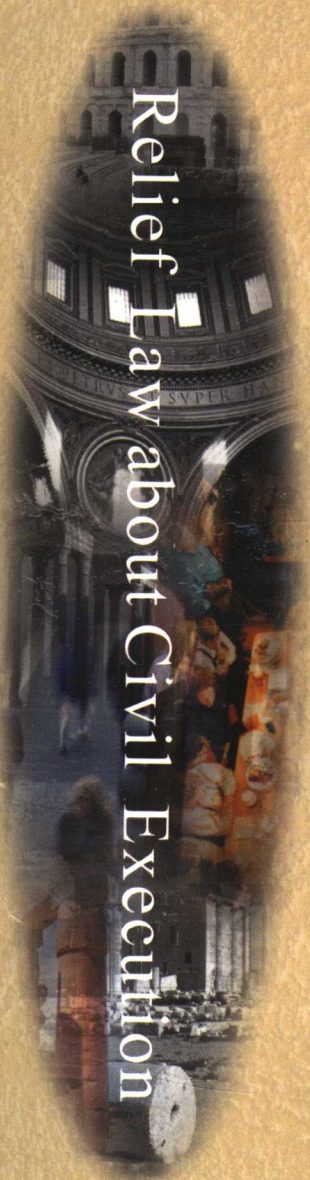




民事执行救济制度

■ 翁晓斌 著

Relief Law about Civil Execution



Relief Law about Civil Execution

浙江大学出版社

民事执行救济制度

翁晓斌 著

浙江大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事执行救济制度 / 翁晓斌著. —杭州:浙江大学出版社, 2005. 9

ISBN 7-308-04497-1

I. 民... II. 翁... III. 民事诉讼—赔偿—研究—中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 111937 号

出版发行 浙江大学出版社

(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)

(E-mail: zupress@mail. hz. zj. cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

责任编辑 张 明

封面设计 俞亚彤

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 浙江省良渚印刷厂

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 12.5

字 数 252 千字

版 印 次 2005 年 9 月第 1 版 2005 年 9 月第 1 次印刷

印 数 0001—2000

书 号 ISBN 7-308-04497-1/D·233

定 价 20.00 元

序 言

当前我国民事执行的现状不容乐观,“执行难”和“执行乱”两大问题的共存和交织,构成了很难破解的僵局。就问题被关注的程度而言,无论是在公众视野或理论和实务界的视野中,“执行难”都比“执行乱”更受关注。“执行难”在公众视野中比“执行乱”更受关注是完全可以理解的,因为前一个问题比后一个问题牵涉面更宽,对于社会稳定和经济发展造成的负面影响也更大,自然也就更容易成为社会各界关注的焦点问题。法学理论界和法律实务界对待这两个问题采取“厚此薄彼”态度是不可取的,因为从执行法律制度的角度来看,这两个问题的重要性实在难分伯仲。

首先,“执行难”折射出来的是执行权行使的效果问题,“执行乱”折射出来的是执行权行使的正当性问题,而这两个问题同样重要。对于任何一种国家权力来说,实现权力行使的根本目的和确保权力的正当行使从来都是等量齐观、不可偏废的两个出发点,也是同等重要的两个法律问题。

其次,从问题发生的原因来看,通过“执行难”反映出来的执行法律制度所存在的问题并不比通过“执行乱”反映出来的执行法律制度所存在的问题显得多和严重。“执行难”问题的存在,有着错综复杂的原因。执行环境不佳甚至恶劣无疑是最根本的原因。而不良的执行环境是由多方面因素组合交错而成的社会图景,如商业自身风险较大、社会信用水平不高、社会保险机制不健全、民事主体的履行债务能力低下、企业和个人的财产状况不透明、政府对于企业及其商业活动的监控相对失灵等等。当然,执行法律制度存在缺陷也是一个重要的原因,但不是根本原因。相比之下,“执行乱”问题存在的原因要单纯一些。“执行乱”在本质上就是执行机关以及执行人员滥用执行权的问题,其根源在于执行制度本身。可见,如果将“执行难”和“执行乱”都视为执行法律制度问题,通过前者反映出来的执行法律制度的缺陷和通过后者反映出来的缺陷相比,前者既不比后者多,也不比后者严重。因此,如果将“执行难”和“执行乱”都定性为执行法律制度本身的问题,前者并不比后者更值得重视。

