

法学家谈“依法治国”问题

随着十八届四中全会的召开,“法治”的理念愈加深入人心。全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,也为“法治中国”的建设勾勒了具体的蓝图。为此,新华网邀请到了中国社科院法学研究所研究员、法学教授孙宪忠以及中国政法大学副校长、行政法教授马怀德,与大家一起分享关于法治建设的思考与观点。

四中全会打造依法治国“升级版”

主持人:马教授、孙教授,我们知道“依法治国”是党的十五大提出的基本方略,17年后的十八届四中全会上又提出了全面推进依法治国,有人认为,这是在打造“依法治国”升级版,二位教授怎么看待这个说法?孙教授先谈谈您的观点。

孙宪忠:对所谓打造“依法治国”升级版我自己还是表示赞同的,从十五大提出“依法治国”的基本宪法原则后,后来法学届也对它进行了很多的论证。“依法治国”可以说是人类社会对于治国理政基本规律的总结,在过去由于我们国家法学受前苏联法的影响,我们对国际性的普遍的法律知识有时候不太承认,但是经过相当长的时间后,我们终于认识到这是人类社会的一个基本规律,或者说是人类社会的一个基本规则,所以我们承认它、采用它,这也表示了我们自己对人类社会普遍文明的采纳。

同时这也是法治文明发展的突出过程。自从有了法治社会后人们就在讨论治国理政的一些基本规则问题,后来在近现代以后提出“依法治国”,也就是用它来排斥人治体制,排斥君主独裁专断的体制,所以这是法治文明的很大体现。

这次十八届四中全会提出的《决定》,可以说比上一次十五大时关于这方面的决定更加深入、更加全面。尤其在今天上午我们听这个报告时也谈到这样的问题,就是中央也有意识地在这个问题上既总结了我们自己的经验,而且也着重总结了我们自己的教训,提出了很多措施,全面地深化了我们对这个问题的看法,而且在决策上也提出了系统的、更加深入的应对措施,所以说它作为一个“依法治国的升级版”这个提法我觉得表达还是比较准确的。

马怀德:关于这次十八届四中全会通过的《全面推进依法治国若干重大问题的决定》,的确是有关依法治国方面的纲领性文件,它不仅对依法治国的重大意义进行了全面的阐述,而且对将来全面推进依法治国的重大任务、主要措施和保障制度等都做出相关部署,尤其是提出了很多的新观点、新论断、新思想,与十五大提出的依法治国建设社会主义法治国家基本方略相比,我个人认为它体现了两个关键词,一个是“全面”,一个是“新”。

所谓“全面”,就是它要在17年依法治国的经验基础上,就立法、执法、司法、守法各个环节都提出新要求,所以它是一个全面的依法治国方略,是一个全面推进依法治国的纲领性文件,也就不仅仅限于建设中国特色社会主义法律体系这样一个概念。它不仅是讲法律体系要完备,而且强调要有高效的法治实施体系,严密的法治监督体系和有力的法治保障体系,还要完善党内法规体系,所以所谓的全面就是比较全面地、系统地论述了依法治国的各项要求。

所谓的“新”体现在它第一次提出了社会主义法治体系这样一个概念,过去我们都讲社会主义法律体系,在2011年宣布形成,这次提出要建设中国特色社会主义法治体系,这个体系就包括在完善中国特色社会主义道路、走中国特色社会主义法治道路的基础上,要建设完备的法律规范体系,高效的法治实施体系、严密的法治监督体系和有力的法治保障体系和完善的党内法规体系,从这个意义角度来讲是创新的,因为法治体系的创新超出了一般的法律体系的概念,是动态的体系。

另外,“新”还体现在第一次明确提出了依法执政是我们党治国理政的根本方式。虽然在十六届四中全会上我们在提高党的执政能力的决定中就提出了依法执政的概念,但是这次是把依法执政作为党管党、治党的主要方式提出的,这是第一次提出,所以它是一个全新的概念,而且这个要求将对中国推进依法治国产生深远的影响。

此外,它还第一次提出了宪法监督实施的一系列具体的制度化的要求,比如说关于宪法宣誓制度,关于宪法日的设立,以及关于规范性文件的备案审查和禁止地方制定带有立法性质的文件等等,这些要求都是从维护宪法尊严,保护宪法实施,监督宪法有效实施的角度提出的,所以也是全新的。

再一个新就在于提出了关于法治工作队伍建设的要求,过去我们提政法队伍的建设,这次提了法治工作队伍的建设。法治工作队伍包含了从事立法工作的人员,从事执法、行政、司法工作、法律服务工作乃至各类



与法治相关的工作队伍。这些队伍都需要不断加强建设,需要为全面建设推进依法治国贡献各自的力量。所以这次加强法治队伍建设的要求也是比较新的。总之,完全可以把它称之为全面推进依法治国的升级版。

民法典编纂遇上最好社会时机

主持人:是的,那孙教授,您是民法领域的专家,我们知道这次会议的一大亮点就是时隔12年民法典的编纂再次被提上日程,您觉得现在编纂民法典时机是否成熟?还存在哪些困难呢?

