

PUBLIC LAW REVIEW

# 公法评论

第 5 卷

刘茂林 主编

《监督法》的“道”与“术” / 刘 祎  
监督法：中国特色的权力制约法 / 陈 新  
制定监督法实施办法的几个问题 / 王亚平  
人权论证：本真追问与路径转换 / 唐健飞  
统一公法学的制度支撑之我见 / 邓 晔



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

中国社会科学法学卷

# 公法评论

---

第 5 卷

刘茂林 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

公法评论. 第5卷/刘茂林主编. —北京:北京大学出版社, 2008.3  
ISBN 978-7-301-13537-2

I. 公… II. 刘… III. 公法-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第039286号

书 名: 公法评论(第5卷)

著作责任者: 刘茂林 主编

责任编辑: 明 辉 李燕芬

标准书号: ISBN 978-7-301-13537-2/D·2014

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 23.75印张 365千字

2008年3月第1版 2008年3月第1次印刷

定 价: 42.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

**主 办** 中南财经政法大学宪政理论研究所

**编 委** (以姓氏笔画为序)

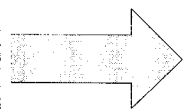
方世荣	叶必丰	齐文远	刘茂林
杨解君	周叶中	姜明安	胡锦涛
姚 莉	韩大元	焦洪昌	童之伟

**主 编** 刘茂林

**副 主 编** 王广辉 石佑启

**编辑部主任** 胡弘弘

**执行编辑** 石佑启



# 目录

## 公法前沿

- 《监督法》的“道”与“术” ..... 刘 祎 ( 1 )  
监督法:中国特色的权力制约法 ..... 陈 新 ( 14 )  
制定监督法实施办法的几个问题 ..... 王亚平 ( 28 )

## 公法理论

- 人权论证:本真追问与路径转换 ..... 唐健飞 ( 35 )  
统一公法学的制度支撑之我见 ..... 邓 晔 ( 50 )  
平等是一门科学  
——就业歧视法律控制的比较研究 ..... 张千帆 ( 61 )  
透视环境法中的权力与权利基础 ..... 朱 谦 ( 88 )

## 宪法与行政法研究

- 国家紧急权的“宪法悖论”及其解析 ..... 吴天昊 ( 127 )  
试论作为宪法权利的人格权 ..... 刘练军 ( 143 )  
宪法解释方法论之批判与重构 ..... 祝 捷 ( 163 )  
论村委会选举制度、实践及其未来 ..... 林 峰 ( 188 )  
公民受教育权的复合性格 ..... 张 震 ( 200 )  
香港管治体制探析  
——以高度自治权为角度 ..... 邹平学 ( 211 )  
论行政不作为的法律控制与私有财产权  
保护 ..... 徐银华 徐 静 ( 230 )

政法的使命与核心

——以“特权”理论和特别权力关系理论的嬗变

为视角 .....	周 辉 (243)
政府行为可预见性初考 .....	刘 巍 (258)
行政相对人程序权研究 .....	于文豪 (270)
区域行政立法:经济一体化背景下的新型立法模式 .....	王春业 (290)
论行政强制的适度原则 .....	陶 杨 (308)
行政诉讼的原告资格探究 .....	石佑启 孙 雪 (318)

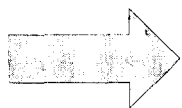
域外法与比较法

古罗马的平衡宪政理论及其实践 .....	谢维雁 于坤杰 (333)
美国戒严法与法国围困状态法之比较 .....	杨小敏 (349)

公法动态

第二届东亚公法学的现状与发展趋势国际学术

研讨会会议综述 .....	李修琼 刘 祎 廖 原 杨治坤 (367)
---------------	-----------------------



### 《监督法》的“道”与“术”

刘 祎\*

**内容摘要** 一部良好的法律应当是立法精神、意旨和具体实现技术、法律程序的圆满融合。“道”作为中国古典哲学中一个表达规律、原则的概念,可以指称《监督法》所内蕴的立法意旨,亦即民主、公开、财政正义的监督规律。此外,与“道”相对称的“术”,则指称那些为实现“道”所设计的技术性手段。从《监督法》之“术”出发,其薄弱处仍需改善,亦即法律程序应以人性尊严为本位和应进一步推进人大代表制度的改革。在完成当代立宪主义使命的大背景下,在法治、法制领域实现“道”“术”和合、知行合一仍具有相当的重要性,而《监督法》在此方向上做出了一定的努力。

