

比例原则在给付行政中的适用

梅 扬*

内容提要：比例原则起源并发展于行政处罚等负担行政领域，发挥着权力限制、裁量治理以及法益均衡的功能。作为现代公共行政的基本类型，给付行政的特质与比例原则的适用要件相契合，给付行政中的国家辅助原则也同比比例原则在内涵和目标上具有高度的共通之处。比例原则的适用范围应当扩大到行政救助等给付行政领域。为了更加精准、全面地发挥比例原则的功能，建构在负担行政基础上的适用规则应当作出相应调整，由“最小侵害”变更为“最大保护”，并涵盖给付行政立法创制、给付行政执法过程以及给付行政后果评价等全部阶段。

关键词：比例原则 给付行政 国家辅助原则 最大保护

一、问题的提出

比例原则滥觞于 19 世纪的德国警察法学，经过几百年的发展，其已经形成了丰富的理论体系，并以严谨的适用逻辑和较强的可操作性受到国内外行政法学者的广泛关注。即使是作为温斯伯里合理性原则发源地的英国，这些年也开始逐渐接纳和运用比例原则。^{〔1〕}我国有关比例原则的研究始于 20 世纪 80 年代，其地位和功能日渐凸显，部分行政法教科书甚至明确将其列为行政法的基本原则，^{〔2〕}有些学者还将其奉为行政法的“皇冠原则”。^{〔3〕}

既然将比例原则定性为行政法的基本原则，那么就应当充分展现其基本原则之地位与功能，将其适用于公共行政的全部领域。然而，事实情况却是，学界一直对比例原则在行政处罚等负担

* 梅扬，武汉大学法学院讲师，武汉大学社会学博士后。

本文为中国博士后科学基金第 66 批面上资助项目“比例原则的适用研究”（2019M662722）的阶段性成果。

〔1〕 See Alec Stone Sweet, Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 73, 112-160 (2008).

〔2〕 参见罗豪才、湛中乐主编：《行政法学》，北京大学出版社 2012 年版，第 33-34 页；应松年主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 47-48 页；姜明安、余凌云主编：《行政法》，科学出版社 2010 年版，第 89-90 页。

〔3〕 参见陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 173 页。

行政中的适用较为关注，其适用规则也主要是围绕负担行政而建构，其核心意涵是“最小侵害”。相反，对于比例原则在行政救助等给付行政中的适用，学界则鲜有研究。

那么，从传统负担行政发展而来的比例原则究竟能否在给付行政中适用呢？倘若可以的话，比例原则适用的具体价值功能是什么？在当前精准扶贫战略正在深入推进的时代背景下，有必要对这一主题进行系统研究。

二、比例原则的法理意涵及其适用要件

论及比例原则在给付行政中的适用，必须首先明确比例原则适用的逻辑前提。在对本文主题进行具体展开之前，有必要对比例原则的相关理论问题作一番简要地铺陈。根据比例原则的起源过程以及其三个子原则的具体要义和适用规则，比例原则有其特定的法理意涵。这种法理意涵决定了比例原则适用范围上的判断标准，同时也构成了比例原则适用的逻辑前提。

（一）主体：比例原则调整的是国家机关与私主体之间的法律关系

比例原则的形成与两个案件有着密切关联。1882年的“十字架山案”对“必要性”这一核心子原则的确立有着重要影响。从内容来看，该案的焦点主要集中在公民的居住权与警察机关的行政权上，处理的是柏林市警察局与市民之间的行政命令法律关系，以判断警察机关是否滥用行政权力侵犯公民的居住权。1958年的“药房案”则标志着传统“三阶”比例原则的正式形成。^{〔4〕}从内容来看，该案的焦点主要集中在公民的职业自由权与上巴伐利亚政府的行政权上，处理的是上巴伐利亚政府与药剂师之间的行政许可法律关系，以判断上巴伐利亚政府是否滥用行政权力侵犯公民的职业自由权。可见，由适当性、必要性以及均衡性三个子原则所组成的比例原则的功能主要是对限制公民权利的国家权力的限制，其调整的是国家机关与私主体之间的法律关系。^{〔5〕}之所以如此，是因为国家机关与私主体是不对等的法律主体，两者在地位和力量上存在显著差距。这给国家机关在法律关系中滥用国家权力提供了可能，也就需要比例原则的介入对国家权力的行使加以限制，以保护私主体的合法权益。这构成比例原则产生的逻辑起点。“比例原则率先在公法领域实现法制化的根本原因即在于强大的公权与弱小的私权之间存在着天然不对等，且公法领域时刻存在的公权对私权吞噬与凌弱之危险。”^{〔6〕}

