

立法的特性

——从阶层构造论到原则权衡理论

雷 磊

摘要 从阶层构造论出发，可以将立法视为实施宪法的活动，它既是对宪法规范的适用，又是对一般法律规范的创设。原则权衡理论则将这种适用和创设活动看作是立法机关对宪法原则（尤其是基本权利，也包括其他宪法原则）的权衡。在规范理论的视野中，立法呈现自身的特性：首先，立法相对于其他层级的法律适用和创设活动拥有更大的政治形成空间，但这只是程度上的；其次，作为宪法原则之权衡活动的立法与实质民主观，尤其是取向于实现公民最根本利益（正确性诉求）的审议式民主相关，因而不违背民主正当性原则；最后，作为宪法原则之权衡活动的立法同时包括积极立法与消极立法，作为消极立法的宪法审查要以三种形式承担“权衡负担”，以恰当地尊重积极立法。

关键词 阶层构造论 原则权衡 宪法实施 审议式民主 消极立法

作者雷磊，中国政法大学法学院教授（北京 100088）。

中图分类号 P9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)01-0097-12

本文旨在探讨立法的特性问题，也即，与其他法律活动（尤其是司法）相比，立法的独特性何在？对于这一问题的研究可以从多种不同的理论视角来进行，比如比较常见的是政治理论的视角。从传统的三权分立学说，到晚近沃尔德伦（Waldron）关于“立法的尊严”的讨论^①都是从这一视角出发的研究。但我们也可以从规范理论的视角出发来探讨相同的问题。一种关于立法之规范理论的基本要求在于，立法者应当以理性的方式来活动。尽管无法否认，立法过程充斥着利益的抗争、妥协与意志的决断，但同样无法否认的是，至少从参与者的视角来看，立法也应当属于理性论证的范畴。一部法律，只有得到恰当的证立，才能被视为是理性的和正当的。但问题在于，在规范理论的视角中，司法同为理性论证的活动，立法与此相比是否具有独特性呢？对此，纯粹法学说（Reine Rechtslehre）基于规范的阶层构造论（Stufenbaulehre）给出了否定的回答。

一、规范的阶层构造论

阿道夫·默克尔（Adolf Merkl）和汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）创建的阶层构造论改变了对于立法（法律创设）和司法（法律适用）的传统理解。传统上认为，两者属于两种完全不同且决然对立的功能，它们分属于不同的法律机关之手。但在阶层构造论看来，这种理解是错误的，法律创设与法律适用之间并

^① 参见杰里米·沃尔德伦：《立法的尊严》，徐向东译，上海：华东师范大学出版社，2019年。

没有根本的差异。

这一理论的出发点在于，法律体系是调整人类行为之一般规范与个别规范的整体。^①换言之，法律体系是法律规范的集合，法律规范应被视为整体之法律的最小组成单位。^②但是，法律体系并非单个法律规范杂乱无章的堆砌，而是处于不同的层级之中。形象地说，这种层级关系可以被想象为空间上的上位和下位关系，下位规范根据上位规范创设而来，由此形成了所谓法律体系的阶层构造。法律体系通常拥有多个层级，从而呈现出一幅“阶梯式人工瀑布”^③的图景。在现实中，某个国家法律体系的具体规范分布在几个阶层中并不一定，因为这取决于法律创设过程中的分工。以现代社会常见的民主法治国家为例，它有两个特点：一是，立法与司法、执法的功能区分，以及立法活动相对于后两者的相对优势；二是，一般来说，有一部由议会或人民代表大会制定且拥有最高地位的宪法。^④除了基础规范外，民主法治国家法律体系中的法律规范形式有宪法、制定法、法规这些一般规范，以及私法行为、行政行为和司法裁判这些个别规范。在现实的法律体系中，由于同一形式的规范（如制定法规范）不可能只有一个，而是复数的，所以法律体系不仅在纵向上表现为从属关系，而且在横向上表现为同一形式之规范间的协调关系。^⑤

除了临界情形（对最顶端之基础规范的预设与对最末端之强制行为的实施）外，每个法律行为都同时是对某个更高位阶之规范的适用，以及由这一规范确定的对某个更低位阶之规范的创设。如果只考虑国家法秩序而不考虑国际法秩序，那么宪法的创设就是对基础规范的适用。立法适用了宪法，也创设了一般法律规范；司法裁判和行政决议适用了这些一般规范，也创设了个别规范。^⑥故而与这些中间层级之法律规范相关的活动都呈现出两方面：一方面是对位阶更高之法律规范的适用，另一方面也是根据这一位阶更高的法律规范创设出位阶更低的法律规范。通过位阶更高的规范来创设位阶更低的规范可以在两个方向上被确定。高位阶规范可以确定创设低位阶规范的组织 and 程序，也可以确定这一规范的内容。即便高位阶规范只是确定了创设低位阶规范的机关，而将有待创设之规范的程序和内容的确定都留给了这一机关去裁量，这一高位阶规范也在创设低位阶规范时被适用了：对这一机关的确定是在确定高位阶规范与低位阶规范之关系时的最低条件。每个法律创设行为都必须是一个法律适用行为，也即必须对某个先在于此行为之法律规范的适用。因此，法律创设必须被理解为法律适用，即便某个高位阶规范只是确定了主体要素。这一确定了机关的高位阶规范被这一机关所实施的每一个行为所适用。^⑦

法律创设（与适用）阶层式下延的过程，也就是法的个别化和具体化的过程。法的个别化指的是从法律体系的较高位阶到较低位阶，法律规范的适用对象不断特定化。因为较高阶层的规则针对更加一般的对象，而较低阶层的规则针对更加个别的对象，故而层层下延的过程也就是从一般规则到不那么一般的规则，最终止步于不可再个别化之规则的过程。法的具体化指的是从法律体系的较高位阶到较低位阶，法律规范的具体化程度不断加强，实现从抽象规范到具体规范的逐步过渡。^⑧当然，个别化和具体化的过程并非是一个纯粹逻辑推演意义上的机械自动化过程。^⑨纯粹逻辑推演方法仅适用于静态规范体系，以道德体

① Vgl. Hans Kelsen, *Der Begriff der Rechtsordnung, Logique Et Analyse* 3(1958), S. 150. 另要注意的是，在本文中，法律规范与法律规则在等义上使用，与法律原则相对。因而与现今教科书中所谓法律规范包括法律规则与法律原则的界定不同。

② Vgl. Adolf Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig/Wien: Franz Deuticke, 1923, S. 202.

