

## 中国法学会邮件系统

用户名 密码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

一月信息排行

Commun

法学论坛 >> 论坛专题 >> [诉讼法学](#)本层分类: | [法制史](#) | [行政法学](#) | [刑法学](#) | [民商法学](#) | [诉讼法学](#) | [法理学](#) | [宪法学](#) | [劳动法](#) | [知识产权法](#) | [投稿须知](#) | [经济法](#) | [探索争鸣](#) | [国际法](#)[→ 诉讼法学](#)

## 强制执行与说服教育辨析

阅读次数: 918 2006-11-9 11:07:00

### 强制执行与说服教育辨析

(王亚新)

摘要: 本文以民事执行中的说服教育原则为切入点,透视了强制执行制度在我国现阶段社会与法制发展过程中的位置。在追问说服教育原则的含义,分析其法理上蕴含的矛盾,并进行比较法和历史的考察之后,作者指出,说服教育原则扩大了执行程序的容量,有助于这一制度在市场相对缺乏秩序、地方保护主义泛滥以及应付这些问题的其他制度供应不足等复杂困难的局面下依然保持运转;但该原则同时也给执行制度带来内在的扭曲和变形,并使我国法制建设深层结构上的矛盾得到再生产。本文还结合“审执分立”及“执行难”等问题对此观点做了进一步的阐释。

关键字: 强制执行 说服教育 民事诉讼

在我国的强制执行法领域,一般把对执行义务人及其他有关人员进行说服教育或者说说服教育与强制措施相结合理解为一重要的基本原则。但是,到目前为止,在法学界与实务界似乎尚未有人从正面追问过该原则与我国强制执行制度的关系。笔者认为,通过二者关系这样一个切入点,我们或许能够透视强制执行制度在我国现阶段社会与法制发展过程中的位置,并更深入地理解强制执行的实务在当前面临的种种复杂问题。

#### 一、什么是“说服教育与强制相结合”原则

现有的民事诉讼法学教科书及有关强制执行的著作一般都把“说服教育与强制相结合”列为强制执行程序的基本原则之一。当然,在表述上有细微区别。关于该原则的内容,可以从有代表性的教科书及有关著作中找到阐释<sup>①</sup>。从50年代以来,在最高法院就执行问题下发的批复、通知、意见等文件中,就可以经常发现“应认真说服教育,打通思想”、“经过耐心说服教育仍然无效”才应采取强制措施等内容<sup>②</sup>。在1979年2月最高法院印发的《人民法院审判民事案件程序制度的规定(试行)》中,也十分强调执行工作要做好对当事人的说服教育,并要求采取某些强制措施应当特别慎重,甚至须经院领导批准<sup>③</sup>。至于在各级法院关于执行实践的报告中,更是充满了强调说服教育的经验或事例,有的法院还明确提出在执行中要“实行以思想教育为主,强制措施为辅的原则”<sup>④</sup>。看得出来,“在执行中必须依靠组织,依靠群众,多作说服教育工作,注重方式方法,防止问题复杂化”<sup>⑤</sup>一直是法院强制执行实务的指导方针。

进入90年代以后,也许是觉得在“执行难”的背景下过分强调说服教育可能导致执行力度的弱化,最高法院的态度似乎已有微妙的变化。一个迹象是上述那些要求注重说服教育的内容到1992年最高人民法院关于贯彻执行《民事诉讼法》的《意见》有关执行的部分中已不再出现<sup>⑥</sup>。与此相应,诉讼法学者在教科书和论文中也开始较多地强调执行程序的“根本点”或“实质”在于强制性,指出如果说服教育没有奏效就应及时采取强制措施,“绝不能无限期地等待、拖延”<sup>⑦</sup>。值得注意的是,在这样的气氛下,已经有一位作者明确地提出说服教育与强制相结合并不是强制执行制度的基本原则<sup>⑧</sup>。但是,这样的主张在我收集到的有关文献中是惟一的一例。

说服教育与强制相结合在执行制度中作为基本原则的地位并没有受到根本性的冲击。说服教育被引入强制执行领域并上升到基本原则的高度,既有其深层的原因,也包含着复杂的矛盾。对此,恐怕不宜一味地肯定或强调,同时也很难简单地否定或淡化。我们有必要剖析“说服教育与强制相结合”这一命题作为强制执行制度基本原则的含义。

对于这项命题的内容,一般的理解是:针对执行义务人,以发动强制措施的可能性为后盾,先做思想工作,进行法制宣传,劝说、促使其主动履行义务,这些工作无效才采取强制措施;这样的说服教育可以贯穿整个执行过程,与强制措施相伴或交替使用,以确保法律文书规定的义

务最终得到实际履行。仔细辨析就会发现,执行程序中所谓“说服教育”归根到底无非就是两层意思:一层是“晓以大义”,即用某些行为规范来开导、劝说、诱使执行义务人主动从事一定的行为;另一层是“指明利害”,说白了就是“威吓”或施加压力,即以行使一定强制力或暴力的现实可能性来迫使执行义务人不得不从事某种行为。但是,如果把强制执行中“说服教育”的内容限定在这个范围内,那么很难将其提升到基本原则的高度。

