

符合法律的宪法解释与宪法发展

杜强强*

内容提要 符合法律的宪法解释是在宪法有复数解释时以法律为准据而选择宪法解释的方法,与合宪性解释的方向恰恰相反。在我国宪法实践上,全国人大常委会曾经将《宪法》第40条上的公安机关解释为涵盖国家安全机关,这是较为典型的符合法律的宪法解释。从理论上说,为化解违宪疑虑,也可以通过这种解释方法将《宪法》第40条上的通信解释为排除通讯记录,而将检察机关解释为涵盖监察机关在内。与合宪性解释不同的是,符合法律的宪法解释属于逆向的“以宪就法”,因此通过这种方法得出的结论须接受宪法上的再审查。这种解释方法既能维持宪法的最高性,恪守宪法与法律之间的界分,同时又能容纳宪法含义新的发展。

关键词 合法宪法解释 合宪性解释 合宪性审查 通信自由和通信秘密

目次

- 一、导言
- 二、合法宪法解释的运用
- 三、合法宪法解释与宪法再审查
- 四、通过合法宪法解释的宪法发展
- 五、余论

* 首都师范大学政法学院教授。本文系2019年度教育部人文社会科学研究一般项目“符合法律的宪法解释及其实践研究”(项目批准号:19YJA820008)的阶段性成果。

一、导 言

宪法与部门法的关系近年来颇受宪法学界的关注。例如,有学者提出两者间存在三重关系,即法律对宪法的具体化、合宪性解释与合宪性审查。^①从逻辑上看,后两种关系实际上处于不同的层面,因为合宪性解释不过是合宪性审查中的一个阶段或者一种方法。合宪性解释的要义在于,当法律存在违宪疑虑而又有复数解释的可能,其中一种解释会导致法律违宪,但另一种解释能促成法律合宪,此时解释者就应当以宪法为判准选择符合宪法的解释,因此它又被称作“符合宪法的法律解释”(verfassungskonforme Auslegung)^②。这里要指出的是,合宪性审查的过程并不止于单纯以宪法来控制法律,因为那里同时还存在一个以法律来调整宪法含义的方面,其恰与合宪性解释的方向相反。它的基本特点是,当法律存在违宪疑虑但却没有复数解释的可能,不过此时宪法却存在复数解释的可能,其中一种解释会导致法律违宪,而另一种解释能促成法律合宪,此时解释者就应当选择能促成法律合宪的那种宪法解释。由于它是以法律为判准而在复数的宪法解释中进行选择,因此又被称作“符合法律的宪法解释”(gesetzeskonforme Verfassungenauslegung)^③,可简称为“合法宪法解释”^④。这两种解释方法的不同在于:合宪性解释是以宪法解释法律,属于正向的“以法就宪”;而“合法宪法解释”是以法律解释宪法,属于逆向的“以宪就法”。

党的十九大报告提出“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作”。2018年全国人大修改宪法,将“法律委员会”修改为“宪法和法律委员会”,它的职责之一就是“开展宪法解释、推进合宪性审查”^⑤。合宪性审查开始从理论走向实践。^⑥合宪性审查事关法律、法规的效力,出于法安定性的要求和对立法权的尊重,各国都发展出了一系列方法来限制审查机关的违宪判断,如,德国法上的“合宪性解释”方法,美国法上的“宪法回避”理论。^⑦“符合法律的宪法解释”也属于回避违宪判断的方法之一,是对“合宪性解释”的重要补充。因为在合宪性审查过程中,当法律存在违宪疑虑而又没有复数解释的可能时,就难以通过合宪性解释来回避违宪判断。在这种情况下,审查机关仍不宜仓促作出违宪判断,而应尝试“符合法律的宪法解释”,看是否能通过调整宪法的含义来回避违宪判断。其实,由于宪法概念有着比法律概念更高的抽象性,因此更容易发生复数解释的

① 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,载《中国法律评论》2019年第1期,第26页。

② 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第154页。

③ [德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第59页。

④ 翟国强:《宪法判断的原理与方法:基于比较法的视角》,清华大学出版社2019年版,第68页。

⑤ 《全国人民代表大会常务委员会关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》,2018年6月22日十三届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过。

⑥ 参见于文豪:《宪法和法律委员会合宪性审查职责的展开》,载《中国法学》2018年第6期,第43页。

⑦ 参见[德]斯特凡·科里奥特:《对法律的合宪性解释:正当的解释规则抑或对立法者的不当监护》,田伟译,载《华东政法大学学报》2016年第3期,第5页。

可能,合法宪法解释可能要比合宪性解释更为多见。更重要的是,由于我国的立法机关同时是修宪机关或者它的重要组成部分,宪法与法律之间存在更为紧密的关联,在两者间出现不一致时,通过解释的方式使其恢复体系和谐,可能是更优的选择。我国宪法学界对合宪性解释的研究已经有了充分的积累,实有必要来研究另一种回避违宪判断的方法,以便为合宪性审查的实际运作提供必要的技术和方法。

学界对合法宪法解释已经有初步的概念介绍,^⑧但尚缺乏对此方法操作过程的详细论说。本文拟从《宪法》第40条通信自由和通信秘密条款来具体展开讨论。这是因为,在这个条款上不仅出现了1982年宪法颁布以来第一件具有实质意义的宪法解释,而且这件宪法解释所采用的方法,其实就是合法宪法解释。就此而言,合法宪法解释在实践中发生的时间甚早,实有总结分析的必要。此外,围绕《宪法》第40条,我国立法机关也制定了若干部法律,这些法律大都引起过理论上或大或小的违宪疑虑,但这些疑虑基本都能通过合法宪法解释的方法予以化解。本文试图通过对这些实例的讨论,来展现合法宪法解释方法的内在结构,并总结其在运用上的特点。当然,合法宪法解释并不是能化解所有违宪疑虑的“万金油”,本文试图通过这些实例,一并论证合法宪法解释在适用上的条件和界限,并对合法宪法解释与通过立法发展宪法的论点进行必要的对比。

二、合法宪法解释的运用

(一) 通信检查与公安机关概念的扩张

《宪法》第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”与《宪法》第2章上多数基本权利条款相比,《宪法》第40条因措辞上的具体明确而惹人瞩目。按照该条规定,通信检查的具体条件是:(1)特定的事由,即“因国家安全或者追查刑事犯罪的需要”。(2)特定的检查主体,即“公安机关或者检察机关”。(3)特定的程序,即“法律规定的程序”。由于宪法预设了通信检查的条件,因此大幅限缩了立法者的形成自由——至少就通信检查而言,立法者只能在宪法预定的条件内进行有限的选择,而不能再诉诸《宪法》第51条上公共利益的概括理由。这种严格的宪法限制自然提升了对通信权的保护程度,但也相应增加了有关立法与宪法发生表面不一致的风险。这种风险随着相关立法活动的展开而逐步出现,但它却正是合法宪法解释的用武之地。

