

宪法司法化：法治的奠基石 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\\_\\_E5\\_AE\\_AA\\_E6\\_B3\\_95\\_E5\\_8F\\_B8\\_E6\\_c122\\_483755.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_AE_AA_E6_B3_95_E5_8F_B8_E6_c122_483755.htm) 编者按：1990年山东某市中学生齐玉苓考上中专，但齐的同学陈某在其所在中学和父亲的共谋下冒齐之名上学和工作直到1999年。这一年，事情真相大白，于是齐以陈某、陈某父亲及原所在学校等为被告起诉到法院，请求责令被告停止侵害、赔礼道歉并赔偿经济损失。最高人民法院于2001年7月24日发布《公告》，公告了一个以下引述文为实质内容的《批复》：“经研究，我们认为，根据本案事实，陈等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐依据宪法规定所享受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应当承担相应的民事责任。”??2001年8月22日，山东青岛的3名应届高中毕业生在山东德衡律师事务所两位律师的陪同下，前往北京，准备向最高人民法院递交诉状，状告国家教育部，理由为国家教育部侵犯了3名考生接受平等受教育权的宪法权利（即相同高校面向全国各地省市的录取分数线不同）。此案被一些法学专家学者称为“中国宪法司法化第一案”。??2002年1月7日，四川大学法学院1998级学生蒋韬一纸诉状，将中国人民银行成都分行告上法庭，理由是该行招聘限制身高，违反了宪法关于“中华人民共和国公民在法律面前人人平等”的规定，侵犯了其担任国家机关公职的报名资格。该案被称为“中国宪法平等权”第一案。??宪法司法适用问题长期以来没几个人重视，近几年如约而至，突然多了起来。我国宪法在社会生活中究竟处于一个什么位置？在司法工作中处于一种什么状态？在今后的宪政之路上，

如何维护宪法的尊严？……关于宪法司法适用或者是宪法司法化问题的讨论声音越来越多，越来越大。?? 2002年12月底，新任中共中央总书记胡锦涛主持中央政治局集体学习宪法的这一举动，引起了海内外的普遍关注。胡锦涛总书记在集体学习中强调指出，“必须坚持依法治国的基本方略，在全社会进一步竖立宪法意识和宪法权威，切实保证宪法的贯彻执行，充分发挥宪法对我国社会主义物质文明、政治文明、精神文明协调发展的促进和保障作用。”有评论家称，这标志着中国宪政意识的新觉醒。?? 在如此大好形式下，在2003年新年伊始，由《中国律师》杂志社和山东德衡律师事务所主办，《法律服务时报》和中国律师网协办，由欧盟中国人权小型项目基金组织提供后援资助的“公民宪法权利司法保护理论与实践研讨会”如期在青岛举行。为了保证研讨会内容原汁原味地呈现于读者眼前，以飨读者，本刊特将与会专家学者的精彩发言整理成文，连载刊出。?お?宪法司法化：法治的奠基石?? “公民宪法权力司法保护理论与实践研讨会”记实（一）?? 时间：2003年1月11日-12日?? 地点：海天大酒店多功能厅 瑞丰苑大酒店多功能厅????郑可悌（青岛市司法局局长）：出席今天研讨会的有欧盟驻华代表处的官员，北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、中国海洋大学、山东大学、青岛大学、烟台大学等大学的法学院和河南政法学院的法学专家和教授，有《中国律师》的总编、以及青岛市人大法制工作室和中级人民法院的负责同志，此外，还有来自全国各地的部分律师。全国著名法学家江平教授，山东省司法厅厅长陈明甫、山东省律师协会会长梁德超先生给研讨会专门发来了贺电，在此我代表青岛市司法局、青

