



论文精粹

> 法学理论

> 部门法哲学

> 学术书评

> 法苑随笔



您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文

> 论文精粹

搜索

余凌云：英国行政法上的合理性原则

发表于： 2012-05-04 20:32 点击：227

一、引言

从历史上看，在裁量控制的路径上，英国人走的是司法的路子。这与他们的法律传统、宪政结构、社会诉求有关。几乎所有文献都采取司法本位，这一特色鲜明而夺目。他们一开始借助私法路径，尤其是侵权法上的疏忽大意，后来过渡到传统公法的越权无效和自然正义，并以此入手，发展出公法上的合理性审查，逐渐接近到裁量的自治内核，便嘎然而止。

这是一种比较安全的策略，先易后难。因为，无论是传统的越权无效还是正当程序，都是较为客观的审查，说服力强，不易产生争议。而合理性审查就游离在客观与主观之间，变得吊诡、复杂、难于把握。无怪乎，英文文献绝大部分聚讼于此。我们甚至可以武断地说，英国行政裁量的学说史，就是合理性原则的发展史。

让我们惊诧的是，英国人一旦觉得自由裁量必须受到控制，就走得相当坚决，相当彻底，也相当的远。法院拒绝不受拘束的或者绝对的裁量，所有形式的裁量都必须接受法院的审查，无论多么宽泛，也不论是以主观语言来表述。在英国当下，“没有不受司法审查的行政行为”，已然流行于坊间。更让人拍案的是，英国人采取了灵活多样、伸缩自如的审查，让司法干预随着审查对象和内容的不同，依据政治敏感性、行政自治程度等而变换着。这两点认识，无论哪一点摆到中国当下的情境中，拿我们的行政法理论与实践相对照，都是我们尚未企及的。

德国法中偶尔也提合理，但就结构清晰、层次分明以及重要性而言，远不及英国法。英国法的合理性原则也被澳大利亚、新西兰等国学者诵读、研磨与发扬。新西兰似乎更愿意采取狭义的“不合理”，更广义的概念是公正（fairness），而澳大利亚对“不合理”的理解与英国却几乎没有什么差别。

我有个直觉，上世纪80年代中后期出现在中国行政法教科书上的合理性原则，仿自英国，是龚祥瑞先生的作品带进来的影响。但一直以来，我们却缺乏对英国合理性原则的深入了解。运用一手文献进行研究的成果，更是少见。对于近年来席卷英国的欧陆裁量审查技术，及其在英国的实验成效，我们也知之甚少。从文献上看，我们对合理性原则的了解似乎还不如比例原则那样透彻。这显然对不起它在我国行政法教科书和官方文件上的重要地位。

或许也是因为缺少一个参照系，学术上出现了一些值得商榷的观点，比如，“合法审查为原则、合理审查为例外”、要进一步扩大“合理审查”，以及“流行欧洲的比例原则与英联邦的合理原则彼此不兼容，无法调和”等。于是，正本清源，为我国合理性原则的阐释和发展建立一个参考坐标，便成了本文的重要使命。

二、历史的流变

合理性原则（the principle of reasonableness）既古老，又年轻，是流淌在英伦大地上的一条充满活力的溪流。“不合理”有着很悠远的私法根源，在合同、侵权、破产、贸易上都少不了它。只是之后的发展中，它找到了公法的坐标，才宣告了与私法“疏忽大意”（negligence）的分手。但历史的暧昧却缠绵至今，仍是学者争论不休的话题。

出现在司法格言上的行政机关合理行事务（the duty of the executive to act reasonably），甚至可以追溯至17世纪。韦德（Bill Wade）把剔了Wednesbury案之前长达几个世纪的一长溜判例，都涉及合理性原则，不少法官在判决中也试图阐释“合理”（reasonable）萨姆纳（Lord Sumner）说，（授权法中）“所表述的‘他们认为合适的’（as they think fit），必然暗含着诚实和合理之意味”。伦伯里（Lord Wrenbury）也说：“他（决定者—

作者按)必须运用他的理智,确认并遵从理性所指引的方向。他必须合理行事。”{1}但是,这些判例提到的“合理规则”(rule of reason),还不是独立的审查标准。{2}

在上个世纪40年代之前,合理性原则一度低迷,法官对它慎之又慎。这是因为它触碰到了行政裁量控制的最核心、最困难的实质问题。史密斯(de Smith)就说,在某种程度上,合理性是决定行政机关法律责任的实质性要素。{3}要想在最接近行政自治的边缘,划出允许法院出入的区域,又不破坏分权,这无疑是很困难的。畏难情绪一度让“司法沉寂主义”(judicial quietism)盛行。

然而,40年代之后,经历了Wednesbury案、Padfield案,峰回路转。随着现代社会中的裁量问题日益突出,裁量领域不断扩大,控制裁量的要求愈发迫切,合理性原则也越来越频繁地被应用。有两组统计数据足以说明:{4}

(1)在英国,1948年之后,大约有2500多起判例提到了Wednesbury和“不合理”,其中,2160起是在1990年1月1日以后作出的,所占比例超过了85%,1545起是在2000年1月1日以后作出的,占61%。

(2)在westlaw上,按照全文有“unreasonable”、关键词和主题有“judicial review”的要求检索,截止2009年7月13日,共计610起判例,其中497起是1990年之后的,占81%。在全文中加上“Wednesbury”,共检索出282起判例,其中225起判例是1990年之后的,近乎80%。现在,几乎在每周案件报告(reported cases)之中都能看到。

