

比例原则与民法的内外体系

郑晓剑

摘要 在民法上,比例原则并非“他乡之客”,民法上的诸多规范已经蕴含了比例原则的原理和要求。不仅如此,比例原则并非只有一个面向,其既是一种法律构造,也是一种方法论工具,具有跨领域的普遍适用性。通过揭示和阐明比例原则在民法内外体系中的定位和作用,可以获取比例原则在我国民法上的整体图景,由此可为比例原则的民法适用提供必要指引。在民法的内部体系中,比例原则可作为私法自治的保障机制、法益权衡的方法原则和民法基本原则的规范化手段发挥重要作用。在民法的外部体系中,比例原则可以发挥解释与评价的重要功能,助推民法的更新与进步。比例原则在民法内外体系中所具有的上述功能相互影响、彼此支撑,确保民法成为一个逻辑连贯、价值协调的融贯体系。

关键词 比例原则;成本收益分析;民法;私法自治

中图分类号 D913 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2025)06-0165-13

基金项目 国家社会科学基金重点项目(21AFX016)

在我国,公法学者较早就对比例原则进行了探讨并展开了体系化的研究。相较而言,我国民法学者对于比例原则的关注和研究相对较晚。2003年,日本民法学者山本敬三的学术观点被引介到我国,其主张依据比例原则重构日本民法上违反强制性法规之法律行为的私法效力^[1](P43-44)。由此,比例原则开始进入我国民法学者的学术视野。目前,我国民法学者已经广泛运用比例原则的基本原理对民法各个分支领域所存在的相关问题展开剖析,提出了诸多颇有启发和见地的主张。与此同时,在民商事审判实践中,越来越多的民商事法官开始运用比例原则的原理和方法对民商事案件展开说理和裁判。

当然,我们也要看到,关于比例原则的民法适用仍有不少问题亟待厘清:在理论上,质疑比例原则本身之存在价值及反对比例原则在民法上适用的主张在学界长期存在,时有起伏,迄今仍未得到全面回应;在实践中,比例原则存在泛化适用的现象,不少民事法官将比例原则理解为构成要件与法律效果之间应该“符合比例”(江苏省泰州市海陵区人民法院[2017]苏1202民申16号民事裁定书)。由于存在这些问题,使得比例原则在我国民法上的整体图景仍不明晰。自从黑克率先提出内部体系与外部体系之区分以来,这一观点已被我国民法学者广为接受。因此,本文将从一个较为宏观的视角出发,梳理并回应相关的质疑;在此基础上,分别探讨比例原则在民法内外体系中的定位和作用,以期比例为原则的民法适用提供必要的理论支撑及方法指引。

一、比例原则在我国民法上适用的论争

尽管比例原则已在我国民商事审判实践中得到了广泛适用,然而近年来仍有不少学者对此表示质疑或否定。例如,有的学者主张应以其他分析方法取代比例原则,有的学者则认为应将比例原则的适用范围严格限定在行政法领域。尽管这两种观点的立论基础各不相同,但它们都对比例原则在民法领域的适用构成了重大理论挑战。本部分将对这两种观点的合理性及说服力展开剖析。

(一)“比例原则取代论”之批判

“比例原则取代论”认为,比例原则徒有客观、严谨、理性之外表,实则存在严重的理论缺陷,其应被更适当的成本收益分析所取代^[2](P1519-1545)。按照此种主张,比例原则不仅在民法上毫无适用价值,甚至其自身亦无继续存在之必要。那么,相较于地位尊崇的比例原则,成本收益分析是否真的构成一种更为优越或更为适当的理性思维和决策方法呢?回答恐怕是否定的。

成本收益分析原本是一种经济学的分析方法,但是其在美国法上尤其是在美国的行政规制实践中得到了普遍适用,被称作“美国联邦机构理性决策的代名词”^[3](P253)。作为一种政策评估方法,成本收益分析将一项拟议政策对所有社会成员可能造成的全部后果,以货币形式加以量化和比较。据此,一旦从市场和调查中获得了估值,那么决策就会相对自动地被作出^[4](P 700)。不过,被定义为流行的成功与被定义为真理的成功完全是两码事^[5](P1181)。成本收益分析的实践运用效果往往并不尽如人意,使其理性承诺与实践表现之间存在较大落差。

成本收益分析的有效运行需要分析人员精确地量化一项拟议政策可能产生的全部成本和收益,再分别对其进行准确的货币化估值。否则,此种分析方法的有效性及其说服力将会大打折扣。这是因为,相较于其他的分析方法,成本收益分析的优势就是通过客观的定量分析来确保决策的科学和理性。“如果成本收益分析不追求客观、精确的定量分析,那么其优势便荡然无存。”^[6](P112)然而,在美国的规制实践中,有关量化不充分的问题却普遍存在。例如,有学者统计了2010-2013年间由14个规制机构发布的106项规制措施,发现其中仅有2项措施的规制成本和收益能够完全量化^[7](P100-101)。如果成本收益无法量化或者不能得到充分量化,那么任何基于成本与收益比较的分析都将无法得出有意义的结论。难怪有学者认为,成本收益分析有时只是为那些已经制定了计划的项目“装点门面”^[8](P18)。

与成本收益分析在美国规制实践中的广泛流行不同,学者们从不同角度对其展开了长期、深入的批判。有学者指出,成本收益分析存在四项根本缺陷:一是其估值方法既不准确也不可信;二是其通过采用贴现技术,不适当地淡化了未来的危害和某些不可逆转的环境问题;三是其依赖总体的、货币化的收益,将公平和道德问题排除在外;四是其存在鲜明的价值导向,使得分析程序既不客观也不透明^[9](P1563)。贝内特则从政府与市场具有不同的功能和定位出发,探讨了公民与消费者、公共利益与私人利益及公共决策与私人决策之间存在本质区别,进而指出成本收益分析因为混淆了这些区别,使其在理论和实践层面产生了种种无法克服的问题^[10](P23-74)。由于学者们纷纷从不同角度对成本收益分析提出质疑和批判,使得此种方法的坚定支持者成为“陷入困境的少数族裔”^[5](P1166)。

由此可见,相较于重视定性分析的比例原则,注重定量分析的成本收益分析并不当然构成一种更为优越或更为适当的理性思维和决策方法。诚然,比例原则的思考和运作并非全然客观,适用者需要在两个相互冲突的价值或利益之间作出权衡和取舍,而这往往离不开主观上的评价和判断。即便比例原则为适用者提供了具有可操作性的分析框架和较为严密的分析步骤,其仍须作出一定的价值判断,以便确定哪种价值或利益应该得到满足、哪种价值或利益应该予以退让。不过,这种主观特质并不当然构成比例原则的短板或不足。因为只要涉及价值问题,难免需要人们作出相应判断。也就是说,问题的关键并不在于是否需要作出判断,而是在于该项判断是否合理、有无说服力。事实上,比例原则最直接、最鲜明的意义,恰恰就是为价值判断提供了可供反驳和论辩的机会。

