

Southwest University of Political Science and Law



西南政法大学

21 世纪民事诉讼法学前沿系列

总主编 田平安

民事诉讼法· 执行程序篇

CIVIL PROCEDURE AND CIVIL COMPULSORY ENFORCEMENT

田平安 主 编
李 龙 副主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



西南政法大学

Southwest University of Political Science and Law

21世纪民事诉讼法学前沿系列

—— 总主编 田平安 ——

CIVIL PROCEDURE AND
CIVIL COMPULSORY ENFORCEMENT

民事诉讼法·执行程序篇

田平安 主 编

李 龙 副主编

李 龙 马登科 刘志杰 撰写



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法·执行程序篇/田平安主编. —厦门:厦门大学出版社, 2007. 9

(21 世纪民事诉讼法学前沿)

ISBN 978-7-5615-2865-5

I. 民… II. 田… III ①民事诉讼法-研究-中国②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 141002 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明地质印刷厂印刷

2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:11.75 插页:1

字数:266 千字 印数:0001~3000 册

定价:17.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



作者简介

李 龙 男,重庆江北人,法学博士,西南政法大学教授,硕士研究生导师。在《现代法学》、《法律科学》、《法学》等学术刊物上发表学术论文30余篇,著有个人专著两部,参编教材五部,教辅材料两部,共计100余万字。代表作有:《民事诉讼标的理论研究》(个人专著),《民事诉权论纲》、《论民事判决的既判力》、《论民事诉讼客观的诉的合并》、《外国民事诉讼标的理论纵览及研讨》、《民事诉讼当事人适格刍论》、《医疗事故“无过错”赔偿》(学术论文)等等。撰写本书第三章、第五章。

马登科 男,湖南湘潭人,西南政法大学副教授,法学博士,硕士研究生导师。曾在《光明日报》、《政治与法律》等刊物上发表论文近30篇,主编著作1部、参编专著和教材4部、译著1部。撰写本书第一章、第二章。

刘志杰 男,重庆市人,广州市中级人民法院法官,西南政法大学诉讼法学硕士。2003年进入广州市中级人民法院工作,先后在刑庭、执行局、涉外商事审判庭、基层法院工作,对执行实务有一定了解和认识。曾在最高人民法院《强制执行指导与参考》、《人民法院报》等刊物发表文章,《执行分配程序权利的冲突与衡平》一文曾获第二届全国法院执行理论与实务研讨会一等奖。撰写本书第四章。

· 总序 ·

寒来暑往,秋去春来,回首往事,新中国民事诉讼法学已经蹒跚地走过了五十五载历程。掩卷沉思,民事诉讼法学的一串串足迹令人心潮澎湃,思绪万千。在一个重人治而不重法治的国度,在一个重刑事而轻民事、重实体而轻程序的现实社会里,民事诉讼法学的萌芽、破土、生长与含苞及至成为法学园地中的一枝稚嫩的小花是多么的不易啊!

众所周知,建国以来,我国先后颁行过两部民事诉讼法典,即1982年的《民事诉讼法(试行)》和1991年的《民事诉讼法》。试行稿的公布昭示着带有浓厚注释性色彩的民事诉讼法学呱呱坠地,民事诉讼法的施行迎来了民事审判方式的改革和民事诉讼理论框架的大体搭建。

伴随着新世纪的来临,受制于国家政治、经济、文化、军事、外交形势巨变的大背景,民事诉讼法学面临着新的挑战。认真地总结过去,仔细梳理历史的教训;冷静地正视现在,全面总结审判的经验;准确引进域外的先进理念与制度,加之学者立足本土的创新思维,民事诉讼法学必将迎来新的发展阶段。在这承上启下的特殊历史时期,在为实现历史使命而不遗余力的众多同志的推动下,这套命名为《21世纪民事诉讼法学前沿》系列(以下简称《前沿》系列)终于面世了。

随着时间的推移,1991年颁布的《民事诉讼法》的某些规定已经日益呈现出落后于司法实践的弊病。对现行民事诉讼制度进行一番脱胎换骨的改造,修订一部以先进理念为先导,内容充实,更具有操作性和针对性的,具有合理结构并由完善的程序和制度构成的民事诉讼法典的任务已经提上立法机关的议事日程。新的民事诉讼法典应当具有前瞻性,能够适应今后若干年的经济与社会发展对民事诉讼机制与功能的期盼。为此,它必须立足于国情与司法实践并有所提升或超越。而要完成这一艰巨的任务必须有来自民事诉讼法学界的强力



理论支撑,这就要求民事诉讼法学研究彻底跳出注释法学的樊篱并成长成为一种真正的理论法学体系,充分利用来自于法哲学、法社会学以及与法学密切相关的历史学、经济学等领域的法学研究方法,形成一种成熟、系统的方法论体系,进而完善整个民事诉讼法学的理论体系,最终以一种前瞻的姿态为民事诉讼法的修订提供全方位的理论支撑。

