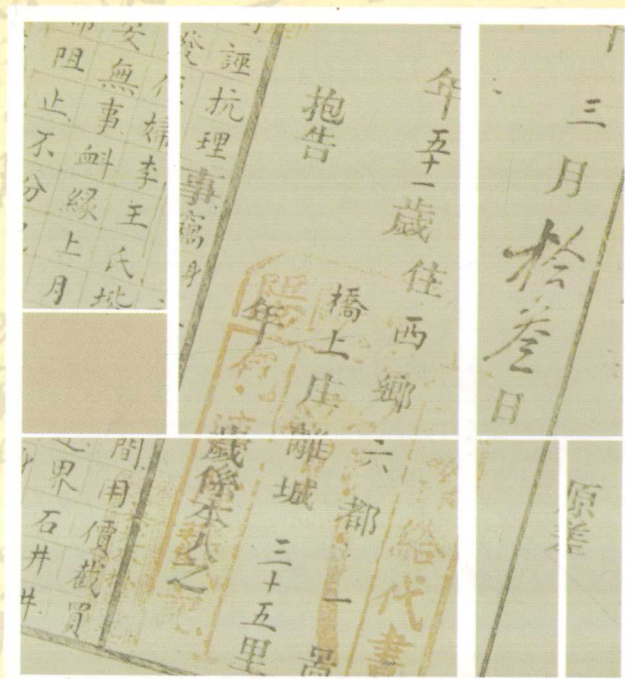


童兆洪 著

Tong Zhao-hong / Author

# 民事执行权研究



## 图书在版编目(CIP)数据

民事执行权研究/童兆洪著. —北京:法律出版社,2004.8

ISBN 7-5036-5016-8

I. 民… II. 童… 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(2004)第 071576 号

法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/温波

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/25 字数/293千

版本/2004年8月第1版

印次/2004年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号/ISBN 7-5036-5016-8/D·4734

定价/38.00元

## 作者小传

童兆洪,男,1954年11月出生于浙江兰溪。1980年1月毕业于北京大学法律系,1988年9月至1989年7月在北京大学中国高级法官培训中心进修部首届高级法官培训班学习。2001年9月起在吉林大学攻读法学博士学位,2004年6月通过博士论文答辩。受聘为国家法官学院、浙江大学、宁波大学兼职教授。历任浙江省高级人民法院经济审判庭书记员、助理审判员、副庭长、庭长、审判委员会委员,宁波海事法院院长,现任浙江省高级人民法院副院长。

近年来主要学术成果:著作《民事执行前沿问题》,主编《民事强制执行新论》、《民事执行操作与适用》、《公司法法理与实证》、《民商事判案评述》、《知识产权判案评述》等书籍。先后在《中共中央党校学报》、《法学》、《法学家》、《中国司法评论》、《人民司法》、《法律适用》、《判解研究》、《比较法研究》、《浙江社会科学》、《浙江大学学报》(人文社会科学版)、《人民法院报》等学术理论刊物发表论文数十篇。

## 序

这是一本司法学的专著,也是一本部门法理学的力作;是一位高级法官的经验总结,也是一位在职博士生的学术结晶。作为作者的指导教师和朋友,谨以如下杂感和评论作为本书的开头语。

在当代中国,法理学与部门法学的划分只有分类学的形式意义,而没有学术上的本质意义。法理学如果只是固守于基本理论问题本身的宏大叙事,不去关注部门法学的发展及其实践问题,不仅研究领域难以拓展,而且理论体系本身也会陷入曲高和寡、华而不实的尴尬境地。具体说来,缺乏对部门法学关注的法理学研究,一方面将无法从部门法学的理论和实践中获得丰富而新鲜的营养和素材,从而走向空洞和教条;另一方面,也将因法理学不能为部门法学的研究提供有针对性的理论指导和方法指引,导致部门法学研究难以向纵深发展。值得一提的是,近些年来法理学者注意把眼光投向部门法学和法律实践,并产生了一大批研究成果,不仅丰富和充实了法理学理论,而且也促进了应用法学研究的进步。尤其是法理学者对于司法制度、诉讼程序、法律解释等问

