

# 国家干预市场的宪法界限：比例原则审查作为方法

赵舒捷\*

**内容提要：**国家干预市场的制度界限需要通过宪法予以明确。在基本权利和基本经济制度之间，厘定这一界限需要一种价值完备且合乎理性的方法。德国联邦宪法法院在立法审查历史中形成了比例原则审查的方法论，这一路径可以适用于我国，但不同的是，比例原则审查需要以基本权利和我国的经济宪法为双重考量。我国基本经济制度蕴含了国家干预市场的三重价值目标：基本权利、完备的市场秩序以及共同富裕。虽然面临诸多限制和挑战，但比例原则作为一种“目的—手段”理性建构方式，对厘定国家干预的界限有着不可替代的作用。基于干预的价值目标和超越基本权利保护的功能需要，改进比例原则审查方法，可使其形成一种基于经济宪法的全面审查理论，在备案审查等本土的制度实践中发挥更好的效用。

**关键词：**比例原则 国家干预 社会主义市场经济 经济宪法 备案审查

1993年《中华人民共和国宪法修正案》（以下简称《1993年宪法修正案》）第7条将“国家实行社会主义市场经济”正式写入宪法，标志着国家干预与市场经济的平衡关系在制度层面进入了新的历史阶段。党的十八届三中全会提出，经济体制改革的核心问题是处理好政府和市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用，“着力解决市场体系不完善、政府干预过多和监管不到位的问题”<sup>[1]</sup>。党的二十大报告中进一步明确构建高水平社会主义市场经济体制要“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用”<sup>[2]</sup>。在此基础上，党的二十届三中全会决定提出要进一步全面深化改革，到2035年全面建成高水平社会主义市场经济体制。为此，“必须更

\* 赵舒捷，中国人民大学法学院、柏林洪堡大学法学院联合培养博士研究生。

本文为国家社科基金一般项目“中国共产党的宪法观研究”（23BFX001）的阶段性成果，同时为中国人民大学2023年度拔尖创新人才培育资助计划成果。

[1] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社2013年版，第6页。

[2] 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》（2022年10月16日），人民出版社2022年版，第29页。

好发挥市场机制作用，创造更加公平、更有活力的市场环境，实现资源配置效率最优化和效益最大化，既‘放得活’又‘管得住’”<sup>[3]</sup>。社会主义市场经济的本质是法治经济。法治体系作为社会主义市场经济的制度基础，核心功能就是为国家干预市场的行为划定规范界限。

“国家干预市场”的概念兴起于凯恩斯主义，经济学与法学共同关心的命题是，国家干预市场的界限在哪里，或者在法学研究范畴内更进一步地讲，是“如何确定国家干预市场的界限”。对此，“即使是自由国家也建立了法律框架，并且通过这些法律框架使经济活动成为可能，并且对其进行评价”<sup>[4]</sup>。国家内部各种形式与效力的规范构成经济活动的秩序基础和国家干预的权力渊源，对这种法律框架的评价和调整是法治国家确立国家干预市场之界限的基本路径。在宪法确立的社会主义市场经济体制中，面对“全面建成高水平社会主义市场经济”的发展任务和充满挑战的内外部市场环境，如何以一种规范评价的方法厘定国家干预市场的制度界限，成为公法学研究的焦点问题。近年来学界的相关讨论主要包含两种范式：一种是对市场经济相关的基本权利进行解释和建构，以基本权利保护审视国家干预；<sup>[5]</sup>另一种则围绕宪法中的基本经济制度条款，从解释论角度探讨国家与市场间的平衡关系。<sup>[6]</sup>前一种研究具备较强的方法论意识，但对于方法的价值指向有所欠缺；后一种研究形成了较为完善的价值观念，但缺乏理性的方法路径。经济基本权利和基本制度是划定国家与市场边界的根本依据，但重要的是如何更进一步，在宪法秩序的整全性视角下形成一种目的价值完备、手段合乎理性的方法以明确这一边界。在此意义上，“完备的合宪性审查方法的运用”是完善宪法监督制度体系的关键所在。<sup>[7]</sup>

## 一、经济宪法中的国家干预：困境与方法

讨论国家干预市场的宪法界限，就不可避免地进入到经济宪法的研究范畴内。经济宪法 (Wirtschaftsverfassung) 在传统上是指所有包括经济内容并对经济制度进行规定的宪法规范。<sup>[8]</sup>这一概念本身就包含了国家对经济生活的干预，干预的形式是以经济宪法为核心的法律框架。而狭义上的经济宪法即经济体制，在我国即社会主义市场经济。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》) 第 15 条设立了国家干预的基本立场和积极、消极的干预任务，构成国家干

[3] 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》(二〇二四年七月十八日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过)，载《人民日报》2024年7月22日，第1版。

[4] [德]罗尔夫·施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆2008年版，第13页。

[5] 参见翟国强：《经济权利保障的宪法逻辑》，载《中国社会科学》2019年第12期；周雷：《营业自由作为基本权利：规范变迁、宪法依据与保护范围》，载《中国法律评论》2020年第5期；陈征：《国家从事经济活动的宪法界限——以私营企业家的基本权利为视角》，载《中国法学》2011年第1期。

[6] 参见李忠夏：《“社会主义公共财产”的宪法定位：“合理利用”的规范内涵》，载《中国法学》2020年第1期；韩大元：《中国宪法上“社会主义市场经济”的规范结构》，载《中国法学》2019年第2期；王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，载《中国法学》2013年第6期；潘昀：《论宪法上的“社会主义市场经济”——围绕宪法文本的规范分析》，载《政治与法律》2015年第5期。

[7] 参见王旭：《健全保证宪法全面实施的制度体系及其展开——党的二十大报告中“加强宪法实施和监督”精神解读》，载《法学家》2023年第1期。

[8] 参见[德]乌茨·施利斯基：《经济公法》，喻文光译，法律出版社2006年版，第20页。

预市场在根本法上的直接依据，也是干预措施的正当性来源。<sup>[9]</sup>但是，“由于缺乏统一、明确的解释与指引，在发挥政府作用时，无法确定明确的界限，政府过度干预市场成为阻碍市场经济发发展的重要因素”<sup>[10]</sup>。党的二十届三中全会决定指出构建高水平社会主义市场经济体制要“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用”<sup>[11]</sup>。如何使两种作用协调一致，实现“放得活”与“管得住”有机统一，构成当前经济体制改革的核心问题与规范干预面临的现实困境。

### （一）社会主义市场经济中的干预困境

“有效市场”与“有为政府”之间的张力是经济学上的世界性难题。党的十四大以来，从社会主义市场经济入宪，到“发挥市场在资源配置中的基础性作用”，再到“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用”，党中央为回答这一命题作出了最适于社会主义市场经济的理论创新。在这一总的指导思想下，国家干预与市场调节的平衡关系需要在改革过程中不断地结合实践予以把握。“市场在资源配置中起决定性作用，并不是起全部作用。”<sup>[12]</sup>以构建全国统一大市场为例，一方面要“清理和废除妨碍全国统一市场和公平竞争的各种规定和做法”<sup>[13]</sup>，限制和纠正不当的干预措施；另一方面，构建统一市场要依赖基础制度规则的一致性，形成这种一致性必然需要国家的积极干预，因为市场本身很难形成自发统一的倾向。“经济史表明，全国性市场的出现在任何意义上都不是经济领域从政府控制中渐进、自发地解放出来的结果”，而相反的是政府“有意识地甚至有时是粗暴地干涉的结果”<sup>[14]</sup>。政府作用的核心“是要在保证市场发挥决定性作用的前提下，管好那些市场管不了或管不好的事情”<sup>[15]</sup>。在规范层面，问题的关键在于怎样明确两种作用各自的范围，从而为国家干预划定合理的界限。这一理论困境在当前制度背景下集中反映为大量干预措施存在的合法性、合宪性问题。

2024年全国人大常委会法工委首次公布了地方人大常委会的三件备案审查案例，分别涉及城市供水管理、房地产限售和燃气安全管理等规定，均与地方政府不当干预市场有关。法工委指出，相关案例为“体现地方立法共性问题、具有指导意义的典型案例”<sup>[16]</sup>。在对“某省政府规章关于经营用水加倍收费规定”的审查中，省人大常委会认为该规定与党中央关于减轻企业负担的

