

高全喜 龙卫球 主编

从法律的合宪性解释看宪法对司法的可能影响/张翔

在“后现代”思考现代中国的民族国家的建构/陈端洪

司法权的理论语境：从经典裁判权到现代司法权/程春明

LAW SALON

法学沙龙

第一卷

多数主义的法院：美国联邦最高法院司法审查的性质/何海波

政治宪政主义与司法宪政主义/高全喜

反思食品免检制/沈岗

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

LAW SALON

法学沙龙 第一卷

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法学沙龙. 第1卷 / 高全喜, 龙卫球主编.
—北京: 法律出版社, 2010. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0586 - 7

I. ①法… II. ①高…②龙… III. ①法学—文集
②公法—文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 044156 号

法学沙龙(第1卷)

主编 高全喜 龙卫球

责任编辑 林 喆 费翔萍
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 22 字数 300 千

印次 2010 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0586 - 7

定价: 42.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

北航法学院同仁心中一直抱有这样一个想法:在我们力所能及的范围内,做一点真正属于法学的纯粹性的事情。“北航法学沙龙”便是我们着意谋划的一桩。在我们时下的高等院校,讲座、讲坛等随处可见,然而这些多是单向传授式的,少了交流的活泼和深入;研讨会也有汹涌泛滥之势,但由于过于讲究场面和相互的“谦让”,也往往是更近于形式而不够实质。于是我们决定做做学术沙龙这种东西,使学术讨论在这种轻松形式下更宽容些,也就更实质些。

幸运的是,由于大家的齐心协力,特别是基于对于浓厚学术氛围的痴迷追求,3年以来,我们的“北航法学沙龙”以其独特的风格,聚集了一批学养深厚、精于交流的法政学人,在许多炙手可热的理论课题和现实课题展开深度且热情洋溢的交锋,取得了学术发展与共同体情感的双丰收,在法学界乃至政治思想界赢得了一定的声誉。当然,说起来,也并没有什么特别之处,只不过我们一直恪守着沙龙的纯真本性罢了。

我们认为,在熙熙攘攘的当今学界,守护这份思想的真诚格外珍贵。我们的法学沙龙,追求一种不设限的坦诚气氛,追求“惟学术真论”,反对那种论资排辈、你好我好的庸俗气味。沙龙属于年轻人,属于富有创见的思考者,属于直言不讳的批评者,属于时代精神的弄潮儿。我们就是要为他们提供一个真正平等、自由和开放的平台,让他们的思

想观念在这里交锋、锻造和发育生长。在不同理论言说的撞击和论辩中,绽放出思想的睿智、高贵和芬芳,这是北航“法学沙龙”追求的目标,也是我们的本色。

高全喜 龙卫球

2010年4月1日

目 录

张翔	从法律的合宪性解释看宪法对司法的可能影响 / 1
陈端洪	在“后现代”思考现代中国的民族国家的建构 / 20
程春明	司法权的理论语境:从经典裁判权到现代司法权 / 59 ——兼论孟德斯鸠“权力分立”理论中的“司法权”
朱芒	大陆法系的判例制度 / 109
黄卉等	——成文法体系中的判例和成文法的关系
李卫海	博丹《主权论》:翻译、评论及其他 / 162
高全喜	
何海波	多数主义的法院:美国联邦最高法院司法审查的性质 / 210
高全喜	政治宪政主义与司法宪政主义 / 242
沈岿	反思食品免检制 / 304 ——风险治理的视角

从法律的合宪性解释看 宪法对司法的可能影响

主讲人：	张 翔	副教授(中国人民大学法学院)
评议人：	黄 卉	副教授(北京航空航天大学法学院)
	徐绪辉	博士(北京航空航天大学法学院)
	翟小波	博士(北京大学法学院)
	郑春燕	博士后(北京大学法学院)
	郑 磊	博士后(中国人民大学法学院)
	翟国强	博士(中国社会科学院法学研究所)
主持人：	高全喜	教授(北京航空航天大学法学院)
	王 锴	博士(北京航空航天大学法学院)
地 点：	北京航空航天大学法学院模拟法庭(如心楼 101)	
时 间：	2008 年 4 月 17 日下午 2:00 ~ 5:00	

