

宪法个案解释基准的证成逻辑及其法律控制

汪进元^{*}

内容提要 何为宪法解释基准? 广义上包括既定规范、技术规范 and 个案规范, 狭义上就是个案规范。其中, 个案规范潜藏于既定规范与案件事实之中, 是解释者通过技术规范选择甚至续造的个案基准。在个案规范的证成中, 案件事实给定了求证的起点和目标, 既定规范预设了求证的方向和边界, 技术规范指明了求证的路径与方法。宪法原则是一个多位阶、网状式的价值体系和规范体系, 在逻辑推论中, 上位原则涵摄下位原则、原则涵摄规则。权利(职权)关系的主体、行为和法益, 是法律拟制事实与案件事实的基本元素, 也是宪法规范涵摄法律规范和案件事实的桥梁和纽带。个案规范的选择和续造, 解释者说了算。因此, 提高宪法规范的可适用性、推进技术规范的法律化以及释宪程序的民主化等, 是控制恣意释宪的主要途径。

关键词 宪法解释 宪法个案基准 宪法审查 恣意释宪的控制

何为宪法解释基准? 当然是宪法本身。但是, 何为个案法律合宪性基准? 答案就复杂多了。首先是因为宪法只是人民治国理政的框架, 多为原则性和政策性规定, 在个案审查中, 需要理解、说明和判断; 其次是因为案件事实纷繁复杂、多头无序, 也需要归类整理、进而被涵摄于宪法法律规范之中; 再次是因为解释者的认知能力和价值取向不同, 不免存在着基于同一宪法规范对相同的宪法问题作出不同的判断, 等等。因此, 在本文作者看来, 个案解释基准(下称个案规范)潜藏于宪法文本规范(下称既定规范)与案件事实之中, 是一个有待于求证的问题。那么, 在个案规范的求证中, 案件事实与既定规范的勾连元素和方法是什么? 既定规范的功能和作用是什么? 从既定规范到个案规范的证成路径和方法是什么? 以及如何控制释宪者主导的宪法解释等等? 本文直面上述问题, 进行如下的研究和论证。

^{*} 东南大学法学院教授, 博士生导师。

一、个案规范:有待求证的个案法律合宪性基准

通说认为,宪法解释基准是指宪法解释主体依据宪法裁量法规文件合宪性所采取的标准和尺度。由此定义可知,宪法解释基准就是宪法本身,即宪法原则、宪法规则、宪法判例和宪法惯例等。对此,施莱西、科里奥特两人在合著的《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》一书进行了具体的说明。他们认为,德国基本法第93条、第100条对抽象(具体)规范审查的标准已有明确规定;具体地说,联邦法律的审查标准只能是联邦基本法,州法的审查标准就是所有联邦法(包括规章)。^①台湾地区吴庚教授也有相同的阐述。他指出,法令审查的基准因审查对象不同而不完全一样。具体地说,首先,宪法修正条文作为审查对象时,审查基准为宪法文本整体所表现出来的基本原则;其次,法律与命令作为审查对象的合宪性基准则为形式意义的宪法、宪法位阶的一般法律原则、以及超越实证法之外的法理;再次,行政命令被指责违反法律时,其审查基准为上位法规范。^②理所当然,法律的合宪性解释基准,当然是宪法本身。

但是,由于宪法自身的开放性、框架性等特点,宪法的适用首先得由立法机关制定法律予以具体化。然而,制定法是否符合宪法的授权?是否符合宪法的原则、规则、政策等?立法机关是否立法不作为?同时,随着时间的推移,宪法的文字、条文、规则、原则和政策等是否符合社会的发展变化?这些都需要宪法解释予以说明、判断和矫正。因此,美、德等国在宪法解释实践中,逐渐建立了源于宪法并相对独立于宪法的具体基准。在美国,联邦最高法院在司法审查实践中通过宪法案例具体分解并细化了分权原则、联邦原则、正当程序原则和平等保护原则;同时,还建立了“三重审查”基准(合理、中度、严格)、政治问题回避、合宪性推定等原则。在德国,联邦宪法法院在1958年的“药店案”中率先启用了比例原则,并建立了“明显性审查”、“可支持性审查”、“强力审查”等三层密度。据此,林来梵教授在其主编的《宪法审查的原理与技术》一书中认为:“审查基准是宪政发达的国家在审查宪法案件时,为了确定审查对象是否合宪,通过案例积累而发展出的技术规范。”^③他还认为,这些技术规范“不但具有形成和充实宪法规范的功能,而且还是合宪性判断的实质性规范依据”^④。进而,林教授将德国的宪法审查基准归纳为“比例原则的单一基准”,将美国的宪法审查基准归纳为“三重基准”。^⑤

应该说,上述“既定规范说”和“技术规范说”互不矛盾,只是视角不同而已,都是目前中外法学理论与实务界普遍接受的观点。但是,从个案裁判的视角上看,这两种“基准说”都不能准确给定基于特定宪法问题的个案裁判规则;也不能回答:为何基于相同

① 参见[德]施莱西、科里奥特等:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版,第145页。

② 参见吴庚:《宪法的解释与适用》,台湾三民书局2004年第3版,第400-403页。

③ 林来梵主编:《宪法审查的原理与技术》,法律出版社2009年版,第234页。

④ 前引③,林来梵书,第234页。

⑤ 前引③,林来梵书,第234页。

的宪法规范和宪法问题,但因解释者不同或者因时空不同而出现不同的解释结果?因此,也有学者质疑说,美国的“三重审查”和德国的“三层密度”无非是一种问题倾向,也就是法官基于涉案宪法问题的性质和重要程度所采取的主观态度和审查强度;关于宪法解释基准问题,无论是美国、德国,还是其他任何国家,都没有明确的标准和尺度。^⑥

理论上的质疑也并非空穴来风。在美国,联邦最高法院依据宪法第14条修正案的平等保护原则,先于1896年的普莱西案中创立了“隔离但平等”规则,半个多世纪之后又于1954年的布朗案中予以废除。在日本1969年的全司法仙台事件判决中,最高法院对于公务员争议行为的禁止性规定进行了合宪的限定性解释,但是在1973年的全农林警职法事件的判决中,加以变更,且认定一律全面禁止性规定也为合宪。日本法学理论和实务界对后一判决作出的变更性解释提出了严重质疑,也有人认为这是最高法院法官人事变动在案件判决中的反应。^⑦类似的判决在不同的国家或者一国不同的时期都是客观存在的,宪法解释如此,普通法解释亦然。

那么,为何依据相同的规范处理相同的问题得出不同的结论呢?因为,在个案审查中,影响法官判断的因素很多,诸如案件事实、法官的认知能力和价值取向、案件当时的官方政策和社会共识等等。这些因素制约了法官对案件事实的采集和认定以及宪法规范(包括技术性规范)的甄别和选择。

