

论合宪性解释方法

王书成^{*}

内容提要：虽然合宪性解释方法在概念上会存在些许差别，但其所遵循的合宪性推定逻辑是相通的，即都体现了司法权对立法权的谦抑。合宪性解释方法中所含括的单纯解释规则，如果不与冲突规则在学理上加以区分，则很容易对合宪性解释产生认识上的偏差。目前合宪性解释方法所模本的欧陆经验，从源流上来说，最早其实可溯及至早期美国合宪性推定的理论与实践，并与回避宪法方法一脉相承。通过合宪性推定可以发现，合宪性解释方法可以从宪法方法与法律方法两个层面展开。把握其内在理路及权力逻辑，方可使其具有本土可能性。

关键词：合宪性解释 合宪性推定 宪法方法 法律方法

合宪性解释作为一种解释方法，既体现在宪法审查过程中，也渗透于普通法院的司法过程之中。从内容来说，瑞士学者坎皮休（Campische）和穆勒（N. Muller）将合宪性解释分为三个规则：一是单纯的解释规则，指宪法相关规定应在法律解释时直接发生一定影响；二是冲突规则，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；三是保全规则，指当法律有违宪疑虑而有数种解释可能时，应选择不违宪的解释。我国台湾学者苏永钦教授以此为基础将第二规则与第三规则统并为“冲突规则”，并与第一规则即单纯解释规则相结合构成了合宪性解释的内容。^{〔1〕}合宪性解释的最初形态一般被认为来自瑞士联邦法院于1908年作出的一个判决，其中指出：“法律解释应使其不逾越宪法范围，始为解释之正途”。^{〔2〕}从合宪性解释的概念形态来看，其已在一定程度上呈现出多样性，如有称其为“合宪限定解释”、“合宪法律解释”、“符合宪法的解释”等等，^{〔3〕}而且用语也具有一定的多义性，如在内容方面有诸多学者持狭义理解，即将单纯解释规

* 香港城市大学法律学院中国法与比较法研究中心研究员。

本文受国家社科基金青年项目“我国宪法总纲条款的规范属性与实施机制研究”（12CFX016）资助。

〔1〕 苏永钦教授认为将合宪性解释的规则分为两个层面更为清晰，即将保全规则并入冲突规则，进而采用“解析规则”与“冲突规则”二分法。参见苏永钦：《合宪性控制的理论与实际》，台湾月旦出版社1994年版，第84页。

〔2〕 同上书，第79页。

〔3〕 参见翟国强：《宪法判断的方法》，法律出版社2009年版，第47页；谢维雁：《论合宪性解释不是宪法的司法适用方式》，《中国法学》2009年第6期；〔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455页。

则一般剔除在合宪性解释的范围之外，如德国学者拉伦茨、魏德士等。^{〔4〕}

整体而言，目前国内对于合宪性解释的认识尚未能有效区分单纯解释规则与冲突规则的内在机理，往往将冲突规则的功能混淆于单纯解释规则之中，并试图以此使宪法适用的中国困境在一定程度上得以突破。^{〔5〕}同时，目前对于合宪性解释的理论溯源也存在一定分歧，如苏永钦教授认为其“最早来自于瑞士联邦法院的判例”，而大陆有学者认为其毋宁是德国法发展和完善的结果。^{〔6〕}这些判断在很大程度上仅局限于欧陆法而缺少对美国法的溯源及认识，^{〔7〕}因此在一定程度上也缺乏从比较法的角度对欧陆法及英美法不同背景下合宪性解释所共通之法理的认识。通过考察早期美国法可以发现，狭义上的合宪性解释方法在理论脉路上可溯源至合宪性推定的权力逻辑，^{〔8〕}体现了司法权对立法权的谦抑，且与司法中的回避宪法方法一脉相承。

为此，有必要对合宪性解释方法在学理上进行澄清：一方面，虽然单纯解释规则与冲突规则都根基于“宪法为最高法”这一规范事实，但两者在学理上截然有别，应当加以辨别，否则会在方法适用上出现“囫圇吞枣”或“一叶蔽目”等情形；另一方面，以欧陆理论为模本的合宪性解释方法在知识理解上具有一定的区域局限性，在一定程度上难以展现其内含的普遍性原理。通过比较分析，可见合宪性解释方法在集中式宪法审查模式与分散式宪法审查模式下呈现出不同的形态及理论，进而可以窥见其在宪法方法及法律方法层面所具有的不同内容，并使其有可能融入中国的法治实践。

一、合宪性解释：合宪性推定的衍生

按照德国联邦宪法法院在诸多判决中对合宪性解释的界定：只有当一项规定无法作“合宪性”解释时，始能认定其违宪并因此无效。虽然对合宪性解释存在语义上的不同表述，但以下几点是共通的：首先，其前提是存在多种可能性解释。如果不存在两种以上可能性解释，那么合宪性解释将失去适用的可能性；其次，多种可能性解释中必定包含合宪的解释可能，虽然这种解释可能以不同的形态呈现；再次，合宪性解释方法要求应该排斥其他违宪的解释可能，而采行合宪的解释可能。与此内容相契合，美国也存在同样的司法方法，即“回避宪法方法”，意旨“当一个立法存在两种解释可能，其中一种解释将产生严重且带有疑虑的宪法问题，而另一种解释可以回避之，那么此时法院的职责是采纳后者”。^{〔9〕}其实从其历史发展来看，早在1804年，马歇尔大法官在 *Murray v. The Schooner Charming Betsy* 案中便指出，对议会的法案进行解释，如果存在不违反国家法律的解释可能，那么就不应该将其解释为违反了国家的法律。尽管国家的法律不

〔4〕 参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版公司1996年版，第242页；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；[德] 魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第326页；韩大元：《论宪法解释程序中的合宪性推定》，《政法论坛》2003年第2期。

〔5〕 参见张翔：《两种宪法案件：从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》，《中国法学》2008年第3期；上官丕亮：《当下中国宪法司法化的路径与方法》，《现代法学》2008年第2期。

〔6〕 参见柳建龙：《合宪性解释原则的本相与争论》，《清华法学》2011年第1期。

〔7〕 对于合宪性解释的美国起源，国内甚少论及。韩大元教授在相关研究中提及合宪性解释起源于美国，且与合宪性推定相关。参见前引〔4〕，韩大元文。

〔8〕 狭义合宪性解释，即不包含单纯解释规则，而仅包括在一定程度上遵循合宪性推定逻辑的第二及第三规则的内容。下文所称“合宪性解释”一般仅限狭义范畴。

〔9〕 See *Harris v. United States*, 536 U.S. 545, 555 (2002) (quoting *U.S. ex rel. Att’y Gen. v. Del. & Hudson Co.*, 213 U.S. 366, 408 (1909)). 关于“回避宪法方法”，See Michael T. Crabb, “*The Executive Branch Shall Construe: The Canon of Constitutional Avoidance and the Presidential Signing Statement*”, 56 U. Kan. L. Rev. 720 (2008).

属于最高的宪法，但解释方法上应该避免与基本性法律相冲突的原理与“回避宪法方法”是相通的。^[10]该方法后来在实践中一直为法院所沿用，也很少具有争议性，最高法院也从来没有质疑它的正当性。^[11]回避宪法方法与合宪性解释方法具有异曲同工之妙，在很大程度上都致力于回避制定法中的宪法问题。

沿着“回避宪法方法”进行理论上的溯源，最早可溯至美国在18世纪末形成的合宪性推定原则。合宪性推定意旨司法审查机关在对立法进行审查的过程中，首先在逻辑上推定该立法合乎宪法，除非有明显的事实证明其违反了宪法。^[12]这种对立法的保全倾向在很大程度上体现了司法权对立法权的尊重。按此逻辑可推演出合宪性解释方法，即在多种解释并存时，优先选择合宪解释，除非明显地超越了文义范围。^[13]由此可见，合宪性解释及回避宪法方法与合宪性推定在学理上并无二致，都体现了对立法权的谦抑。可以说，合宪性推定作为一种原理，决定了在司法过程中出现了多种解释的可能时，应该选择合宪解释的结果而回避宪法问题。

从美国法的实践来看，早在1782年，合宪性推定之原理便已在维吉利亚州的司法实践中运用。潘德雷登法官在判词中指出：“如果立法机关制定的某项法律在形式上违反宪法的普通条款，法院的司法权可以宣称该法律无效，但是其并不能代替行使立法机关的权力。同样，对于最终问题的解决，法院也不能扩张他们的价值性观点并仅由此而得出结论。”^[14]至1876年，合宪性推定概念在 *Munn v. Illinois* 中被明确提出。法院在案中宣称，每一个制定法都被推定是合乎宪法的，法院不应该宣称它违宪，除非它明显地违反了宪法，立法机关的意志无疑应该获得支持。^[15]

这种原理与方法在20世纪初方才在欧陆得以发展。从德国法的历史经验来看，在帝国法院时期，虽未使用合宪性解释的概念，但已提到法律如有解释疑义，除非该法律明白地显示出其偏离了宪法的规定，否则应解释为与宪法规定同旨。一般认为，最早使用合宪解释的案例是1953年德国联邦宪法法院的一项决议。^[16]之后经由实践的不断发 展，德国联邦宪法法院在判决中明确宣示：“只有当一项规定无法作‘合宪性’解释时，始能认其为违宪并因此无效。因此，必须先探究，依‘一般的解释方法’被认定违宪的解释是否是‘唯一可能的’解释，如是，则该规定无效，或者，结果合宪的解释仍属可能。相对于其他将使规定违宪的解释，应优先择用依其余解释标准仍属可能，且并不抵触宪法原则的解答。以此种方式被解释的规定是有效的规定。由此可见，在多数可能的解释中，应始终优先选用最能符合宪法原则者。”^[17]合宪性解释在德国法中的形态，虽已烙下了较为浓厚的法实证主义印记，但其原理实与合宪性推定、回避宪法方法等无异，均在一定程度上体现了对立法者的谦抑。^[18]

[10] See *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U. S. (2 Cranch) 64 (1804). 也有学者认为雏形在更早的 *Mossman v. Higginson* 案中便有体现，See *Adrian Vermeule, Saving Constructions*, 85 *Geo. L. J.* 1948 (1997).