③ Vgl. Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1975, S. 10.

④ 参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。

⑤ Vgl. Adolf Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1975, S. 210; 雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。

⑥ 参见雷磊：《“地方法治”能够成为规范性概念吗》，《中国法律评论》2019年第3期。

⑦ Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2. Auflage 1960)*, hg. v. Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, S. 420-421.

⑧ Vgl. Adolf Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1975, S. 22; 雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。

⑨ Vgl. Adolf Merkl, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues,” in: Hans Klecatsky, René Marčić und Herbert Schambeck (Hg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien[u.a.]: Europa Verlag, 1968, S. 1347.

系为典型。在道德体系中，下位规范的内容来自对上位规范之内容的演绎，下位规范对上位规范之个别化和具体化的过程，就是上位规范在内容上合乎逻辑地个别化和具体化的过程。所以，静态规范体系中的上下位规范之间具有的是内容上的逻辑关联，于此并无适用者（严格说来，静态体系中并无“创设者”！）主观因素作用的余地。换言之，上位规范的创设者是谁并不重要，因为他或她是可替代的，替代不影响下位规范的内容。与此相反，动态规范体系中的上下规范之间是以授权、而非内容为链条连接起来的，它的典型就是法律体系。在法律体系中，上位规范并不规定或者不完全规定下位规范的内容，它的主要功能在于对某个主体予以创设下位规范的授权，它包含的主要是创设下位规范的构成要件，包括主体、程序、权限等等。在这一视野中，法律创设被视为一个动态的过程，其中既有客观因素，也有主观因素。客观因素指的是上位规范所确定的内容，包括对下位规范之内容的部分预先规定或排除（禁止下位规范规定某些内容），以及创设下位规范的构成要件，这些内容对于适用者具有客观拘束力。但由于上位规范并不完全确定下位规范，所以后者也包括尚未确定的部分，在这个范围内，适用者所进行的就不是客观认知活动，而更多是一种意志行为，其内容决定取决于他的自由裁量。^①

归根到底，阶层构造论将法律规范视为一种框架，这个框架预留的余地可宽可窄。^②在最宽泛的情况下，上位规范只包含创设下位规范的授权，而没有为后者预先规定任何内容。在这种情况下，适用者的裁量权非常大，但由此创设出的规范依然是有效的，只要它符合授权。在最狭窄的情况下，上位规范不仅包含创设下位规范的授权，还在很大程度上预先规定了下位规范的内容（但不可能完全规定）。在这种情况下，适用者的裁量权非常小。当然还有位于这两种情况之间的大量情形。上位规范预先规定的内容越多，适用者的自由裁量权就越小，预留的余地就越窄。通常情况下，在民主法治国的法律体系中，层级越往下，规范预留的余地也就越窄，适用者的自由裁量权也就随之越小。例如，宪法层级的自由裁量权较大，制定法和法规层级次之，个别规范的层级最小。因为在每一个阶层上，适用者的主观因素都将附加到上一阶层之规范的客观因素之上，两者合起来会作为下一阶层的客观因素出现。例如，立法者（制定法的创设者）在适用宪法、创设制定法时会在宪法框架内加入自身的主观因素。而当司法者（司法裁判这一个别规范的创设者）在适用制定法处理案件时，宪法框架和立法者的主观因素都已转变为制定法的客观要素，他只能在此空间内再加入自身的主观要素。相较而言，制定法预留给司法者的余地就要比宪法预留给立法者的余地来得窄。如此不断，层级越往下，客观因素越多，主观因素的作用余地越小，自由裁量的空间也就越小。^③当然，在从上到下的整个过程中，自由裁量的空间始终存在，并不会完全消失。

总之，在阶层构造论中，法律创设和法律适用没有根本差别，从宪法规范直至作为个别规范的裁判都既是对上位法律规范的适用，又是对本层级法律规范的创设。其次，法律创设并不是完全的自由裁量活动（政治形成过程），而要根据上位规范（客观因素）来进行；法律适用也不是纯粹的逻辑推演，而有自由裁量或意志活动的余地（主观因素）。尽管如此，在法律体系的阶层构造中，越往下，自由裁量权就越小。也就是说，越往下，法律适用（客观因素）的色彩越强，法律创设的色彩（主观因素）越弱。如此一来，传统意义上的立法（也即根据/适用宪法规范来创设一般法律规范的过程）受到的规范拘束就要比传统意义上的司法（也即根据/适用制定法规范来创设个别法律规范的过程）来得小。^④用我们熟悉的话说，立法活动的政治形成空间要比司法活动来得大。在很多时候，宪法规范只授权特定机关以特定的程序去制定某一方面的法律，而没有对法律的内容作出任何规定，或者只是作出了一些禁止性的规范（不得制定具备特定内容的法律）。所以，立法者的裁量权要比司法者大得多。如果这就是立法的特性，那么这种特性就

① Vgl. Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien: Verlag Österreich, 1927, S. 142.

② Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2. Auflage 1960)*, hg.v. Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, S. 349-353.

③ 由于法外因素的多少与法律规则的客观因素成反比，所以如果将法律体系想象为一个金字塔的话，那么通过裁量进入法律过程的法外因素就会形成一个倒立的金字塔。（Vgl. Norbert Acherberg, Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre, *Die Öffentliche Verwaltung* 1974, S. 454.）

④ 以下所说的“立法”与“司法”都是在传统意义上而言的。

只具有程度性或相对性的色彩。因为正如前面所说,在阶层构造论的视野中,裁量权或规范拘束力的大小乃至法律创设与法律适用的区分,都只是程度性的。立法终究也只是对宪法的实施。

二、作为宪法实施的立法

阶层构造论对于立法的理解并不充分。现代法治国家中的立法受到宪法要求的限制,亦有其价值论上的原因。尽管有反对意见认为,法律体系的这种“宪法化”会导致由“立法国家”向“司法国家”的转变^①,但不可否认它是政治正当性的基本要素。政治的本质在于为特定政治共同体或社会做决定。既然这些决定以及它们所建立的规范对公民具有约束力,它就需要证立以支持这种具有拘束力的主张。这种证立必然包含对宪法要求的援引,后者既包括程序性的要求,也包括实质性的要求。程序性要求涉及立法的权能与程序,实质性要求主要涉及基本权利,以及其他保护公民利益的宪法原则。作为宪法实施之立法的特性,恰恰在于立法的自由在很大程度上要受到这些宪法原则(主要是基本权利)的拘束。在此情境中,“实施”不仅意味着对宪法规范的纯粹适用,也意味着基于对宪法规范的权衡来确立一般法律规范的创造性或建构性过程。^②这使得宪法的实施方式在很大程度上不同于制定法的司法适用方式,这种特殊性来自宪法规范的原则属性。