因此,德国学者米勒提出了“文本规范”与“裁判规范”的区别,前者是指规定在法律之中的规范,后者则是法官适用于个案裁判的规范;前者是法官形成后者的出发点和界限,后者是法官针对个案事实的具体化。^⑧“依米勒的见解,裁判始终是以法官塑造出来的规范为基础,因此,所有法院适用的法规范都是‘法官法’。”^⑨埃塞尔则认为,每次的法律“适用”就已经是一种解释,一种法规范的发现;传统意义的“法的适用”根本就不存在,每次法的解释都是一种成文法律与未成文法的结合而形成的真正实证的规范,即“在作用中的法”。^⑩菲肯切尔也指出:“法官凭以涵摄个案的规范大多并非法定规则本身,毋宁是由法官依据法定规则,考量裁判个案的情况,而形成的规范。他将这个真正的裁判规范称为‘个案规范’。”^⑪因此,美国联邦最高法院首席大法官马歇尔在马伯里诉麦迪逊一案(1803)中直白地说:“法律是什么?法官说了算。”^⑫德沃金则更令人玩味地说:“法官说什么,法律也常常变成了什么。”^⑬

鉴于上述分析,本文认为:既定的宪法和法律只是对未来行为的预设,并不当然适

⑥ 前引②,吴庚书,第414页。

⑦ 参见[日]阿部照哉等编:《宪法—总论篇·统治机构篇》(上册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第419-420页。

⑧ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第13页。

⑨ 前引⑧,拉伦茨书,第14页。

⑩ 前引⑧,拉伦茨书,第20页。

⑪ 前引⑧,拉伦茨书,第22页。

⑫ Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law - Principles And Policies*, third edition, Aspen publishers(2006), p. 45.

⑬ [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第2页。

用于当下的个案;进而认为:个案裁判基准潜藏于宪法规范和案件事实之中,是一个有待于论证、发现、甄别、选择甚至续造的具体规则。因此,在本文作者看来,宪法解释基准是广义和狭义的有机统一。广义上说,包括既定规范、个案规范和技术规范;狭义上看,就是个案规范。既定规范包括宪法文本规范、宪法判例、宪法惯例、上位法规范等,基于属地和属人原则,这类规范具有广泛适用性、持续有效性;但是,在个案裁判中,仅具有预设性、准据性和可转化性等特点。技术规范是指拘束解释者在个案审查中选择和续造个案规范的原则和规则,是法的发现规范,具有导向性、方法性和权衡性等特点。个案规范是指解释者直接适用的、具有实际拘束力的个案裁量基准,具有案件性、针对性和实效性等特点;这类规范主要源于既定规范的转换和特定化,也源于解释者的漏洞填补。三者之间的关系表现为:既定规范预设了个案规范的前提和基础,个案规范是既定规范的具体化和特定化,技术规范是既定规范转化为个案规范的路径和方法。

比较而言,既定规范与技术规范的区别表现在如下方面:首先,前者预设了各类法律关系主体间的权利、义务和责任,但后者则是探求个案法律关系主体间权利、义务和责任的路径和方法,安修之所以将解释规则称之为指南,其中也暗含了这一层意思;^⑭其次,在英美等案例法国家,技术规范对宪法解释具有直接的拘束力,但是,在大陆法系国家,这类规范仅存在于宪法案例和释宪史料之中,尚不具有规范的拘束力和稳定性;再次,技术规范拘束的主要对象是法官和其他释宪者,不如既定规范适用的对象那么广泛。另外,个案规范只适用于当下的个案,因为个案事实的特殊性等因素,它永远是一个需要求证的问题。当然,如果法官续造的个案规则成为具有社会共识的前理解,也可以转化为既定规范,如案例法或文本法规范。而且,一旦转化为既定规范,这类规范就失去了个案适用的特殊性和针对性。

二、宪法既定规范:求证个案规范的方向与边界

既定规范包括宪法原则、规则、判例以及宪法惯例和宪法政策等。下文仅以宪法原则为例,论证既定规范在宪法解释尤其是个案规范求证中的作用和功能。

(一) 宪法原则的层级结构

何谓宪法原则?一般是指体现宪法的本质内涵并可以作为一国法秩序整体建构、运行、修正之基础和本源的原理和准则。但是,从宪法解释的视角上看,仅就宪法原则作笼统地界定是不够的。因为,宪法原则是一个形式多样、功能多维的价值体系和规范体系;同时,法律规范也存在着部门划分和功能分殊等区隔。所以,以宪法原则作为释宪基准,首先涉及到宪法原则的效力位阶和功能面向,释宪者在宪法规范涵摄法律规范

^⑭ 他说:“法官和学者们一直在谈论‘解释的准则’和‘解释的规则’,但总愚人们机械地恪守这些刻板的准则并不能圆满地完成充实宪法规范内容的任务。因此,把本章内容看作是有助于宪法解释的指南更为妥当。”参见[美]安修:《美国宪法判例与解释》,黎建飞译,中国政法大学出版社2015年版,第7页。

的过程中,推论的逻辑也是,先由上位原则涵摄下位原则,后由原则涵摄规则。这是宪法解释实践必须面对的首要问题。对此,中外法学理论界也有学者对宪法原则的效力位阶和功能面向进行了具体研究。

施密特在《宪法学说》一书中,将宪法分为绝对意义的宪法和相对意义的宪法,并具体列举了魏玛宪法中绝对意义的宪法原则,即民主制、共和制、联邦制、代议制和法治国等。^⑮可见,施密特的宪法概念对宪法原则的效力位阶研究具有奠基意义。德沃金在讨论原则与规则的区别时指出:“原则具有规则所没有的深度——份量和重要性的深度。当各个原则相互交叉的时候,要解决这一冲突,就必须考虑有关原则份量的强弱。”^⑯黑塞将德国宪法的基本原则分为人性尊严、民主制、共和制、联邦制和法治国等。他认为,人性尊严是基本法确认的最高原则,是今日之德国成为“一个共和、民主、社会法治国家和联邦制国家”的基础。^⑰吴庚教授也对台湾地区的宪法原则进行了位阶划分。他认为,宪法原则分为基本原则和相关的次原则,前者有基本权利、权力分立、民主国、共和国和民生福利国等,其中基本权利和权力分立构成法治国原则。他还对法治国与民主国原则进行了层级分解,如法治国的次一级原则包括授权明确性、法安定性、依法行政、司法独立、平等和比例原则等,民主国的次一级原则有国民主权、多数决和地方团体自治等。^⑱在中国大陆地区,也有学者从效力位阶和功能面向等对宪法原则进行分类研究。例如,周叶中教授将宪法原则分为公理性原则与政策性原则、基本原则和具体原则,^⑲莫纪宏教授将宪法原则分为目的性原则与手段性原则;^⑳秦前红教授也认为“宪法原则可因适用场域的宽窄而分为普遍性原则与特殊性原则”。^㉑

应该说,上述学者关于宪法原则的分类研究,都充分考虑了宪法原则的功能面向和作用范围,都或明或暗地划分了宪法原则的等级秩序,都有其开拓性、合理性。但是,吴庚教授的基本原则与相关次级原则的划分,相对明确、具体,更具有可操作性。黑塞教授关于人性尊严之最高原则的观点,符合德国基本法所建构的法秩序逻辑;而且,从一国法秩序的逻辑起点和终极取向上说,是有道理的。但是,相对其他国家而言,这只是一种应然的价值取向,是否能够落到实处,取决于一国民主的推进和法治的保障。从实然层面上看,如果一个国家的民主法治不健全,人民的自主地位没有确立,法律的至上地位难以形成,人民只是权力的附庸,人权也只是政治的玩偶,民主更只是独裁者的遮羞布。

