

童兆洪 著

Tong Zhao-hong/Author

民事执行的法理思辨



人民法院出版社

D925.104
T866.1/2

童兆洪 著

Tong Zhao-hong/Author

民事执行的法理思辨

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事执行的法理思辨/童兆洪著. —北京: 人民法院出版社, 2006. 11

ISBN 7-80217-375-2

I. 民… II. 童… III. 民事诉讼—执行(法律)—理论研究 IV. D. 915. 201

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 135338 号

民事执行的法理思辨

童兆洪 著

责任编辑 刘德权 唐学兵
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250569 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中国画美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787×960 毫米 1/16
字 数 378 千字
印 张 30.25
版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-375-2
定 价 56.00 元

版权所有 侵权必究

序

在我国法学研究的各个领域，民事执行理论研究一直处于相对薄弱和滞后的状况，而备受关注的执行难的破解，特别是制度改革和创新又亟须理论的指导。值得欣慰的是，近年来有一批执行理论研究成果相继推出，已经使得前述的“供需矛盾”在很大程度上得到了缓解。在现有的学术成果中，本论文集作者童兆洪同志的研究成果无疑是值得特别关注的一个“亮点”。他作为浙江省高级人民法院的副院长，长期主管民事执行工作，执行实践工作的切身体会和现实需求催生了他从事执行理论研究的使命感和热情。基于这种使命感和热情，作者投注了大量时间和精力潜心研究民事执行的基础理论和热点问题，并取得了丰硕的成果。这本集子正是对作者围绕民事执行问题长期研究和思考的一个总结，也从一个侧面反映了浙江省法院系统执行改革探索的历程和成果。

在作者的研究成果引起我的关注之前，首先引起我关注的是浙江省法院的执行改革实践。众所周知，执行难已

经成为困扰人民法院工作的一个痼疾，若这一问题最终得不到解决，则不仅司法权威将因为人们对司法机关失去信心而难以树立，且社会稳定和经济发展也将因为缺乏司法的有力保障而面临挑战。正是因为意识到问题的严重性，我国各级法院都将执行改革列为司法改革工作的重点。相比之下，浙江省法院系统的执行改革走在全国的前列，并取得了令人瞩目的成效。2002年，我应作者之邀参加了浙江省高级人民法院在最高人民法院执行工作改革试点单位——绍兴市中级人民法院所在地绍兴召开的“执行改革实证分析与理论建构研讨会”。在那次会议上，我欣喜地发现，浙江省高级人民法院已经集合了全省法院的智慧和力量，会诊“执行难”问题，寻找解决问题的良方，构思执行改革的进路，谋划执行工作良性循环的蓝图。为此，浙江全省法院从执行体制、执行机构、执行机制和执行方式方法等层面进行了一系列大胆且有序的探索和创新。如建立起统一管理、统一协调、统一指挥、统一调度的执行工作新体制；成立负有“管案、管事、管人”职责的执行局；实行执行裁决权与执行实施权的分离运行，包括横向的本级分离和纵向的两级分离的机制；探索实施提级执行、指定执行、交叉执行、集中执行、公告执行等新的执行方式方法。这些改革举措都给我留下了非常深刻的印象。鉴于浙江法院在执行制度建设方面取得的成效，在去年9月13日中央政法委召开的“全国规范执法行为经验交流会”上，童兆洪同志代表浙江省高级人民法院在会上作了《规范执行行为，破解执行难题》的专题发言。中共中央政治局常

委、中央政法委书记罗干在讲到开展专项整改活动取得的成效时，肯定了浙江法院针对群众反映强烈的“执行难”问题，推行了执行听证制度，完善了执行复议制度，健全了执行监督制度等做法。据了解，中央政法委去年底下发的关于切实解决人民法院执行难问题 52 号文件中的不少内容，是在浙江等地调研的基础上形成的。

实践无止境，创新亦无止境。几年过去了，浙江全省法院的执行改革又有了新的动作，执行工作又有了新的发展。为深入贯彻中央 1999 年 11 号和中政委 52 号文件，9 月 5 日中共浙江省委专门下发解决执行难的有关文件。在省委、省人大、省政府及有关部门的重视和支持下，今年经由实践探索并行之有效的七项执行工作制度已经颁布实施，涉及执行案件收费、执行公开和告知、执行中强制被执行人申报财产、悬赏执行、规范执行和解、执行中穷尽措施、加强立案审判与执行工作配合等方面。这些制度与之前制定实施的关于执行工作统一管理、执行案件流程管理、委托执行、执行听证、评估拍卖变卖、再执行凭证、执行款物管理、执行协调、执行监督等方面的九项制度一起，加上近期浙江省高级人民法院与省纪检（监察）、公安等部门就有关执行工作的联合发文，形成了具有浙江特色的比较完整的执行制度体系，必将极大地推动执行工作的发展与进步。浙江法院执行制度创新再次走在了全国的前列，为全国法院树立了标杆。9 月 13 日，浙江省委政法和省高级人民法院在绍兴召开“全省综合治理执行难座谈会”，省委副书记、政法委书记夏宝龙、最高人民法院副院

