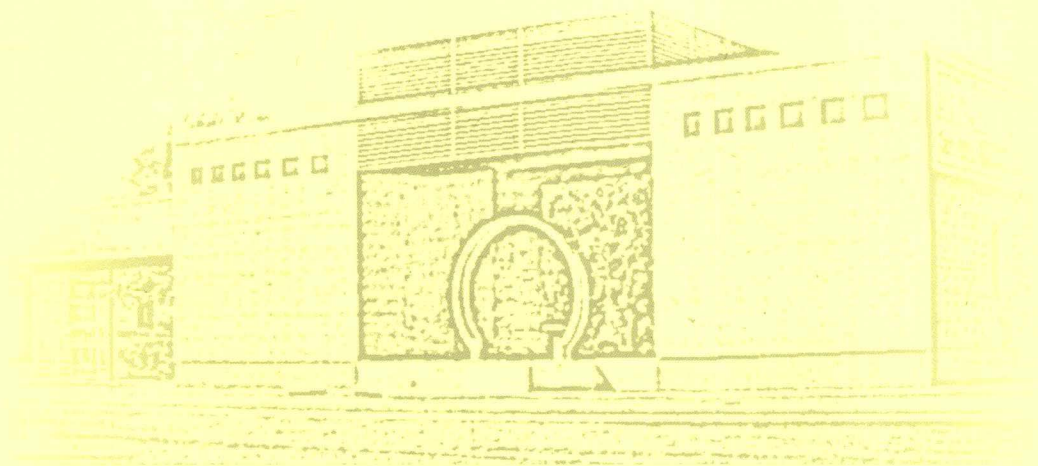


东|吴|法|学|文|丛·公法文丛

政策对我国司法裁判的影响

——基于民商事审判的实证研究

刘思萱◎著



中国政法大学出版社

东|吴|法|学|文|丛·公法文丛

政策对我国司法裁判的影响

——基于民商事审判的实证研究

刘思萱◎著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

政策对我国司法裁判的影响：基于民商事审判的实证研究/刘思萱著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 7

ISBN 978-7-5620-6889-1

I. ①政… II. ①刘… III. ①司法制度—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第158920号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	19.75
字 数	325 千字
版 次	2016 年 7 月第 1 版
印 次	2016 年 7 月第 1 次印刷
定 价	49.00 元

序



政策研究的部门法理学探索

南京大学法学院 李友根

在我国，政策（特别是党的政策、国家政策或者公共政策）对于立法、司法、行政有着重大甚至决定性的影响与作用，因此，政策研究也必然成为包括政治学、社会学、法学在内各个学科研究的重要内容。就法学界而言，整体上政策研究可分为法理学研究与部门法研究两种进路。法理学对于政策的研究，往往关注宏观上、理论上政策与法律的关系，特别是改革开放以来，法理学者们基于对依法治国、法治建设的追求和我国长期以来政策治国的反思，通过研究政策在实体内容与形成机制上的缺陷，强调法律的重要性与优越性，呈现出一种限制甚至驱除政策的理论趋势。当然，近年来也有不少学者开始关注政策在法治中的作用。部门法学对于政策的研究，则往往通过关注党和国家的某一具体政策对该领域的立法、司法和执法的关系、影响、作用，无论其研究结论对于政策的评价是肯定还是否定。

虽然这种法理学层面与部门法层面的政策研究，对于认识、处理、研究转型时期中国法治实践和法学理论的特殊问题有着重要的意义，但也明显地存在着一些缺陷：法理学的研究过于宏观和抽象，无论是否定还是肯定政策在法治中的地位与作用，由于常常未能以某一或某些具体的政策实践为依据，因此往往给人以脱离中国实际之印象，从而对现实缺乏足够的解释力与指导力；而部门法的研究则又过于微观，往往只是局限于某一具体政策的研究，因此难以从理论上总结、概括政策与法律关系的全面。

— 因此，政策研究需要一种新的进路，暂且称之为部门法理学进路：立足于某类政策（而非仅限于某一具体政策）的部门法研究，在深入探究此类政策与法律的互动关系后，又从法理学角度总结与探讨其整体性的现象、特征与规律，

