

第一章 民事执行的基本理念

百尺楼台起于垒土。具体的法律制度总是建立在一定的理念^①基础之上。民事执行的基本理念就是对民事执行法律制度的认识和看法，以及在此基础上形成的有关民事执行的价值判断和价值取向。民事执行理念的形成具有复杂的政治、经济、文化、思想基础，并随着社会的变革和时代的变迁而不断更新改造。揭示民事执行的理念就是分析民事执行的基本概念、历史发展、权力基础以及民事执行制度的目的、价值、功能，等等。理念制约甚至决定行为，所以，构建科学的民事执行程序，做好民事执行工作，必须树立科学、正确、先进的民事执行理念。

第一节 民事执行与民事执行权

正本先必清源。构建完备而科学的民事执行程序制度，必须首

从词根上看，“理念”是“理”和“念”的组合。“理者，治玉也。”本义为加工雕琢，引申为条理、准则，即“道”。“念”即“观念”，“由外界之感受而来者为观念。”意即通过认知作用形成的对事物的认识和看法。理念，依笔者的理解，就是指条理化了的观念，即人们对事物的系统化的认识和看法。它既包括人们对事物的了解与知识，还包括在了解与知识的基础上形成的价值判断和价值取向。尽管理念是无形的，但它对人的行为的影响是巨大的。可以说，人的一切行为都受着主体特定理念的影响与制约，法律制度也不例外。对“理”、“念”的解释，参见陆尔奎、方毅等编：《辞源》，警官教育出版社午二九、西七；王同亿主编：《语言大典》（上册），三环出版社 1990 年版，第 2123、1278 页。

先对民事执行的基本概念进行系统分析。其中，最为重要的就是要全面剖析民事执行的概念和民事执行权的性质与定位。民事执行具有不同于行政执行和刑事执行的显著特征，其发展历程也独具特色，根源就在于民事执行权在性质上的特殊性。对民事执行和民事执行权的认识不同，所形成的民事执行理念也会不同。以此为基础，民事执行的程序构建与实际操作也就朝着不同的方向发展。

一、民事执行的概念及其法律特征

要研究民事执行，首先必须对“民事执行”这一概念有所交代。“执行”是与“履行”相对称的：法律文书发生法律效力后，债务人主动完成该法律文书确定的义务，就是“履行”；债务人拒不完成生效法律文书确定的义务，由国家专门机关采取强制性的措施迫使其完成义务，称为“执行”。简言之，“履行”是主动的、自觉的；“执行”是被动的、强制的。在这个意义上，“民事执行”就是国家有权机关强制拒不履行生效法律文书确定的民事义务的债务人完成义务的活动或制度。但是，在不同的国家和地区，由于其法律传统或习惯不同，对民事执行这一概念的提法也有所不同。例如，日本有单行的民事执行法，而在我国台湾省，民事执行被称为强制执行，强制执行与民事执行是同一概念，其民事执行法也被称为强制执行法；在英语里，与民事执行对应的词主要有两个，即“Execution（执行）”和“Enforcement（强制执行）”。^①但是，在我国大陆，强制执行与执行一般是通称的，而且

^① 根据有的学者的解释，“Execution 与 Enforcement 是指同一个事情，即实施法院的判决，但是，Execution 也许更多用于描述物理程序（physical process），而 Enforcement 更多地用于描述法律程序（legal process）。” See *Methods of execution of orders and judgements in Europe*, edited by Peter Kaye, First published in the United Kingdom in 1995 by John Wiley & sons Ltd. p. 52.

