

四川法学文集

第三辑

2012 — 四川省法学会 主编

四川出版集团
四川人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

四川法学文集. 第三辑/四川省法学会主编. —成都:
四川人民出版社, 2012. 12
ISBN 978-7-220-08715-8

I. 四… II. 四… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 273468 号

SICHUAN FAXUE WENJI

四川法学文集 (第三辑)

四川省法学会 主编

责任编辑
封面设计
技术设计
责任校对
责任印制

董 玲
经典记忆
古 蓉
刘 静
李 剑 孔凌凌

出版发行

四川出版集团 (成都槐树街 2 号)
四川人民出版社

网 址

<http://www.scpph.com>
<http://www.booksss.com.cn>
E-mail: scrmcbf@mail.sc.cninfo.net

发行部业务电话

(028) 86259459 86259455

防盗版举报电话

(028) 86259524

照 排

四川胜翔数码印务设计有限公司

印 刷

成都蜀通印务有限责任公司

成品尺寸

185mm×260mm

印 张

22.5

字 数

516 千

版 次

2012 年 12 月第 1 版

印 次

2012 年 12 月第 1 次

书 号

ISBN 978-7-220-08715-8

定 价

50.00 元

■ 版权所有·侵权必究

本书若出现印装质量问题, 请与我社发行部联系调换

电话: (028) 86259624

四川法学文集 第三辑 2012

主 编 四川省法学会

编委会主任 韩忠信

编委会副主任 陈明国

编委会委员(按姓氏笔画为序)

马静华	王建华	牛忠江	左卫民	李 季
朱时顺	杨 闾	里 赞	胥 坚	高晋康
章 群	喻 中	谢维雁	鲁 篱	鄢秀芳
廖 斌	魏义洪			

序 言

法治是治国理政的基本方式，法学是治国理政的大学问。党的十八大刚刚胜利闭幕，十八大报告提出“全面推进依法治国”，强调“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力”。这是我党在新形势下对法治建设的新要求，更赋予了广大法学法律工作者新的使命。此时，我们推出《四川法学文集（第三辑）》尤显意义特殊。

作为党领导的人民团体、群众团体和学术团体，四川省法学会承载着“繁荣法学研究，推进依法治省”的光荣使命。长期以来，我们致力于打造一个综合平台，用以激发活力、促进研究、展示成果、提供指导。不渝的坚持和不懈的努力都投到了这套《四川法学文集》上，希望这套文集能成为我们所期待的“平台”。论文的征集和评选，能激发科研活力，促进成果生产；文集的公开发行，能展示学术成果，提供行动指南。从2006年起，四川省法学会定期收集整理一批优秀法学论文用以编撰出版成《四川法学文集》。每一辑都凝聚了法学专家、政法工作者和编委会同志的辛勤汗水。第一辑和第二辑的出版发行已经证明这种付出是值得的。

今年，这本文集共收录了44篇论文。作者有专攻法学研究的学院派，也有政法工作一线的实践家。作品有深层次的基础理论研究，也有紧密结合实际的案例分析。广泛性、代表性、实用性、可读性是本文集的一大特点，同时还洋溢着浓郁的四川地方特色，可谓是海纳百川、景象万千。能集中我省法学法律界如此众多智慧，并让它跃然于纸上，启迪未来、传递价值，作为四川省法学会会长，我甚感欣慰。

1997年至2002年我曾在检察机关工作，接触过不少案件。总体来说，民事案件多于刑事案件。而且很多民事案件适用法律是一样的，只是主体不同罢了。很大程度上说，民事案件发案率高的原因不在于法律不健全，而是民事领域内的体制、规则不够完善。比如市场经济中的纠纷很大一部分和失信有关，这就涉及社会诚信问题的研究。近些年，中央也高度重视诚信体系建设。今年初，四川省法学会组织眉山、雅安、自贡、泸州4市法学会开展诚信

创新事例和诚信保障体系调研并形成论文，本文集收录了4篇以供读者参阅。同时，在当前社会关注度高、讨论较为热烈、容易发生纠纷的领域，如土地、股权、分配、税收、知识产权、劳动争议、互联网等领域，本文集特意精选了14篇论文以供读者参阅。还有，今年是现行《宪法》颁布实施30周年，我们收录了4篇宪法学研究方面的最新成果以此纪念，其作者都是我省宪法学研究领域的翘楚。在其他论文的选取上，我们也注意新颖和实用并重，力图对读者有所帮助。

一本好书就是一个好老师，可以“传道、授业、解惑”。我希望《四川法学文集（第三辑）》能在我省法学研究中继续起到引擎作用，实现“搭建一个平台，展示一批成果，推动一项研究，服务一方水土”。倘若能如此，便是本文集得以延续的最大动力，也是本文集存在的最大意义。

