

# 比例原则在“陈宁案”中的适用

——兼及“析出法”路径下个案规范的最短射程

蒋红珍\*

---

## 目次

### 引言

#### 一、案件概要和争点

##### (一) 案件概要

##### (二) 争点及其细化:兼及比例原则的引出

#### 二、事实、规范、审查标准和审查强度的初步厘定

##### (一) 案件事实

##### (二) 基础规范

##### (三) 审查标准

##### (四) 审查强度

#### 三、“审判”和“评析”中论证思路的展开

##### (一) 适当性审查

##### (二) 必要性审查

##### (三) 均衡性审查

#### 四、从个案事实到构成要件:针对交通事故救援的规范意义

##### (一) 前提性事实:必要要件

##### (二) 手段性事实:“必要要件”和“充分但不必要要件”的甄别

##### (三) 结果性事实:在损害后果和目标实现之间

#### 五、结论:从“归入法”到“析出法”的尝试

**关键词** 比例原则 审查标准 个案规范 行政裁量

---

---

\* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。本文初稿曾在“第十二期判例研读沙龙”(2013年11月,浙江杭州)、“行政法案例研读会”(2014年3月,上海·华东政法大学)和“行政案例指导制度中美研讨会”(2014年3月,浙江杭州)报告,感谢所有的提问、评论和修改意见。感谢两位匿名评审对文章的批评和修改意见。当然,文责自负。

## 导 言

“陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案”(下文简称“陈宁案”),<sup>〔1〕</sup>最早公布于《最高人民法院公报》2003年第3期。<sup>〔2〕</sup>之后,在“裁量问题的审查标准”项下,以“交通警察施救行为过程中比例原则之应用”为主标题,被最高人民法院行政庭收录为中国行政审判“第19号案例”。<sup>〔3〕</sup>可以认为,“陈宁案”展现出最高人民法院就比例原则是否应予适用、以及应如何适用于交通事故中警察施救行为的基本认识。围绕“陈宁案”的个案解读,可能涉及三个层次的规范意义:第一,比例原则能否作为司法判断的标准,即其司法适用的范围和边界如何?第二,比例原则自身具有怎样的规范内涵?第三,将作为法规范的比例原则涵摄到交通事故处理过程的交警施救行为,其个案判断对于未来同类案件的规范意义何在?

就规范层次(一)而言,讨论的是比例原则司法适用的前提和界限问题。“陈宁案判决”在裁判要旨部分写道:“人民法院不仅应当对行政行为的合法性进行审查,而且应当用比例原则等规则对行政裁量的适当性予以审查。”<sup>〔4〕</sup>从而非常明确地承认了比例原则就行政裁量的司法判断具备作为审查标准的规范意义。不过仅就此论,“陈宁案”尚不能说具有突破性意义,因为在最高院早期或同期颁布的案例中,已经存在过相同的例子。<sup>〔5〕</sup>“陈宁案”的突出意义在于规范层次(二),即它首次鲜明采纳国内主流学说引自德国学理的“三阶论”,认为比例原则在规范内涵上包含适当性原则、必要性原则和均衡性原则的分支结构,可被视为比例原则“三阶论”被中国司法所确立的典范案例,对于形塑中国司法适用情境下的比例原则具有十分重要的作用。

本文着重讨论的是规范层次(三),即:比例原则“三阶论”如何适用于“陈宁案”的个案论证,并在此基础上,试图回答未来当交警面对交通事故发生后的伤员救治时,怎样的事实要件满足(构成

〔1〕 准确地说,“陈宁案”与“陈宁案判决”是两个不同的概念。考虑到本文讨论的“陈宁案”都是在作为第19号案例的“陈宁案判决”文本中加以理解,行文之便,可能会交错地使用这两个概念。

〔2〕 “陈宁诉庄河市公安局行政赔偿纠纷案”,载《最高人民法院公报》2003年第3期。

〔3〕 最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判指导案例》第1卷,中国法制出版社2010年版,第94~98页。考虑到作为第19号案例的“陈宁案”,较之《最高人民法院公报》所公布的判决,增加了对本案原有生效判决的“评析部分”,更能体现出最高人民法院(行政审判庭)的倾向性意见。因此,若无特别说明,本文中“陈宁案(判决)”均指的是最高人民法院行政庭公布的第19号案例内容。

〔4〕 当然,从案例研读的“外部视角”看,此“裁判要旨”也有需要斟酌的地方,如:(1)此案中交警的行为,能否直接等同于“行政行为”?因为以《行政诉讼法》和《最高院司法解释》所构筑的“行政行为”看,它指的是以产生权利义务状态之改变为效果的法律行为,而本案交警气焊切割开门则没有这样的“处分性”;(2)在“裁判要旨”中直接肯定合法性之外的适当性审查,能否有效衔接《行政诉讼法》所确立的“合法性审查”之基础框架;(3)“比例原则等规则”的表述是否需要更为妥帖的改进?

〔5〕 这可以区分为两类判决:一类是判决文书中没有明确提及“比例原则”,但核心论证理由和审判思路符合“比例原则”,例如“汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案”,最高人民法院终审行政判决书[1999]行终字第20号,判决书载胡锦涛主编:《中国十大行政法案例评析》,法律出版社2005年版,第183~192页;“苏州鼎盛食品有限公司与江苏省苏州工商行政管理局商标工商行政处罚行政诉讼纠纷案”,载《最高人民法院公报》2013年第10期;另一类是作为整体的判决文书中明确提及“比例原则”的运用,例如“王丽萍诉河南省中牟县交通局交通行政赔偿案”,载《最高人民法院公报》2003年第3期;之后作为第18号案例公布于最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判指导案例》第1卷,中国法制出版社2010年版,第89~93页;“曾伟勇诉福建省安溪县人民政府等不履行职责及行政赔偿案”,载最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判指导案例》第2卷,中国法制出版社2011年版,第214~218页。

要件)可以达成“违反或不违反比例原则”(法律后果)的结论。<sup>〔6〕</sup>这样,就可能“在针对个案而为的具体化中获得新的法律规则,适用在相同或‘类似’的案件”。<sup>〔7〕</sup>为了达成这一目标,文章聚焦“陈宁案判决”,在分析比例原则个案适用的基础上,从个案事实出发,甄别其对于司法结论而言的要件类型,形成可能的“新的规范”,从而使比例原则在陈宁案中的适用,具备对未来同类案件的司法判断形成“最短射程”意义上的规范价值。