往往将强制执行或执行分为三种形式，即刑事强制执行或称刑事执行、行政强制执行或称行政执行和民事强制执行或称民事执行。^①也就是说，在我国，强制执行与民事执行在概念上还是有所区别的。但也有人认为，强制执行分为广义和狭义两种，广义的强制执行包括民事强制执行和行政强制执行，狭义的强制执行就是指民事强制执行。^②在有的时候，执行还就是特指民事执行，如“执行难”就是特指民事执行难。我们认为，为了使概念清晰明确，有必要将三种形式的执行分别指称，以免引起混乱。所以本书将书名确定为“民事执行原理研究”，意指本书只研究民事执行（或称民事强制执行）中的问题，对于行政强制执行、刑事强制执行中的问题，本书不加论述。

根据笔者的理解，民事执行是指执行名义成立后，债务人拒不履行执行名义确定的民事义务，有权机关运用国家公权力，采取民事执行措施，迫使债务人履行义务，实现债权人权利（私权）^③的法律活动或法律制度。简言之，民事执行是实现私权的一

常怡主编：《强制执行理论与实务》，重庆出版社 1990 年版，第 1 页。

② 孙加瑞著：《强制执行实务研究》，法律出版社 1994 年版，第 1 页。

“私权”是民法学领域的一个基本概念，受前苏联法学理论的影响，在我国现行的法学理论和法律规范中，“私权”被称为“民事权利”。有学者认为，为了强调民法的私法性质，应以私权的概念取代民事权利的概念（王涌：《私权的分析与建构——民法的分析法学基础》，中国政法大学博士学位论文，1999 年）。笔者相信，随着中国法制建设的逐步完善、依法治国方略的实施以及公法私法二元化法律体系的最终确立，法学和法律的概念也必将正本清源，回归其本来面目。所以，本文也以“私权”取代“民事权利”。从目的上说，私权是为保护私人利益而非国家利益或公共利益而设定的权利；从形式上说，私权是人们在经济领域以及民间的、私人的事务方面的权利；从调整的法律上说，私权是由体现平等和意思自治精神的私法所调整的权利。对此，有人可能提出，在司法实践中，以国家为权利人的执行，如对有财产内容的刑事判决书、法院制作的罚款决定书的执行，也是依民事执行程序进行的，难道这也是实现私权？笔者认为，这类执行，只是适用民事执行程序的规定，并不是说它就是民事执行。

种法律活动或法律程序、法律制度。

作为一种实现私权的法律程序或制度，民事执行具有以下法律特征：

（一）以有执行名义为前提

民事执行是实现私权的一种法律程序，与确认私权的裁判程序在任务、性质和功能上存在明显差别。所以，在许多国家与地区，执行机关和裁判机关是分开设立的。执行机关的职责是依据裁判机关或其他机关作出的关于当事人之间实体权利义务关系的裁判或认定，于债务人不履行义务时依法采取强制性的措施，迫使债务人履行义务，实现权利人的私权。因此，裁判机关或其他机关确定的实体上的权利是实施执行的前提和基础。在执行程序开始前，权利人必须出示裁判机关或其他机关制作的、确定实体权利存在的法律文书，这种法律文书在民事执行中就称为执行名义。执行名义是执行机关实施民事执行的唯一依据，没有执行名义，执行机关不得采取执行行为。同时，执行机关的执行行为必须严格依照执行名义进行，不得超出执行名义宣示的范围，否则，超出部分不生实体法上的效力；反之，即使实体上的请求权在执行时已经消灭，执行名义也不当然丧失效力，执行机关据以执行也不构成执行程序违法，债务人只能以执行申请人为对象请求返还不当得利或要求损害赔偿以求救济。此外，如果执行名义的内容不明确，无法确定执行目标，执行机关也不能采取执行行为，而应由债权人重新依其实体请求权取得执行名义。总之，执行名义是民事执行的前提和根据。

（二）以债务人不履行义务、债权人提出申请为条件

民事执行是有关机关以国家公权力为后盾强制债务人履行义务的一种法律程序，债权人之所以请求执行机关实施民事执行，是因为债务人拒绝履行生效法律文书确定的义务，使自己的权利实现遭遇障碍。如果债务人自觉履行义务，就无需执行机关采取强

制性的措施。同时，民事执行是一种实现私权的法律程序，私权的最大特点之一是当事人具有处分权，即权利人既可以要求义务人履行义务，以实现自己的权利，也可以免于要求债务人履行义务，放弃自己的实体权利。所以，执行程序的发动必须经债权人的申请，没有债权人的申请，执行机关不得依职权采取民事执行行为。^①执行程序开始以后，债权人撤回申请的，执行机关应立即停止采取执行措施，结束执行程序，而不能以债务人尚未完全履行义务为由继续执行。

