



# 论比例原则

——政府规制工具选择的司法评价

Principle of Proportionality:  
*As a Standard of Review towards Regulatory Alternatives*

蒋红珍 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



# 论比例原则

——政府规制工具选择的司法评价

Principle of Proportionality:  
*As a Standard of Review towards Regulatory Alternatives*

蒋红珍 著

## 图书在版编目(CIP)数据

论比例原则:政府规制工具选择的司法评价 / 蒋红珍著. —北京:法律出版社,2010. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0977 - 3

I. ①论… II. ①蒋… III. ①行政法—原则—研究  
IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 134125 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/13.5 字数/300 千

版本/2010 年 8 月第 1 版

印次/2010 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0977 - 3

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 应松年教授序

很高兴红珍的《论比例原则：政府规制工具选择的司法评价》一书付梓出版。

大约在五年前，当红珍还在浙江大学攻读博士学位的时候，我和她曾经在一次学术会议中合作过一篇关于“WTO 司法审查标准”的文章。从那时起，我就注意到她一直对实体性的司法审查标准问题感兴趣。直到博士论文选题，则最终切入比例原则，来探讨一个涉及利益衡量的实体性审查标准所具有的规范品格和操作技术问题，这是对研究命题的缩限和提炼。

的确，比例原则被誉为“公法之皇冠原则”，它舶来于大陆法系德国，为我国学者所关注，对它的研习理解，纵跨于我国公法学界老、中、青的多代学人，大多着墨于境外理论的梳理及其宪政价值的肯定，尚不及将之视为一项具体的审查标准从而深入到司法操作层面的技术性把握。

纵观中国行政法学的发展历程，不同时代公法

学人各有其视野特点及其学术使命。我国现代化的法制建设,率先提上日程的是立法作业。“有法可依”的现实需要和对于法治的紧迫感,使得价值观念的确立、法治理念的弘扬以及境外制度的借鉴,成为学术研究的首要命题。以比例原则为例,宏观地强调其权利保障功能、扼要地介绍其内涵结构,正是这种“立法时代”的映照。然而,当我国的法制建设迅速推进、行政立法日趋完善之际,面向司法的使命,就需要促成体系性的法律解释以及以判例研讨为基础的司法适用规则的提炼。

从这个意义上说,红珍的著作令人期待。无论从本书,还是从作者近些年发表的相关主题论文看,她试图从权利位阶、立法事实、审查强度和类型化理论等角度,深化比例原则作为一项审查标准所必须面临的司法操作问题,推进这项重要的公法原则在法解释学体系中的日臻成熟。但作者的尝试,还不仅止于此。

我们知道,现代国家的另一个比喻是“行政国家”。它用来描绘日趋繁复和高度专业化、拥有自主塑造和选择公共政策的广袤裁量空间、有时连司法都不得不采取避退和尊让态度的现代行政在国家职能中的突显。但这里的问题是,即使政府具有监管(规制)的必要性,是否应该将政府规制工具选择的正当性问题,亦纳入法律的视野?

我想,公法学者对这个设问的回答,将是肯定的,并且学界已经开始为之努力。红珍则试图以比例原则——这一以解决“目的手段关系”为主旨的原则——作为审查标准,立足于司法适用的框架,来解决政府规制措施选择在目的与手段匹配上的评价问题。这就将一个传统司法审查标准适用的范围,拓展到更为上游的政策形成和分析领域。犹记得去年四月在上海与红珍见面时,我们曾谈到,即使是以美国为典型的所谓“行政国家”,司法对于政府规制工具的选择也

绝非置若罔闻。相反,手段与目的的契合度、规制措施对私主体权利的最小侵害标准,以及均衡性原则(它们均为比例原则包含的要素),都可能构成对一项政府规制工具是否具有正当性的司法评价。而司法评价,则会对行政决策的形成产生“预警作用”。从这个意义上说,司法评价标准不仅仅作用于一个既往判决,并且极有可能具有溯及未来行政决策的影响力。比例原则是否足以承担这样的功能,这可能需要论证,但至少它是值得尝试的。

