

论必要性原则的客观化

刘 权^{*}

内容提要 等同于最小损害原则的必要性原则,在内涵上经历了从“必要的目的与必要的手段”到“必要的手段”的转变。为了预防与控制公权力行使的恣意与专横,应当客观化必要性原则。在判断何为必要性手段时,不应当忽略不同手段的有效性差别。如果通过成本收益分析方法,再借助于手段的相对损害计算公式,对异同有效性的手段进行损害大小比较,就能有效破解最小损害性难以客观判定的难题。

关键词 必要性 最小损害 相同有效性 成本收益分析

一、问题的提出

必要性原则(Der Grundsatz der Erforderlichkeit)是公法“帝王原则”比例原则的子原则之一,它要求实现正当目的的手段具有必要性,对当事人造成的损害最小。德国联邦宪法法院在多个判决中认为,必要性手段是“不存在相同有效,但对基本权利没有损害或损害更小的手段”^①。德国学者罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)认为,必要性要求选择“更少干涉强度的手段”。^②我国大多数学者也一般都认为必要性原则就是最小损害原则。例如,姜明安教授认为,必要性原则是指“行政机关实施行政行为,必须在多种方案、多种手段中选择对行政相对人权益损害最小的方案、手段实施。该原则亦称‘最小损害原则’”。^③余凌云教授认为,必要性要求“所要采取的手段在诸种可供选择的手段中是最温和的、侵害最小的。”^④

然而,为什么“必要性”就等同于“最小损害性”?在日常生活中,我们说某个手段是必要的,一般是指这个手段是“不得已”的手段,但这个手段却并不一定就是最小损害

^{*} 中央财经大学法学院讲师,法学博士。

① Vgl. BVerfGE19,330(337)-Sachkundenachweis; BVerfGE25,1(17)-Mühlenbauer gesetz; BVerfGE30,292(316)-Erdölbevorratung; BVerfGE40,371(383)-Werbefahrten; VerfGE63,88(115)-VersorgungsausgleichII; BVerfGE70,1(28)-Orthopädietechniker-Innungen; BVerfGE90,145(182)-Cannabis.

② Robert Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, 22 Revus J. Const. Theory & Phil. Law iv51, 53(2014).

③ 姜明安主编《行政法与行政诉讼法》(第6版),北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第74页。

④ 余凌云《论行政法上的比例原则》,载《法学家》2002年第2期。

的。在决定是否采纳某个手段时,我们除了掂量手段的损害大小外,还会考虑手段带来的收益、手段耗费的成本、手段实行的时机等多种因素。所以一些学者认为,必要性原则不单单是指最小损害原则。^⑤还有学者认为,必要性“并不必然要或只能解释成‘最小侵害’”。^⑥

在英国,一些法院在近些年的判决中对必要性也作了广义的理解。例如,在德弗雷塔斯(de Freitas) 案中,克莱德勋爵(Lord Clyde) 认为必要性原则是指“对权利或自由的限制不能超过所要实现目的的必要限度”^⑦,其包含狭义的合比例性。在我国台湾地区,司法院大法官在多个案件中将“宪法”中的“必要性”条款解释为比例原则。^⑧

而且,令人担忧的是,等同于最小损害原则的必要性原则,存在空洞性缺陷,其在适用时存在主观性过大的问题。对于究竟该如何确定最小损害,必要性原则却什么也没有说,其并没有为其适用者提供一个客观判断最小损害性的明确答案。“虽然必要性原则被构想为作出决定的标准,但它却并不总是足以使决定作出。”^⑨由于缺乏可操作的分析技术,在很多情形下,过于简单化的必要性原则不仅没有有效发挥其应有的规范功能,而且还极易可能被滥用,从而容易造成公权力行使的恣意与专横。

对于如何判断和确立哪一个手段是最小损害的,立法者、行政者可能束手无策。虽然立法者、行政者凭借自己的专业知识和经验,在很多情形下确实可以选择出最小损害的手段,但更多时候只能凭借“法感”,从众多可能有助于实现正当目的的诸多手段中挑选一个所谓的“最小损害”手段。然而,“法感”却并不总是靠得住的。正如德国著名法哲学家卡尔·拉伦茨(Karl Larenz) 所言“仅诉诸法感是不够的,因为这是他个人的感觉,别人可能有相同的感受,也可能没有。”^⑩立法者、行政者认为某个手段是最小损害的,但当事人可能并不这么认为,法官也可能并不这么认为。况且,凭借“法感”判断某一个手段是否为最小损害,容易造成权力的任性行使,使人权受到不当侵犯。

法官在具体案件中也面临同样的问题,在无法判断立法者、行政者所选择的手段是否是最小损害时,法官可能会采取回避的态度,将案件争议的焦点转移到是否符合狭义的比例原则。这一点在德国表现得尤为明显。在德国,大量的法律没能通过狭义比例

⑤ See Damian Chalmers et al., *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge: Cambridge University press, 449 (2006). Takis Tridimas, *The general principles of EU law*, Cambridge: Cambridge University press, 91(2006).

⑥ 黄昭元《宪法权利限制的司法审查标准:美国类型化多元标准模式的比较分析》,载《台大法学论丛》2004年第33卷第3期。

⑦ See Lord Clyde in *de Freitas v. The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture (Antigua and Barbuda)* [1998] UKPC 30, § 25.

⑧ 我国台湾地区“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。”相关案例可参见司法院大法官解释字第436、471、476、544、551、554、578、584、603、702、718号等解释。

⑨ Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 85(2001).

⑩ [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2013年版,第5页。

原则的审查。^⑪这或许与最小损害原则缺乏可操作性有一定的关系。而且,空洞的必要性原则容易造成结果导向的分析,从而不仅可能导致司法专断,使得法院“恣意以所谓的‘最佳选择’或‘正确做法’,否定行政权或立法权所设定或所选择之价值标准”,^⑫侵犯立法者的立法形成余地和行政者的专业判断余地,而且还可能导致司法腐败,最终使公民权利无法得到有效保障。

国内外很多学者已经认识到了空洞的必要性原则存在主观性过大的缺陷。例如,德国学者本哈德·施林克(Bernhard Schlink)认为,通过必要性原则,无法直接判断一项手段是否是最小损害。^⑬英国学者凯·穆勒(Kai Möller)也持类似观点,他认为,“要求同样有效但侵害更小的传统的最小损害原则,在某种程度上表述过分简单化。”^⑭我国学者蒋红珍认为,“必要性原则以‘目的-手段’关系的架构为其出发点,容易产生过度简单化的弊病”,存在“精确性上的缺陷”。^⑮学者郑春燕认为,最小损害原则缺乏“明确的可操作性”。^⑯

