

## 浅论行政比例原则

刘岩

(鞍山师范学院,辽宁鞍山,114005)

**摘要:**比例原则被誉为行政法的“皇冠原则”,是行政权运行的一条重要原理。文章分析了行政比例原则的渊源、内涵以及该原则在国外行政法中的适用。在此基础上,与合理性原则作比较,论述中国行政法引入比例原则的必要性和可行性。

**关键词:**行政法;比例原则;比较;引进

### 1 行政比例原则的渊源及内涵

现代行政法面临的一个核心问题是如何将国家权力(在行政法上为行政权)的行使保持在适度、必要的限度之内,特别是在法律不得不给执法者留有相当的自由空间之时,如何才能保证裁量是适度的,才不会为目的而不择手段,不会采取总成本高于总利益的行为。在大陆法中,这项任务是通过对手段与目的之间关系的衡量,甚至是对两者各自所代表的、相互冲突的利益之间的权衡来实现的,也就是借助比例原则进行有效的控制。据考证,这种权力必须合比例的思想,最早可以上溯至1215年英国的“自由大宪章”中关于犯罪与处罚应具有衡平性的规定,即人民不得因为轻罪而受到重罚。其后,在国家的契约理论,特别是宪政国家以及宪法基本权利保障等理念的支持之下,逐渐提炼出具有客观规范性质的行政法上的比例原则,并进而扩展到宪法层面,成为具有宪法阶位的规范性要求。之所以会这样,是因为宪法赋予公民基本权利,其本身就已蕴涵着对抗国家权力对于自由领域的不当侵害与限制的意味,也就是预设了国家权力行使的例外和权力有限的内在思想,当国家行使公权力而与基本权利发生冲突时,就必须凭借某种审查标准来判断上述公权力的行使是否为宪法所允许,国家权力对公民权利侵害是否适度、合比例,在其间便要有比例原则来发挥决定性作用,作为保护基本权利而“加诸国家之上的分寸要求”。<sup>[1]</sup>因此,比例原则不仅具有规范执

法的重要意义,更是司法上据以审判的重要工具,其在行政法上的重要性也就不言而喻了。尤其在警察法上更为显然,因为警察法上几乎所有的手段与措施都是以侵害相对人的权益为代价的,也正因为此,在历史上,比例原则最初就孕育萌芽于警察法之中,是警察法上最重要的原则之一。但近年来,比例原则有不断泛化的趋向,适用的领域也由侵害行政扩展到授益行政。

在比例原则发展的历史上,德国对比例原则的法释义学上的贡献最大,使该原则不再是抽象的法律原则,而是具有了规范性质,并可能进入司法层面进行操作。德国行政法学鼻祖奥托·麦耶在其著名的《德国行政法》一书中,对比例原则进行了深刻的阐释。奥托·麦耶自己也曾将比例原则誉为行政法的“皇冠原则”。对该原则的最著名的、也是最通常的阐述为“三阶理论”,也称三项“构成原则”,即适当性原则,必要性原则和狭义的比例原则。<sup>[2]</sup>具体来讲,比例原则具有以下三层含义:

第一,适当性原则(也称妥当性原则、目的实现原则、特殊性原则等),是指行政机关所选择的行为方式和措施必须属于正确的手段,并且能够实现法律规定的目的或至少有助于目的的实现,而不是与法律目的相背离。

第二,必要性原则(也称最少侵害原则、不可替代性原则、最温和之手段原则等),是指在达成法定行政目的的过程中,如果有许多措施可以实现该目的,则必须选择那些最有必要的,而所谓“最有必要的”就是选择对公众不会造成损害或损害最少的措施,换言之,就是已经没有任何其他的能给人民造成更小侵害的措施来取代该项措施了。

