

# 行政审判中比例原则的适用

## ——基于公开裁判文书的实证研究

马超 于晓虹

**摘要:** 基于公开裁判文书定量分析行政审判中法官对比例原则的适用行为发现,比例原则的各个子原则对判决结果的影响存在不均衡性,且子原则是否存在相关立法例对法官选择子原则进行适用有显著影响。同时,必要性原则与均衡性原则均在国家立法与判决结果的联系中发挥着一定程度的中介作用。这表明在行政审判中,法官对比例原则的适用存在选择性。推动比例原则适用的“中国化”有两种进路:针对适当性原则与必要性原则,可结合当下的行政法典化热潮对其进行立法实定化操作;针对均衡性原则,应该正确认识和处理公益与私益的关系,可要求法官在裁判说理过程中对所涉及的有关利益衡量的标准作出明确说明,以增强利益衡量的客观化程度。

**关键词:** 比例原则; 必要性原则; 均衡性原则; 中介效应

**DOI:** 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2022.04.006

比例原则在我国司法实践中的适用状况如何,目前学界尚缺乏符合实证规范的深入分析。本文试图从司法适用的视角入手,探寻我国法官在行政审判中适用比例原则的基本规律与模式,并发掘影响法官适用比例原则的因素,以期比例为原则在我国行政审判中的展开提供建议。需要强调的是,实证分析尤其是定量分析的主要研究目的,是检验理论假说而非构建理论<sup>①</sup>。相较于力图发现和填补逻辑漏洞的规范分析,实证分析的研究旨趣更侧重于通过精密、严谨的方法增进对事实的了解,以及使用严格的客观证据来甄别个人化的主观判断。在这一意义上,本文是对既往以逻辑分析为主的比例原则研究的一个必要补充,而并非对比例原则理论本身的建构或批判。

### 一、理论回顾与问题的提出

依据学界通说,比例原则可细分为适当性、必要性与均衡性三项子原则,分别针对行政行为之目的、手段与收益进行正当性与合理性评价<sup>②</sup>。通过梳理文献可以发现,我国学者普遍对比例原则评价积极,认为其思考框架“涵括了人类进行合乎理性的权衡所应考虑的各种要素,并以步骤化、可操作化的方式呈现出来”<sup>③</sup>。有学者还特别指出,三个子原则的阶梯化适用是比例原则自身“一个突出的优

**基金项目:** 北京市社会科学基金项目“人民陪审员制度与司法民主的北京经验”(19ZGB006);教育部人文社会科学研究青年基金项目“行政诉讼管辖体制改革的实证研究——基于220万裁判文书的大数据分析”(21YJC820029)。

**作者简介:** 马超,对外经济贸易大学法学院讲师,法学博士(北京100029;mar1919@163.com);于晓虹(通讯作者),清华大学社会科学学院政治学系副教授,政治学博士(北京100084;xyu@mail.tsinghua.edu.cn)。

**致谢:** 何海波教授多次对本文提出有益意见,作者深表谢意。

<sup>①</sup> 于文轩、樊博:《公共管理学科的定量研究被滥用了吗?——与刘润泽、巩宜萱一文商榷》,《公共管理学报》2020年第1期。

<sup>②</sup> 由于比例原则作为一项法律原则的抽象性,学者间的认识存在诸多不一致之处,本文所理解的比例原则是综合国内大多数学者的讨论所求得的“最大公约数”,不代表本文支持某种特定的教义学观点。相关文献在国内汗牛充栋,限于篇幅,不一一列举。

<sup>③</sup> 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。

势”<sup>①</sup>。基于此,多数学者认为,比例原则引入我国司法可成为“法院来审查具体个案的利器,拘束行政权力违法最有效的原则”<sup>②</sup>。总体来看,除个别不同声音<sup>③</sup>,学界的主流意见认为,将比例原则引入我国行政审判将会产生维护原告权益的积极效果。

但近期一些文献却初步揭示出比例原则司法适用的另外一面。比如,有学者指出,我国法官在行政判决中适用比例原则“并不多见”<sup>④</sup>。还有研究发现,有的法官并没有遵从比例原则的位阶构造,而是以“截取式适用”为主<sup>⑤</sup>。有学者通过统计最高人民法院发布的行政判例发现,在适用结果上,比例原则似乎没有对原告权益起到预想中的强有力保护,均衡性原则适用的结果是法院更多地支持了行政机关而不是相对人<sup>⑥</sup>。这些发现提醒学界,比例原则在行政审判中的适用情况,可能比学者的预期要复杂得多。

需要指出的是,上述发现尽管颇具价值,但其研究方法主要是描述性的,在材料选取、统计方法等方面尚存在严谨性、精确性不足的问题。比如,对比例原则适用结果的判断,依据的是经过最高人民法院编辑的行政判例,这是否能代表广大下级法院的“日常状态”尚存疑问。更重要的是,现有研究未能进一步挖掘比例原则与其他审判要素之间的联系,这如同将比例原则之实践置于“真空”中进行观察,而忽略了外部行政审判环境。因此,有必要通过更为科学化、精确化的研究方法揭示比例原则司法适用的机理。从这一初衷出发,本文主要关注以下问题:我国法官究竟是如何适用比例原则的?是何种因素影响着法官对各个子原则的“截取”?为什么其适用效果与理论预期不尽相同?

