

# 论比例原则在民事执行中的适用

石 晓 波\*

**摘 要:**《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》将比例原则纳入了民事执行领域。然而,源于行政法比例原则在民事执行中面临合理性、必要性和能否落实为具体规则的争议,在实务中也存在操作性不强的困境。民事执行触及公民的基本权利,契合并且需要比例原则所蕴含的限制公权力、防止公权力越界之意旨。与既有的其他执行原则相比,比例原则拓展了利益衡量的维度,提供了更为清晰的逻辑分析框架和更为完整的价值权衡空间。比例原则所根植的解释学语境在我国民事执行领域已初步形成,需要进一步填补和完善具体规则从而充实比例原则在民事执行领域的内涵。同时,比例原则能够用于评估、检视和过滤已有的执行法律规范和政策,并引导未来民事执行立法的进一步完善。

**关键词:** 比例原则 基本权利 民事执行原则 成本收益分析

2022年6月21日,经反复论证、多次修改后形成的《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》[以下简称《执行法(草案)》]被提交至全国人民代表大会常务委员会审议。《执行法(草案)》进入立法审议程序“标志着我国民事执行法解释学时代的到来”。<sup>①</sup>在规范即将确立与实施的新时期里,对立法空隙的填补以及对新旧规则的协调,成为民事执行研究的核心任务。在围绕《执行法(草案)》展开的研究中,《执行法(草案)》中的一些条款引发了多重争议。例如,《执行法(草案)》第5条规定:“民事强制执行应当公平、合理、适当,兼顾各方当事人和利害关系人的合法权益,不得超过实现执行目的所需的必要限度”,该条体现的比例原则在共识性、周全性、协调性和可操作性上存在尤为突出的分歧,需要在理论层面进一步地论证和厘清。鉴于此,本文拟从比例原则在民事执行领域的合理性证成、必要性分析、具体性规则的支撑和可操作性的提升这4个层次逐步展开探讨,以期能够对《执行法(草案)》的立法工作有所裨益。

\* 中南财经政法大学法学院教授

基金项目:中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(2722023AK002)

① 任重:《我国民事执行基本原则:功能重塑与系统整合》,《中国应用法学》2022年第5期。

## 一、将比例原则引入民事执行的争议和困境

比例原则要真正发挥作为民事执行基本原则的价值与功能,就应当能够在“从原则到规则”“从规范到适用”的层面完成如下使命:首先,比例原则应当能够向上承接民事执行制度的目标与机能,并遵循民事法律秩序的价值共识和基本原理,避免与《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)和《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)产生冲突。其次,在执行原则层面,比例原则应当能够和与之平行的其他执行原则界限分明、并行不悖。再次,在规则层面,比例原则应当能够向下统摄一定规模的具体性规则,从而获得支撑和实在化,避免空洞化。最后,在适用层面,比例原则应当能够对法院在个案中采取适当的执行行为提供一定的指引。然而,对于上述4个层面,比例原则在民事执行中的适用都面临争议。

### (一)比例原则适用于民事执行的合理性争议

比例原则源于行政法,将其移植于民事执行领域是否妥当、适配,是将比例原则规定于《执行法(草案)》面临的首要争议。相关争议主要从制度性质、权益关系和立法导向等方面展开:(1)在制度性质方面,有学者认为“比例原则在行政法领域有其特殊意义,目的主要在于制约公权力的行使”,故而不适合作为民事执行的基本原则。<sup>①</sup>民事执行行为在程序启动和制度目的上与行政行为皆有显著区别。在程序的启动上,民事执行基于债权人的申请来开启,与行政行为的主动性不同;在制度目的上,民事执行以保护债权人债权的实现为目的,仍然延续着私权领域的基因。民事执行权复合了司法权与行政权,因此不是纯粹的行政权,不能简单套用行政权的行使规则。<sup>②</sup>(2)在权益关系方面,与行政行为相比,执行行为不仅涉及国家权力与公民权利之间的关系,而且涉及债权人与债务人的利益。追本溯源,执行关系本质上是债权人与债务人之间平等主体之关系,国家介入该关系是为了避免自力救济。<sup>③</sup>在执行程序中,虽然执行机关与债权人存在一定的立场一致性、结构偏向性,不同于民事诉讼程序的“等腰三角形”结构,但仍然保持着三方互动的关系。而受比例原则约束的行政行为一般是发生在行政主体与行政相对人之间的双向结构中。基于此,有学者认为比例原则仅适用于国家权力的实现以及国家与公民之间的关系中,“在执行领域难以作为平衡当事人、利害关系人利益的装置来使用”。<sup>④</sup>亦有学者认为民事执行领域不存在比例原则的适用空间,因为“通过公权力实现的债权人收益与债务人权益减损之间不是比例关系,而是等量关系……是权益的‘归位’而不是权益的‘增减’”,故而没有权益相互比较的比例可言。<sup>⑤</sup>(3)在立法导向方面,有学者指出比例原则体现的是政策性思维,而“法律与政策分离”之原理是民事执行法制定的基本要求。<sup>⑥</sup>

<sup>①</sup> 参见张卫平:《民事执行基本原则:构成要求与体系——以〈民事强制执行法〉的制定为中心》,《北方法学》2023年第1期。

<sup>②</sup> 参见谭秋桂:《论民事执行法的原则体系》,《中国政法大学学报》2023年第2期。

<sup>③</sup> 参见李昌超、齐路:《论比例原则在强制执行中适用之困境及消解》,《新疆大学学报》(哲学·人文社会科学版)2017年第2期。

<sup>④</sup> 陈杭平:《“善意执行”辨》,《华东政法大学学报》2021年第2期。

<sup>⑤</sup> 参见谭秋桂:《论民事执行法的原则体系》,《中国政法大学学报》2023年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见张卫平:《论民事执行体制现代化转型》,《中国政法大学学报》2023年第2期。

从上述争议可见,《执行法(草案)》赋予了比例原则适用于民事执行的合法性,但合理性问题并未解决。为了检视比例原则作为民事执行原则的合理性,还需要进一步回溯至比例原则的自身发展和民事执行的制度性质来予以论证。

### (二)比例原则适用于民事执行的必要性争议

比例原则在民事执行领域面临的第二重争议在于其是否与其他执行原则有所交叠。从执行原则的构成而言,民事执行法的原则体系是与其他法共有的原则、实体法的原则以及民事执行法特有的原则编织在一起的原则体系。<sup>①</sup>然而,比例原则与这一体系中的后两种要素都可能存在内容和意旨上的重复。具体争议如下:

其一,对于实体法上的原则而言,比例原则与民法中的诚信原则、禁止权利滥用原则在意涵和效果上有一定的相似之处,都强调了债权人权利的边界,蕴含着民事权利的实现不能逾越必要限度的思想。民事执行法作为民事实体法律秩序的延伸,本身需要受到民法基本原则的统领。如果民法基本原则已经能够囊括比例原则的内容,甚至具有更为优越的适用性,那么比例原则将失去适用于民事执行的必要性根基。

