比例原则适用的跨学科审视与反思

Interdisciplinary Scrutiny and Reflection on the Principle of Proportionality

刘　权　应亮亮

LIU Quan　YING Liang-liang

【摘　要】　发源于 18 世纪末期德国警察法的比例原则，在规范结构上实现了从“三阶”到“四阶”的转变，在适用范围上实现了从行政法到宪法、刑法、诉讼法、税法、经济法、民商法、国际法等多领域的扩张。关于比例原则的本质，主要存在“常识论”、“平衡论”、“成本收益分析论”等观点。比例原则具有实现国家权力结构的平衡，实现权力与权利、权利与权利的平衡，实现政府与市场的平衡等多种功能。对比例原则的适用范围还存有争论。比例原则应当成为权力与权利行使的基本准则，但比例原则并不是万能的。对于如何推进比例原则适用的精细化，主要存在比例原则的“类型化”适用、“公式化”适用、“商谈”适用等路径。未来比例原则的适用发展，应当抽象化与精细化并举。

【关键词】　比例原则　合理性原则　平衡　正义　实质法治

【中图分类号】DF31　【文献标识码】A　【文章编号】2095－9206（2017）05－0041－19

Abstract: The principle of proportionality originated in the late 18th Century German police law, realized from the “three levels” to “four levels” in the normative structure, and spread from the administrative law to the Constitution, criminal law, procedural law, tax law, economic law, civil and commercial law, international law and other areas of expansion. For the nature of the principle of proportionality, there are main “common sense”, “balance theory”, “cost-benefit analysis”, and so on. The principle of proportionality has the functions of realizing the balance of state power structure, realizing the balance between power and rights, rights and rights, realizing the balance between government and market. The scope of application of the proportionality principle is still controversial. The principle of proportionality should be the basic criterion for the exercise of power and rights, but the principle of proportionality is not omnipotent. For the refinement of how to promote the principle of proportionality, there are mainly the “classification” application, the “formula” application and the “discourse” application, and so on. The future development of the principle of proportionality should be abstracted and refined simultaneously.

Key words: Proportionality　Principle of reasonableness　Balance　Justice　Substantive rule of law

[收稿日期]　2017－07－17

[作者简介]　刘权，男，1982 年 9 月生，中央财经大学法学院助理教授，研究方向为宪法学与行政法学；应亮亮，男，1992 年 1 月生，中央财经大学法学院硕士研究生，研究方向为宪法学与行政法学。

古希腊哲学家亚里士多德认为，适度不仅是一种状态，更是一种美德，他指出："德性是一种凭选择所得的习性，它的特点在于适度，或遵循适合各人的适度。"〔1〕比例原则实际上就是适度原则，或称为过度禁止原则。当前，随着社会法治意识和人权意识的普遍提高，人们开始由追求形式法治转变为重视实质法治。18 世纪末期发端于德国警察行政法的体现实质正义的比例原则，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。被视为公法"帝王原则"、"皇冠原则"的比例原则，如今已不再仅仅只适用于传统公法领域，其似乎有成为法律帝国基本原则之趋势。尽管在不同领域比例原则的具体适用方式有所不同，学者间的认识也存在很多差异，但其所包含的内在精神却是相通的。

1999 年我国最高人民法院做出的比例原则适用第一案，即汇丰实业公司与哈尔滨市规划局行政处罚决定纠纷上诉案，掀起了我国学者对比例原则的研究高潮。近 18 年来，我国学者对比例原则的研究已涉及宪法、行政法、民商法、民事诉讼法、经济法、刑法、刑事诉讼法、国际法等多个学科领域。本文结合现有比例原则研究的相关重要文献和"比例原则适用的跨学科对话"研讨会〔2〕嘉宾发表的一些重要观点，试图对比例原则的适用实践与理论做一个初步综述。

一、比例原则的历史沿革与规范内涵

（一）比例原则的历史沿革

任何一种法律原则与规则的背后，必然有着相应思想理念作为支撑。关于比例原则的思想渊源，有学者提出其思想萌芽可追溯至雅典梭伦"别太过分"，以及古希腊亚里士多德所提出的"公平就是比例相称"的理念。〔3〕

对于实定法起源，一般认为比例原则发源于 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 条以文本的形式规定了比例原则的雏形"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。"1802 年，德国学者伯格（Berg）在其出版的《德国警察法手册》一书中认为，警察权力只有"必要时"才可行使。1882 年，普鲁士高等行政法院著名的"十字架山案"（Kreuzberg-Urteil）判决标志着必要性原则的全面确立。1895 年，德国行政法学奠基人奥托·迈耶（Otto Mayer）首次将必要性原则称为比例原则。1911 年，德国学者弗莱纳（F. Fleiner）在其出版的《德国行政法体系》一书中，将比例原则内涵形象地表述为"警察不得以大炮打小鸟"。1913 年，耶利内克（W. Jellinek）在其《法律、法律适用及目的性衡量》一书中，将比例原则内涵具体表述为警察权力行

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德：《尼各马科伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社 1990 年版，第 35 页。

〔2〕2017 年 3 月 4 日，"比例原则适用的跨学科对话"学术研讨会在中央财经大学学术会堂 604 会议室举行。来自国内高校和科研机构及德国波茨坦大学的 80 余名专家学者，就比例原则的适用问题，从宪法、行政法、诉讼法、刑法、民商法、经济法、国际法等多学科领域，围绕"公、私法视角下的比例原则"、"比例原则适用的实证研究"、"合比例性、权衡与理性"、"比例原则的适用方法与技术"等专题进行了全面深入的探讨。

〔3〕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（人文社科版）》2000 年第 5 期，第 99 页。

使不得有侵害性、不足性、过度性，不可违反妥当性。〔4〕1931 年，普鲁士颁布了《普鲁士警察行政法》，进一步详细地以文本的形式规定了比例原则，该法第 41 条第 2 款规定："如果有多种手段可以消除对公共安全、公共秩序的破坏，或能有效地防御危险，则警察机关应当尽可能地选择一种对相关人员与一般大众损害最小的手段。"1958 年，德国联邦宪法法院做出了药房案判决（Apotheken-Urteil），正式确立了传统"三阶"比例原则的宪法原则地位。

（二）比例原则的规范内涵

1973 年，德国学者埃贝哈德·格拉比茨（Eberhard Grabeitz）在《联邦宪法法院中的比例原则》一文中认为，广义的比例原则包括适当性原则（Geeignetheit）、必要性原则（Erforderlichkeit）、狭义比例原则（Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne）。〔5〕我国学者黄学贤认为，在行政法领域，比例原则一般是指行政权力的行使除了有法律依据这一前提外，行政主体还必须选择对人民侵害最小的方式进行。〔6〕比例原则要求行政行为手段与行政行为所欲实现的目的达到最佳匹配，既要实现行政目的，又要将因行政行为所带来的损害降到最低程度。

在自由法治国背景下产生的传统比例原则，一直以来并不审查公权力目的的正当性。随着实质法治和人权保障重要性的日益突出，近些年来越来越多国家的法院在适用比例原则时，已经开始以不同的方式审查公权力行为的目的正当性，比例原则的内涵也随之发生了变化，从传统的"三阶"结构扩充到"四阶"结构。〔7〕

"四阶"比例原则是指实现正当目的的手段，应当具有适当性、必要性与均衡性。比例原则具有内在价值追求，不仅涉及行为者"如何做"，也涉及行为者"为什么做"。具体来说，现代"四阶"比例原则可分为目的正当性原则、适当性原则、必要性原则与狭义比例原则四个子原则：（1）目的正当性原则。要求行为者的目的具有正当性，不得违反宪法精神。（2）适当性原则，又称为妥当性原则，它要求手段必须具有适当性，能够促进正当目的的实现。（3）必要性原则，又称为最小损害原则，它要求行为者所运用的手段是必要的，手段造成的损害应当最小。（4）均衡性原则，又称为狭义比例原则，它要求行为的手段所增进的公共利益与其所造成的损害成比例。

（三）比例原则与合理性原则的关系

不同于德国等国家，以英国为代表的国家更习惯适用合理性原则。合理性原则的经典表述是"裁量权的行使应当以法律目的为目的，必须全面考虑该当考虑的相关因素，必须将不相关因素排除在考虑范围之外"，"行政当局的决定是如此荒唐，以至任何有理智者都不可想象那是行政当局的职责所在，则该行政决定就是不合理的"〔8〕。赵娟认为，合理性原则和比例原则是对行政自由裁量权进行控制的主要标准，它们的共同本质

〔4〕参见杨临宏："行政法中的比例原则研究"，《法制与社会发展》2001 年第 6 期，第 44～45 页。

〔5〕Vgl. Eberhard Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR98, 1973, 570.