（二）客体：比例原则针对的是国家权力行使中的裁量权

根据比例原则三个子原则的具体要义，比例原则主要是从合理性层面对限制公民权利的国家权力加以限制。具体而言，在适当性审查中，国家权力行使的“目的”这一合法性问题虽然也被纳入视野，但通常被置于高高在上的位置，不加考量，而仅仅判断国家权力所延伸出来的“手段”是否有助于“目的”的实现。在必要性审查中，国家权力行使的“目的”直接被置于考察范围之外，只是对那些经过适当性审查所挑选出来的“手段群”进行依次比对，以确定一个对公民权利侵害最小的“手段”。在均衡性审查中，虽然国家权力行使的“目的”被再次引入视野，但

〔4〕 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。

〔5〕 比例原则也正因此常被一些学者认为“权利限制的限制”。参见赵宏：《限制的限制：德国基本权利限制模式的内在机理》，载《法学家》2011年第2期。

〔6〕 杨翔宇：《论比例原则在民法中的地位》，载《河北法学》2017年第12期，第84页。

该“目的”仅仅是作为一个被比对的对象，是一个不变的定量，衡量的重点仍然集中在“手段”上，以最终权衡经过适当性、必要性审查所确定的“手段”是否合理。可见，比例原则的三个子原则都是围绕国家机关在“手段”选择上的裁量权而展开，任务是“对公权力主体限制基本权利时的手段裁量加以限定”〔7〕。其中，适当性解决“手段之多少”的问题，必要性解决“手段之彼此”的问题，均衡性解决“手段之有无”的问题。近些年，国内外虽然有一些学者主张将目的正当性引入比例原则，从而确立全新的“四阶”比例原则，但其内在正当性尚需进一步论证和观察。〔8〕至少就目前的“三阶”比例原则而言，其主要针对的是国家权力行使中的裁量权。

（三）目的：比例原则是为了促进公共利益与个人利益的平衡

根据比例原则三个子原则的适用规则，尽管它们各自审查的侧重点有所不同，但比例原则适用的最终目的，是通过对国家权力行使中的裁量权的治理在国家机关与私主体这种不对等主体之间的法律关系中，实现公共利益与个人利益的平衡。具体而言，适当性相对偏向于对公共利益的维护，因为适当性要求的仅仅是手段“部分有助于”目的的实现而非“完全”实现，其事实上是通过设置一个较为宽松的审查要件为国家机关描绘出一幅“手段之多少”的图谱。必要性相对偏向于对个人利益的保障，因为必要性坚持的是“最小侵害”的严格标准，其事实上是将传统的权力控制理念发挥到了极致。均衡性则是在适当性和必要性的基础上明确指出了比例原则的终极价值，即国家机关行使国家权力所追求的公共利益和其所侵犯的个人利益要合乎一定比例，保持一定度，不能偏向其中任何一端。这也是均衡性被人们称为“狭义比例原则”的原因所在。〔9〕

三、比例原则在给付行政中适用的正当性

由于比例原则适用有其特定的逻辑前提，因此论及其在给付行政中适用的正当性，需要对如下三个问题加以探讨：一是给付行政是否涉及的是国家机关与私主体这种不对等的法律关系；二是给付行政中是否存在裁量权；三是给付行政是否需要确保公共利益与个人利益的平衡。

（一）给付行政调整不对等的法律关系

不同的行政任务决定了不同的公共行政类型。〔10〕在相当长的一段时期内，政府大都扮演着一种消极“守夜人”的角色，其职能主要是维护社会秩序安全和稳定，以确保公民权利不受他人肆意侵犯。当时的公共行政也大都限定在行政处罚、行政强制等负担行政上。这是因为负担行政具有侵益性、压迫性等典型特征，其不仅可以提升政府维护社会秩序的效率，而且也确实可以产生非常不错的管理效果。〔11〕到了20世纪90年代，随着社会的发展与进步，人们的民主意识和法治意识逐渐提升，诉求也随之增加。他们不仅希望政府能够构建一个安定的社会秩序以确保生命财产安全，亦希望政府能够主动提供公共服务以促进自身福祉增长。执政党和政府也逐渐接受

〔7〕 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》，载《法制与社会发展》2018年第5期，第167页。

〔8〕 See Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 *U. Toronto L. J.*, 383, 388 (2007).

