



比例原则司法审查中的 阶层秩序问题及类型化操作

金龙君

摘要:比例原则学理上的“阶层秩序”并未在司法审查实践中发挥有效的指导价值,呈现出阶层适用的无序性和审查逻辑的“结果导向性”,这归结于法官的自由裁量空间过大和阶层的审查标准不具体、不成体系。在“阶层类型化”的理论框架上,基于比例原则“目的一行为一结果”之“过程性”,“阶层类型化”具备三重审查强度及其适用模式。在“阶层类型化”的实践运用上,基于三重审查强度的差异,经识别要素衔接个案,七项审查标准可实现比例原则各阶层实践上的精细化与体系化操作,避免裁量过度主观。同时“阶层类型化”亦可为比例原则的部门法渗透提供思路参照。

关键词:比例原则;阶层类型化;审查标准;司法审查

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.01.008

收稿日期:2022-04-20

基金项目:本文系国家社会科学基金青年项目“行政特许基础理论研究”(18CFX023)的阶段性研究成果。

作者简介:金龙君,男,贵州遵义人,重庆大学法学院博士研究生,E-mail: jlongjun2022@163.com。

近年来,行政诉讼中适用比例原则进行司法审查的案件增长迅速,从北大法宝收录的相关案例来看,2012—2020年,每三年就有近10倍的案件增长量^①。比例原则有成为司法监督行政执法过度之“帝王原则”的发展趋势,因此,进一步研究司法审查中的比例原则契合现实需要。比例原则有四项子原则,依次为正当性原则、适当性原则、必要性原则和均衡性原则,此四项原则被认为是比例原则的四阶层内涵^②,在学理上,该次序被认为是比例原则天然的“阶层秩序”,发挥着合比例性审查的关键功能^③。但是,这种秩序并未发挥有效的实践指导价值,在司法实践中,法官们对比例原则各阶层的操作并未按照秩序化的流程展开^④,而是呈现了适用的无序性和审查逻辑的“结果导向性”。虽然过度僵硬的阶层秩序会一定程度干涉行政,导致司法的监督失当,但是没有秩序的操作亦会造成比例原则各阶层的功能错位,损害行政主体的裁量自由和判断余地。目前而言,司法审查实践中比例原则各阶层“相沿成习”的标准规则并不存在,法官对各阶层操作的主观性较大。因此,为避免司法审查中法官适用比例原则的主观裁量空间过大,破坏行政与司法之间的应然边界,对行政过程监督不当,本文试图揭示比例原则司法审查中各阶层适用的无序性与审查逻辑的“结果导向性”的危害及其根源,并围绕相关原因构造一套满足秩序性的比例原则“阶层类型化”操作模式,从而形

①这一数据仅限于以“比例原则”作为判决依据。

②关于比例原则的阶层观点,主要有“两阶论”、“三阶论”和“四阶论”三种观点,但几种观点的比例原则都围绕目的与手段的双边关系展开,关键区别在于比例原则的部分构成要素是否具备了独立的位阶价值。就本文而言,考虑到手段或目的理性的过程要求、比例原则逻辑结构的周延性、比例原则构成要素的独立性以及比例原则内涵的全面性,笔者采取“四阶论”展开分析。

③蒋红珍《比例原则阶层秩序理论之重构——以“牛肉制品进销禁令”为验证适例》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期,第17页。

④蒋红珍《比例原则位阶秩序的司法适用》,《法学研究》2020年第4期,第42页。

成比例原则各阶层操作的标准规则,同时考虑到过度僵硬的阶层秩序亦会干涉行政,“阶层类型化”操作框架将呈现一定审查梯度,以顺应不同案件所需强度,综合回应司法审查实践的需要。

一 比例原则司法审查中的阶层秩序问题及原因分析

(一) 比例原则阶层适用的无序性

学理上,比例原则作为实质法治的特征之一是其完整的阶层秩序,“目的正当性—适当性—必要性—均衡性”的适用逻辑为比例原则在“目的—手段”之间的考量提供了精密的分析框架,使比例原则的司法审查精准客观。然而,与这种学理上精密的分析框架不同,在司法实践中,多数裁判者适用比例原则的各阶层时并未严格按照阶层秩序的适用逻辑审查行政主体的“目的—手段”关系,而是零散、碎片化地适用。如在陈多新与君安实业案中^①,就未综合考虑涉案客观情形而处罚不当的事实,前者适用了目的正当性原则和均衡性原则,后者仅适用了目的正当性原则;在杜朝阳、钟滑旅游及张袁裴案中^②,就缺乏裁量依据而顶格处罚的事实,前两者适用了适当性原则,后者适用了必要性原则;在胡裕松与江俊英案中^③,就处罚程度大于应受制裁的情形,前者适用了均衡性原则,后者适用了目的正当性原则与均衡性原则。

有学者认为,“法官如果认为争讼行为符合比例原则,就必须进行全阶段适用即逐一论证。如果认为争讼行为违反比例原则,只需适用一个子原则即可”^④。但是按照这种零散的适用逻辑,比例原则会遭遇某种困境:当比例原则被随意拆分适用时,子原则会“各自为营”,它们的内涵会重叠,如广义的适当性原则就蕴含了合法性、合理性及比例性的价值^⑤,这一情况在随州市钟滑旅游服务有限公司与泸州市纳溪区市场监督管理局、纳溪区人民政府行政处罚纠纷案中有所体现;再如部分学者亦认为,目的正当性属于适当性原则的基本内涵之一^⑥,适当性原则属于必要性原则与均衡性原则^⑦等。这一困境的延续会导致各子原则的司法审查功能错位、重叠(各子原则有不同的审查功能,发挥着不同的合比例性审查作用)^⑧,加重法院对各子原则的无序适用,使得法官在按照阶层规则适用多项子原则时,行政主体会认为同一行为承受了多项重复的不利审查,涉嫌过度干涉行政的裁量自由与判断余地。比如,在石狮市宏泰船舶修造有限公司与石狮市自然资源局行政管理案中^⑨,一审法院适用适当性、必要性及均衡性原则对行政管理行为作出判决,但自然资源局不服该判决方式,认为管理行为量罚得当,符合适当性原则,不应以不符合比例原则作为裁判理由,二审法院驳回了自然资源局的上诉请求,但并未对比例原则的阶层适用问题作恰当回应,一审法院与上诉人之间的阶层适用矛盾未得到化解。可见,比例原则阶层适用的无序性扩大了司法与行政之间的矛盾。

