

比例原则的私法适用何以可能？

——一个规范论的视角

张兰兰

内容提要：在比例原则的范式转型背景下，有必要重新认识其起源与性质。在规范论视角下，比例原则并非起源于公法，其虽然被“发明”于二战后的宪法领域，却可被“发现”于颁布之初的《德国民法典》。比例原则亦非规范层面的原则，而是处于原则/规则分类之外的、旨在指导规范适用的后设规范。基于正义理念，无论是单个法律规范还是规范综合体中的权利义务分配方案，均应具有合比例性，这是比例原则的效力基础。合比例方案由何者权衡作出，是不同层级法律规范中权力分配的结果。私法规范包括国家立法与私人规范，比例原则主要被用于约束前者，于后者仅在私人自治过度与不及之处发挥最后手段的功能。比例原则可以作为禁止权利滥用条款之补充并指导其适用。

关键词：比例原则 后设规范 合比例性 私人规范 禁止权利滥用条款

张兰兰，中国政法大学民商经济法学院讲师。

比例原则无处不在。一如学者所言，比例原则已逐渐突破法律领域界限，目前正经历着辐射范围的范式转型。^{〔1〕}然而在“公法皇冠原则”之盛誉下，比例原则的私法之路并非一帆风顺，其正当性亦未有定论。自21世纪初被引入我国私法领域以降，比例原则的适用范围不断扩张，最终引发了一场关于比例原则能否适用于甚至普遍适用于私法的争论。

在这场争论中，比较明确的共识有二：其一，比例原则源于公法，其旨在防止国家权力侵犯个人权利。^{〔2〕}然而，比例原则之公法适用实际上只是局部经验现象，由此经验推出比例原则具有公法性质，实则陷入休谟问题的泥淖。遗憾的是，论者几乎是不加反思地将

〔1〕 参见蒋红珍：《比例原则适用的范式转型》，《中国社会科学》2021年第4期，第107-111页。

〔2〕 参见梅扬：《比例原则的适用范围与限度》，《法学研究》2020年第2期，第63-64页；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127-143页。虽然有学者认为比例原则的私法适用可以限制于法定社会权力情形和事实性社会权力情形，但这也是以比例原则作为公法原则为前提。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168-169页。

其作为讨论前提,从而导致逻辑悖反的窘境。其二,比例原则是一项——法律规范(原则/规则)层面的——法律原则。^[3]然而,比例原则真的是一项原则吗?德国联邦宪法法院虽然多次将比例原则誉为“统摄整个法秩序的法律原则”,但一直逃避对其进行系统教义化。与此同时,德国学界对所谓作为公法原则的比例原则如何私法化也长期存在争议。那么,如此不假思索地将其作为一项原则予以继受,而且唐突地置入私法领域,是否妥当?虽然“比例原则适用的范式转型说”为目前僵持的局面暂时画上休止符,但如果不澄清这些基础问题,比例原则的转型之路很可能遍布荆棘。

鉴于此,本文尝试采取规范论的证立视角,将观察对象聚焦于私法规范本身。这可以为考察比例原则在不同法律领域的呈现方式提供客观依据,有助于进一步促成其范式转型。本文将从规范论视角反思前述两项共识,为比例原则的私法适用摒除部门法偏见。进而,分析法律规范的合比例性在不同权力结构和规范类型中的实现,并将其作为比例原则的效力基础。在这个理论框架下,考察比例原则在不同类型的私法规范中的适用,最后以禁止权利滥用条款为例具体展开。

一 比例原则的起源与性质反思

(一)起源反思:比例原则源于公法吗?

1. 比例原则在宪法中的“发明”

通常认为,比例原则包括四个子原则,即目的正当性、适当性原则、必要性原则以及均衡性原则。然而,这一概念内涵的形成并非一蹴而就。最初,比例原则仅指必要性原则。其在公法上的雏形可以追溯至18世纪末的《普鲁士一般邦法》(*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*)第10章第2节第17条:“……为了维护公共安宁、安全和秩序,为了防止公共或者个人急迫的危险,必须为必要之处置。”在1882年“十字架山案”判决中,普鲁士高等行政法院判决援引了必要性原则。^[4]1931年《普鲁士警察行政法》(*Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz*)第41条第2款也对该原则作了明确规定。联邦德国成立之初,虽然就有若干行政法律规定了均衡性原则,^[5]但当前意义上作为普遍审查方案的比比例原则仍未形成。直到1958年联邦宪法法院作出“药房案”判决,^[6]宪法领域才

[3] 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;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。

[4] Vgl. PrOVGE 9, 353, 353 ff.

[5] 1950年《黑森州关于在行使公权力时使用直接强制的法案》(*Hessischen Gesetzes über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei Ausübung öffentlicher Gewalt*)第4条要求行政直接只得选择当事人及公众损害最小的方式为之,且不得与所达成的结果“明显地不成比例”。1953年《联邦行政执行法》(*Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes*)第9条第2项亦要求强制手段必须与其达成之目的处于“适当比例”。参见陈新民:《宪法基本权利之基本理论(上)》,我国台湾地区元照出版公司1999年版,第264页。

[6] Vgl. BVerfGE 7, 377, 405. 对该案的详细介绍,参见张翔主编:《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65-70页。通说认为“药房案”判决确立了三阶比例原则,但也有学者认为,在该判决中,联邦宪法法院就已经进行了目的正当性审查。参见[德]安德烈亚斯·冯·阿尔诺著:《欧洲基本权利保护的理论与方法——以比例原则为例》,刘权译,《比较法研究》2014年第1期,第183页。

真正确立了比例原则。其后,比例原则被作为“普遍比例原则”(allgemeinen Prinzip der Verhältnismäßigkeit),开始在各部门法领域所向披靡。^[7]