第三,狭义的比例原则(也称相称性原则、比例

收稿日期:2007-01-16

作者简介:刘岩(1976-),江苏沛县人,讲师,山东大学法学院硕士在读,主要从事法理学方面的研究。

E-mail:liuyan100000@163.com

性原则、合宜性原则、法益衡量原则、合比例原则等),是指必需的行为方式和措施对个人所造成的损害与社会获得的利益之间应成比例、保持均衡。

## 2 外国行政法上比例原则的适用

自从19世纪德国提出了比例原则以来,比例原则作为行政法的一项重要原则,在行政法治较为发达的国家和地区已得到越来越广泛的适用,但同时也存在较大差异。

### 2.1 德国行政法中的比例原则

德国虽然在其某些具体法律中较好地体现了比例原则,但是,在1976年制定的《联邦行政程序法》及其以后的历次修订中都没有明确规定比例原则是行政程序法的基本原则,只是在个别条款中体现了比例原则的某些精神。在立法制度上,比例原则正式被国家立法所承认源于1931年6月1日公布的《普鲁士警察行政法》。该《普鲁士警察行政法》随后就成为德国各邦相同法律的“母法”,广被采纳。这是比例原则中的“必要性原则”在成文法中的首度出现。1949年《德国基本法》公布后,次年的黑森邦《直接强制法》(第四条)即规定:“行政直接强制只应选择对当事人及公众损害最小的方式为之,并且不得与所达成之结果明显地不成比例”。1953年的《联邦行政执行法》第8条第2项中规定:“强制方法必须与其目的保持适当比例。决定强制方法时应尽可能考虑当事人和公众受最少侵害。”这些都揭示了比例原则中的“必要性原则”及“狭义比例原则”。<sup>[3]</sup>1958年6月11日判决的“药房案”中,法院对于人民自由权利(本案是营业权)之侵犯约合法性问题,提出了所谓的“三阶理论”——就是手段的“适当性”、“必要性”及“狭义比例性”原则。<sup>[4]</sup>以后的法院审判实务也就将这“三阶理论”作为“比例原则”的内容。沿传至今,行政法学界已形成通说,将“三阶理论”视为比例原则的内涵。1961年3月10日,联邦德国又颁布了《关于联邦官员行使公权力间接强制执行法》,它进一步丰富了8年前制定的《联邦行政执行法》(1953年4月27日,联邦德国颁布了行政强制执行制度的基本法典,即《联邦行政执行法》)中的间接强制手段部分,再次巩固“间接强制优于直接强制”的观念。

1976年6月11日经德国联邦内政部会议议决通过,随即又于1977年11月25日经同会议通过其

修订案之《联邦与各邦统一警察法标准草案》(第二条)明文规定:“一、警察应就无数可行处分中,选择对个人或公众伤害最小者为之。二、处分不得肇致与其结果显然不成比例之不利。三、目的达成后,或发觉目的无法达成时,处分应即停止。”

德国虽然是比例原则的最早倡行国,但是在比例原则的适用上却不如有些国家和地区广泛而深入。

### 2.2 法国行政法中的比例原则

法国行政法中的比例原则的核心是对人民自由的限制不得超过维护公益所必要之程度。因此,法国虽然没有明确的比例原则,但比例原则的因素是存在的。根据最高行政法院判例,对公民自由的限制与公民自由的行使对公共秩序可能造成的危险必须具有足够充分的关系。法国行政法中的比例原则,主要集中在反映在《警察法》等特定的领域。

在《警察法》领域,法国行政法院在坚持比例原则时,认为一般行政警察的目的,在于保证公共秩序。专门行政警察的目的在于保证某一专门领域的秩序。警察活动必须符合警察权力的目的,行政机关利用警察权力以达到非警察活动的目的,不论出于私人的利益或图谋其他公共利益,都是权力滥用,这种行为可能为行政法院撤销。在审查行政裁量行为时要考虑限制公民自由与行政措施所要实现的公共利益之间的关系。

