

为何法治概念应包含“基本正义要求”

张 途

摘 要 法治仅具备形式原则并不足够，因为几乎任何人类社会以法律统治的模式都要求一定的形式原则，但并非任何具备形式原则的法律统治都能称之为“法治”。政治关系和法律属性上的道德性决定法治需至少有追求实质法治的可能性，任何一种实质法治的可能性需建立在法体系满足“基本正义要求”基础上。因此“基本正义要求”是包含了形式原则的法律统治得以称之为法治的概念条件，其中根本人权与自由是“基本正义要求”的核心成分。但包含“基本正义要求”的法治不应等同于实质法治，它仅构成任何一种实质法治的前提条件。

关键词 法治 形式原则 基本正义要求 实质法治

作者张途，上海财经大学法学院副教授（上海 200433）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2025)07-0117-12

导论

法治，顾名思义就是“法律的统治”。作为一个与人类共同生活息息相关的日常概念，人们对于法治的内涵往往有着一些基本的直觉。法治一般被认为是一种“政治理想”。^①人们经常用“法治”来评价一个社会的文明程度，或者用“法治的倒退”等表达来形容某些制度的使用或废弃。这意味着，“法律的统治”也并不完全等同于法治，而是这种统治要满足一定的要素条件，才能有资格被称为法治，才能在日常语言中符合人们对于法治的直觉。

虽然理论界对法治在概念上到底是什么缺乏确切的普遍性答案，但大体上形成了一些统治性理论共识。最有代表性的看法来自朗·富勒于《法律的道德性》中提出的八项形式原则：法律规则的一般性；法律规则必须被广而告之；必须尽可能地减少溯及既往的规则制定和执行；法律规则必须可以被理解；法律规则之间不能互相矛盾；不能太难被服从；必须维持一定程度的稳定性，以及政府宣布的法律和实际在执行中的法律规则必须相互一致。^②除了富勒的这八项之外，拉兹也贡献过一个与富勒略有出入的八项原则的框架，分别是：所有法律应当前瞻、公开和清晰；法律应当相对稳定；具体法律或命令的制定应当由公开、稳定、清晰和一般的规则指引；司法独立必须得以保证；自然正义原则必须被遵守；法院对于其他原则的执行应当有审查权；法院（的救济）应当（对公众）较容易被接触到；防止犯罪的机构（警察、检察等）的自由裁量权不应当被允许用来误导法律。^③当然，除了富勒与拉兹之外，其他理论家也在不同程度上尝试提出自己版本的法

① 参见陈景辉：《法治必然承诺特定价值吗？》，《清华法学》2017年第1期。

② See Lon Fuller, *The Morality of Law*, revised ed., New Haven: Yale University Press, 1969, pp. 46-90.

③ See Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2ed., New York: Oxford University Press, 2009, pp. 214-218.

治各项原则^①，不过富勒与拉兹的版本基本上构成了理论界对法治原则的最大公约数。

这些形式原则之所以广受尊重，不仅是因为它们与道德价值无关，能够凸显法治区别于人治、德治等概念的独特性，还因为它们确保统治的方式始终是“法律的”，从而避免了人治、德治等概念中蕴含的权力滥用等道德危险。^②然而，理论家们对于这些原则是否足够充分，依然争执不休。^③这篇文章主张的是：在这些形式性条件之外，法律的统治要能被称为法治，需要法体系满足“基本正义要求”（Basic Justice Demand）。更精确地说，形式原则之所以构成法治的概念，是因为它们均建立在法体系满足“基本正义要求”的基础上。为了展开这一主张，文章第一部分探讨将法治仅理解为形式原则的缺陷。第二部分说明，认识到其缺陷的关键在于把握法治的道德属性：法治的道德属性决定了无论何种法律之治，其规则都需满足“基本正义要求”。第三部分进一步主张，至少根本人权与自由是“基本正义要求”的核心内涵。基于该核心内涵，法治似乎要求了传统意义上以某种道德真理为标准的实质法治，但第四部分澄清，以“基本正义要求”为条件的法治是任何一种版本实质法治的前提条件，而非实质法治本身。

一、形式法治概念的缺陷

富勒的八项原则可被归结为两大组原则：一组是关于法律的制定，另一组关于法律的运行。首先，必须有法律规则的存在，其次，这些法律规则必须能够被遵守。^④具体来看，富勒自己明确地说，法治中的首要要素就是必须有规则，必须有规则就体现为一般性要求。^⑤其他七项原则则属于第二组，即规则的可遵守性。如第二项公开性就要求规则在制定后执行时，需要公开到足以被公民知晓（或推断知晓）而遵守。当然第三项“法律减少溯及既往的规则制定与执行”也涉及了规则本身的存在，但其规则存在本身亦是为其可遵守性服务的。拉兹上述的八项原则也能以同样的逻辑划分为两组，第一到第三项原则属于规则的制定、产生本身，“法律需满足哪些特定标准才能有效指引人们的行动”；第四到第八项则涉及规则的适用与执行，用来“确保执行法律的法律机制不至剥夺法律在扭曲的执行中的指引能力，并确保这些机制能够监督法治是否得到满足以及在偏离时为其提供有效补救”^⑥。这可归为两组的八项原则其实可被归结为一个非常基本的理念：法律应当能够为人们的行动提供有效指引。^⑦在对富勒与拉兹上述法治原则的概括中可以看出一个显著的共性，即法律要能使得人们可依赖其有效指引来组织和安排自己的行动，从而人们才有可能遵守法律。在我看来，其中最重要的部分并不落在指引^⑧、遵守、有效，而落在“能够”：何种法律及其执行才能够做到有效指引人们的

① 如罗尔斯提出四项原则，菲尼斯提出八项原则，瓦尔德隆提出五项原则等。

② 参见陈林林：《法治的三度：形式、实质与程序》，《法学研究》2012年第6期；陈景辉：《法治必然承诺特定价值吗？》，《清华法学》2017年第1期。

③ 参见陈景辉：《法治必然承诺特定价值吗？》，《清华法学》2017年第1期。理论界中的形式法治与实质法治之争就是对于这些形式原则是否充分的争论。形式法治主张形式原则已经足够，当然不同的理论家对于富勒的清单中的具体项目有不同的意见和主张，这属于形式法治之中的内部争论了；实质法治则主张无论对富勒的清单作何增减，仅有形式原则是不够的，必须为其附着实质道德价值。

④ See Margaret Jane Radin, "Reconsidering the Rule of Law," *Boston University Law Review*, Vol. 69, 1989, p. 785.

⑤ See Lon Fuller, *The Morality of Law*, p. 46.

