

导论 追寻实质正义的比例原则

一、合比例性分析的难题

全球正迈入以比例原则实现实质法治的正义时代。18世纪末期发源于德国警察法比例原则,如今正以日益旺盛的生命力,在全球不同的法律体系、不同的法律部门中广泛传播与蔓延。“比例原则似乎具有非常强劲的势头,甚至可能是不可阻挡的力量。”^①世界上越来越多的国家已开始将比例原则写入宪法、法律等成文法,越来越多的法院已开始适用比例原则进行裁判。即使是温斯伯里合理性原则发源地的英国,也已经开始逐渐接纳比例原则。比例原则在中国的适用已从行政处罚扩张到多种行政行为领域,其已成为法院评判行政行为实质合法性的重要准则。“比例原则是当代法律思想的关键角色,它是后实证主义与新中立主义法律观的方法论顶峰,可以有效统一实在法与自然法。”^②作为自然正义化身的比例原则,对于规范与控制公权力,保障全球人权,起到了不可估量的积极作用。

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,主要对目的正当性和手段适当性、必要性、均衡性进行客观评价。对于立法者、行政者来说,比例原则是一种重要的决策分析方法和行为准则,它有利于指引并规范立法裁量和行政裁量。当立法者、行政者在维护和促进公共利益时,通过对众多手段进行理性的合比例性分析,可以确保公民权利不被过度限制。对于法官来说,比例原则是一项重要的司法审查标准,它有利于司法权监督和制约立法权、行政权,从而有助于促进实质民主和良好行政,最终有利于实现实质正义。尽管比例

^① Stephen Gardbaum, *Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?* in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 221(2017).

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

原则被视为是公法的“帝王原则”“皇冠原则”,但比例原则在私法中也有广阔的适用空间,其可以为私主体行使权利提供方法论指引与行为准则。

然而,比例原则存在严重的精确性缺陷。正义的实现绝非易事,实现合比例性的道路布满了荆棘与坎坷。尽管比例原则似乎正成为法律帝国的基本原则,但其并非完美无缺。合比例性分析主观性过大,是比例原则面临最多的质疑。比例原则似乎只是一个“空壳”。对于究竟什么是合比例性,究竟如何判断目的正当性,如何判断手段的适当性、必要性、均衡性,比例原则并没有给出具体而明确的标准答案。首先,比例原则缺乏可操作性的分析技术与适用方法。尤其是在适用必要性原则和均衡性原则时,究竟如何判断和确立哪一个手段是必要的,所选的最小损害手段究竟是否具有均衡性,单纯依靠比例原则本身,往往无法得出正确的答案。合比例性分析者很多时候只能凭借“法感”作出判断。其次,比例原则在语义上存在宽泛性与模糊性。在内容表述上,比例原则用词过于抽象。究竟什么是必要性?如何判断最小损害?什么是均衡性?比例原则提供的标准并不明确。以至于有学者认为,比例原则所包含的“正当”“适当”“必要”“衡平”其实都是老生常谈,属于一般的法理念。^①正如德国学者弗里茨·奥森布尔所言,比例原则“是对更有说服力的正义理念的瞬间抓取,但却没有为法律适用者留下什么,因为它只提供了准则,而没有提供具体的标准与尺度。”^②

诚然,法律原则不是法律规则,精确性不足的比例原则存在较大的灵活性与弹性。合比例性分析者可以根据具体情形,进行开放的法律推理与价值判断,从而有利于实现个案正义。正如有学者所认为,比例原则体现了中国传统“执中行权”与“理一分殊”的精神,使得“特殊性与普遍性、灵活性与原则性、多样多变与一以贯之”可以相互结合。^③然而,法律原则也不能过于宽泛与模糊,否则不但实现不了法律原则应有的规范功能,而且还极易被滥用。比例原则的精确性不足既是其优点,同时也是其缺点。比

^① 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1522页。

^② Fritz Ossenbühl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung Verwaltungsgerichte, 12 Jura 617, 620-621 (1997).

^③ 杨登杰:《执中行权的宪法比例原则:兼与美国多元审查基准比较》,载《中外法学》2015年第2期,第389页。

例原则既可能有效建立双赢的局面,实现权力与权利的平衡,但同时也可能沦为践踏人权的元凶祸首。“比例原则不受限制的道德推理,可以实现最完美的正义,但同时也可能带来最糟糕的不正义。”^①

比例原则存在适用危机。首先,精确性不足的比例原则,在适用时无法全面衡量各种客观利益。客观科学地评估不同手段的损害大小和相互冲突的多元利益,是比例原则适用者进行公正利益衡量的基本前提。由于缺乏可操作性的分析技术与适用方法,合比例性分析者往往“心有余而力不足”,无法在具体情境中进行全面客观的利益评估。

其次,精确性不足的比例原则,容易造成主观裁量的滥用。比例原则的适用者极易打着“合比例性”的旗号而滥用权力。由于存在较大的判断空间,立法者、行政者在决定选择何种手段实现特定公共目的时,就存在滥用主观裁量的可能。法官动辄轻而易举地运用精确性不足的比例原则推翻所谓的“恶法”,从而不仅可能破坏法律的安定性,而且还可能不当侵犯立法者的立法形成余地和行政者的专业判断余地。在民主转型或法治发展水平不高的国家,精确性不足的比例原则容易沦为法院卷入政治斗争的工具。“基于比例原则的内涵特征,适用该原则极其容易突破宪法边界进而步入民主政治领域。”^②