### 2.3 日本行政法中的比例原则

日本法中的比例原则与德国一样都源自警察权的行使。在日本学者的论述中,比例原则也是与行政裁量紧密相连的。在法治实践中,日本法中的比例原则集中在警察法。日本《警察法》第1条规定,警察的目的是:(1)保护个人的权利与自由,维持公共安全和秩序;(2)警察的管理与动作应基于民主理念而施行;(3)规定足以有效地执行其任务的组织。在该法第2条中,又规定警察执行职务时应当“以不偏不倚、公平中正为宗旨,不得随意滥用涉及于日本国宪法保障的个人权利及自由等权限。”<sup>[5]</sup>

日本《警察(官)职务执行法》第1条第2项规定:“本法规定手段之行使,以执行前项目的之必要最小限度为限,不得滥用”,另在同法第七条规定:“警察为逮捕人犯,防止逃逸,保护自己或他人,或压制妨害公务之抵抗,有相当理由,可认为必要时,

得经合理判断,于必要限度内,因应情况使用武器。”此为比例原则明文化的规定,在强调比例原则的“适当性”和“必要性”两个原则。日本行政法学界对“比例原则”亦多有阐释。

#### 2.4 美国行政法中的比例原则

在美国,法院的判决也经常阐述必要性原则的思想。赫尔姆斯大法官曾经说过:“没有一个文明政府,会使其人民所受之牺牲,超过其予人民的协助。”这一思想与比例原则的精神是一致的。在成文法上,美国的《运输部法》和《联邦补助公路法》中都有关于比例原则的规定。

在美国,法院判决亦常常彰显出比例原则的思想,只是名称上稍有不同罢了,有的称为“较缓和的手段”,有的称为“较缓和的选项原则”。不管名称如何,均是彰显政府的侵害行为不得逾越宪法所容许的范围,或者是面对特定目的若有同等效力的手段足供役使,应选择对人民权利自由最少侵害者为之,尤其在政府订立有关限制人民言论、宗教、集会结社、旅行及其它自由的法案时,法院常审查有无其它更缓和的措施足供采行以追求同一目的。此种考量,揭示了比例原则的“必要性”原则的精神,有助于保障人民的权利自由。

美国《联邦宪法》修正条款第五条及第十四条所揭露的正当法律手续原则,不仅成为立法所应遵循的原则,也是行政手续所遵奉的信条并且意欲实现的目标。由此可知,美国虽然没有等同德国和日本的比例原则理论架构,但是,在实务上就对人民基本权利的保障而言,均体现了比例原则思想的精神。

### 3 比例原则在中国行政法中的体现以及该原则引进的必要性和可行性

#### 3.1 比例原则在中国行政法中的体现

比例原则虽然在中国法律中尚无明文规定,但中国的一些相关法律的立法还是在一定程度上反映和体现了比例原则的精神。如中国《行政处罚法》的第一条规定:“为了规范行政处罚的设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益,根据宪法,制定本法。”第四条规定:“行政处罚遵循公正、公开的原则。设定和实施行政处罚必须以事实为根据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”《行政复议法》第一条也

规定:“为了防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为,保护公民、法人和其他组织的合法权益,保障和监督行政机关依法行使职权,根据宪法,制定本法。”《人民警察适用警械和武器条例》第四条规定:“人民警察使用警械和武器,应当以制止违法犯罪行为,尽量减少人员伤亡、财产损失为原则。此条文含有必要性原则中的最少侵害因素。国务院新近颁布的《社会抚养费征收管理办法》第三条规定:“社会抚养费的征收标准,分别以当地城镇居民人均可支配收入和农村居民人均纯收入为计征的参考基本标准,结合当事人的实际收入水平和不符合法律、法规生育子女的情节,确定征收数额。”北京大学公法研究中心提出的《行政程序法》(专家试拟稿)规定了比例原则。中国的《行政强制法》草案中也规定了比例原则。<sup>[6]</sup>