青岛市律师协会向主办这次研讨会的各单位表示衷心的感谢，向各位来宾的到来表示衷心欢迎和真诚的感谢，向一切关心和支持这次研讨会的领导和专家们，特别是今天到会支持这次会议的各位同志表示衷心的感谢。??这次“公民宪法权利司法保护理论与实践研讨会”的主题是公民受教育权利的司法保护和宪法的司法程序，研讨会邀请函发出之后，在短短的两个周的时间，在法学界、司法界、律师界引起的强烈的反映，会议收到了二十多篇论文，撰稿的专家学者们都从不同的角度对公民的宪法权利的保护进行了深入的讨论。意在通过研讨促进我国法律制度的完善和司法制度的改革。我相信这次研讨活动对推进我国的民主法制建设，推进我国的宪法司法化的进程，推进我国社会主义政治文明的建设都将会有积极的作用。??刘桂明（《中国律师》总编）：与其说我们是在学习宪法不如说是在研讨宪法，在上个月12月26日我们尊敬的、敬爱的新一届的党中央在中南海集体学习宪法，在整个筹备、学习的过程中我还荣幸地参加了部分幕后工作。??对于我演讲的题目“从律师中国到宪政中国”，我没有什么研究，只能说是表示一种祝愿，今天我们谈的宪法司法化引出的问题我觉得要谈的问题很多，我就结合自己对律师的了解谈一些话题。宪政不仅是一个理论问题而且更多是一个理想问题，“宪政”，顾名思义就是一种在宪法基础上的政治，所谓“政治”我觉得应该理解为一种状况、一种理想、一种过程、一种信念。如果没有律师，宪法司法化或者说三名考生到北京去，他们将失去方向，将失去一条非常好的选择法律的道路，所以说律师在宪法司法化或者宪政过程中他们将起到很大的作用。??首先，我们要搞清律师的定位。

律师的定位有各种各样的分析、各种各样的界定。律师从角色地位来说，有政治角色、社会角色、市场角色，但我觉得要从职业的角度进行分类，有以下几种划分的方式：?? 第一，律师是一种职业。律师，是一种什么职业？是一种原来没有的职业，当然学者们会讲到我们律师的鼻祖邓析，因为秦汉战国时期已经有了律师的雏形。其实要讲律师的话，第一个要讲的是清朝末年的伍廷方，他是第一个获得外国律师资格的中国人，这个人曾参与了清王朝末年一些法律的制定和起草，而且还当过清王朝驻美国的第一任大使，两天后我也将去采访美国的驻华大使。我要问他的第一个问题，可能就是这个问题。因为对我们中国律师来讲是没有历史，是一无所有的中国律师。现在这个职业已经产生了，我们应该考虑到是改革开放的结果，所以说如果谈“从律师中国到宪政中国”这个问题的话，首先我们不能回避“无法中国”的历史，也就是无法可依，没有法律也就没有律师，没有宪法没有律师，没有宪政更没有律师，所以律师首先是个职业。现在很多人都想从事这个职业。大家看到每年报名参加“律考”现在叫司法考试，方方面面的人都有，二〇〇二年首届报名司法考试的人共36万，尽管最后参加考试的是31万，但是参加考试的人确实非常多。当时里面有个误会，以为什么人都能当律师。所以原来某报有一个广告，“下岗人员哪里去？报考律师去！”，这其实代表了社会对律师的一种误解和心态。但是律师是一种职业，是我们不能回避的，所谓职业那就是可以谋生，需要赚钱，也需要创立品牌，这个是毫无疑问的。但是我们律师还有第二个阶段，那就是律师是一个行业，这个行业大家也可以这样理解，有这么一句话，也是我对

律师业一个小小的总结，即一个律师执业需要奋斗，二个律师执业需要合作，三个律师执业需要分工，四个律师执业需要协作，五个乃至五个以上律师执业则需要管理，提到管理就意味着已经形成一个行业。从管理上来讲，现在实行的是一种“两结合”的管理体制，是一种司法行政宏观指导和律师协会行业管理相结合的“两结合”管理体制，但是作为行业管理，我们现在的体制讲、经验、理念、规范应该说还不成熟，都在一个探索的阶段，但是作为个人来讲，每个人选择这个职业之后，都是这个行业的形象代表。第三个阶段，律师是一个专业，我们去年十月份在上海召开了“第二届中国律师论坛”，我们的主题就是“专业定位与专业品牌”。对于社会，律师是一个法律专业，精通规则、熟悉规则的专业人士。第四个阶段，就是一项事业，我们有些青年律师，特别是刚进入这个行业的律师，把律师仅仅当成职业，或者仅仅是为了谋生，没有把它当成事业。但是，在端正执业思想后，就应该把它当成一项事业。所谓事业，有两方面的需要，一是律师要形成产业，二是这个产业要对国家产生影响，也就是参政议政。??第二，我们要把握律师的功能。功能可以从两方面理解：江平教授作了一个科学的划分，律师首先是服务然后是治国。我认为应该分为五个方面：一、解释功能。解释就是要体现你的法律专业水平，比如说，法律体现了许多不确定性或者是含糊性、不完善性，在刑法类似危害大小、情节轻重等情况，就需要我们律师作一个明确的解释。在民法上则有显失公平、违约侵权等类似的情况，也需要律师作出专业的解释。二、预警功能，相当于“消防队”的角色。我说的是起火之前，社会上很多人把律师当成救火