近年来,对该标准的依赖之所以会激增,科恩(Margit Cohn)分析认为,一方面是迎合了1980年代中期英国公法改革之浪潮,另一方面是欧洲法,尤其是比例原则的实质性影响与驱动。{5}在我看来,根本原因恐怕还应该出于对日益扩张的行政裁量的警惕与控制。

三、三个经典判例

在英国公法上缕析合理性原则,不能不提的具有标志性意义的判例,一个是Wednesbury案,它激活了合理性原则,列出了“不合理”基本内涵的表述公式,使之从抽象到具体。另一个是Padfield案,它翻开了一个新纪元(opened a new era),让合理性原则真正复兴。再有一个就是CCSU案,它让这类审查标准自成一体,另立门户,成就了一番气派。

(一) Wednesbury案

在英国,谈不合理审查,就不能不提Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation (1948)。现在人们朗朗上口的“the Wednesbury principle”、“Wednesburyunreasonableness”、“on Wednesbury grounds”、“unreasonableness in the Wednesbury sense”,都与该案有关。

Wednesbury案被誉为“法律上的贝多芬第五交响曲”,案情并不复杂。在一个叫Wednesbury的小镇上,一个电影院欲申请许可。星期天娱乐法(the Sunday Entertainment Act 1932)授权行政机关在发放许可时可以“加人其认为适当的条件”。行政机关搭附了一个条件,要电影院承诺周末不让15岁以下的未成年人独自上那儿。电影院不乐意,告上法庭。案情平淡无奇,原告也不曾如愿。但主审法官格林(Lord Greene)在判决中对“不合理”一席阐述,让它变为永恒。

格林的整个判决只有两个核心观点:{6}

第一,他提出并描述了基于“不合理”而出现的违法形态。与传统的合理行使权力(powers must be exercised reasonably)要求相比,格林给出的是更加精确、严格的标准。具体而言,包括两种违法形态:一个是弱的、宽泛和一般意义上的不合理(weak, broad, or general unreasonableness),包括不适当目的(improper purpose)、相关和不相关考虑(relevant and irrelevant considerations),以及恶意(bad faith)。它们彼此相近,又相对独立,且能够相对客观地判断。另一个是强意义上的不合理(strong unreasonableness),也就是(行政决定)“如此荒谬,任何明智之士都不会想到它属于行政机关的权限范围”,或者“如此错误,任何理性的人都不会持有这种看法”。这是Wednesbury的核心与难点,也称为狭义的Wednesbury不合理或者狭义上的“不合理”。格林把它设计为“最后的手段”(a last resort)。只有当行政决定跳过了其他所有审查标准,而行政决定依然不能为法院接受,不符合公平观念时,才能诉诸这个标准。这一格调也限定了Wednesbury不合理在当时的意义。

第二,他敏锐地洞察到上述不合理的所有标准或理由彼此之间都可能会重合,因此,无论在理论上还是在实践中,都没有必要做到彼此区分干净。

格林的整个努力就是归拢“不合理”标准的内涵与关系,他的杰出贡献在于,他提出了“不合理”只是越权无效(ultra vires)的潜在的实际延伸。只有行政机关的裁量违反了法律,法院才能干预。这样的勾连,让法官更加放胆踏入这块敏感的领域,夯实了法院干预的正当性基础。

(二) Padfield案

Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (1968) 案是另一个经典，被丹宁（Lord Denning）誉为“现代行政法的一个里程碑”，“不合理”只有到了该案，才真正复活（genuinely revived）。

这是一起有关牛奶经销计划（the milk marketing scheme）的纠纷。临近伦敦的一个地区的牛奶生产商抱怨，牛奶经销委员会（the Milk Marketing Board）确定的价格没有反映运输成本的增加，自二战以来一直没有改变过。但该地区在委员会中属于少数派，价格调高又会损害其他地区的利益，所以，没有说动委员会。

根据1958年的农业经销法（the Agricultural Marketing Act），在这种情况下，部长有权指令一个调查委员会（a committee of investigation）去听取此类抱怨并呈递报告，部长可以根据调查委员会的建议，推翻牛奶经销委员会的决定。在该案中，部长认为，既然该地区牛奶生产商已在牛奶经销委员会上陈述意见了，就表明其同意关于经销计划的通常民主机制。他的属下又鲁莽地补充道，假如调查委员会作出有利于该地区的报告，那么，部长有可能采取行动。主审法官里德（Lord Reid）认为，这简直是糟糕透顶的理由（plainly a bad reason），因为法律授予部长的恰好是纠正“通常民主机制”的权力。

该案之所以在英国行政法上具有重大意义，是因为它提出了英国行政裁量理论上的一个重要命题，即“任何裁量都必须接受法院的审查”。即使是主观语言，也必须给出客观解释。诚如丹宁事后评价的，法定机构的裁量从来不是不受拘束的。

该案的另一个潜在意义是要求行政机关必须对其决定说明理由。在上议院看来，通过不给出决定的理由来逃避法院的控制，是不可接受的。{7} 这让合理性审查与程序性审查之间有了沟通，通过向后者的转换，避开步入优劣审查，使法官、公众更易于接受。

（三）CCSU案

在英国司法审查的发展史上，Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service（1985）案留下了很多经典，其中之一就是将历史上杂乱无章的司法审查标准条分缕析，重新整理一番，归为三类，条理多了，并让“非理性”（irrationality）成为了一个能够独自站立的标准。