**关键词** 监督法 宪法 财政正义 立宪主义

2006年8月27日,在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议上通过了一部新的法律——《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称“《监督法》”),随即国家主席胡锦涛以主席令的形式签署公布了该部法律,至此,我国第一部《监督法》于2007年1月1日起正式实施了。中国,作为深具大陆法系特征的法典化国家,新法的颁布往往会带动学术研究的繁荣,而学术上成熟的研究成果又会反馈到立法之中,为法律的修订、废止乃至创制提供资源、根据。学者在立法中的作用实居功至伟。<sup>①</sup>是故,在学术界,大陆法系国家的制定法也常被揶揄为“学者法”。值此立法日隆之盛世,笔

\* 中南财经政法大学宪法与行政法专业博士研究生。

① 参见徐国栋:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第33页。

者不佞,甘冒妄断之风险,拟从宪法学理的角度,从“道”与“术”两个方面也对此新法做一番探析。笔者深知学识有限,论述不足之处,尚祈各方先进惠赐高见。

## 一、《监督法》之“道”

“道”是中国哲学尤其是儒家哲学中一个非常重要的范畴。自“道”的概念出现以来,各个哲学流派都对“道”的内涵提出了不同的理解,以致何为“道”,仍是一个莫衷一是、未能定论的问题。但各家的争议未始不含相通之处,亦即将“道”理解为规律、法则。“道”是规律。“道”是物质运动的规律,是天地万物变化的原因。老子指出:“道者,万物之奥”,言即“道”是万事万物运动的规律。“道”也是法则。最早提出“道”这一范畴的老子将“道”视为必须遵循的法则。他说:“故从事于道者,道者同于道”。又说:“唯道是从”,亦即要坚持道的法则,按照道的法则去做事。不然的话,“天下有道,却走马亦粪,天下无道,戎马生于郊”;其指明:坚持道的原则,天下和平安定,放弃道的原则,则会陷于兵荒马乱之中。<sup>①</sup>

于是乎,从大家能够共同接受的“道”的意义出发,所谓《监督法》之“道”,系指内蕴于《监督法》之中,由监督者和被监督者所共同遵循、服膺、维护的,并且指导、约束《监督法》立法、执法、守法的基本规律或根本原则。一旦背离或抛弃《监督法》的“道”,轻者法律实效不彰,法律丧失权威;重者权力滥用无以遏制,毁法、破法现象层出不穷。所以,对于监督者和被监督者而言,充分体认、诚心服膺、积极维护《监督法》的“道”乃是这部法律得到切实实施,获得实效的前提条件。“道”是决定其他一切矛盾的矛盾,把握了“道”,其他问题都将迎刃而解。具体说来,何为《监督法》内蕴之“道”,依笔者浅见,似有如下几个方面:

### (一) 民主

尽管民主的概念纷繁复杂,但从最根本的意义而言,民主,指涉的

<sup>①</sup> 参见《道的起源和含义》, <http://www.xslx.com/hm/zlsh/zpj/2002-11-12-11155.htm>, 2007年7月27日访问。



