比例原则的中国宪法规范依据

饶龙飞，陈建晖
（井冈山大学 政法学院，江西 吉安 343009）

摘　要：比例原则是一项重要的宪法原则，然而学界对其在我国宪法中的规范依据的解释却众说纷纭。我国《宪法》第 5 条第 1 款即“法治国家条款”反映的是形式法治国理念，其并不能成为推导比例原则的宪法规范依据。蕴含了机会平等和实质平等双重内涵的《宪法》第 33 条第 2 款规定的“在法律面前一律平等”，无论是在“法律适用上的平等”意义上抑或在“立法上的平等”意义上，与《宪法》第 5 条第 5 款即“反对特权条款”等我国宪法平等权规范一同构成推导比例原则的重要宪法依据。而《宪法》第 51 条与《宪法》第 33 条第 3 款即“国家尊重和保障人权”条款相结合亦是证立比例原则的宪法依据的重要组成部分。

关键词：比例原则；中国宪法；平等权（原则）条款；人权条款

中图分类号：D921　　**文献标识码**：A　　**文章编号**：1008-7699(2016)04-0037-09

素有公法“帝王条款”之誉的比例原则，[1]是由以下三项要求所构成的，即妥当性、必要性和狭义比例性。根据我国台湾地区学者陈新民教授的阐释，“妥当性原则系指一个法律（或公权力措施）的手段可达到目的之谓也。必要性原则是指在前妥当性原则已获肯定之后，在所有能够达成立法目的之方式中，必须选择予人民之权利最少侵害的方法；也就是说，以不违反或减弱该法律所追求之目的的前提下，立法者应该选择对人民权利侵犯最轻之方法。比例性原则或是狭义比例原则是谓一个措施，虽然是达成目的所必要的，但是，不可以予人民过度之负担。”[2]就宪法而言，比例原则的“帝王之位”表现在其是一项为诸多国家宪法所规定或宪法法院所承认的重要宪法原则，无论是在平时抑或在紧急状态之下，其都控制着整个公权力体系的合宪运行。此点可获得如下事实的印证：

据以色列学者的研究，“起源于普鲁士行政法的比例原则，已经被‘二战’后的德国宪法吸收，后来被欧洲人权法院采纳。这有助于比例原则在整个欧洲大陆（包括东欧）以及英国传播。今天，它已成为了许多非欧洲国家，包括加拿大、以色列、南非、澳大利亚、新西兰、巴西、印度和韩国的宪法性合法分析（constitutional legal analysis）的一部分。”[3]比例原则不仅可控制平时之公权力行为的合宪性，亦是控制紧急权力合宪性的一项基本原则。一般而言，紧急行政权的行使无须遵循法律保留之要求，而紧急状态的宣布或决定以及紧急法令的合宪性审查亦受到诸多的限制甚至在有些国家免于合宪性审查。但是，在紧急法令等行为须受合宪性审查的国家，比例原则依然是违宪审查机构规制紧急权力的重要理由，或者说比例原则是紧急权力行使须遵循的宪法原则之一。正如德国学者所言：“对于恢复正常宪法秩序来说，所有必要的措施都必须被使用，而且也只允许使用那些对于消除障碍来说必要的手段。……当这一措施对于恢复宪法的正常状态必不可少时——而且只有在这一条件下——才允许公权力在常规事态中所受到的拘束力在非常事态中失效，特别是各项基本权、权力分立与联邦国家原则所具有的拘束力。”[4]

收稿日期：2016-03-24
基金项目：江西省高校人文社会科学研究项目“违宪构成：‘抵触宪法’的诠释模式研究”（FX1415）
作者简介：饶龙飞（1978—），男，江西南丰人，井冈山大学政法学院讲师，同济大学法学院博士研究生；陈建晖（1979—），女，江西吉安人，井冈山大学政法学院讲师.

反观我国，尽管在对相关公权力行为进行合宪性分析时不少学者都不约而同地运用了比例原则，但均是以中国宪法已经规定或蕴含了此原则为当然的立论前提。作为宪法原则之一的比例原则在我国宪法中是否有相应的规范支撑？哪些规范可以作为推定比例原则的宪法文本依据？本文试图运用规范分析方法，对这些问题作一初步的阐释，以就教于学界同仁。

一、比例原则的“容身之所”：有抑或无？

中国宪法是否有比例原则的“容身之所”呢？对此问题，有学者作出了否定的回答：“在宪法的基本权利和义务这一章，根本找不出能够体现比例原则的条款。”[5]但肯定的答案却不在少数，只不过各人基于不同的观察视角和解释方法为比例原则提供了不同的宪法条款。