因为,适用者需要依赖一定的事实基础才能作出判断,而比例原则恰可层次化、步骤化地呈现这些事实基础。据此,人们便可检验适用者赖以作出判断的相关事实基础是否确实充分,从而可以评价相关判断是否具有说服力。就此而言,以比例原则并不是一种客观的分析方法为由对其进行指责,理由似乎并不充分。特莱布指出,长期以来,社会科学被赋予了客观性的特征;这种刻意模仿精确科学的做法建立在这样一种预设之上,即只有那种去个人化的、存在于观察者与观察对象之间纯粹客观的关系模式的方法论才能被接受;但是,这种看法并不确切,深刻的个人评价在任何科学理论的演化和检验过程中都

起着至关重要的作用,即便那些最精确的科学亦不例外^[11](P76-77)。

在我国法律秩序上,成本收益分析之所以无法取代比例原则,除了其自身固有的局限性外,还有以下两个重要原因:一是效率价值并非法律体系的唯一价值,亦非其最高价值^[12](P13);二是成本收益分析与法教义学格格不入,难以直接对现行法秩序施加影响。

成本收益分析并非一种价值中立的分析方法,而是具有鲜明的价值导向。将成本收益分析纳入规制决策,其目的就是在诸多候选方案中择取一种卡尔多-希克斯意义上最有效率的规制方案^[13](P82)。为此,这种分析方法将分配议题剥离出去,只留下效率议题,以便机构仅以效率为依据对项目作出评估^[14](P186)。可见,成本收益分析将效率奉为最高价值和终极追求。不过,在法律上,相较于效率价值,平等、公平、正义等价值无疑居于更为重要的地位。罗尔斯指出,所有的社会价值,包括自由和机会、收入和财富、自我尊重的社会基础,都应被平等地加以分配,除非其中任何一项价值或所有这些价值的不平等分配对每个人都有利^[15](P54)。若认为成本收益分析可以取代比例原则,这就意味着效率价值将凌驾于其他所有法律价值之上。这也意味着效率将取代平等、公平、正义,成为决定资源分配及判定是非曲直的最高准绳。即便将“效率”概念替换为“社会福利”或“整体福祉”等其他的修辞表达,亦无法改变成本收益分析对于平等、公平等法律价值的结构性漠视。

另外,在法律形式主义传统根深蒂固的中国,成本收益分析如欲取代比例原则,还存在一道难以逾越的结构性障碍,那就是此种方法难以和法教义学有机兼容。法教义学通过对现行法进行解释、建构和体系化作业,使其成为一个逻辑连贯、价值协调的融贯体系。因此,任何一种知识和方法只有融入法教义学,才有可能对现行法秩序产生实质影响。那么,成本收益分析能否融入法教义学呢?回答恐怕也是否定的。因为,这是两种完全不同的方法。概言之,法教义学以尊奉现行法为根本前提,并在现行法的体系架构内展开作业,其目的在于维护法秩序的统一性和融贯性,从而提高法的安定性及可预期性。与此不同,成本收益分析完全不受现行法拘束,而是将现行法视为一种事实并对其加以批判性分析:要么审视和评估现行法是否仍为一种具有效率的规范方案(实证分析),要么提出并论证比现行法更有效率的理性方案(规范分析)。至于这种新的方案能否融入现行法秩序、是否产生体系违反,则并非其主要关切。可见,成本收益分析注重的仅是法的工具理性,而法教义学则更为强调法的形式理性与价值理性。此外,作为一种自足且排他的分析方法,成本收益分析也难以融入方法多元且互补的法教义学之中。

作为一种地道的法律原则与法学方法,比例原则兼具本体论和方法论双重性质。在本体论意义上,比例原则有助于妥当限定国家权力作用于市民的界限范围,从而能够对公权力发挥“限制之限制”的重要功能。在方法论意义上,比例原则可为适用者提供一套兼具合理性及可操作性的分析方法和思考框架,有助于判断“手段”和“目的”之间是否适配及法益状况是否失衡。这种分析方法和思考框架既不预设某种特定的法律后果,也不追求某种特定的法律价值,而是旨在调和相互冲突的诸项法益或价值,尽可能地促其和谐均衡。不仅如此,比例原则是在现行法秩序之内展开作业,即便提出相应的立法论建议,亦须融入现行法秩序并与其保持和谐统一,故而比例原则能够与法教义学完全契合。

(二)“比例原则限缩论”之检讨

此种观点认为,比例原则具有独特的内涵和价值功能,其理应回归行政法这一固有领域,而没有必要也不应当在民法等部门法中适用^[16](P57)。这种观点虽肯认比例原则具有一定的适用价值,但仍未免失之偏颇。

首先,这种观点对于比例原则的理解似乎不够全面。比例原则既是一种法律构造,也是一种方法论工具^[17](P131)。作为法律构造,比例原则具备严密的逻辑结构,具有规范权力行使和保护基本权的重大功能。作为方法论工具,比例原则提供了一种结构化、原则化的分析框架,可对个案中的利益冲突作出恰当权衡,确保相关决定是基于理性而非武断地作出。“比例原则限缩论”的不合理之处,在于其只看到了比例原则作为法律构造的面向,而没有看到其作为方法论工具的面向。作为一种方法论工具,比例原

则的适用范围并不限于公法领域,其在私法上亦可发挥重要作用。这是比例原则与原则理论之间的紧密联系所决定的。也就是说,只要某个部门法包含法律原则以及存在适用法律原则之必要,那么就必然有比例原则的适用空间和适用价值,故而比例原则具有跨领域的普遍性^[12](P7)。

其次,这种观点对于民法的认识似乎有失偏颇。“比例原则限缩论”之所以反对比例原则在民法上适用,其理由是认为民法调整的是平等主体之间的法律关系,若在民法上强行适用比例原则,会对私法自治构成不当干涉^[16](P63)。这种观点将民法想象成为一个独立的自治王国。殊不知,民法从来就不是一个独立王国,各种力量在民法上纵横驰骋,私法自治其实早已岌岌可危。例如,立法者可能在民事法律中过度配置强制性规范,压缩当事人的自治空间。处于优势地位的私人可能提出种种不合理的条件,使当事人之间事实上处于不平等的地位。对此,寄希望于平等主体通过私法自治机制加以妥善解决,显然无济于事。单纯地援用民法上的诚实信用、公序良俗等一般条款处理,其效果同样较为有限。因为,这些一般条款的内容较为空洞,并不能有效地拘束和规范民法上的相关权力行使,也不能为相关主体提供可供论辩的方法指引。此时,便有必要引入比例原则予以必要矫正,详见后述。

