欧盟与德国的比例原则

——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴

范剑虹

(浙江大学 法学院, 浙江 杭州 310028)

[摘要] 比例原则是宪法与行政法的核心原则,它甚至还部分地被运用在私法领域中。它是通过考察目的与手段的关系,尤其是考察目标价值的实现不能过分损害公民的基本人身财产权利这一方面,来防止超限度地破坏利益与价值的均衡。欧盟与德国的比例具有参考与借鉴的意义。

[关键词] 欧盟法;德国法;比例原则;借鉴

[中图分类号] D909.5 [文献标识码] A [文章编号] 1008-942X(2000)05-0098-06

The Proportion Principle of EU Law and German Law

FAN Jian-hong

(College of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract: The proportion principle whose aim is to prevent excessively breaking the equilibrium of interest and value is a core principle of the constitution and administration law. It can be also partly applied in the private law. After studying the relationship between goal and means, it should be stressed that, by reaching the goal, the basic proprietary and human rights shouldn't be hurt excessively. This is important for our reference and absorption.

Key words: EU law; German law; proportion principle; reception

一、比例原则的内涵与渊源

比例原则源于正义的请求,它在保护与平衡的意义上对个人利益与公共利益仔细进行斟酌,以得到较为合理的结果,防止过分的与错误的立法与行政决定,尤其是要具体斟酌国家与公民利益在冲突状况下的失衡度。对比例原则最深入的阐述首推德国法学家鲁伯莱·西特克斯^[1]与彼得·莱尔歇^[2]的研究。其次,众多的德国判例也涉及其内涵。比例原则的内涵具体包括:

1. 符合宪法(Verfassungslegitimität)

比例原则的基本前提是:一项法律文件对公民利益范围的触动,不但在目的上,而且在实现目的的手段上均要符合宪法。

2. 有效性(Geeignetheitsgebot)

有效性是指此项法律文件对公民利益范围进行必要干涉时所使用的有效的手段是有效的。比如有一工厂的废气对环境不利,法规规定用编织过滤网来阻止工厂排出的废气是与有效性要求背道而驰

[收稿日期] 2000-04-11

[作者简介] 范剑虹(1958-)男,浙江宁波人,浙江大学法学院副教授,经济法制研究所副所长,德国自由堡大学法学博士,澳门大学特聘教授,主要从事国际经济法、民商法、比较法研究。

的。

3. 必要性原则(Erforderlichkeitsprinzip)

此原则要求立法者,必需使用对公民利益损害最小的法规来实现国家所追求的目标。比如,在企业能通过改进机器的方法来排除污染气体时,行政当局不容许责令一家施放污染气体的企业搬迁。

4. 狭义上的比例原则(Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit i. e. S.)

比例原则在符合宪法的前提下,先考察手段(法律文件也可视为一种手段)的有效性,再选择对公民利益最温和的手段来实现同样可以达到的目标。最后还必须进行利益上的总体斟酌,考察此手段实现的目标价值是否过份高于因实现此目标所使用的手段对公民的人身财产等基本权利的损害价值。这就是所谓“狭义上的比例原则”,也是比例原则的精髓。比例原则一般可分为狭义与广义之分,狭义的仅指上述提到的第四点,广义是指上述所有要点的总和。

本文作者认为,上述原则的某些思想最早源于雅典的梭伦。雅典的立法者梭伦早已对限度与过度的思想给予高度的重视,其哲学思想的要点是用一极短的语句来表示的,即“别太过份了”。他将正义作为目的,将限度作为社会秩序的界线,使其成为以后立法者的楷模。^[3]亚里斯多德从内容结构上也阐述了类似的思想,他认为公平是违背比例相称的可能性之间的中部;“因为成比例就是中部,公平就是比例相称”。^[4]从比例原则的内涵、要点及思想渊源来分析,我认为此原则可以归属于正义思想。正义是每个人共同生活的基本价值。一方面是个体的,国家的共同生活的权利,另一方面是限制与义务^[5]。所以正义追寻对社会集体中的成员加以恰当又平均地对待,以试图阻止专制与权利的滥用。“因此,习惯上正义被认为是维护或重建平衡或均衡...^[6]。它所显示的平衡与合法及斟酌的理性,不但涉及平等主体之间,也适合于非平等主体之间(比如公民与国家)。因而正义思想在功能与内涵上已覆盖了比例原则所显示的内涵,即通过调节目的手段的关系防止超限度地破坏利益与价值均衡。