政府通信总部（Government Communications Headquarters，简称GCHQ）负责政府通信与情报工作，对国家安全至关重要。其雇员上千人加入了各种全国性工会。当时，按照工会安排，GCHQ的雇员也在单位参加了几次旨在反对撒切尔政府的行动，包括罢工一天、怠工运动、反对加班等。考虑到该机构对国家安全的重要性，撒切尔未事先征求工会意见，就宣布该机构的雇员不得隶属工会，只能加入一个经批准的雇员协会。而按照以往惯例，对公务员雇佣条件的任何改变，都得事先征求工会意见。所以，工会认为，其有权要求听证。遂发生争执，诉诸法院。

在该案中，主审法官迪普洛克（Lord Diplock）没有继续援用格林（Lord Greene）的Wednesbury不合理，而是提出了另外一个概念——“非理性”，并认为，它可以用自己的双脚站立，成为司法审查的一个独立标准。法官运用其训练与经验，是可以摸到这个标准的边际的。

迪普洛克给出的“非理性”公式是，行政决定“太违拗逻辑和公共道德标准，任何明智之士考虑这个问题时都不会作出这样的决定”。这仍然是一个很高的门槛。从英国后来的判例看，即便法官在判决中引用了“非理性”，行政机关的所作所为也不见得真正达到了“太违拗逻辑和公共道德标准”的程度。

迪普洛克是在格林提出“不合理”之后，又另辟蹊径，引入了“非理性”概念。它们都是有关实质性审查的。那么，是否有差别呢？

有的学者认为有。比如莱斯特（Anthony Lester）就作了一番分析：迪普洛克的“非理性”（irrationality）是从“不合法”（illegality）中剥离而出，格林所指的“目的不适当”和“相关考虑”，在迪普洛克的概念体系中应当属于“不合法”（illegality）范畴，而不是“非理性”。所以，迪普洛克说的“非理性”只是狭义上的实质性审查标准{8}。

但也有的学者认为，它们其实是一回事。凯恩（Peter Cane）认为，“非理性通常是指不合理”{9} 迪普洛克自己也说：（非理性）“现在可以简要地称之为Wednesbury不合理”。{10} 我也觉得它们应该是一回事。

四、对“不合理”的理解

因判例零散、渐进之特质使然，指称的术语斑杂，出现在判决中的就有“unreasonable-ness”、“irrationality”、“arbitrary and capricious”、“frivolous or vexatious”、“capricious and vexatious”等。当然，其中被引用率最高的当属“unreasonableness”和“irrationality”。它们之间或许稍有分歧，却无大碍。因为它们指的都是同一个标准，追问的都是同一个问题：法定权力被滥用了吗？那么，什么是“不合理”呢？

（一）私法与公法的进路

在公法之前私法早已发达，行政机关员的侵权责任最早也是循着私法的路径追究的，因此，私法的影响很自然地渗透到公法的发展之中。但公法与私法的原理又有着本质不同。因此，对于“不合理”的理解就出现了两种阐释路径，代表着两种态度。

1. “无差别说”

对于“不合理”，私法早有透彻的研究。在侵权法上，疏忽大意就是指没有去做一个有理性的人在这种情境下会去做的事，或者做了一些有理性的人在这种情境下都不会去做的事。{11}它可以有多种形态，不仅指简单的粗心（simply careless），也指考虑冷静却不合理（coldly considered but unreasonable）。当然，对于这种合理性的判断，又因职业的技术性、结果的严重程度等等，在宽严程度的把握上是不同的。

有学者、法官认为，公法上对合理的判断与私法无异，反对行政上的合理概念与侵权法上的合理概念之间有着严格的分离，相反，是把前者假设为与疏忽大意连续统一体的部分（part of a continuum with negligence）。{12}

然而，随着公法与私法之间的差异逐渐被认识、被强调，我们很难想象，以分权和法治为基础的公法干预，其对合理的判断，与以当事人意思自治为基础的私法上对合理的判断，怎么可能毫无差别？至少干预的基点是不同的，前者的凭据是议会的立法和授权，后者却关注人的主观心态与注意义务。所以，在当今，尤其是Dorset Yacht案之后，上述观点就不入流了。

2. 公法的“越权说”

自从1970年的Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. 案，迪普洛克用公法上的越权观念替代了民法上的疏忽大意观念，作为检测合法性的标准，把合理的判断整个移转到公法的坐标之后，Wednesbury标准就有别于疏忽大意诉讼上适用的标准，合理性原则走上了一条新的道路。

越权无效，是英国现代行政法的平台。在迪普洛克看来，法官干预行政自由裁量的正当性也必须由此衍生。法官对合理的判断，绝对不应该是自己主观认识上的合理或者不合理，必须通过对授权法的政策和目标，以及授权性质、范围等的推敲、分析，看是否符合立法机关的授权意图。换句话说，在授权界限之内，行政机关享有真正的自由裁量（genu-inely free discretion）。{13}

其实，这一路径最早可以追溯到Wednesbury。迪普洛克只是拾起了格林的思路，在Dorset Yacht案中再次重申，合理性审查应当奠定在行政法上的越权观念之上。DorsetYacht案成为了一个“分水岭”。从此，“不合理”标准牢固地和越权无效彼此勾连，彼此互补，成为了公法上合理性原则的试金石。

