

比例原则在行政实践中的适用

Application of Proportionality Principle in Administration in China

王 静

WANG Jing

【摘 要】 比例原则是德国法上的重要原则，近年来在世界范围内都有辐射和影响，成为全球行政法中的一个现象级话题。中国在现代行政法发展的历程里，比例原则经由学术传播到实践应用，其适用发展也不可谓不快。文章对比例原则在中国的传播路径和法律规定做了细致的梳理，认为比例原则相比于正当程序等在中国得到了更快的传播与发展，司法审查中适用比例原则固然重要，但行政实践中对比例原则的适用更为重要，对保护公民权利、推进法治政府建设也更为关键。文章深入分析了裁量基准的推行、网吧禁令、机动车限购限行措施和治理“中国式过马路”等具体事例，认为良法善治对政府提出更高要求，比例原则应当有更多适用，而且能否更多适用取决于司法审查、行政监督乃至社会监督等各种机制共同发挥作用。

【关键词】 比例原则 行政法 法治

【中图分类号】 DF31 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 05-0019-12

Abstract: Proportionality principle, an important legal principle originated from German, has great influence all over the world and always is discussed as a phenomenon in global administrative law. With the rapid development of modern administrative law in China, proportionality principle has been spread fast from academic research to administration practice. The article summarizes the legislation and related documents for proportionality principle, analyzes how the principle is accepted in practice from scholars' study and made some conclusions including proportionality principle actually develops better than due process, application of proportionality in judicial review is still significant but is less important than in administration. The article conduct deep research in some real cases such as discretion standards, the order of closing internet bars, kinds of limitation methods in purchasing and using of automobiles and governance of traffic violation cases by pedestrians etc.,. Good legislation and good governance raises higher standards for the government so that proportionality principle shall be applied more and often. In order to push forward the application of proportionality principle, judicial review, administrative supervision, social supervision and so on shall play functions together.

Key words: Proportionality principle Administrative law Rule of law

【收稿日期】 2017-07-17

【作者简介】 王静，女，1978年7月生，国家行政学院行政法研究中心副主任，法学部副教授，法学博士，研究方向为行政法、行政复议法、土地法、政府监管等。

一、比例原则在理论界和实务界的传播路径

比例原则对中国而言无疑是舶来品，迄今为止在任何一部法律中都没有做出明确规定，但是，早在2004年国务院《全面推进依法行政实施纲要》（以下简称《纲要》）中对依法行政的基本要求第二项即“合理行政”。《纲要》中对合理行政的描述是“行政机关实施行政管理，应当遵循公平、公正的原则。要平等对待行政管理相对人，不偏私、不歧视。行使自由裁量权应当符合法律目的，排除不相关因素的干扰；所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方式实现行政目的的，应当避免采用损害当事人权益的方式。”其中，最后两项表述，被认为是第一次官方文件对比例原则的接受和比较完整的表述。虽然立法机关没有以成文法的方式直接宣布比例原则在社会主义法律体系中有一席之地，但是实践中，无论是立法机关、行政机关，还是司法机关都在有意无意地开始适用这一原则。

（一）立法中的比例原则

中国立法中出现比例原则内容的主要有《人民警察法》、《人民警察使用警械和武器条例》（1996）、《行政处罚法》（1996）、《突发事件应对法》、《食品安全法》（2009）、《行政强制法》（2011）和《精神卫生法》（2012）等。

1. 警察法领域

比例原则在德国最早是在警察法领域出现，在中国立法中得以体现，也是在警力使用特别是警械使用上，不得不说这是现实对警察权合理慎重行使的要求。1996年1月8日国务院第四十一次常务会议通过的《中华人民共和国人民警察使用警械和武器条例》第4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”。第7条规定，“人民警察依照前款规定使用警械，应当以制止违法犯罪行为为限度；当违法犯罪行为得到制止时，应当立即停止使用”。比例原则在警械和武器使用、紧急情况应对、公安日常执法方面都有重要意义。^{〔1〕}

2. 突发事件应对

2007年8月30日通过，自11月1日起施行的《突发事件应对法》第11条第1款规定：“有关人民政府及其部门采取的应对突发事件的措施，应当与突发事件可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应；有多种措施可供选择的，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施”。这一规定的目的是为了保护公民的权利而确立“比例原则”。^{〔2〕}该规定做出“采取的措施与危害的程度相适应”的规定，确立了“侵害相当”原则，而后半句的规定，与一般倾向于强调最小侵害原则不同，应当

〔1〕 对此问题的讨论更多参见余凌云：《警察行政强制的理论与实践》，中国人民公安大学出版社2003年版；李有义：“民警开枪射击法律界限探讨——基于比例原则的分析”，《政法学刊》2007年第4期；张小涛：“公安行政执法工作中比例原则的衡量作用”，《河南公安高等专科学校学报》2006年第2期；朱晓玉、张阿虎：“危机警务中人权保障问题初探——基于比例原则的分析”，《江西公安专科学校学报》2005年第5期；张阿虎、朱晓玉：“从比例原则看危机警务中的人权保障”，《公安研究》2005年第7期。

〔2〕 2007年10月30日国务院法制办就《中华人民共和国突发事件应对法》答问中提到，“为了保护公民的权利，突发事件应对法确立了比例原则，并规定了征用补偿等制度”。