〔9〕 参见梅扬：《比例原则的适用范围与限度》，载《法学研究》2020年第2期。

〔10〕 参见宋华琳：《宪法引导下的行政行为形式改革》，载《中国社会科学报》2019年5月8日，第005版。

〔11〕 参见陈林跃：《我国公共行政转型对行政法学的影响》，载《江西社会科学》2015年第11期。

了这一价值取向。1998年的《国务院机构改革方案》首次把“公共服务”确立为政府的基本职能。2005年的《政府工作报告》正式将“建设服务型政府”确认为政府的基本目标。2012年党的十八大将“建设人民满意的服务型政府”设定为深化行政体制改革的重要目标。在此背景下，以行政救助为代表的给付行政开始大量兴起，成为现代公共行政的一个基本类型。

作为现代公共行政的基本类型，给付行政调整的也是国家机关与私主体之间的法律关系。虽然相较于传统负担行政，给付行政摒弃了“治民”观念，树立了“为人民服务”理念，其权力色彩有所弱化，但这并不意味着国家机关与私主体在给付行政中的地位就近乎平等。事实上，给付行政中的“服务意识”主要是公共行政目标的一种转变，公共行政过程在很大程度上仍然是国家机关的单方意志之输送。给付行政的权力色彩也只是有所弱化而非完全祛除，国家机关在很多事项上仍然享有支配权和决定权。比如，在行政救助领域，由于现实情况的复杂性以及被救助对象的差异性，行政机关在行政救助过程中往往具有相当强的优位性，对于行政机关作出的给予谁救助、何种形式救助以及多大程度救助的决定，相对人一般只能被动接受。

（二）给付行政存在更为广泛的裁量权

给付行政的直观表现是对相对人利益的增进。这使其潜在的负面效应具有一种隐蔽性的特征，不易察觉。具体而言，负担行政如果出现不当，相对人失去了其原本就享有的东西，涉及的是“既有利益损失”的问题。给付行政则不同，其如果出现不当，相对人则顶多是失去了其本来就没有的东西，涉及的是“额外利益恩赐没有降临”的问题。两者不可等而视之。受此影响，我国一直对负担行政的法律规制比较重视，行政领域的立法也主要集中在负担行政，法律体系相对成熟，法律位阶普遍较高，如《行政处罚法》《行政强制法》《治安管理处罚法》等。“法治主义主要要求从源头上约束限制公民权益的干预行政活动。”^{〔12〕}相反，给付行政领域的立法长期不受重视，立法动力不足，立法进程缓慢。以行政救助为例，目前我国仍然没有全国层面统一的行政救助专门法律，^{〔13〕}相关规定主要散见于《残疾人保障法》《农村五保供养条例》《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》等多部法律法规规章之中。即便是这些零散的规定，也大都只是从宏观层面明确了政府负有开展行政救助的职能和义务，对于行政救助的条件、范围以及标准和程序等诸多微观问题，则涉猎甚少。在理论研究中，有些学者甚至认为，给付行政的内在机理就决定了不应当对其施以过于严格的法律限制。因为给付行政具有积极性和主动性的特质，这是其作用发挥的关键。给付行政如果恪守“法无规定即禁止”的公法定律，将不利于其达成提高人民福祉、促进社会公平之目的。德国著名行政法学家平特纳曾指出：“仅在干预自由和财产时须有法律依据，而对给付行政和涉及行政内部关系的特别权力关系而言，却并非如此。”^{〔14〕}

这种零散的立法模式以及抽象的内容表达直接导致了国家机关在给付行政中享有非常广泛的裁量权，远远超过了其在行政处罚等负担行政中所享有的裁量权。“行政给付通常是以政策为导向，缺乏明晰的法律制度……这在客观上给予了行政权以巨大的裁量空间。”^{〔15〕}以行政救助为例，对于行政救助的时间，法律几乎都不加规定或者是以“及时”“不得超过××”等方式进行

〔12〕 刘艺：《民生立法视域下的给付行政程序辨析》，载《甘肃社会科学》2012年第1期，第134页。

〔13〕 2005年，相关部委就已经开始着手社会救助法的起草工作。2008年，中国政府网正式发布《中华人民共和国社会救助法（征求意见稿）》，向社会公开征集意见。但时至今日，该项法律仍然没有出台。