[11] See William K. Kelley, *Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem*, 86 *Cornell L. Rev.* 831, 832, 833 (2001); *Should the Supreme Court Presume That Congress Acts Constitutionally: The Role of the Canon of Avoidance and Reliance on Early Legislative Practice in Constitutional Interpretation*, 116 *Harv. L. Rev.* 1798 (2003).

[12] See Michael L. Stokes, *Judicial Restraint and the Presumption of Constitutionality*, 35 *U. Tol. L. Rev.* 347. (Winter, 2003).

[13] 参见前引 [4]，拉伦茨书，第 243 页。

[14] See *Com v. Call* 4 *Call*, 5. (1782).

[15] See *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113, 141, (1876).

[16] BverfGE 2, 266 (282)，参见林金吾：《合宪性之法律解释原则》，台湾政治大学 1993 年硕士学位论文，第 39 页以下。

[17] 参见前引 [4]，拉伦茨书，第 243 页。

[18] 德国学者也多从是否涉及违宪疑虑的消除将合宪解释区分为两种规则，而将单纯解释规则排除在外。参见前引 [16]，林金吾文。德国学者拉伦茨、魏德士等均持此说。参见前引 [4]，拉伦茨书，第 242 页以下；前引 [4]，魏德士书，第 326 页。

通过考察合宪性解释的源流可见,瑞士学者坎皮休和穆勒在概念中所含括的单纯解释规则并非该方法的核心要义。德国学者施莱希等将其称为“基于宪法的解释”,区别于合宪性解释,因为它不是以宪法为审查标准对规范或其可能的解释进行审查,或在一定情况下决定规范不予适用,而是指在对能被做出解释的、拥有解释空间的规范进行解释和适用时,要注意宪法中的基础性决定。^[19]这种方法的发展主要是在德国吕特案判决之后,随着基本权利客观价值秩序的形成,以宪法对于部门法的逐渐渗透控制为背景的。由此,单纯解释规则在学理上区别于传统的合宪性解释方法,并不存在对立法权谦抑的情境,也不以多种解释可能的存在为前提条件。当然,在广义上将单纯解释规则含括在合宪性解释之中也具有一定的合理性,因为具体内容都是以“宪法是最高法”为规范根基并与之相契合。^[20]

合宪性解释在内容上之所以会存在广义或狭义之别,很大程度上基于自身制度的独特性。瑞士学者坎皮休和穆勒将单纯解释规则纳入合宪性解释的范畴,离不开其独特的司法制度,即其在联邦法院内设立宪法审判专门机构,法院承担了运用单纯解释规则进行法律解释的功能以及合宪性解释的功能。^[21]而德国学者对于传统合宪性解释与单纯解释规则的区分,也离不开德国司法制度中宪法法院与普通法院的功能区分。单纯解释规则一般限于普通法院的司法过程,而合宪性解释既可体现在普通法院的司法过程,也可贯穿于宪法审查过程,且两者内容有别。该方法在美国的源流一定程度上也离不开其普通法院及独特的司法审查制度。从比较法的视角对不同制度背景下合宪性解释方法的异同进行分析,进而厘清其中的方法、技术及原理,对法治无疑具有重要的知识意义。

二、单纯解释规则：普通法院适用宪法的可能性

在如德国宪法法院这样的集中式宪法审查制度下,宪法法院当然可以适用解释宪法,由此单纯解释规则一般不存在方法上的障碍。但对于普通法院来说,单纯解释规则在学理上则存在诸多关节须以厘清,否则会对合宪性解释方法本身的认识产生模糊。

在现代法秩序之下,宪法在法规范体系中具有最高位阶,是下位阶规范的价值与伦理基础,具有原则性和抽象性特征。基于“下位阶法受到上位阶法拘束”的规范要求,位阶最高的宪法自应为解释一切法令的基础,但是由于其空洞而并不具有可操作性。由此,就方法论而言,争论的不是“宪法的价值标准是否影响了其他法律领域,而是怎样影响以及影响的方法和强度。所谓间接的基本权利的第三人效力学说的贯彻,也说明了宪法的价值标准对一般条款和不特定法律概念的相应解释产生了效力和影响”。^[22]

受“宪法对一般法律领域影响”理念的渗透,单纯解释规则作为法律解释方法,目前一般被界定为“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方法”。^[23]显然,这种方法主要发生在普通法院适用法律的司法过程之中。

这种“基于宪法的法律解释”的单纯解释规则至少具备以下几个特征:第一,弥补司法过程

[19] 参见前引 [3], 施莱希等书, 第 454 页。

[20] 参见陈新民:《立法者的“审慎义务”与释宪者的“填补”任务》,载刘孔中等主编:《宪法解释之理论与实务》,台湾研究院中山人文社会科学研究所 1998 年版,第 109 页;前引 [1], 苏永钦书, 第 79 页。

[21] 参见 Walter Haller, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, Baden-Baden, 1986, S. 190. 转自前引 [1], 苏永钦书, 第 123 页。

[22] 前引 [4], 魏德士书, 第 324 页。

[23] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 230 页。

中出现的法律漏洞或进行相应的法律续造,是一种法律解释方法,而非属于宪法解释的范畴。第二,该方法的适用主体为普通法院,而非宪法审查机关。普通法院履行一般的司法权,其职能主要限于解决个案纠纷,以及在案件处理过程中选择相应的法律适用方法,区别于宪法审查机关的审查权。后者的职能主要是对立法进行合宪性控制,享有专门的宪法解释权。第三,其作为法律解释方法,目的指向为法律规范,而不是宪法规范。即使其可能与宪法规范发生方法论上的勾连,也是限于普通司法权的职能范围,否则将涉及专门宪法审查权的职权范围。在由普通法院一并行使宪法审查权的司法审查制度下,虽然主体上具有一致性,但这并不排除方法上的内容差别。第四,该方法的最终目的是解决个案纠纷,在很大程度上是为了履行法院“不得拒绝裁判”的职责。这种解释方法的结果取向一般只具有个案约束力,区别于具有普遍约束力的法律解释。

由此可见,发生于普通法院司法过程中之中的单纯解释规则,作为一种法律解释方法,毋宁是不涉及宪法内容而对宪法的一种“借援”。这种“借援”的效用在于:一方面,由于法院在适用法律解决个案的过程中负有说理论证的义务,单纯解释规则对于宪法的这种“借援”在很大程度上可以起到一种辅助性的论证效用,进而帮助解决个案纠纷;另一方面,这种“借援”在方法论的支撑下也在形式上体现了法院对于宪法意旨的贯彻。

然而,普通法院在司法过程中对宪法予以“借援”的正当性也存在争议,其主要围绕普通法院是否有权适用宪法展开。一般表现为三种学说:(1)否定说,认为普通法院不享有适用宪法的权力。法官在审理案件时,如发现所适用之法规与宪法相抵触,应提请有权机构进行宪法审查,而不能径行拒绝适用。我国宪法规定了监督宪法实施的机关为全国人大和全国人大常委会,这更排除了由最高人民法院及地方法院来监督宪法实施的可能。^[24](2)肯定说,认为法院应该享有宪法解释权并适用宪法,且可以考虑制定宪法解释法,把宪法解释权明确授予法院,并对法院解释宪法的权限、程序等作出规定。^[25](3)折衷说,认为“法院虽然没有审查法律合宪性的权力,也没有解释宪法的权力,但如果法院在处理案件过程中基于保护公民权利的需要,在普通法律没有作出规定或者规定不明确的情况下,可以根据宪法的规定对普通法律的含义和法律规范的适用作出解释,此种解释虽然援用了宪法,但不是宪法解释,而是对一般法律的解释”。^[26]对于违反宪法等情形,法院只能依照立法法等法律的规定提请有权主体进行审查。

以上学说从各自角度来看虽有一定的合理性,但并未在制度及方法论层面予以有效区分。从制度层面来看,根据我国现行宪法的规定,宪法监督权专属于全国人民代表大会及其常务委员会,由此与德国相类似,普通法院并不享有专门的宪法审查权。但从方法论层面来看,普通法院是否可以适用作为最高法的宪法,在很大程度上属于不同于制度层面的方法论命题。为此,须从两个层面展开:普通法院是否享有宪法适用权;如果享有,其在何种程度上享有及通过何种方法来行使。

