

比例原则的适用范围与限度

梅 扬^{*}

内容提要：比例原则是对限制公民权利的国家权力的限制，其适用需要满足一定的前提条件。比例原则保护的是一种相对权利，审查的是国家权力行使的合理性问题，不可克减的公民权利以及目的正当性不在其适用范围内。比例原则具有独特的内涵和价值功能，没有必要也不应当在民法、刑法等部门法中普遍适用，理应回归行政法这一固有领地。为适应国家任务的多样性，比例原则在关注侵益行政行为的同时，也应当向授益行政行为和互益行政行为的领域拓展，但“最小侵害”的严格标准和“法益均衡”的目标追求，决定了其主要用于规制常态意义下的行政权力行使，在紧急状态中的适用要受到一定限制。

关键词：比例原则 人权保障 法益均衡 紧急状态

引 言

比例原则滥觞于19世纪的德国警察法学，最初主要用以规制警察权力。随着政府职能的延伸，比例原则逐渐在工商、交通、环境等各类行政执法领域中获得适用，但总体上仍限于在行政法范畴内发挥审查行政权力行使合理性的功能。近些年，比例原则发展成为一项颇受学界欢迎的法学教义，呈现出地域普遍化、领域普遍化，甚至“席卷全球”的态势。^{〔1〕}在我国，比例原则被一些学者视为一项近乎万能的理论分析工具，也被倡导广泛应用到实践当中。在理论层面，有学者认为，比例原则的逻辑起点是人权保障，这恰与宪法的内在价值相契合，故比例原则应升格为一项宪法基本原则；^{〔2〕}比例原则的主要功能是规制国家权力，凡国家权力能够触及的领域，都能找到比例原则的适用空间；^{〔3〕}比例原则的

* 武汉大学法学院讲师。

本文系中国博士后科学基金第66批面上资助项目“比例原则的适用研究”（2019M662722）的阶段性成果。

〔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，第1519页。

〔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，第370页；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》，《法学论坛》2014年第5期，第97页。

〔3〕 参见于改之、吕小红：《比例原则的刑法适用及其展开》，《现代法学》2018年第4期，第137页；姜涛：《追寻理性的罪刑模式：把比例原则植入刑法理论》，《法律科学》2013年第1期，第100页。

精髓在于禁止过度,此乃理性之行为准则,比例原则可以在包括民法在内的整个部门法体系中普遍适用。^[4]在行政法领域内部,有学者提出,比例原则不仅可以用来审查行政行为的合理性,还可用来审查行政行为的合法性,目的正当性也应被纳入比例原则的作用范畴;^[5]比例原则不仅可以规范常态下的行政权力行使,还可适用在紧急状态中,使公民权利在任何情况下都能得到“最小侵害”标准之保障。^[6]当前,比例原则已在备案审查的制度运行中获得适用,且已成为一项较为常用的审查标准,^[7]有学者呼吁将其作为合宪性审查的基准之一。^[8]司法实践中,目的正当性审查已被部分法院接受,比例原则的适用范围正逐渐从行政审判拓展至民事审判和刑事审判。^[9]

比例原则适用范围的全方位拓展,的确在短期内快速提升了理论界和实务界对比例原则的关注度,扩大了该原则的影响力。^[10]但我们在肯认此种正面效应时,也有必要对该现象可能带来的负面影响有所认知,防止比例原则适用范围的拓展演变成宣扬一种简单的“合比例”思想或将比例原则视为“公平正义”之化身的趋势,避免比例原则丧失其特色和独立性。其实,早有学者担忧,不当扩张适用比例原则,“将会使得作为一项法规范原则所蕴含的释义学结构逐渐失其具体形貌,其特色与主要功能也可能渐次隐微不显”。^[11]

发端于行政法、注重审查行政权力行使合理性的比例原则,是否能够无差别地适用于各个部门法,是否存在广泛应用于法律实践的可行性?泛化适用比例原则能否为法学研究带来学术增量,是否会对既有的法学知识理论体系造成冲击?在比例原则研究热潮中,上述问题有必要被认真思考和对待。要解答这些疑问,需要回归比例原则的原旨,重申比例原则的适用前提,廓清比例原则的适用范围,明确比例原则的适用限度。

一、比例原则的原旨及其适用前提

从比例原则的起源和形成过程看,比例原则的逻辑起点是人权保障,本质是对基于公

[4] 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98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147页。

[5] 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137页;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,第111页。

[6] 参见陈聪:《紧急状态下人权克减的法律规制》,《北方法学》2009年第6期,第29页;戴激涛、刘薇:《政府应急处理中的人权保障——以比例原则为视角》,《广州大学学报(社会科学版)》2008年第5期,第10页。

[7] 参见《规范性文件备案审查制度理论与实务》编写组编:《规范性文件备案审查制度理论与实务》,中国民主法制出版社2011年版,第120页以下。

[8] 例如,范进学认为,比例原则为合宪性审查提供了具有可操作性的判断标准和阐明宪法正当性的理论工具。比例原则在合宪性审查机构推进合宪性审查工作进程中必将被经常性运用(参见范进学:《论宪法比例原则》,《比较法研究》2018年第5期,第114页)。郑贤君主张,宪法和法律委员会在审查法律草案时,须使用比例原则权衡限制手段与合法的政府目的之间的关系(参见郑贤君:《全国人大宪法和法律委员会的双重属性——作为立法审查的合宪性审查》,《中国法律评论》2018年第4期,第40页)。

[9] 笔者于2020年3月9日以“比例原则”作为关键词在“中国裁判文书网”中检索,2010年至2018年间,共检索到36份刑事判决书、870份民事判决书。在这些案件中,比例原则要么是被当事人主张,要么被法院援引用以说理。

[10] 鉴于比例原则影响力的日渐提升,有学者甚至主张以比例原则替代合理原则。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88页。

[11] 蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,《政大法学评论》总第62期(1999年),第102页。

共利益需要而限制公民权利的国家权力的限制，有学者将其简称为“权利限制的限制”。^[12] 据此不难发现，比例原则的适用需要满足一定的前提条件，即受到比例原则保护的公民权利应当是相对权利，有待比例原则审查的是国家权力行使的合理性问题。

