

# 四川法学文集 第四辑

四川省法学会 主编



四川人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

四川法学文集. 第四辑 / 四川省法学会主编. —成都: 四川人民出版社, 2015. 10

ISBN 978-7-220-09665-5

I. ①四… II. ①四… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 251207 号

SICHUAN FAXUE WENJI

四川法学文集 (第四辑)

四川省法学会 主编

责任编辑  
封面设计  
版式设计  
责任校对  
责任印制

董 玲  
解建华  
戴雨虹  
袁晓红  
孔凌凌

出版发行  
网 址  
E-mail  
新浪微博  
发行部业务电话  
防盗版举报电话  
照 排  
印 刷  
成品尺寸  
印 张  
字 数  
版 次  
印 次  
书 号  
定 价

四川人民出版社 (成都市槐树街 2 号)  
<http://www.scpph.com>  
[scrmcbs@sina.com](mailto:scrmcbs@sina.com)  
@四川人民出版社  
(028) 86259624 86259453  
(028) 86259624  
四川胜翔数码印务设计有限公司  
成都蜀通印务有限责任公司  
185mm×260mm  
29  
685 千  
2015 年 10 月第 1 版  
2015 年 10 月第 1 次印刷  
ISBN 978-7-220-09665-5  
50.00 元

■ 版权所有·侵权必究

本书若出现印装质量问题, 请与我社发行部联系调换  
电话: (028) 86259453

# 四川法学文集 第四辑 2015

主 编 四川省法学会

编委会主任 韩忠信

编委会委员(按姓氏笔画为序)

马静华	王允武	左卫民	刘昕杰	李 季
朱时顺	里 赞	郑 铤	周友苏	周洪波
高晋康	唐清利	袁彩君	章 群	谢维雁
辜明安	鄢秀芳	熊 焱	魏义洪	

# 序 言

2012年，我曾为《四川法学文集（第三辑）》作序。今年，编委会再次请我为《四川法学文集（第四辑）》作序。三年白驹过隙，往事转瞬即逝，唯有“法治中国”在党的十八大及十八届三中、四中全会精神指引下，高歌猛进，尤为清晰，鞭策着我以饱满的热情投入繁荣法学研究的事业之中，深入思考四川省法学会的各项工作，也让我对这套文集有了更深的认识。

一直以来，我们认为编撰和发行《四川法学文集》是四川省法学会的一项工作，是组织、引领全省法学研究的一种体现。通过文集，一是可以展示全省法学研究的阶段性成果；二是可以鼓励更多的法学法律工作者倾注法学研究事业；三是可以交流法学研究的经验和心得，促进法学研究的繁荣发展。但现在看来，不仅止于此。

《四川法学文集》至今已历时近10年，已编撰发行了三辑，这是第四辑，在学界和业界反响不错，我参与并负责了第三辑和第四辑的编撰。为了让我们的工作更有应用价值，更有亮点和特色，在编撰过程中，编委会同志也曾思考过，现在的“文集”编排体例显得有些“杂乱无序”，能不能分主题出“系列专著”，也许专业性、学术性更强？但最后大家的共识是，这套文集有其不可替代性。

首先，它为读者提供思辨场所。本文集收录的是不同领域的法学研究论文，每篇论文研究范围、研究对象不尽相同，虽形式上、逻辑上显得“杂乱无序”，但这正是我们想要的。无序产生关联，关联即是规律，这是有自然科学基础的。正如物理学上关于“熵”理论的经典案例：玻璃杯在没打碎之前是完整、独立、有序的，打碎之后是散乱、无序的，但碎片之间却产生了关联。每块碎片总能找到与之吻合的另一块。只要读者用心研读、仔细思考，一定能找到每篇文章之间相互关联的线索。例如：本辑中《张扬与觉醒：论公权力与私权利的撞击》和《农村土地征收补偿款分配纠纷的问题成因及应对之策》两篇文章，看似相距甚远，但本质上都是探讨如何处理公权和私权的关系，前者是有针对性的系统分析，后者是在具体案例中的体现。读者在

探寻规律中思辨，在思辨中获得启迪，更有助于在研究中有创造性的成绩。

其次，它倡导多元的研究方法。法学的基础是哲学，充满智慧。法学研究受哲学的方法论和世界观影响，不仅需要细致观察、科学归纳、谨慎演绎，还取决于价值取向并直接作用于法学研究的目的。价值取向带有主观性，因此本文集收录的论文代表了每个作者独特的思维方式和行为方式，研究方法也“百花齐放”。大体总结一下可以发现：专家学者注重思辨和规范，实务工作者注重实用和实证。不同视角、不同对象、不同目的产生了不同的研究方法，没有优劣，只是各有所长。读者领略不同的研究方法后思路定会豁然开朗，甚至启发我们继续探寻综合运用各种方法从事某项法学研究的可能性和必要性。

最后，它平等地接纳每一位作者。本文集收录的论文其作者有四川省知名的专家学者、政法系统领导干部，也有一线法律实务工作者。不问职务、不问学历，只要潜心专研，文章通过评审就有机会收录到文集之中。这里不按资排辈，不盲目崇尚学历。四川省法学会负有责任让起点不同的每个作者平等地在这里展示才华，得到尊重和认可。这也是法学会作为群众团体的重要体现。

