

国家社会科学基金一般项目最终成果

Research on The Theory of Government Under The
Rule of Law With Chinese Characteristics

中国特色政府法治论研究

杨海坤 章志远 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社会科学基金一般项目最终成果

Research on The Theory of Government Under The
Rule of Law With Chinese Characteristics

中国特色政府法治论研究

杨海坤 章志远 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国特色政府法治论研究/杨海坤,章志远著. —北京:
法律出版社,2009.1
ISBN 978-7-5036-9259-8

I. 中… II. ①杨…②章… III. 国家机构—行政管理—
研究—中国 IV. D630.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第016052号

© 法律出版社·中国

中国特色政府法治论研究

杨海坤 著
章志远

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16
版本 2008年12月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 30.75 字数 466 千
印次 2008年12月第1次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
经销 新华书店
责任印制 张宇东

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9259-8

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录 / CATALOGUE

绪论 权由民所授 权为民所享	1
一、宪政:民主与法治的结合点和平衡点	1
二、从具有形式宪法到具备实质宪政	8
三、实现宪政和法治的基本条件和现实路径	12
四、用中国特色社会主义理论体系指导我国宪政建设	20
五、在实现宪政的背景下建设法治政府	28
六、宪政背景下的行政法目标模式——综合的、均衡的行政法治模式	42
七、在宪政目标下实现我国行政法治的主要途径	50
八、以科学的宪政理论推动行政法治建设	59
第一章 行政法理论基础研究概说	64
第一节 行政法理论基础研究之缘起	64
一、我国宪政运动和宪政思想产生的“先天不足”	65
二、当代剧烈社会变革所提出的时代课题	68
三、行政法学科自身发展的现实呼唤	74
第二节 行政法理论基础学说概览	77
一、国内相关学说之概览	77
二、域外相关学说之概览	92
第三节 行政法理论基础研究之评价	98
一、已有研究之理论贡献	99
二、未来讨论之注意事项	108

第二章 政府法治论概说	118
第一节 政府法治论提出的背景	118
一、政府法治论创立者的学术背景	118
二、政府法治论创立者的学术历程	121
第二节 政府法治论的主要内容	124
一、政府法治论的立论基础	124
二、政府法治论的核心思想	137
三、政府法治论的实证基础	140
第三节 政府法治论倡导的行政法理论体系探讨	142
一、重构行政法理论体系的时代背景——迈向以回应真实世界 为己任的新行政法	143
二、政府法治论在构造行政法理论体系中的逻辑铺垫	148
三、基于行政过程理念的政府法治论——方法论角度重构行政法 理论体系	153
四、政府法治论倡导的行政法理论体系的基本设想	158
第四节 政府法治论与其他诸说的关系	159
一、政府法治论与公共利益本位论的关系	160
二、政府法治论与控权论的关系	162
三、政府法治论与管理论的关系	164
四、政府法治论与服务论的关系	165
五、政府法治论与平衡论的关系	167
第三章 政府依法律产生	169
第一节 政府依法律产生的内涵	169
一、政府依法律产生的含义	169
二、政府依法律产生的意蕴	170
第二节 政府依法律产生的理论演变	177
一、国外有关政府产生的理论演变	178
二、中国有关政府产生的理论演变	184
三、小结	187

第三节 政府依法律产生的现实路径——从选拔型 社会到选举型社会的分析	188
一、选拔型社会——集权专制留存的“温床”	188
二、选举型社会——民主政治的“理想彼岸”	191
三、从选拔型社会到选举型社会——“政府依法律产生”信条下的 应然路径	193
第四章 政府由法律控制	199
第一节 政府由法律控制的内涵	199
一、实体控权或程序控权：政府由法律控制的传统模式及其弊端	199
二、综合的控制：政府由法律控制的现代模式	200
三、政府由法律控制符合现代行政法治的客观要求	207
第二节 政府由法律控制的理论演变	213
一、政府由法律控制理论的萌芽	213
二、政府由法律控制理论的发展	215
三、实体规则控制模式的确立	217
四、实体规则控制模式的危机	220
五、程序规则控制模式的兴起	222
第三节 政府由法律控制的现实路径	223
一、控制的新方向：加强对新型行政行为和行政事实行为的控制	224
二、控权的新内容：通过法律赋予和扩大公民知情权	230
第五章 政府依法律善治	234
第一节 政府依法律善治的内涵	234
一、政府依法律善治的含义	234
二、政府依法律善治的基本内容	240
三、政府依法律善治的现实意义	250
第二节 政府依法律善治的理论演变	252
一、秩序维护时期	252
二、政府管制时期	253
三、依法律治理时期	257