〔14〕 〔德〕平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学出版社1999年版，第46页。

〔15〕 喻少如：《行政给付制度研究》，人民出版社2011年版，第135页。

暗指。于是，国家机关就享有了“何时进行救助”的裁量权，可以根据事情的轻重缓急在合理范围内进行安排。对于行政救助的方式，法律也很少进行规定或者是以“帮助”“救助”“帮扶”等方式进行模糊处理。于是，国家机关就享有了“如何进行救助”的裁量权，可以视具体情形分别采取物质救助、精神扶助以及其他救助方式。对于行政救助的标准，法律虽然有所规定，但采取的也基本上都是一些诸如“一定”“合理”的抽象词汇。于是，国家机关就享有了“给予多大程度救助”的裁量权，可以根据不同对象和不同情况确定不同的救助量。

（三）给付行政格外需要公私法益的均衡

从表面上看，给付行政是对公民福祉的一种增进，其背后隐藏的却是对国家公共资源的再调节和再分配。公共资源的特殊性决定了给付行政需要格外注重公共利益与个人利益的平衡，既要避免给付不足，也要避免给付过度。“公共行政给付并非简单的政府帮扶，而是意图通过严谨而完整的制度改革，来构建国家、社会与公民个人三位一体的给付体系，以求在国家财力与社会效应之间获取平衡。”^{〔16〕}以行政救助为例，一方面行政救助的对象一般都是在生存、生活或发展上面临一定困难的社会群体，他们需要借助公共资源实现基本的保障；另一方面公共资源的总量是有限的，如果国家机关对公共资源的使用不合理，无法将有限的公共资源用到最有价值的地方，那么就是对公共资源的一种浪费，也会导致纳税人的不满。

在实践中，西方国家出现的“福利陷阱”正好印证了在给付行政中确保公共利益与个人利益平衡的重要性。20世纪初，为了缓和阶级矛盾，欧洲国家开始普遍尝试实行高福利政策。1948年，英国政府率先宣布成为了一个“从摇篮到坟墓”均有保障的“福利国家”。紧接着，欧洲各国纷纷效仿，到了20世纪末，基本上都实现了“福利国家”的愿景。通过这种全方位、高水平的福利政策，欧洲国家社会弱势群体的生存和生活状况确实得到了显著改善。但这种高福利政策也逐渐使个人开始对国家福利产生严重依赖并形成惰性，甚至在现实中出现了一些完全依靠政府救助的“懒汉”，公共资源遭到极大浪费。久而久之，国家的经济发展也因此受到严重拖累，最终反而危及个人利益的保障。这些年，在希腊等国家发生的债务危机就是一个明显例证。

综上，给付行政调整的依旧是国家机关与私主体这种不对等主体之间的法律关系，国家机关在给付行政中享有更为广泛的裁量权，并且作为国家公共资源的再调节和再分配，给付行政格外需要确保公共利益和个人利益的平衡。给付行政的这些特质与比例原则的适用要件相契合，比例原则在给付行政中适用具有充分的正当性，可以发挥其权力限制、裁量治理、法益均衡之功能，继而确保给付行政价值功能的发挥。正如姜明安教授所言：“传统之行政权力所遵循的比例原则，更多的是适用于损益性行政行为中。实际上，比例原则应当扩大到给付行政。”^{〔17〕}

四、比例原则在给付行政中适用的具体展开

（一）比例原则在给付行政中的适用价值

探讨比例原则在给付行政中的适用价值，无疑需要分析其与给付行政原则也即国家辅助原则之间的关系，以确定两者间是否存在内在之抵牾，可否发挥协同之功效。假设两者存在内在之抵

〔16〕 尹建国、余睿：《公共行政给付中的裁量权治理》，载《环球法律评论》2010年第4期，第59页。

〔17〕 姜明安等：《行政程序法典化研究》，法律出版社2016年版，第94页。

悟或不能发挥协同之功效，那么比例原则在给付行政中适用就没有意义。

国家辅助原则由德国学者厄斯特·福斯多夫在《服务行政的法律问题》一文中首次提出。他认为，二战以后，生存照顾理论面临诸多挑战，因为该理论仅仅预设了国家对人民负有照顾义务，但对于国家到底在什么时候照顾、照顾哪些方面、又照顾到何种程度，并没有指明。这种没有具体界限范围的理论既可能让国家陷入“福利机器”之陷阱，承担漫无边际的责任，也可能让人民遭受国家权力滥用之苦，面临生存和发展的危机。为了修正生存照顾理论存在的缺陷，福斯多夫便提出了国家辅助原则，其核心意涵是救助虽为国家不可推卸的责任，但国家只需承担一种补充性的责任。^[18] 20世纪70年代，国家辅助原则开始在世界范围内广泛传播，并融入很多国家的法律中。^[19] 在我国，国家辅助原则在给付行政的相关立法中也有所体现。1999年国务院颁布施行的《城市居民最低生活保障条例》是我国社会保障方面的最早立法，其第3条规定：“城市居民最低生活保障制度遵循保障城市居民基本生活的原则，坚持国家保障与社会帮扶相结合、鼓励劳动自救的方针。”许多学者认为该条款是国家辅助原则在我国给付行政立法中的首次出现。2014年国务院颁布施行的《社会救助暂行办法》是我国行政救助领域的一个重要法律文件，其第2条规定：“社会救助制度坚持托底线、救急难、可持续，与其他社会保障制度相衔接，社会救助水平与经济社会发展水平相适应。”这更加清晰地表露出了国家辅助原则的意思。

