

比例原则适用的争议与反思

刘 权*

摘 要:当前对比例原则的公私法适用范围、比例原则与成本收益分析的关系、比例原则的逻辑结构等问题存在较大的分歧,甚至存在误解。通过追根溯源考察比例原则的思想起源与全球适用可以发现,比例原则在越来越多的制定法中得到了直接明文或间接隐含规定,法院从“必要性”、“合理限制”、“依法治国”、“本质内容”等条款解释出比例原则的情形最为多见。比例原则的本质在于调整手段与目的之间的理性关系,有助于为权力与权利的行使提供合理的尺度。比例原则不仅仅是一个行政法原则,其在公法和私法中都应该有更加广阔的适用空间。尽管合比例性分析存在过大的主观性与不确定性,但比例原则具有不可替代的损益权衡功能,其不应也无法被成本收益分析所取代。“二阶”说和“三阶”说的比例原则都存在逻辑缺陷,应确立同时评价目的正当性与手段正当性的“四阶”比例原则。

关键词:比例原则;权利保障;损益权衡;成本收益分析;合宪性审查

作为权利保障利剑的比例原则,从最初约束警察权的行政法原则迅速发展成为宪法的一项基本原则。我国直接明文规定比例原则的成文法很少,但比例原则的适用范围与领域不断扩张。然而,一方面是比例原则得到了日益广泛的适用,另一方面是与之相随大量的争议。例如,比例原则的公私法适用范围之争、比例原则与成本收益分析的优劣之争、比例原则的逻辑结构之争。为了消除一些偏见与误解,更加全面地认识比例原则的内涵与功能,更加准确地把握合比例性分析方法,有必要总结比例原则适用的典型争议,并从比例原则的历史发展与全球适用角度进行系统反思。

一、比例原则适用的主要争议

(一) 比例原则的公私法适用范围之争

目前有观点认为,比例原则只是用来控制行政权的,“没有必要也不应当在民法、刑法等部门法中普遍适用,理应回归行政法这一固有领地”。^{〔1〕}尽管比例原则属于公法的“帝王原则”、“皇冠原则”,但比例原则究竟能够适用于哪些公法领域,还存在较大的分歧。近些年,比例原则越来越多地适用于私法领域,随之也引发了大量的争议。

* 中央财经大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金后期资助项目“比例原则的精确化及其限度:正当理由、商谈与正义”(19FFXB049)的阶段性成果。

〔1〕 参见梅扬:《比例原则的适用范围与限度》,载《法学研究》2020年第2期,第57页。

1. 比例原则的公法适用范围争议

比例原则是规范行政权行使的首要实体原则,可以适用于行政法已成为共识。但对于比例原则是否应当约束其他国家公权力尤其是立法权,则存在较大的分歧。在比例原则产生初期,德国学者福斯特霍夫认为,比例原则是警察法中的原则,如果也约束立法者,将会导致行政法与宪法的混同,从而使比例原则的性质发生根本改变。^[2]当时德国学者们的著述如《比例原则是否约束立法者对基本权利的侵犯?》《过度禁止与宪法:比例原则与必要性原则对立法者的约束》,对比例原则是否应当约束立法权作了专门讨论。^[3]我国有学者认为,立法者具有形成自由,可自主选择手段。如果用比例原则拘束立法权,“立法权将不再具有政治决定上的自主性,而沦为宪法的执行机关了”。^[4]另有反对观点则认为,“比例原则作为一项宪法原则约束立法权具有正当性”。^[5]对于比例原则可否适用于刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、经济法、国际公法等领域,也存在很大的分歧。^[6]

2. 比例原则在私法中的适用争议

对于比例原则可否适用于私法,主要存在以下三种代表性观点:比例原则在私法中具有普适性;比例原则可有限适用于私法;比例原则不应在私法中适用。

第一种观点认为比例原则在私法中具有普适性。如有学者认为,比例原则的精髓在于“禁止过度”,对包括民法在内的整个法律秩序发生作用。比例原则可广泛地作用于民事立法、民事司法和民事行为等领域,对这些领域是否存在“禁止过度”的情况进行分析和诊断,能够捍卫私法自治的价值,也有助于推动民法在理念和制度层面的更新。比例原则具备担纲一项民法基本原则的地位和资格。^[7]另有学者认为,比例原则是目的理性的集中体现,作为成本收益分析的另一种表达,在私法中也应具有普适性。^[8]

第二种观点认为比例原则可有限适用于私法。如有学者认为,私法领域中并非所有都与公益无关,在比例原则指导下的合同无效之判定是一个事实判断与价值判断的综合考量过程,比例原则的运用可以保证合同无效的判断是适度的。^[9]从比例原则的本质出发,可将比例原则民法适用的条件概括为法定社会权力情形下适用和事实性社会权力情形下适用两种类型。如果私人主体之间不存在明显的强弱实力差距,用比例原则调整其相互之间关系的结果注定是灾难性的,将破坏私法自治秩序。^[10]另有学者认为,我国民法典未规定无效法律行为转换制度,比例原则作为具有方法论意义的工具性原则,能够为这

[2] 参见[日]青柳幸一:《基本人权的侵犯与比例原则》,华夏译,载《比较法研究》1988年第1期,第35页。

[3] Vgl. Ottmar Pohl, Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden? 1959. Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961.

[4] 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116页。

[5] 陈征:《论比例原则对立法权的约束及其界限》,载《中国法学》2020年第3期,第146页。

[6] 参见刘权、应亮亮:《比例原则适用的跨学科审视与反思》,载《财经法学》2017年第5期,第41页。

[7] 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期,第143页。

[8] 参见纪海龙:《比例原则在私法中的普适性及其例证》,载《政法论坛》2016年第3期,第95页。

[9] 参见黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,载《法制与社会发展》2012年第4期,第46页。

[10] 参见李海平:《比例原则在民法中适用的条件和路径——以民事审判实践为中心》,载《法制与社会发展》2018年第5期,第163页。

一标准的确立提供指导。^{〔11〕}

第三种观点认为比例原则不应在私法中适用。如有学者认为,民法调整的是平等主体之间的法律关系,比例原则不仅不能在民法中适用,而且如若强行适用则会对私法自治构成不当干涉。民法体系内部已经确立了“诚实信用”、“不得显失公平”、“禁止权利滥用”等旨在节制私权的原则体系,它们足以解决私主体滥用单方支配力的问题。^{〔12〕}

(二) 比例原则与成本收益分析的优劣之争

对于比例原则与成本收益分析的关系,存在辅助说、取代说和并存说三种典型观点。

辅助说认为,成本收益分析可以辅助合比例性分析。合比例性分析方法与技术的匮乏,语义上的宽泛性与模糊性,导致比例原则存在适用危机。如果适度引入偏重于具体计算、更强调效率、更注重社会福利最大化的经济学中的成本收益分析方法,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。^{〔13〕}“比例原则既然强调损害与目的间不得显失均衡,则其权衡必然是以同质性之价值相互比较为前提,因之免不了须做量化、金钱化的工作,以求能客观进行权衡。”^{〔14〕}

