

法治

政界人士指南



**RAOUL
WALLENBERG
INSTITUTE**

OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW

Copyright © 版权所有

The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law and
the Hague Institute for the Internationalisation of Law 2012

罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所和
海牙法律国际化研究所，2012年

ISBN: 978-91-86910-91-4

本出版物未经出版者事先同意，不得以租借、出售等商业或其他方式，以有异于本出版物原来形式的任何装订方式或封面，予以再发行；获得同意发行的，须附带与上述类似的条件，包括要求后继出版者也遵守这些条件。

本《指南》经出版者同意，可以翻译成其他语文，但译本须包含《前言》，译文须真实反映原文含义。各国译者最好能免费义务做这项工作。译者如能提供一份译本给出版者，以供张贴在其网站，将不胜感激。

出版者：

罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所（瑞典）

The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law

邮址： Stora Gråbrödersgatan 17 B
P.O. Box 1155
SE-221 05 Lund
Sweden

电话： +46 46 222 12 00

传真： +46 46 222 12 22

电邮： rolf.ring@rwi.lu.se

网址： www.rwi.lu.se

海牙法律国际化研究所（荷兰）

The Hague Institute for the Internationalisation of Law (Hiil)

邮址： Anna van Saksenlaan 51
P.O. Box 93033
2509 AA The Hague
The Netherlands

电话： +31 70 349 4405

传真： +31 70 349 4400

电邮： info@hiil.org

网址： www.hiil.org

译者： 李鸿铮 Translated pro bono by Hung Jung Lee

封面设计： 荷兰 Publimarket B.V.

法治

政界人士指南

目录

前言.....	5
1 引言.....	6
2 国内法治.....	7
2.1 国内法治的含义.....	7
2.1.1 什么是法治?	7
2.1.2 法治与政界人士的责任.....	9
2.1.3 法治的三个构成要素：合法性、民主和人权	10
2.2 国内法治的要件.....	11
2.2.1 宪政	11
2.2.2 公开性、明确性、非追溯性和稳定性.....	12
2.2.3 议会的特别责任	13
2.2.4 自由裁量权.....	14
2.2.5 权力分立	15
2.2.6 司法部.....	15
2.2.7 非诉讼争端解决办法	19
2.2.8 其他决策者.....	20
2.2.9 国内法的恰当执行.....	20
2.2.10 值得注意的几点.....	20
2.3 为什么国内法治必不可少?	22
2.3.1 制约权力的行使.....	22
2.3.2 法律确定性与自由.....	23
2.3.3 平等对待.....	24

3 国际法治	24
3.1 国际法治的含义	24
3.2 国际法治的要件	26
3.2.1 国际法必须公开、易懂、明确和向前看.....	26
3.2.2 独立、公正的司法机制.....	28
3.2.3 国际法的恰当执行.....	29
3.3 为什么国际法治必不可少？	30
4 国内法治和国际法治的相互依赖	31
4.1 国内法治与国际法治之间的联系.....	31
4.2 国内法治为什么依赖于国际法.....	33
4.3 国际法治为什么依赖于国内法.....	36
5 供进一步阅读的参考资料	39

前 言

本《指南》的目的，是就法治的基本要素，向政界人士做一个概况介绍。

《指南》是在“前国家元首和政府首脑国际行动理事会”就此进行的讨论的启发下编写的。编写过程由瑞典隆德大学罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所和荷兰海牙法律国际化研究所发起和监督进行。

《指南》的初稿由海牙法律国际化研究所法治研究计划主任罗纳德·扬塞博士（Dr Ronald Janse）在荷兰人文和社会科学高级研究所担任亨利·谢默斯（Henry G. Schermers）研究员期间撰写，随后由监督编写工作的两个研究所作了进一步修改，再由国际行动理事会的成员和各国议会联盟的代表进行审核。一些专家也提供了宝贵意见。最后审定由瓦伦堡研究所董事会主席、前联合国法律顾问汉斯·科雷尔博士（Dr Hans Corell）进行。

编写本《指南》的指导原则之一，是尽可能写得简短，以便利工作繁忙的各级政界人士阅读，同时也为其他决策者、新闻记者以及需要了解这个问题的其他人提供有用的资料。《指南》还要编写得容易翻译，方使用其他语文出版。这也是《指南》里面没有图表或者插图的原因。

《指南》原件为英文。不过，在征得两个研究所同意后，可以翻译成其他语文，条件是译本须包含这篇《前言》，并且译文须真实反映原文含义。英文原件张贴在两个研究所的网站上，各种语言译本也将陆续在那里发表。

隆德和海牙，2012年8月

罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所
所长 玛丽·图马
(Marie Tuma)

海牙法律国际化研究所
所长 萨姆·穆勒
(Sam Muller)

1 导言

法治已成为一个全球性的理想和期望，得到世界各国人民、政府和组织的支持，普遍认为它是各国国内政治和法律制度的基石，并且日益受到确认是国际关系的一个基本构成部分。

世界各国国家元首和政府首脑在 2005 年世界首脑会议的《成果文件》中，一致确认在各国国内和国际上普遍遵守和实行法治的必要性。一年后，联合国大会通过了一项关于在国内和国际上实行法治的决议，并且在其后每一届会议上都通过这样的决议。

