

# 审执分离与执行权制约

## ——透过执行异议修正案的解读

**作者：**吴英姿

**作者单位：**南京大学法学院

**出处：**2008年1月山东警察学院学报第1期总第97期

**内容摘要：**民事诉讼法修正案对执行异议制度的修改主要有两个方面：一是增加了程序上的执行异议，二是把对实体审查从执行程序中剥离出去。执行异议修正案体现了程序设计运作上的审执分离要求，新的执行异议制度成为执行权制约机制的重要环节。通过对当前执行权性质讨论和“执行分权”论中出现的认识误区的检讨，指出审执分离的根本缘由是基于执行程序的独立性和执行权运作的规律；执行权制约机制不是“分权”，而是执行救济。

**关键词：**执行异议；民事诉讼法修正案；审执分离；执行权性质；执行权制约

**中图分类号：**D925.1 **文献标识码：**A **文章编号：**1673—1565(2008)01—0025—04

**正文：**

### 一、新旧执行异议制度对比

原《民事诉讼法》第208条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出异议的，执行人员应当按照法定程序进行审查。理由不成立的，予以驳回；理由成立的，由院长批准中止执行。如果发现判决、裁定确有错误，按照审判监督程序处理。”

修正案第202条规定：当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。”

第203条规定：“人民法院自收到申请执行书之日起超过六个月未执行的，申请执行人可以向上一级人民法院申请执行。上一级人民法院经审查，可以责令原人民法院在一定期限内执行，也可以决定由本院执行或者指令其他人民法院执行。”

第204条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

修改后的执行异议制度有两大变化：

一是区分了实体问题异议和程序问题异议。实体问题异议即案外人对执行标的主张权利的异议。程序问题异议即当事人、利害关系人认为执行行为违反法律而提出的异议。

二是把对实体审查从执行程序中剥离出去。执行人员对执行异议只能进行形式上的审查：对执行行为违反程序等程序事项进行处理，并赋予当事人复议权；对涉及实体问题争议事项不作实质审查，其裁定只发生执行程序效力，当事人、案外人对裁定不服的，可以针对执行依据申请再审或就执行标的上的权利另案起诉。

对执行异议制度的修正只是执行程序法律制度重构的一个开端。执行异议制度的问题反映了我国执行程序制度问题的冰山一角，只是因为执行异议制度的问题太明显，有关修改的意见比较一致和集中，因此才得以成为第一批修改的对象。尽管修正案表达了多数人关于执行异议制度完善的意见，但是并不意味着人们关于执行异议制度构建的原理性问题已经达成共识。相反，在诸如执行权性质、审执分离的理论基础、执行权制约机制等基本问题上，仍然存在明显的认识差异。这些问题的解决直接涉及到执行程序的构建和执行机构的设置等制度框架问题，因此是无法回避和绕过的。

## 二、关于执行异议制度讨论的梳理

现行民事诉讼法颁布之前，审判权运作的样式是从立案到执行由一名审判人员负责的“一条龙”式。实践中，这种审执不分的审判方式暴露出种种问题引发了审执分开的改革。1991年《民事诉讼法》总结审判方式改革成果，把执行程序与审判程序相对分离，从机构设置和人员配备、程序运作等方面对执行程序作了专章规定。但是，此时立法者对审执分离的认识是初步的，分离的目的在于增加一道监督防线，即通过执行发现生效裁判中的错误，从而起到监督审判人员，防止审判权滥用的目的。这样的审执分离是不彻底的，最为突出的表现就是关于执行异议制度的设计。原民事诉讼法规定的执行异议特指“案外人异议”，有权提出异议的主体只能是案外人，提出异议的内容必须是对执行标的主张实体权利。根据该法第208条和相关司法解释，执行机构对案外人提出的异议应依法进行审查，并分别情况作出处理。对执行异议的审查包含对实体问题的审查、认定和处理，表现在：

其一，对于案外人提出的执行异议，执行人员需要通过询问案外人、当事人、调查核实有关证据的方法进行审查。如果案外人没有提供必要的证据，或者所提供证据不能证明其异议，执行机构应认定异议没有理由，并以裁定驳回之，执行程序继续进行。经审查认为案外人异议成立的，报经院长批准，裁定对生效法律文书该项内容中止执行。

