

两种“宪法解释”的概念分野与合宪性解释的可能性

黄明涛*

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2014.06.017

内容提要 在我国的宪法实施和宪法监督制度下,有两种意义上的宪法解释:第一种宪法解释表现为对行政法规等规范性文件作抽象式审查并作出撤销等处分决定的权力,这项权力为全国人大常委会所享有;第二种宪法解释固在地存在于任何认同宪法的规范性和最高性的司法过程中,本质上是一种法律方法和司法技艺。第二种意义上的宪法解释并未被我国宪法所禁止,也无损于全国人大常委会所享有的第一种意义上的宪法解释权。因此,合宪性解释的运用并不必要以否认司法过程中必然存在的宪法解释为前提。我们应当在这一基础之上展开有关合宪性解释的讨论。

关键词 合宪性解释 宪法解释 合宪性审查 宪法实施

一、合宪性解释:宪法实施的另一条道路?

(一) 合宪性解释的概念

合宪性解释是指当法律存有不只一种合理解释时,选择其中不与宪法规范相冲突或与宪法规范最相符的解释方案作为其正解。有学者认为,这一项规则或方法的实质内容最早源于19世纪美国宪法裁判中的“宪法问题回避原则”(the doctrine of constitutional avoidance),其目的在于寻求一种避免宣告系争法律违宪的结果^①。就中文语境而言,“合宪性解释”这个概念来自于德国宪法学上的“Verfassungskonforme Auslegung”,台湾地区“司法院”前大法官吴庚就采用这一表述,并且指出,合宪性解释

* 中国人民大学法学院博士后研究人员、讲师。

^① 参见[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448页;王书成:《论合宪性解释方法》,载《法学研究》2012年第5期。法国宪法学家路易·法沃勒说,二战之后的德国、奥地利、意大利和法国的宪法法院(在法国是宪法委员会)频繁地采用一种美国最高法院曾用过的司法技术,即允许法院把法律解释得不致于违反宪法。法沃勒所提到的就是美国的“宪法问题回避原则”。这也可以佐证合宪性解释在实践上来源于美国。参见[法]路易·法沃勒:《欧洲的违宪审查》,载[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J.罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈、赵晓力、强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第52页。

是“符合宪法的法律解释”的简称^②。也就是说,合宪性解释源出于对法律进行解释的需要,但其中又包含有对宪法的关照,或者说法官负有考量宪法规范之义务。这样一个定义大致为国内学者所接受。

合宪性解释应当被置于合宪性审查制度的背景中予以讨论才有意义。就欧陆式的专门机构审查模式而言,合宪性解释既可以为有权审查机关——如德国的联邦宪法法院——所采用,从而得出被审查之法律符合宪法的结论,也可以为一般法院在确认拟适用之法律是否存在违宪之疑虑的过程中采用,得出该法律符合宪法的结论,从而避免向有权机关提出法律解释之请求。^③就美国式的违宪审查模式而言,由于任何具有联邦法上管辖权的法院都有义务适用宪法,也有权作出特定法律违宪的裁决结果,因此合宪性解释对于各级法院的可用性是一致的。这一点不同于欧陆模式中的普通法院。^④

至于另一个相关问题,即合宪性解释在性质上究竟是一种纯粹的法律解释方法——即与传统的文义解释、历史解释、体系解释、目的解释等处于并列地位,还是一种冲突规则——即只是在既成的数种解释方案中以宪法为标准作出“选择”^⑤,则必须考量到合宪性解释之独特性主要表现在对违宪宣告之回避,或者说对存有违宪嫌疑之法律的尽力挽救,因此其作为冲突规则的一面更体现了这种独特性。^⑥尤其,从美国的“宪法问题回避原则”的角度看,冲突规则这一面向更精确展现了合宪性解释的“策略属性”。当然,这并非忽视合宪性解释在“原初阶段”供给法律解释之“备选方案”的功能。

② 吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版,第362页。

③ 前引①,克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特书,第161页。

④ 郑磊副教授将合宪性审查专门机关所进行的合宪性解释称之为“合宪性限定解释”,将普通法院在一般诉讼过程中所作的合宪性解释称之为“合宪性法律解释”。参见郑磊:《制度层面的合宪性限定解释》,载《浙江社会科学》2010年第1期。有学者指出,这种术语上的区分源自于日本学者,参见翟国强:《宪法判断的方法》,法律出版社2009年版,第47页。

在2014年4月苏州大学法学院举行的“依宪解释与宪法实施”专题学术研讨会上,与会者针对合宪性解释的概念与论域形成的共识是,应当在合宪性审查专门机关所作之合宪性解释与普通法院在部门法适用中所作之合宪性解释之间进行区分。不过,郑磊副教授提议的概念表述方式尚未获得一致接受。

本文所指的合宪性解释就是指普通法院在部门法适用过程中所作之合宪性解释。由于笔者将提出合宪性解释同时包含法律解释与宪法解释,这与目前大多数学者仅仅将其理解为法律解释的定义有差异。详见下文论述。

⑤ 有学者将合宪性解释区分为三个层次,即单纯解释规则、冲突规则和保全规则,参见苏永钦:《合宪性控制的理论与实际》,月旦出版公司1994年版,第84页,转引自张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第3期。张翔教授同意苏永钦教授的“三分法”。也有学者认为,冲突规则与保全规则的区分实际上只是同一个审查过程的两种不同结果,因此“三分法”可以凝练为“两分法”,即合宪性解释包含单纯解释规则与冲突规则两个方面,参见蔡琳:《合宪性解释及其解释规则——兼与张翔博士商榷》,载《浙江社会科学》2009年第10期。本文采用后一种观点。

⑥ 有德国学者认为,从多种可能的规范解释中,优先选择那些导致与基本法相一致的结果的解释的这一规定,确定了合宪解释的本质。参见前引①,克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特书,第450页。本书作者特别指出,“合宪解释”应当区别于“基于宪法的解释”,后者是指“在对能被做出解释、拥有被解释空间的规范进行解释和适用的时候,要注意宪法中的基础性决定”。这实际上就是强调了作为冲突规则的合宪性解释和作为纯粹解释方法的合宪性解释之间的区别,而该作者虽承认在术语使用上已然有所混淆,但还是应当坚持两者之间的差别。参见第454页以下。对于本文的写作目的而言,笔者将不考虑这一术语上的区分,仍将在广义上使用“合宪性解释”这个概念,即包含单纯解释规则和冲突规则两个面向。

实际上,“依宪法而解释法律”这一理念已经扩展了我们对于传统法律解释方法的基本认知。

(二) “八二宪法”体制下的宪法解释与宪法监督

如上文所述,合宪性解释在中国所引发的关注以及有关论辩的性质必须放在中国当前的宪法解释与宪法监督制度^⑦中才能获得恰当理解。就本文而言,最重要的问题莫过于,谁有权解释宪法。此处不妨先作一个框架式的梳理。

“八二宪法”将监督宪法实施的权力授予全国人大与全国人大常委会,同时将解释宪法与法律的权力仅仅明示地授予全国人大常委会(宪法第67条第1、4项)。2000年通过的《立法法》针对我国法律体系的位阶与统一性作了一系列规定:一方面再次确认了全国人大的宪法监督权^⑧;另一方面详细列举了全国人大常委会的类似监督权^⑨。显而易见,全国人大针对全国人大常委会所作的监督当依据宪法^⑩而为之,因此必然以理解宪法规范为前提,但似乎这并不妨碍我们不认为全国人大在解释宪法或拥有宪法解释权。理论界通常认为,宪法解释权仅属于全国人大常委会。^⑪

