

二十一世纪法学热点系列

Studies on

民事强制执行

ivil Enforcement

研究

夏蔚 谭玲/著

中国检察出版社

广东警官学院 2003 年度科研基金项目

民事强制执行研究

夏蔚谭玲 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事强制执行研究/夏蔚, 谭玲著. —北京: 中国检察出版社, 2005

ISBN 7-80185-388-1

I. 民… II. ①夏… ②谭… III. 民事诉讼-强制执行-研究-中国 IV. D925.118.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 007371 号

民事强制执行研究

夏蔚 谭玲 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650028 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 9.375 印张

字 数: 258 千字

版 次: 2005 年 3 月第一版 2005 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-388-1/D·1367

定 价: 20.00 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

前 言

二十世纪九十年代以来,我国民事执行制度的改革已步入了一个新的发展阶段。理论研究不断向纵深方面拓展,实务中执行改革举措不断创新。虽然是否需要制定一部独立的强制执行法尚有争论,导致强制执行法迟迟未能出台,但最高人民法院不断颁布的有关执行的司法解释在一定程度上弥补了执行立法上的缺陷,对解决执行难发挥了积极的作用。但是,执行难现象在我国现阶段仍很突出,如果不能妥善解决好这一问题,无疑会极大地影响我国社会秩序的稳定,制约社会经济的均衡发展。因此,深入研讨执行难的原因,以及解决执行难的方法与对策,仍将是目前我国民事执行工作无法回避的课题。

党的十六大报告明确指出要“切实解决执行难问题”。由此可见,当前我国民事案件的执行形势是十分严峻的。执行难,究竟难在何处?为什么在一些发达国家并不成其为问题的民事执行,在我国却是一个难解之题?我们认为,我国的执行难现象,既有历史遗留下来的原因,也有我国经济发展水平不高、人们法律意识不强的原因;既有我国民事执行体制不健全、立法滞后的原因,也有人们执行观念存在误区的原因……。鉴于此,要从根本上解决民事案件执行难问题,决不能“头痛医头,脚痛医脚”,而要抓住要害采取有效方式予以彻底根除,主要有三个方面的措施:一是进行执行体制的改革;二是进行执行措施的创新;三是加强执行观念的转变。执行体制的改革,包括对民事执行权性质的认识,对民事执行目的、价值和功能的定位以及执行机构的设置等方面的问题。执行措施的创新,是指在合理运用传统执行措施的同时,不断探索市场经

济条件下与之相适应的执行方法。执行观念的转变，重在正确认识审判与执行的关系，强调当事人的执行风险意识等等。

鉴于有关强制执行的著述不断问世，理论界对基本的执行理论问题已达成了共识。对于这些共同性的问题，我们认为没有赘述之必要，因此，本书在体系结构上并不追求面面俱到，而主要是针对执行中的一些突出性问题给予理论和实践的研讨，力求找出解决问题的有效方法。书中对中国和加拿大强制执行制度的比较研究，资料翔实、新颖，立法建议中肯，相信对我国执行工作局面的改善将会有所启迪。

目 录

前言	(1)
第一章 强制执行概述	(1)
一、强制执行与强制执行法	(1)
二、强制执行法律关系	(9)
三、强制执行制度的历史发展	(14)
四、强制执行制度的意义	(16)
第二章 强制执行的基本原则	(17)
一、强制执行的基本原则概述	(17)
二、共有原则	(20)
三、特有原则	(21)
第三章 执行主体	(32)
一、执行机关	(32)
二、执行当事人	(37)
三、其他执行参与人	(42)
第四章 执行标的	(44)
一、执行标的概述	(44)
二、执行标的的范围	(46)
第五章 执行管辖	(60)
一、执行管辖概述	(60)
二、级别管辖	(61)
三、地域管辖	(63)
四、共同管辖和选择管辖	(68)
五、指定管辖	(69)

