

合宪性解释在我国法院的实践

杜强强^{*}

内容提要：我国法院尽管不以宪法作为直接的裁判依据，但法院对个案正义的追求还是为合宪性解释提供了相当大的存在空间。立法具有一般性，难以顾及社会生活的诸多特殊之处，因此难免在适用时发生个案裁判不公的问题。法院出于个案正义的考虑，会在裁判中对法律进行文义转换，或者放弃对法律的通常解释而选择一种不常见的解释方案。这个过程实质上就是合宪性解释的过程。最高人民法院虽然不赞成司法裁判直接援引宪法，但裁判过程中对法律文义的转换或者解释方案的选择，在客观上需要法院以宪法作为论证依据。诉诸宪法毕竟要优于诉诸公平正义的抽象观念。通过将个案正义的判断问题，转换为法律在适用过程中是否与宪法相冲突的问题，合宪性解释既能为司法造法提供宪法上的正当依据，也能对其予以宪法上的控制，有助于裁判的规范化。合宪性解释还能弥补我国合宪性审查体制的制度性缺漏。

关键词：合宪性解释 漏洞填补 个案正义 违宪判断

引言

对合宪性解释方法的讨论，自2008年以来已经成为我国宪法学理论的一个热点。从整体上看，宪法学界对此问题的论争主要围绕我国宪法第67条规定的宪法解释体制而展开。在讨论之初，合宪性解释方法被认为是一个法律解释原则，它虽然与宪法有关，但并不是解释宪法的方法，而是解释法律的方法，因此可以由法院在个案裁判中运用。^{〔1〕}不过，人们很快发现，解释宪法乃是合宪性解释所无法绕开的必要环节，于是转而集中论证宪法第67条宪法解释权的性质和结构问题：有学者认为，在我国现行宪法解释体制下，我国法院无权解释宪法，合宪性解释因此与我国无缘；^{〔2〕}更多学者则持乐观的看法，他们或者主张

^{*} 首都师范大学政法学院副教授。

作者感谢郑贤君、张翔、王贵松、柳建龙对本文提出的批评建议。

〔1〕 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4期，第110页；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，第3页；王书成：《论合宪性解释方法》，《法学研究》2012年第5期，第54页。

〔2〕 参见刘练军：《何谓合宪性解释：性质、正当性、限制及运用》，《西南政法大学学报》2010年第4期，第62页。

宪法第67条并非赋予全国人大常委会以专属性的宪法解释权,^[3] 或者还进一步将宪法解释权区分为抽象的宪法解释权和具体的宪法解释权,认为宪法第67条赋予全国人大常委会的只是抽象的宪法解释权,它并不妨碍法院在个案裁判中可以解释宪法,合宪性解释自然涵括在内。^[4]

学者们对合宪性解释方法的讨论,大多重视其概念和原理的抽象层面,有的则以引介国外理论为重点,^[5] 而对我国的法律实践关注不多。或许在宪法学界看来,合宪性解释的概念和理论本是舶来品,而学界的任务就是要在我国形成合宪性解释理论的基本框架,并将这项法律技术推荐给实务界,“推动法官们对学术建议作出积极回应”。^[6] 这似乎是过高地估计了学说的能力,而贬低了实践中的司法智慧。从某种意义上说,一种法律理论或者法律方法的生命力,总是根植于本土的法律实践,而绝非它在异域的繁荣。实际上,我国各级法院有意无意之间已经在频繁地运用合宪性解释方法处理案件,学界理应对这些司法实务予以整理和分析,进行方法论上的总结。实际上,只要仔细观察我国法院的实践,学者间就合宪性解释方法的很多抽象争议,也许根本就不是问题。

基于这个理由,本文不拟就合宪性解释方法再进行理论上的反复证成,而力图对我国司法裁判中已经出现的合宪性解释实践进行初步的分析和归纳。这一方面是对实践的整理,另一方面也是对合宪性解释理论的检验。或许只有经过本土实践的检验,作为舶来品的合宪性解释理论才会落地生根并健康生长。当然,从事实层面看,我国法院在裁判中很少直接援引宪法,而最高人民法院也曾明示或者暗示各级法院不宜直接援引宪法,因此,我国司法裁判是否真有合宪性解释方法的运用,就是一个首先需要面对的问题。由此,本文以下首先对这个问题进行实证层面的论证,然后描述司法裁判过程对合宪性解释方法的运用,最后拟结合司法裁判,对与合宪性解释有关的几个理论论争作出回应。

一、司法裁判中隐形的合宪性解释

我国司法裁判是否存在对合宪性解释方法的运用?乍看上去,这个问题似乎不难回答。在规范层面,最高人民法院曾多次明示或者暗示各级法院在裁判中不宜直接援引宪法;^[7] 而在实践层面,尽管也偶见法院在裁判文书中援引宪法条文,但大多数法院在裁判中对宪法上的概念都有着刻意的回避,尽管有时候未免过于刻意而太着痕迹。^[8] 既然合宪性解释

[3] 参见黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,《中国法学》2014年第1期,第295页;王锴:《合宪性解释之反思》,《法学家》2015年第1期,第52页。

[4] 参见黄明涛:《两种“宪法解释”的概念分野与合宪性解释的可能性》,《中国法学》2014年第6期,第294页。

[5] 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,第108页。

[6] 前引[3],黄卉文,第288页。

[7] 见1955年最高人民法院《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的批复》,1986年最高人民法院《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》,2009年最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》。

[8] 例如,在余丽诉新浪网公司一案中,当事人的个人微博被新浪网公司关闭,此案明显涉及宪法第35条的言论自由,但法院选择的表述却是“合法信息的传播”(见北京市海淀区人民法院(2011)海民初字第26297号民事判决书)。对本案所涉及合宪性解释方法的分析,参见杜强强:《论民法任意性规范的合宪性解释》,《华东政法大学学报》2014年第6期,第30页。

不能离开对宪法的解释，而我国法院又不直接援引和解释宪法，更谈不上对解释方法的具体说明，那么，似乎很难说司法裁判中存在着合宪性解释。

不过，合宪性解释本来在实践中就善于隐形，需要细加分析方能辨认。德国联邦宪法法院通常会在裁判文书中阐明其所使用的法律解释方法，但这毋宁是个例外，裁判机关通常在裁判文书中并不说明其解释方法。吴庚以其实践经验指出，合宪性解释有其深藏不露的特点，很多时候只有靠“学者的诠释，才能发现端倪”。〔9〕那么，又可以从哪里找到我国法院操作合宪性解释的端倪呢？我们先看下面两个案例的裁判意见。

案例1：阎贵柱等诉喻小龙等交通事故人身损害赔偿纠纷案。〔10〕阎伟、喻立系再婚夫妻，婚前各自育有子女。2009年喻立驾车和阎伟共同接送朋友，途中发生交通事故，喻立和阎伟被甩出车外死亡，公安交管部门认定喻立负事故的全部责任。事故发生后，阎伟的近亲属阎贵柱等向法院起诉，要求喻立的近亲属喻小龙等在所继承喻立遗产的范围内赔偿阎伟死亡赔偿金等费用。法院审理认为，本案的争议点在于喻立的行为是否构成对阎伟的侵权。民法通则第106条第2款规定：公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。不过，本案的侵权行为发生于夫妻关系存续期间，不宜适用民法通则规定的一般侵权原则。“基于夫妻之间是特殊的身份关系，夫妻双方以永久共同生活为目的，要求夫妻之间和谐互助、恩爱贤德，对彼此的行为应当有一定的宽容与谅解……因此，不宜因轻微过失或一般过失即认定夫妻侵权，而应限定于有故意或重大过失的情形”。法院最后判定，本案中喻立在主观上并不构成重大过失，不应承担侵权责任。