孙宪忠:编制民法典可以说现在的条件是最好的,原因就是经过改革开放几十年后,在中国已经形成一个蓬勃、生动的民法社会。这个“民法社会”的基本特点用英文来说就是“Yes I Will”,就是婚姻家庭由婚姻家庭当事人说了算,合同也是当事人说了算,买卖房屋也是当事人自己说了算,成立公司也是民间当事人通过自己的意识和资质确定。这样大的社会空间产生后就需要一个基本的规则和基本的法律,这个法律就是民法典。

我们曾经有过民法典编纂的四次努力,但是这样的社会空间是不显著的,也不能说它不存在,只是它是不显著的。过去年轻人结婚都要组织批准,现在根本用不着了,现在别说结婚,连发起成立公司原来都很严格的行政上的要求都已经取消了,所以从这个角度就可以看出这样蓬勃、生动的大社会在这里。

而我们这几年立法在这方面有很多跟进,尤其是1986年颁布的民法通则,1999年制定的合同法,2007年制定的物权法,90年代制定了《公司法》等等,法律上也有积极的跟进。但是这些法律没有形成一个有机的系统,人们在学习、应用法律的时候常常就会出现错节的现象,有些人用这个法律,有些人用那个法律,而且法律本身也存在着法律规定不一样的问题。原因就是改革开放几十年了,一开始制定的法律跟刚刚制定的法律规则,涉及到同一个事情的时候规则不一样,甚至可能还是矛盾的,另外也可能还有一些东西出现了漏洞。

所以我们需要把现行的法律进行体系性的整合,把它用一个系统的逻辑分析它,看哪些是符合市场经济规则,是符合人民权利的,哪些是不符合的,哪些有漏洞,哪些是多余的,可以把它进行一个系统化的编纂,这就是民法典编纂的工作了。

民法典在其他各国中地位都是非常高的,在咱们国家我们很多人都提到拿破仑曾经有一个名言,他说“我一生打了40次胜仗可是滑铁卢一战让我功名扫地,但我编制的民法典将光照全球”。为什么会这么说呢?我对这段历史经过研究和考察后,发现在法国民法典编制以前,法国整个社会还是比较封建、保守的社会,但是它通过这个民法典的编纂,拿破仑他们把新的、受到启蒙思想影响的思想写成了法规,把它贯彻在法规里面,然后具体的人、具体的行为规范、财产制度、婚姻制度、家庭制度、公司制度,从土地、国内商务、国际商务等等,把这些规则都进行了系统化的更新,然后用这个新的规则来引导人民、改造人民,才使法国成为一个现代国家。

所以,民法典是规范现实生活中人与人行为的基本法律,用这样一个基本法律来改造和推进我们的改革开放其实也是很必要的。我们这些年来改革开放已经取得了很大

的成绩,也需要用民法典把这些好的东西固定下来。另外,刚才马教授其实也谈到这样的问题,就是在以宪法来治理国家的过程中,实际上要通过对宪法的尊重达到对整个法律体系的尊重。民法在全世界来讲都认为它的地位是仅仅次于宪法的,甚至它的基本作用有些方面对社会改造的功能可能比宪法还要显著,因为它是把行为落实到每一个人、每一个行为身上了,所以通过它来推动这个社会的进步。

当前民法典编纂面临六大难题

主持人:目前,编纂方面存在哪些难点问题?

孙宪忠:编制民法典方面的难点,在我看来这个机会非常好,我们一定要珍惜这个机会,不要把它搞得太草率,现在我们编制民法典不存在无法可依的问题,就是在现实生活中间的方面都基本上有一个法律了,所以咱们从容地把这些问题研究、解决一下。关于现实的编制民法的问题,我总结了一下大概有六个方面。

首先,就是关于思想认识方面的问题。我们这个社会可能还没有把民法的地位想象得那么重要,有些领导就认为民法就是“婆婆妈妈”,就是两口子打架、离婚,解决这样的问题。他没有想到民法规范交易行为、不动产制度、公司法的制度都是涉及国计民生最基础的问题,所以这个民法典虽然也涉及“婆婆妈妈”的,但是更重要的问题我们是不能忽略的。所以认识要提高。