题的研究,对于法理学本身的繁荣和促进部门法学的进步,有目共睹。运用法理学的方法研究部门法学和法律实践中的问题,具有高屋建瓴、纲举目张的优势,从而实现理论法学与应用法学的融会贯通,并且提升法学研究的整体水准和品味。童兆洪博士的这本著作,是近年来从法理学角度研究部门法律制度和实践的佳作,也是吉林大学法学理论专业以司法学为研究方向的一部优秀博士学位论文。

在法理学领域,民事执行权理论可能是一个小题目,但在民事执行理论中却是一个大课题。随着我国社会主义市场经济的迅速发展和经济体制改革的不断推进,民事审判和民事执行已经成为解决社会利益冲突、维护社会和经济秩序的主要手段。然而,我国目前却面临着严峻的执行难问题。执行难问题长期得不到有效解决,已经严重影响了社会秩序和经济秩序的稳定,成为制约社会主义市场经济健康发展的重要因素。正因为此,民事执行问题成为整个社会普遍关注的热点问题。改革民事执行体制,加强民事执行工作已经成为我国司法改革的一项重要内容和当务之急。围绕着执行难问题,理论界进行了有益的探讨,实务界展开了积极的探索,民事强制执行立法也在酝酿之中。但与其他部门法学研究相比,我国民事执行理论研究明显薄弱,不仅深度不够,没有形成独立而相对完善的理论体系,而且缺乏对执行实践中有关问题的准确把握和回应。显然,我国的民事执行理论研究尚不能为当前民事执行改革和民事强制执行立法提供充分和科学的理论支持。童兆洪博士这本著作选择民事执行权这一角度,主要运用法理学研究方法,并结合其他学科的研究方法,就民事执行权理论问题展开了深入、系统和细致的探讨,丰富和提升了我国民事执行理论,对于民事执行改革和民事强制执行立法都有重要的理论和实践价值。本书主要有以下几方面的创新点:

其一,拓展了民事执行问题的研究领域和深度。民事执行的过程实质上是民事执行权的运行过程,民事执行权理论是民事执行理论的

基石和核心。以往有关民事执行理论的研究对民事执行权问题虽有涉及,但要么顾此失彼,要么浅尝辄止。本书对民事执行权进行了系统研究,在回顾了民事执行权历史演化的基础上,分别论述了民事执行权功能和价值取向、民事执行权定位、民事执行权性质、民事执行权构造、民事执行权配置、民事执行权主体、民事执行权客体和民事执行权运行等基础理论问题,形成了一套逻辑严谨、完整而自洽的民事执行权理论体系,可以说填补了民事执行理论研究的空白。在研究方法上,本书以法理学理论为指导,综合运用历史考察、社会调查、价值分析、逻辑分析、比较研究等研究方法,突破了以往研究民事执行问题“就事论事”,单纯实践和技术层面,缺乏理论思辨的缺陷,拓展了民事执行理论研究的领域和深度。

其二,创造性地阐释了民事执行权定位与性质的界分。作者认为,民事执行权定位与性质是两个相互联系但有着实质性差异的问题,应分别研究。民事执行权定位问题以民事执行权在国家权力体系中的位置为研究对象,主要目的是通过确定民事执行权在国家权力体系中的地位,解决该权力在国家机关中如何合理配置这一根本性问题。民事执行权性质问题以民事执行权基本属性为研究对象,主要目的通过描述民事执行权与其他种类的国家权力之间的本质区别,决定民事执行权不同于其他国家权力的构造及其合理分配,以及独特的运行体制、运行原则、运行程序、运行方式、运行方法等具体问题。赋予民事执行权的定位和性质以不同的内涵,在此基础上分别进行研究,是作者的一大创新。应该说,这一学术观点和研究进路不仅为我国民事执行权法院配置模式提供了理论支持,而且也为我国法院民事执行体制改革和完善提供了理论依据。

其三,理性揭示了民事执行权的司法权定位和强制权属性。基于定位和性质的界分,作者就此问题分别提出并论证了自己的观点。就民事执行权定位问题,针对一些学者认为民事执行权不属于司法权的

