

民事执行权论

严仁群 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京大学法文学丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民事执行权论

严仁群 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

民事执行权论/严仁群著. —北京: 法律出版社, 2007. 9
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7786 - 1

I. 民… II. 严… III. 民事诉讼—执行 (法律)—研究—
中国 IV. D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 155855 号
© 法律出版社·中国

中国法学学术大系
南京大学法学文丛

民事执行权论

严仁群 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本/ 787 × 1092 毫米 1/16

版本/ 2007 年 9 月第 1 版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 莱芜市圣龙印务有限责任公司

印张/ 14.5 字数/ 212 千

印次/ 2007 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

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

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

苏州公司/0512 - 65193110

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7786 - 1

定价: 33.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京大学法学文丛



严仁群 1967 年 4 月生，江苏建湖人，汉族。武汉大学法学硕士，南京师范大学法学博士。现为南京大学法学院副教授。主要研究方向为民事诉讼法及司法制度。曾在《法学评论》、《法商研究》等期刊上发表数篇文章，与他人合著《强制执行法》等著作。论文曾获《中国诉讼法学精萃》转载。曾获得全国第六届中青年诉讼法学优秀科研成果论文类二等奖。博士论文获评江苏省优秀博士论文。

我们能够多少有些错误地去认识

——黑格尔《逻辑学》

抱任何主张时不怀有超出这主张依据的证明所能
保证的自信

——洛克《人类理智论》

前 言

国内学界与司法界为执行困境嗟叹已有多年。但不久前一个似乎可聊以自慰的事实撞入笔者的视野。^①即：执行上的困境是全球性的，而非中国所独有。除了芬兰、瑞典等个别国家外，无论是大陆法系还是普通法系，无论是发达国家还是发展中国家，执行上的困境都是存在的，只不过程度不同罢了。

西方人在和我们一样慨叹：

“获得胜诉判决只是走完了实现合法利益之路的第一步。”^②

“在所有运行不好的诉讼机制中，大概执行判决是最糟糕的了。我们都知道判决常常得不到履行，即使判决债务人有财产。”^③

有学者说：“如果裁决得不到实现，赢得某一金

① 此前已有人注意到美国的执行效率不高，以色列也有执行难的问题。但那只是个别性的，他们并未对世界性的总体状况形成一个基本而清醒的认识。甚至还因为美国的执行效率也不高，转而认为我们目前的执行状况是可接受的。

② Konstantinos Magliveras, *Greece, in Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe*, Peter Kaye ed., John Wiley & Sons (1996), p. 145.

③ Jeffrey W. Kramer, *Getting Behind the Corporate Veil in Judgment Debtor Collections*, 15 N. C. D. Rev. 45 (September 2000).

钱判决便是一场凄惨的胜利。”^①其实,更准确地说那是一个耗费了大量精力和金钱的徒劳无益的胜利。除非起诉者原本就只是要获得一纸胜诉判决带给他的精神安慰。

“从当事人,尤其是胜诉方看,有效的强制执行是司法的基本要义。”^②民事执行的重要性虽然是如此的不言自明,但西方许多国家对它向来轻视有加。关于民事执行的著作远比民事诉讼方面的著作要少便是这种轻视的一种现实反映。在一些西方国家,执行程序是最少变化的一块法律领地。普通法系的一些国家甚至仍在沿用 19 世纪或更早时期英国的执行程序。

西方人对于民事执行态度的转变,对执行困境及其负面影响的认识未免来得太晚。2004 年美国的一份报告称:“直到前不久在开发专家之间才有了全球性共识:公平、有效率、成功的强制执行,无论是针对私人的,还是针对政府机构的,对于发展法治文化与司法独立是特别重要的……民事判决的执行最近甚至被认为是法治的基本支柱,无论是发展中国家还是发达国家。司法公信力都有赖于它……收债实际上在任何国家都是普遍成问题的,我们认识到全球都面临着这个相似的执行问题。”^③2002 年英国研究机构的一份报告说:“执行问题在讨论民事司法时几乎都是被忽略的。然而现在人们越来越认识到法院的执行程序在许多方面是相当不完善的,许多判决得不到执行。1998 年以来的有限的研究已经勾勒出一个严峻的画面,只有少数郡法院判决能够及时得到实现,多数人获得支付经历了巨大困难。因此也就不奇怪,许多人在民事程序的这个阶段有严重的挫折感,他们因此对民事法庭失去了信心。民事法庭的有效性和尊严受到了严重削弱。”^④

