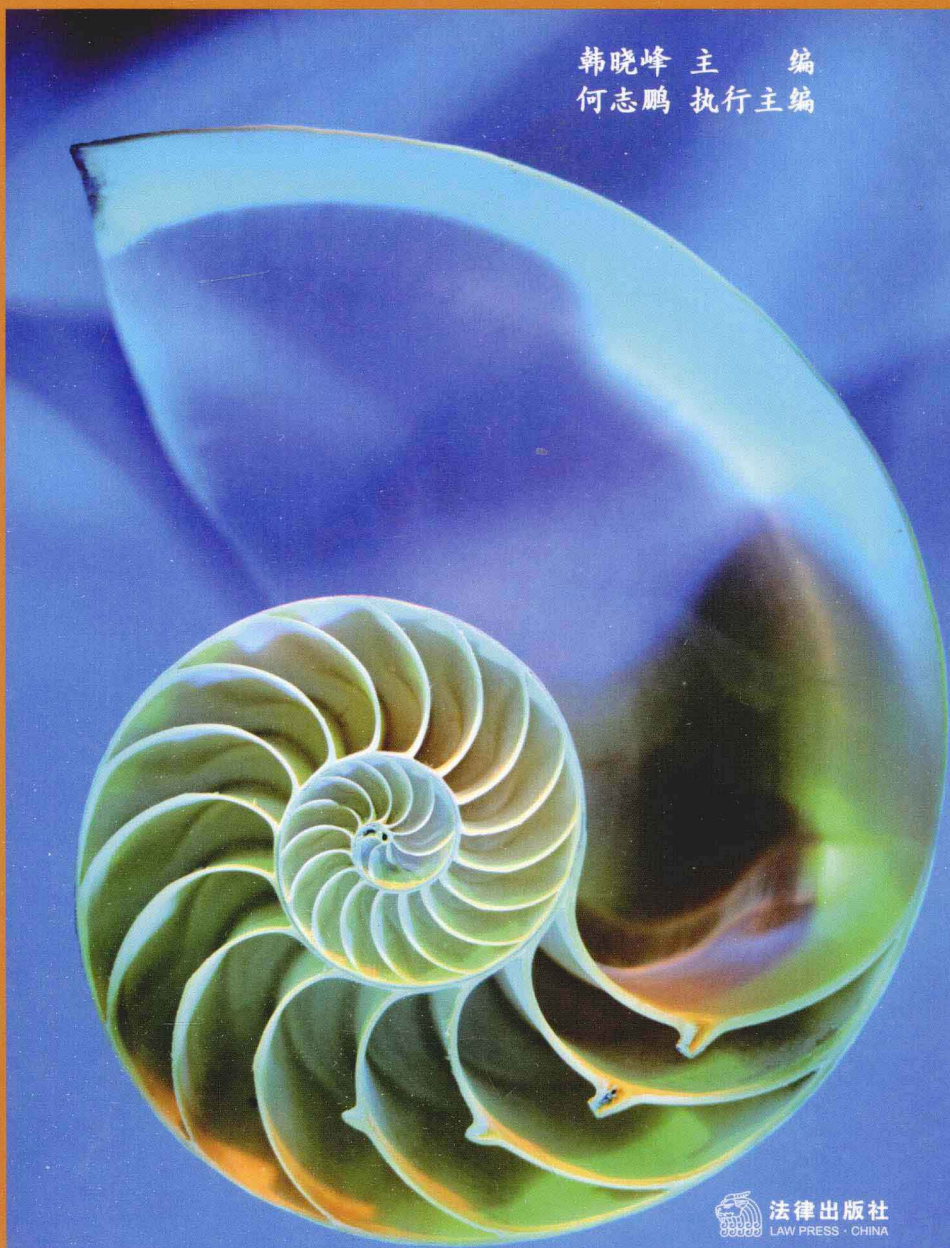


法治中国的规范完善

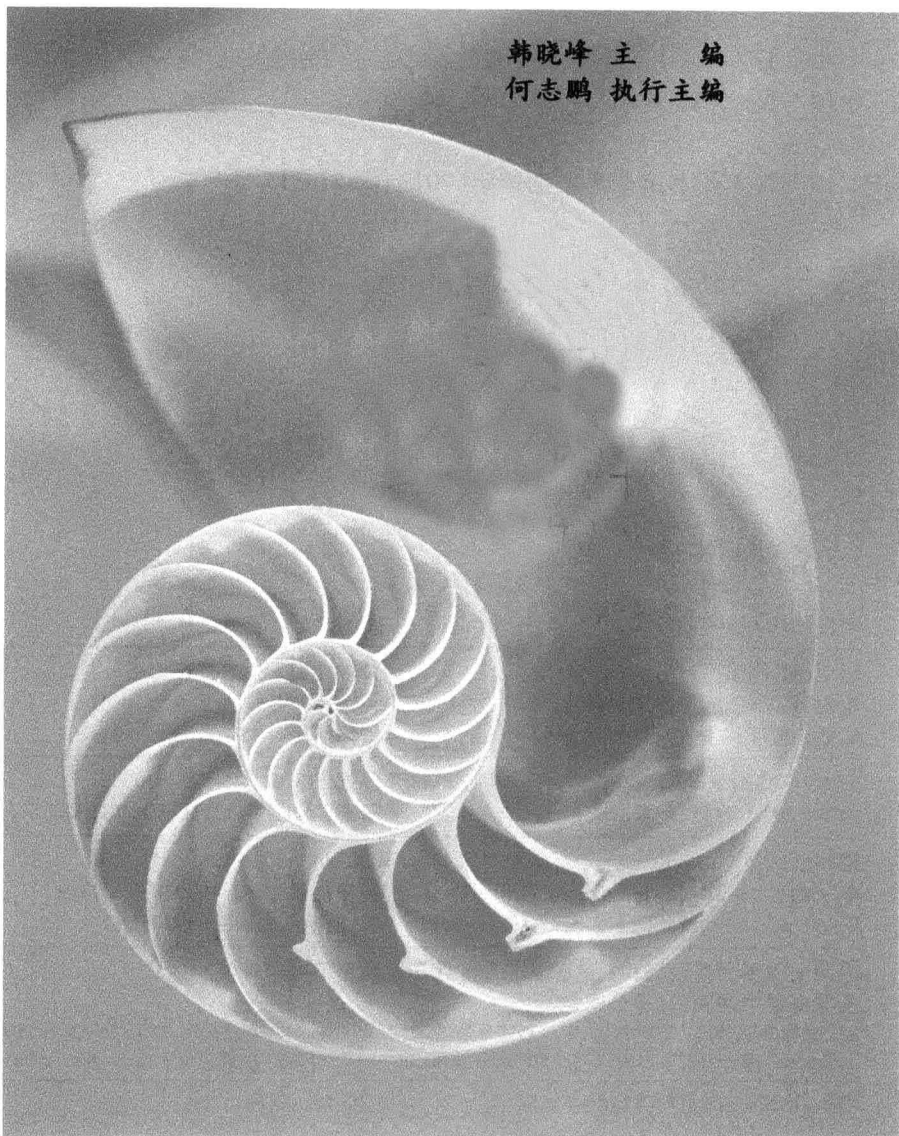
韩晓峰 主 编
何志鹏 执行主编



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治中国的规范完善

韩晓峰 主 编
何志鹏 执行主编



图书在版编目(CIP)数据

法治中国的规范完善 / 韩晓峰主编. —北京:法律出版社, 2013. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5648 - 7

I. ①法… II. ①何… III. ①社会主义法制—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 270117 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京京华虎彩印刷有限公司	责任印制/沙磊
开本/720毫米×960毫米 1/16	印张/18.5 字数/350千
版本/2013年11月第1版	印次/2013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)	销售热线/010-63939792/9779
电子邮件/info@lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	
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
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
	重庆公司/023-65382816/2908
	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5648 - 7	定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