对于符合比例原则的判断,阶层的秩序性亦并未得到完整体现。有的裁判者单独适用适当性原则或均衡性原则,如无双荣案^⑩、占某案^⑪,也有的仅适用目的正当性原则和必要性原则,如余其昌案^⑫,便得出符合比例原则的结论。这样的适用逻辑会使相对人对法院的司法监督功能产生疑虑,质疑法院的审查能力,损害判决的公信力,比如在陈泽良与合肥市交通运输管理处行政处罚案中^⑬,一审法院通过适当性原则的论证,

①参见:陈多新与淮南市田家庵区城市管理行政执法局行政处罚纠纷案,淮南市中级人民法院(2020)皖04行终15号行政判决书;河南省君安实业服务中心有限公司诉郑州市中原区自然资源局土地行政处罚案,河南省高级人民法院(2019)豫行申912号行政判决书。

②参见:杜朝阳与西安市长安区林业局行政处罚纠纷案,西安铁路运输法院(2019)陕7102行初1774号行政判决书;张袁裴与鲁山县观音寺乡人民政府强制拆迁纠纷案,平顶山市中级人民法院(2020)豫04行终5号行政判决书;随州市钟滑旅游服务有限公司与泸州市纳溪区市场监督管理局、纳溪区人民政府行政处罚纠纷案,泸州市中级人民法院(2020)川05行终78号行政判决书。

③参见:胡裕松、王文平与海口市人民政府土地裁决复议纠纷案,最高人民法院(2019)最高法行再22号行政判决书;江俊英等与汤阴县人民政府、安阳市人民政府行政复议纠纷案,河南省高级人民法院(2019)豫行终3905号行政判决书。

④刘权《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期,第146页。

⑤卢群星《论规范性文件的审查标准:适当性原则的展开与应用》,《浙江社会科学》2010年第2期,第58—59页。

⑥蒋红珍《目的正当性审查在比例原则中的定位》,《浙江工商大学学报》2019年第2期,第64页。

⑦陈新民《德国公法学基础理论》(增订新版·上卷),法律出版社2010年版,第431—436页。

⑧蒋红珍《目的正当性审查在比例原则中的定位》,《浙江工商大学学报》2019年第2期,第58—59页。

⑨石狮宏泰船舶修造有限公司与石狮市自然资源局行政管理案,福建省高级人民法院(2020)闽终285号行政判决书。

⑩无双荣与抚州市临川区人民政府危房行政应急案,江苏省高级人民法院(2021)赣行终116号行政判决书。

⑪占某与杭州市滨江区人民政府政府信息公开案,浙江省高级人民法院(2020)浙行终954号行政判决书。

⑫余其昌与泉州市公安局交通警察支队丰泽大队行政管理案,福建省高级人民法院(2019)闽行申776号行政判决书。

⑬陈泽良与合肥市交通运输管理处行政处罚案,安徽省合肥市中级人民法院(2018)皖01行终50号行政判决书。

认为行政机关的行为符合法律规定,而相对人上诉时称比例原则包含有适当性、必要性、均衡性原则,行政机关的行为虽然可以实现目的,但不在尽可能小的范围与限度内,二审法院加入必要性原则的论证后,认为被诉行政行为过度损害了相对人的权益,撤销了一审判决。类似情况在济南恭德陵园^①等案件也有所呈现。

(二) 审查逻辑的“结果导向性”

“结果导向性”基于两个层面:(1)司法审查是法治过程的最后一环,流入到司法机关的所有案件都具备了事实的结果性(行政行为结束后,进入司法审查前的状态),这种结果性可被认为是裁判官应用比例原则审查行政行为的“事后审查”特性;(2)比例原则因有一定空洞性,裁判者为具体化地分析,倾向于以手段的后果审视并评价“目的与手段”,虽然这种“结果导向性”的审查并不一定出现坏结果,却有司法专断、不当干涉行政活动的风险^②。

司法审查如果全然地将结果作为判定行政活动各个环节的依据,单向地对待多阶段的“目的一手段”关系,会过度干涉行政,无法激励行政机关积极履职,使行政机关不愿甚至不敢积极应对新事务、新情形和事态的变化。比例原则包含四个阶层,每个阶层所审查的对象与核心都有所差别,尤其是目的正当性原则关注于行为前的目的,不涉及行为,更不会产生结果。而结果导向的司法审查逻辑会使行政机关在面对新事务、新情形时根据既往的因果律假设和经验认知,较难准确预判结果。他们会为避免结果不当,选择不作为或敷衍搪塞,忽视正当目的的实现抑或为了某些目的,投机取巧,事前损害当事人利益,当事人有可能引起复议或诉讼时,才主动弥补或改变原来的结果,避免对己不利的裁判^③。同样,就适当性原则与必要性原则的审查而言,行政机关即便基于正当的目的与合适的方案采取行动,亦有因情况变化或为避免某些后果,选择消极应对以免引致不当结果的可能。因此,裁判者若要精准实现比例原则的司法审查,应尊重行政的过程性,针对不同阶段采用不同的阶层进行审查。

(三) 原因分析:主观裁量空间与客观审查标准症结

1. 主观面向:法官的自由裁量空间较大

在司法活动中,裁判者因受接触事实信息的时效性与准确性所限,与原、被告认知与理解的事实信息并非对称^④,且法官也会基于不同的价值再次提炼事实信息,并基于法律事实对行政活动作合法性判断,故而司法审查中法官裁判的自由裁量色彩无法避免。但是,这种自由裁量空间过大亦会导致裁判官主观擅断、不恰当裁判,甚至滥用裁量权,尤其是在适用规则的概括性较大,如一般性、原则性条款,以及审查标准和流程不明晰、不具体^⑤的情况之下。