四、善治——新的政府治理理想目标	259
第三节 政府依法律善治的现实路径	263
一、继续进行行政机构改革,实现向服务型政府的转变	263
二、政府依法让渡权力,转变政府经济职能	264
三、政府依法让渡权力,转变政府社会职能	269
四、政府依法律善治条件下公民社会自觉秩序的形成	274
五、发挥能动行政法治模式的积极治理功能	278
六、重视紧急状态下的政府治理	279
第六章 政府对法律负责	288
第一节 政府对法律负责的内涵	288
一、政府对法律负责的内涵	288
二、政府的法律责任与其他责任的关系	290
三、政府承担法律责任的形式	293
第二节 政府对法律负责的理论演变	296
一、政府对法律无责任阶段(1949~1979)	297
二、政府承担有限法律责任阶段(1979~1997)	297
三、政府承担完全法律责任阶段(1997年至今)	299
第三节 政府对法律负责的现实路径	300
一、政府对法律负责的现实障碍:不正当利益政治的困局	300
二、走出不正当利益政治困局的关键:实现向责任政治的转变	307
三、政府对法律负责的重要制度安排:行政问责制	312
第七章 政府与公民关系平等化	319
第一节 政府和公民关系平等化的功能性期待	319
一、“政府和公民关系平等化”承载着政府法治论逻辑归属的角色期待	319
二、“政府和公民关系平等化”承载政府法治论的目标定位	320
第二节 政府与公民关系平等化的内涵	322
一、政府与公民关系平等化的诠释	322
二、行政过程中政府与公民关系的平等化	324

三、监督行政中政府与公民关系的平等化	328
第三节 政府和公民关系平等化的理论演变	329
一、西方国家政府和公民关系平等化的进程	330
二、我国政府和公民关系平等化的逐步展开	332
第四节 政府和公民关系平等化的现实路径	338
一、公民参与的宪政价值	339
二、从行政给付领域到行政秩序领域——公民参与范围的逐步拓展	340
三、从个体式参与到群体式参与——公民参与形式的多样化发展	351
四、从被动式参与到主动式参与——公民参与意识的深刻转变	353
第八章 政府法治论的实证研究	
——以已生效的《行政许可法》为例	355
第一节 行政许可设定体现政府法治精神	355
一、行政许可的设定——从“全能政府”到“有限政府”	356
二、对行政许可设定制度的反思——“有限政府”的进一步贯彻与落实	364
第二节 行政许可实施体现政府法治精神	368
一、服务政府在行政许可实施中的体现	368
二、诚信政府在行政许可实施中的体现	374
三、对行政许可实施制度的反思	376
第三节 行政许可监管体现政府法治精神	379
一、法治政府精神在行政许可监管中的体现	379
二、对行政许可监管制度的反思	384
第九章 政府法治论的实证研究	
——以将制定的《行政程序法》为例	388
第一节 我国行政程序法法典化之努力	389
第二节 政府法治论与行政程序法法典化	393
一、政府法治论与行政程序法目标模式	393
二、政府法治论与行政程序法的基本原则	398
三、政府法治论与行政程序法的基本制度	402

四、政府法治论与行政程序法律责任	408
第三节 我国行政程序法法典化之初步构想	412
一、中国行政程序法法典化的现实基础	413
二、中国行政程序法法典化的现实困难	417
三、中国行政程序法法典化的因应之策	420
第十章 政府法治论的发展趋势	424
第一节 政府法治论的理论优势	424
一、浓郁的本土特色	424
二、强烈的时代气息	428
第二节 政府法治论的理论不足	434
一、哲学思辨色彩还不够浓烈	435
二、群体参与意识还不够强烈	436
三、吸收相关成果还不够广泛	437
四、整体目标定位还不够清晰	438
五、实证意识还不够强烈	439
第三节 政府法治论的努力方向	440
一、进一步明确政府法治论的目标定位	440
二、积极参与学术争鸣与对话,借鉴和吸收其他学说的理论成果	449
三、特别注意引入相邻学科的研究成果,夯实理论基础	453
四、进一步深入行政法制度建设的实践,提升理论的市场化、社会化的程度	457
五、加强核心命题的梳理和方法论的更新	459
余 论	462
一、尊重和保障人权,尤其是尊重和保障行政相对人的自由是政府法治论的深刻底蕴	462
二、构建社会主义和谐社会及和谐行政是政府法治论的社会功能和目标	468
主要参考文献	472
后 记	477

