

# 行政处罚规范的合宪性解释

——基于 66 个行政处罚案例的实证考察

谭清值\*

## 目次

一、以往研究的局限与转向	(一) 援宪说理实践方式存在的现实困境
二、行政处罚案中援宪说理的实践方式	(二) 援宪说理实践方式中的合宪性解释因素
(一) “公民附带违宪”方式	
(二) “政府附带违宪”方式	四、行政处罚规范合宪性解释的方法与界限
(三) “基本权利限制”方式	(一) 作为独立法律解释方法的合宪性解释
(四) “单纯合宪认定”方式	(二) 合宪性解释遵循的界限
三、援宪说理实践方式与合宪性解释的关系	
辨析	五、结语

**摘要** 在行政处罚案例的审判实践中,已经形成“援宪说理”的四种具体方式:公民附带违宪、政府附带违宪、基本权利限制以及单纯合宪认定。尽管此种援引宪法活动与规范主义的法律方法、宪法理论存在诸多扞格之处,但亦十分生动地展示了一幅行政处罚规范合宪性解释的“中国式图景”。在规范层面,行政处罚规范的合宪性解释应遵循一套符合既有法学方法论并逻辑严谨的方法,特别是在选择正当的宪法规范面临原则(价值)冲突时,应经由个案中之法益衡量加以解决;至于运用界限,解释者应对行政处罚规范的文义限度有充分自觉,其运用亦不得与行政处罚法定原则相抵牾。

**关键词** 行政处罚 援宪说理 合宪性解释 案例分析

## 一、以往研究的局限与转向

围绕 2001 年齐玉苓案及其批复的“宪法司法化”讨论,无论各界的纷争有多大,所达成的实质

\* 西南政法大学行政法学院讲师、法学博士。本文受到 2014 年度国家社科基金重大项目“法治国家、法治政府、法治社会一体建设进程中的地方实践研究”(项目编号 14ZDC007)的资助。

共识是“从法律的角度来认真对待宪法”。〔1〕2008年最高法院废止了齐玉苓案批复,〔2〕但是学界对于宪法在司法中如何适用的探讨并没有停滞,合宪性解释则可以理解为“宪法司法化”争论的续篇。合宪性解释理论经历了渐次深入的三波讨论,从最初的理论引介、意义阐释和方法概述,到丰富细化合宪性解释的内涵与外延(主要是制度层面与原理技术层面的区分,宪法方法与法律方法的区分),而后在吸收之前研究的基础上,对合宪性解释中包含的宪法解释进行正当性论证并获得大致共识:蕴藏“依据宪法而解释法律”理念的合宪性解释在“八二”宪法下有其存适空间。合宪性解释的宪制正当性研究进路实有必要,因为没有正当性层面的证立,后续研究也不免因法理基础欠缺而底气不足。但是这一进路可能因为缺乏对中国司法实践的关注,更多停留于宪法学圈内的“自娱自乐”,致使合宪性解释理论的研究难以有实质性突破。

如果要使合宪性解释理论在真正意义上走向具体的司法实践,而不是被司法者置若罔闻,同时确定合宪性解释在当前宪制下合理的限度,当前的研究需面临一个转向:从宏大的宪制正当性研究到具体部门法层次的实证研析,特别是注重在具体、鲜活的个案中诠释合宪性解释理论。晚近有学者从合宪性解释角度对司法实践予以关注,但是其所援引案例并没有顾涉宪法,而是全凭学者“猜测”是否发生合宪性解释,这便步入了合宪性解释与法的续造混为一谈的误区;〔3〕亦有学者实证研究法院援引宪法,其中对司法实践中合宪性解释有零星的揭示,但缺少体系性的阐释与论证。〔4〕部分刑法学者似乎对此转向有深入的认识,2015年伊始在刑法领域开展合宪性解释研究并取得可观成果。〔5〕不过,刑法学领域的讨论也处于起步阶段,多集中在理论的阐述而缺少具有司法技艺性质的实证研究。民法学界对合宪性解释研究主要限于抽象的法学方法论理论层面,个案研究亦为少见。〔6〕至于行政法层面合宪性解释之研究,近年来土地行政法领域有较多论涉,〔7〕不过结合案例的研究仍属罕见。〔8〕综上,当前学界对合宪性解释研究的转向有所意识,但相关成果尚显贫乏,有待更为深入的推进。

面对这一转向之需要,本文尝试从行政诉讼实践中的行政处罚规范切入,开展行政法领域的合宪性解释探讨。因为中国现行法制中的诸多行政处罚设置,大凡涉及宪法基本权利限制或者关

〔1〕 参见强世功:《宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境》,载《中国社会科学》2003年第2期。

〔2〕 2008年12月18日,最高人民法院做出《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》,其中共废止了27项司法解释,每项都附有简短的“废止理由”(如情况已变化或被新法取代);但是齐玉苓案批复的废止理由是独特的,即“已停止适用”。

〔3〕 桂强强教授将合宪性解释区辨为文义转换与择一适用两种类型,并引述诸多案例予以证成,但其引证的所有裁判文书中均未出现宪法条文,或有诉诸宪法价值的明显痕迹。其实,法律方法论下的目的论限缩或扩张等方法即可完全解决这类案例所面临的问题,将其“提升”至合宪性解释予以探究并无实益,亦额外增加了论证负担。参见杜强强:《合宪性解释在我国法院的实践》,载《法学研究》2016年第6期。

〔4〕 参见冯健鹏:《我国司法判决中的宪法援引及其功能——基于已公开判决书的实证研究》,载《法学研究》2017年第3期;梁洪霞:《我国法院援引宪法说理的实施问题研究》,载《政治与法律》2017年第7期。

〔5〕 刑法领域主要参见时延安:《刑法规范的合宪性解释》,载《国家检察官学院学报》2015年第1期;姜涛:《法秩序一致性与合宪性解释的实体性论证》,载《环球法律评论》2015年第2期。

〔6〕 民法领域主要参见杜强强:《论民法任意性规范的合宪性解释——以余丽诉新浪网公司案为切入点》,载《华东政法大学学报》2014年第6期。

〔7〕 主要参见李忠夏:《农村土地流转的合宪性分析》,载《中国法学》2015年第4期;李海平:《论城市土地国家所有的所有权资格说》,载《中共中央党校学报》2017年第6期。

〔8〕 学界虽有案例研究,但是其主要内容系价值衡量方法的推理过程。参见王旭:《行政法律裁判中的合宪性解释与价值衡量方法——对一个行政案件法律推理过程的具体考察》,载《行政法学研究》2007年第1期。

涉基本权利与其他重大法益之间的权衡,这为法官在司法审查中援引宪法作为裁判说理的依据提供了可能性;本文通过对行政处罚案件裁判文书较为全面的考察,发现了为数不菲的法官在形式或实质上援引宪法作为说理依据,并对之进行适当阐释的案例,尽管这种援引宪法活动与规范意义上的合宪性解释技术并不完全吻合,但亦十分生动地展示了一幅合宪性解释的“中国式图景”。在对这些案件进行梳理、分类与分析的基础上,本文尝试揭示或“提炼”出合宪性解释在中国行政诉讼司法审判中的实然状态与存在的问题;而后结合我国当前宪制,探讨规范意义上合宪性解释的运用及其界限。

为了避免概念上的无谓争执,有必要简要阐明本文中合宪性解释的内涵。<sup>〔9〕</sup>作为单纯解释规则的合宪性解释,是将宪法的规范意旨注入一般法律的解释;另一种是作为冲突规则的合宪性解释,即在多种解释方案中优先选择与宪法内容相符者。另外,还有在违宪审查层面作为保全规则的合宪性解释,即有违宪疑虑的法律存在数种解释时,应选择其中不违宪的解释。<sup>〔10〕</sup>违宪审查层面的合宪性解释并不能为我国当下宪制所容许,我国学者通过对合宪性解释持续近十年的探讨,基本上对这一解释方法可适用于普通法律层面取得了共识;<sup>〔11〕</sup>而在本文所考察案例中,法官对宪法的援引与阐释亦接近于这一层面,即作为单纯解释规则和冲突规则的合宪性解释。因此,本文在此两种规则的意义之上运用合宪性解释的概念。基于法律适用和违宪审查两个层面的区分,本文所涉及行政处罚规范的合宪性解释可能对法律适用过程中的行政处罚权构成挑战,而无关行政处罚立法权的合宪性。

## 二、行政处罚案中援宪说理的实践方式

本文通过“北大法宝”检索这类“援宪说理”的行政处罚案件,截至2018年8月9日共整理出91个案例。<sup>〔12〕</sup>通过考察可以发现,这些案件中法院对宪法的援用具有以下特征:第一,实质上并未出现将宪法作为裁判依据的案件,法院只是在裁判理由中援用有关宪法条文;第二,法院在裁判理由中对宪法的援用并不注重说理、论证的充分性,其中有52个案件甚至只是简单地罗列相关宪法条文而并未展开进一步的阐释,39个案件仅对宪法条文与相关法律规范之间的关联进行了简单