(一) 宪法规范的原则属性

宪法不仅包括可直接适用的规则,也包括作为规范性—价值性论据起作用的原则。尤其基本权利就具有这种原则的规范属性。由于基本权利原则具有宽广的适用范围,所以它们渗透在整个法律体系之中,与几乎所有重要的立法决定都相关。故而立法者必须将这些原则运用于立法决定,立法也就成为了实施这些宪法原则的活动。

基本权利原则的实施方式取决于原则的属性。就此而言,德国学者罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)给予了最系统的阐述。在他的界定中,原则属于最佳化命令(Optimierungsgebot)。这意味着,作为最佳化命令,原则要求某事(通常是某种要追求的价值或目的)在相对于法律上与事实上可能的范围内尽最大可能被实现。^③从这一点我们可以推知原则的两个特征:

其一,原则建立了一种理想,这一理想可以或多或少以不同的程度被实现。^④或者说,原则是一种理想应然(ideales Sollen)。与要求直接依照它的要求去做的规则不同,原则是一种抽象的、尚未涉及经验与规范世界之有限可能的应然;它只有考虑到经验可能条件以及所有其他相关的原则才能转化为现实应然。^⑤换个说法,原则是目标规范,而不是行为规范。目标规范要想转变为行为规范,既要考虑到实现目标之经验手段的问题,也要考虑到与之可能冲突的其他目标问题。^⑥

其二,原则被实现的程度同时取决于事实上的可能和法律上的可能。也就是说,作为最佳化命令,原则能够在不同的情形中以不同的程度被实现,其所要求的实现程度既系诸事实上的可能性,也取决于法律上的可能性。所以,一方面,在现实的经验世界中,理想应然要被实现,就必须选择恰当的手段。另一方面,在现实的规范世界中,为了能最终形成行为规范以决定该如何行动,还必须要尽量考虑到与原则相对立的所有其他原则。也就是说,特定原则完全不受任何限制地被实现只存在于理想的状态之下。但在现实

① Vgl. Ernst Böckenförde, “Demokratie als Verfassungsprinzip,” in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, S. 23.

② See Jan Sieckmann, “Legislation as Implementation of Constitutional Law: A Foundation for the Demand of Legislative Rationality,” in: Luc Wintgens and Daniel Oliver-Lalana (eds.), *The Rationality and Justification of Legislation*, Zurich u.a.: Springer International Publishing Switzerland, 2013, p. 108.

③ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S. 75; ders., “Zum Begriff des Rechtsprinzips,” in: Werner Krawitz, Kazimierz Opalek, Aleksander Peczenik, Alfred Schramm (Hg.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz (Rechtstheorie, Beiheft 1)*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979, S. 80.

④ See Alexander Peczenik, *Legal Rules and Moral Principles*, *Rechtstheorie* 11 (1991), p. 151.

⑤ Robert Alexy, “Ideales Sollen,” in: Laura Clérico/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 23.

⑥ 参见雷磊:《法律原则如何适用?——〈法律原则适用中的难题何在〉的线索及其推展》,舒国滢主编:《法学方法论论丛》,北京:中国法制出版社,2012年,第245页;雷磊:《适于法治的法律体系模式》,《法学研究》2015年第5期。

世界的法律体系中存在着复数的原则。特定原则在具体情形中从来就不是孤立地被适用的，而是不可避免地要受到其他相对立之原则的影响。这些其他原则有的与特定原则并行不悖，有的则可能与之在价值和目标取向上相冲突。相冲突的原则之间相互牵制，如果要百分之百地实现其中一个，就必然要完全牺牲对另一个的满足，反之亦然。在现实条件下，两者相互制约，其中一个原则的实现程度越高，另一个原则的实现程度就会随之降低。这说明，两个原则都无法获得百分之百的实现。此时只能作一些取舍，来决定哪一个原则在当前案件中应该优先获得实现，或者说应该获得比较高的实现程度，这种取舍就是权衡（Abwägung）。^①

（二）宪法规范的特殊适用方式

将原则界定为最佳化命令，也就意味着宪法规范的典型适用方式（也是特殊适用方式）是权衡。权衡要得以理性化，就应当符合比例原则。前已述及，原则在适用时既要顾及事实上的可能性，也要顾及法律上的可能性。事实上的可能性意味着实现基本权利的手段与目的以及诸手段间的选择合乎比例，也就是要符合适当性原则与必要性原则；而法律上的可能性则意味着，适用一条原则时必须考量在个案中相对抗的其他原则，才能决定该原则的法律效果是否成立，即符合狭义上的比例原则。^②这就是为公法学界所熟悉的“三阶”比例原则。^③

适当性原则揭示的是手段与目的的关系。它指的是，某一行为要促进或至少能够促进有待追求的目标。假如某种手段无论如何无法有助于满足其目的，就没有任何理由去接受对履行这一基本权利所带来的消极后果。例如，采取某一侵害交易、职业、专业自由（P1）的措施M是为了加强对消费者的保护（P2），但（事实上）它并没有以任何方式恰当地实现P2。既然有可能在不损害P2（消费者保护）的同时放弃M，那么对原则P1和P2进行最佳化就要求不使用M。

必要性原则揭示的是手段与手段的关系。它指的是，对于有待适用的手段而言，没有其他替代性手段可以在同等有效地满足被追求之目标的同时去更好地满足受影响的基本权利。如果某种手段的消极影响对于受影响的基本权利而言是可以避免的，同时又不会有损于被追求的目标，那么就没有任何理由去运用这一手段。准确地说，假如有某一替代性措施M2几乎可以与措施M1同样高的程度实现P2，但M2对P1的侵害强度要（比M1）小，那么对于P1和P2而言就应当放弃使用M1。假设P2代表对消费者的保护，M1代表绝对禁止（买卖）貌似巧克力但却不是巧克力的商品，M2则在本案中代表明确标示商品性质的义务。显然，M2对贸易、职业、专业自由的侵害强度要小于绝对的禁止（M1），并且几乎同样好地服务于消费者保护原则。因此，对于P1和P2而言，绝对禁止（M1）就属于不必要的手段。^④

