

基本权利限制之限制 ——比例原则在香港特区合基本法审查中的发展与启示

郑琳*

内容提要：作为对基本权利限制之限制的重要原则之一，比例原则在香港特区合基本法审查中得到了广泛运用，其内涵得到了进一步发展和拓宽。与之相比，传统的三阶层比例原则存在目的正当性原则缺失、适当性原则实用性不强、必要性原则功能有限等问题。在我国内地既有的“法律草案合宪性审查”体现的“比例原则理念”基础上，结合香港特区经验，强调“比例原则”中目的正当性原则的适用、以“合理联系原则”代替“适当性原则”、对必要性原则进行双阶构造、对均衡性原则进行利益衡量分析，可以为内地未来的合宪性审查基准的确立奠定基础。

关键词：基本权利 比例原则 合宪性审查 香港基本法 目的正当性

一、引言

基本权利的限制，是指基本权利实际上受到国家行为的限制和妨碍，^[1]一般是基于“基本权利冲突”与“公共福祉考量”两个理由。^[2]我国《宪法》第51条被认为是对基本权利限制的概括条款。^[3]为了防止基本权利的限制被滥用，特别是宽泛的公益条款成为公权力恣意侵害基本权

* 郑琳，清华大学法学院2017级博士研究生。

[1] 参见张翔：《基本权利限制问题的思考框架》，载《法学家》2008年第1期。

[2] 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；高慧铭：《论基本权利的滥用禁止》，载《清华法学》2015年第1期。

[3] 参见石文龙：《论公民行使权利和自由的限制与“限制”的规范——对我国〈宪法〉第51条的研究》，载《政治与法律》2013年第7期；石文龙：《论我国基本权利限制制度的发展——我国〈宪法〉第51条与德国〈基本法〉第19条之比较》，载《比较法研究》2014年第5期。

利的工具，^[4]有必要提出“基本权利限制之限制”的命题。基本权利限制之限制，是对基本权利问题研究的第三个层次，^[5]法律保留、比例原则是目前学界公认的对基本权利限制之限制的原则。^[6]尽管对比例原则有许多争议，^[7]但毋庸置疑的是，比例原则作为公法上的“帝王原则”“皇冠原则”，如今已成为许多国家“合宪性审查”的重要基准。^[8]

党的十九大报告明确要求，加强宪法实施和监督，推进合宪性审查工作，维护宪法权威。我国合宪性审查的开展，必然绕不开合宪性审查标准。我国香港特区运用“比例原则”，在“洗有明案”“吴恭劭案”“梁国雄案”“霍春华案”“希慎兴业公司案”等一系列案件中进行合基本法审查，业已成熟。通过对香港特区合基本法审查中的“比例原则”适用案件进行考察和分析，发现其与我们所理解的传统的三阶层“比例原则”存在着一定的区别。在内地既有的“法律草案合宪性审查”体现的“比例原则理念”基础上，借鉴香港特区经验，构筑内地“合宪性审查”的比例原则，以此作为制度设计的一部分，或许可以为未来合宪性审查的具体实施助力，为个人权利提供法律（程序）的保护。^[9]需要补充说明的是，比例原则在香港特区合基本法审查中的适用已经积累了大量的判例，本文对香港特区合基本法审查中比例原则的考察与比较，主要是从“释义学结构”来分析，^[10]易言之，就是通过具有代表性的判例探寻比例原则子原则的演变与发展，但适用案件类型或基本权利种类的变化非本文探讨之主旨所在。

二、香港特区合基本法审查中比例原则适用之考察

（一）目的正当性、合理联系和限制程度

“洗有明案”是在《香港人权法案条例》通过之后适用“比例原则”的第一个案件。在该案中，法院审查了《危险药物条例》中一项证据法上的推定条款。该条款规定，如果犯罪嫌疑人被发现有0.5克以上的毒品，则被推定其藏有该毒品的目的是为贩毒所用，除非犯罪嫌疑人能予以反证。^[11]不过，法官在判决书中认为，尽管该法立法目的是正当的，但第46(D)条中的0.5克规定却未能通过比例原则中的合理性原则的检验。该条款将贩卖毒品的吸毒者置于危险之中是显而易见的。该案中触发的毒品数量很明显绝不超过瘾君子每天所需的平均摄入量。因为根据我

^[4] 参见张翔：《基本权利的体系思维》，载《清华法学》2012年第4期。

^[5] 前两个层次分别是基本权利的保障和基本权利的限制。参见林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2015年版，第332页。

^[6] 参见赵宏：《限制的限制：德国基本权利限制模式的内在机理》，载《法学家》2011年第2期；也有学者在此基础上还提出限制条件明确化原则，但笔者认为其本质上属于法律保留，参见高慧铭：《基本权利限制之限制》，载《郑州大学学报》（哲学社会科学版）2012年第1期。

^[7] See Grant Huscroft, Bradley W Miller, Grégoire C. N Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

^[8] 参见林来梵主编：《宪法审查的原理与技术》，法律出版社2009年版，第234页。

^[9] See Tor-Inge Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill Nijhoffl, 2015, p.301.

