

走出书斋看法

秦前红 著



上海三联书店

走出书斋看法

秦前红 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

走出书斋看法/秦前红著. —上海:上海三联书店,2015.6
ISBN 978-7-5426-4935-5

I. ①走… II. ①秦… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 207622 号

走出书斋看法

著 者 / 秦前红

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 吴 昊

责任校对 / 张向玲 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-24175971

印 刷 / 上海师范大学印刷厂

版 次 / 2015 年 6 月第 1 版

印 次 / 2015 年 6 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 370 千字

印 张 / 24.25

书 号 / ISBN 978-7-5426-4935-5/D·266

定 价 / 58.00 元

敬启读者,如发现本书质量问题,请与印刷厂联系,电话 021-57123907

目 录

C O N T E N T S

第一章 制度之厄：人大、政协、执政党及其他

浪漫主义的表述，理想主义的安排

- 简评宪法文本关于中央与地方关系的制度安排 2
- 中国国家结构形式制度运行的有关问题 4
- 现行宪法国家机构制度的修改问题刍议 6
- 中国地方人大常委会制度的运行实践及其问题
- 在香港大学的演讲 9
- 全国人大的困境素描 18
- 不能以人民代表小组会议代替人民代表大会 21
- 地方人大的困境与突破
- 与《南风窗》记者谈人大履职经历与体会 23
- 关于加强全国人大常委会制度建设的思考 28
- 地方人大常委会的任期制度应该坚持 30
- 电子票决的威力 31
- 人大代表界别安排制度略评 34
- 如何解读“申纪兰现象” 36
- 拥有外国国籍的人不应担任人大代表 39
- 人大代表审议报告时为何多是“歌德派” 41

高价贿选为哪般?	44
官员任期制为何难以坚持?	47
人大会议速记	49
政协宪法地位的迷思	50
政协制度可欲可为的发展空间	51
政党活动的边界	53
执政党工作报告应有别于政府工作报告	56
尊重司法规律是衡量执政党能力的重要标志	57
运用司法的能力是衡量政党执政能力的标志之一	59
党委书记兼任同级人大的体制值得省思	60
各级人大中的党员代表发挥作用的空間在哪里?	62
从行政预算到人大预算	64
预算执行的宪法观照	66
从司法民主的视角来看人民陪审员、人民监督员制度	68
智慧的统治、贵族阶层与律师制度 ——评《宪政视野下的中国律师制度研究》	70
“干部下派挂职”制度应该慎行	75
机构改革必须树立程序法治意识	77
制度运行不可忽略细节之变	79
保姆式的政府决策应当缓行	81
强市扩权,其利其弊?	82
体制内为什么总喜欢组织集体学习?	84
为什么很多官员口才很差?	86

第二章 实践之困:立法与监督、司法与个案

地方立法中的共识协商	90
宪法学者为什么总是缺席国内重大立法活动?	92
再谈宪法学者参与立法活动	94
地方立法为什么难有地方特色	96
较大市的地方立法权是否有续存的必要?	97

广州市人大常委会的改革值得关注	98
未可乐观的预期	
——我看《国家公务员法草案》	100
跳出圈外看国家赔偿法修改争议	103
校园安全立法	
——歧路苍黄	105
关于《校车安全条例》(草案)的几点意见	106
关于《武汉市实施〈中华人民共和国中小企业促进法〉办法》	
执法检查的几点意见	108
网络立法没有芝麻开门那样的神奇功效	110
人大代表为何要提请全国人大收回征税权	112
一个值得认真解读的法律监督事例	114
政府风光,人大尴尬	117
租客超生,房东“反坐”实属立法败招	118
理性对待最高人民法院废止齐玉苓案“批复”之举	121
六机关颁布的《两个规定》是向司法规律的回归	125
对香港终审法院就刚果金案提请人大释法问题的若干政策建议	126
中国司法的缺憾是如何形成的	130
司法公正的前提是程序公正	132
最高人民法院院长的角色及其权力	136
在司法与政治之间进退失据的最高人民法院	139
冷眼以观“司法能动性”	141
维稳压力下的司法与民意	152
若法律没有了权威,又何论其他?	154
“捉放王”背后的深层思考	157
罗彩霞案件中的宪法问题	159
从唐慧诉永州市劳教委案说开去	162
法治国建设过程中的不谐音	
——评深圳警方强令“嫖客妓女”游街事件	164
从治安维稳到人权保护	167
将警察权关进制度的笼子	170