取代说认为,比例原则应被成本收益分析所取代。如有学者认为应当抛弃比例原则,比例原则无法全面关照决策者应考虑的各种成本、收益因素,属于“前现代”的法律教义工具,“比例原则在学理上存在更深刻的谬误”。因此,比例原则“不适合作为实质合理性分析方法”,应当“打破比例原则的桎梏”、“为成本收益分析所取代”。^{〔15〕}

并存说认为,比例原则和成本收益分析可以同时共存。如有观点认为,比例原则主要作价值分析,成本收益分析强调事实与价值相分离,二者在适用领域、逻辑推演方式、程序结构等方面存在差别,比例原则与成本收益分析应当在行政法的理论体系中共存。^{〔16〕}

(三) 比例原则的逻辑结构之争

对于比例原则的逻辑结构,存在“二阶”说、“三阶”说和“四阶”说三种典型观点。

“二阶”说认为适当性原则无独立存在的必要,比例原则只应包括必要性原则和均衡性原则。如有学者认为,“适当性原则是必要性原则的组成部分,而不仅仅是其前提”;^{〔17〕}“适当性原则可以归入到必要性原则之中。任何一个必要的国家行为,也就是达到目的的最小损害性的行为,当然首先是能实现目的的行为,它必须是适当的”。^{〔18〕}诸如此类的观点认为比例原则只是“二阶”原则,适当性原则是必要性原则的组成部分。

“三阶”说认为比例原则包括适当性原则、必要性原则和均衡性原则三个子原则,聚焦于评价手段

〔11〕 参见房绍坤、张泽嵩:《比例原则视域下无效法律行为转换司法适用之判断》,载《社会科学战线》2020年第12期,第229页。

〔12〕 参见梅扬:《比例原则的适用范围与限度》,载《法学研究》2020年第2期,第143页。

〔13〕 参见刘权:《论必要性原则的客观化》,载《中国法学》2016年第5期,第178页;刘权:《均衡性原则的具体化》,载《法学家》2017年第2期,第17页。

〔14〕 蔡茂寅:《比例原则的界限与问题性》,载《月旦法学杂志》2000年第4期,第31页。

〔15〕 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》,载《中外法学》2018年第6期,第1519页。

〔16〕 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》,载《中国法学》2020年第2期,第209页。

〔17〕 Uwe Langheineken, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, Inaugural-Dissertation, 1972, S. 5.

〔18〕 Julian Rivers, A Theory of Constitutional Rights and the British Constitutions, in Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, xxxii (Julian Rivers trans., Oxford University Press 2002).

的正当性。如德国学者洛塔尔·希尔施贝格认为,比例原则要求手段具有适当性、最小损害性与狭义合比例性。^[19]我国很多学者也都认为比例原则包括三部分。^[20]

“四阶”说认为应将目的正当性原则纳入比例原则。将目的正当性原则纳入比例原则之中有利于限制目的设定裁量,可以充分保障人权,还有利于促进实质民主和良好行政。英国学者乌尔维纳认为,比例原则包括正当目的、适当性、必要性与狭义比例性四个部分。^[21]

综上,当前对比例原则的公私法适用范围、比例原则与成本收益分析的关系、比例原则的逻辑结构等问题存在较大的分歧,甚至存在误解。为了分析和厘清比例原则的规范功能,首先有必要从历史的角度对比例原则的思想起源与基本原则地位的确立进行系统考察。

二、比例原则的思想起源与基本原则地位的确立

源于古老分配正义思想的比例原则,从18世纪末的德国警察法原则,迅速发展成为21世纪许多国家的宪法原则。有些国家和地区在制定法中直接写明“比例原则”、“成比例”等词语,有些则是间接规定比例原则的核心内容。司法判例对于比例原则的确立与发展至关重要,从“必要性”、“合理限制”、“法治”、“本质内容”等法律条款,解释出比例原则的情形最为多见。

(一) 合比例性思想的历史源流

比例原则的思想源流可追溯至古老的分配正义思想。早在两千多年前,古希腊哲学家亚里士多德认为分配应当适度平等,如果情况相同的人获得了不同的份额,或情况不同的人获得了相同的份额,就会引起抱怨与纷争。“分配的公正在于合比例性,违反比例就是不公正。”^[22]虽然亚里士多德主要指的是分配平等,即分配的比例应当适当,但不合比例就是不公正的思想,同比比例原则中损益不成比例的手段就是不正当的理论非常接近。亚里士多德抽象的分配正义思想,属于当代法律思想的一部分,并通过法律实践变得更为精确。^[23]因此,亚里士多德的“公正就是某种比例”的分配正义思想,是当代法律体系中比例原则的最早思想起源。我国古代思想家,如孔子提出的“割鸡焉用牛刀”的观点,^[24]也体现了合比例性的思想。

1215年,英王签署的《自由大宪章》写明了某种合比例性思想。其第20条明确规定对自由人的惩罚应当与其罪行相适应:“自由人犯轻罪不应受惩罚,除非适合于其罪行程度;若犯重罪,则应按犯罪之程度予以惩罚,但是不应剥夺他基本生存所需要的。”^[25]《自由大宪章》所包含的禁止过度惩罚的内容,与当代比例原则有相似之处。罪刑相适应原则已成为现代刑法的基本原则,实际上是比例原则在刑法

[19] Vgl. Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 50.

[20] 参见余凌云:《论行政法上的比例原则》,载《法学家》2002年第2期;蒋红珍:《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》,法律出版社2010年版;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版。

[21] 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期;See Francisco J. Urbina, *Is It Really That Easy? A Critique of Proportionality and 'Balancing as Reasoning'*, 27 (1) Can. J.L. & Jur. 167, 167-192 (2014).

[22] Aristotle, *Nicomachean Ethics* 87 (Roger Crisp trans., Book V, Cambridge University Press 2004).

[23] See Eric Engle, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*, 10 Dartmouth L.J. 1, 2 (2012).

[24] 参见《论语》,陈晓芬译注,中华书局2016年版,第232页。

[25] The Great Charter of King John, Granted June 15th, A.D. 1215.

中的体现。

中世纪经院哲学家、神学家圣托马斯·阿奎那的有关看法对合比例性思想的发展具有重要的推动作用。他认为,合比例性是评价法律正义与否的重要标准,应从三方面评价法律是否正义:“第一,从目的上看,是否是为了公共利益;第二,从权力上看,是否超出了立法者的权力;第三,从形式上看,是否为了公共利益而给公民施加了合比例的同等负担。”^[26] 如果一项法律不符合这三个标准,就是不正义的。在目的方面,当权力者为了自己的贪婪与虚荣而非共同体的利益,将负担性的法律施加于公民时,该法律就因为目的不正当而不正义;在权力方面,立法者超出权限制定的法律是不正义的;在形式方面,当法律负担不成比例地施加于公民时,即使有利于公共利益,也是不正义的。虽然阿奎那并没有详细论证如何具体判断不成比例的法律负担,但其认为立法应具有合比例性的思想,无疑具有重要的历史与现实价值。

