



代议法导论

基于中国人大制民主法治化

Law of Representative Government

Due to China's People's Congressional Government
to be Based on Rule of Law

蒋劲松 著



代议法导论

基于中国人大制民主法治化

Law of Representative Government

Due to China's People's Congressional Government
to be Based on Rule of Law

蒋劲松 著



图书在版编目(CIP)数据

代议法导论:基于中国人大制民主法治化 / 蒋劲松
著. —北京:法律出版社,2016
ISBN 978-7-5118-9165-5

I. ①代… II. ①蒋… III. ①议会制—研究—中国
IV. ①D693.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 032206 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

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/吕亚莉

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/40.5 字数/680 千

版本/2016 年 4 月第 1 版

印次/2016 年 4 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 978-7-5118-9165-5

定价:128.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

松 之 心

读者在上：

我在 2009 年出版的《德国代议制》的“绪论”中倡议“创立代议法学”，并承诺“我听从学术创新之声的召唤，将立即投入代议法学研究”。面壁六载，始有《代议法导论》敬献于您。呈卷之际，诉心曲如次：

识时代者为俊杰。我辈之时代，曰民主，曰法治，更求民主之法治化。我国民主以人民代表大会制度为根本。故而，人大制民主如何法治，实乃时代课题。

人大制民主法治化，不独需有大批法律，尤其仰赖法律取向之妥当。若欠缺法律，人大制将人变亦变；若法律取向偏颇，“人大制民主”可能名实相悖。

人大制法律如何健全？何谓人大制法律“取向妥当”？需循两条路径辨析。一谓全球化路径。人大制民主为代议制种类之一，而代议制已普遍采行于各国，途中的学问、典故、经验、教训无论发生于何处，对他国皆有教益。现代以来，各国代议制法治化峰回路转，景象万千，但我国当今法学界未若魏源等先贤躬身穷究其奥妙，结果，世界之收获未能尽为我闻、悉为我用。二谓本土历程路径。自清末至今，我国转向代议制的历程漫漫百年。民主力量与专制势力苦斗无数回合，辅弼君权的议院终于转换为肩负国家权力的人民代表大会。新中国的制宪者们怀抱赤诚的人民民主理想，勾勒人大制轮廓。付诸实施后，既有人大行使国家权力的庄严场景，也出现过关停人大的年月，且即使人大制恢复常规运行以来，前行仍不免被倒车打断。可见，欲借人大制政体圆人民当家作主梦，还需由法律理顺诸多关系。法学界明了此事者已然先行先说，但研究亟待擂鼓破阵。

士为时命死。我虽不才，尚能引上述各端之钻研为己任。为探索代议法，6 年里我对自己的代议制研究方法脱胎换骨，不再遍读百家而著一书，而是扎进列国宪法、选举法、政党法、议决规则等规制代议关系的诸法海洋，咀嚼法条，参悟法理。

作为大学教授，我的治学套路也在与时俱变。申报国家课题，由课题而直观显示研究水准，此乃大学的要求。我选择适应之，但仿效吃草献奶的牛精神，取铜板而报真知。《代议法导论》书稿 2013 年申报全国哲学社

会科学规划办公室后期资助项目,并获准立项。此后,我回应评审专家的修改意见,并运用一年来的新得,精心修改申报稿,以免《代议法导论》污损国家课题之令誉。

不过,这本书仅仅是“导论”,即我探索代议法的初步习得。按我的设想,此后我要写代议法各论,如《代议领导法》、《代议选举法》、《代议授职法》、《代议立法法》、《代议预算法》、《代议问责法》、《代议议决规则》约10余本书。在那之后,我可望对代议法形成体系化认识。那时,我有可能写《代议法总论》,阐明代议法体系。所以,《代议法导论》只为求计于读者,讨教于方家。

人大制法治化大业可比长江,流淌千里,福泽万民。以半百之身而执代议法为业,生命便与长江贯通,融于斯,兴于斯。我能为此实赖爱人:我妻子罗筱林是歌者,歌者热烈,而学者好冷板凳。冷热原本相斥,但我们却使二者相吸。我们的相吸构筑的屋顶下,女儿如歌(财宝)当初还在拍着小手,嚷嚷“好玩好玩”!眨眼间就齐我耳垂,跟我说《三国》了。我能为此实赖亲人:老何惧?我母亲八十有余,依然记得我的点点滴滴。病何惧?我姐姐蒋小平在癌症国里打个转,如今益发情趣盎然。我能为此实赖友人:许安标、韩大元、童之伟、吴家清、周伟、胡弘弘、罗承军、叶萍……那些雪中送炭人!