（一）比例原则的原旨

在现代法治社会，公民权利的行使要受到内在和外在两方面限制。^[13] 外在方面的限制，主要是国家机关基于公共利益的需要，运用国家权力对公民权利施加的限制，其最终目的是确保公民权利的享有和行使能够体现实质公平。在该过程中，国家权力也有可能遭到滥用，悖离合理限制的初衷，于是有必要对此种限制进行再限制。

比例原则的思想萌芽于1802年德国学者温·伯格的《德国警察法手册》一书。在当时的德国，各种公权力中，警察权力对公民权利的威胁最大。温·伯格提出警察权力只有在“必要时”才可以行使。随后，奥托·迈耶也明确主张“警察权力不可违反比例原则”。^[14] 在比例原则的形成过程中有两个案件至为关键。1882年的“十字架山案”对“必要性原则”的确立有着重要影响。该案涉及对限制公民居住权的警察权力的限制。普鲁士高等法院在判决书中指出，柏林市警察局基于增进社会福祉的理由而限制部分柏林市居民的建筑物高度是没有必要的，且已超出必要限度。^[15] 1958年的“药房案”对“均衡性原则”的确立有着重要影响。该案涉及对限制公民职业自由权的许可权力的限制。德国联邦宪法法院在判决书中指出，新设一家药店可能扰乱经济秩序、危害公共安全的假设，明显被上巴伐利亚政府高估。任何自由职业都存在道德低落的风险，但这并不能作为拒绝一个道德上暂无瑕疵的申请人进入该职业的理由。^[16] 至此，比例原则通过适当性、必要性、均衡性三个子原则，^[17] 从不同层面为限制公民权利的国家权力设定要求，成为限制国家权力滥用，保护公民权利不被肆意侵犯的“利器”。中西方很多学者都对比例原则的这一原旨作出过阐释。例如，以色列的莫舍·科恩-伊利亚和伊多·波拉特经过考察认为，比例原则是保证国家权力正当行使的最佳手段，国家权力只有在符合比例原则的基础上限制公民权利才是正当的限制。^[18] 蔡宏伟经考证和分析也持大致相同的观点，“西方语境下的‘比例原则’只能作为‘限制公权力滥用’的法律方法或工具来理解”。^[19]

[12] 参见刘权、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47页；赵宏：《限制的界限：德国基本权利限制模式的内在机理》，《法学家》2011年第2期，第161页。

[13] 内在限制是指公民权利的行使不得侵犯他人权利，更不得侵犯公共利益。这是共同体状态下权利在其自身性质上理所应当伴随的界限；外在限制是指共同体可以基于公共利益的需要运用公权力对公民权利进行限制，这是社会契约（宪法）所容许的。参见[日]芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，清华大学出版社2018年版，第74页以下。

[14] 参见陈新民：《宪法基本权利之基本理论》上册，台湾元照出版股份有限公司1999年版，第256页以下。

[15] 参见姜昕：《比例原则研究》，法律出版社2008年版，第78页以下。

[16] 参见谢立斌：《药店判决》，载张翔主编：《德国宪法案例选释第1辑：基本权利总论》，法律出版社2012年版，第48页以下。

[17] “适当性”是指手段有助于目的的实现，这是对国家权力行使的基本要求。“十字架山案”“药房案”中也蕴含了“适当性”要求，因为只有当手段有助于目的实现时，才会去考虑手段对相对人利益是否“侵害最小”。“药房案”后，学者们开始将比例原则分为三个子原则，并将适当性列于第一层次。参见前引[5]，刘权文，第134页。

[18] See Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 Am. J. Comp. L. 463, 481 (2011).

[19] 蔡宏伟：《作为限制公权力滥用的比例原则》，《法制与社会发展》2019年第6期，第128页。

（二）比例原则保护的公民权利是相对权利

由于比例原则是对基于公共利益需要而限制公民权利的国家权力的限制，比例原则适用的首要前提就是存在公民权利受到限制的事实。这进一步要求，比例原则所要保护的公民权利应是一种相对权利，具有“无法被绝对保护”的性质。只有当公民权利可以被限制而事实上又受到限制时，比例原则的介入才有必要。

实践中，主张比例原则的适用范围应覆盖所有公法领域的学者，多是将比例原则简单等同于道德义务论式的权利保护/权力限制理论。例如，蔡宗珍在谈及比例原则的适用范围时曾指出，“权力有限”理念在公法领域崛起、发展，并演变成为一个具有相当威力的法学原则。比例原则建立在该理念的基础上，全部的公法领域都应受比例原则的影响。^[20]姜昕认为，现代公法精神以人性尊严、民主、人权保障以及公益与私益的调和等为核心内容。比例原则的出发点是基本权利保护，并具有认定和补充基本权利的功能，应当定性为公法的一项基本原则，适用于所有的公法领域。^[21]实际上，有必要接受比例原则保护的公民权利只能是相对权利，而并非所有公民权利都具有相对性。在整个公民权利体系中，有一些权利极为特殊，具有“不可被侵犯”的绝对权利色彩，即国际法上常说的“不可克减的公民权利”。此种绝对权利的存在严重挑战了比例原则在公法领域中的普适性。对于这类不可克减的公民权利，必须给予特别保障，无论情况多特殊、限制多轻微，对绝对权利的限制都会被视作违宪或者违法。违法或违宪的权利限制，自然不存在是否合理的问题。面对不可克减的公民权利，比例原则并无“用武之地”。

具体而言，在现代法治社会，正当限制公民权利只能基于“权利与权利冲突”和“公共利益需要”两种情形。有些公民权利不会产生外部效果，不会发生权利与权利相冲突的现象，也就不需要被限制，典型的如思想自由、宗教信仰自由（不包括宗教的行为自由和宗教的结社自由）等。有些公民权利是人之所以为人的关键所在，即便为了公共利益也不能加以限制，甚至在紧急状态下出于维护重大公共安全或国家安全的目的也不例外，典型的如主体地位平等（不得使为奴隶）、身体完整（禁止酷刑）。目前，不少国家的立法或国际公约都对这些不可克减的公民权利进行了规定或列举。例如，葡萄牙宪法（1982年第1次修改）第19条第4项规定，宣布戒严不能侵犯生命权、人格完整、个人的公民资格与公民权利、刑法的非追溯性、被告人的抗辩权及信仰自由与宗教自由。^[22]《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款规定，在紧急状态下不得克减公民的部分基本权利，这些基本权利主要包括生命权、人道待遇、不得使为奴隶或被强迫役使、法律人格的权利，以及思想、良心和宗教自由等。^[23]