质言之,现行宪法体制同时确立了全国人大与全国人大常委会作为合宪性审查的

⑦ 一般认为,宪法解释与宪法监督有着不同的含义。宪法监督是对法律等规范性文件是否符合宪法进行审查,而在建立宪法法院的国家,宪法法院还要对国家机关之间的权限争议进行裁决,而进行宪法解释是作出相关裁决的前提。因此,宪法解释被认为是宪法监督的一个环节。但同时,宪法解释也具有独立意义,在有些国家,宪法解释机关可以脱离具体案件和宪法上的争议的问题,对宪法的含义进行说明。参见《宪法学》编写组:《宪法学》(马克思主义理论研究与建设工程重点教材),高等教育出版社、人民出版社2011年版,第35页。有学者认为,在我国,作为制度化了的和严格意义上的宪法监督制度与违宪审查制度的含义相同,而全国人大及其常委会就是宪法监督的法定主体,也即违宪审查主体。另外,由于我国采用了“立法机关解释制”,全国人大常委会行使宪法解释权,因此宪法监督权与解释权也统一起来。参见胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2007年版,第125、147、163页。

⑧ 即有权改变或撤销全国人大常委会制定的不适当的法律(立法法第88条第1项。复制了宪法第62条第11项的规定),有权撤销全国人大常委会批准的违背宪法和立法法第66条第2款规定的自治条例与单行条例(立法法第88条第1项)。

⑨ 即有权依据宪法审查行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的合宪性(立法法第88条第2项)。

⑩ 严格来讲,全国人大对全国人大常委会进行监督所依照的法律基准并不限于宪法。宪法和立法法的相关条款只是将“不适当”作为行使监督权时的实体判断标准,但是否适当的结论显然不应限于从宪法得出。例如,全国人大常委会在行使立法权时不得僭越行使仅属于全国人大的立法权,而如果全国人大常委会的某个决议违背了全国人大所制定的法律的规定,也可以理解为“不适当”,那么此时行使监督权的判断标准就不是宪法,而是法律。但是,此处论述的是“宪法监督体制”,因此只讨论宪法规范与全国人大的监督权的关系。

⑪ 胡锦涛教授和韩大元教授就认为,根据我国宪法解释体制,仅有全国人大常委会是有权解释主体。但是他们同时指出,从“八二宪法”修改开始,全国人大与全国人大常委会都成为了有权监督宪法实施的主体。而针对全国人大常委会而言,他们认为监督权与解释权实现了合一,并且指出这“有利于保证宪法解释的权威性”。可见,全国人大被认为仅有宪法监督权,但没有宪法解释权。考虑到全国人大所拥有的若干合宪性审查的权力,可以推知,他们将“宪法解释权”理解为某种必须由实定法予以整体性地、明示地授权的独立种类的权力。参见前引⑦,胡锦涛、韩大元书,第125、163页。与此相反,翟小波教授认为,全国人大常委会是全国人大的常设机构,前者的宪法监督权包含有宪法解释权,那么后者显然也拥有。参见翟小波:《论我国宪法的实施制度》,中国法制出版社2009年版,第53页。但值得注意的是,不管是否承认全国人大的宪法监督权附了解释宪法的权力,法院始终被认为没有解释宪法的权力。而学者在强调全国人大常委会对宪法解释权的专属占有时,其特定语境所反映的本意主要是针对除开宪法专门监督机关以外的其他机关而言——包括法院,而并非着重于强调全国人大无此权力。实际上,全国人大的宪法监督权究竟是否当然包含了宪法解释权,并不是争议的重点。

有权主体:第一,如上文所述,全国人大的合宪性审查权具体表现在审查全国人大常委会所批准的自治条例与单行条例是否“违反宪法”以及有权改变或撤销全国人大常委会制定的“不适当”的法律——这里隐含了依据宪法来判定是否“适当”的意思;第二,根据立法法第90、91条的规定,全国人大常委会可以作出行政法规及其他相关法规与宪法相抵触、且予以撤销的决议——即可以针对除法律以外的规范性文件^⑫进行合宪性审查。^⑬也就是说,全国人大的合宪性审查权主要是针对全国人大常委会而运用,而全国人大常委会则负责保证稍低位阶的规范性文件符合宪法,全国人大与全国人大常委会之间在宪法监督权上实现了一定的分工。既如此,我们可以合理地存疑,宪法与立法法在授予全国人大常委会解释宪法的权力的时候,是否确定要排除所有其他主体解释宪法的可能性?至少从全国人大所担负的宪法监督角色来看,其不可能被禁止解释宪法。

显而易见,在这样一个合宪性审查制度中,司法机关的地位是有限的,其仅仅表现在最高人民法院有权向全国人大常委会提出审查相关行政法规、地方性法规或其他规范性文件的要求(立法法第90条第1款)。^⑭这一要求的提出可以导致审查程序的启动,而审查结果可能是全国人大常委会作出相关规范性文件违宪的决定、或者该规范性文件被原制定机关修改。除了这种抽象式的审查请求程序,最高人民法院和其他所有下级法院均不能在法律适用过程中直接依据宪法而质疑有关规范性文件的合宪性、或者作出任何形式的“违宪裁决”、“撤销裁决”。从理论上讲,一部实质上违宪的(狭义的)法律,司法机关既不能不予适用,也无法寻正常途径提出合宪性审查的请求。形象地说,此时此刻的法官几乎“无路可走”。这样一个悖论既是我国合宪性审查制度的“死结”,也在一定程度上引发了合宪性解释在司法实践中之功能的讨论。

(三) 为宪法实施“另辟蹊径”

在中国,宪法实施的困境在于,缺少制度化的渠道将宪法规范引入公共生活。宪法实施的前提是承认宪法也是法,而不仅是政治宣言。但中国的情况是:一方面,宪法第5条第3款明白无误地确认了宪法在法律体系中的最高地位;另一方面,法院实际上却被禁止在司法过程中援引宪法作为其判决依据^⑮。尽管一般认为,宪法实施并不限于司法

^⑫ 根据立法法第90条第1款的规定,全国人大常委会的审查对象是行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。其他更为低位阶的法规范则交由国务院等主体审查。

^⑬ 全国人大通过的法律是不受任何合宪性审查制度所制约的。

^⑭ 根据立法法第90条第2款的规定,国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会以外的“国家机关”,可以就行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的合宪性问题向全国人大常委会提出审查的“建议”,这其中就包含了除最高法院以外的其他法院。因此,严格来讲,我国合宪性审查体制中司法机关的角色并不限于最高人民法院。但事实上,其他法院的合宪性审查建议权也基本上归于沉寂。对于全国人大或全国人大常委会制定的法律而言,根本不存在由最高人民法院提起审查要求的可能性,最高法院的提请权的客体仅限于行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。

^⑮ 下文将对法院如何被禁止援引宪法进行分析,参见本文第四部分(一)。

适用这一种形式,但毫无疑问,仅仅通过立法来展现宪法的存在感是不符合当下的法治理念和立宪主义的普遍标准的。更为“清晰且紧迫”的问题是,当中国的法官在个案审理中遭遇明显违宪的法律时——即法官内心形成了明确的违宪确认——将陷入无从选择的境地:要么罔顾宪法第5条第3款的规定,承认一部违宪法律的效力(也就是无视宪法的最高地位),要么“超越其职权”,以宪法规范排除违宪法律的适用。实际上,迄今尚未有任何一个案件以系争法律违宪为由而排除该法律之适用。曾经名噪一时的“河南洛阳种子案”^{①⑥}仅仅是以全国人大常委会制定的法律排除河南省人大常委会制定的地方性法规的适用,就导致洛阳市中级法院的法官几乎遭受被免职的处分,可见各级人大常委会对于法院所行使的“合宪性审查权”(严格来讲,此案是“合法性审查权”)的抵制有多强烈。也就是说,但凡法院在司法过程中对法律或地方性法规的合宪性或合法性作出了明示判断,就被认为是法院对人大优越地位的挑战,因而不符合宪法和人民代表大会制度。这里的关键问题甚至都不是谁有权解释宪法或法律,而是法院绝不能够质疑已颁布之法律的有效性,哪怕以宪法规范作为审查基准,因为法院只是被期望充当忠实地适用法律的一个普通国家机关而已。

