



斯特拉斯堡，2011年4月4日

CDL-AD (2011) 003rev

研究项目号码：512/2009

原文：英文

欧洲法治民主委员会  
EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW  
(威尼斯委员会 / Venice Commission)

## 关于法治的报告

### (REPORT ON THE RULE OF LAW)

由威尼斯委员会在 第86次全体会议通过  
(威尼斯，2011年3月25-26日)

基於下列委员的意见:

Mr Pieter van DIJK (委员，荷兰)  
Ms Gret HALLER (委员，瑞士)  
Mr Jeffrey JOWELL (委员，英国)  
Mr Kaarlo TUORI (委员，芬兰)

【简体中文译本 / Translation in Simplified Chinese Characters】

## 目录

一	前言	3
二	「Rule of Law」(法治)、「Etat de droit」(法的国家)與 「Rechtsstaat」(法治国)的历史由来	3
三	制定法中的法治	5
四	寻找定义	10
五	新挑战	15
六	结论	15
附表：	评价个别国家法治状况之清单	17

## 一 前言

1. 「Rule of Law」(法治)这个概念，与民主和人权<sup>1</sup>，共同构成了欧洲委员会的叁大支柱，并在《欧洲人权公约》的序言中得到认可。
2. 法治概念亦在许多国际人权文件和其他订立标准文件中得到明文昭示。
3. 本研究以欧洲委员会的议会在2007年关于「法治的原则」的第1594号决议作为背景(参阅该决议—尤其是第6.2段，该段提及威尼斯委员会)。研究的目的是为了确定一个共同认可的「法治」的定义，以帮助国际组织与及国际和国内法庭去解释和应用这个基本价值。因此，这个定义必须具备可以实际应用的性质。
4. 虽然所用的术语可能相似，但首先要注意的是：「Rule of Law」(法治)和「Rechtsstaat」(法治国)，「Estado de Direito」(法律国家)或「Etat de droit」(法的国家)(或欧洲委员会所用的「prééminence du droit」(法治))这等词语并非总是同义。其与俄罗斯「依法／成文法而治」的概念或「pravovoe gosudarstvo」这个用词(意指「由法律管治的国家」)也不相同。<sup>2</sup>
5. 这个报告旨在调合上述概念，特别是「Rule of Law」(法治)、「Rechtsstaat」(法治国)和「Etat de droit」(法的国家)这些概念。<sup>3</sup>
6. 本报告已于2011年3月26日在威尼斯委员会第86次全体会议获通过。

## 二 「Rule of Law」(法治)、「Etat de droit」(法律国家)與「Rechtsstaat」(法治国)的历史由来

7. 「Rule of Law」(法治)这个概念所包含的内涵已经被提倡了几百年，其源流可追溯到古典时代。柏拉图说「当法律自身没有权威而受制於其他权威，在我看来，国家的崩溃将不远了；但如果法律是政府的主人而政府为法律的奴僕，这种情况则大有希望，所有人将享有众神对国家的所有祝福。」<sup>4</sup> 法治的现代概念主要由英国宪法学者阿尔伯特·戴雪(A.V. Dicey)在其《宪法研

<sup>1</sup> 欧洲委员会宪章(Statute of the Council of Europe (ETS No. 001))，特别是前言和第3条。

<sup>2</sup> Hiroshi Oda, "The Emergence of Pravovoe Gosudarstvo (Rechtsstaat) in Russia" 25 Review of Central and East European Law 1999 No. 3, 373。

<sup>3</sup> 就「Rechtsstaat」(法治国)，「Rule of Law」(法治)和「Etat de droit」(法的国家)间在源流和概念上的不同，参见M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (2010)，第11章。

<sup>4</sup> Plato, *Laws*, Book IV, 715 d; *Complete Works*, Cooper, John 等人編订, Hackett Publishing Company Inc., 1997, Indiana 頁1402。就古典时代里法治的起源，参见M. Loughlin, *Swords and Scales* (2000)，第5章; B. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics and Theory* (2004)，第1章。

究初论》(Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885)) 中提出而受到关注。<sup>5</sup>