对于必要性原则在适用时主观性过大的问题,学者们已经认识到了问题的严重性,近些年来开始尝试性地提出了一些客观判断最小损害性的标准与方法。例如,阿根廷学者劳拉·克莱里科(Laura Clérico)在《比例原则的结构》一书中也认为,“如果最小损害原则不被精确化(präzisieren),它则是一个软弱无力的准则。”^⑰我国学者胡建淼等认为,最小损害原则已经成为西方法治发达国家的普遍共识,行政强制中的最小损害应当从行为模式、行为类型、行为要素、行为过程等方面判断。^⑱学者蒋红珍认为,针对必要性原则的司法适用困境,应当发挥“相同有效性”的功能性控制、确立不同的审查标准、合理配置举证责任等。^⑲学者郑春燕认为,最小损害原则在实践中可以细化为以下思路:以负担性措施代替禁止性措施、以指导性措施代替强制性措施、允许权利受损人先行选择“相同有效”的同类措施。^⑳

纵观国内外学者对必要性原则的研究可以发现,对于为什么必要性原则就等同于最小损害原则则鲜有研究,对于客观化必要性原则的方法仍然研究不够深入具体,提出的一些完善必要性原则的标准仍然是缺乏可操作性。而且,在研究视角上,现有的文献大多以司法为中心,即以法官的视角研究必要性原则。但必要性原则不仅是法官的原

⑪ See Ditter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 University of Toronto Law Journal 383, 389 (2007).

⑫ 林明铎《比例原则之功能与危机》,载台湾《月旦法学杂志》2014年第8期。

⑬ Vgl. Bernhard Schlink, Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here? 22 Duke J. Comp. & Int'l L. 291, 299 (2011-2012).

⑭ Kai Möller, Proportionality: Challenging the critics, 10 Int'l J. Const. L. 709, 714 (2012).

⑮ 蒋红珍《论必要性原则的适用困境与出路》,载《现代法学》2006年第6期。

⑯ 郑春燕《必要性原则内涵之重构》,载《政法论坛》2004年第6期。

⑰ Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 85 (2001).

⑱ 参见胡建淼、蒋红珍《论最小侵害原则在行政强制法中的适用》,载《法学家》2006年第3期。

⑲ 参见前引⑮,蒋红珍文。

⑳ 参见前引⑯,郑春燕文。

则,更是立法者、行政者的原则。

因而,正是认识到了现有这些研究的不足与缺陷,本文在国内外学者对必要性原则不多的研究基础上,跳出了单纯以司法为中心的研究视角,综合运用了规范分析法、历史分析法、案例分析法等研究方法,并且还尝试地运用了理想模型法^{②①},试图对必要性原则的内涵流变、必要性原则所指的最小损害是何种损害、又该如何比较多个异同有效性手段的损害大小等问题进行尝试性地探究。

随着近些年比例原则在全球的快速蔓延,而且也越来越多地出现在我国的相关法律文本与司法判决中^{②②},在我国全面推进依法治国、全力倡导把权力关进制度的笼子的背景下,系统深入探究客观化必要性原则的相关重要问题,不仅具有极大的理论价值,而且还具有重要的实践意义。

二、必要性原则的内涵流变

必要性原则为什么就等同于最小损害原则呢?要准确认识此问题,需要从历史角度考察必要性原则的内涵流变。事实上,并非从其产生之初,必要性原则就等同于最小损害原则,其内涵经历了从宽到窄的发展过程。

(一)“必要性原则”的形成标志“十字架山案”

必要性原则产生于德国的自由法治国时期。在18世纪末期和19世纪初期,德国一些学者的论述和相关法律中,已经开始提及了必要性原则,认为“只有在必要的(notwendig)情形下,国家才能限制公民自由,以确保所有人的自由与安全”。^{②③}1882年,普鲁士高等行政法院著名的“十字架山案”(Kreuzberg-Urteil)判决^{②④}奠定了必要性原则在行政法中的地位,标志着必要性原则的最终全面确立。根据该案判决,如果政府要积极追求公共利益,限制公民的权利与自由,只有在必要时根据法律的授权才能为之。

“十字架山案”的基本案情为:柏林市有一座“十字架山”,山上有一座建于1878年的纪念自由战争胜利的国家纪念碑。为了使柏林市民仰首即可看见此纪念碑,柏林警察当局颁布了一条建筑命令,规定“十字架山”附近居民所建的新建筑不能超过一定的高度。原告不服柏林警察当局的规定起诉至法院。在判决中,普鲁士高等行政法院认为柏林警察当局颁布的建筑命令不符合《普鲁士普通邦法》第10章第17条的必要性原则的规定,“并不是为了维护公共安宁、公共安全与公共秩序,也不是为了预防危险,而

^{②①} 理想模型法,是物理学中常见的一种研究方法,它通过把研究对象所具有特征理想化,突出强调研究对象在某方面的特征或主要特征,有利于全力掌握研究对象在某些方面的本质特征。

^{②②} 参见刘权《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

^{②③} Vgl. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten(1794), § 10 II 17. Günther Heinrich von Berg, Handbuch des Deutschen Polizeirechts, Zweyte verb. Aufl., Hannover: Hahn, (89-91) 1802. Carl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat, Hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, Köln und Opladen: Westdeutscher Verlag, 486 (1960).

^{②④} PrOVGE9, 353-Kreuzberg-Urteil.

只是为了促进公共利益。”^⑤如果警察当局要采取措施促进公共利益,必须有法律的进一步授权。因而,普鲁士高等行政法院最终作出判决认为,“建筑规定超出了警察法应当遵守的法律界限”,^⑥警察当局设定建筑限制是超出必要限度的。

自“十字架山案”之后很长的一段时间内,必要性原则为德国警察行政法的基本准则,任何警察行为都必须符合必要性原则。1928年,德国学者弗里茨·弗莱纳(Fritz Fleiner)生动地描述了必要性原则“对个人自由的限制从来不应超出必要(erforderlich)的限度。警察不能用大炮打麻雀。”^⑦

(二) 必要性原则的原初内涵

通过考察早期案例、相关学者的论述、相关法律的表述可以发现,在必要性原则的形成及发展初期,必要性原则是指:警察机关在必要的情形下,依据议会法律规定采取必要的手段限制公民权利与自由。详言之,作为自由法治国背景下消极行政的产物,必要性原则首先要求警察机关不得积极采取措施主动促进公共利益,只有在必要时,警察机关才能严格依据议会法律授权,采取必要的手段。对于“必要”一词,在德语用词上一般有两种表达:在表达“必要的情形”时,似乎更喜欢运用“notwendig”,意为“必要的”、“必然的”、“急迫的”;而在表达必要的手段时,似乎更偏重运用“erforderlich”,意为“必需的”、“需要的”、“不可缺少的”。