中世纪的正义战争理论包含了某种合比例性思想。根据正义战争理论,国家只有权衡了战争所带来的善与所产生的恶,在必要时才能发动战争。荷兰法学家、国际法之父胡果·格老秀斯系统地阐述了正义战争理论,其中包含了某种合比例性思想。他认为,发动战争时应当权衡战争的善与恶,对战争进行目的与手段关系的分析。权衡战争所带来的善与恶,存在三种情形:如果善占优势,可以进行战争;当难以分辨善恶哪一方更占优势时,如果可以选择某种手段使善占优势,也可以进行战争;如果善与恶不成比例,手段乍看起来也不足以实现目的,但若向善的趋势与向恶的趋势的比例值,大于善与恶的比例值,或善与恶的比例值,大于向恶的趋势与向善的趋势的比例值,就可以选择战争。简而言之,战争的最终目的应当总是某种善,至少能抵消某些恶。国家只有为了善在必要时才能发动战争,而且还应权衡战争目的与手段的关系,选择必要的手段;“应当适当权衡手段与目的,以便确定不同情形中的比例”。^[27] 格老秀斯关于正义战争目的与手段关系的论述,体现了重要的合比例性思想。

(二) 比例原则基本原则地位的确立方式

虽然合比例性思想古已有之,但当代法学领域的比例原则,发源于18世纪末期的德国警察行政法。1794年颁布的《普鲁士普通州法》第10章第17条规定了必要性原则:“警察可以采取必要的措施,以维护公共安宁、公共安全与公共秩序,预防对公众或个人的潜在危险。”^[28] 1882年,普鲁士高等行政法院作出著名的十字架山案判决,标志着比例原则雏形——必要性原则——的最终形成。1958年,德国联邦宪法法院作出了对整个基本权利教义学具有重要影响的药房案判决,正式确立了比例原则在德国的宪法地位。^[29]

作为宪法原则的比例原则,如今正在全球法治体系快速传播,并开始脱离法系、国别和部门法分割的桎梏。比例原则正成为全球化浪潮下“法律帝国的基本原则”。^[30] 政府行为符合比例原则,成为了宪法的重要目标追求。有些国家和地区的制定法直接规定了比例原则;有些国家和地区主要通过司法判例,对成文法中相关条款进行解释而确立比例原则。

[26] Saint Thomas Aquinas, *Treatise on Law* 57 (Richard J. Regan trans., Hackett Publishing Company 2000).

[27] See Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and of Nations* 281–282 (M. Walter Dunne 1901).

[28] Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, § 10 II 17.

[29] Vgl. ProVGE 9, 353 (353 ff.); BVerfGE 7, 377 (377 ff.).

[30] 蒋红珍:《比例原则的全球化与本土化》,载《交大法学》2017年第4期,第6页。

1. 通过制定法直接规定比例原则

在比例原则的全球化进程中,越来越多的国家和地区开始在制定法中明文规定比例原则。其中,少数国家的宪法文本直接写明了比例原则。例如,希腊《宪法》第25条第1款规定:“根据宪法,在直接由宪法规定或者在存在对法令有利的保留的情况下,由法令规定,并且在尊重比例原则的情况下,可以对这些权利施加任何种类的限制。”瑞士《宪法》第36条第3款规定:“对基本权利的限制必须与其目的成比例。”罗马尼亚《宪法》第53条第2款规定:“在民主社会中,上述限制仅在必要时方可加以适用。所采取的措施与相应事件之情形成比例,且应以无差别的方式加以适用,亦不得对受限制之权利和自由构成侵害。”阿尔巴尼亚《宪法》第17条第1款规定:“对本宪法所规定的权利和自由的限制,只能因公共利益或者为保护他人的权利而由法律予以规定,限制应当与规定的情形成比例。”^[31]由于宪法文本明文规定了比例原则,所以比例原则在该国属于宪法原则。

2009年生效的《欧盟基本权利宪章》对比例原则的发展具有重大价值。《欧盟基本权利宪章》首次以文本的形式,将比例原则的适用范围从权利限制扩大到权力配置、刑罚等领域。首先,对于权利限制,《欧盟基本权利宪章》第52条第1款规定:“只有符合比例原则,在必要并且能真正满足欧盟所承认的公共利益的目的时,或出于保护其他人的权利与自由时,才能对权利与自由予以限制。”该条款明确规定对欧盟公民基本权利的限制必须符合比例原则。任何公权力行为,只要限制了宪章所承认的权利与自由,都应受比例原则的约束。其次,对于权力配置,《欧盟条约》(强化版)第5条第4款规定:“在比例原则下,欧盟行为的内容与形式不应当超过达到条约目的的必要限度。欧盟各机构应当按照议定书《关于辅助原则与比例原则的适用》的规定适用比例原则。”^[32]该条款涉及的是纵向权力配置问题,要求欧盟在处理自己权力与成员国权力关系时应遵守比例原则,不得过度侵犯成员国的自由。最后,对于刑罚,《欧盟基本权利宪章》第49条第3款规定:“刑罚的轻重不应当与犯罪行为不成比例。”该条款要求成员国无论是立法者在设定刑罚时,还是司法者在量刑时,都应遵循比例原则。由于《欧盟基本权利宪章》的实际地位相当于欧盟的“宪法”,因而可以说比例原则已经成为欧盟法的一项基本原则。

在比例原则全球化的进程中,通过制定法尤其是宪法直接写明“比例原则”、“成比例”等词语,最有利于比例原则基本地位的确立,适用起来阻力也相对较小。既然比例原则是制定法所明确确立的基本原则,所有公权力行使者就都必须遵守。

2. 通过司法判例确立比例原则的地位

一些国家和地区并没有在制定法中明文规定比例原则,而是由法官在个案中通过解释相关法律条款,确立了比例原则的基本地位。

(1) 解释“必要性”条款

一些国家和地区在宪法或宪法性法律中规定的“必要性”条款,往往被法院解释为比例原则。例如,1950年《欧洲人权公约》第8至11条规定,只有“在民主社会是必要的”,才可以限制相关权利。1957年《罗马条约》第40条第3款规定:“本条第2款规定的一般机构可以采取一切必要的措施实现本法第39条的规定。”1991年《欧盟条约》第3b条规定:“欧盟的任何行为都不应超出实现本条约目的的必要

[31] 《世界各国宪法》编辑委员会编译:《世界各国宪法》(欧洲卷),中国检察出版社2012年版,第2、394、563、712页。

[32] Consolidated Version of the Treaty on European Union (2009), Art. 5(4).