对于“是否享有宪法适用权”,笔者认为,法院应该享有一定程度的宪法适用权。首先,从规范体系论的角度来看,由于法规范之体系性,适用任何法律同时也暗含对于宪法的间接适用。因此,若谓宪法的解释与适用权专属于专门的宪法审查机构,当发生法律等规范有无抵触宪法或人民在宪法上所保障的基本权利受到侵犯而提起诉讼等情形时,如果普通法院不享有任何适用权,就势必会导致各级普通法院的宪法素养因其制度地被置于专门的宪法审查机构的监护下而没有机会获得发展,也会影响他们对法律“无违宪性”的判断力。如果从根本上怀疑法院具有判断

[24] 参见徐运良:《对由普通法院实现宪法司法化的质疑》,《汕头大学学报》(人文社会科学版)2002年第3期。

[25] 参见谢维雁:《论宪法的司法化》,《西南民族学院学报》(哲学社会科学版)2000年第12期。

[26] 朱福惠:《论我国法院适用宪法的“体制空间”》,《华东政法学院学报》2002年第3期。

法律“违宪性”的能力，那么便有足够的理由对其具有判断法律“无违宪性”的能力持同样程度的怀疑。这两种判断在判断能力的素质要求上是一样的。如学者指出的，只有赋予法院判断法律的违宪性的责任，才能培养出法院判断法律之违宪性的能力。^{〔27〕}普通法院作为适法主体，基于维护法规秩序的统一性，应该享有一定的宪法适用权。

其次，从权利保护的角度来看，法院具备享有一定程度宪法适用权的基础。宪法存在的目的之一在于保障人民的基本权利。“为了让人民在宪法所保障的基本权利受害时能获得迅速及直接的救济，为了使宪法能充分落实，加深法官及一般人民的宪法素质，在审理具体的诉讼案件时，其应该具有违宪审查权。如果不让各级普通法院在审理具体的诉讼案件时具有违宪审查权，只会使人民怀疑到底宪法是不是应遵守的法规范，为什么普通法院在宪法所保障的权利受到侵害时，不能类如其他权益受到侵害那样直接到法院去请求救济呢？”^{〔28〕}由此可见，普通法院享有一定的“违宪审查权”，从权利保障的角度来说，具有宪法上的合目的性。有学者对德国所采行的集中式宪法审查模式从功能的角度进行了驳斥，认为“如果采用德国法制，并不能让人民在基本权利受到侵害时获得迅速直接的救济机会。即使是采用‘具体的法规审查制度’，由法官在审理个案发生所适用法规是否违反宪法的疑义时，立即停止诉讼，而申请释宪者解释，也未若由法官直接行使违宪审查权来得迅速直接”，因而主张采行美国法制，即“当事人如不服初审的判决，如欲迅速确定是否违宪的争议，尚可申请联邦最高法院颁给移审令，将案件直接移送至最高法院。该制可免审级制度的拖延”。^{〔29〕}这在一定程度上触及了制度层面的异同，但并未深入至方法论层面。其实，德国的普通法院“在审理个案发生所适用法规是否违反宪法的疑义”过程中，已经暗含了其具有一定的“违宪审查权”，即对“是否违宪”可以作出非终局性的判断，只是这种判断区别于专门性宪法审查机关在制度上的终局性审查而已。从德国的实践来看，“大部分实际生活中的对基本权利的保护和对宪法的具体化一样，都出现在各个法院的日常工作之中。人们甚至可以说，联邦宪法法院在为个人的基本权利提供保护的宪法诉愿程序中，其将宪法适用于具体情况而起到的作用，与其他法院所起到的作用是完全一样的”。^{〔30〕}因此，从德国的经验来看，适用宪法并不是宪法法院等专门性宪法审查机构的排他性专利，普通法院在宪法适用上也扮演着一定的角色，具有一定的“违宪审查权”，只是方法截然不同而已。

再次，从法院在政制中的发展来看，赋予普通法院享有一定程度的宪法适用权，有助于提升法官职业团体的宪法素养，有助于维护司法尊严。如果将广义上的“违宪审查”绝对排他性地归属于专门性审查机构，那么法院将在专门性违宪审查机构的“监护”下，在法律被推定为“合宪性”的原则遵循之下，在政制中慢慢地萎缩下去。

普通法院在一定程度上享有宪法适用权为单纯解释规则在方法上的实践提供了根基。从德国的经验来看也是如此，“对宪法问题做出判决，并不是独立的宪法法院（专门性违宪审查机构）的特权。实质意义上的宪法诉讼也可以在其他法院进行，正如在不存在独立的宪法审判机构的情况下，宪法仅仅通过普通法院的适用也可以完全实现其效力一样。宪法，尤其是基本权利，在现今所有的法院审判中都是无所不在的。所有的法院在对案件作出裁判的过程中，都有权力和义

〔27〕 黄茂荣教授指出，当宪法对立法机关及司法机关皆有直接拘束力（直接性）时，则一方面在立法阶段，立法机关应避免制定有体系违反的法律规定；另一方面在适用法律的阶段，司法机关有义务与权力去审查既存之法律是否有体系违反的情形。如果有，则应尽其可能，在法律解释或法律补充中，透过体系因素的考虑，排除体系违反的规定。参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第458页，第460页。

〔28〕 林子仪：《权力分立与宪政发展》，台湾月旦出版社1993年版，第89页。

〔29〕 同上。

〔30〕 前引〔3〕，施莱希等书，第23页。

务寻求宪法依据”。〔31〕当然，基于一般司法权与宪法审查权的性质区别，一般司法权对宪法的适用必定具有方法上的独特性。

首先，普通法院的“违宪审查权”主要表现为形式审查权，不能基于一般司法权对立法进行实质意义上的宪法审查。“形式审查”主要根基于权力分立之宪政架构。如果普通法院可以对立法进行实质意义上的宪法审查，那么将可能侵涉作为民意代表的立法权，进而破坏权力分立之宪政架构，产生一种“司法帝国主义”。形式审查权在很大程度上意味着法院在司法过程中可以对所适用的法规范是否符合上位法在一定范围内进行形式性审查，如果认为其违反了上位法，那么可以拒绝援用，但不能进行实质性的效力判断。以我国行政诉讼法制度为例，《中华人民共和国行政诉讼法》第52条、第53条规定，人民法院审理行政案件以法律、法规为依据，参照规章。此处的“参照”也在一定程度上表明法院对于与上位法相违背的规章可以拒绝适用，但并不可以进行实质性的审查。

其次，普通法院所进行的形式审查仅限于个案，不具有普遍拘束力。由于司法审判的主要职责在于解决具体案件纠纷，“基于裁判之‘个案性’，以及宣布法律为无效之效力的‘一般性’，裁判当不是一个宣布‘违宪’法律为无效的适当工具”。〔32〕当然，在判例法制度下，虽然裁判基于个案，但判决对之后的司法活动也具有一定的拘束力，因此也不排除法院基于个案的形式审查具有一定程度的潜在效力。

再次，形式审查后的裁判形式在方法上应该采用“非判决”方式作出。由于一般司法权所享有的“违宪审查权”并非真正意义上的违宪审查权，并不能宣告立法无效，故而裁判在形式上也不能采行明确的判决方式。从司法实践的经验来看，这种形式审查权主要表现为一种拒绝适用权以及在一般法律方法框架下的解释权。“关于拒绝适用‘违宪’法律，因为拒绝适用行为依其性质自始即系针对系属中的个案而发，而具有‘个案性’，这与裁判之‘个案性’正相吻合。”〔33〕当然，拒绝适用“违宪”法律并非意味着拒绝对案件进行裁判。在行使形式审查权而拒绝适用“违宪”法律之后，如仍出现法律漏洞，则可以通过一般法律方法加以填补，由此并不影响一般司法权与立法权的职权分工，也符合一般司法权的本质属性，且不会出现诸如“反多数难题”等困境。

既然“每个法院对于一般法律的解释和适用都越来越多地受到宪法的深刻影响。比如在德国，如果案情涉及能够影响公共意志形成的话题的话，言论自由这一基本权利的适用范围必将对于刑法典第193条规定的在名誉与言论自由之间的利益权衡起到重大影响”，〔34〕在认识到一般司法权面对宪法所具方法的独特性之后，接下来面临的便是如何使方法上的独特性在内容上予以具体化，而区别于一般法律方法。

首先，由于宪法规范在很大程度上是对规范体系的价值或思想上的指引，援引“具有魔帚魔力”的法律思想和其他崇高的但不确定的范畴，对合理地解决法官造法问题所起的作用微乎其微。不过，这些概念对证明法官造法并非根本不能适用。如果参与各方对其内容都具有共同的确信，那么法律思想、正义以及类似的理念也能够为法官造法提供依据。但是，其确信力并非基于科学依据，而主要基于既有的合意与前理解。总之，来自法律思想、正义等的规范依据应当科学地归结为表面论据。其使用者要么只能呼吁达成期待的合意，要么以庄严的宣誓放弃对法

〔31〕 前引〔3〕，施莱希等书，第22页。

〔32〕 前引〔27〕，黄茂荣书，第459页。

〔33〕 同上。

〔34〕 前引〔3〕，施莱希等书，第22页。

官造法的依据的论证。^[35]因此，在单纯解释规则的适用过程中，其对于宪法的适用，在方法论上主要以对于宪法所宣示价值的共同理解为基础而表现为一种表面论据，一般并不指涉宪法规范的确定性具体内容。那种试图寻找对抽象性宪法规范或其价值进行操作上的绝对化或具体化，在很大程度上不具有方法上的可行性。