因此,有学者指出,在现阶段,如果将法院在实施宪法中的作用定位于违宪审查,那么这种期待在“中国宪法架构下是很难成立的”^{①⑦}。但是,由于宪法实施从来都是一个不受质疑的议题,所以在“违宪审查”之外寻求某种让宪法得以实施的方式就是颇有意义的。^{①⑧}合宪性解释正是在这样一个背景之下才可能成为一个真实的问题:首先,合宪性解释寻求“法律合宪”的结论,这与法官不能宣布法律违宪的现实处境是符合的;其次,合宪性解释体现了宪法规范在法律解释中的影响力,这与有关宪法的最高效力的观念以及宪法第5条第3款、第4款(一切国家机关都必须遵守宪法)是符合的;其三,宪法的特殊性使得其实施方式与一般法律有所不同,宪法规范在合宪性解释的过程中被涵摄于法律规范即属于宪法所独有的一种实施方式,这在客观上也缓和了中国宪法难于实施的困境。鉴于合宪性解释的上述“优点”,有学者将合宪性解释称作宪法在当下影响司法的“唯一可能方式”。^{①⑨}

值得注意的是,看好合宪性解释作为在中国实施宪法的“另一条路”的学者一般都

^{①⑥} “河南洛阳种子案”是2003年由河南省洛阳市中级人民法院所审理的一桩合同纠纷案件。在该案的审理过程中,河南省人大常委会制定的《河南省农作物种子管理条例》的部分条款因为被承办法官认为与全国人大常委会制定的《种子法》相冲突,因而属于自然无效,不能作为审判依据。这一判决导致河南省人大常委会法制室发文,表示经省人大常委会主任会议研究认为,相关法律条款之抵触并不存在,且法院宣告地方性法规有关内容无效属于越权进行违法审查,不符合人民代表大会制度,侵犯了权力机关的职权,是严重违法行为。河南省人大常委会建议纠正洛阳中院的违法行为,并对相关人员作出处分。当年11月7日,洛阳市中院党组拟出了书面决定,打算撤销相关审判庭副庭长的职务和承办法官李慧娟的审判长职务,并免去李慧娟助理审判员的资格。该处分决定最终并未执行。

^{①⑦} 前引⑤,张翔文。

^{①⑧} 参见黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,载《中国法学》2014年第1期。

^{①⑨} 参见前引⑤,张翔文。

严格区分宪法解释与法律解释^①,并且以合宪性解释不属于宪法解释来论证其与全国人大常委会“独占”宪法解释权这一制度安排的相容性,进而得出其有可能为现行宪法体制所接受。然而,这样一个前提其实大有疑问——法官在合宪性解释中果真没有解释宪法吗?黄卉副教授即指出,“只解释法律不解释宪法,如何判断法律解释是否符合宪法呢?”^②如果以常规的法律适用中的法律解释作类比,那么合宪性解释中的“宪法·法律”这一对应关系就相当于法律解释中的“法律规范·个案事实”之间的涵摄关系,后者属于法律解释自当无疑,那么何以前者不属于宪法解释,反而仍旧属于法律解释?我们看到,合宪性解释中宪法规范“发挥影响力”的方式被描述为“理解宪法”、“开展宪法”、“援引宪法”“贯彻宪法所确立的价值”、“辅助性论证”或“将宪法规范的意旨作为解释要素如同灌浆般地体现在相关法律规范的解析活动中”等等,这些动作与“解释宪法”之间恐怕并无实质差别。

笔者完全赞同合宪性解释有助于促进宪法实施,但必须指出的是,以否认合宪性解释中必然包含的宪法解释的方式来论证该方法与现有体制的相容性是不必要的,也是违背司法过程的本义的。笔者认为,合宪性解释是同时包含法律解释与宪法解释的司法过程,其在当下中国的可行性并不在于其没有解释宪法,而在于其不会作出法律违宪的抽象式宣告。全国人大常委会所拥有的宪法解释权有特定的表现形式,但这并不妨碍,也无法取消司法过程中固有的解释宪法的必要性,而承认这一点也无损于合宪性解释在中国的前途。

二、作为单纯解释方法的合宪性解释

作为单纯解释方法的合宪性解释,是指合宪性解释与传统的法律解释方法一样,能够独立提供一种对法律的理解方式。^③这区别于在数种解释方案中选择合宪之方案的冲突规则。一般来讲,法律适用中的法律解释首先依据传统解释方法而作成,因此“依据宪法规范而解释法律”增加了获知法律解释方案的手段,同时也向解释者赋予了额外的考量宪法规范之含义的负担。

^① 例如,张翔教授认为,“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”。参见前引^⑤,张翔文。另外,郑磊副教授在把合宪性解释区分为专门机关所进行的合宪性限定解释与一般法院所进行的合宪性法律解释的前提下,仍认为合宪性法律解释仅仅对法律进行了解释,而不属于对宪法的解释。参见前引^④,郑磊文。翟小波教授也曾论及合宪性解释的问题,他的观点是合宪性解释仅仅是法律解释,而不是宪法解释。然而,翟教授仅仅是与张翔教授等合宪性解释的认同者在法院没有进行宪法解释这一点上存有表面上的共识。实际上,翟教授根本就否认法院解释法律的权力。在他看来必须区分法的理解与法的解释,而解释是指在“适用主体不能理解某术语或规范之所指,或对同一术语或规范的理解发生冲突时,由有权主体作出的正式、客观和权威的成文决定。根据这个定义,只有全国人大常委会或拥有颁布“司法解释”的权力的最高法院才能够作出法律解释。因此,翟小波教授在本质上是不同意合宪性解释在中国的可行性的。参见前引^{①①},翟小波书,第76页以下。

^② 参见前引^{①③},黄卉文。

^③ 参见前引^⑤,苏永钦书,第84页。关于“基于宪法的解释”和“合宪性解释”的术语分歧,参见前引^⑥。

从技术层面讲,法律的司法适用需要展现法律论证过程,而宪法规范若影响到了法官对法律条文的理解,则必定能以某种方式被观察到。考虑到宪法条文的特性,通常情况下,仅有“援引”条文的工作是不够的,而必须对被引之条文进行理解,方能把握其含义。张志铭教授指出,法律解释就是对法律文本意思的理解和说明。其中,“理解”是解释者对法律文本意思的内心把握,“说明”是对理解的外在展示。对法律解释的结果要用某种恰当的方式、正当的方式把它表现出来。^{②③}同样的道理,对宪法条文的理解也必须附随一个“外在展示”的动作。没有“说明”,何以证明已有“理解”?如果宪法文本、宪法概念或宪法原则完全不被司法说理过程所提及,那么法律解释之操作在外观上就不能展现出与没有运用合宪性解释时的不同之处。有学者曾指出,“不需要给出判决理由的判决,和根本不需要理由的判决,在外观上没有区别”。^{②④}就合宪性解释而言,道理是一样的——既要依据宪法而解释法律,又要不显现出宪法规范的存在,是不可能的。如果法官借助体系解释的方法,将“被认为”属于宪法价值的要素纳入到对某部门法的原则条款——例如民法中的“公序良俗条款”——的解释中,^{②⑤}而在外观上却不明示地援引或分析宪法文本,反而如同常规的体系解释一样,那么这种解释至多算是一种对该部门法原则条款的扩大解释或限缩解释,却难以被确证为合宪性解释,或者只是学者们将其“勉强视作”依宪法而作出的解释而已。