最后,精确性不足的比例原则,容易造成结果导向的分析。立法者、行政者在裁量选择何种手段时,可能会事先确定好想要的“结果”,然后再进行所谓的“合比例性分析”。对法官来说,结果导向的“合比例性分析”,容易造成司法专断与司法腐败。“法官作为不完美的个体,品质和能力上都可能存在缺陷,从抽象原则中求得妥当的判决是一项艰巨且有风险的工作,法官既需要协助,也需要有所制约。”^③合比例性分析者总能找到一些合适的理由,来证立其所想要的“结果”具有“合比例性”。虽然不能说“结果”导向的合比例性分析总是不正确的,但却存在恣意与专横的危险,容易产生非理性。

因此,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。精确性不足的比例原则,使得其适用者无法全

^① Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, 210(2017).

^② 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147页。

^③ 于飞:《公序良俗原则——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版,第3—4页。

面衡量客观利益,容易导致合比例性裁量的滥用,极易造成结果导向的合比例性分析。如果比例原则被普遍滥用,将会带来全球性灾难,会损害法律的确切性与安定性,会使得当代全球民主法治遭到极大破坏,从而造成比例原则掩盖下的“暴力统治”。

正是由于认识到比例原则存在精确性缺陷,近些年有观点认为应当废除比例原则。如有学者认为,在客观、严谨、理性的外表之下,“比例原则存在严重的理论缺陷”“无法全面关照决策者应考虑的各种成本、收益因素”“其机械的四步分析法很容易误导法律人的理性思维”,所以比例原则“不适合作为实质合理性分析方法”,在给定分权结构的前提下,“为成本收益分析所取代”。^① 还有类似观点认为,应当使用成本收益分析解构比例原则。^② 此类观点是有失偏颇的,主张比例原则应当“退位”,实际上并没有真正认清比例原则的规范本质与功能。虽然比例原则存在精确性缺陷,但仍然发挥着重要的规范功能。尽管成本收益分析可以辅助合比例性分析,但不应也无法取代比例原则。比例原则和成本收益分析在适用范围、价值取向、分析方法等方面存在重大差别。偏重于抽象权衡、更强调公平、更注重保障个人权利但精确性不足的比例原则,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,则有利于克服合比例性分析中的主观性过大弊端。主张废除比例原则,是因噎废食,犯了极端主义的错误。

合比例性就是正义。为了有效破解比例原则的适用危机,克服比例原则的精确性缺陷,维护比例原则的生命与美誉,应当不断推进比例原则的精确化。如果比例原则能够得到良好适用,那么将从根本上改变全球人权保障水平。实际上,比例原则蕴含着精确化的内在需求。比例原则结构中的“最小损害”“成比例”“均衡性”等术语,客观要求合比例性分析变得更加精确。深入挖掘目的正当性原则、适当性原则、必要性原则和均衡性原则的规范内涵,引入可操作的合比例性分析技术与适用方法,去除比例原则适用时存在的主观性过大与不确定性的弊端,可以减少精确性不足的比例原则可能带来的多种弊端,最终有利于充分保障公民的人格

^① 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—1545页。

^② 参见黄铭辉:《成本效益分析在我国行政法上应用可能性之研究——兼论“比例原则”的解构》,中国台湾地区台北大学法学系2000年硕士论文。

尊严。

二、研究现状与研究价值

“我们生活在比例原则的时代”。^① 比例原则从 18 世纪末的德国警察行政法原则迅速发展成为 21 世纪许多国家的宪法原则。比例原则不仅在德国具有宪法地位,而且在欧盟也具有“准宪法”地位,^②其已经成为欧盟法的基本原则。在非欧盟的欧洲国家,比例原则也得到了适用。^③除欧洲外,比例原则也在许多非欧洲国家得到了适用。从地域上看,比例原则的适用已遍布欧洲、美洲、大洋洲、非洲、亚洲五大洲。无论是大陆法系,还是英美法系,抑或其他法系,比例原则都得到了某种程度的适用。

比例原则的适用范围已从传统公法领域扩展至私法领域。比例原则在宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、经济法、财税法、国际法等领域中都得到了全部或部分适用。在私法中,比例原则也得到了日益广泛的适用。比例原则的传播开始脱离法系、国别和部门法分割的桎梏,似乎正在形成全球化浪潮下“法律帝国的基本原则”。^④特别是自“二战”后,比例原则作为一种新自然法的人权保障思想,被日益提到新高度。世界上越来越多的法院开始试图通过运用比例原则,来及时纠正不合比例的公私法行为。以至于有学者认为,“没有某种形式的比例原则,宪法还可以存在的观点是逻辑不可能的。”^⑤

比例原则已然成为全球性法律原则,正在对全球不同法律体系的不同法律部门产生着日益重要的影响。随着比例原则适用的地域与领域范围

① Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 457(2012).