2010 年，联大决定在 2012 年第六十七届会议的高级别部分举行期间，召开一次关于国内法治和国际法治问题的大会高级别会议。

本《指南》的目的，是阐明国内法治和国际法治的基本要素，同时还说明，国内法治部分地依赖于国际法治，国际法治也部分地依赖于国内法治。

《指南》的构想起源于“前国家元首和政府首脑国际行动理事会”成员在 2008 年 6 月进行的讨论，该理事会于 2008 年 6 月 25 日至 27 日在瑞典斯德哥尔摩举行第 26 届年度全体会议，其《最后公报》所处理的问题之一，是“国际法的恢复”。

从国际行动理事会的网站可以看到，它是一个独立的国际组织，于 1983 年成立，宗旨是动员一批曾在自己本国担任最高职位的政治家贡献出他们的经验、能量和国际联系。理事会成员针对全人类所面对的各种政治、经济和社会问题，共同拟订建议，提出实际解决方案。

在编写 2008 年《最后公报》时，有人提出，有必要提高政界人士对国际法基本要素和对法治含义的认识。

罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所和海牙法律国际化研究所将这个观点加以进一步发挥，“世界正义工程”组办的几次会议也进行了讨论。对此，本《指南》的读者或许会有兴趣看看，在附在参考资料末尾的由世界正义工程编制的“法治指数”中，他们本国得到怎样的评价。

在编写过程中，1889 年成立的由各国议会组成的国际组织——“各国议会联盟”也作出了贡献。各国议会联盟是开展全世界范围议会对话的协调中心，致

力于促进各国人民之间的和平与合作和建立坚固的代议民主制度，其宗旨之一是增进对代议制机构运作情况的认识，以及增强和发展这种机构的行动方式。

如《前言》中所述，这些机构的代表积极参与了本《指南》的编写工作。

事实上，可供查阅的关于法治问题的文献已有很多，不过我们觉得，如果为这个专题制作一份简要的概况介绍，使繁忙的政界人士能够很快地对这个问题有一个认识，特别是重点了解他们在增强法治方面可以发挥的作用和可以采取的行动方式，会有一定助益。

两个研究所都清楚知道，有人会认为，《指南》的内容只反映了世界上多种法律制度的一部分。不过尽管如此，它们仍然希望，《指南》的内容对所有有关各方都有用处。在这方面，谨特别提请注意参考资料中由各国议会联盟制作的材料。

在另一方面，也可能有人认为，《指南》过分集中在处于非常核心地位的政治人物，而较少注意在他们国内地方和地区各级的同僚。这在某种意义上是无法避免的。不过，两个研究所希望，《指南》对于在地方和地区各级从事重要工作的人也有用处。

2 国内法治

2.1 国内法治的含义

2.1.1 什么是法治？

总括来说，法治的意思是，公民和他们的管治者都应当遵守法律。

这个简单的定义需要加以澄清。法治适用于哪些种类的问题？“法”字是什么意思？

法治适用于国家当局（政府以及其他各级行政部门和司法部门）与公民、居民和协会、公司等其他私人行为者之间的关系。举例说，法治涉及到法律应如何制定、涉嫌犯罪者应如何对待、税项应如何征收等问题。

法治还适用于社会上在私人行为者之间发生的事情，例如财产买卖（小如手机、大如汽车）、交通意外损失索赔，或是结婚、离婚、继承权等家庭关系上的问题，都与法治相关。再如一块土地的耕作权，或者土地买卖，也是与法治有关的问题。

简而言之，法治既涉及到管治者与被管治者的关系，也涉及到私人实体之间的关系，无论这种实体是自然人还是法人（如协会和公司）。这一点值得着重指出，因为有时候有些人认为，法治的唯一目的，是限制政府权力的行使。事实并非如此。

不过，在上述两种关系中，法治的适用范围有显著不同。对于法律应在多大程度上干预社会，存在着不同的观点。所谓的福利国家倾向于主张政府对社会和经济事务实施多些管制，而比较经济自由化的国家则认为政府应发挥较小的作用。

与此同时，到现在应该已经很清楚的一点是，一个国家绝不能以确保“法律和秩序”为唯一目的，其他什么都不管。由于法治与尊重人权密切相连，所以国家必须承担某些社会职能。这就意味着，法治要求国家制定法律来监管某些社会关系，包括经济领域的关系。不过，也很明显的一点是，各国之间的监管程度并不相同，这部分地决定于一国人民对其政府的信任程度。

在有些国家，许多社会关系受到严厉监管，而在另一些国家，法律所起的作用比较有限，甚至十分细微。但是即使实行严厉监管的国家也承认，用法律监管社会上人与人之间发生的一切事情，既不可能，也不可取。其他种类的规范往往更适当，例如宗教规范、睦邻规范或者商业行为规范。简而言之，法治不是适用于公民和其他私人行为者相互间的所有关系。