因此,虽然合宪性解释并不是将宪法规范直接涵摄于个案事实,而只是参与建构法律适用的逻辑大前提,但是这一过程中对于宪法规范的“形式上的”分析与论述是不可缺少的,宪法规范不可能如幽灵一般隐藏起来。不论我们将法官对宪法文本的具体操作方式称之为“理解宪法”、“分析宪法”、“开展宪法”、“援引宪法”还是“贯彻宪法”,这都只是用语上的差别,其本质都是对宪法的解释,而这种解释是后续向法律规范注入实质内容的前提。我们知道,宪法规范往往具有抽象性,而这种抽象性至少不逊于部门法中的原则条款或不确定法律概念,更遑论规则条款。如果对宪法文本不作任何解释而直接将其引入法律解释,那么又如何期望法律规范的含义被比它更具抽象性的语句所阐明呢?因此,向法律规范中引入宪法规范的过程,已经包含了对宪法规范的预先解释。我们可以说合宪性解释当中不存在宪法的个案适用,因为宪法规范没有与案件事实形成直接的涵摄关系,在这个意义上讲,法院没有行使违宪审查权。但是,合宪性解

^{②③} 参见张志铭:《法律解释原理(上)》,载《国家检察官学院学报》2007年第6期。

^{②④} 秦前红、黄明涛:《法院如何通过判决说理塑造法院的权威——以美国最高法院为例》,载《中国刑事法杂志》2012年第3期。

^{②⑤} 谢立斌副教授曾以德国一桩行政法院判例来说明宪法上的基本权利条款如何被“解读进”民法上的公序良俗条款。此案中,法院之所以认定扔侏儒活动不符合民法上的公序良俗原则,是因为扔侏儒的行为不符合德国基本法上的“人的尊严”条款,而尊重和保护人的尊严则被认为属于公序良俗的范围。谢立斌副教授并未强调本案解释了宪法,只是说法院在解读民法上的“公序良俗”条款时,考虑了宪法上的规定。但本文认为,所谓“扔侏儒的行为侵犯了人的尊严”已经构成对“人的尊严”条款的解释。参见谢立斌:《论法院对基本权利的保护》,载《法学家》2012年第2期。

释作为一种法律解释方法,必然包含了对宪法的解释,我们不能掩耳盗铃地否认宪法解释曾经在解释法律的过程中出现过。^{②⑥}

三、作为冲突规则的合宪性解释

作为冲突规则的合宪性解释,是指在已有的若干种法律解释方案中,以宪法为标准,选取不与宪法相冲突的一种解释方案作为法律解释之正解。^{②⑦}鉴于此时已经完成了纯粹意义上的法律解释,那么剩下的比对解释方案与宪法规范的工作实际上就是解释宪法。如果说一般法律适用的过程是目光往返流转于规范与事实之间,那么此时的比对过程就是“目光往返流转于宪法规范与法律解释方案之间”,最终做出的选择是以解释宪法为前提的,或者说选择的过程就是对宪法进行解释的过程。

有学者指出,宪法和系争法律一样,会出现多种理解,在判断系争法律是否符合宪法之前,对于该宪法规范的多种理解本身就存在一个取舍,这项选择应遵循宪法解释的权限程序与规则,因此认为合宪性解释既是法律解释,也是宪法解释。^{②⑧}尽管这一段论述出现在讨论专门机关审查模式的语境中,但其实,即便是对于不具有宣告法律违宪之权力的法院而言,对作为冲突规则之参照标准的宪法规范的理解过程与专门机关是没有区别的,其实质就是对宪法的解释(在合宪性解释作为冲突规则而被使用时,先前的法律解释操作已经完结,剩下的仅有对宪法的解释)。在合宪性审查制度运行良好的地方,有权机关与无权机关的区别仅在于,当发现无从避免法律解释与宪法规范之冲突的时候,前者可以做出违宪裁决,而后者必须将违宪之疑虑提交至前者予以裁决。这里的关键并不在于两者之中谁进行了宪法解释或没有进行宪法解释。^{②⑨}对于中国法院而言,其处境之尴尬表现在,若冲突不可避免,则需要将已然有所考量的宪法重新抽离出司法过程,并最终依照“内心曾经强烈怀疑为违宪”的法律作出裁判——他既不能向有关机关提请解释,^{③⑩}也不能自行决定排除违宪法律之适用、更不能宣告法律违宪。在这种情况下,与其说法官没有进行宪法解释,倒不如说其由于制度困境而不得不对宪法“视若无睹”,使得冲突规则实际上没有被采用。但是这恰恰反过来证明,只要冲突规则能够

^{②⑥} 刘练军教授论及作为一种独立的法律解释方法的合宪性解释的时候,颇为明确地表示,我们“并不能亦无需否定它对宪法这种最高级规范的适用”,只不过他由此得出的结论就是,“合宪性解释方法在我国的司法裁判中并不可能像西方宪政国家的宪法裁判中那样有实际上的适用空间和适用需要”。参见刘练军:《何谓合宪性解释:性质、正当性、限制及运用》,载《西南政法大学学报》2010年第4期。刘教授的意思是,因为我国司法裁判中无权解释宪法,而合宪性解释又不可能不解释宪法,因此与我国无缘。

^{②⑦} 参见前引①,克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特书,第449页。

^{②⑧} 参见前引④,郑磊文。

^{②⑨} 参见前引①,克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特书,第152页以下。

^{③⑩} 如前文所述,根据立法法的规定,我国的审判机关至多对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的合宪性提请全国人大常委会作审查,并且拥有提请权的也仅有最高法院而已。对于可能违宪的法律,法院实际上无能为力,或只能视而不见。参见前引④。

被允许采用——无论结果如何——则不可避免地需要解释宪法。

从这个角度来讲,那些在合宪性审查专门机关所作的合宪性解释与不享有专门审查权的法院所作的合宪性解释之间作出严格区分的观点,仅仅在解释主体是否有权径自宣布法律违宪这一点上是有意义的。^⑪因为这两种合宪性解释所面对的解释任务是一样的——宪法规范与法律规范之间的比对,他们所采用的解释方法也是一样的——既是法律解释也是宪法解释。由此可知,特定的合宪性审查制度所能分配的,仅仅是在合宪性解释无法作成的情况下宣告法律违宪并作出相应处分的权力,而不是在合宪性解释的操作过程中必然会运用到的宪法解释。^⑫

四、宪法解释与违宪审查权

由是观之,合宪性解释不可能完全排除宪法解释之操作。如果法官确实被禁止对宪法条款作任何程度上的解释,那么合宪性解释在中国恐怕没有适用空间。目前主张合宪性解释作为推动八二宪法实施之有效途径的学者,几乎都采取概念上的躲闪战术或迂回战术,试图回避合宪性解释中的宪法解释成分,以求得与体制之和谐。而凡是坦然承认合宪性解释必然包含宪法解释之要素的学者,则要么断然拒绝合宪性解释在中国的生存空间,要么对此表达遗憾之情。上述两种观点看似南辕北辙,但在一个关键点上则是相同的,那就是,他们都认为全国人大常委会解释宪法的权力是专属性的,其他任何机关都不能染指宪法解释之作业。本文认为,这一观念上的误区恐怕是宪法实施的重要理论障碍,必须予以重新辨析并清理。事实上,全国人大常委会只是专属性地占有抽象审查并宣告法律之合宪性的权力,八二宪法并未禁绝法院在普通诉讼程序中对宪法进行必要的解释。