〔9〕 合宪性解释的三分法,即作为单纯解释规则、冲突规则以及保全规则的合宪性解释,由瑞士学者Campische和N.Müller提出。苏永钦教授在三分法的基础上提出了二分法,即将解释规则改为解析规则,将冲突规则和保全规则统一为冲突规则,但是他仍将冲突规则再次分为有违宪疑虑与无违宪疑虑两种情形,实质上其仍属于三分法。参见苏永钦:《合宪性控制的理论与实际》,台湾月旦出版公司1994年版,第84页。

〔10〕 但是有学者认为,那些在合宪性审查专门机关所作的合宪性解释与不享有专门审查权的法院所作的合宪性解释之间做出严格区分的观点,仅仅在解释主体是否有权径日宣布法律违宪这一点上是有意义的。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》,载《中国法学》2014年第6期。这即是主张,普通法院也可以开展作为保全规则的合宪性解释。事实上,这种观点对于复杂问题作过于简化处理。

〔11〕 基于这一共识,学界关于“依宪释法”“基于宪法的解释”“合宪性法律解释”等诸多概念形式上的争执并无太大必要,从实质内涵出发在法律适用层面运用合宪性解释之概念更为切实。对于“依宪释法”“基于宪法的解释”“合宪性法律解释”等概念的辩明,依次参见上官丕亮:《法律适用中的宪法实施:方式、特点及意义》,载《法学评论》2016年第1期;王锴:《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期;郑磊:《制度层面的合宪性限定解释》,载《浙江社会科学》2010年第1期。

〔12〕 本文搜集的案例采如下标准:在“北大法宝”的“案例与裁判文书”栏中将“案由”选项设定为“行政处罚”、将“全文”选项设定为“宪法”,共检索到1385个案件。而后以裁判文书中裁判理由(“本院认为”部分)或裁判文书涉及宪法援用为实质筛选标准。

说明,且与规范的法律方法多有扞格。本文将这种适用宪法的方式称为“援宪说理”,即法院的意图在于通过对宪法条文的援引以增强裁判说理的“力度”或“正确性”,但大多又未达至规范的法律解释方法、司法论证之要求。这主要还是从功能主义角度对法院援用宪法作为理由依据的一个总体描画。不可否认,在“援宪说理”过程中,法院所作的试图将宪法条文的意旨与具体法律关系发生勾连之努力,使得这种宪法适用方式与合宪性解释存在契合之处,但面对驳杂多样的案件事实,法官对宪法条文的“简单化处理”,似乎又折射出一种独特的、中国式的适用宪法的司法逻辑。以下将通过这些案例提供的法律材料,实证考察“援宪说理”的具体进路。

在本文所考察的91个行政处罚诉讼案件中,基于案件事实的不同,法院的“援宪说理”呈现为不同的进路。以不同的论证思路作为标准,可以归纳出四种“援宪说理”方式。

#### (一)“公民附带违宪”方式

在此种方式中,法院援用宪法的相关规范,得出被处罚当事人一方的行为违反宪法之结论,以此“反向”论证行政机关所作行政处罚决定的合法性,其潜在的逻辑为——既然当事人的行为已经违反宪法,对其施以处罚自然具有充分的合法性。该方式中案件所涉及的行政处罚规范旨在保障的权利指向宪法基本权利,此类规范可以视为特定的宪法基本权利条款在行政法秩序中的具体化。该类案件共有15个:一部分涉及《治安管理处罚法》第40条第3项,其规定非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的行为,处拘留及相应罚款。该条旨在保护公民的人身自由与居住自由,是《宪法》第37条(人身自由)与第39条(居住自由)的具体化。而一部分涉及《治安管理处罚法》第42条第2项,其规定对公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的行为,施以相当的行政处罚。该条旨在保护公民的名誉权等人格权益,相关的《宪法》条文则为第38条(人格尊严)。另外,尚有一部分涉及《治安管理处罚法》第23条第5项,其规定破坏依法进行的选举秩序的,将被处以相应处罚。该条与《宪法》第34条(选举权和被选举权)相关联。

例如,在“王贵华诉南阳市公安局宛城分局治安行政处罚案(2010.10)”中,法院认为:《宪法》特别规定“禁止非法拘禁和以其他方法剥夺和限制公民的人身自由”,王贵华通知其亲属多人到现场强行拖拽姜书建离开南阳市工商局专业分局,致使姜书建的人身自由受到了一定的限制。其行为主观上表现为故意,客观上实施了非法限制姜书建的活动区域和人身自由行为,侵犯了其人身自由权,应当受到法律追究。<sup>[13]</sup>这实际上是以《宪法》第37条第3款为依据,做出了上诉人王贵华的行为违反宪法的判断,以此论证被上诉人适用《治安管理处罚法》第40条第3项对其做出行政处罚的合法性。而在“刘登晓诉紫阳县公安局治安行政处罚案(2015.10)”中,法院则基于“上诉人刘登晓进入他人住宅后长期滞留,多次经住宅权利人要求退出而拒不退出”“危害他人住宅安宁权益和生活秩序”之事实认定,直接指出其行为“触犯”了《宪法》。<sup>[14]</sup>

而“姜跃春诉滦平县公安局治安行政处罚案(2014.08)”则关涉《治安管理处罚法》第42条第2项的适用。法院援引《宪法》第38条“公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”和《民法通则》第101条“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉”之规定,认定原告“指使姜某将‘老赖徐军’字样的广告在公众场合进行张贴的行为”,“客观上亦给他人名誉造成一定的负面影响”,“构成公然侮辱他人”,<sup>[15]</sup>旨在论证姜跃春的行为不仅违反《民法通则》第101条,同时也违反《宪法》第38条

[13] 参见河南省南阳市中级人民法院(2010)南行终字第106号行政判决书。

[14] 参见陕西省安康市中级人民法院(2015)安中行终字第00024号行政判决书。

[15] 参见河北省隆化县人民法院(2014)隆行初字第18号行政判决书。

之规定。

### （二）“政府附带违宪”方式

在“政府附带违宪”方式中，法院以普通法规范为依据认定行政机关的行政行为违法，同时在裁判理由中援引相关宪法条文意指该行为亦构成违宪，旨在为其做出不利于行政机关的裁判提供支持。符合该方式的行政处罚案例共有 7 个。例如，在“林丹娟诉漳州师范学院开除学籍案（2007.05）”中，法院认为：《教育法》第 42 条规定，“受教育者享有以下权利……（四）对学校给予的处分不服向有关部门提出申诉，对学校、教师侵犯其人身权、财产权等合法权益，提出申诉或者依法提起诉讼”，上诉人对林丹娟做出开除学籍的处分决定，系剥夺了林丹娟的宪法赋予的基本权利——受教育权，此实际上也包括对受教育者已投入的学费等财产权的侵犯。<sup>〔16〕</sup>法院认定上诉人对林丹娟的处分违反了《教育法》第 42 条、《宪法》第 46 条之规定，旨在论证该行为不属于内部管理行为而应纳入受案范围。

如果说在上述案件中法官只是简单地“陈述”了有关宪法条文，但在以下 2 个案件中则对宪法条文作了一定程度的“解释”。在“王红军诉阆中市公安局治安行政处罚案（1999.08）”中，法院认为：选举权和被选举权是宪法赋予公民的权利，马信云（王红军之父）代表其家人参加乡人大代表选举未得到选票，马信云为维护自己的合法权益，向主持选举大会的人员要自己的选票是合法的。虽言辞过激，但并不是无理取闹，且没有影响选举村委会干部工作的进行，不属于扰乱公共秩序的违法行为。<sup>〔17〕</sup>本案中，法官实质上援用了《宪法》第 34 条，并结合个案事实对该条规定选举权的行使进行了一定的解释——选举权人向选举大会索要选票的行为属于行使选举权的合法范围，认为马信云的行为属于维护自己选举权的合法行为，因此行政处罚决定不仅违反《治安管理处罚条例》（1994 年）第 19 条，<sup>〔18〕</sup>也构成对《宪法》第 34 条的违背。而在“邵宏升诉厦门市集美分局治安行政处罚案（2003.06）”中，法院也对《宪法》第 41 条规定“检举权”行使的条件及其重要性进行了解释——“为了保障公民充分地行使这一民主权利，公民在行使检举权时，对其行为应享有充分的豁免权。因此，并不应强求其所检举的情况一定属实，国家机关亦不能仅因检举人所反映情况与事实有所出入便对其科以处罚，否则，民众对政府的信任会丧失殆尽，亦与我国的民主法治建设背道而驰”，<sup>〔19〕</sup>从而最终认定原告行为不属于《治安管理处罚条例》（1994）第 22 条第 3 项规定的“捏造事实诽谤他人”之行为，实质上做出了该行政处罚决定侵犯《宪法》保护的公民“检举权”的判断。