1. 国家安全机关的通信检查

最早涉及《宪法》第40条的是全国人大成立国家安全部的决定。国家安全部是1983年六届人大一次会议决定成立的。按照1983年《政府工作报告》的阐述,成立国

^⑧ 参见前注④,翟国强书,第67页;柳建龙:《合宪性解释原则的本相与争论》,载《清华法学》2011年第1期,第117页。

家安全部的目的在于“确保国家安全和加强反间谍工作”^⑨。国家安全部成立后,为解决其职权行使的合宪性,全国人大常委会于1983年9月通过《全国人民代表大会常务委员会关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定》(以下简称《决定》)。《决定》指出:

第六届全国人民代表大会第一次会议决定设立的国家安全机关,承担原由公安机关主管的间谍、特务案件的侦查工作,是国家公安机关的性质,因而国家安全机关可以行使宪法和法律规定的公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权。

这个《决定》在正文之后附录了《宪法》第37条和第40条的条文,因此可以看作是对《宪法》第37条、第40条的解释。本来按照《宪法》第40条的规定,宪法已将通信检查的职权排他性地授予了“公安机关或者检察机关”,原则上排除了由其他机关检查通信的可能。但国家安全机关既要承担间谍、特务案件的侦查工作,岂能没有通信检查的职权?这看似是一个两难的“僵局”:一方面,国家安全机关理应有权检查通信;另一方面,宪法却将这项职权限制在“公安机关或者检察机关”的范围内。在这种情况下,全国人大常委会的这个“决定”没有对宪法上的“公安机关”作文义上的严格解释,而是作了某种程度的扩张。在解释者看来,决定某个机关是否属于宪法上的“公安机关”,并不取决于它是否在名义上被称作“公安局”,而是要看其职能是否具有“国家公安机关的性质”。既然“间谍、特务案件的侦查”工作原由公安机关承担,而现已转由国家安全机关承担,则继续承担该职责的机关——国家安全机关——就具有了“国家公安机关的性质”,因此属于宪法上的“公安机关”。这就解决了国家安全机关检查通信的合宪性问题。

2. 公安机关概念的范围扩张

我国宪法学通说认为,全国人大常委会的这个决定对《宪法》第37条和第40条的内容“注入了新的内容,所以是解释宪法的一次实例”^⑩。这里的“新”表现在哪里呢?笔者认为,这个决定的新意,就表现在它使用了合法宪法解释的方法,并对宪法的含义进行了新的发展。为了便于论述,这里另以1986年《邮政法》第4条为例来展示这个决定所采取的解释方法。从时间上看,全国人大常委会在1983年通过上述决定后,1986年《邮政法》第4条才第一次规定了国家安全机关对公民通信的检查。^⑪当然,有了全

⑨ 《政府工作报告》,1983年6月21日第六届全国人民代表大会第一次会议通过,载《国务院公报》1983年第14号,第634页。

⑩ 许崇德:《中国宪法学》,天津人民出版社1986年版,第22页。实务界也有类似的想法,参见全国人大常委会法制工作委员会研究室编:《我国改革开放40年立法成就概述》,法律出版社2019年版,第135页。

⑪ 1986年《邮政法》第4条规定:“通信自由和通信秘密受法律保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关、国家安全机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯他人的通信自由和通信秘密。”

全国人大常委会的这个决定,国家安全机关检查通信不再有宪法上的疑问,但关于这个决定所用的解释方法,《邮政法》第4条可能提供了一个更好的观察视角。从时间上看,先有全国人大常委会的决定,后有《邮政法》。但从学术研究的角度看,若将《邮政法》的时间提前,而将该决定的时间延后,就更能清晰看出这个决定所使用的解释方法了。

从表面上看,《邮政法》第4条存在明显的违宪疑虑。因为《邮政法》第4条在公安机关之外授予了国家安全机关检查通信的职权,这不符合《宪法》第40条对通信检查主体的严格限定。更重要的是,由于《邮政法》第4条将公安机关和国家安全机关并列,而并列意味着它们是两个不同的机关,这几乎没有什么另作它解的余地。换言之,《邮政法》第4条简单明确,不存在复数解释的可能,因此也就没有作合宪性解释的条件。在这种情况下,解释者转而寻求对《宪法》第40条的另种解释。从解释的角度看,《宪法》第40条上的“公安机关”虽然并非不确定概念,但因宪法未将其与国家安全机关并列,且宪法亦未对“公安机关”的含义作出具体限定,因此就存在复数解释的可能——从理论上说至少可以容纳两种不同的解释:第一种解释是通常的文义解释,即将它解释为通常意义上的“公安局”,但这种解释只会导致《邮政法》第4条违宪;第二种解释则为非通常的解释,也就是将其解释为具有“国家公安机关性质”的机关。这里的逻辑是,国家安全机关在名义上虽然不是公安机关,但因为它负责办理有关间谍、特务的案件,因此具有公安机关的性质。这种解释虽然与宪法条文的通常含义有所不符,但能促成《邮政法》第4条合宪。在这两种宪法解释之间,解释者为回避违宪判断而选择了与法律相一致的宪法解释,此即合法宪法解释。

在《邮政法》之后,1994年《监狱法》第47条规定了监狱对罪犯通信的检查,^⑫从表面上看,这亦不符合《宪法》第40条的要求。^⑬因为《监狱法》第47条规定监狱可以检查罪犯的信件,但监狱本身为司法行政机关,并非公安机关,不符合宪法的要求。^⑭从严格的文义看,《监狱法》第47条的确存在不符合《宪法》第40条的嫌疑,但不宜仓促认定这个法条违宪。一是从实践上说,对罪犯来往书信的检查是我国长期的法律实践,1954年《劳动改造条例》就已经规定了对罪犯来往书信的检查。^⑮二是从宪法上看,罪犯要接受国家的“改造”,国家也有权对其予以“惩办”^⑯,因而其基本权利相对于普通公民理应受到较大限制。学说上历来将监狱与罪犯的关系界定为特别权力关系,^⑰自有

⑫ 1994年《监狱法》第47条规定:“罪犯在服刑期间可以与他人通信,但是来往信件应当经过监狱检查。监狱发现有碍罪犯改造内容的信件,可以扣留。罪犯写给监狱的上级机关和司法机关的信件,不受检查。”

⑬ 参见唐忠民:《公民通信自由和通信秘密保护的两个问题》,载《法学》2007年第12期,第16页;温泽彬:《服刑人员信件检查的宪法分析》,载《西南政法大学学报》2008年第3期,第75页。

⑭ 李忠夏教授认为,“犯人的通信自由同样应该得到保障,在宪法未修改的情况下,监狱对罪犯通信自由的限制,如果出于国家安全或追查刑事犯罪的需要,只能依据程序,提请检察机关或公安机关来协助进行”。参见李忠夏:《数字时代隐私权的宪法建构》,载《华东政法大学学报》2021年第3期,第52页,脚注45。其也认为《监狱法》第47条与宪法有所不符。

⑮ 参见吴杰主编:《宪法教程》,法律出版社1987年版,第187页。

⑯ 《宪法》第28条规定:“国家……惩办和改造犯罪分子。”

