

比例原则的精确化及其限度

——以成本收益分析的引入为视角

刘 权*

摘 要:合比例性分析技术与方法的匮乏,语义上的宽泛性与模糊性,导致比例原则存在适用危机。理性迈向合比例性的法律愿景,需要不断推进比例原则的精确化,而非抛弃比例原则。通过适度引入成本收益分析方法,适当量化不同手段的成本与收益,可以降低合比例性分析的主观性与不确定性,增加政府行为的可接受性。尽管成本收益分析可以辅助合比例性分析,但不应也无法取代比例原则,二者在适用范围、价值取向、分析方法等方面存在重大差别。比例原则的精确化存在成本收益量化困境、价值理性缺失等限度。获取合比例性的“正解”,最大限度地减少政府行为的合法性争议,需要超越形式合法化与实质合法化范式,迈向商谈合法化范式。

关键词:比例原则 成本收益分析 权衡 商谈

“公正就是某种比例。”^①早在两千多年前,古希腊哲学家亚里士多德就提出了分配正义的合比例性思想。1958年,“对整个基本权利教义学具有重要意义”的“德国药房案”,^②标志着比例原则的最终形成,并首次确立了比例原则在德国的宪法地位。从最初约束警察权的行政法原则,迅速发展为规范所有公权力的宪法原则,如今比例原则正在全球不同的法律体系与法律部门中广泛传播。作为重要的决策分析方法和司法审查标准,比例原则具有指引并保障国家行为朝向正确方向迈进的功能。

然而,比例原则可以实现最完美的正义,也能带来最糟糕的不正义。作为公法的“帝王原则”“皇冠原则”,甚至是人类社会的“终极原则”,比例原则并非完美无缺。缺乏精确性,是比例原则面临最多的质疑。比例原则的适用存在不受约束的道德推理,其对人权的保障需要更精确的指

* 中央财经大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(19FFXB049)、中央财经大学科研创新团队支持计划

① Aristotle, *Nicomachean Ethics*, translated and edited by Roger Crisp, Book V, Cambridge University press, 2004, p. 86.

② Vgl. Timo Hebel, 50 Jahre Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts-Was ist geblieben? JA6 (2008), 413, 417.

引。比例原则存在过大的主观性,内容含糊不清,在某种程度上表述过于简单化,缺乏明晰性。^①客观衡量尺度和理性适用方法的缺失,使得合比例性分析存在“明显的主观性”和“逻辑瑕疵”。比例原则的效率观缺位,成本收益界定狭窄。是否合乎比例,需要得到更加客观地度量。^②

正是认识到比例原则存在精确性缺陷,近些年反对比例原则的学者开始逐渐增多。其中,戴昕、张永健二位学者对比例原则的反对最为激烈,主张用成本收益分析取代比例原则。戴昕、张永健认为,比例原则存在“严重的理论缺陷”和“深刻的谬误”,属于“前现代”的法律教义工具,无法全面考量各种成本、收益因素。比例原则“不适合作为实质合理性分析方法”,经济学的成本收益分析才更适当,“有必要更彻底地打破比例原则的桎梏”并使其“为成本收益分析所取代”。^③比例原则真的存在如此严重的问题,以至于应被成本收益分析所取代?如何克服比例原则的精确性缺陷?为了使比例原则更加客观地发挥实现正义的规范功能,本文以成本收益分析为视角,对比例原则的精确化及其限度进行系统研究,并对戴昕、张永健论文的主要观点进行商榷。

一、空洞的比例原则应“退位”?

比例原则自身存在严重的精确性缺陷。对于究竟如何客观判断合比例性,比例原则并没有给出具体而明确的标准答案。比例原则“是对更有说服力的正义理念的瞬间抓取,但却没有为法律适用者留下什么,因为它只提供了准则,而没有提供具体的标准与尺度”。^④比例原则的适用者很多时候只能凭借“法感”作出判断。然而,不能因为存在精确性缺陷,就因噎废食地主张抛弃比例原则。

(一)比例原则空洞性的体现

在整体上,比例原则的精确性缺陷主要体现为两个方面,即合比例性分析技术与方法匮乏、语义上存在宽泛性与模糊性。其一,比例原则缺乏可操作性的分析技术与适用方法。对于如何判断某个手段是否具有合比例性,比例原则本身并没有提供任何有效的分析工具。当面对众多可能有助于正当目的实现的手段时,对于究竟如何挑选出一个具有适当性的最小损害手段,并权衡手段所促进的公共利益与其所造成的损害之间是否成比例,立法者、行政机关可能束手无策。由于合比例性分析技术与方法匮乏,因此法官往往无法对立法者、行政机关所确立的手段进行客观公正的合比例性审查。其二,比例原则在语义上存在宽泛性与模糊性。比例原则的一些用词过于抽象,尤其是必要性原则和均衡性原则,确实过于空洞。究竟什么是必要性?如何理解最小

① See Walter van Gerven, The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community; National Viewpoints from Continental Europe, in Evelyn Ellis ed., The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, Hart Publishing, 1999, p. 60. Francisco J. Urbina, A Critique of Proportionality and Balancing, Cambridge University Press, 2017, p. 197.

② 参见刘权:《论必要性原则的客观化》,《中国法学》2016年第5期;秦策:《刑事程序比例构造方法论探析》,《法学研究》2016年第5期;柳砚涛、李栋:《比例行政原则的经济分析研究》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期;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。

③ 戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018年第6期。

④ Fritz Ossenbühl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (übermaßverbot) in der Rechtsprechung Verwaltungsgerichte, Jura12 (1997), 617, 620.

