

“合宪性解释”理论辨析及其可能前景

夏正林*

内容提要 国内一些学者提出的“合宪性解释”理论,主张法院在作出裁判前应先对相关法律进行合乎宪法的解释,以把宪法的精神在司法审判中得以贯彻,也保证了相关法律在宪法下运行。该理论致力于解决实践中宪法效力虚置的问题,并为实现以宪法为统帅的统一的国家法秩序提供理论支撑。然而,该理论毕竟是在借鉴德国和美国的相关理论基础上形成的,中国与相关国家的宪法实践的实际情况并不相同,法院不享有违宪审查权,不能简单套用,否则就会出现“泛化”的危险。但引进合宪解释理论有其必要性,把其与全国人大常委会的解释互相补充、互相配合,可以形成一个完整的宪法解释制度。

关键词 合宪性解释 违宪审查 独立审判 宪法价值实现

近几年,“合宪性解释”理论吸引了许多学者,相关论述比较多,不仅宪法领域,刑法、民法领域的学者也都非常关注。他们认为,通过该理论,在理论上,可以催生中国宪法解释学,在实践上,在很大程度上可以解决我国宪法实践中宪法效力被虚置的问题,甚至还可以为建立以宪法为统帅的统一的国家法秩序提供理论支撑。2016年7月,最高人民法院发布了《民事诉讼新文书样式及制作规范》(下称《制作规范》),其中规定了“裁判文书不得引用宪法和各级人民法院关于审判工作的指导性文件、会议纪要、各审判业务庭的答复意见以及人民法院与有关部门联合下发的文件作为裁判依据,但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”,似乎肯定了这一理论的实践效用。但也正如一些学者所认为的,学界对“合宪性解释”理论有不同的理解,准确地讲,大部分学者所讲的“合宪性解释”是指“基于宪法的解释”,该理论的主要阐述者也明确指出“合宪性解释有两种理解”。^① 该理论毕竟是在借鉴德国和美国的相关理论基础上形成的,能否得到准确阐述,尤其是在合宪性解释过程中,宪法解释、法律解释、立法解释、司法解释之间的关系也没有阐述清楚,更何况,在中国特定的宪法实践面前,能否发挥应有的

* 华南理工大学法学院教授,博士生导师。

① 参见张翔:《合宪性解释的两个面向——答蔡琳博士》,载《浙江社会科学》2009年第10期;黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,载《中国法学》2014年第1期。

效用也是需要仔细论证的,有学者甚至担心,这个理论存在“宪法泛化”的可能。^②因此,有必要进行深入地讨论。

本文的主要目的在于在对各种“合宪性解释”说法之间的联系和区别进行仔细辨析的基础上,探讨“合宪性解释”理论的内在逻辑,分析其对于改善我国宪法效力实现的机制所具有的可能作用和存在的问题,从而为解决我国宪法实践中出现的效力虚置的问题提供更为可行的理论基础。

一、“合宪性解释”理论辨析

目前,宪法学者们主张的合宪性解释理论,主要是指人民法院在作出裁判时应当先对其所适用的法律进行合乎宪法的解释,或者说,我国各级人民法院在对个案裁判所适用的法律进行解释时,应当将宪法原则和精神纳入考量范围,从而通过司法把宪法在实践中运用起来。^③它的基本要求是所有层级的法院在所有案子裁判实践中都要先对相关法律进行合宪性解释,然后再作出裁判,以使相关法律在宪法的基本原则和精神下运行。这意味着,不仅仅是在有关宪法的诉讼中,而且是在所有的诉讼中都要进行这项工作。从这个角度讲,合宪性解释实际上是法院作出裁判的一个必要的环节,即寻求“符合宪法的法律”的过程。这个理论虽然是宪法学者为解决我国宪法实践中宪法效力虚置的问题而设计的,但是,应该说,首先是德国相关理论影响的结果,事实上,主张该理论的主要是一些具有德国留学背景的青年宪法学者。所以,我们应当从德国相关理论开始考察。

在德国的相关理论中,合宪性解释主要是指,当一个法律规范有多种解释的可能时,即至少有一个解释合宪,至少有一个解释违宪时,应当选择符合宪法的解释。^④也有学者介绍,在德国,合宪性解释还有一种理解,即“如果一项法律有多种解释的可能,其中一些可能导致违宪的结果,而另一些可能会导致合宪的结果,那么宪法法院就不能认为该规范是违宪的,而应当对之作与宪法相一致的解释”。^⑤这两种说法存在着细微的差别,前者并不强调法院拥有违宪审查权,后者则是法院有违宪审查权条件下的进行违宪审查一种原则或做法,它更接近于美国宪法理论中的“合宪性推定”理论。中国学者提出的合宪性解释理论主要借鉴了前一种说法。

德国合宪性解释的理论的产生与其宪法法院的实践是密切相关的。在1958年的“吕特案”判决书中,德国联邦宪法法院认为:

“基本法并无意成为价值中立体系(秩序),也已在它的基本权利章中建立起一套

^② 参见王锴:《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期。

^③ 参见前引①,黄卉文。

^④ 前引②,王锴文。

^⑤ 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。

客观的价值秩序,且对基本权利的效力做了原则性的强化。这个以人格及人性尊严能在社会共同体中自由发展作中心的价值体系必须视为宪法上的基本决定,有效适用各法律领域,立法、行政、司法均由此获得了方针与动力。自然地,它也会影响民事法律,没有任何的民事法律可抵触它,每一规定均须依照它的精神来解释。直接透过私法客领域内各项规定的媒介,基本权利的法内涵成了客观规范,在私法中伸展开来。正如同新法须与基本权利的价值体系协调一致,既有旧法在内涵上也须配合这个价值体系一般。像这种私人间根据受基本权利影响的民事法律行为规范的权利义务争议,在实体上及诉讼程序上,仍然维持为民事法律争议。尽管民法的解释须依循公法——宪法——所作的解释及适用则仍然是民事法。”^⑥