8. 戴雪相信有两个原则是不成文的英国宪法所固有的。第一，也是首要的，是「国会的主权或至高地位」(因此认可「代议政府」这个概念是民主国家的主要特徵)。第二原则就是「法治」—此原则调节了第一原则(但是在英国不能凌驾第一原则)。
9. 戴雪因而把法治视为对国家在理论上对个人可(在英国而言)具有的无限权力的一种限制(儘管并非最终的控制)。对他而言，法治的原则是从现有，且多年以来由法官所制定的普通法产生的(所以法治也并非一定要明文载於宪法)。戴雪认为，法治有叁大核心特徵：第一，除非违反法律，否则无人应被惩罚，而法律必须是确定的，且只适用於将来，才能指导人民的行为和交易，令他们不致於被追溯惩罚。他相信可自由裁量的权力将会导致任意妄为。第二，没有人可凌驾於法律之上，所有阶级必须平等地受法律限制。第三，法治应该源自法官所制定的「普通法」，而非任何成文宪法。
10. 戴雪讲述的法治的第三特徵无法存活於现代社会。虽然第一特徵(合法性和确定性)和第二特徵(平等性)是法治这个概念的核心，然而，戴雪於法律确定性的其一观点，即其认为任何自由裁量权必然导致权力被「任意」使用这一看法，不获普遍接受。<sup>6</sup>
11. 在二十世紀的上半部，法治成了一个备受非议的概念。这是因为戴雪对自由裁量权的反对被「福利国家」的设计师们描述为他是为反对政府干预才有此主张。当时的人认为，要在日益複杂的社会中作决策，酌情权是必需的。
12. 从二十世纪中期开始，法治和自由裁量权不再有衝突。儘管酌情权已被接受，但它仍必须受到限制：这些限制包括赋予该权力的法律的条文文本及它的目的，与及法治的其他元素，例如所有人必须享有到无私独立的法院提出诉讼的权利而诉讼的程序必须公平；还有法律必须一致、平等地而不以任意或全无道理可言的方式予以执行。
13. 「Rechtsstaat」(法治国)这个概念，顾名思义，更加注重国家的性质。「Rule of Law」(法治)源自法院，而「Rechtsstaat」则来自成文宪法。<sup>7</sup> 这个概念的

<sup>5</sup> 1959年第10版，含E.C.S. Wade撰写的导言，London, MacMillan，第4章。

<sup>6</sup> 对此命题，参见Jeffrey Jowell，“The Rule of Law and its Underlying Values”，载於由Jeffrey Jowell及Dawn Oliver編著的The Changing Constitution，第7版，Oxford University Press 2011; Kaarlo Tuori，The Rule of Law and the Rechtsstaat，载於Ratio and Voluntas，Ashgate 2011，第7章，页8及其後书页; Erik O. Wennerström，The Rule of Law and the European Union，Uppsala: Iustus Förlag 2007，页6及其後书页。

<sup>7</sup> Wennerström，页50。

主要理论家是Robert von Mohl (1831)。「Rechtsstaat」是为了反对赋予行政机构无限权力的极权国家而采用的定义。免於极权的保护须藉由立法机关提供而非由法院单独负责。

14. 法国的做法在其《人权与公民权宣言》(1789)中可以预见。「Etat de droit」(法律国家)这个概念(其遵循了「Etat legal」(律法国)这个实证主义的概念)沒那麼重視国家的性质,国家被視為一针对立法者而言一宪法所保障的基本权利的保证人。依据由Carré de Malberg在二十世紀初所发展的论述,「Etat de droit」意味着对一般性法例的宪法(司法)审查。<sup>8</sup>
15. 法治有不同的阐释,但它必須与一种纯粹形式主义的概念,即是无论政府官员做任何事,只要得到法律授权就已经合乎法治的要求,有所区别。久而久之,在一些国家,法治的本质被扭曲为等於「依法而治」或「依法例而治」,甚至是「指令是法」。这些阐释允许政府采取专制行动,并不能反映现时法治的涵义。<sup>9</sup>
16. 法治,正确来讲,是任何民主社会所固有的一部份。法治要求任何决策者必須以尊重、平等及理性的方式对待所有人,而决策者的决定必须合法,且必須让人有机会到独立无私的法院就不合法的決定提出挑战,而法院的程序必須公平。因此,法治所处理的是权力的行使,及个人与国家的关系。然而,必須要认识到,近年由於全球化和撤销监管,出现了对国家权力机关和普通市民都具有巨大影响力的个体。它们包括国际性或跨国性的公共个体,以及公私混合的和私营的个体。在下文的第五部份(「新挑战」),本报告会简略地考虑究竟法治的限制是否应延伸到这些团体,而不仅是传统在国家层面的公共机构。

### 三 制定法中的法治

#### a. 国际法

17. 法治的概念在国家与国际层面都可以见到。在这方面,国际性条约是最重要的文件。<sup>10</sup> 本段会先处理由几个国际性和超国家的组织所起草的文本(a),再来到国家法律的例子(b)。
18. 就欧洲委员会而言,对法治最重要的提述可见於:

<sup>8</sup> 参见特别是Wennerström, 页73及其後书页。

<sup>9</sup> 参见Serhiy Holovaty的關於法治的三卷著作, *The Rule of Law*, Kyiv, Phoenix Publishing。

<sup>10</sup> 参见R. McCorquodale編订, *The Rule of Law in International and Comparative Context*, British Inst of International and Comparative Law (2010)。