说特别强调的是最大保护原则。^{〔3〕}

3. 行政处罚和行政强制

《中华人民共和国刑法》第5条规定，“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”行政处罚也采用了与刑罚类似的思路，1996年3月17日通过，10月1日起施行的《行政处罚法》第4条规定，“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”

2011年6月30日通过，自2012年1月1日起施行的《行政强制法》第5条明确规定，“行政强制的设定和实施，应当适当。采用非强制手段可以达到行政管理目的的，不得设定和实施行政强制”。第43条规定，“行政机关不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行。但是，情况紧急的除外。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”。此外，《行政强制法》整部法律都体现了比例原则的思想和内容。比如：第三章规定行政机关实施限制公民人身自由的行政强制措施要履行比一般行政强制措施更严格的程序；在强制手段和非强制手段都能达到行政管理目的时，应当采用非强制手段，不得采用强制手段；选择强制手段应当优先使用间接强制手段，包括代履行和执行罚。在代履行和执行罚无法实现行政目的时，才适用直接强制执行；实施强制手段时，在达到行政目的的前提下，应当采用对当事人损害最小的措施。对于情节轻微或没有明显社会危害的，可不实施行政强制；查封、扣押的财物价值应当适当；冻结存款、汇款的数额应当与违法行为涉及的金额相当。

（二）比例原则从学理到实践的传播

比例原则作为舶来品能够进入立法，并且进入行政实践，为普通人和行政执法人员所知晓，离不开知识界，特别是行政法学专家学者的努力。20世纪80年代，行政法学在各高校开始恢复，行政法学教材和专著开始逐渐增多，随着研究队伍的扩大，在王名扬先生三部曲的基础上，在中国传播的德国行政法学和美国行政法学的著作文章数量增长最快。德国法学体系对中国的影响始于清末直至民国时期，改革开放以后，于安、高家伟、刘飞等德国行政法学专家翻译和介绍的德国行政法学教材和著作，对90年代至今的当代中国行政法学产生了深远影响。而另外一个德国行政法学产生影响的原因是大陆地区专家学者对台湾地区著作和文章的阅读和引用。1996年以后，海峡两岸行政法学交流日益频繁，除了每年轮流由两地行政法学会举办的海峡两岸行政法学学术研讨会以外，还通过访学、学术会议等多种形式进行交流。同进入21世纪后大陆行政法学译著、国外情况介绍和分析的著作大幅增多不同的是，当时大陆行政法学还深受台湾地区的影响，台湾地区著作文章成为大陆行政法学研究的重要来源之一，由此观之，台湾地区受德国影响甚重，大陆又受台湾地区影响，德国行政法学的重要原则和概念在大陆耳熟能详，就不是奇怪的事情了。

除了学术源流的原因外，20世纪90年代是行政法学理论推动实践、影响实践空前的历史阶段，在很多重要的立法、政策文件和司法案例中，行政法学专家学者都尽最大

〔3〕“通常，行政措施的采取需要符合最小侵害原则，但是在突发事件应对中，特别是自然灾害应对中，并无直接的致害人，行政机关负有保护公民、法人或其他组织人身财产安全的职责，此时，如果说要采取最小侵害的措施来保护相对人，似乎很难说得通。”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”，《行政法学研究》2012年第1期，第98页。

能力将来自域外的智识嵌入中国的行政法学中来。比例原则在2004年能写入《纲要》，也是当时在国务院对依法行政提出新的目标和要求的情况下，活跃在行政法学理论和实务的专家学者和官员，尽力将80年代以后的行政法学研究成果转化为立法和政策的最终成果。虽然《纲要》不是立法，但是在中国国情背景下，《纲要》无疑是中央政府在推进法治建设中最为重要的指导文件，对各级政府和工作人员都有约束力，其中的内容经过宣传、组织学习为广大行政机关工作人员所熟悉。现在看来，《纲要》的很多内容都有前沿性和创新性。其中，对比例原则主要内容用中国的逻辑重新进行表述，就是《纲要》的最大亮点之一。

之所以说是重新表述，是因为《纲要》中的比例原则，还融合了部分英国合理原则的内容。英国行政法中关于“越权无效”、“合理原则”（the principle of reasonableness）以及“unreasonableness”、“irrationality”、“arbitrary and capricious”等概念和原理等也从王名扬先生《英国行政法》的介绍中成为中国行政法学理论界相当熟悉的内容。所以，无论是《纲要》还是其他相关的立法和文件，对于合理原则的认识，中国行政法学其实是将英国乃至美国的合理原则和德国的比例原则合二为一。比如《纲要》除了前面提到的比例原则的内容，前半段的表述是“行政机关实施行政管理，应当遵循公平、公正的原则。要平等对待行政管理相对人，不偏私、不歧视。行使自由裁量权应当符合法律目的，排除不相关因素的干扰”，显然，“不偏私”、“不歧视”、“排除不相关因素的干扰”是英国合理原则的内容。

