

论行为请求权案件执行标的及其强制执行措施

吴泓衍

(华东政法大学 研究生教育院,上海 200042)

**摘要:** 由于行为请求权执行案件执行标的的特性,需要施以特殊的执行措施。其中间接执行措施应当是一类基本的措施,替代履行应是可替代行为请求权案件优先采取的措施,迟延履行金则应当谨慎适用。而在细节上,任何一项执行措施的适用条件、启动程序、实施强度等都应有明确的、操作性强的配套规范,这样才能真正完善行为请求权执行案件的法律制度,维护司法权威。

**关键词:** 行为请求权;执行标的;强制执行措施;间接执行措施;替代履行

**中图分类号:** D915.183      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1674-117X(2011)04-0057-05

On Execution Object of Behavior Claims and Compulsory Execution Measures

WU Hongyan

(School of Graduates, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** The features of the object of the execution of claims to behavior need special measures execution. Indirect measures should be the foundational ones, while substituting performance with the priority to claims to alternative behavior. Surcharge for the deferred fulfillment should be applied prudently. In addition, each measure should be aligned with set of regulations which is definite and practicable in applicable conditions, initiate programs, intensity of enforcement, in order to perfect the legal system of execution of claims to behavior and to maintain the judicial authority.

**Key words:** behavior claims; execution object; compulsory execution measures; indirect execution measures; substituting performance

强制执行措施是法院采取的实现申请执行人债权的方法或手段。民事强制执行行为,即法院采取执行措施的行为。<sup>[1]</sup>没有强制执行措施,法院就无法实现当事人的权利义务,民事强制执行的目的将无法实现,因此,称强制执行措施的规定为强制执行法中最重要的部分都不为过。当前,“强制执行立法研究”作为最高人民法院2011年25个重大课题之一又被提上了议事日程。对于现有执行措施的厘清、选择和完善无疑是一项重要的工作。

而只有在执行标的明晰的前提下,配以相适宜的执行措施才能促成执行进程的顺利完成。那么一类执行案件的执行措施就应当以该类案件的执行标的入手进行探讨。就行为请求权执行案件而言,因其执行标的独特,而需要施以特殊的强制执

行措施;又因其案件数量少、理论复杂、研究薄弱,导致现行规定,特别是关于其执行措施的规定有不少缺陷。笔者希望从执行标的入手,厘清适宜行为请求权执行案件的若干执行措施,以助我国强制执行立法的严谨和完善。

一 行为请求权执行案件的执行标的

(一)行为请求权执行案件执行标的及其特征

“行为请求权的强制执行,是指债权人(申请执行人)依执行依据享有得请求债务人(被执行人)为一定行为或不为一定行为的权利,执行机构采取强制执行措施使上述权利发生实现的效果。”<sup>[2]</sup>因此就行为请求权执行案件而言,其执行标的为执行根据所载,要求债务人履行的,用以实现权利人行为

请求权的特定行为,包括作为和不作为。

其实,在生活中,实现任何人的要求都要通过一定的行为来实现,金钱的给付、标的物的交付等同样是一种行为。但作为执行标的的“行为”并不等同于这些行为。财产的给付请求权需要交付的行为和被交付的财产两者齐备才能满足,但核心在于财产所承载的财产权利,给付行为不过是一个权利转移的工具,因此法院行使强制执行权,直接强制财产权利的转移,足以实现债权人的权利要求。而行为请求权关注的仅仅是行为,这种特定行为一旦被作出,行为请求权即告实现;但要达到圆满的程度,需要满足人身性的要求,即特定人以其一己之力完成债权人要求的特定行为。即行为必须由人身作出,且行为请求权所指向的行为又要求特定人身作出,这便是作为行为请求权执行案件执行标的的行为的核心特征——人身性。

此外,作为执行标的的行为还具有非实体性的特征。由于行为本身不以实体状态存在,并且未经作出则处于未然状态,因而无法找到执行的具体对象,因此直接强制执行措施无法促成行为请求权的实现。也就是说,请求权执行案件之执行行为的客体——行为,虽具有人身性但并非实体存在的人身,则其执行方法本就应该是一种迫使债务人作出某特定行为的间接手段。

