

【法治建设】

实质法治：法治的必然选择

李桂林

【摘要】形式法治与实质法治是法治的基本分类。形式法治观在当下中国似有成主导法治观之势，但许多形式法治观倡导者误解或曲解了实质法治，致使其对实质法治的批判显得无的放矢。实质法治不是与形式法治相对立的概念，它不反对形式法治的基本要求，只是在其基础上加入了对法治实质内容与实质价值的要求。实质法治之所以必要，是因为形式法治存在严重缺陷，不能达成形式法治观所设定的法治目标。只有实质法治观才能代表法治理想、达成法治的目标。从历史与价值维度看，法治与以人的尊严为核心的实质价值具有内在关联；否定或拒斥这种关联，法治将丧失其灵魂、沦为“以法而治”或人治，无法达成使人的行为服从规则治理之目标。

【关键词】法治；形式法治；实质法治；人的尊严；必然选择

【作者简介】李桂林，华东政法大学法律学院。

【原文出处】《法学》（沪），2018.7.71～82

【基金项目】本文为2017年度国家社会科学基金项目（17BFX024）的阶段性成果。

作为一种政治理想，法治已经成为国家治理现代化的切入点，成为超越不同政治制度和意识形态裂痕的普遍共识。它被看成一种普遍善，受到不同社会、文化、经济和政治制度国家政府及其人民的推崇。^①同时，全球化推动了现代法治的多元发展，使法治从欧洲大陆传播扩展到世界其他地区，从民族国家层面扩展到各种次国家、跨国家和超国家的层面。^②但是，与法治的多元发展相并存的是法治观的多样化，人们在法治的定义、愿景、原则等方面的理论观点存在诸多差异，这将对一国法治建设的最终结果产生重要的甚至决定性的影响。

我国法学界围绕形式法治观与实质法治观进行了多年的理论论争。形式法治与实质法治的选择，关系到法治内涵的界定，关系到我国法治原则、制度与路径的选择，进而关系到我国法治建设的走向、成效甚至成败。^③虽然围绕这一主题开展的现有研究已经取得了较多成果，但也存在许多问题，如：对两种法治观的认识模糊不清、甚至有许多误解与曲解，

致使不少关于这一问题的讨论都立基于似是而非的概念与判断之上，妨碍了研究者探讨真问题、发现好对策。这要求我们界定“形式法治”与“实质法治”两概念的内涵，分析两者的联系与区别，基于合理标准评判两者的优缺点，在两者之间作出取舍。本文将力图论证：实质法治是法治的必然选择，只有实质法治才能达成法治所追求的目标。

一、实质法治的内涵及对相关误解的澄清

要把握“实质法治”概念的内涵，就需要将它与相关概念进行比较。实质法治和形式法治应该都属于法治的范畴，两者之间不是对立关系；与它们相对立的概念是“人治”。因此，我们要从与人治的对立中去认识法治；从形式法治与实质法治的共同性与差异性之中把握各自的内涵与特征。

形式法治与实质法治共享“法治”这一术语，也理应共享法治的构成要素，这些要素构成了法治与人治的根本区别。“法治”和“人治”这两个概念关注的是统治者如何统治、如何对待被统治者的问题。

在古代,两者的区别主要在于统治者是用法律进行统治还是靠统治者的智慧进行统治。近代以降,两者的区别主要在于统治者在用法律进行统治的同时其自身是否受到法律的限制和约束。人治本质上是指统治者凭不受限制的权力和意志进行统治,与专制是紧密关联在一起的。人治表现为两种形态。一种形态是“无法而治”,“既无法律又无规章,由单独一个人按照一己的意志与反复无常的性情领导一切”。^④法治排斥凭专断意志和专断权力进行统治的专制政体:“在政府中有一人或数人能运用极武断、又极强夺的制限权力。”^⑤无法之治在古代社会存在过,近代以降则极其罕见。在现代民族国家体制下,建立健全法律体系往往被看成是国家成立以后头等重要的大事。另一种形态是“以法而治”。法治排斥无法而治;但是,统治者依法行事而不是依凭统治者的个人意志和反复无常的性情进行统治,这还不足以构成法治。“如果法治的全部含义只是官方的行动必须披上合法的外衣,那么岂非可以证明第三帝国期间的德意志国家同样遵奉法治?”^⑥虽然依法行事给统治者施加了某种程度的限制,在此情况下所有政府行为都要受到事先公布且明确的规则之限制;但是,统治符合这一要求并不足以消除政府行为的专横与武断,这是因为:这一要求只不过意味着国家的整个活动不仅须以法律为基础,而且也须采取法律的形式,但这并不意味着国家的统治目的和统治权能受到任何限制,也不意味着政府在法律立改废的权力上受到何种限制。这种情形的“法治”只不过是“以法而治”,以此原则为指导的“法治国家”只能被称为“法律围家”^⑦。以法而治对国家行为难以构成实质性限制,即使有完备的法律也不能避免统治者按一己意志与反复无常的性情进行统治。上述两种形态的人治在统治者的专断与任意上存在程度上的差异,但在终极意义上讲两者并无本质差别。

分析人治的两种形态有助于界定法治的核心意义。法治意味着法律构成对国家政治权力的实质性限制和约束,一切国家机关、社会团体和个人都要遵守法律,不具有超越或凌驾于其上的特权。这是一种规范性要求,国家政治权力符合这一要求,法治国

