

比例原则适用的范式转型

蒋红珍

【摘要】比例原则正在经历某种范式转型。在辐射范围上,比例原则实现从国别、区域到全球的地域性影响,完成从公法、私法到其他部门法的渗透;在功能定位上,比例原则保留传统权利保障功能的基本定位,同时拓展到权力配置功能的复合形态;在适用形态上,比例原则作为法律原则的规范性命题伴随司法适用的推进得以进一步彰显,并且开始作为方法论成为“目标—手段”理性构建的基准。之所以呈现这些范式转型,除了比例原则自身的内涵和特质,离不开代际更迭中的法治观转型和全球化影响。需要认真探索比例原则范式转型的本土化实现路径,基本立场是突破公法适用的藩篱,遵循“统而分殊”的路径。“统”的立论基础是探索“无部门法差别”意义上的比例原则范式转型路径,“殊”则是探讨其在具体学科领域适用中的特殊性。

【关键词】比例原则;范式转型;法律原则;法律方法论;司法适用

【作者简介】蒋红珍,上海交通大学凯原法学院教授(上海 200030)。

【原文出处】《中国社会科学》(京),2021.4.106~127

【基金项目】本文为国家社会科学基金项目“比例原则的本土化和全球化”(17BFX038)阶段性成果。

法学界对比例原则的一个认知趋向是,它正在经历某种“突破性进程”。一方面,比例原则已经跨出了作为发端之地的德国的大门,不仅影响到诸多国家或地区的国内法,还被引入区域法与国际法,体现出全球蔓延的地域影响力;^①另一方面,从法系角度看,比例原则的适用正在消弭大陆法系和普通法系这一传统的法系界别,它不仅是大陆法系国家耳熟能详的公法基本原则,^②并且成为英国、澳大利亚、新西兰甚至是美国等普通法系国家借鉴和热议的对象。^③此外,从部门法角度看,与以往局限在公法领域不同,比例原则开始摆脱公法之藩篱,影响民法、刑法和诉讼法等所有其他部门法,具有发展成为整个法律帝国之基本原则的趋势。^④

将这种突破性发展作为一种外在现象加以观察,可以发现,除了上述适用范围的拓展,比例原则在迭代更替的法治发展脉络和纵横交错的全球化浪潮中还进行着本体论层面和认识论层面的范式转型,^⑤并且,两者间交互印证着现象与实质之间的因果关系。本文试图揭示比例原则这种突破性进程的若干面向,分析其在辐射范围、功能定位和适用形态

层面的范式转型,并剖析促成这些范式转型背后可能隐含的机理。范式转型体现了比例原则在法治观更迭和全球化浪潮中的发展面向,同时需要进行本土化路径选择的思考。借助相对成熟的国内行政诉讼实践的观察,总结作为法释义学概念的比例原则的适用经验,可以助益于未来学理和实践的更新发展。

一、辐射范围的转型:从地域性影响到部门法扩展

从严格的释义学概念看,比例原则是德国法的产物。它发端于18世纪末期的警察行政法领域。一开始,比例原则通过行政法上判例和立法例的承认,确立起部门法位阶;二战后,伴随《德国基本法》的出台与联邦宪法法院裁判适用的积累,渐趋发展出宪法位阶,并最终成为统摄德国公法领域的皇冠原则。^⑥从这一发展流脉来看,形成之初的比例原则有其国别(德国)、法系(大陆法系)和部门法(公法领域)的渊源基础;在功能上,它强调通过对公权力的拘束或限制,来达成对公民权利给予保障的根本目的;^⑦从适用形态看,它典型地作用于那些对具有“防御性质

之权利”给予司法主张的领域,强调的是“法规范层面”的适用。^⑧

但显然,这幅图景正在发生转变。放眼国际,比例原则正以日益旺盛的生命力,在全球不同法律体系、不同法律部门中广泛传播,以至于学界不仅关注其适用的普遍性问题,^⑨并且将之概括为“比例原则的全球化现象”(Globalisierung des Verhältnismäßigkeit)。^⑩在我国,有学者用“比例原则的双重普遍性”形容这种转变;^⑪也有学者采用“纵横脉络”描绘比例原则纵向的跨领域(法律部门)和横向的跨地域(国家)发展趋势。^⑫无论是“双重普遍性”,还是“纵横脉络”,都试图揭示比例原则在以下两个层次的扩散效应。

(一)从国别、区域到全球的地域性影响

从一个国内法的公法原则,形成具有全球蔓延态势的地域影响力,从而发展为一项法律帝国的共通原理,这一发展在“阶段论”上可以区分为三个层次:

其一,以国别为基础的继受模式。这一阶段主要发生在比例原则域外发展的早期,被借鉴到那些法治发展深受德国法影响的国家或地区。比如在日本,讨论宪法之公共福利和警察法适用时,往往借鉴德国法治国原则下的比例原则。^⑬这一时期比例原则的域外发展,基本以继受为主,因此无论是功能还是形态上,比例原则的适用尚未产生实质性的变化。^⑭

其二,以区域法为契机的整合模式。世贸组织及其规则体系的构建,为比例原则的发展提供了区域法或者国际法的契机,^⑮不过,对比例原则适用的辐射效力拓展更具影响的,是欧盟以及欧盟法的出现。伴随欧共体法的确立及其对成员国国内法的影响,尤其欧盟法院体系的采纳,比例原则从德国国内公法原则被引鉴至欧盟的法体系,它不仅在欧盟内部的多国国内法院以及欧盟法院中得以适用;^⑯同时也将英国卷入是否应当采纳比例原则进行国内法适用的争论之中,并影响到英联邦诸国。^⑰这一阶段的比例原则发展,不仅在位阶秩序、审查密度等领域获得系统性讨论,并且原有的功能和形态也获得实质性突破,为其范式转型提供了基础。^⑱

其三,以全球化为背景的建构模式。比例原则

发展开始脱离国别、法系和部门界分的桎梏,影响到包含全球重要法系、超越国别和区域法、弱化公私法的传统分野、涵盖于实体法与程序法领域、深入国内和国际法的适用,形成一股全球化浪潮下“法律帝国之基本原则”的趋势。^⑲伴随全球化而进行的,是每一个个体都镶嵌在全球化进程中,共同见证和作用于“比例原则全球化”发展潮流的整体。这样,每一个适用单体的本土化进程,需要返回全球化背景下的比例原则体系性解释方能加以反馈和涵盖,这也促使了一种新的建构主义路径。^⑳

(二)从公法、私法到其他部门法的渗透

与地域影响力的拓展相伴随的,是比例原则开始在不同部门法领域予以渗透。我国公法领域对比例原则的早期关注,大多来自日本和德国作品的介译,^㉑21世纪初叶,逐渐开始观察其在欧盟法的影响。^㉒尽管“作为舶来品之比例原则”的论断是我国公法学界的基本共识,但近年来,比例原则在我国公法领域尤其是行政法学领域取得了一定的研究进展。^㉓伴随着一系列司法案例的适用,特别是代表最高人民法院态度的判例援引,比例原则已成为具有司法适用正当性的规范命题。^㉔

民法和刑法等部门法也开始对比例原则予以关注。^㉕从刑法角度看,支持者提倡“理性的罪刑模式需要比例原则的植入,由此来弥补刑法基本原则无法有效防止立法泛滥与刑法谦抑性所不具有的硬约束力的缺陷”;^㉖继而有学者论证比例原则在刑法中的具体展开和适用。^㉗在民法领域,从应然层面倡导比例原则民法适用的观点已经比较常见,^㉘对比例原则的学理关怀已涵盖将其引入民法的理论对接、制度规范、法律适用和方法论等诸多层面。