(一) 如何理解宪法第 126 条

我国的各级法院究竟能不能进行合宪性解释与法院是否有权解释宪法是一体两面

^⑪ 郑磊副教授认为,合宪性限定解释(即专门审查机关的合宪性解释)和合宪性法律解释(普通法院的合宪性解释)之间存在四大差别,即解释主体不同、程序不同(实为操作场景不同)、关联程序不同和解释结论之效力不同。他特别指出,主体方面的差异是“根源性区别,其后诸项不同的根源性原因都在于此”。这与本文的观点是一致的。郑磊是在典型的欧陆合宪性审查体制的语境下讨论两类合宪性解释的异同的,并未特别指涉我国体制。但他的分析恰恰说明,解释宪法的主体是否有权据此宣布某部法律违宪是制度设计的起点,进而才创设了普通法院在不能作违宪宣告时的提请程序(所谓“关联程序不同”)、以及对普通法院所作宪法解释的约束力之限定(所谓“解释结论之效力不同”)。参见前引^④郑磊文。

^⑫ 作为法律方法的宪法解释是司法过程中不可或缺的,这是由司法权的本质所决定,因此宪法解释在某种程度上并非一种可供单独且垄断配置的权力。一旦承认司法机关独立审判的权力,则理解和解释宪法就不可避免。在某种程度上,可以认为宪法解释和法律解释是隐含于司法权当中的。张志铭教授即质疑法律解释权是否可以成为某种被单独配置的或被垄断的权力,参见本文第四部分(二)的论述,或参见前引^⑭张志铭文。黄卉副教授认为全国人大常委会的宪法解释权至多是“最高的”、“最终的”解释权,显然也在质疑其作为“唯一的”解释权的属性。参见本文第四部分(二)的论述,或参见前引^⑮黄卉文。

的问题,而这一问题直接关联着我们如何理解现行制度对宪法解释权的配置安排。如前所述,全国人大常委会解释宪法的权力获得了宪法与立法法的明确授权。“宪法解释权”没有被授予审判机关,甚至在形式上也没有授予全国人大。^③ 宪法第126条规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。这一条可以理解为列明了法院进行审判的法规范依据。那么,条文中的“依照法律规定”是否应该理解为法院仅能依据狭义的法律来审理案件?答案显然是否定的,因为至少行政法规被法院所援引是司空见惯的事情。从这个角度看,宪法第126条并没有强制性地为审判活动的法律依据仅限于全国人大和全国人大常委会制定的法律。

接下来的问题就是,第126条所使用的广义的“法律概念”是否包含了宪法?或者说,在“宪法”没有被该条文明确列举的情况下,审判活动中是否就禁止援引或解释宪法了?如果宪法被禁止进入到审判过程中,那么根据前文的论述,合宪性解释就不能为法官所用。黄卉副教授在《合宪性解释及其理论检讨》一文中倾注了大量笔墨探讨这个问题。^④ 她首先按照文义解释的方法指出,既然该条文中的“法律”应当作广义理解,“除非另有规定,否则当指包括宪法在内的一切法规范”。这一论断并不能让人十分满意,因为我国宪法文本中多处采用“宪法、法律”这种并列式的表达,而第126条转而仅列举“法律”,至少值得我们认真对待。黄卉副教授随后采用体系解释,试图论证宪法第67条第1项授予全国人大常委会宪法解释权的本意并非是对宪法第5条第4款规定的“普遍宪法解释权”作例外规定,从而论证第126条并未禁止宪法进入审判过程。不过,她于字里行间也承认,宪法第5条第4款与第67条第1项之间究竟是正向还是逆向的“一般法·特殊法”关系,其实仍不能完全确认,至少正反两方面都有可以接受的理由。对这一点,笔者也大致同意。她最后进行了目的解释,认为法院未被禁止解释宪法将“更能实现实施宪法的目的”,因此推论出宪法第126条不禁止法院依据宪法裁判。由于“更能实现实施宪法的目的”是一个很宽泛的表述(黄卉也承认这一点),所以得出上述结论是不难的。只不过,此处关于容许法院援引或解释宪法如何促进了实施宪法的目的之论述仍有待进一步的精细化。

(二) 实践中的“宪法解释之否认”及反思

与此同时,我们也有必要把视野从经典的法学方法上的操作拉回到“形而下”的审判制度及其实践的层面,看看“宪法解释”究竟如何被法院拒之门外,以及这种“宪法解释之否认”的现状又是如何形成的。笔者认为,有三个方面的原因导致了宪法规范无法被法官引入到司法论证中,进而堵塞了合宪性解释的通道。

1. 审判机关内部设置方面的制约

我国的各级审判机关均依照部门法的界限来设置审判庭,并以此标准来划分各自

^③ 参见本文第一部分(二),亦可参见前引②。

^④ 前引③,黄卉文。

职能,却没有一个明确负责宪法案件的审判庭,因此宪法处于“无处安身”的状态。我们知道,法院内部一般都设有民事审判庭、刑事审判庭、行政审判庭等业务庭,于是民事案件、刑事案件与行政案件得以各自归入相应业务庭进行处理。^⑤在这种以部门法为界限作严格区分的审判架构中,宪法规范因为缺少“宪法审判庭”^⑥而无法“归位”,其他审判庭的法官并不确定是否能够超出其业务范围去援引、解释宪法条文。^⑦尽管合宪性解释中的宪法规范不是直接作为案件的裁判依据,而是表现在法律解释的过程中,但这种操作仍然会受制于审判庭的设置方式。

2. 审判机关内部若干位阶不明的文件所造成的制约

通行于法院内部的若干“指导意见”阻塞了宪法规范进入案件审理过程的通道。最高人民法院在1955年的一次回复新疆省(即今天的新疆维吾尔自治区)高级人民法院的意见中指出,宪法是国家的根本法,也是一切法律的母法。但是在刑事方面,“它并不规定如何论罪科刑的问题,因此在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据”^⑧。由此,在刑事审判中,宪法被一般性地拒绝介入。这是一个典型的基于技术性考量的决定。虽然现行八二宪法体制不同于五四宪法体制,但这一份“复函”尚未被正式废止,且实际上仍指导着刑事审判中法官处理宪法条文的方式。1986年,最高人民法院就法院在制作法律文书时如何引用法律规范性文件的问题向江苏省高级人民法院回函时,分别对各级法院如何引用法律(狭义)、行政法规、地方性法规以及以下各种规范性文件作出了指示,但并未提及如何援引宪法。^⑨如果采用“默示排除”规则,那么最高法院就是在暗示各级法院不必引用宪法。2005年,北京市高级人民法院发布了《关于规范判决书援引法律等有关问题的指导意见》,其中第10条规定,“判决书中一般不得直接援引宪法”^⑩。这一份指导意见至少对北京市的各级法院有实际约束力。以上仅是就笔者目力之所及作一点举例说明。在司法实务中,这类具有实际约束力的内部批复、指导意见、函件、会议纪要、领导讲话等等恐怕不一而足。

但公允地讲,对于如何处理宪法规范在审判中及撰写判决书当中的作用,目前并无

^⑤ 各业务庭还会进一步细分。如最高人民法院设有四个民事审判庭,民一庭负责普通民事案件,民二庭负责合同案件,民三庭负责知识产权案件,民四庭负责涉外民事案件。这样一来,各业务庭的归口案件就相对清晰了。