队，这是不完全的理解。律师实际上有一种预警功能，目前的社会是一种初级阶段，有事才找律师，实际上要达到高级阶段，是没事才找律师，请律师是为了不打官司。三、保护功能。有律师介入的话可能会使当事人免以被侵害，免于不正当的伤害，以保护自身的合法权益。四、主张功能。这方面律师要做的事情很多，比如是主张追究对方承担侵权还是违约的责任，主张追究对方的刑事责任还是民事责任。五、参政议政功能。就是江平教授所说的治国功能，也就是今天我们要讲的从律师中国到宪政中国。即我们律师能有什么样的作为？应该有什么样的作为？怎样通过参政议政来体现我们的智慧、专业，来使我们的规则更加完善，使我们的私权得到更多保护？

第三,我们要发挥律师的特长。在律师中国走向宪政中国的道路上，我们要充分发挥律师的四个特长：

一、口才。大家都知道法制发达国家的政治家，大多都是律师出身，律师出身的他首先有一个特长就是口才，他们这些政治家要成为一名人民英雄、一名优秀的政治家就需要演讲，需要解释他的主张。这就需要口才，非常好的口才。最近，我们的邻居大韩民国，又产生了一位总统，这位总统就是律师出身。很多人会想我们中国律师什么时候出现这样的角色，我想不会太远，大概在2020年，在我们实现现代化之后，在座的年轻律师我觉得应该对这个目标寄以很大的希望。

二、笔才。如果说口才能让枯树开花的话，那笔才应该能让顽石点头，律师除了每天要书写各式各样的诉讼文书，或者各种各样的法律意见，他也可以书写对国家治理和机构完善的各种意见。三、逻辑推理。如果作为一名律师不具备逻辑推理天才的话，那他可能不是一名合格的律师。四、善于管

理。最擅长管理国家、团体、单位就是熟谙规则、洞悉法律的律师。我们现在律师业管理主要分为三个层次，一个司法行政系统的宏观指导，一个律师协会的行业管理，还有一个是律师事务所的自律管理，现在律师事务所都在探索各种各样的管理模式，其实这只是体现律师管理才华的一种方式，其实律师管理的才华在很多方面都可以体现出来。如果律师来当国家领导人，他的管理才华是能得到充分体现的，所以律师在这方面的特长有助于实现宪政。??四,宪政。我理解为两个方面，一是公权和私权，所谓公权就是要限制、监督、制约。作为私权那就应该保护、保障。如果保障和保护没有实现的话，那国家应该有非常好的程序、措施来使公民的私权得到保护。有句话叫“先小人后君子”，但这只是在老百姓当中说说而已，实际上在我们的立法当中应该体现这种思想。所以，我们立法的时候都应当是小人，是无赖，是骗子，但是实际上立法上都把自己和他人想像成很好的人。法律和规则是怎么产生的呢？就在于一个国家、团体、机构有人要违反这个制度，法律和规则实际上是为坏人而创造的，所以我们在制定规则、进行制度设计的时候应该想到如果是违反规则怎么办，这时我们要想到任何一个人可能会违反规则，但现实中我们把这些当成人当成好人。但是真正的当一个公民遇到不确定的限制的时候，我们把这个当成人当成小人，比如把犯罪嫌疑人当成小人，其实这时候应该反过来把所有的犯罪嫌疑人当成好人。因为在法院判决之前他们是无罪的，所以说我们国家在立法上小人与好人概念的错位，使我们法律和规则产生了许多不完善。最后，我想借用一下三十年代的作家林语堂先生的一段话，来结束我的演讲。他是一个文学