所以，在英国行政法上，“不合理”标准渗透着合法性评价。相关考虑和不适当目的既算是“不合法”（illegality），也算“不合理”（unreasonableness），可以来回穿梭。狭义的“不合理”或者“非理性”其实就是实质违法，是越权的一种实质形态。它们一起构成了广义上的“不合理”。这种见解始于Westminster Bank Ltd v. Beverley Borough Council案，与广义的公正趋同。

（二）不断放低的门槛

英国公法上有一个重要的理论，从分权主义出发，法院只能审查行政决定的法律错误问题（error of law），不能审查行政决定的优劣（merits）。而Wednesbury不合理最接近后者，对其内涵的梳理与划定也就变得异常敏感，需要加倍小心。

然而，格林、迪普洛克给出的不够精确的“不合理”公式，给人们留下了多义的解算。狭义上的“不合理”变成了一个可变标准，有着多种层次与程度，很难锁定或界定出客观标准。{14}正如黑尔什姆（Lord Hailsham）洞察到的，两个有理性的人面对同样一些事实，可能非常理性地得出截然相反的结论，却不失为合理。{15}

因此，从理论上讲，藉着“不合理”标准，法官只要愿意，就可以走得很远，反之，也完全可以驻足不前，用它作为不干预的借口。“不合理”标准的适用就呈现出了一个似乎不可预测的幅度。那么，怎么把握其中的尺度呢？

最初，这个门槛是相当高的，解释得相当严格。这是格林的初衷，也是一种抑制策略，不让法官干预的冲动过分溢出。从格林的评价看，我们可以肯定的是，首先，法官认识的，无论是“合理”还是“不合理”，都不是普通老百姓（the man on the Clapham omnibus）的认识，不是常理下的一般感受。其次，只有当“不合理”达到了荒谬不经的程度，法官才会出手干预。也就是说，法院还是比较尊重行政机关的决定和判断，不轻易伸手。

这是因为，立法机关之所以授予行政机关裁量权，是要它根据立法目的、情势、政策和经验作出最恰当的选择，实现个案正义，更好地回应社会的需要。裁量的自治，承载着行政机关要向议会承担的一种政治责任。法院却不承担这样的政治责任，它的手也就不能伸得太长，不能随意篡夺议会授权行政机关的裁量权，不能取代行政机关去判断选择的优劣好坏。

所以，要指控行政机关的决定是“不合理的”，必须要有某种压倒一切的证据。要做到这一点，难度极大。实践中

也只有极少胜诉的判例。比如，Backhouse v. Lambeth Lon-don Borough Council（1972），为规避未来对涨价的限制，行政机关作出决定，把政府住宅（council dwelling）的每周租金从原来的8英镑一下子涨到1.8万英镑，并于次日生效。{16} 这种决定决不是一个有理性的行政机关能够作出来的。

对这种极苛刻的“不合理”，凯恩评价道，它不太可能发挥有意义的作用，因为如果我们发现某个决定或规则是极端意义上的不合理，那么，它通常会落入司法审查的其他标准之中。{17} 比如，不相关考虑或者程序违法。在审查标准之间的转换是很普遍的。法官也愿意在彼此之间跳跃，避难就易，青睐并转向那些相对客观的标准。

后来，上述门槛被渐渐放低了。判例亦不少。比如，Hall v. Shoreham-by-Sea Ur-ban District Council（1964），行政机关在规划许可中搭附了一个条件，要求被许可的土地所有人要建设一个辅助道路，无偿供公共使用。法院判决该搭附不合理。韦德（H. W. R. Wade）和福赛恩（C. F. Forsyth）指出，这不是因为部长和行政机关都丧失了理智，而是因为法院在审判时倾向于放低不合理的门槛，以便与其对良好行政行为的更为严格的观念相吻合。{18}

宾厄姆（Sir Thomas Bingham MR）很敏锐地捕捉到了这个变化，并总结道：“行政决定的政策内容越多，行政决定的内容离通常的司法经验越远，在是否必须断定该决定是非理性的问题上，法院也就越迟疑。”{19} 克雷格（Paul Craig）也指出，在保留Wednesbury之形式外表下，法院有时也会将其扩展解释，应用到一些无需发挥想象力就可以断定其违背逻辑或公共道德标准的决定之中。{20}

于是，从英国的实践看，狭义的Wednesbury不合理形成了一个审查的幅度，从“sub -Wednesbury ” review到“super-Wednesbury” review，根据审查对象的不同，采取不同的审查强度与策略。

（1）从传统上看，英国法院不愿涉入政府政策或公共支出领域的事务，除非法院发现有关决定是荒谬或悖理的，才去干预。也就是采取高门槛的审查策略。这就是“sub -Wednesbury ” review。

（2）因为欧洲人权公约、人权法的要求，对涉及基本人权的案件，法院愿意更积极地干预，审查的门槛渐渐放低。这就是“super-Wednesbury” review。但它又与比例原则的关系愈发暧昧，纠缠不清。现在的趋势是被比例标准取而代之。

五、正当性基础

从文献看，支撑合理性原则的正当性基础至少有三个来源：一是侵权法上的合理注意义务（the obligation to use reasonable care）；二是自然法的思想；三是议会主权原则。

（一）侵权法上的合理注意义务

从历史上看，侵权法为控制公权力的行使提供了核心性元件（central component）。最早的判例似乎可以追溯到1773年的Leader v. Moxon案。在该案中，负责铺路的专员（paving commissioners）决定把街道抬高6英尺，原告的房子紧挨着街道，相形之下，就下沉了6英尺。这导致了他的房客退租，并拒交租金。法院认为，法律授权给专员的是合理建设的权力，有关裁量权应当受到理性和法律的限制，而专员上述决定是专横的。

