

闫海 / 著

财
税
法
学
研
究
文
丛



总主编
刘剑文


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公共预算过程、机构与权力

一个法政治学研

Process, Office and Power of Public Budgeting: Based on the Paradigm of the P

公共预算过程、机构与权力

一个法政治学研究范式

Process, Office and Power of Public Budgeting: Based on Paradigm of the Politics of Law



财
税
法
学
研
究
文
丛



总主编
刘剑文


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

闫海 / 著

教育部人文社会科学研究青年基金项目(项目编号: 07JC820019)

图书在版编目(CIP)数据

公共预算过程、机构与权力：一个法政治学研究范式 /
闫海著. —北京：法律出版社，2012.5
ISBN 978-7-5118-3270-2

I. ①公… II. ①闫… III. ①国家预算—法学—研究—
中国 IV. ①D922.214

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 043324 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/10.75 字数/193 千

版本/2012 年 5 月第 1 版

印次/2012 年 5 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 978-7-5118-3270-2

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

口号是中国政治、经济、社会治理的重要特色,“和谐”是近年来的高频口号语,政策、学理上关于“和谐”的阐发释义已汗牛充栋。但来自酒桌上的“和谐”拆字解读,意蕴隽永,耐人寻味。“和”,左“禾”右“口”,意旨口能饱餐;“谐”,左“言”右“皆”,意旨人皆能言。“以大知而察及迕言”,“和谐”拆字法可谓切中构建和谐社会的紧要。“和”是对经济改革的要求,即通过市场经济建设,解决温饱问题,乃至迈向小康;“谐”则是对政治改革的要求,笔者认为应当是建设宪政国家。所谓的宪政是立宪政体发展的最高级形态,不仅宪法成为一国的根本大纲,而且宪法施行是以人民主权为道德前提,以法治、民主和分权为制度手段,以人权为价值目标。“和谐”的关键是经济、政治改革共同推进,目前不和谐的深层原因即源自经济、政治改革不平衡,经济改革突飞猛进,而政治改革相对滞后。宪政国家的建设思路颇多,有的呼唤顶层设计,也有的从党内民主、司法改革、舆论监督等角度切入,但是笔者认为公共预算改革是一个值得尝试的前进道路。一方面,公共预算具有经济、政治双重属性,作为经济改革亟待扫清的最后壁垒,公共预算具有路径依赖优势,可以成为政治改革的突破口;另一方面,公共预算攸关国家财政权与公民财产权,能够凝聚推动改革的力量。当下三公经费受到公众普遍地关注,由此可见一斑。

全书共分六部分。

绪论。预算法既是经济法,还是政治法,本书以法政治学为公共预算研究的游刃剑、解牛刀。法律的实在化、世俗化是法律政治化的进程。法律产生于政治性立法过程,政治

也是法律的权力基础,对法律适用发挥重要影响。政治的法治化是政治领域建立秩序并有效约束权力的关键,并形成政治法这一部门法。法学与政治学的交叉是西方的学术传统,我国法学经历政法法学、诠释法学进入社科法学,法政治学是社科法学中亟待发展的新范式。

第一章 宪政与公共预算的历史演进。宪政与公共预算是孪生子,本书选取英国、美国、日本为例,描述两者同步进化的历程,一方面是具有代表性,文化上既有东方又有西方,政体上既有内阁制又有总统制;另一方面三国脉络相连,英国是宪政与公共预算的母国,美国在建国之初宪政与公共预算深受英国影响,立宪独具特色,并且为现代公共预算的发源地,日本经历美国主导下的战后民主化,宪政与公共预算结合东西方文明。

第二章 公共预算的民主进路。公共预算是支撑现代民主的重要制度之一,但是公共预算的民主工具的价值实现取决于公共预算本身的民主化。直接民主和间接民主是民主的两大基本形式。代议民主是间接民主的国家体制形式。预算审批权是代议机关一项不同于立法权、决定权、监督权的特殊职权,是预算民主构建的中心。我国人大预算审批权实质化的关键是预算审批中组织建设、程序再造。参与民主是直接民主非体制实现的主要形态,参与式预算是参与民主近年来最重要的实践领域,并成为世界范围内公共预算变革的潮流,在我国已经出现温岭模式、哈尔滨和无锡模式、闵行模式等改革实践。预算听证是公众直接参与预算的主渠道。我国的预算听证应包括预算行政听证和预算人大听证,通过预算听证制度的建立健全,推动参与式预算改革的法制化。

