

民事间接强制执行制度比较研究

孔令章,梁平

(华北电力大学,河北保定 071003)

摘要:为了在保障被执行人基本人权的前提下迅速、经济地实现执行目标,维护法院裁判的国家权威,德、法两国在执行实践中形成了形态各异的间接执行制度,这些制度蕴含了不同的执行价值平衡思想。中国应通过研习域外的间接强制执行立法技术特点,结合本国的执行实践,按照影响债务人财产利益型、影响债务人尊严型、人格利益型和限制人身自由型体系化中国的民事间接强制执行措施并完善实施程序。

关键词:间接执行;间接执行补充性;间接执行选择性;对人执行;执行威慑

中图分类号:DF72 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2012)05-0108-07

民事强制执行依执行方法,可以分为直接执行、间接执行和代替执行三种。这三种民事执行方法,分别承载了不同的执行价值目标。就民事间接强制执行方法而言,中国1991年颁行的《民事诉讼法》中仅有迟延履行金、罚款、迟延履行债务利息和拘留等四类间接执行措施。2007年10月28日通过的《民事诉讼法》修正案和2008年最高法院颁行的《执行解释》,为了提高执行实效,又增设了在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息、限制出境、限制消费等间接执行措施。但是,由于中国执行理论对间接执行措施研究不够深入,相关立法对间接执行的具体措施、适用范围、适用条件以及与其他执行方法的协调等问题的规定缺乏系统性,因此,在执行实践中间接强制执行措施的适用比较混乱。基于此,笔者拟通过对德国、法国等大陆法系主要国家有关民事间接执行措施规范比较考察,探讨间接强制执行的基本理论、立法技术特点,理清有关间接强制执行的问题和争议,从而引导中国间接强制执行理论的研究和实务操作。

一、民事间接强制执行概述

民事间接强制执行与直接执行措施相对,是指执行机关不直接对执行标的采取强制执行行为以物理强制力实现债权,而是通过对债务人预告财产或人身上的不利益,从而使债权人心理上产生一种压力,进而迫使债务人自动履行债务的一种执行方法^①。可见,间接执行行为施加强制的对象并不是债务人的财产权利,而是债务人的精神,即企图通过心理作用机制的杠杆,撬动债务人“赖债”的心理。与直接强制执行和替代执行相比,其主要的特点是实现债权人权利的“间接性”。这种间接性主要表现为三个方面:第一,强制执行行为的对象具有间接性。罚款或者强制金和民事拘禁是各国立法中最为常见的两类间接强

收稿日期:2010-12-18

基金项目:最高人民法院研究项目“中国特色的执行强制措施体系研究”(GFZ004)

作者简介:孔令章(1977-),男,河南清丰人,华北电力大学讲师,硕士研究生导师,法学博士,主要从事民事诉讼法研究;梁平(1968-),女,河北保定人,华北电力大学教授,硕士研究生导师,主要从事司法制度研究。

^①中国学界通常称之为保障性执行措施、特殊执行措施或惩罚性强制措施。笔者认为,从执行方法看,间接执行措施试图通过对债务人强制实施一定的不利益惩罚,对执行债务人施以压力,进而达到促使债务人履行义务的目的。虽然该种执行措施对于执行具有保障性作用,其手段具有惩罚性,但保障性措施或惩罚性强制措施不能将其与诸如财产保全等执行保障措施以及其他妨害执行行为的强制惩罚措施相区别,不能准确概括该种执行措施的特点。因此,就该种措施强制作用的发挥相对于直接通过查封、变价等程序实现执行内容的措施具有的间接性而言,此类执行措施可概括为间接执行。

制执行措施。罚款或强制金措施是对不履行裁判义务的债务人课以一定数额金钱的制裁;民事拘禁是对拒不履行债务的债务人实施的一种羁押方法。这两类执行方法的执行对象都不是执行名义上记载的执行标的物或标的,而是执行标的之外的执行债务人的其他财产利益或人身自由,相对于就执行名义的内容,对执行标的物直接采取控制和变价措施的直接执行方法而言具有间接性,即通过心理作用间接诱导债务人自动履行债务。第二,间接执行措施实施的目的具有间接性。间接执行的目的在于通过限制自由或剥夺一定的财产利益(如迟延履行金)对债务人施加精神强制,迫使其清偿债务。间接执行措施的实施并不能直接满足债权人的权利,也不能解除被执行人的义务负担,其仍需按照执行根据的要求,履行自己的义务。第三,间接执行措施的实施具有惩罚性、辅助性和保障性。间接执行措施主要是对执行债务人课予一定的不利益,这种不利益具有惩罚执行债务人故意怠于履行的性质。虽然该执行措施在一定程度上能够保障债权人权利的实现,但是间接执行措施是一种施加于个人心理的强制执行手段,对债务人的精神具有强制压迫作用,在现代张扬人权的思潮下,基于尊重人格的立法精神,其适用受到执行标的的性质和严格的程序限制。如在德国间接执行措施被认为仅适用于特殊的行为债权的执行,并强调间接执行措施对直接执行措施的补充性和辅助性作用。此外,为了增强直接执行措施的执行效果,在特定情形下可以同时适用间接执行措施。也就是说,在实施间接执行措施期间,如果法院发现了被执行人的财产,仍然可以依照法定程序采取查封、扣押、冻结、拍卖等强制执行措施处置被执行人的财产。