该案表明，即便是表面上不受拘束的裁量权，也可恰当地解读为要受合理性原则的支配。{21} 但还很难说，这就是公法上的合理性原则。或许，在法院看来，这与行使相邻权时要尽到的合理义务一样，没有什么不同。

当时法院使用了“一连串的副词”（ strings together... a series of adjectives or adverbs），包括arbitrarily, carelessly或oppressively。到了Howard-Flanders v. Maldon Corporation（1926）案，斯科拉顿（Scrutton L. J.）嫌它们累赘，只用了“合理地”（ reasonably）

到了1970年的Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. 案，才发生质变。这是一个可以与Wednesbury案媲美的判例。在该案中，迪普洛克把法院对行政裁量的审查转移到公法的越权观念之上，标志着公法与私法在合理概念上的正式分手。其好处是，第一，更加契合公法原理；第二，避免了二次判断。{22}

所以，历史的嬗变表现出这样一种发展进路，由侵权意义上的“合理”概念向公法领域渗透，并进而演化为公法意义上的合理。在这个过程中，私法上的正当性元素已潜移默化地渗透入公法之中。

（二）自然法的思想

在早期，对“合理”的解释，具有浓厚的自然法韵味。伦伯里就说：“被授予裁量的人必须根据合理的理由行使裁量。裁量不是授权给一个人去做那些只是因为他想去做、愿意做的事，他必须行使裁量去做那些不是他愿意而是他应该去做的事。换句话说，他必须运用自己的理智，明确并遵从理智所指引的道路。他必须合理行事。”{23}

（三）议会主权原则

流动在“不合理”之中的正当性，由议会主权原则支撑着。克雷格指出，立法意图逐渐成为司法干预的正式理由，也为司法作用作出了限定。对于行政机关可以考虑的范围以及追求的目的，之所以要控制，可以解读为是对法律意图的

所以，Wednesbury案确定的“不合理”，不是法院觉得不合理，这不是法院的任务，法院只是去判断，那些咋看起来像在行政机关权限之内，到底是不是一个理性的行政机关在其管辖范围内可以决定加诸的条件。

六、比例原则的输入及争议

与合理性原则一样，比例原则（the principle of proportionality, Verhältnismäßigkeit）也是一种解决裁量实质性问题的核心技术。但一个在普通法，一个在大陆法，生长在不同的地域与传统中，本来没有什么瓜葛。但是，伴随着欧共体法对英国的效力，该原则也影响英伦，并与本土的合理性原则发生碰撞。如何解决两者的竞合与冲突，是当代英国行政法上的一个重要课题。

（一）从欧洲传入英国

比例原则源自德国法。但是，欧洲法院和欧洲人权法院都没有全盘接受德国法的“三阶”理论（three-pronged）。欧洲法院一般采取减缩的“两阶”理论。欧洲人权法院采取了更加简捷的判断方法，直接权衡目的与手段之间是否平衡、成比例，这对英国也产生了影响。

另外，考虑到各国政策与态度的多元化，尤其是人权观念的文化分歧，欧洲法院和欧洲人权法院都确认了一个“判断余地”理论（the “margin of appreciation” doctrine），让法院的干预只是在各成员国都接受认可的底线上游走。同时有了这个缓冲，也不至于对成员国法律传统与社会需求冲击过猛，让它们容易接受比例原则。

或许，也是出于同样的原因，因为面临着比德国法院更加错综复杂的情形，欧洲人权法院还发展了比例原则。它引入了另外两个条件，来进一步判断对权利的干预是否必要：一是要求要有“迫切的社会需要”（a pressing social need）或者“不可抗拒的社会利益”（compelling social interest），二是对被诉行政决定做“严密调查”

（close scrutiny），要求被告给出“有分量的理由”（very weighty reasons）来证明其对核心性人权的干预是正当的。{25}在我看来，似乎前者是实体，后者是程序。这种向程序转换的趣味，贴近英国人的“不合理”审查。法院审查越严厉，要求行政机关给出的理由越得有分量。

英国是在上世纪50年代最早签署和批准欧洲人权公约的成员国之一，但是，英国在对待欧共体法的态度上，一直坚持“间接效力说”，不承认其具有直接效力，必须转化为国内法，方能产生效力。所以，尽管早在1985年迪普洛克就展望了未来有可能引入比例原则，作为一个新的审查标准，但其实，直到1998年英国制定了人权法（the Human Rights Act）之前，比例原则并没有对英国的司法产生实质性影响。

人权法改变了一切，成为一条重要的“分水岭”。因为，该法第2节明确要求法院有法定义务去研究与考虑欧洲判例法。涉及人权的案件可以直接上诉至欧洲人权法院。

（二）何以冲突

1987年，乔韦尔（Jowell）和莱斯特（Lester）在其研究中认为，在英国早期的一些判例中实际上已应用了该原则，英国人对此不应该陌生。或许是为了消除隔阂与陌生感，有的学者干脆把欧共体法上的“Verhältnismäßigkeit”译成了“unreasonableness”，好像它们之间本无芥蒂，实为一物。但其实这是很牵强的，没有说服力{26}。