这是一本采取传统公法理论的分析框架,来试图回应和拓展行政法学研究视域的新作,其中的学术胆识、睿智见识,可圈可点,我乐为之序。

应松年

二〇一〇年盛夏于北京世纪城

## 胡建森教授序

目的与手段间的理性,贯穿于人类活动的全部。德国民谚曰“勿用大炮射小鸟”,英国俗语称“不用气锤破坚果”。而在中国,我们诘问“杀鸡焉用牛刀?”(《论语·阳货》)、讥讽“以隋侯之珠,弹千仞之雀”(《庄子·让王》),宣扬“于所体之中,而权轻重”(《墨子·大取》)……无不说明着,一切有意志的人类活动,都无法摆脱目的与手段间“因果关系”的审视。这种“超越时空的价值内容”,在公法领域,被提炼成了一项以解决“目的手段关系”为主轴的法律原则——比例原则。在德国法的传统里,它高居于宪法位阶,约束着所有的立法形成、政策选择和行政决定,被誉为“公法之皇冠原则”。

《论比例原则:政府规制工具选择的司法评价》一书,是作者在博士论文基础上修改而成的,探讨的正是政府决策中的“目的与手段间的理性”问题。政府为什么要采取措施?应该采取怎样的措施?司法过程如何对政府选择的措施给予评价?

作者选取比例原则这一传统司法标准,来尝试对这些问题予以解答。不过我想,本书对比例原则研究的意义,绝不仅止于阐述一个备受赞誉的公法原则而已,而是试图接轨比较法的学理传统与中国司法审查的现实需求、促进法学研究与跨学科知识和方法的交叉应用、实现行政法学对研究疆域的拓展和对公法范式转型的包容。我把这样的尝试归纳为以下三个特点:

第一,强烈的问题意识。众所周知,比例原则发端于大陆法系德国,而依照功能比较的视角,普通法系的美国亦有着十分本土的“最小侵害原则”。这种较为全面的功能比较法意义上的学理梳理,构成本书的一大特色。尤其值得一提的是,作者以大量德文和英文的一手资料作为文献整理和综述的基础,具有相当的信服力。然而,如果本书对比例原则的探讨,仅仅立足并满足于比较法立场,那么,纵然文献资料再过详实可信,逻辑架构如何精致合理,它依然容易陷入纯粹的国外学理介绍而欠缺本土的问题意识和现实意义。本书的作者很好地解决了这一问题。她开门见山地将研究定位在“行政国家”浪潮席卷下我国政府大量行政决策的正当性问题上。尤其是,结合以“红头文件”为典型形态的行政规范,来探讨体现在这些“红头文件”背后行政措施选择的目的是手段理性问题。可以说,这种强烈的现实问题观,大大增强了本书的现实意义。

第二,跨学科的研究视角。以问题为导向的研究,往往需要跨学科的研究视角,需要“推开封闭的学科之门向外看”。本书探讨政府规制措施选择的正当性问题,在法学学科之外,还旁涉政治学、行政管理、公共政策和经济学等诸多学科的知识和方法。尽管在运用的深度和精度方面依然有相当的提升空间,但作者还是对此作出系统的尝试。比如,在比例原则三阶分析结构上,穿插和对比规制分析的步骤,来阐述将比例原则用于政府规制措施选择工具的恰当性;在传统法释义学之外,作



者阐述“法政策学”的视角,认为公法思维需要突破传统法律解释学的局限,而将视域拓展到政府决策形成的“上游”;在利益衡量的结合规制理论,作者将公共政策的一些分析方法,比如成本收益分析,也纳入对政府规制措施选择的评价。可以说,这种以问题为导向的跨学科研究路径,不仅具有拓展学科视域和话语的学术意义,对于解决兼具前现代、近代和现代特征的中国问题,也具有重要参考价值。

第三,清晰的写作定位。既然探讨政府规制措施选择的正当性问题,可能涉及一系列跨学科的智识和方法,那么法学研究的独特贡献和价值在哪里?跨学科绝不意味着“无学科”,交叉方法也不意味着“无方法”。从这个意义上说,本书秉承了非常清晰的写作定位,立足于法学研究旨在服务的重镇之一——司法领域,展开对政府规制措施选择正当性的评价。司法评价,是法律体系发挥规范作用的核心场所,也是法学方法最为擅长和倚重的领域,这也正是作者选择比例原则作为政府规制措施选择正当性评价的初衷所在。可以说,以司法为主轴的写作定位,不仅有助于深化比例原则作为一项审查标准的司法适用,也有助于在司法过程中拓展传统的评价方法从而将政府规制措施选择导入司法评价体系。