## 二、研究假设

定量研究需要首先提出研究假设。研究假设是对学界已有假说的总结,它可能被定量分析所证明,也可能被证伪。定量分析之所以被认为更具科学性,就在于其符合波普尔所提出的科学的核心评价标准——可证伪性<sup>⑦</sup>。本文在这一部分通过总结既有学说,并辅之以司法经验,提出研究假设。

在司法实践中,裁判结果是司法审查的最终产品,因此本文将判决结果作为主要因变量。对于自变量,主要考虑两个方面:首先,由于在先研究已经确定了“截取式适用”是我国法院行政审判中比例原则适用的主要模式,因此各个子原则对判决结果的影响是需要首先考察的;其次,由于我国法院强调“依法裁判”,因此比例原则与相关法律共同适用时可能产生的影响也是要着重考察的,而这恰是以往研究的空白之处。此外,基于前两者,一个需要进一步研究的问题是,在行政审判中比例原则与相关法律之间是何关系。

### (一)适用不同子原则对判决结果的影响

对于比例原则的影响,学界几乎一致性地认为它能够有效保护原告权益。但这种说法较为笼统,缺乏对各个子原则更为细致的比较。考虑到我国法院对比例原则更多采取“截取式适用”且主要集中在必要性和均衡性原则上,而适当性原则很少适用,因此,本文尝试对适用较多的必要性原则和均衡性原则分别提出假设。

必要性原则主要衡量行政机关作出的行政行为对行政相对人权益所造成的侵害是否满足“最小

① 蒋红珍:《论比例原则:政府规制工具选择的司法评价》,北京:法律出版社,2010年,第49-50页。

② 陈新民:《中国行政法学原理》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第45页。

③ 翟翌:《比例原则的正当性拷问及其“比例技术”的重新定位——基于“无人有义务做不可能之事”的正义原则》,《法学论坛》2016年第2期。

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

⑤ 蒋红珍:《比例原则位阶秩序的司法适用》,《法学研究》2020年第4期。

⑥ 蒋红珍:《比例原则位阶秩序的司法适用》,《法学研究》2020年第4期。

⑦ 卡尔·波普尔:《科学发现的逻辑》,查汝强等译,北京:中国美术学院出版社,2008年,第16-19页。

侵害”标准。它是比例原则中客观化程度最高、也是最易据此作出判断的子原则。均衡性原则聚焦于私益与公益之衡量,被视为比例原则的精神内核。学界之所以认为比例原则能够有效保护原告权益,在很大程度上正是看重均衡性原则所体现的权益保障价值。因此,针对这两者,研究假设如下:

H1a:当法院适用必要性原则时,更有可能支持原告。

H1b:当法院适用均衡性原则时,更有可能支持原告。

## (二)比例原则与法律共同适用对判决结果的影响

“依法裁判”是对法院的基本要求。因此,法官在运用比例原则的同时适用相关法律规定,是大概率事件。此外,很多学者认为,比例原则与现有立法的一个特殊关联在于,比例原则的精神实质已在我国多部行政实体法中有所体现。比如我国《行政处罚法》中的过罚相当条款(第5条第2款),就被学者认为体现了“合比例性思想的某些制度因素”<sup>①</sup>。近年来所颁布的多部行政实体法<sup>②</sup>中,也有不少条款被认为体现了比例原则的精神,比如《行政强制法》第5条、《城乡规划法》第64条、《治安管理处罚法》第5条等。那么,在与相关法律共同适用的情况下,法院的判决会与其单独适用时存在差异吗?我们认为这很有可能。因为法官适用法律的过程,就是一个其为内心预设的判决结果寻找依据的过程,如果判决结果能够同时被比例原则和相关法律所支持,法官无疑会更大胆放心地作出判决;而如果仅有比例原则可以适用,那么法官的判决可能会相对谨慎,甚至会因此改变原本设想的判决结果。

在此基础上,如果进一步考虑法律的性质和位阶差异,则问题将更加复杂。如学者所指出的,法律作为一种利益表达和利益保护的机制,不同性质和位阶的法律因制定机关的不同可能表达不同的利益,并存在不同的利益保护倾向<sup>③</sup>。因此,不同性质和位阶的立法与比例原则共同适用,可能会因其内在保护指向不同,而对案件结果产生影响。本文以制定机关为标准对法律做进一步划分。本文将由全国人民代表大会及其常务委员会所通过的法律,称为“国家法律”;将除“国家法律”之外的其他下位法律文件,如行政法规、地方性法规、行政规章等,统称为“其他法规”。二者相较,由于“国家法律”是由国家立法机关所制定的,其制定过程的严谨性、透明性都明显更优,社会参与程度也更高。因此可以认为,“国家法律”中权利保障要素相对更多一些。相对而言,位阶较低的“其他法规”,其制定过程中的社会参与程度和过程透明性往往相对低一些,更易受到部门或地方利益的影响<sup>④</sup>。本文针对这两种适用情况分别提出假设。