第三章 宪政分权的预算基础。分权是宪政的基本特征之一,横向分权针对的是全权主义,纵向分权瓦解的是中央集权体制。司法独立是横向分权的重要内容,司法预算是司法有效运作的物质基础,也是司法独立的重要保障。因此,在司法预算编制、审批、执行和监督等诸多环节的设计上,应注意司法权与立法权、行政权之间和司法审判权与司法事务管理权之间的权力安排。辅助原则不仅为个人、社会和国家之间的位阶排序,还是一种由下至上的组织原则。通过德国、日本及欧盟的实践,辅助原则已经由宗教教义转化为地方自治的基本准则,并且与宪政的人权保障、分权制衡等理念保持一致。基于辅助原则的地方预算制度应当是地方财政的收入自主、支出自主与责任自负。

第四章 财政规模与赤字的预算管治。财政规模膨胀、财政赤字扩大是现代国家的癌症,也是欧债危机背景下国家治理的要点,应当摒弃凯恩斯主义的扭曲,呼唤预算平衡原则的回归,乃至入宪。预算案修正权符合人民主权、宪政分权的理念,但是机会主义的滥用会导致财政规模、赤字的扩充。预算法修改应当基于预算不抵触法律、保障公民信赖的原则,设计我国人大对收入预算案修正、支出预算增额修正、

支出预算减额修正、预算科目调整的权限规则及预算案修正权行使程序。在我国,法定支出表现为法律法规指定某一项目的预算支出不低于一定比例或增长幅度。在西方国家,法定支出表现为公民权利性支出。二者差异的根源是我国立法侧重政策性和宜粗不宜细的特色。法定支出对预算编制、审议形成的约束力,具有破坏预算竞争、导致预算碎片化、降低预算执行效率、限制预算自主权及造成财政规模、赤字膨胀的负效应。我国应从设立的项目限制、额度控制、退出机制建设等方面入手,加强对法定支出的治理。

第五章 公共预算的问责机制。财政透明是公共财政的题中之意,具有保障公民知情权、建立责任政府的宪政意义,是公共预算问责的基本前提与核心内容。国际货币基金组织的《财政透明度良好做法守则——原则宣言》、《财政透明度手册》和经济合作与发展组织的《预算透明化最佳做法》是财政透明、预算公开的国际标准,应为我国公共预算改革的借鉴。审计监督是公共预算问责的重要工具,各国依循审计监督的宪政机理并结合本国宪政安排,形成立法型、司法型、行政型与独立型的审计监督的宪政模式。我国行政型审计监督模式存在诸多弊端,未来应当兼采双轨制与司法型,以完善人大领导下的一府两院体制。广义上的纳税人权利包括税收征收与使用两个方面,用税监督权是纳税人诉讼的权利本源,纳税人诉讼是公共预算问责的司法化路径。借鉴美国、日本纳税人诉讼的成功经验,我国应设立纳税人诉讼的前置程序,明确原告资格、受案范围、举证责任,并通过诉讼费用承担、胜诉奖励激励纳税人积极地参与公共预算问责。

笔者不避浅薄,运用法政治学理论工具,在迷宫式的公共预算过程、机构与权力中孜孜以求,试图揭示公共预算改革的立宪蕴义,并构建符合宪政逻辑的公共预算制度。研究广泛地借鉴了众多专家学者的真知灼见,但是难免存在不尽完善之处,敬请各位读者指正。

是为序。

闫 海

2012年2月2日

绪论：政治法与法政治学	1
一、法律中的政治	1
二、政治的法律和政治法	4
三、法政治学范式的回溯与前瞻	6
 第一章 宪政与公共预算的历史演进	11
第一节 英国宪政与公共预算	11
一、英国宪政与公共财政的起点	11
二、英国公共预算制度的发生	12
三、英国公共预算制度的建立	15
四、英国公共预算制度的主要内容	19
第二节 美国宪政与公共预算	24
一、美国建国与公共预算	24
二、美国进步运动与现代公共预算摇篮	27
三、美国行政预算时代	28
四、美国均势预算时代	32
五、美国公共预算制度的主要内容	34
第三节 日本宪政与公共预算	38
一、日本宪政的变迁	38
二、日本议会政治与预算审批	40