比例原则各阶层适用的无序性及审查逻辑上的“结果导向性”都与法官自由裁量空间过大相关。一方面,法官对各阶层的适用有较为宽泛的解释空间,裁量的主观性较大,以致适用呈现无序性。比例原则各阶层的内涵虽然是明确的,但属于原则性条款,裁量空间较大,尤其在法条的设计上,比例原则缺少完整的规范依据,其完整的阶层往往通过法律解释表现出来;另外,个别阶层的规范条款也能解释出其他阶层的内容,整体上被认为是比例原则条款^⑥,所以进行裁判时较大程度上受法官个人解释习惯以及偏好的影响。另一方面,由于比例原则具有模糊性、不精确性,为避免对行政行为审查的模糊化,在审查逻辑上,法官易主观专断地以事后的结果为审查依据,忽视行为过程。比例原则的模糊性、不精确性不在于概念上无法区分各阶层的内涵,而在于各阶层在操作上的模糊化。一个客观现实是:行政庭的法官前期可能并非专门审理行政案件,即便审理行政案件,由于不同行政规范性文件对同一词汇的表意具有差异化,法官面对这种原则性的阶层概念

^① 济南恭德陵园开发与济南市自然资源和规划局强制措施案,山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01行终496号行政判决书。

^② 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年第4期,第107页;翟翌《比例原则的正当性拷问及其“比例技术”的重新定位——基于“无人有义务做不可能之事”的正义原则》,《法学论坛》2012年第6期,第124页。

^③ 翟翌《比例原则的正当性拷问及其“比例技术”的重新定位——基于“无人有义务做不可能之事”的正义原则》,《法学论坛》2012年第6期,第124—125页。

^④ 武建敏《认真对待法学研究的实践导向》,《中国社会科学评价》2020年第4期,第14页。

^⑤ 余凌云《论行政诉讼上的合理性审查》,《比较法研究》2022年第1期,第145页。

^⑥ 刘权《比例原则的中国宪法依据新释》,《政治与法律》2021年第4期,第71页。

往往有多重认识,即操作上具有模糊性。这种模糊性赋予了司法审查者过多的裁量空间^①,为避免裁量的复杂化,亦常结合法官个人经验特点,简单地以行为结果为核心审查内容而忽视了过程的重要性。

2. 客观面向: 阶层的审查标准不具体、不成体系

实践上阶层适用的无序性反映了阶层秩序的操作问题,虽然比例原则各阶层的体系化架构,但是裁判者仍然停留在寻求能否评价不合理行为的子原则这一层面,而对于如何筛选恰当的子原则作出评价的能力是欠缺的。对于无法精准筛选恰当的子原则,阶层适用无序的关键在于当前司法审查中尚不存在可以清晰区分比例原则各阶层的操作标准,裁判者并未重视比例原则各阶层的体系化架构。操作标准可以从两个层面来看,一个是适用标准,另一个是审查标准,但在阶层秩序问题上更应当关注审查标准。适用标准解决的是能否适用的问题,审查标准解决的是比例原则如何适用的问题,如蒋红珍教授所言,比例原则的阶层秩序不仅呈现在适用上,但更深层面体现在司法的审查上^②。且从审查视角出发,比例原则的适用模式也可基于审查强度进行类别化,进而弄清比例原则各阶层的适用标准^③。从行政诉讼法的规定来看,比例原则存在审查标准,如“滥用职权”、“明显不当”以及学理上的综合标准等^④,不过这些概念具有模糊性,属于不确定性法律概念,无法直接作为比例原则各阶层的审查标准,正如有学者所言,“比例原则并没有对司法审查提供一个实体性的标准”^⑤。尽管近来有学者关注比例原则各阶层的适用模式,但更多在于总结客观现象^⑥,若要使比例原则各阶层的适用呈现秩序性,进一步明确各阶层之间的审查标准是必要的。

此外,审查逻辑的“结果导向性”亦与审查标准的不具体相关。在司法审查阶段,法律结果已经确定,但由于审查标准的不具体以及经验因果律的影响,法官可能对于结果近似的情况作出同一裁断,而忽视了行政过程上的差异。不过,审查标准不具体只是因素之一,“结果导向性”更为关键的问题在于审查标准欠缺体系性。比例原则是一个内涵丰富的系统,只有在体系性的架构中才能厘清各阶层的功能关系,实现精准审查。“滥用职权”、“明显不当”等标准较为概括化,无法体现出比例原则各阶层的体系性。在缺乏体系性的情况下,各阶层之间的内涵有重叠,通过扩大解释,各阶层都可以蕴含其他阶层的价值,如比例原则起初等同必要性原则^⑦,适当性原则可以包含目的正当性。若审查标准不在同一审查体系,就同一个阶层的审查而言,亦可能关注于同一行政活动的不同过程,使各阶层的审查功能混乱^⑧。这意味着手段可能包含目的,结果可能包含手段、目的,甚至目的亦可能包含手段、结果,而法官若为简化审查,一概地以结果为导向,便会损害行政过程的正义性。

二 因应之道: 构造比例原则的“阶层类型化”理论

(一) 路径选择: 构造比例原则的“阶层类型化”

比例原则的阶层秩序问题,并非我国特有,在各国司法审查中法院亦非严格遵循比例原则学理上的适用顺序或审查逻辑^⑨。从实践应对来看,大多为比例原则的秩序化适用构建了类型化的多元审查强度体系,并获得较好的合比例性审查效果。如德国法中的明显不当性审查、可支持性审查以及强烈内容审查;日本的合理性审查、严格的合理性审查、严格审查;英美的宽松、中等和严格审查等^⑩。类型化审查强度体系可谓比例原则全球司法实践的发展趋势。但是,这类审查强度的类型化往往是以案件性质为基础的,相关案件通常具有判例法的权威性。反观我国比例原则的司法实践,不仅缺乏判例法的制度基础,同时比例原则的权威指导

①王怡坤《国家机关个人信息处理行为正当性标准研究》,《中国法律评论》2021年第6期,第215页。

②蒋红珍《比例原则位阶秩序的司法适用》,《法学研究》2020年第4期,第49页。

③陈征《论比例原则对立法权的约束及其界限》,《中国法学》2020年第3期,第156页。

④刘权《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期,第147页。

⑤杨登峰《从合理原则走向统一的比例原则》,《中国法学》2016年第3期,第104页。

⑥蒋红珍《比例原则位阶秩序的司法适用》,《法学研究》2020年第4期,第42—44页。

⑦Mayer Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1895), 267.