损害? 同样, 均衡性原则的具体内涵究竟是什么并不明确。均衡性原则只是一个形式的原则, 它本身并没有提供实质的内容标准。正如德国学者希尔施贝格所认为, 均衡性原则是“‘形式的’‘语义空洞的’”。^①

(二) 比例原则具有不可替代的指引与规范功能

既然空洞的比例原则存在缺陷, 对公权力的运行缺乏良好的指引与规范向度, 那么比例原则是否真的如戴昕、张永健所言, “完全不适合用于指导公共决策的设计和制定”“不适合作为实质合理性分析方法”, 而应当“退位”?^② 实际上并非如此。

1. 目的正当性审查具有日益重要的价值

目的正当性审查具有不可忽略的重要价值。但国内外学者对于目的正当性审查的认识还存在一定的争议, 主要可以分为 4 种典型观点。一是“独立子原则说”, 认为应将目的正当性原则作为比例原则的独立子原则。例如, 英国学者乌尔维纳认为, 比例原则包括正当目的、适当性、必要性与狭义比例性 4 个部分。^③ 以色列最高法院前院长巴拉克认为, 适当性的目的应当是比例原则的应有组成部分。^④ 谢立斌认为: “比例原则的审查包括四个步骤”, ^⑤ 其中第一个步骤为目的正当性审查。二是“包含说”, 认为传统比例原则本身就包括目的正当性原则。例如, 杨登峰认为: “比例原则通常没有明确列明合目的性这一要件”, 但适当性包含目的正当性。^⑥ 崔梦豪认为, “均衡性原则通过价值判断来审视行政主体目的的合理性”。^⑦ 三是“前提说”, 认为应将目的正当性审查作为合比例性分析的前提。例如, 德国联邦宪法法院前法官格林认为: “确定法律的目的是独立于比例原则测试中手段目的分析的, 查明目的并不是比例原则的组成部分, 而是比例原则的基础与起点”。^⑧ 蒋红珍认为, 应将目的正当性审查作为比例原则的“预备阶段”。^⑨ 四是“否定说”, 认为比例原则不应包括目的正当性审查。例如, 德国学者阿列克西认为, 将目的正当性原则作为合比例性分析的首要阶段是多余的, 甚至可能导致危险的理性判断。^⑩ 戴昕、张永健认为, 目的正当性审查会使比例原则审查在第一阶段“即有很大几率会寿终正寝”, 会导致“合理性分析中出现客观性和逻辑性缺失的风险”。^⑪ 梅扬认为, 目的正当性审查会使得目的正当性的

① Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Schwartz, 1981, S. 77, S. 212.

② 参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析: 法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018 年第 6 期。

③ See Francisco J. Urbina, Is it Really That Easy? A Critique of Proportionality and Balancing as Reasoning, 27 Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 167 (2014).

④ See Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, pp.529—548.

⑤ 谢立斌:《药店判决》,载张翔主编:《德国宪法案例选释: 基本权利总论》(第 1 辑),法律出版社 2012 年版,第 66 页。

⑥ 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。

⑦ 崔梦豪:《比例原则在行政诉讼中的适用——以 28 个典型案例为分析对象》,《财经法学》2019 年第 2 期。

⑧ Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 University of Toronto Law Journal, 383—388(2007).

⑨ 参见蒋红珍:《目的正当性审查在比例原则中的定位》,《浙江工商大学学报》2019 年第 2 期。

⑩ See Robert Alexy, Proportionality and Rationality, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet ed., Proportionality: New Frontiers, New Challenges, Cambridge University Press, 2017, p. 14.

⑪ 戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析: 法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018 年第 6 期。

道德直觉占据审查者的头脑,“将目的正当性纳入比例原则的作用范畴并无必要”。^①

目的是行为的出发点,目的正当是手段正当的前提。比例原则本质在于调整目的与手段的关系,当然应对目的正当与否进行评判,而不应仅仅评价手段的正当性。无论是立法目的,还是行政目的,都应当具有正当性。目的正当性审查可以限制目的设定裁量,有利于促进实质民主与良好行政,是实质法治的必然要求。在合比例性分析阶段上,目的正当性审查可以起到一定的前端过滤作用。对于目的明显不正当的行为,法院可以直接否决,而无须浪费资源进行过多的手段正当性分析。传统“三阶”比例原则并不直接包含目的正当性审查要素,其子原则负有各自独特的功能。虽然实践中一些法官在进行适当性原则审查时也会分析目的正当性,但并不必然总会如此,毕竟适当性原则关注的是手段与目的间的实质关联性。尽管均衡性原则涉及手段与目的的关系判断,但其重点并不在于目的正当性分析,而在于目的必要性判断,即如果某个最小损害的手段所造成的损害,同其追求的目的所带来的收益不成比例,那么该目的就不具有必要性,不应予以实现。目的与手段无法分离,为了更加全面和更有逻辑地分析目的与手段的关系,不宜将目的正当性原则作为“预备阶段”而与比例原则并列。

目的正当性原则具有日益重要的价值,应作为比例原则的首要子原则。传统比例原则“对目的正当性原则的忽视必须得到纠正”。^② 进行目的正当性审查的案例日益增多。例如,在“赵春华诉北京市通州区环境保护局案”^③中,原告认为被告的强制检查行为不当,法院认为:“该行为追求的行政管理目的正当,手段亦符合必要性要求……故该强制检查行为符合比例原则的要求”。在“汤兆明诉五莲县住房和城乡建设局案”^④中,法院认为行政强制的设定和实施应当符合比例原则,被告作出的《危房拆除通知》“行政目的不当”。

在审查标准上,根据相应的客观事实,进行形式合宪性或形式合法性分析,往往就可以准确做出目的正当性判断。如果少数情况涉及实质正当性分析,那么只要把握适当的度,目的正当性审查就不会涉及过多的价值判断,不会使比例原则审查瘫痪在第一阶段。只要理性进行目的正当性分析,就不会出现规范性挤压合理性的现象。

2. 适当性原则审查并非“形同虚设”:审查实质关联性

适当性原则是对事实预测的规范。某个手段如果有助于正当目的的实现,就具有适当性,所以适当性审查实际是审查手段与目的之间是否存在实质关联性。适当性原则并不要求手段必须能完全实现所欲追求的目的,只要手段有助于或能促进目的的实现即可。因为在很多情形下,能完全实现目的的手段可能并不存在,即使存在这样的手段,也往往由于会造成严重的损害而变得不可取。但如果手段与目的之间不存在任何关联性,手段根本无助于目的的实现,那么该手段就不符合适当性原则。

正确适用适当性原则,有助于促进科学立法和科学行政。尽管在实践中,立法者、行政机关所采取的手段完全无助于目的实现的情形并不多见,但仍然存在,所以戴昕、张永健认为适当性

① 梅扬:《比例原则的适用范围与限度》,《法学研究》2020 年第 2 期。

② 郑琳:《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》,《财经法学》2019 年第 6 期。

③ 参见北京市通州区人民法院(2019)京 0112 行初 135 号行政判决书。

④ 参见日照市中级人民法院(2015)日行终字第 55 号行政判决书。

原则“形同虚设”,有失偏颇。^①例如,在“捕猎许可证案”^②中,德国联邦宪法法院认为,实现捕猎安全的目的与设置捕猎许可的手段之间没有关联性,违反适当性原则。在“肖鹏诉广州市交通委员会案”^③中,法院认为:“针对被盗抢车辆所设置的限制措施无助于其所追求的行政目的的实现,违反行政比例原则”。