从而贯通、联结部门法学与法理学，为政策研究提供新的素材、视角与理论。

当然，这样的研究并不容易。仅以政策对民商事司法裁判的影响这一课题研究而言：一方面研究者需要立足于民商法学对相关领域的法律和政策有较为深入的研究，另一方面又要具有法理学的功底、思维与学术积累；一方面研究者需要具有理论的水平与能力，另一方面又要对司法实务有着准确的理解与把握。所幸的是，近年来我国诸多学者特别是中青年学者在这一领域进行了有益的尝试、探索和努力，也取得了可喜的成就。刘思萱副教授的这本著作，在我看来正是这诸多探索的一个部分。

第一，本书以政策对民商事司法裁判的影响为立足点，通过具体分析和研究相关经济政策（如不良金融资产处置政策、政策性破产等）如何作用于司法裁判（包括个案、公报案例、司法文件及司法解释），详尽地展示了这一影响的内容、机制、程序、效果、动因等。与此同时，作者并未停留于这一部门法层次，而是从宏观与理论的层面总结了政策影响司法裁判的规律性问题，立足于法理学的视角进行了全面的审视与反思，因此可视为是部门法理学进路的政策研究。

第二，本书作者的个人经历与学术积累一定程度上支持和保证了这一政策研究的顺利开展。刘思萱副教授本科和研究生均就读于湘潭大学法学院，特别是硕士阶段在单飞跃教授的指导下打下了扎实的经济法学和法理学的理论功底，也具备了较好的研究能力。2004年起在苏州市中级人民法院从事司法调研和民商事审判工作，近十年的司法裁判实务工作使其对于政策与法律的关系有了全面的观察与深刻的体验。2009年来南京大学法学院攻读经济学博士学位期间，也一直将经济政策与司法裁判作为其研究和博士论文的主题，并发表了数篇有关这一主题的论文，为本书的撰写奠定了较好的基础。

因此，无论本书的观点、结论是否能够完全成立，但作者从司法实务发现学术问题、超越个案进行法理学的思考、案例解剖与文本梳理研究并重的研究思路与研究方法是值得充分肯定的，而本书的具体论证与相关结论也是具有重要参考价值的。

当然，对于法学视野下的政策研究而言，即使是政策与司法的关系，本书也仅仅是阶段性的成果，因为还有很多问题尚需继续深入研究，例如：司法又是如何影响政策的？特别是，司法与政策关系的研究，尚需要准确地运用比较法的方法。在国内诸多的政策研究的法学文献中，比较法是其重要的

研究方法,而比较的重要参照系是美国。例如,德沃金关于政策与原则对司法裁判影响的论述、博登海默教授《法理学》一书中的论述以及美国公共政策学者的著作等经常是国内学者比较研究的重要素材。但事实上,仅仅依靠这些进行中美比较研究是远远不够的。我初步搜索了2016年美国最高法院发布的判决意见(opinion),粗略地统计其文本中提及的政策(policy)一词,发现政策对于美国最高法院判决的影响与我们以往所理解的并不完全一致,值得今后我国学者研究时引起重视与关注:政策一词有时指国会在法律制定过程中对于各种利弊充分权衡后的选择,如在一起电力价格管制的案件中,卡根大法官在判决意见中提到:“本案争议的问题涉及技术的理解与政策的判断,……而作出这种政策判断并非是我们法院的工作。”〔1〕在涉及一起破产欺诈的案件中,托马斯大法官发表的异议意见,通过援引以往的判例,指出法院不应当对国会的立法问题进行政策判断,因为这是国会的问题而非法院的职责;〔2〕政策有时指一个州在其宪法或法律中体现的基本思路,如罗伯茨首席大法官在一起涉及自然保护区案件的判决意见中论述道:“阿拉斯加州开始实施其鼓励土地利用与资源开发的政策(援引该州宪法条文)。”〔3〕

虽然这些并非美国司法裁判中政策的全部内容,但至少这些判词提醒我们,在美国法律语境中,政策或者公共政策(Public policy)有时或者基本上是指宪法或法律的基本精神、追求目标或者法律条文背后的利益衡量与价值选择。从而美国法中的政策与我国语境中体现为中共中央文件、国务院文件的政策规定(往往是涉及相关主体权利义务的具体规则)是完全不同的,因此美国学者有关政策在司法裁判中作用的论述可能不宜简单地予以搬用。

因此,借助比较法的研究方法,基于中国问题的特殊性,法学视野中的政策研究尚有广阔的空间,更具重要的意义。希望刘思萱副教授在已有成果的基础上,继续发挥其优势,在政策研究的部门法理学领域取得更大的成就。

〔1〕 The disputed question here involves both technical understanding and policy judgment. ...It is not our job to render that judgment, on which reasonable minds can differ. See *Fed. Energy Regulatory Comm'n v. Elec. Power Supply Ass'n*, 577 U. S. (2016).

