

专家型法官审判原理丛书

民事强制执行 基本问题研究

MINSHI QIANGZHIZHIXING
JIBEN WENTI
YANJIU

邹川宁 著

83

中国法制出版社

专家型法官审判原理丛书

民事强制执行 基本问题研究

MINSHI QIANGZHIZHIXING
JIBEN WENTI
YANJIU

邹川宁 著

中国法制出版社

责任编辑:李仕春

图书在版编目(CIP)数据

民事强制执行基本问题研究/邹川宁著. —北京:中国法制出版社,
2004.1

ISBN 7-80182-056-8

I. 民… II. 邹… III. 民事强制-问题研究-案例-分析-中国
IV. D923.84

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 026382 号

专家型法官审判原理丛书

民事强制执行基本问题研究

MINSHI QIANGZHI ZHIXING JIBEN WENTI YANGJIU

著者/邹川宁

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/787×960 毫米 16

版次/2004 年 1 月第 1 版

印张/18.75 字数/350 千

2004 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-056-8/D·1022

定价:30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码:100031

发行部电话:66062752

邮购部电话:66033288

传真:66062741

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

序 言

债权债务得以及时顺利的实现和承担是市场经济秩序得以正常发展的基础。在债权债务关系不能自动实现的情况下,就应通过国家公权力强制其实现。因此,法院的强制执行是社会信用关系的基本保障。执行是生效法律文书确定的权利义务实现的过程。当事人通过审判程序或其他合法程序,使其请求权被法律所确定。但这种确定只是使其权利通过法律来实现成为可能,而通过执行程序,债权人的利益从生效法律文书所确认的一种请求权转变为现实的权利,使损害得以补偿,违法受到制裁,公正得以彰显。在执行过程中,作为申请执行人的公民个人或企业渴求判决内容的实现,希望执行机构采取一切措施尽快实现其权益,而被执行人也往往因执行使其财产权利受到重大影响,不愿履行甚至抗拒执行,这些矛盾使社会各界对执行的过程和结果极为重视,因此,从这个意义上讲,执行法律与执行工作既关系到债权人和债务人的个人利益,又与社会稳定密切相关。

多年来,影响司法权威的“执行难”问题不仅需要实务界提高执行水平,加大执行力度,更需要建立科学、完善、有威慑力的强制执行制度。但长期以来,无论是理论界还是实务界都缺乏对执行理论深入系统的研究,仅仅将强制执行法律视为一种纯粹程序意义上的操作规程,仅仅将执行难和执行乱归结于司法机关的执行力度不够,这种认识上的误区影响了我们对执行工作规律的探索,因此,加强对强制执行基本理论的研究,以丰硕的理论成果作为推动执行工作顺利开展,已成为当前理论界与实务界的共同课题。党的十六大提出推进司法体制改革的总的要求,并第一次切实解决执行难问题写入党的代表大会报告,这对司法体制改革,特别是对民事强制执行制度的改革,必将起到极大的推动作用。法学界和实务界的共同探索必将进一步拓展我们对民事执行新的认识。

本文作者邹川宁同志系烟台市中级人民法院院长、法学博士,既有雄厚的理论基础,又有丰富的实践经验,是最高法院所倡导的那种专家型法官。作者在长期的司法实践中对强制执行问题颇有研究,对“执行难”也多有感慨。因此,在攻读法学博士时将强制执行问题作为研究重点。作者在通读中外学者的论述与中

外立法的比较后,试图从法律的角度剖析“执行难”的原因,探讨解决“执行难”的对策,并基于强制执行权的特殊性质,在对强制执行的基本理论、基本制度、一般程序和主要强制措施等方面,如何从立法和实务的角度加以完善,提出了一些充满理性的思考,尽管一些观点尚为一家之言,也有一些可供商榷之处,但作者对法学理论和司法实践的可贵探讨还是能给我们有所启发,故推荐给法学理论界和实务界同仁一读,并欣然为序。

