

中国宪法事例 研究

(三)

主编·韩大元



法律出版社

中国宪法事例 研究

(三)



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国宪法事例研究(三) / 韩大元主编. —北京: 法律出版社, 2009. 3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9170 - 6

I. 中… II. 韩… III. 宪法—研究—中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 002932 号

©法律出版社·中国

责任编辑/沈小英

装帧设计/贾丹丹

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

编辑统筹/财税出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2009年3月第1版

印张/11.5 字数/280千
印次/2009年3月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9170 - 6 定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

话说中国的宪法事例及其分析方法 (代序)

韩大元、杜强强、王贵松、柳建龙

—

韩大元:《中国宪法事例研究》已经编辑出版了两辑,社会上的反映还不错。我想这书还是可以继续编下去,毕竟现实生活中的很多问题需要用宪法的眼光去审视,而且,宪法思维的专业训练也需要案例的应用。我从2000年开始讲授基本权利与宪法事例课,几年下来我深切地感受到一点,即宪法的专业化和社会化都脱离不了案例的应用。当然,在教学中也觉得已经出版的《中国宪法事例研究》(一)和(二)在撰写和编辑上还是存在一些问题,需要在今后的编写中予以改进。

王贵松:应该说《中国宪法事例研究》的出版,对我们的宪法教学研究还是有促进作用的。我们在课堂上讲授宪法理论,不能仅仅举外国的例子,那毕竟是外国的东西,学生容易产生隔阂。我们需要让学生学会去发现自己生活中的宪法问题,用宪法的方法去分析实际的事例。学界对《中国宪法事例研究》的评价还是比较高的,有教授认为它“有利于推动宪法学教学与现实生活的结合”,有的学校还将它指定为宪法学的辅导教材,这是它成功的一面。从内容看,第一本分析了

2005年以前发生的39个宪法事例,第二本主要分析讨论了2006年发生的宪法事例23个,涉及整个政治和社会生活的方方面面,发掘了很多平时不大注意的现实宪法问题,这对于训练宪法思维是很有帮助的。应该说,第一本具有某种程度的开创性,但分析问题的水准有所不够,毕竟多数作者是第一次分析撰写中国的宪法事例问题,很多论述都存在简单化倾向,结论给出得太快,缺乏必要的论证过程。第二本比第一本可能略有进步。

杜强强:一个原因可能是作者的层次有所变化,另一个原因可能是相关的训练也有所增多吧。我认为已出版的《中国宪法事例研究》(一)、(二)的主要特色,还在于它的研究方法,具体说来就是在论证中国宪法问题上较多采用了文本分析的方法,而这是我国宪法学历来就比较缺乏的。比如说《中国宪法事例研究》(一)中,在讨论洛阳中级人民法院宣告《河南省农作物种子管理条例》无效事件时,作者就仔细从宪法文本分析了“国家”这个概念的不同含义,并以此为依据得出了结论。今年在编辑《中国宪法事例研究》(三)时,我发现这种尊重文本、关注文本、分析文本的研究思路为很多作者所持有,可以说这就是一个进展。

二

韩大元:《中国宪法事例研究》(一)、(二)所存在的这些不足,需要我们在以后的研究和具体编写过程中逐步解决。我想可以从两个方面着手:第一,是否可以在宪法事例问题点的选择和界定上有所创新,或者有新的思路?第二,能否在研究方法上进行新的探索?

杜强强:对宪法事例问题点的选择和界定,对于宪法事例分析研究的进展具有决定性意义。为什么这么说呢?因为我们没有正式的宪法案件,我们所选取的研究素材,除了少量的民事、行政案件之外,大多数属于没有进入法院的“事件”,而不是“案件”。对于这样的事件,我们如何从宪法学的角度进行观察,找出隐含于其中的宪法问题,是一个比较困难的事情。例如对于广东东莞市政府“禁猪令”事件,社

会舆论对此持有普遍的批评,有人指责它侵犯了公民享有的“经济自由”,有的宪法学家指责东莞市政府作出“禁猪令”在决策程序上出了问题。从表面上看,东莞“禁猪令”似乎与宪法无关,而仅仅涉及合法性问题。因为《国务院关于促进生猪生产发展稳定市场供应的意见》明确要求“任何地方不得以新农村建设或整治环境为由禁止和限制生猪饲养”。但是,按照宪法的规定,地方政府享有受法律保障的规制地方经济的权力,因此,在强调东莞市“禁猪令”违反国务院规定的同时,不能忘记地方政府享有受宪法保障的规制经济的权力。这或许才是东莞“禁猪令”背后所隐藏的真正宪法问题之一。

