

【执行工作政策与精神】

最高人民法院黄松有副院长在全国高级人民法院执行局(庭)长座谈会上的讲话

【案例分析】

临沂市罗庄区人民政府应对罗庄街道办事处的债务承担责任问题请示案

【理论与实务研究】

仲裁司法监督与仲裁制度完善

【调查研究】

关于南京市法院民事案件“执行难”问题的调查报告

【执行工作动态】

吉林省高级人民法院召开新闻发布会宣布《执行干警“八个严禁”》

【他山之石】

俄罗斯联邦执行程序法

强制执行 指导与参考

Reference and Guide to Enforcement

中华人民共和国最高人民法院
执行工作办公室 / 编

2004年第2集·总第10集

强制执行指导与参考

Reference and Guide to Enforcement

中华人民共和国最高人民法院
执行工作办公室 / 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

强制执行指导与参考. 总第 10 集/中华人民共和国
最高人民法院执行工作办公室编. —北京:法律出版社,
2004. 9

ISBN 7 - 5036 - 5088 - 5

I. 强… II. 中… III. 强制执行—法规—中国—
参考资料 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 087222 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/萧逢伟	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/16 字数/278 千
版本/2004 年 10 月第 1 版	印次/2004 年 10 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 - 63939646	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 - 5088 - 5/D · 4806	定价:33.00 元

2004年第2集·总第10集

强制执行指导与参考

顾问：梁慧星 王利明 江 伟 杨荣新
白绿铉 甘培忠 张卫平

编辑委员会

主 任：黄松有
副主任：俞灵雨 葛行军 孙忠志

委 员：张甫旗 黄金龙 张小林 裴莹硕
吴宪光

本集执行编辑：刘涛

特邀编辑：

童兆洪（浙江）	霍力民（山东）	卢炳建（吉林）
佟利建（黑龙江）	罗书平（四川）	李平君（辽宁）
乌小青（重庆）	彭厚信（贵州）	董振国（陕西）
苏 和（内蒙古）	田玉玺（北京）	范柏生（上海）
孙存福（天津）	李少平（河北）	冯 强（山西）
曹卫平（河南）	陈平安（湖北）	李兴国（湖南）
黄敏孙（江西）	杨贤才（广东）	杨悍东（安徽）
刘亚平（江苏）	陈庆才（福建）	肖廷金（海南）
兰生昌（广西）	谢栓柱（云南）	吴 峰（宁夏）
张燕生（甘肃）	王建生（青海）	马建国（新疆）
李从仁（西藏）		

强制执行指导与参考(总第10集)目录

●【执行工作政策与精神】

在全国高级人民法院执行局(庭)长座谈会上的讲话	
..... 最高人民法院副院长 黄松有	1
在全国高级人民法院执行局(庭)长座谈会上的总结讲话	
..... 最高人民法院执行工作办公室主任 俞灵雨	18

●【法律·法规】

基金会管理条例	29
证券投资基金运作管理办法	37
中华人民共和国对外贸易法(2004年修订)	45
企业名称登记管理实施办法(2004年修订)	55
外商投资商业领域管理办法	61
合伙律师事务所管理办法	67
中华人民共和国中外合作办学条例实施办法	73

●【司法解释】

最高人民法院关于破产清算组在履行职责过程中违约或侵	
权等民事纠纷案件诉讼管辖问题的批复	82
最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期	
间届满后又在催款通知书上签字问题的批复	83
最高人民法院关于人民法院查封、扣押、冻结财产若干问题	
的规定(征求意见稿)	85

●【其他规范性文件】

最高人民法院关于开展审判监督工作若干问题的通知	91
最高人民法院关于妥善解决人民法院外欠债务问题的意见	93
最高人民法院关于表彰全国法院执行工作理论研讨会获奖	
论文作者的决定	95

