

比例原则在行政诉讼中的适用 ——以 28 个典型案例为分析对象

崔梦豪*

内容提要：我国是成文法国家，在行政诉讼中法院一般都要依据具体的法律规则进行裁判。为了彻底解决行政争议，法院不仅可以利用比例原则进行充分的说理，还可以直接依据比例原则的内容进行裁判。法院在适用适当性原则时，可以从实体和程序两方面审查行政行为。在实体方面，行政主体选择的行政行为要有助于其目的的实现；在程序方面，行政主体选择的行政程序要有助于实现其行政行为。法院在适用必要性原则时，在行政主体拥有多种行为方式时，要尊重行政主体的首次判断权，一般不适用变更判决；在行政主体的某一具体行为不符合必要性原则达到明显不当时，法院可以适用变更判决。法院在利用均衡性原则进行司法审查时一般拥有较大的司法裁量权，必要时可以利用司法裁量权代替行政裁量权。为了充分限制行政裁量权和司法裁量权，将来比例原则的内容应该更多地体现在法律规定当中，实现法律原则的规则化。

关键词：比例原则 适当性原则 必要性原则 均衡性原则

一、引言

随着我国政府履行职能方式的转变，政府越来越多地介入到公民的生活当中，行政权所包含的内容也越发广泛，行政主体的裁量权也越发强大。比例原则作为行政法的一个基本原则，通过指导立法、约束行政主体的行政行为来规范行政裁量权。在行政诉讼中，法院还可以利用比例原则来审查行政主体的行政行为，救济相对人受到损害的权利。比例原则是行政法中一个不可或缺的基本原则。正如陈新民教授所言，比例原则是约束行政权违法最有效的原则，其在

* 华东政法大学 2017 级宪法学与行政法学专业博士研究生。

行政法中的地位，可比拟民法中的“诚信原则”。因此，将比例原则作为行政法中的“帝王条款”，当不为过。^{〔1〕}

比例原则作为一项基本原则在行政法理论上得到了认可，但还没有出现在我国的法律和法规当中，不过其内涵已经被很多法律条文所吸收。在我国的司法实践中，比例原则作为一项行政法基本原则得到了运用，下文就用司法实践中的一些案例，来研究我国比例原则的具体内涵及一些司法运用的标准。本文所引用案例的基本情况如下：

终审法院	最高人民法院	高级人民法院	中级人民法院	基层人民法院
数量（件）	2	11	13	2
案件涉及地区	黑龙江省、辽宁省、新疆维吾尔自治区、北京市、天津市、河北省、河南省、山东省、湖北省、江西省、浙江省、江苏省、上海市、福建省、广东省、海南省、重庆市、青海省、山西省			

二、我国行政法上的比例原则

（一）比例原则的内涵

比例原则是指行政权特别是行政裁量权的行使应该全面衡量公共利益和个人利益，尽可能地采用对个人权利侵害最小的手段，对个人权利的损害和行政目的所追求的公共利益应该保持均衡。^{〔2〕}“杀鸡焉用宰牛刀”就是对比例原则最通俗的解释。根据通说的理论，比例原则应该包括三个子原则：适当性原则、必要性原则和均衡性原则。^{〔3〕}

适当性原则是指行政主体的行为和行政目的之间要有关联性，即要求行政手段能够实现行政目的，而不能是手段和目的毫不相干。其重点在于如何选取不同类型的行为方式。例如，有些城市为了治理司机晚上滥用远光灯，而让滥用远光灯的司机坐在小板凳上被远光灯照射 1 分钟。很难说这个行政行为有助于实现其目的。必要性原则又可以称为最小侵害原则，是指在法律允许的多种手段中，行政主体应该选取对相对人侵害最小的手段。其重点在于法律允许的相似手段之间如何选择。例如，现在为了整治环境污染，一些地方的行政主体一律关停没有环保许可证的企业，这种行为明显地违背了最小侵害原则。均衡性原则也称为狭义比例原则，是指行政主体的行为对公共或者个人利益造成的损害，要和其所追求的公共利益之间保持均衡，而不能因小废大。

比例原则三个子原则的关注点主要在两方面。第一，适当性原则和必要性原则主要是行政手段和目的的关系。用直观的数学模型可以这样表示： $1+5=6$ 、 $2+4=6$ 、 $3+3=6$ 、 $7-1=6$ ，第一个数字如果代表行政手段对权益损害的量，在为了达到求和等于 6 有多种方法时，应该首先排除运用减法的方式，因为这个与求和等于 6 没有关联性。在剩余的三种方式中应该选择 $1+5=6$ ，因为这个对相对人权益的损害最小。第二，均衡性原则的关注点在价值衡量，用直观的数学模型

〔1〕 参见陈新民：《行政法学总论》，三民书局 2005 年版，第 92 页。

〔2〕 参见章志远：《行政法总论》，北京大学出版社 2014 年版，第 98 页。

〔3〕 参见姜明安：《行政法》，北京大学出版社 2017 年版，第 124、125 页。

可以这样表示：行政主体所追求目的为价值 X，但是其行为对公众或者个人的利益造成的损害为价值 Y，那么最优结果应该是 $X > Y$ ，至少也应该是 $X = Y$ 。如果其价值衡量的结果为 $X < Y$ ，那么就违反了均衡性的原则。

（二）比例原则在司法实践中的引入

我国关于比例原则的司法实践起源于汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案。^{〔4〕}在这个案件中，法院把理论上的比例原则充分运用到司法实践当中，很好地体现了比例原则三个子原则的内涵。首先，法院运用适当性原则分析了拆除违法建筑这个行政手段有助于恢复中央大街的景观；其次，法院利用均衡性原则分析行政处罚所追求目的的权益大于拆除违法建筑给相对人造成损害的权益；最后，法院运用必要性原则说明一审判决中改变的拆除面积以及变更的罚款数额比行政处罚中的拆除面积及罚款数额对相对人权益的损害更小。这个案件的判决书恰如一部鲜活的素材，对我国学者深入研究和探讨比例原则起到重要的推动与促进作用。^{〔5〕}在其之后，一系列的学者开始关注和研究比例原则。同时，这个案件也是比例原则由理论走向实践的起点，充分说明我国的法律实践开始接受比例原则作为行政法的一个基本原则。