的确，作为实体审查标准，“不合理”和“比例”颇多近似之处。首先，它们的审查力度都会呈现出的一个幅度，一个可变化的强度样式。都可以根据案件类型、审查对象，调度着允许行政机关享有的判断余地，让审查力度时强时弱，伸缩有度。其次，彼此之间会有一定重合，会出现部分相似的审查效果。

但是，它们却有着本质的差别，首先，在于审查视角，一个注重观察裁量的过程，另一个只计较目的与手段之间的平衡。其次，是审查的力度。合理性标准，无论是目的适当，还是相关考虑，法院做的只是对授权法的解释、法律规则结构的填充工作。比例原则不像合理性那么只游走在合理限度之内，它要求法院进一步去权衡各方利益或考虑，去判断行政机关的平衡是否妥当。彼此一强一弱，不在一个层次。最后，是审查方法。合理性审查只要求行政机关说明理由，力度再强，也不过是让行政机关拿出更多、更有说服力的理由，让法院信服而已。比例原则却要求法官直接去权衡彼此冲突的各方利益，作出价值判断。

其实，所有这些都只是表象。根源应该是审查理念的差异与冲突。与英国法官相比，德国法官没有那么多的清规戒律，他们承认分权，但更在意保障基本权利，也就没有了优劣审查的禁忌。英国人却不愿意走得那么远，那么无所“顾忌”。

英国对比例原则怀有深深的担忧与戒备，正如伊万（Lord Irvine）所警觉的，它将不可避免地放低Wednesbury不合理的门槛，让“司法激进主义”（judicial activism）膨胀起来。因此，能否引进以及如何引进的核心问题就是如何让它所强调的平衡各方利益与英国传统公法对法院角色的理解协调起来。{27}

（三）应对与本土情结

如何适应欧洲法的要求呢？因为传统与现实的矛盾，不免辗转反侧，来回试错。英国人在抵触、磕绊中接受比例原则，大致有过解释论、“急切的审查”和直接适用等经历。从众多判例上看，它们出现的时间犬齿交错，从上世纪80年代到90年代的判例中都可以找到。

有关文献显示，在进入21世纪前后，英国仍然弥漫着一股抵制外国法的情绪，判例上还在不合理与比例之间徘徊犹豫。但之后10年，比例原则在人权领域已然趋于上风。在上议院作出的一些有关比例和不合理的判决中，引用的判例一半以上是欧洲人权法院作出的。{28}

如果硬要把英国人的态度划分个时段，我觉得，似乎可以分为前后两个阶段：第一阶段，在人权法之前，或者更广泛一点说，直到21世纪前后。出于对传统的眷恋，不少人认为，没有必要用比例原则取而代之。“不合理”标准本身就有拉张伸缩的属性，只需稍加改革和调整就足以应付。其中解释论与“急切的审查”就是具体的策略。它们之间并非泾渭分明，出发点和审判效果都很相像。第二个阶段，“直接适用”比例原则。这有个过程，真正确立大约是21世纪以后的事了，却是质的飞跃。

1. 继续沿用合理性标准，融入公约要求

其实，比例的观念也早就隐藏在合理的范畴之内。只要将合理的表述稍加整理，就能流露出这样的韵味。因为“对于所要实现的合法目的来说，行政机关采用的手段必须是必要的，且是合理的”{29}。

所以，在CCSU案之后，也有为数不多的判例提到了比例，比如Isaac v. Minister of Consumer Affairs (1990)，R. v. Transport Secretary, ex p Pegasus Holdings (London) Ltd (1988)，Edelsten v. Wilcox (1988)，但都是融入了狭义的不合理之内。

在R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hargreaves (1997)案中，上诉法院(the Court of Appeal)干脆明了地指出，尽管比例原则不是英国法的一部分，但是，欧洲人权公约的规定可以借以阐释普通法或者解释法律。{30}

这种“解释论”，在英国还是颇有市场，它让眷恋传统的英国人更容易接受，也勒住了比例，不致深入优劣的审查。因判例的凌乱，我从文献上没有查找出它和“急切的审查”、“sub-Wednesbury” review之间的关系，但可以肯定的是，它们有趋同的效果。这一进路持续的时间有多长，也无法考证。但我还可以断定，它的寿命不会很长。

2. 提出了“急切的审查”

为了回应欧洲法上的“严格审查”(strict scrutiny)要求，在上个世纪80年代后期，出现了“急切的审查”(anxious scrutiny)观念，也称“加强审查”标准(‘heightened scrutiny’ test)。它最早出现在Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department (1987)案。政府误认为，拒绝一个寻求避难者的申请，他回到肯尼亚后不会被驱逐到乌干达，所以，也不会对其生命造成什么威胁。

在该案的判决中，主审法官布里奇(Lord Bridge)指出，生命权是最基本的人权，当被诉行政决定有可能将原告的生命置于危地时，作为决定的基础，必定需要最“急切的审查”。{31}坦普尔曼法官(Lord Templeman)进一步解释道：“当有缺陷的决定将危及生命或自由时，法院在对决定指出的过程进行审查时就负有一种特别的责任。”{32}

这就将基本权利和法院的审查力度联系起来，构成了正比关系，随着基本权利的重要性以及保障的必要性不断上升，让审查跃出了通常认为的Wednesbury合理审查的限度，变成“sub-Wednesbury” review，努力够向欧盟法的水准。这对于英国公法的发展来说，也就具有巨大的潜在意义。{33}