三、日本地方自治与地方预算	42
四、日本预算执行的多元监督	46
第二章 公共预算的民主进路	50
第一节 民主及其模式	50
一、民主的概念	50
二、直接民主	51
三、间接民主	53
第二节 基于代议民主的公共预算审批	55
一、代议民主与预算民主	55
二、预算审批权的性质	58
三、预算审批权的内容	60
四、预算审批权的效力	62
五、预算审批权的机构与程序	65
第三节 基于参与民主的参与式预算	67
一、参与民主与参与式预算的崛起	67
二、我国参与式预算的实践	71
三、以预算听证为中心的参与式预算制度	75
第三章 宪政分权的预算基础	82
第一节 宪政分权理论	82
一、横向分权	82
二、纵向分权	84
第二节 基于司法独立的司法预算制度	85
一、司法独立	85
二、司法预算的审批	86
三、司法预算的编制与执行	88
四、司法预算的监督	90
第三节 基于辅助原则的地方预算制度	92
一、辅助原则的缘起与嬗变	92
二、辅助原则的宪政逻辑	95
三、辅助原则与地方预算自主	96

第四章 财政规模与赤字的预算管治	101
第一节 财政规模、赤字与预算平衡	101
一、财政规模	101
二、财政赤字	103
三、预算平衡原则的回归	106
第二节 代议机关的预算案修正权及限制	109
一、代议机关预算案修正权及限制的理论基础	109
二、我国人大预算案修正权的立法与实践	111
三、我国人大预算案修正权的权限	113
四、我国人大行使预算案修正权的程序	116
第三节 法定支出	118
一、法定支出的国内外比较	118
二、法定支出的法理逻辑	121
三、法定支出的预算效应	122
四、对我国法定支出的治理	124
第五章 公共预算的问责机制	127
第一节 财政透明与预算公开	127
一、财政透明的基本内涵与宪政意义	127
二、财政透明的国际标准	131
三、预算公开的国际标准	134
第二节 公共预算的审计监督	136
一、审计监督的宪政机理	136
二、审计监督的宪政模式	138
三、我国审计监督的宪政重构	140
第三节 纳税人诉讼	142
一、纳税人诉讼与预算问责	142
二、美日纳税人诉讼的立法与实践	144
三、我国纳税人诉讼制度的构建	148
参考文献	152
后记	161

绪论：政治法与法政治学

一、法律中的政治

政治与法律的关系扑朔迷离,是社会科学中亘古永存的议题。布里格姆指出,联结政治、法律的介词是极其复杂的。若是以“和”为连接词,即“政治和法律”或“法律和政治”,政治、法律则被视为两种不同的事物,甚至是相互竞争及颠覆的对立面,但是两者之间还存有相互关联性,这种关联又可进一步阐释为:以“的”为连接词,即“法律的政治”或“政治的法律”,及以强调彼此渗透的“中的”为连接词,即“法律中的政治”或“政治中的法律”。^①“法律的政治”一般认为具有批评的寓意,即法律受到政治中腐败作用的渗透,这种被不愿提及并具有悲哀的听天由命的提法,其实是以“法律升华,政治是一种坏影响”为前提的。^②笔者认为,不应简单地将政治作为法律的负效应予以看待,但是为避免歧义、减少误解,因此采用“法律中的政治”这一较为中性的词语,以说明政治是法律特征的一部分。

(一) 法律的实在化与世俗化

在古代社会,法的权威性来自于久远的传统或神的创造,法不是人决定的对象,而是认知的客体,因此法无论就它的内涵还是它的效力而言,都不受政治所左右,法凌驾于政治统治集团之上。政治不是塑造法律,而是维护法律,为在发生违法情事时重建原有的合法状态,政治被赋予权力,并

^① John Brigham:“政治与法律”(Politics and the law),[美]克密特·L. 霍尔主编:《牛津美国法律百科全书》,林晓云等主译,法律出版社2008年版。