欧盟不得不告诫其成员国:“必须意识到没有有效的强制执行机制的危险,那将会导致私人救济的兴盛,并会给公众对司法系统的信

① Gary A. Wexler, *Enforcing Judgments*, 84 ABA Journal (Dec98).

② ALI/UNIDROIT, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Council Draft No. 2.

③ Keith Henderson, Angana Shah, Sandra Elena, Violaine Autheman, *Regional Best Practices: Enforcement of Court Judgments Lessons Learned From Latin America*.

④ See The University of Birmingham, Institute of Judicial Administration, 32nd Annual Report, available at: http://www.law.bham.ac.uk/ija/IJA_Annual_Report_2001-2002.pdf.

心造成负面影响。”^①

西方人对执行程序的批判式的研究起步很迟。较早对执行问题进行系统研究的是英国人。英国的大法官办公室(现在已经更名为宪法事务部)在对其执行程序及运行状况进行评估时发布了大量咨询文件及报告。^②但这些文件或报告的分析主要是实证式的(对执行程序的历史也有少量回顾),而且所有这些分析都仅限于英国(英格兰与威尔士),毫无对执行程序的基本原理进行普遍性研究的意识,似乎执行程序完全是一种纯粹本土化的、完全由各国之土壤决定了基本风貌的事务。

英国对执行程序进行专题研究的学者主要是 Beatson、Baldwin、W. A. Kennett 三位。Beatson 主要对执行员(不含高等法院的执行官)进行了研究,Baldwin 着重对当事人对执行程序的态度进行了研究,W. A. Kennett 则着重对执行程序进行了比较法研究。三人对执行的研究基本都限于对现行执行法律和执行状况的对比分析。较特殊的是,Baldwin 采用了社会学的分析方式,对郡法院和高等法院的执行案件分别进行了抽样调查。在美国,研究执行程序的有国际发展署的有关人员,例如,Keith Henderson 和 Angana Shah,他们主要对拉美部分国家的执行状况进行了研究。美国律师协会对若干发展中国家的司法状况进行的比较研究,也覆盖了执行程序的运作状况。^③相对于英国的研究,美国这些机构或人员的视野更加开阔,他们不但放眼世界,进行比较法上的分析,还归纳了执行程序应遵循的一些基本原则、执行模式。美国的州法院中心不久前启动了对执行状况的评价项目,试图通过采集一些执行方面的数据给执行程序的研究提供依据。另外,身为法学教授及律师的 James Brown 也对执行程序有较紧密的关注,他的著作使我们对美国的执行程序有了较全面的了解。但他更注重收债律师的实际操作,即如何最大化地利用现有的执行程序达到最大的收益(尽可能全面、快速地实现债权),而对现有制度的缺陷很少进行反思。加拿大一些省的法律改革委员会专门就执行程序的改革发布

① See Council of Europe, *Recommendation Rec(2003)17 of The Committee of Ministers to Member States on Enforcement*, http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Legal_professionals.

② 笔者撰写此文时其网页上列出了 27 份文件或报告。<http://www.dca.gov.uk/enforcement/indexfr.htm>.