其二,对于民事执行法所特有的原则而言,债务人保护原则和执行标的有限原则在内容与功能上与比例原则亦较为相似。具而言之,债务人保护原则和执行标的有限原则要求执行对象限于财产、行为而不及于人身,同时要求对维持债务人基本生存的财产予以执行豁免。这一内容与比例原则的相称性子原则(即狭义比例原则)交融明显。此外,债务人保护原则和执行标的有限原则都能够体现出对公民权利最小侵害的取向,与比例原则的必要性子原则有所共鸣。故而有学者指出《执行法(草案)》第5条最后一句“不得超过实现执行目的所需的必要限度”是执行标的有限原则的作用区间,而非比例原则的适用范围。<sup>②</sup>亦有学者基于既往草案稿中所确定的原则之演替,指出比例原则的“内涵与外延主要指向的是执行有限原则和债务人保护原则”。<sup>③</sup>并进一步主张将其回归到债务人保护原则,由此“避免比例原则表述的误导……也是对债务人基本权利保护的彰显”。<sup>④</sup>

其三,除上述原则以外,亦有学者提出在依法执行之外民事执行还应当确立善意文明执行原则,并主张《执行法(草案)》第5条中的最后一句在文义上“更接近于善意文明执行原则的要求,而不是比例原则的要求”。<sup>⑤</sup>如果比例原则的内容已经能够被上述民事执行中的固有且特有的原则所涵盖,那么比例原则应当让位于执行领域的专门性原则。原因在于,作为一种对于规制国家权力具有一定普适性的原则,比例原则难以在民事执行领域体现出优越于其特有原则的属性,极有可能在针对性和适用性上逊色于后者。

### (三)比例原则能否落实为具体性执行规则的争议

比例原则在民事执行领域面临的第三重争议在于,我国民事执行法领域解释学基础的缺失使得这一原则在民事执行中可能会缺乏具体性规则的支撑而难以具体化和实在化。

① 参见张卫平:《论民事执行体制现代化转型》,《中国政法大学学报》2023年第2期。

② 参见谭秋桂:《论民事执行法的原则体系》,《中国政法大学学报》2023年第2期。

③ 任重:《我国民事执行基本原则:功能重塑与系统整合》,《中国应用法学》2022年第5期。

④ 任重:《我国民事执行基本原则:功能重塑与系统整合》,《中国应用法学》2022年第5期。

⑤ 谭秋桂:《论民事执行法的原则体系》,《中国政法大学学报》2023年第2期。

过去,比例原则在民事执行中缺乏具体性规则支撑的主要原因在于民事执行立法滞后。回顾比例原则的发展过程可知,某一法律秩序中蕴含着合比例性的思想并不等同于确立了比例原则。合比例性和衡平性的思想可以追溯至 1215 年英国的《自由大宪章》,然而真正意义上的比例原则被公认为肇始于 18 世纪末期的德国警察法。<sup>①</sup> 比例原则并不是一种宽泛而抽象的法律思维,而是应当具备高度的释义性和体系性,并具有客观规范性质,拥有“具化为特定规则性条款的能力”。<sup>②</sup> 如果缺乏严谨的释义学结构,那么比例原则将会产生空洞化的倾向而不能发挥其实质影响力,甚至被误用和滥用。

即使是在《执行法(草案)》已经进入立法审议程序的背景下,比例原则是否能够统领一定规模的具体性执行规则仍然存在争议,仍然需要进一步寻找和定位能够支撑和诠释比例原则的具体规则。例如,有学者认为执行豁免、禁止超标的执行以及防止无益执行等制度都不是比例原则的体现,而是对应着维护债务人生存权、人格权或受教育权的目标和依法执行的要求,不涉及收益与损益的比例问题。<sup>③</sup> 对于超额查封的规定,亦有学者认为这一规则并不能视为执行领域适用比例原则的表现,而是基于执行债权人满足其债权目的所作的特别规定。<sup>④</sup>

#### (四)比例原则在民事执行中的可操作性困境

比例原则在民事执行领域面临的第四重争议在于其稍显笼统,在可操作性上将面临困境,比例原则运用不当反而会增加执行法院在裁量执行手段时的负担,不利于提升执行效率。

在民事执行中,比例原则的适用主要表现为在执行法律业已明定的范围内选择最具备适当性、必要性和相称性的执行手段。但是,在实践中往往难以判断何种执行手段对于执行目的最为适切,对债务人造成的负担最为轻微。例如,对于执行不动产还是执行动产的权衡而言,执行不动产的程序较为复杂、迟缓,产生的执行费用往往也较高,给被执行人的时间和财产带来的负担也较重。而执行动产(如机动车)虽然较为迅速、便利,但是在具体案件中可能会对债务人未来的生活和工作产生持续性的不利影响。在比例原则是否适用于民事执行的争论中,持否定观点的学者就曾指出比例原则在概念内涵上的不明晰和不确定将会增加执行法院的负担,延缓执行程序的推进。<sup>⑤</sup> 此外,对比例原则在民事执行领域的可操作性质疑往往通过与成本收益分析的比较而提出。有学者主张经济学上的成本收益分析能够吸收比例原则的子原则,是更为适当的理性思维和决策方法。<sup>⑥</sup>

鉴于比例原则在民事执行领域面临的上述 4 重争议,本文将沿着有关问题脉络,逐步探索比例原则在民事执行中的适应与适用方案,探讨比例原则是否契合于民事执行的程序性质与制度目的,是否融洽且互补于民事执行的其他原则,并且能够统领一定规模的具体性执行规则,最终在“制度—原则—规则”的基础上指引个案的适用。

① 参见刘权:《比例原则》,清华大学出版社 2022 年版,第 19 页。

② 杨翱宇:《论比例原则在民法中的地位》,《河北法学》2017 年第 12 期。

③ 参见谭秋桂:《论民事执行法的原则体系》,《中国政法大学学报》2023 年第 2 期。

④ 参见江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社 2014 年版,第 71 页。

⑤ 参见江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社 2014 年版,第 72 页。

⑥ 参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析 法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018 年第 6 期。

## 二、民事执行引入比例原则的合理性证成

对于比例原则适用于民事执行领域的合理性争议,需要回溯至比例原则诞生和发展的进程中,并总结出这一原则得以确立和运行的制度条件。在此基础上,将比例原则所蕴含的目的、逻辑和规律置于民事执行的制度框架中,由此方可验证比例原则适用于民事执行领域的合理性。