比例原则的跨法律领域效力亦非与生俱来,而是随着基本权利理论的发展逐渐形成。在 20 世纪 50 年代至 60 年代,联邦德国行政机关和法院适用的法律大部分都制定于德国《基本法》前,尤其考虑到当时的司法和行政人员大多数是从纳粹时期接续而来,公民对司法权和行政权存在制度上的不信任,这导致受到合宪性审查的不是法律本身,而是这些法律在德国《基本法》精神下的解释与适用。这一时期的德国联邦宪法法院判决更热衷于适用必要性原则,且没有明确区分必要性原则与均衡性原则。^[8] 在 20 世纪 70 年代审查社会自由主义改革法案时,德国联邦宪法法院才在均衡性层面进行权衡,其对比例原则运用的重点亦逐渐从必要性审查转移至均衡性审查。直至 20 世纪 80 年代,学术界尤其是皮罗特(Bodo Pieroth)和施林克(Bernhard Schlink)对比例原则的结构化工作,^[9]使其审查框架愈加清晰。

有鉴于此,比例原则在宪法领域是经由“发明”所得。其在此并非全新之事物,而是与既存之必要性原则、均衡性原则相关,并以阶层式审查框架使二者在质上得到改善。

2. 比例原则在私法中的“发现”

学界在为比例原则的私法适用争论不休时,却忽视了一个事实:比例原则系二战之后才在宪法领域获得规范效力,而其成文化依据仍须学者颇费气力地在宪法文本中找寻。^[10] 殊不知在私法中,《德国民法典》早在颁布之初就已运用了比例原则,尤以第 228 条第 1 句和第 904 条第 1 句所规定的紧急避险条款为范例。^[11] 如第 228 条第 1 句规定:“为免除自己或者他人面临的由他人的物引起的急迫危险而毁损或者灭失此物的人,在毁损或者灭失对于免除危险为必要并且损害非与危险不成比例时,其行为非为不法。”其中,“为使自己或他人免于遭受他人的物所引起的急迫危险”是对某行为的目的正当性审查,“如毁损或破坏为避开危险所必要”是对该行为的适当性与必要性审查,“损害并非与危险不相当”则是对该行为的狭义合比例审查。可见,该条款以比例原则作为避险行为的合法性判断标准。因此在成文法上,私法比公法更早地规定了比例原则。

若说比例原则是宪法上的“发明”,那么其在私法中是经由“发现”所得。作为私法秩序之发现,比例原则虽然没有创造任何新内容,却有助于增益人们对私法的认识。或许由于紧急避险条款在传统民法中处于知识边缘,因此该规则所蕴含的比例原则思维并未得到足够重视。比例原则于私法之外高歌猛进之际,实际上,其早已规定于私法秩

[7] Vgl. Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt, Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 5.

[8] Vgl. Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt, Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 16 – 18.

[9] Vgl. Pieroth, Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, 1985, Rn. 310 – 340.

[10] Vgl. von Arnould, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, 276, 276 – 278; 参见刘权:《比例原则的中国宪法依据新释》,《政治与法律》2021 年第 4 期,第 68 – 78 页。

[11] Vgl. Tischebirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, S. 12.

序中。尤其是考虑到均衡性原则所仰赖的权衡本身就根植于私法领域诞生的利益法学及评价法学，^[12]比例原则与私法之密切关系更呼之欲出。

以此反观“比例原则源于公法”的认识，其显然有悖于前述发生学依据，以比例原则的所谓公法性质来阻止其私法适用的做法因此也站不住脚。据此，对比例原则跨法律领域的证立而言，绕道公法对私法的影响似乎大可不必。

（二）性质反思：比例原则是原则吗？

从称谓上看，无论是德文“Verhältnismäßigkeitsprinzip”或者“Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”，还是英文“the principle of proportionality”，均被译为“比例原则”。我国学者往往不假思索地援用这一表述，有的甚至直接将比例原则作为民法基本原则。然而，比例原则真的是一项民法基本原则意义上的原则吗？

1. 比例原则不是原则

德文“Prinzip”与“Grundsatz”虽然都被译为“原则”，但二者存在较大差别。前者侧重于价值，其可能与其他原则相冲突并以或多或少的方式得到实现；后者侧重于基本准则，其适用方式与规则相同。^[13]然而，德文文献中“Verhältnismäßigkeitsprinzip”与“Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”不仅常被混用，相关探讨也不多见。

拉伦茨虽然明确称狭义比例原则为“Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”，却仍将其作为Prinzip。其把法律原则(Rechtsprinzipien)分为法条形式的原则与开放式原则。前者是具有主导性法律思想特质的原则，但已经凝聚成可以直接适用的规则。例如，必要性原则^[14]被作为法院在从事法益权衡时所采用的标准。法条形式的原则在规整脉络中具有重大的原则性的意义，其内涵超越依法条形式被规定的内容而指向基本原则。基本原则也只有借助于法条形式的原则，才能向特定方向具体化、明确化和标准化。与此相反，开放式原则是不具有规范特质的原则。典型如(狭义)比例原则，因其为直接源自正义的实质的法原则，且要求目的与手段之间应维持适度的比例，故必须作额外的评价。^[15]据此拉伦茨认为，广义比例原则既包括法条形式的原则，又包括开放式原则。但由于法条形式的原则已经凝聚为可以直接适用的规则，这种归类在原则与规则的识别中并无太大助益。

莱尔歇(Peter Lerche)也称狭义比例原则为“Grundsatz”，且明确指出其与必要性原则均具有直接的法条性质，因其只需依凭自身就可能获得特定结论，故此通常不需要再插入独立的具体化的语句。换言之，莱尔歇认为狭义比例原则与必要性原则均为规则。然而，狭义比例原则不通过额外的评价难以在个案中具体化，因此不属于规则范畴。^[16]阿列克西虽然也认为比例原则的三个子原则是“Grundsatz”，属于规则，却主张比例原则本身具有“Prinzip”的特征，因其源于基本权利的本质。^[17]而从逻辑上看，三个规则构成的规范

[12] 参见张兰兰：《私法比例原则之普遍性：以德国法为观察重点》，载梁慧星主编《民商法论丛》（2020年第1期），社会科学文献出版社2020年版，第228-235页。

[13] Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. 1985, S. 100, Fn. 84.