当然,这种跨学科适用的观点不无争议。^㉙民商事领域,除了“全面适用论”,^㉚也有学者坚持比例原则“作为控制处于强势地位的主体过度行使权力的工具性原则本质,决定了其在民法中适用的有限性”,^㉛只能开放在有限的特殊领域。^㉜刑法领域对比例原则的委婉批判包括“比例原则无法超越‘法益保护原则’的内容,且受到自身审查范围的局限,只对贯彻法益保护原则具有方法论的意义。”^㉝但也有学者反对用“法益论”实现对国家刑罚权的实体性控

制,而坚持认为比例原则是更适合作为对刑法体系进行控制的制度工具。^④类似的争议和讨论,可能还涉及诸如诉讼法、^⑤反不正当竞争法、^⑥知识产权法、^⑦税法、^⑧劳动法^⑨等学科领域。

二、功能定位的转型:从权利保障到权力配置

解释比例原则之所以形成跨国别的地域影响力和跨部门的法适用效力,首先有必要交代比例原则在传统意义上作为规范立场的功能定位,以此为基础审视其在当下语境中的功能转型。伴随着传统功能定位转型所展现的,可能还有比例原则在不同法律关系谱图中主体结构的变化。

(一)从防御性权利的保障到一般化的法益衡量

传统公法领域中的比例原则适用,根本功能定位于防御性权利的保障。所谓防御权,主要针对国家义务的消极性而言,即那些要求国家不得侵犯的公民权利。历史上,比例原则率先针对自由权问题提出。在个人自由和其他法益产生冲突(通常以公共利益为代表)的情况下,通过比例原则的权衡适用,防止个人自由受到公权力的不合理侵害。尽管防御权的功能并不一定为自由权所独享,^⑩但不可否认,自由权作为最典型的防御性权利,是比例原则功能实现的核心领域。

改变比例原则功能定位的,或者说之所以能够支撑比例原则进行跨学科适用的关键,是不再必然将其视为针对国家义务而言,而是覆盖所有主体之间的法益冲突。

在比例原则的分支结构中,均衡性原则(狭义比例原则)被誉为比例原则的“心脏”,代表在目的与手段之间进行利益衡量的精髓。^⑪传统公法上,目的与手段之间的利益衡量意味着“公共利益与私人权益”间的利益衡量。然而,利益衡量充斥在横跨公法与私法的广大领域,不仅存在于“公共利益—私人权益”的结构之中,也广泛存在于社会内部“私人利益—私人利益”的冲突之中。这就影响到比例原则究竟是仅适用于“国家—公民”结构中的“公共利益—私人权益”,还是应拓展到“公民—公民”结构中的“私人权益—私人权益”?

比例原则能否适用于任何形式的法益冲突,学界存在分歧。否定者主张,既然比例原则的宗旨在

于抵御国家公权力给公民造成过度的侵犯,那么其适用范围就只能局限在公权力机关损害公民权利的情况下。^⑫但也有学者坚持“比例原则的确滥觞于行政法领域,然而,该原则早已跨越具体部门法的疆界而成为现代法治社会中具有普遍性和根本性的指导原则。”^⑬既然侵犯公民自由的行为不仅可能来自国家,还可由个人实施,那么公民因行使基本权利而损害其他公民权益的行为,就不能同样处在比例原则的约束和管控之下。^⑭可以说,正是将比例原则的审查功能扩展到一般化的法益冲突,使得比例原则适用所涉及的主体结构超越了传统定位中的国家,拓展到“公民—公民”之间。这样,比例原则适用所调整的权利义务关系也就突破了传统公法领域,开始向私法以及其他部门法迈进。

(二)从“权利—权力”“权利—权利”向“权力—权力”的结构拓展

比例原则出现在分权领域中的讨论,是尝试在原有权利保障基础上的结构性拓展。如果将国家、社会和个人之间的分权称为“初次分权”,那么国家权力内部的分离、分立和分配则为“二次分权”,比例原则被引入这两次分权之中。^⑮德国法上,比例原则的适用甚至还被扩展到“代际之间”的“权力—权力”结构之中。^⑯

区域法的整合模式中,欧盟宪法将比例原则作为欧盟与各成员国之间权力架构的基本原则,便可以看出这种转型的契机。根据《欧盟宪法草案》,“欧盟行动的范围与形式不应超出实现本宪法之目标的需要。各机构应按照第三款所提到的《议定书》的规定贯彻辅助性原则和比例原则。”^⑰事实上,比例原则并非在欧盟宪法出现之后才得以在纵向分权架构中适用,它在联邦制、单一制等纵向分权的结构形式中都有其存在的形态,只是内容有差异而已。^⑱从比例原则在纵向分权结构中的适用看,我国是单一制国家,但也有权力纵向分工的制度因素,也就有比例原则的存在基础。

如果说纵向分权体现比例原则在“权力—权力”结构中适用的普遍性,那么在我国地方改革试点授权中的讨论,则体现其在“权力—权力”结构中适用的延展性和特殊性。《立法法》第13条确立地方改革

试点授权条款。如果说单一制国家需在全国范围内保证法律规则的单一性和同质性,那么,地方改革试点就需要创设一个有资格决定暂停法律实施的权力中心。从法治的根本要求看,这一特殊权力的行使存在着“通过例外来颠覆常规”的危险,此时,比例原则的适用可以为地方改革试点的授权提供实践反思和法律解释的基础。^⑩

三、适用形态的转型:从规范立场到超越规范立场

当比例原则突破以权利为基础的定位,扩展到“权力—权力”的结构,实际上赋予了比例原则在所有权利(力)义务配置框架中的适用可能性。这种功能定位的变化需要匹配其从传统的规范立场向超越规范立场的转型,从而进一步拓展比例原则在本体论和认识论层面上的内涵。

(一)传统定位:规范立场及其司法适用

对比例原则的传统定位,是将其视为一项法规范,核心地作用于司法审查。通说认为,规范包含原则与规则,与法律规则通常作为“确定性命令”(definitive Gebote)、以一种“全有或全无”的方式被适用不同,法律原则作为一种最佳化命令(Optimierungsgebote),具有“分量”的向度,能够在不同情形中以不同的程度被实现。^⑪传统公法上对的比例原则适用,主要立足规范立场——以宪法为依据进行合宪性审查、以行政法为依据进行合法性审查。由于原则在法律体系中从来就不是孤立地被适用,在决定考虑实现某个原则时,不可避免地要考虑其他相对立之原则的存在和影响,因此,比例原则追求的目的(公益实现)和手段(私益负担)的合比例性要求,就会时刻与作为单体的“权利原则”相互影响。^⑫就比例原则三个分支原则而言,适用本身也带有可能的冲突性。^⑬总体而言,比例原则在规范立场上的展开,主要面向个案事实与法律效果之间的关联性、可适用性和预见可能性。^⑭

(二)超越规范立场

不过,当下对比例原则适用路径的讨论,似乎有超越传统规范立场的倾向。“比例原则已经超越了原则与规则语境下的原则属性,构成了指导所有法律原则与规则适用的公设(postulate)或曰元规范(meta-

norm)。”^⑮这种超越规范属性的定位,可能存在两种解释方向。

其一是返回“法理学(法哲学)化”。作为规范立场的比例原则,尽管“实定法化”本身并不会改变法律原则的性质,但是在以追求规范内涵的确定性为重心的释义学体系中,法律渊源之基础是比例原则得以印证的前提。^⑯比例原则的显著特点,本身就是由多个分支原则构成的规范结构使其从一个抽象的理念落实为具体、可操作的概念,体现规范适用的确定性。^⑰但促使比例原则从公法拓展到私法等领域、实现功能与形态转变的一个成因,恰恰是将其从原初的规范适用立场返回到法理学(或法哲学)的立场,存在着一个“去规范化”的“法学理化”过程隐含其中。