张翔(主讲人)：

“两种宪法案件：从合宪性解释看宪法对司法的可能影响”，这篇文章的写作背景是我自己对于中国宪法学的一个总体上的判断。在我看来，中国的法治发展到现在已经 30 年，各个部门法和整个中国法治都逐步把自己的问题指向了宪法学，这是一个部门法向宪法学提问的时代，而我认为宪法学对各个部门法的提问作出的回应是不够的。部门法对宪法学的提问形成了学术比较有影响的思维方式，主要有两种：一是修宪，各个部门法和法治的发展不断提出修宪的要求。前不久我和民事诉讼法学者的一次对话，他们提出要把诉权写入宪法。2007 年我和一位刑事诉讼法教授探讨，他提出要把宪法中法院、检察院和公安机

关的关系重新修改,他认为公检法的关系是影响刑事司法发展的一个非常大的障碍。还有刑法学者要求把罪刑法定原则写进宪法。各个部门法都提出自己的修宪要求,目的就是要各个部门法的理念写到宪法中去。但是修宪,无论在哪个国家,都是一种非常谨慎的方式,容易引起社会的纷争和法治的动荡,所以修宪是一种非常谨慎的选择。而且作为一个法学者,经常讲修法、修宪,与法学者的身份本身是不适宜的。法学者是一个秩序的建构者,而不是颠覆者,不能以破除现有的法秩序为自己的行为取向。二是所谓的“宪法司法化”,或者说推动“违宪审查”制度。这个推动也有二十多年的历史了,从1982年宪法制定的时候就有这个主张,后来的几代学者一直在提倡宪法司法化,搞违宪审查制度,让宪法走进法院,法院依据宪法判案。这样一个思维,我认为存在比较严重的问题。我这篇文章创作的缘起,是对“宪法司法化”这样一个话语的反思。

在这篇文章中,我提出了一个观点——“不可能的宪法司法化与可能的司法适用”。首先,我简要分析一下“宪法司法化”这个话语的意思。把“宪法司法化”确定下来并成为宪法学界普遍使用的话语的是北京大学法学院的王磊教授。王磊教授对于“宪法司法化”的定义是“违宪审查”意义上的,他希望我们能有一种像美国一样的违宪审查制度。这个话语一提出,就形成一种热潮。但在这股热潮里,也有一股非常强劲的反思力量。较为有力的批判进路有两个:一个是移植美国关于司法审查的“反多数困难”的质疑。这方面的文章写得最有力的是北京大学法学院的翟小波博士。他写了一篇“代议制至上?还是宪法司法化?”的文章,这篇文章非常有影响。这是一个非常有力的质疑。司法审查本身总是反民主的,我们不能不考虑司法审查反民主的方面。但是另一个更有力的批判我觉得是:中国的宪法架构与司法审查是不相容的。因为不管是建立美国式的违宪审查还是德国式的宪法法院,它有一个前提就是现代的三权分立与制衡原则,没有分权制衡原则是不可能违宪审查、司法审查的。在我们这样一个人民代表大会制度的

模式下,法院去进行违宪审查,与我国的宪法架构是冲突的,这个层面的司法审查是绝对不可能的。所以,无论是基于中国的宪法架构还是违宪审查制度本身的内在逻辑,在我看来,在我国现有的法律和宪法之下,宪法司法化是绝对不能的。但这是不是就堵死了宪法在整个司法中适用的可能性呢?换个说法,宪法走入司法是否仅仅是违宪审查这个层面呢?宪法进入司法去影响司法有没有别的途径呢?对于这个问题,我的思考是,宪法对于司法的影响,应该存在两个层面:一个是宪法司法化或说违宪审查层面,另一个是法律的合宪性解释的层面。而我认为,在当前的宪法架构下,唯一有可能突破的是法律的合宪性解释层面。

所谓法律合宪性解释,是指在我们对普通法律的解释中,把宪法的精神贯彻进去。在我们进行法律解释时,应该参考宪法的规范和价值,把宪法的价值内涵通过我们的解释融入部门法。法律合宪性解释本质上是法律解释,但由于它本身包含着宪法取向,包含一种对于宪法精神的纳入。在这个意义上,也可以称为宪法解释。所以说存在两种不同意义的“宪法案件”:一种是“真的宪法案件”,即违宪审查意义上的宪法案件;另一种是与宪法有关的宪法案件,也就是能够进行法律合宪性解释层面的案件。具体来说,法律合宪性解释可以包含不同的层面。第一层面是单纯的解释规则,就是在解释法律的时候,把宪法精神纳入考虑。第二层面是保全规则,如果我们对一个法律条文的解释有多种解释的可能性时,我们选择与宪法相一致的那个解释,就是我们通过解释使得法律合宪。第三层面是一个法律有多种解释的可能性,这多种可能的解释相互冲突的时候,我们应当选择与宪法相一致的解释,这是冲突规则。这是法律合宪性解释几个不同的层面。法律合宪性解释本质上是一种法律解释,是一种宪法取向的法律解释。

