

YUNXINGZHONG DE XIANFA

运行中的

宪法

刘松山 著



中国民主法制出版社

运行中的宪法

刘松山 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

运行中的宪法/刘松山著. —北京: 中国民主法制出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-80219-318-5

I. 运... II. 刘... III. 宪法—研究—中国
IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007) 第 190186 号

书名/运行中的宪法

YUNXINGZHONGDEXIANFA

作者/刘松山 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/63292534 63057714(发行部) 63292519(人大室)

传真/63056975 63056983

http: //www. npc. gov. cn

E-mail: MZFZ@263. net

经销/新华书店

开本/16 开 787 毫米×1092 毫米

印张/45. 875 字数/616 千字

版本/2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

印刷/

书号/ISBN 978-7-80219-318-5/D·1192

定价/68.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

作者简介

刘松山,1966年生,江苏如皋人。华东政法大学法律学院教授,博士生导师。中国法学会宪法学研究会常务理事。中国人民大学宪法与行政法治研究中心客座研究员。先后毕业于北京师范大学、中国政法大学、中国人民大学,获文学士、法学博士学位。曾供职于江苏南通市农村干部学校,全国人大常委会办公厅新闻局,全国人大常委会法制工作委员会国家行政法室、法规备案审查室。2004年调华东政法大学任教授。2006年至2007年借调全国人大常委会办公厅,参与撰写《彭真传》。出版专著《违法行政规范性文件之责任研究》、合著《中华人民共和国宪法通释》等,在《中国法学》、《法学研究》等刊物发表四十余篇学术论文。

宪治思索的坦诚记录 ——读刘松山教授《运行中的宪法》

刘松山教授是我在华东政法大学的同事和朋友。在松山教授气势颇为恢弘的著作《运行中的宪法》马上就要出版的前夕,他嘱我为之作序,让我既感新奇又觉为难。在我们中国改革开放以来形成的传统中,一般学者都是找大人物为他们的作品作序的,而所谓大人物,要么是时下身处庙堂之高的政学两栖人士或曾经身处庙堂之高的政学两栖人士,要么是经常获得“御用”或曾经经常获得“御用”的文人。现在松山教授看得起我,宁愿命我这种至多能算是江湖游侠的人给他的著作作序,其脱俗的气概令我感动。我的难处在于,不写几句像样的话对不起松山的抬举,而要写又得把他那么厚一本书看一遍,得费好几天时间,弄不好还要耽误我看故事情节令人很难割舍的电视连续剧《贞观长歌》——中国的电视连续剧比电影拍得好得多:有故事、有文化、有思想,不像那些通常由学摄影的人或其他什么出身的人做导演拍出来的所谓电影大片,除喧闹的声音、宏大的场景、华丽的画面外几乎一无所有。

在接受了松山交代的任务一两个月后,我终于在“五一”放假前后花几天时间一目十行地拜读了他洋洋数十万字的巨著。这一读不打紧,读下来还真悟出一些东西,产生了一些自以为值得记录的感想。不过,我还是不愿用“序”这个字作我正在写作的这篇短文的标题,这倒不是怕别人说自己摆谱,而是此文的确只能算是自己读了松山著作后的一点感想和感慨。