- 《欧洲委员会宪章》的序言：该序言强调各成员国「献身」於「屬於他们人民的共同遗产，且是个人自由、政治自由和法治的真实来源的精神及道德价值。这等价值是所有真正民主政体赖以为基础的原则。」
  - 《欧洲人权公约》的序言写明「欧洲国家的政府志同道合，在政治传统、理想、自由及法治上有共同的遗产」。
19. 在这两个例子中，「rule of law」这个用词被翻译为法文的「prééminence du droit」，而不是「Etat de droit」。
  20. 然而，不管是Rule of law，还是Rechtsstaat，或是Etat de droit，在这些文本中都没有被定义。
  21. 譬如說，当处理「法治作为欧洲委员会的中心任务」这个议题时，欧洲委员会的部长委员会引用了一些提及这个概念的文件，但它也表明了「之前的概观并不足以开出一张表，列出欧洲委员会所接受的關於法治的主要要求，更不用说定义了」。<sup>11</sup> 这使该文件写明「这组织的工作是实事求是地每天在其成员国家推广和加强法治」。然而，这种务实和依情况处理的做法看来正在被一种共识所取代，这共识包括在法治上具体提到诸如以下这些要求：禁止任意妄为、在公开的庭审向独立的法官寻求救济的权利、法律的确定性，和法律面前人人平等。<sup>12</sup>
  22. 第1594號决议（2007）— 其标题为「法治的原则」，於2007年11月23日由欧洲委员会的议会通过—也没有澄清这个原则的内容。
  23. 在欧洲人权法院的案例中可以找到较多法治的内容。该法院认为法治是《欧洲人权公约》所有条文中的固有概念（该法院既用了法文的「prééminence du droit」这个词，也用了「Etat de droit」）<sup>13</sup>。欧洲人权法院的案例—其摘要可见於之前所提到，在部长委员会瑞典主席主导的框架下起草的报告（CM(2008)170）—用了一种相当正式的作法，把法治的概念应用到一些议题上。它虽然从狭义的合法性开始，但发展了正当程序、法律的确定性，也发展了权力分立（包含司法方面），及法律面前人人平等这些不同方面。<sup>14</sup>在

<sup>11</sup> 参见The Council of Europe and the Rule of Law - An overview - CM(2008)170，2008年11月21日，第22段。

<sup>12</sup> 同上，第29至30段。另参见G. Palombella and N. Walker, Relocating the Rule of Law, Hart Publishing, 2009。

<sup>13</sup> ECtHR *Stafford v. United Kingdom*, 2002年5月28日，第63段。

<sup>14</sup> 對於「依法」一词，法院一般只要求某国家权力从一法律規範得到支持。然而，法院已开始强调民主与法治的联系，要求法规阐明限制人权的某国家权力的框架。参见，譬如在秘密监察的範疇，*Iordachi and Others v. Moldova*, 2009年2月10日。

*Golder v. UK* (1975) 1 EHRR 524一案中，该法院表明（在第34段）：「如果没有向法院提出诉讼的权利，法治几乎无法想像。」也参阅*Philis v. Greece* (1991), Series A No. 209一案，第59段。该法院把法治说是《公约》所有条文所固有的，这种说法反而让法治也有了实质的内容。<sup>15</sup>

24. 在联合国，法治这个概念在《世界人权宣言》（1948）的序言中出现，而联合国引用这概念来推广一连串根据其特定背景而有所不同的原则。比较两份起草的时间相隔短暂（2002和2004）的报告就可看到这种做法的多样化：第一份强调例如司法独立、有独立的人权组织、权力被明确限制的政府和公平公开的选举这些元素；第二份则以比较传统的方法注重立法品质、法律至上、法律面前人人平等、对法律负责、法律的确定性、程序和法律的透明度、避免任意妄为和权力分立等元素。<sup>16</sup>联合国人权委员会在2005年一份决议中则注重权力分立、法律至上和人人受法律平等保护这些元素。<sup>17</sup>
25. 联合国秘书长科菲·安南给法治提出了一个比较概括的定义。在他2004年的报告中，他说：「『法治』．．．是一个管治的原则，所有人、组织和机构，不管是公共还是私人的，包括政府本身，都必须对法律负责，而法律必须是公开颁布的，平等被执行及独立地被裁定，而且也要符合国际人权规范和标准。它也要求采取手段以保证以下这些原则得到遵循：法律至上、法律面前人人平等、对法律负责、法律公平施行、权力分立、参与决策过程的能力、法律的确定性、避免任意妄为及程序和法律的透明度。」<sup>18</sup>
26. 除了欧洲委员会外，另一值得一提的地区性组织是「欧安组织」（欧洲安全与合作组织）。这组织在这范畴的理论的主要元素在一份关于《欧安组织对法治所承担的责任》的文件中概括说明。<sup>19</sup>根据这份1990年哥本哈根文件（见第2段）：「法治并不只是意味著一种形式上的合法性（而这种合法性在达致和执行民主秩序中确保了正规性和一致性），它也意味著基于认同及完全地接受人格作为至高价值的正义，其彻底伸张在制度上的框架得到保证。」「民主是法治所固有的一部分。」（见第3段）《欧安组织对法治所承担的责任》这份文件接著引述了参与国家所承担的各项责任，即在以下方面的责任：法官与法律执业者的独立性，公共司法服务能公平地运作，与及秉行司法。赫尔辛基部长会议关于「在欧安组织地区进一步加强法治」第7/08号决定鼓励参与国家就例如以下几方面加强法治：司法独立、有效率的秉行司法、公平

<sup>15</sup> 参见由Holovaty编排的关于提及法治的法院的详尽案例列表（上文，注9）页1169至1214。亦见他在页1215至1220的案例摘要。

