

比例原则位阶秩序的司法适用

蒋红珍*

内容提要：位阶秩序构成比例原则的规范内涵和操作路径，为比例原则调整目的与手段关系提供了重要基础。与学理建构的“三阶论”不同，我国司法实践中的比例原则，至少存在位阶秩序的“全阶式适用”“截取式适用”“抽象式适用”三种类型。位阶秩序在司法实践中的多样化呈现，既与分支原则的独立性和附属性有关，也与位阶秩序构成论的自身特点有关。分支原则的“显性”与“隐匿”，在某种程度上反映着司法审查介入行政判断的意愿强弱。近年来，司法审查强度及其界定标准已在我国司法实践中得到发展，对比例原则的本土适用产生影响。从位阶秩序适用的多样模式到司法审查强度的多元选择，代表着比例原则在我国司法适用中的未来发展趋势。

关键词：比例原则 位阶秩序 司法适用 审查强度 司法与行政

引言

作为一个释义学概念，比例原则是源自德国公法的舶来品。与比例原则的概念一并从德国公法引鉴而来的，还有其“位阶秩序”，即比例原则由多个分支原则构成，这些分支原则在适用时层层递进、依次展开，符合了上一原则，才能进入下一原则的位阶适用，后一原则有强化前一原则的功能。^{〔1〕}在位阶秩序构成论上，学界存在不同观点。通说认为，比例原则的分支原则包括适当性原则、必要性原则和均衡性原则，学界也经常用“三阶论”来指称比例原则的位阶秩序。^{〔2〕}三个分支原则逐层递进、环环相扣，为实体价值的追求提供了程序化和方法论意义上的指引，使比例原则能以“非常精细严密的思考框架，涵括了人类进行合乎理想的权衡所应考虑的各种因素，并以步骤化、可操作化的方式

* 上海交通大学凯原法学院教授。

本文为国家社科基金项目“比例原则的本土化和全球化”（17BFX038）的阶段性成果。

〔1〕 Artur Wolfers, Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Zeitschrift des Bernischen Juristenverein 113 (1977), S. 298.

〔2〕 “三阶论”在比例原则相关论述中有两种指向。一种是位阶秩序，即适当性、必要性和均衡性三个分支原则，另一种是德国“药房案”中对执业自由限制的“三阶论”，即职业执行自由限制、职业自由的主观要件限制和职业自由的客观要件限制。本文在第一种意义上使用“三阶论”。相关介绍，参见蒋红珍：《论比例原则》，法律出版社2010年版，第39页。

呈现出来”。〔3〕三阶论本身也反映了基本权利“最佳化要求”的属性，使比例原则与基本权利之间形成一种构成性的关系，即基本权利本身蕴含着比例原则中的适当性、必要性和均衡性三项要求。〔4〕正因如此，三个分支原则所架构的位阶秩序，不仅成为比例原则自身内涵构成和适用方法的学理通说，也使其赢得了公法之“帝王条款”的赞誉。〔5〕

然而，将比例原则的内涵层次和适用流程等同于三阶论的观点，还只是立足于学理层面的认识。这套从德国公法引鉴而来的学理，尽管已被我国学界普遍接纳，但尚未在我国实体法上明文确立。在缺少法律依据的前提下，比例原则的位阶秩序在司法实践中呈现何种样态？法官在适用比例原则时，是否会严格遵循“适当性—必要性—均衡性”的操作流程？对于这些问题的解答，不仅涉及对我国比例原则司法应用状况的整体评价，也关系到对比例原则内涵的再认识。

比例原则发端于德国公法，行政诉讼作为我国重要的司法审查机制，应是观察比例原则本土化状况的最佳窗口。自1999年最高人民法院作出“汇丰公司案”的判决起算，〔6〕比例原则在我国行政审判实践中已有超过20年的发展史，形成了位阶秩序的多样化适用模式，为丰富比例原则的位阶秩序理论提供了鲜活的中国样本。本文选取能够代表最高人民法院裁判立场的行政判例作为主要的解读文本，〔7〕试图勾勒比例原则三阶论在我国司法适用中的实际面貌，以此回应比例原则与位阶秩序之间的关系问题。

一、位阶秩序在司法适用中的类型化

按照学理架构，比例原则的具体内涵和操作流程都围绕位阶秩序展开，其司法适用应遵循“适当性—必要性—均衡性”的审查步骤。但实践中，比例原则的个案适用却“不见得都按部就班，甚至审查的次序也可以颠倒”。〔8〕截至2019年，在比例原则的适用问题上，笔者收集到的能够代表最高人民法院裁判立场的行政判例共有44个。〔9〕研读裁判文

〔3〕张翔：《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》，《法学研究》2016年第4期，第58页。有关比例原则“工具性”功能优势的更多论述，参见 Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 132。

〔4〕See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 66. 对于比例原则“构成性”功能的分析，参见陈景辉：《比例原则的普遍化与基本权利的性质》，《中国法学》2017年第5期，第291页。

〔5〕还有学者称比例原则为“终极法治”。See Bernhard Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, 22 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 291 (2011-2012).

〔6〕参见黑龙江省哈尔滨市规划局与黑龙江汇丰实业发展有限公司行政处罚纠纷案，最高人民法院（1999）行终字第20号行政判决书。该案判决虽未明确提及比例原则，但学界和实务界普遍将其视为“比例原则第一案”。参见周红耕、王振宇：《比例原则在司法审查中的适用》，《人民法院报》2001年4月22日第3版；湛中乐：《行政法上的比例原则及其司法运用》，《行政法学研究》2003年第1期，第69页。

〔7〕代表最高人民法院裁判立场的行政判例，一般包括最高人民法院发布的指导性案例、最高人民法院自行审理和特别公布的案例、《最高人民法院公报》案例，以及最高人民法院行政审判庭公布的行政审判案例。所有公布在判例中的内容，包括裁判要旨以及评析，都代表了最高人民法院的裁判立场。

