

德国“法治国”的历史由来

刘 刚*

目次

- 一、“法治国”原则的性质
- 二、“法治国”的历史由来
 - (一) 开明君主制
 - (二) 君主立宪制
 - (三) 宪政民主制
- 三、社会法治国的内在紧张
- 四、结论

摘要 法治国(Rechtsstaat)原则是德国的特色。其特别之处在于,德国在理论和实践上自觉区分了政体原则和国家目的两个范畴。君主制、贵族制、民主制是政体原则;法治国则属于国家目的范畴。国家目的可以与任何一种政体原则结合。基于不同时期的政治力量对比格局,德国历史展示出开明君主制、君主立宪制、宪政民主制的不同结合样态。在每一种样态中,法治国原则均有其特定的体现形式。德国的法治国历史给世人的警示是,法治追求和政体变革不但在理论上处于不同层面,在实践中也可分离处理。

关键词 法治国 政体 国家目的 开明君主制 君主立宪制 宪政民主制

中文“法治国”一词,若对应外文,应是德语的“Rechtsstaat”。而英语的“Rule of Law”,译成中文则是“法治”。德语和英语世界的学人都熟知二者有别。但是在中文语境中,由于两个译名当中均有“治”字,由此引发理解困难,且需费力区辨。^{〔1〕} 虽然从历史和观念的角度进行区辨非常重要,但若调整译名的用词,其实就已经能在很大程度上突出两词的重点,显明二者的区别。具体来说,德语的“Rechtsstaat”若能译作“法制国”,英语的“Rule of Law”译成“法治国”,则二者区别立

* 北京大学法学院讲师、法学博士。
〔1〕 参见劳东燕:《自由的危机:德国“法治国”的内在机理与运作逻辑——兼论与普通法法治的差异》,载《北大法律评论》2005年第6卷第2辑。

现。“法制国”(Rechtsstaat)中的“制”是“制约、限制”,“法治国”(Rule of Law)中的“治”是“统治、高于”。不过,为避免因译名混乱引发理解困难,本文仍使用通行的译法,即“Rechtsstaat”译作“法治国”,“Rule of Law”译作“法治”。既然二者有别,就应该从质上加以界定和区分。因此,下文的第一部分将在国家法理论的框架中,结合“制约”之义进一步厘定德语“Rechtsstaat”原则的性质。

谈及某物的历史由来,人们常会把它想成一个从不完善到完善的发展进程。例如在描述德国的“法治国”的历史由来时,论者的描述常展示给人们一幅观念萌芽——制度初创——中途遭挫——终成正果的图景。^{〔2〕} 本文并不认同这种历史观。究其实质,这种历史观的形成是因为没有真正认清法治国原则在国家法理论框架中的地位和性质。因此,本文第二部分在描述德国“法治国”的历史由来时,并不坚持历史进化论或进步论的预设,而是主张“法治国”原则具有确定不变的内涵,只是在不同时代与不同政体原则结合时,产生出不同的效果。

秉持历史进化论立场的学者会认为,二战以后的联邦德国吸纳了形式法治国的教训,填补进实质法治国的要素,最终修成正果。从政治效果来看,德国二战后取得的成就无人能够否认。但是,若从国家法理论审视,绝不能说二战后《德国基本法》确立的立国原则之间就融洽得天衣无缝,尤其是法治国原则与社会国原则之间实际存在高度紧张。虽然德国人常把二者捏合在一起,造出一个“社会法治国”(sozialer Rechtsstaat)的新词,但这仅仅掩盖了问题而已。因此,本文最后一部分将对这种紧张关系略作提示。这种紧张关系对应到生活现实中就是资本和劳动之间的矛盾。这样的现实问题在我国同样存在。只是由于我国采行不同的宪法制度,因此同样的现实问题在宪法理论上就会表现出不同的形貌。尽管如此,德国围绕此问题在宪法理论层面展开的讨论对我国仍有借鉴意义。