《四川法学文集》是一套激活思维、开阔视野的工具书，在四川省法学会及编委会同志的辛勤付出下第四辑问世了。这是本文集生命的延续，也是四川省法学研究繁荣发展的见证。也许它对服务“依法治省”起到的作用十分有限，但也算是四川省法学会尽到的一份绵薄之力。在此还要感谢无私奉献出论文的同志和长期给予我们关心支持的广大法学法律工作者！

四川省法学会会长 韩忠信

2015年8月31日

# 目 录

论宪法适用的几种情形 (谢维雁)	1
国家认同的宪法学解读 (陈 驰)	11
深化“两法衔接” 追逐“公平正义” (黄泽勇)	22
平等权的司法保护	
——基于 116 起反歧视诉讼的观察与总结 (李 成)	31
徘徊于我国宪法的两个文本之间	
——对宪法文本正当性和实用性的检视 (邹 奕)	43
* * *	
论我国地方法治社会建设的着力点与实践路径 (李 鑫 马静华)	57
变革社会中的法律:以社会文化事实为分析点 (青维富 青 彤)	64
未成年犯社区矫正实施效果研究	
——基于四省市 1325 名普通民众、176 名未成年犯矫正对象的调查 (肖乾利 李凤军)	79
医疗纠纷案件中的诉调对接工作机制研究	
——以广汉法院实践为样本 (杨云开)	88
* * *	
“收受干股型”受贿罪的刑法解释适用	
——兼议新《公司法》注册资本“认缴登记制”对受贿罪司法的影响 (魏 东)	97
合“法”的“涉罪合同”?	
——民间融资合同行为民刑司法冲突之辨 (胡启忠 向孟毅)	104
论犯罪的社会属性与打击犯罪工作策略 (钟 骏 谭 争)	112
试论乐山刑侦如何在服务民生工程开启破冰之旅 (李 冰 王 松)	118
未成年人刑事案件审理中社会调查制度的实际运用与分析 (四川省高级人民法院研究室)	124

* * *		
中国法治政府的基本内涵探析 (李 季)		132
行政决策法治化:理论探讨、地方样本与框架构建 (刘 伟)		137
住宅物业管理情况调研与立法建议		
——以成都市为例 (孟大川 李 季)		148
完善我国成年人监护制度刍议 (赵爱华)		153
* * *		
我国公司整体上市法律问题研究 (周友苏 张前东)		158
产权市场服务区域金融中心建设的制度分析		
——四川的样本 (郑 钰 赵 雯)		167
区域性股权市场挂牌推荐制度改革 (蓝 冰)		178
* * *		
法官调解偏好的反思		
——以基层法院法官为分析样本 (宋远军 汤火箭)		185
社区矫正能否有效预防与减少重新犯罪		
——以东部某省 H 市 2007~2011 年数据为对象的分析 (吴卫军 徐如红)		191
检察官参与未成年人刑事案件社会调查之新进路 (薛 培 杨辉刚)		198
功能与完善:检察机关公益诉讼之路径探究 (龚晓明)		205
刑事诉讼地方试验式改革的优势与局限性 (郭 松)		212
都会区刑事法律援助:关于试点的实证研究与改革建言 (左卫民)		219
* * *		
我国慈善组织信息公开机制研究		
——以激励兼容为视角 (鲁 篱 潘 静)		226
论《法国民法典》对大革命的“忠实”与“背叛” (吴治繁)		233
股东大会授权及其限制 (李红军)		241
国际项目融资实务中契约性担保机制探讨 (张天奎)		249
农民工权益保护视野下的行政法转型		
——从管理行政法向社会行政法的变迁 (朱悦蓓)		259
新常态下关于四川省定期组织消费者开展商品和服务质量监督评价活动的 对策建议(李 珂)		268

* * *		
“发现学习”、创新能力训练与卓越法律人才培养 (贺 玲 杨良春)		275
卓越法律人才培养计划下的刑事诉讼法教学改革研究 (喻 芳)		285
婚姻家庭法教学与婚姻能力指导 (乐 岚)		290
关于改善国际法教学效果的方法研究 (唐海燕)		296
浅谈西南民族大学法律逻辑学教改与创新 (郑显芳)		302
* * *		
探索现代农业投融资的“成都路径” (李 霓)		307
对赌协议规范的理性选择:载舟式的策略 (张 虹)		313
金融消费者权益保护视野下交叉型金融产品的监管 (张 帆 王 军)		320
* * *		
创新社会治理背景下土地整治纠纷生成的逻辑机理与法律规制 (章 群 牛忠江)		325
利益平衡视角下竞业限制条款法律适用探讨 (章 群 姚文军 牛忠江)		331
* * *		
浅析改革进程中维权与维稳的法治统一及实现路径 ——以 A 县 B 公司改制的个案为例 (朱 冬)		335
张扬与觉醒:论公权力与私权利的撞击 ——以介入法治之力维系二者之平衡 (戴建军)		341
新形势下化解“官民”矛盾的路径选择 ——以行政诉讼价值重构为视角 (李芳俊 贾凌云)		348
对大调解的反思与重构 ——以司法调解为视角分析 (廖成芳)		356
农村土地征收补偿款分配纠纷的问题成因及应对之策 ——对绵竹市西南、东北、孝德、汉旺等镇农村土地征收补偿分配纠纷的调查报告 (杨三荣 张小林 邓 丽 梁世凤)		365
* * *		
人民法院参与社会治理创新的眉山样本 (刘 楠)		373
司法建议参与社会治理的现实障碍及出路初探 (黄 洁 符荣华)		379
关于涉诉信访现状及改革的调研 ——基于乐山法院涉诉信访调查的实证分析 (王雪梅 杨 敏 王朝东 任 辉)		386