(二)行为请求权执行案件执行标的的分类及其标准

如前所述,行为请求权执行案件的执行标的的核心特征为人身性。不同行为请求权的圆满性对该行为身身的依赖程度不尽相同,“有的行为虽然可以由他人代为履行,但从本质上讲,该行为仍然是被执行人本应该亲自完成的行为。而对于那些不能由他人替代完成的行为,其人身性质则尤为突出,非被执行人亲自履行而不能实现申请人的要求。”<sup>[3]166</sup>这要考虑到债务人(被执行人)本身的经历、身份、资格、知识、技能,还有在先行等不同因素。因而有些行为由他人代为履行与行为请求权要求的效果差距不大,而有些相去甚远,从而行为可分为可替代行为和不可替代行为。也就是说,虽然行为请求权指向的行为理应由债务人本人完成,但对于可替代的行为,由第三人代劳效果上差别不大,法律认为应予容忍。

那么在司法活动中就必须有一定的程度上的标准加以区别,即对人身的依赖到什么程度仍然被容忍为可替代行为,超过则为不可替代行为。目前较为流行的说法是看其是否符合经济上和法律上

的要求——“可替代行为指执行依据所确定为履行义务内容的行为,无论由债务人为之,还是由第三人为之,其所产生的经济上利益及法律效果,对债权人并无差异。”<sup>[2]</sup>反之则为不可替代行为。笔者认为,一特定行为要能够被第三人代为履行,“经济上的利益”只要不致过于减损现有财富或者预期收益即可;而在“法律效果”的理解上应该是达到“有法可依,则依之;无法可依,不违其髓”的程度,即在法律无明文规定的情况下,不违背现代文明观念和立法精神即可,因为在我国目前“执行难”、执行效率优先的价值取向背景下,应尽量扩大解释可替代行为。

## 二 行为请求权执行案件的强制执行措施

### (一)行为请求权执行案件强制执行措施简述

如前所述,行为请求权执行案件的执行无法采取直接作用于标的物上的直接执行措施,如冻结、查封、扣押、划拨等,而只能采取间接的手段,主要包括间接执行措施和替代履行。“间接执行是指通过对被执行人实施一定的精神压力,迫使其履行特定行为的执行方法,因其执行方法不能直接产生执行效率而被称之为间接执行。”<sup>[4]</sup>目前各国都主要采取罚款和拘留这两类方法来制造对被执行人的精神压力,迫使被执行人履行义务,但在我国采取罚款和拘留是何种措施仍存在争议,有待厘清。

同时,我国现行法律还认可了通过第三方的代为履行,并要求被执行人支付费用的措施,即替代履行。我国《民事诉讼法》第228条规定,对判决、裁定和其他法律文书指定的行为,被执行人未按执行通知履行的,人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成,费用由被执行人承担;《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称《执行规定》)第60条第2款规定:“对于可以替代履行的行为,可以委托有关单位或他人完成,因完成上述行为发生的费用由被执行人承担。”

此外,现行法律法规中,还可能归为行为请求权执行措施的规定,尚有迟延履行金制度、损害赔偿、刑事处罚等。这些方式是否为行为请求权的强制执行措施,应当如何规范,也尚有探讨的余地。

下面将根据不同类型的行为请求权执行案件进一步阐述。

### (二)不可替代行为请求权案件的强制执行措施

当执行根据载明的债务人应履行的特定行为

具有不可替代性,即非由债务人(被执行人)本人亲自为该项行为,就无法满足债权人的权利,并且在经济上、法律上均无法容忍,这种行为即为不可替代行为。

不可替代行为请求权的执行,由于其执行标的的性质,只能采用间接执行措施。参考各国强制执行立法,拘留与罚款是间接执行的基本措施,是对被执行人拒不履行义务所作的处罚,但处罚后并不因此免除被执行人的义务,因此被执行人经采取拘留、罚款等措施后仍拒不履行指定的行为,执行法院可再对之处罚,以迫使其履行义务。如《德国民事诉讼法》第 888 条规定:“一种作为不能由第三人实行,而是完全取决于被执行人的意思时,第一审受诉法院依申请可以宣告,债务人如不实行该项作为时,将处以强制罚款,如仍不实行,将处以强制拘留。”台湾“强制执行法”第 128 条规定:“依执行名义,债务人应为一定之行为,而其行为非他人所能代为履行者,债务人不为履行者,执行法院得定债务履行之期间。债务人不履行时,得拘提、管收之或处新台币三万元以上三十万元以下之怠金。其续经定期履行而仍不履行者,得再处怠金。”