我们来进一步考察一下法律合宪性解释的地位性质和历史发展过程。最初,法律的合宪性解释仅仅被看做是法律解释方法的一种,而且是一种不太重要的方法。但是,在现代宪法理论方法下,发生了一种转

向,变成了一种法官的义务。过去法官只是把合宪性解释看做是一种方法,与文义解释、历史解释、体系解释并列。而现在发生了转化,法官开始负有合宪性解释的义务,你必须把宪法精神通过你的解释融入法律的精神里面。这有一个从方法到义务的转向。这种转向有一个非常重要的背景,就是《德国基本法》的规定。《德国基本法》第1条第3款规定:“下列基本权利是约束立法、行政和司法的直接有效的法律。”这一条规定到宪法里是有一些争议的,以宪法约束立法,这没有问题,约束行政,这也没有问题,但以宪法约束司法,在德国就存在一定的问题。在德国,宪法法院和普通法院是独立的,普通法院如何受宪法的约束呢?如果普通法院还是按照传统的方法和逻辑去处理案件,宪法是不会纳入普通案件的。因为我们知道在德国“二战”之前,宪法根本就不是实证法的组成部分,所以法院根本不会去考虑宪法。但是战后发展出了一个理论,就是基本权利作为“客观的法”、“客观的价值秩序”这样一种理论。基本权利一方面个人可以主张的权利,另一方面又是一种约束立法、行政、司法的“客观的价值秩序”。一切国家公权力机关在行使任何公权力时,必须时时刻刻把基本权利作为自己考量的因素之一。在这种层面上,使得基本权利对于司法产生了非常直接的影响。在这样的背景下,法官的合宪性解释方法才开始被重视,并逐步开始被使用,法律的合宪性解释才开始成为非常值得探讨的问题。

那么,法律的合宪性解释与我们中国有什么关系,或者对我国的宪法学发展有什么样的借鉴意义呢?我们可以看一下我国关于宪法与司法的基本框架。首先在我国宪法序言里有这样一段话:“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”“一切国家机关”都有保证宪法实施的职责,那么法院当然也包含在其中,这可以《德国基本法》第1条第3款的理解作参考。从宪法条文的解释上,似乎可以这么看,但如果把这个问题放到实践中,我们可以看到,法院在审判中绝对不会去援引宪法。这不能“归罪”于

法院,因为法院援引宪法处理案件确实有很大的障碍。一方面,是方法上、能力上的障碍;另一方面,是我国《宪法》第67条明确规定了仅全国人大常委会才有宪法解释权,因此就排除了其他国家机关解释宪法。既然法院被排除了宪法解释权,那如何去运用宪法来判决案件?案件适用法律的过程一定是对法的理解和解释的过程,法院没有宪法解释权,怎么去适用宪法?美国的马伯里诉麦迪逊案,被称为是伟大的“篡权”,意思是宪法没有规定宪法解释权归谁,法院自己篡权把宪法解释权给夺过来了。但我认为,在中国这个篡权是不可能发生的,因为宪法已经明确规定宪法解释权的归属,它和美国的背景不同。在这样的背景下,一方面法院肯定是受宪法约束的,另一方面在司法实践中,法院对宪法不会直接援引。在这样的情况下,唯一可能的突破就是法律的合宪性解释。为什么呢?因为合宪性解释本质上是一种法律解释,不是宪法解释,普通法院在审理案件中去解释法律,在这样的解释中去纳入宪法精神,这是没有问题的。无论从宪法上讲,还是从司法上讲,都不会产生冲突,也不会引起法官在援引宪法时的紧张和不安,也不会导致违宪,所以是有可能突破的。这是从制度层面上讲的。另一个层面,从法学的层面讲,我们会发现,如果存在法律的合宪性解释,我们在司法实践中遇到的许多问题,就能够得到解决。我列举一些例子,说明民法学者、行政法学者、刑法学者他们是怎么利用法律的合宪性解释的。因为我发现一个很有意思的现象,谈论法律的合宪性解释,最早的不是宪法学者,而是部门法学者,相反宪法学者关注这个问题很晚,原因可能是和部门法学者更多地去接触司法实践有关,他们发现司法实践中需要宪法,所以才去寻求这样的突破。这里我举几个案件来说明合宪性解释的适用空间。