但是，法治始终是用来衡量政府如何行使其权力的一个标准。在这方面不允许有任何例外。

首先，官员每次行使权力，都必须拥有这样做的法律授权。例如，官员若要搜查一间房屋，必须先获得正当的法律授权。就是说，由法律决定准许谁在什么情况下行使什么权力。

其次，官员行使权力时，必须遵守法律。例如，在实施逮捕时，许多管辖区的官员有法定义务要出示逮捕令，并且要向被逮捕人说明逮捕理由。审问人必须

告知嫌犯，他（她）说的任何话可能并且将会在法庭上提出来，作为对其指控的佐证。

法律决定权力应如何行使。这也可以称为“适当法律程序”，旨在保护个人权利，例如避免有人未经起诉被投入监狱，和确保遭到起诉或逮捕的人有机会获得律师协助。

总结来说，法治要求权力要依法行使，并且对个人之间和私人实体之间及相互间的关系也有相关意义。

2.1.2 法治与政界人士的责任

对普通公民来说，政治权力要依法行使，是极其重要的一件事，理由将会在下面说明。如果政府可以随意而为，像一个独裁政权那样，绝对不是一件好事。也很重要，政府自己的行为以及本国公民的行为都要遵守法律，因为法律有利于形成一种稳定、可预测的环境，从而有助于得到从个人人身安全到安全地进行商业交易的自由等各种好处。

但是，法治并不要求公民的所有或甚至大多数行为都要受到越来越多法律和法规的管制。正相反，公民往往有充分理由反对自己的太多行为受到法律和法规管制。法律越多，行动自由就可能越少。

而另一方面，政治人物作为决策者，可能要采取不同的立场。在有些情况下，从法治的角度来看，法律的欠缺是一个缺陷，一个弱点，一种危险，一种不适宜的状况。不应让行使权力的人在没有明确法律规定指导的情况下，决定对他人实施什么惩罚或者类似的制裁。同样，也不应让他们在没有法律规定指导的情况下，未经法律授权，就将利益分配给他人，或者给予他人好处。

政界人士还应保持警惕，注意其他决策者和官员是否随心所欲地任意行使权力。简而言之，政治人物作为决策者，不应主张自己可以随意而为，而是应当满足于完全接受法律的拘束和制约。政界人士应致力于建立一种按照法律行使权力的制度。

因此，就政治权力的行使来说，政界人士无论处于政治制度的什么地位，都绝不应允许官员、更不应允许自己在法律范围之外行事，既不应行使他们无权运用的权力，也不应以违反法律的方式行使权力。

这尤其适用于在政府行政部门工作的政界人士。在行政部门，这样做的诱惑最大，因为绕过法律行事，能避开一些实质上 and 程序上的繁琐限制，快点把事情办妥。

在立法部门工作的政界人士应时常记住，法律要对权力的行使施加足够的限制。如果他们发现法律允许过大的自由裁量权，就有义务对现行立法作出必要的调整。近年来，在反恐立法方面，被认为存在着定义过于广泛的高度危险，基本权利很容易受到损害。

政界人士无论处于什么职位，都有责任确保政府权力受到法律管制，依法行使。

2.1.3 法治的三个构成要素：合法性、民主和人权

关于法治的定义，必须提出的一个基本问题是：法治中的“法”字准确地是什么意思？这可以分三个方面来说。

第一，法治的法，是具有一组正规特性的规则。之所以称为“正规”特性，是因为它们与法律的内容或实质无关。正规特性的一个例子是，其颁行方式所包含的特征表明，它是一项立法，在国内法律公报上发表，其发布质量足以令其适用对象看得懂。

第二个方面涉及到法律的产生方式。大体上有两种选择：法律可以由民选并且接受人民问责的人制定，也可以由非民选的人制定；可以民主地制定，也可以非民主地制定。不言而喻，法治只有在民主政治制度下才能充分实现。

不过，应当指出，一个国家的法律，并不是全都由议会或者另一个民选机构制定。制定法律的权力可以授予其他机构，尤其是地区机构或者地方机构。在某些民主体制下，议会中也可以有一些非民选代表。主要的问题在于，被授予立法权力的人要接受法律管制和适当的宪法监督。

这样说并非否认法治的正规特性在一些非民主政治制度下也能在某种程度上得到实现。在这些制度下，政界人士可以依照法律行使权力，但他们自己通常不受法律管制。这些制度的特点是“依法而治”，但这不是法治。

第三个方面涉及到法律的内容。在这方面的关键要素是，法治的前提是要尊重人权，尤其是要尊重公民和政治权利。例如，如果言论和结社自由的权利得不到尊重，很难想象法治怎么可能存在。但是其他人权，包括经济、社会和文化权利，也不容漠视。

在本《指南》中，法治的其余两个方面——民主和人权，将会在下文适当地方进行讨论，因为它们本身就是很重要的问题。《指南》将继续把重点放在法治的独特之处。

这并不意味着我们应该忽视“法律必须有合法性”这个要求，也就是说，得到公民信任的，才是胜任的立法者。这种信任基本上只能通过民主程序建立，特别是由以无记名投票选出的国会或议会进行。

2.2 国内法治的要件

2.2.1 宪政

法治的基本要件之一可以称为“宪政”。本质上，这意味着法律制度必须包含一套基本法，用来界定国家的行政、立法和司法权力。基本法必须规定由哪些国家机构负责行使这些权力，和如何行使这些权力，包括在这些机构之间以及对公民和其他私人实体行使。

