

## 善待判决确定债权转让<sup>〔\*〕</sup> ——以强制执行请求权为中心的考察

○ 黄 毅

(西南大学 法学院,重庆 400700)

〔摘要〕判决确定债权转让是基于执行难而自发产生的一种对权利的自我调节。允许其转让与司法权威并不矛盾,权力善待权利才是民众之福。判决确定债权转让的意义在于附随其上的强制执行请求权亦能一起转让,根据大陆法系强制执行请求权理论,从强制执行请求权性质、成立要件以及执行力主体范围扩张原理出发,可以演绎出其转让的适法性。为防止执行腐败,应确定公平合理的转让折价比例,契约意思自治原则应退后;启动执行程序后不得转让;应采用具体请求权说,审查转让协议的真实性和合法性。

〔关键词〕判决确定债权;司法权威;强制执行请求权;执行力主体扩张

### 一、问题的缘起

执行难是困扰我国法治进程的一大顽疾。由于执行难导致大量“权利白条”而饱受诟病,当事人费时费力,历经曲折通过司法路径而获得的公权力救济,执行难却让本该“变现”的权利躺在了其实现过程的最后一程。权利沉睡于终点线之前,但机会往往是伴随着问题应运而生的,执行难的深刻化和广泛化催生了判决确定债权转让<sup>〔1〕</sup>的兴起。

判决确定债权转让一经出现,即引发了学界和实务界的热议。关于判决确定债权转让的争论,大致可以梳理为以下二种见解。一为否定见解,该见解认为

---

作者简介:黄毅,西南大学法学院副教授,西南大学司法改革研究所研究员,法学博士,硕士生导师,研究方向:民事诉讼法学、司法制度。

〔\*〕本文受中央高校基本科研业务费专项资金资助,项目批号:SWU1309205。

转让判决确定债权的行为会损害司法权威<sup>[2]</sup>,而且某些人恶意收购判决确定债权,形成相关的产业链,由此将加剧司法腐败。从维护司法权威和保障良好社会秩序的角度出发,应当禁止转让判决确定债权。判决中所确立的程序权利具有身份性,不能随实体权利一起转让,而且判决中确认的债权属于国家公权力对当事人之间权益争议干涉调整后的债权,当事人不能自由转让。二为肯定见解,该见解认为转让判决确定债权的行为系债权转让,根据意思自治原理,债权人享有自由转让债权的权利,受让人获得该实体权利后,按照诉讼承继的原理,同样获得了权利实现的手段和程序保障<sup>[3]</sup>,对执行中的司法腐败应当另寻克制之道,当事人自愿处分判决确认债权的行为应当认可。

笔者认为,判决的确定债权并非普通债权,它是普通债权上叠加了强制执行请求权的债权,换言之,普通债权在未经法院作出司法裁断之前,当事人并不能够直接申请法院执行。那么,判决中的强制执行请求权是否能随债权的转让而发生转移?若能,则即使通过简单的数学计算也可知道,这种普通债权捆绑强制执行请求权的叠加式的判决确定债权的价值也要高于普通债权。而且,判决中的确定债权是当事人付出相当的诉讼成本后才获得的胜诉“果实”,按理说,这样的确定债权应该比没有经过法院司法确认的普通债权价值更高,因为它附加有当事人的诉讼成本和法院的确定性判断。然而,在现实大多数情形中,判决确定债权并不能实现对价转让,往往需要讨价还价,经过“打折”之后才能转让,有时折扣率还相当高。按民法中“公平、对价、有偿”的交易之基础原理,现实中普通债权通常能对价转让,判决确定债权却不能实现对价公平转让,这既有悖于法理也不合常理。2012年修订的《民事诉讼法》增加或进一步明确了诸如对可能隐匿或转移财产者不再通知立即执行、对不履行义务的被执行人可媒体曝光或限制出境、强化执行检察监督等措施,但这些都是自上而下对民事执行的变革,着重用“压”的方式解决执行难问题。可是,聪明的国人往往能想到变通办法应对,所以其实际效果究竟如何还有待观察。判决确定债权转让是用“疏”的方式解决执行难问题,此次《民事诉讼法》修订却未将其纳入其中,不得不说是一个制度上的遗憾。若能从理论上论证判决确定债权转让的适法性,则可在实践中合法利用这种方式化解许多“执行难”的问题,消弭当事人不满情绪于无形,维护社会和谐稳定。本文拟从强制执行请求权的性质、成立要件和执行力的主体范围扩张的角度入手,考察强制执行请求权转让的适法性,并对如何确保公平转让判决确定债权提出自己的思考。

