

两种宪法案件:从合宪性解释 看宪法对司法的可能影响

张翔*

内容提要 碍于宪法的基本架构,违宪审查意义上的“宪法司法化”在我国绝无可能。但法官作为受宪法约束的公权力主体,基于其宪法义务,有在具体案件中对法律进行合宪性解释的必要。合宪性解释并非宪法解释,而是法律解释的一种方法。而且,合宪性解释已经从最初的法律解释方法转化成了法官的宪法义务。在部门法的研究中已经有在司法中进行合宪性解释的主张与尝试。合宪性解释可以在法律解释的体系解释、目的解释以及法外续造中应用。

关键词 “宪法司法化” 合宪性解释 法官 宪法义务 部门法

一、不可能的“宪法司法化”与可能的司法适用

中国宪法学界关于违宪审查制度的讨论最终凝定为“宪法司法化”的术语。^①按照王磊教授的界定:“宪法司法化是各国司法审查制度的共同的提炼。……是将宪法作为如同刑法、民法等法的适用一样,也由特定机关去针对个别案件反复适用”。他还认为:“宪法司法化是针对我国的宪政实践提出来的,这样可以对症下药,是解决我国宪法实施的关键。”“1982年宪法是建国以来法律性最强的一部宪法,存在着将宪法司法化的潜力和突破口。”^②对于宪法司法化的简单化的理解是:由法院进行合宪性的审查或者法院直接适用宪法以裁判案件。对于这种意义上的宪法司法化,中国的宪法学者在近年来进行了相当深刻的反思和批判。在笔者看来,较为有力的批判进路有两个:

1. 移植美国关于司法审查的“反多数困难”质疑。司法审查与民主之间的紧张关系,一直是美国学界证成和否定司法审查制度的争议双方的主要战场。翟小波对这一争议进行了中国背景下的移植,认为宪法司法化的论证逻辑不能成立,司法机关不能优越于代议机关,宪法司法化论者对于“多数暴政”的指责是理论的“夸张”。中国宪政的关键在于重建议会,让全国人大及其常务委员会走向“真议会”,代议机关至上优越于宪法司法化。^③这种基于多数决原则的批判是对司法性质的违宪审查的根本性批判,但也属于缠诉最多,绝难得出确然答案的问题。

2. 基于中国宪法架构的批判。这种观点认为宪法司法化根本不能见容于中国宪法的基本架构,因而绝无实现之理。例如,童之伟和刘松山二位教授的最新的 research 认为:“许多人、许多年来一再地脱离中国现行的宪法架构,强求没有适用宪法的主体资格的法院去违宪越权适用宪法。这种做法不仅注定毫

* 中国人民大学法学院讲师、法学博士。

① 中国宪法学界最早使用“宪法司法化”概念的应该是胡锦涛教授(胡锦涛:《宪法司法化的必然性与可行性探讨》,载《法学家》1993年第1期),而最终使这一术语得以推广和普遍使用的是王磊教授的著作(王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社2000年版)。

② 王磊:《宪法的司法化》中国政法大学出版社2000年版,第148、151页。

③ 参见翟小波:《代议机关至上,还是司法化?》,载《中外法学》2006年第4期。对于翟小波观点,赵娟进行了针锋相对的回应。参见赵娟:《对“代议机关至上论”的一个回应》,载《江苏警官学院学报》2007年第4期。

无成效,还造成时间、机会等宝贵资源的浪费,还给人们带来了宪法适用主体和宪法适用基本方式的认识的混乱、模糊等问题。”^④刘松山教授在此前的研究中甚至认为:“花太多的精力讨论违宪审查问题,是当前宪法学研究的一个误区”。^⑤而马岭教授也认为:“‘违宪审查’成为20世纪80年代以来中国宪政的热点问题,实际上是中国宪法学界的一次集体‘跑题’,说明了中国宪法学界的成熟。”^⑥