### (一)诞生于公法领域的比例原则

对比例原则适用于民事执行领域的合理性探讨需要建立在明晰比例原则之内涵的基础上,而对比例原则内涵的界定需要回归至其发源的领域。比例原则最初是德国行政法的产物,主要针对侵益性、裁量性行政行为。这一原则的内涵为“目的和手段之间的关系必须具有客观的对称性。禁止任何国家机关采取过度的措施,在实现法定目的的前提下,国家活动对公民的侵害应当减少到最低限度”。<sup>①</sup> 比例原则蕴含着保障私权利的精神和价值权衡的思维,初衷在于避免公权力的滥用,保护宪法所规定的公民基本权利。“比例原则的逻辑起点是人权保障”,<sup>②</sup>而人权保障是法治国家原则的要求之一。比例原则强调国家行为应当在目的与手段、手段与手段之间保持均衡。根据通常观点,比例原则包含3个逐层递进的子原则,即适当性子原则(亦被称为合目的性原则、妥当性原则)、必要性子原则(亦被称为最小损害原则)和相称性子原则(亦被称为狭义比例原则、均衡性原则)。此外,亦有学者提出将目的正当性原则纳入比例原则,从而确立“四阶”比例原则。<sup>③</sup>

比例原则逐渐成为世界各国宪法裁判的首要原则,并且成为判断限制宪法权利的法律是否合宪的司法审查标准。<sup>④</sup> 比例原则同时也被欧盟法、欧洲人权法等国际法渊源确立为原则。在我国,虽然宪法没有直接明文规定比例原则,但其规范基础及宪法地位亦得到学界的深入论证。有学者指出,《中华人民共和国宪法》第33条第3款规定的“国家尊重和保障人权”以及第51条规定的“权利的限度”条款可以视为比例原则的宪法文本依据。<sup>⑤</sup> 比例原则能够在我国宪法中找到依托,意味着其能够在较为普遍的层面上约束国家权力、保障公民权利。

### (二)比例原则对私法领域的渗透

近年来,将比例原则引入私法领域的观点不断被提出。这些观点的理论起点在于将比例原则上升为不限于公法领域的法律一般原则。<sup>⑥</sup> 例如,《民法典》第132条规定“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”。有学者指出这一权利限度条款蕴含了比例原则。<sup>⑦</sup> 在私法领域,比例原则因为被“作为基于价值平衡的规范性要求”,<sup>⑧</sup>所以被认为

① [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第106~107页。

② 梅扬:《比例原则的适用范围与限度》,《法学研究》2020年第2期。

③ 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期。

④ 参见范进学:《论宪法比例原则》,《比较法研究》2018年第5期。

⑤ 参见刘权:《比例原则的中国宪法依据新释》,《政治与法律》2021年第4期;翟翌:《比例原则的中国宪法规范基础新论——以宪法第33条为中心》,《新疆社会科学》2012年第5期。

⑥ 参见于柏华:《比例原则的法理属性及其私法适用》,《中国法学》2022年第6期。

⑦ 参见刘权:《比例原则的中国宪法依据新释》,《政治与法律》2021年第4期。

⑧ 于柏华:《比例原则的法理属性及其私法适用》,《中国法学》2022年第6期。

能够用于处理各类主体出现价值冲突的情形。此外,比例原则还能够为私法秩序提供有效的方  
法论指引和行为准则,有助于划定权利的边界,识别权利滥用,减少权利冲突。<sup>①</sup>

不过,虽然将比例原则扩张至私法领域已经形成一定的研究规模,但必须警惕的是:比例原  
则不应泛化。在私法语境中,因为民事法律规范并不着重于强调限制公权力,所以比例原则在适  
用范围和价值引导上皆应有所限制。另外,在批评将比例原则扩张至民事领域的观点中,民法所  
指向的民事权利与比例原则所指向的基本权利之间的错位亦是批评展开的核心论据。即使是承  
认比例原则在民法领域适用之可行性的学者,也明确指出“论及比例原则在民法上的适用及其可  
行性,需要分析基本权利与民事权利之间的关系”。<sup>②</sup>

### (三)比例原则与民事执行的适配

其一,从比例原则在公法领域的诞生可知,其初衷在于保障公民的基本权利,而民事执行是  
民事法律秩序中最有可能触及基本权利的一环。民事执行规范在宏观民事法律秩序中较为特  
殊。虽然民事执行以实现民事权利为核心目的,但强制执行行为同时也触及执行债务人的基本  
权利。例如,执行中的搜查行为会触及债务人的人身自由权和住宅不受侵犯的基本权利。又如,  
执行中的信用惩戒措施会不同程度地限制债务人的平等权以及社会经济权利,关乎公民的自由、  
尊严甚至是生存。故而“细化和落实对执行当事人及相关人的人性关怀和基本人权保障”是执行  
制度中必须考量的因素。<sup>③</sup>民事执行制度要求保护基本权利,故而引入比例原则是较为合理且  
必要的。比例原则的引入,有助于要求执行人员在作出执行行为时遵循宪法对基本权利的保障。  
因此,在保护基本权利的层面上,民事执行与比例原则存在匹配之处。

其二,从制度性质的角度看,民事执行在性质上仍然属于权力型程序,其权力源于国家统治  
权。<sup>④</sup>民事执行行为中的权利义务关系,不仅体现在平等主体之间,而且体现了权力对权利的影  
响。虽然“当事人对‘是否’开始程序、程序客体以及‘如何’进行程序享有控制权”<sup>⑤</sup>,但是执行手  
段的选择和执行行为的实施由公权机关进行。在这个意义上,民事执行契合且需要比例原则所  
蕴含的限制公权力、防止公权力越界和滥用的意旨。此外,与实体权利规范和民事诉讼权利确认  
阶段相比,实际落实权利义务的执行阶段将面临更为直接的社会利益之间、秩序与秩序之间的冲  
突。<sup>⑥</sup>这亦是民事执行规范比其他民事法律规范更需要比例原则的原因之所在。

在制度性质上,民事执行在主体关系上的特殊性并不能成为其不能适用比例原则的充分论  
据。民事执行具有主体多维关系的特征,不仅涉及债权人与债务人之间的权利义务关系,而且存  
在执行相对人与国家执行机关之间的干涉关系。民事执行不同于民事审判,并非两造对抗而法  
院居中审判。执行行为与行政法上的行政行为更相似,行为主体直接面向相对人,通常情况下带  
有国家高权性,极易侵犯行为相对人的权利。“鉴于强制执行法律关系中执行机关与被执行人之

① 参见刘权:《权利滥用、权利边界与比例原则——从〈民法典〉第132条切入》,《法制与社会发展》2021年第3期。

② 郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期。

③ 参见田平安、马登科:《民事强制执行中的人权保障》,《政治与法律》2005年第3期。

④ 参见肖建国主编:《民事执行法》,中国人民大学出版社2014年版,第5页。

⑤ [德]弗里茨·鲍尔、[德]霍尔夫·施蒂尔纳、[德]亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(上册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社2019年版,第93页。

