

论比例原则在备案审查中的展开

王旭

内容提要:全国人大常委会《关于完善和加强备案审查制度的决定》明确了比例原则在当代中国宪法监督制度中的地位,但迫切需要建构起本土意涵与进行实践运作观察。从该决定在体系建构中对比例原则的规范定位来看,综合宪法、立法法、监督法等法律,分析全国人大常委会法工委公布的审查案例,比较相关域外法知识,可以发现比例原则在备案审查中具有双重规范地位,其效力辐射到包括基本权利在内的诸多重大法益。在此基础上通过提出并论证“引入目的正当性原则的中国理据与方案”“中国适当性原则的双重教义学结构”“必要性原则的中国本质与要件”“权衡原则的中国路径与方法”等比例原则本土化过程中的重大关键问题,可以建构起中国自主的比例原则法教义学体系,为实践提供较为坚实的知识基础。

关键词:比例原则 备案审查 合宪性审查 目的正当性 权衡

王旭,中国人民大学吴玉章特聘教授。

引言

全国人大常委会《关于完善和加强备案审查制度的决定》(下称“《备案审查决定》”)第11条第6项中将“采取的措施与其目的是否符合比例原则”作为“应当重点审查的内容”。“在备案审查中引入比例原则,主要是为了让审查工作更加科学、精准,得出的审查结论更具有说服力。”^[1]这意味着比例原则作为当代“合宪性的普遍标准与全球语法”,^[2]正式进入到中国的宪法监督制度中,成为备案审查的内容。然而,比例原则在全球范围的传播过程中,不同国家对它的理解和运用有很大差异。近几年来国际学术界讨论的“比例原则的本土意涵”与实际运作是最核心的议题之一。^[3]原因在于,一是作为

[1] 严冬峰:《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》,《中国法律评论》2024年第1期,第206页。

[2] Afroditi Marketou, *Local Meanings of Proportionality*, Cambridge University Press, 2021, p. 3.

[3] See Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner & Andrej Lang eds., *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge University Press, 2020, pp. 545-555.

一种“比例性结构”的思维框架,比例原则是一种“方法论工具”,本身是中立和客观的,需要在具体审查情境中填充实质内容;^[4]二是作为一种普遍实践论证的特称命题,它是在一系列约束条件下展开的,^[5]尤其是要受到一个国家本土制度和程序规则的影响与塑造,从而必然呈现出差异。

对于中国来说,比例原则写入《备案审查决定》后,如何在中国本土情境中具体理解、适用,其各个要素如何得到最准确理解,还有相当大的思考空间。^[6]从逻辑上说,有两个最基本的问题需要明确:第一,比例原则在我国的性质是什么?这涉及它在中国实证法体系中的地位和适用范围。例如,写入《备案审查决定》的比例原则是一项实质的合宪性、合法性判断标准还是由与二者并列的适当性标准演化而来?比例原则在我国的适用范围如何确定?第二,比例原则在备案审查中围绕《备案审查决定》的要求如何具体运用?这涉及如何在我国的语境里明确比例原则的组成部分并对各自在法教义学上的重点问题进行回答。本文将对上述问题进行回答,为建构中国自主的比例原则法教义学体系提供初步答案。

一 比例原则在备案审查中的地位与适用范围

(一) 比例原则在备案审查中的双重地位

比例原则的运用源自18世纪末德意志普鲁士邦行政诉讼中法院针对警察权裁量的控制。但随着基本权利学理和二战后德国联邦宪法法院实践的推动,逐渐发展为实质合宪性审查的“核心标准”,从德国经验成为全球“二战后人权保障的范式”,成为审查公权力行使是否合宪、合法的基本思维框架。^[7]但比例原则在不同国家的地位与要素并不完全相同,有的是将其理解为独立的合宪性或合法性审查标准,例如德国联邦宪法法院和加拿大最高法院;有的是从合理性原则发展为一项独立原则,英国就是典型。^[8]因此,我们首先要通过分析《备案审查决定》来明确比例原则在备案审查中的地位,这是准确理解中国比例原则具体适用及其边界的前提。

《备案审查决定》第11条规定,在审查工作中,应当重点审查以下内容:(一)是否符合宪法规定、宪法原则和宪法精神;(二)是否符合党中央的重大决策部署和国家重大改革方向;(三)是否超越权限,减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务;(四)是否违反上位法规定;(五)是否违反法定程序;(六)采取的措施与其目的是否符合比例原则。

[4] See Afroditi Marketou, *Local Meanings of Proportionality*, Cambridge University Press, 2021, p. 4.

[5] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 369.

[6] See Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 22 *Revue: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 51, 52 (2014).

[7] See Mark Antaki, *The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification*, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 284-308.

[8] See Tom Hickman, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, 12 *Judicial Review* 31, 32-33 (2007).

从体系解释来看,比例原则在《备案审查决定》中是并列于合宪性与合法性审查的一项特定的审查内容,而非一般思维框架。但问题在于,合宪性审查和合法性审查中是否也要运用比例原则?例如,在第 1 项“符合宪法规定、宪法原则、宪法精神”的判断中,尤其涉及基本权利限制,难道不需要运用比例原则吗?从比较法上看,德国的理论和实践之所以认为比例原则是实质合宪性判断的核心,就在于联邦宪法法院确立了一种基本的司法哲学:基本权利本身内含一种比例性结构,即除了人的尊严,所有基本权利都是相对的,都是可以限制的,因此讨论限制的限度成为一个关键问题,而限度正是“比例”的精髓。^[9]

我国官方事实上也认为合宪性审查应该按照比例原则的框架展开,全国人大常委会法工委法规备案审查工作部门指出,“合宪性判断标准,是审查机关在进行合宪性审查判断时所应考虑的一系列因素。……主要包括:一是,制定规范性文件的目的违宪。二是,为实现立法目的所规定的手段对宪法保护的权力或法益作出限制,且与立法目的之间不具有合理的联结关系。三是,为实现立法目的所规定的手段对宪法保护的权力或法益作出限制,且明显不必要。四是,侵害了受宪法保护的更有价值的法益。”^[10]很明显,这正是按照“手段—目的”结构里比例原则 4 个检测步骤构成的思维框架。同样,在《备案审查决定》第 4 项“是否违反上位法规定”中也必然存在运用比例原则解释、论证是否违反上位法。由此,我们就需要解释《备案审查决定》的并列式安排与这种内在包含之间的紧张关系,回答中国是否存在两种不同地位的比例原则这个问题。

比较法的研究和实践能够提供很好的启发。德国学者施里克(B. Schlink)指出,比例原则其实存在两种完全不同的分析结构:一种是作为领域的结构,一种是作为标准的结构。^[11]以色列学者巴拉克(Aharon Barak)也指出,认为比例原则的分析就是“手段与目的之间的比较”是狭隘的,“手段也与基本权利本身的性质有关”,有些手段可以用来限制某些权利,有些手段则根本不可以,因此就谈不上继续分析其是否适当与必须。^[12]

作为领域的分析结构以分析被限制法益所处的领域为中心,首先要明确被限制的法益的性质,其次分类确定对不同法益限制手段的要求,发展出不同领域的审查强度或标准。^[13]例如,在美国法上,它之所以没有遵循传统欧洲比例原则的四个步骤,就在于根据被限制法益究竟是“宪法文件中的基本权利”还是“宪法文件中的重要权利”或“其他权利法案保护的权力”发展出“严格审查”“中度审查”与“合理性审查”的不同基准。^[14]

作为标准的分析结构是一种三元结构。它不区分法益的具体领域,而是依照严格限

[9] Vgl. BVerfGE 34, 238, 247.

