

# 宪法解释方法： 传统与现代之间的区别及其法理成因

刘 国

(江西财经大学 法学院, 南昌 330013)

**摘要:**传统宪法解释方法与现代宪法解释方法存在着形式和实质上的区别。形式上的区别表现为解释客体和解释者的积极性程度不同;实质上的区别在于,前者是从宪法文字文本中探求制宪者的意图,后者着重于保障公民的基本权利。产生这些区别的外部原因主要是二战后对基本人权保护的重视和强化;内部原因则是 20 世纪初以来法理学的新发展以及由此引起的法律解释方法的变革。

**关键词:**传统宪法解释方法;现代宪法解释方法;基本权利;法理学

**中图分类号:**DF25 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2012)01-0041-09

从本体论而言,宪法解释是一种表达“宪法之意义”的实践活动,就此而论,传统宪法解释方法和现代宪法解释方法有一些共同之处,如它们都是以宪法规范为解释的出发点,释宪者的解释结论都不得与宪法规范相冲突。从实践论来观察,宪法解释受到社会政治、经济、文化乃至道德等多种因素的影响,在特定情形下采取何种解释方法更大程度上取决于释宪者受何种法哲学观的指引,出现了诸如追求宪法的客观意涵、探询宪法的精神与价值等各种主张和观点,并由此导致释宪者采取不同的宪法解释方法。根据释宪者所采取的释宪方法的变化,可以将宪法解释方法分为传统宪法解释方法与现代宪法解释方法<sup>①</sup>。本文通过论述传统宪法解释方法和现代宪法解释方法的区别,剖析导致这些区别的原因,旨在揭示传统宪法解释方法区别于现代宪法解释方法的法理根源。

## 一 传统宪法解释方法与现代宪法解释方法在形式上的区别

传统宪法解释方法与现代宪法解释方法在形式

上的区别主要表现在两个方面:一是二者的解释客体不同,二是在积极性程度表现上的差异。

### (一)解释客体上的区别

传统宪法解释方法受 19 世纪概念法学的影响,尤其受到德国学者萨维尼提出的一般法律解释方法的极大影响。因此,从形式上来看,传统宪法解释方法主要局限于对宪法条文的语词本身进行解释,因为当时人们普遍认为宪法解释就是为了探求制宪者的意图为何。而制宪者意图是通过表现为法律语言的文字这一媒介来传达的,这就需要通过制宪者所制定出来的宪法语词进行解释。

而现代宪法解释方法则不局限于对宪法语词本身的解释,现代宪法解释更多的是探求宪法语词在新的时代、新的环境之下的内涵和意义为何。现代宪法解释除了考察宪法语词本身的含义之外,在很多情形下还要考察当下社会、经济和文化以及当下人们的一般性共识是什么。因此,现代宪法解释方法与传统宪法解释方法相比,在形式上更加多样化,具有更强的灵活性。

收稿日期:2011-10-16

作者简介:刘国(1968—),男,四川渠县人,法学博士,江西财经大学法学院副教授,主要从事宪法解释研究。

萨维尼认为,法律解释是将内含于法律中的思想予以再现,并在其早期作品《法学方法论》中强调,实在法必须排除所有的恣意专断,必须是完全客观的,它独立于所有个人信念之上;法官唯一能做的就是对它的纯逻辑解释,解释意味着重建法律的内涵,法官要设想历史上的立法者的立场,进而作出判决,而不能作任何修饰法律的工作,即使是改善有缺陷的法律也不行,因为那是立法者的职务<sup>②</sup>。在这种观念影响下,法律解释就被认为仅仅是寻求法律语词的含义,为此而进行的逻辑推演只是为了获得立法者所表达的语词的意义为何,认为只要弄清楚法律语词的概念就能获得法律的含义,因此,法律解释仅仅是一种对法律所使用的概念的解释,也就是说,只要一个识字的人拥有一本字典就能胜任法律解释工作,此即所谓“概念法学”的精髓所在。

受这种法学方法的影响和指导,传统宪法解释中的文义解释方法是直接对作为制宪者思维媒介的法律文字进行解释。其他解释方法如原旨主义解释方法则是通过对制宪者意图的探求来获得宪法文字的含义,那不过是以考察制宪者意图来作为获得宪法语词含义的途径而已;历史解释方法则力图从宪法规定时的语境来确定宪法规范的内容,这实际上就是以制宪时的语境来判断制宪者所表达的宪法文字的含义;而目的解释方法是以制宪者的目的作为确定宪法文字含义的一种路径,探求制宪者的目的也仅仅是为了确定宪法文字的含义。总之,各种传统解释方法都服务于查明宪法中作为制宪者思维媒介的文字的含义为何这一单纯目标,宪法文本的文字成了一切解释方法的起点和终点。尽管也存在着关于宪法解释方法的争论,但那些争论只不过是关于以何种具体的手段去获得宪法文字的含义的争论,争论各方在追求宪法语词文字的含义这一点上并没有什么异议。