代议法探索者 蒋劲松

目录 Contents

第一章 代议、代议权、代议制 / 1

第一节 代议 / 1

一、代表 / 1

二、代议 / 1

第二节 代议权 / 3

第三节 代议制 / 6

第二章 代议法 / 8

第一节 代议法的客观存在及其渊源 / 8

第二节 代议法: 规制代议关系的法 / 15

第三节 代议法的分类 / 23

第四节 代议法: 民主政治法律化的成建制成果 / 30

第五节 代议法的定位 / 34

一、代议法为公法 / 34

二、代议法与宪法 / 35

三、代议法与议会法(国会法) / 38

四、代议法与政治法 / 40

五、代议法与行政法 / 42

六、代议法与民法 / 44

第六节 代议法应成为中国特色社会主义法律体系的首要部门法 / 47

第三章 代议法关系 / 50

第一节 代议法关系的含义 / 50

第二节 代议法关系的基本类别 / 50

第三节 代议法关系的构成要素 / 51

一、代议法关系的主体 / 51

二、代议法关系的客体 / 54

三、代议法关系的内容 / 56

第四节 代议法关系的特征 / 57

第四章 代议法学 / 59

- 第一节 代议法学是研究代议法现象的法学学科 / 59
- 第二节 代议法学是一门正在形成的法学学科 / 60
- 第三节 代议法学理当成为法学的二级学科 / 64

第五章 代议法基本原则概要 / 67

- 第一节 本书重视法律部门的基本原则的缘由 / 67
- 第二节 代议法基本原则的含义、确定及分类 / 74
- 第三节 代议法基本原则的界分价值 / 78

第六章 外国代议法的实体基本原则 / 84

- 第一节 普适性实体基本原则——民主 / 84
- 第二节 受政体制约的实体基本原则 / 86
 - 一、熔权—制衡原则 / 86
 - 二、分权—制衡原则 / 92
 - 三、监督—仲裁—保障原则 / 109

第七章 中国代议法的实体基本原则——中国共产党领导—人大决定—选民终决定 / 116

- 第一节 中国共产党领导 / 116
 - 一、领导：地位、权力及其主体 / 116
 - 二、领导权的性质 / 118
 - 三、中国共产党领导的含义 / 119
- 第二节 人大决定 / 119
 - 一、人大决定的含义 / 120
 - 二、人大决定：外部关系 / 120
- 第三节 选民终决定 / 122
 - 一、选民终决定的含义 / 122
 - 二、选民终决定权的种类 / 122
 - 三、人大决定与选民终决定 / 129

第八章 外国代议法的程序基本原则(上) / 133

- 第一节 定期足时 / 133
 - 一、代议任期 / 134
 - 二、代议会期 / 153

第二节 定点 / 198

- 一、定点基本原则释义 / 198
- 二、定点基本原则的法律功能 / 199
- 三、定点基本原则的特定要求 / 208

第九章 外国代议法的程序基本原则(下)——合意 / 212

第一节 代议法行为是合意行为 / 213

- 一、公法行为无合意论 / 213
- 二、代议法采用合意理论 / 214
- 三、代议法行为遵循合意基本原则的理论意义 / 215

第二节 合意基本原则释义 / 216

第三节 合意基本原则对选举和再选举行为的统领作用 / 216

第四节 合意基本原则对代议机关修宪行为的统领作用 / 223

- 一、代议机关与选民的合意 / 224
- 二、代议机关与国家元首的合意 / 226
- 三、代议机关与政府的合意 / 228
- 四、代议机关与司宪机关、司法机关的合意 / 229
- 五、代议机关与地方的合意 / 229
- 六、代议机关内部的合意 / 231
- 七、代议机关届别之间的合意 / 232

第五节 合意基本原则对代议机关非预算类普通立法行为的统领作用 / 235

- 一、议院内合意 / 237
- 二、两院间合意 / 248
- 三、代议机关与国家元首的合意 / 255
- 四、代议机关与行政机关的合意 / 259
- 五、代议机关与联邦主体或地方的合意 / 268
- 六、代议机关与选民的合意 / 269
- 七、代议机关与司宪机关的合意 / 273

