

比例原则研究

—— 一个宪政的视角



RESEARCH ON THE PRINCIPLE
OF PROPORTIONALITY
A CONSTITUTIONALISM OF STUDY

姜昕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

比例原则研究

—— 一个宪政的视角

RESEARCH ON THE PRINCIPLE
OF PROPORTIONALITY
A CONSTITUTIONALISM OF STUDY

姜昕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比例原则研究:一个宪政的视角/姜昕著. —北京:法律出版社,2008.10

ISBN 978-7-5036-8862-1

I. 比… II. 姜… III. 行政法—研究—中国 IV. D922.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第153359号

© 法律出版社·中国

比例原则研究——一个宪政的视角

姜昕著

责任编辑 孙东育
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 7.125 字数 177千

印次 2008年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8862-1

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

崔卓兰*

在我国行政法学界，行政法的基本原则问题一直是一个受人关注且争议很大的论题。近年来，由于行政法学基础理论研究的成熟，对于行政法基本原则问题的研究也有了一定的发展和进步。尤其是很多学者对两大法系行政法原则进行了研究，这种无疑会对我国行政法基本原则的研究有所裨益，因此，本书选取德国比例原则为切入点，对比例原则进行研究，无论是对于我国行政法基本原则的理论研究，还是对基本原则的实践应用都是一种有意义和有价值的学术探索。

综观行政法学界对比例原则的研究，虽然有很多代表性的论文，从不同的角度对其进行探讨，但

* 崔卓兰(1952—)，女，现为吉林大学法学院教授、博士生导师，中国法学会行政法研究会副秘书长，中国太平洋学会法律专业委员会委员。

是像作者这样做系统、深入研究单独成书的,却还是第一本。作者从对比例原则的界定入手,对比例原则的释义学结构进行了构建和反思。全书的研究以德国比例原则为立基点,但又不局限于此,作者旁征博引,运用大量的中外文资料,写作规范,思路清晰,研究不脱离本土语境,最后定位在我国的基本原则的情况上,在比较前提下,结合中国行政法基本原则的具体情况,提出应改革我国行政法基本原则,对比例原则如何确立和如何适用给出了自己的分析,且对比例原则于我国公法法治建设的影响给出了自己的论述。可见是下了一番功夫的。

本书的一大特点是,将行政法中的原则问题提升到法学理论的高度,从法学理论的角度对比例原则进行了多层次、多角度、全方位的论证,尤其是对比例原则的法哲学基础、法精神基础和正当性基础进行了理论分析。无疑,这些都是对比例原则研究的一个新的视角。在本书中,作者还对比例原则的功能进行了反向推理,用德国学者 Alexy 的理论对比例原则的功能进行了证成,这使得对比例原则功能的论述更能令人信服和更有说服力。此外,本书最后能够结合中国实际情况,谈了比例原则于我国行政法领域甚至于宪法领域适用将对我国公法法治建设产生的有利影响,比例原则在行政法领域能够适用已得到肯认,只是学界对比例原则进入的路径还存有争议,另外,作者对比例原则于宪法领域的适用的讨论,无疑是超前的,可能会引起争议,但是这无疑会推动对比例原则于我国的研究的发展。

应该说,法学研究中的原则问题不仅仅是一个理论问题,更是一个如何适用的实践问题,在法理学中,原则的重要性已毋庸置疑,行政法作为一个部门法也不例外,况且在行政法学中,由于行政法本身缺少统一法典,行政又是面对将来的,有变化性,要想适应瞬息万变的社会生活,因此,研究原则问题更有意义,它可以有助于行政法实践的发展。

