

论民事强制执行中的财产调查权

叶 蓁

内容提要:调查被执行人的财产状况一直是我国民事判决执行中的难题。法院财产调查权的行使效果决定着民事判决执行的质量。长期以来,法院由于一些特殊原因主动弱化自身的财产调查权,甚至体现为一种消极与不作为,却要求债权人自行调查债务人的财产状况,致使债权人举证责任被被动强化,为一股强大的民间暴力的兴起与蔓延预留了相当的空间,给社会造成了一定的危害。事实上,强制执行权的行使主体只能是国家,债权人享有的只能是强制执行请求权。执行权不是一项司法权,而是一项行政权。对财产状况的调查应当是执行官的专有权,债权人不应承担任何举证责任。因此,为我国目前民事强制执行中的财产调查权纠偏定位,迫在眉睫。

关键词:民事强制执行 执行权 财产调查权

叶 蓁,英国伦敦大学学院法学硕士。

调查被执行人的财产状况,是判决执行实践中的一项基础性工作。这项工作的好坏直接关系到强制执行的成败。多年的实践证明,在许多情况下要很好地完成这项工作,是非常困难的。因此,有人曾经叹息道,执行工作是法院的一个“包袱”,应该想法子甩掉,为此必须先将一部分财产调查权分配给当事人和社会中介机构承担。^[1]

改革申请执行立案的标准与在一定程度上剥离执行法院的财产调查权是有人提出的两项改革措施。为了做到成功的“剥离”,要通过“加大申请人的义务”、“将一部分财产调查权分配给当事人和社会中介机构承担”。可见两项措施之间具有密切的联系。对于长期受困于“执行难”的许多法院来说,甩“包袱”的指示精神犹如雪中送炭,很快在不少地方法院得到了及时贯彻。不少法院实行了申请执行人举证责任的改革措施,即在执行立案和执行程序中,执行法院责令申请执行人提供证据,证明被执行人有可供执行的财产、有履行义务的条件和能力。若举不出充足的证据,执行法院可以不予立案,只进行登记,或以被执行人无履行能力的事由中止执行。^[2]有人颂扬道,这项改革与传统的申请执行人把案件执行的责任全部寄托于法院相比,与传统的申请执行人消极等待执行结果相比,强化申请执行人对债

[1] 2001年2月26日,最高人民法院一位负责人在贯彻中央1999年11号文件精神西北片座谈会的讲话。参见《中国强制执行制度改革——理论与实践总结》,法律出版社2003年版,第317页。

[2] 沈德咏、张根大:《中国强制执行制度改革——理论与实践总结》,第244页。

务人财产状况的举证责任是有益的。”^[3]然而实践证明,上述两项“改革措施”都是不当的,不仅收效甚微,^[4]反而节外生枝,酿成了严重的社会后果,这是始料未及的。主要原因在于其理论根据:一是执行权是一项司法权;二是在执行活动中,申请执行由被执行人负担举证责任。这两种观点在理论上都是难以成立的,缺乏科学性。

一 执行权不是一项司法权而是一项行政权

财产调查权是执行权的一个组成部分。因此,要准确理解财产调查权的性质,必须首先正确理解执行权的性质。关于执行权的性质,学术界有三种观点,一是债权人说;二是国家说;三是折中说。其中国家说为通说。我们认为,执行权是国家权力的不可缺少的组成部分,国家强制执行机关“依法享有强制执行权,代表国家进行强制执行活动”。强制执行权的主体只能是国家,债权人享有的只能是强制执行请求权。^[5]笔者认为,这是十分正确的观点。强制执行权又可以分为强制执行裁决权(性质上属于司法权)和强制执行实施权(性质上属于行政权)。^[6]

强制执行工作中,“大部分是非裁决性的操作性工作,例如,调查被执行人的财产、送达有关法律文书、指令协助执行单位进行协助执行、公告、督促被执行人履行义务等等,这些工作中所体现的职权不是司法权,而是行政权。”^[7]因此,强制执行权虽然包含司法权和行政权,但是根据辩证唯物主义观点,特别是该理论中有关矛盾的主要方面和次要方面的理论,判断一个事物的性质,应该看其主要方面。既然大部分执行工作是行政性的事务,那么强制执行权在性质上应该是一种行政权。这是它的真正面目。根据这一观点,行政权作为一种公权力,只能由国家机关及其工作人员在法律授权的范围内来行使,不可能由债权人来行使。外国的强制执行实践也支持这种观点。

(一) 法国的强制执行机关

1993年1月,法国正式实施执行法官和司法执达员制度。执行法官是集中管辖和处理执行案件的法官,不是具体实施执行行为的人员。执行法官由大审法院院长任命。一个法院可任命一名或数名法官为执行法官。对于特别复杂的执行案件,需要经大审法院合议庭予以处理,在这种情况下,案件将由合议庭全体法官作为执行法官进行判决。^[8]尽管如此,负责执行的指挥官却是司法执达员,他对执行事务具有垄断权。^[9]