家才能建成。事实上,现代各国宪法几乎都有类似规定,我国宪法即是如此。^⑧“主张合法性权威是法律的本质特征”,“法律呈现的是一套权威性标准系统,要求所有适用它的人都承认其权威”。^⑨法律主张合法性权威,意味着法律不承认任何违法理由的正当性,主张具有相对于其他社会规范的优越地位,具有凌驾于一切国家机关、社会团体和个人之上的权威地位。判断法治观念、制度与实践是否形成,最重要的标准就是政治权力是否服从法律。就英国历史而言,“17世纪的诸事件最终确定了英国君主对法律的服从”,法律对王权的遏制、特别是法院在这个遏制过程中所起的作用,是法治的重要组成部分。^⑩正如戴雪在总结英国法治时所言:“每一人,不论为贵为贱,为富为贫,须受命于国内所有普通法律,并须安居于普通法院的管辖权之治下。”^⑪法治指称的是一种政治和法律的理想,要创造“一种法律的统治而非人的统治”;法治产生的标志是“法律机构取得足够独立的权威以对政府权力的行使进行规范约束”,包括立法机关和法院在内的法律机构“在各个规定的权能范围内”要求一种有限的至上性,对其他国家机构构成有效约束。^⑫可见,“法律的统治而非人的统治”,其重点不在于是否重视人(官员)在统治之中的作用,是否重视人(官员)的智慧、经验与裁断能力,而在于在统治过程中人(官员)行使政治权力的行为(其中包括其自由裁量的行为)必须受到法律的约束和限制。

形式法治和实质法治应该共享上述要旨。两者不是对立的,它们是实现法治这一政治与法律理想的不同路径;两者之间固然有重要差别,但在某些方面应该具有一致性。“法治”与“人治”的对照有助于我们明确形式法治和实质法治的总体方向,而“实质法治”与“形式法治”的对照则有助于我们明确实质法治的定位。在“法治”与“人治”的对照中,我们确定形式法治与实质法治共享着法治的以下要素:(1)政府受法律限制;(2)形式合法性;(3)法律而非人的统治。这三个论题构成了法治的核心;借助于这三个论题,法治得到具体地诠释。^⑬在存在这些共同之处的同时,两者在实现这些核心命题的路径问题上存在重要差别,在实现这三个论题的效果上也

存在差别。形式法治观强调形式合法性,通过形式合法性限制政府权力。富勒对立法提出了法律的一般性、颁布、法不溯及既往、清晰性、不自相矛盾、不要求不可能的事、连续性等要求;拉兹进一步对司法提出了司法独立、自然正义、法院的司法审查权、法庭应当易于被人接近等要求。这些形式合法性要求,在字面上不涉及法律内容与法律价值。实质法治观不排斥形式法治的要素,它只是在形式合法性诸原则之外进一步增添了法律内容的要求。^⑩把人权纳入法治并将其作为法治的内在构成部分,这是实质法治观的最普遍形式。1948年联合国《世界人权宣言》以及1959年国际法学家大会确定的法治准则^⑪都将法治与人的尊严内在地联系在一起,人的尊严成为法治的构成要素。实质法治观将人的尊严等实质内容纳入法治,对立法、行政和司法机关在形式合法性各项要求之外还提出了实质价值方面的要求。据此,立法权要以创设人的尊严得以确认和维护的条件为目的;行政机关和司法机关及其工作人员必须依法行事,其法律解释和自由裁量受实质价值的指导和约束;政治权力受法律约束,以保护人的尊严与价值为目的。法治是一项有目的的事业:不是仅仅服务于建立和维护法律秩序,还是为了达成使人的行为服从规则治理的事业;这一事业的达成以确认人的尊严为条件,以维护人的尊严为目的。

厘清实质法治的涵义,可以从澄清对实质法治的若干误解或曲解入手。第一,实质法治不是对形式法治的否定,而是对它的补充与完善。一些学者之所以提倡形式法治而反对实质法治,是因为误把实质法治等同于纯粹依实质价值办事。“纯粹的形式法治,是可以包容一些实质性内容的,例如基本的人身、政治和财产权利,以实现‘法治和专制相对立’;而纯粹的‘实质法治’是否能实现一致、稳定和可预测性——并籍此避免专制——却是非常成问题的”,“尽管纳粹德国曾利用法律进行种族迫害和专制统治,但其根本就不是一个形式法治国,而是一个以‘实质法治国’为名头的暴力国家。”^⑫这种说法一方面将实质法治的部分要素掺入形式法治,对形式法治作扩大理解;另一方面,从实质法治中剔

除形式合法性的要求,将它曲解为以实质价值治国,致使人们误以为实质法治不能满足人们对一致性、稳定性和可预测性的基本期待。这种对实质法治的批判与否定建立在对它的误解或曲解之上,不得要领。人类经历了纳粹恶行与暴政,要想避免重蹈覆辙、防止再度遭受惨不堪言之灾祸,必须要对其本质与机制有准确认识,建立有效的国内和国际法治体系。基于误解或曲解而将批判矛头指向实质法治、否定实质法治,其结果将会与其所追求的目的南辕北辙。纳粹政权以“法治”之名行专制之实;它破坏了形式法治,更违背了实质法治。纳粹刑法违反“罪刑法定”“法不溯及既往”等法治原则,其法律沦为暴虐统治的工具,其“法治国”(Rechtsstaat)实质上就是“以法而治”的“法律国”而非真正意义上的法治国家。纳粹统治违背形式合法性各项要求,践踏人的尊严,利用法律攻击犹太人的社会存在,把犹太人变成次于人类的物,以法律的管理手段把犹太人社会与德国人隔离开来。^⑬纳粹政权的法理学构想,一方面否定法律对纳粹最高领袖的制度约束,将法律变成表达纳粹领袖和政党意志的规章创制设施;另一方面,反对人权观,否定少数族裔群体的权利,严重侵犯人的尊严和人类的福祉。实质法治观要求法律必须符合人权的要求,有利于人的尊严之维护。上述观点将实质法治误解或曲解为以实质价值治国,让人误以为实质法治与任何实质内容的法律相容,这与实质法治观的主张相违背。实质法治要求立法、执法和司法符合形式合法性各项要求,同时还要受到以人的尊严为核心的实质价值的限制和约束。