[10] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室著:《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》,中国民主法制出版社 2020 年版,第 99 页。

[11] See Bernhard Schlink, Proportionality (1), in Michel Rosenfeld & András Sajó eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 640–656.

[12] See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 132.

[13] See Bernhard Schlink, Proportionality (1), in Michel Rosenfeld & András Sajó eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 651.

[14] Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Harvard University Press, 1998, p. 769; Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer Press, 2006, p. 539.

定的阶段,从分析限制特定法益的目的是否正当开始,进而分析其手段是否与目的具有理性关联并存在必要性,最后分析被限制法益的大小。^[15]应该说,这是在二战后,被更多国家司法实践所采取的法教义学框架。例如,具有典范意义的加拿大最高法院 1986 年女王诉奥卡斯案(Regina v. Oakes)确立的“奥卡斯标准”就强调对一个被限制的法益,“在一个自由和民主社会里能否证成‘限制的合理性’”。^[16]英国从作为合理性原则的 1948 年确立的“温斯伯里标准”(Wednesbury Reasonableness)转为比例原则是在 1998 年《人权法案》通过后,其标志性案件是 2001 年的一个案件,上议院将比例原则作为各种领域中的审查标准明确为三步:一是“立法目的必须足够重要到限制基本权利”,二是“其手段必须满足目的且具有合理的关联”;三是“被手段所限制的基本权利之重要性要低于手段所要实现的目的”。^[17]

由此我们可以发现,所谓“合宪性审查”与“合法性审查”,可以分别指称“审查领域”或“审查标准”。在中国,“合宪性审查领域”更多是指对各类规范性文件涉及限制了宪法上规定的基本权利进行的审查,由于基本权利的重大性,往往可以根据法律保留原则(当被审查对象不是法律的时候)或法益重大性原则进行严格审查,直接作出是否与宪法抵触的判断。从我国的实务来观察,很多时候之所以备案审查机构只要认定被限制的是重要的基本权利就径行作出判断,而不再按照合宪性标准的 4 个步骤来详细论证,就在于“限制特定法益即不被允许”的“领域思维”起了关键作用。例如,在 2022 年备案审查工作报告中,全国人大常委会认为地方性法规有关强制进行亲子鉴定规定“不宜规定”,理由就在于“亲子关系涉及公民人格尊严、身份、隐私和家庭关系和谐稳定,属于公民基本权益”。^[18]这里,备案审查机构事实上根据法益进行了严格审查,不存在合宪前提下不合理的问题,合理性审查在这里没有空间。因此,《备案审查决定》将合宪性审查与比例原则并列,我们可以理解为是一种“领域结构”的安排,这里比例原则的运用实际上是在限制对象不属于宪法上的重大利益或没有与宪法抵触的情况下,进一步审查其适当性。一旦被限制的权利属于基本权利,则必须接受合宪性审查,而不是接受领域意义上的比例原则的检测。作为标准的比例原则,则是在合宪性审查与合法性审查中都存在的一般思维和判断标准。例如 2021 年备案审查工作报告中,针对公民提出审查建议认为部分地方性法规对驾驶无号牌或禁止通行的非机动车设定的罚款幅度明显超出道路交通安全法的规定,分析了处罚目的的现实合理性,指出新的非机动车种类“数量多、速度快、安全性差”,法规“对新情况、新问题作出具体回应”,实际上肯定了罚款的适当性和必要性。^[19]这就是典型的按照作为标准的比例原则进行的审查,这时比例原则实质是合法性标准、而

[15] See Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, 65 *Cambridge Law Journal* 174, 174-207 (2006).

[16] Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 *University of Toronto Law Journal* 383, 383 (2007).

[17] Tom Hickman, Proportionality: Comparative Law Lessons, 12 *Judicial Review* 31, 32-33 (2007).

[18] 沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十三届全国人大以来暨 2022 年备案审查工作情况的报告》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2023 年第 1 号,第 153 页。

[19] 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于 2021 年备案审查工作情况的报告》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2022 年第 1 号,第 247 页。

非适当性标准。

因此,《备案审查决定》实际上内含着一个比例原则的二元地位:它既是合宪性审查、合法性审查内在的一般性判断标准,又是与其并列的独立判断领域。作为一般性判断标准,它构成合宪性、合法性的实质标准与思维框架,在具体审查案件中,我们首先要在上述领域在比例原则安排下进行检测,并根据被限制法益的具体情况建立不同的审查强度,在这些情况下通不过比例原则检测不是适当性问题,而是可能违反宪法、法律或国家重要政治原则;它又是一个独立的审查领域,对于明显不属于宪法、法律规定的重大法益,可以按照最轻的合理性基准进行适当性审查。^[20] 因此,在中国,实际上建立了“以领域判断为前提、以标准适用为主线”的复合结构,与其他国家主要在二者中择其一适用比例原则有重大不同。这个“不同”更进一步体现为《备案审查决定》强调这些领域是“重点内容”,而非“必须依次进行检测的标准”。^[21] 也就是说,它们“是思考要点而不是宪法性的强制性要求”,^[22] 审查者关键要抓住被限制法益的性质与被审查文件的位阶来发现疑点,从而归入到一个具体领域,运用比例原则对被审查文件作出效力判断,而不一定需要全面完成所有的审查并遵循严格顺序。^[23] 我国实务由此确立了“合宪性审查启动的谦抑原则”,官方强调,“如果通过适用其他法律、行政法规等上位法,可以得出规范性文件与上位法相抵触或不抵触的结论,则无需直接适用宪法对规范性文件进行合宪性审查。只有在没有上位法或适用上位法的规定无法得出审查结论时,才需要直接以宪法为依据对规范性文件进行审查。”^[24]

(二) 比例原则在备案审查中的适用范围

一般认为,比例原则主要运用于检测国家公权力限制公民基本权利的各种行为(包括立法、司法和行政等),是基本权利保障的核心原则。这就在学理上和实践中带来有关其适用范围的一个问题,需要结合中国的实定法在备案审查中加以明确:当被审查文件调整民事权利关系而非基本权利关系的时候,能否适用比例原则,也就是比例原则能否适用于私法领域?^[25] 《备案审查决定》并没有对比例原则的适用范围作出说明,但“采取的措施与其目的是否符合比例原则”的表述也没有排除被审查文件在调整民事关系时要遵守比例原则,我们需要进一步讨论。

规范性文件中规定民事权利,其本质是国家公权力在分配利益,是公权力活动,当然

[20] 《备案审查决定》主要起草者在解读文章中也认为“比例原则既适用于合宪性审查,也适用于合法性审查与适当性审查”,这正是强调比例原则是各个审查领域里的共同标准。参见严冬峰:《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》,《中国法律评论》2024 年第 1 期,第 206 页。

[21] 参见严冬峰:《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》,《中国法律评论》2024 年第 1 期,第 206 页。

[22] Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 132.