③ 参见 <http://www.ceeljri.org/Comparison.asp>。

了篇幅较大的报告,这些报告对现行法律的不足进行了分析,并提出了改革建议。加拿大的一些学者,例如, Tamara Buckwold Ronald C. C、Emeritus C. R. B. Dunlop 对执行官的设置、功能,以及已经进行改革的省的执行体制作了研究。值得注意的是世界银行资助的一个项目对 118 个国家的民事司法状况进行了评估(以通过法院驱逐一个未交房租房客的程序,以及通过法院收取退票(bounced check)的程序为考察对象),该评估就涵盖了强制执行程序。该项目由哈佛大学、耶鲁大学、世界银行的研究人员具体实施,并得到了律师集团 Lex Mundi 旗下的分布在 109 个国家的成员律师事务所的协助。^①

这些研究对于执行改革的推进起了很重要的作用。但它们的不足在于,缺少对于制度背后机理的分析。例如,IFES 的报告虽然归纳了四个执行模式,并分别总结了各模式下常见的执行状况与效果,但对于各模式与不同的执行效果之间的因果联系缺乏深入分析。这种研究在遇到一些模式的反常例外时,难免会捉襟见肘。它认为法官控制模式的执行体制通常效率是较低的,但称丹麦是个例外,可它却无法解释这个例外的原因。

我国的执行改革已经进行了多年,从时间上看是走在世界前列的。但改革的效果并不令人满意。除了在一些运动式的执行会战期间会有较好的执行效果外,在更多的时间里执行状况与以往并无大的差别。伴随着执行改革的是学界和实务部门对执行程序的积极研究和探讨,文章、专著不可谓不多,可对执行的基本问题进行较为理论化阐述的似乎不多。

法律上的许多问题都可以归结到权利或权力这个较为原初性的问题上,民事执行也不例外。判决债权人进入执行程序的目的无非是要借助于体现国家强制力的民事执行权来达到强制实现债权的目的。民事执行权是最集中地体现执行程序特征的一个要素。它应是债权人对付赖账者的利器,同时又是贫弱债务人的守护者。理性的执行权应该是既有刚性,又有柔性,并且刚性和柔性能在恰当的时间和场合恰当展现的力量。

① See Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez - de - Silanes, and Andrei Shleifer, *Legal Structure and Judicial Efficiency: the Lex Mundi Project*, Revised Draft, October 2001, http://rru.worldbank.org/Documents/DoingBusiness/ExploreTopics/EnforcingContracts/lexpaper_aug_211.pdf. 另可见 http://post.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/papers/lexpaper_OCT_09_021.pdf.

本书的主旨便是分析这种力量应有的内在逻辑,以及符合此逻辑的执行程序的基本形态。

我们长期以来没有较为完整地探索民事执行权的逻辑进路。对执行权的内在逻辑分析,常常仅限于从执行权的性质到执行权的分配这个狭窄的空间,很少延伸到执行权的运行,更没有延伸到权力控制领域。其实,对某一权力的全面分析起码应该覆盖性质、分配、运行、控制这几个基本节点,而其中性质问题又在其他三个问题中应有灵魂性的贯穿。这几个节点之间的内在紧密联系就构成了民事执行权的基本逻辑进路。我们必须对民事执行权逻辑进路上的这几个基本节点进行尽可能深入的分析。

民事执行权的分配、运行、控制在相当程度上都是由民事执行权自身性质所决定的。在就这三个问题进行思考与设计时必须充分考虑民事执行权的性质,这样才不致使整个执行程序从根本上背离执行权的特性。也就是说,执行体制中应该清晰可见民事执行权的特性及其具体展开。民事执行权的性质是整个民事执行权逻辑进程的起点。

民事执行权部分是行政性的,部分是司法性的。理解这一点是比较容易的。问题是这两部分的关系常常被人误解。虽然它们都是在整个执行程序中发挥作用的,但它们并不是杂糅在一起的,它们应被明确分开,且各司其职。

在分权理论下,权力的分配模式并不是唯一的。民事执行权的分配也是如此。西方法治国家民事执行权的分配是有规律可循的,这种规律正契合分权理论的基本要求。这种规律告诉我们在分配执行权时不可逾越的底线是:司法性执行权只能由司法裁判人员行使,行政性人员断不可染指。可一个似乎是很浅显的道理为什么偏偏不为我们所认识?