⑰ 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第146页。

其理。那么,这里如何回避违宪判断呢?由于《监狱法》在多处将监狱和公安机关并列规定,^⑮“监狱”一词的含义因此是明确的,不存在复数解释,所以无法进行合宪性解释。在这种情形下,就需要考虑合法宪法解释的可能,看是否能对《宪法》第40条上的“公安机关”另作它解。由于《监狱法》第4条规定监狱由“监狱的人民警察”依法管理,因此只要将《宪法》第40条的“公安机关”解释为“警察机关”,就可以促成《监狱法》的合宪。换言之,在对《宪法》第40条上的“公安机关”有不同解释的情形下,应当优先选择能促成《监狱法》合宪的解释,即将其解释为“警察机关”。这就是合法宪法解释,它不仅促成了《监狱法》的合宪,而且也赋予了宪法以新的含义。^⑯

(二) 通讯记录与通信概念的限缩

1. 通讯记录的法律属性

从宪法与部门法的关系看,在《宪法》第40条含义的确定上,2005年修订的《证券法》是一部重要法律。按照该法第180条的规定,国务院证券监督管理机构有权“查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通讯记录等资料”。2012年修订的《证券投资基金法》第114条也有基本相同的规定。这两部法律规定的“通讯记录”,也即通常所谓的“通话记录”,它是指通信用户的通信行为在运营商交换机里记录的各种信息,例如通话机组各方的号码、通话时间、通话时长、用户姓名等等。这里的问题是,这两部法律规定的“通讯记录”,是否属于《宪法》第40条上的“通信”?

其实,“通讯记录”是否属于《宪法》第40条保护对象的问题在我国似乎早有定论。2004年全国人大常委会法工委曾经作出答复认为,移动用户通信资料中的通话详单清楚地反映了个人的通话对象、通话时间、通话规律等大量个人隐私和秘密,是通信内容的重要组成部分,属于宪法所保护的通信秘密范畴;公民的通信自由和通信秘密是宪法所赋予的一项基本权利,该项权利的限制仅限于宪法明文规定的特殊情形,也即只有公安机关或者检察机关才有权对通信进行检查。^⑰

当然,这个“答复”直接针对的是法院在民事、行政诉讼中是否有权调取通讯记录的问题,但它在不经意间却将《证券法》和《证券投资基金法》的相关法条置于疑似违宪的不利境地,^⑱这恐怕也是全国人大常委会法工委所始料未及的。因为既然通讯记录属于《宪法》第40条上的通信,则对它的调取或者查阅就必须符合宪法所预定的主体要件,但国务院证券监督管理机构只是一个事业单位,无论如何也不属于宪法上的“公安机关或者检察机关”。如果照此思路走下去,则似乎只能得出这两部法律违宪的结论了。

^⑮ 例如,1994年《监狱法》第22条规定:“对罪犯提出的控告、检举材料,监狱应当及时处理或者转送公安机关或者人民检察院处理,公安机关或者人民检察院应当将处理结果通知监狱。”

^⑯ 蔡定剑教授在论及《监狱法》第47条的合宪性时说,“只要有法律规定的授权,而这些法律又是可以作出符合宪法的合理解释时,就不能认为是违宪的”。参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第266页。这里提出的“符合宪法的合理解释”,按照本文的分析其实就是“符合法律的宪法解释”。

^⑰ 参见全国人大常委会法制工作委员会编:《法律询问答复(2000—2005)》,中国民主法制出版社2006年版,第129页。

^⑱ 参见邢斌文:《论法律草案审议过程中的合宪性控制》,载《清华法学》2017年第1期,第169页。

2. 通信概念范围的限缩

当一种解释可能导致新修改的两部立法相继出现违宪疑虑的时候,就不能不怀疑这种解释的妥当性。因为解释法律也是结果导向的,解释者不能只顾逻辑或者文义上的周延而不考虑其后果。^②因此,为化解这里存在的违宪疑虑,就必须从这两部立法出发重新思考《宪法》第40条中“通信”的含义。前述法工委的答复之所以认定“通讯记录”属于宪法上的“通信”,是因为它对“通讯记录”作了简单的涵摄,认为通讯记录“是通信内容的重要组成部分”。但从解释的角度看,宪法上的“通信”未必只容有这一种解释。从回避违宪判断的角度看,更不宜采用这种解释。其实,如果将通信内容与通信的外在信息区分开来,并将宪法上的通信限定于通信内容,而将通讯记录等外在信息排除于《宪法》第40条保护之外,这样就能促成立法的合宪。可以看出,宪法上“通信”的概念可以容有两种解释,第一种不区分通信内容与外在信息,第二种则主张这种区分。第二种解释能够回避违宪判断,因此应当优先选择第二种解释。这就是合法宪法解释。

如前所述,全国人大常委会1983年的《决定》将宪法上的“公安机关”解释为“具有公安机关性质”的机关,这种合法宪法解释是扩张和发展了宪法的含义。对比一下可以发现,当将“通讯记录”等外在信息排除于宪法上的“通信”之时,合法宪法解释的方法在这里并没有“扩张”,相反却“限缩”了宪法的含义。但这种限缩具有重要意义:它化解了立法的违宪疑虑,更重要的是它使宪法上“通信”概念的边界更加清晰了。当然,这里的清晰只是“消极性”的:因为这里并没有积极地说明通信“是”什么,它只是消极地说明通信“不是”什么。但这种消极界定自有其价值,因为正是通过这种界定,“将一些具体的案例从一条被过度一般化的规范的适用范围当中分离出来”,规范的精确性将有所提高。^③从这里也可以看出合法宪法解释的价值:在宪法与法律的碰撞中,经由立法的冲击和启发,使人们对宪法文本的含义产生新的认知。立法的合宪性得到了维持,而宪法的含义也得到了新的发展和精确。

(三) 监察调查与检察机关概念的扩张

1. 监察调查与通信权保障的表面不一致

2018年《监察法》第25条规定:监察机关在调查过程中,可以调取、查封、扣押用以证明被调查人涉嫌违法犯罪的财物、文件和电子数据等信息。何谓“电子数据”?按照最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》,电子数据是案件发生过程中形成的,以数字化形式存储、处理、传输的,能够证明案件事实的数据。它包括下列信息、电子文件:(1)网页、博客、微博客、朋友圈、贴吧、网盘等网络平台发布的信息;(2)手机短信、电子邮件、即时通信、通讯群组等网络应用服务的通信信息;(3)用户注册信息、身份认证信息、电子交易记录、通信

^② 参见刘飞:《宪法解释的规则综合模式与结果取向——以德国联邦宪法法院为中心的宪法解释方法考察》,载《中国法学》2011年第2期,第70页。

^③ 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第110-111页。

记录、登录日志等信息;(4)文档、图片、音视频、数字证书、计算机程序等电子文件。从这个概念界定看,《监察法》上的电子数据包含了本质上属于通信的信息类型,例如“手机短信、电子邮件、即时通信”等信息,监察机关调查此类信息就涉及对公民通信自由和通信秘密的干预。^④可以说,《监察法》第25条与《宪法》第40条存在某种紧张关系。