### （三）“基本权利限制”方式

“基本权利限制”方式的论证逻辑分为两个阶段：法官首先援用宪法条文对与案件相关的基本权利予以肯认，嗣后基于“限制条件”主张对该基本权利实施限制，以此证明行政机关的行政处罚决定合法。通过梳理，“限制条件”可以分为两类，第一类是“行使权利侵犯他人权利或妨碍社会公共秩序”，第二类是“行使权利违反法律、法规”。此类案件数量较多，共 64 个，在所有案例中占比约 70%。

“韩建国诉桂林市公安局秀峰公安分局治安行政处罚案（2012.11）”属于以“行使权利侵犯他人

〔16〕 参见福建省漳州市中级人民法院（2007）漳行终字第 13 号行政判决书。

〔17〕 参见四川省南充市中级人民法院（1999）南中法行终字第 136 号行政判决书。

〔18〕 全国人大常委会制定的《治安管理处罚法》自 2006 年 3 月 1 日起施行。1986 年 9 月 5 日公布、1994 年 5 月 12 日修订公布的《治安管理处罚条例》同时废止。

〔19〕 参见福建省厦门市集美区人民法院（2003）集行初字第 2 号行政判决书。

权利或妨碍社会公共秩序”为由对基本权利进行限制的案件类型(该类案件共9个)。法院首先援引《宪法》第35条规定,认为“公民享有言论自由的权利”,进而以“在行使该权利时,亦必须承担法律规定的相关义务,不能因行使自己的权利而侵犯他人权利或妨碍社会公共秩序”为由,认定“原告韩建国在其反映的问题未得到圆满答复的情况下,即到公共场所散发传单,属于《治安管理处罚法》规定的扰乱公共场所秩序的违法行为”。<sup>[20]</sup>因此,公安机关对其所作的行政处罚决定合法,系对韩建国言论自由权的合法限制。

“张慧容不服巴中市公安局巴州区分局治安行政处罚案(2015.03)”则是以“行使权利违反法律、法规”为由限制基本权利的案件类型(该类案件共29个)。法院首先以《宪法》第36条为依据,认为“宗教信仰自由是宪法赋予公民的一项基本权利”,进而主张“公民在享有该权利从事宗教活动的同时,亦不得违反法律法规的相关规定”,并认定“张慧容组织基督教家庭教会信徒50余人,在街道进行游行、散发传单,不听从公安机关现场劝阻,持续时间长达5小时的行为”,违反了《治安管理处罚法》第55条之规定,<sup>[21]</sup>公安机关的行政处罚决定因而具备合法性,系对张慧容等人的宗教信仰自由之合法限制。而在“余敬诉武汉市公安局江岸区分局治安行政处罚案(2015.12)”等案件中,法院则以“行使权利侵犯他人权利或妨碍社会公共秩序”和“行使权利违反法律、法规”之双重理由(该类案件共26个),认定被诉行政处罚决定合法,主张对公民的“批评建议权”(《宪法》第41条第1款)等基本权利进行限制。<sup>[22]</sup>

颇值得注意的是,在“成怀山诉昆山市公安局治安行政处罚案(2014.05)”中,法院根据案件事实,指出“公民有言论的自由,对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利”(援引《宪法》第35条和第41条之规定),同时又指出“公民的人格尊严不受侵犯,禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”(援引《宪法》第38条之规定),这实际上明确了本案构成了“言论自由”“批评建议权”和“人格尊严”之间的冲突,即原告成怀山在行使其“言论自由”和“批评建议权”时,和他人的“人格尊严”产生了冲突;从法律论证的角度看,被诉行政处罚决定(内容为对成怀山处以行政拘留)是否合法,取决于上述相互冲突的权利之间的权衡结果。但法院的判决忽略了这一过程,而是以“公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”为由,直接认定成怀山的言论自由、批评建议权侵犯了他人的人格尊严,从而得出被诉行政处罚决定合法的结论。<sup>[23]</sup>

#### (四)“单纯合宪认定”方式

“单纯合宪认定”方式,是指在裁判说理中法院将宪法条文置于法律规范之前,且未结合个案做出稍显详细的“解释”,亦非判断行政机关或相对人的行为是否违宪,仅志在于表达所援引法律合乎宪法的意旨。<sup>[24]</sup>在司法论证中,如果更为一般的规范被看作是明智又合理、或正当且可欲的规则,那么可以恰当地将这种规范视为原则,其可以说明或证立处于疑义中的更为具体的规则。该方式中,作为原则的宪法规范无疑具有证立法律是一项好的规则的功能,或可以帮助我们说明

[20] 参见广西壮族自治区桂林市秀峰区人民法院(2012)秀行初字第4号行政判决书。

[21] 参见巴中市巴州区人民法院(2015)巴州行初字第1号行政判决书。

[22] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中行终字第00485号行政判决书。

[23] 参见江苏省昆山市人民法院(2014)昆行初字第15号行政判决书。与本案相似案例仅有一件:王小超诉武陟县公安局等治安行政处罚案(2015.04),参见河南省焦作市中级人民法院(2015)焦行终字第00008号行政判决书。

[24] 苏永钦教授在研判几种近似合宪性解释的决定方式时,亦将此种方式称作“单纯合宪认定”。参见前注〔9〕,苏永钦书,第90页。

为什么作为一项规则的法律值得被遵守。<sup>[25]</sup> 属于该方式的有 5 个案件,有 3 个案件涉及基本权利的援引,另 2 个涉及基本国策条款。

前者如“吴永红诉凯里市公安局治安行政处罚案(2015.04)”,法院首先援引《宪法》第 39 条(居住自由),并顺势指出“住宅不受侵犯是公民依法享有的基本权利”,而后援引《公安机关办理行政案件程序规定》第 68 条规定,并认为“当接处警行为确有必要立即检查公民住所的,必须有证据表明公民住所内正在发生危害公共安全、公民人身安全的案件,不立即检查可能对公民人身和财产安全造成重大危险”。<sup>[26]</sup> 可见,法院旨在通过居住自由条款证成《公安机关办理行政案件程序规定》第 68 条的合宪性。<sup>[27]</sup> 后者如“董金良诉涡阳县国土资源局土地行政处罚案(2015.11)”,该案中法院首先援引《宪法》第 10 条“宅基地属于集体所有。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”之规定,并认为“该条确立了宅基地所有权严格禁止买卖,宅基地使用权转让需依照法律规定的原则”。随之,法院援引《土地管理法》第 62 条第 4 款、第 63 条、第 66 条第 1 款等规定,并结合个案事实认定原告的转让行为违法。<sup>[28]</sup> 法院无疑是将《宪法》第 10 条(国家土地政策)作为“原则”用以证立《土地管理法》相关规定的正当性。<sup>[29]</sup>

### 三、援宪说理实践方式与合宪性解释的关系辨识

行政处罚案中法院的“援宪说理”呈现为四种实践方式,展示了司法实践之树的常青,这也多少令人充满惊喜。但考虑到,无论是针对何种性质规范的合宪性解释,仍应当与规范主义的法律方法、宪法一般原理相契合。通过审视当前“援宪说理”实践方式,其内部与行政处罚规范合宪性解释存在疏离,亦有耦合之处。

#### (一) 援宪说理实践方式存在的现实困境

以规范意义上的法律方法及立宪主义宪法的基本理论为标准,可以发现上述“援宪说理”实践方式与之存在诸多扞格不入之处,本文将之归结于以下三个方面。

##### 1. 公民违宪主体资格的疑异

在“公民附带违宪”方式中,法院志在补强其对被诉行政处罚决定的合法性判断,这种“补强”功能体现为对公民个人行为违反宪法的指摘。而所谓公民个人违宪,则指向权利侵犯人与受害人的侵权法律关系,即一个私人对另一个私人基本权利的侵犯,如王贵华案中的“违宪行为”指向王贵华等人对姜书建人身自由权的侵犯,而刘登晓案中的“违宪行为”则是指刘登晓对他人住宅不受侵犯权的侵害。然而,在未经充分论证的条件下,贸然做出个人行为违宪的判断,显然与当代立宪主义的宪法理论与实践不相啻。因为在立宪主义精神所立基的公域与私域的划分、个人与国家的对抗之二元结构中,宪法的调整对象主要被设定为个人与国家之间的关系,基本权利是一种公

[25] See Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford University Press, 1994), p.152.

