

4. “法治中国”的实现要通过宪法治理,不能超越宪法。《决定》指出,宪法是保证党和国家兴旺发达、长治久安的根本法,具有最高权威。这是对宪法与国家,宪法与党的关系的新表述。宪法权威是现代法治国家的基本理念,一切按照宪法治理,包括公权力和党的活动都在宪法“统治”下,任何人在宪法面前不享有特权。这是法治的基本要求,也是法治中国实现的基础。根据《决定》的精神,要树立宪法权威,“要进一步健全宪法实施制度机制与程序”,将全面实施宪法提高到新水平,以宪法作为建设“法治中国”法律保障。在宪法权威与政治权威、宪法权威与党的领导、宪法权威与法律权威等问题上我们需要坚持法治的基本底线,不能以任何理由突破法治的界限。

我们知道,《决定》提出了许多改革的新举措,但任何改革都应该有理由与正当性基础,法治是改革的保证,同时也是改革的界限。《决定》强调宪法权威的目的在于,在实现改革任务时坚持改革的合法性,用宪法凝聚社会共识,为“法治中国”的实现寻求更广泛的民意基础。

5. “法治中国”不是地方“法治”经验的升华与提炼。由于没有在国家范围内确立法治的权威,法治在地方生活中日益虚弱,国家法治价值处于断裂状态。为此,需要借助“法治国家”的规范力,促进“法治国家”的建设,树立“国家”法治的权威,使地方服从国家权威,严格遵守宪法和法律,不必推广缺乏理性的地方法治经验。宪法规定,一切法律、法规都不得与宪法相抵触。但目前地方性法规、规章与国家法律规定相抵触的现象是比较严重的,国家的法治标准往往被地方过于“具体化”,损害国家法治的权威,出现法治“被滥用”,法治发展“碎片化”的现象。笔者认为,在法治标准与发展问题上,过于“地方化”的思维是需要改进的,对地方“法治化”的控制也是“法治国家”应有之义,要全面树立国家法治的权威,推行“国家”法治,消除法治的地方化倾向。

法治的个别化模式

林来梵(清华大学法学院教授)

单从语义学角度而言,“法治中国”的用语似乎更有助于表达人类现代法治文明的共同特征,而通常所采用的“社会主义法治(国家、理念)”这一说法则更倾向于强调“法治的中国化”,即基于中国自身独特的历史文化、国情现状以及政治制度所形成的法治的独特内涵。长期以来,后者取向的诠释已被演绎到极致,以致损夺了“法治”应有的普遍内涵。在这一意义上,“法治中国”概念的提出具有某种矫枉过正的重要意义,而如何透过这个概念去建构一个为现代文明社会所能共同理解的法治内涵,也确实成为当今我国法学理论界的一个要务。

尽管如此,笔者还要“煞风景”地指出:“法治中国”归根究底需要完成法治的中国化,而这一进程实际上就是法治的个别化,甚至只是法治个别化的一种模式;要实现“法治”

的理想,中国很可能要先从建构法治的个别化模式开始出发,最终走向现代文明社会共通的法治社会。

一 当今中国法治的理念及特质

中国在历史上曾经拥有一种独特的法治文明并达到高度成就,但随着十九世纪中叶以降西方文明的不断冲击,中国传统的法治文明至少在正式的制度层面上早已趋于式微,与此相应,自20世纪初以来也一直出现引进近代西方式法治文明的努力,然而迄今屡遭挫败。在结束了基于西方文明冲击的百余年大变乱的历史之后,尤其是历经了上世纪六七十年代文化大革命的浩劫与动荡之后,至上世纪末叶,国家治理秩序的稳定成为重大的时代课题,在此背景下通过修改的现行宪法明确规定“依法治国,建设社会主义法治国家”(第五条第一款),宪法学界许多学者认为,这可理解为在规范层面上确立了法治主义的宪法原则。^[1]