〔2〕 It is not for us to substitute our view of policy for the legislation which has been passed by Congress. See, *Husky Int'l Electronics, Inc. v. Ritz*, 578 U. S. (2016).

〔3〕 Alaska could begin to fulfill its state policy “to encourage the settlement of its land and the development of its resources by making them available for maximum use consistent with the public interest. Alaska Const., Art. VIII, § 1 (2014). See, *Sturgeon v. Frost*, 577 U. S. (2016).

目
录

Contents

序 政策研究的部门法理学探索	(1)
导 论 探寻“中国问题”的实相	(1)
一、问题的提出	(1)
二、论题的解析	(4)
三、选题的意义	(13)
四、文献的梳理	(16)
五、分析的思路	(28)
第一章 政策影响司法裁判的总体考察	(31)
第一节 历史考察：基于法院报告的梳理	(31)
一、研究文本的说明	(31)
二、法院报告中经济政策的样态总览	(33)
三、经济政策对司法活动的影响分析	(41)
第二节 个案考察：基于公报案例与裁判文书的整理	(52)
一、研究文本的说明	(52)
二、公报案例中政策的影响	(54)
三、其他案例中政策的影响	(68)
第三节 法官考察：基于访谈与问卷调查	(75)

一、法官访谈	(75)
二、问卷调查	(82)
三、扩展调研	(86)
第二章 政策影响司法裁判的直接途径	(91)
第一节 个案裁判的依据	(91)
一、直接依据	(91)
二、案例统计	(92)
三、基本特点	(97)
第二节 管辖范围的标准	(106)
一、案例统计	(106)
二、类型分析	(109)
三、适用基础	(117)
第三节 责任承担的要件	(118)
一、判断行为效力的标准	(118)
二、确定合同责任的要件	(127)
三、确认法律事实的要素	(132)
第三章 政策影响司法裁判的间接途径	(146)
第一节 政策进入司法解释	(146)
一、司法解释的功能	(146)
二、基本数据统计	(148)
三、政策进入司法解释的历史演进	(150)
四、政策进入司法解释的典型模式	(154)
第二节 政策融入司法文件	(164)
一、“意见”型司法文件统计	(164)
二、“通知”型司法文件统计	(166)

三、政策融入的主要类型	(168)
第三节 政策植入司法会议	(180)
一、两种主要的会议形态	(180)
二、政策植入的载体：领导讲话	(184)
三、政策植入的载体：会议纪要	(189)
第四章 政策影响司法裁判的国情剖析	(198)
第一节 社会管理与政策依赖	(198)
一、政策主导社会管理	(198)
二、与法律共同实施社会管理	(200)
三、政策依赖的实例考察	(203)
四、政策作用机理的理论分析	(208)
第二节 社会转型与政策功能	(210)
一、我国社会转型的特点	(211)
二、社会结构变化引发的紧张关系	(212)
三、政策功能的发挥模式	(215)
第三节 服务大局与政策地位	(221)
一、服务大局的内涵	(221)
二、服务大局的演进	(222)
三、能动司法中政策考量	(232)
四、司法功能的特殊定位	(236)
第五章 政策影响司法裁判的评价与规范	(242)
第一节 积极作用	(242)
一、有利于司法功能的发挥	(243)
二、有利于法律漏洞的弥补	(245)
三、有利于裁判依据的确定	(250)

第二节 消极影响..... (251)

 一、政策本身的缺陷 (252)

 二、司法回应的隐患 (256)

 三、服务大局的危险 (260)

第三节 对直接影响途径的规范 (263)

 一、漏洞弥补的规范 (263)

 二、政策性纠纷排除的规范 (269)