绪 论

权由民所授 权为民所享

——中国特色政府法治论的宪政背景研究

政府作为国家的核心部分,同国家一样,不是从来就有的,而是人类社会发展 to 一定历史阶段的产物。然而,每个历史时期的政府却具有明显不同的性质和特点。回顾 20 世纪最后 20 年中国改革开放所取得的文明成果时,我们可以非常自豪地说,法治国家以及法治政府目标的确立标志着中国开始大步迈向现代文明国家。经过建国以来长达半个世纪的艰苦摸索,“依法治国,建设社会主义法治国家”的战略目标终于被郑重地写入现行宪法之中。与此同时,中国政府对自身也明确提出了“建设社会主义法治政府”的战略目标,显示了中国在政治文明建设方面取得了前所未有的历史性进步。特别是中共十七大全面系统地阐述了科学发展观的科学内涵、精神实质和基本要求,更进一步明确要求“全面落实依法治国基本方略,加快建设社会主义法治国家”,并把“法治政府建设取得新成效”作为实现建设小康社会奋斗目标新要求的重要内容。摆在我们面前的任务是:在确立了正确目标的前提下,我们如何脚踏实地地实现这些目标。研究中国如何走向宪政、走向法治、走向法治政府的具体途径,特别是研究如何在实现宪政背景下建设符合中国国情、符合中国人民利益的具有中国特色的法治政府。我国公法学界特别是行政法学界应该自觉地把加快法治政府建设作为当前最重要的研究课题。

一、宪政:民主与法治的结合点和平衡点

“争人权的人先争法治;争法治的人,先争宪法。”^①各国人权进步的历史宣

^① 罗隆基:“论人权”,载《新月》第 2 卷(1929 年)第 5 号。

示了这一真理。或许是宪法本身寄寓着人类太多的幸福憧憬,诸如“自由”、“人权”、“平等”、“民主”、“法治”、“宪政”等一系列名词在法学、政治学研究论著中频频出现,构成了这些学科特有的价值理念与人文关怀,同样也激起了无数追求幸福的人们对于这些问题探究的无穷乐趣。然而,这些概念本身的定位以及概念与概念之间的关系,往往成为从不同角度进行观察而又众说纷纭的问题。^①其中,“民主”、“法治”、“宪政”这三者之间的关系更是异乎寻常地密切,区分这些概念并辨析它们之间的关系成了我们首先必须面对的问题。

美国哈佛大学退休教授、1998年诺贝尔经济奖获得者阿玛蒂亚·森曾经指出:“若要在20世纪里发生的诸多进步中选择一项最重要的,那么,我会毫无困难地指出,那就是民主的兴旺”;“到了遥远的将来,当人们回首这个世纪的历程时,他们会发现,民主制度出现后被广泛地接纳为政府的组成形式,恐怕没有比这意义更重大的事了。”^②诚哉斯言!美国学者亨廷顿由此将现在的民主阶段称为民主长波中的“第三波”:“今天,千百万以前曾在独裁专制统治者下受苦受难的人生活在自由之中。……民主制度在如此短的时间内急速成长,毫无疑问,是人类历史上最壮观的,也是最重要的政治变迁。”^③那么,这一变迁又是如何实现的呢?简单地讲,自由是民主的基础。经济自由化则是政治民主化的先声,以自由为特征的市场经济是政治民主得以确立的前提。从理论上而言,人们一般认为,自由与平等之间存在着深刻的矛盾,自由竞争在一定条件下可能会妨碍社会平等的实现,而寻求自由与平等的契合点,就有赖于民主得以完成。在笔者看来,民主是兼顾自由与平等并使两者得以融合的不可或缺的机制。现代民主政治的宗旨在于:建立可以容纳各社会阶层、各利益群体代表的政治体制,既实现社会成员之间公开、理性的自由竞争,又满足他们对平等的强烈期待,从而在制度层面上为长期的政治稳定和发展创造基本的条件。至于民主制度的