从一些著作和论文中的有关论述来看,这一命题所包括的内容还可能进一步扩展。如果说,通过思想工作促使执行义务人不折不扣地按照法律文书自动履行义务是“说服教育”最起码的含义,那么,同样是仅针对执行义务人做思想工作,却不把这种工作限定在单方面的“你说我服”而理解为双向的意见和信息交换,并在此过程中视具体情况帮助执行义务人做出很可能与法律文书要求不尽相符的义务安排,则可以被看做“说服教育”内容的初步扩展。既然“说服教育”能够导致与法律文书不尽相同的安排,那么,说服教育的对象严格限定于执行义务人显然相当勉强;于是,对执行义务人和申请执行人(或执行权利人)双方都做工作,寻求某种新的妥协就成为自然而然的归结。把申请执行人也纳入“说服教育”的对象范围,意味着这项命题在内容上的进一步扩展<sup>⑨</sup>。当然,法学界和实务界可能会有一些人士不愿甚或反对把后两种情形包括到说服教育与强制相结合原则的内容范围里去。这项原则的内涵是否能够这样扩展也确实容易成为学术上有争论的问题。但是,不仅许多学者理所当然地在“说服教育与强制相结合原则”的论题下讨论上述情形,从有关资料来看,执行人员往往就是这样从事执行实务的<sup>⑩</sup>。实践中似乎并没有人关心,在对执行义务人进行宣传教育过程中做出重新安排或对执行权利人也做相应的思想工作,是否还算“说服教育”。

尽管为了分析的方便,可以将“说服教育”的内容像上面那样划分为三个层次,但在现实中这三方面其实是不可分的。进入执行程序后,执行人员除了研究执行依据和从事其他必要的调查外,首先要做的事就是与执行义务人接触。这样的接触有着种种含义,既是“通知”,又是“劝说”,既是“施加压力”,又是“了解情况”。所谓“说服教育”,很大程度上也是再次向当事人了解案情,听取他们的意见。在进行了这样的工作之后,执行人员能够分别不同情况,或者向领导反映执行依据本身存在的问题,或者进一步在“说服教育”最狭义的范围内“讲清道理、指明利害”,或者把对方当事人也卷进来,并引导双方作出与作为

执行依据的法律文书不尽相符的重新安排,或者就直接采取强制措施了,等等。如果在这样的意义上理解“说服教育与强制相结合”的命题,那么对于执行实践来说,这些内容决非可有可无;实务部门一贯如此要求,实际上也一直在这样做。正是在这样的意义上,该命题能够被理解为执行程序的基本原则。

但是,这些在实践中一直行之有效,并被视为规范的做法,在法理上却不是毫无问题的。与执行程序的性质紧密相关的一个根本问题就是:在理论上是否允许把申请执行的当事人一方也纳入“说服教育”的对象?而这里似乎是存在问题的。例如,在执行程序中执行人员不能进行调解,目前已达成普遍的共识,至少已很少见到异议<sup>(11)</sup>。

于是,我们的强制执行程序似乎面临着一种两难境地:一方面,如果把“说服教育与强制相结合”的命题严格限定在仅针对执行义务人做工作,要求他不折不扣地履行法律文书规定的义务这一含义上,那么该命题很难被提升到执行程序基本原则的高度上去;另一方面,如果把这个命题的内容扩展到对双方当事人都做工作并可能做出改变原法律文书的重新安排,那将出现一种法理上的矛盾。耐人寻味的是,为什么我们长久以来都很难察觉到自己的制度中所包含的这种两难处境?究竟是什么东西会使人感觉到在这里存在着矛盾?对这个问题的追问也许能够使我们关于强制执行制度的认识得到深化。下面,我将通过引入两种不同的参照系,为我国现行的强制执行制度以及“说服教育与强制相结合”原则提供一种定位。

## 二、在两种参照系之间的定位

什么是上一节进行的讨论中潜在地采用了的参照系呢?其中一个参照系就是来自西方法律传统、尤其是来自大陆法系强制执行制度的基本架构及其背后的法理。在大陆法系各国,强制执行一般被理解为一种旨在“事实上实现权利”的程序。它区别于“在观念上形成权利”的判决程序(即狭义的诉讼制度)及其他类似程序,并以通过后者而形成的既存权利(在执行制度上体现为“债务名义”)为前提<sup>(12)</sup>。如果把判决程序与执行程序放到同一个诉讼过程(即广义的民事诉讼制度)中来看,两者不仅因确定判决而具有时间上的分界,而且在原理上也不同。判决程序的任务是裁断、宣告当事人双方权利义务关系,其着重点在于确保程序在过程与结果上的正当性,因此要求提供更为慎重的程序保障。而执行

程序则以迅速、不折不扣地实现已经被确认的权利为目标,其要义是贯彻对拥有权利者的实际保护,保持社会对法律制度的信赖,所以更偏重效率或讲求效益<sup>(13)</sup>。与这些观念紧密相关,学者们一般认为,与最能典型体现司法职能的判决程序相区别,执行程序本质上属于行政作用的一种<sup>(14)</sup>。