[26] 参见贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2014)黔东南行终字第 159 号行政判决书。

[27] 另两个案件分别是“杨鸿诉江苏省工商行政管理局不履行法定职责案(2001.08)”和“王素兰与四子旗公安局行政处罚上诉案(2017.05)”,均涉及《宪法》第 41 条(控告权利)的援引。参见江苏省南京市中级人民法院(2001)宁行终字第 74 号行政判决书和内蒙古自治区乌兰察布市中级人民法院(2017)内 09 行终 7 号行政判决书。

[28] 参见安徽省涡阳县人民法院(2015)涡行初字第 00041 号行政判决书。

[29] 另一个案件是“屈保龙诉南昌市林业局林业行政处罚案(2015.03)”,涉及《宪法》第 9 条(自然资源的归属和利用)的援引。参见江西省南昌市中级人民法院(2015)洪行终字第 5 号行政裁定书。

民(个人)所拥有的针对国家权力的自由权利,其效力主要限于公民与国家之间,而不及于公民之间。<sup>[30]</sup>按照这种理论,上述案件所涉及的人身自由、住宅不受侵犯权等自由权之主要功能亦在于防御国家、防范公权力的侵害,在行政处罚这类典型的关涉公民与行政机关之关系的公法案件中,则存在着行政机关运用其行政处罚权侵害公民基本权利而导致违宪的可能。但在“公民附带违宪”方式中,法院所作的违宪判断却指向私人之间的侵权法律关系,即基本权利规范在公法案件中被作了“私法化”运用,这种将基本权利规范无条件地直接运用于私人之间的做法,模糊或消解了立宪主义所立基的公域与私域二分之基本立场。<sup>[31]</sup>

当然,立宪主义宪法理论并不完全拒斥基本权利规范在私领域的适用。随着市民社会的内部分化以及公权力由国家独占的传统权力结构的嬗变,出现了实际形态与侵害能力可与国家权力比肩的庞大的私团体(如大型企业等)以及承担公权力部分功能的所谓“第三部门”,<sup>[32]</sup>这些“社会性权力”对基本权利的威胁与侵害,使得基本权利规范在私人关系中的适用应运而生,由此产生了处于通说地位的主张,将基本权利规范间接地、有条件地适用于私人关系的“第三者效力”理论(德国)与“国家行为”学说(美国)。“第三者效力”理论的“间接适用”说主张,某些重要的、可视为“客观价值秩序”的基本权利规范必然会渗透或辐射到私法领域,从而影响私法的解释与适用,但由于公私法调整对象的区分,这些基本权利规范在私法中的运用必须通过民法中的概括性条款“间接”发生效力,即以该条款为“媒介”,通过解释将基本权利规范的意涵注入私法关系中。<sup>[33]</sup>换言之,私法关系主体直接违反的仍然是民法中的概括性条款,但由于该条款所蕴含的基本权利规范的实质内容而构成“间接”违宪。可见,在间接效力说下,仍然不存在公民个人“直接违宪”的可能性。“国家行为”理论在坚持基本权利针对国家权力这一传统理念的前提下,通过在侵犯基本权利的公民行为中寻找“权力因素”而将其视同政府行为,使得宪法得以适用。<sup>[34]</sup>正是由于“国家行为”学说认定违宪的主体是“准国家权力主体”而非公民个人(虽然可能构成同一主体,但是法律身份并不相同),所以该学说也无法为“公民附带违宪”方式提供理论依据。总之,宪法主要的拘束对象是国家权力,公民是基本权利规范受益人的角色并没有被根本扭转;如果轻率地认定个人行为违宪,将损及立宪主义的基本价值。

## 2. 基本权利法律保障理论的误用

在“基本权利限制”方式中,“行使权利违反法律、法规”这一权利限制条件存在对基本权利法律保障理论误用的问题。在张慧容案及相似案例中法院以“不得违反法律法规的相关规定”“权利的实现必须符合法律规定”“公民行使自由和权利不能超出法律的规定”等理由排除基本权利的保护,背后皆隐藏着通过法律而实施基本权利的观念。这种观念源自宪法实践中“基本权利间接保

<sup>[30]</sup> 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第100页。

<sup>[31]</sup> 这并非是单纯用西方宪法理论来批判中国宪法本土实施的偏颇之处,中国自20世纪80年代推行市场化改革以来,政府、社会与市场的分离以及公域与私域的分化逐步生成,这为立宪主义在中国的植根提供了现实基础。甚至可以认为,自市场化改革以来中国政治社会权力结构以及利益格局的嬗变,使得对立宪主义的追求业已成为中国社会的“内生性规范主义”,尽管在现实的政治社会条件下,这一过程仍然显得扑朔迷离。就宪法实施而言,以立宪主义宪法理论检视、形塑中国宪法的适用亦日益具备正当性与现实基础。

<sup>[32]</sup> 参见[日]芦部信喜:《宪法》(第三版),高桥和之增订,林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第96页;林来梵:《宪法学讲义》,法律出版社2015年版,第344页。

<sup>[33]</sup> 参见前注[32],芦部信喜书,第97页。

<sup>[34]</sup> 政府行为是如何通过政府牵连关系理念扩展至私人领域的,可参阅“谢利诉克瑞默案”“伯顿诉威尔明顿停车管理处案”这两个美国联邦最高法院的经典判例。See *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961).



障”模式，它与通过宪法的直接保障模式相对应，通过次宪法层次的法律保障基本权利，同时也意味着可能通过法律等下位法对其进行限制，解决这种张力的关键在于法律保留原则。法律保留原则所意在强调，立法对行政、司法限制基本权利的防范而非法律可以当然地限制基本权利本身。立法者必须准确地界定每一项前提条件，以使限制基本权利之权限不会落入行政或司法裁量手中，也不允许由行政或司法权力独立地限制基本权利。<sup>[35]</sup>但是，在“基本权利法律保障”理论掩护下，前述法院无不偏颇地强调法律对基本权利的限制功能而非保障功能，实质表现为对法律保留原则的误用。司法论证上有意或无意的避重就轻，造成了在裁判效果上“法律俘获宪法”的结果，也使得基本权利司法保障的“实质空洞化”。

### 3. 个案中原则权衡的缺失

在“基本权利限制”方式中“行使权利侵犯他人权利或妨碍社会公共秩序”这一限制条件的粗糙运用，实质上导致了法院在做出限制某基本权利的最终决定前，缺失了结合个案事实在该基本权利与“限制条件”之间进行权衡的环节。在揭示实务中法院事实性缺失该环节前，有必要从基本权利规范理论中追溯基本权利限制的准则。

在规范理论上，规范被区辨为原则和规则，而原则区别规则的关键点在于，原则是一种在法律和事实可能的范围内要求最大程度被实现的规范。原则是一种“最佳化诫命”，它的特征在于原则能够以不同的程度被实现，其被实现的适当程度取决于事实上和法律上的可能性，而其法律上可能范围由与之相反的原则和规则来确定。相反，规则是一种“全有或全无”的规范，若一规则被有效适用，就应该不多不少地去做该规则所要求的内容。<sup>[36]</sup>由此，总体而言，原则具有“初步性特征”(prima facie character)，而规则具有“确定性特征”(definitive character)。<sup>[37]</sup>可见，基本权利规范属于原则还是规则，关键在于其具有初步性特征还是确定性特征，亦即基本权利旨在保障的是初步性的权利还是确定性的权利。而这又与基本权利限制的“内在理论”与“外在理论”紧密关联。内在理论视基本权利规范为规则，其自始即有确定的内容。因此，确定某一行为是否受基本权利保障，仅需审查该行为是否落入该基本权利由其内在界限划定的保障范围即可，这正是“涵摄”的适用方式。而外在理论认为，基本权利与基本权利之限制在概念上没有必然联结——前者是初步性的权利，其内容相当于权利的初步保障范围；后者是确定性权利，其内容则是权利的实际保障范围。外在理论将基本权利视为原则，其确定的保障范围，取决于该基本权利与限制基本权利的规范彼此间结合个案事实进行“衡量”的结果。<sup>[38]</sup>

那么，中国宪法上基本权利规范的模式为何？《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”的条文结构清晰地区分了基本权利规范与基本权利的限制。详言之，《宪法》从第33条至第50条明确罗列了公民绝大部分的基本权利，而在随后第51条规定了基本权利的限制，即“公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。只有损害了公共利益（即“国家的、社会的、集体的利益”）和其他公民的权利（即“其他公民的合法的自由和权利”），基本权利方才会受到相应的限制。从这样的结构安排可见，中国宪法基本权利规范具有

[35] 参见[德]黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第253页。

[36] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (translated by Julian River, Oxford University Press, 2002), pp.47-48.