第一,实现民事诉讼法学研究从价值理念的确立到制度建构的重心转移,是我们在新世纪里所面临的首要任务。

在过去的岁月里,理论研究的重心基本上是停留于价值理念的确立而不是具体制度的建构。上世纪末,围绕民事审判方式改革所进行的理论探讨,与其说是进行制度建构不如说是重在制度批判,关于程序价值、程序保障、程序公正与实体公正的关系,以及当事人程序自主性等一系列问题的讨论在法哲学的层面上确立了民事程序的价值理念。然而法律家得以对社会发展给予推进的最有力的途径,是把价值关怀与制度建设结合起来。在理论的大框架内不嫌微末地进行具体制度的构思和建设,这将是21世纪民事诉讼法学研究更为紧迫的课题。

第二,民事诉讼法学研究要为民事诉讼法律制度的构建提供具有内在统一、协调、全面的理论支撑,并最终完成理论与司法实务的动态对接。我国民事诉讼法基本理论的研究目前尚停留在纯理论探讨的层面,而未渗透到具体程序制度的设计之中;对几大基本理论的研究尚未贯穿一个具有内在逻辑一致性的共同法理。例如,诉讼标的理论与既判力理论在确定诉的开始、诉的合并与分离、诉的终结及再审的法定条件方面,都是具有决定性意义的,但目前对这两大理论的研究既未整合,也未结合现行立法或审判实务进行深入分析。诉权理论、诉讼目的理论和民事诉讼法律关系理论研究状况也大致如此。理论上缺乏缜密的逻辑联系是立法中制度设计过于粗糙、规范之间出现漏洞和冲突的重要原因,在理论更新和制度改革的年代,理论建设尤其要注意协调一系列关系:法律理念和基本原则在各基本理论中的一贯性,各基本理论所采学说之间的内在逻辑一致性,基本理论与对这一理论有依赖关系的法律制度设计之间的配套性,新的理论与旧的理论在制度设计中的相互衔接……唯有如此,才能以具有内在逻辑一致性的共同法理统帅各个基本理论的研究,实现整个民事诉讼法学理论体系的内在整合,形成具有内在统一性的民事诉讼法学基本理论体系。这是新世纪的民事诉讼法学研究所面临的另一重任。

第三,加强比较民事诉讼法的研究。历史所造成的中国法制建设、法学研究的“断代性”,致使民事诉讼制度的发展和民事诉讼法学的研究出现了断层,它缺乏来自历史传统的制度层面和法学理论层面的素材支撑。而通过比较民事诉讼法学研究方法的运用,以及对世界法治发达国家民事诉讼制度和民事诉讼法学理论的借鉴,是可以弥补这种资源贫乏的缺陷的。正是基于此,近年来对英、美、德、法、日等西方法治发达国家的现代诉讼制度的介绍已经大为增多,但缺乏对国外立法的完整系统的介绍,难免有望文生义、断章取义的嫌疑。而且,对国外制度的介绍往往缺乏与国内环境的有效对照,在态度上也有失偏颇:一味强调域外制度的优势,不能理性地看待制度移植实践中所面临的不确定性。在理论层面上,对原著的翻译严重不足,对西方学者的诉讼法理论介绍不够充分,而且缺乏系统性。这就割裂了制度实践与理论研究之间必然存在的互为参照和支撑的密切联系,而使对国外诉讼制度的介

绍和借鉴丧失了来自理论层面的支撑。

第四,加强实务的考证。理论的纯粹探讨过多且缺乏严密的量化数据的支撑是过去研究的不足。无论是着眼于价值理念的确立还是具体民事诉讼制度的建构,要想对社会的发展产生实际的效果,民事诉讼法学研究就必须通过一种实证性的社会学研究实现理论研究与社会实践的良性沟通,而这正是当前民诉法学研究所缺乏的。总体看来,研究中理论层面的纯粹性探讨过多,而实务性的考证过少;某种价值理念的提出往往是基于一种纯粹的逻辑演绎,缺乏来自实证性研究领域的有力支撑;某种制度构想的提出也往往是基于一种本来在态度上就有失偏颇的对国外制度的借鉴,而对其所必需的实证性的社会环境支撑则缺乏足够的重视。基于此,我们必须加强实证性的民事诉讼法学研究,用来自司法实务领域的严密的量化数据证明所提出之理论主张的价值,并在提出某种民事诉讼制度构想之初就对其落实于司法实践的可能性作出预期。