六、执行管辖权的转移	(70)
第六章 执行根据	(72)
一、执行根据的概念和条件	(72)
二、执行根据的种类	(74)
三、附条件的执行根据和附期限的执行根据	(82)
四、执行根据的效力	(85)
第七章 执行的一般程序	(87)
一、执行的申请和移送	(87)
二、执行案件的审查和受理	(91)
三、执行前的准备工作	(95)
四、暂缓执行	(101)
五、执行中止、终结和结案	(105)
六、执行和解	(113)
七、执行监督	(116)
八、执行费用	(119)
第八章 委托执行和协助执行	(123)
一、委托执行	(123)
二、协助执行	(128)
第九章 执行措施	(134)
一、执行措施的含义和分类	(134)
二、我国现行法上的执行措施	(139)
三、对动产的执行	(149)
四、对不动产的执行	(154)
五、对其他财产权的执行	(158)
六、对行为请求权的执行	(165)
第十章 代位申请执行	(174)
一、代位申请执行的概念	(174)
二、代位申请执行的理论依据	(176)
三、代位申请执行的条件	(179)
四、代位申请执行的程序	(180)

五、现行代位申请执行制度之缺陷·····	(183)
六、代位申请执行程序之完善·····	(186)
第十一章 参与分配·····	(190)
一、参与分配概述·····	(190)
二、参与分配构成要件之分析·····	(192)
三、参与分配的原则·····	(197)
四、参与分配的程序·····	(199)
五、参与分配异议和参与分配异议之诉·····	(201)
第十二章 执行担保和执行承担·····	(205)
一、执行担保·····	(205)
二、执行承担·····	(212)
第十三章 执行救济·····	(217)
一、执行救济概述·····	(217)
二、我国执行救济制度的现状与缺陷·····	(220)
三、债务人异议之诉·····	(224)
四、第三人执行异议之诉·····	(226)
五、执行回转·····	(235)
第十四章 执行竞合·····	(239)
一、执行竞合概述·····	(239)
二、执行竞合之构成要件·····	(240)
三、执行竞合之形态·····	(241)
四、执行竞合之解决方法·····	(243)
第十五章 对妨害执行行为的强制措施·····	(254)
一、对妨害执行行为的强制措施的概念和意义·····	(254)
二、妨害执行行为的构成要件·····	(257)
三、妨害执行行为的种类·····	(259)
四、强制措施的种类·····	(262)
五、对妨害执行行为的刑事制裁·····	(265)
第十六章 中国与加拿大强制执行制度比较研究·····	(267)
一、加拿大强制执行制度的基本内容·····	(267)

二、加拿大强制执行制度的特点·····	(275)
三、进一步完善我国的强制执行制度·····	(280)
主要参考书目·····	(286)
后记·····	(289)

第一章 强制执行概述

一、强制执行与强制执行法

(一) 强制执行的概念和特点

1. 强制执行的概念

强制执行，在学理上有广义和狭义之分。广义的强制执行泛指人民法院和其他有关机关依照法定程序，强制实现生效法律文书的活动，包括民事强制执行、刑事强制执行和行政强制执行三大类。狭义的强制执行仅指民事强制执行。本书所研究的强制执行，主要指狭义的强制执行，即主要对民事强制执行制度进行研究。

何谓强制执行？民事诉讼法学者之间的表述并不一致，代表性的观点有如下几种：“执行，是指人民法院按照执行根据，运用国家司法执行权，依据执行程序迫使被执行人实现法律文书确定的内容的行为。”^①“执行程序是人民法院根据已经发生法律效力裁判和其他法律文书的规定，采取法律措施，强制当事人履行义务的程序。”^②“民事执行也称强制执行，是执行机构以生效民事法律文书为根据，依法运用国家公权力，采取强制性的执行措施，迫使拒不履行义务的当事人履行义务，实现生效法律文书内容的法律活动与

① 常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社，1999年1月修订版，第380页。

② 江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社、北京大学出版社，2000年7月第1版，第365页。

程序。”^①“强制执行者，国家机关经债权人之声请，依据执行名义，使用国家之强制力，强制债务人履行义务，以实现债权人私权之程序也。”^②上述概念在表述上虽有差异，但都认为强制执行体现的是国家的强制力，是强制义务人履行义务、强制实现债权人权利的活动。主要区别则在于对强制执行的目的是有不同的理解，有的侧重于强制义务人履行义务，有的则强调债权人实现债权。

我们认为，强制执行的应当包涵强制执行的依法性、强制性、权威性和目的性的特征。按照这一思路，强制执行，是指人民法院依照法律规定的程序，运用国家的强制力量，强制被执行人履行法律文书确定的义务，实现债权人权利的行为。实现债权人的债权是强制执行的最终目的，人民法院的一切执行活动都必须围绕这一根本目的进行，而强制义务人履行义务则是实现债权人债权的手段。

