

明

法

集

华东政法大学优秀硕士学位论文选

华东政法大学研究生院教育院 编



明法集

中国检察出版社

明

法

集

卷四

明法集

明法集

华东政法大学优秀硕士学位论文汇编

华东政法大学研究生教育院 编

中国检察出版社

图书在版编目(CIP)数据

明法集/华东政法大学研究生教育院编. —北京:中国检察出版社,2009.5

ISBN 978-7-80185-912-9

I. 明… II. 华… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 067071 号

明法集

——华东政法大学优秀硕士学位论文选
华东政法大学研究生教育院 编

出 版 人:袁其国

出版发行:中国检察出版社

社 址:北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)

网 址:中国检察出版社(www.zgjccbs.com)

电子邮箱:zgjcbs@vip.sina.com

电 话:(010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销:新华书店

印 刷:三河鑫鑫科达彩色印刷包装有限公司

开 本:720mm×960mm 16开

印 张:38印张

字 数:761千字

版 次:2009年6月第一版 2009年6月第一次印刷

书 号:ISBN 978-7-80185-912-9/D·1888

定 价:80.00元

检察版图书,版权所有,侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

这是最好的书，这是最“坏”的书；
这是冗长的连载，这是精练的佳作；
这是信仰的抒发，这是怀疑的表达；
这里叙写希望之春，这里述说失望之冬；
在这里你可能找到一切，在这里你可能一无所获。

也许这是最矛盾的开头，也许这是最不矛盾的开头。借用《双城记》的开篇，作为本书的伊始，从相对的角度探索本书的意义，牵扯出一个看似矛盾的初步书评，于是有了上面的文字。

矛盾与不矛盾之间，其实隔着轻纱般的微妙距离。在华政园里，这样的微妙体现得很优雅，地处闹市中心，却独守着一方静谧，无论是倚苏州河瞰波，抑或驻韬奋楼听钟，还是领悟牌坊上那镌刻的古老智慧，一切的一切，似乎都在现世之中，又出离于现世之外。

也许华政学子也是怀揣矛盾的，往返于浮华的都市与避世的桃源之间。载着不同的背景和经历，带着别样的心情和思绪，用宝贵的三年在这里聆听法律的教诲，经是人生重要的洗礼，他们可能成为法律的布道者，或者制定者，或者捍卫者，或者执行者，而今天在这里所获取的，所感悟的，定将随身相携，历久弥新。于是有了这本书，记录下华政学子求知的片段，是为证实也好，记录也好，或是播撒也好，传承也好，成为有意义的一种载体和寄托，也是纪念青春岁月的一种方式。

这是最好的书，因为它汇集了硕士学位论文的精华，当三年的研习思考化为文字之时，这就是最好的文字汇编；这是最“坏”的书，它没有大彻大悟的智慧，也没有字字珠玑的文采，更没有荡气回肠的情节，但有真诚的视角，朴素的思考。

这是冗长的连载，间隔长达一年之久，每篇论文也都经过迷茫、煎熬、清晰、明朗、成型、定稿等过程，也算风风雨雨、含辛茹苦；这是精练的佳作，每篇论文都是一个独立的单元，凝聚了学位论文的精华，也许没有学者专著的系统 and 深度，但也有鲜明的观点和独到的见地。

这是信仰的抒发，“法律必须被信仰”，伯尔曼老先生的宣言在今天听来依然响亮，在这信仰缺失的时代，在这里你能遇到真挚的信仰；这是怀疑的表达，对书

本的怀疑，对名家的怀疑，对规则的怀疑，对时代的怀疑，都浸润着自我的追问、执著的探寻。

这里叙写希望之春，中国法治希望的春天也许就从这点滴文字中生发出去，“九层之台，起于垒土”，这方块文章中也许蕴涵着未来制度构建的砖瓦；这里述说失望之冬，或因制度的落差，或因时代的局限，但失望之后终有生机。冬天来了，春天还会远吗？

在这里你可能找到一切，不仅是文字表面传达的信息，更重要的是其传递的思考和体验，前者需要用眼睛去读懂，而后者需要用心灵去体会；在这里你可能一无所获，那就期待你的思想的融入，期待你的经验的共鸣。