〔6〕参见黄学贤："行政法中的比例原则研究"，《法律科学》2001 年第 1 期，第 76 页。

〔7〕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，第 133～150 页。

〔8〕Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury [1948] 1K. B. 229 (C. A.).

是强调手段与目的的合理性，即成本与收益的合效益性。〔9〕

为了实现有效制约和规范行政权这一现代行政法任务，我国也开始探索适合我国的方式。早在 1983 年，龚祥瑞在其《比较宪法与行政法》一书中提出了合理性标准的内涵，〔10〕并逐步开始对其进行普遍性研究。〔11〕1989 年，在罗豪才与应松年教授主编的《行政法学》一书中，合理性原则与合法性原则并列为我国行政法两大基本原则。但在合理性原则引入我国并发展的同时，德国比例原则也逐渐进入到我国公法视野。较早见于 1988 年华夏所译的《基本人权的侵犯与比例原则》一文〔12〕。随着我国对大陆法系，尤其是德国行政法学研究的不断深入，对比例原则的介绍与研究也愈发重视。发展至今，比例原则作为我国行政法基本原则这一观点已被学理界普遍接受。〔13〕

尽管都具有平衡公共利益与个人权利的功能，比例原则与合理性原则还是存在一定的区别。高秦伟认为，合理性原则与比例原则是英国与德国限制国家权力在合理界限内行使的两种方式，而我国对此两种原则均纳入行政法中，自然会出现功能、角色的重复，理念价值的冲突。〔14〕因此，如何处理合理性原则与比例原则的关系，便成为迫在眉睫的问题，对此主要存在两种观点取向。第一种取向认为，合理性原则应当包括比例原则。如叶必丰认为，合理性原则与比例原则并不相同，合理性原则具体包括平等对待、比例原则和正常判断等规则。翟翌认为，比例原则本身的具体性与法律规则更为相似，并不适合作为一项法律原则，所以比例原则可定位为附属合理性原则之下作为其辨识工具的“比例技术”，以帮助合理性原则通过行政诉讼法“滥用职权”标准的司法适用。〔15〕谭冰霖等学者也持类似观点。〔16〕第二种取向认为，比例原则应当替代合理性原则。〔17〕如杨登峰认为，在当前背景下，行政权力的限制并非仅仅基于权力分立、权力相互制约精神的考量，英国合理原则出于“越权无效”的逻辑，是难以实现行政法公民权利保障这一重要精神的，因此应当基于人权保障回应政府权力的限制要求。所以，从

〔9〕 参见赵娟：“合理性原则与比例原则的比较研究——一个以判例为基础的思考”，《南京大学学报（哲学、人文科学、社会科学版）》2002 年第 1 期，第 47～54 页。

〔10〕 参见龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版，第 453 页。

〔11〕 1988 年后，行政合理原则开始出现于教科书中并被广泛研究。参见应松年：《行政法学教程》，中国政法大学出版社 1988 年版，第 42 页。

〔12〕 参见〔日〕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，第 34～40 页。

〔13〕 比例原则已被我国很多学者作为一项基本原则而写入教科书，例如罗豪才、湛中乐：《行政法学》，北京大学出版社 2012 年版，第 33～34 页；应松年：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 47～48 页；姜明安、余凌云：《行政法学》，科学出版社 2010 年版，第 89～90 页。

〔14〕 参见高秦伟：“论欧盟行政法上的比例原则”，《政法论丛》2012 年第 2 期，第 87 页。

〔15〕 参见翟翌：“比例原则的正当性拷问及其‘比例技术’的重新定位——基于‘无人有义务做不可能之事’的正义原则”，《法学论坛》2012 年第 6 期，第 122 页。

〔16〕 其认为将不合理性原则作为整体博弈策略，而比例原则作为情境化的具体方法以解决其中的利益冲突。参见谭冰霖：“行政裁量行为司法审查标准之选择——德国比例原则与英国温斯伯里不合理性原则比较”，《湖北行政学院学报》2011 年第 1 期，第 55 页。

〔17〕 参见前注〔13〕，应松年书，第 46 页。

行政法整体精神及价值来说，比例原则更符合这一追求。[18]

二、比例原则的本质与功能

（一）比例原则的本质

比例原则在不断发展变化。从最初行政行为实体上合比例发展到程序上也要遵循比例原则，再到当前行政行为目的也需要具有正当性要求，甚至比例原则的适用领域也不再局限于最初的行政领域，而逐渐扩张到了宪法学、刑法学、诉讼法学、经济法学、民法学、国际法学等多个领域。不管如何变化，比例原则的本质并不会发生改变。那么，比例原则的本质究竟是什么呢？与会学者对于比例原则的本质做了充分探讨，主要有以下几种观点。

第一，“常识论”。坚持此种观点的学者认为，比例原则本身就是一种常识，其追求的是恰如其分的状态。但判断某一选择是否符合比例，在客观上没有一种特定的标准，但此种标准却又存在于每个人的内心，也就是我们常说的人类理性，而人类理性就是来自于人类长期生活过程中积累下来的一种生活判断，也就是所谓的常识。因此比例原则其实就是人们将所有内心中认为适当的处理方式抽象出来，形成一种模式化、技术化、具有操作性的判断方式，并将其以“比例原则”命名。如熊丙万认为，比例原则其实是我们生活中常识的规范化、抽象化。毕洪海赞同此观点，指出其实比例原则是价值最大化的体现，它把我们的生活常识以某种形式提供给其适用者，为适用者提供了一种可以有效分析问题、解决问题的理性思维方式。

第二，“平衡论”。李海平认为，比例原则的本质内涵其实表述出了两种要求，一是对公共利益的要求，二是对实现权力与权利之间存在倾斜现状平衡的追求。因此，比例原则就是在追求公共利益目的下的一种权力与权利平衡。秦策也认为比例原则其实是追求国家公权力与个人私权利平衡的重要原则，它调节的是国家权力和公民权利的关系，并指出国家权力的比例性的控制并不是完全限制或取消国家权力，而是在国家权力和公民权利之间形成恰当的比例关系，使国家权力的行使恰到好处，公民权利的受损恰如其分。所以，比例原则的适用就是一种公权力运用度的把握。坚持此观点的学者认为，比例原则具有的重要特征之一在于其所要调节的对象具有特定性，即调节的是公权力与私权利之间的关系，是两种具有不同地位的权利，而当所需要调节的权利属于同一地位时，比例原则往往不能适用，否则会产生侵害意思自治等问题。

第三，“成本收益分析论”。坚持此种学说的学者认为，比例原则是追求目的的匹配方法，是在多种途径可供选择前提下，取“成本”最低的方式，是成本收益分析的另一体现。如纪海龙认为，比例原则是方法论的比例原则，是一种程序，一种套路，一种思维方式，一种方法，是目的理性的凝练概括，是成本收益分析的另一种表达。毛海栋也持此意见，他认为在证券法领域，比例原则的适用其实是一种目标和手段匹配的过程。周伟认为，其实比例原则是一种利益权衡方法。郭殊认为，把握比例原则不能单单从形式上探究其来源，更应当从实质精神和价值追求中把握，就比例原则的整体思维方式以