前几年陈凯歌拍了一部电影叫《无极》,有个网友在网上戏谑搞笑,搞了一个《一个馒头引发的血案》的短片,惹得陈凯歌大怒,想告这个网友,后来不了了之了。我认为,这个案子中存在一个基本权利的冲突问题,存在陈凯歌的人格尊严与胡戈的艺术创作自由的冲突。所以在这

个案子的处理中,就有必要纳入宪法层面的考量。为什么呢?首先在生活中,基本权利的冲突是经常存在的,公的领域、私的领域都存在。在私法领域,这种言论自由与人格尊严的冲突经常会发生,在发生这种冲突的时候,我们一般是通过立法来解决的。比如《著作权法》里面会明确规定合理使用,看胡戈的行为是否属于合理使用。《著作权法》的规定本来就是对这种冲突的规定,当然,如果《著作权法》的规定能把这个冲突处理得非常好,这个问题就不再表现为宪法问题了,而仅仅是《著作权法》的问题。但有时我们会发现法律条文不够用,无法对这个问题作出合理的解答,在这样的情况下,就可能重新回到宪法,探索宪法中艺术自由和人格尊严条款的价值内涵,重新形成规范来作出判决。这个过程就是法律合宪性解释的过程。还有刑法里面的诽谤罪,该罪也是涉及人格尊严与言论自由的冲突,在极端的情况下,刑法无法解决时(国外有过这样的例子),在刑事案件的审判中参考宪法中言论自由的规定,使得行为本来构成诽谤罪的人,因其行为符合宪法保护言论自由的规定,而免于诽谤罪,也就是宪法上的言论自由阻却了刑法上的诽谤罪。这些案例都是普通部门法在解释法律时纳入宪法精神的考虑。

这篇文章的最后是探讨合宪性解释的运用。大家知道传统的法律解释方法有文义解释、体系解释、目的解释、历史解释。合宪性解释是纳入四种方法中还是单独列为一种方法,这个问题是很不明确的,最初有人把合宪性解释与前四种解释并列为第五种解释,我觉得这欠考虑。后来有人认为合宪性解释属于目的解释,在其他方法都无法解释时,进行目的解释可以把宪法纳入进来。但是实践中发现,不全是目的解释,有可能是体系解释。在存在两种解释的可能时,参考宪法,选择符合宪法的解释,这应该是体系解释而不是目的解释。那么,合宪性解释究竟是什么样的解释方法呢?还有合宪性解释有时会突破现有法律的规定,有人认为这是一种法外的续造。所以,合宪性解释究竟是目的解释、体系解释还是法外续造很难界定,我也不能给出一个明确的答案。我的想法是合宪性解释不是传统的解释方法以外的新的解释方法,更

多的是解释者在进行解释时所要考虑的因素,是体系解释、目的解释、法外续造都应该考量的因素。当然,宪法考量必须遵循低层级规范优先适用的原则,首先考虑低层级规范,实在解决不了再考虑宪法规范。在此基础上我在文章中提出了适用合宪性解释的四点,当然这只是抛砖引玉的作用,希望能够为未来在理论和实践上完善合宪性解释提供一点学说积累或者批判的基础。

黄卉(评议人):

首先,违宪审查在我们的宪法制度中,肯定不能归于我们的司法机关,对此,我表示赞同。但在这篇文章中理由并没有系统地展开,即使我们把最高权力给了全国人民代表大会,是否就意味着这一权力是不受监督、不受制约的?《宪法》第67条对全国人大常委会已经赋予了它监督宪法和解释宪法的权力。我们对于权力至上的理解是应当受到监督的,那么这个监督的机制是不是通过违宪审查的,我觉得不能绝对地加以否认。全国人大代表是否就是人民本身,因为人大代表的“代”字跟人民还是两个概念,并且通过民主理论的最新发展,即便对全民公决的民意代表性都有了新的反思。但这并不是这篇论文的重点,所以我觉得我只赞成他的观点,即不能把违宪审查权给予司法机关,而宪法把违宪审查权赋予了全国人大常委会,但全国人大常委会是否在实践中很好地行使这个权力,这是制度和现实的问题。我觉得区分宪法制度和宪法实践还是非常必要的,就像我们在部门法中区分法律制度和司法实践一样,这是一个非常基础的任务。