⑥ See Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue," p. 218; Joseph Raz, "The Law's Own Virtue," *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, Issue 1, 2019, p. 2; Colleen Murphy, "Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law," *Law and Philosophy*, Vol. 24, 2005, p. 242.

⑦ See Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue," p. 218.

⑧ 富勒那里剩余七项、拉兹的第四到第八项是规则制定后的执行与遵守过程，其中作为执行与遵守标准的并非狭义规则本身，而是标准。我们需要区分将法律作为指引与用法律决定每一个案件的结果。法律作为统治的标准意味着，它不提供对每一个具体争议情形的回答，法律更多提供的是一个原则性框架并允许一定的模糊性。在这个意义上才能理解法律的“指引”作用，它留给无论官员还是行动者一定的自我实践慎思空间来决定标准如何适用（self-application）。法律给予行动的模糊空间或自由裁量不等于任意（arbitrary），任意是无法对行动理由作出反应，而自由裁量是在众多已经响应行动理由的可选项作出决定而已，即便是随机的（random）但未必任意。如果法律要能决定每一个案件的结果，它给的不叫指引，就像地图、乐高组装说明书给的都不叫指引，因为它们决定了行动者每一步的具体行动，客观上剥夺、也不需要行动者的实践慎思。但是实践行动本质上是一种有自我意识的、主动性的自觉行动，缺乏自觉理性行使的行动很难被认为还是实践意义上的行动，而最多是对理论知识的照搬。因此，执行、适用标准而非狭义规则满足了法治对每个自负其责的道德主体的尊重。See Timothy Endicott, "The Impossibility of the Rule of Law," *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 1, 1999, p. 18; G. E. M. Anscombe, *Intention*, 2nd ed., Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000, p. 56; Joseph Raz, "The Law's Own Virtue," p. 5; Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2023, pp. 112-144.

行动，才能够让人们遵守。“能够”的要求在根本上是提给富勒的第一项与拉兹的一到三项关于规则本身的条件，即何种法律规则才能够被执行和遵守。^①

富勒和拉兹都声称自己的法治原则是形式性的，它不关心规则的实质目的，而只关注调整人类行动的法体系规则是如何建构和实践的。^② 法律本身不可避免会带来权力滥用，法治的意义就在于最小化这种危险；法律本身的不稳定、不清晰、回溯性等可能构成对人自由和尊严的伤害，法治也是用来防止这些伤害的，因此法治的价值是消极性或防御性的，只用来抵御由法律本身带来的恶。^③ 这种只限制法律本身带来的恶的法治观在道德立场上是中立的，不采取任何实质道德观点，也不服务于任何实质道德价值。正如其他所有只具备工具性价值的工具，其价值取决于使用者的目的，若法体系追求道德好的价值，则法治是道德上有价值的；若法体系追求的具体目的是非道德的，法治也就没有道德价值。^④ 将这一工具法治观推到极端就是，“一个建立在否定人权、极度贫困、种族隔离、性别不平等和宗教迫害基础上的非民主法体系，有可能理论上（in principle）比任何一个开明民主社会都更满足法治要求”^⑤。

这种在逻辑上与邪恶政体相容的法治原则在理论上和实践上显然是有缺陷的。我们很难认为，拥有邪恶的一般性规则、并不偏不倚执行其规则统治的模式依然叫做“法治”。达到一定规模的人类社会的统治当然多少都需要规则，都需要某种程度的形式化，君主制中的君主也需要借助法治原则中的要求来执行自己的命令，否则他就无法进行有效统治，但我们并不会认为这样的社会有法治。^⑥ 虽然有可能一个“开明民主社会”不一定全部满足法治原则或有可能违反部分法治原则，但不管是从过往的人类历史还是当下的世界政局，几乎没有任何“否定人权、极度贫困、种族隔离、性别不平等和宗教迫害”的社会被称之为法治社会。历史也几乎给不出任何在压迫性政权或域内冲突中，法治与系统性不正义同时蓬勃发展的实例。在这些政权或冲突中，法治几乎总是在被削弱。^⑦ 邪恶法体系在“理论上”也许能比民主社会更满足法治，但也只能停留在理论上。^⑧ 当然，这不意味着富勒与拉兹的形式原则就一定是不完备的，因为有可能上述形式原则已经足以避免极恶权力的出现与行使了。^⑨ 因而，真正的问题不是法治应否避免邪恶权力的出现与行使，而是富勒与拉兹的法治形式性原则是否足以做到这一点。

二、法治的道德属性：基本正义要求

形式原则的支持者认为，法治的八项原则（无论富勒还是拉兹的）在概念上已经暗示了对道德邪恶的法体系的排斥。虽然形式性原则理论上可与最严重的人权侵犯并行不悖，但这与法体系实现其道德价值并不矛盾，甚至，法体系若要实现其道德目标，形式性原则是其中必不可少的条件。^⑩ 规则的一般性、公开

① See Andrei Marmor, “The Rule of Law and its Limits,” *Law and Philosophy*, Vol. 23, 2004, p. 2. 参见陈景辉：《法治必然承诺特定价值吗？》，《清华法学》2017年第1期。因此对于规则的执行与适用，尤其是不同法治观面临的司法问题就不在本文的讨论范畴之内。

② See Lon Fuller, *The Morality of Law*, p. 97.

③④ See Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” p. 222, pp. 223–224.

⑤ Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” p. 212.

⑥ See Richard Bellamy, “The Rule of Law and the Rule of Persons,” *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 4, No. 4, 2001, p. 227.

⑦ See Colleen Murphy, “Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law,” p. 260; Matej Avbelj, “The Rule of Law, Comprehensive Doctrines, Overlapping Consensus, and the Future of Europe,” *Ratio Juris*, Vol. 36, No. 3, 2023, pp. 242–258. 这里需要区分个别不正义与体系性不正义对法治的影响。个别的不正义制度或法律不足以削弱整个法体系的法治，个别不正义的法律完全有可能满足法治条件，对法治的遵守并不足以抵抗每一次的不正义。这也是为何罗尔斯会说公民不服从和良心抵抗完全属于法治界限之内，因为公民不服从和良心抵抗都是公民对个别不正义法律的抵抗，并不挑战整个体系的正义与合法性，甚至公民正是通过这种抵抗表达对法治的忠诚。

⑧ 这种对“法治”概念的使用只能是理论上的，因为它违背我们大部分普通人在日常语言中提及“法治”时所蕴含的评价意义。同样批评参见王琳：《我国形式法治论诸版本区辩与批判性反思》，《法制与社会发展》2019年第3期。

⑨ 参见金韬：《价值如何进入法治：形式法治理论的失败》，《法制与社会发展》2020年第1期；侯健：《法治与形式原则的性能：以形式与实质关系为中心》，《政治与法律》2024年第5期。

⑩ See Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” p. 221, p. 223; Joseph Raz, “The Law’s Own Virtue,” pp. 9–10.