〔18〕 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，第 87～89 页。

及价值追求来说，其本质上体现的就是一种利益衡量，是一种方法。

第四，“多重性质论”。劳东燕认为，比例原则具有实体价值和方法论两个面向。在实体方面比例原则是指公权力与私权利产生冲突时，为了防止公权力肆意侵害私权利而要求公权力合理运用的一种价值追求，而方法论面向则是指比例原则除了是一种对公权力是否适当运用的评判标准以外，也是公权力正确行使的操作方法，如成本收益分析，目的手段的恰当匹配，这些使比例原则有了方法论上的指导作用。

对于上述观点，一些学者也提出了不同意见。例如，李海平认为，简单以“常识”、“成本收益分析”并不能概括出比例原则的全部含义。赵鹏认为，在行政法上，比例原则一个非常重要的元素就是目的，而缺乏目的探讨的纯粹成本收益分析并非比例原则。陈征认为，以利益权衡覆盖比例原则的所有内容是不适当的，利益权衡只是比例原则的一部分，因此不能以偏概全。

实际上，合比例性思想是自然正义的体现，比例原则本身是一种常识。作为普适价值的比例原则，其所展现的相对客观性、标准化特性，为行政机关、司法机关，甚至是立法机关创设了对合理问题的共同审视标准，对同一问题建立了“共同的语言”，使不同主体之间实现了沟通的可能，避免“各说各话”局面的发生。均衡性原则体现了平衡论的思想：“比例原则要求以公民权利为本位，但又否定公民权利至上，认为公共利益很重要，但又排斥公共利益至上，所以应当权衡公民权利与公共利益，最终达到均衡状态。运用比例原则的过程，实质就是通过权衡而达致平衡的过程。”〔19〕在适用比例原则时，需要借助于成本收益分析方法，但却不能简单地将合比例性分析等同于成本收益分析。

（二）比例原则的功能

比例原则作为一项重要的法律原则，不仅仅在学理界具有重要的价值，在立法、司法、执法等法律具体实施环节中更具深远的意义，其如何在实践中贯彻很大程度上影响着公民在国家强大权力面前如何保护自身的合法权益，也有助于为国家行使权力确立合理的边界，促进我国法治国家、法治政府、法治社会的一体化建设。

1. 实现国家权力结构的平衡

比例原则可以实现国家权力的合理配置。法治国家的核心就是国家权力的配置，即一个国家由谁来掌握政权、政权机构如何组织、权力如何分配和制约、权力按照什么规则来运转和行使、社会各种力量通过什么方式和途径来参与政治。〔20〕陈新民认为，在法治化的分权制国家中，公共权力作为一个整体是经过有比例的科学合理配置的，界限分明，不允许国家公共权力演变成为不受制约的绝对特权。所以，比例原则往往被冠以法秩序的最根本原则，是由法治原则自身产生的最高规范。〔21〕因此，在国家整体权力之下，如何有效实现权力的结构性安排，达到权力之间相互配合、相互制约就需要比例原则予以平衡，当前对它的讨论主要集中于司法权对行政权的制约，尤其是在司法审查标准与司法审查强度方面，比例原则发挥了至关重要的作用。〔22〕

---

〔19〕 刘权：“论比例原则的规范逻辑”，《广东行政学院学报》2014 年第 2 期，第 54～58 页。

〔20〕 参见郝银钟、席作立：“宪政视角下的比例原则”，《法商研究》2004 年第 6 期，第 71 页。

〔21〕 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社 2001 年版，第 375～376 页。

〔22〕 参见周佑勇：“裁量基准的正当性问题研究”，《中国法学》2007 年第 6 期，第 22～32 页；王贵松：“论行政裁量的司法审查强度”，《法商研究》2012 年第 4 期，第 66～76 页；关保英：“行政自由裁量基准质疑”，《法律科学（西北政法大学学报）》2013 年第 3 期，第 45～55 页。

2. 实现权力与权利、权利与权利的平衡

比例原则不仅调整权力与权利之间的冲突问题，而且还调整权利与权利之间的冲突问题。换言之，国家在行使权力时，应当遵循比例原则，不得过度侵害公民权利；同样，公民在行使权利时，也应当遵循比例原则，不得过度侵害其他公民的权利。

无论何种权力（权利）的存在及行使，都会给其他权力（权利）的存在和行使带来不同程度的威胁。因此，权力（权利）在社会中并不是自由无边界的，其行使需要一定的制约。但这种制约不能走向另一个极端，即完全磨灭该种权力（权利）。由于权力（权利）本身所反映的自由，其必然包含了一定选择的空间及幅度，比例原则的重要价值就在于为该空间、幅度之内权力（权利）的运行建立有效的约束。比例原则是对权力与权利行使边界的合理的科学性回答，满足了所有领域对权力（权利）运行适当边界的追求，所以具有普遍的适用价值。

对于权力的行使来说，当国家权力与公民权利发生冲突时，就需要某种审查标准判断公权力的行使是否符合宪法、法律的要求，国家对公民权利的侵害是否适度、合比例，此时比例原则便成为保护公民权利“加诸国家之上的分寸要求”〔23〕，因而可以说，比例原则是对权利“限制的限制”，它是人权保障的利剑。对于权利的行使来说，权利冲突现象比较普遍，由于公民滥用权利而给其他公民权利造成损害的现象经常发生。权利并不是绝对的，公民在行使个人权利时，也应当遵循比例原则，不得不当侵犯他人的权利。

3. 实现政府与市场的平衡

自亚当·斯密以来，尤其是 1777 年《国富论》出版以后，如何发挥市场自发机制，充分尊重自由竞争的观念，在西方大行其道。然而好景不长，当政府完全不干预经济运行时，在完全自由竞争下，诸如经济的垄断发展、严重的经济危机、社会分配不公等一系列经济与社会问题接踵而来。尤其在 1929—1933 年西方资本主义经济危机全面爆发后，西方国家开始认识到国家介入管理的重要性，国家管理也因此逐步介入原本的市场竞争领域。但随着国家干预程度的加深，诸如政府利益偏好，权力寻租，对公民权利的不当干涉等“政府失灵问题”开始日益显现，为了弥补政府在管理市场中的失灵问题，人们又开始逐步引入市场机制，提高政府经济行为的有效性。在政府干涉与经济自由二者反复过程中，人们开始认识到现代经济是一种混合经济，市场和政府都是不可或缺的。〔24〕政府与市场之间的关系“并不是追求理想的政府代替不完善的市场，也非追求以理想的市场替代不完善的政府，而是建立一种有效的选择和协调机制，探求政府与市场的平衡点”〔25〕，而平衡点的探寻便是比例原则之价值所在。〔26〕

另外，比例原则作为一项重要的分析工具，具有重要的方法论价值。首先，比例原则不仅形成了“四阶”的思维模式，更是创造了一种审视权力（权利）合理行使的体系化审查规则，使包含着强烈主观色彩的价值判断在一定程度上得以客观化、标准化。其次，比例原则为行政机关、司法机关，甚至是立法机关创设了审视合理性问题的共同标

〔23〕 余凌云：“论行政法上的比例原则”，《法学家》2002 年第 2 期，第 33 页。

〔24〕 参见萨缪尔森、诺德豪斯：《经济学》，高鸿业等译，中国发展出版社 1992 年版，第 5 页。

〔25〕 陈富良：《放松规制与强化规制》，上海三联书店 2001 年版，第 133 页。

〔26〕 参见许玉镇：《比例原则的基础理念与法律地位》，中国社会科学出版社 2009 年版，第 169 页。

准，使不同主体之间具体沟通的共同基础。第三，比例原则使裁量更加细化。传统的裁量权行使相对粗放，而比例原则使裁量权行使的思维模式变得更加严密，从而可以实现自由裁量权行使由粗放型向精细型的转变。

三、比例原则适用领域的争论

早期，比例原则的提出是为了避免警察权的滥用，使公民合法权利免受不当侵害。由于在早期，政府职能有限，管理方式相对单一，国家管理更青睐运用处罚等方式。因此，比例原则早期所要控制的对象便主要集中于国家的处罚权。就如同杨登峰通过对行政处罚领域比例原则适用的观察，指出行政处罚裁量分为程序裁量和实体裁量，基于早期处罚手段运用得如此广泛以及处罚裁量空间的普遍存在，人们要求其具有合理边界。这也是比例原则法治实践起源于 19 世纪德国警察法治的重要原因之一。〔27〕