长黄松有到会讲话，全省各市委政法委主持工作的副书记和执法监督机构负责人、中级法院院长和分管执行工作的副院长等参加会议，并特邀省纪委（监察厅）、省委宣传部、省检察院、省公安厅、省司法厅、省银监局等单位领导出席会议。会议要求，各级党委要从构建社会主义和谐社会的高度，充分认识解决执行难问题的重要意义，做到“四个到位”，取得“四个突破”：即党委领导支持要到位，在改善执行环境上取得新突破；法院自身工作要到位，在解决执行不力不公上取得新突破；各方协助配合要到位，在完善执行联动机制上取得新突破；依法惩戒措施要到位，在提高自动履行率上取得新突破。全省法院正在深入贯彻省委文件和会议精神，全面推进综合治理执行难工作。

实践需要理论的指导，没有理论指导的实践难免陷入盲动或者短视的误区。当然，能够为实践提供指导的理论也需要以来自于实践的经验和素材为养分，并且要接受实践的检验。难能可贵的是，浙江省法院执行改革的设计和参与者们，充分意识到了理论研究对于改革的重要意义，执行理论研究蔚然成风，涌现出一批有真知灼见形式多样的研究成果，这些成果来自实践又超越了实践，为浙江省民事执行工作创新提供了科学的理论支持，确保执行工作方向的正确和措施的可行。

本书作者既是浙江省法院系统执行理论研究的倡导者、推动者和组织者，更是理论研究成果的贡献者。他以其对于执行实践的准确把握和深刻体会，并以其扎实的理论功底，先后发表了数十篇执行理论方面的文章，并编辑出版

了多部著作，在理论和实务界都产生了较大反响，对浙江省民事执行实践起到了积极的推动作用。尤其值得一提的是，本书作者在其博士学位论文基础上整理出版的专著《民事执行权研究》，从法理学的视角对民事执行的基础理论问题进行了拓荒性的研究，填补了我国执行理论研究的空白。著作对民事执行权的定位、性质、构造、配置、主体、客体以及运行等重大理论问题进行了精到的论述并提出了独到的见解，构建了逻辑严谨、完整而自洽的民事执行权理论体系，其理论价值和现实意义均不容低估。

摆在读者面前的这部《民事执行的法理思辨》是作者近一阶段民事执行理论研究成果的集中展示。本书分为三大部分。第一部分汇集了作者近几年撰写的论文。这一部分中，作者就我国民事执行权理论体系的构建，在区分执行实施权和执行裁决权不同特质基础上就如何构建科学的民事执行权分权运行机制，以及如何实现民事执行权的优化配置进行了探讨；在总结和反思民事执行改革实践演进过程的基础上就如何以科学发展观为指导推进民事执行工作改革与发展进行了分析。此外，在这一部分内容中，还就执行与破产的功能定位和制度调谐等相关问题展开了理论思考和实证分析。本书的第二部分是作者在一些会议上的讲话和发言。作者选取了一些反映其学术观点、较具理论色彩的稿子收录。内容包括对执行工作如何坚持弘扬求真务实精神、执行工作中如何树立和落实科学发展观、如何切实增强执行能力促进和谐社会建设、如何以社会主义法治理念引领执行工作创新与发展等执行工作中的重大问

题的思考和见解。此外，也收录了一些关于具体部署全省执行工作的讲话。本书的第三部分是作者的调研成果。分别就全省法院构建执行工作良性循环长效管理机制、执行工作改革运行情况、建立执行协助网络、执行救助制度和综合治理执行难工作机制等方面问题的调查与思考。

在我的印象中，作者虽然身处实务部门，终日面临繁忙的公务，但他始终保持对于学术研究的浓厚兴趣，非常勤奋而且是非常有毅力地从事着学术耕耘，读书不止，笔耕不辍，这种对待学术研究的精神确实令人感佩不已。我以为，不仅法律实务界需要更多的这种学者型官员，法学理论界也需要更多这种来自于法律实务界的知音。惟其如此，才能实现理论界与实务界的畅通对话，才能形成理论研究与实践操作之间的良性互动，也才能在中国真正孕育出法治社会所必需的法律共同体。