笔者认为后一种批判进路实际上更为有力。前一种批判进路,也就是对司法审查的反民主责难可能没有想象的那么有颠覆性,而且即使在美国,对“反多数困难”的反质疑、反批判也相当有力。^⑦而后一种批判却直指在中国宪法下的司法化主张的命门。违宪审查意义上的宪法司法化在中国宪法的权力架构和规范逻辑下是不可能的。因为违宪审查必然意味着宪法解释,而宪法解释权按照我国宪法第六十七条的规定是明确而专属地授予全国人民代表大会常务委员会的。在这种规定下,由司法机关去进行违宪审查在当下中国很难突破。由于我国宪法关于宪法解释权的规定极为明确,我们也不可能象美国的马伯里诉麦迪逊案那样去进行一次“伟大的篡权”。毕竟,以完全抵触宪法的方式去进行所谓推进宪法的行为是难以接受的。即使我们希望在中国建立有效运行的违宪审查制度,也只能在全国人大常委会解释宪法这一宪法架构下进行制度和理论建构的尝试。^⑧同样的道理,即使法院不进行违宪审查,而仅仅是依据宪法裁判案件也是不可能的。因为:无权解释,如何适用?

据此,违宪审查意义上的“宪法司法化”和法院直接依据宪法裁判个案意义上的“宪法司法化”在中国宪法架构下是很难成立的。但这是否意味着宪法对我国的司法活动毫无影响,作为公权力主体的法院和法官完全不受宪法的拘束呢?在笔者看来,无论是从法律解释方法还是法官的宪法义务看,宪法依然有在我国司法中发挥影响之空间。

二、宪法案件的另一层面:法律的合宪性解释

在法官没有宪法解释权的前提下,宪法依然有对司法发生影响的空间。之所以作出这样的判断,是因为在笔者看来,存在两种不同意义的“宪法案件”,分别是:(1)违宪审查意义上的宪法案件。这是指,在某个案件的审理中或者判决后,如果当事人认为自己的权利在普通法律层面无法得到救济,而主张相关法律违反宪法,从而提起宪法诉讼、要求宪法救济,则此案件会转化为宪法案件。这种宪法案件是违宪审查层面的、宪法诉讼层面的宪法案件,是“真正的宪法案件”。(2)“法律的合宪性解释”层面的宪法案件。在普通的法律案件审理中,如果法官负有对法律作“合宪性解释”的义务,有将宪法的精神藉由法律解释贯彻于法体系中的义务,则在普通法律案件中,就有作宪法层面分析的可能。这种案件本质上是普通法律案件,但其中却纳入了宪法的考量,所以可以说是另一种宪法案件,是“非真正的宪法案件”。

前一个层面的宪法案件,在中国当下的宪法架构下,绝无出现的可能。但后一种层面的宪法案件,于实践上已经发生,^⑨而于理论上亦可证成。尽管“合宪性解释”意义上的宪法案件并非传统意义上的、违宪审查层面的案件,但却是当下我国宪法影响司法的唯一可能性。

“法律的合宪性解释”的基本含义是指按照宪法的精神对法律的内涵进行的解释。“合宪性解释”这个概念在使用上存在一定的模糊,在不同学者那里其含义会存在细微差别。有学者将合宪性解释区

^④ 童之伟、刘松山:《论社会转型时期的宪法适用》(初稿),中国法学会宪法学研究会2007年年会论文。

^⑤ 刘松山:《违宪审查热的冷思考》,载《法学》2004年第1期,第36页。

^⑥ 马岭:《对我国“违宪审查热”的反思》,载《法学杂志》2005年第2期,第15页。

^⑦ 例如,比克尔的“危险最小的部门”、伊利的“司法审查对民主的补强”、桑斯坦的“司法最小主义”都在相当程度上消解着“反多数困难”的质疑。

^⑧ 笔者正在参与韩大元教授关于“宪法解释程序”课题的研究,笔者关于中国宪法体制下宪法解释制度的初步设想,请参见张翔:《功能适当原则与宪法解释模式的选择》,载《学习与探索》2007年第1期。