性、被执法机关在实践中遵守等要求虽然看似道德中立，但那些很不正义的制度很难被公平且一致地执行（如第三帝国时期纳粹政权为了避免国际批评，秘密发布命令等）。一个社会如果存在种族隔离、性别不平等或宗教、种族迫害，那么要么其不可能满足规则的一般性，要么不可能满足执行中的规则与被宣布的规则的一致性。20 世纪 60 年代之前的美国社会，90 年代以前的南非社会都施行典型的种族隔离政策，种族隔离最明显的特征就是不同人种适用的法律规则不同，法律对不同人种的行动要求不同，这些规则有可能满足公开性、前瞻性、稳定性、清晰性、一致性甚至并不强人所难，但隔离制度本身就已经违背了规则的一般性。一个实际上施行种族隔离的社会即便在法律制定中满足规则的一般性，其仍会在实践中违背一般性，施以少数族群特殊对待不但违背执行与宣布规则的一致性，也有可能违背规则的公开性，因为这样的社会总会寻求秘密方式施行种族隔离制度。所以形式性的法治原则不仅会使得统治者能够避免法律本身带来的恶，还能够避免形式不正义所带来的道德邪恶。^① 反过来说，那些拥护不正义并从中得利者，对妨碍到他们利益的法律规范并不会依然遵循公开、一致等要求，甚至会毫无顾忌地破坏。这个世界上大部分非正义其实并非来自法体系明晃晃的道德错误，而来自对看似道德中立的法治原则的破坏。

我主张，上述论证是本末倒置的：在逻辑上，并非形式性法治原则能够排除严重不正义，而是法治在概念上本身就蕴含了基本正义要求。其一，以法律为统治标准的社会不仅仅是一个追求功能或绩效的结合体，法体系的属性是道德的，以法律为特征的政治关系首先是一个道德关系。其二，法治也具备道德属性。我们很难把一个道德上邪恶的法体系所提供的一般性规则、对规则不偏不倚的执行等统治模式叫作“法治”。若法治与法体系的道德质量毫无联系，法治在概念上也不再是一个政治理想。因此，法治在概念上需要建立一个基本道德质量的边界，或者说，这一边界应满足“基本正义要求”。

（一）法律在属性上的道德性

具体来看，法律并非仅仅是一种统治工具，而其本身具备道德属性。拉兹与哈特都曾使用工具与法律的内在道德（法治）相类比，意图说明正如小刀或毒药的好是一种实效价值而非道德价值（小刀的“好”在于其尖利，毒药的好在于其毒害性，均不在于其目的是否道德），所谓法律的内在道德也可以是在实效意义上而非道德意义上。^② 但使用类比论证的前提是类比项具有可类比性，而富勒认为小刀与法治恰恰无法类比，小刀只要实现效用就万事大吉，但法治若要实现所谓“效用”不可能不包含道德属性，法律实践蕴含的是一种相互性的道德关系。^③ “法律不是一种由政治权威上位者向下位者发布任务的活动，而是为所有人提供一个使彼此交往合理且稳定的框架结构，政府在这个结构中不过负责守卫整个体系的整体性。”^④ 因此在一个政治社会中，法律不是一个向公民发布且执行指令、由公民服从权威者目的的单向度关系，法律应当被视作公民与政府之间相互的、有意向性的交互活动的产物。^⑤ 或者说，法律描绘的既不是统治者与被统治者的上下级关系，不是敌友关系，也不是一场为了真理要去赢得整个世界的无穷斗争，而是一种平等的公民之间的关系。这种关系较为稳固也极为基本，因其涉及社会基本结构。^⑥ 反之，若不将法律视为一种交互、平等的政治关系，哪怕是最开明和仁慈的统治者、哪怕他们从不采取政治压迫，权力在他们手中这一事实就使得公民依然受制于统治者。^⑦

① See Lon Fuller, *The Morality of Law*, p. 154, pp. 157–159. 富勒的文本中用了“肘子”和“拳头”的隐喻，按照我的理解其实就是直接影响和间接影响。但是富勒使用一个语焉不详的隐喻本身就不是一个他的“法治原则一定排除严重不正义”的好征兆。对于自己的形式原则，拉兹比富勒诚实。拉兹坦陈它们与法体系的实质道德质量的关系是偶然的、间接的，这还是一个相对有效的论证，而富勒干脆认为它们一定能做到保证一定实质道德质量的看法就过于武断和冒进了。以此角度同样对批评富勒的还可参见王志勇：《经典形式法治观的两难困境及克服——从富勒到菲尼斯》，《北方法学》2021 年第 4 期。

② See Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” p. 224; H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation between Law and Morals,” in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York: Oxford University Press, 1983, p. 69.

③ See Lon Fuller, *The Morality of Law*, pp. 201–203, p. 209.

④ Lon Fuller, *The Morality of Law*, p. 210.

⑤ See Lon Fuller, *The Morality of Law*, p. 219.

⑥ See John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3, 1997, pp. 769–770.

⑦ See Richard Bellamy, “The Rule of Law and the Rule of Persons,” p. 242.

需要注意的是，法律的道德属性或者说道德关系中的“道德”是一种在属性（property）上的道德性，而不是表示正面道德评价的道德性。例如，说“我”是有道德属性的生物或“我”是一个道德主体时，这不构成对“我”的道德评价，不等于说“我”是道德上的好人。法律的道德性也是在此意义上说的，法律在属性上具备道德性或者说法律是道德的，但这不等于法律在道德评价上一定是好的。但在区分表示属性的道德性和表示正面评价的道德性的同时也不可过于简化，不代表这两种道德性在概念上毫无关联。^①道德性作为对于人的属性的界定，意味着一个生物要能被称为人，他应具有基本的道德能力，如追求、修改和实现自己善观念、获取正义感的能力等；应具有基本的道德志向，即他在意道德、能够被道德理由驱动自己的行动。当然，“在意”道德并不意味着一定根据道德理由做道德上正确的事，经过深思熟虑的作恶也是一种“在意”。因此，说“我”是道德的生物就是在说，“我”有做一个好人的道德能力或志向，“我”在意做不做好人这件事，“我”具备做一个好人在属性上的前提条件。同理，道德性作为法律的属性体现在，法律实践无可避免地在创造、调节与改变我们既有的道德关系，法律实践无可避免地产生道德影响，因此法律实践有能力或志向创造、改变、修改先前的道德权利与义务。^②法律在此意义上可以参与道德，这是法律的道德性所在，与此同时，这种参与不意味着它一定改善道德；而只是法律有可能在道德上是好的，它具备成为道德上的善法的前提条件。

