

形式法治的迷思及启示

伊卫风*

The Myth of Formal Rule of Law and the Demystification to China

Yi Weifeng

内容摘要:本文以西方“法治”概念为对象,分析了此概念的学术传统,进而指出从富勒到沃尔德伦等诸多学者所讨论的法治实质上都可归为形式法治,原因是为了避免实质法治所引发的价值分歧。但学界也对形式法治充满迷思,尤其其它所具有的局限性很少被论及,从而导致形式法治的价值被高估。本文通过梳理形式法治的传统并指出其局限性,进而希望能够揭开这种迷思,以对新时代中国的法治建设提供必要的参考。

关键词:形式法治的地方性 形式法治的缘由 形式法治的局限

一、引言

随着法治国家、法治政府、法治社会建设的不断推进,法治一词频繁地出现

* 法学博士,西北政法大学行政法学院讲师。

本文系国家社会科学重大项目“中华优秀传统文化传承发展的立法对策研究”(18VHJ009)的阶段性成果。

在各种场合,从经济发展、人权改善到民主进程、政治改革等各方面都在使用“法治”这一概念,“每一个人都要求法治,国际机构为它花费大量的金钱,还有许多研究中心、会议、网站以及最近甚至相关期刊都在关注它”。〔1〕然而,几乎所有人使用此概念时都很少明确地界定它,结果导致大家虽然使用同一概念,很大程度上却是自说自话,甚至造成滥用此概念之嫌疑,因而沃尔德伦才严肃地强调“法治实质上是一个充满争议的概念”。〔2〕纵然如此,各国仍在继续使用此概念,毕竟它已在世界范围内被普遍接受,中国自然也不例外,毕竟无论官方还是民间都在大力倡导和呼吁“法治”建设。法治概念所呈现出的多种面貌进一步加剧了理解上的分歧。基于此,本文将从法治的现代概念入手,并聚焦法治的形式维度,力图通过学术史的分析揭示形式法治的贡献与局限,从而希望改变对西方法治的迷思,进而在中国语境下适当地适用它。全文的结构安排如下:先从现代法治概念的诞生入手分析两种不同语境下的“法治”概念,进而分析三位代表性学者缘何都集中在形式法治的问题上,最后力图揭示形式法治所呈现的局限,以提醒我们在“法治中国”建设中理性地对待法治问题。

关于西方法治概念的既有研究非常丰富,尽管实际上讨论的都是“形式法治”,但大都没有明确强调这种特征。例如,联合国秘书长曾针对世界冲突这一社会现实,在《冲突与后冲突社会中法治与转型正义的报告》中对法治做出了如下界定:法治是一项治理原则,所有无论公私的个人、机构和单位、包括国家本身,都有责任遵守公开颁布的,同等执行和独立适用的且与国际人权规范和标准一致的法律。同样地,法治要求确保如下原则:法律至上,法律面前人人平等,法律归责,公平地适用法律,权力分立,参与民主决策,法律的确定性,避免专断以及程序和法律透明。〔3〕这个界定明显将法治视为一个规范性原则,要求在处理社会其他关系时都要以上述概念罗列的基本原则为依据。尽管这个界定广为传播,却未达到期望的普遍共识,反而引发了更多的分歧,例如诸多学者在法治概念的“薄”或“厚”上各持己见。〔4〕除此之外,当我们论及权力分立和司法独立时,法治又成为一种政治理想。〔5〕还有学者追思先贤的脚步而特

〔1〕 Martin Krygier, “The Hart-Fuller Debate, Transitional Societies and the Rule of Law”, in Peter Cane, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing, 2010, p. 127.

〔2〕 Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept(In Florida)?”, *Law and Philosophy*, vol. 21, no. 2, 2002, pp. 137-164.

〔3〕 *Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616, 24 August 2004, p. 4.

〔4〕 See Peter Ripkema, “The Rule of Law Beyond Thick and Thin”, *Law and Philosophy*, vol. 32, no. 6, 2013, pp. 793-816.

〔5〕 Jeremy Waldron, “The Concept and The Rule of Law”, *Georgia Law Review*, vol. 43, no. 1, 2008, pp. 1-62.

别强调法治并非一个道德上中立的概念。^{〔6〕}更有学者对前述的界定提出质疑后而特别强调,“在所有的版本中,法治要处理法律与权力实践的关系,尤其是与公权力实践的关系”。^{〔7〕}总结上述种种争论可知,我们一方面对法治做出形式的或“薄”的界定,另一方面做出实质的或“厚”的界定;我们既可以将其视为一个法律概念,又可以将其视为一个政治概念;要么将其当作一个法律原则进行特征描述,要么将其当作一个治理原则进行规范性讨论。基于上述讨论分别涉及法治概念的不同维度,粗看也似乎各有道理,但这些讨论显然不在同一个平台上或缺乏共同的基础,从而造成自说自话的结果。为了避免这样的分歧和争议,本文将明确地以西方的形式法治为对象,就是要避免前述分歧和争议,以期进一步在法治概念上达成共识,尤其消除中国语境下对法治概念的混乱使用。

二、西方法治概念的诞生:从“地方性”到“普适性”

在当前的世界范围内,几乎所有国家的政治行为、行政行为等都宣称以法治作为依据,其他个人、组织或社会团体也都坚持类似的主张,这充分表明法治作为一个普适性概念得到了世界各国的认同。事实却并非如此,因为“法治是英美法传统的一个核心要素”。^{〔8〕}那么法治的概念究竟如何从英美法传统中的“地方性”术语变成一个被全世界广泛接受的“普适性”概念?

法治概念虽然与普通法密切相关,但直到19世纪才作为一个核心术语被纳入法律尤其是宪法的讨论当中,“‘法治’这一说法的荣誉通常要归功于牛津大学英国法的瓦伊纳讲座教授A. V. 戴雪,他在1885年出版的《英宪精义》中使用了它”。^{〔9〕}自他开始,法治作为普通法的核心概念逐渐受到了广泛承认。在他之前,既没有人探索英国宪法机构的根基,也没有人研究促使英国宪法能像整个欧陆宪法那样保护个人自由的内在缘由,而戴雪开创了这一先河。在

〔6〕 See Gülriz Uygur, “The Rule of Law: Is the Line Between the Formal and the Moral Blurred?”, in Imer B. Flores and Kenneth Einar Himma (eds.), *Law, Liberty and the Rule of Law*, Springer International Publishing, 2013, p. 107.

〔7〕 Martin Krygier, “Rule of Law (and Rechtsstaat)”, in J. R. Silkenat et al. (eds.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer International Publishing, 2014, p. 46.

〔8〕 Dietmar von der Pfordten, “On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat”, in J. R. Silkenat et al. (eds.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer International Publishing, 2014, p. 15. 当然,塔玛纳哈就将法治的源头追溯到了古希腊,尤其柏拉图和亚里士多德的著作。不可否认,柏氏和亚氏都对法治发表过只言片语,但系统地讨论法治概念则被归功于英国法学家戴雪。关于塔玛纳哈的观点,参见 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 7.

〔9〕 Tom Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2011, p. 1.

《英宪精义》中,戴雪认真地探索了英国宪法中的这些根本问题,描述了英国宪法的工作原理,并指出法治才是英国宪法的主要根基。^[10] 他提出并强调了英国宪法的两项基本大义:其一是议会主权,其二是法治,“两条大义实浸淫及灌注于英吉利宪法全体。骤视之下,他们似乎相互反对;即使让一步说,至少成为两支抗衡的力量”。^[11] 在《英宪精义》的第四章中,戴雪从三个方面界定了法治的内涵:其一武断权力的不存在,其二普通法律与普通法院居优势,其三宪法的通则形成于普通法院的判决。^[12]

具体来说,第一个方面旨在防止任性权力,表明任何人不能无故受到惩罚,通常与罪刑法定的原则具有异曲同工之妙。第二个方面其实想要表明没有人能够超越法律而拥有特权,即任何人无论出身或地位如何都应该受到平等对待并同等地接受法院审判,也即法律面前人人平等。第三个方面强调宪法上的个人权利要通过寻常法院来保护,或者说由法院通过具体个案判决来保护个人权利,这与欧陆宪法中通过一般性规定来保护个人权利的方式完全不同。明确了戴雪的法治基本含义之后,紧接着的问题就是他为何要从这三个方面界定法治,尤其是为何把通过司法保护个人自由作为法治的重要构成。事实上,戴雪之所以归纳出法治的三个维度,用意就是要借此制约任性的权力以保护个人自由,而后来的学者也明确指出了英国社会中任性权力的具体内涵——“法治在学理上的对立面体现为不受法律约束的皇家特权(royal prerogative)”^[13]。

换言之,戴雪之所以提出法治概念的三个方面,正是以皇家特权为批判的靶子,因为皇家特权在英国社会中主要体现为公共领域的自由裁量权,公共官员正是借助这种权力侵犯或危及个人自由,所以当然会遭到社会的全面反对,戴雪就是要通过司法来约束这种公共权力,“戴雪坚持司法独有的重要性在他的法治概念中处于核心地位,这也成为他攻击行政法的工具”^[14]。在这个意义上,戴雪讨论法治概念时专门强调司法角色,用意也是显而易见的,毕竟普通法

[10] See Emilio Santoro, “The Rule of Law and the ‘Liberties of the English’: the Interpretation of Albert Venn Dicey”, in P. Costa and D. Zolo (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer Netherlands, 2007, p. 161.