^⑨ 参见王禹:《中国宪法司法化:案例评析》,北京大学出版社2005年版。

分为三个层次:^⑩单纯的解释规则,指宪法相关规定应在法律解释时直接发生一定的影响,也就是在法律解释时,直接将其作为体系解释或者目的解释的一项规则;冲突规则,指在数种可能的法律解释中应优先选择与宪法内容相符者。也就是说当法律解释出现多种解释可能性时,在相互冲突的几种解释中选择与宪法相一致的。合宪性解释在此时是解决解释冲突的一种方法;保全规则,指当法律有违宪疑虑而有数种解释可能性时,应选择不违宪的解释。也就是出于尊重立法者、尊重立法裁量的考虑,尽可能不把法律解释为违宪。如果对法律有几种解释,应选择认定其合宪,而避免对法律的违宪宣告,在这种意义上,合宪性解释是对法律的“保全”。合宪性解释的这第三个层次,实际上是违宪审查层面的,也就是在进行违宪审查时,为避免司法与立法的对立,尽可能对法律做合宪的解释。在这个层面上,合宪性解释实际上与合宪推定是同一含义。^⑪而本文要探讨的并非违宪审查层面,而是前两个层面,也就是在普通法律案件的审判中,法官通过解释法律而将宪法的精神纳入普通法律的规范体系。

在具体案件中,将宪法作为解释普通法律的背景,或者说对法律作“基于宪法的解释”或者“符合宪法的解释”,在当代的法律解释方法和宪法原理中都占据了相当重要的地位。在德国宪法学与法学方法论上,法律的合宪性解释的必要性被一再论证。按照德国联邦宪法法院的主张:“在对能被做出解释的、拥有被解释空间的规范——如对民法典第 826 条(指“善良风俗条款”——本文作者注)——进行解释和适用的时候,要注意宪法中的基础性决定,如‘要注意基本法第 5 条第 1 款第 2 句对于所适用的劳动法规定及其基本原则的影响’”。^⑫而德国法学方法论在探讨法律解释标准时,也将合宪性解释作为影响解释的重要因素。例如,关于宪法上的基本权利对普通法律解释的影响,拉伦茨做了这样的概括:“联邦宪法法院由‘合宪性解释’的要求推得一项特殊的结论:在解释用以限制基本权之‘一般的法律’时,亦须考虑被限制的基本权本身及其崇高的价值位阶,借此,基本权在一定程度上可保有其优越性。”他援引德国联邦宪法法院的判决说:“‘一般的法律’固然可以划定基本权的界限,但同时也必须基于基本权在民主国家中的重大价值来解释该法律,因此其限制基本权的作用也受到限缩。联邦宪法法院称此为:基本权对于——用以限制基本权利的——普通法律的‘影响作用’”。^⑬

合宪性解释的特别之处在于:它并不是宪法解释,当然也就不是依据宪法裁判具体个案,但却依然是在具体案件中对宪法所确立的价值的贯彻,这个贯彻所凭借的就是法律解释的方法。合宪性解释对于我国的借鉴意义极为明显,我国的法官并非宪法解释权的主体,法官进行宪法解释为体制所不容。但法官依然是受宪法约束的公权力主体,其在行为过程中就应该做宪法的考量,通过法律解释方法的运用,将宪法的精神渗透于整个法律体系。但是,任何制度与理论的移植和借鉴都必须建基于严肃的比较法分析,在功能主义的研究(以问题的共同性为比较法研究的出发点)之外,还必须进行结构主义的考察(将制度放在不同的规范背景中去分析其差异性)。下面,笔者就尝试对合宪性解释的学理进行大致的梳理。

三、法律的合宪性解释:从法律方法到宪法义务

法律的合宪性解释最初只是在宪法影响下出现的一种法律解释方法,在宽泛的意义上,合宪性解释只是传统的体系解释方法的一个应用。由于这一方法是在宪法出现之后才产生,所以这一方法的最早使用也只是在 20 世纪早期。而且由于这一方法对逻辑相当严密的传统法律方法体系造成了冲击,所以还经常被法官拒绝和排斥。^⑭时至今日,合宪性解释在部门法学者的方法论观念里,也还基本上是一个并不突出和并不那么重要的法律解释方法而已。例如,在黄茂荣教授那里,合宪性因素只是与文义因

^⑩ 参见苏永钦:《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版社 1994 年版,第 84 页。

^⑪ 参见韩大元:《论合宪性推定原则》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2004 年第 3 期,第 50 页。

^⑫ [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特:《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 454 页。

^⑬ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 219 页。

^⑭ 前引⑩,第 79-80 页。

素、历史因素、体系因素、目的因素并列的诸种影响法律解释的因素而已。^⑮但在当代的宪法理论下,合宪性解释已然从法律解释的方法转变为法官所负有的宪法义务,也就是说,作为公权力主体的法官,不论其有没有违宪审查权,他都有义务将宪法的基本决定和价值安排通过法律解释的技术贯彻于部门法的规范体系。