选择何种执行权运行模式在相当程度上是由民事执行权的性质所决定的。不能让行政性执行权像传统的司法权那样消极、居间性地运行。以效率为首要价值的行政性执行权应该积极地推进执行实施活动,其活动的方式至少不应主要是交涉性的。民事执行权运行中的刚性与柔性能否各有恰当的展现,关乎执行权是否还是所谓的强制执行权,也关乎执行权是否具有人道性。若是没有足够的刚性民事执行权就将发生异化,债权人、债务人的地位也将随之发生异化。因为受到多种实际因素的制约,民事执行权的运行效率不可能很高。但是,

无论是我国还是多数西方国家在这方面都仍有可拓展的空间,我国尤甚。

国内司法机关对执行员的控制有所关注,但已有的控制机制相当不足,既不成体系,又对违法者过于宽容。至于对执行权的实时控制,到目前为止,我国仍只是有诸如“两种执行权应相互制约”这样的口号,具体的控制机制尚付阙如。更遗憾的是诉权在此控制机制中的极其重要的作用尚不为我们所知。

这篇文章中的以下观点可能是笔者在国内首次提出:

将两种执行权整合在广义执行程序中而又使之判然有别、各司其职的二重权力说;

在分权理论下,权力分配可有多种模式;

西方法治国家民事执行权的分配在其形式上的巨大差异下隐藏着共性;

复杂的执行实施权的特殊性使得其在分配时表现出游离性;

执行权的异化倾向及其连带效应;

民间机构在执行程序中的作用应被承认;

基于另一种交换正义,债务人应切实承担起合作义务;

执行困境是全球性的,西方多数国家未能幸免;

基于程序性争端的诉权应获得肯认;

执行程序与诉权是相容的,诉权在执行权控制机制中极为重要。

学界已有不少人主张民事执行权既有司法性的成分,又有行政性的成分。二重权力说的新意只是在于它强调必须理性对待这两种成分之间的关系,强调它们并没有组成一个所谓的有机体,强调在设计相关制度时必须予以区别对待。

另外有些观点是笔者在对学界一些师长、同人的观点直接进行辩驳时提出的,所以它们不是全新的观点,只是与较为常见的观点相反罢了。但如果从较少有人提出相反观点看,也不妨谓之新。例如,执行机构在获取信息方面应积极承担责任,但此责任是有限的,执行实施程序应采用职权主义运行模式。

将这些所谓新观点特别列出的目的,是希望它们能获得足够的审视与批评,以使它们或被抛弃或获修正后更具有说服力。

本书的部分观点在文中所引用的外文资料中可直接或隐约见到。民间力量在执行程序中的合法地位应被认可,债务人应切实承担起合作义务,执行困境是全球性的——这三者即属此类。但关于它们的论

证则全然是笔者自己完成的。个别观点,如诉权对构建执行权控制机制非常重要,虽也与有关资料相吻合,但其形成却未得益于那些资料,那些资料只是为本已形成的观点提供了有力的支撑罢了,但它们又确乎是稍稍增强了笔者的自信心抑或虚荣心的。

非涉外的强制执行固然是纯粹的国内法问题,但在全球性的执行困境之下,这一问题也开始有了一点全球化的意味。在法国斯特拉斯堡召开的有德、法、日、瑞等多国参加的国际专题会议,欧洲联盟对其成员国发布指导性意见,IFES在对拉美三国执行状况进行研究的基础上所作的一般性反思;瑞典与摩尔多瓦,德国与爱沙尼亚、拉脱维亚、立陶宛,美国与保加利亚,分别举办的讨论会。^①——所有这些以强制执行为主题的活动都表明非涉外的执行程序正接受着全球化的初步洗礼。

就世界而言,民事执行改革的大潮才刚刚涌起。西方国家需要积极探讨的是如何提高执行效率,需要考虑在执行程序中强调正当程序的限度,需要重新审视债权人与债务人的关系。而我们有着比西方人繁重得多的任务:既要提高执行效率,又要提高执行程序的公正性。所以,我们必定还要在很长时间内为执行困境所苦。而要缩短这一时间,我们就必须努力从端倪初现的执行全球化中汲取益处,并对我们的理论和制度作彻底的更新。

^① See Forum on Judgment Enforcement Reform in Bulgaria, http://www.usembassy.bg/embassy/forum_judgment.html.