是政治民主,亦即“国家权力拥有者是谁”的问题。<sup>①</sup>自近代以来,立宪主义国家莫不将国民主权或人民主权作为一切国家权力的根源、基础。换言之,“必须将国民主权理解为是指国民的意思乃是立宪主义国家体制以及在此体制中被组织的诸权力之正当性基础”。<sup>②</sup>国民主权或人民主权业已成为民主之特征。此一政治民主,在我国《宪法》中的表述是为“总纲”之中第2条:“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”值得注意的是,宪法上的人民主权或国民主权的規定并不会因为入宪而自动实现,其尚需具体的制度以支撑和实现宪法上的理想。由于全体人民共同决定的直接民主制逐渐丧失可行性,代议制遂成为现代民主政治的主要形式。然而,历史的经验揭示了“在政府权力由一个人或少数人行使的情况下,政府不可能作出反映社会中每个人利益的决策”。<sup>③</sup>故此,必须设计具体的制度以制衡权力的垄断,而这种实现的努力伸展出了两条不同的道路。其一为资本主义国家的分权制衡制度。在宪法中规定分权制衡以保障国民主权的历史由来已久。早在1789年的法国《人权宣言》就明确指出:“凡权利无保障和分权未确立的社会,无宪法。”<sup>④</sup>而首采权力分立原理并严格予以制度化的,则是美国宪法。伴随美、法革命及革命后新订宪法的影响,分权制衡遂成为近代立宪主义的构成原理,且构成自由主义法治国家的基本组织原理<sup>⑤</sup>,在世界各国的立宪运动中得到广泛的继受和采纳。其二为社会主义国家的权力监督制度。区别于西方国家,我国实行的是权力监督而非分权制衡。李龙教授指出:“在社会主义国家,总体上是反对分权原则,特别是反对‘三权分立’的,因为这个原则违背人民主权和主权不可分割的原则与原理,不利于工人阶级对国家政权的领导。”<sup>⑥</sup>因此,在我国,权力机关的监督是制约权力腐败,保障人民意志真实实现的主要方式。我国《宪法》第3条第3款规定:“国

① 参见法治斌、董保成:《宪法新论》,元照出版有限公司2005年版,第11页。

② [日]阿部照哉等编著:《宪法》(上),周宗宪译,中国政法大学2005年版,第58页。

③ 张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2004年版,第279页。

④ 李龙:《宪法基础理论》,武汉大学出版社1999年版,第192页。

⑤ [日]阿部照哉等编著:《宪法》(上),周宗宪译,中国政法大学2005年版,第65页。

⑥ 李龙:《宪法基础理论》,武汉大学出版社1999年版,第197页。

家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”这是我国权力机关监督的宪法依据。而《监督法》作为落实权力机关监督职责的法律依据,具体规定了其常务委员会的监督职责:“各级人民代表大会常务委员会对本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作实施监督,促进依法行政、公正司法。”(第5条)此外,《监督法》第1条对立法原旨的宣示也透彻地揭示了监督与民主的关联:“为保障全国人民代表大会常务委员会和县级以上地方各级人民代表大会常务委员会依法行使监督职权,发展社会主义民主,推进依法治国,根据宪法,制定本法。”(第1条)并且明确了权力监督是“发展社会主义民主,推进依法治国”的基本要求。

今天,对民主的认同已成为政治合法化的必要组成部分,而在宪法中规定民主政府的保障方式也已成为习常的做法。<sup>①</sup>但较之发达的宪政国家,我国的权力监督仍处于发展阶段。之前,“我国现行宪法也规定了各级人民代表大会对其他国家机关的制约和监督,但监督和制约的方式多限于听取报告,并未能将权力机关的《监督法》制化和程序化,因而权力机关的监督并非有章可循。这些制度建设的落后,影响了权力机关监督的力度和效果”。<sup>②</sup>故此,《监督法》的出台正是为了推进我国制度建设的进程,以法律的形式将权力机关的监督法制化、程序化,改善之前监督不力的状况。凡权力必受监督,没有不受制约的权力。这是社会主义民主的根本要求,也是《监督法》的“道”之所在。

## (二) 公开

新自然法学大师富勒将法律定义为:“法律是人类行为服从规则治理的事业。”他视法律为一种活动,并将法律制度看作是一种持续的、有目的的活动的产物。富勒教授提出,法作为一种“有目的的事业”,有其道德性。法的道德分为内在道德(程序自然法)和外在道德(实体自然法)两个方面。而公开恰恰是法律的八项内在道德之一。<sup>③</sup>

① 参见[美]伊安·夏皮罗:《政治的道德基础》,姚建华等译,上海三联书店2006年版,第224—225页。

② 秦前红主编:《新宪法学》,武汉大学出版社2005年版,第55页。

③ 富勒认为法律的内在道德包括八个要素:(1)一般性;(2)公布;(3)非溯及既往;(4)明确;(5)不矛盾;(6)可为人遵守;(7)稳定性;(8)官方行为与法律的一致性。参见谷春德主编:《西方法律思想史》,中国人民大学出版社2000年版,第230—231页。