[23] 参见赵霞:《规范性文件备案审查合理性标准的检视与完善》,载胡锦涛光主编《备案审查研究》2023 年第 1 辑,中国民主法制出版社 2023 年版,第 73 页。

[24] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室著:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社 2020 年版,第 112 页。

[25] 参见刘权著:《比例原则》,清华大学出版社 2022 年版,第 250-256 页,该书综合分析了各种观点并详细阐述了作者的主张。

如民事审判作为公权力行使一样,都要接受比例原则的检测。因此,所谓“比例原则在私法中的适用”,如讨论民事审判中法官能不能根据比例原则来解决权利冲突,其实是一个伪问题,法官裁判作为公权力活动必须遵守比例原则是依法治国原则的要求,而非基于比例原则内含的成本收益分析之目的理性。^[26]更准确的说应该是“比例原则能否作为调整民事权利冲突而不仅是调整基本权利冲突的依据”。因此,我们首先要看这种调整是否有民法上的基础和依据。根据《民法典》第6条“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务”和第132条“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”,很显然,这为规范性文件调整民事权利边界提供了实定法基础,而我国通过制发规范性文件直接调整民事权利的情况也普遍存在,^[27]这就要求制发机关必须既基于依法治国原则、也基于《民法典》要求,遵守比例原则。全国人大常委会法工委在一系列备案审查案例中也反复使用了比例原则思维,例如,在受理公民对部分地方性法规关于老年人护理假规定的审查申请中,基于六省区地方性法规规定子女对老人进行护理,其所在企业要按照原工资标准支付工资福利,申请人认为该规定加重了企业负担,违反权利义务对等原则,但审查机构经过权衡,优先保障了老年人的社会福利权。^[28]

二 目的正当性在备案审查中的内涵与标准

比例原则在《备案审查决定》中既可以理解为一项普遍的审查标准,也可以理解为一个以适当性审查为核心的审查领域。作为审查标准的比例原则,它按照适用先后顺序由4个子原则构成:目的正当性原则、适当性原则、必要性原则和狭义的比例性原则(权衡原则)。本文紧扣它们在中国的内涵建构及关键问题进行阐述,以此探寻比例原则在中国的完整内涵和体系性原理。

(一) 引入目的正当原则的中国理据与方案

目的正当性是指在一个民主国家,并非任何一个立法目的都能证成对基本权利的限制,需要立法者对限制的正当性进行论证。^[29]从法理和实践来看,在中国备案审查中有两个关键问题需要回答:一是在中国是否有必要引入目的正当的审查;二是目的正当原则的具体构成要件在中国如何确定。

之所以首先要讨论在中国是否有必要引入目的正当原则,就在于《备案审查决定》似乎没有强调比例原则将目的正当审查作为第一步:“适用比例原则进行审查时,需要审查

[26] 参见纪海龙:《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。

[27] 全国人大常委会法工委披露的备案审查案例就涉及“业主与业主委员会、业主大会的权利冲突”“食品生产经营者与职业打假人权利的冲突”“老年人、子女与企业权利的规定”“夫妻在共同债务中的利益冲突”等。

[28] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社2020年版,第39页。

[29] See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 245.

规范性文件中确定的采取的措施是否有助于实现其目的……。”^[30]从比较法上看,18 世纪末从行政法中发展出来的比例原则一开始也不包含对立法目的的审查,它更核心的考察是对手段选择的评价。^[31]这在法理上有几个重要原因:一是比例原则处理的是“手段与目的的关系”,立法目的本身如何设定、是否正当,与对手段的评价与权衡没有关系。二是立法者享有设定目的的结构裁量。“宪法只是就最基本的问题作出规定、形成框架和基本秩序”,“没有被宪法明确要求或禁止的就落入到了立法者的结构裁量之中”。^[32]因此,“在一个民主国家,立法者被授权追求任何一个没有被宪法所排除的目的。”^[33]三是有当代学者指出,如果首先审查立法目的是否正当,就有可能与狭义比例性原则的判断结论发生冲突。因为后者就是在目的之间进行法益比较,“正当”是相对的,如果在实践权衡中被证明不够重要,则实际上正当性判断就没有意义了。^[34]因此,完全可以用最后一步来代替目的正当评价。

尽管上述认识值得认真对待,但本文认为,根据《备案审查决定》的内在要求,在中国引入“目的正当”审查相当必要,对立法目的进行监督是中国备案审查的重点和关键。尽管很多既有研究也支持这个结论,但更多还是在西方学理中钩沉理据,我们还需要结合中国现实的立法权体制和分配特点来透视其缘由。^[35]

首先,《立法法》在立法权内部进行配置时有重要的目的考量,对立法目的有更高的审视要求,这尤其体现为授权立法、变通立法和自治立法三种法教义学类型。

一是授权立法限缩了目的裁量的空间。《立法法》第 12、84 条分别规定了全国人大及常委会授权国务院或经济特区制定法规,第 13 条则规定“授权决定应当明确授权的目的”,第 108 条第 7 项进一步规定“授权机关有权撤销被授权机关制定的……违背授权目的的法规,必要时可以撤销授权”,具有中国特色的授权立法的存在意味着它不能套用德国法上的“自由设定目的之结构裁量”,“授权决定形成立法目的”实际上大幅度压缩了立法者自由设定目的之空间,这在根本上是宪法精神对授权立法进行控制的体现,^[36]并成为备案审查中适用撤销后果的最重要原因。

二是变通立法要重点审查变通之目的。《立法法》第 84、85 条分别规定了经济特区法规和自治条例、单行条例可以对法律和行政法规的规定作出变通规定,第 109 条也规定“经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规报送备案时,应当说明变通的情况”。变通立法就是一种典型的思维,是根据特定目的,例如“依照当地民族的政

[30] 严冬峰:《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》,《中国法律评论》2024 年第 1 期,第 206 页。

[31] See Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 *University of Toronto Law Journal* 383, 384 (2007).

