



## 强制执行形式化原则的制度效应

### 前沿观点

□ 肖建国 (中国人民大学法学院教授)

强制执行与民事审判存在诸多的共通性,但在民事强制执行三面法律关系中,执行机关与债务人之间的干预关系明显有别于民事审判中法院与被告之间的和平中立关系,干预关系的单向性、主动性、强制性等特征形塑了强制执行程序的面貌。这也是近代以来民事执行权与审判权、执行机关与审判机关、执行程序与审判程序分离的内在原因。民事诉讼法学理论中的审执分离,以及奠基于审执分离理论的强制执行形式化原则,也主要是从这个意义上提出来的。

#### 强制执行形式化原则的基本要求

执行形式化原则是审执分离的产物。只要承认民事审判与强制执行在原理、制度和程序上的差异性,承认执行程序的独立性并将其目的定位于迅速而有效地实现执行名义中所载明的给付请求权,就必然导出强制执行形式化原则。

强制执行的启动需要在强制执行的正当性与合法性之间寻找恰当的平衡点,为此有必要由执行法规规定标准化的、形式化的要求,来回答诸如执行机关在具备何种条件下开始强制执行、执行开始要件的审查判断主体为执行机关还是审判法院、执行机关审查判断的方法手段如何设置以满足审执分离的要求等问题。强制执行开始要件的形式化,是在第一层级审执分离的延长线上用于平衡执行正当性与合法性、确保法的安定性的特殊装置。

#### 执行形式化与执行债权的识别判断

执行债权之存在,一般通过作为公文书的执行名

义就能得到高度盖然性证明,德日等国的执行文制度进一步补充了执行名义可执行性的证明功能,使得执行债权存否的形式化判断与强制执行正当性的保障通过执行名义、执行文等执行前提条件审执分离的设计而一体化地实现,也使得执行开始要件的形式化与抽象的强制执行请求权说相互契合,相得益彰。

执行债权的识别判断固然可以通过授予执行程序来实现,但执行文并非执行形式化的唯一方案,在我国存在着其他替代的选择;直接交给执行法官完成形式化审查,同样能够达到执行文制度的目的。我国在以执行法官为中心的集中式执行下,由执行机关对执行债权的存在、消灭或妨碍的执行障碍事实、执行力之有无等进行形式化审查,是符合强制执行形式化原则的。

#### 执行形式化与执行当事人适格的审查判断

在特定具体的强制执行案件中,具有执行债权人或债务人的资格,可以为其实质执行行为或对其实施执行行为的执行当事人,称为执行当事人适格。执行当事人适格属于执行名义的对人效力范畴,执行当事人适格与执行名义的执行力所及范围相关,也称为“执行力的主观范围”。

执行当事人适格的范围是否以既判力主观范围为限,大陆法系国家通过强制执行法的制定,逐步廓清了执行力扩张的范围与既判力扩张的范围之边界,不再完全以既判力扩张来解释执行力扩张,并且立法上通过规定不具有既判力的执行名义中适格当事人的范围来强化执行力主观范围的独立性。在我国,鉴于实践的迫切需要和执行程序迅速、及时实现债权的价值取向,现行法上执行当事人适格的范围也呈现出扩大的趋势,远远超出了既判力主观范围的扩张。

适格执行当事人范围的法定化,有助于执行当事人适格判断中实现执行的形式化。德日等国法律将执

行当事人适格作为授予执行文的要件之一,要求具备执行文授予机关签署的执行文,我国大陆和台湾地区都采用集中式执行体制,没有实行执行文制度,执行当事人适格属于启动执行程序的要件。无论是否实行执行文制度,大陆法系强制执行法在认定执行当事人适格的标准上存在着高度的一致性,即最大限度地尊重生效法律文书(执行名义)中关于当事人的记载。

#### 执行形式化与责任财产的权属判断

在强制执行干预(涉)关系中,执行机关的首要任务是查明债务人的责任财产。对于强制执行的财产是否为债务人的责任财产,应当调查认定。其所遵循的原则就是执行形式化。所谓责任财产认定的形式化,执行机关可以根据执行标的外在特征进行形式上的权属推论,采取与实体法上的物权公示原则、权利外观主义相一致的“外观调查原则”,执行机关不能违反外观调查原则实施执行行为,否则构成瑕疵执行行为,当事人、利害关系人或案外第三人有权依法获得执行救济。基于执行效率的考虑,我国现行法上的责任财产认定的形式化,相对于德日等国而言,存在着两方面扩大适用的迹象:一是适用的领域由执行实施扩大到执行异议救济;二是作为证据方法的私文书扩张适用于责任财产权属的判断。