松山教授差不多比我年轻一轮,但我们俩却是有十来年交往历史的老朋友了。记得大约是10年前,当时我在中南财经政法大学任教

并在《法商研究》杂志主持编务。某一天我在为数很多的稿件中看到一篇谈论执政党与人大关系的文章,觉得言之成理,就挑了出来,请作者做若干修改后推荐审稿会采用了。当时在互动过程中我了解到,此文作者是个30来岁的青年,原来在北师大中文,后来到中政大学刑诉,毕业后受官本位意识的引导,放弃在大学做教学研究的机会,到全国人大常委会那个大机关里边做起小干部来。后来我到上海,又听说松山在官员的阶梯上进步了一个台阶,而且投奔了我们宪法学的队伍,拜在韩大元教授门下在职读博士。松山当了韩教授的学生,我进京办事承蒙朋友们款待,酒桌上自然能够见到松山,如此一来二去慢慢我们就成了朋友。还记得,某次一大桌人一起吃饭,大家正喝得有了些兴致,却有位朋友说感冒了喉咙疼不能再喝。这时韩教授吩咐:“松山,赶紧到药店去买点药来!”松山不得已离了席。当时我正想,怎么好把刘处长当跑堂的使唤呢,多不好意思!但岂料只过了十几秒钟的功夫,松山就回到酒桌上来了,告诉我说他已经让餐馆服务员到附近药店去了,代价是出了十元跑路费。看来松山不简单,事情按老师的要求办了,还一点不耽误喝酒。我当时就盛赞松山脑子活络能办事。

据我所知,松山原来在全国人大常委会法工委国家法行政法室工作,后来又调到新成立的法规备案审查室做事,那些地方对于法律工作者来说,都是做大事的地方,也是很能让人长见识的地方。我认识的朋友都说松山是很有前途的。那些年中,松山的确是在悬梁锥股做研究,写出了不少有分量的论文。本书近一半以上的篇幅,似乎就是他在那个阶段的研究心得。

后来,松山或许是在机关呆的时间长了,对天天坐班产生了厌倦情绪,希望换个环境生活,或许是因为出身在南方,希望到有江南气息的上海生活,或许是误信了我许多年前劝他弃官从学的戏言——不管是什么原因吧,反正松山在那年来到了上海,并很快在华东政法大学做到了法学教授的位置。对于华政来说,这算得上是慧眼识珠,而对于松山本人而言,应该说也是很幸运的。我之所以说他幸运,是因为

在他做到教授的年龄,我不过做到讲师而已。我以为,松山选择走法学教学、研究的路子是对的。有思想、有学术能力的人在官场如果不十分得意,不能够直接施展自己的抱负,不如到教育学术界开拓对社会的贡献来得大。

我与松山教授在法价值观上冲突甚少,但在学术问题上我们通常是和而不同。一个健全的社会,法学者之间奉行的法价值观和原则应该是没有根本区别的,如果在这些方面发生争议,在性质上不属于学术争议的范围。例如,是实行民主、法治好,还是实行专制、人治好,制定、实施法律可以违宪还是不能违宪,这类争论就不是什么学术争议,而是法价值观冲突。我记得松山与我从来不曾有诸如此类问题上有过大的意见分歧。但在学术问题上,松山是比较爱抬杠的人,别人说东他往往说非东,别人说西他往往说非西,而且说得头头是道。有个朋友曾对我说过一番很有意思的话,大意是:做官需要“求同”思维,上边怎么说就怎么做,别人怎么做自己就怎么做;搞学术需要“求异”思维,你得在大家确认为“是”的东西中找到“非”,在大家都视为“非”的东西中找到“是”。

松山来学术界后,我发现他求异思维的能力很不错。这应该算是他富于批判精神的一种表现。大凡求异思维能力强的人,在有基本的言论自由的社会做学术是比较合适的。他们一般不大适合做官,尤其是不适合做不需要多少创造力的风尘小吏。因为这种考虑,我可能是最早劝松山弃官从学,到法学界来做事的人之一。我相信对他个人来说,做法学方面的教学和研究,是会比在公共机关跑事务更有作为、更能把握自己的命运的。而且,一个人在学界做,也并非没有为公共事务做贡献的机会,如果他/她真想参与方面有所作为的话。

后来我还发现,松山在官场做事的时候,也很能适应那边的生存环境的,求同的能力与他在学术界表现的求异能力一样强。我曾见过法工委两位领导,说起松山来他们都对他显得颇为赏识,没有任何一点把他看成单位的“刺头”的意思。同一个人,在官场能求同,到学术界能求异,一切应对自如,自己毫不感到委屈,这是很不简单的,真可

