结果体现为,当债务人拒绝履行生效法律文书确定的义务时,具体由何种机关和哪些人员、按照何种方式、行使哪些内容的权力强制其履行义务。因此,民事执行权的配置不但决定了民事执行机关的职能职责、民事执行机关的性质及其内部分工、民事执行机关与其他国家机关的关系,而且决定了民事执行程序构建的基本原则和基本方向。

将一项国家权力交给特定的机关和人员并构建该权力的运行机制,必须首先正确认识该权力,即明确该权力的基本属性和基本内容。其中,受国家分权理论的影响,明确该权力的基本属性,其实就是明确该权力在国家权力体系中的地位;明确该权力的基本内容,就是确定该权力的具体权能。民事执行权的配置也不例外。在民事执行权的基本属性即民事执行权在国家权力体系中的定位问题上,我国学者曾经进行了激烈的争议,并形成了司法权说、行政权说、司法行政权说和复合权力说几种不同的观点。^①但是,由于对国家分权理论的理解不同,加上缺乏明确而可操作的评判标准,目前难以形成具有优势的学说。

笔者认为,认识事物的属性,其实就是分析其特殊性——该事物区别于其他事

^① 高执办:《执行局设置的理论基础》,载《人民司法》2001年第2期。

物的独特之处。在认识民事执行权的基本属性的问题上,除了以国家分权理论为基础,在立法权、司法权和行政权等三权中为民事执行权寻找“栖身之所”外,将其与民事审判权、行政权或者行政执行权、刑事执行权等相关或者类似的权力进行对比,以发现其区别与其他权力的独特之处,也是认识民事执行权基本属性的重要方法,得出的结论也是民事执行权基本属性的重要内容。在民事执行权究竟是司法权还是行政权的问题无法形成共识的情况下,分析民事执行权与相关或者类似权力的关系,是认识民事执行权属性的重要方法,而且因此形成的认识对于具体制度的构建更具有指导意义。

笔者认为,在与民事审判权、行政权或者行政执行权、刑事执行权的比较中,民事执行权的独特之处主要体现为相对独立性、整体性和复杂性等属性。

首先,民事执行权具有相对独立性。也就是说,民事执行权并不是依附于某种权力而存在的,而是具有自己独特职能的权力。其一,民事执行权不依附于民事审判权。民事审判权的基本职能是判断,民事执行权的基本职能是实现。基本职能的差异决定了,民事执行权不可能依附于民事审判权而存在。其二,民事执行权不依附于行政权或者行政执行权。民事执行权发生作用形成的结果具有终局性,不可能再进行司法审查;行政权或者行政执行权发生作用形成的结果具有中间性,相对人有权请求进行司法审查。这种差异也就决定了民事执行权不可能依附于行政权或者行政执行权而存在。其三,民事执行权不依附于刑事执行权。刑事执行权运行的基本目的是剥夺罪犯的自由或者生命,民事执行权运行的基本目的则是强制债务人履行财产或者行为给付义务。基本目的的差异决定了,民事执行权不可能依附于刑事执行权。正是由于既不依附于民事审判权,也不依附于行政权或者行政执行权、刑事执行权,所以民事执行权在国家权力体系中具有相对独立的地位。

其次,民事执行权具有整体性。强制债务人履行生效法律文书确定的金钱、物或者行为给付的义务,是维护国家法律权威性和公信力的重要工作,是一项独立的国家职能,与审判职能、行政职能、刑事职能及其他职能之间均存在明显的区别。民事执行权正是为了实现该国家职能而设立的一项国家权力。民事执行职能的独立性决定了,民事执行权是一项完整的国家权力——它不是不同权力的“临时聚合”,而是由不同权能构成的完整系统。作为该系统的构成要素的民事执行具体权能之间形成了有机的、不可分割的联系,它们缺一不可地分别发生作用,进而产生“整体大于部分之和”的系统效应,最终全面实现民事执行职能。缺乏其中任何一项权能,民事执行系统就无法正常运行,民事执行的国家职能就无法实现。因此,民事执行权具有整体性。

最后,民事执行权具有复杂性。民事执行职能是一项复杂职能,它既有判断事项又有实施事项,而且判断事项与实施事项之间存在交叉与重叠。例如,涉及执行当事人提出的执行申请、抗辩、异议及其实施的和解、以物抵债等自治行为的合法性问题,案件执行标的的确定问题,执行财产的权属关系以及应当执行的范围问题等,主要是判断事项;而查封、扣押、冻结、拍卖、变卖等事项则主要是实施事项。与