因而,必要性原则的原初内涵是相对较宽泛的,它包括目的必要性和手段必要性两个方面。第一,对于目的必要性来说,它要求政府权力的启动应当是在必要的(notwendig)情形下,不得随意干涉公民个人自由。在判断什么是“必要的情形”时,一般应当考虑目的的重要性、紧迫性等因素,所以“必要的情形”所指的必要性,实际上是指目的必要性,既有没有必要去实现某个目的,其主要考虑的是目的实现可能产生的收益大小。第二,对于手段必要性来说,它要求在目的有必要实现的情形下,启动后的政府权力只能采取必要的(erforderlich)手段干涉公民自由。在判断什么是“必要的手段”时,一般应当考虑手段的种类、手段的损害大小等因素。

(三) 必要性原则向最小损害原则的转化

到了20世纪初期,随着自由资本主义向垄断资本主义的转变,各种社会问题大量涌现,政府职能急剧扩大,先前必要性原则中所要求的“必要的情形”条件似乎受到忽视,政府的行为一般都会被认为是目的必要的,所以对必要性原则关注的重点也逐渐转移到了手段的必要性上,而不再关注于目的必要性。但对于如何客观判断手段必要性,则缺乏明确标准。

最小损害性手段的要求是在必要性原则的后期发展中才产生的。1931年颁布的《普鲁士警察行政法》(Das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz),详细地以文本的形式规

^⑤ PrOVGE9, 353(377)-Kreuzberg-Urteil.

^⑥ PrOVGE9, 353(384)-Kreuzberg-Urteil.

^⑦ Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, neubearb. Aufl. 8., Tübingen: Mohr, 404(1928).

定了必要性原则,其第41条第1款首先规定警察处分如果具有必要性(erforderlich),也是合法的。^{②⑧}紧接着,该法第41条第2款作了进一步规定,“如果有多种手段可以消除对公共安全、公共秩序的破坏,或能有效地防御危险,则应当尽可能地选择一种对相关人员和一般大众损害最小的手段。”^{②⑨}此条规定应该是首次提出了最小损害原则,进一步明确了必要性原则的内涵,规定了警察处分应当是多种手段中最小损害的手段。自此之后,必要性原则就等同于最小损害原则。

随着自由治国向实质治国的不断迈进,政府职能进一步急剧扩张,国家对公民权利的干预更加广泛。仅仅靠手段必要性原则还不足以规范国家的公权力行使,政府在“必要的情形”下行使职能似乎又变得重要起来,即目的必要性原则似乎又变得重要起来。但此时目的必要性原则并不像之前那样包括于必要性原则之中,而是隐含于二战后的50到60年代间产生的狭义比例原则之中。

狭义比例原则是关于目的必要性的原则。它认为公权力行为的手段即使是必要的,也不必然正当,还必须符合手段所增进的公共利益与所造成的损害成比例的条件。这实际上已包含了先前必要性原则所要求的“必要的情形”,即如果手段所增进的公共利益与所造成的损害成比例,那么就是必要的情形,此时政府就有必要采取必要的手段。

因此,在狭义比例原则产生之后,先前必要性原则所要求的“必要的情形”即目的必要性已转移到了狭义比例原则之中了。必要性原则基本上就是指手段的必要性了,其基本上成为了对手段损害大小的事实判断。如果某项手段不是最小损害的,那么这个手段就被认为是不必要的。

通过考察必要性原则的内涵流变可以得出,德国法中的必要性原则是内涵缩小了的必要性,在用词上似乎经历了从“notwendig + erforderlich”到“erforderlich”的转变,即从“必要的目的 + 必要的手段”到“必要的手段”的转变。换言之,发源于德国的必要性原则,由于历史环境的变化,其在内涵上经历了从广义到狭义的变化,即必要性原则可以分为广义的必要性原则和狭义的必要性原则。形成初期的必要性原则是广义的,内涵较为丰富,它不仅评价手段的必要性,而且还评价目的的必要性。因而,政治、法律、道德等相关因素都可以包括于广义的必要性原则之中。狭义比例原则产生之后,必要性原则就基本上变成狭义的了,仅仅是指手段的最小损害性,即只有某个手段是最小损害的,才是必要的。当代大多数法治国家所运用的必要性原则,一般是指狭义的必要性原则,即指手段最小损害原则。

(四) 应当扩大必要性原则的内涵吗

与德语单词“erforderlich”相对应的英语单词是“necessary”。如果单纯从词义的角度,英语中的“necessary”和汉语中的“必要的”内涵很丰富,更接近于形成初期的必要性

^{②⑧} Das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz(1931), § 41(2)。

^{②⑨} 前引^{②⑧}。

原则的内涵,不仅仅是指手段的最小损害性。所以有观点认为,传统的必要性原则“只涉及干预和介入的强度”,应当对“必要性原则的内涵进行扩展”。^⑩那么,有必要扩大必要性原则的内涵吗?或者说是否有必要恢复必要性原则的原初内涵?

答案是否定的。应当对必要性进行狭义理解,将必要性原则仅仅限定为手段必要性原则,即手段最小损害原则。将必要性原则限定为手段最小损害原则,主要有以下几方面的原因:第一,更有利于强调手段的最小损害性。“要求侵害的极小化,也就是要求国家权力的极小化,这不仅符合古典自由主义的基本立场,也确实有利于保障人权。而这应该也是比例原则模式最吸引人之处”。^⑪第二,目的是否有必要实现属于狭义比例原则的判断范畴。狭义必要性原则主要是对不同手段的损害大小的经验判断与科学分析,其所不能解决的目的必要性判断正是狭义比例原则的使命。通过综合权衡各种因素,公正地进行利益衡量,狭义比例原则可以有效判断要不要选择某个必要的即最小损害的手段去实现某个正当目的。因而,将手段必要性与目的必要性二者区分开来,更有利于实现其各自的规范功能。第三,将必要性原则限定为最小损害原则更加符合习惯。事实上,无论是在德国,还是在其它大多数接受比例原则的国家,都习惯性地将必要性原则等同于最小损害原则。

三、必要性:相对最小损害性

必要性原则要求立法者、行政者所运用的手段是最小损害的,这就需要立法者、行政者首先应确定各个手段的损害大小,然后再对这些不同的具有适当性的手段进行比较分析,以最终挑选出一个最小损害的手段。

在被称为比例原则中国适用的第一案中,即汇丰实业公司与哈尔滨市规划局行政处罚决定纠纷上诉案中^⑫,最高人民法院在判决书中认为,规划局所作的处罚应“尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。而上诉人所作的处罚决定中,拆除的面积明显大于遮挡的面积,不必要地增加了被上诉人的损失,给被上诉人造成了过度的不利影响。”从判决书可以看出,最高人民法院认为规划局的行为不是最小损害的,给当事人造成了不必要的损失,不符合必要性原则,因而最终驳回了规划局的上诉。在郭建军与诸暨市国土资源局土地管理行政处罚纠纷上诉案等多个案件中,我国法院也表达与此几乎完全