近些年，国外已有学者注意到不可克减的公民权利无需受到比例原则的保护，并对比例原则在该领域中的适用提出了质疑。凯瑟琳·杨对德国等西方国家的司法实践情况进行了考察，发现比例原则在有关思想自由权的司法裁判中极少适用，认为如果司法机关确信出于某种价值理由需要对这些权利予以绝对化的保护，就应当完全放弃适用比例原则，明

[20] 参见前引〔11〕，蔡宗珍文，第76页以下。

[21] 参见前引〔15〕，姜昕书，第135页以下。

[22] 参见周佑勇：《紧急状态下的人权限制与保障》，《法学杂志》2004年第4期，第22页。

[23] 参见龚刃韧：《不可克减的权利与习惯法规则》，《环球法律评论》2010年第1期，第6页以下。

确以特定价值原则作为裁判基础。^[24] 对于这些不可克减的公民权利的限制，只会存在合宪性或合法性的问题，不会存在合理性的问题。贾马尔·格林也间接提出了类似观点，他主张通过引入比例原则减少美国宪法审判中权利绝对论的影响，^[25] 其立论的基础就是比例原则所保护的公民权利应当具有非绝对性。

（三）比例原则适用于审查国家权力行使的合理性

即便在相对权利领域，比例原则的适用也并非毫无边界。依比例原则的原旨，其所针对的必须是基于公共利益需要而限制公民权利的国家权力。此项国家权力的行使已经获得了“公共利益需要”的合法性“外衣”，比例原则负责解决的是国家权力行使的合理性问题。这一点，还可从比例原则三个子原则的具体要义中得到印证。三个子原则针对的都是国家权力中的手段裁量权。适当性原则要求国家机关采取的手段应当有助于目的的实现。“适当性”属于目的导向的范畴，只要手段能够满足目的需要，便可满足适当性的要求。必要性原则要求国家机关选取对当事人利益侵害最小的手段。“必要性”属于后果审视的范畴，在手段达到了适当性的基准后，在满足目的所需的诸种手段里，唯有对公民权利侵害最小的手段，才被认为是必要的。均衡性原则要求国家机关采取的手段给当事人利益造成的损失应与手段所追求的目的合乎比例。“均衡性”属于利益衡量的范畴，其对手段所追求的目的与手段所造成的后果进行综合考量，在手段已满足前两项基准的条件下，后果还必须与目的保持均衡。比例原则的三个子原则层层递进、环环相扣。如果国家机关选择的手段不利于目的的实现，或者手段没有实现对当事人利益的侵害最小化，或者手段所造成的损失已经超出了手段所追求的目的、不合比例，即构成手段裁量权的滥用。

随着比例原则在地域和领域上的全方位拓展，比例原则传统的“三阶”结构开始遭到部分西方学者的质疑。为规范比例原则的适用逻辑，增强比例原则的适用能力，他们主张将目的正当性引入比例原则，确立全新的“四阶”比例原则。^[26] 中国也有学者通过借鉴域外经验，认为我国已经步入实质法治时期，执法机关的目的不再完全由代议机关创设，其自身掌握了大量立法权，享有目的上的创设权。在此背景下，“三阶”比例原则在结构上已难谓严谨，逻辑上也难以自洽，有必要将目的正当性纳入比例原则的作用范畴，以规制执法目的的设定，维护实质正义。^[27] 上述观点看似合理，却没有意识到，对于国家权力而言，目的正当性审查本质上是一种公共利益审查，属于合法性审查的一种。^[28] 即便在实质法治时期，执法机关获得了目的上的创设权，它也要接受法律优先、法律保留等原则的合法性控制，涉及的仍是国家权力行使的合法性问题。比例原则之适用，是将目的（公共利益）之合法性视为当然前提而不加怀疑，目的正当性并不在其射程范围内。以“执法机关掌握目的创设权”为由，主张将目的正当性纳入比例原则作用范畴的观点，在逻辑上无法成立。

能否直接抛开比例原则的本来面目，创造一个全新的比例原则，将国家权力行使的合

[24] See Katharine G. Young, *Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights*, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, p. 256.

[25] See Jamal Greene, *The Supreme Court, 2017 Term-Foreword: Rights as Trumps?* 132 Harv. L. Rev. 55–58 (2018).

[26] See Kai Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, 10 Int'l J. Const. L. 709, 712 (2012).

[27] 参见前引〔5〕，刘权文，第137页；前引〔5〕，蒋红珍书，第111页。

[28] 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，第17页。

法性和合理性问题都纳入比例原则的作用范畴,以拔高比例原则的理论站位,扩充其价值功能呢?这看似可行,却也有潜在风险,可能引发如下问题:一是挤压比例原则之裁量权治理功能的发挥空间。任何手段都是应目的而生的,目的是手段的前置内容。只有目的合法正当,才有进一步判断手段是否合理的必要。^[29]将目的正当性纳入比例原则的作用范畴,一旦目的正当性的审查步骤未能通过,后续三个用来审查手段的步骤,即适当性审查、必要性审查和均衡性审查,也就没有了介入的必要。目的正当性将成为比例原则审查的决定性环节,比例原则既有的裁量权治理功能就会受到严重挤压。二是增加比例原则适用方法逻辑缺失的风险。目的与手段看似泾渭分明,实践中却极易混淆。比例原则适用方法的基本逻辑是将手段与目的区分开来思考。换言之,比例原则适用的前提是目的问题已经得到确定和解决,目的在比例原则审查中只是充当一个被比对的对象,是一个定量。比例原则原本的适用逻辑是非常清晰和严谨的。一旦将目的正当性纳入比例原则的作用范畴,将其作为比例原则审查中的第一个阶段,审查者关于“政治正当或基本权利的道德确信”在这个阶段就可能被唤起,审查者的头脑就容易被目的正当性的道德直觉占据,导致手段被目的吸收。比例原则对目的和手段进行拆分思考的适用方法和逻辑,就易被审查者忽视,比例原则的适用结果也会因之发生变化。^[30]