（三）初步评价：比例原则目前在中国的适用情况

第一，以《纲要》为标志，说明比例原则的名称和基本内容已经为立法所接受，并不是新鲜词语，但是作为行政法的原则，是否真正、完全确立有待进一步论证。正是在这个意义上，何海波教授将其称为“中国正在形成的行政法原则”之一。^{〔4〕}从学术研究的角度来看，运用比例原则分析行政机关的日常管理活动的学术成果很多，近三年来的主题就涉及房屋征收、小产权房、城管执法、微博实名制、兴奋剂违规处罚、违法建设、出租车准入、行政资助、看守所管理、边检行政、消防行政、税收行政等等，涉及范围不可谓不广，从下文将做详细讨论的行政机关自己出台的行政裁量基准等规范文件来看，有意识写入比例原则的内容甚至直接使用比例原则的概念和表述的规范文件也在显著增加，但是，就行政机关的日常管理活动本身，到底有多少行政机关及其工作人员有适用比例原则的意识甚至真正适用了比例原则，还是存疑的。从学术研究到行政实践，还有相当长的路需要走。

第二，如果说比例原则和正当程序都称得上是行政法原则的话，相比较而言，正当程序原则的发展似乎比比比例原则更快。

虽然有不少人认为正当程序的理念、原则、立法和实践发展得还不够快，但无论是行政机关工作人员还是法官，乃至普通百姓，行政行为应当依照一定程序完成，程序违法会导致行为违法的理念和原则的普及程度，还是高于比例原则的。这其中有两个原因，第一，正当程序，与其说是原则，在相当程度上已经从原则转化为很多的具体程序规定，也就是所谓的“法定程序”。中国在法律框架和实际操作上体现着典型的成文法传统，行政机关和法院都在试图从上位法中寻找依据，而不倾向于进行自由发挥，即便

〔4〕 参见何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2011年版，第64页。

有创新，也都会小心翼翼地找到些许上位法依据，或者至少中央文件的依据，对法院而言，更是如此。法院谨慎地把握着司法与行政的边界，没有成文法依据而根据行政法原则来对行政行为的合法性进行审查并做出判断的判决是罕见的。从《行政处罚法》《立法法》《行政许可法》到《行政强制法》，中国行政法律制度体现出控制和规范行政权的两个基本路径，一是在设定权上做文章，将行政权的设定限定在一定层级的法律规范内，把法律保留原则和法律优先原则的内容具体化，二是在程序上予以规范，几个行政行为法中都有大篇幅对程序的规定，到行政强制法时，大约三分之二的条款都是程序规定。正因为正当程序原则的很多具体内容已经进入法律、法规乃至规章，行政官员和法官都不需要搬出一个在立法上没有明确说出来的正当程序，适用法定程序即可。2015年《行政诉讼法》修改是正当程序发展的又一个机遇，除了延续了违反法定程序构成违法，行政行为可被撤销外，还增加了确认违法的一种情况，即行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的。相比较而言，比例原则比正当程序写入立法的次数还是少得多，获得发展的机会也就少一些，速度也就慢一些。

第三，比例原则进入司法判决的情况正在增加，但是目前的发展空间仍然有限。

如果说比例原则在行政诉讼案件中的运用，代表着司法机关对行政目的与手段的考量，那么在司法层面，中国确实更多停留在《行政诉讼法》所确立的“滥用职权”和“行政处罚显失公正”的阶段，对行政行为合理性的审查，还只是对行政权行使的动机目的以及对行政处罚的审查，并没有扩展到更为广阔的领域。2015年《行政诉讼法》修改将司法审查的标准从“行政处罚显失公正”改为“明显不当”，大大拓展了对行政行为合理性审查的范围。“比例原则作为一个触角纵深的审查基准，代表公法法官兵器库中最强劲的武器。但是，这依赖于法院在何种严厉的程度适用这一标准，以及在何种深度上法院意欲干涉政府当局的选择。”〔5〕总体上而言，法院在司法审查中是否以及如何适用比例原则都还取决于多重因素，特别是法院和行政机关的关系，法院是否可以在新《行政诉讼法》施行之后更为“硬气”地对行政行为进行审查，受制于《行政诉讼法》本身之外更多的因素。

第四，比例原则似乎比合理原则、成本效益分析等概念更受青睐。

比例原则正在成为一种全球现象，大有取代合理原则的趋势。在英国及一度应用合理原则的国家包括加拿大、南非、澳大利亚、新西兰以及印度等也在一定程度或范围放弃了合理原则而改用比例原则，在非英语国家，比例原则也从德国向欧洲乃至更多国家推广。〔6〕这种在全球形成的现象，值得深入讨论。〔7〕这其中可能存在复杂的原因，包括“正当理由文化的需求、法律的早期发展、缓解多元社会冲突的有效司法装置、价值中立的通用语和原始司法权力”等等。〔8〕关于比例原则与合理原则的关系，在中国有不同认识，有的认为比例原则是合理原则的组成部分，有的认为比例原则与合理原则是并列的，也有的甚至认为比例原则可以取代合理原则。前文已经提到，主流认识还是将比例原则认为是合理原则的一部分，绝大多数教材、著作和中央文件所阐述的合

〔5〕 蒋红珍、王茜：“比例原则审查强度的类型化操作”，《政法论坛》2009年第1期，第117页。

〔6〕 参见杨登峰：“从合理原则走向统一的比例原则”，《中国法学》2016年第3期，第91页。

〔7〕 本文就是为2013年7月在台北举行的关于比例原则的比较法研讨会而准备的论文（中文稿）的一部分，全球来自四十多个国家和地区的专家学者齐聚一堂就是讨论比例原则的全球影响。