四川省法学会会长 韩忠信

2012年12月4日

目 录

论全国人大及其常委会组成人员的专职化 (周 伟)

论合宪性解释不是宪法的司法适用方式 (谢维雁)

高等院校录取优惠政策存废考辩

——基于宪法平等视角的法律分析 (李 成)

论女性平等工作权的宪法保障 (邱晓霞)

* * *

社会主义法治理念:一种知识形态的考察 (喻 中)

实用型司法:近代中国基层民事审判传统 (刘昕杰)

法律修辞学视野下的司法调解 (程哲渊)

法院审判中的法律适用方法研究

——论人民调解确认案件的审查范围 (唐 超)

论法官的素质及司法能力

——兼谈法官的保障制度 (江汉夫)

法律、信仰与宗教:以中国法律史为基本视野的评述 (王有粮)

互联网时代立法中民意沟通的问题与对策研究 (饶 艾 刘 玲)

遏制“精神懈怠”的法理分析 (刘 伟 崔 霞)

* * *

股权出资的权利交付问题研究 (周友苏)

论改革开放成果公平分享权利机制的构建 (鲁 篱 李可佳)

公司社会责任的章程实现机制研究 (李 平)

聘礼、信息传递与退出成本 (凌 潇)

论“税收法定原则”现实效力之局限性 (王 冬)

信息、知识产权及其法律体系构建 (杨志敏)

规则还是标准

——我国反企业避税立法的技术选择 (刘为民)

关于农村土地流转纠纷及法律适用问题的调研报告

——以雅安市域农村为例（杨 诚 程冰梅）

* * *

民办博物馆事业法治化探析

——以成都为例（王建华）

行政诉讼证据司法解释对公安行政执法的影响（王清富）

刍议公安机关对创新社会治安管理的认识（李 华）

环境纠纷行政解决机制的实证研究

——以S县环境监察大队为样本（冯 露）

社会募捐中存在的问题及规制实证研究

——以西部S省C市为样本（王建涛 周宏亮 张道印）

* * *

风险刑法理论述评（魏 东）

轮奸案件既未遂形态研究

——以广安市司法实践为例（李正伟 何显兵）

论死缓犯既有故意犯罪又有重大立功表现的处理（敬 怡 何显兵）

* * *

非公有制企业工资集体协商法律制度的现状、问题与对策（章 群 牛忠江）

论生产守则在中国执行的问题与建议（张义佼）

论劳动争议仲裁公正与仲裁效率

——基于仲裁员效用函数的分析（贺 玲 王允武）

劳动合同形式的社会实效分析

——基于农民工群体的探讨（王黎黎）

完善劳动人事争议仲裁委员会内部监督机制的构想（杨 静）

* * *

我们需要第六种强制措施吗？

——关于指定监视居住的法理分析（左卫民）

证据裁判原则的理想与现实

——新《刑事诉讼法》关于证据制度之修改评述（吴卫军）

反贪侦查一体化机制实证研究

——以眉山市检察院为样本 （万 超 彭林泉）

律师讯问在场权与遏制刑讯逼供的制度模式 （朱奎彬）

指定辩护律师作用之实证研究

——以委托辩护为参照 （马静华）

民行检察监督的法律地位及价值取向 （潘 登 陈 平）

* * *

意识、模型及应用：论司法审判的风险管理

——以民事案件审理为视角 （王邦习）

“诚信体系建设法律和制度保障”调研报告 （四川省法学会 眉山市法学会）

浅议新时期人民法院如何提升司法公信力 （杨 诚 程冰梅）

企业失信行为的表现形式、原因及对策 （陈 巍 陈旭才 凌红雨 杨雯娟）

加强政务诚信的实践与思考 （泸州市委政法委课题组）

论全国人大及其常委会组成人员的专职化^{*}

周 伟^{**}

[内容提要] 全国人大及其常委会组成人员以在国家最高权力机构的职务为唯一职业,不再兼任其他任何有薪酬的职务,同时减少全国人民代表大会代表的人数,增设全国人民代表大会专门委员会,增加全国人大专门委员会的职数并提高专职委员的比例,增加全国人民代表大会常务委员会组成人员的职数,改善组成人员的专业构成及其年龄结构。

[关键词] 国家最高权力机关 专职化 理论基础 制度完善

实现全国人大及其常委会组成人员的专职化,是在国家最高权力机关的组织制度和议事程序上“坚持中国特色社会主义政治发展道路,坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一,坚持和完善人民代表大会制度”、“加强人大常委会制度建设,优化组成人员知识结构和年龄结构”的具体措施^①。本文讨论全国人大及其常委会职权行使的法律制度和程序保障,从全国人大及其常委会组成人员专职化的视角,讨论国家最高权力机关职权行使的组织制度与程序,是否足以与其行使宪法和法律确认的各项职权相适应,提出现阶段加快全国人大及其常委会组成人员专职化进程的主要构想。

