

21

21世纪法学规划教材

民事强制执行法学

CIVIL ENFORCEMENT LAW

董少谋 著



21 世纪法学规划教材

民事强制执行法学

Civil Enforcement Law

董少谋 著



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

民事强制执行法学 / 董少谋著. —北京:法律出版社,2011.2

21世纪法学规划教材

ISBN 978-7-5118-1792-1

I. ①民… II. ①董… III. ①民事诉讼—强制执行—中国—高等学校—教材 IV. ①D925.118.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第018960号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/18.5 字数/304千

版本/2011年2月第1版

印次/2011年2月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1792-1

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同阶段的读者,本社陆续推出多种系列的法学教材,迄今已达数百种。高等学校教材、教学参考书为其中主要部分。而历年来逐步推出的“八五”、“九五”及正在推出的“十五”国家级规划教材,更为重点。长期以来,“法律版”的众多教材,颇受学林瞩目。在此,我们深深感谢读者和作者对我们的信任。

进入 21 世纪以来,中国法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,培养高素质的现代法律人才成为法律教育的重要目标。为此,本社应时而动,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新既有教材,或推出全新教材。革新既有教材,意在选取已出版教材尤其是“八五”、“九五”规划教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些长盛不衰的法律教育财富,以崭新面目,继续服务于新读者。推出全新教材,则或为推出“十五”规划教材,或约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材在 21 世纪呈现崭新风采,并同享规划教材之盛,因之统为一名:“21 世纪法学规划教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“21 世纪法学规划教材”,以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新和超越。本着竭诚为法律和法律教育发展服务,竭诚为读者服务之宗旨,我们愿更加敬业,与广大读者和作者一起,共同创造法治事业及法律教育事业的美好未来。

法律出版社

作者简介

董少谋 教授、硕士生导师、西北政法大学民事司法改革研究所所长、民商法学院民事诉讼法教研室主任、中国律师研究所特邀研究员、陕西省法学会诉讼法学研究会副会长、陕西省法学会仲裁法学研究会副会长、西安仲裁委员会仲裁员、西安市中级人民法院专家咨询委员会委员。主要研究方向为诉讼证据制度、民事强制执行法。参加编写的著作有：《中国律师学》（1996年版，副主编）、《澳门法律研究》（2000年版，副主编）、《民事诉讼法学》（2007年版，主编）、《中国民事诉讼法学》（2007年版，主编）、《民事强制执行法》（2008年版，编著）、《港澳台民事诉讼法论要》（2008年版，合著）、《民事强制执行法论纲——理论与制度的深层分析》（2009年版，独著）、21世纪法学规划教材《民事诉讼法学》（2011年版，主编）等。曾先后在《中国法学》、《中国诉讼法判解》、《东吴法学》、《西北法律评论》、《中国律师》、《理论导刊》、《西部法学》、《美中法律评论》等刊物发表民事诉讼法专业论文40余篇。

前 言

“民事强制执行是一个实体问题与程序问题分分合合、融舍缠绕的领域,是一个诉讼事件与非讼事件交替更迭、相互作用的领域,是一个多部门法风云际会、交错重叠的领域,同时也是各种利益和矛盾对立冲突、最后对决的领域。”目前,“执行难”是困扰各级人民法院的一个难题,也是人民群众反映比较强烈的突出问题。究其原因,主要有四:一是被执行人确无财产可供执行和少数地方搞地方保护、部门保护,是造成执行难的根本原因;二是人民法院少数执行人员执行不力、执行不规范是造成执行难的主要原因;三是立法上的因素是造成执行难的重要原因;四是理论上的因素,长期以来,由于受诸多因素的影响和制约,我国民事强制执行法律理论方面的研究相对滞后,既未建构起强制执行法律的基础理论体系,更缺乏对强制执行法律制度全方位、深层次的思考,特别是民事强制执行的法社会学的跨学科研究还远远不够。基于此,我们认为,民事强制执行不仅仅是一个法律问题,而是一个综合性的社会问题。即使我们能够制定完善的民事强制执行法律,也仍然会有无法执行的债务存在。客观地说,完善的民事强制执行法律制度,有利于解决执行中存在的法律问题。而要全面提高“执行率”,教育、债权人自身规避风险的能力、财务管理制度等都不容忽视。