第五,重视和加强对民诉法与宪法的关系的研究。民事诉讼法是国家法律体系的重要“成员”。民事审判制度是国家司法制度的有机组成部分。宪法作为国家的根本大法,它决定着国家权力的组成、结构状态,统帅着整个法律体系和司法制度。民事审判权的走向取决于司法权和司法部门在整个国家权力体系和国家机构体系中的宪法性定位;民事诉讼的目的以及当事人与法官在诉讼中的职能分配取决于宪法对审判权的功能性定位;而宪法对作为人权的一个基本组成内容的诉权的确认则是民事诉讼程序正当化的一个“原创性”基础要件;宪法制度所确定的司法理念渗透于民事诉讼法学理论和具体制度的每一个细胞,司法体制制约着整个民事诉讼法的制度框架和运作环境。因此,民事诉讼法学研究只有对民诉法与宪法的关系给予足够的重视,才能为其对具体制度建构所提供的理论支撑找到宪法层面的基础,并保持民事诉讼具体制度建构与整个社会法律制度体系建构的内在统一。

第六,强化民诉法学的研究与相关实体法学研究的沟通。强调程序的独立价值并不意味着要割裂程序法与实体法之间所存在的天然的密切联系。我国民事诉讼法学理论界已经就此达成共识:民事诉讼是民事实体法与民事程序法共同作用的“场”,民事诉讼法学不可能是与民事实体法学没有任何关联的自我封闭体系,将民事实体法学研究与民事诉讼法学研究相结合对于后者的进一步发展是至关重要的。只有实现两者的良性沟通,才能在由民诉法学提供理论支撑的民事诉讼法律制度的建构与由民事实体法学提供理论支撑的民事实体法律制度的建构之间保持一致,并最终在制度的实践层面实现一种动态均衡。尽管如此,由于缺乏来自民事实体法学界的默契,而总体上讲两个领域的研究主体在知识范围上又难以同时涵盖两个领域,作为两个学科,它们的研究仍然处于相互独立、各自为政的一种隔离状态,沟通显得举步维艰。例如在证明责任这一两大学科共同面临的重大课题上,它们似乎没有任何共同话语,民事实体法学对民事诉讼法学所致力这一领域的研究置若罔闻,在观察视角或是相关学术活动的交流上仍未能建立起经常性的沟通渠道。

第七,逐步形成多元化、立体化的民诉法学方法论体系。近年来,随着民诉法学研究群体的年轻化,其主体意识正日益走出传统意识形态的束缚,有力地促成了民诉法学研究方法的多元化、立体化趋势。注释法学的“专制”地位被打破,民诉法学逐步突破这种局限而进入多种研究方法百花齐放、百家争鸣的新时期。法哲学与作为部门法学的民诉法学之间的裂

痕正逐渐得到弥补,法哲学研究的最新成果为民诉法学的进一步发展提供着有力的深层支撑。就方法论来讲,法哲学对部门法学应发挥统帅的作用,为各部门法学的发展提供方法论上的支撑,民诉法学也同样应该受到这种统帅。随着法哲学的方法论体系进驻民事诉讼法学,历史的方法、比较的方法重新得到强化,经济分析的方法、社会学的方法则日益成为民诉法学界的新贵。尽管如此,这种多元化、立体化的方法论体系仍处于相对薄弱的形成时期,而要使民诉法学研究真正承担起为制度建构提供全面、系统的理论支撑的重任,一种健全的、多元化、立体化的方法论体系是必不可少的。这就要求 21 世纪的民事诉讼法学研究要不失时机地促成这一体系的形成,在一种成熟的方法论体系中开展成熟的民诉法学理论研究,从而为制度建构提供成熟的理论支撑。

为此,《前沿》系列将继续发扬传统的注释法学方法的优势,并在方法论的选择上保持一种开放的态度,对法哲学、法社会学、历史法学、经济分析法学等法学方法兼收并蓄,最终形成并运用一种系统均衡的方法论体系,从而全面、系统、准确地阐述民事诉讼法的过去、现在与未来,既立足中国又放眼世界,既有经验总结又有问题研究,既注重理论探索又注重实证研究,既追求民诉法学理论体系的内在统一性又力求与相关的实体法学研究保持协调。与这种方法论体系的开放性相一致,《前沿》系列在内容的体例编排上不以章、节行文,而以专题阐释。从而力图以理论体系所内涵的实质系统性取代以章节行文为表征、以法典注释为内涵的形式系统性。而所有这些安排的一个重要目的就是要以系统的方法论体系为基础,构建系统的民事诉讼法学理论体系,并最终为民事诉讼法的修订提供一种系统的、全方位的理论支撑。