合宪性解释由法律方法向法官宪法义务的转变,与德国宪法理论中的基本权利理论有密切的关系。联邦德国基本法第1条第3款规定:“下列基本权利是约束立法、行政和司法的直接有效的法律”。按照这一规定,基本权利就是可以直接约束公权力运作的规则,也就是公权力主体要时刻以维护保障基本权利作为自己的基本考量。在这一条款之下,当代德国宪法理论与实践发展出了“基本权利的双重性质理论”。^⑯按照这一理论,基本权利被认为具有“主观权利”和“客观法”的双重性质。在“个人得向国家主张”的意义上,基本权利是一种“主观权利”。同时,基本权利又被认为是德国基本法所确立的“客观价值秩序”,公权力必须自觉遵守这一价值秩序,尽一切可能去创造和维持有利于基本权利实现的条件,在这种意义上,基本权利又是直接约束公权力的“客观规范”或者“客观法”。^⑰作为一种“客观规范”,基本权利构成国家机关一切行为的准则。作为超越一切实定法,甚至超越制宪权的客观价值,基本权利对立法权、行政权和司法权都有直接的效力。一切公权力都要受此“客观价值”的约束,时刻以基本权利作为其考量因素,运用一切可能的手段去促进和保障基本权利的实现。正如有学者概括的那样:“基本权利作为客观价值的功能构成了国家一切行为的基础,没有什么政治问题不是在基本权利思维之下展开讨论的。”^⑱基本权利的客观价值秩序理论的另一个层面就是认为:国家对于基本权利负有帮助和促进的积极义务,这种义务在德国法上被称为国家的“保护义务”(Schutzpflicht)。国家保护义务的范围是非常广的,“保护义务之表现形态,乃联邦及各邦之立法者负有制定规范之任务,行政权负有执行保护性法律(包括行使裁量权)之义务,宪法法院以保护义务为标准,审查立法者及行政权之相关作为及不作为,普通法院以保护义务为标准,审理民事案件,并做成裁判。”^⑲特别需要注意的是,普通法院(具体而言就是法官)在这里被课以了一项宪法义务,也就是在普通案件的裁判中纳入宪法的考量。法官应该充分考虑宪法的相关规定对于自己要处理的案件的意义,并在宪法基本决定的笼罩下进行法律的解释并进而完成案件裁判的三段论。

基本权利的客观价值秩序理论解决了德国基本法第1条第3款带来的一个矛盾:普通法院的法官作为公权力主体,当然要受宪法基本权利的约束,但普通法官并不具有违宪审查权和宪法解释权,宪法对他们的约束究竟表现为为什么?如果没有客观价值秩序理论,法官对于宪法的义务无非就是在普通案件发生违宪疑义时向宪法法院提请解释法律的义务,也就是“提出法律解释请求义务”。^⑳而在客观价值秩序理论下,基本法第1条第3款课以法官的宪法义务就增加了一项内容:对法律做合宪性的解释。

与德国的普通法院和法官一样,我国的审判机关和法官也绝无违宪审查的权力。^㉑但与德国的普通法院和法官一样,我国的审判机关和法官也绝对有贯彻宪法精神的义务。这种宪法义务的直接来源是我国宪法序言中的一段规定:“全国各族人民、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,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”但是,说

^⑮ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第286-287页。

^⑯ 参见张翔:《基本权利的双重性质》,载《法学研究》2005年第3期。

^⑰ Robert Alexy:《作为主观权利与客观规范之基本权》,程明修译,载《宪政时代》第二十四卷第四期,第83页。

^⑱ Juergen Christoph Goedan: The Influence of the West German Constitution on the Legal System of the Country, 17 Int'l L. J. Legal Info 121 (1989).