社区矫正路径探微

——以 M 市社区矫正撤销案为实证研究（艾鸿举） 394

新媒体环境下公众维权与司法维稳的平衡性探寻（李志强 石彬 骆谦） 402

\*\*\*

刑事被害人过错责任梯次划分的立法思考

——以《中国刑事审判参考》四则指导案例为视角（刘泽斌 危晓 全利国） 409

司法公正亟待证人如实作证

——保障证言真实性的制度探究（马晋川） 418

程序裁判权运行中法官角色的错位与矫正

——以非法证据排除为视角（孙重光 李红彬） 427

论川酒商标品牌维护的法律对策（肖乾利） 436

审判权力运行机制研究

——基于中基层法院的视角（余文 丁向东 杨阳 侯代悦） 444

# 论宪法适用的几种情形

谢维雁\*

[内容提要] 宪法适用是以宪法的规定为标准对宪法争议进行评价并得出权威结论的活动。跟普通法律适用只存在于司法活动之中不同,宪法适用存在于更为广泛的场合,即主要存在于违宪审查、宪法诉讼、宪法解释和合宪性解释四种情形之中。

[关键词] 宪法适用 违宪审查 宪法诉讼 宪法解释 合宪性解释

宪法适用是指以宪法规定为标准对宪法争议进行评价并作出权威结论的活动。<sup>①</sup> 宪法具有最高法律效力,其内容具有综合性,这常常让人以为一国之整个法律体系、全部的法律活动、所有的法律行为都在宪法的“关照”之下。其实,宪法不是万能的,不是在任何场合都可以而且必须适用的。由此,弄清楚宪法可以在哪些场合或者哪些情形下才能适用具有十分重要的意义。一方面,我们可以进一步探究不同场合宪法适用的不同特点、适用方法的差异及各自的适用规律,也可以更为有效地促进宪法实施;另一方面,还可以避免宪法的误用,即可以避免宪法被用在不该用的地方或者在该用宪法的地方而宪法却被错误地适用。目前我国学界对宪法可以在哪些情形下适用存在较大分歧。有学者主张,宪法适用包括在宪法修改、宪法解释、立法活动、行政管理、司法活动、宪法监督及宪法审判中的宪法适用等七种情形。<sup>②</sup> 也有学者认为,宪法适用是指“国家代议机关、国家行政机关对宪法实现的干预”和“国家司法机关在司法活动中对宪法实施的干预”。<sup>③</sup> 依此论,宪法适用的情形包括代议机关的立法活动、行政机关的管理活动、司法机关的司法活动。另有个别学者将宪法适用界定为“国家机关、国家机关工作人员、政党、社会组织和公民运用宪法规范调整社会关系的积极的有意识的活动”<sup>④</sup>。依这种观点,所有国家机关、国家机关工作人员、政党、社会组织及公民均可适用宪法。对宪法适用的概念作如此宽泛的界定,使研究宪法适用的情形变得毫无意义。本文将指出,宪法适用主要存在于四种情形中,这四种情形包括违宪审查、宪法诉讼、宪法解释和合宪性解释。

\* 谢维雁:法学博士,四川大学法学院教授、博士生导师。

① 谢维雁、孔德玉《论战宪法适用——近年来我国学界关于宪法适用的主要论争点及评析》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2014年第3期。

② 莫纪宏认为宪法适用的类型包括宪法修改中的宪法适用、宪法解释中的宪法适用、立法活动中的宪法适用、行政管理中的宪法适用、司法活动中的宪法适用、宪法监督中的宪法适用、宪法审判中的宪法适用。参见莫纪宏《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第594~601页。