最高人民法院副院长

黄松有

内 容 提 要

强制执行行为从本质上讲是一种行政行为，与审判行为追求公正的价值目标比较而言，强制执行行为追求的价值取向更有效率优先性。其从整体上看也并非解决争议的行为。从国外对强制执行权的分配来看，强制执行权也并非法院所独享的权力。对强制执行行为性质的探讨，有利于科学合理分配执行权，有助于科学认识“执行难”。

强制执行基本原则极不统一，有些原则不是强制执行法的特有原则，有些原则是对执行工作具体的要求，不能充当指导性的法律原则，还有的原则相互间有重复。强制执行的基本原则应能体现民事执行制度的目的和理想，承载效率优先的价值原则。因此，强制执行法的原则应包括：执行合法原则、执行快捷原则、执行内容确定原则、执行方式适当原则和执行措施穷尽原则。

强制执行程序应有其自身独立的价值。在我国封建传统很深、司法权威不高的国情下，坚持程序本位论对于实现执行程序中的公平与正义有着独特的意义。执行程序所展示的公正与执行结果的完美并没有必然的联系。执行程序的独立价值在于其本身既能体现司法公正，又能约束执行人员的恣意，把讨债作为执行程序的惟一目的是极其有害的。

对“执行难”问题我们应该反思，对“执行难”应有科学界定。司法实务界所讲的“执行难”与社会上所讲的“执行难”并非一回事。“法律白条”的流行增加了人们对中国司法权威的非理性认识。“执行难”应该从执行权的定位、司法的权威、执行法律制度的完善及社会政治、经济、文化传统等方面去认识。“执行难”的解决最根本是要靠全社会信用度的提高，而确保信用度提高除了提高国民自身素质外，还需要一种健全的制度，如美国的征信制度。

对执行权的分配，世界各国并不一致。总的看来，大致有三种，即由法院、执达员和行政机关三者分别为执行机关或是由其中两者共同作为执行机关。我国执行机构审判化的问题较严重，应对执行机关制度进行改革，既要使执行权的运行机制更加符合执行程序的效率为先价值目标，又要具有可操作性。从长远观点看，执行权完全可以由法院以外的其他强力机关来行使，比法院自身吃力地执行自己作出的判决更有其存在的合理性。

执行标的的种类只包括物、行为与人身有密切联系，难以法院所为强制。人身并不能成为强制执行的标的。执行标的的最主要特征在于其具有可强制性。到期债权与未到期债权均能成为执行标的。

执行根据应符合法定条件。执行程序中作出的某些裁定可以成为执行根据。将可直接强制执行的公证债权文书的范围扩大,弊大于利。

参与分配与民事执行竞合既有联系,也有区别。各国解决参与分配的原则有优先主义、平等清偿主义和折衷主义。各国轰动参与分配制度确定的清偿原则是由历史传统以及对强制执行制度的目的的不同理解所决定的。三种主义各有利弊。平等清偿主义与破产法的功能相混淆,优先主义更符合民事执行的程序价值,相对公平。我国参与分配之立法应借鉴优先主义。

我国现行的执行救济制度有很大的缺陷,应通过建立程序上的执行异议制度和实体上的执行救济制度。一些国家在执行救济程序的设置上既充分考虑裁判公正问题,又考虑到对于效率的追求,是值得我们效仿的,应将上下级法院间的执行监督变为执行救济,使之更透明与合理。

执行是一种要式法律行为,必须依法定方式启动。我国启动执行的方式有申请执行和移送执行两种。委托执行不属于启动执行程序的方式。我国的执行准备中向被执行人发出执行通知书最具特色。这种执行通知不仅在法另上有矛盾,在执行实务中也易产生混乱,应予取消。

在执行调查中应借鉴国外立法,明确被执行人不履行申报财产义务和如实提供相关材料义务所应承担的法律后果。实务中将查报债务人财产完全作为债权人的义务当前不适合我国国情。强制执行法的立法性质决定了法院、债权人均负有调查取证的义务。

执行担保不能是人保,只能是物保。执行担保中的物保亦应经过法定的登记程序,始能对抗第三人。将执行担保理解为被执行人向法院提供担保实际上是将法院置于了债权人的地位,执行担保不能所产生的后果将由法院承担,应改革为法院只审查申请执行人是否同意。