王贵松:你说的这个问题,实际上也涉及如何对待我国宪法文本的立场问题。现在很多宪法问题的研究,都将我国宪法的规定置之不顾,研究者眼中只有外国宪法的规定或者所谓“宪法学的一般理论”。例如广电总局对“选秀节目”的禁令,在2007年评选“中国十大宪法事例”的学术会议上,有学者就指出如此禁令侵犯了公民的“个人自由”。乍看一下这好像没有错,但仔细分析,这样的判断恰恰是忽略了我国宪法文本的规定。在这个事件中,广电总局的禁令直接针对的是重庆电视台,而不是有关个人。而按照我国宪法的规定,“公民”才是基本权利的主体,电台、电视台等法人组织并不具有“公民”的宪法地位。当然,法人能成为哪些基本权利的主体是一个值得探讨的问题,但至少在这个事例中,法人不能取得与公民一样的宪法地位,也就是说,它们并不享有公民的某些基本权利。

韩大元:这时候,我们可能就想起在国外的理论中有一种说法,即法人的基本权利主体地位理论。在分析选秀禁令的时候,就可以参照这样的理论,分析电视台作为法人的基本权利主体地位是否成立,承认其主体地位将带来怎样的宪法问题。当然,我们的问题可能比国外更复杂,例如电视台的属性问题、电视台与国家之间的关系问题。利用比较法的材料作为论证的依据或者参照,这并无不可,只不过我们在论证中国宪法问题时,首先应当以我国宪法文本的规定为依据,而不是本末倒置。中国还是有一些自己的特殊制度事实,进行宪法学分

中国宪法事例研究(三)

析时需要把这些特殊的事实考虑进去,再去深化相关理论的理解和应用,找到适合中国的解决路径。这是中国宪法学学术自主性的体现,也是中国宪法学逐步走向成熟的标志。

柳建龙:现在也有很多学者质疑这种文本分析的研究进路,因为在他们看来,中国宪法的缺陷太多,很多规定可能都没有必要存在;还有人甚至认为在中国,宪法文本研究不会有出路。不知道对此应该如何评价?

韩大元:文本分析是宪法学研究者的安身立命之本。宪法学不是政治学,也不是政治哲学,它并不以对现行宪法秩序的否定性批判为己任。也就是说,尊重宪法文本的权威,乃是宪法学学术基本的立场。当然,宪法是很多学科的研究对象,其他学科研究宪法现象时完全可以采取他们的方法,或者是批评,或者是质疑,而我们却不能这样。当然,宪法学对宪法文本或许也有批判,但这种批判是建设性的、体系内的批判,是从宪法整个体系内对文本作出更为妥帖的解释,而不是从某种外在的标准出发对宪法文本进行直接的否定。

杜强强:德国法学家拉伦茨在《法学方法论》的“引论”中对此开门见山地说:“法学”是以某个特定的、在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。他还强调指出:“假使法学不想转变成一种或者以自然法,或者以历史哲学,或者以社会哲学为根据的社会理论,而想维持其法学的特色,它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。”我认为拉伦茨的这个观点值得我们高度重视,因为它是法学的根本立场,绝不能舍弃。

王贵松:我觉得,从法学的角度和从其他学科的角度来分析宪法问题是并行不悖的,关键是你自己擅长哪一块,你把自己定位成怎样的学者。拉伦茨在其著作中高度强调了法学的特点,或许有人认为这种文本分析的研究方法“肤浅”、“不深刻”或者“无意义”、“作茧自缚”,我想拉伦茨还有一句话是值得温习的,他说:“谁如果认为可以忽略这部分的工作,事实上他就不该与法学打交道。”实际上远在拉伦茨之前,法国政治哲学家托克维尔就道出了法学家的特性所在。他在

《论美国的民主》中有一段对法学家性情的描述堪称经典：“法学家秘而不宣地用他们的贵族习性去对抗民主的本能，用他们对古老事物的崇敬去对抗民主对新鲜事物的热爱，用他们的谨慎观点去对抗民主的好大喜功，用他们对规范的爱好去对抗民主对制度的轻视，用他们处事沉着的习惯去对抗民主的急躁。”就是这样，法学家应当“爱好规范”，宪法学者是否也应该持有珍爱宪法文本的学术立场呢？