蒋红珍是一位做事严谨、视野开阔的女生。从本科时期开始,她就开始关注这一领域,继而博士论文以此为题,直至今今专著付梓出版。期间,本书的部分章节曾分别在《中国法学》、《政法论坛》、《法学家》等杂志发表。我想,她对比例原则如此长时间的关注,以及持续发表中的阶段性成果,完全可以佐证本书的质量。作为她博士论文的指导老师,我非常愿意再为她的专著背书。

是为序。

胡建森

2010年8月6日于杭州·南都德加

# 目 录

## 第一章 绪论 1

### 第一节 问题的提出 1

### 第二节 行政规范的审查模式 6

一、形式主义的视角:法律保留与授权明确性原则 8

二、程序功能的视角:非正式程序与利益代表机制 13

三、实体性审查标准及其问题点 16

### 第三节 为什么要引入比例原则 19

一、实体价值:两重功能的结合 19

二、操作框架:与管制分析的匹配 24

三、与我国制度背景的契合性 25

### 第四节 研究方法与框架结构 31

一、研究方法 31

二、本书的框架结构 33

## 第二章 比例原则的传统审查模式 38

### 第一节 比例原则的内涵界定 38

一、法律释义学上的“三分论” 40

二、“三阶论”的阶层秩序及其修正 46

三、小结:以牛肉制品“进销禁令”为例 51

### 第二节 比例原则在德国法上的发展流脉 55

一、司法适用的前提：从法哲学层面到法规范层面	56
二、司法适用的位阶：从行政法位阶到宪法位阶	63
三、司法适用的内质：从事实评价过渡到价值评价	69
四、小结：简论比例原则的域外影响	77
<b>第三节 功能主义的比较：美国法上的最小侵害原则</b>	<b>83</b>
一、最小侵害原则的内涵及其适用背景	85
二、最小侵害原则的适用：基于司法判决的梳理	89
三、小结：与司法权能的关系	104
<b>第四节 传统审查模式的定位及其批判</b>	<b>108</b>
一、传统审查模式：一种“概念化操作”	108
二、传统审查模式的特点	109
三、传统审查模式的批判	111
<b>第三章 审查强度的类型化：为比例原则正名</b>	<b>116</b>
<b>第一节 审查强度理论：美国法的借镜</b>	<b>117</b>
一、术语界定：审查标准还是审查强度	117
二、美国法上“三重审查强度”理论	122
三、小结：另一种解决目的与手段关系的司法路径	133
<b>第二节 立足于我国制度背景的比较分析</b>	<b>134</b>
一、规范结构层面的分析	135
二、基于制度层面的分析	141
三、法官运用司法裁量权的意愿与能力：以实证为基础的分析	146
四、行政复议制度的可容纳性	154
<b>第三节 为比例原则正名：重读德国药房案判决</b>	<b>156</b>
一、药房案的梗概	157
二、初步展开：列举诉辩双方的理由	160

三、判决主文:侧重于类型化与审查强度的梳理	163
四、对我国《娱乐场所管理条例》第5条的启示:代结语	174
<b>第四节 欧盟法上比例原则审查强度的类型化操作</b>	<b>182</b>
一、比例原则在欧盟法上的适用概况	182
二、审查强度的区分:以类型化为基础	186
三、类型化操作的评价与启示	198