然而,如何理解“依法治国”、“法治”等概念,在当今中国学界以及意识形态领域则存在严峻分歧。一方面,部分学者试图努力引进当今西方成熟法治国家有关法治的理念,尤其是英美的法治观念;^[2]另一方面,近年以来,在官方主导的意识形态领域里也开始有针对性地出现了所谓“社会主义法治理念”的理论表述,并对学术界进行了有力的渗透。这种理论认为,“社会主义法治理念”包括了依法治国、执政为民、公平正义、服务大局、(共产党)的领导等内涵,其本质属性就是坚持中国共产党的领导、人民当家作主、依法治国三者的有机统一。^[3]毋庸置疑,这种法治理念的实践形态具有浓厚的意识形态色彩,早在1994年,日本著名比较法学家畑中和夫教授就曾对中国法治的特色做了四点分析,其内容如今基本上仍可适用:(1)与其说它把公民基本权利的保障作为法治的直接目的,倒不如说存在这样的构造,即在第一层意义上是以维护社会主义体制或秩序作为目的的,由此助益于自由权利的保障;(2)为此,守法不仅是针对国家,更主要是针对公民而要求的一种义务;(3)与此相关,必须被遵守的“法”仅被限定于实定法,而不承认担保实定法的“高级法”背景;(4)正因如此,不存在拘束“立法者”的法治,而存在“立法者”的绝对性,即使法治的保障确立了可诉诸司法的形态,但既然拒绝了权力的分立,并立足于民主集中制的原则,最终必然确立以党的领导为保障的形态。^[4]

二 法治的个别化模式:以近代英德法为范例

其实,从世界范围来看,关于法治的核心含义是什么,在近代时期并没有统一的标准,

[1] 参见李步云:《依法治国的理论发展与实践推进》,《法学研究》2007年第4期;韩大元:《宪法实施与中国社会治理模式的转型》,《中国法学》2012年第4期。

[2] 参见张千帆:《宪法实施的概念与路径》,《清华法学》2012年第6期。

[3] 法学界关于“社会主义法治理念”的主流观点,可参见李龙、卓泽渊、李林、徐显明:《法学家眼中的社会主义法治理念》,《光明日报》2009年9月10日第11版。

[4] 参见[日]畑中和夫、T. W. Rtenberger 著:《现代法治国家论》,晃洋书房1994年版,畑中撰写部分,第264页以下。

即使在当时的西方国家也曾存在不同的个别化模式,其中主要有英国“法的统治”(rule of law)、德国的“法治国”(Rechtsstaat)和法国的“合法律性”(légalité)这三种具有不同内容的模式。^[5] 时至二战之后,法治的要义才在各国、尤其是西方宪政国家之间形成笼统的共识,传统英国的“法的统治”模式基本上成为主流,1959 年阐述了“法治的本质”的《新德里宣言》便在此意义上具有里程碑的意义。^[6] 反观中国当今的法治状况,直接完整地移植和采用现代西方成熟法治国家的这种法治观念及其制度是颇为困难的,倒不如策略地借鉴这些国家在近代时期所曾存在的个别化模式,凭借现实中可能具备的具体条件,暂且形成一种具有中国根基的法治模式。^[7] 但鉴于西方诸国的法治在近代时期亦存在英、德、法等不同的个别化模式,为此,究竟要借鉴其中的哪种模式,则有待于具体分析。以下,先简单考察一下英、德、法近代法治模式的不同内涵及特点。

作为近代的强国,英国所形成的法治模式堪称法治的典范,并对迄今为止的美国等英语国家和地区产生了深远的影响。而关于这种近代英国法治的特征,历史上的英国宪法学者戴雪曾归纳出如下三个要点:第一是正规法律的优位,禁止政府专断性地拥有广泛的自由裁量权;第二是法律上的主体平等,要求行政权与普通公民均服从法律,应同样在法院接受裁判;第三则是将宪法作为“通常法律的结果”,意指英国的宪法并非作为一种抽象的宣言而存在的,而是法律在法院实际上被适用的过程中所产生的一种结果,为此其所保障的权利,也可在法院中得到有效的救济。^[8]