<sup>[9]</sup> “干预”是经济学与基本权利教义学中都使用的概念。国家干预市场的讨论本身来源于经济学，但其“干预”所指范围较广，几乎包含了所有国家影响市场运行的行为。而是否对基本权利形成干预则以归责性、事实妨碍、可预见性及强度等要件进行判断，主要适用于规范的合宪性审查。基于本文的旨趣，这里的“干预”概念来自其在基本权利教义学中的含义，但在基本权利保护范围以外则要进行广义上的理解。参见〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第185—190页；〔美〕尼古拉斯·韦普肖特：《凯恩斯大战哈耶克》，闻佳译，机械工业出版社2013年版，第34页。

<sup>[10]</sup> 韩大元：《中国宪法上“社会主义市场经济”的规范结构》，载《中国法学》2019年第2期，第19页。

<sup>[11]</sup> 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（二〇二四年七月十八日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过），载《人民日报》2024年7月22日，第1版。

<sup>[12]</sup> 习近平：《关于〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉的说明》，载中共中央文献研究室编：《十八大以来重要文献选编》（上），中央文献出版社2014年版，第500页。

<sup>[13]</sup> 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（二〇二四年七月十八日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过），载《人民日报》2024年7月22日，第1版。

<sup>[14]</sup> 〔英〕卡尔·波兰尼：《大转型：我们时代的政治与经济起源》，冯钢、刘阳译，当代世界出版社2020年版，第256页。

<sup>[15]</sup> 习近平：《围绕贯彻党的十八届五中全会精神做好当前经济工作》，载中共中央文献研究室编：《习近平关于社会主义经济建设论述摘编》，中央文献出版社2017年版，第66页。

<sup>[16]</sup> 朱宁宁：《全国人大常委会法工委公布2024年第1号备案审查工作案例》，载《法治日报》2024年6月11日，第6版。

重要部署精神及国务院有关规定不一致，加重了相关市场主体的经济负担，应当予以修改。在“某市政府部门规范性文件关于房地产限售规定”的审查案例中，市人大常委会提出该规定对部分公民在特定期间内不动产交易的区别对待“显失公平公正，不具有合理性和适当性，也与民法典等有关法律的规定不一致”。而在“某市政府规范性文件强制燃气用户安装指定燃气设施和燃气企业有权采取停气措施规定”的审查中，市人大常委会认为将燃气设施的用户选择权变为强制性义务侵犯了公民的合法权益，因此不得强制要求改造或指定企业改造。同时，确保燃气连续供应既是燃气经营企业的义务，也是燃气用户的权利，应当尊重相关合同规定，慎重采取停止供气的措施。<sup>〔17〕</sup> 以上案例反映了地方政府在经济调控中普遍存在的制度界限不清、干预作用不当等问题。类似情形在 2023 年对地方性法规“全面禁止销售、燃放烟花爆竹”以及此前“将具有本地户籍或者居住证作为出租车驾驶员准入的条件”等大量审查案例中均有所体现。<sup>〔18〕</sup> 而在中央层面，较为典型的如 2019 年全国人大法工委在对国务院《城市供水条例》规定“欠缴水费罚款”的审查中指出，随着城市供水市场化改革进程，欠缴水费原则上应属于民事违约行为，应通过行政干预之外的其他方式予以处理。<sup>〔19〕</sup>

上述案例涉及普通规范性文件、规章、地方性法规、行政法规等多个层级的规范，足见国家干预与市场作用的界限不明仍然是当前规范体系存在的普遍问题。社会主义市场经济体制奠定了国家与市场平衡的基础，但这种平衡是动态的、具体的，需要在实践中不断予以更新和现时化。综合相关审查意见可以发现，国家的规范干预与公民、市场主体的经济权利高度相关，在根本上则取决于如何理解宪法确立的社会主义市场经济秩序。对于干预界限的认识，一方面需要深化对经济宪法本身的讨论，而另一方面，更重要的是形成方法论上的共识，以一种恰当的审查方法将经济宪法的原则和精神贯彻在每一项干预措施当中。

## （二）经济宪法与比例原则审查

经济宪法的理论兴起于 20 世纪 30 年代德国新自由主义下的弗莱堡学派，其认为自由放任的经济是不存在的，彻底的放任只会导致经济走向混乱和垄断，近现代的市场经济恰恰是在国家确立的法制框架即国家干预中形成的。<sup>〔20〕</sup> 而对于干预的程度，他们主张竞争秩序应当作为一种公共产品由国家制定的法律框架来维持，国家的规范干预以维护市场竞争秩序为限。<sup>〔21〕</sup> 在本土的研究语境中，“政府干预市场”或“国家干预经济”是更为常见的说法。关于干预的主体，宪法上的“政府”只是国家权力的一种组织形式，政府之外还有人民代表大会、司法机关等其他国家机关。由于政府直接承担经济管理的职能，“政府干预市场”事实上大多是对国家权力干预市场

〔17〕 以上审查案例参见朱宁宁：《全国人大常委会法工委公布 2024 年第 1 号备案审查工作案例》，载《法治日报》2024 年 6 月 11 日，第 6 版。

〔18〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于 2023 年备案审查工作情况的报告》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2024 年第 1 号。

〔19〕 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编：《规范性文件备案审查案例选编》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 5 页。

〔20〕 参见喻中：《在经济宪法与经济秩序之间——欧肯法律经济学思想的理论逻辑》，载《中国政法大学学报》2016 年第 5 期。

〔21〕 See Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2, Macmillan Reference Limited Press, 1998, p. 175.

的一种模糊性说法。在人民代表大会制度下，政府或具体或抽象的行政行为都可追溯到人民代表大会的授权，表现为一种“国家行为”，国家权力的一体性在我国是更为重要和明显的。因此从宪法的整体性出发判断干预界限，应当回归到“国家”的责任主体中。在干预的客体方面，经济生活存在于国家出现之前，《宪法》第15条规定的宏观调控、维护经济秩序的职权，第13条规定的国家对私有财产的保护、征收以及第6条规定的分配制度等都可以理解为国家对经济生活施加影响。但“干预”在语义上强调国家对调控对象现存的规律或秩序形成了限制或妨碍，这一概念与本身主要由国家法形塑、和国家职权密不可分的经济关系（比如财税法、基础设施法等）并不完全适配。<sup>[22]</sup> 换言之，“经济”应该是一个所指范围更广的上位概念，而“干预”语义下的重点是以市场自生自发的竞争秩序为核心的经济关系，因此更准确的说法应当是“国家干预市场”。关于“干预”本身的外延，出于“尊重专业部门对经济领域规制的专业判断和自由裁量权”的理由，宪法对国家干预的控制应当“秉持一种消极主义立场”<sup>[23]</sup>，将受评价的干预手段限定在法律框架之内，排除对财政政策、货币政策等行政权属内具体调控措施的直接评价。相应的，经济宪法无法也没有必要承担对具体调控措施的审查，而应当聚焦于规范的合宪性评价，这也与传统经济宪法研究的理念相一致。

受弗莱堡学派影响，德国法上对国家干预市场的正当性问题不再有过多争论。在基本法确立的制度框架下，经济宪法研究的焦点问题成为“如何确定国家干预市场的界限”。对此，仅提出“《基本法》既要保护公民自由和基本权利，但也可以为实现国家任务进行合理干预”这样模糊的论断是不够的，实践中需要的是一个更具体和可操作的宪法理论架构。<sup>[24]</sup> 围绕如何确定国家与市场界限的问题，德国宪法学界经历了1950年代的经济宪法之争，在随后的“投资补助案”判决中迎来了方法论上的拐点。在此之前，德国法学家出于对国家过度干预经济的警惕，对社会市场经济作出具有主次关系的解释，试图以居于核心地位的市场经济约束社会国原则下的国家经济权力。<sup>[25]</sup> 这一解释与战后德国采取的经济政策相一致，“社会市场经济”甚至在1990年被写入了两德《经济统一条约》，成为德国事实上形成的经济体制。然而，由于缺乏明确的宪制基础，德国联邦宪法法院断然排除了将社会市场经济作为审查标准的可能。在投资补助案(Investitionshilfe)判决中，法院认为《基本法》的经济政策是中立的，讨论“投资补助法”是否符合市场经济没有意义。<sup>[26]</sup> 在1958年的药店案(Apotheken-Urteil)判决中，法院再次强调立法裁量权的限制理由只能来自基本权利保护，一项立法“不会因为它和其他经济政策或者和以此为基础的、某种特定的国民经济理论不一致而有宪法意义上的瑕疵”<sup>[27]</sup>。

在否定了经济宪法的解释路径后，德国联邦宪法法院急需一种更具解释力的方法以推进合宪性审查，这一方法就是比例原则审查。通过药店案判决，宪法法院在法教义学层面确立了比例原

[22] 参见单飞跃、徐开元：《从国家的经济干预到经济的宪法治理——经济法学理论基础的转换》，载《社会科学战线》2021年第5期。

[23] 翟国强：《经济权利保障的宪法逻辑》，载《中国社会科学》2019年第12期，第118页。

[24] 参见黄卉：《宪法经济制度条款的法律适用——从德国经济宪法之争谈起》，载《中外法学》2009年第4期。

[25] 参见汪玉涛：《德国经济宪法及其启示》，载《中国行政管理》2012年第11期。

[26] Vgl. BVerfGE 4, 7 (17f.).

