

## 比例原则刑法适用的限度

上海交通大学凯原法学院 于改之

作为评价公权力行为正当性的法律准则，比例原则发源于德国警察行政法并上升为宪法的基本原则之一，在当代法治国家的法律体系中具有重要意义。在历史演进中，其适用范围已从公法领域渗透到私法领域，功能定位从权利保障逐渐拓展到权力配置，适用形态从规范立场转型到超越规范；但对于比例原则的基本内容、功能转向、适用限度而言，仍有不少问题需要解决。这其中，比例原则的刑法适用，就有“能否适用”以及“如何适用”的问题。

### 何谓比例原则

作为拘束行政权力最有效的原则，比例原则被称为行政法中的“帝王条款”。1958年德国联邦宪法法院在“药房案”判决中，首次详细阐述了传统“三阶”比例原则的基本内容。此后，学术界一般将比例原则分为适当性原则、必要性原则和相称性原则三个子原则，通过“目的—手段—价值”三个维度来规范国家公权力的行使，以保障公民基本权利不受过度干涉。其中，适当性原则（合目的性原则、妥当性原则），是指公权力的行使手段必须是妥当的，手段的选择不能脱离其所追求的目的。必要性原则（最小侵害性原则），是指公权力的行使不能造成不必要的侵害，即在能够达到法定目的之所有手段中，应当选择对公民个人权利损害最小者。均衡性原则（相称性原则、相当性原则、狭义比例原则），是从“法律后果”来考察手段的正当性，要求公权力行使所增进的公共利益与其所造成的损害成比例，只有前者大于后者时，该手段才具有相当性。

由上述三个子原则可知，比例原则虽然对行使公权力的手段进行了适当性、必要性和均衡性的评价，行为目的本身的正当与否却并不在评价之列。但是，目的正当性是行为正当性的前提，如果目的不正当，即使手段符合适当性、必要性、均衡性三个条件，也难以实现对公民基本权利的保障。在“三阶”理论下，目的不正当的公权力行为无法受到司法审查，故有必要将“目的正当性原则”纳入比例原则之中，将传统的“三阶”体系发展为“四阶”体系，方能规制立法者、司法者、行政者的行为目的，有利于充分保障人权、实现实质正义。

### 比例原则能否适用于刑法

由于比例原则对于捍卫公民基本权利的重要性，越来越多学者主张，该原则的适用范围不应局限于宪法、行政法领域，而应该将其扩展到民法、刑法、刑事诉讼法等法域，使之成为一项具有普遍适用性的法律原则。对此，有学者持反对态度，认为比例原则并不能够适用于私法自身的内容，不具备领域的普遍化；也有学者认为，比例原则不宜“在民法领域中扩张在刑法领域中适用”。上述观点对比例原则在行政法以外法域的适用，均持一种否定、怀疑的态度。虽然比例原则的扩张尚面临很多实践中的难题，部分学者持谨慎态度有一定道理，但若以此为由完全否定该原则的方法论意义，实则因噎废食。本文认为，比例原则可以有限适用于刑法领域。

第一，比例原则的逻辑起点与刑法内在价值相一致。从比例原则的起源和历史演进来看，该原则的逻辑起点是人权保障，基本功能是对限制公民权利的公权力行为之再限制，从而使公权力的运行更加合理。其中，目的正当性原则要求公权力行为应具有正当的目的，适当性原则要求采取的手段能够实现既定目的，必要性原则要求采取对公众造成损害最少的手段，均衡性原则要求公权力行为的收益应大于损害。以上内容均表明，比例原则的本质在于限制国家权力，对国家权力和个人基本权利进行合理分配，体现出人权保障和权力制约的法治思想。其实质思想是适度 and 均衡，并将目的正当性、手段的适当性、最小侵害性和均衡性作为“目的—手段”之间关联性的分析模型，从而维护法律的实质正义。正是因为比例原则所蕴含的公平、正义思想契合了人类的

“初心”，所蕴含的“禁止过度”思想，也符合现代社会中庸、适度、衡平的一般观念，该原则才能经历突破性进程，超越地域、国别、法系和部门法，大有被普遍性适用的趋势。由此可见，比例原则的基本理念与刑法保护法益、保障人权的内在价值是一致的。

第二，刑事立法和司法有必要考虑比例原则。在一个国家的法律体系中，宪法属于国家的根本大法，其他法律属于部门法，所有部门法必须依据宪法而制定，否则会因违宪而无效。刑法是规定犯罪与刑罚的法律，什么行为构成犯罪，对犯罪设定什么样的刑罚，也必须依据《宪法》进行合宪性控制，这是刑法正当性基础所在。因此，在刑法规范扩张和发展过程中，宪法原则和规范是不可逾越的边界。而作为宪法重要原则之一的比例原则，自然也对刑法具有制约与指导作用。另外，犯罪的本质是侵害法益，刑法的任务是保护法益，没有法益侵害就没有犯罪。因此，如果将没有法益侵害的行为规定为犯罪，就违反了比例原则中的适当性原则；如果将不值得用刑法加以处罚的法益侵害行为规定为犯罪，则违反了比例原则中的必要性原则；如果增设新罪前未对设置刑罚的利益得失进行整体衡量，就违反了比例原则中的均衡性原则。