^② 同上。

具有要求人民服从的正当性。这种永恒有效的法系统是以一个自身不变的社会为先决条件的,或者至少预设社会变化缓慢,没有适应变迁的压力产生。即使是在前现代社会,法律改革也受制于旧法,不是修改,更不是废止,仅仅是旧法的具体化和补充,因此法基于与传统的法或超验的法的内在一致性而取得规范效力,而不是以政治决定为基础。16世纪西方社会的宗教分裂冲击了人民对法秩序的神性起源及以此为基础的法秩序不变性的确信,同时政治系统渐趋健全、独立,主权概念描述国家内部至高无上的权力,其本身不仅不受法律的约束,而且制定法律。法与政治的关系发生彻底的改变,法由人制定,并成为追求政治目的的工具,政治超越法之上,赋予法的内涵和效力。^① 所以,法律的实在化和世俗化本质上是法律的政治化。

(二) 法律的政治基础

从法制史角度,法的政治化仅是历史演进的某一阶段,然而在近现代社会中,法的政治化是客观实在的。法律中的政治最直观的表现就是立法过程的政治性。不同的人有相异的政治主张,甚至因此形成不同的政治集团,社会在某些时候、某些情形下必须达成某些政治共识并予以强制推行,立法就是汇集、凝聚政治主张的主要途径和渠道,各种政治意志在立法过程中得以表达、相互碰撞并最终转化为具有普遍约束力的法律意志。政治是妥协的艺术,不同政治意志彼此妥协构成立法程序运行的内在机制。德国政治家俾斯麦据说有句名言,“世上有两物,爱好者不当去观察其制作过程。两物者,一为香肠,一为法律”,便是对法律制作过程中妥协因素的批判。然而,笔者认为,欲明晰法律上冠冕堂皇词语的真意,恰恰需要不避厨庖,探求立法中的利益博弈。作为一种典型的政治运作,立法产生法律,法律成为政治的创造物和附属物。

法律中的政治在更深层次意涵上是政治为法律提供权力基础。“正义之神,一手持衡器以权正义,一手持宝剑以实现正义,宝剑而无衡器,不过暴力,衡器而无宝剑,只是有名无实的正义。二者相依相辅,运用宝剑的威力与运用衡器的技巧能够协调,而后法律才完全见诸实行”。^② 作为正义之神的宝剑,权力为法律提供暴力和心理的双重保障,一方面人们慑于权力的神圣性,而衍生对法律产生敬畏,另一方面人们更慑于权力的现实威胁,不得不遵行法律。^③ 因此,“‘法律的苍穹’不是独立存

^① [德]迪特·格林:“政治与法”,杨杰译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(第6辑),中国政法大学2003年版。

^② [德]Rudolf von Jhering:“法律的斗争”,萨孟武译,载王泽鉴著:《民法总则》(修订版),三民书局2000年版。

^③ 卓泽渊著:《法政治学》,法律出版社2005年版,第31页。

在的,它建立在政治的柱石之上。没有政治,法律的天空随时可能坍塌”。^①

(三) 法律适用中的政治

法律的政治基础揭示立法环节中法律与政治存在纠缠不清的关系,法治原则要求以法律限制权力的绝对、专断,在法律适用中产生法律与政治的分离,即法律在政治上以立法方式通过并生效后,虽然政治可以继续决定法律的存续或者启动修改、废止,但是法律的运作从政治渊源独立出来而获得自主的生命。这种建立于权力分立之上法律与政治的制度性分离是以立法者的完全理性为预设,即政治性立法能够提供没有漏洞和矛盾、语言精确无歧义、规范一切实践并与经济社会变迁同步的法律规范,行政、司法仅是被动的适用法律而没有任何的裁量自由。

政治与行政二分理论便是法律与政治区分的演绎。古德诺指出,“在所有政府体制中都存在两种主要的或基本的政府功能,即国家意志的表达功能和国家意志的执行功能,在所有的国家中也都存在分立的机关,每个分立的机关都用它们的大部分时间行使着两种功能中的一种。这两种功能分别就是:政治与行政”。^②但是,由于立法机关存在结构性缺陷、专业知识的缺乏、心理上劣势、缺席及缺乏轮换等问题,不可避免地趋向衰弱,加之现代国家干预的领域不断扩展,如经济活动调控、风险社会治理等,行政过程中逐步增加政策参与及决策,行政的政治化已经突破政治与行政二分的界限。

