

比例原则还是成本收益分析

法学方法的批判性重构

戴 昕* 张永健**

摘 要 比例原则是公法学说和实践中常见的审查立法和政府行为合理性的方法。近年来,有学者主张将比例原则推广至更为广泛的领域,使之成为“法律帝国基本原则”。但与经济学中的成本收益分析方法相比,比例原则无法全面关照决策者应考虑的各种成本、收益因素,至多构成残缺的成本收益分析,而其机械的四步分析法很容易误导法律人的理性思维。对德国权威学者阿列克西的比例原则理论进行批判性分析,则可揭示出比例原则在学理上存在更深刻的谬误。因此,即使比例原则可用于限制法院审查立法或行政举措时的裁量权,在立法政策选择、行政举措权衡以及法院处理民事纠纷等语境中,比例原则也不应被广泛适用,而经济学的成本收益分析才是更适当的理性思维和决策方法。

关键词 成本收益分析 成本效能分析 阿列克西的比例原则理论 帕累托最优 卡尔多-希克斯效率标准

导 言

“比例原则”无疑是当下讨论最为热烈的法学教义——尽管在热衷概念的法学界,它未必能摆脱“之一”的限定。放眼望去,中西各国近年来均不乏类似“比例原则已成席卷全球态势”

* 中国海洋大学法学院教授。

** 台湾中央研究院法律所研究员。本文相关研究工作获国家社会科学基金一般项目(项目编号:16BFX015)及中央高校基本科研业务费资助。

的说法。^{〔1〕}而中国大陆学者尤其认为比例原则前途无量,不但努力谋求在实定法和司法实践中确立其基础教义地位,更已倡导将比例原则作为法学方法论,从公法扩展到各部门。^{〔2〕}翻阅近年核心刊物发表的论文,观者很难不为这一看来正横扫宪法、行政法、刑法、诉讼法、民法等各领域的强大理论而侧目,因为据说

——审查警察职权行为,要依比例原则;^{〔3〕}

——评判政府治污措施和医药安全监管措施,要依比例原则;^{〔4〕}

——判断伤害行为是否构成正当防卫,要遵照比例原则;^{〔5〕}

——严重贪污受贿犯可否被处终身监禁且不得减刑、假释,要遵照比例原则;^{〔6〕}

——无民事行为能力人的行为应否一律无效,要考虑比例原则;^{〔7〕}

——合同应否因违法或违反社会公共利益等理由被认定无效,要考虑比例原则;^{〔8〕}

——调和不动产权利人和相邻土地、建筑物权利人因建造、修缮建筑物及铺设管线而生的矛盾,要用比例原则;^{〔9〕}

——对“老赖”应否采用诉讼法上规定的强制措施,乃至近年来在中国大陆全面铺开的信用惩戒,仍要参酌比例原则……^{〔10〕}

〔1〕 例如,蒋红珍:“比例原则的全球化与本土化—特集导读”,《交大法学》2017年第4期,第5页;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,第42页; Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, “Introduction”, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p.1; Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.13—15; Alec Stone Sweet & Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, No.1, 2008, p.73.

〔2〕 对这一趋势的描述,参见蒋红珍,见前注〔1〕,第6—7页;陈景辉:“比例原则的普遍化与基本权利的性质”,《中国法学》2017年第5期,第279—280页。

〔3〕 参见刘权等,见前注〔1〕,第42—43页。

〔4〕 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—17页;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98—105页。

〔5〕 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—58页。

〔6〕 参见张翔:“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,第41—60页。

〔7〕 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101页;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160页。

〔8〕 参见郑晓剑,同上注,第161—164页;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—59页。

〔9〕 参见王利明:“民法上的利益位阶及其考虑”,《法学家》2014年第1期,第85页。

〔10〕 参见葛云松:“民法上的赔礼道歉责任及其强制执行”,《法学研究》2011年第2期,第113—129页;王瑞雪:“政府规制中的信用工具研究”,《中国法学》2017年第4期,第158—173页。

法学理论中,教义规范动辄被拔高为普适原则、“帝王条款”^{〔11〕}的操作本属常见,然而这并不意味着旁观者就理应见怪不怪。比例原则真有如此无往不利的威力,堪当“一句顶一万句”的金科玉律吗?结合抽象学说和具体论证,本文将展开的批判性分析会对这一问题给出否定的回答,并为近年来法学界燃起的这股莫名热情泼上一瓢冷水。

本文将指出,主要产生并流行于德国公法裁判学理与制度语境中的“比例原则”,其规范内容只是将“目的正当(正当性)”“手段合目的(适当性)”“损害私权最少(必要性)”以及“政策收益大于政策成本(狭义比例性或衡平性)”这些谈不上新鲜的规范公法理念拼凑起来,作为指导法学中有关实质合理性的思维与论证的一种套路。在鼓吹比例原则的学者眼中,该教义提供了“非常精细严密的思考框架,包含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”。^{〔12〕}但本文将指出,与政策科学和法经济学中更常用的成本收益分析相比,比例原则并非分析和论证实质合理性的有效、理想方法,至多构成残缺的成本收益分析。

在法律和政策语境中,成本收益分析要求决策者识别待审查的法律、政策或其他制度举措的各类可能后果,运用统一尺度加以衡量,据此判断待审查举措是否符合效率之标准。比例原则包含的适当性、必要性和狭义比例性等审查步骤,在不同程度上都体现了效率观念。但由于比例原则将原本全面的成本收益分析机械地肢解,这使得分析、审查过程很容易丧失逻辑一致性,而审查结论则不具有成本收益层面的合理性。据此,本文认为,比例原则在公法学理中的定位应受到反思和调整,而将其推广到私法领域的主张和努力也难以产生理论和实践收益。在大多数法律语境中,成本收益分析都应取代比例原则中目的正当性以外的三个子原则;而只要将目的正当视为收益,正当性原则同样可以吸收入成本收益分析中。

这一批判性分析将在下文逐步展开:第一部分将首先从动机和修辞入手,简要分析比例原则兴起背后的法学理论需求,也对比例原则的“科学性”外观初步除魅。第二部分将对政策科学和法经济学中的成本收益分析方法作简要描述,使读者了解本文批评比例原则时使用的基本参照。第三部分将具体讨论比例原则存在哪些逻辑和方法缺陷。这一部分的讨论将主要结合中国大陆公法学界文献中的诸多分析实例展开。与此同时,第三部分还将集中批评被公认为权威的 Robert Alexy 的比例原则理论,以进一步挖掘比例原则中的学理悖谬。在此基础上,第四部分提出,在公法领域,比例原则应在宪政分权结构的指导下被重新定位,其适用范围应被更合理地限定在部分司法审查语境中。第五部分将审视民法学者近年来提出的将比例原则扩展至私法领域的主张,并指出这一主张在学理上无法成立;将其作为修辞策略,从而在民法学理中引入经济分析,这一做法也不会成功。第六部分简单作结。

〔11〕 称比例原则为公法中“帝王原则”的说法,参见刘权:“论必要性原则的客观化”,《中国法学》2016年第5期,第178页。

〔12〕 张翔,见前注〔6〕,第58页。

一、什么是“成比例”:理念与方法

比例原则虽被拥趸奉为普适教义,但在这一旗号之下,存在形式或有差异的各家高论。限于宗旨和篇幅,本文不会逐一梳理比例原则的各类变体,而将集中分析、批评当前文论中的主流版本。

按照时下最常见的理解,比例原则是用于审查法律、政策、行政行为的教义标准,其内容包括四个子原则,即“正当性”“适当性”“必要性”与“狭义比例性”。^{〔13〕}“正当性”原则要求待审查的法律、政策、行政行为必须追求或促进合法、正当的目的;“适当性”原则要求待审查对象作为手段,有助于达成其宣称的正当目的;“必要性”原则要求相比于其他各类也能促成相同目的之手段,待审查举措对公民权利的限制或减损最小;“狭义比例性”又称“衡平性”原则,要求待审查举措的收益大于成本,而此处所谓“收益”,通常对应相关政策目的之实现,“成本”则对应前述公民权利的限制或减损。当比例原则被用于审查特定制度举措时,四个子原则各自对应一个审查步骤;严格来说,任何待审查举措只有逐次通过四个步骤,才能被确认符合比例原则。

在第三部分具体剖析上述四步审查方法之前,这里先尝试探究,比例原则在法律理论中到底被寄予了何种期待。之所以要作这一讨论,是因为在公法乃至一般法理中,“正当”“适当”“必要”“衡平”等理念,其实都可谓老生常谈。而作为相对更晚近兴起的教义,如果“比例原则”只是将四者拼接,却再无更多道理,或发挥不了特殊作用,那么“如无必要、勿增实体”的奥卡姆剃刀,或许本可就此落下?

(一)“成比例”=“不要大炮打麻雀”

“人是视觉的动物。”即使未必愿意承认,许多学者之所以对比例原则情有独钟,是因为后者在直观层面能给人留下“合理”“讲理”的印象^{〔14〕}——古往今来,凡事几乎都得要“合乎比例”。假如有一则教义被命名为“变本加厉原则”,哪怕其内容和论证再讲究,又有多少人(特别

〔13〕 四原则/阶段说以德国实践为蓝本,也是目前最为普遍接受的版本。例如,张翔,见前注〔6〕,第58页;纪海龙,见前注〔7〕,第95页;许宗力:《法与国家权力(二)》,元照出版公司2007年版,第122—137页;Aharon Barak, *Proportionality*, New York: Cambridge University Press, 2012, pp.245—370; Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, New York: Cambridge University Press, 2017, p.49.另有三阶段说,认为比例原则本身不包括目的正当性考察,参见陈景辉,见前注〔2〕,第283页;黄忠,见前注〔8〕,第47页;Robert Alexy, “Proportionality and Rationality”, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p.14.还有五阶段说,即在四阶段版本之上再增加“具体识别受侵害宪法权利”一步, see Frank I. Michelman, “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p.32.

〔14〕 在英文语境中,Michelman也指出,proportionality这个词暗含的意义与一系列会让人产生好感的伦理价值相契合,如务实(workability)、对称(reciprocity)、公道(fairness)、体谅(tolerance)、讲理(reasonability)。See Michelman, *ibid.*, at 35.

是法律人)愿意捏着鼻子细探其中高义呢?

