

宪政制度研究建设丛书
Constitutional Building
and Research Series

转型社会中的 热点论坛

蔡定剑 主编

Editor in Chief: Cai Dingjian

许婕 副主编

Associate editor: Xu Jie

The Key Issues in a Society in Transition

人民代表大会制度面临的机遇与挑战

紧急状态下的法治与公民权利保障

选举违法行为及其防治对策

十七大后中国基层民主的发展

美国议会预算的审查与监督

修宪后如何保护私有财产

拆迁中公民财产权的法律保护

城管执法与公民的经济自由权

罢运风波与群体性事件法律对策



法律出版社
LAW PRESS CHINA

宪政制度研究建设丛书

Constitutional Building and Research Series

《公众参与：风险社会的制度建设》

Public Participation: Constructing a Framework for the "Risk Society"

蔡定剑 主编

Editor in Chief: Cai Dingjian

《公众参与：欧洲的制度和经验》

Public Participation: Policy and Practice in Europe

蔡定剑 主编

Editor in Chief: Cai Dingjian

《宪政讲堂》

Constitution Studies Anthology

蔡定剑 主编

Editor in Chief: Cai Dingjian

《社会转型中的热点论坛》

The Key Issues in a Society in Transition

蔡定剑 主编

Editor in Chief: Cai Dingjian

ISBN 978-7-5118-1350-3



9 787511 813503 >

定价：39.00元



独角兽工作室

平面设计

上架建议 宪法

宪政制度研究建设丛书

Constitutional Building
and Research Series

谨以本书出版纪念人民代表大会与议会研究中心成立十周年

转型社会中的 热点论坛

The Key Issues in a Society in Transition

蔡定剑 主编

Editor in Chief: Cai Dingjian

许婕 副主编

Associate editor: Xu Jie



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

转型社会中的热点论坛 / 蔡定剑主编. —北京:
法律出版社, 2010. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1350 - 3

I. ①转… II. ①蔡… III. ①社会问题—研究—中国
IV. ①D669

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 201729 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/16.5 字数/436 千

版本/2010 年 11 月第 1 版

印次/2010 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1350 - 3

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

1998年9月,在北京大学法学院时任院长吴志攀的支持下,我在北大成立了人民代表大会与议会研究中心。那时我还在全国人大研究室工作,想有一个学术性的推动人民代表大会制度研究的平台。该中心致力于从理论与实际相结合的层面推动人民代表大会制度的改革、民主宪政制度的完善。中心的一个重要项目就是举办季度论坛。季度论坛作为中心学术活动的重要方式,主要是就人大制度建设和民主、法治的热点、焦点问题,研究理论、分析原因、阐述观点,向国家有关部门提出立法和工作建议。论坛极具开放性,邀请的专家群体都是在所讨论的领域素有研究的著名学者和法律实务工作者。从1999年举办第一次论坛到2009年年底,中心共举办了37次季度论坛。

在季度论坛举行十周年之际,我们选择了28篇论坛纪要结集出版,将会议成果展现给读者,以反映中国转型期我们关注的社会热点问题,记录我们呼吁、呐喊、推动制度进步的声音,展示国家政治建设的发展趋势。论坛议题主要涉及四个方面,表达了我们对中国民主法治的全面关切:

一是推动人民代表大会制度的完善。包括:对人大立法制度和重要法律的研究,例如,2003年2月、2007年12月,分别召开“进一步完善我国立法体系专家座谈会”、“十一届全国人大立法规划专家座谈会”,为全国人大十届、十一届常委会制定五年立法规划、完善法律体系提供具体建议。对人大监督职能、组织制度、代表制度、议事程序的研究,例如,2004年4月,举办“人民代表大会制度面临的机遇与挑战

座谈会”，讨论人大在近年来中国政治发展中面临的问题，提出如何完善人大制度的建议。与外国议会制度和选举制度的比较研究，特别是对扩大直接选举的理论和实践的探讨，以及对选举程序民主化的研究，还涉及人大宪法职权的落实、选举制度的改革等方面，例如，2002年10月，召开“选举违法行为及其防治对策理论讨论会”，对防治选举违法行为提出制度性的立法与司法建议。

