

# 人权保障与法治的形式品格

王立峰

(中共中央党校 政法部,北京 100091)

**[摘要]** 人权保障离不开法治,人权法治化势在必行。近来,国际学界出现了人权法治的政治正当化即民主实证主义的思路,人权实践中则出现人权法治国际化的倾向。我们必须看到,法治的形式品格决定了法治与人权之间存在一致性,也存在紧张关系。民主实证主义强调人权法律化的政治正当性,有可能忽略道德正当性命题;人权法治国际化因应人权的普世价值,但忽略了国家法治对于人权保障的重要意义。因此,人权法治化是必要的,但必须谨慎对待。

**[关键词]** 人权; 形式法治; 实质法治; 民主实证主义

**[中图分类号]** D621.5 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2012)05-0065-07

一般认为,人权和法治都是现代社会的重要价值和制度,二者具有天然的亲缘关系,不证自明,所以学界很少有人论及人权与法治的关系。1948年的《世界人权宣言》序言就指出,“鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛,有必要使人权受法治的保护”<sup>[1]</sup>。1959年,在新德里召开的国际法学家大会上,通过了关于法治问题的《德里宣言》,就一种实质法治理论达成官方共识。“在法律统治的自由社会中,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。”<sup>[2]</sup>这一法治概念重申了二战之后的人权理念,把人权与法治联系在一起。

近年来,国际人权运动的一个显著特征是强调法治。欧洲人权公约多次提到“法律”并设立了欧洲人权法院,强调加入欧盟的条件是市场经济、民主、法治与人权保障<sup>①</sup>;非洲人权宪章、美洲人权公约也强调法律的意义;国际货币基金组织以及世界银行的文件均强调法治与人权的意义。为什么国际人权运动对法治如此情有独钟?我们注意到,在国际人权运动诉诸法治的过程中,人权的基本概念、内容以及实现路径等并无共识,甚至歧义很大。例如,非西方社会批评人权是西方价值观,是个人主义等等。但相比人权所受到的诸多质疑,法治则似乎受到国际社会广泛的接受和认同<sup>②</sup>。不论在亚洲、欧

洲还是世界其他地区,不论是儒家、基督教还是伊斯兰世界,法治跨越了诸多意识形态的分歧,成为全球社会治理的共识。

那么,诉诸法治是否能够帮助厘清人权概念的混乱,化解人权实践面临的挑战?最近,国际学界出现了人权法治的政治正当化即民主实证主义的思路,人权实践中则出现人权法治国际化的倾向,值得我们注意。

本文认为,法治的形式品格决定了法治与人权之间存在一致性,也存在紧张关系。民主实证主义强调人权法律化的政治正当性,有可能忽略道德正当性命题;人权法治国际化因应人权的普世价值,但忽略了国家法治对于人权保障的重要意义。因此,人权法治化是必要的,但必须谨慎对待。

## 一 法治的形式品格

尽管法治是一个几乎普遍性的诉求,但如同人权概念的争议,法治概念也充满了争议。施克拉非常清楚地表达了当代社会在法治问题上所面临的困难,她指出:“由于意识形态上的滥用以及一般性的过度使用,‘法治’一词显然已经变得毫无意义。它可能已经变成英美政治家们用来装点其公共演讲的另一个自我恭维性的理论设计。因此,我们无须在这种统治阶级的胡扯上浪费更多的智识努力。”<sup>[3]</sup>与施克拉不谋而合,拉兹也看到了法治在意识形态上的滥用问题:“通常,当政治理念抓住大多数人的

**[收稿日期]** 2012-10-08

**[基金项目]** 中共中央党校2011年度重点项目“转型期的人权保障与发展研究”资助

**[作者简介]** 王立峰(1969-),男,山东东营人,中共中央党校政法部副教授,法学博士。

想象时,它的名称就成为理念支持者使用的口号,此时理念已经远离它最初设计的用意。”<sup>[2]210</sup>

虽然施克拉等人看到了当代西方社会在法治问题上面临的困难,但我们必须认识到,从历史的角度看,法治这一概念在政治语境中曾经扮演过十分重要的角色;而且,在当下人权保障的语境里,法治仍然扮演着非常重要的角色。