〔8〕 参见刘权：“论比例原则的规范逻辑”，《广东行政学院学报》2014年第2期，第55页。

理原则往往把比例原则纳入进来。在美国行政法上还有成本效益分析的方法，相比较而言，比例原则比合理原则和成本效益分析似乎更具欢迎度。“比例”一词在中文中更具客观性，在可理解和可操作程度上，比例原则也更胜一筹。“比之于合理原则，比例原则的功能优势主要体现在所考量的因素或证成方法上”。〔9〕证据制度也是原因之一，相比较而言，合理原则的事实和理性的举证责任由原告承担，而比例原则中承担举证责任的是被告也就是行政机关，行政机关为了经得起司法审查，必须在行使自由裁量权时就更加广泛地搜集证据，更加审慎地衡量各种因素，由此也就可以更好地保护公民的权利。〔10〕同样“时尚”受欢迎的概念和原则还有信赖保护原则，比诚信原则也更具操作性。〔11〕

二、比例原则在行政管理实践中的运用

（一）行政裁量基准与行政自制

“行政法如果不是控制自由裁量权的法，那它是什么呢？”〔12〕戴维斯教授也认为“控制行政裁量的根本的、有效的途径必须从行政机关内部去找寻”〔13〕。对行政机关而言，中国法律法规和规章中存在大量模糊概括的对行政执法行为的范围、幅度和限度的设定，在具体执行中面临着滥用和失当的问题，如何缩减和限制行政机关在执法过程中的裁量权，成为近年来不少地方政府的工作重点。各地政府纷纷颁布和实施行政裁量基准即是例证，中国行政法学理论界近年来对行政裁量权和裁量基准的实证研究也成为学术研究的最大增长点之一。〔14〕

“所谓裁量基准，是指行政机关在法律规定的裁量空间内，依据立法者意图以及比例原则等的要求并结合执法经验的总结，按照裁量涉及的各种不同事实情节，将法律规范预先规定的裁量范围加以细化，并设以相对固定的具体判断标准。”〔15〕自2004年浙江金华市公安局率先推出《行政处罚自由裁量基准制度》，浙江省金华市在全国率先发

〔9〕 前注〔6〕，杨登峰文，第96页。

〔10〕 同上，第97页。

〔11〕 之所以从语义本身有这样的分析，是因为翻检法律规定和法院判决，会发现中国目前出现的比例原则的内容，有的与德国的比例原则很相近，更多只是为我所用，比如前文讲到的《突发事件应对法》第11条第1款规定：“有关人民政府及其部门采取的应对突发事件的措施，应当与突发事件可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应；有多种措施可供选择的，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施”。这一规定没有采用最小侵害原则，而是采用最大保护原则。中国对域外法律概念和原则的移植和借鉴是实用主义的，未必拘泥于原有内涵。

〔12〕 〔美〕伯纳德·施瓦茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社1986年版，第566页。

〔13〕 Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, 1969, p. 1.

〔14〕 参见朱新力：《法治社会与行政裁量的基本准则研究》，法律出版社2007年版；王周户、徐文星：《现代政府与行政裁量权》，法律出版社2010年版；徐文星：《警政革新与警察裁量权之规范》，法律出版社2010年版。

〔15〕 周佑勇：“裁量基准的正当性问题研究”，《中国法学》2007年第6期。另参见周佑勇：“行政裁量的治理”，《法学研究》2007年第2期。

布《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》。^[16]2006年中共中央办公厅、国务院办公厅联合发布《关于预防和化解行政争议，健全行政争议解决机制的意见》指出，要对行政机关的行政裁量权进行细化、量化和规范，防止滥用行政裁量权。2007年国务院召开全国市县依法行政工作会议，明确要求推行行政处罚裁量基准制度。2008年国务院《关于加强市县政府依法行政的决定》规定，“要抓紧组织行政执法机关对法律、法规、规章规定的有裁量幅度的行政处罚、行政许可条款进行梳理，根据当地经济社会发展实际，对行政裁量权予以细化，能够量化的予以量化，并将细化、量化的行政裁量标准予以公布、执行。”2010年国务院法制办公室曾就《关于规范行政裁量权工作的指导意见》征求意见。国务院2010年发布的《关于加强法治政府建设的意见》明确要求建立行政裁量权基准制度，以细化、量化裁量权。2013年中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调“规范执法自由裁量权，加强对行政执法的监督”。2014年中共十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“建立健全行政裁量权基准制度，细化、量化行政裁量标准，规范裁量范围、种类、幅度”，首次将建立健全裁量权基准制度上升到了国家战略层面。

近年，各地纷纷推出各种裁量基准，对裁量范围加以细化并设以相对固定的具体判断标准，截至2017年5月，共有17个国务院部门规章、25个地方政府规章、1365个地方规范性文件对行政裁量做出规定，其中明确以裁量基准出现的有3个部门规章、1个地方政府规章和226个地方性法规。行政裁量权规范和裁量基准“已经成为我国行政改革与政府再造的一个重要符号，并被视为公共行政领域的科学化、民主化、公正化的重要制度创新”^[17]。各地裁量基准最初主要集中于行政处罚执法领域，其核心是区别违法的不同情节和危害性，设定相对应的行政处罚幅度，通过违法情形与幅度的对应化，建立一定的“格次”、“档次”或“阶次”，以做到过罚相当。在这一意义上，自由裁量基准类似于“量刑基准”或“量刑指南”。^[18]随着裁量基准制度的进一步发展演变，现在行政许可、行政强制和行政征收等拥有裁量权的领域，也都出现了行政裁量权基准的运用。