本书以《民事诉讼法》第三编“执行程序”、最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《适用意见》)、最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称《执行规定》)和最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(以下简称《解释》)等现有的法律规范为研判的对象,以解决“执行难”为视角,对强制执行法律的基本理论作以深层次的论述。对最高人民法院起草的《民事强制执行法草案》从制度设计层面作了适当的分析和评估。同时,本书的撰写吸收了强制执行理论研究的最新成果,借鉴国外特别是德国、日本、韩国等和我国台湾地区的立法经验,对我国强制执行法律制度的完善提出了立法建议。本书对法理阐释力求深

2 民事强制执行法学

刻,对现行法律规范的制定过程尽量追根求源,理论、立法与应用三者并重,现实与前瞻结合。

本书在写作过程中,我的女儿董露利用在香港中文大学研究院攻读普通法LLM学位期间的便利条件收集了大量资料,本书的出版还得到了法律出版社及其教育分社丁小宣社长的大力支持,在此一并表示衷心的感谢。

需要特别说明的是,由于著者的学识水平有限,因此,本书中的疏漏和错误在所难免,诚望同仁、司法实务界的专家提出宝贵意见。

董少谋

2011年1月于西北政法大学

目 录

第一章 民事强制执行的基础理论	(1)
一、民事强制执行	(1)
二、民事强制执行请求权——与执行债权、民法债权之关系	(8)
三、民事强制执行权	(9)
四、民事强制执行行为	(16)
五、民事强制执行法	(17)
第二章 民事强制执行的基本原则	(31)
一、基本原则的功能和确定标准	(31)
二、西方国家民事强制执行基本原则	(33)
三、我国民事强制执行应当确立的基本原则	(40)
第三章 执行体制和执行监督	(46)
一、执行体制	(46)
二、执行机构及执行权的运行	(48)
三、执行争议的协调	(55)
四、执行监督	(56)
第四章 执行依据	(71)
一、执行依据的概念	(71)
二、执行依据的构成要件	(71)
三、执行依据的范围	(73)
四、执行依据的效力	(82)
第五章 执行当事人	(86)
一、执行当事人的含义和权利义务	(86)
二、执行当事人的变更和追加	(87)
三、执行当事人的变更或者追加之救济	(100)
第六章 执行标的	(103)
一、执行标的的概念	(103)

2 目 录

二、财产执行的执行标的	(104)
三、行为类执行的执行标的	(106)
四、几种特殊的执行标的研究	(108)
第七章 执行管辖	(115)
一、执行管辖的一般规定	(115)
二、执行管辖权争议的解决	(123)
三、执行管辖权的向上转移	(124)
第八章 执行的申请与受理	(126)
一、执行程序的申请	(126)
二、执行案件的受理	(133)
第九章 执行的进行	(140)
一、执行开始	(140)
二、执行案件的调查——以被执行人财产申报制度为突破口， 探索财产发现路径	(143)
三、执行担保	(151)
四、执行和解	(152)
五、执行阻却——执行中止、暂缓执行与执行终结	(160)
六、不予执行	(169)
七、执行结案	(171)
第十章 执行竞合	(173)
一、执行竞合的概念	(173)
二、执行竞合的构成要件	(173)
三、执行竞合的具体形态	(174)
四、解决执行竞合的原则和方法	(176)
第十一章 参与分配	(183)
一、参与分配的概念和法律依据	(183)
二、参与分配的适用条件	(184)
三、参与分配的程序	(189)
第十二章 委托执行和协助执行	(194)
一、委托执行	(194)
二、协助执行	(202)
第十三章 对妨害执行行为的处罚措施	(206)
一、对妨害执行的强制措施与处罚措施	(206)