^[10] 参见姜昕：《比例原则释义学结构构建及反思》，载《法律科学》2008年第5期。

^[11] 参见陈弘毅、罗沛然、杨晓楠：《香港及澳门特别行政区法院合宪性司法审查与比例原则适用之比较研究》，载《港澳研究》2017年第1期。

们面前的证据，它低于这个数字。因此，0.5克的规定既不合理，也不现实地与假定的事实相联系。^[12]“比例原则”在“洗有明案”中的运用主要分为三个层次，第一是有关限制背后的目的是否正当，第二是有关法规或措施用以达致此目的之手段是否与此目的有合理的联系，第三是对有关权利的限制是否超过必要程度。^[13]简而言之，虽然该法案的立法目的是正当的，但洗有明非法持有毒品并不能与其贩卖毒品产生合理联系，因此，不能推定其有罪。^[14]“洗有明案”所确立的目的正当性、合理联系、限制程度三阶层比例原则，成为《香港基本法》制定前比例原则运用的一个范本。

（二）手段和目的相称

“吴恭劭案”（又称为“侮辱国旗案”）是在香港回归后，香港终审法院运用“比例原则”进行合基本法审查的典型案例，主要涉及表达自由的限制。终审法院认为，为了保护国旗和区旗的重大象征意义而对表达自由作出某些限制，是“公共秩序”所需要的，而案中被质疑的法规对表达自由的限制并不过分——公民虽然不被允许以侮辱国旗和区旗的方式来表达意见，但他们仍可通过其他方式表述类似的意见。因此，对表达自由的限制是与其背后的正当目的相称的，没有违反比例原则。^[15]

“梁国雄案”涉及的是对集会自由的限制。香港终审法院认为，在法律上，警务处处长在行使法律所赋予他的酌情权以限制和平集会权利时，必须引用“相称性”原则作为标准。他必须考虑所作出的限制，是否有合理依据可以认定跟一个或多个法定的合理目的有关联，以及是否超越为达致上述目的而必须设定的限制。采用这个标准原则以保障基本人权，是国际所公认的适当做法，以确保和平集会这个基本人权完全得到保障，不受任何不当的限制。^[16]

在上述两起案件中，香港终审法院在“比例原则”所包含的目的正当性、合理关联性、不超过限制程度基础上，进一步阐述了“手段”和“目的”是否成比例，或称为“相称性”，用来判断法律条款是否违反基本法。

（三）与合理性原则的勾连

香港特区作为普通法系地区，继受英国司法传统，深受“合理性原则”的影响，^[17]“比例原则”在合基本法审查中的运用与合理性原则存在着联系。在涉及经济社会政策类案件时，“比例原则”则被改造适用。最典型的就是在“霍春华案”中，法官认为，合理性检验在本质上类似于

[12] 参见 (1992) 1 HKCLR 127。

[13] 参见前引 [11]，陈弘毅、罗沛然、杨晓楠文。

[14] “洗有明案”中“比例原则”的运用主要是受加拿大最高法院 *R. v. Oakes* 案的影响。在 *R. v. Oakes* 中，大法官迪克森从国际与国内两个层面进行了论证，认定议会减少毒品交易的目的是紧迫与实质的，符合限制权利所要求的目的重要性原则，因而目的具有正当性。但是加拿大最高法院认为，《毒品控制法》第8条并没有满足合理关联原则，即限制公民权利的手段（举证责任倒置）与减少毒品交易的目的不具有合理关联性，也就是公民持有毒品与试图交易之间没有合理关联，所以加拿大最高法院最终作出判决，认定《毒品控制法》第8条违宪。See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S. C. R. 103; 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。

[15] 参见 (1999) 2 HKCFAR 442。

[16] 参见 (2005) 8 HKCFAR 229。

[17] 合理性原则确立于英国的“Wednesbury案”，主要审查“背离法定目的”“虚假的动机”“不相关考虑”“非正常判断”几种类型。具体内容参见周佑勇：《论英国行政法的基本原则》，载《法学评论》2003年第6期。

合比例性检验。在有其他的合理的、具有替代性的方法存在时，法院不会将其定位成立法机关或是执行机关，以确定究竟选择哪种最优的方法。在社会经济或其他一般政策事项领域（非基本概念和核心价值），不应鼓励试图寻找越来越多的替代办法来替代任何一种情况下所采用的解决办法。除非所涉解决办法或备选办法明显超出合理范围（或明显没有合理基础），否则法院将不会干预。^[18] 陈弘毅教授进一步解读，“比例原则”第三部分（“没有超过为达致这一正当目的而采用的必要措施”，这可以称为“必要性”标准），被调整为“合理性”标准（或者说是否“明显缺乏合理依据”的标准）。因此，在“霍春华诉医院管理局”案，适用“有理可据”检验标准的第三步时，法院只有在有关差别待遇“明显超过合理范围”或者“明显缺乏合理依据”的情况下才会推翻差别待遇的决定。^[19] 当然也有学者认为，这就是合理性审查，香港法院是在审查该政策是否显然超过合理性范围。^[20]

笔者认为，在涉及经济社会政策类案件中，将比例原则调整适用，与合理性原则相勾连，本质上是一种塞耶谦抑主义法院理念^[21]的体现，“显失理据”的审查标准要比“最小侵害原则”宽松得多，司法审查介入的力度也弱得多。最小侵害的行政手段必定理据充分，而没有“显失理据”的行政措施可能远不能满足最小侵害的标准。^[22]