谓求仁得仁，取义得义是也！

文如其人，我介绍松山这个“人”，其实是要循其人说其文。

松山这本书实际上是一本论文集，其中的文章，从前好几年发表的到最近发表的都有。我以为，这些文章真实地记载了一个时期中松山作为宪法工作者或宪法学工作者以自己的方式追求宪治的心路历程，值得那些关心同样话题的人们一读。

我个人愿意推介这本书，首先是因为其作者表现出的立足中国实际，适应中国现阶段需要，探讨中国宪法学领域亟需解决的问题的研究取向。在我国宪法学领域，研究者不了解中国实际、把握不住中国宪法学面临的真正问题、甚至离开中国宪法的文本谈论中国宪法等倾向，一直是比较严重的。这样的研究对中国来说，没有多少实际的意义。人们经常说我国宪法学对法治进步的影响不大，如果确实是这样，那么我相信很大程度上是由于这类原因造成的。本书作者受过很好的法学教育，又较长时间在国家最高立法机关的一线工作机构做实际工作，其作品很幸运地避免了上述消极倾向的影响。

本书表现出的一个明显闪光的地方，是其中反映出的作者独立思考、特立独行的精神。松山的文章，基本上都是他综合运用逻辑、基本理论、基本知识和自己的工作体验，通过独立的分析研究得出结论后写成的，所以，我们从这些文章中几乎完全看不出它们被相同领域的各种所谓通说或时髦提法所左右的痕迹。而另一方面，他的文章也表明，作者对于相关的各种通说并非不熟悉。同时，作者还表现出了相当好的逻辑思辨能力，这点突出地体现在他关于法律以下的规范性法文件何以不能成为法院行使审判权的依据的那些十分独到的论述中。

本书收录的不少文章写得都很大气，反映了作者相当好的宏观把握能力。我国法学界条块分割很严重，专业领域原本就分得窄，近年来更有越分越窄之趋势，以至于形成了一种氛围，在这种氛围下，似乎每个人都只能在自己那个一亩三分地上耕耘，搞小农耕作式研究。久而久之，这就造成了两种结果：一是各二级学科甚至三级学科各自为战，对其他学科的情况不闻不问，也反对按现有的分工属于其他二、三

级学科的研究人员涉足自己所在学科的课题;二是在严重的条块分割状况下,各二、三级学科的研究者思考 and 解决本学科的问题时往往缺乏通盘的考量。这两种现象反映到宪法学领域,集中表现为宪法学的研究与具体部门法研究脱节、与法律的制定和实施的各个具体环节脱离。松山的文章基本上克服了不少宪法学者这方面的通病,既站在了宪法应有的高度,又深入到了立法和法律实施的具体环节中。

从本书收录的文章看,作者对中国宪制和中国人大制度的理解是比较平衡、比较到位的。做到这一点不容易。长期以来,我国由于宪法学研究缺乏最必要的违宪审查资源和宪法解释资源,致使人们对宪法教学不够重视,结果造成很多今天的高位阶法律工作者和法学工作者不能正确理解中国宪法和中国宪制,对人大制度核心的内容不甚了了。这种种情况反映在过去十多年中出现的一些引人注目的讨论过程中,如十余年来人们对于所谓“宪法司法第一案”的断断续续的评论,就内容而言,大体上就属于这种情况。另外,在有关国家机关对待司法体制改革的做法和提法中,也明显显露出了这方面的偏差。松山教授关于违宪审查的论文、评论最高法院行使职权状况的论文、批评司法改革之非的论文,在我看来都是在我国宪法、宪制研究方面明显有正本清源效果的力作。在这些文章中,作者以自己对中国宪法、宪制的较平衡理解,从学理上对于已经出现的实践性偏颇做了力所能及的遏止。

当然,一个人的作品总是受自己的生活经历、工作经历和其他背景制约的,松山的作品也不能例外。他曾在全国人大常委会的工作机构中工作,自己是其中的一个官员、所接触的也都是官员,所参与处理的事务,主要为全国人大常委会行使立法职权服务的事务。这种背景有助于松山正面、实事求是地认识中国宪法和宪制,这是好的方面。但这种背景又无可避免地使他的思路、用语和研究问题的论证方式受到较多“正统”的、官员式思维的影响,以致本书中的有些文章明显带有某些“老一辈无产阶级革命家”风格。学界中有些人士或许并不十分习惯于这种风格,但我以为与其将其视为某种缺点,不如说它是一