## 二、追根溯源:强制执行请求权之基础

如前所述,判决确定债权能否转让?其关键在于叠加在确定债权上的强制执行请求权能否一起转移。理论上,域外学者们大多将强制执行请求权与强制执行权、诉权及实体法上请求权关联起来做比较研究,为求界定强制执行请求权的性质,判断判决确定债权转让的适法性,本部分拟对强制执行权和诉权的相关

理论做一定梳理,为论文结构之协调计,实体法上请求权的相关理论放在下一部分讨论。

### 图一 强制执行请求权之基础<sup>[4]</sup>

#### (一) 强制执行权

强制执行权是执行机关强制债务人履行执行名义中的确定义务,实现债权人权利的职权。关于强制执行权的主体的性质,存在债权人说、国家说及折衷说三种观点。债权人说认为,债权人是强制执行权的主体,但由于法律规定其自身不得行使强制执行权,所以委托执行机关行使,执行机关的执行权限并非基于国家权力而是来自于债权人。国家说认为,强制执行权是国家统治权的一部分,债权人仅能向国家请求强制执行,只有国家才能对债务人实施强制执行,因此,强制执行权的主体应为国家。折衷说认为,强制执行权虽属于国家,但国家委任债权人行使,债权人又转而委任执行机关为其代理人行使强制执行权。<sup>[5]</sup>笔者基本赞同国家说,但认为该说应进行必要的改进,强制执行权是一种权力,由于权力具有扩张性,稍有不慎就极易对公民的权利造成损害,所以不应该也不能委任给个人行使。另外,强制执行权虽由法院行使,但并非属于审判活动中的职权,其性质应为司法和行政性质兼具的司法行政权。

启动强制执行权的动力源自于强制执行请求权,强制执行权要实现的对象是债权人的私权,债权人对自己的私权具有处分权,如无强制执行请求权则强制执行权不得随意启动。反过来,强制执行权是强制执行请求权的基础和保障,皮之不存毛将焉附,离开了强制执行权,强制执行请求权无独立存在的意义。由于强制执行权和强制执行请求权都是为实现债权人的实体债权而存在的,因此它们都是权利实现程序中的手段,但在性质上,前者为权力,后者为权利。

#### (二) 诉权

日本学者石川明教授认为,“强制执行请求权是国民对国家(执行机关)享有的请求实施强制执行的权力。它相当于判决程序中的诉权,必须严格区别于作为执行基础的实体请求权、国家执行权。(日本)宪法三二条就是在这个意味上规定了诉权。该条中的‘保障接受裁判的权利’,是现代民主国家中诉讼制度利用权的抽象保障。”<sup>[6]</sup>另外,我国台湾地区张登科教授也有类似见解,“强制执行与民事诉讼均系国家籍其权力作用解决私权纷争之制度。盖於法治国家,私权纷争禁止自力救济。如有纷争,可向国家之法院提起诉讼,请求法院以裁判确定其私法上权利是否存在,解决当事人之纷争。此种由法院以裁判解决私权纷

争之程序为民事诉讼程序,对国家请求以裁判确定其私权之权利称为诉权。”“民事诉讼程序之目的在确定私权,强制执行程序之目的在实现私权。”<sup>[7]</sup>

石川明教授和张登科教授等诉权说论者都是从目的论的角度,将强制执行请求权提升到了与诉权平行的地位。其见解的基础是,诉讼制度的存在意义在于,其是禁止私力救济后的代偿措施。救济权是自然法上的权利,只要承认诉讼制度是私力救济的代偿措施,那么就可以肯定诉讼是以保护国民权利为其目的的,诉权就是诉讼制度的利用权,是自然权中救济权的一个亚种;而强制执行请求权也和诉权一样,当事人虽然通过判决,获得了国家对自己权利的承认,但因强制执行权并不由自己掌握,所以在债务人不履行的情况下,只能第二次向国家提出救济的请求,在诉权和强制执行请求权这二个权利的法律关系中,主体均为国家和当事人,当事人为请求者,国家为被请求者。<sup>[8]</sup>