二、德、法两国民事间接强制执行立法考察

(一)德国民事间接强制执行制度

1. 间接执行措施的种类及适用

德国执行制度中间接执行措施主要有适用于不可替代行为请求权执行的强制拘禁(Zwangsgeld)和强制罚款(Ersatzzwangshaft)(德国民事诉讼法888条)以及主要适用于不作为与容忍行为请求权执行的秩序罚款(Ordnungsgeld)和秩序拘禁(Ordnungshaft)(德国民事诉讼法890条)。从德国执行立法内部构造看,德国民事诉讼法以债权人欲实现的实体权利为主线,将执行债务分为交付债务与行为、不行为债务,并在该种分类的基础上,遵循一执行请求权一执行方法的原则,为每一种类型的执行债权都规定了与其特点相适应的基本执行方法,即对于金钱债权的执行和物之交付请求权的执行采用直接强制执行方法(德国民事诉讼法803条至883条,885条)而对于其他债务则仅于不得利用代替执行的情形下始适用间接强制执行^[1]。

2. 严格的间接执行措施实施程序与救济

首先,赋予债务人于间接执行实施前的听审保障。

为了保护享有权利的债权人的利益,有效率的实施执行行为,通常情况下,尤其是对金钱债权的执

行,都是对执行债务人的财产采取“突袭效果”的强制措施,与此不同,对于作为和不作为请求权进行的代替执行或间接强制执行,措施的实施必须经过正式的法官听审程序,在该听审程序中必须赋予债务人对“债权人的执行申请”享有充分陈述的机会,保障其法定听审权。德国民事诉讼法第891条明确规定执行法官必须对执行债务人进行讯问。法院应在作出裁判前对债务人的听审抗辩进行审查,并在必要情况下收集证据^[2]。

其次,间接执行措施实施遵循適切性原则与侵害最小原则。

德国诉讼法院法官在对债务人调查询问之后,会针对执行债务人的具体情况根据侵害最小原则确定实施的强制措施的幅度。如《德国民事诉讼法》第888条第1款规定,一次强制罚款的最高限额为25 000欧元;根据第888条第1款与第913条的规定,强制拘禁期限最长为6个月;根据第890条第1款的规定,对于每一个违反不作为或容忍义务的行为,第一审受诉法院可以根据债务人的申请对债务人处以最高250 000欧元的秩序罚款。如果仍不遵行,则可以处以最长6个月的秩序拘禁,秩序拘禁的时间累计不得超过两年。

法院原则上对执行强制措施的使用具有选择权,但考虑到均衡适当性原则,只有当存有确凿理由表明处以强制罚款不足以使债务人的意志屈服时,才认为命令实施拘禁措施是合法的^[2]。而且,债务人任何时候都可以通过履行行为来避免执行。根据《德国民事诉讼法》第888条第2项规定,在判决中不得预先威胁适用拘禁措施。

最后,罚款的惩罚性与执行救济。

德国民事诉讼法所设定的强制罚款与秩序罚款措施的适用所得,均归属于国库,债权人无权取得该两类罚款。可以说德国民事诉讼法中作为间接强制措施的罚款,并不具有损害赔偿的性质。德国民事诉讼法为当事人不服诉讼法院在作为执行和不作为执行领域内的裁定提供了救济手段,即可以在裁定送达之后的两周内以即时抗告的形式提起上诉,抗告可以向作出被声明不服裁定的一审法院,或者向上级抗告法院提起。一审法院认为无理由的,应转交抗告于上级抗告法院裁定^[3]。

(二)法国民事间接强制执行制度

1991年7月9日颁布的《民事执行程序改革法》以及1992年颁布的《法国民事执行程序法实施法令》集中规定了民事间接强制执行制度及其执行措施。

1. 间接执行措施的种类及适用范围

法国执行立法中的间接强制执行措施类型比较单一,仅为逾期罚款一种。该种预期罚款制度有两种类型:临时性逾期罚款与终局性逾期罚款(法国民事执行法第34条第2款)。在临时性逾期罚款的情形下,罚款的具体数额事先可以不确定,在规定的执行期间终了时,由执行法官考量债务人的履行情况以及在履行过程中所遭遇的困难以决定其罚款数额,并且如果可以证明由于不可抗力因素的影响才