（三）以国家公权力为后盾

执行机关应债权人的申请，采取强制性的执行措施迫使债务人履行义务，必须对债务人保持一定的外部压力。这种压力的源泉是国家的公权力，即国家统治权。没有国家公权力作后盾，执行机关就无法保障其执行措施发挥效力，无法保障执行程序的顺利进行。为了民事执行的顺利实施，国家还将统治权的一部分分化出来，交给专门的执行机关，这就是民事执行机关的民事执行权或称强制执行权。执行机关通过行使民事执行权，采取民事执行措施，确保法律的权威与尊严，维护社会的和平与秩序。

（四）只能由有权机关实施

民事执行是行使国家权力的一种活动，并不是所有的机关都能实施民事执行。只有经国家明确授权的机关才能行使民事执行权，实施民事执行行为，采取民事执行措施，强制债务人履行一

^① 我国民事诉讼法规定了“移送执行”制度，即审判机关可以依职权主动将生效的判决、裁定移送执行机关执行。一般认为，移送执行制度的立法目的在于照顾弱者，保护那些缺乏自我救济能力的人（主要是老、弱、孤、寡、病、残者）的合法权益，体现社会主义制度的优越性。笔者认为，移送执行的立法初衷是好的，但并非解决问题的最佳方案，在法理上也难以说得过去。对此，本文将在相关的部分作出详尽的分析和说明。

定的义务。除国家明确授权的机关外，任何单位或个人都不得对他人的财产或行为采取民事执行措施，不得强制他人履行义务，否则就构成违法执行，所为执行行为无效，并应承担相应的法律责任。在我国，有权实施民事执行的机关是人民法院，除此之外的任何机关、单位或个人都不得实施民事执行。

（五）必须严格遵守法定程序

作为实施法律的一种形式，民事执行必须严格依照法定程序进行，而且应该确保程序公正。因为，只有执行程序公正，才能确保执行结果公正，平等地保护债权人和债务人双方的合法权益。尽管民事执行是实现债权人私权的法律程序，但这并不意味着在民事执行中可以置债务人的合法权益于不顾。相反，在民事执行程序中，对债务人的合法权益应同样加以保护，以确保和实现法律公正。依据现代法治的基本原则与精神，公正包括程序公正和实体公正两个方面，二者同等重要，不可偏废。正如一部非正义或不公正的法律不是好的法律一样，一项民事执行程序如果不符合正义的要求或程序公正的标准，也不是好的程序。现在，重视程序的内在价值已不是程序本位主义者的专利，许多信奉程序工具主义理论的学者也已开始接受程序内在价值；程序公正不只是在刑事诉讼中被强调，在民事诉讼和民事执行中也越来越受到重视。在民事执行中，只有坚持程序公正，才能正确完成其任务，实现其价值。因为人们已经认识到，只有满足了程序公正的基本要求，我们才会相信结果的公正性，如果我们不能同意和信服结果所赖以产生的程序，就肯定会怀疑结果的合理性。

（六）民事执行是法律实现的重要形式

所谓“实现”，就是指观念性的应然要求转化为现实性的实然存在。法律实现，从最一般的意义上来说，就是将纸上的法变为生活中的法，就是法律规范的要求在社会实际生活中得以体现和贯彻：从哲学上说，就是法律规范的要求由可能性向现实性、由

应然向实然转化。执行是法律实现的重要形式，执行的直接后果就是法律实现。民事执行就是将法律规定的（包括裁判确定的）债权人的权利变为实实在在的权益。“只要在社会中存在法，法的实现就一直是并将永远是社会关系的法律形式存在的特殊方式。法的实现是法的存在、作用和法执行主要社会职能的特殊方式。如果法的规定不能在人们和他们组织的活动中，在社会关系中得到实现的话，那法就什么都不是。”^①法律的生命在于法律的实现，执行是法律获得生命必不可少的形式与途径。