其二，对案外人提出的异议一时难以确定是否成立，案外人已提供确实有效的担保的，可以解除查封、扣押措施。如果申请执行人提供确实有效担保的，可以继续执行。因提供担

保而解除查封、扣押或者继续执行有错误，给对方造成损失的，应裁定以担保的财产予以赔偿。

让执行员审查判断执行异议中的实体争议的做法，实际上是在执行程序中加入了实体审理和判断的环节。由于这种审判是在当事人没有举证质证、没有充分陈述辩论的情况下作出的，不能保证裁判的正确性，而且对其判断结论当事人没有表示异议的机会，因此被批评为违反诉权保障的基本原理，不能充分保护案外人及执行当事人的合法权益；<sup>[1]</sup>把执行异议当作审判监督的手段之一，被批评为将审判监督程序与执行救济程序混为一谈。<sup>[2]</sup>此外，执行异议制度表现出来的执行权过大、缺少程序意义上的执行救济等问题也成为讨论的焦点。针对这些问题提出的修改意见也比较集中，主要围绕如何实现审执分离和完善执行救济途径两个方面。此次修正案基本上就是按照这个思路来制定的。

### 三、执行权的性质与审执分离

#### 1. 关于执行权性质讨论的误区

审执分离是执行异议制度修正赖以论证的基本原理，也是执行程序设计的出发点。然而，怎样理解“审执分离”，如何在真正意义上体现审执分离，我国学者进行了艰苦的探索。论证审执分离的理论基础必然涉及执行权的性质问题。大多数学者对执行权性质的争论均围绕“执行权是不是司法权”的问题切入和展开，先后出现了“司法权说”、“行政权说”、“司法性行政权说”、“行政性司法权说”等观点。其中，认为执行权是司法权或有司法权性质的观点的主要依据就是，执行员有权对执行异议作出判断和处理。<sup>①</sup>有的学者还着重强调执行权与司法权、行政权的不同特点，从而得出执行权是一种独立的，与司法权、行政权、立法权并列的国家权力。<sup>[3]</sup>显然，争论的基点是把执行权纳入国家权力结构框架中考察，并使用了“三权分立”理论中的分权概念为分析工具，无论何种结论都指向把执行权纳入国家权力结构中第一层次的权力划分。<sup>[4]</sup>这种思路脱离了执行权的基本属性，把执行权性质问题的讨论引入歧途，是对“分权”理论分析工具的误读误用。

洛克、孟德斯鸠等人提出的三权分立学说是从国家权力结构的总体上考虑的。其内容主要包括两个方面，一是分权，即在政体构建设计上，让不同机关行使不同性质的权力，使机构及其拥有的权力在性质上相对应；二是权力制约，即在界定权力边界，使权力与权力相互制衡，防止权力的滥用。显然，同洛克等人的论述相比，把执行权纳入司法权、行政权范畴的讨论并非是在同一意义上使用“分权”概念，是一种地道的“自说自话”。尤其是把执行权视为司法权与行政权“二合一”的观点，与分权思想根本背道而驰。孟德斯鸠特别强调了司法权与行政权分离的意义，指出二者的分离是公民政治自由和安全的保障，“如果司法权

和行政权集中在同一个人或者同一个机构之手,就不会有自由存在……如果司法权同行政权合而为一,公民的生命和自由将任人宰割,因为法官将有压迫者的力量”。<sup>[5]</sup>

## 2. 执行权是实现生效法律文书的强行权

对执行权性质的考虑完全可以脱离司法权、行政权等概念体系。它既不是纯粹的司法权或者行政权,也不是相对于立法权、司法权、行政权而独立存在的另一个国家权

---

①关于“司法权说”的代表性论证,可参见柴发邦. 中国民事诉讼法学[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1992. 519 关于“行政权说”,可参见李浩. 强制执行法[M]. 厦门:厦门大学出版社,2004. 120, 121. 关于“司法行政权说”,参见江伟、赵秀举. 论执行行为性质与执行机构的设置[A]. 陈光中. 依法治国司法公正: 诉讼理论与实践(1999年卷)[c]. 上海:上海社会科学院出版社,2000. 533

---

力,它是基于法律文书的执行力而生的“效果”。执行力是判决效力的组成部分,是无需对执行依据做实质审查就应当将其内容付诸实现的效力,是保证裁判文书法律效力得以实现的强制力。没有这种强制力的保证,法律文书势必成为一纸空文。执行员实施强制措施的“权力”来源于执行依据的法律效力,或者说,是基于执行依据的法律效力必须实现而要求国家强制力保障的结果。总之,判决执行力决定了执行权的本质属性。执行权是一种实现生效法律文书的强行权。