二、妨害执行行为的种类·····	(207)
三、妨害执行的处罚措施的种类及其适用·····	(211)
第十四章 执行救济 ·····	(215)
一、程序上的执行救济:对违法执行行为提出异议·····	(218)
二、实体上的执行救济:赋予案外人通过异议和诉讼维护自己实体 权益的权利·····	(220)
三、执行回转·····	(223)
第十五章 金钱请求权的执行 ·····	(226)
一、金钱请求权执行的概念和方法·····	(226)
二、对于被执行人金融机构存款和收入的执行·····	(226)
三、对于动产、不动产的执行·····	(233)
四、对财产性权利的执行·····	(255)
五、对第三人的执行·····	(258)
第十六章 物的交付请求权的执行 ·····	(265)
一、动产交付的执行·····	(265)
二、不动产的交付执行·····	(267)
第十七章 对行为请求权的执行 ·····	(272)
一、对行为请求权执行的概念·····	(272)
二、作为请求权的执行·····	(273)
三、不作为请求权的执行·····	(279)
主要参考书目 ·····	(281)

第一章 民事强制执行的基础理论

一、民事强制执行

(一)民事强制执行的含义

正确理解民事强制执行的含义进而准确地把握民事强制执行的性质、功能,是人民法院公正地行使执行权、履行执行职责的基本前提。当前,关于民事强制执行的含义,学界及司法实务界皆有不同阐释,可概括为四类:

1. 义务说。即把民事强制执行定位于通过强制手段实现义务人应当履行的义务。如有人认为,“民事诉讼中的执行,是指人民法院根据民事诉讼法的规定,运用国家强制力,强制义务人履行生效的法律文书所确定的义务的行为”。〔1〕“民事强制执行是指国家执行机关以生效的法律文书为依据,依照法定程序,运用国家强制力,强制被执行人履行生效的法律文书所确定的民事义务的活动”。〔2〕按照此种观点,人民法院在执行程序中应竭力追求债务人义务的履行,只要义务人没有履行义务,执行的任务就没有完成,目的就没有达到,强制执行就不得停止。其实不然。在权利人明确表示放弃权利、权利人死亡或终止且无承受人的情况下,执行则应当停止而没有继续之必要,此即法律规定的终结执行。我国法律规定的终结执行的条件,并非以义务得以履行为标准。况且,过分强调义务的履行,容易导致对债务人履行能力的淡漠,强制执行就会成为一种施加于债务人的暴力,恶果昭然。

2. 权利说。即把民事强制执行定位于通过强制手段实现债权人的债权。最高人民法院在2008年的《工作报告》中将“最大限度地实现债权人的合法权益”〔3〕为目的。如有人认为,“所谓民事强制执行,就是国家执行机关以已生效的法律文书为执行依据,依照法定程序,运用国家强制力,强制债务人履行执行依据已确定的义务,以实现已确定的民事权利(债权)的活动”。〔4〕正是由于这

〔1〕王怀安主编:《中国民事诉讼法教程》,人民法院出版社1992年版,第440页。

〔2〕江伟主编:《民事诉讼法》,复旦大学出版社2002年版,第549页。

〔3〕“五年回眸”系列报道之个四“执行:最大限度地实现债权人的合法权益”,载《人民法院报》2008年3月8日,第2版。

〔4〕孙加瑞:《中国强制执行制度概论》,中国民主法制出版社1999年版,第14页。

种认识的影响,有的法院以实现当事人的债权为己任,为了实现债权人的债权而奔波忙碌,煞费苦心,竭尽所能。当该债权在耗费了大量司法资源后仍得不到全面实现时,便慨然叹为“执行难”。同时,债权人也把实现债权的责任全部归于法院,从而出现了债权一天不实现,当事人就一天也不满意的怪异现象,并由此导致了司法权威在社会公众中的极度衰退。而实际上,债权人业经法律文书确认的债权能否实现,根本上取决于债务人的财产状况、履行能力。如果债务人确无履行能力,债权落空就是一种正常的风险,该风险只能由债权人自行承担,而不应把此责任推给法院甚至指责法院打“法律白条”。只有这样,才能促使当事人增强交易风险意识,增强交易活动的规范性。