对于民事执行程序的上述特征，笔者将在以后的论述中作更为详尽的说明。

二、民事执行与行政执行、刑事执行的区别

民事执行、行政执行和刑事执行是我国执行制度的三个组成部分，它们之间既有共同点，也存在显著的区别。就其共同性来说，它们都是国家有权机关实施的强制义务人履行义务的活动，都以国家公权力为后盾，都具有强制性，都应有一定的执行名义或执行根据，等等。其区别主要表现在以下几个方面：

（一）执行机关不同

依据我国法律规定，民事执行的执行机关是人民法院，只有人民法院才有民事执行权，其他任何机关都不得实施民事执行行为。刑事执行的执行机关既可以是人民法院，也可以是公安机关或劳动改造机关。具体来说，发生法律效力刑事判决和裁定，视具体情况，主要由司法行政机关领导下的劳动改造机关或公安机关执行，罚金、没收财产、死刑等判决的执行，由人民法院执行，必要时也可以会同公安机关执行。行政执行的执行机关既可以是

【苏】雅维茨著：《法的一般理论——哲学和社会问题》，辽宁人民出版社1986年版，第170页。

行政机关，也可以是人民法院。具体来说，未经行政诉讼的，行政机关作出的行政行为，法律授权行政机关执行的，由行政机关采取执行行为，法律没有授权行政机关执行的，行政机关应向人民法院申请执行；经过行政诉讼的，人民法院维持原行政行为的，既可由行政机关执行，也可由人民法院执行，人民法院作出的变更原行政行为的，由人民法院执行。也就是说，行政执行的执行机关既可以是行政机关，也可以是人民法院。

（二）执行名义不同

民事执行的执行名义包括人民法院制作的判决书、裁定书、调解书、支付令以及仲裁机关制作的裁决书、公证机关制作的依法具有民事执行效力的债权文书等；刑事执行的执行名义只能是人民法院制作的刑事判决书和裁定书；行政执行的执行名义包括人民法院的判决书、裁定书，行政机关制作的行政决定书、命令书等。

（三）执行对象不同

民事执行的对象只能是物和行为，不能对债务人的人身执行，更不能以对人身执行代替对物或行为的执行；刑事执行的执行对象主要是被执行人的人身，如限制其人身自由、强制其劳动，直至剥夺被执行人的生命等，在特定情形下也可以是物（如处罚金或没收财产时）；行政执行的执行对象，既可以是物、行为，也可以是被执行人的人身（如行政拘留等）。

（四）执行机关的主动性程度不同

在民事执行中，执行机关是比较被动的，没有债权人的申请，执行机关一般不能主动采取执行措施，只有债务人拒绝履行义务，并有债权人申请时，执行机关才能采取强制性的执行措施，迫使债务人履行义务；在刑事执行中，执行机关必须主动采取执行措施，因为不存在犯罪人自动履行刑罚的问题，更没有申请执行的问题，只有人民法院直接交付执行机关执行，执行机关的主动性

程度比较高；在行政执行中，人民法院作为执行机关，必须经行政机关或行政相对人的申请才能采取执行措施，行政机关作为执行机关时，也应视相对人是否自动履行义务而定，如果相对人自动履行义务，行政机关就没有必要采取执行措施，如果相对人拒绝自动履行义务，行政机关就可以依法采取执行措施。

从以上分析可以看出，民事执行与刑事执行、行政执行存在重大差别。存在这些差别的原因，可以从多方面进行分析，其中最为根本的原因在于，民事执行是实现私权的法律程序，私权的可处分性决定了在执行程序中必须尊重当事人的意思自治，所以执行机关的主动性受到限制。行政执行和刑事执行都是确保和实现公权的法律程序，公权是为保护国家利益和社会公共利益而设定的，具有不可抗拒性，所以执行机关的主动性可以充分发挥，并不得阻抑。笔者认为，无论是研究民事执行理论，从事民事执行实践工作，还是进行民事执行立法都必须充分考虑到民事执行是实现私权的程序这一带有根本性的特点，才有可能建构科学的执行程序，才能做好民事执行工作。