本文认为:从实证宪法规范上看,民主、法治、人权是各国宪法普遍规定或体现的基

^⑮ 参见[德]施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第28-31页。

^⑯ [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版,第45-46页。

^⑰ 参见[德]黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第95-97页。

^⑱ 前引②,吴庚书,第36-37页。

^⑲ 参见徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社2001年版,第184-186页。

^⑳ 参见莫纪宏:《论宪法原则》,载《中国法学》2001年第4期。

^㉑ 秦前红:《宪法原则论》,武汉大学出版社2012年版,第311页。

本原则,无疑是一国法秩序中最高位阶的宪法原则;进而,尽管三者之间难说有位阶差别,但手段和目的关系是相对明确的,即民主是逻辑起点,人权是终极诉求,法治是基本保障。同时,民主与法治各自也有自身的价值与诉求的价值之分。例如民主自身的价值为主权在民、代议制、普选制、多数决和地方自治等,民主诉求的价值可为通过社会力量制约国家权力,实行有限政府,保障人权。法治自身的价值从形式上看,就是法律至上、法的明确性、法的稳定性、法的统一性、法不溯及既往等,从实质上看,还包括权力制约、法律保留、依法行政、司法独立和合宪审查等。^② 上述关于民主和法治的价值解析,也分殊出二者的次级原则。除外,人权原则(国内统称基本人权原则)也包括人性尊严、平等保护、正当程序和人权救济的司法主治等原则。^③

同时,宪法规则又是社会价值的法律化,代表了一国法律关系某一领域的核心价值 and 秩序基础,因此,相对部门法规则而言,宪法规则也处于原则的地位,属于次一级的宪法原则。例如,劳动权和生存权都是宪法规则的核心内容,同时也是劳动法与社会保障法的价值基础和基本原则。除外,有些部门法原则,如刑法中的罪行法定、刑诉法中的非法证据排除、行政法中的信赖保护、民法中的诚实信用等,也是具有宪法地位的基本原则。所以,宪法原则是一个多层级、网状式的价值体系和规范体系。本文对宪法原则体系的研究只具有路径和方法上的意义,不可能对宪法原则的效力位阶和功能面向进行全面精准的界定。

(二) 宪法原则的释宪功能

关于宪法原则的释宪功能,美国学者德沃金、贝勒斯、巴尔金等人的观点可资借鉴。

德沃金认为,法律的生命在于它的整体性。“法的整体性”是指一个人格化的社会或国家基于公平(分配政治权力的原理)、正义(政治机构作出决策的原理)、正当程序(权利救济的程序原理)等而形成的整体法秩序。^④ 他认为,法官依据整体性的法对法律实践提供最具建设性的阐释,就是正确的。^⑤ 在讨论原则与规则的关系时,他认为,在相关的情况之下,原则具有方向导控功能,当规则之间发生冲突时,“一个法律制度也可以优先考虑适用由更重要的原则所支配的规则。”^⑥ 贝勒斯建立了一套一般原则、具体原则与规则的证成逻辑体系,即由一般原则证成具体原则、由原则证成规则。^⑦ 巴尔金具体提出并论证了潜在原则及其导控功能。他指出,潜在原则(在美国)是指宪法条文中没有明确规定但在宪法规范的实施中或者在宪法文本的解释中具有指南作用的那些原则,如分权、制衡、民主、法治等。他认为,这类原则蕴含在宪法文本的不同部分,启发和

^② 关于法治的含义,德国有形式意义的法治观与实质意义的法治观,其中实质意义的法治观涵括了基本权利的保护和限制。台湾地区法学界的法治观与德国相同。但中国大陆学者将基本人权原则单列独立出来,强调人权在一国法秩序中的逻辑前提和终极取向,更为科学合理。

^③ 关于人权保障的四个原则,本文作者在拙著《基本权利的保护范围:构成、限制及其合宪性》一书中有系统的论述。

^④ 参见前引⑬,德沃金书,第148-151页。

^⑤ 参见前引⑬,德沃金书,第201页。

^⑥ 参见前引⑬,德沃金书,第45-46页。

^⑦ 参见[美]贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页。

促进着文本的建构性解释,而且通过文本的实施性原则得以具体落实。^{②⑧}

鉴于上述观点,本文就宪法原则的释宪功能,作如下具体的分解。

首先,协调请求权基础的整合功能。“请求权基础”或者“请求权规范基础”由德国学者拉伦茨率先提出,台湾地区王泽鉴教授进行了全面系统的研究。他们指称的请求权基础就是“可供支持一方当事人向他方当事人有所主张的法律规范”^{②⑨}。借此,在宪法审查中,尤其是人民提起的宪法诉愿中,申请人提请合宪性审查也涉及到请求权基础问题;而且由于宪法审查的视域相对宽广,审查依据也相对抽象,申请人列举的宪法规范往往更加复杂多样。例如,德国联邦宪法法院 1956 年审理的“艾尔弗斯案”,诉愿人列举的宪法依据包括《德国基本法》第 2 条、第 3 条、第 5 条、第 6 条、第 11 条等,宪法法院在审查中还涉及到第 1 条、第 9 条、第 19 条、第 20 条、第 79 条等。^{③⑩} 在实践中,申请人据以请求的规范依据与法官审查的规范依据不完全相同,有时甚至是对立的。在这种情况下,申请人和个案法官就应该依据宪法原则进行协调与整合。在上述案件的审理中,人性尊严、一般行为自由、法律保留、合宪性秩序和公共利益等原则,是法官审查裁量的综合依据,也共同支撑了裁判结论的合理性,其中人性尊严作为最高宪法原则起到了全案拟适用规范的协调、整合与统摄作用。

其次,选择个案规则的导控功能。在个案审查中,选择规则与续造规则都是法官依托宪法解释发现和创制个案规范的具体方式。二者的区别在于:前者是指在既定规范中进行甄别、判断与排除,后者则是指在没有规则可依的情况下创制新的规范;前者固守了司法的本能,是司法的常态,后者是对立法的补充和矫正,是司法的例外。因此,本文认为:针对个案事实依据宪法规范选择个案裁判规则,是宪法解释与适用的主要功能。这一点,不管是在美国式普通法院审查中,还是在德国式具体规范审查中,都是客观存在的。过去,我们在讨论宪法审查时只注重法律是否违宪裁判问题,忽视了宪法规范在个案规则选择方面的指导和控制功能。在宪法审查实践中,基于同一宪法原则和相同宪法问题,宪法法官作出不同甚至对立的解释和处理,更多的是在选择或续造规则,而不是单纯的违宪判断。