传统宪法解释方法可以统称为定义模式的解释方法,由于20世纪初以前的法学受法律形式主义和概念法学的影响,宪法解释方法在形式上反映出来的特征就是定义模式(defining mode)<sup>③</sup>,也就是解释者通过对宪法中的词语下定义的方式来阐明宪法条文的含义。

20世纪初以来的现代宪法解释虽然也要探求宪法文本的含义,但这时释宪者所解释的“宪法文本”已经不再仅仅限于作为制宪者思维媒介的文字

文本。现代宪法解释的实践告诉我们,通过宪法的文字文本进行解释不过是探求宪法含义的手段之一而已。除此而外,宪法的含义还可通过其他手段获得,自20世纪初以来的大量宪法解释案例证明了这一点。现代宪法解释形式上的重要特点就在于它超越了传统宪法解释以宪法的文字为唯一解释客体的限制,将解释的客体扩展到宪政秩序和宪法价值所要求的各种因素,包括除宪法的文本文字之外的其他方面。现代宪法解释方法不再是僵化的逻辑操作、死扣字眼,不再单纯地、按图索骥地追寻既有的文字含义。解释者认识到人类文字在表达人类思维方面的局限性,法规的语词往往不能完整或准确地反映该法规制定者的意图和目的,当立法者试图用简洁而一般的术语表达其思想时,那些在过去曾属于整个意图范围中的情形,在当今则几乎被完全切割出去了<sup>[1]533</sup>。因此,加达默尔说“没有一种人类的语词能够以完善的方法表达我们的精神”<sup>[2]551</sup>。

现代宪法解释方法不再像传统宪法解释方法那样仅仅囿于对宪法语词本身进行解释,解释者已经将其视域扩展到宪法的文字文本之外。在符合宪法价值秩序和宪政精神的前提下,现代宪法解释者可以考虑诸如政治的、经济的和文化的等各种因素;在复杂而又多变的社会环境中,注意协调历史与现实、价值与事实、规范与存在等诸多关系。事实上,现代宪法解释者已经不再仅仅是执行解释宪法文字文本的任务,他们实际上充当着宪法价值秩序的维护者的角色,从这个角度来看,他们不仅仅在“解释”宪法,而且在“阐释”宪法<sup>④</sup>。因此,在一定意义上可以说,现代宪法解释方法与传统宪法解释方法在形式上的区别是由现代宪法解释者的角色和解释任务形成的。

## (二)在积极性程度上的区别

传统宪法解释方法与现代宪法解释方法在形式上的区别还在于解释者在解释过程中所表现出来的积极性程度不同。相比较而言,由于在新的历史时期释宪者角色的转变和解释任务的需要,现代宪法解释者表现得比传统宪法解释者更为积极。由于受到观念的限制,传统宪法解释的主要任务是探索宪法文字文本自身的含义,解释者只能在制宪者表达出来的宪法语词中被动地寻找字义,他们所采用的解释方法都从属于这一目标,这就决定了解释者及其采用的解释方法的消极性和被动性。

现代宪法解释由于不再局限于对宪法文字文本自身的概念性说明,解释者主动地从单纯的宪法文字文本中走出来,在更为宽广的场境中将其视域扩展到与解释相关的其他领域。解释者可以根据新的社会情势乃至公众意识,从宪法的抽象规定中推导出某种适合当下需要的原则,再将这种推导出来的“宪法原则”适用于特定的具体案件之中,从而在正当性前提下实现宪法文字文本与社会文本的融合。这样的解释方法对于传统宪法解释者来说是离经叛道的,然而在现代宪法解释者看来却是天经地义的,是实现宪法价值和精神、维护宪政秩序所必须的。因此,在摆脱了法律形式主义的束缚和抛弃了概念法学的羁绊之后,在“法律的自由发现”观念的影响下,现代宪法解释者已经不再像传统宪法解释者那样消极被动了,他们所采取的解释方法无不显示了一种积极主动的性质,尽管在特定情形下对采取某种具体方法可能意见不一致。

## 二 传统宪法解释方法与现代宪法解释方法在实质上的区别

传统宪法解释方法与现代宪法解释方法前述形式上的区别决定了二者在实质上不可避免地存在一定的差异。形式决定内容,传统宪法解释方法那种以宪法文字文本为中心的定解释模式,决定了其解释方法实质上就是为了追求制宪者的意图。由于传统解释方法完全服膺于实在法,解释者只能客观地按照法律规定的文字从事逻辑性的解释,这要求解释者站在立法者的立场上进行“想象性重构”,以获得立法者通过相关法律文字所传达的意涵。这种方法导致传统宪法解释方法的实质目标即是获得制宪者的意图,释宪者的一切行为都是围绕探求制宪者在宪法文字文本中传达的真实意思。