第二,实质法治不意味着为了追求个案的实质正义而轻视或无视规则。形式法治观强调“规则之治”,重视规则的创制、执行和适用。立法机构所创制的规则要符合一般性、清晰性、不矛盾、不溯及既往等要求,这样,法律规则才能为社会主体提供指引,使人际互动及其结果具有可预测性,进而使人类行为服从规则的治理。法治所包含的形式性要求,既包括对规则体系的形式性要求;也包括对规则适用及其结果的形式正义要求,罗尔斯称之为“作为规则的正义”:“有规则的、无偏见的、在这个意义上是

公平的执法”¹⁸。哈特等实证主义法学家的规则论之所以受到广泛接受,是因为它承载的法治理想为现代各国所推崇。然而,法律规则所构成的规则体系并不是疏而不漏的无缝之网。当法律对具体案件的裁判有明确规定且规则的适用没有导致严重不正义结果的情况下,规则就应当得到适用;当法律规则的适用产生的结果不正义到不可容忍的程度时,法官就应该规避该规则的适用。即使是严格的规则主义者,也不会反对这一主张。如果将实质法治对个案正义的追求夸大为不尊重规则乃至轻视或无视规则的约束力,对实质法治的批判就有无的放矢之虞。“有些法学家已经遗忘了法律中已有的实质内容,更愿意守望良知、探寻自己所需要的个别正义,即使在简单案件中也不愿意坚守法律规则的绝对性”。¹⁹这里批判的现象不能归入实质法治观,这种做法也遭到实质法治观的反对。对法律的忠诚是法治的第一要件。丧失对法律规则的基本尊重,法律的权威将受到损害,法治将无以存身。

第三,实质法治不意味着放纵自由裁量权的滥用。依传统法治理论,法治与自由裁量是不相容的。哈耶克认为,当“公平”或“合理”等含糊的表达越来越多地被引入到立法或司法当中时,法律和司法中的随意性和不确定性就不断增强,就会导致人们对法律和司法的不尊重;立法中留下的自由裁量空间以及司法中的自由裁量,将会导致法治的衰微。²⁰个人主义或自由放任主义学派的一个独特的原则是,任何实质性的自由裁量权都是对法治从而也是对自由的威胁。在戴雪看来,这是英国宪法坚定不移的原则。²¹然而,现代法理学认为,当法律对具体案件没有规定从而存有漏洞,或者在适用于具体案件的规则含义不清晰之时,法官都需要行使自由裁量权。我国部分形式法治论者在自由裁量问题上,承认自由裁量的必然性及其对法治的威胁;同时把自由裁量及其滥用强加于实质法治上,在二者之间画等号。这实际上是因果倒置:实质法治不是自由裁量的原因,而是法治论者在自由裁量客观存在、官员自由裁量权的某些运用方式对法治构成威胁的情况下想出的应对之策。法律的运行不可能排除官员的自由裁量。“即使我们使用以言辞构成的一般化

规则,在特定的具体个案中,该等规则所要求之行为类型仍然可能是不确定的。特定的事实情境并非已经自己区分得好好的,贴上标签表明是一般规则的具体事例,在那儿乖乖地等着我们。而且规则本身也不能够站出来,指定它自己包含的事例。”²²由于语言的空缺结构,一般规则在适用于具体案件之时往往会出现需要法官自由裁量的场合。此时,人权、公平正义等法律实质价值的指导实属必要,它们起到从实质价值方面限制官员自由裁量的作用。立法机关在法律条文中引入“公平”“合理”等术语和原则,不是放纵了而是限制着法官的自由裁量。“公平”“合理”等术语及相关条文载明了立法的指导思想,体现了法律在某些方面的实质价值,指出了对司法裁判的道德要求,可用于指导法律解释和法律适用。

二、形式法治的缺陷与实质法治的必要性

法治理论经由历史上许多著名思想家接力而成,显得丰富多样。多样性中存有共性也有差异。对法治观有多种分类方法,其中形式法治与实质法治之分在我国法学界最为著名。在众多法治理论家中,亚里士多德、洛克等人的法治观属于实质法治观,戴雪、富勒、拉兹等人的法治理论一般被归入形式法治观。主要受富勒和拉兹的影响,形式法治观在我国法学界的影响面和影响力呈扩大与增强之势。²³然而,本文认为,形式法治观和实质法治观共享着法治的三个核心命题,能否贯彻这三个命题、实现法治目的的效果如何是评判这两种法治路径优劣的标准。形式法治在达成法治的目标或目的上存在严重不足,只有实质法治才能代表并达成法治理想。

在形式法治观形成与发展的历程中,戴雪和富勒具有里程碑的意义。戴雪实现了法治论说方式的转型,从洛克等自然法思想家对自然权利这一实质价值的强调转变到对形式性法治原则的关注。他将法治原则归结为法律至上、议会主权、通常法庭或通常法律面前人人平等,由此塑造了现代法治学说与制度。²⁴法治理想在富勒的哲学中经受了最彻底的检验,²⁵其法治理论属于20世纪下半期最有影响力的学说²⁶,其后拉兹等人都从不同角度补充和发展了富勒的形式法治观,使形式法治观与实质法治观分庭抗礼,受到广泛关注。

形式法治观对法治的定义以及对法治原则的概括,至少从表面上与任何实质内容都不存在必然联系。法律被看成是一种社会统治或管理的手段和方法,法治是法律要具有指引人的行为之能力所需满足的必要条件;这些必要条件就是法治原则,它们共同构成了一个“合法性的乌托邦”,为人们指出了若干独特的标准,让人们藉此检验形式合法性的完善状态。这些原则是一些形式化的要求,不包含任何实质内容方面的标准,所以这些法治原则也被称为形式法治原则,这种法治观被称为形式法治观。形式法治观以富勒总结的形式合法性八项原则为基础,后来又被其他学者补充了若干程序性要求,即审判必须遵循最一般意义上被视为构成自然正义以及正当程序的公正性、公开性和不偏不倚的各种要素。这些程序性原则在富勒八项原则中没有提到,但“与富勒的想法完全一致”^②。这样,除了一般性、明确性、公开颁布、持久稳定性、官方行动与法律相一致等原则之外,形式法治原则还包括司法独立应予保证、自然正义必须遵守、法庭应当易被人接近、不应容许预防犯罪的机构利用自由裁量权歪曲法律等原则。这些原则“用来确保执法设施不应通过歪曲执法来剥夺法律本身指引行为的能力,它们应当有能力监督服从法治并且当出现违法情况时提供有效的矫正”,“它们是捍卫法治所必不可少的”。^③这样,富勒、拉兹等人共同完成了形式法治原则的构架。