(二) 德国的强制执行机关

1877年1月30日,德国制订了《德意志联邦共和国民事诉讼法》。其后作过多次修改,

[3] 沈德咏、张根大:《中国强制执行制度改革——理论与实践总结》,第244页。

[4] 据最高人民法院执行局负责人透露,2008年年底到2010年年初,全国掀起了一场集中清理执行积案的风暴,以前所未有的规模,前所未有的力度,解决了33万多件有财产可供执行积案,300多万件无财产执行积案。然而这位负责人却特别强调说:“我们必须清醒地认识到,执行难问题并没有从根本上解决。”李娜:《最高法执行局官员:案件执行难没有从根本上解决》,转引自《法制日报》中新网2010年9月14日。

[5] 沈德咏、张根大:《中国强制执行制度改革——理论与实践总结》,第77页。

[6] 同上注,第77页。

[7] 同上注,第83页。肖勇:《创新思路 变“难点”为“亮点”》,江西法院网,2010年9月1日最后访问。林圣国、朱玲:《让权力在规范下运行——谈执行裁决权之现实困境与制度完善》,江西法院网,2010年10月1日最后访问。

[8] 参见张卫平、陈刚编著:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1997年版,第303页。

[9] [法]让·文森等著:《法国民事执行程序法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2002年版,第32页。

这里所引用的修改本是1999年12月17日的版本的规定。^[10] 根据该法律,德国实行审执分离制度,执行机构(执行员)负责实施执行行为。至于执行方面的实体问题,由执行标的所在地的法院(又称执行法院)管辖。法律对执行员与执行法院的权限作了明确划分。第764条规定:“(1)关于执行行为的命令以及对执行行为的协助,应由法院实施的,由初级法院作为执行法院管辖之。(2)法律没有指定其他初级法院时,执行法院就是进行或已经进行执行程序的地区所属的初级法院。”^[11]

根据该条第1款规定,执行行为以执行员为主实施,必要的情况下,由执行法院予以协助。这样,就把两种行为(执行员负责实施的行政行为和执行法院负责实施的司法裁决行为)区分开来。例如,第766条对执行法院负责实施的司法裁决行为做了规定:“(1)对于强制执行的种类和方式,或对于执行员在执行时应遵守的程序提出申请、异议与抗议时,由执行法院裁判之。(2)执行员拒绝接受执行委任,或拒绝依照委任实施执行行为时,或者对于执行员所计算的费用提出抗议,由执行法院裁判之。”^[12] 应注意的是,在执行活动中,执行法院仅仅是负责协助的机关之一。有时,警察等机关也会依法予以协助。

(三)日本的强制执行机关

《日本民事执行法》第2条规定:“民事执行,根据申请,由法院或者执行官实施。”第4条规定:“执行法院可以不经口头辩论作出裁判。”第5条规定:“当执行法院作出执行处分时,如有必要,可以审问利害关系人及其他有关参考人。”第6条规定:“当执行官执行职务受到抵抗时,可以采取强制措施排除其抵抗,或者请求警察予以协助。”^[13] 从上面可以看到,第一,日本法律将强制执行分为执行裁判和执行事务两部分。前者属于司法事项的范畴,由法院负责;后者属于行政事项范围,由执行官负责。第二,具有强制执行权的机关是法院及其所属的执行官。此外,其他任何机关、组织和个人都无权强制执行。第三,表面上看来,强制执行权属于司法权(因为执行官是法院的一部分),但事实上仍属于行政权,因为大量的强制执行事项属于单纯的行政事务,只能由执行官负责。这种行政权性质,“当执行官执行职务受到抵抗”可以请求警察予以协助时,体现得特别明显。

(四)俄罗斯的强制执行机关

《俄罗斯联邦执行程序法》(1997年6月4日国家杜马通过)第3条第1款:“俄罗斯联邦司法警察和俄罗斯联邦各主体司法局司法警察负责强制执行法院裁决和俄罗斯联邦其他机关的裁决。”第3条第2款:“司法警察归入俄罗斯联邦司法部序列。”第5条规定:“1. 在俄罗斯联邦法律规定的情况下,法院和其他机关追索金钱的裁决由税务机关、银行和其他金融机关执行。2. 在俄罗斯联邦法律规定的情况下,法院和其他机关的裁决可由其他组织、法人和公民执行。3. 本条第1、2款所列机关、组织和个人不是强制执行机关。”^[14] 从上面可以看到,第一,俄罗斯联邦司法警察是专门负责强制执行的机关。在执行阶段,司法警察又叫执行员。它与内务部所属的警察是不同的两个序列,但都属于行政机关。第二,税务机

[10] 参见谢怀拭译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社2001年版,第1页。

[11] 参见谢怀拭译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,第197页。

[12] 同上注,第198页。

[13] 参见白绿铨编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第205页。该法典于1979年3月30日第4号法律公布,1980年10月1日施行。

[14] 参见张西安等译:《俄罗斯联邦民事诉讼法、执行程序法》,中国法制出版社2002年版,第186页。

关、银行、其他组织、法人和公民,都不是强制执行机关。

除以上国家外,在美国,州法院的判决由县司法行政官进行,联邦法院的判决由联邦执行官进行。可见其执行权也是由行政机关掌握。总之,强制执行权是一项行政权,这已经成为当今主要发达国家立法者的一项共识。