这一方面体现在,若干跨学科的比例原则适用较少追问法释义学上的法源基础,而是将之理解为一种理念、思想或文化,以此来论证其作为一项行为准则所应具有理性判断适用的普遍性。比如有学者在论证比例原则之所以能够在包括民法在内的整个法律秩序适用时,强调的是“比例原则表达了一种适度、均衡的理念和思想,因而是一项理性的行为准则,能够作用于包括民法在内的整个法律秩序。”^⑱“比例原则是一种检验公权力行使正当性的价值理念”,也被用于将比例原则引入刑罚权设定和实现的论证前提。^⑲随着比例原则作为目的手段关系处理典范的观念日益勃兴,部门法纷纷以此作为比例原则适用的前提,司法判决中亦有所体现。^⑳

另一方面,与承认利益衡量的普遍性相伴随,比例原则作为利益衡量之代名词的定位也得到越来越多的共识。比例原则作为利益衡量方法,应当得到全面的运用。^㉑公法学者也承认“利益衡量与狭义比例原则实际上内容应该是一致的”。^㉒如果忽略利益衡量本身在公私法领域适用时所针对的主体和利益种属的差异性,那么利益衡量本身就成为(部门)法解释学的内部体系和超越法解释学的外部(学理)观察所具有的共通性概念。按照卢曼的观点,利益衡量本身就是所有司法推理中的“特洛伊木马”,它巧妙地贯通起解释论的内部和外部视角。^㉓

其二是从本体论迈向方法论。将比例原则从一

个实体性的解释规范转变为一种方法论的观察视角,是比例原则得以超越狭义规范立场的另一种语境。与传统上将比例原则视为一项本体论意义上的法律原则不同,这一视角凝练出比例原则具有本体论和方法论的双重性质。其中,在国家权力领域适用时,主要体现本体论的意义;而在非国家权力领域适用时,则更多地体现方法论的意义。^⑥换言之,传统公法领域中“用权利对抗权力”的功能实现属于比例原则本体论的场域,除此之外则倾向于方法论层面。“比例原则作为一个方法论意义上的工具性原则”的观点,受到一定程度的追捧。^⑦这一方面,与比例原则作为在“权利原则”背后具有方法论意义上的指导价值有关系;^⑧另一方面,也与比例原则自身的规范构造有关。较之以“目的与手段关系”的抽象描述,比例原则具有明确而具体的内涵层次和操作步骤,它以“非常精细严密的思考框架,包括了人类进行合乎理想的权衡所应考虑的各种因素,并以步骤化、可操作化的方式呈现出来”。^⑨此外,学理建构与司法实践相得益彰的类型化或阶层化适用模型,也使其更富有方法论的指引效果。^⑩

比例原则在方法论意义上的延展,还可以与“成本收益分析”结合起来。比例原则与成本收益分析的同构性,得到不少学者支持。波斯纳曾指出:“手段一目的理性,与成本—收益分析,具有同等性”。^⑪卢曼在提及合比例性时,也自然地将其等同于“成本效能”。^⑫成本收益分析的方法论基础,跨越了公私法的截然分割。一方面,发端于美国的成本收益分析广泛运用于行政决策和规制选择,使得探讨比例原则与成本收益分析的关系在公法领域具有一定代表性。^⑬另一方面,“比例原则作为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”。^⑭不过两者间的关系问题存在争议。“取代说”认为比例原则存在严重的理论缺陷,应当为成本收益分析所取代。^⑮而“取代不能说”则认为,成本收益的经济分析在揭示作为法律规范的比例原则时“注定非常有限”。^⑯考虑到法学科分类的成熟度和精细化本身就代表着解决复杂社会问题的能力,作为“法释义学之经典概念”的比例原则和作为“法经济学之核心工具”的成本收益分析,

必然在各自领域享有擅长的优势,但同时也有各自的弱点,^⑰不宜简单地得出非此即彼的论断。^⑱不过,结合成本收益分析的视角对比例原则加以观察,确实有助于加强经济效率的观念,对反思当下公法学界所质疑的“公共利益”概念本身不无助益。^⑲尤其是将一套法经济学的方法对照于一项法的基本原则,还有助于强化衔接在法律原则实体性价值之上的方法论认知。

四、契合比例原则适用转型的成因

如果将比例原则跨地域和跨学科的发展视为一个外在现象,那么实现功能定位和适用形态的拓展,代表着比例原则在学理和实践中适用的范式转型。有必要进一步区分内外视角,聚焦讨论形成这种范式转型背后的助因。

(一)内部视角

比例原则解决目的手段关系,而目的与手段间的理性,贯穿于人类活动的全部。从(法)哲学思想看,与德国“不以大炮射麻雀”、英国“不用汽锤破坚果”等仿似,中国古代就有“杀鸡焉用牛刀”(《论语·阳货》)、“以隋侯之珠,弹千仞之雀,世必笑之”(《庄子·让王》)、“于所体之中,而权轻重之谓权”(《墨子·大取》)等类似表述。杀鸡取卵、竭泽而渔、焚林而猎、削足适履等成语也常被用来警醒目的与手段之间的不相匹配。此外,“两弊相衡取其轻,两利相权取其重”,以及“中庸”“中道”“过犹不及”等都包含着合比例的思想……这些无不说明,目的与手段间的“因果关系审视”贯穿于人类历史的古今中外。比例原则正是将这种“超越时空的价值内容”予以了叙事和规范层面的转换。尽管德国法释义学领域中的比例原则有其自身的规范立场和功能定位,但其背后所体现的“目的与手段理性”却具有法哲学甚至哲学意义上的普适性。语义学上的“比例”一词本身包含着一种契合伦理共识、进退有度的内涵旨趣。^⑳这些都为比例原则超越部门法、甚至是超越法学学科提供了土壤。

法学作为一门追求实践理性的学科,目的与手段的理性关系自然占据重要地位。不仅“目的与手段的合理性及其因果关系的考虑,在法律、法院以及其他领域都应该发挥重要功能”,^㉑甚至“手段符合目

的,乃是法律中使用的唯一正当性方法。”^②目的手段关系判断的广泛性,在部门法内部和外部都有所体现。比如从行政法角度看,立足于权力控制的视角,比例原则除了影响对实体结果的判断,也同时作用于程序形式的选择;^③除了对表意性的行政作用方式进行合法性判断,还可以对不具有法效力的事实行为给予审查;^④除了为“具体”行政行为(行政处分)提供合法性审查标准,还可以针对抽象的(行政)立法形成提供合法性甚至是正当性评价标准。^⑤除了适用领域的广泛性,比例原则对目的手段关系的评价,还具有“要求具体衡量、追求动态平衡”的特点,使相关的具体标准能够体现在个案和抽象规范间的利益衡量和选择之中,从而形成解释空间的广阔性。从某种层面说,比例原则之所以能够在不同法系、不同法律部门之间扩展,比一般化的“法益衡量论”更体现普适性基础的,^⑥正是“目的手段理性”在人类行为模式中的普适性基础。^⑦

并且,与单纯作为一个(法)哲学思想或价值命题不同的是,随着在德国公法学理和司法适用的不断发展,比例原则自身在规范结构上所具备的精致化和逻辑性,还为这种目的手段理性的价值追求提供了一条有效达成判断的路径和方法。