[11] 戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2017年版,第449页。

[12] 同前注[11],第254—261页。由于雷宾南先生的译文用词颇具古风,现代读者难免有些隔阂,因而有学者精炼地总结为:罪刑法定,法律面前人人平等,通过司法保护个人自由这三项基本内涵。See Pietro Costa, “The Rule of Law: A Historical Introduction”, in P. Costa and D. Zolo (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer Netherlands, 2007, p. 106.

[13] Kaarlo Tuori, *Ration and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law*, Routledge, 2010, p. 224.

[14] T. R. S. Allan, “Freedom, Equality, Legality”, in J. R. Silkenat et al. (eds.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer International Publishing, 2014, p. 164.

本身就是通过司法判例发展起来的,借助司法方法保护个人权利比通过立法和权利宣言的方式保护个人权利更具有优势,因为“保护权利的方法与被保护的权利之间产生了不可分割的联系”^[15]。除此之外,通过司法保护个人自由也不需要欧陆那种专门的宪法法院,英国的任一家寻常法院都可通过司法活动来保护个人自由免受行政权或其他公权力的侵犯。这既不同于美国,也不同于欧陆,因为美国只有联邦最高法院才能通过司法审查的方式来捍卫个人自由,而欧陆往往通过成文立法或权利宣言的方式来保护个人权利,但普通法保护个人自由的方法则是通过具体个案的司法归纳得出的,与通过演绎的方式保护个人自由有着根本差异。基于此,戴雪讨论法治的含义时才特别强调普通法法院的角色,这也是普通法自身的特征使然。

通过前述的分析可知,戴雪以英国宪法为基础分析法治概念的含义,强调法治旨在反对专断权力以保护个人自由,从而奠定了法治的基本主旨。然而,这样的法治概念一开始仅立足于英国社会,可以说是一个彻彻底底的“地方性”概念。无独有偶,与英国的法治概念相似的另一个“地方性”概念——法治国(Rechtsstaat)——几乎在同一时间段内出现在欧陆的德国。根据学者的考证,“尽管法治国的概念起源于西方近现代开始之前,可这个术语的第一次实际使用显然是在1813年和1824年,分别出现在韦尔克(Carl Theodor Welcker)和阿雷廷(Johann Christoph Freiherr von Aretin)的法哲学著作中。法学家莫尔(Robert von Mohl)在1829年让这个词普遍流行开来”^[16]。与此同时,19世纪另一位德国法学家吉尔克(Otto von Gierke)认为法治国的概念并非突然出现,而是历史久远,“法治国的概念——他将其定义为法律统治(the reign of law)学说——实际上是一个古老的德语概念,中世纪的和现代的德国政治思想家仅是继续使用它而已”^[17]。“法治国”概念在19世纪的德国流行开来,也主要是为了回应德国当时所要面对的现实问题。正如学者所指出的那样,“法治国的术语真正诞生于18世纪末,展现一种新现象,即现代国家垄断了暴力”^[18]。法治国就是要将这种暴力纳入法律的框架之中,或者说“法治国就是经过理性规范的行政国家”^[19],也如齐佩利乌斯所说的“法治国原则是防御国家权力极权

[15] *Id.*, p. 168.

[16] Girish N. Bhat, “Recovering the Historical Rechtsstaat”, *Review of Central and East European Law*, vol. 32, no. 7, 2007, pp. 65-97. 也有学者提出了不同的看法,例如弗拉德贝尔就认为,“法治国”这个术语大约在1855年才首次出现在德国学者莫尔的著作中,参见 Åke Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State: An Essay in Philosophical Jurisprudence*, Springer International Publishing, 2014, p. 2.

[17] Girish N. Bhat, “Recovering the Historical Rechtsstaat”, *id.*, pp. 65-97.

[18] *Supra* note [7], p. 58.

[19] 奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2013年版,第61页。

化扩张和行使不受任何限制的重要工具”^[20]，即让行政权力能够受到法律的约束，以便有效地规制行政意志造成的专断行为。如果联系到欧陆当时的历史现实，就非常容易理解这样界定法治概念内涵的原因。

随着拿破仑时代的终结，旧体制的开明专制重新开始复辟。德国尽管在民族构建的道路上起步要晚得多，但在政治激变的大时代自然不可避免地受到了冲击，所以法治概念的兴起正是要回应这种历史现实——法治就是要将警察国家纳入法律的框架之中，“在德国 19 世纪后期的观念领域中，‘警察国家’(police state)变成法治概念的一个主要对手”。^[21] 但此时的警察国家与历史上的警察国家不可同日而语。根据学者的研究，广义的“警察”概念在 16、17 世纪欧洲的所有公共活动中就已经被使用，其目的是实现人民福利。^[22] 但当警察表面把人民福利挂在嘴上，实际上却听命于君主或皇家官僚之时，其职能就发生了根本变化。在现代化进程起步晚于欧洲其他国家的德国，君主势力依然强大，警察实际上是君主命令的真正执行者而非人民福利的守卫者，因而与保卫人民福利的警察国家含义有着根本差别。尽管此时德国的警察在表面上仍以“人民福利”为借口并声称自己提供公共服务，但实际上并非如此，“其职责不再是促进人民福利的现实目标，而逐渐变得具有负面含义……这也涉及追求福利的目标无法再正当化警察在法律上不受限制的政治权力。‘警察国家’含义超出了既有的思维方式，与法治的根基产生矛盾，并且作为国家行为的根本组成部分，也超出了法律规制的界限，而且在职能基础和行动方式上都超越了法律规制。最终造就了‘警察国家’负面的价值含义”。^[23]

由此可知，法治国的目标是将国家行为纳入法律规制之中，而警察国家却要让国家行为超越法律，“警察国家的巨大成就一方面在于国家权力的绝对优势，另一方面是使国家生活受民法和民事审判的调整”。^[24] 其结果必将是法治国以消灭警察国家为自己的目标，进而将国家权力纳入法律的框架之中。考虑到这种独特的历史现实，法治国作为一个德国术语，旨在将国家权力纳入法治国的约束之中，显然也是一个“地方性”概念。遗憾的是，法治国这个“地方性”概念尚未变成普适性概念之前就完全被来自英国的“法治”这个地方性概念取而代之了，“就法治国的问题而言，其历史和法律根源已经消退，其存在也是昙花一现——国家在此概念中的核心地位现在也受到冷遇，法治国在民法法系中的地位逐渐难以寻觅”。^[25]

[20] 齐佩利乌斯：《德国国家学》，赵宏译，法律出版社 2011 年版，第 353 页。

[21] *Supra* note [13], p. 224.

[22] *Id.*, p. 224.

[23] *Id.*, pp. 224-225.

[24] 同前注[19]，第 57 页。

[25] *Supra* note [16], Girish N. Bhat, “Recovering the Historical Rechtsstaat”, p. 93.

质言之,法治与法治国的概念分别出自英国和德国,都是完完全全的“地方性”概念。它们在19世纪先后出现,分别有各自需要回应的挑战。前者要处理皇家特权引发的行政裁量权问题,后者要处理警察国家的法律规制问题。牛津大学的巴伯教授(N. W. Barber)精辟地总结了二者的差别,“法治国立足于法律制度与国家之间的关系,而法治涉及法律秩序的性质或理论”。〔26〕 如果从保护个人自由免受专断权力侵犯的角度来看,法治国概念与法治概念提供了两种不同的思路。法治概念提供了一种私法保护的方法,也就是由私人进行诉讼,并通过寻常法院针对诉讼个案作出判决。相应地,法治国的概念则采取了一种公法保护的方法,例如法国的宪法委员会(Conseil Constitutionnel)或德国的宪法法院都提供这种保护方式。这两个概念在19世纪甚至20世纪初可以说是平分秋色,但二战很大程度对它们的传播产生了根本性影响。英美两个超级大国在二战后主宰了纽伦堡审判,并在各种国际法律事务中不断地使用法治的概念,由此促使法治观念在国际社会中的广泛传播,最终使其逐渐发展成为一种普世性概念,正如学者所言:“法治与法治国的交汇(convergence)很大程度上是二战后发展出来的特征——或如果你喜欢,也可以说是褪去了19世纪德国和英国各自的特征,重返古典西方法律和价值的传统。”〔27〕

相应地,法治国的概念则受到了纳粹德国的牵连,进而随着纳粹体制的终结而逐渐消失在历史之中。曾经在19世纪被用来限制警察国家的法治国概念在20世纪中期的德国更多地被理解为“通过法律的治理”(rule by law),纳粹正是借此施行各种恐怖行为,结果“纳粹体制通过法律实施的邪恶行为以及法律在阻止纳粹恐怖行为方面的失败,导致二战后对法治国的认识出现了明显的变化”。〔28〕 职是之故,后来的国际法律事务中都广泛地使用了“法治”这一概念,甚至《欧洲联盟条约》(the Treaty on the European Union)的第二条还将法治上升为一种法律价值:欧盟是以如下价值为根基的,即尊重人的尊严、自由、民主、平等、法治、人权、包括少数族裔的权利。随之而来的发展趋势是法治逐渐超越英美国家而真正变成一个普适性概念,被世界各国广泛接受,甚至几乎所有国家都将法治作为政治文明的构成要件。

尽管世界各国此时开始承认并接受法治,但对其具体内涵并没有明确的共识。如果按照戴雪在19世纪的界定,显然无法应对诸如纳粹之类的邪恶法律,

〔26〕 N. W. Barber, “The Rechtsstaat and The Rule of Law”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 53, no. 4, 2003, pp. 443-454.