但是，大约是1998年人权法之后，形势为之一变。在Smith and Grady v. UK (2000)中，英国法院的这种审查受到欧洲人权法院的严厉批评，认为它低于欧洲人权公约的保护水准。{34}因此，上议院后来也拒绝了这种审查标准。

3. 直接适用比例原则

英国法院第一次采用比例原则作出判决的案件是De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing (1996)。该案其实不是发生在英国本土上，而是在安提瓜岛(Antigua)和巴布达岛(Barbuda)。后者是一个独立国家，却保留在不列颠王国之下，奉枢密院(the Privy Council)为其终审法院。其宪法对公务员的言论自由作出限制，但仅限于保证其适当履行职能的合理要求之内。当然，在其他英联邦成员国的宪法中也有类似限制。枢密院引用了加拿大、津巴布韦的判例，依据它们所采用的“三阶”标准，对隐含在上述“合理要求”之中的比例作出了界定。津巴布韦的比例标准移植于加拿大，又稍加改造。{35}

第一个在人权法情境下讨论比例原则的案件是R. (Daly) v. Secretary of State for the Home Department (2001)。根据1952年监狱法，制定了一个规章，允许工作人员在查房时，即使犯人不在于场，也有权查阅其来往信件。上议院判决该规定对原告权利的干预不成比例，侵犯了当事人享有的与其法律顾问通讯秘密之普通法上基本权利。

主审法官斯泰恩（Lord Steyn）在附带意见（obiter speech）中发表了很有名的观点。他指出，首先，比例原则作为一个法律标准，它比合理标准更加精确，也更为成熟。其次，比例原则是对行政决定的实体性审查。比例方法和传统审查理由之间有着重合。无论采取哪种标准，大多数案件的裁决方式都是一样的。但是，从某种意义上说，比例方法的审查强度要大些，可以适度地容许在各种不同的公约权利之间形成重要的结构性差异，要求法院去评估行政机关作出的权衡。最后，这不意味着法院转向了优劣审查，因为法院和行政机关的作用有着根本不同，且始终如此。{36}

之后，也有一些判例提到比例，并作为一个单独的概念，但是，法院却没有采用德国法、加拿大法院所采用的“三阶”标准，而只是对所涉及的利益进行一般性估量。{37}

（四）有别于德国法的“三阶段”标准

英国法院在de Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture [1999] 1 A. C. 69. 采用了三阶段的审查标准，却有别于德国法，是受加拿大最高法院的影响。这个三阶段标准是指：（1）立法目的必须十分重要，足可限制基本权利；（2）为实现目的而采取的手段必须与之有合理的关联；（3）手段对权利的侵害，不得超过实现目的所必须的程度。{38}

第三点称为“最小侵害手段”或者“最低损害”标准（“least injurious means” or “mini-mal impairment” test），是最重要、最常用的。那么，如何理解呢？至少有三种视角：

一是认为“行政机关采取的手段必须是尽可能对当事人损害最小的。在所有可用来实现目的的手段当中，必须使用最小损害手段”。这与德国法中的“必要性原则”一样。

二是如若对于采取的手段来说，对社会的结余与当事人的额外影响不成比例，那么该措施也不成比例。这实际上与上述第一点说的是一回事，只是角度不同。

三是对措施的成本与收益进行比较，措施的成本包括它对当事人权利的影响，以及维护基本权利所蕴含的价值，措施的收益是它实现目标的实际价值。这是综合意义上的成比例。{39}这实际上有点德国法上“法益相称性原则”的味道。

但是，“最小侵害手段”标准也是最引起争议的。首先，事实上，仅在极少的案件中，当事人才有可能指出行政机关存在着这样的选择。这让它看起来颇成问题，甚至是多余的。其次，更为重要的是，在诸多实现行政目的的手段中，要求行政机关必须采取对当事人损害最小的，这实际上也意味着，随着对当事人权利侵害程度的降低，行政手段的功效也很可能随之降低。那么，是否能够最好地、最恰当地实现公共利益，就变得不无疑问了。所以，英国法官更乐意转为对程序上说明理由的要求。只要行政机关能够给出足够的理由，足以让法官信服这是“最小侵害手段”就可以了。

有意思的是，加拿大最高法院在R. v. Edwards Books和Art Ltd案之后，也批评“最小损害”标准，认为它将使政府规制私人活动的的能力瘫痪{40}。所以，加拿大和南非法院似乎只是将“必要性”（necessity）看作比例审查的最后阶段。“必要性”传达着一种观念，就是要有效率，要实现帕累托最优（Pareto Optimality）。也就是说，如果不存在另一个可替代的行为，能够使受害方在享有权利方面的境况改善，同时又不会让其他一些宪法利益的实现水平下降，那么，这一行为就是必要的{41}。

七、放弃Wednesbury？

随着比例原则成功“人主”英伦，传统的Wednesbury将面临着什么样的命运呢？是放弃，还是保留？英国出现了两种观点，各有判例与学说的支持{42}。

一种观点是放弃，让比例原则继续拓展到人权法与欧洲人权公约以外的领域，彻底取而代之。这可以看作是从人权和欧盟法而衍生来的“溢出效果”。

另一种观点是保留，只在欧盟法和欧洲人权公约以外的领域适用。因为Wednesbury的耐用，给了它持久的品格。它和比例有着近似的效果，可以在各自的领域发挥作用，不分厚薄，无需偏废。