柳建龙：恪守宪法文本非常重要。将文本上的规范应用于现实是需要方法的。在第三卷《中国宪法事例研究》中，我想与其说其特色在于内容的编排，还不如说是体现在研究方法的初步自觉上。在您和林来梵教授、郑磊博士有关“宪法解释学与规范宪法学”的对话中，您和林来梵教授都提到了宪法学研究的方法论问题。这本宪法事例研究在撰写过程中，各位作者比较注重研究方法问题，可以说是朝着方法论自觉的道路在前进。

王贵松：宪法学的方法论应当不是泛化的研究，不能一味地就方法论而谈方法论，在谈论了一段时间的重要性之后，就需要将方法论应用到具体的研究当中去，方法本来就是有用的。这本宪法事例研究的撰写，多数作者实际上都意识到了这一点。具体体现在紧密围绕宪法规范，阐述生活中的宪法问题。从宪法文本出发，这是宪法学作为法学的要求。例如在分析“湖南人大常委会不批准许庆生担任郴州市检察长”这一事件中，作者就从宪法规范出发，运用了文义解释、体系解释、历史解释等法学方法，对上级检察机关能否不提请人大批准下级检察院检察长的任命这一问题进行了阐述。不管其结论如何，至少就其论证过程而言，作者比较自觉地运用了各种法学方法，这才像个法学的思维方式，像个法学的案例分析。

三

韩大元：对2007年宪法事例评析的编写工作紧赶慢赶还是拖到了2008年底，现在基本上告一段落。和《中国宪法事例研究》(一)、(二)相比，这一本宪法事例研究在事例的选取、评析、编排方面还是有一些

特色的。

王贵松:这一本虽然选择的事例数量没有超过前两本,但涉及的内容却比较广泛:有讨论财产权的,像“重庆最牛钉子户”事件(当然,这本书中实际上重点是谈公共利益的界定问题,这也很重要,它是财产权保障方面的重要内容);有讨论宪法平等权问题的,例如“湖北省最高额社会抚养费征收案件”讨论了超生罚款中的不平等问题;有两篇讨论土地使用权问题,例如对“马海涛诉李玉兰宅基地使用权案件”的讨论,探讨了村民宅基地的转让权问题;有讨论住宅权问题的,例如“薛道华诉四川省泸县公安局行政检查案”;还有讨论环境权问题的,例如“厦门PX项目事件”。还有的事例分析讨论了法人组织的基本权主体地位问题。另外,讨论选举权问题的有三个,其中两个涉及我国的人大代表选举制度。在为数不多的案件中,选举权就占了三个,倒也准确地反映出2007年的现实热点。就国家机构部分而言,所选择的若干事例在2007年都曾经引发过不少的争议。山东滕州要求脱离枣庄市,不少新闻媒体都做过深度的报道;而东莞市的“禁猪令”更是引起过人们的热议。至于养路费问题更成为各方关注的焦点,发生过多起的诉讼案例。对这些热点问题进行分析,也是对中国法治进程的一种记录。若干年之后再看这些热点问题,也能看出不同时期人们主要在关注什么样的问题,在争取什么样的权利。

韩大元:你刚才提到的选举权案件,像山东省淄博市淄川区城乡按相同人口比例选举人大代表事件,由于它契合了中共十七大政治报告提出的“建议逐步实行城乡按相同人口比例选举人大代表”精神,因此引起了社会各界的高度关注。2007年年底我带队专门到淄川区实地调研,对当地人大代表选举制度进行了实地考察,有关的考察结论也体现在了我们的书中。热点问题,我们不能回避,否则宪法学就失去了自身的价值定位。宪法学对社会问题的积极回应乃至批判,正是发挥宪法学功能的体现。面对社会热点,我们的分析与政治学的分析、社会学的分析或者其他部门法学的分析到底能有怎样的不同,也是检验宪法学学术水准的一个方法。当然,如果可能,在以后的编辑

过程中,还需要作者去发现实践中真实的案例和判决,去发现平时不大受到关注的事情。在这样的案例中发现宪法问题,或许能收到意想不到的效果。我们找到的有关基本法律与法律关系问题的那个云南昆明中级人民法院的判决书就是很好的一个说明。