在大陆法系执行程序的制度架构中没有“说服教育”的任何位置,更不用说将此作为原则了。与此相关,至少在德、日等国的强制执行法规中并没有“执行和解”的规定,有关的教科书中也见不到这个概念。因为,无论所谓“执行和解”是如何达到的,从执行法规范的角度来看,无非是申请执行人单方面全部或部分放弃自己既有的权利而已。当然,这并不意味着现实的执行实践中不发生“执行和解”的现象。德国与日本的一些法社会学者各自对本国执行过程进行的实证研究表明,执行官对于执行义务人乃至执行权利人并非完全不做类似“说服教育”那样的工作<sup>(15)</sup>。在调查财产或扣押动产的过程中,执行官同样可能根据具体情况,劝说动员执行义务人自动履行,甚至促使或帮助双方达成新的解决方案。不过,从调查得到的数字上看,这类工作似乎并未在执行官的业务中占很大分量,发挥的作用也表现得不很明显<sup>(16)</sup>。更为重要的是,尽管执行实践中执行官可能根据实际需要从事这样的工作,但“说服教育”或“调解”决非对执行官履行职务的制度化要求,而仅仅停留在一种事实状态上。

西方强制执行制度的理念制度及实践,经过我国移植西方法制的100多年的积淀,特别是近20年来西方法学知识已为不少国人所了解和接受,并在很大意义上被诉讼立法所确立。

立足于这样的法理来看,如果从制度上允许或要求执行官在执行过程中对当事人进行调解,对权利义务关系重新配置,则将引起极度的制度紧张。因为这不仅意味着对判决的“釜底抽薪”,模糊了两种不同程序之间的界限,还意味着司法与行政在理念上的混淆。

至此我们可以下一个结论:之所以觉得把“说服教育与强制相结合”作为执行制度的原则会造成某种紧张,正是因为我们或隐或显地受到了来自上述参照系的强烈影响。如果回到上一节最后提出的问题,即为何我们长久以来又很难意识到这些矛盾,则有必要再引入另一个参照系。这个参照系就是我们自己的法律传统。

作为仍在影响甚或规定着现行民事诉讼及强制执行制度 (以 1982 年试行的民事诉讼法和 1991 年民事诉讼法为标志而建立 ) 的重要因素 , 中国自身的法律传统中有两个不同的组成部分值得特别重视。一是以清代的民事审判 (即所谓“听讼”) 为代表的帝制中国法律传统 , 二是自革命根据地时期发展起来的民事审判方式这一“新传统”。

在清代的“听讼”中 , 根据日本学者的研究 , 相当于我们今天所谓“确定判决”的判断方式并不存在<sup>(17)</sup>。州县地方官受理“户婚田土”等“细事” , 在审理过程中可以不断地做出称为“批”、“谕”或“判”的判断 , 并根据情况对当事人采取从体罚到扣押财产等强制措施。地方官做出具有实体判断内容的“谕”与当事人答应接受此内容而提交的“遵依甘结”结合起来 , 才有终结案件的含义。但是 , 如果承担义务的当事人不肯履行义务 , 而是“翻异”上告 , 或拥有权利的当事人一方不堪对方的拒绝履行或拖延推诿 , 再次向地方官求告 , 交涉、讨价还价、劝说、开导、威吓乃至现实的强制措施——与“甘结”前同样的种种情形又会在不同级别的官府或其他场面上演 ; 一直到双方当事人都不再“翻异”上告 , 事实上“同意”或“接”某一判断 (即不再采取争议行动这一事实本身) , 案件才真正得以最后终结<sup>(18)</sup>。值得注意的是 , 听讼不仅在观念和制度上完全没有诉讼程序与强制程序的区别 , 而且因为地方官在由“谕”加上“遵依甘结”两个阶段做的大致是同样的事情 , 实际上听讼是审中有执、执中有审。审判与执行或者说强制与说服交织在一起 , 贯穿了整个纠纷解决过程。

与此相对 , 以革命根据地时期的“马锡五审判方式”为原点而发展起来的新中国民事诉讼制度 , 确实已在观念上区分了诉讼程序与执行程序 , 且这种区分还反映到不同时期诉讼立法的尝试之中<sup>(19)</sup>。但是 , 作为一种外来的影响 , 这种观念上的区分究竟在多大程度上真正渗透到当时一般司法干部的心目中和司法实践中 , 却有必要打一个问号<sup>(20)</sup>。长期以来 , 支配着民事司法的实际上是一种“调解型”的审判模式<sup>21</sup>。在“马锡五审判方式”的基础上形成的这种模式强调的是调解为主、调查研究、深入并依靠群众 , 判决只是作为不得已时的最后手段。在审判过程中坚持对当事人说服教育 , 并发动群众来帮助教育成为一贯方针。当事人提高了思想觉悟并自动履行应该承担的义务 , 从而使纠纷得到解决 , 是理想的状态。然而在这个过程中 , 也伴随着或明或暗的种种强制 , 包括办案人员的“我说你服”以及周围环境无形有形的压力。尤其重要