是为序。

2008年6月于吉林大学

2 比例原则研究——一个宪政的视角

三、对比例原则释义学结构内涵的反思/41

第四节 比例原则于法律适用上之定位/56

一、比例原则具有行政法位阶/56

二、比例原则能否经由行政法位阶提升至宪法位阶/59

第五节 比例原则与相关原则的比较分析/66

一、与合理原则之比较/67

二、与不当联结禁止原则之比较/69

三、与平等原则之比较/71

四、与行政裁量原则之比较/73

第二章 比例原则的回溯与前瞻/76

第一节 大陆法系国家比例原则的产生与发展/76

一、德国/76

二、日本/93

三、法国/96

第二节 英美法系国家比例原则的产生与发展/105

一、英国/105

二、美国/108

第三节 国际组织及国际法庭中比例原则的产生和发展/118

一、国际组织中比例原则的产生与发展/118

二、国际劳工法庭判决中的比例原则/127

第三章 比例原则的理论基础/128

第一节 比例原则的法哲学基础/128

第二节 比例原则的法精神基础/135

一、法治国家原则与比例原则/135

二、基本权利保护与比例原则/138

第三节 比例原则的正当性基础/144

一、比例原则蕴涵的合比例性思想与正义/144

二、比例原则与平等/148

三、比例原则与自由/152

四、比例原则与效率/154

第四章 比例原则的功能与局限/157

第一节 比例原则的功能/157

一、对公益和私益的调和/157

二、对基本权利、私权利保护的最大化/169

第二节 比例原则的局限/170

一、操作上的限制/170

二、保护功能上的限制/171

第五章 比例原则于我国公法中适用的若干探讨/173

第一节 我国法中对比例原则的认识/173

第二节 比例原则于公法中适用的若干探讨/177

一、公法如何法治——一个理论前提性的说明/177

二、比例原则于公法中适用的路径分析及操作说明/180

结语/205

参考文献/207

后记/218

导 论

一、问题的引出

自有国家以来,权力与权利的关系,不仅是政治哲学中一个难解的题,也是法哲学上一个经久不衰的热点问题。为达成一定的国家目的,国家权力的行使不可避免地会侵害公民权利,同时,若放任基本权利无限制地使用,也势必会导入无政府或暴民政治。在宪政体制下,虽然基本权利可以在公益考量的必要情形下得以限制,但不能以此为挡箭牌,任意行使国家权力。故如何确定权力行使的限度和标准,便成为公法领域的重要课题。由于行政国家的出现,作为一种典型公权力体现的行政权力大肆膨胀,行政职能也大为增加,管辖范围几乎是“从摇篮到坟墓”,渗入社会生活的每个角落。因此,如何确保行政权在达成行政目的的前提下,其所采取的手段对公民权益的侵害或限制达到最小,便成为公法领域重要课题的重中之重。

应该说,不同国家对这一既是宪政领域又是公

法领域的可以被称为“烫手的热山芋”的问题都作了不同的响应,虽然采取的具体进路因不同国家法律传统、文化背景以及立基于其上的哲学根据和对人性的预设的不同,而对国家权力的控制方式和思路也不尽相同。但有一个共同点就是均采取了某种程度上的控制国家权力的进路,正如这句脍炙人口的名言所证实的那样:“人不是天使,否则就不需要政府。”具体而言,有英美法系的依程序审查标准控制和大陆法系的靠实体审查标准控制的不同模式,如果用理论术语来概括的话,也可以说成是规范主义和功能主义两种不同风格。

而说到控制国家权力,无疑是要对立法权力、行政权力和司法权力三权进行制约,从权力运作的过程来看,司法权力同时又是控制前两者的控制权力的权力。就不同的国家的公法实践和制度运作的情况来看,在法治国家的背景下,谈对权力的约束,不仅指要使行政活动受到法律的拘束,符合形式正义,而且应受法精神、原则的支配,符合实质的正当性,体现实质正义和个案正义,这也是法治国家所应努力实现的宏旨。由于法律适用及其约束力的普遍性,立法活动也应该受到约束,立法也可能因为立法者的有限理性、利己动机及人性局限的限制,立出一个恶法,而一个恶法所带来的“立法扰民”现象,伤害的将不仅是个人,更是受立法规制的全体人民的感情,同时也是对人民基本权利保护所设下的一个陷阱。一个法律规定也可能构成对人民自由和权利的侵害,也可能借着虚伪的公共利益条款,僭越其本应固守的界限,伸出爪牙去侵害公民私的权利和利益。但也应该说明的是,如陈新民教授所言:“公益的维护与提倡,可以说是现代国家积极的任务,也是许多实际政治运作行为所追求的目标之一。”因此,权力行使与权利保护的问题历来就是互为依存且有很深的渊源关系。