运用所谓智能软件审理诉讼案件已经成为异想天开的梦呓或者荒诞不经的闹剧,认知和意志在司法过程中不可分离地相互结合,不存在纯技术性、中立化的法学方法,从彼此竞争的诸多法学方法中进行选择本身就具有政治内涵,因此,“法官的前理解、出身和社会化以及法官的政治偏好和世界取向所造成的影响在此是难以避免的”。^③“一旦我们遇到用司法机构和法律来代替自发的同意的时候,我们会发现在大多数法院中存在争议解决、社会控制和立法职能的混合,经常会在审判中将行政或一般政治权力的行使结合在一起,从而法院和法官从事的部分工作在本质上是具有政治性的……法院承担的职能在不同的情况下在支持政权的合法性到分配稀缺的政治资源或确定主要的社会政策之间变化”。^④

① [美]莱斯利·里普森著:《政治学的重大问题——政治学导论》(第10版),刘晓等译,华夏出版社2001年版,第201页。

② [美]F. J. 古德诺著:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版,第12~13页。

③ [德]迪特·格林:“政治与法”,杨杰译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(第6辑),中国政法大学2003年版。

④ [美]马丁·夏皮罗著:《法院:比较法上和政治法上的分析》,张生、李彤译,中国政法大学出版社2005年版,第87页。

二、政治的法律和政治法

“政治中的法律”容易被误解为围绕政治斗争的法律角力,例如,1937年美国罗斯福总统为推行新政向相对保守的司法系统发出挑战,力推“法院堵塞计划(Court-Packing Plan)”以改组最高法院。^①因此,笔者采用“政治的法律”阐释政治的法治化,并以政治法概括涉及政治领域的部门法。

(一) 政治的法律

“法律犹如国家的骨骼,政治犹如国家的精神。无骨骼则精神即无所寄托,无精神则骨骼亦失其作用”。^②法律的骨骼作用体现于人类对秩序的需求,这种需求可以追溯至两种欲望或冲动并深深根植于人的精神之中,一是人具有重复在过去被认为是令人满意的经验或安排的先见取向;二是人基于对瞬时兴致、任性和专横力量控制的逆反反应,寻求关于权利义务对等的合理稳定的决定控制。^③传统、习惯、惯例、文化、道德、法律等社会规范都是人类社会秩序建构的必要元素,而法律无疑是其中最重要的。不仅经济活动、社会生活需要秩序,政治也应竭力避免陷入无序状态。混乱既妨碍政治的正常运作,更会摧毁政治本身,是政治的灾难之一。统治者要使自己的政治有效、良性运转,必然运用法律对政治活动加以规范,确保其不走向政治目标的反面。^④法律维护政治领域秩序的同时,还应限制政治对法律的支配。“那时候权力便是一切,而凭仗着权力,便可以逞着自己的意志,放纵无厌的贪欲;欲望,这一头贪心不足的饿狼,得到意志和权力的双重辅佐,势必至于把全世界供它的饕餮,然后把自己也吃下去。”^⑤笔者认为,法治是驯服权力饿狼的重要手段。法治借助规则的非人格化约束政治的恣意,并以规则的普遍性排斥特权,法律实体和程序规范敦促政治决定的审慎,造就以基本权利保障为核心的政治文明。

(二) 政治问题与法律中的飞地

“从其基本规定性来说,法律的方式与政治的方式反映的是人类处理公共生活的不同模式,它们对应于人类共同生活中稳定与变易这两种既不相同、但又不可有所偏废,而且必须相互平衡、甚至互为前提的需要”。^⑥政治的法治化并非为政治建立密不透风的法律篱笆,法律对政治的机械化处理既不可行也极端危险。

① Lee Epstein, Thomas G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America: Institutional Powers and Constraints*, 4th edition, Congressional Quarterly INC, 2001. pp. 411-413.