第六节 合意基本原则对代议机关预算立法行为的统领作用 / 277

- 一、关于预算制定行为的合意规范 / 277
- 二、关于维护预算约束力的合意规范 / 309

第七节 合意基本原则对政府执政权的统领作用 / 325

- 一、政府执政权取得合意程序 / 325
- 二、政府执政权保持合意程序 / 356

第八节 合意基本原则结论 / 414

- 一、合意基本原则为代议法所独有 / 414
- 二、代议法遵循合意基本原则的缘由 / 415
- 三、合意基本原则的实质 / 416

第十章 中国代议法的程序性基本原则(上)——定期足时、定点 / 418

第一节 定期足时 / 418

- 一、宪法的态度 / 418
- 二、实际状况 / 423

第二节 定点 / 435

第十一章 中国代议法的程序性基本原则(下)——合意 / 437

第一节 中国代议法采用合意基本原则的特殊条件 / 437

- 一、党的领导 / 437
- 二、民主集中制 / 442

第二节 选举程序中的合意 / 447

- 一、人大代表选举 / 448
- 二、人大常委会组成人员的选举 / 466
- 三、国务院总理人选的决定和地方政府首长的选举 / 467

第三节 立法程序中的合意 / 473

- 一、立法性议案的议决程序——全国人大 / 473
- 二、立法性议案的议决程序——全国人大常委会 / 477

第四节 预算程序中的合意 / 533

- 一、预算之于新中国 / 533
- 二、全国人大及其常委会的预算案议决程序 / 539
- 三、地方人大及其常委会的预算案议决程序 / 561

第五节 决定权行使程序中的合意 / 571

- 一、“决定权”之分类 / 571
- 二、全国人大行使决定权实例 / 572
- 三、全国人大常委会复合事项决定程序 / 573
- 四、地方人大常委会决定重大事项制度 / 574

第六节 揭示中国代议法的合意基本原则的意义 / 586

- 一、一般意义 / 586
- 二、对于中国代议法的意义 / 587

索引 / 590

第一章 代议、代议权、代议制

“代议”、“代议权”、“代议制”谓代议法学的三个基础概念。其中,“代议”、“代议制”在学术论著中不时出现,故读者不会感到陌生。甚至,“代议权”一词也曾现身于严肃的学术文献乃至典籍。不过,为了使读者准确掌握代议法学的这些基础概念,有必要对其作一番严谨的阐释和界定。因此,本章扼要阐释“代议”、“代议权”、“代议制”,借以将其确立为代议法学的三个基础概念。

第一节 代 议

一、代表

“代表”与“代议”两个概念是包容关系,即“代表”为属概念,“代议”为种概念,前者包容后者。“代议”是“代表”的一个特定种类。

“代表”是一个常用概念,指甲表达乙意思之各种身份、关系、行为等,一般并不在意双方经过何种程序形成代表关系,而且此种意思之表达的效力一般仅及于甲乙双方。它既可以用于公共领域,也可以用于私人领域;它除了出现于政治、法律现象之中外,还出现于经济、文化、社会、军事等众多种类的社会现象当中。^①

二、代议

“代议”是政治学和法学上的专用概念,指甲表达乙意思之一种特定的代表身份、关系和行为,并强调此种特定代表身份和关系的达成必须经过法定程序,而且此种意思表达之效力不独及于甲乙双方,更及于整个社会和国家。“代议”仅作为政治和法律现象,即民主政治现象,出现于公共领域。

美国宪法将其国会的一个议院定名为“House of Representatives”。自

^① 关于“代表”的展开讨论,参见刘刚:“现代政治代表的历史类型与体系建构”,载《中外法学》2014年第3期。

那以来,英文现在较为通用的表达中文所说“代议”意思的名词为“representation”、“representatives”(代议士、代议人或众议员),形容词为“representative”,如 representative government(代议制),动词为“represent”。汉语大约自清末以来用“代议”来翻译此类词汇,以示其为特定意义上的“代表”,并与广义的“代表”相区别。至于 representative、represent 的另一个基本含义,汉语用“代表”翻译之。