② 2009 年生效的《欧盟基本权利宪章》(Charter of Fundamental Rights of the European Union)第 52 条第 1 款规定:“对本宪章承认的权利与自由施加的任何限制必须由法律规定,并且应尊重权利与自由的本质。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。”

③ 1953 年生效的《欧洲人权公约》(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第 8—11 条规定,只有“在民主社会是必要的”才可以限制相关权利。欧洲法院(ECJ)和欧洲人权法院(ECHR)据此做了大量关于比例原则的判决。

④ 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。

⑤ David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 163(2004).

不断扩张,比例原则的精确性问题也日益凸显,逐渐受到国内外学者们的关注。

(一) 国外相关研究述评

自 20 世纪 50 年代以来,尤其是自 1958 年德国联邦宪法法院在药房案(Apotheken-Urteil)中首次详细地阐释比例原则以来,^①关于比例原则的研究文献开始大量出现。以著作为例,德国早期关于比例原则有代表性的文献如:《比例原则在行政法手段必要性中的意义》《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立法者的约束》《比例原则》《强制执行中的比例原则》《权衡国家:合比例性作为正义?》等。^②随着比例原则的全球传播,国外学者们对比例原则的研究也日益升温。

自进入 21 世纪以来,特别是近些年来,国外关于比例原则的研究文献如雨后春笋般增长。以德国为代表的国家出现了一大批研究比例原则的文献,涉及多个部门法。代表性的著作如:《比例原则:新前沿与新挑战》《比例原则和权衡之批判》《比例原则与法治:权利、正当理由与推理》《比例原则的结构》《国家组织法中的比例原则》《欧洲经济行政法中的合比例性:欧洲法院的审查强度研究》《过失合同法中的比例原则:关于合同权利与义务的私法内在边界的教义学》《比例原则的宪法结构》《比例原则:宪法权利及其限制》《合比例性分析和司法审查模式:一个理论与比较的研究》《比例原则与宪法文化》《国际人权法中的评价余地:尊让与比例原

^① BVerfGE 7, 377-Apotheken-Urteil.

^② Rupprecht von Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Appel (1955); Ottmar Pohl, Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden? Kleikamp (1959); Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht; zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit, Carl Heymanns Verlag (1961); Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Schwartz (1981); Eberhard Wieser, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Zwangsvollstreckung, Heymann (1989); Walter Leisner, Der Abwägungsstaat; Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit? Duncker & Humblot GmbH (1997).

则》《国际法中的比例原则》等。^①

从国外学者们对比例原则的研究可以发现,比例原则不仅在公法领域得到了研究,而且也在私法领域得到了研究;不仅在国内法领域得到了研究,而且也在国际法领域得到了研究。对于研究内容,在早期,国外学者的研究主要涉及比例原则的起源、内涵、适用范围、功能、是否约束立法权、与必要性原则的关系、与过度禁止原则的关系,以及比例原则在警察法、刑法、刑事诉讼法、核能法、罢工法等领域的具体适用等内容。在后期,国外学者对比例原则的研究则主要涉及比例原则的挑战、比例原则与权衡、比例原则与法治、比例原则与人权保障、比例原则与司法尊让、比例原则的比较法研究,以及比例原则在国家组织法、经济行政法、合同法、社会法、电信法、环境法、国际法等领域的具体适用等内容。

在对比例原则的这些研究中,国外一些学者已经认识到比例原则的精确性问题。例如,德国学者本哈德·施林克(Bernhard Schlink)认为,通过比例原则,“无法直接判断一项手段是否适当,以及是否是最小损害。”^②比利时学者瓦特·范·格文(Walter van Gerven)认为,比例原则缺乏“精确性与明晰性(precision and clarity)”^③。英国学者凯·穆勒(Kai Möller)认为,“要求同样有效但侵害更小的传统的最小损害性原则,在某种程度上表述

① Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press (2017); Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press (2017); Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Grégoire Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press (2016); Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos Verlagsgesellschaft (2001); Andreas Heusch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Duncker & Humblot (2003); Katja Hauke, *Verhältnismäßigkeit im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht: eine Untersuchung zur Kontrollrichte des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang (2005); Michael Stürner, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht: Zur Dogmatik einer Privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck (2010); Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press (2012); Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press (2012); Benedikt Pirker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study*, Europa Law Publishing (2013); Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press (2013); Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press (2012); Michael Newton and Larry May, *Proportionality in International Law*, Oxford University Press (2014).

② Bernhard Schlink, *Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here?* 22 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 291, 299(2011-2012).

③ Walter van Gerven, *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* 37, 60 (Evelyn Ellis ed., 1999).