的是,当所有的人们在政治、经济和日常生活等几乎一切方面都被组织进一套高度集权的社会体系(即所谓的“单位体制”)中去时,许多情况下“说服教育”是不可抗拒的。在典型的“调解型”审判方式中,审理过程中的履行(既有当事人自愿或被迫的履行,也可能包括“依靠群众”或“依靠组织”的履行)实际上成为一种常态。如果说审判过程不仅仅裁断并宣告某种实体安排,而更经常是以这种实体安排的实现才告终结的话,那么审判中其实已经伴有执行。另一方面,在达成调解协议或判决之后的阶段,除了办案人员做工作更偏重于要求负有义务的当事人履行并有可能发动强制措施之外,“说服教育”的位置仍然是确定不移的。对于当时的一般司法干部来说,正像审判程序中的判决一样,恐怕执行程序中的强制措施也只是不得已时的最后手段<sup>22</sup>,劝说、动员、开导和宣传等仍然是这个阶段的主要工作。在说服教育或者调解贯穿整个纠纷解决过程这一点上,当时的办案人员更明确地意识到的,与其说是审判程序与执行程序之间的区别,还不如说是两个阶段的一致性。

如果说清代民事审判所反映出来的法律传统潜移默化地影响着法院和一般人的意识,那么自“马锡五审判方式”以来的新传统则在很大程度上直接融入了民事诉讼及强制执行的现行制度。立足在这样的参照系上,执行中的说服教育乃至调解都变得顺理成章。而且,无论从解决问题的效果还是从正当性的象征意义来看,把说服教育与强制相结合作为执行制度的基本原则完全是理所当然的。

对于“说服教育与强制相结合”的命题,我们在感觉到矛盾与感觉不到矛盾之间的这种微妙状态,可以说是强制执行制度在我国目前的社会转型过程中所处位置的一个缩影。强制执行制度作为一种舶来的东西,自清末变法以来几度被试图移植到中国社会里去,但真正得到较稳定的制度化并开始在我们的社会土壤里扎下根,不过是近一二十年来的事情。移植一种外来的法律制度并要使其真正发挥作用,往往需要逐渐克服社会机体的排斥反应,法律制度和社会之间在这个过程中自然一直存在着紧张。在此意义上,说服教育与强制相结合作为执行制度的基本原则,既反映了原来的制度架构及其内在逻辑因这种张力而产生的变形,另一方面也是使执行制度在我国的现实情况下得以运作的一种技术。那么在执行实践中,说服教育与强制相结合原则究竟是如何发挥消除传统及国情对于外来制度排异反应的功能,同时又使制度内外的矛盾得到再生产的呢?下面想通过对实务界关注的几个难点进行考察来进一步思考这个问题。

### 三、审执分立与说服教育

执行组织的问题在法院内部一直或隐或显地存在不同意见,其中主要在于执行组织究竟应该与审判组织“分立”还是“合一”,即所谓“审执分立”与“审执合一”的观点对立。表面上看来,这些似乎与“说服教育与强制相结合”原则没有什么直接的关系,但如果深入到问题的深层结构上去分析,就会发现这种意见分歧其实从一定的侧面反映了“说服教育”在执行实践中所发挥的功能与带来的矛盾。

新中国成立以来,无论是1954年的《人民法院组织法》还是1979年重新颁布的同一法律,都有设置执行员的明确规定。此后的两个民事诉讼立法又进一步确立了由执行员或执行机构专门负责从事执行的“审执分立”原则。在法理上一般认为之所以实行“审执分立”,是因为审判与执行性质不同,执行不仅为审判还为其他民事程序提供保障,各国的通例也是审执分立,等等<sup>23</sup>。在法律规定及一般法理的层次上,审执分立原则看起来是不可动摇的。

但是,在设置执行机构的制度实践层次上,不同意见似乎有了充分的体现。一位学者指出:“审执合一与审执分立并存、审判庭执行与执行庭执行并存的‘双轨制’局面,是当前我国执行工作的突出问题。”而在造成这些现象的多方面原因中,作为认识上的原因,“有的是认为审执合一比审执分立更适合执行工作的需要”,“也有的认为审执分立不是审执分割”<sup>24</sup>。

“审执分立”还是“审执合一”当然首先是一个要不要设置执行机构的问题,但更根本的问题则在于执行机构从事的执行工作具有什么样的内容和性质。如果站在大陆法系强制执行制度这一参照系来看,“说服教育”决不可能成为贯穿审判与执行两个阶段的因素。所以,大陆法系国家的审判总是由要求特殊资格和给以身份保障的法官来从事,而纯粹的强制执行则交给具有行政官性质或甚至是民间身分的执行人员承担(所谓“执行法院”的法官也只是从事执行程序中带有判断性质的工作)。与此相对,在我国历来的民事诉讼中,虽然审判与执行两个阶段各有其特点,但却被“说服教育”贯穿起来而呈现出更强的同质性。在这样一个参照系中,由同样的主体负责审判和执行的“审执合一”自然显得更加顺理成章。针对“审执分立”,法院内部根据执行实践中遇到的

困难而提出种种批评<sup>25</sup>。这些批评中最根本的一条恐怕就是审执分立带来“审执脱节”的难题。所谓“审执脱节”，主要指审判阶段的办案人员由于不负责执行，在调解方案与判决中常常会做出没有考虑到是否方便执行或是否可能执行的安排，从而使执行人员感到难以执行或无法执行；在执行阶段，则因负责执行者未参与审判而不熟悉案情或不了解具体情况，从事执行时不仅容易导致无的放矢、效率低下，而且还可能使问题复杂化或者造成新的问题。对执行实践中碰到的这些因审执分立而带来的难题，恐怕不能忽视其现实性，也难以简单地否定依据这类问题而提出的批评。