二

民事诉讼法学理论的繁荣昌盛,有待于民事诉讼法学人才的层出不穷。

西南政法大学的前身西南政法学院于 1979 年开了全国民事诉讼法学研究方向硕士研究生培养之先河。25 年来,全国民诉法学研究生的培养无论在质量上还是数量上都已经有了长足的进步,但至今,民诉法学研究生教学仍然没有一套系统、权威、全面的教学蓝本,这不能不说是一件憾事。

据笔者所知,大多数高等院校的民诉法学研究生们参考沿用的是法学本科教材。应当看到,随着民诉法试行稿的公布和 1991 年民诉法的正式施行,各高等院校法学专业的民事诉讼法教学开始逐步走向繁荣,官方、民间和个人撰写了一大批教材。这批教材为民事诉讼法学教学的兴旺提供了有力的支撑,功不可没。但是,不少教材在方法论上仍囿于注释法学的樊篱,在体例编排上严格遵循现行立法体系,在内容上止于对立法的诠释。虽说它们对法学本科教学大有裨益,但亦可断言,民事诉讼法硕士研究生长期参考或借用法学本科教材并非长久之计。

研究生,顾名思义,是既要进行学习又要进行研究的学生。研究生教学的任务不应再局限于为司法实践批量地培养初级、应用型法科人才,而应在本科的基础之上将具有研究潜质的本科学生培养成高层次的、专门的法学理论研究人才,使之能承担起从事为司法实践提供支撑的法学理论研究的重任,从而与初级、应用型法科人才形成知识互补,并为从司法实践

到理论研究的整个法治建设提供一种从实践到理论、再到实践的良性互动。在这样的一个历史时期,原来的注释型民事诉讼法学教材的历史合理性就变得不那么充分了,无论是在理论深度还是在内容的全面性上,它都无力满足高层次的、专门法学理论研究人才培养的需求,这就需要有一种系统的、能够适应高层次的理论型民事诉讼法学研究人才培养的民事诉讼法学教学蓝本,与之分担新的历史时期所赋予民事诉讼法学教学的新的历史使命。

当然,研究生教育是为培养高层次的、专门的法学理论研究人才而设的,它必须保持适当的开放性,而不能因某种既定教育模式、体系的存在而循规蹈矩。但研究生教育毕竟与个体化的理论研究不同,是由教育的本质所决定的,即便是研究生层次的法学教育也是集合化的,因此就有必要由一种外在的、体系化的东西加以统帅,而不能放任自流、各行其道。凭借西南政法大学培养研究生的经验与优势,专门组织一套为研究生所用的学习蓝本不仅是必需的而且是完全可能的。《前沿》系列深谙法学本科教育与研究生教育的差别,全面汲取25年培养研究生的正反两方面的经验,同时也充分注意到不能让教学的系统性泯灭研究生教学的开放性,相反,只要能因势利导,它就更有利于在一种体系化的格局中充分发挥民事诉讼法学方向研究生的思想灵性,并能使之有的放矢,充分展现于理论研究和实践操作之中。

三

《前沿》系列力图保持内容设置和体例编排上的严谨统一。

无论是要为民事诉讼法的修订提供系统全面的理论支撑,还是要为民事诉讼法学方向研究生教学提供一套系统的教学蓝本,都要求《前沿》系列既要具有内在的逻辑统一性又要具有外在的形式体系性,因此内容设置和体例编排对本系列目的的达成是至关重要的。为此,《前沿》系列将由十本著作组成。《民事诉讼法原理》是该系列中提纲挈领的首部,它相当于21世纪民事诉讼法学《前沿》系列的“总论”。它承上启下,既兼顾法学本科的教学现状又辅之以深化的成分。在它的统帅下,根据民事诉讼法学各个领域在整个理论体系中的地位及其在民事诉讼制度建构工程中所处的坐标,将整个民事诉讼法学理论体系划分为八个组成部分,并分别命名为《基础理论篇》、《诉讼主体篇》、《原则制度篇》、《诉讼证据篇》、《诉讼程序篇》、《执行程序篇》、《涉外与仲裁篇》、《海事诉讼特别程序篇》,这八部著作相当于《21世纪民事诉讼法学前沿》系列的“分论”。总论与分论互为表里、遥相呼应,共同塑造了《前沿》系列在体例上的外在形式体系性。同时,《前沿》系列力求突破传统教材以章、节行文的做法,而以“专题”作为理论阐释的基本单元。在编撰中,我们既注重每一本著作内部各专题性理论阐释间的协调,又注重各部著作对其研究领域描述、论证的统一,力求使本丛书在内容上具备内在的逻辑统一性。另外,《前沿》系列将“海事诉讼特别程序”纳入其视野,并给予高度重视,弥补了传统民事诉讼法学研究及传统教材在研究领域设置上的一个重大缺陷。