〔8〕余凌云：《论行政法上的比例原则》，《法学家》2002年第2期，第34页。

〔9〕这44个行政判例的来源包括：中国裁判文书网（33个）、无讼网（1个）、北大法宝（2个）、《最高人民法院公报》（2个）、最高人民法院行政审判庭公布的行政审判案例（5个）、最高人民法院发布的政府信息公开十大案例（1个）。

书、裁判要旨及评析后发现，位阶秩序的司法适用至少存在三种典型样态。

（一）全阶式适用

“全阶式适用”严格按照三阶论的学理架构展开，以“陈宁案”为典型。^[10]在该案中，原告陈宁的丈夫韩勇，因车祸被困于驾驶座中生死不明，需要紧急救助。交警采取撬杠等方式均无法打开车门，最终在配备灭火器材等辅助措施的前提下，采取气焊切割车门的方式将韩勇救出（未存活）。原告以气焊切割方式导致汽车损毁为由，将交警诉至法院。

“陈宁案”在适用比例原则时，除明确比例原则由适当性、必要性和均衡性三个分支原则构成外，还详细阐述了三个分支原则各自的别称和内涵。在论证部分，法官遵循严格的位阶秩序，结合个案事实逐一援引适当性、必要性和均衡性三项审查标准，对行政机关采取的手段是否符合每一阶段的审查要求进行了细致论证，最终得出结论认为，交警采取的施救行为符合比例原则。^[11]从整体论证思路看，“陈宁案”堪称三阶论得到完整适用的典范，它也成为我国在实证法意义上确立起比例原则位阶秩序的标志性案例。^[12]

（二）截取式适用

按照严格的三阶论逻辑，比例原则的适用应以适当性审查为开端，以均衡性审查为终结。但相关案例显示，法院有时既跨越适当性审查，又回避均衡性审查，而直接截取必要性审查中的最小侵害原则作为判断标准，以此得出行政决定是否违反比例原则的结论。相对于“全阶式适用”，此种模式可以称为“截取式适用”，并以“郑仲华案”为适例。^[13]该案中，被告莆田市建设局在拆迁裁决决定中，将原告郑仲华本来独占享有的店面专有所有权，调换为拟建设的安置商场中具体位置不明的按份额比例享有的所有权。原告以裁决决定的产权调换方式损害其合法权益为由提起诉讼。

法院在司法论证中首先指出，城市房屋拆迁部门的总体职能定位是“尽可能减小因拆迁工作造成相对人的权益减损，尽可能确保相对人权益不因城市改造而受不利影响”，这其中已经隐含了对最小侵害原则的阐释。针对本案被告所采取的行政手段，即拆迁裁决中的产权内容调换，法院认为，被告本可以采取更为明确甚至专有产权形式予以补偿，却在未征得原告同意的前提下，“径行裁决以按份共有的方式予以补偿，不符合比例原则”。因此，行政裁决中的产权调换方式，并非拆迁安置所必需的手段。该案中，法院对于被诉行政手段的评价，直接跨越到“是否存在对相对人损害更小的方式”这一层次，并为之提供“更为明确甚至专有的产权”和“征得原告同意”两个优选项。前一选项是从实体层面展开的对最小侵害性的判断，隐含着专有所有权优先于按份共有权，有明确位置的产权优先于无明确位置的产权的选择顺序。后一选项则是从程序层面强化对最小侵害性的要求。当有多种手段可供选择时，除事态紧急等特殊情形外，应当将选择权赋予相对人，这是从程序角

[10] 陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案，载最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》第1卷，中国法制出版社2010年版，第94页以下。

[11] 同上。

[12] 在本文选取的44个行政判例中，采用“全阶式适用”的仅有“陈宁案”一例。在民事审判领域，最高人民法院曾采用比例原则“全阶式适用”来判断侵权责任方式，参见深圳市深创华科自动化有限公司与蓝继星、胡鹏飞侵害实用新型专利权纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民申3851号民事裁定书。

[13] 郑仲华不服福建省莆田市建设局拆迁行政裁决案，载最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第3卷，中国法制出版社2013年版，第133页以下。

度确立的最小侵害标准。因为，将选择权交给相对人，会使“个人的自由得到尊重，侵害在主观上被降至最小”。^[14]可见，“郑仲华案”是直接从实体和程序角度，围绕必要性原则展开对行政决定违反比例原则的论证。该案既没有强调适当性原则，又没有跟进均衡性审查，属于对位阶秩序的“截取式适用”。^[15]

（三）抽象式适用

除了“全阶式适用”和“截取式适用”，司法实践中还存在一种淡化甚至放弃位阶秩序，直接对行政行为是否符合比例原则作出判断的适用方式。这种类型的司法适用，并不涉及比例原则具体分支原则的展开，而是在形式上，将比例原则借助位阶秩序所确立的规范结构隐藏起来，全然未区分三项分支原则。“曾伟案”可以作为此种类型的典型适例。^[16]

该案中，原告曾伟经营的店面位于地势较低区域。在某次热带风暴袭击下，被告坚持遵循技术规范，采取分期泄洪的措施来保持水库水位，而没有应原告请求从速开闸泄洪，导致原告店面进水而遭受经济损失。法院指出，紧急状况下确实会产生行政裁量权扩张的效果，但即使行政机关的决定符合技术规范，也仍要“结合比例原则进一步审查其必要性”。^[17]结合个案事实，法院认为，“在水位已经控制在正常蓄水位下……要求被告短时间内快速排洪既无法确保原告免受损害，反而会造成更大的灾难、更不可行”，因此，“要求实现更大力度地预泄以留足更大库容，并不符合比例原则”。尽管法院在论证过程中数度提及比例原则，但并没有采用位阶秩序的基本架构，而是抽象地对行政措施的预期成效与可能引发的风险进行对比，通过论证成效的不确定性和相关风险的可能扩大，笼统地得出相对人诉请实施的行政措施不符合比例原则的结论。从论证路径看，该案对比例原则的适用忽略了位阶秩序自身的形式化结构。相对于“全阶式适用”和“截取式适用”，此种适用模式可称为“抽象式适用”。^[18]