但随着社会发展，国家由一种“消极”角色转变为一种“积极”角色，国家管理手段也开始多样化，由此人们逐渐发现国家对公民权利的侵害并不局限于行政处罚，其他行政管理手段也存在着侵害的可能，如存在裁量空间的强制执行、行政征收、行政给付等都存在不当侵害公民合法利益的情况，比例原则开始突破警察行政领域，而扩展到行政领域的其他方面成为行政法的一般原则。〔28〕在国家权力触角所及领域如果放任其肆无忌惮，那么公民权利便无法得到有效保障，这也与国家权力的人民性〔29〕相背离，所以比例原则逐渐扩展到公权力行使的所有领域，成为引导公权力行使，合理分割国家权力与公民权利的整体性原则。〔30〕因此，在这一阶段，人们开始将目光集中于行政领域并转向于整个公法领域，诸如宪法、行政法、刑法等。

然而，近些年来，学者们通过对比例原则功能的把握，指出比例原则的重要价值在于平衡强弱悬殊的力量，以实现利益均衡。强弱悬殊的差距除了存在于国家与个人之间，还存在于私法领域，典型的如劳工关系。因此，比例原则本身价值所欲保护的个人权利并非仅面临来自国家的侵害，在私法领域同样具有此种基于地位、力量差距而带来的个人权利毫无反抗之力的侵害情况，所以同样需要比例原则予以平衡。〔31〕因此，在当前，一些学者提出比例原则应当是宪法基本原则，适用于各个部门法的所有领域。总的来说，当前学界关于比例原则适用范围的讨论大致形成了以下四种观点。

第一种观点将比例原则定位于宪法性原则，意味着所有国家行为，甚至是某些公民行为都要适用该原则。持该种观点的学者认为比例原则实质上是一种方法，是目的理性的凝练概括，而方法本身并无适用要求，自然可以普遍适用。此外，由于权力（权利）的外部性，在运用权力（权利）的过程中必然会对外界造成影响，所以每个主体运用权力（权利）都必须遵守一定的限制，将对他人的影响或者损害降到最低，而这种限制就

〔27〕 同上，第 76～77 页。

〔28〕 同上注。

〔29〕 国家权力的人民性是指国家权力是人民权力或者说人民权利的产物，来自于人民的让渡和人民的授权，这也就是主权在民的体现，人民的权利高于国家权力，任何国家权力都必须最终归结到对人民负责上来，至少在应然的意义上应当如此。权力的人民性决定了权力必须受到人民意志的法律约束。参见王名扬、冯俊波：“论比例原则”，《时代法学》2005 年第 4 期，第 21～22 页。

〔30〕 同上，第 22 页。

〔31〕 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，第 152 页。

是比例原则的理性要求。如纪海龙等学者在会上提出，只要存在权力（权利）行使，就会有适用比例原则的余地。有学者更指出比例原则已经为全球宪政主义提供了一个“共同的话语”，唯有在社会管理和国家治理中尊重和落实该原则，公民权利才能得到有效保护，社会管理才能有条不紊，国家才能和谐稳定。〔32〕

第二种观点认为，比例原则应当有条件地扩张适用。彭錞认为，比例原则不能普遍适用，因为比例原则审查的内容及标准对权力（权利）的运用有着较高的理性标准要求，在公法上，由于主体的特定性以及权力所影响的范围和效力，我们对公权力提出了更高的要求，这是恰当的。而在私法领域内，私权利的运用尽管也具有外部性，但这种外部性一方面影响范围较小，另一方面，私权利的效力不如公权力那般强大，公民对于影响能够私下灵活地解决，因此不会造成过大的损害。因此，面对私人领域中权利的行使，是否有必要提出如此高的理性标准便值得商榷。不仅如此，私法领域权益冲突更多地体现为地位平等主体之间的冲突，其纠纷的解决更加重视意思自治、效率等价值，采用如此高的理性审查标准是否会破化私法领域本身的灵活性、便捷性，值得研究。基于此理由，有的学者提出比例原则应当在权利不平等的情况下才具有适用空间。如李海平等学者认为，比例原则适用的最重要特征之一就在于调整的对象上存在着地位强弱的差异。因此，调整对象的不平等应当成为比例原则适用的必要条件之一。秦策也认为比例原则所规制的行为应是非自愿性、非商谈性的，而主体双方形成合议，或者单纯的效率分析，虽然属于广义合理性的分析，但不应该归属于比例原则的适用范围。

第三种观点认为，比例原则应当限于国家行使权力的领域。比例原则适用的条件，不仅要求调整对象具有地位强弱差异，还要求调整对象，即权力的运用，具有一定的目的。如赵鹏指出，比例原则除了成本收益分析之外，更要求手段与目的之间匹配的妥当性、合理性。因此，比例原则的适用，以及关于比例原则的审查，就要求权力的行使具有相适应的目的。李海平进一步指出，该目的就是对于公共利益的追求。而私法领域，个人运用自身权利是很难说有此种国家以法律规定、以公共利益为内容的目的。

第四种观点认为，比例原则应当仅适用于行政领域，而不能肆意扩大。如许玉镇认为在我国不宜将比例原则定位为宪法性原则，不宜将其扩大适用于立法领域、刑法及私法领域。应将比例原则定位于行政法基本原则。〔33〕

尽管在适用领域上存有争议，但事实上，18 世纪末期发端于德国警察行政法的比例原则，已不再仅仅只适用于传统的宪法、行政法、刑法、诉讼法等公法领域，还扩张到了民法、商法等私法领域和经济法等社会法领域，以及国际法领域。

四、比例原则在不同领域的适用

近些年来，比例原则几乎在各个部门法中都有某种程度的适用，涉及公法、私法、社会法和国际法领域，多学科的学者们从不同的角度进行了不同的讨论。

---

〔32〕 参见程雪阳、沈开举：“比例原则视角下的社会管理创新”，《现代法学》2012 年第 2 期，第 42 页。

〔33〕 参见许玉镇：“试论比例原则在我国法律体系中的定位”，《法制与社会发展》2003 年第 1 期，第 127 页。

（一）公法领域比例原则的适用

1．宪法

宪法领域比例原则的适用涉及规范依据、国家权力的配置、立法权的行使、基本权利保护、改革试点的合宪性等问题。

对于比例原则的宪法地位与依据问题，门中敬认为，比例原则反映的是应然的实质正义，现行《宪法》第 33 条第 3 款以及《立法法》第 6 条可有限度地为比例原则提供宪法规范依据。尤其是在 2004 年《宪法修正案》将第 10 条第 3 款和第 13 条第 3 款写入现行《宪法》以后，在私有财产权的保护上可视为已经确立了比例原则的宪法规范依据，并为比例原则在宪法上的适用提供了空间。〔34〕

对于比例原则对国家权力配置的约束，席作立认为，国家权力的分配也应贯彻比例原则，因为比例原则的核心就在于对国家权力的控制和对公民权利的保护，在二者的平衡中最大限度地保障公民人权。〔35〕王书成认为，欧盟与成员国之间纵向权力的分配遵循了比例原则。在单一制等结构形式的纵向分权中，比例原则仍然具有一定的存在形态。我国虽然是单一制国家，但也有自治分权的制度因素，也有比例原则的存在基础，从而须厘清比例原则在其中的内在逻辑。〔36〕