该判决把宪法文本中的基本权利条款不再仅仅看成是由当事人可以主张的主观性权利,而且是一个客观价值体系,构成一个整体性的宪法秩序,从而,所有的国家机关都有保证其实现的义务。根据这个理论,作为客观价值体系的基本权利就必然会透过立法对其他普通的法律产生辐射效应,对于宪法法院来说,在必要时,它就可以把涉及个人之间的民事权利义务关系的案件看成是一个宪法案件进行审理。同时,它也的确隐含着这么一层含义:普通的法院在审理和裁判这些案件时就再也不能够仅限于相关法律本身,而首先应当考虑其中所含的宪法价值,并以实现该宪法价值为指针来解释和适用相关法律,虽然该法院并没有最终的违宪审查的权力。应该说,正是因为这一点,这个理论被我国学者用上了。

虽然,我国宪法学者所主张的合宪性解释理论是在借鉴德国“合宪性解释”理论基础上形成的,但“合宪性理论”本身最早却来源于美国,德国的相关理论也是在美国的做法基础上发展而来的。^⑦ 因此,要准确地理解“合宪性解释”理论,还需要从美国的做法讲起。

在美国,合宪性审查理论是指美国的法院在进行违宪性审查时,应遵循最大可能地先对相关的法律进行合宪性解释,只有在无法进行合宪性解释时才作出违宪的判决的原则。^⑧ 因此,称为“合宪性推定原则”更为贴切。^⑨ 据王书成教授考察,美国的这种合宪性推定的原则早在1782年就已在维吉利亚州的司法实践中运用了。潘德雷登法官在判词中指出:“如果立法机关制定的法律在形式上违反了宪法的相关条款,法院就可以宣称该法律无效,但是该法院并不能因此替代该立法机关行使立法权。同样,对于最终问题的裁判,法院也不能仅仅通过推广自己的价值而作出裁决。”^⑩ 1876年,合宪性推定概念是在 *Munn V. Illinois* 案中明确提出来的。法院在该案的判决中认为,“每一部法

⑥ 《西德联邦宪法法院裁判选辑》(一),台湾司法周刊杂志社1990年版,第106页。

⑦ 参见前引⑤,柳建龙文。

⑧ 参见王书成:《合宪性推定论:一种宪法方法》,清华大学出版社2011年版,第18页。

⑨ 参见韩大元:《论宪法解释程序中的合宪性原则》,载《政法论坛》2003年第2期。

⑩ *Com v. Call* 4 Call, 5 (1782).

律首先都应被推定是合宪的,法院不能轻易地宣布它违宪,明显地违反宪法的除外。”^⑪因此,“合宪性推定原则”实际上是法院在违宪审查过程中对法院审查活动的一项原则要求,即在三权分立的体制下,司法机关对根据民主的原则产生的立法机关表示尊重的一种谦抑姿态。^⑫

德国和美国的合宪性解释做法总体上相似,也发挥着相似的功能,主要表现在:对立法权的尊重;保持宪政秩序的稳定;宪法规范具体化过程中议会的立法发挥着重要的作用。^⑬它们的本质都是法院对自身行使违宪审查权的一种要求和限制。之所以如此,是因为在三权分立体制下,法院是宪法实现的最后一个环节,在涉及违宪审查诉讼的案件中,它只能自我限制,而对民主原则产生立法机关应当保持谦抑的态度,尽可能地认定它们合宪性,只有在没有合宪可能的情况下,法院才会认定相关法律违宪的结果。也就是说,美国与德国的合宪性解释理论都是在法院拥有违宪审查权的条件下形成的,它使宪法价值在司法过程中得以实现,实现了司法解释与立法解释和宪法解释的统一——由于它们是在司法过程中实现的,所以可称为“司法解释”,其解释的对象既包括宪法,又包括法律,所以也称为“宪法解释”和“法律解释”,三种解释是一体的,也可称为“通过司法实现的法律解释和宪法解释”。合宪性审查与违宪审查在本质上其实是同一回事,是同一个问题的两个侧面,只不过合宪性解释的理论要求尽可能地要求寻求合宪性解释的可能而已。也只有把合宪性解释与违宪审查统一起来,并以违宪审查为后盾,法院在进行合宪性解释时才会有更大空间,从而也才能保证司法权在统一宪法价值的实现过程中发挥着最终环节的作用。^⑭

国内学者提出的合宪性解释理论则有所不同,法院作合宪性解释的功能并不在于为了尊重立法权,也不在于为了限制立法权,而在于宪法精神的贯彻,它从形式上看是司法解释、法律解释、宪法解释三位一体的,但实际上,由于我国法院并没有最终宪法解释的权力,更没有违宪审查的权力,三者 in 实质上是分离的。如果不注意到这一点,就有可能产生泛化的问题。

二、“合宪性解释”理论存在的问题及争议

归结起来,“合宪性解释”理论的目的主要有两个方面:其一,通过法院在司法裁判中进行合宪性解释,把宪法的基本原则和精神贯穿到作为裁判依据的法律之中,这样就可以实现把宪法的效力在实践中运用起来的目的。应该说,这是我国宪法学者们推动

^⑪ See *Munn V. Illinois*, 94 U. S. 113, 141, (1876).