二、位阶秩序适用模式选择的内在逻辑

上述类型化梳理，大致勾勒出比例原则在我国本土适用的真实样貌。这种多样化的适

[14] [日] 田村悦一：《自由裁量及其界限》，李哲范译，中国政法大学出版社2016年版，第204页。

[15] 同类案例还有，栗国杰、张河生与鲁山县人民政府颁发房屋所有权证案，最高人民法院（2017）最高法行再77号行政裁定书；刘云务诉山西省太原市公安局交通警察支队晋源一大队道路交通管理行政强制案，最高人民法院（2016）最高法行再5号行政判决书；陈国财等不服广东省佛山市南海区大沥镇人民政府城市规划行政强制案，载最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第4卷，中国法制出版社2012年版，第210页以下。

[16] 曾伟勇诉福建省安溪县人民政府等不履行职责及行政赔偿案，载最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第2卷，中国法制出版社2011年版，第214页以下。

[17] 这里的“必要性”并非狭义的“必要性原则”，而是接近宽泛意义的比例原则。关于“必要性”一词在广义与狭义上的区分，参见Jeremy Kirk, *Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality*, 21 Melb. U. L. Rev. 1 (1997)。

[18] 同类案例还有，刘春洪诉云南省昆明市西山区人民政府案，最高人民法院（2017）最高法行申8518号行政裁定书；齐明喜诉上海市松江区人民政府、上海市人民政府政府信息公开案，最高人民法院（2017）最高法行申306号行政裁定书；杨政权诉山东省肥城市房产管理局案（最高人民法院2014年9月12日发布的政府信息公开十大案例），<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-13406.html>，2020年6月30日最后访问。

用，究竟是法院的随兴所至，还是符合比例原则内在机理的合理做法？我们能否从中分析总结出某种规律，以体现法学方法论所追求的“解释者并非恣意而为”的立意？^[19] 尤其对于“截取式适用”和“抽象式适用”而言，它们在操作流程和适用形态上均突破了位阶秩序的学理构架，容易遭受流于主观化的质疑，需要进入释义学体系内部探查其合理性成分。

（一）必要性原则的独立性

考虑到“全阶式适用”基本符合三阶论原理，这里首先展开对“截取式适用”的分析。截取必要性原则进行比例原则审查的做法，不仅存在于“郑仲华案”中，还可以在“栗国杰案”、“陈国财案”甚至“汇丰公司案”中看到踪迹。^[20] 由于最小侵害标准构成必要性审查的核心，^[21] “截取式适用”的实质，就是将比例原则审查直接锁定于最小侵害性的判断。

法院之所以经常采用“截取式适用”进行比例原则审查，其重要原因在于，必要性原则自身具备独特性。^[22] 从历史发展来看，发端于德国警察法的比例原则，初期指的就是必要性原则。^[23] 在德国法上的比例原则风靡全球之前，美国早已开始将独立的、明确的、成熟的“最小侵害原则”作为司法审查标准。^[24] 在我国的制定法中，也能找到单独体现必要性原则的法律条文。^[25] 无论从立法的指导思想还是制度渊源上看，这些体现了必要性原则的立法例，都很难说是受到了德国法上比例原则的影响。从这个角度看，必要性原则本身就具备作为独立的法律原则被司法适用的规范效力。^[26]

随着比例原则理论体系和影响力的扩张，必要性原则渐趋成为比例原则位阶秩序构成的分支原则之一，由一个独立性原则变为一个附属性原则。不过，必要性原则内含的最小侵害标准，仍然具有独特价值。对于行政相对人而言，其很容易凭借经验性感知，主张是否还存在具有更小侵害性的行政手段；对于法院而言，其很容易通过相对人的主张，找到质疑行政行为合法性的理由，从而实现相对人权利的保护。因此，必要性原则被比例原则的位阶秩序吸收后，理论界和实务界会强调，“违反最小侵害即构成违反比例原则”。“截取式适用”的实质，正是在比例原则审查中，突显最小侵害标准，通过对位阶秩序中必要性原则的截取，来直抵比例原则对“权利限制予以限制”的审查目标，从而有效实现其权利保障的功能。

[19] 参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 20 页。

[20] “栗国杰案”“陈国财案”见前引 [15]，“汇丰公司案”见前引 [6]。

[21] See Takis Tridimas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Portland: Hart Publishing, 1999, p. 66.

[22] 参见郑春燕：《必要性原则内涵之重构》，《政法论坛》2004 年第 6 期，第 117 页。

[23] 参见蔡宏伟：《作为限制公权力滥用的比例原则》，《法制与社会发展》2019 年第 6 期，第 132 页；陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 43 页。

[24] See Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, 80 Harv. L. Rev. 1463 (1967); Robert M. Bastress, *The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification, and Some Criteria*, 27 Vand. L. Rev. 971 (1974); Notes, *The Least Adverse Alternative Approach to Substantive Review under NEPA*, 88 Harv. L. Rev. 735 (1975).

[25] 例如，《人民警察使用警械和武器条例》（1996 年）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。”

[26] 参见张国勋：《必要性原则之研究》，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则》，三民书局 1999 年版，第 141 页。

当然,承认必要性原则的独立性及其最小侵害标准的独特价值,只能说明必要性审查对于比例原则的重要性。就审查步骤而言,必要性原则的截取式适用,向前跨越了适当性审查,向后又忽略了均衡性审查,此种做法究竟符合还是违背位阶秩序原理,还需要回归比例原则位阶秩序构成论展开具体分析。