〔27〕 Åke Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State: An Essay in Philosophical Jurisprudence*, *supra* note [16], p. 4.

〔28〕 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, *supra* note [8], p. 108.

于是法学界率先在二战后对法治的内涵进行了全面而深入的探索,讨论了包括但不限于法律是什么、法律的效力、法律与道德的关系、法治的内涵等问题,尤其是关于法治内涵的争论远远超越了学术界,在法律实践中也产生了广泛影响,当前全球范围内出现的“法治国家”“法治政府”“法治社会”等概念就是充分的证明。

三、为何是形式法治?

如上所述,法治虽然在现代社会已经成为一个普世性概念并被世界各国广泛接受,但关于法治内涵的争论却从未停止。尤其是二战后,围绕着纳粹德国法律和司法的性质,展开的关于法律的性质、法律与道德的关系、法治内涵等问题的讨论至今仍未有定论。但在迄今为止所有关于法治概念的学术讨论中,富勒的讨论深刻地影响了后来的学者,使其当之无愧地成为开创先河者。尽管他讨论法治概念时明确使用的概念是“程序自然法”,但后来学者都一致认为他所说的“程序自然法”就是“形式法治”的概念,所以从后见之明的角度来看,我们可以确切地认为他实际讨论的正是“形式法治”的内容,只不过当时没有“形式法治”这样的明确概念而已。

(一) 富勒的法治论及其影响

根据前文讨论可知,法治概念起源于19世纪的英国,戴雪率先使用了这一概念,但对此概念进行专门讨论并产生深远影响的当属美国法学家富勒。在《法律的道德性》一书中,富勒提出了法治的八个基本原则:一般性要求采取一般规则的形式,公开性要求法律要公布而不能秘而不宣,前瞻性指法律不能是追溯性的,清晰性强调法律能够理解且不能过于模糊,连续性要求法律不能彼此矛盾,可适用性要求人们能够服从法律,稳定性要求不能频繁变动,一致性要求实施的法律与制定的法律一样。^[29] 法治的这八个原则被富勒称为“程序自然法”,并且他还专门就“程序”的含义进行了说明,“‘程序’这个词从总体上说非常适当地显示出我们在这里所关注的不是法律规则的实体目标,而是一些构建和管理规范人类行为的规则系统的方式,这些方式使得这种规则系统不仅有

[29] 参见富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55—107页。在该书中,富勒经常互换使用合法性(legality)与法治(rule of law)这两词,而且使用前者的频率远远高于后者的。这种用法甚至影响了后世诸多学者,例如沃尔德伦、戴岑豪斯、艾伦等。参见 Jeremy Waldron, “Hart and the Principles of Legality”, in Mathew H. Kramer et al. (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, 2008, p. 69; also see David Dyzenhaus, “The Legitimacy of the Rule of Law”, in D. Dyzenhaus et al. (eds.), *A Simple Common Lawyer: Essays in Honor of Michael Taggart*, Hart Publishing, 2009, p. 33; also see T. R. S. Allan, “the Rule of Law”, in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn, *Philosophical Foundations of Constitution Law*, Oxford University Press, 2016, p. 202。

效,而且保持作为规则所应具备的品质”。^[30] 由此可知,与传统的“实体自然法”不同,程序自然法更加准确的表达是“法律的内在道德或法律的合法性(legality)”。此处的道德具体指“义务的道德”,“它确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达成其特定目标的那些基本规则”。^[31] 根据富勒的法治八原则,人们,包括但不限于官员,都能从法律中获得指引以避免违反法律。

富勒之所以从“程序自然法”的角度界定法治,很大程度上要归因于他与哈特在1958年的那场著名争论。双方的焦点主要围绕如下问题展开:其一,服从法治能产生道德上的良法吗?其二,服从法治在道德上有价值吗?其三,可能存在一个违反法治的法律制度吗?其四,一个违反法治的法律还是有效的法律吗?其五,服从法治的法律比纯粹的法律更好吗?^[32] 针对这些问题,哈特在1961年出版了《法律的概念》一书,从学理上系统地论述了实证法意义上的“法律”;富勒则在1964年出版了《法律的道德性》一书,全面阐述了自己的“法治主张或法律的合法性主张”。如果把富勒对法治的研究看作是为了回应哈特的知识挑战,显然低估了富勒写作该书的根本用意。根据学者的考证,在这场争论之前的很长时间内,富勒就已经开始研究良法和良善秩序,因为他希望能够拓展新的学术领域以弥补奥斯丁和凯尔森的实证主义的狭隘视角,在他1940年撰写的第一本著作《自我探索的法律》(*The Law in Quest of Itself*)中就已经初露端倪^[33],所以富勒在《法律的道德性》中提出法治的八原则并非心血来潮时的口舌之争,而是前述研究的自然延伸,更是严谨思考的产物。

根据富勒的说法,如果一个法律制度被认为符合法治的要求,那么该法律制度就必须满足前述八个原则,他甚至还专门用雷克斯国王失败的法律改革来说明这个八原则的重要性。但仔细分析这些原则就会发现,它们很大程度上是法律的形式性要求而非内容上的要求。以法律的公开性原则为例,一项秘密的法律与一项公开的法律在内容上可能并无差别。同样地,要求人们服从一项内容变化了的法律与要求人们服从一项不可能的法律也难以区别开来,因此“富勒式的八要件全部都能用来判断法律的内容,而实际上什么也无法判断”。^[34] 在这个意义上,法治的八要件看似对法律的内容做出了要求,其实只是对法律的形式做出了规定。这些形式化要求不仅让法律的内在道德所扮演的角色能够被辨识,更加有助于追求有价值的目标或外在道德。例如我们关心爱护并精

[30] 富勒:《法律的道德性》,同前注[29],第114页。

[31] 富勒:《法律的道德性》,同前注[29],第8页。

[32] See Maris Köpcke Tinturé, “Concept and Purpose in Legal Theory: How to ‘Reclaim’ Fuller”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 59, no. 1, 2013, pp. 75-96.

[33] *Id.*, p. 78.

[34] John Gardner, “The Supposed Formality of the Rule of Law”, in John Gardner, *Law as A Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford University Press, 2012, p. 199.

心照料一头耕牛,是希望它能为我们耕地以实现农业丰收的愿望;前者所体现的是一种内在道德或义务的道德,而后者则是一种外在道德或愿望的道德,因而有学者认为,“法律的内在道德仅仅是关于如何做的道德,而不是关于为何做的道德”。^[35] 这个说法再次清楚地表明了富勒的法治八原则是一种法治的形式概念,而非通过法治所要促进或追求的道德。换言之,符合法治八要件的法律制度必然可以实现法律的内在道德,但该法律制度能否实现法律的外在道德则要另当别论,用富勒自己的话说,“法治的精髓在于,在对公民采取行动的时候,政府将忠诚地适用规则,这些规则是作为公民应当遵循、并且对他的权利和义务有决定作用的规则而事先公布的”。^[36] 由此可知,富勒所讨论的法治可以给人们,包括但不限于官员,提供理性指引,这样理性预期可以让普通人借此规划自己的生活,同时也能限制官员的专断权力,但他并未试图通过法治来规制法律的内容,因而他讨论的法治概念必然是一种形式法治的概念。

作为这场著名争论的另一方当事人,哈特在《法律的概念》这本名著中并没有专门讨论合法性的问题。^[37] 众所周知,坚持法律实证主义立场的哈特认为法律与道德之间没有必然关联,并且提出了著名的分离命题,其原因在于,“哈特的某些言论表明他认为合法性严格来说并不是一个真正的法哲学问题,而是道德哲学或政治哲学的问题:它提醒我们合法性各原则对评价法律是重要的”。^[38] 这也是他与富勒的根本区别之一,至少哈特认为合法性问题或法治问题在实证法的框架内是无法说清楚的,而要通过道德哲学或政治哲学才能有结论。哈特的这种实证主义立场很大程度受到了凯尔森的影响,因为凯尔森力图将政治、道德等因素从实证法中驱逐出去,构建所谓的纯粹法学,“凯尔森坚持政治哲学与法律哲学之间有明确区分,并绝对支持法律哲学。他的方法论假设当然不会给法治模式提供理论学说,即使这种假设可能包含某种法治概念。许多盎格鲁—美利坚的法理学都受到凯尔森的影响:拉兹和哈特的学说尤其更甚”。^[39] 结果凯尔森聚焦法律问题,哈特自然也是“萧规曹随”,所以才没有在他的代表作《法律的概念》中讨论法治的问题。然而,哈特此时此刻没有讨论法治的问题,并不代表他后来在别处也不会讨论。

事实表明,法治作为法学研究中的一个关键概念,哈特当然知道它的重要性,所以在《法律的概念》出版六年之后,他也专门讨论了法治的问题,即1967年他给爱德华(Paul Edward)编纂的《哲学百科全书》写了一篇很少有人知道却

[35] *Id.*, p. 206.