⑥ 参见张卫平:《论民事执行体制现代化转型》,《中国政法大学学报》2023年第2期。

间关系的单向性、主动性、强制性等公权力特点,强制执行也应受比例原则的约束。”<sup>①</sup>

其三,比例原则适合于民事执行的原因还在于当下民事执行在规范制定上的需求。《执行法(草案)》正式进入立法审议阶段并不是我国民事执行立法的终点而是一个崭新的起点。未来,与民事执行相关的法律解释和政策衔接等规范制定活动也将陆续开展。虽然在比例原则能否用于民事权利的调整这一问题上仍有争议,但就民事领域的立法活动而言,由于其属于国家权力行使的直接体现,因此适用比例原则应无疑义。<sup>②</sup>

具有宪法位阶的比例原则不仅能拘束执行行为,而且能作为审查规范合宪性的工具拘束立法者,发挥立法论上的指导意义,使得民事执行过程中对基本权利的保护尺度与宪法的要求保持一致。例如,如果民事执行法律规范的内容涉及对被执行人人身自由的限制,那么必须以狭义法律明文规定的权力机关、法定事由、正当程序和具体手段为限。而这些规范的完善应当以比例原则为基石。又如,有学者认为《执行法(草案)》的出台,“实际上已为个人破产留下了适用空间”。<sup>③</sup>比例原则亦能够为未来我国个人破产制度的立法提供依托和框架。此外,执行政策的制定也应当符合比例原则。在《执行法(草案)》出台的背景下,如何将过去颁布的执行政策融洽、协调地纳入执行法律体系就成为规范建设层面的重要任务。对此,比例原则亦可以成为筛选和调整执行政策的工具。因此,比例原则能够贯穿于民事执行领域法的设立、法的解释和法的续造,既能够评估、检视和过滤现有的执行规范和执行政策,又能引导未来的规范完善活动。

其四,域外亦有比例原则适用于民事执行领域的经验可资借鉴。在德国法的实务适用、法律规定和理论探讨中都充分体现了比例原则的适用。首先,在德国法的实务中,宪法上的比例原则是权衡执行措施和执行范围的指引。例如,针对罚款和拘留的惩戒措施,“德国法虽然没有明文规定顺序,但是在实务中由于宪法上比例原则的限制,也应当优先以罚款作为执行手段”。<sup>④</sup>《德国民事诉讼法典》中亦不乏在执行领域贯彻宪法上的比例原则的条文。例如,《德国民事诉讼法典》第802a条第1款规定了执行的基本原则,即“法院执达员致力于快速、全面、经济地实现金钱债权”。<sup>⑤</sup>又如,根据《德国民事诉讼法典》第803条的规定,动产扣押的范围不得超出清偿执行债权人与支付强制执行费用所必要的限度,且如果应扣押的标的物的价值仅能支付强制执行费用时,不得实施扣押。<sup>⑥</sup>在德国法的理论探讨中,德国学者亦是主要运用比例原则来阐述“民事执行程序所保护的债权人权利与执行措施对债务人权利造成的损害之间的关系”。<sup>⑦</sup>

### 三、民事执行引入比例原则的必要性分析

对于比例原则适用于民事执行领域的必要性争议,需要通过分辨比例原则与民法相关原则、民事执行法特有原则以及善意执行理念在内涵和功能上的区别来予以回应。

① 肖建国:《中国民事强制执行法专题研究》,中国法制出版社2020年版,第33页。

② 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期。

③ 左卫民:《中国“执行难”应对模式的实证研究——基于区域经验的分析》,《中外法学》2022年第6期。

④ 曹志勋:《停止侵害判决及其强制执行——以规制重复侵权的解释论为核心》,《中外法学》2018年第4期。

⑤ 《德国民事诉讼法典》,赵秀举译,法律出版社2021年版,第261页。

⑥ 参见《德国民事诉讼法典》,赵秀举译,法律出版社2021年版,第268~269页。

⑦ 邵明:《论民事诉讼的比例性》,《贵州民族大学学报》(哲学社会科学版)2016年第5期。

### (一)比例原则与民法相关原则的辨析

民事执行领域处于民事实体法律秩序的延长线上,仍然受到民法相关原则的拘束。因蕴含权利行使的适度理念而可能与比例原则的内涵发生交叠的民法原则主要是诚信原则和禁止权利滥用原则。笔者认为,比例原则在民事执行领域的功能不能被诚信原则和禁止权利滥用原则取代,且比例原则在民事执行中的适用能够促进诚信原则和禁止权利滥用原则在宏观民事法领域的实现。

比例原则可以作为执行法院在审查债权人违反诚信原则或权利滥用情形时的解释标准或主要内容。<sup>①</sup>执行程序意味着国家权力介入私法权利的行使,那么在设计这一程序时,就需要考虑如何避免执行法院成为债权人滥用权利的工具。<sup>②</sup>在明确这一取向的基础上,比例原则能够作为法院衡量债务人权利实现的边界,从而避免执行法院作出违背禁止权利滥用原则的执行行为。在理论与实务中,违反比例原则的权利行使行为亦被纳入禁止权利滥用原则的类型化构造之中。<sup>③</sup>故而比例原则可以为禁止权利滥用条款“提供有效的方法论指引与行为准则”。<sup>④</sup>与上述路径类似,比例原则同样能够为诚信原则提供具体性和可操作性方面的支撑。比例原则能够“增强诚信原则在具体适用上的可预见性和说服力,指引和规范法官自由裁量权的运用”。<sup>⑤</sup>

此外,比例原则在执行程序中还具有自身独立的价值。比例原则并不是禁止权利滥用原则和诚信原则的下位原则。诚信原则和禁止权利滥用原则更多地用于规范平等主体之间行使权利或履行义务的行为,而比例原则侧重于强调公权力在影响公民权利时的克制与边界,强调权衡与协调各方利益,而不是仅从权利主体和义务主体出发。因此,比例原则在民事执行程序中的内涵和功能存在诚信原则、禁止权利滥用原则所不能涵盖的部分,具有一定的必要性。

### (二)比例原则对民事执行法特有原则的拓展

债务人保护原则和执行有限原则曾被认为是与比例原则内涵重叠且功能更优、针对性更强的民事执行原则。随着《执行法(草案)》的稿次更迭,比例原则也在立法过程中取代了债务人保护原则和执行有限原则。因此,澄清比例原则的内涵不能被后两种原则包含,且比例原则在执行领域中的功能不劣于二者,是证成民事执行引入比例原则之必要性的必经之路。

其一,比例原则与债务人保护原则、执行有限原则的切入点和侧重点不同,且比例原则更能体现对多方主体与多种权利的兼顾与权衡。比例原则是从执行行为切入的,侧重于在执行目的与执行手段之间达到一种理性的平衡状态。而债务人保护原则和执行有限原则是从执行的主体和客体切入的,强调对债务人基本生存权利的保障,排除对债务人人身执行。比例原则并不单纯强调对债务人的保护,还将执行行为所涉及的其他利害关系人甚至是社会救济负担都考虑在内。在强制执行的具体规则中,有一些规定能够以《执行法(草案)》第5条所体现的比例原则作为依托,但不能被债务人保护原则或执行有限原则引领。例如,《执行法(草案)》第195条就探望权执行问题规定“探望确实不利于被探望人身心健康的,人民法院可以根据情况暂缓执行或者