（三）比例原则对行政诉讼的意义

对于行政诉讼来说，公正地解决官民之争至关重要。司法公正不但要求法院的审判过程遵循平等和正当的原则，也要求法院的审判结果体现公平和正义的精神。法院要实现公正的判决结果，要严格依据法律规定进行审理。然而法律规则无法为需要解决的问题提供唯一的、确定无疑的答案，可谓古今中外司法者和执法者经常面临的一种困境。^{〔6〕}因此需要法律原则辅助法律规则为法院提供依据。

在李钊与新疆大学教育行政处理案中，学校对于学生作弊的行为有多种处理方法可以选择，学校选择了最终的开除处理决定。在审理中，法院根据法律规则，结合比例原则确定了学校的处理决定违法，从而保护了学生的权利。还有很多情形，一些具体的案件缺乏直接的法律依据，这时法院需根据行政法的一些基本原则进行阐释，或者将一些基本原则直接作为判决结果的依据。例如任敏与巫山县铜鼓镇人民政府案，法律并没有规定行政主体如何去制止骑摩托车不带头盔的违法行为，而行政主体采取强制拔取钥匙的做法。法院根据均衡性原则来说明其有可能造成的损害比获得的利益更小，从而直接判决其行为违法。

从另一方面来说，行政诉讼中利用比例原则来审视行政行为，是对立法主体和行政主体运用比例原则的检验。因为在立法和执法过程中，公权力主体运用比例原则进行的各种活动，是其自身的主观价值判断的结果，但其内部不存在检验环节，而是以行为主体的身份作出的利益考量。^{〔7〕}这时就需要法院以第三方的身份来判断其是否真的把比例原则融入公权力行使当中。但是法院也不能过度适用比例原则。因为，如果无限制地适用法律原则，就会导致法律规则的平均

〔4〕 参见最高人民法院（1999）行终字第20号行政判决书，载《最高人民法院公报》1999年第4期。

〔5〕 参见湛中乐：《行政法上的比例原则及其司法适用——汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案的法律分析》，载《行政法学研究》2003年第1期。

〔6〕 参见中华人民共和国最高人民法院行政诉讼庭：《中国行政诉讼案例》（第2卷），中国法制出版社2011年版，第1-4页，第40号案例。

〔7〕 参见王书成：《论比例原则中的利益衡量》，载《甘肃政法学院学报》2008年第2期。

化和同样化，从而导致法律规则的无效，使得公权力落入司法手中，会引发人治的危险。^{〔8〕}但是，比例原则同样可以约束法院的司法裁量权，从而实现公正裁判，保护公民的合法权益。^{〔9〕}正因如此，《行政诉讼法》把比例原则的内涵法条化，例如第74条第1款的确认违法情形以及第77条的变更判决都是比例原则的具体体现，从而防止比例原则的滥用。

三、司法案例中的比例原则

《行政诉讼法》第6条规定了行政诉讼审查行政行为合法性的基本原则。比例原则作为控制行政裁量权的手段，主要体现在行政行为的合理性方面。那么，法院为什么可以依据比例原则进行审判呢？其原因有以下四方面：

第一，比例原则作为行政法的基本原则指导行政立法，很多法条都体现了比例原则的内涵，因此法院可以依据具体的法律规定审查行政行为的合法性。例如《行政强制法》第43条^{〔10〕}就根据比例原则中最小侵害原则的内涵规定了行政机关不得采取严重影响公民基本生活的方式迫使当事人履行相关行政决定。第二，《行政诉讼法》第77条^{〔11〕}规定了变更判决的方式，说明行政诉讼中法院可以在特殊的情况下审查行政行为的合理性，这就为适用比例原则提供了依据。第三，《行政诉讼法》第64条规定了法院可以附带的审查规范性文件，从而排除适用不合法的规范性文件。比例原则作为行政法的基本原则之一，法院可以用比例原则的内涵判断规范性文件某些内容是否违法。第四，在某些新兴领域缺乏法律规定的时候，为了解决行政争议，保护相对人的合法权益，法院可以直接利用行政法基本原则之一的比例原则进行审判。这就相当于：穷尽法律规则，方得适用法律原则。^{〔12〕}

我国司法实践中很多案例都体现了比例原则。

（一）适当性原则

适当性原则又称为适合性原则或者相当性原则，是指行政活动的作出应该有利于行政主体所追求目的的实现。^{〔13〕}也即，行政主体手段的选择，应该依据其所要达成的行政目的。比例原则中的适当性具有实体和程序两方面的含义。^{〔14〕}在实体方面，行政主体选择的行政行为要有助于其目的的实现；在程序方面，行政主体选择的行政程序要有助于实现其行政行为。

在行政处罚领域，适当性原则也体现在实体和程序两方面：第一，行政处罚类型的选择要有

〔8〕 参见范剑虹：《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与中国的借鉴》，载《浙江大学学报》（人文社会科学版）2000年第5期。

〔9〕 参见姜城：《行政法中比例原则的价值分析》，载《政法学刊》2009年第6期。

〔10〕 《行政强制法》第43条规定：“行政机关不得对居民生活采取停止供水、供电、供热、供燃气等方式迫使当事人履行相关行政决定。”

〔11〕 《行政诉讼法》第77条规定：“行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的规定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。”

〔12〕 参见舒国滢：《法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2005年第1期。

〔13〕 参见前引〔2〕，章志远书，第98页。

〔14〕 参见黄学贤：《行政法中的比例原则》，载《法律科学》2001年第1期。

助于行政处罚目的的实现；第二，处罚程序的选择要有助于处罚类型的实现。《行政处罚法》设置了不同的处罚类型来适应行政主体不同的处罚目的，因此，行政主体在选择处罚类型的时候就要有助于实现其目的，否则就违反适当性原则。在司法实践中，法院审查处罚类型和处罚目的之间的关系时，行政主体拥有较大的裁量权，法院一般尊重行政主体的首次判断权，只要处罚类型有助于实现其目的就行，并不要求事实上一定能够实现其目的。也即只要措施不是完全不适当，就符合适当性原则。^{〔15〕}