我国类似的规定是在《民事诉讼法》第 102 条规定了罚款、拘留乃至追究刑事责任等措施的基础上,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉意见》)第 283 条进一步规定:“当事人不履行法律文书确定的行为义务,如果该项行为义务只能由被执行人完成,人民法院可以依照民事诉讼法第 102 条第一款第(六)项的规定处理。”《执行规定》第 60 条第 3 款规定:“对于只能由被执行人完成的行为,经教育,被执行人仍拒不履行的,人民法院应当按照妨害执行行为的有关规定处理。”《执行规定》第 100 条也规定,被执行人或其他人有拒不履行生效法律文书或者妨害执行行为的,人民法院可以依照民事诉讼法第 102 条的规定处理。但这些条文本身还存在不少缺陷。

首先,我国立法上混淆了妨害执行的处罚措施和间接执行措施两者的概念。“虽然从字面上看都是罚款和拘留,但一个是强制措施,一个是执行手段,性质不同,作用不同,有必要在立法上加以区分。”<sup>[3]169</sup>间接执行措施应该是一项独立的强制执行措施。

从根本上说,“行为”的人身性特征决定了间接执行措施存在的合理性。因为行为只依赖于被执行人的人身,因而必须通过制造压力迫使该人身完

成行为义务才能实现行为请求权。另一方面,妨害执行的处罚措施是在被执行人有能力履行执行根据载明的义务而故意以不法手段阻碍甚至破坏执行进程时,对被执行人施以的处罚。前述《民事诉讼法》第 102 条与《执行规定》第 100 条所列的大多数行为均属于这种情况。惩罚妨害执行的行为主要目的应该是打击恶意的不法行为,维护执行秩序。而间接执行措施应该仅作用于被执行人不愿意履行行为义务,故以公权力施加些许压力催使其履行的情况,其中并无阻碍或破坏执行进程的恶意行为。两者对应的被执行人主观恶性和不良后果应该是不同的,因此准用范围和惩罚力度也应不同。但前述两个法条却都笼统地将二者放在一起规定,显然于理不通。

接着便可以解决追究刑事责任是否为行为请求权执行案件执行措施的问题。我国《刑法》第 313 条规定了拒不执行判决、裁定罪,之后《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》对具体情形做出了规定,而其主要内容同样属于故意以不法手段阻碍甚至破坏执行进程的行为。虽然在该解释第 5 项规定了“其他有能力执行而拒不执行,情节严重的情形”,但如前所述,间接执行措施针对的被执行人主客观的恶性程度并不高的情况,而情节严重势必要有极不良的后果产生,这一般是伴随着不法行为而来。并且刑法将该罪规定于“妨害司法罪”一节,立法意图仍然是用以打击破坏执行进程,影响司法秩序的行为,故现行刑法此罪名的规定应视为严重妨害执行的惩罚措施,而并非间接执行措施。

总之,有必要在立法时加以区分,还间接执行措施作为一类行为请求权执行案件执行措施的独立地位。

其次,是其他用于非金钱债权执行案件的执行手段与间接执行措施的厘清,即迟延履行金、双倍赔偿与间接执行措施的关系和运用规范的问题。《民事诉讼法》第 229 条规定,被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的,应当支付迟延履行金。《民诉意见》第 295 条规定:“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行非金钱给付义务的,无论是否已给申请执行人造成损失,都应当支付迟延履行金。已经造成损失的,双倍补偿申请执行人已经受到的损失;没有造成损失的,迟延履行金可以由人民法院根据具体案件情况决定。”这当然适用于不可替代行为。据此,有观点认为支付支付迟延履行金和损害赔偿乃是

除间接执行外的不可替代行为执行的基本方法。<sup>[5]</sup>

依前述规定,只要被执行人未按期履行非金钱给付义务,被执行人就有义务支付迟延履行金,而无论申请执行人是否因拒绝履行而遭受损失。那么迟延履行金制度的首要作用就如同间接执行措施一样,是以惩罚的方式强迫被执行人履行义务,并且实施之后仍不免除被执行人的行为义务。不过,两者最明显的不同在于迟延履行金要支付给申请执行人,并且计算方法上根据迟延时间会不断增加;而间接执行措施中的罚款一般有确定的数额和次数限制,并且是由法院收取。这就导致在结果上,迟延履行金的惩罚强度可能更高,并且还多给了债权人一份保护,这在最终义务人仍不履行且无其他可执行财产时对债权人有一定意义,所以迟延履行金的设立初衷还侧重于减少债权人的损失。