[36] 富勒:《法律的道德性》,同前注[29],第242页。

[37] 哈特也像富勒一样,把合法性(*legality*)与法治(*rule of law*)视为两个可以互换的概念,详细的讨论见参见Jeremy Waldron, “Hart and the Principles of Legality”, *supra* note [29], p. 70.

[38] *Id.*, p. 70.

[39] *Supra* note [26], pp. 449-450.

同样重要的词条文章——《法哲学诸问题》(Problems of the Philosophy of Law)。这篇文章分为两部分:第一部分是“定义和分析”,第二部分是“对法律的批判诸问题”。哈特在第二部分中讨论了评价法律的实质标准问题之后立刻就转向了合法性原则以及自然正义原则。他认为法律无论内容多么完美,都很少能满足人类的需要,甚至还可能引发不义和残忍,除非法律符合某些程序性要求:法律规则具有普遍性、明确性(无矛盾、含混或模糊等)、公开且容易实现、无回溯性等原则,这些就是通常所说的合法性诸原则(the principles of legality)。^[40]从哈特的论述中可知,即使我们承认法治有助于保护个人的自由、尊严和幸福,但这并不意味着可以让道德成为法律效力的标准,例如在一个初民社会,可能只存在哈特意义上的首要规则,它们甚至并不是以法律的面目出现而是一些习惯,此时根本不存在任何道德的踪迹,自然也无法把道德视为法律效力的条件了。在这个意义上,哈特的法治诸原则与富勒法治的八原则并没有太大区别,都聚焦“形式法治”的问题,甚至我们有理由认为哈特对法律的合法性或法治问题的讨论很大程度受到了富勒的影响,毕竟富勒关于法治的讨论在先,而且两人又有着比较密切的学术对话。

然而,哈特比富勒在法治问题上的更大贡献体现在他关于主权者的批判上。在《法律的概念》第四章中,哈特讨论了雷克斯王朝一世、二世和三世的继承问题,特别是这些继承都是由一般性规则授予资格的。^[41]哈特由此向我们传递了一个明确的概念:主权者是通过法律构建出来的。在他之前的法律探讨中,主权者与法律的关系深受霍布斯的影响,认为主权者是个绝对强大的利维坦,主权者的命令就是法律,而奥斯丁关于法律的定义也是以这种学说为根据的。然而主权者基于自己的意志经常会发布一些缺乏理性的专断命令,因而需要一种理性的规则来制约意志的专断行动。在这个意义上,哈特对雷克斯王朝继承实践的分析表明:主权者是通过规则构建出来,主权者本身不可能成为所有法律制度的渊源,这些规则才是真正的主权者。换言之,“这使我们信赖法治(the rule of law)而不是人治”。^[42]由此可知,哈特的法治版本相较于富勒的法治版本拥有更大活动余地,因为哈特通过批判奥斯丁的主权者命令说彻底废除了主权者的统治——人治,而强调规则才是最高的王——法治。但哈特与富勒的共同之处在于,他们都强调了法律规则的合法性(或法治)问题,也都回避了法律规则的内容问题,即法治并不会对法律规则的具体内容作出明确的规制,从而都坚持了“形式法治”的基本宗旨。

富勒、哈特关于法治的讨论对后来的学者产生了重大影响,尤其是富勒的

[40] Jeremy Waldron, “Hart and the Principles of Legality”, *supra* note [29], p. 71.

[41] 参见哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第50—60页。

[42] Jeremy Waldron, “Hart and the Principles of Legality”, *supra* note [29], p. 83.

主张。例如自然法学派的代表人物之一菲尼斯谈到法治问题时所罗列的法治八原则也与富勒的主张大同小异^[43]，实证主义法学的领军人物拉兹关于法治八原则的讨论也没有超出富勒的框架^[44]，甚至来自实务界的前英国上议院议员汤姆·宾汉姆讨论法治诸原则时也同样立足于富勒的法治框架。^[45] 质言之，富勒的法治八原则具有开山之功，几乎成为后来所有讨论法治问题绕不开的基石。尽管他并没有使用“形式法治”的概念，但他着眼于规则本身而非规则内容的合法性上，完全秉承了“形式法治”的宗旨。正是因为其法治学说在学界的深远影响，将他作为“形式法治”的奠基人可以说是当之无愧。

（二）拉兹的法治功能论

富勒的法治论对后世影响巨大，就连实证主义法学的代表人物之一拉兹也都明确承认其贡献卓著，“朗·富勒主张他所罗列的法治诸原则对法律的存在而言是至关重要的。如果这一说法正确，不仅对我们理解法治以及理解法律与道德的关系都是至关重要的”。^[46] 除此之外，拉兹也明确强调了富勒的法治八原则是一种典型的“形式法治”，仅涉及法律的形式特征，“这表明法治的这种概念是一种形式法治的概念。它对法律如何被制定没有只言片语：由暴君制定、民主多数制定或其他方式制定。它对基本权利、平等、正义也只字未提。甚至可以认为法治学说的这种版本最大可能地避免涉及实质内容，因而被认为是形式的”。^[47] 这种认识并非拉兹个人的独有结论，因为其他学者持同样的判断，例如沃尔德伦也指出，“根据富勒的论述，法治并不直接要求任何实质内容：例如法治不要求我们拥有任何具体的自由”。^[48] 尽管富勒并没有明确地强调自己所讨论的法治是形式法治，但拉兹和沃尔德伦的讨论却都明确地指出了这一点。

即使拉兹明确地认识到富勒的法治论是一种形式法治，依然没有改弦易辙，而是继续立足于形式法治的传统着手探索法治的功能问题，这从他对法治的界定中就可以清楚地窥见。拉兹认为“法治”的字面含义就是法律之治，分别体现在广义和狭义两个方面。从广义上看，这意味着人们应该服从法律且受它统治。但在政治理论和法律理论中，法治则具有一个狭义的含义，即政府应受

[43] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 2011, pp. 270-271.

[44] Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtues”, in Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 214-218. 当然，也有学者提出了简化版的法治概念，例如塔玛纳哈认为法治由三个主题构成：(1) 政府权力受到法律的约束；(2) 符合形式合法性；(3) 是法律而非个人进行统治。但这也都是以富勒的法治概念为基础的，参见 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, *supra* note [8], p. 108.

[45] See *supra* note [9].

[46] *Supra* note [43], p. 223.

[47] *Supra* note [43], p. 214.

[48] Jeremy Waldron, “Hart and the Principles of Legality”, *supra* note [29], p. 7.