过分简单化。”必要性原则的问题在于经常存在侵害更小的可替代手段,但却存在某种缺点。其可以分为三种情况:第一,可替代手段侵害最小,但不同样有效;第二,可替代手段侵害最小,但需要耗费更多的附加资源;第三,可能存在更小侵害的手段,但却会对第三方产生负担。^①德国学者洛塔尔·希尔施贝格(Lothar Hirschberg)在其专著《比例原则》一书中认为,狭义比例原则过于宽泛,“不容怀疑的是:对于如何作出决定,狭义比例原则什么都没有说,它是‘形式的’‘语义空洞的’”。^②尽管“狭义的比例原则使法官在当时的情况下作出公正的判决成为可能,并且可以缓和抽象的法律规定的生硬性。但与此同时,也存在负面评价的可能。”^③

阿根廷学者劳拉·克莱里科(Laura Clérico)在《比例原则的结构》一书中认为,“如果适当性原则不被精确化(präzisieren),比例原则将失去它作为决定标准(Entscheidungskriterium)的效力。”^④“如果最小损害性原则不被精确化,它则是一个软弱无力的准则。”^⑤英国学者弗兰西斯克·J.乌尔维纳(Francisco J. Urbina)的著作《比例原则和权衡之批判》,对比例原则进行了系统性批判,他认为因比例原则授予了法官“太宽泛的裁量”而容易产生负面效果,比例原则的适用存在“不受约束的道德推理”,其对人權的保障需要“更精确的指引”。^⑥

认识到比例原则存在精确性缺陷的大多数学者,并没有给出详细可行的解决办法。少数国外学者提出了比例原则精确化的建议。例如,为了减少比例原则适用中权衡的恣意与专横,德国学者罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)提出了两个权衡法则与两个分量公式,从而试图通过数学计算判断何谓合比例性。^⑦与阿列克西的路径相似,为了增加比例原则权衡的理性,德国学者马提亚斯·克莱特(Matthias Klatt)、莫里茨·迈斯特(Moritz Meister)在《比例原则的宪法结构》一书中,也试图运用分量公式,

① Kai Möller, Proportionality: Challenging the critics, 10 Int'l J. Const. L. 709, 714 (2012).

② Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Schwartz, 212(1981).

③ Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Schwartz, 212(1981).

④ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos Verlagsgesellschaft, 27(2001).

⑤ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos Verlagsgesellschaft, 85(2001).

⑥ Francisco J. Urbina, A Critique of Proportionality and Balancing, Cambridge University Press, 197-198(2017).

⑦ Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp Verlag, 146 (1986). Robert Alexy, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, 16Ratio Juris433, 446 (2003). Robert Alexy, The Construction of Constitutional Rights, 4 Law & Ethics of Human Rights20, 30(2010).

精确化比例原则的适用。^① 加拿大学者戴维·M. 贝蒂 (David M. Beatty) 则采取了与前面一些学者完全不同的方法, 为了有效避免比例原则适用时的主观性与不确定性问题, 在《法律的终极规则》一书中, 贝蒂认为应当将比例原则的适用转化为事实问题, 引入商谈, 让当事人就所争议的问题进行平等辩论, 从而就能使比例原则的适用变得更加客观。^② 可以预见, 随着比例原则的全球化进程不断加快, 势必会出现更多的比例原则适用争议, 国外学者们对比例原则精确化的问题研究必将日益增多。

(二) 国内相关研究述评

在中国, 宪法并没有直接明确规定比例原则, 但如今已经有越来越多的法律、行政法规、地方法规、行政规章、内部行政规则等规范文本, 开始规定比例原则的相关内容。不同部门法学者对比例原则的关注度越来越高。

新世纪之交, 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, 最高人民法院作出了比例原则适用第一案, 该案被看作是“比例原则在中国行政法领域得以确立的一个重要开端”。^③ 虽然没有直接使用“比例原则”一词, 但最高人民法院的判决明确体现了比例原则的核心要义: “规划局所作的处罚决定应针对影响的程度, 责令汇丰公司采取相应的改正措施, 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, 应以达到行政执法目的和目标为限, 尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。而上诉人所作的处罚决定中, 拆除的面积明显大于遮挡的面积, 不必要地增加了被上诉人的损失, 给被上诉人造成了过度的不利影响。”

^① Vgl. Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, (2012).

^② Vgl. David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, (2004).

^③ 汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案, (1999)行终字第 20 号。湛中乐: 《行政法上的比例原则及其司法运用——汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案的法律分析》, 载《行政法学研究》2003 年第 1 期, 第 75 页。

比例原则适用第一案,掀起了中国学者对比例原则的研究高潮。^①学者们围绕比例原则的内涵、起源、发展、性质、功能、正当性基础、司法适用、同合理性原则的关系等方面,展开了大量卓有建树的研究。^②近些年,中国学者们对比例原则的研究出现了第二波高潮,涉及多个部门法。学者们不仅继续深入研究了宪法、行政法中的比例原则,而且还从刑法、诉讼法、经济法、劳动法、民法、合同法、国际法等多个领域,对比例原则进行了更广泛的跨学科研究。^③相关争论对话日益深入,如比例原则与成本收益分析优劣之争、比例原则的公私法适用范围之争、比例原则的普遍性适用之争。

在当前的研究中,中国一些学者同样认识到了比例原则的精确性缺陷,并初步提出了精确化比例原则的一些建议。如蒋红珍认为,适当性原则存在“‘假想式因果关系’的质疑和‘主观化解释立场’的困境”,应当引入立法事实论。均衡性原则存在主观性和利益衡量不足的缺陷,“引入一些交叉学科的方法就成为获取最佳利益衡量结果的‘破冰’之旅。”^④姜昕认为,比例原则具有主观性、富于弹性等方面的局限,会损害法的安定性和可预测性,所以主张“可以从成本与收益分析的角度考虑”,以祛除比例原