除上述九本供研究生学习的教材之外,《前沿》系列还包括一部专著《自由心证制度研究》。该著作是作者在对其博士论文进行修改加工的基础上完成的,具有选题前沿,资料翔实,研究方法多样,运用相关学科丰富的知识,观点创新,论证严密等优点,因而一并收入《前沿》系列之中。

为实现上述目的,《前沿》系列在组建撰写队伍和确定策略时可谓呕心沥血。

西南政法大学诉讼法学科是西政乃至西南地区的第一个法学博士点。民事诉讼法学课程是重庆市的精品课程。《前沿》系列则是法学院民事诉讼法学科点的重点科研项目。“分兵以发动群众,集中以应付敌人”是本系列的策略。就是说,群策群力集中大家智慧,分工负责采用目标责任制。统编工作由鄙人负责,实行主编负责制,副主编协助主编工作。参编成员原则上是本学科点的人员,同时也广为吸收由学科点步入社会的民事诉讼法学方向的博士和硕士。因此,《前沿》系列的编撰群体首先是实现了老、中、青的立体结合,其次是显现出浓郁的“西南”特色。由于力图突破地域分割给理论研究所造成的局限,同时,为加强与相邻学科的沟通,实现不同学科研究人员之间的理性对话,我们还特别邀请了相邻学科的学者志士参与书稿的编撰,从而为这种沟通和对话提供一个平台。再次,《前沿》系列力图推进民事诉讼法学方法论体系的多元化、立体化发展。

本系列无论是编撰人员的选配,还是内容的编排,都注重保持方法论选择的开放性,力争促进民事诉讼法学方法论体系的多元化、立体化发展。它在继续发扬传统的注释法学方法优势的同时,对法哲学、法社会学、历史法学、经济分析法学等法学方法兼收并蓄,针对不同的研究领域选择、运用合理的研究方法。针对传统民事诉讼法学研究过于注重纯理论探讨的缺陷,《前沿》系列将加强实证性分析,并使之与纯理论探讨相互关照、互为支撑。针对传统民事诉讼法学与相关实体法学研究缺乏必要沟通的缺陷,《前沿》系列将力争合理借鉴相关实体法学的研究方法和研究成果,实现程序法与实体法在民诉法学研究和实践中的对照和呼应,在民事程序法学与民事实体法学之间塑造一种系统均衡的状态,并启迪“系统论”的法学方法在民诉法学研究中的运用。

当然,制作一套研究生教学蓝本是一件开创性的工作,因为没有先例,无成功的经验可资借鉴,亦无失败的教训可资汲取。唯一能借鉴的只是25年的研究生教学实践,助推我们向前的是对法学教育事业的执著追求。前面提及本系列一共十部,其内容不可谓不丰富,其体系不可谓不庞大,欲在有限的学时内教授完毕显然是强人所难。因此,建议使用本系列的同事们斟酌取舍、灵活掌握,而多数的内容应留待研究生们自学、思考。

最后,我们遵从惯例,真诚地向编辑出版《前沿》系列丛书的厦门大学出版社的同志们致以深深的谢意。没有他们的支持与辛劳,本系列丛书是难以面世的。

由于水平所限,加之时间仓促,书中谬误之处在所难免。大到体系、论点,小到字句、标点,我们诚恳地期望得到同行和同学以及社会各界的指正。在此,先向您鞠躬啦。寥寥数语,是为序。

全国民事诉讼法专业委员会主任
西南政法大学民事诉讼法学科负责人 田平安
博士生导师、法学教授

2004年7月8日

目录 CONTENT

第一章 民事强制执行制度沿革	1
第一节 原始社会的纠纷解决和债权实现	1
第二节 奴隶社会的执行制度	2
一、执行主体	2
二、执行范围和执行手段	4
第三节 封建社会的执行制度	6
一、执行范围	6
二、执行手段	7
三、执行主体	8
第四节 近、现代社会的执行制度	10
一、外国近、现代执行制度的历史发展	10
二、我国近、现代民事执行制度的历史发展	12
第二章 民事执行权	18
第一节 民事执行权的性质	18
一、民事强制执行权性质的主要观点	18
二、强制执行权的性质定位	20
第二节 我国现行民事执行权的配置、缺陷及其后果	27
一、我国现行立法对民事执行权的配置	27
二、现行民事执行权配置的机制性缺陷	30
三、执行权配置的机构性缺陷必然导致的不良后果	33
第三节 域外有关国家民事执行权配置的基本理念	35
一、对执行权进行有效的分权	35
二、对执行权尤其是执行权的行政权性质部分进行严密制约监督	39
三、规定了严密有效的救济程序	40
四、对执行权的行使作出诸多限制性规定	44
第四节 对我国民事执行权配置的几点构想	47
一、我国民事执行机构改革与民事执行权配置的基本原则	47
二、对我国民事执行机构改革和执行权配置的初步设想	51