到法律的约束并服从于法律。^[49] 无论是广义定义还是狭义定义,法治概念都强调一个核心特征:法律必须能够给主体的行为提供指引,“法治学说依靠如下的基本观念,即法律应该能够给行为提供指引”。^[50] 这个特征的源头来自哈耶克的法治学说。在哈耶克看来,“政府所有的行动都受到固定且事先声明之规则的约束,这些规则使我们可以相对确定地预见权威会如何在既定情形下使用强制力,也可以基于这些认识规划自己的个人事务”。^[51] 哈耶克强调法治的核心要义是政府行为必须受到法律约束,目的是反对福利国家侵犯个人自由。拉兹虽然没有专门针对福利国家,但他沿用了哈耶克的法治界定,将受法律约束的主体扩大到国家和个人,指出两者都要受到法律约束并服从法律。在这个基础上,拉兹提出了他的法治八原则:所有法律应有前瞻性、公开性和清晰性,相对的稳定性,特别法的制定应该以公开、稳定、清楚和普遍的规则为指引,司法独立必须得到保证,自然正义原则必须得到遵守,法院应对实施其他原则具有审查权,法院应该方便进入,预防犯罪的机构不应通过自由裁量曲解法律。^[52] 通过比较可知,拉兹的法治诸原则与富勒的诸原则大体相似,但他还提出了被富勒所忽略的司法独立原则,并特别强调说,“我列举这些原则的目的只是为了表明形式法治概念的力量和成就”。^[53] 与富勒对法治的主张明显不同,拉兹从一开始就非常清晰地表明自己所讨论的法治是形式法治,而不涉及法治的实质内容。

明确了自己的讨论对象之后,拉兹进而对形式法治的性质进行了详细说明。他认为法治是法律的内在品质,正如一把好刀就是一把锋利的刀一样。我们可以用刀进行切割,可以把刀当作凶器。同样地,法治既可以实现法律的良善目的也可以满足法律的邪恶目的。因此,“像其他工具一样,法律具有一种在道德上中立的独特品质,可以被中立地用来实现法律想要的目的。这是一种效率的价值;是法律作为工具的价值。对法律而言,这种价值就是法治。因此法治是法律的内在品质,但不是一种道德价值”。^[54] 顺着这个思路,拉兹进而认为法治只是法律应该具有多种价值中的一种,甚至说“法治本质上是一种消极价值(negative value)”^[55]。这种消极价值主要体现在两个方面:其一是限制专断权力造成的风险,其二是保护个人自由。遵循法治会避免邪恶却不会导致良

[49] Joseph Raz, *The Authority of Law*, *supra* note [44], p. 212.

[50] *Id.*, p. 218.

[51] F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, 2007, p. 112.

[52] Joseph Raz, *The Authority of Law*, *supra* note [44], pp. 214-218.

[53] 拉兹曾明确指出,“我放弃富勒的某些原则的主要理由是我们对同一制度中诸法律之间的冲突在看法上存在不同”。*Id.*, p. 218, note. 7.

[54] *Id.*, p. 226.

[55] *Id.*, p. 226.

善,那么它就只能在防御功能上发挥作用了,尽量将侵犯自由的损害降至最低。

在这个意义上,拉兹并不认为法治的价值可以被普遍地承认,而是强调法治的价值受到特定的政治文化环境制约。对于一个以传统为导向的熟人社会,法治的价值主要体现在一个强大且独立的司法机构会被委以重任来规制和塑造法律的发展,这在英国的法治传统中得到了完美的体现。但对于一个高速变化的社会,以司法为核心的法治模式往往难以适当地发挥作用,因而法治的官僚制正义才是根本模式。事实上,前述富勒、哈特等人所讨论的法治都是以这种多元化的陌生人社会为前提的,因为他们都强调法律的公开性、清晰性、前瞻性等原则,目的是保证个体能够预见行为后果,从而避免受到专断权力的干预。拉兹认为这种法治模式需要一个能够有效回应不同利益诉求和多元文化主张的现代民主机制才能实现正义,“这种正义主张是官僚制的,因为它关注的是与单独个体相关的官僚机构行为,所以理解这种法治学说就会关注根据抽象原则和详细程序造就的非个人化机构中的匿名者所进行的立法和纠纷解决。法治常常预设着官僚制背景。它也明确要求官僚制。它赞同法治的完善会通过详细的民主选举机制,伴随着精心设置的政治程序,尤其被匿名官员适用时主要依靠公平,也要求完全由中立陌生人执掌的匿名的中立机构”。^[56] 职是之故,拉兹的法治学说不仅是在道德上保持中立的形式法治,而且还是具有理性化特征的官僚化法治。

(三) 沃尔德伦论法律与法治的相互性

从富勒到拉兹讨论法治时都强调法律本身而回避了法律内容,沃尔德伦也毫不例外地继承了这一传统,并精炼地总结道:“法律哲学家易于强调法治的形式要素,诸如通过一般性规范而非具体法令来治理;由预先制定的法律而不是制定回溯性法律来治理;通过规范体系来治理,这种体系是足够稳定而能够给服从这些规范的主体提供规划其行为或事业的根基;这些规范必须公开而不能隐藏在官僚制的阁楼里;通过清晰确定的法律规范来治理,而且这些规范的含义不能模糊或有争议而给服从它们的主体留下官方的裁量权。这些都是法治的形式含义,因为法学家们关注那些适用于我们行为的规范形式:一般性、前瞻性、稳定性、公开性、清晰性等。”^[57] 但问题在于,一个完全符合形式法治的体制有可能在意识形态上并不宽容,更有可能将人根据种族、性别或其他特征进行区分,例如南非的种族隔离制度,明显与形式法治的宗旨产生矛盾,尤其与富勒的法治主张相冲突,“富勒认为如果你通过正确的途径行事——遵循一种正

[56] Joseph Raz, “The Politics of the Rule of Law”, *Ratio Juris*, vol. 3, no. 3, 1990, pp. 331-339.

[57] Jeremy Waldron, “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, in James E. Fleming, *Getting to the Rule of Law*, New York University Press, 2011, p. 4.

确形式的、程序的以及制度的道路,也被他称之为法律的内在道德——你就更有可能得到正确的结果。如果你明确地、一致地、透明地且遵循正当程序行事,那么你就很少可能发现自己实施了不正义”。^[58] 这也就是说,南非的种族隔离制度恰好对形式法治提出了一个反证。基于此,有学者主张形式法治并非法治概念的全部,“富勒的法律‘内在道德’所产生的各种形式认知在规制立法的专断风险上扮演了重要角色,这些认知仅仅成为一个更大且更为复杂的合法性(legality)概念的部分内容”。^[59] 实质法治由此得到了相关学者的关注,并在学界得到了积极响应。但这样的主张得到了沃尔德伦的强烈批判,并强调他所讨论的法治是一种典型的形式法治。除此之外,沃尔德伦还回答了富勒、哈特、拉兹等形式法治的支持者们有意无意回避的关键问题:长久以来就存在一个争论——法治是否也有或要求一种实质维度(a substantive dimension)?^[60]

众所周知,形式法治缺乏对法律内容的规制,例如剑桥大学的宪法学教授艾伦曾明确指出了这一点:“当法治被视为一种形式的或程序的原则时,对国家权威的强制力边界的隐性法律限制就没有了。利维坦必然通过公布、出版(主要是)前瞻性法律宣称其意志;但它可能内容贫乏,反映出对一个对公共利益主张缺乏限制的官方评价。”^[61] 正是因为形式法治缺乏对法律内容的规制,结果可能是“法治不能保证道德善,也可能与极大的恶相适应。法治可以减少专断,但减少专断并不必然就是道德善,也可能在道德上让情况变得更糟”。^[62] 尽管形式法治存在这样明显的不足,富勒、哈特、拉兹等人却仍坚持形式法治而回避实质法治,原因何在? 沃尔德伦敏锐地指出了其中的缘由:

如果我们开放了法治的实质维度,就等于开始了一场竞争运动,每个人都会为自己偏好的价值、政治理想进行辩护,并将之融入法治的实质维度中。偏好财产权和市场经济的人毫无疑问会为自己偏好的价值进行辩护。支持人权的人、支持民主参与的人、支持公民自由和社会正义的人也都会为自己所偏好的价值进行辩护,结果政治上原本清晰明确的东西就会

[58] Jeremy Waldron, *Political Political Theory: Essays on Institutions*, Harvard University Press, 2016, p. 7.

[59] T. R. S. Allan, “The Rule of Law”, in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016, p. 218.

[60] Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Measure of Property*, Cambridge University Press, 2012, p. 45.

[61] *Supra* note [59], p. 215.

[62] David Dyzenhaus, “The Legitimacy of the Rule of Law”, *supra* note [29], p. 40.