然而,在常识和直观意义上的“合情合理”之外,作为法律教义的比例原则,难道不应体现一些更为特定的理念,才算足够专业和严谨?可尽管“成比例”听来似乎与数学有关,法学中的“比例原则”却并没有借助数学上的比例概念获得任何客观性和确定性。在数学上,仅说两个变量“成比例”是过于含糊的,通常还需进一步指出二者是成正比例(directly proportional)还是反比例(inversely proportional);是描述变量间比例关系的具体函数形态,例如线性函数(如 $y = kx$)、抛物线函数(如 $y = x^2$)、指数函数(如 $y = e^x$)等;甚至直接给出一个特定的比率,如黄金分割率等。^[15]

但我们很少看到法学论文借助数学上精确的比例概念来追求“成比例”。恰恰相反,法律人在表述比例原则的基本逻辑时,最常援引的还是“不要大炮打麻雀”,要“禁止过度”,或不要“为了达到目的不择手段”^[16]一类常识性说法。这类生活哲理(心灵鸡汤)虽直指人心、无可辩驳,但也仅止于此。每个人在具象层面当然都清楚什么是大炮,什么是麻雀,为什么用大炮打麻雀过分且不合理。但当这类说法成为法律和公共政策分析中的隐喻时,其能够给决策者提供的指导却非常有限。毕竟,在法律和公共政策领域中,像“超市偷面包应不应判死刑”“一只流浪狗咬伤人应不应全城屠狗”这样的简单问题一旦出现,即使没有学者或法官抛出教义宏论,人们也很容易明白如何做才不过分。

可一旦遇到稍嫌费解的法学问题,其中涉及的“合适”还是“过度”的判断就远非这般直观。以 Alexy 和 Mark Tushnet 都曾讨论过的德国宪法法院适用比例原则裁判的案件为例:该案中,地方政府出台法令,禁止销售以脆香米为馅料的糖果(puffed rice candy),理由是普遍偏好巧克力馅料糖果的消费者,经常会误购脆香米馅料的糖果,抱怨上当受骗。德国宪法法院认为该禁售令与其保护消费者利益的政策目的之间不成比例,因为政府只需命令生产者和销售者就糖果馅料作信息披露即可,一律禁售过于严厉。^[17] Alexy 将该案引为比例原则有效适用的典型而无异议的例证。^[18] 但正如 Tushnet 质疑的,禁售令这一手段,之于保证消费者利益(此处具体指减少消费者误购的损失)这一目的,真像“大炮”之于“麻雀”一样过分?实际上,鉴于行为经济学对信息披露的解构,^[19]不难想见,即使“保护消费者不买错糖果的利益”真的只是“麻雀”,以禁售令为手段追求此目的之规制,也未必称得上多么过分的“大炮”:如果立法者合理地认为,消费者囿于有限理性或有限意志力,并不真的能依据相关信息披露作出有效消费

[15] 此处讨论受杨昂口头观点的启发。杨杨昂曾怀疑,法学学者或由于数学基础薄弱而误以为只有符合特定斜率的线性函数关系才叫“成比例”。

[16] 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,第102—103页。

[17] See Alexy, *supranote 13*, p.16; Mark Tushnet, “Making Easy Cases Harder”, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p.306.

[18] See Alexy, *supranote 13*, p.16.

[19] See Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, *More Than You Wanted To Know: The Failure Of Mandated Disclosure*, New Jersey: Princeton University Press, 2014.

决策,那么禁售令完全有可能是以最低廉成本保护消费者的办法。^[20]

由此可见,尽管“不要大炮打麻雀”听上去如此有理,可一旦碰上消费者保护规制这类要稍多费些脑筋的问题,待审查举措到底是“鸟枪”还是“大炮”,其实没那么容易确定;即便是德国宪法法院,其基于比例原则去作判断的思路也偶有明显疏漏。更何况,但凡稍有难度的政策分析问题,决策者需要加以判断的,就都不仅是如何能避免手段之于目的不要“太过分”,而更是用什么“枪”打什么“鸟”,才能算是“合适”“成比例”。如果比例原则仅有“不要大炮打麻雀”的理念作支撑,无疑太过单薄、贫乏了。

(二)审查实质合理性的理想方法

比例原则的拥趸当然不会同意这一教义理论在重述常识之外并无贡献。基于常见说法,比例原则的价值在支持者看来主要有两类:

首先,一些公法学者指出,比例原则的出现为公法提供了在价值层面更能体现权利保护的司法审查规范。^[21] 这种观点认为,传统的行政法审查规范要求法院只对明显荒唐、不可能符合相关目的——因而是“大炮打麻雀”式——的行政举措加以干预。^[22] 而随着比例原则的兴起,传统的“合理原则”在各国均被比例原则取而代之,^[23] 后者的一大优势就在于其较之合理原则更有利于人权保障。这是因为,比例原则对行政举措的审查不仅要求手段合乎目的——即具有“适当性”——还要求其符合正当、必要、衡平等更为严格且负载价值的标准。^[24] 其次,尽管适当、合理、衡平等理念古已有之,但学者常强调,比例原则的贡献,在于为司法机关审查实质合理性提供了一套更可操作的分析工具或论证套路。^[25] 具体而言,比例原则包含的四个子原则,它们并非随意堆砌,而是被用来建构了一套有序的思维程序。论者认为,有了这四步流程,决策者的合理性论证,就不会只依循“不要大炮打麻雀”之类的常识或直觉拍脑袋完成。

在这个两个层面的意义上,相比于其他更为形式化的传统正当性与合理性论证方法,比例原则在实质性思维的方向上,^[26] 看来也算是向前迈出了一步。但“向前”不必然等于“优化”,而迈出一步,既可能恰好掉到沟里,也可能离预期的目标仍差十万八千里。尽管法学界将比例原则视为在法律和政策领域衡量、判断实质合理性的有效工具,但本文旨在剖析和展示,为何这一教义无力扮好这一角色。尤其是,既然比例原则背负的主要期待,是填补传统法教义学理论中实质合理性分析工具的不足,那么将其与更优越的实质合理性分析方法对比,就能清晰显

[20] See Tushnet, *supra* note 17, p.306.

[21] 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95—96页。

[22] 同上注,第92—93页。

[23] Katharine Young, “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p.253.

[24] 参见杨登峰,见前注[21],第97—98页。

[25] 参见张翔,见前注[6],第57页;黄舒芑:“比例原则及其阶层化操作——一个着眼于司法院释宪实务发展趋势的反思”,《中研院法学期刊》2016年第19期,第34页。

[26] 比例原则的审查被认为是合宪性审查中的“实质要素”。参见张翔,见前注[4],第14页。

现比例原则的问题和缺陷。这种更优越的方法,就是政策科学和法经济学中的成本收益分析。

二、成本收益分析:正解与误解

尽管教义学者常强调比例原则的内涵不能等同于成本收益分析或类似经济学概念,^{〔27〕}但几乎无人否认二者之间存在重要关联。比例原则中的适当性、必要性、狭义比例性这三个子原则,与成本效能(cost effectiveness)、成本最小化等描述经济理性的概念脱不开干系。而一些对经济分析方法持更开放观点的教义学者,甚至认为成本收益分析其实已融入比例原则之中。^{〔28〕}我们不同意后一种观点——作为实质合理性分析的常用工具,成本收益分析与法教义学中的比例原则存在重要区别。

在政策分析和法经济学中,成本收益分析方法的核心思路,^{〔29〕}是运用统一的尺度,权衡待审查的法律规则或政策举措可能导致的各类有利和不利后果(即成本或收益),并在此基础上,比较待审查举措与其他可能的替代性举措,判断何者更有助于促成社会福利最优。此处不妨举一例,以说明成本收益分析通常如何操作。假设决策者需判断治理空气污染的某项举措是否具有实质合理性。在给定信息约束下,决策者首先要识别该项举措本身带来的各类收益(如健康风险下降、医疗开支减少),以及其实施需消耗的直接成本(如减排设备费用和环保监管执法费用)和间接社会成本(如企业减产和失业),并对每一项因素的规模进行估测。其次,完成上述实然层面(positive)的工作后,决策者需要在规范层面(normative)进一步斟酌,对前述损益判断考虑是否作出加权调整。基于加重的结果,决策者便可判断待审查举措究竟是成本更高还是收益更高。凡成本高于收益的举措,必然不值得采取。而收益高于成本、即有净收益(net benefit)者,是否值得采取,还须再考虑机会成本(opportunity cost),也即将相同公共预算投入其他类治污措施的净收益是多少——因为有限的公共预算应花在刀刃上,净收益最高者最值得采取。^{〔30〕}

很难想象一个理性的思想者和行动者会在绝对意义上排斥成本收益分析的基本理念。但事实上,法学界长期以来对成本收益分析抱有抵触情绪。这主要来自两点根深蒂固的理论误解,在此有必要着重澄清。

第一,法律人习惯于武断地认为,成本收益分析方法只将货币或物质层面的成本和收益纳入考虑。但正如 Kaplow 和 Shavell 早已解释过的,福利经济学中作为理性权衡对象的“成本”和“收益”,可指任何在现行社会规范下人们认可的价值增减,例如公平正义的增加,分配的均

〔27〕 参见刘权:“均衡性原则的具体化”,《法学家》2017年第2期,第29页。

〔28〕 见后文第五部分。

〔29〕 See Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

〔30〕 此处成本收益分析的描述采取了“会计成本”(accounting cost)的概念,因此需要在做完成本收益分析后,进一步比较将钱投入其他举措中的收益。成本收益分析也可直接采取机会成本定义,如此,只要分析完毕后收益大于成本,即可确知值得采取。两者分析结果等价。

匀,都可被认为是收益;稳定不变的社会道德情感受到伤害,也可被列为成本。^[31]而随着晚近心理学研究的发展,特别是主观效用测度方法的改进,成本收益分析在技术上也正日益摆脱对货币量度的依赖。特别是,在有关公共政策与国民幸福感之间关联研究的指导下,学者已作出初步尝试,将传统的成本收益分析改进为脱离货币量度的主观福祉分析(Well-Being Analysis)。^[32]量度成本收益的方式日新月异,也会越来越精确,这显然有助于提高成本收益分析方法的正确性。

第二,一些法律人坚定地认为,法律和公共政策涉及的诸多正面或负面价值不仅无法货币化,而且根本无法量化,因此成本收益分析无从运用。但实际上,成本收益分析并不当然要求量化所有成本与收益考虑,尤其是不必然要求作“点估计”(point estimate)式的量化。只要待考虑的因素能以区间的形式得到估测,甚或只转化为定序(ordinal)变量,成本收益分析也完全可以施展。^[33]定序变量方法意味着:只要决策者在某种规范价值理论指导下,能够对不同相关因素进行价值排序,就可按照成本收益分析的基本原理进行通盘权衡。而以区间形式估测的方法则可通过以下一例稍作解释:当政府需决定是否投资于某种有望降低污染致病死亡率的环保规制措施时,虽然生命的价值看似无法被精确量化,但借助公共经济学中常见的“统计生命价值”(value of a statistical life,简称VSL)等方法,政策决定者至少可以对人命作区间式的估价。如果即便按照该区间估价的最低值,政府预期付出的规制成本比起规制挽救的人命价值都相形见绌,那么该规制就具有效率;如果按照该区间估价的最高值,该规制都入不敷出,那么决策者就应该把钱花在别处;而如果规制措施能否产生净效益,取决于对生命的估价是高还是低,那么借助成本收益分析,决策者至少可以清醒地意识到,无论其最终如何裁量,都受制于严重的信息局限。^[34]

由此可见,与法学界尚待更新的观念不同,成本收益分析作为思考实质合理性的方法,绝非只在相关因素可作货币化和精确量化的场景中方能适用。不仅如此,当法律人以上述理由想当然地拒斥成本收益分析时,他们显然没意识到,如果成本与收益因素是绝对无法量化或排序的,那么比例原则同样也会一筹莫展:比例原则中的必要性审查如何能检验侵害是否最小?狭义比例性原则又如何比较损益?因此,无论成本收益分析还是比例原则,其实都需建立在对损益因素进行适当量化或排序操作的基础上,而这些操作对二者来说当然都不是纯粹的实然

[31] See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge: Harvard University Press, 2002, p.18.