最重要的是，这套基本法必须大体上界定这几种权力的行使界限。换句话说，宪法必须规定法律制度的基本结构和规则，并且订明谁有权行使哪一种权力和如何行使。要是没有这样一个基本法律框架，就不可能以合理的准确性衡量政府实行法治的忠诚度。

这套基本法的大部分内容写成一份正式书面文件，称为“宪法”，是基本法的详尽摘要。

令人遗憾的是，有些国家的书面宪法完全不反映权力的实际行使方式，也不符合这种框架的要求。在这些国家，书面宪法不过是用来装饰门面而已。

还应该知道的是，有些国家没有书面的宪法。另一些国家（例如以色列）则采取法律与具有宪法性质的文件相混合的形式。这种制度也可以与书面宪法同时

存在。不用说，从政者都有义务熟悉本国的宪法。有些国家会为议会的新上任议员举办概况介绍或者培训研讨会。

2.2.2 公开性、明确性、非追溯性和稳定性

很明显，规则要让它们的适用对象知道其存在，才能用来指导行为。因此，法律必须予以颁布，也就是公开发布。

而且，法律要足够明确，因为如果人们对法律不明白、不理解，就无法遵守。

同样重要的是，法律的适用要向前看，而不是追溯既往。法律的非追溯性适用原则在刑法中尤其重要。这正是把这个原则写入 1948 年《世界人权宣言》的原因。《宣言》第十一条第二款规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。”后来缔结的多项国际性和区域性人权公约都重申了这个基本权利。

不过，这条规则有一个重要的例外，就是对某些国际罪行的责任。这是基于《公民及政治权利国际公约》第十五条第二款，其中规定：“任何人的行为或不行为，在其发生时依照各国公认的一般法律原则为犯罪者，本条规定并不妨碍因该行为或不行为而对任何人进行的审判和他施加的刑罚。”其他人权条约也有类似的条款。在这方面，还应提及 1998 年《罗马规约》授予国际刑事法院的管辖权。

此外，法律，特别是宪法，必须长时间保持稳定，不得太频繁地加以修正或修改。如果法律常常修改，就会很难遵从。常常修改还会导致对法律的内容产生长期不确定性。更甚的是，需要做长期规划的行动就变成了不可能的事情。例如，一个正在考虑开办公司做生意的人有必要知道，有关税务和减税优惠的法律在不远的将来是否有较大可能大致上保持不变。

很明显，稳定性是一个程度问题。不可能设定一个期间，要求法律在这个期间内保持不变。况且，稳定性在法律的某些领域比在其他领域更重要。一条经验法则是，对于那些需要作出细致规划和长期决定的事情，与通常只需要做较短期间决定的事情相比，涉及到前者的法律应少些作出修改。

欧洲人权法院在它的一个具有里程碑意义的案件——“星期日泰晤士报诉联合王国”案（1979 年）的判决中，概括了上面所述的多种要求：“法律必须足够明白易懂：要足以向国民表明在那种情况下，对某一特定案件适用哪些法律

规则 一条规范除非写得足够精确，使公民能用它来约束自己的行为，否则不能视为‘法律’：他必须能够——必要时根据适当的咨询意见——在那种情况下合理的程度上预见到，某一特定行动可能导致的后果。”

2.2.3 议会的特别责任

各国议会负有维护以上所述各项原则的特别责任。它们必须确保法律有足够的公开性、明确性和稳定性。这需要认真细致的关注。明确性不只是措词精确的问题，还要求新法律和现有条款保持一致。新条款无论写得多么清楚明确，如果对照现行法律和条款来看，里面虽然用词相同，但是定义不同，就有可能造成混淆。此外，监管过度、法律过多，也会影响到明确性，因为这样很容易使公民和官员感到混淆。

因此，为了使法律明确，起草法律的人要具备足够的立法技巧和技能。起草工作有时候是由议员们自己做，但更多的是由在议会或者各个部任职的公务员来做。在以尊重法治为理想的法律制度中，这类人员一定要受过充足训练，具有足够的技能来做好他们的工作。

同样重要的是，为了保证立法的质量，在立法过程中要征求各种独立机构的意见，包括公共部门和私营部门机构，特别是非政府组织、工会和工商界的意见。此外，同其他国家的议员和官员进行交流，对于提高立法技能和技巧往往也很有助益。

有些议会开办立法培训和起草学院，向本国和来自其他国家的议会工作人员提供立法起草技巧方面的培训。印度就是其中一个例子。各国议会联盟可以提供这方面的资料。

公开性也不是只在官方公报上正式宣布就了事。想让公民和官员了解关于新法律和法律修改的最新情况，但是只告诉他们去查阅这种出版物，是根本行不通的。鉴于人们每天都要消化大量信息，为了保持公开性，要积极主动地把法律修改告知那些受到影响的人。

尽管举办这种法律宣传运动属于行政部门的工作，但是议会也要从旁关注这个工作做得是否满意。因特网在把法律信息传播给各类受众方面可以是一种非常有用的工具。在不容易获得印刷材料和因特网服务的社会，需要采取其他方式和途径。在这方面，各国议会联盟也能提供更多的资料。