不知不觉，华东政法大学遴选优秀硕士学位论文结集出版工作迈入了第三年，此时正值四月天，春满华政园，也期望华政的学术氛围能如樱花绽放，繁华绚烂，学术创新能如春意盎然，生机无限。

编 者

2009 年 4 月

目 录

序	(1)
---------	-------

法学理论

美国宪政中的“反多数难题”研究

——为何以司法来“反多数”？	俞 斐 (3)
----------------------	-----------

法律与发展：从现代化到全球化	张宇坤 (13)
----------------------	------------

法 律 史

清代家庭经济纠纷的诉讼解决

——以清代地方官判牍中的案例为中心	肖 燕 (27)
-------------------------	------------

议会议事录在英国法律解释中的命运

——对佩珀诉哈特案的历史分析	张 洁 (40)
----------------------	------------

卡罗琳产品案的“第四脚注”与“双重审查标准”	王轲迦 (53)
------------------------------	------------

宪 法

行政法视野下的我国药品审评咨询制度之完善	陈晋华 (67)
----------------------------	------------

立法归类与宪法平等原则的关系研究	归永吉 (82)
------------------------	------------

民 商 法

夫妻共同债务的性质及其问题

——以《婚姻法司法解释(二)》为基础	翟冠慧 (95)
--------------------------	------------

网络环境下的商标侵权认定理论	李进付 (108)
----------------------	-------------

商业外观保护模式初探

——用商标法保护商业外观的构想	曹 雁 (118)
-----------------------	-------------

美国商标反向混淆理论及对我国的借鉴	刘 雯(130)
论医疗方法专利制度的构建	杨志刚(141)
我国巨灾保险法律制度研究	
——从2008年伊始南方雨雪冰冻灾害谈起	许 均(151)
网络环境下广播组织权问题研究	王丽娜(162)

经 济 法

税务诉讼举证责任研究	曹晓如(177)
债权人参与公司治理法律问题探析	
——以银行参与公司治理为中心	孙婷婷(195)
我国创业板市场做市商的监管制度研究	施廷博(209)
证券投资基金在上市公司治理中的角色研究	邱冬梅(222)
建筑物区分所有架构下的车库权属研究	
——兼议我国车库权属制度的构建	杨志春(235)
股东出资瑕疵法律问题研究	应钟铤(254)
铁路业行业监管与反垄断法规制研究	张春燕(267)
中国反垄断法之卡特尔宽恕制度研究	张诗怡(281)
试论我国新《公司法》中的股东账簿查阅权	公 莉(294)
我国矿业权取得及流转法律问题研究	孙 一(306)

刑 法

论契约精神下的民权刑法	吕 洁(319)
交易型受贿犯罪疑难问题探析	张 炜(331)
拒不执行判决、裁定罪若干问题研究	刘国敏(343)
证券市场虚假陈述刑事立法的完善思考	王 峰(356)
假释制度的理论与实践	陈柱钊(367)
论当代中国的生态犯罪	陈 珏(379)
借鉴与反思:未成年人恢复性司法的构建	尤丽娜(390)

国 际 法

跨界环境损害的国家责任与非国家责任问题研究	董开星(405)
仲裁员责任制度探析	包文捷(418)
论我国国际商事仲裁裁决司法审查中的公共政策	李晓琳(432)
元标签的商标法律研究	廖春燕(444)
人类胚胎干细胞相关发明可专利性研究	朱 鹞(456)
“337 禁令”的法律问题研究	向亚君(469)
国际争端解决机制多样化带来的国际法之不成体系化 问题研究	孙传玲(483)

诉 讼 法

事实认定的正当性基础研究 ——证据学为侧面的法哲学分析	王晓华(499)
当事人意思瑕疵诉讼行为救济论	刘 强(511)
经济犯罪案件“行刑衔接”问题研究	陈邦达(523)
我国主诉检察官办案责任制改革与完善思考	陆文奕(533)
民事证据契约研究	许建添(546)
网上纠纷非诉讼解决机制研究	刘 江(558)
试论构建我国刑事诉讼专家辅助人制度	周长春(571)
工程学科:侦查学在学科谱系中的定位	王慧智(582)
后 记	(596)