再次,续造个案规则的定格功能。一是在宪法原则的导控下,选择宪法解释的方法。解释方法是选择和续造个案规则的基本前提,在某种意义上,选择了解释方法就意味着确定了个案基准。因此,方法的选择必须受原则的指导和控制。具体地说,一方面依据既定规范中的宪法原则确定待决案件的评价方向,另一方面依据技术规范中的宪法原则确定法官解释的路径和方法。二是在宪法原则的导控下,确定类推适用的规则。拉伦茨在讨论“整体类推”适用法律时指出,通过回归法律原则的方式将不同构成要件的规则归并到同一法律原则之下,赋予相同的法律后果,这一原则也同样适用于法律未

^{②⑧} 参见[美]巴尔金:《活的原旨主义》,刘连泰译,厦门大学出版社 2015 年版,第 192-193 页。

^{②⑨} 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 42 页。

^{③⑩} 参见张翔主编:《德国宪法案例选释》(第 1 辑),法律出版社 2012 年版,第 2-12 页。

规整的类似案件。^⑪ 因为法律原则具有相似案件之正义的整体说服力或者相同的法律理由。当然,在刑事案件中,基于罪刑法定原则,不宜采用类推适用,对犯罪嫌疑人作出有罪和罪重的判决。三是在宪法原则的导控下,形成符合事理结构的新规则。何谓“事理结构”?涉及到价值、规范与事实的分析和判断,不可能形成如数学公式那样精准的判断标准。但是,德国联邦宪法法院在审理这类案件时,综合运用了事物的归类分析、相同事物同等对待、人性尊严的“客体公式”以及法益衡量等方法 and 原则进行处理,是为成功的经验。

三、宪法技术规范:求证个案规范的路径与方法

(一)技术规范的类型化分析

技术规范的类型化分析涉及到多方面的考量因素:首先是法律解释方法,其次是当涉及到私权与公权之间冲突时还应考虑利益权衡,再次是当公权之间发生冲突时还应考虑一国的宪政体制和职能分工等等。因此,本文根据技术规范的适用范围和作用方式,将其分成方法性规则、权衡性规则、功能性规则等三类。

1. 方法性规则

所谓方法性规则,就是各种法律解释方法及旗下的具体运行规则。在法释义学史上,萨维尼最早提出了文理、论理、历史和体系等四种解释方法;拉伦茨提出了字义,法律的意义脉络,立法者的规定意向、目标和规范想法,客观的目的论标准与合宪性解释等。^⑫ 美国学者将法律解释方法归纳为意图主义解释(Intentionalism)、文本主义解释(Textualism)和现实主义(实用主义)解释(realism or pragmatism)等。^⑬ 意大利法学家贝提提出了四种解释准则:诠释判准之内在性准则、整体及内在意义关联性准则、理解之现实性准则、与原意相当的准则。^⑭ 在本文作者看来,尽管国内外学者基于不同的考量因素提出了多视角的方法类型,但是规整起来可分为文本解释法和目的解释法。这也是建国之初美国联邦最高法院的马歇尔和他的同事们分别建立的两种方法。正如斯若维斯所言:“他坚持文字含义的首要地位,从而通过分析推理的过程来确定宪法侵犯。相反,他的同事们仍然直接通过确定宪法的精神、意图和文本外的一些既定原则来寻求宪法的内容。”^⑮

文本解释法包括字义解释和体系解释。具体规则有:采用词语的固有和常见意义、特殊用语优于一般用语、尊重词典意义但国会特别定义的除外、类属性总概念统摄其分

^⑪ 前引⑧,拉伦茨书,第258-260页。

^⑫ 前引⑧,拉伦茨书,第200-219页。

^⑬ William N. Eskridge, Jr. Philip P. Frikey, Elizabeth Garret, *Legislation And Statutory Interpretation*, second edition, Foundation Press(2006), p. 221-256.

^⑭ 前引②,吴庚书,第484-488页。

^⑮ [美]斯若维斯:《司法审查与宪法》,湛洪果译,北京大学出版社2005年版,第174页。

概念、同类条文应作出合併解释、择其含义之一排除其它、避免解释之间的冲突等。目的解释法包括主观目的(历史上立法者的目的)解释和客观目的解释(拉伦茨的事理结构和法伦理原则)。具体规则有:铭记宪法的总意图和目的、当字面解释矛盾时应依据条文目的解释、依据制宪会议记录确定制宪者的意图、国会委员会立法报告是最权威的立法史料等。

2. 权衡性规则

权衡性规则,顾名思义,就是价值评判、利益考量和实践调和等方面的规则。其中最具代表性的是比例原则的三个子原则,即手段妥当性、最小侵害性和利益衡平性等。手段妥当性要求一项法律或政策所采取的手段应当与其追求的目标完全或者部分一致;最小侵害性是指当一项目标可以通过多种手段达到时应当采取危害最小的手段;利益衡平性,也就是通常所说的“两利相权取其大,两害相权取其小”。比例原则源于德国,目前世界上其它国家也都不同程度地采用了比例三原则,只是在称谓上不完全相同而已。在德国,联邦宪法法院在“劳工企业参决案”中基于“立法当时”的事实而进行预测性判断,建立了“明显性审查”、“可支持性审查”、“强力审查”等三层密度。^⑥ 三层密度与比例三原则的结合运用,在德国宪法审查实践中具有主导地位和作用。

美国的“三重审查”包括严格审查、合理审查和中度审查。从发展轨迹上看,美国的“三重审查”缘起于卡洛琳案(Carolene Products)一案第四脚注确立的二重审查。按照斯通大法官的观点,如果一项权利被认为是基本权利,那么政府通常应该具有最紧迫的利益而且应该满足严格审查的具体标准,否则适用合理审查。这是美国司法审查标准的基本框架。后来,在性别和非婚生子女歧视方面,联邦最高法院大法官之间存有分歧,但最终确立了中度审查标准。具体地说,严格审查的具体标准为:政府的目的具有紧迫性(compelling),手段是达到目的之必须的或者是最小侵害的,举证责任由政府承担;中度审查的具体标准为:政府的目的具有重要性(important),为达到目的所采取的手段很重要但不一定是唯一的,由政府承担举证责任;合理审查的具体标准:政府有合理的目的(legitimate purpose),手段与目的合理关联且是达到目的的选择之一。

另外,美国最高法院还针对各别基本权利保护建立了相对分散的具体规则。例如刑事规则模糊时不得处以刑罚,无特定处罚目的的刑事规则不得适用,法律模糊时作出有利于人权保障的解释等;又如关于表达自由的具体规则,包括禁止事前限制规则,时间、地点和方式规则,现存且即刻危险规则,禁止基于内容限制的规则等;再如宗教自由的 Lemon 规则:立法目的世俗性规则,不得产生促进或者抑制宗教的重要后果,不得使政府与宗教有过度的纠葛等。