再者要想控制权力,就必须对其行使的过程进行控制,权力的行使所采行的手段必须有助于目的的达成,在目的和手段之间要有一个合理的关系存在,权力的行使要负载着对人的尊严的尊重,对人权的认真对

待,把人当作目的而非手段,因为在一个民主社会里手段的价值往往比目的价值来得重要。

说到这里,还没有出现比例的字样,也没有出现原则的字样,这些到底和比例原则有什么联系呢?读者可能有些费解。其实,比例原则所产生的初衷就是以对人的尊严的尊重,以及人是目的而非手段及性恶论的人性预设来对权力进行规范,也正因如此,比例原则的目的被称为“调和公益上的必要和自由与权利之侵害”,是相对于公权力的强势地位而对私权利主体的保护。

二、关于比例原则研究的述评

对于比例原则,由于德国是比例原则的滥觞国,所以研究地比较深入和细致。而对于这一用语,除了大陆法系国家一直明确地使用以外,英美法系的具体的制度设计也都蕴含含有合比例性的思想,尤其是英国加入欧盟势必会沟通和调和两种不同法律制度(因为德国法在欧盟法中占有支配性的地位),进而在某些具体的制度设计上进行融通,实践表明,在欧洲人权法院的影响和带动下,针对不同国家适用比例原则的案例越来越多。

而对于比例原则的研究而言,外国的学术著作中对这一问题的论述以德国学者为最多,德国一如既往仍然是一个生力军,有许多学者对比例原则的研究已经相当系统和深入,其中集大成者如 Hirschberg〔1〕 Grabitz 教授等,另外英语著作较有代表性的是在欧盟法的范围内探讨比例原则,〔2〕德国对于比例原则的理解继受传统,对其释义学结构的解释仍在继续完善,德国联邦宪法法院也仍在努力通过判例的日积月累,建

〔1〕 代表作为 1981 年出版的“比例原则”一书。(L. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [M]. Göttingen, 1981.)

〔2〕 主要著作有: Juergen Schwartz, European administrative law, Sweet&Maxwell, London, 1992. Evelyn Ellis, The Principle of Proportionality in the Laws of European, Oxford - Portland Oregon, 1999. Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, London-The Hague-Boston, 1995.

构一套可以得到认可的客观标准,以便使应用比例原则的审查更加具有客观性,而法国作为行政法的母国,向来重视公共利益的传统也在解冻,开始用均衡原则来研究公共利益和私人利益、公共权力和私人权利如何协调的问题。而英国由于受欧盟法的影响,正在悄悄地发生改变,对这一问题也逐渐重视起来,开始认真对待,不再明显地拒斥。美国法中虽然正当法律程序的牢固地位仍不可动摇,但是实践中产生的与“公与私”有关的复杂问题,也使其不得不直面利益衡量,进而在用比较直观的语言,比如最不激烈手段、合理性标准来探讨这方面的问题。就我国的情况而言,由于法治传统的欠缺以及人性的预设不同,开始关注控制权力问题比较晚,也由于宪政文化的缺失,对国家权力和公民基本权利的认识不深入,宪法缺乏法律属性,因此,宪法应用换句话说宪法的司法化还是任重道远。受这些因素的影响,我国法学者研究权力控制问题的任务还很艰巨,无疑研究比例原则可以带来某种启发。我国台湾地区学者也非常重视如何控制权力行使的问题,由于部分学者及法官对德国法的青睐,对比例原则也就爱屋及乌,研究既有深度也有广度,而且充当了宣传委员的角色。

目前来看,就比例原则的理论研究而言,我国学者多处于引介阶段,偶有作详细说明者,间或有深入论述的学者,^[1]整体上来看,虽然论文数量众多,达到几十篇,但多是量的研究,而非质的穿越。也缺少关于我

[1] 以我国台湾地区学者讨论居多,较有代表性的著作有:蔡宗珍:《公法上比例原则初论——以德国法的发展为中心》;蔡震荣:《论比例原则与基本人权之保障》;陈新民:《宪法基本权利之基本限制》一文中对比例原则的论述较为全面而深入。就国内学者而言,对比例原则的探讨主要集中在行政法领域,缺乏宏观的研究,这方面的论文主要有:黄学贤:《行政法中比例原则简论》;范剑虹:《欧盟与德国比例原则研究》(这是目前大陆学者对比例原则作以宏观研究的文章),余凌云:《行政法上的比例原则》;此外,还有一些关于比例原则与合理性原则进行比较研究的论文,但也都都不全面。另外,许玉镇的《比例原则的法理学研究》是比较全面研究比例原则的论文,对比例原则作了比较全面的论述,但是作为一个公法上普遍适用的原则,则缺少对宪法领域及其适用的论述,以及对其功能、法哲学基础及正当性基础的深入分析。