法学理论

美国宪政中的“反多数难题”研究

——为何以司法来“反多数”？

俞 斐

在美国,国会议员是由民众定期民主选举产生的。然而,联邦最高法院的大法官却不是民选的,从不要求对民众负责,而且为了保障其独立性,大法官们司法审查的过程在很大程度上也隔绝于民主政治的压力。于是,这就产生了一个在民主社会颇为敏感的问题,即:为何司法审查允许由非民选的少数法官撤销由民选代议分支(如国会)制定的法律?这个问题就是本文研究的主题——由耶鲁大学法学院教授比克尔率先提出的美国宪政中的“反多数难题”(the countermajoritarian difficulty)。

一、以司法来“反多数”的传统成因分析

“反多数难题”和司法审查紧密相关,司法审查一出现,“反多数难题”亦随之产生。从司法审查的思想渊源来看,自亚里士多德以来的西方文明中的自然法观念和英国悠久的普通法传统对美国司法审查的影响无论如何都不可忽视。事实上,英国的普通法又深深地打上了自然法思想的烙印,考文教授对于普通法的本质作出了极富见地的分析:“事实上,普通法即是习惯,这些习惯通过上述审判制度逐步发展为全国性的,也就是说,发展为普遍的(common)。但它又不仅仅是习惯,因为当法官们选择承认什么样的习惯以使其具有全国性的效力,和禁止什么样的习惯通行时,他们实际上运用了‘合乎理性’这一检验标准,一个最初源于罗马和欧洲大陆思想的检验标准。实际上,普通法体现正确理性这一观念从14世纪起就提供了普通法要求被看做是高级法的主要依据。但是,必须再次注意它与欧洲大陆思想的巨大差别。欧洲大陆的高级法准则所针对的正确理性,一直是西塞罗诉求的正确理性,它是全人类的正确理性,而另一方面,作为普通法基石的正确理性,从一开始就是法官的正确理性。普通法被看做是依赖于知识或发现的法,所以它是依赖于专家们的法,随着遵循先例(stare decisis)学说以空前稳固的方式得到确立,情况便愈益如此。”^①在笔者看来,考文教授至少说清楚了普通法的两个非常重要的方面:其一,普通法是正确理性的体现,在这一点上其具有浓厚的自然法色彩;其二,普通法的正确理性是法官的正确理

^① [美]爱德华·S. 考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版,第19—20页。

性,所以只有法官才是审查立法是否合乎理性的最合适主体,换言之,由司法来“反多数”是作为普通法基石的正确理性的必然要求。

除了普通法传统的巨大影响外,英国的违宪审查也离不开爱德华·柯克爵士。在1215年《大宪章》的性质问题上,柯克认为其之所以被称为《大宪章》,“并不是由于它篇幅巨大……而是由于……它所包含的内容至关重要且崇高伟大,简而言之,它是整个王国所有的基本法律的源泉”,“任何与它相悖的判决和法规‘皆为无效’”^①。柯克甚至还大胆地提出:“如果议会的行为背离基本人权和理性,那么普通法应对这一行为进行监督控制,并宣告它无效。”^②值得注意的是,另一位英国法制史上的著名人物布莱克斯通尽管也主张自然法思想,但是他对违宪审查的看法与柯克却迥然有别,他认为:“即便某项议会立法是不合理的,我也认为没有其他权力可以改变它……法官也无权拒绝适用它,因为这将使司法权凌驾于立法权之上,从而颠覆所有的政府。”^③

毋庸置疑,柯克和布莱克斯通的自然法思想和柯克的违宪审查思想对当时的北美殖民地产生了巨大的影响。然而,最终是柯克的自然法基础上的违宪审查思想占据了上风,而布莱克斯通的同样是基于自然法的“立法万能”或“立法至上”思想却并未能能够在北美得到宪法实践。北美殖民地时期,在英国国内“议会主权”和“议会至上”是主流,但是为何布莱克斯通的思想到了北美就不为人们所接受呢?笔者认为,北美殖民地人民作出的制度抉择在很大程度上是对当时英国殖民者的政治抵抗。当时,英国政府大大加强了对北美殖民地的统治,颁布了诸如《印花税法》等一系列政策法规,北美人民对此深恶痛绝,引发了人们对立法机构的敌视。在此历史背景下,布莱克斯通的“立法万能”或“立法至上”思想自然会受到人们的排斥。此后,美国的独立也未能改变人们对“立法万能”的怀疑以及对立法机构的疑惧。这种继受于殖民地时代的观念为北美独立后违宪审查思想的发展提供了必要的心理因素,就如斯诺维斯所言:“美国革命后的10年,许多美国人对立法机构能否忠诚于既定原则……已经不抱什么希望。对立法意志的恐惧……成为早期美国人拒绝布莱克斯通的结论、支持司法对违宪立法进行核查的重要原因。”^④