[32] See generally John Bronsteen, Christopher Buccafusco & Jonathan S. Masur, *Happiness and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 2012.

[33] 量化研究中,使用定序变量可将研究对象排列高低或大小,例如将价值区分为“非常重要”“重要”或“不重要”,但不能像基数(cardinal)变量那样为研究对象赋予可更确切测量并作有意义运算的数值。后文第三部分批评的 Alexy 权重方程,就是使用定序变量。

[34] See Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York: W.W.Norton & Company, 2000, p.126; Cass R. Sunstein, *Valuing Life: Humanizing The Regulatory State*, Chicago: University of Chicago Press, 2014.

分析,也必定涉及应然理论指导下的权重设定。

不过,既然成本收益分析未必追求绝对客观、精确定量,为什么还会说它优于看来对成本收益因素也多少作了宽泛衡量的比例原则呢?本文认为,比例原则之所以无法替代成本收益分析,主要在于其认知框架会引导决策者开展一种残缺的成本收益分析。根据成本收益分析,决策者应在全面、统一标准且较少受额外限定的前提下,识别、考虑和权衡待审查举措的各类后果。而在比例原则这一机械程序方法之下,一方面,程序规范先行的特征通常会使得实质合理性分析受到不必要的限定及干扰;另一方面,程序分步骤审查的结构会使得原本应通盘进行的成本收益考虑被机械地割裂,这极易将结论引向明显错误的方向。以下第三部分将以成本收益分析为参照,详论比例原则存在的问题。这些问题使得比例原则即使在少数司法审查情境中可获证立,也不应在行政与立法决策中有容身之处。

三、比例原则合理吗

本部分将具体讨论并展示,比例原则提供的四步分析程序,非但不能帮助决策者厘清开展实质合理性分析的思路,甚至还增加了决策者受各类思维偏误影响的风险。^[35]

限于篇幅,并考虑到预期受众,这一部分讨论使用的例证主要来自近年中国大陆公法学界有代表性的文献。但这当然不意味着,相关问题在大陆之外法域并不存在。^[36]本部分最后一节对德国权威学者 Alexy 的比例原则理论所作的批评,可进一步显示比例原则存在的一些更深层的学理缺陷。

(一)正当性审查:规范性挤压合理性

作为比例原则审查首要步骤的“正当性”环节,带有浓厚的先验色彩,而决策者在这一步骤中获得的有关目的正当与否的结论,最终只能取决于价值确信,因此将这一步骤置于比例原则分析流程的最前端,对实质合理性分析会产生重要但未必积极的导向作用。^[37]

不难想见,如果决策者有关政治正当或基本权利的道德确信在此阶段就被唤起,那么正当性审查将成为比例原则审查的决定性步骤,而后续三个分析合理性的步骤则会面临严重局限。正如 Kumm 所说,理论上,只要决策者的道德确信足够强烈,其在这一环节就可以将许多与合理性判断高度相关的因素排除在其考量范围之外,^[38]这意味着之后三个环节的合理性分析注定是不完整的。而如果接受刘权的主张,在进行目的正当性判断时还要以“查明真实目的”

[35] 此处得到了 Anne van Aaken 英文未刊稿的启发,其中探讨了比例原则适用中可能产生的禀赋效应、损失趋避等偏见。

[36] 我国台湾地区实践中的问题,参见王鹏翔、张永健:“经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色”,《中研院法学期刊》2015年第17期,第210—214页。

[37] See Alexy, *supra* note 13, p.14.

[38] Mattias Kumm, “Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution”, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, pp. 62—63.

为基础,^[39]那么待审查措施甚至在比例原则审查的第一环节即有很大几率会寿终正寝——尽管政府确实总有办法“认证”一个正当目的,但参照公共选择的基本原理,指摘任何决策背后有“不正当”利益驱动,从来也都不是难事。

不仅如此,当法律人思维被有关“正当性”的道德信念支配时,比例原则对目的和手段分别加以思考的所谓客观性,也容易被分析者抛到脑后。例如王瑞雪在运用比例原则分析政府对信用工具的运用时认为,将自然人违反社会公德和家庭美德的行为认定为失信行为、纳入信用信息系统并辅以联合惩戒的做法,违背了正当性要求,理由是政府在主观上意图“将轻微违法或违反道德要求的行为也通过强制手段加以控制”。^[40]不难看出,被王文认定为“不正当”的,其实是政府使用的具有强制性色彩的联合惩戒手段,而非促进社会公德和家庭美德这一目的。然而一旦论者的头脑被有关“正当性”的道德直觉占据时,便顾不上比例原则区分目的和手段这一基本方法逻辑了。这相当于将正当性的道德要求,进一步推广到了比例原则的其他审查环节。

由此可见,正当性审查的要求,向比例原则中引入了其自身根本无力解决的规范张力,这大大增加了合理性分析中出现客观性和逻辑性缺失的风险。当然,正当性审查的上述问题并非没人意识到。例如 Alexy 就提出,为避免干扰合理性审查,目的正当的考虑应被置于比例原则之外。^[41]而据观察,在德国与我国台湾地区的司法实践中,目的正当性审查其实非常宽松,几乎从未有待审查法律未能通过这一环节的实例,^[42]这或许是纾解正当性原则内含规范张力的现实选择。但讽刺的是,在正当性审查环节“放水”,使得绝大多数待审查举措均能通过这一步审查,难道不又意味着正当性原则本身遭到了虚化?而后者则构成了另一部分学者对比例原则不满的基本理由:从道德义务论的立场出发,他们抱怨说,比例原则的最大问题,恰恰是使得基本权利——甚至是少数学者口中绝对不可能存在“正当限制”的“绝对权利”^[43]——没有获得像王牌(trumps)那样定于一尊的礼遇。^[44]

(二)适当性审查:形同虚设

若待审查举措能通过正当性审查,进入适当性环节,那么通常认为,比例原则仅要求决策者认定,该举措在合理的意义上可以达成其宣称追求的正当目的,而非徒劳无益、甚至适得其反。由此看来,比例原则中的适当性原则,与传统行政法教义中的所谓“合理性原则”其实颇为类似,对待审查举措提出非常基本的理性要求,即手段之于目的,某种程度上有用即可,^[45]但不能明显无效——换言之,之所以不能用大炮打麻雀,不仅在于其明显过度昂贵,而且因为用

[39] 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146—147页。

[40] 王瑞雪,见前注[10],第168—169页。

[41] See Alexy, *supra* note 13, p.18—20.

[42] 参见许宗力,见前注[13],第124页;黄舒芄,见前注[25],第14页。

[43] 参见陈景辉,见前注[2],第295页。

[44] See Jackson & Tushnet, “Introduction”, *supra* note 1, p.1. 而 Mattias Kumm 则指出,正是由于权利范围过度膨胀(rights inflation),才会导致权利看上去甚至有些“随意”地在比例原则之下被各类公共利益考量所压制(“casual override”)。See Kumm, *supra* note 38, pp.73—74.

[45] See Barak, *supra* note 13, p.312.

(十九世纪的)大炮很可能压根打不到麻雀。

然而,如前所述,识别极不合常识的手段,并不需要多么高深的法学方法,但有用的理论却需要指导人们回答其更关心的问题,即相对于给定目的,手段需要在什么程度上促进目的,才算合适?毕竟,“有枣没枣打三竿子”,在绝对意义上“没用”的手段其实不多见;而如果只要有点用就算“适当”,那么适当性审查的作用也就非常有限。^[46]例如,假使政策目的是降低空气中PM2.5的日均值,举措A可将其从100降至70,另一项举措B却可将其从100降至50,二者在适当性审查环节无法有效区分。

显然由于担心适当性审查形同虚设,刘权建议,应进一步澄清和限定适当性审查的规范内涵:审查有关手段是否合目的,应从“客观适当性”而非“主观适当性”角度着眼——前者以待审查举措的实际效果产生后为判断适当性的时点,而后者则以待审查举措作出时为判断时点。^[47]其论文以2013年湖南婴儿疑似接种乙肝疫苗死亡事件举例:该事件中,国家食药监局和卫计委在事发后但查明原因之前,为控制可能存在的风险,暂停了涉事生产企业两个批次疫苗的使用;然而后经调查,未发现该企业生产的疫苗存在质量问题。刘权认为,就监管部门暂停使用疫苗这一措施的适当性而言,如果采取主观适当性,该措施与保护婴儿生命的目的之间存在可能的关联(控制风险);如果采取客观适当性,这种关联性则不存在。因此,客观适当性标准会比主观适当性更为严格,有助于提高该环节的审查要求。^[48]

且不论客观适当性是否一定比主观适当性更严格——瞎猫也能撞上死耗子——试想,如果判断任何手段能否促进目的都要选取客观适当性标准,那么,因为现实中再合理的公共决策也不可能百发百中,法院的比例原则审查,由此也就注定要沦为“后见之明”(hindsight bias)的奴隶了。例如,在进行交通事故救援时,如果无论警方采取何种措施,最终都没能实现对事故伤者的救援目的,那么在诉讼中,警方行为就必定因此而可以被认定不具备适当性、进而不成比例吗?^[49]

(三)必要性审查:偏颇的成本收益分析

基于前两节可知,即使待审查举措通过前两个审查步骤,其实质合理性也很可能没经受多少推敲。直到必要性审查这第三步,更具实质性的审视看来才会发生。但至少就其最常见的形式而言,比例原则中必要性审查的核心关注,在于待审查举措相比于其他替代性措施而言,是否对特定公民权利的限制或减损最小。^[50]这与成本收益分析的旨趣非常不同,因为后者要求考察的,是不同手段中何者净收益更大、在相对意义上符合卡尔多—希克斯(Kaldor—Hicks)效率标准。

[46] See Alexy, *supra* note 13, p.15.