[32] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pp. 394-395.

[33] Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 *University of Toronto Law Journal* 383, 388 (2007).

[34] See Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, 2007, p. 153.

[35] 参见范进学:《论宪法比例原则》,《比较法研究》2018 年第 5 期,第 106-119 页;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 133-150 页。

[36] 参见秦小建:《全国人大常委会授权的宪法定位及合宪性展开》,《中国法学》2023 年第 1 期,第 177 页。

治、经济和文化特点”来作出例外规定，^[37]由此变通目的是否正当，就成为备案审查的关键。

三是自治立法的正当目的只能建立在正确行使自治权的前提下。《立法法》第116条规定，“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。”与地方性法规不同，自治条例和单行条例之目的必须属于自治范围。因此，如果借自治条例和单行条例的特殊立法地位，对一般地方事项进行规定，尽管能促进另一个正当目的实现，但也会被依法撤销。这也说明对自治立法的审查，西方学理上主张可以通过权衡原则来取代目的审查在中国是不成立的，超出自治事项范围的正当目的即便再重大，也不能通过制定自治条例和单行条例来实现。^[38]

其次，普通的法律、法规和规章立法也存在认知裁量瑕疵的情况，需要接受宪法规定、宪法原则、宪法精神或党中央重大决策部署与改革方向的实质检验。所谓认知裁量瑕疵，是指立法者主张自己的立法目的不违反宪法禁止性或命令性规定，但事实上其对宪法本身的理解是错误的。^[39]在合宪性审查中，下位法要符合宪法规定、宪法原则和宪法精神，则意味着什么是宪法禁止或明令的需要在这三个层次上都得到正确理解和解释，尤其要注意可能存在符合宪法规定、但违背宪法原则与精神的立法目的。^[40]同时，实践中还存在一定程度的部门利益和地方利益立法，更需要对其立法目的之实质正当性进行辨识和判断。

（二）目的正当性的判断标准建构

目的正当原则的构成要件在学理上一般包括“辨识目的之具体内容”和“目的之正当性论证”。在辨识目的内容上，一般可从客观和主观两个方面来综合判断：^[41]从客观而言，需要综合改革与立法决策的背景、过程，立法资料中讨论的重点、焦点来判断客观呈现出来的立法思路；从主观而言，则要尤其注意分析立法者真实的动机、特殊的考虑，来综合分析其立法原意。为了破除部门利益和地方保护利益法律化，在审查时必须进行穿透式思考，发现表面目的背后掩盖的真实动机，因此需要立法者提供更多的事实材料和证据来综合把握。

在目的正当性论证上，比较法一般提供了两种模式，一种是以联邦德国为代表的“一般性正当目的”，可以从宪法或上位法明示的各种正当原则或价值中获得，也可以从宪法或上位法具体条款中明示的目的或从宪法暗含的公共利益中推导出正当目的，例如，在德国法上一般列举的民主国家存续的基本原则和价值、国家安全、公共秩序、大众情感等。^[42]

[37] 武增主编：《中华人民共和国立法法解读》，中国法制出版社2015年版，第277页。

[38] 参见郑毅：《〈立法法〉修改后自治州一般地方立法权与自治立法权关系研究》，《法学评论》2018年第4期，第128页。

[39] See Julian Rivers, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing, in George Pavlakos ed., *Law, Rights and Discourse: the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2007, p. 169.

[40] 参见莫纪宏：《怎样发现宪法精神？》，《法商研究》2023年第4期，第7页。

[41] See Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner & Andrej Lang eds., *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge University Press, 2020, p. 61.

[42] See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 265.

另一种是加拿大模式,不但要证明其目的为宪法兼容,对于限制基本权利的立法还要求其达到“紧迫和实质重大”两个特殊条件。^[43]

对于中国来说,在借鉴比较法的基础上,基于中国立法权配置的实证法规定,我们必须建立一个类型化的分析框架,将其分为没有特殊目的要求的立法和有特殊目的要求的立法,从而建立起宽松、严格和最严格三类审查强度。

对于没有特殊目的要求的立法,根据《立法法》第 6 条的规定,在法教义学上可以进一步分为一般规定和特殊规定两类。所谓特殊规定,就是指条款涉及落实党中央重大改革决策部署、调整公民(基本)权利义务、调整国家机构权力职责配置三类。对一般规定遵循宽松的审查强度,根据其立法说明,对照宪法和上位法的相应明示、默示的规定,审查是否有违背其命令或禁止性的规定,一般而言尽可能尊重立法者的结构裁量。对三类特殊规定,则要遵循严格的审查强度,要综合运用民意大数据分析、法治督察、党委巡视、纪检监察等手段,进一步穿透其立法本意,发现可能存在的非正当之立法目的。

对于有特殊立法目的要求的立法,也就是《立法法》对授权立法、变通立法和自治立法之目的有特殊限制三类立法,必须建立严格的审查强度,仔细分析判断它们是否有超越授权目的、不正当变通或超越自治权限来确立立法目的。^[44]尤其值得注意的是,如果超出了上述要求,即便立法者提出了其他的正当目的,也不得检测通过。而对于此种立法里涉及前述 3 类特殊规定的,则要建立起最严格的审查强度,对可疑条款的审查可以借鉴加拿大等国经验,建立“紧迫和实质重大”的高标准,避免变通立法等的随意性。

三 适当性在备案审查中的双重法教义学结构

从法教义学上观察,适当性原则有两种不同理解:一是指手段的功能适当,即手段能否理性地(rational)完成目标,也称为理性关联;^[45]二是指手段是否存在恣意、反复、专横、偏私等,也即手段是否具有合理性(reasonableness)与正当性。其中,“手段能有效实现目的”成为判断什么是适当性原则的主流理解,而“手段运用正当、合理”则成为一个独立审查领域。以英国行政法对比例原则的运用为典型,这个领域被认为一般不涉及合法性问题,只有在“任何情况下都会被认为严重不合理”,才会被认为越权无效;^[46]在我国,适当性既是在合宪性、合法性审查中普遍适用的审查标准,也是一个以合理性为核心的独立审查领域,需要分开讨论。

(一) 作为审查标准的适当性原则

作为审查标准的“适当性”究竟在中国如何理解,我国的实定法规范有模糊与重叠的

[43] See Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 *University of Toronto Law Journal* 383, 388 (2007).

[44] 参见王建学:《授权地方改革试点决定应遵循比例原则》,《法学》2017 年第 5 期,第 42 页。

[45] See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 303.

[46] See T. Hickman, Proportionality: Comparative Law Lessons, 12 *Judicial Review* 31, 36 (2007).