限度。”然而,对于究竟如何判断什么是“必要的”,相关法律条款往往并没有给出具体的答案。法院对“必要性”条款进行解释,作了大量相关判决,认为限制权利的“必要”情形,就是应符合比例原则的情形。如在汉迪赛德案中,欧洲人权法院(European Court of Human Rights)认为:“施加于此领域的任何‘程式’、‘条件’、‘限制’、‘处罚’,都必须与其所追求的正当目的成比例。”^[33]在施拉德案中,欧洲法院(European Court of Justice)认为比例原则是欧盟法的普遍法律原则,只有实现立法所追求的正当目的的手段是适当的与必要的,才可以对经营者施加经济负担。如果有多种适当性的手段,必须采用最小损害的手段,并且所施加的负担不得与所追求的目的不成比例。^[34]

在亚洲的一些国家和地区,其宪法或宪法性法律中也存在“必要性”条款,同样被法院解释为比例原则。以色列1992年实行的《基本法:人的尊严与自由》第8条规定:“不允许限制基本法保护的权利,除非为了达到适当的目的,并不超过必要的限度,由适合以色列价值的法律规定。”以色列《基本法:职业自由》第6条也作了类似的规定。以色列法院认为限制权利的“必要限度”,就是比例原则。1995年,以色列最高法院在本·阿提亚案中认为:“作为实定法,比例原则已被以色列法律体系所接受。”^[35]如今,比例原则在以色列法律中扮演了重要角色。马来西亚《宪法》第10条规定只能对权利进行“必要的限制”,法院认为对基本自由的限制,“必须满足合比例性测试”。^[36]我国台湾地区“宪法”第23条的“必要性”条款也体现了比例原则:“以上各条列举之自由权利,除为防止妨碍他人自由,避免紧急危难,维持社会秩序,或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之。”1997年,我国台湾地区“司法院大法官”在释字第428号解释中,认为“必要”的含义就是比例原则:“……,并为维持邮政事业之经营所必须,增进公共利益所必要,尚未逾越立法权自由形成范围,符合‘宪法’第二十三条之比例原则,……”之后在多起案件中都进行了类似的解释。^[37]

从以上考察可知,“必要性”条款几乎都被法院解释为比例原则。宪法等制定法中的“必要性”条款解决的是权力行使的正当性问题,实质上涉及的是权力与权利的关系问题。公权力行使者只有在必要情形下,采取必要措施,才能对权利进行合理的内在与外在限制。法院在具体个案中,通过运用适当的解释方法与技巧,往往能够有效地从“必要性”条款中推导出比例原则。

必要性的涵义很丰富,主要包括必要的情形和必要的措施。^[38]必要的情形,一般是指出现特定事由而有必要实现某个目的,属于目的必要性判断。如《欧洲人权公约》第8条规定,只有“为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑,为了防止混乱或者犯罪,为了保护健康或者道德,为了更好地保障他人自由或公共利益”,才能干涉“私人与家庭的生活、通讯隐私”。罗马尼亚《宪法》明文规定了比例原则,并在第36条第1款对“必要情形”进行了列举:“特定权利和自由的行使只能在必要时由法律加以限制,这些必要情形包括:为保护国家安全、公共秩序、公共健康或道德、公民的权利和自由;调查刑事案件;预防自然灾害、事故和极端严重的灾难后果。”必要的措施,是对手段正当性的要求。对于

[33] Handyside v. the United Kingdom, (5493/72) [1976] ECHR 5 (7 December 1976).

[34] Case 265/87, Schröder v. Hauptzollamt Gronau, 1989 E.C.R. 2237, 2269.

[35] HCJ 3477/95 Ben-Atiyah v. Minister of Education, Culture & Sports (1995) isrSC 49(5) 1, 10.

[36] Mat Shuhaimi bin Shafiei v. Kerajaan Malaysia [2017] 1 MLJ 436.

[37] 参见我国台湾地区“司法院大法官”释字第428、436、445、471、476、554、564、588、659、733号等。

[38] 参见刘权:《论必要性原则的客观化》,载《中国法学》2016年第5期,第182页。

侵害行为而言,如果行使公权力没有采取最小损害的手段,造成了过度损害,那么该手段就是不必要的措施。对于授益行为而言,如果国家机关没有尽最大努力采取必要的措施,就是保护不足,应当予以禁止。比例原则中的必要性概念内涵很丰富,使得比例原则除了可以适用于传统的侵害行政或秩序行政领域,还可以广泛适用于授益行政或给付行政领域。“比例原则在给付行政中适用具有充分的正当性,可以发挥其权力限制、裁量治理、法益均衡之功能,继而确保给付行政价值功能的发挥。”〔39〕

(2) 解释“合理限制”条款

制定法中的“合理限制”条款,经常被法院解释出比例原则。例如,加拿大1982年颁布的《权利与自由宪章》第1条规定:“在自由与民主社会中,只有能明确地被证立并由法律规定的合理限制,才能限制本宪章保障的权利与自由。”1986年,加拿大最高法院在欧克斯案件中确立了比例原则,认为一旦认定目的足够重要需要对权利进行限制时,就应当分析限制手段是否可以得到合理且明确的证立,即应进行合比例性分析。〔40〕

1996年南非《宪法》第36条第1款规定:“权利法案中的权利在法律的一般适用中可以被限制,但这种限制必须是在一个基于人类尊严、平等、自由的开放与民主的社会中,被认为是合理的与可证立的。限制权利时应当考虑所有相关因素:(a)权利的本质;(b)限制目的的重要性;(c)限制的本质与程度;(d)限制与其目的间的关系;(e)以最小损害手段达到目的。”该条款对限制权利应当考虑的因素作了明确规定,是比例原则在南非的宪法渊源。具体而言,限制目的的重要性体现了目的正当性原则和均衡性原则,限制与目的间的关系体现了适当性原则,以最小损害手段达到目的体现了必要性原则。自20世纪90年代中期以来,比例原则成为了南非宪法法院进行合宪性审查的基石。澳大利亚2006年《人权宪章与责任法》第7条规定了几乎与1996年南非《宪法》第36条完全相同的权利限制条款,法院认为应根据比例原则合理限制权利。〔41〕

(3) 解释“法治国”、“本质内容”等条款

尽管比例原则发源于德国,属于宪法基本原则,但德国《基本法》并没有明文规定比例原则。1958年,德国联邦宪法法院在药房案判决中,提出限制基本权利应遵循比例原则,首次详细阐释了比例原则的内涵,认为比例原则主要包括“合目的性”、“侵害最小性”、“成比例”、“期待可能性”等内容。〔42〕1965年,德国联邦宪法法院阐述了比例原则的宪法依据:“比例原则产生于法治国原则,是基于基本权利自身本质的需要,作为表述公民对抗国家的一般自由诉求的基本权利,只有为了保护公共利益,才能被公权力合比例地予以限制。”〔43〕

除了“法治国”条款外,“本质内容”条款也被认为体现了比例原则。德国《基本法》第19条第2款规定:“任何情况下都不得侵犯基本权利的本质内容(Wesengehalt)。”虽然对该条款存在较大的争议,

〔39〕 梅扬:《比例原则在给付行政中的适用》,载《财经法学》2020年第4期,第80页。

〔40〕 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R.103 [Oakes].

〔41〕 Mulholland v. Australian Electoral Commission, [2004] HCA 41.

〔42〕 BVerfGE 7, 377 (377 ff.).

〔43〕 BVerfGE 19, 342 (348 f.).