国法律传统对比例原则的继受性的详细而深入的研究,也就是说,还缺少一些基础性研究,比如功能、正当性基础以及于本土资源下若移植过来后的具体应用方面的探讨。

总体来说,对比例原则的探讨以德语国家为最深入和细致,受欧盟法影响,虽然英语国家中出现了有关比例原则的著作,但是数量很少,且都是围绕欧盟法的领域展开,缺乏细致深入的论述。

三、研究目的、思路及方法

“知出乎争”,道理越辩越明,本书的目的之一即是对比例原则作更全面深入的讨论,在吸收前人成果的前提下,秉承学术传统,在传统中求创新,在创新中求发展,对比例原则的定位和性质进行分析,对其释义学结构进行重新认识,对其发轫的法哲学背景、法精神基础以及正当性基础和功能作研究,最后就比例原则在我国公法中(主要是宪法、行政法等领域)的如何适用作了若干探讨,兼而论证了比例原则的引入对我国公法法治,更具体地说是宪政及行政法治建设所具有的意义和所带来的影响。

应该说,本书的研究思路是从把比例原则作为一个法律原则入手来进行研究,对比例原则的界定也回归到对法律原则的深层次认识中;接着对比例原则的理论基础进行说明,则证成了比例原则存在的合理性;最后尤其是以公共利益和私人利益之间能否衡量进行分析作为切入点,使对比例原则功能的研究有了理论上的依托和制度上的支撑,能够用比例原则去面对和解决纷繁芜杂的公共利益以及与之牵连的个人利益之间的问题,也使得对比例原则的褒贬尘埃落定,故而对其研究也就有了理论价值和实践意义。

在论述上,本书主要采用了历史分析方法,对比例原则的发轫、发展的历史沿革作出了说明。此外本书还采用了系统分析方法,将比例原则置于一个大环境中,指出将其上升到法律原则的高度,会涉及哪些问题。最后,本书采用比较分析方法,以德国为代表,在比较和借鉴德国、我国

台湾地区以及日本、法国、英国的相关理论后,结合我国目前的法律现实对比例原则在我国的适用进行了具有可操作性的实证分析。

四、本书对比例原则使用的说明

综观比例原则使用惯例,其多被适用于行政法和宪法领域,所以,本书对比例原则的探讨以此为主。由于宪法和行政法被认为是公法中最主要的分支,所以,我国台湾地区学者多数将比例原则定位为是公法上的比例原则,为了严密论证,本书在对比例原则界定时也涉及了公法领域的介绍,由于在其他公法领域中没有形成气候,加之专业所限,故而只是略作说明,得出一个结论:比例原则可以在其他公法领域中适用。另外,由于狭义比例原则所具有的开放性功能,比例原则也可以扩展适用至私法领域。这些领域的研究是本书今后努力扩展的方向。在此特作说明。

第一章 比例原则之界定

第一节 “比例”用语的界定

“按照分析哲学的观念,词作为思维的工具,它本身并没有固定不变的含义,每个词的具体意思是什么,取决于它被使用于什么样的语境中,它与上下文有着什么样的联系,因此,要有效地使用自然语言(又称日常语言,与之相对应的是数学和逻辑学等思想体系中的人工语言,亦称符号语言)进行理论思维和思想交流,就需要针对所使用的语词联系一定的语境去分析其正确的用法和语义。”^[1]