第二个问题就是现在我们这个民法中体系性的规定还有一些重大的问题,我们研究得还不够,还要进一步地研究。比如说关于民法通则1986年规定主体的制度,它当时规定的主体除了国家机关以外剩下都是公有制企业,可是咱们现在这个企业民营经济就占很大的部分,还有外资企业也进来占很大的部分。前几天我们在全国工商联开会,王钦敏就讲,现在我们国家就业的80%是民营经济提供的,财税和GDP的贡献民营经济的贡献差不多都达到60%甚至超过60%。实际上民营经济的组织和公有制企业组织形态是不一样的,但我们的法律现在就跟不上,就需要研究这个主体的制度。另外像对权利的制度我们的研究也还是跟不上,比如一个最简单的问题,知识产权在民法上如何规定?这也是很大的一个问题,传统民法里面没有这些东西,现在知识产权就很大,我们怎么样来解决这个问题。另外,还有百姓的意识和国家管制方面的问题,有些东西百姓认为我说了算,但过去有些人认为政府都没说话老百姓说了怎么算呢?这个中间的问题也要解决。

第三个问题是现行民法制度中间有些规定是脱离社会现实的,过去我们是基于我们对社会主义的理解所建立的这个制度,但是我们国家改革开放以后,我们就发现这些东西实际上跟现实是不符合的。举一个最简单的例子就是在我们宪法、民法通则等很多法律都都规定所谓劳动群众集体的问题,就是说我们集体所有制是国家所有制的另一种重要的公有制实现方式,我们讲劳动群众共同劳动、共同分配的劳动集体,但是现在想一想共同劳动、共同分配的劳动集体在哪里呢?什么地方有这个集体呢?而且城市中讲这个集体还划分两种情况,一种是城镇的集体所有制,一种是农村的,农村不管怎么说还有一些农民在那里,那城市的劳动集体在哪里呢?没有劳动群众了这个集体又怎么

说呢?所以这这就是一个很不符合现实的问题。我这几年对人大代表对这个问题调查得很多,特别希望立法能够从上下面大力气把这个问题解决了,但是由于意识形态上还不这样做,还有很多人认为这个事情好像还挺重大,下不了决心,可这还是要下决心解决,这是很大的问题。

第四个方面的问题就是我们的这个立法由于是历史发展的结果,有些是改革开放初制定的,有些是现在制定的,那这个立法就需要按照现在新的改革开放的精神把它整合起来。像刚才讲的民法通则,这个法律在现实生活中1986年制定的,它的作用是非常大的,从念书的时候我们就学它,说实话我们不忍心批评它,我们对这个法律有很深的感情,但实际生活中来看,这个法律156个条文,可以说现在剩下发挥作用的条文不到20个了。多数的条文都被别的法律条约替代了,而且现在留下的条文里还有对改革有妨碍的。比如有一条条文规定“土地不得出租、买卖、抵押等等”,其实咱们现在的不动产市场非常活跃了,土地早就进入市场了,你那个规定还是计划经济体制时候的,民法通则里面规定联营制度等,关于私人企业的还都采取禁止的态度,只能有个体工商户,不能有民营企业,可现在这就很显然落后于现实了,而且新的制度本身也有这样的问题。

第五个方面就是民法和特别法之间的关系问题,比如民法和公司法,民法跟商法,民法跟知识产权法的关系问题,在此之外最高法院还颁布了很多的司法解释,基本的法律和最高法院的司法解释之间是什么关系也是需要好好解决的。

第六个问题就是我们民法典编制的最基本的逻辑语言和它的基本技术规范性的问题。法律规范这么多,外国有些世界上大的民法典一个法律常常都是好几千个条文,这些条文是靠什么规则编在一起的?表面看是一个整体,内在里是各个零散的没有逻辑体系,那是不行的,必须要有一个有前言、有后语、有共同逻辑的详细分工的整体。关于这些方面的问题我们已经进行了很好的研究,也出现了很好的研究成果,但是在这方面还需要把中国的问题研究透。这是一个中国问题,是一个现代问题,我们现在就要把这些问题研究透,才能制定出很好的民法典。

主持人:我刚才听的孙教授列举的六大难点,我觉得没有一点是容易解决的,都是特别难的。可以说民法典的编纂是任重道远。

孙宪忠:所以前几天有记者问我这个法律你估计几年能做成啊?我说看五年到八年间怎么样了,我们希望这个东西做得很快,但是根据咱们的经验来看仓促成事常常没有好结果。

法治政府要杜绝“三拍式”决策

主持人:那我们也是非常期待。同样任重道远的一个问题就是加快建设法治政府,也是这次四中全会的重要问题,《决定》中提到行政机关不得法外设定权力,那您认为法治政府的标准是怎么样?我们应该怎么打造一个法治政府?