^⑩ 陈征《国家权力与公民权利的宪法界限》,清华大学出版社2015年版,第17页。

^⑪ 参见前引⑥,黄昭元文。

^⑫ 汇丰实业公司与哈尔滨市规划局行政处罚决定纠纷上诉案,最高人民法院(1999)行终字第20号。关于此案的详细分析可参见湛中乐《行政法上的比例原则及其司法运用——汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案的法律分析》,载《行政法学研究》2003年第1期。

相同的观点。^{③③}

为了能够真正挑选出在客观上具有最小损害的手段,在比较不同手段的损害大小时,不应忽略不同手段对目的实现程度的差别,即不应忽视不同手段的有效性差别。

(一) 相同有效性手段的损害比较

对于某一个正当目的,如果有多个适当性的手段都能同等程度地促进,那么这些适当性手段的有效性就是相同的。此时只需要比较这些不同手段的原始损害大小,就可以选择出一个最小损害的手段。

例如,假设对于实现某一特定公共目的 P ,经过适当性原则分析后,立法者、行政者只有 M_1 、 M_2 、 M_3 三种适当性手段可选择。如果手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对权利的损害大小值 C_{r1} 、 C_{r2} 、 C_{r3} 分别为 30、50、60,它们都能完全实现目的,实现目的所带来的收益值均为 100。由于三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 的有效性是相同的,手段 M_1 的绝对损害又是最小的,所以在相同有效性下,手段 M_1 是符合必要性原则的最小损害性手段。

在相同有效性下判断手段的损害性,已在法院的判决中得到了多次体现。在药房案中,对于最小损害原则,德国联邦宪法法院认为“只有为了保护特别重大的公共利益时,才可以限制择业自由,也就是要在个人自由优先的前提下仔细权衡,只有没有其他可以不通过限制的手段或没有更小限制的手段,才能为了保护这种特别重大的公共利益而限制择业自由。”^{③④}在原油储存案(Erdölbevorratung)中,德国联邦宪法法院认为,最小损害性手段是“不存在相同有效,但对基本权利没有损害或损害更小的手段”。^{③⑤}在许多其它案件中,联邦宪法法院对最小损害性也有类似表述。^{③⑥}

在我国,在陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案中^{③⑦},原告丈夫韩勇驾驶的出租车发生了交通事故,庄河市公安局交通警察大队先后采用了撬杠等方法,都不能打开驾驶室车门,最后采用了气焊切割的方法,将韩勇从车中救出送往医院,但最终韩勇不治身亡,出租车也被毁损。法官在判决书中认为手段最小损害的判断应当以手段的相同有效性为前提。“虽然该措施后来导致了汽车的毁损,但由于当时情况紧急,

③③ 参见郭建军与诸暨市国土资源局土地管理行政处罚纠纷上诉案,绍兴市中级人民法院(2008)绍中行初字第37号行政判决;苏州鼎盛食品有限公司诉江苏省苏州工商行政管理局工商行政处罚案,江苏省高级人民法院二审(2011)苏知行终字第0004号;临洮县紫竹苑物业管理有限责任公司诉甘肃省临洮县质量技术监督局行政处罚案,定西市中级人民法院二审(2014)定中行终字第30号;舟山市市场监督管理局金塘分局与邬学勋案,舟山市定海区人民法院一审(2015)舟定行初字第7号。

③④ BVerfGE7,377(405)-Apotheken-Urteil.

③⑤ BVerfGE30,292(316)-Erdölbevorratung.

③⑥ Vgl. BVerfGE40,371(383)-Werbefahrten; BVerfGE63,88(115)-VersorgungsausgleichII; BVerfGE70,1(28)-Orthopädietechniker-Innungen; BVerfGE90,145(182)-Cannabis.

③⑦ 陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案,辽宁省庄河市人民法院(2002)庄行赔字第1号、辽宁省大连市中级人民法院(2002)大行终字第98号。关于此案的具体评述可参见许福庆、李蕊《交通警察施救行为过程中比例原则之应用——陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案》,载《中国行政审判案例指导》(第1卷),中国法制出版社2010年版,第94-98页。

无法采取其他更安全、有效的措施抢救韩勇。”^{③⑧}“气焊割门符合必要性原则。交通警察并非一开始就采取气焊割门这种风险较大的开门方式,而是采取撬杠等各种风险较小的开门方式,在其他方式不能奏效的情况下,不得已才采取气焊割门这种对被救人员生命和财产造成更大损失的方式。也就是说,当时情况下,在可以达成执法目的的方式中,气焊割门实际上已经成为相对损害较小的方式,因为其他风险更小的方式无法实现执法目的。”^{③⑨}因此,采取撬杠等方法而非气焊割门的手段,虽然是绝对损害最小,但却实现不了及时救人的目的。在能同样达到及时救人目的的多种手段中,“破损汽车车门或者造成轿车毁损对他人利益的损害明显较小。”因而,法院最终判决认为,庄河市公安局交通警察大队所采用的手段并无不当。

在王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷案中^{④①},原告借用他人3台农用小四轮拖拉机运送了31头生猪,在路上被中牟县交通局的工作人员以这3台车没交养路费为由扣车。尽管原告提出车上装的货物不能停留,请求把生猪卸下后再扣车,但被告的工作人员却置之不理,强行摘下拖斗后驾车离去,致使拖斗内的生猪因自然挤压和气候炎热中暑死亡多头。法院认为,被告县交通局没有选择相同有效性下最小损害的手段,其所采用的手段不符合必要性原则。在可以同样实现执法目的的条件下,有两种手段可供选择:一种手段是不卸生猪,直接扣车;另一种手段是先卸生猪,再扣车。第二种手段在相同有效性下,明显对当事人损害更小,但县交通局却采取了第一种手段,“不符合合理、适当的要求,是滥用职权”给当事人带来了更大的损害,所以应当给予行政赔偿。

在这些案例中,法院都认识到了应当在相同有效性下比较不同手段的损害大小。某个手段可能绝对损害更小,但对某个目的的实现程度也更小,采用此手段就可能无法实现公权力行使者所要追求的正当目的。因此,相同有效性是比较不同手段损害大小的前提。换言之,最小损害的手段,是在相同有效性下的最小损害。如果不存在另外一个或一些能同样有效实现目的、但损害更小的手段,那么此手段便是最小损害的。