狭义上的比例原则揭示的是目的与目的的关系。它指的是，要在基本权利的不满足程度或受损害程度与目标之重要性程度之间形成合理的（成比例的）关系。这就涉及了狭义和真正意义上的权衡。权衡在宪法审查的实践中被广泛运用，它是在彼此对立的原则之间进行最优化实现的途径。它的出发点在于这样一个“权衡法则”：一个原则的不满足程度或受损害程度越高，另一个原则被满足的重要性就越大。^⑤换言之，当在两个原则P1与P2发生冲突时，必须比较P1受侵害程度的高低与P2重要性程度的高低，若

^① 参见雷磊：《论依据一般法律原则的法律修正——以台湾地区“司法院大法官会议”释字第362号为例》，《华东政法大学学报》2014年第6期；雷磊：《为涵摄模式辩护》，《中外法学》2016年第5期。

^② 参见雷磊：《法律逻辑研究什么？》，《清华法学》2017年第4期；雷磊：《法律原则如何适用？——〈法律原则适用中的难题何在〉的线索及其推展》，舒国滢主编：《法学方法论论丛》，第247页。

^③ 有学者认为在三个原则之前，应当加上目的正当性原则，从而变成“四阶”比例原则（刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，《中国法学》2014年第4期）。事实上，从阿列克西本人的理论体系看，目的正当性原则已经被他关于原则之“效力”的论述所囊括。换言之，在他看来，在运用比例原则来适用原则之前，首先就要判断该原则的效力，而一个原则是否有效又很大程度上与它内容的正确性相关（作为非法律实证主义者，阿列克西将内容正确性视为界定法概念的必要要素）。所以，他是将这一判断置于比例原则之外来论述的，但其效果与四阶比例原则却是相近的。

^④ 罗伯特·阿列克西：《法律原则的结构》，雷磊译，胡建森主编：《公法研究》第七辑，杭州：浙江大学出版社，2009年，第472页。

^⑤ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S. 136. 亦可参见雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期。

P1 受侵害的程度越高, 则 P2 的重要性程度就应当越高。^① 对于作出权衡决定而言相关的要素是相冲突之权利要求受影响的程度及其相对分量。受影响的程度和相对分量决定了某个原则在具体情形中的重要性。在具体情形中更加重要的原则具有优先性。

例如, 一份由德国联邦宪法法院作出的判决涉及这一事实: 一个刑事案件的被告人可能有由于审判所造成的压力而引发中风或心脏病的危险。那么, 审判程序还应否进行? 这里涉及两个相互冲突的宪法原则, 其一是《德国基本法》第 2 条第 2 款, 它保障每个人的生命权和身体不受侵犯权; 另一条则是法治国原则, 它要求国家刑事司法制度的有效运行。显而易见, 生命和身体不受侵犯的基本权利, 以及作为法治国原则之下位原则的有效刑事司法制度原则都是具有法律效力的原则, 不可能通过宣告其中一条无效来化解它们之间的对立。我们同样也无法通过“规则—例外”关系来处理两者。生命和身体不受侵犯的基本权利不能被当作有效刑事司法制度原则的例外, 后者也不能被当作生命权和身体不受侵犯权的例外。法院毋宁是根据案件的具体情形, 确定相冲突的原则之一相对于另一个原则的条件式优先关系来解决问题——也即, 当“存在明显而具体的危险, 即假如进行审判被告人将失去生命或遭受严重的身体伤害”时, 生命和身体不受侵犯的基本权利就应当优先于作为法治国原则之下位原则的有效刑事司法制度原则适用。^② 在这些条件下, 基本权利的分量更重, 因而具有优先性; 而在别的条件下, 情形却可能恰恰相反。

基本权利的优先性暗示了它的法律后果具有强制性, 满足优先条件就会产生优先原则的法律后果。这可以表述为一个一般性的碰撞法则: 在某些条件下一个原则优先于另一个原则, 这些条件事实上就有效地构成了一项规则, 这项规则赋予优先原则以法律后果。更专业的表述是: 假如原则 P1 在条件 C 中优先于原则 P2: 即 (P1 P2) C, 并且 P1 在条件 C 中可导出法律后果 R, 就会产生一条有效的规则, 这条规则由有效事实 C 和法律后果 R 构成: 即 C→R。^③ 这其实就是立法的产物, 即制定法之一般法律规范的表述。可见, 对宪法规范的实施就是对 (包括基本权利在内的) 宪法原则进行权衡的过程, 宪法实施的结果就是宪法原则权衡的结果, 即: 以优先条件为事实构成、以优先原则的法律后果为后果的法律规则。

重要的是要意识到, 决定某项基本权利之受损害或不满足之比例的权衡, 基于对相竞争之原则的相对分量的评估之上。这种评估是无法从先前的决定中得出的, 因为假如如此的话, 就不需要任何权衡了, 而只需要径直运用先前的决定即可。然而, 对相竞争的原则之重要性的评估就意味着要作出一种规范性的决定, 而这就具有立法行为 (法律创设) 的性质了, 也蕴含了一种自由裁量的空间。

(三) 立法者作为宪法的首要受众

既然宪法实施的特殊性在于基本权利与其他宪法原则的权衡, 那么立法者就是宪法原则之权衡要求的首要受众。^④ 宪法原则的权衡结构要求进行规范性的决定, 而这首先就是立法机关的任务。其他机关尤其是司法机关 (不包括进行宪法审查的司法机关), 应当运用建立在宪法原则基础上的法律, 但不应当直接基于对这些原则的权衡去自行作出决定。作为“宪法的首要解释者”, 立法者在某种意义上拥有解释的特权。如果说基本权利和其他宪法原则只有通过生活事实和制定法秩序的共同作用才能展现出实效, 那么是立法者制定了相关的标准 (当然它需要宪法审查机关的共同作用)。在确定宪法原则的基本结构时, 立法者享有广泛的形成自由; 在对其进行后续的具体化、修正和突破时, 立法者必然可以坚守自己确立的标准。^⑤

① 雷磊:《基本权利、原则与原则权衡——读阿列克西〈基本权利论〉》, 陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第 11 卷, 济南: 山东人民出版社, 2011 年, 第 391 页。

② 案情参见 BVerfGE 51, 324. 案件分析参见罗伯特·阿列克西:《法律原则的结构》, 雷磊译, 胡建森主编:《公法研究》第七辑, 第 469—470 页。

③ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S. 83.