(二) 位阶秩序构成论的展开

关于比例原则位阶秩序的构成,学理上存在着两阶论、三阶论和四阶论的争论。^[27]传统三阶论认为,比例原则包含适当性、必要性和均衡性三个分支原则。但在两阶论看来,比例原则审查只包括必要性审查与均衡性审查两个阶段。四阶论主张,在三阶论的适当性审查之前,还必须加入目的正当性审查。事实上,两阶论与四阶论的分歧,主要与“目的正当性审查”在位阶秩序中的定位有关。两阶论认为,比例原则不包含目的正当性审查,适当性审查也没有被单独列明的必要。^[28]四阶论则特别强调,不仅适当性审查需要作为独立的审查阶段予以保留,由于目的正当是手段正当的前提,目的正当性审查也应纳入比例原则,成为一个独立的分支。^[29]

传统三阶论的比例原则预设了一个前提,那就是目的本身是正当的。^[30]由于比例原则不审查目的正当性本身,法院往往也承认,只要手段部分有助于目标实现,就可以视为符合适当性审查要求。因此,行政审判中很少有行政行为基于违反适当性原则而被撤销。而且,手段是否有助于目标实现,其判断结论带有一定主观性,容易受到质疑。这就导致在比例原则的构成论中,适当性原则历来不被重视。然而,即使不需对目的正当性进行独立审查,也不能因此认为适当性审查就是无用的。从功能上看,适当性审查有其自身价值。实践中,行政手段无助于目标实现,可能存在“事实上的无助”和“法律上的无助”两种情形;^[31]手段有助于目标实现,也会因“行政时”或“司法时”的时点选取不同,影响到司法判断的结论。^[32]面对“手段如何有助于目标实现”的主观性质疑,借助“立法事实论”的验证,为经验性结论提供评价基础,也可成为助力适当性审查目标实现的有力路径。^[33]因此,相比于其他分支原则,适当性审查不仅具备独特价值,亦具备实现其功能的必要性和可行性,故两阶论不足为取。

围绕四阶论展开的关于目的正当性能否成为独立位阶的争论中,赞成的一方在逻辑周延性上或有优势,但支撑目的正当性审查作为独立位阶的理据仍不充分。首先,比例原则及其所有分支原则,都围绕着可予比较的双边关系展开,^[34]而“目的正当性”只审查目的,

[27] 此外,还存在五阶论的观点,即在四阶之上增加“具体识别受侵害宪法权利”。See Frank I. Michelman, *Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism*, in Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p. 32.

[28] 参见陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第373页;Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1981, S. 60.

[29] 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期,第133页。

[30] 参见前引[17], Kirk文,第5页以下。

[31] 参见前引[8],余凌云文,第33页。

[32] 参见蒋红珍:《比例原则在“陈宁案”中的适用》,《交大法学》2014年第2期,第168页。

[33] 参见蒋红珍:《论适当性原则——引入立法事实的类型化审查强度理论》,《中国法学》2010年第3期,第66页。

[34] 参见蔡宗珍:《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》总第62期(1999年),第79页。

这就解构了比例原则调整目的与手段“两造关系”的基本立场。其次，按照位阶秩序原理，未通过前阶审查即可终止后阶原则适用。若承认目的正当性审查的独立性，实践中就可能出现“因目的不正当而违反比例原则”的审查结论，引发“违反谁与谁之间比例性”的语义学困境。更重要的是，围绕目的正当性，已经形成独特的释义学体系，其完全可以自成一脉，无需依附比例原则。^[35] 总之，否定目的正当性审查在比例原则中的独立地位，不会引发审查工具不足的忧虑；将其作为比例原则的分支原则，反倒会因定位错误导致原有审查功能的缺失。^[36] 对于行政法而言，尤其在行政执法领域，行政手段所指向的目的往往已被立法认可，如果再对立法授权框架内的目的正当性加以审查，亦有悖效能原则。^[37] 即使是在行政执法之外的适用领域，以“审查环节说”取代“独立位阶说”，将目的正当性审查作为“比例原则审查之预备阶段”进行理论建构和实践尝试，也不失为一条更为稳妥的路径。^[38]

以上对于两阶论和四阶论的评判，既回应了三阶论所遭受的挑战和质疑，也展示了比例原则位阶秩序在学理层面的应然样貌。在三阶论的框架下，司法实践中比例原则位阶秩序的完整适用，就应以适当性审查为开端，如同“陈宁案”一般沿着“适当性—必要性—均衡性”的论证思路。但令人困惑的是，“陈宁案”所代表的适用模式并不常见，反而是“截取式适用”和“抽象式适用”相对主流。要理解这一现象，还需探究“截取式适用”和“抽象式适用”与位阶秩序之间的关系。

（三）适用类型与位阶秩序的关系

1. 截取式适用：位阶秩序的变通

位阶秩序内含着“后阶审查证成前阶审查”的逻辑，只有行政手段无法通过前阶审查，后阶审查才可以省略；如果行政手段能够顺利通过前阶审查，则需要继续展开后阶审查。但“截取式适用”明显是个例外：法院既跨越适当性审查，又回避均衡性审查，实际上是完全忽略其他分支原则，而单独采用必要性原则作出裁判结论。这就需要结合位阶秩序构成论，来解释在前跨越适当性审查、向后终止均衡性审查的成因及合理性。

首先，“截取式适用”跨越了适当性审查而直接进入必要性审查，其原因可能有两点。其一，从规范基础看，高权行政需要满足“法无授权即无行政”的要求。当行政手段的选择是在执法过程中进行的，不仅手段选择的范围由授权法规范所界定，手段所指向的目标亦推定由立法确认。因此，所有授权范围内的手段，都能满足合目的性的要求。这在行政处罚领域中十分常见。“汇丰公司案”之后，“鼎盛食品公司案”和“陈超案”延续其思路，成为比例原则司法适用的典型案例。这些案件涉及的行政处罚手段，都可以在立法中找到明确授权，也就没有必要再对手段与目标的关系进行审查。^[39] 其二，必要性原则强调

[35] 参见余凌云：《论对行政裁量目的不适当的审查》，《法制与社会发展》2003年第5期，第75页；余凌云：《行政自由裁量论》，中国人民公安大学出版社2013年版，第85页以下。