本案涉及夫妻间侵权行为的民事责任问题。我国民法通则并没有将夫妻间的侵权规定为特殊侵权行为，它仍属于一般侵权行为。一般侵权行为适用过错责任原则，只要当事人有过错，则不论过错大小都应承担民事责任。〔11〕不过问题在于，夫妻间的侵权毕竟不同于普通人之间的侵权。夫妻间存在共同生活关系，他们之间有着紧密的人身和财产关系，所谓“夫妻一体”是也。对这种共同生活关系的维护，是宪法第49条“婚姻……受国家的保护”的意旨之所在。本案的核心问题是，对夫妻之间的侵权行为是否要因婚姻关系的存在，而有限制民法通则第106条第2款适用的必要？法院要在过错责任原则与婚姻制度之间进行抉择：是要坚持过错责任原则的“纯粹性”，还是要在过错原则的基础上也顾及对婚姻制度的维护？就此而言，过错责任原则和婚姻制度都是传统民法的组成部分，民法通则和婚姻法也都是全国人大制定的基本法律，其间并不存在位阶高下之分，法院岂能以婚姻法来限制民法通则的适用？也就是说，如果只局限在民法的视野之内，则难以对此作出抉择。本案中，法院以婚姻关系的特殊性限制了过错原则的适用，这已经超出了民法的框架，实际上是引入了位阶更高的宪法层面的考虑。换言之，如果对当事人在婚姻关系存续之间的侵权行为一概适用过错责任原则，无论过错大小均要追究民事责任，则有违于宪法保护婚姻制度的意旨。唯有对过错责任原则予以必要的限制，将其限定在重大过错的范围之内，方为适当。这可以视作法院基于婚姻受宪法保护的意旨，而对民法通则第106条第2款进行的

〔9〕 吴庚：《政法理论与法学方法》，中国人民大学出版社2007年版，第368页。

〔10〕 见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第82辑，人民法院出版社2013年版，第153页。

〔11〕 参见王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2007年版，第766页。

合宪性解释。

案例2:韩维等抢劫案。^[12]2005年11月13日,韩维等四人窜至何亚东、张和平二人的合租房进行抢劫,被判定构成“入户抢劫罪”。法院认为,对合租房实施抢劫,与对典型意义上的一个家庭居住的“户”实施抢劫相比,其社会危害性“并无质的差别,同样威胁到社会基本单位的安宁,造成人们巨大的心理恐慌”。我国城市化的发展和住房的紧张,使得在大城市工作、生活的人与他人合租住房成为生活的常态,“如果对这种情形下的住所不能在刑法上予以同等保护,则有失刑法社会公正保护效果的实现”。法院认为,“刑法意义上的‘户’与公民的私人生活密不可分,是指与外界相对隔离,供公民日常生活的特定空间”。虽然何、张二人并非家庭成员关系,但他们的卧室在合租房内各自分开,具有私人住所的特点,应当属于刑法上的“户”,由此被告人的行为构成入户抢劫。

1997年刑法第263条将“入户抢劫”规定为抢劫罪的加重处罚情节。最高人民法院先后颁布的两项司法解释涉及对“户”的界定。2000年《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定:刑法第263条第1项规定的“入户抢劫”,是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所,包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为。2005年6月《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第1条则规定:“户”在这里是指住所,其特征表现为供他人家庭生活和与外界相对隔离两个方面,前者为功能特征,后者为场所特征。这两项司法解释对“户”的界定有所不同,前者强调“户”是“他人生活”的住所,而后者强调“户”是“供家庭生活”的住所。若严格按照后项司法解释,本案中两个被害人并非家庭成员或者具有亲属关系,则其合租房不能被认定为刑法上的“户”。不过,法院出于实质公正的考虑,并没有严守“家庭生活”的文义,而在认定“户”时依然选择适用了“个人生活住所”的解释。

不论“户”是供“个人生活”的住所,还是供“家庭生活”的住所,它们都在“户”的文义范围之内,不过,它们在宪法上却有着不同的定位。宪法第39条规定,公民的住宅不受侵犯。这个条款不仅意味着国家不能非法侵入公民的住宅,还意味着国家负有义务保护公民的住宅不受他人的侵犯,对“户”的认定因此不能无视宪法第39条上的“住宅”概念。需要注意的是,宪法第39条上的权利主体是“公民”,而不是“家庭”。供家庭居住的住宅当然受宪法第39条的保护,但公民个人生活住所依然是宪法的重要保护对象,如果将“户”限定为供家庭生活的场所,无疑是不当缩小了宪法第39条的保护范围,这种解释就存在违宪的嫌疑。本案中,法院忽略后项司法解释有关“家庭生活”的明确规定,而认定“刑法意义上的‘户’……是指与外界相对隔离,供公民日常生活的特定空间”,这个解释就与宪法第39条的意旨相一致。换言之,本案法院在两种解释之间选择了与宪法相一致的解释,在实质上可视为一种合宪性解释。^[13]

上述两案的裁判意见虽然都没有提到宪法,但它们在客观上都符合宪法层面的价值考

[12] 见最高人民法院刑事审判各庭主办:《刑事审判参考》第59集,法律出版社2008年版,第19页。类似的“赵伟康盗窃案”,见中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》第78辑,人民法院出版社2011年版,第64页。

[13] 参见杜强强:《论宪法规范与刑法规范之诠释循环》,《法学家》2015年第2期,第15页。

量, 可以被视为合宪性解释的两个实例。或许有人会说, 从公平原则出发也能对案例 1 作出适当的判断, 无需再援引宪法。案例 2 是刑法案件, 虽无民法基本原则的适用, 但法院在判决中却也求助于“社会公正”概念。为论述的简便起见, 这里仅以案例 1 作为讨论对象。毫无疑问, 如果让婚姻关系的一方因一般过失就向对方承担侵权责任, 可能会违反大多数人内心有关公平的法感。不过公平原则在这里难有、也不宜有其用武之地。其一, 诉诸公平原则难以满足裁判说理的要求。判决的过程是法官说服听众的论辩过程, 对法官来说, 裁判过程的论证说理甚至比裁判结果的公平更加紧要。裁判结果是否公平, 这在多数情况下是一个“法感”的问题, 法官不能仅仅以某种结果较为公平而要求别人也接受这种结果, 裁判结果的公平不能成为如何裁判的理由。其二, 公平原则高度概括抽象, 近似于空洞公式, 它无法对案件的裁判提供具体的指引。从裁判规范化的角度说, 不能允许法官一遇到疑难案件就马上诉诸其公平的法感并作为裁判依据。实际上, 公平原则至多只能使人认识到, 在这里一概适用过错责任原则会导致不公正的结果, 但对于如何矫正以避免不公正结果的发生, 如何对相关法条进行限缩, 公平原则就很难派上用场。

案例 1 的关键其实并不是裁判结果的公平, 而是限缩过错责任原则的理由。这个理由也就是当事人之间的婚姻关系。需要指出的是, 并非任何理由都能成为法院的裁判理由, 因为法院“需要遵照法律理由来做出裁判”。^[14] 换言之, 婚姻关系并不能自动成为法官的裁判理由, 它必须先转换成法律上的理由。婚姻法虽是规范婚姻关系的基本法律, 但它却不能作为限缩民法通则条款文义的理由, 法官于此必须找到“更高的理由”。在此情形之下, 诉诸宪法进行合宪性解释似乎就是自然而然的的选择。合宪性解释要求人们不是从婚姻法的角度, 而是从宪法的层面来看待当事人之间的婚姻关系; 它也要求人们不是局限于某个部门法, 而是要在整个法秩序之内寻找法律问题的答案。^[15] 这也是法律体系性的体现和要求。宪法第 49 条规定“婚姻……受国家的保护”, 婚姻法是落实此种保护义务的法律途径, 民法虽属私法, 但也是立法权行使的结果, 当然也要受基本权利的直接拘束。^[16] 所有民事法律规范, 包括体现过错责任原则的民法通则第 106 条第 2 款, 都是落实此种保护义务的途径。若仅以微小过失或者一般过错即追究夫妻之间的侵权责任, 怎能体现国家对婚姻的保护? 只有将其限缩至重大过错范围内, 过错责任原则才能体现这个目标。婚姻法不能成为限缩民法通则第 106 条第 2 款之适用的理由, 而宪法第 49 条却足以担当对过错责任原则的限缩之任。

二、文义转换：法律漏洞填补中的合宪性解释

合宪性解释通常被区分为解释规则、冲突规则与保全规则。^[17] 这种区分在有司法审查体制的国家和地区自无疑义。不过, 在我国宪法体制下, 法院对法律并无司法审查权, 即

[14] 陈景辉：《实践理由与法律推理》，北京大学出版社 2012 年版，第 92 页。

[15] 参见 [德] 魏德士：《法理学》，吴越、丁晓春译，法律出版社 2005 年版，第 70 页。“许多法律问题必须脱离部门法教义学的范围，在整体的法教义学空间中才可能获得理解和解答”，见白斌：《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》，《法学研究》2009 年第 4 期，第 120 页。