但从内容上看,该条款规定公权力不得过度侵犯基本权利,实际上正是比例原则的体现。^[44]与此相似,韩国也存在“本质内容”条款。韩国《宪法》第37条第2款规定:“为了保障国家安全、维持秩序或为公共福利所需时,可以限制公民的自由和权利,但不得侵犯自由和权利的本质内容。”韩国宪法法院认为,如果对权利进行“过度限制”,侵犯其本质内容,就不符合比例原则。^[45]

通过深入考察比例原则的思想起源,细致分析比例原则基本原则地位的确立方式,可以更准确地把握比例原则的本质与功能。从发展历程上看,比例原则从最初的政治哲学原则,演变成为行政法原则,最终发展成为很多国家的宪法原则。比例原则在全球越来越多的制定法中,得到了直接明文或间接隐含规定。比例原则同权力和权利密切相关。比例原则要求行为者挑选有助于正当目的实现的必要手段,并且该手段造成的损害同其所促进的利益应当成比例。比例原则的本质在于调整手段与目的之间的理性关系,有助于为权力与权利的行使提供合理的尺度。

三、比例原则适用争议的反思

之所以对比例原则的适用持有如此多的争议,主要是由于没有充分认清比例原则的本质与功能。在适用范围上,比例原则不仅仅是一个行政法原则,其在公法和私法中都应得到更加广泛的适用。在适用方法上,尽管比例原则存在精确性缺陷,但不应也无法被成本收益分析所取代。在适用阶层内容上,比例原则的逻辑结构并非是一成不变的,而是不断趋向完善,顺应了不同时代的客观需求。

(一) 比例原则应适用于公法与私法

1. 比例原则具有约束所有国家权力的效力

在最初的一段时间内,比例原则确实只是用来控制行政权的。因为比例原则产生之时正是民主法治理念确立的初期,很多国家刚刚摆脱专制统治,法律具有绝对的至上性。因此,在自由法治时期,比例原则并不能被法官用来审查立法权。到了实质法治国阶段,极端的形式法治被抛弃。即使是立法机关制定的法律,法院也可以适用比例原则进行合宪性审查,以促进实质民主,充分保障人权。

比例原则应当具有规范所有国家权力的效力。德国联邦宪法法院曾在多个判决中明确指出,比例原则适用于所有国家活动。如今在多数国家,比例原则都属于宪法原则。任何权力的行使都应遵守比例原则,影响公民权利的行政权、司法权、监察权自不必多言。即使是立法权,为了防止民主的“多数人暴政”,为了促进民主反思,也应接受法院的合比例性审查。用比例原则约束立法权,并不必然侵犯立法者的形成自由。但在适用比例原则时,“应对立法者的形成空间给予必要的尊重”,将审查内容分为事实认定、预测决定和价值评判三类,将立法者的形成空间分为四个等级,从而确立“四级审查模式”。^[46]另外,比例原则可以适用于部门公法。公法关乎公共利益,涉及公权力行使,会直接影响公民权利。而只

[44] 对于如何确定基本权利的本质内容存在争论。例如, Dürig认为基本权核心应以人格尊严与人权本质进行实质观察; Lerche认为应以禁止过度原则作形式判断; Häberle认为应以基本权核心本质为界限基准; Schneider认为应以基本权类型化为前提进行判断。Vgl. Herbert Krüger, Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG, DÖV 597, (1955). 张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,载《法学家》2008年第1期,第134页。

[45] 4 KCCR 300, 90 heonga 23, etc., June 26, 1992.

[46] 参见陈征:《论比例原则对立法权的约束及其界限》,载《中国法学》2020年第3期,第146页。

要关系到权力与权利的关系,无论是宪法、行政法,还是刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、经济法等领域,都有比例原则适用的可能性与必要性。

2. 比例原则可以有限适用于私法

比例原则不仅调整权力与权利之间的冲突,而且还调整权利与权利之间的关系。比例原则可以适用于私法,但存在限度。

权利的相对性理论,决定了比例原则在私法领域具有广泛的适用空间。权利并不是绝对的,权利行使具有边界,不能超出必要的限度。如果权利冲突案件到了法院,比例原则是法院裁判的基本依据。例如德国泰坦尼克案,讽刺性杂志《泰坦尼克》描述一位截瘫的后备役军官为“天生杀人犯”,原告认为自己的人格权受到了侵犯。联邦宪法法院认为,该杂志经常给人取绰号,“天生杀人犯”的绰号并不构成“对人格权不合法的、严重的、非法的侵犯”,本案中应优先保护表达自由权,“天生杀人犯”的描述对人格权的侵犯没有违反比例原则。^[47]

立法者对权利进行内在限制,划定权利边界的基本标准为比例原则。如果立法者由于各种原因没有具体化基本权利的界限,公民也不能随意行使权利,而应根据一定的标准,在必要限度内行使权利。我国民法典第132条明确禁止权利滥用,而判断权利滥用的重要标准为比例原则。在林庆国诉冼自根房屋租赁合同案中,法院认为,“出租人已收取承租人70多万押金,完全可以用于交电费,以发挥押金作用,再说断电措施过猛,影响过大,明显不符合比例原则,有违常理”。^[48]在赵乙深诉孙传庭房屋租赁合同案中,法院认为,“民事活动中亦应有比例原则的适用空间”。具体来说,在原告以极其低廉之代价即可实际占有系争房屋的情况下,仅因该花园铁门有锁即主张交接手续未履行,进而要求被告承担占有使用费,不具有正当性。^[49]

除了作为衡量公民权利边界的基本标准,比例原则还应当约束大型私权力组织。在现代社会,尤其是在互联网时代,大型私权力组织日益增多,对公民权利的影响不亚于传统国家机关。如大型网络平台集制定规则、实施规则、解决纠纷等多项权能于一身,“在数字经济时代承担着维护网络市场秩序、保障用户权益的公共职能”。^[50]超级平台通过实施大量“准政府行为”,对平台用户的权利义务产生着重大影响,行使着巨大的私权力,应受比例原则的约束。此种情形下的私权力“有着非常明显的手段上的压制性、侵入性、否定性和强制性”。^[51]同公权力一样,“私权力可能影响到公共利益和许多个人的生计”。^[52]比例原则在私法中也有广阔的适用空间。可以预见,比例原则在私法领域适用的情形会不断增多,但也不应无限扩张,在适用中不能侵犯真实的意思自治与实质的契约自由。

作为权力与权利行使的一项基本准则,无论是在强调公共利益的公法领域,还是在关注私人利益的私法领域,比例原则都可以也应当得到适用。无论何种权力与权利的存在及行使,都可能给其他权利带

[47] BVerfGE 86, 1 (1 ff.). Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, 16 Ratio Juris 433, 437–439 (2003).