(二) 异同有效性下的最小损害性: 相对最小损害性

如上所述,最小损害的判断前提是手段的相同有效性。然而,现实却经常是,不同手段的有效性往往是不同的,即很少存在两个能完全同等程度实现目的的手段。损害小的手段可能对目的的实现程度较小,即有效性较小;损害大的手段可能对目的的实现程度也更大,即有效性更大。“必要性原则所谓的最小损害系比较性的概念,但其比较

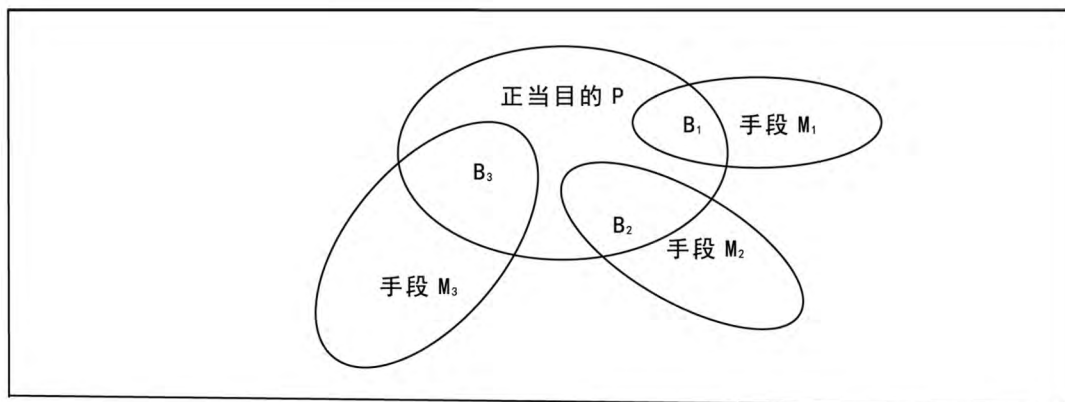
^{③⑧} 陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案,辽宁省庄河市中级人民法院(2002)庄行赔字第1号、辽宁省大连市中级人民法院(2002)大行终字第98号。

^{③⑨} 许福庆、李蕊《交通警察施救行为过程中比例原则之应用——陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案》,载《中国行政审判案例指导》(第1卷),中国法制出版社2010年版,第97页。

^{④①} 王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷案,河南省郑州市中牟县人民法院(2002)牟行初字第04号。关于此案的具体评述可参见王伟《执法机关严重违反比例原则暂扣车辆给当事人造成损失的应当承担赔偿责任——王丽萍诉河南省中牟县交通局交通行政赔偿案》,载《中国行政审判案例指导》(第1卷),中国法制出版社2010年版,第89-93页。

的基础却往往忽略各个手段的目的达成度非属同一的性质,而有过分简化现象。”^⑪因而,在判断某一个手段是否是最小损害时,往往会出现这样的窘境:对于某一个正当目的,有多种具有适当性的手段,但这些具有适当性的手段的损害均不同,有效性也均不同,而且这些不同的有效性又都是可接受的。那么,此时该如何从这些异同有效性手段中选择一个最小损害的手段呢?

假设对于实现某一特定公共目的 P ,经过适当性原则分析后,立法者、行政者只有 M_1 、 M_2 、 M_3 三种适当性手段可选择。但这三种手段的损害不同,对目的的实现程度即有效性也不相同,但都是可接受的。假设手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对权利的损害成本值 C_{r1} 、 C_{r2} 、 C_{r3} 分别为 30、50、60,它们对目的不同程度的实现所带来的收益值 B_1 、 B_2 、 B_3 分别为 35、50、80。手段与目的重合的部分表示对目的的实现程度,即手段的有效性程度(见手段必要性分析前图)。



手段必要性分析前图

通过比较可以发现,三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 的损害均不同,有效性也不同。手段 M_1 的损害最小,对正当目的 P 的实现程度即有效性也最小;手段 M_2 的损害较大,对正当目的 P 的实现程度即有效性也较大;手段 M_3 的损害最大,对正当目的 P 的实现程度即有效性也最大。

那么此时应当选择何种手段呢?通过比较可以发现,三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对权利的损害成本大小排序为: $C_{r1} = 30 < C_{r2} = 50 < C_{r3} = 60$,因为手段 M_1 对权利损害最小,所以肯定会有人会毫不犹豫地认为,应当选择手段“最小损害的”手段 M_1 。其实并非这样,不能简单地将绝对损害性最小的手段 M_1 作为最小损害的手段,因为三种手段的有效性也是不同的。直接将绝对损害性最小的手段 M_1 作为最小损害的手段,违背了最小损害性手段的判断前提:相同有效性。

当各种手段对目的的实现程度均不同时,即各种手段具有异同有效性时,在比较不

^⑪ 蔡茂寅《比例原则的界限与问题性》,载台湾《月旦法学杂志》2000年第4期。

同手段的损害性大小时,不能忽略手段的有效性程度。如果只是单纯地比较手段的损害性大小,而不顾手段对公共利益的促进程度,即手段的有效性程度,那么通过必要性原则选出的手段确实是绝对损害最小的,但对目的的实现程度却往往也是最小的。“在绝大多数案件中,最小损害的手段往往也是更低有效性的。”^{④2}正是由于认识到此点,该学者甚至认为“最好是放弃最小损害性和最小损害性手段的表述,因为这样容易产生误导,让人觉得只要有更小损害的可替代性手段,就应当采取此手段。”^{④3}

不顾手段的有效性,而只问手段的最小损害性,就会导致大量的能更多地增进社会公共福利但损害较大的行为得不到实施,从而大大束缚了立法者、行政者在福利国家和风险社会中的手脚,不利于积极立法和积极行政,从而最终使全社会的公民失去更多的利益。正如我国学者郑春燕所认为,如果不考虑不同手段的有效性差异,“仅要求在有效实现目标的多种手段中选择最小侵害的手段,则必要性原则就俨然成为了‘温柔立法’或‘温柔行政’的代名词。”^{④4}也正如我国学者许玉镇所认为,如果只是单纯地比较损害大小,就可能否定高度有效性的手段,“将使得国家积极追求公益之实现的功能瘫痪,同时也可以使得更加无法采取充分有效的手段来履行其维护公益及私益免受危害之消极任务。”^{④5}

因此,必要性原则所要求的手段的最小损害性,不应当是无条件的绝对最小损害性,而应当是一种相对最小损害性。最小损害原则,实际上是相对最小损害原则。如果多个适当性的手段均具有相同的有效性,只是单纯的比较各手段的损害大小,就可以确定出一个最小损害的手段;但如果多个适当性的手段的有效性均不同,或只有部分手段的有效性相同,这些手段的不同有效性也都是可接受的,为了既能有效保障公民权利,又能兼顾公共利益,不至于选择出绝对损害性最小但有效性却可能又最低的手段,此时就需要将这些异同有效性的手段转化为“相同有效性”的手段,然后再在转化后的“相同有效性”下,选择一个相对最小损害的手段。要判断何为相对最小损害的手段,需要借助于相对损害计算公式。

(三) 手段的相对损害计算公式

要比较各种不同有效性手段的损害大小,首先应当实现从手段的异同有效性向“相同有效性”的转化,即在1个单位“有效性”下比较不同手段的损害大小。

通过手段的相对损害计算公式,就可以将各种异同有效性的手段转化为“相同有效性”的手段。经过转化后,各种异同有效性的手段的绝对损害也就转化成为了1个单位“有效性”下的相对损害,从而就可以在“相同有效性”下比较各种不同的具有适当性手

^{④2} Tom Hickman, The substance and structure of proportionality, P. L. 694, 702 (2008).