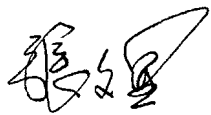
观点,作者认为司法权是一个开放性的权力体系,没有绝对确定的边界,提出将民事执行权定位为司法权既有理论合理性,又有现实必要性。作者关于应当将民事执行权定位于司法权虽然是对现行体制的维护,但所提出的理论和现实依据是新颖而独到的,论证也是严密而有力的。特别是有关将民事执行权定位于司法权现实必要性的论述,提醒我们对中国司法问题的研究不能忽视和背离中国的特殊语境。将民事执行权基本性质揭示为强制性,是本书的又一理论创新。这一观点可能会引起争论,但是从强制性角度审视民事执行权,的确是一个独特的视角,对于深化民事执行权研究的意义不容低估。而且,作者对民事执行权性质的理论界定,决定了民事执行权在运行机理上应当区别于以判断性为基本属性的民事审判权,并在民事执行程序的设计上应体现其基本属性的确定性和规律性,从而使民事执行工作统一管理体制构建具有了正当性和科学性。

其四,合理优化了民事执行权配置理论。在民事执行权定位和性质等问题深刻剖析的基础上,根据民事执行权包含具有内在联系与内在矛盾的不同权能,作者提出并充分论证了民事执行权二元构造原理,即民事执行权包含执行实施权和执行裁决权。从中提炼出审执分立、权力制约和执行实效等相关原则,架构有效的民事执行权分权运行机制。在此基础上,从现实考量和理论阐释的维度合理优化了民事执行权配置的理论,使行使执行实施权的执行局和行使执行裁决权的执行裁决庭分立、将执行裁决庭列入审判庭序列,以及设计执行官和执行法官等制度的创新具有理论的说明和支持。民事执行机构和人员设置等制度的构建既与民事执行权的理论体系全面贯通,又具有历史传承的延续性和现实国情的合理性,从而使民事执行工作由理论的创新走上制度的创新。

本书除了上述理论上的创新外,在许多具体的制度设计和实践操作问题上,作者提出了诸多具有新意的观点和思路。比如对于民事执

行权客体问题,作者以民事执行权构造等理论为基础,揭示了执行实施权和执行裁决权两者在客体上的不同,尤其是从民事优先权、“扣押质权”、债权平等以及私权优位等原理出发,提出了处理民事执行权客体之间,以及与其他国家权力客体之间竞合的具体规则。又如,针对执行实施权和执行裁决权的不同性质和内容,作者还前瞻性地提出了两者不同的运行理念和原则,特别是对于执行裁决权运行机理的研究,较为系统地设计了执行审查性权力和执行监督性权力这两种不同类型的执行裁决权在运行组织以及举证责任等方面不同的程序构造,丰富和完善了民事执行权分权运行机制的实践和理论。

作者毕业于北京大学法律系,长期在司法实践部门工作,有着丰富的实践经验,始终保持着浓厚的学术兴趣,长期不懈地坚持学术研究。本书是作者在博士论文《民事执行权的理论构建》的基础上修改和补充而成的。书中不仅运用了大量的资料,论述充分透彻,深入浅出,而且体系安排合理、逻辑结构严密,从中可以看出作者学术态度的认真和严谨。加之作者对民事执行实务十分了解,对问题的把握也较为到位,本书在理论联系实际方面体现出明显的优势。在攻读博士学位期间以及此前,作者就出版和发表了许多论文和著作,在理论界和实务界有较大的反响。为完成博士论文及本书的写作,作者全身心地投入,几乎倾注了工作以外的所有时间和精力。作为他的指导教师,看到自己学生的研究成果得以出版,感到由衷的高兴!相信本书的面世将对法学理论研究尤其是民事执行理论的研究起到推动作用,希望作者能够以此为新的起点,在今后的工作和研究中取得更加丰硕的成果。



2004年7月于长春



## 摘 要

执行难是当今司法实践中需要迫切解决的问题,也是我国法制建设中的重大理论与现实问题之一。长期以来,我国民事执行理论滞后于民事执行实践,滞后于包括司法改革在内的法治进程以及市场经济与社会发展的步伐,制约着民事执行的改革与发展,影响着执行难问题的解决。本书以法理学理论为指导,结合民事执行改革的丰富实践,运用历史考察、社会调查、价值分析、逻辑分析、比较研究等方法,对民事执行理论的基石问题——民事执行权理论进行全面系统探究,从总体上勾画出符合我国国情的民事执行权理论体系。这对于制定民事强制执行法,完善民事强制执行制度,推进民事执行改革和执行难问题的解决,具有重要的理论与实践价值。