① 例如,我国宪法学者林广华先生在其“论宪政与民主”一文中(载《法律科学》2001年第3期),强调民主与宪政是两种不同的理论,二者存在着差异,也存在着契合。他甚至认为,法治同民主、自由、社会公正之间并无必然联系。

② [美]阿玛蒂亚·森:“民主价值观的普适性”,程晓农译,载 <http://www.china-village.org/ReadNews.asp?NewsID=1182>。

③ [美]亨廷顿:《第三波——20世纪后期民主化浪潮》,刘军宁译,上海三联书店1998年版,第3页。

建立过程,按照政治学者的说法,这一过程在世界各国通常表现为三个阶段:第一个阶段是准备阶段,主要特点是非民主政权或政治架构在社会政治压力下解体,这种解体可能是迅速的,也可能是缓慢的;第二阶段是民主秩序刚开始成为雏形,很有可能先形成威权统治,因而具有过渡性;而第三阶段则是民主政治巩固的时期,其标志并非仅仅是民主制度的建立以及相应的法律统治的确立,更为主要的是使民主和法治成为全社会政治文化的重要组成部分。如果说第一阶段非民主政权的解体意味着旧制度和秩序的瓦解的话,那么第二阶段与第三阶段则是法治建设和宪政建设经历从起步到牢固确立的时期。就我国民主发展所处的阶段而言,或许正处于第二阶段的初级状态,确切点说,我国的民主发展还处于社会主义初级阶段的起始阶段。

法治是什么?这是一个仁者见仁、智者见智的问题。1959年,在印度新德里召开的国际法学家大会上曾经提出过一个有关法治的代表性定义:“在一个自由的社会里,奉行法治(Rule of Law)的立法机构的职责是要创造和保持那些维护基于个人的人类尊严的条件,这种尊严不仅承认个人之公民权利与政治权利,而且要求促成对于充分发展其人格乃是必要的各种社会的、经济的、教育的和文化的条件。”可以说,这是一个经典的关于实质性法治的概念。美国法学家富勒教授曾经列举出法治的八个特征,即法律具有普遍性和公开性、法律不溯及既往、法律规定清晰明了、法律不自相矛盾、法律不要求不可能之事、法律具有稳定性、官员所为与公布的法律规则相一致。这八项特征构成了富勒所谓的“法律的内在道德”。瑞兹教授则根据“法治”概念的字面含义去推论法治的基本原则,他提出法治必须达到以下八条:一、所有的法律都应公布于众,且应不溯及既往;二、法律应保持相对稳定;三、具体法律的制定应当遵循公开、稳定、清晰和普遍性的原则;四、必须确保司法独立;五、自然公正等原则必须得到遵守;六、法院应对立法及行政活动拥有审查权;七、诉讼应当易行;八、遏止犯罪机构所拥有的自由裁量权不得侵蚀法律。^①以上所表述的法治概念是偏重于程序性方面的,因此被称为程序性的法治概念。总的来看,法治不仅包括一套原则,以及按照这些原则建立起来的一系列制度,而且还应理解为一种特殊的社

^① 转引自 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, 1983. pp. 214-218。

会组织形式和程序模式以及更深层次的法律文化和法律信仰等。

关于民主与法治的关系,学术界有着许多不同的提法。一般认为,民主与法治在本质上是相通的。法治(Rule of Law)意味着理性及法律性的统治方式,而在民主的社会,法律必须提供对所有人平等对待的社会环境与权利安排。从这个意义上来说,法治是民主的同义词,两者都追求国家权力与公民权利之间的平衡。实际上,没有民主的法治必然会走向独裁专制;同样,没有法治的民主不仅缺乏制度保障,容易导致涣散、无能、效率低下,而且更可能出现“多数暴政”,以致产生灾难性后果。实际上,缺少法治的民主是否能称得上是真正的经得起考验的民主,这本身就值得怀疑。因为无论何种形式的政治体制,都是以假定秩序的存在为前提的,没有法治,显然也就不会有真正的秩序,民主的基础也会随之而崩塌。正如西哲拉德布鲁赫所告诫的那样:“纵然是社会主义者,应该铭记在心的是,民主主义的民族国家必须以权力分立的原理为基础,以尊重并保障基本人权为义务的治法国。”^①也就是说,民主不能失去法治的根基,否则,所谓的民主就会成为无政府主义的代名词。