#### 不予执行事由的实质审查对执行形式化的背离

强制执行形式化是对执行机关执行行为的一般性要求,从执行开始要件的审查到执行行为的实施,程序性执行程序非讼的运行,都应当贯彻形式化要求。具体来说,执行机关审查权在执行名义上的运用,仅限于通过形式化审查以确认、证明执行名义的执行力或者确认、证明执行债权消灭、妨碍等执行障碍要件,从而决定启动执行程序、继续执行行为、停止执行行为或撤销

执行行为。我国现行法上有两类不予执行制度,即不予执行仲裁裁决、不予执行公证债权文书。笔者认为执行机关的不予执行审查权背离了强制执行形式化原则,应当予以废弃。

一方面,需要厘清仲裁裁决与公证债权文书执行力的来源。大陆法系强制执行理论的共识是,公证债权文书是不经法院参与而形成的“简易执行名义”,自带执行力,而仲裁裁决书并不自带执行力,仲裁裁决本身不是执行名义。另一方面,仲裁裁决书与公证债权文书的执行力来源不同,决定了法院对这两类文书在审查的必要性、审查的性质和功能上存在差异。

其一,就仲裁裁决书而言,法院审查的目的是作出许可执行的裁定(决定),赋予仲裁裁决执行力,这是当事人申请执行仲裁裁决的前提。在未经法院前置性审查作出许可裁定(决定)、仲裁裁决尚无执行力的情况下,通过不予执行来取消原本就不存在的裁决执行力,明显欠缺必要性。

其二,就公证债权文书而言,不同于仲裁裁决的是,具备成立要件的公证债权文书本身自带执行力,属于法定执行名义之一,因此,执行机关可以依据公证债权文书和执行证书的内容实施执行行为,不存在经由执行机关不予执行审查否定公证债权文书执行力的必要性。

综上,有必要废止不予执行制度,而代之以法院审判机构对于仲裁裁决的前置性、实质性审查(与外国仲裁裁决的审查相同),在无证据证明有撤销仲裁事由的情况下,作出许可执行裁定(决定),赋予仲裁裁决强制执行效力,进入执行程序;或者代之以执行机关对于公证债权文书的成立要件和程序合法性的形式化审查,由此可以开启执行程序。

(文章为陈嘉瑞稿,原文载于《华东政法大学学报》2021年第2期)

### 观点新解

#### 李夏旭就诚信原则法律修正功能谈——其填补的是隐藏法律漏洞



中国政法大学民商经济法学院李夏旭在《法学》2021年第2期上发表题为《诚信原则法律修正功能的适用及限度》的文章中指出:

在处理具体规则与诚信原则的适用关系时,通常依据具体规则优先的法律适用原则。当适用具体规则与诚信原则相抵触,并于个案中产生难以容忍的不公正结果时,诚信原则具有法律修正功能。诚信原则法律修正功能的实质并非是通过修改法律以在现行法之外建立另一套法律制度,而仅是具体规则中为某些特殊案件创设但书,使之区别于适用具体规则的正常情况。在判断适用具体规则所产生的结果是否公正时,法官不能仅凭法政策或自己的法感,而须依据现行法秩序所蕴含的评价对诚信原则进行价值填充,以立法者的视角作出判断。在这一意义上,诚信原则的法律修正功能仍受现行法秩序的约束。在适用方法上,诚信原则的法律修正功能规制的是制度滥用,填补的是隐藏法律漏洞,在方法论上须遵循“目的性限缩—法律修正”这一适用顺序。

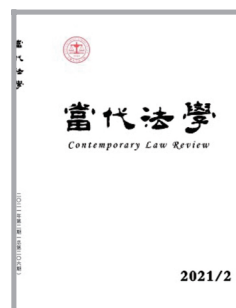
#### 王锡柱就无人机空域准入制度谈——应以传统飞行监管制度为蓝本



北京航空航天大学法学院王锡柱在《行政法学研究》2021年第2期上发表题为《无人机空域准入:法律分析与制度建构》的文章中指出:

无人机产业蕴含巨大的经济与社会价值,然而,现行无人机空域准入制度以传统飞行监管制度为蓝本,将空域准入作为一种特权,无人机难以获得合法飞行身份,限制了其价值的发挥。无人机飞行是用户对无人飞行器使财产权的过程,具体飞行行为还与特定权利关联,涉及到表达自由、新闻自由、营业自由等权利。空域的公共属性进一步决定了无人机以自由进入空域飞行为原则,仅在具有特定风险时,方可抑制风险而设定许可,明确空域准入条件。在具体制度设计中,应遵循比例原则和风险均衡原则,在尊重飞行权利的基础上设定空域准入条件,保障空域安全,在产业发展、风险防控、用户权利三者之间进行有效平衡。

#### 姜涛就风险刑法谈——应严格限制其适用范围



南京师范大学法学院姜涛在《当代法学》2021年第2期上发表题为《为风险刑法辩护》的文章中指出:

风险刑法备受质疑的原因是,其会无节制扩大其适用范围。现代刑法强化积极的、事前的预防本身具有正当性,古典刑法事后法的属性和以犯罪人为主体的理论逻辑,并不符合现代国家对风险与安全的制度预期。理性主义标签化理解风险刑法,才是造成风险刑法被法教义学否定的原因。区别于理性主义,现实主义可以更好地理解刑法的道德基础,现代刑法转向以被害人中心,强调刑法在被害人具有被侵害的危机时适当介入。在社会风险日趋增多且不确定的时代背景下,风险刑法应严格限制其适用范围。

(赵珊珊 整理)

## 重思行政复议制度“定位”

### 前沿话题

□ 张滨

“定位”问题是学界关于行政复议研究的重要问题,它不仅关系到行政复议制度的学理基础,而且也影响着行政复议制度是否应当“司法化”的实践议题。但遗憾的是,迄今为止对这个问题的持久讨论仍未能带来更令人满意的答案。当然,对于此种“牵一发而动全身”的基础性命题,其本身的复杂性、牵涉问题的广泛性往往导致很难达成普遍共识,存在多种竞争性解答方案似乎是不可避免的。但在笔者看来,在这场讨论之中,另一个重要因素也妨碍了问题的深入,削弱了共识达成的可能,那就是学者们在术语使用上的模糊与概念指向上的含混。因此,要持续推进这一问题的研究,应当先对“行政性”与“司法性”进行概念澄清与语义分析。

#### 理解“行政性”与“司法性”的四个层面

在学理阐述中,虽然不同学者(甚至同一学者在不同论证中)都使用“行政性”与“司法性”的语词,但他们对语词含义的理解不尽相同。在此,一种分析哲学的思考方式是富有借鉴意义的,那就是我们应当反思,当讨论“行政性”与“司法性”的时候,我们究竟在讨论什么?梳理文献可以发现,学界大致在四个层面上使用“行政性”和“司法性”,分别是权力性质(权力主体)、制度目的、程序与原则、复议决定的效力。

首先,不少观点从权力性质(权力主体)的角度界分“行政性”与“司法性”。这种观点的核心论证思路是,行政复议是一种行政行为,行政复议活动受行政权支配并体现行政权的特点,并且复议机关与被申请人之间的关系是一种行政支配关系。因此,行政复议明显有别于由司法机关主导的行政诉讼,无疑具有“行政性”特征。可以看

出,若从权力性质的角度入手,必然会得出行政复议的定位是“行政性”的结论。

其次,更多学者从制度目的的角度来展开这一讨论,认为行政复议“定位”应当取决于其制度目的。那么其制度目的为何?学界对此有三种观点:第一种观点认为制度目的在于解决行政争议。持此种观点者一般认为,行政复议的目的是解决行政纠纷,行政复议的过程就是解决行政纠纷的过程,这不同于其他类型的行政活动而更接近“居中裁决”的司法活动,因而行政复议定位于“司法性”。第二种观点主张制度目的在于保护相对人合法权益或权利救济。与前述主张类似,该观点认为,由于司法活动的主要目的在于争议裁决和保护公民合法权益,而行政复议的目的被理解为行政救济,故其不同于一般的行政管理行为,应当定位于“司法性”。第三种观点认为制度目的在于行政层级监督和内部纠错。由于将制度目标设定为行政系统内部的自我纠错和自我监督,而不是外在于行政的化解纠纷或保护权利,此种观点认为行政复议是行政机关依照行政职权或者行政上下等级开展的内部监督,是直接地、单方面地行使行政权力的行为,由此推导出行政复议的属性为“行政性”。