可见，在生存照顾理论上发展而来的国家辅助原则不仅需要解决“国家是否介入”的问题，而且还需要解决“国家介入多少”的问题，后者甚至构成其最为重要的任务。^[20] 国家辅助原则的适用目的是希望确保国家只承担其应当承担且能够承担的责任，国家既不能为了公共利益的维护而置个人利益的保障于不顾，也不能为了个人利益的保障而盲目地牺牲公共利益，其只需要承担一种补偿责任。“国家处于一个困境之中，既不能‘给付不足’又不能‘给付过剩’。辅助性原则就是找寻这一‘中庸之道’的指针。”^[21] 从这个角度而言，国家辅助原则与比例原则两者之间并不存在抵牾之处，它们都主要是解决给付行政中“国家介入多少”这一裁量性问题，目的亦都是为了在给付行政中实现公私法益的均衡。

那么，在内涵上具有共通之处的比例原则与国家辅助原则在给付行政中适用又可否发挥协同效应呢？这需要回归于比例原则优势的探讨。众所周知，比例原则产生于德国等大陆法系国家，比较注重抽象思维的传统，遵循的是从“一般到个案”的逻辑。时至今日，比例原则的理论体系已经非常完善，通过层层递进的三个子原则，形成了一套普适性的操作规则。再加上比例原则采用的是“目的一手段”的分析模式，这使其在具体适用时的可操作性非常强，干脆利落。^[22] 如此，比例原则在给付行政中适用可以有效发挥其可操作性上的独特优势，而这正好是国家辅助原则的短板所在。两者可以发挥协同效应，共同助力给付行政目标的实现。

[18] 参见〔德〕罗尔夫·施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆2008年版，第340-361页。

[19] 比如，《德国社会法典》的第12部第1条就运用了国家辅助原则阐释社会救助的任务：“使受助者能够合乎人类尊严地生活，救助要尽可能地使受助者有能力努力依靠自己的力量独立生活。”日本《生活保护法》第4条第1款也规定：“生活保护以生活贫困者活用自己可以利用的资产、能力或其他为要件而实施。”《生活保护法》在2013年进行了部分修正，增加了“在领取政府生活保护金期间，如果领取者参加工作，并且获得了收入的情况下，将减少其领取的保护金”的规定。

[20] 参见毕洪海：《国家与社会的限度：基于辅助原则的视角》，载《中国法律评论》2014年第1期。

[21] 喻少如：《论行政给付中的国家辅助性原则》，载《暨南学报》（哲学社会科学版）2010年第6期，第59页。

[22] 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。

（二）比例原则在给付行政中的适用规则

行政任务的多样化导致公共行政类型日趋丰富，包括负担行政、给付行政等。不同的公共行政类型呈现出不一样的特征，对相对人利益的影响也有所差异。在此背景下，现代行政法学应当对公共行政进行分门别类地考察并根据各自特征展开有序规制。比例原则也不例外，要想更加精准地发挥其在给付行政中的价值功能，必须对建立在负担行政上的适用规则作出相应调整。