个特点。世间的人们,不论处世还是为文,风格应该多样化才好,那种以一己的标准苛求他人的人,有时虽然用了民主、自由的名义,但其实骨子里反映出来的,不过是心态的专制。

松山写宪法文章,自己怎么思考就怎么说,不装蒜,既不假装学问大得不行,也不心里明明清楚却假装糊涂故意不说,更不逢迎谁讨好谁,这种坦诚的学风值得提倡。基于这种考虑,我把评说松山研究宪法、探求宪政的这部著作的小文章命名为《宪治思索的坦诚记录》。

按照自己历来秉持的一切有利于社会发展进步的评价标准和自由、多元的价值观,我以为松山这本书很值得一读,愿借此机会向关心中国宪法和宪制进步的人们郑重推介。

童之伟

2007年5月30日于上海新华路寓所

目 录

宪治思索的坦诚记录 ——读刘松山教授《运行中的宪法》	/1
党的领导与人民民主	
二元民主结构中的党内民主与人民民主	/3
一、中国的二元民主结构	/3
二、党内民主决定人民民主	/8
三、人民民主对党内民主的影响	/12
党领导人民民主的双重属性	/16
一、党对人民民主的领导：历史和国情的选择	/16
二、对两种领导方式的分析	/30
三、非强制性领导的实现	/42
四、一种趋势	/50
党内民主集中制在人民民主中的运用	/57
一、多面的党内民主集中制	/57
二、党内民主集中制运用于人民民主的原则	/66
三、作为组织原则或者组织制度的运用是必须的	/69
四、另外几种意义上的运用	/78

民主为什么不能只从基层开始	/86
一、基层民主的范围是什么	/86
二、基层民主发展的历史脉络与定位	/89
三、基层民主为何得以优先发展	/92
四、未尽人意的效果	/101
五、检视和反思	/103
六、中国民主发展的方略和方向	/108
建议将党规党法上升为国家法律	/112
一、注重党的制度化建设是党的优良传统	/112
二、党规党法与国家法律的关系	/114
三、将党规党法上升为国家法律是宪法的内在要求	/115
四、将党规党法上升为国家法律是巩固党的执政地位的需要	/118
五、将党规党法上升为国家法律是依法治国的需要	/121
公民基本权利的几个问题	
宪法文本中的公民“政治权利”	/127
——兼论刑法中的“剥夺政治权利”	
一、宪法文本中公民“政治权利”的规定	/127
二、宪法文本中公民“政治权利”的范畴	/129
三、进一步的回答	/134
四、刑法有关剥夺公民政治权利规定的是与非	/140
治理街头小广告的法律问题	/148
一、问题的提出	/148

二、街头小广告与通信自由	/150
三、街头小广告与言论自由	/155
四、限制通讯工具与企业经营自由	/160
五、地方立法的界限	/163
有关公民受教育权利和义务的几个问题	/166
一、受教育权的特点	/166
二、受教育权与平等权的关系	/170
三、受教育是公民的一项重要义务	/171
隐性采访与信息公开	/176
冲突与平衡:媒体监督与司法独立	/180
一、问题的提出	/180
二、媒体与司法的应然关系	/181
三、一些国家和地区处理媒体与司法冲突的立法和实践	/187
四、中国媒体监督司法的尴尬	/192
五、寻找平衡:媒体监督司法的几个具体问题	/195
以人为本与地方法制建设	/209
——以上海市的地方法制建设为例	/209
一、认识以人为本需要注意的三个问题	/209
二、将以人为本确立为上海市的立法指导思想	/211
三、贯彻以人为本指导思想,在立法程序中进行一些探索和创新	/213
四、贯彻以人为本指导思想,通过立法解决当前本市经济社会生活中的几个突出问题	/215