## 3. 执行程序的独立性

执行权不是一个独立的国家权力,但是,基于执行力的本质属性和执行力相对于既判力的独立性,要求执行权的运作应当与审判权运作相分离。既判力与执行力是两种不同的法律效力。既判力体现的是判决的权威效力,而执行力则是法律文书内容实现的保证力。在司法程序中,执行力与既判力可能有千丝万缕的联系,但是两者在总体上是相对独立的。执行力与既判力的相对独立表现在:有既判力的判决、裁决和调解书不一定有执行力,只有给付内容的判决、裁决和调解书才具有强制执行的效力;而经公证的债权文书等法律文书没有既判力,却被法律赋予执行力。

执行力独立于既判力的结果是:执行程序独立于审判程序。审判程序是通过对当事人的争议进行审查判断,确定当事人的实体权利义务的程序;执行程序则是采取强制措施实现当事人的权利义务的程序。执行依据不一定是审判程序的结果,审判程序也不一定导致执行程序的发生。

## 4. 审执分离

执行程序在目的与价值取向上明显区别于审判程序的特征,要求程序上的审执分离。首先,与审判程序公正解决纠纷的目的不同,执行程序的目的是实现已经发生效力的法律文书

的内容。目的不同导致程序设计原理的不同。审判程序的设计应当围绕为当事人提供平等对抗机制、有助于法官查明案件事实、促进双方沟通和保障当事人充分参与等方面；执行程序的设计则针对如何实现权利人的权利，强制义务人履行义务方面。其次，在价值上，审判程序的最高价值是公正，通过程序保障使审判获得正当性，使得当事人认为纠纷得到公正解决。而在执行阶段，当事人之间的权利义务关系已经确定且不可再争执，核心问题就是迅速实现权利人的权利，其重心不再是公正，而是效率。效率优先的价值取向要求执行程序制度设计上侧重于有利于执行人员主动采取措施，尽量缩短办案周期，促使义务人尽快履行义务。<sup>①</sup>

可见，制度上的审执分离的根本原因不在于缩减法官的权力、监督审判权的运作，而是基于实现执行程序目的和价值取向的需要，是执行权运作规律的要求。

#### 四、构建执行权的制约机制

##### 1. 关于“执行分权”

关于执行权的另一个“分权理论”出现在应对“执行乱”问题的讨论上。由于原有的执行异议制度赋予执行员对实体争议的审查判断权，导致执行权在具体个案中可能无限膨胀，同时又缺乏来自执行关系内部的有效制约，故执行乱问题十分普遍，个别情况下还显得特别严重。为了对执行员的权力实行有效控制，一些法官和学者又把分权理论拿过来当作救命稻草，试图在执行程序中也搞一个微型的“三权分立”，把执行权分为命令权、实施权、裁决权。<sup>②</sup>这种改革思路被不少法院付诸试点。

这里的所谓“分权”的实质是对执行程序进行阶段划分，即将一个完整执行过程分为三个阶段，执行人员也组成相应的三个工作小组，对执行工作进行分工，有的专门负责送达执行通知，有的负责采取强制措施，有的负责处理执行异议。显然，这种“分工”、“分段”与三权分立的原理毫不相干，同国家权力的分化与相互制衡有天壤之别。从实际效果看，“执行分权”在实践之初的确对减少执行乱起到一定的效果，但这种执行模式存在的机制性问题很快就显现出来。执行员抱怨这种分段式、分组式的做法不符合执行权运作规律，常常导致错失时机，执行效率低下。于是在许多案件中，执行分权的要求被执行员们“合谋”规避掉了。通过“分权”制约执行权的目的也基本上落空。执行分权的制度“试验”因此陷入困境。

##### 2. 执行救济：执行权制约机制

“执行分权”论的症结在于试图用权力自身的“原子化”来构建制约机制，这在理论上是站不住脚的。制约力量来自与权力相抗衡的另一种力量。如果说权力“自律”尚可以通过行使权力者的自觉和努力来做到，那么没有任何一种权力能够自行“制约”。执行权的制约力量来自执行关系内部，即执行当事人或利害关系人的权利。在权利与权力的关系中，最有