作为近代西方后起之秀的德国,其法治模式则与英国有所不同,曾被长期表达为“法治国”,而其在近代时期所确立的则是“形式法治国”的原理,尤其是时至 19 世纪后半期,法律实证主义潮流在德国居于主流地位,在其影响下,法(Recht)被等同于法律(Gesetz),作为基于“法的统治”的法治国家,也就自然而然被理解为实现“依(照)法(律)行政”的国家,而法律是否应该包含保障自由的内容这一点,则不再被视为法治国家的问题。这就是所谓的“形式法治国”理论的主要内容。^[9] 公法学家奥托·麦耶对所谓“依照法律行政”概念的论述,即具有代表性。他认为“依照法律行政”包含如下三点内容:第一、法律的优位原则。行政权的行使不得违反法律,也不允许依照行政法规变更废止法律,变更废止法律的只能是法律本身。第二、唯有法律拥有“法规范”创制力的原则。所谓“法规范”,指的是涉及限制公民权利或者以设定公民义务为内容的法规范,而类似这样的法规范的创制,只能依照议会所制定的法律来进行,而不能依照行政权所进行的立法形式——行政法规。第三、法律保留原则。主要指的是行政权限制公民的权利或者使其承担义务,必须有法律根据。^[10]

[5] 参见[日]野中俊彦、中村睦男、高桥和之、高见胜利著:《宪法》(1),有斐阁 1992 年版,第 25 页以下。

[6] See Ernest Angell, *The Rule of Law at the New Dehli Congress of the International Commission of Jurists*, in *Section of International and Comparative Law Bulletin*, 1959, vol. 3, No. 2.

[7] 关于法律移植理论的反思以及法治现代化的困难,可参见高鸿钧:《法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向》,《中国社会科学》2007 年第 4 期。

[8] A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Edition), London, MacMillan and Co., Limited, 1927, pp. 179 - 201.

[9] 参见陈新民著:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社 2001 年版,第 3 - 28 页。

[10] 参见[德]奥托·迈耶著:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆 2002 年版,第 67 - 76 页。

德国近代的这种“形式法治国”理论,是在立宪主义君主制基础上形成的,在这种制度下,一方面,君主同意与议会共同行使立法权,并接受共同制定的法律的约束,另一方面则将法律事项限定于“法规”,确保行政权能够在广泛的领域中自由行动。这与英国近代的“法治”传统的精神有所不同,后者被理解为抑制专断的权力,“保障英国宪法下所赋予的个人权利”(英国戴雪语)。直到德国人民经历了法西斯统治的残酷体验之后,接近英国法治模式的“实质意义法治国家”原则,才终于确立了主流地位。

而在历经了近代市民大革命的法国,法治,又拥有别具一格的内涵,其核心就是所谓的“合法律性”原则。它又不同于德国式的“形式法治国”,而是在18世纪末大革命以及卢梭思想的影响下,将“法律”界定为是“一般意志的表明”,从而使之具有高度的权威性,自由的内容及其界限,均委之于作为“一般意志的表明”的法律,即议会的立法,而执行权则被限定于是对此种法律的执行。^[11] 这就是第三共和时期所确立的“合法律性”原则的大致要义。但在法国式“主权在民”原则的作用之下,这种“合法律性”原则根本难以质疑或对抗那种在观念上被设定为“一般意志的表明”的法律本身是否具有正当性(这也是法国直至上世纪70年代为止长期无法确立真正完备的立法违宪审查制度的要因之一),或者说法律本身是否侵害了人的基本权利这一问题。^[12] 不过,所幸的是,在第三共和时期,法国确立了一种独特的行政法院制度,将行政的“合法律性”由行政法院加以保障。虽然英国的戴雪曾批判过法国的这种制度,但法国则对此制度能够充分保障人民权利不受行政权侵害而感到十分自负,而且事实上这种制度在第三共和时期也取得了很大功绩。^[13]