[16] 参见 [德] 卡纳里斯：《基本权利与私法》，曾韬、曹昱晨译，《比较法研究》2015 年第 1 期，第 177 页。

[17] 参见苏永钦：《合宪性控制的理论与实际》，台湾月旦出版社股份有限公司 1994 年版，第 84 页。

便有法律在具体适用时出现了违宪疑虑,法院从理论上说也没有对法律予以“保全”的余地,因此这种区分对于我国实践来说似无多大借鉴意义。本文尝试提出一种新的区分方法,也就是从合宪性解释方法本身入手进行的分类。合宪性解释的具体方法有二:一是对法律文义的转换;二是在法律的多重含义中择一适用。^[18]据此,权且将合宪性解释划分为文义转换与择一适用两种类型。本节先讨论文义转换型的合宪性解释,下节阐述择一适用型。这虽然可能难以勾勒出我国法院合宪性解释实践的全貌,但或可从中窥见一斑。

转换文义是合宪性解释的重要方法,它在多数情形下都藏身于目的论限缩或者扩张的表象之下。反过来说,目的论的限缩或者扩张通常也都伴有对法律文义的转换。例如,德国联邦宪法法院将免除战争服役法中的服兵役限定为“不使用武器之非武装勤务”,^[19]将集会法中的集会限定为不包括临时性质的偶发集会。^[20]这两个例子正显示出合宪性解释与目的解释之间的紧密关联。因此,虽然人们对合宪性解释的性质还有不同的认识,但有不少论者都将其定位为目的解释的一种;^[21]甚至对于同一个案例,有人将其归类为目的解释(实际上应属于目的论限缩)之例,也有人将其当作合宪性解释的适例。^[22]由于这种合宪性解释已经对法律的文义有所限缩或者扩张,超出了法律的文义范围,属于法的续造,因此也可以称其为合宪法律续造。^[23]

案例3:顾丽红诉周某抚养费案。^[24]1996年,黄某与本案被告周某发生婚外性关系,1997年黄某生下女儿顾丽红。之后,顾丽红一直随黄某生活,周某对此并不知情,未支付过抚养费、教育费等费用。2008年顾丽红提起诉讼,要求周某承担其出生至成年期间共18年的抚养费、教育费。周某辩称多年来并不了解原告的实际情况,且原告的请求超出了诉讼时效的规定。法院审理认为,非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,不直接抚养非婚生子女的生父应当承担子女的生活费和教育费。抚养费请求权是权利人基于身份关系产生的请求权,虽然也涉及一定的财产利益,但身份权毕竟是人格利益的延伸,且其主要还是身份利益,故基于身份的请求权不受诉讼时效限制,遂判定被告向原告支付抚养费3.5万余元。被告上诉后,原被告经二审法院调解达成抚养费协议。

婚姻法第21条规定:父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母付给抚养费的权利。民法通则第135条规定:向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年,法律另有规定的除外。民法通则并没有对诉讼时效的适用范围作出任何例外规定,从逻辑上说追索抚养费也应当适用2年的时效期间。不过,如果对未成年人追索抚养费的请求权一概适用民法通则上的普通诉讼时效,显然不利于未成年人合法权益的保护。本案承审法官在评析本案判决时也指出,“法律要求义务人向未成年非婚生子女支付抚养费的目的,是为了维持未成年非婚生子女的基本生活,维护未成年非婚生子女的基本生存权

[18] 参见前引〔9〕,吴庚书,第363页,注214。

[19] 同上书,第364页。

[20] 参见前引〔3〕,王锴文,第52页。

[21] 参见前引〔17〕,苏永钦书,第85页,注15。

[22] 参见前引〔9〕,吴庚书,第325页;前引〔17〕,苏永钦书,第85页。

[23] 参见前引〔17〕,苏永钦书,第85页。

[24] 见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(民事审判卷2009年),中国人民大学出版社2010年版,第458页。

……如果适用诉讼时效的规定，则无法保护未成年非婚生子女的合法权益”。^[25] 唯有对诉讼时效条款进行限缩，限定其不适用于基于身份的请求权，方为适当。这种限定显然已经超出普通法律的层面，唯有引入宪法第 49 条“儿童……受国家的保护”，方可为这种限定提供充分且适当的理由。简言之，设若本案依然适用普通诉讼时效，则不符合宪法第 49 条的意旨。这可以视为法院是基于保护未成年非婚生子女权益的目的，依据宪法第 49 条而对民法通则诉讼时效条款的合宪性解释。

民法领域内这种目的论扩张或者限缩的案例甚多，如将婚姻法第 29 条的“未成年的弟、妹”扩张到“成年的弟、妹”，^[26] 将婚姻法第 34 条规定的法定条件下“男方不得提出离婚”扩张到男方不得提出解除无效婚姻的请求，^[27] 将婚姻法第 38 条规定的探视权由“离婚后”行使扩张到“非婚”的母亲亦可行使，^[28] 将继承法第 10 条规定的“婚生子女”扩张到包括通过人工授精生育的子女，^[29] 将民法通则第 13 条上的“精神病人”扩张到“植物人”。^[30] 行政法领域也存在这种目的论扩张或者限缩，如将土地管理法第 45 条的非法占用土地建“住宅”扩张为“建筑物和设施”。^[31] 这些裁判中都隐含了合宪性解释方法的运用，兹不赘述。这里再举一个劳动法上的案例来说明这种“合宪法律续造”。

案例 4：蒋丽诉刘涛劳动争议案。^[32] 刘涛为某化工销售中心的个体经营者。蒋丽于 2010 年入职于某化工销售中心任司机，负责向高校和研究机构运送各种气瓶。蒋丽入职后，该销售中心并未与其签订劳动合同，也没有为其缴纳社会保险费。2012 年 4 月，蒋丽在工作中被气瓶砸伤，因该销售中心没有给其缴纳工伤保险，致使其无法享受应有的工伤待遇。同年 7 月，蒋丽向北京市大兴区劳动人事争议仲裁委员会提出申诉，要求确认其与销售中心存在劳动关系。7 月 17 日，仲裁委员会驳回蒋丽的申诉，同日，该销售中心被刘涛注销登记。蒋丽遂向法院起诉。法院判定，在个体工商户被业主注销的特殊情形下，仍然可以认定业主与劳动者之间存在劳动关系。

劳动法第 2 条规定：在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。劳动法没有将自然人纳入用人单位的概念之下，也即在自然人之间排除劳动关系的存在，^[33] 当事人之间的争议不属于劳动争议。不过，本案的情况略有特殊：蒋丽与该销售中心本来就有劳动关系，其之所以主张存在劳动

[25] 见林丰、鞠琳：《未成年非婚子女追索抚养费是否应适用诉讼时效》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》第 49 集，人民法院出版社 2012 年版，第 205 页。

[26] “周荣池等诉中国人民财产保险股份有限公司南京市分公司、吴昌保交通事故损害赔偿纠纷案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选·月版》第 12 辑，中国法制出版社 2010 年版，第 64 页。

[27] “应超在女方分娩后一年内以结婚时女方不法定婚龄为理由诉刘媛媛解除无效婚姻案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第 42 辑，人民法院出版社 2003 年版，第 84 页。

[28] “姚某与覃某探视权纠纷案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第 80 辑，人民法院出版社 2012 年版，第 89 页。

[29] “李梅、郭重阳诉郭士和、童秀英继承纠纷案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第 56 辑，人民法院出版社 2006 年版，第 99 页。

[30] “罗仕林申请宣告呈持续性植物状态的罗某某为无民事行为能力人案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第 51 辑，人民法院出版社 2005 年版，第 144 页。

[31] “黎德胜不服广东省番禺县土地管理局对其租地建房行政处罚案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第 4 辑，人民法院出版社 1993 年版，第 196 页。

[32] 见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第 89 辑，人民法院出版社 2015 年版，第 162 页。

[33] 参见郑尚元、李海明、扈春海：《劳动和社会保障法学》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 54 页。

关系,就是为了能够进行工伤认定从而享受工伤待遇。刘涛却在蒋丽主张权利的过程中,将其个体工商户的资质恶意注销,致使蒋丽因被申请人不存在而难以主张工伤待遇,为蒋丽的权利主张设置了人为障碍。在此种情形下,如果固守劳动法第2条的文义,等于对刘涛恶意行为的变相鼓励,也不能保障蒋丽的正当权益。本案中,法院判定在特殊情形下可认定自然人之间亦存在劳动关系,法官阐明的理由是,“从劳动法律的立法价值和目的来看,确立蒋丽与刘涛之间存在劳动关系,能更好、更快地维护蒋丽的合法权益”。然而,本案裁判既将劳动法第2条扩张适用至自然人之间,属于对劳动法文义的扩张,则其正当理由似乎就不能仅仅诉诸劳动法本身,因为劳动法的目的并非其自我确定,而是来自于宪法的预定。宪法第42条“国家…加强劳动保护,提高…福利待遇”之规定,正是劳动法的立法目的之源。因此,与其说本案对劳动法的扩张是基于劳动法的立法目的,还不如说是因为在本案特殊情形下,只有对劳动法第2条进行扩张,方能符合宪法第42条为劳动法所确立的目的。这正是基于宪法第42条的意旨而对劳动法第2条的合宪法律续造。