③ 李湘刚《中国宪法实施研究》,湖南人民出版社2009年版,第29页。

④ 甘藏春《我国宪法在改革中的适用》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1986年第3期。

## 一、违宪审查中的宪法适用

违宪审查是由特定国家机关对某项立法或某种行为(通常指国家机关的行为,有些国家还包括政党行为,例如德国宪法法院可审查政党的组织和行为)是否合宪所进行的具有法律意义的审查和处理。<sup>①</sup> 违宪审查的对象包括两个,一个是立法(法律),一个是行为(国家机关及其工作人员的行为)。纵观世界各国,有权进行违宪审查的国家机关有这样几种类型:一是由普通法院进行违宪审查,美国最具代表性。还有在普通法院设宪法法庭专门审理宪法争议案件、进行违宪审查的制度。<sup>②</sup> 但这种制度仍然可以归入由普通法院进行违宪审查这一类型。二是设立宪法法院来进行违宪审查,以德国最具代表性。三是由宪法委员会来进行违宪审查,以法国最为典型。四是由立法机关或者代议机关进行违宪审查。有的学者认为这种类型的违宪审查制度有两个起源,在西方国家起源于英国,社会主义国家中则起源于1918年俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国宪法。<sup>③</sup> 也有学者认为,这种类型的违宪审查制度仅是由1918年俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国宪法确立的。<sup>④</sup> 根据后一种观点,英国并不是立法机关进行违宪审查这种模式的起源国。其实,英国根本就不存在针对议会立法的违宪审查制度。英国的任何一部法律如有不妥,只能通过议会自己来修正或废止,<sup>⑤</sup>而不是进行违宪审查并进而宣布其违宪。其根本原因在于英国确立了议会至上原则。“议会至上原则带来的一个逻辑上能推想到的后果……是违宪审查制度在不列颠的缺失。”<sup>⑥</sup>指出这一点很重要,因为不能进行违宪审查也就意味着英国的立法机关不能适用宪法,即立法机关不能以一部法律(宪法性法律)的规定为标准去审查另一部法律(普通法律)是否与之相符合,更不能宣布一部法律(普通法律)因为违反了另一部法律(宪法性法律)而无效。这里的关键是宪法本身是否具有最高法律效力。在宪法不具有最高法律效力的不成文宪法国家,宪法性法律与其他法律效力无异,自然,相互之间均不能作为评价对方的标准。可见,严格意义上的违宪审查制度仅存在于成文宪法国家。在这里,宪法与普通法律处于两个不同的效力位阶,宪法法律效力的最高性意味着法律不能违反宪法。宪法法律效力的最高性依赖违宪审查制度及其有效运行来予以保障。

无论是哪一种类型的违宪审查制度,启动违宪审查程序的前提都只能是:出现了法律或国家机关及其工作人员的行为是否违宪而产生的争议。设立违宪审查制度的目的就是要解决这样的争议。违宪审查制度的关键,是由拥有违宪审查权的国家机关以宪法的规定为标准对受争议的立法或行为进行分析并作出该立法或行为是否违宪的权威判断。台湾学者认为,对立法的违宪审查是法院适用宪法的表现,因为法院必须适用宪法,才能判断有关法律

① 李步云主编《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第385页。

② 莫纪宏主编《违宪审查的理论与实践》,法律出版社2006年版,第4页。

③ 魏定仁、甘超英、付思明《宪法学》,北京大学出版社2001年版,第49页。

④ 朱国斌《中国宪法与政治制度》,法律出版社1997年版,第44页。

⑤ 李步云主编《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第391页。

⑥ [比]R.C.范·卡内冈《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏译,北京大学出版社2006年版,第27页。

规范是否有违宪之嫌。<sup>①</sup> 不仅是法院和法官,其他任何主体包括宪法法院、宪法委员会等国家机关,只要它们进行违宪审查,也都必须适用宪法。

## 二、宪法诉讼中的宪法适用

宪法诉讼是指司法机关在案件审理过程中适用宪法解决争议的诉讼活动即法院以宪法为依据对具体案件作出裁决的活动。<sup>②</sup> 宪法诉讼包括以下两种情况:一种情况是由司法机关进行违宪审查,即所谓司法审查而导致的宪法诉讼。据统计,迄今全球 195 个国家中,已经确立并已实际实施了司法审查制度的国家有 171 个,约占总数的 88%。<sup>③</sup> 这是本文第一部分讨论的内容。本文在这一部分讲的“宪法诉讼”是另一种情况,即法院或法官依据宪法规范对相关案件进行审理并作出裁决,但却无需进行违宪审查。这种情况的典型例子是,在设立宪法法院制度的国家,宪法法院除进行违宪审查外,还对不涉及违宪审查的一系列案件作出裁决。以德国为例,除行使违宪审查案件管辖权外,宪法法院还对其他不涉及违宪审查的机构争议案件(《基本法》第 93 条第 1 款第 1 项之规定)、联邦争议案件(《基本法》第 93 条第 1 款第 3 项以及《联邦宪法法院法》第 13 条第 7 项、第 68 条规定的联邦与州之间的宪法争议)、宪法诉愿案件及对总统和法官的弹劾案件等行使管辖权。<sup>④</sup>

在不涉及违宪审查的宪法诉讼中,宪法适用的一般过程和法院对普通法律的适用过程是基本相同的。法律适用一般经过四个步骤,即认定事实、寻找相关的(一个或若干)法律规范、以整个法律秩序为准进行涵摄、宣布法律后果。<sup>⑤</sup> 郭道晖先生将这一过程概括为事实认定、规范选择、合宪性检验、作出判决。<sup>⑥</sup> 笔者认为,宪法诉讼即由司法机关对宪法进行的适用,也应该包括这样几个步骤:(1) 事实认定,(2) 宪法规范的确定,(3) 以宪法规范对事实进行涵摄,(4) 作出决定。在这个过程中,“涵摄”是一个重要的概念。所谓“涵摄”“意味着(在具体事实与抽象概念之间)发现一种(部分的)同一性”,即“具体概念包含有一般概念的所有要素”;在法律思维中,即是“把通过法律用语所指称的一般概念等同于具体的情景要素”。<sup>⑦</sup> 这实际上是通过解释将事实与宪法规范相联结的过程,这个过程即所谓在规范与相关事实之间进行的“眼光的往返流转”,<sup>⑧</sup> 最终达到这样的局面:一方面,该“事实”正是某宪法规范所要适用于其上的“事实”;另一方面,该“宪法规范”也正是用来调整某事实的“宪法规范”。余下的事情就是,司法机关根据宪法规范对“事实”进行评价并作出决定。可见,宪法诉讼中司法机关对宪法的适用跟对普通法律适用的步骤是非常相似的。