[48] 佛山市禅城区人民法院(2016)粤0604民初972号民事判决书。

[49] 上海市松江区人民法院(2017)沪0117民初16775号民事判决书。

[50] 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,载《法学研究》2020年第2期,第42页。

[51] 汪志刚:《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》,载《法学研究》2019年第4期,第54页。

[52] [英] 保罗·克雷格:《公法与对私权力的控制》,载[新西兰] 迈克尔·塔格特编:《行政法的范围》,金自宁译,钟瑞华校,中国人民大学出版社2006年版,第239页。

来不同程度的影响。不管是国家机关行使权力,还是私主体行使权利,皆应有度,都不能违反比例原则。

(二) 比例原则具有不可替代的损益权衡功能

比例原则本身并不存在根本的谬误,成本收益分析不应也无法取代比例原则。通过理性权衡目的与手段间的关系,比例原则可以实现损益均衡。尽管公共利益很重要,但权力只能对权利进行合比例性的内在与外在限制。虽然权利很重要,但权利并不是绝对的,行使权利不能超出必要的边界。由于权力与权利本身所体现的自由,其必然包含一定的选择空间与幅度,比例原则的重要价值就在于为该空间及幅度之内的权力与权利运行提供尺度。

然而,比例原则并非完美无缺。对于究竟如何判断目的正当性和手段的适当性、必要性、均衡性,比例原则本身并没有提供具体而明确的标准答案。比例原则存在精确性不足的缺陷,导致合比例性裁量空间过大。合比例性分析存在较大的不确定性。例如,2019年我国香港高等法院对《禁止蒙面规例》进行了合比例性分析:首先,《禁止蒙面规例》的立法目的一是威慑不法分子,二是为案件的调查、起诉等活动提供便利,具有目的正当性;其次,禁止蒙面之手段有助于威慑暴力示威者,也有助于开展抓捕、收集证据等活动,符合适当性原则;再次,禁止蒙面手段过于宽泛,“一刀切”的规定影响了合法示威者的正当权利,不符合必要性原则;最后,禁止蒙面之手段维护的公共利益同对个人利益造成的损害,没有达到合理平衡。由此,香港高等法院认为,《禁止蒙面规例》通过禁止蒙面的手段,同寻求达致正当的社会目的间有合理关联,但对基本权利所施加的限制超出了达到目的的必要限度,违反了比例原则。^[53]2020年香港高等法院上诉法庭对《禁止蒙面规例》司法复核案作出判决,裁定《紧急情况规例条例》关于行政长官会同行政会议以“危害公共安全”为由订立紧急情况规例的内容符合《中华人民共和国香港特别行政区基本法》,援引该规例订立的《禁止蒙面规例》继续有效。截然相反的裁判结果表明,比例原则在适用时存在过大的主观性与不确定性。

通过适度引入成本收益分析方法,科学比较不同行为手段的成本与收益,可以降低合比例性分析的主观性与不确定性,增加权衡的理性。然而,成本收益分析存在量化困境、价值理性缺失等局限,对合比例性分析的辅助作用有限。对于比例原则的司法适用而言,为了提升合比例性审查的司法理性,有必要构建类型化的比例原则审查基准体系。应根据比例原则的规范内涵与逻辑结构,综合考量受侵害权利的属性与种类、侵害的方式与程度、公共利益的属性与种类、事务的专业性程度等因素,构建比例原则的宽松审查、中度审查和严格审查三种审查基准类型。^[54]

理性迈向合比例性的法律帝国,需要不断推进比例原则的精确化,而非因噎废食地主张抛弃比例原则。事实上,合比例性分析已经成为了“宪法权利的全球模式”和“全球宪法政治模式”。^[55]比例原则不仅在大陆法系得到了广泛适用,而且在英美法系的适用日益普遍。在一些长期排斥甚至拒绝比例原则的国家和地区,比例原则也得到了传播和适用。

英国长期以来更习惯适用合理性原则,但近年来,比例原则大有取代合理性原则的趋势。1948年的

[53] 香港高等法院原讼法庭(宪法及行政诉讼2019年第2945及2949号),参见[2019] HKCFI 2820。

[54] 参见刘权:《比例原则审查基准的构建与适用》,载《现代法学》2021年第1期,第144页。

[55] Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights 1* (Oxford University Press 2015); Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 Colum. J. Transnational L. 72, 72 (2008).

温斯伯里案正式确立了合理性原则,认为裁量必须被合理地行使。不合理是指行政机关的行为“是如此荒谬,以至于任何有理智的人都不会认为这属于行政机关的职责所在”。^[56] 此后的案件进一步明确了“不合理”的判断标准:“蔑视逻辑或公认的道德标准的决定是如此荒谬,以至于任何有理智的人都不会如此解决待决定的问题。”^[57] 合理性原则发源于英国议会主权至上时代,体现了司法克制主义,不利于更好地保障人权。1987年,英国又确立了合理性原则的严格审查标准(anxious scrutiny),对侵犯人权的案件进行更高标准的审查。^[58] 1998年颁布的《人权法案》明确引入了《欧洲人权公约》中的大量人权条款,这使英国具备了快速发展比例原则的重要制度基础。英国已开始接纳比例原则。^[59] 在2001年戴利案中法官提出,合理性原则的确立是“英国行政法中一个不幸的、倒退的决定”。^[60] 英国最高法院法官甚至认为,“在现代法律中,温斯伯里合理性原则很难证明其正当性,其作为权威的日子可能已经屈指可数了”。^[61] 还有观点预测,虽然合理性原则与比例原则存在很多相似之处,但比例原则很可能会取代合理性原则。^[62] 合理性原则过于空洞,比例原则相对更具有可操作性,适用的优势更为明显。尽管英国已经脱欧,但在不断重视人权保障的时代背景下,比例原则在英国的扩张和合理性原则的衰退似乎是不可避免的。值得注意的是,虽然具有相对的适用优势和广阔的适用空间,但比例原则并不是万能的。合理性原则内涵更为丰富,有些领域仍然需要合理性原则发挥独特的规范功能。

在美国,直接写明比例原则的成文法和判例并不多见,但实际上比例原则已经成为美国法的一个元素。美国宪法第八修正案规定的禁止过度刑罚,即“禁止过高的罚金与过高的保释金,禁止施予残酷且不寻常的惩罚”,是比例原则在宪法中的体现。^[63] 自20世纪90年代起,美国法院在正当程序条款、征收条款、第一修正案、第十四修正案等多个领域都适用了比例原则。^[64] 尽管美国并未明确形成以“比例原则”命名的宪法教义,但实质上比例原则在合宪性审查中得到了广泛适用,呈现出类型化的特点。比例原则的类型化运用始于洛克纳案,成熟于“三重审查标准”的确立。^[65] 虽然还不能认为比例原则在美国无处不在,但否认比例原则在美国的存在肯定是站不住脚的。总体而言,美国宪法上的分类审查方法、行政法上的成本收益分析方法,同德国法上的合比例性分析有很多相似之处。有学者认为,相对于美国目前的宪法教义分析方法,比例原则有许多优点:合比例性分析更透明和公正;合比例性分析更注重基于事实与经验,从而更具有语境性;合比例性分析有助于消除无数其他宪法分析方法的不连贯性;合比例

[56] Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation [1948] 1 K.B. 223, 230.

[57] CCSU v. Minister for the Civil Service [1985] 1 A.C. 374, 410.

[58] Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department [1987] AC 514, 531E.

[59] 参见[德]安德烈亚斯·冯·阿尔诺:《欧洲基本权利保护的理论与方法——以比例原则为例》,刘权译,载《比较法研究》2014年第1期,第186页。

[60] R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department [2001] 2 AC 532.