实现生效法律文书所确定的民事权利义务有两种方式，一是强制执行，二是当事人自动履行。强制执行和自动履行在法律上的含义是不同的。所谓自动履行，是指义务人主动实现法律文书确定的义务的行为。所谓强制执行，则表现为人民法院以国家强制力强制债务人履行债务，实现债权人的债权。在司法实践中，民事执行程序并不是必然发生的，有的义务人服从人民法院的判决，自觉履行了法律文书中确定的义务，债权人的权利已得到实现；有的债权人出于某种原因放弃了向执行法院申请执行的权利；有的债权人和债务人达成了和解协议等等，在这些情况下由于没有申请执行人，执行程序都不会发生，这说明执行程序并不是每一个案件的必经程序。只有在债务人不履行生效法律文书确定的义务，而债权人又申请人民法院强制执行的前提下，强制执行程序才会发生。所以，执

^① 杨荣馨主编：《民事诉讼原理》，法律出版社，2003年4月第1版，第663页。

^② 杨与龄编著：《强制执行法论》，中国政法大学出版社，2002年9月第1版，第3页。

行体现的是“强制”，履行体现的是“自愿”。

2. 强制执行的特点

第一，民事执行具有鲜明的强制性。如上所述，民事执行不同于履行，执行是人民法院运用国家的强制力量，直接采取执行措施，迫使义务人履行法律文书确定的义务的活动，因而具有强制性。强制性是民事执行的根本特征，没有强制性的特征，法院的执行活动就不能顺利进行，债权人的权利就有可能得不到实现，生效的法律文书就可能成为一纸空文，进而影响到法律的尊严和社会的安定。所以，执行必须具有强制性的特征，通过这种强制性，可以使权利人的权利得到实现，维护法律的尊严和社会秩序的稳定。

第二，实施强制执行的主体具有特定性。根据我国法律的规定，人民法院是行使执行权的法定机关，不论是人民法院制作的法律文书，还是其他机关制作的法律文书，只要是依法应当通过执行程序加以实现的，都由人民法院统一行使执行权。其他任何单位和个人如果私自对债务人的财产采取强制手段，都是对债务人财产权的侵犯，应受到法律的制裁。

第三，民事执行活动具有法定性。所谓民事执行活动的法定性，是指强制执行必须依照法定的程序和方式进行。执行是人民法院运用国家强制力的一种行为，因此，人民法院在执行中必须严格依照民事诉讼法关于执行程序的规定进行，不得违反法定程序。比如，如何启动执行程序、对什么财产采取执行措施、采取何种执行措施、对什么财产不能采取执行措施、应当履行什么样的法律手续等都必须依照法律的规定进行。

第四，执行范围具有限制性。执行范围的限制首先表现为执行根据上的限制，并非所有的生效法律文书都能成为执行根据。以法院的生效判决为例，根据判决的内容，可以将其划分为给付判决、确认判决和变更判决。在这三种判决中，只有给付判决因其内容要求一方当事人履行一定的给付义务，因而才具有执行性；确认判决因其内容只是法院确认某一事实状态是否存在，变更判决因其内容只是变更了当事人之间的法律关系，都没有涉及财产或行为的给付

问题,所以不具有执行性。执行范围的限制还表现在执行对象的限制上。根据我国民事诉讼法的有关规定,执行的对象只能是财物或者行为,人身不能作为执行的对象;在执行被执行人的财产时,必须保留被执行人及其所供养家属的生活必需费用和生活必需品。所以,执行范围具有限制性的特点。

3. 强制执行权的性质

强制执行权的性质是近几年来诉讼法学界研究的热点问题之一,形成了如下几种代表性的观点:第一种观点是司法权说^①,认为民事执行行为是法院根据法律的授权所实施的一种法律行为,民事执行权是法院审判权的组成部分,所以其性质是一种司法权,这是目前我国民事诉讼法学界的主流观点。司法部推荐教材《民事诉讼法》对执行所下的定义就是“执行,是指人民法院的执行组织依照法律规定的程序,运用国家强制力依法采取执行措施,强制义务人履行生效法律文书所确定给付内容的一种诉讼活动”。^②既然执行是一种诉讼活动,当然具有司法的性质。第二种观点是行政权说,认为执行和审判是两种不同性质的工作,执行工作从性质上讲是行政活动,具有确定性、主动性、命令性、强制性的特点。^③第三种观点是折衷说,认为民事执行行为包含有两类不同性质的行为,即纯粹的执行行为和执行救济行为。纯粹的执行行为如查封、扣押、拍卖、划拨等执行行为在性质上类似于行政行为;执行救济行为如执行和解、执行中止、执行终结、执行异议、暂缓执行、执行回转、代位申请执行等具有司法的消极性和被动性特征,属于司法行为。折衷说又分为以司法行为为本质的折衷说和以行政行为为