通过对裁量基准的不完全归纳和梳理，笔者发现早在2007年12月13日《四川省成都市人民政府关于规范行政处罚自由裁量权的实施意见》中就有对比例原则内容的明确规定，“所采取的措施和手段应当必要、适当”，“可以采用其他方式实现行政管理目的的，应当避免采用损害行为入权益的方式”。此后在不同年份的不同文件中，或多或少地表达了比例原则的内容，特别是2011年和2012年的几个文件中都有比例原则的规定。相比较而言，2009年《湖南省规范行政裁量权办法》中涉及比例原则的规定最多。其实，中国第一部省级政府颁布的行政程序规定，2008年《湖南省行政程序规定》

[16] 浙江省金华市公安局陆续出台了对赌博、卖淫嫖娼、偷窃、无证驾驶、违反互联网营业场所规定等常见违法行为的行政处罚裁量基准。2006年，金华市政府又在总结公安、工商、环保等试点单位经验的基础上，在全市9个县市区和市级25个具有行政处罚权的部门全面推行规范行政处罚裁量权的工作，详见周佑勇、钱卿：“裁量基准在中国的本土实践——浙江金华行政处罚裁量基准调查研究”，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2010年第7期。

[17] 参见前注[15]，周佑勇文，“裁量基准的正当性问题研究”，第29页。另参见前注[15]，周佑勇文，“行政裁量的治理”。

[18] 参见王锡锌：“自由裁量权基准：技术的创新还是误用”，《法学研究》2008年第5期，第41页。

已经规定了比例原则的内容。^{〔19〕}《湖南省规范行政裁量权办法》可以看作是对程序规定的具体化。

对于各地推行的裁量基准，中国行政法学界和官方持赞同的声音为大多数^{〔20〕}。正如王锡铤教授所言，“在中国当前的行政法治背景中，行政裁量权存在的宽泛性、行使的随意性、事后监督的不可及性，都是西方所不曾面对的。由此背景出发，强调通过规则化对自由裁量进行控制，应被理解为一种法治意识的觉醒。”但是，仔细翻检各地裁量基准的制定，还停留在纸上的法治，相似度很高，如果确实可以作为各地或者某个领域推行裁量权规范的依据，裁量基准的积极意义还是存在的。但是，“该制度所提供的手段和技术，对于所期待目标的实现却远非充分。而且，实践中试图大规模地制定裁量基准并通过基准的普遍适用来控制自由裁量的做法，除了可能带来裁量的格式化甚至僵化，也存在着合法性方面的问题”^{〔21〕}。各地和有些国务院部委的裁量基准中对比例原则的规定，主要是过罚相当和最小侵害的规定，在真正视比例原则为圭臬的学者看来，无疑是远远不够的。但是，如果从法治推进的渐进性来看，裁量基准本身的出台就意味着行政权力约束更进一步，在政府自己出台的文件中明确写明比例原则，更加证明来自西方的法治理念和原则逐步从书斋走向实务，而且由于中国具体执法实践的强烈需要，这些舶来品以一种新的面貌扎根并生长，有朝一日会成长为中国自己的植物。

但是，行政裁量基准给司法审查也带来一些难题。^{〔22〕}“长期以来，行政裁量权基准以执法细则、执法指南等形式深藏于行政机关，笼罩着执法秘笈的神秘色彩。”^{〔23〕}由于一些地方政府和部门的裁量基准没有对外公开，不是以规章或者规范性文件的形式出现，在司法审查的法律适用上出现了争议。实践中，有真实的案例，法院认为内部文件不能作为行政执法的依据，从而否认了行政裁量基准的法律效力。^{〔24〕}在这一类行政裁量基准中出现的对比例原则的规定在司法审查中的作用还有待进一步观察和讨论。

（二）行政管制措施的科学论证与讨论

行政管理的科学化、精细化一直都是行政机关实现有效管理的难题，中国各级政府真正面向现代社会将行政管理作为一门科学来对待，也不到三十年的时间，特别是近年来，政府出台的若干政策或者说管制措施，受到来自社会各界的讨论、争议乃至批评。

〔19〕 按照《湖南省行政程序规定》，行政机关行使裁量权应当符合立法目的和原则，采取的措施应当必要、适当；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，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人或者其他组织权益的措施。

〔20〕 参见宋华琳：“基层行政执法裁量权研究”，《清华法学》2009年第3期；郑春燕：“服务理念下的程序裁量及其规制”，《法学研究》2009年第3期；宋功德：“行政裁量控制的模式选择——硬法控制模式的失灵催生混合法控制模式”，《清华法学》2009年第3期；姜明安：“论行政裁量权及法律规制”，《湖南社会科学》2009年第5期；章志远：“作为行政裁量‘法外’依据的公共政策——兼论行政裁量的法外控制技术”，《浙江学刊》2010年第3期；郑雅方：“论行政裁量基准的实质渊源——以行政惯例为例”，《法制与社会发展》2010年第3期；王敬波：“行政裁量基准的应用与发展——从郑州市行政处罚裁量阶次制度谈起”，《行政管理改革》2011年第7期。