导致义务不履行或不完全履行的,则还可以全部或部分取消罚款。在终局性逾期罚款措施的适用中,一般而言,逾期罚款的数额执行法官在结清时原则上不得变更,但如果经证明存有上述不可抗力因素时,法官可以例外减轻其金额。临时性逾期罚款在结清之前处于一种待定状态,表现为一种处罚威胁,所以也有人将其称为“威慑性逾期罚款”^[4]。

依法国民事诉讼法规定,逾期罚款制度可以适用于所有的裁判(法国民事诉讼法第33条第1、2项)法国法规定的间接执行措施较德国法单一,但其适用范围宽泛,无论何种债务的履行,均可以利用逾期罚款的方式迫使债务人自动履行。

2. 间接执行措施实施程序

间接执行实施机关。逾期罚款的决定及清算由具有裁判职能的机关作出,而非执达员。审判法官为了确保其裁判决定能够得到顺利执行,可以在其裁判中对自己作出的所有判决附加间接强制措施。但在执行过程中,只有执行法官才可以命令的形式实施逾期罚款措施。

两种类型的间接执行在适用上的次序性。临时性逾期罚款为间接强制的原则形态,只要法官没有作出特别明示,该逾期罚款均视为暂定性质。而且,执行法官对执行债务人第一次宣告的必须是临时性逾期罚款命令,只有在法官所确定的期间宣告临时性逾期罚款之后,在此基础上才能宣告终局性逾期罚款。如果违反上述次序要求,直接向当事人宣告终局性逾期罚款命令,那么,这种命令在清算时仍被视为临时性逾期罚款予以结清(法国民事诉讼法第34条)。这种次序性的规定其目的就是要发挥间接执行的“威吓”作用,产生心理强制效果,诱发债务人趋利避害,尽快自动履行。

间接执行措施实施的听审保障与救济程序。执行过程中执行法官处理执行案件适用执行法官程序,它与小审法院诉讼程序的运作方式较为相近,执行法官程序原则上依言词形式进行,但也允许当事人通过书面形式提出主张。当事人对执行法官的决定不服的,可以在决定被送达之日起15日内提起上诉;上诉法院适用特别快速程序对上诉进行裁判,上诉法院有权依紧急裁决命令停止决定的执行^[5]。逾期罚款归属于债权人且具有独立于损害赔偿的法律性质。逾期罚款虽为施加压力的手段,但在没有产生效果的情况下,也只能结清罚款后,仍然打开“本意义上的强制执行途径”实施直接强制措施^{[4]26}。

三、比较与评析:德、法两国民事间接强制执行立法的异同

(一) 执行立法技术与思想的共性

民事间接强制执行在德国和法国都得到了重视,从整体看,作为大陆法系代表性的执行立法,德国与法国在立法的技术以及隐含其中的执行程序思想方面具有一些共性,而且同受《欧洲人权公约》的影响,都比较强调执行立法的宪法尺度与人权尺度。一般而言,间接强制执行措施可以被视为不仅是对债务人财产的侵犯,而且还强迫债务人一定的行为。间接执行措施的实现过程本质上是对债务人“自己

决定权”的重大侵犯。任何程序本身绝非仅是一种理想化的工具制度,它包含了对社会多方面价值需求的平衡。间接强制执行在追求债权人权利迅速、经济实现的同时,也注重对执行债务人人格尊严的尊重与保护。德国法与法国法中,间接强制执行对其内在的人权保障的价值平衡所采取的技术设置主要有两个:一个是严格限定适用的范围与条件;另一个就是为间接强制执行的适用提供听审和救济的程序保障。

从执行措施的历史发展看,强化对物执行弱化、对人身处分的措施已经成为不可逆转的趋势,现代法治社会已经充分认识到,“就社会的自身安全来说,违背其宗旨的一个错误是:允许执行法律的官员任意监禁公民,允许他根据微不足道的借口剥夺某个私敌的自由”^[6]。因此,世界各国都已经在立法上根本避免了债务人单纯因为自身的窘困而受到人身自由的限制。德、法两国中无论是针对债务人财产的罚款还是针对人身自由强制拘禁都规定了详尽明确的适用范围、适用机关、适用条件和严格的适用程序。尤其强调执行债务人的法定听审权的保障,即执行机关在作出实施间接执行措施的决定前必须对债务人进行讯问,提出警诫。使债务人获得对“债权人的执行申请”表态的机会。而且,这一听审程序由承担裁判职能的法官管辖,以保障对债务人采取间接执行措施的决定经过了正当程序。如德国这种执行听审程序由第一审诉讼法院法官主持实施。为了保障执行债务人的听审权,突破了严格区分审判程序和执行程序的所谓“形式原则”。此外,对于采取间接执行措施的裁定,执行当事人可以通过即时抗告或上诉得到上一级法院的救济。

