

所以“依法治国”包含了治国者受议会法律的约束,有权力制约的因素,且法律的具体性使对政府的约束也比较具体;而“依宪治国”中的“宪”是较为原则的,这种原则性使“依宪”意味着给依宪者极大的自由裁量权。在法治国家,拥有这种权力的一般是议会,议会是最主要的依宪者,即依宪立法(违宪审查机构是偶尔的依宪者,政府和法院则主要都是依法——依法行政、依法办案)。而依宪治国的“治国者”几乎不可避免地主要指向最高行政当局,这样当“依宪”和“治国”连接在一起时,就暗含着给最高行政当局以极大的自由裁量权,这样就将依宪的主体由议会转换成了政府。

虽然笔者也认可“依法治国”包括“依宪治国”(“法”在此应做广义理解,即包括宪法),但对高调宣传“依宪治国”不免有些隐约的担心,觉得不如“依法治国”、甚至“依法办事”来的踏实。依宪治国针对的是国家这一抽象的整体,宪法又十分原则;依法办事是针对局部而言,法律比较具体。前者固然高屋建瓴,但也容易大而化之,后者虽然具体琐碎,但却是实践法治的必由之路。我们过去的教训是,口号喊得多,落实的少,大原则讲的多,具体措施少,因此要真正落实“依宪治国”,还是应从落实“依法办事”开始,在依宪立法之后,重点是依法行政、依法办案、依法监督。

依法治国与依宪治国的关系

牟宪魁(山东大学法学院教授)

“宪法是国家的根本大法,人民权利的保障书”。这种说法一般人皆耳熟能详,朗朗上口。但或许因为如此,宪法一方面给人神圣崇高的感觉,另一方面却变成大家敬而远之甚至漠不关心的对象。^[1]在我国,“我们距离宪法有多远”之所以成为今天的研讨主题,还有一个现实的原因,就是国家机关宪法责任的追究机制与人民宪法权利的救济机制仍有待完善,宪法虽然具有最高效力,但在法治体系中一直处于“休眠状态”,以至于被大家遗忘。

宪法“休眠”所带来的,是对“依法治国”的各种议论和不同解读。我国宪法第5条第1款规定,“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”。其中,“依法治国”作为我国宪法的“方针规定”,在学理上应怎样解释?尤其是,“依法治国”在20世纪90年代入宪之后,法学界又提出了“依宪治国”的概念,^[2]二者的关系应如何把握?笔者认为,如果从宪法学的角度来阐释“依法治国”的内涵,我们可以获得这样的共识:依法治国的首要之义就是依宪治国,摇醒宪法这个“睡美人”是落实“依法治国”和“建设社会主义法治国家”的必然要求。

[1] 许志雄:《现代宪法论》,元照出版公司2008年版,第1页。

[2] 例如,莫纪宏:《依宪治国是依法治国的核心》,《法学杂志》1998年第3期;李步云:《依法治国重在依宪治国》,《中国人大》2002年第17期;周叶中:《依法治国首先是依宪治国 关于宪法与公民生活的演讲》,《中国律师》2002年第12期;许崇德:《依宪治国 执政为民》,《党建》2004年第5期;韩大元:《树立宪法权威 推进依宪治国》,《检察日报》2013年6月4日。

一 依法治国之“国”应作何解？

“依法治国”或“依宪治国”的政治意义，在于提示党政机关工作人员在行使权力时要“依法办事”、“依宪办事”。因而，依法治国之“国”极易被解读为国家事务或作为行政相对人的公民及社会组织，与“依法行政”十分接近。然而，宪法所规范的是国家权力的基本架构与权限划分，从中很难找到关于国家机关的组织及职权行使的具体规则。如果对依法治国之“国”做那样的理解，“依宪治国”就很难在逻辑上成立，宪法“休眠”反而成了顺理成章的事情。

从《宪法》第 5 条的文脉来看，“实行依法治国”之目标，在于“建设社会主义法治国家”。“法治国家”或“法治国”（Rechtsstaat）作为公法上的重要概念，最初源自德国，^{〔3〕}其基本含义是国家权力尤其是行政权力必须依法行使。在我国，也有“法治政府”、“法治行政”的说法。不论是“法治国家”，还是“法治政府”、“法治行政”，其指向的都是国家权力。因此，在宪法学上，“依法治国”所谓的“国”是指国家权力，而非国家事务。