家，但他对法律有很多的研讨和理解，他说“作为一个国家，我们在政治生活中一个最突出的特点就是缺乏一部宪法，缺乏民权思想，这个特点根源于一种不同的社会和政治哲学，他将道德混为一谈，是一种道德和谐的哲学不是一种力量的哲学。制定一部宪法的前提，是认为我们的统治者们是一些无赖、骗子和窃贼，他们可能会滥用职权侵犯我们的权力，于是我们可以用宪法来保护我们的权力，然而中国有关政府的观念却恰恰相反，我们认为政府官员是父母官，他们实行的是仁政，他们会像你照看他们孩子们的利益一样照看人民的利益，我们放手让他们处理一切事务，寄予他们绝对的信任，我们把数以百万计的钱放到他们手中，但从从不让他们汇报开支情况，我们给了他们以无限的权力，但从从未想过如何保护自己的权力，我们把他们看成是为人君子有教养的绅士。”这就是著名作家林语堂的非常精确很美丽的概括，我把它当成今天的结束语，不管今天演讲的内容和效果怎么样，但引用的这句话一定是最好的。??魏雅华（陕西省作家协会作家）：刚刚刘总编说了一句非常精彩的话，也许这句话大家没有足够的重视，但我听了感慨万千，“一个犯罪嫌疑未审判定罪之前我们应该把他当成一个好人”这句话非常重要，因为我在到这之前我刚好在写一篇文章，为什么要先把刘晓庆抓起来关上八九个月，现在定罪了没有，她是不是罪犯，我们并不清楚，就是一件非常简单的事情，但是我们的法律观念就是转不过来。还有一件事情让我对《中国律师》杂志充满了敬佩，因为倾斜的高考录取线受惠的地方是北京，而北京的《中国律师》杂志能来协办这次会议，就让我感到非常高兴，非常振奋，而且我还想说的是这条倾斜的高

考录取线受惠最大除了北京就是上海，然而北京、上海对这件事情反映非常强烈。对于《一声叹息》文章的内容我就不再讲了，主要讲新闻背后的新闻，故事背后的故事，围绕着这篇文章所发生的许多事情，也许你们会很有兴趣。我为什么会写这篇文章，我是怎么想起来的呢？深圳商报的《焦点》杂志社编辑楚红打电话给我，问我有没有看到山东德衡律师事务所代理的三位考生状告教育部的案件？我说我看到了，她说你能不能就高考的分数线给写一篇文章，来谈谈你对这个事情的看法，我对这个事情很有兴趣，她就说给我一个星期时间写，准备在第十期杂志给登出来，然后我很快就写出来了，但奇怪的是第十期的杂志并没有登出来，我就问楚红怎么回事，结果她说“您这篇文章写的太尖锐了，我们总编在临登时给拿下了，香港和台湾的杂志把我们这个杂志盯的太紧，我们这里只要有一点抨击大陆事政的问题，他们就会转载，而且会抓住不放，不过没关系，您的稿费照给。”这篇文章虽然当时没有刊登，但很快就在《中国律师》杂志发表了出来。我觉得《中国律师》与中国律师就是要仗义执言就要不平则鸣。??焦宏昌（中国政法大学法学院副院长）：宪法界最先开始讨论宪法司法化问题的是北京大学王磊教授，他写过一本书《宪法的司法化》。??今天我演讲的主题为“宪法权利的司法保护”。首先我们要界定两个概念，即什么是宪法权利，什么是普通法上的权利？这是我们进行讨论的前提。所谓宪法权利简单说是由国家宪法确认的公民的基本权利。从我国宪法来说，宪法所规定的公民的基本权利主要从宪法第33条至50条有17个条文26项规定了基本权利。宪法所规定的公民权利是通过什么方式加以保护？一般从一