其次，以宪法规范的抽象性、价值性为基础，单纯解释规则在方法上对宪法的适用主要表现为一种形式性，且往往隐藏了对宪法规范内容的具体解读。宪法规范整体上的抽象性，使得这种基于个案的宪法解释在学理上存在着广阔的自由空间。在多数情况下，司法者也不会公开其“以宪就法”的思考过程。因为如果公开这一过程，会在很大程度上使得普通法院偏离一般司法权的职权轨道并有入侵宪法审查权领地的嫌疑。魏德士指出：“在司法过程中出现法律漏洞时，基于权力的考虑，法律的续造常常不是作为法政策的行为被公开，而是被看似科学的论据和结论掩盖了。法官对判决中有效的法规范进行说明不是根据法政策上重要的形成论据（规范目的），而是根据表面上符合逻辑的或者科学的论据。这样的论证模式是非常多的。”^[36]单纯解释规则也在很大程度上契合了这种论证模式。

再次，从宪法规范的类别来看，整体上可分为实质规范与控制规范，而单纯解释规则面对此两者具有不同的内涵。如有学者指出，“宪法规范中具有积极指导或委托内涵者可称为实质规范，仅有消极限制意义者，则为控制规范。属于解析规范性质的合宪解释引用的必然是实质规范。”^[37]如对于“全国人民代表大会每届任期五年”等控制规范，很难在方法论上找到空间。

最后，单纯解释规则在方法论上须遵循“回避宪法方法”的学理逻辑。对此，有德国学者指出，思考上仍须先用“通常”解释方法（非宪法论点），寻找各种解释可能性，然后才可加入作为决定判准的宪法论点，^[38]并尽可能让其在比较迟的时刻出场。该方法论的切入与规范的抽象度密切相关。“当抽象度高到近似空洞公式时，如民法中的诚信条款或公序良俗条款，理论上可以产出难以数计的解释，其本身反而因为不易发生违宪疑虑而通常只当成解析规则来引进宪法论点，即以宪法蕴含的伦理原则来支持概括条款的具体化。对于抽象度较低的规范，解释者面临有限的选择，反而容易产生规范违宪疑虑而有运用合宪解释作为冲突规则的可能。”^[39]

例如，在我国台湾地区，许多公私企业常与女性受雇者约定“一经结婚即须辞职”之约款，台湾地区司法院认为此破坏了“宪法”上男女平等的原则以及有关结婚的基本自由及权利，可认为违反了民法之公序良俗条款。这种以“宪法”关于保障男女平等及工作权、结婚自由的规定，来解释民法关于公序良俗的规定，为合宪性解释方法之著例。^[40]由此可见，一方面，此种引用“宪法”条款的合宪性解释方法，是对公序良俗条款原则的一种解释；另一方面，从结果取向来看，也可以在方法论层面单就公序良俗这一抽象原则来解释进而适用于“一经结婚即须辞职”这一关节。引用规范效力范围更广的“宪法”条款，在很大程度上起到了一种辅助性说理论证的方法效果，且并不涉及对“宪法”条款的解释或内涵确定。普通法院法官并不会界定宪法中的平等权究竟含义为何、包括几个层次，或者婚姻自由权的内容为何等等。这种通过“引用”进行的原则性辅助可谓单纯解释规则在法律方法层面的形态特征。相反，如果在“辅助”的过程中对宪法

[35] 参见前引〔4〕，魏德士书，第381页。

[36] 同上书，第380页。

[37] 前引〔1〕，苏永钦书，第96页以下。

[38] Friedrich Muller, *Juristische Methodik*, Berlin, 1971, S. 64—67.

[39] Prumm, aaO., S. 83—89, 参见前引〔16〕，林金吾文，第9页以下。

[40] 参见王泽鉴：《劳动契约法之单身条款，基本人权与公序良俗》，《万国法律》第55期。

规范进行了界定,那么将逾越一般司法权的界限而有侵涉宪法审查权之嫌,进而失去方法论上的正当性。

必须注意,单纯解释规则在实践中须谨慎运用。拉伦茨指出,一般只有在以下两种情形下,法院才有直接具体化宪法原则的机会:法律漏洞不能以其他方式填补,或者法律本身——特别是应用诸如“善良风俗”之类须填补的概念——赋予法官具体化的余地。^{〔41〕}此类情形在实践中也甚少发生,因为法律规范中抽象性原则一般都可以在个案中填补漏洞。即使存在以上两类情形,法院也不必然就利用适用单纯解释规则的机会,也可能寻求其他的法律方法来解决,以回避宪法问题的出现。

因此,单纯解释规则在方法上的合理定位毋宁是:在司法过程中,如果出现法律漏洞,首先尽力在方法论上通过法律原则来解决个案纠纷,而非单纯解释规则。这种“基于宪法的法律解释”区别于传统的“合宪性解释”,如施莱希等指出的,在对能被做出解释的、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,也即所谓的基本权利的“辐射作用”和主导法院解释的顾及。^{〔42〕}如果一出现法律漏洞便直接寻求单纯解释规则,在很大程度上会造成法律原则与宪法规范在方法论层面的混乱无序。

由以上分析可见,主张在普通法律案件的审判过程中,由法官通过单纯解释规则并经由法律解释进而将宪法的精神渗透至一般法律的规范体系,以此来寻求宪法在中国适用的可能性,这种论点并不具有方法论上的可行性。单纯解释规则在很大程度上只是法律方法穷尽后的一种辅助,只是作为一种形式的表面论据而已,并不具有实质性和常态性。当然,这种方法在集中式宪法审查制度下无疑是“宪法影响一切法律领域”理念的一种实践形态。

三、合宪性解释的方法层面

虽然传统合宪性解释的学理在很大程度上衍生于合宪性推定,但其在不同的制度背景下已然具有了形态上的差别。从比较法的角度来看,其方法论的具体展开离不开司法权的不同性质,即是一般司法权还是宪法审查权。在集中式宪法审查制度下,如德国,对于法律是否抵触宪法,只有联邦宪法法院有决定权,区别于普通法院的一般司法权。而在分散式宪法审查制度下,如美国,即使法律适用与宪法适用的主体在很大程度上具有同一性,即都属于法院,其中也有差别,因为宪法解释权在很大程度上属于联邦最高法院,在职权上区别于普通法院的一般司法权。不论在何种制度模式下,合宪性解释在一般司法权和宪法审查权层面都有所涵摄,职权的不同决定了其在不同层面的方法论之别。

(一) 作为法律方法的合宪性解释

作为法律方法,合宪性解释是一种“符合宪法之法律解释”,即“一项法律条文的解释,如果有多种结果,只要其中有一种结果可以避免宣告该项法律违宪时,便应选择其作为裁判的结论,而不采纳其它可能导致违宪的法律解释”。^{〔43〕}其与体系解释、目的解释、文义解释等均属于法律解释的范畴,发生在普通法院适用法律的过程之中。国内目前对于普通法院在法律解释中适用的合宪性解释方法虽有所提及,但主要表现为一种理念描述,如指出“对于阶位较低的法律规范,应依阶位较高之法律规范解释之,以贯彻上层法律规范之价值判断,维护法秩序的统一性。

〔41〕 参见前引〔4〕,拉伦茨书,第244页。

〔42〕 参见前引〔3〕,施莱希等书,第454页以下。

〔43〕 参见吴庚:《论宪法解释》,《法令月刊》第41卷8期。

此即合宪性解释”，〔44〕并没有厘清其中的具体内容。合宪性解释在法律方法上的具体化，必须基于一般司法权的职能展开。其特性主要表现在三个方面。

第一，方法的目的是为了解决个案纠纷。就普通法院的一般司法权而言，司法裁判只就诉讼个案发生形式或实质的既判力，其法律见解只是支持判决的理由，故如运用合宪性解释也不会发生超越个案拘束力的问题。法律方法的精义也在于解决个案纠纷，否则将逾越一般司法权的功能界限。因此，虽然可以通过宪法来对法律进行个案解释而认为法律合乎宪法，但不得逾越司法权的界限，通过宪法来进行“立法”。〔45〕

第二，一般司法权对于合宪性解释的运用主要发挥一种被动的控制功能。对于普通法院来说，“虽然是‘普通’的法院，但它们也是必须遵守宪法的”，“基本权利的保护是通过所有的法院而得到保障的，通向宪法法院之路逐渐被证实是一条并非必需的弯路。这样的定位来源于宪法诉愿的补充性这一基本思想：只有在必要的情况下，诉至宪法法院才是具有适法性的”。〔46〕一般司法权并不具有宪法审查职能，由此必定具有方法论上的独特性，选择一种被动的控制功能，即在司法权的职能范围之内选择合乎宪法的法律解释，使法律解释的结果不会溢出宪法所宣示之基本价值决定的范围之外，〔47〕而并不主动对法律进行宪法上的任何判断，即使其在事实上违反了宪法。

第三，合宪性解释的目的指向仅限于法律规范，而不涉及宪法规范。即使可以对宪法进行理解，并在宪法所宣示的基本价值的范围之内进行方法选择，也不能触及对宪法规范内容的任何界定，因为指向宪法规范的方法论一般只能交由有权的宪法审查机构来解决，如美国的最高法院、德国的宪法法院，我国台湾地区的大法官会议等。作为法律解释方法，合宪性解释的目的是“使法律具体化、明确化及体系化，良以法律殆为抽象的原则，其概念不确定者，宜予具体化，以维护法律的安定；如其规定不明确，易引起疑义或争议时，亦必须加以阐明，使之明确化”。〔48〕