形式法治原则可分为以下两方面的形式性要求。一是对立法的要求。法律规则要有一般性、明确性,法律应该颁布、不溯及既往,特殊法的创制应该符合一般法的要求。二是对执法和司法的要求。法律关于司法的制度性规定必须满足司法公正所需要的若干条件,自然正义、司法独立、法庭应当易被人接近、不得滥用自由裁量权。形式法治观认为,法律只有满足这两方面的要求,才有可能具有指引人的行为的能力,才能达成“使人的行为符合规则治理”之目的。我国法治研究者往往将其中所含“形式”一词作狭义理解,即严格公平的执法、法律的一体适用;依此观点,在“形式法治”之外似乎还存在“程序法治”。^④实际上,富勒和拉兹两人的法治观本

身就包括若干程序性要求,而且富勒将其形式合法性原则称为“程序自然法”。本文对实质法治观的倡导建立在对这一形式法治观的批判基础上。

虽然形式法治观获得众多法学家青睐,但它存在若干严重缺陷,致使其所追求的法治目标难以实现。只有实质法治观才能弥补这些缺陷,防止法治理想破灭。概括地讲,形式法治观的不足之处体现在:一个满足形式法治原则要求的法律体系仍然难以满足法治的要求;遵从形式法治观的要求,法治所追求的目标仍然难以实现。要真正实现法治,必须采取实质法治观所主张的法治进路。当然,这里首先涉及,法治是何种政治理想?法治追求的是何种目标?这是评判法律是否满足法治的要求、是否达成法治所追求的目标这两个问题的关键。本文的基本立场是倡导实质法治观,认为实质法治是法治的不二选择,但在这里将采纳富勒和拉兹的一个基本观点,即法治的基本目标是使法律具有指引人的行为的能力,使人的行为服从规则治理。这一论证思路,部分地出于论证策略的考虑,即形式法治难以充分保证形式法治论者所提目标的实现;部分地是出于富勒和拉兹观点的合理性,即指引人的行为、使人类行为服从规则治理是值得追求的目标。要达到富勒和拉兹所提出的法治目标,必须参照和引用以人的尊严为核心的现代法律价值。

富勒提出,法律是一项有目的的事业,其目的是“使人类行为服从于一般规则的指导和控制”^⑤。法律是治理社会的一种手段或方法,要想达成其目的就必须有组织 and 引导人的行为的能力,而这一能力反过来又要求满足若干必要条件。^⑥富勒作为自然法学家,其关于法律目的与功能的观点具有浓厚的“应然”色彩。从法律实证主义角度看,法律的目的并非必定是“使人的行为服从于一般规则治理”,如纳粹政权下法律的目的就不是如此。但是,基于历史考察,法治确实可以被定义成一项“使人的行为服从于一般规则治理的事业”,法治的目的是要使人的行为服从法律规则的治理。这一论点理当包含一切人的行为都服从于法律之义,此即“普遍守法”“法律至上”“法律的至上权威”;这些关键词与亚里士多德法治定义中的形式要素是一致的。

形式法治观认为,法律只要满足形式合法性的各项要求,就能够指引人的行为并达成使人的行为服从规则治理之目标;形式法治原则不涉及实质价值。其实不然。第一,形式合法性的要求无法保障法律的确定性,法律执行与法律适用需要以法律实质内容与实质价值作为指引。富勒指出:“十分明显的是,含糊和语无伦次的法律会使合法成为任何人都无法企及的目标,或者至少是任何人在不对法律进行未经授权的修正的情况下都无法企及的目标,而这种修正本身便损害了合法性。”^③法律只有清晰、明确而不是含糊其词、语无伦次,才能构成值得合理期待的决策标准,官员和民众才能有明确的行为准则,法律才能得到理解和遵守;更进一步,清晰、明确的法律也是限制和约束官员行为的前提条件,有助于防止官员利用法律规则的含糊其辞去任意解释和适用法律。法律的清晰性等要求有助于实现法律的确定性,而确定性又与法治紧密相关。然而,这一思路遭遇了理论与实践上的难题:法律的清晰性以及立基其上的法律确定性是成疑问的。首先,法律的清晰性不能消除法律中的漏洞,无论权威的标准多么丰足,总有一些情形超出这些标准之外,以致凡法必有漏洞。其次,由于法律中一般术语存在“核心含义”与“边缘含义”之别,法官面对涉及法律边缘含义的案件之时只能运用其权力或权威进行自由裁量以确定该术语在该案件中作何解释。再次,法律在满足清晰性要求的情况下,也会出现在某种适度抽象层次上法律渊源的内在不一致或相互矛盾。“不确定性可以从法律不可避免的不协调性、法律理由的相对贫乏以及一般的语义怀疑主义等理论中获得论证。”^④这三种情形都会使形式法治观所预设的法律确定性以及以此为基础的法治遭到质疑。因此,法律不能被简单化为由规则构成的自调节系统,法治也不能被简单化为规则之治。在疑难案件中,官员的道德感,其对法律的实质价值和社会情理的理解,在法律解释、填补漏洞和消除冲突中将发挥重要作用。在这种情况下,简单地要求依法依规办事将无济于事。拉兹认为法院、警察和执行部门滥用自由裁量权无异于亵渎法律,要求官员不得滥用自由裁量权歪曲法律。然而,关键问题在于:前述若干情