^⑲ Christian Starck《基本权利之保护义务》李建良译,载《政大法律评论》第五十八期,第34页。

^⑳ 前引⑱,第186页。

^㉑ 但是,我国法官是否有提请全国人大常委会审查违宪的法规等的权力,却似乎存有争议。按照我国《立法法》第90条之规定,最高人民法院可以要求全国人大常委会审查与宪法或者法律相抵触的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。这似乎当然可以包括最高法院应某个具体法官的请求向全国人大常委会提请审查的可能性。

法官负有贯彻宪法精神的义务,不仅是因为宪法序言中这个似乎有点抽象和空洞的规定,更是基于现代宪法理论下公权力概莫能外地受宪法约束的原理。如果不承认这样的原理,无异于认为法院和法官是逍遥于宪法的规范力之外的主体,是不受宪法规制的公法上的“自由人”。在宪法约束公权力的宣告和限权宪法的理念下,不应该有自外于宪法的法官,也不应该有对宪法漠不关心的法律思维。

基于合宪性解释的“法律方法——宪法义务”的转化,笔者认为,尽管我国的审判机关和法官并没有违宪审查之权力,但在普通法律的实践中,在基于普通法律个案的法律解释和法律三段论思维中,合宪性解释应该是他们作为公权力主体承担宪法义务的基本方式。

四、部门法学者的自觉

一个相当有趣的现象是,对于法律的合宪性解释的应用,中国的部门法学者似乎有比宪法学者更早的理论自觉。在相当早的法学方法著作中,合宪性解释就已经被作为法律方法而介绍。^②而在近来的研究中,笔者发现部门法学者已经在主动而自觉地做合宪性解释的尝试。部门法学者对于合宪性解释方法的自觉,在笔者看来,相当程度上可能是因为他们更关注司法实践的现实,更关注个案的研究,而不是纠缠于抽象的理念与价值。

对于部门法学者在合宪性解释上的理论自觉,笔者试举数例:

1. 民法学者。姚辉教授和周云涛博士研究了德国从宪法中推导出民法上一般人格权的基本理路。在他们的论证中,有这样的表述:“宪法上的人格权作为一种客观价值秩序,代表着宪法的‘高级法’属性,这就要求人格权所蕴涵的人格尊严、人的自由与发展的基本价值贯彻到整个法律体系当中,自然包括作为私法的民法在内。”“作为客观秩序的基本权利实质上就是一种强制施加给民法的一个给定的完整价值体系的判断,它需要透过民事立法、行政、司法——主要是通过立法——来实现。”而具体到一般人格权的导出,他们的论述是:“德国的‘一般人格权’,是以德国民法典第823条第1款中所称的‘其他权利’为载体而创建的‘框架式的权利’。在这个框架中,“其他权利”的范围何以确定,其依据则是德国基本法‘人格尊严’与‘人格发展’之保护的规定。该方法既可视对民法典823条第1款中‘其他权利’所采取的一种合宪性解释,也可视为对‘其他权利’这一不确定概念的‘价值补充’,无论采前者抑或后者,宪法的相关规定或精神只是起到了途径或手段的作用。”^③尽管他们只将宪法看作是民事权利导出的手段,但他们认可宪法价值对民事司法的拘束力,认可对民法条款的合宪性解释的主张却至为鲜明。

2. 行政法学者。也许因为同为公法而在价值理念上的根本一致,行政法学者在论证行政法规范的合宪性解释时,论述就更为直接明了。例如,王旭博士在对一个行政机关侵入住宅案件的法律推理中,明确提出这样的观点:“法官在进行价值衡量与选择的时候,需要以宪法秩序为基本的客观标准,而不能从自己的价值立场出发,需要通过援用、分析《宪法》相关条款及落实在部门法中的条款,来理解宪法对某些价值的排序与选择,从而作为法律解释的根本出发点。以宪法为基本秩序的价值序列进行个案的衡量与选择,这一原则是统一的,可以适用于各种情况,这也是本文的结论在法律推理的方法论意义上具有普适性的地方。”^④而且,他还明确说明自己所使用的正是作为目的解释的合宪性解释的方法。

3. 刑法学者。梁根林教授将“合宪解释”作为刑法解释过程的方法选择与顺序安排的最后环节(尽管他是在对刑法的违宪审查的意义上,也就是在前述的合宪性审查的第三个层次的意义上使用这一概念)。^⑤詹红星则论证了宪法对刑法解释的限制。他认为,宪法对刑法解释的限制主要是指在进行刑法解释时要遵循合宪性的解释方法。合宪性解释还可控制其他法律解释的结果,使其不超出宪法及其他