目的指向为法律规范，也决定了合宪性解释在方法上的独特性。

首先，方法上主要表现为对宪法规范的“援引”，发挥一种辅助性论证功能。“援引”不涉及宪法规范内容或价值的改变，其最终是为了解决法律纠纷，在实践中主要表现为以下两种形态：一是直接把宪法规范作为法律解释中的一种辅助，用以解释法律规范，类似于体系解释方法。这种体系解释的基础在于，宪法是整个法规范体系中的最高法，其所宣示的内容及价值对于体系解释当然具有一种指引与统领作用。二是通过把宪法规范作为法律漏洞出现时进行法律解释的规范源来进行法律再造。这种形态看似涉及对宪法规范的解释，并且涉及法律规范的再造，但实属“超越法律但未超越宪法”的情形，即普通法院仍仅在法律解释的范畴内运作，而丝毫不涉及宪法解释范畴。

其次，合宪性解释在方法选择上具有“次位性”。法律解释方法包括多种，如文意解释、体系解释、比较解释、历史解释、合宪解释等等。法律解释的目的在于澄清法律疑义，使法律规范的含义明确化，为此主要围绕立法原旨和立法目的展开。在多种解释方法中，应先选择文意解释，即探究法律的原旨，之后如仍存在复数解释之可能，方可采用其它解释方法，进一步探求法律规范的目的。当然，“原则上讲，解释者可能而且应该注重所有的解释规则，也并非总是能够采用

〔44〕 前引〔23〕，梁慧星书，第231页。

〔45〕 参见前引〔1〕，苏永钦书，第124页以下。

〔46〕 前引〔3〕，施莱希等书，第25页以下。

〔47〕 参见前引〔27〕，黄茂荣书，第319页以下。

〔48〕 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第96页。

它们。任何一种方法也不应该从一开始就被排除在外”。〔49〕但是，解释在整体上有其内在的逻辑次序。普通法院对于合宪性解释方法的适用也非随意进行，一般在逻辑上遵循“先为法意解释，其次为目的解释，再其次方可用合宪解释”。〔50〕

这种方法上的逻辑安排是，普通法院首先适用与宪法没有直接关联的法律方法来澄清法律的含义，如文意解释方法、比较方法、历史方法等等。在这些法律方法无法完成任务而仍存在复数解释的可能时，可以运用合宪性解释来排除复数的可能，即选择合乎宪法的解释。这种逻辑安排的正当性表现在：（1）由于宪法的规范位阶最高，当出现法律漏洞时，首先寻求一般法律规范体系内的方法，然后再寻求与宪法直接关联的方法，这符合规范体系内在的秩序性要求。相反，如果直接诉求于宪法，会在一定程度上干扰法律规范目的及原旨的确定，甚而可能破坏法律价值体系的内部一致性。（2）合宪性解释可以满足一般司法权不得拒绝审判的职责要求。虽然普通法院在处理诉讼案件时，非以对法律作合宪控制为主要目的，对于法律方法的运用当然是尽量不触及宪法或涉及违宪疑虑。〔51〕但面对客观存在的法律漏洞，法院在通过一般法律规范体系内的方法仍无法解决纠纷时，合宪性解释作为一种“次位”方法可以帮助法院确定结果取向，进而完成审判职能。（3）该方法虽没有对宪法规范进行实质性解释，但毕竟涉及对宪法的“一般理解”，为此须谨慎处之，否则很可能导致法院过度“借助”宪法规范而在实质上“解释”了宪法。从美国的经验来看，“美国联邦法院法官通过对制定法规范进行解释——而不是去排除那些可以使用的救济途径——来尽力支持制定法规范的诸多条款，而不去触及任何宪法争议，当然，联邦法院也保留了听取宪法诉愿的权力。该实践在一定程度上表明，法律解释的一般性方法被经常适用，它可以直接指导法院去解释制定法规范，从而可以避免宪法问题”。〔52〕

再次，合宪性解释在很大程度上已不是传统的“解释法律”方法。作为法律方法，合宪性解释不涉及任何宪法解释。对于合宪性解释适用前提的多种可能性法律解释，也并非合宪性解释所得，而是通过其他的一般解释方法所得。由此可见，合宪性解释在本质上是一种对复数解释进行选择的法则，不涉及解释本身。如有学者指出的，“惟在实务上，发现无法在法律可能文义范围内去作合乎宪法的解释时，通常在宣布它违宪前，都还在文义外，尝试努力去作合宪的找法。如能成功，则将该法律在这个限度下予以补充，但这已经不属于法律解释的范畴”。〔53〕

（二）作为宪法方法的合宪性解释

作为宪法方法的合宪性解释发生在宪法审查的过程之中。宪法审查的任务在于法规审查，控制法律的合宪性。虽然宪法审查权可以在审查中对宪法进行解释，但也具有一定的界限。如果过度扩张宪法审查机关的释宪者角色，那么违宪审查将不再集中于控制法规的合宪性，而无疑将侵犯“控制”的原意。〔54〕由此，立足于宪法审查机关与立法者、修宪者在职权上的区分，合宪性解释在宪法方法层面的展开也具有内容上的独特之处。

第一，在合宪性解释的方法语境中，既可能存在宪法解释，也可能存在法律解释，虽然宪法审查机关所为之解释区别于立法机关的法律解释，且在很大程度上须尊重立法机关的决定及判断。由此，对于复数解释中“法律合宪解释可能”的达致，在逻辑上有以下组合的可能：A. 宪

〔49〕 参见〔德〕科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第215页。

〔50〕 参见前引〔23〕，梁慧星书，第228页。

〔51〕 参见前引〔1〕，苏永钦书，第108页。

〔52〕 See *The Avoidance of Constitutional Questions and the Preservation of Judicial Review: Federal Court Treatment of the New Habeas Provisions*, 111 Harv. L. Rev. 1578-1595 (1998).

〔53〕 参见前引〔27〕，黄茂荣书，第319页以下。

〔54〕 参见前引〔20〕，陈新民文。

法规范明确，而在复数法律解释中，存在法律合宪解释与违宪解释的可能；B. 法律规范明确，而在复数宪法解释中，存在法律合宪解释与违宪解释的可能；C. 通过法律解释和宪法解释的结合，才存在法律合宪解释与违宪解释的可能。

第二，作为宪法方法的合宪性解释具有特殊的拘束力。不管是以德国为代表的专门宪法法院，还是以美国为代表的最高法院，宪法审查机构的判决都具有一定的拘束力，可以在一定程度上发扬宪法的价值。但如德国学者舒曼指出的，“联邦宪法法院唯一的审查标准是宪法，这就是为什么联邦宪法法院并不像其他法院一样可被称为是整个法律制度的代言人的原因。依据联邦宪法法院法第 31 条，联邦宪法法院法官的裁判对于立法者和专门审判机构的法官也起着特别的拘束作用，这与专门法院的裁判是有着实质性区别的。”^{〔55〕} 如果联邦宪法法院通过使用“合宪解释”方法，将一个法规认定为“违宪可能”，虽然最终在结果上选择了“合宪可能”，其他法院（联邦法院或行政法院）则不得再使用同样的解释方法改变“违宪可能”。^{〔56〕} 由此，这种“违宪可能”便会督促立法者尽快对其进行修复而排除合宪疑义。这从另一方面体现了合宪性解释对立法者起到一种特殊的间接拘束力。

（三）合宪性解释方法的特性

由于普通法院的一般性司法权与宪法审查权职能有别，其围绕合宪性解释方法所呈现的内容也有所差别。然而，不同方法层面的合宪性解释仍具有诸多方法上的共通之处。

第一，该方法适用于立法存在模糊的地方。立法模糊而产生复数解释的可能，是适用合宪性解释的前提。如果立法文意及目的清晰，则无复数解释之可能，合宪性解释也无从谈起，此时则当为相应的宪法或法律判断。合宪性解释存在于复数解释之后，而非个案“症结”被解开之前。复数解释之前并没有合宪性解释的适用空间。

第二，如果存在合宪解释与违宪解释之复数可能，且合宪解释相对更具合理性，则在结果取向上无疑将选择合宪解释而排除违宪解释。但该方法的核心要义在于，即使违宪解释相比较合宪解释更具表面上的合理性，仍采用合宪解释。^{〔57〕} 在 *State v. Globe Communications Corp.* 案中，法院明确指出，只要可以做出合宪性的法律解释，法院必须尊重立法机关的行为，避免法律与宪法相冲突。在 *Flemming v. Nestor* 案中，法院更指出，审查法院在对法律进行解释时，禁止去选择做出的违宪解释，从而可以挽救法律。也就是说，法院应避免作出使法律无效或者失去意义的解释，应避免作出违反立法机关目的或意图的法律解释。在这种对立法的“偏袒”下，对即使存在部分违宪可能的法律，通过合宪性解释使得该法律全部有效，进而摆脱是否合宪的困境。

第三，该方法在效果上均尽量回避宪法问题。合宪性解释虽然在法律方法与宪法方法层面的目的指向不同，但在效果上都回避宪法问题。普通法院通过合宪性解释可以解决解释方法的选择问题，同时也在效果上回避了宪法问题产生的可能。宪法审查机关也是如此，既尽量排除立法违宪的可能，同时也是对宪法问题的尽量回避。

第四，合宪性解释的适用方式可能具有潜在性。对于多种解释可能的呈现形态，法官完全有可能隐藏了其思考过程中的一些违宪疑虑，或其中数种可能性解释。因此，有可能出现的情形是，虽然事实上存在着包含合宪解释与违宪解释的多种解释可能，但对于可能的违宪解释并没有

〔55〕 前引〔3〕，施莱希等书，第 24 页。

〔56〕 BVerfGE 40, 88.