地方,^[47]也可以说建构了一个多层次的“不适当”概念体系。

首先,宪法建立了一个“相抵触—不适当”的二元判断结构。制宪者认为抵触与不适当是两个不同的概念,这个判断被《立法法》继承。^[48]例如,《宪法》第62条规定全国人大可以改变或撤销全国人大常委会不适当的决定,《立法法》第108条进一步明确,全国人大有权改变或者撤销它的常委会制定的不适当的法律。《立法法》比较明确区分了“相抵触”与“不适当”,且强调相抵触更多是“内容上与上位法的冲突”,即是一个合法性的问题;而“不适当”更多是“不合理”,法律起草者指出,“关于什么是不适当,本条没有明确规定。一般认为,不适当就是不合理,不公平。以下几种情况可以视为不适当:要求公民、法人或其他组织执行的标准或遵守的措施明显脱离实际的;要求公民、法人或其他组织履行的义务与其所享有的权利明显不平衡的;赋予国家机关的权力与要求与其承担的义务明显不平衡的;对某种行为的处罚与该行为所应承担的责任明显不平衡的。”^[49]“合理性也就是适当性,即要符合客观规律。”^[50]

然而,《监督法》第30条则规定,经审查,认为有下列不适当的情形之一的,有权予以撤销:包括“越权立法”“同法律、法规相抵触的”和“其他不适当的”情形,应当予以撤销的”,很显然又将“不适当”作为“相抵触”的上位概念,包含了合法性与合理性双重含义。

由此,在逻辑上中国的法律文本呈现出最广义、广义和狭义的“不适当”三个概念层次。最广义的“不适当”包括了不合宪、不合法和不合理。例如,有学者即认为全国人大撤销它的常委会制定的不适当的法律就包括了不合宪的情况。^[51]广义的“不适当”包括“合法性与合理性”两个标准,监督法即是如此思路;狭义的“不适当”则是立法法坚持的思路,主要就是指不合理。

在我国的实证法里,适当性原则更多与正当性相关,但《立法法》第6条的原则规定以及起草者主张的“措施明显脱离实际”“不符合客观规律”属于“不适当”,又明显包含了要求“措施能够促进立法目的实现”这个功能性的维度。同时,“不适当”也可能引起改变或撤销的后果,说明我国已经建立起备案审查领域的实质法治观,“不适当”成为一种包容性法概念,兼容所选择手段的实质合法性、功能适当性与正当性三个层次。其中正当性层次要求立法要配置尽可能合理的手段,它往往不涉及实质违法,而更关涉立法瑕疵修正,因此实际上构成了一个独立审查领域,后文将讨论。对于实质合法性与功能适当性则需要合宪性与合法性维度建立起不同的审查强度。

作为实质合法性的适当性标准,它主要是要仔细审查手段在实质上是否存在违宪或违法。在法教义学上可以建构三个基本类型:

一是与宪法规定不抵触,但可能违背宪法原则和宪法精神。宪法规定往往是明确的,

[47] 参见王锴:《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》,《中国法学》2019年第1期,第10页。

[48] 参见武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第336页。

[49] 武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第337页。

[50] 武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第333页。

[51] 参见陈斯喜:《序:宪法的生命力在于实施》,载翟小波著《论我国宪法的实施制度》,中国法制出版社2009年版,第3页。

具体的;宪法原则和宪法精神则代表着宪法作为一种实质政治道德的载体所具有的意义深度,带有极大的诠释、发展空间,^[52]尤其是宪法精神,“可能要从宪法文本乃至宪法制定的历史背景、制定过程、主要任务等文本以外的因素中推导、论证、引申出来”,^[53]这就给被审查的手段不违背明确的宪法规定、但可能违背宪法原则和精神带来可能。

二是与法律不抵触,但可能在实质上违背宪法。根据《立法法》第 97 条的规定以及《备案审查决定》对合宪性审查的独立规定,所有的规范性文件都必须接受合宪性审查,而不能仅仅进行合法性审查。这就有可能出现通过了合法性审查,但实质上可能违反宪法的情况。例如,2018 年全国人大常委会审查的《城市供水条例》运用行政处罚手段规制欠缴水费的行为,司法部指出“立法法、行政处罚法等上位法未明确限制对民事行为设立行政处罚,因此《条例》第三十五条的规定似与上位法没有明显冲突”。^[54]然而,社会主义市场经济原则是宪法规定的基本经济制度的重要组成,对待市场调节范畴内的行为,运用行政处罚是否与该原则实质一致就值得探讨。

三是与宪法、法律不抵触,但手段明显不合理。审查机构在运用比例原则的时候,要在一定程度尊重被审查对象的裁量权,因此只有手段选择明显不合理,超出审查机构容忍的范围,才能进行实质合法性评价。我国备案审查工作实际上也塑造了这种自我克制的风格:“不适当的情形必须达到‘明显’的程度才应纠正,如果没有达到‘明显’的程度,则不应作为应予纠正的情形。”这些情形诸如“明显违背社会主义核心价值观和公序良俗”“对公民、法人或其他组织的权利和义务的规定明显不合理,或者为实现立法目的所规定的手段与目的明显不匹配”“变通明显无必要或不可行,或者不适当地行使制定经济特区、自治条例、单行条例的权力”。^[55]有学者根据实证研究主张在上述不同领域建立不同审查基准和方法。^[56]

功能适当性一般由客观和主观两个要件构成:前者是指在客观效果上,手段能尽可能促进立法目的达成,法教义学上一般不要求绝对实现,而是强调一个“程度的问题”;^[57]后者强调手段的“选择”是一个功能性概念,与工具理性相关联。^[58]中国的法律文本和实践蕴含了 3 个重要的判断标准:

一是经济社会发展的客观规律与客观约束条件。任何目的之实现都是有约束条件

[52] See Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1986, p. 9.

[53] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社 2020 版,第 110 页。

[54] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社 2020 版,第 5 页。

[55] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社 2020 版,第 126-128 页。

[56] 参见杨登杰、苏强:《论适当性审查中的权衡基准——以 31 个省(自治区、直辖市)为例》,《北京航空航天大学学报》2023 年第 5 期,第 62-71 页。

[57] See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 305.

[58] See Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 *University of Toronto Law Journal* 383, 387 (2007).