## 一、案件概要和争点

### (一) 案件概要

2001年12月,韩勇驾驶一辆轿车在庄河市某处发生交通事故。庄河市公安局(被告、被上诉人)交警大队接到报警后,立即出警,赶到事故现场。在事故现场初步查明,韩勇驾驶的轿车已被撞变形,韩勇被夹在驾驶座位中,生死不明,需要立即组织抢救。交警在先后采取撬杠等各种方法均不能打开驾驶室车门的情况下,最后采取气焊割门的方法,将韩勇从车中救出送往医院,到医院后发现韩勇已经死亡。虽然在气焊切割车门时采取了安全防范措施,但仍造成轿车失火,因火势较大,事先准备的消防器材无法将火扑灭,扩大了轿车的损失。事后,韩勇妻子陈宁(原告、上诉人)向庄河市公安局提出行政赔偿申请,要求其赔偿交警气焊切割造成轿车被烧毁的损失。庄河市公安局认为交警施救行为合法,于2002年4月16日做出庄公行不赔字(2002)第1号不予赔偿决定。陈宁不服,向庄河市人民法院提起行政赔偿诉讼。一审法院认定交警在施救过程中虽然造成轿车损毁,但该行为不具有违法性,因而维持庄河市公安局做出的不予赔偿决定。宣判后,陈宁不服,提起上诉。2002年11月7日,二审法院做出维持判决。

### (二) 争点及其细化:兼及比例原则的引出

由于原告请求行政赔偿,根据《国家赔偿法》的规定,国家机关及其工作人员违法行使职权,是其承担国家赔偿责任的必要前提。<sup>〔8〕</sup>这样,本案初步争点为庄河市公安局在施救过程中,采取气焊切割的方式打开车门却因此造成轿车损毁的结果,该行为是否构成“违法行使职权”?

就是否构成“违法行使职权”的判断,成文法国家的法律论证思路是首先寻求规范,即找到法律法规授予特定行政主体实施相关职权的依据。本案涉及公安交警部门在面临道路交通事故处理时就抢救伤者的执法权限,《道路交通事故处理办法》与之直接相关。<sup>〔9〕</sup>其第8条规定:“公安机关接到报案后,应当立即派员赶赴现场,抢救伤者和财产,勘查现场,收集证据,采取措施尽快恢复交通。”这一条款赋予交警部门抢救伤者的职责,但没有规定具体的行为方式。法院继而认定,此案中交通警察具有选择施救方式的裁量权。这样,本案是否构成“违法行使职权”的判断,转变为裁量权行使是否恰当的问题。

现行《行政诉讼法》确立的是合法性审查的基本框架,结合司法实践看,行政裁量的审查标准

〔6〕 需要注意的是,个案判断中“不违反比例原则”与“符合比例原则”有时可能不是同一概念,个案论证中呈现为不同的司法审查密度。详见本文第四部分。

〔7〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第132页。

〔8〕 参见《国家赔偿法》第2条第1款。

〔9〕 《道路交通事故处理办法》已随着《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》(中华人民共和国国务院令 第405号)的实施,于2004年5月失效。不过,根据《道路交通安全法》第72条第1款规定“公安机关交通管理部门接到交通事故报警后,应当立即派交通警察赶赴现场,先组织抢救受伤人员,并采取措施,尽快恢复交通”,依然存在着抢救伤员过程中的裁量问题,因此“陈宁案”的讨论依然有规范基础。

有两处渊源:一是由《行政诉讼法》第54条所确立的“滥用职权”标准和“显失公正”标准;二是在《行政诉讼法》规范之外寻求成文或未成文标准。而对于后者,司法审查标准在个案论证中的路径又有两条:一是将该标准嫁接到“滥用职权”或“显失公正”之下;<sup>[10]</sup>二是,直接将其他成文或未成文规范作为审查裁量权的标准,实际上将之与“滥用职权”和“行政处罚显失公正”并列对待。从本案裁判要旨和评析部分的背景情况介绍看,最高法院采取的是后一种路径。<sup>[11]</sup>

当然,即使采用《行政诉讼法》规范之外的标准来审查裁量权,比例原则并非唯一之选。为此,最高院在评析部分专门解释了采取比例原则审查本案裁量权行使的原因:“本案中,由于对被困人员进行救助,可能会对被救助人的生命和财产造成进一步的损害,因为,实施救助行为的过程中存在着对手段和结果的利益衡量问题,这就需要运用比例原则加以判断。”<sup>[12]</sup>它更高层次回应比例原则的适用范围,也将本案的争点进一步细化为庄河市公安局在施救过程中,采取气焊切割的方式打开车门并因此造成轿车损毁,“是否违反比例原则”的问题。

## 二、事实、规范、审查标准和审查强度的初步厘定

基于前述争点,本案司法论证的关键就成为,将相关案件事实借助于审查标准,涵摄到所确定的规范结构中,会得出怎样的结论?在展开这一分析之前,有必要将本案涉及争点的相关事实、直接规范、审查标准的内涵和审查强度的选择做一番整理。

### (一) 案件事实

为示区别,下文以“案件事实”指称陈宁案的个案事实,而用“构成要件”指称“规范性事实”。本案中,与争点相关的案件事实主要包括以下八个方面:第一,韩勇驾驶的轿车已被撞变形,韩勇被夹在驾驶座位中生死不明,需要紧急抢救(以下简称**案件事实①**);第二,交警先后采取撬杠等各种方法均不能打开驾驶室车门(以下简称**案件事实②**);第三,最后采取气焊切割的方法(以下简称**案件事实③**);第四,气焊切割方式成功打开车门(以下简称**案件事实④**);第五,韩勇从车中被救出送往医院,到医院后发现韩勇已经死亡(以下简称**案件事实⑤**);第六,气焊切割车门时采取了安全防范措施,即准备了灭火器(以下简称**案件事实⑥**);第七,事先准备的消防器材无法将火扑灭(以下简称**案件事实⑦**);第八,轿车损毁(以下简称**案件事实⑧**)。

### (二) 基础规范

从广义上说,规范既包含法律法规对行政机关的授权规范(本案中法院认定的规范依据是《道路交通事故处理办法》第8条),也包含经由成文或不成文法源所确立的审查标准(在本案中法院适用的比例原则)<sup>[13]</sup>明确起见,这里仅指前者。《道路交通事故处理办法》第8条规定“公安机关接到报案后,应当立即派员赶赴现场,抢救伤者和财产,勘查现场,收集证据,采取措施尽快恢复交

[10] 以比例原则为例,例如最高人民法院行政审判庭公布的第18号案例“王丽萍诉河南省中牟县交通局交行政赔偿案”,就采用这样的“规范嫁接”思路。

[11] 本案裁判要旨为“人民法院不仅应当对行政行为的合法性进行审查,而且应当用比例原则等规则对行政裁量的适当性予以审查”。

[12] 参见最高院评析部分“确立裁判要旨的理由”,第96页。

[13] 通常所谓的规范包含规则与原则,两者之间不仅存在形式上也存在实质意义上的区别。例如在阿力克西教授看来,比例原则的三个分支原则并不构成其所界定的原则,而只是形成规则。参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers trans., (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 66-67, n. 84.

