

保卫法律与守法主义

贺海仁

按照公认的马克思主义法学的观点,国家和法律是历史阶段的特殊产物,它们有其产生、发展和消亡的规律。法律只在国家的领域内才是正当的和有效的,相应的,国家也只有有法律的总体安排下才可以存在,这一点提醒我们注意,除非实现了真正意义上的世界国家或康有为所讲的大同世界,当国家还没有正式退出历史舞台,法律的效力和活动就不会消失。轻视乃至蔑视法律在国家中的重要性和有效性,不仅产生了法律虚无主义,也产生了国家虚无主义,总之产生的是无政府主义。

中国传统法律文化既不缺乏家法家规、乡规民约,也不缺乏国法,更不缺乏天下的规则,但从两个方面使这些不同的治理规则相互间发生了越位、僭越或替代:一是用家法治国,行走的乃是修齐治平的路线;这情况导致了梁启超所说的“反国家主义”或“超国家主义”的文化意识和思维定势。他说:“中国人则有文化以来,始终未尝认国家为人类最高团体。其政治论常以全人类为其对象,故目的在乎天下,而国家不过与家族同为组成“天下”之一阶段。政治之为物,绝不认为专为全人类中某一区域某一部分人之利益而存在。其向外对抗之观念甚微薄,故向内之特别团结,亦不甚感其必要。就此点论,谓中国人不好组织国家也可,谓其不能组织国家也亦可。无论为不好或不能,要之国家主义与吾人夙不相习,则甚章章也。”^[1]不论是“反国家主义”还是“超国家主义”都产生了轻视乃至蔑视国家的局面,从而也导致了人们轻视、蔑视法律和法治的局面;二是用天下的规则治理国家,刻画了圣人治国的道德形象。管子说:“以家为乡,乡不可为也;以乡为国,国不可为也;以国为天下,天下不可为也。以家为家,以乡为乡,以国为国,以天下为天下。”^[2]管子反对以家治乡,以乡治国,以国治天下,就是反对用习俗的规则代替乡的规则而治理乡,用乡的规则代替国法而治国,用国法律代替天下的道德而治理天下。规则的越位所导致的后果之一就有可能是家不家、乡不乡、国不国、天下非天下。当然,规则的越位还有可能表现在相反的路线上,即用天下的规则治理国家,用国家的规则治理乡和家。正确的路线乃是使不同的规则各司其职,各守其分,即以家为家,以乡为乡,以国为国,以天下为天下,相互之间不僭越,以共同从事对人的治理的事业。

以国为国的视角确立了国家与法律的同构性特征。既然国是与家、天下相对应的概念,以国为国中的前一个“国”字就不同于后一个“国”字。前一个“国”字专指国家,即一般意义上的国家,也是具备了国家要素的政治共同体,而不论这一政治共同体在性质上是否同时也体现了现代民族国家的特性。后一个“国”字则指不同的、具体的国家。从这个意义上,以国治国的论点

作者简介:贺海仁,中国社科院法学所副研究员。

[1] 梁启超:《先秦政治思想史》,浙江人民出版社1998年版,第5页。

[2] 《管子·牧民》。

就不仅具有方法论意义,也确立了治理国家的新的理论起点。就研究中国而言,以国治国的论点一方面排除了“以中国治理中国”的可能性,也否弃了“以外国治理中国”的可能性,因为这两种可能性都会导致用特殊国家而不是一般国家的视角治理中国的问题。

法律需要国家为其提供来源和保障,国家也需要法律确定标准和秩序。按照凯尔森的观点,国家是法律体系的人格化,国家与法律系统具有同一性,法律体系是否有效也就意味着国家治理是否有效,因此,国家治理的有效性是国家治理是否科学的标志。以科学的方法治理国家,就是要建立健全与国家同构的法律体系,并且使该法律体系保持它的内部同一性。就当下中国的法治实践而言,至少从1997年起为起点,途经2006年党的十六届六中全会决议的再次巩固和加强,正在迅速崛起的中国已经毫不迟疑地确立了迈向法治国家的航标。事实上,一旦宣布实施依法治国的治国方略,它就凸现了在国家领域社会治理事业中法律规则的重要性和有效性,表达了国家与法律体系同质的性质。依法治国当然不会取消、遏制其他治理规则在建构和谐社会中的功能。不同规则之间的共治和不同规则的分治总是相辅相成、相互支援的。当我们说,不以法律治家或平天下,不是说忽视习俗、伦理和道德规则等社会规范的作用,而是要更好的把握不同的规则在人的治理事业中的位置和功能。相信在国家领域内也只有在国家领域内,法律作为治理国家的工具才能凸显它的价值,这也是科学治国的题中应有之义。