前面我们曾经讲到,调查被执行人的财产,作为一种公权力,是强制执行实施权(性质上属于行政权)的一种。只能由国家机关及其工作人员来行使,不可能由债权人来行使。因此,“加大申请人的义务”,以及“在一定程度上剥离执行法院的财产调查权,可考虑将一部分财产调查权分配给当事人和社会中介机构承担”这样两项措施,就违背了强制执行实施权(行政权)的性质。财产调查权(公权力),不仅申请人不得拥有(债权人享有的只能是强制执行请求权),社会中介机构也不得拥有(它们在执行活动中不享有任何职权)。国家机关所拥有的公权力不得随意转让他人,否则,就是规避责任,就是失职。

二 对债务人财产状况的调查属于执行官的专有权

对申请执行人来说,提供财产线索不是一项强制性义务或责任。是否提供线索取决于申请执行人的自愿。如果申请执行人能够在自己力所能及的范围或限度内找到被执行人的财产线索,他会出于实现其债权的本能予以提供的,这合乎逻辑和常理。

对财产状况的调查属于执行官的专有权利,法国人称之为“垄断权”。该法确定了执达员在执行方面的垄断地位(该法律第8条第1款规定:“惟有负责执行任务的司法执达员得实施强制执行与保全扣押”)。执达员在各种类型的扣押中起着极为重要的作用,不论是动产扣押还是不动产扣押都是如此。第8条第1款规定:执达员又提供协助或帮助之义务。如果他们认为有必要,则应该向法官禀报。执达员对执行活动负有责任,并且在执行中发生困难时,可以请求法官解决。^[15]

与执达员相比,检察官作为一种“公共力量”仅仅负担协助义务。1991年7月9日法律第39条规定:“除第51条之规定外,应持有执行根据、负责执行的司法执达员的请求,并且根据执达员提出的记录,证实其为了执行而收集情况没有结果,共和国检察官得进行必要的努力,查明债务人以其名义设立账户的机构的地址,以及债务人极其雇主的地址,但是排除查找其他任何情况。”^[16]可见,只有当执达员为完成执行义务而收集债务人财产情况“没有结果”的情况下,检察官才作为一种参与的力量在收集债务人财产信息方面发挥作用。

根据法国法,在执行官向检察官提出收集债务人情况的申请之前,应独立地收集情报。对没有努力收集情报的执行官,检察官有权命令其进行追加调查。自申请提出之日起90日内,检察官对收集情报的结果应作出回答。根据法国民事执行程序法规定,国家或地方公共团体的行政机关、国营企业、金融机构等,是情报收集的对象。检察官在要求其提供情报时,他们不得以保密义务为由予以拒绝。在执行实务中,法国银行的数据库成了检察官收集债务人情报的主要对象,不仅能确定执行债权所需要的债务人存款,而且能查明债务人的现住址。检察官收集债务人情报的范围主要包括债务人的现住址和开户银行,除此之外,不得收

[15] [法]让·文森等著:《法国民事执行程序法要义》,罗结珍译,第32页。

[16] 同上注,第13页。

集其他情报。检察官对所收集的情报只限于执行该判决的必要范围内使用,不得向第三人泄露或收入数据库。^[17]从上面可以看出,在法国,在债务人的财产收集领域,仍然是执达员拥有垄断权;执行工作是司法执达员为主,检察官为辅,而前者属于法院管理。

遗憾的是,在我国,直到现在仍有许多人认为申请执行人负有举证责任。即使对于他们抱有同情心的人也依然持有这种看法。例如,有人认为,从民事诉讼法规定的执行程序来看,民事执行是以行政性司法行为为主、兼有裁判性司法行为特征的司法行为。从执行机关与当事人之间的关系来看,民事执行以执行机关对债务人的强制履行为法律关系主要内容,债权人处于受保护地位。因而仅要求申请执行人提供被执行人财产线索,只承担有限的举证责任,与民事诉讼程序中“谁主张、谁举证”的证据规则有重大区别。^[18]

不仅如此,在落实具体措施时对申请执行人也毫不手软,似乎根本没有意识到由他们负担举证责任会导致显失公平的后果。例如,有人主张,对于被执行人确无可供执行财产或申请执行人不能提供被执行人下落或财产线索的,可采取颁发《执行案件备案告知书》或《债权凭证》的形式,对当事人享有的债权和强制执行请求权进行依法确认,中止执行或终结本次执行,同时明确告知当事人在被执行人具备履行能力时,可以随时行使强制执行请求权并恢复执行。^[19]

三 申请执行人不承担任何举证责任

举证责任是一个传统的证据法上的概念。它与诉讼程序中的“事实审”具有极为密切的联系。只有在事实审的法庭辩论阶段,当事人才负担举证的义务或责任;法庭辩论一旦完毕,一切证据皆已固定,举证责任即自然终结。因此,这是一个有着特定证据法含义、并需要严格限定的概念,不可滥用。

然而,在民事执行程序中,许多人根据我国《民事诉讼法》第 64 条规定的“谁主张谁举证”的原则,以及第 233 条规定的申请人在发现有其他可供执行财产时的随时请求执行权,认为申请执行人应负提出证据证明被申请人有履行能力的责任,^[20]并认为申请人负举证责任可以防止当事人无理缠诉,有利于提高执行效率,是解决执行问题的有效手段。也有人认为,这“在理性上,可能是受审判方式改革的影响,将强化当事人举证责任的经验移植到执行工作中,也可能是诉讼模式由职权主义向对抗主义靠拢之趋势在执行领域的反映。”^[21]