二是研究宪政理论，传播民主思想。包括：开展民主、法治、人权制度和宪政经验教训的比较研究，例如，2005年4月，请曾在美国国会预算局工作的专家 Amy Jo Wendholt 举行“美国国会预算审查监督报告会”，以借鉴国外的经验，加强人大对预算的审查监督；2007年1月，举办“预算公开与政府的责任专题讨论会”，对政府预算公开和透明化等问题进行分析。开展对宪法实施重要性及方式、路径的研究，进行宪政思想启蒙，以促进我国宪政改革，例如，2005年11月，举办“宪法实施的司法化路径理论研讨会”，分析宪法在法院如何适用的理论和实践问题。分析民主的含义、发展历程以及作用、局限性，探讨民主在当前国外和中国实践运行中的新理论、作用和方法，以推动我国当前的民主建设，例如，2004年11月，举办“不可行性研究与政协民主监督学术研讨会”，以寻求加强政协民主监督的途径；2007年12月，召开“十七大后中国基层民主的发展学术研讨会”，就《村民委员会组织法》和选举制度的完善提出建议。

三是推动公民基本权利保护制度建设。包括：推动保护公民基本权利法律的制定和完善，例如，2007年6月，举办“律师执业权益保护与社会责任”研讨会，就《律师法》修订草案中有关律师职业定位与权利保护、执业行为规范与行业自律等问题进行探讨；2009年4月，举办“信息公开与《保密法》修改研讨会”，从公民知情权和政府信息公开的角度，对保密范围的界定以及修改《保密法》时应该注意的问题进行探讨。推动有关法律的实施，促进宪法规定的人身自由、财产权、政治权、平等权、社会权等权利保护机制的建立，例如，2004年6月，举办“修宪后如何保护私有财产研讨会”，通过对广州小谷围艺术村

拆迁违法案例的分析,提出修宪后加强私有财产保护的立法、司法和建立政府诚信的一系列建议;2006年9月,举办“美丽园小区业主维权的法律问题”研讨会,对小区维权的有关法律问题进行分析,给业主维权提出建议。推动对公民基本权利保护制度的研究和实践活动,例如,2009年5月,举办“诽谤政府与公民监督权研讨会”,对抓记者、抓网民事件,以及“诽谤政府”、官员名誉权等问题进行深入分析,对公民监督权、言论自由的保护提出建议。

四是推动社会公正。包括:研究政治、社会发展过程中的公平、公正问题,关注中国目前在快速经济增长中出现的社会不公现象和受到不公待遇的人群,例如,2003年12月、2009年7月,先后举办“反就业歧视与社会平等理论讨论会”、“反对高校招生歧视,推进教育机会平等研讨会”,探讨歧视的定义和认定标准,提出反歧视的对策建议。探讨如何在经济发展过程中保持社会的公正性与公平性,例如2008年12月,举办“罢运风波与群体性事件法律对策研讨会”,探讨了社会群体性事件在利益分配机制上的成因,并寻求相应的法律解决机制。研究公正合理的社会利益协调机制,为中国目前和未来的相关政策制定提供理论依据和实践证明。例如,2008年3月,举办“《劳动合同法》专家座谈会”,针对《劳动合同法》出台实施以来社会上存在的争论,围绕《劳动合同法》的立法宗旨、立法技术、立法影响等主题进行深入讨论。

中心通过论坛这一形式,通过媒体报道,扩大了社会各阶层对这些热点问题的关注,进而推动理论研究的深入,尤其是实际问题的解决。这些年来,我们在很多重要事件发展的关键点上组织论坛,有针对性地邀请法律、政治、社会学等各个领域的专家学者及律师、国家官员进行讨论,寻找解决问题的途径;同时,积极借助媒体的力量,向社会各界传达我们的理念、观点和立场,不断在社会中寻求共识的力量,力图以论坛为载体,推动学者、实务部门与社会舆论形成合力,推进制度的改进。例如,2003年6月,就三博士上书全国人大常委会要求对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行违宪审查的建议召开的案例