再次,还有观点从行政复议的程序与原则入手研究行政复议的“定位”,需要注意的是,一个制度依循什么样的程序与原则主要是由其制度目的所决定的,换言之,程序与原则往往是围绕制度目的的具体化支撑和实践性展开。因此,虽然有的学者直接讨论行政复议的程序与原则问题,但我们可以由此反推出其观点所隐含的制度目的主张。例如,一种观点认为,行政复议应当采用相对简捷、讲求效率的行政程序,而不是引入复杂耗时的司法程序与司法原则,在这个意义上应当坚持行政复议的“行政性”。这背后隐含的制度目的预设是,行政复议是行政机关自我纠错和自我监督的制度,故不适用旨在行政解决、权利救济的司法程序。另一种观点认为,行政复议应当按照司法程序与司法原则进行,因为复议机

关是以居中的第三者身份参与到行政争议解决当中,需设置保障其中立性的相应程序,因此具有“司法性”,这显然是将纠纷解决预设于行政复议的制度目的。

最后,也有少数学者从行政复议决定的效力来理解其“定位”,就此而言,行政复议是否具有“司法性”取决于行政复议决定是否具有“准司法效力”,从直接判断标准来看,就是行政复议决定本身能否被诉讼;如果可以被诉讼,那么行政复议决定显然不同于司法裁判,因为当事人不服法院一审判决而提起上诉的,诉讼标的为原争议事项而非法院的一审判决;如果不可被诉讼,那么行政复议决定类似于法院的一审判决,具有“准司法效力”而带有“司法性”特征。从行政复议法的现行规定和修订历程来看,除了复议终局的极少数情况外,行政复议决定本身是可以被起诉的,因而一般认为行政复议决定实质上是上级行政机关作出的“二次决定”,而非司法裁判。当然,也有学者主张行政复议具有一定程度的“司法性”,而非彻底的“司法性”,因此在进入诉讼程序以后,司法机关应该对行政复议决定给予相当程序的尊重。

#### 两种讨论的区分与制度目的的重要意义

在对“行政性”与“司法性”用法进行概念辨析之后,笔者认为,可将学界的相关讨论区分为两种:一种属于不同层面观点的各自言说,“隔空对话”;另一种是同一层面观点的“你来我往”,有效对话。

所谓各自言说,是指学者们在讨论某一问题时,有时是在描述问题的不同方面,而不是对同一层面的特定主张展开探讨,因此,一些看似互相矛盾的观点在很大程度上是彼此相容的。如前所述,有学者主张行政复议具有“行政性”,是因为行政复议是行政主体作出的,或者行政复议决定本身是可诉的;另有学者认为行政复议具有“司法性”,理由是行政复议的制度目的在于化解行政纠纷或救济权利,应当按照司法程序和原则进行,不准

发现,前后两者看似不同但并无实质矛盾,只是采用了不同的逻辑标准,强调行政复议的不同方面而已。在这种讨论中,各方往往是对自己的论证进行语上的重述,很少对其他方的论证理由进行反驳,也不对自己的主张在何种程度上优于对方进行实质说明。

与此不同的是,有效的讨论来自于对同一层面问题的探讨。例如,在权力性质上,学者们均认为行政复议是行政机关运用行政权的行政过程,对此认识高度一致;在制度目的上,学者们对于行政复议的运行目标见解不一,有解决纠纷说、救济权利说与行政层级监督说等不同观点;由此延伸开来,对于行政复议应当按照行政程序推进还是以司法程序为基本也持不同见解。可以发现,这些观点之间确实存在实质性的不同,只是将这些观点放置在“行政性”“司法性”这样含义丰富的语词之下讨论时,不易呈现其内核与逻辑。

在决定行政复议“定位”四个因素中,制度目的无疑居于核心位置,在整个制度的体系构建和实践运作中发挥着指引和校正作用。那么,行政复议究竟应当以何为制度目的?其实质在于判断当前时空背景下各种目的的重要性排序。这意味着,主张行政复议应当选择其中一种为目的的学者并非认为其他制度目的是错误的,而只是认为其主张的制度目的在当下是最重要的。换言之,讨论的核心并非判断孰对孰错,而是进行权衡取舍。这既涉及到对依法行政现状的事实判断,是现实问题导向的;也关涉到法治政府建设的理念引导,是价值追求导向的;同时也涉及到各种制度目的的体系安置,也是立法技术面向的。因此,行政复议“定位”问题并不是单纯的法解释学问题,而是一个涉及事实判断、价值判断和立法技术的法政策学命题,需要在更宏观的视野和多角度的视角下予以推进。但作为深入研究的前提,应当是基础性的概念澄清与观点识别,否则各种讨论很容易纠缠在问题的不同层次之间,淹没在语词的不同含义之中,弱化其应有的理论贡献与实践意义。