对于立法权是否应受比例原则的规范问题，陈征认为，立法领域具有比例原则适用的空间。民主原则要求一切权力来源于人民。民主原则在宪法和立法机关之间恰恰不是要求宪法控制立法，而是给立法留出一些自主空间。那么如何处理好此空间的大小问题，即立法者自由判断的程度就是比例原则在立法领域所要解决的问题。陈征指出，在运用比例原则审查立法合宪性的时候应该分为四个强度：第一，针对事实认定检查。在预测决定方面立法者决策是否有助于实现目标，最典型的例如适当性原则，应该给立法者留出一些预测的空间。第二，有些时候预测没有任何的失误，完全是客观公正的，但有一些客观原因导致未能实现预期的结果，这个时候应该给立法者留出适当的空间。第三，涉及价值评判的时候，容易注入审查者的政治倾向、主观见解、个人偏好，这个时候应该尽可能尊重立法者的自主形成。第四，完全尊重立法者的结构余地，只要宪法法律没有禁止，没有要求的，结构余地内，立法者享有充分的自由。形成有强度分类别的审查模式，实现比例性约束与立法自由的共赢。但也有反对者提出，比例原则重要内容之一在于手段与目的的匹配，行政机关行为的目的是法律内设、规定的，而立法行为本身并无客观外在的目的，其本身就是定义目的的行为，那么比例原则又如何适用。此外，立法机关本身的政治决定自主性，要求其只要在宪法设定的范围内合法制定法律即可，若将其以比例原则约束，那么便会沦为宪法的执行机关，本身的立法机关特性将不复存在。〔37〕

对于基本权利的保护，陈运生认为，比例原则与基本权利的保障密切相关，比例原

---

〔34〕 参见门中敬：“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，第 102 页。

〔35〕 参见席作立：“比例原则的起源、含义及其发展”，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2002 年第 4 期，第 12～15 页。

〔36〕 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，第 86～92 页。

〔37〕 参见前注〔26〕，许玉镇书，第 116 页。

则是对基本权利进行限制的实质性要件。〔38〕张翔认为，“使用”是宪法财产权的当然保护范围，限行措施未必能够促成缓解交通和治理污染之公益目的，如此效果不确定的情况下，很难说当前手段与目的实现了匹配，满足适当性要求。此外，还存在其他能够达成公益目的而较少限制基本权利的手段，因而限行措施有违宪之虞。〔39〕赵真认为，比例原则在历史上是针对自由权的问题提出的，今天已经扩展至保护包括自由权和平等权在内的一切权利。〔40〕冯威认为，权衡裁判应当以人性尊严与比例原则作为标准，最终使得两项基本权利达到最审慎的均衡、实践协调或者最优化状态。柳建龙认为，《国家赔偿法》第 34 条第 1 款第 3 项规定的死亡赔偿金，经由文义解释可发现，系争规定纵向和横向上均有违反平等原则的嫌疑，且在比例原则四阶审查标准下，虽经受住目的正当性原则和适当性原则的审查，但未必能经受住实效性原则和均衡性原则的审查，应认定为违宪无效。〔41〕朱金东认为，人防工程私有化能够达到国有化同等的效果，因此人防工程采取国有化很难说是采取了最小损害的措施，所以其必要性是值得质疑的，其合比例性也令人怀疑。类似的学者关于此类权利的思考还有关于商业性强制保险制度的审视等。〔42〕

对于改革试点的合宪性问题，王建学认为，在全面推进依法治国的背景下，授权地方改革试点决定应当遵循比例原则，防止对法治的常规性造成颠覆性例外。有必要运用比例原则反思既有授权实践，并在此基础上合比例地解释《立法法》第 13 条，明确其中的内容、时间和空间三方面限制的各自标准及其相互关联，从而促进未来地方改革试点的良性发展，保证科学和稳妥地推进改革。〔43〕但对此问题于文豪提出了不同看法，他认为对地方试点行为进行审查，要明确的是合法性审查，还是合法性前提下对合理状态的追求，只有明确了这一点才能够运用比例原则进行分析。杨登杰更是明确指出，对于试点工作的审查，最主要运用的并不是比例原则，而是法律保留原则，因为地方试点工作首要问题并非合理不合理，而是合法不合法。

2. 行政法

在行政法领域，比例原则得到了广泛适用，一般认为比例原则是规范行政权行使的首要原则。湛中乐认为，比例原则在制约行政主体合法行使职权和保障行政相对人合法权益方面具有重要作用。〔44〕余凌云认为，构筑比例原则作为行政法基本原则，特别是警察法基本原则有很重要的价值。〔45〕杨临宏认为，比例原则是依法行政的重要组成部

〔38〕参见陈运生：“论比例原则在基本权利保障中的适用”，《广州大学学报（社会科学版）》2011 年第 5 期，第 19～24 页。

〔39〕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，第 11 页。

〔40〕参见赵真：“比例原则在反歧视诉讼中的适用——以香港平等机会委员会诉教育署案为例”，《行政法学研究》2012 年第 1 期，第 123～128 页。

〔41〕参见柳建龙：“《国家赔偿法》死亡赔偿金条款的合宪性分析”，《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2016 年第 5 期，第 20～31 页。

〔42〕参见王理万：“商业性强制保险制度的合宪性分析”，《法学家》2017 年第 2 期，第 31～43 页。

〔43〕参见王建学：“授权地方试点决定应遵循比例原则”，《法学》2017 年第 5 期，第 39～49 页。

〔44〕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，第 69～76 页。

〔45〕参见前注〔23〕，余凌云文，第 31～38 页。

分，对国家的立法、执法和司法都具有普遍的指导意义。〔46〕蒋红珍认为，比例原则被誉为“公法之皇冠原则”，它舶来于大陆法系德国，为我国学者所关注，对它的研习理解，纵跨于我国公法学界老、中、青的多代学人。〔47〕对于比例原则的行政法适用领域，一般认为比例原则是与行政裁量空间紧密联系，〔48〕但在现代“给付行政”的条件下，比例原则的适用范围应做相应扩大，从而使其具有普遍适用性。〔49〕这意味着比例原则不仅适用于传统的权力色彩较浓的干预（侵害）行政领域，而且适用于给付（授益）行政领域。〔50〕

会上黄学贤认为，行政法学领域对比例原则的研究有着突出的特点，主要聚焦于比例原则的源起、内涵、适用范围、比例原则与合理性原则的关系等问题。展望比例原则在我国行政法中的发展愿景，应确立比例原则为行政法的基本原则，逐步替代合理性原则，从目的正当、手段与目的适当、必要性、相称性四个方面构筑比例原则的内容体系，将比例原则的适用范围拓宽到授益性行政行为、行政立法、行政救济等领域。杨登峰认为，比例原则是制约行政裁量的基本原则。比例原则与过罚相当原则之间的关系可以从行政处罚实体裁量和行政处罚程序裁量两个场域讨论。蒋红珍认为，比例原则在公法领域越来越体现出作为“皇冠原则”或“帝王条款”的态势，尤其在行政法学领域，比例原则作为裁量权行使之司法评价的重要标尺，在我国“国家与社会”两元构造渐趋明朗的行政法治进程中已然占据有不可或缺的一席之地。王静认为，虽然立法机关没有以成文法的方式直接宣布比例原则在社会主义法律体系中有一席之地，但是实践中，无论是立法机关、行政机关，还是司法机关都在有意无意地开始适用这一原则。

3．刑法

姜涛认为，比例原则能够弥补刑法的基本原则无法防止立法泛滥及刑法的谦抑性所不具有的硬约束力之缺陷，所以刑法学有必要引入比例原则分析范式，追寻一种理性的罪刑规范，把比例原则作为罪刑关系配置的基本原则，刑事立法应该考虑刑法上的可罚的违法性，在刑法解释中强化合目的之法律解释方法。〔51〕比例原则对克制刑法积极主义意义重大，不仅有利于避免刑罚过剩，弥补刑法的谦抑性不足，而且有利于合理配置罪刑规范，正确处理宪法与刑法的关系。〔52〕陈晓明认为，比例原则是刑法的基本原则，它为评判刑法运用的正当与公平提供了一个客观标准，其分别从“目的导向”、“手段选择”、“价值取向”上规范刑法目的与刑罚手段之间的关系。〔53〕