① 参见肖建国:《中国民事强制执行法专题研究》,中国法制出版社2020年版,第35页。

② 参见江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社2014年版,第72页。

③ 参见郑晓剑:《比例原则在现代民法体系中的地位》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017年第6期。

④ 刘权:《权利滥用、权利边界与比例原则——从〈民法典〉第132条切入》,《法制与社会发展》2021年第3期。

⑤ 郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期。

终结执行”，这一规定尽管与彰显比例原则的第5条有所呼应，但仍未体现债务人保护原则和执行有限原则。

在具体的个案中，比例原则适用的情形亦不能被债务人保护原则和执行有限原则适用的情形所涵盖。强制执行过程不仅可能涉及债务人的生存权利，而且可能关涉债权人的生存问题。例如，对于请求执行生活所需的基本工资和赡养费的债权人而言，债权实现是其赖以生存的途径。此时，当面临执行冲突时，债务人保护原则不能涵盖对债权人基本生存权的考量，但比例原则能够将此种情形涵盖在内。执行有限原则亦不足以涵盖所有需要进行价值权衡的情形，需要比例原则进行补充。执行标的有限性原则是价值权衡的底线，在这一底线上，比例原则进一步补充了对底线内之权利的权衡。在强制执行的过程中往往需要面对一些皆值得保护却又相互冲突的法益。此时，比例原则可以作为执行机关权衡各种值得保护之利益的一个重要标准，有利于执行实践中诸多难题的解决。<sup>①</sup> 执行有限原则致力于解决不同位阶权益的衡量与取舍问题，将一些特殊的财产（权）和法益排除出执行标的之范围，但难以适用于同一位阶权益之下“量”的平衡。与执行有限原则相比，比例原则亦更具有弹性，能够结合具体的情形，考虑到债务人的特殊负担来进行具体的权衡。

其二，相较于债务人保护原则和执行有限原则，比例原则在内涵上的优势还在于它能够较圆融地承接民事执行的目的论，在“执行目的—执行原则—执行规则”的体系结构中起到承上启下的作用。关于比例原则的内涵，主流观点将目的判断作为传统“三阶”比例原则前置要件。在传统“三阶”比例原则下，比例原则首先即要求执行机关所选择的手段对于满足立法者设定的目的是适切的。而“四阶”比例原则将目的正当性作为比例原则适用的第一阶段。无论何种观点，都能够体现出比例原则对目的的重视。在民事执行领域，比例原则能够在实现债权人之债权的执行目的和规定了具体执行措施的规则中形成一条连贯的线索，提升民事执行立法的科学性和体系性。

其三，相较于债务人保护原则和执行有限原则，比例原则更有助于民事执行在债务人权利实现与债权人利益保护中求得稳定和平衡。债权人与债务人虽然在执行程序中的权利义务并不对等，但法律地位仍应是平等的，故而在民事执行中应当平衡兼顾二者的利益。但是，我国过往“有时偏重对债权人利益的保护，有时又偏重对债务人利益的保护”的立法方式不仅在一致性上有所欠缺，也“难以实现公平、公正、适当的民事执行价值目标，难以实现民事执行的法的安定的目的”。<sup>②</sup> 将比例原则确立为民事执行的原则，并以之作为规范完善的基调，能够防止未来有关民事执行的法律与政策的制定陷入左右摇摆中。

其四，比例原则有助于避免执行法定原则带来的僵化倾向，而债务人保护原则和执行有限原则并不具备这一功能。民事执行法是强制法，奉行执行法定原则。执行法定原则限制了执行行为的可能形态和对象范围。依据这一原则，民事执行中的执行措施、执行手段以及执行程序等都应当遵循执行法律规范中明定的方式。但是，“除了严格依法执行外，还必须适度，必须符合理性，必须在目的和手段之间保持一定的比例关系”。<sup>③</sup> 这是因为社会生活具有复杂性，立法难以

<sup>①</sup> 参见江必新主编：《强制执行法理论与实务》，中国法制出版社2014年版，第73页。

<sup>②</sup> 谭秋桂：《民事执行原理研究》，博士学位论文，中国政法大学，2000年，第255页。

<sup>③</sup> 江必新：《国家治理现代化背景下的善意执行》，《中国应用法学》2017年第1期。

完全预见到实践中情境化的细节。此时,比例原则能够帮助执行机关在遵循法律所划定、容许的行为方式的前提下仍然保有一定的自主性空间,从而在个案中选择最恰当的方式。

比例原则对于避免执行僵化的积极意义,体现在调节和解释两个向度。一方面,抽象的执行法律规范难以涵盖和顾全实践中可能出现的所有情形。在法定的执行手段难以有效应对规避执行、逃避执行的情形下,比例原则能够缓解和突破执行法定原则的僵硬性和局限性,为执行人员采取更为灵活能动且损害更小的执行行为提供法律依据。例如,在我国司法实践中,执行工作人员为了化解“执行房屋腾退难”的问题而结合个案情形灵活采取的停水停电等措施,就能够以比例原则作为依据和标准。另一方面,为了实现执行目的,仍然存在类似“必要的”“合理的”等需要进一步解释和补充的不确定概念,也存在“根据需要”“根据不同情形”“根据情节轻重”等授权法官裁量的条款。比例原则就是在个案中对这些概念进行阐释,从而在执行法定原则下更好地实现个案正义的调和工具。

### (三)比例原则不能被善意执行理念涵盖

民事执行领域的比例原则同样与善意执行理念关系密切。《关于〈中华人民共和国民事诉讼法强制执行法(草案)〉的说明》指出,规定比例原则的目的在于“规范执行行为,强化善意文明执行理念”。《最高人民法院关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》(法发〔2019〕35号)亦有两处将比例原则与善意执行理念相结合:要求在执行工作中“坚持比例原则,找准双方利益平衡点”;强调“让失信惩戒、限制消费措施更具有精准性,更符合比例原则”。比例原则和善意执行理念在适用功能上较为近似,二者都能够作为平衡各方利益的工具,也都有助于衡量个案中的具体情况。

同时,比例原则与善意执行理念也存在明显的差异。有学者指出,比例原则是法律术语,具有规范的内涵外延和适用限度;但善意执行理念源自中央决策,“不仅具有平衡个案执行当事人利益的微观面向,而且具有服务党和国家发展战略大局的宏观面向”。<sup>①</sup> 善意执行理念侧重于强调执行的“温度”,呈现出对主观心理状态的要求;而比例原则强调执行的“限度”,呈现出对客观行为的审视。

比例原则比善意执行理念更能够体现出对公权力行使的法律约束。与善意执行理念相比,比例原则更适宜作为客观评价和审查执行行为之正当性、合理性和合法性的工具,尤其是适合作为事后性审查的依据。与善意执行理念相比,比例原则还能够避免我国执行理念的失衡。善意执行理念的倡导原因和价值功能在于扭转过去几年因运动式解决“执行难”问题而造成的执行法律关系结构的失衡,弥补被忽视的被执行人权益保护。<sup>②</sup> 但是,这样的两端纠偏与政策倡导的模式存在一定的风险,在一定程度上影响了法律的安定性和可预测性。在善意执行理念的基础上,比例原则能够帮助善意执行理念实现法律层面上的定型。