1. 有论者认为，我国《宪法》第5条规定的“法治国家原则”是比例原则的规范依据：“我国大陆立法虽未明确确立比例原则，但宪法第5条规定的社会主义法治国家原则属于现代法治国家原则，比例原则应是其必要内容之一。”[6]

2. 有些论者认为，我国宪法中的诸多条款都蕴含了比例原则的要求：“《宪法修正案》第20条第3款以及第22条规定了征收、征用的合目的性原则，第14条规定：‘国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。’《宪法》第51条规定：‘中华人民共和国公民行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。’这里的规定无疑是对限制基本权利做出的总体要求，意思是说，只能基于保护公共利益和其他人的基本权利的目的而限制基本权利，国家在制定法律时，应遵守比例原则的要求。对限制基本权利的目的性、必要性和比例性进行综合评价。”[7]

3. 我国台湾地区学者陈新民教授在区分宪法意义的比例原则和行政法意义的比例原则的基础上，认为我国《立法法》第6条（立法应当从实际出发，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。）“已经显现出宪法比例原则的精神”。[1]42

4. 翟翌博士在否定《宪法》第51条与《立法法》第6条可作为比例原则的中国宪法规范基础的前提下，基于比例原则的“公民与国家之间权利义务的对称性”之本质和目的解释方法，论证指出我国《宪法》第33条乃是比例原则的中国宪法规范依据。[8]

5. 门中敬博士则以宽容理念为分析视角，主张我国《宪法》第33条第3款以及《立法法》第6条可有限度地为比例原则提供宪法规范依据，而在2004年宪法修正案将第10条第3款和第13条第3款写入现行宪法以后，在私有财产权的保护上可视为已经确立了比例原则的宪法规范依据，并为比例原则在宪法上的适用提供了空间。但其同时又指出，现行《宪法》第33条第2款和第51条的存在，明显限缩了比例原则在宪法上的适用空间。[9]

笔者认为，要对如上所引述的各种相异的观点作出正确的评价，且能得出一个有关“比例原则的中国宪法文本依据”问题的较为合理的解释，首务在于遵循两项分析比例原则的宪法规范基础的准则。

准则一：比例原则所反映的规范理念及其价值是寻找该原则的中国宪法“根基”的“指南”。

一般而言，自由、权利并非是绝对不受限制的，而在依宪治理的国家只有法律（是为“法律保留”）才有资格以保护公共利益及其他个人的自由、权利为由限制公民的自由与权利。而比例原则是在承认法律可限制公民宪法基本权利的基础上对此种限制提出了更高的要求，即法律通过限制公民基本权利可达成其维护公共利益或保护他人权利的目的，并且这种限制是不得已而为之且对公民基本权利的侵害是最小的，同时在被限制的公民基本权利与法律所欲维护的公共利益或他人权利之间应该处于一种“平衡状态”。依此，我们可以看出，比例原则意在通过对手段、目的及其相互间关联度的考量与对手段、目的各自

所代表的利益之间的权衡，从而实现在法律的“限制荆棘丛”中“最优”地保障公民基本权利的宗旨。① 因此，在比例原则的“眼中”，各类宪法基本权利之间并无绝对的“位阶”而是处于“半斤八两”的状态，否则违宪审查机构所进行的逐案利益衡量便成为“多此一举”。同样，在比例原则看来，限制公民基本权利的另一重要理由即公共利益亦不处于相对于公民基本权利的“优越地位”，其之所以可作为限制公民基本权利的正当事由乃在于公益与私益之间存在着紧张和冲突。为了化解这种冲突，法律才以设定公民基本权利边界的方式使得公益与私益“各安其分、各享其成”。假设公益在所有的情境下均“优越于”私益，那么，比例原则的产生与发展就是一个错误，甚至是人类法律史上的一个“悲剧”。据此，我们应以比例原则所体现的“权利的本位性、公共利益的非至上性和权利与公共利益的可权衡性等规范理念”作为我们探寻该原则的中国宪法依据的“指南”。[10]

准则二：比例原则的宪法“支撑”并非局限于某一条款，所有蕴含了该原则规范理念的条款均可成为其宪法依据。

德国联邦宪法法院将警察法中的比例原则引进宪法并适用于审查限制基本权利的法律时，起初并未解释《基本法》要求权利限制应符合比例的原因以及具体阐明该原则是如何运作的。比例原则的引进似乎是理所当然的。直到1965年联邦宪法法院才为比例原则找到了规范文本依据：“它来源于基本法第20条规定的法治原则，但更多地是源于基本权利的本质。”[11]而德国学界为比例原则还寻找到平等原则、人性尊严等宪法依据。[9]② 日本多数学者认为《日本国宪法》第13条可推导出比例原则；而我国台湾地区通说则主张“台湾宪法”第23条可导出比例原则，且台湾地区“司法院大法官”于“释字第428号解释”中正式使用了“比例原则”一词并直到“释字第471号解释”才对比例原则的具体内容予以初步阐释。[12]③