第三章 民事执行程序	56
第一节 执行条件	56
一、执行法定条件与执行程序的设置	56
二、关于申请执行期限的探讨	58
第二节 民事执行原则	61
一、强制执行与说服教育相结合的原则	61
二、人民法院执行与有关单位协助执行相结合的原则	62
三、保护执行双方当事人合法权益原则	63
四、执行标的有限原则	64
第三节 执行主体、执行依据和执行管辖	65
一、执行主体	65
二、执行根据	67
三、执行管辖	69
第四节 民事执行程序的启动及运作	70
一、执行开始	70
二、执行中止	74
三、执行终结	76
四、执行回转	78
第四章 民事执行措施	80
第一节 执行措施及其特征	80
一、执行措施的概念	80
二、执行措施的特征	81
第二节 对金钱债权的执行措施	83
一、查封	83
二、强制拍卖	98
三、以物抵债	108
四、变卖	108
五、强制管理	109
第三节 对股权、投资收益的执行	113
一、概述	113
二、对股权执行的特殊规定	114
第四节 对被执行到期债权的执行	115
一、概述	115
二、对到期债权执行的程序	116
第五节 对非金钱债权的执行措施	117

一、完成行为的执行措施	117
二、交付物的执行措施	120
第六节 保障性执行措施	123
一、调查	123
二、搜查	125
三、收取迟延履行金或迟延履行利息	126
第五章 民事执行救济	130
第一节 执行担保	130
一、执行担保的条件	130
二、执行担保的程序	130
第二节 执行异议	131
一、执行异议的条件	131
二、对执行异议的审查和处理	132
第三节 执行和解与执行承受	132
一、执行和解	132
二、执行承受	134
第四节 执行竞合与参与分配	136
一、执行竞合	136
二、参与分配	139
第五节 再执行	143
一、再执行制度的理论基础与实践基础	143
二、债权凭证制度探析	148
三、再执行程序的内涵分析	156
四、对再执行程序的立法设计	167

第一章

民事强制执行
制度沿革

法谚云：“执行乃法律之终局及果实(excutio est finis et fructus legis)。”当事人向法院起诉或通过其他纠纷解决机制，寻求各种救济，通过适用法律所形成判决书和其他生效法律文书，最终目的还在于实现法律赋予的民事权利，而生效法律文书确定的民事权利实现一旦遇阻，最终得以落实还是要通过民事强制执行。法院判决的实现需要国家机关提供保障。除公力救济以外的其他民事纠纷解决机制的正常运转，也间接或直接地依赖于民事强制执行的正常运转。因为就其他民事纠纷解决机制而言，其运转须以公力救济的运转为准绳和参照，公力救济的结果不能通过国家强大的力量顺利实现，必然导致其他民事纠纷解决机制的疲软；同时，某些其他纠纷解决机制的结果直接需要民事强制执行保证其实现。以强制性公权为后盾的民事执行，在审判工作、仲裁工作、公证工作中或起着直接的保障作用，或起着间接的促进作用，它是私权救济最后保证性环节，是法律获得生命必不可少的形式和途径。

民事强制执行通常被简称为“执行”。^① 作为法律上的执行，包括“对法律规定的实施”和“对生效法律文书的实施”两层含义。民事强制执行是国家执行机关基于统治权威，为实现或确保债权人的民事权利，利用国家强制力，强制债务人履行其义务的民事程序。^② 显然民事执行属于后者意义上的执行。当然，在资本主义社会以前的漫长的社会历史长河中，执行程序作为独立的程序阶段是不存在的，直到资产阶级社会建立了近代法律制度之后，民事执行程序才从审判程序中脱离出来。但是，从强制实现债权这一意义上，不同国家和同一国家的不同时期，民事执行总是以某种方式和某种形态存在着。它在纠纷解决和国家制度设置中不可或缺的重要性，决定了民事强制执行(含各种方式和形态)的历史悠久性。而要考察民事强制执行制度的历史，捎带也要考察纠纷解决的历史。

第一节 >>>

原始社会的纠纷解决和债权实现

在原始社会，人们只是以一定的血缘关系聚在一起，形成氏族部落。那时没有出现国

① 在我国，法学界内通常将“民事执行”简称为“执行”，如我国大多数民事诉讼法学专业教材称“民事执行”为“执行”；而在日常生活中，人们也习惯称“民事执行”为“执行”，如人们耳熟能详的“执行难”、“执行乱”中的“执行”，就是特指民事执行。