<sup>16</sup> Wennerström，页23及其後书页；参见UN Secretariat Documents A/57/275及S/2004/616。

<sup>17</sup> HR Res. 2005/32 *Democracy and the rule of law*。

<sup>18</sup> The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, Doc. S/2004/616, 2004年8月23日，参见第6段。

<sup>19</sup> [http://www.osce.org/documents/odihr/2009/01/36062\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/odihr/2009/01/36062_en.pdf)。

审讯的权利、到法院提起诉讼的权利、国家组织和官员的责任、在公共管治上尊重法治、法律援助的权利及尊重被拘留人士的人权；禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚；提高法律执业者和公众对法治的认识和教育；提供有效的法律济助及取得此等济助的权利；在刑事制度依从法治的标准和做法；与及对抗贪污。

27. 「经济合作与发展组织」也尝试提出一个定义。根据这个定义，「法治由下列不同的基本元素组成，而这些元素必须同时进展：[1]人民有共同认可及愿意受其约束的基本规则和价值（立宪主义）。这对于非成文宪法与成文宪法同等适用。[2]政府必须受法律管治。[3]由独立无私的法官来阐释法律。[4] 执行法律必须一致，没有不公平的歧视行为。 [5]法律是透明及对所有人公开的，尤其是那些最需要保护的人。[6]法律的实行须及时而有效。[7]法律保护权利，特别是人权。[8]法律的改变必须通过已建立的程序，而这种程序本身必须是透明的，问责和民主的。」<sup>20</sup>
28. 在欧盟，法治这个概念在《欧洲联盟条约》的序言和第2条都有明文昭示。根据其第2条所言：「这联盟是建基於尊重人的尊严、自由、民主、平等、法治和对人权的尊重，包括属于少数族裔的人的权利。」它也被当作是欧盟对外行动<sup>21</sup>的其中一个基础，而且也出现在《欧盟基本权利宪章》的序言中。其法文版所用的词是Etat de droit，而德文版所用的则是Rechtsstaatlichkeit。这个概念在这里同样没有被定义。法治这个概念在欧盟被用来包含几个意思，包括例如法律至上这种形式上的概念，也包括实质性的概念例如尊重基本权利，与及欧盟法特有的概念例如法律被公平地实施，联盟法权利被有效地享有，保护合理期望，甚至是反贪污（在对外关系中）。<sup>22</sup>
29. 其他的国际团体也经常赞同法治。譬如英联邦国家的《拉提美尔楼原则》(Latimer House Principles) (2003) 要求：「司法部门和国会在推广法治上必须以互补和有建设性的方式发挥各自关键的作用。」多年来，国际法学家委员会(ICJ) 系统地研究法治，并为法治采用了这个概念：法治是作为保护个人免於国家任意行使权力从而使人的尊严成为可能的一个基本原则。同样地，国际律师协会也采用了法治作为其所有法律执业者成员的核心概念。<sup>23</sup>

## b. 国家法

<sup>20</sup> Equal Access to Justice and the Rule of Law, OECD Development Assistance Committee (DAC). Mainstreaming Conflict Prevention (2005)。

<sup>21</sup> 《欧洲联盟条约》第21条。

<sup>22</sup> Wennerström，特别是参见在页160，218至219，289至290及302的图表。

<sup>23</sup> F. Neate編订，*The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*，IBA; LexisNexis (2009)。



30. 在国家法律中，Rechtsstaat（法治国）这个词在许多德国《基本法》的条文中可以见到，特别是和联邦州（Länder）和欧洲联盟的宪政秩序有关的那些。<sup>24</sup>此外，Rechtsstaat的实质性阐释在德国的宪法理论和宪法法庭的实践中也已得到落实。<sup>25</sup>
31. 在英国，rule of law（法治）这个概念是一个重要的宪法原则，被视作对政府行为和其行使权力的一种限制。它在法院受到应用，《2005年宪政改革法令》也明确地提及法治这个概念，表明：「本法令不损害（a）现有的法治这个宪法原则；或（b）大法官现有对那个原则所担任的宪政角色。」
32. Rule of law（或Rechtsstaat/ Etat de droit）这个概念在欧洲中部和东部的一些前社会主义国家的宪法中可作为其国家的主要特徵出现（阿尔巴尼亚、亚美利尼亚、白俄罗斯、波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚、捷克共和国、爱沙尼亚、格鲁吉亚、匈牙利、摩尔多瓦、黑山共和国、罗马尼亚、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、前南斯拉夫马其顿共和国、乌克兰）；在其老民主国家的宪法中反而比较少见（安度尔、芬兰、德国、马尔他、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其）。这个概念主要在序言或其他概括性的条文中可以见到。然而，西班牙有比较具体的条文，该条文说明「法院有权发布规则及确保行政行为受法治支配」；法院和主控官都受法治限制。<sup>26</sup>在瑞士，「国家行为必须基於法治及受法治限制。」<sup>27</sup>
33. 然而，在经历了社会主义合法性的前社会主义国家中，法治这个概念就比较少见。传统马克思主义的取向是基於一种看法：认为国家必然衰落，因此源自国家的法律也会一样。众所周知，苏维埃制度的实践反而导致国家过度增大。举个例子，1936年苏维埃宪法（第113条）表明：「总检查官享有对军需部及其属下组织，还有公务员和市民，严格执行法律的至高无上的监察权。」除了总检查官所特有的功能，当时必须被保留的是「严格执行法律」。这里没有一个法治的一般概念，只有一个基於实證取向、比较狭隘的观念，就是严格执行法律。这样就不可能超越法治定义的第一层，即「依法而治」或「依法例而治」。<sup>28</sup>这种观念在实践中或许仍被奉若神明，导致一个更全面的法治的定义无法得到发展；法律更容易被视为一种权力的工具而非一种被尊重的价值。换句话说，其在新的民主国家，法治的价值仍需得到沉淀；