附:全国法院执行工作理论研讨会获奖论文及作者名单	95
最高人民法院 人事部关于印发《人民法院奖励暂行规定》	
的通知	99
附:人民法院奖励暂行规定	99
 ●【案例分析】	
临沂市罗庄区人民政府应否对罗庄街道办事处的债务承担	
责任问题请示案	105
附:最高人民法院复函	109
北京市第一中级人民法院与沈阳市中级人民法院执行冲突	
协调案	110
附:最高人民法院关于辽宁省沈阳市中级人民法院与北	
京市第一中级人民法院执行争议案的处理意见	114
海南省高级人民法院执行中国银行海南省分行质押股权执	
行异议案	116
附:最高人民法院执行工作办公室关于中国银行海南省	
分行质押股权异议案的复函	121
“工亡补助金”能否强制执行	122
 ●【理论与实务研究】	
仲裁司法监督与仲裁制度完善	葛行军 124
担保法适用中的几个新问题	刘贵祥 135
权利质权法律与实务研究	金剑锋 146
试论共有财产的执行	楼旭萌 楼常青 159
关于民事执行理论与实践若干问题的反思	侯希民 167
论我国强制执行财产调查制度的建立和完善	梁红照 181
 ●【调查研究】	
关于南京市法院民事案件“执行难”问题的调查报告	190
 ●【执行工作动态】	
吉林省高级人民法院召开新闻发布会宣布《执行干警“八个	
严禁”》	200

广东省高级人民法院关于执行款管理工作的若干规定 (试行)	203
浙江省高级人民法院关于建立执行工作良性循环长效管 理机制的意见	209
上海市高级人民法院关于在执行程序中使用调查令的若 干规定(试行)	212
上海市浦东新区人民法院建立十项机制,破解执行难题	219
内蒙古自治区法院清理拖欠工程款和农民工工资案件专 项审判活动成果显著	222
附:为了千万农民工的利益 ——赤峰市中院开展清理拖欠专项审判活动二三事	223
 ●【他山之石】	
俄罗斯联邦执行程序法	张西安 程丽庄 译 225

【执行工作政策与精神】

在全国高级人民法院执行局(庭)长 座谈会上的讲话

◆最高人民法院副院长 黄松有

2004年6月2日

同志们：

今天，我们在这里召开全国高级人民法院执行局(庭)长座谈会。这次会议的主要内容是：总结第一次全国法院执行理论研讨会取得的成绩，表彰研讨会获奖论文作者；交流执行理论研究的新成果，探讨并展望今后一个时期执行理论研究的若干重要课题，并为召开第二次全国法院执行工作会议做好有关的筹备工作。

下面，我讲三个问题。

一、第一次全国法院执行理论研讨会的主要特点

大家知道，我国关于执行理论方面的研究比较滞后，远远不能适应执行工作的实际要求。为夯实执行工作的理论基础，深化执行改革，进一步推进执行工作，最高人民法院于2001年9月在新疆召开了第一次全国法院执行理论研讨会。研讨会得到了各级人民法院的大力支持，共收到各高级人民法院选送的论文182篇，会议期间，与会同志还围绕执行工作中的一些重大理论和实践问题展开了热烈的研讨和交流。总的来看，研讨会在执行理论研究方面取得了丰硕成果，所研讨的内容体现出以下几个特点：

(一)涉及的领域广泛，内容多样。会议所提交的180多篇论文所涉及的内容非常广泛，从执行理念、执行权的性质、强制执行法的基本原则、执行程序中的公正与效率、既判力主观范围的扩张、执行竞合等宏观性或者理论性较强的问题，到执行管辖、执行中止、终结制度的重构、债权凭证制度、执行中的查封、拍卖制度、对共有财产的执行、对股权的执行等实践性较强的问题；从现行法律和司法解释的解读，到强制

执行立法和强制执行制度的完善;从理论观点的争论,到具体制度的设计;从执行实践经验的理论总结,到执行实务问题的客观调查等,涵盖了强制执行理论和实务中的大部分问题。许多论文中提出的观点已经影响到了强制执行立法及相关司法解释,并对强制执行实践起到了一定的指导作用。