由以上国家、地区有关比例原则之宪法规范依据的宪法判例、宪法学说可知，“支撑”比例原则的宪法规范因各国宪法文化背景及宪法规定内容之差异而有所不同，且即使是在同一国家（如德国）随着时代变迁及观念变化比例原则的宪法规范依据亦有所变化且呈多元化之情状。依此，我们在探寻比例原则的中国宪法规范基础时，不能仅从“制宪者原意”及宪法文义出发，更应运用体系解释、目的解释等法解释方法，并秉持一种“共时解释”的立场或态度。④

在遵循如上两项分析准则的基础上，我们对比例原则的中国宪法“根基”作如下的初步阐释。

二、“法治国家”条款：非比例原则的宪法依据

如前所引，我国有学者认为，《宪法》第5条规定的“社会主义法治国家原则”包含了比例原则的内容，并且德国联邦宪法法院也确认了比例原则是法治国家原理的具体化。[13]然而，我们亦深知，中国的“法治国家原则”不可能与德国的“法治国家”原理具有相同之内涵。因此，欲使《宪法》第5条成为蕴含比例原则（或精神）的规范依据，须对该条的意义作一深入的解剖。

在1999年修宪于第5条增加一款作为第一款即引入“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义

---

① 德国学者阿列克西认为比例原则表达了最优化的理念，参见 Robert Alexy. *Balancing, Constitutional review, and Representation*, Oxford University Press and New York University School of Law 2005, I·CON, Volume 3, Number 4, 2005.

② 德国《基本法》第3条第1款：“法律面前人人平等。”第1条第1款：“人的尊严不可侵犯，尊重和保护人的尊严是全部国家权力的义务。”

③ 《日本国宪法》第13条规定：“一切国民都作为个人受到尊重。对于国民谋求生存、自由以及幸福的权利，只要不违反公共福祉，在立法及其他国政上都必须予以最大尊重。”“台湾宪法”第23条：以上各条列举之自由权利，除为防止妨碍他人自由，避免紧急危难，维持社会秩序，或增进公共利益所必要者外，不得以法律限制之。

④ 有关美国宪法解释中的“历史解释说”和“共时解释说”，参见 E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第517页以下。

法治国家。”(以下简称“法治国家条款”)之前,第5条规定的是“关于法律权威和法制统一原则”。[14]113而在法治国家条款入宪之后,有论者认为第5条是“关于建设法治国家的规定”,并认为第5条其他四款是实行依法治国的具体要求。[15]27从法治国家条款的入宪背景来看,1999年对现行宪法的第三次修正之所以增加法治国家条款,与党的十五大将“依法治国”确定为“党领导人民治理国家的基本方略”紧密相关:“党的十五大进一步指出:‘依法治国,是党领导人民治理国家的基本方略’。这是我们党治国方略的一个历史性转变,是我们党更加成熟的标志。为了把党的意志变成国家意志,这次宪法修改,根据党中央的建议,在宪法第五条增加规定‘中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家’。”[16]这就决定了在理解《宪法》第5条规定的法治国家条款的涵义时须以十五大报告对“依法治国”的解释为主要依凭。

十五大报告对“依法治国”的解释是:“依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务,保证国家各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变。”[17]我们从这种解释中仅能品读出法治国家条款强调的是宪法、法律在国家生活和社会生活中的权威地位,其具体表现则是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”,其核心是依法办事,不允许超越宪法和法律的特权存在。[18]法治国家条款的此种意涵反映的仅是形式法治国家理念,却并不体现实质法治国家理念。而比例原则恰是“以宪法为背景,是实质意义的法治国原则之下的具体原则”,故而,我们无法从“法治国家条款”中直接推导出仅在实质法治国理念支配下才会出现的比例原则。[9]

如果“法治国家条款”并未内蕴比例原则的精神,那么《宪法》第5条的“法制统一和尊严条款”“不得同宪法相抵触条款”“遵守宪法、法律和追究违宪行为条款”以及“反对特权条款”是否能成为支撑比例原则的宪法规范依据呢?从这些条款的学理释义来看,①我们只能得出否定的回答。不过,在追求平等的意义上,《宪法》第5条第5款所规定的“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”(即“反对特权条款”)可以同第33条2、4款的如下规定相结合,形成一个颇具中国特色的一般平等权(原则)条款:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”②如此,我们就须考量平等权(原则)条款是否可成为比例原则的宪法规范基础的问题了。