个国家的法制、情况来说，首先它涉及到一个国家在宪政体制下，通过对公共权利的配置，对公共权利来源的规范给予一种保护。一般国家从宪法保护公民权利这样一个角度来说，它把公民基本权利放在前面，后面规定国家公共权利，这样一种宪政安排昭示这样一种含义，就是说国家公共权利来源于公民权利，同时也是为保障公民权利。具体到一个国家来说，宪法的公民基本权利通过什么方式来保障，首先是一个国家立法机关对权利的保障。?? 我们所讨论的司法保护，它的前提是宪法的公民权利的效力问题，它首先是对抗谁的问题。一般认为宪法的公民基本权利，首先不是对抗一般的公民个人，而是对抗国家的公共权利，也就是说宪法规定的公民基本权利效力指向对象不是弱小的公民，而是指向强大的国家公共权利。在强大的公共权利里立法权首先是受到公民权利的约束，也就是说立法在保障人权时是要受到限制的，在具体情况下怎样限制，在公民权利保障里面，平等保护是非常急迫的问题，这个问题在现在的理论和实践上存在的争议比较大。立法权在平等保护公民权里面，要不要受到约束？立法权在公民权利保障里面是不是它的效力的指向对象？这是目前法律界最重要的问题。实际上一个国家宪法包括法律对公民权利的保护，是立法层面里面最核心的问题。它所实行的平等保护，就是我们所谓的相同的情况相同对待，不同情况不同对待，也就是说一个国家在保障人权时，特别在平等保障里面是允许分类的，如果我们不对法律所规范的对象进行分类的话，我们实际上是没有办法保护的。这里面分类涉及到一个标准，比如我们今天所讨论的案件，3个学生告教育部，实际涉及到高考的分数线问题。在一个国家里给

哪些人受教育权，划定什么样分数线？作为一个政府的管理机关，它有没有分类的权利，或者说立法机关在保障人权时能不能分类，这个是肯定的。比如说我们给妇女、老人、儿童更多的权利，我们在都是中华人民共和国公民的时候，我们把公民分为老人、妇女、儿童、残疾人和其它社会更需要保障的人，这时本身就对它进行了分类。但一个国家立法机关在进行分类时，分类是否正当、合理，在立法时是需要考虑的。一个立法机关对公民宪法权利平等保护的时候，如何分类是正当的？主要涉及到这样几个问题，首先涉及到平等权和公民自由权关系问题。从宪法价值上来说，平等保护和公民自由权，这两个都是宪法价值，就像法国在大革命时提到的自由、平等，是他们提出的基本价值理念。但在一个国家立法机关立法时，到底侧重平等保护，还是侧重保护每个人自由，这时立法机关（当然立法机关是广义的立法机关，既包括像我国全国人大及常委会这样的国家立法机关，也包括地方立法机关以及行政立法机关。）在立法时怎样平衡自由和平等？怎样平衡国家利益、公共利益、个人利益之间的关系？怎样平衡特殊人保护和普通人保护？这是立法时首先要考量的。但如果一个国家的立法机关完全是个人考量的情况下，可能出现多数民主产生的议会如果没有受到任何监督的话，如果说它的立法不受任何控制的话，会产生多数民主的暴政问题，所以立法机关保护公民宪法权利这样一个宪法权利配置后，一般的国家赋予司法机关在保证公民的权利，特别是平等保护时，给它一个第二次的裁判权。因为立法机关进行立法时，针对不特定的人，不特定的事，但受权利侵害的往往是具体的人、具体的事，在这时立法机关制定的法

律是不是真正符合了宪法所保护的人权的价值，这时应该给司法机关一个判断的问题。在一个国家里公民宪法权利通过立法这样一种保护，实际上进入到司法保护，由司法机关判断。司法机关为什么可以判断？在宪法体制下，赋予司法机关来审查立法机关制定的规范性文件是否符合宪法保护的人权价值，一般来源这样一个理念，比如司法权是被动性权利、是中立性权利、是判断性权利以及司法的程序性、司法的亲历性、忠实性等。司法权一般在宪政里是独立的角色，它在处理纠纷时，不光是处理公民之间的纠纷，也要处理公民和国家之间的纠纷，特别是在处理公民和国家之间的纠纷时，司法权由于具有的一些品格，大家相信通过司法方式救助人权，通过一种个案的救济方式更容易保护宪法的权利。往往把人权保障纳入到司法的个案审查里，对于我国实际涉及到问题的本质在于我国的法院有没有对公民权司法保护这样一个职能，在宪政体制里，没有赋予它这种职能，这是中国宪法权利司法保护里碰到的比较大的问题，对这样一个大问题，从理论上来说，大家有不同看法。有人认为我们国家在全国人民代表大会这样一个宪政体制下，我们国家的法院没有对宪法权力司法保护这样一种功能，这样的功能前提是首先法院要有宪法监督权，其次法院要有宪法解释权，如果一个国家法院没有宪法解释权和监督权，让它来对立法机关制订的规范性文件是否合宪进行审查来救济人权，这种体制是违宪的行为，这样一种观点在中国人权保障里面进入到一个实质问题。?? 我个人认为在人民代表大会制这样一个宪政体制下，我们国家人民法院对宪法所确认的公民权利，能不能提供司法保护，这里面实际上是有一定空间的。比如说关于