（四）均衡性原则的新发展

香港法院用比例原则作为合基本法审查的基准，一般是停留在目的正当、合理联系、不超过必要限度三个子原则分析的基础上，尽管前面的案件中也有提到手段和目的相称，与合理性原则的勾连，但都是在原有子原则基础上的深化与发展。直到“希慎兴业公司案”，香港终审法院法官明确提出，在原有比例原则所采取的三个步骤审查基础上，增加第四个步骤，即审视在从该项侵犯所获得的社会利益与侵犯私人受宪法保护的权利之间，是否已取得合理的平衡，尤其是要审视追求该社会利益会否导致有关个人承受不可接受的严苛负担。^[23] 尽管在香港特区此前的合基本法审查案件中也有涉及均衡性原则的考量，^[24] 但是作为独立的子原则被提出来，则是在“希慎兴业公司案”之后。这也是比例原则在香港特区合基本法审查适用中的新发展，可以说具有里程碑的意义。

（五）小结

“比例原则”在香港特区法律制度中并没有明文规定，其形成与发展，也是受英国、加拿大、南非等国家影响，特别是对英国比例原则的信赖与继受，其在合基本法审查中的运用已经扩展到诸多领域，积累了相当丰富的司法裁判经验。^[25] 香港特区作为普通法系地区在其判例中经常会

^[18] 参见（2012）13 HKCFAR 409。

^[19] 参见前引^[11]，陈弘毅、罗沛然、杨晓楠文。

^[20] 参见李蕊佚：《对话式司法审查权——香港特别行政区法院的实践及其前景》，载《当代法学》2017年第6期。

^[21] 秉持塞耶谦抑主义的法院，需要考察以下结论是否合理：一是该差别待遇，旨在服务的利益乃是一种公共利益；二是该差别待遇，确实是服务于它旨在服务的公共利益；三是该差别待遇，以符合比例的方式达到了这个目的。参见〔美〕迈克尔·J·佩里：《慎言违宪》，郑磊、石肖雪译，清华大学出版社2017年版，第82页。

^[22] 参见秦静：《突破与保守：香港终审法院涉福利权案的审理思路及其新进展》，载《比较法研究》2015年第6期。

^[23] 参见（2016）19 HKCFAR 372。

^[24] 如“梁国雄案”涉及社会利益与公民集会自由之间的平衡，参见（2005）8 HKCFAR 229。

^[25] See Lo Pui Yin, *The Judicial Construction of Hong Kong's Basic Law: Courts, Politics and Society after 1997*, Hong Kong University Press, 2014, pp. 286 – 292.

参考其他国家的判例，并结合本土实践，提出自己的判断标准。^[26]当然，这样的判断标准也处于不断的变化发展之中。通过对香港特区合基本法审查中比例原则适用的典型案例的分析发现，其在最初的目的正当、合理联系、不超过必要限度三层次基础上，^[27]进一步阐释了手段与目的的相称性，而在经济社会政策类案件中，比例原则的第三个步骤“不超过必要限度”则被替换成了“明显超过合理范围”，体现了司法对行政、立法的尊重。在最新的案件中，均衡性原则也开始作为比例原则分析的第四个步骤，在香港特区合基本法审查中被适用。此外，在基本权利保护范围审查上，比例原则已经从自由权扩展至平等权，以及政治、社会经济等权利。

三、与传统三阶层比例原则之比较

传统的三阶层比例原则，主要是指适当性原则、必要性原则以及均衡性原则。适当性原则，也可称为妥当性原则，系指法律有助于目的实现。必要性原则，也可称为最小侵害原则，在所有能够达成目的之方式中，必须选择对人民之权利最少侵害的方法。均衡性原则，也可以称为狭义比例原则，本原则所强调的是一种利益衡量方式，衡量目的与人民权利损失有无成比例。^[28]传统三阶层比例原则与香港特区的比例原则相比，笔者发现，前者主要有如下不同。

（一）目的正当性原则的缺失

在用传统的三阶层比例原则进行审查时，适当性原则是第一个适用的子原则，而香港特区在适用比例原则时，首先是分析立法或行政的目的是否正当。缺少对目的正当性的审查所带来的问题就是可能造成立法或行政裁量的滥用，不利于实现实质正义和保障人权，也不利于促进和改善民主质量。^[29]当然也有学者提出反对，认为适当性原则包含目的性或目的正当性，是一种共识。^[30]但笔者并不赞同，适当性原则本质上是强调手段有助于达成目的，而并非包含目的正当性。

传统三阶层比例原则对目的正当性原则的忽视，或许与“合宪性审查”的机制有所关联。在德国，合宪性审查由宪法法院进行，依照德国联邦宪法法院早期的见解，其承认立法者拥有决定预期目的的权限。^[31]立法目的的重要性是一个政治问题，由民主决定，不是抽象的，最终需要通过均衡性原则判断。^[32]直到晚近，目的正当性审查在德国才受到重视，成为比例原则的一部

^[26]除了上文提到的“洗有明案”对加拿大法院判例中“比例原则”分析框架的吸收，在“香港平等机会委员会诉教育署案”中，法院还参考了南非、加拿大、津巴布韦等国的判例中对“比例原则”的适用分析。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》，载《行政法学研究》2012年第1期。

^[27]比例原则也适用于平等权等反歧视案件中，如在“丘旭龙案”中：政府必须证明这一差别待遇的正当性；这种差别待遇是为了达致“一种正当目的”，即“有作此区别的真正需要”；“差别待遇”与“该正当目的之间有合理联系”；“差别待遇”“没有超过追求这一正当目的而采用的必要措施”。但笔者认为，“目的正当”“合理联系”“不超过必要限度”的三层次本质结构并没有改变，仍然属于同一类型。参见（2007）10 HKCFAR 335，转引自前引^[11]，陈弘毅、罗沛然、杨晓楠文。

^[28]参见陈新民：《德国公法学基础理论》，法律出版社2010年版，第416—417页。

^[29]参见前引^[14]，刘权文。

^[30]参见杨登峰：《从合理原则走向统一的比例原则》，载《中国法学》2016年第3期。

^[31]参见前引^[28]，陈新民书，第432页。

^[32]See Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 U. Toronto L. J., 383, 388 (2007).