此同时,在查封、扣押、冻结、拍卖、变卖等事项的实施过程中,又交叉着是否超标的查封、扣押与冻结,拍卖是否合法与有效,无法拍卖的财产如何处理等一系列需要判断的事项。在实现民事执行职能的过程中,判断与实施其实很难截然分开,这与民事审判、行政或者刑事执行等存在重大差异。因此,民事执行权具有复杂性。

相对独立性、整体性和复杂性是民事执行权固有的基本属性。只有在尊重这些属性的基础上配置民事执行权,实行审判权与执行权相分离,才符合民事执行的基本规律,才有可能构建完善的民事执行体制和机制,才有利于解决民事执行难问题。

二、民事执行权的配置必须以民事执行制度的基本功能为出发点和归宿

如前文所述,除明确民事执行权的属性外,认识民事执行权还必须明确民事执行权的基本内容,也就是民事执行权的具体权能。民事执行权应当具备哪些权能,是由国家希望通过民事执行实现的效果或者产生的结果决定的:国家希望通过民事执行实现的效果或者产生的结果不同,所配置的民事执行权的具体权能也就不同。国家希望通过民事执行实现的效果或者产生的结果,其实是民事执行制度的功能预设。因此,在配置民事执行权时,必须充分考虑民事执行制度的基本功能:以实现民事执行制度基本功能的需要作为设定民事执行权内容的基础,以民事执行制度基本功能是否实现作为检验民事执行权内容配置是否合理的标准。

关于民事执行制度的基本功能,目前理论上普遍认可的观点是实现生效法律文书确定的内容,或者强制债务人履行义务、实现债权人的债权。但是,关于“实现”的具体含义,理论上并没有形成一致意见。一般认为,民事执行的“实现”是指采取强制性的手段或者措施迫使拒绝履行义务的债务人履行义务,即通常所谓的“执行实施”。至于“执行裁判”是否包含在“实现”的范畴之中,即在强制债务人履行义务过程中形成的争议的解决是否也属于民事执行制度的功能的问题,理论上争议颇大。正因为存在争议,最初使用的“执行裁判”的概念后来被改称为“执行裁决”,到2011年最高人民法院发布《最高人民法院关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》时甚至只剩下了“执行审查”。

笔者认为,民事执行的基本功能是实现,但是这并不意味着民事执行完全没有判断性。否定民事执行的判断功能并不符合客观实际,也不利于民事执行实践的发展。如前所述,判断事项的产生是民事执行中不可避免的现象,而且执行实施与执行判断之间存在着交叉与重叠。否定民事执行制度的判断功能,民事执行程序中产生的判断事项势必只能全部依民事审判程序处理。但是,民事执行程序中产生的判断事项不同于民事通常所谓的民事纠纷,不属于民事审判权的职能范围,这些事项全部依民事审判程序处理也与民事执行的终局性特征相矛盾。因此,通过民事审判程序处理民事执行争议事项缺乏足够的法理依据,而且必将严重损害民事执行的效率价值,甚至造成执行难问题。

当然,肯定民事执行制度的判断功能,并不是要无限扩大民事执行权的判断属

性,也不是要模糊民事执行权与民事审判权之间的界限。相反,明确民事执行制度的判断功能,目的是更为清晰、更为准确地理解民事执行权与民事审判权之间的界限,为正在推进的民事审执分离体制改革提供理论依据,最终实现“凯撒的归凯撒,上帝的归上帝”。只有这样,民事执行难问题的解决才有更坚实的体制和机制基础。

至于哪些事项属于民事执行判断事项、哪些判断权能应当配置为民事执行的判断性权能的问题,仍值得进一步研究。我国目前理论上普遍认可、实践中制度设计已经体现的是将执行异议、复议申请事项的判断权配置为民事执行权的判断性权能。按照这种观点,民事执行的判断性权能是指对民事执行程序中产生的程序性争议事项的裁断权。^①但是,笔者认为,除此之外,在民事执行程序中形成的执行异议之诉的裁断权也应当配置为民事执行权的判断性权能。这是因为,在民事执行程序中,因对执行标的可执行性、分配方案合法或者合理性、债权人申请执行的合法性等问题引起的争议,与传统民事诉讼处理的“平等主体之间因人身关系或者财产关系引起的纠纷”存在明显的区别;执行异议之诉归根到底是因民事执行行为而引起,需要解决的是执行行为的合法性与合理性、执行程序和执行行为是否继续进行的问题,执行标的权属、债权的可执行性或者可分配性及其应受分配的顺序和比例等只是诉的理由而不是诉的标的,均只能作为法院裁判的理由而不是法院裁判的对象。因此,因案外人异议之诉、许可执行之诉、分配方案异议之诉、债务人异议之诉等引起的裁判事项,均应当配置为民事执行权的权能而不是民事审判权的权能。