① 在此之前,也有少许关于比例原则的文献。例如:[日]青柳幸一著:《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;中国法学编辑部对比例原则的介绍如:《行政法中的比例原则》,载《中国法学》1990年第1期;王桂源:《论法国行政法中的均衡原则》,载《法学研究》1994年第3期。

② 参见黄学贤:《行政法中的比例原则研究》,载《法律科学》2001年第1期;杨临宏:《行政法中的比例原则研究》,载《法制与社会发展》2001年第6期;余凌云:《论行政法上的比例原则》,载《法学家》2002年第2期;叶必丰:《行政合理性原则的比较与实证研究》,载《江海学刊》2002年第6期;郑春燕:《必要性原则内涵之重构》,载《政法论坛》2004年第6期;王名扬、冯俊波:《论比例原则》,载《时代法学》2005年第4期;许玉镇著:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版;蒋红珍著:《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;姜昕著:《比例原则研究——一个宪政的视角》,法律出版社2010年版。

③ 参见姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,载《法律科学》2013年第1期;陈璇:《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》,载《环球法律评论》2016年第6期;张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期;秦策:《刑事程序比例构造方法论探析》,载《法学研究》2016年第5期;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;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;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;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;韩秀丽著:《论WTO法中的比例原则》,厦门大学出版社2007年版;徐鹏著:《海上执法比例原则研究》,上海交通大学出版社2015年版。

④ 参见蒋红珍:《论适当性原则——引入立法事实的类型化审查强度理论》,载《中国法学》2010年第3期;蒋红珍著:《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,第315页。

则的不确定性和主观性。^①王书成主张,“必须在法治的视域中寻求比例原则中利益衡量的具体法则,此可谓比例原则的关键课题之一。”^②柳砚涛、李栋认为,“客观衡量尺度和理性适用方法的缺失导致比例行政原则的适用不仅带有明显的主观性,而且存在逻辑瑕疵,”因而,应当“将经济学的‘成本-收益’分析引入比例行政原则。”^③张明楷认为,“比例原则缺乏明确性的标准”。^④秦策认为,当前学界“缺乏对合比例量度的系统讨论”,“是否合乎比例需要得到客观的度量”,如果这一问题如不能很好地解决,“所谓合乎比例的判断只能沦为一种主观的估计、推测”。^⑤涂少彬认为,法学表达数学化可以提高法学的科学性,使基本价值的权衡与选择能够获得更为明晰的数据与数学化支持,比例原则“强烈表征了法学表达数学化的内在需求”。^⑥

纵观国内外为数不多的相关研究可以发现,越来越多的学者特别是国外学者,已经开始认识到比例原则在适用时过于主观,容易产生不确定性,并认为应当精确化比例原则。然而,相关研究只是散见于相关文献中,当前对比例原则的精确化问题还缺乏全面系统的专门论述。对于比例原则精确化的方法,虽然一些学者提出引入经济学上的成本收益分析,但却只是初步的。对于比例原则精确化的限度及其克服,更是鲜有论述。因此,对于比例原则的适用危机及其不利影响,对于如何精确化比例原则以祛除合比例性分析时的主观性与不确定性,对于如何通过比例原则的精确化反思政府行为的合法化范式,需要全面系统地深入研究。

(三) 研究价值:可能的贡献

在国内外已有的研究基础上,本书拟对比例原则的理性适用进行详细深入的专门研究。本书的总体研究目标,是试图通过全面分析比例原则的精确性缺陷及其不利影响,系统提出比例原则精确化的有效方法,并反思比例原则精确化的限度,最终提出政府行为的商谈合法化范式。本书的研究价值或可能的贡献,主要体现在以下几个方面。

① 姜昕著:《比例原则研究——一个宪政的视角》,法律出版社2008年版,第170—172页。

② 王书成:《论比例原则中的利益衡量》,载《甘肃政法学院学报》2008年第2期,第29页。

③ 柳砚涛、李栋:《比例行政原则的经济分析研究》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2011年第4期,第32—33页。

④ 张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期,第96页。

⑤ 秦策:《刑事程序比例构造方法论探析》,载《法学研究》2016年第5期,第154页。

⑥ 涂少彬:《论法学表达数学化的可能及限度——基于经济学与比例原则的切入》,载《法学评论》2020年第4期,第45页。

1. 全面系统地提出了比例原则的精确性问题

本书首次全面系统地提出,比例原则存在精确性缺陷。合比例性分析技术与适用方法的匮乏,语义上的宽泛性与模糊性,导致比例原则存在适用危机。比例原则的精确性不足,使其在适用时存在无法全面衡量客观利益、容易导致合比例性裁量滥用、容易导致结果导向的合比例性分析等弊端,因而有必要推进比例原则的精确化。