一、全国人大及其常委会组成人员专职化的含义

从各国国家最高权力机构组成人员构成来看,代议机关组成人员专职化是指代议机关的组成人员以其在代议机关的职务为其正式职业,履行代议机关组成人员职权的代表制度。蒋劲松从代议机构的工作时间和组成人员在代议机构领取薪水这两个条件作为确定代议机构专职化的标准,即“每年工作日达 170 天或更多;议员领薪”^②。从各国立法机关组织结构对实现立法机关权力的作用来看,主要通过三个程序保障其行使国家最高权力机关的权力。其一,适合决策程序的会期。各国立法机关每年的会期虽然有所差别,但其会期均为每年工作日的三分之一以上。这使得立法机关得以在召集会议的情况下议决各项职权范围内的议

^{*} 该文已发表于《江苏行政学院学报》2009 年第 5 期。

^{**} 周伟:四川大学法学院教授,法学博士,主要研究方向:宪法、反歧视法。

^① 胡锦涛:《高举中国特色社会主义伟大旗帜为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》,载《人民日报》2007 年 10 月 25 日。

^② 蒋劲松:《试析全国人大的七大特征》, http://www.cass.net.cn/zhuanti/jianguo55/show_News.asp?id=21782。

题。其二,组成人员数量适合讨论和决定问题。这既保障足以代表选民并表达不同地域、民族的选民的意志,又便于他们深入地讨论和议决问题,发表各自的意见和看法。其三,组成人员知识构成的专业化。立法机关的组成人员大多数都具有法律、政治、经济、管理、社会的专业背景与工作资历,从而使立法机关组成人员中的这些“专家能够参与政策形成过程中以行政为中心的精英的活动,或者至少能有效地评价他们提出的政策”^①。其四,组成人员工作时间的专职化。立法机关组成人员与行政机关和司法机关组成人员一样都是职业的社会管理家,其区别在于他们服务的国家机关和行使的国家权力的性质不同,故立法机关组成人员必须集中精力且将其全部工作时间投入于立法机关工作之中,而不再兼任其他任何国家机关的职务,也不得兼任企事业单位、社会团体的职务。其五,组成人员配备职业助理协助其工作。随着现代社会的发展导致的社会管理分工越来越细致,专业与技术方面的知识对制定政策的重要性日益突出。立法机关组成人员对所有的立法及监督等方面的问题,不可能都具有相应的专业技术知识。为了适应立法机关审议各类专业性和技术性议案的需要,为立法机关的组成人员们配备一定的职业助理协助他们的工作,为他们准备必要的数据、资料与信息,有助于提高议事的效率与质量。总之,各国国家权力机关具有立法机构的会期长、组成人员人数多、工作机构及其人员多、审议立法议案时间长等特点,其组成人员将其工作时间用于国家最高权力机关的工作,这是在组织制度和程序上保障国家最高权力机关行使权力的制度设计。

在中国,全国人大及其常委会组成人员兼职的制度源于20世纪50年代,但人民代表大会制度本身并不排斥全国人大及其常委会组成人员专职的制度。而从全国人大及其常委会议事程序和组织结构上看,国家最高权力机关组成人员专职制度可以保障他们将工作时间用于履行国家最高权力机关的职务,以便有充分的时间和工作条件作为人民的代言人,表达各种利益诉求并协调各种利益冲突,反映管理国家的意见和建议,这也是人民代表大会制度组织建设上的重要内容。按照中共十七大报告关于“政治体制改革作为我国全面改革的重要组成部分,必须随着经济社会发展而不断深化,与人民政治参与积极性不断提高相适应”^②的要求,完善包括全国人大及其常委会组成人员专职化在内的国家最高权力机关议事程序和组织制度,使之与我国社会主义民主法制建设发展的新情况相适应,是我国政治体制改革的重要制度建设。现阶段全国人民代表大会及其常委会议事制度及其程序,不能够完全适应人民政治参与积极性不断提高的需要,主要体现在四个方面。其一,会期短。全国人民代表大会的会期为每年10~20天左右;全国人大常委会的会期为每年40~60天左右,其中1次会期即每年第一次会议的主要议题是为3月初召开的全国人民代表大会的会期做准备。其二,组成人员过多或过少不利于讨论和决定问题。全国人大代表3000人,人数过多且不利于讨论和决定问题;全国人大常委会组成人员169人(第十届之前150人),人数过少,虽便于讨论和决定问题,但缺乏代表性。其三,工作机构及其组成人员少。全国人大9个专门委员会各设立1个办公室,工作人员20个左右,难以适应各专门委员会履行职责的

① 周伟:《第一至十届全国人大常委会会期时间与会议议程的统计研究》,载《清华法学》2008年第5期。

② 胡锦涛:《高举中国特色社会主义伟大旗帜为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》,载《人民日报》2007年10月25日。

