

21 21世纪法学系列教材

# 民事强制执行法学

第二版

CIVIL ENFORCEMENT LAW

董少谋 著



法学阶梯  
INSTITUTIONES



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



21 世纪法学系列教材

# 民事强制执行法学

Civil Enforcement Law

| 第二版 |

董少谋 著



法律出版社

始创于 1954 年

[www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

好书,同好老师和好学生分享

## 图书在版编目(CIP)数据

民事强制执行法学 / 董少谋著. —2 版. —北京:  
法律出版社, 2016. 9  
21 世纪法学规划教材  
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0085 - 0

I. ①民… II. ①董… III. ①民事诉讼—强制执行—  
中国—高等学校—教材 IV. ①D925.118.31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 247708 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/三河市龙大印装有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16  
版本/2016 年 11 月第 2 版

印张/18 字数/312 千  
印次/2016 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908  
上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0085 - 0

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 出版说明

法律出版社作为中国历史最悠久、品牌积淀最深厚的法律专业出版社，素来重视法学教育图书之出版。

原“21世纪法学规划教材”系列作为本社法学教育出版的重心，延续至今已有十余年。该系列一直以打造新世纪新经典教材为己任，遍揽名家新秀，因其卓越品质而颇受瞩目并广受肯定。当前，根据法学教育发展变化的客观需要，本社将原有教材系列调整重组，形成新编“21世纪法学系列教材”，以便更好地为法学师生服务。

中国的法学教育正面临深刻变革，未来的法学教育势必以培养高素质法律人才为目标，以知识教育与应用教育相结合、职业教育与素质教育相结合、精英教育与大众教育相结合为导向，法学教育图书的编写与出版也将由此进入变革与创新的时代。

为顺应未来法学教育的改革方向和发展趋势，本社将应时而动，为不同学科、不同层次、不同阶段、不同需求的法学师生量身打造法学教材及教学辅助用书。在教材方面，将推出课堂教学系列、实训课程系列、通识课程系列、简明本系列、双语教学系列等；在教学辅助用书方面，将推出案例教程系列、法规教程系列、练习与测验系列、法学讲座系列、专业培训系列等。或革新，或全新，以厚基础、宽口径、多元化、开放性为基调，力求从品种、内容和形式上呈现崭新风采，为法学师生提供更好教本与读本，同享规划教材之盛。

“好书，同好老师和好学生分享”。本社在法学教育图书出版上必将继往开来，以精益求精的专业态度，打造全新“21世纪法学系列教材”，传播法学知识，传承法学理念，辅拂法律教育事业，积累法律教育财富，服务于万千法学师生和明日法治英才。

法律出版社

## 作者简介

### 董少谋

陕西武功人,1961年生于关中漆水河畔,1979年9月考入西北政法学院,1983年7月毕业留校。现任西北政法大学民商法学院教授、硕士生导师、民事司法改革研究所所长、民事诉讼法教研室主任,兼任中国民事诉讼法学研究会常务理事、中国行为法学会执行行为研究会常务理事、中国仲裁法学研究会常务理事、陕西省法学会民事诉讼法学研究会会长、陕西省法学会仲裁法学研究会副会长、西安仲裁委员会仲裁员、陕西省高级人民法院以及西安市中级人民法院专家咨询委员会委员。主要研究方向为诉讼证据制度、民事强制执行法。

参与编写的著作有:《中国律师学》(陕西人民出版社1996年版,副主编)、《澳门法律研究》(世界图书出版公司2000年版,副主编)、《民事诉讼法学》(中国政法大学出版社2007、2011、2015年版,主编)、《中国民事诉讼法学》(厦门大学出版社2007年版,主编)、《民事强制执行法》(中国政法大学出版社2008年版,编著)、《港澳台民事诉讼法论要》(厦门大学出版社2008年版,合著)、《民事程序法专论(第一集)》(陕西人民出版社2010年版,主编)、《民事强制执行法论纲——理论与制度的深层分析》(厦门大学出版社2009年版,独著)、21世纪法学规划教材《民事诉讼法学》(法律出版社2011、2013年版,主编)、21世纪法学规划教材《民事强制执行法学》(法律出版社2011年版,独著)、《诉调对接的理论探索》(法律出版社2015年版,副主编)等。曾先后在《中国法学》、《东吴法学》、《西北法律评论》、《法学杂志》及日本名古屋大学《法政论集》、韩国民事诉讼法学研究会会刊《民事诉讼》和我国台湾地区元照出版社等发表专业论文五十余篇。