会上劳东燕认为，利用比例原则对于刑罚进行合宪性控制，在当前变得紧迫而必要的重要原因之一就是如今的社会复杂程度不断加强，社会提出了回应性要求，这种回应

---

〔46〕参见前注〔4〕，杨临宏文，第 72～78 页。

〔47〕参见蒋红珍：《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，第 1 页。

〔48〕参见杨蕾、柳砚涛：“比例原则视域下的行政裁量基准制度”，《行政与法》2013 年第 5 期，第 89 页；前注〔23〕，余凌云文，第 31 页。

〔49〕参见前注〔6〕，黄学贤文，第 72 页。

〔50〕参见前注〔33〕，许玉镇文，第 127 页。

〔51〕参见姜涛：“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，第 100～109 页。

〔52〕参见姜涛：“比例原则与刑罚积极主义的克制”，《学术界》2016 年第 8 期，第 89 页。

〔53〕参见陈晓明：“刑法上比例原则应用之探讨”，《法治研究》2012 年第 9 期，第 91～100 页。

性的要求需要增加刑法体系的回应性。而这样一来，整个刑法体系就要跨方向发展，往功能化、主义化发展。但这种扩张与发展应当遵循一定的限度与范围，这就要求利用包括比例原则在内的宪法原则进行控制，主要是应对刑法合法弹性或者回应性增强之后，对个人权利所形成的重大威胁进行合理控制。即比例原则要解决的就是把政策因素引入刑法体系中，对刑法体系中的政策适应如何进行调控，如何进行合宪性控制，就需要比例原则发挥实体价值的引导和方法论上构建的双重作用。

对于刑罚的具体适用，陈璇认为，比例原则对于确定正当防卫权的限度具有指导作用。〔54〕邵玉婷认为，对有前科公民就业权的限制程度应当遵循比例原则。〔55〕杜强强认为，从宪法保护住宅自由的角度看，只要刑法对入户犯罪能给予比较充分的评价，则宪法并不要求刑法对所有的入户犯罪都要设置相同水准的刑罚。非但如此，入户抢劫的刑罚本身就有过分严厉而违反比例原则的嫌疑。〔56〕曾哲、周泽中认为，对终身监禁刑的宪法学反思，可借助比例原则进行严格审查，充分发挥宪法原理对刑法的基础性调控，从而促进宪法与刑法的知识体系对话，有助于构建有效互动、循环诠释的整体法秩序。

4. 刑事诉讼法

徐阳认为，比例原则在刑事强制措施的实施和其他有关裁量问题上具有较好的适用空间。金石认为，引进比例原则，对强制措施的适用加以合理限制，使其与被追诉人适用的刑罚相协调，有利于其在刑事诉讼中发挥合理效能。〔57〕秦策认为，刑事程序比例构造的基本模型包含两重基本的比例关系：一是刑事诉讼措施与案件情形之间的比例关系；二是刑事程序针对不同强度的诉讼措施加以控制的比例关系。〔58〕彭海青认为，在刑事诉讼领域适用比例原则，不应该仅仅局限于非自愿、非商谈的环节上，在刑事诉讼中侦查起诉和审判权的阶段，只要涉及权利的时候，都可以适用比例原则。马婷婷认为，刑事诉讼领域存在比例原则的适用空间，不仅局限于强制措施的采取方面，在刑事侦查方面具有整体适用性。艾明赞同马婷婷的观点，他指出，侦察环节适用比例原则的约束，不仅具有理论上的支持，更是实践中的需要。此外，裴炜从程序正义的角度出发，认为犯罪侦查取证行为应当在打击犯罪与保障公民基本权利之间遵循比例原则，即目的正当性要求、手段目的匹配要求、谦抑性要求、成本收益平衡要求。〔59〕樊奕君认为，比例原则可以协调实现刑法价值与限制权力价值的对立统一，平衡控制犯罪价值与保障权利价值的措施侵害程度，促进秩序价值与程序正当性价值的平衡。〔60〕

---

〔54〕 参见陈璇："正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试"，《环球法律评论》2016 年第 6 期，第 36 页。

〔55〕 参见邵玉婷："前科就业限制的比例原则规制"，《东方法学》2017 年第 3 期，第 151 页。

〔56〕 参见杜强强："入户犯罪、牵连犯处断与比例原则——兼论合宪性解释对刑法释义学命题的尊重"，《首都师范大学学报（社会科学版）》2016 年第 1 期，第 58～66 页。

〔57〕 参见金石："刑事诉讼强制措施的适用应遵守比例原则——兼论相关检察监督"，《西南政法大学学报》2006 年第 4 期，第 96～100 页。

〔58〕 参见秦策："刑事程序比例构造方法论探析"，《法学研究》2016 年第 5 期，第 153 页。

〔59〕 参见裴炜："比例原则视域下电子侦查取证程序性规则构建"，《环球法律评论》2017 年第 1 期，第 80～95 页。

〔60〕 参见樊奕君："比例原则视角下刑事强制措施价值平衡研究"，《中国刑事法杂志》2011 年第 12 期，第 103～107 页。

郭华提出了不同意见，他认为如果在刑事诉讼中引入比例原则，那么最大的问题是比例原则如何定位，比例原则在刑事诉讼中是作为原则来规定，是作为规则来规定，还是在各个程序中体现？如何处理比例原则与当前刑事诉讼原则的关系？明确引入比例原则的目的是什么、要解决什么问题？这些是首先要解决的。

5．民事诉讼法

邵明认为，民事诉讼比例性要求民事诉讼及其具体程序制度目的与其实现手段之间必须具有客观的对称性，其主要内涵包括程序的合目的性、必要性和相称性。〔61〕谢绍静、占善刚认为，根据比例原则的要求，必须合理限定罚款金额的上限，平等对待单位和个人，区分制裁当事人和案外人，并确立新的救济机制。唯有如此，才能充分发挥民事诉讼罚款制度的实效。〔62〕

6．税法

叶金育、顾德瑞认为，应当引入比例原则审视税收优惠。现行税收优惠无论是其规范设计还是规范实践均难以通过比例原则的审查，突出地表现为优惠目的立法缺位、优惠总量失控与支出随意以及利益衡量机制的缺失。要想实现税收优惠与比例原则的对接，必须以比例原则为指引，从观念上和制度上对税收优惠予以规制。〔63〕付大学认为，税收诉讼应当遵循比例原则。税务诉讼“双重前置”制度限制甚至剥夺了纳税人的司法救济权。“清税前置”从目的正当性、程序妥当性和必要性、结果（狭义合比例性）方面均不符合比例原则。〔64〕游钰认为，我国应当适用比例原则规范和改进税务稽查执法活动，从而更好地实现税务稽查执法目标。〔65〕施正文认为，比例原则能够有效地压缩征税自由裁量权在行使过程中恣意与专横的空间，制约自由裁量权的滥用，是征税裁量权的行使理性化的重要保障。我国税法应尽快确立比例原则，以切实推动依法治税的发展。〔66〕

（二）私法领域比例原则的适用

长期以来，比例原则一般被认为是公法的“帝王原则”，但近些年一些私法学者认为，比例原则在私法中也具有普适性，可以广泛适用。

郑晓剑认为，比例原则适用于民法不仅具有可行性，而且具有重大的理论意义和实践价值。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，以确保相关主体的权利和自由不被过度干预，从而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。因此，比例原则具备担纲一项民法基本原则的地位和资格。〔67〕纪海龙认为，比例原则在

〔61〕 参见邵明：“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，第 131～141 页。

〔62〕 参见谢绍静、占善刚：“比例原则视角下我国民事诉讼罚款制度的立法完善——以《〈民事诉讼法〉修改决定》增加罚款数额为切入”，《内蒙古社会科学（汉文版）》2013 年第 3 期。