(二) 执行立法技术的差异与原因

关于债权的实现,除其性质上不宜强制执行外,德、法两国均遵循现实履行强制的原则,在义务人不履行义务的情形下始得由执行机关强制其履行,但由于受到各自国情和执行实践的影响,以及对法律理念认识的分歧,对于请求权强制实现的方法与途径,各国所遵循的原则和措施各有差异。

1. 间接执行措施的模式之差异

德国为了有效率地实现债权人权利和维护司法权威,对于间接执行采用的是强制人身处分与罚金并存的模式,而法国采用的是罚金模式,没有设置限制人身自由强制拘禁这一类的间接执行,完全避免涉及人身自由处分的处罚手段的运用。这两种模式中,就“罚款”而言,两国的性质也存在差别。德国法的罚款分为强制罚款与秩序罚款,数额由诉讼法院确定,而且罚款所得均归属于国库,而法国法上的罚款仅有逾期罚款一种,其数额根据其不履行裁判义务的情形浮动变化,其所得归属于债权人。间接执行的两种模式实际上也体现了对于行为请求权,尤其是对于不可替代作为请求权的执行上,德国与法国处理具两种截然不同的思路:德国法对于不可替代作为义务的履行是严格按照执行名义所确定的债务内容予以执行,以确保债权人所实现的请求权符合执行名义的本来内容。而法国法的思路则是当债

务人不履行执行名义所确定的行为义务时,该行为债务本身不再执行,而转化为损害赔偿,即以金钱给付代偿原来的行为给付债务。法国法上任何作为之债与不作为之债,在债务人不履行的情况下,均可以损害赔偿了结之(法国民法典 1142 条)。

德国与法国间接执行模式差异的原因,一方面是由于执行实践的客观需要以及债务执行传统的影响,另一方面是由于对执行人权观念理解的分歧。德国民事诉讼法中仍保留日耳曼法对人执行的胎记,以促使债务人履行义务,并认为从现代法制基本理念的角度看,债权人的权利是得到国家正当审判程序确定的权利,该债务的履行不但关系债权人权利的实现,也关乎代表国家权力的法院裁判的权威性和社会秩序的维护。对不履行债务的义务人实施人身强制,是由债务人违背由司法裁判所确定的应当履行的义务、侵害了债权人受基本法保障的权利引起的,况且如果债务人在此之前自动履行了裁判所确定的义务,则完全可以避免有关的人身强制执行。这在现代人权理念下仍具有正当化的意义。德国由于其惯有的保守和对秩序的尊重,在民事执行中制定了较为严格的人身处分制度。

法国虽然与德国同属大陆法系,但法国作为现代文明思想的发祥地,其反对违背人权自由专制制度的革命最为彻底。强调意志自由、人格尊严的尊重与保障的理念作为社会核心价值观主导着法国执行制度的构建。在法国,早于 1867 年即已立法明定禁止将对人执行(民事拘禁)作为民事债权之执行手段,以保护债务人之人格权^[7]。而现行的“逾期罚款”制度,是法国民事执行实践为了应对复杂的“赖债”情形,尤其是解决无法用直接执行强制债务人履行义务的情况而发展出来的强调威慑效果的执行措施。这一执行创新经过法国民事执行实践的不断验证与改善,“于 1972 年被正式法定化,经 1991 年民事执行程序修改法予以整理和完善之后,成为一项极富现代意义的强制执行制度”^{[5]322-323}。可以说,法国现行的间接执行是从 19 世纪后半叶的法国民事执行实务中创立和发展起来的强制执行制度,其产生完全是基于现实执行实践的需要。

2. 间接执行范围的宽泛性与有限性之差异

从适用范围看,德国间接执行措施的适用遵循了有限执行原则,无论是罚款还是民事拘禁均限制适用于特殊的执行标的,即“不可替代行为请求权和不作为与容忍行为请求权的执行”。所谓不可替代行为,是指行为与债务人本人的特别知识、技能身份或资格能力密切相关,非由执行债务人亲自为该项行为,则无法实现或完全达到债权人所期望的经济上或法律上的效果价值^[8]。这些执行标的与一般的执行标的相比具有一个显著的特点,即行为性质上具有不可替代性,通常无法利用直接强制执行措施实现权利内容,达到执行目的。债权人权利的实现有赖于债务人自发性的行为履行事实。可以说,德国间接执行是一种特殊的具有针对性的执行措施与手段。德国间接执行范围的有限性原则实际上是对民事执行人身强制处分制度与自由权之间的一个

折中协调,这种价值取向的协调也表现在对间接执行适用的例外情形上。作为例外情形,对于行为履行的强制不得适用于判令结婚、同居以及根据雇佣契约判令给付劳务的情形。这是因为夫妻同居义务的履行和履行婚约义务为结婚的行为,虽然属于不可代替的行为,但如果强迫其履行,则会违背其自由意志,违背现代社会的文化和法律伦理观念,对人身行为自由的强制也违背民法上的公序良俗原则^[9]。