[37] 如果根据原则对规则设立例外、并推翻原规则适用的可能性一直存在，那么规则就丧失其确定性特征而仅具有初步性特征。不过，由于在个案中推翻规则的论证难度远大于推翻原则，所以规则亦比原则具有更强的初步性特征。See Robert Alexy, *supra* note[36], at 57-59.

[38] 参见王鹏翔：《论基本权的规范结构》，载《台湾大学法学论丛》第三十四卷第二期。

外在理论的特征：基本权利所保障的是初步性的权利，只有当公民属于初步保障范围的行为“损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”这一限制条件成立时，该行为始得被排除在基本权利确定保障的范围外；而限制条件成立与否须经过原则权衡加以确定。假设将我国宪法基本权利规范作为内在理论的建构，那么某基本权利的规定则为构成要件，而《宪法》第51条即作为负面构成要件，只要某一行为通过涵摄的方式符合正、负构成要件，其获得的法效果即是被排除在基本权利保障范围之外。若在前述假定的内在理论下，公共利益和其他公民的权利便具有绝对的优先性，这将导致基本权利的保障范围极大的缩减；这一结论是难以接受的。退而论之，即使认定《宪法》第51条这一负面构成要件成立与否，也并不能完全排除衡量的工作。总之，《宪法》第51条中公共利益和其他公民的权利具有的优先性是有条件的，须在个案中将基本权利与该限制条件相衡量，才能确定某一行为是否被排除在保障范围外。

在“基本权利限制”方式中，前述两个阶段的论证逻辑具有基本权利限制的外在理论特征。法院首先对某基本权利规范予以肯认，这是对所保障权利的初步性确定，而“行使权利侵犯他人权利或妨碍社会公共秩序”则是作为外在限制条件，须通过原则权衡始得做出限制条件成立与否的判断。但综观该方式中案例的裁判说理，均没有这样的原则权衡。例如，韩建国案实质上涉及言论自由与公共秩序之间冲突（尽管法院未将此冲突明显地呈列在裁判理由部分），但法院以“行使权利侵犯他人权利或妨碍社会公共秩序”这一限制条件在个案中径直地排除了言论自由的保障。不过，在该方式中已有法院意识到原则冲突的存在，只是在解决冲突过程中缺失了衡量环节。譬如，在成怀山案中，法院俨然已认识到行政处罚决定涉及言论自由、批评建议权与人格尊严之间的冲突，<sup>〔39〕</sup>但法院最终选择保障人格尊严的理由是“公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”，法院并未对该限制条件的成立做原则权衡的工作。在中国宪法语境下的基本权利限制中，若法院做出的判断没有权衡的环节，这不仅使其丧失了一个理性的说理过程，也不免使法院的最终选择陷入“价值专制”的诘难。

## （二）援宪说理实践方式中的合宪性解释因素

如果援用宪法说理的方式违背规范主义的法律方法与宪法原理，也会因为方法和智识上的纰漏而致使其说理能力极为有限，更难于从中析出合宪性解释因素。尽管存在上述诸般问题，但“援宪说理”的部分实践仍然蕴含着合宪性解释之实质。在合宪性解释的实质进路上，无论是作为单纯解释规则还是冲突规则的合宪性解释，均表现为宪法上的价值对法律认知活动的影响，即“通过宪法影响法律”，力图达成宪法框架下法体系内在的自治与和谐。可见，合宪性解释并不是一个杂糅了多种方法的粗糙概念，其内在具有一以贯之的解释原则。<sup>〔40〕</sup>正如，在“政府附带违宪”方式中，虽然中国法治语境下“违宪”二字显得比较刺目，但是法院在裁判中将宪法作为支持行政处罚违法的理由，宪法本身无疑“影响”了行政处罚规范的理解与适用。甚至在“基本权利限制”方式中，纵然存在法院限制基本权利时没有经过原则权衡的缺憾，不过该方式的内在理路仍是将宪法融入下位阶法律的认知活动，以试图消解行政处罚决定的违宪疑虑。

除了实质进路上的暗合，“援宪说理”实践方式亦与合宪性解释的方法论存在形式上的部分通连。合宪性解释中宪法与法律之间须存在事实上和法理上的勾连，若没有这样的勾连，“通过宪法

〔39〕 此属于基本权利冲突，其指数个主体的基本权利相互对立，即一个主体的基本权利的实现以其他主体的基本权利的牺牲为代价。参见张翔：《基本权利冲突的规范结构与解决模式》，载《法商研究》2006年第4期，第94页。

〔40〕 参见前注〔9〕，苏永钦书，第111~117页。

影响法律”在丧失事实可能的同时，也缺乏法理上的正当性。从实证梳理可以发现，绝大多数案件并非胡乱地将宪法依附于任意的行政处罚规范，而是将两者限定在一定的范围以解决事实可能性的问题：一是涉宪的行政处罚规范具有限制或保护受处罚人基本权利的内容事项；二是宪法上的非基本权利规范为案件中行政机关或受处罚人设置了规范要求。不过，诸多的案件仅停留在这一层次就急于进行“援宪说理”，没有推进解决宪法与行政处罚规范之间的法理可能性问题。法理可能性论证的不足甚至缺失，使法院可以依各类目的援用宪法，这将产生前文所揭示违背规范主义的法律方法和宪法原理的诸多问题，“援宪说理”亦存在被泛化、甚或被滥用的弊端。不过，令人欣喜的是，仍有部分案件进行了法理可能性的论证，具体表现在法院不仅明显意识到基本权利限制中价值冲突的存在，还结合个案事实进行“原则权衡”，并通过“规范解释”的方式在裁判说理中呈现出来。例如，在“基本权利限制”方式中，虽然法院在基本权利限制中没有做出权衡，但是成怀山案等已经将支持一行为的“言论自由”“批评建议权”与可能损及他人“人格尊严”的冲突呈列在裁判说理中，这已然迈出原则权衡的第一步。更为典型的例子是“政府附带违宪”方式中的部分案例，基本具备了针对相互冲突的原则做结合个案事实的衡量与选择。尤如，王红军案中法官至少对选举权的行使条件做出了一定“解释”，并指出“虽言辞过激，但并不是无理取闹，且没有影响选举村委会干部工作的进行，不属于扰乱公共秩序的违法行为”。<sup>〔41〕</sup>这其实已经暗含了在选举权和公共秩序之间进行原则权衡的环节，即结合当事人“言辞过激，但并不是无理取闹”“没有影响选举村委会干部工作”这一个案事实，得出“没有扰乱公共秩序”的结论。

与此同时，我们亦应辨识到，虽然“单纯合宪认定”方式中法官并未结合事实就法律做出合乎宪法的“解释”，而只是简单地认定法律具有合宪的正当性，但是实践中法官为了使得自己的论证说理更为安全和丰满，往往将合宪性解释的过程（尤其是宪法解释的部分）隐藏起来。换言之，“单纯合宪认定”方式中很可能隐藏着合宪性解释的思路，进而在实务上也难以对“单纯合宪认定”与合宪性解释做出断然的区隔。那么，针对行政处罚规范，在规范意义上法官应当如何具体做出合宪性解释呢？

#### 四、行政处罚规范合宪性解释的方法与界限

以行政处罚规范为例，本文尝试在“援宪说理”实践方式反思的基础上，提出一套符合既有法学方法论并逻辑严谨、可资遵循的合宪性解释方法。

##### （一）作为独立法律解释方法的合宪性解释

有学者把合宪性解释作为体系解释的组成部分，同时将宪法的规定看作是法律的目的时，则将合宪性解释视为目的解释的内容。<sup>〔42〕</sup>也有学者认为合宪性解释是本身结合体系解释和目的解释的一种法律解释方法。<sup>〔43〕</sup>这些探讨都是试图在合宪性解释与传统法律解释之间进行衔接和整合。其实，合宪性解释可以作为一种独立法律解释方法而存在，没有必要与传统解释之间作“牵强附会”。下面将致力于更为清晰地揭示合宪性解释的内在思路。

##### 1. 作为合宪性解释对象的行政处罚规范之识别

行政处罚规范的合宪性解释作为法律解释的方法，首先需要关注行政处罚规范本身，不同类

〔41〕 参见四川省南充市中级人民法院(1999)南中法行终字第136号行政判决书。

〔42〕 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》，载《中国法学》2008年第3期。

〔43〕 参见蔡琳：《合宪性解释及其解释规则——兼与张翔博士商榷》，载《浙江社会科学》2009年第10期。

别的行政处罚规范决定了合宪性解释的不同进路。有鉴于此,法院需要甄别行政处罚规范本身的规范结构及其适用过程中是否面临原则冲突。按照这一标准,行政处罚规范可区隔为“价值单向”和“价值冲突”两种基本类型。这样区分的核心在于行政处罚规范适用时,是否会涉及原则冲突的情形,从而迫使法院在适法中做出权衡。下面即在法适用的维度对行政处罚规范的适用性特征做出阐释。