再者,“执行难”和“执行乱”密切关联。“执行难”问题和“执行乱”问题的密切关联性集中体现在,二者互为原因。一方面,不少属于“执行乱”的问

题,原因恰在于“执行难”。就具体案件的执行来说,依法执行并不总是有利于债权的实现,反而会给债权的实现造成障碍。在“执行难”造成的强大压力下,执行机关为了达成执行目的,有时候可能会不惜牺牲执行行为的合法性,而牺牲执行行为的合法性必然带来“执行乱”问题。比如实践中存在的以抓“人质”促执行、搞“执行会战”等违反执行法律规定的做法,在某种意义上是执行机关在“执行难”造成的压力之下不得已而采取的一种临时性对策。另一方面,有些属于“执行难”的问题,原因恰在于“执行乱”。对于那些本来具备执行条件的案件来说,遭遇“执行难”问题的一个重要原因就是执行机关以及执行人员没有依法履行职责,如无正当理由拒绝执行、拖延执行、采取的执行措施不合法等,而不依法履行职责正是“执行乱”的重要表现。鉴于“执行难”和“执行乱”的这种互为原因的密切关系,在“执行乱”问题得不到解决的条件下,要想通过执行法律制度的力量去缓解“执行难”问题是不可能的;反之,在“执行难”问题得不到根本缓解的条件下,要想通过完善执行法律制度去根治“执行乱”问题同样是不可能的。从“执行难”和“执行乱”的这种极为密切的关联中同样可以看出,只有将这两个问题并重,才能同时缓解或解决这两个问题,忽视其中任何一个问题都无助于这两个问题的解决。

值得庆幸的是,近年来理论和实务界都已经开始将更多关注投向了“执行乱”的问题。通过对“执行乱”的反思和剖析,人们发现“执行乱”与我国民事执行救济制度的缺陷有着直接的关系,于是执行救济渐渐成为了一个热点问题。大量的域外国家或地区的民事执行救济制度理论和制度陆续介绍进来,不少学者和实务界的人士开始反思我国执行救济制度的缺陷并探寻完善该制度的思路,不少的地方人民法院也将加强和完善执行救济列为执行改革的一个重要内容。不过,迄今为止国内还很少有人专门就民事执行救济制度进行系统的、全面的和深入的研究,目前的研究程度显然还不足以今后有关执行救济的制度完善以及实施提供充分的理论支持。鉴于此,作者试图通过本书的研究推进我国民事执行救济的理论研究。这就是本书将民事执行救济作为研究对象的原因所在。不过愿望是一回事,能否如愿是另一回事。由于资料准备不够充分,对于执行实践中存在的问题把握不够全面和到位,特别是由于作者本身的水平有限,本书对于执行救济制度的研究尚缺乏理论深度,所提出的许多观点和思路亦未必能够成立。也许充其量,这不过就是一本抛砖引玉之作。

本书为教育部 211 项目“民营经济与制度创新研究”资助课题。

目 录

第一章 民事执行救济的基本理论	(1)
一、民事执行救济概述	(1)
二、民事执行救济制度成立的依据	(6)
三、民事执行救济的价值目标	(14)
四、民事执行救济的事实基础——有瑕疵的执行行为	(17)
五、民事执行救济制度的二元构造	(23)
六、民事执行救济程序与民事执行程序、民事诉讼程序之比较	(25)
七、民事执行救济法律关系	(28)
第二章 域外民事执行救济制度概述	(34)
一、中国台湾地区	(34)
二、日本	(45)
三、法国	(56)
四、德国	(67)
五、瑞士	(75)
六、美国	(84)
七、英国	(87)
第三章 我国民事执行救济制度的现状及其缺陷	(90)
一、执行机关	(90)
二、执行救济制度现状	(92)
三、现行执行救济制度的缺陷	(98)
第四章 我国实务部门的执行救济改革考察——以浙江省绍兴市中级法院的执行救济改革实践为范本	(111)
一、改革内容之一：机构设置和职能配置	(112)
二、改革内容之二：执行救济制度	(114)
三、对浙江省绍兴市中级法院的执行救济改革实践的评述	(116)
第五章 我国执行救济制度的完善(上)——关于执行机构和执行救济机构的设置	(127)
一、传统执行权观念的嬗变和执行机构设置的变化	(127)