需要。其四,审议立法议案的时间短。在第六、七、八、九、十届全国人大常委会期间,每届会议每天审议的法律议案分别是 0.85、0.67、1.62、1.40、1.01 项;每届会议每天审议的其他议案的件数分别是 0.54、0.98、0.98、1.17、1.90^①。

二、全国人大及其常委会组成人员专职化的理论基础

从全国人大代表和常委会组成人员行使权力的过程来看,他们是代表人民群众即选民进入国家最高权力机关行使各项权力,并且代表选民表达人民群众的观点和看法的。作为国家最高权力机关的组成人员,他们的职责是全面地表达和反映人民群众对管理国家事务的看法与意愿,这不仅需要全国人大代表及其常委会组成人员的产生程序能够代表全国人民,而且要在工作条件上保障他们有充分的时间向国家最高权力机关表达人民群众各种不同的意愿和看法。全国人大代表和常委会组成人员专职的制度,与最高人民法院、最高人民检察院、国务院组成人员及其工作人员专职的制度一样,都是宪法规定的国家机关行使权力的组织保障,不同的是各国家机关的职责、行使权力的内容、条件和程序不同,因此,工作人员的数量也有所区别。

从我国社会主义民主政治发展的过程来看,如果说起源于借鉴苏联宪法的 1954 年《宪法》中规定的全国人大及其常委会组成人员兼职制度,与 20 世纪 50 年代至 80 年代改革开放初期我国社会主义民主政治实践还相适应的话,那么,20 世纪 90 年代中期以后随着我国社会经济、政治体制改革的逐步深入,全国人大及其常委会组成人员兼职制度因其政治、社会和经济基础与过去相比变化很大,已难以适应社会发展的实际情况需要,这已经成为包括全国人大及其常委会的工作人员,各省、设区的市、县(市)人大及其常委会工作人员的共识。兼职的全国人大代表和全国人大常委会组成人员行使职权的实践,在社会主义市场经济体制中也在事实上表明了设立该制度的初衷与其现实运行中的状况很难协调。正如参加第十届全国人大常委会第十四次会议的人大代表、著名演员赵本山在辽宁代表团会议讨论发言中说:“坦率地说,这一年,由于自己忙于拍片办学,没有像很多代表那样花更多的时间到百姓中间调查研究,在会上形成高质量的议案,作为一名人民代表,我感到很惭愧,今年,我一定拿出专门时间和其他代表一道深入基层了解民情民意,更好地履行一名人民代表的职责。”^②在全国人民代表大会五十多年历史上,两位任期较长的全国人大代表的情况也有助于说明这一点。一是从 1954 年起连任第一至十一届全国人大代表著名农业劳动模范申纪兰。她作为中国农村妇女中普通的一员,从第一次参加全国人代会“什么都不敢说,什么都觉得新鲜”的农村姑娘,发展到现在“每次都带着乡亲们的建议、意见来,要整理成厚厚的议案”的变化说明了议事水平的提高。但也因其是农业劳动模范,主要精力或全部工作时间投入了农业生产劳动,所以她没有足够的时间获得有关国家农业管理方面的信息与全国农民的利益诉求,从而影响其作为农民利益代言人向国家最高权力机关表达意见^③。二是

① 胡锦涛:《高举中国特色社会主义伟大旗帜为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》,载《人民日报》2007 年 10 月 25 日。

② 于力、李江泓:《赵本山做检讨:不会给人民代表这个名称抹黑》,http://www.jcrb.com/zyw/n7/ca418908.htm.

③ 朱继东:《我去年采访的“人大常青树”申纪兰再次当选全国人大代表》,http://xinhuashe2007.home.news.cn/blog/a/0101000029400219DE79FD93.html.

自1954年当选为第一届全国人大代表起连任八届全国人民代表大会代表的荣毅仁。因他一直担任着直辖市、国务院部委或全国重要社会团体的主要领导人,主要工作职责是处理繁重的日常管理事项且需作出决策,其职业和工作重心决定了其很难履行其作为工商业利益代言人所应履行的职责^①。

如果说上述两位兼职的全国人大代表在全国人大代表构成中具有普遍的代表意义,那么近年来出现一些省级人大常委会组成人员因兼职与本职工作发生冲突而辞职的情形,则进一步说明了国家权力机关组成人员因兼职造成履行职责困难的程度已比较严重。2005年1月19日,安徽省人大常委高明伦在安徽省十届人大常委会第十四次会议上请求辞去安徽省人大常委会委员职务^②。高明伦作为安徽省人大常委会的组成人员,同时兼任着合肥工业大学微电子所所长和国家集成电路IP标准工作组副组长等多项重要职务。此外,2004年9月24日召开的广东省人大常委会第十三次会议,同意广东省军区司令员吕德松辞去省人大常委会委员职务的请求。吕德松在解释辞职的原因时说,考虑到军队工作任务比较重,兼职过多既不利于做好本职工作,也不利于履行人大常委会委员职责,所以申请辞去省人大的职务^③。这两个省级人大常委会组成人员辞职的案例虽然是个别情况,但包括全国人大常委会在内的县级以上各级人大常委会组成人员兼职的情况,与他们两个人的情况大体一致,并无实质的区别。