^⑫ 参见前引⑧,王书成书。

^⑬ 参见前引⑨,韩大元文。

^⑭ 当然,严格讲,德国的合宪性解释理论稍有扩展,它还包括法院在立法机关没有积极履行宪法上的义务的情形下通过解释直接实现宪法价值的情形。而这并不以该法院拥有违宪审查权为前提,但由于德国行使违宪审查权还是其宪法法院,也就是说,司法解释与法律解释、宪法解释仍然是一体的,并没有泛化法院对宪法的解释功能。

合宪性解释理论最主要的想法和目的。其二,通过合宪性解释可以保持统一的法律秩序。

(一) 合宪性解释与宪法效力虚置问题

正如前述,在一些宪法学者眼中,通过法院的合宪性解释将宪法用起来是合宪性解释理论的主要意图。与此前“宪法司法化”的主张和努力是一致的。可以说,合宪性解释是前几年宪法司法化理论的翻版和复活,正如黄卉教授所言,“合宪性解释理论是‘宪法司法化’运动的继续”。^⑮甚至有学者认为,“合宪解释是目前我国宪法在司法中适用的最好方式”。^⑯

宪法司法化理论是基于这样一种判断:长期以来,宪法效力在宪法实践中被虚置,尤其是没有像法律一样在司法实践被运用起来。宪法司法化的实践是从最高人民法院对“齐玉苓案”的批复开始的,该案又被称为“宪法司法化第一案”。^⑰但由于该做法在理论上受到“司法抢滩”的质疑^⑱,2008年12月,最高人民法院停止了该批复,^⑲这样,通过司法途径直接运用宪法的做法似乎进入死胡同。于是,有一些学者就开始转向,主张把立法作为我国宪法最主要的适用方式。^⑳而另一些学者则认为,从宪法规定本身的角度来看的,宪法的司法适用仍然存在着一定的空间。^㉑实践中,也有些法官进行了大胆地尝试,在司法判决中援引宪法,2000年以后每年都在10件以上,到2010年突然增加到62件。^㉒2016年7月,最高人民法院《制作规范》中要求法院不能把宪法作为裁判依据,只能在说理部分予以阐述。但与宪法司法化理论不同的是,这份文件仅要求法院进行合宪性解释,而不要求把宪法作为裁判的依据,这似乎是既想把宪法运用起来,又对此前宪法司法化理论质疑的妥协。但问题是若不能把宪法作为裁判依据,又怎么能够说宪法被运用起来了呢?如果仅仅在说理部分予以阐述,而不能作为裁判的依据,这对宪法效力的实现并没有实质性的意义,在某种意义上,只是刷宪法的存在感。

显然,宪法的功能不仅仅是“在说理部分予以阐述”,宪法司法化的真正意图也并不仅仅局限于“在说理部分予以阐述”,而在于能够将宪法作为裁判的依据。如果不能作

^⑮ 前引①,黄卉文。

^⑯ 上官丕亮:《当下中国宪法司法化的路径与方法》,载《现代法学》2008年第2期。

^⑰ 最高人民法院在齐玉苓案批复中认为:“根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。”

^⑱ “司法抢滩”的说法,参见童之伟:《“宪法司法化”引出的是是非非——宪法司法适用研究中的几个问题》,载《法学》2001年第11期。

^⑲ 最高人民法院2008年12月18日发布如下公告:该院审判委员会第1457次会议于2008年12月8日通过了《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》,其中包括以“已停止适用”为理由,废止了《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(即“法释[2001]25号”),该决定自2008年12月24日起施行。

^⑳ 参见谢维雁、孔德王:《论战宪法适用》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2014年第3期。

^㉑ 如黄卉认为,理由包括,1982年宪法第5条规定,“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”,以及对宪法的解释中都可以发现司法适用的空间。参见前引①,黄卉文。

^㉒ 参见林孝文:《我国司法判决书引用宪法规范的实证研究》,载《法律科学》2015年第4期。

为裁判依据,实际上就否定了宪法作为一种解决争议的法规的性质。只有将宪法作为一种规范在解决争议的过程中运用起来,才能说明宪法被真正运用起来了。作为把宪法运用起来为目的的合宪性解释理论的最终目的也应当如此。^②宪法和所有的法律一样,都是解决某些争议的规范,当人们就相关的问题产生争议,要求相关机关进行裁判时,该机关就应依据包括宪法在内的规范进行裁判,在裁判过程中运用包括宪法在内的所有法律是司法机关的基本职责。虽然,因争议的性质不同,担任裁判任务的机关也有所不同,可以设立专门的机构,或者由普通法院担任宪法的裁判机构,我们都可称其为“司宪机关”,也可称为“第四种国家权力”^③,但无论什么机构担任裁判机构,程序上的做法与要求都是一样的,即在依据宪法、法律作出裁判之前,先进行说理,必须先进行阐释,包括为何使用这个法条,而不使用那个法条,被选择的法条所蕴含的意思,等等。这个过程实际上就是宪法和法律解释的过程。正如马歇尔大法官在“马伯里诉麦迪逊案”中所讲的:

“值得强调的是,阐明何为法律是司法部门的职权和责任。那些把规则应有到特殊案件中去的人,必然要阐述与解释那项规则。如果有两个法律相互冲突,法院必须决定每个法律的运作。因此,如果一项法律违背了宪法,如果法律与宪法都被应用于一个特殊的案件,因而法院必须或者不顾宪法,顺从法律决定案件;或者不顾法律,顺从宪法,那么法院必须在冲突的规则中确定何者支配案件之判决……这是司法责任的根本所在。”^④