3. 内容说。即把民事强制执行定位于通过强制手段,实现生效法律文书的内容。如有人认为,“执行,是指人民法院的执行组织按照法定程序,对已经发生法律效力法律文书,在负有义务的一方当事人拒不履行义务时,强制其履行义务,保证实现法律文书内容的活动”。〔5〕这实际上是对前两种观点的折中处理。法律文书的内容包括债权人的权利和义务人的义务。要实现法律文书的内容,有一个必不可少的前提条件,那就是该内容是可行的、能够在实践中落实的。而作为执行依据的判决书,在确认债权债务时并不受可行性的约束。如财产义务的裁决,并不以当事人的客观财产条件为前提,即使当事人明显不具有偿还债务的能力,裁决机关仍按照依法应当偿付的数额作出最终裁决并由债权人据此申请执行。由此可见,通过强制执行实现法律文书的内容,无论是逻辑上,还是实践中,都存在着无法逾越的障碍。

4. 司法活动说。民事强制执行是“人民法院运用国家强制力,依法定条件和程序,对当事人业经生效法律文书确认的债权予以公力救济而进行的司法活动。这种救济,遵循‘非依法不得停止’原则,以程序的完整运行即程序的公正为终极价值目标,其运行的结果,并不保证债权的全部实现或义务的全部履行”。〔6〕

强制执行的基本功能在于,它是在债权人的正当权益通过私力得不到实现时,由人民法院代表国家依法实施的公力救济,其本质特征在于它的公力救济性。在扭曲的社会观念的驱使下,法院在社会指责中选择以“最大限度实现执行依据确定的债权”为最终目的,而且设定了“执结率”的指标要求。于是,便出现了独具中国特色的清理执行积案“大会战”,这作为权宜之计发挥了应有的作

〔5〕 周道鸾主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1992年版,第1331页。

〔6〕 侯希民:“关于民事强制执行理论与实践若干问题的反思”,载《强制执行指导与参考》总第10集。

用;与此相继出现了“执行风暴”、“假日行动”、“零点行动”、“凌晨堵门”、“新春惩戒行动”、“大杀回马枪”之类的粗放式的超职权主义即超程序的执行方式;与执行结案率的指标要求相呼应,还出现了全国性的高“执结率”现象。^[7]但是执行人员千辛万苦,甚至流血牺牲,赢得了什么呢?指责人民法院“空调白判”、“打法律白条”的声浪日高,不绝于耳。有人也曾就粗放式执行中的某些行为提出过尖锐的批评,对规范执行程序起了一定作用,但有的法院未能够引起高度重视。严酷的现实迫使我们不得不冷静地作出新的执行工作最终目的之选择:人民法院执行工作的司法价值取向应当是“程序公正”。

执行程序公正具有独立的司法价值。追求程序公正,弘扬程序正义,是当前我国司法界唱响的一曲司法工作主旋律。正如一位法哲学家指出的,“只有通过一定的公正合理的程序所实现的效益,才是具有正义性的效益,否则就是‘不法的效益’,在效益和社会正义之间的序列中,应坚持社会正义优先原则。只有得到社会正义原则确认的效益,才具有合法性和合理性”。

“执行法官追求的司法价值是不挟偏私地去穷尽法定职责,而不应以当事人债权数额实现之多寡论优劣,更不可背起债权人经商风险的沉重包袱。”^[8]对于债权人,人民法院的基本责任是要积极履行职责,穷尽法律设定的救济措施,不得懈怠、迟缓。如此之后,即使债权未得实现,对债权人也是公正的。对于债务人,人民法院的基本责任是要严格依法采取强制措施,不得超越职权、滥用职权。只要各项执行措施的适用是根据法律的授权而进行的,债务人就应接受国家公力的强制。

执行工作要平等地保护双方当事人的合法权益,在最大限度实现申请执行人债权的同时,遵循生存权优先于债权原则,重视对被执行人基本人权的保护。第十届全国人大第二次会议通过的宪法修正案,将“国家尊重和保障人权”明确载入了宪法,这是社会主义人权发展的重大突破。因此,基于人权理念提出要禁止“执行风暴”、“零点行动”等扰民、造势的执行活动。在清理活动中,我们