分。但即便如此，对于目的正当性，联邦宪法法院只是简单地认为，只要经审查没有违背基本法的目的就是正当的。^[33] 德国联邦宪法法院在审查立法目的的正当性时仍然比较谨慎，这也充分体现了司法的谦抑性。

而与之形成鲜明对比的是，香港特区在人权保障领域一直处于司法能动状态。其背后原因，一方面，在香港特区，司法能动的催化剂首先是《人权法案》的制定，然后是《基本法》的实施。^[34] 另一方面，主要是香港特区的行政主导体制导致代议制机构的发展受限，而行政长官通过行使法官任命权影响司法权时，又受由当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会的制约，再加上中央对香港特区自治事项的不干预，香港司法较少受到其他力量的制衡。因此，香港法院对立法目的正当性审查一直比较主动。^[35] 此外，民意认为法院比较积极地参与社会政策的决定或者政治决策，可以弥补香港特区民主制度发展的不足。此外，有些社会问题涉及的一些权利，通过民主和政治是不能完全解决的，就要通过司法途径来解决。通过政治途径来处理，当事人或者利益关系人不一定可以得到成功的机会，因为他们可能争取不到足够的政治力量的支持，但是通过法院，他们可以得到公正的对待。^[36] 运用比例原则对立法目的正当性进行较为积极审查的还有加拿大。加拿大的“合宪性审查”虽然是议会主权下的弱司法审查，但是相较于英国、新西兰而言，加拿大模式下法官拥有很大的权力，能够审查法律是否符合加拿大宪章。^[37]

虽然各国的合宪性审查机制不尽相同，但无一例外都把目的正当性作为比例原则审查时的第一个子原则。即便是德国最近几年的判例，也是如此。传统的三阶层比例原则，对目的正当性原则的忽视必须得到纠正。尤其是内地未来在制定“合宪性审查”基准时，要以“目的正当性原则”作为“比例原则”适用的第一子原则，加强对立法目的的审查。

（二）适当性原则的实用性不强

传统三阶层比例原则中的适当性原则，又可称为关联性原则，它要求手段与目的之间存在实质的关联性。只要能证明手段与目的之间存在实质的关联，哪怕是很小程度上促进目的的手段也是符合要求的。^[38] 由此可见，适当性原则可以类比为香港特区比例原则中的合理联系原则。

不过，适当性原则在传统三阶层比例原则中实用性不强，是一个“鸡肋原则”。该原则限制立法者滥用权力以保障人权之功效较为有限，其无法否认立法者所采行的方法多多少少都能达到预期之目的。^[39] 与此相反的是，合理联系原则在香港特区比例原则适用中，却是一个核心的子原则。除了上文提及的“洗有明”案，在“孔允明案”中，政府败诉的原因在于“居港七年”的政策变动没有通过比例原则中合理关联性审查，也就是说，法院否定了政府对公民宪法权利的限

^[33] 参见前引^[14]，刘权文。

^[34] 参见陈弘毅：《一国两制下香港的法治探索》，中华书局（香港）有限公司2010年版，第134页。

^[35] 参见秦前红、付婧：《在司法能动与司法节制之间——香港法院本土司法审查技术的观察》，载《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2015年第5期。

^[36] 参见前引^[34]，陈弘毅书，第74—75页。

^[37] 参见程雪阳：《司法审查的第三条道路——弱司法审查的兴起、发展及其中国意义》，载《甘肃行政学院学报》2011年第5期。

^[38] 参见刘权：《适当性原则的适用困境与出路》，载《政治与法律》2017年第6期。

^[39] 参见前引^[28]，陈新民书，第416页。

制手段与立法目标的实现之间的合理关联，也就无须进入比例原则审查的下一个环节。^[40]

合理联系原则之所以功能显著，就在于其可操作性更强，只要不能证明立法目的与限制公民基本权利手段之间存在合理的联系，就不能通过审查，相比于“手段有助于达到目的”的适当性原则，显然更直观，说理性更强。

（三）必要性原则功能有限

必要性原则是传统三阶层比例原则中的核心原则，形成于德国自由法治国时期的“十字架法案”，《普鲁士警察行政法》第41条首次提出了最小损害原则，进一步明确了必要性原则的内涵。^[41]正如陈新民教授所言，在民主法治国家可以较多地借助本原则保障人权的实现。在诸多可达到目的的手段之中，应选择最温和的手段，严厉的手段唯有在已成为最后手段时，方可行之。^[42]我国的法治实践中，运用比例原则审查时，必不可少地要论述必要性原则。最典型的就是在“陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案”中，一审法院就认为，在其他方法都无法打开已经变形的车门时，不得不采取破损车门的措施并不违法。二审法院同样认为，相对人的生命而言，破损汽车车门或者汽车致他人利益损害明显较小。^[43]