不可否认,石川明教授和张登科教授的见解均有一定道理,但由于诉权理论的复杂性和抽象性,学者们将其视为民事诉讼理论中的“哥德巴赫猜想”,诉权问题涉及法理学、法哲学、社会学及宪政学等诸多层面,理论上关于诉权的各种学说并没有能取得这一领域的通说地位。石川明教授关于诉权的见解显然采用的是宪法诉权说,但宪法诉权说在诸多的诉权理论中并未占到绝对优势,将民事诉权界定为一项宪法性权利的立论基础尚有待商榷,这一大而化之的概念在民事诉讼法上不易从技术上进行操作,使当事人和法院都难以真正把握这一概念。<sup>[9]</sup>张登科教授关于诉权的见解采用的是纠纷解决说。在围绕诉权的学说之争中,笔者还是倾向于由具体诉权说发展而来的纠纷解决说,该说认为诉权就是原告要求法院解决纠纷的请求权。<sup>[10]</sup>不过,诉权性质之争本来就是一个“关公战秦琼”的难题,在诉权的性质还未厘清的情况下,又将强制执行请求权类比为诉权,其结果只能是将强制执行请求权又拖入一个“剪不断,理还乱”的理论泥沼。

笔者认为,如果说当事人的诉权是第一次救济权,那么强制执行请求权就是第二次救济权,既然强制执行请求权是定位于诉权延长线上的权利。<sup>[11]</sup>当事人通过行使诉权,获得法院判决确定的债权,如果债务人自动履行,则强制执行请求权不会有启动的机会,只有在债务人不予履行或拖延履行的情况下,才会启动之。诉权解决当事人之间的争议,此时原告的实体法上之请求是否会得到法院的支持,还处于不确定状态;而强制执行请求权要解决的是当事人之间无争议<sup>[12]</sup>的实体法上请求权的实现问题,此时当事人的实体法上请求权已经被判决所确定。诉权要启动的是审判权,强制执行请求权要启动的是司法行政权,从这个意义上讲,诉权与强制执行请求权并不能同等视之,前者所要解决的问题比后者要复杂得多。对当事人来说,获得强制执行请求权比获得诉权的实惠性要大得多,因为拥有强制执行请求权已经距离最终实现权利的路途不远了,而享有诉权还仅仅是踏出了“漫漫诉讼路”的第一步。从这层意义上看,可以说诉权是强制执行请求权的基础之一。

债权转让后,若发生纠纷致使债权得不到清偿,受让人可以通过诉讼来获得

债权的实现,此种情况也可以看作诉权也发生了转移,即由原债权人手中转移到了受让人一方。诉权尚可以转让,那么与诉权同属程序权利的处于诉权延长线上的强制执行请求权亦当然可以转让,由此扩展开来,于法理而言,判决确定债权的转让当属妥当。

### 三、厘清误读:强制执行请求权之性质

我国台湾地区吴光陆教授认为,“强制执行请求权既系权利人请求司法机关强制执行之权利,属诉讼权之一部,系公权,并非对义务人私法上之权利,故不可抛弃。”<sup>[13]</sup>吴光陆教授将强制执行请求权看作是诉讼权利的一种,属于公权。可是,从学理上讲,公权一般被解释为公权力,虽然公权是为私权社会服务的,但公权的主体是国家。吴光陆教授此处所言的“公权”应该理解为“公法上的权利”方为妥当。与此见解不同的是,张登科教授认为,“强制执行请求权虽难以实现私法上之权利目的,但并非对债务人之私法上请求权,而系对国家之公法上请求权。”<sup>[14]</sup>这种将强制执行请求权的性质界定为公法上请求权的见解,符合学理上关于权利分类的原理。从历史渊源的角度来看,请求权可分为公法上请求权与私法上请求权,也有学者称公法上请求权为程序法上请求权,私法上请求权为实体法上请求权。这两种请求权具有先后顺序。程序法上请求权以实体法上请求权为基础。当事人首先可以基于实体法律行使私法上的请求权,要求对方为或不为一定的行为。此时,程序法上请求权处于引而不发的状态,并作为后盾和保障的作用而存在。<sup>[15]</sup>强制执行请求权就是以判决书中确定的实体上请求权(确定债权)为基础的,因此,它的性质就是程序法上请求权,是一种程序权利。当然,如前所述强制执行请求权的基础还不止判决书中确定的实体上请求权,还应包括诉权和执行权。如无这些权利或权力,则强制执行请求权只能是无源之水、无本之木。为便于表示,以下用图描述强制执行请求权与这些权利或权力之间的关系。

那么,作为程序法上请求权的强制执行请求权是否能够依权利人的自由意思而转让?有观点认为,对于程序法上请求权一般不得为实体法上的处分,如转

让、免除、自愿履行等。<sup>[16]</sup>张登科教授也认为,“强制执行请求权既系对国家之请求权,而非对债务人之私法上请求权,自不能依当事人之意思而处分。”<sup>[17]</sup>这种观点的立论基础在于,执行名义中的确定债权属于国家公权力对当事人之间权益争议干涉调整后的债权,此种债权附加有程序权利,因程序权利属于公法上的权利,所以当事人不能自由转让。