柳建龙:应该说司法实践中存在很多可以进行宪法学分析的案件,而且我国的法院也在很多时候就与宪法有关的内容进行过引用和论证。遗憾的是我国目前法院判决的查找略有难度。我国没有类似美国那样的判决编辑报告制度,各个法院在实践中的做法也不尽一致。有些法院或许是出于“宣传”的目的,将其“优秀裁判文书”公布于互联网,或者编辑出版,这当然为学者了解和评判司法工作提供了依据。但我想对于法学研究来说,不“优秀”甚至是“失败”的判决书或许更有意义,因为它提供了充分进行学术批判的例子。法学的研究或许因此有了某种实践性的因素,而法院的裁判质量也可以在这样的“试错”过程中得以推进。

韩大元:的确如你所说,我国法院在一些判决书中都提到了宪法,有的还对宪法的条款进行过相当程度的引用、解释。不能说这样的引用和解释没有任何社会或者制度建构上的意义,而只是法官的某种个人习惯。或许在某种意义上可以说这就是我国宪法的司法适用渠道之一,因为它至少体现了法院和法官对于宪法的认识和理解。当然,在宪法的司法适用方面仍有一些理论与实践问题值得探讨。从这个意义上说,我们对法院判决的分析阐述就非常有意义了,它可以促进法院和法官对宪法的理解。当然,就云南省昆明市中级人民法院的这个案件而言,从我国宪法的制度安排上说,法院无权对基本法律与非基本法律之间的效力进行认定。我国《立法法》第85条规定:法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。2004年《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》对此亦有明文规定,这个时候人民法院应当中止行政案件的审理,逐级上报最高人民法院送请全国人大常委会裁决。法院不能径直作出裁判。

杜强强:有意思的是,这个案件被昆明市中级人民法院评为昆明法院 2006 年度精品案例,理由是“合议庭根据《立法法》的规定,将全国人大制定的《行政处罚法》和全国人大常委会制定的《道路交通安全法》对于行政处罚简易程序运用条件的不同规定定位于‘同一立法机关制定的法律规范发生冲突’,从而以‘特别法优于普通法’的适用原则认定公安机关所作出的行政处罚决定书符合法定程序,体现出较高的审判技巧和法律适用能力”。抛开其溢美之词不论,我觉得本案提出的问题是值得认真思考的。诚然,《立法法》第 85 条规定法律之间的适用问题应由全国人大常委会裁决,但从事实上说,最容易发现法律之间规定不一致的,应该是以适用法律为己任的法院。但《立法法》并没有确定当法院在认为基本法律与非基本法律发生冲突后,应该适用何种程序解决。《立法法》第 90 条规定的程序仅仅适用于法规、自治条例、单行条例与法律发生冲突的情形。这或许可以认定是《立法法》的漏洞?

王贵松:《立法法》只是区分了全国人大与全国人大常委会制定法律的不同程序,大致区分了基本法律与法律的制定主体,除此之外就没有任何明确的区分了。基本法律与法律的效力等级问题,《立法法》并没有解决,也没有提供明确的解决的路径。是否存在效力等级、如果存在又如何解决可能的冲突,这个问题很难解决。从我们的制度现实来说,由法院来作出解释认定确实是不妥当的。但是就像本案所表明的那样,当事人(本身就是律师)直接向法院提出了《行政处罚法》与《道路交通安全法》的冲突问题,而法院既然要对案件进行审理判决,就不能对这个问题置之不理,而必须予以回应。我们的安排是将这样的问题提请最高人民法院,然后由最高人民法院请求全国人大常委会作出解释裁决。但按照《立法法》第 86 条的逻辑,如果全国人大常委会认为应该适用全国人大的基本法律,则应当适用《行政处罚法》;如果全国人大常委会认为应该适用自己制定的《道路交通安全法》,则应提请全国人大来裁决,那也将开创一个先例,要由全国人大对个案中的法律适用作出裁决。看上去比较热闹,但却是极不经济,诉讼当事