这种解释方法是实证主义法学方法在宪法解释领域的表现。奥地利学者尤根·埃利希认为:“法律实证主义的方法就是承认法律秩序的无欠缺性,法官的工作仅限于逻辑操作,而没有政策性的、评价性的东西;又加上法官作为国家官僚地位的日益增强,他们被置于一种来自社会的不恰当的非难或称赞的地位,从而使司法的无社会性达到了顶点。”他所说的对法官“不恰当的非难或称赞”是指机械地、死板地固守原有法律的做法,“无社会性”是指无视社会实际情况的变化<sup>⑤</sup>。这说明了传统宪法解释方法完全以制宪者意图为归依,而不顾及已然变化的社会

现实情况,把体现制宪者意图的文字奉为唯一至上的、不可违背的圭臬,并机械地把制宪者当初的意图适用于现实情境之中。

德国学者尼伯代(Hans Carl Nipperdey)认为,“由于宪法是其颁布时社会生活的一面‘镜子’,所以,其制定有其历史之背景,但是,宪法之解释必须随时代而进展,不必拘泥于其立宪之看法”<sup>[6]</sup>。现代宪法解释方法由于摆脱了法律形式主义和概念法学的羁绊与束缚,解释者将他们的视域扩展到宪法文字文本之外,他们希望不受制于制宪者意图,以便能够探索和获取宪法含义的真谛所在。此时的宪法解释已经不再仅仅是对宪法文字文本的解释,解释者不再单纯地充当被动解释者的角色,他们还可以在宪法文字的空隙间从事积极的“立法”。这一现象在司法审查的事实中反映出来,“传统的司法审查——局限于实施一部睿智的宪法所发布的明确命令——代表了司法克制主义的一方,而现代司法审查——在包含笼统模糊原则的宪法所留下的‘缝隙’间进行司法立法——代表了司法能动主义的一方”<sup>[3]51</sup>。现代宪法解释这种自由的解释方法已经逾越了宪法文字文本,但这并不意味着他们完全不受宪法的束缚。因为这种创造性的活动仍然受到那些具有终极美学意义的基本价值的约束,这种对真、善、美的终极关怀,会促使解释者斟酌某项决定可能对当事人或人性所造成的各种影响<sup>[4]150-151</sup>。

诚如美国法学家沃尔夫所言,现代宪法解释的主要任务并不是探究宪法用语的含义,而是注重将那些比较概括的含义用于具体案件,法官在每个案件中得评价所主张之权利的重要性,以及可以侵害这种权利的国家利益的重要性及其是否构成侵害该权利的正当理由<sup>[3]51</sup>。此言表明了现代宪法解释在放弃了传统上从宪法用语去探求制宪者意图之后,解释的任务转变为着重实际地保障公民的宪法权利,这是传统宪法解释方法与现代宪法解释方法的实质性区别的关键之处。

现代宪法解释者从通过各种途径去单纯地探求宪法文字文本的含义的樊篱中逃逸出来,并不意味着他们可以恣意妄为。因为这种逃逸只是从以前那种刻板的、狭小的固定疆域走向了一个较为宽阔的、可以自由活动的空间,但这个空间仍然是有边界的,这个边界由宪法的价值和精神以及宪政秩序构成。之所以如此,乃是因为“根植于多元社会观点之上的

法哲学坚持认为,人是一个个体,保护个人的权利是社会的基本任务”<sup>[5]124</sup>。宪法本身就是为了执行这个任务而产生和存在的,宪法解释者在解释宪法的时候自然就应当以完成这一任务为使命。为此,他们所采用的解释方法就必须服务于、从属于这个最初的、也是最终的任务——对公民基本权利的终极关怀。

事实上,从德国和美国的典型宪法解释案例中,我们可以观察到这一发展趋势。德国联邦宪法法院从德国基本法中引出了一系列的基本权利功能,从表面上看,这是对宪法的严格解释,实际上这已经大大超越了当初制宪者的意图范围之列;且其对德国基本法的解释所得出的基本权利“客观价值秩序”理论已经成为立法、司法和行政的行动基础,在具体案件中所导出的新的基本权利通过拘束国家机关和其他社会组织或个人,有力地保护着公民的宪法权利,其司法造法的性质显现无遗。

美国联邦法院自20世纪30年代后期开始形成了司法审查的“双重标准”,即放松对经济领域的司法审查,采用“基本合理”的标准,对立法决定予以最大程度的尊重,转而强化对非经济领域的公民基本权利的保障,对于关涉基本权利的立法采取更为严格的审查标准;还利用宪法第十四条修正案的“正当法律程序”条款将原来只针对联邦政府的《权利法案》解释为同时还可针对各州政府。这些转变不仅加强了对既有基本权利的保障,而且根据实体正当程序理论创设了一系列新的基本权利,如隐私权。这些现象反映了现代宪法解释方法与传统宪法解释方法的实质性区别所在,并且这种区别将是以后宪法解释发展的趋势。