2. 详细深入地研究了比例原则的理性适用方法

虽然国内外学者们提出了比例原则精确化的一些方法,但是对于比例原则的理性适用方法,亟待从整体上进行体系化研究。本书首次系统地提出,应当将目的正当性原则纳入到传统的“三阶”比例原则之中,从而确立符合时代要求的“四阶”比例原则。对于如何更客观地判断手段的适当性、必要性、均衡性,本书提出了独到的见解。

其一,系统提出应引入目的正当性原则确立“四阶”比例原则,以完善比例原则的逻辑结构。目的是行为的出发点,目的正当是手段正当的前提。无论是立法目的,还是行政目的,都应当具有正当性。目的正当性审查可以限制目的设定裁量,有利于促进实质民主与良好行政,是实质法治的必然要求。在审查标准上,根据相应的客观事实,进行形式合宪性或形式合法性分析,往往就可以准确做出目的正当性判断。提出应处理好目的正当性分析与成本收益分析的关系,有净收益不等于目的就正当,否则容易陷入功利主义的泥淖。

其二,首次提出应区分情形,对手段进行客观适当性和主观适当性审查。适当性原则不属于“帕累托最优”判断,而属于客观因果关系分析,有助于促进科学立法和科学行政。对于正在发生效力的手段,应进行客观适当性审查,以决定是否应当继续适用该手段。对于已经实施完毕的手段,应进行主观适当性审查,以更好地尊重立法者、行政者的事实预测。

其三,系统提出判断“最小损害”的客观方法。必要性原则所指的最小损害性,并非是指手段的绝对最小损害性,而是指各种手段在“相同有效性”下的最小损害性。在判断何为必要性手段时,不应当忽略不同手段的有效性差别。如果通过成本收益分析方法,再借助于手段的相对损害计算公式,对异同有效性的手段进行损害大小比较,就能有效破解最小损害性难以客观判定的难题。

其四,全面提出均衡性原则的适用方法。均衡性原则的本质为目的必要性分析,其功能在于保障权利不被过度侵害和促进社会整体福利。通过吸收成本收益分析方法,并借助于均衡性判断公式,计算出某个最小损害

性手段所促进的公共利益同其所造成的损害的比例值,然后再根据均衡性判断法则,可以辅助均衡性判断,减少权衡的非理性。

其五,系统构建了类型化的比例原则审查基准体系。法院在适用精确性不足的比例原则进行司法审查时,可能不当侵犯立法者的形成余地和行政者的专业判断余地,可能导致司法专断或司法腐败。即使适用的是同一个比例原则,但如果采用不同的审查基准,就可能得出截然不同的审查结果。为了更有效地弥补比例原则的精确性缺陷,为了更公正地实现法院的司法监督功能,有必要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。

3. 尝试性地提出了政府行为的商谈合法化范式

尽管比例原则需要被精确化,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,可以提高比例原则适用的理性程度,增加政府行为的可接受性,但比例原则的精确化存在限度。数学计算导致的价值理性缺失、成本收益的量化困境、未来事实的不确定性挑战等因素,决定了比例原则不可能也不应当无限精确化。比例原则的精确化过程,实际上是试图把合比例性裁量降低到最低限度甚至没有的过程,其本质是试图消除政府行为实质合法化范式弊端,而向形式合法化范式转换的过程。然而,无论是形式合法化范式,还是实质合法化范式,都存在难以克服的缺陷。在疑难情形下通过商谈,而非仅仅只是过度追求比例原则的精确化,或许是获取合比例性“正解”,实现理性的最佳方式。

综上,本书可能的学术贡献主要体现在全面系统地提出了比例原则的精确性问题、详细深入地研究了比例原则的理性适用方法、尝试性地提出了政府行为的商谈合法化范式等三大方面。

在中国全面推进依法治国、加快建设法治政府的新时代背景下,系统深入研究比例原则的适用危机,探寻合比例性分析的理性方法,对于规范与约束公权力行使,保障公民的人格尊严,提升政府行为的可接受性,无疑具有极为重要的应用价值。其一,可以为行政决策与行政执法提供参考。本书提出的相关方法,有利于使行政机关更好地适用比例原则,减少对公民损害过大的手段的产生,预防滥用职权的行为。其二,可以为司法审判提供参考。本书提出的比例原则分析框架与适用方法,有利于法官进行理性的合比例性分析,可以使司法更有力地监督与控制行政权,把行政权关进制度的笼子。其三,可以为合宪性审查提供参考。尽管容易被滥用,但被称为公法“帝王原则”“皇冠原则”的比例原则,是被民主法治国家司法实践所反复证明的可以有效保障人权的利剑。随着中国合宪性审查制度

的不断发展完善,比例原则必将成为全国人大宪法和法律委员会审查法律草案和法律合宪性的重要标准。本书系统提出的比例原则适用方法,有助于为中国未来的合宪性审查实践提供智识参考。

三、框架结构与研究方法

本书的核心命题为:精确性不足的比例原则存在适用危机,为了消除合比例性分析过大的主观性与不确定性,应当不断推进比例原则的精确化,但比例原则的精确化也存在限度,应当通过商谈予以克服。根据此核心命题,本书的框架结构安排与研究方法如下:

(一) 框架结构

在框架结构安排上,本书共分为十章,实际上属于四大部分。第一大部分主要研究比例原则的基本原理、精确性缺陷、适用危机、精确化的必要性,为第一章。第二大部分主要研究比例原则的精确化方法,对比例原则的四个子原则的适用进行了详细论证,并构建了比例原则的多元审查基准,分为第二、三、四、五、六章。第三大部分对比例原则在公私法中的适用进行了系统实证研究,并分析了比例原则的中国宪法规范基础,分为第七、八、九章。第四大部分主要研究的是比例原则精确化的效用、限度及其克服,为第十章。每章主要内容如下。

第一章主要研究比例原则的法理及其适用危机。当代法学领域的比例原则,发源于18世纪末期的德国警察法。现代比例原则在规范结构上可分为四个部分:目的正当性原则、适当性原则、必要性原则和均衡性原则。比例原则的规范逻辑为权利的本位性、公共利益的非至上性和权利与公共利益的可权衡性。比例原则同合理性原则、过度禁止原则、不足禁止原则、过罚相当原则等原则,存在一定的联系与区别。比例原则的全球化已成为一种无法忽视的耀眼现象。比例原则的精确性缺陷主要体现为两个方面,即合比例性分析技术与方法匮乏和语义上存在宽泛性与模糊性。精确性不足的比例原则,使得其适用者无法全面衡量客观利益、容易滥用合比例性裁量、容易从结果导向出发进行合比例性分析。

第二章主要研究目的正当性原则的引入及适用。传统的“三阶”比例原则在规范结构上并不包括目的正当性原则,这与其产生时“无法律便无行政”的自由法治国历史背景有关。随着时代环境的变化,近些年来很多国家的法院实际上以不同的方式审查了公权力行为的目的正当性,归结起

来可以分为三种类型:目的正当性一般审查类型、目的足够重要性审查类型和目的正当性分类审查类型。目的正当是公权力行为正当的前提,将目的正当性原则纳入比例原则之中从而确立“四阶”比例原则,有利于限制立法者、行政者的目的设定裁量,有利于实现实质正义,充分保障人权,还有利于促进实质民主和良好行政。法官在个案中首先应当查明立法者、行政者的真实目的,否定明显不正当的目的,然后以适度的司法克制与尊让综合评判目的的正当性。

第三章主要研究适当性原则的精确化方法。适当性原则要求手段与目的之间具有实质关联性,并非追求“帕累托最优”。由于是对手段的事实预测进行司法审查,所以适当性原则的适用被认为容易侵犯立法者的事实形成余地、行政者的专业判断余地。尽管在司法实践中,德国联邦宪法法院发展出了明显不当性审查、可支持性审查和强烈的内容审查三种审查基准,但适当性原则的适用仍然没能走出困境。对于正在发生效力的手段,应进行客观适当性审查;对于已经实施完毕的手段,应进行主观适当性审查。

第四章主要研究必要性原则的精确化方法,即如何更客观地确定手段的最小损害性。等同于最小损害原则的必要性原则,在内涵上经历了从“必要的目的与必要的手段”到“必要的手段”的转变。为了预防与控制公权力行使的恣意与专横,应当客观化必要性原则。在判断何为必要性手段时,不当忽略不同手段的有效性差别。如果通过成本收益分析方法,再借助于手段的相对损害计算公式,对异同有效性的手段进行损害大小比较,就能有效破解最小损害性难以客观判定的难题。

第五章主要研究均衡性原则的精确化方法。目前具体化均衡性原则的尝试主要可分为两种模式:一种是从权衡者角度出发的数学计算模式;另一种是从当事人角度出发的事实问题商谈模式。均衡性原则的本质为目的必要性分析,其功能在于保障权利不被过度侵害和促进社会整体福利。均衡性原则实际上是要求成本与收益相称。为了尽可能地消除均衡性判断的非理性,应当以权衡者和当事人为共同视角,构建出均衡性原则具体化的新模式。

第六章主要从司法者视角构建了比例原则的多元审查基准体系。构建类型化的比例原则审查基准体系,是弥补比例原则精确性缺陷以增加司法理性的需要,是公正实现能动主义下司法监督功能的需要。比例原则的全球化适用呈现类型化的趋势,对于限制权利的公权力行为进行不同强度的审查,已成为大陆法系和英美法系司法审查的共同特点。应确立比例原

则的宽松审查、中度审查和严格审查三种审查基准类型,对公权力行为目的与手段进行不同强度的合比例性审查。

第七章主要研究比例原则在行政法中的适用。比例原则在中国的适用已从行政处罚扩张到多种行政行为领域,已成为法院评判行政行为实质合法性的重要准则。法院可以根据“滥用职权”和“明显不当”标准,对行政行为进行合比例性审查。对于目的正当性和手段的适当性、必要性、均衡性的规范认识还存在一定的分歧,审查标准并不统一。在合比例性举证责任上,一些案件并没有完全遵循行政诉讼举证责任倒置规则。在合比例性审查强度上,似乎大多是宽松审查或低密度审查。对于行政行为是否符合比例原则,法官在个案中有着巨大的裁量空间,但大多数判决论证说理还较为简单。