[36] 参见蒋红珍：《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页以下。

[37] 参见蔡茂寅：《比例原则的界限与问题性》，《月旦法学杂志》总第59期（2000年），第30页。

[38] 参见杨登杰：《执中行权的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较》，《中外法学》2015年第2期，第370页；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。

[39] 例如，在“鼎盛食品公司案”中，行政处罚行为的授权法基础是商标法第53条，参见苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案，江苏省高级人民法院（2011）苏知行终字第0004号行政判决书。在“陈超案”中，行政处罚行为的授权法基础是《山东省道路运输条例》第69条第2款，参见陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案，山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01行终103号行政判决书。

的“最小侵害性”立足于权利本位，它体现了自由主义法治观中控权论的核心要义，即通过对最小侵害性的证成，防止公权力的滥用，这种审查思路容易在当下的法律职业群体中形成适用偏好。而且，与均衡性审查聚焦价值判断不同，必要性审查主要立足于经验层面，能相对客观地判断出哪种手段属于最小侵害手段，也更容易以“经验式的因果率”被当事人主张。^[40]

其次，“截取式适用”终止均衡性原则的后阶审查，可以区分为两种情形加以讨论。第一种情形是，经过前阶审查，法院得出手段违反必要性原则的结论，从而终止后阶的均衡性审查。这种审查方式符合位阶秩序原理，也发挥了节约司法资源的效果，其合理性无需再多论证。第二种情形是，法院经过必要性审查，认定手段满足最小侵害的要求，于是终止后阶审查。理论上，通过了前阶审查并不能阻断后阶审查，更不能直接得出手段符合比例原则的结论。但与适当性审查相似，均衡性审查在行政法领域的适用也具有特殊性。由于手段和目标均在授权法体系中被明确，本身就意味着，所有授权范围内的手段都不会超越目标设置的均衡性。尤其是，当必要性审查能够确认手段满足“最小侵害”要求，一般可以认定行政权已经非常谨慎地对待权利保障的需求，在立法目标范围内实现了私人权利保障的最大化。

无论对前阶适当性审查的跨越，还是对后阶均衡性审查的回避，都隐含着对必要性原则独特价值的肯定。从形式上看，它们均是在尊重位阶秩序基本原理和架构的基础上，结合具体案情对位阶秩序在行政法领域中的适用所作的合理变通。

2. 抽象式适用：位阶秩序的隐匿

考虑到“曾伟勇案”中的比例原则审查过程较为复杂，此处以“杨政权案”为例，说明“抽象式适用”与位阶秩序原理的关系。^[41]“杨政权案”中，原告因申请公开保障性住房的分配信息和住户信息未获支持而提起诉讼。一审法院以信息涉及住户个人隐私为由，驳回了原告的诉讼请求。二审法院采用比例原则，考量了信息公开背后的公共利益同公民个人隐私之间的关系，推翻了一审判决。裁判文书涉及比例原则的两处阐述，都强调保障性住房具有公共属性，当保障性住房人的隐私权与竞争权人以及公众的知情权、监督权发生冲突时，应该让渡部分个人权益，保障具有较大利益的知情权和监督权，并据此认为“相关政府信息公开不应也不必以权利人的同意为前提”。

“杨政权案”没有从适当性审查着手，也没有强调必要性审查中的最小侵害原则，属于对比例原则的抽象式适用。从裁判文书的论证过程看，该案司法审查重点聚焦于“法益相称性”，致力于在相冲突的利益间进行衡量和判断，而此种衡量与判断，正是比例原则的核心功能。“比例原则是复杂的利益衡量的代名词”，^[42]无论目标与手段的匹配、公共利益与私人利益的平衡还是成本与收益的比对，本质上都是关涉价值判断的利益衡量在法律论证中的展开。^[43]在三阶论框架中，最小侵害标准的经验性判断由必要性审查完成，复杂而

[40] 参见前引〔28〕，Hirschberg书，第45页以下。

[41] 见前引〔18〕，“杨政权案”。

[42] Eberhard Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 575.

[43] 参见〔美〕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135页。

艰难的利益衡量任务则由均衡性审查承担，这也是均衡性原则被称为“狭义比例原则”的原因。当法院不对位阶秩序具体展开，而径直以比例原则作为论证基础，在可能存在冲突的利益之间进行价值权衡，实质上就是对均衡性原则的隐形适用。

尽管“抽象式适用”能够对应于位阶秩序中的均衡性审查，但法院在说理之时又都没有明确援引均衡性原则。从这个角度看，司法适用的本意，并非在位阶秩序中截取适用均衡性原则，^[44]甚至没有引入位阶秩序本身的意图，而是将整个位阶秩序“隐匿”起来，与其他两种适用模式对位阶秩序的“显性”处理形成了对比。除了“曾伟勇案”、“杨政权案”，“刘春洪案”、“齐明喜案”^[45]以及最高人民法院适用比例原则处理的涉及知识产权和创新保护的案例，^[46]也都采取了这种隐匿位阶秩序结构的论证方式。

三、位阶秩序适用模式选择的外部成因

（一）从适用结构指向审查强度

如果将比例原则的“抽象式适用”锁定为狭义比例原则的适用，“全阶式适用”和“截取式适用”就代表着广义比例原则的适用。^[47]如果说狭义比例原则的适用代表着位阶秩序的隐匿状态，那么广义比例原则就代表着位阶秩序的显性状态。

在个案适用中，比例原则的位阶秩序究竟以何种状态呈现，并不仅仅体现在适用结构的外观差异上，它还可能在更深层面反映着司法审查的不同强度。位阶秩序的构成及其分支原则的不同特性，确实可能导致比例原则适用结构的差异性。但这种差异，也极有可能同法院干预行政判断的意愿强弱有关。当比例原则被作为一种司法审查工具加以适用，法院究竟想要将此“司法武器”深入到行政判断的哪个层次，将会影响到位阶秩序适用的模式选择。这可以从涵盖不同分支原则的审查所包含的具体审查要素和适用标准中窥见一斑。