我们的前人以“代议”翻译 representative、represent 的上述特定含义,其实是独具匠心的。代议活动主要由代议机关进行,英语最早称“代议机关”的名词为“Parliament”,而这个英语名词又转借自法语名词“parlement”。该法语单词的词根为动词“parler”,即“说”、“议”。故“parlement”指“说”、“议”。英语以“Parliament”指称代议机关,表明其代表选民的基本方式是“说”或“议”。议会法^①尊崇的“一个基本权利是在其大多数,至少是 2/3 多数,准备好对一个问题举行表决之前,要由大家对该问题进行充分的讨论”。^② 约翰·密尔也告诉我们,代议机关的本职就是“说和讨论”。^③ 所以,我们的前人将“Parliament”翻译为“议会”,将“representative government”翻译为“代议制”,都十分精准地抓住了英语原意的传神之处。这当然也表明,“代议”比“代表”更为精准地揭示了甲为乙代言之关系的精妙所在。^④

遗憾的是,“议会”的“议”,从而“代议”的“议”,一度被贬斥和嘲讽为“清谈”,“议而不决”。与行政机关的基本工作方式相比,议会的确要花大量时间去“议”,然而,说议会“议而不决”却是误解。完整地说,议会的基本工作方式是先充分地议,而后表决,即“议决”。^⑤

在公共领域或国家生活领域,“代议”作为国家生活的一种基本现象,

① “议会法”概念的含义见第二节第四块的论述。

② Robert's Rules of Order Revised, Accessed January 19, 2011, <http://www.bartleby.com/176/100.html>, 最后访问时间 2013 年 2 月 2 日。

③ John Stuart Mill, *Representative Government*, Accessed May 12, 2007, <http://philosophy.eserver.org/mill-representative-govt.txt>, 最后访问时间 2012 年 2 月 2 日。

④ 但是,有的学术译著在进行这类翻译时,没有注意“代表”与“代议”的意蕴区别。例如,应奇编著的《代表理论与代议民主》(吉林出版集团有限责任公司 2008 年版)一书,其第 18 页说“代表制是近代发现的一种法术,也是一种技术,为版图广阔无法实行直接民主的国家谋得代替品”。这里的“代表制”应该译为“代议制”。

⑤ 代议机关以“议”作为基本工作方式,这本来是众所周知的,但却为一些协商制民主论者所忽视。他们称,采用协商制民主的一个理由是,代议制民主不重视议。

与国家生活的另外三种基本现象即行政、司宪^①和司法互相并列。有的行政法学者说,行政权是公权力最主要的部分。“就一个国家的公民而言,对于公权力,他首先想到、看到和与之打交道的显然是与行政权有关的概念,如警察、政府、审批、办证、纳税、罚款、申领救济金、抚恤金,等等,而不可能首先想到、看到议会、法院、检察院、诉讼和与之打交道等。”^②然而,从国家生活的四种基本现象的内在关联来看,首先要确定国家的意志,而后才谈得上执行之和适用之。因此,“代议”乃首要的国家生活基本现象,位居行政、司宪和司法之前。^③

“代议”的实质是由代议机关表达民意,确定民意,据以决定国是,并监督其执行。所以,“代议”是一个宏大而完整的体系,其中包含选举、议决、监督、再选举四大阶段。选举者,选民选举其政策合乎他们要求的候选人为议员之谓也。^④议决,指代议机关审议决定国家大政。监督,指代议机关对行政机关行为的督查,甚至还包括对法官乃至整个司法机关行为的督查。再选举,即选民结合其对现任议员的任职表现的评判,决定是否同意其本人或其同党连任。

第二节 代 议 权

1788年,汉密尔顿在其公开发表的论文《联邦党人第78篇:司法机关》中写了下面一句话——

There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the

① “司宪”即适用宪法典审判诉讼。宪法本谓法律的一种,在这个意义上,“司法”即包含了司宪。但是,司宪的独特功能是以宪法典为依据,判断普通法律是否正当。此独特功能体现了美国宪法理论家汉密尔顿所谓“限权宪法”思想。参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著;《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第392页。为了突出此种功能和价值,宜以“司宪”与“司法”并列。奥地利、德国、法国等国家的宪法已经确定了“司宪”与“司法”并列的体制。

② 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第5页。

③ 关于“代议”与“司宪”孰先孰后,汉密尔顿认为,宪法代表人民的意志,而普通法律仅代表立法机关的意志。这种观点似乎隐含一个认识,即宪法是人民直接制定的。然而反观现实,制宪途径实有两种:制宪机关制定;制宪机关与选民合作制定。这两种制宪途径均使用了代议方式;完全由选民直接制定的宪法尚未问世。由此似可推论:先有代议,后有司宪。