除行政实体法外,还必须考虑另外一个与比例原则高度关联的程序法因素,即2014年《行政诉讼法》修改时新添加的“明显不当”审查标准。《行政诉讼法》修改后,“明显不当”标准与比例原则的关系受到关注。有学者认为,可以将行政机关处理方式是否违反比例原则作为判断行政行为适当性的评判方法之一<sup>⑤</sup>。其他学者的讨论也多指出“明显不当”标准与比例原则具有内在关联性。可以推测,“明显不当”标准与比例原则很有可能被法官同时适用,并对判决结果产生影响。而从语义上来说,“明显不当”一词所带有的负面评价倾向,对它的适用表明法官可能对涉诉行政行为进行否定性评价。所以,本文将是否适用“明显不当”标准作为一个独立变量。综上,研究假设如下:

H2a:当法院将比例原则与法律共同适用时,相较于单独适用比例原则,更有可能支持原告。

H2b:当法院将“国家法律”与比例原则共同适用时,相较于不适用“国家法律”,更有可能支持原告。

① 余凌云:《论行政法上的比例原则》,《法学家》2002年第2期。

② 之所以将实体法与程序法分开考量,是因为《行政诉讼法》是规定行政诉讼程序的“基本法”,几乎所有的行政判决都会适用《行政诉讼法》,若将其全部纳入考察,则法律变量将难以体现出差异性。因此,对于《行政诉讼法》中与比例原则密切相关的“明显不当”条款,我们将其设为一个独立变量。

③ 杨建顺:《行政立法过程的民主参与和利益表达》,《法商研究》2004年第3期。

④ 参见高源:《论“部门利益法制化”的遏制》,《政法论丛》2013年第2期;黄兰松、汪全胜:《立法中的地方利益本位问题及应对之策》,《北方法学》2017年第6期。

⑤ 何海波:《论行政行为“明显不当”》,《法学研究》2016年第3期。

H2c:当法院仅将“其他法规”与比例原则共同适用时,相较于不适用“其他法规”,更有可能支持被告。

H2d:当法院将“明显不当”标准与比例原则共同适用时,更有可能支持原告。

### (三)子原则的中介机制

如前所述,不能排除比例原则与法律共同适用的可能性。那么,假如上述假设得到验证,另一问题便凸显出来,即当法律与比例原则的各个子原则共同适用时,它们是如何一起对判决结果产生影响的?

一般来说,如果在审判中存在明确可依据的立法条款,在依法裁判的要求下,法官不太可能故意对其弃置不用。但究竟适用三个子原则中的哪一个,法官却是可以自主选择的。换言之,法官可能会选择适用不同的子原则,以论证其判决结果的合理性。此时,不同的子原则相当于立法与判决结果之间的沟通“中介”。由于体现了比例原则精神的法条主要集中于行政实体法以及《行政诉讼法》的“明显不当”审查标准中,且适当性原则的司法适用较少,因此,笔者进一步提出研究假设如下:

H3a:法院对必要性原则的适用,在国家法律与“明显不当”标准的适用对判决结果的影响中具有中介作用。

H3b:法院对均衡性原则的适用,在国家法律与“明显不当”标准的适用对判决结果的影响中具有中介作用。

## 三、样本来源与数据整理

本文样本来自中国裁判文书网。我们在该网站上一共获取在“判决理由”部分中出现“比例原则”字样的行政一审和二审判决书共 619 份<sup>①</sup>。文书下载后,我们通过案号比对清理了部分重复文书,并以“法官运用比例原则对案件事实进行了法律评价”<sup>②</sup>为标准,采用人工阅读的方式对文书进行筛选,获得符合标准的文书 565 份。这是本文的基础样本。

之后,我们通过人工阅读对文书的主要变量进行了提取,如原被告身份、被告级别、审级、判决结果等。判决结果作为主要因变量,我们根据法院作出的判决类型进行判断:如果法院作出撤销、变更、赔偿、给付、确认违法、确认无效、责令履行法定职责以及责令重新作出行政行为等判决类型中的任意一种,我们即将其视为原告胜诉;如果法院作出驳回诉讼请求判决或维持判决,则视为原告败诉。对于二审判决“维持原判”的,我们则以文书中对一审判决的描述为准。

对于共同适用问题,我们采取以下标准:如果法官适用的法律与比例原则指向对案件同一问题的判断,我们就认为存在共同适用;如果仅存在比例原则,我们就判断为单独适用比例原则。在共同适用中,如果国家法律与其他法规同时存在,由于国家法律的位阶更高,具有效力优先性,我们判断共同适用的是国家法律;适用其他法规的情况是指仅有其他法规而无国家法律存在的情况。标注的困难之处在于,如何判断法院在审判中所适用的究竟是比例原则的哪一个子原则。我们通过多轮交叉标注法来解决此问题。具体说来,我们招聘了 6 名具有一定法学基础的标注人员,对他们就比例原则的内容进行专门培训,之后将文书交叉分配给不同的标注人员,确保每份文书至少被标注了两次以上。对于第一轮标注中出现分歧的文书,由本文的两位作者分别对其进行标注。如果第二轮标注仍然存在分歧,则由两位作者协商一致后作出最终判断。通过这种方式,我们尽可能地保证了各个子原则标注的客观性。