与法治相对应的概念，是人治。实际上，绝对的法治和绝对的人治都是不可能存在的。法治离不开人来制定、解释和应用法律规则，人治也离不开法律规则来贯彻人（权力者）的意志。所以，我们有时会觉得法更重要，有时会觉得人更重要。其实，二者哪个重要，要看法律规则是怎样制定、解释和运用的。^{〔4〕}如果掌握国家权力之人对法律规则的制定、解释和运用合乎正义原则，符合人民的利益，我们就觉得法更重要，认为这是一个法治政府。反之，如果法律规则朝令夕改、量身定做、随意解释，我们就会觉得人更重要，即使法律规则再多，也不过是徒具法治外衣的人治。因此，法治与人治的根本区别在于，掌握国家权力之人是怎样制定、解释和运用法律规则的。如果国家权力被滥用，法在人民的心目中，就不是这个社会的基本规则，法治的秩序也就无从确立。不论是新加坡，还是香港，法治的成功经验不是治民，而是治官，由此奠定了全社会的是非观念和守法意识。可见，国家权力服从法治，法治才能取信于民，人民才会选择守法。

二 如何理解依法治国之“治”？

按照亚里士多德的观点，法治包括两个方面的要素，即良法（法治之法）与守法（法治之治）。^{〔5〕}改革开放以来，我国在法治建设方面的进步有目共睹。现阶段，法律体系已初步形成，基本实现了“有法可依”（法治之法），但在“有法必依”（法治之治）方面，还需要继续努力。其根本原因在于，对国家权力行使的监督制约有待强化。而要解决这个问题，就必须落实“依宪治国”，让“纸上的宪法”变成“行动中的宪法”。

我国宪法关于国家权力的制度设计，采取了全国人大以及一府两院之间的监督制约机制，这体现了宪法学和政治学关于国家权力的基本原理。因此，在学理上，依法治国之“治”

〔3〕 法治国家的概念在英语、法语等其他拉丁语中无法找到。参见邵建东：《从形式法治到实质法治——德国“法治国家”的经验教训及启示》，《南京大学法律评论》2004 年第 2 期，第 162 页。

〔4〕 张慰慈：《宪法》，（上海）商务印书馆 1933 年，第 1 页。

〔5〕 [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

指的是监督制约。习近平总书记最近明确提出,“要加强对权力运行的制约和监督,把权力关进制度的笼子里,形成不敢腐的惩戒机制、不能腐的防范机制、不易腐的保障机制”〔6〕。这其实正是对“依法治国”方针的具体阐述,也指明了法治对党的执政能力建设的重要意义。

加强对权力的监督制约,意味着从权力的自律走向权力的他律。缺乏权力的他律,权力的自律必然会松懈废弛。目前,立宪与行宪之间存在的落差,恰恰集中在公权力缺乏有效的外部监督制约机制方面。首先,我国宪法规定,政府和法院、检察院向同级人民代表大会负责,受其监督,并赋予了人大代表监督政府的各项职权。因此,应通过完善人大代表制度,强化人大对政府的监督功能。其次,法院作为“既无财权又无军权”的“最不危险的部门”,发挥着救济私权、制约公权的角色,但在实践中,以法官素质、司法腐败为考量的错案追究制和审判监督制度体现了对法官的不信任,在一定程度上弱化了司法独立原则和法院制约公权、救济私权的功能。另外,就法治体系的架构而言,“制度的笼子”还存在一些大的疏漏。例如,行政程序法仍停留于草案阶段,抽象行政行为不具有可诉性,违宪审查机制还只是空中楼阁。

三 依法治国之“法”包括宪法,为何还要提“依宪治国”?

如何建造“制度的笼子”?在以公权力为规范对象的公法领域,依法治国之“法”仅指宪法和法律。而宪法具有最高效力,是衡量法律良善与否的标准,因此,依法治国之“法”首先是指宪法,“依宪治国”是“依法治国”的应有之义。问题在于,二者之间究竟有何本质区别,值得我们特别提出“依宪治国”的概念?

法治有形式法治与实质法治之区分。依法治国在形式法治的意义上,是依法律制约国家权力,强调“法律之治”;在实质法治的意义上,则是依宪法制约国家权力,强调“宪法之治”。在德意志帝国时期,法治国家的标准是制定出法律,实行依法行政。〔7〕其结果,宪法上的基本权利被理解为仅是纲领性的原则或准则,必须经由法律规定才能“激活”。这种形式主义的法治国家其实无异于“依法律治国”。二战之后制定的联邦德国基本法吸取纳粹主义利用立法破坏魏玛宪法体制以及侵犯人权的历史教训,对奉行立法至上、依法行政的形式主义法治国家理念进行反思,设立了监督制约立法权的宪法法院。由此,基本权利不再只是一种纲领性、宣言性、待“激活”的原则或准则,而是作为法官审查立法行为及行政行为是否合宪的法规范,拘束立法、行政及司法。〔8〕与以往的“依法律治国”(行政法国家)的形式主义法治国家理念相比。这种“依宪法治国”(宪法国家)的实质主义法治国家理念之最大