我国学者梁治平先生则力图区分民主与法治两个概念,他认为这两者所指向的目标并不相同:“民主的要义是公民的政治参与,是自我管理和多数原则,而法治的基本旨趣是限制专断的权力和保障个人自由”;“法治与民主的另一区别是,法治要求国家的直接介入,民主却可以由公民自己去实行。相应地,法治的实施更具有统一性,民主的实行则更具有分散和多元的特点。”他还认为:“法治的目标可以通过渐进的改善而逐步接近,民主制度也可以不同的方式和在不同的范围内推行和发展,而当这两种制度形式在实践中结合在一起时,就会产生积极的和建设性的结果。”^②依其所见,民主与法治在目标、方式、实现过程三个维度上存在差异,因而两者不可混同。当然,梁先生所言也并非毫无可议之处。例如,如果将民主确定为公民的一种政治参与方式,那么它就不可能由公民自己去实行,而同样必须借助相应的政治机构与政治设施;民主的分散性和多元性也并非就与民主的统一性相对立,因为所谓“分散”、“多元”本身就是以

① 转引自林文雄:《法实证主义》,台北三民书局1982年增订3版,第140页。

② 参见梁治平:“法治:社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化的一个内在观察”,载《当代中国研究》2000年第2期。

形成统一的意志作为目标的。在这里,梁先生实际上混同了“民主”与“自治”的界限,因而使得这一问题的界定更趋复杂。

笔者认为,宪政是民主与法治的统一体,也是两者固有张力的平衡点。“宪法有两个(相互重叠的)重要功能:一是保护个人权利,一是为如果多数派当政,便为其实施的某些政治变革设置障碍。”^①就前一个方面的功能而言,宪政以人民主权为基础,是人民权利的宣言书;就后一个方面的功能而言,宪政则是防范国家权力的制度屏障。因此,宪政本身就是民主与法治的统一体,是民主与法治更完美、更高级的结合。美国学者莫非也曾指出:“只要一个宪法代表着民主理论,只要它是一部有权威性的宪法,它就必须保护人民参与政府的权利。只要一个宪法体现着宪政理论,只要它是一部有权威的宪法,它就必然限制一切政府权力,甚至人民自由选举出来的代表的权利,而且要以保护个人其他实质性权利的方式。”^②在实现宪政的过程中,人为地强调民主与法治的分离与矛盾,实质上就会降低一个国家根本大法所应有的权威作用。

首先,宪政是法治国家应有之义,从一定意义上来说,宪政是法治的结晶和升华。一个真正实现法治的国家必然同时是一个实现宪政的国家,或者说“现代法治首先是‘宪治’”。^③法治国家的基本涵义有两个方面:一是国家受法的约束的情况,二是法律秩序在社会中的实现状况。^④而前者更直接与宪政密切联系在一起。具体来说,宪政必须做到以下几条:一、国家权力最终掌握在人民手中,成为宪法的最根本原则,使国家的主权置于预设的宪法控制之下,把国家

① [美]埃尔斯泰特、[挪]斯莱格斯塔德编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勰、谢鹏程译,三联书店1997年版,第4页。

② [美]沃尔特·E.莫非:“宪法、宪政与民主”,信春鹰译,载宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》(3),山东人民出版社1993年版,第24页。

③ 参见莫纪宏:“论宪法原则”,载《中国法学》2001年第4期。

④ 当然,这是从“法治国”最基本的涵义方面来说的,更为详细的阐述还有很多。例如,我国已故著名法学家李浩培先生在写于20世纪上半叶的“法治实行问题”一文中就谈到,所谓法治国家,主要通过五个方面的结果体现出来:第一,统治者只能在国法所定的范围内活动,并只能依法要求人民行为或不行为;人民亦得在国法所定的范围内自由活动,且亦得对统治者依法主张其权利;第二,一切大官小吏为国家行为时,必须处处时时顾及法律,而绝不能使他们的个人意志凌驾于法律之上,致法律失其效力;第三,不但人民受法律的制裁,即一切大官小吏亦受法律的制裁;第四,人民不受法外的责罚;第五,必须有独立的司法。参见李浩培:“法治实行问题”,载刘智峰主编:《中国政法体制改革问题报告》,中国电影出版社1999年版,第434~435页。