 三、合同效力标准的限制 (273)

 四、不可抗力及情势变更的限制 (277)

第四节 对间接影响途径的规范 (284)

 一、司法技术的完善 (284)

 二、对政策影响的限制 (286)

结 论 (291)

参考文献 (293)

后 记 (305)

导 论

探寻“中国问题”的实相

一、问题的提出

(一) 理论的分歧

在国外的学术研究中，政策与司法的关系一直是一个极具分量的话题。不论是诸多法学理论，^{〔1〕}还是现实的司法界的法官如卡多佐、波斯纳等，^{〔2〕}都对政策进入司法普遍持肯定态度并将其视为司法裁判的重要依据。“在审判过程中，对社会政策的考虑颇为重要。法官试图解释社会意识，并试图在法律中使之得以实现，但这样做的时候，他有时实际上也是在帮助形成和修改他所被要求解释的意识。”^{〔3〕}德沃金将政策作为司法裁判的重要依据之一，“如果手边的案件是一个疑难案件，而且又没有明确的规则指示应如何判决，那么，似乎可以说一个适当的判决既可以来自政策也可以来自原则。”^{〔4〕}当然，实证分析法学派对此持反对意见，认为司法应恪守国家强制力效力的制定

〔1〕 相关理论可见：〔英〕约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版；〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版；〔英〕哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版；〔美〕罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版等。

〔2〕 相关理论可见：〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版；〔美〕理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版。

〔3〕 〔美〕E. 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》（修订版），邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第158页。

〔4〕 〔美〕罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第118页。

法,除此以外的规则、概念、原则、政策等,均不能成为法律效力的来源。〔1〕

在国内法学界,对于政策介入司法则大多持保留的态度,更有学者明确否定政策介入司法,认为政策的适用在我国会形成法律的超然地位,“代替了法律,遏止了法律的成长,支配着法律,使法律成为政策的仆从”,结果使得法律政策化,造成法律短期行为严重,不能形成长期稳定的秩序。〔2〕也有学者指出:“毫无顾忌地用新的政策去废止、搁置、修正、改变现行法律规范,大大降低了人们对法律的信赖程度。”〔3〕学术界在对于司法理论的研究时,长期处于“去政策化”的状态,将政策作为“法治”最大的威胁者,驱逐出了法学研究的领域。可见,中西方法学理论界对于政策与司法的关系持不同的态度。

(二) 实务的争议

近年来,实务中司法机关对政策在司法活动中的导向地位有所强化。如在应对国际金融危机期间,最高人民法院相继出台的一系列司法文件,将贯彻和落实“三保”政策、“稳增长、调结构、促消费”的经济政策作为应对危机的工作重心,并上升为当年法院工作的评价标准。〔4〕最高法院在同步出

〔1〕 实证分析法学派认为法律渊源也是以实在制定法为基准确定。如果一个高层次的法律规范对其下一个层次的法律规定进行认可,则这个下一层次的法律规范就获得了效力,即“只有规范才能使某种法律渊源合法化,而诸如普遍接受或实际运用等社会事实却不能使它合法化。”相关观点参见〔美〕E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》(修订版),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第132页。

〔2〕 蔡定剑:《历史与变革——新中国法制建设的历程》,中国政法大学出版社1999年版,第265、270页。

〔3〕 武树臣:“从‘阶级本位·政策法’时代到‘国民本位·混合法’时代——中国法律文化六十年”,载《法学杂志》2009年第9期,第21页。

〔4〕 最高人民法院也先后以司法解释、指导意见、座谈会纪要等形式出台多个司法文件,涵盖合同法、企业破产、不良金融资产转让、知识产权、房地产、执行等方方面面。2009年内出台的相关文件,包括:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号);《关于为维护国家金融安全和经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》(法发〔2008〕38号);《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》(法发〔2009〕19号);《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发〔2009〕23号);《关于应对国际金融危机做好当前执行工作的若干意见》(法发〔2009〕34号);《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》(法发〔2009〕36号);《关于当前形式下进一步做好涉农民事案件审判工作的指导意见》(法发〔2009〕37号);《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》(法发〔2009〕38号);《关于当前形式下进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意见》(法发〔2009〕42号)。