其实,经国家公权力调整后可以转让的债权在现实中是存在的,如法人解散清算、执行拍卖等情形下的债权,并非债权经公权力调整后就一概不能转让。诚然,强制执行请求权是一种程序权利,但此种程序权利并不同于管辖异议、回避、抗辩、举证、质证、提出异议等普通程序权利,它与当事人所期待之实体权利结合得非常密切,是以极紧密的关联度附随叠加在判决确定债权上的。前述所列举的管辖异议、回避等程序权利不过是当事人攻击防御的手段,行使这些程序权利距离实体权利的最终实现还相距较远,而强制执行请求权是直接实现实体权利的程序权利,可以说强制执行请求权是与主权利关系最近的从权利,透过它实体权利已触手可及。正是由于强制执行请求权具有这种高度的附随性,所以张登科教授指出,“强制执行请求权,仅得随执行名义所示实体上请求权之让与而转移,不得单独转移。强制执行请求权转移后,新权利人勿庸另有执行名义,即得请求强制执行。”由上观之,从权属性质来看,强制执行请求权不能单独转让,但可以随着判决确定债权一起转让。

#### 四、学说辨析:强制执行请求权之成立要件

如前所述,判决确定债权的转让需要强制执行请求权亦一起转移才有意义。强制执行请求权的成立要件是指债权人必须具备何种要件,才能享有该权利。围绕这个问题,德国、日本和我国台湾地区民事诉讼法学界主要有三种学说,即具体请求权说、抽象请求权说及折衷说(中间说)。

##### (一)具体请求权说

“此说认为强制执行程序,以实现私法上之请求权为目的。故强制执行请求权之成立,除须有执行名义外,并以执行名义所载实体法上之请求权存在为要件。”<sup>[18]</sup>竹下守夫教授认为,按照执行制度的目的,强制执行是根据债权人的申请而启动的一种国家行为,因此,如果债权人对债务人没有实体法上请求权,则不能对国家要求执行行为。另外,从国家的立场来看,如果不能确认债权人对债务人享有取得执行结果的权利,那么也不应该发动强制权。民事执行的作用,说到底,就是根据法律上的规定实现债权人对债务人的私权,并不应该仅仅为了追求行政作用的实现(过去有强制执行的作用是行政作用的见解,现在应该反省这种观点)。<sup>[19]</sup>

##### (二)抽象请求权说

德国学者 Hellwig, Geib, Stein, Pagenstecher, Hein, Rosenberg 等及日本学者兼子一、竹下守夫均认为,强制执行请求权的成立仅需以执行名义是否存在来确

定。<sup>[20]</sup> 债权人只要有执行名义,即可申请强制执行,哪怕实体法上请求权不成立或已经清偿。<sup>[21]</sup>

在民事执行制度中,执行机关(严格地说,是指包括赋予执行名义的所有执行机关)是否必须亲自判断实体法上请求权的存在?还是其它机关或他人做出的对实体法上请求权的判断,就能产生拘束执行机关的通用效力?日本民事诉讼法承认了执行名义对实体法上请求权的判断,对执行机关具有通用效力。这是因为在执行名义的形成过程中,已经保障了债务人作为主体的参与机会,所以执行名义能够证明存在实体法上请求权的高度盖然性。不仅如此,如果在执行启动之际,不顾已经成立的执行名义,要求执行机关重新根据其它的证据资料确定实体法上请求权的存在,只能造成权利实现的迟延,这对债权人而言,是不公平的。申言之,并不是执行申请人的主张不论有无实体法上请求权,有执行名义即有执行力,而是以公平和程序保障的原理为基础,认为债权人从取得实体法上请求权之时起,就享有了要求国家的执行行为的权利,此时,执行名义上的通用效力适用于执行机关。执行名义的通用效力,在债权人利用请求异议之诉确定不存在实体法上请求权之前,都应该是被认可的。在执行名义失去通用效力的同时,执行请求权也失去了存在的基础,国家的执行行为即告终止。<sup>[22]</sup>