宗教的“遗物”与法律的“遗产”	173
法院为什么经常“不予受理”？	176
国企高管亦能成为渎职犯罪主体	179
谷开来案一审判决及其他	181
薄熙来之全国人大代表资格终止的法律解读	182

第三章 理念之维:民主与法治、宪法与宪政

从“两会召开”看中国民主政治	184
民主,离我们的理想还太遥远	186
欲治法律权威不彰之弊必须依赖民主	187
民主有时会让人疑惧	188
党内民主带动人民民主之我见	189
共和、任期制与政治试错	191
说说君主世袭制与威权世袭制	192
关于平等的法律思考	193
当代中国法治发展所面临的社会挑战	196
法治饱受攻讦的三重困境	200
政党法治化的理论困境	202
法治如何实现对利益的调整	204
关于省域法治建设的有关问题	206
依法治国首先必须是依照宪治国	215
服膺先智,继往开来	
——解读乔石有关法制的论述	217
基本权利的中国面向与宪法制度形成	223
中国宪法关于公民基本权利的限制性规定	229
八二宪法实施以来基本权利理论与实践发展之路	232
转型社会时期的宪法变迁问题	235
现行宪法的修正与检察制度的完善发展	237
和谐社会的宪政观	240
宪政是民主的基本方式	249

关于中国宪政发展的几点看法

——在北大和新浪微博联合举办的宪政论坛上的演讲词	253
《论社会主义宪政》出版后记	256
对话与超越	257
中国地方的兴起所引发的宪政问题	258
国家紧急权力的最后边界	260
“因公违法”的宪政透视	262
宪法“司法化”与违宪审查问题探究	264

第四章 热点之感:官员腐败、政府决策、社会管理及其他

从高官纷纷“落马”看中国实现宪治的希望	268
“纪委反腐”面临的挑战	269
法院院长何以“前腐后继”?	271
法官腐败的另一种解读	273
制度化反腐的可能及其变异	275
民意时代的反腐困惑	279
腐败赦免欲语还休	281
选择性反腐,会越反越腐	283
从谢亚龙遭遇所谓“逼供门”说开去	284
微博问政给社会管理带来的挑战及其对策	286
中国的官员为什么总是特别忙碌?	289
市长们不知自己不可以干什么	291
吸烟是不是一种权利?	292
为什么说“嫖客妓女”也有人格尊严	294
——答博友荆楚野人部落	294
奥巴马当选有感	295
我看到的台湾选举	296
我看拆迁	298
有多少规划可以重来?	300
政府经营城市,功过何论?	301

内陆平原争办化工园区是自断生路	302
从高速公路免费通行来看行政决策科学性	304
醉驾入罪与利益团体的意见表达	306
“地方精神”之说是一个伪命题	307
政法高官为什么在出问题后想到了请律师?	308
游行示威中的集体行动困境	310
“平坟运动”与灵魂归依	313
公务员报考为何“高烧”不退?	316
当权利遭遇权力	318
守规未必需要知规懂规	319
权利时代的教育困境	321
籍贯有什么法律意义?	324
法官穿法袍上访并非咄咄怪事	326

第五章 为学之道:治学态度、研究方法与法学教育

且洒泪酒祭先生	328
关于“传统”的断想	332
又见教师节	333
台湾之行杂记	334
偏见如何能消除?	336
法律人的驿站	337
戏谈两岸三地的法律人	338
一个值得尊敬的法律人	339
法学人的“围城”	340
学者何能自存	341
学术期刊的贫瘠与学术的快餐化	342
宪法学研究的拨偏与反合	344
历史分析与个案分析	346
问题面向决定方法面向	347
如何研究人物的宪政思想	348