在监察体制改革过程中,学界对这种紧张关系也曾有过讨论,其倾向性的观点,就是主张修改《宪法》第40条,至少要在通信检查主体中加入监察机关,从而消除这种紧张关系。^⑤不过,2018年全国人大在宪法修改中并未触及《宪法》第40条,此种紧张关系依然存在。那么,如何在学理上对待这种紧张关系?有学者认为,对《监察法》与《宪法》第40条的不一致,可以基于法秩序的安定性要求而作“合宪性推定”,但为了防止损害宪法规定的精神内核,“可以考虑暂时通过建立监察机关与其他相关国家机关的工作协调机制来予以解决”^⑥。实践中也有报道称,某个监察机关在办理一起职务违法犯罪案件时,监察机关没有为图方便省略程序直接调取记录,而是严格按照法律程序,通过配合协作机制,“由公安部门按照权限使用专业技术手段,调取到一组谈话对象此前在手机中已经删除的短信记录”^⑦。

2. 检察机关概念范围的扩张

上述理论观点和实践做法,显示出了对《监察法》第25条的违宪疑虑。因为如果监察机关在通信检查时仍需要其他机关(例如公安机关)的配合协助,这其实仍是对《监察法》第25条效力的怀疑和否定,而恰恰不是“合宪性推定”,因为《监察法》第25条是对监察机关的完整授权,并没有确认此类协助机制。从某种角度说,这种观点看到了宪法对立法的调控作用,其意甚善,但它只单方面地要求立法符合宪法,而没有看到立法对宪法的反向影响,没有看到依据立法来调适和发展宪法含义的可能性,未能在宪法和部门法之间尝试作“相互动态调适”^⑧。尤其是要考虑到,2018年全国人大既修改了宪法(尽管它没有修改《宪法》第40条),也制定了《监察法》,在这种情形下,当《监察法》第25条与《宪法》第40条存在某种不一致时,更要看到立法对宪法含义的发展作用,要考虑合法宪法解释的可能性。

从合法宪法解释的观点看,监察机关虽然在通常的文义上不属于《宪法》第40条上的“检察机关”,但因为其与检察机关有着职权上的先后承继,因此将其界定为《宪法》第40条的“检察机关”,似无不可。既然全国人大常委会在1983年的决定中能将国家

^④ 参见纵博:《监察体制改革中的证据制度问题探讨》,载《法学》2018年第2期,第120页;陈瑞华:《论监察委员会的调查权》,载《中国人民大学学报》2018年第4期,第15页。

^⑤ 参见胡锦涛:《论国家监察体制改革语境下的宪法修改》,载《北京行政学院学报》2017年第5期,第71页;王旭:《国家监察机构设置的宪法学思考》,载《中国政法大学学报》2017年第5期,第142页;江国华、何盼盼:《中国特色监察法治体系论纲》,载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第5期,第57页。

^⑥ 秦前红:《监察法学的研究方法刍议》,载《河北法学》2019年第4期,第19页。

^⑦ 《监察机关有权直接调取监察对象手机通讯录吗?》,载新浪网, <http://tj.sina.cn/zimeiti/roll/2018-10-29/detail-ihnaivxq5203171.d.html>, 2021年7月15日访问。

^⑧ 前注①,张翔文,第32页。

安全机关解释为宪法上的公安机关,则现在为何不能将监察机关解释为检察机关呢?在全国人大常委会 1983 年的决定中,解释者并没有局限于“公安机关”一词在文义上的表达,而重点指出国家安全机关与公安机关在职权行使上的延续性(国家安全机关“承担原由公安机关主管的间谍、特务案件的侦查工作”),并由此得出国家安全机关也具有公安机关性质的结论。与之同理,在监察制度改革的过程中,原属检察机关的部分职权——即对贪污贿赂案件、渎职案件的侦查权——已经在法律层面转至监察机关,且相应的办案人员在事实层面亦由检察机关“转隶”于监察机关,则不能不说监察机关在此范围内已具有《宪法》第 40 条上“检察机关”的某种性质。

通信检查属于常见的刑事诉讼强制措施,^②亦为查办职务犯罪所必需。在职务犯罪的存在没有改变,国家查办职务犯罪的需要也没有改变的情况下,如果认为检察机关在查办职务犯罪时有权检查公民的通信,而承继此类职权的监察机关却不能检查公民的通信,令监察机关不能有效行使此类职权,这恐怕既有违于监察体制改革的初衷,也不符合“尽量作有效解释”^③的法律解释学原理。由此看来,这里实有必要依据《监察法》来调适《宪法》第 40 条中“检察机关”的含义,此即合法宪法解释。

三、合法宪法解释与宪法再审查

从理论上说,“法律方法如果只是为解释者增加一个选择,而不能在一定程度内清楚地界定它的运用时机与条件,实际上只是扩大了法律适用的恣意性,违反了建立方法论的基本要求”^④。合法宪法解释虽有回避违宪判断的功能,但它仍有其运用上的条件和界限。

(一) 合法宪法解释的例外属性

对合法宪法解释的讨论离不开对它与合宪性解释的比较,所以这里先从合宪性解释说起。关于合宪性解释,有学者认为,因为它是在法律出现两种以上解释结果时让宪法发挥控制和选择的功能,因此与其他解释方法相比,合宪性解释当居于优先地位。^⑤有学者不同意这种优先地位的提法,认为“合宪性解释在各种狭义解释方法中应该处于最后的序位,只有在其他方法不能适用的情况下,才能采用合宪性解释”^⑥。其实,无论是“优先地位”还是“最后的序位”,这两种说法指的是一回事,都是指宪法对法律解释结果的终局控制作用,即当“法律规范意义内容确定后,可再以合宪性解释,审核其是否符合宪法之基本价值判断”^⑦。合宪性解释既处于“审核”地位,则当然在解释过程的最后环

^② 参见林钰雄:《刑事诉讼法》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 324 页。

^③ 吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 310 页,脚注 88。

^④ 苏永钦:《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版社股份有限公司 1994 年版,第 117 页。

^⑤ 参见前注 ②,王泽鉴书,第 191 页。

^⑥ 王利明:《法律解释学导论——以民法为视角》,法律出版社 2017 年版,第 470 页。

^⑦ 梁慧星:《民法解释学》,法律出版社 2015 年版,第 248 页。

节上,同时也可以说具有优先地位。以宪法来调控法律,这是“法秩序本身的统一性要求”^⑤,也是宪法最高性的体现,合宪性解释的优先地位正来自于此。

但合法宪法解释则有所不同,它非但不具有此种优先地位和终局控制作用,而是其解释结果还要接受宪法原理上的再度审查。道理很简单,宪法条款,尤其是基本权利条款本来就是用以评价立法是否恪尽国家保护义务的标准,若在解释过程中却要时时依据立法来确定宪法的含义,就将使宪法随波逐流而失去对立法的控制,反倒时时受制于立法,这不符合宪法的最高性原理。因此,“以法律来解释宪法,这种由下而上的解释在逻辑上是存在问题的”^⑥。毕竟,“法律跟随宪法才是常态,宪法跟随法律,总是特殊例外情况”^⑦。如果说合宪性解释是法律解释的一项优位性原则,则合法宪法解释就只是一个例外,而对例外情况,总是要严格解释。^⑧这里的严格就体现在,经由合法宪法解释得出的结果并不能自证其妥当性,对它还需要进行宪法上的再审查。这里的宪法审查,主要指的是对解释结果与宪法相容性的判断。与宪法不相容的解释结果当不具有可接受性,可谓逾越了合法宪法解释的限度。