<sup>①</sup> 之所以将检索词严格限定为“比例原则”四个字,而不包含“必要性”“适当性”等词汇,是因为后者是否专属于比例原则,学者间的认识不尽一致,而实证研究要求样本的选取标准必须客观且稳定,当法官们在判决书中明确地写下“比例原则”四个字时,表明他们对其具有清晰无误的适用意愿。

<sup>②</sup> 一些文书的判决段落之所以出现“比例原则”一词,是源于法官对原告诉请的原文引用,实际上并没有使用该原则对案情进行评价。具体例证可参见四川省雅安市中级人民法院行政判决书(2015)雅行终字第 45 号。

#### 四、描述性统计与回归分析<sup>①</sup>

##### (一)描述性统计

本文的控制变量主要包含原告特征、被告特征、案件特征以及案件年份四个维度(附表1)。观察控制变量发现,原、被告均很少提到比例原则(原告21.1%、被告12.6%),这说明法官对比例原则的适用主要基于自主判断。

表1是主要自变量和因变量的交叉分析。可以看出,在适用频率上,必要性原则适用最多,均衡性原则次之,适当性原则最少。在565个案例中,原告总计胜诉297件,胜诉率为52.6%。观察表1发现,不同子原则对判决结果的影响存在明显差异。在适用必要性原则的案件中,原告胜诉率为62.1%,而在适用均衡性原则的案件中,原告胜诉率仅为32.7%,两者相差近一倍。此外,比例原则搭配不同法律共同适用时的统计结果则比较复杂。三者比较,当法院将比例原则与“国家法律”共同适用时,原告胜诉率最高,达到77.4%;当仅与“其他法规”共同适用时,则下降为56.1%;而单独适用比例原则时原告胜诉率最低,仅为25.5%。这初步表明,比例原则的适用能获得哪一层级的法律支持,对判决结果有重要影响。

表1 主要自变量与因变量的描述性统计

项目		案件数量(百分比)		
		原告败诉	原告胜诉	总计
适当性原则	不适用	267(47.5%)	295(52.5%)	562(100.0%)
	适用	1(33.3%)	2(66.7%)	3(100.0%)
必要性原则	不适用	111(73.5%)	40(26.5%)	151(100.0%)
	适用	157(37.9%)	257(62.1%)	414(100.0%)
均衡性原则	不适用	157(39.3%)	243(60.8%)	400(100.0%)
	适用	111(67.3%)	54(32.7%)	165(100.0%)
三种适用方式	单独适用	161(74.5%)	55(25.5%)	216(100.0%)
	比例原则+国家法律	49(22.6%)	168(77.4%)	217(100.0%)
	比例原则+其他法规	58(43.9%)	74(56.1%)	132(100.0%)

##### (二)共线性诊断和计量模型

在回归分析之前,我们首先对自变量进行共线性诊断(附表2)。必要性原则与均衡性原则的VIF均大于5且接近10,说明它们可能存在严重的多重共线性问题。观察样本库后发现,有97.5%的案件都是仅适用了这两个子原则中的一个。因此,进行回归分析时,我们将这两个子原则分别纳入模型。由于选取的因变量是一个二元分类变量,因此本文采用logistic模型进行分析。

##### (三)回归分析

###### 1.不同子原则对判决结果的影响

首先检验假设H1a和H1b。在纳入控制变量的条件下,在模型1(1)中以适当性和必要性原则为自变量,在模型1(2)中以适当性和均衡性原则为自变量,分别进行回归分析,结果如表2所示。

<sup>①</sup> 限于篇幅,一些非核心图表笔者以附件形式提供,读者可通过链接获取: <https://pan.baidu.com/s/16K9Ywy-g9QT8LCyUrJKNw>,提取码:1234。

在模型 1(1)和 1(2)中,适当性原则均不显著,必要性原则与均衡性原则的回归结果均表现显著( $p < 0.001$ ),但符号相反。这说明,法院适用必要性原则与不适用相较,更有可能判决原告胜诉;适用均衡性原则与不适用相较,更有可能判决原告败诉。适当性原则均不显著,可能是其适用率过低所致。假设 H1a 得到验证,假设 H1b 被证伪。

在表 2 中,一个出乎意料的发现是,原告诉请是否包含比例原则竟与判决结果显著负相关。换言之,如果原告在起诉中主动提出比例原则,就更有可能败诉。这一结果耐人寻味。一个可能的解释是,当把比例原则作为诉请理由时,原告选择主要质疑行政行为的合理性,这很可能是因为原告对被诉行政行为的合法性已经具有一定程度的认同。因此,在原、被告均对行政行为的合法性没有太大异议的情况下,基于行政诉讼的合法性审查属性,法官更有可能判决原告败诉<sup>①</sup>。

模型 2、模型 3-1、模型 3-2 和模型 4 则分别检验假设 H2a、H2b、H2c、H2d。模型 2 用于衡量比例原则单独适用和与法律一同适用时的差异;模型 3-1 和模型 3-2 用于衡量三种适用方式之间的差异。二者的区别在于,前者是以适用“比例原则+国家法律”为参照项,后者是以适用“比例原则+其他法规”为参照项;模型 4 在模型 3-1 的基础上将“明显不当”变量加入回归模型。