合宪性解释理论虽然仍会与“宪法司法化”一样受到“司法抢滩”的质疑,^⑤但正如上述,从宪法规范的角度,法院适用宪法还是有合宪的空间的,宪法的规定不仅仅对立法有拘束力,对法院也同样具有拘束力,这也要求法院在立法不作为时,直接运用宪法作出裁判。更进一步讲,合宪性解释就是司法的一个基本的职能,与生俱来是司法权的一部分。在某种意义上讲,在每个司法判决书中,事实上都包含着司法机关对宪法的解释,即使在没有明确援引宪法的内容的判决书中,其实也隐含着裁判对宪法的一种消极的解释,是对作出裁判所依据的法律的合宪性的一种认可,对其所含的宪法含义的一种认定。宪法在司法中的运用是时时刻刻都存在着的,并不存在需要宪法司法化的问题。每个司法裁决过程都隐含着合宪性解释,并不需要刻意要求作合宪性解释。要求法院必须作积极解释的合宪性解释,并没有依据,甚至有干涉司法权嫌疑。另外,又如何保证法院所作的积极解释是合乎宪法的呢?这才是借鉴合宪性解释理论所需要解决的问题。

^② 也有学者认为,“我国法院引用宪法规范具有独特的法理逻辑:从法律规范中引申出宪法规范,而不是从宪法规范中去引申法律规范,其目的是为了增强判决依据的说理论证以及当事人对判决书的可接受性”。前引②,林孝文。

^③ Giulio Itzcovich, *Sovereignty, Legal Pluralism and Fundamental Rights*, *European Public Law*, Volume 10, Issue 1, 2004.

^④ 张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第43页以下。

^⑤ 夏业引:《合宪性解释是宪法司法适用的一条蹊径吗——合宪性解释及其相关概念的梳理与辨析》,载《政治与法律》2015年第8期。

需要提及的是,真正的司法解释是与审判权的行使紧密联系在一起的。每一个法官在将抽象的规则运用于具体案件时,都要对法律规则的内涵及适用的范围根据自身的理解作出判断,而此种判断实际上就是一种对法律的解释,这种解释与审判权联系在一起,是在审理和裁判过程的解释,也可以说是作出裁判必经的程序,是每个从事裁判工作的法院就应当具有的基本职责。它是立法解释所不能替代的,甚至也是最高人民法院的抽象的司法解释所不能替代的。就此,卡多佐论述道:

“尽管如此,这里一个重要的区分司法活动和立法活动的界线。这就是,立法者在总体境况时不为任何限制所约束,他对境况的规制方式完全是抽象的,而法官在作出决定时所看到的是具体的案件,并且参照了一些绝对实在的问题,他应当遵循我们的现代组织的精神,并且,为了危险的恣意行为,他应当尽可能地使自己从每一种个人性的或其他产生于其他所面临的特殊境况的影响中解脱出来,并将他的司法决定基于具有一种客观性质的某些因素之上。”^{②7}

当然,真正意义上的司法解释的效力也只能限于个案,不具有抽象的普遍的效力。不同层级的法院在审理具体案件时,对某个法条理解不一致时,主要是通过审级监督制度来修正的,而不是通过向上级法院,甚至最高法院请求解释。其实,上级法院,甚至最高法院也不能那样做,否则就可能破坏审级监督制度。

(二)合宪性解释与法的秩序一致性问题

合宪性解释理论在我国之所以能够得到一些学者的赞同和快速传播,除德国相关理论的影响外,还有一个重要的原因,就是该理论与我国传统的法秩序理论学说有一定的契合之处。其实,在我国首先提出“合宪性解释”概念的是民法学者,他们在研究法律解释理论时,就提出“合宪性解释作为一种法律解释的方法,依宪法及阶位较高的法律规范解释阶位较低的法律规范的一种法律解释的方法。”^{②8}统一的法律秩序不仅要求立法与宪法保持一致,对其解释也要与宪法保持一致。这样,学者们就可以将合宪性解释看成保持以宪法为统帅的统一的法秩序的一种手段或方法了。而我国传统上主流法秩序理论本身也是将宪法看成“母法”,其他法律都是必须根据宪法来制定的“子法”,这与“合宪性解释”理论的要求是一致的。目前,很多学科,比如刑法也将普遍将合宪性解释作为部门法与宪法联系,从而保证以宪法为统帅的法秩序的理论资源。^{②9}

统一的法秩序对于一个主权的国家来说是一个基本的要求。我国1982年宪法第5条就规定,“国家维护社会主义法制的统一和尊严。”但如何实现法秩序的统一性却是个非常复杂的问题,因为任何一个国家都不可能只有一部法律,况且即使有了法律,也要将抽象的法律适用于具体的个案之中,这都会产生法秩序的争议的问题。传统上,我们往往基于这样一种思路:先制定宪法这样一部根本法,确定国家的根本制度和根本任

^{②7} [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2003年,第74页以下。

^{②8} 梁慧星:《论法律解释方法》,载《比较法研究》1993年第1期。

^{②9} 参见姜涛:《法秩序一致性与合宪性解释的实体性论证》,载《环球法律评论》2015年第2期。

务,以及整个社会的基本的价值体系(主要通过基本权利条款),然后,再通过立法对宪法的规定加以具体化,形成一系列的具体法律,最终构成一个以宪法为统帅的完整的法律体系。在这个体系中,宪法是“母法”,是所有其他法律效力的来源,而其他的具体的法律则是对宪法具体化后形成的“子法”。“法律体系就像一个金字塔……最上层为宪法,其次是各基本法,再其次是个单行法,以下是众多的法规……宪法的阶位最高,它决定了整个法律体系的基本原则,基本的价值判断,这些基本原则和基本的价值判断,一定要在整个法律体系当中得到贯彻。由此决定了阶位较低的法律不得与阶位较高的法律相抵触,所有的法律法规不得与宪法的规定相抵触。这是现代法制的的一个基本原则。”^⑩