[47] 参见刘权,见前注[4],第99页。

[48] 参见刘权,见前注[4],第98—99页。

[49] 相关案例分析,可参见蒋红珍:“比例原则在‘陈宁案’中的适用——兼及‘析出法’路径下个案规范的最短射程”,《交大法学》2014年第2期,第162—176页。

[50] 因此,尽管有学者提出异议,但总体上看必要性原则与传统行政法中的最小损害原则差别不大。参见刘权,见前注[11],第178—179页。

将必要性考量聚焦于公民私权限制或减损后果,当然体现了比例原则致力于权利保护的旨趣。^[51]但与此同时,这导致审查者对成本的理解和想象趋于片面,特别是可能由于过度纠结私人成本(private cost)有无最小化,而忘记合理的公共政策应关注总体社会成本(social cost)。^[52]例如前文提及的糖果禁售令一案中,德国宪法法院的可能错误之一,就在于当其分析禁售令的必要性时,只考虑到禁令相比于信息披露对商家限制更大,却未意识到相关监管还应追求降低消费者面临的信息和决策成本——而后者在基于禁售令的规制模式下,很可能才是最小的。

又如,张翔在分析中国一些城市实施的机动车单双号或尾号限行措施时,认为此类严重限制公民财产使用权的措施不具有必要性,因为政府可采取包括“淘汰黄标车”“降低工业排放与扬尘污染”“机动车油品升级”等各类对于实现治污目标同样有效但对财产权限制更小的替代性措施。^[53]有关单双号或尾号限行措施以及其他替代性治污措施本身的有效性,本文无法展开探究。^[54]但仅就论证逻辑而言,与Tushnet批评德国法院论证时指出的一样,张文中有关必要性的思考完全没有考虑到替代性措施本身也有成本;^[55]张文甚至没意识到,政府采取措施要求车主淘汰黄标车、要求污染工厂关停限产等,本身同样是对(另一些)公民财产权的重要限制。这样看来,比例原则不仅使论者有关成本的想象无法超出“私权限制”,甚至其目光能看到的权利人范围也十分有限。

不仅如此,比例原则中必要性审查的片面性,更体现在其只关注到成本一侧。如果待审查举措A相对于替代性措施B,限制私权更多,但政策收益却更大,那么根据比例原则的审查流程,A应无法通过必要性审查——尽管“A不如B”的判断,在效率的意义上显然并不合理。鉴于此,晚近版本的比例原则有时会明确增加限定,要求在审查A的必要性时,其参照对象B必须在收益层面与A相当(也就是A和B的适当性程度相似),^[56]由此A与B的必要性比较可被限定在成本层面。这种调整使得必要性审查与经济学上的“成本效能分析”(cost-effectiveness analysis)近似——后者通常要求先就目标效果给出具体设定,再从能够达致相同效果的手段中,选择成本最低者。但此处很明显的问题是,如果决策者在现实中无法为A找到

[51] 参见黄舒芄,见前注[25],第7页。

[52] 参见黄昭元:“宪法权利限制的司法审查标准——美国类型化多元标准模式的比较分析”,《台湾大学法学论丛》2004年第3期,第128页。文章在此指出,必要性原则对于受到法律直接限制的人民而言,固然是最大保障,但对于立法目的所要保护的另一批人民而言,却可能构成保护不足。另见黄铭辉:《成本效益分析(cost-benefit analysis)在我国行政法上应用可能性之研究:解构“比例原则”为中心》,台北大学法律学系硕士论文2000年版,第169页。文章在此指出,政府行为对相对人以外的波及效果,也应该纳入考虑。

[53] 参见张翔,见前注[4],第16—17页。

[54] 就这一问题进行哪怕是初步的政策判断,也至少应以查阅环境工程领域的专业研究文献为依据。但在张翔文章脚注中,我们只看到了少量媒体报导和一个沙龙研讨文字实录。参见张翔,见前注[4],第15至16页脚注。

[55] See Tushnet, *supra* note 17, p.313.

[56] 参见纪海龙,见前注[7],第95页。刘权描述的德国联邦宪法法院和中国法院的一些裁判思路 and 观点也反映了相同有效性的要求。参见刘权,见前注[11],第185—186页。

一个收益相同的 B,但却存在收益比 A 更高的 C、D、E、F,必要性审查难道要就此卡壳、无法继续进行了吗?〔57〕 A 难道因为侵害最小,就当然成为最好的政策选项吗?

或许正是由于存在上述困难,少数对成本收益分析有所了解的行政法学者,意识到必要性审查中需要更明确地引入综合考虑成本收益的方法。〔58〕例如刘权提出,当待审查手段和替代性手段的有效性(收益)存在差异时,必要性审查应以“相对最小损害性”为标准,即分析哪一种手段取得“单位”收益的成本(总成本/总收益)最小。〔59〕相比于传统的最小损害标准,“相对最小损害”确实有助于审查者更周全地同时关注成本和收益两侧的因素,可算是进步。但遗憾的是,刘权所采用的方法——通过比较不同举措的平均成本判断成本效率——并非合理的经济学方法,因为后者对成本效率的判断应是在边际意义上作出的:假如待审查举措 A 的成本为 100,收益为 150,替代措施 B 的成本为 1000,收益为 1100,那么 A 并不因其产出“单位”收益的成本($100/150=0.67$)小于 B($1000/1100=0.91$)而具有更高经济合理性——政府如采取 B 举措,相对于采取 A 时要付出的额外成本是 900($1000 - 100$),但获得的额外收益则是 950($1100 - 150$),因此在边际意义上,采取 B 比 A 要更有效率。

截至当前,我们还未看到刘权的相对最小损害公式在必要性论证中获得广泛采纳。而正如后文所说,严格来看,向比例原则中引入错误的经济分析,未必有多少积极意义。但相比之下,传统进路的必要性论证,因对私权减损之外各类成本收益因素选择性失明,由此导致的论证谬误明显到令人讶异的程度。例如张翔在分析《刑法修正案(九)》有关重特大贪污受贿犯罪人可被判处终身监禁、不得减刑或假释的规定时,〔60〕先是承认终身监禁能够实现报应、一般预防和特殊预防这些正当目的(符合正当性和适当性),但旋即推论,由于公务员法已规定曾犯罪获刑者不得再被录用为公务员,即使此类犯罪人被减刑或假释也无法再贪污受贿,所以终身监禁对于实现特殊预防这一目的来说,并非最温和手段,无法通过必要性审查。〔61〕尽管只能猜测,但张文此处之所以会犯下如此明显的逻辑谬误,恐怕与其思维被“个体自由受限”这单独一项成本完全占据脱不开干系——哪怕他自己刚刚才说过,终身监禁的目的并不仅有特殊预防。

(四)狭义比例性审查:继续偏颇的成本收益分析

狭义比例性审查作为比例原则的最后步骤,其作用很大程度上受制于之前审查步骤的完成质量。尤其是,在必要性审查之后,审查者既有可能在待审查举措并非最优时放其过关(仅因其限制私权最少),也有可能在其符合效率要求时判定其“不成比例”(因另有替代性措施限制私权更少)。无论哪种情形出现,狭义比例性审查都会陷入颇为尴尬的境地。因为如果通过前三步的待审查举措并非最优,那么狭义比例性原则虽有助于判断其是否产生净收益,但决策

〔57〕 类似质疑,参见蔡茂寅:“比例原则的界限与问题性”,《月旦法学杂志》2000 年第 59 期,第 31 页。

〔58〕 参见刘权,见前注〔11〕,第 190—191 页。

〔59〕 参见刘权,见前注〔11〕,第 188—190 页。

〔60〕 相关条款规定,此类犯罪人如被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。

〔61〕 参见张翔,见前注〔6〕,第 58—59 页。

者也至此失去了判断是否存在更优替代性举措的机会。而与此相比,更糟糕的情况是,如果待审查举措符合效率,但在前三个步骤中因被误认为目的不正当,或限制私权并非最小,而已被打入“不成比例”之列,那么狭义比例性分析则全无用武之地。

不仅如此,与之前几节的讨论相联系,虽然狭义比例性的确关注净收益是否存在,但比例原则的分析结构本身可能干扰决策者的认知,导致其在狭义比例审查环节仍旧无法全面、客观地衡量成本收益。例如,王瑞雪认为,铁路部门将旅客在动车组列车吸烟的信息纳入个人信用档案并保存五年的做法,之所以不具有狭义比例性,是因为如此处罚公民,相较于“公共场所吸烟行为本身”而言“过于严苛”。〔62〕这一分析中最明显的问题,是其未将动车组吸烟的行为(影响行车安全)与一般公共场所吸烟行为加以区别。而这一疏失之所以会出现,与比例原则并未明确指导决策者在后果——而不只是所谓“行为本身”——的意义上思考成本脱不开干系。

同时,由于正当性和必要性都要求审查者将注意力聚焦在某些特定类别的收益或成本变量上,这导致了狭义比例性审查中,基于锚定效应,审查者持续关注这些特定收益和成本,却对其他同样应纳入考虑的变量忽略、视而不见、或赋予过低权重的情形。〔63〕例如,陈景辉在运用比例原则分析警察使用武力的一个假想案例时,认为如果单个警察面对多人哄抢财物,射杀其中一人是阻止其他人破坏财产的唯一手段,〔64〕那么虽然该手段旨在保护财产(符合正当性与适当性),并且必要,但却“明显”不符合狭义比例性,因为生命损失必然重于财产利益。〔65〕但按照陈文自己的设定,假如射杀真是阻止此类犯罪的唯一手段,那么不射杀的后果就是未来此类集体哄抢的行为将会失控(嫌犯预知警察没有任何办法阻止其行为),因此允许警察在此类条件下开枪的收益,远不止本次追回的财物价值,还至少要包括对类似盗窃行为产生一般威慑效应的价值。

上述典型的认知偏误在狭义比例性分析中并不必然会发生。但这个例子表明,对这类偏误的担心绝非杞人忧天。可以看到,即便少数学者明确同意狭义比例审查的正确进路唯有使用成本收益方法,却也还要生硬地表白,与“专注于效率”的成本收益分析不同,狭义比例审查更关注权利和公平。〔66〕可这不但“小看”了成本收益分析,也遮掩了狭义比例审查的根本缺陷。

(五) Alexy 学说及其悖谬

此前四节足以展示,尽管法学界对比例原则寄望甚高,但这一教义内含结构性缺陷,难堪大用。特别是,作为法律人在理性化不足的语境中思考成本收益问题的替代性方法,比例原则的四步分析程序设下了多重陷阱,这不但导致决策者无法获得正确分析结论,甚至增加了其犯下简单逻辑谬误的风险。

〔62〕 参见王瑞雪,见前注〔10〕,第169页。

〔63〕 这可能不止是因为发生了认知偏误,还甚至就是审查者有意的选择。如 Barak 认为,一些版本的平衡法则(Law of Balancing)的问题正在于,其在考虑待审查措施的成本时,只参酌了权利受限的“程度”,而没有将权利受限作为一项重大的原则性、规范性问题予以重视。See Barak, *supra* note 13, p.349.