表 2 主要模型回归结果

变量		模型 1		模型 2		模型 3-1		模型 3-2		模型 4	
		(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)
		判决结果									
适当性原则	适用	-1.074 (1.325)	-0.843 (1.309)	-1.163 (1.439)	-0.795 (1.412)	-1.145 (1.447)	-0.735 (1.424)	-1.145 (1.447)	-0.735 (1.424)	-0.753 (1.422)	-0.283 (1.414)
必要性原则	适用	3.443*** (0.404)		3.018*** (0.415)		3.057*** (0.428)		3.057*** (0.428)		3.095*** (0.458)	
均衡性原则	适用		-2.456*** (0.340)		-1.801*** (0.362)		-1.838*** (0.375)		-1.838*** (0.375)		-1.741*** (0.401)
原告提出	是	-1.695*** (0.292)	-1.679*** (0.292)	-1.596*** (0.306)	-1.568*** (0.305)	-1.868*** (0.335)	-1.834*** (0.336)	-1.868*** (0.335)	-1.834*** (0.336)	-2.215*** (0.378)	-2.166*** (0.378)
单独适用	是			-1.526*** (0.267)	-1.528*** (0.263)						
适用方式	国家法律							1.857*** (0.322)	1.833*** (0.312)		
	单独适用					-2.377*** (0.325)	-2.397*** (0.322)	-0.519 (0.322)	-0.564 (0.316)	-2.008*** (0.353)	-2.077*** (0.354)
	其他法规					-1.857*** (0.322)	-1.833*** (0.312)			-1.607*** (0.337)	-1.600*** (0.328)
明显不当标准	适用									2.388*** (0.371)	2.362*** (0.366)
控制变量		是	是	是	是	是	是	是	是	是	是
观测数		565	565	565	565	565	565	565	565	565	565

<sup>①</sup> 本文初稿完成后,我们与多位行政诉讼法官就这一问题进行了交流。法官们证实,在原被告双方对被诉行政行为的合法性争议不大的情况下,法官在合理性审查中会倾向于采用较为保守的审查立场。

### 2. 比例原则与不同类型立法共同适用的影响

在模型 2 中,比例原则单独适用的回归结果显著且为负( $p < 0.001$ ),这说明单独适用相较于共同适用,法院更有可能判决原告败诉。在模型 3-1 中,“单独适用”与“比例原则+其他法规”共同适用的回归结果显著且为负( $p < 0.001$ ),说明这两者与“比例原则+国家法律”的适用方式相比较,法院更有可能判决原告败诉。在模型 3-2 中,我们将参照项转换为“比例原则+其他法规”,发现“比例原则+国家法律”的结果显著且为正( $p < 0.001$ ),说明两者相较,在比例原则与“其他法规”共同适用的情况下,法院更有可能判决原告败诉。但此时“单独适用”不再显著,说明“比例原则+其他法规”与“单独适用”二者相较,在判决结果上不具有统计学意义上的显著性差异。在模型 4 中,“明显不当”标准的回归结果显著且为正( $p < 0.001$ ),说明比例原则与“明显不当”标准同时适用相较于不适用“明显不当”标准,原告更有可能胜诉。在以上模型中,必要性原则与均衡性原则的显著性相比于模型 1 均未发生改变。总体而言,假设 H2a、H2b 和 H2d 得到验证,H2c 得到部分证实。

### 3. 稳健性检验

我们使用两种方式来检测以上结果的稳健性。一种是在回归模型中加入被告方所在地 2018 年的地区生产总值和一般公共预算支出两个变量,另一种是将区域固定效应加入回归模型。由于卡方检验的结果显示判决结果与区域变量具有统计学关联( $\chi^2 = 25.55, p < 0.05$ ,附表 3),因此可以采用地区差异对上文的主要结果进行稳健性检验。本文主要自变量的显著性在稳健性检验中并未发生改变(附表 4)。由此可知,前文模型得出的主要结果是可靠的。

### 4. 中介效应

我们对中介效应(包括完全中介效应与部分中介效应)的检验,采用常用的依次检验法<sup>①</sup>进行。表 3 反映了中介效应的检验结果。模型 5(1)、5(2)、6(1)和 6(2)说明“国家法律”与“明显不当”标准对判决结果有显著的正向影响,这可与前文结果相互印证,不再赘述。在模型 5(3)和 6(3)中,“国家法律”与“明显不当”标准的回归结果显著且为正( $p < 0.001$ ),这说明两个模型分别控制了必要性和均衡性原则的影响后,二者对判决结果仍有显著的正向影响。因此可以认为,必要性和均衡性原则在“国家法律”“明显不当”标准与判决结果之间具有显著的部分中介效应。换言之,在样本案件中,“国家法律”或“明显不当”标准的适用,会促使法院更倾向于适用必要性原则,同时抑制对均衡性原则的适用,从而更有可能使得原告胜诉(图 1)。假设 H3a 和 H3b 被验证。此外,我们还通过系数乘积法对中介效应及其效果量做了计算,结果再次验证了部分中介效应的存在(附表 5、附表 6)。

