



CHAPTER

第一章

憲制觀念之維新

一、政治與法律領域須進一步解放思想¹

在政治體制改革方面，法學界像其他以知識分子為主體的職業領域一樣，當中很多人士皆對黨的十七大是有殷切期待的。政治體制改革不宜大步走，但更不宜長期停頓，也不能步子慢到讓人感覺不到它是在往前走。政治體制改革若長期毫無寸進，人們就可能會對黨失去期待，轉而從大多數人不願意看到的方面去尋求和推動變革，這將對社會的長期穩定和持續發展產生不利的影響。

法制改革是政治體制改革的核心內容。本文以法制改革為中心談談政治和法律領域解放思想的問題，以回應中央關於進一步解放思想的號召。筆者認為，今天法學界在討論解放思想方面比較實際，有幾個方面的問題特別值得關注。

1. 要真正搞清楚領導與執政的區別

中國今天有必要在理論上，在與其他法治國家接軌的含義上搞清楚黨執政和黨領導的聯繫和區別，尤其是區別。這個問題人們過去幾年討論過很多，但是現在理論界許多人士的說法都讓人感覺很模糊。

某個黨領導和某個黨執政，實質上都是由該黨主導治理國家，這是領導與執政的共同點。但領導與執政在方式方法上是很不相同的。

1. 本文是作者於2007年9月7日，在上海社會科學院社調中心與《社會科學報》聯合召集的專家座談會上發言的整理稿。

所以，如果把特定政黨主導治理國家理解為該黨領導，那麼，執政可以而且應該理解為領導的一種具體形式。什麼叫做執政，其基本內容和方式在國際上有共識，這在世界各法治國家都是非常清楚的，我們對這個詞的理解應該與國家主流接軌——現在德國是聯盟黨執政、英國是工黨執政、美國是共和黨執政、日本是自民黨執政。有的學者認為執政和領導完全是兩回事，這在邏輯上說不過去。不過毫無疑問，黨執政與我們歷來所談論的黨長期以來實行的領導方式，在處理黨與國家機關的關係方面有重大而且根本的區別。執政是以黨產和國產、黨的專職幹部和國家機關官員、政黨職能與公家機關職能嚴格區分開來為前提或背景的。在這種前提或背景下，當一個黨的成員在該黨的組織和運作下，通過法定民主渠道進入國家機構體系內部掌管全部或絕大多數關鍵職位，並運用它們來依法貫徹本黨的政策、方針，就叫做執政。所以，在中國的具體情況下，我們討論依法執政，最重要的是應該先將黨治理國家的方式由傳統的、以黨和國家一體化為特徵的領導方式轉變為現代的執政方式，並對政治、法律體制作出相應的改革。由前蘇聯開先河的黨與國家不分、黨產與國產不分、專職黨務人員與國家機關官員地位和待遇不分等做法，是黨採用傳統治理體制領導國家所形成的特點，它們不是採用執政體制所能包括的內容。這種黨與國家不分的國家治理體制應該說是比較陳舊、不太高明的，在歷史上應該說是導致蘇共失敗的若干重要原因之一。我黨應及時按執政的要求改革這種治理體制，避免重蹈覆轍。

當下，黨中央已經提出要依法執政，這意味着黨治理國家的方式應該發生重大轉變，意味着應該與傳統治理體制告別。過去我們是在傳統治理體制意義上講領導，而執政要求我們將傳統治理體制轉變為執政體制。但遺憾的是，我們從很多官員和學者的發言、文章中卻看不到這種思路。他們往往只是在那裏玩文字遊戲，簡單化地把過去適用「領導」二字的地方，一律用「執政」二字來替換，新瓶裝舊酒，

內容上一點不變，所有的具體內容都是舊的。黨領導國家的方式從傳統型的治理體制向執政轉化，這是偉大的轉折，可是它的轉折意義被有些官員和學者這麼一折騰，就差不多不復存在了。