形下在仅凭法律规则无以达成法律确定性之时,法律如何具有指引人的行为的能力?在官员自由裁量必定存在也有必要之时,法律如何限制官员的自由裁量权?如果以“官员不得滥用自由裁量权歪曲法律”一笔带过,形式法治观将被认为立基于一个虚幻的假设之上,法治将无以实现。

法治理论必须面对这一现实,寻求限制官员在法律解释、填补漏洞和消除冲突等活动中自由裁量权的有效方法。官员的自由裁量权应该受到限制,官员要根据合理和公正的原则而不是根据其个人的意志去做事;依据法律而不是根据个人好恶做某件事情。^⑤限制官员在上述几种情况下的自由裁量权,理论上有多条路径:(1)程序主义路径,自由裁量权受到当事人双方的主张、证据与辩驳过程的约束,采纳当事人双方合理的意见与主张。(2)法律方法路径,法官的自由裁量必须受到法律解释、法律推理和法律论证等方法的约束。(3)法律实质内容与实质价值的约束。法律在形式上表现为由规则组成的集合体,但法律规则及法律体系是特定法律价值和法律内容的法律化或规则化的结果。官员只有理解法律的实质价值与立法精神,才能准确地适用法律;特别是在出现上述几种情形的疑难案件中,才能运用法律的实质价值指导法律解释、填补漏洞或消除冲突。从本体论上讲,不理解和把握法律的实质内容和实质价值,就缺乏实质标准来判断法官是否在利用自由裁量权歪曲法律。形式法治观试图从程序着手限制官员、特别是法官的行为,如要求保障司法独立、遵守自然正义原则等,这对于提高法律指引人的行为、达成使人的行为服从规则治理之目的具有重要意义。但这还不够,法律所反映的实质内容与实质价值同样也是指引官员、特别是法官的法律适用行为、限制其自由裁量权的重要依据,在上述几种情况下甚至是最重要的依据。

第二,形式法治观不能提供人的行为服从规则治理的道德条件。拉兹的法治原则只关注法律具有指引人类行为的能力之条件,不关心人的行为是否实际地受到法律的指引。富勒所述法治原则不是停留在法律具有指引人的行为之能力层面上,它还要使人的行为服从规则的治理。这一法治目的的达成

有赖于官员和民众都有守法主义的道德共识,至少社会中大部分人是如此。法治不只以法律规定的统一为条件,它还需要官方和私人都有守法主义的意识。“守法主义是遵循规则的道德观”;^⑤守法主义不是法律规则的一般性、清晰性、公开性等形式特征所能提供的,它与道德价值紧密相关。法律如果能够体现以人的尊严为核心的实质价值,就易于获得社会主体的认同与接受,有利于社会主体形成守法主义道德观。法律规则不只是关于人们应当如何行为的规定,它还被指望适用于社会中各个阶层、各个群体,并且基于某种或某些理由大体上被认可或接受而受到普遍遵守。难以想象,现代社会的法律体系,虽然其在形式上或技术上具有指引人的行为的能力,但如果它不以确认和保护人的尊严为宗旨、背离人权原则与精神、缺乏基本正义认同,人们还能够形成守法主义的道德观、官方和私人的行为能够服从规则的治理。难以想象,在当下时代,一个容纳或容忍奴隶制或奴役制、种族隔离与种族歧视的法律制度能够获得社会成员的认同从而能够不受抵制地受到服从。法治是一种政治理想,不能脱离作为主体的人而存在;人是一种道德主体,具有社会性和道德性。^⑥难以想象,现代社会的法律如果违背基本社会道德和现代政治道德,不尊重人的主体地位而把人当成客体来驱使,它会具有指引人的行为的能力,能够达成使人的行为服从规则治理的目的。

社会主体对法律的尊重是守法主义观念的重要条件,而后者又是法治的重要条件。“法律体系必须奠基在道德义务感或对体系的道德价值的信念上,因为它不能仅仅建立在某人支配他人的权力上”。^⑦尽管人们服从法律的义务感也可能来自宗教、习惯、审慎考量、承诺等理由,但法律的实质内容与实质价值是促使人们形成服从法律的义务感的最重要因素。不义之法难以培育社会主体的守法义务感。是否能够使社会成员产生守法的道德义务感,这虽然不是法律成为法律的条件,但确定是法律符合法治要求的重要条件。

三、法治与人的尊严之实质价值的内在关联

上文力图论证,法律要具有指引人的行为的能力,要达成使人类行为服从规则治理之目的,需要以

法的实质内容和价值来指引官员执行和适用法律的行为,需要人们对法律的实质内容与价值具有道德上的认同并产生守法主义道德观。形式法治观无视实质价值,将法治与道德割裂开来并把它看成是价值中立的政治理想,这将使形式法治论者所设定的目标难以实现。本文后续部分将论证,法律的实质价值是法治不可缺少的构成要素,以人的尊严为核心的法律价值构成了法治的实质价值。

一般认为,富勒和拉兹两人都属形式法治观阵营。有研究者进而认为,实证主义法学和自然法学立场上的分歧不影响两者共享形式法治观。^⑧但是,富勒和拉兹两人的法治观在精神气质上存在根本不同;它们在表面上看似都只关注法治的形式要件,但在法治与实质价值的关系问题上立场差异如此之大,如此对立,以致可以被认为分属两种类型,即“实证主义形式法治观”和“自然法形式法治观”。拉兹的理论属于实证主义形式法治观之列:(1)法治是一种纯粹的工具,不承诺任何实质价值,可以与具有任何实质价值的法律体系相容;(2)法治对保障人的尊严具有积极作用,但保障人的尊严不是法治必须追求的目标;(3)法治不保证法律体系的良善性,符合法治标准的法律体系仍然可能是非常邪恶的。^⑨富勒、菲尼斯和罗尔斯等人的形式法治观可归入“自然法形式法治观”之列:他们在实质价值条件下诠释形式法治原则;所阐述的法治原则表面上属于形式法治,本质上具有浓厚的实质价值背景与蕴涵,这些实质价值实际上已经构成了其法治观的内在组成部分。自然法形式法治观必然要求甚至可转化为实质法治观,其实质价值背景与蕴涵同形式法治原则一起就构成了实质法治的基本要求。