总之，在一种说服教育或调解贯穿整个纠纷解决过程的民事诉讼模式中，执行机构无论在组织上还是在功能上与审判机构的分立，都会干扰这个模式的内在逻辑，从而给执行实践带来一定的混乱和难题。相反，如果转换一下参照系，则“审执合一”给严格地从性质和内容上区分审判与执行的诉讼制度带来的，也将是混乱和难题。我国执行机构的设置及其实际功能的现状可以说反映了正处于过渡期的原有模式与制度要求之间的紧张。另一方面，“说服教育”既制造了这种紧张，又通过解决实际问题发挥了缓解这种紧张的功能。关于这一点，我们可以更直接地通过分析“执行难”现象与说服教育工作的关系来加以考察。

#### 四、“执行难”与说服教育

关于说服教育的作用，在阅读有关资料时常常产生一个颇为矛盾的印象：一方面，过分地强调说服教育会导致执行工作的软弱无力，在一定情况下说服教育甚至可能成为“执行难”的原因之一；另一方面，说服教育又往往成为解决“执行难”问题的一种行之有效的手段。这个印象可以说反映了说服教育作为我国强制执行制度的原则在“执行难”背景下形成的困境。为了刻画和辨析这种困境，有必要再次考虑：所谓的“执行难”究竟是什么现象，这种现象的原因又在哪里？

作为当前法学界和实务部门的最热门话题之一，涉及“执行难”问题的文献资料不胜枚举，关于其表现和原因也是众说纷纭。质而言之，“执行难”就是本来应该也可以得到执行的案件却由于种种因素的阻碍而得不到执行。从程序的角度来看，“执行难”问题直接反映出来的却是这样一种现象——受理了的执行案件既未中止也没终结，却得不到实际执行而积存下来。这样的情形自80年代后期以来在法院的执行实

务中似乎已经成为一个既成事实<sup>26</sup>,而隔几年就要来一次的“集中清理执行积案行动”也构成法院的一种类乎常规性的工作<sup>27</sup>。为什么会出出现这样的情形?尽管说法众多,各有道理,但从法院能够投入执行力量这一点来看,导致上述“执行难”现象的种种因素主要可以归纳为以下两个方面:第一,受理了的执行案件因法院自身在资源方面的制约因素而未能进入实际的执行过程,或在执行程序的中途停顿下来。制约因素可能是缺乏足够的人力物力办案,也可能是执行人员在能力素质上的问题<sup>28</sup>。值得注意的是,有迹象表明,执行组织的设置和发挥作用的样式(“审执合一”还是“审执分立”)能够直接影响到法院或具体办案人员在执行工作方面的资源配置。第二,执行过程中遇到了来自外部的阻力而不得不中断程序或停顿下来,但又因没有法定的事由,难以宣告中止或终结。阻力既可能来自执行义务人的逃债、欺诈行为乃至公开的对抗,也可能来自因地方司法保护主义而得不到有关部门乃至委托执行的对方法院的支持。市场秩序的混乱、政治或经济形势上的困难局面也能够迫使有些案件的执行过程停顿或中断,例如因大面积的“三角债”而引起的“执行难”问题。法院自身的力量在许多情况下还不可能克服这些阻力或困难。无论前一方面还是后一方面的原因(也可能两者的竞合作用)所造成的“执行难”,都有相当一部分是法院完全无能为力的。

虽则如此,法院的执行实务工作者们仍然做出了种种努力以缓解“执行难”。在这些努力中,说服教育的原则保持着重要的位置。几乎能够说,说服教育是法院针对“执行难”而采取的种种对策中不可缺少的一环。首先,一般而论,说服教育比起其他执行措施来更容易节省法院或具体办案人员的资源或成本,从而可能在一定程度上弥补法院执行力量的不足。这不仅因为成功的说服教育能够减轻乃至免除采取其他执行措施的负担,而且更体现在说服教育方法广泛的替代性上。在其他所有的执行措施都无效或无法采取的情形下,常常仍存在着做说服教育工作的余地,而且有时也能够取得一定成效<sup>29</sup>。其次,在法院针对种种难以执行又似乎不宜中止或终结的复杂情况而采取的各种对策中,说服教育都占有不可或缺的一席之地。这些对策或措施既包括“以物抵债”(“物”还可延伸指土地使用权、股权、到期未到期的债权、租赁权等权利)、“劳务抵债”等灵活的清偿方式<sup>30</sup>,也包括在执行的期限、金额、方式、主体等方面的种种变通做法<sup>31</sup>。而有名的所谓“放水养鱼”,更是这种种灵活方式及变通做法的综合运用<sup>32</sup>。