黨的領導方式從傳統治理方式轉變為執政，必然會發生一些深刻而具體的變化。其中，首先要本着黨產和國產分開的原則，將執政黨的經費與國家財政清楚地分開。執政黨單純的黨務活動，經費原則上需要自籌，不夠可以接受國家財政補助，這在法治國家是通例。其次是專職黨務幹部的薪酬問題，幹部如果單純擔任黨職，沒有同時擔任國家機關公職，就應以黨費支付其薪酬和經由用黨費投保方式解決其醫療養老等問題。黨的領導方式從傳統治理體制到執政的轉軌是中國政治體制向現代化轉變的重大變革，這一過程不可能在對傳統治理體制沒有一點衝擊的情況下完成。實行從傳統的領導方式到執政方式的轉軌是加強和改善黨的領導的根本途徑。提出這樣的想法決不是要拿走和減少黨的資源，而是要將黨的領導方式真正納入法治軌道、實現黨的領導方式的現代化。

2. 還人民代表大會制以政權組織形式或政體的本來面目

人民代表大會制僅僅是中國的政權組織形式（政治學稱為「政體」）。按現代憲法學或各國通例，中國對人民代表大會制不應作超越其本身性質的理解，更不能使之神化、僵化或拿它在中央和地方各級搞「一刀切」。

幾乎所有法治國家的政權組織形式，都是根據國家權力在中央國家機關中的配置方式確定和命名的，而地方各級公共機關往往與中央並不相同：不僅權力在地方的配置方式與中央不同，所適用的配置原則也與中央不同。例如，在日本，中央國家機關實行議會制，首相由

議會選舉產生，但地方的都、道、府、縣卻實行類似美國總統制的體制，那裏有議會，但稱為「知事」的行政首長都由選民直選產生，他們對選民負責，同時受本級議會監督，市、町、村也一樣。易言之，日本的地方並未仿效中央，層層實行「小議會制」。又如，美國實行總統制，聯邦的州兩級的中央國家機關內部都實行權力分立、制約平衡，但州之下的縣、市、鎮大都沒有遵循這個原則配置權力，更不是層層都是「小總統制」。對人民代表大會制，我們現在的理解就是，如果中央或上級國家機關有幾套領導班子，下面也要搞幾套班子（鄉鎮除外），中央國家機關配置權力採用什麼原則，地方就採用什麼原則。這樣理解國家的政權組織形式，已離開了世界各法治國家的常軌，同時顯得過於機械，也不符合具體情況具體對待的實事求是精神。筆者的看法是，只要中國中央國家機關體系實行現行人民代表大會制，全國人大及其常委會制定的法律在全國通行，中國的政權組織形式就是人民代表大會制，地方公共機關的組織體制完全不必拘泥於現有模式或中央模式。如果這樣理解人大制度，地方的很多改革就可以看作為人大制度所容許了，如中國有些地方實行過的鄉鎮長選民直選，以及有些人主張的縣市區長等地方行政首長選民直選等等。當然，若作這樣的改革需要修憲。

這裏的關鍵是要理解，我們不論把人民代表大會制看作政權組織形式還是看作政體，按法治國家的通例，其特徵主要是通過國家權力在中央國家機關間的配置來體現的，並不必然要求各級地方國家機關採用與中央相同的權力配置原則和模式。

要真正完善人民代表大會制，就需要對作為中國政權組織形式或政體的人民代表大會制作出合理和科學的理解，而不能對其作刻板、公式化、中央地方一刀切的理解。要做到這一點，中國政治家和學者都需要解放思想。

3. 宜在幾個緊迫的方面作出改革的決策並推動落實

在解放思想方面，我們一方面要適應中國經濟生活發展的需要和時代的要求，衝破一些不合事宜的傳統觀念的束縛；另一方面，也應該在條件成熟、力所能及的情況下，採取一些具體措施以推進政治和法律體制的改革。筆者認為，執政黨已經有條件、有可能決定和部署以下改革措施：