④ 维特根斯 (Wintgens) 早就指出, 立法者自身是拘束立法过程之规范的受众 (Ludwig Wintgens, “Creation and application of law from a leisprudential perspective. Some observations on the point of view of the judge and the legislator,” in: Aulus Aarnio and Robert Alexy (eds.), *Justice, morality and society, Festschrift für Alexander Peczenik*, Lund: Juristförlaget, 1997, p. 477.)

⑤ Vgl. Matthias Herdegen, *Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin*, *JuristenZeitung* 59 (2004), S. 875.

权衡的一般理念是依据相冲突之要求或原则在具体情形中的重要性来决定它们之中何者优先。权衡的基本法则说的是，就两个相冲突的要求而言，在特定情形的事实条件下得到满足更为重要的那个原则，或者说在具体情形中拥有更大分量那个原则具有优先性。^①这种优先性的建立不依赖于既定的标准。故而决定相冲突之要求的重要性本身就是要权衡的事。它包含了三个要素：一是有待彼此权衡的原则，二是致力于在这些相冲突之原则间确立优先性的权衡程序，三是从权衡和被建立之优先性中得出的确定性规范（法律规则）。例如，假如某人声称另一个人撒了谎，那么个人名誉权（它要求保护自己免受侮辱）与言论自由权（它要求每个人都应当被允许说出他的观点），这两种基本权利无法不受限制地彼此并存，因而存在着权利的冲突。两种权利都适用于上述情形，但又都决定不了上述情形。它们各自都只是在原则上要求某种解决办法，但却需要被权衡来作出决定。假如立法者认为冒犯性的言论是错的（即便这种言论是真诚的），且没有任何特殊的情境能够对冒犯性的言论进行正当化，那么个人荣誉权就会被基于相对于言论自由权的优先性。立法就会制定禁止冒犯性言论的一般性规范。

要再次强调的是，这一规范的效力只能被确立为权衡程序的结果，而非从先前规定的标准中得出。换言之，权衡在某种意义上具有“自治性”。^②权衡的结果反映的是进行权衡的主体所作的规范性判断。它确立了一般性规范的确定效力，因而创设出了新的规范内涵，而这就属于立法者的任务。正是在此意义上，立法机关成为宪法原则和对它们进行权衡之要求的首要受众。

三、立法的民主正当性

对作为宪法实施之立法观念的一种批评在于，它将因过度侵害民主原则而丧失正当性。道理似乎是显而易见的：因为现代法治国家的立法机关是民意代表机关，它的立法活动遵循民主程序、反映人民意志；仅仅将立法视为宪法的实施（哪怕是以前原则权衡为方法的创造性活动）将会过度压缩民主的政治空间，危及民主正当性。

（一）两种民主观

这里其实涉及到对民主（democracy）概念的理解。在众多的民主观念中，人们可以区分出形式民主观与实质民主观。^③形式民主观仅仅强调程序和决策，要求政治决定来自相关民众的选择。实质民主观则除此之外还要求民众的利益必须通过政治过程被充分地代表和实现。西克曼（Sieckmann）认为，人们可以陈述出如下三个民主体系的原则：（1）每个有能力为其自身的决定担负责任的人都必须有机会参与政治过程，只要这不会破坏这一过程的运作；（2）如果直接参与不可能，那么所有有能力参与的公民都必须有机会获得能直接参与政治过程的职位，例如成为议会成员；（3）民主决定必须取向于所有公民的利益，必须致力于达成利益的恰当妥协，也即获得为所有公民都可合理接受的办法。^④如果说前两个原则都体现的是形式民主观的话，那么第三个原则就代表着形式观念向实质观念的过渡，因为它是将指正确性或可接受性作为政治决定之正当性标准。由于这种正当性只能通过论证或商谈（discourse）才能实现，所以实质民主观就与某种形式的审议式民主（deliberative democracy）相关。^⑤

审议式民主提出了四个命题：（1）强调民主过程的反思性特征，而不仅仅是参与人的利益聚合；（2）强调民主政治结论正当性在于程序而不是实体结论；（3）强调民主机制内在与本身的商谈性价值，

^① See Jan Sieckmann, "Balancing, optimization, and Alexy's 'Weight Formula'," in: Jan Sieckmann (ed.), *The methods of balancing (ARSP-Beiheft)*, Stuttgart: Steiner, 2010, p. 104.

^② 西克曼称之为“自治的权衡”（Autonome Abwägung），参见 Jan Sieckmann, *Autonome Abwägung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 90 (2004), S. 66-85.

^③ Vgl. Ernst Böckenförde, "Demokratie als Verfassungsprinzip," in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, S. 289ff.

^④ See Jan Sieckmann, "Legislation as Implementation of Constitutional Law: A Foundation for the Demand of Legislative Rationality," in: Luc Wintgens and Daniel Oliver-Lalana (eds.), *The Rationality and Justification of Legislation*, Zurich u.a.: Springer International Publishing Switzerland, 2013, p. 116.

^⑤ 也可被称为协商民主、慎议民主等。

而非外在的工具性与功能性价值；(4) 强调民主决策中民众参与和精英决断的调和，而非割裂。^①在此基础上，阿根廷宪法学与法哲学家尼诺（Nino）对于审议式民主的认识论功能及其对于宪法的意义进行了最为深刻的阐述。在他看来，所有的宪法论证都是一种实践推理，宪法规范的作用就在于为这种实践推理提供大前提。然而宪法文本具有“高度的模糊性和不确定性”，它本身的正当性和有效性又来源于哪里？只能建立在基本原则或其他超宪法理由，也就是道德理由的基础之上。这种道德理由和观念是从宪法的历史实践中发展起来的，民主的观念与机制能够促进政治生活与道德生活的生长，能够有效地认识道德话语与道德观念。

之所以如此，是因为审议式民主所具有的认识论功能。传统的形式民主观认为，每一个人都可以保有自己的道德与利益的偏好，民主是自利的人将自己的偏好与利益在具体的社会历史情境中加以实现的过程，也就是原子式的个人为了自我保存和追求最大幸福与利益而加以谈判与妥协的过程，在此投票就是最方便与简单的民主决策方式。因此，投票程序被视为政治正当性的唯一来源。相应地，政治的目标在于赢得大多数，以便有机会进行自由和不受拘束的决定。于是，政治决定实质上是否充分是不相关的，而只是大多数的议题而已。与此不同，审议式民主观认为民主是有德性的，民主的德性恰就在于它把人民最初的自我偏好转化为更加利他和公正的偏好的机制之内。民主不仅制造道德上可以接受的结果，而且也通过把人民的偏好道德化，也就是通过把人民自己道德化来制造这些结果。^②商谈理论就是这类民主观的代表，它要求所有参与者都对正确的政治解答进行争论。所以，审议式民主以商谈理性为前提，不存在商谈理性，审议式民主就是一种幻觉。另一方面，商谈的理念也只有通过审议式民主在可能实现的范围内尽可能地制度化，才能够被实现。所以，要追求道德正确性，就要进行商谈；而要进行商谈，就必须要有（审议式）民主。^③权衡就是商谈的一种类型，它是发现政治决定之合理接受性的一种工具。宪法实施要成为一种理性的活动，原则权衡过程中的规范性决定（包括具体情形中对各个原则重要性的评估和比例关系的判定）就必须是商谈和论证的结果。故而原则权衡必然体现实质民主观和审议式民主。