法国执行法并没有对逾期罚款的适用范围予以限定,原则上可以适用于任何类型的执行标的的执行。而且对执行与保全程序的实施负有协助义务的第三人,如果在受到依法请求时,无正当理由逃避履行该义务,必要时,也可以被处以逾期罚款。法国间接执行措施之所以适用宽泛,主要是这一制度在实践中发挥了较好的效果。一方面,通过逐日增加的浮动金钱处罚手段间接地对债务人施加强制,赖债时间愈长这种心理强制作用越大,从而迫使其尽可能快的履行债务,这一执行尤其对于不履行行为或不行为义务者,较僵化的制裁更能发挥作用;另一方面,这种执行方式能将未履行债务的标的转换为金钱给付,从而打通了对行为执行标的的间接执行与直接执行联动的渠道,而且对于债务人科以处罚的金额无须与债权人实际损害赔偿的数额一致,为了收取这罚款,可以同时采取扣押这样的直接强制措施^{[4]25}。因而,就行为请求权的执行而言这对于债权人更为有利,相比之下,对于债务人则会产生较强的威慑性。

3. 间接执行补充性适用原则与间接执行选择性适用原则之差异

德国法对于间接强制执行的适用遵循的是“间接强制执行补充性原则”。所谓“间接强制执行补充性原则”是指直接执行与间接强制执行在适用上存在主次之别和先后顺序之分,在决定执行措施的适用时,直接执行和代替执行优先于间接强制执行而适用,换言之,对于权利内容如果无法适用直接执行和代替执行措施,那么间接强制措施便作为达到执行目的一种补充性执行手段而被使用。与德国立法不同,法国法对于间接强制执行具有相当的灵活性,采用的是直接执行与间接强制执行并行选择的原则,即直接执行和间接强制执行在适用上并没有主次和先后次序之分,债权人可以在不超出为取得债务清偿必要的范围内,在向法院申请执行时自由选择执行方法,以确保执行或者能够保全其债权的措施,而法官也可以根据执行需要自由决定适用间接强制执行还是直接执行,均不受执行标的种类以及直接执行的难易等问题的限制。甚至债权人在申请扣押的同时也可以申请使用逾期罚款措施。逾期罚款被认为具有“附加性”,是对判决主罚的一种附加处罚,目的是保障主罚能够得到执行^{[4]24}。

德国法对间接执行措施适用遵循的“间接补充性原则”是与其执行制度的立法结构体例以及对人权保障理念的认识相关的。德国法认为间接强制执行不符合人格尊重的理念,违反程序经济原则。如对于金钱债权以及物之交付请求权的实现,直接执

行并不对债务人的身体及意思自由施加压迫,手段更为直接、主动,因此较间接执行更具实效性,更符合人权保障理念。尤其德国的间接执行措施包含有民事拘禁,此种对债务人人身自由具有重大影响的强制手段,如果不限定其适用范围,则必然会严重侵害债务人的人格权,而出现过酷执行的情形。而且从德国执行程序和执行措施立法例的宏观层次看,这种间接执行补充性原则与德国执行法所坚持的“一请求权一执行方法”理论,有着契合性。德国民事执行法把强制执行法视为实现民法上请求权的环节,以当事人的执行请求权作为强制执行制度的轴心^[10]。因此,通常按照民法典的规定,将债权人申请执行的实体权利分为金钱债权、物之交付请求权、作为不作为请求权等类型,并在此基础上,将执行程序和执行措施等内容分别置于不同类型的实体请求权的执行之中。执行方法为了适应这种以实体法为基准的执行立法体例,在其体系上形成了“一请求权一执行方法”的执行措施适用原则,赋予每一种请求权强力而有效率的执行手段。

法国法对于人权保障理念的考量以及间接执行措施的财产性导致了适用原则的特殊性。一方面,法国法认为是否适合于人格尊严尊重理念,并非仅考虑有无压迫债务人的意思自由,而且还要顾及强制执行行为对被执行人的名誉、生活的利益等宽泛的人格利益影响。直接执行因通常会涉及武力强制手段的使用,因而更容易对债务人的名誉、居住保障等人格利益造成侵害。间接强制执行虽有压迫债务人意志自由的倾向,但债务人在此过程中仍有完全自由的意志决定是否履行债务以结束受限制的状态,严格说并无悖于人格尊重基本理念。即使在金钱执行的情形中,也并非所有该类事件采用间接强制均过于迂远、缺乏实效性,基于有关费用不相当的小额债权强制执行实效的确保、执行所需社会成本的节减以及对有资历却不支付的债务人具有效果,间接强制亦有必要且可发挥效用^[11]。另一方面,法国法的民事间接执行措施只有逾期罚款一种,这种财产性的执行措施,利用处以间接执行强制金的方式对债务人施加压力,以迫使其自动履行判决义务,虽然其适用对于不履行判决义务的债务人而言,必然要造成财产上的损害,但是,它所造成的这种损害仅仅是债务人财产上的损害,并不涉及也不会导致对于债务人人格尊严及其基本人格权利的限制与剥夺。因此,这也使法国不会因此招致侵犯人权的批评,使其得以宽泛适用。