(二)重点、热点问题突出。从研讨会提交的论文来看,大家对近年来的一些热点问题给予了特别的关注,比如关于执行权的性质、执行权分权运行机制、执行机构的设置、执行当事人的变更和追加、执行中的拍卖制度、参与分配制度、执行救济制度等问题,相对来说大家关注的比较多,在会议提交的论文中,专门论述或者涉及上述几个问题的论文占相当大的比重。

(三)提出了许多新的观点和主张。各级法院提交的论文中,既有对过去理论研究成果或者实践经验的总结、整理、分析,也不乏充满新思想、新观点、新思路的创新之作,有的论文还在一定程度上填补了我国在同类问题研究上的空白。比如,有的作者围绕执行中需要法院对执行依据作出解释这一问题,较为系统地论述了执行解释的必要性、执行解释权的性质、执行解释的原则以及执行解释的具体方法等,这在执行理论的研究中尚属首次。有的作者通过对执行程序中债务人及第三人主张抵消所提异议如何处理的论述,进一步细化了执行救济制度的相关研究。此外,诸如公司法人格否认法理在执行程序中的运用、执行不破租赁、关联公司债务执行中的法律问题、执行中的强制管理等论题,都从比较新的角度展开论述,提出了不少有价值的观点,将相关问题的研究提高到了一个新的层次。

(四)注重理论联系实际。研讨会提交的论文还有一个比较明显的特点,就是比较注重联系执行工作的实际,注意针对与执行实践相关的理论问题进行讨论。很多论文从执行实践中存在的某个问题入手展开论述,也有不少论文运用执行程序运作的实例或者实际的执行案例来论证自己的观点,有很强的说服力。此外,还有一些论文本身就是对工作中遇到的一些特殊案件的理论分析和总结,有很强的针对性和实用性,如涉军民事案件的执行、罚金刑执行对策研究、执行烂尾楼若干问题的探讨、审计执行研究,等等。

上述情况表明,第一次执行理论研讨会取得的成果是多方面的。但也有一些需要我们进一步改进的问题。首先,我们对很多问题的认识还比较粗浅、零散,表面上泛泛而论的多,深层次思考和挖掘的少,这有待于进一步系统化、精制化。其次,研究的课题还有一定的局限性,还有一些理论和实践问题没有涉及到;研究的视野也大都局限于强制执行制度本身,从民事实体法、民事诉讼法等不同角度以及从它们与强

制执行法结合的角度进行研究的论文还比较少。第三,研讨中虽然形成了几个焦点问题,但总的来看研讨的内容还比较分散,没有形成观点的交流,影响了研究的深化。我们以后要特别注意适当集中力量有计划地针对一些专门问题进行系统、深入的讨论和研究。目前,最高人民法院执行办主办有两本执行方面的刊物,今年4月份,我们还与人民法院出版社联合从各高院聘用了30多名特约通讯员。今后,要注意利用这些宝贵的资源,有计划地组织全国法院的执行人员,分期分批地对某些重要的理论和实践问题集中进行讨论。这个工作由执行办具体负责落实。第四,学术规范方面尚有欠缺。有的文章不符合论文的基本要求,体例上更像是一篇工作报告;有的论文在使用别人的研究成果时不注意作出说明,有的虽然作了说明但没有全面显示被引征作品的相关信息,还有的同志随意曲解被引征作品的原意,等等。这方面的问题是我们实务部门同志的弱项,随着我们整体研究水平的提高,在这些方面要注意改进。

同志们,理论研究是一项非常艰苦的工作,任何一点理论上的进步,都需要付出艰苦的努力,尤其是对于我们执行人员来说,在繁忙的工作之余进行研究,要能够耐得住寂寞,要能够抵挡得住各种各样的诱惑,要付出比别人更多的辛劳。在这里,让我们对那些在执行理论和实务研究之路上孜孜以求、上下求索、默默奋斗着的同志们,表示衷心的感谢和崇高的敬意!为鼓励先进,进一步繁荣执行理论研究,最高人民法院决定对第一次全国法院执行理论研讨会上提交的优秀论文进行表彰。经专门评审委员会的认真评选,在第一次全国法院执行理论研讨会所提交的全部182篇论文中最终确定了40篇获奖论文,其中一等奖5篇,二等奖10篇,三等奖25篇。在初选之后,入选论文的作者又结合执行理论和实践的最新发展,对论文作了相应的修改和完善。因此,我们这次评选出的论文实际上也反映出了近两年来执行理论和实践发展的最新状况。今天,获一、二等奖的论文作者也出席了这次座谈会。在这里,我代表最高人民法院向论文获奖作者表示衷心的祝贺!希望你们能够珍惜荣誉,再接再厉,取得更为丰硕的成果!全国法院广大执行干警要以这些获奖同志为榜样,加强执行理论和实务研究,为进一步推进执行工作、进一步改革和完善民事强制执行制度作出自己的贡献!