执行和解应符合法定条件。应明确和解协议产生暂缓执行的效力。因和解协议效力较低,不宜对债权人要求过严,应允许债权人有权翻悔。和解协议的次数和履行期限应有一定限制。完善和解制度不宜以提高和解协议的效力为基础。

我国当前的暂缓执行制度未为当事人设定申请救济的权利不妥。暂缓执行应规定暂缓的期限和范围。

中止执行与暂缓执行有区别。中止执行须为法定情形,在司法实务中,应严格中止执行与终结执行的程序和条件。

查封是临时性的执行措施。查封的实际在于限制被执行人对执行标的物的处分权。在金钱债权的执行中,查封应根据方便执行和不对被执行人生活造成重大影响的原则,应首先执行现金,无现金的才选择执行其他财产。查封应坚持公平原则、价值相当原则、特定财产查封豁免原则。一般动产的执行方法有贴封条和公告两种。不动产查封方法包括通知有关机关协助不予办理过户手

续、责令被执行人交出财产权证照及加贴封条或张贴公告。

冻结包括对被执行人存款的冻结、对财产权利的冻结等等。

处分性执行措施主要有拍卖、变卖、强制交付、以物抵债、强制管理等。

我国与世界各国一样，均把拍卖优先作为对被执行财产进行变价的首要原则。拍卖的主体应包括法院。拍卖前应选定价格评估机构，确定拍卖物底价和拍卖日期。拍卖日的确定应兼顾债务人的利益。

变卖作为换价的一种补充方式，其适用要有严格的条件。

强制交付是关于物的交付请求权执行中的一种基本措施。强制交付的指定物不应在执行中任意变更。强制交付的方法是直接取交。第三人持有执行标的物时，强制交付应注意第三人的合法利益。对种类物的执行应建立采买交付制度。

执行实务中以物抵债存在许多问题。以物抵债应符合一定条件。

我国应建立强制管理制度。应确定强制管理的范围并明确管理人的职责。

目 录

第一章 强制执行的基本理论	(1)
第一节 强制执行行为的性质	(1)
第二节 强制执行法律关系	(7)
第三节 强制执行的基本原则	(11)
第四节 强制执行程序的独立价值	(33)
第五节 对“执行难”的反思	(39)
第六节 强制执行法的性质及其立法体例	(48)
第二章 强制执行基本制度的完善	(53)
第一节 执行机关与执行权之分配	(53)
第二节 执行标的与执行财产	(60)
第三节 执行依据	(70)
第四节 执行管辖制度	(82)
第五节 参与分配制度	(88)
第六节 委托执行与协助执行	(105)
第七节 执行瑕疵行为	(113)
第八节 执行救济制度	(116)
第三章 强制执行的一般程序	(123)
第一节 执行开始与执行准备	(123)
第二节 执行调查	(127)
第三节 执行担保	(135)
第四节 执行和解	(138)
第五节 暂缓执行与中止执行	(143)
第六节 执行撤销	(151)
第七节 执行终结	(153)
第八节 不予执行	(156)
第九节 执行回转	(162)

第四章 强制执行措施	(166)
第一节 控制性强制措施	(166)
第二节 处分性执行措施	(181)
第三节 关于行为请求权的执行	(204)
第四节 对执行实施行为的协助	(211)
第五章 破产与执行	(216)
第一节 破产与执行的关系	(216)
第二节 破产申请及其效力	(218)
第三节 债权人会议、监查人和破产管理人	(222)
第四节 破产财产	(230)
第五节 破产财产的清算	(234)
第六节 破产财产的变现与分配	(241)
第六章 对妨害执行的强制措施	(244)
第一节 强制措施的性质与特征	(244)
第二节 妨害执行行为	(249)
第三节 民事强制措施的适用	(253)
第四节 对妨害执行行为的刑事制裁	(260)
第七章 涉外涉港澳台强制执行	(267)
第一节 涉外强制执行概述	(267)
第二节 我国处理的涉外案件在国内的强制执行	(270)
第三节 司法协助	(274)
第四节 涉港澳台案件的执行	(280)