① 杨荣馨主编:《民事诉讼原理》,法律出版社,2003年4月第1版,第666页。

② 江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2000年3月第1版,第329页。

③ 同①。

本质的折衷说两种。^① 第四种观点是独立权利说,认为民事执行权是一种相对独立的国家权力,从其形式与内容来看,民事执行权应是介于司法权与行政权之间的一种边缘性权力。也就是说,民事执行权既不是一种纯粹的司法权,也不是一种纯粹的行政权,而是处于司法权与行政权之间的一种相对独立的边缘性的国家权力。^② 第五种观点是司法行政行为说,认为一方面,执行工作具有不同于审判工作的行政性,具有确定性、主动性、命令性、强制性等行政行为的特征;但另一方面,民事执行又不同于一般意义上的行政行为,其主要任务是使人民法院行使审判权(司法权)作出的生效判决得以落实。因此,可以得出民事强制执行是一种以保证人民法院实现司法职能为基本任务的行政行为,即是一种司法行政行为的结论。^③ 我们赞同强制执行权的性质是司法权的观点。法院作为国家审判机关既要确认民事权利义务关系,也要尽量保护当事人能够实现其权利,所以,审判权和执行权都是法院的基本职能,虽然执行权带有某些行政权的性质,但执行的本质仍属于司法权的范畴。

(二) 强制执行法

1. 强制执行法的概念

关于强制执行法的概念,理论界也有不同的观点。有人认为,强制执行法,是国家规定人民法院、享有行政执行权的行政机关和执行法律关系参加人在执行活动中必须遵守的法律规范的总和。^④ 这种观点将享有行政执行权的行政机关纳入强制执行法的调整范围,应当属于广义的强制执行法的概念。也有人认为,强制执行法

① 肖建国著:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社,2000年5月第1版,第621~622页。

② 谭秋桂:《民事执行权定位问题探析》,载于《政法论坛》2003年第4期。

③ 常怡、崔婕:《完善民事强制执行立法若干问题研究》,载于《中国法学》2000年第1期。

④ 常怡主编:《强制执行的理论与实务》(修订本),重庆出版社,1992年12月第2版,第29页。

是关于执行机关实施执行行为程序的法律规范的总称。^① 这种观点没有将执行参加人纳入到强制执行法的调整范围, 是不全面的。我们认为, 强制执行法是指调整执行机关和执行参加人在执行程序中的执行行为的法律规范的总称。

强制执行法有广义的强制执行法和狭义的强制执行法之分, 广义的强制执行法既包括独立的强制执行法典, 也包括其他法律、法规和司法解释中有关强制执行的规定。狭义的强制执行法则仅指独立的强制执行法典。强制执行法因其内容是调整执行过程中的行为规范, 强制实现生效法律文书所确定的债权人的权利, 所以属于程序法的范畴。

2. 强制执行法的立法例

从世界各国强制执行立法的情况来看, 强制执行法的立法体例主要分为三种, 第一种立法体例是将强制执行规定在民事诉讼法中, 作为民事诉讼法的一个组成部分, 例如《德意志联邦共和国民事诉讼法》第八编规定了强制执行程序, 共分 5 章; 《意大利民事诉讼法典》第三编规定了执行程序, 共分 6 章; 《俄罗斯联邦民事诉讼法》第五编规定了执行程序, 共分 5 章等等。我国也是采取这一立法例, 我国现行民事诉讼法第三编就是执行程序编。这是一种比较传统的立法体例, 基本观点是认为强制执行是民事诉讼的组成部分, 强制执行制度是民事诉讼制度内容的一部分; 民事诉讼是强制执行的前提和基础, 强制执行是民事诉讼的继续和发展。第二种立法体例是制定单独的强制执行法典。如日本在 1979 年制定了《日本民事执行法》、法国在 1991 年制定了《法国民事执行法典》、瑞典有《瑞典执行法》等等。我国台湾地区也制定了独立的强制执行法典。第三种立法体例是将民事执行制度与其他法律混合立法。如瑞士、土耳其将民事执行制度编入破产法; 英国将民事执行制度规定在法院法和法院规则中; 美国则将民事执行制度分别列入公司