吉林大学的很多学生对于法律问题具有浓厚的兴趣,对中国社会主义法律体制的建设抱有高度的信心和责任感。应广大同学的要求,吉林大学团委与吉林大学法学院团委一起组织了本次“社会主义法律体系完善”项目。

项目成员对吉林大学全体本科生和硕士研究生开放,由法学院的几位具有深厚学术修养和奉献精神的年轻教师何志鹏、王志远、李国强、鲁鹏宇、田洪鋈和吉林大学政策法规办公室的于天罡同志做指导教师,由法学院的于譞洋同学任总联络员。在项目的进行过程中,自始至终得到了吉林大学团委、吉林大学法学院的关注与支持。

参与项目的各位同学积极努力,在教师的指导下对于中国的宪法、行政法、刑法定(及其修正案)、民商法与涉外法进行了分析,总结了相关的法律存在的问题,提出了进一步完善的建议。虽然这些见解有的还很稚拙,有些完善建议还不具备很强的操作性,但这表明了青年学子对中国法治未来的热情关注与积极参与的情怀。这些同学也在研究的过程中更进一步加深了对中国法治成就的认识,提升了研究能力,深化了学术素养,形成了实践理念。

这份报告是本次项目的最终成果之一,我们期待着它能够为推进中国的法治进程作出点滴的贡献。

工作人员名单

项目总策划:韩晓峰、姚毓春

项目负责人:何志鹏

行政支持:韩月波、赵洁

项目负责人助理:崔悦、李若曦

宪法行政法

指导教师:鲁鹏宇

报告人:于譞洋、王中石、刘一玮、吴满、刘盼

2 前 言

刑法

指导教师:王志远

报告人:齐云飞、程明伦、郭健、张力元、徐茜茹、张可霖

民商法律

指导教师:李国强

报告人:孙华展、孙政伟、王宝林、赵良杰、苑晨光、张博立

涉外法律

指导教师:何志鹏、田洪鋈

报告人:刘秋彤、张琪琪、魏佳楠、邹洁茹、吴曦、杨墨茹

目 录

第一编 宪法行政法

- 第一章 《中华人民共和国宪法》立法评估与完善建议 / 3
- 第二章 《中华人民共和国行政许可法》立法评估与建议 / 10
- 第三章 《行政处罚法》的立法评估与建议 / 17
- 第四章 《中华人民共和国行政诉讼法》立法评估与完善建议 / 27
- 第五章 《中华人民共和国立法法》分析评价与规范完善的建议 / 44

第二编 刑 法

- 第六章 我国刑法典的总体评估 / 59
- 第七章 具体条文之缺陷及完善 / 60

第三编 民 商 法 律

- 第八章 《物权法》的评估和相关条文的完善建议 / 161
- 第九章 生态观念的强化与《物权法》的完善 / 168
- 第十章 《合同法》的评估和相关条文的完善建议 / 174
- 第十一章 《公司法》的整体分析与规范完善 / 185
- 第十二章 《中华人民共和国公司法》中的“公司利益”问题 / 194
- 第十三章 《中华人民共和国侵权责任法》医疗损害赔偿责任的评估和完善建议 / 203

第四编 涉外法律

- 第十四章 《中华人民共和国海商法》立法评估与建议 / 215
 - 第十五章 涉外仲裁法立法评估与建议 / 224
 - 第十六章 知识产权法立法评估与建议 / 236
 - 第十七章 《涉外民事关系法律适用法》立法评估与建议 / 253
 - 第十八章 《中华人民共和国民事诉讼法》立法
评估与建议 / 267
 - 第十九章 《中华人民共和国领海与毗连区法》及《中华人民共和国
专属经济区和大陆架法》立法评估与建议 / 274
 - 第二十章 条约法领域法律立法评估与建议 / 277
- 后 记 / 289

第一编

宪法行政法

第一章 《中华人民共和国宪法》

立法评估与完善建议

一、宪法整体评估

(一) 宪法框架与基本内容

中华人民共和国现行宪法于1982年12月4日由第五届全国人民代表大会第五次会议正式通过并颁布,此后历经四次修正^[1],沿用至今,因制定于1982年,史称“八二宪法”。