合法性与合理性是判断国家权力的行使是否正当的两个不同维度。前者主要解决国家权力的行使何以有效的问题,标准较为具体,且只存在合法与不合法两种鲜明的类型。后者主要解决国家权力的行使何以适当的问题,标准相对抽象且有不同程度上的类型之分,如严重不合理、一般不合理、瑕疵等。合法性判断与合理性判断在时序上存在严格的逻辑关系,前者构成后者的前提和基础,合法行使的国家权力不一定是合理行使的,但假如国家权力的行使不合法,就无需再去判断其是否合理。也正因此,国家权力行使的合法性与合理性往往遵行截然不同的判断规则。合法性判断主要从目的、主体、权限、程序以及形式等方面展开,合理性判断主要是从手段种类、手段幅度等方面展开。倘若将这两个扮演不同角色、隶属不同层次、遵行不同规则的审查要件交由比例原则统辖,只会使比例原则的性质定位和价值功能日趋模糊,沦为可被随处安放的“万金油”。此时,对国家权力的行使作出合法性与合理性的正当性维度区分还有何意义?德国联邦宪法法院前法官迪特尔·格林通过对德国司法审判实践的多年考察发现,目的正当性审查已经变得非常宽松,流于形式。审查者基本上都会在这一环节“放水”,即只要是宪法没有明确禁止的目的,审查者都会将其视为合法正当的目的。几乎从未有待审查的法律未能通过这一环节的实例,被审查的对象都能够顺利进入比例原则后续三个层次的审查。^[31]这也进一步证实了,将目的正当性纳入比例原则的作用范畴并无必要。

[29] See Robert Alexy, *Proportionality and Rationality*, 载前引〔24〕, Jackson等编书,第14页以下。

[30] 戴昕、张永健在相关研究中举过一个典型事例。有学者运用比例原则分析政府对信用工具的运用,认为政府将自然人违反社会公德的行为认定为失信行为并辅以联合惩戒的做法违背了目的正当性的要求,理由是政府在主观上意图“将轻微违反道德要求的行为也通过强制手段加以控制”。戴昕、张永健认为,此处被认定为“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”的目的。参见前引〔1〕,戴昕等文,第1528页。

[31] See Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. Toronto L. J. 383, 388 (2007).

二、比例原则在民法和刑法中的适用限度

近年来，一些学者尝试拔高比例原则的原旨，认为比例原则介入的法律关系应是一个法律主体间地位和力量存在差距的不对等法律关系，^[32]即只要法律关系内部存在优势主体和弱势主体的力量对比，且主体优势地位可能遭到滥用，比例原则就可以适用。依此逻辑，学者主张比例原则的适用可以拓展至民法、刑法等部门法领域。^[33]针对这一现象，有如下两方面问题需要探讨：一是这些部门法中是否真的存在主体不对等的法律关系；二是即使不对等的法律关系存在，这些部门法中是否本来就有同比例原则功能类似的原则，足以调整和规范这种主体不对等的法律关系。

（一）比例原则不宜在民法领域中扩张

即使在“保护相对权利”和“审查国家权力合理性”的框架内，比例原则也并不普适。依比例原则防止国家权力侵犯个人权利的原旨，作为比例原则审查对象的权利限制关系，主要发生在国家机关与私主体之间。无论是从法律赋予的地位，还是从各种资源在事实上的分配来看，私主体相对于国家机关都处于弱势。在这种不对等的状态下，处于优势地位的国家机关存在滥用国家权力的可能，需要比例原则介入，防止公民权利被过度限制。国家机关相互之间以及私主体之间的法律关系，不必要也不需要比例原则介入。国家机关之间的法律关系通常建立在相互分工和相互制约的基础上，服务于国家权力的整体稳定和有序运行。私主体之间的法律关系主要奉行意思自治，以最大限度地激发私主体的创造力，增强社会活力。在大多数情况下，这些法律关系中的主体地位和力量对比能基本均衡。

民法调整的是平等主体之间的法律关系，比例原则不仅不能在民法中适用，强行适用还会对私法自治构成不当干涉。有学者主张比例原则可以在民法中适用，甚至建议将比例原则提升为民法的基本原则。其理由主要有两点：一是认为比例原则是对社会行为“目的理性”的凝练，是成本效益分析方法的另一种表达。比例原则中体现的适度、均衡、正义等思想，在法学领域具有普适性，故该原则值得在私法中推行；^[34]二是认为现代民法领域中也存在着强制性力量，这些强制力既可能来自国家，也可能来自私主体，对私法自治构成威胁。有必要通过比例原则的适用，将民法领域中的各种强制力量关进制度的笼子，确保民事法律关系中主体地位的实质平等，维护私法意思自治。^[35]

第一种理由是对比例原则的矮化和曲解。比例原则的内涵远比目的理性、成本效益分析以及适度、均衡、正义等思想、方法丰富得多。目的理性一般只要求行为以目的最优为旨归，比例原则不仅要求行为有助于目的的实现，还要求将行为的负面后果尽可能降到最小。成本效益分析更多是一种事实衡量，其技术色彩较为浓厚，比例原则不仅衡量事实，

[32] 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167页。

[33] 也有学者主张，比例原则可以在国家机关与国家机关之间的法律关系也即国家权力的配置中适用。参见前引〔12〕，刘权等文，第50页；王书成：《论纵向分权中的比例原则——以欧盟、联邦及单一制为考察对象》，《重庆社会科学》2007年第5期，第91页。