3. 必要性原则分析:体现个人权利本位

必要性原则体现了个人权利本位。在现代国家,权利的种类越来越多,但绝对的权利越来越少。政府出于公共利益的正当目的,可以对权利进行限制。如果权力对权利的限制是不可避免的,那么只能采取对权利产生最小损害的必要手段。戴昕、张永健认为,必要性原则“过度纠结私人成本(private cost)有无最小化”“忘记合理的公共政策应关注总体社会成本(social cost)”,^④是没有道理的,因为不符合必要性原则的规范本质。必要性原则以权利为本位,必要性分析的重点在于保障权利,而非提高效率。总体社会成本不属于必要性原则必须考量的因素。即使某个手段能带来更大的收益,但如果对权利的相对损害更大,那么也不符合必要性原则。

在处理公平与效率的关系上,必要性原则更注重公平。必要性原则更关注“私权限制”成本。全面考量各种成本、收益因素,是必要性原则难以承受之重。张翔从个人自由角度,认为“不能减刑、假释的终身监禁是一个非常严厉的手段,是对犯罪人人身自由的彻底剥夺”,不符合必要性原则。^⑤此观点并不像质疑者所认为的存在“明显的逻辑谬误”,因为彻底的终身监禁侵犯了人身自由权的本质内容,确实违反了必要性原则所要求的对个人权利造成最小损害的标准。认为比例原则“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”^⑥的观点,是不成立的。手段所造成的个人权利以外的成本,属于均衡性原则所要考量的因素。

4. 均衡性原则分析:平衡成本收益、保障效能

如果说必要性原则分析以权利为本位,那么均衡性分析则更注重平衡总体成本与收益,强调实现一定的效能。对于某个最小损害的手段,如果其所带来的收益,远远大于其所耗费的成本,那么该手段就是可取的,有助于增加社会整体福利;但如果其所带来的收益很少,所耗费的成本却很多,收益与成本不成比例,那么采取该手段就不符合效能原则。效能原则既可以为“公民个体权益提供更好的保护,也可以使行政资源得到有效配置、促进其背后隐含的公民集体权益”。^⑦尽管无法通过均衡性分析选择出最大净收益的手段,却能够排除损益失衡的手段,阻止成本大但收益小的手段的运用。因而可以说,均衡性分析体现了效能原则,可以促进社会整体福利。

以陈景辉所举的警察射杀哄抢财物之人案为例,^⑧即便假设在当时情况下射杀是最小损害的手段,理性的立法者或司法者在考量收益时,如果审慎进行均衡性分析,不仅会考量射杀当时

① 参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018年第6期。

② Vgl. BVerfGE 55, 159 (159).

③ 参见广州铁路运输中级法院(2017)粤71行终2203号行政判决书。

④ 戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018年第6期。

⑤ 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。

⑥ 戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018年第6期。

⑦ 沈岍:《论行政法上的效能原则》,《清华法学》2019年第4期。

⑧ 参见陈景辉:《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。

保护的财产收益,而且还会考量射杀对预防同类哄抢行为带来的社会收益,进而作出公正的损益权衡。再如王瑞雪所举的将在动车上吸烟的人记入个人信用档案保存5年的案例,^①假设此种信用惩戒属于最小损害的手段,那么在进行均衡性分析时,不仅应当考量保障当时行车安全的收益,还应当考量保障日后行车安全带来的社会收益。因此,均衡性原则只要得到理性适用,就可以做到更加全面地考量相关成本与收益。

尽管比例原则在精确性方面存在一定的缺陷,却并非毫无价值而应当“退位”。目的正当性原则规范目的设定裁量,从源头上阻止不正当目的产生。适当性原则要求手段与目的间存在实质关联性,有利于促进科学立法和科学行政。必要性原则以权利为本位,要求手段是最小损害的,可以有效地保障公民权利。均衡性原则要求全面考量手段的成本与收益,对相关损益进行审慎权衡,有利于促进社会整体福利。总体而言,比例原则既没有片面强调个人权利保障,也没有一味奉行公共利益至上,而是试图追求损益均衡。无论是对于立法者、行政机关还是司法者,比例原则都具有重要的指引与规范功能。

二、比例原则精确化的必要性

尽管比例原则具有不可替代的价值功能,但精确性方面的缺陷大大影响了其实效性。合比例性分析需要更加精确。诚然,法律原则不是法律规则,在用词表达上不可能像法律规则那样精确,以留给其适用者一定的开放空间进行法律推理和价值判断,从而实现个案正义。比例原则体现了中国传统“执中行权”与“理一分殊”的精神,使得“特殊性与普遍性、灵活性与原则性、多样多变与一以贯之”可以相互结合。^②但与此同时,在适用空洞的比例原则时,确实存在主观性过大导致的不确定性危险。通往合比例性的道路并非总是平坦宽阔,而是经常布满荆棘与坎坷。

(一)无法全面衡量客观利益

精确性不足的比例原则,在适用时无法全面衡量各种客观利益。科学评估不同手段造成的损害和带来的公共利益收益,是立法者、行政机关运用比例原则进行公正利益衡量的基本前提。然而,对于如何确定拟实行手段可能造成的损害大小,如何评估拟实现公共利益的重要性,如何比较权利损害成本与公共利益收益,比例原则并没有为立法者、行政机关提供直接的分析工具,从而无法全面评估相关客观利益。即使合比例性分析者希望通过比例原则来进行全面客观的利益衡量,但往往也“心有余而力不足”,在具体情形中无法全面客观地评估相互冲突的多元利益,从而造成客观利益衡量不足的困境。法官在适用比例原则时,尽管是对立法者、行政机关的利益衡量进行检验与监督,但仍须进行全面客观的利益衡量,否则就无法对手段的合比例性进行有效审查。

(二)导致合比例性裁量滥用

空洞的比例原则就好比一个大箩筐,什么都可以往里装。比例原则的适用者很容易打着“合比例性”的旗号而滥用裁量。对于目的设定裁量和手段选择裁量,公权力行使者有着巨大的判断空间,从而存在滥用裁量的可能。更为糟糕的是,对于滥用裁量而违反比例原则的很多政府行