一是作为“价值单向”的行政处罚规范,其大致属于基于依法行政(含依宪行政)而对行政处罚权的合法性要件提出的要求,表现为行政处罚权合法性要件受到单一向度的宪法价值之规训。换言之,法院在适用该类规范过程中没有遭遇原则冲突的问题,而是受到依法行政基本原理的支配,宪法上所承载的法律原则亦可以径直地体现为对适用该行政处罚规范时的要求。例如,《行政处罚法》第8条规定没收违法所得、没收非法财物的行政处罚种类,以及其他法律法规规定的具体处罚措施。行政机关在做出没收违法所得、没收非法财物的行政处罚时,基于宪法保障公民合法的私有财产之价值,行政处罚决定不应侵犯被处罚人的私有财产,否则构成违法。《行政处罚法》第53条第2款规定:“罚款、没收违法所得或者没收非法财物拍卖的款项,必须全部上缴国库,任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分……”针对行政机关而言,这应视为基于宪法保护公共财产之价值而设置的禁止性规则。再如,《治安管理处罚法》第80条规定:“公安机关及其人民警察在办理治安案件时,对涉及的国家秘密、商业秘密或者个人隐私,应当予以保密。”这是基于保障隐私权的需要而对公安机关在办案中提出必要的保密要求。《治安管理处罚法》第87条规定:“对确有必要立即进行检查的,人民警察经出示工作证件,可以当场检查,但检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。”基于保障宪法上的住宅不受侵犯权,该行政处罚规范对警察检查公民的住所做出特别的要求,不符合该要求即构成违法。

二是在行政处罚规范的适用中面临彼此冲突的多项原则,须做出原则权衡方才可以确定是否适用该规范,此即“价值冲突”的行政处罚规范。与“价值单向规范”不同,该类规范除了对行政处罚权合法性提出要求外,还包含行政机关必须履行对公共利益或个人权利的“水平保护义务”,在履行这一义务过程中,可能涉及相互冲突的原则,而这些原则一般亦可以诉诸宪法上法律原则(价值)的保障要求。该规范包括两类:第一类是公共利益与基本权利之间的价值冲突规范。例如,《治安管理处罚法》第23条第1款第5项规定,破坏依法进行的选举秩序的给予相应处罚。基于保障公共秩序(选举秩序)的需要而可能对选民行使选举权或被选举权形成限制。再如,《治安管理处罚法》第55条规定,煽动、策划非法集会、游行、示威,不听劝阻的,处以相应拘留。在个案情境下,基于维护“社会管理”的理由便可能对公民表达自由构成限制。该类限制基本权利的行政处罚规范背后,体现的是公共利益与基本权利之间的冲突问题。第二类是基本权利之间的价值冲突规范。例如,《治安管理处罚法》第42条第2、5、6项之规定:“有下列行为之一的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节较重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款:……(二)公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的;……(五)多次发送淫秽、侮辱、恐吓或者其他信息,干扰他人正常生活的;(六)偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的。”该三项规定在适用过程中便可能分别涉及言论自由与人格尊严、通信自由与休息权、行为自由与隐私权之间的冲突。

## 2. 作为合宪性解释依据的宪法规范之识别

基于价值单向规范和价值冲突规范的区分,确定合宪性解释依据的宪法规范便存在两条方法论进路,下面分而述之。

第一条进路是在价值单向规范与宪法规范之间“抽象联结”的基础上,确立起两者的“具体联结”,使作为合宪性解释依据的宪法规范具备个案事实的基础,而非仅是脱离个案情境的价值脉络

之抽象延伸。详言之，在行政处罚规范中识别出价值单向规范后，即可明确具有价值一致性的宪法规范，此已构成“抽象联结”。而作为合宪性解释依据的宪法规范，尚须与个案事实相契合而形成“具体联结”。譬如，在屈保龙案中，南昌市林业局根据《江西省木材运输监督管理办法》第22条第1项“有无证运输行为的，没收违法运输的木材”之规定，做出没收屈保龙16根“阴沉木”的行政处罚，法院最终确认该行政处罚决定违法。在财产权保障的规范意义，行政处罚所依据的前述办法第22条第1项规定与《宪法》第13条“公民的合法的私有财产不受侵犯”之规定构成“抽象联结”；因为没收违法运输木材的行政处罚决定不能侵犯公民合法的私有财产，否则便不符合行政处罚权的合法要件而构成违法。可是，本案中两者无法构成“具体联结”——在事实层面，《江西省凭证运输木材名录》中未包含“阴沉木”，即屈保龙所运的16根“阴沉木”不属于凭证运输的木材，进而行政处罚无据，而非处罚决定侵犯了他的财产权。因此，《宪法》第13条不能作为合宪性解释的依据。基于“阴沉木”这一事实，实际上法院却是援引《宪法》第9条“自然资源属于国家所有”之规定，将具有纲领性、立法委托性质的基本国策作为“原则”证立《民法通则》第79条“所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有”之规定的正当性。虽然该案归于“单纯合宪认定”方式，但法院实际援引宪法所具备的事实基础，仍可反证前述“具体联结”的必要性。

第二条进路是在承载彼此冲突原则的宪法规范群中，通过原则权衡确定优位的宪法规范。价值冲突规范背后蕴含宪法上相冲突的多项原则（价值），为何选择此原则而非彼原则所承载的宪法规范、并据此作为合宪性解释依据，这是法院在合宪性解释过程中所应负有的司法论证义务。不然，便会面临前文在反思“基本权利限制”方式中法院存在“价值专制”的诘问与质疑。宪法上原则之间的权衡，主要表现在作为原则的基本权利之间，并通过对规范的解释与选择来进行；而对于基本权利与公共利益之间的冲突，也涉及这样的权衡问题。其实，在价值冲突规范的情形下，宪法中某原则的优位无法仅通过一个抽象权衡来正当化。不过，具体法益与宪法原则“相互通约”这一特性，<sup>[44]</sup>使得当宪法上抽象的原则权衡受阻时，原则冲突往往需要转化为个案中具体的法益衡量，为某一项原则优位的确立提供一个“更强理由”。法益衡量主要用于确定个案中相互冲突原则之各自效力范围，对适用范围重叠的规范划定其各自的适用空间，借此使保护范围尚不明确的权利得以具体化。<sup>[45]</sup>纵然个案中的法益衡量一般而言是法续造的方法，但在此语境下，它能够胜任选择合宪性解释依据的宪法规范之工作。

可见，“基本权利限制”方式中原则权衡的缺失，实质意义上体现为个案中法益衡量标准的缺位。诚然，法益衡量的丰富内容只能在具体情形和个案中得以充分展开，那种企图设定“放之四海而皆准”的法益衡量的统一规范模式，都将是一种徒劳，甚至带有一种知识专制的色彩。<sup>[46]</sup>然而，在总体思路，法益衡量的过程一方面要充分考量相冲突法益各自被影响的程度；另一方面是法益相称性原则的考虑，即为保护具有优越地位的法益而侵害另一法益时，不得超越此目的所必要的限度。此外，Alexy 解决冲突原则的法则（law of competing principles）具有重要借鉴意义，其不仅与基本权利冲突的解决存在契合，而且可以将法益衡量的结果通过“优先陈述”（the preferential statement）固定下来成为规则，而予以明晰的呈现：在个案中，原则  $P_1$  和原则  $P_2$  相互冲突，鉴于原

[44] 虽然正当性理由化约成目的性理由是一个复杂的问题，但是一个正当性理由一般而言可以“还原成”（reducible to）或“衍生自”（derivable from）一个目的性理由。正文中的宪法原则（价值）可视为正当性理由，而具体法益则是目的性理由。See Robert S. Summers, “Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-law Justification”, 63 Cornell Law Review 707, 779-782 (1978).