〔57〕 See *U. S. v. Harriss*, 347 U. S. 612, (1954); *U. S. v. Congress of Indus. Organizations*, 335 U. S. 106 (1948); *Apache Survival Coalition v. U. S.*, 21 F. 3d 895 (9th Cir. 1994); *People v. Superior Court (Romero)*, 13 Cal. 4th 497 (1996).

完全呈现在裁判过程之中,虽然法官可能潜在地运用了合宪性解释保全了被挑战的法律,且在形式上可能也只表现为合宪判决等形式。如德国联邦宪法法院在十字架案的判决中,虽然并未明白使用“法律合宪解释”用语,但是通过判决可知,其已经运用了合宪性解释的方法。^[58]我国台湾地区实务上对于命令“合宪”解释之例,其思考过程的复杂性也多未表现于外。^[59]德国联邦宪法法院在判决中也曾明白宣示:一个法律如果可能透过解释而符合宪法的观念,且不失其意义时,即不违宪。^[60]虽然法院在此没有使用“合宪性解释”用语,但透过其方法可见,其使法律合宪的意图非常明显,实已遵循了合宪性解释方法。

第五,合宪性解释方法并非一种孤立的方法,在很大程度上是一种综合性解释方法。拉伦茨就方法选择指出,“虽然解释标准是不同的解释方法,但毋宁是一些解释观点。任何主张其解释结果正确者,对这所有的解释观点都必须一并考量。不同的解释标准经常还允许有许多解释的可能性;有些解释标准有时不能发挥作用。”^[61]同样,作为合宪性解释前提的复数解释可能,并非通过合宪性解释方法自身来完成,而毋宁使用文义、目的、体系、历史及综合解释等其他方法来完成。只要任何一种方法能够找出立法者符合宪法之依据,即可排除由其他方法可能导出的违宪结果。因此,带着对于立法者的偏惠,合宪性解释毋宁是一种与其它解释方法相结合的综合性方法。

四、合宪性解释的正当性

德国、瑞士学者对合宪性解释的正当性一般从三个层面展开。^[62]首先,贯彻“法秩序的一贯性”即“宪法优越性”。所有的法规所形成的法秩序应该有其一贯性,并服膺宪法之规定及理念,因此一个法律必须由宪法的基本理念来检讨及补充。故“合宪解释”基本上是偏向“体系解释”。其次,稳定法律秩序,以维持法规存在为趋势:此种解释的主要动机乃在“维持法规存在”,盖一旦法律被宣布违宪而失效,在新法取代之前,必会造成法秩序的空洞,并且旧法既废,对于法律安定性也形成侵害,故“一动不如一静”。再次,推定立法者的“宪法忠诚”,即其无意定出违反宪法的法律。

其实,以上论述在很大程度上只是理念层面的展开,并未触及合宪性解释正当性的内核,因为宪法的“优位性”及稳定法律秩序之要求无法有力解释下面情形:法院面对法律,存在X解释和Y解释选择的可能。尽管两者都具合理性,但通过传统的法律解释方法,X解释为更佳选择,而X解释会引起严重的宪法问题,Y解释则不会。法院对这些宪法问题检测后也发现X解释确实会带来法律违宪的结果,此时回避宪法方法或合宪性解释要求法院须选择Y解释,以回避宪法问题。^[63]如果秉持贯彻宪法及其“优位性”的理念价值,法院似乎反倒应该排斥Y解释,而采纳X解释以贯彻宪法,而非通过回避宪法方法去放任宪法问题于不顾。

从合宪性解释所体现的对立法者的明显偏惠来看,其正当性须从司法权与立法权的关系维度深入,而非仅在规范层面进行表面诉求,因为合宪性解释一般也没有明确的实定法依据。从实践来看,方法上的适用在很大程度上不在于司法过程中于合宪可能与违宪可能之间的表象性选择,不在

[58] 参见前引〔20〕,陈新民文。

[59] 参见前引〔1〕,苏永钦书,第102页。

[60] BVerfGE 2, 267. 参见前引〔20〕,陈新民文。

[61] 前引〔4〕,拉伦茨书,第225页。

[62] 参见前引〔20〕,陈新民文。

[63] 参见前引〔11〕,William K. Kelley文。

于法律与宪法在规范上的表象性关系，而往往根基于隐藏在背后的现代分权及权力谦抑原理。如果简单地把合宪性解释方法视为一种纯粹的规范认知活动，将有失偏颇而不能察其真谛。

结合作为理论源流的美国经验，即与传统合宪性解释概念异曲同工的回避宪法方法，正当性轮廓更为清晰。其主要基于两个方面。首先，议会作为政府的一个分支，已宣誓效忠于宪法，那么法院基于议会的宪法忠诚义务，在解释法律的过程中必须与立法目的相符合，因为立法者在通常情况下当然制定符合宪法的法律，而不是相反。^{〔64〕}此点也为欧陆国家所共识。其次，由于司法审查是由非民选的法官来审查民选机关的立法，而立法是人民意志的一种决定，因此，司法审查在一定程度上具有形式上的反民主性。回避宪法方法所秉持的对宪法问题尽量回避可以最小化对立法的司法审查，从而使法院避免踏入反多数难题的困境。^{〔65〕}其实德国也是如此，因为立法机关也由民选代表组成，在一定程度上也存在反多数难题，使得对合宪性解释正当性的寻求由一般文本理念的“宪法的权威性”转变成对“具有民主正当性之立法者的权威性”的尊重。此种谦抑性的“司法自制”才是合宪性解释的正当性基础。^{〔66〕}

合宪性解释的正当性还可以从现代法治国的立法优位理念得到说明。美国法治秉持立法优位是民主自治政府的前提。^{〔67〕}德国法治也与此相通，秉持立法机关在现代分权架构下就立法而言当然享有优先权，即“相对于其他权力，立法权在创法的程序中有优先的地位，虽然这并不排除司法权有参与创法的可能”。^{〔68〕}这便包含了立法机关在立法价值原则、一般性条款及不确定概念的具体化上具有优先权，由此也决定法院对于存疑的立法须持谦抑姿态，除非在明显违宪的情况才可以行使宪法赋予的相应司法权能。

合宪性解释方法在实践中，如美国，也存在一些可能被滥用的批评。比如在没有模糊规范时去刻意创造“模糊规范”，或者存在模糊规范但有意回避本该适用的回避宪法方法，这似乎将完全取决于法院自己的政策倾向而无章可循。^{〔69〕}最常见的有两种可能。

第一，法院在解释过程中可能并不忠于立法目的而有所偏离。其实，这种批评在本质上并不与回避宪法方法的正当性相抵触。从 Delaware & Hudson 案开始，法院在运用回避宪法方法时已明确表明其目的仅在于让法院扮演恰当的谦抑角色，而不是去追寻任何立法目的。^{〔70〕}扬（Young）教授指出，回避宪法方法并不是要反映议会的具体意图为何，而是可以通过此方法施行一定的规范价值。^{〔71〕}既然该方法在本质上与立法目的无关，那么法院如果在事实上偏离了立法目的，则属于正当性基础之外的其他范畴。

第二，只是当法院主观地相信有严重或实质性宪法问题时，法院才会运用回避宪法方法来排除其他更好的结果。波斯纳指出，回避宪法方法实际上创造了一种法官造法的“宪法上的半阴

〔64〕 See Jones v. United States, 526 U.S. 227, 239-40 (1999).

〔65〕 See Trevor W. Morrison, *Constitutional Avoidance in the Executive Branch*, 106 Colum. L. Rev. 1204, 1206, 1207 (2006).

〔66〕 参见前引〔20〕，陈新民文。

〔67〕 当然，对于美国的立法优位不能机械地理解为立法绝对至上主义。具体可参见 Ittai Bar-Siman-Tov, *Legislative Supremacy in the United States?: Rethinking the “Enrolled Bill” Doctrine*, 97 Geo. L. J. 323 (2009)。

〔68〕 前引〔4〕，拉伦茨书，第224页。

〔69〕 See Philip P. Frickey, *Getting from Joe to Gene (McCarthy): The Avoidance Canon, Legal Process Theory, and Narrowing Statutory Interpretation in the Early Warren Court*, 93 Cal. L. Rev. 397, 463 (2005).

〔70〕 See United States ex rel. Attorney General v. Delaware & Hudson Co., 213 U.S. 366 (1909).

〔71〕 See Ernest A. Young, *Constitutional Avoidance, Resistance Norms, and the Preservation of Judicial Review*, 78 Texas Law Review 1585 (2000).