^{④3} Tom Hickman, The substance and structure of proportionality, P. L. 694, 714 (2008).

^{④4} 参见前引^{④6},郑春燕文。

^{④5} 许玉镇《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第60页。

段的相对损害大小,进而就能够从各种具有适当性的异同有效性手段中挑选出一个相对最小损害性手段。手段的相对损害计算公式如下:

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

不同手段对目的的实现程度即有效性不同,实际上是不同手段的收益不同,用 B 表示;不同手段的损害不同,实际上是不同手段的成本不同,用 C_r 表示, C_r 就是手段的原始的绝对的损害性大小。手段的相对损害性大小用 I 表示。

假设手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对权利的损害大小值 C_{r1} 、 C_{r2} 、 C_{r3} 分别为 30、50、60,对目的不同程度的实现所带来的收益值 B_1 、 B_2 、 B_3 分别为 35、60、80。

通过相对损害计算公式,就可以得出不同有效性的手段在 1 个单位“有效性”下的相对损害,然后进行比较。对于三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 的相对损害值,我们可以进行如下计算:

$$I_1 = \frac{C_{r1}}{B_1} = \frac{30}{35} = 0.86$$

$$I_2 = \frac{C_{r2}}{B_2} = \frac{50}{60} = 0.83$$

$$I_3 = \frac{C_{r3}}{B_3} = \frac{60}{80} = 0.75$$

通过手段的相对损害性公式计算可以发现,三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对的权利的相对损害性大小为: $I_1 > I_2 > I_3$ 。此结果表明,三种不同手段 M_1 、 M_2 、 M_3 在“相同有效性”下,手段 M_3 的相对损害性最小,所以手段 M_3 是必要性原则所要挑选的最小损害性手段,尽管手段 M_3 的绝对损害性是最大的。

但是,绝对最小损害的手段与相对最小损害的手段并不总是不一致的,也存在绝对最小损害的手段与相对最小损害的手段重合的情形,即在“相同有效性”下,相对最小损害的手段同时也是绝对最小损害性手段。再以三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 为例,如果对他们所造成的损害和收益进行不同赋值,会产生不同的结果。假设手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对权利的损害成本值 C_{r1} 、 C_{r2} 、 C_{r3} 分别变为 30、40、80,它们对目的不同程度的实现所带来的收益值 B_1 、 B_2 、 B_3 分别变为 40、50、90。对于三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 的相对损害值,我们可以进行如下计算:

$$I_1 = \frac{C_{r1}}{B_1} = \frac{30}{40} = 0.75$$

$$I_2 = \frac{C_{r2}}{B_2} = \frac{40}{50} = 0.80$$

$$I_3 = \frac{C_{r3}}{B_3} = \frac{80}{90} = 0.89$$

在此种情形下,通过手段的相对损害性公式计算可以发现,三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对的权利的相对损害性大小为: $I_1 < I_2 < I_3$ 。此结果表明,三种不同手段 M_1 、 M_2 、 M_3 在“相同有效性”下,手段 M_1 是相对最小损害的,而手段 M_1 同时也是绝对最小损害的,此时就出现了绝对最小损害的手段与相对最小损害的手段重合的情形。

因此,在判断何为最小损害性手段时,不应当忽略不同手段的有效性差别,即不应当忽略不同手段所带来的收益不同。适用必要性原则的关键,在于在“相同有效性”下对各种不同的手段进行损害大小比较,而这种“相同有效性”下的损害大小分析又取决于对不同手段的损害与收益的分析。

要确定不同手段的损害值和收益值,在很多情形下,不通过科学地计算,是无法得出客观准确的结果的。“与货币纬度紧密相连的所有权利,例如财产权,更适合量化。”^{④⑥}对于那些具有经济属性的权利,在判断某项手段对其造成的损害性大小时,进行量化是可行的;对于收益来说,与经济紧密相关的公共利益收益相对是比较容易确定的。因而,科学准确地确定各种适当性不同的手段所造成的损害值与所带来的收益值大小,就成为正确适用相对损害计算公式的关键,即成为准确判断哪种手段是相对最小损害的关键。

四、“相同有效性”下的损害比较:成本收益分析

如上所述,必要性原则所要求的最小损害,是“相同有效性”下的最小损害,即相对最小损害。但是,对于如何客观准确地挑选出一个相对最小损害的手段,必要性原则本身并没有给出答案。如果通过成本收益分析方法(Cost-Benefit Analysis),再借助于手段的相对损害计算公式,对多种不同的异同有效性手段进行损害大小比较,就能有效破解最小损害性难以判定的难题。正如有学者所认为“将经济学的‘成本-收益’分析引入比例行政原则,将确保其对公民利益与公共利益、个人权利与公权力的调整达到理性最优化。”^{④⑦}对于必要性原则来说,只有借助于成本收益分析,量化各种不同手段的成本和收益,然后再在相同有效性下比较各种手段的成本、收益,才能确定出相同有效性下最小损害的手段。在一般情况下,除了总体计算以确定什么是最小损害的手段外,别无他法。^{④⑧}

在确定不同手段的损害与收益的方法上,美国行政法上的成本收益分析方法可资借鉴。在美国行政法中,经济学上的成本收益分析方法得到了日益广泛地运用。“成本收益分析是一种科学的规制影响分析工具,它为决策者提供了一套数学计算方法,从而

^{④⑥} Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 59 (2012).

^{④⑦} 柳砚涛、李栋:《比例行政原则的经济分析研究》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期。

^{④⑧} Vgl. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 66(1981).