兆洪同志请我为这本书作序，我欣然应允，在此亦预祝他在未来取得更高的学术成就。

 [1]

二〇〇六年九月

[1] 中国人民大学教授、博士生导师。

目 录

(一)

论我国民事执行权理论体系的构建/1
民事执行权性质再认识/28
民事执行权分权运行机制构建探析/48
改革语境中的民事执行权配置理论/67
以科学发展观指导民事执行工作改革与发展/88
我国民事执行改革实践演进及理性思考/111
论民事执行能力构成及其提升/127
破产与执行：功能定位与制度调谐/141
附：民事执行权的理论建构
——博士学位论文开题报告/173

(二)

构建长效管理机制 全面推进工作发展/186

(2004 年 3 月 23 日)

加强执行调查研究 提升执行工作水平/199

(2004 年 3 月 23 日)

民事执行若干问题的认识与思考/211

(2004 年 4 月 20 日)

当前全省法院执行工作情况和总体要求/238

(2004 年 6 月 1 日)

弘扬求真务实精神 扎实推进执行工作/248

(2004 年 10 月 10 日)

2004 年执行工作回顾与 2005 年主要任务/263

(2005 年 2 月 18 日)

执行工作树立和落实科学发展观的若干
问题/276

(2005 年 5 月 16 日)

关于执行体制和工作机制改革的认识与
建议/288

(2005 年 5 月 25 日)

我省法院执行工作 15 周年回顾与展望/304

(2005 年 8 月 29 日)

执行难问题的主要表现、成因和对策/313

(2005 年 9 月 6 日)

规范执行行为 破解执行难题/326

(2005 年 9 月 13 日)

切实增强执行能力 促进和谐社会建设/331

(2005 年 10 月 26 日)	
认真贯彻《通知》精神 切实解决执行难 问题/345	
(2006 年 1 月 23 日)	
执行工作应正确认识和处理的若干关系/353	
(2006 年 3 月 29 日)	
关于制定《强制执行法》的理由与建议/370	
(2006 年 4 月 12 日)	
以社会主义法治理念引领执行工作创新 与发展/384	
(2006 年 8 月 3 日)	

(三)

实现执行工作科学发展的重要载体	
——我省法院构建执行工作良性循环 长效管理机制的调查与分析/399	
执行改革是推进工作发展的强大动力	
——绍兴两级法院执行工作改革 试点运行情况的调查/416	
依靠社会力量缓解执行难的有效途径	
——我省构建执行协助网络现状的 调查及思考/433	

民事执行的法理思辨

执行工作体现司法人文关怀的重要举措

——我省建立执行救助制度的调查与
思考/445

积极构建破解执行难的工作新机制

——我省构建综合治理执行难工作
机制的调查与思考/458

后记/472

论我国民事执行权理论体系的构建^{〔1〕}

民事执行权,是指执行机关应权利人的申请,根据执行依据确认的内容,运用国家强制力,强制义务人履行民事义务以实现权利人的民事权利,以及就发生在执行程序中的有关事项作出裁决的司法强制权。民事执行权作为一种权力存在由来已久,但作为一个法律概念则是近现代法学研究中提出的。随着民事执行实践的发展和理论研究的兴起,我国实务界和理论界逐步认识到,构建民事执行权理论体系,对完善民事执行法律制度,解决执行难问题具有重大意义。本文将主要就民事执行权理论体系构建提出自己的几点浅见,以求教于方家。

一、民事执行权的功能和价值

法的功能,是指法作为一种特殊的社会规范本身所固有的性能

〔1〕 原载《判解研究》2005年第6辑(总第26辑)。

或功用。^{〔1〕}民事执行权功能正是法的功能一个重要方面的体现。完整地揭示民事执行权的功能，不仅要看到该权力行使的直接目标，更要看到该权力产生和存在更深层次的意义，以及该权力行使所带来的综合效益。据此，民事执行权的基本功能主要有三个方面：

第一，保障民事权利实现。民事权利作为一种法律意义上的私权，决定了其实现具有国家公权力上的强制性。“在大陆法系各国，强制执行一般被理解为一种旨在‘事实上实现权利’的制度或程序，区别于性质为‘观念上形成权利’的判决程序。”^{〔2〕}民事执行权的基本功能之一就在于实现从“观念上形成权利”到“事实上实现权利”的转变。