^① 参见王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,《中国法学》2017年第4期。

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

为,其实并没有全部受到司法监督。出于诉讼成本大、嫌麻烦、害怕打击报复等多种因素考虑,当事人不愿或不敢提起诉讼为权利而斗争的现象比比皆是。并且,诉讼的受案范围总是有限的。在司法不能对立法进行审查的国家,或合宪性审查制度不成熟的地域,利用空洞的比例原则而滥用主观裁量,危害后果往往更为严重。

对于法官来说,合比例性裁量同样可能被滥用。虽然运用比例原则能够推翻一些“恶法”,但由于比例原则的空洞性,法官也可以动辄推翻部分“良法”,从而损害法律的安定性,有违传统的民主理论与权力分立(分工)理论。合比例性裁量滥用特别容易发生在民主转型或法治发展水平不高的国家,空洞的比例原则容易沦为法院卷入政治斗争的工具。滥用合比例性裁量对行政行为进行司法审查,既可能偏袒行政机关而侵犯公民权利,也可能侵犯行政机关的专业判断余地而损害行政秩序与行政效能。比例原则授予法官“太宽泛的裁量”而容易产生负面效果。^① 法官可能披着比例原则的“外套”,以所谓“最佳选择”或“正确做法”,随意推翻立法者或行政机关的决定。^② 司法作为正义的最后一道防线一旦失守,将对人权造成毁灭性打击。

(三)易造成结果导向的合比例性分析

空洞的比例原则容易造成结果导向的分析。立法者、行政机关本应当按照比例原则的位阶结构,依次对不同的手段进行适当性、必要性、均衡性分析,从而最终选择出一个合比例性的措施。但由于比例原则的精确性不足,立法者、行政机关在裁量选择何种手段时,往往会事先确定好想要的“结果”,然后进行所谓的“合比例性分析”。虽然不能说“结果”导向的合比例性分析总是不正确的,但却存在恣意与专横的危险。合比例性分析者总能找到一些合适的理由,来证立其所想要的“结果”具有“合比例性”。对于法官而言,结果导向的“合比例性分析”,容易造成司法专断与司法腐败。即使在同一案件中适用的是同一个比例原则,也可能得出截然相反的审查结果。^③

精确性不足的比例原则,使得其适用者无法全面衡量客观利益,容易导致合比例性裁量的滥用,极易造成结果导向的合比例性分析。如果不加以精确化,比例原则“将失去它作为决定标准的效力”。^④ 实际上,比例原则规范结构中的“最小损害”“成比例”“均衡性”等术语,也要求合比例性分析必须更加精确。

三、比例原则的精确化:成本收益分析的引入

如何使合比例性分析变得相对更加精确,直接决定着比例原则的未来。理性的经济人在决定实施某项行为前,往往会进行精确的数学计算,以确定如何以最小的成本获取最大的收益。在法学领域适用数学计算方法,有助于使定性分析更为准确。通过把那些复杂、散乱的法学命题定律化,甚至数学模型化,可以极大地增加其科学性和可操作性。^⑤ 法学表达数学化可以提高法学

① See Francisco J. Urbina, A Critique of Proportionality and Balancing, Cambridge University Press, 2017, p. 198.

② 参见林明铨:《比例原则之功能与危机》,《月旦法学杂志》2014年第8期。

③ 参见刘权:《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期。

④ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, S. 27.

⑤ 参见钱福臣:《法学研究中的卢梭式数学定律法及其评价》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期。

的科学性,展示价值观分歧的实质,剔除语义分析的模糊,可以使得基本价值的权衡与选择能够获得更为明晰的数据与数学化支持。^①法律虽然以追求公平正义为主要目标,但也不应忽视效率,必要时应当进行一定程度的成本收益分析。然而,比例原则“并没有借助数学上的比例概念获得任何客观性和确定性”。^②

(一)成本收益分析可以辅助合比例性分析

尽管比例原则在世界上很多国家得到了广泛传播,但一直没有在美国得到明确而全面地适用。而发源于经济学的成本收益分析方法,在美国法律中得到了广泛运用。早在1902年,《美国河流与港口法》就规定了成本收益分析。^③但直到20世纪80年代,主要受总统行政命令的推动,成本收益分析在美国法上才得到广泛运用。1981年,里根总统签发了《联邦规制》,规定行政机关对重要规制必须进行成本收益分析,要求规制的潜在社会收益应超过潜在社会成本,否则就不应该进行规制。^④随后,克林顿总统、奥巴马总统等相继签发《规制计划和审查》《改进规制和规制审查》《识别和减少规制负担》等行政命令,进一步强化了成本收益分析。^⑤至此,美国联邦法律已经确立成本收益分析作为默认原则,要求政府权衡决策的成本与收益。作为一种福利主义决定程序,成本收益分析可以正当化政府作出的增进社会总体福利的决策。通过定量精确比较不同手段所耗费的成本与增加的收益,成本收益分析有助于政府作出最佳决策,减少不必要的规制。

在美国法上日益得到广泛运用的成本收益分析,或许在某种程度上发挥着某些与比例原则相似的功能。成本收益分析要求政府决策的收益必须能够证明成本是正当的,如果收益与成本不相称就是不正当的,这同比例原则中的均衡性原则很相似。成本收益分析还要求对社会的负担最小,即社会成本最小,这同比例原则中的必要性原则很相似。就共同点来说,成本收益分析和合比例性分析都属于决策分析工具,通过合理分析成本与收益、手段与目的之间的关系,督促决策者作出更加理性的决策。

正是由于存在诸多共性,成本收益分析可以有效辅助合比例性分析。尤其是对于必要性原则和均衡性原则而言,通过运用成本收益分析可以相对客观地适用“必要的”“最小负担的”“合理的”等不确定性概念,在某种程度上有利于弥补比例原则的空洞性缺陷。在“博尔科夫斯基案”^⑥中,法院认为只有当成本与将获得的收益不是明显不成比例时,为残疾人提供的便利才是必要的。在“辉瑞案”^⑦中,法院认为在风险规制领域,成本收益分析是比例原则的特别表达。为了正

① 参见涂少彬:《论法学表达数学化的可能及限度——基于经济学与比例原则的切入》,《法学评论》2020年第4期。

② 戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018年第6期。

③ See River and Harbor Act of 1902, 32 Stat. 331, 372(1902).