但传统的必要性原则在大陆法系国家并没有进一步发展，在应对经济社会政策性案件时，就会面临捉襟见肘的窘境。因为在上述案件中，必要性标准的运用可能会导致司法对立法、行政干预过大，进而影响整体社会的稳定。即便是在司法能动主义明显的香港特区，在面对涉及经济、社会、文化权利的案件以及政治性案件时，也会将合基本法审查中的“比例原则”进行调整，以“合理性原则”替代“必要性原则”，基于司法技术理性的司法节制，以期维护特别行政区法治的统一与稳定。^[44]

（四）均衡性原则的优势与发扬

如果说传统的比例原则与香港特区合基本法审查中的比例原则相比，存在目的正当性原则缺失、适当性原则实用性不强、必要性原则功能有限等劣势，那么均衡性原则或者说狭义的比例原则却是传统比例原则的优势所在。香港特区合基本法审查中的比例原则直到“希慎兴业公司案”后，才正式把均衡性原则作为比例原则分析的第四个步骤确立下来。此前判例中虽然也有涉及均衡性原则的思想，但一直没有正式确立。

虽然均衡性原则一直饱受各国学者的争议，^[45]但不可否认的是，其在整个法律体系中已经成为重要的宪法解释方法，并被广泛采用。^[46]德国和加拿大在合宪性审查中比例原则的适用上

^[40] 参见 (2013) 16 HKCFAR 950；前引 [22]，秦静文。

^[41] 参见刘权：《论必要性原则的客观化》，载《中国法学》2016年第5期。

^[42] 参见前引 [28]，陈新民书，第417页。

^[43] 参见《陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案》，载《最高人民法院公报》2003年第3期。

^[44] 参见前引 [35]，秦前红、付婧文。

^[45] 即认为均衡性原则需要对各种不同的无法衡量的价值进行比较，缺乏合理的标准，本质上成为政治的工具而非法律的决定。造成的结果就是法官的权力过大，有可能会滥用裁量权，甚至用此获得政治权力。See Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge University Press, 2017, p. 4.

^[46] 参见范进学：《论宪法比例原则》，载《比较法研究》2018年第5期。

最大的区别，也是德国更关注于均衡性原则的适用，且该子原则往往成为决定性的因素。^[47]但即便如此，加拿大法院在“赫特兄弟会案”中也已经重点讨论了均衡性原则，^[48]在“欧克斯案”的基础上对均衡性原则进行了系统阐述。特别是在涉及合宪性审查的刑事案件中，加拿大和南非的法院都会使用均衡性原则分析。当然，香港法院在“希慎兴业公司案”中确立均衡性原则作为比例原则分析的第四个步骤，主要还是受英国法院的影响。正如法官在判决书中所说，比例原则的第四步分析步骤已经在英国合宪性审查中被广泛接受与运用。^[49]

从规范层面分析，均衡性原则的具体适用目前有两种模式，一种是阿列克西的数学计算模式，^[50]一种是戴维·M·贝蒂的事实问题商谈模式。^[51]我国学者刘权在此基础上提出，运用成本收益的方法，结合均衡性判断公式以及法则，具体权衡，以期发挥均衡性原则的价值，保障权利不被过度侵害，促进社会整体福利。^[52]结合内地实践，还需要通过合宪性审查机制不断挖掘均衡性原则的价值，从而积累经验。

四、如何构筑内地合宪性审查之比例原则

比例原则这一产生于德国，扩展至欧洲，继而影响加拿大、南非、以色列等国家的分析工具，如今已经成为合宪性审查的重要基准。^[53]有学者提出，即使美国联邦最高法院羞于使用，但在分析手段和目的关系时，本质上也是使用比例原则。^[54]分析梳理香港特区合基本法审查中比例原则的运用，可以清晰地发现其受到各国影响、不断发展和成熟的印记。虽然内地严格意义上的合宪性审查才刚刚起步，但其实在立法实践中，已经有“对法律草案的合宪性审查”，其中已经体现比例原则的思想。因此，在内地既有的“对法律草案的合宪性审查”的实践基础上，借鉴香港特别行政区的经验，构筑内地合宪性审查之比例原则就显得尤为必要。

(一) 目的正当性原则之提倡

我国目前在法律草案的合宪性审查中，虽然没有直接对草案的立法目的是否违宪作出判断，但是采取的是一种“隐性和柔性的手段”，^[55]就涉及对法律草案是否符合宪法目的的审查。最明显的就是对法律草案中与宪法表述不一致的条款进行调整、修改和删除。如《物权法（草案修改

^[47] 参见前引〔32〕，Dieter Grimm文，第383、384页。

^[48] 法院认为，驾照贴有照片所保护的法益与禁止拍照的宗教自由比起来，前者更为重要。参见〔2009〕2S. C. R. 567。

^[49] 参见〔2016〕19 HKCFAR 372。

^[50] See Robert Alexy, Balancing, Constitutional Review, and Representation, 3 *Int'l J. Const. L.*, 572 (2005).

^[51] See Gregoire C. N. Webber, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, 23 *Can. J. L. & Jurisprudence*, 179 (2010).

^[52] 参见刘权：《均衡性原则的具体化》，载《法学家》2017年第2期。

^[53] See Alec Stone Sweet, Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 *Colum. J. Transnat'l L.*, 72 (2008).

^[54] See Bernhard Schlink, Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here, 22 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 291, 302 (2012).