二、当前及今后一个时期执行理论研究的几个重要课题

近年来,我们在执行理论研究方面虽然取得了一定的成绩,但执行理论研究的落后局面还没有从根本上得到改观,执行实务中还有很多问题需要理论上的论证和支持,许多重大课题还缺少深入的研究和论

证。因此,加强执行理论研究,仍是我们应该下大力气做好的一项重要工作。最近几年,我们在多个场合都一再强调执行理论研究的重要性,大家对这个问题的认识也比较一致。在充分认识到执行理论研究的重要性这个问题之后,需要进一步思考的问题是:当前及今后一个时期,我们应该在哪些方面加强执行理论研究,或者说执行理论研究有哪些重大课题。这里,我结合自己的一些体会,尝试提出执行理论研究的几个比较重要的课题,和大家一起讨论。

从大的方面来说,民事强制执行理论研究应该兼顾到不同的层面:首先要从外部入手,研究强制执行法与宪法、民事实体法、民事诉讼法、破产法等部门法的关系;其次要从强制执行法本身入手,研究强制执行法基本理论的体系结构,并对强制执行的基本制度进行深入系统的研讨;再次,要从执行改革和执行实践入手,对执行改革进行理论分析和论证,对执行实践经验进行理论整理和归纳。

(一)民事强制执行法与宪法的关系

关于强制执行法与宪法的关系问题,目前我国理论和实务界还很少有人探讨,应该说这是一个比较前沿的问题。这个问题并不要求大家都去做深入研究,但应该有一个基本的认识。

以前我曾经提到,有一个著名法学家说过:强制执行的终极目标,在于衡量债权人与债务人双方的情形,一方面把债务人的痛苦降到最低点,另一方面保障债权人的权利充分、迅速地得到实现。这一概括充分表明,如何保护和平衡当事人各方的合法权益,是强制执行法关注的一个重要问题。我们知道,宪法是规定国家政体、国体及公民基本权利义务的根本大法,宪法的理念和原则对强制执行制度具有统辖和指导作用,因此,从宪法的角度来理解和认识执行中的权利保护问题,无论对于我们转变观念,还是对于强制执行立法和执行实务,都具有重要的指导作用。首先,从债权实现的角度来说,很多国家都从宪法、人权的角度来看待债权的实现问题,因此,保障债权人的债权及时、充分地得到实现,不仅是强制执行法的要求,也是宪法对财产权等基本权利保护的要求。其次,就被执行人的保护而言,从宪法的角度来认识问题有着更为重要的意义。我们知道,只要实施强制执行,就有可能触及到被执行人的财产、住宅、人身自由、人格尊严等基本权利,相应地就会涉及到被执行人基本权利的保护问题。从宪法的角度看,就要求强制执行立法和强制执行程序的实际运作都要符合宪法的基本精神和要求,对被执行人的基本权利给予充分的尊重和维护。大家一定注意到,许多国家的强制执行法中对执行的时间、执行标的物的范围等,都作出了明确的限制性规定。最高人民法院起草的民事强制执行法草案也有类似的