〔64〕 这个本身相当不合理不现实的事实假设是陈文为自己设定的。参见陈景辉,见前注〔2〕,第284页。

〔65〕 参见陈景辉,见前注〔2〕,第284页。

〔66〕 参见刘权,见前注〔27〕,第28—29页。

当然,一种可能的回应是,比例原则作为理论方法并非只有单一版本,因此本文批评的问题未必普遍存在。除再次强调本文批评的版本在当前有较大影响力之外,本节简要考察德国学者 Alexy 有关比例原则的理论学说,以检验之前的批评是否真的只是捏了软柿子。

学界公认 Alexy 为比例原则最重要的阐释者,但 Alexy 对比例原则的界定和描述相对“小众”。Alexy 将目的正当的分析排除在比例原则之外,使比例原则集中于适当性、必要性和狭义比例性这些实质合理性审查步骤。^[67]不仅如此,出于对法律人凭直觉衡量权益方法的不满,^[68]Alexy 还设计了名为权重方程(weight formula)的分析工具,其基本形式如下:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$$

可以看出,权重方程在比较待审查举措追求实现的收益(价值原则 i 获得促进)和由此产生的损失(价值原则 j 遭受损失)时,不但试图借助强度(I)和权重(W)两类变量将收益和损失在实体意义上加以量化,^[69]而且还引入认知确定性(R)变量,以求进一步增加比例原则的精确性。^[70]

不出意外,法律人对 Alexy 比例原则理论的常见质疑,集中在权重方程的量化追求是否有意义、有可能。^[71]尽管根据 Alexy 的演示,权重方程各变量的赋值确实会存在法律人习惯于指摘的“主观性”和“随意性”,^[72]但他借助强度、权重、认知确定性这些定序变量^[73]实现的量化权衡,至少不会比其他人拍脑袋比大小更加草率。而正因为 Alexy 版本的比例原则理论化程度更高,通过这一学说,我们能够更加清楚地看到比例原则内含的理论缺陷和悖谬:

首先,尽管 Alexy 声称将目的正当排除在比例原则审查之外,但由于 Alexy 视野中的比例原则与其原则理论(principles theory)紧密联系,因此能够进入实质合理性审查的因素,被局限于规范意义上具有正当性的原则(principles),^[74]这意味着实质合理性分析仍会由于规范性考虑的前置而难以客观、全面。

其次,Alexy 错误地将帕累托最优(Pareto optimality)引入适当性原则,^[75]这导致适当性审查不仅像他意识到的那样对审查者缺乏现实约束作用,而且在逻辑层面就已注定失败。在福利经济学中,帕累托最优描述的是一种有效率的资源配置状态,任何对这种状态的改变,都

[67] See Alexy, supra note 13.

[68] See Alexy, supra note 13, pp. 16–18.

[69] See Robert Alexy, “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.12, No.3, 2014, p.517.

[70] 更细致的模型还区分规范认知确定性和经验认知确定性。See Alexy, *ibid.*, at 514.

[71] 参见刘权,见前注[27],第 23 页。

[72] 参见刘权,见前注[27],第 23 页。

[73] 此即 Alexy 所说的类别命题(classification propositions)。See Alexy, supra note 13, p.22.

[74] See Alexy, supra note 13, pp.13–14.

[75] See Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus*, Vol.22, No.1, 2014, p. 53; Alexy, supra note 13, p.15.

无法既使至少一个个体的状况变好又不使任何其他人的状况变差。^{〔76〕} Alexy 认为,适当性原则对待审查手段提出的要求就是帕累托最优:如果公共决策者期望通过手段 M 实现促进原则 P1 这一目标,但采用 M 其实不仅无助于促进 P1,还会损害另一项原则 P2,那么 M 就不应被采用——这是因为,与采用 M 时相比,未采用 M 时,P1 虽未获促进但也并未受损,可 P2 却会处于更少受侵害的状态,所以将 P1 和 P2 作为一个整体加以考虑,可知不采用 M 相比于采用 M 更好,而采用 M 不符合帕累托最优标准,因此不能通过适当性审查。^{〔77〕}

但 Alexy 显然并未理解此处引入帕累托最优标准的实际后果:假设有另一手段 M2,有助于促进 P1,却对 P2 有损。此时,从未采用 M2 的状态变为采取 M2 的状态,仍非帕累托改进,因为帕累托标准要求的是手段在促进某原则时无损其他原则。^{〔78〕} 然而,仅以此为依据,决策者就可以认定采用 M2 不具有适当性了吗? 如果可以,那么 Alexy 版本的比例原则将导致大多数立法、公共政策或政府行为都会因适当性不足而无法通过审查:现实中,除了在涉及财产权限制的一些情形(如征收)中相关法律或政策理论上可包含对权利受损者作出近于完全补偿的配套规范之外,其他更多时候,相关举措无论有无正面效益,都既难免减损某些原则,也不要、且做不到借助补偿满足帕累托标准。

更微妙的是,如果审查者在判断采用手段 M2 是否符合帕累托标准时,将比较原点从未采用 M2 时的状态,换为采取 M2 时的状态,那么决策者选择不采取 M2,相对于采取 M2 时,仍然不会带来帕累托改进——因为未采用 M2 时,P1 的实现程度相比采用 M2 时会更糟。换言之,采用 M2 时的状态是符合帕累托最优的,因为我们无法通过选择不采取 M2 而获得只有原则受益而没有原则受损的改进。于是,根据 Alexy 的理论,采用 M2 反而又具备了适当性!

表 1 依据帕累托最优标准审查适当性

分析模式 1		分析模式 2	
原点 未采用 M2 P1, P2	参照点 采用 M2 P1(+), P2(-)	原点 采用 M2 P1, P2	参照点 未采用 M2 P1(-), P2(+)
原点状态:帕累托最优(无法改进)		原点状态:帕累托最优(无法改进)	
结论:采用 M2 不具有适当性		结论:采用 M2 具有适当性	

如表 1 所示,帕累托最优的判断依赖于比较原点的选取——只要无法保证从原点到参照点的变动不会对任何原则造成损害,那么原点就永远都是帕累托最优。而依此逻辑,当原点不

〔76〕 See e.g. Amartya Sen, “Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms”, *Oxford Economic Papers*, New Series, Vol. 45, No. 4, 1993, p.521.

〔77〕 See Alexy, *supra* note 13, p.15.

〔78〕 See Alexy, *supra* note 13, p.15.

同时,采取待审查手段既可能符合帕累托最优,也可能不符合帕累托最优。显然是由于并未意识到上述逻辑,Alexy 也未能理解,在不具体考虑有无补偿可能的前提下,帕累托最优其实根本无法成为适当性审查、乃至任何公共政策或法律审查的实用标准。

第三,Alexy 同样不恰当地将帕累托最优思维内建于必要性原则之中,即要求在两项同样促进目标原则 P1 的手段之间,选择对因此受损的冲突原则 P2 损伤更小者。^[79] 与前文的批评一样,这种追求“最小损害”的思路,完全不考虑不同手段达成默认政策目标的程度是高还是低,而只强调手段转换不能导致有人受损。看来,“拔一毛而利天下,不为也”,不光是中国的帕累托古训,在德国难不成也是人民群众喜闻乐见的价值理念?

可若是较真的话,Alexy 虽然号称追求帕累托效率,但走得其实还不够远,因为他考虑的损益主体是 P1 和 P2 两个原则,而福利经济学的分析单位却是个人。可再以治理空气质量为例,假如治污举措 A 将 PM2.5 从 100 降至 70 导致的各类经济损失总规模是 5000 万,B 将 PM2.5 从 100 降到 70 的代价是总体经济损失 4000 万,但采用 B 时,某一两家企业的损失会高于采用 A 时。显然,尽管 B 在其他支持比例原则的学者那里,或许已能雀屏中选,但由于 B 相对于 A 并非帕累托最优,因此 Alexy 此时还是不应允许其通过必要性审查——但这样的审查结论无疑是很成问题的。

第四,虽然权重方程看上去比通常的狭义比例性权衡更为精细,但很明显,权重方程将其权衡分析只放在两个实体价值因素(P_i 和 P_j)之间,而想来这两项因素的确定本身是以前置分析中的道德判断、而非合理性思考为基础的。^[80] 在这一前提下,无论权衡方程中的各项变量如何对 P_i 和 P_j 作进一步加权,甚至可囊括千变万化的情形,^[81] 这一权衡过程都注定只是坐井观天,而无法像直接考虑各类后果的成本收益分析一样力求全面。

还值得关注的是,尽管 Alexy 对适当性和必要性的理解均以帕累托原则为基础,但权重方程所体现的却显然是卡尔多—希克斯效率的理念:如果基于权重方程的计算,待审查举措对 P_i 的妨害程度小于对 P_j 的实现程度,便可被认为符合衡平性要求。仅就权重方程本身而言,以卡尔多—希克斯效率为基准当然是合理、并且必然的——Alexy 本人也曾坦言,当不同原则相互冲突时,成本和取舍都不可避免。^[82] 但即使不考虑前文提到的那些抽象逻辑矛盾,如果适当性和必要性审查中内建了帕累托效率标准,那么绝大多数待审查举措其实很难通过这两道审查,权重方程下的损益比较也因而几乎无从开展、沦为摆设。这更说明,无论是比例原则还是其他合理性分析方法,只有彻底改用福利经济学上的卡尔多—希克斯效率标准,在衡量政策效果、比较不同政策选项时,将关注点始终放在以通盘权衡为基础获得的净收益之上,才能真正帮助决策者作出合理的选择。

[79] See Alexy, *supra* note 13, pp.15—16.