[45] 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286页。

[46] 参见沈岷：《平衡论：一种行政法认识模式》，北京大学出版社1999年版，第245页。

则实现上的“最佳化减命”，相冲突的原则相互之间构成限制对方实现的法律可能性，这便需要结合个案事实的法益衡量，在两个原则之间建立一个“有条件的优先关系”，如在某一“优先条件”（C）下，原则  $P_1$  优于原则  $P_2$ ，P 表示“优先于”，优先关系可以表示为： $(P_1 P P_2)C$ ；其中的 C 具有重要作用，是优先陈述的集中体现。<sup>〔47〕</sup> 下面就以“基本权利限制”方式下的成怀山案为例，说明法院如何通过个案中之法益衡量选择作为合宪性解释依据的宪法规范。

成怀山案的基本事实是：2013年成怀山在手机QQ群“江苏民主民群”发表了“七头狼要召开十八街葬钟全会；与会讨论羊的放牧自由化……”的言论。<sup>〔48〕</sup> 昆山市公安局做出行政处罚决定，认定成怀山的网络发帖行为属于《治安管理处罚法》第42条第2项规定“公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的”且情节较重，决定对成怀山处行政拘留10日的处罚，并已执行。<sup>〔49〕</sup> 国家领导人的人格尊严（ $P_1$ ）所维系的具体名誉等利益亦受到宪法保护，但是作为公共官员的国家领导人之人格尊严，相较于一般公民而言负有更多的容忍义务，以促成公民监督权的更好行使；而公民的言论自由（ $P_2$ ）是自由民主政治制度的最重要前提，在宪法秩序中具有特别崇高的地位（中国宪法上特有的“批评建议权”属于监督权的重要内容，但可将其纳入言论自由之中）。本案中，成怀山根据当前政治情势而追求自己表达政治见解（即便是情绪化的、调侃性的）之意愿、形成网络政治舆论之目的时，对国家领导人的具体影响并没有逾越必要且适当的范围；他主观上虽有过失，但并没有相当的恶意。

基于此法益衡量，成怀山案中人格尊严（ $P_1$ ）和言论自由（ $P_2$ ）之间建立“有条件的优先关系”如下：一是“在一般事务中针对公共官员公然使用侮辱言词，主观上存在恶意”（ $C_1$ ）之下，保护人格尊严的利益优先，可表示为 $(P_1 P P_2)C_1$ ；二是在“参与形成政治舆论中针对公共官员使用了调侃性的侮辱言词，主观上有过失”（ $C_2$ ）之下，言论自由处于优先地位，可以表示为： $(P_2 P P_1)C_2$ 。据此，本案应采用后一个优先陈述， $C_2$ 由“参与形成政治舆论”“使用调侃性的侮辱言词”“针对公共官员”“主观上有过失”等四个要素组成，最终本案中言论自由优先于人格尊严而受保护。值得强调的是，在法益衡量过程中，除了考虑基本权利之间的权衡外，还应关照到基本权利与公共利益之间冲突的可能；正如《宪法》第51条及第53条所规定，公民行使自由和权利时，不得损害“国家的、社会的、集体的利益”，并“遵守公共秩序、尊重社会公德”。虽然成怀山案中未涉及后一类的原则冲突，但它亦是法益衡量过程中不可或缺的一环，不能忽略；至此，这一衡量过程方才结束。

综上，关于法益衡量的运作程序，绝不是一个单纯做出实质性结论的过程。通过法益衡量得出实质判断之后，一定要找到法律根据，不能直接从实质判断得出判决，而仍应从相应的法律依据得出结论。<sup>〔50〕</sup> 在合宪性解释方法论的框架下，此处的法律依据便是宪法依据。既然在成怀山案中言论自由最终具有优位地位，那么法官在进行合宪性解释时则应以《宪法》第35条（言论自由）作为解释依据，这就实现了宪法规范选择上的实质合理化论证。

### 3. 对行政处罚规范进行合宪性填充或选择

对于价值单向规范，通过从“抽象联结”到“具体联结”而确定了唯一正确的宪法规范；而价值

〔47〕 See Robert Alexy, *supra* note 〔36〕, at 50-56.

〔48〕 成怀山所发表的完整言论如下：“七头狼要召开十八街葬钟全会；与会讨论羊的放牧自由化；地方鹰犬负担部分羊圈支出；给予羊更大的吃草自主权；继续减少放牧审批环节；解决羊肉分配问题；改革羊户籍制度，不区分黑山羊与草原羊，一事同羊；制定刁得一狼与李子狼改革路线图；羊信们喜大普奔，众羊们不明觉厉；纷纷喊道：开你妈逼，草！”参见江苏省昆山市人民法院（2014）昆行初字第0015号行政判决书。

〔49〕 在北大法宝、中国裁判文书网均未检索到成怀山案的二审司法裁判文书。

〔50〕 参见陈金钊等：《法律方法论研究》，山东人民出版社2010年版，第514页。

冲突规范,则通过个案中的法益衡量最终确定了具有优位地位的宪法规范。在合宪性解释的方法论框架下,即可依据所获得的正确宪法规范“影响”行政处罚规范的解释,最终形成行政处罚规范的“新解”。至此,便是法院如何依据宪法影响行政处罚规范的方法问题。鉴于法律适用层面的合宪性解释包括单纯解释规则和冲突规则两种蕴含,宪法发挥影响的方式也有与此相对应的两条进路:

一则,通过宪法规范对行政处罚规范中的不确定法律概念进行“合宪性填充”,确定其具体含义。对行政处罚规范中不确定法律概念的事后解释,可能将一些具有争议的行为纳入了应受处罚的范围,这与处罚法定的明确性要求相悖。加强对不确定法律概念适用的司法审查是不确定法律概念与处罚法定相协调的路径之一。<sup>[51]</sup>由此,通过宪法规范的内容来充实、明确行政处罚规范中含义模糊的法律概念——合宪性填充,使个案中的不确定法律概念接受宪法的控制,无疑是加强司法审查的一个重要工具。仍以成怀山案为例,先前通过法益衡量确立了本案中言论自由之优位地位,基于实现保障言论自由的目的,法院可根据《宪法》第38条(言论自由)对《治安管理处罚法》第42条第2项中的“侮辱”言论进行限缩解释,将成怀山带有调侃性的政治言论排除在该行政处罚构成要件的范围之外。采限缩解释,是因为公安机关基于保护国家领导人的名誉等利益而对“侮辱”做了宽泛的理解,方才做出处罚决定。这正如实践中,法院最后的解释与认定——“原告利用传播快、范围广的网络发布上述侮辱国家领导人的言论,属于上述法律规定的公然侮辱、诽谤他人,且情节较重情形”,由于作为合宪性解释依据之宪法规范的错置,导致了因“侮辱”而受处罚的范围不当扩大,进而有失偏颇。

二则,对行政处罚规范存在两种以上解释可能时,在多项解释方案中做出“合宪性选择”,确定法律解释更为合适的方案。不过相较于合宪性选择,合宪性填充为法院所更多运用。因为各种法律解释方法之间固然没有僵化的顺位,但它们也不是可以任意交换的,且合宪性解释一般被置于各解释方法的末端,进而法官在多个同样很有根据的解释方案中进行选择的事例并不多见。<sup>[52]</sup>

#### 4. 小结: 行政处罚规范合宪性解释方法的普适性

对合宪性解释方法的探讨不仅适用于行政处罚规范,而且可以普遍适用于普通公法规范(行政法规、刑法规范等),因为宪法与普通公法规范在立宪主义的意义上具有内在的融贯性。那么,前述合宪性解释方法是否可运用于普通私法规范呢?由于合宪性解释只是将宪法作为解释普通法律的依据,最终做出裁判结论的法律依据仍然是普通法律,上述合宪性解释方法运用于私法规范并无不可。具有普适性的合宪性解释方法的完整运用思路如下:

第一,法律规范之识别。通过对法律规范背后立法价值及其内在结构的发掘,将法律规范作“价值单向”和“价值冲突”的区分。第二,宪法规范之识别。基于法律规范识别的结果,针对价值单向规范,通过“具体联结”最终确定作为解释依据的宪法规范;针对价值冲突规范,则通过“个案中的法益衡量”确定作为解释依据的宪法规范。第三,合宪性填充或选择。基于获得具备正当性的宪法规范,对法律规范中不确定法律概念进行“合宪性填充”或在多种解释可能中进行“合宪性选择”。第四,依据法律说理或裁判。将经过宪法“洗礼”后的法律规范而非宪法规范作为说理或裁判的依据。

[51] 参见王青斌:《论不确定法律概念与处罚法定原则的冲突和协调》,载《法学评论》2011年第1期。

[52] 拉伦茨还对各解释方法之间顺位作了形象勾勒:首先从字义开始解释的工作,而后则是在法律的意义脉络中探求可能的解释方案;至此,法律仍有作不同解释的空间时,方才进入规整目的的认识从事解释。参见前注[45],卡尔·拉伦茨书,第217、219~221页。

## （二）合宪性解释遵循的界限

由于宪法的抽象性及其背后政治性因素，不可避免地带来了合宪性解释本身的不确定性；此外，中国没有一个类似于德国联邦宪法法院的机构来对普通法院从事的合宪性解释进行宪法审查，这一制度层面的缺失更使得合宪性解释界限的探讨委实必要。