### 三 传统宪法解释方法区别于现代宪法解释方法的外部原因

传统宪法解释方法与现代宪法解释方法的上述区别,不是由解释者随意选择的结果。固然不能排除释宪者本身的法哲学观在其中所发挥的作用,但追根究底,是什么原因使释宪者产生这样的世界观呢?这就涉及到认识产生的根源问题,本文不能对这一深奥的哲学问题进行研究——这远远超出了笔者的学力,也并非本文的研究范围。本文认为,传统宪法解释方法之所以区别于现代宪法解释方法,其外部原因主要是第二次世界大战后对基本人权保护的重视和强化。

第二次世界大战给人类社会带来了一系列的深刻影响,它在带给人类悲惨和深重灾难的同时,作为一种反面教材,它也给了人类极大的教训。它促使人们警醒和反思:国家权力的存在究竟是为了什么;如何避免人类尊严和公民基本权利受到侵犯,尤其是避免受到国家权力的侵犯。二战结束后,各国在立法和司法实践中都强化了对基本人权的重视和保护。

作为二战策源地和战败国的德国,在战后对上述问题尤其有更为深刻的认识和反省,这种反省首先反映在作为根本大法的宪法之中。1949年5月23日公布的德国《基本法》,第一条明确规定了“尊重和保护人的尊严是全部国家权力的义务”,“人权是一切社会、世界和平和正义的基础”,宪法所规定的“基本权利作为可直接实施的法律,使立法、行政和司法机构承担义务”<sup>[6]791</sup>。1946年11月3日公布的日本国宪法第十一条规定:“国民享受的一切基本人权不得受到妨碍,本宪法所保障的国民基本人权,作为不可侵犯的永久权利,现在和将来赋予国民。”第十三条规定:“全体国民都作为个人而受到尊重,对于生命、自由和追求幸福的国民权利,只要不违反公共福利,在立法及其他国政上都必须受到最大限度的尊重。”<sup>[7]165,169</sup>

1951年,德国联邦最高法院对一个案件的判决反映了二战后国家对人权保护力度的加强。被告是纳粹党人的中级官员,1945年3月被任命为“与失败主义进行斗争并提高抵抗意志”的特别专员。他从情报中了解到原告及其丈夫在自己家中藏了一个有半犹太血统的妇女,以保护她不给盖世太保(纳粹党秘密国家警察)逮捕。同时原告及其丈夫还正在为盟国军队(即英美军队)准备纳粹党员名单。被告迅速逮捕了原告及其丈夫,在原告的丈夫企图逃跑时,被告开枪将其击毙。但第二天被告作证说原告丈夫死于心脏病急性发作。这一案件中的一个法理学上的问题是:被告能否以执行国社党命令而逃避自己罪责?法院否认以执行1945年3月国社党紧急命令作为辩解的合法性。该命令规定德国所有武装人员有不经审讯击毙逃跑者的义务。法院特别支持拉德布鲁赫的这一观点:一个完全否认平等原则的实在法丧失了法律性质。法院还否认了有些国社党法学家的一个观点:希特勒的任何有关法律宣告都可以被认为是具有法律效力的规范。法院认为这

种观点是“法律界成员的自甘堕落以献媚于一个专制者,从法治观点来看,这种观点是不值一驳的”<sup>⑦</sup>。

在完成权利“保护神”角色所应当履行的义务的过程之中,法律解释者必须根据具体情况采用各种恰当的解释方法。而在具体境况下究竟采用何种解释方法的问题,不是一个纯粹方法论的问题,而是一种有关价值的理性判断技艺。按照拉德布鲁赫的观点,法律是人类的作品,像其他作品一样,只有从它的理念出发才可被理解,一个无视人类作品价值的思考是不可能成立的,因此对任何一个法律现象的无视价值的思考也都是不能成立的,法律只有在涉及价值的立场框架中才可能被理解<sup>[7]4-5</sup>。这种由法的价值性而导出的对解释者解释方法的影响,从上述案例中反映出来,这个案件既反映了法律解释中的价值判断技艺,更重要的是,这种技艺的运用从一个侧面反映了二战后对人权保障的强化和重视。

各国除了在宪法文本的规定中强化对基本人权的保障之外,而且在宪法解释实践中也出现了一种新趋势——将国际公约作为国内宪法解释的依据。这种现象反映了二战后对基本人权的重视,这种变化自然会影响到宪法解释。首先,实施宪法解释职权的释宪机关,作为国家机关之一,和其他国家机关一样,逃脱不了保护公民基本权利的宪法职责和义务。尽可能地保护基本权利,不仅是其释宪活动的出发点,也是其释宪活动的落脚点。其次,释宪者保护基本权利的职责和义务是通过各种具体的宪法解释方法来实现的。而无论是司法部门、立法部门还是其他专门机构作为释宪者,都不能直接地实现宪法所保护的基本权利,只能在宪法基本权利的享有者在实现其权利的过程中产生疑问或纠纷时,以最终解释者的身份出面予以澄清或作出权威性决断,从而完成基本权利“保护神”角色的任务。在这个过程中,释宪者的行为受到宪法的精髓即保障基本人权这一理念的指引。