第一章 强制执行的基本理论

第一节 强制执行行为的性质

强制执行从理论上讲,有广义和狭义之分。广义的强制执行包括刑事执行、行政执行和民事执行。狭义的强制执行则仅指民事强制执行,即指国家执行机关依照法律规定的程序,对生效法律文书确定的内容,运用国家的强制力量,依法采取强制措施,强制负有义务的当事人完成义务的行为。本书所称的强制执行主要是后者。

一、强制执行行为的性质

对强制执行行为的性质、属性之争,在理论界从来就没有停止过。有学者认为“执行行为是司法行为,尽管其具有一定的行政行为的特点,但从整体上仍属于司法行为”。^①此说在我国大陆曾为通说。也有学者认为,强制执行不是严格意义上的司法行为,但它是与司法行为有密切联系的行为,在由法院为执行机关时,它是由司法机关实施的一种特殊行为。^②还有的学者认为,强制执行权具有司法权和行政权双重属性,在执行工作中,司法权和行政权的有机结合,构成复合的、独立的、完整的强制执行权。^③在日本及我国的台湾地区,执行行为是行政行为一直是当地长期的主流观点。^④近年来,由于“执行难”已成为影响司法权威的一个突出问题,或者说是已演变成为一个严重的社会问题(其严重性仅从中央专门下文要求解决便可略见一斑),理论界和实务界对执行行为的性质之争便愈加热闹了。笔者认为,这种理论上的争论是有益的。首先,这种争论有助于我们对执行权的行使进行科学分配,而执行权的科学合理的设置与分配有助于建立一个科学有效的执行工作新机制。其次,这种争论有助于我们重新认识“执行难”,如果把执行行为定位于行政行为,并不能成为法院逃避执行责任的借口,但起码使我们与整个社会对“执行难”的原

① 江伟 赵秀举:《论执行行为的性质和执行机构的设置》,《人大法律评论》2000卷第一辑,第125页。

② 孙加瑞著:《中国强制执行制度概论》,第27页。

③ 刘瀚 张根大著:《依法治国与司法改革》,第432页。

④ 同①第124页。

因与现状有一个更加清晰、客观的认识。再次,这种争论将会使现在正在起草制定的《强制执行法》更加科学严谨。不能想象,一个基本性质尚有如此大的争议的行为,规范这种行为的法律会是缜密完善的。

笔者认为,执行行为性质如何,有赖于对司法权和行政权的界定。“司法”之“司”系动词,即“掌管”、“操纵”之意,因此,掌管、操纵法律当然就是对事实和法律问题进行判断。我国古代尽管有“司法”一词,但与近代意义上的与立法和行政相对应的概念并不一致,司法作为与行政、立法相对应、相并列的概念,源于孟德斯鸠《论法的精神》一书中提出的三权分立理论,即国家权力可以分为立法权、行政权和司法权,三种权力分别由立法机关、行政机关和司法机关行使,并采用权力制约权力的方法,使三权相互制衡。^①行使司法权的机关在国际上毫无例外地只能是法院,除法院外没有其他司法机关。尽管我国有学者将检察权亦列为司法权,但由于学理界现在对此争议颇大,于是便出现了折衷的司法权的广义和狭义说。狭义的司法权仅指法院的裁判活动。而广义的司法权则既包括法院的裁判权,也包括检察权。^②讨论司法权的概念和特点显然应将司法权与一般的执法活动相区分。司法是由专门的司法部门所实施的具体运用司法权的活动,而其他的执法机关包括政府行政部门及一些非国家的社会组织,如仲裁机构、公证机关等,虽然也被称为准司法机构,并委托从事执法活动,但其本身并非处理和解决争议的司法部门,也不依法享有司法权,因此其活动不属于司法活动。在国家权力结构中,行政权与司法权虽然同属执行权,但两者大有区别。行政权即国家行政管理权,是国家行政机关依法组织管理国家内政和外交活动的权力。就行政权的内容来讲,既包括规定行政措施,制定行政法规、规章,发布决定、命令、指示等这样的抽象行政行为,又包括对特定事件或特定人的许可确认、裁决处罚等具体行政行为。但由于司法权是从行政权逐渐分离出来的,且国家权力本身所具有的错综复杂性,使我们对行政权与司法权的区分有时会显得相当困难,但我们仍可从这两种权力各自的内容和运行特点来判明各自的属性。司法权的本质在于其以判断为本质内容,即司法判断是针对特定的问题,根据特定的规则,通过特定的程序进行真与假、是与非等问题的认识、判断。判断的前提是有争议的存在。行政管理发生在全社会生活的全过程,它不一定以争端的存在为前提。从司法权与行政权运行的特点看,它们之间的区别还是比较明显的:

(一)司法权仅限于法院所为。这是国际上所公认的,无论是英美法系亦或是大陆法系,都把法院作为行使司法权的惟一机关;而行政权在行使主体方面,可以根据行政事务的重要程度、复杂程度指派行政人员或授权给非政府人

① 参见孟德斯鸠:《论法的精神》,商务印书馆1961年版。

② 王利明著:《司法改革研究》,法律出版社1999年版,第6页。

员处理。比如委托民间组织、自治组织处理原来属于政府行政管理的事务，正象有的学者指出的那样，行政权具有可转授性，司法权具有专属性。^① 因为司法是国家运用法律解决纠纷和冲突的专门活动，司法的职能必须由专门的机构承担，如果众多的国家机关或社会组织都能行使司法权，则许多人都可能作为自己纠纷中的法官，这将难以实现法的公正，^② 故对承担司法任务的法官的要求各国都极其严格，未经职业训练的人不得充任法官。而强制执行权的行使，从国际上看，这些工作大都由没有法官资格的人进行。在英美法系国家，通常由地方行政官或执行官负责。在法国、德国，则由执达员负责。根据日本民事执行法第2条的规定，日本采用执行机关二元制，即民事执行有执行法院与执行官两种机关。国外的立法例也说明，强制执行权并非由法院独享。

(二) 司法是解决争议和冲突的行为。由于司法是在具体案件中执行法律，这就决定了司法必须与特定的争议联系在一起，正如许多外国学者指出的那样：“争议状态的存在是司法作用存在的前提，而司法权也只能基于案件和争议而行使”。^③ 司法行为是由法院行使的，但并不是法院所为的任何行为都是司法行为。当法院所为的某些行为，同时也可以规定由其他机关实施时，这些职权便不专属于司法权，也就不具有司法性。法国学者托克维尔在《论美国的民主》中将司法权概括为：(1) 表现在所有国家都是对案件进行裁判，要使法院发挥作用，就得有争议的案件。因此，只要没有依法提出诉讼的案件，司法权便没有用武之地。(2) 审理私人案件而不能对全国的一般原则进行审判，法官不能“直接指责一般原则或没有待审案件而破坏一般原则”，否则它就超出了所有国家同意应予限制的法官的职权范围。(3) 只有在它审理案件时，它才能采取行动。显然法院行为的最大特征是对个别争议事项进行判断、识别、确认。刑事审判解决的是个人与公众的争议，检察机关代表的是公众；民事审判解决的是私人之间的争议；行政审判解决的是私人与国家机关间的争议。强制执行不是一种解决争议的行为，并且不是完全由法院实施。强制执行是在当事人间就其权利义务关系确认后，所实施的实现债权人债权的行为。当然，在强制执行过程中，有可能产生争议并需要解决这些争议，如在执行中因当事人、利害关系人提出异议而引起的异议之诉，分配程序中因分配方案有争议而由法院决定分配方案等。但这些执行中的特殊事项在整个执行程序中不是普遍的或必经的程序，而是个别的或是偶发的。这种现象显然并不能决定整个执行程序的性质。由于我们在司法实践中将执行程序视为司法行为，已产生了如下的后果，即：本应以司法行为解决的执行中的争议，由于以执行权——这种行