不仅刑事立法，刑事司法也有考虑比例原则的必要。刑法现代化是形式理性与实质理性的有机统一。入罪时，必须坚持形式理性，严格坚守罪刑法定原则，实现法的形式正义；出罪时，必须考虑实质理性，应适当关注个案公正，发挥“法益侵害性”的出罪功能。入罪与出罪，对应着形式解释与实质解释，恰是形式正义与实质正义的体现，体现了比例原则在实体价值与方法论上的指导意义。近来，司法实践中出现的将行政违法认定为犯罪的事件，例如将不以骗取国家税款为目的之虚开增值税专用发票行为认定为犯罪，就是因为停留在对刑法条文的字面理解而缺乏实质性解释，违反了比例原则对于刑事司法的指导。

第三，刑法规定和理论隐含着比例原则的理念。由于比例原则的逻辑起点与刑法的内在价值具有高度一致性，该原则在刑法领域的适用并不存在矛盾冲突。刑法中的罪刑法定原则、罪刑均衡原则、刑法面前人人平等原则、谦抑主义，与“四阶”比例原则具有极大的一致性。罪刑法定原则作为刑法的铁则，从立法和司法两个层面来限制国家权力并保障人权，与比例原则的逻辑起点一致；罪刑均衡原则强调刑罚和犯罪、刑事责任三者之间的均衡关系，要求刑罚的轻重应当与所犯罪行的轻重以及应承担的刑事责任相适应，做到重罪重罚、轻罪轻罚、罪刑相称、罚当其罪。谦抑主义所要求的补充性、片段性和宽容性，正是比例原则中的目的正当性、手段的适当性、必要性以及均衡性的体现。

此外，刑法的许多具体制度，也不同程度地隐含着比例原则的思想。例如，在因果关系的判断上，刑法理论界有条件说、原因说、相当因果关系说以及客观归责理论。其中，相当性因果关系说是中日刑法学因果关系理论的通说，其中的“相当性”是指某种行为引发某种结果的通常性、一般性，而非异常性和偶然性，此种见解无疑与比例原则有相通之处。在客观归责理论中，构成客观归责的三个条件——制造法律所不允许的危险、实现法律所不允许的危险以及在构成要件的射程之内，其中的排除归责的情形显然也有适当性、必要性的考量。又如，正当防卫中对于“明显超过必要限度造成重大损害”之限度的把握，就隐含了比例原则中目的正当性、手段的适当性和必要性、法益均衡性的思考；紧急避险中“不得已损害较小法益来保全较大法益”的限度问题，同样隐含了法益衡量的思维。

最后，刑法所处理的也是国家与个人之间的法律关系，其与比例原则的适用对象也有契合之处。因此，从形式上来看，比例原则适用于刑法领域似乎也是可行的。

#### 比例原则如何适用于刑法

比例原则虽可适用于刑法，但并非处于基本原则的地位，也不能在刑法全域畅通无阻，仅可在立法和司法时予以适当考虑和借鉴。

第一，比例原则不能成为刑法的基本原则。目前，中国刑法明文规定的基本原则仅有罪刑法定原则、罪刑均衡原则、刑法面前人人平等原则，除此之外，刑法并未明文规定其他原则。当然，法益保护原则、责任主义、谦抑主义虽未明文规定，但实际上早已被学界所广泛接受，也是不争

的事实。但是，比例原则不能奢望在刑法领域获得与法益保护原则、责任主义、谦抑主义相同的地位。一方面，刑法在确认前述刑法基本原则的同时，也规定了一系列具体的刑法制度，这些原则和制度已经隐含了比例原则的核心思想，其与比例原则在哲学基础、法理依据上有很多相合之处，都要求所施加的惩罚与所保护的法益相均衡。另一方面，刑事制裁权还受“责任主义”的限制，即要追究行为人的刑事责任还必须考虑其责任能力，但是比例原则中并无责任主义的内容。

实际上，从比例原则的基本内容来看，本身也存在相当多的规范难题。一是标准不明确，何为“正确目的”、何为“最小侵害”、何为“利益均衡”，都模糊不清。二是比例原则的基本内容究竟是“三阶”还是“四阶”，目前依然争论不休。如果按照通说的“三阶”论，比例原则就缺乏目的正当性的审查，这势必导致公权力行为违宪审查的缺失，不利于保障公民的基本权利。如果按照“四阶”论，即将“目的正当性”纳入比例原则之中，似乎可以弥补这一缺陷，但是，这样的“四阶”比例原则就与刑法的社会相当性理论毫无二致，更加没有取得独立地位的必要性。