<sup>24</sup> 第28和第23条。

<sup>25</sup> Kaarlo Tuori, *The Rechtsstaat*, 页12。

<sup>26</sup> 宪法第106, 第117和第124条。

<sup>27</sup> 宪法第5.1条(“Le droit est la base et la limite de l’autorité de l’Etat” / « Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht »)。

<sup>28</sup> 参见S. Holovaty的分析(上文, 注9) 页1655至65。

这是说这些价值应该成为每日实践的一部份，<sup>29</sup>和引用Valery Zorkin的话来说，「法律意识」。<sup>30</sup>

#### 四 寻找定义

34. 对Rule of Law—与及Rechtsstaat— 这等概念所给的涵义的各种分歧，可能让人怀疑其作为公法中的一个基本概念是否有用。<sup>31</sup>然而，它需要被理解，因而也需要被定义。这是因为它在许多法律文件中出现，也因为它已被接受为任何民主社会的基本元素。
35. 从国际和国内法律文件，学者、法官和其他人的著述看来，现在对法治的核心涵义及其所包含的元素似乎已有共识。
36. 可能Tom Bingham（宾咸勳爵）下述的定义最合适地概括了法治的必要元素：  
「所有国家范围内的个人和权利机关，无论是公共的还是私人的，都必须受法律的约束及享有法律给予的利益，而法律的制定必须公开，只在将来生效（一般来讲），并在法院公开施行。」<sup>32</sup>
37. 这个对公共和私人团体同样适用的简短定义，被扩充为法治的八个「要素」。这些「要素」包括：（1）法律的可用性（法律必须是明白易懂、清楚、可以预计的）；（2）法律权利问题一般应由法律而非酌情权来界定；（3）法律面前人人平等；（4）权力的行使必须合法、公平和合理；（5）人权必须受到保障；（6）必须提供解决争端的途径，而这些途径不会导致不当的讼费花费或延误；（7）审讯必须公平；（8）国家必须履行其在国际法及国内法下的责任。
38. 宾咸勳爵要求法律必须公开制定，在将来生效，是处理了法律和合法的决策过程的性质的命题。他像戴雪一样，要求法律本身必须可用、清楚及在未来生效。然而，在扩展这个定义的同时，和戴雪不同，宾咸勳爵清楚表示他认同在复杂的社会里，政府官员必须享有酌情权，但是酌情权必须受到限制，不应允许任意或不合理的决定（法律的性质於是同时被注入程序上和实质上的内涵）。
39. 宾咸勳爵主张所有个人和权力机关必须受法律的「约束」是同时针对公共成

<sup>29</sup> 就法治的沉淀，参见Kaarlo Tuori, The “Rechtsstaat” in the Conceptual Field - Adversaries, Allies and Neutrals, *Associations*, 卷6, 2002年, 第2号, 页201至214及212。

<sup>30</sup> V D Zorkin, “Rule of Law and Legal Awareness” 载於由Francis Neate編订, *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe* (2009) 页43至54。

<sup>31</sup> 例如Martin Loughlin持此观点, 见他在CDL-DEM(2009)006 (The rule of law in European jurisprudence)文件页3的意见。

<sup>32</sup> Tom Bingham, *The Rule of Law* (2010)。

员和私人机构的（他们当然要遵守法律），也是同时针对政府官员的（他们不但要遵守法律，即不超越法律所赋予他们的权力，同时也要平等地执行法律，不理睬执法对象的地位或任何给予他们的威胁或引诱）。

40. 宾威勋爵指所有人应享有法律给予的利益的观念意味着寻求司法公正的两种涵义：第一，到法院提出诉讼以取得法律给予的利益；第二，该等法院的程序必须公平，而法院的决定必须是独立无私的。<sup>33</sup>
41. 从这个定义和其他基於非常不同的法制和国家本身的定义来看<sup>34</sup>，就Rule of Law与及Rechtsstaat所必要的元素，不只是形式上的，而且也是实质上的或实质性的（materieller Rechtsstaatsbegriff）元素，现在都似乎可找到共识。这些元素包括：
- （1）合法性，包括一个透明的、问责的及民主的立法程序
  - （2）法律确定性
  - （3）禁止任意妄为
  - （4）到独立无私的法院寻求公义的权利，包括对行政决定提出司法审查
  - （5）尊重人权
  - （6）无歧视行为及法律面前人人平等。