宪法解释权，从我们宪法的规定来看，宪法解释权我们给了全国人大常委会。我个人认为在一个国家的宪政体制下，宪法把宪法解释权给了人大常委会或者包括全国人大，那么不能够完全排斥法院在公民宪法权利保护的时候它的解释权，那么我提的这样一个问题的基点在于什么呢？就是一个国家在进行法律解释的时候，包括宪法解释的时候，实际上它是分成不同的层次、不同的方面，就我们国家来说，全国人大、人大常委会行使宪法解释权，我们可以理解成是一种宪法解释权的所有权或者是一种立法上的宪法解释权。那么这种解释权在中国宪政体制下，是不能挑战的，那么这种解释权是一种最高的、权威的解释权。但是这种解释权我觉得并不排斥法院在适用具体案件的时候也享有一定的司法上的宪法解释权，如果不区分这样的话，那么中国的宪法想走向诉讼程序或者说通过一个具体的方式来保障人权，实际上是不可能的。?? 从我们中国现在不论是理论上还是实践上来说，人民法院事实上在行使这样的解释权，从理论上讲，我也觉得法院如果从司法的适用或者手段意义上来说，给它这样一种权利，它并不破坏我们的宪政体制，反而它是在人权保障里面扮演了一个积极的角色。法官的职能是要把一个法律规范转化成为一种审判规范，那么在这样一个转化的过程中，法官势必要选择哪些规范可以用，哪些规范能用，那么他在选择的过程中，我觉得他就是适用宪法，也是在司法意义上解释宪法了，但是在这种过程中可能会涉及到下位规范和上位规范不统一。如果说它适用的规范有一万个规范，他在这里面找出了几个适用本案的规范的时候，如果这些规范之间没有矛盾，他就直接适用了，但是如果这些规范之间要发

生冲突的话，那么法院的法官实际上在这里面他要进行判断和选择，他一旦做出判断和选择的时候，我觉得在手段意义上、在司法意义上，他实际上在适用宪法来保护人权了。但是如果说这里面出现了涉及到国家的立法机关的立法是不是违宪的问题，我们法院的宪法解释权也就到此结束了，这时要求助于更高的宪法解释体制，就是人民代表大会常务委员会解释，所以人民代表大会常务委员会享有最高意义的解释权。??宪法的解释权实际上可由法院在具体适用案件时享有，如果法院在行使一定司法意义上的宪法解释权不成问题的话，那么法院审判案件解决纠纷来保护宪法权力，在理论上是可以成立的。实际上很多教授提出齐玉苓诉陈小齐案只不过是两个公民之间的纠纷，虽然通过宪法规定的受教育权把它跟宪法连接了，但实际上没有真正挑战公权，所以很多人把德衡所所做的“学生告教育部”这个案件作为司法机关保护公民权利真正的宪法案件，这个案件虽然没有走到最后的尽头，只是在法院走了一个“程序”，但它所显示的意义实际上很大了。在我国，我们通过开这样一个会来把公民的基本权利对抗国家公共权力，这样一个主题呼唤到我们宪法界来，意义非常重大。因为在我国从宪法体制上来说，法院的地位比较低。比如国家机构第一节里面规定全国人大、第二节规定国家主席、第三节规定国务院，第四节规定中央军委、第五节规定地方各级人大和地方各级人民政府、第六节规定民族自治地方的自治机关、第七节规定村委会、居委会。法院在居委会、村委会后，它的地位在宪法上不高，是宪政体制上设置的原因，最主要是法院在中国人权保障里面能起到什么作用，地位高低不完全取决人们怎么给你称谓,关键是你