通”,被法院认为“在赋予交警部门抢救伤者之职责的同时,并未规定具体的行为方式,故本案中,交通警察有选择施救方式的裁量权”。从该规范依据对于本案中比例原则“目标与手段关系”判断的价值看,它提供了“抢救伤者”的法定目标(以下简称法定目标)。<sup>[14]</sup>

### (三) 审查标准

正如前文所述,从司法例角度看比例原则在中国的发展,“陈宁案”不容忽视。<sup>[15]</sup> 它首次以判例形式确立比例原则“三阶论”的种属和位阶——尽管这在学界已经耳熟能详:**第一,适当性原则。**它要求采取的手段和追求的目标应当是相适应的,强调手段和目标的一致性,强调所采取的措施必须能够实现行政目标或者至少有助于行政目标达成。案例评析部分特别强调,这一原则是从“行为目的”角度来规范裁量行为。**第二,必要性原则。**如果实现一个行政目标存在多种可供选择的路径、手段、措施,那么行政主体在实施行政行为的时候就应当选择对相对人权利影响最小的那一种手段,才是必要的。案例评析部分同时强调,这一原则是从“法律后果”角度来规范裁量行为。**第三,均衡性原则。**要求行政主体执行职务时,面对多数可能选择之处置,应就方法与目的的关系权衡更有利者而为之。案例评析部分强调它是从“价值取向”上来规范行政权力与其所采取的措施之间的比例关系的。<sup>[16]</sup> 这三个审查标准,在个案的司法判断时分别代表着三个具体的裁判规则,可以将它们视为大前提用以涵摄到个案事实来得出结论。

### (四) 审查强度

审查强度(也称审查密度)本身有广义和狭义之分。从广义看,法院就审查标准的选择,亦代表着对审查强度的选择,例如通常认为,比例原则的审查就严于“不合理原则”。<sup>[17]</sup> 而狭义的审查强度,则是在个案中法院就事实与规范之间的涵摄,倘若运用特定的审查标准展开,这种审查标准需要论证到何种程度,能使其支撑并得出结论。

陈宁案中,法院援引比例原则为审查标准,实质上已经选择了较为严格的审查强度。在此前提下,还存在比例原则在个案中判断强度的选择问题。案例评析部分在“运用裁判要旨规则需要注意的问题”中写道:“如果裁量行为是在紧急情况下做出,由于行政机关没有充分的时间做缜密的思考和细致的准备,因此不太严重的疏漏和失误是可以容忍的,司法审查的标准也应当适当放宽;如果裁量行为是在正常情况下做出,那么司法审查的标准就应当相对严格。”<sup>[18]</sup>可以说这代表了最高院对审查密度问题所持的基本立场。本案属于发生交通事故而引发的伤员抢救问题,类型上属于紧急情况下的裁量行为。总体而言,即使采用比例原则这一审查强度较为严格的标准,但其自身的审查密度,原则上应当采取更为宽松的态度。

---

[14] 撇开本案的判决文本看,《消防法》原第18条规定,“禁止在具有火灾、爆炸危险的场所使用明火;因特殊情况需要使用明火作业的,应当按照规定事先办理审批手续。作业人员应当遵守消防安全规定,并采取相应的消防安全措施”。“进行电焊、气焊等具有火灾危险的作业的人员和自动消防系统的操作人员,必须持证上岗,并严格遵守消防安全操作规程。”该条款也可能成为本案可兹适用的规范依据。但是,考虑到本案判决书并没有提及该条款,本文也局限于既定的判例文本来推导法官思路,因此,不涉及对《消防法》原第18条的适用和判决本身妥当性的评价。

[15] 参见蒋红珍:《比例原则在中国的发展——针对司法例的梳理》,2013年未刊文。

[16] 请参见最高院评析部分“确立裁判要旨的理由”,第96页。

[17] Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, 65 Cambridge Law Journal (2006), 174; Cora Chan, “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, 33 Legal Studies (2013), 1.

[18] 参见最高院评析部分“确立裁判要旨的理由”,第98页。

### 三、“审判”和“评析”中论证思路的展开

在梳理完本案的案件事实、基础规范、审查标准和司法强度之后,判断庄河市公安局在施救过程中采取气焊切割的方式打开车门并因此造成轿车损毁“是否构成比例原则的违反”这一争点,就从法律技术层面转变为,在竞合基础规范所提供的“抢救伤者”这一法定目标的前提下,比例原则三个分支原则所形成的规则,如何涵摄于本案中个案事实的问题。

#### (一) 适当性审查

用法规(即构成要件+法律后果)的角度看,适当性审查可以被归纳为“付诸实施的手段”若有助于“行政目标”实现,那就产生符合适当性审查的结果。这一大前提构成以及个案涵摄所包含的要素有:第一,付诸实施的手段是什么?第二,行政目标是什么?第三,如何就“付诸实施的手段是否有助于目标实现”做出判断?

从案件事实<sup>③</sup>可见,本案付诸实施的手段——也是被质疑的手段——是气焊切割(下称为手段A);<sup>[19]</sup>本案的“目标”,有若干层次。前文提到,基础规范仅提供抢救伤者的“法定目标”,这一目标也是交警在诉讼过程所主张的明示目标。不过本案还有一个“直接目标”,那就是“打开车门”,<sup>[20]</sup>这一点在判例中有多处体现。学理和相关司法例为涉及多层次甚至是相反的目标结构及其解决方案提供过一些助力,不过,本案执法目标虽有两个层次,但方向一致。一审法院写道:“在处理事故中,交通警察根据司机韩勇生死不明的实际情况,判断应立即从发生事故的轿车中将其救出送往医院,并无不当。”二审法院提到,“不及时打开车门,就无法对生死不明的韩勇实施紧急救护……”最高院在评析部分继而写道:“行政法规明确规定交通警察在处理交通事故中负有抢救伤者的法定职责,而打开车门是救人的前提。”由此可见,“打开车门”(以下简称直接目标X)是实现“抢救伤者”(以下简称终极目标Y)的前提,而终极目标Y既与规范目标相竞合,也是本案行政主体的明示目标。

这样,适当性审查就简约为手段A能否有助于实现终极目标Y(与规范确立的法定目标,和行政主体主张的明示目标相竞合)所必需的直接目标X?(如见下图)

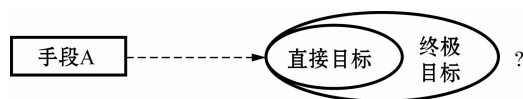


图1 适当性审查标准在本案中的展开

这个判断,既是一个预测式判断,也是一个经验性判断。前者是指,所有对执法目标能否实现的判断,都滞后于行政手段实施当时。司法阶段的适当性审查免不了是对行为做出之时的预测决定,做事后的“替代性”判断。这样,司法对“手段是否有助于目标实现”这一预测决定的容忍程度也就因区分“行政决定时”和“司法判断时”的时点选择不同而不同;<sup>[21]</sup>其二,从经验性角度看,适当

[19] 实际上,从案件事实<sup>⑥</sup>可知,交警在气焊切割车门时采取了安全防范措施作为手段A的衍生部分,可表示为手段A(+a);并且,从案件事实<sup>⑦</sup>可知,轿车失火时灭火器材有付诸实施,这样,完整的付诸实施的手段实际上可表示为手段A(+a+α)。不过,在适当性审查阶段,主要涉及手段A与执法目标的匹配性问题。有关手段A(+a+α)的综合性考虑,会在下文提及。