## 四、比例原则在民事执行中的规则构造

比例原则在民事执行领域的有效适用依托于明确化和实在化的具体规则的构造。因为比例

<sup>①</sup> 陈杭平:《“善意执行”辨》,《华东政法大学学报》2021年第2期。

<sup>②</sup> 参见陈杭平:《“善意执行”辨》,《华东政法大学学报》2021年第2期。

原则本身是立体的,呈现出逐层递进的3要素,所以比例原则在民事执行领域的具体规则构造也应当与之相呼应。

(一)体现和支撑适当性子原则的相关规则

在适当性子原则层面,相关规则主要体现为避免无益执行,即禁止作出无助于债权人之债权获得满足的执行行为。某一执行行为如果对于执行目的之达成没有效果,甚至反而加剧目的达成之困难,就应当认为该执行行为不符合适当性。适当性子原则的规则具化建立在目的确立的基础上。根据《执行法(草案)》第1条,该法的立法目的为“保障民事生效法律文书的执行,规范民事执行行为,保护民事主体的合法权益,维护社会和经济秩序”。在理论上,学界亦达成共识,认为强制执行行为的目的在于实现债权人在私法上的请求权。在此目的的基础上,《执行法(草案)》确立了体现适当性子原则的相关规则。例如,《执行法(草案)》第139条有关动产无益查封、第116条有关无益拍卖的处理的规定等,都要求排除债权人并无受偿之可能的情形下的执行行为,可视为比例原则在适当性要素上的对应规则。《执行法(草案)》有关终结本次执行程序的规定亦可理解为适当性子原则的体现。在“不能执行”和“执行不能”的情形下,因本次执行程序已经难以实现执行目的,故通过终结本次执行程序并在发现被执行人有可供执行财产时恢复执行,能够彰显执行程序的进程始终以执行目的的实现为基点。

(二)体现和支撑必要性子原则的相关规则

在比例原则的必要性子原则层面,相关规则主要体现为对措施的选择和措施的限度两个向度。具体而言,这一子原则主要能够外化为责任财产的执行顺序与执行数额以及具体执行措施的选择等规则。民事执行中涉及多层次、多样态的措施,需要借助必要性子原则来进行统筹。《执行法(草案)》第105条有关禁止明显超标的额查封、第106条有关查封的不动产一般由被执行人保管并且被执行人在保管期间可以继续使用、第111条关于变价不动产的网拍优先的规定都可以视为必要性子原则的体现。除此以外,《执行法(草案)》第140条第2款(查封机器设备等生产经营性财产或者存在其他必要情形的,人民法院可以指定被执行人保管;被执行人继续使用对该动产的价值无重大影响的,可以准许继续使用)、第133条(将强制管理从辅助性措施提升为独立性执行措施的立法方式)、第173条(降低共有财产的处置成本)等规则都可视为体现必要性子原则的具体规则。

除当前已有明确体现和支撑必要性子原则的具体规则外,《执行法(草案)》尚且存在需要基于这一子原则而进一步完善的规则。例如,《执行法(草案)》第53条规定了执行中的搜查。对于搜查这一可能对当事人的住宅安宁权等基本权利产生严重影响的执行行为而言,仅靠这一个条文不足以对这一行为进行妥当且全面的安排,至少还需要从必要性的角度去确立搜查行为侵扰债务人相关权利的边界。在搜查行为中,必要性子原则能够引领的具体规则包括限制执行时间的规则,即避免在夜间或法定节假日执行,避免对当事人造成不必要的侵扰。这一规则在域外立法中也有所体现。例如,《德国民事诉讼法》第758a条对法官的搜查令和不及时的执行作出了规定。<sup>①</sup>对于执行时间的限制,我国行政执行规范中也有所体现。例如,《中华人民共和国行政强制法》第43条第1款规定“行政机关不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行”。民事执行活动也应当在必要性子原则的引领下强调执行行为应适时进行。

<sup>①</sup> 参见《德国民事诉讼法典》,赵秀举译,法律出版社2021年版,第243页。

### (三)体现和支撑相称性子原则的相关规则

相称性子原则要求因某一强制执行行为所造成的损害应当与其所谋求的利益呈现出适当合理的比例关系,不应过量。相称性子原则能够内植于民事执行规则的基点在于:强制执行程序在债权人的视角里是权利得到保护和实现,但在债务人看来则是既存权利状态的减损。在具体的规则中,相称性子原则一方面表现为对更高层级的利益或价值的保障,另一方面表现为在相同层级的利益、价值之间的量的权衡。

因比例原则得以嫁接于民事执行领域的根基在于民事执行涉及的是基本权利而不仅仅是民事权利,故相称性子原则所统合和引领的首先应当是涉及基本权利的规定。在强制执行程序中,可能面临变更或剥夺的债务人权利一般表现为财产权以及其他有财产价值的权益。而当债权人的请求权并非财产性质时,如要求债务人为或不为某种行为,那么将涉及债务人的行动自由权。执行过程中亦有可能因为执行了债务人作为生产资料的财产而影响到其职业与生存的权利,或是因为执行法上的制裁和惩戒措施而间接影响到被执行人的职业(执业)资格与自由,影响其子女在接受教育和职业选择上的权益,甚至影响其基本的生存权利。“维系义务人能够以人的尊严而生活下去的最低限度的生活水平是对执行制度的社会要求。”<sup>①</sup>在上述执行场合中,相称性子原则要求执行行为不能摧毁债务人的生存能力,不能剥夺其作为人的尊严,不能违背对其人格的基本尊重。

相称性子原则在执行领域的具体规则集中体现为执行财产豁免制度。执行财产豁免的范围包括执行人自身以及维持基本生存所需的财产,其核心在于保障被执行人的基本人权。<sup>②</sup>《执行法(草案)》第101条第2款至第5款规定不得执行从事职业所必需的物品、未公开的发明或者未发表的作品、勋章或者其他表彰被执行人荣誉的物品、不以营利为目的饲养并与被执行人共同生活的宠物等财产,第102条第2款规定在“不执行影响申请执行人基本生活”时可以执行上述财产。对执行标的的限制以及对执行标的之限制的突破都体现了相称性子原则。

然而,《执行法(草案)》中与相称性子原则相关的规定在额度的具体化和具体情形的衡量上仍有待完善。例如,《执行法(草案)》以及我国现行执行法律规范或政策均未体现对被执行人家庭中无谋生能力、需要扶养的亲属之比例的考量。又如,相称性子原则能够用于限制小额债权的强制执行手段,而我国相关规范对此未有体现,折损了相称性子原则在具体规则层面的体现。因此,相称性子原则所统领的执行规则在未来还需要进一步细化和完善。