一、“法治国”原则的性质

德国的“法治国”原则重在“制约”,即以“法”制约“国”。就此而言,“国”仍是主导,“法”并未获得高于“国”的地位。相反,普通法传统下的“法治”原则强调“统治”,即以“法”统治“国”。就此而言,“法”已经是主导因素,“国”处于“法”之下。通过这样的描述,二者各自的侧重点以及区别已经自然显现。^{〔3〕} 但是,为了对这种描述意义上的区别做出质的界定,仍需引入一对国家法理论上的概念。在德语中,对应这两个概念的词分别是“Staatsform”和“Staatsgattung”。^{〔4〕} 这两个词直译成中文分别是“国家形式”和“国家属性”,其实,用中文读者更加熟悉的术语来说,它们分别对应“政体”和“国家目的”。

德国的“法治国”原则不属于政体的范畴。无论在理论还是实践上,认识到“法治国”原则的这种性质都至关重要。依经典的政体分类,君主制、贵族制和民主制是三种典型的政体类型。共和、民主等概念才属于政体范畴。政体范畴的概念涉及政治共同体的主权归属、主权代表的资格、对共同体命运的决断等问题。在和平时期,这些问题牵涉到政治共同体运转的动力机制;在动荡时

〔2〕 例如参见刘争志、林恩伟:《德国法治国概念源流考略及新探》,载《法治论丛》2010年第6期。

〔3〕 这并非意味着二者无共同之处。实际上,就今日的情势考察,二者的相同之处已经大于差异。尤其是在日常用语和普通大众的理解中,二者几乎可以等同。因此,此处所谓差别,是指其产生之初的差别。而且这种差别主要归因于作为“法治国”原则母国的英国和作为“法制国”原则母国的德国的政治形势不同。简言之,英国的法治国原则与议会主权原则几乎同时确立,并顺势凌驾于王权之上;而在德国,代表国家的君主力量一直很强,代表法治国原则的市民阶层只能发挥制约的效果,无力取而代之,更勿论凌驾其上。

〔4〕 Siehe Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, Suhrkamp 1991, S. 145.

期,这些问题则引起政权的更迭。纵观历史,民主、代表、主权等概念通常也是政治革命时期的关键词。

“法治国”原则属于国家目的的范畴。所谓国家目的,就是指特定政体所要追求的目标、保护的价值、前进的方向。具体来说,法治国的目的就是“以法”为目标和评判国家行为的标准。究其观念根源,这里的“法”是指德国启蒙哲学传统下的“理性法”。因此,理性是法治国原则中“法”的本质规定。与法治国并列的概念是神权国(Theokratie)和专制国(Despotie)。^[5] 神权国追求的目标是神的秩序、彼岸福祉等,评判国家行为的标准是信仰和启示;专制国则完全受当权者专断意志的左右,它并非没有目标,只是游移不定。以理性为指针的法治国观念在肇始之初就旨在为国家提供一个航向。它以启蒙哲学的智识成果为依托,首先反对的是神权国的狂热和由此造成的压制。从对人本身的认识出发,法治国视野下的人的规定性不再是对上帝的信仰,而是人的理性本身,换言之,不再是对彼岸的向往,而是在此世的成就。进而,国家的任务也不再是提升人的道德,照顾人的幸福,而变为维护公共的秩序,保障财产的安全。法治国的这种诉求最终凝练成国家法层面的两种制度机制:一是基本权利,二是分权。^[6] 基本权利被施密特称为“分配原则”,它实际上指明了国家行为的目标和价值取向,换言之,国家存在的目的就是为了保护基本权利。然而,国家本质上是一股强大的能量,为了确保这股能量不偏离轨道,法治国理念又提出分权原则,其目的是为了驯化和规束国家权力。基本权利和分权可视为法治国原则的两项核心内容,无论在其发展的任何历史阶段,法治国的制度诉求均是这两项。只是在面对不同的政体,也即不同的政治力量格局时,这两项诉求发挥的效果和实现的程度不一样。下文在描述法治国的历史发展时,将结合具体的政治格局来阐释这一点。