1. 提升黨內民主的水平，首先在省、自治區、直轄市以下各級黨委中實行領導工作人員，特別是主要領導工作人員的差額選舉，隨後逐步擴大黨的領導工作人員差額選舉的層級和範圍。執政黨的進一步民主化是國家政治法律制度進一步民主化的基礎和必經之路。中國社會生活、政治生活領域的民主程度，實際上是在關鍵環節仍低於法律規定的水平。之所以會如此，事實上是社會生活、政治生活領域受到了黨內生活的不民主因素的直接影響。
2. 下決心終止地方國家機關正職領導人員選舉和補選普遍違反法律的原則性規定、大幅降低民主程度的做法。《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》第二十二條規定：「人民代表大會常務委員會主任、秘書長，鄉、民族鄉、鎮的人民代表大會主席，人民政府正職領導人員，人民法院院長，人民檢察院檢察長的候選人數一般應多一人，進行差額選舉；如果提名的候選人只有一人，也可以等額選舉。」按照該規定可見，地方國家機關正職領導人選舉，差額選舉是原則，等額選舉是例外。但實際的情況卻是，許多年來地方各級黨委在地方國家機關正職領導人選舉時，都千方百計地通過人大主席團把候選人安排為「只有一人」，全國幾乎沒有例外。補選也一樣：按前法第二十五條，在地方國家機關正職領導人出缺需要補選時，「候選人數可以多於應選人數，也可以同應選人數相等。」但事實上全國各地補選時，搞的都是等額選舉，沒發現過例外。

筆者認為，黨的最高領導層今天一定要改變那種將想方設法削弱民主程度、降低民主水平、剋扣公民或人大代表依法應該享有的民主權利的行為看作是愛黨、為黨着想的愚昧認識，需要告誡黨的幹部，這類行為是陷黨於不義，是坑害黨，並且要下決心予以糾正。

3. 將選民直選人大代表的層級從縣、區級推進到省、自治區、直轄市級。黨的領導層應該充分注意以下基本事實：西方發達國家選民直選國會議員，在19世紀末以前差不多都實現了；前蘇聯是典型的社會主義國家，在20世紀30年代也實行了最高蘇維埃組成人員的選民直選；依憲法第74條，北韓的「最高人民會議代表由根據普遍、平等、直接選舉的原則，以秘密投票選出的議員組成」；2007年5月29日，越南國會選舉委員會正式對外公佈第12屆越南國會代表的選舉結果，五千萬選民依據直接、差額、秘密原則在875位候選人中選出了493名國會代表。

作為一個對照，中國是這樣一種現實：設區的市（還有自治州等）的人大，省、自治區、直轄市的人大，全國人大，總共有三級人民代表機關的組成人員是間接選舉產生的；選民的權利要經過三次甚至四次轉委託，才能到達全國人大代表手中；選民直選人大代表的層級，接近30年沒有提升了。的確，世界上仍有極少數國家（如古巴），其最高人民代表機關還是由間接選舉產生的，但其畢竟只有最高人民代表機關這唯一一級是間接選舉產生的。像中國這樣多級別的層層間接選舉，當今世界已沒有任何國家是如此的了。這種情況再不改變恐將危及黨的形象，損害民眾對執政黨和現存制度的信任。

如果說中國目前還不能做到全國人大代表的選民直選，那麼實現省、自治區、直轄市人大代表的選民直選，應該是沒有問題的。再退一步說，至少將選民直選人大代表的安排提高到直轄

市、省會和自治區首府所在城市和其他的設區的市，是沒有任何問題的。適當地做些這方面的改革並看不出有什麼風險。

4. 在提高選民直接選舉人大代表的層級的前提下，容許人大代表選舉有一定程度的實質性競爭。中國選舉法自1979年7月通過以來，先後經過了四次修正。就容許競爭這一點而言，總體趨勢是明顯倒退的。這背離時代潮流。政治生活的原則應當與經濟生活的原則相一致。在社會主義市場經濟條件下，公民的經濟利益是通過他們在市場上進行平等競爭來實現的。同理，公民的政治利益也必應通過機會大體平等的競爭來實現，這是由經濟政治互動關係規律決定、誰也沒法阻擋的大趨勢。黨應該通過完善法律和通過地方人大制定選舉規則來規範競爭，落實政治領導，不應利用手中資源人為地、長期地阻擋這種趨勢。
5. 通過推動權力配置格局的調整來構築法院獨立行使審判權的制度保障，同時有效消解地方（尤其是縣級行政區域）因權力過度集中於黨委及其「一把手」個人帶來的問題。如果中國不能成功建設有公信力的審判機關，中國的許多問題將無法解決，社會矛盾亦將不斷累積。建議在相應改革黨內決策程序的前提下，將地方（尤其在縣級）法院院長、檢察院檢察長由本級人大主席團提名、本級人大選舉和罷免改為由上級人大主席團提名、上級人大選舉和罷免（檢察長的選舉和罷免須報上級檢察院檢察長提請該級人大常委會批准）；同時將本級法院副院長、審判委員會委員、審判員、檢察院副檢察長、檢察委員會委員、檢察員等人員由本級法院院長、檢察院檢察長提名、本級人大常委會任免，改為由本級法院院長、檢察院檢察長提名，由上級人大常委會任免。