[27] BVerfGE 7, 377 (400).

则的三个子原则：适当性、必要性和狭义比例原则。更重要的是，针对国家干预限制职业自由的不同程度，药店案判决开创了立法审查标准依次递进的三阶层理论（Drei-Stufen-Lehre）。<sup>〔28〕</sup> 这一审查方法极大地增加了比例原则的客观性与可操作性，丰富了比例原则在立法审查中的应用空间。事实上，“对实体规范进行类型化审查强度的区分”作为药店案判决三阶层理论的核心，对增加价值权衡的可信度起到了至关重要的作用。<sup>〔29〕</sup> 宪法法院在药店案判决中使用了这样的三阶层审查框架：第一阶是对从业行为的干预，适用普通的比例原则审查，在目的上出于一般公共利益考虑即可；第二阶是在设立关于权利人自身的主观准入条件时，适用较为严格的审查强度，干预行为必须服务于“保护特别重要的公益”（如能源供应安全、有序的税法司法制度等），必要性审查须考虑第一阶段的干预是否足够达到目的，因为对从业行为的干预原则上小于对职业许可的干预；第三阶是在设立无关权利人自身、个人无法影响的客观准入条件时，干预手段只能用来防御“严重的、可被证明的以及高度可能发生的危险，以此保护极为重要的公益”（如保障公众健康、大众营养的供给等），在必要性上要求前两个阶层的规定无法取得同样的效果。<sup>〔30〕</sup> 此后，宪法法院在涉及经济干预的案件中多次应用了比例原则的审查框架，包括财产权、经济平等、合同自由等在内的经济基本权利代表了比例原则审查的典型场景以及方法论的演进。

关于财产权的社会义务，德国联邦宪法法院在萨尔茨堡机场案（Flughafen Salzburg）判决中表明单方面的优待或亏待都与宪法上负有社会义务的私人财产权不相符，立法者应当受到比例原则的约束，“财产权人权限的限制不能超过规范所服务的保护目的”<sup>〔31〕</sup>。通过对比例原则审查强度的类型化处理，财产权也确立了类似职业自由的三阶层审查梯度。<sup>〔32〕</sup> 在经济平等方面，宪法法院在药店自助服务案（Apotheken-Selbstbedienung）等案件中采取的标准经历了从恣意禁止的旧公式到区别对待正当化新公式的转变，并最终形成了“以比例原则为导向的可变型宪法审查标准”<sup>〔33〕</sup>。这一审查方式事实上是将平等权干预的正当化向自由基本权利干预正当化靠拢，“整个不平等对待的正当化审查成为比例性审查”，并且“与对自由基本权干预一样，不平等对待的强度在均衡性审查中具有重要作用”<sup>〔34〕</sup>。此外，合同自由作为一般行为自由的特殊形式在适用比例原则时有不同规则。例如在担保合同案（Bürgschaftsverträge）中宪法法院认为合同自由的目标是建立个人在法律生活中自主决定的私人自治，而国家对合同自由的干预是为了防止合同因个人经济或社会权力落差而成为非自主决定的手段。作为完全的“规范形塑基本权”，合同自由需要立法者的构建（Ausgestaltung），立法者在进行这种必要的构建时必须符合基本权利的客观法规定，以实现和维护私人自治为目标。<sup>〔35〕</sup>

〔28〕 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 39 页。

〔29〕 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 157 页。

〔30〕 参见〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第 8 版），张冬阳译，北京大学出版社 2023 年版，第 199 页。

〔31〕 BVerfGE 72, 66 (77f.).

〔32〕 参见〔德〕罗尔夫·施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆 2008 年版，第 201—202 页。

〔33〕 BVerfGE 129, 49 (68f.).

〔34〕 〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第 8 版），张冬阳译，北京大学出版社 2023 年版，第 383 页。

〔35〕 BVerfGE 89, 214 (231f.).

### （三）基本权利作为比例原则审查的逻辑起点

回顾比例原则审查的理论脉络，会发现这一方法在立法审查中始终与国家的经济干预密切相关。其发端于德国联邦宪法法院对狭义经济宪法的否定，最终与经济基本权利相结合，形成了一种更具理性说服力的替代方案。由于缺乏基本经济制度的宪制基础和规范理论，宪法法院认为在基本法中确定国家干预市场的界限不能求诸对某种经济制度理论的理解和解释。而对于如何确定这一界限，“联邦宪法法院没有明确定义的经济宪法实际上是公民的基本自由和各项基本权利保护范围的总和，立法者在调控经济时不能侵犯基本权利”<sup>〔36〕</sup>。宪法法院坚持将国家的经济干预具象为国家对市场中个体基本权利的干预，以干预的合宪性审查来厘定国家经济权力的边界。于方法论而言，这一理论的意义在于改变了单纯以模糊的教义学解释审查国家干预的路径，而是借助比例原则在基本权利案件中的逻辑性展开，一步步形塑了国家与市场的边界。

不可否认，比例原则审查的逻辑起点在于基本权利对市场经济的构成性作用，这一点与我国乃至各国的经验存在共通性。市场经济与市民社会密不可分，马克思认为国家与社会的二元分裂是资本主义市场经济的产物，“在市场经济下，私人商品的生产、交换和消费必须摆脱政府的干预，为了市场经济的发展，资产阶级就必须通过革命来获得一个自由的经济活动领域，这就是市民社会”<sup>〔37〕</sup>。政治国家与市民社会二分的制度基础是对私人权利的承认，在此意义上，公民权利也是市场经济的产物，“人权要求获得普遍承认和制度化的保障，是近代市场经济发展的结果”，劳动力经济价值的增长“产生了确认和维护人的价值、尊严与福利，保障人权与公民权利的普遍要求”<sup>〔38〕</sup>。市场经济与公民权在历史上的孰先孰后可能存在争议，但可以肯定财产权、平等权以及行为自由等权利作为市民社会和市场经济的制度基础，维护着私人领域、自由经济与政治国家之间的分野。进入立宪国时代后，市场经济赖以存在的社会基础进一步加强，公民权利进入宪法制度，成为占据现代宪法核心地位的基本权利。

在中国的制度语境中，基本权利同样作为市场经济制度的核心要素，在学理上和政治上得到肯定。党的二十大报告提出，“完善产权保护、市场准入、公平竞争、社会信用等市场经济基础制度，优化营商环境”<sup>〔39〕</sup>。党的二十届三中全会决定重申构建高水平社会主义市场经济体制要求“完善市场经济基础制度”，其中重点是“依法平等长久保护各种所有制经济产权”和“完善市场准入制度”<sup>〔40〕</sup>。产权保护与宪法规定的财产权制度直接相关，市场准入的基础是职业自由或营业自由的基本权利，而公平竞争是宪法平等权的体现。可见保护市场参与者的基本权利在我国同样构成经济秩序的基础，“经营主体充分拥有相关经济权利，就能有效维护和实现权利所承载的经济利益，创造社会财富”<sup>〔41〕</sup>。比例原则审查起始于国家干预对市场主体的经济自由、产权保障、平

〔36〕 Reiner Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1990, S. 77.