3. 功能性规则

这类规则涉及到立法、行政、司法三权之间的关系以及中央与地方(联邦与州)之间关系等方面的问题,实质上是职能分工原则的具体化。在美国,功能性规则缘起于 1793

^⑥ 前引③,林来梵书,第 242 页。

年联邦最高法院首席大法官杰伊创造的“禁止咨询意见”^⑦。目前,在美国,相对定型化的功能性规则,除了前述之外,还包括宪法判断的回避、穷尽其它救济途径、政治问题不予审查、合宪性推定、部门权力的核心职能不可侵犯、尊重政府对自定规则的解释、联邦政府对州和地方的救济平等、联邦政府不得侵犯州政府的核心功能、州政府在联邦法院的诉讼豁免等。

相比之下,在德国,宪法法院专门履行宪法审查职能。因此,功能性规则,既包括司法与立法、行政三权之间以及联邦与州和地方之间的职能分工规则,也包括宪法法院与其他法院之间的职能分工规则。同时,德国属于大陆法系国家,在机构之间以及联邦与州之间的权限争议解释实践中,尊重成文宪法的具体规定,并严守字面解释方法。目前,比较明确的技术规范有:职能最适、合宪性推定、穷尽其它救济途径、立法性评价优位等。而且,有些与美国司法审查相同的规则,在具体运用上也不完全一样。例如,合宪性推定规则的运用被限定在规范的字面解释范围之内,不得触及立法的基础性决定、价值判断和内在目的,不得赋予法律以相反的意义等。^⑧又如,穷尽其它救济途径规则主要适用于宪法诉愿案件之中,但当事人对其他法院的判决不服,可以直接针对判决提起的诉愿,也可以直接针对法律提起的诉愿,后一种情况则不适用此规则。^⑨再如,立法性判断优位可分为三个具体且强度不同的标准:表面审查、一般合理性审查、强化性内容审查。联邦宪法法院认为:“立法者的不同程度上的‘评价上的优先’和联邦宪法法院的不同的审查强度取决于不同种类的因素,‘尤其是取决于所设计的事务领域的特征、形成足够安全的判决的可能性和所涉及的法益的意义。’”“联邦宪法法院也将这些不同程度的审查强度适用于对行政决定进行的审查之中。”^⑩

(二) 技术规则的释宪功能

在20世纪60年代,美国现实主义法学家卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)就曾断言,在确定个案法律规则时,真正起决定作用的是可靠的方法而不是法律语言。贝提的法释义学之重点“不在于法律的解释方法问题,而是对法律的解释与运用作深入的检讨。”^⑪由此看来,在法律解释实践中,突出技术规范的重要地位,充分发挥这类规范的作用和功能,具有广泛的共识。关于技术规范的释宪功能,具体有如下几个方面:

首先,个案规范的发现功能。任何现行有效的宪法法律规范都只是对未来行为的指引、评价、教育和预测,在个案法律裁量中,如何针对个案事实适用法律有一个发现、甄别和判断的过程,在法律竞合与法律冲突的情况下,这一过程就更为复杂。因此,如何将现行有效的宪法法律适用到具体的个案之中,技术规范扮演者重要的角色。从表

^⑦ 1789年,法国大革命爆发后,英国领导的反法同盟对法国革命进行武装干涉。此时,美国是保持中立还是基于美法同盟条约援助法国,争论激烈。华盛顿总统书面提请杰伊提供咨询意见,遭到拒绝。

^⑧ 参见前引①,施莱西等书,第456页。

^⑨ 前引①,施莱西等书,第251页。

^⑩ 前引①,施莱西等书,第539-540页。

^⑪ 前引②,吴庚书,第468页。

层上看,法律关系的主体、行为、法益是连接法律规范与案件事实的桥梁,但是主体、行为、法益的复杂性、多样性和价值侧重性,客观上要求宪法解释者多视角的选择和判断。例如,当字面解释发生歧义时,首先应该选择语词的常见意义,其次是特殊用语优于一般用语,再次是服从立法目的。又如,当多个法条可同时适用于特定个案或者是在特定个案中出现了法律冲突时,首先应考量主体、行为、法益的特殊性,其次应依据宪法和上位法原则和规则作出判断。再如,当一个法规(条文)有多种宪法性解释,只有其一符合宪的,那就推定该法规(条文)是合宪的。

其次,个案规范的创制功能。如果说“法的发现”是一个从“多有”到“个有”的过程,那么“法的续造”则是一个从“无”到“有”的过程。立法总是相对滞后的,因为人的理性是有限的,社会关系也是复杂多变的。因此,在宪法法律的具体适用中,会出现特定个案缺乏可适用的既定规范,这就需要“法官造法”。英美法系国家崇尚先例拘束原则和法律现实主义,其合理性不容置疑。拉伦茨主张根据“事理结构”和“法伦理原则”续造个案法律,当有意义。但是,任何先例的形成以及“事理结构”和“法伦理”原则的理解,都是一种创造性的转换,也都需要程序和实体规则的引导。拉伦茨将法的续造区分为“法律之内的法的续造”与“超越法律的法的续造”,并认为,在前一种情况下,法的续造应限定在“可能的字面意义”以及“立法者原本的计划目的”范围之内;在后一种情况下,法的续造应限定在“整体法秩序的基本原则范围内”。^④ 拉伦茨的两分法及其范围界定,就是技术规范的理论阐发和实践运用。

四、宪法案件事实:求证个案规范的起点和目标

(一) 案件事实的界定、类型和作用

在本文作者看来,宪法审查与部门法诉讼之间最大的区别在于:前者旨在解决涉案法律法规本身的合宪性争议问题,追求的是社会正义;后者则在于处理个案当事人的权利、义务和责任问题,追求的是个案正义。二者的审查对象和价值诉求不完全一样,据以审查的事实基础当有区别。因此,相对部门法诉讼的个案司法事实而言,作为宪法审查基础的案件事实是指据以作出法律合宪性裁定有关的一切事实,而不仅仅是指特定个案的司法事实。具体地说,包括社会背景事实、法律拟制事实和个案特定事实等。首先,社会背景事实又可分为立法当时的背景事实与案件当时的背景事实。在认定立法当时的背景事实时,重点考量涉案法律在制定当时的社会关系状态,包括法律拟调整的社会关系是否存在、是否具有可调整性,该当社会关系在整体社会秩序中的地位和作用,尤其是与其它社会秩序子系统的关系等。在处理当下案件的社会背景事实时,重点审查涉案法律拟制事实与当下社会背景事实、个案特定事实三者之间的契合程度,其中承载社会共识价值的当下社会背景事实更为重要等。其次,法律拟制事实是指涉案法

^④ 前引⑧,拉伦茨书,第246页。

律拟适用的条件事实(假定)、行为模式和法律后果等。当然,如何把握法律拟制事实,也是一个复杂的问题。因为法律规则有完全性、不完全性、准用性和拟制性等多种类型,除了完全性规则可以从条件事实、行为模式和法律后果三个方面厘清法律拟制事实之外,其它各类规则拟规制的事实还得借助同一法律的其它条文甚至其它法律的有关条文,方能厘清。除外,在法律冲突与竞合的情况下,问题就更复杂了。再次,个案特定事实又包括实际发生的案件事实、当事人陈述的案件事实与解释者认定的案件事实等。在法律实践中,由于当事人和解释者的价值取向、陈述与认知能力等因素的影响,往往出现当事人陈述的案件事实与解释者认定的案件事实之间、以及它们与实际发生的案件事实之间不完全一样。因此,在宪法审查中,解释者应该在全面查验的基础上,尽可能保证裁量认定的案件事实与实际发生的案件事实的一致性。