在当今世界,法治之所以被广为接受,皆因法治的形式品格。美国学者塔马纳哈(Brian Z. Tamanaha)从“厚”和“薄”,“形式”和“实质”两个维度对古今中外的法治进行了类型化的整理。他说形式法治和实质法治可以概括为:“形式的理论关注于恰当的渊源和法律形式,而实质理论还包括了对法律内容的要求(通常与正义和道德原则相一致)。”<sup>[4]</sup>薄的法治理论强调法治的形式或者制度特征,不管是民主社会还是非民主社会,资本主义还是社会主义,自由主义还是专制独裁,都存在薄的法治理论。

关于法治的形式品格,富勒认为具备法治品德的法律制度由八个要素构成:一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可循性(conformability)、稳定性、同一性(congruence)<sup>[5]</sup>。拉兹提出了法治的八条原则:第一,法律必须是可预期的、公开的和明确的。这是一条最根本的原则。第二,法律必须是相对稳定的。第三,必须在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定特定的法律命令或行政指令。第四,必须保障司法独立。第五,必须遵守象公平审判、不偏不倚那样的自然正义原则。第六,法院应该有权审查政府其他部门的行为以判定其是否合乎法律。第七,到法院打官司应该是容易的。第八,不容许执法机构的自由裁量权歪曲法律<sup>[2]214-218</sup>。他认为,“法治的这个概念显然是一个形式性概念。它与法律如何被制定——是被暴君、民主的多数,还是以其他方式制定出来——毫无关系,它也未提及基本权利、平等或正义。”<sup>[2]214</sup>在《自然法与自然权利》一书里,菲尼斯指出,法治是法制(legal system)的一种特定德性。<sup>[6]</sup>一种法律制度在如下八种意义上体现法治:第一,规则是可预期、不溯及既往的;第二,规则无论如何也不是不能够被遵循的;第三,规则是公布的;第四,规则是清楚的;第五,规则是相互协调的;第六,规则足够地稳定以允许人们依靠他们关于规则内容的知识而受规则的引导;第七,适用于相对有限情形的法令和命令的制定受公布的、清楚的、稳定的和较为一般性的规则的引导;第八,根据官方资格有权制定、执行和适用规则的人,一要对遵循适用于其操作的规则是负责的、可靠的,二要对法

律的实际执行做到连贯一致并且与法律的要旨相符合。菲尼斯解释说,这八条都涉及制度和程序的品格,而不能仅仅看作某种语义的表达。罗尔斯提出了关于法律制度的一个具有开创性的定义:“法律制度是一种发布给理性的个人以调整其行为并提供社会合作框架的公共规则的强制秩序。”<sup>[7]235</sup>罗尔斯解释说,从这个概念里可以推出许多关于法治的传统规诫。首先,“法律制度是公共规则的一种强制秩序”一语预设法律是由规则构成的。其次,为了调整行为并因此取得为正义所必须的社会合作,规则必须具有某些与法治相符合的特征,如,必须做的意味着可能做的;相同情况相同处理,限制司法自由裁量权:“法无规定不为罪”;法律必须以清楚的意思被告知并且被明确地规定;审判必须公平、公开。上述众多法学家花精力列举法治品格的各种具体原则或要素,如法律必须是颁布的、一般的、清楚的、公开的、相对稳定、不溯及既往的等等,这些形式品格与人权的实现密切相关。

## 二 人权与形式法治的关系

### (一)二者的一致性

一般认为,形式法治能够促进和保障自由。罗尔斯认为,法治是适用于法律制度的形式正义,意味着“公共规则的恒常的、无偏袒的施用”<sup>[7]235</sup>。法治的形式品格与自由的实体价值具有内在的联系。法治旨在促进自由这个作为公平的正义里的首要价值。如果法治的形式品格缺失,其后果不堪设想。例如,倘若规则是模糊的,则相同情况得不到相同处理,“我们的自由的边界就是不确定的。”当这些边界不确定的时候,“自由就会为对自由之行使的合理恐惧所限制。”<sup>[7]26</sup>为此,处在原初状态中的理性个人就需要选择一种合理的法律结构来促进自由这一价值,合理的法律结构就是法治,即法律后果的可预见性、决定性和确定性。另外,在罗尔斯看来,为了遏制和控制国家滥用程序,就需要法治,因为“在法律按照合法性原则而无偏袒、有规则地实施的地方,自由所面临的危险就较少一些。”<sup>[7]241</sup>