② 管欧著:《法学绪论》(第72版),台湾五南图书出版有限公司1997年版,第137页。

③ [美]E. 博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第226页。

④ 卓泽渊著:《法政治学》,法律出版社2005年版,第39页。

⑤ [英]莎士比亚:“特洛伊罗斯与克瑞西达”,朱生豪译,载《莎士比亚全集》(四),人民文学出版社1994年版。

⑥ 唐士其:“现代社会的法治:法律与政治的平衡”,载《国际政治研究》2007年第1期。

“上帝的归上帝,恺撒的归恺撒”,政治领域中保留法律不得干预的飞地,司法审查中所谓“政治问题”(Political Question)就是典型代表。政治问题源自美国法,其他国家也有类似规则,例如,德国法上不受司法管辖的高权行为、法国法上政府行为、英国法上国家行为及日本法上统治行为等。^① 美国法院只受理具有“可审查性”(Justiciable)的案件,而所谓可审查性,一方面指案件关系一项受法律保护的权力,冲突中存在真实、明显利益,以及纠纷已经具备司法行动的“成熟”(Ripe);另一方面要求对案件的司法裁决较国会或总统更适宜,后者就是指政治问题。^② 1962年Baker v. Cart一案中,美国最高法院针对州选举法对选区划分是否属于政治问题,提出判断政治问题的基准:宪法是否已经明文将该问题委托给平行的政治机关;是否缺乏解决问题的现成、可操作的司法标准;裁决是否构成对明显非司法裁量事项的政策决定;法院径行裁决,是否表明对平行政治机关欠缺尊重;存在特殊需要,必须遵守无异议的已有政治决定;是否导致不同政府机构对同一问题作出不同意见的冲突。^③ 笔者认为,法院对符合上述标准的案件不予受理,体现司法权尊重其他国家权力的权力分立制衡的精神,更是法律划出政治自治的空间,避免法律对政治的僭越。

(三) 政治法

涉及政治领域的法律规范可以总称为政治法。“政治法”一词最早可见孟德斯鸠的《论法的精神》一书,孟德斯鸠将“人为法”分为国际法、政治法和民法,“社会是应该加以维持的;作为社会的生活者,人类在治者与被治者的关系上是有法律的,这就是政治法”。^④ 稍晚,卢梭在《社会契约论》中将法律分为政治法、民法、刑法及铭刻在公民们内心的风尚、习俗、舆论等真正宪法,整个共同体对于其自身所起的作用,可以用“全体对全体的比率,主权者对国家的比率”予以描述,而“规定这种比率的法律就叫做政治法。并且若是这种法律是明智的话,我们也不无理由地称之为根本法”。^⑤

关于政治法与宪法的关系,大致为以下三种观点:(1)政治法等同于宪法。例如,龚祥瑞认为,“宪法就其作用而言,是国家法,或称政治法”。^⑥ 这种观点符合政治法治化初期的现实,即政治法规范较为贫乏,宪法不仅是政治法的基础,还几乎是政治领域唯一的法律文件。(2)政治法是相对独立于宪法的下位概念。例如,张文

① 吴庚著:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版,第360页。

② Walter F. Murphy, C. Herman Pritchett, Lee Epstein, Jack Knight, Courts, Judges, & Politics: an Introduction to the Judicial Process, 6th, McGraw-Hill Humanities Social, 2006, pp. 259-260.

③ Baker v. Cart 369 U. S. 186, 217 (1962).

④ [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上卷),张雁深译,商务印书馆1961年版,第5页。

⑤ [法]卢梭著:《社会契约论》(修订三版),何兆武译,商务印书馆2003年版,第69页。

⑥ 龚祥瑞著:《比较宪法与行政法》(第2版),法律出版社2003年版,第28页。

显认为,“宪法不等值于政治法,也不应涵盖政治法。政治法以宪法为依据,但二者是不同的”。^① 这种观点是以效力位阶的法律体系为基础,宪法占据众法之上的尊崇地位。但是可能会架空宪法,切断根本制度与具体法律制度的内在联系。(3) 政治法包含宪法。例如,俞德鹏认为,“宪法典属于政治法”。^② 这种观点未能反映宪法的发展,随着宪法对经济、社会乃至文化等领域的辐射功能日益增强,经济宪法、社会宪法、文化宪法等概念已经形成,在这些领域不能以泛政治化视角予以一概而论。笔者认为,政治法是针对政治领域的包含宪法、宪法性法律中政治性规范及其他政治法律的法律部门。