的,如果手段的选择根本上违背了客观规律和社会条件,则不可能实现目的。例如,《食品安全法》第36条对食品生产小作坊和食品摊贩的管理取消了行政许可手段,只是强调“应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求”,就是看到了中国食品从业人员中大量是中低收入人群,产业集聚化、规模化程度低,强制要求他们取得许可证超出了经济社会发展水平。^[59]

二是党和国家全面深化改革与全面依法治国,推动高质量发展的方向。例如,全国人大常委会法工委在对《收容教育决定》审查时提出,“随着我国经济社会的快速发展和民主法治建设的深入推进,情况发生了很大变化。收容教育措施的运用逐年减少,收容教育人数明显下降……启动废止工作的时机已经成熟。”^[60]

三是特定立法领域自身的规律、特征、要求及手段自身的品质。同样的手段针对不同的立法领域能否有效促进目的之实现是完全不同的,因为不同立法领域所调整的社会关系、面对的社会问题都是迥异的,需要在实践中深入该领域的规律和特征进行细致分析,才能合理选择手段。例如,全国人大常委会在备案审查中针对民事关系调整不宜使用行政手段有多个审查案例,正是这个道理的反映。《立法法》第7条规定“法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性”,则蕴含着对手段品质的要求,过于笼统、模糊或强人所难以及不设定法律后果的手段等,往往都只有象征性,无法有效实现目的。

同时,“匹配”是一个相对概念,有尊重立法者自身判断与裁量空间的必要。需要立法者通过举证和审查者经过综合分析,审时度势,才能做出妥当的结论。在中国,尤其要看到立法决策与改革决策的不同步性,由于改革的发展,之前匹配的手段可能变得不匹配,这就涉及判断时点,应该以法律制定之时还是以被审查之时来判断手段是否匹配。从官方公布的审查《收容审查决定》《城市供水条例》等系列案例来看,审查机构基于依法治国原则可以随时以审查时的标准来检测手段的匹配性,但审查结果不应该溯及到制定之时,且一般都不会选择直接撤销或改变的监督方式,应该说这是符合比例原则法理的。^[61]

(二) 作为审查领域的适当性原则

作为审查领域的适当性原则是中国备案审查重点内容里最富特色的安排,即在经过合宪性与合法性判断后,审查机构也可以对手段没有达到明显不合理、但存在瑕疵的情形,可以经审查后由立法者改正、改进、完善而非由审查者直接改变或撤销。因为瑕疵的存在,所以审查是必要与合理的;因为是瑕疵,所以也要将它与“错误”区分开,将“监督的条件”和“撤销的条件”区分开。^[62] 由此中国的备案审查发展出了重点基于适当性领域而形成的丰富的处理方式,包括协商沟通、提出意见、发回督促修改、要求自行

[59] See WANG Xu, Governance Logic and Basic Systems of the New “Food Safety Law of the People’s Republic of China”: Focus on Social Co-Governance, 9 *Journal of Resources and Ecology* 92, 93 (2018).

[60] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社2020年版,第3页。

[61] 相关基本原理的研究可参见梁洪霞:《关于备案审查结果溯及力的几个基础问题——兼与王锴、孙波教授商榷》,《法学论坛》2022年第2期,第69页。

[62] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室著:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第125页。

修正等。^[63] 它们在法理上的本质是,审查机构没有剥夺立法者的立法裁量,允许其再次运用立法权选择手段,这对于维护立法机关的积极性,保持审查机构的谦抑,体现权力制约与监督的宪法原则,尤其是合理调整中央与地方的关系,实现“统一领导”与“积极性、主动性”的均衡,具有重大意义。这也决定了中国的备案审查工作机制实质上不是审查机构单方面的裁决模式,而是建立在公共理性基础上的商谈模式,^[64]在整体上兼顾了法体系的安定性与正确性。

四 必要性在备案审查中的本质及构成要件

(一) 必要性原则在备案审查中的本质内涵

适当性原则与必要性原则的根本区别在于,前者是对某一个手段进行审查,后者则是在多个手段之间进行比较。必要性原则也被称为“比例原则的心脏和灵魂”,因为,比例原则在其发源地最初就是从警察行政法上的必要性原则发展而来。但这个原则的含义却颇具争议,最初其含有在手段和目的之间进行成本与收益比较、综合权衡的意思,指尽可能用较小手段限制行政相对人的权利,但并不是特指“同样目的下选取最小伤害的手段”,因为“最小伤害的手段”也可能导致“目的实现的效用也是最小的”。直到 20 世纪 30 年代的行政立法中,将保护公民权利这个特定目确立为优先项,才逐渐将其理解为“最小伤害性”。^[65] 德国联邦宪法法院明确提出“最小伤害原则”是在“食品添加剂规制案”中,针对法律禁止糖果零售商出售含有可可粉末的糖果的行为指出:“同样的目的可以通过要求零售商在食品标签上标注含量即可实现,而不需要完全禁止其出售。”^[66]

在中国语境里,必要性原则在避免“一刀切立法”,提高立法规制手段的精确性与科学性方面具有重要意义。这个原则对新产业、新模式、新功能采取更加审慎、包容的监管的立法改革,不断优化营商环境,具有重要助推作用。^[67] 然而,中国法学界对于必要性原则究竟是一种在手段与目的之间通盘权衡、以求最优解的成本收益分析,还是围绕特定目的,比较最优手段的“最小伤害分析”却形成了截然不同的主张。^[68] 因此,我们首先要回到备案审查的性质与功能来分析它的本质,才能进一步建构具体标准。

本文认为,在中国的语境里,应该将必要性原则理解为最小伤害原则,其理据如下:

第一,成本收益分析是合效率性思维,最小伤害分析是合目的性思维。前者是理性计算,后者是规范评价。前者是通过精确计算与分析,在最小成本(手段影响最小)与最大

[63] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室著:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社 2020 年版,第 136 页及以下。

[64] See Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, 4 *Law & Ethics of Human Rights* 140, 146 (2010).

[65] 理论史的梳理参见刘权著:《比例原则》,清华大学出版社 2022 年版,第 124 页及以下。

[66] BVerfGE 53, 135, 146.

[67] 参见苟学珍:《论数字经济包容性治理的法律激励》,《现代法学》2024 年第 1 期,第 92-106 页。

[68] 参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析——法学方法的批判性重构》,《中外法学》2018 年第 6 期,第 1529-1531 页。

收益(目的最大程度实现)之间形成最优结合。后者是根据宪法、法律对被限制的法益进行保护,要评价特定手段限制法益的妥当性。根据《备案审查决定》,备案审查是为了保障宪法和法律实施、维护国家法制统一,这正是典型的合目的性思维(合乎宪法和法律),是对既定规范效力的维护,而不是促进规范本身的效率改良。审查机构即便发现被审查手段可能更有效率,也不会接受该手段,全国人大常委会法工委在审查《城市供水条例》时就典型体现了这种思维,其指出“用户未按照规定向城市供水企业缴纳水费的行为原则上属于民事违约行为,对用户欠费行为以通过行政干预手段之外的其他方式处理为宜”。^[69]该分析正是为了符合特定规范领域社会关系之本质,而对手段做了评价。