说服教育在法院克服“执行难”问题的种种努力中占据着重要的地

位决不是偶然的。作为转型期特殊的法律现象，“执行难”可以被理解为，一种功能相当有限的法律程序直接面对过于复杂的社会现实，不得不处理远超过其制度容量的问题而引起的制度扭曲或制度紧张。我国强制执行程序功能的有限性不仅体现在需要强制执行的案件负担过重、执行组织等内部关系并未理顺等问题所造成的“绝对力量不足”，更集中地表现为转型期制度总体供应不足所导致的“相对力量不足”。如果存在较完备健全的担保、银行存款及证券的记名、不动产登记、公证、拍卖等制度，则不动产及担保债权、存款及证券等财产的执行能够通过法定程序简单地完成，强制执行的措施将有可能像许多国家那样，主要集中在动产的扣押和拍卖上。这样，事情就会单纯得多。恐怕这也是尽管不少国家的强制执行成功率相当低，却并不认为存在“执行难”问题的原因之一<sup>33</sup>。此外，尤其就经营性组织而言，目前我国的强制执行实际上承担了很大一部分应该由破产制度来解决的问题<sup>34</sup>。由于上述制度以及其他类似的制度缺乏或者不健全，同时也由于制度间的专业化分工不发达或制度间关系没有理顺，需要运用不同的原理、不同的法律技术来解决的许多问题都集中到强制执行领域，使得这个制度不堪重负而难以有效地发挥其功能。

说服教育原则的作用在于，通过加强法院裁量的因素和引入当事人同意的契机以减轻执行制度的负担。它使过大或过于复杂的问题也有可能强制执行的范畴内得到处理，从而加大了制度的容量，在一定程度上弥补了其他制度的不足。说服教育不仅在通过获得当事人同意而满足程序的正当性要求这方面必不可少，而且在运用得好的时候确实能够解决问题，收到良好的社会效果。作为确实有效的一种方法，在制度供应不足的整体状态没有得到根本性改变之前，从强制执行制度中取消作为原则的说服教育看来是不可行或者是不可取的。

尽管如此，必须看到，说服教育原则带来的并不都是正面的影响。首先，说服教育并不总是有效。相反，过分地依赖疏导或做思想工作，有些情况下可能导致执行措施不力，执行程序长时期地延宕，甚至完全丧失执行的机会。这一点已为许多理论界和实务界人士指出。其次，对双方都做工作并实质上改变原有法律文书内容的做法，尽管在一些情况下缓解了“执行难”，但也会带来更加复杂的问题。对双方的说服常常变形为一方被迫放弃权利，而且容易使办案人员重新卷入复杂的纠纷。以“以物抵债”为例，一位法官指出，执行实务中公开或隐蔽的强行以物抵债已引发了在价格、质量、拒收拒退以及程序等方面的矛盾纠纷，许

多情况下执行法院直接卷入这些纠纷而非常被动 35。近年来批评较多的所谓“执行乱”,其实与不少灵活变通的执行办法及其引起的矛盾有直接联系 36。

看来,说服教育以及伴随着说服教育的种种灵活变通的执行方式方法,在运用得好时能够有效地缓解“执行难”,甚至在一些场合可以说是目前条件下惟一可能采取的对策;但另一方面,在某些情境下搞“变通”或运用不当也会带来困惑、矛盾以至混乱。更为深刻的问题恰恰隐藏在这样的现实之中。当我们看到说服教育在一些情况下确实解决问题,给执行程序带来皆大欢喜的结果,而另一些场合则引起困惑、苦恼以至更难收拾的问题之时,我们往往会问,好的情况和坏的情况,究竟哪一种占多数呢?如果我们针对坏的情况所设想的对策,还不外是提高执行人员的职业道德、素质能力和办案技巧或水平的話,我们也许已经开始不知不觉地放弃在法律或程序的范围内解决问题的努力。

法律程序的特征在于能够把无限丰富多样的具体情境和状况还原到若干“要件—效果”的框架中并给以同等的简单处理,而程序操作者的道德水平、素质能力等因人而异、千差万别的因素也可以在相当程度上被转化为法律的技术性问题。正是通过这样的转化过程,法律程序面对极为复杂的社会现实能够发挥缩减其复杂性的功能。但是,说服教育原则及其针对“执行难”现象的运用,却往往意味着又使强制执行程序处理问题的模式在相当的程度上从“要件—效果”回到“伦理、素质、技巧”上去。与此相应,我们对执行工作现状的把握也难以从“合法(合乎程序)—违法(违反程序)”的角度来判断,而不得不使用类似于“模范事例—坏人坏事”这样的判断标准。从这样的理论视角来看,说服教育原则的深层问题并不在于缓解了“执行难”的同时也可能带来某些弊病,而在于降低了强制执行制度的透明度和专门性,从而使法的或程序性的判断基准于不知不觉中发生了向道德性判断基准的位移。这就是说服教育在解决“执行难”过程中面临的困境,也可以说反映了我国法制建设的深层症结之一。由此看来,尽管目前条件下我国强制执行制度或许还不能缺少这项原则,在今后的发展方向上则应该充分地认识到其内在的问题和矛盾。