第二，比例原则可以指导刑事立法。有犯罪就要有刑罚，而刑罚意味着国家强制性地剥夺犯罪人重要的法益，是一种最严厉的制裁。刑法虽然有效，但刑罚本身也是一种害恶，用之不当则国家与个人两受其害。因此，动用刑罚时必须考虑以下要素：（1）是否存在法益侵害。如果没有任何一种利益受到侵害，就不应动用刑罚。即使存在法益侵害，也还需要考虑该被侵害的法益是否严重，否则就违背了比例原则的要求。（2）动用刑罚是否会导致更严重的后果。如果动用刑罚损害的利益超过动用刑罚保护的利益，就不符合比例原则的要求。（3）是否具有替代措施。如果刑罚以外的民事、经济、行政制裁手段足以抗制某种行为，则无需动用刑罚。（4）成本与收益的比例。科处刑罚意味着一国的警、检、法、监等都要付出庞大的人力、物力资源。如果花费的成本大于科处刑罚所要维护的社会利益，那么一般就不应当科处刑罚。

第三，比例原则可以指导刑事司法。在适用刑法制度、解释刑法条文、认定具体罪名等问题时，有必要考虑比例原则的基本精神。一方面，比例原则可为司法制度的适用提供指导，例如正当防卫和紧急避险的认定。正当防卫成立的前提是存在正在进行的不法侵害，如果不存在正在进行的不法侵害，则只能成立假想防卫或防卫不适时，这是比例原则适当性的要求。正当防卫的目的必须是为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产等合法权利，如果不具有防卫意思，如斗殴、防卫挑拨、偶然防卫等均不能成立正当防卫，这是比例原则目的正当性的要求。防卫行为不得明显超过必要限度造成重大损害，这是比例原则必要性的要求。在无限防卫的情形下，防卫行为所保护的法益大于其侵害的法益，此时即使行为造成重大损害也不影响防卫行为的正当性，这是比例原则均衡性的要求。与此相类似的还有紧急避险，其前提条件、时间条件、意思条件、限度条件等，分别隐含了比例原则中适当性、必要性、目的正当性、均衡性的要求。

另一方面，比例原则可以有效指导刑法兜底条款的解释。兜底性条款的存在能够一定程度弥补列举式立法的不周延性，但往往也因其对构成要件的描述过于模糊与抽象，成为司法适用者滥用自由裁量权的“口袋条款”，从而侵犯公民人权。为了保障兜底条款适用的合宪性，可以通过比例原则进行合理引导。例如，根据适当性原则，应对兜底条款采用同类性质解释规则；根据必要性原则，可以根据兜底条款所保护的法益对其进行限制解释，以防止司法实践对该条款的滥用；根据均衡性原则，必须根据个案的具体情况，对法益侵害行为进行实质判断。对此，可以《刑法》第29条第2款关于“被教唆的人没有犯被教唆的罪”以及“以其他危险方法危害公共安全”的解释为例进行具体说明。

关于《刑法》第29条第2款“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的解释，理论上存在共犯独立性说、共犯从属性说、二重性说三种主张。如果从比例原则出发，教唆行为本身应当是引发他人犯意的行为，他人根本没有由此产生犯意的，或者虽接受教唆但没有实施任何行为的，教唆行为并不直接面对行为对象，共犯行为本身不会对法益造成损害，对教唆犯就不能进行处罚。否则，就违背了比例原则中的适当性、必要性和均衡性要求。因此，第29条第2款的合理解释思路应当是：该条款仅限于被教唆人已经着手实行犯罪，但没有“达到既遂状态”的情形。

关于“以其他危险方法危害公共安全”的解释，根据比例原则，应解释如下：(1)明确“以其他危险方法危害公共安全”行为所侵害的法益是“公共安全”，而“公共安全”指的是不特定的或者多数人的生命、健康以及重大公私财产损失。如果行为侵害的不是“公共安全”，而是公民个人的人身权利或者财产权利，那么，即使侵害行为后果极其严重，也不能解释为“以其他危险方法危害公共安全”。(2)“其他危险方法”必须是放火、决水、爆炸、投放危险物质之外的，与放火、决水、爆炸、投放危险物质罪的具体危险具有相当性的方法。否则，就不能认定为“其他危险方法”。

总之，比例原则通过适当性、必要性、均衡性和目的正当性四个子原则建构了自身规制体系，发挥着指导部门法的功能。比例原则虽然因其自身的内涵和特质不能成为刑法的基本原则，但“统而分殊”，依然可以发挥一定的指导作用。在刑法领域适用比例原则时，必须慎重对待该原则自身的缺陷，结合刑法本身固有的目的与特性，认真探索比例原则的本土化实现路径，以最大限度发挥该原则对刑法的合宪性控制机能。