三、民事执行历史发展的基本特征

自从人类在地球上出现，社会冲突和矛盾就没有停止过。人们为了预防和解决纠纷，进行了各种各样的尝试与努力，并在各个不同的历史时期形成了具有不同特色的预防和解决纠纷的机制。其中，民事执行是各个历史时期预防和解决民事、经济等私权纠纷模式的重要内容和不可缺少的组成部分。然而，以国家公权力为后盾、以文明科学的方式实现私权，在人类历史上不是从来就有的，而是有一个漫长的发展过程，这一过程在西方和东方又有不同的轨迹。综括起来，民事执行的历史发展具有以下几个方面的基本特征：

（一）从自力救济到公力救济

从人类社会的蒙昧时代直至国家产生以后的相当长的时期内，有关私权纠纷的解决手段主要是私力救济，即当人们的私权受到侵害时，完全通过权利人自身的力量（主要是武力）迫使对方停止侵害或强行从对方取得弥补从而实现自己的私权。在奴隶制社会，即使国家暴力工具已十分强大，以私力救济私权仍颇为盛行，并受奴隶制国家的法律保护。如古印度《摩奴法典》规定：

“债权人强制债务人还债，可使用各种收回债务的例行手段。

债权人可利用符合伦理义务的手段，利用诉讼、诈术、危难，以及最后第五，利用强暴措施，使人归还欠债。

债权人强制债务人归还借给他的东西，是为了收回自己的财产，不应被国王责难。”^①

该规定中所称的“例行手段”、“符合伦理义务的手段”、“诈术”、“危难”、“强暴措施”等均是私力救济的表现。然而，以牙还牙、同态复仇式的私力救济往往伴随着野蛮的暴力，其后果必然是弱肉强食，整个社会处于无政府状态。在这种情况下，社会的发展和进步遭到巨大阻碍。

随着国家公权力的不断强大，人类社会逐步确立了运用国家公权力实现个人私权的制度，这就是现代民事执行制度——公力救济——的起源。但是，相对而言，公力救济发展的步伐，在民事执行方面明显落后于民事裁判方面。例如，到了奴隶社会，民事裁判基本上实现了公力救济，即以国家公权力对民事纠纷进行裁判；但在民事执行方面，私力救济仍十分普遍。许多奴隶制国家的法律明确允许债权人自己执行民事裁判，债务人不按民事裁

^① 《摩奴法典》第八卷第 48、49、50 条。见《摩奴法典》，马香雪译，商务印书馆 1982 年版，第 172—173 页。

判规定的内容履行义务时，债权人可以直接获取债务人的财物。如古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》规定，法院判决在特定场合，不由法院执行，而是由受害者及其家属和有关人员按照立法的规定直接处理。^①也就是说，民事裁判实行公力救济，民事执行实行私力救济。到了封建社会时期，特别是在 13 世纪以后，欧洲大陆国家放弃了由债权人自己执行民事裁判的制度，法律明确规定债权人不得擅自扣押债务人的财产，债权人申请扣押债务人财产时，应由作出裁判的机关批准并由其派员扣押。在西方，由国家机关执行民事裁判的强制执行制度至此才告确立。在我国，许多封建王朝的法律对私力救济仍不禁止。如《唐律·杂律》规定：“诸负债不告官司，而强牵财物，过本契者，坐赃论。”^②可见，只要债权人的私力救济不超过一定的范围（不超过契约上债的金额限度），法律就不禁止。到了明朝，这种情形已经大为改观。《大明律》规定：“若豪势之人，不告官司，以私债强夺去人畜产业者，杖八十。若估价过利者，计多余之物，坐赃论，依数追还。”^③然而，明朝法律所禁止的“不告官司而牵制财物”，是限于审判阶段，还是在执行阶段也适用，实难考证。因为，据有关史料记载，当债务人无力偿债时，债权人将债务人“捉回在家私监拷打”的现象并不少见。^④