为此,我们还设计了实现这个以宪法为统帅的统一的法秩序的路径,其中最主要的步骤包括两个:(1)立法机关对宪法的规定进行具体化,包括立法行为与立法解释行为。由于宪法规范本身具有纲领性和抽象性的特点,要得到具体的落实,就必须通过立法对之加以具体化,在某种意义上讲,通过立法对宪法进行具体化的过程实际上也就是对宪法的解释过程。(2)法院严格遵守法律的规定作出裁判。一般来说,在这种情形下,法院不会遇到宪法上的争议,只会遇到对法律理解的争议。如果对法律有争议的,应当请求立法机关进行解释就可以了,并不存在所谓法院进行合宪性解释的问题。而且,我国宪法把宪法的解释权授予了行使立法权的全国人大常委会,使立法权与宪法的解释权归于一体,这样,至少从形式上看,就不存在违宪的问题了。我国是通过立法权和解释权的统一来实现法律秩序的一致性的,这体现了国家权力配置中的立法至上主义的思想。但这个思路却存在严重缺陷:由于在这种思路下,宪法需要通过立法的具体化才能适用,实际上把宪法效力的实现依赖于立法权的行使,而当立法权怠于行使时,宪法的价值就落空了,就会造成了宪法效力虚置的现象。其实,这正是魏玛宪法的实践教训。当时,魏玛宪法中也规定了许多基本权利,但这些基本权利条款相关内容大多需要由立法机关通过立法来具体化——当时在宪法层面并没有设定立法机关积极作为的义务去具体化,因为在魏玛宪法时代盛行“立法者主权(Souvernität Gesetzgebers)”理念,即“立法者是最权威的宪法诠释者,其制定的法律可以更改宪法的规定。立法权原则上是无所限制的,并无所谓立法者的义务存在”^⑪——这使得基本权利价值的实现完全依赖于立法权,而立法权自身却不受制约,这使得魏玛宪法的价值没有真正落实。我国宪法在实践中出现的效力虚置现象与这个思路也不无关系。

为克服上述宪法实现制度上缺陷,在宪法理论上,经由施米特到德国联邦宪法法院的实践逐步发展出了制度性保障理论,给立法机关设定积极作为义务,以保证基本权利核心价值的实现。施米特认为,每一部宪法都包含不能被简单多数或特定多数废除的基本核心,列举出神圣不可侵犯的各种制度,“如果一项权利完全于专制君主的意愿,或者

^⑩ 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第137页以下。

^⑪ 陈新民:《德国公法学基础理论》(增订新版·上卷),法律出版社2010年版,第196页。

听凭简单的或特定的议会多数和决定,想授予就授予,想收回就收回,它就不能被实实在在地称为基本权利”^②,”透过宪法法规,要对某些特定的制度提供一种特殊的保护,宪法的目标就是防止用普通立法手续来实施一项废止宪法的行为。”^③只不过,刚开始制度性保障并没有被运用到基本权利保障领域,而只是在一些特定的领域,直到德国宪法法院把基本权利定位于客观的价值秩序时,制度性保障理论在基本权利保障领域发挥了更大的功能。“国家必须建立某些法律制度,并确保其存在,以保障基本权的实现。尤其是,该制度所赖以存在的基本规范,国家不得随意加以变动。”^④这样,法院进行合宪性解释的做法在限制立法权的理论和实践中就具有了不可替代的作用:对立法作为的,法官在适用具体的法律时,如果对法律有多种解释的可能,这时就应当要求法官对相关法律进行合宪性的解释,从而保证在司法过程中也能实现法律与宪法的一致性;立法不作为或所立之法实在不能体现宪法精神时,判决其违宪。

但由法院进行的合宪性解释又必然带来新的问题:如何确定法院对宪法的解释是合宪的?这其实正是合宪性解释理论本身的难题。正如韩大元教授所言,该理论还存在着“不完善或者存在令人怀疑的理论命题。”^⑤笔者认为,之所以这种情况,主要困难来自于对宪法中规定的那些实体性价值在实践中如何得以准确的阐述。传统的理论是强调正当的程序优先,但这并不能完全保证实体价值也是正当的。值得提及的是,现代的宪法理论为解决上述问题,在传统的正当程序限制理论基础上,又发展出了比例原则,要求公权力在进行平衡实体利益时,应当符合适当性、最小损害性与狭义的合比例性的标准,防止有失公平。这个原则原本产生于行政法领域,最早是在德国行政法学者奥托·迈耶在1895年出版的《德国行政法》书中明确提出的。^⑥最终,由德国联邦宪法法院在“药房案”判决把比例原则确定为宪法的原则。目前,这个原则被普遍采用,并称为帝王原则。^⑦我国的相关行政立法中也有采用。^⑧不过,在今天,甚至每个学科都在运用这个原则,比例原则的使用已经到了非常泛化的地步。^⑨

在“药房案”的判决书中,德国联邦宪法法院认为:

“基本人权应保护个人的自由,对公共利益之保护在充分的法律保留下加以保障”。

^② [德]施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年,第76页。

^③ 前引^②,施米特书,第182页。

^④ 李建良:《论学术自由与大学自治之宪法保障》,载《人文社会科学集刊》1996年第1期。

^⑤ 参见前引^④,韩大元文。

^⑥ 刘权:《目的正当性和比例原则重构》,载《中国法学》2014年第4期。

^⑦ 陈新民:《行政法学总论》,台湾三民书局1995年版,第62页。

^⑧ 例如,2007年的《中华人民共和国突发事件应对法》第11条规定:“有关人民政府及其部门采取的应对突发事件的措施,应当与突发事件可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应;有多种措施可供选择的,应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施。”

^⑨ 参见张翔:《机动车限行、财产权限制与比例原则》,载《法学》2015年第2期;黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,载《法制与社会发展》2012年第4期;郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期;秦策:《刑事诉讼比例原则研究》,中国政法大学2008年博士论文;姜颖、李文沛:《试论比例原则在劳动合同解除中的应用》,载《河北法学》2012年第8期;陈晓明:《刑法上比例原则应用之探讨》,载《法治研究》2012年第9期。