马怀德:关于法治政府的标准这次四中全会的《决定》相对提出了比较形象、准确的描述,就是建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府,但是这个重点是讲政府法治实施领域的标准。在此之前我们也看到其他的中央文件

包括国务院决定文件中也提出比如法治政府应该是有限有为、公开透明、廉洁高效、高效便民、诚实守信的法治政府等等,概念不太一致,但是内容是大同小异的。也就是说法治政府强调几点:第一,它行使的权力必须在法律规范的范围以内,也就是现在提出的法无授权不可为,法定职责必须为。这一条所谓“职权法定”的原则是任何形式、任何表述都应该涵盖的概念,就是政府要做到法无授权不可为,导致决策过程中很多违法、随意、滥用决策权的现象比较普遍,经常出现“三拍式”的决策,决策拍脑袋、执行拍胸脯、执行完了就拍屁股走人。这个实际上是对国家经济社会利益造成了重大损失,给老百姓合法权益也造成很大损害。所以为了杜绝这种“三拍式”决策,必须把决策纳入法治化轨道,依法规范决策。

所以对决策这部分提了两个非常重要的要求,一个是要把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查和集体讨论决定作为重大决策的法定程序,就是以后任何的决策做出都必须履行这五个法定程序才能做出决策,否则决策是无效的。

明确提出重大决策的终身责任制和倒查机制,这是新建立的重大决策终身责任制以及责任的倒查机制。因为很多决策做出之后,比如这个官员升官,异地调动,或者是退休了,那么他对当时他所做出的决策是可以不负责任的。因为这是他的岗位所需要的这个决策行为。但现在明确提出了,重大决策都要实行终身责任制。就跟我们说建筑师搞一个建筑工程一样,设计师、监理、施工单位都要终身对这个建筑质量安全承担责任。同样,政府的决策者也要对重大决策终身负责,一旦这个决策造成重大损害、失误、影响,引发群体性事件,或者给国家经济社会造成重大损失的决策者本身要承担终身责任,而且还有倒查机制。

还有一个重大行为就是执法行为,执法行为应该说老百姓对执法行为中的一些违法现象反映是比较强烈的,比如说不作为、乱作为、暴力执法、不文明执法、不规范、不严格执法,对这类情形这次四中全会提出严格要求,叫严格规范文明执法,而且要从创新执法体制,改革完善执法程序,加强执法责任追究的角度都分别进行了一些部署。比如说在执法体制上,我们过去是“九龙治水治不好水”,多个机构共同监督、监管一个事项,比如食品药品,多个部门都在监管,但是效果并不好。而且在基层“九顶大盖帽管不出一个草帽”,很多情况下执法机构、执法队伍很多,但是管理的事项多头执法、权力交叉重叠冲突,甚至会出现执法的空白,造成了我们的公共利益很难很好地维护。

所以这次明确提出大幅减少市县两级行政执法队伍种类,而且重点在食品安全、工商质监、公共卫生、文化旅游、资源环境、农林水利以及交通运输、城乡建设、海洋渔业等方面推行综合执法,综合执法就是要把相关的执法机构和执法队伍合并整合在一起,共同发挥执法的作用和力量,而且有条件的领域还可以推行跨部门的综合执法,目的也是为了建立高效权威的执法体制。

当然,我们在执法人员的要求上也收紧了,明确提出了不是任何人都可以执法的,因为现实中我们是一个执法机构的工作人员可以带着两个协警或者三个协管员或者临时工执法,造成了执法过程中的一些不文明、不规范,和一些牟利执法、选择性执法。现在提出所有的执法人员都要持证上岗,进行严格的资格管理制度,未经执法资格考试合格的,不得授予执法资格,当然也就不得从事执法活动,而且还要实行严格的罚缴分离制度和收支两条线管理体制,严禁将罚没收入和部门利益变相挂钩,也就是说财政部门不能变相或者直接还罚没款项刺激执法机关牟利执法。

同时还提出要细化自由裁量标准,规范自由裁量范围、幅度和种类,加强执法信息化建设 and 信息共享,还要全面落实行政执法责任制,让执法活动纳入全面的监督、保障和规范的范围。防止克服执法中的地方保护主义,还要加强对执法活动的监督。

我认为最重要的是提出了关于执法活动的全过程公开,也就是政务公开要求,明确提出今后以公开为常态,以不公开为例外的原则,推进决策公开、执行公开、管理公开、服务公开和结果公开,使得各项行政活动都处于人民的监督之下,处在阳光下,权力在阳光下行使,接受人民的监督,只有这样才能够加快建设我们的法治政府。

(据新华网)