① 王利明著：《司法改革研究》，法律出版社1999年版，第6页。

② 黄建武著：《法的实现》，中国人民大学出版社，第208页。

③ 王利明著：《司法改革研究》，法律出版社1999年版，第7页。

政权的运用方式来解决,使得整个执行程序显得相当混乱,随意更换被执行人,任意执行案外人的财产却无任何司法救济,这从一个侧面,说明执行权的行使是有其自身规律的,即与一般行政权的行使方式并无二致。如果违背执行权的行使规律,显然“执行乱”的现象便是不可避免的了。正像有的学者尖锐指出的那样:让法官从事判决外的执行活动,为当事人四处奔波忙于讨债,有悖于司法的判断性,是对司法权的性质——被动进行判断的歪曲。^①

(三)司法权具有鲜明的中立性。司法权解决争议的特点决定了法院和法官的态度。在判断是非、解决争议的过程中,不受其他因素的影响,包括政府、媒体影响等,至少在个案的判断过程中不应当受这些非法律因素所影响,这正是司法权行使和追求的目标,也是司法职能得以存在的原因。正如黑格尔指出的:“在特殊的场合,这样的认识和实现法,而且不带有对任何特殊利益的主观感情,系属一种公共权力即法院的事”。^②因此,司法的公正性也是司法的重要特征。司法应当是以不偏不倚的公正立场来裁判是非曲直,解决人们之间的争议活动。行政权在它面临的各种社会矛盾面前,其态度具有鲜明的倾向性,行政权鲜明的倾向性来源于这样一种事实:政府总是更关心自己的行政目标和效率,行政权的价值取向具有效率优先性,司法权的价值取向具有公平优先性,效率与公平是一对矛盾,无论是在行政过程或是在司法过程中均是如此。强制执行行为重在落实裁判文书确定的内容,实现当事人的权利,因此,其在行使的过程中,与行政权的价值取向是完全一致的,即追求快捷、全面地实现法律文书确定的内容;其在行使过程中的态度也是极其鲜明的,即采用一切合法手段,确保债权人之债权的实现。显然执行权的行使更加追求效率。这与司法权行使的价值取向——公平优先有着较大的差异。

(四)司法权的运作方式具有交涉性。司法权在其运行过程中,总是将各方进行明确的角色分工。在诉讼程序中,控、辩、审三方是基本的角色,控辩双方展开交涉抗辩,判断者通过双方的控辩论理,作出理性的选择和判断。也就是说,两者的对话与抗辩是判断的基础,两者的诉讼地位是完全平等的。而行政权的运行方式则具有主导性。行政权在其运行过程中,总是以行政主体为中心,行政程序中不具有角色分工,行政主体的地位是不平等的。行政程序中一般也不实行意见交涉,而是行政单向命令、强制主导,即使是现代行政程序中正在引入的听证程序制度,其目的也是为了改变单方强制,使现代行政程序向更是民主与公开的审判程序靠拢,这也从反面证实了行政权与司法权运作方式是极不相同的。就强制执行权而言,在其运作过程中,尽管存在着执行人与申请人之间的法律关系,但按照“公力救济主义”的要求,强制执行权为国家

^① 孙笑侠著:《再论司法权是判断权》,载《依法治国与司法改革》,第420页。

^② 黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1982年版,第229页。

权力组织所垄断,一切强制执行活动都必须以执行组织为核心,这种执行组织在执行程序中的主导地位与行政机关在行政法律关系中的主导地位非常类似。况且,在执行权运行过程中,作为执行法律关系的当事人,申请执行人和被申请执行人的法律地位是不平等的,着重强调债务人的被动地位,体现了国家干预。执行程序一旦开启,执行主体就应围绕着法律文书确定的权利义务,运用强制手段,查找、扣押、拍卖债务人的财产,此时,执行行为具有的便是行政色彩浓厚的强制性与主动性。显然,透过对强制执行权运行方式的分析,其归属于行政权似乎更为确切。