② 陈荣宗：《强制执行法》，台湾三民书局1989年版，第1页。

家,诉讼也未产生,专门裁决纠纷的机关也不存在,一旦发生纠纷,基于生存需要和朴素的正义观,人们解决的方式常常是“血亲复仇”、“同态复仇”,采取“以牙还牙以眼还眼”的简单复仇方式来解决。当杀害或伤害事件发生之后,受害人或者受害人的近亲属就要向加害人及其近亲属进行寻仇,惩罚其加害行为,其他氏族成员不予干涉。而当加害事件发生在氏族部落之间时,复仇的人员就成为全体氏族成员。此时,受害人及其近亲属是原始朴素正义观里的复仇权的享有者,是“血亲复仇”中的债权人,实际上处于执行者的地位。

随着社会的发展,在原始社会的中后期,氏族成员之间的联系越来越松散,“血亲复仇”被“同态复仇”所取代。再后来,当社会分工与物品交换进一步发展时,又出现了以“赎罪”方式来解决纠纷的做法。虽然解决纠纷的方式不断在变化,但是有一点是共同的:无论是“血亲复仇”还是“同态复仇”亦或是用“赎罪”方式来解决纠纷,都是由债权人(被害者或其近亲属)直接实施的。

因此,可以说在整个原始社会,有关纠纷的解决手段主要是私力救济。正如恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中所描述的那样:“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷,都由当事人的全体即氏族或部落来解决,或者由各个氏族相互解决。”^①当人们的权利受到侵害时,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权利。而受损害的权利能否顺利恢复和实现,取决于其在“血亲复仇”、“同态复仇”中与对方的对抗能力。

第二节 >>>

奴隶社会的执行制度

一、执行主体

在奴隶社会初期,国家机器还未健全与完善,以私力实现债权的情形颇为流行,并受到国家的明确认可和法律保护。如古印度《摩奴法典》第48条至第50条规定:“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。”^②这样,债权人要求还债,允许采取的例行手段主要包括:一是符合伦理义务的手段,即通过朋友及亲族的斡旋、通过善言谴责、到场追随不离或呆在债务人家里不走等迫使债务人还债。二是合法的欺诈方式,即债权人利用诈术向债务人借来两件东西,或扣留其寄存的物品迫使其还债。三是合法的强制方式,即扣留债务人的妻儿或牲畜,或经常夜间不离其门口以强

^① 《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1965年版,第111页。

^② 《世界著名法典汉译丛书》编委会:《摩奴法典》,法律出版社2000年版,第240~241页。

制其还债。四是强暴的方式,即捆绑债务人,将其带到自己家里打击他,并以其他类似方式迫使其还债。^①所有这些手段都是为法律所允许的,然而,“符合伦理义务的手段”、“诈术”、“危难”、“强暴措施”等私力救济方式,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。

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。在奴隶社会,民事裁判基本上实现了公力救济,以国家公权力对民事纠纷进行裁判。按《周礼·秋官·司寇》:“争罪曰狱”、“争财曰讼”,郑氏注曰:“讼,谓以财货相告者;狱,谓相告以罪者。”也就是说,西周时期刑事诉讼称为“狱”,民事诉讼称为“讼”。^②这说明,我国西周时期的司法实践不仅有了诉讼,而且有了民事诉讼与刑事诉讼的初步划分。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。但在民事执行方面,私力救济仍十分通行。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。^③也就是说,民事裁判实行公力救济,民事执行实行私力救济。这样,债权人同原始社会一样,仍处于实际执行者的地位,即使在民事诉讼出现后,仍然是民事执行中的直接执行主体,执行行为的实施者不是国家而是债权人。

古罗马是奴隶社会法制发展的顶峰。一般认为古罗马的民事诉讼大体上可分为三个阶段,即法定诉讼^④阶段、程式诉讼^⑤阶段和非常诉讼^⑥阶段。在法定诉讼阶段和程式诉讼阶

① 黎蜀宁:《民事执行行为研究》,西南政法大学2004年博士论文,第20页。

② 张晋藩主编:《中国民事诉讼制度史》,巴蜀书社1999年版,第1页。

③ 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。

④ 法定诉讼程序(Per legis actiones)是罗马诉讼制度的起点,大约存在于公元前2世纪。在法定诉讼程序中,诉讼必须严格按照法律规定的程序进行。这种诉讼程序既不能错误,也不能变更,必须合乎法定的模式,处处遵循古老习惯。法定诉讼程序具有如下特点:一是采取严格的形式主义;二是诉讼当事人必须亲自到庭;三是诉讼程序分为“法律审理”和“事实审理”两种。参见《罗马法》编写组:《罗马法》,群众出版社1983年版,第335~336页;并参见童兆洪:《民事执行权研究》,法律出版社2004年版,第3页。