变得充满争议,正如人们在努力用同一个术语表达不同的理想。^[63]

由此可知,主张实质法治非常容易引发法治价值的“诸神之争”,所以沃尔德伦最终依然像前述学者一样着力强调法治的形式维度,但他对形式法治的思考却并非拾人牙慧或步人后尘,而是从法律和法治的相互性出发,将法治视为解决法律分歧、伦理分歧、政治分歧的框架和程序,体现其在社会治理中的基础作用。

由于沃尔德伦认为实质法治会导致法治价值上的“诸神之争”,所以他秉承了富勒、拉兹的学说传统,也依然在形式法治的框架之下讨论法治问题。但由于拉兹已将富勒的法治学说向前推进了一大步,所以沃尔德伦讨论法治的起点也就从批判拉兹开始。拉兹在《法治及其价值》一文中的最后主旨是提出并论证了“法治具有一种消极价值”,理由是“坚持法治会避免恶却不会导致善,被避免的这种恶也仅是由法律本身所引发的”。^[64]换言之,拉兹认为法治旨在防止的滥用风险也是由法律本身所引起的,但沃尔德伦认为这个判断是不正确的,“我个人以为拉兹关于此点的主张是错误的。法治理念(或合法性原则)旨在矫正政治权力实践所引发的一般风险,而不是具体法律滥用时所造成的风险。实际上,合法性原则的目标是通过坚持一种具体的政治权力实践模式来矫正权力滥用——通过法律的治理——这种模式被认为比管理型治理或通过命令统治更易于保护我们免于权力滥用”。^[65]或者更为准确直白的说法是“法治的目标通常不是让法律和法律制度更像法律,而是让政府和政府制度更像法律”。^[66]

法治要求政治权力的实践必须遵循特定的模式,例如政治权力的实践要受到法治的约束,否则就会造成权力的专断实践,即凭借掌权者的意志行事,而法治是对人治的法律规制,自然比纯粹的人治要更加符合合理性,所以沃尔德伦认为拉兹明显弄错了规制对象。既然拉兹的主张存在明显的瑕疵,就没有理由按照拉兹的逻辑——先理解法律才能理解法治——认识法治,所以沃尔德伦指出,“我们应该把法治与法律这两个术语放在一起共同认识,而不是彼此孤立地认识它们”。^[67]也由于拉兹的法治主张深受哈耶克的影响,特别是哈耶克强调

[63] *Supra* note [60], pp. 47-48. 塔玛纳哈提出了“实质法治”的主张,并认为这种法治旨在保护个人权利,但当自由、平等、尊严等个人权利产生冲突时,实质法治该如何解决,塔玛纳哈并没有回答这一问题。相反他最终认为法治包含三个基本主题:政府权力要受到法律的约束;符合形式合法性;通过法律而非个人来统治,这仍然是形式法治的逻辑。See Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, *supra* note [8], Chap. 8; also see Brian Z. Tamanaha, *The History and Elements of the Rule of Law*, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 246.

[64] Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtues”, *supra* note [44], p. 224.

[65] Jeremy Waldron, “Hart and the Principles of Legality”, *supra* note [29], p. 78.

[66] *Id.*, p. 79.

[67] *Supra* note [5], p. 5.

法治的预测性——人们知道如何行动以实现个人自由。沃尔德伦认为这种法治概念同样把对象搞错了，“这样的法治概念集中在规则的角色而非标准的角色上，集中在字面含义而非制度推理上，集中在适用而非辩论上，集中在事前的清晰性而非事后的解释上”。^[68]

总结了拉兹法治学说的不足之后，沃尔德伦对法治概念的讨论是从法律与法治的相互性上开始的，“在法治要求的问题上产生分歧也就是在法律是什么的问题上产生分歧”^[69]或者说“法治作为一个规范性理念源自我们对法律是什么的理解”。^[70]为此，沃尔德伦先从法律的概念入手，认为实证主义的法律概念是存在问题的，“现代实证主义的错误在于完全强调法律的命令控制方面，丝毫没有关注架构、支持以及制度化的辩论文化”。^[71]通常的法哲学或一般法理学对于“法律是什么”的问题大都追溯到首要规则与次要规则，以此为基础的法治概念自然也会强调确定性、预测性、清晰性等内容。实际上，这种对法律概念的理解妨碍了我们对法治的理解，因为实证主义的法律概念主要强调规则，但在现实中我们并不会机械地服从法律或像牧师一样虔诚地对待法律，甚至会从相反的立场进行争论并权衡各种利弊风险，这些彻底超出了实证主义规则论的框架。

由于前述对法律概念的理解和认识是非常不充分的，那么当然需要补充更为丰富适当的法律概念内容，

如果无法理解诸如法院制度以及诸如法律论证之类的独特程序及实践在法律概念中的核心角色，那就不会有适当的法律概念。仅仅强调规则，或谈及法律制度除了制定规则和适用规则之外再无其他内容，那这种关于法律的概念在理解法律制度是什么的问题上就太过随意；就像讨论民主时完全忽略了选举的核心角色。如果一种关于法律的哲学想要成为一般理论，却没有关注法院形式化的程序内容或没有更多地关注诸如两造享有平等机会被听审这种自然正义的基本特征，其将会成为一种贫困的理论。^[72]

正是基于这样的法律概念，沃尔德伦提出了与之相适应的法治概念，“另一种更为丰富的法治概念则强调正当程序以及基于普通公众利益的形式结构化论证的存在性和重要性”。^[73]这种法治的概念，对解决分歧的框架和程序给予

[68] *Id.*, p. 55.

[69] *Id.*, p. 53.

[70] *Supra* note [5], p. 59.

[71] *Id.*, p. 56.

[72] *Id.*, p. 58.

[73] *Id.*, p. 58.

特别的重视,因为普通人违反法律规则之时,在适用相关规则进行惩罚之前都会给当事人进行听审、辩论和质证的机会;但如果捍卫这些结构化程序的制度被削弱了,容纳分歧的框架以及解决分歧的程序就完全没有了,法治才会彻底被违反。沃尔德伦强调法治的框架程序概念的缘由正在于此。如果再将视野从法律领域扩大到诸如伦理领域、政治领域,遵循特定框架和程序解决分歧的法治意义更显而易见,例如沃尔德伦曾提到2000年美国总统选举中产生的政治分歧最终在法治的框架下得以解决。在这个意义上,沃尔德伦像哲学家一样总结说“法治终究是一种实证法之治;它对人类制度而言是一种人为的理想,而非通过某种方式将我们从人类统治中排除的神力”。^[74]

除了从法律与法治的相互性上认识法治的概念,沃尔德伦还将法治视为一种政治理想,“法治是主宰我们政治道德的理想星座中的一颗星;其他星星还有民主、人权和经济自由”。^[75]多数学者通常会毫无争议地认为民主、人权、自由属于政治道德理想的范畴,但沃尔德伦将法治也归入政治道德理想的范畴,与法学家们对法治价值的认知有一定的偏差。作为一个严谨的学者,沃尔德伦绝非为了标新立异,而是很大程度上发现了前人论述的问题所在,例如富勒曾经主张,“每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”。^[76]这说明富勒认为违反法治就等于冒犯人的尊严,因此他把法治与尊严都视为目的。但富勒界定法治的概念时却明确认为,“法律的内在道德”不过是形式法治的另一种说法,也就是一种手段,那么法治到底是一种价值还是一种手段就令人费解了。再如其他的学者讨论法治价值时也都容易陷入如下的争论:法治促进了诸如民主、自由等价值还是说法治本身就被视为民主、自由等价值的同类物?或者说,法治是促进民主、自由等价值的手段还是说法治像民主、自由等价值一样本身也是目的?沃尔德伦对于这些争论给出了清晰的答案,即法治针对的靶子是政治权力,旨在让政治权力受到法律的约束而非使其任性专断地运行,后者则是一种典型的人治表现,“法治通常被视为一种限制国家权力的方式,让国家权力处于法律的控制之中”。^[77]但此处的“控制”绝非单纯的限制,也包括支持国家权力,沃尔德伦在最近的研究明确地指出了这一点,“人们提到法治即是对政府的法律控制(legal control of government),也的确如此;但有些人由此就推出法治是限制政府的学说并不符合事实。对政府的法律控制,即政府决议的主体受到基本法的约束,可能会限

[74] *Supra* note [57], p. 25.

[75] *Id.*, p. 3.

[76] 同前注[30],第188页。

[77] Jeremy Waldron, “Legislation and the Rule of Law”, *Legisprudence*, vol. 1, 2007, pp. 91-124.

制政府要做的事也可能会支持政府要做的事”。^[78] 由此可知,沃尔德伦将法治视为政治理想的观点有助于清晰地认识法治的价值和意义,但明确地反驳了实质法治,所以他仍然立足于形式法治这一传统。

四、形式法治之局限

根据前文讨论可知,富勒虽然没有明确使用“形式法治”的概念,但他的法治学说聚焦于法律本身而回避了法律内容,因而毫无争议地属于形式法治的范畴。由于他在法治问题上的奠基作用,后来的诸多学者诸如拉兹、沃尔德伦都不同程度地继承了形式法治这一学术传统。尽管拉兹和沃尔德伦也都提出了自己的法治主张,但总体上并没有摆脱形式法治的传统。即使偶有个别学者论及实质法治的问题,但最终因为在价值领域的分歧而不得不重返形式法治的传统,典型代表就是塔玛纳哈。质言之,从富勒经拉兹到沃尔德伦,如下的法治概念基本上得到了上述诸位不同程度的认同,“法治不仅仅要求法律存在,也必须得到服从;法治要求政府的行为总体来说必须在法律的框架之下,这也意味着应该预先制定授权政府的行为,除非有非常充分的理由突破该框架”。^[79] 这种“形式法治”的概念尽管被广泛接受,但其缺陷或不足也显而易见,毕竟形式法治强调规则的核心地位,但规则却要被具体的个人运用。一方面存在人的理性不及而会受意志支配,那就容易产生任性行为;另一方面也存在规则空缺而使行为失去凭借依据,所以当形式法治将规则作为“王牌”时,由此造成的法治局限性也就显而易见了。

在讨论形式法治的局限性之前,我们有必要消除一些基本分歧。前文的沃尔德伦论及法治作为一种政治理想,后来就有学者撰文附和,“法治理想根本上出自法律治理是好的这样一个道德政治理想”。^[80] 但问题是我们应该如何理解“法律治理是好的”这一主张?从逻辑上说,要理解这一主张就须先弄清法律的性质,其次确定法治所需要的条件,最后才能讨论法治的好坏问题。关于法律性质的问题,自然法传统向来主张法律必须是良法,所以法治就变成良法之治,但现实已经挑战了这样的说法,例如德国纳粹的法律和南非的种族隔离法。相较而言,实在法传统认为法律由一般性规范构成,因而“法治最终仍然是实在法之治”^[81],那么接下来要回答的问题就是:法治需要满足什么样的条件才构成“好的法治”?进而也应明确:究竟法治是何种意义上的“好”?功能上的好、

[78] *Supra* note [58], p. 33.