之所以要强调对合法宪法解释结果的再审查,既有对宪法控制立法的考虑,也是因为要考虑到在宪法发展方面国家权力的适当分配。合法宪法解释具有发展和改变宪法含义的功能。从关于《宪法》第40条的几个实例看,无论将公安机关解释为包括国家安全机关、将检察机关解释为包括监察机关在内,或者将通讯记录排除在通信的范围之外,它们都超越了宪法的原有文义,已经不再属于狭义上的解释,而属于超越文义范围的法的续造,即对宪法的续造。从原则上说,发展和改变宪法含义当属于修宪者的固有权,理当受到解释者的尊重。合法宪法解释虽有保全法律的功能,但保全法律也不应以替代修宪者的职能为代价。如果不考虑解释结果与既有宪法规范的相容性,为了追求法律的合宪化而让宪法处处迁就时时退让,作出明显有逾越范围的续造,这无异于代替修宪者行使其职权,从而打乱了宪法解释与宪法修改在功能上的适当分配。

(二) 对解释结果的宪法相容性审查

当然,以上所谈均属抽象和空泛,何谓与宪法相容?何谓明显逾越范围?这些问题都难以给出一般性的答复。这里有必要检视一下本文所整理的几个实例,讨论一下它们能否与宪法相容。为了论述的方便,本文先讨论对通信概念的解释,然后再讨论对公安机关和检察机关的解释是否具有宪法上的可接受性。

如前所述,为化解《证券法》上的违宪疑虑,需要通过合法宪法解释的方法把宪法上的通信限缩于通信的内容,而将通讯记录等外在信息排除在外。这个解释其实是采用了区分(distinguish)的法学技术,将通信区别为通信的内容与通信的外在信息,并对其赋予不同的法效果,即前者受《宪法》第40条的保障,而后者被排除于第40条的保障

^⑤ 雷磊:《“宪法渊源”意味着什么——基于法理思考的思考》,载《法学评论》2021年第4期,第44页。

^⑥ 王贵松:《宪法概念的认知方法及其反思》,载《浙江学刊》2006年第3期,第26页。

^⑦ 前注^⑤,吴庚书,第368页。

^⑧ 参见郑玉波:《法谚》(一),法律出版社2007年版,第32页。

范围之外。这种“差别对待”是否与宪法相容,就需要看它是否有正当的理由来支持而不属于恣意。^{③⑨}其实这种区分的合理性是不难证明的。因为就一般生活经验而言,通信的内容与通信的外在信息之间的区别是显而易见的,如,通话内容遭到窃听与电话号码被泄露对个人生活私密性的冲击有着显著的不同,^{④⑩}将它们区别开来适用不同层次的宪法保护,这并非是一种宪法解释上的恣意。另外,从比较法上看,通讯记录在欧盟也被认定为元数据,亦不属于通信内容本身。^{④⑪}此时,合法宪法解释所造成的差别对待的结果既合乎一般生活经验,也有比较法上的支持,使其具有了起码的可接受性。^{④⑫}

对《宪法》第40条上的公安机关而言,无论是将其解释为包括国家安全机关,或者监狱,它们虽然从表面上看都超越了“公安机关”的文义,但尚在宪法规范的明确意旨之内。因为《宪法》第40条虽然规定了公安机关,但并没有界定它的语义。这与其说是修宪者的疏漏,不如说是修宪者对立法者的授权。因为宪法只是立法活动的框架,修宪者不可能为未来的立法提供具体而微的细节。^{④⑬}这为其含义的立法扩充留下了余地。更重要的是,虽然国家安全机关、监狱在事实层面都是重要的国家机关,但宪法本身并没有将其界定为一种不同于公安机关的国家机关。既然修宪者授权立法者界定公安机关的范围,而上述几个机关或者实际从事案件的侦查,或者本身就属于警察机关,则作为宪法解释机关的全国人大常委会将它们归类为宪法上的公安机关,当具有宪法上的相容性。

但将《宪法》第40条上的“检察机关”解释为包括监察机关在内,此项合法宪法解释则略有不同。从方法上说,将“检察机关”解释为包括监察机关在内,与将“公安机关”解释为包括“国家安全机关”在内,它们都是依据立法而扩充了宪法的文义。但从规范体系上说,将“公安机关”扩充到包括“国家安全机关”易,而将“检察机关”扩充到包括“监察机关”则难。难就难在,2018年修宪者将“监察机关”明确写入宪法,并且在诸多条文中将“监察机关”与“检察机关”并列。^{④⑭}这就对《宪法》第40条“检察机关”含义的扩张造成了很大困难。一方面,从合法宪法解释的角度看,应当将“监察机关”解释为《宪法》第40条上的“检察机关”,由此促成《监察法》第25条的合宪化;但另一方面,由于宪法在诸多条文中将两类机关并列,体现出区别两个机关的明显意图。在这种情况下,如何正当化这一后果:“检察机关”在《宪法》第40条上能涵盖“监察机关”,而在第40条之外却又与监察机关并列?从理论上说,宪法应当是一个逻辑上无

^{③⑨} 参见林来梵:《宪法学讲义》,清华大学出版社2018年版,第386页。

^{④⑩} 参见杜强强:《法院调取通话记录不属于宪法上的通信检查》,载《法学》2019年第12期,第84页。

^{④⑪} 参见前注^{④⑩},李忠夏文,第42页。

^{④⑫} 芦部信喜曾经指出,“法律上得以设定差别对待的事项,其和事实的、实质意义上的差异之关系,只要在社会通常观念看来是合理的,这种差别对待就可认为没有违反平等”。参见[日]芦部信喜:《宪法》,高桥和之补订,林来梵等译,清华大学出版社2018年版,第100页。

^{④⑬} 参见张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》2013年第5期,第929页。

^{④⑭} 例如,《宪法》第127条第2款规定,监察机关办理职务违法和职务犯罪案件,应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合,互相制约。

矛盾的整体,对一个条文的解释理应与另外一个条文相互一致,^{④5}对宪法的解释“不可造成宪法本身体系矛盾”^{④6},这理应被当作合法宪法解释的界限之所在。但对《监察法》第25条的合法宪法解释却恰恰要让同一个宪法术语有不同的含义,此时自然会令人产生它是否不相容于宪法的疑问。

当然,同样文字须作相同解释,这在法律解释论上并不是牢不可破的铁律。^{④7}实际上,即便就1982年宪法的原有文本而言,它也存在相同文字应作不同理解的地方。例如,宪法上多次出现的“国家”一词前后就有着不同的含义。^{④8}又如,《宪法》第42条第1款规定,公民有劳动的权利和义务。该条第3款又规定,国家提倡公民从事义务活动。可以看出,这个条文有两处“义务”的表述,但其含义并不相同:第1款上的义务指的是法律义务,而第3款上的义务指的是不计报酬的意思。^{④9}既然宪法本身在同一条款都能容纳同一语词的不同含义,则对《监察法》第25条的合法宪法解释虽然导致检察机关的文义前后不一,但考虑到这种解释既能促成立法的合宪,且合乎修宪者令监察机关有效行使职权的意图,因此这种解释似仍有宪法上的相容性。但也须指出,由于它令宪法上的同一术语产生不同的含义,且有“体系违反”之嫌,因此若说它已达到了合法宪法解释的极限,似乎并不为过。