那么在具体适用上,间接执行措施就应当优先于迟延履行金,而不是只要被执行人逾期未履行义务则可以主张迟延履行金。因为在适用迟延履行金且行为义务最终又被履行的情况下,债权人可能因此获得了比原来更多的利益,出于平衡权利义务关系的原则要求,迟延履行金的支付必须严加限制的。而且迟延履行金侧重于减少债权人处于极不利地位时的损失,因此只有在用尽其他方法强制其履行行为义务无果,债权人有遭受损害的风险,急需额外保障时才得适用。

对于损害赔偿,目前将其采纳为执行措施的国家 and 地区并不多,但我国目前还是采用的。其基本做法是由执行机构根据债务人拒不履行义务给债权人造成损害的具体程度确定赔偿数额,由债务人支付损害赔偿费用。<sup>[6]</sup>然而笔者并不赞同这样的做法。从本质上讲,因债务人拒不履行行为义务造成债权人损失而要求损害赔偿本身就是一个完整的诉讼。即使发生在执行过程中,且申请执行人最终获得了损害赔偿金,这个过程也不应该是一个执行措施的运用,而是一个完整的审判过程加上一个金钱债权的执行过程,其中又适用了相关的强制执行措施。这一切都与前述所有的以实现行为请求权为目的的强制执行措施完全不同,因此,损害赔偿本身就不是一种执行措施。

最后是上述措施的执行次数、期间以及幅度的规定现行法律的缺位问题。如前所述,间接执行措施、迟延履行金都有严格限制的必要,而量上的规定显然是最直接的手段。在这一点上,前述台湾地区“强制执行法”第128条可谓详尽,笔者认为值得借鉴。特别是间接执行措施的罚款、拘留的幅度和

次数应与妨害执行行为的处罚措施形成一定差异,如拘提与管收在适用范围和惩戒幅度上,都是有所不同的。而迟延履行金则既要考虑不过多损害被执行人的利益,还要综合可能出现损失程度为及时补偿之用,因此,笔者认为对迟延履行金的规定在计算方法上应给予法院足够的自由裁量权,但是总幅度仍应严格控制。

### (三)可替代行为请求权执行案件的强制执行措施

可替代行为请求权执行案件的执行标的,为可由第三人代劳的行为,故各国立法都明确规定了替代履行的执行措施。操作流程表述起来并不复杂:当债务人不履行相应行为时,执行机构应以出具委托书的形式,委托第三人代替履行。替代履行一经完成,被执行人的履行义务视为完成;被执行人必须承担替代履行所发生的一切费用。

关于费用的确定,我国大陆法律没有明确规定,实践中一般按照实际支出费用为准,而对于赡养、抚养、扶养义务的替代执行费用,按照当地最低生活费标准计算。<sup>[7]</sup>台湾“强制执行法”第127条规定:“依执行名义,债务人应为一定行为而不为者,执行法院得以债务人之费用,命第三人代为履行。前项费用,由执行法院酌定数额,命债务人预行支付或命债权人代为预纳,必要时,并得命鉴定人鉴定其数额。”笔者认为,对诸多专业领域的费用界定,引入费用鉴定结论作为法院的参考切实可行,可在立法上借鉴台湾地区的经验。

此外,对于替代履行措施,在我国大陆现行法律规定中,仍有几个不甚明确的问题:

首先,替代履行是否应当优先适用?前述关于间接执行措施、迟延履行金的规定中,只有《执行规定》第60条是区分可替代行为请求权和不可替代行为请求权的执行的,其余条文均是合并规定的,并且《执行规定》第60条对于替代履行的实施使用的“可以”的表述。这意味着替代履行和间接执行措施、迟延履行金有可能都作用于被执行人,甚至出现不使用替代履行的情况。笔者认为,若不对多种执行措施设置优先级的话,将有损被执行人的利益。

就间接执行措施而言,不履行行为义务的被执行人的财产权益或人身自由将面临被剥夺的危险,并且在权利被剥夺过后仍然要履行本就不愿意履行的特定行为,是强度较大的强制执行措施,其采取乃不得已而为之。而如前文所言,迟延履行金本就不宜优先适用。