第二，平衡各方利益。民事执行权是由独立于利益冲突者的执行机构按照法定程序行使，在执行实施权实现申请执行人合法权益的同时，执行裁决权亦能兼顾到被执行人以及案外人的合法权益，从而实现了申请执行人与被执行人以及案外人之间利益的平衡保护，并可避免私权救济可能带来的秩序破坏，维护国家利益和社会公共利益。

第三，维护法制权威。这一功能主要通过两个层面来实现：（1）就申请执行人而言，民事执行权保障其权利的实现，本身就意味着对国家意志的落实和对守法行为的肯定，意味着对法律权威的维护。（2）就被执行人和整个社会而言，民事执行是通过提高被执行人的违法成本来对拒不执行行为进行制裁，使人们在民事活动中充分考量违法成本而积极履行民事义务，从另一个角度维护了法制权威。

一般说来，权力的功能是该权力所固有的性能或功用，具有实然性；权力的价值取向是该权力存在和行使所应当追求的目标，具

〔1〕 卢云主编：《法学基础理论》，中国政法大学出版社1994年版，第43页。

〔2〕 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，中国法制出版社2001年版，145页。

有应然性。权力的功能是权力价值取向得以体现或实现的载体和途径；权力的价值取向不仅影响着权力功能的设定，也影响着权力功能的发挥。因此，民事执行权的价值取向有别于民事执行权的功能，具体而言，民事执行权的价值取向主要有如下几点：

第一，公正是民事执行权行使的基本价值取向之一。首先，实体公正是民事执行权行使的根本目的，即民事权利在执行中是否最大限度地得到实现。当然，在最大限度的实现过程中，还要注意民事权利主体与民事义务主体双方的最佳平衡。^{〔1〕}其次，民事执行中还要注重程序公正。既要遵守程序的法定运行规则，防止和排除执行机构和执行人员的恣意行为，程序的公正性的实质就是排除恣意；^{〔2〕}也要重视对民事执行权以程序权利的制约，这就要求充分赋予执行当事人以及案外人程序保障权如异议权，并确保其有效行使。此外，还必须公开权力的运行过程，以执行公开促进执行公正。

第二，高效地实现执行依据所确认的权利，亦是民事执行权的基本价值取向之一。高效率的执行，不仅意味着执行目的实现，更意味着执行目的以最优化的方式得以实现。为达成此目的，需遵循迅速及时、执行经济、适当强制等原则。特别需要指出的是，长期以来，我国理论界和实务界将强制执行与说服教育相结合作为一项主要原则加以过分强调，从而不恰当地延长执行周期，延误执行时机，影响民事执行效率。美国学者克拉克教授也发现，“有关执行的第一手和第二手资料显示了一个惊人的事实：（中国的）法院和其他行使国家权力的机构极端的不愿意在民事案件的处理中采取强制手段，尤其当被告在道德上并非一无是处时更是如此。”^{〔3〕}因此为切实解决执行难

〔1〕 Nell Mac Cormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, P. 19.

〔2〕 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第14页。

〔3〕 转引自王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，中国法制出版社2001年版，第151页。

问题,民事执行权力运行中应当坚持适当强制原则。

第三,正确处理执行公正与执行效率的关系。不公正是最严重的无效率,无效率实质上也是一种不公正,也正是在这一意义上,美国法律经济学家理查德·A·波斯纳将效率理解为公正的第二涵义。^{〔1〕}因此,在民事执行权力运行过程中,执行机构以实体公正为根本目的,在遵循程序公正的同时,追求执行效率的价值取向,实现执行公正与执行效率的有机统一。但是,公正与效率并非总能统一,有时也会发生一定的矛盾和冲突。由于执行实施权在民事执行权中始终占主导,故民事执行权总的价值取向应体现为效率。在此前提下,民事执行权力在具体运行的不同环节,公正与效率又应该各有侧重。

二、民事执行权的定位

民事执行权的定位,是指民事执行权在国家权力体系中的地位,即民事执行权在国家权力体系中所处的位置。民事执行权定位问题的研究,直接关系到正确确立民事执行权在国家权力体系中的地位和作用。合理定位民事执行权,是有效发挥民事执行权功能的前提,也是制定民事强制执行法和构建民事执行权理论体系的基础。

(一) 民事执行权的宏观定位

民事执行权定位的核心问题是该权力在国家基本权力体系中的归属问题,亦即民事执行权的宏观定位问题。国家权力体系,包括立法权、行政权和司法权等基本权力。民事执行权不属于立法权,这是不言而喻的。那么,民事执行权的宏观定位实际上就是要解决民事执行权在行政权或司法权之间的归属问题。目前,无论是大陆

〔1〕 参见〔美〕理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第31页。