全书除前言和余论的内容外,共分为九章:

**第一章 民事执行权绪论** 本章主要研究民事执行权的历史演化、概念分析、功能描述以及价值取向等构建民事执行权理论体系的基础性问题。本章首先通过对域外不同国家和地区特别是大陆法系

和英美法系国家,以及我国历史上民事执行权生成与演化的梳理,厘清民事执行权的历史发展脉络。随后,论文在对民事执行概念不同理论观点分析的基础上,提出民事执行权是: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有有关事项作出裁决的司法强制权。最后,本章根据民事执行权内涵,论述了民事执行权在保障债权人实现权利的同时,在平衡各方利益以及维护法制权威等方面也能起到一定的功效,并系统阐述了民事执行权的价值取向,以及公正与效率两者之间的辩证关系。

**第二章 民事执行权定位** 本章主要研究民事执行权在国家权力体系中所处的位置。本章首先指出,民事执行权定位与民事执行权性质是两个相互联系但有着实质性差异的问题,应分别研究。随后,本章分别从宏观和微观两个层面剖析民事执行权的现实定位。在宏观定位上,本章在评析有关司法权说、行政权说和独立权说等不同界说的基础上,以司法权概念的解析作为认识起点,分别从司法特殊地位、司法基本功能、民事执行法律关系的构成、民事执行与民事审判之间的联系,以及国家权力格局和民事执行工作现状等理论与现实层面,论证民事执行权在国家基本权力体系中应定位为司法权。在微观定位上,本章从民事执行权与民事审判权所存在的显著差别入手,进一步明晰两者的关系,并由此得出在司法权体系中民事执行权应定位为民事司法权的下位权力。

**第三章 民事执行权性质** 本章主要揭示民事执行权的基本属性,以区别于其他国家权力。本章首先指出,在将民事执行权定位为民事司法权的前提下,应如何认识民事执行权性质问题,可否将民事执行权性质界定为管理权;在民事执行权性质界定的情况下,民事执行工作实行统一管理体制,是否具有理论上的合理性。随后,本章在分析法律、司法权和民事司法权所具有的强制性与民事执行权强制性

相互关系的基础上,揭示民事执行权在被执行人财产、行为及人身等对象上所体现出来的强制性,阐释民事执行权的民事司法强制权基本属性;并采用对比研究的方法,通过与民事审判权、刑事执行权和行政执行权等最接近、最易引起混淆的权力在强制性上的比较,进一步揭示民事执行权强制性特质。

**第四章 民事执行权构造** 本章主要研究民事执行权的内部构造。本章提出,民事执行权的构造,是指民事执行权各个组成部分的安排和相互关系。民事执行权构造问题的研究,关系到建立科学合理、分权制约、规范有效的民事执行权分权运行机制。本章以传统民事执行制度中存在的民事执行权集权化、单一化运行模式的缺陷为研究起点,结合民事执行权分权运行的实证模式和域外情景,通过对民事执行权构造上两分论、三分论、四分论、五分论等不同观点争鸣的介绍,从哲学、经济学和法学视域考察民事执行权构造理论,提出民事执行权为执行实施权和执行裁决权二元构造机制的正当性、科学性和可行性。最后,结合民事执行工作实践,合理界分执行实施权与执行裁决权的内涵和外延,揭示民事执行权二元构造制约与监督的互动关系。

**第五章 民事执行权配置** 本章主要对我国民事执行权的合理配置等问题进行研究。将民事执行权定位、性质和构造等理论问题落实到现实的制度构建上,就是民事执行权配置问题。民事执行权配置,是指民事执行权由哪个或哪些国家机关来行使。这一问题的研究,是司法体制改革的重要内容,关系到执行难问题的有效解决。本章采用历史分析和比较研究的方法,在评析有关我国民事执行权配置各种观点的基础上,通过对历史传统、域外模式、现实国情等方面的考察,并以民事执行权定位、性质、构造及社会学等理论研究成果为依托,从理论、现实、法院功能等层面充分论证民事执行权配置在法院的合理性,并对我国民事执行权法院配置模式下执行与审判体制兼容问