[34] 参见前引〔4〕，纪海龙文，第98页。

[35] 参见郑晓剑：《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101页。

也衡量价值。尤其是其中的均衡性审查环节，需要植入社会秩序、人性尊严以及伦理道德等诸多因素，“权利位阶分层”是其中一个非常重要的判断方法。适度、均衡、正义等思想只是价值理念，比例原则吸纳了这些价值理念，也额外增加了独特的法学意蕴。如果比例原则只是对上述价值理念的简单吸收和拼接，而无更多道理和作用，那么比例原则本身也就没什么意义了。目的理性、成本效益分析以及适度、均衡、正义等思想或者方法，本身确实具有一定普适性，但这并不意味着比例原则就是普适的。相反，正因为比例原则的内涵更为丰富，其适用范围才更为有限。将比例原则简单等同于上述方法或者思想，不仅会掏空比例原则的内涵，还会淡化其价值功能，致使其丧失独立性。

第二种理由也不能成立。学者们主张的第一种“不平等”其实有偷换概念的嫌疑。他们所称的国家强制力，大多体现在国家机关进行民事立法的活动中，而非民事法律规范的内容中。民事立法活动和民事立法的内容在性质上完全不同。前者作为立法活动，要受公法调整，在涉及限制公民权利的事项上，比例原则可以有适用空间；后者涉及私主体之间的法律关系，比例原则无需适用。“民法规范形式上源于国家并不能为比例原则在民法中全面适用提供充分理由。”^[36]第二种不平等从表面上看有一定道理。比例原则介入的是一个法律主体间地位和力量存在差距的不对等法律关系。私主体之间如果存在力量对比，也可能出现强势方滥用优势地位的情形，引入比例原则似乎能够起到维护弱势主体权益的效果。但是，民事法律关系中私主体单方支配力的来源主要有两个：一个是法律规定，出现在紧急避险等情形中；一个是事实，即基于不同私主体在禀赋、能力等条件上的客观差异，以及在政治、经济、信息等资源占有上的差异而产生的隐性支配力。私主体在法定意义上的单方支配力，建立在公共利益、本人利益或他人利益正在面临侵害或侵害危险的基础上，具有时间上的紧迫性。为此，法律赋予一方私主体对另一方私主体施以单方支配的权力，以保护正当法益或较大法益。在这个意义上，私主体的法定单方支配力与国家机关基于法律（公共利益）限制公民权利的性质一样，两者都存在法律授权，也都需要受到一定限制。但这并不意味着国家机关和私主体必须适用相同的限制标准。国家机关行使的是公权力，多数情况下，适用于国家机关的限制标准要严于私主体。例如，国家机关为了抗洪抢险而把私人财产推入洪水，这在法律上构成征收，必须给予权利人以公平补偿；私主体为保护自身重大利益而损及或牺牲他人合法财产，假如能在法律上构成紧急避险，至多只需进行适当补偿。国家机关基于公共利益需要而限制公民权利，不仅不得超出其所要维护的公共利益的需要，还要尽可能将其造成的负面影响降到最小。但私主体在紧急避险的情形下，不能参照适用比例原则。比例原则中的“最小侵害”标准对避险人的要求明显过于苛刻，强行适用比例原则将影响到紧急避险制度原有功能的发挥。

私主体基于事实形成的单方支配力，广义上仍属私法自治的范畴，即便这种支配力会遭到滥用，甚至侵害到相对方的权利，其也只是自治过度而非自治不足的表现。^[37]对此，国家法律不宜直接干预，只需要提供必要的救济手段。民法体系内部也已经确立了“诚实信用”“不得显失公平”“禁止权利滥用”等旨在节制私权的原则体系，它们足以解决私主

[36] 前引[32]，李海平文，第169页。

[37] 参见前引[1]，戴昕等文，第1540页。

体滥用单方支配力的问题。德国民法学家迪特尔·梅迪库斯曾就私法引入比例原则的一般主张提出批评，认为民事权利之间的冲突应当基于立法者制定的私法规范解决，不应当也没有必要交由司法者运用比例原则调整。^[38] 以色列原最高法院院长阿哈龙·巴拉克也表达了类似观点，比例原则是用来权衡国家机关与私主体间关系的判断标准，私主体间关系的权衡在私法上应适用另一套判断标准，如公序良俗、过失、权利滥用等。^[39]

（二）比例原则不宜在刑法领域中适用

也有学者主张将比例原则植入刑法，借以限制刑事制裁权这一国家权力的滥用，在罪刑之间求得平衡。从形式上看，比例原则在刑法中的适用似乎可行，刑法领域涉及国家机关与私主体间的法律关系，其与比例原则的适用对象相契合。但刑法领域里的国家机关与私主体关系，与比例原则所适用的国家机关与私主体关系并不等同，两者存在程度上的差异。对此，叶必丰曾从利益关系的视角作过概括：利益关系存在量的差别。第一层次的利益关系由普通的道德规范来调整；第二层次的利益关系由宪法、行政法以及民法来调整；第三层次的利益关系，由于涉及国家安全、公共安全以及公民根本利益，主要由刑法来调整。^[40] 作为国家权力的一种，刑事制裁权至关重要，对公民权益的影响非常重大，其行使必须慎之又慎。也正因此，刑法上早已确立了“法益保护”“刑法谦抑性”“罪刑法定”“罪责刑相适应”“法律面前人人平等”等诸多原则以及一系列具体的刑罚制度，以限制和规范国家刑事制裁权的行使。在这些既有原则和制度中，“法益保护”“刑法谦抑性”“罪责刑相适应”已经包含了比例原则的核心思想，特别是罪责刑相适应原则，其与比例原则在哲学基础、法理意涵等方面有很多相合之处，都要求施加的惩罚与所维护的法益保持均衡。^[41] 除此之外，作为一种特殊的国家权力，刑事制裁权所接受的限制远较比例原则严格。除上面提到的几项原则外，刑事制裁权还受“责任主义”的限制，即对行为人定罪量刑必须考虑其责任能力。责任主义既制约定罪，也制约量刑。^[42] 比例原则的三个子原则都未包含“责任主义”的要义，责任主义并不能为比例原则所涵摄。^[43]

综上，将比例原则引入刑法能够为刑法学科带来的学术增量十分有限，并不能为刑事制裁权的行使提供新的、更加科学的规范指引。

三、比例原则在行政法领域的适用与限度

比例原则有其特定的意涵、价值功能和适用前提，其适用范围不能被无限拓展。比例原则发源于行政法，与行政法的调整对象和理论基础牢牢契合，其适用范围理应回归行政

[38] Dieter Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, AcP 192 (1992), S. 36.