④ See Ronald Reagan, Executive Order 12291: Federal Regulation, 3CFR128, 2(a)-(e)(1981).

⑤ See William J. Clinton, Executive Order 12866: Regulatory Planning and Review, 3CFR638, 1b(1)-(12)(1993); Barack Obama, Executive Order 13563: Improving Regulation and Regulatory Review, 76(14) Federal Register, 3821(2011); Barack Obama, Executive Order 13610: Identifying and Reducing Regulatory Burdens, 77(93) Federal Register, 28469(2012).

⑥ See Borkowski v. Valley Central School District, 63 F.3d 131, 138 (2d Cir. 1995).

⑦ See Case T-13/99, Pfizer Animal Health SA v. Council, 2002 WL 31337 (European Court of First Instance, 11 September 2002).

确地解决纠纷,应当把成本收益分析与比例原则结合起来。偏重于定性分析、强调公平、注重保障个人权利但相对空洞的比例原则,如果适度引入偏重于定量分析、强调效率、注重社会福利最大化的成本收益分析方法,那么将有利于使不同的手段具有共同可比较的数字化基础,有利于客观量化多元利益,从而克服法律世界中合比例性判断主观性过大的缺陷。

(二)成本收益分析辅助合比例性分析的具体方法

1. 目的正当性的客观判断

目的正当性原则的适用一般不存在精确化不足的问题,但需要采用客观的判断方法。在个案中,法官应查明立法者、行政机关的真实目的,判断该目的是否同有约束力的国际法、宪法、法律等相违背。凡是宪法明确或默示反对的目的,或承认其是违宪的目的,都是不正当的目的。^①在大量简单案件中,目的是否正当其实并不难判断。例如,根据《中华人民共和国宪法》第40条规定,对公民通信自由和通信秘密的侵犯,如果不是出于保障国家安全或者追查刑事犯罪的需要,目的就是不正当的。对于复杂的案件,如果要对目的进行实质正当性分析,出于对立法者政治决断和对行政机关目的设定的适度尊让,目的正当性审查应把握一定的限度。

有净收益不等于目的就是正当的。应处理好目的正当性分析与成本收益分析的关系。不应认为只要能够带来净收益、符合成本收益分析,就是目的正当的,否则就容易陷入功利主义的泥淖。目的不正当的行为,无论采用何种手段,不管能带来多大的收益,都是不能接受的。例如,政府违法征收房屋进行商业楼盘开发,尽管可以带来财政收入的增加、房地产企业利润的提高等收益,但征收目的如果不是为了实现法定的公共利益,就不具有合法性。

2. 适当性原则的科学分析

适当性原则属于对客观因果关系的判断,需要进行科学分析。适当性原则所要解决的是科学问题,而并非阿列克西所说的属于帕累托最优判断。阿列克西认为原则为最佳化命令,权利即原则,如果某个手段至少损害了一个原则,但不能促进任何其他原则或目标,那么该手段就应当被排除。他举例道,假设手段M无法促进原则 P_1 的实现,但会损害原则 P_2 ,此时不采取该手段就对原则 P_1 、 P_2 都没有成本,如果采取该手段就会对 P_2 带来成本,那么从整体上考量应当放弃手段M以实现帕累托最优。^②事实上,放弃手段M是正确的,但原因并不是为了实现帕累托最优,而是其无法促进目的的实现。适当性原则所要解决的是手段与目的间是否存在实质关联性的问题,属于客观因果关系的事实判断。至于整体考量手段的成本收益,则属于均衡性原则所要解决的问题。

立法者和行政机关在选择手段时,应当根据事实,尊重科学,充分听取专家意见。长期以来,对事实预测进行主观适当性审查,既存在司法审查困境,也无助于提高立法者、行政机关决策的科学性。法官对立法者、行政机关设定的手段,应当区分情形进行客观适当性和主观适当性审查。包括:(1)对于正在发生效力的手段,应进行客观适当性审查,即以手段实施后的客观效果来评价手段是否具有适当性。对尚未失效的手段进行客观适当性审查,这不仅有利于保障立法者、行政机关更加谨慎地进行事实预测,而且还能够促使其不断反思已经设定的手段,从而及时调

① 参见王锴:《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》,《中国法学》2019年第1期。

② See Robert Alexy, Proportionality and Rationality, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet ed., Proportionality: New Frontiers, New Challenges, Cambridge University Press, 2017, p. 15.

整、变更、废除客观不适当的手段。(2)对于争讼时已经实施完毕的手段,应当进行主观适当性审查,即审查手段在设定当时是否具有适当性。只要立法者、行政机关经过审慎分析,在决定作出之时认定手段同目的之间存在实质关联性,就应当判定已经实施完毕的手段符合适当性原则。因为手段已经实施完毕,如果再以事后的客观效果来判断手段选择当时事实预测的正确性,那么非但起不到及时废除不适当手段的作用,反而会损害立法者、行政机关的事实预测余地。对正在生效的手段应进行事后客观适当性审查,就是为了及时阻止其效力的继续发生,此时对事实预测的尊重应当让位于人权保障。

事后证明不能完全实现目的的手段,并不必然表明手段与目的之间不存在实质关联性,事实上手段是可能有助于目的实现的,只是可能无法完全实现目的。例如,在“陈宁诉辽宁省庄河市公安局案”^①中,警方先采取了撬杠等手段发现无法救出卡在车内的司机,之后采取对车辆损害更大的气焊切割手段救出司机,并不能说明先前所采取的撬杠等手段同救出司机的目的之间不存在实质关联性。撬杠等手段有助于实现救出司机的目的,只是效果不明显。在车身周围采取的包括撬杠在内的任何合乎常理的手段,都是有可能破坏车身而救出司机的,撬杠等手段同救出司机的目的之间并非毫无关联性。因此,戴昕、张永健假设警方采取各种措施都无法救出司机,就认为必然会得出警方的行为不具有适当性而违背比例原则的结论,是经不起推敲的。^②