所以，形式民主观致力于“多数人的统治”，它是一种意志主义的民主；而实质民主观下的审议式民主致力于“正确性的统治”，它是一种理性主义的民主。^④这两种民主观为政治行为提出了不同的目标。形式民主观导向了只需去寻求为维系权力所必要之最低限度的接受的政治（尽管不排除在这种最低限度的接受之外，还可以追寻其他目标），而实质民主观则要求去寻找公民最大程度之可能的合理接受。形式民主观可能在很大程度上符合政治现实。但问题在于，政治决定的正当性是否可能仅仅基于形式民主观之上，或者民主正当性也要求政治决定主张去找到为所有公民都可合理接受的办法，且必须要努力去这么做。事实上，任何合理的政治代表的观念都必须承认后面这一点。政治代表们（议员或人大代表）之所以被选举出来，并不是为了赋予他们政治权力去做任何他们想做的事，他们获得这种权力是为了实现公民或者说投票人的利益和诉求。虽然这些利益和诉求可能并不会导出特定的办法，因为并不存在唯一正确的决定，但这并不意味着政治决定无需受这些利益和诉求的拘束。因此，致力于获得为所有涉及的民众都可合理接受的办法就是正当权力的必要条件。^⑤任何为公共治理进行辩护的做法都必须取向于公民的正当利益，取向于对这些利益的最佳实现。立法对这一要求的遵守程度决定着它所能获得的正当性程度。^⑥

① Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 73.

② See Carlos Nino, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven/ London: Yale University Press, 1996, pp. 25-26.

③ Vgl. Robert Alexy, "Grundgesetz und Diskurtheorie," in: Winfried Brugger (Hg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1996, S. 354.

④ 关于“意志主义”与“取向于正确性”之间的对立，参见 Michael Becker, *Verständigungsorientierte Kommunikation und rechtliche Ordnung*, Baden-Baden: Nomos, 2003, S. 15f.

⑤ Vgl. Robert Alexy, "Grund- und Menschenrechte," in: Jan Sieckmann (Hg.), *Verfassung und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos, 2005, S. 61-72.

⑥ 这一程度主要取决于政治过程中论证的质量。就此而言可参见 Daniel Oliver-Lalana, "über die Rechtsargumentation in der Öffentlichkeit und ihre Relevanz für die Legitimität des Rechts," in: Jan Sieckmann (Hg.), *Argumentation und politische Legitimation*, Baden-Baden: Nomos, 2006, S. 69-82.

（二）民主与基本权利

根据实质民主观，政治决定必须基于对公民利益的正确权衡之上。那么，公民的利益如何体现呢？从理论上讲，这些利益必须由公民自己来决定。然而，某些利益可以独立于公民的具体选择、至少独立于大多数公民的支持而得以界定。这些就是受到基本权利保护的利益。^①考虑到基本权利来自人权且是对人权的制度化这一事实，可以认为这些利益对于公民而言具有极端的重要性，属于公民的根本利益。这就要求基本权利在政治过程中被给予恰当的尊重，而无需考虑大多数公民是否分享或接受这些利益。所以，实质民主观首先就体现为实施基本权利原则的努力，因为这些原则指向了公民最重要的利益，而后者又是政治立法活动必须保护和实现的。

另一方面，审议式民主本身也蕴含着人权。因为商谈实践是一种主张、提问、提出理由的实践，这一实践必然以表达参与者之自由与平等之理念的规则为前提。^②这一种理念体现在商谈的理性规则之中：（1）任何能够说话者均允许参加商谈；（2）任何人均允许对任何主张提出质疑；（3）任何人均允许在商谈中提出任何主张；（4）任何人均允许表达其态度、愿望和要求；（5）任何言谈者均不允许由于受到内在或外在于商谈之强制的支配而无法行使上述权利。^③由此，商谈就意味着将他人认可为自治的主体，也将他人认可为人（person）。将他人认可为人，就给予了他人以尊严；给他人以尊严，就认可了他人的基本权利。这些基本权利被实在宪法制度化之后就成为基本权利。正如意大利法学家拉多里（La Torre）所指出的，这也就意味着商谈宪政国家具有一种“非相对主义的基础”：这种国家并非相对于公民所持的一切观念或生活类型保持中立。虽然它看上去尊重所有的观念，但并非所有的观念都被作同等的判断。商谈本身及其规范性要求（即人权）就是其门槛。^④所以，基本权利与民主之间并不必然具有紧张关系。

四、对立法的宪法审查

将立法视为宪法实施和原则权衡的结果并不会丧失立法的民主正当性。但如果宪法的实施并不完全掌握在立法机关的手中，而且也与其他机关所分享，问题就会变得更加复杂。典型情形是，特定机关^⑤有权以宪法审查的形式对立法的结果进行检验，以确定其是否符合正确权衡的结果。这里的关键问题在于，对立法的这种宪法审查是否会侵害立法的民主正当性？这种审查的特性何在？

（一）宪法审查与民主

宪法审查是对宪法的优先性或高位阶性的表达，也是基本权利优先于或对立于一般议会立法的表达。^⑥宪法审查机关的判断以“法律 S 是违宪的”这一判断形式而出现，而立法机关的判断形式则是“法律 S 是合宪的”。这两种彼此矛盾的形式表明，宪法审查本质上是命题性的，因此具有论证和商谈的属性。但宪法审查不仅是言语行为和论证活动，也是职权活动。它在制度上面临的重大难题就是“反多数难题”：宪法审查机关一般来说都不具备像立法机关那样直接的民主合法性，为什么能够审查立法机关通过的法律？立法机关之所以具有民主性，是因为它的成员都是通过自由和平等选举而选出的，它代表了人民。那么，宪法审查机关也具有这种代表性吗？假如是，为什么这种代表可以优先于选举所支撑的代表？

传统的形式民主观以选举和多数决为制度支撑，属于决断式的民主模式。而以审议式民主为代表的实质民主观要求立法机关的决断建立在论证的基础上，它将蕴含一种“论证性代表”（argumentative representation）的概念。按照这一方式，立法机关对人民的代表既是意志性或决断性的，也是论证性或商谈

^① See Carlos Bernal Pulido, “Die Fundamentalität von Grundrechten,” in: Laura Clérico und Jan Sieckmann (Hg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 86.