在现阶段,逐步实现全国人大及其常委会组成人员专职化的计划,不过是实现《宪法》规定的全国人大及其常委会履行国家最高权力机关的职权在组织程序和制度上的保障和体现。具体而言可以概括为六个方面:其一,全国人大及其常委会与其他国家机关的关系决定其组成人员应当专职。国家行政机关、审判机关、检察机关都由全国人民代表大会产生,对它负责,受它监督。这在组织体制上需要全国人大代表及其常委会组成人员与由其产生的其他国家机关保持身份的独立,这是其行使监督其他国家机关的国家最高权力的程序保障。这在“客观上要求人大常委会委员向专家、专职方向发展”^④。其二,专职也是国家最高权力机关组成人员代表人民群众管理国家事务的需要。全国人大代表和常委会组成人员行使职权表达的是全国人民的意志,而非其所在工作单位的利益,是为全国人民而非所在的机构服务,他们的工作报酬理应由国家财政支付,从而在经济上保障他们表达人民群众的利益不受所在单位的影响。而全国人大及其常委会组成人员兼职使得“一些在机关企事业单位工作的兼职代表,在反映本选区选民意愿时承担着双重身份,既是受益者,又是监督者,由于受到部门利益、自身利益的诱导和周围环境的制约,其自身很难做到二者协调统一,履行职责时往往会避重就轻,更不会把本单位本部门的问题披露曝光,给自己惹上麻烦,从而使选民的

① 夏莉娜:《荣毅仁40年人大代表生涯与几代领导人的渊源》, <http://politics.people.com.cn/GB/8198/54596/54599/3806488.html>。

② 何聪:《安徽一大学教授请辞省人大常委职务》, <http://www.people.com.cn/GB/14576/14840/3136433.html>。

③ 李桂文:《广东省人大常委会接受吕德松辞职请求》, http://news3.xinhuanet.com/newscenter/2004-09/25/content_2021062.htm。

④ 蔡敏、储叶来、赵磊:《安徽人大常委辞职引燃代表和常委“专职化”》, <http://www.chinaelections.org/readnews.asp?newsid=%7B5EFD8AB4-7D43-469C-A863-A2F7E39036D7%7D>。

利益得不到维护,甚至错位”^①。其三,国家最高权力机关的组成人员兼职导致他们难以充分依法行使其国家最高权力机关组成人员的权力。由于对代表大会审议的议题缺乏相应的信息,缺乏必要的了解,他们在审议、表决议案中只能充当表决的角色。在第八届全国人大以后,全国人大代表在闭会期间获取的有关信息主要是《全国人大常委会公报》,2005年以后又增加了有关国民经济方面的材料、常委会会议情况通报以及有关会议文件等。但通过这些已经召开的会议文件,人大代表们只能了解过去发生的事件,而不能为将要解决的或现在发生的问题提供信息。这种情形必然导致在代表大会上审议议案时代表无言可建或言不切中要害。这也是在有的法律通过以后全国人大代表还会提出有关制定法律的议案的原因。其四,国家最高权力机关组成人员兼职导致他们难以具备行使国家最高权力的能力并掌握行使权力复杂的程序与技术规则。例如,第十届全国人大开始对全国人大代表进行法律和人大常委会知识的培训,2005年全国人大常委会办公厅先后举办了4期培训班,共有380多位代表接受培训^②。按照该计划,每届可有2000人左右的全国人大代表参加培训。全国人大代表需要进行相关知识培训,这说明在培训之前,许多代表包括完全没有机会参加培训的,不具备行使国家最高权力的相关条件。从第九届全国人大开始,常委会举办法制讲座,使新担任常委会组成人员职务者更快地了解、熟悉和掌握行使权力所需要的法律知识,这也同样说明了上述问题。其五,国家意志的形成过程需要专职的国家最高权力机构组成人员充分表达各种不同的利益诉求并平衡各群体的利益。只有实现国家最高权力机关组成人员的专职化,才能保障他们在日益扩大的社会利益差别和冲突中进行选择、取舍和决定,使他们作为人民群众利益的代言人代表各地区、各方面、各部门、各群体,反映和表达各类社会群体的利益诉求,并在平衡社会冲突利益的基础上表达人民群众的根本利益。其六,全国人大代表和常委会组成人员专职的制度为国家最高权力机关的组成人员提供了固定的时间联系选民,了解选民的意见和反映他们的主张,从而在制度上而非法律规范上保证全国人大代表或常委会组成人员与选民的经常联系。“一方面使人大代表成为一种代表人民行使权力的固定职业,其任期内的唯一身份就是代表选民行使权力,必然会大大增加选民和候选人对人大代表的关注程度,选民不可能再以一种冷漠态度对待选举,将用审慎的态度投出自己神圣的一票;而另一方面,对候选人来说,由于自己的能否当选,将决定其以后的职业和政治命运,他们将会全力投入到选举中,密切联系选民,争取选民的支持。这种政治参与的利益动机的普遍形成会使人大选举摆脱走过场、流于形式的现状”^③。