## 五、提升比例原则在民事执行中的可操作性路径

对于比例原则在民事执行领域中所面临的可操作性困境,最为理想的破解方式是将比例原则优化为一种内含明确适用对象和理性价值标准的调节性装置。由此才能在实践适用中发挥其平衡当事人利益、控制执行机关对相对人权利侵害的价值。

### (一)明确比例原则在民事执行领域的适用对象

比例原则在民事执行领域的适用对象包括执行立法行为、执行权的行使行为以及对执行行

<sup>①</sup> 邵明:《论民事诉讼的比例性》,《贵州民族大学学报》(哲学社会科学版)2016年第5期。

<sup>②</sup> 参见马登科:《民事强制执行中的人权保障》,中国检察出版社2011年版,第165页。

为的事后审查。(1)比例原则能够拘束立法者,发挥立法论上的指导意义,既能检视、筛选和调整过去颁布的执行政策,又能引导未来的民事执行规范完善活动。(2)在执行权的行使过程中,执行人员需要根据个案中的具体情形判断执行行为对于实现执行目的是否有益且具有必要性,考量是否具有更为和缓的措施,权衡“该最和缓措施所造成的不利益与所追求的目的间是否相均衡”。<sup>①</sup>但比例原则并不要求对执行措施的采取顺序做出明确的排列。比例原则在涉及被执行人人身自由的场域中具有最为严苛的拘束力,这是由比例原则的初衷和内核所决定的。然而,有学者基于实践观察指出,近年来部分法院在执行实施过程中采取拘留等强制措施的程度和频率明显增加,“以拘促执”现象在各地法院均有不同程度的存在。<sup>②</sup>对涉及被执行人人身自由措施的泛滥使用在一定程度上违背了比例原则。而强调对拘留等强制措施的克制是比例原则适用于民事执行领域的重要体现。(3)比例原则也可作为对执行行为进行事后评估的工具。需要明确的是,此处所指的对执行行为的审查或评估,仅指不涉及实体性争议的审查,否则将溢出执行权力的范畴。从执行机关的角度看,比例原则可作为检视和检验执行行为的标准,作为对执行行为的合理性进行说理论证的工具,亦可在执行行为异议和复议程序中作为判断执行行为合法性的方法。例如,在北京市丰台区人民法院(2020)京0106执异701号执行裁定书中,人民法院认为“在执行异议审查中,应当查明执行债权额、查封标的价额、查封标的能够分别查封”,<sup>③</sup>并据此判断是否构成明显超标的查封。从当事人的角度看,执行行为明显不符合比例原则能够作为其提出异议和获得救济的事由之一。比例原则作为当事人的异议理由在我国过去的司法实践中有一定程度的呈现。其中的一种呈现方式是当事人通过体现了比例原则的规则并借助2021年修正的《民事诉讼法》第232条明文规定的“执行行为违反法律规定”之事由提出异议,如针对超额查封提出异议。另一种呈现方式则是直接援用比例原则来提出异议。例如,在某一执行复议案件中,复议申请人以“两次司法拍卖公告不符合强制执行的比​​例原则”作为申请撤销执行裁定书的理由。<sup>④</sup>然而,在《执行法(草案)》出台之前,有学者在检索案例的基础上分析指出,执行比例原则在我国执行实务中主要出现在被执行人、案外人提出的异议中,法院很少据之为裁判理由,也未在裁判文书的说理部分回应当事人的这一质疑。<sup>⑤</sup>在比例原则被视为民事执行原则的背景下,法院有义务回应当事人基于这一原则提出的异议。

## (二)确定比例原则在民事执行领域的适用边界

虽然民事执行引入了比例原则,但是比例原则在民事执行中的适用并不是漫无边际的,而是与其他民事执行原则有所分工。民事执行领域中的比例原则是以权利为衡量的标尺,以行为为衡量的对象。因此,比例原则在民事执行中的适用边界需要从这两个向度廓清。在权利的向度上,需要划定比例原则所能衡量的权利范围。在行为的向度上,需要区别在民事执行过程中不同主体的不同行为是否属于比例原则的适用对象。

<sup>①</sup> 郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期。

<sup>②</sup> 参见刘君博:《民事执行权“侦查化”的内在逻辑与制度重塑》,《法律科学》(西北政法大学学报)2022年第6期。

<sup>③</sup> 国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院编:《中国法院2022年度案例·执行案例》,中国法制出版社2022年版,第204页。

<sup>④</sup> 参见陕西省高级人民法院(2022)陕执复40号执行裁定书。

<sup>⑤</sup> 参见陈杭平:《“善意执行”辨》,《华东政法大学学报》2021年第2期。

首先,比例原则不应直接适用于债权人申请执行的行为和环节。在民事执行程序中,某些情形虽然也蕴含着“适当”“必要”和“衡量”的理念,但实际上与比例原则无关。例如,虽然比例原则可以作为执行法院审查债权人违反诚信原则或权利滥用的情形时的解释标准,但比例原则与后二者在能够直接适用的范围上仍然有所区别。当债权人提出某一超出适当比例的执行申请时,应当运用约束平等主体的民法原则,如禁止权利滥用原则。比例原则主要适用于法院接受债权人申请之后,针对执行权力行使过程中的执行行为,作为具体采取措施的前导和事后审查执行行为的标准。

其次,比例原则不适用于执行法律规范完全排除选择空间的情形,亦不能用于斟酌绝对权利。一些法律规范在构成要件和法律效果上皆十分明确,只要客观、严格地加以适用即可。此时,执行机关的意志不能借助比例原则来凌驾于立法者的意志之上。另外,比例原则对于绝对权利没有适用的余地。在执行权力行使的过程中,有一些权利是绝对的底线,未经法律授权而侵犯这类权利即属违法行为,无须考虑其是否适当、必要,也没有衡量的空间。绝对权利亦可称为“不可克减的公民权利”,如生命权、身体完整权等。<sup>①</sup> 对于这类公民权利而言,即使能够通过极为微小的限制来达到执行目的,也是不能为宪法所容忍的。因此,在绝对权利上不存在权衡手段和目的的空间,亦不属于比例原则的适用范围。

### (三)细化比例原则在民事执行领域的适用标准

比例原则并不要求达到“唯一最适当的手段”和“最圆满的衡量”,而只是禁止“不合比例”,其实质是对过度的禁止。<sup>②</sup> 这一理论内核为比例原则在民事执行领域的适用标准提供了探讨的前提。原因在于,虽然法院难以精准地判断哪一种执行手段在具体案件中最为适当均衡,但是“什么是不合比例的或过度的,一般而言借利益衡量以及与其他案例的比较却可以比较可靠地确定”。<sup>③</sup>