(五)行政权的价值取向具有效率优先性。效率与公平有时是一对矛盾,无论是在行政过程或是在司法过程均如此。在大陆法系各国,强制执行一般理解为一种旨在“事实上实现权利”的制度或程序,区别于性质为“在观念上形成权利”的判决程序,因判决程序的任务是用判断宣告当事人双方权利义务关系的方式来解决纠纷,必须以正义或公正作为根本原理,因此,要求提供更为慎重的程序保障,其着重点在于确保程序在过程与结果上的正当性。而执行程序则以迅速、不折不扣地实现已经被确认并宣告出来的权利为目标,其原理是对拥有权利者的实际保护以及保护社会对法律制度的信赖,所以更偏重于效率性或更讲求效益,这在本质上类似于行政权的作用。

把执行行为定性为司法行为的理由有以下几点:执行行为中含有着执行救济行为,执行救济行为遵循当事人进行主义原则,执行主体具有消极性和被动性的特点;执行行为的基础来源于审判行为的正当性,而非政府行为的正当性;执行行为是审判行为当然的、不可或缺的附属物。^①笔者认为,尽管具有司法权特点的解决实体争议的某些行为包括在执行程序中,但这并非是民事强制执行本身,强制执行程序中发生的实体争议应由审判机构通过审判程序来解决。瑞士负责执行的机构是破产与执行事务局,而受理债务人、债权人或其他利害关系人执行救济请求的则是州监督机构、联邦法院以及州法院。英美法中的美国,也是实行执行的实施机构与执行救济的裁判机构相分离的模式,联邦和州的执行官负责执行事务,执行中有关异议的解决由法官来裁判。显然我们不能因执行过程中含有某些解决争议的事项或程序就得出其具有司法权的性质,就如同不能因审判程序中含有财产保全和先予执行事项而将审判程序定性为行政行为一样。事实上,我们已经因对这一问题的模糊认识吃尽了苦头——把本应通过诉讼程序由审判机构解决的争议事项与执行行为混为一谈,导致了债务人或第三人利益严重受损,人为制造了“执行乱”。因此,执行过程中含有救济行为的事实不能从整体上或者是从根本上否定其行政行为的性质。

^① 江伟、赵秀举著:《论执行行为的性质和执行机构的设置》,载《人大法律评论》,2000卷第一辑,第128页。

关于执行依据来源于审判权而非行政权,二者因有共同的基础因而应视其为司法权性质的理由则更显得牵强了。执行行为当然不是来自于政府行为的正当性,但也绝非完全来源于审判行为的正当性,执行仲裁法律文书,其来源于独立的中介机构或是民间组织,执行债权文书则来自于公证机关。如果把执行依据的来源作为衡量执行性质的理由的话,那我们很可能就会得出执行行为是一种民间授权行为的不当结论。实际上,执行的依据与执行行为本身完全是两码事。法院的判决完全可以通过有别于审判权的其他权力来实现,就如同行政权力产生的行政裁决可以通过行使司法权的机构——法院来实现一样。法院的执行刑罚的判决不是由行使行政权的部门——监狱来实施的吗?执行逮捕多是由公安机关这一行政部门行使,但却是由另一个行使司法权的机构——检察院作出逮捕令。因此,执行依据不能决定执行行为的性质。