再次,这种观点似乎并不符合比例原则的产生历史。“比例原则限缩论”主张行政法乃是比例原则的固有领域,然而,若从规范发生史的角度考察,民法其实比公法更早地规定了比例原则。有学者指出,《德国民法典》第227条和第904条关于正当防卫和紧急避险的规定,已经完整地体现了比例原则的精神和要求^[18](P12)。在公法领域,1931年出台的《普鲁士警察行政法》才将必要性原则予以明确规定。直到1958年,德国联邦宪法法院在“药房案”中才完整地提出了比例原则的三阶构造并确认其具有宪法位阶。通过以上简要梳理,可获得两点启示:一是比例原则在私法上同样承担着十分重要甚或更为复杂的角色^[19](P5);二是比例原则的完整形态及其崇高地位,并非由德国行政法所确立,而是由德国宪法机构加以确立和发展。就此而言,如果说比例原则应该回归其固有的行政法领域,那么也不是完整形态的比例原则的回归,而是必要性原则的回归。

最后,这种观点似乎并不符合比例原则的司法实践。在我国,比例原则不仅在行政诉讼中得到了适用,而且在各类民商事案件中也得到了广泛适用。在德国,比例原则的适用范围同样不限于公法领域。在“药房案”之后,德国联邦宪法法院便开始着手在一系列案件中运用比例原则的原理和方法进行审理和裁判,由此奠定了比例原则的辉煌地位。这些案件主要涉及基本权之间的紧张关系,如一方主张其享有艺术表现自由或广播电视报道自由,而另一方则主张其享有一般人格权。这说明比例原则并非只有在公权力侵害基本权时才具有适用价值,在涉及基本权冲突乃至更为普遍的法益冲突时,比例原则同样具有广阔的适用空间。如果主张比例原则应该回归其固有的行政法领域,那么就难以合理解释法官在审理民商事案件时对比例原则的运用。

综上,“比例原则取代论”高估了成本收益分析在法律领域的适用价值,“比例原则限缩论”则低估了比例原则在民法等部门法领域的适用价值,因而均欠缺足够充分的说服力。当然,比例原则在民法上究竟呈现何种图景,仍不够明晰。为此,下文将分别探讨比例原则在民法内外体系中的功能及定位。

二、比例原则在民法内部体系中的定位

比例原则主要通过对“手段”和“目的”之关联性的考察,以确认相关竞争的诸项法益是否有失均衡。所谓“手段”和“目的”,其实均体现了不同的价值;所谓“手段”和“目的”之间的关联性,其实就是不同价值之间的权衡及取舍,而民法的内部体系恰是一个具有位阶秩序的价值体系。因此,探讨比例原则在民法上的定位,首先需要廓清其在民法内部体系中的定位。

(一) 民法内部体系的构成

探讨比例原则在民法内部体系上的定位及价值,首先需要明确民法内部体系所指为何。通说认为,内部体系由一般法律原则构成,其并非一个封闭的、僵化的体系,而是一个开放的、动态的体系^[20](P61)。

不过,这里的“一般法律原则”所指为何,学者间存在较大争论。例如,拉伦茨认为,构成内部体系的法律原则需要经过不同层次的具体化;居于最高层的原则属于“一般法律思想”,其又包括以下四项原则,即法治国原则、社会国原则、尊重人性尊严原则以及自主决定与个人责任原则^[21](P474)。比德林斯基则将民法的内部体系概括为以下三个基本法律原则,即双方相对正当原则、私法上的从属原则和作为后果归属的自己责任原则^[22](P92-99)。

由此可见,学者们对于民法内部体系的认识并不完全一致。这一方面是因为关于内部体系的理论研究还远未成熟,另一方面也是学者们的观察视角有所差异所致。也就是说,如果关注的是整个法秩序的内部体系,那么其构成内容当然包括了诸如法治国原则、社会国原则等若干具有宪法位阶的法原则。如果关注的只是民法秩序的内部体系,那么其构成原则更多地带有民法上的元素和色彩。当然,即便如此,学者们对于民法内部体系到底由哪些原则构成,也不可能有一个统一的认识和看法。这是因为内部体系本身就具有开放和动态的特点,组成民法内部体系的诸项原则自然难以被特定和固化。不过,这并不意味着这些原则杂乱无章、无序排列。这一点在拉伦茨等人的著述中也被反复强调。那么,组成民法内部体系的诸项原则应如何确定其价值上的关联及顺位?其实,破解这个问题的“密码”存在于民法自身。私法自治乃是民法得以安身立命的最根本原理,也是民法区别于公法的最根本所在。近现代民法正是从私法自治这项价值基点出发,衍生出了一系列民法基本原则。因此,私法的内部体系主要建立在私法自由这一核心支柱之上^[23](P65)。

在这些由私法自治理念所衍生出来的诸项民法基本原则中,居于最优先地位的是直接彰显私法自治理念的意思自治原则,其他基本原则只有在和意思自治原则相对照的意义上才能彰显其特殊价值^[24](P581)。据此,我们可以将民法基本原则分为两类:一类是直接彰显和促进私法自治理念的民法基本原则,如意思自治原则,此类原则居于基础性原则的地位;另一类是配合、协助基础性原则实现其作用的原则,如诚实信用原则、公序良俗原则等,此类原则处于辅助性原则的地位^[25](P11)。由此便可构建一个在功能上相互协作、在结构上错落有致的民法基本原则体系。这样一种原则体系又被统摄于居于更高地位的私法自治理念之下,从而形成一个和谐融贯的价值秩序。那么,在这样的价值秩序中,比例原则具有何种地位和作用?对此之探讨,将在下文展开。

(二)比例原则在民法内部体系中的定位

民法的内部体系乃是一个由私法自治理念所统摄的民法基本原则体系。无论是作为一种法律构造,还是作为一种方法论工具,比例原则于此种体系中将有大有可为。

1. 比例原则作为私法自治的保障机制

前已述及,私法自治乃民法的最根本原理,其地位高居民法内部体系的顶端。为了维护和实现私法自治,近代民法建构了一套由概念和规则构成的外部体系以及由原则构成的内部体系。在理想的状态下,这样一套民法体系和运行机制确实能够促进私法自治的有效实现,无须假借他手。不过,民法并非独立的自治王国,私法自治事实上面临着各种力量的侵害或威胁。“现代以来,可能对私法自治构成威胁的主要有两大来源:其一是国家公权力,其二是处于优势地位的私人。”^[26](P152)伴随着现代以来国家职能的不断扩张,公权力开始透过立法和行政等手段大规模地介入民法领域,由此对民事主体的权利和自由施加某种干预或限制,这突出表现在民法上各种强制性规范日渐增多。强制性规范的过度设置极大地干预和限制了民事主体的权利及自由,为此,有必要引入比例原则对相关强制性规范的内容合理性及设立必要性展开分析和控制。为便于说明,本文尝试以流押制度的效力变迁为例展开剖析。