[39] See Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, 2001, pp. 36-41, 转引自前引 [35], 郑晓剑文, 第 103 页。

[40] 参见叶必丰:《行政法的人文精神》, 北京大学出版社 2005 年版, 第 28 页以下。

[41] 参见张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017 年第 7 期, 第 94 页以下; 田宏杰:《比例原则在刑法中的功能、定位与适用范围》,《中国人民大学学报》2019 年第 4 期, 第 56 页以下; 秦策:《理念、制度与方法: 比例原则的法教义学面相》,《法治现代化研究》2017 年第 4 期, 第 35 页以下。

[42] 参见张明楷:《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》,《法学研究》2010 年第 5 期, 第 128 页。

[43] 参见前引 [41], 田宏杰文, 第 60 页。

法这一固有领地。当然，比例原则在行政法领域中的适用也存在范围和限度的问题。

随着行政法治实践的发展与变化，比例原则在行政法中的适用范围需要作出适当调整，既要在侵益行政行为领域继续发挥作用，也有必要向授益行政行为和互益行政行为的领域拓展。此外，比例原则为公民权利的保护设置了“最小侵害”的严格标准，并以实现公私法益均衡为适用目标，该标准和目标是对常规状态下行政权力行使的要求，与紧急状态的现实境遇不相吻合甚至相互抵触，比例原则在紧急状态中的适用空间有限。

（一）比例原则的适用范围应当涵盖行政行为的全部类型

基于行政任务的多样化，行政权力的运行形式日益纷繁复杂、类型多样。依据行政行为效果的不同，目前行政行为大致可以分为侵益行政行为、授益行政行为、互益行政行为三类。^[44]不同类型的行政行为对相对人权益的影响有所不同。比例原则要在行政法领域更加精准地发挥其价值功能，有必要考察并结合上述不同类型行政行为的各自特征，有针对性地设计不同的适用规则。

1. 比例原则在侵益行政行为中的适用

侵益行政行为在行政机关的行为体系中长期占据主导地位，这与早期公共行政的内涵不谋而合——政府职能主要限定在社会秩序的维护上，而社会秩序的维护又不免需要借助带有惩罚性、压迫性特征的侵益行政行为进行全面管制。^[45]行政处罚是最早类型化的一种行政行为，几乎存在于所有的行政执法领域，是各国行政法的重点关注对象。我国早在1957年就颁布了《治安管理处罚条例》，1996年颁布了统一的行政处罚法。时至今日，涉及行政处罚的法律法规规章已达上百件，行政处罚法律体系基本成熟。比例原则不仅起源于规制侵益行政行为的需要，在发展与实践过程中重点针对的也是侵益行政行为。当前，比例原则的适用规则主要是围绕侵益行政行为设计的，以“最小侵害”为核心，即要求行政机关在可能达致目的的手段群中选择一个对相对人权益侵害最小的手段。在我国，比例原则已经成为法院审查侵益行政行为合理性的重要基准，其规制能力辐射行政处罚、行政强制、行政征收等多个领域。^[46]

2. 比例原则在授益行政行为中的适用

授益行政行为是行政机关服务者角色的体现，是国家对人民的生存、生活以及发展等承担的一种保障义务，其实质是对公共资源的再调节和再分配。授益行政行为虽然摒弃了“治民”的观念，树立了“为人民服务”的基本理念，但并不意味着行政机关与相对人的地位就近乎平等。授益行政行为的作出在很大程度上还是行政机关的单方意志之输送，行政机关在许多事项上享有决定权和支配权，其与相对人之间的关系，仍然是一种不对等的法律关系。

授益行政行为的特征决定了其潜在负面效应通常具有隐蔽性，不易被察觉。侵益行政行为如果作出不当，相对人失去的是其原本就享有的东西，属于“既有利益损失”的问题。授益行政行为则不同，其如果作出不当，相对人顶多是未能得到其原本就没有的东西。受

[44] 参见江国华：《中国行政法（总论）》，武汉大学出版社2017年版，第135页。

[45] 参见陈林跃：《我国公共行政转型对行政法学的的影响》，《江西社会科学》2015年第11期，第159页。

[46] 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，第85页以下。

此影响，授益行政行为领域的立法长期不受重视，立法动力不足、进程缓慢。^{〔47〕} 行政机关在授益行政行为中也就因此享有非常广泛的裁量权，远超其在侵益行政行为中所享有的裁量权。授益行政行为的这些特质与比例原则的原旨和适用条件相契合，将比例原则的适用范围扩大到行政救助等授益行政行为，具有充分的正当性。比例原则可以成为审查判断处于优势地位的行政机关是否滥用其裁量权的一个基准，以保护相对人的合法权益，使公共资源得到优化配置。^{〔48〕}

由于授益行政行为与侵益行政行为在行为效果上截然不同，将比例原则适用到授益行政行为领域，需要对其适用规则作适当调整，赋予三阶段审查以不同的内涵和任务。具体来说，适当性原则要求行政机关采取的授益手段必须有助于增进公共福祉。必要性原则要求行政机关应当在可能达致增进公共福祉目的的手段群中选择一个给予相对人以“最大保护”的授益手段。例如，《江苏省行政程序规定》第5条规定，行政机关行使裁量权应当符合立法目的和原则，采取的措施应当必要、适当；行政机关实施行政管理可以采用多种措施实现行政目的的，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人或者其他组织权益的措施。这既与授益行政行为的本质特征相符合，也能够最大限度地激发授益行政行为的内在价值。^{〔49〕} 通过适当性原则、必要性原则两个层次的审查，可以为行政机关确定一个对相对人“最大保护”的授益手段，但在一些时候，“最大保护”的授益手段对相对人的保护程度可能超过现阶段经济水平下国家财政的承受能力。由于国家资源总量有限，一方的过多受益就可能意味着其他方的受益不足或受损。此外，此种情况如果广泛并长期存在，还极易形成所谓的福利陷阱。为此，在适当性和必要性两个阶段的审查基础上，均衡性原则进一步要求，国家机关选取的授益手段必须与国家财政的承受能力相适应。