笔者还认为,启动执行程序的裁断权也应当配置为民事执行权的判断性权能。债权人据以申请执行的法律文书是否具备成为执行名义的要件、其申请是否符合启动执行程序的条件等事项都属于民事执行程序中的事项,对于这些事项的裁断权,应当配置为民事执行权而不是民事审判权的权能。但是,这种判断性权能与前述的民事执行判断性权能又有所区别,可称其为执行命令权能。

总之,在配置民事执行权的具体权能时,必须以民事执行制度的基本功能为出发点和归宿,尤其是要重视判断性民事执行权能的配置。在实行审执分离体制改革时,更应当重视判断性执行权能与民事审判权能的差异。

三、民事执行权的配置应当体现并有利于实现效益优先的价值目标

明确了民事执行权的属性和具体内容,民事执行权配置下一步需要解决的问题是确定民事执行权运行的价值取向,也就是要根据民事执行权配置的目的确定民事执行权运行的价值目标。

作为实现生效法律文书确定内容的程序制度,民事执行的基本价值追求是效

^① 高执办:《论执行机构内部的分权与制约》,载《人民司法》2001年第6期。

益优先:在最短的时间内以最少的人力、物力、财力等实现生效法律文书确定的内容,尽量避免执行错误,维护法律的权威和尊严,也就是以最少的成本实现最大的收益。民事执行权运行的价值目标应当与民事执行的价值追求一致。因此,民事执行权的配置应当体现并通过制度构建实现效益优先的价值目标。笔者认为,为了体现和实现效益优先的价值目标,民事执行权的配置应当做到以下几点。

首先,应当保持民事执行权的整体性,防止割裂民事执行权而降低民事执行效率。只有完整地配置民事执行权,确保民事执行权的各项权能都能发挥其应有作用,才能确保提高民事执行的效益。如果配置的执行权能不健全,就不能在实现生效法律文书确定内容的过程中体现足够的权威性,民事执行工作就会缺乏必要的刚性,民事执行的效率和正确性就无法保障,也就无效益可言。

其次,应当保障民事执行权具体权能的协调性,防止因内部冲突而加大民事执行的成本、降低民事执行的效益。民事执行权具体权能的设定是民事执行权配置的重要内容。在配置民事执行权时,不但要全面设定民事执行权的具体权能,而且要确保各项具体权能的协调性:具体权能运作的基本方向必须一致,防止因其相互冲突而降低效率甚至产生错误成本。

最后,应当实现民事执行权具体权能的相互制约,防止执行错误。任何权力都易滥用,民事执行权也不例外。民事执行权滥用的结果必然造成执行错误,增加民事执行成本、降低民事执行效率。因此,在配置民事执行权的具体权能时,必须确保具体权能之间形成相互制约关系,预防具体权能的滥用,减少执行错误成本。

四、我国民事执行权配置模式选择的几个重要问题

民事执行权的配置结果必然形成民事执行权运行的标准样式。这种标准样式可以称为民事执行权的配置模式。在这个模式里,最为核心的是两个问题:一是审执关系的处理,二是民事执行权的具体权能及其关系的处理。其中,审执关系解决的是民事执行权配置的外部关系,即与民事审判权的关系问题,主要包括民事执行权与民事审判权的边界、职能分工、运作模式区别等。审执关系的处理将直接决定我国目前正在全力推进的审执分离体制改革的基本方向。民事执行权的具体权能及其关系解决的是民事执行权配置的内容问题,尤其是判断性执行权能与实施性执行权能的职能范围及其运作模式、判断性执行权能与民事审判权能的区分等。在审执关系样式问题上,党的十八届四中全会《决定》提出“推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”;在民事执行权的具体权能及其关系样式问题上,自2015年3月以来,最高人民法院先后批准广西高院、广东高院、深圳中院、浙江高院、唐山中院、上海高院、江苏高院等开展审执分离体制改革试点工作。

笔者认为,无论是确立审执关系样式还是规范民事执行权的具体权能及其关系样式,我国民事执行权的配置都必须根据民事执行权的基本属性,遵循其运行的基本规律,结合我国民事执行实践的具体情况予以妥善安排。从目前理论争议和改革试点的情况来看,我国民事执行权配置的模式选择必须着重解决好以下几个问题。