（二）法治的道德属性

如果接受法律在本质上是一种具备道德属性的道德关系，就会接受以法律为一个政治社会统治标准的法治也具备道德属性，而不仅仅是一个追求实效或绩效的结合体。法律的道德属性在于其具备成为善法的前提条件，那么法治的道德性就在于该政治社会的统治有追求实质法治的能力或志向，法律的统治在于是否追求实质法治；但同时这当然不会使得法治等于实质法治本身，而是使法治构成任何一种版本的实质法治的前提条件。^③反过来说，拉兹对“法治只有避恶的消极价值”的论断也需要建立在一个积极前提下才完整：法治本身应当是有道德价值的。正如消极自由得以有意义的前提是，人的自由本身是有价值的，所以才要抵御他者的不当干涉。同理，之所以要用法治避免的那些属于恶的结果，是因为法治本身应当是好的。拉兹的逻辑是，法治的善是消极性的，只在于避免法律产生的恶，不要求促进道德，法体系的道德冷淡（nonchalance）也符合法治；正如诚实的善也是消极性的，只在于避免谎言的恶，因此沉默也是一种诚实。^④但是，在有些情形中诚实必然要求主动坦白（如医患之间、伴侣之间），因为人与人的关系属性会产生对诚实的主动面向的期许。同理，法治与道德的关系也不只是被动防御性的。^⑤法治之所以能够实现其所谓消极防御性价值，即避免法律本身的恶，是因为那些恶被法律的道德属性界定为恶（比如当以法治原则限制权力滥用时，凭什么说此时的权力是被滥用而不是被正常行使）。因此，法治与实质正义之间的关系并非先在功能上实现其形式原则才可能追求内容上的道德性，而是其形式原则的重要性由法体系的道德性属性赋予。“形式正义与服从法体系要求的主张的力量，显然有赖于制度的实质性正义和改造它们的可能性。”^⑥

回到本节开头那些支持形式原则的论证中，未达到规则的一般性、公开性当然是对法治原则的直接违

① 用符号来表示两种道德性的区别与关联的话，区别在于：“我”是一个道德存在物≠“我”是一个好人；法律是道德的≠法律是道德上好的。关联在于：“我”是一个道德存在物=“我”有做一个好人的道德能力/志向，我在意做不做好人；法律是道德的=法律有追求道德上好法的可能/志向。

② See Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law,” *Yale Law Journal*, Vol. 123, No. 5, 2014, pp. 1306–1325.

③ 因此，陈景辉《法治必然承诺特定价值吗》一文第14页公式中两个“good”（the rule of law is good & the rule of good law）所指非同一词项，无法去掉同类项。前者good指的是道德属性的好，后者的good是对法律的积极道德评价。与我从不同角度但做出类似区分或批评的还可参见王琳：《我国形式法治论诸版本区辩与批判性反思》，《法制与社会发展》2019年第3期；王志勇：《经典形式法治观的两难困境及克服——从富勒到菲尼斯》，《北方法学》2021年第4期；刘小平：《为实质法治申辩》，《法制与社会发展》2024年第21期。

④ See Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” p. 206.

⑤ See Andrei Marmor, “The Rule of Law and its Limits,” pp. 40–41.

⑥ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971, p. 59.

背，但之所以那些规则未被一般性和公开化，是因为其内容本身在道德上是失败的（如纳粹政权对犹太店铺的特别记号要求，90 年代之前南非法院在种族政策上的执行与法令本身的不一致）。而只有在道德上不会遭遇明显不正义挑战的规则才可能被政府确立为法律，并公开宣布与执行。在这个意义上说，富勒与拉兹的形式性法治原则的缺陷并不在于其对道德邪恶的避免仅是间接性的，而在于法治在本质属性上就应避免道德邪恶，就应至少满足“基本正义要求”。

可以将法治类比为足球裁判在场上依照比赛规则的执法活动。裁判常常犯错，但裁判在场上拥有无可置疑的终局权威，在结构上，这非常接近我们对法治的直觉：裁判执法也需要根据一般性的足球比赛规则，其执法也需满足公开性、前瞻性、与颁布规则一致性等形式原则等。但之所以裁判拥有无可置疑的终局权威，是因为以上形式原则保驾护航的执法内容满足足球场上最起码的基本正义要求。若裁判们以公开、前瞻与颁布规则一致的方式，但体系性、持续性地依赖一般性的严重不正义规则（如主队犯规一律不判，客队摔倒一律判假摔等）作出裁判，其规则的一般性、执法的公开前瞻性等都将失去意义，因为其形式原则的重要性是由足球比赛这一实践的基本正义要求赋予的。同理，政治关系的道德属性决定了，法体系表现的是公民与政府之间的道德关系，是道德关系的属性赋予法治的形式原则以意义。反过来讲，法治的形式原则亦对当权者提出了较为繁重的负担与要求，除非当权者接纳以某种道德原则为基础的独特统治模式，否则他们不太可能同意接受这些繁重的统治要求。^①

综上，法治要能在概念上构成任何一种版本实质法治的前提条件，需要满足一个“基本正义要求”的底限。遵守“基本正义要求”无需法体系承诺于任何一种具体的道德价值，而对任何实质法治的追求都需要满足或至少不违背“基本正义要求”，因其是任何一种实质法治的边界性条件。法体系若以违背“基本正义要求”为代价追求某种特定的实质法治（以违背个人基本权利来获取更大经济价值或实现某种特定社会道德），这种所谓实质法治就不能被认为是善或有价值的。

三、根本人权与自由作为“基本正义要求”的范例 (exemplar)

那么，“基本正义要求”的具体内涵为何？即便其他候选条件尚待检验，至少根本人权与自由是“基本正义要求”中的核心成分。首先，正义作为社会制度的首要德性 (virtue) 根植于确定不移地保障个人权利与自由，且这种保障能经受所有公民公共意志的考验。其次，人权的保障与确认不必然要求其被明文载入制度中，但无论是否明文载入，它都被法体系所暗示与承认。