3. 比例原则在互益行政行为中的适用

互益行政行为是指行政主体与相对人通过合意互惠的方式，达成行政目标的活动，实践中以行政合同最为常见。由于行政合同产生的特殊背景及其承载的特殊价值，以往学界较多关注行政合同涉及的民法问题。近年来，人们逐渐意识到行政合同中的行政权力色彩在某种程度上有所淡化却并未完全祛除。作为公共利益的代表者，行政机关在行政合同中享有行政优益权。行政优益权的种类繁多，立法却没有规定每类行政优益权的具体行使条件和内容。行政机关在行政合同中享有何种行政优益权以及行使到何种程度，都是由行政机关裁量决定的。例如，《江苏省行政程序规定》第82条第2款规定，行政合同在履行过程中，出现严重损害国家利益或者公共利益的情形，行政机关有权变更或者解除合同。根据这一条文，行政机关行使行政优益权的条件是出现严重损害国家利益或者公共利益的情形，这是一个合法性问题。在此种情形下，行政机关究竟应当行使何种行政优益权？是单

〔47〕 我国至今没有全国统一的行政救助立法，相关规定散见于残疾人保障法以及《农村五保供养工作条例》《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》等法律法规中。这些零散的法律法规只在宏观层面明确了政府负有开展行政救助的职能和义务，对于行政救助的条件、范围、标准和手段等诸多具体问题涉及甚少。

〔48〕 参见黄学贤、杨红：《我国行政法中比例原则的理论研究与实践发展》，《财经法学》2017年第5期，第17页；前引〔5〕，蒋红珍书，第212页；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131页。

〔49〕 两害相权取其轻，两利相较取其大，“最小侵害”实质上就是一种“最大保护”，只不过各自的思考角度不同，二者目的都是为了保护弱势一方私主体的个人利益，都应成为现代行政法中比例原则的具体内容。

方解除行政合同还是单方变更行政合同？如果是变更行政合同，又涉及如何变更的问题。这些都要由行政机关裁量决定，属于合理性问题。裁量决定的合理性问题正属于比例原则所关心的内容。为防止行政机关以行政合同的合法形式掩盖滥用行政优益权的事实，比例原则有必要在行政合同领域得到适用。^[50]在行政合同领域适用比例原则，同样需要经过适当性、必要性、均衡性的三阶段审查，确保行政机关选择的行政优益权的类型及其程度有助于保护国家利益或者公共利益，将行政优益权对行政合同相对一方私主体利益的损害限制在尽可能小的范围内，在合同双方主体之间实现利益平衡。假如行政机关能够通过单方变更行政合同解决问题，就不应单方解除行政合同；单方变更行政合同的程度还应限制在“国家利益或者公共利益”所需要的范围内。

比例原则的适用对行政合同至关重要。合同的精髓在于平衡，无论什么类型的合同，利益平衡都是其赖以存在和维系的基石。在行政合同的缔结履行过程中，虽然行政机关的出发点和落脚点都是追求公共利益，是为公共利益之目的借用私主体在技术、资金等方面的优势，以更好地完成行政任务，但行政合同相对一方私主体的权益保障也不可被忽视。在市场经济条件下，私主体之所以会同行政机关签订行政合同，必然是经过理性计算、深思熟虑的，其希望通过签订行政合同与行政机关结成一种“利益共享、风险共担”的合作关系。私主体也期待通过行政合同的履行获取一定利益或避免某些风险，同行政机关的合作须是“有利可图”。倘若行政合同中私主体一方的利益总是被牺牲，行政机关再想找到合作者就会比较困难。^[51]目前，在我国的行政合同司法审查实践中，比例原则已经获得了一些适用，成为法院审查判断行政优益权的行使是否合理的重要基准。^[52]

（二）比例原则在紧急状态下的适用限度

比例原则通过规范和调整国家裁量权的行使，在公共利益与个人利益之间反复权衡，其不偏向任何一端，也不将哪方利益置于绝对优先地位。尽管在比例原则适用的三阶段中，不同阶段审查的侧重点有所不同，但最终目的还是为了实现公私法益的均衡。适当性审查以公共利益为导向，相对偏向于对公共利益的维护。适当性要求的仅仅是手段“部分有助于”实现目的，其是通过设置一个较为宽松的审查要件，为国家机关描绘出一幅“手段之多少”的图谱。^[53]必要性审查的观察点则转移到个人利益上，相对偏向对个人利益的保障，其坚持“最小侵害”的严格标准，将传统的控权理念发挥到了极致。^[54]均衡性审查在公共利益与个人利益之间进行衡量，其在适当性审查和必要性审查的基础上，明确指向比例原则的终极价值，即国家机关行使国家权力所追求的公共利益，相对于其所限制的个人利益，要合乎一定比例，既不可小题大做，也不可大题小做。均衡性是比例原则的精髓，

[50] 参见张鲁萍：《行政协议优益权行使的司法审查——基于对部分司法判决书的实证分析》，《西南政法大学学报》2018年第5期，第9页。

[51] 参见陈天昊：《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》，《中外法学》2015年第6期，第1655页。

[52] 参见前引〔46〕，刘权文，第89页以下。

[53] 参见谢世宪：《论公法上之比例原则》，载城仲模编：《行政法之一般法律原则（一）》，台湾三民书局股份有限公司1994年版，第123页。

[54] 参见许宗力：《比例原则与法规违宪审查》，载林山田教授退休祝贺论文集编辑委员会编：《战斗的法律人》，台湾元照出版股份有限公司2004年版，第225页以下。

也因此被称为“狭义的比例原则”。^[55]

比例原则既然以实现公私法益均衡为适用目标，就意味着作为比例原则适用对象的法律关系必须是需要被均衡的。就公共利益与个人利益的关系而言，在常态意义上二者始终处于对立统一的辩证关系：维护公共利益与个人利益的统一（均衡）是必须的，出现公共利益与个人利益的对立（失衡）是必然的，适用比例原则均衡二者之关系就是必要的。在非常态时，公共利益可能会被格外强调，甚至被确定为压倒一切的目标，比例原则的适用也就失去了意义。更不用说在一些极端紧急时刻，要实现公共利益与个人利益的均衡，既不现实，也不划算。