就中国当前的实际情况而言,要实现国家和法律的功能,除了同时具备其他的条件外,还需要倡导一种被称为守法主义的理论和实践活动。

在过去,根据法律运行的原理把法律分为立法、行政、司法和守法等四个方面,守法因其主体是公民而非有权能的机构而成为法律实现的重要标准。随着治者而不是被治者违反业已公布的法律的情况越来越严重,关注治者的守法问题日益成为焦点。人们已经不满于治者的道德说教,“法之不行,自上犯之”古语在今天又被运用,一些即使是外行人也颇感诧异的话并非违反逻辑,而具有强烈的现实针对性,如“依法立法”、“依法司法”、“依法行政”等。要求治者守法,哪怕所守之法是恶法,已经成为时代的要求,即在人们还没有把恶法从法的领域中清理出去之前,遵守现有的法律体系将显得十分重要。其实,在这里将“守法”与“主义”联系起来,组成“守法主义”这一概念正是为了迎合这一时代的逻辑要求。守法主义中的“守”字固然有“遵守”的原本涵义,但在此处引申为“守卫”或“保卫”法律。守法主义的“法”字也被作了严格的限定。考虑到现实的需要和中国自身的运作逻辑,我们把“法”仅理解为宪法和法律,而把自然法、法规、条例等排除在这里所说的“法”的范围之外。这样一来,守法主义就是要守卫宪法和法律的思潮、理论和学派。当然,如果这样界定守法的含义,法律的范围就被大大限定在一个较为狭窄的领域,很难让形形色色的自然法学家满意。

守法主义是一种社会思潮,因共同信奉这一思潮所形成的共同体就是守法主义学派。守法主义的目的是实现“法律之下的自由”,并且为最终发展为自由人的自由联合的社会提供基础和经验。衡量制度好坏的标准就是看是否促进了人的自由。法律之上的自由是无政府主义,法律之下的无自由是专制主义。我们既要反对一切形式的无政府主义,又要反对各种版本的专制主义。为了实现这一目的,就要首先保证治者的行动合乎业已颁行的法律,而检验的标准在于使治者的行为规则符合宪法和法律,在此提出三种审查治者合法性的模式:一是违宪审查;二是合法性审查;三是司法审查。

第一,关于违宪审查 违宪审查的对象,就是由全国人大及其常委会制定的基本法律和法

律。根据宪法,全国人大及其常委会制定基本法律和法律,这些法律涉及公民的仅次于宪法的基本权利和义务。截至目前,这些基本法律和法律有 200 多部。但是,关于这些基本法律和法律是否符合宪法,在实践中常常缺乏审查机制。倘若发生违反宪法的情况,就只能乞求制定机关自我改正和纠正,倘若制定机关坚持自己的主张而不肯修改,也就没有任何指望了。在法理上,如果涉及到与自己有关的案件,就应当寻求一个独立的第三者,而不是自我裁决。因此,设立宪法法院实属必要,这与有的人主张在全国人大中设立宪法委员会的思路有着本质的区别。

第二 关于合法性审查 合法性审查在中国不是一种司法性审查。按照人民代表大会制度,全国人大是立法机关,有权在宪法规定的范围内制定通行于全国的基本法律和法律。全国其他任何机关制定的法规、条例和司法解释无不是对这些基本法律和法律的具体适用,更不要说作为规章形式出现的规范性文件。由全国人大自己审查其他机关制定的法规、条例是否与法律相违背,虽然有自我裁判的痕迹,但不妨碍实践这种制度的现实有效性,只是在条件成熟的时候,不妨将现在已经存在的隶属于法工委的法律备案审查室上升为宪法委员会,以专门地、系统地从事这项工作。

第三 关于司法审查 司法审查要充分发挥普通法院对规章和除党的红头文件以外的规范性文件的审查作用。这方面的探讨在法学界已经有了某种程度的共识,在此不再赘述。

当然,通过宪法法院、合法性审查和司法审查的机制来界说守法主义的基本思路是在现有的制度框架内所做出的理性的安排,尽管它仍然不是理想的安排,但是,这种安排仍在遵循历史阶段的合理性及超越历史阶段的哲学的总问题的方法论,而在实践中,这种安排不是在论证政府的合法性而是在监督政府运行的合法性方面具有意义,这种立场不是说不需要论证政府的合法性,而是要在监督政府运行的实践过程中同时论证政府的合法性。