二、执行权的性质和执行机构的归属	(130)
三、民事执行权的内部划分	(138)
四、执行裁判机构的设置	(142)
第六章 我国民事执行救济制度的完善(下)——关于救济方法和救济程序的设计	(146)
一、程序性执行救济制度	(146)
二、实体性执行救济制度	(161)
三、执行程序终结后的其他救济方法	(173)
附 既判力和执行力的扩张	(176)
参考文献	(186)
后记	(189)

第一章

民事执行救济的基本理论

一、民事执行救济概述

(一)民事执行救济的概念和特征

关于执行救济的定义可谓是林林总总,不一而足,其中比较具有代表性的定义主要有:

第一种定义是,执行救济制度是指执行当事人或案外人因执行机关的强制执行行为受到侵害时,所设立的一种补救的保护方法。^①类似的定义还有,执行救济是指执行当事人或案外人在程序或实体上的权利因执行机关的强制执行行为受到侵害时,所设立的一种补救保护制度。^②或者,执行救济是指执行当事人或案外人因为执行机关的强制执行行为受到侵害时,所设立的一种补救的保护方法。^③

第二种定义是,执行救济是指当事人或利害关系人,因法院的违法执行受到侵害而请求救济的一种保护制度或方法。^④

第三种定义是,强制执行救济,指强制执行法针对强制执行所发生的危害,影响及于或可能及于执行当事人或利害关系人的权利而设的救济方法。^⑤

第四种定义是,执行救济是指当事人或利害关系人因自己的合法权益受到执行机关的民事执行行为的侵害,依法主动请求有关国家机关采取保护和补救的法律制度。^⑥

上述四种定义方式中,第二种定义存在明显缺陷。该定义将执行救济

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年版,第309页。

② 童兆洪主编:《民事强制执行新论》,人民法院出版社2001年版,第173页。

③ 谭兵著:《民事诉讼法学》,法律出版社1997年版,第471页。

④ 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第829页。

⑤ 王洪光著:《强制执行救济论》,《诉讼法论丛》第5卷,法律出版社2000年版,第416页。

⑥ 谭秋桂著:《民事执行原理研究》,中国法制出版社2001年版,第375页。

限于违法执行的情形失之片面。执行救济作为一种权利救济方法,只要执行当事人或案外人的合法权益受到错误执行行为的侵害,受害人即可利用该救济方法获得救济。在民事执行实践中,可能给执行当事人或案外人的合法权益造成侵害的执行行为不仅仅是违法执行行为,还包括不当执行行为。比如,执行机关对债务人的财产采取了强制措施,但在执行根据生效后,债权人已经免除了债务人的债务但未告知执行机关,显然就执行机关的执行行为而言,并未违反强制执行法律规定,但执行行为侵害了债务人的合法权益。在此情形下,同样有必要给予债务人以获得执行救济的权利。

其他三种定义大同小异,不过是以不同的表述方式或从不同的角度揭示了民事执行救济的基本内涵。不过,这三种定义方式都存在两点不足。其一,没有界定执行救济的时间界限。在以后的分析中将会明确,执行救济是适用于执行程序开始后直到终结前的一种救济手段。执行程序没有开始,或执行程序已经终结,都不能适用执行救济。可见,时间界限对于执行救济概念来说至关重要,忽略了时间界限就不能准确揭示执行救济的特殊内涵,导致执行救济方法与其他救济方法混同,比如将执行救济与执行回转、请求国家赔偿等救济方法混同——执行回转和请求国家赔偿也是执行当事人或案外人受到执行行为的侵害后的权利救济方法,但是该方法适用于执行程序终结后,理论上不属于执行救济方法。其二,未明确指出执行行为的错误性质。执行救济虽然是一种权利救济方法,却是以执行行为存在错误为适用前提的。诚然,侵害执行当事人或案外人的合法权益的执行行为通常是错误的执行行为,但是,并不完全如此。比如根据错误判决的执行同样侵害了债务人的合法权益,但是执行行为本身并无任何错误。可见,不能将侵害了执行当事人或案外人的合法权益的执行行为和错误的执行行为完全等同。既然如此,只有明确点出执行行为的错误性质,才能明确执行救济适用的前提,也才能准确揭示执行救济的内涵。另外,前述第三种定义以强制执行的“危害”“及于”或“可能及于”执行当事人或利害关系人,来表达执行行为侵害执行当事人或利害关系人的合法权益的意思,不是一种严谨和规范的表达方式,如此定义必然会造成概念含义的模糊不清。