〔21〕 前注〔18〕，王锡铤文，第38页。

〔22〕 参见王贵松：“行政裁量基准的设定与适用”，《华东政法大学学报》2016年第3期，第70页。

〔23〕 黄学贤、杨红：“行政裁量权基准有效实施的保障机制研究”，《法学论坛》2015年第6期，第28页。

〔24〕 参见黄学贤：“行政裁量基准：理论、实践与出路”，《甘肃行政学院学报》2009年第6期，第106页。

出台任何一项管制措施，对政府的管理能力都是一次考验和挑战，政府也越来越习惯于面对争论。

1. 蓝极速网吧火灾事件与网吧业禁令

2002年6月16日凌晨2时40分左右，北京一家名为蓝极速的网吧发生火灾。经公安消防部门现场勘查，火灾造成24人死亡，13人受伤，该事件是北京在新中国成立以来死伤人数最多的火灾。北京市政府很快宣布，北京市所有网吧都要停业整顿。此后，全国掀起网吧综合治理的风暴。^[25]北京将所有网吧停业，重新审查营业资格，并大力整治非法经营的黑网吧。6月至9月，北京没有准予一家网吧经营许可。10月底，网吧综合治理行动的资格审查基本结束之后，才有50余家网吧陆续开业，实名上网、严禁吸烟、扩大面积等措施也得到了严格的执行。2003年3月，北京放开对新增网吧营业资格的审查，但是条件依旧严格。

蓝极速网吧事件发生，引起社会各界极大关注，各种关注都集中在纵火少年的教育问题和黑网吧的非法经营和防火条件等问题上。中国在行政管理上容易走极端，正所谓“一抓就死，一放就乱”。当时政府对此类问题不仅在管理职权上是模糊的，在管理思路、管理方法上都处于刚刚起步时期，因此，做出了全部停业的禁令。但是，蓝极速网吧事件发生有着复杂的原因，^[26]全部停业是否恰当，在当时也并不是没有批评和质疑的声音。蓝极速网吧火灾的发生，与网吧的非法经营有关系，那么不分是否有合法证照，不分防火措施是否到位，而一律禁止，管制措施的合理性面临第一重质疑。第二重质疑是，全部停业禁令与上网权利、网吧业健康良性发展之间的平衡，全部停业禁令长达数月时间，对没有上网场所而必须上网的人群造成极大不方便，对网吧业的发展，乃至整个网络行业发展都有重大影响。第三重质疑是，除了全部停业的禁令外，还有其他的管制措施，比如防火检查、对非法网吧的检查和取缔、网吧日常营业的检查和处罚等等，在发生火灾之时，是否应当首先进行防火检查，然后对非法网吧取缔，加强对合法网吧的日常经营监管，而不是将全部停业禁令作为唯一的管制手段。

事实上，在北京乃至全国开展的网吧业整治在立法层面也有所体现。2002年8月14日国务院第62次常务会议通过《互联网上网服务营业场所管理条例》，自2002年11月15日起施行。2003年4月12日，文化部宣布全国启动网吧连锁经营计划，所有网吧将逐步并入几个大的连锁组织旗下统一经营管理，而个体网吧，原则上将不再审批新增，从而进一步改变了网吧业的格局，推动了网吧业洗牌。^[27]

由于火灾而引起的管制措施乃至立法上的变化，在中国最典型的莫过于烟花爆竹燃放。由于烟花爆竹燃放常对人体造成伤害，易引发火灾，北京市于1987年开始实施《北京市烟花爆竹安全管理暂行规定》，采取“逐步限制、趋于禁止”的管理方针。1993年12月1日起，北京正式实施《禁止燃放烟花爆竹的规定》。2005年9月，北京

[25] 参见冰河：“失火的天堂——‘蓝极速’网吧事件一周年祭”，《大众软件》2003年5月14日，第25页。

[26] 2002年时无论在家庭、公司乃至大学，上网还不是容易的事情。市场需求催生了大批网吧，而当时网吧管理混乱，一些网吧隐藏在饭馆乃至居民楼内，有些非法网吧为了逃避检查，采用外面门窗加锁、里面照常营业的手段。火灾的原因经调查，是两名未成年人因为与网吧老板有纠纷而纵火。

[27] 参见周佳：“‘行政执法瓶颈’研究——以网吧专项整治为个案”，《法制与社会》2008年第36期，第10页。

市人大常委会通过《北京市烟花爆竹安全管理条例》，该条例从2005年12月1日起施行，一直延续至今。条例规定，本市五环路以内的地区为限制燃放烟花爆竹地区，农历除夕至正月初一，正月初二至十五每日的七时至二十四时，可以燃放烟花爆竹，其他时间不得燃放烟花爆竹。五环路以外地区，区、县人民政府可以根据维护公共安全和公共利益的需要划定限制燃放烟花爆竹的区域。国家、本市在庆典活动和其他节日期间，需要在限制燃放烟花爆竹地区内燃放烟花爆竹的，由市人民政府决定并予以公告。2013年冬天以后，北京雾霾天气加重，烟花爆竹是否禁放再度引起争议。从烟花爆竹禁放到限制燃放，到禁放争议再起，比例原则就有适用的空间。