应该说,既然法律已经容忍了可替代行为请求权由第三方代为满足,就缺少了率先适用间接执行措施强迫债务人的充分理由。并且由第三人代为履行可迅速满足债权人的要求,有利于执行目的的实现。正因为如此,对可替代行为请求权的执行,各国大都明确采取替代履行。而如前文所述,根据我国执行工作的情况,替代履行的方法有必要扩大适用,以满足执行效率的价值追求。因此,笔者认为宜尽早立法上将其替代履行明确为优先的手段。

其次,替代履行的启动途径在立法上并无规定。从不同国家的立法例来看,主要有两种模式:一是要求申请执行人提出申请,如《德国民事诉讼法》第887条第1款规定:“债务人不履行某种作为,此项作为是第三人可以实行的,第一审受诉法院依申请授权债权人,以债务人的费用,实行之。”此外《日本民法典》第414条第2款、《法国民法典》第1144条以及《秘鲁民事诉讼法典》第706条第2款也作了类似的规定;二是无须申请执行人申请,执行法院可依职权直接命令第三人代为履行,如《美国联邦民事诉讼程序规则》第70条和前述台湾“强制执行法”第127条的规定。实际上,在优先选择适用替代履行的前提下,应当拓宽替代履行的启动途径,故替代履行既可以因申请执行人提出申请而适用,也可以由执行法院依职权而适用。<sup>[8]</sup>明确了这些途径之后,在立法和程序操作上还需要进一步完善,如替代履行申请书与人民法院替代履行相关文书的格式、申请期限等事项亦需得到规范。

最后,如果法院决定发起替代履行,应制作何种法律文书也未规定。如前所述,本应由债务人履行的行为义务改由其他人代为履行,是一种法律的容忍,实际上一定程度上牺牲了债权人的权利,应属于执行程序中重大的事项,故应当要求法院作出裁定。

#### (四)不作为行为请求权案件的强制执行措施

不作为义务性质上属于不可替代的行为,不能采取替代履行和直接强制执行的方法,基本上可以适用前述不可替代行为请求权执行案件的执行措施,即拘留、罚款的间接执行措施和支付迟延履行金的执行措施。只是在要求被执行人不作为之后仍存在除去被执行人行为后果的必要时,因去除活动通常以积极作为方式完成,故应重新根据具体情况判断该活动是否为可替代行为,从而选取相应的执行措施。这早在《民事强制执行法(草案)(第四稿)》第229条就有所规定,建议正式立法予以

保留。

总之,由于行为请求权执行案件执行标的的特性,需要采取间接手段。其中间接执行措施应当是一类基本的措施,其与对妨害执行行为的处罚措施是不同的,在立法上可通过量的把握有所区分。替代履行则应是可替代行为请求权案件优先采取的措施。迟延履行金作为我国一项颇有特色的制度,在适用上应该更加慎重,尽量减少申请执行人的额外收益,这也是维护司法公正的必然要求。至于损害赔偿乃是一个完整的诉讼,并非是一项执行措施。并且在细节上,任何一项执行措施的适用条件、启动程序、实施强度等都应有明确的、操作性强的配套规范,如此才能真正完善行为请求权执行案件的法律制度。

从宏观上说,一方面,行为请求权的执行是我国的强制执行立法不可缺少的一部分,其完善也是健全强制执行法规的需要;另一方面,行为请求权的执行成功与否往往只在被执行人一念之差,涉及的当事人较少、利益冲突较低,若国家的强制执行力量无法保障这类请求的话,无疑是对司法权威的沉重打击,因此,完善行为请求权强制执行法律制度是理论界、实务界都必须重视的工作。

#### 参考文献:

- [1] 谭兵,李浩.民事诉讼法学[M].北京:法律出版社,2009:481.
- [2] 政玉英.论行为请求权的强制执行[EB/OL]. [2005-09-10]. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=21988>.
- [3] 夏蔚,谭玲.民事强制执行研究[M].北京:中国检察出版社,2005.
- [4] 夏蔚.论行为请求权的执行[J].政法学刊,2003(4):16-18.
- [5] 江伟.民事诉讼法学原理[M].北京:法律出版社,1994:814.
- [6] 李浩.强制执行法[M].厦门:厦门大学出版社,2004:307.
- [7] 江必新.民事强制执行操作规程[M].北京:人民法院出版社,2010:313.
- [8] 江必新.民事执行新制度理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2010:439.

责任编辑:黄声波