[80] 例如将新闻管制的衡量仅仅限定在保护人格和保护媒体自由上,虽然看似抓住了最重大的原则,但显然遗漏、或至少未能具体分析媒体行业经济效益、言论监管体制自身成本等其他重要相关因素。See Alexy, *supra* note 13, p.27.

[81] 抽象而言,权重方程可衡量 6561 种不同情形。See Alexy, *supra* note 13, p.18.

[82] See Alexy, *supra* note 69, p.513.

综上,尽管被认为代表了法律人有关比例原则的理论化思考,但 Alexy 版本的比例原则不但同样无法避免该教义方法通常面临的规范性过度介入、空洞、偏颇等问题,而且还由于其对福利经济学效率标准的错误理解和援用,导致了更严重的内生理理论矛盾和操作全面瘫痪的风险。这更提示学界有必要更彻底地打破比例原则的桎梏。而比例原则的退位,并不会造成决策工具的空洞。在所有立法和行政决策的情境中,只要宪法或法律没有明确设下必须只能达成某种程度的目标,或者明白规定成本比收益重要,那么成本收益分析都是优于比例原则的决策工具。

四、比例原则在公法中的合理定位

比例原则产生于司法机关审查行政措施这一特定公法制度语境,其后推广至更为宽泛的宪法审查语境,并进而被认为应同样适用于公共决策的设计和厘定环节,作为指导事前(ex ante)决策的一般规范性法治要求。

但正如前文分析所示,首先,比例原则包含的教义分析方法或程序,完全不适合用于指导公共决策的设计和制定。假如社会期待立法者或政策制定者追求法律制度和公共政策具有社会福祉最大化意义上的合理性,那么成本收益分析无疑是更适当的方法,而运用比例原则却实属缘木求鱼。反之,如果立法者或政策制定者在决策过程中更关注或追求落实的,是某种先验性的道德价值或义务,而确实不在意社会福祉最大化,那么比例原则能够扮演的也只是可有可无的角色;真正一锤定音的,显然只是民主或集中决策者有关特定基本权利的道德确信。

但更复杂一些的问题是,即便比例原则不适用于指导事前决策,那么在司法对立法和行政决策进行事后(ex post)审查这一语境中,该教义又是否应被保留一席之地呢?如果依循法律经济分析的通常思路,如此发问或许多余,因为法律规则的事前、事后之分只是形式意义上的,其产生的激励最终都会作用于事前;若立法和行政决策者预见到,其决策在事后会受到司法者运用比例原则进行审查,那么在事前决策时,他们同样也会关注并尽量践行同样的流程和标准;反之亦然。

不过,司法审查制度牵涉一些结构性考虑,这至少使得某种版本的比例原则,作为事后审查而非事前决策要求,或有其存在意义。尽管比例原则无法像成本收益分析那样有效指导实质合理性思考,但或许其功能原本也不在此:在司法审查语境中,比例原则更多体现的,可能是宪政体制所界定和调整的立法、行政决策机关与司法审查机关之间的决策分权结构。

不难想见,在这一过程中,如果司法机关高度遵从(deference)立法或行政机关的偏好,那么司法审查运用比例原则得出的结论,或许就无法指摘其不符成本收益合理性。例如,若立法机关已明确认定对目的之追求只要到 X% 的程度,那么即使替代方案能达到 >X% 的程度,也非立法者所欲,遑论 <X% 的替代方案。此时,司法机关只要确定 $X% > 0$,并在几种能刚好达到 X% 的手段中选择成本最低者,再确定成本没有高于收益即可。而如果在宪政理念上认为法院只适合审查立法或行政举措有无直接侵犯人权,不适合过问其他政治或政策问题,那么比

例原则要求司法机关只关注人权侵害程度,不考虑其他成本,恰恰发挥了对司法审查权的限制。^[83]但需要注意的是,上述假定同时还意味着,对立法机关和行政机关来说,由于其预见到司法权对其偏好的遵从,因此也就没有任何必要去运用比例原则的四步法来规范自身的事前决策,而只需直接诉诸其偏好的价值或逻辑即可——至多是做到,不要让人一眼望去便断定是在用“大炮打麻雀”即可。

因此,如果以司法克制主义理念为前提,将比例原则保留下来,用作一项形式审查的捷思工具(heuristic tool),这并无不可。然而,当司法机关要开展独立于立法或行政的实质审查时,比例原则作为决策和论证方法的缺陷就会显露无疑。而在现实中,这与近年来关于比例原则的某些权威表述也基本吻合。例如为尊重立法机关所享有的广泛自由裁量权,比例原则在欧盟法院被认为“仅在某一立法与有权机关欲达目的相较显失比例时,才会影响该立法的合法性”。^[84]

然而需要澄清的是,本文并不以倡导司法克制主义为宗旨。或者,更一般地说,本文试图探究的课题并不是就公共决策而言,立法、行政和司法之间的分权应如何配置才算合理——后者本身是一个复杂困难的问题,堪称公法理论的圣杯。如果要多说一句,尤其是针对合理性分析这一点,本文认为,法院其实在多数情况下有能力像立法和行政机关一样操作成本收益分析。特别是,在当代的重大公法诉讼中,法院基于制度和条件所能掌握的信息,未必比立法和行政决策者更少,因此至少信息和判断能力受限之说未必足以支持“司法克制主义”的教条。但那是值得另文详细讨论的话题。本部分试图说服读者的仅仅是,公法领域中比例原则若还有其适当的运用空间,恐怕只能是在给定宪政分权框架下司法对立法和行政决策合理性不作实质审查的领域。

进一步言之,在司法机关需要进行实质审查的领域,可行的审查方案通常只有三类:第一,如果司法机关确信出于价值理由,要对某些基本权利予以绝对化的保护,那么此时完全可以放弃比例原则,明确以特定价值原则而非合理性作为裁判基础;^[85]第二,如果司法机关决定独立开展实质合理性审查,那么此时应该放弃比例原则,直接使用成本收益方法;第三,如果司法机关决定独立开展合理性审查,却无论出于何种考虑,拒绝成本收益方法,那么与其用比例原则打掩护,倒不如大方承认,其审查的依据乃是基于自身作为司法者的优越直觉和判断

[83] 德国发展出的三种审查密度,美国发展出的三种审查标准,正是对司法审查权限制程度的进一步具体化。在德国审查密度理论下,论者对三种“最小侵害”的批判,参见黄昭元:“立法裁量与司法审查——以审查标准为中心”,《宪政时代》2000年第26卷第2期,第165页。

[84] (德)诺伯特·赖希:“欧盟民法的比例原则”,金晶译,《财经法学》2016年第3期,第112页。

[85] 据Young观察,比例原则在经济社会权利领域的司法裁判中本来也确实用的不多,而主要是在基本公民权领域。See Young, *supra* note 23, pp.256-257.但也有论者指出,正是因为基本权利本身的范畴有过度膨胀之势,法院才无法一律绝对化地保护权利,只得退而求诸比例原则以寻求某种平衡。相关讨论参见前注[44]中的文献。

力。^[86] 本文并不认为第三种方案是合理的,但指出这一方案的修辞目标是为再次提示读者:比例原则的严谨外观,只是外观而已。

五、普适到私法

将比例原则的适用扩展至私法领域,是近年来大陆法学界乃至实务界兴起的一种流行理论主张,^[87]这应该是受德国民法学说和实践启发的结果。^[88] 尽管这一主张在中国大陆并无法源依据,但其鼓吹者认为:比例原则的思想、理念和方法本身具有普适性,可以也应该成为指导民法理论和实践的教义原则,^[89]甚至在民法中应被拔高为与“诚实信用”并驾齐驱的基本原则。^[90]

截至目前,学界对这一主张提出的批评都是先验性或形式化的。例如陈景辉认为,在法律领域,只有逻辑、程序和终极价值才可“普适”,而根据这一在他眼中似乎不证自明的公理,比例原则非属上述三者,因此不可普遍化。^[91] 另一些学者的批评则主要从坚持公法/私法或公权力/私权利二元分类的传统立场出发,强调比例原则是对公权力提出的规范要求,不宜被移植进入民法,否则难免构成对私法自治的不当干涉。^[92] 但至少自二十世纪初叶的法律现实主义思潮开始,公私二元界分不再被奉为不容质疑的铁律。且正如下文讨论所示,主张向民法中引入比例原则的观点,有些本来就意在介入民事立法、维护私法自治,^[93]因此至少对于这些说法,前述批评未能切中要害。

本文在实质层面批判比例原则。既然比例原则作为理性决策的方法本就存在缺失,因此将比例原则引入私法也不会在学理和实践上有价值或必要性。但鉴于这一主张近年来在一定范围内已产生影响力,以下将进一步批评,并借此揭示比例原则背后、法律人思维中存在的普遍问题。

[86] 例如, Tushnet 对比例原则的批评,最后的落脚点是:与其完善教条,不如找到判断力出色的法官,因为后者才更靠得住。See Tushnet, *supra* note 17, pp.320-321.