题进行理性思考。民事执行权法院配置模式,不仅具有国际通例的顺应性,也有历史传承的延续性和现实国情的合理性,亦与现代法院功能可容性相吻合。

**第六章 民事执行权主体** 本章主要对民事执行权的行使主体问题进行研究。证成我国民事执行权配置在法院为较优选择的主张后,法院为民事执行机关。在民事执行机关内部,尚需进一步思考具体行使民事执行权的民事执行机构的设置问题。本章以民事执行权构造理论为基础,结合我国民事执行工作实际,指出民事执行机构的设置应坚持审执分立、权力制约和执行实效等原则,提出执行实施权和执行裁决权分别由执行局和执行裁决庭行使的新思路,以实现执行实施权与执行裁决权、民事审判权与民事执行权互相制约、互相监督,公正与效率协调统一的权力运行机制。同时,本章还对执行工作警务化、执行裁决庭机构的归属、执行法官与执行官等人员设置与角色分配等若干现实问题进行了探讨,以进一步回应民事执行权法院配置模式的正当性和合理性。

**第七章 民事执行权客体** 本章主要对民事执行权行使的对象进行研究。民事执行权客体是指民事执行权所指向的对象。本章首先以民事执行权划分为执行实施权和执行裁决权二元构造原理为基础,通过对执行实施权和执行裁决权两者在客体上所具有的不同内容的揭示,并与民事执行客体、民事执行法律关系客体、民事执行标的物等若干相邻概念比较的基础上,科学界定民事执行权客体的内涵和外延。随后,以执行实施权客体为研究重点,分析执行实施权客体的范围,以及执行实施权客体的转化。并依据民事执行权平衡各方利益的功能,提出执行实施权客体的禁止执行和无益执行之豁免。最后,在具体的民事执行权运行过程中,基于民事优先权、“扣押质权”、债权平等以及私权优位等原理,提出处理民事执行权客体之间、民事执行权与行政执行权以及刑事执行权客体之间竞合的具体规则。

**第八章 民事执行权运行——执行实施权** 本章主要对执行实施权运行的程序设计进行研究。执行实施权的运行是执行实施机构对执行实施权的具体运用,是在执行实施权运行理念和原则指导下,选择不同的方式方法进行,主要体现为执行实施权运行的程序设计。本章运用民事执行权性质、构造等原理,根据执行实施权所具有的确定性、主动性、单向性和效率性等特点,提出执行实施权运行应体现准职权主义,遵循执行穷尽、协助执行、执行不间断等原则。并针对现行执行实施权运行中有关财产调查、执行措施、强制措施、执行分配、执行阻却等若干环节存在的缺陷,借鉴域外相关法律制度,结合我国民事执行实践,对有关问题进行探索和研究,提出完善执行实施权运行程序的若干设想。最后,本章认为执行方式方法是执行实施权运行中一个重要方面,并提出执行方式方法创新的准则和视角。

**第九章 民事执行权运行——执行裁决权** 本章主要对执行裁决权运行的程序构造进行研究。由于执行裁决权是与执行实施权具有不同性质的权力,其运行理念与原则、运行程序的设计以及运行的组织构造等诸多方面与执行实施权有着明显区别。本章根据执行裁决权独立性、被动性和中立性等特点,指出执行裁决权的运行应体现当事人主义,遵循诚实信用和效率等原则,因而执行裁决权的运行比审判权的运行更关注效率价值取向。随后,本章根据执行裁决权划分为执行审查性权力和执行监督性权力等两类不同的权力,分别设计不同的程序构造。在执行审查性权力的运行上,参照审判权运行模式,在程序构造以执行听证为基本形式。在执行监督性权力运行上,基于其对诚实信用原则和效率的关注,在程序构造上设计以书面审为主要形式,并采取监督和复议不停止执行实施的原则。同时,针对执行监督权与其他执行裁决权的不同性质,提出在举证责任分配上实行举证责任倒置的主张。

## Summary

The difficulty in execution is a problem that calls for an urgent solution in judicial practice in China today and one of the important theoretical and practical questions in building the legal system in the country. In China, the theory of civil execution has long lagged behind the civil execution practice, behind the legal progress including the judicial reform and behind the pace of market economy and social development, which would thus seriously constrain the reform and development of civil execution and the solution of the difficulty in execution. This paper, under the guidance of the theory of jurisprudence, by a wealth of experience in the reform of civil execution and using such scientific methods as historical investigation, social survey, value analysis, logic analysis and comparative study, makes a comprehensive and systematic exploration of the theory of civil execution power, a foundation stone for the theory of civil execution and draws the outline of

the theoretical system of civil execution power which is compatible to China's actual conditions. Above all, it will be of significance in theory and practice to the making of the civil compulsory execution law, the perfection of the system for civil compulsory execution, the promotion of civil execution reforms and the overcome of the difficulty in execution.