“紧急状态”就是上述非常态时刻的典型。国家机关在面对诸如战争、严重暴乱、大规模传染病疫情等有着极大破坏力的突发情形时，有权依据宪法、法律赋予的职责和权限行使紧急权力，予以强力应对和管控。之所以赋予国家机关此种权力，就是因为在这些情形下，形势变化极为迅速，事态的发展难以得到准确评估和预测。为取得最佳的处理效果，国家机关必须当机立断，采取特别措施，避免因错过最佳时机而造成形势急剧恶化。紧急状态下，国家安全和公共秩序面临极大危险，对公共利益的保障需求更加迫切，有必要突破常规体制、悬置法律执行，而个人利益只能被暂时置于一边。^[56]世界上的许多国家都在宪法中确立了紧急状态制度，明确规定在紧急状态下可以中止某些公民权利。例如，西班牙宪法（1978年）第55条第1款规定，在依法宣布紧急状态时，中止宪法规定的人身自由、住宅不受侵犯、通讯秘密受保障、自由选择住所和迁徙、和平集会与游行示威自由等方面的权利。^[57]

行政机关在紧急状态下的角色和作用极为重要，其身处一线，直面社会公众。面对诸如战争、严重暴乱、大规模传染病疫情等突发情形，行政机关应当及时启动行政应急机制，遵循行政应急性原则，实施行政应急措施。行政机关既可以采取行政行为法上已有明确规定的措施，也可以采取一些暂无法律依据的措施，甚至得以突破一般行政程序规范。表面上看，行政机关在紧急状态下实施行政应急措施似乎有违形式法治，但实际上是为了国家、社会以及全体公民的长远和根本利益而作的理性选择，与实质法治相符合，利大于弊。^[58]有学者认为比例原则也可以在此种紧急状态中适用，因为即使是在紧急状态下，公民的某些权利，如人格权，也不得受到行政机关的侵犯。^[59]对此，可作两点回应：其一，在紧急状态下，某些公民权利由于比较特殊，确实不能受到限制，如“不可克减的公民权利”。但这只是对于“质”的判断，涉及的是“能否限制”。比例原则主要解决的是“量”的问题，涉及的是“限制多少”。其二，紧急状态也有类型之分，有学者依照危险和紧迫程度的不同，将紧急状态划分为一般紧急状态、特殊紧急状态以及战争状态三种。^[60]一般紧急状态下，公共利益的危险程度并不是特别紧迫和重大，比例原则还有一定的适用余地，但对于特殊紧急状态和战争状态，考虑到时间特别紧迫，比例原则绝没有适用的可能。试想，如

[55] 参见刘权：《均衡性原则的具体化》，《法学家》2017年第2期，第17页。

[56] 参见孟涛：《紧急权力法及其理论的演变》，《法学研究》2012年第1期，第108页。

[57] 参见前引〔22〕，周佑勇文，第21页。

[58] 参见莫于川：《治疗防疫：秉持应急法治原则》，《检察日报》2020年2月13日第3版。

[59] 参见前引〔6〕，戴激涛等文，第10页。

[60] 参见常璇、杨成梁：《“紧急状态”、“战争状态”概念及辨析》，《当代法学》2005年第2期，第132页。

果战争状态下还要求行政机关适用比例原则,对所选择的应对措施和管控手段的适当性、必要性和均衡性进行反复斟酌和权衡,那将是对行政机关应对效率和管控能力的极大削弱,而一旦造成国家秩序和公共安全的破坏甚至颠覆,其代价之高昂更是难以计量。

我国1982年宪法正式确立了国家紧急状态制度。从内容来看,宪法层面的紧急状态制度仅适用于战争与内乱两种情形。^[61]在这两种情况下,比例原则明显没有适用空间。此后,我国又陆续颁布了一系列有关紧急状态的法律法规,如传染病防治法、戒严法、动物防疫法、防震减灾法、防洪法、突发事件应对法等。这些法律法规涉及的多是一般紧急状态。在一般紧急状态下,比例原则还有一定的适用空间。2020年初发生的“新型冠状病毒肺炎疫情”就属于一种典型的一般紧急状态,在依法防治的同时还要做到科学合理防治。于此,比例原则可以被用来判断行政机关采取的防治措施是否超过了必要限度,即防治措施对个人利益所造成的侵犯与所追求的公共利益是否相称。当前,各地政府在疫情防控过程中,会根据疫情的危急程度将疫区划分为不同的等级和类型,实施不同的行政应急措施,以避免“一刀切”。对于疫情危急等级较高的地区,实施封城、封社区等硬性的行政应急措施;对于疫情危急等级较低的地区,实施交通管制、有限复工等相对柔性的行政应急措施;对于疫情危险已经消失的地区,则应及时变更或解除某些行政应急措施。这种分地区、分等级、分类型的处理方式,就是合乎比例原则的体现。

Abstract: The principle of proportionality is a restriction on the state power that restricts civil rights, and its application needs to meet some specific prerequisites. The principle protects the relative rights of citizens and examines the rationality of the exercise of state power. Non-derogable civil rights and the legitimacy of purpose do not fall within the scope of its application. The principle of proportionality has unique connotation and value function. It should return to its inherent territory of administrative law, and it is neither necessary nor appropriate to be widely applied in the fields of civil law, criminal law and other branch laws. In order to adapt to the diversity of state tasks, the principle of proportionality should not only pay attention to burden administrative acts, but also expand its application to beneficial administrative acts and mutually beneficial administrative acts. However, the strict standard of “minimum infringement” and the goal of “balance of legal interests” determine that this principle can only be used to regulate the exercise of administrative power under normal conditions, while its application to the exercise of administrative power in a state of emergency needs to be subject to certain restrictions.

Key Words: the principle of proportionality, protection of human rights, balance of legal interests, state of emergency

[61] 参见前引〔56〕,孟涛文,第121页以下。