把政体范畴和国家目的范畴区分开,并指明法治国原则属于国家目的范畴,从理论上能够推演出这样的结论:法治国原则与任何一种政体都没有内在的必然关联,进而,法治国原则与任何一种政体都可以结合。在惯常用语中,人们多把君主和专制连在一起,把民主、法治和自由连在一起。历史发展和政治现实的确展示出这样的组合,但是,这仍然是一种经验的总结,而非内在的逻辑连接。基于前述的范畴区分,从逻辑上可以得出三种组合形式:(1)法治君主制,实际就是历史上曾经存在的君主立宪制;(2)法治贵族制,实际就是一种受到分权制约的议会制;(3)法治民主制,实际就是当下西方的宪政民主制。这些形式并非纯粹逻辑演绎,在历史发展的不同时期,它们都曾真实存在。这就表明,君主制并非必然就是专制,如果有某种动力机制和制度机制,它照样可以走上法治的轨道。同理,民主制并非天然就符合法治,它照样有脱轨走向专制的可能。甚至可以说,在民主理念已经获得无可置疑的道德正当性地位的今天,法治的必要性显得更加紧迫,因为民主制比君主制更容易沦为专制。

理论上的范畴区分有助于提出实践诉求时保持清醒头脑。人们之所以容易把民主和法治结合在一起,是因为它们在历史的同一时刻诞生。这个时刻就是法国大革命。法国大革命既是民主制取代君主制的政体原则变革的时刻,也是基本权利和分权^[7]这两个法治国原则的内核确立的时

[5] Siehe Karl Thodor Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Unrecht und Strafe, Heyer 1812, S. 25.

[6] 对这一点的经典概括仍要首推施密特在其宪法学说中的论述。参见[德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第139页。

[7] 法国1789年《人权和公民权利宣言》第16条的经典表述即是对这两项内容的宣示:凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法。

刻。法国大革命的原则迅速传遍欧洲,德国自然也不例外。但是历史的发展机缘巧合,恰恰因为德国的君主力量仍然强大,新兴资产阶级的力量相对弱小,导致法国大革命的原则未能彻底在德国实现。然而,正是因为这种不彻底性,反倒让人们看清民主和法治原来并非必然结合。当政体变革的时机尚不成熟的时候,或者通过主权代表主动改革,或者通过进步力量的推动,都有可能在现有体制内首先实现法治的诉求。如果认识不到二者的可分离性,在现实政治中始终把二者绑在一起,那就意味着关闭了政治妥协的空间。追求原则彻底性固然勇气可嘉,但若必须以玉石俱焚为代价,则仍让人扼腕叹息。

在我国,认清法治国原则的性质更具有实践意义。中国共产党通过十八届四中全会主动宣布推行依法治国的方略,这就相当于在不触动政体原则的情况下首先落实法治国的理念。此时,如果学界不能在理论上认清法治国原则与政体原则的可分离性,生硬地把政体变革的诉求或期望解读进依法治国的内涵当中,就有可能不但无法实现政体变革的诉求,甚至连指日可待的法治方案都一并断送。若真发生这样的情况,真正该怪罪的并不是当政者的保守,而是学界的幼稚和无知。

二、“法治国”的历史由来

本文坚持的理论预设是,法治国原则自始便有确定的内涵,即基本权利和分权。这个基本的诉求与不同时期的不同政体结构相结合,便展现出不同的制度形貌。因此,下文在描述德国法治国的历史由来时,在理论上坚持区分法治国与政体范畴的同时,再次把二者历史地、具体地结合起来,特别是自觉地介绍每个时期的政体结构,最终展示完整制度面貌。就此而言,下文展示的并不是一种历史进化论或进步论的图景,而是相互独立的不同类型。

根据这样的理论预设,德国法治国的历史发展可以分作三个时期:(1)开明君主制时期;(2)君主立宪制时期;(3)宪政民主制时期。在这三个概念中,“开明”“立宪”“宪政”代表的是法治国的要素;“君主”“民主”代表的是政体要素。这三个时段的划分代表一种理论上的类型化处理,至于每个时段的精确时点之确定,并不是本文的核心关注。