其次,张翔对宪法适用的问题做了两个层面的分类,一个是违宪审查意义上的宪法适用,另一个是合宪性解释的适用。他在否定宪法司法化的同时,其实是认为司法化包括两层意义:第一层是违宪审查,第二层是宪法在司法机关具体适用案件时的直接适用。如果否定了司法化的全部成果,也等于把宪法的直接适用否定掉了。在张翔的论文中,虽然强调了合宪性审查,但并没有非常清楚地对为什么否定直接适用

的效力作出正面的阐述,应该说他提到的一个论据是《宪法》第 67 条,他认为根据第 67 条第 1 项,宪法解释权明确专属于全国人大常委会。但我认为这不是专属权力,它只是规定了最高的权力,最终的最高解释权在全国人大常委会上,并不是其他的机构没有解释权。如果要贯彻宪法精神,那就必须理解宪法的精神是什么,在理解的同时肯定回避不了要解释宪法。他把解释宪法和宪法解释权要等同起来,认为没有宪法解释权就不能解释宪法,不能解释宪法就不能适用宪法,在这一逻辑上得出宪法不能在司法机关的个案审理中直接适用。对此逻辑分析我有所保留,我觉得最高解释权和最终解释权还是有区别的。如果一个法院在案件当中对宪法作出了不恰当的解释,最终要经过全国人大常委会的审查,否则法院的宪法解释就是错误的,要被取消最后的判决效力。张翔副教授回避了宪法解释权这个问题,但赋予了司法机关合宪性解释的权力。如果否认了宪法的直接适用权,我们可以把合宪性解释看做一种宪法的间接适用权,它确实不是宪法解释,而是法律解释,但在法律解释中要把宪法精神纳入的话,就一定要解释宪法。那么,像《宪法》第 67 条第 1 项,到底是不是一个明确的专属权,我们就需要加以讨论。

最后,张翔给我们介绍了法官也有合宪性解释的宪法义务,我是非常赞同这样一个宪法义务的。这个宪法义务不仅是间接适用,而且也可能从宪法的现有制度中得到。这个就是《宪法》第 5 条第 4 款——一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。法院作为一切国家机关其中的一个,我们看不出为什么宪法不能直接适用。不能直接适用的理由也许在现实中真正的障碍是司法解释。如果反对这种适用的司法解释是 1986 年的司法解释或者是 2001 年的司法解释,但应该还有一个是 1988 年对天津劳动争议案的批复,在该批复中直接引用了宪法。所以,最高人民法院对宪法是否直接成为司法依据是游移不决的。现在学术界的意见是认为坚决不引用宪法,我从司法解释的文字中看到是在判决中不要引用宪法,但

是不是宪法不能作为适用对象,与引用判决技术、写作技术与法律适用技术还是有一点点距离的,特别是在判决写作技术追求简单、不说理的情况下,我觉得要加以区分。如果当时最高人民法院对宪法是否作为适用依据没有一个明确的观点,我们把不提这一点作为排除宪法适用依据,我不同意。宪法的直接适用在我们的基础制度框架中是存在的,但将违宪审查权赋予最高人民法院在宪法制度框架中是不存在的,我们需要进行大量的重新修宪才可能把这个权力从全国人大常委会转移到最高人民法院,是否应该转移则是另外一个课题。

刚才提到《德国基本法》第1条第3款的规定,基本权利是对所有国家权力机关都能直接适用,这个直接效力意味着如果一般的法律和宪法产生了冲突,那么以宪法为准,如果普通的法律没有相关的规定,而宪法中有更明确的规定,那么就直接适用宪法的规范。为什么会提到德国也非常强调间接适用,是因为在第三人效力当中,也就是在民法关系中是否要直接适用宪法的问题,宪政是约束公权力的,不是约束私权利的。从这种适用技术的角度出发,在德国很长时间形成平等主体之间的法律冲突,如果需要适用法律的话,通过对一般条款公序良俗、诚实信用进行合宪性解释,而不直接运用宪法,基本达成通说。上次德国教授告诉我,德国联邦宪法法院在理论上虽然这么说,但实际上已经突破了间接适用,在司法当中已经是直接适用了,他认为间接适用只是为了防止自己的理论“名不副实”,这与张翔所说的合宪性解释不是宪法解释有一点点相同。

翟小波(评议人):

我主要谈两点:第一,每个人都有遵守宪法的义务,每个人都有遵守法律的义务,每个人都有职责去维护宪法和法律的实施,并不意味着每个人都有宪法和法律的解释权。在这里我还是坚持我一贯的划分,好的理解和好的解释是两回事。我们每个人都要守法,并不意味着我们每个人都有法律解释权,同样这个道理可以适用于法院。