二、比例原则的适用

对比例原则的内容与思想渊源以及价值归属的探索还不能代表此原则具体适用的合法性。一个原则的适用在司法实践中还必须遵守“立法特权”的总则,也即,没有立法者所给予的“空间”,原则的适用就不应该进行。如果无限制地使用原则,就会导致法规条例的平均化、同样化,从而导致法律的无效,因而原则的滥用 in 司法生活中会使立法变得毫无意义,使所有权力落入司法手中,会导致人治,进而在一定条件下引发政治上的变故或人治式的改革。那么立法者又如何给予这种空间呢?

立法者不能也没必要包罗万象地将现在与将来的所有问题无重点地面面俱到地加以规范化,那么就需要采用较为原则的规范来解决由此种情形产生的问题。从宪法的背景去观察,对规范的结构与密度的处理,取决于立法机关在多大范围中来控制法律运用机构,也即在多大范围内来设定法治国家基本权利的要求^[7]。

对规范的结构与密度的处理往往又体现在立法技术上。在条件式的设定中,立法者自己本身对所有情况已作了利益上的斟酌。在难以定位,又不十分重要的情形中,他就给予行政机关相应的“自由空间”。即使在条件设定中,倘若事实构成的前提符合,其法律后果也不是绝对的,可以有不同的设定,甚至在特定情况下无此法律后果。在“必须”条件中,法律后果是无回旋余地的。在“应该”条款中,法律后果对所有典型案例有效。当然在特殊的、非典型的情况下又有其空间。在“可

以“允许”、“有权”条款中就给予了不同的选择,或者仅规定一定的法律目的与手段,并不具体加以设定,尤其是各国均会有“具备重要原因”^①、“在严重情况下”^②等措词。这是一种无具体设定的法律技术性概念,还必须进行具体解释。

总而言之,鉴于现实的客观性及大多数法规有个有兼容的特性,立法者就运用立法技巧给法律运用者留出了一定的“行动空间”,然而法官、律师、检察官及其它行政机构仍必须在法律所确定的价值范围内进行解释,而不是自行自由评判,以改变立法原意。德国著名法学家威斯特曼有一句名言,即:“司法就其本质而言是法律的价值运用,而不是法官的独立评判”^③。即使立法者没有给予一个明确的条款以供适用,法律运用者(如法官)又在无法类推的情况下^④,也必须在此法典或整个体系的价值范围中进行解释(这种限制在学术论坛中是不存在的)。在这种“行动空间”中使用原则和已判定的著名案例群来作为辅助手段进行解释就是合法的,因此,原则在特定范围中运用的合法性就此应运而生了。

但问题是,在立法者给予的空间中,可适用的原则往往并不是单个的。假设有几个原则均可适用,那就有一个原则的适用的冲突问题。因为各个原则的价值层次、深层目标、结构功能均有不同,在适用时冲突是难免的,况且法规一抽象,就往往与以原则形态出现的此法规的价值基础难以分开阐述。鉴于重点在于如何在适用时平衡原则之间的冲突,所以我们又回到了“立法特权”的总则。首先,即法律运用者有义务先检查使用的原则是否已被立法者具体化了,也就是说要寻找出哪些能使原则具体化的法条,如果立法者已用具体法条将原则具体化了,那么原则之间的冲突在选择具体特定的法条时就得到了解决;其次,倘若原则没有被立法者以法规形式具体化,那么遵循的原则是:具体的、特定的原则先于抽象与普遍的原则加以适用。除非是一个绝对的原则(比如“人的尊严不可侵犯”之类的原则)排除了所有的普遍与具体的原则^⑤。