笔者在这里之所以用的是“相似”一词,是因为司法机关对宪法的适用过程和对普通法

① 李念祖《纯规范控制的宪政难题》,转引自陈弘毅《齐案“批复”的废止与“宪法司法化”和法院援引宪法问题》,载《法学》2009 年第 3 期。

② 谢维雁《论宪法进入诉讼的方式》,载《政治与法律》2010 年第 5 期。

③ 包万超《宪政转型与中国司法审查制度》,载《中外法学》2008 年第 6 期。

④ 具体内容参见[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,第四章相关内容。

⑤ [德]魏德士《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 296~297 页。

⑥ 郭道晖《法理学精义》,湖南人民出版社 2005 年版,第 271 页。

⑦ [德]齐佩利乌斯《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 140~141 页。

⑧ [德]齐佩利乌斯《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 142~143 页。

律的适用过程仍然是存在差异的,并不完全一样。最大的区别可能蕴藏在“规范的确定”这一步骤中。笔者此处强调的“区别”,主要不是指在法律适用中确定的是“法律规范”而宪法适用中确定的是“宪法规范”,尽管这个区别也是很重要的。笔者在此强调的“区别”是,司法机关对宪法的适用与对普通法律的适用不是毫不相干的,前者是建立在后者基础之上的:对宪法规范的确定须以穷尽普通法律规范为前提,换句话说,只有在普通法律规范未对“事实”作出规定的时候才能从宪法中寻找并确定要适用的规范。

### 三、宪法解释中的宪法适用

弗洛波列夫斯基将解释按照外延从大到小区分为三种:最广义的解释是指表示一切对象之意义的理解,主体在他们的能力范围内提出这些对象,并将某种意义绑定在这些对象上。广义解释的对象特定,它指对语言表述的理解,主要是对文本的理解。狭义的解释指的是当一个语言表述容许多种阐释,且无法确定哪一个是正确的时候,依据一定的标准作出选择。<sup>①</sup> 宪法解释涉及后两种意义上的解释,即广义的解释和狭义的解释。一般认为,任何法律(包括宪法),必须经过解释才能得到适用。法律解释在法律适用过程中之所以重要,一方面是因为法律解释在法律适用过程中起到联结法律规范与法律事实的媒介作用。正如有学者指出的,“通过法律解释,使法律规范的含义具体化,进而决定能否适用于个案,则是法律适用的必不可少的环节和过程。”<sup>②</sup> 另一方面,法律解释在法律适用中之所以重要也源自成文法自身的特性。成文法的一个核心特征是概括性和抽象性,也正是“成文法自身的概括性和抽象性决定了其只有在经过解释之后,才能得到具体适用”<sup>③</sup>。“法律是普遍的、一般的规范,而适用法律时所面对的是千差万别的具体的个别的事态。二者何以能契合、如何契合,即一般性的规定何以能、如何去适用于个案,就需要作法律解释。”<sup>④</sup> 这里的法律解释在本质上就是弗洛波列夫斯基所说的广义的解释。我国已有学者将宪法解释区分为宪法理解和严格意义上的宪法解释,这正好与弗洛波列夫斯基广义的解释和狭义的解释相对应。依据这种区分,广义的宪法解释是对宪法文本的理解即宪法理解,是指“对宪法规范所表述的内容和具有的意义进行的认知、思考和接受”<sup>⑤</sup>。

本文此处要探讨的宪法解释是狭义的宪法解释或上文所说的严格意义上的宪法解释。弗洛波列夫斯基关于狭义解释的概念对于研究狭义的宪法解释具有特殊重要的意义。因为,弗洛波列夫斯基的狭义解释“正是法律解释的核心意旨”<sup>⑥</sup>,这种意义上的法律解释是一种“在各种可能的语义中确定恰当语义的活动”<sup>⑦</sup>。所谓严格意义上的宪法解释就是这样的

<sup>①</sup> Cf. Jerzy Wróblewski, *Legal Reasoning in Legal Interpretation*, in his, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2th. Ed., Helsinki 1983, pp. 72ff. 转引自雷磊《法律原则如何适用——〈法律原则适用中的难题何在〉的线索及其推展》,载舒国滢主编《法学方法论论丛》(第一卷),中国法制出版社2012年版,第249页。

<sup>②</sup> 孔祥俊《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社2004年版,第348页。

<sup>③</sup> 王利明《法律解释学》,中国人民大学出版社2011年版,第12页。

<sup>④</sup> 郭道晖《法理学精义》,湖南人民出版社2005年版,第262页。

<sup>⑤</sup> 王广辉《宪法解释与宪法理解》,载《中国法学》2001年第4期。

<sup>⑥</sup> 雷磊《法律原则如何适用——〈法律原则适用中的难题何在〉的线索及其推展》,载舒国滢主编《法学方法论论丛》(第一卷),中国法制出版社2012年版,第249页。