其实,这根本不存在什么“理性”,有的只是未经任何理论严格考察和周密逻辑论证的主观臆测,有的是机械的和形而上学的经验主义。有学者对上述错误观点进行了有力批判:“执行权则是国家强制力对私权实现的介入,就其内容而言,由于司法权所应具备的谦抑性和自我抑制性而呈现出的中立状态和被动性,司法权不能包容执行权。从执行行为所表现出的单方意志性和强制色彩的表面特征来看,其与行政强制行为并无二致,具有强烈的主动性和浓厚的职权主义倾向,如执行机构对被执行人的财产采取的查封、扣押、拍卖、变卖等执行措施,被执

[17] 张卫平、陈刚编著:《法国民事诉讼法导论》,第 305-306 页。

[18] 许绍林:《我国法院执行体制改革的法律缺失及应对策略》,转引自《东方法眼》中国执行网 2010 年 9 月 18 日。

[19] 许绍林:《我国法院执行体制改革的法律缺失及应对策略》,中国执行网 2010 年 9 月 18 日。

[20] 程方伟:《对申请执行人举证责任的思考》,《人民法院报》2002 年 2 月 17 日。

[21] 沈德咏、张根大:《中国强制执行制度改革——理论研究与实践总结》,第 244 页。

行人除依法服从外,并无选择的余地。除此之外,执行依据仍有大量的行政机关申请法院执行的法律文书,这也从另一个角度表明,执行权具有行政权的属性,执行程序启动后,除申请人明确表示放弃权利外,执行机构始终是程序进程的主导,无论调查取证,还是执行措施的选择与运用,执行的中止与终结都是由执行机构的单方判断而作出,因而当事人只是依法定义务被动地接受协助和配合,当然也就谈不上举证责任的承担问题。”^[22]

有一种观点认为,“当申请人向人民法院申请执行时,其主张就是被执行人有履行能力能够保证自己权利的实现,申请人就应当向人民法院提供被执行人有履行能力的证据或证据线索,否则就可能承担自己民事权利不能圆满实现的法律后果。”这就表明,如果申请人不能举证,执行机构就可以不执行。要求申请人提供证据或证据线索,并以此作为执行的前提,这种观点得到较为普遍的推行。在实践中通常的做法是,在执行案件立案后,执行机关向申请人下发申请执行举证单,告知申请人向法院提供被执行人是否具有履行能力,包括是否有存款、财产、到期债权等情况,使申请人明白,如果自己未能举证或举证不实,经法院查明被执行人确实无力执行的,根据法律规定可以中止或终结执行,促使其积极履行举证义务。^[23]

这种将审判阶段的举证责任措施无条件地用于执行阶段,引起了许多弊端:一是直接侵害了申请人的合法权益,极可能使其求偿权落空;二是为执行机构怠于履行职责提供了合理借口;三是放纵债务人的赖债行为,阻碍了商品交易的正常运行。^[24]因此,在执行阶段由债权人承担举证责任的做法是十分错误的。

四 “强化申请执行人举证责任”是一项行不通的措施

对于财产调查中存在的困难,有人不从理论上寻找摆脱困局的良策,依然认为“包袱”甩得不够多、不够狠,居然提出要“强化申请执行人举证责任”的错误观点,主张“强化申请执行人提供被执行人财产的义务,同时确立协助调查令制度”。持此观点者认为,“长期以来,执行实务中法院包揽整个执行过程,承担了包括搜集执行财产线索在内的所有义务,甚至存在着债权人都不知道债务人实际住所而申请执行的情况,逐渐形成了只要法院立案受理,法院就对案件全权负责到底,债权人完全依赖法院,而自己则只需要坐等法院通知,接受执行标的的现象。要切实改变这种将执行的风险转嫁于法院的状况,首先应该明确债权人须承担向法院提供执行财产的查明义务,即必须确定债权人自行查明执行财产是一项义务,法院可责令债权人提供相应的财产线索资料。”^[25]该作者还认为,“民事强制执行属国家公力救济性质,法院可以依职权收集执行财产线索资料。但是,这并不意味着免除了债权人在执行过程中的查明责任。在执行过程中,我们需要调动债权人的积极性、有效利用债权人的力量发现和寻找债务人的财产线索。因此,在法律制度上应明确赋予债权人适当的调查财产的手段和途径,逐渐加强债权人执行财产线索收集手段,落实协助机关的协助义务,扩大债权人查找财产的方式,逐渐强化债权人的自行查明责任。”^[26]