## 五、结语

以上的讨论表明,从“执行难”的角度来看,说服教育与强制相结

合的原则同样扩大了强制执行程序的容量,有助于这一制度在市场相对地缺乏秩序、地方保护主义泛滥以及应付这些问题的其他制度供应不足等复杂困难的局面下依然保持运转;但该原则同时也给强制执行制度带来了内在的扭曲和变形,并使我国法制建设深层结构上的矛盾和问题得到再生产。这样的局面并不是短时期内就能得到根本改观的。在我国转型期制度变迁的大背景下,强制执行制度以及相关的其他制度在适合国情并改变国情的前提下逐渐地完善和健全将是一个长期的过程。

\*本稿的写作得到教育部留学回国人员研究启动基金的资助。清华大学法学硕士杨晋萍为本稿的写作收集了大量文献资料,在写作过程中与她进行的讨论也使笔者获益匪浅,在此谨表示衷心的感谢。

① 可参见柴发邦主编《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第430页;柴发邦主编《中国民事诉讼法学》,公安大学出版社1992年版,第526页;梁书文主编《执行的理论与实践》,人民法院出版社1993年版,第210页;常怡主编《强制执行的理论与实务》,重庆出版社1992年版,第55页。

② 参见人大常委会法制委员会民法起草小组编《民法参考资料》(六)。

③ 杨荣新、叶志宏编《民事诉讼法参考资料》,中央广播电视大学出版社1986年版,第257页。

④ 郑州市中级人民法院编《“执行难”对策谈——全国首届省会城市中级法院执行工作研讨会论文集》,人民法院出版社1992年版,第120页。

⑤ 《最高人民法院关于民事审判工作若干问题的意见》(1963年8月28日),载《民法参考资料》(六)。

⑥ 一位美国学者首先注意到这一点,还指出类似的一些迹象。参见Donald C. Clark, “Power and Politics in the Chinese Court System: The Enforcement of Civil Judgments”, Columbia Journal of Asian Law, Vol. 1, Spring 1996, pp. 37—38。

⑦ 可参见江伟主编《中国民事法学教程》,中国政法大学出版社1994年版,第351页;杨荣新主编《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1997年版,第463页等。

⑧ 孙加瑞:《强制执行实务研究》,法律出版社1994年版,第4

⑨ 例如,关于说服教育与强制相结合原则的内容,可以找到不少类似这样的说明,见常怡主编《强制执行的理论与实务》,第54页;从作为法官培训教材的教科书来看,实务部门内部也持同样的认识,参见王怀安主编《中国民事诉讼教程》(新编本),人民法院出版社1992年版,第442—443页。

⑩ 可参见郑州市中级人民法院编《“执行难”对策谈》,第32、104—105、128页;韩治礼主编《审判经验集锦》,宁夏人民出版社1991年版,第195、201页等;最高人民法院经济审判庭编《经济审判经验专题和案例选编》,人民法院出版社1991年版,第250—251、258—259页等。

(11) 例如,由在最高法院从事审判与研究的几位法官撰写的一本专著中,针对这一问题明确指出,“如果在执行程序中进行调解,就等于置原法律文书于不顾,当事人重新处分权利,这是法律所不允许的”。参见梁书文主编《执行的理论与实践》,第230页。

(12) 参见〔日〕小室直人编著《民事执行法讲义》,京都法律文化社1991年版,第1、39—40页。

(13) 参见〔日〕三月章《民事诉讼法研究》第二卷,东京有斐阁1962年版,第49页;〔日〕山木户克己《民事执行法案讲义》,东京有斐阁1984年版,第10页。

(14) 可参见〔日〕铃木忠一《非讼案件裁判的既判力》,东京弘文堂1951年版,第15页以下;〔日〕斋藤秀夫《拍卖法》,东京有斐阁1961年版,第28页以下;孙笑侠《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》,《法学》1998年第8期。

(15) 包括德国的情况在内。这里介绍的内容主要根据〔日〕西川佳代《民事纠纷处理过程中执行制度的功能》(一)(二),《民商法杂志》第109卷3号,4、5合并号,1993—1994年。

(16) 例如,德国学者Klein对动产执行结果的一项调查发现,调查对象的56%因无可扣押的动产而不能执行,债务人自动履行的占19%,实际扣押的占11%,因债权人取消委托或妨害执行而中止的仅占4%,其他占10%。参见〔日〕西川佳代《民事纠纷处理过程中执行制度的功能》(二)。

(17) 参见王亚新、梁治平编《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版。

(18) 这部分内容主要参照了〔日〕滋贺秀三《清代司法中判决的性质——关于判决确定这一观念的不存在》,滋贺秀三《清代中国的法

与审判》,东京创文社1984年版。关于这篇论文内容的较详细介绍,还可参见王亚新《关于滋贺教授论文的解说》,载王亚新、梁治平编《明清时期的民事审判与民间契约》,第102—103页。

(19) 1942年陕甘宁边区拟定的《边区民事诉讼条例草案》就已包含了独立的执行程序。1950年中央人民政府草拟的《中华人民共和国民事诉讼法程序试行通则》(草案)也有“判决的确定与执行”一节。最高人民法院1956年《关于各级人民法院民事案件审判程序总结》、1957年《民事案件审判程序》(草稿)、1979年《人民法院审判民事案件程序制度的规定》(试行)等,都单独设有执行部分。参见杨荣新、叶志宏编《民事诉讼法参考资料》,以及孙加瑞《强制执行实务研究》,第39—41页。

