**rule of law/法治(Fǎ Zhì)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| European Perspective | Hans-Peter Freymann | 17 Feb 2022 |

近几十年来，几乎没有任何其它政治理念,能较法治一样获得更广大的全球认可，也没有任何政治理念，能像法治一样传播得如此之远。在世界银行和国际货币基金组织（IMF），于20世纪90年代初发起的,旨在为成功的经济发展创造同等条件的世界范围运动的支持下，时至今日，几乎没有一个国家不在采用法治。然而，这种成功仅仅流于表面，因为实际上，人们并未对法治的意涵达成共识。恰恰相反，作为一个“深受争议的概念”的典型案例，法治一词有诸多含义，有时还区别甚远，因此最终的情形是，每一种政治制度都可以宣称他们在落实法治，即使他们各自的形式大不相同。

为何会如此呢？从历史的角度而言，法治一直是限制主权的至为关键的工具，其目的是阻止政府权力的滥用甚至于暴政。通过将主权约束在法律之下——无论是在统治者本身所通过的法律的意义上，还是在脱离主权的、上位法（higher-ranking law）（如自然法、习惯法、神圣法）的意义上，并且由独立的司法机构保证其遵守——在理想情况下要确保排除国家权力行使的任意性和其余负面的过分行为，而据经验表明，这一切可能源自于人类的弱点。因此，法治代表了 “人治” （rule of man）的对立面，或者正如亚里士多德所说：“法律的统治比任何一个公民的统治都要正确。”

与此相反，在学术讨论中，特别是在盎格鲁美洲（Anglo-American）评论家的意见中，一种“单薄”（thin）的、形式主义的法治方式占据了上风。这超越了极端的立场，借助于将额外的要求与立法相链接，最终将法治与要求主权的所有行动必须由法律来执行（"法治"）联系起来；然而，那些实质性的标准，如法律是否公正，或是否必须尊重基本权利，却不在考虑范围之内。

这种方式何以有别于其它？它的出发点是让法律对行为的控制成为可能，或者如当代著名理论家约瑟夫·拉兹（Joseph Raz）所说。"如果法律要被遵守，它必须能引导其对象的行为"。由此可以衍生出，法律必须在最广泛的意义上具有法律意义上的确定性，即它的前提条件和法律后果必须是可预见的，它需要表述清晰，没有矛盾，而且足够明确；它必须向所有人公开，具有合理的持久效力，具有前瞻性，而且它不能要求不可能之事，即它必须能够被实现。此外，法律必须是普遍有效的，也就是说，它必须平等地适用于每个人，包括国家权力的拥有者，或者正如艾博·文·戴雪(A.V.Dicey)所言:"没有人凌驾于法律之上"。为了使法律不仅仅是呼吁，它还需要一个能够使其强制执行的监管机制。这其中尤其需要的包括授予程序性权利，保证每个人都能轻易地得到没有偏见的公开和公正的审判，以及为（公共）当局行使自由裁量权设立障碍，每一项都有审查的资格，并由独立的司法机构强制执行。

这种退回到形式上的合法性标准的做法，最终导向了通常而言构成规范制定和规范遵循的方向，即对规范理论的考虑，或是正如本杰明·内森·卡多佐（Benjamin N. Cardozo）所准确描述的那样：“归根结底，形式法治作为一种独立的理想，并没有什么特别之处。它是关于法律规则的。”这种“掏空内脏”的方式，减损了法治的最初目标。因为没有对法律规则的内容提出要求，所以法律是好是坏的问题就被排除了，同样，它也不会考虑更高级别的法律是否能够限制立法者。对主权的限制只限于主权有义务依照普遍适用、可核查的规则行事。保护（人们）免于国家任意性的部分仅限于（任意的）临时措施被进一步排除，政治意愿的更改被整合进正式的立法程序。尽管如此，这个概念存在着其优势：鉴于其文化和政治的中立性，它可以适应许多类型的国家，因此也适用于那些不赞同西方有关个人自由和保障不变的基本/人类权利之概念的国家。借助这种方式，在世界大部分地区实施最低水平的法律确定性将得以实现，这对于跨境贸易的运作和基于此的经济发展而言至关重要。

不过，根据欧洲的理解而言，这样一个形式上的法治概念是不全面的。即使是尤尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）主张的对形式合法性的延伸，要求立法者的民主合法性"...... "也无法弥补其不足；民主意志的形成确保了大多数人对法律的认可，但仅仅这一点并不适合用来阻止 “坏”法规；因此，除了形式和民主的要求之外，我们还需要一种额外的实质性的锚定，比如“更厚重”（thicker）的实质性法治理论方法之中所固有的（意涵）。欧洲委员会将这一目前在欧洲占主导地位的方法表述如下：“法治......是三项基本原则之一......与多元民主和尊重人权并列；这三项原则紧密相连：维护和促进人权、民主和法治如今甚至被视为单一的目标......在这里....没有民主和尊重人权就不可能有法治......。”因此，形式法治意义上的法治，与民主共同体和个人权利的保障，共同构成了不可分割的 "三执政者"（triumvirs）。