### (三)折衷说(中间说)

该说认为,抽象请求权说虽然运用了执行制度的现实技术,但其考察结果却极为形式化和表面化,同时,由于抽象请求权说轻视执行的本来目的,否定执行名义与实体请求权之间的联系,导致无法解释为何请求异议之诉中实体异议原因能够排除执行。而具体请求权说虽然能解释此问题,但却不易说明为何仅凭执行名义的执行就具有程序法上的适法性。这恰如“群盲抚象”,两说的观点各自反映了事物的不同侧面,两说的对立是因为二者皆站在了私法上请求权的静态出发点,但出发点本身又是错误的。执行是以实体法上请求权的事实形成为目的,其对象——实体法上请求权表现为基于执行名义(观念形成)的实在性(实际存在性)。这个实体请求权的实在性只要不被新的或更确实的执行名义(观念形成)所否定,那么就是妥当的,正因为请求权具有实在性,所以能成为执行请求权的基础,因而在此期间以此为基准的执行程序就是适法的。另一方面,上述执行的结果是否正当的问题,则由日后的观念形成来判断。也有见解认为,观念形成就是事实形成的动态发展过程的静态结果,因此必须探究执行名义及执行请求权的本质。约言之,执行请求权以实体法上的请求权为前提,其实在性由执行名义在一定时期以一定程度表示出来,这样就可以消除两说的对立。

但是,实体法上的权利存在或不存在,与对权利的认识程度有关,而与权利的实在性程度无关,权利的实在性是以要么有或要么无的方式存在的,不能将对权利的认识与实在性混为一谈。执行名义中形成的一定时间一定程度的权利,在执行法上没有特别情况时,不问该权利的客观存在与否而执行,此时从该权利中应该产生执行力乃至执行请求权。这样,实际上就承认了与实体权利的客观

存在完全无关的执行请求权。换言之,这又意味着对抽象请求权的肯定,但为填补抽象请求权说的缺陷,可以请求异议之诉为制度的补充。<sup>[23]</sup>

上述三种学说中,具体请求权说与抽象请求权说相互对立,而折衷说虽试图站在两说中间调和,但这种各打五十大板的“和稀泥”式的观点又更难以让人信服。从审执分离原则出发,德国、日本及我国台湾地区的学者大多倾向于抽象请求权说。我国大陆地区亦有学者主张强制执行请求权的成立要件,应模仿域外而采用抽象请求权说。<sup>[24]</sup>但笔者认为,德国、日本及我国台湾地区的抽象请求权说学者是站在纯为论证强制执行请求权成立要件 of 的立场上提出相应主张的,并未结合我国大陆地区特有的判决确定债权转让现象。因此,在以强制执行请求权的转移为中心论证判决确定债权转让时,不可生搬硬套。申言之,判决确定债权转让是基于我国本土特殊情况产生的,其转让的意义在于强制执行请求权亦能随之而转移。在我国民事执行实践中,即使对普通的执行主体变更申请都采取了较严格具体审查。<sup>[25]</sup>那么,对情况更为复杂的判决确定债权转让中的强制执行请求权成立要件则更应该采取较严格的具体审查。因此,我国大陆地区应采用具体请求权说来规范和保障强制执行请求权的转移。<sup>[26]</sup>

## 五、引申思考:判决执行力主体范围的扩张原理

判决确定债权的受让人,能否成为执行行为的申请人,这涉及到执行力主体范围是否能够扩张的问题。虽然,“执行力”这一概念常见于各种民事执行文献中,但给这一概念下定义的却并不多。日本的竹下守夫教授和伊藤真教授界定过这一概念。竹下守夫教授认为,执行力是指根据法律规定,可以通过强制执行程序实现的记载于一定种类的证书中的给付请求权的效力。<sup>[27]</sup>按照此观点,执行力即是当事人能够实现给付请求权的效力,此种效力是执行中的国家强制力发生或启动的依据。<sup>[28]</sup>伊藤真教授认为,执行力分为广义执行力和狭义执行力二种。广义执行力是当事人请求国家机关实现与判决主文相符合的法律状态的资格,因此,不仅给付判决是执行力依据,确认判决、形成判决也莫不如此。除此之外,从更广义来说,执行力还包括依据判决要求户籍管理官吏订正户籍记载的地位、要求执行机关停止或取消强制的地位等。<sup>[29]</sup>狭义执行力是指,可以请求执行机关实现记载于给付判决或和解书中的给付义务的地位,因此,形成判决、确认判决不能成为执行力依据。简言之,竹下教授主张执行力是一种效力,伊藤教授主张执行力是一种资格,此二种主张虽然形异但却实同,实际上二位学者都认为执行力是当事人请求国家发动公权力的权利,它的请求对象为国家,而非对方当事人。故,执行力实际上是一种权利,而不是权力,这和人们通常易将执行力理解为强制力是不一样的。一般而言,执行力的主体是指执行名义所记载的权利人和义务人,但因执行名义成立后,权利义务主体发生变动,如继承、权利让与、债务承担、公司合并等,可发生执行力主体的变动,此即是执行力主体范围的扩张问题。<sup>[30]</sup>