“为使达到平衡之必要性,对立法者之侵犯依下列原理有不同的要求:(a)只要经过合理的公共利益考量,认为合乎目的,则可以限制营业从事的自由。(b)职业选择自由只有在为保护特别重要之公众法益迫切要求下才能加以限制。(c)假如职业选择之自由是透过提出一定之前担作为开始职业之要件时,则可分为主观的和客观的前提要件:对主观前提要件而言(特别是指及能力教育),适用比例原则,其意义在于这些前提要件与其所追求,依正常职业行为完成之目的,不能有失衡的情形。”^⑩

比例原则是出于制约公权力的目的产生和发展出来的。传统上,制约公权力主要是通过自然正当程序来实现的。比例原则与自然程序正当原则不同的是,它所解决的是公权力在决定价值和实体利益平衡时的限制问题,要求按比例作出裁判,看起来能够对裁判者起到限制作用。然而,任何利益的衡量和价值的判断都存在着主观性,最终不可避免地带有裁判者的主观价值,这就削弱其作为限制公权的作用,尤其是在涉及多方利益时,必须在多方冲突的法益和利益之间进行衡量。那么,法益间的位阶或优劣顺序如何确定,是否存在着客观的标准以便指导或支配衡量活动的合理性,这都影响了比例原则作为利益衡量原则的效用。若由法院来决定何为合比例,那么,对其他公权力包括立法、行政权力行使的结果再次审查可能会产生司法者的主观价值取代立法者和行政的主观判断,这样就会使立法权和行政权的行使丧失自主性,无法进行任何形式的价值判断的工作,结果是司法机关凌驾且取代了立法机关和行政机关的实质性角色。比如,2008年,一个中德宪法学研讨会上,在德国宪法法院的盖尔法官介绍了宪法法院曾审理过的两个案子:一个单身汉要求政府保障其一个月去妓院三次、看黄碟四次的权利,在他看来,这是关乎他基本生存的权利。另一个案件是一位母亲要求政府资助其小孩周末上补习班的费用,在她看来,对小孩的教育应不仅仅满足于周中上学,还应该像中国家庭的小孩一样周末进补习班。宪法法院虽然最终并没有支持这样的主张,但也并没有因此平息争议,反而把自己处于争议的漩涡之中。在我国,2005年,为迎接北京奥运会进行环境整治,曾就是否允许在公共场所乞讨的问题引起争议。有人认为,公共场所乞讨有损国人的形象,甚至有法学学者提出,乞讨是一种没有尊严的生活方式,应当取缔。

这种涉及实体价值判断上的争议是比例原则也无法解决的。德国联邦宪法法院之所以对这些案件能够作出最终的判断,并不在于其判断是否符合比例,而在于其自身拥有违宪审查权。我国法院在没有违宪审查权的情形下进行合宪性解释,就不可避免会遇到以下问题:(1)即使法院作出了合宪性解释,但也不具备最终的效力,又如何能够保证宪法价值在司法中的实现?(2)即使法院作出合宪性解释,又如何证明其就是宪法的意思?(3)如果要求法院在每一个案件中都积极地进行合宪性解释,那么,如果遇到没有合宪性解释可能时,但又不能够作出违宪审查,法院又该如何处理?(4)如果消极性行为也是一种解释行为,那么,合宪性解释理论的提出还有什么必要?显然,合宪性解

^⑩ 前引⑥,第129页。

释要在中国法治情形下发挥其应有的作用,还需要回答和解决在法院没有违宪审查权条件下产生的上述问题。

三、合宪性解释理论的可能前景

合宪性解释理论的目的在于通过司法解释促进宪法价值的实现,实现以宪法为统帅的法秩序。但由于我国宪法并没有违宪审查的权力,也不能将宪法作为裁判的依据来适用,但这个理论本身却并非没有意义,恰恰相反,不但是可行的,也有相当的必要性,有可能成为解决如何有效地将宪法运用起来的切入点,正如张翔教授认为的,“中国法治发展的理论与实践,实际上有催生宪法解释学的可能性,而其突破点可以是法律的合宪性解释。”^④但必须正确认识法院的解释行为,同时需要将其与全国人大常委会的解释制度结合起来,相互配合,相互补充,才可能避免“泛化”,从而为解决宪法实践中的效力虚置问题提供理论支持。

(一) 正确行使法院的解释权是合宪性解释成立的前提条件

有人说,根据宪法和立法法的规定,宪法解释权由全国人大常委会来行使,我国法院在司法实践中需要宪法解释时,应交给全国人大常委会解释后,再由法院进行裁判。笔者认为,这个观点是偏颇的。

宪法解释,从字面上理解,就是把抽象的宪法规范,尤其是把其中隐含的宪法精神明确、具体表达出来的过程。从最广义讲,任何一个宪法上的主体根据宪法的要求行事,也就是对宪法的一种解释。法院行使审判权的过程本身就是一种对宪法的解释,更何况,即使由全国人大常委会作出立法解释了,但该解释仍然具有抽象性质,也还需要通过法院在个案中进行适用,这个过程才是宪法价值的最终环节。任何立法和立法机关的解释本质上都是一种立法行为,都还具有一定的抽象性,而要将宪法价值最终在个案中实现,就必须通过法院的对个案的裁判行为。因此,裁判行为本身也可以看成是一种宪法解释行为。法院要针对个案作出裁判必然要对法律进行适用,包括为什么适用这个法律条文,而不适用其他的法律条文,以及适用的这个法律条文包含的意思,其实都隐含了法院对法律的理解,也包含法院对宪法的理解,不可能完全消除法院对宪法的解释的。