⑧刘权《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期,第144页。

⑨汤德宗《违宪审查基准体系建构初探——“阶层式比例原则”构想》,廖福特主编《宪法解释之理论与实务》(第六辑),台北“中央研究院”法律学研究所筹备处2009年版,第27—28页。

⑩刘权《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期,第147—149页。

案例亦十分匮乏^①。丰富的权威指导案例的出现不仅需要实践上的契机,也需要比例原则理论本土化的成熟,我国目前尚未完全消化“比例原则”这一外来理论制度^②,如法律层面缺少直接的比例原则规范,宪法规范基础争议颇大,比例原则基本结构的争议也不小等,故以案件性质为基础会缺乏实践与理论上的支撑。

笔者认为,遵循类型化审查强度体系的全球司法实践趋势是必要的,但是,为结合我国实践需要,就目前来看,以案件性质为基础的类型化难以满足同一性质案件不同强度及不同案件同一强度的要求,继而导致法官偏向宽松审查,散乱适用。而按照比例原则各阶层最简单的特征,即“目的一行为一结果”的过程性特点,对各阶层进行类型化构建实际可满足实践需要。一是,法院对目的、行为、结果三类要素的识别具有相当丰富的司法实践经验,每一名法官从作为法科生开始便通过法学基础学科的学习获得了丰富的目的、行为、结果等要素的体系化知识,法官对这类要素进行区分较为容易;二是,比例原则之核心本质在于“合比例性”,功能是权衡利弊与得失,这意味着比例原则各阶层实际具备了多重“合比例性”特征及利弊权衡的功能,目的层面有目的正当性,行为层面有适当性与必要性,结果层面有均衡性。按此逻辑,比例原则各阶层基于“目的一行为一结果”的过程特点,以及共通的“合比例性”本质与“权衡”功能便可实现类型化操作,本文将这种类型化操作称作比例原则的“阶层类型化”。就问题意识而言,“阶层类型化”在于使比例原则各阶层的适用回归秩序性,让比例原则的审查能够关注行政行为的整个过程。但从“阶层类型化”的建构逻辑来看,只要关乎比例原则各阶层在司法审查中的操作问题,“阶层类型化”都可以提供一定的思路参照,尤其在回应阶层秩序问题之原因层面,“阶层类型化”可使比例原则各阶层审查标准的精细化、体系化成为可能。

(二)“阶层类型化”框架:以比例原则的“过程性”为基础

1. 比例原则之“过程性”的体现

有学者提到“比例原则是目的理性(同手段/目的理性)全面而凝练的概括”^③,比例原则整体上紧紧围绕“目的一手段”的双边关系展开,从目的正当性的考察,到手段有效性的评价,再到手段损害性的控制,最后到有效与损害结果的比较都属于手段/目的理性的表达^④。从手段/目的理性来看,它属于一种哲学意义上的、贯穿于人类全部活动的实践理性,要求行动者在明确目的后,综合道德伦理、政策、规则或先例等多方面的考量,寻求最合乎目的的手段^⑤。对于这种目的与手段的确定过程,我们可将其区分为主观目的构成、行为措施采取和最终结果实现三个动态阶段,如现代行政过程论便是将行政权力的行使分为了事前、事中和事后阶段,其分别可对应于目的构成、行为实施和结果实现三个阶段^⑥。概言之,当认可比例原则属于手段/目的理性时,比例原则其实也有目的构成、行为实施和结果实现三个动态阶段的区分,即比例原则的“过程性”体现。值得注意的是,“过程性”并非一种行政诉讼上的过程性审查,过程性审查探究行政决定的过程是否合法、说理是否充分、推理过程是否合理等多方面,是一种较为严格的司法审查,往往适用于重大政策决定^⑦;而此处所讲的“过程性”表现为行政活动的多个阶段,以避免一概以最终结果审视整个行政过程,用不同阶段对应不同的审查强度与适用模式。

按照比例原则的“目的构成、行为实施和结果实现”三个阶段,比例原则的整体内涵亦会呈现三个阶段的“目的一手段”分析。目的构成阶段,比例原则有目的正当性审查,用以判断目的是否合法;行为实施阶段,比例原则有适当性审查与必要性审查,用以判断手段是否满足目的和最小损害;结果实现阶段,比例原则有均衡性审查,用以判断手段所实现的效果是否满足比例性。由此可见,比例原则的“目的一行为一结果”架构可迁移至比例原则的整体内涵上,成为各阶层类型化的基础架构,即在“目的一行为一结果”基础架构上实现比

①赵贵龙《规则创制:以比例原则司法审查标准为视角》,《法律适用》2021年第7期,第99页。

②翟璜《比例原则的正当性拷问及其“比例技术”的重新定位——基于“无人有义务做不可能之事”的正义原则》,《法学论坛》2012年第6期,第88页。

③纪海龙《比例原则在私法中的普适性及其例证》,《政法论坛》2016年第3期,第96页。

④蔡宗珍《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,《政大法学评论》1999年第62期,第79页。

⑤理查德·A.波斯纳《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第133页。

⑥马克思·韦伯《经济与社会(第一卷)》,阎克文译,上海人民出版社2019年版,第146页。

⑦刘东亮《过程性审查:行政行为司法审查方法研究》,《中国法学》2018年第5期,第123页。

例原则的“阶层类型化”。

2. 基于“过程性”革新的阶层审查内容

按照比例原则的“目的构成、行为实施和结果实现”三个阶段,比例原则原来的阶层结构会有所变化,相应的审查内容亦会有所调整,但是并不会损害其“合比例性”的本质以及权衡功能,整体内涵亦不会变动。

(1) 目的构成的审查:目的正当性原则

从四个阶层来看,与目的构成直接相关的是目的正当性原则,虽然适当性与目的有一定关系,却是在目的已确定基础上的有效性评价,与目的构成环节无关。目的正当性原则考量目的的构成是否正当,继承着比例原则的“合比例性”思想。就公权力的目的而言,目的一方面来源于维护公共利益的需要,另一方面蕴含了保障私益的职责要求,基于比例原则“保障人权和防止公权的过度侵害”的基本宗旨,目的构成中目的正当性原则实际定位于“保障之目的”与“限制之目的”两个指向的考察^①。