从种种迹象上看，英国法院并不准备完全放弃传统的不合理标准。在Kay v. Lambeth London Borough Council（2006）和Doherty v. Birmingham City Council（2009）中，上议院（the House of Lords）同时认可了两种审查路径：一是人权法提供的审查路径，依赖比例原则；二是普通法上早已确立的“不合理”审查{43}。虽然没有彼此清晰可见的边际，却有着相对明确的领域，于是出现了“相对的Wednesbury”（relative Wednesbury），或者“强度可变的方法”（variable intensity approach）。具体而言：

（1）涉及人权的案件，偏向于“急切的审查”，要求符合比例，而对于非涉及人权的案件，还是传统的Wednesbury审查。

（2）同样，对于涉及政策的决定，也有一个审查的幅度。决定内容之政策性愈高，越倾向采用合理性审查；反之，政策性愈低，越可能采用比例审查。

比例原则的引入与胜出似乎已不可扭转。但是，要让古板的英国人服帖，还有待实践的发展。因为在他们看来，比例原则的结构与标准还远没有达到清晰的程度，它既没有向行政机关阐释清楚什么是可以接受的，也无法控制司法裁量。^{44}但在在我看来，这似乎只是一种托词。“不合理”标准也是不甚清晰的，几乎完全托赖法官的自我抑制。

八、结束语

从上述研究中，或许，我们可以得出几点认识：

第一，因为英国人潜意识的抵触、刻意的做作，“不合理”伸缩得不很自然。但就德国人和欧共体的实践看，比例原则也会呈现出一个幅度。这似乎在向我们传递着一个诉讼原理，法院对行政裁量的实质性审查，不管采用哪一个标准，都要有一个伸缩幅度，该强则强，该弱则弱。

第二，不论是继续依托传统的“不合理”，拉张其伸缩幅度，还是维持当前格局，都清晰地说明了一点，比例原则和“不合理”之间没有根本冲突，它们只是对一个幅度上的强弱作出不同标识。只要英国法官愿意，或者换上一个德国的法官，凭借着“不合理”标准，他也完全可以走到比例原则那一端。

第三，比例和“不合理”有着各自的审查视角与技术。它们已成了历史遗产，抛弃谁，都甚为可惜。无论是把比例归入“不合理”，还是保留比例、废除“不合理”，其中一方的审查技术都会或多或少地流入对方。所以，我觉得最好还是都留下来，让法官根据个案去选择。

【参考文献】^{1} 韦德/福赛恩：《行政法》（H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, Administrative Law, Oxford University Press, 2004, pp. 352-353）。

^{2} 科恩：“法律移植的编年史：英国对行政合理性与比例审查的演变” [Margit Cohn, “Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom”, The American Journal of Comparative Law, 58 (2010), p. 604]。

^{3} 史密斯：《对行政行为的司法审查》（S. A. de Smith, Judicial Review of Administrative Action, London, 1959, p. 217）。

^{4} 同注2引文，第607页。

^{5} 同注2引文，第607页。

^{6} 利兰 / 安东尼：《行政法教科书》（Peter Leyland & Gordon Anthony, Textbook on Administrative Law, Oxford University Press, 2009, pp. 285-287）。

^{7} 同注1引书，第358页。

^{8} 莱斯特：“超越Wednesbury：行政法的实质性原则” [Anthony Lester, “Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law”, Public Law, (1987), pp. 370-371]。

^{9} 凯恩：《行政法导论》（Peter Cane, An Introduction to Administrative Law, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 208）。

^{10} 同注1引书，第354页。

^{11} 希克曼：“合理性原则：公法维度的再评价” [T. R. Hickman, “The Reasonableness principle: Reassessing its Place in the Public Sphere”, Cambridge Law Journal, 63 (2004), p. 177]。

^{12} 同注11引文，第198页。

^{13} 同注1引书，第362页。

^{14} 同注6引书，第289页。

^{15} 同注1引书，第363页。

^{16} 同注2引文，第606页。

^{17} 同注9引书，第210页。

^{18} 同注1引书，第364页。

^{19} 同注9引书，第209页。

^{20} 同注2引文，第606页。

^{21} 希克曼：《人权法之后的公法》（Tom Hickman, Public Law after the Human Rights Act, Hart Publishing, 2010, p. 196）。

^{22} 同注11引文，第170-171页。

^{23} 同注1引书，第353页。

- {24} 同注2引文，第605-606页。
- {25} 同注2引文，第613页。
- {26} 同注2引文，第616页。
- {27} 同注6引书，第297、299页。
- {28} 同注2引文，第622、625页。
- {29} 同注8引文，第375页。
- {30} 同注2引文，第618 -619页。
- {31} 同注2引文，第614页。
- {32} 同注8引文，第368页。
- {33} 同注8引文，第368页。
- {34} 同注6引书，第298页。
- {35} 同注2引文，第620页。
- {36} 希克曼：“比例的实质与结构”[Tom Hickman, “The substance and structure of proportionality” , Public Law, (2008) , p. 696]。
- {37} 同注2引文，第622页。
- {38} 同注36引文，第701页。
- {39} 同注36引文，第712-713页。
- {40} 同注36引文，第709页。
- {41} 里弗斯：“比例和可变的审查强度”[Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review” , Cambridge Law Journal, 65 (2006) , p. 179, 198]。
- {42} 同注6引书，第308 - 309页。
- {43} 同注2引文，第626页。
- {44} 同注36引文，第715页。
- 原载于《比较法研究》2011年第6期