^⑥ 笔者并非主张在我国普通法院直接设置“宪法审判庭”。事实上,仅仅在奉行典型欧陆模式的合宪性审查体制的国家才有宪法法院,并且是独立于立法、行政、司法等各机关之外和之上的专门宪法机关。但欧陆国家合宪性解释的历史与其宪法法院之历史的重合性,恰好也印证了大陆法系的部门法观念会导致宪法规范依赖宪法法院或宪法审判庭来适用的局面。参见前引①,路易·沃特勒文,第36页以下。

^⑦ 就目前而言,可以零星看到某些部门法案件的裁判文书中有宪法条款或宪法原则被援引、提及,因此并不能说法官在“找法”的过程中完全无视宪法。但是,本文并不能提供一般性的统计数据以表明司法实务部门中宪法条款存在的样态及范围。

^⑧ 《最高人民法院关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》,发布于1955年7月30日。

^⑨ 最高人民法院《关于人民法院制作法律文书时如何引用法律规范性文件的回函》,1986年10月28日回复江苏省高级人民法院。

^⑩ 《北京市高级人民法院关于规范判决书援引法律有关问题的指导意见》,发布于2005年12月14日。

全国统一的、系统的、明确的法律依据。从可见的各类内部文件的性质和目的来看,也多偏重于从技术层面回避或化解一点制度上的障碍与模糊之处,而非从原理层面进行正式地理论答疑和制度建构。但总体上讲,“不引用宪法、不解释宪法”这一实际操作模式也未受到挑战。

3. 有关宪法解释的观念所造成的制约

按目前主流学说,宪法解释被认为是由有权解释之机关依专门程序对宪法条文的内容所作出的说明,而这里的有权解释机关则被认为仅是全国人大常委会。^① 宪法解释权被认为专属于全国人大常委会在很大程度上源于这样一种看法,即宪法解释具有一种抽象的、脱离个案的形式,因此不属于审判机关的职权范围。在深层次上,对宪法解释的属性的这种看法与如何看待法律解释是密切相关的。张志铭教授指出,“尽管在认识上人们普遍把法律解释与法律实施^②相联系,但是非常有趣的一个现象是就具体的联系方式而言存在矛盾的现象。一方面把法律解释与法律实施相联系,另一方面又出现下面这种情况:在制度和实践上一般把法律解释只限于抽象解释,不承认具体解释”。也就是说,法律解释既归属于法律实施环节,又仅能表现为抽象解释,那么实质上就是说,法律解释是一种介于立法和法律的个案适用之间的活动。这是令人费解的。就全国人大常委会而言,其本身既是立法者,也是有权释法者。但是,除了香港特别行政区成立之后,因应《香港特别行政区基本法》第158条设定的极为特殊的解释制度而作出过若干次“解释”之外,全国人大常委会基本上是一个“沉默的解释者”。但与此相映成趣的是,根据1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》的授权,最高人民法院、最高人民检察院乃至国务院都可以在各自“具体应用法律、法令”时进行解释,这也正是当前各种“司法解释”大行其道的法律依据,并且由此强化了“司法解释”是一种抽象的、普遍适用的、不拘泥于个案的法律解释的印象。^③ 很多人已经认识到,这样的“司法解释”不是司法过程中的解释,其抽象性与一般性近似于立法。尽管其被冠之以“司法解释”之名,但那无非是因为其由最高人民法院或最高人民检察院颁布,在本质上,这是一种经由授权而行使的委托立法、补充立法。也就是说,某种具有立法性质的行为所制定的权威文件被冠之以“法律解释”(如最高法院的“司法解释”)之名很可能是一个历史误会,其本意是立法者授权法律适用机关在一定范围内创设具体的、普遍适用的规则,但附带效果却是,很多人由此认为个案适用中的法律解释不是解释,而是别的什么东西。只要澄清了这一点,我们其实可以说,宪法授权全国人大常委会解释宪法

① 参见前引⑦。

② 此处的“法律实施”相对于“立法”而言,是指立法完成之后的法律实践环节。参见前引③,张志铭文。

③ 瞿小波教授就认为,“就在法秩序内的司法解释来说,只有最高法院明确的解释或批复等文书才叫解释,每个法官(即使不是在审判工作中)对宪法自然有他的理解;要明白宪法的含义,并不意味着就应该拥有宪法解释权”。结合他对于法律理解与法律解释的严格区分,可知他是将解释(无论法律解释或宪法解释)视作一种抽象行为的典型学者。参见前引②。

和法律本身亦无不受,因为此处所说的“解释”实质上是一种后续的、补充性的立法行为,是具有公开性、一般性(非个案性)和不溯及既往性等典型立法属性的。^④目前关于法律解释的普遍观念的混乱之处主要在于,仅仅看到了法律解释的一种存在形式所具有的立法属性或抽象属性,而忽视了司法过程中固有的法律解释的要素,以至于认为但凡称得上是“法律解释”者,必定只能是抽象解释,因此只能交由专门主体或有权主体为之——如全国人大常委会。其实,当有人说法院不得进行法律解释时,他是在说,一般法院不得僭越最高法院或全国人大常委会的地位,针对某部既成立法颁布抽象的“司法解释”,而不是说个案审理时绝对不可以解释法条。

当然,即便如此,我们仍只能说,对于法律解释这个概念的使用方式可能无意中导致了压抑司法过程中的宪法解释和法律解释的效果,但是,我国宪法第67条第1项是否有意识地将宪法解释“这一权力”专属性地授予全国人大常委会呢?也就是说,宪法第67条第1项是否具有从司法过程中排除宪法解释的效果?这可以拆解为两个问题,第一,宪法解释究竟是一种但凡遵守宪法的主体都必然运用的认知方法还是某种只能为单一主体所“垄断”的权力?第二,如果宪法解释权可以被单一主体所垄断,那么我国宪法是否选择了这一方案?^⑤(如果第一个问题的答案是前者,第二个问题就不存在了。)张志铭教授指出,对法律解释权的垄断在中外历史上有很长的渊源,以欧陆法律传统而言,这是对司法机关一以贯之的不信任的表现。由于戒备法院的法律解释行为分散或挑战了主权者的权威,法国大革命时期甚至有立法明确规定,当法院认为有必要解释法律时,必须请求立法会议,还为此专门设立了附属于立法机关的“上诉法庭”,专司监督各类法院。当然,这样的制度设计也和法典化时代对于法律概念体系封闭性与完整性的自信有关,以至于认为立法机关足以应付为数不多的法律解释之请求。然而,时过境迁,立法机关垄断法律解释权的做法早已被证明不能符合实际需要,以至于1912年的《瑞士民法典》第1条就明确规定承认现实法律的漏洞,并将填补工作委诸法官。^⑥

^④ 也就是说,严格区分“解释与理解”恐怕是当前概念混乱状况的根源。这一区分的吊诡之处在于,对合宪性解释的支持者而言,其所主张的理解宪法、援引宪法、导入宪法原则与精神等操作,一旦从法官的纯粹思维世界跃然纸上,则极有可能遭遇反对者以“法官无权解释宪法”为名而提出的质疑,而如果将理解宪法的过程隐藏起来,不展现为判决说理,那么如前文所述,又如何向当事人证明法官已经作过宪法规范上的考量?对于严格坚守“一元化违宪审查”体制的学者而言,看似其保持了理论上的完整性与一致性,但是作为其根本性理论前提的“解释与理解”之二分法则与司法过程的固有属性存在重大抵牾。他们认为“法的理解是特定主体对某术语或规范之所指的领会,它是主观的、有多种可能性的,它不曾、无须、也不必载诸正式成文的权威决定”,以此区别于作为“正式、客观和权威的成文决定”的法的解释。也就是说,法官对于法的理解是不必流露出来的,而只需隐藏于脑海中的。这又回到了刚才的问题,即如何证明法官确实进行过法的理解,而不是恣意地作出判决?强调“法的理解”之独立性的论者大多同意理解并不为法官所独有,那么个案中的当事人各自的理解又如何被法官所回应、接纳或驳回?如果不是因为法官拥有在文本中对法规含义进行分析、推演、归纳的固有权力(及司法权),又如何实现法的适用和个案的裁判呢?可见,司法过程的本质要求理解不可能是纯粹思维存在,也要包含表述出来的、可见的论辩和论证,这恰恰说明“解释·理解”的二分法是似是而非、削足适履的。