比例原则就其功能是体现了平衡的正义,即用平衡目的与手段来体现法的正义。原则上说比例原则所包含的原则成分在许多法律领域,尤其在有法律限定条款的及立法者留有空间的范围均能发挥其平衡与保护作用。在18世纪末到二战之前,德国法学界将比例原则局限在作为特别行政法的警察法上使用,以后也用于保护个人利益不受整个行政机构的错误干涉,那时学术界普遍阐述了法律对公民的干涉是受法律本身的目的的限制^⑥,以后这些原则超越行政法,用于其它部门法^⑦。司法界这时期也将此原则先适用于特别行政法,即警察法。在法国最高行政法院的判例中就涉及此原则^⑧,即:警察的行政权力必须限定在任务完成的目的范围之内。以后瑞士联邦法院提到此原则,并运用于警察法判例之中。该原则的成分曾被普鲁士最高行政法院引用,即警察的行为以达到排除已存在的危险的目的为限^⑨。在以后的德国帝国法院判例中,此原则的必要性及比例原则已经改写并在使用在警察法以外的领域,比如,刑法中的正当防卫;同时可用于解释民法上的问题,比如在债法中解释诚实信用,其中有一判例运用比例原则(相当于狭义上的比例原则)来解释违反善良风俗:“假如对方的不利因素的增长与所追求的利益根本不成比例(那己方为此)使用的手段就是违反善良风俗”。以后此原则还运用于罢工规范。尤其其比例与斟酌思想还运用于评判行政衡量的正确与否。

二战以后至今,比例原则被最高法院与高级法院作为重要原则使用,其作用已具备像基本权利

① 比如,德国民法第626条,原文参见 Schoenfelder Deutsche Gesetze, Art. 626 BGB, C. H. Bach, Muenchen 1997.

② 比如,我国的1997刑法第243条。

③ 与民法不同,刑法是禁止类推的,还包括不溯既往(lex praevia),当然不溯既往不应包括谋杀与禁止不利于被告的习惯法的运用(但后者在瑞士民法中是允许的。参阅瑞士民法第一条,第一款)。

那样的地位。虽然此原则在民法判例中体现得不十分明显^①，但在损害赔偿中民事庭重复了与此原则相似的“最大可能程度的保护”的思维，以此评判第三者在对德国民法第823条第一款意义上的正在运行的行业企业的侵权以及此侵权产生的损害赔偿的平衡问题。刑事法庭常把此原则作为法制国家的原则，运用于量刑。在劳工法庭此原则在劳工罢工法中，尤其在罢工措施运用时与“最后通牒（*Ultima ratio Prinzip*）”原则一起作为最高原则。在劳务合同撤消上也适用此原则。此原则也用于社会保险法，其中的比例与适当原则作为评判标准在一些判例中出现。因社会保险法至少间接地常常徘徊在公私法领域中，所以这个目前主要在公法中使用的原则与社会保险法难以分开。在联邦行政法院判例中，此原则主要用于“侵犯式行政（*Eingriffsverwaltung*）”，比如警察为了防止危险采取的触及公民的自由与财产的行为。也用于“补偿式行政（*Leistungsverwaltung*）”，一般是指发生社会福利、教育、健康、经济与交通事业等等情形。此外，在宪法法院判例中此原则更显示了其重要意义。

上述的具体适用领域还不能代替具体的运用。那么比例原则又是如何在诉讼中具体运用的呢？如果模拟一个人的权利受损害，需要向德国宪法法院起诉，那么其中就要使用到比例原则。权利受害人必须考虑程序和实体法上的问题，即诉讼是否允许，受害理由是否成立。