^② 参见梁慧星:《论法律解释方法》,载《比较法研究》1993年第1期。

^③ 姚辉、周云涛:《关于民事权利的宪法学思维——以一般人格权为对象的观察》,载《浙江社会科学》2007年第1期,第94-95-96页。

^④ 王旭:《行政法律裁判中的合宪性解释与价值衡量方法——对一个行政案件法律推理过程的具体考察》,载《行政法学研究》2007年第1期,第127页。

^⑤ 参见梁根林:《罪法定域中的刑法适用解释》,载《中国法学》2004年第3期,第128页。

上位阶法律规定的价值判断范围,从而可以筑起防止刑罚权侵犯人权的堤坝。他还援引德国刑法学家的观点说明:“在根据法律目的进行解释时,法官总是将宪法的价值判断放在首位(符合宪法的解释),他虽然不得任意改变刑法规定的意思,但他必须尝试在法律规定的范围内与宪法规范保持一致。”^⑥而张武举的研究已然深入到对刑法的合宪性解释的“入罪解释”和“出罪解释”的层面。^⑦

在检索部门法学者关于合宪性解释的论述过程中,笔者还有一个偶然的发现,即这些研究多集中在最近几年。这似乎可以解读为中国的法治建设和司法实践到达一定阶段后对宪法价值和功能的必然要求。很难想象在一个部门法的理论与实践发展的最初阶段,学者们会把目光投向宪法。这也许是从另外的角度说明了研究合宪性解释问题的必要性。

五、合宪性解释的应用:体系解释、目的解释与法外续造

前文论证了没有宪法解释权的法官依然负有对法律进行合宪性解释的宪法义务,也就是在普通法律案件的审判中对法律条文作符合宪法的解释,并在此解释的前提下形成案件的裁判。另外我们也论证了部门法发展中合宪性解释的必然趋势。接下来的问题就是:合宪性解释究竟应如何进行?由于合宪性解释是晚近出现的法律解释方法,其与文义、体系、历史、目的四种传统法律解释方法的关系如何是个非常复杂的问题,合宪性解释方法的出现甚至可说是对传统解释方法体系的严重冲击。我们可以相当笼统地把合宪性解释作为体系解释之一种,也可以将宪法设定的价值看作是法律之目的而将合宪性解释看作目的解释的内容,甚至在法官超越文义的界限而进行法律续造时,我们依然能看到合宪性解释的身影。面对这样的混乱,如果我们对合宪性解释的性质与适用条件无法做出确切的说明,那这种解释方法的适用就是滥用。下面,笔者对这一问题尝试作初步的梳理和探索。

合宪性解释可以被看作是体系解释的组成部分。^⑧体系解释是指,当法律有多种意义可能性时,应选择与整个法律体系协调性最好的解释方案。将合宪性解释作为体系解释的组成部分,是基于宪法作为法律体系的一个环节的认识。如果把合宪性解释看作体系解释的一种,合宪性解释意味着,当法律解释出现多种意义可能性时,选择与宪法相一致的那种解释方案。但这种观点的问题在于,如果合宪性解释只是体系解释之一种,那么它与体系解释中的其他规则是什么关系?换言之,宪法的高级法特性在此如何体现?即使按照拉伦茨的观点,认为当解释出现多种可能性时应“优先”选择合宪的那一种,^⑨也意味着合宪性解释只是各种解释可能性已经被确定以后的一种选择手段而已,这甚至是“以宪就法”,是用宪法去勉强迎合法律的规定,从而这种观点并不能体现宪法精神笼罩整个法律体系的地位。

如果将合宪性解释视为目的解释的内容(也就是将宪法的规定看作是法律的目的,将宪法规定的价值作为法律解释的出发点),^⑩尽管能很好地贯彻宪法精神,但却会造成对法律固有秩序的漠视和肆意破坏,在相当程度上存在破坏部门法的固有逻辑和固有概念体系从而损害法的安定性的危险。^⑪

如果说体系解释和目的解释还是在法律的文义界限之内进行的,因而还能为法律解释的方法体系所容纳,那么,如果依据宪法而对法律进行超越文义界限的“法外续造”则很难为法律解释方法体系所接受。正如拉伦茨所言:“这种情况已经‘不仅是单纯的(‘合宪性的’解释),毋宁是以宪法规范以及(以此为据的)价值优劣决定为据,而从事的法律更正。’”^⑫这在相当程度上已经侵犯到了立法者的权限。法