四、中国民事间接执行制度的立法考察与完善

(一) 中国间接执行的立法现状

中国采用了德国的立法体例,执行作为民事诉讼的一部分规定于民事诉讼法中。从现行的民事诉讼法以及执行相关的司法解释看,中国具有间接执行性质的执行措施主要包括《民事诉讼法》第102条第1款第(六)项中的拘留、罚款以及《民事诉讼法》第229条规定的迟延履行金和迟延履行债务利息四种间接强制执行措施。2007年10月28日通过的《民事诉讼法》修正案和2008年最高法院颁行的《执

行解释》,为了提高执行实效,又增设了征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息、限制出境、限制消费等间接执行措施。2010年5月17日最高法院又发布了《关于限制被执行人高消费的若干规定》,通过限制被执行人高消费,迫使其主动履行义务。

由上述法律以及司法解释的梳理可以较为明晰地看出,中国立法对间接执行的规定过于分散,而且以司法解释居多,适用范围与适用程序并不十分明确。同德、法两国的规定均有不同。

第一,间接执行措施采行的是强制人身处分与罚金并存的模式,种类齐全,但内容简单、缺乏体系性与可操作性。

中国间接执行措施既有类似于德国的强制金和强制拘禁措施,也有类似于法国的逾期罚款制度,还有二者所没有的限制高消费、限制出境和信息曝光制度。可以说是汇聚了世界上间接执行的主要措施,但就每一个制度而言,与具有类似制度的德国或法国相比却出现形似而质不同的情况。如罚款制度,德国的强制罚款制度与中国的罚款颇为相近,但德国的强制罚款在数额上远高于中国的罚款最高限额。强制拘禁的最长期限也远高于中国的15天,相比之下更具有威慑作用。迟延履行强制金制度虽然类似于法国的逾期罚款制度,但是数额的计算以及适用的程序均不同于中国,由此产生的数额较小,无法起到有效的威慑作用。尤其是迟延履行强制金与罚款二者适用的范围以及性质具有交叉性、同质性,无形中会增加当事人不必要的负担,违背一事不二罚的原则。

第二,间接执行遵循了选择性适用原则,各措施具有宽泛的适用性。

关于间接执行与直接执行的适用顺序,中国执行立法及司法解释并未遵循间接执行补充性原则,更多的类似于法国的间接执行适用的并存原则。罚款与拘留可以适用于所有类型的执行请求权,除了拒不履行裁判这一概括性条件外,几乎没有限制性条件存在。缺乏德国法所具有的制度审慎性,没有按照保障人权的基本理念,严格限定限制人身自由的执行措施的适用范围,明确规定例外的情形。同样,迟延履行强制金制度自履行期届满而“自动”启动的制度设计,忽视了法国法在适用这一制度的前提要件,即债务人有清偿能力却不予履行以及决定之前的听审保障。不同类型的间接执行措施的宽泛适用,完全委诸于执行法院不受限制的自由裁量权,使执行实践中的执行乱象层出不穷。

第三,间接执行措施的实施缺乏程序保障。

间接执行措施是一柄双刃剑,其既具有执行经济和较高实效性的一面也具有侵害基本人权的一面。拘留、限制出境和限制高消费是对债务人人身自由、生活自由以及迁徙自由的限制,而罚款、迟延履行强制金制度则是对债务人财产上利益的强制剥夺,不履行义务行为信息的媒体曝光措施是对债务人隐私权的侵犯。因此,在求助于这些执行措施时必须通过一定的保障措施平衡制度内在的价值冲突。中国执行立法显然过于强调间接执行措施的实

用性,在一定程度上忽略了各国在适用这些执行措施过程中的相关程序保障和救济制度。如中国对拒不执行裁判的行为(包括不可代替行为的履行)认为是妨碍执行的行为,并对之科以罚款、拘留,可能情况下也可以处以刑事追诉的形式进行惩罚,对此并不需要特别的申请。虽然罚款、拘留适用之前以执行通知的形式给予债务人一定的宽限期间,但是罚款、拘留决定的作出完全是行政化的处理手段,债务人并没有充分的机会在程序法官面前进行公正的听审,执行法院也没有相应形式保障债务人的这种听审权。唯一的稻草就是远离执行的执行法院院长的良知。对于这一严酷的决定,债务人的救济途径是向上一级法院申请复议,而不是以上诉的方式提出裁判异议。相比之下,其他类型的间接执行措施更是没有规定相应的保障听审权的程序和救济途径,执行机关直接依职权或当事人的申请适用。