<sup>⑦</sup> [德]齐佩利乌斯《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第68页。

狭义解释。笔者认为,狭义的或严格意义上的宪法解释只有在具备以下三个前提时才会发生:(1) 宪法解释的第一个前提是,对需要解释的对象即系争的宪法规范存在多种相互冲突或竞争的理解。如果人们对该系争的宪法规范的理解完全一致而不存在任何分歧,就不需要在多个不同的理解中进行选择或取舍。狭义的宪法解释实质上是在多种相互冲突或竞争的理解中进行的某种选择,决定采纳某种理解而抛弃另一些理解。德国著名学者齐佩利乌斯认为,“法律规范大多数都有一个解释空间。在这个解释空间内,可以(从字面上)赋予同一法律规范不同的含义,而在解释的时候只能从中选择一种作为对该法律规范的解释”<sup>①</sup>。宪法也是法律,宪法解释之所以必要,就在于,“宪法规定本身也存在一个解释空间,允许对其作不同的解释和具体化。”<sup>②</sup>宪法具有最高法律效力和根本法的地位,丝毫不意味着,人们对宪法规范的理解就更趋一致,就更少分歧。事实正相反,由于具有比普通法律规范更强的概括性和抽象性,宪法规范更容易在理解上出现分歧。宪法规范所具有的这种“包容性”,可以更大程度上容纳对宪法规范的不同理解,与其说是由宪法规范所具有的概括性和抽象性衍生出来的一种特性,还不如说是人们有意为之,其目的是要增强宪法的适应性,使宪法规范“可以根据时代的要求来解释”<sup>③</sup>。(2) 宪法解释的第二个前提是,对系争宪法规范的这些相互冲突或竞争的多种理解在某种程度上都具有各自的合理性。如果对系争宪法规范某一种理解一眼就可以看出其不具有合理性,那么这种理解就会被直接抛弃,而不会列入相互冲突或竞争的多数理解之中。至少,在给定的条件下,这些不同的理解各自都具有某种程度的合理性。正是这些多数理解都具有合理性,它们之间才会出现“竞争”,才需要通过某种手段或方法或程序甚至干脆由更高的权威机构来决定如何取舍。正如马丁·斯通教授所说的,“通常情况下,存在几种相互冲突的合理解释时,解释才会发挥作用”<sup>④</sup>。(3) 宪法解释的第三个前提是,如果分别依据这些相互冲突或竞争的理解来适用该系争的宪法规范则会导致不同的结果。这些相互冲突或竞争的理解,只有在它们适用于具体事(案)件时会产生明显不同的结果,它们之间的“不同”才会被人们关注。也唯有在此时,对该宪法规范理解上的“不同”才会成为“问题”或“麻烦”,人们也才会想到要去解决这些“问题”或“麻烦”。相反,如果对某宪法规范的多种理解尽管看上去存在差异,但依据其中任何一种理解将该宪法规范适用到具体的事(案)件中产生的结果都是相同的,人们就不会去关注甚至会完全忽略这些不同理解之间的差别。因为,在这种情况下区分这些不同的理解对宪法的适用没有任何意义。

根据上述分析,笔者认为,狭义的或严格意义上的宪法解释,必然是且只能是有权解释。狭义的或严格意义上的宪法解释存在两种可能的情况:(1) 如果最终确定的该宪法规范的含义是这些多种相互冲突或竞争的理解中的一种,则狭义的宪法解释可以看作是一种最终的选择权。以色列最高法院首席大法官巴拉克将由法官进行的狭义的解释称为“司法裁量”。他说“没有司法裁量的解释纯属虚构。……裁量之所以存在,是因为具有不止一种

① [德]齐佩利乌斯《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第35页。

② [德]齐佩利乌斯《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第58页。

③ [美]迈克尔·罗金斯、罗伯特·科德、詹姆斯·梅代罗斯、沃尔特·琼斯《政治科学》,林震等译,华夏出版社2001年版,第56页。

④ [美]安德雷·马默主编《法律与解释》,张卓明等译,法律出版社2006年版,第46页。

可能的解释法则存在。在这种情形下,法官担负的就是‘最高的选择特权’。”<sup>①</sup>(2) 另外一种情况是,如果最终确定的该宪法规范的含义,根本就不是这些多种相互冲突或竞争的理解中的任何一种,而是其他的什么含义,此时的宪法解释则可以看作是一种最终的决定权。无论是“最终的选择权”还是“最终的决定权”,这都意味着狭义的宪法解释必然是一种有权解释。这意味着,宪法解释是“在宪法实施过程中,当人们对宪法的有关条文内容存在不同理解时,由有权解释机关依照法定程序阐明其含义并具有法律效力的行为”<sup>②</sup>。蔡定剑先生曾说,“全国人大常委会的宪法解释权是一个最终的解释权,而不是一个垄断的解释权。”<sup>③</sup>宪法规定由全国人大常委会行使宪法解释权,但全国人大常委会不会毫无缘由地去解释宪法,而是只有在对某一宪法规范存在多种不一致甚至相互冲突的理解时,才由全国人大常委会决定到底选择以哪一种解释为该规范的标准含义,或者由全国人大常委会直接决定该宪法规范的标准含义。全国人大常委会的宪法解释权因此是一种狭义的宪法解释权,是一种最高的选择权或者最终的决定权。同时,这也是一种对它认为不符合宪法规定的那些理解予以排除的权力。可见,只有全国人大常委会进行的宪法解释才是严格意义上的宪法解释,其他国家机关进行的宪法解释在本质上仅属于上文所述的宪法理解。由全国人大常委会进行宪法解释的根本目的,是要解决对宪法规范的理解出现的分歧,解决的依据或标准自然是宪法原则或宪法精神。由此,解释宪法规范含义的过程即是适用宪法的过程,宪法解释机关也就成为了一个适用宪法的机关。从世界范围看,无论是由普通法院或者宪法法院解释宪法还是由宪法委员会或者立法机关解释宪法,只要这个国家机关拥有宪法或法律赋予的宪法解释权并实际进行着宪法解释活动,它就是一个宪法适用机关,宪法解释的过程就是适用宪法的过程。