⑥ 詹红星:《宪法对刑法的限制论纲——以人权保障为主线》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2006年第6期,第86页。

⑦ 参见张武举:《刑法伦理解释论》,载《现代法学》2006年第1期,第56-57页。

⑧ 参见疏义红:《法律解释方法的发现与归类》,载《法商研究》2004年第2期,第21页。

⑨ 前引⑧,第221页。

⑩ 王旭就将合宪性解释看做目的解释的内容。前引④,第127页。

⑪ 也许正是因为这样的顾虑,姚辉教授和周云涛博士才会在分析一般人格权从宪法中导出这一事实之后,仍然坚持“该权利的民法属性并不会因为解释过程中引用了宪法而加以改变。”“宪法对民法的影响主要不是在法律技术层面上,而是通过价值判断。”前引⑧,第95、96页。

⑫ 前引⑧,第219页。

官侵入立法机关权限范围而成为“代位立法者”在根本上会造成法治主义的破坏。

以上笔者分析了合宪性解释作为体系解释、目的解释以及法外续造的应用方法和弊端。基于对这些弊端的分析,笔者提出法律合宪性解释的几条基本规则,希望能够为未来在理论和实践上完善合宪性解释的应用提供一点学说积累或者批判的基础:

第一,当法律条文之规定至为明确时,不应适用法律的合宪性解释。这是因为,如果法律条文极为明确,而仍要进行所谓合宪性解释,无异于在法律解释的幌子下进行的违宪审查。这对于没有违宪审查权的我国的法官而言,是不可逾越的绝对禁区。

第二,当法律条文存在一定的抽象性时,可以用体系解释的方法在多种解释可能性中优先选择合宪的那一种。也就是把合宪性解释当作体系解释的一种较优考虑。尽管这种做法存在前述的“以宪就法”的疑虑,但也确乎是维护部门法固有秩序的必要考量。

第三,当法律条文存在较高的抽象性时,可将宪法规定的价值作为法律解释的目的因素。例如,在面对法律的不确定概念、概括条款、原则条款的解释时,以宪法所确立的价值来形成该规范的内涵就具有正当性。当这些法律条款的含义极为宽泛时,用反而相对具体的宪法规范去完成抽象法律条款的具体化,是方法论上相当合理的选择。

第四,在极为例外的情况下,可以依据宪法进行超越法律文义的“法外续造”。例如,如果法律完全无法保障某项基本权利,而基本权利侵害的救济又极为迫切时,用宪法上基本权利的条款去造法以为勉强挽救之方,应该也可在理论上予以证成。

六、余 论

本文的基本结论是:碍于宪法的基本架构,违宪审查意义上的“宪法司法化”在我国绝无可能;法官作为受宪法约束的公权力主体,基于其宪法义务,有在具体案件中对法律进行合宪性解释的必要;合宪性解释已经从最初的法律解释方法转化成了法官的宪法义务;部门法研究已经有在司法中进行合宪性解释的主张与尝试;合宪性解释可以在法律解释的体系解释、目的解释以及法外续造中应用。

对于合宪性解释在中国的司法中的直接应用,笔者有过初步的探索。在关于普通法律领域中的基本权利冲突的研究中,笔者曾经尝试用宪法上的“艺术自由”去形成著作权法上“合理使用”的内涵,^③以及在刑事司法中将宪法上的基本权利作为从轻情节或者违法性的阻却事由,^④请有兴趣的读者参考。

Abstract Judicial review conflicts to China's constitutional construction. There is no possibility that judges to interpret constitution. But as public authorities, judges are under a constitutional duty to interpret the laws according Constitution. The legal interpretation according Constitution is not constitutional interpretation, but one method of legal interpretation. The legal interpretation according Constitution has already not only an interpreting method, but a constitutional duty of judges. The legal interpretation according Constitution could be applied into legal interpretation in several levels, such as systematic interpretation and intentional interpretation.

(责任编辑: 李小明)

③ 参见张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》载《法商研究》2006年第4期。

④ 参见张翔:《刑法领域的基本权利冲突及其解决》,载《人民检察》2006年第23期。