从经典的“三阶论结构”看,比例原则遵循适当性审查、必要性审查和均衡性审查的三阶审查步骤。其中,适当性原则审查手段是否有助于目的实现;在此基础上,必要性原则要求在所有相同有效实现目标的手段中必须选取最温和、对权利损害最小的手段;最后,均衡性原则进一步审查手段产生的损害与目的追求的利益之间的平衡性。这三重审查标准,本身包含着法律评价中的多元视角,各自有着张弛不同的审查效果,涵盖不同利益诉求在法律论证中的实现。三阶审查模式,不仅仅指比例原则自身分为三个分支原则,并且还要求这三个分支原则具有逻辑上的延展、步骤上的递进,只有在符合了上一分支原则的前提下、才能够进入到下一原则的位阶适用,从而使每后一个原则都有“强化”前一个原则的功能。^⑧

位阶适用的路径化指向,丰富了利益衡量的周延性,同时为实体价值的追求提供了程序化以及方

法论的指引。换言之,比例原则回应的不仅仅是目的手段理性的结果指向,并且试图确立手段选取与目标匹配的完整流程,体现一套具有逻辑延承的体系,是一套“分析框架或论证程序”。^⑨这种分析和论证步骤中的路径化,可能正是促使比例原则从规范拓展到方法论的原因所在。比例原则的核心,就成为一套“目的手段衡量方法”。^⑩作为程序性的思考框架,为实质的价值判断提供了更易为人所接受的理性“套路”。这样,当具体化、程序化、可操作性强成为比例原则的基本特征和主要优势,^⑪即使刑法学者认为比例原则无法超越“法益保护原则”的内容,也不得不承认它对贯彻法益保护原则具有方法论的意义。^⑫

(二)外部视角

之所以比例原则形成跨地域和跨部门的影响力,完成在功能定位和适用形态上的拓展,除了比例原则自身的特质,可能还与代际更迭中的法治观转型和全球化影响相关。

首先,比例原则的全球宪法化,使之成为合宪性论证中的首要原则。^⑬人权观在20世纪的勃兴,伴随司法职能及其独立性价值的全球扩张,为比例原则成为多元目标下、富有实践性的审查标准提供基础。宪法的全球化是比例原则全球化的重要支撑。“比例原则实质上是正当理由文化的需求,这种正当理由文化需求代表着宪法在全球水平的深刻转变。”^⑭在宪制全球化的同时,全球宪制也进入“合比例时代”。^⑮伴随宪法全球化及其“正当限制基本权利”的观念传播,比例原则体现出“跨地域”的普遍性。同时,由于(宪法)涉及对所有公权力行为是否正当(合宪)的检验,至少在立法论层面,当所有部门法都服膺于宪法规范的审视,那么比例原则也就具备了“跨部门法”的普遍性。^⑯

其次,从公私法发展角度看,比例原则在私法领域的拓展,离不开现代法治转型中“私法社会化”或者“私法宪法化”浪潮的影响。受20世纪国家干预主义与福利制度的影响,法律规范的“社会化原则”,即保护弱势一方或者公共利益的意图开始突破公法,蔓延到私法领域,模糊了私法与公法之间的分界。^⑰换言之,私法在实现个人利益的同时,亦需兼顾大众

福利与集体利益。^⑤原本因为公私法分割造成的私人间权利主张属于不同权利保障体系的属性被打破,宪法及其基本权利效力观的转型,也为这种私人间的法益冲突提供了必要的理论储备。

与此同时,公法的发展在20世纪也呈现迭代变换中的波浪壮阔。国家干预主义导致“行政国”时代开启,福利观的兴起使得公民诉求和权利形态依赖于国家的积极给付义务。这对比例原则作为传统主观公权利的司法审查标准之定位带来了冲击。20世纪下半叶以来的“公法私法化”代表着世界范围内公法变迁中最引人注目的现象,七八十年代席卷了几乎整个西方世界的公共行政改革浪潮,被认为是福利国家政策的反潮流:大政府重新受到质疑和审视,回归市场再次受到青睐。这样,夹杂在社会法治国的转型、反福利国家政策的新市场主义运动、工业和科技发展集聚后的风险时代任务、信息化革命促使的新旧业态洗牌……都使得现代国家的法治必须应对各种利益之间更为复杂的冲突和衡量。^⑥

复杂的利益衡量需要借助混合型的法律推理。当需要通过政策评估和法律原则两个方面来形成案件结论的时候,就需要结合政策考量来丰富法律原则的演化。“尽管判决依然以传统原则和规则的形式出现,不同政策选择的结果决定着法律原则的内容和形态。”^⑦在这种情况下,比例原则既包容多元价值,又提供系统框架的特质,一方面使它能在本来“不可通约”的价值间进行比较,具备多元论的冲突解决优势;^⑧另一方面,它使得分析过程的各个阶段变得更加透明,这也促使方法论意义上的比例原则获得青睐。“固然比例性测试不能给所有案件提供清晰的解决方案,但是能提供分析问题的方法,在某种程度上实现可预测性。”^⑨当然,跨法系、跨国别、跨地域、跨部门的法律应对需求,也促使比例原则在功能和适用形态上的范式转型,来回应这种代际之间延展、回潮甚至叠加之中的变化。

五、比例原则范式转型的本土化路径

在法治观更迭和全球化浪潮中不断勃兴的比例原则之范式转型,一方面迎来了我国跨学科关注的热潮;另一方面,亦伴随着“滥用”之殇的忧虑。实际上,早在确立起宪法位阶之初,比例原则就遭受“流

于质变”(Qualitätsumschlag)的争议,认为司法适用的主观性和随意性将破坏法的安定性和可预见性,从而形成“比例原则的暴力统治”。^⑩质疑声并没有伴随比例原则范式转型和全球发展得以终结,随着比例原则适用的日益普及,引发学界越来越多的检讨和批判。^⑪在这种前提下,对比例原则的范式转型论需要保持必要的警醒和总结分析,探索本土化的实现路径。

(一)基本立场:突破公法适用的藩篱

面对愈演愈烈的各种跨学科争论,“保守观”主张退回公法适用的传统领域,从而杜绝因为比例原则的范式转型而招致的各种非议。这种路径选择的立论基础是:始终坚持公私二元论,并将比例原则适用的前提定位于权利保障观形成早期的“公权力限制说”。它并不否认私人之间会发生权益侵害,但更警惕的对象是国家,因此,比例原则只适用于针对国家的权利保障;而私人之间的权利,则可以交由契约加以节制。将比例原则的功能定位仅仅限缩在“以权利对抗权力”,或者说比例原则只用来“限制公权力滥用”,便是这种立场的诠释。^⑫具体说来,这种“唯公权力限制论”还可细分为两种不同观点:其一,只要属于公法领域,就不排除比例原则的可适用性,比如宪法、刑法、刑事诉讼法等领域;其二,认为比例原则“限制公权力”的独特内涵和价值功能,只针对行政法,“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域”。^⑬

如果把“保守观”视为对比例原则范式转型的本土化选择路径,其优势明显:它有助于巩固“将权力关进制度的笼子里”的法治主张,也有助于减少粗放型的范式转型论和全方位的适用扩张论可能导致的出错率,为将比例原则拔高为帝王条款的热情“泼上一瓢冷水”。^⑭但其过于保守的劣势也很明显。“私法公法化”“公法私法化”的泛公私二元化现象,在我国已经从观念突破到制度。^⑮与国家义务设定模式从防御论、福利论到风险论的阶段性转型相适应,权利保障观也从国家视角突破到私人视角。比如当下,各类网络平台的兴起和信息技术的使用,使得人们对权利侵害主体的警惕对象从国家蔓延至作为私主

