

选择宪法 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E9_80_89_E6_8B_A9_E5_AE_AA_E6_c122_483749.htm 感谢会议主办单位，感谢《中国律师》杂志总编、德衡所合伙人、主任，各位同行。这是我第一次见到德衡所律师，以前只是通过山东青岛三名高中生的案件才从新闻媒体上知道有德衡所的，来之前又上网查了下德衡所，给我的印象相当好，我到这也是慕名而来，想拜访一下德衡所诸位律师。因为我现在正在写一本书，其中一个就是山东青岛这个案件，但由于缺少这个案件的详细材料，没有什么东西可写，因为报纸上讲的非常简单，有两位德衡所同仁写的对案件情况的介绍，如果允许的话，我将来写书把这段写进去。律师是推动法制进步的强大动力，下面具体讲讲我自己的思考，大概四个方面。首先，谈谈宪法司法化的观念和案例。宪法司法化可以回避政治上尖锐的问题，而这个概念更大一些，它可以包括违宪审查、宪法诉讼、司法审查这些概念，同时它还有一些最基本的含义，比如说，宪法能不能被律师、法官、检察官用，这是一个最基本的东西。无论是哪一个国家的宪法，大陆法系也好、普通法案也好，有一点世界各国是共同的，就是可以被各国的律师、法官、检察官用，至于怎么用不提，这是一个起点的东西。现在与宪法有关的案件越来越多，青岛市三名高中生案件尽管后来夭折了，但它的意义已经被人们认识到了，各大媒体已经报道了，德衡所的名气也很大，德衡所律师也有比较超前的创新意识。除了三名高中生这种与公权力有关的起诉之外，我对齐玉苓的案件材料掌握的比较透彻，对这个案件的关注比较多。在这里面，一个是德衡所代理的案

件，一个是齐玉苓案件，还有一个是蒋韬诉中国人民银行成都分行的案件。蒋韬这个案件，判决书我有，它是一审终审，没有上诉。法院的判决主要有两个理由。第一、按照美国宪法判例的说法称为“不成熟”原则，按照我国法院的判决书的解释使因为中国人民银行成都分行的通知没有生效，所以法院认为起诉不行。第二、行政机关行使职权之外的事情，判决书的措辞讲没有造成具体损害后果，这个我不同意，损害后果有可能已经造成。再有一个川大学生诉峨眉山公园管理处，这是个比较典型的宪法案件，因为公园是国有的，对外地学生和本地学生票价不一样，是歧视性、不平等的，。这个案件起诉了，报纸也登了，但这个案件可惜的是原告败诉了。一个是山东，一个是四川，都走在了全国宪法司法化的前列。再有一个是前两个月湖北有一个保护公民受教育权的案件，和齐玉苓案不太一样，是比较完整的受教育权保护，我看了这个案件，认为没有太多非议。随州市第四中学有个叫秦春梅的女生，2001年高考被湖北武汉市第二师范学院录取，她没有拿到通知书，到广东打工。到2001年6月，她的邻居在报纸上看到她被大学录取了，然后告诉她父亲，她父亲到学校问。班主任把高考录取通知书放到办公室抽屉里锁起来了，找到后给湖北武汉市第二师范学院打个报告说由于我们中学的疏忽，导致学生没有正常入学。大学因计划招生，故拒绝再次招收她，她因失去上大学的机会，把中学告了。法院判原告胜诉，因为随州市第四中学侵犯了公民受教育权，这个中学是国立的，所以从宪法调整的关系上更好一些。还有一个例子大学生同居怀孕，这个案件原告起诉太客气了，律师帮忙帮的不够，代理律师的宪法意识还不够强，

要求太低、要价太低，仅仅认为学校侵犯隐私权，不应该张榜公布，家长承认错误、学生承认错误，这个没有什么错误。我收集了20个案件讲教育、学校法制，在搞精神文明、搞崇尚知识的大学校园这个地方，反而是法制相对落后的地方，存在着一大堆有违法治精神的问题。再有陕西夫妻看黄碟，把它作为刑事方面的问题、诉讼方面的问题，大多数没有从宪法方面看这个问题，宪法里面有公民住宅不受侵犯。这个案件现在有了结果，公安机关赔礼道歉并作了赔偿，反映了社会进步，从中也可以看到律师的力量，律师对法制建设的推动力不可忽视，律师在这段时间可大有作为。如果律师主张居民住宅不受侵犯，进入公民住宅要经过一定手续，这是一个宪法性权利。比如河南高中生相貌原因没有被录取，中国青年报登了以后被录取了，实际上也是跟宪法上的平等权有关。再比方，2002年一个男生被北大录取，他的志愿是北大医学部，由于他脸一边大一边小，不让他上医学部，没有办法的他只能上北大物理系。这里面涉及教育领域怎样平等对待学生的问题，这里律师可以做文章，即使这个学生脸一边大，一边小，人都是不对称的，病人关心的是大夫的医术，不在于他长相如何，学习不一定与他所从事的职业有必然联系。在进行精神文明建设的地区，有很多落后的行为。第二个是宪法司法化条件。大概两个方面，第一个方面，在有法律的情况下，有了宪法也有了法律，能不能用宪法。第二个方面，有了宪法没有法律，能不能用宪法。我先讲第一个方面，有了宪法也有法律，能不能用宪法？世界各国对待这一个问题大约有两种态度。第一种态度，有宪法也有其它法律，在发现其他法律违宪的情况下启动宪法，大多数国家是这样。