根据富勒的观点,“当法律规则完全不能满足以上合法性八项要求的任何一项时,这种法律制度不能仅仅称之为制度不良,简直应当视为制度的不存在”,而“一个不满足内在道德的制度,等于无制度,人民没有义务尊重这个‘制度’”,更有甚者,法律制度的内在道德一旦丧失,必然导致其外在道德(法律的正义与不义,良善与邪恶)失去体现的前提。<sup>①</sup>富勒的观点一提出,就受到西方法学界的普遍重视,其内在道德学说被视为代表了当今合法性理论发展的顶峰。<sup>②</sup>作为后进后学,富勒教授对法律制度所应包含的内在道德,尤其是对法律公开化的思考,值得我们深思体认。具体到《监督法》,《监督法》对公开原则的确认在“总纲”中第7条:“各级人民代表大会常务委员会行使监督职权的情况,向社会公开。”“总纲”中的规定往往具有原则的地位。由此可见,对于公开的正义价值,《监督法》的立法者亦有充分的认识。除“总纲”之外,分则部分亦有多项条款对监督公开做了具体规定。主要体现在人大常委会听取和审议专项工作报告,听取和审议计划、预算的执行情况及审计报告,法律法规实施情况的检查等(《监督法》第8条、第14条、第20条、第25条、第27条)。参照富勒教授的观点,《监督法》之所以强调监督工作的公开透明,不只是为了让人们了解监督的过程、内容,即便监督工作随时随地公开,也不会所有的人都一一去了解,况且现代监督工作专业性强、内容繁难,非专业人士难以一探究竟。其更重大的意义在于,监督公开表示《监督法》尊重人民普遍有权了解和批评监督职权行使的情况。尽管并非所有的人都有能力和时间来专门了解监督工作,但《监督法》肯定了人民的知情权,保留了人民了解、批评的空间,任何人只要有愿意,都有权了解、批评监督工作,这种可能性的存在才使得监督公开化的作用达到了。除此之外,监督公开的另一个重要功能在于使监督确定化。一旦监督者将监督情况公布于众,日后若要变更内容、作出改变,势必要经过正当的程序或接受人民的质询才能实现。反之,秘密监督、不公开的做法就为监督者的暗箱操作提供了便利,人民的权益就极有可能遭受损失。

美国耶鲁大学夏皮罗教授认为:

<sup>①</sup> 周天玮:《法治理想国:苏格拉底与孟子的虚拟对话》,商务印书馆1999年版,第117页。

<sup>②</sup> 同上书,第121页。

那些掌有权力或正在追逐权力的人总是试图去歪曲或篡改事实真相……揭露腐败和欺诈行为的机制也必须成为任何合法的政治体制的一个组成部分。民主比现行的其他政治体制要好,就是因为它将这种机制制度化,把阳光引入黑暗的角落里,揭露彼此的错误和虚伪。<sup>①</sup>

夏皮罗教授的话无疑可作为公开原则最好的注解之一。民主要求公开,就像民主要求监督一样那么自然。一个完全不符合公开性要求的法律,将由于丧失法律的内在道德而无法获得人民的尊重。富勒主张“法律是有目的的事业”旨在说明,立法者和被治者藉由法律制度达成了信任与合作。但这样的法律制度必须是符合富勒的八项合法性原则的(公开性是其中之一),否则互信和合作将无法达成。诚哉斯言。公开,作为《监督法》恪守的“道”,让我们有理由相信其将取得实效。可以想见,《监督法》在尊重人民的知情权的同时也将收获人民的信任,而这种信任恰是法律取得实效的关键。

### (三) 财政正义

依笔者浅见,财政正义作为《监督法》之“道”,虽未规定于“总纲”之中,但却以7条的篇幅集中规定于《监督法》第三章,即“审查和批准决算,听取和审议国民经济和社会发展计划、预算的执行情况,听取和审议审计工作报告”中。这些规定共同揭示了财政民主在人大监督中的地位。可见,其作为《监督法》的基本规律和指导原则,并不以“总纲”为限,而应从监督工作的客观规律和法律体系的体系解释方法来全面认识《监督法》的“道”之所在。《监督法》之所以列专章来规定财政监督,实与宪治和财政间的紧密关联密不可分。英国有一句著名的法谚:“税收是代议制之母。”此语形象地描述了立宪政治与财政之间的关系。的确,近代第一次市民革命的爆发,其导火索正是税收问题。国家自出现以来,其运作维持便离不开税收。“不征收与开支金钱任何政府都无法存在”<sup>②</sup>,而国家征收金钱不外乎两种方式:一是暴力掠