体的平台本身。^⑩这就需要比例原则对于权利保障的功能实现“去国家外观化”的转型,通过“去公法部门法化”探索“泛主体性”之间权益冲突和衡量的可能性。在面向建构主义的比例原则全球化浪潮中,既需要增强制度和文化自信,更需要以审慎和开放的态度回应范式转型的需求。反观我国司法实践,比例原则在民商事审判的适用早已屡见不鲜,^⑪用比例原则应对知产保护和科技创新的关系,亦体现司法创新性,^⑫这都亟须学理的积极回应。

(二)迈向“统而分殊”的范式转型论

退避公法领域的保守路径已经无法有效回应法治观更迭和全球化背景下比例原则的发展需要。从本土化路径选择角度看,比例原则在跨学科、泛功能和多形态适用模式的嬗变,需要遵循“统而分殊”的路径。

1.“统”的立论基础

对于“统”而言,寻求宪法资源是比例原则范式转型得以实现的重要支撑。从宪法文本看,比例原则是否存在明确的法律依据,存在争论。肯定者举出《宪法》第33条第3款、第51条,甚至《立法法》第6条来证成比例原则的宪法基础,^⑬但否定者认为“在我国,宪法并没有直接明确规定比例原则”。^⑭即使在德国,比例原则在《基本法》上是否具备规范基础也存在争议,^⑮但德国宪法法院通过持续而有影响的判决赋予了比例原则宪法位阶及其司法适用力。由此,试图借助“宪法位阶”将比例原则的司法审查扩展到涉及所有部门法的合宪性领域,还有待学理和实践的精进。

比例原则是否具备“宪法位阶”对于确立“统而分殊”的范式转型论有两方面积极意义:其一,作为“宪法位阶”的比例原则可约束所有公权力,包含立法权、行政权和司法权。从我国现有行政和民事判例看,比例原则不仅成为审查行政权行使合法性的重要标准,并且最高人民法院也确立用比例原则拘束司法权的先例,为比例原则的跨学科适用提供了基础。^⑯其在立法论层面的适用,也得到学理的积极探讨。^⑰此外,获取宪法位阶也有助于比例原则在“权力—权利”结构中的突破。其二,宪法位阶的确立,还有助于比例原则借助基本权利的“效力理论”

扩张而突破原有“权力—权利”的传统适用结构,进入私人之间的权利冲突和衡量领域,为比例原则在适用领域、功能、结构的转变提供助力。德国法上,基本权利第三人效力理论从魏玛宪法时代介入劳动契约开始萌芽和发展,虽然目前还存在直接效力说和间接效力说的争议,但在一定情形下可以进入私法领域已成共识。^⑱基本权利的水平效力说在我国的发展和推进,可能是未来比例原则借助宪法基本权利条款进入“权利—权利”结构适用的助力之一。^⑲

除了借助比例原则宪法位阶的力量,成文法的法源基础也能够为比例原则进入“泛主体性”间利益衡量这匹“特洛伊木马”提供支撑。在不同部门法内部找寻到比例原则的解释论规范基础,可为比例原则向部门法领域的适用提供依据。^⑳比如,刑法和民法中都有关于正当防卫和紧急避险的规定。从解释论的狭义立场看,尽管“违法阻却事由”涉及的可能仅仅是公民个人之间的利益冲突,但法条中包含着“采取措施不当”“超过必要限度”“不得以采取”和“不应有的损害”等不确定法律概念,^㉑它们能否为比例原则进入法解释领域提供规范空间,存在论证的可能性。^㉒就适用形态看,无论是手段是否有助于目标实现的适当性审查、行为人是否在可能达成相同目标前提下采取最小侵害手段,还是在手段所损害的他人利益和所实现的个人权益保护目标之间是否保持均衡,均可为精确化法律论证过程提供助力,^㉓体现出比例原则作为一种尽可能周延地涵盖多元论证要素并提供一套可操作性路径的优势。涉及正当防卫和紧急避险判断中的突发性、临时性和紧迫性要素,也可以借助比例原则作为“滑动标尺”和“审查谱系”这一方法论的指引,给予必要的弹性。^㉔除了正当防卫和紧急避险,跨部门法的比例原则适用也可以寻找相关的规范空间作为适用正当性的前提。比如,《民法典》相邻关系条款中有关“必要的便利”和“合理分配”、^㉕利用相邻不动产时“尽量避免……造成损害”、^㉖以及地役权人“尽量减少……限制”^㉗等规定。之所以将法源基础理解为比例原则范式转型路径中的“统”之基础,是因为它立足本土化的成文法规范,为比例原则解释论的适用挖掘具有确立性

的规范土壤。

2.“殊”的具体表现

如果说“统”的立论基础是探索“无部门法差别”意义上的比例原则范式转型路径,那么“殊”则是探讨其在具体学科领域适用中的特殊性。

结合部门法自身特点,寻找部门法中比例原则适用的特别正当性基础,可以为比例原则跨学科适用提供依据。刑法可谓一个典型。除了前述正当防卫和紧急避险因为法条包含比例原则适用的规范基础之外,“罪责刑相适应原则”也能为比例原则进入整体刑法领域的适用提供部门法基础。“罪责刑相适应原则”由我国《刑法》第5条所确立,虽然没有提及比例原则,但如同《行政处罚法》第4条第2款确立的“过罚相当原则”,即使学理上普遍认同它本质上并未受到德国比例原则这一释义学概念的影响,^⑭但由于“过与罚的关系”在行政处罚法领域的特殊地位,因此在学理演进和法律适用过程中,“过罚相当原则条款”已被公认为是比例原则在制定法中的“致命性规范”,并涵盖(行政处罚)立法论和执法论的全部。^⑮广义刑法领域,将刑罚作为国家惩戒至为严厉的、无可替代的最后手段,贯彻到制刑、求刑、量刑和行刑的过程,是否本身体现比例原则,它能否从“罪责刑相适应原则”的法律条款中推导出来,是值得论证的视角。^⑯美国刑法早在德国法上比例原则概念在全球流行之前,就有本土的“刑罚合比例性”的讨论,可以提供借鉴。^⑰

在行政法上,比例原则已经具备一定的规范基础,其作为司法审查标准的适用也在学理和实践确立。但就部门法的特殊性而言,依然可以讨论比例原则在功能和适用形态的多样性。一方面需要承认:在传统解释论领域,比例原则主要适用于行政裁量。但与其说只是从形式上看法条基础是否包含事实要件和法律后果的裁量授权,不如说它只对实质意义上的“部分裁量判断”发挥效力。^⑱但另一方面,由于行政法体系的特殊性,行政主体亦享有立法论意义上的形成自由权。因此,比例原则在行政法领域的适用,可在方法论层面拓展和强化规制政策选择的流程面向和成本收益分析方法的引入。同样在民事领域,比例原则能否拓展适用到违约救济制度、

违反强制性规定的合同无效认定、无行为能力人从事的民事行为效力认定、侵权损害完全赔偿责任等领域,也可结合部门法的特殊性进行论证。

(三)“统而分殊”论的补充

“统而分殊”的范式转型论,其本质是在顺应法治观更迭和全球化浪潮的基础上为比例原则的本土发展提供可行的路径选择。“统”面向部门法适用的无差别性;“殊”则是探索各部门法的特殊性。“统而分殊”的比例原则范式转型,基本遵循了释义学立场,努力寻求制定法层面比例原则范式转型的正当性依据。

按照毛雷尔的观点,比例原则“在德国的效力基础非常深厚,兼及若干相互补充和交叉的理由”:其中包括习惯法、宪法的具体化、参照现行法律规定(法律研究方法主要是类推和对比),和所谓的法律原则(比如正义原则)。^⑲从这个角度看,实证法的概念本身超越制定法,比例原则的效力基础还可以寻求更为广泛的渊源。首先,正如有学者直接从《刑法》第1条的立法依据条款得出作为“宪法基本原则”的比例原则能够直接获得刑法适用的规范基础,^⑳这种借助于立法依据条款的路径是否可以通用到所有部门法领域?其次,正如同有学者从刑法和行政法均属于公法领域,推论得出“适用于行政法领域的比例原则与刑法的法益保护原则具有相通与重合之处”,^㉑能否推而广之地将比例原则适用到诸如刑事诉讼法等公法领域?甚至,借助部门法规范之间的类推与对比,能否使我国行政法上相对成熟并获得司法适用正当性的比例原则,具备为其他部门法提供参照适用的基础?