第二,成本收益分析是立法思维,最小伤害分析是监督思维。成本收益分析应该主要是在立法或公共政策制定环节充分讨论和展开的,立法者有义务对手段与目的形成的矩阵进行通盘权衡,以求立法资源的最有效运用;^[70]但备案审查的核心功能是监督,而不是立法,它是对立法者已经形成的立法目的与手段进行监督,而不是二次立法,替立法者再次进行理性计算;监督者更不可能还原立法时进行成本效益分析所需要的客观数据或形势,因为情况已经发生变化,无法判断立法时的考虑是否是当时的最优解。这正是我国宪法、法律规定“撤销权”的原因,也是《备案审查决定》允许立法者自行修改、而不是由审查机构代替其进行理性计算后重新立法的原因。唯有如此,才能防止审查机构越俎代庖,过于能动。

(二)“最小伤害”的双重要件

正确理解最小伤害原则需要在法教义学上建构双重构成要件:^[71]

第一,可能存在一个同样能够完成目的的手段。如果存在一个更小伤害的手段,但不能有效完成目的则该手段也不能采用。

然而,实践中对于什么是“同样实现目的”也需要进一步分析。我们发现在备案审查中形成了两个重要标准:一是实效性标准,即多种手段都能通过客观数据、工作经验、实证分析证明有助于实现同一个目的,且选择更轻的手段不会明显增加公共成本;二是干预密度标准,选择更轻的手段不会带来对另一个法律保护的法益的伤害,也就是手段不会对目的包含过度。例如,全国人大常委会法工委在审查某省物业管理条例关于“业主大会选择自行管理专项维修资金的规定”时,就明确指出“规定对于解决维修资金应急使用的问题,提高使用效益,有一定积极意义”,^[72]表明自主选择、而不是经过审批使用维修资金更有利于保护紧急情况下的公共利益,且没有采纳审查建议提出的“为防止徇私舞弊而损害全体业主权益,应该撤销该规定”,也就是认为该手段没有侵犯第三方的法益。

第二,这个手段要比被审查的手段对法益限制更轻。什么是“更轻”?从比较法和我国实践来看,有三个重要的标准:

[69] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社2020年版,第5页。

[70] See Matthew D. Adler, Eric A. Posner, Rethinking Cost-Benefit Analysis, 109 *Yale Law Journal* 165, 167 (1999).

[71] See Juan Cianciardo, The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights, 3 *Journal of Civil Law Studies* 177, 180 (2010).

[72] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社2020年版,第64页。

一是限制范围。如果有的手段限制了特定法益的核心保护领域,则往往存在较轻手段,例如前述的食品添加剂规制案,德国联邦宪法法院就是这种思路。

二是限制方式。一般来说设定行政命令、处罚、强制后果的立法要重于其他立法。例如,全国人大常委会法工委在审查部分地方性法规中“以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据”的规定时,比较了三种手段:第一种是直接规定该措施,第二种是规定应当在招标文件中载明或在合同中约定该措施,第三种是规定可以在招标文件中载明或在合同中约定该措施。只有第三种手段“具有一定的弹性,并未限制和减损合同双方的选择权,是可以的”。^[73] 尽管前面两种手段本质上与上位法相抵触,但这个分析却体现出备案审查机构侧重分析限制方式的思路。

三是限制的持续性或规律性。例如,为缓解交通压力,在一定拥堵条件下临时限制某些路段的通行要轻于规定每天固定时段禁止通行。

然而,实践的复杂在于,如何准确判断利益真实受到减损,尤其是当某个手段在范围上较轻、但在方式上较重,或在持续性上更长,则更加复杂。因此,必要性原则的运用仍然是一个审查机关依据立法者提交的证据和理由说明,根据社会通识、大众情感和法治原则进行主观判断的过程。^[74]

五 狭义比例原则在备案审查中建构的路径与方法

(一) 两种基本建构路径及中国方案

狭义的比例原则,又称为权衡原则,它的本质内涵是在被限制的法益与限制目的所保护的利益之间进行比较,也是比例原则检测的最后一步。它一般被表述成“为了证成一个对基本权利的限制,实现立法的目的所获得的收益与伤害被限制的基本权利的法益之间必须建立起适当的关系和比例”。^[75] 在比较法上,有学者将权衡原则的运用理解为“法律形式与法律内容这对对立范畴的一种联结方式”,^[76] 映射着欧陆法律传统从概念法学到利益法学,英美法律传统从形式主义法学到法律现实主义运动的长时段历史变迁,归根结底都是回应现代世界复杂利益冲突而带来的法的不确定性问题。在具体回应上,形成了德国范式和美国范式两种不同的路径。德国范式理解权衡是“寻找正确的法”的过程,通过一套法律的形式工具清晰、有效地进行法益的价值比较和建构,通过形式理性实现比较的客观化、公式化、可计算化。^[77] 因此,德国的权衡原则遵循“实践调和”法则,

[73] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社 2020 年版,第 69-70 页。

[74] See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p. 327.

[75] Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 *University of Toronto Law Journal* 383, 387 (2007).

[76] Jacco Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2013, p. 214.

[77] See Jacco Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2013, p. 26.

两个冲突的价值要通过在法律原则的形式框架里寻找到一个可以综合二者、更高抽象水平的客观价值来合理确定彼此在冲突情境中的边界;美国范式则认为权衡是为了“产生更好的政策后果”,即是否实现尽可能小的限制和尽可能大的保护,从而促进社会整体的效益。权衡建立在作为法益类型的法律形式之上,不同形式的类型限制了审查强度,法官要确定冲突的法益属于何种类型,在特定类型下,根据普通法的原则、判例、社会信念等积累起来的“背景规范”通过与个案类比,确定最融贯的冲突解决方案。^[78]

比较法上的归纳给我国备案审查适用权衡原则很大的启发:

一是德国法的客观化、科学化追求意味着权衡不是审查机构在两个法益之间进行纯粹主观判断的过程,而是必须建立在理由论证基础上。因此,在权衡检测中,备案审查机构应该要注重和加强说理,尽量将主观价值判断与利益比较通过客观说理程序与规则公开清晰展现出来,提升审查结论的可接受性。^[79]

二是德国法上权衡原则强调的实践调和,对客观价值秩序的追求,取向于“目的开放”的价值判断体系化建构,有助于我们直面中国宪法、法律中大量在实践中可能冲突的原则,并提供了权衡的基本思路。例如,2020年全国人大常委会法工委的备案审查报告中提到“有的地方性法规规定,各级各类民族学校应当使用本民族语言文字或者本民族通用的语言文字进行教学,……我们审查认为,上述规定与宪法第十九条第五款关于国家推广全国通用的普通话的规定和国家通用语言文字法、教育法等有关法律的规定不一致”。^[80]因此,审查机构有必要进一步综合这两个原则背后的理念,在更高抽象水平上提炼出它们共同的上位价值。我们可以看到,无论是强调民族平等使用各自语言,还是国家推广普通话,都服务于《宪法》序言蕴含的“中华民族共同体”理念,^[81]在国民教育的领域,使用普通话显然比使用本民族语言更能促进该理念的形成,从而“各民族平等使用各自语言”的规定在这个实践情境中应该合理界定其规范的意义边界,而在修改该规定时也应该注意适当保护其价值,最终实现价值的融贯。