④ 这是从代议法的角度认识选举。从宪法角度看,选举的内涵和外延要宽泛得多。

commission under which it is exercised, is void.^①

程逢如等将其翻译为——

代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。^②

这里,“delegated authority”被翻译为“代议权”。其实,汉密尔顿在这里并未提出“代议权”概念,而只是说“一个受托机关”。

另有消息人士介绍,法国女权运动 1994 年向议会两院提出创议修改宪法,以保证妇女的“代议权”和“参政权”。^③ 我没有找到法国女权运动提出的该创议的原文,故不能确定其是否提出了“代议权”概念。

在我国,民国初年即开始使用这个概念。民国临时参议院曾表决通过《审议华侨要求代议权案报告》。南京国民政府时期,华侨代议权还被写入民国宪法。^④ 现在,全国人大常委会也采用了这一概念。其执法检查报告称:对村委会组织法的实施情况进行了检查,发现在民主决策中存在用间接民主代替直接民主的倾向。“有些地方以村民会议难召开为由,长期不开村民会议,法律规定须经村民会议决定的事项,未经授权就由村民代表会作决定。村民代表在会前又没有同村民沟通,会上发表的只是个人意见。有些地方的村民代表会不但行使村务的代议权和决策权,而且还行使人事罢免权,自觉不自觉地用间接民主代替了直接民主,违背了村委会组织法的立法宗旨。”^⑤

学界也几曾使用过“代议权”概念。法国政治思想家贡斯当甚至还提出了“长期代议权”与“舆论代议权”,前者即贵族世袭代议权,后者指经选举行使的代议权。^⑥ 不过,未见对“代议权”概念作出的定义。

① Alexander Hamilton, Federalist No. 78, http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_78.html, 最后访问时间 2012 年 2 月 5 日。

② [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆 1980 年版,第 392 页。

③ 山风:“法国妇女的政治地位”,载《国外理论动态》1995 年第 3 期。

④ 蒋贤斌、李琴:“民初华侨代议权问题探析”,载《江西师范大学学报》(哲学社会科学版)2008 年第 6 期。不过,查《中华民国宪法》,其并未采用“代议权”概念,而是在第 64 条将华侨规定为立法院立法委员的六种选举团体之一,即“侨居国外之国民选出者”。

⑤ “2001 年全国人大常委会及专门委员会执法检查”,载《人民日报》2002 年 2 月 27 日第 10 版。

⑥ 高景柱:“贡斯当的宪政民主思想解析”,资料来源 <http://www.aisixiang.com/data/10691.html>,最后访问时间 2015 年 4 月 6 日。

当代各国宪法中,几内亚比绍宪法明确采用了“代议权”概念,其第46条——

几内亚比绍共和国人民的代议权(representative power)机关应为国家人民议会和地区议会。其他国家机关的权力应来自它们。^①

本书对“代议权”定义如下:选民赋予以议员的、代其议决国是的权利。此一定义包含以下含义:

其一,“代议权”来自选民,但代议权主体是议员,而不是选民。完整地、严谨地讲,选民有要求被代议的权利,即“被代议权”;议员则有“代议权”。所以,“没有代议权,即没有担任赋税的义务”^②之说并不妥帖。应该为“没有被代议权,即没有担任赋税的义务”。同理,华侨、法国妇女等要求的也属于“被代议权”。

其二,“代议权”乃一种权利,即资格,而非权力。每一位议员因当选而获得代议权,即代选民议决国是的资格;议员整体构成代议机关,行使宪法等法律赋予代议机关的职权,如选举权、立法权、议决预算权、监督权、信任权或不信任权、弹劾权及审判权。“代议权”的资格含义指出了该权利与代议机关职权之间的区别,即“代议权”乃议员个人的权利,而选举权、立法权、议决预算权、监督权、信任权或不信任权、弹劾权及审判权是代议机关的职权。

其三,“代议权”乃公权利,但它并非人们通常所解说的公权利。迄今,学界对公权利的解说主要有两种:甲,公权利=公权力。“公权利是指以维护公益为目的的公团体及其责任人的职务上的权利。例如,立法权和行政权。从其本源上讲,这些权力的职能是维护基本的社会秩序,应该是公正、中立、理性、无私的。”^③乙,公权利乃公民对抗国家的权利。“……私人权利包括公权利和私权利两方面”;“公权利由公法规定,是一种对抗国家,制约公权力的权利;而私权利由私法所规定,是一种对抗其他私人主体