方法论立场也是比例原则在适用形态层面进行范式转型的重要体现。换言之,即使不是侧重于一项实体法上的法律原则之定位,比例原则能否作为目的手段理性建构中的路径化、工具性方案,进入法益衡量中的论证过程和司法判断?此外,一方面,能否从超实证规范的立场,^㉒将比例原则融通到部门法规范解释适用中的裁判理由部分;^㉓另一方面,能否借助不同部门法中的司法先例,尤其是最高人民法院所确立的判例拘束力,为比例原则的适用提供依据,^㉔均可以成为努力的方向。

结语

比例原则适用的范式转型,除了自身的内涵和特质使然,更离不开代际更迭中的法治观转型和全球化影响。在全球建构主义的范式下,对于比例原则适用的理解和态度,既需要兼容开放,积极回应比例原则范式转型的发展趋势;又必须兼顾自身特点,稳妥寻求范式转型的本土化之路。法治的功能始终在不确定和确定性之间寻求平衡,这种认识同样可以适用对比例原则范式转型的理解。

无论对比例原则的范式转型持何种态度,也无论是否赞成迈向“统而分殊”的本土化发展路径,甚至退避到传统公法领域的保守立场,本质上都包含着对作为法学经典概念的“比例原则”,就其“本土适用”在已然和应然层面的肯定。就此而言,在多大程度上开放跨学科领域的适用范围,在怎样的主体结构中实现审查功能的突破,以及基于怎样的认识论基础进行规范主义立场的超越,都离不开对比例原则作为一个“法释义学概念”的底线观察。比例原则发端于德国公法,行政法作为典型的公法部门,在我国已借助行政诉讼法体系确立起相对成熟的司法审查机制,积累了较丰富的本土化司法实践经验,^⑤应当借助其对学理发展的助推,寻求为其他部门法提供参考和借鉴。

将行政法领域作为观察比例原则本土发展的重要窗口,一方面,比例原则的规范基础理论已经突破实证法与超实证法规范的体系,通过界分隐含规范和明示规范、^⑥诫命性规范和适用性规范的类型化,^⑦架构从实体法到程序法、授权法到控权法、行为法到裁判法的规范适用衔接体系;另一方面,在总结本土化司法实践的经验基础上,比例原则在位阶秩序、审查强度、规范类型和引入理据、举证责任和裁判技术等方面的学理都得到丰富和推进。^⑧从未来发展看,实现作为实体性的审查标准和技术论上审查密度多元的“阶层式比例原则建构”,^⑨将有助于其契合法治观更迭和全球化浪潮中的范式转型,并致力于成为具有操作性和相对客观化的审查基准来回应“容易流向主观的、反理智的、情感主义”的批判,真正实现学界和实务界对比例原则在全球化与本土化间的“交互性建构”。

注释:

①参见蒋红珍:《比例原则的全球化与本土化》,《交大法学》2017年第4期。

②比例原则作为公法帝王条款或第一原则的说法,参见陈新民:《德国公法学基础理论》,济南:山东人民出版社,2001年,第389页。

③以英国为例看,比例原则被倡导为主导性审查标准,并影响英联邦国家。参见Paul Craig,“Proportionality, Rationality and Review,” *New Zealand Law Review*, vol. 2010, no. 2, 2010, pp. 265-301.

④参见陈璇:《正当防卫与比例原则》,《环球法律评论》2016年第6期。

⑤范式的概念最早由托马斯·库恩于1962年在《科学革命的结构》(The Structure of Scientific Revolutions)提出,本质上讲是一种理论体系。本文仅在描述性角度采用这一概念,不涉及范式及范式转型在体系性意义上的指向。

⑥相关介绍,可参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,《政法法学评论》总第62期,1999年。

⑦Rudolf Wendt, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und der Übermaßverbot*, AöR 104(1979), S. 422.

⑧这从比例原则作为成文法渊源和不成文法渊源的讨论中可见一斑。有关比例原则的渊源,参见蔡震荣:《行政法理论与基本人权之保障》,台北:五南图书出版公司,1999年,第122-132页。

⑨参见Matthias Klatt und Moritz Meister, *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, *Der Staat* 51(2012), S. 159; J. Rivers, “Proportionality and Discretion in International and European Law,” in N. Tsagourias, ed., *Translational Constitutionalism International and European Models*, New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 107-108.

⑩参见Matthias Klatt und Moritz Meister, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus*, *JuS*3(2014), S. 193; Johannes Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51(2012), S. 3; Vicki C. Jackson, “Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism,” *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 1, no. 3, 1999, pp. 583-639.

⑪参见陈景辉:《比例原则普遍化与基本权利的性质》,《中国法学》2017年第5期。

⑫参见郑晓剑:《比例原则在现代民法体系中的地位》,《法律科学》2017年第6期。

⑬参见室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,北京:中国政法大学出版社,2000年,第57-58页。

⑭参见田村悦一:《自由裁量及其限制》,李哲范译,北京:

中国政法大学出版社,2016年,第185-186页。

⑮参见韩秀丽:《寻找WTO法中的比例原则》,《现代法学》2005年第4期。

⑯J. Rivers, "Proportionality and Discretion in International and European Law," in N. Tsagourias, ed., *Translational Constitutionalism: International and European Models*, p. 107; Angelika Nußberger, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Strukturprinzip richterlichen Entscheidens in Europa*, NVwZ-Beilage 2013, S. 36.

⑰Sophie Boyron, "Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, no. 2, 1992, pp. 237-264.

⑱Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Oregon: Hart Publishing, 1999, p. 65; Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review," *Cambridge Law Journal*, vol. 65, no. 1, 2006, pp. 174-207.

⑲Alec Stone Sweet and Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism," *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, no. 1, 2008, pp. 73-164; Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins," *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, no. 2, 2010, pp. 263-286.

⑳参见黄舒芑:《比例原则及其阶层化操作》,《中研院法学季刊》2016年第19期。

㉑参见青柳幸一:《基本人权的侵犯与比例原则》,华夏译,《比较法研究》1988年第1期。

㉒参见范剑虹:《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴》,《浙江大学学报》2000年第5期;高素伟:《论欧盟行政法上的比例原则》,《政法论丛》2012年第2期。

㉓参见余凌云:《论行政法上的比例原则》,《法学家》2002年第2期;黄学贤、杨红:《我国行政法中比例原则的理论研究与实践发展》,《财经法学》2017年第5期。

㉔最高人民法院于1999年作出“汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案”判决(最高人民法院终审行政判决书(1999)行终字第20号)后,相继公布并适用了一系列涉及比例原则的案例。该案中比例原则适用的学理分析,参见湛中乐:《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》,《行政法学研究》2003年第1期。

㉕早期的讨论,可参见李燕:《论比例原则》,《行政法学研究》2001年第2期。

㉖姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,《法律科学》2013年第1期;姜涛:《比例原则与刑法积极主义的克制》,《学术界》2016年第8期。

㉗参见于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,《现代法学》2018年第4期;陈晓明:《刑法上比例原则应