正是因为对基本人权保护的强化和重视,释宪者就不能再囿于传统的一般法律解释方法,仅仅通过探求制宪者的意图等途径去获得宪法文字文本的意义,而是要探求和实现宪法的意思——宪法的价值和精神,即保障公民的宪法基本权利。这就必然要求释宪者放弃单纯围绕宪法语词的解释方法,因为无论以制宪时的语词含义、还是以释宪时的语词含义进行解释,都会遭受语词含义的历时和共时变

化的困扰。战后对基本权利保护的重视和强化,不仅为摆脱这一困扰提供了契机,为走出传统宪法解释方法的困境指引了方向,而且也是现代宪法解释方法区别于传统宪法解释方法的重要原因之一。

#### 四 传统宪法解释方法区别于现代宪法解释方法的内部原因

现代宪法解释方法区别于传统宪法解释方法既有前述二战后对基本人权保障的重视这一外部原因,同时还是法学内部法理学的新发展促成的结果。

##### (一)内部原因之一:法理学的新发展

众所周知,在整个19世纪,法律实证主义在法学中占支配地位,实证主义法学那种强调完全按照应然的法律规则进行逻辑推理以维持法律秩序稳定性的方法,到了20世纪已经不合时宜了。20世纪社会发展的需要导致了社会学法学逐渐发展成为一种占重要地位的新兴法学流派,同时,传统的自然法学和实证法学也对各自的立场进行了修正。法理学的变革对于法律解释具有举足轻重的作用,在传统法理学影响下所形成的法律解释方法在人们心目中的地位逐渐产生了动摇,他们更愿意去采取一些既符合当前社会现实、又能有效解决眼前实际问题的新的解释方法。现代宪法解释方法区别于传统宪法解释方法就是在这种背景下出现的。

##### 1. 传统法理学

19世纪实证主义法学的核心观点就是,主张对法律采取一种实证的和客观的态度,在这种观念指导下,法律解释就是从逻辑上澄清思想,“通过辩识法律概念并将它们分解成构成它们的基本成份来阐明法律的概念”<sup>[1]129</sup>。分析实证主义法学奠基人约翰·奥斯丁在其《法理学的范围》一书中认为,“法理学的对象,是实际存在的由人制定的法,亦即我们径直而且严格地使用‘法’一词所指称的规则,或者是政治优势者对政治劣势者制定的法”<sup>[9]13</sup>。他认为,法理学的任务是对从实在法制度中抽象出来的一般概念和原则予以阐释,并指出,一般法理学的目的便是阐明法律概念结构的相同或相似之处。他所说的“一般法理学”,是阐明不同法律制度所共有的一些原则、概念和特点,通过对法律制度的分析,能够获得这样的认识:那些较为完善和成熟的制度,由于具有完善性和成熟性,从而也就富有卓越的指导意义,这就要求对诸如权利、义务等主要法律术语进行解释<sup>[1]118-119</sup>。凯尔森在坚持实在法与自然法二元论

的基础上,认为法与正义不同,法指的是实在法,法研究的是实在法的概念<sup>[10]5</sup>。根据凯尔森的纯粹法学理论,法律科学的研究对象乃是那些“具有法律规范性质的、能确定某些行为合法或非法的”规范<sup>⑧</sup>。因此法律实证主义者关注的是对法律术语的分析和探究法律命题在逻辑上的相互关系<sup>[1]115-117</sup>。

实证主义力图将自身限定在经验材料的范围之内,并把学术工作限制在分析“给定事实”的范围之内。法律实证主义具有实证主义一样的特点,都反对形而上学的思辩方式和寻求终极原理的作法,反对法理学家试图辩识和阐释超越现行法律制度之经验现实的法律观的任何企图,试图将价值考虑排除在法理学科学研究的范围之外,并把法理学的任务限定在分析和剖析实在法律制度的范围之内,认为只有实在法才是法律,而所谓实在法就是国家确立的法律规范。

## 2. 现代法理学

随着历史的车轮驶入 20 世纪,传统实证主义法学的研究进路显得与新的时代脉搏不合拍了。由于劳资关系、环境和失业等大量社会矛盾和冲突不断涌现,需要采取有效的措施去缓解这些危机,于是政府改变了其传统的“守夜人”角色,转而采取积极的干预政策。这些干预行为需要按照相应的法律制度去实施,以保证干预政策的有效性。在这种背景之下,传统实证主义法学不能满足日益变化着的社会对法律所提出的要求,法律社会学应运而生,并日益发展成为一个具有重大影响的法学流派。

在经历一个世纪的衰落之后,自然法学说在 20 世纪初开始复兴,并在二战后在西方国家流行起来。20 世纪复兴的自然法学不再像古典自然法那样坚持抽象的道德原则和价值观,而是表现出一种实证主义的倾向,如鲁道夫·施塔姆勒提出了“内容可变的自然法”的观点<sup>[5]37-38</sup>。富勒在与哈特论战的过程中,提出了“程序自然法”的观点<sup>[11]45-50</sup>,反映了 20 世纪的新自然法学向法律实证主义的让步。