#### 3.2 比例原则引进的必要性

第一,从“控权”角度看,比例原则与合理原则接近但并不完全等同。合理性原则在16世纪起源于英国,在普通法国家主要适用于司法审查以确定裁量行为合理与否,是一个“定性”的原则。合理原则侧重权衡行政裁量权行使结果的收益程度,是一种“积极标准”。但实践中其操作具有抽象性和主观性,这方面比例原则明显优于合理原则,可以弥补之不足,“从现有的实践与研究看,只能丰富合理性原则的内涵,构成不合理的—个特别的表征,更加精细原来的界限或范围。”而在中国,行政法的基本原则是行政法治原则,其又分解为合法性原则和合理性原则,前者是“全方位适用”,后者主要适用于“自由裁量领域”。<sup>[7]</sup>这里合理性原则是以行政法治原则的子原则出现在行政法基本原则之中的,与普通法国家的合理原则在性质和内容等方面有着很大的差别。

第二,在中国合理性原则的内涵包括:行政行为的动因要符合行政目的;行政行为应建立在正当考虑的基础上;行政行为应合乎情理。司法实践中对于“不合理”的把握与普通法国家相比更远之,再加上中国亦没有判例的保障和合理性原则本身的缺陷,要使得合理原则在中国发挥像在普通法国家中那样的作用,目前来看是很困难的。

因此,中国确有必要引入比例原则来促进行政法的发展和行政管理观念的转变。

### 3.3 引进行政比例原则的可行性

中国学术界对引进比例原则有很大的争议,大致有两种意见:一是认为比例原则应独立作为基本原则而屏弃合理原则,以充分发挥其作用;二是认为应将比例原则作为合理原则的补充,弥补合理原则的不足。笔者认为前者较为可行,理由如下:

第一,比例原则的三个子原则适用有层次之分,较之合理原则的标准把握实践中更易操作,而且,比例原则注重保护人权,有别于传统的行政观念,独立引进比例原则作为行政法的基本原则更亦能得到诉讼上、甚至社会上的认同,更好判断滥用职权的标准。

第二,比例原则具有宪法位阶,作为行政法治的精髓与灵魂,能够涵盖合理性原则,符合行政法基本原则的特点,能更好的指导行政法的制定和实施。由于比例原则侧重行政裁量权行使时对公民权的消极的不侵害程度,是一种“消极标准”。所以其可以更好的控制自由裁量权的行使。

构建中国的行政法体系,必须结合本国的国情,立足本国的实际,但是也必须吸收借鉴世界法律文化的有益成果,比例原则就是其一。在中国保障人

权,建设法治国家的进程中,必须加强对比例原则的研究和适用,这不仅有利于行政法基本原则的重构,而且能够拓展司法审查的广度和深度,保障人权,构筑更为公平的社会环境,最终实现依法治国的宏伟目标。

#### 参 考 文 献

- [1] 陈新民. 行政法学总论[J]. 行政法学研究, 1998, (1): 185 - 186.
- [2] 于安. 德国行政法[M]. 北京: 清华大学出版社, 1999. 102 - 103.
- [3] 陈新民. 德国行政法学的先驱[J]. 行政法学研究, 1998, (1): 37 - 38.
- [4] 郑琦. 比例原则的个案分析[J]. 行政法学研究, 2004, (4): 45 - 46.
- [5] 胡建森. 比较行政法——20 国行政法评述[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 130 - 131.
- [6] 周佑勇. 行政法基本原则研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2005. 98 - 99.
- [7] 姜明安. 行政法与行政法学[M]. 北京: 北京大学出版社/高等教育出版社, 1999. 214 - 216.

## Discussion on Administrative Proportion Principle

Liu Yan

(Anshan Normal University, Anshan, Liaoning 114007, China)

**Abstract:** The principle of proportionality is well known as “the principle of crown” in administrative laws, and is also one important operation theory of administrative power. The origin, connotation and assumption overseas of administrative proportion principle are analyzed in this article. With the outcome obtained, the author elaborates the necessity and feasibility introducing proportion principle into the administrative laws of China in comparison with the rational principle.

**Key words:** administrative law; proportion principle; compared with; introduction