^① 孙加瑞著:《中国强制执行法概论》, 中国法制出版社, 1999 年 12 月第 1 版, 第 28 页。

重整、破产等程序及衡平法之中。^①从强制执行立法的发展趋势来看,越来越多的国家将强制执行从民事诉讼法中独立出来作为单独的法律。例如,日本、法国等国家在早期的立法中将强制执行规定在民事诉讼法中,但后来改变了这种立法体例,将强制执行从民事诉讼法中独立出来,制定了独立的强制执立法。俄罗斯虽然在其民事诉讼法中有执行程序的规定,但在1997年又制定了《俄罗斯联邦执行程序法》。

目前,我国诉讼法学界要求制定独立的强制执立法呼声越来越高,一些学者和司法实践部门的同志从理论和实践的角度论证了制定独立的强制执立法的必要性、迫切性和可行性。他们认为,从本质上看,强制执行不是民事诉讼的组成部分,不是民事诉讼程序的继续和发展。首先,通过民事诉讼程序制作的执行依据只局限在部分执行领域,而不适用于全部执行领域。强制执行除了执行法院民事判决书、裁定书外,还包括执行生效的仲裁裁决书、赋予强制执行效力的公证债权文书。其次,即使从执行法院裁判文书的角度看,有些案件可以自动履行,不用强制执行,因而谈不上强制执行是民事诉讼的继续和发展。再次,这种观点不利于强制执行的立法和司法实践,在立法上容易导致用民事诉讼的观点和理念来制定强制执行规范,难以突出强制执行的特点,在司法实践中,容易导致用民事审判的方式来管理执行事务。^②一些同志在分析我国民事执行难的原因时,都认为我国的强制执行立法不完善,或者说没有独立的强制执立法是重要原因之一。客观上讲,我国民事诉讼法规定的执行程序内容过于简单,已远不能适应当今社会、经济形式发展的要求。为了解决执行实践中遇到的诸多问题,最高人民法院先后制定了一些司法解释,如《最高人民法院关于高级人民法院统一管

① 常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社,2002年12月第1版,第731页。

② 高执办:《民事诉讼和强制执行的关系——兼论制定强制执立法的必要性》,载于《人民司法》2001年第11期。

理执行工作若干问题的规定》、《关于加强和改进委托执行工作的若干规定》、《关于正确适用暂缓执行措施若干问题的规定》、最高人民法院、中国人民银行《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》等等。1998年7月最高人民法院颁布的《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》，比较全面地规定了强制执行中的内容，具有强制执行法的雏形，这些规定在执行实践中发挥了较大的作用，但它毕竟是司法解释，效力自然不能与法律相比。我们认为，强制执行的确不同于民事诉讼，其基本原则、任务、执行程序等都有其自身的特点，执行工作所涉及的方方面面已超过了单纯的诉讼范畴，因此，有从民事诉讼法中独立出来的必要，这既是完善法制体系的要求，也是现实执行工作的需要。而且，目前理论界对强制执行的研究比较深入，民事强制执行法草案也有了第二稿^①；各地人民法院在执行实务中不断探索，也积累了许多宝贵经验，这些都表明我国制定独立的强制执行法的条件基本成熟。

（三）强制执行程序与审判程序的关系

执行程序，是指人民法院和申请执行人、被执行人以及有关人员进行执行活动必须遵守的操作规程。按照传统的观点，执行程序和审判程序既有联系又有区别。

执行程序与审判程序的联系主要表现为：首先，审判程序和执行程序都是民事诉讼程序的有机组成部分，都规定在民事诉讼法典中。其次，人民法院依审判程序确定当事人之间的民事权利义务关系后，并不等于当事人的权利就得到了实现，在义务人拒不履行法院判决、裁定所确定的义务的情况下，权利人只有通过向人民法院申请执行才能最终实现其权利。没有审判程序，执行程序就不可能存在；没有执行程序，审判程序的目的也就难以实现。因此，审判程序是执行程序的前提和基础，执行程序是审判程序的继续和完

^① 沈德咏主编：《强制执行法起草与论证》（第一册），中国法制出版社，2002年3月第1版。