四、通过合法宪法解释的宪法发展

合法宪法解释的要义,在于它使宪法经由立法的冲击而产生新的含义,就此而论它也是宪法发展的一个路径。就宪法发展而言,除正式的宪法修改外,我国宪法学者也曾提出过一种理论,即“通过立法发展宪法”,它与合法宪法解释颇有相似之处,但其间也有重要的区别,这里有必要讨论一下。由于“通过立法发展宪法”的理论在内部也并不完全相同,因此下文首先梳理一下有关“通过立法发展宪法”的理论脉络,然后再讨论它与合法宪法解释之间的异同。

(一)“通过立法发展宪法”的理论脉络

从现有文献看,我国若干学者都曾使用过“通过立法发展宪法”或者类似的表述,不过其指涉的对象似乎并不相同。例如,有学者聚焦立法对于发展宪法制度所具有的意义,指出我国的很多立法都具有创设宪法制度、明确宪法原则等方面的重要意义,如港澳基本法就是《宪法》第31条的具体化和丰富;《立法法》上的法律保留制度、《预算法》上的分税制则进一步明确了《宪法》第3条有关“中央的统一领导下,充分发挥地方的

^{④5} 参见前注③,康德拉·黑塞书,第49页。

^{④6} 前注③,吴庚书,第357页。

^{④7} “同样的语词在不同的规范当中应有同样的涵义。然而这一解释论据不能占据过大的比重,尤其是当其与法律规范及其概念的问题导向原则发生抵触之时。”前注③,齐佩利乌斯书,第76页。

^{④8} 参见韩大元:《认真对待我国宪法文本》,载《清华法学》2012年第6期,第12页。

^{④9} 参见胡锦涛:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第49页。

主动性、积极性的原则”的规定;《行政诉讼法》创设了体系化的行政诉讼制度,这是宪法本身所没有的。由此来看,尽管宪法修改和宪法解释被认为是主流的宪法发展方式,但立法在程序竞争中最终脱颖而出,成为我国宪法发展的主流方式。^{⑤0}

有学者则在使用“发展宪法”这种表述时,更着眼于有关立法与宪法之间的不一致,并将这种不一致视为立法对宪法的发展。例如,按照1982年《宪法》第100条的规定,地方性法规的制定权主体限于省级人大及其常委会,不过,1982年五届全国人大五次会议在修改《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)时规定省会市和较大的市的人大常委会有权拟订地方性法规草案,提请省级人大常委会审议制定。1986年修法时又将“草案”二字删去,径直规定省会市和较大的市的人大及其常委会有权制定地方性法规,报省级人大常委会批准后施行。《地方组织法》此时已呈现出与宪法的某种不合。这个体制后为2000年《立法法》所确认,2015年《立法法》修改后又将地方立法权主体的范围扩大至所有设区的市,它与宪法之间的不一致更为明显。该学者认为,“《立法法》修改推动地方立法权扩张为我们提供了一个视角,即通过民主的途径来阐明民主宪法(宪法权力制度)的不确定性,从而让宪法在具体问题上变得清晰、明确和有效,宪法本身也得到发展”^{⑤1}。

有学者亦注意到有关立法与宪法之间的不一致,但更进了一步,不仅将这种不一致看作立法对宪法的发展,而且更认为这是立法对宪法的修改。例如,就上述《地方组织法》《立法法》有关条款与宪法之间的不一致,如果“基本法律和宪法的通常含义公然且明显抵触,那就表明,宪法被基本法律赋予了新含义;若该基本法律还获得了全国人民代表大会代表2/3多数的通过,该基本法律就修改了宪法”^{⑤2}。言下之意,《地方组织法》和《立法法》已经修改了宪法第100条。

就上述三种观点而言,第一种似很难称得上是“发展宪法”。例如,全国人大依据《宪法》第31条制定港澳基本法,这是一个由上到下的自然过程。在这个过程中,《宪法》第31条规定的“特别行政区内实行的制度”得到了具体化,但宪法在这个过程中并未产生新的含义。因此,与其说它是在发展宪法,还不如说它是在实施宪法。因为宪法只是立法活动的框架,它不可能囊括所有的制度;如果把立法者对具体法律制度的创设都称作“发展宪法”,那将会使这个概念无所不包,从而失去其学术意义。此外,由于第一种观点并没有将着眼点置放于立法与宪法之间的不一致上,因此缺少与合法宪法解释的共同前提,因此本文不拟具体讨论它们之间的关系。而后两种观点(为方便论述,下文将它们分别称为“发展论”和“修宪论”),由于它们都将着眼点置放于立法与宪法之间的不一致之上,与合法宪法解释有着共同的前提,因此本文着重讨论它们与合法宪法解释之间的关系。由于它们恰好都以地方立法权扩张为例来展开论述,因此本文也不妨利

⑤0 参见林彦:《通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争》,载《清华法学》2013年第2期,第52页。

⑤1 李少文:《地方立法权扩张的合宪性与宪法发展》,载《华东政法大学学报》2016年第2期,第68页。

⑤2 翟小波:《人民的宪法》,法律出版社2009年版,第57页。

用这个实例来作具体的比较,虽然这个实例因2018年宪法修改而失去了实践意义,^{⑤3}但它对于合法宪法解释之实益的阐明仍有学术价值。

(二) 合法宪法解释的实益

首先需要阐明的是,《地方组织法》或者《立法法》与宪法之间的不一致,是通过合法宪法解释的方式来作合理的说明。如前所述,按照1982年《宪法》第100条的规定,只有省级人大及其常委会才有权制定地方性法规,但《地方组织法》和《立法法》却先授权较大的市、后授权所有设区的市都可以制定地方性法规,惟需报省级人大常委会批准后施行。对这种立法与宪法之间的不一致,可以通过扩张1982年《宪法》第100条上“制定”一词范围的方式予以化解。具体来说,就是将省级人大常委会“制定”地方性法规的权力,扩张为也包括对设区的市之法规的“批准”权。这是因为,设区的市的地方性法规只有在报省级人大常委会批准后才能施行,因此可以说它的最终效力仍来自于省级人大常委会,^{⑤4}所以将省级人大常委会的“批准”解释为它自己来“制定”也不是没有理由。这样一来,尽管设区的市在《地方组织法》和《立法法》上取得了“制定”地方性法规的权力,但这种权力在宪法上仍不过是省级人大常委会法规制定权的一个衍生物。从宪法上来说,设区的市的地方性法规依然是省级人大常委会“制定”的,这样就化解了相关法律和宪法之间的不一致。^{⑤5}可以看出,经由《地方组织法》和《立法法》的冲击和启发,使人们对《宪法》第100条中“制定”的概念产生了新的认知,这就是合法宪法解释。