总结上述各种定义的得失,根据执行救济的原理和制度,作者认为,应当将民事执行救济定义为:执行救济是指执行当事人或案外人认为自己的合法权益受到执行机关违法或不当执行行为的侵害,依法请求执行裁判机关通过行使执行裁判权予以保护和补救的法律制度和程序。这一概念包括如下几个方面的含义:

(1)民事执行救济是在执行当事人或案外人的合法权益受到执行机关

的违法或不当执行的侵害后,由法律所提供的一种救济手段。执行救济固然有制约执行权的功能,但是就其本质而言,无疑是一种权利救济手段。

(2)民事执行救济是国家的一项法律制度。没有法律的明文规定,就没有执行救济。同时,执行救济并不仅仅是法律给予执行当事人或案外人维护其合法权益的手段或方法,更是一套完整的制度体系。

(3)民事执行救济是救济请求权和救济裁判权的结合。执行救济程序基于执行当事人或案外人请求而启动,通过执行裁判权的行使而落实。

(4)民事执行救济是执行过程中的权利救济。执行救济存在于民事执行程序发生以后,终结以前。

(二)民事执行救济的特征

民事执行救济具有丰富的内容,从不同的角度可以审视民事执行救济不同方面的内容。民事执行救济内容的丰富性决定了民事执行救济法律特征的多重性。具体而言,民事执行救济具有如下几个方面的法律特征。

1. 权利保护性

民事执行的目的在于实现申请执行人的债权,换言之,民事执行权行使的目的在于保护申请执行人的权利。如果民事执行依法和妥当地进行,那么民事执行在可能的范围内实现申请执行人的债权的同时,不会损害执行当事人或案外人的合法权益。但是受种种因素的影响,实践中的民事执行不可能总是做到合法和妥当,这样一来民事执行就可能损害执行当事人或案外人的合法权益。执行救济就是对执行当事人或案外人受到侵害的合法权益予以弥补、修复的制度和方式。民事执行救济是保护私权的一种特殊方式,使私权不受民事执行权的侵害是民事执行救济的根本目标。民事执行救济的权利保护性,集中体现在执行救济程序的启动上。执行救济程序不能依职权而启动,只能根据执行当事人或案外人的申请或起诉而启动,而执行当事人或案外人提起执行救济程序的唯一目的在于保护自己的合法权利不受执行行为的侵害。因此,权利保护性是民事执行救济的最本质特征。

2. 权力约束性

民事执行的过程,也就是民事执行权行使的过程。违法或不当执行,本质上也就是民事执行权的违法或不当行使,或者说是民事执行权的滥用。如上所述,民事执行救济是在执行机关违法或不当行使执行权并损害了执行当事人或案外人的合法权益的情况下,赋予执行当事人或案外人的一条

法定救济途径。对于合法权益受到损害的执行当事人或案外人而言,要使得自己的合法权益得到有效的救济,必然要求矫正违法或不当行使民事执行权的行为。而对于违法或不当行使民事执行权行为的矫正,正是对民事执行权的制约。也就是说,法律在赋予执行当事人或案外人以提起执行救济权利的同时,也就建立了一种以“权利”制约“权力”的权力制约机制。而为了使得执行当事人或案外人的申请执行救济权成立,法律就必须赋予执行救济机关以相应的执行裁判权,以审查行使执行权的行为是否违法或不当,并在确认行为违法或不当的基础之上作出矫正该行为的裁判。因此,法律在赋予执行救济机关以执行裁判权的同时,也就建立了一种以“权力”制约“权力”的权力制约机制。执行救济制度运行的过程,也就是两种权力制约机制相互结合、共同作用的过程。总之,执行救济不仅是一种私权保护制度和方式,同时也是一种约束民事执行权的制度和方式。权力约束性构成民事执行救济的一个重要特征。