原《中华人民共和国物权法》(以下简称“原《物权法》”)第186条规定:“抵押权人在债务履行期届满前,不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。”本条对流押行为予以明确禁止,因而是一条典型的强制性规范。在实践中,如果抵押人与抵押权人缔结了一份流押合同,那么该合同的效力并不会被认可。即便该合同是双方意思表示一致的产物,其结果亦无不同。原《物权法》为何

要对流押行为采取如此严苛的立场而不给当事人的私法自治留下一丝余地?其理由主要有二:一是否认流押行为的效力有利于保护作为弱者的抵押人;二是认可流押行为将会导致债权人超额受偿。不过,上述理由的说服力并不充分。因为,在借贷关系中借款人并非总是处于弱势地位,尤其是在资金融通愈加频繁的现代社会,很多实力颇为雄厚的大企业也有借贷和融资的客观需求,其在借贷关系中并不当然居于弱势地位。至于允许流押将会导致债权人超额受偿,同样经不起深入推敲。

一概否认流押行为的法律效力,将迫使抵押权人不得不选择更为复杂的拍卖程序或变卖程序来实现其债权,反而不适当地增加了实现债权的成本。即便认为允许流押行为可能损害抵押人的利益,从而有必要对其效力予以适当控制,似乎也没有必要采取一刀切的方式一律禁止。立法者完全可以在允许流押行为存在的基础上,通过其他手段对其效力予以必要控制,如规定抵押权人只能就该抵押财产优先受偿。由于存在其他更为和缓的手段可供选择,而且完全禁止流押与其所追求的目的在效果上显失均衡,故而原《物权法》第186条难以通过比例原则中的必要性原则及均衡性原则的检视。也就是说,“此种藉优遇债务人以追求具体人格的处理或可通过适当性原则的检视,但由于偏离抽象性品性太甚,无论如何也过不了必要性原则与狭义比例原则的门槛”^[27](P84)。对此,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第401条和第428条分别对流押和流质的法律效力作出重大改革,从原先的一律禁止到有条件地予以认可,值得充分肯定。

见微知著,立法者在民法上配置强制性规范对民事主体的权利和自由作出某种限制之前,有必要引入比例原则对相关立法举措之妥当性进行检视。首先,需要分析此种限制是否服务于一个价值更高的正当目的(目的正当性);其次,需要明确相关的限制措施是否适于达成所欲求之目的(适当性原则);再次,在有多种手段可供选择时,应当选取对民事主体的私权干预最轻的限制措施(必要性原则);最后,应当确保该最轻干预措施对民事主体所造成的限制与其所追求的目的在效果上尽量均衡,不能过度侵害民事主体的私法自治空间(均衡性原则)。如果不能通过上述任何一个环节的检测,那么在立法上配置相关强制性规范的妥当性就值得质疑。正如卡纳里斯指出,私法的立法者只要对基本权作出限制,原则上就要受到宪法上的禁止过度之拘束,尤其是必要性原则和狭义比例原则的拘束;在这一点上,相对于其他的法律领域,私法并无理由采取特殊立场^[28](P776-777)。

在现代社会,私法自治不仅面临着来自公权力的侵害,而且其还时刻面临着处于优势地位的私人的侵害。梅迪库斯指出,当合同当事人一方拥有显著优势,以致形成事实上单方决定合同条款时,立法者便有义务对其进行规制,使之恢复均衡;因为此时私人所握有的过度权力已经类同于国家的公权力,从而应受到基本权利的直接拘束^[29](P61-62)。由此,比例原则即可介入其间,对因单方强制所形成的利益失衡状态予以必要矫正,使其恢复均衡。我国也有学者将这种处于优势地位的私人所握有的过度权力称为“社会权力”,并将其区分为“法定社会权力”和“事实性社会权力”两种类型,认为在这两种类型的社会权力中均有比例原则的适用空间和适用价值^[30](P171)。

可见,私法自治在现代面临着各种力量的威胁,可能导致其运行失灵。在公权力介入民法领域、对民事主体的权利和自由造成过度干预时,将会导致“自治不足”;在处于优势地位的私人滥用其优势地位,从而形成事实上的单方强制时,又会造成“自治过度”。无论何者,均会影响私法自治功能的有效发挥。将比例原则引入民法,则可较好地应对上述情况:在私法自治因公权力过度干预而出现“自治不足”时,比例原则可发挥其所具有的“限制之限制”功能,对此种不足进行补足;在私法自治因被处于优势地位的私人所滥用而出现“自治过度”时,比例原则可依据“禁止过度”之理念和方法对其进行纠偏。从这个意义上可以说,比例原则构成了私法自治的保障机制。

2. 比例原则作为法益权衡的方法原则

前已述及,民法的内部体系是一个被统摄在私法自治理念之下的、由多项原则所组成的错落有致的价值秩序。当然,这样一种价值秩序并非概念法学所主张的公理式逻辑演绎体系。因为,组成内部体系

的诸项原则有发生冲突的可能性,故而这样一种价值论或目的论体系是一种开放的、动态的体系^[20](P59)。这里所要讨论的问题是,当原则之间发生冲突时应如何妥善处理。原则冲突本质上是一种价值冲突,无论是基础性原则抑或辅助性原则,其背后均体现了特定的法律价值,这些价值相互间往往存在一定的张力,使得不同主体的权益可能发生冲突。价值冲突也好,权益冲突也罢,在处理这些冲突时均须权衡,而如何作出权衡则需一定的方法指引,此乃法学方法论的核心议题之一。

利益法学虽然对概念法学作出了深入反思,揭示了规范背后所存在的利益冲突,但是其对“利益”一词的使用却颇为含混:利益时而作为评价的客体、时而作为评价的标准,令人费解^[21](P119)。评价法学对此作出了必要完善,将利益与价值予以明确区分,并且将利益界定为评价的对象而不再将其确定为评价的标准。即便如此,价值冲突以及个案中的法益冲突仍然难以获得妥善解决。因为,“评价法学虽然区分了利益和价值,以价值作为评价利益的标准,但价值本身无法继续为价值之间的冲突提供权衡依据”^[31](P198)。对此,拉伦茨阐发了相应的解决方案,为法学方法论的发展作出了重要贡献。