目 录

前 言 001

第一章 民事执行权的性质 1

第一节 分权理论回顾 1

一、英国的宪政体制及其自我解构 1

二、分权的相对性 10

第二节 民事执行权的边界 16

一、定义上的基本一致性 16

二、具体运用中的不一致 17

三、三种民事执行权的取舍 19

第三节 二重权力说 21

一、执行实施权的性质 21

二、执行裁判权的性质 29

三、行政性执行权与司法性执行权之间的
力量对比 30

四、几点说明 33

第四节 现有的几种定性 35

一、司法权说 35

二、行政权说 38

三、司法行政权说 39

四、相对独立的国家公权力说 41

五、从权力(利)主体角度定性 42

六、外国的界定 43

第二章 民事执行权的配置 46

第一节 权力分配的可能范式 46

一、权力在公共机构之间分配的范式 46

二、权力向民间分配的范式	53
第二节 九国一地的执行权分配体制	56
一、美国	57
二、英国	60
三、德国	66
四、其他国家及我国台湾地区	70
五、常见的几种解读	80
六、共性与差异的双重解读	84
第三节 我国的选择	85
一、既有主张	85
二、改革中的行政化问题	89
三、中国执行权分配体制之建构	92

第三章 民事执行权的运行 103

第一节 民事执行权的运行模式	103
一、外国民事执行权的运行模式	103
二、我国现有的执行权运行模式	109
三、当事人主义：一种令人担忧的主张	110
四、选择执行权运行模式的基本思路	115
第二节 强制性运行与保护性运行	118
一、司法性执行权的强制性行使	118
二、行政性执行权的强制性行使	127
三、人权保障与执行限度	131
四、权力的异化及其连带效应	140
第三节 执行权运行的效率	141
一、执行权主体的信息获取能力	142
二、民间力量的协助	149
三、外国执行权的运行效率	159
四、对运行效率的理性期待	167

第四章 民事执行权的控制 172

第一节 执行程序内控权的理论准备：引入诉权的理论逻辑	173
----------------------------	-----

一、问题的缘起:只有司法裁判权而无诉权的制度	173
二、基于程序争端的诉权	174
三、基于实体争端的诉权	181
四、在执行程序中引入诉权的障碍	182
五、本文之诉权说与其他学说的相异性	184
六、引入诉权的功效	186
第二节 诉权的配置与执行程序内的权力控制	188
一、对行政性执行权的控制与诉权的配置	188
二、对司法性执行权的控制	192
三、对权力控制机制负面影响的抑制	194
四、其他控制机制评价	197
第三节 对执行权主体的执行程序外控制	201
一、执行权主体资格的控制	201
二、行为规范的控制	202
三、惩戒制度	203
四、执行员协会	207

参考文献	208
-------------	------------

后记	216
-----------	------------

民事执行权的性质

第一节 分权理论回顾

由于本文之主题在相当程度上是基于分权理论而展开的,所以,有必要在开篇首先对既获得广泛认可又不断受到质疑的分权理论作一回顾。

一、英国的宪政体制及其自我解构

在所有对分权理论的挑战中,英国的宪政体制似乎是最常用,也最为有力的攻击工具。这方面的一个较为典型的表述是:“孟德斯鸠所设计的任何仪表在英国的运用在今天只会给出令人困惑的读数。”^①

从外形上看,英国的体制确实是与分权理论背离的。这一背离表现在四个方面:一是终审法院设置在上议院内。二是大法官在三种国家机构中都担当着重要的角色。三是首相与内阁大臣同时是国会的成员(这一问题某些国家也有)。四是法官通过创设先例行使实际的立法权(这个方面的问题是普通法系国家所共有的)。这种解读对于分权理论来说几乎可以说是致命的。尽管在世界范围内分权理论或分权观念有着强有力的影响,但它的拥护者们却

① [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红、汪庆华译,法律出版社2002年版,第268页。