三是美国法的“后果分析”与“类型化”权衡的思路则提示我们,权衡原则的适用必须注重分析案件事实所处的客观约束条件,要在这个条件框架里建立成本收益比较的意识,尽可能确立冲突的法益在具体情境中的最佳边界。例如,全国人大常委会法工委在审查某省人口与计划生育条例关于“夫妻产假护理期间工资福利待遇的规定”时就进行了这种条件分析:一方面看到该条例规定由企业承担产假护理期间夫妻全部的工资福利待遇涉及对企业权利的限制,但“建立和利用利益激励机制开展人口与计划生育工作”促进了我国计划生育纲领的实施,并与新的生育政策发展方向是一致的,另一方面也指出完全由

[78] See Jacco Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2013, pp. 232-233.

[79] 参见任喜荣:《论最高国家权力机关的宪法说理》,《法学家》2021年第3期,第27页。

[80] 沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第2号,第353页。

[81] 参见王建学:《论中华民族共同体建设的语言基础——对现行〈宪法〉语言条款的再阐释》,《法学论坛》2022年第6期,第22页。

企业承担费用“其合理性、执行性和操作性等方面需要根据地方经济社会发展水平、生育保险支付能力不断完善”。全国人大常委会法工委同意“根据本省经济社会发展实际,按照全面深化改革的精神,努力实现独生子女父母养老补助全部由政府财政统一支付”。^[82] 在这段分析里,审查机构实际上首先确立了“推动计划生育国策条款”是一个优先保护的法益类型,在这个类型里发生了公民生育权、地方财政负担和企业负担三个法益的冲突,进而通过“优先满足公民生育权,逐步改革地方财政和最终解决企业负担”的政策分析、而非法律判断,给出了比较圆满的权衡结论。这种政策定向的后果分析与法益类型的具体比较,对于中国这样一个社会经济发展不平衡、需要统筹高质量发展与安全的大国,在有关领域进行备案审查时显得更加务实、稳健与合理。

(二) 审查强度与方法的类型学建构

从上述两种建构路径出发,权衡原则的适用在中国既要有客观、科学的法律判断精神,也不能缺乏务实、仔细的政策分析能力,这使得中国的路径应该建立在通过类型化区分、有效统筹两种精神的基础上,并建立起不同的审查强度。

一是涉及在基本权利之间、法律权利之间权衡的类型,适用严格的实践调和原则,对被审查规范性文件保护的价值做严格审查,以实现权利保障的客观效果,通过融贯地分析宪法、法律蕴含的价值及其关系,找到最佳解决方案。

二是涉及以宪法、法律保护的公共利益与基本权利、法律权利冲突的类型,适用中度的实践调和原则,融入政策分析与后果考量。其中,公共利益与基本权利的权衡,应该以适用实践调和原则为主,以确保宪法保护的个体重大利益不被公共利益简单牺牲。公共利益与法律权利的权衡,则可适用更多的政策分析与成本收益比较。

三是涉及以国家政策为表现形式的法益之间冲突的类型,则可适用轻度的实践调和原则,更多以政策分析和后果考量作为主要的权衡方法,以实现原则性与灵活性、当下性与长远性、整体性与局部性的有机结合。

四是中国权衡原则的适用也有必要在方法选择上将定性分析与定量分析、价值判断与事实判断、规范评价与社会考察结合起来进行综合运用,任何一个备案审查案例背后往往都是这些因素交织的结果,而非是非黑白一目了然,否则也就使得“权衡”本身失去了意义。在这个角度下,立法部门实务专家的见解是一个特别值得重视的方法论方向:“既要进行抽象的利益衡量和价值判断,有时也需要进行量化分析,需要综合运用座谈访谈、随机走访、问卷调查、抽样调查、统计分析等方式,充分运用互联网、大数据等现代信息技术进行分析研究,从而提高分析判断的客观性和科学性。”^[83]

[本文为作者主持的 2023 年度国家社会科学基金年度一般项目“中国共产党的宪法观”(23BFX001)的研究成果。]

[82] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社 2020 年版,第 58 页。

[83] 严冬峰:《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》,《中国法律评论》2024 年第 1 期,第 206 页。

Elaboration of the Principle of Proportionality in Recordation Review

[Abstract] The Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Improving and Strengthening the Recordation Review System (hereinafter referred to as the "Decision on Recordation Review") explicitly establishes the principle of proportionality in the contemporary Chinese constitutional supervision system. However, this principle is also faced with the pressing need to construct local implications and observe practical operations in China. Specifically, after the inclusion of the principle of proportionality in the Decision on Recordation Review, there remains significant theoretical space for exploring how it should be concretely understood and applied in the local Chinese context, and how each of its elements can be most accurately interpreted. On the one hand, the status and scope of application of the principle of proportionality within China's empirical legal system need to be clarified. On the other hand, it is necessary to delineate the components of the principle of proportionality within the Chinese context and address the key issues in legal doctrine for each component. From the viewpoint of normative positioning of the principle of proportionality in the system construction of the Decision on Recordation Review and by taking into comprehensive consideration the Constitution, the Legislation Law, the Supervision Law and other laws, the review cases published by the Legislative Affairs Commission of the NPC Standing Committee, as well as foreign legal knowledge, we can see that the principle of proportionality has a dual normative status in the recordation review process. As a general standard for internal judgment in constitutionality review, legality review and political review, the principle of proportionality constitutes a substantive standard and a conceptual framework for determining constitutionality, legality, and political appropriateness. Based on the lowest rationality standard, the principle of proportionality, as an independent field of judgment parallel to constitutionality review, legality review, and political review, can be used to conduct appropriateness reviews of significant legal interests not explicitly covered by the Constitution or laws. In China, the principle of proportionality exhibits a composite structure characterized by "domain judgment as a premise, standard application as the main thread." Its efficacy extends to numerous significant legal interests, including fundamental rights, as well as the field of civil rights conflicts. Based on the composite structure of the principle of proportionality in China and by proposing and demonstrating critical issues in the localization process, such as "the rationale and scheme for introducing the principle of a legitimate purpose in China", "the dual doctrinal structure of the principle of appropriateness in China", "the essence and elements of the principle of necessity in China", and "the Chinese approach to and method for the principle of balancing", we will be able to construct a Chinese autonomous doctrinal system for the principle of proportionality, thereby providing a solid knowledge foundation for practice.

(责任编辑:支振锋)