三、平等权(原则)条款:蕴含比例原则的精神

在德国长期的平等权司宪中所形成的较为成熟的平等原则说主张,比例原则是平等原则的内在要求,是判断“差别对待”是否合理的一个基准。[9]易言之,依据平等原则说的主张,宪法平等原则条款可作为支撑比例原则的宪法规范依据。而台湾“司法院大法官”林子仪在“释字第571号解释”的协同意见书中亦提出:“(判断)法律所为之差别待遇系属合理,因而为宪法所容许之差别待遇……亦即该系争立法之目的是否合宪,以及以差别待遇作为手段与目的之达成是否具备一定程度之关联性。”[19]129此外,从美国的宪法审判实践来看,尽管美国法院(尤其是联邦最高法院)并未明确引入或适用比例原则,但其在基本权利限制(含平等权)的合宪性审查案件中所运用的“三重审查基准”事实上具有与比例原则相同或类似的内涵及操作技术。无论是适用于种族歧视等案件的“严格审查基准”、适用于性别歧视等案件的“中度

① 这些条款的意义解释,可参阅全国人大常委会办公厅研究室政治组编:《中国宪法精释》,中国民主法制出版社1996年版,第113页以下;许安标、刘松山:《中华人民共和国宪法通释》,中国法制出版社2003年版,第28页以下。

② 对我国宪法平等权规定的规范结构的分析,可参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第109页以下。

审查基准”，还是适用于与经济性基本权利相关的平等权案件等的“合理性审查基准”，所要考量的要素均与目的、手段及其相互之间的关联度有关。也就是说，“严格审查基准”要求立法目的必须具备极其重要的政府利益、手段与目的之间具有紧密的关联性；“中度审查基准”要求立法必须是为了重要的政府利益、手段与目的之间具有实质的关联性；而“合理性审查基准”则要求立法目的在于追求正当的政府利益、手段与目的之间具有合理关联性。[20]由此可见，宪法平等权（原则）条款应是证成比例原则的重要宪法规范依据。

当然，也有德国、我国台湾地区学者对比例原则是否可适用于保障平等权或平等原则是否涵盖比例原则持有不同主张。如德国公法学家 Michael Sachs 主张，比例原则在平等权上的运用，系就被差别对待的事物的比较，其并不直接涉及“目的—手段关系”，而仅有间接联结。所谓“间接联结”是指被差别对待的事物的差异，对于法律拟追求之目的达成具有意义，其足以正当化法律的差别处理，在事物的差异性足以正当化法律的差别对待时，即无“干预”可言。台湾地区学者杨仁寿也认为“平等，‘无从’亦‘无须’涵盖第二十三条之比例原则”。[19]129-130

在暂时搁置如上质疑、承认平等权（原则）条款可作为推导比例原则的宪法规范前提下，我们须着重考量的是我国宪法平等权规定的规范结构是否蕴含了比例原则的精神。

有论者认为，我国《宪法》第 33 条第 2 款所规定的仅是“法律面前的平等”（即法律适用上的平等）而不是法律上的平等（即立法上的平等），故而就无法从该条款中推导出实质平等和合理差别对待的要求，当然就无法导出宪法上的比例原则而约束立法者。[9]不可否认的是，基于 1982 年宪法将 1954 年宪法规定的“在法律上一律平等”改为“在法律面前一律平等”的宪法沿革史，以及这段修宪资料——即“在修改宪法的过程中，很多同志提出 1954 年宪法的表述，不仅包括了法律实施上的平等，同时也包括了立法上的平等，这显然是有悖于立法原意。而使用‘在法律面前’的行文方式，则准确地把平等的范围限制在法律实施上。”——所显现的制宪原意，[14]150我国现行宪法第 33 条第 2 款所规定的平等原则似乎确实只能约束法律适用行为，而不能约束立法行为，而这种理解在现今也不乏支持者。[15]99当然，也有不少学者对上述理解提出质疑，并认为“在法律面前平等”应包含法律适用上的平等和立法上的平等（即法律内容平等）两重涵义。[21]144