^[55] 邢斌文：《论立法过程中法律草案合宪性的判断标准》，载《政治与法律》2018年第11期，第61页。

稿)》第49条规定：“野生动植物资源属于国家所有。”但依照《宪法》规定，森林、草原属于国家所有，法律规定属于集体所有的森林、草原除外。如果不加区别地规定野生植物资源都属于国家所有，显然不符合宪法目的。因此最终修改为：“法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。”此外，还可以通过在法律草案中增加宪法条款，将宪法目的予以具体化。如《邮政法(草案)》中对公民通信秘密保护的规定分量不够，原全国人大法律委员会根据《宪法》第40条在草案总则中增加了相关规定，重复了宪法文本的表述。^[56]由此可见，我国在“法律草案的合宪性审查”中对立法目的正当性的审查，主要还是判断是否与宪法目的相符，如果不是，则采取调整、修改、删除或增加的方式，使之与宪法目的保持一致。显然这样的立法目的审查是温和的、策略的，但与真正的立法目的审查还相差甚远。因此，我国未来的合宪性审查对立法目的的正当性判断，需要在此基础上更进一步。

笔者认为，审查立法目的的正当性，必须要作为“比例原则”第一个独立的子原则被确立，这也是传统三阶层比例原则最为缺失的。考虑到我国目前“合宪性审查”工作由全国人大下设的“宪法和法律委员会”承担，^[57]因此，对立法目的的审查较之德国的联邦宪法法院，可以更为主动，而不仅仅是停留在与德国一样的审查立法目的是否符合宪法目的上。因为宪法和法律委员会仍然处于“议会主权”下，是在全国人大之内作为协助全国人大和全国人大常委会进行合宪性审查的专门委员会性质的机构，并不会面临司法权僭越立法权的问题，可以对立法目的做更深入的审查。但对立法目的审查的能动性，可以低于我国香港特别行政区，这主要也是考虑到法制的统一与稳定。而且据学者实证研究发现，香港目前在人权案件中的司法能动性已经有所降低，体现了司法机关对立法机关和行政机关的尊重。^[58]

此外，立法目的正当性的审查，可以参考美国的经验，具体可根据不同的权利性质，构建不同立法目的的审查强度。^[59]对于涉及经济性、财产性权利的立法目的审查，审查强度最低，符合政府正当的利益就通过审查。这与我国香港特区在经济政策类案件中司法的谦抑也是一致的。对于性别、年龄等平等权以及商业言论等自由，一般秉持中度审查原则，符合重要的政府目的即可。对于政治类言论自由、宗教自由等，则必须要严格审查，必须基于实质、迫切的国家利益以及紧迫的公共必要性。^[60]当然美国对权利层级进行划分，并对应不同的审查强度的经验也不是照搬适用的。因为不同的国家有不同的历史背景，对于南非而言，平等权特别是种族平等，可能

[56] 参见邢斌文：《论法律草案审议过程中的合宪性控制》，载《清华法学》2017年第1期。

[57] 宪法和法律委员会在继续承担统一审议法律草案等工作的基础上，增加推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查、加强宪法监督、配合宪法宣传等工作职责。参见《全国人大常委会关于全国人大宪法和法律委员会职责问题的决定》(2018年6月22日)。

[58] See Cora Chan, Rights, Proportionality and Deference: A Study of Post-Handover Judgments in Hong Kong, 48 *Hong Kong L. J.*, 51–78 (2018).

[59] 尽管美国的合宪性审查基准并非是“比例原则”，但是其与香港特别行政区的“合宪性审查”中所适用的比例原则，却十分相似。其严格审查基准、中度审查基准、合理审查基准对目的强度的审查，手段与目的之关联性等都有不同的要求。具体可参见前引[8]，林来梵主编书，第279页。

[60] 参见前引[14]，刘权文。

是位阶最高的权利；对于欧洲特别是德国而言，人的尊严可能是位阶最高的权利。^[61]因此，对于我国而言，也有适应我国国情的权利等级划分与审查强度。

（二）以“合理联系原则”代替“适当性原则”

在我国“法律草案的合宪性审查”中也有“合理联系性原则”运用的痕迹。如修改建议在原有的《行政强制法（草案）》中，增加规定：查封、扣押的物品限于涉案财物，不得查封、扣押与违法行为无关的财物；不得查封、扣押公民个人及其所扶养家属的生活必需品。^[62]由是观之，查封、扣押的物品必须与违法行为有合理联系，生活必需品则被排除在外。

但总体而言，内地对于“合理联系原则”并没有清晰的认知，只存在实用性不强的适当性原则。对适当性原则的适用，缺乏代表性判例的说理论证。而与之形成鲜明对比的是，“合理联系原则”在香港特别行政区的实践中所发挥的功能较为显著。在前文提及的“洗有明案”“孔允明案”等案件中，“合理联系原则”往往在比例原则的适用过程中发挥着重要的检验作用。