上面所讲的禁止法律追溯性适用的问题，虽然主要是针对司法和行政部门（特别是检察官），但是议会在这方面也有它的责任。尤其是在刑法方面，禁止法律的追溯性适用最为重要，但是检察官和法官却常常遇到多年前制定的条文，有的已经不再能为眼前的法律问题提供足够的指导。议会既能够，也应该采取行动，避免这种情况的发生，包括经常地检查成文法法律特别是旧条文的措词，看看是否符合现代标准以及一般民众、立法者和律师的看法。经常地对法律进行审核，必要时加以修正，对于禁止法律的追溯性适用会有很大好处。

行政部门在维护合法性要求方面也可以发挥重要的作用。某些法律对有些群体特别重要，如果行政部门能确保这些群体获得最新的相关信息，而且这些新消息是以适合其不同受众的文字措词提供，法律的明确性和公开性就能得到大大加强。因特网在这方面也能发挥重要作用。重要的是要主动地，通过因特网或者其他媒体，同各种律师组织、专业组织、非政府组织、法律援助处等等进行联系。

2.2.4 自由裁量权

法治要求政府权力要尽可能通过一般法律行使，而且这些法律已事先公布让人们知道。但是，政治权力并不是在所有情况下都能通过法律行使。自由裁量权，和通过特别命令行使权力，是治理工作中无可避免的一部分。不过，为了符合法治的标准，行使这种自由裁量权或者发出命令的权力要受到一些一般规则的约束。

而且，行政部门不应太轻易地动用自由裁量权。当然，这是行使政治权力时可能遇到的最困难问题之一，因为在国家安全受到威胁时，有时候必须高度保密地处理，甚至可能需要对公民和政治权利施加某些限制。有时候需要在法治与其他重要目的之间取得平衡。当政界人士参与保持这种平衡的行动时，应本着诚意行事。

对于保持这种平衡，管制信息获得的法令，以及这种法令如何实施，或者应该如何实施，是重要的因素。在这方面，各条约机构的建议和各国际性人权法院的判例法可以提供更多指导。

各国议会联盟题为《议会对安全部门的监督：原则、机制和做法》的手册，对这方面的法律框架和良好做法作了介绍。介绍的内容之一，是处理紧急状态的国际原则，包括合法性、宣布、通信、短暂性、异常威胁、相称性和无形性；最后一点涉及到一些具体的基本权利，这些权利不容减损。

手册中还建议议会主动参与紧急状态的宣布，或者在行政部门颁布紧急状态后予以批准，目的是防止行政部门拥有采取这么严重措施的唯一职权。

2.2.5 权力分立

法治要求将主要的权力分开，即行政权、立法权、司法权三权分立。权力分立不仅意味着这些权力要由不同的机构（例如政府、议会和司法机构）行使，而且一个人不能同时作为多于一个这种机构的成员（例如总理不能兼任法官）。

当然，严格、绝对的权力分立事实上从来没有存在过，每个国家都有同时行使两种权力的机构。一种常见的情况是，行政部门可以发布某些种类的规则（政令、行政命令等等），或者共同拥有发布某些种类规则的权力。此外，在大陆法国家和普通法国家，判例法通过其在具体案件中的解释和适用，都被视为现行法律的一部分。这就意味着当法官行使司法权的时候，也在对国内法律的制订作出贡献。

此外，许多国家允许一个人在某些情况下可以同时属于两个机构。例如在大不列颠及北爱尔兰联合王国，内阁大臣也可以担任议员。

事实上，在许多国家，对其情况的最佳描述是一种制衡制度，而不是严格的权力分立。权力分配给不同的机构和个人，这样就没有一个机构或者个人能拥有绝对权力，因为一种权力的行使总是受到其他权力行使的制衡。议会对行政部门的监督就是一个很好的例子。

对法治来说，一个健全的制衡制度至为重要。举例说，如果行政权和立法权由同一个机构或者个人行使，那么法治的最主要功能之一——限制权力的行使，就无法实现。

2.2.6 司法部门

法治的一个不可或缺的要件，是一个公正、独立的司法部门，作为有能力解决争端和确保法律受到尊重的最后机制。

在任何一个社会，冲突都是无可避免的。这些冲突有的发生在政府与公民之间，有的发生在公民之间、其他私人实体之间或者这两者之间。

有些冲突是关于事实真相。例如，警察控告某人参加暴乱，而该人否认他曾出现在现场。又例如，一位妇人说她的邻居欠债不还，那个邻居却说从来没有向她借过钱。

另一些冲突涉及到法律问题。例如，某人说，他拥有购买一座房子的合法有效合同，因为他已致函房子主人，表示接受后者在当地报纸刊登的售房广告中索取的价钱。房子主人则反驳说，这不算是合同，他没有义务把房子卖给那人，因为广告只是征求展开谈判，并不意味着只要接受索价，就构成具有法律意义的合同。

冲突必须依法解决

以上举出的那些冲突，必须依法予以解决。要根据相关事实和法律，以及法律如何适用于这些事实，来作出裁决。冲突如果得不到裁决，就会持续下去，或者通过其他途径解决，最坏的情况就是以暴力解决。

此外，想要官员和公民遵守法律，先要让他们知道，法律的哪一种解释才是正确的，以及如何将法律适用于相关事实。在管辖机关作出裁定之后，问题就明确化了。这种裁定的意义远超过具体案件中各当事方之间争端的解决。它有助于在更广泛的意义上，确保官员和公民对法律的了解，从而能够遵守法律。