台的《最高人民法院关于深入贯彻落实全国政法工作电视电话会议精神的意见》中明确要求全国法院认真贯彻落实相关经济政策：

“统筹做好为经济社会发展服务工作。坚持‘为大局服务，为人民司法’工作主题，全面贯彻党中央‘五个更加注重’的战略部署，高度重视国际金融危机形势的发展变化，坚持不懈地抓好执法办案这个人民法院的第一要务，依法妥善审理在调结构、扩内需中发生的各类案件，为实现经济平稳较快发展提供有力司法保障。高度重视能动司法，加强政策指导，使各项工作始终符合经济社会发展需要。”〔1〕

伴随着十七届五中全会和十二五规划建议的出台，全国法院热议十二五规划建议内容，纷纷提出为加快经济发展方式转变服务的种种举措。对于最高法院的此类做法，理论界提出了“别让经济危机变成法律危机”“经济危机未必需要危机司法”“危机司法当慎行”等观点，体现了学术界对此的担忧。〔2〕

事实上，我国的司法强调政策的影响，并非司法机关为针对当前形势而提出的应景口号，而是对政策进行了实实在在的考量适用并形成了一以贯之的传统。根据笔者对1980~2016年期间最高人民法院工作报告的统计、归纳和分析，最高人民法院在36年的工作报告直接提及“政策”132次，此外还多次用“大局”、党中央相关会议精神、领导讲话精神等间接方式引入当时的国家政策。正如沈德咏所说，“强调司法的政治属性，是中国特色社会主义司法制度的一个重要特色。……司法从来都不是价值中立的，也绝不会超然于政治中立存在，而是反映特定阶级和社会集团的政治需要，具有鲜明的政治趋向或政治品格。”〔3〕

实务界做法与理论界质疑所引出的问题是：政策应否对我国司法裁判产

〔1〕 参见2009年《最高人民法院关于深入贯彻落实全国政法工作电视电话会议精神的意见》。

〔2〕 相关观点可见：何先文：“别让‘经济危机’变成‘法律危机’”，载 <http://www.stockcity.cn/CaiJing/jinjishiping/200811/979330.html>；张千帆：“经济危机未必需要‘危机司法’”，载《法制日报》2009年2月5日；晏扬：“法律不能因经济危机而变成橡皮泥”，载《检察日报》2009年1月7日；季卫东：“经济危机中的司法责任”，载《财经》2009年第229期；梁道道：《危机司法当慎行》，载 <http://blog.ifeng.com/article/2548370.html>。

〔3〕 沈德咏主编：《中国特色社会主义司法制度论纲》，人民法院出版社2009年版，第429页。

生影响?鉴于这一问题的复杂性,本书仅从实证的角度试图回答:我国司法实践中政策是否对司法裁判产生了影响、又是如何影响的?这一问题,又伴随着我国社会深刻变革和历史习惯的不同,带有一些有别于他国的独有特点,可以被谓之为“中国问题”。为此,本书以民商事审判为视角,试图回答以下几个主要问题,以此期待获得这一“中国问题”的真相:

第一,政策是否真正影响了我国的司法裁判?即政策对司法这种影响是否实实在在发生的,抑或是司法基于现实的需要紧紧围绕政治活动的口号或是停留在纸面的文字表述?这是对政策对司法裁判影响进行研究的前提性问题。

第二,政策是通过何种途径影响了我国的司法裁判的?我们实践中的司法裁判,对政策予以引入并非是单一的途径和形式。同时,这种引入是否也有正负双重效应?这是要通过大量的实践素材予以归纳和总结的问题。

第三,我国司法裁判为什么会受到政策的影响?即政策进入司法裁判的原因何在?政策对司法裁判进行影响,应受到一般司法规律的审视和评价。不能因为存在着影响,就倒推为这种影响是正当的、合理的。

第四,如何更好规范政策对司法裁判的影响途径与影响效果?在解决前面三个问题的基础上,最终我们需要探讨的是一个反思、细化、完善的问题。

二、论题的解析

(一) 政策的界定

1. 政策概念的核心要素

据考证,近代以来,我国最早使用“政策”一词,是1899年梁启超在《戊戌政变记》中,“中国之大患在于教育不兴,人才不足,皇上政策首注于学校教育之路可谓得其本矣。”^{〔1〕}根据我国《现代汉语词典》对政策的界定,政策是国家、政党在一定历史时期,为实现特定的路线而制定的相关行动准则。^{〔2〕}《牛津英语词典》也有类似的界定,认为政策是政府、政党(包括统治者和政治家等)所采取的或所追求的一系列有价值的行动。^{〔3〕}从上述对政