结合目的的属性来看,目的对行为具有决定作用,它所考量的要素对应着客观内容,如作出行政处罚前,行为主体会按照实定法的要求明确应该维护的利益,而这种维护会关涉个体经验和事务的具体客观状态。“国家尊重和保障人权”作为宪法对公权力的核心要求,“有效限制目的设定裁量,实现实质正义,保障人权,促进民主反思,改善民主质量”^②作为法治的现实需要,目的对应的客观内容必然会有保障权益大于限制权益的要求,才能持续驱动有效的行为,预防社会权益的整体亏损。且目的正当性原则所考量的要素也对应着主观内容,不同主体有不同的主观意愿,而这种意愿有时无法经客观内容满足。为防止公权力过度损害这种主观意愿,平等商谈的方案往往可采取^③。可见,目的正当性原则的审查内容可固定于保障与限制两个指向上,其构成目的之正当性即是目的对应的客观内容满足保障权益大于限制权益的要求;目的对应的主观内容满足平等的商谈要求。

(2) 行为实施的审查:适当性原则与必要性原则

适当性原则考量手段的有效性,若手段有助于目的的实现,便能满足有效性的要求。适当性原则的审查内容关注于三点:一是,已有明确且正当的目的,否则手段便没有妥当的参照对象,无法选取;二是,手段的有效性建立在公权力欲保护的权益之上,审查者无须从损害角度考量手段的损害性;三是,手段只需发挥促进目的的作用即达至有效性标准,而不论促进的大小。必要性原则定位于最小损害上,也称之为“最小损害原则”,该原则表达了保障人民权益的底线要求,即公权力虽可为公共利益损害公民权益,但应选择损害最小的手段。必要性原则考察的损害性伴随有效性产生,有效的手段会天然附带一种权益损害性,受损害的权益往往与所欲维护的权益相冲突。其审查内容与适当性原则极为相关:一是,在明确手段有效性的同时必须明确损害性;二是,多个手段都有效,但又有多种损害性,首先须考量损害最小的手段;三是,若有扩大有效性的必要,须考量如何控制可能扩大的损害。由此可见,适当性原则与必要性原则理应共同作为手段的审查工具,依照比例原则的“合比例性”本质,适当性原则发挥有效性评估,必要性原则发挥损害性制约,共同实现比例原则在行为实施层面的利弊权衡功能。

值得注意的是,对行为实施主体而言,有效性与损害性的考察属于行为的预测范畴;对事后审查主体来说,有效性与损害性属于客观的结果。不同主体虽然面临的有效性与损害性可能有差异,但基于“过程性”,结果的发生是不确定的,若以结果判定行为过程的有效与损害,司法审查会损害行政活动的积极性。故为避免“结果导向性”审查和司法过度干预行政,行为的有效性和损害性不应该通过结果验证,在过程上满足有效与最小损害的要求即可,这亦体现了司法对行政活动处理之公正。

(3) 结果实现的审查:均衡性原则

均衡性原则最核心的内涵是冲突权益之间的权衡^④,按均衡性原则的要求,行为所侵害的权益不得超越所欲保护的权益。从过程上来看,恰当的均衡性判断应该属于结果层面,比例原则在目的构成及行为实施环

①有关目的正当性原则在这两个指向上的划分及具体考察,笔者将撰另文《比例原则目的正当性审查方法新论》详述。

②刘权《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期,第144—145页。

③哈贝马斯《在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论(修订译本)》,童世骏译,三联书店2011年第2版,第282页。

④Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Julian Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2010), 401.

节已具备了利弊权衡及合比例性审查的子原则,再加上均衡性便会重复。而对于行为是否符合社会整体福利,是否造成过度损害,这亦需要结果验证。均衡性原则尤其重视两者之间的比较,无论是客观利益层面的得失比较,还是主观价值层面的利弊比较,因缺乏结果上的证明,均衡性判断便会处于不平衡状态,何为均衡便有了主观幅度,法的不确定性亦进一步扩大。将均衡性原则定位于结果实现上的审查,不仅可强化确定性,而且还能对行政活动作整体上的合比例性控制。均衡性原则定位结果实现上的审查是恰当的。

有学者认为,均衡性原则是目的必要性的审查,本质上是一种目的必要性原则^①。但本文认为,均衡性原则尽管是为了“法律所追求之目的”^②,但所追求的目的必须通过手段来实现,目的无法直接与损失作比较,正如周佑勇教授所言“均衡性原则……,不受预定目的之限制”,且科学的比较只有将追求目的所达到的成效与遭受的损失放置在同一评价层面,才可实现^③。若目的作为均衡性原则审查的对象,均衡性原则便会以行为的效果同时考察目的与手段,而按“手段/目的理性”的过程性,目的、行为和结果难以同步。目的拥有自己独立的审查环节,均衡性原则理应在行为的结果层面进行权衡,司法实践中目的与手段的考量强度有所区别,审查者无法从单一的均衡性原则中提炼出两种以上的强度内涵,这也进一步验证了比例原则中存在目的正当性原则的必要。概言之,均衡性原则的审查内容是行为所实现的价值与所损害的后果,在结果上满足实现利益大于损害利益的要求,亦不可过度追求私益损害的最小而侵害了公益,而无法满足适当性原则。

3.“阶层类型化”的三重审查强度及适用模式

类型化审查强度的核心在于比例原则的“合比例性”本质,这种“合比例性”本质在“目—行为—结果”的过程上始终展现着“权衡或比较”的功能:目的环节是保障与限制的权衡;行为环节是有效性与损害性的权衡;结果环节是实现价值与损害后果的权衡。虽然每一环节都是权衡,但权衡的内容有不小差别,其显示的审查强度也有所不同。按照“目—行为—结果”的过程,比例原则的审查流程分别有目的比较、行为比较、结果比较三种类型,而这三种类型可依次形成轻度、中度及严格的三重审查强度。从行动流程来讲,行为前必然有目的,结果前必然有行为,在探究行为或结果是否恰当之前,须先满足目的要求,审查对象若未满足前阶段的要求,便不需进入下一阶段的审查。