从这个实例可以看出,无论是合法宪法解释还是“发展论”抑或“修宪论”,它们都对立法与宪法之间的不一致作出了积极回应,没有把它视作“违宪”,而是都维持了立法的效力。这是它们之间的相同点。那么,它们之间有何区别呢?本文认为,其区别可以归结为以下两个方面,而这两个方面,也正是合法宪法解释的两处“实益”。

一是是否维持宪法与法律之间的形式界分。《地方组织法》和《立法法》的确在某种程度上发展了宪法,但这种发展是具有宪法位阶,还是只具有法律位阶?“发展论”对此语焉不详。“通过立法发展宪法”这个表述本来就有点含混不清:形式上只是法律,却发展了宪法。它看似要维护宪法的规范性,但又主张普通立法可以“发展”宪法,其实在很大程度上已经放弃了宪法与法律之间的形式界分。与它相比,“修宪论”的立场可能更直白一些:它明确主张立法具有修改宪法的效果,因此它显然具有宪法的位阶。但如此一来,宪法与法律之间的形式界分也将不复存在了。可以说,无论是“发展论”,

^{⑤3} 2018年宪法修改赋予了所有设区的市以地方性法规制定权。

^{⑤4} 理论上因此有人将较大的市享有的法规制定权称为“半立法权”。参见宓雪军:《半立法权探讨》,载《中国法学》1991年第6期,第43页。有学者虽然不赞同“半立法权”的提法,但也承认“从立法形式上来看,批准权应属于法规制定权的组成部分”。参见王林:《谈地方立法批准权性质》,载《法学杂志》1994年第5期,第23页。

^{⑤5} 立法实务工作者也曾指出,虽然立法者赋予了较大的市以法规制定权,但“为了同宪法保持一致,规定必须报经省、自治区人大常委会批准后施行”。参见乔晓阳、张春生主编:《〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉释义及问题解答》,中国民主法制出版社2006年版,第13页。

还是“修宪论”,其关键点都是不承认宪法相对于法律的优位性,只不过“发展论”对此还有些遮遮掩掩而已。从学术史的角度看,这种论点并不新奇。例如,德国魏玛时期的学者安许茨曾明确指出,“宪法并不是比普通法律位阶更高的规定……宪法也并不超然于立法权之上,反而是后者得处分对象”^{⑤6}。在同时代的法国也是这样。如,有法国学者坦陈,“如果议会表决通过了一部与宪法相矛盾的法律,与其说将该法律视为违反宪法,毋宁说可能也有必要将其视为间接地修改了宪法”^{⑤7}。可以看出,这些观点与前述我国学者的论点并无分歧。这里没有必要展开对此种论点的学理评判,单说它不符合我国《宪法》第5条对宪法优位性的明确规定,就可以对它的妥当性作出判断了。

相比之下,合法宪法解释终归是一种对宪法的解释,虽然它也要依据普通立法的内容来调适和发展宪法的含义,但它依然固守着宪法与法律之间的形式界分,维持着根本法的优越地位。例如,就地方立法权扩张而言,《地方组织法》和《立法法》的确存在与宪法的不一致,但合法宪法解释却将这种不一致转换为对宪法文义的新理解,也就是将《宪法》第100条中的“制定”,解释为既包括“制定”,也包括“批准”。这种新理解固然因立法的冲击而引起,但这里却不能将变动的原因和变动的结果混为一谈。具体来说,立法只是宪法新含义的催生剂而已,它虽然对宪法文义具有启发和冲击的作用,但终归是宪法之外的因素,其本身并不具有宪法位阶。具有宪法位阶的,始终只是宪法规范,而不是法律规范。就此而论,在合法宪法解释的过程中,宪法的含义虽然有所改变,但宪法与立法之间的界限依然是明晰的。当然,合法宪法解释也可能导致宪法条款之间的张力。如,在对《宪法》第100条中的“制定”作这样的解释后,它的含义就与《宪法》第116条中“制定”的含义有所不同。但这种因合法宪法解释而导致的张力也未必不能视为解释者向修宪者发出的呼吁,^{⑤8}修宪者于此可以综合判断是否有必要修改宪法以消除此种张力,因此可以说合法宪法解释仍保留有对修宪权的基本尊重。而无论是“发展论”或者“修宪论”,它们都打破了宪法与法律之间的形式界分,也抹煞了修宪权与立法权之间在功能上的适当分配。

二是是否有对宪法发展的宪法控制。合法宪法解释因为固守着宪法与立法之间的界分,因此就需要对立法之于宪法的发展保持审慎的姿态,经由合法宪法解释得出的结果并不能自证其妥当性,对它还需要进行宪法上的再审查。从某种程度上说,“发展论”也持有类似的立场。例如,针对地方立法权的扩张,有学者指出,立法主体虽然可以依照政治过程来发展宪法,但“它的合宪性并非是理所当然的”,“否则就没有违宪的问题

^{⑤6} [德]余可·汉斯:《魏玛共和国的国家与宪法学说》,韩毅译,黄卉校,载黄卉主编:《德国魏玛时期国家法政文献选编》,清华大学出版社2016年版,第34页。“安许茨将宪法与法律等同视之的见解代表着魏玛宪法下的通说。”[日]芦部信喜:《制宪权》,王贵松译,中国政法大学出版社2012年版,第31页。

^{⑤7} M. Letourneur & R. Drago, *The Rule of Law as Understood in France*, *American Journal of Comparative Law*, Vol.7:147-151(1958),转引自前注^{⑤6},芦部信喜书,第24页。

^{⑤8} 这里需要指出的是,将《宪法》第40条上的“检察机关”解释为也涵盖“监察机关”在内,会导致“检察机关”的文义前后不一致。从维护宪法体系和谐的角度看,修宪者似有必要修改《宪法》第40条,明确赋予监察机关以通信检查的权限。

了”。因此,这种发展“必须要经过另一个‘机制’或者‘标准’加以确认或者认可”。不过这种机制应当主要“是政治性的或者社会性的,比如确认它以公共利益作为目标、获得相当大的民主基础和民众支持、历经时间沉淀和检验(以及惯性的接受)等”。^{⑤⑨}在这里,“发展论”似乎又显出了它“犹抱琵琶”的特点:一方面,它主张要对立法之于宪法的发展进行审查,这里似有对宪法规范性的某种承认;另一方面,它又认为这种审查主要是“政治性或者社会性的”,表露出它对宪法规范性的某种否认。因为从理论上说,凡国家权力机关通过的立法,无不以公共利益作为目标,也具有较高的民主基础,但如果以此为依据来判断立法发展宪法的合宪性,则无异于承认凡是立法对宪法的发展都具有合宪性,这实际上等于放弃了审查。而所谓时间沉淀和检验的标准,其实就是法理学上默认原则(doctrine of acquiescence)的翻版,但一则这个原则能否具有正当化的效果本身就具有争议;^{⑥⑩}二则“时间沉淀”的标准过于消极且基本不具有可操作性,因为它不是积极地去化解违宪疑虑,而是将它消极地推给时间去解决,其实就是放任违宪疑虑的存在而令其自然消失。但有的违宪疑虑很难自然消失,例如《监狱法》1994年通过后至今都有学者认为监狱检查罪犯书信不符合宪法。^{⑥⑪}