隐匿了位阶秩序的狭义比例原则审查，包含三项内容。首先是界定目标，其核心任务是界定行政目标所欲实现的公共利益，以此确定成本收益分析中的收益部分。其次是明确手段，重点在于通过梳理行政手段可能损害的私人权益，来确定成本收益分析中的成本部分。最后，通过目标与手段的对比，实现在公共利益与私人权益之间、目标收益和手段成本之间的衡量。^[48]从判断标准看，除非两种利益明显失衡，法院一般不会以违反比例原则为由，径行撤销原行政决定。在采用“抽象式适用”模式的28个行政判例中，最终认定被诉行政行为符合比例原则的有26个，占比93%。^[49]据此推断，当法院适用狭义比例原则

[44] 从这个角度看，还可区分“狭义的截取式适用”和“广义的截取式适用”。前者是明确将比例原则截取到必要性审查的判例类型，后者还包含形式上没有截取，但实际上通过狭义比例原则（均衡性审查）进行利益衡量的形态。考虑到概念指向的精准性，本文所称“截取式适用”取狭义概念。

[45] “刘春洪案”“齐明喜案”均见前引〔18〕。

[46] 参见杭州奥普卫厨科技有限公司与浙江现代新能源有限公司等侵害商标权纠纷申请案，最高人民法院（2016）最高法民再216号行政判决书。

[47] 比例原则广义与狭义的区别，可参见前引〔34〕，蔡宗珍文，第78页以下。

[48] 参见蔡培如：《均衡性原则司法适用解读及适用路径的精致化构造》，载姜明安主编：《行政法论丛》第19卷，法律出版社2016年版，第236页。

[49] 认定行政行为不符合比例原则的，除“杨政权案”，还有新安县人民政府与河南畛河水产有限公司行政许可纠纷再审案，最高人民法院（2018）最高法行申3682号行政裁定书。

进行抽象式判断时，通常较为克制，对司法介入行政判断秉持相对消极和保守的立场。

在位阶秩序呈显性状态的审查模式中，无论“全阶式适用”还是“截取式适用”，必要性审查都必不可少。除了需要确定行政目标与行政手段，必要性审查还包含另外三重审查要素：选择可能性、相同有效性和最小侵害性。^[50]“选择可能性”需要判断是否存在可供选择的多种手段。“相同有效性”是对可供选择的多种手段，就目标实现的程度作出评价。“最小侵害性”要求在多种手段中，选取对相对人权利损害最小的那一个。^[51]这些审查要素，使得司法权实际上获得了纵深触及，甚至是直接替代行政权判断的强大武器，借由相对客观的经验性判断和因果关系的概率推定，最终得出只有一个手段才能满足必要性审查的排他性结论，产生将裁量空间压缩至最小的效果。正因如此，包含了必要性审查的广义比例原则适用，往往被认为是严格审查的代表。^[52]位阶秩序的显性适用，在一定程度上体现着司法介入行政判断的广度和深度。^[53]从实证角度看，采用“截取式适用”的15个行政判例中，以被诉行政行为“违反比例原则”作为结论的共14个，占比93%，也间或印证了这一观点。^[54]

（二）比例原则司法审查强度的判例发展

将比例原则位阶秩序适用的类型化和差别化部分归因于司法审查强度的差异，并非主观臆断。事实上，比例原则的司法审查强度问题，早在“汇丰公司案”中就被提及，在其后的实践发展中，也一直受到学界关注。

1. 审查强度的早期表达：防备立场

早年“汇丰公司案”的审判长和书记员曾共同撰文提出这样的问题：“从法律期望的角度看，行政机关应当严格遵循比例原则，合理行使自由裁量权，使具体行政行为尽善尽美。那么在司法审查当中，是否应以尽善尽美的标准来适用比例原则呢？”^[55]这传递出两重信息：其一，作为一项司法审查标准，比例原则可以达到“要求具体行政行为尽善尽美”的境地，即比例原则具备作为严格审查标准的特质；其二，比例原则的审查强度，可以结合具体案情进行调整。^[56]结合我国行政诉讼制度的特点，“法院适用比例原则的司法审查标准是基本合理标准，法院只能纠正严重违反比例原则的具体行政行为”。^[57]可以说，从“汇丰公司案”开始，司法实务界对比例原则审查强度的选择采取防备立场，在意识到比例原则可以作为严格审查标准深度介入行政判断的同时，又对比例原则司法审查强度的选择适用保持克制。

“汇丰公司案”后，这种防备立场在“王丽萍案”中得到进一步强化。“王丽萍案”

[50] 参见蒋红珍：《论必要性原则适用的困境及其出路》，《现代法学》2006年第6期，第85页。

[51] 参见前引〔37〕，蔡茂寅文，第31页。

[52] See Cora Chan, *Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review*, 33 *Legal Stud.* 1 (2013).

[53] 正是因为必要性原则的这种形式排他性要求，使得英国在引入比例原则时充满忧虑，认为公民动辄以最小侵害来质疑行政决定，会动摇法治基础。See Paul Craig, *Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 587.

[54] 只有“草本公司案”一例没有以违反比例原则作为结论。参见湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会等行政协议纠纷案，最高人民法院（2017）最高法行申3564号行政裁定书。

[55] 前引〔6〕，周红耕等文。

[56] 参见蒋红珍、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。

[57] 前引〔6〕，周红耕等文。

判决指出：“在行政诉讼中，只有具体行政行为严重违反比例原则，对当事人合法权益造成较大损害时，才能适用比例原则纠正行政行为。”^[58]这再次宣示了最高人民法院对于比例原则司法审查强度选择的保守立场。“严重违反比例原则”的标准，对应的恰恰是司法尊让的“宽松审查”，即只有达到严重违反比例原则的程度，司法才可以介入行政决定的合法性判断，才能获得撤销行政行为法律效力的正当性。这种体现司法自抑的防备立场，在某种程度上也受到了学界肯定。^[59]