## 第二版前言

“执行难”作为一个长期困扰法院工作的老大难问题,严重损害了胜诉当事人的合法权益,导致司法公正及权威在执行中不断打折,影响人民群众对强制执行制度的信任和期待。1999年,中共中央以〔1999〕11号文件,力图根治“执行难”顽症,曾记得当时可谓是要人给人、要财给财、要物给物。2007年又根据最高人民法院的“建议”对《民事诉讼法》中的执行程序进行了修改。然而,十五年的时间并未解决这一“顽症”。2014年10月,十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,明确提出“推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”,在即将把执行从法院分离出去的大背景下,最高人民法院周强院长在2016年的“两会”上,代表全国法院系统提出在两至三年内基本解决执行难的目标,并提出找到了解决“执行难”的根本路径,即“执行难”主要是指有财产可供执行而不能得到及时全部执行的情况,也就是说从概念和标准上将“无财产可供执行”排除在外,以解决执行难。

近现代国家,私法上权利之实现,禁止私力救济,民事强制执行是法院运用公权力,依法定条件和执行程序,对执行债权予以公力救济而进行的最后司法保护手段。这种救济以程序的完整运行为终极价值目标,其运行的结果并不保证债权的全部实现或义务的全部履行。基于此,本书不以解决执行难为终极目标,而以构建完整的执行程序及救济为理念。

本书自2011年初版后,随着2012年《民事诉讼法》的修改及2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的出台,涉及执行程序的各主要制度与整个过程与原规定相比,强制执行制度发生了重大变化。因此,笔者对相应内容做了较大修改。再版同样得到了法律出版社教育分社丁小宣社长及陈慧编辑的大力支持,在此一并表示衷心的感谢。

董少谋

2016年6月20日于西北政法大学

## 前 言

“民事强制执行是一个实体问题与程序问题分分合合、融会缠绕的领域，是一个诉讼事件与非讼事件交替更迭、相互作用的领域，是一个多部门法风云际会、交错重叠的领域，同时也是各种利益和矛盾对立冲突、最后对决的领域。”目前，“执行难”是困扰各级人民法院的一个难题，也是人民群众反映比较强烈的突出问题。究其原因，主要有四：一是被执行人确无财产可供执行和少数地方搞地方保护、部门保护，这是造成执行难的根本原因；二是人民法院少数执行人员执行不力、执行不规范，这是造成执行难的主要原因；三是立法上的因素，这是造成执行难的重要原因；四是理论上的因素。长期以来，由于受诸多因素的影响和制约，我国民事强制执行法律理论方面的研究相对滞后，既未建构起强制执行法律的基础理论体系，更缺乏对强制执行法律制度全方位、深层次的思考，特别是民事强制执行的法社会学的跨学科研究还远远不够。基于此，我个人认为，民事强制执行不仅仅是一个法律问题，而是一个综合性的社会问题。即使我们能够制定完善的民事强制执行法律，也仍然会有无法执行的债务存在。客观地说，完善的民事强制执行法律制度，有利于解决执行中存在的法律问题。而要全面提高“执行率”，宣传教育工作、债权人自身规避风险的能力、财务管理制度等都不容忽视。

本书以《民事诉讼法》第三编“执行程序”、最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《民诉法适用解释》）、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《执行规定》）和最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（以下简称《执行解释》）等现有的法律规范为研判的对象，以解决“执行难”为视角，对强制执行法律的基本理论作以深层次的论述。对最高人民法院起草的《民事强制执行法草案》从制度设计层面作了适当的分析和评估。同时，本书的撰写吸收了强制执行理论研究的最新成果，借鉴国外特别是德国、日本、韩国等和我国台湾地区的立法经验，对我国强制执行法律制度的完善提出了立法建议。本书对法理阐释力求深刻，对现行法律规范的制定过程尽量追根求源，理论、立法与应用三者并重，现实与前瞻结合。

## 2 前 言

本书在写作过程中,我的女儿董露利用在香港中文大学研究院攻读普通法 LLM 学位期间的便利条件收集了大量资料,本书的出版还得到了法律出版社及其教育分社丁小宣社长的大力支持,在此一并表示衷心的感谢。