撇开上述规范性证成,从社会经验的角度看,法治与人权之间也存在正相关关系。弗里德曼分析认为,“法律的扩张也暗示着法定权利和权利意识的增长。‘权利’这个词暗示着法律。但是,权利意识所暗示的法律是带有很强形式因素的法律,即具有精确性、客观性和强制性的法律。更进一步而言,这些形式因素强化了规则和制度的正当性。形式和程序似乎是权威获得成功的必不可少的条件,或者说

是至关重要的基础,没有正当性的基础,权威就会死亡、呆滞或者成为无生命的东西。”<sup>[8]12</sup>为什么人权这种具有道德号召力的价值需要借助法律这种工具呢?因为法律为人权提供形式正当性。在现代社会,法律提供正当性基础的原因在于,“现代政府承担了错综复杂而且技术性又很强的任务,而这些任务并不适宜于有魅力的、有感召力或赤裸裸的权威来承担;它们要求更规范和更常规的方法,要求秩序和文官政治(科层制),要求遵循既定法律的处事模式。在一个克里斯玛或者习惯性的统治基础上,建构国民保健制度,运行一项城市规划设计或者建立老年人退休金体系是不可能的。”<sup>[8]46</sup>在现代社会,人权的正当性仰赖于法律的正当性,法律的正当性则有赖于程序。“理性—法律权威拒斥个人而更钟情程序。正当性(和权威)基于程序规范,这与克里斯玛型和传统型的正当性来源形成了鲜明的对照。但是,程序何以如此特殊?程序自身什么都不是,但它是确定、权衡、集结个人选择的工具,就此而言,它又是一切。现代社会中程序是决策得以做出的步骤,而这些决策将以某种有序的方式反映出人们的选择结果;程序能够解决大批选择者选择范围的增减问题,也能应付不同选择之间的冲突。”<sup>[8]46-47</sup>

具体而言,法治要求法律是透明的、可知的、公开的,不是专制任意的。根据法治原则,相同的案件予以相同的处理,法律必须是事先公开的,法律面前人人平等,不能因为一个人的种族、性别、出身、宗教等特性而歧视。这些规定均有助于人权的保障。从实践看,法律的公开性、平等性已经为各国宪法所认可和载明,为很多国际人权文件所规定。

法治要求法律至上。法律至上意味着国家元首、法院、行政机关及其工作人员乃至所有社会成员都被置于法律之下,接受法律的统治。如果有的国家机关或个人置身于法律之外,则不是法治社会。法治是一个依据法律治理的社会而不是依赖于某个人治理的社会。法律至上有助于保障人权,防止人权保障机关超越于法律之上。

法治要求公正和独立的司法。不论是个人之间的纠纷,抑或社会成员与政府之间的纠纷,都需要中立的裁判者。如果裁判是秘密进行的,如果诉讼程序规则是不公开的,如果裁判者不是忠于法律而是忠于某个人或集团,那就不是公正和独立的司法。公正的诉讼程序将会有助于保障诉讼人的人权。离开公正和独立的司法,人权保障就无从谈起。特别是在个人权利与公共利益发生冲突的场合,防止以公共利益之名践踏个人权利的有效救济途径就是独

立而公正的司法。

## (二)二者的冲突性

人权与形式法治的冲突表现在如下四个方面。

第一,法治强调效力。的确,如果没有效力,法治的权威将大打折扣。但是,如果过分强调效力,则有可能走向专制——一个法律执行机关拥有不受约束的自由裁量权,可以保证效力。如果警察可以不受限制的进出每个社会成员的住宅,如果可以随便窃听每个人的私人通话,如果可以随便逮捕证人和刑讯逼供,把那些烦人的程序性规则抛到九霄云外,真正无拘无束,这样的法治的确富有效率,可以在非常时期大显身手,但有哪个社会成员愿意生活在这样的法治状态中?强调效力的法治也许给人以安全,但却让人们失去了自由。显然,在一个片面追求效力的法治社会,人权难以得到保障。

第二,法治强调稳定性。稳定的社会不一定是法治社会,因为极权主义体制也可能是非常稳定的。人们所需要的稳定,不是压制下的稳定,不是来自家长主义的稳定,不是来自警察手中的警棍或者军队的枪炮,而是来自社会成员同意的稳定,是以人为本的稳定,是基于法治的稳定。显然,过分强调稳定就可能滑入专制,极权主义的稳定与人权保障并不契合。没有了政治参与的稳定是片面的稳定。