[22] 程方伟:《对申请执行人举证责任的思考》。

[23] 《让判决在阳光下执行》,作者未详,《法制日报》1999年12月27日。

[24] 程方伟:《对申请执行人举证责任的思考》。

[25] 《试论我国民事执行财产调查制度的完善》,作者未详。浙江省慈溪市人民法院网2008年1月14日。

[26] 《试论我国民事执行财产调查制度的完善》。

从上面可以看到,这种观点的主要内容是,第一,执行的风险应该由申请人承担。现在却转嫁给了法院,对法院不公平。第二,债权人在执行过程中负有查明责任。债权人须承担向法院提供执行财产的查明义务。这种观点是非常错误的,根本上违反了强制执行权的性质。这里,作者明知“民事强制执行属国家公力救济性质,法院可以依职权收集执行财产线索资料”,但是,作者居然不顾这个符合逻辑的判断,在缺乏任何法律根据的情况下,主观断定“债权人在执行过程中负有查明责任”,并要求“债权人须承担向法院提供执行财产的查明义务”。这分明是主观妄断,推脱责任,是硬要把财产调查权的查明责任或风险,从法院那里转嫁给申请执行人。试问,谁赋予申请执行人“公力”,以及依靠“公力”调查财产状况的职权?显然,这是在不改变执行体制的情况下,不依法赋予申请人任何强有力的权力的情况下,硬要把“公力救济”改变为“私力救济”。尽管作者的臆测以及依据这种推测所采取的措施,漏洞百出,不值一驳,可它还是得到较为广泛的响应和贯彻落实。

我们注意到,强化申请人的举证责任,将执行的风险转嫁给申请执行人,已经造成了如下后果:首先是发生了申请人转让或出卖判决书的现象。这种现象最早发生在武汉(2001年)。在“甩包袱”的背景下,申请人(民事诉讼的胜诉方、债权人)因无力完成财产调查任务,无法实现判决利益,在万般无奈之下到市场低价出卖判决书。

其次,申请人手持判决书寻找讨债公司,请求其调查被执行人的财产状况,也就是寻求私力救济。有人痛切地指出,我国现行司法解释规定和强调,由申请执行人负有提供被执行人财产线索的义务,有利于申请执行人积极参与执行程序,积极查找可供执行的财产,而不只是消极地等待、坐享其成,将实现债权的责任完全交由执行法院负责,这“无异于缘木求鱼并不公正之嫌”,因为法律未赋予其享有发现被执行人财产的权利,也未提供一定的措施予以保障。正是由于现行司法解释的不合理规定,实践中有的申请执行人为了实现权益,不惜代价雇用“侦探公司”等代为查找,而有的“侦探公司”为了查找到财产,实现经济利益,又不惜侵犯被执行人的合法权益,危害社会秩序。^[27]可见,“侦探公司”在我国的迅速发展与我国强制执行的错误规定具有内在的联系。

再次,有的直接将判决书低价卖给讨债公司,由后者调查被执行人的财产状况,凭借其本身的力量来实现判决书的“期待价值”。讨债公司正是在这种暴利的驱动中增添了活力。它们以暴力威胁、逼迫的方式催讨债款,一步步演变为一种新的暴力工具。显然,如果允许私力救济取代公力救济的既判力,极有可能成为黑恶势力的催化剂,也必将极大地危害社会安全。^[28]在一些地方,由于讨债公司生意红火,引来许多人的向往,人们把非法当合法来崇拜。^[29]于是催生出一个新的培训市场——“讨债人持证培训”市场。这样一来,就壮大了讨债市场。有关部门称“讨债人”持证培训只是劳动部门的一个“试点项目”。“若试点效果好,一年后将联合工商总局等相关部门可能会给予商账追收业合法地位”,然而,人们有理由担心,在劳动培训规划、规范、协调等政府行为与培训组织等市场行为的边界仍十分模糊的今天,这类

[27] 黄毛林:《完善执行中财产调查制度的思考》,江西法院网 2008 年 7 月 23 日。

[28] 魏新宇:《判决书转让现象之法律分析》,载《吉林广播电视大学学报》2007 年第 2 期。

[29] 有人直言不讳地指出,许多当事人宁可选择讨债公司去讨账,而不去通过司法程序来解决问题,追讨债务,不通过法院审判来解决问题,最根本的原因不是怕对方有什么背景,怕审判不公,不是怕输了官司,而是怕“执行难”,怕赢得了官司依旧追讨不回债务。执行难使得判决书成了无法兑现的法律白条。法院执行难催生了民间的讨债公司。《讨债公司生意红火,何以法院“执行难”?!》,红网,2008 年 5 月 17 日。

明显带有打“擦边球”性质的岗位培训,是否又隐藏着一定的部门逐利取向呢?^[30]

最后,讨债市场的壮大反过来弱化了司法机关和执行机关的权威。判决书作为司法机关对案件的确权裁判,是国家公权力的体现,“法律具有至高无上的权威”,而作为这种权威表现客观外化的体现就是判决书,如果允许判决书自由转让,将极大的贬损国家权威。公力救济区别于私力救济的一个根本标志就是公力救济以国家强制力为后盾,而判决书转让实为私力救济的表现,如果允许使用救济取代业已生效的公力判决,将之视为“合法的私力救济”,那么事实上等于否定了司法的权威性及否认了司法的“终局性”。^[31]而造成这一切的根源是:判决书无法得到执行。既然如此,“强化申请人的举证责任”还有光明的前途吗?