规定。有很多人理解,认为诸如夜间不能随意进入别人的住宅执行等规定不符合我国国情,应该删除。这里就有一个观念转变的问题。尊重人的尊严、保障公民的基本人权已经成为现代社会的共同追求,即使是强制执行,也要注意尊重人权与实现债权的关系,不应该以牺牲基本人权为代价。可以这么说,任何一部强制执行法,如果不能在其字里行间贯彻保护公民基本权利这一宪法要求,就很难称得上是一部现代意义上的、文明的民事强制执行法。不仅立法如此,强制执行的实际运作也应该符合宪法的规定和要求。我们所实施的执行应该是合法的、文明的、人道的执行,应该维护被执行人及其家庭成员的基本生存权,尊重被执行人的人格尊严,执行的方法和手段也应该限制在必要、适度的范围内,特别是在强制执行法对某些问题没有明文规定的情况下,要以宪法作为权利保护的根指针。值得提及的是,今年3月,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”明确写进了宪法。这是社会主义人权发展的重大突破,是中国人权发展的重要里程碑。对各级国家机关来说,这意味着尊重和保障人权将成为我们开展工作的一项基本的或最高准则。我们要认真学习和领会这一规定,在执行工作中真正将尊重和保障人权落到实处。

(二)民事强制执行法与民事实体法的关系

社会上包括我们法院内部有不少人对执行工作不了解,认为搞执行不需要懂实体法。实际上,我们大家体会都比较深:许多执行案件往往是实体问题与程序问题交错重叠,牵连难分,十分复杂。因此,从事执行工作的人既要懂程序法,又要懂实体法,更要善于将实体法和程序法融会贯通,否则,就不可能正确地处理案件。从理论研究的角度来看这个问题,可以说,强制执行领域是一个程序问题与实体问题交叉融合的领域。正因为如此,对强制执行法不能单纯从程序法的角度来研究,而应该同时从民事实体法的角度来研究。

在民事强制执行法与民事实体法关系的问题上,首先应该认识到,民事实体法对民事强制执行法具有基准意义,强制执行制度应该与民事实体法的有关规定相协调。民事实体法规定了民事主体享有的民事权利,这些民事权利经过一定的法律程序确认后,最终通过民事强制执行程序来实现。因此,从一定意义上,可以把民事强制执行法看作强制性地实现民事权利的法律制度。作为实现民事权利的法律制度,民事强制执行法的基本结构就应该以民事实体法为基准,根据具体执行对象和形态的不同,采取罗列的方式进行结构设计。我们知道,很多国家的强制执行法包括最高法院目前起草的民事强制执行法草案,在结构设计上主要以民事实体法上的请求权为线索,执行程序和各种执行措

施均围绕不同的实体请求权展开,在金钱债权的执行中又根据执行对象的不同规定了不同的执行方法,其基本的考虑就是使民事强制执行法与民事实体法有机协调,遥相呼应,相辅相成。除结构体系外,民事强制执行法在具体制度的设计上也要积极回应民事实体法的要求,避免因执行行为的实施破坏民事实体法所调整的正常的市场流通秩序。比如,对不动产的查封之所以要办理查封登记,目的就是要与民事实体法的公示制度相协调。又如,因实施执行行为所引起的各种权利的得丧变更,总是与民事实体法上的效力相伴相随,执行中的程序问题和实体问题往往交叉缠绕在一起,离开实体法,执行程序的运作将会寸步难行。