(一) 开明君主制

德国历史学家威廉·罗雪尔(Wilhelm Roscher)曾根据君主制国家追求的目的,按照历史顺序把君主制划分为三种类型:(1)最初的神权君主制(konfessioneller Absolutismus),以西班牙国王菲利普二世(1527—1598)为代表;(2)之后的仁慈君主制(höfischer Absolutismus),以法国国王路易十四(1638—1715)为代表;(3)最终的开明君主制(aufgeklärter Absolutismus),以德国的腓特烈大帝(1712—1786)为代表。^{〔8〕}神权君主制以实现神权秩序为宗旨,现实中的君主甚至因此要服从教皇的指令。仁慈君主制并未否定神权秩序本身,但却否定教皇或教会为上帝在尘世的代表,而宣称君主才是正当的代表者。二者在权力结构上虽有差别,但在国家目的上却无分歧,均否定人的独立和主体地位,而以信仰和启示为旨归。只有第三阶段的开明君主制才开始承认和接受人的独立地位。所谓“开明”,即指通过启蒙打开理性的灵光,使其明亮起来。法治国的法即以理性为准则,由此,君主一旦成为开明君主,国家目的便发生根本转向,由神权的君主国变为理性的法治国。

〔8〕 Siehe Angela Borgstedt, Das Zeitalter der Aufklärung, WBG, Darmstadt 2004, S. 21.

开明君主制是德国法治国的第一种存在形式,以腓特烈大帝统治时期为代表,即18世纪中后期。此时的法治国原则尚未获得制度形式,即基本权利和分权并未在制度上确立下来,而是停留在理念层面。不过,这种以启蒙哲学高扬的人的理性为旨归的理念获得了君主的共鸣,君主愿意自觉地接受并遵守理性准则。法治国原则在此阶段的重大政治功效就是促成国家目的的转变。国家不再以实现神的意志为宗旨,而是把保障人的尘世安宁作为自身目的。但由于在当时的社会尚没有承载法治国理念的社会力量,或者说这种力量尚不具备政治火候,因此,法治国内含的“制约”要素只能冀希望于先觉悟的君主的自觉的自我限制。既然是君主的自我限制,就意味着政体原则未受触动。这种观念的转变并非社会层面的革命,而是思想层面的革命。开明君主制的所作所为要符合理性所传达的公意,君主在每次决策之前,都要在自己的思想中设想对全体人民发问:你们会同意我的做法吗?由此,理性所传达的公意“能够束缚每一个立法者,以致他的立法就正有如是全体人民的联合意志里面产生出来的,并把每一个愿意成为公民的臣民都看作就仿佛他已然同意了这样一种意志那样。因为这是每一种公开法律之合权利性的试金石”。〔9〕

德国法治国的第一个阶段是以理念的形式与绝对君主制的结合,通过君主自觉遵守法治理念而使绝对君主制变为开明君主制。

(二) 君主立宪制

法治国理念的社会承载力量就是市民阶层,或曰新兴资产阶级。市民阶层的根本诉求并非政治上的主权,而是经济上的自由。经济上的自由所强调的就是国家权力不予干涉,至于国家权力的政体性质是什么,对市民阶层来说其实并不重要。只是当经济上的自由必须通过政治上的政体重构才能实现并得到保障时,市民阶层才会发动政治革命。1789年法国大革命是市民阶层进行政体重构的成功范例。〔10〕德国同样性质的革命发生在1848年3月。这场革命本欲一举推翻君主制,实现政体的彻底重构。无奈市民阶层的力量尚未强大到足够的程度,最终只能和君主制的力量妥协,从而形成君主立宪制的政治格局。从法律层面来看,这表现为1848年保罗教堂宪法的流产,〔11〕随后在德国各邦制定的宪法均为君主立宪制的宪法。