重视宪法解释方法的研究	349
关于宪法原则研究的一点浅见	351
学法不能食洋不化	352
并非多余的话	
——写在《比较宪法》出版之前	353
为叶海波博士《政党立宪论》出版所写的话	355
为《宪法基本权利规范在刑事法中的效力》一书出版致贺	357
为什么大学争办法学院?	359
困难的本科教学	360
法科研究生教育之弊	361
《宪法通识》出版前言	363
法科新生如何走进宪法之门	
——给武大法学院 2012 级新生的入学讲座	364
我为什么愿当本科生的“班导”	373
当今大学少书痴	374
留学生造假及其他	375
关于基本法教育和人才培养的几点看法	376

第一章

制度之厄：人大、政协、执政党及其他

浪漫主义的表述,理想主义的安排

——简评宪法文本关于中央与地方关系的制度安排

中央与地方分权以及地方自治问题是最典型的宪法问题之一,可惜当下中国的宪法学人很少顾及这一问题领域的研究,其原因可能是多方面的:近年来中国的宪法问题层出不穷,尤以权利保护领域最为突出,部分宪法学人或许心中有自己的关于宪法问题研究的急缓秩序;研究地方问题需要丰富的知识积累和扎实的实证梳理,这会使许多人望而却步;特定情况下所谓的研究对于某些人来说,沦为纯粹功利主义的操作伎俩,成为没有任何意义的数字统计方式,而没有了真正的问题意识。

对有关中央与地方关系的宪法法条粗略地进行一下统计,直接规定的就有第2条、第3条、第5条、第9条、第10条、第30条、第62条、第67条、第89条等十几条之多,每个条文规范的逻辑内涵是什么?条文与条文之间的逻辑关系又是什么?这是中国宪法释义学所面临的清晰又艰巨的使命。

现行宪法关于中央与地方关系权力划分的总体原则体现在宪法第3条第3款的规定中,即:中央和地方国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。这其实就是毛主席在《论十大关系》中的语言的翻版。这种通常被简称为“要发挥两个积极性”的原则,给我国中央与地方关系的政治、法制实践留下了太多的模糊空间,也催生了诸多的难题。^①

按照宪法第3条的文义解释,这种在国家权力层面的中央与地方之间的划分(国家权力与社会权利的界分,体现在宪法有关基层民主自治的规定中,这里不做探讨),必须优先保证中央的统一领导,这也是单一制国家结构形式的规律性要求。但过去关于“中央统一领导”的语义理解似乎是无边无际的,某种程度沿袭了“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣”的传统思维。中央的统一领导以对地方的规制和指挥为旨趣,这种领导仅在技术和其他客观局限的窒碍下才有所谓的限度。中央对地方采行根据自己的主观需要“收放自如”的办法,殊料经常出现客观不以人的意志为转移的情况,导致出现“一放就乱,一收即死”的局面。

为了避免这种“收放循环”的局面重复出现,造成社会的动荡和民心的不稳,宪

^① 对此问题,苏力教授曾撰文倡导宪法学者给予关注,参见苏力:《当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东〈论十大关系〉第五节》,载《中国社会科学》2004年第2期。

法设计了从中央到地方的各级人民代表大会,来表征人民的民主权利,同时实现“上令下达,下情上达”的治理需求。为了防范地方的“尾大不掉”或“抗命不遵”,宪法又在第 62 条、第 89 条等诸多条款中设计了各级人大及其常委会保证在各自行政区域内贯彻实施宪法、法律,以及上级人大及其常委会纠正下级人大、政府部门不适当决定、命令的制度。

个人认为上述既把人大及其常委会作为民主载体,又将其作为保证法制统一载体的制度安排,会使人大染上功能不适症。其原因在于:赋予各级人大保证宪法、法律实施的权能,是否即赋予了它们履行职能所必要的宪法、法律解释权,从而导致宪法、法律解释的“地方化”,^①更加妨碍法制的统一?各国关于法律、法令合宪性的制度安排固然有事前审查和事后审查两种形式,没有拘于一端,但不宜以实行“多数决”的机构进行事后审查,这是一个法制常识,否则会出现“多数的暴政”。我国宪法设立的人大及其常委会保证宪法实施、法制畅通的职能行使制度,既然是实施中的问题当然有见解不同的“利益相关者”,而现有的人大护法制度却是在利益攸关者缺席的情况下展开的,没有公正、严密的陈述与申辩程序过滤机制,这会导致人大行为的武断。经年累月的人大执法检查要么只是“认认真真走过场”,要么是“猫鼠合一”,检查主体与被检查主体错位,也证明此项制度的设计只不过当初立宪者过于理想主义的一厢情愿而已。