就整个法律体系而言,政治法与经济法、民商法、社会法、行政法、司法法等并列,就政治法自身体系而言,则由以下部分组成:(1) 政治主体法。政治主体法是规定各种类型政治主体的地位、组织、权利、义务、责任的法律规范的总和。政党法等法律应明确政党、政治精英、公众、利益团体、国家机关、国家工作人员等主体的法律身份,既确保政治主体能够充分发挥政治作用,又防范政治主体从事逾越界限的活动。(2) 政治关系法。政治关系法是规范政治主体之间相互关系的法律规范的总和。多元化的政治主体在现代政治中往往存在错综复杂的政治关系,例如,不同国家机关之间的关系、中央与地方的关系、政府与政党的关系、政府与公民的关系。若无法在法律上合理地界定及有效地调整这些纷繁的政治关系,政治格局就容易被扭曲,进而引发政治冲突。^③ (3) 政治行为法。政治行为法是规范各类政治行为的法律规范的总和。政治行为是政治主体追求特定利益而获取、行使政治权力或权利的行为。政治行为的种类繁多,既包括公民、政治精英等个人的政治行为,也包括利益集团、政党、国家机关等团体的政治行为;既包括立法磋商、预算审议、货币决策等官方性行为,也包括集会、游行、示威、宣传、竞选等民间性行为。政治行为不仅影响社会稳定,而且关涉社会资源的分配,必须借助法律的手段予以规范。程序形式是现代法的基本特征,法律作用已经从规则控制行为结果转变为从程序控制行为过程。^④ 因此,政治行为法的核心是制定正当的政治程序,以保障政治的理性化、有序化运作。

三、法政治学范式的回溯与前瞻

法学、政治学分别以法律、政治为各自研究的基本对象,而法律、政治相互关联,

① 张文显:“建立社会主义民主政治的法律体系——政治法应是一个独立的法律部门”,载《法学研究》1994年第5期。

② 俞德鹏:“论政治法及其与宪法典的关系”,载《政治与法律》2008年第2期。

③ 黄文艺:“十六大之后中国政治法的发展”,载《法制与社会发展》2003年第4期。

④ 孙笑侠著:《程序的法理》,商务印书馆2005年版,第56页。

又彼此互动,这在法学、政治学之间建立天然的联系,造就法学、政治学的交叉、边缘领域,并逐步形成法政治学的研究范式。

(一) 西方政治学与法学的交叉研究

部门哲学是对具体部门或领域的事物及现象的本体论、认识论及存在论的思考,政治是法律的基础,因此法哲学中诸如价值、原则等基础性问题也同样是政治哲学的研究对象。尤其是法学、政治学的学科草创时,二者的关系难解难分。例如,柏拉图及其《理想国》、《政治家》和《法律篇》,亚里士多德及其《政治学》,霍布斯及其《利维坦》,洛克及其《政府论》,边沁及其《道德与立法原理导论》,孟德斯鸠及其《论法的精神》,卢梭及其《社会契约论》和《论人类不平等的起源》等,既是法学又是政治学的代表人物及经典著作,即使社会科学一统时代已远去,诸如罗尔斯及其《正义论》等也获得近现代法学、政治学的同等重视。

西方法学与政治学的交叉不仅体现在形而上的哲学层次,在理论与制度研究中也存在。“理性主义与经验主义是西方政治法律学说中的两种基本的立场和方法”。^① 分析法学是理性主义的典型代表。分析法学反对法学研究中掺入价值判断和意识形态因素,研究以实在法为出发点,即以各种法律概念、规则为语义分析对象,探讨“法律是什么”。但是,分析法学未能隔绝法与政治的联系。例如,分析法学之父奥斯丁认为,实在法区别其他法的本质在于它是主权者的命令,而何为主权者、主权者如何制定颁布命令以及命令怎样发生效力则属于典型的政治问题。此外,凯尔森、哈特、拉兹等分析法学的后继者虽然抛弃“最高统治者”,但是他们都认识到法律的效果或效力的经验测试是必要的,^②这依旧隐含一个政治命题。理性主义将法学塑造成一个技术性和客观的学科,但是波斯纳分析美国20世纪50年代及60年代早期的法律自主性确信的根本原因是,此时美国的智识图景是世俗的、人文的、爱国的和中性的,令人惊叹地没有意识形态争议,这就促成不是从政治上而是从技术上对法律的思考。^③ 经验主义则致力于法律、政治实存的现实分析,而不是理想化的建构。法社会学就是经验主义的典型代表,例如卢曼认为,政治与法律的运作是分别被认同的,“因为两个系统都是自己生产自己并以此来决定他们自己的界线”,^④而两个系统又存在“结构性联系”。20世纪七八十年代在美国风起云涌的批判法学运动,以“法律就是政治”为口号,以怀疑态度、解构性策略及语义阐释方法对自由主义法律传统、法律推理、司法程序、法律职业、法学教育及宪法、合同法、侵权法、刑法、