三、择一适用:法律文义范围内的合宪性解释

合宪性解释的另一具体方法,是在法律的多重含义中择一适用。具体而言,在法律的数种解释方案中,有的存在违宪疑虑,有的没有,此时法院就应当以宪法为判准而选择没有违宪疑虑的解释方案。

案例5:王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿纠纷案。^[34]2002年4月27日,挂靠在泸州市汽车二队的杨德胜驾驶小货车,在会车时将同向行走的王先强撞倒致死。泸州市公安局交管部门认定杨德胜负此次事故的主要责任。王先强与牟萍同居生活,王先强死亡时,牟萍已有孕在身。2002年10月,牟萍生下王德钦。2003年1月,牟萍代理王德钦提起诉讼,要求被告赔偿生活费、教育费。法院审理认为,民法通则第119条规定,侵害公民身体造成死亡的,加害人应当向被害人一方支付死者生前扶养的人必要的生活费等费用。“死者生前扶养的人”,既包括死者生前实际扶养的人,也包括应当由死者抚养但因为死亡事故发生、死者尚未抚养的子女。本案中,杨德胜的加害行为致王先强在王德钦出生前死亡,使王德钦不能接受王先强的抚养,本应由王先强负担的生活费、教育费等必要费用应由杨德胜赔偿。

按照民法通则第119条的规定,侵害公民身体造成死亡的,加害人应当向被害人一方支付死者生前扶养的人必要的生活费等费用。“死者生前扶养的人”通常是指死者在生前业已承担实际扶养义务的人,因此最高人民法院的司法解释和国务院的行政法规都将其明确界定为“死者生前实际扶养的人”。^[35]本案原告之母在交通事故发生时已经有孕在身,原告的出生实可预期,由其父母承担抚养义务乃是顺理成章的事。交通事故的发生打断了生活

[34] 见《最高人民法院公报》2006年第3期,第35页。

[35] 1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第147条规定:侵害他人身体致人死亡或者丧失劳动能力的,依靠受害人实际扶养而又没有其他生活来源的人要求侵害人支付必要生活费用的,应当予以支持。1991年国务院《道路交通事故处理办法》第37条规定:被扶养人生活费:以死者生前或者残者丧失劳动能力前实际扶养的、没有其他生活来源的人为限。

的正常进程，王先强不幸死亡，致使原告在出生后即面临一方抚养义务人缺位的困难境地。宪法第49条规定，儿童受国家的保护。这个条款要求国家必须采取积极措施来保障儿童的基本地位。^[36] 如果将“死者生前扶养的人”严格限定于死者生前实际扶养的人，虽然并不违反民事法律的文义，却似乎过于消极，对原告的不利境地视而不见，很难说是为了保障儿童的基本地位而采取了积极措施，难谓符合宪法第49条对国家保护义务的定位。反之，若将原告解释为属于“死者生前扶养的人”，则其虽然丧父，却依然可以得到应有的抚养费，其所遭受的不利影响也将降至最低。此种解释显然更合乎宪法第49条的意旨。^[37] 这是以宪法第49条为判准而对民法通则第119条的合宪性解释。

民法领域内这种择一适用性质的裁判为数不少。例如，将民法通则第23条规定的宣告死亡的申请制度解释为，前一顺序的利害关系人恶意不行使申请权的，则第二顺序的利害关系人也可以提出申请；^[38] 将民法通则第106条规定的“受害人”解释为，不仅包含直接受害人，也包含间接受害人在内；^[39] 将民法通则第140条“提起诉讼”可中断时效的规定解释为，即便对非侵权人提起诉讼也发生时效中断的结果；^[40] 将物权法第230条上的“债务人的动产”解释为，既包括债务人所有的动产，也包括债务人合法占有的动产；^[41] 将著作权法第23条规定的“教科书”解释为不包括教师用书在内；^[42] 等等。这些都是法律文义范围内的择一适用，隐含有合宪性解释的运用。下面再举一个行政法案例来说明此种类型的合宪性解释。

案例6：安鹏强诉安阳市公安交通警察支队公安交通管理行政处罚案。^[43] 2009年8月，原告安鹏强驾驶两轮摩托车将行人撞成重伤，被法院以交通肇事罪判处有期徒刑6个月，缓刑1年。2010年10月，安阳市交警支队以原告违反道路交通安全法，造成重大事故构成犯罪为由，吊销其持有的C1型机动车驾驶证。法院审理认为，原告持有C1型驾驶证而驾驶两轮摩托车，属于无证驾驶，并因此受到刑事处罚。不过法律并没有规定机动车驾驶人发生交通事故后，行政机关可一并吊销其所有类型的机动车驾驶证。交警支队将原告与交通肇事无关的C1型驾驶证吊销，缺乏法律依据，予以撤销。

在我国，不同的准驾车型可能需要申请不同的驾驶证，例如，驾驶小型客车和普通摩

[36] 参见张翔：《基本权利的双重结构》，《法学研究》2005年第3期，第35页。

[37] 我国法院至少从1994年就开始对“死者生前扶养的人”做这种解释，见“黄学琼、黄卫诉四川希旅游乐城公司交通事故致人死亡损害赔偿并负担死者生前扶养的人及遗腹子生活费纠纷案”，载中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第7辑，人民法院出版社1994年版，第79页。另见2001年“秦惠其等诉万泉公司道路交通事故及死者遗腹子抚养费赔偿案”，载中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第38辑，人民法院出版社2002年版，第196页。本案裁判载于《最高人民法院公报》，可以由此认为，这种解释方案亦为最高人民法院所接受。

[38] 最高人民法院民一庭：《申请宣告死亡利害关系人的顺序问题》，载最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》第37集，法律出版社2009年版，第137页。

[39] “林玉暖诉张建保等人身损害赔偿纠纷案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第70辑，人民法院出版社2010年版，第146页。

[40] “连爱萍诉焦作市马村区待王镇靳作村村委会人身损害赔偿纠纷案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第53辑，人民法院出版社2006年版，第87页。

[41] 见最高人民法院民一庭：《债权人可以留置债务人合法占有的动产》，载最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》第40集，法律出版社2010年版，第111页。

[42] “陈果诉人民教育出版社侵犯著作权纠纷案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第71辑，人民法院出版社2010年版，第300页。

[43] 见最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》第4卷，中国法制出版社2012年版，第94页。

托车就需要分别取得各自类别的驾驶证。道路交通安全法第101条第1款规定：违反道路交通安全法律、法规的规定，发生重大交通事故，构成犯罪的，依法追究刑事责任，并由公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证。这里的“吊销机动车驾驶证”，具体是指吊销驾驶人所有类型的驾驶证，还是指吊销与肇事车型相符的准驾车型的驾驶证，就可能有不同的解释。如何选择不能只考虑结果的公正，也需要考虑到其在宪法上的理由。在当代社会，持有驾驶证是人们从事运输职业的前提，也是个人一般行为自由的重要方面，故具有宪法上的重要性。因当事人在一种准驾车型上的违法行为而吊销其所有准驾车型的驾驶证，似乎过于严厉而有违反比例原则之嫌。相比之下，在当事人交通违法后只吊销与肇事车型相符的准驾车型的驾驶证，既能达到维护交通秩序、惩戒当事人的行政目的，亦符合宪法保护公民基本权利的宗旨。最高人民法院法官在评述本案裁判时也说，“对涉及相对人重要权利的问题存在多种理解时，采纳有利于保护相对人权益的限缩性解释更为适宜”。在这段评语中，合宪性解释的意味几乎呼之欲出了。

在逻辑上，法律文义范围内择一适用型的合宪性解释还可能存在这种情形：法律文义范围内的数种解释方案都合乎宪法，但有的解释方案却更加符合宪法。有学者主张此时应当选择最符合宪法的那种含义，故将其称为“趋近宪法的合宪解释”。^[44]不过，这种“趋近宪法的合宪性解释”能否成立其实值得讨论。在两种解释都符合宪法的情形下，对哪种解释更合乎宪法这个问题就有着不同认识的余地，法院不能主张只有自己的解释方案最符合宪法，也应当尊重其他机关的解释方案，这一点在行政法的解释适用上尤为重要。即便在司法体系之内的上下级法院之间，上级法院在普通的民事、刑事案件中也应尊重下级法院的法律解释权，不宜动辄以自己的解释方案更符合宪法为由而否定下级法院的解释方案。实际上，即便在违宪审查的体制下，因为合宪性解释涉及宪法法院和普通法院的解释权限分工问题，如果宪法法院过度操作这种合宪性解释，也会不当削减普通法院对法律的解释权。或许正是基于这种认识，主张“趋近宪法的合宪解释”的学者，也同时主张宪法法院尽量不去操作这种解释。^[45]既然如此，似乎没有必要将其单列为合宪性解释的一种类型。