第三,法律规则具有确定性,也具有不确定性。这种不确定性在一定程度上来自语言所固有的不确定性,也来自人的理性认识能力的有限性。恰如哈特所言,我们生活在“我们对事实的相对无知”和“我们对目的的相对模糊”的双重不利条件之下<sup>[9]</sup>。在德沃金看来,法律包括法律规则和法律原则。德沃金指出:法律原则并非来源于“某一立法机构或法院的某项具体决策,而是来源于一种……在漫长的岁月中逐渐发展起来的妥当感”。“这些原则的持续力量,来源于这种妥当感的保持。”<sup>[10]</sup>他进而指出,原则无法以“要么完全适用,要么不适用”的方式适用于具体情形;在任何情形中,都有可能存在若干相关原则,而一个判断者就需要在不同原则之间作出权衡。沃尔克曾这样揭示法治的内在矛盾:一方面,法治表示对法律的确定性和稳定性的需求,以便人们得以相应地规划和组织他们的安排;但是,另一方面,法治又强调需要法律保有某种灵活性并且能够让自身适应公共观念的变化。一方面,作为法律面前人人平等的推论结果,法治宣称对法律适用的一般性的要求,但是,另一方面,法治又小心翼翼地让平等原则不适用于那些可以或者应该作出合理区别的案件。不仅如此,司法独立被说成是法治的

一个本质要素,但与此同时,我们又不想让法官过于独立,以免法治蜕化为司法的暴政<sup>[11]</sup>。所以,法治与人权保障之间存在一定的紧张关系。

第四,法治的形式品格与社会公正之间存在紧张关系,不利于弱势群体的人权保障。1853年2月18日,马克思在《纽约每日论坛报》上发表了《死刑》一文。在这篇文章里,马克思对传统的惩罚理论和资本主义惩罚制度发表了自己的看法。他写道:“德国唯心主义只是通过神秘的形式赞同了现存社会的法律;在这里是如此,在其他许多情况下也是如此。如果用‘自由意志’这个抽象概念来顶替有着行为的现实动机和受着各种社会条件影响的一定的人,如果只用人的许多特性的一个特性来顶替人本身,难道这不是荒谬的吗?这种把刑罚看成是罪犯个人意志的结果的理论只不过是古代报复刑——以眼还眼、以牙还牙、以血还血——的思辨表现罢了。直截了当地说:刑罚不外是社会对付违犯它的生存条件(不管这是些什么样的条件)的行为的一种自卫手段。”<sup>[12]</sup>形式法治的核心理念是正义。形式法治假定社会成员之间的利益分配是平等的。也就是说,形式法治的前提是分配正义。马克思的问题在于,资本主义社会是一个阶级社会,无产阶级和资产阶级不能分享共同的规则和利益,在资本主义法律制度的支配下,由于社会不公正问题引起的犯罪,是否要按照形式法治的要求予以惩罚呢?不应该。马克思对形式法治最严厉的责难可能在于,形式法治忽视了社会不平等问题,甚至或者说,形式法治使社会不平等问题进一步恶化,或者使社会不平等披上合理化的外衣。假定在盗窃犯罪发生前,罪犯在社会中处于不利地位,他们与其他社会成员和群体之间在权益分配上是不平等的,是边缘人员,在这种情况下,盗窃往往被看作是实现权益分配平等的努力。如果我们将刑事惩罚看作是对社会法律秩序的维护,是对既有利益分配的确认和保护,是恢复到盗窃前的状态的努力,那么惩罚的前提必须是盗窃前的利益分配是公正的,社会成员之间是平等的,存在一个利益分配的平等状态。如果社会是不平等的,那么惩罚就是在维护这种不平等,是助纣为虐的工具。因此,如果形式法治是必要的,也是我们想要的,那么,我们要做的是首先最好重构我们的社会,保证社会公正,每个人都是自治的,每个人都从社会受益。