第二种态度，有宪法也有其它法律，仍然启动宪法，因为宪法最便捷。第二个方面，有了宪法没有法律，能不能用宪法？比如齐玉苓案。九0年发生侵权行为，九九年开始起诉，二00一年司法解释。我在《宪法司法化》书中写到体会宪法的味道，宪法的味道是甜的，它不在于惩罚老百姓，这个跟刑法和民法相区别。这两种条件中，第一种在中国还不大可能，因为人们的传统理念还阻碍宪法进入司法诉讼里面，齐玉苓案在目前中国传统观念阻力比较大的情况下，法制观念停留在非宪法状态下。第二种情况是连接点，这时候在没有法律的情况下启动宪法，在中国目前启动宪法就有意义，不在于结果怎样。还有一观点是在用尽了其它法律的情况下，找不到依据了，这时用宪法是可以的。第三，谈谈公法和私法的问题，我的观点承认宪法是公法，同时我也承认宪法主要是调整公法关系，也就是说对立法、司法、行政权力的限制，对公共权力的限制，对公共权力授权的社会组织及团体的权力的限制，保护私权、公民个人，但同时也要看到宪法是根本法，要看到二次世界大战以后，宪法不仅仅是公法。公法是一个古老的分类，正如我们把人分为男人和女人一样。今天的社会不仅有男人,女人还有变性人，克隆人。社会是在发展的，二次世界大战以后宪法的一个最大的变化是权利走向社会化，当然这可以溯源到1919年德国魏玛宪法，是社会权利的出现，比如劳动，受教育等方面的权利，已经不是局限于原来的人身权，财产权，自由等这些方面，政府的定位和观念已经不是原来所讲的政府，政府的一个很重要的职能是要提供服务。我们中国现在所面临的问题是把其它国家多少年来走过的路要赶在一块来走，因为我们没有限制政府

权力的阶段。同时国外政府已经转变为服务性政府的观念，我们现在有限政府观念还没有走过，现在又要忙着走向服务性政府。我们的宪法又不得不向世界接轨，不得不向国际公约接轨，不得不规定那么多社会经济、文化权利，而这些社会经济、文化权利，也就是所谓的积极权利，这些积极权利是跟政府有关的，不是纯私人之间的关系，比如受教育权，劳动权。劳动权17，18世纪纯属私人事件，但是现在要限制老板，宪法涉及到私人之间的关系，因为从根本法这样一个法律地位来讲，它不可能不涉及到国家公民之间的私人关系，包括美国宪法第13条修正案规定不能把别人当作奴役，但一般情况下宪法不要介入私人领域。就齐玉苓这个案件来讲，是不是法院，律师，整个司法体制，用宪法介入到司法领域调整私人关系将来危害中国法制建设，我个人不这样看。因为从齐玉苓案件来说，被告不仅是齐玉苓、陈晓琪、陈克政，被告还有滕州市教委，济宁市商校，滕州第8中学，这三个被告都具有公法上的性质，所以从齐玉苓这个案件来说，它没有完全调整私法关系，而兼有公法关系和私法关系，从法理上讲是行得通的。有时我们讲社会权利，二战以后国际公约，人权公约，宪法还有大量涉及到社会权利关系，而齐玉苓案件恰恰选择了这样一个跟公权力没有完全对抗，没有那么尖锐、突出的角度将宪法纳入司法领域。选择了一个很好的切入点，而不是有些人所认为的这个司法解释是最高法院在一个错误的时间、一个错误的地点、选择了错误的案件，做出了一个错误的司法解释。如果宪法学界不对这个问题给予正面认识，那将阻碍中国宪法将来的发展，所以我觉得可能20年，50年以后，我们对现在宪法司法化的意义将来会

认识得更加深刻，包括对青岛3名高中生案件的认识，往往后人比今天看得清楚。第四个问题是适用宪法的几点经验：第一个在司法领域适用宪法，主要涉及公权力，但也涉及到社会权利，我不主张用宪法调整私法关系。第二个经验是宪法只解决定性问题，它不解决定量问题，但它可能影响定量的减轻。反对宪法司法适用的一个很重要的观点，认为宪法解决不了民事赔偿、刑事上的量刑，它不解决定量问题并不表示它与定量没有关系，刑法学界前两天开了个会，死刑问题都是刑法学界讨论的问题，死刑问题在国际上是由宪法学界讨论的，涉及到一个生命权的问题。我在论文中引用了南非的宪法法院的案件，南非的刑法就是有死刑，然后到了法院，法官认为是残酷的刑罚，因而在这个个案中宣布刑罚规定的死刑违宪，这个当事人免除一死。可见，宪法的禁止酷刑的规定，对刑事量刑有没有发挥作用。当然美国的案例更多。第三个经验是在国际上对宪法的适用。包括律师也好法官也好，要提出自己的见解，大致有两种情况，第一不适用。像美国，如果发现其它的法律违反了宪法，其它的规定政策或公共权利的行使违反宪法，法院是不适用。但这个法律条文规范还存在，它是避免司法权侵犯立法权，这是一种情况，还有一种情况是宣布这个法律违宪无效，撤销这个规定，大陆法系国家这么做的。这两种方式，第一种美国这种方式和中国比较相似，可以接受，但不能完全接受。大陆法系中国的律师不能提出来，中国的法院也不能提出来，要掌握时候。这两种情况都在中国不可行，中国现在可行的是什么？北京市法院创造了一个先例，就是发现北京市地方法规违反了上位法，违反了全国人大的法律，我不宣布下位法违反了