〔37〕 张翔：《基本权利的规范建构》，法律出版社 2017 年版，第 49 页。此为张翔教授对马克思《黑格尔法哲学批判》中相关内容的总结和评述。

〔38〕 赵世义：《经济宪法学基本问题》，载《法学研究》2001 年第 4 期，第 36 页。

〔39〕 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》（2022 年 10 月 16 日），人民出版社 2022 年版，第 29 页。

〔40〕 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（二〇二四年七月十八日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过），载《人民日报》2024 年 7 月 22 日，第 1 版。

〔41〕 蔡立东：《良法善治助力市场更好配置资源》，载《人民日报》2023 年 6 月 19 日，第 9 版。

等保护等基本权利可能的侵犯，其性质是对基本权利限制的限制。

但是，比例原则审查是否因此只能用于保护基本权利？在肯定这一起点的同时，也应当看到德国审查模式的局限性。尽管德国联邦宪法法院不断强调基本法对经济秩序选择的开放性，并坚持将基本权利作为实质意义上的“经济宪法”，但其据此作出的合宪性判断仍不可避免地对德国经济的结构产生了重要影响。<sup>〔42〕</sup> 换言之，宪法法院已经实际地影响了基本经济秩序，但其回避了直接的经济宪法而选择了间接的基本权利，根本原因仍在于基本法缺乏明确的经济体制规定。这在一定程度上导致社会市场经济作为事实上的经济体制，即便进入了法律，也无法获得宪法规范意义上的理解和解释。对此，德国学者亦指出“基本权利虽然能够给国家干预设置一定的条件并予以限制，但实际上没有能力阻止民主期望的经济政策”，这导致“基本法对一个有效的或公正的经济秩序贡献较少”<sup>〔43〕</sup>。因此在我国的经济宪法模式中，比例原则审查虽然同样具备方法上的可行性，但需要在基本权利的起点之上寻求更加深刻的理论依据，以形成更为全面且适于我国的方法论。

## 二、比例原则审查的本土基础：必要性、依据与局限

党的二十届三中全会决定指出必须全面贯彻实施宪法，“完善合宪性审查、备案审查制度，提高立法质量”<sup>〔44〕</sup>，基于备案审查制度的合宪性评价成为厘定国家干预市场之界限的关键路径。我国宪法沿袭社会主义宪法制度的传统，从“五四宪法”开始就明确规定了国家的基本经济制度。直至 1982 年《宪法》、《1993 年宪法修正案》形成了以社会主义市场经济为核心、实定法意义上的经济宪法框架，与德国以基本权利为核心的经济宪法形成了根本性差异。两种不同的立宪模式很难说孰优孰劣，但可以肯定的是，两种模式的经济宪法都必须解决“如何确定国家干预市场界限”的问题。比例原则审查在社会主义市场经济体制下能否实现同样的效用？比例原则适用的宪法基础与局限性又在哪里？这些正是本文在此将着重解决的问题。

### （一）比例原则审查的必要性

运用比例原则审查厘定国家干预市场的界限，在本土的制度语境中存在两方面挑战。首先是比例原则与基本权利保护之间的绑定关系在理论上受到质疑。随着比例原则在横跨公私的多个部门法研究中被广泛使用，比例原则适用的理性来源受到越来越多的诘问。有学者提出比例原则普遍适用的理论依据可以追溯到阿列克西对基本权利作为法律原则的判断。但是，不可被限制的绝对权利否定了基本权利作为原则的这种主张，而比例原则与基本权利之间的必要不充分关系决定了其不可能是审查基本权利限制的唯一标准，而只能是在发生基本权利冲突时的一种需要评估的、可选择的标准。<sup>〔45〕</sup> 其次，在中国经济宪法秩序中适用比例原则审查还面临一个更大的挑战：仅仅立足于基本权利保护，主张以比例原则判定国家干预市场的界限明显缺乏说服力。上文提到

〔42〕 参见〔德〕萨穆塞等编：《德国基本法七十年：德国宪法及其法院》，牟效波等译，元照出版公司 2023 年版，第 742 页。

〔43〕 〔德〕克里斯托夫·默勒斯：《德国基本法：历史与内容》，赵真译，中国法制出版社 2014 年版，第 131—132 页。

〔44〕 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（二〇二四年七月十八日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过），载《人民日报》2024 年 7 月 22 日，第 1 版。

〔45〕 参见陈景辉：《比例原则的普遍化与基本权利的性质》，载《中国法学》2017 年第 5 期。

国内学界关于经济基本权利的讨论，大都采取这样的论证路径。我国《宪法》规定了明确的经济体制，“社会主义市场经济”这一政治经济学的概念经宪法确认和授权立法的具体化而具备了规范属性与规范含义。社会主义市场经济下的公民基本权利固然构成比例原则审查的逻辑起点，但在宪法确立的基本经济制度中：一方面，基本权利只是构成和维护市场经济的底线，不足以形成完备的经济秩序；另一方面，单从基本权利出发构建国家干预的界限只能保证形式平等，即法律适用上的平等，不能实现社会主义市场经济内含的实质平等要求，即“共同富裕”。因此，仅仅以德国经济宪法的模式运用比例原则恐怕不能解决问题，市场失灵和分配不公也正是资本主义市场经济长期以来面临的难题。<sup>〔46〕</sup>

比例原则审查面临的以上挑战，一个来源于比例原则自身，另一个来自其在本土经济宪法中的适用。对于比例原则自身的适用范围，承认比例原则审查对不可限制的绝对权利不具有可适用性没有问题，认为比例原则仅能适用于国家对私主体作出的高权行为也不错。但是，据此否认比例原则审查作为当前基本权利保护的最佳方案则存在论证上的漏洞。首先，阿列克西对基本权利属于原则的判断受到了许多理论家的批判，他认为原则既可以和个人权利（包括基本权利）相关，也可以和集体利益相关。这就导致抽象的集体利益可以与基本权利同样适用原则的权衡技术，严重削弱了基本权利的保护功能，与之形成对照的是德沃金将个人利益作为原则、集体利益作为政策的区分方式。<sup>〔47〕</sup>其次，在阿列克西的论述体系中，比例原则与基本权利及其限制之间存在构成性关系，但不代表比例原则就等同于基本权利，更不能推出“只要满足比例原则的要求，就同时满足了对基本权利保护（或正当限制）”的充分性结论。最后，比例原则作为权利适用的抽象方法是中立的，但在运用的具体情境中具有特定的价值立场和偏好，比例原则的普遍性并非寄生于正当限制基本权利的观念，而应当是“立足于‘限制公权力滥用’的观念”<sup>〔48〕</sup>。

关于比例原则是否为保护基本权利最好或唯一的标准，学理上的论辩还将持续。但更为重要的是，在中国经济宪法之下判断国家干预市场的界限，比例原则审查就是当前最佳的解决方案。认识这一问题需要深刻理解宪法基本经济制度的历史逻辑与实践逻辑。基本经济制度来源于改革开放的实践，改革开放最大的理论贡献在于破除了计划经济或市场经济的目的论假象——国家不论采取何种经济制度都只是发展生产力的手段，而不是国家要实现的目的本身。市场经济作为单纯资源配置的机制，与决定国家性质的所有制和分配制脱钩，引起了一系列理论转变：打破了公有制经济含义单一化的观念，区分了所有制与所有制的实现形式；公有制经济的主体地位不再主要体现为经济总量，而是体现在公有资产的优势地位等等。<sup>〔49〕</sup>当过去的意识形态不再影响经济体制的选择之后，是什么决定了经济制度的形成？或者说，支撑宪法基本经济制度的价值目标是什么？基本权利首先作为一种目标，构成市场经济的制度基础和价值底线，《宪法》人权保障条款与“将人民福祉作为经济发展的出发点和落脚点”的思想共同证明了这一点。但这还不够，在公有制和按劳分配的主体基础上，“社会主义”构成“市场经济”不可忽视的限定语。邓小平同

〔46〕 参见程恩富、谭劲松：《社会主义比资本主义能更好地运用市场经济》，载《当代经济研究》2015年第3期。

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

〔48〕 蔡宏伟：《作为限制公权力滥用的比例原则》，载《法制与社会发展》2019年第6期，第142页。

〔49〕 参见陆涌华：《社会主义市场经济理论的创立与发展》，学习出版社1999年版，第28—29页。

志指出：“社会主义的本质，是解放生产力，发展生产力，消灭剥削，消除两极分化，最终达到共同富裕。”<sup>〔50〕</sup> 习近平总书记指出：“共同富裕是社会主义的本质要求，是中国式现代化的重要特征。”<sup>〔51〕</sup> 在规范意义上，“共同”意味着不仅要达到规则、权利、机会等形式平等，也要实现经济、社会、资源等实质结果平等的目标价值。这是宪法为国家干预设立的最终目标。而富裕则要求“保证市场机制的有效运行”，“保证社会的财富创造能力”<sup>〔52〕</sup>，为此不仅要维护基本权利的价值底线，更要把完备的市场秩序作为国家干预的价值目标。