2. 限行？拍卖还是摇号？

在中国，大城市交通拥堵问题日益严重，在轨道交通、公共汽车等公用交通尚未发展起来之前，私人机动车增长速度远远超出预期，为了缓解交通拥堵，北京、上海、广州等地开始实行不同形式的限制使用的做法。最早是上海开始实行机动车车牌摇号，后来是北京在奥运会期间为了实现“天蓝路畅”而采取单双号限行措施，北京市交管部门对停驶的车辆相应减征了三个月的车船税和养路费，减征的税费数额达13亿元。此后，限行措施从临时措施变为日常措施，车号轮流限行。^[28]北京又推出小客车购买指标摇号的措施。对这些措施的正当性，一直就有各种声音。^[29]

从机动车购买上来讲，在北京、上海和广州所采取的三种机动车购买限制措施，都对机动车的购买进行了限制。北京的摇号采用无偿、随机方式，是最为公平的方式，但是随着没有真正用车需求的申请者巨量增加，中签比例不断降低，引发效率低下、配置不合理的争议。上海的拍卖采用出价高者得的方式，从公共资源的配置来讲，是较为有效率的方式，但是单纯从价格考量容易陷入公平与否的争议。许多省份如湖南、山西、内蒙古自治区、浙江等近年来将一部分所谓“吉祥牌照”、“吉利牌照”进行拍卖。广州则实行摇号加拍卖的方式，即复合型限购措施，兼顾了两种方式，在公平的基础上增加了效率。

上述三种公共资源配置方式，存在科学性合理性问题。而究竟采用何种方式，应当区分牌照的具体情况来判断，其中就有比例原则的适用空间。首先，吉祥牌照可以采用拍卖方式。暂不论吉祥牌照是否迷信科学，公众对吉祥牌照的需求和偏好，决定了吉祥牌照的稀缺性，对这一公共资源的配置应当采用比随机分配更为有效的方式。而且，过去吉祥牌照往往被行政机关充当“人情号”，拍卖可以杜绝此类情况，并增加公共财政收入。总体上来讲，吉祥号牌的拍卖利大于弊。问题的关键是拍卖的资金的支出情况，这也是判断政府拍卖制度是否合法的又一重要条件。吉祥车牌拍卖所得款应当被严格监督用于公共交通建设、交通事故救济基金等公共利益用途。此外，拍卖的组织、程序以及拍卖得到的吉

[28] 张翔认为，“按尾号每周限行一天”属于“财产权的社会义务”，而“单双号限行”属于“征收”，区别二者的标准是是否违反平等原则，造成了个别人或者人群的财产权的特别牺牲，并且这种损害是严重的和不可期待的。运用比例原则可以对限行措施进行分析，其他一些措施包括淘汰黄标车、降低工业排放与扬尘污染和机动车油品升级等，比限行对财产权限制更小。参见张翔：“机动车限行、财产权限制与比例原则”，《法学》2015年第2期，第11、15页。

[29] 参见王锡锌：“行政决策正当性要素的个案解读——以北京市机动车‘尾号限行’政策为个案的分析”，《行政法学研究》2009年第1期；胡建森、张效羽：“有关对物权行政限制的几个法律问题——以全国部分城市小车尾号限行为例”，《法学》2011年第11期；钱卿：“行政法视域中利益结构的个案解析——以单双号限行措施为样本”，《政治与法律》2011年第7期。

祥号牌不得更改、转让的规定都应当尽量完善细致。其次，吉祥车牌以外的其他牌照，应当采用无偿的方式进行配置，在实现效率的同时兼顾公平。摇号就目前情况来讲，是最为公平的方式，需要做的是进一步完善摇号的具体流程并对效果进行跟踪评估和适时调整。因此，从可选的三种限制措施来看，广州市的做法更为科学合理。

无论是摇号还是拍卖，所指向的都是大城市交通拥堵问题，域外解决此问题多采用自由购买、限制使用的方法。新加坡则是特例，既限制购买也限制使用。限制购买在新加坡是实行“限制年限的机动车牌照”，还采用限时上路的特殊号牌。限制使用一般是采取价格手段，比如伦敦和新加坡收取“拥堵费”。“拥堵费”这一方法使用的前提是发达的电子信息系统为不停车收费提供技术支持等等。此外，纽约、东京、我国香港地区、首尔等城市中心城区高额停车费也对拥堵现象有相当程度的缓解。从长期来讲，治理城市交通拥堵乃至治理空气污染，要多管齐下，既要优化交通出行结构，大力发展公共交通，引导百姓出行习惯，也要依托科技手段征收拥堵费、高额停车费，还要规范和限制公车使用等等。北京、杭州、宁波、成都、重庆等城市都曾动议采用拥堵费的方法，但是遇到很大争议。一些城市也曾试行高额停车费的方法，但是由于多个原因，没有收到预期效果。

城市不能只依靠限制购买措施和限行来解决交通问题，拍卖和摇号等措施更多的功能和意义在于为上述长期措施争取时间，拍卖和摇号应当是暂时性缓解措施，而非永久措施。在技术条件日趋成熟，公众对限制机动车购买和使用的必要性的认识日益增强的情况下，拥堵费、高额停车费以及限时牌照等措施的实施条件也逐渐具备，有必要在机动车限制购买措施之外，采取更为立体多元的管理方法。因此，上述多种管制措施，应当根据具体情况具体判断，需要在公共利益与私人利益之间进行权衡，最差方案是一刀切的做法。^[30]