在人权保障里面扮演什么角色,包括我们的律师、法学家、法律职业共同体,在整个宪法权力保障里面,我们是什么样的态度,我们对宪法权力保障能做出什么贡献,这值得我们反思。?? 德衡所承办这样的案件,虽然没有通过司法程序解决最后问题,但意义已经显现出来了,从这样的角度来说,宪法的平等保护问题,恰恰在所有的宪法权力司法保护里面,是最直接也是最重要的问题。因为平等权在传统的公民权利里面,宪法权利从发展过程来说经过了三个发展阶段,所谓的第一代、第二代、第三代人权。第一代人权保护消极人权,就是生命权、自由权、财产权,第二代人权实际上已进入经济文化发展的领域。第一代人权管的最少的政府是最好的政府,第二代人权强调对公民社会权利的保障,社会权力保障里面最大的问题是平等问题,以平等权为突破头来保障人权,确实在宪法的司法保护里面是一个很重要的方面。第三代人权出现集体人权,它能不能通过司法保护,在今天的宪法学研究会,大家提出不同的看法。公民的平等权在具体的保护里面可能涉及到一个将来法院怎样通过具体的个案创制这样一种先例来保护的问题,不能光等待法律通过改革来保护人权。实际上我们可以通过现实发生的具体案件,这些案件通过我们学界或法律共同体模拟宪法权力的司法保护,来发现宪法问题,推进宪法发展。栾少湖(山东德衡律师事务所主任):关于宪法意识问题,应该说淡薄的还不光是政府官员,也包括律师甚至也包括我们的学者。令人欣慰的是,这次状告教育部的事件当中不完全是炒作,不完全是策划,但肯定也有策划。因为这件事情考生们打来了很多热线电话,我有个比较好的习惯,能够经常翻翻看看我们所的热线

电话记录，若不注意可能就错过了一些热点。后来我看到以后，我说组织几个律师研究研究，看看能不能告一下。最近我又和几位律师谈，能不能告最高法院一下。关于行政诉讼法和民事诉讼法证据，最高法院有一个司法解释，涉及宪法中隐私权的破坏问题。这个司法解释，大致是说可以用一些手段获取证据，包括录音等。实际上这个司法解释出台之后，整个社会在隐私权保护上甚至在道德水准上都出现了很大滑坡，现在在洗澡堂、上厕所都考虑到隐私权是否被侵犯了，这是很严重的事情。我最近对有关律师说，能不能先组织几篇文章质疑最高法院这个司法解释，因为这已对宪法基本原则构成一种破坏，同时与其他一些法律规范相冲突，比如与刑法规范、与道德规范的冲突。我们曾经向市人大谭主任提过立法建议，不知道谭主任收到没有。青岛市应该抓紧制订公民隐私权保护条例。当然这个是谭主任研究的事情，我们只能安排律师组织文章。我听说市南法院已经有一个类似的判决，首次采用录音、窃听作为证据使用。且不说作为证据是如何来审查判断它的合法性，单说对这种证据的认可，如果落在我所律师代理的事情上，我们就应该做点什么文章。

耿焰(山东德衡律师事务所)：我国在2001年在司法界与宪法理论界引起很大争论，被司法机关以“宪法司法化第一案”冠名的“齐玉玲案件”实际上也表明了司法界在违宪审查模式选择中的主动行为或“抢滩行为”。主观仅仅是主观，并非一定能产生良好的宪法实效。从宪法被实际实施的效果程度出发，在进行违宪审查的模式选择时，具体到审查机构主体的设置上，除考虑主观因素外，更重要的是是否应当具备客观条件。结合我国目前，中国目前包括最高法院在内的

普通法院不具备实施违宪司法审查的客观条件，这其中最重要的因素就是“司法独立”。我国对“司法独立”的理解以及由此制定的实体规则和程序规则有很大的不同。具体表现为：1、我国的司法权的独立是指司法权只能由司法机关行使，具体为审判权和检察权由审判机关和检察机关行使。2、我国的司法独立中不包含法官的独立。因此，我认为，在目前的法律体制未改变，缺乏相应的能反映“司法独立”基本价值的实体规则与程序规则下的前提下，包括最高法院在内的法院不能够也不应该成为违宪审查的权力主体。因此，在现阶段，若不是为设立“违宪审查制度”而设立制度，那么法律体制的改革应当首当其冲。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](http://www.100test.com)