在宪法理解的场合不存在宪法适用。其原因在于,在宪法理解的过程中,不存在以宪法规定为标准解决宪法争议并作出决定的情形。不存在争议或没有分歧意见的宪法理解,应该被视为就是宪法文本恰当的含义。这里既没有争议需要以宪法规定为标准来予以解决,也没有宪法规定本身存在争议需要解决。这样看来,宪法修改和代议机关的立法活动实际上都不存在适用宪法的问题。有学者认为宪法修改中存在适用宪法包括两个方面:一是宪法修改的主体必须按照宪法所规定的宪法修改的程序来修改宪法,二是宪法修改主体必须按照宪法赋予的宪法修改权限来修改宪法,宪法规定不得加以修改的内容,宪法修改主体无权加以修改。<sup>④</sup> 修宪机关要进行修宪,必须按照宪法规定的程序及权限行事。修宪机关要正确行使修宪权进行修宪,需要对宪法规定的修宪程序及修宪机关的修宪权限作正确的理解,但这仅仅是宪法理解而不是宪法解释。修宪机关要做的只是对宪法的遵守<sup>⑤</sup>即不违反

① [以]巴拉克《民主国家的法官》,毕洪海译,法律出版社2011年版,第135页。

② 李湘刚《中国宪法实施研究》,湖南人民出版社2009年版,第97页。

③ 蔡定剑主编《宪政讲堂》,法律出版社2010年版,第247页。

④ 莫纪宏《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第594页。

⑤ 我国学者已对宪法适用与宪法遵守两个概念进行了区分。所谓宪法遵守是指一切国家机关、社会组织和公民个人严格依照宪法规定从事各种行为的活动(周叶中主编《宪法学》,法律出版社1999年版,第301页)。宪法遵守具有遵守主体具有普遍性、遵守宪法的行为具有被动性和服从性、不运用宪法的具体规定处理具体问题或裁断具体争议等特征(童之伟《宪法适用应依循宪法本身规定的路径》,载《中国法学》2008年第6期)。

宪法,而非适用宪法。立法活动也不存在宪法适用问题。普通法律中常有“根据宪法,制定本法”的表述。“根据”一词的基本含义是指“依据”“出处”“来源”<sup>①</sup>,这仅仅表明宪法是“母法”,法律是“子法”的这样一种“母子”关系。这种“母子”关系有两种:一是子因母出;二是母命难违。前者为“繁殖功能”,是指宪法作为制定普通法律的基础;后者为“监护功能”,“作为母法的宪法既保障着子法的正确实施,又制约着子法不当或违宪行使”。<sup>②</sup>制定普通法律时需要对相关宪法规定——普通立法的“根据”——作正确理解,但这种理解不是宪法解释,也不存在宪法适用。有论者主张将合宪性原则确立为我国立法的根本原则,其核心是“整个立法活动应当以宪法为依据或不得同宪法相抵触”<sup>③</sup>。就宪法与普通法律的关系,笔者曾主张抛弃母法观念——普通法律的制定是否一定要有宪法上的依据在所不论——而确立普通法律不得与宪法相抵触的原则。<sup>④</sup>无论是立法活动的合宪性原则还是普通法律不得与宪法相抵触原则,均准确地揭示了宪法与立法活动之间的关系,即立法活动不能违反宪法,这仅仅意味着在立法活动中对宪法的遵守而非对宪法的适用。至于行政管理,情况稍显复杂一些。我国宪法关于国务院有权根据宪法和法律规定行政措施、制定行政法规、发布决定和命令的规定,仅意味着国务院在对宪法作正确理解的基础上对宪法的遵守而不是对宪法的适用。但行政机关有可能成为宪法适用的主体,那就是它在进行合宪性解释的时候。至于在合宪性解释中如何适用宪法,笔者将在下文中作具体分析。

#### 四、合宪性解释中的宪法适用

到底什么是合宪性解释,目前学界还存在分歧。梁慧星研究员认为它是一种解释方法。他说“所谓合宪性解释,指以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解释方法。”<sup>⑤</sup>孔祥俊进一步把它归入体系解释“法官应当按照与上位法相一致的解释方法来解释下位法的相应规定,以避免下位法与上位法相冲突而导致下位法规定的无效(不能适用)。这就是合宪性解释。”<sup>⑥</sup>卡尔·拉伦茨则认为合宪性解释是一种解释标准。他认为,“在多种可能的解释中,应始终优先选用最能符合宪法原则者。因此,‘合宪性’也是一种解释标准。”<sup>⑦</sup>王利明教授认为“所谓合宪性解释,是指在出现复数解释的情况下,以宪法的原则、价值和规则为依据,确定文本含义,得出与宪法相一致的法律解释结论。”<sup>⑧</sup>它既包含了体系解释的因素,又包含了目的解释的因素,是一种独立的法律解释方法。<sup>⑨</sup>对合宪性解释的这些阐释,尽管存在差异,但也有其共同之处,那就是,之所以需要合宪性解释,是