（三）治理“中国式过马路”

各地对“中国式过马路”的处罚与治理话题中，也有比例原则的适用。“中国式过马路”是网友对部分中国人集体闯红灯现象的一种调侃，即“凑够一撮人就可以走了，和红绿灯无关”。中国公安部交通管理局统计显示，中国2011年道路交通事故死亡者中，步行的占25.15%。2013年3月7日起，杭州开始严管八类交通恶习，行人闯红灯、不走斑马线等行为都会被处罚。仅首日，杭州交警查处的各类交通违法行为就达960起，其中遭处罚的行人不在少数。但是，一律处罚5元，引来行人的不满。2013年5月6日，北京市全面动用罚款方式向“中国式过马路”说不，行人闯红灯罚款10元，非机动车闯红灯罚款20元，均为当场处罚。在具体管理上，把罚款处罚作为执法手段的其中一种，暂时仅针对不听劝阻、带头硬闯红灯的骑车人和行人进行处罚，对其他人员以教育等形式来辅助纠正他们的违法行为。据2013年6月14日报道，上海近期开始进行中国式过马路专项整治，采取了“胡萝卜加大棒”的方式，安装“行人闯红灯自动监控报警系统”，以温柔的女声劝阻闯红灯的行人，或者通过“罚读报”的方式警示、教育行人。在各地整治非机动车和行人“中国式过马路”过程中，各种招数悉数上

[30] 类似的争议还发生在近年来政府对房地产市场的调控政策上，限购令和加收税款引起的排队过户、假离婚等社会现象引发热切关注，调控房地产市场用什么手段，限购和加税是不是合适的手段也引起讨论。对房产调控措施能否经得起比例原则考验而展开的讨论，详见翟翌：“房产调控如何通过比例原则之门——以宪法文本和弱势群体保护为视角”，《广西政法管理干部学院学报》2011年第4期。

阵，包括改善道路交通设施、调整交通信号灯配时、增加志愿者值守、将违法纳入诚信体系等措施。在行人不遵守交通规则该如何管理的问题上，交管部门多年来一直在探索多种方式，齐抓共管，在杭州一律罚款引发争议的情况下，北京适时做出调整，根据违法程度不同，给予警告或者罚款，上海则更加凸显柔性执法，以电子设备温柔提醒和劝阻。这些手段的选择适用恰恰体现了比例原则的精髓。应当说，无论比例原则是否为行政机关和广大民众知晓，现实发展的需要催生了对管制理念和管制手段的质询和对“善治”（good governance）的追求。

三、比例原则在行政实践中的适用需要多重机制保障

比较而言，政府在多个问题和领域开始适用比例原则，是自我规制的需要，还是舶来品比例原则被更多的人了解和理解？笔者认为，更为有说服力的解释是社会现实发展对政府提出了政府政策、立法、措施、行为等方面的更高要求，具体包括：第一，在市场与政府边界问题上的一再试错，使得政府不得不认真对待公权力的边界，在选择管制措施时要对管制目的的适当性进行考量，对手段与目的的匹配性进行衡量，对是否给公民和社会造成侵害进行度量。第二，公民权利意识的觉醒和舆论监督的加强。政府在出台政策措施时必须预测将引起何种社会评价，在执行时又会遇到哪些反对，政府不得不对政策措施的合法性和可行性进行论证，以提高政策措施执行的效果。第三，政府对善治目标的追求。现代社会对政府提出更高要求，不仅是不越过权力的边界，更要积极行政、良好行政。为了达成善治的目标，政府的政策措施必须在做与不做之间进行抉择，如果采取手段，又需要在多种可选手段之间进行比较和权衡，在政策措施的科学性上做足工作。

比例原则虽然在立法、行政乃至司法领域都有适用，但是对行政行为合理性的约束和控制仅是万里长征第一步。正如郑春燕所言，“立法机关对不确定法律概念的依赖，使行政机关游刃于因解释不确定法律概念所形成的广阔外延，现代行政的特性，更使目的模式成为立法规范的‘新宠’；裁量基准对裁量行使具体化与细节化的追求，虽拘束了行政裁量，却在增加行政成本与降低行政效率方面毫不逊色；行政诉讼中因法官对行政裁量理解上的误区以及制度设计上的弊病，使审判远离了‘滥用职权’与‘显示公正’条款”^[31]。单纯依靠比例原则抑或其他任何原则实现约束和控制公权力是不可能的，这些原则无非是工具或兵器，本文这样的讨论只是从学理上将此工具或兵器抛抛光、亮亮相，还需要有可以使用工具或兵器的有效机制方可战无不胜。无论是立法、裁量基准、司法审查，还是行政监督，甚至社会监督，都是整个机制上不可缺少的部分，也都无法单兵作战，协同并进是正途。

参考文献

- [1] 何海波. 行政诉讼法 [M]. 北京：法律出版社，2011.
[2] 杨登峰. 从合理原则走向统一的比例原则 [J]. 中国法学，2016（3）.

（责任编辑：赵真 赵建蕊）

[31] 郑春燕：《现代行政中的裁量及其规制》，法律出版社2015年版，第28页。