但值得注意的是,真正意义上的司法解释,是法院在审判个案过程中针对个案作出解释,而不是脱离个案进行抽象的解释。

1. 最高人民法院的抽象解释并不是真正的司法解释,而相当于一次立法。在实践中,最高人民法院发布抽象的司法解释非常频繁,而且,许多解释往往都是在立法出现后不久就作出来了,大有僭越立法之势,而有些与法律规定本身有很大的出入,相当于

^④ 前引①,张翔文。

一次新的立法而已。比如个人隐私的保护,相关立法到2005年和2009年才有明确规定,^{④2}但最高人民法院却于2001年3月就通过《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》明确规定,对于侵害隐私利益的,可以直接向法院起诉请求精神损害赔偿责任的救济。正如张新宝教授所说的,“尽管此时还未直接承认隐私权就是一个独立的人格权,但(该司法解释)已经改变了过去依附于名誉权保护的间接保护方法,而采用直接保护方法保护隐私利益,开辟了我国隐私权保护法律制度独立发展的法律空间,这是我国司法解释在推动隐私权保护法律制度建设方面的最大贡献——对“隐私”利益保护上升为隐私权的立法提供了充分的司法实践依据。”^{④3}然而,从另一个角度看,最高人民法院的司法解释却有超越了立法的嫌疑。针对这种情形,有学者提出,“最高人民法院应尽量减少抽象司法解释的制订”,“司法解释应当向具体化方向发展,因为司法解释的任务在于使法律规则更为具体、明确,富有针对性,从而有效地运用于案件”,“司法解释越具体、越富有针对性,则越能发挥司法解释应有的作用”。^{④4}

2. 最高人民法院在司法实践中的批复也不是真正意义上的司法解释,甚至有损审级监督制度。在司法实践中,最高人民法院除了发布抽象的司法解释外,还针对特定案件进行批复。但笔者认为,这个做法也不是真正的司法解释,因为最高人民法院并没有真正进行审判——只有最高人民法院在进行审判的司法过程作出的解释才是真正的司法解释,而且还有破坏审级监督制度嫌疑。比如,我国司法实践中,在下级法院遇到对法律的理解有争议时,就向上级请示,以及由最高人民法院通过批复形式予以指示的情形,这都有破坏两审终审的审级监督的嫌疑。“(司法解释)必须在司法裁判过程中,在司法判决书中体现出来,而不是抽象,否则,两审终审的审级制度就被破坏了。”^{④5}

(二) 法院合宪性解释应与全国人大常委会的解释宪法权互相补充,互相配合,共同构成一个完整的宪法解释体系

如前所述,任何一个宪法上的主体都可以解释宪法,但不同的主体作出的解释的效力是不同的,只有有权解释主体作出来的解释才具有最终的效力。每个宪法主体作出的解释只有在其职责范围内才是有效的,比如司法解释只有在其行使审判权的个案中才是有效的,而超出其职权范围,若脱离个案作抽象解释就无效了,而且没有解释权的解释必然会造成宪法解释的泛化。因为对这些主体所作解释产生争议时,就需要由最终解释权的主体来认定,如果最终解释主体认定其行为是超出或违背宪法的,就应作出

④2 2005年8月修正后的《妇女权益保障法》第42条明确规定:“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、权等人格权受法律保护。”这一条文是我国法律第一次正式确认隐私权是独立的人格权,只不过是针对妇女的。2009年12月26日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过了《中华人民共和国侵权责任法》,该法第2条第2款列举了我国民事侵权责任法保护模式下的权益范围,“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

④3 张新宝:《我国隐私权保护法律制度的发展》,载《国家检察官学院学报》2010年第2版。

④4 王利明:《司法改革研究》,法律出版社2000年版,第237页。

④5 罗书平:《论立法解释与司法解释》,载《云南大学学报》2002年第2期。

违宪的裁决。从这个意义上讲,最终的宪法解释权实际上就是违宪审查权,最终解释的效力也是以违宪审查权作为后盾的。

由于违宪审查最主要的对象就是立法,由全国人大常委会进行解释就会产生自己审查的问题,这正是我国缺少专门的宪法解释实践的重要原因。因此,由法院来进行合宪性解释就在某种程度上避免这个缺陷。但由于法院并没有最终的解释权,那么,法院的合宪性解释理论要发挥作用,还需要与全国人大常委会的解释宪法权互相补充,互相配合,通过法院的合宪性解释激活全国人大常委会的专门的宪法解释实践。具体说,我国法院可以进行合宪性解释,但没有违宪审查权,那么,遇到本文第二部分提出的问题时,可以按以下方式处理:

1. 法院在作出裁判产进行合宪性解释,但有争议的,就应当停止解释,先提交全国人大常委会解释,全国人大常委会也可以主动解释,然后再由法院进行审判适用。

2. 法院在具体的个案中进行适用性解释后,但全国人大常委会并不认同该解释时,可以重新作出解释或立法,行使最终的解释权,对法院的解释进行纠正,但根据不溯及既往的原则,该解释或立法不能用于推翻既判案件。这样,既可以保持了法院的审判独立性,又使法院解释的效力仅限于个案,而不具有普遍的效力。其实,我国香港特别行政区基本法的相关设计和做法是可以借鉴的。《香港特别行政区基本法》为保证香港特别行政区的终审权,在规定了全国人大常委会对基本法享有最终解释权的同时,赋予香港特别行政区终审法院对基本法的司法解释权。^④ 比如,在“吴嘉玲案”中的司法解释时,全国人大常委会不同意香港终审法院对基本法的解释,就对相关条款进行了重新解释,但并没有推翻其已形成的既判力。“本解释公布之后,香港特别行政区法院在引用《基本法》有关条款时,应以本解释不影响香港特别行政区终审法院 1999 的 1 月 29 日对有关案件判决的有关诉讼当事人所获得的香港特别行政区居留权,其他的均须以本解释为准。”^⑤这就很好地解决了立法解释与司法解释之间的协调问题,法院积极进行合宪性解释,就可以“迫使”全国人大常委会进行回应,无论是消极的回应,还是积极的回应,都将是最终解释权的运用,从而必将促进宪法解释的实践。