第八章主要研究私法中比例原则的适用。首先研究了比例原则的适用范围,对比例原则在宪法、行政法、刑法、诉讼法、经济法、财税法、国际法等公法和私法领域的适用进行了系统考察。然后提出权利的相对性理论,决定了比例原则在私法领域有广泛的适用空间。结合中国《民法典》第132条和《宪法》第51条,对权利滥用、权利边界问题进行了深入探讨。最后提出无论是公权力机关识别权利滥用,或是划定权利边界,还是私主体行使法定权利,比例原则都可以提供有效的方法论指引与行为准则。作为公法“帝王原则”的比例原则,在私法中也有广阔的适用空间,但切忌无限扩大化适用,避免损害平等主体间真实的意思自治与实质的契约自由。

第九章主要研究比例原则的中国宪法依据。首先提出了探寻比例原则中国宪法依据的必要性,然后系统考察了比例原则宪法依据的争论,最后认为通过解释《宪法》第51条的“权利的限度”条款和第33条第3款的“国家尊重和保障人权”条款,可以得出比例原则在中国具有宪法依据,属于宪法基本原则。比例原则内置于权利和权力之中。无论是在关注公共利益的公法领域,还是在关注私人利益的私法领域,抑或是在关注国家利益的国际法领域,比例原则都有广泛的适用空间与紧迫的适用必要。

第十章主要研究合比例性、理性与商谈。精确化后的比例原则,有利于增加法律明确性与安定性、有利于提升说明理由的质量、有利于减少权衡的非理性。但是,由于功利主义的数学计算会造成价值理性的缺失、成本收益的量化困境以及未来事实不确定性,导致比例原则的精确化也存在限度。比例原则的精确化限度,实际上体现的是政府行为形式合法化范式与实质合法化范式的困境。无论再怎么精确化,比例原则的适用仍然无法摆脱可能导致非理性的实质权衡。获取合比例性的“正解”,提供让利益

相关方都高度信服的正当理由,最大程度地减少政府行为的合法性争议,或许需要超越形式合法化和实质合法化两种传统范式,迈向商谈合法化范式。

(二) 研究方法

本书属于世界法学前沿问题研究,充分运用了德语、英语、中文等国内外一手文献,并结合最新的法律文本、司法判决、热点事例,对比例原则理性适用进行了系统深入的专门研究。

1. 动态的决策过程视角

本书研究视角全面,跳出了大多以司法为中心的法学传统研究范式。即除了从法官视角,还从立法者、行政者的视角,全面研究了比例原则的理性适用。长期以来,研究者大多以司法为中心研究比例原则的适用,过多关注如何在司法审查中适用比例原则。以司法为中心的法学传统研究范式,往往呈现“点”的特征而缺乏动态的决策过程视角,从而导致对比例原则的研究视野不够全面,缺乏从“线”和“面”上进行融贯的体系性全方位研究。

比例原则不仅仅是法官判案的原则,更是立法者在制定法律、行政者在执行法律时,都应当遵循的法律原则。比例原则是所有公权力行使者的原则。立法者、行政者应当如何运用比例原则进行理性的决策分析,如何设定目的、如何从众多手段中选择一个有助于目的实现的最小损害手段、如何权衡手段所造成的损害同其所增进的公共利益之间的均衡性,都是值得研究的全新重要视角。

2. 多元的研究方法

(1) 交叉学科研究法。比例原则的精确化是一个跨学科的研究主题。为了发现比例原则精确化的有效方法,需要充分运用相关交叉学科的知识。在法学学科知识的基础上,充分运用经济学、政治学、管理学、社会学等交叉学科的前沿理论,实现跨学科知识的整合与增量。另外,在法学学科范围内,不同部门法也存在很大差别,本书研究涉及比例原则在宪法、行政法、刑法、诉讼法、经济法、财税法、民法、国际法等多个领域中的适用。

(2) 比较研究法。比例原则发源于18世纪末期的德国警察法,如今正在全球流行。本书充分研究了比例原则在世界上主要国家和地区的适用。既考察了比例原则在域外国家宪法文本中的规定,如《德国基本法》《加拿大权利与自由宪章》《南非共和国宪法》《希腊宪法》,也考察了相关国际法律文本中的比例原则,如《欧盟基本权利宪章》《欧洲人权公约》。

对比例原则的司法适用进行了比较研究,研究了德国联邦宪法法院、欧洲人权法院、加拿大最高法院、南非宪法法院、以色列最高法院、韩国宪法法院等域外法院的典型案。在运用比较研究法的同时,实际上也涉及规范分析法和案例分析法。

(3) 理想模型法。理想模型法是物理学中常见的一种研究方法,它通过把研究对象所具有的特征理想化,突出强调研究对象在某方面的特征或主要特征,有利于全力掌握研究对象在某些方面的本质特征。对于比例原则的精确化来说,特别是对于必要性原则和均衡性原则而言,为了认清究竟什么是最小损害性和均衡性,有必要运用理想模型法。本书确立了两种理想模型,即手段的相对损害性计算公式和均衡性判断公式。

另外,在研究过程中还涉及历史分析法、系统分析法、制度分析法等研究方法。