但是，我们须注意的是，即便我们坚持从立宪原意的角度将《宪法》第 33 条第 2 款规定的平等原则理解为“法律适用上的平等”，也不能就直接得出此种意义上的平等原则无法推导出比例原则的精神意蕴。个中原因主要有二：其一，尽管违宪审查的对象主要是立法行为，但行政行为、司法行为等法律适用行为依然受宪法的规制，因而平等原则当然是判断法律适用行为是否违宪的重要宪法标准；其二，在判断法律适用行为是否抵触宪法平等原则时，平等的两重意涵即机会的平等和实质的平等均须考虑。机会的平等即形式上的平等旨在反对不合理的差别，实质上的平等则必然承认合理的差别。[21]116而如前所述，比例原则恰是判断差别待遇是否合理的一个基准。因此，宪法平等权（原则）条款是否可推导出比例原则的精神取决于其是否蕴含了实质平等的理念，而非取决于该条款是否可规约立法行为。于此，在肯定我国《宪法》第 33 条第 2 款规定的“在法律面前平等”具有机会平等和实质平等的双重规范内涵的基础上，①我们便无从得出该条款无法推导出比例原则的结论。

其实，我国的相关政策文件及行政法律规范已明确要求行政机关在作出行政行为时必须遵循比例原则的要求。如 2004 年的《全面推进依法行政实施纲要》（国发〔2004〕10 号）要求行政机关“行使自由裁量

① 即便是主张我国宪法平等原则仅指“法律适用上的平等”的学者也认为“法律面前平等既包括机会的平等，也包括实质的平等”。参见许安标、刘松山：《中华人民共和国宪法通释》，中国法制出版社 2003 年版，第 102 页。另可参见许崇德主编：《中国宪法》（第四版），中国人民大学出版社 2010 年版，第 315 页。

权应当符合法律目的，排除不相关因素的干扰；所采取的措施和手段应当必要、适当；行政机关实施行政管理可以采用多种方式实现行政目的，应当避免采用损害当事人权益的方式。”2011年颁布的《行政强制法》第5条规定：“行政强制的设定和实施，应当适当。采用非强制手段可以达到行政管理目的的，不得设定和实施行政强制。”

由此可见，“法律适用上的平等”意义上的蕴含实质平等理念的“法律面前一律平等”原则，可作为推导比例原则（至少在规约行政权方面）的一项重要宪法规范依据。

值得一提的是，前引我国台湾地区学者陈新民教授主张《立法法》第6条已显现出宪法比例原则的精神，而门中敬博士亦认为《立法法》第6条规定的“科学立法原则”已经包含了“禁止立法恣意”的意思在里面，体现了比例原则的精神。[9]但翟翌博士却认为，《立法法》第6条的“内容仅约束立法行为，而比例原则更多地在于制约行政行为，而且立法法也仅是立法领域的基本法而非宪法，故此说亦不能成立。”[8]

我们认为，首先，行政法领域的比例原则已经进入或者说已经渗透到其他法律领域内，并已有规制行政权的行政法意义的比例原则和规约整个公权力体系的宪法意义的比例原则之分。[1]42且在前文的讨论中，学者否定《宪法》第33条第2款可推导出比例原则的理由便在于该条款仅能规制法律适用行为而不能规制立法行为。故此，如果“比例原则更多地在于制约行政行为”的命题可以成立的话，我们便无须费力寻找比例原则（宪法意义的比例原则）的中国宪法规范基础，因为蕴含实质平等理念的“法律适用上的平等”依然可作为推导比例原则（行政法意义的比例原则）的宪法规范依据。探寻比例原则的中国宪法规范基础的缘由就在于宪法意义的比例原则的主要规制对象乃是立法行为而非行政行为等其他公权力行为。

其次，我们并不否认《立法法》仅是立法领域的基本法而非宪法，但是，《立法法》制定主体和我国制宪、修宪机关的同一性（均为全国人民代表大会）却又决定了《立法法》条文的释义可作为反证《宪法》涵义的一项重要依据。① 所以，假设《立法法》第6条蕴含了比例原则的精神，则我们完全可以以此为理由，根据“共时解释”的方法，推定《宪法》第33条第2款已非制宪原意上的“法律适用平等”，而业已衍生出“立法上平等”的意涵。如此，将平等权（原则）条款视为推导比例原则的一项宪法规范依据则具备了更为充分的理由。

最后，从我国学者对《立法法》第6条的解释来看，该条有关“科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任”的规定的主要要求便是：立法在设定公民的权利和义务时，一定要把握公民权利与义务相统一的原则；在设定国家机关的权力时，要坚持国家机关权力与责任相统一的原则。[22]②而我国《宪法》第33条第4款规定的“任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。”（即权利义务的相统一原则）恰是我国宪法平等权规范结构的一个重要组成部分。[21]110由此，我们可以说，我国宪法平等权（原则）规范是推导比例原则的一项重要宪法规范依据。