四、合宪性解释的反例：动力有所不足？

以上对我国法院裁判意见的整理远非穷尽，但也能大致看出合宪性解释方法在司法实践中的某些特征。简单来说，实务中对合宪性解释方法运用，无论是转换文义还是择一适用，多发生在民法领域、尤其是婚姻家庭和继承法领域，并多涉及基本权利的冲突问题，而在其他法律领域内的案件不多，特别是刑法领域。其间的缘由似不难揣测：在合宪性解释中，对法律的文义转换，无论是扩张还是限缩，多涉及法律漏洞的填补。填补法律漏洞意味着法官造法，而法官在民法领域造法要远比在刑法领域来得正当。这是民法、刑法的不同属性使然。在严格的罪刑法定原则之下，“刑法不能假设在刑法典以外另有无漏洞的刑法体系存在，而要求法官去修补法典的漏洞，以利国家刑罚权的实现”。^[46]就此而言，刑法领域至

[44] 参见前引〔17〕，苏永钦书，第89页，第95页。

[45] 参见同上书，第130页。

[46] 苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2009年版，第10页。

多可以有择一适用的合宪性解释，而绝少有转换文义的合宪性解释。民法领域则大有不同，民法理论一般都主张民事法官应当有较大的造法空间，以利于对等正义的实现，^[47]因此合宪性解释的机率将大大增加。另外，就民法规范而言，由于任意性规范可由当事人排除适用，而强制性规范多牵涉公共政策上，更易于引发宪法层面的考虑。^[48]婚姻、家庭和继承法因事关社会共同体的伦理秩序，以强制性规范居多，合宪性解释的情形亦相对更多一些。

当然，司法实践也表明，有的案件本来可以、也需要进行合宪性解释，但法院却没有这样操作。这是否反映出我国法院对合宪性解释存在动力不足问题，不可不查。有学者指出，由于我国不存在监督普通法院对法律的解释是否符合宪法的机制，所以法院进行合宪性解释的动力不足，如果法院拒绝进行合宪性解释，对此也只能进行柔性的学术监督，而没有制度层面的保障。^[49]也有学者虽承认制度保障的缺乏，但认为法官对正当裁判和司法正义的内心追求可以弥补这种制度上的缺失。^[50]这种讨论似也是理论层面的抽象论说，而没有顾及我国司法机关的实际操作，都有针对性不足的问题。

案例7：汪某诉沈某婚姻无效案。^[51]宋某与汪某于20世纪50年代结婚，后因感情不和，经亲友调解于1967年私下“解除婚姻关系”。1974年宋某又与沈某结婚，后于2004年到沭阳县民政部门补办了结婚证。宋某于2014年1月去世，当月汪某即向法院起诉，请求判决宋某与沈某的婚姻无效。汪某诉称，其与宋某于1967年开始分居生活，经亲友协调的私下“离婚”不能作数。沈某则辩称，自己与宋某一起生活了40年，生育了3个子女，宋某年老生病都是由她来照顾，且已到民政部门补办结婚证，自己与宋某的婚姻应为有效。法院审理认为，汪某与宋某于上世纪50年代结婚，双方形成了婚姻关系，虽经他人调解分居，但未经法律规定的民政部门或法院解除婚姻关系，其婚姻关系一直存在。在此种情形下，宋某与沈某虽以夫妻名义共同生活40年，且后来又补办结婚登记手续，但仍构成重婚，遂判决其婚姻无效。

婚姻法第10条规定，重婚无效。按此规定，本案中宋某在前婚未予有效解除的条件下又与沈某缔结后婚，后婚应属无效。不过，本案重婚与一般重婚毕竟有异：一是沈某属于善意，其与宋某的“后婚”也补办了结婚证，沈某对此也有着正当的信赖；二是沈某与宋某的“后婚”持续了40年，直至宋某去世。对于本案来说，虽然沈某的后婚不符合婚姻法禁止重婚的规定，但他们的共同生活维持了40年之久，而且将3个子女抚养成人。宪法第49条规定，婚姻受国家的保护。宪法“并没有把婚姻保护降格为保护一张‘结婚证’”，^[52]当事人稳定持久的共同生活也是受宪法保护的价值。婚姻法第10条的规定没有顾及有着长期共同生活的善意重婚在法律上的特殊性，因此不符合宪法保护夫妻共同生活的意旨，这诚属法律漏洞。法院本应基于宪法保护婚姻的意旨对此予以填补，却只拘泥于婚姻法重婚无效的文义，没有进行合宪性的续造。其裁判在形式上符合法律，却实质不公。^[53]

[47] 参见苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第135页。

[48] 参见前引〔17〕，苏永钦书，第34页。

[49] 参见谢立斌：《德国法律的宪法化及其对我国的启示》，《浙江社会科学》2010年第1期，第43页。

[50] 参见前引〔3〕，黄卉文，第301页。

[51] 见《明媒正娶四十年，不料竟是“第三者”》，江苏省宿迁市中级人民法院官网，<http://sqzy.chinacourt.org/article/detail/2014/05/id/1288477.shtml>，2016年11月5日访问。

[52] 黄卉：《论法学通说》，载《北大法律评论》（第12卷·第2辑），北京大学出版社2011年版，第362页。

[53] 参见杜强强：《善意重婚、共同生活与重婚无效规则的重塑》，《法律适用》2016年第3期，第48页。

案例8：王东生等诉长沙交通学院侵犯著作权案。^[54]1994年原告等人编写《新编高等数学题解》一书出版发行。1995年，长沙交通学院自考分院为解决学生学习高等数学的需要，翻印了《新编高等数学题解》300套，并以每套21元的价格发给本院的学生和教师使用。原告发现其书被翻印后向法院起诉。法院审理认为，自考分院未征得原告同意擅自翻印，数量较大，其行为构成侵权，判定被告停止侵权。不过法院在审理中认为，著作权法第22条第1款第6项规定“为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行”，此规定中的“教学人员”既包括教师，也包括学生，即“从事课堂教授的教师和该课堂学习的学生”。

著作权法第22条第1款规定了著作权使用的法定许可制度，这是法律基于公共利益的需要而对著作权的限制。本案所要解决的一个问题是，未经作者同意，将作品复制交由教师和学生使用是否属于合理使用。从文义上说，“教学人员”既包括教师，也包括学生。著作权法当初的立法意旨为何很难考定，但参与立法的人曾表示，这里的“教学人员”也包括学生在内，所谓“有多少人听课，就复制多少份”，^[55]不过学界对此有不同观点。^[56]就本案而言，被告所翻印的著作属于教学参考书，学生乃是这类图书的最主要销售对象。如果“教学人员”也包括学生在内，“有多少人听课，就复制多少份”，则这类图书就根本不会有什么市场，印多少册就会积压多少册，著作权人无法获得正当的财产收益。相反，如果将其解释为只限于教师，则既符合著作权法定许可制度的目的，也能更有效地保障著作权人的财产权。可惜，本案法院只是依照法律的字面含义进行解释，虽符合法律的文义，但并不符合宪法保护公民财产权的意旨。

这两个案件或许反映出，我国法院从事合宪性解释的动力也会因具体操作方法的不同而有不同的程度，不可一概而论。转换文义型的合宪性解释因涉及法律漏洞填补，就像案例7所表明的那样，法院如果拒绝填补漏洞而径直适用重婚无效规则，虽然造成实质结果不公，但从形式上说，法院没有“适用法律错误”。即便当事人提出上诉，上诉审法院似也难以原判“适用法律错误”为由而改判。因此，此种类型的合宪性解释没有制度层面的保障，全靠法官本人的正义观。文义范围内的择一适用则略有不同。由于它是在法律的文义范围内进行选择，不涉及法律漏洞填补，虽然在制度层面当事人不能以宪法为据提出主张，却可以以法院的解释不符合立法目的，而主张此种解释为“适用法律错误”，并以此为由提出上诉或者申请再审，上诉审法院当然也可以此为由进行改判。例如，在案例8中，当事人即可主张法院的解释不符合著作权法保护著作财产权的立法目的，属于“适用法律错误”——宪法在此是通过立法目的这个“中介”而成为法院择一适用的判准。就此而言，此种类型的合宪性解释不能说完全没有制度层面的保障。