（二）从对人执行到对物执行

从执行的标的或对象看，民事执行在人类历史上经历了从对

参见由嵘、胡大展主编：《外国法制史》，北京大学出版社 1989 年版，第 7 页。

[清]薛允升撰：《唐明律合编》，怀效锋、李鸣点校，法律出版社 1999 年版，第 685 页。

《大明律（户律（钱债（违禁取利）》，参见张晋藩总主编：《中国法制通史（第七卷）》，法律出版社 1998 年版，第 245 页。

《皇明条法事类纂》卷 20，《户部类》，参见张晋藩总主编：《中国法制通史（第七卷）》，法律出版社 1998 年版，第 242—246 页。

人执行到对人执行与对物执行并行、再到对物执行的发展过程。

在民事执行的最早时期，主要是实行对人执行，即以债务人的人身作为执行标的，允许债权人通过私力对不履行义务的债务人采取拘禁措施，或者强制债务人充当奴隶、将债务人在奴隶市场出卖，当债权人有多人时，甚至可将债务人砍为数块，债权人分取其一部分尸体以抵偿债权。对此，许多奴隶制国家的法律都有明确规定。例如，罗马的十二表法第三表规定：对于期限届满的债务人，债权人有权以铁链扣押债务人 60 日，并将债务人押赴集市三次，如有他人为之赎身，债务视为清偿；如无人赎取，则可将债务人杀死，甚至可以肢解其身，也可将其出卖为奴隶。^①在后来的罗马法律中，“在债的诉讼中，通常所采用的程序是纯粹私人性的、人身性的和强硬的‘拘禁之诉（*manus iniectio*）’，它也是一种‘法律诉讼’。在发生数次平民债务人的暴乱后颁布的《博埃得里亚法（*lex Poetelia*）》，废除了‘拘禁之诉’的刑罚特点，禁止杀死、出卖或拘锁无清偿能力的债务人。程式诉讼程序大体上代替了‘已决案之诉（*actio iudicati*）’，这后一种诉讼，在证明了已决案的有效性之后，如果被告反对，最终也导致直接对债务人的人身实施执行（*duci iubere*）。”^②

对人执行是一种非常残酷和野蛮的执行方法。随着时代的进步和人权意识的觉悟，对人执行遭到越来越多的反对，债权实现逐渐转向对物执行，即对债务人的财产执行。但是，在很长的一段时期内，对人执行并没有完全退出历史舞台，各国在司法实践中实行的往往是对人执行与对物执行并行。对这两种执行，债权

何勤华主编：《外国法制史》，法律出版社 1997 年版，第 83 页。

② [意]彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 103 页。

人可以自选一种，或者在第一种执行已不可能时，再采取第二种执行。但是，如果债务人以其财产偿还了全部债务，债权人就不得再对债务人的人身实施执行。在我国，秦律就已禁止以债务人人为抵押强制其偿还债务。如《法律答问》载：“百姓有责（债），勿敢擅强质，擅强质及和受质者，皆赀二甲。廷行事强质人者论，鼠（予）者不论；和受质者，鼠（予）者□论。”^①这说明，秦律在保证债权债务履行的同时，严禁私人之间的人身侵害，反映了秦朝有关债权债务方面的法律规定，比奴隶制的西周的法律规定有较大发展。明律也规定：“若准折人妻妾子女者，杖一百。强夺者，加二等。因而奸占妇女者‘八’，绞。人口给亲，私债免追。”^②在罗马法中，对物执行的最初萌芽出现在可能是由裁判官鲁第里奥·鲁佛（Rutilio Rufo）引进的“财产拍卖（bonorum venditio）”中。^③其做法是，如果债权人希望拍卖债务人的财产，或者当债务人缺席或逃跑而使人身执行不可能时，就将债务人的财产进行拍卖，将拍卖所得用于清偿债务。在债权人提出请求之后，经过一定的等待时间，则对债务人的财产实行成批拍卖，将财产判售给出价者中向债权人报价最高的人。在帝国初期，还开始实行一种对财产的部分变卖，称为“财产零卖（bonorum distractio）”，但仅仅针对元老院议员。在安东尼·比乌时代，第一次出现了所谓的“已决案诉讼中的扣押（pignus in causa iudicati captum）”，即在债权人提出申请后，执法官命令他的官吏们占据