因此，市场经济不是目的本身，但社会主义市场经济蕴含了国家干预三个层次的价值或目的：第一是基本权利自身，特别是对市场经济发挥构成性作用的行为自由、财产权以及形式意义上的平等权等；第二是完备的社会主义市场经济秩序，国家应当通过干预手段维护市场的公平竞争，克服市场的盲目性、投机性和无序性，不断发展社会生产力以实现富裕；第三是实现实质平等的共同富裕，解决社会分配不公的问题——这是最终的也是最关键的目标，“如果我们的政策导致两极分化，我们就失败了；如果产生了什么新的资产阶级，那我们就真是走了邪路了”<sup>〔53〕</sup>。社会主义市场经济这种层级式、递进式的复杂目标必须通过一种体系全面、逻辑严密的审查方法才能确保贯彻于国家干预行为中。

基于这种考量，在经济领域的基本权利保护之外适用比例原则审查主要有两方面的理由。其一，最小干预的要求不仅来源于保护市场主体的具体权利，也来源于经济宪法自身的规范诫命。社会主义市场经济随着国家的政治经济实践发生了规范意义上的宪法变迁。<sup>〔54〕</sup> 当前经济制度要求市场在资源配置中发挥决定性作用，更好发挥政府作用。国家对经济市场的干预和控制由原来的“限定市场、余外政府”转为“限定政府、余外市场”<sup>〔55〕</sup>。国家应当依照国家法的核心功能对“已经决定了的”和“不应保持开放的”基础秩序进行干预，<sup>〔56〕</sup> 这在某种程度上类似于“国家干预应当以促进个人的自主、自立和自治为出发点和归宿”的辅助原则。<sup>〔57〕</sup> 基于这种资源配置本位的变化，社会主义市场经济应当以市场为本位，从国家干预市场的正当化角度出发厘定干预界限。换言之，社会经济常态运行中市场起决定性作用，国家不被允许进行干预；只有为实现基本经济制度的价值目标、在对市场规律保持最小侵犯的前提下，才可进行合理干预。其二，比例原则审查不仅作为基本权利保护的工具，更作为一种“目的—手段”理性的实现方式，对国家干预市场的整体性目标发挥作用。关于比例原则适用的这种范式转变，学界已进行了较为充分的讨论。有研究指出比例原则作为一种“目的—手段”理性的实现方式，回应的不仅仅是这种理性的结果指向，更是“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

〔50〕 邓小平：《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 373 页。

〔51〕 习近平：《扎实推动共同富裕》，载《求是》2021 年第 20 期，第 4 页。

〔52〕 张翔：《“共同富裕”作为宪法社会主义原则的规范内涵》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021 年第 6 期，第 29 页。

〔53〕 邓小平：《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 111 页。

〔54〕 参见韩大元：《中国宪法上“社会主义市场经济”的规范结构》，载《中国法学》2019 年第 2 期。

〔55〕 陈甦：《商法机制中政府与市场的功能定位》，载《中国法学》2014 年第 5 期，第 44 页。

〔56〕 参见〔德〕康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆 2007 年版，第 21—22 页。

〔57〕 参见苗静：《辅助原则研究》，中国经济出版社 2013 年版，第 5 页。

系”<sup>[58]</sup>。对此，有批评认为以目的理性概括比例原则混淆了韦伯社会行为理论中“个体”的社会行为与法律规范所针对的“社会主体”之间的区别。<sup>[59]</sup>但是，社会的理性化毕竟是以个体的理性化为基础的。比例原则审查作为一种社会性规范，在传统的功能中偏向于基本权利保护的价值理性。而为适应在复杂价值之间寻求平衡的功能需要，这一方法在整体上表现出由价值理性向目的理性的偏转，试图“理性地考虑”达到目的所需的手段、目的与附带后果的关系以及各种可供选择目的的相对重要性。<sup>[60]</sup>与之相应的，比例原则审查的必要性在基本权利之外，也来源于社会主义市场经济的多重价值目标与干预手段之间的理性建构，其核心是“目的、手段衡量方法”<sup>[61]</sup>。

总之，比例原则审查在实际效用上超越了法律的经济分析、成本收益分析等弱化价值的方法或一般化的法益衡量。其对国家干预的复杂目的、对干预手段的广泛权衡以及对目的手段理性的全面建构，是包括多元审查基准在内的其他审查方法完全无法替代的。可以确定的是，基于宪法超越基本权利保护的功能需要，比例原则审查作为一种“目的—手段”理性的实现方式，完全可以适用于我国的经济宪法制度，以确立国家干预市场的宪法界限。

## （二）比例原则适用的宪法基础

2023年《全国人民代表大会常务委员会关于完善和加强备案审查制度的决定》（以下简称《备案审查决定》）将比例原则审查确立为备案审查中的重点内容，其既适用于合宪性审查，也适用于合法性审查与适当性审查，是提高备案审查工作客观性、科学性的重要途径。<sup>[62]</sup>根据《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第68条，该决定可构成备案审查中适用比例原则的直接依据。在此之上，适用比例原则是否存在更为明确的宪法规范基础？近年来学界围绕比例原则的宪法依据形成了许多讨论，能够在一定程度上证明比例原则适用存在宪法依据，但都需要对宪法规范进行可能偏离教义基础的解释，缺乏足够的说服力。

事实上，适用比例原则直接和明显的宪法依据体现在《宪法》第15条的修改历史中。《1993年宪法修正案》第7条以社会主义市场经济取代了1982年《宪法》规定的“通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展”的表述，并增加了“国家加强经济立法，完善宏观调控”。“按比例地协调发展”内含了按经济计划和市场调节的比例关系发展。“十四大决定把建立社会主义市场经济体制作为改革的总体目标后，计划经济体制开始让位于社会主义市场经济体制，但计划调节的作用仍然存在，而且是国家宏观经济调控的重要手段。”<sup>[63]</sup>因此，1982年《宪法》原文中“经济计划的综合平衡”被现行《宪法》第15条第2款的“国家加强经济立法，完善宏观调控”所吸收，而经济计划和市场调节的比例关系在现行《宪

[58] 蒋红珍：《比例原则适用的范式转型》，载《中国社会科学》2021年第4期，第118页。

[59] 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。

[60] 参见〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会》（第一卷），阎克文译，上海人民出版社2019年版，第146页。

[61] 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。

[62] 参见严冬峰：《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》，载《中国法律评论》2024年第1期。

[63] 钟财编：《〈中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定〉名词术语解释》，人民出版社1994年版，第38页。

法》中转化为国家干预和市场经济的比例关系。1982 年《宪法》第 15 条虽然被“社会主义市场经济”所取代，但其核心含义已经融入基本经济制度的规范结构中——社会主义市场经济就是国家干预和市场调节按比例协调下的经济制度。因此，至少在经济宪法范畴内，运用比例原则审查确定国家干预市场的界限存在较为清晰的宪法依据。

### （三）比例原则审查的局限性

在肯定比例原则审查对确定国家干预市场的界限具有必要性的前提下，由于其自身的理论结构和适用对象、适用环境影响，这一方法也存在一些具体适用条件上的限制。

来源于比例原则理论自身的局限性构成比例原则审查的内部限制，这主要包括：其一，比例原则审查的逻辑起点是对基本权利限制的限制，所要保护的是“无法被绝对保护”的相对权利，而对于一些不具有外部性的权利如“思想自由”以及作为人之根本的权利如“主体地位平等（不得使为奴隶）、身体完整（禁止酷刑）”等不具有可适用性。<sup>〔64〕</sup>因此对诸如“人体器官买卖”等市场行为的干预不适用比例原则审查。其二，比例原则适用于不对等主体之间的法律关系，包括“‘公法’的立法内容和私法的‘立法活动’”<sup>〔65〕</sup>，而公主体之间或私主体之间的法律关系不宜适用比例原则审查。此外，私法的立法包括了对市场经济中各种法律关系的构建和干预，对现有合同关系采取行动属于干预，而只改变合同法本身，没有触及已有合同的内容则为构建。<sup>〔66〕</sup>对于承担构建职能的立法者是否受束于比例原则，理论上仍存在争议。目前看来，应当谨慎适用或至少是以较为宽松的标准适用比例原则审查，以维护立法者的形成空间。