例如，在刘慧宇与北京艾恩吉商贸有限公司、国家税务总局案中，^{〔16〕}法院审理后认为，阻止出境措施相对于偷税、逃避追缴欠税、骗税、抗税行为，是一种法律责任的承担方式。针对企业存在的上述违法行为，阻止企业法定代表人出境的目的在于督促企业承担纳税的法律责任。这部分的说理充分体现了法院在认定手段和目的关系时采取的态度是：手段有助于目的的实现就行，而并不是手段一定能够实现其目的。

陈跃军与天津市公安交通管理局河东支队行政处罚案^{〔17〕}也体现了这个观点。上诉人主张在有交通技术监控设施的情况下，就不应适用拦截执法，违反了行政法的比例原则。但是法院并没有支持上诉人的主张，而是认为民警现场执法也不违反相关法律规定，现场执法更有助于实现交通管理的目的。在处罚程序和处罚行为中，此时行政主体的目的是实施行政处罚，处罚程序就是其达到目的的手段。法律规定不同的处罚程序适用不同的处罚类型，行政主体拥有较小的裁量权，那么法院审查目的和手段的时候就比较严格。因此，行政处罚程序的选择应该有助于公平和公正的实行政治处罚，否则行政主体的行政处罚行为就不合法。

在三亚嘉讯实业有限公司与乐东黎族自治县人民政府行政命令、行政确认案中，^{〔18〕}法院审理后认为，乐东县政府作出的11号收地决定程序违法。根据《行政处罚法》第38条及相关规定，行政机关作出行政处罚必须查明事实。调查终结，行政机关负责人应当对调查结果进行审查，根据不同情况，分别作出决定；对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当集体讨论决定。本案系无偿收回国有土地使用权，属于对重大违法行为给予较重的行政处罚，故在调查终结后应当由行政机关的负责人集体讨论决定。本案中，乐东县政府无法证明收地决定经过了集体讨论，违反了行政处罚的法定程序，嘉讯公司辩称乐东县政府作出11号收地决定程序违法于法有据，本院予以采信。《行政处罚法》中根据适当性原则的内涵规定了不同的决定程序对应不同的处罚种类。这个案件中行政主体是要对行政相对人进行较重的处罚，但是乐东县政府采取的决定程序不能公平公正地实现其处罚，因此被法院直接认定违法。

在行政公开领域，行政主体的目的是要公开其信息让公民知晓，因此其公开手段只要在法律允许的范围内就行，不像在行政处罚中有那么严格的程序性要求。例如，在范展固、范展球、范裕向与广东省发展和改革委员会行政批复纠纷案中，^{〔19〕}法院审理后认为，《企业投资

〔15〕 参见李丽艳、董卫：《比例原则在行政审判中的适用》，载《人民法院报》2003年1月25日。

〔16〕 参见北京市第一中级人民法院（2017）京01行终387号行政判决书。

〔17〕 参见天津市第二中级人民法院（2015）二中行终字第176号行政判决书。

〔18〕 参见海南省高级人民法院（2015）琼环行终字第4号行政判决书。

〔19〕 参见广东省高级人民法院（2015）粤高法行终字第504号行政判决书。

项目核准暂行办法》第14条规定：“对于可能会对公众利益造成重大影响的项目，项目核准机关在进行核准审查时应采取适当方式征求公众意见。对于特别重大的项目，可以实行专家评议制度。”据此，行政机关对项目征求公众意见的方式拥有自由裁量权。本案中，被上诉人选择在核准涉案项目前在其官方网站上进行公示，符合上述规章要求，符合法定程序。从适当性原则看，这个案件争议的焦点在于公开的手段能不能达到公开的目的。因为法律没有规定具体的公开方式，所以行政主体在公开方式的选择上有一定的裁量权，法院并不能过多地干预行政主体的裁量权。从行政主体公开方式的选择来看，网上公开的方式有助于其征求公众的意见，因此法院没有支持上诉人的观点。

在拒绝公开领域，行政主体的目的是多种多样的，拒绝公开就是行政主体的手段，那么法院就会进行严格的审查，看手段是否有助于其目的的实现。例如，在周如倩诉上海市人力资源和社会保障局和社会保障局政府信息公开决定案中，^[20]法院审理后认为，公开高评委专家名单可能引发的不正之风、打击报复等并非评委所面临的独有的职业风险，抵制不正之风、不畏打击报复是对我国较多行业从业者提出的基本职业要求。同时由于评委的投票并不公开，被告对职称申报者可能会扰乱评委个人的工作、生活，或实施打击报复的假设缺乏合理的根据。被告所持理由并不能充分说明公开名单会危及社会稳定。本案的争议焦点在于公开是否会影响社会稳定，行政主体的目的是为了维护社会稳定，其手段是拒绝公开专家名单。法院通过严格的分析论证说明，公开专家名单并不会危及社会稳定，因此否定行政主体手段和目的之间的关联性。

在行政强制领域，适当性原则主要体现在行政强制所追求行政目的的正当性以及目的与手段之间的关联性。^[21]在采取强制措施的种类上，行政主体拥有较大的裁量空间，法院根据行政强制只要有利于达到其目的的原则，一般都会尊重行政主体的裁量权。例如，在栾城县新峰锌厂与栾城区人民政府、栾城区环境保护局案中，^[22]法院审理后认为，原告之前的违法行为表明，在有关职能部门未对其采取其他强制措施的情况下，仅靠停产整顿并不能保证原告在未取得环保手续之前，不会再自行恢复生产。对原告称自己是合法注册的销售企业，被告栾城区环境保护局已向其下达了停产治理整顿通知，其已停止生产，不应再对其采取断电措施的辩解，本院不予采纳。本案争议的焦点在于强制断电措施是否有利于达到行政主体的目的，法院的说理部分分析了强制断电措施和行政主体目的的关联性，同时也说明强制断电措施能够确保避免相对人在取得环保手续之前继续污染环境，因此认定行政主体的手段和目的之间的关联性。如果行政主体的强制措施和其目的之间具有明显的不当性，法院一般会确认行政主体违法。

在陈某某与泗水县城市管理行政执法局行政强制纠纷案中，^[23]法院审理后认为，原告原来的房屋办理了房权证，其翻建房屋时间久远，且在2012年该房屋已纳入东王片区搬迁改造范围，搬迁改造相关部门已向原告通知了住宅安置房序号抓阄、签订补偿安置协议时间和地点等事项，原告也拿到了《土地及地上附着物补偿价格表》。原告房屋已进入搬迁程序，被告再以