The paper attempts to make the following innovations:

1. The expansion of the study field for civil execution. For years, the judicial sector has not paid merited attention to the theoretical study of civil execution, while the theoretical circle has remained inefficient in distinguishing methodologies. It is for this reason that the paper attempts to venture into the road not taken academically before — the theory of civil execution power, which is at the same time the basis for the theory of civil execution. A theoretical study of civil execution power upon such problems as positioning, nature, structure, allocation and so on, using a different methodology and from a different viewpoint, breaks through the previous limit of studying the theory of civil execution which is just at the level of practice and lacking theoretical thinking, broads the space for civil execution studies and tries to construct a scientific theoretical system for civil execution power, which thus can provide not only a systematic, strong and theoretical basis for the practice of civil execution work and its reforms, and the making of the civil compulsory execution law, but also a useful theoretical framework for a more profound study of civil execution.

2. The innovative analysis on the definition of positioning and nature. The paper puts forward a viewpoint that the positioning and the nature of civil execution power as two issues, but with substantial difference, should be studied separately. The study for the positioning of civil execution power is targeted at the position of civil execution power in

the basic state power system, aiming to solve the fundamental problem upon how to allocate this power optimally among state organs; the study for the nature of civil execution power is targeted at the fundamental attribute of civil execution power, aiming to solve the concrete problems upon the operation of civil execution power. In turn, the paper conducts the study of the positioning of civil execution power at both macroscopic and microcosmic levels. On one hand, examining such respects as judicature's special status and fundamental function leads to the conclusion of civil execution power's macroscopic positioning. That is to say, civil execution power is positioned as a judicial power. On the other hand, comparing and analyzing civil execution power with civil trial power leads to the conclusion of civil execution power's microcosmic positioning. That is to say, civil execution power is positioned as one of the powers under civil judicial power.

3. A rational revelation of the nature of civil execution power. The paper, based on the definition of positioning and nature, aimed at different viewpoints upon the nature of civil execution power, founded on the analysis of the intrinsic consistency upon compulsoriness between law, judicial power, civil judicial power and civil execution power, and through the revelation of compulsoriness reflected by civil execution measures and compulsory measures to the property, the behavior and the person subjected to execution, systematically points out that judicial compulsoriness is the fundamental nature of civil execution power. Such a theoretical definition upon this nature of civil execution power determines the fact that, in the respect of operational mechanism civil execution power differs from the power of civil trial with judgment as its fundamental nature, which requires that the design of civil execution procedures be the



reflection of this nature's certainty and regularity. This will ensure the justifiability and rationality of the system for civil execution work called "unified management".

4. The optimization of the allocation theory of civil execution power. Based on the thorough analysis of positioning and nature of civil execution power, considering the fact that there are different powers with integrity and contradictions intrinsic in civil execution power, the paper puts forward and verifies the theory of dualistic structure for civil execution power, abstracts several relevant principles such as the separation of trial power and execution power, check of powers and actual effect of execution, and frames the effective operational mechanism for civil execution power in which powers are separated. Thus, the paper reasonably optimizes the allocation theory of civil execution power in respect of realistic examination and theoretical analysis, giving theoretical explanation and support to the institutional innovations such as separating the execution Council that exercises the execution implementation power from the execution adjudication division that exercises the execution adjudication power, listing the execution court into the trial court sector, and designing the executive judge and the executive official. Therefore, the construction of such systems as the establishment of civil execution organs and officials is compatible to the theoretical system of civil execution power as well as China's history and actual conditions, which moves the civil execution work from the theoretical innovation to the institutional innovation.

The paper, apart from the introduction and conclusion, consists of five chapters:

Chapter one, titled "Introduction to Civil Execution Power", mainly