在当代中国,形式法治正在建立和发展之中。不仅确立了人权保障在中国的法律地位,而且人权制度化保障取得重大进展,中国特色社会主义法律

体系已经建立起来。目前,中国已形成以《宪法》为核心,包括《立法法》、《刑法》、《劳动法》、《安全生产法》等在内较为完备的人权保障法律体系。人权保障做到了有法可依。法治的发展使得人权保障得以可能,特别是大多数人的人权可以获得保障。当然,法治的人权保障功能在社会弱势群体上并未得到充分体现。比如,形式法治强调法律面前人人平等,但这恰恰可能会侵犯弱者的人权。令人担忧的是我们在追求法治,追求民主,实质都只是追求形式平等,而这种追求带来的副作用是,边缘化的人群却受到主流社会的排斥、忽视。虽然诸多立法体现了人权价值,国家人权行动计划亦大有进步,但是如何从社会结构上实现社会公正,才是保障弱势群体人权的根本之路。

### 三 民主实证主义:人权法治的政治化

虽然法治是人权保障的重要条件,但是,我们必须看到,法治亦存在局限性。从应然的角度看,如果过分的强调形式合法性,合法律性,可能最终走向法律实证主义的立场。法律实证主义无法解释实证法的合法性从何而来,很可能将合法性化约为合法律性。因此,我们必须认识到,法治能提供形式合法性,但有局限性。只有当法律秩序本身被认可为合法的前提下,依据法律输出的命令才能被认为是具有合法性。因此,证明整个法律秩序或者政治系统的合法性就非常重要。我们对国家政治系统的这种证明是求助于人民主权,人民当家作主。因此,建立了法治社会,依靠法律来保障人权,并不会万事大吉,我们还需要民主。人权的认同、人权的实现、人权的发展,不仅需要法律,还需要社会讨论、社会参与,需要公共理性。为了践行人权,需要法律,同时必须超越现行法律的局限性。强调法律的人权保障功能并不能因此就落入法律实证主义的巢穴。所以,对法律实证主义的修正被提上日程。

坎贝尔最近提出民主实证主义,是对法律实证主义予以修正的一次努力<sup>[13]</sup>。民主实证主义(Democratic positivism)一方面坚持传统法律实证主义的观点,认为权利应当法律化,只能以法律的形式存在;另一方面,试图就主权立法者如何创制正当性的权利,发展一个更为复杂的理论。实际上,民主实证主义试图通过正当的立法者来解决事实与价值之间的区别和分离问题。人权的正当性来自民主审议和民主立法。在此,民主实证主义考虑的是人权的政治正当性而不是道德正当性。只有经过民主程序而得到认可的人权与法律才具有正当性。由此,具

有政治正当性的权利是法律权利。仅仅具有道德正当性的人权,仍然需要通过民主过程加以政治正当化,具备了政治正当性的人权就是法律权利。

民主实证主义认为,法律的正当性在于民主程序的正当性。民主实证主义的观点看起来很有说服力。例如,南非历史上的种族歧视立法之所以缺乏正当性,就是因为缺乏这么一个民主程序。但是,民主实证主义路径存在明显的逻辑问题是,把民主看作法律权利正当化的先决条件,这就意味着至少这些法律权利是独立于民主之外,具有独立的道德价值,民主过程只是这些权利政治正当化的一个必要条件。这些法律权利的道德价值是什么,并没有经过公共论证,只是被民主实证主义简单假定,假定法律权利的道德正当性。显然,这种假定最终建立在道德原则的基础之上,即道德提供了一个审视和反思实证法的基础或者标准。民主实证主义使得法律实证主义通过民主化而具有了政治正当性,但仍然缺乏道德正当性。所以,法律实证主义的难题,民主实证主义并没有真正破解。

随着资本主义和民主的兴起,现代社会不仅分化为自创性的经济和政治系统,而且进一步分化为一个文化系统。文化系统包括价值系统和规范系统。价值是关于可欲的人的生活方式的概念,规范则是强制性的人的行为标准。价值旨在指引组织内部或者人群内部的行为;而规范则旨在调整人际交往关系和跨组织的相互交往。我们看到,在当代社会,日益增加的价值多元化,文化复杂性,都给法律增加了压力。对于这些持续增加的复杂性,法律系统的反应并不总是充分的,结果是,一方面主张法律的正义、平等理念,另一方面,法律不得不处理文化多样性问题。在现代社会,法律扮演着通过规范平衡多样性价值的角色。法律的主要功能是整合。在日渐增加的多样性条件下,法律的整合功能显得更有必要,也更难实现。