〔63〕 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，第 77～81 页。

〔64〕 参见付大学：“比例原则视角下税务诉讼‘双重前置’之审视”，《政治与法律》2016 年第 1 期，第 135 页。

〔65〕 参见游钰：“论税务稽查执法与比例原则”，《税务研究》2009 年第 9 期，第 60～64 页。

〔66〕 参见施正文：“论税法的比例原则”，《涉外税务》2004 年第 2 期，第 26～30 页。

〔67〕 参见前注〔31〕，郑晓剑文，第 143～165 页。

私法中具有普适性，他基于高利转贷合同效力、无贷款牌照经营贷款业务的合同效力、无行为能力人所为行为以及合同违约中的实际履行请求权四个例子，分别具体展示了比例原则的四步审查框架在私法中的运用。〔68〕黄忠则认为，私法领域中并非所有都与公益无关，如无效合同认定，无行为能力人所为行为效力等事项的判定都与公益有着密切关联。不仅如此，此类事项更是体现了一种国家意志的实施，所以对于此类国家权力的干涉程度有必要予以限制。〔69〕

李海平认为，在私法领域适用比例原则必须符合两项条件，第一，比例原则的目的是为了公共利益。第二，适用比例原则的权利主体具有不平等的地位。第一层面民法所调整的社会关系，强调意思自治，捍卫私人利益。私法是维护私人利益的法，所以大多数跟公共利益没有关系。比例原则是调整公共利益和私人利益分歧的工具，私法跟公共利益无关便不能适用，因为它侵犯了私法自治最基本的理念。赵鹏指出，在私法领域盲目地适用比例原则可能会出现无法预料的后果。他认为私法领域所展现的一种追求适度、恰如其分的行为，并不真正是比例原则。由于私法领域强调意思自治，因此在这一领域中一般是私人利益间的博弈。在私法领域中要适用比例原则，就必须找出基于什么目的，如何实现手段匹配这两个问题。郭殊也认为，比例原则在公法领域的适用，主要基于公权力和私权利力量的悬殊，这需要比例原则的限制、纠正、矫正。如果是民法领域，不一定适用，这是因为权利本身的平等性，不需要以公权力进行调整，尤其是一定国家制度——比例原则的审查模式加以解决。私法领域强调私法自治，很多问题以协商的方式解决，比例原则的适用空间还是很有限的。

（三）社会法领域比例原则的适用

游钰认为，我国应当引入比例原则对反垄断执法进行规范，因为垄断规制的复杂性与反垄断规则的不确定性决定了反垄断执法具有很大的弹性，而反垄断执法机构则具有广泛的自由裁量权，所以比例原则的合理约束显得尤为重要。〔70〕兰磊认为，比例原则是处理利益冲突的一个工具，其平衡功能、工具价值的普适性使其能够适用于不正当竞争的判断中。不正当竞争行为是涉及不同利益之间冲突的市场行为，同样可以适用比例原则的分析框架进行考察，从而将抽象的判断标准客观化。〔71〕

闫天认为，在劳动法领域适用比例原则具有十分深远的意义。首先，与宪法与行政法学类似，劳动法领域也具有保障劳动者的权利和保障用人单位的权利之间这一存续已久的冲突，需要以比例原则来实现劳资双方的平衡。其次，单位是一个政治体，这个政治体可能是专制的，也可能是民主的，但无论是专制还是民主，由于权利本身就具有扩张性，所以无论怎样都需要控制，否则政治体容易瓦解。此外，比例原则为当前劳动法领域两极分化的尴尬局面构建了新的解决思路。此外，有学者具体指出比例原则对我国在不当解雇的合理性判断、针对员工惩戒行为的比例考量、劳动仲裁对雇主决定的过度

〔68〕 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，第 95～103 页。

〔69〕 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，第 46 页；前注〔31〕，郑晓剑文，第 143 页；同上，第 95 页。

〔70〕 参见游钰：“论反垄断执法之规范与比例原则”，《甘肃政法学院学报》2010 年第 3 期，第 105～110 页。

〔71〕 参见兰磊：“比例原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解释——以视频网站上广告拦截和快进是否构成不正当竞争为例”，《东方法学》2015 年第 3 期，第 68～81 页。

自治以及劳动诉讼对劳动仲裁裁决的司法自治等问题的解决方面有借鉴意义。〔72〕

（四）国际法领域比例原则的适用

韩秀丽认为，当前国际 WTO 法公认的原则有非歧视、透明度及自由化等，但比例原则要求综合各种情况，平衡各种利益的重要功能，能够促使国家间合作更加顺畅，所以比例原则有必要进入 WTO 法。〔73〕不仅如此，它不但可以在平衡不同的政策目标，削减贸易壁垒及限制贸易报复水平方面起重要作用，而且作为一个工具性原则能起到其他原则起不到的作用，诸如对国际反倾销、〔74〕国际征收〔75〕等问题的审视都具有较好的适用空间，因此比例原则应该成为约束成员方政府行为及指导 WTO 法发展的基本原则。陈晓明认为，比例原则是国际法的基本原则，更是战争法的根本原则，比例原则分别从“目的导向”、“手段选择”、“价值取向”上规范目的与武力使用之间的关系，进而成为衡量国际争端中武力使用是否正当的基本依据。〔76〕

上述对比例原则在不同部门法的适用归纳，有些是实然描述，有些是应然表达。作为权力与权利行使的基本准则，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，抑或是在关注社会利益的社会法领域和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。然而，比例原则并不是万能的，比例原则的适用也有限度。正如会上秦策所认为，为了保持法理上的一致性，防止比例原则的过度泛化，以至将其等同于一般的“合比例性”思想，从而丧失独特性，应当对其扩展的场域进行必要的限定。同时，应充分挖掘比例原则在法教义学上的内涵和方法论意义，使其解释、体系化、价值引领、评价与构造功能在各个部门法中得到充分的展示。张翔认为，比例原则的适用领域最终可能扩得非常广，但最终我们各学科对比例原则应当有更为清晰的共识，这就需要我们对比例原则适用的诸多问题进行进一步共同探讨。也正如高秦伟所言，不同领域对管理方式和规则的需要各不相同，所以比例原则的适用需要“因地制宜”，否则很可能“水土不服”，这就需要不同学科之间的交流和探讨，不断深耕细作，在理论与实践的研究道路上持续争鸣与探索。

五、比例原则适用的完善

比例原则在不同部门法中的扩张适用已成为事实，未来比例原则如何发展完善，直接决定着比例原则在整个法律体系中的地位。对比例原则适用的未来发展方向，不同学者有着不同的看法。

---

〔72〕 参见孙国平：“英国行政法中的合理性原则与比例原则在劳动法上之适用——兼谈我国的相关实践”，《环球法律评论》2011 年第 6 期，第 43 页。

〔73〕 参见韩秀丽：“比例原则进入 WTO 法的必要性分析”，《中共福建省委党校学报》2005 年第 8 期，第 14～17 页。

〔74〕 参见韩秀丽：“欧洲法院在反倾销案件中对比例原则的适用”，《欧洲研究》2005 年第 6 期，第 41～53 页。

〔75〕 参见韩秀丽：“论比例原则在有关征收的国际投资仲裁中的开创性适用”，《甘肃政法学院学报》2008 年第 6 期，第 116～123 页。

〔76〕 参见陈晓明：“比例原则与国际争端中的武力使用”，《法治研究》2013 年第 12 期，第 3～12 页。

（一）比例原则精细化发展的争论

一些学者认为，比例原则尽管作为一项抽象的原则具有其抽象化存在的优势，如能够为适用者提供权衡空间有助于实现个案的正义，但比例原则过于抽象所带来的不确定问题，会破坏法律的明确性与安定性，会对当前国家民主与法治造成严重的冲击，从而为实质上的“暴力统治”披上比例原则的外衣。“比例原则是如此的含糊和前后不一致，以至于其适用最终成了结果导向的分析（a results-oriented analysis）。”〔77〕因此，比例原则应当精细化，避免形式化、空洞化。

另一些学者则认为，比例原则作为一项原则，其本身就应当是一种价值追求、精神指引，其本身的高度决定了其自身的抽象性和概括性，因此将其完全精细化是不现实也是不必要的。例如，杨登杰认为，比例原则绝非单一空洞，比例原则要求具体衡量、追求动态平衡，正体现了中国传统“执中行权”与“理一分殊”的精神，反映了“一”与“多”的辩证统一，能结合普遍性与特殊性，有效保护公民权利。〔78〕