需要特别说明的是,由于著者的学识水平有限,因此,本书中的疏漏和错误在所难免,诚望同仁、司法实务界的专家提出宝贵意见。

董少谋

2011年1月于西北政法大学



# 目 录

第一章 民事强制执行的基础理论 .....	( 1 )
一、民事强制执行 .....	( 1 )
二、民事强制执行请求权——与执行债权、民法债权之关系 .....	( 8 )
三、民事强制执行权 .....	( 9 )
四、民事强制执行行为 .....	( 12 )
五、民事强制执行法 .....	( 13 )
第二章 民事强制执行的基本原则 .....	( 28 )
一、基本原则的功能和确定标准 .....	( 28 )
二、西方国家民事强制执行基本原则 .....	( 30 )
三、我国民事强制执行应当确立的基本原则 .....	( 37 )
第三章 执行体制和执行监督 .....	( 39 )
一、执行体制 .....	( 39 )
二、执行机构及执行权的运行 .....	( 41 )
三、执行争议的协调 .....	( 48 )
四、执行监督 .....	( 49 )
第四章 执行依据 .....	( 61 )
一、执行依据的概念 .....	( 61 )
二、执行依据的构成要件 .....	( 61 )
三、执行依据的范围 .....	( 64 )
四、执行依据的效力 .....	( 74 )
第五章 执行当事人 .....	( 77 )
一、执行当事人的含义和权利义务 .....	( 77 )

二、执行当事人的变更和追加 .....	( 78 )
三、执行当事人的变更或者追加之救济 .....	( 86 )
<b>第六章 执行标的 .....</b>	<b>( 89 )</b>
一、执行标的的概念 .....	( 89 )
二、财产执行的执行标的 .....	( 90 )
三、行为类执行的执行标的 .....	( 92 )
四、几种特殊的执行标的研究 .....	( 95 )
<b>第七章 执行管辖 .....</b>	<b>( 101 )</b>
一、执行管辖的一般规定 .....	( 101 )
二、执行管辖权争议的解决 .....	( 108 )
三、执行管辖权的向上转移 .....	( 108 )
<b>第八章 执行的申请与受理 .....</b>	<b>( 111 )</b>
一、执行程序的申请 .....	( 111 )
二、执行案件的受理 .....	( 118 )
<b>第九章 执行的进行 .....</b>	<b>( 125 )</b>
一、执行开始 .....	( 125 )
二、执行案件的调查——以被执行人财产申报制度为突破口 探索财产发现路径 .....	( 126 )
三、执行担保 .....	( 134 )
四、执行和解 .....	( 135 )
五、执行阻却——执行中止、暂缓执行与终结执行 .....	( 143 )
六、不予执行 .....	( 151 )
七、执行结案 .....	( 157 )
<b>第十章 执行竞合 .....</b>	<b>( 159 )</b>
一、执行竞合的概念 .....	( 159 )
二、执行竞合的构成要件 .....	( 159 )
三、执行竞合的具体形态 .....	( 160 )

四、解决执行竞合的原则和方法 .....	(162)
<b>第十一章 参与分配 .....</b>	<b>(169)</b>
一、参与分配的概念和法律依据 .....	(169)
二、参与分配的适用条件 .....	(169)
三、参与分配的程序 .....	(173)
<b>第十二章 委托执行和协助执行 .....</b>	<b>(178)</b>
一、委托执行 .....	(178)
二、协助执行 .....	(186)
<b>第十三章 对妨害执行行为的处罚措施 .....</b>	<b>(190)</b>
一、对妨害执行的强制措施与处罚措施 .....	(190)
二、妨害执行行为的种类 .....	(191)
三、妨害执行的处罚措施种类及其适用 .....	(192)
<b>第十四章 执行救济 .....</b>	<b>(194)</b>
一、执行异议复议:程序上的执行救济 .....	(194)
二、案外人异议和执行异议之诉:实体上的执行救济 .....	(198)
三、执行回转 .....	(207)
<b>第十五章 金钱请求权的执行 .....</b>	<b>(210)</b>
一、金钱请求权执行的概念和方法 .....	(210)
二、对于被执行人金融机构存款和收入的执行 .....	(210)
三、对于动产、不动产的执行 .....	(217)
四、对财产性权利的执行 .....	(239)
五、对第三人的执行 .....	(243)
<b>第十六章 物的交付请求权的执行 .....</b>	<b>(250)</b>
一、动产交付的执行 .....	(250)
二、不动产的交付执行 .....	(252)

第十七章 对行为请求权的执行 .....	(257)
一、对行为请求权执行的概念 .....	(257)
二、作为请求权的执行 .....	(258)
三、不作为请求权的执行 .....	(264)
主要参考书目 .....	(267)