第二,司法的违宪审查和宪法在法院的直接适用是完全区分不开的。一旦承认宪法可以在司法中直接适用,必然会导致法院对法律的违宪审查,这是一个很简单的逻辑,如果宪法在案件中可以直接适用的话,那么法院认为正在适用的法律违宪,法院该怎么办?它可能适用宪法。而且既然法律和宪法存在冲突,法院肯定要决定该适用哪个法。我国学界有不少讨论宪法实施的文章,一般来讲,他们的起点就是宪法一定要在法院中实施,由此来研究实施办法。我觉得这个可能是一个错误的起点,张翔也是在这个思路的大背景下,通过更加隐蔽的办法让宪法在司法中发挥作用。张翔提到的这些案子我认为都可以在现有的法律体系下得到解决,不用诉诸宪法。如果法官要诉诸宪法,恰恰说明法律解释能力的贫弱。如果在法律解释能力如此贫弱的情况下,把宪法的解释权交给了司法,后果可能更可怕。

从法律合宪性解释的概念本身来看,张翔把法律的合宪性解释和解释宪法区分开来,认为法律的合宪性解释是依照宪法解释法律,不是解释宪法,这需要更仔细的论证。如果法律的合宪性解释不是对宪法的解释,这个命题只有在宪法的含义极其确定的时候才能够成立,如果宪法的含义不确定,依照宪法来解释法律,或者说法律的合宪性解释就必然涉及对宪法的解释。那就意味着法院又篡权了,这是第一种可能性。第二种可能性就是宪法的含义都是确定的,但是我国的确定与美国、德国分别体现在最高法院的判例以及宪法法院中的判例不一样,而恰恰体现在我国所有的立法中。如果按着这条思路,法律的合宪性解释就根本不是合宪性解释的问题,而是转化成在法律体系内部参照其他法律来解释该法律。在中国,我基本认为宪法的含义是明确的,但它的明确体现于各个具体的法律中,因为在我们国家的立法是宪法解释和宪法实施最通常的渠道。如果不这样理解,那必然是法院的篡权。更重要的是这种篡权可能是没有任何意义的。我们为什么要解释法律,因为法律的含义抽象,但是宪法的含义比法律更抽象。如何通过宪法条文的含义确定法律的含义,这是其一。其二,张翔在文章中有一个

问题说得不是很明白,究竟把宪法的什么东西纳入法律,有的时候说是规范,有的时候说是价值,有的时候说是决定。我们可以把宪法的内容分为三类,第一是基本的政治决定,比如中华人民共和国实行社会主义制度,社会主义制度是中华人民共和国的根本制度,中华人民共和国要依法治国,要坚持党的领导,法院根本没有能力去解释。第二是基本的法权,我承认法院可能有这个能力,但宪法已经把它交给了立法机关,让立法机关具体化。第三是政策性的条文,包括经社文权利,就是积极人权,积极人权和政策性条文也是法院无力也无法胜任的。这里的政策性条款都不是立即适用的,都是取决于政府的财政发展,而且是要通过民主决议来确定的。

关于这篇文章的细节方面,张翔通过部门法学者的一些论述,证明法律的合宪性解释在中国已经成为一种实践,这可能是不妥当的。能否通过案例来证明,通过法院的具体实践来证明?因为学者的观点说的都是德国的案例,如果按照德国的逻辑我们恰恰应该通过其他的法律去解释现在我们运用的法律,正如德国宪法的含义经过宪法法院的判例而得到确立一样,在中国宪法的含义是通过立法确立的。如果我们要解释抽象的法律条文的话,要知道宪法的具体含义只能去找法律而不是宪法。通过学者的论述证明自己的观点,这个说服力比较弱,最好是通过案例。

郑春燕(评议人):

张翔的整个讲座有两个方面的努力:一个是必须坚持现行的宪法框架;另一个是想让宪法发挥作用的方式往规范道路上走。但是我对他如何让宪法在现行的框架下发挥作用的努力有一些质疑。张翔提出可以通过法律的合宪性解释,这个道路有三条:一是一般性的解释规则,也就是说在解释过程中,把宪法的价值融入对法律的理解当中,法官理解法律、解释法律的时候,就会存在这样的问题,如果宪法的价值已经在法律中进行了明确的罗列,已经构成了立法者制定这部法律的