[87] 据李海平的研究,2010年1月1日至2017年12月31日之间,中国大陆法院的判决书在说理部分运用了比例原则的超过200份。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”,《法制与社会发展》2018年第5期,第164页。我国台湾地区民事法院则在若干案例(例如赔礼道歉)中运用了比例原则。参见李昕:《论比例原则于民法上之运用》,台湾大学法律学院法律学系硕士论文2012年版,第53-110页。

[88] 参见郑晓剑,见前注[7],其在第144页之脚注7、第149页之脚注41、第150页之脚注45等处引用了Canaris, Schwab & Lohnig, Medicus等德国学者的论文。

[89] 参见纪海龙,见前注[7],第96页。

[90] 参见郑晓剑,见前注[7],第155页。

[91] 参见陈景辉,见前注[2],第279-280页。

[92] 参见于飞:“基本权利与民事权利的区分及宪法对民法的影响”,《法学研究》2008年第5期,第51-52页。

[93] 参见黄忠,见前注[8],第46页。但亦有学者强调这本身是公法问题,参见陈景辉,见前注[2],第293页。

(一)民法要成什么比例

学者将比例原则引入民法思维和实践的主张,主要旨趣可归为两类,一类是认为比例原则有助于维护私法自治,另一类则要求运用比例原则节制私法自治。有学者甚至在同一篇文章中同时论证上述两类主张。^{〔94〕}认为比例原则可在相反方向上与私法自治互动,倒也不能说有错。毕竟,“私法自治”在当代本身不应被想象为非黑即白,而应是相对意义上的概念,即有时自治不够,有时则过度,因此通过比例原则双向调整,想来倒也合理。然而如前所述,比例原则的内容贫乏而空洞,对如何作才可算是“合适”“合理”,至多只能给出底线式指导。对于私法自治如何加强或受节制才算“成比例”,学者依据比例原则给出的讨论并无充足说服力。

1.维护私法自治

借比例原则维护私法自治的主张,与前文已分析过的比例原则在公法中的适用,在原理上其实差别不大。正如苏永钦早已指出的,“私权自治的领域,事实上自始充满了各种国家强制”。^{〔95〕}例如,私人平等主体之间的合同,其效力并非绝对取决于意思自治,还会因损害社会公共利益或违反法律、行政法规的强制性规定而被认定无效;^{〔96〕}又如,个人的房屋和其他不动产,为公共利益需要,也可被依法强制征收。^{〔97〕}尽管这类规则在形式上处于私法体系内部,但当法院需要裁处合同效力争议或征收拆迁纠纷时,其任务仍是去判断:公权以法律、法规、公共利益这类理由为依据干预或限制私权,是否正当、合理、不过分。但如前所述,比例原则在公法领域中指导这类决策和审查的作用有限,因此将其推广到私法领域,实则不能期望更多。

不妨结合民法学者较多讨论的合同效力否认问题,看看比例原则在民法语境中,如何发挥所谓“限制之限制”的重要功能。例如郑晓剑主张,可导致合同无效的“法律、行政法规的强制性规定”,在法律规定和司法解释中均所指不清,而运用比例原则,方能较好地判定,基于何种强制性规范否定合同效力方为妥当。^{〔98〕}郑文以《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条为具体示例。该条规定,承包人如未取得建筑施工企业资质或超越资质等级,则建设工程施工合同应因违反强制性规定而被认定无效。郑文认为这违反了比例原则。这是因为,尽管要求施工企业取得相应资质的强制性规定被认为含有保证建设工程施工质量的正当目的(具备正当性),但在竣工验收合格的情况下,判定合同因建筑企业无资质而无效,已与保证工程质量无关联(违反适当性),且会给承包人造成过度不利益(违反必要性)。^{〔99〕}

上述分析认定基于无资质而否定合同效力的规则与保证建设工程质量的目的之间毫无关联,本文认为这种判断太过草率,因为论者在得出结论前,至少还应考虑,这一规则有无可能促使发包方在缔约前更严格地审查施工方资质;如果可能,这种干预行为当然有助于保证工程质量。不仅如此,假设在现实中,仅靠政府督导检查,无法有效控制因无资质施工方在建筑市场

〔94〕 参见郑晓剑,见前注〔7〕,第152页。

〔95〕 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第3页。

〔96〕 参见《合同法》第52条第四、五项。

〔97〕 参见《物权法》第42条。

〔98〕 参见郑晓剑,见前注〔7〕,第162页。

〔99〕 参见郑晓剑,见前注〔7〕,第163页。

上泛滥而导致的系统性施工风险,那么通过这一认定合同无效的规则,给发包方、承包方以检验施工方资质的激励,或许就是必要的。此际,承包方的私人损失,就不应是判断必要性的唯一依据。^[100]

这里并不是说,郑文的结论一定错了,而是要指出,该文中运用比例原则展开的论证本身有缺陷,因为其对显然需要考虑的重要变量和事实逻辑视而不见。反之,如果以成本收益分析为指导,为考虑施工方无资质是否可作为工程合同无效事由,分析者在一开始就应将该规则对缔约各方的激励效果及其可能产生的交易成本和管理成本进行通盘识别和比较。即使我们真有理理由认为,(不生产先例的)法院在个案裁处中无力开展这种周全的分析,那么至少在规则制定环节,决策者显然也可以并应该运用成本收益方法进行决策;法院在个案裁处中则应接受相关规则的合理性,而不是假比例原则之名,用过简单的分析对其加以质疑甚至否定。

2. 节制私法自治

民法学者还提出比例原则可被用于节制私法自治。这一论调有些法律现实主义色彩,即意识到私权主体之间结构性不平等、私权滥用甚至私人压迫等情况客观存在甚至相当常见;基于此,民法有必要纳入对私权行使作合理限制的规范,而只有在比例原则的指导下,法律人方能在理论和实践层面明确,如何限制才算合理。

抽象而言,私法自治——或者说自由市场——在何种情境中、何种意义上会出现失灵,并由此需要何种形式的外部干预,既是民法理论无法回避的终极追问,更是经济、政治哲学领域长期无解的争议话题。因此,无法想象通过引入比例原则,民法理论就此能获得任何基础性、思想性层面的突破。

而在教义学说和裁判规则层面,民法体系内其实本已包含了诸如“诚实信用”“不得显失公平”“禁止权利滥用”这类旨在平衡乃至节制私权的规范及配套分析方法。这些教义当然远谈不上完美或理想,其模糊性、分析不确定性也显而易见。但回到“如无必要、勿增实体”的立场,与传统教义相比,比例原则真能实质性地改善民法在这一类问题上的思考和论证水平吗?^[101]根据前文的一般讨论,并参考比例原则拥趸给出的一些具体论证“范例”,本文给出的答案是否定的。

不妨从郑晓剑在另一篇文章中就合同履行规则所作的比例原则分析入手。在该文援引的一则真实案例中,债权人与债务人约定分十期清偿债务,每期付款必须在约定付款日当日正午前完成,否则构成违约;而债务人在如约清偿前八期后,由于银行业务繁忙,导致第九期款项交

[100] 黄忠同样讨论了这个问题,他更具体地指出,除了合同无效之外,为达到保证工程质量和安全的目的,国家采取行政管制手段就够了,因此合同无效规定的必要性不足。黄忠的分析在逻辑上比郑晓剑更可能成立——虽然黄忠并没有进一步说明为什么国家进行常规行政监管、核查就足够达到相同监管效果,并且也没有进一步分析,为什么国家进行常规行政监管、核查的成本,比起合同交易方进行尽职调查(要求施工方在缔约时提供资质证明)成本更低。此外,与郑晓剑一样,黄忠也没有仔细考虑法律规则的向前激励。参见黄忠,见前注[8],第52、54页。

[101] 许玉镇也曾提出,因诚实信用原则可以涵盖私法中的大部分领域,所以没有必要向民法中引入比例原则。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130页。

付延误半小时,债权人以此主张债务人违约,并要求行使其针对剩余全部债务的提前求偿权。^[102] 法院在该案中裁决债权人行使权利的方式违反了诚实信用原则,超出了权利行使的正当边界。而郑文的观点则是,运用比例原则分析,该案的判决结果也应如此,因为债务人因客观情况迟延履行半小时,并未给债权人造成任何损失,或者说支持债权人行使提前获偿权,并无正当收益,却会给债务人带来极大成本,所以权利主张明显“过度”,不成比例。^[103]

郑文此处的逻辑是,比例原则之所以值得引入民法,是因为不但其分析结论与诚实信用等传统原则下的实体正义结论相同,而且论证方法更为严谨,尤其是不像诚信原则那样,“内涵极具弹性”、等同于“给法官的空白委任状”。^[104] 但就该案包含的合同法实体问题(合同条款何时应被豁免严格履行)而言,无论是法院的诚实信用论证,还是郑文的比例原则论证,都过于粗糙;参考法律经济分析乃至商业合同实务的一般常识,特定合同条款是否应被要求严格执行,至少应考虑事前就此类“轻微”违约情形作进一步约定的交易成本有多高,是否可由违约方更有效率地负担,以及豁免严格履行可能产生的道德风险有多严重等。如果论者对上述相关问题能稍作周全考虑,就不会如此草率地认为债权人主张必然不应得到支持。

郑晓剑在另一篇论文中给出的另一个例子则更有些天马行空,其核心主张是应根据比例原则限制侵权法的完全赔偿原则,减轻“家境不宽裕”且“过失轻微”的加害人的赔偿责任。^[105] 要求减轻轻微过失加害人赔偿责任的观点,在民法学说中并不新鲜;如郑文引述,德国学者曾有此说,^[106] 中国学者此前也发表过此类强调平衡甚至人文关怀的高论。^[107] 而郑文提出,侵权法应采纳依行为人过错程度调整责任范围的规则,这种规则的

[102] 参见郑晓剑,见前注[16],第106页。

[103] 参见郑晓剑,见前注[16],第106页。类似的,有观点认为可依据比例原则解释《德国民法典》第242条规定的诚实信用原则并将其适用于类似债务履行争议,see Reinhard Zimmerman & Simon Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, U.K.: Cambridge University Press, 2000, p.307.

[104] 郑晓剑,见前注[16],第106页。

[105] 参见郑晓剑,见前注[7],第158—160页。

[106] 参见郑晓剑,见前注[7],第159页。从该文脚注来看,此处讨论应是受Canaris启发。Medicus批评了Canaris向私法引入比例原则的一般主张和具体分析,认为民事权利之间的冲突应基于立法者制定的私法规范解决,不应也没有必要交由司法者运用比例原则调整。Vgl. Dieter Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, AcP 192(1992), 36—70, Canaris的具体主张包括:在被害人是公司、加害人是自然人的情形中,即使让被害人公司的股东损失其利益或公司员工另寻他职,也好过使自然人加害人因承担赔偿责任而永远不得翻身;而如果一年轻人故意毁损博物馆中的天价艺术品,也可考虑减免其损害赔偿。Vgl. Canaris, *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht*, JZ 42(1989), 993, 1002. Canaris另一篇文章主张,法院不应该区分未成年及成年人、也不应区分过失或故意,只要是损害赔偿大到对加害人有毁灭性(ruinös)的效果,皆应直接适用民法上诚实信用原则条款,减免加害人的赔偿责任。Vgl. Canaris, *Die Verfassungswidrigkeit von § 828 II BGB als Ausschnitt aus einem größeren Problemfeld*, JZ 45(1990), 679. (朱子元律师协助将德文原文的主要相关部分翻译成了中文,供本文作者参酌,此致谢意)。

[107] 参见张新宝:“侵权责任法立法的利益衡量”,《中国法学》2009年第4期,第176—190页;徐银波:“论侵权损害完全赔偿原则之缓和”,《法商研究》2013年第3期,第65—73页。

证立依据就是比例原则：正当目的是平衡受害人法益和加害人自由（正当性），相关规则有助于达成这种平衡（适当性），且没有其他更和缓替代手段（必要性），而“根据过错程度承担责任与其所追求的目的之间相称，没有不成比例”（均衡性）。^{〔108〕}