⑤ 程式诉讼程序(Jormula),存在于公元前2世纪至公元3世纪。在程式诉讼程序中,首先由原告拟定审理方案,请求最高裁决官作出一定程式的书状,载明案情要点和审理原则,然后交给民选承审员,照程式书状指示各点进行裁决。最高裁决官制作程式书状时,必须先审查原告的请求是否合法,之后才能制作这种程式的书状,取得当事人双方的同意,再交民选承审员执行。参见《罗马法》编写组:《罗马法》,群众出版社1983年版,第341页;并参见童兆洪:《民事执行权研究》,法律出版社2004年版,第3页。

⑥ 非常诉讼程序(Cognitis extraordianria)创于罗马帝国初年,约公元3世纪末期以后。罗马帝国扩张后,其在新征服的行省中委任官吏进行统治,在法律诉讼程序方面改由行省当权者全权处理案件,可以不必沿用旧制。尤其在遇到本质特殊的诉讼案件时,或者由于考虑到裁决官的特殊限时,就废弃原有的交付民选承审员的事实审理程序,实行由裁决官统办法律审理和事实审理。这一新的诉讼程序后来逐渐形成定制,史家称之为“非常诉讼程序”。参见《罗马法》编写组:《罗马法》,群众出版社1983年版,第346页;并参见童兆洪:《民事执行权研究》,法律出版社2004年版,第4页。

段,承审员作出的判决,具有最终的法律效力。但此种效力当时没有公力强制救济手段为后盾。如败诉一方不履行判决,由胜诉一方自行采取必要的措施以促其实现。^① 在《十二铜表法》(*Lex duodecim tabularum*)中,也是实行债权人自行实现债权。这一时期的执行,基本实行债权私力救济。直到非常诉讼阶段,开始出现现代民事执行的萌芽。终审判决和逾期不上诉的一般判决,即为确定判决,发生强制执行效力。执行时,如债务人在宽限时间内不自行履行判决,“执法官亲自或者通过一名受委托官员听审整个案件并且采取措施强制执行自己的裁决。”^②执行已全由司法官吏负责,债权人已不得自行为之。^③ 因此,这一时期的民事执行,开始从私力救济向公力救济演化。

在整个奴隶社会,统治阶级对债权人的债权如何实现,基本呈放任自流的状态。债权人自力救济,是占主导地位债权实现方式,但该种自力救济背后,已经隐含国家强制力的支持,已有执行公力救济的萌芽,甚至在个别法制比较发达的时期还出现了执行公力救济。

二、执行范围和执行手段

以暴力方式实现债权,或以暴力促进债权实现是奴隶社会最基本的执行方式。^④ 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。执行十分野蛮、残酷,对人执行属于执行常态。执行中,经常直接以被执行人的人身作为执行标的,允许债权人通过私力强制不履行义务的债务人充当奴隶,将债务人在奴隶市场出卖,当债权人为多人时,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。^⑤

在奴隶社会时期,以刑代执也十分普遍。古罗马最古老的诉讼方式是誓金法律诉讼和拘禁。“‘拘禁’(manus iniectio)是一种以执行为目的的法律诉讼,在历史时代,它以判决支

① 周相:《罗马法原论》(下册),商务印书局2002年版,第937页。

② [英]巴里·尼古拉斯著:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第26页。

③ 周相:《罗马法原论》(下册),商务印书局2002年版,第915~924页。

④ 如《摩奴法典》第49条规定:“债权人利用强暴措施,使人归还欠债。”(参见《世界著名法典汉译丛书》编委会:《摩奴法典》,法律出版社2000年版,第240页。)

⑤ 如《十二铜表法》第三表“债务法”：“第一条(债务人)在其承认债务之后或(对他)作了判决决定之后,得有三十天的特许期限。第二条(规定期限终了时),(原告人)可以拘捕(债务人)。可以将他扣解到庭(以便执行判决)。第三条若(债务人)仍未(自动)执行法庭判决,且在受讯时无人代他解脱责任,则(原告人)得把他带到私宅,给他们带上足枷或手铐,其重量不轻于十五磅,而且假如愿意,还可以加重。第四条(债务人在拘禁期中),如愿意,可自费供养。若无力自费供养,则(拘禁他的人)每日应发给他面粉一磅,如愿意,亦可多给。第五条(奥鲁斯·格里乌斯,《阿提卡之夜》,X X,1,46:当债务人在拘禁期间,他有权与[原告人]谋求和解,但若[双方]不能和解,则[这些债务人]应继续拘禁六十天。在此期间,他们须在市集日连续三次被带到会议场最高审判官前,[并]宣布判决他们的钱额。至第三个市集日,他们则被处以死刑,或售之于国外,于台伯河以外。)第六条至第三个市集日,债务人得被砍成块。至于砍切大小,则并不(归罪)于他们。第七条对叛逆者的诉讼应永远保持(其)效力。”(参见《世界著名法典汉译丛书》编委会:《十二铜表法》,法律出版社2000年版,第9~12页。)