从理论上说，合宪性解释的动力来源于宪法可以成为判断法律解释之效力的标准，也即诉讼当事人可以依据宪法提出法律解释的“正解”，从而推动法院进行合宪性解释。我国

[54] “王东生等诉长沙交通学院超合理使用限度翻印其作品供教学使用侵犯著作权案”，见中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第28辑，时事出版社1999年版，第216页。

[55] 这是时任国家新闻出版署版权司司长沈仁干先生的看法，见最高人民法院著作权法培训班编：《著作权法讲座》，法律出版社1991年版，第123页。

[56] 参见刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社、北京大学出版社2003年版，第119页。

宪法第5条规定了宪法的最高法律地位，但缺乏制度层面的具体保障，因此我国法院虽有合宪性解释的积极实践，但动力不足的问题依然不可避免。不少学者并不看重法院操作合宪性解释的功用，其真正缘由或正在于此。^[57]

五、合宪性解释的内在必然

虽然在制度层面的动力有所不足，但我国法院依然有着合宪性解释的诸多实践，这从一个侧面反映了合宪性解释乃是司法过程的内在要求，有其存在的必然。合宪性解释不是学者的“偶然发现”，^[58]而是司法过程的必然之理，它本来就存在于我国司法实践当中。那种认为要将合宪性解释的原则与具体方法从外国引入我国司法实践，推动法官予以接纳的想法，^[59]或许是对司法实践中的智慧作了过低的估计，也没有全面把握我国司法裁判的实情。

合宪性解释之所以是司法过程的内在必然，其根源在于立法与司法的基本关系。立法具有一般性和概括性，这虽使其适用范围能够尽可能地扩大，但也导致法律在适用过程中不能顾及社会生活的特殊之处。法的安定性与个案正义之间永远有着差距。“法律是一般的陈述，但有些事情不可能只靠一般陈述解决问题”，^[60]即便立法者有着最高程度的谨慎，它也不可能顾及生活的一切细节，立法总是同时存在过多涵盖与过少涵盖的问题，即要么是把不应考虑的情形纳入法律的规范之下，要么是把应予考虑的情形没有纳入法律的规范之下。^[61]一般化的法律在遇到特殊的个案时，就可能产生个案裁判的不公问题，方法论上称之为法律漏洞。^[62]如果机械适用后婚无效的规范，则丝毫不能达到正义地解决法律问题的目的。唯有填补法律漏洞，司法适用才能达到立法的预期目的。这种法律漏洞的填补过程，也就是对涵盖过宽或者过窄的法律文义进行限缩或者扩张，即文义转换型的合宪性解释。

法律文义范围内的择一适用虽与法律漏洞的填补无关，但它同样涉及个案裁判的不公问题。法律在其文义范围内虽然可能会容有数种解释，却切不可认为这几种解释就像任选答案一样，法官可以从中随机采择。即便数种解释都在法律的文义之内，它们也未必有着相同的分量。在通常情况下，有的解释会优于他种解释，^[63]法官一般也会优先选择这种具有优越分量的解释。不过，这种通常得到优先选择的解释也象一般性立法一样，会在遇到特殊个案时产生裁判不公的问题。从个案正义的角度出发，法官此时就应当舍弃对法律的通常解释，而应选择一种“不通常或者不自然”的解释。^[64]在我国，这种法律文义内的择

[57] 参见郑磊：《制度层面的合宪性限定解释》，《浙江社会科学》2010年第1期，第51页。

[58] 参见谢维雁：《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，第173页。

[59] 参见前引[3]，黄卉文，第289页。

[60] [古希腊]亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆2003年版，第161页。

[61] See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009, p. 27.

[62] “如果法律不足以完成正义地解决法律问题的任务，即可认为是需要加以补充的”。参见[德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第93页。

[63] See Frederick Schauer, *Ashwander Revisited*, 1995 Sup. Ct. Rev. 71, 83.

[64] See John Copeland Nagle, *Delaware & Hudson Revisited*, 72 Notre Dame L. Rev. 1495, 1506 (1997), note 51. 一百多年前美国学者就指出，合宪性解释会要求法院“舍弃最通常或者直白的法条文义。See Henry C. Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing Co., 1911, p. 113.

一适用在不少时候也是对司法解释之文义的“转换”或者“续造”。例如，民法通则第23条规定，当公民下落不明时，利害关系人可以申请死亡宣告。司法解释进一步明确了利害关系人申请死亡宣告的顺序，且规定配偶为第一顺序申请人。^[65]但是，实践中出现了公民长期下落不明，其配偶却基于财产掌控的目的不申请死亡宣告，致使其他利害关系人合法权益受损的情形，^[66]法院不得不认定如果前一顺序申请人恶意不行使申请权，则第二顺序的利害关系人也可以提出申请。^[67]从形式上看，这是在民法通则文义范围内的择一适用，但在实质上却相当于对司法解释之文义的转换。案例2和案例5均属此类。

因此，无论是一般化的立法，还是法律文义范围内的某种通常解释，它们都无法满足特殊个案的公正处理问题。从立法与司法的关系来看，司法固然需要服从法律，但个案正义也是司法的基本目的。这决定了法官在适用法律时，不会对个案正义弃之不顾，也就为合宪性解释提供了相当大的存在空间。进而言之，合宪性解释之所以是司法过程的必然之理，就在于司法造法的普遍存在。文义转换型的合宪性解释是填补法律漏洞的过程，本属司法造法之列。择一适用型的合宪性解释在形式上虽不是司法造法，但也是对已经“固化”的通常解释方案的“续造”，将其列为司法造法似亦无不可。既然一般性的立法不能保证个案正义，则法官以个案正义之名从事法的续造乃是必然之理。1907年的瑞士民法典因此公开承认法官造法的正当性，这算是务实的做法。对我国来说也是这样，问题的症结已经不是应否允许法官造法，而是如何对其造法行为予以控制。瑞士民法典指示法官在造法时“应推测立法者就此可能制定之规则予以裁判”，此即隐含有法官造法应受宪法拘束的意思。瑞士学者也强调，法官造法“应尊重法秩序的一般原则，尤其是宪法规定”。^[68]从理论上说，立法机关制定法律都必须以宪法为根据，法官造法又怎能脱逸于宪法之外？^[69]

合宪性解释的功能，就在于它是将个案正义的判断问题，在技术层面转换为法律在适用上是否与宪法相冲突的问题。这种转换既能为司法造法提供宪法上的正当依据，也能对其予以必要的拘束。例如，在案例7中，如果拘泥于婚姻法第10条的重婚无效规范，则后婚当事人40年之久的婚姻生活将被宣告无效，这不是个案正义所要求的结果，而是法律存在漏洞。合宪性解释方法要求人们此时必须注意宪法第49条上的婚姻自由条款。婚姻自由当然也是一种价值，不过合宪性解释方法要求人们不去笼统地讨论婚姻自由或者一夫一妻制度的价值，而是要转而追问重婚无效规范是否构成对本案当事人婚姻自由的过度限制。且不可小觑这种技术性转换的作用。首先，法官既然是“以法学方法处理正义问题”，他就必须进行“法律论证场域”内的“编码转化”；^[70]法官应该使用法律上的概念和规则，而

[65] 1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第25条规定：申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：（一）配偶；（二）父母、子女；（三）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；（四）其他有民事权利义务关系的人。

[66] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第102页。

[67] 最高人民法院民一庭：《申请宣告死亡利害关系人的顺序问题》，见最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》第37集，法律出版社2009年版，第137页。

[68] [瑞士]贝蒂娜·许莉蔓-高朴、耶尔格·施密特：《瑞士民法：基本原则与人法》，纪海龙译，中国政法大学出版社2015年版，第78页。

[69] 拉伦茨的法律续造理论虽然没有特别强调宪法原则，但把它列入“法伦理原则”。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293页。

[70] 参见雷磊：《法教义学的基本立场》，《中外法学》2015年第1期，第210页。

不能诉诸纯粹的价值判断。其次，对正义、价值等问题的讨论可能会漫无边际，而基本权利的限制则在教义学上有着稳定的结构，那就是比例原则。总之，这种技术性的转换既能对法官给予目的性的导向，也因为教义学有着较强的稳定功能而能起到对法官的控制和规范作用。^[71] 毕竟，诉诸宪法要比单纯诉诸正义、公平的观念更符合裁判规范化的要求。