# 第一章 民事强制执行的基础理论

## 一、民事强制执行

### (一) 民事强制执行的含义

正确理解民事强制执行的含义进而准确地把握民事强制执行的性质、功能,是人民法院公正地行使执行权、履行执行职责的基本前提。当前,关于民事强制执行的含义,学界及司法实务界皆有不同阐释,可概括为四类:

第一,义务说。即把民事强制执行定位为通过强制手段实现义务人应当履行的义务。如有人认为,“民事诉讼中的执行,是指人民法院根据民事诉讼法的规定,运用国家强制力,强制义务人履行生效的法律文书所确定的义务的行为”。<sup>[1]</sup>“民事强制执行是指国家执行机关以生效的法律文书为依据,依照法定程序,运用国家强制力,强制被执行人履行生效的法律文书所确定的民事义务的活动”。<sup>[2]</sup>按照此种观点,人民法院在执行程序中应竭力追求债务人义务的履行,只要义务人没有履行义务,执行的任务就没有完成,目的就没有达到,强制执行就不得停止。其实不然,在权利人明确表示放弃权利、权利人死亡或终止且无承受人的情况下,执行则应当停止而没有继续之必要,此即法律规定的终结执行。从我国《民事诉讼法》第257条及《民诉法适用解释》第519、520、521条规定的终结执行的条件看,并非以义务得以履行为标准。况且过分强调义务的履行,容易导致对债务人履行能力的淡漠,强制执行就会成为一种施加于债务人的暴力。

第二,权利说。即把民事强制执行定位为通过强制手段实现债权人的债权。最高人民法院在2008年的《工作报告》中将“最大限度地实现债权人的合法权益”<sup>[3]</sup>为目的。如有人认为,“所谓民事强制执行,就是国家执行机关

[1] 王怀安主编:《中国民事诉讼法教程》,人民法院出版社1992年版,第440页。

[2] 江伟主编:《民事诉讼法》,复旦大学出版社2002年版,第549页。

[3] “五年回眸”系列报道之“执行:最大限度地实现债权人的合法权益”,载《人民法院报》2008年3月8日,第2版。

以已生效的法律文书为执行依据,依照法定程序,运用国家强制力,强制债务人履行执行依据已确定的义务,以实现已确定的民事权利(债权)的活动”〔4〕正是受这种认识的影响,有的法院以实现当事人的债权为己任,为了实现债权人的债权而奔波忙碌,煞费苦心,竭尽所能。当该债权在耗费了大量司法资源仍得不到全面实现时,便慨然叹为“执行难”。同时,债权人也把实现债权的责任全部归于法院,从而出现了债权一天不实现,当事人就一天也不满意的怪异现象,并由此导致了司法权威在社会公众中的极度衰退。而实际上,债权人业经法律文书确认的债权能否实现,根本上取决于债务人的财产状况、履行能力。如果债务人确无履行能力,债权落空就是一种正常的风险,该风险只能由债权人自行承担,而不应把此责任推给法院甚至指责法院打“法律白条”。只有这样,才能促使当事人增强交易风险意识,增强交易活动的规范性。

第三,内容说。即把民事强制执行定位为通过强制手段实现生效法律文书的内容。如有人认为,“执行,是指人民法院的执行组织按照法定程序,对已经发生法律效力法律文书,在负有义务的一方当事人拒不履行义务时,强制其履行义务,保证实现法律文书内容的活动”〔5〕这实际上是对前两种观点的折中处理。法律文书的内容包括债权人的权利和义务人的义务。要实现法律文书的内容,有一个必不可少的前提条件,那就是该内容是可行的、能够在实践中落实的。而作为执行依据的判决书,在确认债权债务时并不受可行性的约束。如财产义务的裁决,并不以当事人的客观财产条件为前提,即使当事人明显不具有偿还债务的能力,裁决机关仍按照依法应当偿付的数额作出最终裁决并由债权人据此申请执行。由此可见,通过强制执行实现法律文书的内容,无论是逻辑上还是实践中,都存在无法逾越的障碍。

第四,司法活动说。民事强制执行是“人民法院运用国家强制力,依法定条件和程序,对当事人业经生效法律文书确认的债权予以公力救济而进行的司法活动。这种救济,遵循‘非依法不得停止’原则,以程序的完整运行即程序的公正为终极价值目标,其运行的结果,并不保证债权的全部实现或义务的全部履行”〔6〕