[7] 广东法院自2008年开展集中清理执行积案以来,先后发起了两次“执行战役”。截至2009年2月28日,全省共执结案45030件,占有财产可供执行积案的73.54%,执结金额429.9亿元,其中执行到位金额138.4亿元;执结重点案件(涉及民生、特困群体案件为主的“六类”案件)24491件,占重点案件总数的80.55%,执结金额366.4亿元,其中执行到位金额110.8亿元。其中韶关、河源、惠州、江门、中山5市有财产可供执行案件执结率已过90%。浙江省金华市2008年以来,全市法院对1044件有财产积案、52985件无财产积案进行了清理,执结率达100%。广西2007年1月至2009年8月,全区法院共受理执行案件135874件,办结120283件,结案率为88.53%。

[8] 高执办:“新世纪执行工作畅想”,载《人民司法》2001年第1期。

不能为了实现申请执行人的债权而牺牲被执行人的基本人权。

(二) 民事强制执行与民事审判的关系^[9]

1. 民事强制执行与民事审判的共通性。^[10] 民事诉讼包含审判程序和执行程序两种类型的司法程序, 审判与执行历来被视为车之两轮、鸟之双翼。民事审判的任务在于确认发生争议的民事权利关系, 给双方当事人一个“说法”, 民事强制执行的使命则是运用国家的司法强制力保障生效法律文书中所确认的民事权利的最终实现。二者性质上同属于民事权利的司法救济, 均具有司法性的特点, 是司法权作用于民事诉讼领域所呈现出的两种不同程序类型。是故, 审判程序和执行程序都必须按照司法权固有的质的规定性予以制度上的安排, 执行行为也必须依据司法权行使的一般规律进行调整。二者存在以下共性:

(1) 程序启动上的共通性。审判活动的惯常机制是“不告不理”, 执行程序的启动同样依赖于债权人的申请, 原则上, 当事人不申请执行即不开始执行, 一旦申请执行, 法院就应尽快进入执行程序。在特别情况下, 如对于追索赡养费、抚养费、抚育费的执行, 制裁决定和附带民事诉讼判决的执行, 不依当事人的申请而是法院依职权移送执行。

(2) 执行请求权与裁判请求权在性质上的共通性。大陆法系国家有公法与私法的划分, 民事诉讼法属于调整国家与个人关系的公法, 债权人的执行请求权与裁判请求权都是一种指向法院的公法上的请求权。

(3) 保护民事实体权利上的共通性。首先, 保护对象具有同一性、同源性, 民事审判和民事强制执行是为实现民法等实体法上的权利而设置; 其次, 当事人有实体处分权; 最后, 二者统一适用诉讼时效, 赋予被告或被执行人实体抗辩权。

[9] 参见江伟主编:《民事诉讼法专论》, 中国人民大学出版社 2005 年版, 第 484 ~ 489 页。

[10] 肖建国教授认为, 在执行法律关系中, 用于调整申请执行人与执行法院、申请执行人与被执行人之间关系的法律规则, 与审判法律关系中调整原告与法院、原告与被告之间关系的准则, 具有高度的一致性, 所谓审执关系的共性原理即建立在这两层关系之上。参见“民事执行权的司法权本质之我见”, 载《人民法院报》2008 年 10 月 31 日。

2. 民事强制执行与民事审判的分离。^[11] 执行法律关系中法院与被执行人之间关系的准则,与审判法律关系中法院与被告之间关系的准则有天壤之别:

(1) 民事强制执行的单向性与民事审判的多向性、互动性。执行机构针对被执行人采取的执行行为,无论是查封、扣押、冻结等控制性执行行为,还是拍卖、变卖、分配等处断性执行行为,均以被执行人的责任财产为执行标的,均以限制或禁止被执行人处分执行物、最终满足债权的清偿为目的。尤其是控制性执行行为,体现的是执行机构的强力和意志,而被执行人的人身自由、财产自由和意志自由受到限制。审判权则是消极的、被动的权力,在审判中始终存在着需要原、被告双方的协商、交涉、辩论、辩驳、质证、对抗,诉讼信息不停地在法院、双方当事人之间交流,司法者所作的裁判,必须是在受判决直接影响的有关各方参与下,通过提出证据并进行理性的说服和辩论,以此为基础促进裁判的制作。

(2) 民事强制执行的不平等与民事审判的平等性。民事强制执行以保护执行债权人的债权为己任,奉行债权人与债务人不平等原则。债务人只有接受或忍受强制执行的义务,没有拒绝执行的权利,也无资格要求在强制执行中与债权人平等,这一点不同于民事审判程序中的当事人权利平等原则(《民事诉讼法》第8条)。

(3) 民事强制执行主体的主动性与民事审判的中立性。在审判中,司法者必须保持中立。否则,司法者离开中立立场,就会丧失司法所固有的要求。正如托克维尔所言:“从性质上来说,司法权自身不是主动的。要使它行动,就得推动它。向它告发一个犯罪案件,它就惩罚犯罪的人;请它纠正一个非法行为,它就加以纠正;让它审查一项法案,它就予以解释。但是,它不能自己去追捕罪犯、调查非法行为和纠察事实。”^[12] 但是执行就像打仗,执行人员须审时度势,

[11] “审执分离”不等于“审执分家”,更不等于“审执孤立”。如何实现审判和执行兼顾,是加强法院内部协作,形成大执行格局的中心环节。首先,在立案阶段要加强诉讼指导和财产保全,就依法追加诉讼当事人、申请财产保全以及诉讼和执行风险等内容,立案人员应作必要的释明和告知。对符合法定条件的财产保全,要依法及时采取保全措施;对追索人身损害赔偿费、赡养费、抚育费、抚养费、劳动报酬等案件,可以依职权采取财产保全措施。其次,审判阶段要具有前瞻意识,把更多的注意力和侧重点放在案结事了上,着力提高审判阶段的自动履行率,注意提高裁判文书的质量。最后,执行中必须维护生效裁判的权威,必须以生效法律文书为依据。未经严格、规范的程序,不能改变甚或否定生效裁判确定的权利义务。同时,必须规范执行和解,不得以任何方式对和解协议的内容施加影响。参见童兆洪:“我国执行体制和机制的创新与完善——执行体制和机制实践创新(浙江)论坛综述”,载《人民法院报》2008年11月21日。

[12] [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1991年版,第110页。

随机应变,充分发挥执行的主动性。如果说法官像裁判员的话,那么执行官就像猎人。

(4)民事强制执行的形式化与民事审判的实体判断性。大陆法系执行理论中有执行的形式化(formalization)原则。意思是:只要债权人依生效法律文书提出执行申请,执行官就视为申请人有实体权,只能依申请进行机械地执行。不涉及任何实体问题,不允许执行官听取债务人的任何申辩,听了也没有用。在扣押动产时,只须根据动产为债务人占有的外观,就可扣押,不去了解动产是否为债务人本身所有;如果案外人主张动产为其所有,执行官也不停止执行,案外人只能向法院提起异议之诉。在西方,“审判权就是判断权”的观念根深蒂固、深入人心。美国学者戴维·M.沃克在解释司法职能时指出,“司法职能”(judicial functions)是“政府的主要职能之一,包括查明事实,确定与之有关的法律,以及就事实适用有关的法律,即对权利主张、争论和争议加以断定。司法职能也许还包括行使一些重要的自由裁量权,如在定刑或授权补救等方面。司法职能主要是判定性的,即裁决争端,而不是就所适用的法律,或在某一特定案件中,就某一许可的或适当的诉讼程序提出建议。司法职能通常交给由一个或多个具有法定资格的人组成的法庭来行使,但也交给由非法律专业人员或大臣们来行使”。我国学者孙笑侠和陈瑞华也提出了“司法权=裁判权=判断权”的结论。不过,在我看来,司法权是一个具有丰富内涵的概念,除审判权外,还包括非讼事务的管理权、司法行政性权力等内容。在这个意义上,我认为执行与审判是同属司法活动下的两种不同的行为。