### （1）合法性（法律至上）

42. 合法性这个原则的重要性已被戴雪强调。这个原则意味着，第一，法律必须被遵守。这要求不但适用于个人也适用于权力机关，无论是公共的还是私人的。当合法性是针对政府官员的行为而言，它也要求他们的行为必须得到授权，而且不超出他们所被赋予的权力。<sup>35</sup>合法性也意味著除非犯了某一条之前制定或决定的法律，否则无人可被惩罚，而且有关法律不得在不治罪的情况下而给违反。法律，在可能的范围内，都应被执行。
43. 在这一章，「法律」这个词，主要指国内制定法和普通法。然而，国际法的发展，与及国际组织对尊重法治所给予的重要性，令这问题在国际层面上也得到理会：国际法表达的合法性就是有约必守(pacta sunt servanda)的原则。<sup>36</sup>

### （2）法律确定性

<sup>33</sup> 宾威勋爵在扩充那定义时亦相信法治应给予足够的人权保护（而它们当中的多项，如公平审讯的权利，已在其定义涵盖之内）而且法治要求国家遵守其在国际法以及国内法的义务。

<sup>34</sup> 例如，Zorkin在他上述注30的章节中说明，关于法治的定义。

<sup>35</sup> Jeffrey Jowell, *The Rule of Law and its underlying Values*, 载於由Jeffrey Jowell及Dawn Oliver編著, *The Changing Constitution* (上文注6)页10。

<sup>36</sup> 参见Bingham, 上文脚注。他相信「法治要求国家遵守其在国际法以及国内法的义务」(第10章)。

44. 要使人对司法系统和法治有信心，法律确定性这个原则是必要的。<sup>37</sup>要使商业安排有成效以促进发展和经济繁荣，它也是必要的。<sup>38</sup>要人人有这信心，国家必须使法律的文本容易取用。国家也有责任，以可预见和一致的方式，尊重和执行它所制定的法律。可预见性意味著法律在条件允许下必须在执行前发布，而它的效用也必须是可预见的，而所制定的法律必须有足够的精确度，以致个人能调整其行为。
45. 确定性的必要不代表决策者在情况需要的话也不能被赋予裁量权，只要有程序确保它不被滥用。在这种背景，法律若把酌情权赋予一个国家权力机关，它则必须表明这酌情权的範圍。如果赋予行政机关的酌情权是以没有限制的权力形式表述，那将是违反法治的。因此，法律必须对这种酌情权的範圍，及其行使的方式，有足够清楚的表示，才能让个人享有足够的针对任意妄为的保障。<sup>39</sup>
46. 法律确定性要求法规必须清楚、精确，并确保各种情况和法律关系能被预见为目的。追溯既往也是违反法律确定性这原则的，至少在刑法是如此（《欧洲人权公约》第7条）。因法律对象必须先知道他们行为的後果；在民法与行政法也是如此，如这样会损害权利和合法利益。此外，法律确定性要求尊重「既判案件」这个原则。本地法庭所颁布的最终判决不应被质疑。<sup>40</sup>它也要要求最终判决得到执行。在私人诉讼中，执行最终判决可能需要国家团体的帮助，以避免任何违反法治的「私人正义」的风险。<sup>41</sup>容许最终判决可在不确定的时间内在没有基於公众利益令人信服的理由的情况下被撤销是跟法律确定性原则不相容的。<sup>42</sup>
47. 另外，国会不应被准许以模棱两可的法律凌驾基本权利。这给予个人必要的相对於国家及其机构与代理的法律保护。<sup>43</sup>
48. 法治的确定性也意味着国家给予个人的承诺或保证一般而言应被兑现（「合理期望」的概念）。
49. 然而，对确定性的需要不表示规则应被缺乏弹性的执行，以致在人性和公平

<sup>37</sup> The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170, 2008年11月21日, 见第51段。

<sup>38</sup> 参见R. McCorquodale, 在*The Rule of Law in International and Comparative Context*(上文注10, 第3章)。

<sup>39</sup> The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170, 2008年11月21日, 见第46段。

<sup>40</sup> 这当然不豁免向国际法院提出申请, 投诉本地的最终判决违反某国际法义务的权利。

<sup>41</sup> The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170, 2008年11月21日, 见第49段。

<sup>42</sup> The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170, 2008年11月21日, 见第48段。

<sup>43</sup> The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170, 2008年11月21日, 见第43段。

上的要求完全不能被考虑。

50. 最高法院或宪法法庭若存在自相矛盾的决定，就可能违反法律确定性这原则。因此，法院，尤其是最高级别的法院，必须设立机制以避免冲突及确保案例一致。
51. 法律确定性，以及法律至上，意味著法律在实践中得到执行。这也表示它是可执行的。因此，在法律被通过之前评核它是否可以在实务上执行，及之後查核它是否被有效地执行，是非常重要的。这意味着当讨论法治这个议题时，事前和事後对立法的评价是必须要考虑的。

### (3) 禁止任意妄为

52. 虽然在现代复杂的社会中，要处理一系列的政府工作，自由裁量权是必需的，但是这种权力不应被任意行使。任意行使权力允许实质上不公平、不合理、无理或具压迫性的决定，与法治概念不一致。