在富勒等人的自然法形式法治观中,法治与特定的实质价值具有内在的必然联系。法治与现代法律价值具有内在联系,而现代法律价值的核心就是人的尊严。在富勒等人的自然法理论中,法治与以人的尊严为核心的实质价值之间的内在必然关联体现在以下几个方面。第一,法治以人的主体地位为前提条件。“要开展使人的行为服从于规则之治的事业,必然需要信奉这样一种观念,即:人是或者能够变成一个负责的理性行动的主体,能够理解和遵循

规则,并且能够对自己的过错负责。”^④人的主体性是现代性的核心,一切现代法进而名副其实的法治都应该尊重人的主体性。人的主体性是人的尊严的要求和体现。“人的尊严在法律上要求人的自主性,每个人都是理性的、独立的存在,他可以决断涉己的事务,从而在生活中充分表达自我、展示自我以及发展自我。”^⑤第二,偏离或违反法治就必然冒犯或侵犯人的尊严。“每一个偏离法律的内在道德之原则的事件都是对作为负责的理性行动主体的人之尊严的一次冒犯。”^⑥在立法中制订溯及既往的法律、法律不颁布等行为,都是在轻视或无视社会成员的自我决定能力,不尊重人的尊严。第三,尊重和维护人的尊严是法治的根本目标。每个人都享有作为一个有责任心的主体的尊严,这是现代人之所以追求法治、努力使法律符合法治原则之要求的基本价值。^⑦法治应该“允许且帮助他们终其一生地构建一个持续存在的本体”^⑧,使人能够实际地享有人的尊严。第四,法治要得到实现必须建立在以下观念基础上:统治者和被统治者之间关系的互惠性和契约性特征;这种特质不仅仅是实现其他社会目的的手段,不能为了其他目的而被轻率地牺牲或抛弃。法治不能被看成是社会控制或社会工程计划中的一种纯粹的管理工具和管理技术。法治以人的主体性为前提条件,以人的尊严为前提和实质目标。追求或遵循法治就要把每个人当做一个主体,尊重其作为人的尊严,维护由人的尊严所衍生的权利和自由。

可见,富勒、菲尼斯等自然法学家的形式法治观与以人的尊严为核心的实质价值具有不可分割的联系。自然法形式法治观与实质法治观的差别只在于,它将实质法治观所主张的实质价值作为其形式法治的前提条件和潜在目标,没有将实质价值像形式性原则那样明确列举为法治原则。我们将这些隐藏的实质价值表达出来,就构成了实质法治的核心内容:“法治”这一术语意味着由基本原则与价值组成的体系,它们一起给予法律以某种稳定性和连贯性;法治是标准、预期和抱负的混合物,它包含有关个人自由和自然正义的传统理念,更一般地讲还有关于统治者与被统治者关于正义公平之要求的理念。实质正义和程序正义两者不能轻易地区别开

来:两者均以尊重个人尊严为前提。^⑨尽管自然法形式法治观具有实质法治观的精神气质,但其表现形态容易使其遭到误解,被误认为是重形式性要求而排斥实质价值要求。要想避免这种误解,就应该转化为实质法治的表现形式;只有实质法治观才能完整地表达其法治主张,保证其法治目标得到实现。

法治与特定实质价值之间是否存在关联,这个问题不属于分析的范畴,而属于历史与价值的范畴。法治的实质价值蕴涵可以得到法治历史的佐证,法治思想、制度与实践从来都是与人权思想、制度与实践携手而行的。在古代法治思想萌芽时期,亚里士多德将法治定义成良法与普遍守法的结合。中世纪法治萌芽时期以英国1215年《大宪章》为重要标志。“维护法治不仅需要有关正义、公平、良心和理性的抽象准则,而且还需要诸如那些体现在1215年英格兰的《大宪章》中的特定原则和规则。”^⑩《大宪章》等政治法律文件本身就是以生命、自由和财产的保障为宗旨。近代古典自然法学主张法律以确认和保护天赋人权为宗旨,倡导“恶法非法”。洛克提出有限政府思想也是为了保护人的自然权利。美国《独立宣言》《美国宪法》及《权利法案》都表明,近代以来以宪法为核心的法律体系和法治体系与个人权利和自由具有内在关联。由此观之,近代法治与以人的尊严为核心的实质价值之间的关联几乎不证自明。但是,法治理论、制度与实践的发展过程也被拉兹等人作为论据,证明法治与奴隶制、种族隔离等制度可以相融并存。美国在制宪立同以后,奴隶制、种族隔离与种族歧视等法律制度在相当长时间存在于其“法治”之下,似乎可以实证法治与邪恶法律制度之间的相融性。换个角度看则并非如此。法治体系的建立是一个渐进的过程,在美国历史上有强大社会与经济基础的奴隶制与种族隔离、种族歧视观念与制度,正是有法治的促动,才能最终从法律体系中涤除出去。法治包含的实质价值所具有的力量推动了制度的变革和社会的变迁,逐渐将与人权相违背的法律制度与规范驱逐出去。任何国家的法治都不是在朝夕之间建成的,但只要采纳实质法治观、追求法治所包含的实质价值,建立健全法治体系,法治的形式目标与实质目标就一定能够实现。邪