五 坚持“申请执行人负担举证责任”将不利于建设 “强制执行的威慑机制”

长期存在的“执行难”严重损害了法院的司法权威。由于强制执行失去了应有的权威性,法院的执行机关虽然名义上是国家判决的执行机关,实质上已经降至“普通讨债人”的地位。被执行人运用其占有的、不属于申请执行人的财力,调动各方面的社会关系和社会力量和法院执行机关对抗,后者不占有任何优势,当然该找的找不到,该动的动不了。^[32]

为了改善这种状况并最终解决这个问题,实现社会的公平和正义,2004年6月,最高人民法院执行工作办公室《关于建立全国法院执行案件信息管理系统的报告》中,针对民事强制执行,第一次明确提出“威慑”的概念。^[33]此后,“国家执行威慑机制”作为执行工作即将建立的一种新的运行机制,逐渐走入人们的视野。

所谓执行威慑机制是指由国家立法机关通过专门立法确立,司法机关通过借助社会舆论监督,利用行政管理职能,禁止被执行人迁徙或转移、隐匿资产,限制被执行人融资、置产、出境、消费等,增强被执行人的责任,提高被执行人的执行成本,达到降低其社会声望、商业信誉,以促使被执行人自觉履行生效法律文书确定的义务的震慑、制裁机制。具体来说,国家执行威慑机制是指人民法院联合公安、工商、银行、出入境管理、房地产管理等部门,对拒不履行生效裁判确定的给付财产义务的被执行人,通过限制工商登记、限制贷款、限制投资、限制消费、限制出境、向社会公布不良记录等办法,其生存空间将受到全面挤压,促使其自动履行生效裁判的一种联动机制。^[34]

有的地方法院已经尝试将这种机制付诸实施。例如,江西省萍乡市安源区人民法院率先在全省法院系统建立“执行快速反应中心”,由执行局、法庭、法警大队组成,下设七个执行组,打破8小时工作制,向申请执行人发放“执行案件联系卡”,注明“报警”范围,并设立和向社会公布“报警”电话,凡工作时间内,做到“有警必接、接警必出、出警必复”,工作时间外则遇紧急情况出警。如被执行人财产在本市范围内的,在12小时内出警执行;在外省外

[30] 鲁宁:《民间“讨债”不可轻率提倡》,《东方早报》2006年9月8日。

[31] 魏新宇:《判决书转让现象之法律分析》。

[32] 肖勇:《创新思路 变“难点”为“亮点”》。

[33] 同上注。

[34] 同上注。

地市的,则在 48 小时内出警执行。^[35]

从这则消息中不难看出,第一,从“执行快速反应中心”成员的构成情况来看,极为充分地体现了执行权的公权力性质和行政权性质。其实这也是强制执行权的基本性质。作为该项行政权的一部分,对债务人财产状况的调查权,理所当然归执行机关所专有。它是一项具有垄断性和排他性的权力。第二,在威慑机制中“向申请执行人发放‘执行案件联系卡’,注明‘报警’范围,并设立和向社会公布‘报警’电话,表明该执行中心依然要求申请执行人配合”。或许在我国目前的法律背景和形势下,要求债权人对执行工作予以协助和配合似乎在情理上并无不当,但确实显得比较牵强,因为缺乏这项要求的法律依据。^[36]我们暂且不论这项要求的合理性如何。假如确有这项必要,我认为采取这些措施时,需要注意如下几点:一是要正确理解主与辅的关系,主动与被动的关系。就是说要以法院的执行机关为主,而不是相反。二是要把申请人的“义务”严格限制在必要的可能的限度内。假如超出了必要的限度,苛求于申请人,以致逼迫他们违法行事,甚至铤而走险,那就是非常错误的。三是不能把这项“义务”理解为“债权人负担收集债务人财产情况的举证责任”,如果债权人完不成该项举证责任,就不启动执行机制。

笔者注意到,一些法院给债权人或代理律师出具调查令。调查令是指在执行程序中,因债权人无法获取相关材料,经向人民法院申请,由人民法院批准签发的供指定代理律师向有关单位调查特定证据的法律文书。据说这种调查令制度可以理解为,主要针对我国当前多数协助机关对协助义务的漠视与模糊,法院出具给债权人可自行调查取证范围确认书。如果协助机关不按照调查令内容协助,是对协助义务的拒绝,也构成妨碍执行,可以追究未尽协助义务的法律责任。^[37]其实,所谓的调查令无非是法院的执行机关推托其财产调查义务的一种看似合法的体面方式,是有关司法解释所要求的由申请人一方负担财产调查举证责任的一种方式。这在理论上当然是错误的,实践中也不可能长期存在下去。

六 法院在执行程序中保持中立吗?

我们注意到,司法实践中存在如下一种观点:“法院的地位是中立的,作用是‘消极’的,一般不主动行使职权。那么,延续到执行程序,这一特性亦不应发生根本性的改变,否则就会造成理论上的混乱和操作上的许多困难。”^[38]

“即使在执行阶段,法院亦应在程序上保持中立。具体到财产调查制度,在规定了前两项制度(即申请执行人的财产调查报告和被执行人的主动申报情况——笔者)后,法院的职责就应该明确为:原则上不主动开展调查,只对申请人的调查报告和被执行人的申报情况进行核实处理,必要时才对涉及国家秘密、个人隐私、商业秘密的情况进行依职权调查。只有这样,才能使法院摆脱‘主动调查’这个不可能完成的任务,回归中立特性,走出饱受责难的‘执行难’困局。”^[39]