### (4) 到独立无私的法院寻求公义

53. 人人都应能针对损害他们权利或利益的政府行为和决定提出挑战。禁止这样的挑战是违反法治的。虽然通常这些挑战应到法院提出，但有些国家会容许替代办法，到比较非正式的审裁处提出挑战，并可就其决定向法庭提出上诉。
54. 在一个建基於法治的国家，司法人员的角色是基要的。法官是公义的保证人，公义是一个由法律管治的国家的根本价值。<sup>44</sup>法官必须有权决定案件适用的法律与及该些法律是否有效，解决事实上的争议，并根据一个适当的（意思是说够透明度及可预期的）阐释方法，将法律应用到事实上。<sup>45</sup>
55. 司法人员必须独立无私。独立意味着司法人员不受外在的压力，也不受政府其他部门的控制，尤其是行政部门。这个要求是权力分立这个基本民主原则的不可或缺的部份。法官必须不受政治影响或操控。<sup>46</sup>无私意味着法官对案件的结果不存有偏见，甚至表面上也必须如此。
56. 聆讯必须公平和公开，案件必须在合理时间内得到聆讯和决定。另外，必须有一被认可的、有组织及独立的法律专业，而该专业能合法地享有权限、愿

<sup>44</sup> The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170, 2008年11月21日，见第39段。

<sup>45</sup> Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, 页16。

<sup>46</sup> Thomas Carothers, The Rule of Law Revival, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95 (96)。

意及事实上能够提供法律服务。因为寻求公义的代价必须是让人支付得起的，所以如果情况需要的话，必须提供法律援助。

57. 此外，还必须有一机关或组织，一个主控官：其对于行政机构享有某种程度的自主权，并且确保就算没有受害者告发的违法行为也可以被告上法庭。<sup>47</sup>
58. 最後，司法决定必须能被有效地执行，除非十分例外的情况，否则最终判决不应有任何机会被更改（基於对「既判案件」原则的尊重）。

### （5）尊重人权

59. 尊重法治和尊重人权并非必然同义。然而，这两个概念有相当多的重叠，许多在文件中得到明文昭示的人权，譬如在《欧洲人权公约》，也清楚地或隐含地提及法治。
60. 明显与法治联系起来的人权有：（1）寻求司法公义的权利；（2）在有法定的管辖权的法官席前申诉的权利；（3）陈述申诉的权利；（4）一罪两罚不被许可（*ne bis in idem*）（《欧洲人权公约》第7号协定书第4条）；（5）施加负担的措施必须没有追溯效力的法律原则；（6）任何可争辩的申诉都该得到有效的济助的权利；（7）任何被刑事起诉的人在被证明有罪之前被假定无罪；<sup>48</sup>和（8）受到公平审讯的权利，或用英美的说法来讲，自然公义或程序公义的原则；聆讯必须公平公开，没有偏私，案件能在合理时间内得到聆讯和决定。此外，必须有一被认可的、有组织及独立的法律专业，而该行业能合法有权限、愿意及事实上能够提供法律服务，还有判决的执行必须没有不当的延误。<sup>49</sup>
61. 这些权利的大部份（还有司法人员必须独立无私这个原则）在《欧洲人权公约》的第6条已经得到明文昭示。然而，其他权利也可能有法治的涵义，例如表达自由容许批评现任政府（《欧洲人权公约》第10条），甚至是譬如禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚（《欧洲人权公约》第3条）这样的权利，因其与公平审讯的概念可以相连。

### （6）无歧视行为 和法律面前人人平等

<sup>47</sup> Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, 页16。

<sup>48</sup> Thomas Carothers, The Rule of Law Revival, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95 (96)。

<sup>49</sup> Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, 页16。

62. 戴雪认为，透过要求在法治底下全体「全面服从」法律的管治，平等这个概念就能得到肯定。在此情况下，就法律无论实际上如何不公平，都应一视同仁及被一致地执行而言，他清楚地表达了一个在形式上平等的概念。
63. 尽管如此，形式上的平等是法治的一个重要方面，只要它能同时容纳为求达成实质平等而必要的不平等待遇，并可以被延伸而无损反歧视这个概念所隐含的原则。反歧视与法律面前人人平等共同构成人权保护的基本及一般性的原则。就如欧洲委员会2008年在此议题的文件所强调<sup>50</sup>，这两个原则是人权原则，也是法治原则。欧洲人权法院的案例倾向於应用禁止歧视行为，而没有特别提及它也是法治的其中一个原则，虽然其中亦有肯定所有人的权利和义务在法律面前一律平等是法治的一个方面。
64. 无歧视意味着法律必须避免歧视个人或团体。任何法律之下不能合乎情理而予以确立的不平等对待都是被禁止的，所有人都应被保证能享受平等而有效之保护，免受因种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他主张、民族本源或社会阶级、财产、出生或其他身分而生之歧视。
65. 法律面前人人平等意味着每个个人都受同样的法律限制，没有任何个人或团体享有特别的法律特权。