3. 事后性

执行救济的事后性一方面体现在,民事执行救济作为一个保护权利和约束权力的手段,必须是在执行机关违法或不当行使执行权并侵害了执行当事人或案外人的合法权益之后,才能发挥作用,是一种事后的救济。具体说来,先有执行程序的启动,才有执行救济程序的发生;先有执行权的滥用,才有对执行行为的矫正;先有执行行为对执行当事人或案外人合法权益的侵害,才有对受到侵害的合法权益的补救或修复。不过执行救济的事后性,并不意味着执行救济必须在执行机关确实滥用了执行权并侵害了执行当事人或案外人的合法权益之后,才能启动执行救济程序。如上文所述,只要执行当事人或案外人认为执行机关违法或不当执行并侵害了其合法权益,即可申请执行救济。执行救济的事后性的另一方面体现在,执行救济具有补救的性质。

4. 补充性

在正常情况下,确认权利的审判以及仲裁等程序在前,实现权利的执行程序在后,且执行程序是以实现通过权利确认程序而形成、生效的法律文书为宗旨的。在执行程序中,被执行人负有容忍和接受强制执行的义务,其他的利害关系人则负有配合强制执行或者不阻挠强制执行的义务。也就是说,通常情况下,执行程序的展开过程就是单纯的以实现债权为目的的执行权行使过程。但是,如果将这种从权利确认到权利实现的权利保护过程的

单向性绝对化,则与现实生活和司法实践发生冲突。在以实现权利为宗旨的执行过程中,由于种种原因,难免发生侵害执行当事人或案外人的合法权益的情况,如果不顾这些争议而继续执行,则会造成顾此失彼的后果,既违背权利平等保护的原则,也不符合权力行使的正当性原则。为此,在整体上不改变从确认权利到实现权利的权利保护过程的单向性的同时,有必要在特殊情况下打乱这一过程的顺序,在执行过程中穿插以确认权利为目的的审判程序,而执行救济程序正是这样一种程序。可见,执行救济并不是一种常态下的权利保护制度,而是一种用来补救常态下的权利保护制度的不足的制度,具有补救性或者补充性。

5. 被动性

执行救济是一种私权救济途径,而根据私权自治原则,当私权受到侵害以后,是否寻求救济由权利主体自主选择,国家不主动干预。因此,在执行当事人或案外人认为自己的合法权益受到执行机关的违法执行或不当执行的侵害后,必须提出申请才可以获得执行救济。站在国家的角度来说,执行救济的这种只有基于执行当事人或案外人申请才能启动的性质,就是执行救济的被动性。

6. 法定性

执行救济是一种公力救济,即由国家提供给私人的一种权利救济途径,是公权力给予私权的救济。根据“公权法定,私权神圣”这一普适性原则,公权力的行使必须有法律上的依据。因此,民事执行救济作为一种法律制度,它的主体、方法和程序都由法律明确规定。离开法律上的规定,执行救济也无从谈起。正是由于执行救济的法定性,导致各国的执行救济制度模式和内容存在差异,其功能发挥的程度也各不相同。

7. 复合性

就执行救济的功能而言,既有保护私权的功能,又有制约执行权的功能。就执行救济的方法而言,民事执行救济既可以依靠申请异议权来实现,又可以依靠诉讼权来实现。对于程序性的执行救济而言,其方法类似于行政法上的异议权行使,其目标直接指向民事执行权的主体——执行机关;而对于实体性的民事执行救济而言,其方法则为诉讼法上上诉权的行使,其目标指向执行标的在实体法上的利害关系人——执行当事人双方或债权人一方。由此可见,民事执行救济不仅功能多元,且方法多元,呈现出复合性的特征。