其一，适当性：由“维护社会秩序”到“增进公共福祉”。适当性是比例原则第一个层次的审查，“目的”构成其开展审查的前置性要素，十分关键。也正因为此，适当性的地位非常重要，扮演一种“过滤器”的角色，成为国家权力合法性与合理性的区隔点。如果国家机关采取的手段有违适当性的要求，那么就意味着其不符合立法目的，涉及的是合法性的问题，必要性和均衡性也就没有了再行介入的必要。^[23]比例原则是对基于公共利益需要而限制公民权利的国家权力的限制。如此，由于负担行政的内在逻辑是国家机关为了“维护社会秩序”这一公共利益而对公民的个人利益进行“减损”，其立法目的是“维护社会秩序”，那么适用于负担行政上的比例原则对适当性的要求则是：国家机关采取的手段必须部分有助于“维护社会秩序”这一立法目的的实现。同理，由于给付行政的内在逻辑是国家机关为了“增进公共福祉”这一公共利益而对公民的个人利益进行“增值”，其立法目的是“增进公共福祉”，那么，适用于给付行政的比例原则对适当性的要求应当适时调整为：国家机关采取的手段必须部分有助于“增进公共福祉”这一立法目的的实现。换言之，在给付行政中，如果国家机关采取的手段对“增进公共福祉”毫无助益，那么这个手段就难以达到适当性之基准。

其二，必要性：由“最小侵害”到“最大保护”。必要性是比例原则第二个层次的审查，传统的“大炮打小鸟”“杀鸡用牛刀”等谚语都是关于其的经典描述。通过适当性的审查，已经圈定了一个有助于达致目的的“手段群”。紧接着，需要对这些手段进行依次比对，以确定一个最佳的手段。因此，必要性的观察点全部集中在“手段”上，它对手段呈现出来的特点格外关注。负担行政的典型特征是对公民的侵益性，为了能够在有效激发负担行政正面价值的同时，最大限度地缩小其可能造成的负面影响，必要性确立了“最小侵害”的适用规则，但此规则能否直接适用于给付行政呢？这需要回归比例原则理论原点进行探讨。如前所述，国家机关与私主体之间的法律关系具有天然的不对等性，私主体处于一种相对弱势的地位。为了防止国家机关滥用优势地位侵犯处于弱势地位的私主体的合法权益，比例原则才应运而生，其理论原点是人权保障。^[24]正是因为负担行政呈现的是国家机关对公民的“侵益”，所以从保护公民合法权益的角度出发，必要性在负担行政中的适用需要采取“最小侵害”的适用规则。同理，由于给付行政呈现的是国家机关对公民的“授益”，所以从保护公民合法权益的角度出发，必要性在给付行政中的适用需要采取“最大保护”的适用规则。这既与给付行政的本质相符合，也能够最大限度地激发给付行政的内在价值。行政机关在作出给付行政等授益性行政行为时，如有几种程度不同的行为可予选

[23] See Mattias Kumn, Is the structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution, in Vicki C. Jackson, Mark Tushnet eds., *Proportionality: New Frontiers, New challenges*, Cambridge University Press, 2017, pp. 62-63.

[24] 参见蔡宏伟：《作为限制公权力滥用的比例原则》，载《法制与社会发展》2019年第6期。

择，行政机关应在法律许可的范围内选择使人民受益最大的行政行为而为之。^{〔25〕}更何况，“最小侵害”实质上就是一种“最大保护”，只不过各自的思考视角不同而已，它们适用的最终目的都是为了保护弱势一方公民的合法权益。这在我国的一些立法中也能看出。^{〔26〕}

其三，均衡性：由“合乎比例”到“相互适应”。均衡性是比例原则最后一个层次的审查，其直接指明了比例原则的终极价值：确保公共利益与个人利益的平衡。负担行政和给付行政适用均衡性的目标是一致的，国家机关既不可小题大做，也不可大题小做，只是在具体的适用规则上有所差异。具体而言，对于负担行政，通过适当性、必要性两个层次的审查，可以确定一个对相对人利益“侵害最小”的手段，但有时候会出现这样的情况，即这个手段对相对人利益造成的侵害仍然超过了其所追求的目的。这明显是一个不合理的现象。试想，如果一个对相对人利益侵害最小的手段所造成的侵害明显大于其所要实现的目的，那么这个目的还有追求的必要吗？因此，在负担行政中，均衡性的适用规则为：国家机关选取的手段对相对人利益的损害不能超过其所追求的目的，两者要合乎比例。对于给付行政，通过适当性、必要性两个层次的审查，可以确定一个对相对人利益“保护最大”的手段，但有时候会出现这样的情况，即这个手段对相对人的保护程度超过了现阶段经济水平下国家财政的承受能力。这也明显是一个不合理的现象。这个公共福祉也不是我们所要追求的公共福祉。为此，在给付行政中，均衡性的适用规则应当调整为：国家机关选取的手段对相对人利益的增进不能超过现阶段国家财政的承受能力，两者要相互适应。