影”。这种“宪法上的半阴影”实际上具有与宪法同样的禁止效果。^[72]这样，法院实际上可以通过回避宪法方法来过度执行宪法。因此，在语意模糊不清时，其合宪性在解释过程中“被找出来”。如此，似乎和法学对“法条解释”所要求的“客观原则”有违。^[73]诚然，“宪法上的半阴影”之下具有法官“主观”造法的逻辑可能性，但这并不意味着合宪性解释就失去了正当性，因为具有正当性并不代表就具有现实中的绝对性，相反恰恰会包容现实中的或然性。同样，以现实中的或然性来驳斥方法论的正当性也是行不通的。就回避宪法方法而言，法院基于司法裁量权以及对立法者的“偏袒”选择合宪的法律解释而排斥可能更具合理性的违宪情形，在未触及立法目的的前提下，确实可能出现这种“偏袒”的结果与立法机关真正的立法目的的不相一致。从逻辑上来说，法院可能并未作出客观上与真正立法目的相一致的法律解释，进而有创造“宪法半阴影”之嫌疑，但这种在结果上可能错误的“合宪解释”方法，恰恰具有制度上的正当性。

首先，在立法目的模糊时，应由立法机关首先予以澄清，而不是法院。与立法机关相比，其他机关对于法律的解释并不具有充分性，从而潜在地要求立法机关具有澄清立法目的使其明白的职责。^[74]回避宪法方法在很大程度上将立法目的的澄清任务交还给立法机关，虽然这种谦抑过程在结果上可能并非如立法机关在未来对立法目的所澄清的那样。即使法院具有判断模糊立法目的究竟为何的可能性，进而选择“违宪”的法律解释，但这种正确可能性一般并不具有制度上的正当性，因为司法权在很大程度上会有侵涉立法权能的嫌疑，进而违反宪法授权原则。

其次，法院在不干涉立法目的的前提下，在复数解释中选择合宪的解释，也会在一定程度上迫使立法机关去进一步澄清立法目的，因为复数解释的可能在很大程度上已警示了立法目的模糊性所在。

再次，法院在遇到立法模糊时持谦抑姿态，也使得立法机关在将来澄清立法目的时不会发生与之前司法判决的本质性冲突。相反，如果法院对立法目的的模糊之处进行填补，由于司法判决的终局性，在很大程度上可能造成未来立法澄清与司法权威之间的张力。

德国学者贝特曼（Bettermann）教授认为，“合宪解释”原是“合于宪法之意的解释”，简直变成了“合于宪法法院之意的解释”。宪法法院不必为立法者之错误护短，要让立法者对于其“作品”遭到废弃的后果能有做出反应的自由，更不应该利用“合宪解释”来“强暴”立法者。^[75]这种论断固然提醒对于合宪性解释的运用须谨慎有加，但也未免极端而未能深入至现代司法权与立法权间的有机制衡，因为司法权对立法权的“偏袒”也给立法权发挥其职能提供了一种空间，是一种对立法权的保护，其在防止过度性司法审查的同时，也给议会提供了自我纠正的机会。^[76]否则，会在一定程度上封闭立法自我纠正的空间，并造成立法自我纠正与司法公信力之间的制度性冲突。

合宪性解释方法在很大程度上是司法权或宪法审查权与立法权之间的一种动态沟通。合宪性解释或回避宪法方法所根基的这种司法谦抑主义，最终根源于现代法治架构下的权力分工机制及权力间的相互尊重。^[77]司法权的角色不是去将它自己的解释施加于另一个政府部门的合理解释之上，尤其对于互相平行的权力机关。各个权力机关都是宪法下的授权机关，只是功能存在差别

[72] See Richard A. Posner, *Statutory Interpretation-in the Classroom and in the Courtroom*, 50 U. Chi. L. Rev. 800, 816 (1983).

[73] 参见前引 [20]，陈新民文。

[74] See Case R. Sunstein, *Nondelegation Canon*, 67 U. Chi. L. Rev. 331 (2000).

[75] K. A. Bettermann, a. a. O., SS. 12, 55. 参见前引 [20]，陈新民文。

[76] 参见前引 [11] 文，*Should the Supreme Court Presume that Congress Acts Constitutionally?*

[77] See Lisa A. Kloppenberg, *Avoiding Constitutional Questions*, 35 B. C. L. Rev. 1003, 1047-1048 (1994).

而已。“宪法作为国家整体法秩序最高原则的来源，对于所有国家与人民间之关系，仅能作为原则性与大纲性的粗略规范，因而对于细部规定，必须由人民代表所组成的立法者来规划之。”这种立法权能的特性在现代法治国家具有普遍性。因此，“基于权力分立的角色，属于个案且被动消极色彩的司法权及在其范围内之违宪审查权，宜尽量尊重立法者的判断，以免阻碍一个进步中的社会所需要的‘具有活力的立法’。故除非释宪者能够及明确及自信的肯定立法者的决定已违宪，否则宁可尊重立法者的判断”。〔78〕正是现代权力分工及立法权的普遍特性，决定了不论是在分散式审查制的美国，还是集中式审查制的德国，都实践了在原理上相通的回避宪法方法或合宪性解释方法。

由此可见，遵循司法谦抑主义原理的合宪性解释体现了立法权与司法权之间的有机制衡，其所具有的缓和司法权与立法权之间的张力、督促立法者进行立法修复、避免法院侵涉立法及产生“反民意”嫌疑等正当性基础在各国法治实践中具有普遍性。

然须注意的是，复数解释可能的达致在一定程度上也取决于所秉持的司法哲学，为此也须从正当性角度加以理解。比如在 *Almendarez-Torres v. U. S.* 案中，〔79〕斯卡利亚大法官与布雷耶大法官基于不同的司法哲学而在回避宪法方法的适用上出现了截然不同的情形。由于该案涉及对1994年国家移民法案部分内容的解释，布雷耶对此采用了语境主义方法，而斯卡利亚则采取了文本主义方法。布雷耶通过语境主义方法分析了立法的历史、立法目的以及立法过程中的背景资料等等，最后明确地得出规范目的并非另行单独定罪，而只需增加量刑程度，进而解决了“模糊规范”带来的复数解释问题，由此当然不需再适用回避宪法方法。而斯卡利亚完全反对语境主义方法，采行文本主义方法对案中所涉文本规范进行分析后表明，被解释的部分明显有两种不同的含义，由此便存在复数解释。在斯卡利亚看来，运用立法的历史环境、立法的目的等等来进行解释，很容易造成法院篡夺立法机关的职权，因此科学的方法应该是文本主义，而非语境主义。但在语境主义方法看来，如果不对法律进行语境主义的解释，那么法院只需要去发现事实即可，而无需存在法律解释的必要了，而这是不可能的，因为由于人的主观局限性，语言在一定程度上总处于模糊状态。

有学者从方法标准的角度认为，布雷耶提高了合宪性解释方法的适用标准，而斯卡利亚则是放宽了标准，〔80〕但问题的关键其实并不在方法标准，而毋宁取决于作为该方法根基的司法谦抑主义。虽然语境主义方法也没有明确反对回避宪法方法，〔81〕但如果脱离了司法谦抑主义，回避宪法方法之机体也将不复存在。同样，如果文本主义方法背离了司法谦抑主义，无疑也是对回避宪法方法的背离，即使不予以明示。

总之，只有以作为正当性基石的司法谦抑主义为基点，方可厘清该方法的千姿百态，否则难免纠缠于方法运用上的口水战。

〔78〕前引〔20〕，陈新民文。

〔79〕See *Almendarez-Torres v. U. S.*, 118 S. Ct. 1219, 140 L. Ed. 2d 350 (U. S. 1998).

〔80〕See Roberta Sue Alexander, *Dueling Views of Statutory Interpretation and the Canon of Constitutional Doubt: Almendarez-Torres v. United States*, 118 S. Ct. 1219 (1998). 24 U. Dayton L. Rev. 375 (1999).

〔81〕当然，由于对回避宪法方法的启动要件存在一些争论，语境主义论者又进一步阐释了另外一种关于合宪性解释方法的界定，即认为对于一般的宪法疑虑并不需要适用回避宪法方法，而应该采取比较宽松的标准让宪法问题先进入案件，然后对之进行语境解释，只有在这一过程之后仍然存在两种解释的可能且存在宪法疑虑时，再来回避宪法上的无效。显然，这里已经在很大程度上偏离了传统回避宪法方法所秉持的谦抑主义原理。参见 *Eastern R. R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U. S. 127, 138, 141 (1961); *Textile Workers Union v. Lincoln Mills*, 353 U. S. 448, 477 (1957) (Frankfurter, J., dissenting); *United States v. Harris*, 106 U. S. 629, 635-636 (1883)。

五、合宪性解释的界限

“如果议会认为它可以为所欲为，以至于让法院对宪法产生担忧，那么这个时候推定议会行为合宪的合宪性解释将不再适用。”^{〔82〕}斯卡利亚的这番话在很大程度上抽象出了合宪性解释的界限。由于该方法最终根基于司法权对立法权的谦抑及相互制衡，其界限的确定很难通过法教义学寻找客观的标准公式。结合德国等国家或地区的实践，合宪性解释的界限主要可归纳为以下方面。