能较为准确地量化拟实施的规制可能耗费的成本和可能获取的收益,进而有利于决策者作出能提升经济效率和经济理性的科学决定。”^{④⑨}相比于偏重于定性分析的比例原则来说,偏重于定量分析的成本收益分析,在很多时候更具有客观性和精确性,从而有利于减少公权力行使的专断与恣意。

(一) 必要性原则中的成本: 权利损害成本

必要性原则要求手段对公民权利的损害最小,所以首先应当确定各种不同的具有适当性的手段对公民权利损害的大小,即权利损害成本大小。根据权利相对损害性公式,应当首先确定不同手段的权利损害成本值 Cr 。

对于政府某项措施的成本的种类,美国行政法中成本收益分析的成本,既包括手段对公民权利造成的损害成本,也包括政府实施手段的财政支出成本。那么,必要性原则是否应当审查政府实施某项手段的财政支出成本呢?对此有正反两种意见。持肯定意见的学者大多认为,除了判断手段对公民权利的损害是否最小外,还应忽略政府实施某项手段所耗费的人力、物力、财力等财政支出成本,如果财政支出成本过大,同样也是不符合必要性原则的。例如,我国台湾地区大法官许宗力认为,必要性原则就应当审查政府的公益成本“其他可能手段的相同有效性,较少限制性,以及较少或至少相同的公益成本耗费等三者,共同构成适用必要原则审查的重点所在。”^{⑤⑩}反对的观点则认为,对财政支出成本的审查“已超出必要性原则的审查范围。必要性原则并不会责备选择耗费较多税收的手段。”^{⑤⑪}

毫无疑问,当然不应忽略政府实施某项手段的财政支出成本。财政支出成本过大的手段,同损害过大的手段一样是令人难以接受的。在某些情形下,政府实施某项手段的财政支出成本可能大于甚至远远大于对公民权利的损害成本,例如风险预防中的政府财政支出成本。所以从效能角度考虑,当然应当重视政府实施某项手段的财政支出成本。

但是,手段的财政支出成本确实超出了必要性原则的分析范围。因为必要性原则是以权利为本位的,它所解决的问题是手段对权利的损害大小问题,即在相同有效性下哪个手段对公民的权利是最小损害的。如此一来,难道就不应当考虑财政支出成本吗?只要手段是最小损害的,就应当不计财政支出成本而去实现吗?实际上,狭义比例原则可以解决某项手段的财政支出成本问题,如果某个最小损害的手段耗费的财政支出成本过大,就可能不符合狭义比例原则的要求,所以财政支出成本应当交由狭义比例原则来审查。因此,为了充分体现权利本位的精神,必要性原则即最小损害性原则不应考虑政府实施手段的财政支出成本,而只应当关注手段对公民权利的损害大小。

^{④⑨} 刘权《作为规制工具的成本收益分析——以美国的理论与实践为例》,载《行政法学研究》2015年第1期。

^{⑤⑩} 许宗力《比例原则之操作试验》,载氏著《法与国家权力》(二),台湾元照出版公司2007年版,第128页。

^{⑤⑪} Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck, 457(2001).

(二) 手段的最低有效性: 最低可接受收益

必要性原则要求手段是“相同有效性”下的最小损害,那么这种“有效性”到底是多大程度的要求呢?如果某项手段的权利损害很小,收益很大,那么根据权利相对性损害公式,由于分子即权利损害成本 C_r 很小,分母即收益 B 很大,所以在相同有效性下,该手段的相对损害性就可能是最小的。在这种情形下,绝对最小损害的手段同时也是相对最小损害性手段,而且该手段的收益也是最大的,这是一种最理想的结果,因为该手段既最大限度地保护了公民权利,又最大程度地促进了公共利益。

但是,如果某手段的权利损害很小,收益也很小,那么根据权利相对性损害公式,由于分子即权利损害成本 C_r 很小,分母即收益 B 也很小,所以在相同有效性下,该手段的相对损害性也可能是最小的,但选择该手段所获得的收益也很小,甚至有时不能很好地促进目的。

因此,为了防止手段是相对损害性最小的,但却达不到立法者、行政者所期望的“有效性”程度的情形的出现,应当确立手段的最低有效性程度,即立法者、行政者应当确立手段对目的的最低限度的促进程度:手段的最低可接受收益。通过确定手段的最低可接受收益,必要性原则就可以有效地兼顾公共利益,立法者、行政者就可以在手段的最低可接受收益的条件下,选择出对公民权利相对损害最小、但收益也相对较大的手段。

至于手段的最低可接受收益应当是多少,即手段究竟应当达到多大的有效性程度,则属于立法者、行政者的裁量范围,立法者、行政者享有判断和选择自由。立法者、行政者应当在具体的情形下,综合考虑各种事实因素和法律因素,确定出手段的最低可接受收益。对于权利损害性公式来说,就是应当确定手段的最低可接受收益值 B_0 。在进行手段的相对损害性公式计算时,首先应当排除收益值小于最小可接受值 B_0 的手段,然后再确定那些收益值大于或等于 B_0 的手段相对损害性大小。

(三) 相对最小损害性手段的确立

相对最小损害性手段的确立,关键在于确定不同手段的损害与收益。在对损害、收益的具体赋值与计算方法上,完全可以借鉴相对比较成熟的美国行政法上的成本收益分析方法。在美国,行政机关在制定或修改法定情形的行政决策、行政规章时,通过市场评估法和愿意支付、愿意接受等非市场评估法,能够较为精确地计算出拟实施的某个规制的成本、收益,从而决定是否采取某项措施。^②

^② 关于成本收益分析方法的相关文献可参见毕洪海《作为规制决策程序的成本收益分析》,载《行政法学研究》2016年第3期;刘权《作为规制工具的成本收益分析——以美国的理论与实践为例》,载《行政法学研究》2015年第1期;郑雅方《成本收益分析方法适用的司法审查——以美国法上“护河者案”为中心的考察》,载《华东政法大学学报》2015年第1期;赵雷《行政立法评估之成本收益分析——美国经验与中国实践》,载《环球法律评论》2013年第6期;蒋红珍《政府规制政策评价中的成本收益分析》,载《浙江学刊》2011年第6期;于立深《成本效益分析方法在行政法上的运用——以〈行政许可法〉第20、21条为例》,载《公法研究》2005年第2期;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。