[79] *Id.*, p. 63.

[80] Andrei Marmor, “The Ideal of the Rule of Law”, in Dennis Patterson, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2010, p. 666.

[81] *Supra* note [57], p. 25.

道德上的好或政治上的好？拉兹曾明确地认为法治的好是功能性的，并且用刀的比喻来论证其观点。如果刀是用来切割的，那么刀必须锋利，而且越锋利越能实现切割的功能，所以锋利就是刀的功能价值。类似地，法律规范可以用来指引行为，法律规定越是明确就越容易指引行为，所以指引行为就是法律的功能价值，通常称之为法治。对于刀而言，锋利在功能上是好的；对于法律而言，指引行为在功能上也就是好的。“一把好刀就是一把锋利的刀。同样地，法治是法律的内在品质，甚至是法律最重要的内在品质。”^[82]因此，拉兹强调法治的好就是功能上的好。但是，“令人非常质疑的是这种功能上的‘好’是否能成为法治普遍性‘好’的根基？”^[83]

法理学常识告诉我们，指引只是法律的功能之一，但绝不是唯一的功能，因为法律还有教育、强制、预测、评价等功能。即使只着眼于指引功能，法律对不同群体的指引是不同的，例如医生群体与公职人员群体。另外法律的指引作用可能会与法律的其他作用发生冲突，例如国家要规范纳税行为时，就会特别强调评价作用而削弱甚至忽略指引作用。在这个意义上，仅仅突出指引功能的“好”并不能推广为普遍性的“好”。更进一步说，一把好的刀就是一把锋利的刀，其前提条件是用它来切割。改变了这个前提条件，一把锋利的刀未必就是一把好刀，例如用刀作为凶器时，一把钝化的刀会比一把锋利的刀更少造成伤害，结果钝化的刀此时反而是一把好刀。类似地，法律能够指引行为这种好的功能在其他情况下未必就是好的，例如警察在破案过程中如果有明确的指引规则反而不利于案件侦破，因为容易被罪犯利用进而规避抓捕。综上所述，“法治是好的”也仅仅是从功能的角度来说的，并不是普遍意义上的好。同样地，“满足法治条件的道德上的好也限于某些方面，但不是唯一的好，甚至经常不是最重要的好”。^[84]

前述的分析表明，“法治是好的”这个结论只是从功能的角度着眼才能成立，并不能形成“法治是好的”的普遍结论，例如功能上的好有可能在道德上或政治上也是好的，但并非必然总是如此。退一步说，仅从功能上看，“法治是好的”这个说法也有着不可避免的局限性，甚至夸张一点，“在某些例外情况下，背离法治所产生的好处比坏处还要多”。^[85]基于此，下文将着力以富勒的法治八原则为对象具体解释形式法治的局限，毕竟富勒的法治八原则产生了广泛的影响力，后来的著名学者如拉兹和沃尔德伦等人讨论法治概念时也都深受他的影响。当然，也有学者例如马默曾讨论过法治的局限性，但他并没明确界定法治

[82] Joseph Raz, “the Rule of Law and its Virtues”, *supra* note [44], p. 225.

[83] *Supra* note [80], p. 669.

[84] *Id.*, p. 672.

[85] *Id.*, p. 671.

的概念或者在何种意义上讨论法治,结果引发了更多的争论,所以本文专门以富勒提出的现代法治的八原则作为讨论对象。富勒的八原则可以总结为:一般性、公开性、前瞻性、清晰性、连续性、可行性、稳定性、一致性。

法律的一般性原则旨在保证法律能够涵盖更广的范围,尽可能地将所有行为纳入法律的规制之中,但一般性也会导致法律因为过于抽象而无法给行为提供指引,“法律规范描述的规范行为越具有一般性,它所提供的实际指引反而就越少。如果法律要求你‘行善’或行动时要‘合理注意’等,你在行动中实际上能够得到的指引非常有限”。^[86] 甚至可以说,过分地要求法律具有一般性,必然会让法律产生更多模糊性或不确定性,结果与一般性的初衷截然相悖。法律要求公开性,本来也是无可厚非的,例如古罗马皇帝卡里古拉曾将法律写成小字并挂在高柱上。虽然实现了法律的公布,但布莱克斯通批评这种公布方式难以令普通人知晓,自然也无法指引行为。然而卡里古拉这样做也许有合理的成分,至少可以部分地实现法律的威慑作用。如果法律的公开性旨在保证行为人能够知晓法律,从而能够根据法律行动,那么霍姆斯的“坏人论”则表明,法律公布之后会让行为人产生理性预期,从而给他想尽办法规避法律提供了机会。退一步说,法律公开是为了让所有人知晓法律进而指引行为,但现实中的许多人行动时并不会以相关的法律作为行为依据,尤其像秋菊、李雪莲那样的“法盲”压根就不会关心该法是否公开。更多的情形是,行为人可能知道相关法律的存在却并不清楚该法律的具体内容,有的甚至完全不知道其内容,即使像律师或法官这类法律专业人员,往往也不清楚法律的具体规定,而是要经过查询之后才能知晓。在这些情况下,法律的公开性并没有起到指引的作用,因为主体是在行为发生之后才求助于法律的,而且行为人“吃一堑”之后并不必然就会“长一智”,反而常常会重蹈覆辙,毕竟这种社会经验是无法遗传下来的。类似地,法律的前瞻性要求可以提供理性预期而不能产生追溯性,因为法律只能针对未来的行为而无法针对既往的行为,毕竟任何法律都无法指引已经发生的行为,更有学者指出,追溯性会削弱法律的确定性、违反了民主立法、侵犯了公民自由等。^[87] 然而凯尔森指出,历史上曾经非常合法的奴隶制或活人牺牲制度后来都被追溯性地认定为非法。即使在现代社会,这种追溯性的情形依然会发生,例如两德统一之后对东德边境卫兵曾经射杀逃离者的合法行为进行了追溯性惩罚,加拿大政府也曾经对19世纪末20世纪初华裔移民的不公正遭遇进行了追溯性赔偿。因此,法律的前瞻性固然要得到坚持,但在特别情况下的追溯性

[86] Andrei Marmor, “The Rule of Law and its Limits”, *Law and Philosophy*, vol. 23, no. 1, 2004, pp. 1-43.

[87] See Neil Duxbury, “Ex Post Facto Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, no. 2, 2013, pp. 135-161.

也不会必然受到非议,甚至通过追溯性可以促进法律的发展,这在普通法的发展过程中极为显著。推翻先例必然引发追溯性,但这种追溯性更加有助于正义的实现,因而得到受到了普通法制度的默许。^[88]在这个意义上,法律的前瞻性原则并不是一个完全不可颠覆的原则。清晰性原则的含义无须过多解释,据说拿破仑曾经要求《法国民法典》的制定者使用清晰明确的语言制定法典,以便让每个法国人都明白条文的意义,旨在使人民能够像阅读《圣经》一样阅读这部法典,但这也会导致如下后果:法律越是明确就越是僵化,僵化经常是法律的一个瑕疵。^[89]更为麻烦的是,法律的清晰性与法律的一般性构成了潜在的冲突,因为一般性原则要求法律尽可能地抽象以便展现一定的灵活性,而清晰性却要求法律规定要具体明确,结果出现了两种矛盾的后果:清晰性造成的僵化而危及灵活性或者灵活性导致法律表达上的模糊性。换言之,要求法律既要有一般性又要有清晰性,等于要求法律既要抽象又要具体,这与“很黄很暴力”的说法有异曲同工之妙,但富勒讨论法治八原则时似乎并没有意识到这种冲突。法律的连续性旨在强调法律不能相互矛盾,否则会让人不知所措。一般来说,立法中出现不同法律之间产生矛盾的概率不太大,而在法律追求的目标中经常会产生冲突或矛盾,尤其在各种疑难案件中。这种连续性虽然可以用德沃金的整体性(integrity)术语来替换,但这种整体性面对多元价值选择时会具有某种程度的独断特色,反而不利于法律的实践。法律的可行性原则要求法律所规定的事项必须能够被行为人实践,富勒还专门讨论了雷克斯国王的反面例子,说明他在修订后的法典中规定应召面圣的时间从原来的十天缩短为十秒,在国王面前咳嗽、打喷嚏、打嗝、晕倒或跌倒都构成犯罪,并处十年监禁。^[90]这些规定只是富勒列举出来的极端情形,法律中也的确会有某些象征性或教育性的规定,远远超越了行为人能够遵守和实践的标准,其结果必然是:法律的规定越是不切实际,它在实践中被遵守和实施的可能性就越小。法律的稳定性原则在美国宪法中得到了集中的体现。虽然该宪法正文仅有七条内容,却统治了美国将近三百年,所以美国宪法堪称法律稳定性原则的典范。然而殖民地时代的美国与作为世界警察的美国可谓天壤之别,美国宪法如何整合巨大的社会变迁?作为美国人的法律圣经,美国宪法的确保持了极大的稳定性,但迄今为止的二十七条修正案则充分展现了美国宪法和美国社会之间的与时俱进。因此,稳定性原则并非一个绝对性原则,或者说稳定性无法拒绝法律的变化,否则这种稳定性必然会随着时间流逝而过时或完全失去效力。退一步说,如果一个法律制度中的规