二、民事执行救济制度成立的依据

探讨民事执行救济制度的依据,是要解决为什么建立执行救济制度的问题。执行救济制度的依据可以从以下三个方面来加以阐述。

(一)民事执行救济制度体现了权利救济和权力制约的一般原理

所有的权利都必须得到保障。耶林指出:“对人类而言,人不但是肉体的生命,同时其精神的生存至关重要,人类精神的生存条件之一即主张权利。人在权利之中方具有精神的生存条件。若无权利,人将归于牲畜,因此罗马人把奴隶同家畜一样对待。这从抽象法的观点来看完全首尾一致。因此,主张权利是精神上自我保护的义务,完全放弃权利(今日不可能,但曾经可能过)是精神上的自杀。”^①因而权利是与社会主体作为人的存在紧密相连的,权利与人的生命存在具有直接同一性,保障社会主体的权利就是保护作为一个独立的人的资格。

对权利的保护离不开对权利的救济。“无救济则无权利”,是公法领域的一条普遍原则,各国宪法大多规定了当公民的权利受到危害时有请求司法救济的权利。人类的权利自始就是与救济相联系的。当人类脱离了盲动或依附而获得了一定的权利时,也必有与之相适应的救济手段相随。^②“没有救济可依的权利是虚假的,犹如花朵戴在人的发端是虚饰。”^③没有救济的权利不是真正的权利。

民事执行本身就是一种救济手段,即在债权人的权利因为债务人拒绝履行而无法实现的情况下,国家通过行使强制执行权而提供给债权人的公力救济形式。但是,如果民事执行权不能合法而妥当地行使,则可能产生侵害执行当事人或案外人的合法民事权益的后果。为使执行当事人或案外人受到侵害的合法权益能够得到修复和补救,就有必要赋予执行当事人和案外人以事后的救济手段,即利用执行救济制度而获得权利救济。

权利最容易受到的侵害是来自于权力的侵害。这是因为:

① [法]卢梭著,何兆武译:《社会契约论》,商务印书馆1980年版,第34页。

② 和燎原、王人博著:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1998年版,第358页。

③ 程燎原、王人博著:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1998年版,第368页。

第一,从权利与权力之间的力量对比关系来看,权利要比权力弱小得多。公共权力比公民权利强大,首先是由于权利是个人生存的精神条件,它的基础是个人的力量,而权力则不同,它的基础和实力后盾是国家或某个社会组织;其次,为了使权力者能有效顺利地实现对国家和社会事务的管理,权力者往往被赋予某些特权。

第二,从权利与权力的扩张性来看,权力比权利强大得多。权利的扩张趋势来源于个人改善自己生存状况和生存条件的欲望,因而,个人权利的扩张空间在相当大的程度上是有限的。因为私权利者之间处于平等的地位,当权利扩张超出合理限度的时候就会受到其他权利主体的抵抗。而权力则不同。权力关系的特征是双方当事人地位不平等,在权力领域通行的是支配一服从或屈从原则。

第三,所有的权力都有被滥用的可能,滥用权力是拥有权力者的本性。孟德斯鸠说过:“每个有权力的人都趋于滥用权力,而且还趋于把权力用至极限,这是一条万古不易的经验。”^①亚里士多德曾指出:“……让一个人来统治,这就在政治中混入了兽性的因素,因为人的欲望中就有那样的特性,热忱也往往会使拥有职权者滥用其权力,尽管他们是芸芸众生之中的最优秀者。”^②“一个被授予权力的人,总是面临着滥用权力的诱惑,面临着逾越正义和道德界线的诱惑。人们可以把它比作附在权力上的一种咒语——它是不可抵抗的。”^③

为了防止国家权力侵害公民权利,就必须制约国家权力。汉密尔顿等人在《联邦党人文集》中写道:“在这方面,如同其他各方面一样,防御规定必须与攻击的危险相称。野心必须用野心来对抗……如果人都是天使,就不需要任何政府了。如果天使统治人,就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”^④这段话的含义可以解读为:因为人不是天使,所以国家权力的存在是必需的;同样掌握权力的人不是天使而是人,所以对权力进行外来或内在的控制也是必需的。

在长期的对权力的制约与反制约的斗争实践中,人类积累和总结出不少制约权力的方式,最主要有两种:一是以德制权,即以伦理道德规范调控和制约权力,分为公共道德和掌权者自身提高德行来制约权力;二是以法制