对照而言,合法宪法解释终究是对宪法的解释,而既然是对宪法的解释,那就不仅需要遵循基本的解释规则,也需要说明为何宪法能容纳下这种解释。宪法的整个规范体系就像一个有机体,它也有排异反应。要让宪法容纳新的含义,必须经过排异系统的审查,它可以容纳同质性的发展,却不能容有异质性的内容。这是宪法规范最高性的自然结果。基于宪法的最高性原理,当立法与宪法出现不一致时,虽然可以通过对宪法含义的调整而维护法律的合宪性,但这种调整不是无限度的退让、无原则的迁就,不能为了法律而实质性地曲解宪法。就此而论,合法宪法解释依然持有宪法优越的基本立场。相比之下,“发展论”和“修宪论”则似乎将立法摆在了一个过高的位置上,过于强调现时性的立法,而对宪法之于立法的控制作用强调不够。它的确在某个侧面描述了现阶段我国宪法发展的主要途径,但失之于忽略了宪法对立法的规范作用。尤其是“修宪论”,无异于将宪法完全置于立法的操控之下,宪法不仅失去了对立法的控制力,且没有任何自主自立的能力,甚至没有了自己的识别性特征。从“尽量作有效解释”角度看,这种观点看似维持了法律的效力,但其实把法律轻易解释成修改宪法,与把法律轻易解释成违反宪法,这两种做法间的差别相去无几,都有所不当。

如果做个比喻,可以说宪法只是一个国家的“蓝图”,它须容由立法机关积极实践,立法机关因此仍保留有很大的形成自由。^{⑥⑫}而在这个过程中,立法与宪法发生表面不一致的情形甚为常见。“发展论”或者“修宪论”正是对此类现象的一个学理建构,类似

^{⑤⑨} 参见前注⑤①,李少文文,第68页。

^{⑥⑩} 参见杜强强:《论宪法修改程序》,中国人民大学出版社2008年版,第206页。

^{⑥⑪} 参见前注⑤④,李忠夏文,第52页。

^{⑥⑫} 美国政治学家、政治家威尔逊也比喻说,宪法“只是一块基石,而不是一座完整的大厦”“它是根,而不是完美的藤”。参见〔美〕威尔逊:《国会政体:美国政治研究》,熊希龄、吕德本译,商务印书馆1989年版,第10页。

于德国法上的宪法变迁理论。耶利内克很早就指出成文宪法可能随着议会立法而发生意义变迁,后来徐道邻也在宪法变迁的框架下讨论过制定法与宪法的不一致。不过这种理论因削弱了宪法的规范性而为当代学说所不取。当代德国通说虽然仍认可宪法变迁的概念,但却认为政治事实须经过宪法解释的“过滤”,只有通过宪法解释的宪法变迁才具有合理性。^{⑥3}与之相似,“通过立法发展宪法”的理论建构无疑也削弱了宪法的规范性,它虽有自己的时代背景,但对于走向“合宪性审查时代”的我国宪法而言则似不合时宜。合宪性审查的时代也需要适合于合宪性审查的理论和方法。^{⑥4}而合法宪法解释的实益就在于,它不仅能够积极化解立法中存在的违宪疑虑,而且能够在这种化解过程中维持宪法的高级法地位,使宪法发挥出它对立法的控制功能。这是它相较于“通过立法的宪法发展”的长处之所在。

五、余 论

从理论上说,法律体系具有整体性,对法律的解释需要考虑宪法的规定,对宪法的解释同样需要虑及法律的规定。解释者需要相互调适宪法和法律,在上下位阶的规范之间经由诠释循环而达到法体系的动态和谐。合宪性解释与合法宪法解释都是这个诠释循环上的必要步骤,很多时候这两种方法都需要结合使用,方能达到调适的目的。^{⑥5}单独来看,合宪性解释主要在于以宪法控制法律的解释,而合法宪法解释则主要在于使宪法经由立法的冲击而产生新的含义。如果说合宪性解释主要体现了宪法对立法的单纯控制,合法宪法解释则既容留了立法影响宪法的渠道,又保留了对这种影响的基本控制。可以期待,合宪性审查机关通过对这些方法的娴熟使用,使宪法既容纳新的立法,又通过解释说理而使宪法的文义得到规范发展。这才是“一面规范社会、一面回应社会”的理想宪法状态。^{⑥6}

本文围绕《宪法》第40条的立法实践,对其中可能容纳合法宪法解释的地方作了整理,并重点界分了它与“通过立法发展宪法”之间的不同。实际上,合法宪法解释在方法的运用上还有更多的问题需要探讨,例如本文虽然讨论了它的适用条件,也初步论及它在适用上的界限,即不应造成宪法自身的“体系违反”。但是否还应有其他界限存在,仍有进一步讨论的必要。此外,我国合宪性审查的对象虽然在理论上也包括全国人大常委会制定的法律,^{⑥7}但在实践中它的主要目标却是行政法规和地方性法规。宪法经

^{⑥3} 参见王锴:《德国宪法变迁理论的演进》,载《环球法律评论》2015年第3期,第114-116页。

^{⑥4} 参见张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,载《环球法律评论》2019年第2期,第5页。

^{⑥5} 参见前注③,康拉德·黑塞书,第59页。

^{⑥6} 参见前注③,苏永钦书,第119页。

^{⑥7} 实务上也出现了对法律的审查。参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编:《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。

由法规的冲击而产生新的含义,这无论在理论还是实践上都属于常见,^⑧因法规而引起的“合法规宪法解释”对我国合宪性审查的实际开展也更具有意义;但因为行政法规和宪法之间还有一层法律作为中介,而在地方性法规与宪法之间还要再加上一层行政法规,因此其解释的结构可能要比单纯的合法宪法解释更为复杂。如何有效操作此种“合法规宪法解释”,可能需要对我国的合宪性审查实践作更进一步的观察。本文只是对合法规宪法解释的一个初步探讨,更多的问题还需要学界的进一步关注和研究。

Abstract: The statute-oriented constitutional interpretation is a method of choosing constitutional interpretation on the basis of law when the *Constitution* has a plural interpretation, which is opposite to the direction of constitutionally faithful interpretation. In the practice of the *Constitution of China*, the Standing Committee of the National People's Congress had interpreted 'public security organs' in article 40 of the *Constitution* as containing 'national security organs', which is the typical statute-oriented constitutional interpretation. In theory, in order to avoid the doubt of constitutionality, it is also possible to interpret the correspondence in article 40 of the *Constitution* as excluding the records of correspondence in this way, and interpret the procuratorial organs in the same article as containing the supervisory organs. Unlike the constitutionally faithful interpretation, the process of statute-oriented constitutional interpretation is an inverse operation, which turns the position of the *Constitution* and the statute reversedly and makes the meaning of the *Constitution* oriented toward the statute, so its interpretative results must be subject to the constitutional review to determine whether it could be in harmony with the constitutional law. Such a method can sustain the supremacy of the *Constitution* and the separation between the *Constitution* and the statute, while it can accommodate the new development of the constitutional meaning.

(责任编辑:强梅梅)

^⑧ 有学者将其称为“合命令宪法解释”,此处的“命令”,等同于“法规”。参见前注^③,苏永钦书,第116页。