(二) 个案规范与案件事实的勾连元素

个案规范与案件事实的勾连元素,简单地说,就是主体、行为、法益。具体地说,首先,职能部门的主体资格、地位和职权,行为的性质、目的、手段、方式、场域和后果,以及法益相对私主体而言的公共性和重要性等。其次,基本权利主体的属性和特点、权利能力、行为能力和责任能力,行为的性质、目的、手段、方式、场域、后果,法益的位阶秩序和功能面向等。上述各类元素首先规定在宪法规范、法律规范之中,同时也存在于案件事实之中,是勾连规范与事实的桥梁和纽带。在论证逻辑上看,首先需要对案件事实进行类型化分析,然后借助三元素的勾连进行规范与事实的涵摄推论。

首先,从主体上看,法律上的人基于性别、年龄、职业、国籍等分属于不同的类型;同时基于组织化方式和程度分为自然人、法人和其他社会组织等。法律依据人的属性和类别确立了不同的权利、义务和责任。这是解释者对案件事实进行归类整理时首先应该考量的问题。例如,孕妇和未成年人犯罪不得被判处死刑,军人警察集会游行示威自由受到特别限制,外国人不享有参政和担任公职等权利,法人享有的基本权利受到经营范围和自治范围的限制。但是,从宪法上看,一方面宪法允许法律基于人的属性不同将法律关系主体分属于不同类型,并施与不同的保护和限制,另一方面宪法也要求法律的分类保护不得违反平等原则,即相同的情况相同对待,不同的情况不同对待。

其次,从行为上看,因行为的目的、范围、方式、时间、场域和结果的不同,主体承担责任的范围和程度也不一样。例如,美国宪法判例将言论自由分为政治性言论、商业性言论、诽谤性言论、挑衅性言论、淫秽性言论和歧视性言论等等,其中只有政治性言论受到绝对保护,其它言论只是受到相对保护。又如,德国基本法区别和平集会与携带武器集会、室内集会与室外集会,分别予以不同的保护。再如,在日本,劳工结社自由分为政治性结社与经济性结社两种,如果经济性结社只是为了劳工的经济利益,当受保护,但是,如果另有政治目的或者实施了政治行为,应否受到保护,目前理论和实务界的态度十分暧昧。相对主体和法益而言,人的行为是案件事实的主要组成部分,也是一个复杂多头难于判断的问题。各个部门法关于行为类型的研究纷繁复杂,难以从宪法学视角进行整体性的归类分析。因此,宪法法官首先应该尊重部门法理论的相关研究成果,然

后,比照宪法规范拟制的事实条件进行类型化整理,并作出选择和判断。

再次,从法益上看,法益是基本权利独立存在和相互区别的核心要素,例如生命、自由和财产等分别是生命权、自由权和财产权的保护法益。当然,任何一个基本权利的保护法益都不是单一的。因为人类生活事实的多样性以及由此衍生的人类需求的多元化,法律保护基本权利的功能也呈现出多面向。因此,同一基本权利因功能面向不同其保护法益也有区别;同时,同一法益因主体不同,受到法律保护的程度和方式也不一样。以劳动权为例,在劳动力市场上,劳动权的保护法益主要是就业和择业自由;但在劳动法律关系中,劳动权的保护法益主要是劳动报酬、劳动安全和劳工结社自由等;此外,就业相对一个没有其它生活来源的失业者来说更应受到保护。另外,有些基本权利所保护的法益是其它一切权利的基本前提和逻辑起点,应该受到优先保护。例如,生命法益的重要性在于生命不在,其它权利枉存。又如,人身自由是人的一切行为自由的逻辑起点,没有人身自由自然不可能享有通过行为表征的其它一切权利和自由。

(三) 个案规范与案件事实的勾连方法

对案件事实的类型化分析只是明确了宪法解释的事实依据而已。从方法论上看,整个宪法解释过程的关键在于宪法规范、法律规范、案件事实三者之间的“诠释学循环”,尤其是规范与事实之间的涵摄推论(拉伦茨的三段论法)。这一过程的目的在于将未加工的案件事实转化为最终确认的案件事实,将未加工的法律规范转化为明确、具体、可适用的个案规范。

目前,有争议的问题是,宪法解释能否采用三段论法以及如何运用涵摄模型。史密斯认为,行使违宪审查权的法院不是宪法上独立的法院,其审查的案件事实具有偶发性;同时,宪法规范多为原则性和框架性,不具有完备的构成要件。在他看来,在宪法审查中,不存在宪法规范涵摄案件事实的推论过程。但是,凯尔森基于分析法学派的观点指出,上位规范决定下位规范产生的程序和内容,依据上位规范制定下位规范本身就是法律上的事实行为。他认为,宪法规范涵摄案件事实(立法行为事实)不容置疑。^⑬ 拉伦茨在讨论三段论法时指出,在逻辑上,外延较大的概念,将立于其下的外延较小的概念,予以涵摄。^⑭ 由此推论,宪法规范的外延大于法律规范,前者涵摄后者当无疑问。因此,在本文作者看来,法律拟制的事实被涵摄于宪法规范之中是可以成立的。

当然,也还存在如下两个问题:一是个案特定事实可否涵摄于宪法规范之中,二是案件背景事实如何涵摄于宪法规范之中。就第一个问题而言,当个案特定事实融入到社会背景事实之中或者代表了社会多数人的价值共识之时,宪法规范涵摄社会背景事实,自然也包括了个案特定事实。第二个问题则相对复杂一些。因为,在宪法审查中,原则上只涉及到个案法律的合宪性判断和续造,当案件背景事实与个案法律拟制事实相互匹配和融通时,二者同时涵摄于宪法规范之中,个案法律的合宪性当无疑义;但是,

^⑬ 前引②,吴庚书,第572-573页。

^⑭ 前引⑧,拉伦茨书,第152页。

如果个案法律拟制的事实背离了具有价值共识的案件背景事实,宪法法官只能尊崇共识性社会事实,裁定个案法律违宪或者不予适用,进而续造个案可适用的法律。

五、求证个案规范之控制的规范化思考

由上可知,个案规范的选择和续造就是解释者说了算。那么,解释者的自由裁量权是否应该受到限制呢?首先,从释宪功能上看,宪法解释的核心功能就是解决涉案法律的合宪性问题,如果一项违宪的法律因为解释者的恣意而得不到纠正,受损害的不只是当下的个案当事人,还会有潜在的受害人。其次,从价值目标上看,限制解释者的自由裁量,一方面为了防堵宪法解释僭越立法和行政两权,另一方面为了守住基本权利的边界。因此,为了减少恣意释宪进而践踏人权,限制解释者的自由裁量权是必要的。