（三）比例原则在给付行政中的适用场域

根据行政过程论，行政权力的运行是一系列不断运动、相互关联、具有承接性的过程，在整体上可以划分为行政法规创制、行政执法过程以及行政后果评价三个阶段。每一个过程或者阶段都在行政权力运行的整个过程中有着特殊的地位和意义。在该种方法论的指引下，现代行政法学应当将行政权力的运行作为在时间上的一个过程进行能动地、动态地、全面地考察，继而将行政法学的考察视野和研究对象扩展至与行政相关的立法和司法领域。^{〔27〕}比例原则也不例外，要想更加全面地发挥其在给付行政中的价值功能，必须将其适用于给付行政的全过程。

其一，给付行政立法创制。给付行政立法创制是指以给付行政为内容的立法活动，通常位于给付行政过程之顶端，是给付行政执法的依据，因此对其规制十分重要。长期以来，人们规制的重点主要集中在给付行政立法的合法性问题上，而对合理性问题关注甚少。之所以如此，可能是源于如下两个认知：一个是立法机关制定法律的行为是一种民意表达，立法机关只能严格按照民意要求制定法律，其自身是没有裁量权的；另一个是立法权力是用来创制法律规则的，裁量权只是一个法律之下的概念，立法权力中不应当也不可能存在裁量权。然而，根据凯尔森的规范理论，法律体系内部之间也是有位阶之别的，上位法与下位法仅仅是一种框架性约束的关系，上位法不可能实际上也没必要事无巨细，由于问题的复杂性、未来的不确定性，其总是或多或少地

〔25〕 参见蔡茂寅：《比例原则在授益行政领域之适用》，载《月旦法学教室·公法学篇》，元照出版股份有限公司2000年版，第62页。

〔26〕 比如，《江苏省行政程序规定》第5条第2款规定：“行政机关行使裁量权应当符合立法目的和原则，采取的措施和手段应当必要、适当；行政机关实施行政管理可以采用多种措施和手段实现行政目的的，应当选择最有利于保护公民、法人和其他组织合法权益的措施和手段。”此处采用的是“最大保护”。《西安市行政程序规定》第9条规定：“行政机关实施行政管理可以采用多种措施实现行政目的的，应当选择对公民、法人或者其他组织权益损害最小的措施。”此处却采用的是“最小侵害”。

〔27〕 参见江利红：《行政过程论在中国行政法学中的导入及其课题》，载《政治与法律》2014年第2期。

为下位法保留一些裁量空间。^{〔28〕}对于给付行政立法而言,由于其内容是一种给付行政事务,其创制过程中的裁量权就更加明显。近年来,在整个立法层面,国家已经开始重视立法的合理性问题,“良法”也被置于越来越重要的政策地位。^{〔29〕}《立法法》明确规定了立法应当遵循的四项原则,即第3条的宪法原则、第4条的法治原则、第5条的民主原则和第6条的科学原则。这其中,科学原则与其他三项原则有着非常明显的区别,它主要是从内容方面对立法提出的一种要求,涉及的是立法的合理性问题。“科学立法原则与宪法原则、法治原则、民主立法原则是两类不同的立法原则……科学立法原则是事实性原则,关注事实性问题,而宪法原则、法治原则、民主立法原则则是价值性原则,并不涉及事实性问题。”^{〔30〕}如此,比例原则在给付行政立法创制中的作用就显现出来。立法机关在起草和审议法律草案时可以主动运用比例原则对法律草案的内容尤其是其中的“目的—手段”条款进行检视,对立法机关所选择之手段保障公民利益的适当性、对公民利益保障的最大化以及公共利益与个人利益的兼顾等问题进行综合评估,以尽可能地确保给付行政立法的质量,实现科学立法。

其二,给付行政执法过程。法的生命在于实施。立法机关制定给付行政法律规范的目的就是要其在实践中得到良好贯彻和执行。同其他法律规范一样,行政机关在执行给付行政法律规范的过程中也会面临着法律普遍性与个案复杂性之间的矛盾,行政机关要想将这掺杂着不确定性的法律规范适用于具体的社会事实并实现个案处理上的正义,就不得不享有裁量权。^{〔31〕}有裁量权就会存在裁量权被滥用的风险,给付行政执法过程中的裁量权规控问题十分重要。时至今日,各国也已经发展出了立法控制、司法控制以及行政自制等多种裁量权规控模式。相对于立法控制和司法控制等外部控制而言,行政自制是行政机关的自我内部控制,其从公权力内部来规范行政权力的运作,能够更加有效地应对行政管理专业化的趋势,发挥灵活、应急的结构性优势,符合低成本、及时补救的效能要求。^{〔32〕}如此,比例原则在给付行政执法过程中的作用就显现出来,它可以作为行政机关行政自制的一种“工具”,以时刻检视自身裁量权的行使是否合理。行政机关在给付执法过程中可以主动运用比例原则为自己从众多执法手段中选择一个最佳的执法手段,或者运用比例原则来检视自己已经确定的执法手段是否有助于立法目的的实现,是否对潜在的相对人的个人利益保护最大,是否与所追求的立法目的达成一种平衡。