^① 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》，文物出版社 1978 年版。转引自张晋藩总主编：《中国法制通史（第二卷）》，法律出版社 1998 年版，第 101 页。

^② 《大明律·户律·钱债·违禁取利》[清]薛允升撰：《唐明律合编》杯效锋、李鸣点校，法律出版社 1999 年版，第 732 页。

^③ [意]彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 103--105 页。

债务人的物品，尤其是奴隶和钱款，债权人获得对这些物品的质权。两个月后，如果债务人仍未清偿，则进行拍卖。但到罗马—希腊时代，执行已成为直接针对财物的并采用较为新近的形式。优士丁尼法采纳了“已决案诉讼中的扣押”，只是在不能清偿的情况下或者应数名债权人的要求，才适用“财产零卖”（这后一种方式在最后的时代已变得相当普遍）。然而，即使这样，对人身执行仍是一种附带的执行方式，只是从公元 388 年起，对人身执行逐渐改在公共监狱中而不再在私人监牢里进行。

直到近现代，对人执行才真正废止，对物执行制度才完全取代对人执行制度。1868 年，北德意志联邦法明确规定，有关金钱债权的执行禁止拘留债务人。这一原则被 1871 年成立的德意志帝国的法律所确定，并由 1877 年的帝国法院组织法以及民事诉讼法所吸收。至此，对人执行在德国被完全废止。^①在此前后，法国、英国也先后废止了在实现私权上的对人执行制度。在现代的民事执行制度中，即使采取拘束人身的强制措施，也不过是达到对物执行的手段，人身本身不再是执行标的，对人执行也并不是民事执行的目的。

（三）从民刑交叉、以刑代执到刑执严格区分

在早期，私力救济盛行，对人执行不鲜，在民事执行中交叉应用刑罚措施，或者以刑罚代替民事执行也就不足为怪了。《摩奴法典》规定的“强暴措施”，西方流行的将债务人杀死并分割其尸体，罗马法规定的“拘禁之诉”等等，都是民刑交叉、以刑代执的表现。在我国古代，民刑交叉的现象更为明显。《唐律》规定：“诸负债违契不偿，一疋以上，违二十日笞二十，二十日加一等，

[日]岩野徽等編集：《注解强制执行法（1）》，第一法規出版株式会社，昭和 49 年 8 月発行，第 25 页。

罪止杖六十；三十疋，加二等；百疋，又加三等。各令备偿。”^①

《大明律》规定：“其负欠私债，违约不还者，五贯以上，违三月笞一十，每一月加一等，罪止笞四十。五十贯以上，违三月笞二十，每月加一等，罪止杖五十。二百五十贯以上，违三月笞三十，每一月加一等，罪止杖六十。并追本利给主。”^②可见，无论唐明，均视欠债不还为罪，故施刑罚，并要追本利还债主。

随着社会文明的进一步发展，法律制度的不断完善，保护和实现私权的法律手段与保护和实现公权的法律手段也不断分化，民事与刑事的区分日益明显与严格。各国先后在立法上废除了民刑交叉、以刑代执的有关规定，确定民事执行为实现私权的法律手段或程序，只能以私法的手段确保私权。如在古罗马，经过数次平民债务人的暴乱后颁布的《博埃得里亚法（lex Poetelia）》，废除了具有典型刑罚特征的“拘禁之诉”制度，禁止杀死、出卖或拘锁无清偿能力的债务人，走出了民刑分开的重要一步。13世纪罗马法复兴以后，欧洲大陆各国接受了罗马人的社会应受法律规范调整的思想，统治阶级也认识到，法律是巩固其统治的最基本的工具，应该赋予法律独立的地位和作用。于是，法律得到了前所未有的发展，尤其是私法体系在罗马私法高度发达的传统影响下趋于完备，民事执行（私权实现）自然也就不再采取刑罚——对违反公法的最严重的处理方式——形式了。在中国，清朝末年，修律大臣沈家本、伍庭芳通过对西方法律的考察，编订了《诉讼律草案》，其中有关民事执行的规定共计41条；后来，修订法律馆又请日本人松冈义正编订了《强制执行法》，共418条。尽管这