独立性

这类裁定必须由第三方、法官或者法庭作出。司法部门人员必须不受外界压力影响。他们必须依法，而且只依法，作出裁决。这意味着，他们首先必须独立于政府。他们的判决不得受到掌权者的左右。另一方面，法官必须坚守专业正直性和行为守则，公平地作出判决，并为此接受问责。

与法官任命、任期保障、服务条件、薪酬设定方式等问题有关的法律，要能够促进和保证这种独立性。所有这类法律都要尽可能不受政府的影响。

公正性

法官不受外界压力影响的第二重含义是，法官要公正行事，换言之，不偏袒所审理案件中的任何一方。这个要求的后果之一是，如果当事方有理由怀疑法官有所偏袒，要给予他们机会对法官提出质疑，可能的结果之一是撤换法官。另一方面，法官如果与案件中某一当事方有关系，也应有权自行回避。

对于司法部门的公正性和独立性，贪污腐败是最大的威胁之一。因此，薪酬足够高、任期有保障等等，是必不可少的条件。从以上所述可见，司法部门人员享有这些条件的另一面是，他们有义务遵守专业正直性和行为守则。

专业道德

为了对人人平等，不受外界压力影响，正确地实施法律，不但需要适当的规则和安排，而且还要求所有参与争端解决过程的人都遵守严格的专业道德和良好行为标准。

法官的私生活必须检点，以免被人抓住痛脚，施加外来压力影响，损害他们的独立性和公正性。他们必须严守法律，即使在看来无足轻重的情况下，许多普通公民习惯上往往不遵守的那些法律，他们也要遵守。

有些活动虽然合法，法官也要慎重，因为如果他们参与这些活动，有可能使他们受到外来压力影响。例如，即使是完全合法的赌场，法官也不应进去赌博。检察官也不应该去。

政界人士的作用

极其重要的一点是，政界人士要公开表明接受和遵奉司法部门的独立性和公正性。例如，对于法庭正在审理，但是尚未作出裁决的案件，政界人士不可以表示意见，说出他们认为什么是适当的结果。这种意见可能会被法官——以及一般民众——理解为影响案件结果的外来压力。

政界人士也不应就具体案件审判结果的细节发表意见，或者表示案件的裁决可能有误。当然，这并不是说政界人士对判例法也什么都不能说；如果他们认为某一项或者一批司法裁决不符合现代标准，可以修正现有法律或者提出新法案。但是他们只应作非常笼统的评论，绝不可说在某些案件中法官作出了错误裁决。事实上，法官的裁决可能完全符合适用的法律。对于这种情况，立法者要承担责任。

政界人士在公开讨论法官的任职条件时，也要非常慎重。例如，如果针对某个案件的审判结果表示意见说，法官的任期保障应予废除，作出“错误”裁决的法官应予解雇，是极其不恰当的。

这并不是说，政界人士不能讨论法官任期应有多大保障之类的问题，症结在于，最终制定的规则要满足一个要求，就是保证司法人员的独立性和公正性。

议会对行政部门和司法部门实行监督，以保证司法的正当实施，是一个不同的问题。履行这个职责并不是对法官独立性的干涉。

人人都应有向法院申诉的权利

人人都有向法院申诉的权利也很重要。不能容许人们因为花费过高、程序过于麻烦或者复杂而不向法院提出申诉的情况。人人都有诉诸司法的机会，是法治社会的一个重要要素。

这意味着，第一，法院受理案件进行审判的标准不能订得太难或者太严格。一定程度的限制无可避免，因为太多案件会使司法系统负荷过重，妨碍它的运作。但是任何限制必须有其合理的目的，而且是为达到该目的所必需的。

例如，在刑事诉讼中，由于刑罚可能很重，加上诉讼可能涉及到高度技术性的问题，所以规定嫌疑犯须由律师代表是有理由的。但是强制规定在相对简单的索赔小案件中也要由律师代表，则似乎没有必要，只要法官有足够权力实施所有相关法律就行了。

第二，法庭费用不可过高，无力支付法庭费用或者律师费的人应获得补助。解决律师费高得负担不起这个难题的一个常用办法，是法律援助计划。

例如，根据《欧洲人权公约》第六条，刑事案件的当事人有获得免费法律援助的权利。而在具有里程碑意义的“艾雷诉爱尔兰”案中，欧洲人权法院裁定，在特殊情况下，国家也有义务在民事案件中提供法律援助。还有另一个方面的问题是，前往法庭的路途不能距离太远。

拖延司法等于拒绝司法

同样至为重要的是，法庭审理案件不可拖延太久，而是应在合理时间内予以解决。拖延司法等于拒绝司法，是一个众所周知的说法。这是议会应当关注的一个问题，特别是要确保司法系统具备所需的条件，使司法工作能在适当时间内完成。

程序必须公正

此外，法院的审判程序必须公正。这意味着，除其他外，审讯原则上应公开进行。另外，要允许各当事方寻求律师代表，要给予他们足够时间准备辩论材料，要允许他们对对方的论点进行答辩。各当事方还应有权将案件提交上级司法机构审核。