民主实证主义强调法律的政治正当性而忽视道德正当性,但也给我们指出一条解决问题的思路,即走权利民主化的道路,改进民主。在多元价值社会,不同的权利之间会发生冲突,权利的实现存在先后次序,关于权利的道德认识存在不同观点,因此,法律权利必须经过民主过程,既要确保其政治正当性,也要确保其道德正当性。民主过程有可能形成同心同德的局面,就一项法律权利达成道德共识,由此,该项法律权利就兼具政治正当性与道德正当性。

通过民主过程,人权与法治相互依赖。要实现法治,法律的内容就必须能够容许价值多元社会的

分歧,而不能以某种主流价值观去压制人民。法律愈能容纳分歧,以法律来进行管治才可以更有效地整合社会。而人权作为人类生活最低限度的道德要求,作为普世价值,有可能超越不同文化和价值伦理,使法律能容纳更多分歧,成为法律的道德基础。由于人权强调每一个人在其权利范围内可自由地作出有关自己的决定,它鼓励或容许一定程度的分歧,正是借助人权的道德基础,通过把人权思想纳入法律之内,法治也就可能有效地发挥其整合社会的功能。当然,在价值多元社会,就人权价值达成道德共识的形成过程仍然是一个民主的过程。

另外,权利民主化本身就是限制政府权力的重要手段。真正的民主不是通过简单多数决赢得政治正当性,而是要限制政府权力。哈耶克对这种真正的民主评价非常高,在他看来“虽说民主本身不是自由(除了意指那种不确定的集体自由亦即‘人民’之多数的自由以外),但是它却是保障自由的最为重要的手段之一。作为人类迄今为止所发现的惟一能够以和平方式更替政府的方法,民主乃是一种极其重要但却具有否定性的价值——这种价值的作用可以与预防瘟疫的卫生措施相比拟:尽管这类措施的功效是我们很难意识到的,但是没有这些措施却可能是致命的”,“是我们抵抗暴政的惟一屏障”<sup>[14]</sup>。真正的民主恰恰是与法治相容的,因为法治意味着对任意的至高的权力进行限制。

#### 四 人权法治的国际化抑或国家化

在“世界人权宣言中的法治”一文开篇,葛来登(Glendon)教授就宣称:“有一个老生常谈是,如果缺乏权利赖以实现的法律和政治秩序,长长的权利清单不过是空洞的说辞。”<sup>[15]</sup>的确,离开法治,人权实现无从说起。撒切尔夫人曾说:“我们对法治持久的承诺是我们文明的牢固基石。从艺术的繁荣到科学的持续进步,法治使得其他一切成为可能。人类对自己的统治绝不能基于一个统治者的任意命令,而是基于他们自己深思熟虑的判断,这个理念是人类借以摆脱混乱而代之以秩序的手段。平稳和谐的和平解决分歧,使得法治和代议民主制度成为文明状态和野蛮状态的分水岭。正是通过法律统治下的自由,人类才能够获得更多。”<sup>[16]</sup>法治的意义自不在话下。问题是,采取什么样的法治立场来保护人权。法律实证主义虽然饱受批评,但是其国家主义立场仍然具有现实性。在以民族国家作为主要政治单元的世界格局里,抛开主权国家的国际法治是虚幻的。但令人失望的是,随着时间的流逝,当初宣言

起草者们的政治现实主义理念已经被当今许多的人权运动家们所忘却或忽视。人权运动家越来越多地把目光聚焦于人权法治的国际化,强调国际法治对于人权保障的意义,而忽视了国家法治对于人权保障的意义。

《世界人权宣言》(以下简称《宣言》)序言称:“鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛,有必要使人权受法治的保护。”这一规定暗含人民反抗暴政的权利,强调法治的脆弱性和重要性。同时告诉那些统治者,忽视人权就会使政权身处危险。同时告诉我们,如果人类对人权的诉求不能被迫诉诸于暴力革命,那就只能诉诸于法治,通过法治来保障人权。序言的结尾告诉读者:“现在,大会,发布这一世界人权宣言,作为所有人民和所有国家努力实现共同标准,以期每一个人和所有社会机构经常铭念本宣言,努力通过教诲和教育促进对权利和自由的尊重,并通过国家的和在国际的渐进措施,使这些权利和自由在各会员国本身人民及在其管辖下领土的人民中得到普遍和有效的承认和遵行。”虽然宣言之规定不是法律义务,没有约束性,但世界上大多数国家的宪法不同程度地规定和承认宣言规定的权利。一个不争的事实是,宣言规定的权利主要是被国内法律制度来保障实施的。