^② 参见罗伯特·阿列克西：《法 理性 商谈》，第 127—136 页。

^③ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978, S. 361-362.

^④ See Massimo La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Dordrecht: Springer, 2007, p. 80.

^⑤ 这里的“特定机关”既可能是特定或一般的司法机关，也可能是有别于进行普通立法的立法机关分支，还可能是特殊的组织（如宪法委员会）。以下统称“宪法审查机关”。

^⑥ 罗伯特·阿列克西：《权衡、宪法诉讼与代表》，张葵译，《北航法律评论》2010 年第 1 期。

性的。与此不同, 宪法审查机关也能代表人民, 只是这种代表是纯粹论证性的。它之所以能对立法机关所做的决定进行审查, 是因为立法机关的代表可能会在意志与论证之间发生背离。而恰当的代表概念不仅有规范性和现实性的维度, 也有理念性的维度。后者意味着民主代表应当是一种理性的代表。具体来说, 它体现为: (1) 在宪法论证中, 存在着正确的或可接受的论证, 能够与坏的或不正确的论证区分开来, 从而担保理性与慎思; (2) 存在理性的人格, 其有能力和愿望, 基于论证的合理性或正确性而接受之。至少就长期来看, 必须有足够数量的公民愿意接受这一论证为正确的。概言之, 只要当宪法审查机关提出的论证是合理的, 而且共同体成员中相当数量的人有能力和愿望运用其理性的潜能时, 宪法审查就可以成功运行。^① 此时, 宪法审查机关的论证就是代表人民的论证, 宪法审查机关就具有民主代表性。在此, 人民不再是单纯的现实存在 (作为选民), 而成为一种理念意义上的理性存在 (阿列克西称之为“宪政型人格”)。所以, 在这种观念下, 宪法审查能够平衡权利与民主, 也有助于检验民主过程是否有足够的慎思性与公共精神, 从而具有正当性。

(二) 宪法审查与权衡负担

既然从规范理论的角度看, 宪法审查机关的审查活动与立法机关的立法活动一样可以被视为对宪法的实施 (对宪法原则的权衡), 那么前者相对于后者的特性何在呢?

首先, 宪法审查进行的是二次权衡。立法的产物, 即制定法规范本身就是宪法原则权衡的结果, 而宪法审查则是审查机关对宪法原则进行二次权衡的活动。与立法过程中的原则权衡不同, 宪法审查面对的直接对象是一般法律规则。这种一般法律规则一方面是宪法原则权衡的产物, 另一方面也是一种政治决定。正如前面所说的, 权衡时需要进行评价和作出规范性决定, 而这处于立法者的自由裁量空间。立法者一旦对此作出了评价和决定, 就应当得到恰当的尊重, 即便对于宪法审查机关而言也是如此。在规范理论上将这种“恰当的尊重”表述为形式原则。形式原则的对象就是立法机关作出的权威决定, 它独立于这些决定在内容上的正确性。形式原则就是遵守这些权威决定的制度性理由。^② 权威的制度性理由是一种只问来源、不问内容的理由, 它不仅强调决定主体的权威性, 也强调决定作出之程序的合法性, 展现出了一种独立于内容之先前权威决定程序结果的拘束力。^③ 形式原则在证立立法者的裁量权时扮演着一种关键性的角色, 因为它说的是, 应当由民主立法者来为共同体作出重要决定。^④ 但形式原则并不具有像规则那样的强排他性 (否则就无法对立法决定进行宪法审查了), 它的作用在于增加立法者在进行权衡时赋予优先性的那一方法宪法原则的分量。^⑤ 用阿列克西的经典表述来说就是: “并非当相对立之原则在具体案件中的分量比支持规则之原则的分量来得重时, 规则就已经被胜出了。必须被胜出的还有诸如这样的原则, 即正当权威所制定的规则必须被遵守。”^⑥ 也就是说, 当宪法审查机关对立法决定进行审查时, 它不仅要权衡与立法相关的实质宪法原则, 而且要考虑表达出对立法权威之恰当尊重的形式原则, 它要进行的是复杂权衡。^⑦

其次, 宪法审查要尊重立法者对结构性裁量空间的决定权。在宪法审查时有时会面对这样的局面: 审查机关对立法决定所涉及的宪法原则进行权衡后, 认为在具体情形中被权衡之双方的分量不相上下, 此时就出现了所谓的“平手情形” (stalement)。平手情形标志着权衡过程中存在着结构性的裁量空间。在不考虑形式原则的情况下, 平手情形意味着权衡者 (审查机关) 可以赋予被权衡之宪法原则中的任意一方以

^① See Robert Alexy, Balancing, Constitutional Review and Representation, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), pp. 577-580.

^② Vgl. Virgilio Afonso Da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, S. 145; Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 184.

^③ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S. 89.

^④ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S. 120.

^⑤ 关于形式原则的性质及其适用参见雷磊:《规范理论与法律论证》, 北京: 中国政法大学出版社, 2012年, 第68—119页。

^⑥ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S. 89.