3. 必要性原则:最小损害的计算

当立法者、行政机关面对多种可能有助于实现目的的手段时,必要性原则要求其进行科学计算,对多种不同手段所造成的损害进行客观比较分析,然后确定一个最小损害的手段。借助成本收益分析方法,有助于决策者更为客观地挑选出最小损害的手段。必要性原则要求手段是最小损害的,但比较不同手段的损害大小时,不能忽视手段的不同有效性程度。假设不同的手段都具有相同有效性,能同等程度地促进既定目的实现,那么只要比较不同手段的绝对损害大小即可。例如,手段 M_1 的收益为 90,权利损害成本为 40,手段 M_2 的收益也为 90,但权利损害成本为 60,此时只需比较手段的绝对损害大小,就可得出手段 M_1 符合必要性原则。然而,现实情况通常是,损害更小的手段的有效性往往也更低,有效性高的手段的损害则一般更大。因此,在适用必要性原则时,对于不同损害大小、不同有效性的手段,需要通过运用成本收益分析方法,转化为“相同有效性”。根据手段的相对损害计算公式计算,对不同手段在 1 个单位收益下的权利损害大小进行定量比较,可以较为准确地选取一个相对最小损害的手段。手段的相对损害计算公式如下:

$$I = \frac{C_r}{B}$$

其中, C_r 表示手段的权利损害成本即原始绝对损害, B 表示手段的收益, I 表示手段的相对损害大小,即 1 个单位收益下的权利损害大小。 I 的数值越大,表示手段的相对损害越大,反之则越小。戴昕、张永健举例假设手段 A 的成本为 100,收益为 150,手段 B 的成本为 1 000,收益为 1100,认为采取手段 B“具有更高经济合理性”,因为尽管采取手段 B 需要多付出额外成本 900

① 参见大连市中级人民法院(2002)大行终字第 98 号行政判决书。

② 参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018 年第 6 期。

(1 000-100),但可以多获得额外收益 950(1 100-150),所以不应采取绝对损害更小的手段 A。^① 然而,根据必要性原则相对最小损害性分析,应当采取手段 A 而不是 B。因为在“相同有效性”下手段 A 的收益虽然较小,但其相对损害成本即 1 个单位收益下的成本也是最小的: $I_A = 100/150 = 0.67$, $I_B = 1\ 000/1\ 100 = 0.91$, $I_A < I_B$ 。因此,尽管需要 100 成本的手段 A 获得的净收益为 50,但需要 1 000 成本的手段 B 才能获得 100 的净收益,收益相对于成本是不成比例的。所以尽管采取手段 B 比手段 A 可以获取更多的净收益,但却更不公平,因为手段 B 造成的相对损害更大。

既然必要性原则要求选择最小损害的手段,就应当尽可能确定不同手段的损害究竟是多大。必要性原则要求量化不同手段的损害大小以进行比较,并且充分考量不同手段的收益。准确计算手段的权利损害成本和收益,是准确判断手段是否具有最小损害性的前提。

4. 均衡性原则:成本收益的总体权衡

对于经必要性分析而挑选出的最小损害手段,应进行审慎的成本收益分析,使相冲突的多元利益达致均衡。均衡性原则要求对手段的成本收益进行总体权衡,全面考量某个政府行为手段所造成的消极影响与积极价值。均衡性原则需要判断同收益相关的成本是否过度,这被认为是成本收益分析的空白。^② 从成本收益分析的角度考虑均衡性原则,可以增加均衡性分析的确定性,提高政府行为的可接受性。对于立法、重大决策等行为,尤其需要运用成本收益分析方法,辅助均衡性原则进行整体权衡。

对于成本,均衡性分析除了应当考量手段的个人权利损害成本,还不能忽视其所耗费的政府财政支出成本。财政支出成本过大的手段,即使对公民权利损害是最小的,也可能导致总体成本过大而变得不具有可行性和正当性。均衡性分析中的成本,应包括手段自身所耗费的成本。尽管很多手段的实施并不一定会耗费很大的财政成本,但也不应当被忽略。如果其他手段以更小的成本实现了相同的目的,那么该手段就不符合工具合理性要求。^③ 政府对公共财政的支出实际上就是在消耗公民托付给国家的财产,必须合理使用。^④ 责任政府不仅仅应是消极守法的政府,更应是积极追求绩效最大化的政府。因此,个人权利损害成本和政府财政支出成本,属于均衡性分析应考量的成本因素。对于收益,均衡性分析应当考量手段所带来的社会总体收益。当得出手段的总体成本与收益后,就需要进一步进行比较分析,以判断成本与收益是否成比例。借助于成本收益分析的赋值计算方法,通过均衡性判断公式,可以得出某个手段的总成本与总收益的比例值。均衡性判断公式如下:

$$E = \frac{C_r + C_f}{B}$$

其中, C_r 表示个人权利损害成本, C_f 表示财政支出成本, B 表示手段的收益即手段为社会带来的总体福利, E 表示手段的成本与收益的比例值。成本相对于收益的比例值越小,该手段就越符合均衡性原则而具有更高的可接受性,反之可接受性就越低。如果比例值大于 1,则表明成本

① 参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018 年第 6 期。

② See Joel P. Trachtman, International Trade as a Vector in Domestic Regulatory Reform: Discrimination, Cost-benefit Analysis, and Negotiations, 24 Fordham International Law Journal, 730-731 (2000).

③ 参见于柏华:《比例原则的权利内置论》,《法商研究》2020 年第 4 期。

④ 参见王学辉、邓华平:《行政立法成本分析与实证研究》,法律出版社 2008 年版,第 16 页。

超过收益,但并不一定就必然得出该手段不符合均衡性原则,因为政府行为既要关注效率,更须保障公平。均衡性判断公式不应为决策起决定性作用,但可以辅助均衡性原则进行权衡。对于某个手段究竟是否符合均衡性原则,还须综合考量受限制权利的类型、所促进公共利益的种类、目的实现的时机等多种因素,以进行全面审慎的利益衡量。

(三)成本收益分析无法取代比例原则

尽管引入成本收益分析方法可以使合比例性分析更加具有可操作性,尤其是有助于最小损害手段和损益均衡的客观准确判断,有利于增加比例原则适用的确定性。然而,成本收益分析与比例原则存在重要差别,二者无法相互取代。主张以成本收益分析取代比例原则,不仅可能过度夸大了成本收益分析的效用,而且或许也没有真正认清比例原则的本质与功能。成本收益分析不应也无法取代比例原则。理由是:

其一,成本收益分析与比例原则适用范围有别。比例原则适用于一切公权力行为,但成本收益分析主要适用于立法者、行政机关的部分重大决策行为,并接受法院的司法监督。换言之,成本收益分析一般适用于影响众多社会主体的决策,具有一定的宏观性,但比例原则还可适用于影响单个公民的具体决定,如行政处罚、行政强制、政府信息公开等。^①在适用事项上,虽然比例原则分析的一些方面与成本收益分析较为相似,但是比例原则还可能适用于一系列其他问题,包括人权、中央与地方关系、司法尊让的适当性等。^②

其二,成本收益分析与比例原则价值取向不同。成本收益分析更注重效率,要求政府行为应尽可能取得最大的净收益,追求社会总体福利的最大化,本质上属于福利经济学方法。“成本收益分析的核心是配置效率的理念”,^③通过三步法逻辑结构即事实认定的科学化过程、价值判断的民主化过程和替代性方案的形成过程,实用主义哲学定位的成本收益分析可以促进社会福利最大化。^④正如戴昕、张永健所认为的,成本收益分析的主要思路是“判断何者更有助于促成社会福利最优”。^⑤然而,比例原则是人权保障的利器,更加强调公平,注重权利损害的最小化,要求政府采取的某项手段对公民损害是最小的,不能过度侵害公民权利,然后在此基础上追求社会福利最大化。深嵌在成本收益分析之中的最大化净收益价值选择,与比例原则强调个人权利保障的功能目标是相冲突的。

其三,二者分析方法不同。虽然同为理性决策的分析方法,但成本收益分析偏重于定量分析,更侧重于具体的计算,试图通过数学计算分析某项决策的成本和收益,以判断某项决策是否有必要制定实施。如果成本收益分析不追求客观、精确的定量分析,那么其优势便荡然无存。成本收益分析是有用的科学分析工具,而比例原则偏重于定性分析,更强调抽象的权衡。比例原则试图通过主观的利益衡量和价值判断,对多种手段进行比较,以确保最终所选手段既能有力保障人权,又能有效促进公共利益。强调抽象计算的成本收益分析与注重主观权衡的比例原则,在分

① 参见刘权:《行政判决中比例原则的适用》,《中国法学》2019年第3期。

② See T. Jeremy Gunn, Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis, 19 Emory International Law Review, 467(2005).

③ Anthony E. Boardman, David H. Greenberg, Aidan R. Vining, and David L. Weimer, Cost - Benefit Analysis: Concepts and Practice, Upper Saddle River, Prentice Hall, 1996, p. 28.

④ 参见郑雅方:《论我国行政法上的成本收益分析原则:理论证成与适用展开》,《中国法学》2020年第2期。

⑤ 戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018年第6期。

析方法上存在重要区别。

颇具侵略性和改革主义倾向的“法律经济分析”，以法律为分析和批判对象，如果发现法律世界与经济学不符，就会认为法律世界是“非理性的”。主张用成本收益分析取代比例原则的观点，犯了极端主义错误。应当抛弃偏执的“法律经济分析”，转向“法和经济学”。“法和经济学”抱着承认自己无知的态度承认法律世界，注重二者之间的双向互动，认为经济学理论可以被用来检验法律，但同时认为此种检验也时而会导致经济学理论的改变。^① 因此，在特定情形下，成本收益分析可以辅助合比例性分析，但绝不能取而代之。

四、比例原则精确化的限度及其克服

比例原则的精确化，是使比例原则内涵更加明确、结构更加清晰、操作更加精细的过程。通过适度引入成本收益分析方法，可以克服比例原则的精确性缺陷，使比例原则能够更加客观公正地实现实质正义。精确化的比例原则不仅能有效地为立法者、行政机关提供裁量指引，有利于更准确客观地挑选出合比例性的手段，而且还能规范立法者、行政机关的裁量。精确化的比例原则有利于规范司法裁量，可以减少司法审查过度侵犯民主立法和行政判断的机会，从而有利于维护法律的安定性，提升行政效率。尽管比例原则需要被精确化，但也存在限度。

（一）比例原则精确化的限度体现

1. 成本收益的量化困境

准确界定手段所造成的成本与带来的收益，是比例原则精确化的关键。然而，成本收益也存在量化困境，很多时候无法准确量化权力行使的成本与收益，从而也就无法准确进行直接的比较权衡。对于限制具有经济属性的权利，通过成本收益分析方法量化不同手段所造成的损害与收益大小，或许是比较可行的。“与货币纬度紧密相连的所有权利，如财产权，更适合量化。”^② 一般而言，越是与财产权接近的权利损害大小就越容易被量化，越是与人身权或人格尊严接近的权利损害大小越难被量化。例如，对言论自由权的损害、对宗教信仰自由权的损害，量化起来就比较困难。对于收益来说同样如此，许多政府行为的收益是无法准确量化的。例如，量化汽车尾号限行措施所带来的交通拥堵缓解和环境污染改善的收益，是非常困难的。涉及价值判断的比例原则，在很多情形下无法被数字化。事实上，美国有关成本收益分析的行政命令如《改进规制和规制审查》也强调，应当考虑那些很难或不可能量化的价值，如平等、人的尊严、公平与分配影响等。

未来事实的不确定性挑战，同样会导致比例原则精确化的困境。运用成本收益分析，可以使比例原则适用中的利益权衡更加客观化、理性化，但这是以确定的事实为基础的。比例原则的适用涉及立法预测和行政预测，由于未来事实存在不确定性，因此比例原则的精确化存在局限性。以风险预防的合比例性分析为例，要判断风险预防的目的是否有必要实现，就既取决于风险预防所产生的收益，也取决于风险预防所耗费的总成本。然而，风险预防究竟会对哪些人群造成多大的损害，会耗费多大的财政支出成本，风险预防所带来的收益有多大，往往无法精确确定，这导致

^① 参见[美]圭多·卡拉布雷西：《法和经济学的未来》，郑戈译，中国政法大学出版社2019年版，第3页。

^② Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 59.