[14] 拉伦茨称其为最轻微手段和最可能最小限制原则(Grundsätze)。

[15] 参见[德]卡尔·拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第286、312、353-354页。

[16] 参见[德]卡尔·拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第354-355页。

[17] Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 100.

应当也是规则;反之,一个原则的子原则应当也是原则。而这一观点下的比例原则与其三个子原则性质却不相同,因此,该观点也难以自洽。

之所以存在上述认识困境,是因为原则/规则的二元划分存在较大局限,无助于比例原则的规范性界定。实际上,比例原则是作为法律规范的原则和规则之外的事物。如果强行将其塞入原则/规则的分类,前述逻辑矛盾的产生就不可避免。

2. 比例原则属于后设规范

比例原则在规范性上具有特殊性。其本身没有提供实质内容,而是依赖于具体个案中所涉价值或者利益的权重和不合比例的程度来得到适用结果。有学者因此认为,比例原则既可以被看作一种法治原则,又可以被看作后设原则,或者说是一种可以适用于所有法律领域的价值决定的方法。其虽然认为普遍的法律论证方法同时也可以作为法律原则——被作为一项法律原则恰恰体现了比例原则的法效力,但如果考虑到法律实践中对比例原则的不同接受方式,这种有效性也值得怀疑。^[18] 准此,比例原则毋宁是一种方法论意义上的后设规范。

后设规范(Metanorm,又译“元规范”^[19])是指关于其他规范的适用的规范。^[20] 规范包括多个层面,原则与规则处于法律适用的对象层面,后设规范则处于法律适用的方法层面。后者不仅为前者提供了适用标准,也为相互冲突的解释方法提供了解决方案,从而属于方法规范。^[21] 正因如此,有学者直接称之为“后设方法”。^[22] 从称谓上看,“后设方法”似乎比“后设规范”更为可取。通常而言,我们所说的“规范”仅指作为实体规范的原则与规则。后设规范虽然处于原则与规则层面之外,但其仍属于规范,如此一来,在诸多规范关系的辨析中容易导致混淆或者误解。不过,“后设规范”相较“后设方法”更强调其规范性,这正是后设规范区别于一般意义上的法律方法之处。一般意义上的法律方法本身不必然具有规范性,换言之,其不一定对法官产生法律约束力,法官不使用某种法律方法并不当然导致违法。而后设规范旨在避免法官在方法选择上的任意,因此应当具有规范性。

为了更准确地定位后设规范,阿维拉(Humberto Ávila)区分了规范、超级规范(super-norms)以及后设规范作为分析框架,并指出比例原则属于后设规范。其认为,规范包括原则和规则,属于对象层面;超级规范也处于对象层面,但其层级比原则和规则高,并通过定义或者分配意义的方式为原则和规则提供形式和实质基础,如法治原则和法的安定性等;后设规范则处于方法层面,是一种适用公设,^[23]其既不像原则那样直接规定要实现的

[18] Vgl. Stürmer, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 329 – 330.

[19] 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102页。

[20] See Humberto Ávila, *Theory of Legal Principle*, Springer, 2007, p. 83.

[21] 参见张兰兰:《作为权衡方法的比例原则》,《法制与社会发展》2022年第3期。

[22] Vgl. Kirchner, Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: Die institutionenökonomische Perspektive, in: Rückert, Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl. 2017, S. 490.

[23] 所谓“公设”,也译为“悬设”,是指“一种理论上的、但本身未经证明的命题,只要它不可分割地与某种无条件地先天有效的实践法则联系着”。参见[德]康德著:《实践理性批判》,邓晓芒译,杨祖陶校,人民出版社2003年版,第168页。阿维拉认为公设是解释和理解任何文化对象均须服从的关键性条件,并将其分为旨在对法律的一般理解的解释学公设(hermeneutical postulates)与旨在构建法律适用框架的适用公设(applied postulates)。See Humberto Ávila, *Theory of Legal Principle*, Springer, 2007, p. 83.

价值目标,也不像规则那样直接规定行为要求,而是为同处于对象层面的原则、规则及超级规范提供适用标准。^[24] 在这个框架下,比例原则被作为一种后设规范,为具有特定关系的要素之间的冲突提供指导性适用标准。就此而言,紧急避险条款虽然“复制”了比例原则的思维过程,但其本身并非后设规范,而属于对象层面的规则。即便如此,该条款仍深具方法论价值,因其为比例原则的私法效力提供了明确的实证法依据。

然而,在公法上尤其是行政法领域,比例原则被作为一项法治原则意义上的基本原则。其要求“对行政手段与行政目的之间关系进行衡量,甚至是对两者各自所代表的、相互冲突的利益之间进行权衡,来保证行政行为是合乎比例的、是恰当的”。^[25] 合比例性理念源自亚里士多德的“正义即合比例性”,并在后世发展中逐步精细化、程序化,最终形成成熟的思维框架即比例原则。比例原则作为一项判断法律规范是否合比例的思维工具,虽然源于合比例性,但不同于合比例性。从阿维拉的分析框架来看,合比例性属于超级规范层面,比例原则处于后设规范层面。合比例性是一种价值、理念,是权衡所追求的目标;比例原则是由此所衍生出来的一种方法,旨在指导权衡实现这种目标。正因如此,有学者指出,权衡意味着以合比例的方式“称重”,其归根结底意味着比例原则的适用。^[26]

有鉴于此,在规范论视角下,比例原则并非起源于公法,其虽被“发明”于二战后的宪法领域,却可被“发现”于颁布之初的《德国民法典》。比例原则亦非民法基本原则意义上的原则,而是处于原则/规则分类之外的旨在指导规范适用的后设规范。

二 法律规范的合比例性作为比例原则的效力基础

为了证成比例原则跨法律领域的适用,不少学者将其效力基础诉诸于其宪法地位。虽然比例原则在宪法中的有效性无可争议,但其并不因此而具有宪法地位——比例原则被适用于宪法规范时,具有宪法地位的其实是该宪法规范。^[27] 因此,与其煞费苦心地在《宪法》文本中寻找比例原则的“蛛丝马迹”,不如追溯至法律规范的合比例性及其实现。

(一) 合比例性作为正义标准

比例原则根植于亚里士多德的合比例性理念。^[28] 在亚里士多德的正义理念中,正义包括分配正义、矫正正义以及交换正义,^[29] 而合比例性作为正义标准,与之共同构成广泛存在于立法、司法及私人关系中的行为准则。具体而言,分配正义是指在分配公共物品

[24] See Humberto Ávila, *Theory of Legal Principle*, Springer, 2007, pp. 83, 92 – 93.