^① 比如郑州市制定了《郑州市预防职务犯罪条例》,该条例是郑州市第一部预防职务犯罪的地方性法规,于 2007 年 1 月 1 日开始实施。《条例》把新闻单位作为一个监督主体单独列出,在第 10 条明确规定“新闻单位应当依法对国家工作人员履行职务的行为进行舆论监督”。公务接待、教育收费同政府采购、工程建设、土地出让、产权交易、医药购销、资源开发等受关注、容易引发职务犯罪活动的行为,被列为“重点监管区”,要求政府加强监管,完善监督制约机制。详见《郑州市首次规定新闻单位应当监督公职人员》,http://news.sina.com.cn/c/2007-01-02/095911939916.shtml,2007 年 1 月 2 日。

中国的国家结构形式制度运行的有关问题

国家结构形式制度是最重要的宪法制度之一，中国实行单一制的国家结构形式制度是中国学界的共识。与对公民基本权利制度研究的热络相对比，国家结构形式问题的研究未免显得冷落了许多。

新中国选择单一制的国家结构形式制度有着诸多的客观原因和主观价值诉求，但考诸该制度六十多年的运行现实，可以得出一个相对具有说服力的结论：中国特色之政党制度成为该制度设计初衷的保障，但当政党制度因社会转型自身遭遇巨大困难时，国家结构形式制度的先天不足则被更加放大。时移世易，作为宪法制度安排上的国家结构制度，其理论样态与运行实际出现了严重的不协调，制度的功能实效严重偏离了预期，这种现象颇值得研究。

一个单一制大国的治理，抛却价值层面的考量外，其在国家结构形式层面的有效性直接取决于能否做到“上令下通，下情上达”。以此来衡诸当下我国中央与地方关系的实际，其结果应该不令人那么振奋。以我自己的判断看来，我国宪法上的相关制度设计在现实的展开中面临严重的失灵问题，甚至出现了所谓“政令不出中南海”的现象，这可从许多方面来证成我的上述的观点。行政系统的能力极度虚弱，许多时候要仰赖于党的组织系统来弥补其能力的不足，从另一种角度来说，这导致了法律问题的政治化解决，房地产调控等问题都是依循这样一个路径解决的。现有的法律监督制度无法解决愈演愈烈的地方立法僭越国家立法问题，地方通过立法手段实施“利益抢滩”已成为地方挑战中央的重要手段。信访案件的大量上升突显了个案之治，其并非一种普遍主义的解决思路，而其成功概率被认为同“麻将中的海底和”差不多一样稀少，信访问题其实不过民意“上达”不畅的另一种诉说。中央要求以民为本，实施减轻农民负担的柔情政策，但地方性的制度扩张却带来了机构和人员的扩张，中央与地方的不同考虑使得“减负”政策效果极为有限。党政军包括司法系统习惯性采用“官员空降”的办法，来加强对地方的控制和驾驭能力，这种方式不仅挤压了地方官员成长空间，扼杀了地方官员工作的积极性，而且由于这种官员升迁的“委派”制，更加助长了官员短视主义的政绩观和“唯上、唯权”的官僚作风；缺乏类型化和精致化的大一统式的公务员制度，不仅导致机构臃肿，财政不堪重负，而且这种制度不能解决一个国家治理所必须的“法律之治（常规之治）”与“政治之治（领导之治）”问题。从政治文明的规律而言，“法律之治”解决的是一国发展的稳定性、连续性问题。它通常把社会大众已经形成的绝对或相对共识通过正当程序表现为法