司法机关之所以对比例原则的司法适用采取防备立场，其原因在“汇丰公司案”之后的实务意见中得到了阐述。首先，我国现行行政诉讼法确立的是合法性审查原则，除非行政行为严重不合理，司法审查通常不涉及合理性问题。而依据撤销判决条款中的合法性认定标准，也只有当行政行为构成“滥用职权或显失公正（明显不当）”，法院才可以介入行政权的实质判断。据此推断，只有在比例原则遭到严重违反的情况下，法院才能对行政行为得出消极的司法判断。其次，从追求行政效率的实务视角看，“若求全责备，将违反比例原则程度轻微的具体行政行为一律予以撤销或变更，实际益处并不明显，相反对行政效率的消极影响却很大”。^[60]因此，司法实务界倾向认为，比例原则的司法审查标准，只能定位在基本合理标准。“王丽萍案”的裁判说理，更是将这种司法防备立场的出发点归结为“我国现行司法审查体制下的行政权和司法权的划分”，^[61]可以说是进一步将其解释论的基础拓展到了宪法层面。

2. 司法审查强度的多元化转变

如果将“汇丰公司案”到“王丽萍案”所呈现的一般意义的防备立场，视为比例原则司法适用的“普遍尊让”标准的确立，“陈宁案”“曾伟勇案”等典型案例则表明，最高人民法院通过判例发展了比例原则审查强度的多元选择模式。个案情形不同，比例原则司法适用所承担的任务也不同，需要选择适用的审查强度也不同。法院对于司法审查强度的不同选择，亦会影响到比例原则的位阶秩序适用。

对于比例原则审查强度的选择及其界分标准，“陈宁案”作出了比较详尽的论述。司法审查强度基于下述判断标准，对不同裁量类型予以区别对待：首先，裁量界定的明确性。“陈宁案”的裁判要旨肯定了所有裁量行为都需要适用比例原则加以审查，同时指出，针对不同的裁量对象，法院的判断余地不同，需要据此调整司法审查强度。“如果裁量行为是在确定概念的范围内，那么可裁量的范围仅限于概念边缘地带，根据具体情况，可以向外做适当延展；如果裁量行为基于不确定概念而发生，由于概念本身的内核和外延都不确定，司法审查的标准就应当放得更宽。”^[62]其次，需要根据行政行为的性质是侵益性还是授益性，进行审查强度调整。前者的审查密度高于后者。再次，行政判断的专业性和技术性也会影响司法审查强度，专业性和技术性越强，越应当尊重行政机关的判断。此外，行政判断作出的时机即是否处于紧急状态，也会影响司法审查强度。越是在紧急状态下作出的判

[58] 王丽萍诉河南省中牟县交通局交通行政赔偿案，载前引〔10〕，最高人民法院行政审判庭编书，第92页。

[59] 参见何海波：《论行政行为“明显不当”》，《法学研究》2016年第3期，第87页。

[60] 前引〔6〕，周红耕等文。

[61] 前引〔58〕，“王丽萍案”。

[62] 前引〔10〕，“陈宁案”。

断,法院越应采取包容态度,进行宽松审查。“陈宁案”之后,“曾伟勇案”的判决聚焦于“紧急情况下是否合理履行法定职责的判断问题”。法院承认,在自然灾害等紧急情况下,要认定行政机关是否依法履职存在困难,因为“险情的出现与事态的发展均难以预见”。在这种紧急状况下,法律法规也不可能对行政机关的应对措施作出全面规定。此时,司法宜选择适当宽松的审查强度,“为避免危险后果的发生,行政机关遵循技术规范的要求,已经采取必要措施的”,可以认定为合理履行职责。^[63]

总体说来,与国际学术界的观点一致,我国司法实务界看到了比例原则有作为严格审查标准的潜质,也在试图通过审查强度的定位,调整司法与行政的权力边界。随着实践发展,在比例原则的适用问题上,法院从早期倾向遵循整齐划一的司法尊让,慢慢过渡到根据不同个案情境选择相适的审查密度,体现出司法权对行政判断的适度尊让。对司法审查密度的选择结果,最终会反映在位阶秩序的适用上。

(三) 审查强度对位阶秩序适用的影响

比例原则司法审查强度的多元化发展,正体现在对分支原则适用模式的选择上。借助位阶秩序的选择性适用,法院得以在不同审查强度之间进行个案选择。

从位阶秩序的三种适用形态看,“全阶式适用”代表包含着所有分支原则的逐一审查模式,在适用最小侵害标准前,先审查手段对目的的可实现性。在适用最小侵害标准后,还要对公益和私益进行衡量。这种适用模式的结构最为完整,审查要素齐全,能够代表最严格的审查强度。因此,有学者提出,对于那些涉及基本人权限制的案件,比例原则的适用必须以全阶式审查作为基准展开,以体现司法对基本人权限制的审慎态度。^[64]“截取式适用”是对位阶秩序在一定程度上的变通,体现出相较“全阶式适用”而言更为灵活和宽松的审查态度。由于最小侵害标准构成必要性审查的核心要素,其本身又具有严苛性,“截取式适用”依然构成将比例原则作为严格审查标准适用的重要形态。采用“截取式适用”的判例绝大多数都以撤销原行政行为作为裁判结论,其司法审查的严格程度可见一斑。而“抽象式适用”仅仅进行狭义比例原则审查,它隐匿了位阶秩序的结构。并且,由于利益衡量自身标准的宽泛性和“最小侵害标准”的空缺,“抽象式适用”秉持对行政决定的较小干预立场,属于最能体现司法自抑的审查模式。由上述分析可见,全阶式、截取式和抽象式三种比例原则的适用形态,本身对应着司法审查强度从严格到宽松的调整过程,是比例原则作为一个“包含不同射程的谱系”所需要具备的技术处理方案。