笔者在目光所能及的范围内,未见到德国、日本和我国台湾地区的民事执行的文献中关于“判决确定债权转让”的研究,这可能是由于民事执行并未在这些国家和地区成为难题之故。不过,上述国家和地区对于诉讼系属中或诉讼系属后债务人转让执行标的的继受执行问题研究得非常成熟。此种继受执行属于执行力扩张的情形之一,具体而言,如 A 以 B 为对象,提起请求交付土地的诉讼并获得确定判决,但口头辩论终结后, B 将土地的占有权转移至 C,在这样的场合,若不能以 A 对 B 的判决向 C 为强制执行的话,则 A 获得对 B 的土地交付判决的意义将显著减少。对于此种继受执行的情形,学者们一般认为 A 可依原判决申请对 C 的强制执行。虽然,债权人对债务人的请求权与债权人对继受人的请求权,在实体法上属于不同的权利。但在此种场合,实质上是执行名义的流用、转用,省略债权人对于继受人取得新执行名义的法理依据在于公平和程序权保障。具体而言,债权人取得执行名义,其期待的权利已经现实化、具体化,债权人既然已取得执行名义的确定判决,那么就居于可依强制执行实现权利的地位。如果这种地位因债务人转让执行标的被剥夺,而须对继受人重新取得执行名义,对债权人而言是不公平的,有损当事人之间的公平、衡平的法理,所以让继受人忍受继受执行,是合乎公平理念的。<sup>[31]</sup>

判决确定债权转让的主体变动情形与上述继受执行(债务继受)正好相反,前者是将执行名义的执行标的转移给受让人,后者是将执行名义中的执行标的转移给继受人。但后者的执行力扩张的原理,却可资前者借鉴。

## 六、结论:一项应善待的权利及权利的限制

### (一)应善待判决确定债权转让

如上所述,从强制执行请求权的性质、强制执行请求权的成立要件、判决执行力主体范围的扩张角度来看,判决确定债权转让在理论上可以成立。

从司法实践的角度来看,即使不允许判决确定债权受让人直接申请执行,也并不能阻止判决确定债权转让。因为即使在我国现有制度条件下,判决确定债权的出让人和受让人也完全可以“变通”实现转让,只不过手续上麻烦一些,徒增交易和诉讼成本,浪费私人 and 国家的资源罢了。具体步骤大致是这样的,判决确定债权的出让人和受让人先就债权转让订立交易合同,然后受让人再以出让人违约或其他理由提起给付之诉,取得胜诉判决之后再以自己名义申请执行。当事人双方“串通”起来这样做,其实并不违法,因为 2012 年修订的《民事诉讼法》规定之恶意诉讼要求当事人之间的恶意串通必须要损害了他人合法权益的才能适用。这种做法虽不能提倡,但也是囿于现实的无奈之举。另外,判决确定债权的出让人一般是匮乏执行法律技术或资源的人(当然现实中也确实存在某些嫌麻烦而出让判决确定债权的人),判决确定债权的受让人一般是熟悉执行法律技术的人(如律师),他们可约定由受让人作为出让人的代理人,以出让人的名义去申请执行。待执行完成后,双方再行订立合同将被执行财产转移给受

让人。这种做法同样会无谓地消耗当事人的成本,但与前一种做法相比,倒不会浪费国家司法资源。

从制度层面上看,具有我国实质上准立法机关性质的最高人民法院2005年出台的司法解释《最高人民法院关于金融资产管理公司收购、处置不良资产有关问题的补充通知》规定,在金融资产管理公司收购、处置国有商业银行(包括国有控股银行)不良资产的情况下,人民法院应当根据债权转让协议和转让人或受让人的申请,裁定变更诉讼或执行主体。换言之,只要金融资产管理公司收购、处置的是国有银行不良资产就都允许判决确定债权转让。<sup>[32]</sup>这是最高人民法院首次回应并肯定了现实对判决确定债权转让的需求,但仅维护国有银行而排斥一般主体的做法令人遗憾。从民法上来看,国有银行与一般主体的民事法律地位并无二致,在国家财产利益面前,最高人民法院主动揭下了司法权威的面纱,这种厚此薄彼的态度与法理相悖。实际上,判决确定债权转让否定论者提出的“允许判决确定债权转让会损害人民法院的司法权威”,这种见解其实没有充分理解何为司法权威。根据马克斯·韦伯对权威的分类,司法权威应归类入法理型权威(Rational - Legal Authority),也就是“建立在相信统治者的章程所规定的制度和指令权利的合法性之上,也即合理性基础之上的权威。”<sup>[33]</sup>基于此,我们可以认为,司法权威是公众在相信法律的基础上对司法权力的自愿服从,而非司法权力对公众的高压。<sup>[34]</sup>司法权威与司法权力是一对涵义迥然的概念,司法权威是对司法权力的一种支持,公众对司法权力的服从可能有被迫的成分,但对司法权威的服从却是心甘情愿。司法权威与公众之间的关系应该是单向度的,即只要司法有权威,那么公众就会自愿服从。反之,司法若无权威,那么公众的服从就仅是对权力的服从。对司法权威的维护仅需司法权力运行者的努力,而无需公众的参与,因为运行良好的司法权力自然会产生司法权威。以此推之,与其说判决确定债权转让会损害司法权威,倒不如说损害的是司法权力运行者的“面子”。塑造司法权威是法治之本,这固然伤不得也伤不起,但伤一伤司法权力的“面子”,以使其更加自律自省也未必会有塞翁失马之幸。毕竟,权力善待权利才是民众之福。故而,否定论者的这一理由存在批驳对象错误的问题。