适用对象和适用环境的影响构成比例原则审查的外部限制。比如对狭义法律进行的合宪性审查首先要认清比例原则的“目的—手段”理性不具有民主合法化功能，而“仅仅是对不符合宪法的民主政治过程和结果予以纠正进而维护宪法尊严”，尤其是对我国而言“如果全国人大专门委员会审查比自己民主合法性更强的全国人大制定的法律，毫无疑问应当尊重立法者的民主政治空间”<sup>〔67〕</sup>。而对于广义法律框架进行的比例原则审查需要区分市场与非市场的领域，特别是在社会主义市场经济中，判断标准在于是否依赖市场竞争规律。市场的领域包括“充分竞争领域”以及自然垄断行业的“竞争性环节”“竞争性业务”等，这些领域需要充分运用比例原则审查干预行为的合理性，厘定干预界限；非市场领域则包含关系国家经济命脉的科技、国防、安全等领域，还包括普遍服务业务和纯粹的二次分配、三次分配等不依赖竞争规律的领域。<sup>〔68〕</sup>这些领域虽然也存在国家干预，但不属于竞争性的市场领域，难以成为比例原则审查的对象。当然，对市场领域与非市场领域的判断本身要接受比例原则的审查，实践中也存在一些无法明确区分的情形。比如在国有资本集中的电力、油气、铁路等自然垄断行业，一方面要“实现竞争性环节市场化，切

〔64〕 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。

〔65〕 梅扬：《比例原则的立法适用与展开》，载《甘肃政法大学学报》2022 年第 4 期，第 8 页。

〔66〕 参见〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第 8 版），张冬阳译，北京大学出版社 2023 年版，第 277 页。

〔67〕 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。

〔68〕 这一区分参考了《中共中央 国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》，载《人民日报》2020 年 5 月 19 日，第 1 版。

实打破行政性垄断”<sup>[69]</sup>，另一方面则“又不能完全按照自由选择来确定价格，否则消费能力不强的人必将无法充分获取资源”<sup>[70]</sup>，有违社会主义市场经济的本质要求。究竟哪些属于竞争性环节，又应当在何种程度上允许价值规律发挥作用，必须结合国家对经济发展的重要判断与比例原则审查的实践，在具体审查中形成类型化的区分。

### 三、比例原则审查的改进与应用

通过比例原则审查厘定国家干预市场的界限，在中国的经济宪法制度中具有更加深刻的理论基础和现实需要。《备案审查决定》明确了备案审查工作中应当重点审查的内容包括“采取的措施与其目的是否符合比例原则”<sup>[71]</sup>。但是，备案审查中的合宪性审查目前尚处于初级阶段，如何通过比例原则审查贯彻经济宪法的规定、原则和精神，尚需理论上更为清晰的认识。面对“扎实推动共同富裕”的历史任务，仅以基本权利保护为功能的比例原则审查不能充分满足“目的—手段”理性建构的需要。因此，有必要基于比例原则的功能转型及本土化要求对传统审查理论作出改进。

#### （一）比例原则审查的渊源与适用范围的扩张

以社会主义市场经济为核心的经济宪法内含了国家干预市场的三重价值目标，即基本权利（基础市场秩序）、完备的市场秩序（富裕）和实质的社会平等（共同富裕）。经济宪法与国家干预市场、比例原则审查的关系如图1所示。

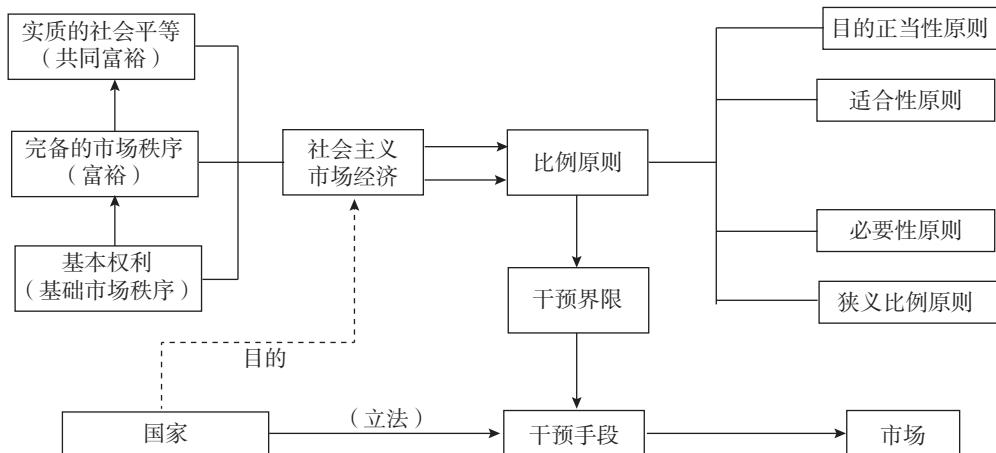


图1 经济宪法与国家干预市场、比例原则审查的关系

三重价值目标取代单纯的基本权利保护，构成比例原则审查新的渊源，从而在整体上形成更为全面和契合我国经济宪法的审查方法。但在适用于国家干预市场的审查时，需要首先厘清三个层次的价值目标之间的关系。基本权利本身是基础价值，它与初步解决效率问题、形成一般市场

[69] 《中共中央 国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》，载《人民日报》2020年5月19日，第1版。

[70] 王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，载《中国法学》2013年第6期，第15页。

[71] 《全国人民代表大会常务委员会关于完善和加强备案审查制度的决定》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2024年第1号，第99页。

秩序的目标是一致的。在其之上是基本解决效率问题、社会生产力得到充分发展的富裕价值，相应的则是“完备的市场秩序”这一目标。处于最高层次的是解决公平问题的共同目标，即在生产力充分发展的基础上实现实质平等的共同富裕。可以看出，三种价值目标在逻辑顺序上存在明显的层级关系：完备的市场秩序不可能越过基本权利而实现，共同富裕也不可能无视效率问题而达成。三个层次的价值目标并没有扩大比例原则审查中公共利益的解释范围，而是相反地限缩了这种范围。如果一项干预手段严重侵犯了基本权利，而干预目的是实现某一宏大的经济目标，则明显有悖于价值目标的层级结构——基本权利的基础价值尚未得到保障，何谈完备的市场秩序。同理，实质的社会平等也不可能越过市场秩序的充分发展而达致，共同富裕的前提是形成完善的、高水平的社会主义市场经济体制。

以经济宪法为基础的全面审查，在理论上扩展了比例原则审查的渊源，强化了适用这一方法的正当性与合理性，表现在实践中则是审查范围的扩张。事实上，并非所有国家干预市场的行为都能明确到受限制的基本权利（特别是考虑到我国合宪性审查的非对抗性特征），这在传统审查框架中意味着干预措施难以落入基本权利的保护范围。但完备的市场秩序所要求的最小侵犯原则，使得比例原则审查同样可以适用于这些干预。例如在“地方性法规规定以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据”的审查中，规定“可以在招标文件中载明或在合同中约定以审计结果作为竣工结算的依据”并未对合同相对方的基本权利形成明显影响，因为是否投标或是否签约都存在当事人自由选择的空间。<sup>[72]</sup>如果这一行为不能落入基本权利的保护范围，则比例原则审查无从谈起。但是，在以经济宪法为基础的全面审查中，该案显然已落入“市场运行规律”这一扩展的保护范围内，可基于“完备的市场秩序”的价值目标进行比例原则审查。对实践中大量类似的、与基本权利弱相关的经济干预措施，全面审查理论可以显著降低适用比例原则审查的论证负担，从而以一种更加完善的方法将宪法的价值目标贯彻于国家干预当中。

## （二）基于全面审查理论的子原则改进

以经济宪法为基础的全面审查理论对比例原则审查的价值衡量、手段选取等理性过程具有整体性效力，下文将逐一分析在国家干预市场的审查中比例原则的各个子原则将受到的影响，以及怎样基于这些影响进行本土化改进。

### 1. 目的正当性原则

在比例原则传统的三个子原则之前加上目的正当性审查已成为立法审查的共识。这不仅是因为确定国家干预的目的是进行后面几项审查的基础，更重要的是，比例原则作为一种“目的—手段”理性的建构方式，不仅要证立某项具体的干预手段符合它设立的目的，更需要判断这种目的是否符合共同体确立的整体的、最高的目标。这一点在国家干预市场的审查中尤为重要。