的任意干预压低到最小程度;二、将具体国家权力在分离的部门中进行合理的分配,它们之间的关系也由宪法具体加以规定;三、牢固确立宪法保障下的公民权利(特别是通过正当法律程序和法律面前人人平等原则加以保护);四、通过宪法规定的公开、公平的选举程序使国家权力有秩序地平稳地转移。可见,法治具有更一般、更普遍、更宽泛的意义,而宪政一方面源于法治,另一方面又高于法治,它是法治概念中精华的会聚,是法治所追求的更高级形态。具体地说,“宪政要求具有比法治所要求的更高品质,它是法治中的‘公法之治’的精华部分,更关注对于公权力的监督和制约。从这一点来说,它通常比法治实现的难度更大。”^①正如有学者所言,“从历史上看,宪政的产生总是基于这样的理由,即确定国家权力的边界并限制国家的管理者。宪政,是一个比法治或法治国更高的抽象概念,其含义与有限国家相当。在有限国家中,正式的政治权力受到公开的法律的控制,而对这些法律的认可又把政治权力转化成为由法律界定的合法的权威。它表明,在国家和社会之间至少存在一种区别或对立,否则,就无甚理由为国家制定规则。”^②

其次,宪政本身也承载着民主的理想。美国政治家潘恩说过:“政府本身并无权力,只有义务”,因此“宪法是一样先于政府的东西,而政府只是宪法的产物。一国的宪法不是政府的决议,而是建立其政府的人民的决议。”^③也就是说,宪法坚持的首要原则是人民主权原则,人民是国家的主人。我国宪法学者林广华先生则认为:“宪政理论,就其理论主张来看,是比民主理论更为‘自由主义’的一种理论主张。它强调个人权利的至上性,主张对政府权力进行严格的限制。”^④所谓宪政,简言之,就是在宪法统治下的国家政治生活,就是有限政府。它是指一套确立与维持对政治行为与政治活动的有效控制的技术,旨在保障人的权利与自由。立宪政体就是保障人权的政体,就是控制权力的政体。从这个意义上来说,宪政是法治国家的最高级形态,也是所有法学家所憧憬的法治国

① 参见杨海坤:“宪政是法治的结晶和升华”,载《法学》2008年第3期。

② [美]丹尼尔·S.勒夫:“社会运动、宪政与人权”,姚建宗译,载宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》(3),山东人民出版社1993年版,第274页。

③ [美]托马斯·潘恩:《潘恩选集》,马清槐等译,商务印书馆1982年版,第146页。

④ 林广华:“论宪政与民主”,载《法律科学》2001年第3期。

理想的最高境界。^①与此同时,宪政也是民主的实现场所,是民主的庇护者与保障者。只有在宪政的背景中,人们才能够真正地当家做主,从而通过手中的投票权、监督权来实现对国家权力的最终控制。正如有的学者所指出的那样,即使民主主义的支持者也不得不承认宪政可以达到一定的积极作用,原因在于:第一,经历(通常是痛苦的经历)使得民主主义者认识到民主必须予以保护。更进一步地说,在一个不符合宪法的政治体制中建立民主或许是不可能的。民主政治不仅需要保护,而且需要公认的制度,也就是说,它需要规则。认为民主不需要“预先约定”,不仅不符合实际,而且是错误的。第二,更为重要的是,宪政对民主政治具有更为积极的作用。“它使公民们获得了‘自主’的感觉,只有宪政才能够产生如此效果。”^②