笔者认为,第一,强制执行的基本功能在于,它是在债权人的正当权益通

〔4〕 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14页。

〔5〕 周道鸾主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1992年版,第1331页。

〔6〕 侯希民:“关于民事强制执行理论与实践若干问题的反思”,载《强制执行指导与参考》总第10辑。

过私力得不到实现时,由人民法院代表国家依法实施的公力救济,其本质特征在于它的公力救济性。在社会观念的驱使下,法院在社会指责中选择以“最大限度实现执行依据确定的债权”为最终目的,而且设定了“执结率”的指标要求。于是便出现了独具中国特色的清理执行积案“大会战”,这作为权宜之计发挥了应有的作用;由此,相继出现了“执行风暴”、“假日行动”、“零点行动”、“凌晨堵门”、“新春惩赖行动”、“大杀回马枪”之类的粗放式的超职权主义(即超程序)的执行方式;与执行结案率的指标要求相呼应,还出现了全国性的高“执结率”现象。<sup>[7]</sup>有人也曾就粗放式执行中的某些行为提出过尖锐的批评,对规范执行程序起了一定作用,但有的法院未能够引起高度重视。严酷的现实迫使我们不得不冷静地对执行工作的最终目的作出新的选择:人民法院执行工作的司法价值取向应当是“程序公正”。

第二,执行程序公正具有独立的司法价值。追求程序公正、弘扬程序正义,是当前我国司法界唱响的一曲司法工作主旋律。正如一位法哲学家指出的,“只有通过一定的公正合理的程序所实现的效益,才是具有正义性的效益,否则就是‘不法的效益’,在效益和社会正义之间的序列中,应坚持社会正义优先原则。只有得到社会正义原则确认的效益,才具有合法性和合理性”。

“执行法官追求的司法价值是不挟偏私地去穷尽法定职责,而不应以当事人债权数额实现之多寡论优劣,更不可背起债权人经商风险的沉重包袱。”<sup>[8]</sup>对于债权人,人民法院的基本责任是要积极履行职责,穷尽法律设定的救济措施,不得懈怠、迟缓。如此之后,即使债权未得实现,对债权人也是公正的。对于债务人,人民法院的基本责任是要严格依法采取强制措施,不得超越职权、滥用职权。只要各项执行措施的适用是根据法律的授权而进行的,债务人就应接受国家公力的强制。

第三,执行工作要平等地保护双方当事人的合法权益,在最大限度实现申请执行人债权的同时,遵循生存权优先于债权原则,重视对被执行人基本人权的保护。第十届全国人大第二次会议通过的宪法修正案,将“国家尊重和保

[7] 广东法院自2008年开展集中清理执行积案以来,先后发起了两次“执行战役”。截至2009年2月28日,全省共执结积案45030件,占有财产可供执行积案的73.54%,执结金额429.9亿元,其中执行到位金额138.4亿元;执结重点案件(涉及民生、特困群体案件为主的“六类”案件)24491件,占重点案件总数的80.55%,执结金额366.4亿元,其中执行到位金额110.8亿元。其中韶关、河源、惠州、江门、中山五市有财产可供执行案件执结率已过90%。浙江省金华市2008年以来,全市法院对1044件有财产积案、52985件无财产积案进行了清理,执结率达100%。广西2007年1月至2009年8月,全区法院共受理执行案件135874件,办结120283件,结案率为88.53%。

[8] 高执办:“新世纪执行工作畅想”,载《人民司法》2001年第1期。

障人权”明确载入了宪法,这是社会主义人权发展的重大突破。因此,基于人权理念提出要禁止“执行风暴”、“零点行动”等扰民、造势的执行活动。在清理活动中,我们不能为了实现申请执行人的债权而牺牲被执行人的基本人权。

## (二)民事强制执行与民事审判的关系<sup>[9]</sup>

### 1. 民事强制执行与民事审判的共通性<sup>[10]</sup>

民事诉讼包含审判程序和执行程序两种类型的司法程序,审判与执行历来被视为车之两轮、鸟之双翼。民事审判的任务在于确认发生争议的民事权利关系,给双方当事人一个“说法”,民事强制执行的使命则是运用国家的司法强制力保障生效法律文书中所确认的民事权利的最终实现。二者性质上同属于民事权利的司法救济,均具有司法性的特点,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。是故,审判程序和执行程序都必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。二者存在以下共性:

(1)程序启动上的共通性。审判活动的惯常机制是“不告不理”,执行程序的启动同样依赖于债权人的申请,原则上当事人不申请执行即不开始执行,一旦申请执行,法院就应尽快进入执行程序。在特别情况下,如对于追索赡养费、抚养费、抚育费的执行,制裁决定和附带民事诉讼判决的执行,不依当事人的申请而是法院依职权移送执行。

(2)执行请求权与裁判请求权在性质上的共通性。大陆法系国家有公法与私法的划分,民事诉讼法属于调整国家与个人关系的公法,债权人的执行请求权与裁判请求权都是一种指向法院的公法上的请求权。

(3)保护民事实体权利上的共通性。首先,保护对象具有同一性、同源性,民事审判和民事强制执行是为实现民法等实体法上的权利而设置;其次,当事人有实体处分权;最后,二者统一适用诉讼时效,赋予被告或被执行人实体抗辩权。

[9] 参见江伟主编:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第484~489页。

[10] 肖建国教授认为,在执行法律关系中,用于调整申请执行人与执行法院、申请执行人与被执行人之间关系的法律规则,与审判法律关系中调整原告与法院、原告与被告之间关系的准则,具有高度的一致性,所谓审执关系的共性原理即建立在这两层关系之上。参见“民事执行权的司法权本质之我见”,载《人民法院报》2008年10月31日。



## 2. 民事强制执行与民事审判的分离<sup>[11]</sup>

执行法律关系中法院与被执行人之间关系的准则,与审判法律关系中法院与被告之间关系的准则有天壤之别:

(1)民事强制执行的单向性与民事审判的多向性、互动性。执行机构针对被执行人采取的执行行为,无论是查封、扣押、冻结等控制性执行行为,还是拍卖、变卖、分配等处分性执行行为,均以被执行人的责任财产为执行标的,均以限制或禁止被执行人处分执行物、最终满足债权的清偿为目的。尤其是控制性执行行为,体现的是执行机构的强力和意志,而被执行人的人身自由、财产自由和意志自由受到限制。审判权则是消极的、被动的权力,在审判中始终存在着需要原、被告双方的协商、交涉、辩论、辩驳、质证、对抗,诉讼信息不停地在法院、双方当事人之间交流,司法者所作的裁判,必须是在受判决直接影响的有关各方参与下,通过提出证据并进行理性的说服和辩论,以此为基础促进裁判的制作。

(2)民事强制执行的不平等与民事审判的平等性。民事强制执行以保护执行债权人的债权为己任,奉行债权人与债务人不平等原则。债务人只有接受或忍受强制执行的义务,没有拒绝执行的权利,也无资格要求在强制执行中与债权人平等,这一点不同于民事审判程序中的当事人权利平等原则。

(3)民事强制执行主体的主动性与民事审判的中立性。在审判中,司法者必须保持中立,否则司法者离开中立立场,就会丧失司法所固有的要求。正如托克维尔所言:“从性质上来说,司法权自身不是主动的。要使它行动,就得推动它。向它告发一个犯罪案件,它就惩罚犯罪的人;请它纠正一个非法行为,它就加以纠正;让它审查一项法案,它就予以解释。但是,它不能自己去追捕罪犯、调查非法行为和纠察事实。”<sup>[12]</sup>但是执行就像打仗,执行人员须审时

[11] “审执分离”不等于“审执分家”,更不等于“审执孤立”。如何实现审判和执行兼顾,是加强法院内部协作,形成大执行格局的中心环节。首先,在立案阶段要加强诉讼指导和财产保全,就依法追加诉讼当事人、申请财产保全以及诉讼和执行风险等内容,立案人员应作必要的释明和告知。对符合法定条件的财产保全,要依法及时采取保全措施;对追索人身损害赔偿费、赡养费、抚育费、扶养费、劳动报酬等案件,可以依职权采取财产保全措施。其次,审判阶段要具有前瞻意识,把更多的注意力和侧重点放在案结事了上,着力提高审判阶段的自动履行率,注意提高裁判文书的质量。最后,执行中必须维护生效裁判的权威,必须以生效法律文书为依据。未经严格、规范的程序,不能改变甚或否定生效裁判确定的权利义务。同时,必须规范执行和解,不得以任何方式对和解协议的内容施加影响。参见童兆洪:“我国执行体制和机制的创新与完善——执行体制和机制实践创新(浙江)论坛综述”,载《人民法院报》2008年11月21日。

[12] [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1991年版,第110页。