表 3 必要性原则和均衡性原则中介效应的回归模型结果

模型	因变量	自变量	B	标准差	p 值	OR 值(95%CI)	Pseudo R <sup>2</sup>	
模型 5 (必要性原则)	(1)	判决结果	国家法律	2.052	0.288	<0.001	7.785(4.426-13.693)	0.510
			明显不当	2.522	0.365	<0.001	12.453(6.087-25.476)	
	(2)	必要性原则	国家法律	2.594	0.616	<0.001	13.380(3.997-44.792)	0.726
			明显不当	1.457	0.688	0.034	4.293(1.115-16.535)	
	(3)	判决结果	国家法律	1.793	0.299	<0.001	6.007(3.344-10.791)	0.604
			明显不当	2.405	0.370	<0.001	11.080(5.362-22.897)	
			必要性原则	3.202	0.451	<0.001	24.573(10.149-59.496)	

① 温忠麟、张雷、侯杰泰:《中介效应检验程序及其应用》,《心理学报》2004 年第 5 期。

续表3

模型	因变量	自变量	B	标准差	p 值	OR 值(95%CI)	Pseudo R <sup>2</sup>	
模型 6 (均衡性原则)	(1) 判决结果	国家法律	2.052	0.288	<0.001	7.785(4.426-13.693)	0.510	
		明显不当	2.522	0.365	<0.001	12.453(6.087-25.476)		
	(2) 均衡性原则	国家法律	-2.815	0.595	<0.001	0.060(0.019-0.192)	0.775	
		明显不当	-1.510	0.647	0.020	0.221(0.062-0.785)		
	(3) 判决结果	判决结果	国家法律	1.809	0.295	<0.001	6.103(3.422-10.884)	0.548
			明显不当	2.377	0.366	<0.001	10.769(5.26-22.047)	
均衡性原则			-1.920	0.384	<0.001	0.147(0.069-0.311)		

注：本表模型均包含与之前模型相同的控制变量。

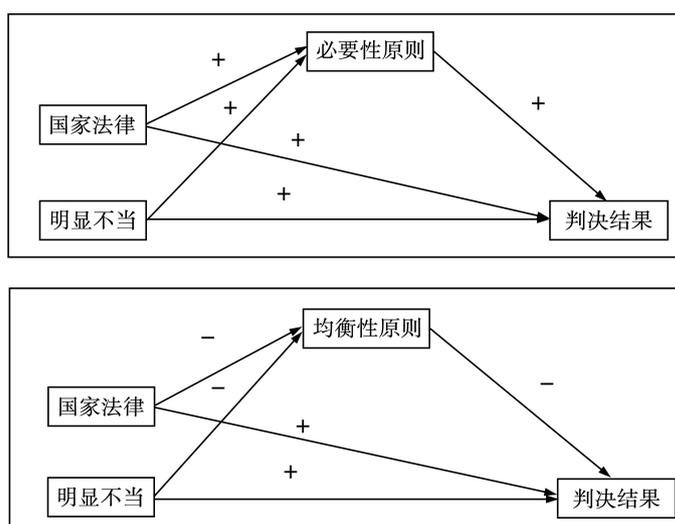


图 1 必要性原则与均衡性原则的中介效应示意图

综上,假设 H1a、H2a、H2b、H2d 被证明,H1b 被证伪,H2c、H3a 和 H3b 均被部分证明。具体来说,基于样本案件,回归分析的结果证明了以下几点:

(1)比例原则的子原则对判决结果有显著的不同影响。具体来说,法官适用必要性原则时,原告更有可能胜诉;适用均衡性原则时则相反。

(2)比例原则与法律共同适用时对判决结果的影响确实存在,且不同类型的立法间具有显著差异。比例原则与“国家法律”共同适用时,法官更有可能判决原告胜诉;与之相比,比例原则单独适用以及与“其他法规”共同适用时,法官更有可能判决原告败诉。此外,比例原则与诉讼法上的“明显不当”审查标准共同适用时,法官更有可能判决原告胜诉。

(3)必要性原则与均衡性原则在国家法律和“明显不当”标准对判决结果的影响中,均具有部分中介作用,但作用指向不同。当法院适用国家法律或“明显不当”标准时,会更倾向于适用必要性原则,同时抑制对均衡性原则的适用,从而有利于原告胜诉。

这些证明结果不仅印证了学界之前经验观察的结果,而且发现了一些未被学界注意到的现象。它们从总体上说明,在比例原则的实际适用中存在着与理论预期不一致的现象。

## 五、比例原则在行政审判中的选择性适用现象

我们在前文对比例原则的适用实效进行了系统性检验。实证结果显示,行政审判中存在着法官选择性适用比例原则的现象。笔者针对实证发现将其拆分为两个相互关联的问题,即:为什么不同的子原则会引致不同的适用结果?哪些因素影响着法官对子原则的适用选择?笔者结合各个子原则的学理内涵与我国行政审判环境对此作出解释。

一方面,本文的实证结果证实了学者的经验观察,即必要性原则的适用效果主要体现在保护原告权益,均衡性原则的适用效果主要体现在维护行政机关。这是如何产生的呢?有学者推测,这是因为必要性原则偏重于事实认定,这易于使法官作出判断,而均衡性原则偏重于法律评价,这需要法官审慎权衡<sup>①</sup>。这一回答有其道理。但笔者从实证结果出发,提出另一种可能的解释。