拉伦茨首先指出,由于诸种权利和诸项原则的界限并非一次性划定,而是在一定程度上具有开放、动态的特点,这使得它们彼此之间容易发生冲突;一旦发生冲突,为了达致法律和平,要么一种权利向其他的权利退让,要么各自作出一定程度的退让;若要实现上述目标,则应采取“个案中之法益权衡”方法^[21](P404)。至于“个案中之法益权衡”方法应如何操作,拉伦茨提出了两条更为具体的适用准则。首先根据德国基本法所确立的价值秩序,判断个案中所涉及的法益较之于其他的法益是否具有明显的价值优位。然而,大多数的案件要么涉及相同位阶的权利冲突,要么涉及不同性质的法益冲突,故而无从进行抽象之比较,此时便需要适用比例原则。比例原则是一项实质性的法律原则,其是指引法官从事规范具体化工作时起主导作用的方法原则^[21](P412)。这样,在比例原则的参与及配合下,“个案中之法益权衡”方法在实践中便具有了合理性及可操作性,法官在个案中进行法益权衡时便可获得清晰的方法指引。

当然,任何一种理论只是解决办法的一个建议,是迈向真理的一步,同时也总是可能之错误的最新状态^[32](P9)。作为法益权衡的一种方法原则,比例原则虽然具有跨领域的普遍适用性,但是其精确性有所欠缺,尤其是地位最为重要的均衡性原则如何在实践中更为客观地展开及操作,始终是困扰学者和法官的一大难题。对此,德国学者阿列克西作出了重要贡献。他首先从语义学的角度对规则和原则作出区分:规则是一种确定性命令,原则是一种最优化命令;作为确定性命令,规则是以全有或全无的方式被适用的,而原则具有“分量”的向度,从而可以在不同情形中以不同的程度被实现^[33](P46)。由于原则不止一种,故而原则之间难免发生碰撞和冲突。阿列克西认为,原则理论与比例原则相互蕴含,在原则发生冲突需要进行权衡时应符合“权衡法则”,即一个原则的不满足程度或受侵害程度越高,满足另一个原则的重要性就必须越大^[34](P146)。

为确保权衡法则能够得到更为精确地适用,阿列克西又进一步提出了著名的重力公式。当然,重力公式只是一种论证形式或论证程式,其并不能代替实质论证和价值判断^[12](P12)。也就是说,无论重力公式有多么精确化,比例原则适用中的实质权衡永远无法避免^[6](P114)。否则,只能倒退回概念法学一统天下的时代。我们不妨在大方承认比例原则同样存在一定不足的前提下,通过强化理性论证、引进商谈理论等配套举措,确保比例原则的具体适用满足实质理性之要求,充分发挥其在禁止过度、实现均衡等方面所具有的重要功能。

3. 比例原则作为民法基本原则的规范化手段

比例原则在民法上不仅可以作为利益权衡的方法原则,而且还可以作为民法基本原则的规范化手段发挥重要作用。民法基本原则原本存在于民法的内部体系之中,但是在民法典中对其作出明确规定的做法并不鲜见,这是内部体系“外显”的表现之一。所谓内部体系“外显”,按照比德林斯基的界定,是指直接根据特定的、具有规范性的指导思想对法律素材进行外部划分的所有尝试^[22](P657)。既然民法

基本原则在民法典中得到外显,其当然需要发挥一定的规范功能。不过,不同的民法基本原则与规范之间的联系紧密程度各有不同,其所发挥的规范功能也各有差异。

就我国《民法典》所规定的诸项民法基本原则而言,“诚实信用原则与公序良俗原则十分接近规范,在许多时候可以直接用来判定义务是否产生或者否定行为效力或者权利的产生,而其他原则没有这样的直接功能”^[35](P60)。这是因为,我国民法实际上同时规定了两类不同性质的“民法基本原则”:一类是没有裁判功能的一般法律思想或法律理念,如平等原则、自愿原则、公平原则等;一类是作为法官裁判规范的概括条款,如诚实信用原则、公序良俗原则^[36](P95-96)。

作为一般法律思想或法律理念的民法基本原则,与强调均衡适度的比例原则之间具有价值和理念上的亲近性和相容性,可为比例原则的民法适用提供理论基础和正当化说明。不过,这类民法基本原则因过于抽象,在个案中往往难以直接适用。与此不同,那些作为概括条款的民法基本原则可在个案中直接适用。当然,原则毕竟不同于规则,尽管诚实信用原则、公序良俗原则的规范属性较强,但是其内涵及外延仍然存在较大的模糊性及伸缩性,并不具有明确的构成要件及法律效果,因而在适用时须进一步具体化。在此,比例原则可作为一种具有可操作性的规范化手段发挥重要作用。

就诚实信用原则而言,其在现代民法上的地位日益凸显,被誉为民法上的“帝王条款”。为了更好地应对社会关系的发展变化,实现个案处理的实质正义,诚实信用原则的内容必须保持模糊。这就要求诚实信用原则必须予以进一步的具体化之后方可适用。对此,学者们不约而同地采用了类型化之方式开展此项工作。例如,梅迪库斯在其作品中总结了四种违反诚信原则的案例类型,即权利失效、禁止过度、以有伤风化的方式获得权利以及权利人自己背弃合同^[37](P68-70)。王泽鉴也将诚信原则的主要适用情形整理为细微的利益侵害及比例原则等四种案型^[38](P575-577)。可见,上述两位学者均将有违比例原则的权利行使定位为诚实信用原则的一种典型适用案型。也就是说,如果权利人行使权利给义务人造成了过度的限制或不便,导致双方的利益状态显著失衡,那么此种权利行使既有违比例原则,也违反了诚实信用原则。此时,便可利用比例原则对诚实信用原则进行必要的充实和具体化。

就公序良俗原则而言,由于其适用将会导向对行为主体所为行为的否定性评价,故而应当慎重而为。拉伦茨指出,在私法领域,平等对待原则的意义甚为微小,当不利遭受者同意时,其所遭受的不平等对待即可被容许,除非该项同意被认为构成“背俗”^[39](P125)。这是因为在私法自治下所产生的权利妨碍,已经由参与者表示了同意,此时的检验标准自应予以减弱^[29](P61)。不过,如果相关的法律行为被认为构成“背俗”,那么无论该项同意是否出自不利遭受者的本意,其效力均不会被认可。当然,若公序良俗原则的司法适用不受控制,则会动摇私法自治这项民法的核心支柱。就此而言,比例原则作为一种重要的控制机制和审查基准,可以确保公序良俗原则在个案中能够得到妥善适用。首先,需要评估公序良俗原则之适用是否出于维护公共利益之目的;其次,需要考察法律行为之无效认定是否有助于维护公共利益;再次,需要审查除了认定行为无效这样一种手段外,有无其他更为和缓之手段可供选择;最后,需要权衡为了维护公共利益而认定行为无效,在效果上是否有失均衡。如果不能通过任一阶段之检测,那么公序良俗原则在个案中就不应得到适用,以免损及当事人的私法自治。