在考虑了诉讼是否允许的情况后，第二部分就要设法论证受害理由的成立，在这一实质性的问题上，就会使用到比例原则。在使用前必须考虑到两个问题，第一，受害者基本权利是否确实受到了这种强制力的侵害，这时必须确定基本权利的具体保护范围，如果这种强制力的侵入是合法的，那就不构成法律的责任；第二，必须了解这种对基本权利的干涉是否有法律依据，如有，还必须审查这具体的法律，是否能够涵盖这种干涉，即使涵盖了仍要对具体法条进行宪法的合法性检验，在这种检验中，首先要检验在颁布法条时是否有程序上的错误，例如，是否由有权利颁布法律的立法者，在正确的程序中加以颁布；第三，运用比例原则对此公共强制力所依据的具体法规进行实质性的检验。首先此法律是否服务于大众幸福，其次需检验此具体法律是否能够促进服务于大众的目标，再者，要检验是否还有比上述提及的法律更少触及公民基本权利的法律、法规或办法存在。而这更温和的法律、法规或办法是否同样能达到此较为严厉的具体法律所能达到的目标。最后还必须检验这同样能够达到目标的最温和的具体法规，是否与其因干涉公民的基本权利而造成的损害根本不成比例。从上述诉讼中可以看到比例原则是怎样限制滥用公共强制力的功能，以取得平衡的正义。

三、比例原则的借鉴

从比较法的角度^[14]去观察，并且假设排除对国内法典的注释的观点，那么世界上所有法学家所面临的问题是没有国境线的，是相似的。然而实际的法律问题却有多种不同的解决方法，这些方法又有不同的价值基础，这些建立在不同价值基础以及不同的立法技术上的方法，均储存在世界各地的“法律答案库”中。在研究本国法的同时再观察并分析外国法，则能获得较为全面而适当的法律答案，尤其是能对本国法所用的解决问题的方法保持一种批判的距离。这种距离感往往能扩大解决问题的精神视野与相信本国法的相对性。

对中国的法治发展来说，倘若仅是坐而论道，无益于革故鼎新。借鉴比例原则不宜萧规曹随，首先碰到的是选择什么方式借鉴，在借鉴实践中有哪些途径与注意点。借鉴是法制史上常用的概

^① 此原则在民法中是被看作为利益斟酌原则，并常用于对诚实信用与违反善良风俗概念的解释。参阅德国最高法院民法判例：BGHZ 8, 142 zur freien Entfaltung des Gewerbebetriebes；BGH in BB1954 457/BGH in GRUR1967 430f.（zu Art. 1. UWG），

念,但是此概念一直难以定论^[15]。最早提及并使用的该词的是斯瓦茨(A. B. Schwarz.)^[16]。在法制改革的历史中最有名的借鉴是德国在中世纪和近代借鉴了罗马法与宗教法,其次是瑞士民法典在土耳其的被借鉴以及1876-1883时期埃及借鉴了法国法。在亚洲、日本、台湾、韩国几乎是照搬了德国的私法^[17]和刑法^①,奇怪的是在亚洲的借鉴,不同的法律文化背景并没有在实践中造成较大的冲突,因而不同法律文化区在借鉴中的绝对冲突的观点是站不住脚的^[18]。法律在形式上的借鉴必须符合实际运用,而其中法律与社会的前提条件以及哲学与法律文化的基础在每个国家均不同,故要对借鉴作一精确的定义是不现实的,因而我们从借鉴的方式出发来寻找适当的方式及途径。假如允许作大致的分类,那么我认为借鉴可分为宏观和微观借鉴,宏观借鉴涉及整个法制体系,秩序及司法判例。微观借鉴首先与具体的、特定的一些法规与原则有关^[18]。历史上“强迫性的借鉴”(Aufoktroierte Rezeption)是企图将所有传统的法律体系均加以改变,以进行殖民统治,如果这种强迫性借鉴在殖民地独立后仍加以保留的话,就被称为“合法化借鉴”(Legalisierte Rezeption)。另一种借鉴被称为“种植式借鉴”(Verpflanzte Rezeption),它是指移民将其故国的法律带入移民国^[19],还有一种是自主性借鉴,比如美国法在利比里亚的被借鉴,这种自主的借鉴是一种本意上的符合历史经验与当时的政治、经济条件的借鉴。强迫性借鉴是非自主的,种植性借鉴是单方面的,而自主性借鉴显示了其自觉性与双向性。这种自主性借鉴服务于一定的立法目的,便于更好地理解本国法与法学评论。从上述几种借鉴方式来看,我们国家自然倾向于自主性借鉴。假如比例原则被借鉴,那么它将在新的环境中根植。社会学家视这种根植为社会过程^[20],法学家则视这种根植为立法过程,即法的“充电”,它实际是一个中外法律融合与互补过程。从法律角度看,这种融合与互补有两种不同的途径:第一,随着此原则的借鉴,欧盟尤其是德国对此原则的司法判例与法学文献也作为舶来品加以借用,因为本国缺乏对此原则的法学评论及司法判例;第二,对此原则的解释已与借鉴国的司法与法学无关,本国必须根据当时的政治与经济条件重起炉灶。需要注意的是比例原则也有其局限性。除了公法领域,也包括罢工法、解雇保护法,企业宪法或称为企业组织法适用外,在纯私法领域中此原则受到限制。需要指出的是,除了借鉴的方式与途径之外,还必须明了对这种根植过程(也被比喻为“器官移植”)影响最深刻的东西。现代一些大的法系之间的区别已不再完全由实体法的规范的内涵所决定,更多的是受到司法体系,主要是法院体系的结构与所在法系的占主导地位的思维模式^[21]所决定的,因而在借鉴与根植过程中也必须注意司法体系与思维方式的相应变化。