(二) 中国间接执行制度的完善

1. 人权保障与执行经济:民事间接执行观念转变

间接执行,从执行手段看,常常涉及到对债务人人身自由的限制和财产利益的剥夺,均涉及债务人基本权的侵害,但是执行程序中人权保障不仅仅是债务人基本人权的保障,其内容还涵盖了债权人的人权保障内容,即债权实现权,经法定程序确定的债权,在其遇到实现障碍时,应依法保障其最终实现的基本权利。债务人赖债的行为不但是对国家制度规范以及社会诚信道德规范的公开挑衅,而且也侵犯了债权人的基本权利。如果我们严格限定各间接执行措施的适用范围和适用条件程序,并给予债务人充分的解除限制的决定自由,那么我们就可以削弱间接执行所带来的负面影响,间接执行对债务人的意思自由或人身自由的侵害就不会如我们所想象的那样严重。间接执行与直接执行相比更能诱发债务人的自动履行,从而减少当事人、法院劳力、时间、费用的支出,贯彻程序经济原则。首先,间接执行,通过外部施加压力,经心理机制的传导作用,促使债务人自动履行。这一效果在当事人隐匿财产的情况下作用尤为明显。在直接执行中,如果搜寻不到债务人的财产,那么,执行机关无计可施,于债务人无任何影响;其次,间接执行并不像直接执行那样追求“突袭效果”,在程序上会给予债务人一定的犹豫期间,接受执行法院听审,这一期间的存在能较好地使债务人和债权人创造交涉对话的机会,不至于因突袭的执行行为造成双方硬化的对立态度,弱化债务人自动履行的意愿;最后,间接执行的实施强度完全由债务人掌握,其可以通过履行债务避免间接强制执行或者解除已经实施的间接执行措施。

2. 间接执行适用原则

纵观德国法与法国法有关间接执行的制度设计,执行措施实施的人权保障平衡是制度构建的逻辑起点。中国现阶段以构建社会主义和谐社会为目标,因此,在执行立法中坚持以人为本,尊重保障人权^[1]也是我们应有的出发点。无论直接执行还是间接执行都属于私权利的公权实现手段,其展开必然

伴随着国家强制力,国家为了保障司法的权威和公信力,为了实现得到国家认可的债权,对被执行人的执行行为必然会引起债务人财产权以及自由权的侵害,因此,向来最适用执行状态应系于债务人所受侵害最小范围内,最大满足债权人的执行债权。这一效果的追求常常涉及如何妥当适用执行方法以平衡债权人与债务人双方的权益,尽可能地诱发债务人自动履行。具体而言,对于间接执行的适用应遵循下列原则,以平衡其内涵的制度价值悖论。(1) 適切性原则^{[11]180}。因强制执行的首要目的在于实现执行债权,尽可能地实现本来的履行,因此,法院所选择的手段,应切合于实现实体之权利状态;(2) 必要性原则。即指在有多重同样能达成目的的方法时,应选择对相对人造成侵害最小的方式。尽量减少法院及当事人因执行程序而遭受劳力、时间、费用、精神上的不利益,以兼顾程序经济及程序利益保护原则,在尽可能避免对债务人人格领域造成重大侵害的同时,采取迅速经济的执行手段;(3) 均衡原则。即间接执行措施所追求的利益和所使用的方法,不能与其所造成的相对人的损害显失均衡。手段与目的之间的均衡比例实际上就是公平正义观点的量化体现。间接执行的适用应考虑执行事件的类型、程序阶段、执行债权的性质、金额的多寡、债务人的资力和清偿状况等因素。此外,由于债权的满足也关涉债权人的实体和程序利益,因此,当事人的执行方法选择意思应得到法院的尊重。

3. 间接执行措施的体系化

中国目前立法所规定的间接执行措施既有涉及人身自由与迁徙自由限制的拘留、限制出境和影响债务人财产利益的罚款和逾期强制金,又有影响债务人隐私权、名誉权以及信用权等尊严型人格利益的征信系统记录和赖债信息曝光等措施。这些措施对于当事人的影响在强度上存在着一定的差别,间接执行措施根据对抗的剧烈程度形成一个由轻至重的适用序列体系,使其对当事人的威吓作用呈现一个逐步增强的状态,人身自由的限制应位于间接执行措施适用的最低端,而强制金制度在执行中应得到更多的首选适用,其次是影响尊严型人格利益的措施。拘留、罚款应从妨害民事诉讼的强制措施中独立出来,为其设置独立的听审程序,提高拘留的期限和罚款的数额,增强其威慑性。同时,对于罚款、拘留这种带有制裁性质的间接执行措施的适用,应严格限定其适用的范围和条件,遵循间接执行补充性原则,在直接执行无法发挥效用的情况下,才能予以实施。而对于迟延履行金和迟延履行利息,则可以按照法国法的逾期罚款制度予以改造,将其改造为暂定性的逾期强制金制度,其数额由法官根据具体的执行情况,裁量适用。总之,执行过程中,尽可能避免债务人遭受直接强制力侵害,于实施直接执行前,先以迟延履行金警示债务人,而罚款、拘留因其具有维持国家秩序、制裁债务人的性格之性质故应作为最后的强制手段。将间接执行与直接执行并用,作为促使债务人自动履行的制度。