二战后形成的新分析实证主义法学不同于旧分析实证主义法学的特征之一就是,它放弃了旧分析法理学试图把法理学的研究范围严格限于注解法律观念和法律概念的做法,以及与此相应的方法论上的排他性,承认社会学和自然科学的方法的某些合理性,并把这些方法或多或少地运用于法律制度和法律思想研究<sup>[12]77</sup>。哈特提出了“最低限度内容的自

然法”的理论<sup>[13]188-189</sup>,哈特的《法律的概念》一书标志着二战后法律实证主义“退却的第一个重要的一步”<sup>[11]144</sup>。

20 世纪法理学的上述新发展表明,法理学不是抽象学问,它有其具体的研究对象,同时还具有实际的社会意义。“作为一门科学,法学对法律的价值、概念和事实这三种因素都应研究”<sup>[11]354</sup>。自 20 世纪初社会学法学产生后,法理学的多元化现象促进了法理学自身的更大发展。法理学的这种新发展在使其适应时代需要的同时,也相应地对宪法解释的实践产生了重大影响。

## (二) 内部原因之二:法理学的新发展对宪法解释方法的影响

宪法解释方法具有很强的操作性和实践性,它历来深受法理学的影响,在特定情形下解释者采用何种解释方法,很大程度上视解释者受何种法哲学观的指引而定。正如斯托里大法官所说,所有公共讨论中所产生的多数困难,源于争论各方缺乏一些明确的或默视的统一解释规则,而这又是由于不同论者采用了非常不同的学说,同一论者在不同时期使用不同的话语,这样的情况屡见不鲜<sup>[14]149</sup>。20 世纪法理学的新发展有力地促进了宪法解释方法的变革。

19 世纪的法律实证主义将研究概念当作法学的主要任务,由于这种法律形式主义的概念法学在 19 世纪的法理学中占主导地位,受其影响,当时人们认为宪法解释就是对宪法文本中的概念进行阐释,一切解释方法(如文义的方法、目的的方法和历史的方法等)的采用,实际上都是为了说明宪法文本中的概念的需要。这种传统的宪法解释方法被称之为宪法解释的定义模式(defining mode)<sup>⑨</sup>。宪法解释的定义模式就是解释者通过对宪法中的词语下定义的方式来阐明宪法条文的内容和含义。

由于法律实证主义影响下的定义模式的缺陷,这种解释方法在 20 世纪遭到越来越多的学者的反对,他们认为应当放弃定义模式这种形式主义的宪法解释方法。罗斯科·庞德教授提出,宪法解释的任务之一就是“权衡和衡量部分吻合或业已冲突的各种利益,并合理地协调或调节之”<sup>[15]190</sup>。Steven Shiffrin 教授也认为,“衡量是宪法解释的必要程序”<sup>[16]</sup>。在学术界的影响下,释宪者在其宪法解释的实践中逐渐放弃了定义模式解释方法,转而接受

学者的主张,采用衡量模式(balancing mode)的解释方法,以至这种方法成为20世纪以来宪法解释的一种重要方法。

宪法解释的衡量模式之所以受到学者和释宪者的青睐和重视,除了之前的定义模式自身的缺陷之外,从其理论基础来看,主要是在法理学内部所发生的变革所至。在20世纪之前,形式主义的概念法学在法学中占了支配地位,进入20世纪之后,法律形式主义受到持续而猛烈的抨击。法律实践的发展使人们认识到,定义模式的形式主义思维方式是无效的,因此需要发展出更加功能化的解释方法去替代形式主义的定义模式。在宪法解释领域,衡量模式解释方法的出现是对定义模式存在的根本缺陷的回应,是法律形式主义和概念法学走向崩溃的趋势的反映;它建立在20世纪发达的法理学基础之上,是对现实世界知识和社会变迁的回应<sup>⑨</sup>。

19世纪的概念法学以“概念数学”的方法,对法律解释进行逻辑式的操作,甚至认为社会上可能发生的各种问题,只须将各种法律概念像“数学公式”那样演算一番即可导出正确答案。这种观点受到社会法学者的强烈反对。1913年德国学者野尔立息在其《法社会学的基础理论》一书中强调,对于现实社会生活中错综复杂利益的认识,在现实的社会生活中有很多利益相互交错,法学者必须先对相互冲突的利益予以认识,根据法律的目的加以衡量、决定,才能完成其任务,法律的逻辑不过是达到此目的的手段而已<sup>⑩</sup>。社会法学者认为,法律不可能尽善尽美,有需要解释者予以阐释的意义晦涩之处,有需要解释去补充的法律漏洞存在,有需要根据情况变更而为渐进解释之时。所有这些情况,都需要解释者除了对宪法语词概念进行阐释之外,采用更切合实际的、更为功能化的解释方法。