香港基本法实施中的“民意”	/217
一、香港基本法中有关民意表达的自由和权利	/217
二、实现普选前,民意在基本法实施中应当受到格外重视	/220
三、基本法实施中香港民意表达的一些特点和作用	/222
四、吸收香港民意应当遵循的原则	/228
国家机构和政治道德	
阶级分析方法与人民民主专政理论的当代含义	/233
宪法确立国家中央军事委员会的经过	/239
人民法院的审判依据	/248
一、问题的提出	/249
二、审判依据是什么	/258
三、审判依据的范围	/268
四、行政法规、地方性法规等为何不能成为审判依据	/275
五、对策与建议	/290
论我国检察机关的宪法地位	/303
一、检察机关的历史作用	/304
二、确立检察机关宪法地位的理论基础	/309
三、检察机关的法律性质与其宪法地位	/313
四、检察权与检察机关的宪法地位	/317
五、检察制度的改革方向	/330

论政府诚信	/334
一、作为政治道德的政府诚信	/334
二、政府诚信的要义	/340
三、政府诚信的具体方面	/348
四、政府诚信与社会诚信的关系	/355
五、建设我国诚信政府的基础和保障	/359
法律的制定与实施	
中国特色社会主义法律体系的范围、构成与标志	/367
一、中国特色社会主义法律体系的范围	/367
二、中国特色社会主义法律体系的构成	/370
三、中国特色社会主义法律体系的标志	/375
立法法制定过程中争论的主要问题及其解决方式	/379
一、制定立法法的必要性	/379
二、立法法的制定过程	/380
三、立法法制定过程中争论的主要问题及其解决方式	/381
对民办教育立法过程中几个重要问题的反思	/403
一、民办教育促进法的一度遇挫	/403
二、如何看待民办教育中的“合理回报”	/407
三、如何认识立法过程中的多数意见	/410
四、如何看待立法的动机问题	/414
五、是否需要建立立法过程中的修正案制度	/417

六、如何处理立法机关中统一审议机构和有关专门委员会以及其他工作机构之间的关系	/420
论立法中民主原则的落实	/423
一、充分发挥人大代表在立法中的作用	/423
二、重要法律草案交由全民讨论	/429
三、立法过程公开化	/432
专门委员会为什么不能行使立法权和监督权	/437
一、宪法设立专门委员会的初衷	/437
二、专门委员会不是立法主体	/439
三、专门委员会不是监督主体	/440
四、加强专门委员会的作用在于其用足用好已有的法定职权	/445
立法杂谈十则	/448
一、人民代表应当如何代表人民利益	/448
二、法的强制力与说服力	/451
三、立法是一种妥协	/453
四、反思“立法宜粗不宜细”	/456
五、注意立法的当为而不为	/458
六、立法“从实际出发”需要处理好四个关系	/460
七、防止法对社会生活的过度干预	/462
八、新颖性、先行性是地方立法的品格	/464
九、提倡创办政府公报	/466
十、法制统一与国家统一	/468

地方实施法律岂能靠中央批示和敦促	/471
——山西黑窑案给我们的严重警示	
一、触目惊心的黑窑案	/471
二、法律为什么没有得到执行	/472
三、领导批示敦促法律实施的消极因素	/474
四、推动法律的实施已成当务之急	/481
 违宪违法审查和司法改革	
“红头文件”冲突法律的责任归属	/485
——兼评福州王凯锋案	
一、“红头文件”是什么	/487
二、“红头文件”何以冲突法律	/489
三、违法“红头文件”制定者的责任	/491
四、违法“红头文件”执行者的责任	/497
五、王凯锋案给我们的启示	/501
违法行政规范性文件之责任追究	/503
一、问题的提出	/503
二、违法行政规范性文件责任之性质	/508
三、违法行政规范性文件之责任追究体制	/520
四、违法行政规范性文件之责任构成	/531
五、违法行政规范性文件须承担责任之范围	/539
六、违法行政规范性文件之责任分担	/543
论公务员对违法命令的不服从	/551
一、问题的提出	/551