如果说 H1 系列假设的证明验证了学者的经验观察结果,那么 H2 和 H3 系列假设的证明则指明了这种结果可能的原因。H2 系列假设发现,比例原则的适用结果与同时适用的法律类型存在相关性,H3 系列假设则进一步证明了国家立法(包括“国家法律”与行政诉讼法上的“明显不当”标准)支持的存在,会增加法官对必要性原则的适用,同时会抑制对均衡性原则的选择。这是因为,作为一项法律原则,比例原则及其子原则都不可避免地存在着宽泛性和模糊性<sup>②</sup>。这在司法审判中往往意味着赋予了法官较大的司法裁量空间,这种裁量空间通常需要通过权威性立法来加以约束。

从立法关联性上来看,必要性原则与均衡性原则的一个关键差异就在于,前者在我国国家立法中存在诸多体现其精神的立法例,而与后者相关的国家立法例则较为鲜见。必要性原则的这一立法优势,在我国法院对依法裁判的强调下相当于预先为其设置了适用“锚点”,使其在适用中发挥出应有作用。比如在一起案件中,法官在引用了旧《行政处罚法》第 4 条之后,立即结合比例原则指出,“行政机关……应遵循公平比例原则,选择执法成本相对较小的执法手段,选择对行政相对人最小侵害的处罚方式”<sup>③</sup>。而均衡性原则由于不具备这一立法条件,因此法官在对它进行适用时,更多依凭主观裁量来把握公益与私益的平衡,有的法官可能会被更多体现行政意志的行政性立法所影响。统计结果也证明了这一点。在适用均衡性原则的案件中,法官极少同时适用国家立法,更常与“其他法规”同时适用<sup>④</sup>。因此,可以说,比例原则的子原则在我国是否存在相关国家立法例以约束其裁量空间并锚定其价值取向,在相当程度上影响着它们的适用结果。

另一方面,又是什么因素影响着法官对子原则的择取呢?相关立法例的存在是重要影响因素,但不足以完全解释这一问题,它虽然可以解释法官对必要性原则的适用,但无法回答为什么均缺乏国家立法支持的适当性原则与均衡性原则之间也存在适用频率的差异。对此,可结合我国行政审判的宏观背景与各个子原则的司法审查强度做进一步阐释。

很长一段时间以来,我国法院在行政审判上的一个指导性政策是“增进司法与行政的良性互动”。应当说,此种助推“府院互动”<sup>⑤</sup>的行政审判政策,既有利于提升我国法治政府建设水平,也与我国法院审判工作“法律效果与社会效果相统一”的司法政策相契合。在各级法院的认真执行下,这一行政审判政策基本达到了预期的效果,尤其是在促进行政机关依法行政、保障行政相对人合法权益等方面起到了积极的作用。但诚如有学者所指出的那样,这一行政审判政策在司法实践中也存在“隐忧”,即

① 刘权:《行政判决中比例原则的适用》,《中国法学》2019年第3期。

② 刘权:《比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角》,《法商研究》2021年第4期。

③ 浙江省金华市金东区人民法院行政判决书(2015)金东行初字第16号。

④ 根据统计,在216件适用“国家法律”的案件中,有210件同时适用的是必要性原则;而在适用均衡性原则的172件案件中,有165件同时适用的是“其他法规”。

⑤ 章志远:《中国行政诉讼中的府院互动》,《法学研究》2020年第3期。

一些法院和法官在政策实际执行中“存在谦抑过度和角色模糊风险”，出现了某些淡化甚至弱化行政诉讼法定监督功能的做法<sup>①</sup>。在行政审判中，此种对政策的偏异式理解和执行，在一定程度上限制了一些法官对行政行为进行审查的主动性，一些法官会策略性地适用和解释法律从而为被诉行政行为提供合理性论证。而比例原则作为“一把有弹性的尺子”，其各个子原则所要求的审查强度并不完全一致，从而为一些法官提供了策略性解释和选择性适用的空间。与必要性原则相比较，主要审查行政目的正当性的适当性原则，由于涉及司法机关与行政机关的职权界分，其体现了一种更为主动和高强度的审查要求；而主要审查公益与私益之间合比例性的均衡性原则，则高度依赖法官的主观判断。

因此，如果说法官对必要性原则的适用主要是由国家立法支持所致，那么，均缺乏国家立法支持的适当性原则和均衡性原则之所以适用情况也存在差异，原因很可能在于，一些法官由于对行政审判政策的认识和理解方面的偏差，对较高强度的审查态度比较消极和被动，不太愿意主动适用适当性原则来审查行政机关的行政行为；而对均衡性原则而言，由于可以通过对它的适用，从公共利益角度为被诉行政行为的合理性提供论证，因此相对而言，有些法官可能会更愿意适用该子原则。比如，在一起规划许可案中，法官认为，“被告……行政许可的作出符合比例原则。……确认该许可行为的违法将造成社会公共利益的更大损失，原告的诉讼请求本院不予支持。”<sup>②</sup>简言之，当国家立法不足时，一些法官对指导性行政审判政策的过度谦抑式的理解和执行，造成了对比例原则的适当性和均衡性子原则适用选择上的差异。