[20] 参见前引〔6〕，中华人民共和国最高人民法院行政判决书，第219-224页，第76号案例。

[21] 参见刘海燕：“比例原则在司法审查中的运用”，载《人民司法》2013年第13期。

[22] 参见河北省石家庄市中级人民法院（2015）石行初字第00046号行政判决书。

[23] 参见山东省曲阜市人民法院（2013）曲行初字第240号行政判决书。

未取得建设工程规划许可证责令原告限期拆除房屋，这与公平、正当、合理性行政原则相悖。这个案件中尽管没有直接提到比例原则，但是不难看出法院判决的依据还是利用适当性原则来说明责令拆除房屋的强制措施和其目的的不适当。

在行政许可领域，行政许可的设立、撤销、注销等手段要有助于行政主体目的的实现。根据《行政许可法》第13条^[24]规定，对于那些市场主体能够自主决定、自律管理、市场能够有效调节等方面的事项，设定行政许可就会影响市场经济中市场主体的决定性地位，因此设定行政许可不利于我国市场经济的健康发展，《行政许可法》就直接排除了这些方面利用行政许可手段进行规制。在行政许可的撤销、注销方面，如果不利于社会秩序的话，法院也会认定其违法的。

例如，在施瞻东诉宁波市市场监督管理局案中，^[25]原二审法院认为，被上诉人凯捷公司的债权人在本案诉讼时仅为上诉人施瞻东，被上诉人宁波市工商行政管理局作出被诉撤销注销登记行为，客观上并不涉及社会公共利益和公共秩序，被上诉人宁波市工商行政管理局在发现原注销登记错误后，决定予以撤销符合比例原则和信赖利益保护原则。但是法院审查以后认为，被申请人在凯捷公司已实际注销四年后，仅依据涉案司法鉴定意见，未综合考量凯捷公司是否仍具备公司法律特征以及撤销注销登记可能会对既存的社会经营管理秩序造成不良影响的实际情况，径直根据《企业登记程序规定》第17条第2款的规定作出撤销注销登记决定，缺乏必要性与合理性，法律适用不当。最后法院判决，撤销再审被申请人宁波市市场监督管理局于2012年11月26日所作的甬工商企注撤（2012）1号撤销注销登记决定。从这个案件的说理中可以看出，行政主体撤销注销许可的目的是为了维护社会经营管理秩序，但是在这个案件中行政主体的撤销注销登记不利于维护社会经营管理秩序，有可能会对市场秩序造成不良影响，因此法院判断撤销注销许可的手段和维护市场秩序之间缺乏必要性。

从以上的分析可以看出，适当性原则的前提条件是行政主体的目的必须是合法合理的。例如，在郑金庆与哈尔滨市国土资源局土地管理行政处罚案中，^[26]法院审理后认为，从行政执法目的和手段关系而言，手段对目的应当是适当的，虽然行政目的是正确的，但也必须选择合适的手段。在行政主体目的合法合理的前提下，法院审查行政主体的手段和目的之间的关联性的强度是不一样的。行政主体拥有较大裁量空间的时候，法院不能过多地干预行政主体的裁量权，只要行政主体的手段有助于达到其目的，法院一般都会尊重行政主体的行为。但是在适当性原则已经体现为法律规定的时候，行政主体的手段和目的之间具有一一对应性，行政主体拥有较小的裁量权，这时适当性原则的内涵就体现为手段是目的的唯一方式，法院会严格按照法律的规定进行司法审查。

（二）必要性原则

必要性原则又称最小侵害原则、最温和原则等，是指立法机关或者行政机关“在不违反或者

[24] 《行政许可法》第13条规定：“本法第十二条所列事项，通过下列方式能够予以规范的，可以不设行政许可：（一）公民、法人或者其他组织能够自主决定的；（二）市场竞争机制能够有效调节的；（三）行业组织或者中介机构能够自律管理的；（四）行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。”

[25] 参见浙江省高级人民法院（2015）浙行再字第8号行政判决书。

[26] 参见黑龙江高级人民法院（2017）黑行申241号行政裁定书。

减弱所追求之目的或者效果之前提下，面对多数可能选择之处置，应尽可能选择对人民权利侵犯最轻或者最少不良作用之法”。〔27〕从这个定义可以看出，必要性原则主要是限制行政主体的裁量权。首先，行政主体根据法律的规定有多种的方案或者手段可以利用，这是必要性原则发挥功能的前提。其次，在行政主体裁量权的范围内，才可以利用必要性原则分析其行为的合理性。

在行政处罚领域，必要性原则主要体现在两方面：第一，针对同种违法行为法律规定有多种处罚类型时，行政主体如何选择对行政相对人最小侵害的处罚类型；第二，在同一处罚类型中，行政主体如何选择对行政相对人最小侵害的处罚幅度。法院在司法审查中对这两种类型的案件使用的是不同的判决形式，因为其涉及行政主体的首次判断权问题。行政主体在选择处罚类型的时候要与其处罚行为的危害程度相当，同时也要注意最小侵害原则的适用，否则法院会判决撤销其行为。

例如，在陈丕德与哈尔滨市双城区道路运输管理站案中，〔28〕法院审理后认为，行政处罚应当遵循比例原则，做到罚当其过。处罚结果应当与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当，以达到制止违法行为再次发生的目的。因此，虽然双城运管站对未经许可擅自从事出租汽车客运的行为可以依法进行处罚，但陈丕德在本案所涉道路运输经营行为中仅具体实施了其中的部分行为，在现有证据下，双城运管站将本案行政处罚所针对的违法行为及其后果全部归责于陈丕德，并对其个人作出了较重的行政处罚，处罚幅度和数额畸重，存在明显不当。最终法院维持了一审的撤销行政处罚判决。