恶的法律或不义之法在法治实现过程中被涤除,表明哈特所说“法治可以与非常邪恶的法律制度相共存”是不成立的。

实证主义形式法治观存在与法治相抵触之处。实证主义形式法治观认为法治纯粹是一种社会管理的工具,不承诺特定价值。法律实证主义兴起于19世纪,当资产阶级掌握政权并将其政治纲领法律化之后,法学家们放弃了自然法思想,把法律归结为命令、禁令或许可,归为人类意志的创造物;其目的就是要通过法治来实现革命时期的政治理想。根据实证主义法律观,法律被认为可以与任何实质价值相容。虽然有一些自然的和理性的原理在指导立法和法律批判,但这些原理不是法律;法律可能是良善之法,也可能是邪恶之法。实证主义的法律观对于世界范围内的法律现象具有解释力:某一国法律并不因为其实质内容不符合某种道德标准而不是法律;纳粹政权的法律也是法律。但是,这种观念不适用于法治:法律可能是良法也可能是恶法;但法治是良善的,法治以良法为前提条件,以限制政府权力、保障公民自由为目的。专制统治下可能有法律,但此时只有“以法而治”而无法治。离开限制公权、保障公民权利与自由这一基本要义而追求法治,只能有其名无其实。实际上,西方国家在经历19世纪的大立法运动之后自然权利的思想或主张被各国先后纳入宪法和法律之中,其法治无疑是具有价值偏好的:宪法将自然权利转化为公民基本权利;议会立法受宪法公民基本权利指导从而受人权指导;法律实施本身就是为了使公民权利从纸面上走进社会现实生活之中。20世纪下半叶,许多国家包括中国在宪法中明确规定了法治原则,法治几乎成为一种普世现象。然而,如何定义法治、勾画法治图景,理论界存在分歧。其中,法治与道德的关系问题成为形式法治与实质法治之分的关键问题。实证主义形式法治观将法治与道德分离,固然可以使“法治”概念能够包容各种“法治”现象,但这种妥协却对法治造成伤害,使法治蜕变为“以法而治”或人治。

实证主义形式法治观实际上是将现代宪法和法律同人权和公民权利之实质内容分割开来,将以宪法法律权威为内核的法治化解为无价值偏好的纯粹

规则之治。从历史和价值角度看,这种法治观难以成立。在民族国家体制下,法律是国家主权的产物,“恶法亦法”不仅是一种理论主张而且也成为一种主导的法律观念;但法治思想作为近代的产物,本身就是作为一种政治理想、为了排除恶法之治而产生和发展起来的。“法治”概念并非价值无涉,它对法律提出了实质价值要求。法治承载着以人的尊严为核心的价值理想,非良法无以成法治。近代以降人们追求法治,是为了求得和平、安全和公众福祉。“谁握有国家的立法权或最高权力,谁就应该以既定的、向全国人民公布周知的、经常有效的法律,而不是以临时的命令来统治;应该由公正无私的法官根据这些法律来裁断纠纷……而这一切都没有别的目的,只是为了人民的和平、安全和公众福利。”^⑧法治是否包含、要不要包含实质价值的问题,从历史和价值维度来看回答是肯定的。法治思想、制度与实践的发展过程的每一步、每一阶段都与公民权利与自由的确认与保障紧密相关;法治对以人的尊严为核心的实质价值的承诺以及它所追求的社会目标,使其能够成为一种政治理想。法治在20世纪下半叶之所以能够成为一个全球现象,也是与其实质价值的道德感召力分不开的。法治一旦被剥离实质价值就会蜕变为纯粹的形式合法性要求,丧失其魅力,难以维持人们追求法治的激情与动力。

实证主义形式法治观将法治与特定实质价值观相分离,有助于使“法治”这一概念“去神秘化”,祛除笼罩在“法治”概念上的面纱。去神秘化对于任何严肃的学术批判都是必要的一步,是进行改革的前提性工作。^⑨然而,实证主义法治观也可能使以法治之名实行的非法治的统治因其被承认为法治而得以正当化,从而得以逃避批判与反思。要避免这种局面,势必要倡导实质法治观,使“法治”概念能够发挥评价与规范作用。在法治从理论转变为制度和实践的过程中,自然法、共同体的善、人的尊严、人权等先后被当作对政治权力进行实质价值评价的标准。其中,人的尊严、人权超越了西方思想与制度的范围,成为现代国际法的组成部分,成为世界范围内的价值共识,约束着致力于法治目标的国家:即使是立法机关也不能违背或侵犯这些实质价值。当然,为了

保障这些实质价值,必须使承载这些实质价值的规则和制度获得制度性保障;建立可靠并有效的合宪审查制度,维护宪法基本价值及其制度和规范的权威性。

四、结语

法治是一种政治理想,是多种政治和法律文明成果的结晶。以人的尊严为基础的人权观和人权体系、人权保障所需制度体系和法律体系,是法治体系的有机组成部分。当以人的尊严为核心的实质内容和实质价值融入现代民族国家的法律体系,获得可靠的政治与法律制度的保障之时,法治体系才可能建立起来。其中,实质内容与实质价值是法治的灵魂,政治制度和法律体系是法治灵魂的载体。法治的实质价值不可能寄居在古代法律与制度之中,现代法律与制度是为了保障现代法的价值而创造出来的。在有效地实现法治的实质内容与价值的方法与路径问题上,在世界各国思想者们中间尚存在分歧与争议,但法治与以人的尊严为核心的实质价值之间的内在关联不容否定。否定这一内在关联,法治将丧失其灵魂,制度体系与规则体系建设也会陷入“以法而治”的泥沼。

法治化的政治是文明的政治,政治的法治化是政治从不文明走向文明的转型过程。借用富勒的观点,法治是使人的行为服从规则治理的事业。当这一事业完成之时,社会主体的交往与互动才能最大程度地远离暴力,政治统治中暴力的使用才能最少化,政府权力的和平交接与运行才能获得制度性保障。法治要促进政治从不文明向文明的转型,就必须在政治中注入人文主义精神:政治以对人的尊严的尊重为基础,以实现人的尊严为根本目的。在此情况下,人们对规则的服从不是出于对国家强制力或暴力的恐惧,而是出于对宪法和法律所含实质价值的认同与接受,出于对统治机构强制力之运用的正当性与合法性的信任。