综合上述分析，比例原则在我国行政审判中的总体适用情形如下：一方面，如果存在明确的国家立法支持，法官会主动适用具有国家立法支持的子原则，加强对被诉行政行为的审查，强化对行政行为的监督，维护行政相对人的合法权益。另一方面，在行政审判中，如果缺乏明确的国家立法支持，一些法官在执行相关行政审判政策时，由于认识和理解方面的偏差，会趋向于回避对行政机关进行高强度的司法审查，从而在一定程度上存在策略性地选择比例原则的子原则进行适用的现象。

## 六、可能的实践出路

相比于其他法律概念，比例原则试图对行政行为的各个阶段均提出规制方案，从而形成了多阶段、多面向的特殊构造。这种全面化的设计思路虽然初衷可嘉，却不可避免地放大了其模糊性特征，进而在司法实践中催生出多样化的解释可能性。在某些情境下，比例原则甚至有可能成为个别法官矫饰个人不当见解的一种话语策略<sup>③</sup>。鉴于比例原则的逻辑构造已相对成熟，未来比例原则“中国化”的推进方向应当是，探寻既能坚守其权益保障精神，又能提升其适用精确性的实践方案。从前文的研究出发，本文尝试提出两个启发性思路，以供学界和实务界参考。

第一，通向立法的比例原则。如前文的分析所示，必要性原则之所以具有更好的适用效果，一个重要原因在于，其可以借由与实体法关联条款的共同适用获得立法支持，从而使法官获得来自立法与法理两方面的充分支持，以起到“联手”监督行政权力的作用。因此，一个或许可行的实践方案是，在行政法有望得以法典化的当下，可在行政法典的“总则”部分，针对行政机关行政行为的目的和手段提出合法性与正当性的原则性要求，即将适当性和必要性原则的内在精神直接融入立法之中，从而为它们的司法适用提供一个相对稳定的实定法“锚点”，使法官适用时有“法”可依。

第二，在裁判说理中明示所指涉的有关利益的判定标准。虽然立法可将适当性与必要性两个子原则予以实定化，但均衡性原则由于涉及利益衡量，其主要依赖于法官的司法裁量而展开。因此，即

① 章志远：《中国行政诉讼中的府院互动》，《法学研究》2020年第3期。

② 湖南省岳阳市岳阳楼区人民法院行政判决书(2017)湘0602行初27号。

③ 李学尧、刘庄：《矫饰的技术：司法说理与判决中的偏见》，《中国法律评论》2022年第2期。

使立法上可以进一步加强宣示权利保障的行政法价值,但具体到个案实效,均衡性原则的适用仍不免取决于法官的自由裁量。观察前文案例可以发现,均衡性原则适用效果不佳在很大程度上是由于一些法官对公共利益与个人利益关系上的理解和认定分歧所致。研究发现,强制要求法官写明裁判说理过程有助于减少裁判偏见<sup>①</sup>。因此,一个可供参考的思路是,要求法官在行政裁判的说理过程中明示其所指涉的有关利益的判定标准,并尽可能就其衡量过程进行详尽的说明,借此提升利益衡量的客观化程度,从而有助于加强对行政权力的监督制约,达到保护公共利益与保护个人合法权益的均衡。

上述两种思路并非竞争性关系,而是相互补充、并进而行的,以此或可有助于提升比例原则“中国化”的质效。最后需要申明的是,本文的实证分析所针对的只是比例原则的“特定事实”,而非针对法律原则的“普遍知识”<sup>②</sup>,相关结论是否能推及于普遍性的法律原则,有待于未来研究的进一步探索。

## Application of the Principle of Proportionality in Administrative Litigation —An Empirical Study Based on Published Judicial Decisions

Ma Chao Yu Xiaohong

(School of Law, UIBE, Beijing 100029, P.R.China;

Department of Political Science, THU, Beijing 100084, P.R.China)

**Abstract:** Based on judicial decisions published online, this paper presents a quantitative analysis of judges' behavior in applying the principle of proportionality in administrative trials. Our analysis reveals an unbalanced impact in terms of its three sub-principles and Whether the court can obtain the support of national legislation when applying the principle of proportionality is an important influencing factor that has been neglected in previous studies. This paper demonstrates that both the principle of necessity and the principle of narrowly-defined proportionality play a certain degree of mediating effects in the link between national legislation and judicial decisions. This suggests that judges are selective in their application of the proportionality principle in administrative trials. There are two ways to promote the “Sinicization” of the principle of proportionality. For the principle of appropriateness and the principle of necessity, the legislation can be actualized in the light of the current boom of administrative law codification. For the principle of narrowly-defined proportionality, the relationship between public interest and private interest should be correctly understood and handled, and judges may be required to clearly explain the criteria for measuring the relevant interests in the process of reasoning in order to enhance the objectivity of interest measurement.

**Keywords:** Principle of proportionality; Principle of necessity; Principle of narrowly-defined proportionality; Mediating effects

[责任编辑:李春明]

<sup>①</sup> John Zhuang Liu, “Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China”, *The Journal of Legal Studies*, 2018, 47(1), pp.83-118.

<sup>②</sup> 关于社会科学中“特定事实”与“普遍知识”的讨论,可参见加里·金、罗伯特·基欧汉、悉尼·维巴:《社会科学中的研究设计》,陈硕译,上海:格致出版社,2014年,第32-33页。