概言之,普通法法系通过法院和法律来制约王权和议会权力的传统决定了由司

① [美]爱德华·S. 考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版,第55页。

② [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2001年版,第52页。

③ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago & London: University of Chicago Press, 1975, Vol. 1, p. 91. 转引自朱仁华:《美国违宪审查的历史探溯》,载《环球法律评论》2007年第5期。

④ [美]西尔维亚·斯诺维斯:《司法审查与宪法》,谌洪果译,北京大学出版社2005年版,第15页。

法来制约立法并进行违宪审查。柯克和布莱克斯通的自然法思想促成了违宪审查的理论和实践在北美殖民地和独立后的美国的发展,而北美的政治斗争和由此产生的北美殖民地人民对立法机构的怀疑以及反对议会政治的专横这一传统则使得违宪审查的主体得以确定,即由司法来进行违宪审查。

二、以司法来“反多数”的应然性分析

首先,司法独立和司法权威为以司法来“反多数”提供了底气。汉密尔顿在《联邦党人文集》第78篇中对司法部门有一段极为经典的论述:“大凡认真考虑权力分配方案者必可察觉在分权的政府中,司法部门的任务性质决定该部对宪法授予的政治权力危害最寡,因其具备的干扰与为害能力最小。行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权,而且执掌社会的武力。立法机关不仅掌握财权,且制定公民权利义务的准则。与此相反,司法部门既无军权又无财权,不能支配社会的力量与财富,不能采取任何主动的行动。故可正确断言:司法部门既无强制又无意志,而只有判断;而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量。”^①也就是说,在汉密尔顿看来,立法权、行政权和司法权三者的原始力量相较而言,司法权是最为弱小的。虽然从理论上说,法院也是政府的一个部门,也不能排除冤假错案的可能性,但相比立法和行政两大部门来说,就对民众权利的潜在威胁而言,它却是“危险最小部门”。为了使司法权能与立法权、行政权相抗衡,最终实现三权分立,就需要以相应的制度安排来加强司法权和其他两权分权制衡的实力,这对于美国整个政制安排是极为关键的。实际上,权力分立和制衡的观念和实践根源于对人性的深刻洞察,诚如《联邦党人文集》中的那个相当经典的表达:“用这种种方法来控制政府的弊病,可能是对人性的一种耻辱。但是政府本身若不是对人性的最大耻辱,又是什么呢?如果人都是天使,就不需要任何政府了。如果是天使统治人,就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”^②

笔者认为,美国宪政体制主要是借由以下两方面来保障和提升司法权的实力的。一方面,《美利坚合众国宪法》第3条第1款规定:“最高法院和低级法院的法官如忠于职守,得终身任职,在其任职期间得领受酬金,其金额在连续任职期间不得减少。”在美国的法律框架内,国会并不拥有高于联邦法官的职权。只有在有证据表明法官犯有“叛国罪、贿赂罪或其他重罪轻罪”的罪行时,国会才能发起弹劾的动议。^③这样的宪法规定使得立法机关不能因为它不同意特定案件中法官的裁判而将法官免职,从而使得将法官免职或弹劾成为十分困难的例外情形。此外,美国总统虽然可以提