[25] 余凌云著:《行政法讲义》(第三版),清华大学出版社2010年版,第94页。

[26] Vgl. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, S. 818.

[27] Vgl. Stürner, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, 2010, S. 296; Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, AcP 1992, 35, 53 f.

[28] Vgl. Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, in: Lutter, Stimpel, Wiedemann (Hrsg.), *FS Robert Fischer*, 1979, S. 867 ff.

[29] 亚里士多德明确区分分配正义与矫正正义,但同时也肯定交换正义。参见[古希腊]亚里士多德著:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2003年版,第134–136、139、141–146页。后世学者在此基础上将矫正正义进一步区分为狭义矫正正义与交换正义。Vgl. Seelmann, *Demko, Rechtsphilosophie*, 2019, S. 150. 为表述方便,本文在狭义意义上使用亚氏的“矫正正义”。

时,每个人所分配到的应与其各自所配得的成比例。这要求法律中分配负担与利益的合比例平等对待,立法机关据此应当为法律接受者分配合比例的权利与义务。^[30] 矫正正义是得与失之间的适度。其要求法官处理纠纷所使用的技艺,必须使一方所得的量与质等于另一方所失的量与质,以使双方的得失处于适度。交换正义是指在交易秩序中,所交易的东西必须能够以某种方式进行比较,从而在双方之间建立合比例的交换关系,以实现利益均衡。^[31] 这种合比例性要求构成一种命令,构成贯穿于整个法律领域的普遍性准则。^[32] 这主要通过法律规范与法律规范体系的合比例性两方面来实现。

(二) 法律规范的合比例性

在一般意义上,正义理念要求法律规范的形成与适用应当具有合比例性。一个法律规范中合比例的权衡方案最终由立法机关、行政机关还是司法机关作出,这是权力分配的问题。宪法作为实在法最高位阶之规范,其通常只作原则性规定,而将更为特定、具体的事项委托给其他国家机关进一步具体化。温厚兹(Ekkehard Wienholtz)将这种宪法委托分为专以立法者为对象的立法委托与宪法训令:前者在宪法条文中明显或者隐含地指示立法机关制定法律;后者则指除了由立法机关履行之外,也可以由行政机关及司法机关达成的宪法规定,典型如比例原则。^[33] 申言之,立法机关因受宪法立法委托而享有法律创制特权,其(理想状态下)在每个法律规范中通过权衡为相关主体分配合比例的权利与义务,而仅在无法或者不宜事先确定合比例方案之处授权其他国家机关进行权衡。在权衡权力的行使上,立法机关虽然必须遵循宪法程序,并应当通过可证明的理性化决策程序进行权衡,但在权衡相互冲突的法益时,原则上仍存在较大的形成空间。相较于此,其他国家机关的权衡则受到法律规范不同程度的约束。就行政裁量而言,因其是在对法律规范构成要件中的事实情节作出判断补充后对法效果所作出的决定,故其裁量空间较大。司法机关对其裁量结果则应当保持克制,从而适用有限审查标准。^[34] 就司法权衡而言,由于不受限制地制定政策的司法能动主义并非司法的宪法功能,^[35] 法官必须尊重立法者的法律创制特权,因此也只能在权衡授权之处以假令自己是立法机关时将如何权衡的方式谨慎为之,并对其如何作出权衡决定承担论证义务。但无论是行政裁量、司法权衡还是立法权衡,均应实现法律规范的合比例性。

在这个背景下,比例原则被作为合比例性的具体化,逐渐被用于规范权衡的作出。比例原则为权衡带来了证立负担,使国家机关不得不准确地思考其行为目标,并使其选择的手段得以通过合宪性审查。在德国,比例原则最初主要被用于审查行政权和司法权对规范的具体化是否合宪,而没有明确针对立法;直至 20 世纪 70 年代,随着基本权利从主观

[30] Vgl. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*, 1991, S. 339.

[31] 参见[古希腊]亚里士多德著:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆 2003 年版,第 134 - 136、139、141 - 146 页。

[32] Vgl. Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, in: Lutter, Stimpel, Wiedemann (Hrsg.), *FS Robert Fischer*, 1979, S. 867.

[33] 参见陈新民著:《德国公法学基础理论(增订新版·上卷)》,法律出版社 2010 年版,第 205 - 207 页。

[34] 参见周佑勇著:《行政法总论》,北京大学出版社 2018 年版,第 70 - 71 页。

[35] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 267 - 268 页。

面向客观面向发展,合比例性自身拥有了生命力而成为一个独立的标准,立法权才进入合比例审查的范围。^[36] 其后,德国联邦宪法法院将比例原则作为审查立法的利器,但因其频繁使用比例原则认定法律规范违宪,在司法机关被质疑与立法机关争夺立法权的过程中,比例原则遭受了池鱼之殃。^[37] 而在我国,合宪性审查权由全国人大及其常委会行使,其可以运用比例原则审查法律规范对基本权利的干预是否合宪。^[38] 司法机关并不享有这项权力,而是只能以之增益法律适用的准确性,因此不会导致司法“夺权”的危险。

(三) 法律规范体系的合比例性

合比例性不仅应体现于单个法律规范之中,还须体现于具有特定关系的不同法律规范之间。法律规范的适用往往不是孤立的,仍需观照其他法律规范,典型如原则/例外关系(Regel-Ausnahme-Verhältnis)^[39]。构成原则/例外关系的两个或者多个法律规范中,原则规范应被优先适用,若要适用例外规范,则须证明其对原则规范的限制具有合比例性。这种原则/例外关系构成各法律领域进行规范整合与体系构建的重要理论工具。^[40]

