

论比例原则对立法权的约束及其界限

陈 征

【作者简介】陈征,中国政法大学教授。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2020.3.146~164

一、问题的提出

合宪性审查与立法的关系不同于立法与行政的关系。行政机关是法律的执行机关,民主原则要求立法机关和司法机关努力阻止行政人员在执行法律的过程中注入个人的主观偏好和政治倾向,而立法机关并非宪法的执行机关,民主原则反而要求合宪性审查主体尊重和保护立法的民主政治空间。立法者需要回应国家在政治、经济、社会、文化等方面的各种复杂需求,其任务并非局限于将宪法条款具体化。即使将“根据宪法,制定本法”写入某些法律,也不意味着该法律的任何条款均应在宪法中找到依据。

合宪性审查的任务和作用局限于对不符合宪法的民主政治过程和结果予以纠正进而维护宪法尊严,并不发挥民主合法化功能,因此无论审查全国人大制定的法律还是全国人大常委会制定的法律,均存在应在何种程度上尊重民主立法以及如何界定审查边界的问题。众所周知,相当一部分法律被认定为违宪的原因是其构成对公民基本权利的侵害,而在分析立法是否侵害公民基本权利时,诸多宪法学者均认同在实质审查环节适用比例原则进行分析。然而基于比例原则的内涵特征,适用该原则极易容易突破宪法边界进而步入民主政治领域。那么比例原则为何可以作为一项宪法原则约束民主立法者?比例原则约束立法权的边界又在哪里?这些正是本

文所要讨论的问题。

二、比例原则约束立法权的正当性

目标正当性原则是适合性原则、必要性原则和狭义比例原则适用的前提。目标正当性原则要求立法者所要实现的应是宪法预设或至少被宪法允许的目标。我国《宪法》第51条构成全部基本权利行使的普遍性界限,明确了国家的、社会的、集体的利益以及其他人的自由和权利为基本权利的边界,这实际上也意味着限制基本权利的理由只得出于实现国家的、社会的、集体的利益以及其他人的自由和权利,除非某些基本条款另有规定。该条款适合作为目标正当性原则在我国的宪法依据。

与目标正当性原则不同,比例原则的后三个子原则均涉及目的与手段的关系。德国学者阿列克西认为,宪法中的基本权利具有“原则特性”,“原则”是在考虑法律上的可能性和事实上的可能性之后的最优化要求。阿列克西认为,解决原则冲突适用“权衡法则”,其中实体上的权衡法则要求对一项原则的非满足或损害程度越大,则满足另一项原则的重要性就应越大。狭义比例原则中的权衡要求恰体现为原则在法律可能性方面实现的相对性,若一项基本权利与对立的原则产生冲突,该基本权利在法律可能性方面的相对实现则取决于对立原则。而必要性原则和适合性原则均可以从事实可能性方面的最优化要求中导出。

三、合宪性审查与民主立法之间的张力对适用比例原则提出的挑战

若在宪法领域完全照搬行政法领域的比例原则予以适用,则可以毫不夸张的讲,立法者的任何一个政治争论都能够被纳入比例原则的审查范围,特别是漫无边际的适用以法益权衡为基础的狭义比例原则可能会导致合宪性审查主体能够得到任何自己期待的结果。为了使比例原则与立法的民主性相互兼容,不少学者认为应当借鉴德国联邦宪法法院发展出来的审查密度理论。然而事实上,该理论不仅无法摆脱审查者对基本权利受到限制强度进行预测的主观性,而且并未完全阻止由审查者来认定基本权利的位阶,只是在个案衡量中并非将其作为唯一标准。照此,对立法者的审查密度将在很大程度上取决于审查者自身的预测和价值权衡结果,即宪法与民主政治的界限将在很大程度上由合宪性审查主体自身来确定,而这显然构成对立法者民主合法性的挑战。

四、依据审查内容的性质区分不同的审查模式

阿列克西认为,宪法属于一种框架秩序,即宪法通过“禁止”和“要求”给立法者划定了一个框架,那些既未被宪法要求又未被宪法禁止的空间则属于立法者在框架内的活动余地。在基本权利从主观权利扩展至整个法律秩序的客观价值决定之后,对于宪法偏离框架秩序进而导致过度宪法化的担忧并无必要。依据“余地的教义学”理论,立法者的活动余地可以分为结构余地和认识余地。结构余地是指宪法规范既未要求又未禁止的立法形成余地,是在宪法规范的框架内立法者的活动余地。认识余地并非存在于宪法框架中,而是来源于对宪法框架认识能力的局限性,当对哪些是宪法要求、禁止或放任的事项不确定时,则产生认识余地。

具体到比例原则,结构余地包含三种类型:目的设定余地、手段选择余地和权衡余地。结构余地主要涉及比例原则的内涵本身,即比例原则适用的标准。认识余地可能来源于经验性前提,也可能来源于规范性前提。若未要求立法者以可证明的对效果的真实预测为依据,而仅要求基于合理预测,则意味

着承认立法者享有经验上的认识余地。当对相冲突原则的重要性或限制程度如何评判存在争议时,若允许立法者根据自己的评判决定原则之间的优先关系,则意味着认可立法者享有规范上的认识余地。认识余地主要涉及比例原则的适用强度。

依据审查内容的性质,我们可以将认识余地梳理为三类:事实认定、预测决定和价值评判。对于合宪性审查的介入强度,我们可以结合余地的教义学理论术语总结为如下四个等级:

1. 在事实认定方面,原则上不应认可立法者享有认识余地,审查者可以对其进行全方位审查;
2. 在预测决定方面,应在一定程度上认可立法者享有认识余地(经验上的认识余地),审查者仅要求立法者作出理性并可靠的预测;
3. 在价值评判方面,应尽可能认可立法者享有认识余地(规范上的认识余地),审查者原则上仅纠正立法者作出的明显的、公认的不合理决定;
4. 应完全认可立法者享有结构余地,审查者绝对不得介入。

五、对比例原则适用标准和强度的重构

无节制的适用比例原则会导致合宪性审查主体将主观的公正假设包装成客观的宪法规范,进而使法政策学进入传统法教义学的堡垒。在宪法领域适用比例原则的前提是在上述四级审查模式的基础上对比例原则的适用标准和强度进行必要的重构。

对于宪法要求的目标,立法者应尽快实现;对于宪法禁止的目标,立法者不得实现;对于其他目标,原则上均落入立法者的目的设定余地。此外,目标正当性原则还涉及立法者的认识余地。在《宪法》第51条列举的限制理由中,立法者对于国家、社会和集体的利益享有较大的具体化空间,这属于立法者在规范上的认识余地。可见,目标正当性的审查主要涉及上述第三和第四等级,立法者在此享有大范围的形成空间,目标正当性对立法约束力必然应小于对行政和司法的约束力。这当然不意味着针对目标正当性的审查可以流于形式。随着社会的飞速发展,立法者不得不更多放弃使用条件性结构规范,而选择结果性结构规范,即仅明确立法所要实现的目

标,实现目标的具体手段由法律适用者决定。在针对结果性结构规范进行合宪性审查时,只能停留在目标正当性的审查中,如果这一步审查无法发挥应有的作用,那么比例原则对立法者的约束会在很大程度上落空。

除了给立法者留出的结构余地,适用适合性原则的审查主要涉及事实认定和预测决定,通常不需要加入价值评判。在结构余地方面,适合性原则仅要求从各种有助于实现目标的手段中选择一个,并未要求必须选择最大化实现甚至完全实现目标的手段。手段对目标的促进程度应属于立法者的目的设定余地。在预测决定问题上,原则上立法者作出准确预测的难度越大,其就应享有越多经验上的认识余地。但尊重立法者的形成空间不得导致适合性原则失去意义。在适合性原则给立法者留出的结构余地中,应将所要实现的目标进行区分。有些目标的部分实现即体现出被宪法认可的价值,而有些目标部分实现的效果等于未实现,对于后者,如果通过理性预测断定仅能够部分实现目标,且不存在或并未采取其他措施帮助该目标的进一步实现,那么限制基本权利不符合适合性原则。

除非存在两种或多种对基本权利限制强度完全一样的手段可供选择,必要性原则本身并未留给立法者任何结构余地。然而这并不意味着必要性原则要求唯一正解,毕竟立法者还享有认识余地。对于同一项基本权利,哪一手段限制强度更小通常可以通过事实认定与预测决定作出判断,而针对不同基本权利,在事实认定与预测决定之外加入价值评判则往往无法避免。由此可见,适用必要性原则主要涉及上述四种审查强度中的第一和第二等级,在某些情况下对限制基本权利强度的衡量同时涉及第三等级,仅在例外时才会涉及第四等级。整体来看,合宪性审查主体在适用必要性原则时介入立法的空间较大。当相同有效的两种手段对基本权利的限制强度接近,而限制强度稍小的手段对其他宪法利益的

损害明显更多时,合宪性审查主体应将必要性原则与狭义比例原则平行适用。

适用狭义比例原则需要考量的因素极多,审查主体不仅应在个案中对冲突规范和法益的重要性、损害法益的程度和实现目标的效果逐一作出认定、预测和权衡,而且需要考虑目标实现的可能性与基本权利受到威胁的可能性与紧迫性,并评估手段对目标以外宪法利益的影响,包括直接用益和损失以及法律信仰、法律安定性等间接后果。在适用狭义比例原则审查时,并非在任何情况下都可以对冲突的法益进行量化,当需要同时考量各种处于不同维度的因素时,量化仅为一种理论上的假设。因此在实践中,狭义比例原则主要涉及立法者所享有的大范围的认识余地。原则上预测和评判的难度越大,审查者介入的空间就越小。当手段构成对目标以外宪法利益的影响时,即使立法者在相同有效的手段中选择了基本权利限制强度稍小,但却给目标以外的其他利益带来较大损害的手段,审查者在平行适用必要性原则和狭义比例原则审查时也应格外慎重,这一点尤其适用于涉及价值评判的情况。

结语

在今天,针对公权力是否侵害基本权利的审查已经在很大程度上成为适用比例原则的审查,针对行政活动而适用的法律保留原则也已演变成成为比例的法律保留原则。然而仅当不超越边界的适用比例原则时,该原则才在宪法层面具有正当性,从而可以构成对立法合宪性审查原则。虽然比例原则建立在尊重和保障人权的基础上,但不得简单地认为公民的基本权利至高无上,而应兼顾公民的基本权利与立法者的民主政治空间。为了达到这一目标,合宪性审查主体应尽可能强化说理论证。合理的适用比例原则既有助于完善我国的宪法监督制度,维护宪法权威,又可以保证社会主义民主政治的健康发展,宪法学界对此应当给予足够的重视。