分析会,论证了上书建议的合法性,指出收容遣送办法的违法性,分析了案情发展的可能趋势,并为废除收容遣送办法提供了有力的支持。一个公民之死,导致一部法规的废除,这在中国的历史上还是第一次。又如,我们不仅在崔英杰案审判前召开了“城管的合法性与合理性问题理论讨论会”,论证外来人口在城市的生存权利,指出城管的定位存在偏差,呼吁慎用死刑,为最终判决死缓提供了法理层面和法律适用层面上的论据;还在判决下达后再次举办“城管执法与公民的经济自由权专题讨论会”,通过讨论发表观点,推动城管文明执法,提高了社会对保护公民经济自由权的重视。

论坛纪要的出版,是中心成立十周年的纪念,也是论坛的一个回顾总结。它记述了中国近十年民主、法制、人权发展的历史,也记述了北京大学人民代表大会与议会研究中心为推动这一历史发展所做的努力!中心将一如既往,通过论坛和其他方式继续为研究人民代表大会制度和宪政的学者搭建平台,为推进中国民主法制的发展、推动公民权利的保护和实现社会公正做出努力。

最后,我要感谢福特基金会(Ford Foundation)及其历任法律项目官员对本中心一如既往的支持。

蔡定剑
2009年12月30日

目 录

前言 / 1

第一编 完善人大制度

第一坛:人民代表大会制度面临的机遇与挑战 / 3

第二坛:加入 WTO 与中国变法 / 22

第三坛:进一步完善我国立法体系

——对十届全国人大五年立法规划的建议 / 31

第四坛:对十一届全国人大五年立法规划的建议 / 67

第五坛:法律冲突及其解决途径 / 85

第六坛:紧急状态下的法治与公民权利保障 / 100

第七坛:选举违法行为及其防治对策 / 110

第二编 推动民主宪政

第一坛:宪法实施的问题与司法化 / 127

第二坛:宪法实施的司法化路径探讨 / 135

第三坛:公民申请违宪审查案例分析 / 158

第四坛:十七大后中国基层民主的发展 / 171

第五坛:不可行性研究与政协民主监督 / 190

第六坛:预算公开与政府的责任 / 212

第七坛:美国议会预算的审查与监督 / 224

第三编 维护公民权利

第一坛:修宪后如何保护私有财产 / 251

第二坛:拆迁中公民财产权的法律保护 / 268

第三坛:美丽园小区业主维权的法律问题 / 285

第四坛:律师执业权益保护与社会责任 / 306

第五坛:转型社会中媒体的作用与社会责任 / 330

第六坛:“诽谤政府”与公民监督权 / 337

第七坛:信息公开与《保密法》修改 / 366

第四编 追求社会公正

第一坛:反就业歧视与社会平等 / 403

第二坛:反对高校招生歧视,推进教育机会平等 / 421

第三坛:美国反就业歧视的发展和救济途径 / 446

第四坛:从崔英杰案谈城管的合法性与合理性问题 / 453

第五坛:城管执法与公民的经济自由权 / 467

第六坛:罢运风波与群体性事件法律对策 / 480

第七坛:《劳动合同法》剖析 / 502

后记 / 518

第一编 完善人大制度

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。

全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。

——《中华人民共和国宪法》

代议政治之秘诀，在确定议会得为之事与不为事之分界。

——约翰·密尔

第一坛:人民代表大会制度 面临的机遇与挑战

2004年4月11日,本中心和京都律师事务所联合举办“人民代表大会制度面临的机遇与挑战座谈会”。蔡定剑教授主持会议,全国人大常委会法工委、办公厅的专家和法学界对该议题造诣颇深的学者参加(具体名单附后)。座谈会就目前人民代表大会制度运行中出现的新事物和面临的新挑战,如“公民自荐竞选人大代表”、“人大代表广告征集人代会的意见和议案”、“公民申请违宪审查”、“人大改革预算审查,加强对政府财政的监督”等问题进行深入探讨,得到《中国人大》、《检察日报》、《中国青年报》、《工人日报》等多家媒体关注。

●主持人

过去的一年,人民代表大会制度运行中出现了许多新事,说明社会对人大产生了新的诉求,社会公众对人大工作的期望值不断提升。二者的冲撞与共同作用将人民代表大会制度置于机遇与挑战并存的境地。在此背景下,我们进行这样的讨论显然具有现实和长远的意义。