与开明君主制相同之处在于,君主立宪制的政体原则亦未受到根本撼动;但与之不同之处则在于,法治国原则对代表国家的君主的权力之限制不再仅凭君主的自觉,而获得了制度的依托。这种制度层面的落实表现为市民阶层对立法法的参与,以及由此确立的法律优先和法律保留原则。“法律”一词在今日由于太过常见,反而导致人们忘记了它的历史含义。必须强调的是,君主立宪制下的“法律”与宪政民主制下的“法律”具有本质的差别。在君主立宪制下,从政治上来看,市民阶层与君主在力量上都无法绝对性地超越对方。这种政治力量格局反应在法律制度上,就体现为市民阶层之化身的“法律”与君主之化身的“行政”亦处于一种势均力敌的态势,这与民主制下“法律”对“行政”的全面超越是完全不同的,由此,法律优先和法律保留原则在君主立宪制之下也具有不同于民主制下的含义。

在君主立宪制的政体格局中建构行政法学的经典人物即是奥托·迈耶,其代表作品便是德国行政法学的开山之作《德国行政法》。根据纯粹的君主制原则,无论是立法还是行政均属于君

〔9〕 [德]康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆1996年版,第190页。

〔10〕 众所周知,法国大革命虽然颠覆了君主制原则,但后来又经历了多次君主制的复辟,表现为共和制宪法和君主制宪法的交互更替,直到1875年才最终确立共和政体。

〔11〕 1848年的宪法在法兰克福的保罗教堂起草,因此史称保罗教堂宪法。

主的权限。从制度层面为其注入法治国的要素之后,“法律”的含义便发生了变化。这种变化体现在两个方面:第一,形式要件。必须有代表市民阶层的议会的参与而形成的规范才可成为“法律”。第二,权限要件。在特定问题上,比如行政权欲干涉市民权利,必须有“法律”作为依据,其余事项则属于行政权的特别权力关系的范畴。迈耶对此曾有如下的经典概括:“大量的国家权力不应只集中在一个位置上,而是应该以适当方式分配于不同的主体来承担,以实现权力的制约和适度。君主立宪制通过参与立法权的人民代议机构的参与满足了这个要求,而行政权则留给王侯。”^[12]从社会层面看,市民阶层已经有力量和君主分庭抗礼;从政治上看,这种对抗落实为议会和行政的分权与制衡,不过,由于议会尚未取得超越行政的全面优势,因此尚不能说行政已经变为议会法律的执行机构。源于君主立宪制的法律保留和法律优先原则仅仅意味着在特定事项上要有议会的参与,也即要通过“法律”的形式才能干预这些涉及基本权利的事项。这种通过分权和抗衡来实现法治理念的机制在性质上属于政治机制,值得强调的是,法治理念还获得了法律机制的保障,这就是行政法院。行政法院的建立,意味着国家与个人之间在特定事项上的关系不再是统治与服从的政治关系,而转变为权利与义务的法律关系。

君主立宪制是德国法治国历史发展中的关键阶段,在某种意义上甚至可以说君主立宪制是最能展现法治国的政治诉求的政体格局。法治国最根本的政治诉求是制约国家权力,在君主立宪制下,被制约的国家权力具有鲜明而具体的承载者,即国王。议会与君主的分权、通过解释议会法律以限制行政权力的行政法院,都是法治理念的清晰展现。不宁唯是,今日行政法学的核心概念,均出于君主立宪制之下,例如法律优先、法律保留、依法行政、行政行为、行政法律关系等。

(三) 宪政民主制

法治民主或曰宪政民主是每一个政法学人都耳熟能详的概念,但若细究其问题逻辑,其实并非如此理所当然。几百年来,承载法治理念的社会力量,即市民阶层,一直以君主力量为斗争对象。宪政民主制的确立,就意味着政体原则发生了根本的变化,君主制已经被推翻,市民阶层最终战胜了自己的对立面,法治原则得到彻底的声张。其实,这种情势本应引起我们的困惑:既然君主已经不在,以制约君主为己任的法治理念得到彻底胜利,市民阶层从反对者变成了主人,那么,法治理念还要去制约谁呢?或曰,法治国还有存在的必要吗?1919年,德皇逊位,魏玛共和建立。魏玛时期之所以发生了激烈而精彩的国家法论争,孕育出史无前例的天才学者,究其时代根源,实在是因为政体变迁给时人制造了太大的政治冲击和精神困惑。今日尘埃落定,后人多抱着观景的心态去阅读他们的文字,如此怎能体会他们的焦虑,更匡论理解民主政体下的法治国问题之复杂和艰难!