[88] 相关的讨论参见伊卫风:《推翻先例、追溯性造法与法治》,载《东方法学》2017年第3期,第28—36页。

[89] *Supra* note [80], p. 27.

[90] 富勒:《法律的道德性》,同前注[29],第44页。

则稳定到完全无须改变,该制度的缺陷也显而易见。^[91]作为最后一个原则,一致性原则强调官方行为与法律规定之间要保持一致。对于这个原则的完美解释就必须提到韦伯的“自动售货机”学说,假设法律规定可以在司法实践中毫无偏差地得到实现。但这只是一种理想情形,毕竟“立法主体颁布的规则与官员适用的相关规则之间是否保持一致完全是个开放性问题”。^[92]通常而言,法律规则进入具体法律实践中,总要进行解释和辩论。如果立法者本身也是法律实践者,从理论上可以保证一致性,但在实践中则完全不可能,因为此一时彼一时。如果立法、行政、司法分立,那么法律实践者对法律的理解也许会符合立法者的宗旨,也许会与立法者的宗旨冲突,例如美国联邦最高法院的大法官们对美国宪法的理解就有两种典型的思路:原旨主义与自由主义。退一步说,即使法律实践者不存在过度诠释的问题,但法律本身由于语言的不确定性也同样会引发争议,立法者在法律规范中表达的含义与法律实践者理解的含义是否能够交叠完全是不可预知的。更何况后现代的解构主义强调,文本可以与作者完全脱离而获得自己独立的生命。如果按照法律观念来分析法律规范,法律实践者似乎完全可以忽略立法者的立法精神而进行自由的解释,所以一致性的问题就不可避免地具有开放性。

由于富勒作为形式法治的奠基人,那么他的法治八原则所呈现出法治的局限性就不是他所独有的,而是所有形式法治普遍存在的问题,在拉兹、沃尔德伦等人的法治主张中自然也同样存在,只不过此处没有必要再逐一分析了,毕竟他们的法治主张都未能脱离形式法治这一学术传统。质言之,形式法治所强调的诸原则实际上都非绝对性原则。当我们追求法治的时候,固然要遵守这些原则,但将它们视为“圣经”一样完全不可改变,可能就走向了另外一个极端,最终也会影响法治的目标。正是在这个意义上,我们才需要理性地对待形式法治,不应高估它的作用,甚至对其充满迷思。但退一步讲,我们仍然需要形式法治,毕竟它要优于人治,后者的专断和任性是无法预期的,从富勒、拉兹到沃尔德伦都聚焦于形式法治也充分说明了这一点,而沃尔德伦、艾伦等人也重申了坚持形式法治的意义——避免实质法治因价值偏好而可能引发的价值专断,最终将再次落入人治的窠臼,所以才理性地坚持了形式法治这一传统。

五、结论

现代法治的概念从19世纪末诞生以来就聚讼纷争,尤其是二战以后的法学界就法治的含义问题产生了多次学术争论且至今还在延续。尽管在当前世

[91] See Scott J. Shapiro, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 394.

[92] *Supra* note [86], p. 38.

界范围内,法治作为一个普适性概念已得到了广泛承认,但实际上它与法治国的概念一样都曾是个“地方性”概念,分别出自19世纪的英国和德国。它们的诞生主要是为了回应各自面对的问题,前者想要限制皇家特权而后者要规制警察国家。随着二战后英美国家主宰了世界的话语权以及“法治国”概念因受纳粹牵连而淡出历史舞台,法治逐渐从一个“地方性”概念变成一个在世界范围内普遍使用的概念,欧盟的一体化进程更是起到了助推器的作用。当法治在现实世界中被广泛使用之后,学术界基于不同的原因对它的讨论也逐渐多了起来,从富勒到沃尔德伦都提出了大同小异的法治概念。富勒讨论法治时着眼于法律的合法性(legality),通过八项原则来达到合法性;拉兹的八项原则与富勒大同小异,但他更强调法治的作用或者我们用法治能够实现的目标;沃尔德伦在前二者的基础上另辟蹊径,从法律与法治的相互性入手探索法治在容纳和解决分歧上的独特贡献,同时也回答了前两者未论及的问题——为何学者们讨论法治时都强调其形式而回避内容。在沃尔德伦看来,如果要论及法治的实质内容,那么任何人都可以将自己的价值偏好植入,最终导致的结果将不再是关于法治本身的争论而变成关于价值的“诸神之争”,所以沃尔德伦也像前辈学人一样强调法治的形式,即所谓的形式法治问题。虽然这样的法治概念在世界范围内得到了广泛接受,但其局限性也不容忽视。如果漠视这些局限性,不仅是高估了形式法治,甚至也构成一种法治的迷思。质言之,法治,准确地说是形式法治,相对于人治,其优势是显而易见的,但其局限也是客观存在的,所以我们追求法治的同时,自然应该正视前述局限,既不盲目迷信也不彻底否定,而是理性地对待法治。

回到中国的当前语境,“法治中国”的理念近年来从官方到民间被广泛传播,例如开篇提到的法治国家、法治政府、法治社会一体建设,就连党的十九大报告中也都明确提出“明确全面推进依法治国总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家”,这些足以说明“法治”已成为当前中国国家治理的关键词。然而,当我们在主张法治中国时,显然不是在主张纯粹西方意义上的法治概念,尤其是形式法治的概念,而是立足于中国的现实语境,并充分融入了传统礼乐制度,这已经远远超越了形式法治的概念,而是具有“中国特色社会主义”的法治中国实践道路,甚至对现代法治在思想上也有了独特的贡献。具体在“法治中国”的建设过程中,我们也主要以“约束权力”为根本归依,与国家的治国理念一脉相承。“要加强对权力运行的制约和监督,把权力关进制度的笼子”是习近平总书记2013年2月在十八届二中全会上特别强调的内容。后来在同年11月十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中则明确提出了“法治中国”的概念,“建设法治中国,必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一

体建设”。学者对此的解释是，“法治之所‘治’即法治中国的客体，其关键在于公共权力而非人民权利。法治中国以对国家权力的制约和监督为手段，以实现人的全面自由发展为依托”。^{〔93〕} 法治中国关注的焦点就是公共权力，并对其进行制约和监督，这种做法与形式法治限制权力的主张一脉相承，也可以说是中国吸收现代西方法治的精华所在。

与此同时，法治中国也丰富了形式法治的含义，因为法治中国的建设不仅仅是从限制权力的角度讨论“将权力关进制度的笼子”，而且更加突出公权力的服务意识，从社会管理走向社会治理；法治中国进一步完善了公民权利的保障制度，使公民的权利保证能够落实到位，从而真正实现人的全面自由发展；法治中国在吸收西方形式法治思想的基础上积极融入传统的礼乐制度，“将‘依法治国与以德治国’镶嵌为一个整体的做法则可以看做是一种‘法令’与‘王制’的合体，通过这种综合治理实现了一种普遍的人文精神和理想人格”。^{〔94〕} 质言之，法治中国的建设吸收了形式法治的要旨，却没有萧规曹随，而是在融入传统礼乐文明的基础上进行了创造性转化，最终形成了符合“中国特色社会主义”的法治道路。

（审稿编辑 邵博文 谢可晟）

（校对编辑 柯 达 谢可晟）

〔93〕 汪习根：《论法治中国的科学含义》，载《中国法学》2014年第2期，第113页。

〔94〕 王旭：“‘法治中国’命题的理论逻辑及其展开”，载《中国法学》2016年第1期，第97—98页。