(20) 最近发表的两篇有关论文使马锡五审判方式的研究获得重要的进展。两位作者都认为马锡五审判方式及革命根据地法制的渊源之一是大陆法系的法律架构。但同时他们也都同意,马锡五审判方式的另一个或者说是更主要的渊源,却是源远流长(直至清代)的我国历史上固有的法律传统。见范愉《简论马锡五审判方式——一种民事诉讼模式的形成及其历史命运》,《清华法律评论》第2辑;强世功《权力的组织网络与法律的治理化——陕甘宁边区的审判与调解》,《北大法律评论》第2卷第1辑。

21 参见王亚新《论民事、经济审判方式的改革》,《中国社会科学》1994年第1期。

22 在前面已引用的论文中,美国学者克拉克(C. Clark)发现,“有关执行的第一手和第二手资料显示了一个惊人的事实:(中国的)法院和其他行使国家权力的机构极端地不愿意在民事案件的处理中采取强制手段,尤其当被告在道德上并非一无是处时更是如此。”见111页注④, p. 36。

23 参见梁书文主编《执行的理论与实践》,第27—31页;孙加瑞《强制执行实务研究》,第56—57页。

24 孙加瑞:《强制执行实务研究》,第58—59页。

25 参见梁书文主编《执行的理论与实践》,第32—35页。

26 最高法院的一位法官提供的数字表明,“从案件执结率看,1996年比1995年下降15%;1997年比1996年下降6%;今年上半年仅为39.6%,形势更加严峻。从未执结案件数看,1996年比1995年上升25.3%;1997年比1996年上升39.5%,比1995年上升74.8%;今年上半年比1997年同期上升40.6%。从未结案件的标的金额来看,仅今年第一季度16.8万件未结执行案件的标的金额即

达 3 2 0 多亿元”。见王飞鸿《最高法院部署全国法院集中清理执行积案行动》，《人民司法》1 998 年第 9 期。

27 参见上文及唐文生《谈集中清理执行积案行动》，《人民司法》1 999 年第 2 期。据最高法院院长肖扬报告，从 1 998 年 9 月至 1 2 月底，法院在全国范围内开展的集中清理未结执行案件的统一行动共清理积案 1 2 0 万余件，执行标的金额达 893 亿余元。见 1 999 年 3 月 2 1 日《人民日报》。

28 当然，还可能存在制度方面的原因，如判决缺乏真正的终局性或既判力等问题。但这里只列举与本文特定视角有关的因素。

29 可参见长春市中级人民法院《我们是怎样运用疏导与强制相结合执行疑难案件的》，载郑州市中级人民法院编《“执行难”对策谈》。

30 参见严永芳《执行标的转换的法律问题初探》，《法制论丛》1 992 年第 1 期；廖慕杰《民事执行中的以物抵债初探》，《人民司法》1 992 年第 3 期；常福林《执行初探——“债权变股权”》，《人民司法》1 999 年第 7 期；鲍总枝、梁洪林《试谈劳务抵债》，《人民司法》1 991 年第 1 期。

31 参见武汉中级人民法院《运用多种“变通执行”方式，积极解决经济纠纷案件“执行难”问题》，李希中、孙朋奇《浅谈执行的变通、和解及跟踪》，载郑州市中级人民法院编《“执行难”对策谈》；刘道义、刘鹏《略论执行艺术——兼谈执行方法的改进》，《人民司法》1 998 年第 1 0 期。

32 关于“放水养鱼”的一些具体做法，可参见南京市中级人民法院执行庭《执行资不抵债案件的几点体会及思考》，载郑州市中级人民法院编《“执行难”对策谈》；王常营《正确运用强制措施，审理经济纠纷案件——谈严肃执法与“放水养鱼”》，《人民司法》1 990 年第 8 期。33 克拉克教授在前引书中举了一个例子：1 987 年在新泽西州 1 1 个县进行的调查表明，已发布的民事执行令状 (w r i t) 中只有 2 5% 全部执行，部分执行为 7%，其余 68% 完全没有执行。“然而美国公众和法律界却对这种在中国法律界看来也许是令人震惊的低执行率习以为常。”见 1 1 1 页注④，p p . 2 7—2 8。

34 关于这个问题，可参见林祖彭、李浩《建议在司法执行中建立强制性破产制度》，《政治与法律》1 998 年第 5 期。

35 参见廖慕杰《民事执行中的以物抵债初探》，《人民司法》1 992 年第 3 期。

36 参见张焕文《执行工作的困惑与对策》，《经济与法》1 993

年第 2 期 ;黄双全《我国民事执行乱的情况与对策》,童兆洪《关于缓解执行难和治理执行乱的认识和思考》,《法律适用》1998年第 4 期。

(文章来源:原载于《中国社会科学》)

[【返回】](#)

欢迎光临**中国法学会**官方网站

Thank you for visiting [www.chinalawsociety.org.cn](http://www.chinalawsociety.org.cn)

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 [联系方式](#)  
(浏览中国法学会网,建议将显示器的分辨率设为1024\*768) 网站制作与维护:北京长城宏业网络信息科技有限公司