会上陈征指出，比例原则本身就是为适用者留存一定的选择空间，是基于对社科领域复杂情况以及实现个案正义要求做出的回应，所以需要一定的灵活性。彭海青认为，比例原则本身所提供的就是一种精神指引层面的东西，我们不能苛求比例原则给我们一个非常确定的东西，所以有模糊性是不可避免的。谢立斌认为，比例原则在德国的发展是非常精细化，可以说是精细化得令人窒息，我们不能一味照搬，要有取舍，有鉴别，有保留。

王静认为，比例原则的不断精细化发展有可能使其本身的含义发展越发边缘化，使比例原则逐渐脱离其最重要的价值，而向其所包含价值取向的一部分发展，从而造成比例原则的异化。于文豪指出，比例原则有很强的主观性，无论是三个子原则还是四个子原则，每一个子原则都带有多多少少的主观色彩。既然这样，比例原则适用的时候决断是难免的。因此，试图把比例原则客观化这样的尝试，可能是永远无法达到的一个境地。

持类似观点的其他学者认为，追求比例原则精细化的最终目的在于创造一种客观具有操作性的思维思考模式，使得对某一问题的审视用数据说话，更加具有说服力。但与其追求如此具有难度的精细化发展，还不如穿透现象看本质，以文字的方式不断挖掘比例原则的内涵和精神，以具有抽象化的概念建构，设定出审视问题的思维模式，从而满足比例原则的适用性需求。

（二）比例原则精细化发展的路径

虽然对比例原则是否应当精细化存有较大的争议，但这并没有妨碍比例原则精细化的步伐。对于如何推进比例原则精细化，主要存在以下路径。

1. 比例原则的“类型化”适用

蒋红珍、王茜认为，比例原则可以根据案件性质差异进行类型化，从欧盟法上比例

---

〔77〕 T. Jeremy Gunn, Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis, 19 *Emory Int'l L. Rev.* 2005, pp. 465, 470.

〔78〕 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，第 367～390 页。

原则司法适用情形看，存在多元的审查强度和类型化的审查标准。〔79〕高秦伟认为，在欧盟行政法上，比例原则具有极其重要的地位，审查强度因适用范围的不同亦有所变化。〔80〕贾茵在会上指出，比例原则是精密的操作规范，其最重要的目标便是对公民个人权利的保护，那么以公民个人权利的类型化为基础，在区分不同的权利类型的情况下设定适宜的分析思路，有助于将比例原则在适用过程中明确化，使其更加具有操作性。周辉认为，在不同的领域中应将比例原则更加具体化、精细化，应当总结提炼出具有类型化的、适合不同领域的方法，去指导比例原则的具体适用。我国台湾地区学者汤德宗提出了“阶层式比例原则”，将比例原则的适用分为三阶六层：低标（合理审查基准）、中标（中度审查基准）、高标（严格审查基准）三类。其中，低标又可分为三层：（1）低低标，即“最低合理性”审查基准；（2）中低标，即“基本合理性”审查基准；（3）高低标，即“有杀伤力的合理”审查基准。中标可分为两层：（1）低中标，即基本的中度审查基准；（2）高中标，有杀伤力的中度审查基准。高标就一层，即最严格的审查基准。〔81〕

实际上，在司法实践中，很多国家的法院已经确立了比例原则适用的类型化审查模式。例如德国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不同强度的审查类型。比例原则审查的是裁量问题，由于不同的裁量涉及的专业、领域也不同，所以裁量需要被不同程度地尊重，比例原则的适用需要被类型化。〔82〕我国法院应当适当借鉴域外的司法技术，根据被侵害权利的种类、侵害程度大小、所促进的公共利益种类与大小、司法的能力等多方面因素，逐步建立区分强度的类型化的合比例性审查模式。

2．比例原则的“公式化”适用

为了减少比例原则适用的主观性过大问题，一些学者提出了合比例性分析公式。例如阿列克西提出了分量公式与权衡法则，他认为要解决权利与权利、权利与权力之间的冲突，实质权衡必不可少，但权衡又容易产生非理性，所以需要将权衡具体化，以排除不确定的风险。因此阿列克西提出了权衡法则：“对一个原则的未满足程度或损害程度越大，满足另外一个原则的重要性就必须越大”，并基于此提出了比例原则适用的三个步骤：首先，确定一个原则的未满足程度或损害程度。其次，确定满足另一个相冲突的原则的重要性。最后，确定满足相冲突的原则的重要性是否能证立对另一个原则的未满足程度或损害程度，并据此提出了简单形式的分量公式。此外，由于抽象分量的重要性，阿列克西在第一权衡法则的基础上提出了第二权衡法则，“对一项基本权利的干涉越大，其经验前提的可靠性就必须越大”，并以此提出了完全形式的分量公式。〔83〕

对于必要性原则的客观化，可以通过成本收益分析方法，再借助于手段的相对损害

---

〔79〕参见蒋红珍、王茜：“比例原则审查强度的类型化操作——以欧盟法判决为解读文本”，《政法论坛》2009 年第 1 期，第 116～125 页。

〔80〕参见前注〔14〕，高秦伟文，第 87～92 页。

〔81〕参见汤德宗：“违宪审查基准体系建构初探——‘阶层式比例原则’构想”，载廖福特主编：《宪法解释之理论与实务》（第六辑），“中央”研究院法律研究所筹备处，2009 年，第 39～45 页。

〔82〕参见刘权：“适当性原则的适用困境与出路”，《政治与法律》2016 年第 7 期，第 101～103 页。

〔83〕参见刘权：“均衡性原则的具体化”，《法学家》2017 年第 2 期，第 20～22 页。

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。〔84〕对于均衡性原则，可以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益与所造成的损害的比例值，然后再根据均衡性判断法则，具体权衡该最小损害性手段是否具有均衡性。〔85〕值得注意的是，“公式”只能辅助而不能完全取代合比例性分析。数学计算追求的是工具理性，而比例原则本身则蕴含价值理性追求，所以“公式”在比例原则的适用中不能走向极端。

3．比例原则的“商谈”适用

此种将比例原则客观化的进路是由加拿大当代著名法学家戴维·M·贝蒂所提出，其从当事人角度出发，避开了数学计算的方式，将比例原则的适用转化为事实问题的商谈。在此种模式下，将冲突中人们最重要的利益与观点转为客观的事实问题，而非抽象的道德问题或价值问题，从而实现商谈的可能，而法官只需要在平等环境下，对有关事实的举证和辩论做出客观理性的公正判决即可。〔86〕

结　语

“我们生活在比例原则的时代”。〔87〕作为自然正义化身的比例原则，在全球不同法律体系、不同法律部门中占有日益重要的地位。比例原则之所以发展如此之迅速，或许与其本身所追求的价值不无关系。在当代全球宪政国家日益重视实质合法性的背景下，人们不仅希望社会能够有一个稳定的形式合法性秩序，而且还希望获取更多的实质个案正义。

未来比例原则的适用发展应当抽象化与精细化并举，简单地发展其中一个面向而忽视另一面向可能是不可取的。一方面，我们应当不断加深对比例原则本身概念含义的理解，区分其与相邻概念之间的关系，准确把握比例原则所要反映的目标追求以及价值取向；另一方面，也应适当地为比例原则提供精细化、客观化的思维进路，努力寻求操作性强的合比例性分析技术，以适当降低比例原则适用的不确定性危险，从而实现比例原则应有的规范价值，以真正造福每一位公民。

参考文献

[1] 刘权．论必要性原则的客观化 [J]．中国法学，2016 (5)．

（责任编辑：赵　真　赵建蕊）

〔84〕 参见刘权：“论必要性原则的客观化”，《中国法学》2016 年第 5 期，第 194 页。

〔85〕 参见前注〔83〕，刘权文，第 26～29 页。

〔86〕 同上，第 23 页。

〔87〕 Aharon Barak，*Proportionality：Constitutional Rights and their Limitations*，Cambridge：Cambridge University Press，2012，p．457．