^⑦ 参见雷磊:《规范、逻辑与法律论证》, 北京: 中国政法大学出版社, 2016年, 第359—370页。

优先性。如果它所作的决定与立法机关所作的决定一致，那么立法决定就会被判定为合宪；如果它所作的决定与立法机关所作的决定相反，那么立法决定就会被相应判定为违宪。但由于形式原则的存在，它在结构性裁量空间中造成了这样的效果：当出现平手情形时，审查机关依然应当尊重立法决定，即宣布作为立法产物的一般法律规则合宪。从论证理论的角度看，这其实是一个有利于主张规则合宪者而不利于主张规则违宪者的结论。它涉及的是一个有关论证结果之风险分配的论证负担规则：出现平手情形时，由主张规则违宪者承担不利后果。^①尊重立法者对结构性裁量空间的决定权同样属于民主原则的结果，因为后者要求社会利益及利益群体之间的冲突通过民主程序、也即通过对议会立法者的选举和决定来解决。这说明，当发生社会利益冲突时，立法者享有权衡优先性。^②

最后，宪法审查只能推翻而不能替代立法者作出决定。从宽泛的意义上讲，宪法审查机关的活动同样属于立法，只不过与立法机关进行的积极立法不同，它所进行的是消极立法活动。正如凯尔森所指出的：“立法职能——同一职能，而不是两个不同职能——也是分配给几个机关的，不过只给与了其中之一以‘立法’机关的名义。”^③因为在议会民主制中，传统的权力分立应当理解为权力分配，即把国家权力分配给各权力部门，各权力部门可以获得复数种类权力（如立法权、司法权同时兼具），因此，权力分配理论不是要实现不同类型权力的绝对分立，而是防止任何权力部门获得绝对权力而威胁民主制度。宪法审查机关的合宪性控制职能不会影响这一目的的实现，相反会促进权力平衡、促进民主实现。^④所以，宪法审查机关去审查法律违宪与否，就是在参与立法，尽管是在“与法律创设相对应的反向作用”上，作为“消极立法者”。^⑤此外，宪法审查机关的消极立法不同于立法机关的积极立法之处，还在于积极立法活动必须遵循宪法的组织性和程序性规定，但只在例外的情形下宪法才会对立法事项作出具体的内容要求，因此立法机关在制定法律（进行宪法原则的权衡）时拥有较大的自由权，立法机关可以在宪法规范所容许的框架内自由作出决定；而宪法审查机关在审查相关法律是否合宪时，只能就立法活动是否逾越宪法规范所设立的这种框架进行判断，确认立法机关对宪法原则的权衡有无违反比例原则，仅此而已。即便审查机关最终认定立法机关的权衡决定不当（从而认定相关制定法规则“违宪”），它也无权代替立法机关作出“合宪”的具体政治决定，而只能宣布“违宪的”制定法规则无效，而留待立法机关重新去制定相关的规则。这既是消极立法之“消极性”的体现。

以上三个方面无疑给宪法审查机关的原则权衡活动带来了论证及其结果上的负担，因而可被称为“权衡负担”。权衡负担的存在是为了保护（积极）“立法的尊严”。而这也恰恰正是权衡理论对立法之独特性理解的重要方面。

五、结语

从阶层构造论出发，可以将立法视为实施宪法规范的活动。只是这里的“实施”不仅意味着对宪法的纯粹法律适用活动，也意味着确立一般规范的法律创设活动。相比于其他层级的法律适用和创设活动，作为宪法实施的立法活动具有更大的政治形成空间，立法者所享有的自由裁量权也要大得多。这不仅是因为宪法规范规定的主要是立法的主体与程序，而较少对立法的具体内容作出规定，更是因为实质宪法规范具有原则的属性。正因为宪法规范具有原则的属性，而原则是一种最佳化命令，所以立法者要以特殊的方式（即权衡）来适用宪法规范。立法者是宪法规范的首要受众，也是进行宪法原则（尤其是基本权利，也包括其他宪法原则）权衡的主体。立法这种法律适用和创设活动就是立法机关对宪法原则的权衡。对立法的

① 参见雷磊：《规范、逻辑与法律论证》，第368—369页。

② Vgl. Matthias Herdegen, *Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin*, *JuristenZeitung* 59 (2004), S. 874.

③ 汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：中国大百科全书出版社，1996年，第303页。

④ 参见夏小雄：《凯尔森的“宪法司法保障理论”——理论阐释和效果分析》，张仁善主编：《南京大学法律评论（2011年春季卷）》，北京：法律出版社，2011年，第11页。

⑤ 汉斯·凯尔森：《谁应该成为宪法的守护者》，张葵译，许章润主编：《民族主义与国家建构》，北京：法律出版社，2008年，第262页。

这种理解并不违反民主正当性原则。无论是由立法机关进行的积极立法还是由宪法审查机关进行的消极立法，基于基本权利的权衡和商谈活动都体现了一种实质民主观，即取向于实现公民最根本利益（正确性诉求）的审议式民主。所不同者，立法机关对人民的代表既是意志性、也是论证性，而宪法审查机关对人民的代表是纯粹的论证性代表。此外，宪法审查机关所进行的消极立法要承担“权衡负担”，以维护（狭义上）立法的尊严。

最后要强调的是，作为一种理性论证活动，立法论证的范围要远比宪法原则的权衡来得更复杂。只是从规范理论的视角出发，我们才将立法论证聚焦于原则权衡这个部分。西班牙法学家阿蒂安扎（Atienza）就曾将立法的理性区分为五个层面，即语言或沟通的理性（立法者必须成功地将既有的规范性信息传递给受众）、法律形式或体系的理性（任何法律都应当与先前存在的法秩序相符，必须与后者相融贯及在逻辑上相连贯）、实用主义或社会的理性（制定法被其受众遵守的程度）、目的论或目的理性（法律获得其所陈述之目标的能力）以及伦理—道德理性（立法的内容应当是公正或道德上正确的）。^①将立法重构为对宪法规范的实施或对宪法原则的权衡活动，只涉及了这些理性层面中的某一些而非全部。但是，建构这样一种体系的立法论证理论并探求其特性，就需要另外进行叙述了。

（本文为“中国政法大学第五批青年教师学术创新团队项目”“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目”“陕西高校马克思主义哲学青年创新团队”的阶段性成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

The Characteristics of Legislation

—— From Stufenbaulehre to Theory of Balance of Principles

LEI Lei

Abstract: Legislation, in view of Stufenbaulehre, can be taken as activities of implementing constitution, which are both application of constitutional norms and creation of general legal norms. But theory of balance of principles deems this application-and-creation activity as legislative balance of constitutional principles (mainly basic rights, including other constitutional principles too). In the view of normative theory, legislation has its own characteristics: Firstly, legislation has a more huge discretion space comparative to legal application and creation on other levels, which has only a nature of degree, however. Secondly, legislation as balance of constitutional principles is closely related to conception of substantive democracy, especially to deliberative democracy aiming to realizing most fundamental interests (claim to correctness) of citizens, which does no harm to the principle of democratic legitimacy. Finally, legislation as balance of constitutional principles includes both of positive and negative legislation, and constitutional review as negative legislation has to take “burden of balance” in three forms, in order to respect positive legislation properly.

Key words: stufenbaulehre, balance of principles, implement of constitution, deliberative democracy, negative legislation

^① See Manuel Atienza, Practical Reason and legislation, *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 269-287.