由于一面与民主相链接，一面尊重对个人人权，法治的自我理解得到了扩展。如此一来，它还有助于保障基本的程序性权利或 "司法人权"，如诉诸法律的权利、发表意见的权利、“一罪不二审 ”的刑法原则、无罪推定或公平审判的权利，以及其它权利。在欧洲一体化和合作的框架内部——正如它在欧洲联盟和欧洲委员会以及欧洲人权法院（在第二次世界大战后负责解释《欧洲人权公约》）所体现的那样——传统上更倾向于程序和形式的盎格鲁-撒克逊法治与欧洲大陆对其的理解日益融合，而后者遵循德国的“法治国家”（Rechtsstaat）和/或法国的 “法治之国”（État de Droit），在法治方面整合了对（核心）基本权利的保护。《欧洲人权公约》尤其倾向于将人权保护与法治相互联系：“一个基于法治的国家有责任采取必要的措施，在其领土之中维护法律，确保所有人的安全和人权的享受。”而人权这一术语，它通常代表先实在法（pre-positive law），即不受（简单）立法约束的法律，因为它是在宪法中、或是在传统中发展出来的普通法中被规定的。既然上位法既成为国家行为的标准，又成为国家行为的界限，那么如此一来，这样的法律只有在不与上位法相抵触的情况下方才有效。

以这种路径和欧洲的视角来理解的话，法治基于三个核心支柱。除却上文提到的合法性（合法性原则）和正当程序的形式要求外，以 "独立和公正的司法机构 "为形式的第三个支柱，在确定法律的许可内容和法律的强制执行方面，扮演着核心作用。它有责任确定实在法与上位法的相称性（"合理性"），也就是说，它必须既解释现有法律的内容，又确定上位法的界限。这使得法官在确定法律界限方面事实上拥有最后的决定权。同时，这里存在着一种明晰的危险，即政治准则将由司法机构决定，而非由主权国家决定，要知道，司法机构也是人，因此也是易变的（“人治”） 因此，以尽可能客观的方式建立司法机构尤为重要。为此，我们必须让它独立工作，不受任何（政治）影响（司法独立），而司法机构如若在各类国家权力的合奏中无法拥有独立性（分权），这一点就不可能实现，这一切的实现也需要司法机构内各法官的个人独立性。另一方面，司法判决的公正性和客观性，还必须通过合理的准入门槛、高尚的、传统的职业道德和合理的实例制度来保障。

即使法治在欧洲的落实绝非千人一面，且普通法和欧洲大陆的法律尤其存在差异，这一点主要体现在宪法层面和法律制度上。但欧洲人民的共同历史，以及通过法律面前人人平等来限制国家任意性的，这一被始终如一接受的中心思想，揭示了对法治更深远的共同理解，甚至超越了跨国和国际层面的共同声明。即使是普通法和法治之间的所谓区别，经由仔细研究后，也被证明没有一般所认为的那么清晰，因为在这里和在那里，先于宪法的法律被假定为标准，那不仅是法学的标准，也是政治行动的标准。与德国、法国、意大利等国不同的是，在缺乏宪法的情况下，普通法被理解为习惯法和司法法，并提供了适当的标准。这也适用于英国议会，与欧洲大陆的议会不同，由于缺乏宪法法院，在法律上没有（对它的）约束力，但由于压倒一切的社会重要性，它事实上受到了普通法的约束，以至于根本性的偏差似乎肯定会招致根本性的批评和提前投票。

这反过来又意味着，一个有效的民主制度的就位，是保证某种“制衡”形式的前提。另一方面，如果没有通过自由、受保护的选举和/或独立的法院系统来控制主权，那么这种不同的法治概念——如上所述——仍然是初级的。依照我的理解，这也特别适用于共产主义的社会形式，在这种社会中，比如中国，以人民的福祉为导向占据了最高的权威。

这一点不应该被误读：即使在所谓的自由社会中，法治也不能保证能永久阻止国家的任意性。目前的讨论——关于媒体，包括所谓的社交媒体对大部分人的影响，向我们展现了意志的多元化形成中的危险，因此我们也对看似不可改变的权利之存在，有了全新层面的理解。不过，欧洲的法治与其民主政体和基本人权的基础相互结合，使得国家任意性的形成，至少在相当令人安心的程度上，是更为困难的。