## 论人脸生物识别信息的严格保护

### 前沿关注

□ 李丹宇

人脸生物识别信息属于敏感个人信息。个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息。个人信息依据信息被非法处理可能产生的危害后果为标准,还可进一步区分为一般个人信息和敏感个人信息。敏感个人信息是指一旦泄露或者非法使用,可能导致个人受到歧视或者人身、财产安全受到严重危害的个人信息,包括个人生物特征、医疗健康等信息。相对于其他敏感个人信息来讲,人脸生物识别信息具有以下几个方面特性:1.从身份信息采集角度看,人脸生物识别信息采集具有无意识性和非接触性。人脸生物识别信息无需人工或信息主体配合,只要信息主体以正常状态经过摄像头即可完成信息采集。因此,其信息采集高效便捷又兼具隐蔽性。2.从身份信息识别角度看,人脸生物识别信息具有直接识别性和不可更改性。人脸与个体一一对应,具有很强的个体差异,可以无需结合其他信息直接识别到个人,且人脸信息一般不可更改。3.从身份信息公开后果角度看,人脸生物识别信息侵害后果具有难以逆转性,很多其他个人信息可以通过去身份化实

现匿名,匿名后的信息不再具有可识别性。但人脸生物识别信息无法去身份化,即使经过模糊化处理,现代技术复原图像的难度也不大。这就使该信息一旦丢失无法挂失,一旦泄露损害难以逆转。在人脸信息的世界,从信息采集的无意识性和非接触性到信息的直接识别性和不可更改性,都给人很强的不安全感;继之,信息公开损害后果的不可逆性,都可能导致个人人身及财产安全面临更大挑战。因此,人脸生物识别信息需要法律的特别关注和严格保护。

#### 我国现行法律对人脸生物识别信息的保护

我国目前没有关于人脸生物识别信息的专门立法,查询对其保护的规定只能在其上位概念个人信息的相关立法中追寻。2021年实施的民法典确立了我国民事法律制度对个人信息的保护,其单独设立人格权编,并对个人信息保护进行专章规定,明确规定了对个人信息的概念、适用情形、免责情形以及法律责任等。除专章保护外,各章还有对个人信息保护的零散规定。民法典将个人信息分为私密信息和非私密信息,属于私密信息的,适用隐私权保护的相关条款;没有规定的,适用有关个人信息保护的规定。民法典规定生物识别信息属于个人信息,但没有对生物识别信息进行细化规定。除民法典外,其他部分法律和行政法规、部门

规章等对个人信息保护均是零散规定,少有细化到规范人脸生物识别信息。

#### 加快立法加强对人脸生物识别信息的严格保护

个人信息保护法将成为我国第一部个人信息保护的专门立法。在现今的信息化时代,信息已成为重要的资源,为了形成对个人信息保护的顶层法律设计,并完成与现行民法典、刑法等相关法律的衔接,国家启动了个人信息保护法的立法工作,目前该法处于草案二次审议稿征求意见阶段。待该法正式通过后,我国公民的个人信息保护将处于更加完善、全面、系统的法律保护体系中。

个人信息保护法草案(二次审议稿)(以下简称草案二次审议稿)在对个人信息处理规则进行一般规定的基础上,专章规定了敏感个人信息的处理规则。这种处理规则提高了处理者在处理敏感个人信息时的法定义务,同时也加强了对敏感个人信息主体的保护,对人脸生物识别信息的保护涵盖其中。

首先,明确了处理敏感个人信息的条件要求。草案二次审议稿第二十九条规定,“个人信息处理者具有特定的目的和充分的必要性,方可处理敏感个人信息”。如在非人脸识别方式安全性或便捷性显著低于人脸识别方式(如机场、火车站进行人证比对等)的情况下,方可开展人脸验证或人脸识别。此种应用场景就满足了“充分的必要性”要求。