无法客观比较风险预防所造成的损害与收益间的比例关系。

2. 合比例性的数学计算:缺乏价值理性

通过数学计算能在某种程度上增加比例原则适用的科学性和可操作性,破解比例原则适用的不确定性难题。然而,合比例性的数学化计算也存在很大的局限性,容易造成比例原则适用的价值无涉性。

运用经济分析方法精确化比例原则,将权利损害量化为数值,将公共利益收益精确为符号,然后比较各种不同手段的成本与收益,实际上是工具理性的体现。作为一种成本收益理性,通过精确的科学计算,可以实现效率最大化。虽然工具理性的有效运用可以增加科学性与确定性,但在比例原则的适用中,以成本收益分析方法评价手段的正当与否,容易陷入功利主义的泥淖。依据成本收益分析方法,如果某项手段所增进的公共利益收益超过手段所造成的损害,存在净收益,该手段就可能会被认为是均衡的。如此一来,权利损害就可能变成赤裸裸的金钱计算,公共利益收益就可能变成单纯的利益大小比较,从而造成比例原则适用价值理性的缺失。数字不是决定性的,有时对权利的尊重、对不可逆性的关注,可使对成本收益分析的拒绝变得正当化。^①经济学方法很有价值,但迄今为止仍然无法为法律中的价值分析提供有效的帮助。

如果精确化的比例原则缺乏价值关怀,那么比例原则的功用将会大打折扣。没有价值关怀的工具理性是苍白的,价值理性才是最为根本的。成本收益分析必须让位于重要的非福利主义关注。“某人的权利是否可以被侵犯不能通过功利的数学计算。人们的偏好不能被加减。”^②一旦通过功利计算比较损害与收益大小,就可能忽视人的主体地位,侵犯人格尊严。偏好无对错,价值无优劣,抽象的价值排序更是不可取的。比例原则具有道义基础,单纯地通过成本收益分析的数学计算来精确化比例原则,容易导致价值理性的缺失。

总之,比例原则的精确化存在限度。由于存在量化困境,因此很多时候难以准确计算不同手段的成本与收益。对不同手段的损害成本与收益进行精确的数学计算,可能滑向功利主义,使得合比例性分析缺乏价值理性。成本收益分析是作为技术学科的现代经济学的基础概念,即使再聪明的经济学家开发再好的技术,也无法有效解决具有规范性的价值判断问题,决策的作出不能仅仅基于技术的经济推理。^③而且,无论如何精确化,也不可能将空洞的比例原则完全精确化为分毫不差的形式规则。比例原则适用中的实质权衡永远无法避免。

(二)比例原则精确化限度的克服:迈向商谈正义

比例原则的精确化限度,实际上体现的是政府行为形式合法化范式与实质合法化范式的困境。比例原则的精确化过程,就是试图把合比例性裁量降低到最低限度甚至没有的过程,其本质是试图消除实质合法化范式弊端而向形式合法化范式转换的努力。然而,对于政府行为合法性的证成来说,无论是形式合法化范式,还是实质合法化范式,都存在难以克服的缺陷。形式合法化范式过于强调形式规则的普遍性,往往难以实现个案实质正义。把合法性纯粹寄托于完美的形式规则,就会过度依赖制定法。“由于形式正义必然具有的抽象性质,它都会侵害到实质正义

① See Cass R. Sunstein, Cost-Benefit Default Principles, 99 Michigan Law Review, 1663 (2001).

② David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law, Oxford University Press, 2004, p.171.

③ See Susan Rose-Ackerman, Precaution, Proportionality, and Cost/Benefit Analysis: False Analogies, 4 European Journal of Risk Regulation, 285 (2013).

的理想。”^①而且,即使是形式合法化范式,也难以完全摆脱实质权衡,形式正义或多或少建基于实质正义之上。对于实质合法化范式来说,尽管主张推翻形式合法的“恶法”以实现实质正义,主张个案裁量以实现个案正义,但面临反民主多数难题、价值判断困境和权衡的非理性挑战,从而可能使得形式正义和实质正义被践踏。

比例原则适用引发的争议,实质上是形式法治与实质法治的分歧。获取合比例性的“正解”,最大限度地减少政府行为的合法性争议,或许需要超越形式合法化与实质合法化这两种传统范式,迈向商谈合法化范式。商谈合法化范式是一种程序合法化范式,旨在通过维护获取答案“过程”的合法性,来实现“最终结论”的合法性。“合法化产生于所有相关人员在适当的公共空间中的沟通。”^②在大量简单案件中,只要进行审慎的合比例性分析,往往就可以判定某个手段是否具有合比例性。然而,在很多疑难案件中,对于究竟什么是合比例性,可能并不存在“唯一正解”。无法通过直接诉诸经验证据和理想直觉所提供的事实,只能以商谈的方式寻求解决。^③ 理性问题的解决办法,只能依靠法律商谈理论。^④ 为了发现合比例性的“正解”,必要时应当构建一种平等、自由、公开的论辩沟通平台,让所有潜在的论辩者都有平等的机会参与论辩,直至达成共识。对于某项政府行为,一些人可能认为具有合比例性,而另一些人则可能认为完全不具有合比例性。“如果做到了商谈性分析,比例原则将总会以某种形式发挥重要作用。”^⑤

在权利泛化的当代,一方面是权利种类的不断增长,另一方面是越来越多的权利不再具有绝对的“王牌”地位。限制权利的政府行为日益增多,争议数量也不断增长。或许只有通过程序性的商谈,才能从合比例性的诸多“正解”中找到一个大家一时都能接受的选项,从而使政府行为具有更高程度的可接受性。在一些疑难情形下,政府的真实目的往往无法辨明。此时唯一的办法或许只有通过商谈,就行为的目的进行理性地论辩沟通,才能消除公众的疑虑,获得公众的信任。对于适当性原则,当因为科学的不确定性而无法判断手段与目的是否存在实质关联性时,当政府的事实预测同公众的感知存在明显差异时,或许只有以公众的商谈信息为基础,才既能提高事实预测的准确性,也能确保事实预测的可接受性。对于必要性原则,权利损害大小往往难以准确计算,而且不同主体对权利损害大小的感知也不尽相同,如果让利益相关方就不同手段的权利损害大小进行理性地论辩沟通,或许就可以较为准确地发现手段的“真实损害”大小,减少损害认知偏见与错误。对于均衡性原则,很多时候需要进行价值判断,立法者、行政机关、法官无法总能毫无争议地解决价值之争。或许只有在商谈中,各方进行理性论辩沟通,才能产生理解与包容,最终化解合比例性的价值分歧。

责任编辑 谭冰霖

① [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(第2卷),阎克文译,上海人民出版社2010年版,第948页。

② Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, Hart Publishing, 2002, p. 200.

③ Vgl. Jürgen Habermas: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, 1992, S. 277.

④ Vgl. Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp Verlag, 1995, S. 172.

⑤ Peter Hulsroj, *The Principle of Proportionality*, Springer, 2013, S. xiii.