律,通过以公开、公平、公正考试制度选拔出来的官员来严格执行。“政治之治”要正确权衡现实与未来,因应前瞻性的发展需要,提出具有风险性、挑战性的发展战略。能承受如此艰难的担当的官员不能循由科层制官僚的成长路径,通常应由选举制度来作为不拘一格的选拔路径,并借以赋予其政治试错的正当性或权威性。但中国当下官员的升迁却是以弱化法治的权威、强化潜规则的权重为表征的,致使这种制度的公信力和执行力都大打折扣。作为解决民族问题基本制度的民族区域自治是以保障定居民族权利、强化民族差异为制度导向的,而忽略了在市场经济条件下当所有要素都具有流动性时,如何应对散居民族权利保障和民族转化为族裔后的民族融合问题。中国的改革开放以区域之间的非均衡发展作为政策主轴,这不仅导致先发达地区成为“地方诸侯”,增加了与中央讨价还价的筹码,而且使单一制国家所必需的法制统一变得遥不可及。香港、澳门地区问题的解决是以牺牲单一制国家的基本原则为代价的。任何单一制国家甚至是联邦制国家行政权、立法权可以分散多元,但司法终审权必须是统一的,这是表征一个国家主权统一的基本元素。香港、澳门地区分别享有司法终审权的事实,既挑战了传统政治学宪法学关于国家结构形式的理论,又使中国这样的单一制国家竟然出现重大法域冲突成为一个需要不断解决的现实问题。

上述诸多危机其实是“常态宪政”脱轨的表征,究其原因可以归纳出林林总总:宪法中有关国家结构形式制度的设计忽略了中央、地方两者之间的权力制衡制度的系统性;下级人民代表大会选举产生上级人民代表大会制度,形成了权力与权威的倒置、权力与“合法性”的不匹配;市场经济引致的利益多元化与行政主导的路径依赖之间产生了内在的紧张等等。但在大陆的地理版图内,其中最重要的原因在于地方崛起,这使地方获得了挑战中央和与中央讨价还价的能力。

地方崛起的原因可以总结为以下几个方面:

第一,从中央到乡镇的四级纵向管理系统必然导致中央政令的传达“失真”,地方获得了利用信息扭曲牟取自身利益的制度空间;

第二,地方在形成和强化自己利益的过程中,产生了不同的角色意识,并由此形成不同的立场选择。对于中央的政策它们通常立基于利益取向而采取相应的执行态度。符合自身利益的,它就努力刚性执行,不符合它的利益,它就弹性变通执行。这就是中国常有的所谓“上有政策,下有对策”现象。

第三,政治国家的强大导致了马克斯·韦伯所说的官僚科层现象。中央政府治理的理性局限导致庞大的地方官僚队伍中,只有少量部分由其任命和控制。任命与责任的对应关系会促使地方政府官员更注重地方的“指令”。

第四,地方财政能力的提升使过去因为依靠中央财政供给而产生的服从受到了动摇,而日益突出的地方官商一体或官商勾结现象,更加助长了地方势力的“坐大”。

现行宪法国家机构制度的修改问题刍议*

当务之急权力是解决体制问题。我们讨论这个问题应该借用台湾地区的一个词,叫做“戒急用忍”,有很多问题摆在我们面前,学者对这些问题要用理性的态度对待,而且需要智慧讨论。我觉得有些问题作为学者可以用另外一种话语表述,比如联邦制的问题,可以用中央和地方关系,没有必要用很刺激性的语言,可以用艺术性的方式讨论,达到预期的轨道。

关于人大制度问题。到今年(2012年)两会,已走到一个重要的实质关口,我一直观察两会,但今年两会显现出从来没有的别样景致,可能是不是到了网络时代很多问题都曝光在公众面前,很神圣的制度由于某种契机被高度解构。人大制度遭遇了很多难题,粗略可以列举几种情况。

人大本身跟当下领域另一个话语——维稳——高度联系起来,人大开会成本很高昂,比如开两会,2700多名代表吃住行要花钱,很多代表是兼职,兼职因开会要支付成本,另外是直接用于维稳的。去年两会的时候,新华社通稿讲北京有60多万人涌上街头,大概三个电线杆下面一定就有一个负责保卫的。今年在两会没有开之前,河北的省委书记就动了一万多人跑到河北各有关基层单位去,他说了一句话叫做“基础不牢地动山摇”,成本很高昂。