四、《宪法》第51条：“延长线”上的比例原则

尽管我们可将宪法平等权（原则）条款作为推导比例原则的宪法规范依据，但这并不妨碍我们为比例

① 我国有学者认为，“因为全国人大常委会享有宪法解释权，对宪法的不同理解应以它的解释为准，它制定的法律就是对宪法的阐释。”参见许安标、刘松山：《中华人民共和国宪法通释》（第二版），中国法制出版社2004年版，第213页。如此阐释可成立，则基于全国人大享有修宪权的宪法规定及事实上的制宪机关地位，全国人大制定的法律更有资格成为宪法解释的一种形式。

② 《立法法》修正之后，原第6条的表述发生了些许变化，其被修改为“立法应当从实际出发，适应经济社会发展和全面深化改革的要求，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。”即便如此，正文中所引用的对“科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任”的解释依然可以成立。

原则的“中国基因”寻找更多的宪法规范支撑。其缘由有二：一是上文已经论证的比例原则的宪法“支撑”并非局限于某一条款，所有蕴含了该原则规范理念的条款均可成为其宪法依据；二是学界有一种观点认为，即使可从平等原则推导出比例原则，但其功能范围有限即只能在防范立法归类中的“恣意”方面发挥作用，却无法解决基本权在行使过程中与其他基本权的冲突问题，也无法就国家组织性事项争议的解决发挥作用。[9]

上文的引证已经指出，有学者认为我国《宪法》第 51 条的规定蕴含了比例原则的要求。但其他学者对此提出了质疑，质疑的主要理由是：(1)“比例原则的旨趣乃是限制国家权力对个人权利的侵犯”，而《宪法》第 51 条“表达的是对公民权利滥用的限制，在方向上与比例原则在法律目的和限制主体上都是相冲突的，因此不应成为比例原则的中国宪法基础。”[8](2)《宪法》第 51 条的规定“显然是将公民权置于‘国家的、社会的、集体的利益’之下，并不存在权衡两者的余地，因而也无法导出‘比例原则’之‘均衡性的要求’。”[9]

如前所论，比例原则反映的是权利本位性、公共利益的非至上性和公益与私益之间的可权衡性等规范理念，可以说，比例原则构成了“基本权利限制”的“限制”。然而从我国《宪法》第 51 条规定的表述来看，其并不具备如德国《基本法》第 19 条第 2 款规定(“基本权利的基本内容在任何情况下都不得受侵害。”)的内容，也未载有如《俄罗斯联邦宪法》第 55 条第 3 款规定的“必需的限度”或我国台湾地区“宪法”第 23 条规定的“必要”的表述。① 加之我国政治与法律实践中历来倡导与践行的“国家利益、社会公共利益、集体利益”相较于“个人私益”的绝对优越性，因此，要从规定公民基本权利限制的《宪法》第 51 条中解读出比例原则意涵的可能性基本上不存在。

但是，随着我国政治与法律生态环境的变化及人们权力、权利观念的更新，要从《宪法》第 51 条中解读出比例原则的规范内涵也不是不可能。首先，如前所论，日本学者往往将《日本国宪法》第 13 条的规定视为推导比例原则的宪法规范依据。但从日本《宪法》第 13 条的表述来看，其也并不具有如同德国《基本法》第 19 条第 2 款或韩国《宪法》第 37 条第(二)项有关“基本权利的基本内容不得限制”的规定。尽管我国《宪法》第 51 条并未出现像日本《宪法》第 13 条中“在立法及其他国政上都必须予以最大尊重”的表述，但我国《宪法》第 33 条第 3 款的规定——“国家尊重和保障人权。”(以下简称“人权条款”)——却可在相当程度上弥补《宪法》第 51 条的规范内涵“缺陷”。其次，诚如林来梵教授所言，我国《宪法》第 51 条“基本上可理解为是对权利内在制约原理的一种宪法规范上的表述”，而外国宪法学中的所谓比较衡量论(或称“利益衡量论”)，便是在这种宪法权利的内在制约说的延长线上确立起来的。[21]100 而利益衡量恰是比例原则的重要内容(即“狭义上的比例原则”)。[23] 同时，《宪法》第 51 条已经蕴含了比例原则中的“目的”要素，即立法等公务行为须以维护“国家利益、社会利益、集体利益及他人的合法自由和权利”为目的才可限制公民的宪法基本权利。由此，我们可在结合《宪法》第 33 条第 3 款的基础上，在《宪法》第 51 条的“延长线”上推导出比例原则的精神意涵。