2.2.7 非诉讼争端解决办法

从法治的角度来说，争端也可以通过司法途径以外的其他方式解决。以非诉讼方式解决争端，也可能是完全可以接受的。事实上，有多种所谓的“非诉讼争端解决办法”，包括调解和仲裁，可供采用。还有一些准司法机制，例如监察员，可以对政府或某些组织滥用权力的投诉进行调查。

用这些非诉讼方式解决争端，可能有很多好处：费用和路途距离比较容易应付，问题解决得比较快，解决结果会得到比较好的遵从，正规司法系统的案件数量会减少，等等。另外，还有一种可能是在正规司法体制之内，设立小规模、大大简化的程序，如小额索赔法庭、强制性调解程序之类。

只要这些在正规司法系统之内或之外采取的非诉讼程序能够提高解决争端的效率和效益，就不但从法治的角度来说可以接受，而且实际上能加强法治。不过，前提是这些程序为所有当事方提供法律保障，包括获得公正审理的权利，并且符合公正性和独立性的要求。

在这方面还应指出的是，许多国家设有国家人权机构。很多这种机构所负的任务，是接受和调查个人提出的投诉，有需要时，可以为此向有关的政府机构进行查问。在适当情况下，这种机构可以发挥调解功能，让投诉者和被投诉者通过调解程序，讨论所投诉的问题，一起达成协议。此外，通常有法律规定这种国家人权机构要向议会提交报告，结果可能导致修改立法，使整个国家的人权状况得到改善。

关于这方面的进一步指导，可以参考联合国大会 1993 年 12 月 20 日第 48/134 号决议中通过的《关于国家人权机构的地位的巴黎原则》。

2.2.8 其他决策者

除了司法部门之外，还有为数众多的行政官员和机构实施法律，作出对公民有影响的决定。不用说，所有各级行政人员，从各部部长到检察官、街道巡逻警察、税务人员、城市规划官员、环境保护机构等等，都必须实施和遵守法律。很多这类机构作出的决定，对公民的生活产生深远影响，税务局就是一个很好的例子。因此，极其重要的是，这些机构要在法律规定的界限以内运作，并且确保法律实际上受到尊重。为了使法治起作用，它们是不可或缺的。

2.2.9 国内法的恰当执行

法治的本质是，政府权力的行使要受到法律管制。这意味着，这种权力只能由获得合法授权这样做的人依法行使。

此外，法治要求法律一般都得到严格执行，并且人人可以看到其执行。法治要求法律受到权力的尊重和支持。

想要人们遵守法律，就要让他们看到，法律是实际上受到尊重的。如果他们看到或者体验到法律实际上不受遵守，换言之，如果官员和公民在现实中实行各种“规范”的方式与“书本上的法律”所要求的完全不同，就不能期望他们自己会尊重法律。广泛的不遵守法律行为，会导致对法律制度的不信任和不关心。

司法独立对于确保适用的规则与实际行为保持一致起着重要的作用。司法部门特别重要的作用之一，是抑制过分的行政权力。

与此同时，极其重要的是，所有机构及其工作人员都要清楚知道法治的重要性，并且知道法治对他们的要求。如果他们对法律无所知或者不了解，就无法予以执行。如果他们不知道法治的基本特性和重要性，也不可能维护法治。一定要持续不断地在各级政府进行宣传教育，使他们不仅是一般地了解法治，而且知道法治在他们日常工作中的意义。

在这方面，还应该一提的是，由议会通过适当的机制加以充分监督也很重要。

2.2.10 值得注意的几点

法治的正式要件还可以多列几条，不过那样就会超出这本简要《指南》的范围。但是，还是有另外几个要点值得提出来。

不存在一成不变的标准

第一点是前面已经稍为提到过的：法治的要件不具有非此即彼、非黑即白的性质，而是程度上的问题。并不存在能表明是否符合法治要件的一成不变明确标准。

例如，法律对其适用对象应要清楚明确这个要求说来容易，但是绝对明确是做不到的。

首先，广泛接受的一句至理名言是，所有文字在某些情况下都可以作不同的解释。例如，如果地方法律规定，交通工具不得进入公园，那么很明显，汽车、摩托车、自行车都在禁止之列，但是滑板和旱冰鞋呢？每一个词语都有它无可置疑的核心含义，但总是还有意思不确定的余地。

而且，虽然法律措词必须尽可能接近普通用语，但是为了法律明确性，某种程度的技术性是不可避免的。此外，在许多法律制度中，往往是为了合理的理由，法律条文有意采用可作不同解释的用词，各国宪法中和国际公约中的人权条款就是明显的例子。许多侵权行为法和合同法中关于公平性和合理性的条款也是这样。

当然，这些因素和其他因素对法律明确性的影响不宜过分夸大。在大多数时候、大多数情况下，是有可能保证公民和官员都知道他们的核心义务和权利的。问题是在于，法律制度与法治相符到什么程度，始终是一个程度上的问题，因此是可以争论的问题。

一个总体框架

另一点要注意的是，上面所述的要件带有一般原则的性质。为了使它们发挥作用，必须加以完善，拟订成详细得多的规则和法律安排。换句话说，这些原则不多不少地提供了一个总体框架，或称基准，必须进一步发展成为详细、具体的规则。在这个过程中，必须作出多种选择。