作這樣的改革，可以讓司法機關相對於本級地方黨委和本級地方其他國家機關有較大獨立性。這樣改革決無擺脫黨的領導、

不符合人大制度的問題，因為它們只涉及行使領導權的黨委和它們對之負責的人大的級別的變化。

近年來發生的一些縣委書記濫用職權、嚴重侵犯公民權利與自由的案件，較充分地暴露了在現行體制下地方「一把手」（尤其是縣一級）權力不受制約的巨大弊端。提升司法的獨立性，能夠打破地方「一把手」在本地「一統天下」的局面。

6. 在若干關鍵環節將公民基本權利的保障水平向法治標準提升。公民基本權利非依法律不能限制，限制公民基本權利的法律不能違憲——這是國際社會公認的法治規則。中國憲法確認的一些基本權利，如公民的言論、出版、結社自由等，現在實際上仍然處於沒有具體的法律保障的狀況，國家仍然不是用法律，甚至也不是用行政法規，而是用行政部門的規章來限制這些權利。這是違反法治的基本要求的做法。在人身自由的保障方面，不是根據法律，而是依據行政法規，運用行政手段，甚至運用法外手段來限制、剝奪公民人身自由，以及採用非法取得的證據給刑事被告定罪等情況，也仍然具有某些制度性的外觀。這些具體問題，黨應該下決心拿出具體措施予以改進。

要解決以上問題，多數情況下難免涉及憲法的修改或解釋，唯有執政黨作決定予以推動才能成功。

二、中國法學六十餘年的回顧與展望²

1949年6月，為配合中國人民政治協商會議的召開，經毛澤東倡議，由董必武等九十多位著名人士發起建立了新法學研究會籌備會，

2. 本文原載於2010年2月9日《光明日報》，發表時有刪節，此乃原稿全文。

這個事情應該可以算是新中國法學產生的標誌。從那時算起，整整60年過去了，今天回顧中國法學走過的歷程，恰當評估中國法學的現狀，對於合理預見和推進法學今後的發展，是不可或缺的基礎性工作。

新中國早期，舊的法學基本被全盤否定了，但新的法學卻沒有產生，一度出現過若干年的法學真空。那時國共兩黨的戰爭尚未完全結束，人們都生活在意識形態尖銳對立的氛圍下，新政權很難理性地對待舊政權下的法律和法學遺產，因而對此前的法學的態度，基本上是全盤否定的。在這方面，1951年5月董必武表達的看法很有代表性：「過去學政法的多走上反動道路，所學的六法全書，資產階級議會政治，到現在無用了」。³於是，法學這個場院裏幾乎什麼都沒有了。

好在當年的法學真空很快得到了填補。宣傳、介紹、解說馬克思主義國家的學說和剛制定的為數不多的幾部法律文件，成了當時法學的主要內容。董必武當年說的另一段話概括地道明了法學的這種狀況：「我們中央政府公佈了許多法律規章，這些都可當成教材，雖不是成套，但是有東西了，教還是可以教的。」⁴與此相適應，當時政法院系按規定設的是四門課，即階級論、國家論、國家法、司法政策和行政管理，其中階級論是掛帥的。

從20世紀50年代中期直到1978年前後的二十多年間，由於眾所周知的原因，其間中國法學的教學研究狀況，好的時候雖比50年代初期有較大發展，但更多的時候是內容和形式兩方面的停滯或倒退，甚至有十餘年時間完全停止了法學教學研究活動。

從1978年到現今的三十餘年，中國法學獲得了突飛猛進的發展，取得了前三十年不可比擬的成就和社會效益。這些成就和效益主

3. 董必武：〈對加強政法院校教育工作的意見〉，見《董必武法學文集》，北京：法律出版社，2001，頁78。

4. 同上註，頁79。