当行政主体对相对人的行为认识存在不足，导致其处罚类型的选择不符合最小侵害原则时，法院为了尊重行政主体对事实的首次判断权一般都适用撤销判决。但是在同一处罚类型中，行政主体对事实的认识并不存在不足，其选择的处罚幅度不符合最小侵害原则时，法院可以直接根据处罚显失公正而判决变更，因为这时不涉及行政主体的首次判断权。例如，在苏州鼎盛视屏公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案中，〔29〕法院审理后认为，被上诉人苏州市工商局对上诉人进行处罚时，没有考虑鼎盛公司主管并没有过错，侵权性质、行为和情节显著轻微，尚未造成实际危害后果等因素，同时责令其停止侵权行为即足以达到保护注册商标专用权以及保障消费者和相关公共利益的行政执法目的，因此对鼎盛公司并处50万元的罚款明显不当，罚款应该撤销。法院撤销50万元罚款、保留责令停止侵权的依据就是必要性原则，在多种手段可以达到行政执法的目的时，行政主体应该选择与事实情节相符合的同时对相对人权益损害最小的手段。

但是，在行政主体的行为没有达到显失公正的时候，法院还是要尊重行政主体的裁量权的。例如，在孙莉、尹牙娣与上海市浦东机场海关行政处罚案中，〔30〕上诉人认为浦东机场海关的处罚显失公正，违反比例原则。法院审理后认为，本案中两上诉人在被查获后均主动交出涉案现钞，具有主动消除违法行为危害后果的情形，被上诉人依法对两上诉人分别处以涉案物品价值7%的罚款，该处罚幅度既与违法行为的性质及危害程度相适应，又准确适用了从轻处罚的规定，

〔27〕 城仲模：《行政法之基础理论》，三民书局1980年版，第41页。

〔28〕 参见黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2017）黑01行中246号行政判决书。

〔29〕 载《最高人民法院公报》2013年第10期。

〔30〕 参见上海市高级人民法院（2017）沪行终267号行政判决书。

较好地体现了行政执法中的比例原则。这个案件说明法院对于行政主体在处罚幅度内的裁量权也是给予充分尊重的，只要不是非常明显地超过法律规定的幅度，一般也会用比例原则予以说明。

在教育行政处理领域，学校拥有对学生的管理、处理等权限。在涉及学生重大权利的情况下，也属于行政诉讼可以受理的行政行为，学校的处理行为也要符合最小侵害原则。例如，在李钊与新疆大学教育行政处理案中，^{〔31〕}原审法院认为，具体行政行为的作出，必须符合行政比例原则，意即享有作出具体行政行为之权力的机关或组织，在实施行政权的手段和行政目的之间，应当存在比例关系，不能超过目的所要求的价值或范围，必须在侵害行政相对人权利最小的范围内行使权力。二审法院审理后认为，新疆大学在未考虑此从轻情节并未对社会危害程度进行评估的情况下，即作出开除学籍的决定，违反《普通高等学校学生管理规定》第52条和第54条的规定，将心智尚未成熟的学生推向社会，违背了管理与加强教育相结合的立法本意。

同样的案例还有王某与衡水学院行政处罚案。^{〔32〕}一审法院认为，《普通高等学校学生管理规定》第53条和第54条的规定，有助于促进学习或学术品质的养成，但被告应依照比例原则作出符合适当性要求、必要性要求的决定，被告可以通过其他损害较小的纪律处分，督促学生认识和改正错误并观其后效，也可以达到相同的目的。而被告仅凭一次考试作弊就开除学生学籍，使学生无任何完善品质的余地，导致措施和目的之间的极不相称。因此，被告作出的处分决定依法应予撤销。这两个案件争议的焦点在于在法律允许的范围该如何选择处罚的问题。法院的说理部分把必要性原则的内涵运用于具体案件，通过分析法律规定的具体含义以及学生的违法情形，说明了学校的处分不符合最小侵害原则。但是法院却不能直接变更对学生的处理决定，因为这涉及学校对学生管理的裁量权和首次判断权，最后适用的都是撤销判决，并责令重新作出处理决定。

在行政强制领域，《行政强制法》第5条就是必要性原则的体现，不管是行政强制的设定，还是行政强制方式的选择，都必须符合最小侵害原则。^{〔33〕}必要性原则在行政强制领域适用的前提是行政主体拥有多种强制手段。例如，在樊楠与随州市曾都区人民政府案中，^{〔34〕}法院审理后认为，上诉人樊楠认为曾都区城建局强制拆除范围超过了必要的限度，违反了比例原则。法院认为，由于上诉人樊楠擅自搭建的房屋和部分围墙构成一个整体，不具有明显的可分性，曾都区城建局对涉案的违章建筑整体进行了拆除，并未违反比例原则。法院的说理其实是从是否有多重手段的前提出发，房屋和围墙具有不可分性，不能进行部分拆除，行政主体只有一个手段就是全部拆除，因此自然就不违反必要性原则。

在拥有多种强制手段的前提下，行政主体所选择的手段必须对相对人侵害最小才符合比例原则。例如，在刘文琪与上海市公安局徐汇分局华泾派出所案中，^{〔35〕}法院审理认为，民警除实施了必要的制止行为外，并未采取其他强力手段，且制止行为在刘文琪被制服后便告停止，故其行为并未超过《操作规程》第20条、第21条规定的限度。

〔31〕 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2014）乌中行终字第63号行政判决书。

〔32〕 参见河北省衡水市中级人民法院（2015）衡行终字第16号行政判决书。

〔33〕 参见信春鹰主编：《中华人民共和国行政强制法释义》，法律出版社2011年版，第21-23页。

〔34〕 参见湖北省高级人民法院（2016）鄂行终649号行政判决书。

〔35〕 参见上海市第一中级人民法院（2014）沪一中行终字第326号行政判决书。

如果行政主体在多种手段中没有采取侵害最小的手段,给相对人造成额外的损害,行政主体要承担赔偿责任。例如,在“西宁城北内燃机销售维修部与西宁市城北区人民政府拆迁行政赔偿案”中,^[36]法院审理后认为,按照依法行政的要求,即使对违法建筑物强制拆除,行政机关也应当遵循法定程序和比例原则,尽量避免强拆行为给行政相对人造成不必要的财产损失。本案中,城北区政府在实施强制拆除前未遵循法律规定履行催告、公告等程序,客观上剥夺了维修部自行拆除及尽量保留建筑材料使用价值的机会,使一些本可以再利用的建筑材料被损毁,致使维修部损失扩大,对扩大部分的损失,城北区政府理应承担赔偿责任。