① Constitution of the Republic of Guinea-Bissau, 1984 (as Amended to 1991), Accessed May 30, 2012, 资料来源 <http://www.constitutionnet.org/files/Guinea-Bissau%20Constitution.pdf>, 最后访问时间 2014 年 5 月 6 日。

② “罗隆基论人权”, 资料来源 <http://www.douban.com/group/topic/6523806/>, 最后访问时间 2011 年 7 月 21 日。

③ “公权利”, 资料来源 <http://baike.baidu.com/view/516769.htm>, 最后访问时间 2011 年 7 月 22 日。

的权利”。^①然而,“代议权”并非普通公民用以对抗国家的权利,而是作为公职人员的议员所享有的、议决国是的权利。对抗国家的权利应该在国家之外,而“代议权”已经进入国家内部,成为国家的首要部分。并且,“代议权”的功能也并非“对抗”国家,而是“形成”国家之意思。

其四,“代议权”乃作为狭义代表机关的成员的议员的权利,而非一般意义上的代表权。所谓“狭义代表机关”,即作为国家机构一部分的代议机关。在中国,狭义代表机关专指各级人大及其常委会。其他各种代表组织都不是中国的狭义代议机关,比如,村民代表会就不是。所以,“有些地方的村民代表会不但行使村务的代议权和决策权,而且还行使人事罢免权”之说在逻辑上经不住推敲,因为村民代表会所行使的不宜视为“代议权”。毋宁说,村民代表行使了“代表权”。

第三节 代 议 制

1861年,英国政治学者约翰·密尔出版《代议制》(*Representative government*)一书。

The meaning of representative government is, that the whole people, or some numerous portion of them, exercise through deputies periodically elected by themselves the ultimate controlling power, which, in every constitution, must reside somewhere.

其后,“代议制”概念广为使用。

从政治学的视角来看,代议制(representative government)即“由选举产生的代表民意的机关来行使国家权力的制度。它是一种间接民主的形式,通常以议会作为代表民意的机关。……它的基本特征是:由通过普选产生的议员组成议会,形式上代表民意行使国家权力;议会议决事项均由议员共同讨论并经多数通过;议会享有立法权、财政权和行政监督权。现代国家大都实行代议制”。^②

代议法学所研究的代议制,集中于调整代议关系的法律规范体系;代议制中不涉及法律规范的部分,不属于代议法学的专门研究对象。可见,

① 上官丕亮:“论公法与公权利”,资料来源 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=36203>,最后访问时间2011年7月22日。

② 参见《中国大百科全书》光盘1.2+版,政治学卷。

代议法学所研究的代议制要小于政治学所研究的代议制。

代议法学研究代议制与政治学研究代议制的更为重大的一个不同点在于研究的旨趣和价值观。政治学是研究政治关系及其发展规律的科学,它将政治关系理解为“人们在社会生活中,基于特定的利益要求而形成的,以政治强制力量和权利分配为特征的社会关系”;它关注政治权力的杠杆作用,“在社会生活中,凡是需要经过政治权力来予以满足、实现、调节、维护和破坏的利益,都是政治利益。政治利益是政治关系的基础,它对于政治关系具有根本性和决定性的意义”。^① 代议法学则把代议制视为法律关系,着重探究代议法律关系由哪些主体构成,他们各有什么权利义务。政治学的旨趣是用政治方式运行代议制,政治方式有以下特点:甲,政治主体之间的关系以领导与服从为标志。乙,政治主体的行为规范虽然不排除法律,但着重指其内部规定,甚至领导人随时作出的决定。丙,政治活动强调一切以时间、地点和条件为转移,随机应变。丁,典型的政治制裁手段是政治纪律,比如政党纪律。代议法学则主张用法律方式规制代议制。法律方式有立法方法、执法方法、司法方法和法律监督方法。以法律方式规制代议制,强调首先以法律思维看待代议制,即将其视为法律现象,然后按法律的逻辑处理代议制,包括制定成套的法律规制之,执行这些法律,对违反这些法律的行为人施加法律制裁。与用政治方式运作代议制相比,以法律方式规制代议制强调服从法律而不是领导人的意志等因素。质言之,代议法学追求代议制民主法律化。

① 王浦劬主编:《政治学基础》,北京大学出版社1995年版,第49页、第68页、第69页。