人只能面对着漫长的等待,纷争不止。而且立法者既制定法律,又决定如何适用法律,这在宪法学上是否适当?法律制定出来了,解决法律冲突的规则也存在,如果基本法律与非基本法律之间的位阶等级是存在的,法院就应该可以进行选择。否定法院的解释权实际上既不符合原理,也不符合中国的司法运作现状。即便是从制度现实出发,我看《立法法》第85条并没有全然禁止法院对此问题进行判断。它也只是规定,只有当新旧法律之间的不一致导致“不能确定如何适用时”,方由全国人大常委会裁决。法院已经能确定如何适用了,还需要去请求立法者的裁决吗?否则任何法律冲突的案件都要通过请求裁决程序,所谓的冲突规则也将成为多余的安排。

柳建龙:当然,在法院的判决书中,它的分析也是存在缺陷的,因为它认定《行政处罚法》与《道路交通安全法》属于“同一立法机关制定的法律规范发生冲突”,因此可以适用“特别法优于普通法”的解决机制。从宪法上说,全国人大与全国人大常委会并不是“同一立法机关”。我认为这两部法律性质有所不同,《行政处罚法》属于基本法律,而《道路交通安全法》属于非基本法律。不过我们也许可以将《道路交通安全法》规定的简易程序条款视作全国人大常委会对《行政处罚法》简易程序条款的修改,《宪法》第67条第(三)项本来就授予了全国人大常委会修改基本法律的权限。这样一来,法院或许就可以避开法律的冲突问题了。

王贵松:从案例分析的结论上看,这一卷有了一些新的气色。在《中国宪法事例研究》(二)中,韩老师在序言中说:由于很多撰写者在分析宪法事例时都做了“违宪违法”的认定,因此人们“似乎感受到了一个个‘司法积极主义者’的面庞”。但在这一本宪法事例研究中,很多事例的讨论都转变为对有关活动的合宪性辩护。例如在对“广东省东莞市政府‘禁猪令’事件”进行讨论时,作者论证了地方政府规制经济的合宪性;在“怀柔区汤河口镇后安岭村民代表选举案”中,作者论证了《村民委员会选举法》有关“一户一票”的合宪性。换言之,在本宪法事例研究中,我们似乎看到了不少“司法消极主义者”的面庞。我认

为这个转变值得重视。

韩大元:所谓“司法消极主义”的出现很正常,我认为这里面隐含了一个宪法研究趋向的变动问题。以往的宪法事例研究,在很多情况下我们是拿宪法去“套”现实,若现实与我们的分析不一致,我们就较随意地认定它“违宪”。实际上这是不妥当的,因为并非现实与宪法规范的任何不一致都将构成违宪。从美国的经验看,仅就法律上的平等保护而言,联邦最高法院在面对一项违宪指控时,还有一个审查标准的选择问题,例如合理审查标准、中度审查标准、严格审查标准,等等,它实际上就是在多重价值中进行综合考量。在很多情况下,法院都维护了有关立法的效力。

杜强强:翁岳生先生曾经指出,宣告法律无效“影响到整个国家之宪政,而不是如同一件民事或刑事的普通案件”那样简单。我很赞同这个观点。或许正是考虑到法的安定性,各国法院在司法实务中发展出了“合宪性推定原则”,以求最大限度地保持宪政秩序的稳定。例如按照德国宪法法院法的规定,法院只能作出两种判决,或者合宪或者违宪,但联邦宪法法院在实务上却出现了第三种判决,即既不宣告其违宪,也不宣告其合宪,而是宣告其不符合宪法。这种“司法自制”的思路也许值得我们深思。也就是说,当面对“表面上”“违宪”的立法时,我们不能简单地认定其违宪,更不能简单地“套用”外国宪法理论解释中国宪法现象。这本宪法事例研究中开始出现了“自制”的因素,我觉得这是学术发展进步的一个表现。

四

柳建龙:说到外国宪法理论,《中国宪法事例研究》(二)“附录”了一些外国宪法判例,有人曾经对此持有异议,认为中国的宪法事例研究为什么要附带外国宪法判例的内容,为什么不能纯正化呢?现在的第三卷再次加入了外国宪法判例的附录,您是怎么想的呢?