虽然正义在当下的理论中几乎已经成了一个专属于制度评价的概念，但这并不意味着其理论起点不是个人。平等的政治关系鼓励公民主动将自己与政府、与其他公民的关系视作正义问题，并且鼓励公民作为一个社群整体来考虑正义对政治关系的要求。这种政治关系要求存在着一个公共场域 (forum)，公民在其中就自己的权利、主张作出要求时会被认真对待，它当然不能保证其决定一定对主张者有利，但认真对待对于正义来说就已足够。法治提供的正是这样的一个公共场域，其意义不在于一定实现正义，而在于确认正义在根本上与个人相关。^② “每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性，这种不可侵犯性即使以整个社会的福利之名也不能逾越。”^③ 而所谓每个人拥有的不可侵犯性就是他的根本人权与自由。法律作为一个政治生活的权威，需要既确保人们能够计划自己的生活，又能在一个成熟政治文化体系中形成一个社会。法律需要确保，它能够保护人们在社会生活中极为核心的根本利益。但这种目标不仅可能受到未满足法治要求的规则之治的阻碍，也会受到“他人按自己的计划来生活这件事”本身的阻碍。法体系应该保护人们的生活免于他人的不当干预，这种保护要求人们的核心利益得到一系列根本权利与自由的保护。因此，根本人权与自由是法律能够指引人们按照自己生活计划行动的最低条件。这是为什么根本人权与自由必须作为法治

① See Gerald Postema, *Law's Rule: The Nature, Value and Viability of the Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2022, p. 102.

② See Ronald Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law," in *A Matter of Principle*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985, p. 32.

③ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 3.

的基本要求的原因。^①

根本人权（与自由）与法体系的关联不止如此。它不仅是政府向公民直接适用或施加的客观利益，更是公民对政治社会的基本要求。一个政治社会要能称之为合法社会，其基本制度要能对所有自由平等公民来说都是可以合理接受的，或者更精确地说，是所有自由平等公民的理性所能支持的原则和理念所接受的。^② 根本人权与自由一定处于这一被“合理接受”的范畴内。因为无论公民各自持有何种善观念与道德立场，根本人权与自由都是他们实践自己生活计划的必备条件，在此意义上，根本人权与自由处于所有公民都可共享的需求之内。^③ 所有公民都会同意将一些普遍性欲求确定下来作为自己安排计划生活的前提条件，“这些普遍性欲求来自对政治生活的状况和理性的最一般假设。不论公民意欲何种特殊目标，它们都是各种理性欲求的基本前提”^④。通过在社会基本结构中主张根本人权与自由，公民表达了自己自由且平等的理性主体本质。因为根本人权来自每一位公民出于自己理性本质的普遍化和无条件选择，而不依赖于各个个体在经验上可能持有的具体善观念。根本人权与自由保障所有人按照自己的善观念实践人生计划的可能性。如果基本自由服务于某种价值体系，那么不分享这些价值的公民将难免沦为社会生活中的少数派。对良心自由的证明正是如此。为了防止有朝一日，自己因为不分享大多数人的善观念而受到压迫，出于基本的理性考量，我们也需要将良心或思想自由确定下来。良心自由就是使得我们可以随时修改和发展善观念，也就是自主生活的制度保障。没有良心自由，我们将无法自主地行动或自主地去实践自己的道德信念、善观念、信仰等。^⑤

因此，所有平等公民都有理由同意，法体系要在其根本上满足根本人权与自由。“一个满足根本人权与自由的社会，接近于一个能够成为一种自愿体系的社会，因为它满足了自由和平等的人们在公平的条件将同意的原则。在此意义上，其社会成员是自我负责的，他们所接受的职责是自我给予的。”^⑥ 根本人权与自由，体现的不仅是一种政府给公民的福利或利益，更是作为公民个人对政府、对他人的要求，我们要求他人公开承认并尊重自己作为一个自负其责的道德主体的身份。政府正是通过保护人们的根本人权与自由，将公民视作了自负其责的道德主体，而非某种客体甚至奴隶。

当然，根本人权与自由是否明文体现在规则体系之中，则是个相对性的问题。宾汉姆（Tom Bingham）主张法治理想概念包含一些基本人权（如生命权、自由权、身体权、避免酷刑权、反抗奴役与强制劳动权、得到公平审判权、婚姻权、受教育权、财产权等）的同时，还支持这些权利都被载入《欧洲人权公约》及《联合国人权宣言》。^⑦ 戴雪则主张，如果要保护权利的话，普通法技术比以权利法案的方式明文列出权利的大陆法系的做法更好。因为宪法性文件可以轻而易举地被立法机构否定。在普通法之下，个人权利是无数个人凝聚的司法决定的结果，这种结果更难被立法机构或任何威权政体通过几个立法者来削弱。^⑧

因此，当理论家常常说“法治与对根本人权与自由的保护总是齐头并进”时，这既可能意味着，法治在概念上必然蕴含对根本人权与自由的保护（我的主张）；也可能意味着，法治可能推进对根本人权与自由的保护（富勒与拉兹的主张）。在根本人权与自由只被默示承认而未被明示载入成文法时，这两种主张可能会被混淆。但是，不以制度化形式明文确立根本人权与自由是一回事，认为法治原则本身已足够产生保护人权的后果从而其概念上无需承诺根本人权与自由是另一回事，这两者有着本质的区别。富勒与拉兹的主张都属于后者。富勒认为，如果他主张的八个形式原则得到很好的遵守，就会产生尊重根本人权与自

① See Peter Ripkema, “The Rule of Law Beyond Thick and Thin,” *Law and Philosophy*, Vol. 32, No. 6, 2013, pp. 815–816.

②③ See John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996, p. 137, p. 181.

④⑥ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 255, p. 13.

⑤ 参见张途：《基本权利应当被公共利益限制吗？》，《比较法研究》2024年第4期。

⑦ See Gerald Postema, *Law's Rule: The Nature, Value and Viability of the Rule of Law*, p. 99.

⑧ See Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework,” in *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Richard Bellamy (ed.), London and New York: Routledge, 2005, pp. 98–102.