总之,实质法治构成了人类的法治理想,也应该成为当代中国的法治理想。此种界定之下的法治是一项值得追求的事业。尽管法治相关制度与规则体系的建成、实质价值理想的实现并非易事,但法治因其所具有的魅力,必将感召人们不懈努力,探索达致

法治目标的道路,创造使人的尊严得以维护与实现的政治、经济、社会和文化条件。

注释:

①[美]布雷恩·Z.塔玛纳哈:《论法治:历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第2页。

②黄文艺:《全球化时代的国际法治》,《吉林大学社会科学学报》2009年第4期。

③侯健:《实质法治、形式法治与中国的选择》,《湖南社会科学》2004年第2期。

④[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第8页。

⑤[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第232页。

⑥[英]戴维·米勒、[英]韦农·波格丹诺主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社2011年版,第725页。

⑦邓正来认为:“Rechtsstaat,在法律实证主义观念的支配下,应当改译为‘法律国家’,因为它不具‘法治’的含义”,“其意义已指‘法律国家’”。见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第300页。

⑧《中华人民共和国宪法》第5条规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”(第4款);“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”(第5款)。

⑨[英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威:法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社2005年版,第26页、第28页。

⑩同前注⑥,戴维·米勒、韦农·波格丹诺书,第726页。

⑪同前注⑤,戴雪书,第237页。

⑫[美]诺内特、[美]塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第59页。

⑬同前注①,布雷恩·Z.塔玛纳哈书,第147~160页。

⑭同上注,第118、131页。

⑮1959年在新德里召开的国际法学家大会上达成的《德里宣言》,提出了一种实质法治观:“在法治的自由社会中,立法机关的功能是创制和维护个人有尊严地生存的条件。这种尊严不仅要求承认他的社会和政治权利,而且要求确立个人充分发展其个性所必需的社会、经济、教育和文化条件。”

⑯陈林林:《法治的三度:形式、实质与程序》,《法学研究》

2012年第6期。

①[英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第323页。

②[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第184页。

③陈金钊:《对形式法治的辩解与坚守》,《哈尔滨工业大学学报》(社会科学版)2013年第2期。

④[美]哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅、冯兴元等译,中国社会科学出版社1997年版,第78页。

⑤[英]W·Ivor·詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第38页。这一理论在21世纪的今天受到广泛质疑。官员的自由裁量必然存在,法治意味着官员的自由裁量权应该受到限制。王申认为“法官自由裁量权应当受到理性实践法则的必要限制”;法官自由裁量权对法治具有积极意义。参见王申:《法官的实践理性论》,中国政法大学出版社2013年版,第475、479页。

⑥[英]哈特:《法律的概念》,许家馨译、李冠宜译,法律出版社2006年版,第121页。

⑦魏治勋认为:“从法治发展的历史起源来看,人类最终选择法治并走向形式法治具有内在必然性,法律作为一种权威性的宣示必定在某种程度上依赖于法律的自治性,法治的权威从根本上说建立在人们对法律本身的尊重之上。因此,现代法治本质上就是形式法治。”见魏治勋:《形式法治及其中中国关怀》,《学习与探索》2014年第7期。

⑧同前注⑥,戴维·米勒、韦农·波格丹诺书,第720页。

⑨[美]戴维·鲁本:《法律现代主义》,苏亦工译,中国政法大学出版社2004年版,第428页。

⑩Richard H Fllon, “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, Columbia Law Review, Vol. 97, No. 1, p. 2.

⑪同前注⑤,戴维·鲁本书,第428页。

⑫同前注⑨,约瑟夫·拉兹书,第189页、第190页。

⑬同前注⑩,陈林林文;雷磊:《法律程序为什么重要?反思现代社会中程序与法治的关系》,《中外法学》2014年第2期。

⑭[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005

年版,第171页。

⑮同前注⑤,戴维·鲁本书,第428页。

⑯同前注⑩,富勒书,第76页。

⑰[美]朱尔斯·科尔曼、[美]布赖恩·莱特:《确定性、客观性与权威性》,载[美]安德雷·马默:《法律与解释》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社2006年版,第274页。

⑱同前注⑭,王申书,第475页。

⑲[美]朱迪丝·N·施克莱:《守法主义:法、道德和政治审判》,中国政法大学出版社2005年版,第76页。

⑳严存生认为:人在成年之后成为一个真正的人,“能进行理性的思考和遵从从社会交往的一般规则,从而真正具有社会性和道德性”。见严存生:《人性的两个层次与法》,《华东政法大学学报》2012年第1期。

㉑同前注⑱,哈特书,第187页。

㉒陈景辉认为:“一个在法概念上将价值排除在外的法实证主义者,理论上有可能是坚持法治必然承诺特定价值的实质法治的支持者;同理,一个坚持法概念必然包括价值在内的自然法者——例如富勒,有可能是反对法治承诺特定价值的形式法治的主张者。”见陈景辉:《法治必然承诺特定价值吗?》,《清华法学》2017年第1期。

㉓同前注⑱,哈特书,第191页。

㉔同前注⑩,富勒书,第188页。

㉕胡玉鸿:《“人的尊严”的法理疏释》,《法学评论》2007年第6期。

㉖同前注⑩,富勒书,第188页。

㉗[美]菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇等译,中国政法大学出版社2005年版,第217页。

㉘同上注,第217页。

㉙同前注①,布雷恩·Z·塔玛纳哈书,第142页。

㉚[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第357页。

㉛[美]洛克:《政府论》(下),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1964年版,第80页。

㉜[英]H.L.A. 哈特:《哈特论边沁——法理学与政治理论研究》,湛洪果译,法律出版社2015年版,第25页。