^①《唐律·杂律·负债违契不偿》，[清]薛允升撰：《唐明律合编》，怀效锋、李鸣点校，法律出版社1999年版，第684—685页。

^②《大明律·户律·钱债》，[清]薛允升撰：《唐明律合编》，怀效锋、李鸣点校，法律出版社1999年版，第732页。

两部法律都并未颁行，但是，其内容基本废除了中国传统的民刑交叉、以刑代执的民事执行方法，而代之以查封、拍卖、变卖财产等方法，只有当债务人意图逃避审判、转移财产或者不履行判决时，才能经债权人申请拘提监禁债务人，而不是像唐律或明律规定的那样既要处以刑罚还要追还本利。

（四）从审执不分到审执分立

在自力救济阶段，债权人实现私权靠的是自己的力量，无所谓“审”也无所谓“执”，更无二者之分开。当自力救济转向公力救济以后，初期的执行有的仍由当事人自己进行，国家机关只管判决，也无所谓审执的分合。随着国家权力的不断强大，审判与执行均由国家进行，于是就存在“审”与“执”的分工配合问题。从民事执行的历史发展来看，审与执经历了从合一到分开的过程。

在西方，审执不分阶段的民事审判与民事执行均是由审判官（法官）主持的。审判官既是案件的审判者，又是案件的执行者。案件经审判官裁判以后，如果债务人不自觉履行裁判规定的义务，债权人就可以向审判官申请，由审判官组织人力、物力对债务人实施强制执行。此时，法院没有专门的执行民事判决的组织与人员。在中国，审执不分阶段的民事审判与执行是由州县的行政长官主持的。根据各个封建王朝的法律规定，民事案件和轻微的刑事案件，全部委任州县行政长官处理，称为“州县自理案件”。知州、知县根据“情、理、法”对民事案件进行审理、判决。“尽管由作为法官的知州、知县发动强制性权力来实施（听讼），从最终来看却是一种靠说服当事人来平息纷争的程序。知州知县开庭审判并作出某种裁定（称为堂谕，作为法庭本日的结论当场以口头宣布）。但仅此尚不能了结，还须当事人者表示服判并写下一纸内容为情愿不再争议的文书呈上（称为遵依结状），听讼程序才暂且

告一段落。”^①知州、知县作出的判决当事人必须履行，否则知州、知县将以官府的名义对之强制执行。但是，由于我国古代的听讼是以平息争讼而不是以发现什么是法为目的，知州、知县对不服判决而上诉的案件总会不辞辛劳地反复进行重新审理，直到当事人信服为止。所以，民事裁判的执行也就并不难。

随着民众的权益意识不断觉醒，法院受案数量剧增，审判官亲自执行民事判决越来越困难，再加上其他多种原因，法院的审判和执行工作逐渐走向分立。审判官专司审判，执行官或其他人员专职执行，二者分工不断明显与精细。在外国，这种分立有两种走向，一是将民事执行工作交由司法行政机关或其他行政机关，或者由行政机关予以协助（如美国）；二是在法院设立专门的执行庭或者执行法官，并设具体实施执行行为的执行官（或称执达员、执达官）（如法国），其中执行官（员）的工作性质又各有差异，对此将在以后的有关章节中具体介绍。在我国，自清朝末年设专司审判职能的审判厅后，随着一些民事执行法规的颁布实施，民事执行工作也逐渐专门化。1940年1月19日国民党政府公布实施的《强制执行法》第1条明确规定：“民事强制执行事务，于地方法院及其分院设民事执行处办理之。”民事执行与民事审判有了明确的分工，二者正式走向分立。

（五）从野蛮残酷到文明科学

在私力救济阶段以及对人执行时期，民事执行是极为野蛮残酷的，甚至连法律都允许债权人采取野蛮的手段，残害债务人的人身，置之于死地。古罗马的《十二表法》，古印度的《摩奴法典》就极为明显地表现出古代民事执行制度的残酷性和野蛮性。我国的《唐律》、《明律》也规定对“负债违契不偿者”施以笞、杖

^① 滋贺秀三等著：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版，第14页。