由的后果；拉兹则认为有可能会产生这样的后果。而戴雪及后期的哈耶克则属于前者，他们不主张将权利义务等以法条法典化的形式载入成文法，不主张普通法在这一点上学习制定法体系，但这不等于戴雪及哈耶克不认为法律中不包含那些权利与义务。正如英国没有成文宪法，不代表英国没有宪法，英国宪法传统很大程度上都根植于不成文的法律中。在“形式原则已足够”的主张看来，根本人权与自由是形式原则或然性的下游概念（downstream）；但无论是否载入成文法，根本人权与自由应当是形式原则的上游概念（upstream），以根本人权与自由为核心的“基本正义要求”预设了形式原则的意义。

此外，法治在概念上不可能不预设对根本人权与自由的保护，否则法治原则中诸多重要要求将变得不可理解（unintelligible）。程序性的人权是最明显的例证。在一个法治强劲的政治社群中常常存在裁决纠纷的强力机构，以及对法律不偏不倚的适用与执行。为此目的而设置的机构必须是可接近的、公平的，以及不偏不倚的。为了确保这些机构能够恰当地发挥其职能以及为公民提供依靠，许多涉及正当程序的权利就算不明文载入法律也必须被预设其存在，比如被律师代理的权利、为自己呈现证据以及就证据与规范在案件中的意义作出法律论证的权利、质证证人的权利、听到法院宣判结论的权利等等。^① 当法院未满足上述程序性要求时，即便法体系中未明示当事人该拥有何种权利，但作为对政府与官员的义务性要求，上述程序要求在概念上必然蕴含公民对此寻求救济的权利。可以说，法治原则中包含多少对政府的“不得”与“应当”，就同时蕴含多少公民对政府的权利。尤其是，法治最直接的要求，即限制滥用权力就意味着限制多数人滥用权力，这种限制在概念和制度上都要求坚实地保障权利。^②

四、为何不（径直）拥抱实质法治？

（一）概念空隙

上述主张可能遇到最直接的挑战是，一旦为法治的形式原则补充道德前提，就可能挑战法治这种统治模式对于人类社会的独特价值：因为无论补充何种道德前提都将使得法治与实质法治的理论空间消失，法治不可能同时既承诺道德前提，又避免在法律实践中贯彻客观道德价值。如果法治就意味着所有美好的政治道德价值，那么法治这个概念本身就会变得空洞，不再有概念意义和规范重要性，而且为理解法治，我们还得去理解所有它所代表和象征的政治道德价值。^③

确实，在为形式原则补充道德前提后，法治与实质法治之间的关系看来如履薄冰（walks on a tightrope）：法治具备了被还原为实质法治的可能。但防止法治成为实质法治的，正是这一补充只到“基本正义要求”为止，直到防止法治跨越规则体系的道德可谬性边界为止。^④ 因为“基本正义要求”的补充来自法律的体系性与道德性的要求。“法治的功能是促进不同的具体立法与法体系深层原则（underlying doctrines）的融合。”^⑤ “基本正义要求”构成的正是一个法体系中深层原则的聚合点。在平等的政治关系中，无论是普通公民还是代表制度的官员，只要政治社会所有成员都珍视在同一个政治社会中共同生活这一最起码目标，“基本正义要求”就是保证所有人可以共同生活的基准线。以“基本正义要求”为条件的法治与（传统）实质法治的距离在于：实质法治试图把法体系的目标向前推进一大步，主张法治需将目标瞄准为客观道德真理，而非仅仅为了维持共同的生活。因此，这些理论必然要求法治进一步依赖于某些客

① See Gerald Postema, *Law's Rule: The Nature, Value and Viability of the Rule of Law*, p. 109; Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, pp. 159–178.

② 虽然拉兹一直都坚持在概念上，法治可与最严重的人权侵犯共存，但他同意至少在民主社会中，基本政治与民事权利已经被法治预设了，否则就不会有民主。See Joseph Raz, “The Politics of the Rule of Law,” in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, New York: Oxford University Press, 1994, p. 376.

③ 最有代表性的观点参见 Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” pp. 195–196.

④ 塔玛纳哈在形式法治与实质法治的划分中，将根本人权与自由作为最薄层面的实质法治来看待。参见 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 91。但在在我看来，正因为根本人权与自由能被所有公民的善观念都支持，因此它还构不成以追求某一特定善观念或价值为目标的实质法治。

⑤ Joseph Raz, “The Politics of the Rule of Law,” p. 375.

观道德真理，没有客观道德真理支持的法治就会毫无意义或至少摇摇欲坠。我们对于道德真理问题自有众多分歧，但无须依赖价值怀疑论或价值主观主义，法治也可与以道德真理为名的实质法治保持充分距离。

作为表现价值的概念，法治与其他政治道德价值之间产生交叉本就是应有之义，但交叉不代表它就会被他概念吸收。正如对民主的讨论总是涉及何为真正自由的讨论，但我们依然可以很大程度上区分何种讨论是关于民主的，何种是关于自由的。这种区分赖以作出的原因是，法治是一个包含了评价与描述的厚伦理概念（thick concept）。厚伦理概念中的评价成分能提供给行动者以行动理由，同时其中的描述性成分使得这些厚概念可以很好识别、反映这个世界的实在。^① 比如“勇气”“慷慨”就属于同时包含评价与描述在内的厚伦理概念。当我们形容张三是一个有勇气的人时，既是在表达对张三的正面评价，也是在描述张三是一个愿意直面危险的人。法治就是这样的一个厚伦理概念，它既是一种肯定性评价，也需注意评价对象是否具备了法治概念中的描述性面向。一方面，“法治明显是一个评价性概念，所有对这一概念的使用都是为了表达对某个政体、法域的某种肯定性评价”^②。一般来说，在对纯描述性的事物做概念界定时，我们依赖的是纯粹经验或实证性的方案，比如借助图案、性状甚至生物特征的符合可以界定杯子、地球、小猫等。但对包含了评价的厚伦理概念做界定则需要依赖于某种规范视角为基础，同样是直面危险的行动，能被某种规范基础所支持的直面危险才能被叫做勇气，否则就是鲁莽。另一方面，法治又不仅仅是一个评价性概念，我们在用法治来表达对某个政体的肯定性评价，又和使用“民主”“平等”“福利”等概念作为肯定性评价表达了不同的内涵。因为这些评价性概念不是单纯的价值判断，与“好”“坏”“可允许”“应当”等薄伦理概念不同的是，它们包含了描述。法治也是如此，即便它与权利自由（甚至民主）有交叉，但我们依然可以通过法治原则的描述性部分准确识别我们讨论的是法治而非自由。