效的制约抗衡手段就是对权力说“不”，即异议权。当侵害权利的是国家权力时，权力制约和权利救济是一致的。<sup>[4]</sup>换句话说，权利对权力的制约机制是主要通过权利救济制度来发挥作用的。因此，在执行程序中执行权的制约机制主要是执行救济。其中，执行异议是最为重要的一种执行救济渠道。

由执行程序的目的与价值取向所决定，执行措施带有明显的强制性和暴力色彩，而且执行中的审查只能是形式

---

① 修改后的民事诉讼法特别增设的“立即执行”程序就是一个典型例子。该法第 216 条第 2 款规定：“被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施。”

② 有人提出“四分论”：执行命令权、调查权、裁决权、实施权等。参见童兆洪. 论民事执行权的构造[J]. 法律适用, 2003, (11)

---

审查，还必须尽可能做到迅速及时，加上执行人员个人素质、被执行人行为等各种原因，执行过程中难免会发生侵害债权人、债务人以及第三人合法权益的情形。这种侵害至少包括以下情况：(1) 执行人员不及时采取执行措施；(2) 执行行为不当或违法的，如违法采取拘留、罚款强制措施，违法搜查等等；(3) 无法定原因而裁定中止或暂缓执行的，或者有法定原因而不予中止或暂缓执行的；(4) 无法定原因裁定终结执行，或者有法定原因不予裁定终结执行的；(5) 不依执行根据执行的；(6) 违反法律规定对案外人强制执行的；(7) 错误变更、追加被执行人的；(8) 执行管辖错误的；(9) 执行标的错误的；等等。这些侵害既有可能是程序上的，也有可能是实体上的，执行救济也可相应地分为程序上的执行救济和实体上的执行救济。<sup>[6]</sup>就执行异议这种救济手段而言，前者是指程序意义上的执行异议，后者是实体意义上的执行异议，即案外人异议。性质不同的异议，其处理方式和当事人所享有的进一步的救济权是不一样的。

关于程序上的执行异议，主体既可以是执行当事人，也可以是受执行行为影响的利害关系人；其内容是针对执行行为违反程序规定提出意见，执行人员的处理也只涉及程序事项，因此在处理方式上应当用裁定。执行当事人和利害关系人对于裁定不服的，有权申请复议一次。新法规定：“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。”执行行为违反程序也包括不作为的行为，即不积极行使执行权，因此新法增加了一项规定：“人民法院自收到申请执行书之日起超过六个月未执行的，申请执行人可以向上一级人民法院申

请执行。上一级人民法院经审查，可以责令原人民法院在一定期限内执行，也可以决定由本院执行或者指令其他人民法院执行。”

实体意义上的执行异议，是指案外人对执行标的主张权利，以期排除对该执行标的的强制执行的意思表示。这种执行异议的主体只能是案外人，执行当事人受执行依据既判力的约束，不能再就执行标的发生争议，也不能以对执行依据不服为由拒绝履行义务；其内容是对执行标的的权利主张；基于执行权的属性，执行人员对这种异议的处理是受到限制的，他只能进行形式审查，如果案外人提出的主张有显著的依据的（比如案外人对执行标的物主张优先受偿权，并提交了抵押权登记的等等），执行员可以中止对该标的的执行，否则不影响执行的进行；执行员的审查只限于形式审查，处理的方式也是裁定。执行上的裁定不涉及实体问题的判断，对案外人争议的事实和权利义务关系不发生既判力。因此，对裁定不服的，当事人、案外人均可以通过另案起诉的方式解决纠纷。对此，新法规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

民事诉讼法修正案对执行异议制度的修改，是按照审执分离和执行权制约这两个执行程序的基本原理来设计的，去除了旧制度中执行员有权对执行异议作实体审查判断的规定，符合执行权的规定性，真正体现了审执分离的原则。新规定同时对执行异议制度有了重新定位，不再视执行异议制度为审判监督的一种渠道，而是一种执行救济的方式，是执行权制约机制的重要组成部分。

---

[参考文献]

- [1][2]江伟民事诉讼法[M]. 北京：高等教育出版社，2004. 490. 490
- [3]杨荣馨. 民事诉讼原理[M]. 北京：法律出版社，2003. 667
- [4]洪浩. 论我国民事执行救济法律制度之重构[J]. 法学，2005，(9)
- [5][法]孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 张雁深，译. 北京：商务印书馆，1982. 156
- [6]马登科. 程序上的执行救济与实体上的执行救济[J]. 湖北社会科学，2001，(8).