原则/例外关系属于一种规范技术,^[41]原则规范与例外规范之间首先在逻辑上构成对立关系。原则规范是普遍适用于某类情况的通用行为模式,而例外规范提供的行为模式与此不同,并在其适用范围内排除原则规范。^[42]当原则规范与例外规范同时存在时,例外规范当且仅当符合足以排除原则规范的特别条件时方才优先适用。具体而言:其一,例外规范的目的必须正当(目的正当性);其二,例外规范的适用有助于实现其目的(适当性原则);其三,例外规范不得过度限制原则规范,而应以实现其目的所需为限(必要性原则);其四,如果例外规范所追求的利益无法胜过原则规范所追求的利益,该例外规范则被认为是对其原则规范的过度限制(均衡性原则)。适用者对此应负有证立义务,如果对例外规范的证立不够充分,则应当适用原则规范。例如在私法中,合同自由原则给予私主体相应的行动范围,即于实在法允许的可能性框架内请求他人实施或者自己实施一项不合比例的行为。对限制行为自由的正当性尚无确信之时,合同自由优先。^[43]

其次,在适用例外规范时,尤需观照原则规范与例外规范之间的效力关联,将二者作为“体系关系”^[44]或者规范性原则/例外综合体(normative Regel-Ausnahme-Komplexe)。^[45]

[36] Vgl. Lepsius, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt, Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 5 – 10.

[37] Vgl. Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, 35, 35 ff.

[38] 参见王轶:《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15–21页。

[39] 需说明的是,此处的“原则”(Regel)严格来说应该译为“规则”,而非作为价值的原则(Prinzip)或者作为基本准则的原则(Grundsatz)。汉语的日常用法通常将“规则/例外”表述为“原则/例外”,本文亦从之。但为与作为价值或者基本准则的原则相区分,以下把原则/例外关系意义上的原则称为“原则规范”。

[40] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,《中国社会科学》2019年第9期,第71页。

[41] 参见王琦:《论民法典的规范技术——以〈民法总则〉为主要例证的阐释》,载《北大法律评论》编委会编《北大法律评论》(第19卷第1辑),北京大学出版社2018年版,第49–52页。

[42] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,《中国社会科学》2019年第9期,第70页。

[43] Vgl. Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, FS Thomas Dieterich, 1999, S. 439.

[44] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,《中国社会科学》2019年第9期,第75–77页。

[45] Vgl. von Arnould, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, 276, 279 f.

在例外规范所调整的情形下,仅发生例外规范之法效果;在原则规范所调整的情形下,则发生原则规范之法效果。二者虽然属于对立关系,但实际上相互配合与衔接,以规范性原则/例外综合体的面貌共同发挥作用。因此,原则/例外关系实际上是具有规范效力的有利于原则规范的实质优先关系。^[46]

以作为原则/例外关系的自由及其限制为例。法首先要创设自由之空间,无论是公法还是私法均应以此为任务。^[47] 根据作为现代法治国家基石的个人享有不被侵犯之自由以及权力有限的理念,个人自由及其限制之间构成规范性原则/例外关系。这也进一步导致相应的论证负担的分配:需要被证立的是作为例外的对自由之干预,而非作为原则的个人自由。在公法上,基本权利保障条款及其限制条款之间构成一种原则/例外的逻辑关联:原则上保障公民的基本权利,但也例外地允许公权力机关对其予以适度干预。^[48] 当公权力限制公民自由时,须证明自身正当性的是作为例外的国家干预,而非作为原则的公民自由。这在私法上亦然。鉴于私人自治的支配地位,个体自由及其限制之间构成原则/例外关系。私主体可以依凭私人自治决定其命运和生活,不仅可以据此排斥来自第三人的侵害,还可以要求国家对此予以尊重并排斥其不当侵入。^[49]

综上,无论是单个规范的合比例性,还是规范性原则/例外关系之间的合比例性,均构成比例原则的效力基础。因此,比例原则之适用并不限于特定法律领域,而毋宁取决于法律规范本身。

三 比例原则于私法规范之适用

私人自治固然是私法的核心,但私法不等于私人自治。以合同法为例,私人自治不是私人之间的交换关系赖以建立的唯一法律原则,只有从私人自治与信赖原则以及均衡与公平原则的共同作用中才能获悉合同法的全貌。^[50] 由于私法规范是私人自治的生存环境与运行环境,故私人自治所追求的不只是自由的个人,毋宁更包括使自由的个人成为可能的私法规范。尤其是在比例原则的问题上,私法规范才是核心所在。换言之,“比例原则的私法适用”并非比例原则于私人自治之适用,毋宁是指比例原则于私法规范之适用。鉴于此,问题的关键首先在于私法规范包括哪些,其次才是比例原则如何适用于这些私法规范。从私人自治与国家的关系来看,私人自治的原则化源于国家向私人让渡部分立法权,使其成为自己事务的立法者,自主创设约束私人关系的规范。^[51] 不过,在事实上不能自治或者法律上无法自治之处,立法权则由国家接管,国家得以借此干预私法领域。私法规范因此也可以分为私人规范与国家立法。

[46] Vgl. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S. 32 f.