关于执行行为是审判行为当然的、不可或缺的附属物的观点,也是颇值得怀疑的。首先,民事执行程序不同于民事诉讼程序。按照诉讼法的一般理论,民事诉讼程序由两大部分构成:法院的审判活动和当事人的诉讼活动。法院行使审判权与当事人行使诉权共同构成了民事诉讼活动,缺乏其中任何一个方面,都形成不了民事诉讼程序。民事诉讼的任务只在于确认权利而不是实现权利,民事诉讼的完整性也只是表现为当事人起诉、法院受理、开庭审理、作出判决直至上诉等程序阶段,它们相互连贯,共同服务于确认权利的目标。执行则是实现权利的程序。在执行阶段,民事诉讼的任务已经完成,执行不应成为上述相互连贯的民事诉讼程序阶段的一部分。其次,执行程序是所有民事程序制度而不单纯是民事诉讼程序的保障程序,民事诉讼、仲裁、公证、破产及人民调解等程序制度,虽然各自独立,但它们相互衔接,共同服务于协调债权债务关系这一主要目的,共同构成我国民事法律关系在程序上的保障体系。显然,执行程序因人民调解、仲裁等民事程序制度的存在而完全可以与审判程序相脱离。执行行为的发生有可能完全独立于民事诉讼程序。执行程序有着其独立存在的、不同于诉讼程序的独特价值体系。执行程序不是审判程序的继续和完成。因此,把执行行为视为审判行为的当然的附属物,从理论上是站不住脚的,与我国民事程序制度客观存在也是不相符的。当然,由于一些国家的立法例,包括我国大陆都把执行程序作为民事诉讼法的一部分,这主要是各国因其传统不同而作出的一种立法体例上的选择,我们不能因立法体例的不同,而使执行程序在不同的国家就具有了不同的性质。日本和法国分别于1979年、1991年颁布了独立的民事执行程序法,但即使这些民事执行规范在与民事诉讼规范混合时,我们也很难把它等同于民事诉讼程序的规律和价值。

二、研究强制执行行为性质的意义

研究强制执行行为的性质在理论上和实践上都有着重要的意义。其一,深化对执行行为性质的研究,有助于我们科学认识执行权运行的方式和规律,完

善强制执行法律制度。长期以来,我们忽略对强制执行理论的研究,包括对执行行为性质的研究与探讨,把执行问题仅仅看作是实现债权的一种方法或是强制债务人履行义务的一种措施,使强制执行法律的研究与适用非常肤浅。正像有的学者尖锐指出的那样:执行工作不仅是个方法问题和力度问题,强制执行是一项法律制度,它有自己的原理、自己的原则,^①这一切有待于我们认真研究。其二,深化对执行行为性质的研究,有利于科学设置执行机构,提高执行效率。由于对执行行为的性质认识模糊,我们基本上采用的是由一个部门或一部分人垄断执行权的模式,执行的质量和效率均很低下。如果我们在执行权能的划分上采用更符合执行运作规律的方式,使执行命令权、执行实施权和执行裁判权分属于不同的部门或人员,执行工作质量和效率较之现在可能就会有一个更可靠的保障。其三,深化对执行权性质的研究,有助于我们科学看待“执行难”,树立法制和法院的权威。将执行权与司法权严格加以区分并逐步为社会所接受,法院的审判质量会大为提高,同时也会培养出法官精英,那时“执行难”便不再仅是法院头上的枷锁,而且将会使全社会增加对商业风险的再认识,解决“执行难”也会成为全社会共同的责任。

第二节 强制执行法律关系

一、执行法律关系的概念

执行法律关系是法律关系的一种。不同的法律调整不同的社会关系。民事强制执行法所调整的社会关系称为民事强制执行法律关系,它是指执行机关和执行当事人之间发生的诉讼权利义务关系。这种权利义务关系是由强制执行法律规范所确认和调整的、以权利义务为内容、以执行机关为主导的具体社会关系。法律关系基于一定的法律事实而产生、变更或消灭。强制执行法律关系是基于债权人行使申请执行权和执行机关行使执行权而产生的。债权人依法申请执行,执行机关依法受理执行申请并对债务人采取执行措施,从而发生了执行机关与执行当事人间的权利义务关系。没有债权人申请执行,或者没有执行机关受理执行,都不会发生执行法律关系。

民事执行法律关系与民事诉讼法律关系不同。民事诉讼法律关系是指因当事人行使诉讼权和人民法院行使审判权而发生在法院和当事人以及其他诉讼参与人之间的诉讼权利义务关系,是发生在确认民事权利过程中的法律关系;而执行法律关系则是在执行程序中,因当事人行使申请执行权和人民法院行使执行权而发生的权利义务关系。它们二者的主体、内容和客体均不同。例如,民

^① 孙加瑞著:《中国强制执行制度概论》,中国民主法制出版社1999年,前言部分。