[20] 从某种意义上说,“打开车门”也可以视为实现抢救伤者的手段。不过这一点,无论是在原告的诉请理由,还是法院的论证过程中都未有展开。这里也略去不议。

[21] 相关分析,请见蒋红珍:《论适当性原则:引入立法事实类型化审查强度理论》,载《中国法学》2010年第3期。

性审查的判断结论来源于经验事实,而非价值偏好的选择。不过,即使是事实性判断,也有不同的论证强度要求。比如,它可以径行仰仗由日常经验所积累的“单纯共感”,也可以要求所谓更为坚实的“立法性事实”——比如:实证性资料、精确的统计数据、科学结论等等。<sup>[22]</sup>

最高院评析部分几乎是用一句话来证成适当性审查要求,即“气焊割门方式无疑有助于抢救伤者这一目的的达成”。<sup>[23]</sup>从字面看,它很绝对化地将“手段A能否有助于实现终极目标Y”成功涵摄到适当性原则的大前提之下。不过这一判断背后需要解决两个疑问:首先,从案件事实③、案件事实④和案件事实⑤可见,司机韩勇最终确实是因交警采用气焊切割车门的方式从轿车中被救出送往医院,不过到医院后发现其已经死亡。这样,从结果看,手段A在实然层面实现了直接目标X,却没能实现终极目标Y。如果立足于“司法判断时”的时间节点,那么适当性审查的结论将是“手段A无法实现终极目标Y”。由此可见,法院在本案中采取的是“行政决定时”的判断时点,而其依据是根据案件事实①所确认的实施救援时韩勇生死不知的前提。<sup>[24]</sup>

其次,即使采用的是“行政决定时”的判断时点,在经验性论证角度,法院采用的是比较单纯的经验感知,它不仅没有寻求其他更具说服力的论证基础;相反,完全忽略本案“韩勇死亡”这一确定结果作为对经验性论证可能发生的“阻却效果”,可以说,是对本案的适当性审查采取了较为容忍的司法态度。换言之,按照强弱两极的审查强度选择而言,本案更为倾向于较弱的司法审查强度。这一点,也就与案例评析部分“运用裁判要旨规则需要注意的问题”提到的“如果裁量行为是在紧急情况下做出……司法审查的标准也应当适当放宽”的司法主张相匹配。

## (二) 必要性审查

必要性原则要求在相同有效实现行政目标的前提下,选择对相对人损害最小的方式。其审查可进一步细化为三个层次:第一,手段的可选择性,即存在多个能够实现法律目的的行为方式;第二,权利的最小侵害性,即在能够实现法律目的的诸方式中,选择对公民权利侵害最轻的一种;第三,相同有效性,即最小侵害手段的选择也必须也对实现执法目标具有相同效果。<sup>[25]</sup>本案中的论证是这样展开的:

1. 可选择的手段范围。在本案中区分为三个层次。首先,从事实要件②可知,交警在先后采取撬杠等各种方法均不能打开驾驶室车门的情况下,最后选择用气焊切割的方法。这样,可能打

[22] 行政法上立法性事实的讨论,请参见 K. Davis, “An Approach to Problem of Evidence in the Administrative Process”, 55 Harvard Law Review (1942), 364; [美]威廉·F. 芬克、理查德·H. 西蒙:《行政法:案例与解析》,中信出版社2003年版,第280页;宪法上的立法性事实,请参见凌维慈:《宪法诉讼中的立法事实审查——以美国法为例》,载《浙江社会科学》2006年第6期。

[23] 最高院评析部分“确立裁判要旨的理由”,第97页。

[24] 一般认为,采取“行政决定时”的“事前时点”(ex ante),较之于“司法判断时”的“事后时点”(ex post),体现出更为宽松的司法审查密度;也有学者将其区分为“行为审查”(Verhaltenskontrolle)与“结果审查”(Ergebniskontrolle)。不过也有学者认为,真正意义的预测审查始终只能以预测当时作为判断时点。如果采取事后的观察,就已经不是对过去预测的审查,而是依据事后结果所作的诊断。Vgl. Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 223. 转引自盛子龙:《比例原则作为规范违宪审查之标准》,台湾大学法律学研究所硕士论文,1989年6月,第40页。

[25] 虽然最高院在评析部分就必要性原则的介绍中明确提到其“包含两层意思”,即手段的可选择性和最小侵害性;不过在具体的个案论证中,也涉及对“相同有效性”的表述。有关必要性原则核心要素的分析,请参见郑春燕:《必要性原则内涵之重构》,载《政法论坛》2004年第6期;蒋红珍:《论必要性原则适用的困境及其出路》,载《现代法学》2006年第6期;陈越峰:《突发事件应对中的最大保护原则——以公开劫持人质事件处置为例》,载《行政法学研究》2012年第1期。

开车门的方式,至少包括撬杠(以下简称**手段 B**)以及凭借经验性判断就可得出的交警必然已经采取过的直接打开车门(以下简称**手段 C**)。这就涉及在**手段 A**、**手段 B**和**手段 C**之间的第一重选择。

第二,即使是选择气焊切割的方法,还存在这种手段实施的多种可能方式。换句话说,交警可以采用单纯的气焊切割,即**手段 A**;也可以在选择气焊切割方法的同时,采取辅助性措施。从**事实要件⑥**可知,交警在气焊切割车门时采取了安全防范措施作为**手段 A**的辅助手段,即**手段 A+a**。这样也就涉及在**手段 A**和**手段 A+a**之间的选择。

第三,即使采取**手段 A+a**,即交警在本案中选择气焊切割的方式来实现目的,并且在气焊切割车门之前已经尽可能地采取相应的防范措施,但是在气焊切割引发轿车爆炸之后,依然存在救助手段的选择。从**事实要件⑦**可知,轿车失火时交警确实采用了事先准备的消防器材进行抢救工作,这样,完整的付诸实施的手段可表示为**手段 A+a+α**。这里就存在着在**手段 A+a**和**手段 A(+a+α)**之间的选择问题。

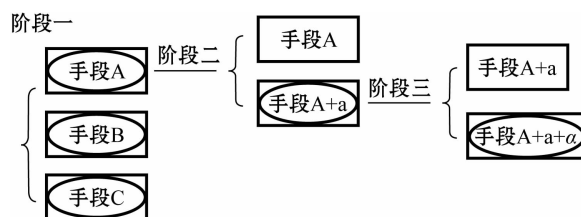


图2 必要性审查:可供选择的手段范围

2. **选择手段的最小侵害性**。在上述三个层次中,针对阶段一的选择,从损害后果来看,**手段 C**尚未达到强行破损车门的后果,**手段 B**则可能强行(物理性)破损车门,**手段 A**则带有完全损毁轿车的风险。因此**手段 A**的损害后果大于**手段 B**,而**手段 B**则大于**手段 C**。这样以最小侵害为联结点所确立起来的优先秩序依次是:**手段 C**>**手段 B**>**手段 A**。针对阶段二,事先配备消防器材对权益损害的程度,应当小于毫无防范措施的手段选择。因此,从优先秩序角度的选择顺序应该是:**手段 A+a**>**手段 A**。针对阶段三,实际上采取消防器材进行抢救对权益损害的程度,应当小于不实际采用,因此,其选择顺序应该是:**手段 A+a+α**>**手段 A+a**。