[47] 参见[德]托马斯·M. J. 默勒斯著:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社,第57页。

[48] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,《中国社会科学》2019年第9期,第91页。

[49] 参见谢鸿飞:《中国民法典的宪法功能——超越宪法施行法与民法帝国主义》,《国家检察官学院学报》2016年第6期,第40-41页。

[50] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第56、63-64页。

[51] 参见易军:《私人自治的政治哲学之维》,《政法论坛》2012年第3期,第13页。

（一）私人规范之合比例

就私人规范而言,由于私人自治与国家干预是原则/例外关系,故在私人自治空间形成的自我决定应优先于国家干预。凯尔森指出:“法律秩序由于给予个人以通过私法行为调整其相互关系的可能性,也就承认个人有某种法律上的自治。……通过私法行为,人们创造调整当事人相互行为的个别规范,有时甚至是一般规范。”^[52]对于此种私人规范而言,确立合比例的冲突解决方案以实现彼此之间的利益均衡是私主体的权利,国家原则上不得干预。例如在合同法领域,当事人权利之享有以及权利内容取决于双方约定,其原则上是以双方当事人的意愿和利益为基础。鉴于个人是自己利益的最佳决定者,合同中双方的权利义务安排被推定为已然达致利益均衡点,故无必要适用比例原则,且即便如此也很难产生其他更优方案。基于此,国家原则上必须尊重在私人自治框架内做出的安排。

唯私人自治所不及或者过度之处,方因国家介入而有比例原则适用之必要。在私人自治所不及之处,例如在法定社会权力情形和事实性社会权力情形下,^[53]如果缔约双方之间缺乏大致的权力平衡,一方当事人过于强大以至于能够以牺牲劣势方为代价实现其自身利益,则此时若再以私人自治拒斥比例原则之适用,反而导致他治的后果。于此,私法自治受到威胁,国家有义务加以干预并使之回复到平衡状态。这实际上推翻了私人自治调整下的利益均衡推定。卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)亦指出,如果国家通过法律或者判决以纠正的方式干预私法关系,通常因为该情形下一方享有自由而另一方却失去自由。^[54]据此,批评这种情形下适用比例原则侵犯了私法自治似乎是错误的,因其目的正是为了保护双方的合同自由。^[55]至于纠正性干预在多大程度上是必要的,这不仅取决于劣势方的自治在多大程度上受到威胁,还须考量其权益的权重大小。

在私人自治过度之处,尤其是滥用权利情形亦是如此。根据《民法典》第130条,私人原则上可以按照自己的意愿依法行使民事权利而不受干涉。但与此同时,所有的权利都必须进入与彼此并立共存状态,故在涉及他人之处,不存在不受限制之权利。因此,《民法典》第132条要求私人不得滥用权利损害他人合法权益。比例原则于此便有适用空间。

综上,在私人规范中,原则上无比例原则之适用,仅在私人自治所不及或者过度之处,比例原则被用于限制国家对私人自治的干预。

（二）国家立法之合比例

正如普莱斯(Ulrich Preis)所指出的,私法崇尚良善秩序,这决定了整个实证化的私法秩序正是服务于利益均衡,从而也是致力于合比例理念下的冲突解决。在每一个私法规范中,如果为了保护一方私主体的可欲利益而限制另一方私主体利益的事实与法律可能

[52] [奥]凯尔森著:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第92页。

[53] 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170-173页。

[54] Vgl. Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161, 163.

[55] Vgl. Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, FS Thomas Dieterich, 1999, S. 442.

性,就会产生合比例地限制一方的可能性而有利于另一方的法效果。在理想状态下,私法规范本身就展示了一个合比例的权利义务分配方案。^[56]

1. 私法立法之合比例

就私法立法而言,立法机关在法律规范中分配权利义务方面固然存在较大的权衡空间,但其必须同时观照私法规范的品性。由于私人自治在私法中的根本性地位,私法应当呈现出抽象性、目的独立性、否定性、程序性、形式性、自治性、工具理性等形式主义品性。然而,并非任何立法者依法定程序形成的私法规范皆能有效地捍卫以上品性。为了避免法律规范蜕变为特殊利益而非多数人意志的产物,有必要确定一个明确的标准来对立法权施加约束。^[57]多数私法学者正是在这个意义上发展比例原则的私法适用,如以比例原则审查无行为能力人实施的法律行为无效的法效果是否正当等。^[58]

2. 私法司法之合比例

原则上,在私法中确立合比例的冲突解决方案以实现相关方之间的利益均衡主要是立法机关的责任,在私法规范已然明确划分权利界限并确立移转规则之处,法官不得适用比例原则,而只需严格遵循构成要件得出法效果即可。例如在物权法领域,立法者如果已经通过划定各类物权边界来定分止争,通常就不存在权利冲突,也无需再进行合比例审查。于此,重要的不是各类权益孰轻孰重,而是私人拥有何种权利以及如何移转这些权利。在家庭法领域,关于夫妻关系、父母子女关系之间权利义务的安排通常来说是适当、必要以及均衡的,故于此审查夫妻双方的利益合比例并无必要。只有当立法机关没有达成这种均衡时,才会要求法官采取行动。

从单个规范的适用来看,若其包含规范性不确定概念,诸如明确规定了合比例或者相关表述(如适当、合理、过度、过高等等),则表明立法者在此尚未找到合比例的利益均衡点,而是将合比例权衡的任务交由法官。典型如《民法典》第580条第1款第1项第二种情形以及第1090条。除此之外,明确指示法官进行权衡并提供了利益权衡相关因素的私法规范,亦属此类。典型如《民法典》第1026条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉总则编若干问题的解释》(下称“《民法典总则编司法解释》”)第3条第1款。于前述情形,私法规范非经权衡无以适用。

从多个规范的适用来看,如果规范之间存在特殊联结,如规范性原则/例外关系综合体,法官必须考察由原则规范与例外规范所组成的事实构成要素之整体,最终在二者的共同作用下形成个案规范。其中,原则规范具有初显优先性,例外规范则必须在符合与原则规范所定条件相对之特别条件时,经由严格解释方得适用。与此相反,如果规范之间不存在特殊联结而无法确定一般优先性,当相同位阶权利发生冲突时,亦有必要对所涉利益赋

[56] Vgl. Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, FS Thomas Dieterich, 1999, S. 433 - 434.