人大制度被高度行政化,这可以体现在几个层面。比如代表的产生是行政化的安排,会议制度很行政化。人大会议有三种形式,一是全体大会,二是代表团会议,三是小组会议,全体会议让你没有发言机会,听取表决而已,能够发言的是代表团会议和小组会议。在代表团会议中,实际是各省市代表到北京租一个场地异地开会,在代表团中省委书记是代表团的团长,人大常委会的主任和省长是副团长,其他的代表组成都是干部占很高比例,他当着省委书记和省长不敢说话。通常代表团会议议程很多是规定动作,按照规定动作发言。比如我们的同行杨海坤教授有一个五分钟自选动作发言,其实我们在私下里说,杨教授无非是表达了我們早就想说的,我们都知道说的,但是那竟然成为一个很轰动的新闻。

人大的运作也遭到一些问题,我们对国家机构的设计有一个公认的目标指向,现有的人大架构没有充分发挥功能。宪法给了全国人大立法权、修宪权、人事任免

* 本文为作者在共识网和《领导者》杂志于2012年3月24日—25日在武汉主办的“向现代化转型的中国宪法与宪政——迎接八二宪法公布施行30周年”研讨会上的发言。

权、监督权、决定权，立法权现在是慢慢不用了，本来很多由人大立法的现在由人大常委会用了。比如合同法是由全国人大通过的，但是侵权法变成了全国人大常委会通过，税法也是这样的，行政法中行政处罚法是全国人大通过的，其他的行政强制、行政许可统统是全国人大常委会通过的。在决定权中有一个人事决定权，但人事决定权在人大常委会中大量采取零售方式，把全国人大的权力简略了，属于慢慢蚕食的情况。其他权力也都出现了这么一个问题。

基于这样一些情况，我认为人大制度可能到了迫在眉睫的改革关头，我对人大制度的改革有一个基本的想法，有一次我跟焦洪昌教授提到“虚国大、实立法会”的问题。在我国国家这样的情况下，由于是一元权力体制，全国人大有保留的必要，因为这是象征主权统一。在地方是应该把人大常委会跟人大合并了，没有必要去设置两个架构，地方人大实际上已经被虚置化。人大出现了代表力的式微与孱弱，层级越高的，要决定更广泛区域问题的，就越不跟老百姓有连接的纽带，我过去作为一个武汉市的代表都不知道是那些选民选出来的。

谈及宪政体制，在当下遭遇了一种危机，原初在八二宪法中涉及很多修宪的意图在当下不能去实现。比如国家副主席制度，五四宪法曾经规定国家副主席制度，到了1975年取消，1978年也没有恢复，1982恢复国家主席的时候，明确规定了国家副主席是在国家主席缺位时是可以继任的，可是我们过去产生的国家副主席有各种不一样的情况。

关于现有人大制度下所设立的行政权力制度。温家宝今年在作总理生涯中的最后一次记者招待会发言中，充满了很蓝调、很忧郁的东西，对自己做了总结，也说出很多问题，尤其是说出了体制问题，我觉得这些体制值得我们搞宪法的人去高度对待的。比如第一种情况，在中国有一种体制，因为退休不退出的制度导致总理权力高度被压缩。总理的权力受到局限，其原因是我们没有严格、真正地实行总理负责制。总理负责制，我们从语义或规范上进行解读，它应该体现在人事问题上，在人事升迁或罢免的问题，以及人事待遇问题上总理是保持一个决定权的，但是实际上没有。

在国家机关讨论中，比如说任期制度。我们一直说要坚持我们是一个共和国，我们对共和国有很多认知，但是按照麦迪逊在《联邦党人文集》里中的主张就是两个标准，一个是任期制，一个是选举制。我们现在的任期制在不同层级有不同表现，在中央坚持最严格，在省里这个层级也是基本坚持不错的，但到了省下面层级完全不能去坚持，而恰巧是任期制不能坚持，当然还有别的因素，带来了透支未来，带来所谓的功利主义和短视主义，这些问题是在宪制体制中也是没有梳理清楚的。

另外一个问题是关于预算制度和审计体制问题，我们现在的行政预算和行政审