上位法，我只是在我的判决书中说我适用上位法，所以在中国现在可行的作法是如果律师想挑战地方性法规或法律或行政法规，部门规章，我不说这个东西违反了宪法，庭上我可以说不说，但最后建议法官讨论可以说下级法院我适用宪法哪一条，因为北京市的这个案件就是交通违章，然后罚款的，北京市公安交通管理局按照北京市地方性法规罚的，罚重了，律师说违反了《行政处罚法》，违反了全国人大的《治安管理处罚条例》关于交通违章罚款的数额，法院就判交警败诉。在判决书中它不是北京市人大的地方性法规违反了上位法律，它只说本判决我适用了法律，既要在法规上站得住脚，同时要维护自身的生存，要能拓展自己诉讼的领域和空间。

第四个经验讲宪法的引用，适用，提到的区别。在起诉中，答辩状、判决书中提到宪法的内容，只是为了说理的需要，逻辑推理的需要，它可能是司法文书逻辑推理的起点，这种情况归纳为“提到”。第二个是宪法的“引用”，是用宪法解决案件纠纷的定性的问题。第三个是宪法的“适用”，用宪法判断法律规范是违宪的，而不用它。严格意义上的宪法司法的审查，主要用宪法宣布下位的法律规范不适用或者无效，这种情况是严格意义上的适用。这三种情况应该有所区别，我们现在可以做的是前两种情况，第一种情况就是司法文书中应用宪法来说理，第二种情况就是引用宪法来解决定性问题。

第五个方面的经验，青岛的案件报纸上报导平等的受教育权受到侵犯，我觉得律师还可以做文章，两项权利，第一项是平等权，第二项是受教育权，但德衡所同仁们是说平等的受教育权，我觉得有它的好处，因为教育法是这么规定的。所以从现行的可操作性来讲，从法官容易接收的角度

来说,这么提也比较好,但如果从宪法的角度来讲,还可以上升一下。这一系列案件,开创了一个新的局面,让我们的社会、让我们搞法律的人开阔了眼界。因为长此以来我们从事法律的人都不知道除了人身权、财产权之外,我们还有比这更重要的平等权、受教育权、包括言论自由等等。这几个案件使我们认识到我们还有比人身权、财产权更重要的宪法性权利。这样的案件会越来越多,对我们律师业务的挑战和要求也越来越高,这个是权力的范围。另外一个法院的受案范围也应该有所突破,不像原来的行政诉讼,受案范围8项内容只是人身权、财产权。现在民法通则搞乱了,说是人民权利的保障书,宪法自它产生时就是为了保护权利,就是人民权利的保障书。在中国没有强烈的宪法观念的情况下,出这样的论断对宪法没有好处。法院的律师的起诉,对法院的立案的范围从保护公民权利来讲,它是有好处的。另外法院的受案范围,前一段时间关于上市公司披露虚假信息,前天最高人民法院也颁布了一个司法解释,是上海律师的功劳,律师只要一件事打响了就出名了。这里面就涉及到法院的受案范围问题,只要宪法的权利受到侵犯,法院没有理由以任何借口拒绝立案,因为这涉及到宪法里面的保护公民的合法财产。再有一个法院受案范围的界限,从宪法理论上讲,它主要以不以侵犯行政权和立法权作为法院受案的界限。第六个方面经验是成熟性原则。我们律师将来遇到与宪法有关的诉讼的时候,一定要注意成熟性原则。我看了几个判决书觉得律师有个失误,操之过急。四川蒋韬那个案件,人家确实是登了通知,那个通知说哪一天才开始招聘,那一天还没到就打到法院去了,要掌握时机。另外一个案件就是峨眉山公

园门票，这个是可以的，青岛的案件掌握也是可以的。四川还有一个案件，四川大学法学院的几个学生到一个饭店吃饭，这个店有个告示，公务员吃饭给打折，这几个学生就掏钱吃饭，吃完饭之后开始起诉。要掌握火候，别一看通知就马上到法院起诉，不成熟。他起诉的理由是侵犯了宪法33条规定的公民的平等权，我觉得这纯属私人之间的私事，和公权没有关系。这个案件有一个好处，让我们高水平的律师去促使法官去思考宪法性问题，推动法官往前走。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com