理解民主政体下法治国的问题逻辑,不能从法律制度入手,而需从社会力量结构着眼。必须清醒地把握的要点是,法治理念自始至终都有确定的社会载体,即市民阶层,或者直白地说就是资本的力量。法治国的核心追求就是资本的自由,为此采取的手段就是对对抗性的力量进行制约,而无论这种对抗性的力量由谁承载。于是问题就变成,作为资本之对抗力量的君主消失之后,社会中是否还存在或者出现了新的对抗力量?众所周知,从资本自身的逻辑中发展出了新的对抗力量,这就是劳工阶层。资本与劳动的对抗本来只在社会层面和经济领域展开,但是,随着普选权的落实,这种对抗转移到政治层面,其主战场便是议会。在君主立宪制政体下,议会完全代表市民阶层,其对抗的主体是代表行政权的君主;但是在民主政体下,社会的力量对抗全

[12] [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第58~59页。

部在议会中上演。这就意味着,议会的法律不再像君主立宪制政体之下那样是完全有利于市民阶层的,民主制下的议会也完全有可能制定出有利于劳工的法律。这样一来,议会的法律就不再是实现市民阶层之法治理念的的保护伞,以制约为宗旨的法治追求必须转而针对议会,也即针对法律。

在民主制下,实现法治原则所要求的制约议会之诉求的方式有两种:其一,宣称宪法至上和基本权利保护;其二,确立某种形式的宪法守护机制。在德国魏玛时期,时人对这两点的认识还处在形成和探索阶段。民主体制初创,本身的逻辑(即资本和劳动的矛盾)尚未在法律制度上全面展开。信任民主体制的人对议会机制抱持乐观态度,怀疑民主体制的人尚无力正面回应,便转而从已经消失的君主制宪法学的智识资源中寻求帮助。举例来说,《魏玛宪法》第109条第1款规定:“所有德国人在法律面前一律平等。”在当时的情况下,这条基本权利究竟只是约束行政机关,还是也可以约束立法机关,人们尚无一致的认识。^[13] 类似地,对民主制下的“法律”的概念该如何理解,人们亦未获得清晰认识。^[14] 同样,对于宪法守护机制,时人也无一致的看法。凯尔森与施密特围绕宪法守护者的论争反应了政体转型给知识界造成的困惑。两人均看到在议会这个平台上即将上演法治与民主(也即资本与劳动)的斗争,但是,在解决之策上,两人发生分歧。施密特主张的是一种政治机制,即通过总统来调和议会中的资本和劳动的矛盾,因此主张总统应该是宪法的守护者。^[15] 凯尔森则主张一种法律机制,也就是通过宪法法院来解决议会中的多数派和少数派的争议。^[16] 二战后的《德国基本法》对这两个问题给出了最终的制度回答:第一,基本权利不仅约束行政权,而且也约束立法权;^[17] 第二,围绕议会法律的争议由联邦宪法法院解决。由此,民主政体下的法治诉求获得了确定的制度保障形式。

法治原则作为一种制约机制,与任何政体形式均无内在关联。政体结构是主权的落实,天生具有绝对性。因此,法治原则虽可与任何一种政体形式结合,但也与任何一种政体原则天然地构成紧张关系。民主与法治绝非具有内在亲和性的一对概念,当民主成为政体原则时,法治与民主便构成新的紧张关系。