### 1. 合宪性解释的前提条件

有学者指出，“当法律条文之规定至为明确时，不应适用法律的合宪性解释。这是因为，如果法律条文极为明确，而仍要进行所谓合宪性解释，无异于在法律解释的幌子下进行的违宪审查”。<sup>〔53〕</sup>这样的结论无疑是成立的，但是法律条文之规定至为明确的情形并非普遍存在的现象，由于不确定法律概念、法律规范的语义及结构空间的不可避免性，使得绝大多数法律规范不经过解释都将寸步难行。不过，法律的不确定性可以成为普通法律解释的前提条件，却并不是开展合宪性解释的最终前提条件。经过普通法律解释仍无法获致在个案情境中令人满意的解释结果，方才可以考虑进行合宪性解释。虽然在宪法优位的法秩序中，所有法律必须被解释为与宪法一致，但是并不是所有法律规范都有作合宪性解释的可能性。因为并不是所有法律规范（结合个案情境）事实上都能在宪法中找到法律的意义联结，宪法本身也并不可能涵盖所有法律的内容；当然，这一点并不能否认宪法的效力最高性。

### 2. 合宪性解释运用过程中的文义限度

一般而言，“解释”有广狭两义之分，狭义解释范畴的合宪性解释限于在法律文义“射程范围”之内所做的诠释工作。在文义界限内，无论是单纯解释规则还是冲突规则的合宪性解释，均没有侵犯立法者的宪法具体化优先权，实为妥当。不过，在运用冲突规则时，“仍应尽量避免抵触立法者明确的意旨，而且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’”。<sup>〔54〕</sup>若合宪性解释超越法律的文义界限，其已并非狭义的解释，而涉及法律的漏洞填补，实质上成为法律的合宪性续造。在这一范畴，单纯解释规则仍有发挥作用的空间，它可以通过合宪性续造解决个案结果明显不公的疑难案件；可是，冲突规则需要在多项明显超越法律文义的解释方案中做出选择，在法律方法上得出多项这样的解释方案将是极为艰难的论证任务，而且也徒增损抑立法者权限的危险，所以其在理论上遭逢较大的困境。纵览本文所有案件，其中并未见法律续造范畴的冲突规则应用的情形，也足以辅证前述理论上的判断。总之，超越法律文义的合宪性续造，由于实质上在分享立法者的权限，因此应较之狭义解释范畴的合宪性解释更为慎重。至于超越单纯漏洞填补的合宪性续造，已在法律续造的极限上进行探讨，无疑将受到更为严格的控制，<sup>〔55〕</sup>否则将是明显借由宪法的幌子抢占立法者的形成自由。

### 3. 合宪性解释的运用过程契合部门法之一般原理

如果说合宪性解释运用过程中的文义限度尚且停留在一般法律方法层次的探讨，那么，此部分的内容则是沉潜至具体部门法层面的界限考究。在法律方法上，恰如前述，合宪性解释具有“兜底”功效，我们总是在普通法律解释方法运用后，无法获致完满的结论，方才提升至合宪性解释的层次。在从事普通法律解释时，应当遵循部门法的一般原理，而作为法律解释的合宪性解释也应当如此——其运用不得与部门法之一般原理悖异。颇值强调的是，此处部门法之一般原理，应当

〔53〕 参见前注〔42〕，张翔文。

〔54〕 参见前注〔9〕，苏永钦书，第126页。

〔55〕 在法律方法上，只有在下述情形才可例外地正当化法院超越法律之法的续造：因立法者长期不能发挥作用，以致已经产生一种真正的法律紧急状态。参见前注〔45〕，卡尔·拉伦茨书，第299页。



与裁判意义中用于“权衡”的法律原则(价值)相区隔,前者仅指形塑部门法秩序的核心原理与基本结构,譬如公法中的“依法行政”“比例原则”,刑法上的“罪刑法定”“无罪推定”,民法上的“意思自治”“诚实信用”等,它们并不能指示刻下的法官“某条规范应当适用于何种情况”,继而提供裁判的具体意见。<sup>[56]</sup>

对行政处罚规范的合宪性解释,其运用过程亦应当与行政处罚法之一般原理相契合。在行政处罚一域,处罚法定是行政处罚的一般原理,形塑整个行政处罚规范体系,<sup>[57]</sup>《行政处罚法》第3条之规定和第二章“行政处罚的种类和设定”共同完成了对处罚法定的界定,其内容包括行政处罚主体法定、内容法定、程序法定和责任法定,其中“法无明文规定不得处罚”从根本上体现了处罚法定。<sup>[58]</sup>但本文搜集的91个案件中有77个属于治安处罚案件,而《治安管理处罚法》恰恰没有明确规定处罚法定,只在其第5条第1款规定了以事实为依据原则。然而,这并不意味着治安处罚不遵从处罚法定,这一判断也吻合立法者的原初意图,即“考虑到行政处罚的法定原则在行政处罚法中已有明确规定;涉及限制人身自由的处罚,立法法也明确规定只能由法律规定,治安管理处罚法可以不作重复规定”。<sup>[59]</sup>因此,针对行政处罚规范的合宪性解释,不应当与处罚法定存在龃龉。若合宪性解释的运用实际上达到了受处罚人“构成处罚”“从重处罚”的论证效果,则在精神意旨上明显违悖处罚法定。在此可得恳切地指出,在行政处罚一域,法院不应在个案裁判中为论证构成处罚、从重处罚之目的而采用合宪性解释方法,但可以作为否认处罚、从轻处罚之运用。

## 五、结 语

纵然合宪性解释在当前面临困境,不过立足于事实环境和规范的变迁,我们可以看到其良好前景。首先在事实论的立场,随着新一轮司法改革全面深化的开展,法院依法独立公正行使审判权的地位将会更加稳固,司法公信力亦将不断提高,<sup>[60]</sup>而这些可能的改变会毫无疑问地逐渐弱化司法者行为背后的事实论宪法观,取而代之的是更加自主、中立的司法判断;而在国家层面实施宪法的支持性政策环境中,中国合宪性审查制度有望获得实质性的推进,<sup>[61]</sup>随之法律化实施宪法的力量亦将渐次增强,规范理论将会以更为注目的方式形塑法官“援宪说理”的实践逻辑。而在规范主义的视野中,虽然尚没有权威机关就宪法中的“释宪权”做出妥当解释,但最高法院对于法院在裁判文书中引用宪法的态度趋于明朗。显见的例证是2016年6月最高法院发布《人民法院民事裁判文书制作规范》,其一方面明确规定民事裁判“不得引用宪法作为裁判依据”,另一方面又规定“但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”。虽然该规定仅针对民事裁判文书,但其不仅

<sup>[56]</sup> 裁判意义上法律原则的识别方法,可参见陈林林:《基于法律原则的裁判》,载《法学研究》2006年第3期。

<sup>[57]</sup> 参见肖金明:《行政处罚制度研究》,山东大学出版社2004年版,第65页。

<sup>[58]</sup> 参见吴锦标:《行政处罚法定原则及其法律价值》,载《法律适用》2005年第9期。

<sup>[59]</sup> 全国人大法律委员会:《关于〈中华人民共和国治安管理处罚法(草案)审议结果的报告〉》,载公安部治安管理局:《中华人民共和国治安管理处罚法释义及法律文书制作指南》,中国人民公安大学出版社2005年版,第44页。

<sup>[60]</sup> 参见《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》(法发〔2015〕3号)。

<sup>[61]</sup> 中共十九大报告严正提出:“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威。”参见习近平:《决胜全面建成小康社会,夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,2017年10月18日。

表明法官可以在民事裁判文书中将宪法作为说理依据,而且足以反推宪法仍可以在行政、刑事裁判文书中作为说理依据、甚至裁判依据。同样地,随着各部门法针对法官“援宪说理”更为精细、体系的实证研究的开展,亦可预见,社会主义宪法传统中“母法”理论的消极影响,将在理论界与实务界的警觉中趋于消逝。

---

**Abstract** With a comprehensive study of the judgement documents about administrative penalty cases, four modes of “constitutional application for reasoning” have been formed in judicial practice. The modes include Constitutional Violation of Citizens, Constitutional Violation of Government, Restriction of Fundamental Rights, and Simple Acknowledgement of Constitutionality. Though there were many conflicts between these modes and normative theories of legal methodology and constitution, the judges vividly revealed a Sinicism Prospect of interpretation of constitutionality on administrative penalty norm. At the normative level, the interpretation of constitutionality on administrative penalty norm shall follow a set of methods which accord with the established legal methodology and logic requirements. In particular, the measurement of legal interests in case shall be used to resolve principle (value) conflicts with which judge is confronted in the process of selecting the legitimate constitutional norm. Furthermore, the interpreter shall fully realize the literal limits of the administrative penalty norm, and the interpretation of constitutionality shall not contradict the principle of statutory penalty.

**Keywords** Administrative Penalty, Constitutional Application for Reasoning, Interpretation of Constitutionality, Case Analysis

---

(责任编辑:蒋红珍)