六、是合宪性解释还是基于宪法的解释

合宪性解释是“宪法所代表的价值秩序向下浸润于整套法规范体系”的过程，^[72] 不过，宪法价值的向下溶入也因法律规范抽象程度的不同而不同。法律规范越具体，就越容易导致在具体个案适用中的不公，越容易发生违宪疑虑，解释者因此需要依据宪法对具体规范予以续造或者选择“不通常”的解释。相比之下，法律中的概括条款，如民法中的诚实信用或者公序良俗条款，因为抽象程度很高，在理论上可以产生出无穷多的解释方案，绝少有可能与宪法发生直接冲突，因此，宪法价值的溶入不在于对它的文义转换或者择一适用，而在于引入宪法观点将概括条款予以具体化。^[73] 由于存在这种不同，有学说主张将后者从合宪性解释中区分出来，称其为“基于宪法的解释”。例如，对德国民法典第 826 条“善良风俗”的解释，德国联邦宪法法院就认为需要注意德国基本法第 5 条（意见自由条款）的规定，也就是用意见自由的价值来填充民法上的“善良风俗”而使之具体化。^[74]

“基于宪法的解释”很早就为我国法院所采用。1988 年《最高人民法院关于雇工合同“工伤概不负责”是否有效的批复》就是这方面的一个典范。^[75] 在这个批复中，最高人民法院指出：“对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定……（雇主）却在招工登记表中注明‘工伤概不负责’。这种行为既不符合宪法和有关法律的规定，也严重违反了社会主义公德，应属无效的民事行为。”民法通则第 7 条规定，民事活动应当尊重社会主义公德。这是一个概括条款，要判断某项招工契约是否违反“社会主义公德”并不容易。不过，一旦填充进宪法第 42 条“国家……加强劳动保护”的规定，这个概括条款就变得具体多了。通过填充“加强劳动保护”的宪法意旨，“社会主义公德”即体现为“加强劳动保护”的“社会主义公德”。雇主的招工契约不符合加强劳动保护的宪法意旨，违反社会主义公德，因此无效。从这个例子可以看出“基于宪法的解释”的若干特征：（1）“基于宪法的解释”所针对的是法律中的概括条款。概括条款具有高度的抽象性，因此不存在违宪判断的问题。（2）宪法价值的溶入不是通过对概括条款的文义转换或者择一适用，而是用宪法条款所蕴含的价值来填充它，从而达到它的具体化。这与典型意义上的合宪性解释形成了

[71] 参见 [德] 阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版，第 328 页以下。

[72] 前引 [46]，苏永钦书，第 114 页。

[73] 参见前引 [17]，苏永钦书，第 114 页。

[74] 参见 [德] 克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特：《联邦联邦宪法法院：地位、程序与裁判》，刘飞译，法律出版社 2007 年版，第 454 页；[德] 斯特凡·科里奥特：《对法律的合宪性解释：正当的解释规则抑或对立法者的不当监督》，田伟译，《华东政法大学学报》2016 年第 3 期，第 10 页。

[75] 参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社 2003 年版，第 138 页。司法实践中也有以宪法上的平等原则否定村规民约的案例，其实也属于“基于宪法的解释”，参见喻敏：《论男女平等的宪法原则在“民事领域”内的直接效力》，《中国法学》1995 年第 6 期，第 103 页。

对比。

或许正是由于“基于宪法的解释”不存在违宪判断的问题，有学者主张我国法院只能进行“基于宪法的解释”，而没有操作合宪性解释的余地。^[76]这也是近年来宪法学界关于合宪性解释讨论的一个中心话题，似乎多数学者均承认我国法院只能操作这种“基于宪法的解释”。^[77]其道理很简单：合宪性解释涉及对法律的违宪判断，而在我国宪法体制下，只有全国人大及其常委会才享有这项权力。因此，“就算普通法院在法律解释过程中发现了一个解释结果可能违宪而另一个解释结果可能合宪，由于普通法院不享有违宪审查权，它也只能依据立法法第90条的规定向全国人大常委会提出申请”，^[78]而“基于宪法的解释”只是用宪法所蕴含的价值去填充概括条款，不牵涉对法律的违宪判断，概括条款也不存在违宪不违宪的问题，因而能与我国现行违宪审查体制相互兼容。

主张我国法院不能对具体的法律规范进行合宪性解释，这种观点看似有宪法体制上的依据，但它既难以在理论上得到证立，也漠视了我国法院对合宪性解释的普遍实践。诚然，我国宪法体制下的法院没有违宪审查权，但这并不意味着法院不能在司法过程中进行合宪性解释。

首先，我国立法法所确立的合宪性审查程序主要针对的是法律以下位阶的规范，如行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，而不及于法律。按照我国立法体制，全国人大和全国人大常委会都行使立法权。对全国人大常委会所制定的法律，全国人大有权以其“不适当”为由予以撤销。这里的“不适当”是否包含了“违宪”的类型，理论上也有不同的观点。^[79]此外，因为宪法和立法法对全国人大所制定的法律并没有设定任何审查程序，有不少学者均主张全国人大所制定的法律不存在违宪的可能。例如，张友渔先生认为，“还可进一步问，全国人大违宪怎么办？这是绝不可能的。这是对我们国家根本制度的怀疑！如果真的出现，那就是说整个国家成问题了”。^[80]有学者甚至主张，全国人民代表大会的违宪是实在法秩序内无从判断的问题，它应当由“人民出场”进行政治判断；“与其说它是‘违宪’，不如说它是‘恶政’”。^[81]

从某种意义上说，把认为法律违宪的观点视为“对我们国家根本制度的怀疑”，体现了中国法学早期阶段的思维特征；至于将法律违宪拔高到“恶政”的评判，则是理论上的武断或轻率。这类看法既妨碍了对违宪问题的学术研究，也不利于违宪审查体制的具体操作。其实，违宪也有不同的类型，并不是任何一种违宪都能达到“恶政”的程度，也不是只有达到这个程度才叫“违宪”。在设有违宪审查体制的国家和地区，法律被宣告违宪的现象屡见不鲜。这里必须区分法律的表面违宪与适用违宪，前者是指法律在普遍意义上与宪法相冲突，后者是指法律在适用于特定的个案时不能达到合宪的结果。^[82]适用违宪概念的必要性在于，宪法既以保护公民的基本权利为己任，则这种保护就不应以受保护对象的多寡为

[76] 参见前引[3]，王锴文，第57页。

[77] 参见蔡琳：《合宪性解释及其解释规则——兼与张翔博士商榷》，《浙江社会科学》2009年第10期，第52页；张翔：《合宪性解释的两个面向——答蔡琳博士》，《浙江社会科学》2009年第10期，第61页。

[78] 前引[3]，王锴文，第57页。

[79] 参见陈运生：《宪法判断的效力》，法律出版社2010年版，第170页，注1。

[80] 张友渔：《宪政论丛》下册，法律出版社1986年版，第292页。

[81] 翟小波：《人民的宪法》，法律出版社2009年版，第58页。

[82] See Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 Stan. L. Rev. 235, 236 (1994).

前提。所以，并不是只有达到大规模、普遍的违宪程度才叫违宪，如果在特定的个案中法律构成了对当事人基本权利的侵害，这也属于违宪。^[83]例如，婚姻法第10条规定“重婚无效”，这本是一夫一妻原则的要求和体现，显然符合宪法。不过，正是这条在通常情形下都符合宪法的规范，却在案例7中导致当事人持续了40年的婚姻被宣告无效，从而有违于宪法第49条保护婚姻自由的意旨。换言之，“重婚无效”的法律规范在通常情形均属合宪，而只是在适用于本案时有违于宪法。

法律的适用违宪与个案正义在很多时候都是一个硬币的不同侧面。它的特征在于，在法律适用于个案之前，人们无从知晓它是否会导致违宪，人们也无法基于法律在A案中的适用结果而预测它是否会在B案中导致违宪。由于个案的发生是不确定的，所以法律的适用违宪也存在或然性，既无法未雨绸缪于前，也不能亡羊补牢于后。因此，即便全国人大及其常委会在立法之际尽到了最高的审慎，也很难防止适用违宪的发生。那么，对这种适用违宪，法院是否无可奈何而只能硬着头皮去适用呢？司法实践已经做出了否定的回答。正象前引诸多案例所表明的那样，当法条存在漏洞、径直适用可能导致实质违宪的情形下，法院会转换法条文义来填补漏洞，从而避开违宪的结果；当对法条的通常解释存在违宪的可能时，法院也会选择非通常但符合宪法的解释结果。也就是说，对个案裁判结果之实质正义的追求会促使法院自觉或者不自觉地对这样的法律进行合宪性解释。更重要的是，合宪性解释在理论上本来就是“回避宪法判断”的司法技术，^[84]法院在此过程中并没有作出形式意义上的违宪判断，相反，它维持了法律的合宪性。在这一点上，合宪性解释与我国宪法体制并无不合。