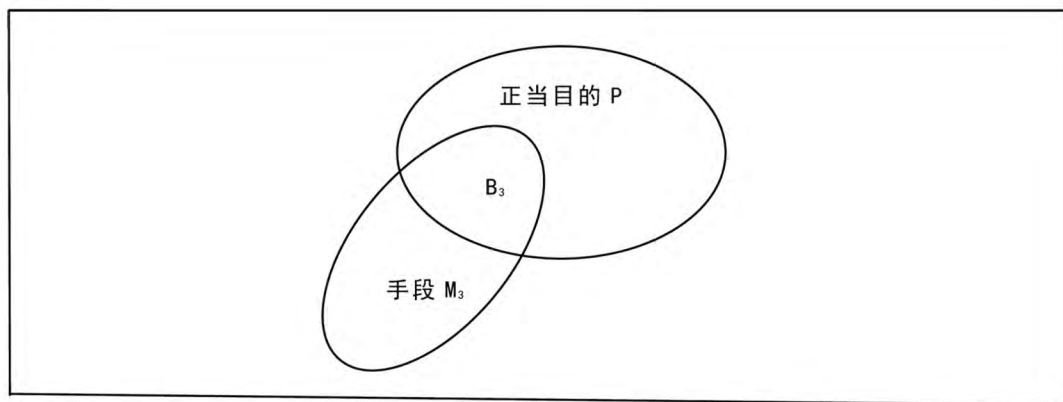
确定了各种不同手段的损害大小、收益大小以及最低可接受收益,就可以运用手段的相对损害计算公式,计算出各种不同手段的相对损害性大小,然后进行比较,最终选择一个相对最小损害的手段。

再以三种手段 M_1 、 M_2 、 M_3 为例,假如通过计算它们的权利损害成本和收益,得知手段 M_1 、 M_2 、 M_3 对权利的损害成本值 C_{r1} 、 C_{r2} 、 C_{r3} 分别为 30、40、80,它们对目的不同程度的实现所带来的收益值 B_1 、 B_2 、 B_3 分别为 40、44、90。立法者、行政者所确立的手段收益的最小的可接受值 B_0 为 42,即如果手段的收益低于 42 就是不可接受的,由于 $B_1 < B_0$,所以手段 B_1 的收益过小,不符合立法者、行政者所期望的最低有效性程度而应当排除。那么剩下的就只有 M_2 、 M_3 两种手段,此时就应当根据权利相对损害性公式,计算 M_2 、 M_3 两种手段的相对损害性大小:

$$I_1 = \frac{C_{r2}}{B_2} = \frac{40}{44} = 0.91$$

$$I_3 = \frac{C_{r3}}{B_3} = \frac{80}{90} = 0.89$$

通过以上的计算结果可以得知,手段 M_2 、 M_3 对的权利的相对损害性大小为: $I_2 > I_3$ 。此结果表明,手段 M_2 、 M_3 在“相同有效性”下,手段 M_3 的相对损害性最小,所以手段 M_3 是符合必要性原则的最小损害性手段,尽管手段 M_3 的绝对损害性是最大的。虽然手段 M_2 是绝对最小损害的,但手段 M_2 的有效性很低,所以在“相同有效性”下,手段 M_2 的相对损害更大,所以不符合必要性原则。因此,通过必要性原则分析,手段 M_3 是符合条件的(见手段必要性分析后图)。



手段必要性分析后图

以上是立法者、行政者运用必要性原则选择出最小损害性手段的过程。对于法官来说,在适用必要性原则时有所不同。因为法官所要审查的只是一个手段,所以相对简单,法官只需要判断立法者、行政者所选择出的手段是否是最小损害的即可,而不需要

从众多的适当性手段中,挑选出一个最小损害的手段。法官如果发现还存在其它“相同有效”但更小损害的手段,就可以直接否定立法者、行政者所选择的所谓的“最小损害性”手段。对于由于科技进步等原因而出现更多的手段可选择时,立法者、行政者应当及时变更、废除原手段,重新依据必要性原则挑选出一个新的最小损害的手段。法官在司法审查时也应当判断是否有新的更小损害性的手段可供采用。

然而,将手段的最小损害性理解为相对最小损害性,在必要性原则分析阶段,确实可能选出能带来更多公共利益的手段,从而增加社会整体福利。但如此一来,肯定有人会认为,将手段的最小损害性理解为相对最小损害性,立法者、行政者所选择的手段就不一定是绝对最小损害的,反而还可能是绝对损害性最大的手段,虽然这样社会整体福利可能确实是提高了,但个人权利却可能由此而受到了更大程度地侵犯,这样就不能有效保障公民权利。这种担心是有道理的,但或许是多余的,因为经过必要性原则分析后,还有狭义比例原则的分析。狭义比例原则作为比例原则的最后一道屏障,可以起到有效保障公民权利不被过度侵犯的功能。

结 语

非最小损害便是不必要。这应当是当代全球法治国家,在行使权力限制权利时所应当遵循的基本准则。政府在追求某个正当目的时,如果有多个适当性手段,就应当选择损害最小的手段。然而,由于缺乏可操作的分析技术,空洞的必要性原则在很多情形下不仅没能有效发挥其应有的规范功能,而且在适用时存在主观性过大而被滥用的可能。2014年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出,依法治国“必须以规范和约束公权力为重点”。2015年中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要(2015-2020年)》特别强调,“切实把权力关进制度的笼子”。因而,为了预防与控制公权力行使的恣意与专横,充分实现我国宪法所规定的尊重与保障人权的历史使命,应当客观化必要性原则,努力寻求客观判断最小损害性的具体方法与标准。

必要性原则,实质上应当是相对最小损害性原则。必要性原则所要求的手段最小损害性,并不是无条件的绝对最小损害性,而是一种相对最小损害性。所以适用必要性原则的关键,就在于在“相同有效性”下对各种异同有效性的手段进行损害大小比较。这样就既能有效保障公民权利不被过度侵犯,又能有效兼顾公共利益,增进社会整体福利。因而,通过借鉴美国行政法上的成本收益分析方法,科学准确地确定异同有效性手段的损害值与收益值的大小,再借助于手段的相对损害计算公式,就可以相对客观准确地挑选出一个最小损害的手段。

客观化后的必要性原则,在内涵上更加丰富,在适用上更加具有操作性。因而,客观化后的必要性原则不仅能减少其适用时的非理性,增加确定性,而且还因能提升说理

质量而有利于实质民主。然而,客观化必要性原则也是有一定限度的。一方面,在某些情形下,手段的损害与收益存在难以量化的困境;另一方面,对公民权利最小损害精确的数学计算,可能使必要性原则的适用走向功利主义,导致价值理性的缺失。另外,在一些疑难案件中,对于究竟什么是最小损害,往往没有“唯一正解”。而要从“诸多正解”中找到一个大家一时都能接受的“正解”,或许只有通过程序性的商谈方能达成。

Abstract: The principle of necessity, which is equivalent to the principle of minimum damage, has changed from “the necessary purpose and necessary means” to “the necessary means” in its meaning. In order to prevent and control the arbitrary exercise of public authority, the principle of necessity should be more objective. In judging what amount to the necessary means, we should not ignore the effective differences of different means. If we combine the cost-benefit analysis with the formula of relative damage to compare the damage caused by different means, then the minimum damage can be objectively determined.

(责任编辑:吴 雷)