三、全国人大及其常委会组成人员专职化的路径

实际上,要求国家权力机关组成人员专职化的主张,并非停留在学术圈内学者的单相思,而是已经获得包括全国人大代表在内的人大工作专家的认同。在2003年第十届全国人

^① 怀强、张宝龙:《浅谈人大代表专职化》,载中国人大新闻网 <http://zgrdxw.peopledaily.com.cn/gb/paper8/20/class000800001/hwz222865.htm>。

^② 邹声文:《全国人大常委会就进一步发挥全国人大代表作用作部署》, <http://www.npc.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXZLK&id=343096&pdmc=1508>。

^③ 何鹏程:《探究专职代表制》,载《浙江人大》2002年第4期,参见人大与议会网 http://www.yihuiyanjiu.org/yhyj_readnews.aspx?id=3160&cols=1212。

大一次会议期间,湖南省代表团任玉奇代表等 31 名代表提出的《关于修改〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉部分条款的议案》认为,随着全国人大及其常委会工作任务日趋繁重,应当实行多数委员专职,把主要精力放在人大工作上,以提高人大常委会审议议案的质量和效率。目前兼职代表都有自己的工作单位和任务,闭会期间,代表都忙于本职岗位工作,没有足够的时间、精力全面了解各方面情况。因此建议修改《代表法》,逐步设立专职代表,更好地履行代表职务,发挥代表作用。^① 笔者认为,该议案典型地反映了全国人大代表在完成本职工作的情况下没有足够的时间、精力全面了解其行使国家最高权力所必需的各方面信息的现状。在现阶段,全国人大代表及其常委会组成人员专职化的路径可以从以下四个方面予以考虑:

第一,减少全国人民代表大会代表的人数。全国人大代表的职数越多,专职化的可行性也就越小。可以将现有全国人大代表 3000 人左右的职数压缩到 1200 人左右。这实际上恢复到 1954 年第一届全国人民代表大会第一次会议代表的职数。^② 全国各省、市、自治区按照人口加地区、民族等标准,大体上每 100 万人口产生 1 个全国人大代表。一方面,压缩目前全国人大代表中除地方各级人大常委会主任、副主任、党委书记和副书记(兼任人大常委会主任、副主任的)之外的各级各类国家机关领导人员近 1000 人;另一方面,将现行全国人大代表中依照界别分配的 600 多人的知识分子代表、265 人的军队代表和 500 人的民主党派及无党派代表和其余的工人代表重新按照一定的标准和要求产生^③。1200 名全国人大代表的构成除保留各民族、台湾地区、特别行政区的代表实行配额制外,均按照人口比例产生,且无论以后人口如何变化均不再变动。为了保证中国共产党党员代表在全国人大代表中的比例,可以恢复第一届全国人大期间全国人大代表中有中国共产党党员代表 50% 左右的比例。^④ 这样可以保证大部分中国共产党的中央委员和地方各级党委常委委员和委员以上的领导干部或党员,都担任全国人民代表大会代表,并在担任代表期间不再担任其在党内的职务。这既有助于保证在国家最高权力机关中实现中国共产党的领导和贯彻党的政策,也有助于执政党进入国家最高权力机构并担任国家最高权力机关组成人员,直接行使国家最高权力机关的权力以及对全国人大及其常委会和其他国家机关实行直接的领导,实现执政党领导国家方式的转变。

第二,增设全国人民代表大会专门委员会。在 1982 年《宪法》修改过程中,曾考虑将代表大会设立专门委员会作为专业化的重要方案。“当时的想法是应设大体与国务院部门对口的专门委员会,在宪法修改过程中,宪法修改委员会的一些委员和国务院的一些部委分别提出增设人口委员会、社会发展委员会、国防委员会、拨款委员会、监察委员会、侨务委员会等主张。在第五届全国人民代表大会第五次会议审议宪法中,一些代表又分别提出要设立人口委员会、宗教事务委员会、社会事务委员会等意见。但经过反复考虑,集中多数人意见,

① 胡晓生、吴向东:《应加快人大代表专职化进程》, [http://www. people. com. cn/GB/shizheng/252/10307/10361/20030313/942611. html](http://www.people.com.cn/GB/shizheng/252/10307/10361/20030313/942611.html).