目的正当性审查的首要任务是查明国家干预行为具体、真实的目的。在这个阶段不能只是确定一个“极度抽象而宽泛的目的（如维护公共利益、破坏金融秩序），否则以下三个阶段的审查便都会因此流于粗糙而发生偏差”<sup>[73]</sup>。而干预的目的不仅是立法者的主观意图，更应该是社会现

<sup>[72]</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编：《规范性文件备案审查案例选编》，中国民主法制出版社2020年版，第68页。

<sup>[73]</sup> 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。

实的客观需要。在传统比例原则审查中，发现这一目的主要依靠司法审查中的辩诉结构和相对客观的立法资料、立法说明等。我国的审查模式中不存在典型的辩诉结构，但《法规、司法解释备案审查工作办法》规定了“要求制定机关在一个月内作出说明并反馈意见”“根据需要可以进行实地调研”等审查程序，为审查机关确定立法目的提供了有效途径。需要注意的是，传统比例原则审查对发现真实的立法目的缺乏足够重视，大多数正式立法都可以轻松通过目的正当性审查。但是，在狭义法律、法规、规章之外，经济领域更多的干预行为体现在制定程序较为随意的一般规范性文件中。这些规范性文件往往都有一个“宣称的目的”，“但却经常以所谓的‘正当目的’掩盖不正当目的”<sup>[74]</sup>，比如地方保护、行政垄断等等。2019年某市人大常委会对某市政府制定的关于土地利用准入条件等规定的审查中发现，该规定名义上是为了规范土地利用行为，但实际上涉嫌放宽条件，故意“规避以公开方式出让用地”以及“定向出让”，限缩其他人的竞买资格等。<sup>[75]</sup>类似数量庞大的规范性文件构成了国家干预市场的主要手段，因而在审查中要特别注重对立法真实目标的发现与评价。

除了那些在形式上明显不符合宪法授权的立法目的，对于如何判断立法目的实质的正当性，实践中形成了一些不同的准则，均以立法追求的“公共利益”为基本出发点，而具体化的要求不允许立法者仅仅提出一个模糊的公共利益。阿列克西认为目的正当性只有两种来源，要么国家通过参照基本权利来证明所求目标的正当性，要么实际上目标就是基本权利。<sup>[76]</sup>因此传统比例原则审查会将干预目的回溯到具体的基本权利以判断其是否正当，但在国家干预市场的审查中，许多基于公共利益的目的难以回溯到个体的基本权利。比如国务院和一些地方人大出台的“优化营商环境条例”，就包含许多旨在改善市场整体环境、但难以关联到具体基本权利的规定。也正是出于这一原因，传统审查在目的正当性环节倾向于认可市场干预的宏观目的，很少对干预目的作出否定性评价。但是，以我国经济宪法为基础的审查可以判断国家干预的目的是否符合完备市场秩序的总体目标甚至共同富裕的最终目标，从而对基本权利语境之外的干预目的进行合宪性控制。毕竟，基本权利所保障的只是“基本”的价值底线。

## 2. 适合性原则

适合性原则聚焦于手段是否有助于目的达成，这本来是一个事实判断。但是，由于对干预手段的评价具有嗣后性，无法简单从结果论的角度出发评价某项立法是否起到了适合性作用，因而适合性审查往往沦为一种合宪性推定下宽松的主观解释。为解决这一问题，德国法上引入了“立法事实”的概念，将立法的依据区分为“事实认定”和“预测决定”<sup>[77]</sup>。根据这一理论，评价立法是否具备适当性有三种审查强度：明显性审查（Evidenzkontrolle）只要求立法者的预测决定没有“显而易见”和“毫无疑义”的错误；可支持性审查（Vertretbarkeitskontrolle）要求立法者对适当性判断所作的预测“合乎事理”，具有可以支持的理由；强烈内容审查（Intensive

[74] 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，第146页。

[75] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编：《规范性文件备案审查案例选编》，中国民主法制出版社2020年版，第206页。

[76] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 68.

[77] 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153页。

Inhaltskontrolle) 则要求“对立法者的预测进行具体而详细的深度审查，只有当立法者证明其判断是百分之百正确无误的情况时”才具有适当性。<sup>〔78〕</sup>类型化的审查强度区分在一定程度上吸收了多元审查基准的要素，对审查的标准、时点和“举证责任”进行分类构建，形成了较为精细的审查方法。在比例原则审查的本土化中应当对这一方法予以肯定。对国家干预市场的审查而言，经济关系的快速变动和经济手段的高度专业性决定了审查者在一定程度上“需要容忍有关经济发展过程的错误预测”<sup>〔79〕</sup>。而相较于生命权、人格尊严等基本权利而言，职业自由、财产权等经济基本权利也确实不属于必须实行最严格保护的价值位阶。因此国家干预市场的适合性审查总体上应当适用明显性审查或可支持性审查，但在个别情况下也不排除强烈内容审查的适用，需要在个案中进行具体、综合的判断。下文结合“专项审查有关著名商标的地方性法规”这一审查案例来分析全面审查理论中适合性原则的应用。

2017 年，全国人大法工委收到针对《某市著名商标认定和保护条例》等有关著名商标的地方性法规提出的审查建议，建议认为这些地方立法规定了著名商标“批量申报、批量审批、批量公布”的认定模式和“一案认定，全面保护；一次认定，多年有效的”保护模式违反了《中华人民共和国商标法》的原则。<sup>〔80〕</sup>

此案如果适用传统的基本权利审查框架，则首先需要判断众多的著名商标规定是否构成对基本权的干预。此类规定存在妨碍经营者平等权的可能性，但属于明显的助推情形（Nudgings），即“公权力没有采取命令的方式”，而是“推动公民进入其所希望的方向”<sup>〔81〕</sup>。助推情形构成干预需要达到相当的明显程度，论证难度较大。并且，相关立法的目的在于鼓励企业提高品牌意识和产品质量，限制平等权只是立法必然面临的附随效果之一，在基本权审查框架中享有较高的容忍度。综合平等权指涉的广泛性来看，此类规定较难认定为对基本权利形成干预，遑论“干预正当化阶段”的比例原则审查了。但是在基于经济宪法的全面审查中，仍可就此类规定是否符合“完备的市场秩序”这一价值目标进行比例原则审查。目的正当性方面，设立著名商标制度是为了鼓励企业增强品牌意识、提高产品质量，因此具有正当目的。适合性方面，对某些商标冠以“著名”称号进行特殊保护，涉嫌利用政府公信力有选择地为某些企业背书，很明显地干预了市场规律。而提高产品质量、促进经济发展的立法目标并不具有相当紧迫或重大的保护需要，因此在适合性上至少应当采取可支持性审查的标准，即要求立法者对立法效果的预测“合乎事理”。显然，设立著名商标制度并不能在合理的程度上起到提高产品质量、促进经济发展的效果。因此相关规范不能通过适合性审查，应当被排除在合理干预范围之外。

此外也应当看到，即便最完善的审查方法也要受到嗣后性的制约，这造成了审查功能的客观局限。而当一项干预手段的适合性存在疑问时，其对市场秩序和经济发展造成的负面影响很可能已成定局。因此在全面审查理论中运用类型化的审查强度，可以考虑与我国立法制度中的合宪性

〔78〕 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 234—236 页。

〔79〕 BVerfGE 30, 250 (263).