(一) 提高宪法规则的可适用性

通过宪法规则授予权利(权力)、确定义务是各国宪法的主要内容,即所谓授权性规范和义务性规范。但是,由于立宪技术和控权理念等方面的差异,各国的宪法规则模型及其可适用性大有区别。下文比较美、德、中三国宪法中的基本权利规范,具体分析这三国宪法规则的结构、特点和可适用性。

美国宪法中的基本权利规范主要集中在1791年之后的27条修正案之中。其中直接涉及基本权利和自由的条文,除了前10条修正案之外,还有第13、14、15、19、24、26和27条等修正条文。这些条文的共同特点是,明确指出国家权力“不得……”,即相对国家权力而言,多为禁止性规范,并且多数条文设定了规则适用的条件、情状和程序。但是,相对公民来说,采用直白、简单的授权性规则不多。这种宪法规则模式,一方面体现了法无明文禁止即自由的权利推定原则,另一方面划定了国家权力运行的范围、界限和程序。在释宪实践中,联邦最高法院通过大量的案例丰富和扩展了基本权利的范围和内容,但是,在基本权利与国家权力的边界上,现行案例始终守住了这些禁止性规范设定的底线。

德国基本法中关于基本权利条文的设计采用的是一种附条件的授权性规范,即在授予公民权利和自由的同时,附加了限制性的条件、范围、程度和方式等,立法机关有权在宪法所附的条件之下制定法律予以限制。当然,从授权对象的双重性上看,这类规范也可以说是一种双重授权的规则模式。例如,基本法第11条规定:“所有德国人享有在全联邦境内的迁徙自由。这种权利只能受法律限制或依法予以限制并只有在下列情况下予以限制:因缺乏适当的生活基础而可能造成当地社会的特种负担,为避免对联邦或某一州的存在或自由民主的基本秩序的紧迫危险,为与流行病的危险作斗争,为应对自然灾害和特别重大事故,为保护少年儿童不使处于无人照管状态,或为防止犯罪而必须作出这种限制。”此条的内容包括:一是授予国民的迁徙自由,二是授权议会立法限制,三是议会立法限制的条件和情状。类似的条文还有第9、10、12、13、17条等。另外,基本法第18、19条还规定了基本权利限制与丧失的范围、程序、方式和救济途径,并明确

指出,基本权利的核心内容在任何情况之下都不得受到侵害。

相比之下,中国宪法基本权利条文则多为一种概括性的授权规范,其中最为典型的是宪法第35条关于言论、出版等六大自由的规定。当然,也有个别条文(宪法第36条关于宗教信仰自由)规定了限制性条件,即“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨害国家教育制度的活动。宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配。”另外,多数基本权利条文也有禁止性规定,如“禁止……”或“不得……”等。但也存在问题。首先,多数条文没有具体设定限制基本权利的条件、程序、范围和方式等,立法机关可以自由立法予以限制。尽管宪法第51条规定“不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的权利和利益”,但这种概括性授权限制不符合各别权利和自由的属性和特点,更是具有开放性和任意性。其次,禁止性规范指称的对象范围也是概括性的。要么是指代不明,要么是涵括了国家机关、社会组织和公民个人等。例如,宪法第1条第2款(破坏社会主义制度之禁止)、第10条第4款(非合理利用土地之禁止)、第12条第2款(破坏公有财产之禁止)、第36条第2—3款(宗教自由之侵犯的禁止性规定)、第40条(通讯自由之侵犯的禁止性规定)和第41条(申诉、控告、检举之侵犯的禁止性规定)等,就是如此。因为这类规范设定被禁止的对象包括一切国家机关、社会组织和公民个人等,可以被理解为授权立法者制定法律予以限制,也可以被理解为授权执法和司法者直接适用的规范。

从宪法释义学视角,审视上述三国的宪法规则模式,不难看出,德国基本法中附条件的授权规则,一方面提供了宪法解释的方向和进路,另一方面防堵了立法者的恣意限制,再一方面也简化了宪法规范涵摄法律规范的推论过程。相比中、美两国的宪法规则,当然更具有可适用性;同时,美国宪法中的禁止性规范确立了国家权力不得介入的禁区,相比中国宪法中禁止性规范的指代不明或者涵括一切,也具有可操作性。

(二) 推进技术规范的法律化

在本文作者看来,宪法解释实质上就是立法甚至是立宪。即为如此,人民修订宪法时应受到修宪程序的限制,而且很多国家宪法还明确规定了不得修改的具体内容;立法机关制定法律时也应受到立法程序和实体法规范的限制,同时还应该受到合宪性、合法性审查。为何法院和其他释宪机关的宪法和法律解释不能有专门的审查程序法和审查基准法予以约束呢?德沃金在《法律帝国》第一章开篇就指出:“一位法官的点头对人们带来的得失往往要比国会或议会的任何一般性法案带来的得失更大。”^⑤这是对法律帝国和法官权力的真实写照,更是呼唤我们对宪法和法律解释的限制。

关于技术规则的法律化问题,在英美判例法国家,这类规则都是从宪法判例中抽离出来的,在遵循先例原则的指导下,技术规则就是现行有效的法律。而且,自1803年马伯里诉麦迪逊一案之后,联邦最高法院不断在创制和修正这类规范。其间,最具代表性

^⑤ 前引⑬,德沃金书,第1页。

的是伦奎斯特法院时期,斯卡利亚大法官在这一方面则走得更远。^{④⑥} 安修也对美国历年的宪法判例进行了整理,提炼出50个字面解释规则(他称之为指南)和14个意图解释规则。^{④⑦} 威廉姆 N. 艾斯克瑞奇等将美国最高法院1986年至1993年的案例法解释规则归纳为文本主义解释规则、法外考量规则和实体原则解释规则等三大类,共118个具体规则。^{④⑧} 但是,在大陆法系国家,尤其是在抽象性规范审查中,技术规则对宪法法官是否具有法的拘束力,值得研究。据笔者有限的阅读能力和信息存量,目前还没有哪一个国家制定专门的宪法审查基准法。采用德国式宪法法院审查制的国家都制定了宪法法院法,但都只是规定了法院管辖、诉讼主体、审查过程和方式以及裁决效力等方面的程序性内容,没有涉及或者很少涉及裁量基准的技术规则。

显然,在大陆法系国家,推进技术规范的法律化是十分必要的。在中国,宪法解释难于启动,法规规章审查运行不畅,技术规范在法律解释实践中还是一个全新的话题,因此,强化技术规范的理论研究和实践运用,更为重要。至于如何法律化的问题,限于本文篇幅,这里只是提出两点建议:一是制定专门的《宪法解释基准法》,^{④⑨}二是在《宪法解释程序法》中增加技术规范的内容。

(三) 强化释宪程序的民主化

自比克尔20世纪中叶提出司法审查的“反多数主义”难题之后,这一问题受到了国内外学者的普遍关注,也有学者思考了释宪程序的民主化问题。

罗尔斯基于政治正义理念提出了公共理性的程序民主观。他认为:“在具有司法复审的立宪政体中,公共理性乃是其最高法庭的理性。”^{⑤⑩}这一理性适合于法庭就较高法律作出最高的司法解释。哈贝马斯认为:“要把对法律理论的理想要求扎根于一个‘宪法诠释者所组成的开放社会’的政治理想之中。”^{⑤⑪}“单个的法官原则上必须把他的建构性诠释看作是一项以公民间公共交往为支撑的共同事业。”^{⑤⑫}毋庸置疑,这两位协商民主大师对宪法解释理论的建构注入了民主协商的强心剂,遗憾的是没有开出司法民主协商的具体方案。当然,也有学者(如 Peter Habermas)具体提出了“开放社会的宪法解释构想”,并认为:公共团体是“预先的解释者”,宪法法院负责最后的宪法解释任务。不过,克里斯蒂安·斯塔克(Christian Starck)则认为,在宪法解释中渗人民主化的动因,会导

^{④⑥} Peter L. Strauss: *Legal Methods - - understanding and using cases and statutes*, foundation Press(2005), p. 706.