<sup>①</sup> [美]伊安·夏皮罗:《政治的道德基础》,姚建华等译,上海三联书店2006年版,第238页。

<sup>②</sup> E. C. S. Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Longman Group Ltd. 1977, p. 186.

夺和占有；二是受到法律普遍约束的国家赋税。对国家赋税进行法律的普遍性约束的武器正是税收法律主义。而立宪主义开展之时，各国纷纷确立了税收法律主义，意味着法律对先于国家征税权的财产权的承认，赋税乃是对财产的正当的和初次的索取，私有财产不受非法赋税的侵犯。<sup>①</sup> 税收法律主义一旦被承认，议会也就由最初的纳税人会议发展为监督政府行政的民主政治制度。从这个意义而言，立法机关或主权机关监督财政行为的历史古已有之，并且财政监督或税收监控一直以来都是权力监督的重要内容。而将税收法律主义入宪化升格而成为财政正义或税收法定之宪法原则则是进入社会国之后的转变了。盖近代立宪国家肇始，以自由放任主义作为基本国策，恪守“最小政府”之范围，政府职能局限于国防、治安和税收三种领域，国家财政规模有限，对国家财政的规制，以税收法律主义为已足，不殆宪法襄助。然而，自进入垄断资本主义之后，各种社会矛盾接踵而至，旧有的“夜警国家”已无力应付，转而大幅扩张国家职能以图改善，随之而来的是各种公共支出大幅增加，国家财政规模飙升至前所未有的高度。此时，对财政收入、管理、运作以及支出辅之以完备的宪法规范，日显其必要性。<sup>②</sup> 职是之故，财政正义问题始进入了宪法、宪制的调控射程。

一般认为，财政正义或税收正义的问题包括以下两个方面的内容：（1）关于在国家对个人的关系中的分配正义：国家可以给个人强加多少税收负担；（2）反过来也是关于个人对国家的义务：为了在法律秩序框架内执行集体任务，个人应当在什么样的程度上做出财政贡献。<sup>③</sup> 而上述的问题的解决，普遍认为属于民主代议机关或主权机关决定权独占的范围。如日本国《宪法》就财政特设一章，强力认可国会的监控权。“处理国家财政之权限，必须基于国会的决议而行使之。”（日本国《宪法》第83条）<sup>④</sup> 就我国宪法、政制而言，国家的一切权力属于人民。代表人民行使管理国家事务的权力机关，是全国和地方各级人民代表大会。而财政预算，作为中央或者地方财政收入和支出活动的基本计划，是全面、集中地反映政府收入运作过程和情况乃至整个国家机

① 王怡：《立宪政体中的赋税问题》，载《法学研究》2004年第5期。

② 参见许志雄：《现代宪法论》，元照出版有限公司2002年版，第345—346页。

③ [德]霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，法律出版社2005年版，第302页。

④ 参见[日]芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社2006年版，第330页。

构活动的窗口和途径。人大及其常委会如若有效行使监督权,把握财政监督,是一个关键点。行政权力由于其本身的特性,总是倾向于扩权和滥用;而政府权力的滥用往往需要大量的金钱为其背书,政府无钱不足以行事。《监督法》正是把握到这一关键点,设专章以7条的篇幅来设计财政监督的程序,使政府的“财政主权”得到合理的监督制约,政府财政能力的行使方向和范围进一步厘清,为防止政府权力滥用设置了屏障。换言之,《监督法》对政府财政的监督等于是牢牢掐住了政府的“胃”,控制了政府滥用权力的本钱,削弱了政府滥用权力的动机,使其滥权无后援,贪腐无来源,奢侈浪费更是要承担法律责任。