(1)轻度:目的正当性审查

公权力的主要功能是承载法的价值以期实现良好效果。从目的正当性原则的审查内容来看,目的只要求行动者满足保障权益大于限制权益,且未采取任何限制公民自由表达的行动的要求即可。这种要求是一种经验认知与因果律层面的,不牵涉行为与结果的验证,即从决策计划层面阐明目的正当的理由,没有任何限制公民自由表达的行动。值得注意的是,虽然目的正当性原则被赋予了客观化目标,但无须以最大化效益的理性要求作为审查标准。公权力的行动与个体行动趋近,行动者会从最大化命令的结果层面固定目的,驱动行为达至目的要求,获取符合目的的结果,但按有限理性的观点,行动者存在信息掌握差异、认知偏差、心理等复杂问题,最大化效益很难实现^④;司法审查中,裁判者不仅需要尊重行政裁量与判断,同时还需要避免主观化的个体经验与行政活动相矛盾而不当干预行政,故目的正当性原则可舍弃最大化效益标准,采用改进标准,即“赢利者能够对损失者进行弥补,不论他们是否这样做”^⑤,这更加符合目的正当性的要求。

就此而言,目的正当性审查中行政主体所需承担的举证责任较轻,其只需在目的层面有改进现状的决策目标和平等的商谈环境,便可满足正当性要求,笔者将此种强度的审查认定为“轻度审查”。

(2)中度:正当目的之下的行为适当性及必要性审查

目的驱动行为后,比例原则便进入行为实施的审查。行为的审查与目的紧密衔接,建立在正当的目的基础上,不正当目的的行为不需进入本审查环节。按照行动理性的要求,决策者清楚自己行为的理由,也有能力去评价各种行为的有效性及其损害性,即便遇到新情况、突发情况导致行动者能力不足,“量力而为、审慎行

①刘权《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期,第149页。

②陈新民《德国公法学基础理论》(增订新版·上卷),第435页。

③周佑勇《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005版,第54页。

④赫伯特·西蒙《现代决策理论的基石——有限理性说》,杨砾、徐立译,北京经济学院出版社1989年版,第47、54页。

⑤理查德·波斯纳《法律的经济分析》(第7版)(中文第2版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,第17页。

事”的行动要求也必不可少。此外,从可实施的行为来看,行为应具备科学性、客观性和合目的性。首先,公权力需要在已明确的目的基础上清楚所选行为的适当性,并能评估行为所能够促进的效果;其次,公权力需要在已满足适当性的手段中,评估各手段的损害性,并选择损害最小的手段,以满足必要性;最后,若公权力欲继续增进效果,手段会进一步损害相对人权益,公权力便须与相对人商谈,避免过度损害公民权益。

手段未结束,后果处于不确定状态,行为只具备预测效果,而“一个合理的行政行为最起码要有理由,附具理由的行政行为才属于理性的行政行为”^①,故行为的审查应考量行为理由的确定性与充分性,进而言之,审查者从行为的理由出发考量预测是否理性,便可判定行为是否符合适当性及必要性。并且可通过嵌入成本/收益要素,使得公权力的预测具有普适性指标及量化的可能,进而使有效性及损害性的评估更加科学、客观,行动更加高效、便捷。

相较于“轻度审查”,对于行政手段之适当性与必要性的考察,行政主体所需提供的理据更多,审查者也有更细化的指标要求,且此类手段已满足了目的正当性要求,故笔者将此种审查强度认定为“中度审查”。

(3)严格:正当目的——适当、必要行为之下的结果均衡性审查

司法对行政结果的审查并非简单地只对结果作评价^②,在比例原则的调整框架内,结果审查的核心在于对行为效果是否符合目的作结果上的判断,所以结果的审查,既包含了目的、行为亦更加注重目的与行为后果的均衡性,若结果对应的目的不正当且行为不适当、非必要,此审查环节亦无须启动。

即便行为主体严格按照行为理性的要求,恰当地预测行为的效果而开展行动,效果最终也只能以结果验证,而结果具有不确定性,对于行为主体而言,应对这种不确定性是难以承受之重,故司法审查从结果上对行为主体提出合比例性要求已显严格^③。但是,这样的结果亦不得作为防止公权力过度侵犯公民权益的审查要素,一方面,司法活动中,首先呈现在司法官眼里的是已发生的案件事实,这种事实具备结果特征,后果考量不可避免;另一方面,结果是验证目的与行为的要素,若结果在司法审查中被忽略,行为的效果与目的价值便缺乏客观标准,审查亦会主观化,同时结果也无法为司法的经验认知注入“新鲜血液”,导致行政裁量的司法控制不具现实意义。

相较于前阶段的利益或非利益,此阶段需要确切的结果,审查者需围绕已确定的获益与损益情况进行比较,从而精准、客观地判断行政主体是否在结果上违反了比例原则。并且此阶段所考量的是已满足目的正当性、适当性及必要性的行为,“目的一行为一结果”整个过程实则都进入了审查视野,故审查强度最大,笔者将此种强度的审查称之为“严格审查”。

(4)各审查强度对应的阶层适用模式

从三重审查强度的形成过程可以发现,行为与结果的审查其实包含了前一阶段的审查或者说程度更轻的审查。这一现象归结于“过程性”特点的社会行动规律,而司法审查对这一规律的尊重,体现在不同阶段的审查要求上。“目的一行为一结果”过程是普遍理性的行动过程,以此作为司法审查阶段的区分标准符合社会行动的基本规律。基于比例原则“过程性”这一特征,各阶层不仅呈现出了三重审查强度,其实也表达出了三种阶层适用模式。

模式一:对于轻度审查,裁判者仅适用目的正当性原则。轻度审查考察行动过程上的目的构成。

模式二:对于中度审查,裁判者同时适用目的正当性原则、适当性原则及必要性原则三个阶层。进入中度审查的行为必须满足目的正当,进而言之,中度审查已包含轻度审查,同时满足比例原则的前三个子原则,实际考察了行动过程上的目的构成、行为实施。

模式三:对于严格审查,裁判者需适用目的正当性原则、适当性原则、必要性原则及均衡性原则四个阶层。进入严格审查的行为应满足目的正当、行为适当和必要,进而言之,严格审查已包含了中度审查,同时满足比例原则的全体子原则,实际考察了行动过程上的目的构成、行为实施及结果实现。