4. 间接执行措施实施保障程序化

(1)启动条件。

间接执行措施的启动必须具备相应的条件,就只涉及财产利益的迟延履行强制金而言,须具备的条件是,当事人具备履行能力而故意不履行;而对于具有强烈的国家制裁性质的拘留和罚款,则需具备更为严格的条件。首先,债务人主观上存在故意,即从债务人的财产状况、身份、职业及生活等情形观察,明显具备履行能力,却拒不履行;其次,存在适用强制措施的法定行为。如:依据客观事实可以认定债务人有逃亡或匿避的可能,债务人通过与他人恶意串通形成假债务、假抵押、假担保、设立假账户等手段以转移、隐匿财产,对执行财产拒绝申报或虚伪申报,作不实陈述等;最后,拒不履行生效判决的行为已经或将要给申请执行人造成无法承受的损害,或已形成了可以预见的重大威胁。

(2)间接执行实施的听审保障与救济制度。

民事强制执行既要实体法为基准也要强调其强制措施实施的程序性^[13]。由于间接执行措施所施加的强制不是裁判文书所直接确定的标的,而是对执行标的的所有人或管理人施加的心理上的压迫,因此,对该种间接执行的适用裁定必须经具有裁判职能的程序法官作出,而且在作出之前必须讯问债务人,命定履行期间,并告知逾期不履行将受间接强制的制裁。通过为债务人设置一定的犹豫期间,既保障了债务人的听审权,又为债务人提供抉择的机会,使其自动履行或与债权人接触,达成执行和解。间接执行裁定的作出,必须综合考量执行债权的性质,考量债权人因不履行所受到的损害、债务人不履行的态度、履行的难易程度、债务人不履行所受利益、不履行对社会的影响等事项决定迟延履行强制金、罚款的数额以及拘留限制出境的期间等一系列问题。对于执行法官所作出的间接执行裁定,应当允许债务人向上一级法院通过上诉的方式,得到救济。总之,由于间接执行措施直接关涉到被执行人

人身和财产的剥夺,法官作为“民权保护者”角色^[14],必须通过正当的程序以保障个人免受公共权力的侵害和威胁。

参考文献:

- [1]三ヶ月章. 民事诉讼法[M]. 东京:弘文堂,1981:6-7.
- [2]穆泽拉克. 德国民事诉讼法基础教程[M]. 周翠,译,北京:中国政法大学出版社,2005:401.
- [3]库尔特·恩格斯. 作为执行和不作为执行及有关的实践问题[C]//黄松有. 强制执行法起草与论证(二),北京:中国人民公安大学出版社,2004:182.
- [4]让·文森,雅克·普雷沃. 法国民事执行程序法要义[M]. 罗结珍,译,北京:中国法制出版社,2005.
- [5]张卫平,陈刚. 法国民事诉讼法导论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1997:305.
- [6]贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 北京:中国大百科全书出版社,2003:17.
- [7]沈达明. 比较强制执行法初论[M]. 北京:对外贸易教育出版社,1994:141.
- [8]陈荣宗. 强制执行法[M]. 台北:三民书局,1988:603-607.
- [9]杨与龄. 强制执行法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:566.
- [10]江伟,肖建国. 论我国强制执行法的基本构造[J]. 法学家,2001(4):83-90.
- [11]许士宦. 金钱及物交付执行之间接强制[J]. 国立台湾大学法学论丛,2008,37(2):164-165.
- [12]顾华详. 论贯彻落实科学发展观与加强法治[J]. 重庆大学学报:社会科学版,2008,14(3):96-101.
- [13]沈长月,孔令章. 论我国民事执行程序规则立法体例[J]. 湖南师范大学:社会科学学报,2010(2):51-56.
- [14]黄文,蒲菊花. 论法官的正当性[J]. 重庆大学学报:社会科学版,2003(3):96-101.

The Comparative Research on the Indirect Enforcement System

KONG Lingzhang, LIANG Ping

(North China Electric Power University, Baoding 071003, P. R. China)

Abstract: In order to achieve the goal of enforcement with more easily, quickly and economically maintain the authority of the courts of the State under the premise of safeguarding the basic human rights, different forms of indirect enforcement systems are formed through the practice in France and Germany which imply the thoughts of balancing the different values. We should breakthrough the influence of the ancient execution against the person and study the technical characteristics of the foreign indirect enforcement systems to systematize China's indirect enforcement system in the light of the different types and perfect the operational procedure.

Key words: indirect enforcement; theory of supplemental indirect enforcement; theory of selective indirect enforcement; execution against the person; deterrence mechanism