[57] 参见易军:《私人自治与私法品性》,《法学研究》2012年第3期,第68-86页。

[58] Vgl. Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993, 996 ff., 1003; 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。

予相应权重并进行权衡,从而确定何种权利在个案中得以优先实现。

在上述情形中,以比例原则进行权衡不仅是法官的权力,亦是其义务。一如埃塞尔(Josef Esser)所言,法官的法律创制不但是正常的,而且是立法程序的一个必要组成部分。^[59] 不过,在任何情况下,通过比例原则对私法规范进行的司法控制都不能过于密集,法官通过比例原则独立形成解决方案的权限必须始终限于授权之处,且该解决方案的效力仅适用于个案。^[60]

综上所述,比例原则可以不同程度地适用于私法规范,其主要被用于约束作为国家立法的私法立法与私法司法,而在私人规范中仅在其过度与不及之处发挥最后手段的功能。据此,维亚克尔(Franz Wieacker)关于“合比例命令不是实证的法律规定,也不是具体的法律制度,而毋宁是以非常不同的密度渗透于整个法律领域中的普遍准则”的论断,^[61]在私法领域得以印证。

四 比例原则与禁止权利滥用条款

禁止权利滥用条款既是私人自治止步之处,又交织了私法立法与私法司法,是绝佳的观察对象之一。比例原则与禁止权利滥用条款都体现了适度理念,因此人们通常会认为私法中既已规定了禁止权利滥用条款,就没有引入比例原则的必要。然而,一方面,此二者在私法中的功能有所不同;另一方面,从后设规范意义上的比例原则来看,大多数私法规范的实现或多或少存在合比例权衡的空间,禁止权利滥用条款亦不例外。

(一) 比例原则对禁止权利滥用条款的功能补充

比例原则与禁止权利滥用条款在调整权利行使方面有重叠之处。在部分情形下,禁止权利滥用的适用也直接源于比例原则。例如根据《荷兰民法典》第3编第13条第2项规定,权利人未能合理地决定其权利的行使,致使其行使权利所生利益与所致损害失衡的,构成权利滥用。同时,比例原则与禁止权利滥用条款往往都被作为诚实信用原则的具体化。在认定权利行使是否违反诚实信用原则时,通说即以比例原则为衡量标准。^[62]

然而,二者的功能并不相同。^[63] 其一,适用情形不同。禁止权利滥用条款作为限制自由的例外规范,通常仅在极其例外的情况下方得适用。而比例原则的适用门槛远低于禁止权利滥用,故对于没有达到禁止权利滥用的门槛时,可以适用比例原则。例如根据《民法典》第582条,在瑕疵履行的情形下,受损害方选择的补充履行方式虽然使违约方产生了高额费用,但似乎不构成权利滥用;仅在非金钱债务满足《民法典》第580条第2项的构成要件时,如构成履行费用过高时,违约方才可以排除对方的履行请求权。于此情

[59] Vgl. Esser, Grundsatz und Norms in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1990, S. 23.

[60] Vgl. Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, FS Thomas Dieterich, 1999, S. 437.

[61] Vgl. Wieacker, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Lutter, Stimpel, Wiedemann (Hrsg.), FS Robert Fischer, 1979, S. 868.

[62] Vgl. Schubert, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 473.

[63] Vgl. Stürmer, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 408 - 409.

形,比例原则被作为履行费用是否过高的判断标准。^[64]其二,法效果不同。禁止权利滥用情形下权利人通常无法行使权利,但比例原则并不导致这一严厉结果,而是允许在行使权利时加以调整。《民法典》第 585 条第 2 款规定的违约金调整规则即为此例。因此,比例原则与禁止权利滥用条款并非各不相干,相反,前者能够补充后者功能之不足。

(二)比例原则在禁止权利滥用条款中的适用

作为后设规范的比例原则对于禁止权利滥用条款的适用本身还具有指导功能。《民法典》第 132 条规定:“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”一方面,从单个规范的适用来看,作为一项概括条款,其适用之关键在于确立“滥用”的标准;而“滥用”作为规范性不确定概念,非具体化无以适用。正如学者所言,在适用禁止权利滥用条款时,为避免流于表面的理由,权衡必须依照一定的结构,从而实现其理性。^[65]就此而言,该条规定存在合比例权衡的空间。比例原则为禁止权利滥用条款的适用提供了可审查的思维框架。另一方面,从该规范与其他规范的关系上看,权利人只要在法律规定的范围内行使权利,无论如何行使均属其意思自治之范畴,他人原则上不得干涉;唯权利之行使损及他人合法权益时,始须以该条规定对其加以一定程度的限制。在这个意义上,确立权利享有及保障权利行使之私法规范属于原则规范,而禁止权利滥用条款属于例外规范,后者对前者之限制必须符合比例原则。

实际上,《民法典总则编司法解释》第 3 条对禁止权利滥用条款的具体化已经蕴含了比例原则。该条第 1 款规定,法官判断权利是否构成滥用时应当权衡的要素包括但不限于“权利行使的对象、目的、时间、方式、造成当事人之间利益失衡的程度”。同时,该条第 2 款规定了权利滥用的主观标准,即“行为人以损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益为主要目的行使民事权利”。由此可以认为,第 2 款赋予第 1 款中的目的以较高权重,只要以损害他人合法权益为主要目的,即可构成权利滥用。尽管这两款的规定相较《民法典》第 132 条更为具体,但仍需权衡方得适用。

比例原则为此提供了一个具有可操作性的思维框架。第一步,判断权利人行使权利的目的是否正当。由于《民法典总则编司法解释》第 3 条第 2 款是该条第 1 款的特别规定,故如果个案中权利人行使权利以损害他人合法权益为主要目的,则应先适用第 2 款。换言之,目的正当性的判断于此存在优先性,这便开启了比例原则的第一个审查环节。作为社会秩序的第一要义,权利的行使不能被用于实现纯粹伤害他人的目的。^[66]对此,其他立法例多有明文,如《德国民法典》第 226 条规定,权利的行使只具有给他人造成损害之目的,不准行使;《荷兰民法典》第 3 编第 13 条第 2 款亦明确规定,行使权利完全出于损害他人利益的意图或为达到非设定该权利的目的,为权利滥用。第二步,如果权利行使并无害意,则审查权利行使的方式是否有助于具体权利目的之实现。权利之行使无法实现权利目的,却损及他人权利或利益,为“损人不利己”,亦构成滥用。第三步,如果存在