因此，我国法院能否进行合宪性解释并不是真正的问题之所在。如果从逻辑上推演，则真正的困难问题可能在于，当法律出现了适用违宪的强烈嫌疑，而法院无论进行文义转换还是择一适用都无法获得合宪的结果，即合宪性解释无法进行的情况下，法院应当何去何从。^[85]此时，法院既不能进行合宪性解释，也无权宣告法律违宪，还因立法法并未设定必要的程序而不能将此问题提交合宪性判断机关进行审查。这是一个制度性的缺漏。当然，这只是逻辑推演的结果，从实践看这个问题可能没有想象的那样严重，因为合宪性解释方法虽有边界，但它也具有一定的弹性。例如，理论上多主张合宪性解释“应避免抵触其明显意旨的转换”，或者“当该法条有一核心目的时，仍应避免采取远离规范核心的偏颇解释，尤其是立法者明确反对的‘曲解’”，^[86]但立法目的或者意旨本来就不易探求，即便能够探求，立法目的也具有相当的可塑性。这种可塑性给了合宪性解释一定的弹性，使其可以在相当程度上淡化我国合宪性审查体制的制度性缺漏。当然，合宪性解释方法的弹性也总有尽头，如何把握其界限，还有待对我国司法实践做进一步的观察和总结。

结 语

本文对我国司法裁判中所蕴含的合宪性解释实践进行了初步整理。从制度层面说，我

[83] 参见苏永钦：《试释违宪》，《台大法律论丛》第24卷第2期，第9页。

[84] 参见翟国强：《宪法判断的方法》，法律出版社2009年版，第45页以下。

[85] 参见前引〔4〕，黄明涛文，第296页。

[86] 前引〔17〕，苏永钦书，第124页以下。

国法院进行合宪性解释的动力虽有不足,但法院对个案正义的追求还是为合宪性解释提供了相当大的存在空间。从本文所整理的案例看,司法实践尽管还没有合宪性解释之名,却有合宪性解释之实。最高人民法院虽然不赞成司法裁判直接援引宪法,但裁判过程对法律文义的转换和择一适用在客观上需要法院以宪法作为论证的依据。或许正是认识到了这一点,最高人民法院在2016年7月颁布的《人民法院民事裁判文书制作规范》指出,“裁判文书不得引用宪法……但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”。诉诸宪法毕竟要优于诉诸公平正义的抽象概念。通过将个案正义的判断问题,转换为法律在适用过程中是否与宪法相冲突,合宪性解释既能为司法造法提供宪法上的正当依据,也能对司法造法予以宪法上的控制,实有助于裁判的规范化。更为重要的是,合宪性解释的方法还能弥补我国合宪性审查体制的制度性缺漏,意义深远。

我国宪法序言规定,“一切国家机关……负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”,这似乎是宣告包括法院在内的所有国家机关都有具体实施宪法的职责。不过,宪法第67条明定全国人大常委会“解释宪法、监督宪法的实施”。立法实施或许是我国宪法适用的主渠道,^[87]法院的合宪性解释只是这条主干的一条支流,是宪法适用的补充。由于立法具有一般性和概括性,它无法顾及社会生活的所有方面,难免在适用过程中发生个案结果不公的问题。如果径直适用,非但无法达到立法的预期目的,还会造成更多的社会纷乱。因此,立法的具体实施需要一种“实践调和”的机制,^[88]而这正是合宪性解释的功能。从整体上说,合宪性解释是宪法所代表的价值秩序向下溶入整套法规范体系的过程,宪法与部门法在这个过程中相互调适,共同维持一个动中有序的法秩序。

法院进行合宪性解释的实践为我国宪法学理论的精细化提供了契机和挑战。法院在进行合宪性解释时,无论是转换文义还是择一适用,都必须以宪法为判准,这里就有一个如何解释宪法的具体问题。例如,案例1和案例7都涉及婚姻在宪法上的定位,宪法第49条规定婚姻受国家的保护,其意旨究竟为何?案例6中当事人的驾照被吊销,这可能涉及当事人的职业自由,但我国宪法没有规定职业自由,能否从宪法第42条的劳动权条款解释出职业自由?吊销驾照也可能与职业自由无关,这种单纯持有驾照的状态是否受宪法保护?从理论上说,这种状态属于“一般行为自由”,但这能否在我国宪法上找到规范依据?如此等等。可以想见,如果宪法学理论对这些宪法解释问题不能形成较为具体的意见,则很难为法院的合宪性解释提供学理上的支撑。因此可以说,法院对合宪性解释的操作,客观上需要宪法学理论的精细化。

法院的合宪性解释实践也需要宪法与部门法之间的科际整合。^[89]合宪性解释既然发生在部门法的具体实施过程中,则宪法学理论当然需要关注部门法的具体实践,也需要关注部门法理论的进展,否则很难对法院的实践予以学理上的充分评判。本文所整理的合宪性解释案例以民法领域居多,其中既涉及强制性规范,也涉及任意性规范。这两类规范之于基本权利保护也有不同的意义,例如,强制性规范多涉及基本权利的干涉,而任意性规范

[87] 参见翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,《法学研究》2014年第3期,第82页。

[88] 参见[德]康德拉·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第56页。

[89] 参见前引[17],苏永钦书,第18页。

则多涉及基本权利的保护不足。^[90] 如果不能对与此有关的民法理论有所把握, 则很难诠释其间的宪法问题。

本文主要是通过对法院实践的整理, 描述了合宪性解释方法在我国司法审判中的客观存在, 并略带论证了其必然性。限于篇幅和主题, 本文没有详尽地对所描述的实践进行规范意义上的讨论和批评。毫无疑问, 我国法院对合宪性解释方法的实际运用并非全然没有问题。从理论上说, 合宪性解释涉及立法与司法的权力区分, 适度的合宪性解释或许能调和立法并可“济立法之懈怠”, 但过度或者不当的合宪性解释恐将扭曲功能分配, 将不再是“最适当的人做最适当的决定”。^[91] 尤其是对文义转换型的合宪性解释而言, 由于法院在操作时可能会突破法律的明显文义, 这时的“合宪性解释”甚至有僭越立法的危险, 它的频繁发生恐是我国法院所不能承受之重。当然, 学界对合宪性解释的界限并非没有讨论, 如有学者指出, 德国联邦宪法法院曾多次申明合宪性解释不能逾越法律的确切文义, 美国也有类似的说法。^[92] 不过, 如何从理论上的一般命题来评判我国法院的实践, 讨论其中存在的问题, 并分析这些问题的产生原因及其改进方向, 将依然是学界的重要任务。

Abstract: Although courts in China do not cite constitutional norms as the binding authority in their judicial opinions, the pursuit of justice in individual cases has provided ample space for courts to accommodate constitutionally faithful interpretation (verfassungskonforme Gesetzesauslegung). The generality of statutes makes it difficult to take every aspect of social life into account, and this may result in injustice in individual cases. Court will always transform the text of a facially unjust statute or abandon the regular interpretations and choose an unusual interpretation in their pursuit of justice in individual cases. Such a judicial process is essentially a process of constitutionally faithful interpretation. Although the Supreme People's Court disapproves of the citing of constitutional norms by inferior courts in their judicial opinions, the transformation of the text of a facially unjust statute or the choice among several interpretations in the judicial process naturally demands inferior courts to cite constitutional norms as the authoritative justification. Resorting to constitutional norms is better than resorting to an abstract concept of justice. By transforming justice in individual cases into a question of whether the statute as-applied conflicts with the Constitution, constitutionally faithful interpretation can provide constitutional justification for judicial law-making and at the same time control the process of judicial law-making. Constitutionally faithful interpretation could also make up the institutional deficiency in the constitutional review system in China.

Key Words: constitutionally faithful interpretation, filling legal gaps, justice in individual case, decision of unconstitutionality

[90] 参见前引〔17〕, 苏永钦书, 第58页。

[91] 同上书, 第127页, 第121页。

[92] 参见前引〔17〕, 苏永钦书, 第123页; 前引〔1〕, 张翔文, 第116页; 前引〔1〕, 王书成文, 第66页。