但如果郑文真要设计比完全赔偿更合理的侵权责任范围规则，需要动的脑筋，远不止于按照比例原则的套路信手作几点推论。也许郑文提出的规则的确只追求所谓平衡受害人和加害人利益，但侵权责任制度却从来都不仅以此为目标（无论是效率理论、补偿理论还是道德报应理论都不可能如此狭隘）；更何况，即使确实只考虑追求“平衡”，郑文中的“平衡”也太过含糊——假如“家境不宽裕的行为人因轻微过失造成严重损害”“可能影响其生活，更为甚者，还将剥夺其在今后进一步发展自己人格的物质基础”，^{〔109〕}但与此同时，这一严重损害落在的是其他家境同样不宽裕的受害人身上，且如无完全赔偿受害人同样会严重影响其“发展自己人格的物质基础”，那么对赔偿范围的限制在何种意义上还能算是平衡？反之，对于过失同样轻微、但家境殷实的加害人，根据比例原则，是否又可以认为，让其履行完全责任，甚至加重责任，并对其轻微过失程度不予考虑，也算得上平衡呢？

退一步说，即便接受郑文的观点，只将合理减轻加害人负担作为其制度设计追求的目标，但其主张的“根据过失程度限制赔偿范围”规则真的是成本最小的手段吗？其实，成本更小的手段，应是干脆不要费事去试图发明新规则，因为从经济分析的视角看，侵权法体系内原本早有其他规则，内含了合理调整赔偿范围的旨趣和机制，诸如“因果关系/可预见性”^{〔110〕}“与有过失”等——更不消说侵权法体系之外的（潜在的）个人破产等制度。^{〔111〕}

或许挑剔示例本身有点太较真了。但这些例子反映的思维和论证问题具有普遍性。通过本节以及本文其他部分中的示例，本文希望提请学界同仁注意，比例原则作为教义分析工具，并不像其被寄望和鼓吹的那样，有助于改善教义论证质量的价值，或使教义论证在任何实质意义上变得更为清晰、客观、严谨甚至科学。

（二）比例原则与民法的经济分析

比例原则对部分学者的诱惑，或许来自“拍四下脑袋比拍一下脑袋更为严谨”的误

〔108〕 参见郑晓剑，见前注〔7〕，第159页。

〔109〕 参见郑晓剑，见前注〔7〕，第159页。

〔110〕 从法经济分析的视角来看，侵权法中“因果关系/可预见性”规则的作用，就是结合对侵权人过失程度的考量来限定其赔偿责任的范围。See Omri Ben-Shahar, “Causation and Foreseeability”, in Gerrit De Geest (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 90-91, 100-102.

〔111〕 Medicus在批评 Canaris 类似主张时也指出，法律中本已有其他保护债务人的执行规范。Vgl. *Medicus* (Fn. 106), S. 66.

会；另一些学者对其抱有期待却不止于这一原因。有代表性者如纪海龙，认为比例原则审查与福利经济学的效率标准相符，且有助于将传统教义学致力处理的价值判断问题转化为事实判断问题，由此为社会学 and 经济学知识打开进入“狭义法学”的大门。^{〔112〕}

借比例原则向民法理论和实践中引入经济分析的尝试，比起其他鼓吹比例原则的主张，应更多得到同情理解。但如前所述，比例原则远非正确的经济分析方法。无论是检讨既有民事法律规则是否合理，还是讨论如何设计更为优越的新规则，经济分析都强调论者要一般性地思考相关规则能否有效界定权利、降低交易成本、促成社会福利最大化——而不是看相关规则能否按部就班地通过比例原则的四步审查。反之，往往也正是因为学者的思维重心在比例原则的指引下被放在后者而非前者之上，其论文中才会出现各式各样从经济分析视角看存在明显疏漏甚至谬误的论证与观点。

尽管前文已提供许多示例，但为尽可能避免凭空放炮之嫌，在此还是最后分析一例，以显示比例原则远无法发挥与经济分析相同的功能。结合此前《民法总则》待修订的背景，不止一位学者提出，民法上以年龄或是否罹患精神疾病的标准一刀切式划线、规定无行为能力人或禁治产人从事的民事行为无效，不符合比例原则。^{〔113〕} 这些学者运用比例原则分析指出，民法上的无行为能力/禁治产人规则，具有保护未成年人、精神病患者等社会弱势群体的利益以及维护交易安全的正当目的（符合正当性），也有助于这一目的（符合适当性），但一律认定此类人群无意思能力，对其自由和自主的限制过大（不符合必要性），不如将无行为能力人行为视为效力待定，或将禁治产人制度改为更为灵活的监护制度，才更符合比例原则所包含的必要性和狭义比例性要求。

的确，传统一刀切式的无行为能力人或禁治产人制度应否被修正、调整，需要参酌现实社会情境加以考虑。然而，按照经济分析思路，在规则层面，到底应一刀切，还是应采取某种更灵活的制度，显然不只取决于相关规则对于某些心智早熟的未成年人或病症轻微的精神病人是否限制过多，而应在总体上考虑，何种规则能够最小化社会成本、最大化社会福利。一方面，正如王泽鉴其实早已指出的，理想状态下，民法当然可追求在意思表示能力问题上制定“因人而异”的规则，但之所以法律通常一刀切（“类型化或阶段化”），是由于“量身定做”（personalization）在过往技术条件下，会给立法、司法以及交易实践都带来过高的信息成本。^{〔114〕} 显然，从信息成本的角度，比较“一刀切规则”（rule）和“灵活标

〔112〕 参见纪海龙，见前注〔7〕，第97—98页。熊丙万也认为引入比例原则的努力体现了民法学者尝试在民法学研究中强化经济效率观念，参见熊丙万：“中国民法学的效率意识”，《中国法学》2018年第5期，第100—101页。

〔113〕 参见纪海龙，见前注〔7〕，第101页；郑晓剑，见前注〔7〕，第160—161页。

〔114〕 参见王泽鉴：《民法总则》（增订新版），自行出版2014年版，第350页。

准”(standard),才是经济分析的基本思路,^[115]但前述比例原则论证中,论者似乎都没意识到这还能是个问题。

另一方面,以无行为能力人为一方的民事交易效力如何,不仅影响无行为能力人的利益,还会影响其交易相对方的利益,并由此在系统意义上影响全社会的交易成本。如果分析者能够脱离比例原则的桎梏,将目光放得足够开阔,就会发现,事前一刀切式的规则未必如他们想象的那样“不必要”。例如,纪海龙认为,相比于无行为能力人行为确定无效的规则,效力待定规则更为妥当,即此类人的行为可通过事后获得法定代理人追认而变为有效。^[116]然而与原规则相比,效力待定规则虽对无行为能力人的限制看上去更小,但却可能使相对方在事前就交易对方行为能力作合理尽职调查(例如,通过查身份证或看外表判断年龄)的激励削弱,在事后讨价还价甚至坐地起价(hold-up)的激励增加,且法定代理人也会由此面临在事后审查原交易以及重新谈判的成本。纪文并未给出任何理由解释效力待定规则的上述后果为何不会影响该规则的“妥当性”。但这些都经济分析中让人挠头的问题,并不会仅因为用了比例原则就不再成其为问题。

由此可见,借比例原则将经济分析引入民法的思路,即便可谓用心良苦,效果却注定极不理想。而既然要“救国”,为什么一定非得“曲线”?黑夜行军,固然可能暗度陈仓,但却一定要警惕不能因此迷失方向。时至今日,在成本收益分析方法完全可以、也已经在法律(如美国行政法)和公共政策领域得到常规适用的前提下,法学界理应更为自觉地扬弃比例原则这类“前现代”的法律教义工具,而不是抱残守缺,认为如不假借此类贫乏且具有误导性的教义套路,更好的理论方法就无法名正言顺地介入法律学术与实践。

六、结 语

法学界近年来出现的“比例原则热”,反映出在面临外部复杂性日益提高所带来的挑战时,法教义学对实质性分析方法和工具产生了迫切的需求。然而,本文的批判性分析显示,在其客观、严谨、理性的外表之下,比例原则存在严重的理论缺陷;比例原则即便在特定制度语境中或可发挥形式审查功能,却不适合作为实质合理性分析方法,因此应在给定分权结构的前提下,为成本收益分析所取代。

在一般智识心态层面,“比例原则热”体现出学界对教义或教条的热情仍胜过对思考实质制度逻辑的兴趣。学者对比例原则这一具“纯正德国血统”但内涵空洞杂乱的教义如此缺乏抵抗力,对成本收益分析这一在法律和公共政策领域已完全常规化的理论工具

[115] See Louis Kaplow, “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, Vol. 42, No.2, 1992, pp.557-629.

[116] 参见纪海龙,见前注〔7〕,第101页。

如此缺乏准确理解,说明法学界近年来知识更新的步伐相当缓慢。如果年轻一代学者已经意识到传统理论和论证存在问题、需要更新,那么本文旨在进一步提示,用比例原则这样蹩脚的旧瓶去承载新酒,很可能导致“串味儿”,因此绝非学术发展的适当进路。更一般地说,比例原则当前在法学理论中的广泛影响力,也体现出传统思维对学者研究的思路 and 心态或已产生某种禁锢效应。这一问题理应受到学界同仁高度重视。

Abstract: The Proportionality Principle is widely used in reviewing the constitutionality of public law in many countries, so much so that in China many scholars have championed the use of the Proportionality Principle in private law. Nonetheless, is the Proportionality Principle really a serviceable tool in decision-making? Using economic analysis of law, this article argues that while the Proportionality Principle can be used to limit the reviewing power by courts, in other contexts, such as legislative or administrative policy-making and courts' resolving private disputes, the Proportionality Principle is inferior to the cost-benefit analysis, as the latter takes into account relevant costs and benefits more comprehensively. Relying on the Proportionality Principle will often lead to adopting erroneous policies. In addition to criticizing the supporting arguments for the Proportionality Principle found in the top law journals, this article also demonstrates why even Robert Alexy's theorizing attempts cannot save the Proportionality Principle. The suitability test as nothing but Pareto optimality leads to absurd results: either no law can pass this test or all laws can. The weight formula accounts for two competing principles but may not be useful where it is two alternative policy measures that are to be compared with each other.

Key Words: Cost-benefit Analysis; Cost-effectiveness Analysis; Proportionality Theory by Robert Alexy; Weight Formula; Pareto Optimality; Kaldor-Hicks Efficiency

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:王泓之)