① 汪大贤:“对立与依存:法与政治关系的两大传统”,载《学习与探索》2005年第5期。

② Jeremy Waldron:“法律哲学与政治哲学”,庞正译,载《金陵法律评论》2004年春季卷。

③ [美]理查德·A.波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第532页。

④ [德]卢曼著:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第229页。

劳动法等予以批判。法批判学师承法律现实主义,又借鉴韦伯、马克思、德里达等理论,否定法律的中立性和客观性,认为利益、意识形态等政治因素决定法律的非确定性,因此又被称为“法政治学”。法批判学指出,“法律,尽管是不确定的,尽管是政治化的,而且更多情况下是保守的,尽管它的职能是把现存的社会和权力关系合法化,但是它仍然是一个政治斗争的主要舞台”。^①

(二) 我国法政治学范式的生成

新中国成立后相当长时期内,基于对马克思理论的错误解读,在以“阶级斗争为纲”的思想指导下,法律的本质和职能被片面地认为仅仅是阶级斗争的专政工具,法律因此服从于政治并成为政治运动的奴仆,相应地,没有真正意义上的法学,而只是政治学或国家学的部分。因此,我国现代法学传统很薄弱,“可以说到 1970 年代末、1980 年代初才重新开始,并且即使在初期,也很难说是探索新知意义上研究,更多是恢复重建意义上的研究”。^② 苏力将我国近 30 年以来法学研究发展分为政法法学、诠释法学和社科法学三个阶段:^③(1)1978 年起贯穿整个 20 世纪 80 年代的政法法学。这是法学拨乱反正的恢复阶段,主流法学处于浓重的意识形态的政治传统和社会氛围之中,以较为吊诡的方式将法学的一些禁忌题目从极左政治和僵化政治中解脱出来,即通过对马克思等政治著作和政策文件的摘章引句地分析,在政治上构建法律和法学的正当性。(2)20 世纪 80 年代中期开始,一直贯穿整个 90 年代的诠释法学。这一阶段中立法的增多、法律职业的产生、国外法学著作的引入以及法学科班出身人才的增加,为法学疏离政治话语进而创造自身的专业技术语言提供现实条件。诠释法学高度重视具体的法律制度和技术问题,以概念和规则分析解决实践中法律问题为目的,这既是对政法法学的延续,继续对极左政治的批判,又是一种反拨,从意识形态走向技术。但是,诠释法学或法条主义是以一种法律存在先验的、固有的逻辑结构或方案为依凭的,“进而对这种逻辑结构或逻辑方案的‘发现’、分析和注释也在很大程度上是与中国‘现实’生活世界不相关的”,^④对法律与政治关系的处理有矫枉过正之嫌。(3)20 世纪 90 年代中期至今的社科法学。社科法学不满足对概念、规则的解释,而是试图探讨支撑法条背后的社会历史根据,尤其是在这个经济社会转型的阶段。社科法学的核心问题是发现法律制度和具体规则与社会生活诸多因素的相互影响和制约,将法律话语与社会实践联系起来,考察法律的实际

① [美]戴维·凯瑞斯编著:《法律中的政治——一个进步性批判》(原书第三版),信春鹰译,中国政法大学出版社 2008 年版,第 14 页。

② 苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社 2004 年版,第 9 页。

③ 同上,第 9~20 页。

④ 邓正来著:《中国法学向何处去——建构“中国法学理想图景”时代的论纲》,商务印书馆 2006 年版,第 73 页。