这样,如果结合可选择的手段范围和最小侵害性要素考虑,在涉案的诸多可能手段中的优先顺序应该是**手段 C**>**手段 B**>**手段 A+a+α**>**手段 A+a**>**手段 A**。

3. **目标实现的相同有效性**。在加入这一考量因素之前,本案中交警选择的**手段 A+a+α**并不满足最小侵害的标准。从**事实要件②**可知,交警在先后采取撬杠等各种方法均不能打开驾驶室车门的情况下,最后选择用气焊切割的方法。从中可知,**手段 A**、**手段 B**和**手段 C**之间的第一重选择,就产生了权益侵害和目标实现的“异向维度”。<sup>[26]</sup>换句话说,对于权益侵害最小的**手段 C**可能

[26] 权益侵害和目标实现的“异向维度”或称“反向维度”(reverse dimension)经常发生在政府治理领域:从目标实现的有效性角度看,越是严格的市场准入和监管机制,越有利于治理目标的实现;而从手段可能产生的权益侵害程度看,越是严格的市场准入和监管机制,就意味着对传统自由权的越深程度的限制。这也造成最小侵害原则在司法适用时的困境。Guy Miller Struve, “The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process”, 80 Harvard Law Review (1967), 1463.



恰恰是最难以实现执法目标的;而对权益侵害最大的**手段 A**才是最可能实现执法的手段。这样,在加入了目标实现的相同有效性这一联结点后,第一阶段的手段选择顺序调整为:**手段 A**>**手段 B**>**手段 C**。一审法院指出:

“在其他方法都无法打开已经严重变形的车门时,采取破损车门的措施保护人民生命安全并不违法。虽然气焊割门的措施后来导致轿车的损毁,但由于当时情况紧急,无法采取其他更安全有效的措施抢救韩勇,因此,交通警察在施救过程中虽然造成轿车损害,但该行为不具有违法性。”

如果说一审法院尚未明确指出必要性原则的适用,那么最高院的评析则清晰地指出:

“其次,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。”

既然**手段 A**符合必要性原则第一阶段的手段选择要求,那么,再结合第二和第三阶段由最小侵害性的联结点所形成的**手段 A+a+α**>**手段 A+a**>**手段 A**的选择秩序,本案中,交警最终付诸实施的手段**A+a+α**,就有效地涵摄到必要性原则的规范要求之中。

### (三) 均衡性审查

均衡性原则要求行政手段实施所产生的效果,要超越其产生的不利影响,才能证成一项行政措施的正当性。它集中体现比例原则在手段与目标之间的衡量,因此也被誉为是比例原则的灵魂。从规则构成的角度看,均衡性审查的要求可表述为:行政手段实施所达成的有利后果必须超越其产生的不利后果。这一规范适用在个案中,转换为三个部分:一是手段实施的目标或效果;二是手段实施产生的不利影响;三是这两者之间的衡量。

陈宁案中,交警采取气焊切割手段的目标,是藉由打开车门(**直接目标 X**)来实现抢救伤者(**终极目标 Y**)。从不利后果看,气焊切割车门一定会导致车门的物理性损害(以下简称**行为后果 I**),这是在决定气焊切割车门时便可预见的必然后果;由**案件事实**<sup>⑧</sup>可知,交警采用气焊切割的手段,还进一步造成汽车因爆炸而损毁的后果(以下简称**行为后果 II**)。由于**行为后果 I**与**行为后果 II**在事实状态上存在被覆盖的关系,法院有时候区分这两种行为后果,<sup>[27]</sup>有时直接用**行为后果 II**来覆盖**行为后果 I**。但不管怎样,本案中均衡性原则的审查聚焦于通过**直接目标 X**所希望达成的**终极目标 Y**,和**行为后果 II(+I)**之间的衡量关系上。

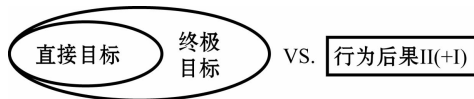


图3 均衡性审查标准在本案中的展开

[27] 比如二审法院写道:“气焊切割车门的方法虽然会导致车门破损,甚至造成轿车的全部毁损,但及时抢救韩勇的生命比破损车门或者造成轿车毁损更为重要。”

迄今为止,广义的法学方法提供给利益衡量的路径有多种。<sup>[28]</sup>从本案的一、二审判决和最高院评析部分的内容看,它采用了较为传统的法学方法:是一种以自然法或法哲学为预设、结合实证规范的支撑,所得出的不同权利类型之间的位阶。<sup>[29]</sup>在手段的成本问题上,直接将其转换到“权利”的公约数,然后对比其与行政手段所欲保护的利益之间进行位阶比对。背后的论证思路,类似于阿力克西教授将权利(rights)界定为原则引入比例原则的分析框架,从而将其视为由原则(principles)、目的(ends)和手段(means)构成的三方作用的论证过程。<sup>[30]</sup>这样,终极目标Y就被转化为生命权,而行为后果II(+I)则转化为财产权。终极目标Y与行为后果II之间的衡量,就被转化为在生命权与财产权之间的衡量。而基于权利的位阶原理,生命权优于财产权,这样就得出均衡性审查在本案适用后的结论。

这样的论证思路贯彻在陈宁案的判例之中。二审法院写道:“气焊切割车门的方法虽然会导致车门破损,甚至造成轿车的全部毁损,但及时抢救韩勇的生命比破损车门或者造成轿车毁损更为重要。”最高院评析则更为一针见血:

“救助行为如果顺利实现,则执法代价是轿车可能会被烧毁,但韩勇的生命存在挽回的可能,虽然其是否能够生还尚不肯定。两者相比,生命健康权优越于财产权,可能拯救生命的选择应当优于放弃生命的选择,这是毋庸置疑的。因此,交通警察采取扩大财产损失和救助风险的方式来实施抢救生命的行为,应当认为符合均衡性原则。”

需要注意的是,与适当性审查在考虑韩勇最终死亡一样,从本案最终结果来看,虽然抢救伤者的执法目标并未实现,却付出了较大的财产损失代价,但比例原则并非从结果上判断,而应以行为之前的情形作为衡量对象。况且,法律之要求交通警察采取施救措施,并未要求在任何情况下都要保证伤者得到成功的抢救。

#### 四、从个案事实到构成要件: 针对交通事故救援的规范意义

前文主要是将比例原则下的三个分支原则,分别作为法规则构筑的大前提,来涵摄陈宁案中的案件事实,得出是否满足规范后果(即法律效果)的相应结论。从更宽泛的规范层面看,“陈宁案”的个案结论如何辐射到未来同类或近似案件中,则需要我们将个案事实藉由个案论证思路进行甄别,并将之上升为“规范事实”或“法律事实”,从而实现“法规则”创设的目的。