[参 考 文 献]

- [1] 德]Ruprecht Kraus. Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit in seiner Bedeutung fuer die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht [M]. Hamburg 1995. S. 18.
- [2] 德]Peter Lerche. Uebermass und Verfassungsrecht[M]. Koeln-Berlin-Bonn1961.
- [3] 德]Wolf E. Mass und Gerechtigkeit bei Solon[A]. in :Gegenwartsprobleme des internationalen rechts und der Rechtsphilosophie Festschrift fuer R. Laun zum 70[C]. Geburtstag, Hamburg 1953. S. 464.
- [4] Aristoteles. Nikomachische Ethik[M]. V. Buch 6. Kapitel 11316. Franz Dirlmeier 译. Berlin 1956.
- [5] 德]Richard Metzner. Das Verbot der Unverhaeltnismaessigkeit im Privatrecht[M]. Dissertation, Erlangen 1970. 116; Erich Wolf. Mass und

① 参阅范剑虹/田青《中国刑法与刑事诉讼法》第四章台湾刑法(德文版)(Jianhong Fan, in :Jianhong Fan/Qing Tian, Chinesisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Kapitel 4, Tectum Verlag, Marburg1997. S. 96.)

- Gerechtigkeit bei Solor[A]. in :Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie ,Festschrift fuer Rudolf Laun zum 70. Gel[C].Hamburg 1953.454.
- [6] 英]哈特(H. L. A. Hart).法律的概念(The Concept of Law ,Oxford Uni Press] M].张文显 郑成良 桂景义 宋金娜.中国大百科全书出版社(中译本)19.157.
- [7] 德]Hermann Hill. Einfuehrung in die Gesetzgebungslehre[M].Heidelberg ,1982.106.
- [8] 德]Harry Westermann. Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrech[M].Muenster 1955.121.
- [9] 德]Robert Alexy. Zum Begriff des Rechtsprinzips[A]. in 'rechtstheori[C]. Beiheft 1. 1979 ,P. 59ff.
- [10] 德]Fritz Fleiner. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts[M]. 8. Aufl. ,Tuebingen 1928 ,s. 404 [德]Walter Jellinek ,Gesetz. Gesetzesanwendung und Zweckmaessigkeitserwaegung[M]. Tuebingen1913 ,S. 432 ,438 [德]H. von Berg. Handbuch des deutschen Polizeirecht[M].Hannover 1799 ,S. 88 – 89 [德]Max Oberle. Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit des polizeilichen Eingriffs[M]. Diss. ,Zuerich 1952 ,S. 4 – 5 [德]F. F. Mayer. Grundsaeetze des Verwaltungsrechts[M]. 1862 ,S. 461 [德]Otto Mayer. Theorie des franzoesischen Verwaltungsrechts[M]. 1866 ,S. 218 [德]Friedrich Tezner. Freies Ermessen[M]. Wien 1888 ,S. 93 ,96 [德]Heinrich Rosin. Polizeiverordnungsrecht in Preusser[M]. 2. Aufl. ,Berlin 1895 ,S. 279.
- [11] 德]Peter Lerche ,Uebermass und Verfassungsrech[M]. Koeln-Berlin-Muenchen-Bonn ,1961.24.