② 《第一届全国人民代表大会第一次会议开幕》,《人民日报》1954 年 9 月 16 日。

③ 顾海兵提出了类似的将全国人大代表的职数压缩到 1200 人左右的建议,本文与其理由与方法有所不同。参见顾海兵:《改革“人大、政协”两会制度的两大建议》, [http://www. dajun. com. cn/ggjianyi. htm](http://www.dajun.com.cn/ggjianyi.htm), 2006 年 8 月 30 日访问。

④ 周伟:《各国立法机关委员会制度比较研究》,山东人民出版社 2005 年版,第 247 页。

认为由于经验不足,先少而精地把最必要的、看得准的定下来。同时灵活规定全国人民代表大会可以设立‘其他需要设立的专门委员会’。”^①第八、九届全国人大也分别在第六届全国人大的基础上增设了内务司法、环境与资源保护和农业与农村委员会。笔者认为,从专职化的进程来看,全国人民代表大会以设立20~30个专门委员会为宜。该方案是在现行全国人大9个专门委员会基础上增设11~15个专门委员会,也实现了1982年《宪法》修改中全国人大设立与国务院部门相对应的专门委员会的目的。现阶段,可优先考虑增设宪法委员会、特别行政区委员会、台湾事务委员会、审计委员会、劳动与社会保障委员会和公民申诉控告委员会。

第三,增加全国人大专门委员会的职数并提高专职委员的比例。全国人民代表大会组成人员的构成中多数是兼职,并且专门委员会的职数悬殊也很大。以第七、八、九、十、十一届全国人大为例,法律委员会负责统一审议法律草案,但其组成人员的职数是21人、19人、19人、25人、24人,比内务司法委员会20人、19人、20人、27人、26人,财政经济委员会28人、29人、21人、33人、32人,教育科学文化卫生委员会30人、31人、34人、34人、36人,都要少,但却承担着法律草案第二、三、四次审议的职责。而其他3个专门委员会虽然与外事委员会和华侨委员会工作任务差异很大,但外事委员会是18人、15人、15人、17人、19人,华侨委员会是17人、21人、16人、20人、20人,与法律委员会和上述3个委员会的职数差别不大。如果比较财政经济委员会与教育科学文化卫生委员会联系的国务院部委10~20多个,外事委员会和华侨委员会不到4个,可以明显看出专门委员会组成人员的职数确定缺乏可比性。笔者认为,在未增加专门委员会设职数的情况下,将民族委员会、财政经济委员会、法律委员会、内务司法委员会、教育科学文化卫生委员会这五个专门委员会委员的人数增加到30~35人。在专门委员会设置的数目增加到30个左右之后,再根据专门委员会的工作职责和范围的情况,分别规定四个档次的委员会人数,即15人、18人、22人、25人。这样不仅能较好地体现各专门委员会人数的大体一致,适应不同的专门委员会工作的实际需要,也可以使得总计600人左右的全国人民代表大会代表以全国人大的工作为其职业,从而实现一部分全国人民代表大会代表的专业化与专职化。

第四,增加全国人大常委会组成人员的职数^②。无论根据代表所代表的人口,还是其代表的地区来确定职数,都以“既便于议事的方便、效率,又能够体现广泛的代表性”为原则。在1954年宪法时期,全国人大常委会无立法权,其组成人员的职数大体在80人左右,以后随着全国人大常委会立法职权的增加,其组成人员的职数不断增加。第一、二、三、四、五届的职数分别是:81(92)、80、115、169(170)、195(214)人。第五届以后全国人大常委会有了立法权,除了214名组成人员外,还设立了80个人组成的法制委员会负责常委会的立法工作。全国人大常委会组成人员和常委会法制委员会组成人员共有294人,第六届开始减少到155人,第十届增加到170人,实际为169人,第十一届为175人。笔者认为,从第七到十一届全国人大常委会行使立法权逐步加强的情况来看,其职数以恢复到1949年第一届中国人

① 蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2004年版,第316页。

② 职数是指每一届第一次代表大会会议产生的常委会组成人员的名额,括号中的人数是第一次会议后补选的人数。资料来源:历届《全国人大常委会公报》。

民政治协商会议代表的人数额 600 人左右为宜^①,这可以满足代表各地、各部门和各方面的需要,充分体现国家最高权力机关组成人员的广泛代表性。在具体做法上,可于最近五届之内将全国人大常委会的职数恢复到第五届 214 人,加上法制委员会 80 人,达到 270~300 人左右;在以后适当时机再增加到 600 人左右,使得改革后的全国人大专门委员会组成人员 600 人都全部担任常委会组成人员^②。