通过以上分析,我们应该能抛开对判决确定债权转让的顾虑。若对这一交易方式因势利导,可有效减少“权利白条”,有利于维护当事人的诉讼利益。

## (二)对判决确定债权转让的限制

判决确定债权转让在学界和实务界之所以会引起热议,原因不仅限于其在理论上能否成立的问题,还有对滋生执行腐败的担忧。<sup>[35]</sup>有鉴于此,程序和实际的操作上还应做如下具体设计。第一,公平交易可以防止执行腐败。交易行为应当遵循公平原则,判决确定债权转让同样也应当适用公平原则,如前文所述,判决确定债权转让是叠加了强制执行请求权的增值转让,为受让人节省了当权利发生争议时的诉讼成本。因此,判决确定债权转让虽然是在执行制度不完善的前提下,中国语境下的权宜之计,但权利也不应该过度打折,为保障交易的公

平性,应当设定判决确定债权转让的数额不得低于确定债权扣除相当费用后的数额,<sup>[36]</sup>否则执行机关不受理执行申请,或在补足价差之后再受理。这样才不会伤害权利人的“法感情”。<sup>[37]</sup>如此,不仅可以保障判决确定债权转让之公平,还可使那些不法勾结执行人员,利用特权专事经营判决书买卖的人,失去他们所期待的巨大利润空间,从而放弃这个“业务”。当然,由于执行难问题在现实中的客观存在,这使得部分判决确定债权人不愿将精力消耗在执行上,而相当费用也可以让那些具有专业知识和技能,能提供合法执行协助服务的人有足够的利益空间。同时,还应规定判决确定债权只能转让一次,以排除“中间商”的出现。由于判决确定债权转让毕竟是附加了强制执行请求权之后的债权转让,所以不能用一般的民法意思自治原理来衡量。第二,启动执行程序后的确定债权不得转让。在现实中,也存在少数执行人员与外部人员相勾结,在执行程序启动后故意人为设置执行难度,然后再旁敲侧击“点拨”执行申请人转让确定债权于某人。因此,可以考虑在制度上设计启动执行程序后即不得转让确定债权的规定。如此,既可从源头上遏制执行人员人为制造执行难度的动机形成,又可促进执行申请人积极寻找线索,以实现权利。第三,关于判决确定债权转让后,对受让人强制执行请求权的获得问题,应当采用具体请求权说,即应该对判决确定债权转让协议进行真实性和效力性审查。作为制度设计,可要求申请执行的受让人提交生效判决书(原件)和判决确定债权转让协议(原件),同时法院可以要求出让人和受让人到场,直接询问调查转让协议的真实性和效力。如果法院否定转让协议,那么这种否定只应当具有程序上的效果,而不应该具有实体上的效果,并且应该允许受让人就转让协议的效力提起确认之诉。第四,随着《人民调解法》和2012年修订的《民事诉讼法》对调解协议司法确认的确立,我们也可以利用人民调解结合法院执行来完善判决确定债权转让的程序设计。比如,广东省东莞市曾出现过这样的案例:判决确定债权出让人与受让人达成转让协议之后发生纠纷,经东莞市石龙镇诉调对接人民调解工作室主持调解,出让人与受让人签订调解协议并由东莞第一人民法院司法确认,最后经受让人申请由法院予以执行。<sup>[38]</sup>对于出让人与受让人达成转让协议后又发生争议的,可以借鉴此模式来解决。