^{④⑦} 参见前引④⑥,安修书,第2-3章。

^{④⑧} William N. Eskridge, Jr. Philip P. Frikey, Elizabeth Garret, *Legislation and Statutory Interpretation*, second edition, Foundation Press(2006), p. 389-397.

^{④⑨} 美国司法部于1988年颁布了《宪法诉讼指南》(Guidelines on Constitutional Litigation),尽管这不是一部国会制定法,但也不能忽视它对宪法解释的指导意义。更为重要的是,它为我们限制法官恣意释宪提供了一个新的思维方式。

^{⑤⑩} [美]罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000年版,第244-245页。

^{⑤⑪} [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律与民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第274页。

^{⑤⑫} 前引⑤⑪,哈贝马斯书,第275页。

致法律解释的相对化,值得商榷。^{⑤③}

不可否认,释宪程序可否民主化以及如何民主化,是一个有争议的问题。因为,基于司法独立,法律解释与适用过程是一个封闭的自足系统,任何组织和个人的直接参与,都是对司法独立的背离。同时,宪法解释涉及到事实认定、价值判断和规范选择,是价值、规范和事实的有机统一,需要解释者深厚的法学知识、娴熟的司法经验以及法律人的道德修为等。所以,释宪民主化至今仍然是一个备受质疑的问题。

在本文作者看来,释宪程序的民主化可以从两个维度来理解。首先,在以政治机关为主导的释宪模式中,如法国式宪法委员会审查制和中国式代表机关主导的宪法审查制,释宪民主是政治民主的应有之意。政治机关在解释宪法时,对涉及到的重大宪法问题,通过座谈会、听证会、论证会和网上征求意见等方式,广泛听取意见并协商作出决定,是可行的,也是必要的。其次,在以司法机关为主导的释宪模式中,如美国式司法审查制和德国式宪法法院制,释宪民主属于司法民主的问题。传统的司法民主强调,公民通过陪审团参与个案的事实审以监督司法,但事实审主要集中在初审程序,而且无论是在初审程序还是在上诉审程序,公民及其组织都无法制约法官适用法律的恣意。不过,随着回应性民主理论^{⑤④}的问世,现代司法民主更强调司法的回应性。巴尔金在讨论宪法阐释的民主正当性时指出:“从长期来看,宪法阐释体制的民主正当性取决于这一事实,即它具有民主回应性。”^{⑤⑤}他还具体阐明了美国回应性司法的运行机制,他认为:公众在关于宪法问题的公共论坛中形成的价值共识,以及通过选举产生的政治官员的宪法阐释,共同改变了法官独立经营的世界;同时,选举官员和议员通过任命法官的方式改变了法官结构和表决参数;这些元素也共同改变了法院阐释宪法的价值取向和思维方式,进而法官也因此不得不作出顺应民意的司法裁判。^{⑤⑥}显然,直接选举的信息传递和民选官员的法官任命是民主天然的“政治强制”,也是司法回应的内在动力。

结 语

党的十八届四中全会《决定》指出:“完善全国人大及其常委会宪法监督制度,健全宪法解释程序机制。”“加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围,依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件。”《决定》进一步强化了《立法法》建立的备案审查制度,预示着中国宪法实施与监督进入到一个新的发展时期。需要解决的问题是:首先,全国人大常委会的宪法解释难于落实,国务院的备案审查和两高的司法解释各自为阵,地方省、市两级的备案审查条块分割;其次,现行备案审查是限于规范之间

^{⑤③} 参见[德]Christian Starck:《法学、宪法法院审判权与基本权利》,杨子慧等译,元照出版社2006年版,第256-257页。

^{⑤④} 劳伦斯·迈耶等人认为,民主政治的两个标准之一就是回应(另一个是责任),参见[美]迈耶等:《比较政治学——变化世界中的国家和理论》,罗飞等译,华夏出版社2001年版,第37-41页。

^{⑤⑤} 前引^{⑤②},巴尔金书,第242页。

^{⑤⑥} 前引^{⑤②},巴尔金书,第53页。

的逻辑论证还是同时考虑立法事实和社会事实的认定与参照,学者们的观点不统一;再次,宪法可否司法化以及法官适用宪法的路径和方法如何理解,理论上也有争议;最后,关于宪法解释基准问题,目前国内宪法学界尚没有完全展开研究,《立法法》等的相关规定相对抽象、零散。结果导致当下的宪法审查体制运行不畅,相同的宪法问题,因审查机关和人员不同,裁决标准和结论各异。因此,在本文作者看来,推进宪法实施与监督,目前亟待规范审查主体、健全审查程序、细化审查基准。具体地说,制定统一的宪法解释程序法和基准法,确认合宪性解释的双轨制,即立法性解释与司法性解释。建立国家和省级人大常委会两级审查和两审终审的合宪性审查制度,在此基础上,允许法院通过宪法解释选择甚至续造符合宪法的个案规范,当法院或其当事人发现拟适用法律违宪时,提请全国和省级人大常委会审查裁定(拟或由两级宪法委员会审查裁定)。建立和健全这种双轨型的宪法审查和解释体制,既能保证宪法解释的权威性和国家法治的统一性,也能充分发挥法官释宪的专业技能,保障宪法审查与解释的经常性、可操作性和高效性。

Abstract: What is the criterion for the constitutional interpretation? In the broad sense, this criterion includes established rules, technical rules and rules for individual cases, and in the narrow sense, the criterion refers to rules for individual cases. The rules for individual cases hid in established rules and the case facts are the criterion for individual cases created by interpreter by technical rules. In the justification of the rules for individual cases, the case facts provide the purpose of proving, and establish rules stipulate the direction and border of proving, while technical rules demonstrate the path and methods of proving. Constitutional principle is a multi-layered value system and normative system, in logical inference, superior principle comprises inferior principle. The subjects, behavior and legal interests of right relation are not only the basic elements of legal fiction facts and case facts, but also the bridge between the Constitution comprises laws and regulations and case facts. The interpreter shall determine the selection and establishment of rules for individual cases. Therefore, improving the application of constitutional provisions and promoting the legalization of technical rules and the democratization of the procedure of interpreting the Constitution are the major way of control interpreting the Constitution unscrupulously.

(责任编辑:李小明)