①刘东亮《过程性审查:行政行为司法审查方法研究》,《中国法学》2018年第5期,第133页。

②江利红《以行政过程为中心重构行政法学理论体系》,《法学》2012年第3期,第51页。

③雷磊《司法裁判中的价值判断与后果考量》,《浙江社会科学》2021年第2期,第46—50页。

综上,经过基于比例原则“过程性”特征的构造,比例原则各阶层可在行动过程上呈现一种类型化的审查强度以及对应的适用模式。比例原则的“阶层类型化”模式关系行为主体的整个行动过程“目的—行为—结果”,依据不同阶段过程的审查内容获得了三重审查强度,即“轻度—中度—严格”的审查。当然,这一模式还属于理论场域的构造,其能够在司法实践上发挥指导作用才属于本文的研究旨趣,下文将紧紧围绕这一模式如何在实践中得以运用进行阐述。

三 “阶层类型化”的实践运用:形成比例原则审查标准体系

比例原则的“阶层类型化”模式只是厘清了比例原则各阶层之间在理论上的操作逻辑,更为重要的是:这一模式如何在司法实践中运用,实现案件当中阶层的秩序化操作。阶层秩序问题归结于法官的自由裁量空间及阶层的审查标准两项主客观原因,但就阶层秩序作为司法审查的实施机制而言,法官主观裁量空间的完善亦是一种客观面向的规则制约,两者之间具有“主观外化”与“客观内化”的关系,关键还在于客观症结的解决^①。因此客观面向的比例原则审查标准体系能致力于回应审查标准的不具体、不成体系以及主观裁量空间过大问题的化解。

具体到比例原则各阶层的操作来看,理论上“阶层类型化”模式与实践中审查标准体系的运用需要识别要素的衔接,一方面识别要素用于定位应当采取的审查强度和适用模式,另一方面通过识别要素筛选复杂的个案信息,找到核心的审查内容。简言之,识别要素是不同审查强度如何应用于不同案件,以及某一案件采用哪一审查强度的定位成分。在行政诉讼实践中,司法审查的关键在于权衡行政主体与私权主体的权益,并伴有行政主体与审判主体之间的权力平衡,裁判者不仅需要保障权利,也要控制权力,同时还需尊重权力^②,如公民权益属性及状态、公共利益的重要性及保护强度、当事人的私益受损程度、行政主体的裁量空间、事务的专业性等多方面因素都是裁判者所需考量的要素^③。但是,如果将这类要素作为“阶层类型化”模式中各审查强度的识别要素,强度的定位过程不免过度繁杂,难以操作,因而将案件中的考量要素加以简化,提炼出各类型审查强度的识别要素是必要的。进而言之,比例原则审查标准将与识别要素同步形成,“阶层类型化”模式内每一审查强度配有对应的识别要素和审查标准,进而形成配套的比例原则审查标准体系。

(一)轻度审查的识别要素及审查标准

轻度审查存在行政行为明显合比例或行政目的明显不正当的特征^④。明显合比例指在结果上,即便一个非专业人士也能够识别行为明显未造成过度损害(此处并非审查行为,而是因司法的结果审视特性,一些明显合比例性的行为不需要审查),审查者仅通过简单探究目的便可判定目的是否正当。这类案件通常简单,普遍存在,对公民权利义务影响小,容易权衡。比如行政机关对初次非法运营车辆司机作行政警告处罚,为节约司法资源,裁判者可采取轻度审查的方式;即使某些案件复杂,专业性较强,但明显牵涉了巨大的公共利益,法官为持谨慎态度,避免过度干涉这类案件的行政处理,亦可采用轻度审查的方式。

明显不正当指从目的层面看,公权力的目的明显不符合目的正当性原则,行为主体从主观上意欲过度损害相对人权益,或忽视可能过度损害相对人权益,或故意限制相对人表达的自由,不听取或不充分听取相对人陈述意见等都会导致行政目的明显不正当。这些情形往往在行为层面表现为明显不合比例,但为避免审理行为的复杂化,仅在目的层面作出否定性评价即可,不必深入行为的审理过程,且为避免公权力恶意利用“结果导向性”特点,事后弥补或改变不合比例的结果,或投机取巧偶然地使结果符合了比例性的情形,轻度审查也可作出排查,以发挥警示、监督作用。所以,“显著性”可作为轻度审查的识别要素,当行为明显合比

^①罗重海、禹楚丹、石瑞婷《反思与重构:论行政诉讼证明标准的类型化构建——以255份裁判文书为研究样本》,贺荣主编《深化司法改革与行政审判实践研究(下)——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集》,人民法院出版社2017年版,第1450页。

^②章剑生《论利益衡量方法在行政诉讼确认违法判决中的适用》,《法学》2004年第6期,第48页。

^③有关个案考量的要素,蒋红珍认为有:判断余地和行政裁量空间、手段限制的权利类型及其效果、手段的目标与手段欲保护的利益类型、核心事项的技术性与专家行政要求、类似产品、生产者或受管制方的待遇等(参见:蒋红珍、王茜《比例原则审查强度的类型化操作——以欧盟法判决为解读文本》,《政法论坛》2009年第1期);刘权认为有:受侵害权利的属性与种类、权利受到侵害的方式和程度、公共利益的属性与种类、事务的专业性程度等(参见:刘权《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期)。总体而言,学者们对比例原则在个案适用中所需考量要素的观点较为一致,本文在此不赘述。

^④刘权《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期,第150—151页。

例,采用轻度审查排除目的不正当;当目的明显不正当,采用轻度审查作否定性的法律评价,如表1所示。

表1 轻度审查的识别要素与审查标准

考量要素	识别要素	审查标准	审查价值
公民权益属性及状态、公共利益的重要性及保护强度、当事人的私益受损程度、行政主体的裁量空间及事务的专业性等	显著性	行为明显合比例	排除目的不正当
		目的明显不正当(行为往往也不合比例)	目的不正当的评价方法;防止行政主体投机取巧,恶意利用“结果导向性”特点;简化部分案件的审理流程

(二)中度审查的识别要素及审查标准

进入中度审查的案件,需满足轻度审查的基本要求,中度审查不能简单以显著性为识别要素,审查者需要深入探究行为主体的思维及决定过程,即行为过程的考察,并考量行政行为的理据是否充分,作出的行为是否符合合理性。