韩大元:外国宪法判例在第一卷是没有的,只是到了第二卷才加进去的。确实从书名来说,在附录中加入外国宪法判例与整个编写体

系有些不协调,但我认为还是必要的,这个工作还是要坚持下去。前几年,我和莫纪宏教授主编了一本《外国宪法判例》,但是那本书不可能实时更新,这本书在附录中添加进去外国宪法判例,也可以弥补一个缺憾吧。但更重要的是,我们在讨论中国宪法问题和事例时需要了解国外宪法判例的最新动态,但我们却找不到专门介绍外国宪法判例的图书或者杂志;另一个是我们还没有自己的宪法判例,更没有相应的判决书,所以有必要看看人家怎么撰写判决书,怎样分析宪法问题。这对我们分析和研究都是有帮助的。你们刚才所提的宪法案例的具体分析方法,就可以向人家的判决书学习。

杜强强:我2007年一直在精读美国宪法学家萨利文(Kathleen M. Sullivan)和冈瑟(Gerald Gunther)教授编辑的美国宪法教材(第14版),他们所撰写的美国宪法学案例教材被誉为宪法学的“圣经”。在阅读中我接触到了大量的宪法判例,令人耳目一新。而更引发我深入思考的,就是编者对美国最高法院裁判内容、方法等进行的分析和提出的诸多疑问。几个月的阅读下来,我觉得受益匪浅。我想《中国宪法事例研究》的编辑工作,应该朝着这个方向发展。目前我们对作为“附录”的外国宪法判例还只是停留在对案情和判词的引述上,我想将来时机成熟,可以另行编辑一本外国宪法案例的书,每年选择一些具有代表意义和典型性的外国宪法判例,进行介绍和分析。不仅要原汁原味叙述法院的判词,还要分析各位法官分析宪法问题解决案件的方法。这对我国宪法学的发展是有益处的。

柳建龙:这次“外国宪法判例”部分选了7个国家的26个判例,主要来自欧、美、亚的一些法治发达国家。这些判例,虽然是由不同的国家的违宪审查机关,基于不同的政治、经济、文化和社会背景而作出的,但是在一定程度上反映了人们对于立宪主义的某种共识,也在一定程度上反映了各国立宪主义实践与理论的新进展。当然,其中的多数判例与其说是新的发展,不如说是先前的学说、原理或者先例的延续或者完善。对于一些人来说,这些判例或许毫无新奇可言,但这恰恰体现了法治稳定性或者连续性的价值。

韩大元:应该说宪政发达国家宪法学发展的一个主要途径就是对判例的学术评价与批判,由于条件所限,我们选择的判例数量不多,但我们依然能够从这些数量有限的判例中觉察出外国宪法学的发展动态。这次选取的判例也有不少是值得我们认真关注的。

杜强强:从某种意义上讲,美国 *Gonzales v. Carhart* 案判决是反堕胎主义的一大胜利,或者说是隐私权和堕胎的支持者的一大失败。尽管本案判决只是维持了一项禁止一种堕胎技术的法律的合宪性,但是从一定程度上讲,可以说这是美国保守主义者在推翻 *Roe v. Wade* 案判决的道路上所迈出的非常重要的一步,并为将来推翻 *Roe* 案判决提供了基础。反对者一方面强调人民享有宪法上的隐私权,另外一方面则反对最高法院的法官对于一项医学界尚无定论的东西——采用半生产堕胎法是否比其他堕胎方法更为安全——作出选择,从而使将来一些打算堕胎的妇女处于危险之中。无论是从哪一方面进行论辩,这对于厘清宪法上“人”的含义以及人性尊严的内涵均具有重要的价值。

韩大元:我也注意到,美国联邦最高法院在本案判决中采取了一种合宪性解释的裁判方法,这一解释技术虽然能够为回避宪法判断所涵盖,但其在美国的使用甚少。因此,为什么 *Roberts* 法院会采取这样一种手段,它与美国当下的社会环境及三权之间关系调整是否存在关联以及是存在何种关联,也应是宪法学研究的一个重要问题。

柳建龙:随着欧盟宪法草案的出现,如何处理欧盟与各成员国之间的法律关系日益成为各成员国法院面临的一个重要问题。尽管各国普遍承认欧盟所制定的法律或者条约对于本国具有一定的约束力,但当国内法与欧盟法发生冲突情形下何者具有优先性依然是一个颇具争议的问题。这次所选的波兰和英国两国的判例在一定程度上体现了欧盟多数成员国对于欧盟法所持的态度。波兰宪法裁判所主张,法院应拒绝适用与国际法相冲突的法律。这一先例亦适用于欧盟法。因此,一旦出现国内法与欧盟法相冲突的情形,则应拒绝适用国内法而直接适用欧盟法;倘不能直接适用欧盟法,则应对该国内法作合乎