类似的案件还有任敏与巫山县铜鼓镇人民政府案。^[37]法院审理后认为,采取这一躲避行为并不当然产生摩托失控倒地的后果,但是行政机关在制止相对人的违章行为时应考虑比例原则,采取附加伤害最小的方式。乘坐摩托车时不戴安全头盔是违章行为,该行为更多的是危害自身的安全,制止该违章行为的紧迫性从公共安全的角度来说并不明显。而对于行进中的摩托施加干扰拔除钥匙迫使停车,就是危害公共交通安全的行为,其潜在的受损对象是不特定的人员,危害性更大。不应以危害较大的行为制止相对较轻的违章行为。原审法院综合考虑本案情况,给铜鼓镇人民政府划分60%的责任并无不当。

必要性原则除了在传统的侵益行政领域中适用,在其他行政领域也可以适用。例如,在“郑仲华不服福建省莆田市建设局拆迁行政裁决案”中,^[38]原告诉称,裁决决定的产权调换方式,将原告有独立产权的店面调换为“按份共有权”的店面,使原告对店面的占有、使用、收益和处分的权利受到限制,损害其合法权益。法院审理后认为:以按份额比例享有安置商场所有权的方式,进行产权调换,使得原告原享有的专有所有权变为按份所有权,其占有、使用、收益和处分的权利受到限制,客观上给原告造成损害,这一内容明显不当,决定撤销。从必要性原则看这个案件,行政主体在产权调换的时候,有多种方式可以选择,最少也应该是同值补偿,但是其选择的方式的实际价值是低于相对人财产价值的,因此违反了最小侵害原则。

类似的案例还有山西省安业集团诉太原市人民政府收回国有土地使用权决定案。^[39]法院审理后认为,对被征收不动产价值评估的时点,一般应当为征收决定公告之日或征收决定送达被征收人之日。因征收人原因造成征收补偿不合理迟延的,且被征收不动产价格明显上涨的,被征收人有权主张以作出征收补偿决定或者签订征收补偿协议时的市场价格作为补偿基准。例如,在“连云港东盛建设工程有限公司与被上诉人连云港市人力资源和社会保障局工伤行政认定案”中,^[40]法院审理后认为,根据行政比例原则,职工迟到、早退等轻微违纪行为应受到劳动纪律的制裁,不足以导致失去工伤保险的资格,不影响对其“上下班途中”的认定。其要义在于:上下班途中是认定属于工伤的关键因素,在认定上下班途中时应该根据必要性原则,以尽可能少损害工人利益的因素来认定不属于上下班途中。

[36] 参见青海省高级人民法院(2016)青行终58号行政赔偿判决书。

[37] 参见重庆市第二中级人民法院(2016)渝02行终128号行政赔偿判决书。

[38] 参见中华人民共和国最高人民法院行政审判庭:《中国行政审判案例》(第3卷),中国法制出版社2011年版,第133-136页,第107号案例。

[39] 参见最高人民法院(2016)最高法行再80号行政判决书,载《最高人民法院公报》2017年第1期。

[40] 参见江苏省连云港市中级人民法院(2017)苏07行终35号行政判决书。

从以上的分析可以看出，必要性原则适用的前提条件是行政主体有多种手段可以适用，但是手段的形式可以是侵益行为，也有可能是授益行为。在侵益行为中，必要性原则体现在行政主体应该适用对相对人权益侵害最小的行为；而在授益行为中，必要性原则体现在行政主体的行为起码不能侵害相对人原有的利益，应该适用能够使相对人利益最大化的行为。^{〔41〕} 必要性原则在行政主体的裁量权中主要体现在两方面：多种手段之间的最小侵害原则和同种手段之内的最小侵害原则。行政主体在多种手段之间选择最小侵害手段时，要与其执法目的和相对人行为的情节相符合，这里涉及行政主体对事实认定的首次判断权，法院一般要尊重行政主体的首次判断权，基本不用变更判决的方式。行政主体在同种手段内利用裁量权进行行为时，尽管有时不是最小侵害原则，但是法院也要给予尊重，除非达到了显失公正的情况，法院才会利用最小侵害原则变更行政行为。

（三）均衡性原则

均衡性原则又称狭义比例原则，是指行政主体拟实施行政行为时，应该进行利益衡量，确认实施该行为不仅对实现相应行政目标是适当和必要的，而且只有通过该行为可能取得的利益大于可能损害的利益，收益大于成本时，才能实施。^{〔42〕} 适当性原则和必要性原则的关键在于多种行政行为如何选取，而均衡性原则的关键在于要不要选择行政行为，即均衡性原则是从“价值取向”上来规范行政权力与其所采取的行政行为之间的比例关系。^{〔43〕} 因此，均衡性原则主要体现在行政立法上，即要不要对某些行为进行规制，目前来说这不属于我国司法审查的范围。但是在某些具体的领域，均衡性原则可以看作是投入成本与产出利益之间的关系，对公民利益的损害可以看作是成本，社会公益看作是所能获取的利益。^{〔44〕} 因此，法院可以利用均衡性原则进行裁判，即对行政主体所追求的利益和行政主体所侵害的利益之间进行对比。

在陈佩芬与海林市规划局撤销规划行政许可案中，^{〔45〕} 法院审理后认为，根据《行政许可法》第8条和第69条的立法精神，在行政许可领域中，信赖保护原则在一定程度上要优先于法律优先的原则。根据行政机关在管理活动中贯彻信赖保护原则的要求，对于因行政机关有违法因素应当撤销的行政许可，从保护行政相对人利益的角度出发，原则上应当不予撤销，只有在特殊情形下，行政机关经过科学的权衡后，才可以撤销违法的行政许可。这个案件争议的焦点在于信赖保护原则和法律优先原则如何取舍，这就要从价值衡量的角度进行分析。行政许可属于授益行政行为，在相对人没有错误的前提之下，信赖利益不仅能保护相对人的合法权益，还有利于法秩序的稳定。然而法律优先原则保护的仅仅是法秩序的稳定。从这两者在行政许可领域的比较分析可以看出，信赖保护原则能够带来的价值大于法律优先原则，从而排除适用法律优先原则。

在钱圣祥与如皋市人民政府如城街道办事处政府信息公开案中，^{〔46〕} 法院审理后认为，房屋拆迁补偿过程中，当被拆迁人的隐私权直接与其他被拆迁人的知情权、监督权发生冲突时，根据