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第391页。

② 同①,第264页。

③ 参见《美利坚合众国宪法》第2条第4款。

出人选并经参议院建议和同意而任命最高法院的大法官,^①但是随着时间的推移,由总统任命的大法官并非就一定拥有总统所在党派色彩,更不是总统意志的代表,不会听命于总统。一言以蔽之,在美国想要通过提名、任命或弹劾最高法院大法官来影响或限制最高法院基本上是行不通的。由此,法官个人获得了独立的地位,并且为系统意义上的司法独立奠定了坚实的基础。在笔者看来,系统意义上的司法独立和与其相关的司法权威是美国宪政体制中保障和提升司法权实力的另一方面。只有司法独立了,司法才能树立其特有的司法权威,才能具备与立法权、行政权分庭抗礼的底气。司法部门与立法、行政部门分庭抗礼的重要武器就是解释宪法,进而行使违宪审查权。汉密尔顿认为:“宪法除其他原因外,有意使法院成为人民与立法机关的中间机构,以监督后者局限于其权力范围内行事。解释法律乃是法院的正当与特有的职责。而宪法事实上是,亦应被法官看做根本大法。所以对宪法以及立法机关制定的任何法律的解释权应属于法院。”^②司法部门经由解释宪法、进行违宪审查获得了司法权威,这种权威使得尽管联邦最高法院的某些具体判决意见未必得到所有人的同意,但人们依然会接受这样的判决,其原因正如杰克逊大法官所言:“我们不是因为没有错误而成为终极权威,我们只是因为终极权威而没有错误。”^③杰克逊大法官的这句名言与其说是开诚布公地承认了自己的局限,还不如说是证明了司法权威的作用和影响力。当然,也存在着改变最高法院判决的合法途径,那就是通过宪法修正案来否定最高法院的判决。但由于一项宪法修正案的通过需要经历极为烦琐而严格的程序,^④所以想要经由此种途径来改变最高法院的判决可谓难于上青天。

其次,司法审查是法官的技艺理性和法治精神的结合。由于种种制度和文化的原因,相对隔绝于政治压力的、受过理性主义法律思维训练的法官,可能比立法者更适合担当违宪审查的主体,而法官的职业知识和法治之间又是互相补充的关系。可以说,法官经过职业训练所特有的技艺理性使得法官具备了进行违宪审查的智识条件,譬如法律思维、法律知识、司法技能以及客观中立的原则立场等。另一方面,“任何人不得担任他自己的法官”这样古老而又历久弥新的法治理念客观上要求由法官来进行违宪审查。依据这种法治理念,议会或总统制定的法律是否符合宪法,就不能由议会或者总统说了算,必须由某一中立机构来加以判断。具有技艺理性的法官恰

① 参见《美利坚合众国宪法》第2条第2款第二项。

② [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第392—393页。

③ 原文是:We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final. See *Brown v. Allen*, 344 U. S. 443, 540 (1953).

④ 美国宪法规定,任何一项宪法修正案只有经过国会两院三分之二多数通过、全国四分之三州在规定的时间内批准,方才有效。在美国两百多年的历史,以宪法修正案的形式来推翻最高法院的判决总共只出现过四次。

好能够担当此任,个中原因正如斯通大法官的“第四脚注”所暗示的那样:当恶法本身就是用来限制甚至斩断一些受害的个人或团体有效地进入政治程序时,如何能够指望制定恶法的机构会自己取消恶法呢?而由法官来进行违宪审查不仅为公民诉求取消恶法提供了一条救济途径,这条救济途径还能够保障审查的相对中立性,也很好地回应了公民要求参与政治过程的现实要求。

最后,以司法来“反多数”的一个很重要的原因是为了把政治考虑排除在外。因为第一,若付诸民意代表如立法机构这样的政治考虑,成本可能太高,因为立法部门往往是政府各部门中效率最低的;第二,政治考虑最简单的办法就是付诸选票,其结果是很可能出现“多数人的暴政”;第三,更为重要的是,正如笔者在前文所言,《权利法案》中的基本权利被认为是超越于政治考虑之外的,正如杰克逊大法官在“国旗致敬案”中所表达的熠熠生辉的真知灼见:“《权利法案》的根本目的是,使一些基本权利远离政治纷争所引起的难以预料的变化,把它们置于多数人和官员无法触及的地方,并把它们确立为由法院来处理的法律原则。个人对生命、自由、财产的权利,言论自由、信仰自由和结社自由的权利以及其他基本权利是不可以诉诸投票的,它们不取决于任何选举的结果。”^①使政治考虑和基本权利相对分离,并使法院成为保障人民基本权利的守护神,这就是由司法来审查立法的重要动因,也是宪政民主制度中司法审查功能最紧要的方面。

三、以司法来“反多数”的解释学分析

以司法来“反多数”不可避免地会遭遇两个解释学上的问题:其一,为何要由法官来解释宪法,进而进行违宪审查?其二,如果应当由法官来解释宪法,那么法官应该用什么方法来进行解释呢?难道国父们的宪法就是“我们”的宪法吗?“我们”能够用国父们的宪法去“反多数”吗?