其一,在适当性原则层面,需要明确是采用主观适当性标准还是客观适当性标准。前者的依据是从行为人的视角做出的事前预测,而后者则是从审查者的视角做出的事后检验。于行政法领域,在对行政行为作适当性审查时,如果适用主观适当性标准,那么只需“在行为当时经过科学地分析,可以预测手段的适当性,不管事后客观实际效果如何,手段都应被认为是适当的”;而如果采用客观适当性,“那么手段只有在司法审查时被认为是适当的,即手段在客观效果上确实与目的有关联性,手段才应被认为是适当的”。<sup>④</sup>

对于民事执行行为的适当性,应采用主观适当性标准。在民事执行领域,因为执行目的较为清晰,执行手段也受到了法定主义的限定,所以适当性判断的重心同样在于审查个案中的“手段是否能够达成目的之预测”,尤其是执行机关在进行某一执行行为时的效果评估。适当性并不要求全部实现债权人的债权,仅要求部分实现债权即可。执行行为的适当性考察,需要综合考量时间、费用、执行方法、方式和范围等因素。<sup>⑤</sup> 对于执行目的与执行手段是否具有对应关系的判断,

<sup>①</sup> 参见梅扬:《比例原则的适用范围与限度》,《法学研究》2020年第2期。

<sup>②</sup> 参见许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第69页。

<sup>③</sup> 许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第69页。

<sup>④</sup> 刘权:《适当性原则的适用困境与出路》,《政治与法律》2016年第7期。

<sup>⑤</sup> 参见江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社2014年版,第73页。

应当是立足于作出执行行为时的信息与状况,而不是在执行未达到效果后对预测的合理性进行追溯。尤其是如果执行目的未达成是因为个案中某些难以预测的情形时,不应认为执行行为构成对适当性的违背。

其二,在必要性原则层面,需要根据执行的最终目的来进行综合全案的实质性判断。例如,具体案件中的执行程序可能涉及财产报告制度的运用。财产报告存在全部报告和部分报告两种模式。仅针对财产报告制度本身而言,似乎部分报告更符合必要性的要求。但对于宏观执行程序的最终目的实现而言,全部报告可能更能够在目的与手段之间形成最具有效率的实现方案。此时,法院要求全部报告并不构成对必要性原则的违背。

此外,必要性原则在实践中的适用标准可以借鉴实体法中的规定,从而在维持民事法律秩序一贯性的基础上提升可操作性。例如,《民法典》第539条中涉及“债务人以明显不合理的低价转让财产”,最高人民法院的判例以及《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》对“明显不合理”的判断视角和标准都有解释和量化,在执行程序中亦可借鉴实体法中的相关规定。

其三,在相称性原则层面,衡量的标准应当立足于具体个案,而不是仅着眼于抽象的法益评价。在个案裁量中,需要顾及与衡量的利益较为多元,可能涉及债权人合理的期待利益以及债权人在权利确认过程中付出的沉没成本。相称性原则在民事执行中的适用标准亦应具有一定适应性,尤其是在涉及债务人生存权利的情形中。例如,因为立法相较于社会经济发展具有滞后性,所以豁免执行之财产的相关条款可能会存在未能及时跟进社会经济状况的情形。在个案中,《执行法(草案)》第101条第1款规定的“被执行人及其所扶养的家庭成员必需的生活、医疗、学习物品和相关费用”,应当随着时间推移和社会生活水平的改变而有所改变。

相称性的标准在民事执行领域与行政法领域存在一定的区别。在行政法领域,如果受侵害的法益明显大于行政机关所欲保护或实现的利益,那么这一行政行为将构成明显不当。然而,在民事执行程序中,债务人本身负有履行债务和容忍强制执行的义务。执行权力机关的根本任务在于实现债权,强制执行请求权的赋予是建立在法治国家禁止私力救济的基础上进行的权利置换。如果强制执行行为没有将实现债权人的债权放在首位,那么将会失去权力本身的正当性。并且,债权人在申请强制执行之前,如在获得具有执行力的法律文书的过程中,已经付出很高的成本;而债务人在这个过程中,也获得了相当的程序保障和主动履行债务的机会。因此,即使是在适用比例原则的情形下,执行机关在执行中原则上也仍应倾向于保障债权人的利益。

此外,需要辩证对待成本收益分析作为相称性原则之适用标准的积极作用和局限性。“通过适度引入成本收益分析方法,适当量化不同手段的成本与收益,可以降低合比例性分析的主观性与不确定性”。<sup>①</sup>诚然,成本收益分析能够帮助比例原则接近量化和精准化。尤其是在所需衡量的权利属于同一性质或处于同一位阶时。然而,在民事执行领域,比例原则的内涵比成本收益分析更为丰富。成本收益分析“强调事实与价值问题分离,比例原则却更多强调均衡理念的价值判断”。<sup>②</sup>因此,成本收益分析无法蕴含比例原则中关于价值衡量、公权力的谦抑、公民权利的保护以及实质正义的实现等内涵和取向。当法院在执行程序中面临价值的衡量甚至取舍时,仍然需要回到法学固有的价值谱系标准中予以解决。

<sup>①</sup> 刘权:《比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角》,《法商研究》2021年第4期。

<sup>②</sup> 郑雅方:《论我国行政法上的成本收益分析原则:理论证成与适用展开》,《中国法学》2020年第2期。

## 六、结 语

回顾比例原则的发展进程,其确立路径必须首先完成从抽象的合比例思想转化为较为客观化的比例原则,再基于比例原则进一步定位至具体性、可操作性的规则。虽然民事执行领域是在比例原则已经发育得较为成熟的基础上将其引入的,但仍然不能脱离这一发展趋势,否则将难以运用比例原则分阶段、立体性的衡量方式,亦无法实现这一原则在拘束性和防御性上的功能。此外,比例原则如何在规范建设和实践适用中与其他执行原则始终保有“和而不同”的关系,亦是未来民事执行制度完善的重要议题。

---

**Abstract:** The Civil Compulsory Enforcement Law of the People's Republic of China (Draft) has integrated the principle of proportionality into the domain of civil enforcement. Nevertheless, the principle of proportionality, which originates from administrative law, confronts controversies regarding its rationality, necessity and the feasibility of its integration into specific civil enforcement regulations, accompanied by practical challenges. Civil enforcement inherently involves fundamental rights of citizens with the intention of curbing public power and preventing its abuse, as encapsulated within the principle of proportionality. In contrast to other established enforcement principles, the principle of proportionality augments the scope of interest assessment, furnishes a more distinct logical analytical structure, and extends a more comprehensive value balancing spectrum. An interpretive framework grounded in the principle of proportionality has taken root in the sphere of civil enforcement in China. It is imperative to further elaborate and refine the concrete regulations to enrich the substance of the proportionality principle within civil enforcement. Concurrently, the principle of proportionality may serve as a criterion for evaluating, scrutinizing, and filtering extant enforcement statutes and policies, thereby guiding the prospective advancement of civil enforcement legislation.

**Key Words:** the principle of proportionality, fundamental rights, civil enforcement principles, cost-benefit analysis

---

责任编辑 王虹霞