此外,关于比例原则与禁止权利滥用条款亦有探讨之必要。我国民法并没有将禁止权利滥用确立为一项民法基本原则。这是因为禁止权利滥用仅为“权利自由行使原则”之例外,不可本末颠倒,将作为例外的禁止权利滥用确立为民法上的基本原则^[25](P13)。由于禁止权利滥用条款的内涵及外延均具有高度不确定性,故而其必须经由具体化才能得以适用;由于此项概括条款在适用时涉及不同利益或价值之权衡,为了避免流于表面的理由,权衡时必须依照一定的结构,从而实现其理性^[40](P579)。在上述两方面,比例原则均大有可为。一方面,比例原则可为此项概括条款之适用提供一个程序性的思考框架,便于其在个案中进行展开和操作;另一方面,比例原则可为不同利益或价值之权衡提供一套科学的方法原则,能够妥当地规范和约束权衡主体的自由裁量,确保权利行使具有合比例性。

三、比例原则在民法外部体系中的定位

比例原则不仅在民法内部体系中具有重要的适用价值,而且在民法外部体系中有广泛的作用空间。探讨比例原则与民法外部体系之关联,既可明确比例原则在民法上适用的规范基础,亦可揭示比例原则在民法上适用的方法与路径。

(一) 民法外部体系的价值重述

民法的外部体系是一个以概念为基础而建构的逻辑体系,其关涉的是法律的形式构造、法律的结构以及秩序概念的形成^[40](P220)。总体而言,学者们似乎更热衷于分析内部体系的形成及建构,而对外部体系则着墨不多并且评价不高。例如,卡纳里斯认为,对形式逻辑体系的否弃,将合乎逻辑地导致对公理化的演绎式体系的否弃;基于公理的纯粹逻辑演绎所产生的体系在法学上并不适合^[20](P25)。据此,卡纳里斯主张建构一个由一般法律原则所构成的开放的、动态的价值论或目的论体系。

不过,卡纳里斯似乎过于轻忽了外部体系所具有的重要体系效应。在现代信息化社会,尽管民法外部体系所具有的信息储存、便于找法等价值有所减退,但是其仍然具有诸如最大限度地覆盖社会生活、确保法的安定性、消除体系内部的逻辑矛盾、降低找法和法学教育成本等诸多体系价值^[41](P31-34)。况且,如果失去了外部体系的支撑,那么内部体系又将如何安放和呈现?内部体系作为一个由诸项法律原则所构成的价值秩序,其终究需要仰赖一定的形式化构造才能呈现于外。可以说,外部体系犹如人的骨架,内部体系犹如人的神经,两者密切结合,须臾不可分离。因此,法秩序不仅是外部一致、透明的法律规则的集合,也是价值判断尽可能没有矛盾的内部体系^[23](P64)。

(二) 比例原则在民法外部体系中的呈现

在民法上,比例原则并非“他乡之客”,诸多民法规范已经蕴含了比例原则的原理和要求。施蒂尔纳指出,《德国民法典》在多处表达了比例原则的基本思想,如第138条第2款关于给付与对待给付之间存在“显失均衡”之规定、第227条(正当防卫)及第228条(紧急避险)将合比例性确定为相关行为具有合法性的一个前提^[42](P16)。不仅如此,《德国民法典》第1666a条甚至直接将“比例原则”的字样作为该条的标题使用。因此,在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序中^[43](P70-71)。由于比例原则在民法上本已具备规范基础,从而无须“绕道”公法上的相关规定或学说,为比例原则的民法适用寻找合理化证成。

关于比例原则在民法外部体系上的呈现方式,主要有两种形式:一种是法条中直接表达了“禁止过度”之要求,而“禁止过度”恰为比例原则之精髓,所以这是一种明示的呈现方式;一种是法条中包括了诸如合理、适当、必要、尽量等此类较具弹性之表述,提示适用者在个案中应妥善权衡当事人之间的利益关系,此时比例原则主要是作为一种辅助法官进行妥当裁判的法律方法而发挥作用,所以这是一种默示的呈现方式。因为,“比例原则要求合比例、适度,着眼于相关主体利益的均衡,其精神在于反对极端、实现均衡,既不能‘过’,也不能‘不及’”^[44](P84)。

在我国民法上,比例原则同样以明示和默示两种形式广泛存在。就明示的呈现方式而言,《民法典》第181条第2款明确规定,若正当防卫超过“必要限度”造成了不应有的损害,防卫人应承担适当的民事责任;《民法典》第182条第2款明确规定,若紧急避险采取避险措施不当或者超过“必要限度”造成了不应有的损害,避险人应承担适当的民事责任。上述条文分别对防卫过当和避险过当作出了明确规定,直接彰显了作为比例原则之精髓的“禁止过度”的精神和要求。不过,这样的法条在整个《民法典》中并不多见,比例原则在我国民法上更多的是以默示形式呈现。例如,《民法典》第290条至第292条规定,不动产权利人应当为相邻权利人利用其不动产提供必要的便利;《民法典》第296条规定,不动产权利人对相邻不动产的利用,应尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害。此外,即便相关法条并没有包含诸如适当、必要等术语(如《民法典》第580条),亦可作为比例原则在民法上适用的规范基础^[45](P115)。

探讨比例原则在民法外部体系上的呈现,其目的并非通过总体类推之方式在民法上提出一个一般性的比例原则。这种做法既无太大意义,亦无太大必要。比例原则表达了一种适度、均衡的理念和思想,这样一种理念和思想在法律秩序的各个领域均有不同程度的体现,民法亦不例外。通过揭明比例原则在我国民法外部体系上的呈现,意在说明比例原则并非民法上的“异质物”,同时也为比例原则在民法上的适用提供规范基础,以更好地发挥其在民法教义学和民法方法论方面的重要作用。至于担心将比例原则引入民法是否会破坏民法上的私法自治和利益平衡机制,前文已作充分探讨,不再赘述。

(三) 比例原则在民法外部体系中的作用

民法的外部体系乃是民法的形式构造,亦是民法实现其规范机能的重要载体。比例原则作为一种结构化的分析框架和审查机制,有助于为法律工作者在解释和续造民法规范时提供必要指引,确保民法的各项规范机能得以充分实现。

1. 解释与适用功能

法律不经解释无以适用,法律的目的及价值需经适用才能得到实现^[32](P455)。若要妥当地解释及适用法律,则须遵循一定的方法和基准。在民法上,由于比例原则兼有价值属性和工具属性双重性质,其可为民法规则的解释及适用提供价值及方法上的指引。