① 孟德斯鸠著,张雁深译:《论法的精神》,商务印书馆1996年版,第154页。

② Aristotle, The politics, trans. E. Barker (Oxford, 1946), BK, II 2526, 转引自 E. 博登海默著,邓正来译:《法理学、法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版,第11页。

③ Meinecke, Machiavellism, trans. D-SC-H (New Haven, 1957) P13, 362 页。

④ [美]汉密尔顿等著:《联邦党人文集》,商务印书馆1980年版,第254页。

权,即建立相应的法律制度来约束权力。与“以法制权”相比,“以德制权”具有不可靠性,指望人的德行通过教化达到至善至美的境界绝难做到。多年来的反腐斗争中揭露出来的不少腐败案件很能说明这一点。况且德治过程是单一的过程体,法治对权力的调控毕竟是多方位的过程体。^①

“以法制权”主要有两种方法:一是以一种国家权力制约另一种国家权力,即“以权力制约权力”;二是为公民、法人和其他组织设定权利,以私权制约公权,即“以权利制约权力”。

权利制约权力不仅有根据,而且还具有优益性。中外学者通过对权力运作的实证考察,已越来越清楚地认识到权力制约的局限性,主张利用多种因素,从多角度来制约权力。托克维尔在其《论美国的民主》一书中曾提及,美国之所以能持久地保护民主,除了权力制约权力以外,公民权利是起了很大作用的。^② 美国著名政治学家罗伯特·达尔则认为,民主政治的最核心因素不是权力对权力的制约。在这些因素中,发挥关键作用的是社会团体、企业和公民个人。^③ 权利制约权力的优益性表现在:^④

第一,广泛性。这一点主要是由公民权利的广泛性得来的。一是权利主体的广泛性,权力来源于权利,国家一切权力属于人民,所有公民都有依宪法和法律对国家机关及其工作人员行使监督权利。二是公民权利监督国家权力的方式和渠道具有广泛性。从我国《宪法》第41条的规定可以看出,批评、建议、申诉、控告或者检举都可以成为公民权利制约国家权力的方式和渠道。三是监督和制约对象的广泛性。公民监督的对象并不囿于特定的对象和范围,对于任何国家机关和所有的国家工作人员,公民皆可以行使监督权利,任何监督对象不能有所例外。

第二,经常性。权力制约权力要受各种权力性质以及对其运作所设计的各种制度的限制,并不是一种权力可以制约任何权力,即使可以制约,往往又囿于严格的程序而很难使监督经常性付诸实现。权利监督具有终极性,不分时间和地点,虽然权利有时很难直接监督权力,但仍可通过间接监督的形式,达到制约权力的目的。这也是宪法赋予公民的一项基本权利。

第三,评判性。权力来源于权利,权力必然反映权利的内容和要求,以权利制约权力必然涉及到考察权力是否真正反映了人民的利益和要求,因

① 屈学武著:《法定权力与权力法治》,《现代法学》,1999年第1期,第21页。

② [美]罗伯特·达尔著:《民主理论的前提》,转引自顾昕著:《以社会制约权力——托克维尔·达尔的理论》,《公共论丛》1995年第1卷,第148-167页。

③ [法]托克维尔著,董果良译:《论美国民主》,商务印书馆1997年版,第360页。

④ 刘巍著:《以权利制约权力》,《上海社科院学术季刊》2001年第3期,第47页。

此,权利实质上是对权力进行评判。这种评判的直接效果是某种权力是否存在,权力者是否应该拥有这种权力,而若这种权力连存在都不应该,则更不用说行使和运用了。因此,权利制约权力的这种评判性从一开始就制止了非法权力的产生,避免非法权力流向社会,造成腐败现象。

第四,连锁性。表现在当权利不能直接监督制约或很难直接监督某种权力时,可以通过敦促启动其他权力达到监督和制约某种权力的目的。这是权利与权力在现实生活中的实际地位和力量对比状况所引发的。如公民发现某行政机关违法或不当地行使行政权,该公民当然可以直接提出批评或建议,但往往难以奏效,这时候公民即可向权力机关或向上一级行政机关反映情况,从而制约行政权的滥用。因此,权利制约权力的连锁性主要表现为权利启动权力,再以权力制约权力这一过程。这种连锁性也强化了“以权利制约权力”的机制,完善了权力制约体系。