对于比例一词的说明,笔者拟将采取这种方法加以分析。只有这样才能准确地使用语词。

一、“比例”的语义学分析和语境说明

比例一词,无论古今中外,在日常生活中随处

[1] 郑成良:《法律之内的正义——一个关于司法公正的法律实证主义解读》,法律出版社2002年版,第15页。

可见,比例也是一个多义词,在不同的学科中有着不同的含义。从古代到现代,从西方到东方,从数学到文学,从哲学到法学都有“比例”的身影。

比例这一词语,本意是一个数学概念,比如,在 $a:b=c:d$ 这一数学等式中,我们说 ad 和 bc 成一定的比例关系。如果再对这一数学等式作进一步分析,可以发现其实这是一种关系的称谓,既然是关系的概念,就意味着某种元素的存在,也就是说,这个词由两个要素所组成:第一是由两个或多个参数间的相应关系所构成的固定要素,第二是由该相应关系的程度或强度所构成的变量(或弹性)要素。更简单地讲,它同时包含两个或两个以上客体间的“关系的存在”(固定要素),以及“此关系的强度”(弹性要素)等两个要素。因此,比例这一词语是由常量和变量构成的,应该说,变量也就是常量关系的强度是这个词语所要强调的核心,强度对比不同所产生的效果也就不同。

扫描各个国家的语言,可以发现,在各种语言中都有比例一词,英文中 *proportion* 就有很多词解,多致 6 种,如(某一整体在大小、位置、形状上的)相称、协调、均衡及调和;(两事物之)比,比例;(尤指与整体相比的)部分,份儿;(术语)两组数字之间的比例;相称(不相称地)、合(不合)情理地;大的同……不成比例。^[1] 在法语中,在德语中 *Verhältnismäßigkeit* 和 *Proportionalität*,这两个词都有比例、均衡和相当之意。

如果从古汉语本身的角度,来解析比例的词义,其还有比照前例的意思,可见于东汉王充《论衡》卷十二之《程材篇》第三十四:“称良吏曰忠,忠之所以为效,非簿书也。夫事可学而知,礼可习而善,忠节公行不可立也。文吏、儒生皆有所志,然而儒生务忠良,文吏趋理事。苟有忠良之业,疏拙于事,无损于高。论者以儒生不晓簿书,置之于下第。法令比例,吏断决也。文吏治事,必问法家。县官事务,莫大法令。必以吏职程

[1] 参见朗文词典中对这一词条的解释。

高,是则法令之家宜最为上。”司马光在《辞知制诰第三状》中,亦曾言:“夫以资涂用人,不问能否,比例从事,不顾是非,此最国家之弊法。”因此,从比例的词义分析不难看出,我国古汉语倾向于把比例解释成比照前例,具有约束之意,用法律术语来说明,其要表达的是平等的思想,而非西方比例语意中由数学含义引申来的和谐和美的含义,这也许是受东西方不同文化传统的影响。

（一）“比例”一词使用的语境

在美学中,多见于绘画艺术中用比例的观念来追求一幅作品的和谐和美感,比例常常就是美的意思,如果一幅作品在构图上非常和谐,非常有秩序,那么这个作品就被称为是美的。这点从古希腊的艺术作品中就可以感受到,比如古希腊最著名的雕塑家之一波利克里托斯的著名雕塑作品《执矛者》,该作品创作于公元前440~公元前430年,为大理石复制品,高约198厘米,现收藏于意大利那不勒斯国立考古博物馆。他在人体结构方面的研究非常深入,提出了头与身长比为1:7的最美的人体结构原则,并体现于自己的作品中。据说,这尊《执矛者》就是作者为了支持这个比例原则而作,同时也是最能体现波利克里托斯艺术风格的作品。雕像塑造的是一个体格健壮充满朝气的青年战士形象,体现了古希腊人对英勇战士们的崇敬心情。他肌肉发达,左手持矛,右腿站立,身体的重心落在右腿上;右手下垂,左腿则稍稍向后弯曲着地。从人体的结构上,可以明显看出艺术家对人体动态的深入研究:随着两脚位置的变化,人体全身的肌肉都随之运动起来,充满了欲动未动的感觉。整个人体动态十分统一和谐,右脚支撑身体,躯干向左倾,头向右转,全身近似于一个优美的“S”形,仿佛在运动中寻求平衡。这种人体构型由于能使静立的雕像产生很强的动感,因此后来广泛地被雕塑家们所采纳,几乎成了一种模式,这尊雕塑也被认为是希腊雕塑艺术发展到成熟阶段所出现的一种程式化现象。

应该说古希腊人认为美只在物体形式上,具体地说,只在整体与各