(一) 宪法解释的主体

1. 宪法解释的民主理论和自由宪政理论

在宪法解释的学说史上,关于解释的主体大致存在两种理论:一种是民主理论,另一种则是自由宪政理论。民主理论认为,人民是宪法的制定者,其理应有权利来决定宪法的含义,而选举则通常间接地使人民得以行使宪法解释权。这种理论建立在人民主权的不可转让和不可剥夺之上,强调人民“公意”的至上性。可以说,民主理论直接来源于卢梭的人民主权思想。在卢梭看来,主权是不可转让、不可分割的,“公意永远是公正的,而且永远以公共利益为依归”^②,而“法律乃是公意的行为”^③。

^① West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624, 638 (1943).

^② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第39页。

^③ 同②,第51页。

在此基础上,卢梭进一步说道:“法律只不过是社会结合的条件。服从法律的人民就应当是法律的创作者。”^①既然人民是法律的创作者,而“制定法律的人要比任何人都更清楚,法律应该怎样执行和怎样解释”^②,那么只有人民也即立法者才有资格对宪法进行解释,因为唯有他们才知道宪法的真实意图,从而也才能保证“公意”的正确性。在民主理论的视野中,立法机关因为由人民代表组成,所以代表了人民的意志,人民意志的纯洁性就在于自己的意志由自己解释;如果人民自己的意志一旦由他人来说,就会将他人的意志掺入其中,从而篡改了人民意志的本来面目。与民主理论迥然有别,宪法解释的自由宪政理论认为,法官因为非由民选产生,其唯一服从的就是法律,所以由法官来解释宪法最为合适。

2. 由立法机关解释宪法?——一个“美丽的错误”

笔者认为,宪法解释上的自由宪政理论远比民主理论优越。

首先,虽然可以说人民是宪法的制定者,但人民在很大程度上不过是一个抽象的幻影,其自己是不会统治的。代议制民主要求政府成为政治统治的真正主角,并成为人民的代表机关,所以由人民来解释宪法仅是一种理论预设和理想状态,民主理论中真正的宪法解释主体是立法机关,在这里对人民的绝对信任就转化为对立法机关的绝对信任。然而,立法机关由于种种主观或客观的原因极有可能作出违背人民意志和利益的选择。立宪需要全民参与,需要集中人民的意志,但立法机关的宪法解释又在多大程度上能够反映人民的诉求?另外立法机关所作的宪法解释因为缺乏必要的监督,很容易使“人民的统治”异化为“立法机关的统治”。笔者认为,由立法机关解释宪法,并将这种解释等同于人民的意志,其很有可能是一个“美丽的错误”。毕竟,历史和自由宪政理论一再提醒人们:如果一个社会中有不受宪法监督的主体,那么这个社会就会反受它的统治。

其次,宪法解释作为适用宪法的一个基本前提是美国联邦法院法官在审理涉及宪法的具体案件时不得不面对的。其实这是将宪法当做法律^③运用时一个不难理解的道理,因为“个案针对性”是法律解释的一个首要的、根本的特征。^④从法律解释与法律适用的关系来看,法律解释是法律适用的基本前提,是法官在审理案件时都不得不面对的,法律解释的目的就是解决法律具体适用的问题,诚如张志铭教授所言:“在人类社会尤其是现代社会的法律实践中,作为一种具有普适性的理解,法律解释

① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第52页。

② 同②,第87页。

③ 笔者认为,自由宪政主义下的宪法,首先是法律,然后才是根本法或基本法,具有“高级法”的背景。只有这样认识宪法,才能在坚持宪法神圣性和超越性的同时,使其一定程度上走上圣坛,在司法活动中得到具体运用,避免成为一纸空文。

④ 梁慧星先生将“法律解释对具体案件的关联性”作为法律解释三大特性之第一点。参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社2000年版,第198页。