民事实体法对于民事强制执行法具有基准意义,但这并不意味着民事强制执行法仅仅是民事实体法的从法或者辅助法。民事实体法侧重于从静态的角度来衡量当事人之间的利益关系,而民事强制执行法则是从动态的角度衡量更为复杂多样的利益关系。强制执行制度的设计和运作除了要考虑最大限度地实现债权人的债权外,还要考虑债务人的保护、执行的效率、执行成本等多种复杂因素。因此,民事强制执行法对于民事实体法,并不是亦步亦趋,如影随形,民事强制执行法有其自身的特点和规律,强制执行程序有其自身独立的价值。强调这一点非常重要。第一,它有助于我们理解和把握某些强制执行制度。例如,在很多国家的强制执行制度中,执行程序中的查封或者扣押可以产生一种类似于担保权的优先受偿权,这实际上意味着通过执行程序创设了一种实体权利。又如,许多国家对于执行中拍卖制度的设计,都充分考虑到了执行程序自身的特点和规律,而没有完全套用民法上的拍卖制度。许多同志已经注意到,在最高法院起草的《关于执行中评估、拍卖、变卖若干问题的规定(征求意见稿)》中,有许多条款的规定与拍卖法不一样,这也是基于执行中拍卖的特点和规律所作的特殊设计。第二,它有助于改变“重实体、轻程序”的传统观念,使我们充分认识到执行程序的独立价值。长期以来,主流的观点把执行程序仅仅视为实现实体权利的手段,忽视甚至完全抹煞执行程序具有不依赖于实体的独立价值。在这种观点的影响下,人民法院像包揽诉讼那样包揽执行,并因此而背负了社会过多的指责。近年来,我们逐渐认识到了执行程序自身的独立价值,许多法院积极倡导“程序正义”、“执行穷尽”等新的执行理念。应该说,这些新理念的提出是一个很大的进步,但过去我们提出这些理念更多的是基于对执行实践的反思,今后,我们有必要进一步从民事强制执行法与民事实体法的关系这个角度来研究,以便对执行程序的独立价值等问题有一个更为深刻的认识和把握。

(三)民事强制执行法与民事诉讼法的关系

民事强制执行法与民事诉讼法的关系也是需要我们认真研究的一

个问题。我们这里所说的民事诉讼指的是狭义上的民事诉讼,主要指审判程序。大家知道,包括我国在内的许多大陆法系国家,传统上将民事强制执行制度视为民事诉讼制度的组成部分,在立法例上,许多国家都将民事强制执行制度规定在统一的民事诉讼法典中。这种做法是将民事诉讼理解为包括审判程序和执行程序在内的广义上的民事诉讼。但从狭义上看,强制执行与民事诉讼确实是两种不同的制度。首先,强制执行和民事诉讼虽然都是保护民事权利的程序,但民事诉讼侧重于确定民事权利是否存在,因此可以将其称为确定民事权利的程序;而强制执行则侧重于在事实上实现民事权利,因此可以将其称为实现民事权利的程序。其次,强制执行和民事诉讼有不同的价值取向、指导原则和程序设计。虽然,审判和执行都是人民法院工作的组成部分,都要坚持公正与效率这个工作主题,但是,两者有各自的规律性和侧重面。民事诉讼的实质是对发生争议的法律关系作出裁判,以解决纠纷,因此在价值取向上更侧重于公正,其所设置的一审、二审甚至再审等诸多程序制度,旨在通过严密的程序设计保障对当事人之间的权利义务关系作出正确的判断;而强制执行的实质在于实现法律文书所确认的权利,其在价值取向上更侧重于效率,执行程序中对当事人权利义务主要采取形式审查的原则,二者具有各自完全独特的调整原理和程序制度。此外,那种将民事诉讼程序视为执行程序的前提和基础,把执行程序视为民事诉讼程序的继续和完成的观点,也值得讨论。我们知道,强制执行的依据除法院作出的法律文书外,还包括仲裁裁决、行政决定和某些公证债权文书,对仲裁裁决、行政决定和公证债权文书的执行并不以民事诉讼为前提,更不是民事诉讼程序的继续,对公证债权文书的执行中甚至还会出现先有执行后有诉讼的情况。当然,我们并不否认强制执行与民事诉讼之间存在着密切的联系,但不能只看到二者之间的联系而忽视它们之间的差别。今后我们有必要深入研究二者之间的区别,以便对它们之间的关系有一个更为全面的把握,为单独制定民事强制执行法进行理论上的论证和说明,提供理论上的指导和支持。

(四)民事强制执行法与破产法的关系

破产程序是指通过一定的法律程序,强制性地将债务人的全部财产进行变价和分配,以实现全部债权人债权利益的程序。从强制性地实现债权这个意义上来说,破产程序也是一种广义上的强制执行,只不过通常所说的强制执行只考虑一个或多个特定的债权,本质上是一种个别执行,而破产程序则要考虑全部债权,本质上是一种概括执行。在民事强制执行法和破产法的关系问题上,最需要研究的是两种法律制度在实现债权中的功能和定位问题,对这一问题的认识,直接涉及到民