三 在“法治中国”之内涵的形成过程中, 我们需要借镜什么

以上就是英、德、法三国在近代时期所形成的不同的个别化的法治模式。而反观当今中国,虽然“建设社会主义法治国家”被写入宪法,目前执政党也倡言推进“法治中国”建设,但应清醒看到:这种“法治”主要还是源于“自上而下”的推动,而未获得“自下而上”的强大托力,其要义还未最终形成;加之,当今中国社会的急剧转型不但促使了公共权力的强化,同时也对国家在民众生存照顾(即中国所谓的“民生”)的积极职能上提出了更高的要求,^[14]这使得中国法治内涵的形成在初始阶段就遭遇到了严峻的挑战。再者,在当今中国的现实中,由于中国共产党是国家统合的主导力量,这从根本上决定了当今中国的法治并不可能与当今西方诸立宪国家共享完全相同的定义,而不得不从个别化的法治模

[11] 法国的公意学说以及由此导致的立法权至上,可参见方建中著:《超越主权理论的宪法审查:以法国为中心的考察》,法律出版社2010年版,第24-44页。

[12] See John Bell, A French Lesson in Judicial Review, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 1986.

[13] 戴雪对法国行政法院的批评, see *supra* note 5, pp. 380-401; 对于法国行政法院的发展以及其优缺点, 参见张莉:《独具特色的法国行政法院制度》, 收于氏著《当代法国公法——制度、学说与判例》一书, 中国政法大学出版社2013年版, 第255页以下。

[14] 自孙中山三民主义学说以来, 民生一词就是思考我国法政问题的关键点之一, 参见章渊若著:《现代宪政论》, 中华书局1934年版; 以及《现代法制概论》, 商务印书馆1934年版等等。

式开始着手进行法治内涵的建构。

在此过程中,中国应该重返传统法治文化观念的基底,发掘其优雅高贵的合理要素,尤其要重视中国文化传统中公共权力自我约束观念的现代意义,同时亦锐意吸收西方主流法治国家有关法治的要义,形成一种兼容并包的、面向未来的开放性的法治观念,特别是要借鉴英、德、法三国近代的法治模式,分别汲取其各自合理的部分。以下,依次对三者做出简要的评价和建议。

关于英国的“法的统治”模式:该模式是理想的,而且具有重大的当代意义,但由于这种模式是在较为漫长的历史传统中生成的,横向移植存在较大困难性。尽管如此,该模式将法治的主要精神理解为抑制肆意的权力,以保障个体应有的自由权利这一点,值得我们予以充分重视。

关于德国近代的“法治国”模式:这是市民社会尚未成熟发展时期的一种法治模式,蕴含了通过法治及其技术系统来赋予统治的合理性、并将统治者自身也纳入法的约束之中的智慧,这一点最值得当今中国借鉴。但这种模式也具有明显的缺陷,最为典型的就是法律保留虽然曾确立了只能依照法律才能限制人民权利的原则,但最终还是转化为只要依照法律就能够限制人民权利。

关于法国近代的“合法律性”模式:该模式在中国学术界向来没有受到重视,其在违宪审查制度确立过程中的困境亦值得当今中国学者注意,但是,它提供了一种启示,即在无法对立法的正当性提出质疑或审查要求的制度框架下,也可以通过设立行政法院来保障执行权的合法律性,并在此延长线上保障人民的合法权利。毕竟,英美式的“司法独立”在当今中国一时难以完整实现,而在中国传统政治法律文化中,自古则不乏公共权力自我约束的观念和制度,并存在行政机关内部分权制衡的独特传统。在此意义上,法国的法治经验同样也值得重视。

将国际通行规则与中国实践相结合

沈国明(上海市社会科学联合会教授)

一 继续大力推进法治中国建设

在 35 年改革开放的进程中,我们大量引进现代法治理念和制度,取得了举世公认的进步。与我国社会主义初级阶段相适应的法律体系已经形成;执法司法状况取得了很大进步。在十八届三中全会全面深化改革的大背景下,法治建设正面临突破,可以相信,2014 年及其今后相当一个阶段,法治将呈现持续进步的态势。

以往的历程已经将立法质量、司法执法水平也就是影响法律有效性的问题,突出地提到了我们面前。法律是理论系统,也是实践系统,是规范性法条的文本和解释,也是社会