五、“人权条款”：比例原则的重要承载者

“人权条款”是否蕴含了比例原则的精神呢？有学者基于比例原则本质的“权利义务对称性”，认为“人权条款”“同时约束了国家的干预行为和给付行为的目的，要求都应以人权为根本才能实施公权力行为，这与‘妥当性原则’的公权力行为须有利于实现所追求的正当目的之内涵是一致的，可认为是‘妥当性

① 《俄罗斯联邦宪法》第 55 条第 3 款规定：“联邦法律只能在为捍卫宪法制度的基本原则、道德以及其他人的健康、权利和合法利益，保障国防和国家安全所必需的限度内，限制人和公民的权利与自由。”

原则'的宪法规范基础。"并且其还主张《宪法》第33条第4款可解释出比例原则中"必要性原则"的内涵，而"人权条款"与《宪法》第33条第4款相结合还可共同释出"法益相称性"这项比例原则的要求。[8]

对于如上主张，笔者认为，我国《宪法》第33条第4款有关"公民权利义务一致性"的规定是我国宪法平等权规定的规范结构中的组成部分，因此，在规范整体的关联意义上，其只能与《宪法》第33条第2款"在法律面前一律平等"的规定相结合，作为推导比例原则的重要宪法规范依据。如仅以上述论者自己推导出的比例原则之"权利义务对称性"的本质为凭据，解释出《宪法》第33条第4款内在地包含了比例原则的"必要性原则"要求，确实存在其他论者所言的"牵强附会之嫌"。[9]因为"必要性原则"包含"相同有效性"和"最少侵害性"两个要素，也就是说，在数个同样适合的措施中，对相对人的基本权侵害最小者，即属必要。[20]237而从《宪法》第33条第4款所反映的如下三个方面的宪法意义来看，其至多内含公民的宪法、法律权利的可限制性(尤其是下述第三方面的意义)，但却并未包含"相同有效性"和"最少侵害性"这两个对权利限制的"限制"要素：(1)有利于正确处理权利与义务的关系。权利与义务的关系是对立统一关系，没有无权利的义务，也没有无义务的权利；(2)有利于消除权利义务分离的现象；(3)有利于正确处理公民个人、集体和国家之间的关系。[14]151-152

那么，是否可从"人权条款"中推导出妥当性原则甚至比例原则的理念或要求呢？有论者认为，"人权条款"中的"尊重"意味着"不侵犯"，国家负有不侵犯的消极义务。"保障"则要求国家保护公民的各项权利免受来自于国家机关、其他公民、法人和社会组织的侵害与破坏；而对于那些需要国家干预才能实现的权利，如受教育权、就业劳动权等，国家不仅不能侵犯，还需要以政权的力量采取积极有效的措施保证其实现。[24]如此的解读使得要从"人权条款"中推导出作为基本权利限制的"限制"之比例原则显得异常困难。因为，比例原则适用的前提乃是承认可以维护公共利益为由限制公民基本权利，之后才从目的、手段及其相互之间的关联度等角度考察这种限制是否合乎宪法。而"人权条款"的如上解读却使其只具有赋予公民"人权"及设定国家承担"尊重"和"保障"人权义务的规范内涵。

欲使"人权条款"成为推导比例原则的宪法规范依据，一种重要的解释路径就是使该条款中的"保障"具有基本权利限制之限制的意涵，已有论者作出了这样的努力。林来梵教授等认为，由于权利之间是有可能相互冲突的，因此为了更好地保障人权，就不得不限制其他人权。因此，"对人权既保障又限制，正是人权保障的重要内容，也体现了人权不受侵犯性和受制约性这一自我矛盾的基本性质。"但是对人权的限制又有可能在保障其他权利甚至"公共利益"的名义下被滥用，由此就必须对"限制"进行"限制"。[25]而比例原则恰是后一种"限制"所须遵循的基本原则。如此的解释方案就为"人权条款"推导出比例原则的结论提供了极具启示、亦有一定说服力的理由。

另一解释路径则是将《宪法》第51条和"人权条款"相结合，前者明确规定为了维护"国家利益、社会利益、集体利益"和保护他人合法的权利与自由可对公民享有的宪法基本权利进行限制；后者则在此基础上要求国家在"保障他人权利和维护公共利益"而"限制"公民基本权利时履行"尊重和保障"人权的宪法义务。也就是说，我们可以《宪法》第51条为依据检视"人权限制"的目的是否合宪，而第33条第3款则可被用以考量"人权限制"的手段合宪性及目的与手段之间关联度(包括利益衡量)的合宪性。