事强制执行法中关于执行财产分配原则这一重要问题。

我们知道,关于执行财产如何在多个债权人之间分配的问题,理论和实务界历来存在着优先原则和平等原则的争论,究竟哪种原则更为合理,通过对执行制度和破产制度二者功能定位的认识,可以找到一个合理的解释。强制执行制度和破产制度各有自己的功能,前者注重债权的个别清偿,后者则注重全部债权的公平清偿,在个别清偿中如果发现债务人的财产不足以清偿债务的,则应及时转入破产程序实行公平清偿。两种制度各司其职、相辅相成,在一个完整的法律体系中共同发挥着执行清偿的功能。如果在强制执行制度中实行平等原则,则意味着在执行程序中适用了破产程序的分配原则,显然会造成制度上的重复。因此,从执行和破产这两种法律制度各自的功能定位,以及一个国家法律体系整体协调的角度看,民事强制执行法中无疑应采取依优先原则。但是,优先原则的合理性是以其他债权人能够有效地利用破产程序为前提的,如果一个国家的破产制度在实践中很难发挥其应有的功能,债权人很难利用破产程序使自己的债权获得公平清偿的话,在民事强制执行法中采取优先原则就可能会直接影响到其他债权人的利益,从而在实质上造成一种不公平的后果。正是基于这种考虑,我们在民事强制执行法草案中没有采取优先原则,而是采取了一种折衷的做法,实行团体优先原则。总之,优先原则和平等原则的取舍,是民事强制执行法中的一个重要问题,今后大家可以从不同的角度,包括从民事强制执行法与破产法关系的角度,对这一问题展开更为深入的研究。

(五) 执行权的性质

近年来,执行权的性质问题是理论和实务界普遍关注的一个热点问题,这一问题之所以会成为热点,与执行改革的现实需要有很大关系。执行改革尤其是执行体制、执行机制和执行机构的改革,迫切需要从理论上寻找依据,迫切需要理论上的指导和支持。在这种背景下,理论和实务界不约而同的找到了“执行权”这一理论武器,从分析执行权的性质出发,为执行改革进行理论上的说明和论证。从目前来看,关于执行权的性质主要形成了三种观点:一种观点认为执行权是审判权的组成部分,性质上属于司法权。第二种观点认为执行是审判程序结束后所进行的一种特殊的行政活动,执行行为具有确定性、主动性、命令性等行政特征,因此,执行权属于行政权。第三种观点认为执行权在国家分权属性上具有司法权和行政权的双重属性,司法权和行政权的有机结合构成了完整意义上的执行权,因此,执行权是一种司法行政复合权。此外,浙江高院的童兆洪副院长认为执行权是一种国家的强制权。目前,这些不同的观点还处在不断的争论当中。应该说,形成这些观点

本身就是理论研究的一大进步。但是,应该认识到,过去的研究中也存在一些问题:比如,有的对于司法权、行政权、裁判权等基本概念缺乏准确的把握,从而导致对执行权性质的认识出现偏差;有的过分纠缠于理论本身,脱离活生生的实践分析执行权的性质;有的完全从当前的立法和执行实务来认识执行权的性质;还有人先把执行权定位为行政权,然后得出执行机构应该设置在司法行政部门的结论,显然过于简单化。鉴于执行权性质这一问题在执行改革中所扮演的重要角色,我们今后有必要对这一问题展开更为深入系统的研究,以便从理论上打通“关节”,为执行改革提供强大的理论指导和支持。

(六)执行当事人的范围与既判力理论

执行当事人的范围如何确定以及执行当事人的变更和追加问题,是执行实务中的一个重要问题,也是一个疑难问题。但是,我们当前对这一问题的研究还停留在实践经验总结这一阶段,还缺乏系统的理论论证,更没有建立起一个完整的理论框架。因此,今后有必要在这一问题上大功夫进行研究。