〔6〕《更加科学有效地防治腐败坚定不移把反腐倡廉建设引向深入》,《人民日报》,2013年1月23日第1版。

〔7〕陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第95页。例如,德意志帝国末期的行政法学家奥托·迈耶认为,“法治国家就是经过理性规范的行政法国家”(〔德〕奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第60页)。其目标在于,在专制国家的基础上建立起保护公民权利的法律制度,并建设法治国家。他在著作序言中有这样的名言:“宪法灭亡,行政法长存”,然而,战后的行政法发展印证了另一个论点:“行政法是宪法的具体化”。参见〔德〕何意志:《德国现代行政法学的奠基人 奥托·迈耶与行政法学的发展(代中文版序)》,载奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第4页、第14页。

〔8〕参见邵建东:《从形式法治到实质法治——德国“法治国家”的经验教训及启示》,《南京大学法律评论》2004年第2期,第164-166页;陈新民:《宪法基本权利之基本理论(上册)》,元照出版公司1999年版,第2页。

区别在于,将法治的监督制约对象从行政权扩及立法权,从而完善了“法治国家”的内涵。

可见,“依宪治国”的特殊意义就在于,法治之“法”必须是合宪的良法,立法权的行使也属于法治体系的监督制约范围。对此,我国《宪法》第 5 条第 3 款和第 4 款规定,“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”,“一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”。这就需要激活违宪审查机制,由释宪机关对国家权力的行使合宪与否做出判断,对违宪责任进行追究。

四 谁来依宪治国? 是释宪机关,还是另有其人?

谁是“宪法的守护者”?早在 1929 年,德国学者施密特对此专文讨论,认为应将宪法保障的职责托付于由全体人民选出且在政治上中立的总统。^[9]而在同一时代的美国,首席大法官休斯提出,“我们臣服于宪法之下,但什么是宪法,却是由法官来告诉我们”。^[10]这是因为,如果要让法官在宪法和法律之间选择宪法,就必须承认法官作为宪法的代言人,有权解释宪法的含义以及法律是否合宪。这让我们不禁联想到在教堂里宣讲圣经的神父。我国《宪法》第 67 条规定,全国人大常委会行使“解释宪法,监督宪法的实施”的职权,因此,法院虽然与其他国家机关一样负有遵守和保障宪法的义务,但全国人大常委会作为释宪机关,行使最终性的宪法解释权。

然而,如果认为释宪机关是“依宪治国”的主体,就会陷入这样的悖论:宪法解释权本身也是国家权力,那么,谁来监督监督者?

我国宪法采人民主权原则,作为“国家的主人”(我国宪法序言),人民才是所有国家权力的最终监督者。翻阅国内外的文献,释宪机关往往被冠以“宪法的守护者”之美誉,但实际上,宪法监督机制能否很好地运行,关键在于人民的参与。这是因为,国家权力的行使受宪法基本权利之拘束,一旦违宪行使,往往会挣脱基本权利规范的拘束,构成对人民权益之侵害。作为国家权力行使合宪与否的利益攸关方,人民最具有“依宪治国”的敏感性和积极性。如果制定宪法解释程序法,基本权利救济程序的设计是最为重要的。否则,人民就无法在法治的秩序之内寻找到“依宪治国”的途径。

孟子云,“徒善不足以为政,徒法不足以自行”。法律的实践者是人民,因此,《宪法》第 5 条规定的“依法治国”应解释为人民依法监督国家权力。1945 年,毛泽东主席在谈到能否摆脱“历史周期率”时,就明确指出:“我们已经找到新路,我们能跳出这周期率。这条新路,就是民主。只有让人民来监督政府,政府才不敢松懈。只有人人起来负责,才不会人亡政息。”^[11]忽视权力的他律,“依法治国”就会被误解为国家权力依法管理人民,甚至可能在现实中背离“法治国家”这一价值目标。同样的道理,如果问:谁来“依宪治国”?谁是“宪法的守护者”?答案也应该是人民。这绝非翻唱自西方的“*We the people*”,而恰恰是我们的先哲所训示的“人间正道”。

[9] [德]卡尔·施密特:《宪法的守护者》,李君韬,苏慧婕译,商务印书馆 2008 年版,第 215 页。

[10] Charles Evans Hughes, *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906 - 1908*, with an introduction by Jacob Gould Schurman, New York: G. P. Putnam's Sons, 1908, p. 139.

[11] 黄炎培:《八十年来》,文史资料出版社 1982 年版,第 148 - 149 页;黄炎培:《延安归来》,中苏友好协会 1946 年版,第 43 页。