## 五 新挑战

66. 将来的挑战是在个人日益受到新的管治模式影响及被其连系在一起的情况下，法治的成就怎样保持，怎样继续发展。这个主题不仅和国际组织有关，也在公私合夥的範圍，与及所有之前曾是纯国家的而已被转化为跨国的领域同样重要。法治必须有所调整，从而即使在一些现由公私混合的个体或私人团体负责运作而之前属于国家机关的範圍内也能确保所有人的自由。法治在实质上作为将来的一种指导原则，除了必须延伸到国家与私人角色合作的範圍，亦必须延伸到那些拥有侵犯个人权利的力量堪比国家的私人个体的活动。在国家、跨国和国际层面的政府个体必须扮演在这些範圍内传统法治的基本原则和元素的保证人。

## 六 结论

67. 法治这个概念在法律文本和实践中还没得到和欧洲委员会的其他支柱（即人权和民主）的同样的发展。人权有国内和国际层面的宪法、法律条文和案例这一庞大的主体作为其基础。民主则通过与选举和机关运作相关的详细条文

<sup>50</sup> The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170, 2008年11月21日，见第53段。

得到落实，尽管这些条文一般沒有谈及这个概念。

68. 谈及法治的法律条文，不论是国家或是国际层面的，都是非常概括性的，没有给法治概念予以详细的定义。
69. 这导致把法治作为一个实用的法律概念来讨论的做法被质疑是否有用。然而，法治正日益被包含在国内和国际的法律文件和案例中，尤其是欧洲人权法院的案例中。我们相信法治确实构成欧洲一个基本及共同的标准，这个标准指导及限制民主权力的行使。
70. 本报告的目的在於寻找一个共同认可的法治定义（如上所概述），与及确定法治的核心元素。目标是欧洲委员会，作为一个把法治定义为其三大支柱之一的国际性组织，可以通过它在其成员国家之间和之内的解释和应用，与其他组织和机构一道，为这一重要原则的实行作出贡献。<sup>51</sup>

【中文译本由香港大律师公会罗沛然大律师和林承演大律师翻译，Translated by Pui-yin Lo and Newman Lam，Barristers-at-law，Hong Kong Bar Association，2012】

---

<sup>51</sup> 参见Review of the rule of law situation: feasibility and methodology，DG-HL (2010) 21。



## 附表：评价个别国家法治状况之清单

### 1. 合法性（法律至上）

- a) 国家的行为是否基於法律并依据法律？
- b) 立法程序是否透明、问责及民主的？
- c) 权力的行使是否得到法律的授权？
- d) 法律被应用及执行到什麼程度？
- e) 政府运作不用法律的範圍有多广？
- f) 政府运用便宜行事手段而非一般规则的程度有多大？
- g) 国家法律中是否有例外条文容许特别手段？
- h) 是否有内部规则确保国家遵守国际法？
- i) 「法无明文规定者不罚」这个原则是否适用？

### 2. 法律确定性

- a) 是否所有法律都有被公佈？
- b) 不成文法律，如有，是否明白可用？
- c) 行政机关的法律酌情权是否受到限制？
- d) 法律是否有很多例外条文？
- e) 法律行文是否明白易懂？
- f) 法律追溯既往是否被禁止？
- g) 是否有责任維持法律？
- h) 本地法院的最終判決有否被质疑？
- i) 法院的判決是否连贯协调？
- j) 法例是否普遍地可被执行及被执行？
- k) 法律的效用是否可被预见？
- l) 有否定期做立法评核？

### 3. 禁止任意妄为

- a) 有否具体规则禁止任意妄为？
- b) 自由裁量权是否受到限制？
- c) 政府资讯是否系统性地全面开放？
- d) 決策是否要給予理由？

### 4. 向独立无私的法院寻求公义

- a) 司法部门是否独立？
- b) 公诉部门是否在某程度上独立於政府机器？它的行为是否基於法律而非政治权宜？
- c) 个别法官是否受到政治影响或操控？

- d) 司法人員是否无私？有何条文来确保司法人员能因应不同个案而无私地判案？
- e) 公民是否能有效地到法院提起诉讼，且能司法审查政府的行为？
- f) 法官給予救济的权力是否足夠？
- g) 是否有被认可的、有组织及独立的法律专业？
- h) 法院判決有否被执行？
- i) 有否确保尊重「既判案件」的原则？

## 5. 尊重人权

下列这些权利是否受到保證（在实际上）？

- a) 到法院提起诉讼的权利：公民是否能有效地到法院提起诉讼？
- b) 到有法定的管辖权的法官席前申诉的权利
- c) 陈述申诉的权利
- d) 一罪两罚不被许可（*Ne bis in idem*）
- e) 措施須沒有追溯效力
- f) 得到有效的济助的权利
- g) 无罪推定原则
- h) 公平审讯的权利

## 6. 无歧视行为 和法律面前人人平等

- a) 法律是否被一般性的和无歧视的应用？
- b) 是否有歧视某类个人或群体的法律？
- c) 法律是否被人以带有歧视的方法解释？
- d) 是否有某类个人或群体享有特殊法律权利？