第五,提高全国人大常委会组成人员的专业结构,并降低其年龄结构。全国人大常委会组成人员的 2/3 的年龄应在 40~60 岁,他们在不再担任人大常委会职务以后可以到其他国家机关、人民团体和有关部门担任相应的职务;1/3 左右的为 60 岁以上。要逐步改变现阶段全国人大常委会组成人员部分专职,并且通常是在其他国家机关或社会团体担任领导职务达到退休年龄以后进入人大常委会担任“二线工作岗位”的状况。从第十届全国人大常委会开始已增设 19 名专职常委,其中 9 人在任职不到一年的时间里被提升为专门委员会主任助理(由进入时的正厅级晋升到副部级)。这一实践,不仅开启了全国人大常委会组成人员专职化的进程,而且也预示着全国人大常委会组成人员在不再担任常委会职务后有可能在其他国家机关担任相应职务。目前,全国人大常委会专职的比例与国家最高权力机关组成人员行使国家最高权力的目标之间存在着一定距离,仍然有待于进一步消除或缩短。

① 在 1949 年第一届中国人民政治协商会议上,周恩来在中国人民政协开幕前向全体代表报告人民政协的代表人数是:代表总数 662 人,内各单位代表 510 人,候补代表 77 人,特别邀请代表 75 人。代表包括五类:计党派代表 14 个单位,165 人;区域代表 9 个单位,116 人;军队代表 6 个单位,71 人;团体代表 16 个单位,235 人(以上 4 类均包括候补代表在内);特别邀请代表 75 人。截至本日为止,已到会者共 638 人,未到会者 24 人。参见《人民日报》1949 年 9 月 22 日第 1 版。

② 在 2004 年 9 月 5 日中国社会科学院法学所召开的“纪念‘五四’宪法颁布全国人民代表大会成立五十周年理论研讨会”上,中国社会科学院法学所罗耀培教授在会议上的发言,也提出了这个观点。他建议,一方面增加全国人大常委会组成人员的职数,即增加到 400 人左右,另一方面把现有全国人民代表大会的立法权力全部交给全国人大常委会行使,全国人民代表大会保留宪法修改等权力,不再行使立法权。本文作者认为,这个观点是非常有意义的,并且具有可操作性,可以在坚持人民代表大会制度的前提下,更好地配置国家最高权力机构,发挥国家最高权力机构的作用。对此,本文作者感谢罗耀培教授提出的这个见解,并得益于该见解。

论合宪性解释不是宪法的司法适用方式

谢维雁*

[内容提要] 由于我国现行宪法体制被认为阻碍了宪法在法院审理具体案件中的适用,因此有学者主张将合宪性解释作为我国宪法司法适用方式。这种主张存在着严重的理论问题,因为合宪性解释只是一种法律解释方法,宪法在合宪性解释中仅仅是一种帮助确定法律规范含义的辅助工具,在合宪性解释中根本不涉及宪法适用。而且,将合宪性解释误作宪法的司法适用方式,必然给我们探寻正确的宪法司法适用路径带来消极影响。因此,合宪性解释不是宪法的司法适用方式,也难以担当宪法司法适用的大任。

[关键词] 合宪性解释 宪法诉讼 宪法司法适用 宪法司法化

一、问题的提出

从世界范围看,“宪法在司法中的适用是宪法适用的最重要的形式”^①。但由于种种原因,我国宪法长期不能由法院和法官在审判具体案件中直接适用。学者们一直在探索宪法司法适用的路径。自2001年齐玉苓案以来,关于宪法司法适用^②的争论,一直是法学界的一个焦点。讨论中有不少学者认为,宪法也是法,也具有法的特性,也必然可以像普通法律一样进入诉讼领域为司法机关所适用。但这种观点近年来遭到强烈质疑。一种质疑的思路是,从宪法的特殊性入手认为,作为一种特殊的法律,宪法“不适用于一般的行为,而只适用于国家机关行使国家权力的行为”^③,“宪法适用的首要方式是立法适用,普通法院只能间接适用宪法而不能直接适用宪法”^④。因此,“就宪法实施而言,法治原则要求这些条文必须先由代议机关转化为具体的法律。若不通过具体适用法律来间接适用宪法,依宪治国和依宪审判就毫无意义,甚至沦落成滥权的托词。”^⑤另一种质疑的思路是,从现行宪法体制入

* 谢维雁:四川大学法学院教授,法学博士。

① 莫纪宏:《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第591页。

② 一些学者将宪法的司法适用纳入宪法诉讼的概念之中,而另一些学者则将其纳入宪法司法化的概念之中。宪法司法化的概念近年来遭到质疑,学者们开始以宪法的司法适用这一概念取代宪法诉讼和宪法司法化的概念。

③ 莫纪宏:《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第589页。

④ 童之伟:《中国30年来的宪法学教学与研究》,载《法律科学》2007年第6期。

⑤ 翟小波:《代议机关至上,还是司法化?》,载《中外法学》2006年第4期。