① 《现代汉语词典(第6版)》,商务印书馆2012年版,第443页。

② 郑贤君《宪法是什么法》,载中国人民大学宪政与行政法治研究中心编《宪政与行政法治研究——许崇德教授执教五十年祝贺文集》,中国人民大学出版社2003年版,第68页。

③ 陆建长《试论合宪性原则是我国立法体制的根本原则——对〈立法法〉第3至6条之思考》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2012年第6期。

④ 谢维雁《“母法”观念释读——宪法与法律关系新解》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2005年第5期。

⑤ 梁慧星《裁判的方法》,法律出版社2012年第2版,第188页。

⑥ 孔祥俊《法律解释方法与判解研究》,人民法院出版社2004年版,第385页。

⑦ [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第217页。

⑧ 王利明《法律解释学导论:以民法为视角》,法律出版社2009年版,第391~392页。

⑨ 王利明《法律解释学导论:以民法为视角》,法律出版社2009年版,第396页。

因为人们对法律规范的含义产生了多种相互竞争的解释(即前文所述宪法理解),只有当这些解释都无法做“合宪性”解释时才能认为其违宪并因此无效;合宪性解释都是以宪法规定的原则、宪法所包含的价值及宪法规范为标准,对法律规范出现的多种解释逐一进行比较、分析,以决定取舍。“在出现了复数解释,难以确定法律文本的含义时,应当选择与宪法相符合的解释结论”;同时,“排除各种解释结论中与宪法相违背的解释”。<sup>①</sup>选择与排除,都以宪法为依据。只要其中有一种解释可以做“合宪性”解释,就不能认定其违宪。作出合宪性解释是每一个解释者应尽的责任,也就是说,进行合宪性解释的主体有义务尽可能作合宪解释。美国联邦最高法院在 *National Labor Board v. Jones and Laughlin Steel Co.* 一案中申明了这一原则“解释法律之基本原则,乃在于救济其穷,而非存心破坏,就同一法律而又两种可能之解释,如依其一则法律违宪,依另一则合宪有效,法院显然有义务选择能救济法律之穷的解释。”<sup>②</sup>只有所有的解释均无法做合宪解释时,才能认定其违宪。而到此时,合宪性解释已经转变为另外一个问题即违宪审查了。可见,违宪审查必然意味着合宪性解释。在正式提交有权机关进行违宪审查之前,法律解释的主体总是在尽最大努力对系争的法律作合宪性解释,在没有足够的理由和依据认定其为违宪的情况下就必须作出合宪性解释。只有确实无法作合宪性解释的时候才能依照某种法定程序提请有权机关进行违宪审查。即使在违宪审查机关进行违宪审查的过程中,违宪审查机关也仍然要坚持上述原则,即尽可能对系争的法律规定作合宪性解释的结论。可见,合宪性解释跟违宪审查尽管有着非常紧密的联系,但二者仍然是存在差异的。违宪审查只能由特定的国家机关依法定职权进行,而合宪性解释主体并不是特定的,不存在主体上的垄断性。<sup>③</sup>其他国家机关及其公务人员在执行法律的时候,尽管他们不能进行违宪审查,但也需坚持合宪性解释的原则,对他们执行的法律出现多种竞争性解释时,尽可能作合宪性解释。甚至有学者走得更远,认为“只要与法律打交道,任何机关、任何个人都有权解释法律,进行合宪解释。”<sup>④</sup>笔者认为,似不应赋予个人有合宪性解释之权,基本理由是合宪性解释是在执行和适用法律中对相关法律条文进行的解释,而个人不应有执法、适用法律之权。进行违宪审查并作出违宪决定是宪法适用的一种方式,合宪性解释是另一种宪法的适用方式。

跟违宪审查、宪法诉讼、宪法解释中对宪法的适用具有显明性的特征不同,在合宪性解释中对宪法的适用是隐性的。因为,在合宪性解释中,由于不需要提请违宪审查机关进行违宪审查,有关国家机关作出的合宪性解释结论一般不会引起社会广泛关注,一般人甚至并不知道有关国家机关作出了这样的解释结论。可见,合宪性解释对宪法的适用是比较隐蔽的,笔者把它称为对宪法的隐性适用。相应的,违宪审查、宪法诉讼、宪法解释等方式适用宪法则可称为对宪法的显性适用。

在合宪性解释中对宪法的适用,并不是将宪法规范直接适用于处理具体争议或者直接以宪法规定作为处理具体争议的依据。合宪性解释的目的是以宪法规定为依据确定需要适

① 王利明《法律解释学导论:以民法为视角》,法律出版社2009年版,第395页。

② *National Labor Board v. Jones and Laughlin Steel Co.* 301 U.S. 30 (1936) .

③ 谢维雁《论合宪性解释不是宪法的司法适用方式》,载《中国法学》2009年第6期。

④ 上官丕亮《当下中国宪法司法化的路径与方法》,载《现代法学》2008年第2期。