法社会学家认为,法律乃是经由理性发展起来的经验和经由经验来检测的理性<sup>[17]296</sup>。他们注重法律的实际社会效果以及使法律具有实效的手段和法律个殊化运用的重要性。认为不考虑人类社会的实际情势,就不可能理解法律。本杰明·卡多佐认为:逻辑、历史、习惯、效用以及人们接受的正确行为的标准是一些独自或共同影响法律进步的力量,在某个具体案件中,哪种力量将起支配作用,这在很大程度上必定取决于将因此得以推进或损害的诸多社会利益的相对重要性或相对价值;在法院活动中,应

当注意对称的发展,对称性所服务的社会利益要通过衡平和公道或其他社会福利的因素所服务的社会利益来保持平衡<sup>[18]69-70</sup>。

法的理想与社会现实之间事实上始终存在着距离,法律适用者必须经常对相互冲突的利益加以权衡,尽可能明智地确定何者具有更为重要的意义。罗斯科·庞德教授说道:“一种法律制度的成功,就在于它在极端任性的权力与极端受约束的权力之间达到并维持了平衡。这种平衡不可能长期维持下去,文明的进步会不断地使它失去平衡。通过将理性运用于经验之上,这种平衡又会得到恢复。政治组织社会也只有以这种方式才能使自己永久地存在下去。”<sup>[19]</sup>衡量模式的宪法解释方法就是建立在以上理论基础之上的。

在法社会学基础上发展起来的利益法学认为,法律规范为解决利益冲突而制定了原则和原理,我们必须把法律规范看成是价值判断,即相互冲突的社会群体中的一方利益应当优先于另一方的利益,或者该冲突双方的利益应当服从第三方的利益或整个社会的利益。适用法律者应当认识所涉及的利益、评价这些利益各自的分量、在正义的天平上对它们进行衡量,以便根据某种标准去确保其间最重要的利益和优先地位,最终达到最为可欲的平衡<sup>[1]144-145</sup>。现实主义法学家认为,形式化的定义是抽象的,没有固定的真理,它们所具有的任何真理来自于现实中的影响<sup>[20]</sup>。美国学者杰罗米·弗兰克(Jerome Frank)把那种认为人有能力使法律稳定且固定不变的观点看作是一个“基本的法律神话”(basic legal myth)和儿童“恋父情结”(father complex)的残余<sup>[1]154</sup>。对法律现实主义者来说,法律是一种人类判断的创造物,只是一组事实而不是一种规则体系,亦即是一种活的制度而不是一套刻板的规范。按照这种观点,宪法条文的含义是解释者对其进行解释时根据特定情况创造出来的,而不是固定在宪法词语的定义之中。毕竟对一个宪法词语的解释将对现实世界产生影响,因此解释应以一种深思熟虑的方式进行,需要协调宪法理想与社会现实的冲突,以实现宪法的目标和精神。

传统实证主义法学以反对形而上学为名,否定自然法关于法的正义价值的观点,认为法律的本质是不可知的,法律的价值是无法判断的,法学的任务只是从现象上认识法律,对实在法规范进行分析、加

工整理。进入 20 世纪、尤其是二战之后,新实证主义法学对这种传统观点有所改观,如哈特不仅提出并论述了“最低限度内容的自然法”,而且认为,对具有重大宪法意义的判决,涉及道德价值之间的选择,应在相互竞争的利益之间力求公正的权衡,不参照任何特定内容或社会需要而以纯粹形式的观点去定义法律是错误的<sup>[13]</sup>。正是由于实证主义法学的这种转向,现代宪法解释才走出了以宪法概念体系营造的迷宫,不再围绕制宪者所使用的语词打转,解释者在新的理论之光照耀下,终于发现了宪法解释方法的真谛。在许多涉及宪法解释的案件中,正义观念得到广泛使用,特别是当下述情形即天平一端过重或明显而强烈需要救济的时候,法院会愿意以基本正义和公平为理由而同意新的权利要求或辩护<sup>[1]450</sup>。

庞德认为,法律科学的特征之一就是,法律科学发展出了一种功能观,它不仅追问法律是什么以及法律是如何成其为法律这样的问题,而且还追问法律做什么、法律如何做这些事情以及人们如何努力使法律做得更好等问题<sup>[17]354-355</sup>。“法学家必须从目的论的角度出发研究法律;法学家必须观察各种法律要素是如何在其各自的运作过程中证明自身的:它们的运作将会导致有用的结果还是会导

致与文化相反对的结果,以及将会使价值据以得到公正评价的结果还是会导致使价值得到不公正评价的结果”<sup>⑧</sup>。根据这种理论,在将具有原则性的抽象宪法条文转化为具有可操作性的规范而进行解释时,由于对抽象宪法条文的解释很可能不止一种,在有多种解释的情况下,解释者必须先选择一种最好的解释,然后再将其用于特定案件之中,以使之能产生更好的结果,从而更有利于实现宪法的精神和目标。宪法在法规范体系中的最高性决定了宪法解释较一般法律解释具有更为广泛的社会影响性,因此,在宪法解释中,将因解释所作决定可能产生的社会影响列为解释的一项考虑因素的结果取向解释方法,成为现代宪法解释的一种重要方法。