宪法由序言、正文两部分组成。其中正文分四章,共一百三十八条,分别为总纲、公民的权利和义务、国家机构以及国旗、国歌、国会、首都。序言部分简介新中国成立历史,中国共产党的基本政策和基本国策,国家的基本性质与基本形式和宪法的效力。正文部分中,总纲明确国体、基本国策等。公民基本权利和义务阐述了各项人权和公民应尽义务。国家机构部分则规定以全国人民代表大会为最高权力机关同时作为立法机关。实行议会制,行政部门即国务院对全国人大负责。国家主席为形式上的国家元首,可提名国务院总理人选交由人大通过。军事机构(中央军事委员会)独立于行政部门,对全国人大负责。司法部门由全国人大产生,对全国人大负责,对行政部门独立。最后一部分则规定了国家的基本标志,即国旗、国歌、国徽等。

(二) 宪法的意义与价值

“八二宪法”作为国家的根本大法总体来说是一部基本完善的宪法。它是在1954年宪法的基础上,根据党的十一届三中全会确定的路线、方针和政策,总结新中国成立以来我们建设社会主义的长期实践经验,特别是汲取“文化大革命”教训,经过全民讨论,由第五届全国人民代表大会第五次会议通过的。经过四次修正以

[1] 四次宪法修正案分别于1988年4月12日第七届全国人民代表大会第一次会议、1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议、1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议、2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过。

后,从内容上来说,宪法全面体现党在社会主义初级阶段的基本路线,集中反映全国各族人民的共同意志和根本利益,认真贯彻社会主义的民主原则和法治精神,基本建立起比较完备的公民基本权利保障体系,切实保障公民的自由和权利,科学规范国家权力,充分适应我国经济、政治、文化发展以及各项社会事业发展的要求。从形式上来说,宪法结构合理、长短适宜、语句严密严肃,基本符合宪法规范,具备宪法实施的条件。多年的实践证明,我国现行宪法“是一部符合国情的好宪法”〔2〕。

(三)我国宪法存在的不足

然而,随着改革开放和社会主义现代化建设事业的实践深入,我国宪法仍然显现出了一些不足。公民权利意识在知识信息时代迅速觉醒,而我国宪法中公民权利保障力度和范围却显得有些不足,与国际立宪惯例存在差距;国家权力设置的横向、纵向关系不明确,影响了公民实现更充分的自由和权利;宪法的政治性、时代性太强,影响了宪法的权威性、稳定性等。这些宪法本身的立法缺失和宪法实施的难以落实都需要通过修改宪法来解决。

二、宪法总纲过于烦琐的问题

(一)立法现状

宪法总纲对我国的国体和基本国策作了相应规定,除此之外,总纲中还出现了诸多政治纲领式的口号。例如,第四条规定“国家根据各少数民族的特点和需要,帮助各少数民族地区加速经济和文化的发展”,第十四条规定“国家厉行节约、反对浪费”,第十九条规定“国家发展社会主义的教育事业,提高全国人民的科学文化水平”,第二十四条规定“国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德”。除了政治纲领式的口号,宪法中还存在大量经济发展方面的政策性条款。例如,宪法第六条对分配制度的规定,第十一条对市场经济组成部分和政策的規定。总体来说,宪法总纲中政策性、口号型条文过多。

(二)存在问题

宪法是一个国家的基本法,将国家的基本性质、基本国策、指导原则和理想目标写入宪法并没有错。但是,“宪法具有与一般法律相同的特性”〔3〕,它首要考虑的是权威性、稳定性、法律性和可行性。而我国这些“口号”以法律的形式出现在宪法中,那么它必须是可实施的。否则,便形同虚设。然而,现实条件中,这些条款在