用之探讨》,《法治研究》2012年第9期。

㉘参见王利明:《法学方法论》,北京:中国人民大学出版社,2012年,第653页。

㉙参见刘权、应亮亮:《比例原则适用的跨学科审视与反思》,《财经法学》2017年第5期。

㉚纪海龙:《比例原则在私法中的普适性及其例证》,《政法论坛》2016年第3期。

㉛李海平:《比例原则在民法中适用的条件和路径》,《法制与社会发展》2018年第5期。

㉜如无效合同的认定,参见黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,《法制与社会发展》2012年第4期。

㉝张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期。

㉞参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期。

㉟参见秦策:《刑事程序比例原则构造方法论探析》,《法学研究》2016年第5期。

㊱参见兰磊:《比例原则视角下〈反不正当竞争法〉一般条款解释》,《东方法学》2015年第3期。

㊲参见路平新:《比例原则视野下的创新技术规制》,姜明安主编:《行政法论丛》第19卷,北京:法律出版社,2016年,第107页。

㊳参见叶金育、顾德瑞:《税收优惠的规范审查与实施评估——以比例原则为分析工具》,《现代法学》2013年第6期。

㊴参见阎天:《劳动规章性质三分说:以比例原则为检验标准》,《交大法学》2017年第4期。

㊵正如同受益权并不只是社会权的功能,其他权利也具有受益权功能。参见张翔:《基本权利的规范建构》,北京:高等教育出版社,2008年,第44-45页。

㊶Jeremy Kirk, "Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality," *Melbourne University Law Review*, vol. 21, no. 1, 1997, pp. 1-64.

㊷参见蔡宏伟:《作为限制公权力滥用的比例原则》,《法制与社会发展》2019年第6期。

㊸陈璇:《正当防卫与比例原则》,《环球法律评论》2016年第6期。

㊹参见张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,《法商研究》2006年第4期。

㊺参见丁汪洋:《分权视域下比例原则应用刍议》,《黑河学院学报》2015年第4期。

㊻比如政府债务代际公平的讨论,参见Hermann Pünder, "Staatsverschuldung," in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Heidelberg, 2007, S. 1360.

㊼The European Union Constitution, Art. 1-11, Fundamental principles.

㊽参见王书成:《论纵向分权中的比例原则——以欧盟、

联邦及单一制为考察对象》，《重庆社会科学》2007年第5期。

④参见王建学：《授权地方改革试点决定应遵循比例原则》，《法学》2017年第5期。

⑤参见雷磊：《论依据一般法律原则的法律修正》，《华东政法大学学报》2014年第6期；Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 47-48.

⑥Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality," *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 22, 2014, pp. 51-65.

⑦比如，适当性原则与必要性原则在根本上是以达成措施目的为着眼点，不会因为手段的后果而牺牲目标的追求。但均衡性原则可能产生推翻目标的结论（只要被损害的人权重过所追求目的的价值的话），它最终决定“该目的不应追求，继而手段要不要采取之问题”。

⑧阿列克西委婉指出：比例原则的三个分支原则并不构成他所界定的原则，而只是规则。参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 66-67, note 84.

⑨纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，《政法论坛》2016年第3期。

⑩比如德国法中比例原则的适用，一直探讨其宪法和行政法上的规范依据问题。我国行政法上的比例原则适用，也存在部门法和行为单行法角度的法源基础讨论。参见章剑生：《现代行政法总论》，北京：法律出版社，2014年，第54页，注49。

⑪Aharon Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 131.

⑫郑晓剑：《比例原则在现代民法体系中的地位》，《法律科学》2017年第6期。

⑬参见蓝学友：《规制抽象危险犯的新路径：双层法益与比例原则的融合》，《法学研究》2019年第6期。

⑭参见“陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案”，中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》第1卷，北京：中国法制出版社，2010年，第96页。

⑮参见纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，《政法论坛》2016年第3期。

⑯蔡震荣：《行政法理论与基本人权之保障》，第131页。

⑰Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, trans. Klaus A. Ziegert, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 252.

⑱参见郑晓剑：《比例原则在现代民法体系中的地位》，《法律科学》2017年第6期。

⑲Aharon Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and Their Limitations*, p. 131.

⑳参见钱福臣：《解析阿列克西宪法权利适用的比例原则》，《环球法律评论》2011年第4期。

㉑张翔：《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为

视角》，《法学研究》2016年第4期。

㉒Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review," pp. 174-207; Cora Chan, "Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review," pp. 1-21.

㉓理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，北京：中国政法大学出版社，2002年，第135页。

㉔Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, p. 224.

㉕Jeremy Kirk, "Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality," pp. 1-64.

㉖纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，《政法论坛》2016年第3期。

㉗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。

㉘李海平：《比例原则在民法中适用的条件和路径》，《法制与社会发展》2018年第5期。

㉙比例原则的优点和弱点的论述，可分别参见 Vicki C. Jackson, "Constitutional Law in an Age of Proportionality," *Yale Law Journal*, vol. 124, no. 8, 2015, pp. 3094-3197; Bernhard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?" *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, no. 2, 2012, pp. 291-302.

㉚两者共存论的观点参见宋雅方：《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；沈昌：《论行政法上的效能原则》，《清华法学》2019年第4期。

㉛对公共利益这一概念作为“不可言说的遮羞布”的批判，参见 Richard B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law," *Harvard Law Review*, vol. 88, no. 8, 1975, pp. 1667-1930.

㉜比如有学者指出：英文世界里 proportionality 这个词暗含的意义与一系列让人产生好感的伦理价值相契合 (F. I. Michelman, "Proportionality outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism," in V. C. Jackson and M. Tushnet, eds., *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p. 35)。在中文世界里，它也被认为契合中国传统上“执中行权”和“理一分殊”的精神，反映“一”与“多”的辩证统一。参见杨登杰：《执中行权的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较》，《中外法学》2015年第2期。

㉝Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press, 1996, p. 19.

㉞Vincent Wellman, "Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory," *University of Colorado Law Review*, vol. 57, no. 1, 1985, pp. 45-116.

㉟参见“郑仲华不服福建省莆田市建设局拆迁行政裁决案”，中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第3卷，北京：中国法制出版社，2013年，第136页。

⑧参见“陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案”，中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》第1卷，第94页。

⑨尽管尚未形成判例，但学界用比例原则评价相关政府管制措施选择的例子并不罕见。参见张翔：《机动车限行、财产权限制与比例原则》，《法学》2015年第2期；王瑞雪：《政府规制中的信用工具研究》，《中国法学》2017年第4期。

⑩“比例原则实际上是私法中利益衡量的另一种表达。”参见梁上上：《制度利益衡量的逻辑》，《中国法学》2012年第4期。

⑪Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1981, S. 43.

⑫Artur Wolffers, “Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit,” *Zeitschrift des Bernischen Juristenverein*, 113(1977), S. 298.

⑬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》，《中外法学》2015年第2期。

⑭参见纪海龙：《比例原则在私法中的普适性及其例证》，《政法论坛》2016年第3期。

⑮参见李海平：《比例原则在民法中适用的条件和路径》，《法制与社会发展》2018年第5期。

⑯张明楷：《法益保护与比例原则》，《中国社会科学》2017年第7期。

⑰Alec Stone Sweet and Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism,” pp. 72–164.

⑱Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, “Proportionality and the Culture of Justification,” *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, no. 2, 2011, pp. 463–490.

⑲Vicki C. Jackson, “Constitutional Law in an Age of Proportionality,” pp. 3094–3197.

⑳参见陈景辉：《比例原则普遍化与基本权利的性质》，《中国法学》2017年第5期。

㉑Dunean Kennedy, “Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law,” in R. Brownsword et al., eds., *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 185–220.