〔1〕 汪大海主编:《现代公共政策学》,清华大学出版社2010年版,第3页。

〔2〕 《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第1608页。

〔3〕 《牛津英语词典》(网络版),载 <http://www.oed.com/>, 访问日期:2011年10月11日。

策的界定来看,政策与政治是密不可分的。根据《社会政治学辞典》的解释,“政策一词是在社会和政治中最常见的用法,其指向在分析不同方案之后,慎重的采纳和实施一个行动过程或预期行政过程。”〔1〕因此政策具有了主体理性的特征,可以视为对是否采取行动进行理性地选择,而非随意的或是随机的相互依存的力量影响的结果。〔2〕通常意义上的“公共政策”,与政策相比,更突出“公共”二字,从最广义的角度而言即“凡是为解决社会公共事务中的各种问题所制定的公共政策,都是政策”。〔3〕

随着政策科学和法学的发展,学术界对政策的研究日益深入,但对政策并未形成共识,尤其是在不同学术领域有着不同的侧重与指向。对于政策概念的勾勒可以从其核心要素入手。

首先,政策的制定主体应为权力机关。国外对于政策的制定主体一般定位为政府或者经政府授权的权威性机构。如托马斯·R·戴伊认为,“政策是关于政府选择做哪些事情而不做哪些事情。政府要处理许多事务:调节内部冲突;组织内部社会与其他社会斗争:向社会成员分配多种多样的象征性奖励和物质性服务;主要以税收的形式,从社会汲取奖金。因此可以说,政策调节社会行为、组织官僚机构、分配利益、征税,或者同时完成这些任务。”〔4〕我国政策学界对于政策和公共政策这两个概念的使用,并未加以过多的区分,“公共政策”多可指代政策。如国内学者政策界学者陈庆云认为:“政策是政府依据特定时期的目标,在对社会公共利益进行选择、综合、分配和落实的过程中所制定的行为规则。”〔5〕但基于我国的国情,执政党政策在社会生活中起到了重要的调控作用,因此将政策的制定主体进行适当的扩大演化,将政策的主体是定位为权力机关。“政策是公共权力机关经由政治过程所选择和制定的为解决公共问题、达成公共目标、以实现公共利益的方案。”〔6〕而权

〔1〕〔美〕斯图尔特·S·那格尔:《政策研究百科全书》,林明等译,科学文献出版社1990年版,第156页。

〔2〕〔英〕米切尔·黑尧:《现代国家的政策过程》,赵成根译,中国青年出版社2004年版,第3页。

〔3〕陈庆云:《公共政策分析》,北京大学出版社2006年版,第3页。

〔4〕〔美〕托马斯·R·戴伊:《理解公共政策》,孙彩红译,北京大学出版社2008年版,第2页。

〔5〕陈庆云:《公共政策分析》,中国经济出版社1996年版,第9页。

〔6〕宁骚主编:《公共政策》,高等教育出版社2000年版,第109页。

力机关必然包括执政党,因此国内有学者认为,政策是“党和政府用以规范、引导本国或本地有关机构团体和个人行动的准则或指南,其表达形式有法律规章、行政命令、政府首脑的书面或口头声明和指示以及行动计划与策略等等”。〔1〕与之类似的表达为“政策是国家机关、政党及其他政治团体在特定时期为实现或服务于一定社会政治、经济、文化目标所采取的政治行为或规定的行为准则,它是一系列谋略、法令、措施、办法、方法、条例等的总称。”〔2〕