尽管在德国联邦宪法法院，为了克服适当性原则所存在的问题，对适当性审查发展出了明显不当审查、可支持性审查、强烈的内容审查的主观适当性三重审查强度，以增强可适用性，但效果并不明显。我国学者刘权在此基础上进一步提出了“客观适当性原则”，即通过立法后评估的方式克服适当性原则适用时的恣意。^[63]然而，适当性原则的作用并没有得到彰显。在笔者看来，究其根源还是适当性原则的先天不足。对适当性原则的修正或许能够在一定程度上影响实践，但是其自身内涵的空洞化以及适用的可操作性不强等问题，并不利于比例原则在内地合宪性审查案件中的进一步发展。相比而言，我国香港特区以及其他普通法系国家和地区的实践，已经为“合理联系原则”的适用提供了丰富的司法素材和详实的论证手法，我们完全有理由兼收并蓄，通过普通法中的“合理联系原则”代替“适当性原则”，更好地适用和发展具有内地特色的合宪性审查基准。笔者认为，以“合理联系原则”代替“适当性原则”并不会对比例原则形成根本性的冲击，因为“适当性原则”本质是实质关联，与“合理联系原则”联系密切。“合理联系原则”成为“比例原则”的第二个分析步骤后，将仍保持其原来子原则的地位和作用，并没有影响整个比例原则的结构。只不过，“合理联系原则”更好的可适用性，将进一步增强比例原则的论证和说理效果。

在具体适用过程中，手段和目的之间合理联系，对于个人权利的限制不能是“专断的”“不公平的”或者“基于不合理的考虑”，缺乏联系以及联系明显不合理都应当被排除在外。^[64]也可以进一步参考美国的经验，根据案件性质的不同，将手段与目的之间的关联性进一步区分为“必要关联”“实质关联”“合理关联”。在基本权利限制案件中，审查实现强制性国家利益是否必要；在可疑类别案件中，如“性别”或“婚生子女”、种族或性别优惠性差别待遇案件等，审查与实现政府合法利益是否存在实质性关联；在一般分类（财产地位、犯罪前科等）、社会与经济性权

^[61] See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 532.

^[62] 参见前引^[56]，邢斌文文。

^[63] 参见前引^[38]，刘权文。

^[64] 参见前引^[26]，赵真文。

利自由、财产性之限制或征收等案件中，审查与实现政府合法利益是否存在合理关联。^[65]

（三）必要性原则的双阶构造

内地目前对“法律草案的合宪性审查”，在很大程度上已经在无意中运用必要性原则，使得对当事人的侵害最小。如《传染病防治法（草案）》中规定甲类、乙类传染病暴发流行时，县级以上地方各级人民政府可以决定对疫区实施封锁。修改建议就将封锁疫区的措施仅限甲类（鼠疫、霍乱）传染病疫区，且采取封锁疫区的措施须经省级政府批准。《禁毒法（草案）》中对强制隔离戒毒的对象规定得较为广泛，修改建议就将强制隔离戒毒的对象限缩为“拒绝接受社区戒毒”，或者“因吸毒成瘾严重，通过社区戒毒难以戒除毒瘾”等情形的人员。此外，在《税收征收管理法（草案）》中规定，税务机关有权采取税收保全措施；对欠缴税款的纳税人有权采取强制执行措施。修改建议税收保全措施对象仅限从事生产、经营的纳税人；税收强制执行措施对象仅限从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人。^[66]

其实在上述草案的修改建议中，已经可以看出对必要性原则通过分类的方式，不同情形，区别对待，与我国香港特区合基本法审查中对必要性原则进行双阶构造，有异曲同工之处。当然这样的区别对待，还是在一种权利类型内，并没有演化为对不同权利类型审查标准的双阶构造。香港特别行政区在处理社会经济政策类案件中，将必要性原则调整为合理性原则，降低审查强度以确保社会的稳定。笔者认为，可以将必要性原则进行双阶构造，以应对不同的权利类型。在一般人权保障领域，可以用一般的必要性原则进行审查，但在涉及经济性权利和政治性权利时，可以降低审查强度，只要不超过合理限度就可以。有学者也许会提出质疑：必要性原则的内涵是固定的，进行双阶构造是否会破坏其本质属性。笔者认为，上述质疑是不成立的，必要性原则在向最小侵害原则发展过程中，其内涵就已经发生重大变化，“双阶构造”只在经济性权利和政治性权利中将“不超过必要限度”降低到“不超过合理限度”，是内涵的进一步发展，也是为了应对不同案件的不同审查需求。

（四）均衡性原则的利益衡量分析

内地对“法律草案的合宪性审查”中，不乏均衡性原则分析的体现，只是没有将其系统地阐述与提炼出来。如《渔业法（草案）》规定，（违法捕鱼）情节严重的，可以没收渔船。但修改建议改为（违法捕鱼）情节特别严重的，可以没收渔船。增加“特别”二字，背后的考量就是渔船作为渔民的主要生产工具，对没收渔船的行政处罚应当十分慎重。^[67] 其本质上是渔民生存权与生态环境权之间的利益衡量。此外，程序性的控制也作为均衡性原则中利益衡量的一种手段。^[68] 如《警察法（草案）》的修改理由认为，虽然规定人民警察对违法犯罪嫌疑人进行盘问、检查是必要的，但是这一措施涉及公民的人身权利和自由，必须对盘问的范围、继续盘问的期限

[65] 参见梁上上：《制度利益衡量的逻辑》，载《中国法学》2012年第4期；前引[8]，林来梵主编书，第279页。

[66] 参见前引[56]，邢斌文文。

[67] 参见前引[56]，邢斌文文。

[68] 参见前引[45]，Niels Petersen书，第140—141页。

和批准程序加以严格限制，以防止这项权力被滥用。^[69] 在涉及经济性权利时，如《社会保险法（草案）》规定，基本养老保险实行社会统筹与个人账户相结合，基本养老保险基金由用人单位和个人缴费以及政府补助组成，这就从养老保险的资金构成上展示了自我责任为主、国家责任为辅的均衡性原则，^[70] 原法律委员会“合宪性审查”时对这一条就给予了确认。