㉒参见张翔：《财产权的社会义务》，《中国社会科学》2012年第9期。

㉓比例原则是否适用风险行政领域的讨论，参见赵鹏：《风险、不确定性与风险预防原则》，沈岍主编：《风险规制与行政法新发展》，北京：法律出版社，2013年，第256页；比例原则在共享经济领域的讨论，参见 Hongzhen Jiang and Xiaoyu Zhang, “An Experimental Model of Regulating the Sharing Economy in China: The Case of Online Car Hailing,” *Computer Law & Security Review*, vol. 35, no. 2, 2019, pp. 145–156.

㉔Hugh Collins, “Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law through Constitutionalization,” *Dal-*

housie Law Journal, vol. 30, no. 1, 2007, pp. 1–26.

㉕Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, “Proportionality and the Culture of Justification,” pp. 463–490.

㉖邱静：《论比例原则在私法关系中的运用——以英国和欧洲人权法院案例为视角》，《当代法学》2016年第1期。

㉗参见陈新民：《德国公法学基础理论》，济南：山东人民出版社，2001年，第387页。

㉘Frank Raue, “Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich Verhältnismäßig Sein?” *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 131(2006), S. 79(84ff.); Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, no. 3, 2009, pp. 468–493; Francisco J. Urbina, “A Critique of Proportionality,” *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 57, 2012, pp. 49–80.

㉙参见蔡宏伟：《作为限制公权力滥用的比例原则》，《法制与社会发展》2019年第6期。

㉚梅扬：《比例原则适用的范围和限度》，《法学研究》2020年第2期。

㉛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。

㉜比如传统上作为民事领域典型的合同，已经伴随修改后的《行政诉讼法》对行政协议的确认正式纳入行政法领域。

㉝比如平台对信息内容在高权干预与私人规制间的结合，可参见孔祥稳：《网络平台信息内容规制结构的公法反思》，《环球法律评论》2020年第2期；赵鹏：《私人审查的界限——论网络交易平台对用户内容的行政责任》，《清华法学》2016年第6期。

㉞参见“深圳市深创华科自动化有限公司与蓝继星、胡鹏飞侵害实用新型专利权纠纷案”，(2017)最高法民申3851号。

㉟参见“杭州奥普卫厨科技有限公司与浙江现代新能源有限公司、浙江凌普电器有限公司侵害商标权纠纷案”，(2016)最高法民再216号。

㊱参见范进学：《论宪法比例原则》，《比较法研究》2018年第5期；门中敬：《比例原则的宪法地位与规范依据——以宪法意义上的宽容理念为分析视角》，《法学论坛》2014年第5期。

㊲刘权：《行政判决中比例原则的适用》，《中国法学》2019年第3期。

㊳相关介绍可参见蔡宗珍：《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》，《政法法学评论》总第62期，1999年。

㊴参见“栗国杰、张河生与鲁山县人民政府颁发房屋所有权证案”，(2017)最高法行再77号；“合肥市奇美汽车用品有限公司与徐青青侵害实用新型专利权纠纷案”，(2017)最高法民申3625号。

㊵参见陈征：《论比例原则对立法权的约束及其界限》，《中国法学》2020年第3期。

⑭参见克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬等译,《比较法研究》2015年第1期。

⑮我国学者对基本权利效力论的研究,可参见李海平:《基本权利间接效力理论批判》,《当代法学》2016年第4期;《论基本权利对社会公权力主体的直接效力》,《政治与法律》2018年第10期。

⑯行政法领域,除了一般的单行法和地方性程序立法,国务院2004年颁布的《全面推行依法行政实施纲要》,2010年颁布的《关于加强法治政府建设的意见》,都有比例原则的规范基础。

⑰参见《民法典》第181条、第182条;《刑法》第20条、第21条。这类似于行政法领域中比例原则的“适用性规范”,比如有学者认为只要规范中采取“尽量”“相当”“相适应”“适当”“适度”“可接受性”“必要限度”“认为必要”“不得已”“显失公正”“明显不当”“显失均衡”等术语,就代表比例原则的规范依据。参见马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》,北京:中国法制出版社,2000年,第68-69页。

⑱《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》第7条、第10条等体现了比例原则的实质内涵。

⑲也有学者认为适当性审查和必要性审查可以适用,但均衡性审查不宜在正当防卫限度的判断中适用。参见陈璇:《正当防卫与比例原则》,《环球法律评论》2016年第6期。

⑳比例原则在审查密度或者强度上的界分,体现出司法根据个案情境进行灵活调整的空间。这种区分,既可能体现于作为整体的比例原则,也可能体现在比例原则的每个分支原则中。参见蒋红珍:《论适当性原则:引入立法事实类型化审查强度理论》,《中国法学》2010年第3期。

㉑《民法典》第290条。

㉒《民法典》第296条。

㉓《民法典》第376条。

㉔参见杨登峰、李晴:《行政处罚中比例原则与过罚相当原则的关系之辨》,《交大法学》2017年第4期。

㉕从比例原则第一案“汇丰公司案”始,延续这一思路的行政判例可参见“苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2013年第10期;“陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2018年第2期。

㉖比如有学者提倡我国建立“治安管理处罚法、轻犯罪法、刑法的递进式无缝衔接制裁机制”,实际上内含着“越是严厉的(惩戒)措施,保留给越是严重的违法”的比例原则思路。参见周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016年第3期。

㉗美国刑法上早有罪刑设定的合比例性讨论,它与德国法中的比例原则没有任何承继关系。参见John Deigh,“Punishment and Proportionality,” *Criminal Justice Ethics*, vol. 33, no. 3, 2014, pp. 185-199; Jim Staihar, “Proportionality and Punishment,” *Iowa Law Review*, vol. 100, no. 3, 2015, pp. 1209-1232.

㉘从这个意义上说,用统一的比例原则取代合理原则的观点,值得商榷。“比例原则一统论”的观点,可参见杨登峰:《从合理原则走向统一的比例原则》,《中国法学》2016年第3期。

㉙参见哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,北京:法律出版社,2000年,第66页。

㉚参见于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,《现代法学》2018年第4期。

㉛张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期。

㉜比如拉伦茨认为,比例原则直接来源于正义。参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003年,第312页,注110。

㉝最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第13条明确承认实定法之外的法源作为裁判理由论证的可行性。

㉞比如在行政法领域,最高人民法院判例首次明确采用比例原则这一概念的“王丽萍案”。参见“王丽萍诉河南省中牟县交通局交通行政赔偿案”,中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判指导案例》第1卷,第92页。

㉟自1999年“汇丰公司案”始截至2019年,代表最高人民法院司法态度的行政判例有近50起,其他各级法院判决仅在“本院认为”部分明确出现比例原则字样的超过200例。案件类型已经涵盖行政处罚、行政强制、行政许可、行政裁决、行政协议、政府信息公开以及行政不作为和行政赔偿等领域。

㊱它以是否吸收德国法释义学上的比例原则概念为标准,有助于解决比例原则究竟作为裁判依据还是裁判理由的地位问题。前者如《人民警察使用警械和武器条例》第4条,后者如《突发事件应对法》第11条第1款。

㊲它以是否明确比例原则之内涵为标准,有助于解决比例原则“为什么适用”和“在哪里适用”的问题。前者如《湖南省行政程序规定》第4条,后者如《重大动物疫情应急条例》第25条。

㊳从案例视角归纳行政法中比例原则的发展,参见刘权:《行政判决中比例原则的适用》,《中国法学》2019年第3期;王静:《比例原则在中国行政判决中的适用》,《交大法学》2017年第4期;蒋红珍:《比例原则在“陈宁案”中的适用》,《交大法学》2014年第2期。

㊴借助位阶秩序的构成论和适用论进行阶层式审查密度建构,可参见蒋红珍:《比例原则位阶秩序的司法适用》,《法学研究》2020年第4期。