在比例原则以明示形式呈现的场合,法官在解释及适用相关民法规则的时候,应严格遵循比例原则的分析框架和审查步骤,通过运用手段和目的之关联性这一重要分析工具,对作为大前提的相关民法规则进行具体化,并将具体的案件事实涵摄于各个要件之中,最终得出一个具有合理性及说服力的法律适用结果。例如,在适用《民法典》第182条第2款、判断紧急避险人是否需要承担避险过当的民事责任时,法官应严格依循比例原则的分析框架,审查在当时情境下有无其他更为和缓的避险措施可供选择以及紧急避险人所采取的避险措施是否给他人权益造成了过度侵害。如果存在其他可供选择的、更为和缓的避险措施或者所采取的避险措施给他人权益造成了过度侵害,那么就可以认定紧急避险人所采取的避险措施因有违必要性原则或均衡性原则而构成避险过当,从而应承担一定的民事责任。

在比例原则以默示形式呈现的场合,由于相关规则包含了有待进一步具体化及价值填充的不确定概念,法官可借助比例原则之指引开展上述作业。因为,“比例原则能够将主观的裁量转化为客观的分析,实现对不确定概念的相对确定的理解,这是比例原则解释功能的优势之一”^[46](P39-40)。例如,在相邻关系中,一方负有为他人利用其不动产提供必要便利的法律义务,而他人亦负有妥善利用不动产以尽量避免对不动产权利人造成损害的法律义务。如果双方就此发生纠纷,那么法官就可借助比例原则之指引,同时结合相邻关系制度的规范目的及个案事实,对“必要”“尽量”等不确定概念作出进一步的价值填充,以妥善处理相关纠纷。据此,如果一方对相邻不动产的利用逾越了为实现其目的所必要的程度,对相邻不动产权利人的权利造成了过度限制,那么就可以确定此种行为有违比例原则的基本要求,从而应承担相应的民事责任。在司法实践中,我国法官已经开始运用比例原则对相邻关系纠纷案件进行说理和裁判(安徽省宿州市中级人民法院[2015]宿中民一终字第00526号民事判决书)。

当然,比例原则的民法适用并不以其能够明示或默示呈现为前提。即便相关民法规范并没有直接或间接表达比例原则的基本内涵,法官在认定事实及适用法律时亦可援引比例原则进行说理和裁判,确保个案能够得到妥当解决。前已述及,比例原则乃是利益权衡的一项方法原则,可以覆盖所有主体之间发生的权益冲突^[47](P111)。这是因为,“比例原则作为基于价值平衡的规范性要求,可被用于规范各类主体在价值冲突情境中的行动”^[48](P155)。此外,在民法基本原则的解释及适用上,比例原则同样可以作为一种重要的规范化手段和具体化机制而发挥作用。

2. 评价与发展功能

比例原则不仅在民法规则和基本原则的解释及适用方面大放异彩,而且还具有显著的评价与发展功能,可以助推民法的更新与进步。这里的评价并不是指法官对个案中相冲突的诸项价值或权益进行

综合权衡后所作出的具体判断,而是指运用比例原则的基本原理,分析、评判现行相关民法规则及制度的合理性与妥当性,进而从立法论或解释论层面提出相关改进之建议。毋庸讳言,我国《民法典》虽已颁布实施,但有些规定仍有待进一步充实和完善。这不仅需要立法、判例及学说的共同努力,而且需要科学方法的指引,比例原则于此将大有可为。对此,本文尝试以意定监护制度为例展开简要剖析。

依据意定监护的基本原理,被监护人的行为能力不必因意定监护的实施而当然地受到限制或者被剥夺。也就是说,只要能够确认被监护人具有相应的意思能力,即便意定监护程序已经启动,被监护人仍然可以单独实施有效的法律行为。不过,《民法典》第33条将意定监护的启动条件与行为能力欠缺之司法认定相挂钩,这意味着在我国民法上意定监护与法定监护之间的区分仅为监护人的选任程序有所不同,在其他方面两者几无差别。不仅如此,这种做法在实践中也有诸多不足。例如,行为能力欠缺之司法认定仍然延续了传统的司法宣告的公示方法,然而这种做法有可能侵犯被监护人的隐私,不利于被监护人以后生活的正常化。因此,意定监护制度在实施过程中并未达到人们预期的效果^[49](P22-25)。

意定监护实乃一种“自治型”监护,意定监护人所享有的只是基于意定监护合同所产生的特别代理权。如果认为只有经过行为能力欠缺之认定才能启动意定监护,那么就会导致这样一种“自治型”监护将实质蜕变为“他治型”的法定监护。运用比例原则的基本原理分析,上述规定实际上违反了必要性原则和均衡性原则之要求。依据必要性原则,若有多种立法手段可供选择,那么立法者应当优先采用对民事主体的权利与自由限制最小的手段。由于意定监护制度的规范目的是通过他人的支援,协助被监护人作出恰当的决定,使其过上正常化的生活,因而不以剥夺或限制被监护人的行为能力为必要。不过,一旦在立法上将行为能力欠缺之司法认定确立为意定监护的启动条件,那么意定监护的启动及实施将以剥夺或限制被监护人的行为能力为必要前提。由此,将对被监护人的行为能力及私法自治造成过度限制,难以契合意定监护制度的基本原理及创设初衷。因此,为了确保此项制度在实践中能够发挥应有的规范功能,意定监护之启动实有必要与行为能力欠缺之司法认定脱钩。鉴于我国《民法典》已经实施,“硬脱钩”的主张和做法已不具有可行性,笔者主张,将《民法典》第24条与第33条联系起来作体系性考察,并且充分考量意定监护与法定监护各自的立法目的及制度功能,通过对《民法典》第24条作出恰当之解释,能够达成“软脱钩”之目的。

在前期研究中,笔者尝试运用比例原则的基本原理对侵权损害完全赔偿原则之缓和、禁治产制度之存废、违反强制性规定的合同效力之判断等若干民法议题展开了较为细致的论证和剖析,同样意在表明比例原则在民法上具有重要的评价及发展功能,能够为民法的现代转型提供重要的理论滋养及方法支持。

四、结 论

尽管比例原则具有跨地域和跨领域的普遍适用性,然而相关的争议却一直如影随形。有的学者撰文纵论比例原则是一种落后的、过时的法学方法,其应被更为理性的成本收益分析所取代。有的学者则力图证成比例原则应当回归行政法,反对将其适用于民法等部门法领域。不过,这两种主张均难谓合理:前者高估了成本收益分析的作用,忽视了成本收益分析存在难以融入法教义学的结构性障碍;后者则对比例原则作了不彻底的线性观察,忽视了比例原则并非一项单一起源和单一面向的法律原则。另外,比例原则在我国民事审判实践中业已得到广泛适用的客观事实,这足可说明这两种主张缺乏事实基础。