[61] Carnwath, *From Rationality to Proportionality in the Modern Law*, 44 Hong Kong L.J. 447, 447 (2014).

[62] See Alex Gewanter, *Has Judicial Review on Substantive Grounds Evolved from Wednesbury towards Proportionality*, 44 Exeter L. Rev. 60, 75 (2017).

[63] See *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 59 (2010); *United States v. Bajakajian*, 524 U.S. 321, 321 (1998); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910); Richard S. Frase, *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: Proportionality Relative to What*, 89 Minn. L. Rev. 571, 651 (2005).

[64] See Vicki V. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, 124 Yale L.J. 3094, 3105 (2015).

[65] 参见王蕾:《比例原则在美国合宪性审查中的类型化运用及其成因》,载《比较法研究》2020年第1期,第63页。

性分析更灵活;合比例性分析可以促进正义,被认为是“人民的律师”。尽管比例原则存在确定性不足、判断空间过大等缺点,但通过判例法可以逐渐克服,因而,该学者认为美国应当全面采纳比例原则。^[66]在全球日益重视人格尊严的实质法治背景下,比例原则必定会大放异彩,发挥日益重要的规范功能。

(三) 比例原则应评价目的正当性和手段正当性

“二阶”说和“三阶”说的比例原则无法有效承担实现正义的功能。从分配正义的合比例性思想,到警察权行使应遵循的必要性原则,再到均衡性原则的形成,直至传统“三阶”比例原则的确立,最终到现代“四阶”比例原则的产生,比例原则的逻辑结构不断发展完善。

比例原则最初主要是指必要性原则。在1882年的十字架山案判决中,普鲁士高等行政法院认为,没有进一步的法律授权,警察不得采取不必要的措施追求公共利益。必要性原则体现了自由法治国的有限政府基本理念,认为政府只能消极地“依法律维护秩序”,只有在必要时才可以合理限制公民的权利与自由,否则就是越权无效。1931年颁布的《普鲁士警察行政法》,明确了必要性原则要求政府采取最小损害性的手段。在很长一段时期内,比例原则一般只是等同于最小损害原则。

直到20世纪50—60年代间,才发展出了狭义的比例原则,即均衡性原则,传统“三阶”比例原则得以最终形成。之所以会产生均衡性原则,主要有以下几方面的原因:首先,长期以来在语义上,将“比例原则”限定为最小损害原则,任何符合目的的手段总是可以被视为最小损害的手段;其次,二战后出现了大量有挑战性的问题,如果人们不想让行政决定不受控制,就必须继续发展“比例原则”的内涵;再次,立法者在设定限制措施时,为均衡性原则的产生作出了贡献;最后,德国州警察法对均衡性原则的采纳。^[67]均衡性原则是对公权力运行的更高要求,它认为最小损害的手段不一定是正当的。即使是最小损害的手段,如果其促进的公共利益同其所造成的损害不成比例,也是不正当的。现代国家更加重视保障公民的基本权利,但大量宪法条款存在开放性、模糊性的特点,所以偏重权衡的具有较大价值判断空间的均衡性原则大放异彩。

“二阶”说的比例原则存在逻辑缺陷。虽然适当性原则在适用中的地位确实没有其他子原则那么突出,但作为对手段与目的之关联性的判断,适当性原则具有无可替代的独立功能。对于某项拟实现的目的,可能会有很多手段可以选择,适当性原则有利于决策者首先排除没有实质关联性的手段,缩小手段的筛选范围。只有手段符合适当性原则,才能进行必要性原则分析,所以必要性原则无法囊括适当性原则。而且,适当性原则具有监督功能,有利于法官否定行为者选择的无助于目的实现的手段。因此,适当性原则并不是多余的,应当将适当性原则作为比例原则的子原则。

随着实质法治和人权保障更加受到重视,“三阶”说的比例原则弊端凸显。目的正当性原则逐渐在很多国家和地区受到重视,现代“四阶”比例原则得以形成。无论是行政目的,还是立法目的,抑或监察目的,所有公权力行为的目的都应具有正当性。“警察不能用大炮打麻雀”,但为什么要“打麻雀”呢?“打麻雀”的目的就一定正当的吗?“目的正当是战后各国宪法权利法律限制的比例原则的核

[66] See Mark S. Kende, *The Unmasking of Balancing and Proportionality Review in U.S. Constitutional Law*, 25 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 417, 433 (2017).

[67] Vgl. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 7–13.

心标准。”^{〔68〕}如瑞士《宪法》第36条第2款规定:“对基本权利的限制必须出于保护公共利益或他人基本权利的目的。”越来越多的国家和地区在适用比例原则时,开始分析公权力行为的目的正当性。如在加拿大,法院认为比例原则包括目的足够重要原则、合理关联性原则、损害尽可能少原则、均衡性原则等内容。^{〔69〕}在韩国,比例原则包括目的正当性、手段适当性、手段成比例和手段最小损害性四部分,法院将均衡性原则置于最小损害原则之前。^{〔70〕}虽然合理性原则、诚信原则也评价目的正当性,但前者在大部分领域逐渐被比例原则所取代,后者主要适用于私法领域。具有宪法地位的比例原则,只有既规范目的又限制手段,才能更好地保障权力与权利的正当行使。

不同国家(地区)对比例原则的内涵与结构的认识不尽相同,在适用方法上也存在一定的差别。有些国家(地区)对德国的传统比例原则进行了改造,另外一些国家(地区)则基本吸收了其内容。例如,1999年英国在德弗雷塔斯案中确立了“三阶”比例原则:目的是否足够重要、手段与目的间是否有合理关联和手段是否超过必要的限度。^{〔71〕}在马来西亚,法院同样提出了类似的“三阶”比例原则:足够重要的目的、手段与目的间存在合理关联、手段与目的应成比例。^{〔72〕}对于包含目的重要性内容的“三阶”比例原则而言,实际上相当于现代“四阶”比例原则,因为目的重要性原则实际上包含了目的正当性原则和均衡性原则的内容。判断目的是否重要,当然首先需要分析目的正当性,然后分析目的是否足够重要而有必要实现,也就是需要分析实现目的所促进的公共利益同其造成的损害是否成比例,即均衡性原则分析。与英国相似,在我国香港,法院在冼有明案中认为比例原则包括目的正当性、合理联系、不超过必要的限度三个原则。^{〔73〕}长期以来,香港法院可能赋予了“不超过必要的限度”过于宽泛的内涵,甚至接近于合理性标准。在希慎兴业公司案中,香港法院将均衡性原则作为一个独立的子原则提出来,作为第四步分析限制手段是否造成了不可承受的过度负担,具有里程碑意义。^{〔74〕}

比例原则应评价目的正当性和手段正当性。逻辑周延的比例原则应包括目的正当性原则、适当性原则、必要性原则和均衡性原则四个子原则。在适用范围上,比例原则不仅可以适用于公法,而且可以也应当适用于私法。在公法领域,比例原则可以有效规范权力运行。在私法领域,比例原则可以为权利的正当行使,提供有效的方法论指引与准则。比例原则在私法中适用并不必然侵犯私法自治,认为比例原则不能在私法中适用的观点过于极端。比例原则既可以防止权力滥用,也可以规范权利滥用。然而,比例原则在适用时无法全面衡量客观利益,合比例性裁量容易被滥用,存在结果导向的合比例性分析,但不能由此主张抛弃比例原则。通过引入成本收益分析方法,可以辅助合比例性分析;通过构建类型化的比例原则审查基准体系,可以使合比例性司法裁量更加公正。作为自然正义化身的比例原则,应当永远“在位”。

〔68〕 范进学:《论宪法比例原则》,载《比较法研究》2018年第5期,第109页。

〔69〕 See Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. Toronto L.J. 383, 388 (2007).