第五,效应性。有人曾做过这样的实际调查,在中国,当权利与权力发生冲突时,很多权利者宁愿放弃自己的权利,原因是他们认为权力行为天然合理,权力可以无边,等等。^① 这种思想观念无疑为权力至上、权力腐败提供了滋生的土壤。因此,在这种特定的客观环境和文化背景下,若能以提倡权利作为制约权力的主要力量,某个权利者一旦以权利抗争权力取得成功,必然会激发其他权利者的权利意识,形成一股全社会的合力,使权力腐败无处藏身,从而达到从根本上制约权力的目的。

第六,灵活性。以权力制约权力当然是必要的,但权力特殊的地位和相互关系,使得“官官相护”,以权力维护权力,在人类社会发展的各个阶段不同程度地存在着。权利本位性和终极性决定,以权利制约权力的方式和渠道众多,权利可绕开权力壁垒,灵活监督制约权力。

民事执行权作为国家权力的组成部分,具有国家权力的一般属性,同样可能被滥用并侵害执行当事人或案外人合法权益。因此,对民事执行权必须进行有效制约。建立民事执行救济制度,可以从两个方面实现对执行权的制约。一方面,通过赋予执行当事人和案外人对强制执行行为的侵害提起救济的权利,实现“权利对权力的制约”。另一方面,对执行救济的申请作出裁判的权力是从执行权中分化出来的一种权力,称为“执行裁判权”,执行裁判权的存在和行使,直接体现了对执行权的制约,这种制约方式即是“权力对权力的制约”。这两方面的制约执行权的功能是相辅相成的。执行救济申请权对执行权的制约作用需要通过执行裁判权的行使才能得到现实地

① 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1995年版,第119-122页。

发挥;执行裁判权对执行权的制约则需要通过执行救济申请权的行使才能得以启动。可见,执行救济制度是两种权力制约机制的有机结合。不过从另外一个角度来说,法律在赋予执行当事人或案外人以执行救济申请权的同时,必然要求有关机关行使执行裁判权,或者说执行救济申请权本身就包含着启动执行裁判权行使的意思,否则执行救济申请权就无法构成一种真正意义上的权利。这就像起诉权一样,起诉权的成立必然意味着审判权的行使,起诉权本身就是一种要求司法机关行使审判权的权利。从这一意义上来说,执行裁判权又是为了保障执行救济申请权而存在和行使的。由此可以认为执行救济制度对于执行权的制约,本质上是执行申请权对执行权的制约。

当然,在权利救济的需要和权力制约的需要两者之间,前者是执行救济制度成立的根本依据。首先,执行救济制度是通过执行当事人或案外人行使申请救济权而发挥作用的。如果执行当事人在其合法权益受到侵害之后,放弃申请救济权的行使,则执行救济制度就无法发挥制约执行权的作用。其次,如果执行当事人或案外人并不认为执行机关滥用执行权的行为侵害了其合法权益,只是认为执行方法违背善良风俗,侵害了社会公共利益,则执行当事人或案外人不能申请执行救济——他们只能就自己的权利申请执行救济。从以上两点可以看出,执行救济制度从根本上来来说是服从于权利救济的需要的。

(二)执行救济契合了在民事执行过程中实现权利救济和权力制约的特别需要

如上所述,任何权力的制约都离不开“以权力制约权力”和“以权利制约权力”两种方式。但是针对不同的权力类型,这两种方式发挥作用的程度是有区别的。就民事执行权而言,“以权利制约权力”方式具有特别重要的意义。通过立法机关为民事执行权的行使提供程序规范这种“以权力制约权力”的方式,对于防止权力滥用和保障执行当事人以及案外人的合法权益不受侵害固然具有重要的作用,但是,由于民事执行活动和民事执行权的特殊性,民事执行程序的制约执行权的功能相对较弱,执行当事人或案外人的合法权益受到侵害的可能性也就相对较大。因此,在民事执行领域,执行救济制度对于实现权力的制约和权利的保障就具有特别重要的意义。

民事执行程序在制约民事执行权和保障执行当事人或案外人的合法权益方面存在如下功能缺陷。