〔2〕 胡锦涛:“首都各界纪念中华人民共和国宪法公布施行二十周年大会上的讲话”,载《人民日报》2002年12月5日。

〔3〕 李龙、周叶中:“宪法学基本范畴简论”,载《中国法学》1996年第6期,第64页。

短期内甚至是长期内都难以实现,或者是不便操作。大量经济发展方面的政策规定随着形势发展在不断发生变化,因此就有了不断修改的需要。在1982年之后的四次宪法修正案中,每一次都有关于经济发展政策方面的条款修正,三十一条修正案中有十条与经济制度、经济政策有关,其中宪法第八条规定了农村的经济形式〔4〕,历经1993年、1999年两次修正,宪法第十一条规定了非公有制经济的形式、地位和权益〔5〕,历经1988年、1999年和2004年三次修正。频繁的修宪严重影响了宪法的权威性和稳定性。

(三) 规范完善的建议

政治纲领式的口号型条文与经济发展方面政策性条款的大量存在,无论是从宪法形式还是宪法价值上来说都影响了宪法的权威性、稳定性、可行性和科学性。法律条款的规律是容易“挂一漏万”,规定得越多,保障得越少;对国家政策的规定越仔细、越具体,政策的缺漏和矛盾就越明显,日后填补宪法漏洞和更新过时规定的需要就越迫切,而频繁修改无疑将削弱宪法的稳定〔6〕。因无法兑现宪法中的政治承诺而影响国家信誉,受制于宪法中的经济发展规定而缺乏改革空间,无法创新。考虑到多方面因素,建议再次修宪时,废除宪法纲领中大量的政策性、口号型条文,给宪法“减负”,让宪法变成一部真正可施行的法律,给治理国家留下充分空间。

三、公民基本权利保障不足的问题

(一) 立法现状

宪法条款从第三十三条到第五十六条较为详尽地规定了我国公民的权利和义务,除去大量的义务性条款,总体上我国宪法规定了公民的十类基本权利,即平等权、政治权利、人身自由、宗教信仰自由、社会经济权利、监督权、文化教育权利、请求权和特定主体的权利。与传统宪法相比,少了财产权、迁徙自由权、知情权、隐私权、罢工权等。

〔4〕 根据《宪法》第十五条修正案,《宪法》第八条第一款为“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜”。

〔5〕 根据《宪法》第二十一条修正案,《宪法》第十一条为“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分”“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”。

〔6〕 张千帆:“宪法不应该规定什么”,载《华东政法学院学报》2005年第3期,第31页。

(二) 存在问题

随着改革开放的深入和社会主义市场经济的发展,公民的权利意识不断凸显,国际人权理念的影响不断加深,公民基本权利保障的缺失业已成为国民经济发展的重要障碍。“八二宪法”颁布至今,有过四次的修改,修改的内容多集中在经济制度方面,而对于民主主体的广大公民的基本权利保护却不足。在公民基本权利完善方面,呼声最高且有条件实现的两项权利是财产权和迁徙自由权。财产权是公民基本权利,但却没有出现在宪法第二章的公民权利与义务中,而是只在总纲部分的第十三条规定“公民的合法私有财产不受侵犯,国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”。这一规定显然存在不足,因为从内容上来说它主要保障的是公民私有财产中的物权部分,而忽略了债权、知识产权等。同时,从形式上来说它不够规范,没有出现在宪法第二章公民权利与义务中,且缺少损害赔偿条款。而迁徙自由权是一项被废除的基本权利,“五四宪法”曾经赋予公民迁徙自由权,但后被废除,此后再未出现在宪法中。主要原因是当时我国的经济发展和社会治理能力尚不允许公民自由迁徙,而且也无法为公民自由迁徙提供充分的社会物质条件。

(三) 规范完善的建议

保障公民的基本权利不仅是宪政追求的目标,也是社会主义民主的要求。因此,当有条件修宪时,我们首要考虑的应当是完善公民基本权利体系,从内容和形式两方面保障公民的基本权利。这之中,首要的是财产权和迁徙自由权。这样做,不仅符合传统立宪要求和国际人权理念,而且在实践中十分有利于国民经济的发展。当迁徙成为一种自由,劳动力的市场配置就更加有效。当财产权有了宪法保障,人们就会对社会主义市场经济充满信心,劳动积极性和创造性将得到充分发挥,大量财富将会被创造出来造福于人民。鉴于此,希望修宪时不断完善公民基本权利体系,在宪法第二章公民基本权利与义务中补充财产权和迁徙自由权以及其他权利。^[7]