[64] 参见张兰兰:《作为权衡方法的比例原则》,《法制与社会发展》2022 年第 3 期,第 202-203 页。

[65] 参见[德]托马斯·M. J. 默勒斯著:《法学方法论》(第 4 版),杜志浩译,北京大学出版社 2022 年版,第 579 页。

[66] 参见[瑞]贝蒂娜·许莉蔓-高朴、[瑞]耶尔格·施密特著:《瑞士民法:基本原则与人法》(第二版),纪海龙译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 107 页。

同样能实现权利的多种方式,须审查权利人所行使之方式是否对相对人损害最小。在前两个环节中,可能同时涉及《民法典总则编司法解释》第3条第1款所规定的权利行使的对象、时间、形式等要素。第四步,在权利行使均通过前述审查环节后,审查权利行使“造成当事人之间利益失衡的程度”。具体可以引入重力公式,比较行使权利所生利益与相对人由此所致损害,如果前者远小于后者,则构成权利滥用。一般而言,权利人行使权利,不免对他人造成不利益的结果,此乃不可避免的正常现象,不能认定为权利滥用。^[67] 例如某工厂行使排污权,客观上破坏环境,损害公共利益,但只要其在法律规定的范围内排放污染物,即处于法律所容忍的限度之内,就不构成权利滥用。唯权利行使将造成权利人所得利益极少,而对公共利益或者他人合法权益损害巨大时,始受限制。

综上可见,比例原则是禁止权利滥用条款具体化的有力工具。一方面,比例原则使该条款的判断标准更明晰,从而减小法官的思维负担。比例原则兼具客观标准和主观标准,与当前比较立法例上所普遍采用的主客观标准相一致。不过,以比例原则为此作业时,进行一次完整操作即为已足——既以损益失衡推定主观故意,又以之证明客观损害的存在,^[68]似有思维上的冗余。另一方面,法官适用禁止权利滥用条款时,存在完全依据个案情况进行决定的伤害法之安定性的风险,^[69]比例原则在思维过程上的可审查性也为防止法官滥用该条款过度限制权利提供了有力武器,从而保障权利行使及法之安定性。

五 结论

比例原则的私法适用何以可能?规范论视角的论证进路为该问题提供了一个全新的答案。比例原则在宪法领域的“发明”以及私法领域的“发现”使公法起源论不再坚若磐石,后设规范之定性更进一步推翻其所谓公法性质。这使比例原则突破公私适用的藩篱,摆脱了沉重的领域包袱,从而得以在范式转型过程中轻松上阵。在效力基础上,不必先强加宪法地位于其身,再绕道基本权利的第三人效力,毋宁直接诉诸私法规范的合比例性。原则上,立法机关享有法律创制特权,其通过立法权衡在私法规范中确立相关主体之间合比例的权利与义务分配方案,而仅在无法或者不宜事先确定之处授权司法机关加以权衡。基于私人自治在私法中的支配地位,私法规范除了国家立法之外,还包括私人规范。比例原则适用于私法立法与私法司法,以约束立法权衡与司法权衡,自不待言;但私人规范原则上无需进行合比例权衡,仅在其过度与不及之处因自治失灵致使国家介入时,方有比例原则之适用。一言以蔽之,比例原则适用于他治,而非自治。在这个意义上,比例原则对私法来说并非他乡之物。毕竟,“民法从来都不是一个独立王国”。^[70]

[67] 参见施启扬著:《民法总则》,中国法制出版社2009年版,第371页。

[68] 参见刘权:《权利滥用、权利边界与比例原则——从〈民法典〉第132条切入》,《法制与社会发展》2021年第3期,第46-49页。

[69] 参见[瑞]贝蒂娜·许莉曼-高朴、[瑞]耶尔格·施密特著:《瑞士民法:基本原则与人法》(第二版),纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第106页。

[70] 谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》,《中国社会科学》2007年第6期,第124页。

[**Abstract**] The principle of proportionality is undergoing a paradigm shift and gradually breaking through boundaries between legal fields. However, despite its reputation as the “crown principle of public law”, its path to private law application has not been a smooth one and its legitimacy has not yet been established. Against this background, it is necessary to rethink the origin and nature of this principle. In normative terms, the principle of proportionality did not originate in public law; although it was “invented” in the constitutional field after World War II, it can be “discovered” in the German Civil Code at the time of its enactment. The cross-legal field justification of the principle of proportionality thus eliminates the need to bypass the influence of public law on private law and frees it from the burden of public law in the process of transformation. In terms of its normative nature, the principle of proportionality is not a principle in the sense of principle/rule, but rather a meta-norm outside this classification intended to guide the application of principles/rules. Proportionality derives directly from the idea of justice and constitutes a universal norm that permeates the entire field of law. For this reason, the proportionality of the scheme of distribution of rights and obligations, whether in individual legal norms or in a normative complex formed by a principle/exception relationship, constitutes the basis of the validity of the principle of proportionality. As to the question of who weighs the proportionality scheme, it depends on the result of the distribution of power at the different levels of legal norms. The principle of proportionality, as a concretization of proportionality, is used to regulate the balancing of norms. In principle, the legislature possesses the prerogative of law-making. Through legislative balancing, it sets a proportionate distribution of rights and obligations between the relevant subjects in private law norms and authorizes the judiciary to make the balancing only where it is not possible or appropriate to do so in advance. Private law norms include state legislation and private norm. The former refers to private law norms created by the legislature and judiciary authorities, whereas the latter refers to private law norms created by private persons authorized to create norms regulating private relations by the State through the delegation of part of its legislative power. The principle of proportionality is mainly applied to the former to regulate the balancing of legislative and judicial processes; in the case of the latter, it functions only as a last resort where private autonomy is excessive or insufficient, and it does not conflict with private autonomy. The principle of proportionality not only differs from the prohibition of abuse of rights in terms of conditions of application and legal effect, but also complements its function. The principle of proportionality also provides an operational framework for the concretization of the prohibition of abuse of rights.

(责任编辑:余佳楠)