从《宣言》第3条到第11条的规定看,旨在使权力的行使受到法律规则的约束,以使个人免受侵犯,确保公正程序。其第21条规定:“人人有直接或通过自由选择的代表参与治理本国的权利。人人有平等机会参加本国公务的权利。”第28条规定:“人人有权有要求一种社会和世界的秩序,在这种秩序中,本宣言所载的权利和自由能获得充分实现。”该条对秩序的强调,实质上是对序言中法治原则的重申。第29条规定:“(1)人人对社会负有义务,因为只有在社会中他的个性才可能得到自由和充分的发展。(2)人人在行使他的权利和自由时,只受法律所确定的限制,确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。(3)这些权利和自由的行使,无论在任何情形下均不得违背联合国的宗旨和原则。”该条强调“民主的社会”也是对第21条政治参与权利的重申。该条是对人权的限制。宣言的最后一条即第30条规定:“本宣言的任何条文,不得解释为默许任何国家、集团或个人有权进行任何旨在破坏本宣言所载的任何权利和自由的活动或行为。”该条是对权利的最后限制。由此,法治不仅是

对人权的保障,也是对人权的限制。这种对人权的限制不是任意的,而是依法限制。可见,法治是人权的一个保障原则,也是一个限制原则。

《宣言》诉诸于法治原则,宣言起草者们所设想的法治是国家法治还是国际法治?在当下的国际社会,人权活动家们一谈人权,就诉诸于国际法治,即国际法律和机制。但是,《宣言》起草者们设想的法治是国家法治。《宣言》起草者们认为,国家法治才是保障人权的最佳和最可靠的法律手段,国家法治为人权提供最基本的法律保障。虽然人权法治的国际化倾向很明显。但是,如经济学家阿玛蒂亚·森(Amaroysen)所批评的:国际政策的制定者们“把自己的理念置于优先地位”,并正显示“一种危险的倾向,不是把贫困国家的人民当作理性的人类,当作面临共同问题的同盟,而是把他们视为产生巨大社会伤害的易冲动的和不受控制的源头,需要强烈的规训。”<sup>[17]</sup>国际法治的问题在于:第一,缺乏合法性;第二,缺乏有效的执行机制。欧洲、美洲的人权法院都存在这样的问题。国际法律机制试图在那些不具备法治条件的社会建立法治,但事实是,法治只有在那些已经具备条件的社会才能令人满意地运作。因为缺乏合法性,缺乏效力,国际法律的执行成为令人头疼的问题。特别是当国家成为人权侵犯者的时候,或者在无政府状态的内战或者种族冲突中,国际法律难以得到有效实施。从经济制裁到军事干预,到外交斡旋,一直到2002年国际刑事法院,国际法治化的努力前仆后继,但收效甚微。恰如迈克尔·伊格纳蒂夫(Michael Ignatieff)所说:“世界人权宣言颁布五十年后,国家主权仍然是国际体制的主要支柱。情况仍然是,人权的最佳保障途径不是国际条约,而是民主国家的宪法。在那些崩溃的国家或者极权主义政府统治的国家,国际人权监控都是人权保障的糟糕选择,只有当那儿的人民选举一个他们信任的政府后,国际人权监督才起作用。”<sup>[18]</sup>《联邦党人文集》的作者们说过:“人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府,还是永远注定要靠机遇和强力来决定他们的政治组织。”<sup>[19]</sup>在人权保障的法治路径选择上,世界人权宣言是深思熟虑的结果。世界人权宣言的设计师们采取了政治现实主义的立场,他们试图在人权保障的国际法治与国内法治之间求得一种平衡。

在促进与保障人权上,法治虽不可或缺,但我们不应对其抱有过高的期望。不论是厚的法治理念还是薄的法治理论,都不能保证人权的充分实现,不能保证人权会被予以认真对待。薄的法治理论的缺