其次,政策的行动目的是对于某类或某种具体情形进行调节与控制。政策是由各种一系列的行动构成的。如拉斯韦尔将政策定义为一项包含目标、价值和策略的大型方案(或计划)。〔3〕而且政策的制定与执行具有明确的目的、目标和方向。如詹姆斯·E. 安德森认为,政策是政府的一个有目的的活动过程,而这些活动是由一个或一批行为者为处理某一问题或事务采取的,这一过程是有着明确活动方向的过程,是政府官员的活动过程,是政府实际做的事情而不是政府打算做或者将要做的事情,这些事情形式上可是积极的也可以是消极的,并且建立在法律的基础之上,具有相当的权威性。〔4〕卡尔·弗里德里希也认为,政策是“某一特定的环境下,个人、团体或政府有计划的活动过程,提出政策的用意就是利用时机、克服障碍,以实现某个既定的目标,或达到某一既定的目的。”〔5〕

再次,政策的实质是权力机关自上而下的调控意志的贯彻,具有典型的政治性。政策是权力机关对社会利益按照一定价值观进行分配的调整工具,也是对社会利益进行再调整的重要手段。因此,政策是“对全社会的价值进行权威性的分配”。〔6〕我国学者也有类似的观点,认为“政策是公权力主体制定和执行的用以确定和调整广泛社会关系的行为规范”。〔7〕我国有学者进

〔1〕 张金马主编:《政策科学导论》,中国人民大学出版社1992年版,第19~20页。

〔2〕 陈振明主编:《政策科学——公共政策分析导论》,中国人民大学出版社2003年版,第50页。

〔3〕 Harold D. Lasswell and Abraham Kaplan, *Power and Society*, New Haven, CT: Yale University Press, 1970, p. 71.

〔4〕 参见张国庆主编:《公共政策分析》,复旦大学出版社2004年版,第2~3页。

〔5〕 Carl J. Friedrich, *Man and His Government*, New York: McGraw-Hill, 1963, p. 79.

〔6〕 D. Easton, *The Political System*, New York: Kropf, 1953, p. 129.

〔7〕 张国庆主编:《公共政策分析》,复旦大学出版社2004年版,第4页。

一步将政策与统治阶级的意志联系,认为“政策是一种政治措施,是统治阶级或被统治阶级通过其代表对那些直接间接关系着自己切身利益和生存、发展问题所采取的某种措施或决策,……是对人们的各种利益进行分配和调节的重要手段或杠杆”。〔1〕

此外,政策除了典型的政治性外,也具有一定与维护秩序、实现“善”等公共利益的功能。如庞德认为:“文明社会要求安宁与秩序。只有当每个人与全体都能安全地在社会中工作,这种文明社会才能继续下去。因而,普通法将对一般安全的需要及存在于一般安全中的利益视为一项公共安全的政策。政治制度安全中的社会利益,表现为保护王室利益和国家利益的政策;家庭制度安全中的社会利益,表现为反对那些有意识地妨碍家庭关系的事情的政策;一般道德原则中的社会利益,表现为反对不道德倾向,反对某种敌视善良道德的特殊行为的政策;经济发展中的社会利益,表现为支持动产的自由贸易或反对新的财产限制的政策。”〔2〕德沃金将政策定义为:“它们规定一个必须实现的目标,一般是关于社会的某些经济、政治或者社会问题的改善。”〔3〕

2. 政策学界与法学界对政策理解的差异

由于研究基点和研究目的的不同,政策学界与法学界对政策的界定存在严重分歧。政策学界将政策的内涵与外延予以无限扩张,将法律、行政法规均视为政策的一种形式。如陈振明在其主编的《公共政策分析》一书中,将政策定位为“是国家机关、政党及其他政治团体在特定时期为实现或服务于一定社会政治、经济、文化目标所采取的政治行为或规定的行为准则,它是一系列谋略、法令、措施、办法、方法、条例等的总称”。〔4〕他在政策的定义中对法律的描述是隐晦的,使用了法令、条例等概念,又再该书中明确将法律作为政策文件,使得其法律与政策的关系表述模糊不确定。“法律构成了一类非常重要的公共政策文件”,法学研究对于政策制定虽有贡献,但“法

〔1〕 孙光:《现代政策科学》,浙江教育出版社1998年版,第26页。

〔2〕 〔美〕罗斯科·庞德:《法律史的解釋》,曹玉堂、杨知译,华夏出版社1989年版,第157页。

〔3〕 〔美〕罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第41页。

〔4〕 陈振明主编:《公共政策分析》,中国人民大学出版社2003年版,第43页。