《监督法》的出台为政府集财设置了财政约束,确立了财政正义的现代法治的基本原则,为人民行使财政监督权提供了法律依据,设置了监督程序,推进了政府向人民索财的法治化、程序化工作。尽管现行《监督法》涉及财政约束的只有7条规范,要实现政府对政府财政行为的充分监督从而兑现有限政府还略显单薄,但它毕竟打开了一个新的方向——从财政入手来完善立宪政体。我们希望它能发挥更大的作用。

## 二、《监督法》之“术”

与“道”相因相成的另一个重要范畴就是“术”。如果说“道”是《监督法》实行的规律、原则,那么“术”就是能够辅助“道”实现的具体的程序、制度、技术、方式。即“道”意在提供文化、意识的内容,“术”则是实现“道”的技术工具。中国近代向西方的学习经历了一个从器具层面(洋务运动),到制度层面(戊戌变法),最后到文化层面(五四运动)的过程。<sup>①</sup>而之前的失败,一部分原因乃是要归咎于器具、制度与文化的分离。所以对于实践者而言,“道”与“术”的问题是相辅相成、紧密联系的。如今,我们注意到了“道”的重要性,却又出现了空谈文化、不切实际的本质主义的风险;故此,在《监督法》的研究中,“术”的方面同样重要,如何藉由“术”的发达来实现《监督法》的立法目的仍是

<sup>①</sup> 肖知兴:《中国人为什么组织不起来》,机械工业出版社2006年版,第227页。

值得学界深入探索的课题。依笔者浅见,《监督法》的“术”似有如下几个方面,是值得理论界与实务界详加关注的。

### (一) 法律程序

所谓法律程序,系指人们进行法律行为所必须遵循的法定步骤和方式。<sup>①</sup>如今,程序正义是法律程序的追求目标已成为学界的共识,正当法律程序的独立的功能意义也已受到重视。<sup>②</sup>综观整部《监督法》,对监督程序的强调是此部法律的一大特点。譬如,针对1981年第五届全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》赋予了全国人大常委会对“两高”所作出的司法解释的监督权,但未规定具体的监督程序的情况,《监督法》规定了“两高”司法解释的备案程序以及对违法的司法解释的处理办法(《监督法》第31、32、33条),从而保证了全国人大常委会对司法解释合法性的监督效力。此外,《监督法》针对各级人大常委会对“一府两院”监督的实践情况,创设了很多具有实效的监督形式,进一步完善了监督程序,健全了我国的人民代表大会制度。但仍要看到,在程序方面,《监督法》仍存在不够具体、仍需细化的问题。例如,在人大常委会听取和审议“一府两院”的专项工作报告时,如报告未通过,如何处理,《监督法》对此语焉不详。设置完备的监督程序,在立法技术发达、立法经验交流频繁的今天,想来已经不是什么困难的问题了。而程序方面的进步仍落后于实体,显现出立法者对于法律程序的认识仍有待提高。美国西北大学教授泰勒在《人为何要守法》一书中指出,人在感受到法律主管当局为正当的时候,更愿意主动守法。而法律主管当局的正当性,与人们心目中主管当局所采取的程序是否公平是相关的。泰勒的发现提示我们“法治必须从公正廉明和权利尊重等程序性规范开始”,如此才可以期待人民普遍而主动地守法。<sup>③</sup>《监督法》作为权力监督之法,难免受到权力机关有意或无意的抵触、抗拒,如果《监督法》本身再无正当法律程序以规制监督者的行为和保障被监督者的正当权益,其实行铺展必然阻碍重重。正当法律

① 付子堂主编:《法理学初阶》,法律出版社2005年版,第372页。

② 参见付子堂主编:《法理学初阶》,法律出版社2005年版,第377页。

③ 参见周天玮:《法治理想国:苏格拉底与孟子的虚拟对话》,商务印书馆1999年版,第106—107页。

程序肯定和保护人性尊严,其将人的尊严树立为程序的本位价值。美国布伦南法官曾在 Paul v. Davis 一案中说:“我一直认为法院一个最重要的作用是捍卫每个人秉于人的自我价值而怀有的正当期望。”<sup>①</sup>是故,在如何实现《监督法》的立法目的的问题上,应当以作为《监督法》之“术”的法律程序作为运送正义的方式,而这样的程序必须是以人性尊严作为本位的。唯此,“术”的功能才能真正发挥且不会偏离“道”而丧失正义的价值。