一般来说,执行当事人与执行依据上指明的当事人是一致的。但是,法律文书生效后,原债权债务主体发生变化的情况在执行实践中很常见。为避免就同一法律关系重复诉讼,减轻当事人的讼累,就有必要将执行当事人的范围扩大到执行依据所指明的当事人以外的民事主体。但是,执行当事人的范围究竟扩大到什么程度才合适呢?这就需要从理论上进行研究和论证。在民事强制执行法理论上,这种以执行依据以外的民事主体作为执行当事人的情况,被称为执行依据执行力主观范围的扩张。执行力的主观范围与民事诉讼法理论上所谓的既判力的主观范围并不是完全一致的,比如在以公证债权文书作为执行依据时,其仅仅具有执行力而没有既判力,当然也谈不上既判力主观范围扩张的问题。正是因为执行力的主观范围与既判力的主观范围并不是完全一致的,因此,在民事强制执行法上有必要对执行力的主观范围问题进行专题研究,并作出专门的规定。但是,同时也应该认识到,执行依据执行力主观范围的扩张与既判力主观范围的扩张在理论上又是一脉相承的,在大多数情况下,可以用判决既判力主观范围扩张的理论来解释执行力主观范围扩张的问题。所以,我们今后在研究执行当事人的范围及其变更和追加这一问题时,应该在做好实践经验总结的同时,向前再迈进一步,善于从既判力、执行力的主观范围这一基本理论入手,从理论高度进行更为系统的论证,以便借助理论所特有的逻辑性和严密性,对当前的一些不合理的规定进行清理和完善,并使执行当事人的变更和追加这一重要制度获得更为充分的理论支持。

(七) 执行标的

对于执行标的这个问题,实务界的同志相对来说关注较少。但是,同执行当事人一样,执行标的问题也是民事强制执行法的基本理论问题之一,也应该作为我们今后研究的一个基本课题。

我们知道,我国有关的司法解释及理论界主流的观点认为,执行标的限于财产和行为,人身不能作为强制执行的标的。但是,也有人提出了不同的观点。首先,对于将行为作为执行标的的主流意见,反对的观点认为这实际上是混淆了执行标的与执行依据中确定的实体权利的客体。这些观点认为,行为是抽象的概念,无论如何,执行措施无法作用于具体的行为,行为本身不具有可执行性,不能成为执行标的。其次,对于不能将人身作为执行标的的主流意见,也有人提出了反对意见,认为以人身作为执行标的并不意味着恢复古代的人身执行制度,而是一种间接强制措施,是以限制人身自由的手段来达到执行目的。现代社会中的对人执行已经与古代社会中的对人执行有很大的区别,人身执行不是代替履行义务,更不同于用债务人的人身抵偿债务。有人甚至提出,在交出未成年子女等特殊案件的执行中,可以将人身作为直接执行的标的。针对上述争论,目前我们在执行标的问题上需要进一步探讨的问题主要有两个:一是将“行为”本身作为执行标的是否合适?二是绝对将“人身”排除于执行标的之外是否合理?希望有兴趣的同志能够进一步研究。

在执行实践中,我们还经常遇到这样的问题:在对被执行人的财产强制执行的时候,究竟哪些财产可以执行,哪些财产不能执行,因为缺乏明确的法律规定,执行人员往往无所适从。这个问题亟待从立法上予以明确。在对执行标的的研究中,我们要结合实际工作对这个问题重点进行研究,以便为立法和司法解释提供重要的参考和依据。

(八) 执行财产的查明

我们知道,对于大多数案件来说,强制执行能否取得实际效果,归根到底取决于能否找到被执行人的财产。因此,在民事强制执行法中如何设计一整套行之有效的查明被执行人财产的制度,是我们应该关注的一个基本问题。从我国目前的情况来看,在查明被执行人财产方面存在的问题非常突出,大量的案件因为找不到被执行人的财产而无法执行。这种局面的出现,除了我国对财产的监管制度不健全等原因外,没有充分发挥申请执行人在查明被执行人财产方面的作用也是一个重要的原因。因此,今后我们要认真研究如何调动申请执行人的积极性、如何有效利用申请执行人的力量发现和寻找被执行人的财产。