〔41〕 参见前引〔14〕，黄学贤文。

〔42〕 参见前引〔3〕，姜明安书，第125页。

〔43〕 参见前注〔14〕，黄学贤文。

〔44〕 参见郝银钟、席作立：《宪政视角下的比例原则》，载《法商研究》2004年第6期。

〔45〕 参见黑龙江省牡丹江市中级人民法院（2016）黑10行终73号行政判决书。

〔46〕 参见江苏省南通市中级人民法院（2015）通中行终字第00078号行政判决书。

行政比例原则，应以被拆迁人让渡部分个人信息权的方式优先保护属于较大利益的知情权、监督权，作为相关主动公开的政府信息，其公开不应也不必以权利人的同意为前提。这个案件争议的焦点在于个人隐私权和公众知情权的衡量。在拆迁领域，法院认为依据信息公开条例的规定，被拆迁人的个人信息保护所能取得的利益小于公众知情权所取得的利益，因此应该以被拆迁人让渡部分个人信息权的方式优先保护属于较大利益的知情权、监督权。在邬首燕与宜昌市人民政府不履行行政复议法定职责案中，^[47]争议的焦点也在于个人隐私权和公众知情权的衡量，法院作出了同样的判决。原审法院认为，当涉及公共利益的知情权和监督权与被征收人一定范围内的个人隐私相冲突时，应首先考量征收补偿的公共属性，使获得这一公共资源的公民让渡部分个人信息权，既符合比例原则，又利于社会的监督和征收补偿制度的良性发展。湖北省高院最后作出了维持判决。

在张保全与南阳市卧龙区人民政府、南阳市人民政府行政征收及复议案中，^[48]法院审理后认为，卧龙区政府提供的证据并不能证明其作出被诉征收决定时严格履行了上述法定程序，故被诉征收决定程序违法，应予撤销。但鉴于征收该区域房屋是为了改善当地居民居住环境，且该区域内部分房屋已被征收拆除，撤销该征收决定将对社会公共利益造成损害，应当确认该房屋征收决定违法。对于该征收过程中的程序违法问题，卧龙区政府应严格按照《国有土地上房屋征收与补偿条例》的规定采取相应的补救措施。这个案件体现了法院的判决方式该如何适用均衡性原则。法院适用撤销判决的话能够保护相对人的利益，但是对公共利益造成了极大的损害。法院适用确认违法判决并责令行政主体采取补救措施，虽说对相对人的利益保护不够完整，但是同时也维护了更大的公共利益。经过这样的利益对比，法院适用确认无效判决并责令行政主体采取补救措施，使得总体的利益最大化，符合均衡性原则。

类似的案例还有皮芳等十八户与金溪县建设局规划、城建行政许可案。^[49]法院审理后认为，基于信赖利益保护原则和比例原则，需要对撤销被诉行政行为的后果进行利益衡量。本案中，如果判决撤销上述被诉行政行为，将会导致抚州市临川区城镇综合开发公司合法投资建成的两栋建筑被拆除，有违信赖利益保护原则和比例原则。最终被诉行政行为被确认违法而非被撤销。

在陈宁诉辽宁省庄河公安局不予行政赔偿决定案中，^[50]法院审理后认为，气焊切割车门的方法虽然会导致车门破损，甚至造成轿车全部损毁，但及时抢救韩勇的生命比破损车门或者造成轿车损毁更为重要。相对于人的生命而言，破损车门或者造成轿车损毁对他人利益的损害更小。而且在气焊切割门之前，交通警察已经尽可能地采取了相应的防护措施。本案争议的焦点在于行政机关的救助措施有没有超过必要的限度，这需要从价值衡量的角度进行比较分析。法院首先具体分析了行政机关手段的合适性，从而排除了行政行为的违法性。其次，法院明确了人的生命的价值大于财产权，从而认定行政机关的行为符合均衡性原则。

[47] 参见湖北省高级人民法院（2016）鄂行终768号行政判决书。

[48] 参见河南省高级人民法院（2016）豫行终2066号行政判决书。

[49] 参见江西省高级人民法院（2016）赣行申16号行政裁定书。

[50] 参见中华人民共和国最高人民法院行政诉讼庭主编：《中国行政诉讼指导案例》（第1卷），中国法制出版社2012年版，第94-98页，第19号案例。

从以上的分析可以看出，法院在利用均衡性原则进行司法审查时一般拥有较大的司法裁量权，可以利用司法裁量权代替行政裁量权。因为，均衡性原则并没有作为法律条文出现在我国的法律规定当中，在事实清楚的前提下，法院可以根据、利用各种因素来判断行政主体所侵害的利益和其所追求的利益，从而进行比较分析。同时，法院还可以根据《行政诉讼法》第74条第1款均衡性原则的要求，在维持行政行为效力不变的情况下，确认行政行为违法。

适当性原则、必要性原则和均衡性原则作为比例原则的三个子原则，它们之间有各自独立的内涵和侧重点，同时又相互联系。适当性原则侧重于手段和目的之间的关联性，其重点在于手段是否有助于实现其目的，同时它又是必要性原则和均衡性原则的基础。必要性原则侧重于在多种手段可以实现其目的时该如何选择的问题，其重点是在实现目的时如何选取对相对人利益损害最小的手段，但是这些手段必须以适当性原则为前提。均衡性原则关注的是行政目的所取得利益和损害利益的价值判断，其重点在于衡量不同利益之间的大小关系，但是目的的实现离不开手段的选择。

由此可见，比例原则的三个子原则之间存在一种层层递进的关系。这三个子原则对于行政行为合法与合理的判断是必要不充分条件，任何一个原则的缺失都不能说明行政主体行为的合法与合理性，但是行政主体的合法和合理的行政行为一定满足这三个原则的要求。因此，法院在司法审查中可以根据任何一个子原则的要求否定行政行为的合法性。然而，在具体的司法审查中，法院不一定非得层层递进地审查三个子原则，有时审查的次序是可以颠倒的。^[51]