首先，对于文字和意义都非常清晰的，不得以“合宪解释”的方式作出相反意义的解释。从德国的经验来看，“如果合宪性解释要维持其解释的性格，它就不可以逾越法律字义及其意义脉络所划定的界限。联邦宪法法院就曾多次提及：‘鉴于规定的明显字义’，合宪性解释已不复可能。”^{〔83〕}美国也是如此，“如果立法明显地与宪法相抵触，那么回避宪法方法将无法挽救该立法”，^{〔84〕}但是禁止强制性地生产出在事实上并不存在的“疑问性解释”，从而去满足合宪性解释回避宪法所要求的“明白性”要件。相反，如果通过传统的解释方法已非常清楚地存在某些优先性的解释方法，那么法院当然应该采纳之，进而也须面对所涉及的宪法问题并进行相应处理，如转送宪法法院等等。法院此时不得将法律解释强行推向合宪性解释的范畴以回避宪法问题。

其次，疑问性解释必须由明确的规范文本产生。这种规范文本上的明确要求，一方面可以防止法院在没有规范文本的情况下滥用回避宪法方法，主观性地自我认定“疑问性解释”从而得出复数解释可能，另一方面也潜在地要求立法机关在规范文本上的内容及目的必须明确，从而胜任立法职责。

再次，基于权力分工的差别，该方法的适用不得逾越立法者原来的判断范围，进而侵涉立法权。这在很大程度上取决于立法的具体情形：（1）针对立法者的立法语义不清、概念不清尚待确定的法条、概括性条款等漏洞情形，司法者当然可以通过方法论进行解释，对此可谓“法的成长”，与立法权限不存在本质性冲突；（2）对由于社会变迁而使立法规范不能完全对应社会现实的情形，司法者基于不得拒绝审判等义务，可以在遵循上位法规范的前提下通过相应的方法论进行一定的解释性适用；（3）如果属于立法者在立法时有意或无意（或无法证明）不予例外地“纳入规定”，或不加以一视同仁而为有意的“排除规定”致生违宪时（例如违反了平等权），所形成的可谓“不纯粹法律漏洞”，此时从德国的实践来看，须靠立法者的修法方能达成。因为释宪者此时如果自行填补漏洞，从现行实证法律直接引导进来，或现行法律某条文可以“软化、松动”，而可有例外规定时，无疑已侵及立法者的权限，故此方法的填补仅限于“不得逾越立法者原来之判断范围”，也就是必须以当初立法者的“判断及目的导向”为判断标准。如果确定了漏洞乃该“立法者原意志”的存续所致，则行使“合宪解释”的空间便益形狭小。^{〔85〕}

最后，在涉及对基本权利限制的一般法律时，合宪性解释往往以基本权利为界限。“虽然基本权利依据宪法可以通过一般的法律加以限制，但是德国联邦法院由‘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利的一般法律时，亦须考虑被限制的基本权利本身及其崇高的价值位阶，由此，基本权利在一定程度上保有其优越性。如果遇到基本权利或其他宪法保

〔82〕 前引〔11〕文，*Should the Supreme Court Presume that Congress Acts Constitutionally?*

〔83〕 前引〔4〕，拉伦茨书，第243页。

〔84〕 See *Benjamin v. Jacobson*, 124 F.3d 162, 177 (2d Cir. 1997).

〔85〕 参见前引〔20〕，陈新民文。

障的法益之间发生冲突时，主要将通过在个案中的法益权衡的方法来解决。”〔86〕此时并非一味地适用合宪性解释并去回避宪法问题。从美国的经验来看，回避宪法方法在一定程度上也以基本权利为界：对于涉及基本权保护内核的内容，如第一条修正案或者正当程序，法院并不倾向回避宪法问题；而对于不具有执行性的规范或者政治性的宪法原则，法院在对立法进行解释时一般会回避宪法问题。〔87〕

当然，从德国的实践来看，联邦宪法法院在适用合宪性解释方法时，常以转换法条含义的方式来达到合宪的目的，换言之，联邦宪法法院根据宪法精神来扭转法条的通常理解，而避免宣告其违宪。〔88〕这种在解释过程中根据宪法而对法律进行转义解释是不允许的而且可能是违法的，是对立法者权限的非法侵犯。〔89〕

虽然合宪性解释的界限轮廓相对清晰，但其实仍在一定范围内具有相对的不确定性。一方面，虽然对于“合宪解释”的界限已获共识，但是在实务上“合宪解释”的适用仍容易造成法律效果的不确定，反而对“立法安定性”造成侵害，所以担忧“合宪解释”的高度不确定性，会使系争法条徘徊在部分条文可能因违宪而失效，也可能只单独宣告违宪但不失效或合宪三个方面，全由释宪者来决定，使得宪法原先对于违宪审查权的单纯性（释宪者客观、秉公坚持宪法精神来审查法律是否违宪）制度及其期待，趋向模糊、复杂。〔90〕另一方面，这种相对的不确定也会导致合宪性解释方法的滥用，从而可能使得司法者成为立法者的帮凶，而以一种“消极不作为”的姿态来推卸本来应该履行的司法职能。同时，对于一些可以通过在法律规范内部解决，或者争议性高的法律，包括合宪性或政策妥当性等，应该避免以司法解释的方式来迎合其合宪化，〔91〕这样将使得法院的司法职能偏离其本来分工，而掺搅于政治或政策决定之中。

就上面担忧的本源来看，其在很大程度上来自于司法及其裁量偏离了应然轨道，而并不涉及该方法自身的正当性。由此，如若消除这种“明知不可为而为之”情形，则须跳出该方法自身而从制度等角度来寻求解决之道，比如对司法裁量权的制度约束、立法对司法的制衡、社会民意对司法的监督等等。

总之，一方面，合宪性解释虽然名称为“解释”，但实际上其目的是“护法”，即保护和尊重多数人代表的立法机关的立法；另一方面，合宪性解释又要履行“护宪”这一基本的法治理念，即保护人民制定的宪法。这种摇摆于“护法”与“护宪”之间的合宪性解释，其界限并非可以在法教义学上寻找到固定的标准公式，在很大程度上毋宁是一种根基于谦抑主义的原则性要求。

德国学者贝特曼教授认为“合宪解释”是一种“假借名义，或冒名顶替的解释模式”，毋宁是一个“错误的措辞”。〔92〕通过以上分析可知，这种论断可以理解却未免过于极端，而在很大程度上忽视了合宪性解释在方法上的填补性功能。基于一般司法权与宪法审查权的不同，合宪性解释必须从法律方法与宪法方法两个层面展开。其作为一种方法上的选择法则，之所以可以成为各国法治实践中的原理性方法，在于其根基于现代分权制度下所共通的司法与立法间的相互制衡。当然也有可能，法院通过回避宪法方法虽然暗示了立法的违宪可能性，进而潜在地促使立法机关纠正立法修复，但立法者消极怠工并不去纠正其中的违宪可能，反而“以退为进”把法院的暂时

〔86〕 参见前引〔4〕，拉伦茨书，第245页。

〔87〕 参见前引〔11〕文，*Should the Supreme Court Presume that Congress Acts Constitutionally?*

〔88〕 参见吴庚：《宪法的解释与适用》，台湾三民书局2004年版，第585页以下。

〔89〕 参见前引〔4〕，魏德士书，第326页。

〔90〕 参见前引〔20〕，陈新民文。

〔91〕 参见前引〔1〕，苏永钦书，第126页。

〔92〕 K. A. Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung, Grenze und Gefahren*, 1986, S. 27. 参见前引〔20〕，陈新民文。

性判断当作最终的结论来对待。这样根本没有回避宪法问题，而是产生了新的潜在的宪法问题。^{〔93〕}对于这种可能出现的立法者懈怠情形，须通过立法监督、社会监督、人民代表提案等多种有机性制度来进行控制，消除立法者的惰性。司法者的使命在很大程度上在于尊重立法者，并尽量将本属立法者的任务交还给立法者。

Abstract: Comparatively speaking, different jurisdictions may use different terms to express the Constitutional Avoidance Doctrine. To some extent, the doctrine follows the principle of presumption of constitutionality in the process of constitutional interpretation or statutory interpretation, which somewhat denotes the deference of judicial power to legislative power. However, as to the substance of the doctrine, we should distinguish between the *interpretation rule* which refers that relevant constitutional provisions are able to have direct effect on the statutory interpretation, and the *conflicts rule* which refers that the court should refuse to rule on a constitutional issue if the case can be resolved on a non-constitutional basis.

Currently in Chinese academic circles, scholars emphasize too much on the *interpretation rule*, even arguing that Chinese courts are able to activate the constitutional application through this doctrine in the process of adjudication on general cases. This argument has distorted the essence of the doctrine to some extent, and needs to be clarified from theoretical lens. Originally speaking, the constitutional avoidance doctrine even in the context of European countries is from the practice of the United States. It is necessary to distinguish the doctrine at two distinctive levels. One is the application of the doctrine in the process of constitutional interpretation by the constitutional review organs; the other is the application of the doctrine in the process of statutory interpretation by general courts. After that, there exists the possibility of transplanting and applying the doctrine in China either by the courts or by the future activated constitutional review organ.

Key words: constitutional avoidance doctrine, presumption of constitutionality, constitutional methodology; statutory methodology

启 事

本刊自 2013 年始，定价调整为 45 元/册，年价为 270 元，特告。

法学研究编辑部

2012 年 9 月

〔93〕 参见前引〔11〕文，*Should the Supreme Court Presume that Congress Acts Constitutionally?*