四、国家权力配置存在的问题

(一) 立法现状

我国宪法第三章国家机构中对立法机关、司法机关、行政机关、政党团体等国家权力主体之间的关系做了相关规定。其主旨为人大、为权力机关和立法机关,选

[7] 杨海坤:“公民基本权利修宪应做精良设计”,载《法学论坛》2003年第4期,第97~99页。童之伟:“与时俱进、完善宪法——循‘十六大’精神修宪或释宪的十一点设想”,载《法学》2003年第1期,第3~12页。

举产生司法机关和行政机关,对其实施监督。司法机关独立行使权力,对权力机关负责;行政机关受司法机关和权力机关的监督。

(二) 存在问题

从宪法的起源来看,宪法的产生无不是为了对国家权力的实现方式及运行作出规范。因此,有学者将宪法界定为“确立国家权力的实现形式,规范国家权力运行的根本法”^[8]。而我国现行宪法所做的设置看似明确,实则难以施行。其中,存在以下几个问题:

1. 缺乏积极的监督主体

从宪法规定中我们不难发现人大机关可以监督一切。但是,人大作为立法机关和权力机关,承担了太多的职责。一年只有一次集中会议时期,其履职主要集中于会议期间的审议、选举、立法等工作上,履职方式主要为表决和交提案。因为会期短,常设机构人员有限,人大机关在履行监督职能方面缺乏积极性,也缺乏履职条件。这样就形成了一个人大监督弱化的事实,甚至是人大权力弱化的事实。

2. 人大与人大常委会权限不明

人大常委会作为人大的常设机关,在很多方面代行或接受委托履行了人大的职能。因为在职能方面的重叠性,人大常委会出现了一种代替甚至取代人大的趋势,比较明显的一点就是关于基本法律和非基本法律的立法权限规定。按照我国宪法第六十二条第三款^[9]和第六十七条第二款^[10]的规定,基本法律立法权属于全国人大,非基本法律立法权属于全国人大常委会。现实中,却不时出现全国人大常委会制定基本法律的情况。例如,中华人民共和国的第一部《民事诉讼法(试行)》本应该是一部基本法律,由全国人民代表大会制定。但事实上,它却是于1982年在第五届全国人大常委会第二十二次会议上审议通过的。

3. 司法机关缺乏真正的独立性

宪法第一百二十六条规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,这条规定看似为司法独立提供了宪法保障,其实却是为执政党、人大机关的干涉留下了余地。在国家机构的职能分配方面,司法机关要接受政党、人大的监督,但监督不等于干涉,司法机关只有一个要负责的对象,那就是法律。执政党、人大对司法机关的监督绝对不能影响司法独立。

[8] 馨元:“宪法概念的分析”,载《现代法学》2002年第2期,第10~11页。

[9] 《宪法》第六十二条第三款为“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”。

[10] 《宪法》第六十七条第二款为“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”。

4. 行政机关权力存在扩大化的空间

进入 21 世纪以后,国家权力中心开始从立法权向行政权转移,行政立法权被广泛使用,这里就出现行政机关抢立法机关“饭碗”的情况。虽然宪法对行政机关立法有明确的限制,但是随着社会利益多元化的发展,加上财政等方面的影响,仍不可避免出现立法方面的部门利益化和地方化的情况,行政立法很可能成为行政机关的“利益试验田”。

(三)规范完善的建议

我国所实行的是“议行合一”的体制,它主要表现为全国人大领导下的“一府两院”的工作模式。这并不意味着我国的权力机关不需要西方那样的制衡体系,相反,因为存在最高权力机关,我们就需要更强有力的监督和制衡,否则就很有可能出现国家权力虚化或膨胀的可能。针对以上几个具体问题,学界提出以下解决思路:

(1)充分发挥社会团体的监督积极性,将民主党派的参政议政提升到宪政高度,作为民主党派参政议政的重要机构,中国人民政治协商会议的宪法地位要规范化。政协的作用和功能在宪法序言中虽有提及,但只是一种历史性的叙述,对于民主党派充分参政议政来说,这份叙述显然没有规范地说清楚政协的功能和作用,而且,法律效力也值得商榷。我国的民主党派素来是有监督积极性的,可以考虑在宪法中增添明确条款确立政协的重要地位和作用。政协这一第三方社会团体宪法地位的确立将有效解决我国权力监督主体缺位的现状。^[11]

(2)修改宪法第六十二条和第六十七条,从语句形式上规范宪法,厘清人大与人大常委会的权限划分。

(3)将宪法第一百二十六条修改为“中华人民共和国的法官独立审判,只服从法律”。法官独立有利于避免人大、行政机关、政党等的干涉,在涉及具体案件时,法官独立具有更加重要的意义。需要说明的是,法官独立依然是在党的领导、人大的监督之下的,因为法官的负责对象是法律,而法律是政党意志的体现、人大立法的产物。^[12]

(4)人大的职责重点要从立法转移到法律监督上,可以考虑在人大之下设立专门的法律监督委员会,履行人大和人大常委会监督宪法实施的职责。宪法的实施

[11] 蒋德海:“论宪法的控权本质”,载《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2003年第3期,第10~17页。

[12] 马怀德、邓毅:“司法独立与宪法修改”,载《法学》2003年第12期,第29~38页。

是建设法治国家的重要一步。设立专门的、有行动能力的宪法监督机关,从而使宪法不至于变成“一纸空文”,充分体现宪法控权的本质,保持立法权、司法权和行政权之间的平衡。

五、结论与展望

急剧的社会变革时期,宪法的规范性与社会现实之间难免存在冲突与矛盾,这样,协调宪法规范性和社会现实性就成为一个时代课题。修改宪法,使之适应变革的时代只是一方面,更重要的是整个社会要对宪法、宪政充满信心,以宪法为行事的根本准则,创建充满宪政文化的氛围,为宪法改革创造一个适宜的环境。

而宪法本身,除了不断完善公民基本权利保障体系,加强国家机构之间的分权和制衡,更重要的是不断健全宪法监督机制,明确宪法监督程序,使宪法得到真正的实施,变为我们的生活。

第二章 《中华人民共和国行政许可法》 立法评估与建议

一、《行政许可法》的整体评估

《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)于2003年8月27日第十届全国人民代表大会常务委员会议第四次通过并于2004年7月1日起施行。全文共八章八十三条,分别为总则、行政许可的设定、行政许可的实施机关、行政许可的实施程序、行政许可的费用、监督检查、法律责任和附则。

行政许可是行政机关的一项重要行政权力,是政府管理社会事务的重要手段,在国家建设和社会发展中起着重要作用。但是,长期以来,行政许可存在的“项目过多过滥、程序烦琐、责权脱钩、监管不力等问题还没有得到根本解决。这种状况不适应社会主义市场经济体制发展的要求,必须从根本上加以改变”〔1〕。《行政许可法》的颁布施行,是对现行行政审批制度的重大改革和创新,具有重要意义。《行政许可法》的制定和实施,对于约束行政权力、建设“有限政府”起到了巨大的促进作用。《行政许可法》的制定是我国行政法治建设的重要里程碑。它推进了我国行政许可行为的法制化、规范化,推动了我国建设法治社会的整个进程。

但是,《行政许可法》作为我国第一部系统规范行政许可的法律,也存在一些缺陷和不足。如行政许可的设定事项比较笼统,行政许可的听证制度缺乏中立,行政许可的评价制度缺乏客观等。还需在实践中总结出现的问题和经验,不断完善行政许可的各项制度,以期达到约束行政权力、保障公民自由的立法目的。

二、行政许可设定问题

(一)立法现状

《行政许可法》对行政许可的范围作出了界定,在列举可以设定行政许可的六

〔1〕 温家宝:“在全国贯彻实施行政许可法工作会议上的讲话”(2004年1月6日),载《环境行政许可法规手册》,中国环境科学出版社2004年版,第154页。