3. 若法院认为相关法律是违宪的,但是不能进行违宪审查时,应请求全国人大常委会来决定。苏永钦教授在介绍一个完整的合宪性解释需要遵循三个规则,即解释规则、

④ 《香港特别行政区基本法》第 19 条:“香港特别行政区享有独立的司法权和终审权。”第 158 条:“本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,在对该案件作出不可上诉的终局判决前,应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释,香港特别行政区法院在引用该条款时,应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。”

⑤ 李浩然、尹国华编著:《香港法案例汇编(1997 至 2010)》,三联书店(香港)2012 年版,第 176 页。

冲突规则、保全规则,或者两种规则,即解析规则和冲突规则,^④这实际上讲的是合宪性解释做法的不同的层面,其中,保全规则是需要法院拥有违宪审查权的时遵循的情形。当然,无论是在德国还是美国,都是在有违宪审查权的前提下讨论合宪性审查的,或者说,合宪性解释理论就是在违宪审查的实践中发展出来的。而我国,由于法院没有最终的宪法解释权,不能进行违宪审查,但并不能说明法院不能进行合宪性解释,只是这种解释仅是一个不包括冲突规则的合宪性解释,是一个不完整的合宪性解释,它还需要有最终解释权的解释配合使用,才能有效。因此,在法院进行合宪性解释时,若法院认为相关法律是违宪的,不能进行违宪审查,应请求有解释权的全国人大常委会来决定。也就是说,违宪审查意义上的宪法解释和非违宪审查意义上的宪法解释应互相配合、互相补充才能构成一个国家完整的宪法解释制度。

综上,合宪性解释理论虽然发端于美国联邦最高法院,被德国联邦宪法法院扩展,是在违宪审查过程形成的,但在我国法院没有最终解释权的条件下,借鉴运用不仅是可行的,也是有一定的积极意义的,可以促进宪法解释的实践,但毕竟法院并不拥有最终的解释权,不拥有违宪审查权,需要与全国人大常委会的解释权配合使用,才会形成一个完整的宪法解释制度。

四、余论

行文至此,应该可以结束了,但其实,对于宪法价值的实现来讲,仅有宪法解释是不够的。所有的解释者都希望还原宪法的精神和原则,追求原意,但宪法精神和原则是什么却永远是有争议的。“人们往往认为解释就是一个重新找回和阐明原意的过程。如果解释是对原意的展示和说明,那么原意就一定能够被解释。如果解释就是重寻原意,那么我们会很容易地认为唯一要找寻的东西就是创的意图。其实,那些与重寻原意图景密切相连的观念是错误的或者就是引人误解的。”^⑤宪法解释理论的吊诡之处就是任何一个国家机关掌握最终的宪法解释权,都可能与宪法至上形成悖论。实践中,许多国家由法院(普通法院或专门的宪法法院)掌握宪法解释权及违宪审查权,那只是因为法院处于宪法效力实现的下游或最终环节,以及在权力分配和设计上,由法院行使这个权力危险相对较小。“行政部门不仅具有荣誉、地位和分配权,而且执掌社会的武力。立法机关不仅掌握财权,且制定公民权利义务的准则。与此相反,司法部门,既无军权、又无财权,不能支配社会的力量与财富”,^⑥但这并不意味着没有危险。笔者认为,“现代政治体制的发展使法院在保护基本权利正当性口号下——由于法院的判断是针对个

^④ 参见苏永钦:《合宪法律解释原则——从功能法上考量其运作界限与效力问题》,载苏永钦:《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版公司1994年版,第84页。

^⑤ [美]拉兹:《无需重寻愿意的解释》,载[美]安德雷·马默主编:《法律与解释》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社2006年版,第195页。

^⑥ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1995年版,第391页。

别情形,而不是针对一般情形的,大众就消解了对其戒心——使其逐步垄断了对宪法的解释权,当个别的情形转化为一般的情形时,就隐含着又一次的立宪主义的危机。”^①同样,在我国由全国人大常委会行使宪法解释权,也不能想当然地认为它的解释就必然是合宪的。正如施米特所讲的,“宪法是人类政治行为的结果,并不是什么绝对的东西,因为它不是从其自身中产生出来的”,不能把它看成一架万能的机器,似乎靠自身的规范系统就可以产生作用,“宪法有赖于制定宪法的人的政治意志”。^②

Abstract: The theory of constitutionality interpretation put forward by some domestic scholars advocated that the court should make constitutionality interpretations of relevant laws before making a judgment, in order to carry out the spirit of the Constitution in the judicial trial, which ensures that relevant laws run under the Constitution. The theory is devoted to solving the problem of the virtual effect of the Constitution in practice, and to provide theoretical support for the realization of the unified national law order which is based on the Constitution. However, this theory is formed in reference to related theories in Germany and the US. It should be noted that the actual situation of constitutional practice in China and relevant countries is not the same, the court does not enjoy the right of constitutional review and cannot simply apply this theory, otherwise there will be a danger of generalization. It is necessary to introduce the theory of constitutionality interpretation, which can mutually complement and cooperate with interpretations of the Standing Committee of the National People's Congress to form a complete constitutionality interpretation system.

(责任编辑:李小明)

① 夏正林:《从基本权利到宪法权利》,载《法学研究》2006年第6期。

② 前引②,施米特书,第5页。