〔70〕 See Kyung S. Park, *Korean Principle of Proportionality, American Multi-leveled Scrutiny, and Empiricist Elements in U.S.-Korean Constitutional Jurisprudence*, 1 J. Korean L. 105, 109 (2001).

〔71〕 Elloy de Freitas v. The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing and Others [1999] AC 69.

〔72〕 Sivarasa Rasiah v. Badan Peguam Malaysia, [2010] 2 MLJ 333.

〔73〕 Solicitor v. Law Society (2003) 6 HKCFAR 570.

〔74〕 HKSAR v. Hung Chan Wa (2006) 9 HKCFAR 614.

四、尽早确立比例原则在我国的宪法地位

在规范依据上,“比例原则”一词并没有直接出现在我国宪法、法律、行政法规之中。较早体现比例原则相关内容的法律规范是1996年国务院颁布的《中华人民共和国人民警察使用警械和武器条例》,该条例第4条规定:“人民警察使用警械和武器,应当以制止违法犯罪行为,尽量减少人员伤亡、财产损失为原则。”该条要求警察使用武器警械不能过度,实际上体现了必要性原则。同年颁布的《中华人民共和国行政处罚法》规定的过罚相当原则,是比例原则在行政处罚领域的体现。比较全面体现比例原则内容的,当属2004年国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》第5条:“行使自由裁量权应当符合法律目的,排除不相关因素的干扰;所采取的措施和手段应当必要、适当;行政机关实施行政管理可以采用多种方式实现行政目的的,应当避免采用损害当事人权益的方式。”该条对行使自由裁量权提出了基本要求,包括目的正当性、手段适当性、手段必要性等内容,可以说与比例原则的内容已非常接近。

在司法层面,我国越来越多的法院已开始适用比例原则进行裁判。在汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案中,最高人民法院首次阐释了比例原则的核心要义。最高人民法院认为,行政机关行使职权既要保证行政管理目标的实现,又要兼顾保护相对人的权益,尽可能使相对人遭受最小的侵害。该案判决虽然没有明确使用“比例原则”一词,但简短的说理体现了权力与权利平衡的思想,阐释了比例原则尤其是必要性原则、均衡性原则的思想,属于比例原则在我国司法适用的第一案。^[75]时至今日,比例原则在我国的适用已从行政处罚领域,扩张到行政强制、行政征收、信息公开、行政许可、行政协议等多种行政行为领域。然而,对于比例原则的子原则内涵的认识还存在一定的分歧,审查标准并不统一。在合比例性审查强度上,大多是宽松审查。“比例原则在我国的司法适用方法与技术还远未达到娴熟的地步。”^[76]

比例原则是被法治实践所反复证明的保障权利和自由的利剑。对于立法者、行政者来说,比例原则是重要的行为准则和决策分析方法;对于司法者而言,比例原则是重要的司法审查标准。把权力关进制度的笼子,绕不开比例原则。有了目的正当性原则、适当性原则、必要性原则、均衡性原则四道“门槛”,权力再也不可能轻易打着公共利益的旗号,而任性恣意地限制公民权利。人民美好生活的实现,需要比例原则作规范保障。我国并非判例法国家,尽管司法有助于推动比例原则的适用,但却无法主要通过司法判例确立比例原则的稳固地位。为了消除偏见与误解,最大程度地发挥比例原则的积极功能,有效推进合宪性审查,需要通过宪法解释确立比例原则在我国的宪法地位,使其得到更好的本土化适用。比例原则内置于权利与权力之中。我国宪法第33条的“国家尊重和保障人权”条款和第51条的“权利的限度”条款,实际上已经内在地蕴含了比例原则。我国合宪性审查由全国人大宪法和法律委员会进行,所以不存在域外国家宪法法院或普通法院适用比例原则选择审查基准的问题,即不受司法尊让和“反多数难题”的困扰,可以更好地适用比例原则开展合宪性审查。对于司法适用而言,应不断完善合比例性分析方法,建立多元的审查基准体系,并加强判决的论证说理。可以预见,在我国更加重视人权保障、大力推进合宪性审查的时代背景下,比例原则在我国必将得到更加广泛的适用。

[75] 参见最高人民法院(1999)行终字第20号行政判决书。

[76] 刘权:《行政判决中比例原则的适用》,载《中国法学》2019年第3期,第104页。

五、结语

比例原则是自然正义的化身,只要还有人类社会存续,就不能抛弃比例原则。比例原则在公法与私法中均具有广阔的适用空间。无论是公权力机关,还是私权利主体,在追求正当目的时都应当选择具有合比例性的正当手段。无论是平时状态,还是紧急状态,都应受比例原则的约束。哪里有权力和权利,哪里就应当有比例原则。行使权力和权利,皆不应过度,其准则就是比例原则。尽管比例原则还存在许多缺陷,例如过于模糊、不确定性较大、不受限制的道德推理等,^[77]但比例原则的实质正义实现功能具有不可替代性。作为解决权力与权利、权利与权利之冲突的基本原则,比例原则是推动大陆法系与英美法系融合的主要因素之一。如何最大程度地消弭分歧,如何更好地结合本国国情与法治传统,使比例原则在公私法领域得到更加全面的适用,以最终实现实质正义,值得全球法律人不懈探索。如果没有比例原则的理性适用,则良法善治将只会是一个无法实现的美好梦想。

The Application of Proportionality Principle: Controversies and Reflections

Liu Quan

Abstract: At present, controversies over and misunderstandings of proportionality principle exist in its scope of application in the public and private law, in its relationship with cost-benefit analysis, and in its logical structure. However, it has been more and more frequently written either explicitly or implicitly into legislation. For instance, it is most often exemplified in court interpretation of "necessity," "reasonable restrictions," "rule of law" and "essential content." It is in essence used to rationally balance between means and ends, and provide a reasonable standard for the exercise of powers and rights. It is not just a principle of administrative law, but can be widely applied to the public law and private law. Despite the great subjectivity and uncertainty in the analysis of proportionality, it fulfills an irreplaceable function in balancing the gains and losses, and cannot be replaced by cost-benefit analysis. In consideration of the defect in the logic of "second-order" and the "third-order" model, a "fourth-order" model of proportionality principle need to be established, which evaluates the justification of the means and ends at the same time.

Keywords: proportionality principle; protection of rights; balance of losses and gains; cost-benefit analysis; constitutional review

(责任编辑:刘馨)

[77] See Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing* 6 (Cambridge University Press 2017).