## **第四章 重整比例原则对行政规范的审查** 209

### **第一节 适当性审查** 210

- 一、管制目标的确定及其正当性 210
- 二、手段有助于实现目的吗 225
- 三、审查强度的类型化区分 234

### **第二节 必要性审查** 247

- 一、导言 248
- 二、管制工具的分类:作为标准确立的前提 255
- 三、必要性审查标准确立的尝试 272

### **第三节 均衡性审查** 294

- 一、导论 294
- 二、法益衡量:规范法学领域的方法 297
- 三、对评判的回应:引入交叉学科的方法 315

## **第五章 司法适用的困境及其解决** 334

### **第一节 引言:价值与困境的同源** 335

### **第二节 理论、规范与实践:司法审查的困境** 338

- 一、理论困境:立法形成、裁量空间和司法自抑 338
- 二、规范困境:内涵界定的内在缺陷 351
- 三、实践困境:专家行政和审查负担 358

**第三节 困境解决的可行性出路 363**

一、司法适用的限制 364

二、审查强度的选择 365

三、举证责任的配置 366

四、其他辅助性制度 373

**代结语：比例原则的法政策学之维 377**

**附录一：图表检索 383**

**附录二：参考文献 386**

**后记 411**

## 第一章

### 绪 论

#### 第一节 问题的提出

立法,成为最富特色的一种行政活动。仅以数量论,立法更多的是由执行机关来制定,而非立法机关。

——William Wade〔1〕

政策中有 1/5 的错误都是这样产生的,即允许将国家的立法和行政权力授予同一个人或同一些人。

——马切芒特·尼达姆〔2〕

2006年3月1日,国务院颁布的新的《娱乐场

---

〔1〕 William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 839.

〔2〕 *The Excellencie of a Free State*(《自由国家的美德》), London, 1656, p. 212, 转引自〔英〕M. J. C. 维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第45页。

所管理条例》<sup>[1]</sup>正式实施。针对近年来娱乐场所日趋严峻的治安问题,尤其是吸毒贩毒、卖淫嫖娼、赌博等违法犯罪活动显著增多,修改后的《娱乐场所管理条例》新增一项关于“职业禁止”的措施。第5条规定:“有下列情形之一的人员,不得开办娱乐场所或者在娱乐场所内从业:(一)曾犯有组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪,制作、贩卖、传播淫秽物品罪,走私、贩卖、运输、制造毒品罪,强奸罪,强制猥亵、侮辱妇女罪,赌博罪,洗钱罪,组织、领导、参加黑社会性质组织罪的;(二)因犯罪曾被剥夺政治权利的;(三)因吸食、注射毒品曾被强制戒毒的;(四)因卖淫、嫖娼曾被处以行政拘留的。”

这一条款引发了学界的激烈争议,<sup>[2]</sup>同时,也将行政机关通过制定规范性文件来选择规制手段的方式再次引入公众关注的视野。<sup>[3]</sup>人们不禁要问:采取这个“职业禁止”措施究竟想要实现怎样的行政目的?这一行政目的是否具有正当性基础?即使目的是正当的,所采取的手段有助于目的实现吗?还有哪些手段也可以同样实现该目的?是否存在其他对公民权利侵害更小的手段,为什么不采取这些侵害更小的手段?目前所采取的手段究竟会产生怎样的收益,又会带来怎样的不利,它在总成本与总收益上是否达成均衡?

然而,《娱乐场所管理条例》第5条所规定的“职业禁止”,只是我国浩瀚的政府管制中的“沧海一粟”。放眼以观,在行政权能异常强大的我国,大到中央人民政府国务院,小到乡、镇人民政府,多到林

---

[1] 国务院总理令第458号签署,自2006年3月1日起施行。同时,1999年3月26日国务院总理令第261号签署通过的《娱乐场所管理条例》废止。

[2] 2006年3月16日,四川省成都市两名律师以该条款违反宪法保障的平等就业权为由,根据《立法法》第90条第2款的规定,将其提交给全国人大常委会进行审查。

[3] 有关评论,各类媒体资料浩瀚。较为鞭辟入里的分析,可参见梁治平:“真实与假想的法律之争”,载 [http://news3.xinhuanet.com/comments/2006-03/11/content\\_4288656.htm](http://news3.xinhuanet.com/comments/2006-03/11/content_4288656.htm),2006年9月11日访问。

林总总的各级政府工作部门、职能机构、派出机关和派出机构,它们通过制定各种“有名或无名”的规范性文件,选择一些“合适或不合适”的手段来实现某种“正当或不正当”的目的的做法,早已令人司空见惯。在我国行政法学界,这种由行政机关制定和颁布的规范性文件被统称为“行政规范”。〔1〕而隐含在这些行政规范中的核心,往往就是行政机关对于管制措施的形成与选择问题。与传统行政作为“执法机关”的功能定位相区别,有学者用“行政立法权”来形容现代行政所具有的广泛的“政策形成与选择”的权能。〔2〕