简化起见,下文将陈宁案的案件事实区分为三类:第一类为“前提性事实”,由案件事实①为支撑,即案发当时,韩勇驾驶的轿车已被撞变形,韩勇被夹在驾驶座位中生死不明,需要紧急抢救;第

[28] 相关论述,请参见蒋红珍:《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315页以下。

[29] 学界就是否存在普适性的“权利位阶表”,依然存在争议。不过也有学者认为存在“权利位阶的元规则”,比如精神自由高于经济自由,生命和健康权居于核心的权利位阶,等等。德国阿力克西教授主张采取宪法权利之间进行“法律上可能性”均衡的最佳化要求;美国学者也主张“定义式衡量”(definitional balancing),以区别于“个案式衡量”(ad hoc balancing)。相关介绍,请参见林来梵、张卓明:《论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析》,载《浙江大学学报·人文社科版》2003年第6期;Robert Alexy, supra note [13], p. 67; Alexander T. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, 96 Yale Law Journal (1987), 943.

[30] Robert Alexy, supra note [13], p. 68.

二类是“手段性事实”，主要由**案件事实②**、**案件事实③**、**案件事实⑥**和**案件事实⑦**为支撑；第三类是“结果性事实”，主要由**案件事实④**、**案件事实⑤**、**案件事实⑧**作为支撑。以下将以这三类事实为基础，从个案判决中甄别其对于形成个案论证结果所发挥的作用。

(一) 前提性事实：必要要件

**案件事实①**表明交警在交通事故救援时，发现“韩勇驾驶的轿车已被撞变形，韩勇被夹在驾驶座位中生死不明，需要紧急抢救”，这既是本案比例原则涵摄个案事实成功的必要要件，也是未来同类案件的基本前提和假设要件。<sup>[31]</sup> 交通事故中较为明确的人员伤亡情况分为两种：一是确定死亡，那么交警处理交通事故的目标，则从救治伤员转化为保护财产和确保交通秩序畅通。<sup>[32]</sup> 此时，保护财产变成了行政执法的目标而非手段，本案中**手段 A(+a+α)**就不可能具备正当性基础；其二，如果车载人员在事故现场确定为生命状态良好，那么，抢救的急迫性就有所缓解，能够相同或相似实现救援目标的手段则更为多元。这样，类似本案中**手段 A(+a+α)**这种必然产生财产损害和救助风险的方式，可能无法有效满足必要性审查的要求。同时，由于生命权保护的急迫性无从体现，执法目标在“收益”部分可能无法直接回溯到生命权的权利位阶之上，而“成本”部分则可能变为“部分确定性财产损害”、“部分可能性财产毁损”和“可能的生命权损害风险”。这样，执法手段的成本可能超于预期，从而无法满足均衡性原则的审查要求，导致最终整个比例原则司法判断的改变。

同时，**案件事实①**也奠定了比例原则适用的审查强度。正是因为案发当时，韩勇驾驶的轿车被撞变形，韩勇被夹在驾驶座位中生死不明，需要紧急抢救，这才奠定本案即使是采用比例原则作为审查标准前提之下所采取的宽松审查强度。这一审查强度的定位，才使得适当性审查时对预测性判断采取了“行政决定时”时点和经验率论证时的“单纯经验性结论”，形成对整个个案判决“司法介入行政之边界”的基本立场。

(二) 手段性事实：“必要要件”和“充分但不必要要件”的甄别

“手段性事实”，主要由**案件事实②**，即交警先后采取撬杠等各种方法均不能打开驾驶室车门；**案件事实③**，即最后采取气焊切割的方法；**案件事实⑥**，即气焊切割车门时采取了安全防范措施，即准备了灭火器；和**案件事实⑦**，即事先准备的消防器材无法将火扑灭这四个案件事实为支撑。前文已经提到，本案中的手段存在着**手段 A**、**手段 B**、**手段 C**，以及**手段 A**、**手段 A+a**和**手段 A+a+α**之间的选择。

对于**案件事实②**，即交警先后采取撬杠等各种方法均不能打开驾驶室车门，是本案中必要性原则论证的关键。换言之，如果交警一开始采取的手段就是气焊切割，而没有尝试损害更小的方式，例如非破损性的自然开门，或者利用撬杠等单纯的物理性破损，那么，最小侵害、最温和方式，或者不可替代性原则就不能满足。<sup>[33]</sup> 一、二审以及最高法院纷纷强调，本案中认为交通警察施救行为符合比例原则的一个重要考虑因素，是在其他方法都无法打开车门的情况下，才采取气焊切割的方法。最高院在评析部分指出，“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”。

[31] 比如，有观点认为法律规则在逻辑意义上是由假定条件、行为模式(可为模式、应为模式和勿为模式)和法律后果(合法后果和违法后果)三要素组成。从这个意义上说，**案件事实①**实际上构成假定条件。

[32] 现行《道路交通安全法》和《道路交通安全法实施细则》都明确承认这一点。

[33] 参见最高院评析部分，“确立裁判要旨的理由”，第96页。

就此可见,本案中的手段和效果实际上形成的是“异向维度”,即侵害性更小的手段对于目标实现的程度也更小,这不仅佐证了必要性审查是介乎事实判断与价值判断之间的学理认识,<sup>[34]</sup>也用非常鲜明的个案来验证所谓的“裁量压缩”——虽然法律赋予行政主体以手段选择权,但基于法定目标在个案中涵摄的结果,使得裁量被压缩(至零)。<sup>[35]</sup>从必要性审查的角度看,它还涉及究竟是“最小侵害”(least restrictive)或是“较小侵害”(less restrictive),以及“相同有效”(same effective)以及“相似有效”(similar effective)的审查密度区分。<sup>[36]</sup>不过,即使法院在必要性审查过程中采用了这种“裁量压缩”的思路,也必须是在考虑了其他更小侵害手段的前提之上。从这个意义上说,本案中**案件事实②**,即交警先后采取撬杠等各种方法均不能打开驾驶室车门,成为证成**案件事实③**,即最后采取气焊切割的方法,以及所有后续行为损害后果不违反比例原则的必要要件。

此外,本案还涉及**手段 A**、**手段 A+a**和**手段 A+a+α**之间的选择,以及相关个案事实在构成要件上的规范意义。这包含**案件事实⑥**,即气焊切割车门时采取了安全防范措施,即准备了灭火器;和**案件事实⑦**,即事先准备的消防器材无法将火扑灭这两个案件事实的判断。正如前文所述,**手段 A+a**和**手段 A+a+α**都是关联于**手段 A**的辅助措施。因此,它们必须是在**手段 A**自身符合比例原则的结论之上被证成。论证**案件事实⑥**和**案件事实⑦**是否为形成规范意义上的构成要件,需要再次回到个案文本。对于**案件事实⑦**,一、二审法院和最高院意见里都有提及;对于**案件事实⑥**,一审法院和最高院意见里都没有提及,只有在二审法院意见中提到:

“……交通警察在紧急情况下采取气焊割门的方法强行打开车门救出韩勇的行为,具有充分的合理性。而且在气焊割门之前,交通警察已经可能地采取了相应的防范措施。”

虽然二审法院提到**案件事实⑥**,但从行文中可以发现,这一案件事实是在**手段 A**被认为“具有充分合理性”的前提下所作的附加论证。转换到逻辑思路中,如果交通警察在采取**手段 A**的同时,更为细致地预见到可能的危害风险,从而采取了**手段 A+a**;而当预见风险实际发生时,采取了**手段 A+a+α**,它们只能从正面角度论证交通警察施救行为“符合比例原则”的程度;而不能归为“违反比例原则”的构成要件。换句话说,**案件事实⑥**和**案件事实⑦**,能够帮助证成“符合比例原则”;而缺乏**案件事实⑥**和**案件事实⑦**,却不一定能够证成“违反比例原则”。这样,论证“符合比例原则”还是“违反比例原则”,实际上呈现出不同的司法审查要件需求。陈宁案中,**案件事实⑥**和**案件**

[34] 德国法上有关于比例原则三个分支原则在事实和价值层面区分的讨论,比如拉伦茨认为必要性原则属于“法条式原则”,而均衡性原则属于“开放式原则”;格拉贝茨认为适当性原则和必要性原则属于“决定性规范”,而均衡性原则属于“操作性规范”;赫希贝格认为适当性原则和必要性原则属于“经验性层面”(empirische Seite),而均衡性原则属于“价值性层面”(vertmäßige Seite);阿力克西认为适当性原则和必要性原则属于“相对的事实可能性”,而均衡性原则属于“相对的法律可能性”。相关论述请参见 Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1981, S. 45-47.; Robert Alexy, *supra* note [13], p. 67.

[35] 有关裁量压缩,或称裁量收缩,请参见王贵松:《行政裁量收缩论的形成与展开——以危险防止型行政为中心》,载《法学家》2008年第4期;王贵松:《行政裁量权收缩之要件——以危险防止型行政为中心》,载《法学评论》2009年第3期。

[36] Chad Davidson, “Government Must Demonstrate that There Is Not A Less Restrictive Alternative before A Content-Based Restriction of Protected Speech Can Survive Strict Scrutiny”, 70 *Mississippi Law Journal* (2000), 457; Jiang Hongzhen, *Making Proportionality Analysis Act Proportionate: Minimal and Maximal Scrutiny Baselines for Its Judicial Intensity*, conference paper for The Second Comparative Administrative Law in Asia Workshop, Taipei, July 2013.

事实⑦作为“充分但不必要要件”，能够证成最终手段  $A + a + \alpha$  “符合比例原则”；但反之，在欠缺案件事实⑥和案件事实⑦的前提下，则并不必然得出“违反比例原则”的结论。<sup>[37]</sup>

(三) 结果性事实：在损害后果和目标实现之间

本案中，手段 A 实施的后果，针对财产角度看包含两个层次：一为车门破损（损害后果 I）。这是在“行政决定时”判断时点下仅凭经验所判断的必然后果，是对车辆即财产造成最低限度的物质性损害；第二，车门破损+车辆毁损（损害后果 I + II）。这是在“行政决定时”判断时点下凭经验率获知的可能后果，即因采取气焊切割方式导致车辆爆炸。事实上，这也是本案发生的实际后果。在这两种情况下，结合手段的目标实现状况，就出现 5 种可能的案件结果类型（见表 1，损害后果和目标实现之间：本案 5 种可能的行为结果）。

在损害后果 I（即车门破损但未爆炸损毁）的前提下，人身权意义上的行为后果包含两种可能性：（1）韩勇救出并成功得救；（2）韩勇救出但死亡。在损害后果 I + II（即车门破损+车辆毁损）的情况下，人身意义上的行为后果包含三种可能性：（3）韩勇救出并成功得救；（4）韩勇救出但死亡；（5）韩勇未救出，并因车辆爆炸而死亡。

表 1 损害后果和目标实现之间：5 种可能的结果类型

结果类型	损害后果(财产权)		具体状态	目标实现(人身权)			司法结论
	车门破损	爆炸毁损		直接目标 X	终极目标 Y		
					救出	存活	
1	+	-	车门破损,韩勇救出,并存活	√	√	√	
2	+	-	车门破损,韩勇救出,但死亡	√	√	×	
3	+	+	爆炸损毁,韩勇救出,并存活	√	√	√	
4	+	+	爆炸损毁,韩勇救出,但死亡	√	√	×	通过
5	+	+	爆炸毁损,韩勇未救出,并死亡	×	×	×	

本案中，真实的个案结果为上图中的结果类型 4，即车辆爆炸损毁，韩勇救出，但死亡。手段产生的损害后果（即成本）是车门破损加上车辆爆炸毁损（损害后果 I + II），手段的目标实现状态（即收益）是车门打开，韩勇从车中救出但最终死亡（+ 直接目标 X - 终极目标 Y）。从“陈宁案”的判决结论得出，本案收益大于成本，符合比例原则。以此作为类推基准，来分析其他四种结果类型，则可以得出：结果类型 1 损害更小，收益更大；结果类型 2 损害更小，收益一致；结果类型 3 损害一致，收益更大，因此，上述三种结构类型均能得出符合比例原则的结论。<sup>[38]</sup>

唯一可能形成疑问的是结果类型 5，即如果交警在救援过程中采用气焊切割的方法来打开车门，但发生爆炸，结果不仅导致车辆损毁，且直接造成韩勇因车辆爆炸而死亡，那么在这个情况下，是否会改变本案的判决结论？从作为 19 号判例的陈宁案判决看，最高法院实际上已经隐含着对于这种更为严重的行为结果的一些考虑。比如，在涉及必要性原则的部分，最高院写道：“交通警

[37] 个案中，交通警察在采取类似气焊切割等风险较大方式时，是否必须准备充分的防范措施（比如准备消防器材），以及在发生风险时是否必须及时采取相关防范措施（比如采用灭火器灭火），需要视个案情形而定。不过，这种手段是否符合比例原则尤其是必要性审查标准，则可由举证责任的配置来实现。

[38] 这三种结果类型，相当于在结果类型 4 所确立起的“收益（车门打开 + 韩勇救出 - 但死亡） > 成本（车门破损 + 爆炸毁损）”的不等式结构中，要么增加或不变前项收益，要么减少或不变后项成本，因此不会改变不等式的结构本身。

察并非一开始就采取气焊割门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可能会对被救人员生命和财产造成更大损失的方式。”由此可见,即使本案争议仅仅围绕的是**手段 A**造成额外的财产损失,即车辆爆炸导致的经济损失展开,但是法院明确提到**手段 A**属于“可能对被救人员生命和财产造成更大损失的手段”。换句话说,虽然因**手段 A**造成更大的人身伤害的情形并未在本案发生,但是应该预见它造成更大人身伤害的可能性。而即便是**手段 A**造成更大的人身伤害,法院也明确表达了容忍**手段 A**在必要性审查上的肯定倾向。