点是在规范性上弱一些,而厚的法治理论虽然强调规范性,强调遵守国际人权标准,但遵守的程度已有所不同。从世界法治的实践看,不论是自由主义的美国还是社会主义的中国,它们的法治实践不同,对人权的理解也不同。即使统统诉诸于薄的法治概念,也不可能解决关于人权的争论。虽然法治不能解决人权价值的冲突,但人权的实现却离不开法治。法治是人权实现的必要条件。法治会直接或者间接促进人权。如众人所见,法治状况差的国家,侵犯人权状况往往比较严重;人权状况较好的国家,法治实践也往往比较好。

#### 注释:

① “在一国考虑其加入欧盟的可能性之前,该国必须证明它能够满足在1993年6月举行的欧盟哥本哈根首脑会议上确定的3项基本的成员国标准。这些是:拥有捍卫民主稳定的机构、法治、人权、尊重和保护少数民族;拥有行之有效的市场经济,以及应对欧盟内部竞争压力和市场力量的能力;履行成员国职责的能力,包括恪守政治、经济和货币联盟的宗旨。”《欧盟东扩的历史契机以及加入欧盟的条件》,http://www.guofa.info/xueshu/gjzz/20041201.html。(最后访问时间2011年3月22日)

② 经验证据表明,法治概念是当今世界上最具有共识性的政治概念,参见Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004:3.

#### [参考文献]

- [1] 世界人权宣言[EB/OL]. [2011-03-22]. <http://www.un.org/chinese/work/rights/rights.htm>.
- [2] 转引自 Joseph Raz. *The Authority of Law — Essays on Law and Morality* [M]. Clarendon Press, 1979.
- [3] Judith Shklar. *Political Theory and the Rule of Law* [M] // A. C. Hutchinson and P. Monahan (eds.), *The Rule of Law: Ireal or Ideaology*. Toronto: Carswell, 1987:1.

- [4] Brian Z. Tamanaha. *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory* [M]. Cambridge University Press, 2004:92.
- [5] Lon L. Fuller. *The Morality of Law* [M]. New Haven: Yale University Press, 1964:46-94.
- [6] John Finnis. *Natural Law and Natural Rights* [M]. Clarendon Press, 1980:270.
- [7] John Rawls. *A Theory of Justice* [M]. The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- [8] [美]弗里德曼. *选择的共和国* [M]. 高鸿钧,等译,北京:清华大学出版社,2005.
- [9] [英]哈特. *法律的概念* [M]. 张文显,等译,北京:中国大百科全书出版社,1996:128.
- [10] R. Dworkin. *Taking Rights Seriously* [M]. Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1977:40.
- [11] Geoffrey de Q. Walker. *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy* [M]. Melbourne University Press, 1988:42.
- [12] [德]马克思. *死刑* [M] // 马克思恩格斯全集:第8卷. 北京:人民出版社,1965:578-579.
- [13] Campbell, Tom. *Rights: A Critical Introduction* [M]. London: Routledge, 2006.
- [14] [英]哈耶克. *法律、立法与自由* [M]. 邓正来,等译,北京:中国大百科全书出版社,2000:273.
- [15] Mary Ann Glendon. *The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights*, 2 NW. U. J. INT' L HUM. RTS. [EB/OL]. [2012-04-03]. <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v2/5/5.pdf>.
- [16] Margaret Thatcher. *Follow the Leader* [M]. AM. OUTLOOK, Spring 2000:23.
- [17] Amartya Sen. *Population: Delusion and Reality* [M]. N. Y. REV. BOOKS, Sept. 22, 1994:62.
- [18] Michael Ignatieff. *Human Rights: The Midlife Crisis* [M]. N. Y. REV. BOOKS, May 20, 1999:62.
- [19] [美]汉密尔顿,杰伊,麦迪逊. *联邦党人文集* [M]. 程逢如,等译,北京:商务印书馆,1997:3.

## Human Rights and Formal Rule of Law

WANG Li-feng

(The Party School of the CPC Central Committee, Beijing)

**Abstract:** The protection of human rights should be governed by law. There is a new thought of democratic positivism recently. The legal relief of human rights is being internationalized now. Although human rights and formal rule of law are consistent, but there are very definite tensions between them. The democratic positivism emphasized the political legitimacy of human rights law but overlooked the moral legitimacy of human rights law. The internationalization of the legal relief emphasized the universal value of human rights but overlooked the essential role of sovereign state. In a word, the relief of human rights should be ruled by law, but we should also be cautious about that.

**Key words:** human rights; formal rule of law; substantial rule of law; democratic positivism