三、社会法治国的内在紧张

以往的论者描述德国法治国的发展时,皆得出二战后的德国最终确立了法治国的完善形式之结论。这是一种错误的认识。法治国的实现形式根本无所谓完善与不完善之分,只有与不同政体原则结合形成的不同格局。如上文所述,在民主政体下,法治国诉求及其对立面在社会层面表现为资本与劳动的矛盾。《德国基本法》第20条首先确立了民主政体,在同一条也规定了法治国原

[13] 1926年,德国国家法学者协会的年会主题即为“宪法第109条之法律面前的平等”。在主题报告之后的讨论阶段,学者异见纷起,无法达成共识。Siehe Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, Berlin und Leipzig 1927, S. 2-62.

[14] 在1927年的德国国家法学者协会的年会上,又专门围绕“法律”的概念展开讨论。Siehe Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, Berlin und Leipzig 1928, S. 98-208.

[15] 参见[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,特别是第三章。

[16] 参见[奥]汉斯·凯尔森:《谁应该成为宪法的守护者》,张龔译,载许章润主编:《历史法学(第一卷)》,法律出版社2008年版。

[17] 《德国基本法》第1条第3款规定:“下述基本权利为直接有效地约束立法、行政和司法的法则。”

则,体现了对资本价值的肯定,但是,同时还在这一条承认了社会国原则,这又是对劳工力量的照顾。^[18]由此,在宪法理论上,如何解决法治国和社会国原则之间的紧张成为困扰战后德国宪法学的最核心难题。论者的观点虽多,但可以画出争论谱系的两个端点,其余都是二者之间的调和立场。一个端点的代表者是提出“生存照顾”学说的福斯多夫,他主张在宪法层面只能承认法治国原则,基本权利也只能是体现法治国理念的自由权,社会国原则的要求只能放在行政的层面来解决,而不能上升为宪法层面的基本权利。另一个端点的代表者是对社会主义理念具有同情态度的阿本德罗什,他主张体现法治国理念的基本权利是实现社会国原则(或社会主义理念)的必要前提条件。^[19]以此为框架,二战后的学者在宪法层面围绕国家任务的变迁展开诸多讨论,^[20]在行政法层面概括出干预行政——服务行政——保障行政的发展轨迹。^[21]

四、结 论

德国法治国的历史由来对我国至少有两点启示。第一点是理论上的提醒。如上文所言,在具体历史情境中,虽然法治国诉求始终与民主诉求纠缠在一起,但是从学理上必须区分二者。法治国原则只是一种制约机制,民主乃是政体原则,二者无内在关联。从理论上讲,法治国原则可以与任何一种政体原则结合。由此,法治与民主究竟应该如何推进,全由一国的具体政治情势而定。对此,学人一定要有清醒认知,而不能盲目得出二者密不可分的结论。

第二点是实践上的启发。在我国推行市场经济的过程中,资本和劳动的矛盾也势必会存在。我国宪法虽然不采用法治国和社会国的表述,但面临的问题在本质上是类似的。当前的市场经济与民生建设并举的策略,已经显示出我国当政者清醒认识到这一对矛盾,并积极采取应对举措。就此而言,德国战后讨论和践行的各种方案不失为我国实践的有益借鉴。^[22]

(责任编辑:宾 凯)

[18] Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, Kohlhammer 1964, S. 27-57.

[19] Wolfgang Abendroth, Das Grundgesetz. Einführung in seine politischen Probleme, Neske, Pfullingen 1966.

[20] 代表性的研究成果参见 Dieter Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben. Nomos, Baden-Baden 1994.

[21] 系统梳理此发展轨迹,并专门研究第三阶段的保障行政的博士论文参见 Hendrik Lackner, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, Carl Heymanns Verlag 2004.

[22] 2014年,德国战后研究社会国原则最负盛名的学者察赫的一些论文被译成中文,这其中包含了作者常年研究法治国与社会国内在紧张问题的成果。参见[德]汉斯·察赫:《福利社会的欧洲设计——察赫社会法文集》,刘冬梅、杨一帆译,北京大学出版社2014年版。