无论哪一种解释路径，如果承认"人权条款"并非是可有可无的条款且具有重要的宪法意义，①那么，"人权条款"便是推导比例原则的重要宪法规范依据，即使其无法单独支撑"比例原则"。

如前所引，有些论者还主张《宪法》第10条第3款、第13条第3款——国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地以及公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。——是确定在私有财产权

① 刘松山教授认为："人权条款在宪法中也可以被理解为可有可无的尴尬条款。"参见刘松山：《人权入宪的背景、方案与文本解读》，《华东政法大学学报》2014年第5期。

保护领域适用比例原则的宪法规范依据。从两款的宪法规范内涵来看,其已经显现出比例原则的规范要求:即对土地及公民私有财产的征收、征用(限制手段)必须为了公共利益(目的),并且基于公共负担平等、特别牺牲补偿的原则,公民为了公共利益所作出的牺牲必须依法予以补偿(限制的限制)。比例原则代表的公共利益非至上性、公益与私益之间的可权衡性等规范理念在此两条款中得到了较为鲜明的体现。不过,值得指出的是,正如有学者所言,上述宪法条款仅能说明在私有财产权保护领域可适用比例原则,但能否推及其他宪法基本权利的保护,是值得思考的。[9]

综合上论,本文认为,我国《宪法》第5条第5款、《宪法》第33条第2、3、4款与第51条,以及第10条第3款、第13条第3款形成了一个相互结合、相互补充的,可用以证立比例原则的,既包含概括性的原则性条款也包括具体的基本权利条款的中国宪法规范群。

参考文献:

[1]陈新民. 中国行政法学原理[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
[2]陈新民. 德国公法学基础理论(增订新版·上卷)[M]. 北京:法律出版社,2010:416-417.
[3]摩西·科恩-埃利亚,易多波·拉特. 比例原则与正当理由文化[J]. 南京大学法律评论,2012(秋季卷):35-57.
[4]康拉德·黑塞. 联邦德国宪法纲要[M]. 北京:商务印书馆,2007:550.
[5]胡锦光. 中国十大宪政事例研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2009:130.
[6]周佑勇. 紧急状态下的人权限制与保障[J]. 法学杂志,2004(4):21-22.
[7]姜昕. 公法上比例原则研究[D]. 长春:吉林大学,2005:166.
[8]翟翌. 比例原则的中国宪法规范基础新论——以宪法第33条为中心[J]. 新疆社会科学,2012(5):88-94.
[9]门中敬. 比例原则的宪法地位与规范依据——以宪法意义上的宽容理念为分析视角[J]. 法学论坛,2014(5):94-102.
[10]刘权. 论比例原则的规范逻辑[J]. 广东行政学院学报,2014(2):54-58.
[11]GRIMM Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence[J]. The University of Toronto Law Journal,2007,57(2).
[12]许玉镇. 试论比例原则在我国法律体系中的定位[J]. 法制与社会发展,2003(1):127-132.
[13]青柳幸一. 基本人权的侵犯与比例原则[J]. 华夏,译. 比较法研究,1988(1):34-42.
[14]全国人大常委会办公厅研究室政治组. 中国宪法精释[M]. 北京:中国民主法制出版社,1996.
[15]许安标,刘松山. 中华人民共和国宪法通释[M]. 北京:中国法制出版社,2003.
[16]乔晓阳. 关于这次修宪的背景、过程、原则、内容及意义[J]. 中国法学,1999(2):3-8.
[17]江泽民. 高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪[EB/OL]. [2016-04-14]. http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2004-04/29/content_1447509.htm.
[18]董和平,韩大元,李树忠. 宪法学[M]. 北京:法律出版社,2000:133.
[19]祝捷. 台湾地区权利保障司法案例选编[M]. 北京:九州出版社,2013.
[20]林来梵. 宪法审查的原理与技术[M]. 北京:法律出版社,2009.
[21]林来梵. 从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言[M]. 北京:法律出版社,2001.
[22]乔晓阳. 立法法讲话[M]. 北京:中国民主法制出版社,2000:36-38.
[23]王书成. 论比例原则中的利益衡量[J]. 甘肃政法学院学报,2008(2):25-31.
[24]焦洪昌."国家尊重和保障人权"的宪法分析[J]. 中国法学,2004(3):42-49.
[25]林来梵,季彦敏. 人权保障:作为原则的意义[J]. 法商研究,2005(4):64-69.

(下转第51页)