四、比例原则的争议及展望

（一）比例原则的内涵与适用范围争议

随着理论和实践的发展，有学者认为完整的比例原则应当包括四个部分：目的正当性原则、适当性原则、必要性原则和均衡性原则。目的正当性原则要求立法者和行政主体的公权力行为必须出于正当的目的。在个案中，法官需要审查立法者和行政主体的公权力行使目的的正当性。^[52]也有学者认为适当性原则包括了目的正当性原则，行政行为目的的合法性是决定行政行为适当性的一个前提性问题。也就是说，符合适当性要求的行政行为必须首先是符合目的正当性要求的行政行为。^[53]

从我国的现实出发，似乎没有必要把目的正当性原则纳入比例原则当中。首先，依法行政作为我国行政法最基本的原则，其基本要求就包括行政立法和行政行为目的的合法性，特别是法律保留原则用来规制行政法规、地方性法规、规章等目的的合法性。其次，在行政立法和行政主体权力行使的时候，都可以用均衡性原则来判断其目的的适当性，如果其能获取的利益小于其所侵害的利益，那么其目的就是不适当的。由此可以看出，比例原则的三个子原则都是用来规制行政主体的手段和目的的，均衡性原则通过价值判断来审视行政主体目的的合理性，适当性原则要求

[51] 参见前引〔15〕，李丽艳、董卫文。

[52] 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014年第4期。

[53] 参见杨登峰：《从合理原则走向统一的比例原则》，载《中国法学》2016年第3期。

手段有利于实现其目的，而必要性原则则要求行政主体在达到其目的时选择对相对人权益损害最小的手段。

关于比例原则的适用范围也存在一定的争议。有人认为，比例原则仅能适用于干涉行政或者侵害行政，而不能适用于给付行政或者授益行政。^{〔54〕}其理由在于，行政法上的比例原则起源于德国的警察法，在当时，国家职能仅限于维护公共安全和基本秩序，因此比例原则适用于干涉行政的理念延续至今。

当前随着福利国家的兴起，政府的职能越来越多地涉及公共福利的增进，比例原则完全可以适用于干涉行政以外的领域。社会公共资源是有限的，行政主体对相对人的授益行为，可能侵害第三人的利益或者公共利益，因此行政主体应该运用均衡性原则比较给予的利益和损害的利益是否相称。同时，行政主体在授益行为作出的时候，应该选择有助于其目的实现的手段。^{〔55〕}行政主体在作出授益行政行为时，在存在法律允许的多种程度不同的行为可选择时，应该选择对人民授益最大的手段为之。^{〔56〕}由此可以看出，比例原则完全可以随着行政职权的扩张而应用于授益行政。

（二）比例原则的展望

比例原则作为我国行政法的基本原则之一已经达成共识，但是比例原则仍然存在一些不完善之处，这是我们不得不去面对的现实。比例原则可以有效地控制立法裁量权、行政裁量权和司法裁量权，但是，并不是说有了比例原则，所有的裁量问题就都解决了。^{〔57〕}

首先，比例原则作为一项行政法的基本原则，其自身就是一个不确定的法律概念，具有抽象的特点。因此，不管是立法者、执法者，还是法官在适用比例原则的时候，仍然拥有一定的裁量空间。其次，在法院适用比例原则裁判的时候，不能过度干预行政主体的裁量权。对于法院来说，最主要的依据是法律规则的内容，比例原则只是起到辅助性的作用。审查行政主体手段和目的的关系，法院一般采取手段有利于实现目的的最低标准；对于最小侵害原则的适用，当前法院只能根据明显不当的要求进行审查，不能过多涉及行政裁量权；对于利益衡量原则的适用，法院有较大的审查权限，可以以自己的判断代替行政主体的判断。由此可以看出，比例原则存在的不足不仅是法律原则本身所存在的不足，还有比例原则自身内容所决定的不足。

比例原则在我国的发展需要依据其所存在的问题，同时根据我国的法律体系和实践向前推进。首先，在将来行政程序法或者行政法总则制定的过程中，把比例原则纳入其中，为比例原则提供一个合法性基础。其次，在立法过程中，把比例原则的三个子原则嵌入具体的法条中，为行政执法和行政诉讼提供一个明确的法律依据。然后，使比例原则的内涵充分体现在当前各个地方行政主体制定的裁量基准中，从而限缩行政主体在执法过程中的裁量权。最后，通过法院在个案中对比例原则的运用，提炼出比例原则运用的一般标准，进而上升到司法解释的高度。

〔54〕 参见张元良：《论行政法中的比例原则》，载《江苏社会科学》2006年第1期。

〔55〕 参见徐丹：《比例原则在我国行政法上的引入和应用》，载《行政与法》2006年第8期。

〔56〕 参见前引〔14〕，黄学贤文。

〔57〕 参见余凌云：《论行政法上的比例原则》，载《法学家》2002年第2期。

五、结 语

正如孟德斯鸠所言，一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。随着福利国家的兴起，行政主体的裁量权所涉及的范围和深度越来越大。行政主体裁量权的增加，一方面可以促进公民福祉的增加，另一方面，如果裁量权行使不当，对公民权益的侵害就会无所不在。比例原则对限制行政主体裁量权的作用也越发显得重要，但是我们应该清楚地认识到，比例原则不是限制裁量权的唯一方法，需要其他行政法基本原则的相互配合，才可能“把权力关进笼子里”。

Abstract: China is a civil law country, and in the administrative proceedings the courts generally have to be based on specific rules of law for referees. In order to completely solve administrative disputes, the court can not only make full use of the principle of proportionality but also directly adjudicate on the basis of the principle of proportionality. When applying the principle of due diligence, the court may review administrative acts both in substantive and procedural terms. In terms of the entity, the administrative action chosen by the administrative body should be helpful for the realization of its purpose. On the procedural aspect, the administrative procedure chosen by the administrative body should be helpful to realize its administrative action. When applying the principle of necessity, the court should respect the first judgment power of the administrative body when the administrative body has a variety of ways of behavior, and generally do not apply the judgment of change. When a specific act of the administrative body does not meet the necessity principle to show fairness, The court may apply to change the decision. The courts generally have greater judicial discretion in using the principle of equalization for judicial review, and may use judicial discretion instead of administrative discretion. In order to fully restrict the power of administrative discretion and judicial discretion, in future the content of the principle of proportionality should be embodied in the laws and regulations more often and the legal principle should be regularized.

Key Words: proportionality principle, the principle of appropriateness, necessity principle, balance principle

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)