- [12] 德]Max Oberle. der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit des polizeilichen Eingriffs[M].Diss. ,Zuerich ,1952. S.3.
- [13] 德]Ruprecht von Kraus. Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit in seiner Bedeutung fuer die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrech[M]. Hamburg ,1955. S.4 5 [德]Max Oberle. der Grundsatz der verhaeltnismaessigkeit des polizeilichen Eingriffs[M]. Diss. ,Zuerich ,1952. S.4 [德]BillDrews. Preussisches Polizeirech[M]. 2. Aufl. ,1972. S. 81 ,ProVGE 90 293(295).
- [14] 德]Max Rheinstei. Einfuehrung in die Rechtsvergleichung[M]. 2. Aufl. ,Muenchen ,1987 ,S. 10ff. [德]Uwe Blaurock. Aufgabe und ziele der Rechtsvergleichung[M]. Jahrbuch der Deutsch-Chinesischen Institute fuer Wirtschaftsrecht der Universitaet Goettingen und Nanjing ,Bd 2 ,1991 ,S1 [德]Zweigert ,Konrad/Koetz ,Hein. Einfuehrung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts[M]. Bd. I ,II ,Tuebingen 1984.
- [15] 德]Max Rheinstei. Einfuehrung in die Rechtsvergleichung[M]. 2. Aufl. Muenchen ,1987. 127.
- [16] 法]A. B. Schwarz. La r 'e ception et l 'assimilation des droits 'etrangers ,Recueil d 'etudes en l 'honneur d 'Edouard Lambert[M]. Zuerich ,1938 ,Bd. II. 581 – 592.
- [17] 德]Harald Baum. Herausforderung Japan-Blick auf eine aussereuropaeische Rechtsordnung[M]. Max-Planck-Gesellschaft-Spiegel 3/ 1995 S. 20 [台湾]Su Phong-Jie. Die Klausel der veraenderten Umstaende im chinesischen Recht-Zur Rezeption deutschen Privatrechts in China[M]. Diss. ,Muenchen ,1981. S. 1ff. [德]Heinrich Scholler(Hrsg.). Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhaeltnisse in der feroestlichen Rechtskultur[M]. 1. Aufl. ,Baden-Baden 1993.
- [18] 范剑虹. Die Rezeption der deutschen Strafrechtslehre und Strafvorschrift[A]. in :International Asienforum[C]. Vol. 28(1997) ,No. 4. 364 – 366 ,362.
- [19] 德]Max Rheinstei. Einfuehrung in die Rechtsvergleichung[M]. 2. Aufl. Muenchen ,1987. 125.
- [20] 德]E. Hirsch. Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozess[M]. Festschrift fuer Freidrich Buelow ,1960. 121 – 137.
- [21] 范剑虹. Rechtsgrundlagen und Kontrollstruktur der Arbeitgeberkuendigung nach den Grundsuetzen deutscher Verhaeltnismaessigkeit und chinesischer beilegungs immanenter Schiedsentscheidung[M]. Europaeische Hochschulschriftreihe ,Frankfurt-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien-Lang ,1997. 168 – 171 .

(责任编辑 庄道鹤)