由上述两个方面的分析可见,宪政作为一种制度建构,本身就体现了民主与法治两个基本价值维度。民主是宪政的基础,没有民主的宪政就是空头宪政

^① 早在20世纪三四十年代,国内学者就展开过有关法治与宪政关系的讨论。著名法学家杨兆龙先生把当时学者们的见解概括为三种:第一种观点认为宪政国家是一个具有民主精神的法治国家,而法治国家则不过是一个遵从法律而未必具有民主精神的国家;第二种观点认为,宪政国家与法治国家都是重法而具有民主精神的国家,它们名异而实同;第三种观点则认为,宪政国家与法治国家的区别,不在于民主精神的有无,而在于民主精神的多寡,宪政国家的民主精神较丰富于法治国家。杨兆龙先生本人倾向于第一种和第三种观点,他认为,宪政国家便是“法治国家加上法律的民主化”。在他看来,宪政比法治更重要,如果要实行宪政,首先应该实行法治。参见杨兆龙:“宪政之道”,载郝铁川、陆锦碧编:《杨兆龙法学文选》,中国政法大学出版社2000年版,第315页。时光荏苒,今天关于法治与宪政关系的讨论似乎与当年的讨论有某些相似之处。目前,国内学界有关宪政与法治关系的讨论大体上也呈现出三种不同的观点。其中,第一种观点认为宪政就是法治,宪政国家就是法治国家;第二种观点认为宪政是法治的基础,是法治的前提;第三种观点则认为法治是宪政的基础和前提。受杨兆龙先生观点的启发,笔者认为宪政应该是法治的高级形态,法治与法制有区别,宪政与法治也有区别。法治之于法制,必有民主因素在焉;宪政之于法治,必有丰富之民主精神在焉。法治社会应该包括公共权力受到法律的制约,而宪政国家更加强调国家最高权力受到法律的制约。法治包括政府受到法律的制约,而宪政则更强调包括政党尤其是执政党受到宪法和法律的制约,执政党必须在宪法和法律的范围内活动。因此,政府受到法律的制约,是建设法治社会的开始,其成熟形态则是建设宪政国家。毛泽东同志曾经在20世纪30年代反对国民党独裁统治时就提出建设“新民主主义宪政”问题,对于“宪政”有着极高的评价。遗憾的是,在建国后相当长的一段时间里,由于片面强调“阶级斗争”和“专政”,以致把“法治”和“宪政”都遗忘了。直到近年来,“依法治国首先是依宪治国,依法执政首先是依宪执政”在党的领导人的倡导下才逐渐成为社会共识。

^② [美]让·布隆代尔:“民主与宪政”,载[日]猪口孝等编:《变动中的民主》,林猛等译,吉林人民出版社1999年版,第94页。不仅如此,著名政治学家达尔还详细论述了宪政制度对于一个国家民主政治的具体作用,这包括:稳定;根本权利;中立;责任;公平的代表;知情下的共识;有效统治;明智的决策;透明、易懂;弹性;合法性等。参见[美]罗伯特·达尔:《论民主》,李柏光、林猛译,商务印书馆1999年版,第133~135页。

或者实际上的专制统治;宪政是法治的高级形态,宪政通过动态的权力控制来实行权力之间的均衡,以此来保障人民的权益不至于在权力的集结之下遭受危害。所以说,在实现宪政的过程中,对民主或法治任何一方的偏废,都不可能达到宪政本身所希冀建立的目标。

二、从具有形式宪法到具备实质宪政

意大利著名学者萨托利在有关宪法与宪政的关联性问题上,曾经提出过世界各国宪法的三种类型:(1)保障性的宪法(真正的宪法)。这种宪法意味着一个政治社会的框架,“它通过并依据法律组织起来,其目的是为了限制绝对权力”。(2)名义性的宪法,或者说徒有虚名的宪法。严格说来,这种宪法只是组织性的宪法,即仅“组织而不是约束特定政体中政治权力运转之规则的集合”。当然,这种宪法并不是“真正的宪法”,“它只是坦率地描述无限的、不受节制的权力的体制。它不是一纸空文。它只是与宪政主义的目的无关”。(3)装饰性宪法,也称为冒牌宪法。“它之所以不真乃是它被置之不理,至少在其基本的保障性的特质方面是如此。它实际上是‘圈套性宪法’。就涉及的自由技术和掌权者的权利而言,它是一纸空文。”^①由此可见,宪法与宪政之间既存在着背离的情形,也有重叠的场合,关键就是宪法是否能真正地体现立宪的目标。

在多数情况下,宪法是宪政的形式条件,而宪政则是宪法存在必要性的实质内容。换句话说,颁布和实施宪法是宪政的必要形式条件,而实现宪政才是颁布和实施宪法的真实目的所在。因此,在宪政主义者看来,有了成文宪法并不等于实行了宪政;在没有成文宪法的国度,也有被公认为建成宪政国家的先例。在当今世界,虽然有一些国家也有着像模像样的成文宪法,但实际上并没有实现宪政,甚至根本没有宪政秩序的少数专制国家表面上也可以高喊“法治”的口号,或打着“依宪治国”的旗号践踏宪政。相反,有些国家即使没有一部完整的成文宪法,仍然被公认为宪政国家。例如,英国被称为最早的资本主义宪政国家,却是典型的不成文宪法国家。历史事实一再告诉我们:光有宪法,没有行宪的社会环境,没有护宪的法律机制,是不可能实现真正的宪政的。

^① [意] G. 萨托利:“‘宪政’疏议”,晓龙译,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店 1995 年版,第 114~115 页。