〔80〕 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编：《规范性文件备案审查案例选编》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 51—52 页。

〔81〕 [德] 福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第 8 版），张冬阳译，北京大学出版社 2023 年版，第 188 页。

控制、合法性控制相结合，如《立法法》第23条规定的法律的合宪性审议程序、第81条规定的地方性法规的合法性审查程序等。通过引入“动态的决策过程视角”，使比例原则特别是适合性原则能够在立法的理性决策中发挥效用，弥补传统审查效果滞后的缺陷。<sup>[82]</sup>

### 3. 必要性原则

比例原则本身即发端于必要性原则，作为对基本权利限制的限制，要求实现对权利的最小侵害，这也是比例原则合理性的起源。但是，在国家干预市场的审查中，传统审查理论表现出两方面的不足：其一是与基本权利弱相关的市场干预措施无法纳入审查框架，这一点已通过全面审查理论“扩展的保护范围”进行了修正；其二是必要性审查要求“在相同效果的手段中选择对基本权利侵犯最小的一种”，这一理念在应对复杂的经济生活时常常显得力不从心。对此，以经济宪法为基础的全面审查不再局限于“限制基本权利”而强调必要性，而是同时基于对市场配置资源“干预最小化”的要求，因此这里的必要性也来源于社会主义市场经济的规范诫命。与此相似的情况还有，如果在两种相同有效的手段中对基本权利限制稍小的手段却要付出比另一手段多出数倍的财政支出，审查者应当如何选择。有学者认为应当打破比例原则审查的固定顺序，将必要性原则与狭义比例原则平行适用。<sup>[83]</sup>这或许是一种思路，但在国家干预市场的审查中加入市场干预最小化的考量因素，可能是补强必要性原则一种更好的方法。

此外，基于立法事实所进行的审查强度区分也同样适用于必要性原则。这就要求国家对市场的直接干预手段遵循最小化要求，例如能用事后监管的不用事前管制，能用负担性措施的不用禁止性措施，能用指导、协商等软性措施的不用命令、强制的硬性手段等等。判断干预手段是否必要仍要依赖对个案情形的具体分析，以下结合《某市快递网点管理办法》的审查案例来尝试说明。

2018年，某省人大常委会对《某市快递网点管理办法》进行了审查，其中规定了“收寄、分拣、存储快件露天作业，或者存在抛扔、踩踏、压坐快件行为的”，由相关部门责令改正并可对经营企业处以五千元以下的罚款，情节严重的可处以五千元以上一万元以下罚款。<sup>[84]</sup>

目的正当性方面，该规定是为了规范快递网点的建设和运营，提升快递服务水平，进而推动快递市场健康有序发展，具有正当目的。适合性方面，该规定对快递企业不恰当的作业行为规定了责令改正并可处以财产罚，如果认为这一规定构成对当事企业财产权或营业自由权的干预的话，则需要判断这种干预是否有助于规范目的实现。快递企业的不当行为是触发处罚的前提，罚款规定为“可以”适用，且罚款数额在对法人的行政处罚中处于合理水平。因此可采用明显性审查标准进行判断，认定该规定符合适合性原则。但是在必要性方面，直接的行政禁令几乎可以立即起到杜绝相关行为的效果。审查意见中提到的其余替代性手段，比如依靠自愿赔偿或民事救济都难以达到与行政手段相同的效果，在时效上也存在明显的滞后性。如果将审查视角局限于基本权利干预的必要性，则这一规定可以合理地通过必要性审查。但是，在全面的比例原则审查中，必要性原则要求国家对市场的干预保持在最低程度。“抛扔、踩踏、压坐快件”行为的严重性远

[82] 参见刘权：《比例原则》，清华大学出版社2022年版，第17页。

[83] 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。

[84] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编：《规范性文件备案审查案例选编》，中国民主法制出版社2020年版，第155页。

没有达到非设定行政处罚不可的程度，依靠民事手段、行政指导甚至是市场调节都可以在显著降低干预强度的同时实现相近的效果，因此该规定事实上不符合必要性原则的要求。

#### 4. 狹义比例原則

狹义比例原則是目的手段理性建构中最重要的审查方法。在全面审查理论中，其核心是对干预手段所欲实现的价值与其造成减损的价值之间进行衡量，衡量的基准即三阶层的价值目标。如前所述，在狹义比例原則审查中应当基于这一体系对公共利益的解释范围进行严格把控。

传统审查中狹义比例原則的审查方法遵循价值的衡量法则，即“此一原则不被实现或是受损害的程度越高，彼一原则被实现的重要性则越大”<sup>[85]</sup>，这也是自药店案判决以来德国法上形成的方法论共识。药店案对职业自由限制的类型化审查强度区分已经拓展到对各种干预的审查，并覆盖到适合性原则、必要性原则的审查阶段，形成了较为完备的权衡方法。对国家干预市场的审查而言，重要的是利用现有的审查资源形成审查类型本土化的标准、参数和方法。这有赖于对具体审查案件的论证和归纳，但又不能将类型化的方法进行僵硬适用。事实上，“以具体衡量为主，以类型化为辅”正是比例原則优于多元审查基准的关键所在。<sup>[86]</sup> 狹义比例原則的具体衡量与类型化，在我国仍有待于通过大量的审查实践予以完善，以下试举“经济特区法规关于个人律所设立人学历条件规定”的审查案例进行探讨。

2020 年，全国人大法工委对某经济特区法规中关于个人律师事务所设立人学历条件的规定进行了审查。该法规规定个人律师事务所设立人“应当具有高等学校法律本科以上学历”，严于上位法规定的条件。<sup>[87]</sup>

目的正当性方面，该规定旨在提高律师事务所的法律服务质量，使之与自由贸易港建设、经济特区发展相适应，具有正当目的。适合性方面，该规定对于律师选择以何种形式开展业务构成客观限制，属于对“从业行为”的干预，因为律师即便不能设立个人律所也仍可选择加入合伙制律所。而干预的目标是提升法律服务质量，因此可以对其适当性进行可支持性审查。对法律职业而言，提高从业者的学历门槛确实可以在一定程度上实现服务质量提升。必要性方面，需要考虑是否有其他干预更小的措施可以达到同样的效果。或许存在一些指导性或激励性措施可以用来对比，但鉴于经济特区对法律服务质量的高要求，以及个人律所更容易脱离监管的特性，可以暂时搁置这个问题而进入狹义比例原則审查。立法干预是为了完善法律服务、使经济特区的发展具有更好的法治环境，这一公共利益目标具有相当的重要性。而另一方面，该规定仅限制了律师的从业行为，并未构成对职业选择的限制，且这种限制可以通过个人的主观努力或其他替代途径进行弥补，削弱了值得予以保护的严重性。在传统比例原則审查中，这一干预措施大概率可以被认定为合宪。而如果运用全面审查理论检视，会发现法治环境固然重要，但并不迫切。相反，建设良好的法治环境和营商环境需要日积月累、久久为功，急一时之需往往会适得其反。以当下基本权利的直接减损为代价，去寻求长期的、上一层级的价值目标，这种做法的合理性本身值得怀疑。更重要的是，即使在“完备的市场秩序”这一层级上考虑，限制市场准入的干预手段无论如何都降

[85] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 102.

[86] 参见杨登杰：《执中行权的宪法比例原則——兼与美国多元审查基准比较》，载《中外法学》2015 年第 2 期。

[87] 参见梁鹰：《2020 年备案审查工作情况报告述评》，载《中国法律评论》2021 年第 2 期。

低了市场的竞争性。对于该经济特区的法律服务市场而言，形成充分、有序的竞争环境可能是比提高从业人员学历更紧要的事。因此，该法规最终能否通过狭义比例原则审查，存在很大疑问。

#### 四、结语

限于篇幅等原因，对个案中比例原则审查的应用，目前仅限于学理层面上的粗浅讨论。社会主义市场经济中国家对市场的干预存在基本权利、完备的市场秩序和共同富裕三重价值目标。以此为起点，可将比例原则审查作为一种“目的一手段”理性的构建方式予以完善，形成基于我国经济宪法的全面审查理论。这一本土化的模式扩展了比例原则审查的渊源与适用范围，并在一定程度上修正了传统模式存在的可用性不强、价值秩序不足等问题，为国家干预市场的合宪性评价提供了更为有力的方法论支撑。随着备案审查实践发展，全面的比例原则审查能够在更大程度上保证党中央决策部署贯彻落实、保障宪法确立的经济秩序，不断夯实社会主义市场经济的规范根基。

---

**Abstract:** The institutional boundaries of state intervention in the market necessitate explicit delineation through constitutional means. Within the nexus of fundamental rights and the foundational economic structure, the demarcation of this boundary demands a value-laden and rational approach. The methodology of proportionality review, as developed in the jurisprudential history of the German Constitutional Court, presents a viable path that can be applicable in the context of the nation at hand. However, it diverges in that the proportionality review must consider both fundamental rights and the economic constitution of the nation. The economic constitution in this nation encapsulates a triad of values concerning state intervention in the market: fundamental rights, a well-ordered market, and shared prosperity. Despite facing numerous constraints and challenges, the proportionality principle, as a means-end rational construct, assumes an irreplaceable role in defining the limits of state intervention and carries legal basis within the economic constitution. Considering the goals of intervention and its role beyond the protection of fundamental rights, refining the methodology of proportionality review can enhance its efficacy in the domestic institutional practice.

**Key Words:** principle of proportionality, state intervention, socialist market economy, economic constitution, record review

---

(责任编辑：于文豪)