的确,现代社会对于迅速与大量立法的需求,暴露出早期宪政理论所确立的议会独占国家立法权的局限性。频繁出现的社会危机与突发事件、高度专业性与技术性的规制事项、社会对富有弹性与应变能力的风法律与风险预防的需求,使得制定和修改程序繁琐、政策形成功能滞后且没有专家优势的代议制机关立法显得力所难及。〔3〕从比较法的视野看,西方法治发达国家在19世纪末20世纪初几乎无一例外地兴起一股“委任立法”或“授权立法”的风潮,并在整个20

---

〔1〕在我国,“行政规范”是指行政机关制定的所有规范性文件,它既包括行政法规和规章,又包括规章以外的规范性文件。为示区分,前者被称为“行政立法”,后者被称为“行政规定”。值得说明的是,在我国公法学界,行政立法的概念存在争议。综合以观,主要有三个层面的适用:(1)行政机关制定的形式意义上的法,包括行政法规和规章。采用这种定义方式的,可参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第163页;(2)行政机关所制定的实体意义上的法,除了行政法规和规章之外,还包括规章以下的其他规范性文件。参见袁明圣:“行政立法权扩张的现实之批判”,载《法商研究》2006年第2期;(3)内容涉及行政的所有规范性文件,包括法律、法规、规章以及规章以外的规范性文件。可参见朱新力、高春燕:“行政立法中的最好行政”,载《行政法学研究》2006年第3期。

〔2〕袁明圣:“行政立法权扩张的现实之批判”,载《法商研究》2006年第2期。

〔3〕参见周汉华:“行政立法与当代行政法”,载《法学研究》1997年第3期。



世纪呈现一路攀升的迹象。<sup>[1]</sup>而在我国,除了“授权立法”外,“职权立法”更是异军突起,使得我国的行政部门实际上占据了立法权行使的“半壁江山”。<sup>[2]</sup>难怪有学者总结道:在现代行政国家的语境下,行政机关已经拥有了自主塑造和选择公共政策的广袤裁量空间的权力,成为真正影响国计民生的决策者。<sup>[3]</sup>

然而,行政机关分享立法裁量权,其影响是“双刃”的:一方面,它有助于确立行政的快速反应机制,发挥专家治国的技术优势,尊重不同区域、不同部门之间行政管理任务的差异。并且,还可以借助适当的制度设计,利用行政之手来积极地促成公共福祉的增进。<sup>[4]</sup>但是另一方面,行政权的合法性也因此笼罩在一片“疑云”之中:传统行政作为通往国会立法的“传送带”模式困境重重,“依法行政”原则已经很难恰当地描绘或解释现代管制国家中行政权行使的实况。<sup>[5]</sup>实践操作中,由于信息和技术资源或多或少地依赖于“受管制主体”的配合,因此,行政部门的管制措施选择往往不自觉地向有组织的利益

[1] 在英国,立法成为一种最富特色的行政活动。See William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 839. 在德国,虽然授权立法在20世纪30年代的激增和滥用,给德国乃至整个世界带来十分惨痛的教训。但是,1949年颁布的《德国基本法》依然保留了授权立法的规定。可见《基本法》第71条、第80条的规定。在美国,授权立法在“二战”前后如雨后春笋般兴起,并覆盖几乎所有社会和经济性领域。See Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1675 (1975).

[2] 作为对“议会专属立法权”的妥协,一般国家的宪法只允许行政部门根据代议制机关的决定实施“授权立法”。而根据我国《宪法》第89条、第90条,以及《立法法》第56条、第71条、第73条的规定,我国的行政部门还享有“职权立法”的权限。有关分析,详见本书第五章第二节。

[3] 朱新力、宋华琳:“现代行政法学的建构与政府规制研究的兴起”,载《法律科学》2005年第5期。

[4] 叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,三民书局1999年版,第11~12页。

[5] 章剑生:“现代行政法面临的挑战及其回应”,载《法商研究》2006年第6期。