其三,给付行政后果评价。给付行政执法的结束并不意味着给付行政过程的完结,给付行政执法的后果还要接受司法机关的评价,这是现代法治国家的普遍做法。在我国,由于给付行政诞生较晚以及其负面效果的“隐蔽性”特征,司法机关对其规制并不重视,即便有所重视,更多的是从合法性层面进行规制,合理性问题则几乎不加介入。比如,1989年颁布的《行政诉讼法》只将“行政机关没有依法发给抚恤金”这类给付行政行为纳入受案范围。在审查标准上,法院也只能针对“行政处罚显失公正”这一负担行政行为作出变更判决。近些年,随着给付行政在社会

〔28〕 参见〔奥〕汉斯·凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第97页。

〔29〕 中国共产党十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“法律是治国之重器,良法是善治之前提。建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键。”党中央首次将“良法”问题置于重要地位。

〔30〕 裴洪辉:《合规律性与合目的性:科学立法原则的法理基础》,载《政治与法律》2018年第10期。

〔31〕 参见周佑勇:《行政裁量基准研究》,中国人民大学出版社2015年版,第22页。

〔32〕 参见崔卓兰、刘福元:《论行政自制之功能——公权规范的内部运作》,载《长白学刊》2011年第1期。

治理中的重要性逐渐提升，国家对其的规制问题也日益重视，法院在给付行政行为上的审查范围和审查标准不断扩大。2014年修改的《行政诉讼法》明确将“行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇”这些给付行政行为都纳入受案范围之内。至于审查标准，修改的《行政诉讼法》对法院的合理性审查权限进行了明显扩充，不仅在撤销判决中增加了“明显不当”这一审查内容，而且在变更判决中还增加了“其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误”的情形，甚至还专门为给付行政行为增设了新的判决类型即“给付判决”。“行政诉讼法修改将行政处罚显失公正改为行政行为明显不当，实际上大大拓展了对行政裁量权审查的范围。总体上来讲，比例原则的适用空间应当也会获得新的增长。”^{〔33〕}如此，比例原则在给付行政后果评价中的作用就显现出来了。司法机关在审查给付行政行为时，可以将比例原则作为判断给付行政行为是否合理的一个有效基准，发挥其在可操作性上的独特优势。

五、结 语

实际上，近些年随着行政救助等给付行政在现代公共行政中地位的日渐提升，我国已经有部分学者在探讨未来比例原则的研究方向和研究重心时，表露出对“比例原则在给付行政中的适用”这一问题的关注，但也仅仅是停留在建议层面，没有展开深入论证和分析。^{〔34〕}并且，从我国目前的实践运行来看，比例原则的适用仍然主要集中在行政处罚、行政强制等负担行政领域。鉴于此，未来在加大相关理论研究的同时，也应着力推动比例原则在给付行政实践中的应用。^{〔35〕}

Abstract: Proportionality principle originated and developed in the burden administration, and plays the functions of power restriction, discretionary governance, and legal benefit balance. As the basic type of modern public administration, the characteristics of payment administration are in line with the applicable requirements of proportionality principle. The state assistance principle is also in common with proportionality principle in terms of connotation and objectives. The scope of application of proportionality principle should be extended to the payment administration. In order to function more accurately and comprehensively, the applicable rules of proportionality principle based on burden administration should be adjusted accordingly, from “minimum damage” to “maximum protection”, and covering the entire process, including payment administration legislation, payment administration law enforcement, and payment administration justice.

Key Words: proportionality principle, the payment administration, the state assistance principle, maximum protection

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔33〕 王静：《比例原则在中国行政判决中的适用》，载《交大法学》2017年第4期，第33页。

〔34〕 参见黄学贤、杨红：《我国行政法中比例原则的理论研究与实践发展》，载《财经法学》2017年第5期；刘权、应亮亮：《比例原则适用的跨学科审视与反思》，载《财经法学》2017年第5期。

〔35〕 参见刘权：《行政判决中比例原则的适用》，载《中国法学》2019年第3期。