上述观点是十分错误的。首先,它混淆两种不同职能(审判职能与执行职能)、两种不

[35] 肖勇:《创新思路 变“难点”为“亮点”》。

[36] 黄毛林:《完善执行中财产调查制度的思考》。

[37] 《试论我国民事执行财产调查制度的完善》。

[38] 同上注。

[39] 同上注。

同程序(审判程序与执行程序)的性质。审判职能是法院的核心职能。在审判程序的运行中,面对利益彼此对立的诉讼当事人,法院当然要保持中立。这是基本要求。而对于执行职能来说,表面看起来是法院的职能,其实不是的。它属于具有独立地位的执行机关的职能,这是一项行政职能。需要执行机关按照法律规定的独立的执行程序去运行。可见,司法职能与行政职能之间、审判程序与执行程序之间有明显的“质”的区别。

其次,此观点也没有正确地认识到强制执行权的内在性质。我们在前面已经指出,强制执行权包括强制裁决权和强制实施权。前者具有与审判权同样的性质,应该具有中立性;但后者却是一种行政权,执行官需要依靠这种权力来维护国家判决的效力,它要为国家“判决”的利益说话,而不是为被执行人说话。因此这种权力显然不具有中立性。既然如此,执行官在财产调查中,应该富有主动性,要主动依职权展开调查,而不是被动调查。如德国《民事诉讼法》第758条明确规定:“(1)执行员在执行中有必要时,有搜查债务人的住所与储存物件住所的权力。(2)执行员有权开启闭锁的房屋的门、房间的门以及储存物件处所的门。(3)执行员遇到抵抗时,有权使用武力,并且为此目的,可以向警察机关请求支援。”〔40〕

造成上述错误观点的原因可能有如下几种:一是从表面来看,执行机关被放置到法院内部,由法院用一层外衣包裹着。这在一般人看来,执行工作是法院来做的。其实,审判工作才是法院的中心。民事审判、行政审判和刑事审判等占了法院工作的绝大部分。执行工作仅仅是其中的一个很小的部分。二是执行机关在从事执行工作时,常常以法院的名义进行。直到现在,法院常常以自己的名义对外开展执行工作,特别是在所谓“执行会战”中更是如此。所以,如果不改变这种执行工作机制,人们对法院的误解还会长期存在下去,这对法院的名誉当然是不利的。

为了消除这种易混淆的可能性,除了加强理论研究工作,宣传正确的理论研究成果之外,一个简单的办法,就是将执行权从法院分离出去,或单设执行机关,或交给其他机关去做。同时,不要再以法院的名义去从事执行,而是改用法院执行局的名义去做。

我们在批评上述错误观点时,也注意到其中的某些正确的提醒。例如,“法院的地位是中立的,作用是‘消极’的,一般不主动行使职权”。如果从财产调查的合法性来看待这一观点,它显然具有积极的意义。从目前开展财产调查的几个主体来看,严格地说,没有一个具有合法的身份。前面已经讨论了申请执行人和讨债公司从事财产调查工作所带来的很多问题,不难看出,讨债公司进行财产调查具有显而易见的非法性和暴力性;债权人从事调查取证工作又如何呢?一方面是他们力所不及,另一方面还导致了严重的社会后果。至于以法院名义进行财产调查,表面看起来理直气壮,其实是非法的。因为法院的中心工作是审判,需保持中立的立场,而以法院名义进行财产调查,显然超出了这一基本立场,遭人诟病。因此,笔者认为,唯一正确的方法是由专门的执行机关去从事财产调查。

七 法院主动弱化财产调查权造成严重的社会后果

把法律赋予的财产调查权从执行法院身上剥离,将其中一部分分配给当事人和社会中

〔40〕 参见谢怀拭翻译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,第196页。

介机构承担,由申请人调查取证,这些措施已经造成了相当严重的社会后果。主要表现为,它催生了大量的参与讨债的私人侦探公司(其中有的叫讨债公司)。1992年,我国出现了第一家“私家侦探”机构——“上海社会安全咨询调查事务所”。从那时到现在,几乎全国所有省市都有了各类名目的调查公司,不管名称如何,其经营内容和业务范围不外乎以下几类:从事民事和商务商账追缴;商贸调查;婚姻财产以及婚外情调查等业务……〔41〕

然而,这些公司所从事的行业是不合法的,是没有得到政府相关部门认可的。大量的实践证明,这些公司的活动表现出鲜明的违法性和暴力特征,正在形成一股强大的暴力,危害社会秩序。众多“讨债公司”雇佣的人员鱼龙混杂,甚至出现流氓打手、黑社会成员,并常常以威胁、恐吓、诈骗、绑架人质等非法手段进行讨债。〔42〕

某些所谓“讨债公司”更是逐步演变为涉黑组织,其所谓经营利润则成为涉黑组织的经济来源。河南省郑州市公安局采访打黑除恶工作时,该局负责人说:“目前,黑恶势力侵害的重点领域发生了新变化。前几年,黑恶势力侵害的重点领域是客货运、采矿业、建筑业、批发市场等高利润行业,近年来破获的一些涉黑涉恶案件表明,暴力拆迁、非法讨债、放高利贷、插手经济纠纷等也逐渐成为黑恶势力的活动空间,黑恶势力凭借其组织性和暴利性在这些领域很快成为‘主角’。”〔43〕事实上,很多“私了”的所谓民间讨债,当事人所支付的成本并不比借助司法手段追收债务要低。〔44〕