民法上的诸多规范已经蕴含了比例原则的原理和要求,可以作为比例原则在民法上适用的规范基础。在民法的内部体系中,比例原则可以作为私法自治的保障机制、法益权衡的方法原则和民法基本原则的规范化手段发挥重要作用。在民法的外部体系中,比例原则不仅可为相关民法基本原则和民法规则的解释及适用提供价值和方法上的指引,而且其还具有显著的评价与发展功能,能够助推民法的更新

与进步。当然,本文只是对比例原则在民法体系中的定位和价值作了较为宏观的勾勒,旨在为比例原则的民法适用提供必要的理论支撑及方法指引,并防止出现泛化适用的现象。至于比例原则在民法上的多重适用机制之间的内在关联以及如何将比例原则更好地融入我国民法典的教义学体系之中,仍需进一步深入思考。

参考文献

- [1] 解亘.论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示.中外法学,2003,(1).
- [2] 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,(6).
- [3] David E. Adelman, Amy Sinden. The Misleading Successes of Cost-benefit Analysis in Environmental Policy. *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, 2024, 13(2).
- [4] Jonathan S. Masur, Eric A. Posner. Against Feasibility Analysis. *University of Chicago Law Review*, 2010, 77(2).
- [5] Don Bradford Hardin. Why Cost-benefit Analysis? A Question (and Some Answers) About the Legal Academy. *Alabama Law Review*, 2008, 59(4).
- [6] 刘权.比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角.法商研究,2021,(4).
- [7] Jonathan S. Masur, Eric A. Posner. Unquantified Benefits and the Problem of Regulation under Uncertainty. *Cornell Law Review*, 2016, 102(1).
- [8] Stephen A. Marglin. *Public Investment Criteria: Benefit Cost-analysis for Planned Economic Growth*. New York: Routledge, 2015.
- [9] Frank Ackerman, Lisa Heinzerling. Pricing the Priceless: Cost-benefit Analysis of Environmental Protection. *University of Pennsylvania Law Review*, 2002, 150(5).
- [10] Barry Bennett. Cost-benefit Analysis, the Market, and Political Legitimacy. *University of San Francisco Law Review*, 1988, 23(1).
- [11] Laurence H. Tribe. Policy Science: Analysis or Ideology? *Philosophy & Public Affairs*, 1972, 2(1).
- [12] 雷磊.比例原则的规范论基础与方法论定位.政法论坛,2025,(1).
- [13] Amy Sinden. The Problem of Unquantified Benefits. *Environmental Law*, 2019, 49(1).
- [14] Matthew D. Adler, Eric A. Posner. Rethinking Cost-benefit Analysis. *The Yale Law Journal*, 1999, 109(2).
- [15] John Rawls. *A Theory of Justice*. Cambridge(MA): Harvard University Press, 1999.
- [16] 梅扬.比例原则的适用范围与限度.法学研究,2020,(2).
- [17] Aharon Barak. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- [18] Alexander Tischbirek. *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- [19] Ben Köhler. Proportionality in Private Law: A Primer// Franz Bauer, Ben Köhler. *Proportionality in Private Law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.
- [20] Claus-Wilhelm Canaris. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humbolt, 1983.
- [21] Karl Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1991.
- [22] Franz Bydlinski. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien: Österreich GmbH, 2013.
- [23] 恩斯特·A. 克莱默.法律方法论.周万里译.北京:法律出版社,2019.
- [24] 方新军.内在体系外显与民法典体系融贯性的实现——对《民法总则》基本原则规定的评论.中外法学,2017,(3).
- [25] 李宇.民法总则要义:规范释论与判解集注.北京:法律出版社,2017.
- [26] 郑晓剑.比例原则在民法上的适用及展开.中国法学,2016,(2).
- [27] 易军.私人自治与私法品性.法学研究,2012,(3).
- [28] Jörg Neuner, Hans Christoph Grigoleit. *Claus-wilhelm Canaris Gesammelte Schriften, Band 1: Rechtstheorie*. Berlin: Walter de Gruyter, 2012.
- [29] Dieter Medicus. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1992, 192(1&2).
- [30] 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,(5).
- [31] 张兰兰.作为权衡方法的比例原则.法制与社会发展,2022,(3).

- [32] Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk. *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*. München: C. H. Beck, 2015.
- [33] 雷磊. 法律体系、法律方法与法治. 北京: 中国政法大学出版社, 2016.
- [34] Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.
- [35] 李永军. 民法总则. 北京: 中国法制出版社, 2018.
- [36] 于飞. 民法基本原则: 理论反思与法典表达. 法学研究, 2016, (3).
- [37] Dieter Medicus, Jens Petersen. *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.
- [38] 王泽鉴. 民法总则. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [39] Karl Larenz. *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*. München: C. H. Beck, 1979.
- [40] 托马斯·M. J. 默勒斯. 法学方法论. 杜志浩译. 北京: 北京大学出版社, 2022.
- [41] 谢鸿飞. 民法典的外部体系效益及其扩张. 环球法律评论, 2018, (2).
- [42] Michael Stürner. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- [43] 张兰兰. 比例原则的私法适用何以可能——一个规范论的视角. 环球法律评论, 2022, (5).
- [44] 王利明. 民法上的利益位阶及其考量. 法学家, 2014, (1).
- [45] 冷传莉. 比例原则私法化的体系定位与调整对象. 比较法研究, 2023, (4).
- [46] 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, (4).
- [47] 蒋红珍. 比例原则适用的范式转型. 中国社会科学, 2021, (4).
- [48] 于柏华. 比例原则的法理属性及其私法适用. 中国法学, 2022, (6).
- [49] 中国公证协会业务规则委员会. 关于进一步加强和规范意定监护类公证业务发展的报告. 中国公证, 2021, (11).

Principle of Proportionality and the Civil Law's System Of Inside and Outside

Zheng Xiaojian (Xiamen University)

Abstract The principle of proportionality in civil law is no "stranger from afar", because many norms in civil law already embody the tenets and requirements inherent to it. Moreover, the principle is not confined to a single dimension; it functions both as a legal construct and a methodological tool, with universal applicability across diverse fields. By revealing and clarifying the position and role of the principle of proportionality within both the internal and external systems of civil law, the overall picture of its applications in China's civil law can be obtained, which can provide necessary guidance for its practical implementation. In the internal system of civil law, the principle of proportionality can play a pivotal role as a safeguard mechanism for autonomy of private law, a methodological principle for balancing legal interests and a normative instrument for refining fundamental civil law principles. In the external system of civil law, this principle fulfills critical functions of interpretation and evaluation, promoting the renewal and progress of civil law. The aforementioned functions interact and mutually reinforce one another, making civil law a coherent and value-aligned legal framework.

Key words the principle of proportionality; cost-benefit analysis; civil law; autonomy of private law

■ 作者简介 郑晓剑, 厦门大学法学院教授, 福建 厦门 361005。

■ 责任编辑 李 媛