^⑤ 前引黄卉副教授的文章着重回答第二个问题,而本文则试图进一步回答更为根本的第一个问题。

^⑥ 前引^②张志铭文。

遗憾的是,欧陆法律传统的这段心路历程未能被我国立法者所体察,以至于在1982年的宪法修改中,仍然抱持着立法者解释法律的观念。但事实证明,法律解释并非一项可以被实定法单独、任意配置的“权力”,而是“一种解释现象,普遍存在于不同场合的法律活动中”。^⑭对于司法过程而言,我们不妨将法律解释或宪法解释视作审判权的一部分。这并非否认全国人大常委会解释宪法的权力——全国人大常委会所作的抽象解释与合宪性解释中立足于个案适用的解释不是一回事——而只是说,这一授权并不妨碍司法过程中的宪法解释。不仅不妨碍,事实上,只要承认法院在解决个案争议中适用法律的权力(也就是审判权),就不可能禁止其解释法律——正所谓“没有解释,何来适用?”同样的道理,如果宪法规范有可能在法律适用中发挥作用,则解释宪法条款是不可避免、不可禁止的。这是客观上、事实上不可能被禁止,而不是谁有权禁止的问题。黄卉副教授将全国人大常委会的解释权称之为“最高的”或“最终的”解释权,^⑮实际上也是借此申明法院解释宪法的可能性和必要性,从而化解前者的宪法解释权与后者的“解释宪法”的需要概念上和语义上的纠葛。

(三) 作为合宪性解释之固有组成部分的宪法解释

如前文所述,合宪性解释不论作为单纯解释方法还是冲突规则,只要为法院所用,就不可避免地解释了宪法。实际上,这与法律适用中不可避免地会解释法律是一样的,是附属于司法过程的固有特征。合宪性解释中所包含的宪法解释是不可能被实定法所否认、禁止或剥夺的。反过来讲,如果法官不进行宪法解释,那么合宪性解释就不可能完成。

宪法解释与司法过程的密切关系在我国宪法体制中和宪法学理论中尚未得到充分承认。宪法解释权之所以会被授予全国人大常委会——同时也是立法机关——来行使,其隐含的理念是,立法才是宪法实施的主要形式(如果不是唯一形式的话),而立法者也最清楚宪法的含义,因此由立法者来充当宪法解释者就能够与宪法实施的模式保持最大程度的一致性。^⑯这里所指的宪法解释是一种抽象的、具备普遍拘束力的宪法规范含义之阐发。在功能上讲,这与立法并无本质区别——两者都能够将宪法条文具体化、使之更具可操作性。因此,既然通过立法实施宪法是立法者的职能,为何不将抽象的解释权也顺带授予立法者?这个逻辑乍看起来是很直白的。然而,从某种意义上讲,纯粹抽象的宪法解释是不必要的,因为通过立法就足以完成“宪法具体化”的任务了;循此逻辑,对已颁布的立法进行合宪性审查有可能是一件奇怪的事情——作为被假定最了解宪法文本之本意的全国人大常委会怎么会制定出“违宪”的法律?^⑰这个看似矛盾

^⑭ 前引^⑫ 张志铭文。

^⑮ 参见前引^⑬ 黄卉文。

^⑯ 翟小波教授就持这种观点,他甚至认为,在中国,立法不可能违宪。参见前引^⑪ 翟小波书,第46、75页。

^⑰ 如前文所述,对全国人大常委会的立法的合宪性审查只能由全国人大作出,在形式上表现为全国人大行使撤销权或改变权,而这一般被指称为宪法监督。参见本文第一部分(二)。

的诘问其实部分地解释了为什么全国人大常委会极少运用宪法解释权,因为实际上很少有进行这一类解释的必要。

但是,司法过程中的宪法解释有其客观性,不可回避。法院既然有义务遵守宪法,同时又不得回避、放弃其审判职能,那么就不可能完全不解释宪法条款。当个案中的系争法律条款存有不同理解、而有关宪法条款可能提供指引的时候(即作为冲突规则的合宪性解释)或者宪法条款有可能帮助阐发、澄清、填充某个含义尚不清晰的法律概念的时候(即作为单纯解释规则的合宪性解释),就出现了解释宪法的客观需要。如果当事人双方对宪法条款的含义无法取得共识,而法院又拒绝予以回应,那么这个具体争议就不能得到令人满意的解决。可能有人会说,全国人大常委会可以事先出台宪法解释案,将宪法条款予以充分地具体化,从而避免将宪法解释的工作交由法院完成。但事实上,这种“具体化”工作是不可能覆盖所有个案情形的——这其中的道理和成文法律不可能覆盖所有个案是一样的,既然成文法需要结合法律解释才能在个案中得到适用,那么宪法当然也需要结合宪法解释才能在合宪性解释中发挥规范作用。由全国人大常委会作出的宪法解释文在形式上与立法是类似的,当进入司法程序后,终究要面对条文与个案事实之间的涵摄关系如何建立的问题。质言之,当涉及个案争议时,既有的全国人大常委会的宪法解释案也无法排除司法过程对该解释案作“再解释”。这说明,不管全国人大常委会考虑得多么周全、细致,也不可能完全取消法院的功能,这是司法活动的客观规律所决定的。换个角度看,宪法条款具体化的程度也是视乎个案需要而定的,足以解决个案争议的具体化,就是现时已足够的具体化,因为严格来讲,当一宗个案提出一个崭新的法律问题之前,现有法律条款(包括宪法条款)并不存在模糊之处。这说明,解释宪法的需要是由一桩一桩的个案催生的(这也解释了为什么全国人大常委会实际上很少解释宪法)。法院需要做的,是公平公开地解决这些个案,而不是在抽象层面整体性地、脱离个案背景地解说宪法条文的含义。我们当然可以说,在解决个案的过程中,解释宪法是附带性的工作,但这个附带性的工作是客观存在的、无法取消的。

司法过程中的宪法解释不可回避,但这种解释又明显区别于全国人大常委会以抽象方式发布的宪法解释。两者的共同之处是,将抽象、模糊的宪法条文予以具体化,使之距离可适用的状态更近。两者的区别在于,前者仅在个案裁判的过程中才有必要,也仅在个案的情境内具有推导出判决结果的效力,而后者不受个案之拘束,且意图一般性地涵盖所有能被涵摄进相关文字之可能含义内的个案情形。就某个宪法条款而言,无论是否已存在全国人大常委会所作之解释,都不妨碍个案裁判中的合宪性解释;如果已经存在一部解释文,则在相关文义所涵摄的范围内,法院的合宪性解释必须受其拘束,如同受到宪法条款拘束一样,这也体现了法院对宪法的尊重和对全国人大常委会的尊重,但个案化的解释空间仍然不会被取消。