行为是为实现目的所采取的,自始至终只能为目的服务,违背目的即不适当;且在多种行为都可实现目的的情况下,有损害更小的行为却未采取,行为也是值得怀疑的。针对一般的案件,行政主体按照经验习惯及因果律关系,行政行为违反比例性的可能性较小,然而,当行政主体处理的事务过度复杂困难,事态易变化、易发新情况之时,行为往往会过度损害相对人权益。按理性人的要求,即便行政事务复杂、事态易变化或易发新情况,行政主体亦应能预测并预防,否则过度损害的责任需由行政主体承担;但理性是有限的,对无法预见的新情况、新变化或根本无法处理的复杂事务,按正义原则,一律让行政主体承担责任不免太苛刻^①。故而,在较为一致的考量因素下,将手段未能促进目的或有更小损害的手段,一些事务过度复杂,事态易变、易发新情况的案件纳入中度审查符合合理性要求,其中行为的有效性或损害性、复杂性、事务状态便可作为识别要素,对应的审查标准如表2所示。

表2 中度审查的识别要素与审查标准

考量要素	识别要素	审查标准	审查价值
公民权益属性及状态、公共利益的重要性及保护强度、当事人的私益受损程度、行政主体的裁量空间及事务的专业性等	有效性或损害性、复杂性、事务状态	手段未能促进目的或有损害更小的手段	避免行为违背目的;防止为增进有效性,恣意扩大损害性
		事务过度复杂困难	排查有能力避免过度损害而未避免;避免因无能为力受到不利裁判
		事态易变、易发新情况	避免司法审查过于苛刻;激励行政主体积极应对事务的变动

(三)严格审查的识别要素及审查标准

进入严格审查的案件,亦需满足轻度与中度审查的要求。严格审查要求结果符合预期,其中不仅包含行为有助于目的实现,结果也应与预测的效果相一致。严格审查下行政主体须提供完整的证明,否则无法通过。第一,公权力对公民权益造成较大损害是必要的;第二,行为的过程须严格按照事前设定的方式展开,避免损害扩大;第三,损害性虽然很大,但实现的价值已超过损害,并有确切的结果。

严格审查不仅对行政主体的干涉力度大,也会耗费更大的司法成本,采用时应十分审慎。针对公民权益受损较大,需特别保护的个案,比如关涉到公民生命、身体健康、人格尊严等权益时,司法应作严格的审查;同时,公民受损的权益虽不是人身权益,但与个人财产紧密相关,实现的目的未能明显超过损害,且有受损超过获益的倾向,案情较复杂需整体梳理,也需严格审查,如房屋拆迁、征收征用、责令停产停业等;再者,对于严格审查的行政行为,其事态不易变或发生新情况,因事态易变或易发新情况往往无法准确预测结果,而这种预测与结果不一致的常发性会降低严格审查的价值功能,无法激励行政机关积极履职,所以严格审查所针对的行政行为有较为稳定的发展状态,按照经验习惯和因果律应能准确掌握,如表3所示。考量要素不变,能

^①翟翌《比例原则的正当性拷问及其“比例技术”的重新定位——基于“无人有义务做不可能之事”的正义原则》,《法学论坛》2012年第6期,第124页。

够进入严格审查的案件往往有权益损害严重或案情复杂等特征,而案件的严重性、复杂性也反向体现了深度实质审查的必要,故事态、损害性及复杂性可作为识别要素,对应的人身性案件和财产性案件都有其各自的审查标准。

表 3 严格审查的识别要素与审查标准

考量要素	识别要素	审查标准	审查价值
公民权益属性及状态、公共利益的重要性及保护强度、当事人的私益受损程度、行政主体的裁量空间及事务的专业性等	事务状态、损害性、复杂性	人身性案件:权益损害性大,需特别保护	尊重人格尊严,保障法治基础
		财产性案件:获益未明显超过损失,有小于损失的倾向,案情复杂	避免公权力间接损害公民权益,造成隐性的社会福利损失

在比例原则三重审查强度体系下,根据强度差异,“阶层类型化”的实践运用具备了三类识别要素,并形成了七项审查标准。七项审查标准发挥了比例原则各阶层的精细化及体系化运用的优势:一是,法官在审查案件中不用笼统地考究比例原则各阶层的内涵,而是直接从个案出发,按照具体的审查标准明确应当实施的审查强度,审查标准与三重审查强度内在一致,尤其更加精细化;二是,七项审查标准具有强度递增、相互独立的特点,审查强度更大的标准会排斥审查强度低的标准,如任何人身性案件都应当进行严格审查,而不论行为是否明显合比例,体系性较强,避免阶层的一概偏向宽松审查,散乱适用。值得注意的是,识别要素属于七项审查标准的内在扩展成分,即识别要素用于筛选个案中的核心审查内容,并定位审查强度,故三类识别要素和七项审查标准实则共同构成比例原则“阶层类型化”运用的审查标准体系。

四 结语

比例原则的“阶层类型化”就本文问题意识而言,在于回应阶层适用及审查逻辑问题,并形成了比例原则的审查标准体系以夯实比例原则的审查基准,进而也深层次解决了法官自由裁量空间过大及审查标准不具体、不成体系问题。不过,比例原则的“阶层类型化”不仅可实现秩序性,同时还可作为比例原则的部门法渗透提供一定思路。比例原则属于一种手段/目的理性,其呈现的“目的—行为—结果”之“过程性”实则属于一种贯穿人类活动的过程,任何行动者都会在此架构内活动。尤其是在近年学界不断倡导将“成本—收益”分析加入比例原则,强化比例原则的精确化、具体化的分析能力的背景下,“阶层类型化”不仅可成为“成本—收益”分析嵌入的框架结构,而且还可为比例原则的技术化运用提供可能空间,特别是可为比例原则在私法领域的延伸提供考量标准与技术上的可能。当然,这一论断有待笔者下一步的研究,同时本文比例原则“阶层类型化”方法并不排斥其他的审查方案,旨在为解决实践中的阶层操作问题提供一定参考,在裁判者难以抉择之时,供应些许思路。

[责任编辑:苏雪梅]