### 注释:

[1]判决确定债权转让系判决确定后,权利人将其债权转让给受让人,由受让人申请变更强制执行请求权主体。除判决书外,调解协议、仲裁裁决协议、公证文书等执行名义中的确定债权,也在现实中存在转让的问题。但由于判决确定债权是公权力行使审判权经由严格对审而确定的,具有特殊性,所以本文仅讨论判决书的确定债权转让问题。

[2]因判决中的债权难以实现,广州曾出现七旬老人当街摆地摊拍卖判决书,有观点认为,此举有损司法权威。参见 <http://www.people.com.cn/GB/shehui/1063/2278436.html>,最后访问时间:2015年11月11日。

[3]张卫平:《判决执行力主体范围的扩张——以实体权利转让与执行权利的获得为中心》,《现代法学》2007年第5期。

[4]如图一所示,强制执行请求权是在诉权、实体法上请求权、强制执行权的支撑下成立的,此三者为其基础。

[5][7][14][17]张登科:《强制执行法》,台湾:三民书局,2010年,第3、2、4、5页。

[6][8][11][日]石川明:《执行请求权》,《综合法学》1964年第8期。

[9]田平安、肖辉:《民事诉讼法学改革开放三十年》,北京:法律出版社,2010年,第55页。

[10][30][日]伊藤真:《民事訴訟法》,日本:有斐閣,2000年,第15、513页。

[12]当然,有时也会有争议,如被执行人提出请求异议之时,但总而言之,强制执行请求权所面临的争议远较诉权要小得多。

[13]吴光陆:《强制执行法》,台湾:三民书局,2007年,第8页。

[15]王少禹:《请求权概念辨析》,《河南省政法干部管理学院学报》2006年第1期。

[17]王洪亮:《实体请求权与诉讼请求权之辨》,《法律科学》2009年第2期。

[18]杨与龄:《强制执行法论》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第5页。

[19][22][27][日]竹下守夫:《民事執行法の論点》,日本:有斐閣,1985年,第35、37、35页。

[20][23][日]石川明:《执行请求权论》,《法学研究》1961年第34卷6号。

[21][24]常延彬:《强制执行请求权——兼论判决确定权转移受让人的适格条件》,《政治与法律》2009年第5期。

[25]譬如,1998年《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》第20条第4项规定,“继承人或权利承受人申请执行的,应当提交继承或承受权利的证明文件。”当时,我国判决确定债权转让现象还未大量出现,该条解释主要是针对继承人、企业法人分立后的权利承受人等情形做出的。

[26]张卫平教授虽然没有从强制执行请求权的角度论证判决确定债权转让,但主张执行机关应从审查判决书中债权转让协议的真实性,这实际上暗合了具体请求权说的观点。前注[3]。

[27]实际上,从竹下守夫教授关于执行力的见解来看,执行力可以解释为强制执行请求权的效力,执行力主体范围的扩张可以理解为强制执行请求权的射程范围的扩张。

[29]不过,在给付义务不适用强制履行时,如夫妻同居义务等场合,不能认可执行力。与此相对,在判令刊登道歉广告的判决的场合,又认可执行力。前注[10]第512页。

[31][日]中西正、中岛弘雅、八田卓也:《民事執行・民事保全法》,日本:有斐閣,2010年。此外,持有相同意见的还有,许士宦:《执行力扩张与不动产执行》,台湾:新学林,2003年第22期,第44页。

[32]但一般主体的债权转让则不适用该规定。比如,江苏省高院曾专门发文指明,为正确理解并执行《最高人民法院关于金融资产管理公司收购、处置不良资产有关问题的补充通知》,该条的不良债权的情形,不适用其他主体。参见2005年9月16日《江苏省高级人民法院关于转让生效判决确定债权涉及执行问题的意见》。

[33][德]马克思·韦伯:《经济与社会》,林荣远译,北京:商务印书馆,1998年,第241页。

[34]类似观点还有如:陈光中教授认为,“司法除了有权力威严之品质外,其本身还应当具有社会公信力。所谓公信力,是指社会公众从道义上、思想上对司法的认同程度与信服程度。它包括社会公众对……司法执行力的支持程度等。……是社会公众内心深处对司法的感触和体验,它涉及人的心灵,是一种心理状态。”

[35]张艳:《对“买卖判决书”的法律认知》,《法律适用》2005年第7期,第56页。

[36]这个数额可大致相当于律师费用及向法院交纳的执行费用(因受让人向法院申请执行需要执行费,而这本来就应该由原来的权利人支付)。

[37][德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,胡宝海译,北京:中国法制出版社,2004年,第21页。

[38]参见(2010)东一法民初字第170号民事调解书、(2011)东一法执字第7258号之一执行裁定书。

[责任编辑:流金]