相较于其他政治价值，法治提供了一种独特的统治模型，法治意味着法律——而非道德或哲学王——才是一个政治社会秩序的终局权威。^③ 如果我是一名法官，涉及张三和李四的纠纷时，我不能以道德上张三正确为由判张三胜诉；即便李四道德败坏，但如果根据法律李四是权利人，我也必须将自己的个人偏好放在一边。同时，张三即便认为法官的判决是错误的，也必须接受这一结果（假设上诉审、再审等程序都已完成）。法治意味着，在上述情境中，李四的胜诉就是最终的结果，无人可以其他理由包括道德理由挑战其效力，这也是法治与德治、人治等观念最直观的根本区别。在有法治文化之处，人们习惯于以法律丈量自己的行动、自己与他者之间的关系，尽管他们可能对自己的需求、权利的考量会借鉴其他道德、文化、意识形态因素等，但当分歧产生时，人们接受由公共权威所树立的标准即法律作为对与错的公共标准，也是最终的诉求标准。^④ 这反映了人们对法律常有的一种幻想，法律自身就是政治体系中的“国王”或“终极统治者”。^⑤ 这些直觉正如富勒所说，“法治的核心正是，在对其履行中，政府会忠实地适用规则，公民也以遵守规则来确认自己的权利和义务。如果法治不意味着这些，它就什么都不是了”^⑥。

（二）规范上的理由

当然，上述描述的问题是，法律提供的答案有可能是错误的。如果个体对于某种观念或道德学说深信不疑，他为何会同意接受一个可谬的结果，而不是真理指向的结果？既然法律是可谬的，为何法律依然构成统治的终局权威？简单地说，为何不要道德真理下的实质法治？对该问题的回应包含两个层次：法律的可谬性与终局性相容是因为，在现代社会中人们对于何为不可谬存在合理价值分歧^⑦；而之所以合理价值分歧能克制我们不去追求道德正确的实质法治而追求可谬的法治，是因为法治对人类社会而言有不可或缺

① See Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London and New York: Routledge, 2006, p. 128, pp. 140–141.

② Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?” *Law and Philosophy*, Vol. 21, No. 2, 2002, pp. 153–154. 参见金韬：《价值如何进入法治：形式法治理论的失败》，《法制与社会发展》2020年第1期。

③ See Gerald Postema, *Law's Rule: The Nature, Value and Viability of the Rule of Law*, p. 19.

④ See Joseph Raz, “The Politics of the Rule of Law,” p. 378.

⑤ See Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, p. 150.

⑥ Lon Fuller, *The Morality of Law*, pp. 209–210.

⑦ 在这个层次对法治价值的辩护还可参见金韬：《价值如何进入法治：形式法治理论的失败》，《法制与社会发展》2020年第1期。

的独特价值。

现代意义上的法治社会不再是古代意义上、由某种价值共识作为整个社会运转基础的单一价值社会，而是一个多种善观念、价值观、世界观并行不悖的多元化现代社会。在现代社会中，合乎情理的人们一定在包括宗教的、哲学的以及伦理上的善观念在内的各种综合学说之间产生分歧，而这些分歧的来源并非一定是偏见或无知，也并非一定来自认识上的怀疑论，可能正是人们充分运用自己的理性的结果。人们交流得越多，越可能倾向于不同意彼此。合理价值分歧意味着，从政治实践的角度看，有效且合理的政治决定无法在对道德真理的追逐中获取。若一味追求政治决定的道德不可谬性将带来更剧烈的社会分歧，削弱政治社会的稳定性，人类历史中关于宗教、哲学和道德信念漫长的冲突也证实了这一实践难题。^① 基于合理价值分歧带来的实践挑战，法治在如何提供一个相对稳固与和平的人类生活模式上有其审慎性 (prudential) 优势。

但是，仅仅是如何共同生活的实践难题足以阻止道德真理作为人类社会生活实践的规范指南吗？如果合理价值分歧不必然意味着不存在唯一正确的道德真理，那么以道德真理来统治的实质法治规范性依然成立，法治似乎仅仅是一种权宜之计。法治为何具有终局性权威，为何人们宁愿生活在伴随国家强制力的法治也不愿生活在哲学王的统治之下？这仍然是一个规范问题。答案是，之所以即便包含错误之治，但法治依然通过提供一个稳固的社会合作框架，保护了个体在政治社会中选择何种行动、善观念的自主空间，而这种保护在根本上来自对个体作为一个负责任的道德主体的尊重。

法治对个人自主的保护体现在，若法治原则不被满足，即若法律规则不具有一般性，太强人所难，或其执行不具有公开性、向前性，缺乏一个程序公平的司法过程等，每个人就无法预计自己的行动、安排自己的生活，每个个体的自由之界限就不可能明确。为了拥有一个最大限度的、确实而稳固的自由范畴，理性的个体就会更倾向于一个哪怕以强制来限制自己行动自由的法治，也不要一个自由边界不明的实质法治。^② 哈耶克将该价值称为个体自由，但自由在此可能是一个有误导性的概念。因为哈耶克所指的个体自由就是个人在众多生活可能性中能有效选择的能力，这其实就是个体对于生活计划的追求、修改的能力。它不指向任何具体实质的自由项，它与法治的关联仅在于国家应当尽可能地通过满足法治原则使得个人能有序、可预期地选择自己的生活，实践自己的善观念。^③ 这种个人自主仅仅是一个人的善观念如何实现的手段，它服务于个体的善观念而不涉及对于善观念本身的评价更不属于善观念的一部分。作为手段，自主这一概念就容纳了所有手段的可能性。自主既不要求理性选择本身一定有价值，也不认为人们唯有自主地行动才一定会是最好的行动，或采取自主行动的人一定是道德上更优越更先进的。^④ 它仅是行动者对自身目标的程序性反思，对于目标的内容没有任何实质限制，只要我经过反思对自己的目标予以支持就足够，也因此个人自主在道德上是中立或无涉的，它可以支持几乎任何一种善观念或生活计划，它只划出个人选择的边界而不关注边界内的具体内容。

更根本的是，之所以法治能够保护个人自主，是因为法治在根本上表达了对每个能为自己当下和未来的生活作出筹谋、并为此负责的道德主体的尊重。^⑤ 用罗尔斯的话说，“个人自主的原则导向了责任原则”^⑥。根据“应当意味着能够”的公式，除非公民能够预先知道法律规则，且能够有公平的机会考虑规则的要求，除非他们能够按照法律的要求来行动，他们就不应为自己的行动承担责任，不应受到任何来自法律的惩罚。只有能够为自己的行动承担责任的主体才可能拥有个人自主，才可能自由选择各种不同的生

① See John Rawls, *Political Liberalism*, pp. 62–63, pp. 150–154.

② See John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 239.

③ See Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, pp. 37–38.

④ See Thomas Hill jr., *Autonomy and Self-respect*, New York: Cambridge University Press, 1991, p. 49.

⑤ See Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” p. 220; Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, p. 73.