现在人大面临这样的情况:市场经济改革已经进行到一定程度,社会多元化利益凸显出来,社会经济地位比较独立的群体也随之提出比较明显的诉求。尤其是非公有制经济这部分,现在政治上已经赋予其地位,它们也就敢于明确表达利益诉求了。这表现在私营企业家们积极参与参政,自主提出议案等。但是现在中国还没有形成利益

集团,特别是没有形成有独立利益诉求的利益集团。因此,社会仍然主要以一种个体化的方式来表达正常诉求,在某些情况下造成了一些冲突。在这种背景下,人大过去的很多法律和工作制度已经不适应现实的需要,例如选举,还沿用过去计划经济条件下的计划性选举就不行了。

具体而言:第一,选举问题。在去年这个大选之年中,高层的选举没有什么变化,间接选举也没有什么变化。某种程度上,间接选举比20世纪80年代末还有一些倒退。主要原因是有关部门对选举的组织和控制加强,有些地方甚至派人盯守整个选举过程,导致差额选举成了形式化的。因为法定差额选举,所以就要代表多提一个候选人,但这只是作为陪衬。而直接选举层面,则较多地体现了公民个体的诉求。去年深圳的直接选举中,自荐参加选举的候选人基本上是社区中维权的积极分子、小区业主等,这种自荐是符合其利益诉求的。北京、湖北潜江等地也都出现了“自荐选举”,反映了已经出现的自发的个体利益诉求。可以预见,这种趋势今后还会扩大。现在直选选举中存在的问题主要是提名不民主、从初步候选人到正式候选人的确立程序不公正、搞暗箱操作等。出现自荐候选人后,对程序公开和公正的要求越来越强,对直接选举产生了强烈冲击。同时,虽然乡镇直选尚没有得到法律正式承认,但是公推公选的地方已经越来越多。根据中央编译局专家的调查,四川的公选率已经达到70%;江苏派人到四川学习,也做起来了,而且做到了县一级;南京市也已经公选出市政府秘书长。民主选举正处于探索发展中。

第二,代表问题。过去的代表基本上是官方代表,想做“老百姓青天”的比较少。现在则出现了很多民营企业家的,以独特的方式(比如做广告等)来表达想代表民意的诉求,这是一件大好事。因为人大是民意机关,代表当然要为民说话、代表民意。当然,如果有钱的代表与没钱的代表有区别,比方说前者有更大的“话语权”,可能会产生新的问题,但这在当下的中国还不是最现实的问题。更现实的问题是如何为代表更好地反映民意提供服务。美国议会的议员随时可以要求国会的公共服务机构为其提供帮助,但现在我国人大机关仅限于在会议期间为代表提供服务、咨询,平时并不提供服务。可以考虑让人大常委会的机关也为代表提供日常性服务,而不像现在只为常委会领导服务。比如,深圳和重庆建立的立法助理制,就是可以探索的路径。总之,对人大代表反映民意的要求,人大要思考怎么适应。

第三,违宪审查问题,即法律冲突的解决。《立法法》颁行后,我们中心召

开了一个会议,希望社会能使用控告违宪建议权,人大能够真正行使违宪审查权。去年全国人大常委会收到不少要求进行违宪审查的建议,尤其是三公民上书事件,要求审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》,在百姓中影响很大。目前形势逼人,如果人大长期不理睬,对人大的形象、宪法的形象,都会造成很大的损害。我们的人大领导人不能按兵不动。现在全国人大常委会备案审查、法律解释的规定都出来了,但全国人大如何让宪法真正得以实施,还是个问题。

第四,人大监督问题。在这方面,河南洛阳种子案造成的影响很大。很明显,《河南省农作物种子管理条例》与《种子法》是冲突的。如果法官只能将地方性法规作为判案的依据,否则地方人大就要追究地方法官责任,法官就成了真正的地方法官,也破坏了整个法制的统一和国家司法体制。这个案件提出了人大自己如何依法行使职权的问题。

一、选举问题

许志永:

现在各级人大会议都是分代表团开会,而各代表团又都是团长控制,每个团都把其他团的人拒之门外。这是一条“潜规则”——不让代表团之间互相来往,被戏称为“食堂民主”——即只有在食堂吃饭时进行交流。竞选常委那天,在选举前10分钟,每个团(一个团三十多人)都会有人站出来让大家把主席团提出的23个人圈起来。绝大多数代表很听话,因为从最基层开始就没有竞选,选举犹如一潭死水,代表们大都是“劳模代表”、“好人代表”。

西方民主政治中出现两类人:政客和官僚。一类民选,另一类任命。我想追问,民主是什么?民主是美好的政治生活方式,抑或仅仅是游戏规则?我认为是前者。所以,民主的选举,是产生职业的代表,需要职业的精神。不错,中国伦理层面的东西很重要,政府官员必须要有美德。但好的制度是让坏人进来也干不了坏事,因此,人大代表的职业化更为重要。虽然目前可能还达不到西方的标准,但至少人大

常委会应该是独立的立法机构,要配置专业人员,其他人都不能参与。而且,对于人大代表的定位问题,按地区来划分选区可能更科学。人大代表代表地方并不是不好,起码比谁也不代表好。关键是如何在中国现行体制下,把人大常委会做实了。比方对代表资格的要求、为代表履职提供配套的咨询服务等,让他们成为职业的、靠责任约束的代表,而不是非职业的、靠道德约束的代表。

我所提的直接选举、划分选区是一项长期变革。就目前而言,基层选举如果实现直选,中国的选举制度也会发生很大的变化。我认为,采取预选产生候选人比较简单可行。只要高层一提倡,下面就能把它推广开来。当然,预选不能把有能力、有积极性、有志于社会公益活动的人筛选掉。

武增:

上次修改《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)时增加规定:选举正职领导人时,主席团提出的候选人必须是等额的,不能提出差额名单。而组织部门认为,既然西方国家可以差额选举,希望政党也可以提差额候选人。因为在提等额候选人的实际操作中,组织部门成了代表的对立面,要想方设法做工作,保证组织提名的候选人必须当选。各级组织部门交流时,认为最大的难点就是这个问题。另一个难题则是副职是否要搞任命制的问题。

蔡定剑:

有的地方在选举程序中规定:“反对的就在票上划一下,赞成的不划。”这样一来,谁拿笔谁就是投反对票。这是典型的形式可以关联实质的问题,是一条潜规则,破坏了秘密投票权,也破坏了投票人自由意志的表达,与选举的原则相抵触。

二、人大代表问题

李庆：

人民代表大会制度是优越的，但很多优越性还没有完全发挥出来。例如，全国人大代表将近 3000 人，没有哪个饭店可以完全容纳，只能分代表团开会；由于人数太多，围绕什么议题来发言，也没办法操作。就现实而论，只能把常委会这块做实。但现在常委只有 170 多人，在代表中只占 1/20，代表性可能不强。我认为，常委会应该至少有 300 人到 500 人。

当前，人大代表的构成、素质等都差强人意。有的代表想提议案，但没有能力，也没有财力。此外，现在对议案的形式也做了一些规定，如必须具有案由、案据、法律草案等。这对代表的结构、专职化等问题都提出了挑战。因此，服务机构和服务人员的存在很有必要，否则很多议案都不可能成形。而且目前立法主要是机构立法，靠法工委和国务院部委进行，代表提出的法律草案走上立法程序非常难。如果人大还是沿用以前那套议案处理方式，代表们提几次就没兴趣、动力和积极性了。

现在小组讨论中，代表的每句话都被完整地记下来，比以前记要点要强很多。虽然这些记录不公布，但代表之间也会有发言与否、是否积极、是否有真知灼见等的比较，会比较有动力、有积极性。相对而言，年轻代表比较专业化，可以对立法起到搅动的作用，使之不像以前那样一潭死水。代表中来自官员的，最大的特点是处乱不惊，审议法律议案时往往仅限于从宏观上看一看，三七开、四六开，无伤大雅就可以。但法律是要反复适用的，必须搞清楚了，所以立法不能仅在宏观方面把握，具体的细节和环节也要关注。