欧盟法的解释。如果对欧盟法的解释存在异议,则应根据先行判决程序提交欧盟法院请其阐明欧盟法的含义。

杜强强:和波兰相比,英国主要强调议会至上原则。虽然英国上议院认为,依照《欧洲共同体法》的规定,英国的国内法已经吸收进欧盟法所规定的所有特定的权利和义务,并且这些规定在英国法上具有和英国宪法一样的位阶。不过,应该指出的是,就英国和欧盟之间的关系而言,英国法而非欧盟法,才是二者关系赖以成立的根本的法律基础。英国上议院并试图在欧盟法的至上性和议会至上性原则之间寻求平衡。这实际上涉及欧盟法与成员国国内法之间的位阶、效力以及适用的问题,也是当下宪法学研究应当予以关注的一个重要问题。

柳建龙:“9·11”事件之后,全世界处于一片恐慌之中。由于这种恐慌,一些国家立法机关和政府仓促出台各种法律和政策,允许政府侵入个人基本权的诸多领域进行干预和限制。随着时间的推移,人民逐渐从恐慌中恢复,并要求重新审视此前的各种法律、政策以及公权行为,要求在基本权、人性尊严的保障和反恐之间寻求一定的平衡。俄罗斯宪法法院关于恐怖分子遗体丧葬案的判决无疑是这一思考的继续。

韩大元:“反恐”对世界各国宪法和宪法学提出了新的问题,这一点我们的理论准备是相当不充分的。对于“9·11”之后各国的宪法实践和理论,尤其是对于恐怖主义的恐惧所导致的权力对比之间的调整、人身自由和隐私权的限制、紧急状态等诸多领域的变化与发展,无疑应当予以高度关注。我想我们应当对此有持续的关注。

以后时机成熟的时候,我们可以分析这些外国宪法判例的发展轨迹,然后与中国的实践相对照,看看两者之间的异同,看看在哪些问题是同步发展的,看看我们关注的问题和解决的路径到底有哪些不同,也是换一种眼光来思考中国的宪法事例。

五

杜强强:在编辑的过程中我们发现,这一本宪法事例研究从撰写

的角度看还有一个特点,就是作者在撰写时舍弃了很多一般性理论的探讨,而是紧紧围绕事例展开宪法问题的分析。也就是说,作者大都没有将事例作为一个“引子”,由此出发探讨一般化的宪法问题;相反,作者大都是围绕事例的内容,以相应的宪法理论为论证依据,阐述事例中隐含的宪法问题。例如在“养路费的合法性之争”的第二篇评析中,虽然作者在文中也提到了立法不作为问题,但作者并没有一般性地讨论这个问题,而是紧紧围绕法院的判决展开论述,是为了解决这一案件的。在我看来,这更有针对性,更具有“案例分析”的色彩。

王贵松:是不是可以区分一下宪法事例评析与宪法案例分析? 案例分析首先需要找到问题点,然后展开分析论证,最后是要解决这个案件的,虽然也可以将结论一般化,但主要目的还是在于解决争议。

柳建龙:分析的宪法案件首先要具有案件性,换句话说要具有争议性,没有争议,就没有案件,就没有诉的存在。以后我们在选取分析事例时或许也应该要注意这一点,像中国人民大学宪政与行政法治研究中心每年评选的十大宪法事例,实际上有一些就不是案例,充其量只是具有宪法学上的学理意义。我们这一卷中大多数还都是在分析案例。

韩大元:围绕事例本身阐述有关的宪法问题,这大致是不错的,但需要注意的是,在我国由于没有违宪审查制度,因此我国不存在严格意义上的“宪法案件”,对宪法事例的分析讨论亦不能照搬行政案件、民事案件的思考方式与讨论模式。在当前的阶段,借助宪法事例,讨论一般性的宪法问题也无不可。当然,我们应该朝着案例分析的方向努力,要看到宪法学的实践价值。

王贵松:我自己是分析行政法案例多一些,觉得分析行政法案例要远比宪法案例过瘾,条分缕析,层层递进,逻辑可以特别严谨,层次可以特别清晰。但我在分析宪法案例的时候,往往觉得一个案例几句话就分析完了,往往是用一个大的原理去解决一个具体的问题,我觉得这是有缺陷的,分析过程缺乏必要的过渡与论证。没有这种过渡与论证,实际上也不能简单地从大的原理或宪法规范出发直接得出现实