⑥ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 241. 罗尔斯原文说的是自由原则导向责任原则，但其实罗尔斯和哈耶克一样，都将自主表达为“个人自由”，出于文中提及过的原因，为了不与特定具体自由项相混淆，在选择自由意义上的个人自由在概念上就是个人自主。

活计划。因此法治原则当中必定预设了一种公民作为自我负责的人的道德主体观念。责任能力是人能够拥有自主的前提，法治之所以能够保护个人自主也是因其预设了人能为自己负责的道德能力。这种对自负其责的道德能力的预设同时又需建立在人的主体性上，只有道德主体才可能成为责任主体，成为承受不满（resentment）的对象。

以上论证呈现的是，法治的独特价值本质上在于对每个自负其责的道德主体的尊重。反过来说，这种人的道德主体性之所以支持法治而非实质法治，是因为实质法治在本质上预设了一种客体化看待人的视角，是客体化视角决定了法治不过是道德在法律实践中的适用。这一预设是，如果存在客观为真的道德要求，且如果我们有服从该要求的义务，那么该义务本身就不来自为真的道德要求本身，我们得先预设这种义务的存在。但这一预设建立在一种实践哲学的错误观念上，它采取了一种客体化视角，将标准视作外在于行动者本人的实在。但某种标准是好的、对的道德事实对于行动者来说能否产生义务甚至要求，则是一个开放性问题的，行动者完全有可能不被所谓客观道德要求驱使。哪怕绝对客观的道德事实或者真理也并不一定能在法律实践中照搬适用。^①

相反，法律的道德性来自法律对道德的参与，而非适用或照搬，法律之所以能够参与道德，正是因为法律是人作为道德主体的实践理性的产物。法律与道德在社会治理和统治中的关系既非前者完全取代了后者，也非前者完全听命于后者，即在法律实践中照搬道德要求。法律不是道德的适用，法律的任务不是识别出道德要求并作出反应，而是以法律实践参与道德要求，对其进行调节与改造。这种改造就是法律以实践与制度创造、改变、修改先前的道德权利与义务。法律之所以能够参与道德，本质上是因为法律是人的实践理性的产物。政治关系作为一种实践关系，需要依赖的标准来自所有道德主体的实践理性，而不来自外在于主体的实在事实。^② 法律实践中的规范亦不来自道德实在提供的标准答案，而来自法律实践的主体，也即人自身的道德属性。法律作为权威的统治，不代表这一权威就一定外在于公民主体，法律作为解决实践行动困难的实践范畴概念，其依赖的是实践主体的理性建构，普遍真理无法作为法律实践的权威。^③ 如果正视作为实践理性产物的法治与人的主体性，就可以摆脱传统自然法中将法律实践视作道德规范之适用的观念。而一旦摆脱以客观道德规范作为规范性统治权威，即摆脱对实质法治、对统治的不可谬的追求，从自负其责的人的主体性视角出发，在法律实践当中找到的主体性视角正是公民的视角。

因此，法律的统治方式不是将一套客观正确的道德要求适用于个体，而是尊重负责任的理性主体，尊重他们从自身视角出发对规则及规则适用的视角。“将规则适用于人身上不同于如何对待一个狂躁的动物或一间废弃的房屋。”^④ 对待后者无需考虑后者的视角、观点、理性，因为狂躁的动物或废弃的房屋只是完全的客体而已，在处理它们时，我们只考虑自己的需求和目的，但是我们却不可能将规则适用对象视作客体。规则适用中必须考虑其对象也就是公民的视角、人格与理由，必须考虑公民是具有理性能力、能够理解、反思并就规则采取行动的行动主体。法治提供的，正是这种尊重人作为负责任的行动主体的条件。

由此可见，法治中已经预设了某种人的观念，即人能够知道并了解法律的内容，获取有效信息并就其信息采取行动，并能为自己的选择和行动负责。^⑤ 这也是为何人治尤其专制统治不会将人视作自负其责的道德主体，而只会视作客体或奴隶的原因。^⑥ 这种对人作为自负其责的道德主体的尊重，意味着法治允许与追求道德真理的实质法治之间的落差，这种落差正来自人的主体视角。法治允许人出于自己的视角与理性，为自己划出一片自主的领域并在其中安排自己的行动，哪怕其在道德上错误。相对来自道德真理或哲学王统治的实质法治，法治的独特价值正在于其对道德可谬性空间的容许。

^{①②} See Christine M. Korsgaard, “Realism and Constructivism in Twentieth-Century Moral Philosophy,” in *The Constitution of Agency: Essays on Practical Reason and Moral Psychology*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 315, pp. 315–317.

^③ 参见张途：《政治建构主义何以提供客观性》，《哲学研究》2023年第10期。

^④ Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, p. 84.

^⑤ See Lon Fuller, *The Morality of Law*, p. 162.

^⑥ See Peter Ripkema, “The Rule of Law Beyond Thick and Thin,” p. 812.

五、结论

形式性原则尚不足以构成法治的原因是，形式性原则几乎可与任何人类社会的统治模式相容。因此，除此之外，还需要为法治概念补充其他条件，而这个条件的突破口就在于对法治所依托的政治关系和法律属性的理解。政治关系和法律本身在属性上是道德的，因此法治在属性上也是道德的。法治的道德性体现在，法律的统治有追求实质法治的能力或志向，这是任何一种实质法治的可能前提条件。而任何一种实质法治的可能性，都建立在法体系满足“基本正义要求”的基础上。因此，“基本正义要求”体现了法体系的道德属性，正是其道德属性决定了形式原则为何重要。

对于“基本正义要求”的内涵，即便其他条件还有待商榷，但根本人权与自由一定是其中的核心成分。看起来包含了根本人权与自由的“基本正义要求”似乎变成了某种以道德真理为标准的实质法治，但法治并不等同于实质法治：不同于实质法治的法治，其意味着人类能够以法律组织自己的生活；而承诺了根本人权与自由的“基本正义要求”的法治，则意味着人类能够证明，我们通过法律组织的生活是一个道德的生活。

(责任编辑：邱小航)

Basic Justice Demand: The Conceptual Condition of the Rule of Law

ZHANG Tu

Abstract: Formal principles alone do not amount to the rule of law, since almost any type of ruling by law calls for certain formal principles, yet not any such kind of ruling can be recognized as “the rule of law”. Political relations and law is essentially moral, which means that the rule of law is morally sensitive that it is at least able to achieve the rule of good law, and the prerequisite of any version of the rule of good law has to satisfy “basic justice demand”. Hence, “basic justice demand” is the conceptual prerequisite of the rule of law, while fundamental human rights and freedom is the key exemplar of which. However, the rule of law is not rendered as the rule of good law, it is merely the precondition of the rule of good law.

Key words: the rule of law, formal principles, basic justice demand, the rule of good law