总之,随着 20 世纪以来社会结构所发生的巨大变迁,法理学内部也发生了一系列的变革,19 世纪形式主义的概念法学在法学中占主导地位的局面因新兴的法学流派的出现而消失。宪法解释者犹如在怒涛汹涌的大海中茫然不知所措的水手陡然发现了救生船一样,正当他们在概念法学成为众矢之的而处于困惑中时,这些新的法学理论为他们在新的历史时期从事宪法解释提供了理论导引和坚实基础。法理学界所发生的这种变革是现代宪法解释方法区别于传统宪法解释方法的内在缘由。

## 注释:

- ①这里“传统”与“现代”这两个概念是基于宪法解释方法在实践发展过程中的变化与演进而作的界分,从时间上来看,大致而言,传统宪法解释方法是指 20 世纪初之前的宪法解释方法,现代宪法解释方法则是指 20 世纪初之后、尤其是第二次世界大战后迄今的宪法解释方法。
- ②⑤参见陈琥《历史法学》,法律出版社 2005 年版,第 100、67 页。
- ③参见 Jeffrey M. Shaman, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Greenwood Press, 2001, p. 35.
- ④宪法解释与宪法阐释的区别,可参见(美)基思·E·惠廷顿《宪法解释:文本含义、原初意图与司法审查》,杜强强、刘国、柳建龙译,中国人民大学出版社 2006 年版,第 4-12 页。
- ⑥转引自陈新民《德国公法学基础理论》,山东人民出版社 2001 年版,第 296 页。
- ⑦转引自沈宗灵《现代西方法理学》,北京大学出版社 1992 年版,第 39 页。
- ⑧Kelsen, *The Pure Theory of Law*, transl. M. Knight (Berkeley, 1967), p. 4. 转引自(美)E·博登海默《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 122 页。
- ⑨参见 T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Balancing*, 96 Yale. L. J., 1987. p. 949.
- ⑩转引自杨仁寿《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 94 页。

## 参考文献:

- [1](美)博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [2](德)汗斯-格奥尔格·加达默尔. 真理与方法——哲学诠释学的基本特征[M]. 洪汉鼎译. 上海:上海译文出版社,2004.

- [3](美)克里斯托弗·沃尔夫. 司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁? [M]. 黄金荣译. 北京:中国政法大学出版社, 2004.
- [4]高中. 后现代法学思潮[M]. 北京:法律出版社,2005.
- [5]薄振峰. 当代西方综合法学思潮[M]. 北京:法律出版社,2005.
- [6]姜士林,等. 世界宪法全书[M]. 青岛:青岛出版社,1997.
- [7](日)宫泽俊义. 日本国宪法精解[M]. 董燔兴译. 北京:中国民主法制出版社,1990.
- [8](德)G·拉德布鲁赫. 法哲学[M]. 王朴译. 北京:法律出版社,2005.
- [9](英)约翰·奥斯丁. 法理学的范围[M]. 刘星译. 北京:中国法制出版社,2002.
- [10](奥)凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵译. 北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [11]沈宗灵. 现代西方法理学[M]. 北京:北京大学出版社,1992.
- [12]张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京:法律出版社,2006.
- [13](英)哈特. 法律的概念[M]. 张文显,等译. 北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [14](美)约瑟夫·斯托里. 美国宪法评注[M]. 毛国全译. 上海:上海三联书店,2006.
- [15](美)詹姆斯·安修. 美国宪法判例与解释[M]. 黎建飞译. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [16]Steven Shiffrin. The Frist Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment [J]. 78 *NW. U. L. Rev* (1984).
- [17](美)罗斯科·庞德. 法理学[M]. 邓正来译. 北京:中国政法出版社,2004.
- [18](美)本杰明·卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力译. 北京:商务印书馆,1998.
- [19]Roscoe Pound. Individualization of Justice[J]. 7 *Fordham L. Rev* (1938). p. 166.
- [20]Henry S. Commager. The American mind: Interpretation of American Thought and Character Since the 1880's ch. Xvii. (1950). p. 91-107.

## An Analysis of the Interpretation Methods of Constitution: Difference and Cause Between Traditional and Modern Interpretation

LIU Guo

(Law School, Jiangxi University of Finance and Economy, Nanchang, Jiangxi 330013, China)

**Abstract:** There exists a distinction both in form and in essence between traditional and modern interpretation methods of constitution. The distinctions in form are indicated in the different degree of interpreting the constitution and the positivity degree of interpreter. The essential distinction lies in the former one exploring the intention of constitution framer from the perspective of constitution text, whereas the latter one emphasizes on ensuring citizens' fundamental rights. The external reason for such distinctions is the emphasis and consolidation of fundamental human right protection after the World War II. The internal reasons are the new development of jurisprudence ever since 20th century and the reform of interpretation of law caused by it.

**Key words:** traditional interpretation methods of constitution; modern interpretation methods of constitution; fundamental right; jurisprudence

[责任编辑:苏雪梅]