### (二) 人民代表

《监督法》规定的监督主体是各级人民代表大会常务委员会(《监督法》第2条)。鉴于各级常务委员会只是人大的常设办事机构,虽然其以人大常委会的名义行使职权、履行宪法和法律规定的义务,但要真正独立有效地发挥监督作用还必须依赖人大常委会的组成人员的积极工作。故此,常委会作为监督主体,其权力的行使和责任的承担最后还是要落实到具体的个人身上,即人大代表和组成人大常委会的人大代表们。在这个意义上,《监督法》的功能的实现,须臾离不开人大代表们职能的充分发挥。人民代表同样可视为保障《监督法》实现之“术”。在《监督法》体制下,人大常委会“按照民主集中制的原则,集体行使监督职权”(《监督法》第4条),但这并不会降低对人大代表的能力素质的要求,反而基于《监督法》的设计,人大工作将变得更为至关重要且任务繁重,不能妥善行使监督职能的人大代表即使组成常委会也依然无法发挥切实作用。因此,就人大代表问题,至少有两个方面是需要进一步关注的。

#### 1. 人大代表专职化

人大常委会的组成及其工作人员乃至履行人大常委会的监督职责的人员都应当由人大代表中的精英组成,如此,对于更好地完成繁难的监督工作,人民才会有信心。但现阶段囿于人大代表选举的“镜像说”,我国人大代表采非专职化。所谓“镜像说”,是指在议行合一的人民主权的思想下,“人民代表”不是被视为人民的受托人,而是与其他来自普通群众中的人民代表一道,在整体上构成一种直接民主的象征。

<sup>①</sup> 参见陈端洪:《宪治与主权》,法律出版社2007年版,第305页。



议会或代表大会成为一个真实社会的“缩影”，里面既有行业代表又有地区代表，有工人、农民、体育运动员、演员、军人、作家等。而在间接民主思路下，代议士是要求精英化的。<sup>①</sup>换言之，人大代表专职化或精英化有可能破坏代议机关作为社会镜像的象征。如超出人口比例的大量法律工作者成为专职人大代表，这对“广泛的代表性”会造成一定影响。但经验证明，人大代表的非专职化，造成人大工作对人大代表个人素质的依赖性比较大。代表素质、工作能力直接影响到监督工作的实效。对此，学界已有深入认识。中国社科院莫纪宏教授说：“在代表完全专职化很难实施的情况下，可实行部分代表的专职化，特别是各级人大常委会组成人员任期内的专职化是很有必要的，这样既可以保证各级人大代表构成的广泛性，同时又可以保证各级人大常委会工作的有效性。”<sup>②</sup>言者谆谆。在完善“术”的方面，人大代表专职化应当成为今后改革的方向之一。

## 2. 竞争性选举

《监督法》的颁布，使得人大常委会的监督职能得到了加强，其对人民代表素质能力的要求也更高了。竞选作为一种技术性手段，藉由竞选，人民可以选择出那些更有能力、更能妥善维护好公共利益的代议士。但同样局限于上述“镜像说”的影响，与《监督法》关系甚巨、事关代表选任、组成的《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选举法》（以下简称《选举法》）仍将竞选维持在一个低度发展的水平上。现行《选举法》的一个特色就是坚持“确认型选举”。该法具有较强的组织化和行政管理的色彩，主要立法目标就是确认、保障“确认型选举”这一模式。尽管该法第30条规定了差额选举，但却对候选人之间的“竞选”方式和程序语焉不详。现行《选举法》只规定了“可以在选民小组或者代表小组会议上介绍所推荐的代表候选人的情况。选举委员会可以组织代表候选人与选民见面，回答选民的问题”（《选举法》第33条），而取消了1979年《选举法》许可的“各党派、团体和选

<sup>①</sup> 参见王怡：《宪政主义：观念与制度的转捩》，山东人民出版社2006年版，第111—112页。

<sup>②</sup> 叶静：《〈监督法〉为何只是小〈监督法〉》，载《中国经济周刊》2006年第34期。