(5)民事强制执行的强制性与民事审判的和平性。任何法律都有强制力,无强制力即无所谓法律,也无所谓司法。缺乏强制力的法,“如同一堆没有点燃的火,一盏没有光亮的灯”。强制性在法律上有其特殊的含义,是指人们在一特定的场合,不能依其想要选择的方式作为或不作为,它包括对现实行为的直接控制或对行为后果的间接威吓两种形式。正如E. A. 霍贝尔在其《初民社会的法律》中所言,任何法律都是有牙齿的,需要时它能咬人,虽然这些牙齿不一定必须暴露在外。执行必须采取物理性强制力量,强制执行法是“咬人”的法律。与执行不同的是,审判尽管以国家强制力作为后盾,但它采取非暴力的、和平的、理性的方式来解决当事人双方之间的纷争,具有和平性,反映了文明社会的特点。

(6)民事强制执行的职权主义与民事审判的当事人主义。民事强制执行属于单方行为、主动行为,必然带有强烈的职权主义色彩。尤其在被执行人财产的调查、查封、扣押和冻结方面,执行的职权主义不仅不能削弱,而且应当加强。

在我国当前进行的执行工作改革中,民事强制执行职能不断强化,执行机构也形成了统一管理、上下联动的态势,这也反映出执行的职权主义的内核。审判活动中则奉行当事人主义,当事人决定诉讼程序的开始和结束;当事人对自己权利所为的处分行为,对法院产生约束力;法院认定案件事实的有关诉讼资料只能由当事人提出,否则不能作为法院裁判的根据。

(7)民事强制执行的效率取向与民事审判的公正取向。强制执行以快速、及时、不间断地实现生效法律文书中所确认的债权为己任,在价值取向上注重效率;而审判以公平地解决双方的纷争为基点,在价值取向上以追求程序公正和实体公正为其基本使命。

(8)民事强制执行的时间、场所、环境不同于民事审判。民事审判是在一个预先设计好的封闭的环境中进行的:庄严的法庭、高高的审判台、法袍、法槌等道具,足以使进入法庭者心怀敬意,产生心灵上的震撼。而民事强制执行的环境却是执行机构所难以预知的,也是无法控制的。民事强制执行行为主要发生在财产所在地或被执行人所在地,会产生许多突发事件,在异地执行时执行人员可能人身安全都难以保障。至于往返奔波、风餐露宿、风雨兼程也是家常便饭。更不用说要千方百计寻找、调查被执行人下落、被执行人的财产线索,协调与方方面面的关系了。因此,民事强制执行行为需要有充足的激励机制才能提高效率、实现债权。

(三)民事强制执行的种类

1. 终局执行与保全执行。以执行的效果为划分标准。终局执行也称满足执行,是指使债权人的债权获得实现为终局执行。比如依据确定的给付判决所为的执行。而以保全将来的终局判决的执行为保全执行,比如对债务人财产的查封、扣押、冻结等限制债务人处分其财产的行为。民事强制执行原则上指终局执行,保全执行为其例外。

2. 金钱执行与非金钱执行。以执行根据所载债权的性质为划分标准。金钱执行,即实现执行根据上的金钱债权的执行。为满足金钱债权的请求权,可以对债务人的财产或者人身进行执行。非金钱执行,即非为实现执行根据上的金钱债权的执行。非金钱执行又分为物的交付请求权的执行、行为请求权的执行和不行为请求权的执行。金钱执行与非金钱执行,因实现的权利性质不同,二者的执行方法也有所不同。

3. 直接执行、间接执行与替代执行。以执行方法为划分标准。直接执行,即通过对债务人的动产、不动产进行拍卖,以其价金清偿债务而直接实现私权内容的执行。间接执行是指执行机关不直接以强制力实现债权人的权利,而给