法院对于司法审查强度的不同选择,还可能对位阶秩序中三个分支原则各自的标准构成影响。比如,在适当性审查的具体论证中,手段究竟是有助于目标的部分实现,还是全面实现;所谓的目标实现,究竟是可能实现还是现实实现。不同的论证侧重,代表着不同的审查强度。就必要性审查而言,在对最小侵害进行判断时,究竟采取“最小侵害标准”还是“较小侵害标准”,将影响司法判断的结果。^[65]在均衡性审查中,司法论证对于成本范畴和收益范畴的界定,也体现着司法干预行政意愿的强弱。一般说来,法院若选择限缩

[63] 前引[16],“曾伟勇案”。

[64] 参见前引[52],Chan文,第9页。

[65] 美国法上早就区分过“最小侵害原则”和“较小侵害原则”。参见前引[24],Bastress文,第971页。

成本与收益的范畴，行政行为合比例的可能性相对就高，司法推翻行政行为的可能性就小，其中隐含着司法权对行政权的尊让；如果法院将更多元素纳入成本与收益的范畴，司法判断的边界就会扩大，司法判断替代行政判断的可能性也就越大。^[66]例如，在认定公共利益时，究竟采纳“一般公益”还是“重大公益”的标准；对于私人利益的影响或损害的判断，以“必然影响”还是“可能影响”作为基准；所谓公益与私益的失衡，判断标准是“严重失衡”还是“一般失衡”，这些都会反映出司法在个案论证中的态度和立场。

结 语

本文对比例原则位阶秩序之适用类型进行归纳，其意不在形成一套逻辑周延的学理架构，而毋宁是借助对我国部分行政判例的梳理，观察作为比例原则重要支撑框架的位阶秩序在司法裁判说理中呈现怎样的样态，并尝试基于这些类型化的司法适用样态，寻找到某种可被适度客观化的规律。这既能回应学界关于比例原则在实践中“流于主观”的批判，也是对来自德国公法的法律概念在中国引鉴、扎根和广泛流行后的本土化情形的总结。经由我国司法实践验证，对于那种简单地将“比例原则等同于位阶秩序”的学理论断，我们应当保持必要的警醒。位阶秩序的不同适用样态背后，既有基于比例原则分支结构理论的内部成因，也有关涉司法权介入行政判断之意愿强弱的外部成因。就内部视角而言，必要性审查的独立性和特殊性，构成了比例原则位阶秩序“截取式适用”的逻辑前提。在此前提之下，比例原则位阶秩序得以在个案中呈现“显性”或“隐匿”的不同形态。从审查强度这一外部视角看，如德国学者魏德士所言，方法论的问题最终涉及法治国家权力理论的问题。^[67]不同的位阶秩序适用模式，代表着司法审查强度的多元选择，它们在深层次上协调着司法权与行政权的边界。

对于位阶秩序适用形态与审查强度之间的关系，有必要补充两点说明：其一，位阶秩序的适用形态，可以作为一种技术性手段，承载着司法介入行政判断之意愿，但不能反过来说，司法干预行政判断的意愿强弱，就单一地、排他地体现在位阶秩序的类型选择上，^[68]更不能将它们与司法裁判的结果（行政行为违反还是符合比例原则）简单地划等号。^[69]其二，将位阶秩序理解为反映司法审查强度的技术性手段，在应然层面要求，司法应当受到这种技术性手段所体现的权力分工理论的拘束，从而在个案审查中选取最为适宜的审查强度。比例原则的适用确实可以呈现多重的审查强度，但它并非可被司法随意操纵而完全不受拘束的“魔杖”。因此，有必要区分不同的案件类型，对位阶秩序的适用提出规范化的要求。^[70]

[66] 参见前引〔48〕，蔡培如文，第236页。

[67] 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第284页。

[68] 法院有时也会结合其他裁判理由，如“未考虑相关要素”，来增强司法审查强度。这在“王丽萍案”和“东联厂案”中都有体现。参见前引〔58〕，“王丽萍案”；韶关市浈江区东联精工电线厂诉广东省住房和城乡建设厅行政处罚案，最高人民法院（2019）最高法行再107号行政判决书。

[69] 从我国司法实践看，在符合“全阶式适用”特征的判例中，既可见到行政行为符合比例原则的结论，也有行政行为违反比例原则的结论。前者如“陈宁案”，后者如“华科公司案”。

[70] 参见前引〔52〕，Chan文，第3页。

此外,司法审查强度对于位阶秩序的影响,可能反映在流程上,也可能反映在法院对于不同分支原则具体标准的把握上。就审查强度这一视角而言,本文所谓的强与弱仅仅是在类型化基础上提出的相对界分。在每一种适用样态内部,还有具体而微的审查要素和标准,调控着司法与行政界分的强弱差异。对于比例原则在我国未来发展而言,借助位阶秩序的多元结构和具体标准,对司法审查强度进行调整,使其能够“结合普遍性与特殊性,既有诉诸普遍原则的大气与高明,又有关注具体脉络的精细与平实”,^[71]将是比例原则实现其功能的重要途径之一。

Abstract: Hierarchical order constitutes the normative connotation and operational path of the principle of proportionality and provides an important foundation for adjusting the relationship between the purpose and the means of this principle. Different from the theoretically constructed “three-order model”, there are at least three types of hierarchical order in the principle of proportionality in Chinese judicial practice, that are “full application of three steps”, “intercepted application of necessity principle” and “abstract application of proportionality doctrine as a whole”. The diversification of hierarchical order in judicial practice is related not only to the independence and subordination of sub-principles of proportionality, but also to the characteristics of hierarchical order theory itself. The “explicit” nature and “hidden” nature of the hierarchical order structure adopted in individual cases also reflect to some extent the willingness of judicial organs to intervene in administrative decisions through judicial review. In recent years, the intensity of judicial review and its definition standards have been developed in Chinese judicial practice, thus influencing the local application of the principle of proportionality. In the future, the principle of proportionality will develop from diversified modes of application of the hierarchical order to multiple choices of the intensity of judicial review.

Key Words: principle of proportionality, hierarchical order, judicial application, intensity of review, judicature and administration

[71] 前引 [38], 杨登杰文, 第 367 页。