私家侦探大肆侵犯他人的隐私权。跟踪、偷拍偷录、蹲点,这些是私人侦探常用的调查手段。而未经法律许可去采用这些手段,必然会侵犯他人的隐私权。在一起案件中,据犯罪嫌疑人供述,他手下有十几个调查员,公司给每人配一台摄像机,调查员在外拍摄取证,有汽车的还用跟踪仪追踪,调查隐匿的财产。对于婚姻调查,他们让员工持摄像机,根据委托人的具体要求,在公开场合如实记录被跟踪人的行为活动。

私家侦探还大肆侵犯债务人的个人信息。据北京青年报报道,在一起案件中,有14名“私家侦探”被送上了北京朝阳法院的法庭。他们被指控犯下“五宗罪”,其中“非法获取公民个人信息罪、非法提供公民个人信息罪、非法出售公民个人信息罪”三项罪名,在我国是首次适用。〔45〕

正是由于讨债公司的非法性和暴力特征,我国公安机关对之十分警惕,曾反复予以取缔。例如,1993年公安部发布了《关于禁止开办“私家侦探所”性质的民间机构的通知》,明令禁止“私家侦探”业务。2004年,沈阳公安机关也曾公开取缔其非法集会。但时隔多年后的今天,“私家侦探”机构在全国各大城市仍然以各种形式或名义不同程度地存在和发展。〔46〕十几年来,尽管法律禁令高悬,但各色“讨债公司”非但禁而不绝,反倒逐渐由早先地下生存转变为现今的半公开生存。这一现象的出现,一则表明“讨债公司”确有客观存在的

〔41〕 张倩:《“私家侦探”十八年爱恨纠结》,北青网2010年7月1日。

〔42〕 张倩:《“私家侦探”十八年爱恨纠结》。

〔43〕 邓红阳:《警方透露黑恶势力再生周期缩短为半年》,转引自《法制日报》新华网2010年9月14日。

〔44〕 鲁宁:《民间“讨债”不可轻率提倡》。

〔45〕 张倩:《“私家侦探”十八年爱恨纠结》。2009年10月,“两高”出台司法解释,非法获取公民个人信息罪,是指国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,违反国家规定,将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者非法提供给他人。

〔46〕 张倩:《“私家侦探”十八年爱恨纠结》。

市场需要;二则证明这个非法行业的背后隐藏着巨大的暴利空间。^[47]

由此看来,或许私人侦探公司的起源不能完全归结于法院的上述本位主义措施。但是,上述措施无疑起到了推波助澜的作用。换句话说,正是法院的消极或不作为,为一股强大的民间暴力的兴起和蔓延预留了相当的空间。全社会不得不为此付出治安恶化的沉痛代价。

八 结 论

以上围绕民事判决执行中的财产调查权及其相关问题作了比较详细的探讨,从中可得出如下几点结论:其一,执行权是一种行政权(公权力)。其二,财产调查权是执行权的一个相当重要的组成部分,自然具有行政权的性质。到目前为止,对被执行人的财产调查权,虽然在法律和法理上仍属于法院的执行机关,但事实上已经有名无实。这项“甩包袱”的决策是不当的,已经造成了比较严重的后果。其三,必须尽快将财产调查权重新集中于执行机关。财产调查权从性质上说是公权力,不是私权力。必须集中,不能分散。应该由执行机关统一行使。一旦我们旗帜鲜明地这样做,那么可以预期的是,形形色色的各种非法讨债公司所占有的市场就会急剧萎缩,与此同时,一个崭新的执行秩序就可能形成。其四,过去的大量实践已经证明,由申请执行人和社会中介机构承担被执行人的财产调查责任,已经造成了相当严重的社会后果,必须引起高度重视。在加强强制执行立法、建立健全执行制度的同时,也要坚决取缔讨债公司和私人侦探之类的非法机构,以便早日造成执行工作的新局面。这些问题已经到了必须解决的时候了。

[Abstract] Investigating into property status of the person against whom a judgment is being executed has been a long-standing thorny problem in the enforcement of civil judgment. The quality of the enforcement of civil judgment depends on the effect of the exercise of investigative power by court. Over a long period of time, due to certain special causes, court has weakened its investigative power over property on its own initiative, even to the extent that it requires that creditor should investigate into property status of debtor by him/herself. Such arrangement shows court has taken a passive attitude or even committed omission in this respect, thus leading to a passive enhancement of burden of proof borne by creditor. As a result, violent forces sprang up and spread among the people, which have posed harms to society. In fact, the subject holding power over compulsory enforcement can only be the state and what a creditor enjoys can only be claim for compulsory enforcement. Enforcement power, therefore, is not judicial one but executive power. Investigation into property status should be undertaken exclusively by beagle and creditor should not bear any burden of proof. It is, therefore, imperative to correct the error made in terms of investigative power over property in the course of compulsory enforcement of civil judgment in China.

(责任编辑:姚 佳)

[47] 鲁宁:《民间“讨债”不可轻率提倡》。