结合我国“法律草案的合宪性审查”中已有的实践，对均衡性原则的理念与利益衡量方法进行提炼，是下一步构建比例原则判断基准需要做的。均衡性原则作为传统三阶层比例原则的一大特色，面临的空洞性、不确定性、较大的主观性等争议也是与之并存的。^[71] 通过利益衡量分析，尤其是权衡对私人权益的损害与增进社会整体公益之间的关系，是该原则审查的重点。香港特区“希慎兴业公司”案中，所要遵循的限制私有财产权与获得的社会利益之间的合理平衡，正是此意。^[72] 其实，合宪性审查的实质就是利益衡量，比例原则是利益衡量的另一种表达，^[73] 均衡性原则是利益衡量的具体化。无论是阿列克西的数学分析公式，还是贝蒂的事实问题商谈模式，抑或是成本收益分析的进路，本质上都需要对利益进行衡量，天平任何一端的明显倾斜都是无法通过审查的。

此外，关于比例原则中利益衡量的具体方法，应该遵循规范位阶。当利益冲突时，高位法的利益优先于低位法的利益；核心基本权利要优先，如人的尊严、人的生命、人的自由；司法应当谦抑，尊重其他公权力的自由裁量权；要说理论证，防止利益衡量中主观判断的泛滥；最后基于个案整体衡量。^[74] 但利益衡量也有界碑，“法外空间”不应进行利益衡量，应在妥当的法律制度、同一法律关系中进行利益衡量，并选择妥当的法律规范作为衡量的依据。^[75]

五、结语

比例原则作为对基本权利限制之限制的重要方法之一，在香港特别行政区合基本法审查中发挥着至关重要的作用，其受普通法系的影响，与传统的比例原则存在着一定的区别。但经由普通法实践发展的比例原则，在目的正当性、合理联系性、必要性与合理性勾连等方面，较之于传统的三阶层比例原则有着明显的进步。我国内地未来的合宪性审查基准，完全可以在既有的“法律草案合宪性审查”的“比例原则理念”基础上，借鉴香港特别行政区合基本法审查中比例原则适用的经验，并与传统的比例原则相融合，进而重新构筑。此外，还可以参考美国的经验进一步丰

^[69] 《警察法（草案）》规定，对有违法犯罪嫌疑的人员，可以进行当场盘问、检查；当场盘问、检查不能排除嫌疑的，可以将其带至公安机关或者国家安全机关继续盘问，不得超过48小时。修改建议改为，警察盘问检查须经出示相应证件，将继续盘问限定在四种情形，并应通知其家属或所在单位；继续盘问时间缩短为24小时，特殊情况可延长至48小时，48小时内如不决定采取强制措施，应立即释放。参见前引〔56〕，邢斌文文。

^[70] 参见庄汉：《我国社会保险立法的宪法分析——以〈社会保险法（草案）〉为主要分析样本》，载《法学评论》2009年第5期。

^[71] 参见前引〔52〕，刘权文。

^[72] 参见〔2016〕19 HKCFAR 372。

^[73] 参见前引〔65〕，梁上上文。

^[74] 具体内容参见王书成：《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。

^[75] 参见梁上上：《利益衡量的界碑》，载《政法论坛》2006年第5期。

富和完善比例原则的内涵，^[76] 应对不同案件的需要。^[77] 比例原则可以灵活解决宪法内部争议，并具有相对稳定性和可操作性，^[78] 不能僵化与机械适用。必须扎根法治的本土资源，在诉讼中不断挖掘比例原则适用的经验，既要为基本权利限制的限制寻求正当理由，同时也要对立法、行政给予一定范围的尊重。如何在合宪性审查的层面寻求此种平衡，需要法学同仁共同努力。

Abstract: As one of the important principles for limiting the limitation of basic rights, proportionality has been widely developed and broadened on the basis of the traditional “three-tier” proportionality. In contrast, the traditional “three-tier” proportionality has problems such as the lack of the principle of legitimate purpose, the low practicability of the principle of appropriateness, and the limited function of the principle of necessity. Therefore, on the basis of the “proportionality concept” embodied in the “constitutional review of the draft law”, combined with the experience of Hong Kong, we should emphasize the application of the principle of legitimate purpose, replace the principle of appropriateness with the principle of reasonable connection, construct the principle of necessity in a two-stage structure, analyze the interests of proportionality in the narrower sense, supplement and develop the experience of the United States, to lay the foundation for the future constitutional review.

Key Words: basic rights, proportionality, constitutional review, Hong Kong basic law, legitimate purpose

(责任编辑：刘权 赵建蕊)

[76] 美国法院所用的“balancing”原则类似比例原则“proportionality”，特别是与比例原则最后的均衡性原则十分相似。See Moshe Cohen-Eliya, Ido Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013, p. 3.

[77] 之所以在“合宪性审查”中不直接适用美国三种不同强度的审查标准，笔者认为，主要是“比例原则”在我国的各级审判中已经积累了一定的经验，虽然目前还存在一定的不足，但在吸收我国香港特区经验的基础上，可以不断发展与完善，使用成本更低。而且改造后的比例原则，已经吸收了美国三种不同强度审查标准的精髓，可以满足未来“合宪性审查”的需要。

[78] 参见前引[53]，Alec Stone Sweet、Jud Mathews文，第72—164页。