至此,我们尚需回答的问题即是,既然合宪性解释中的宪法解释在事实上不可避免,那么因宪法授予全国人大常委会宪法解释权而形成的“制度张力”如何化解?本文认为,

我们应当从司法过程中宪法解释之固有性与违宪宣告权之独占性的关系中来求解。

(四) 专门机关合宪性审查: 宪法解释之固有性与违宪宣告权之独占性的妥协

尽管“八二宪法”体制所设定的宪法解释与宪法监督制度在诸多方面都不同于以德国为代表的专门机关审查模式,但两者都面临一个相同的课题——如何解决司法过程中宪法解释的固有存在与违宪宣告权的集中配置之间的矛盾。也就是说,宪法毫无疑问应当得到所有国家机关的遵从,且对于法院而言,应该具有优越于一般法律的效力;但是法院即便在合宪性解释中发现或确认法律的违宪属性,也受限于其在宪法秩序中的地位,不能对这一违宪属性作出一般性地认定和相应处分(尤其是撤销这样的严重处分)。为了解决这一矛盾,就必须实现宪法解释权与违宪宣告权(包括作出相应处分的权力)在制度上的分离,而专门机关审查模式就提供了这样一套解决方案。实际上,合宪性解释也正是在这个背景之下才有可能为普通法院所用。当合宪性解释的尝试无法最终导出法律合宪的判断结果时,法院就把这一难题提交给有权就法律作一般性地合宪性认定的机关,这既化解了立法机关与司法机关的冲突,也尽可能保留了法院履行司法职能的完整性,更重要的是,体现了宪法作为最高法的地位。

实际上,这种分离的必要性在中国更明显,因为全国人大不仅是立法机关,更是宪法体制内的最高国家权力机关,作为其常设机关的常委会也拥有比司法机关更高的地位——这种“相对优势”是大于德、法两国的立法机关的,所以法院确实很难对某部立法作出整体意义上的违宪裁决或撤销决定。另一方面,中国的法院也没有必要脱离个案裁决的需要,去“一般性地”宣告和处理某部立法在整体上的合宪性。实际上,“一般性地宣告违宪”往往超出了解决一个具体争议的需要,因为在很多时候,所谓“违宪”只是一种“适用上的违宪”(as-applied unconstitutional),不能与特定个案或该类型之案件分开理解,一旦变换成其他案情,宪法规范与法律解释方案之间的比对关系可能呈现出不同的形态。法院所急切需要的,是当个案中的系争法规规范存有强烈违宪嫌疑、以至于无法实现“保全”——即合宪性解释最终行不通——的时候,通过一个制度化的方式向有权对该法规作出合宪性评价的机关提出请求,以便为个案裁判解套。由于这种制度化的解套方式的暂时缺位,我国法院只能转而“无视宪法的存在”。

早在1982年宪法修改期间,关于设立独立的宪法监督机关的讨论便极为热烈。21世纪初,理论界在有关违宪审查制度的热潮中进一步推进了有关宪法监督机制的讨论。本文无意一一评价这些不同的设计方案,只是想指出,这些方案并不否认合宪性解释在一般司法过程中的“合法性”,其所欲实现的仅仅是把“抽象地认定法律之合宪性的权力”集中于一个专门机关。连接法官的合宪性解释与专门机关的合宪性审查的管道就是法官的法律解释请求程序(德国联邦宪法法院称之为“具体的规范审查”),而相关国家或地区的实践证明,这样一种连接管道完全可以帮助达成司法过程中宪法解释之固有性与违宪宣告权之独占性之间的妥协。

五、合宪性解释中的宪法解释——代结语

(一) 中国语境下的两种“宪法解释”

综上所述,在“八二宪法”体制下,存在着两种意义上的宪法解释:第一种宪法解释,是由全国人大常委会所进行的(抽象)解释,这种宪法解释可能在审查行政法规等规范性文件之合宪性的过程中(立法法第88条第2项、第91条)展现出来(形式上与合宪性之判定结合在一起),也可能只是对宪法条款的抽象式地澄清和说明(宪法第67条第1项)。这种权力为全国人大常委会所独占;第二种宪法解释,是包含在法院所进行的合宪性解释之中的法律方法或司法技艺,其在功能上辅助了法律解释和个案判决的作出,但并不会导致对法律的合宪性作出整体上的、一般性的、具有普遍约束力的决定。到目前为止,讨论宪法监督或宪法实施的文章大多数是在第一种意义上使用“宪法解释”这个概念(如所谓“全国人大常委会的专属解释权”),而有关合宪性解释的讨论——尤其就宪法对司法机关的影响方式而言——则主要属于第二种意义上的“宪法解释”。由此可知,对宪法第67条第1项的正确理解应当是,其授予全国人大常委会第一种意义上的宪法解释的独占权,但并未禁绝司法过程中的第二种意义上的宪法解释。如果不能区分这两种宪法解释,那么合宪性解释的讨论也会囿于概念混沌而无法深入开展。

很显然,第一种宪法解释具有很强的规范创设之性质,作为行使此项权力之成果的宪法解释案将具有很高的规范位阶:作为对宪法条款的权威解释,解释文实际上取代了被解释的宪法原文,成为宪法规范的渊源,因此具有优越于法律、行政法规等规范性文件的地位,也对所有国家机关——包括法院——构成约束。相对而言,第二种宪法解释的效力只是局限于个案适用,不具有一般性。就普通法院而言,合宪性解释之操作与宪法监督没有关系。假设宪法监督机关基于法院提出的请求而对相关法律作出合宪性的判断,那么仍然是宪法监督机关——而不是法院——行使了违宪审查权或宪法监督权。法院所作的仅仅是指出了有关法律可能违宪这一“事实”。

(二) 合宪性解释在中国的前途

由此可知,合宪性解释在现行体制下的可接受性并不必以否认法官解释宪法的权力为前提。基于宪法解释实际上所具有的两重含义,法官所不能拥有的仅仅是专门审查机关所独占的那种权力。只要法院不僭越行使全国人大常委会作出第一种宪法解释的权力,那么合宪性解释就完全不会干扰现有的合宪性审查制度或宪法监督制度,并且还会成为提升宪法权威、整合法律秩序的有效方法。

从另一方面讲,否认法官在合宪性解释中所进行的宪法解释是不必要的、不符合事实的,也会混淆对于司法过程的认知。所谓“理解宪法”、“贯彻宪法”或“开展宪法”这样的表述顶多在语词上回避了“宪法解释”这个字眼,却不可能在功能上、方法上作出具有实质意义的区分,反而将宪法解释的概念复杂化了。实际上,如果现有的宪法监督制

度能有所突破,化解掉全国人大常委会“自我监督的悖论”,并且让(狭义的)法律也能成为合宪性审查的对象,那么在一般司法过程中的合宪性解释也会变得不可避免:因为一旦法律的合宪性审查机制能够有效地运转起来,则宪法第5条的规范效力将得到具体展现,而法官遵从宪法规范义务就变得更有现实性,进而倒逼合宪性解释的出现。也就是说,在一个理想的合宪性审查制度中,合宪性解释是必然有一定的位置的,这也从侧面印证了对宪法解释权作两重理解的可能性与合理性。本文认为,合宪性解释在八二宪法体制内的前途是完全可期待的。

Abstract: There are two types of constitutional interpretation in Chinese constitutional review regime: The first interpretation takes the form of constitutional review of administrative law and other ordinances of lower status. The practice of this kind of constitutional interpretation can be ended with a general nullification of a statute, and this power to interpret and nullify belongs to the National People's Congress Standing Committee (NPCSC) exclusively; the second interpretation is, in essence, a judicatory method or art which exist in all judicial process as long as the normal status of the Constitution is acknowledged. This kind of interpretation is not forbidden in the current regime and does not jeopardize the NPCSC's exclusive power of constitutional review in the first type of constitutional interpretation.

(责任编辑:李小明)