紧接着在均衡性原则部分,最高院写道:“因此,交通警察采取扩大财产损失和救助风险的方式来实施抢救生命的行为,应当认为符合均衡性原则。”如果在必要性审查时强调的还是**手段 A**带来被救人员生命损害后果的“可能性”,那么在这里,法院则明确将**手段 A**定性于“扩大财产损失和救助风险的方式”。这样看来,即使是作为极端形态的结果类型 5,即交警在救援过程采用气焊切割的方法来打开车门,但发生爆炸,结果不仅导致车辆损毁,且直接造成韩勇因车辆爆炸而死亡,也不会改变本案的结论。最高院还特别强调:

“值得强调的是,从本案最终结果来看,虽然抢救伤者的执法目的并未实现,却付出了较大的财产损失代价,但这一情形的出现不应影响上述推论。比例原则并非从结果上判断,而应以行为之前的情形作为衡量对象。况且,法律只要求交通警察采取施救措施,并未要求在任何情况下都要保证伤者得到成功的抢救。”

由此可以得出,本案中韩勇究竟是否死亡,以及死亡结果是否与**手段 A**直接相关,都不会构成对本案结论的改变。<sup>[39]</sup>这样,无论是损害后果(无论是损害后果 I,还是损害后果 I + II)的具体状态,还是目标实现(无论是直接目标 X,还是终极目标 Y)的具体程度,围绕这些证明的案件事实,都与本案的论证结论无关。由此,本案中所有的结果性事实,包括案件事实④、案件事实⑤、案件事实⑧,都是“不相关要件。”

## 五、结论:从“归入法”到“析出法”的尝试

一般而言,法学方法论上将法律适用的典型逻辑模式用“确定法效果的三段论法”来概括:只要构成要件在某具体案件事实中被实现,那么对该具体案件事实应赋予法效果。<sup>[40]</sup>也有学者将这种方法形象地称之为“归入法”,<sup>[41]</sup>聚焦于司法判决中个案结论的得出。在“陈宁案”判决中,如果将比例原则的三个分支视为规则并形成大前提,那么个案事实能否“涵摄”或“归入”到这个大前提的过程,就成为陈宁案中交警对韩勇施救行为是否符合比例原则这一法效果之结论的核心论证构成。

[39] 极其微妙而值得品味的一个现象是,“陈宁案”最早公布在《最高人民法院公报》时的文本,除了在“原告诉称部分”提到“韩勇死亡”,所有法院认定的事实和一、二审判决书中,都没有提到“韩勇死亡”;但在作为“第 19 号案例”的陈宁案判决中,“案情部分”开篇就指明“韩勇死亡”的结果,并且在“审判”和“评析”部分多次明确指出“韩勇死亡”的结果对于个案论证和最终判决的影响。这也从某个侧面佐证“韩勇死亡”的结果对于本案交通施救行为符合比例原则这一论证结论的“不相关性”。

[40] 参见前注〔7〕,卡尔·拉伦茨书,第 149~150 页。

[41] 参见李伟华等:《法律确定性指引下的法律适用方法——德国归入法简介》,载《法律适用》2007 年第 10 期;结合中国案例的分析,参见李伟华:《行政案件法律适用方法》,法律出版社 2011 年版,第 95~97 页。

不过,从作为最高院行政庭公布“第19号案例”的角度解读陈宁案,上述单纯的“确定法效果的三段论法”或“归入法”尚不能满足其对未来同类案件发挥充分的“指导案例”或“判例”的功效。这也是为什么对于“陈宁案”的解读并不能仅仅局限于最终个案生效判决即二审判决文本,而需要立足于反映最高院行政庭司法态度的“第19号案例”文本基础之上。相较于前者,后者具备获取“在针对个案而为的具体化中获得新的法律规则,适用在相同或‘类似’的案件”更高的效力。<sup>[42]</sup>

当然,所谓“在个案而为的具体化中获得新的法律规则”,或者说“面向未来同类案件的判例效果”,本身可以分为不同的层次。陈宁案判决也如此。比如陈宁案的裁判要旨“人民法院不仅应当对行政行为的合法性进行审查,而且应当用比例原则等规则对行政裁量的适当性予以审查”、评析部分关于“比例原则自身的规范内涵和审查密度”,都可能发挥在“相同或‘类似’案件中适用”的规范效力,<sup>[43]</sup>这本身取决于对“相同或‘类似’案件”自身的解读。<sup>[44]</sup>不过,值得重视的是,作为“第19号案例”,陈宁案判决试图确立起“交通警察施救行为过程中比例原则之应用”。<sup>[45]</sup>从这个意义上说,唯有紧扣陈宁案的个案事实所形成的“规范事实”及维系于此之上的法效果,才是陈宁案面向未来最狭义的“同类案件”发挥规范效力的“最短射程”。为示形象与对比,姑且将这种脱胎于个案事实基础之上,借助同一判决文本和论证思路,抽取和提炼符合司法结论的“规范事实”,并结合法律后果所形成新的规范的法律学方法,命名为“析出法”。

从这个意义上说,通过对本案“个案事实”与“法效果”之间目光的往返流转,藉由对确定法效果的规范事实的“甄别”和“析出”,我们可以归纳陈宁案可能对未来同类案件发挥“最短射程”的规范:“交通警察在紧急状态下开展对伤员的施救行为,如果已经实施相关侵害更小的手段,但最终为抢救伤者而采取风险更大的方式,即使该手段造成财产损失甚至人身伤亡,也并不影响该手段的恰当性。除非法律另有规定,或者有其他证据证明交通警察尚有辅助救济措施而不为者除外。”

(责任编辑:林彦)

---

[42] 目前学界多讨论的是最高人民法院自《关于案例指导工作的规定》公布后所发布的“指导案例”(至今共发布5批)和《最高人民法院公报》所刊登的“公报案例”(也有学者称之为“典型案例”)的效力问题,而对于由最高人民法院行政审判庭编的《中国行政审判案例》(至今已出版1-4卷)的效力,相对讨论较少。不过,从《中国行政审判案例》编委会的“编辑说明”和最高院对其所属业务部门和研究单位面向社会刊发案例的态度看,它们应当构成我国案例指导体系的重要部分。

[43] 对于具体规范而言,裁判要旨所确立的更倾向于一种“命令性语句”;比例原则的规范内涵则更倾向于一种“规定性语句”。相关区分请参见前注[7],卡尔·拉伦茨书,第134~137页。

[44] 比如对于裁判要旨“人民法院不仅应当对行政行为的合法性进行审查,而且应当用比例原则等规则对行政裁量的适当性予以审查”而言,对于同类案件,可能就是审查“行政裁量的适当性”的案件。

[45] 参见“第19号案例”的完整标题:“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”。