例如，有些法律制度不让不谙法律的人参与刑事和民事案件的审判，另一些法律制度则在这些审判中使用这种人。但是在这两种情况下，审判都被认为符合独立和公正地解决争端的要求，也符合公平审讯的要求。

再举另一个例子：大多数法律制度都给予司法部门审查权，确定最高立法机构所制定的法律是否符合宪法，而另一些法律制度则没有这种所谓的宪法审查。但是在这两种制度下，都有足够的制衡措施来确保法规的合宪性。

在一些法律制度下，检察官有责任对提请其注意的任何犯罪行为或罪行提起公诉，而在另一些法律制度下，检察官在这方面有一定程度的自由裁量权。但是在这两种制度下，刑法都可以得到足够的、可预测的执行。

不存在放之四海而皆准的解决办法

简而言之，关于法治要件须如何实行的问题，通常没有单一个正确的答案。相反，通常有多种方式可以采取。不同的法律制度即使在规则的精确内容以及机构体制方面存在巨大差别，也可以在同样程度上满足法治的要件。因此，不存在可以作为普遍适用法治模式的法律制度。对于如何将法治的一般要件转化成具体法律规则的问题，并不存在放之四海而皆准的解决办法。

这也意味着，政界人士都不应认为，其本国的模式是唯一一种符合法治的模式。这在同别的国家进行法律合作时尤其重要，特别是如果进行合作的目的是为了建设或者加强那些国家的法治。

要认知到相对主义

但是，也不要陷入相对主义。有些法律规则和安排是完全违反法治的基本要件的。如果法官是由行政部门在没有任何保障措施之下直接委任，如果行政部门可以任意开除法官，就是不尊重法治。如果一个人可以不经法官审判就予以逮捕，送进监狱关几个星期，就是违反法治。如果政府针对公民行使公权力的行为不受司法部门监督和审查，就是违反法治。

2.3 为什么国内法治必不可少？

官员和公民都服从法律很重要，原因不止一个。法治有许多目的，其中大多数是互相密切关联的。

2.3.1 制约权力的行使

在许多国家，甚至可能在所有国家，政府对其公民拥有极大的权力。它有权惩罚他们，或者以其他方式制裁他们；向他们征税；向他们提供财务援助或者其他福利。政府的权力深深地影响着每个公民的生活。

如果官员有义务要遵循和依照法律行事，权力的行使就被限制在法律的范围以内。法治约束着自由裁量权，防止权力的不当行使，换言之，不得以任性、任意、偏见、随意、偏袒的方式行使权力。这是法治必不可少的最主要原因。

很明显，没有任意的权力，受惠的是公民。不过，由于其他理由，这在另一些方面也很重要。例如，如果在一个国家，每一项正式交易都要通过贿赂才办得成，对财产的保护则要视官员的心情而定，这个国家就很难吸引到外国投资者。

一个希望吸引资本的国家，如果能保证，经济交易都在一个有一套明确、稳定的法律的框架内进行，需要时有法律补救方法，作出的决定可以信赖，而且有关当局都依法行事，就有较大的成功机会。政府权力的行使受到法律管制，对做生意和保障工人权利都是有利的。

2.3.2 法律确定性与自由

法治的另一种基本价值是确定性。法治是互信的先决条件之一。

如果政府依法行使权力，公民就能预料到政府会在什么时候和怎样运用它的权力，以及它对他们的行动会不会以及会怎样作出反应。这样，他们就能继续放心做自己的事情，因为他们知道，他们不会遭遇到对自己不利的行动，例如罚款、监禁，或者其他胁迫性政府干涉措施。他们还应能获得政府按照相关法律有义务提供的福利或补助。

如果法治受到尊重，就可以预期几乎每一个人、在几乎所有时间，都会依法行事。还会知道，遇到问题时，适用哪些法律。知道在有人不依法行事时，独立、公正的司法部门和执法机构会提供补救，能加强这种确定感。

这对于同自己不认识或只是轻微认识的人打交道尤其重要。确定性能鼓励人们建立短期或长期互动关系。这有多方面的好处，尤其是有利于经济交易。在这个意义上，法治能促进经济发展。

除了这种对社会的好处之外，确定性还有利于个人幸福。如果人们觉得有信心，知道自己能做什么，以及他人对自己的行动会有什么反应，就会觉得自己能够作出短期和长期的选择，并相应地采取行动。有能力为自己的生活作出规划，是自由的一个方面。当然，这种自由可能因为其他因素，例如贫穷，而变

成虚幻的期望。但那是另一个问题，不会减损法治价值的重要性，尤其是因为贫穷往往是欠缺法治造成的结果。

2.3.3 平等对待

法治的第三种基本价值，是平等对待每一个人。官员和法官如果公平地实施法律，待人就不能因人而异，因为在法律面前，人人都是一样的。他们不能因为心存偏见、贪污腐败或者心情不好，而给予某个人或某个群体不同的待遇。法治的基础要素之一，是一种根本性的公平意识，就是，同样的情况要同样对待。

应当注意的是，这个公平概念只是形式上的。它说，平等的人应受到平等对待，但是并没有表明，应当把什么人视为在法律面前平等。不过，众所周知，在 20 世纪，许多法律制度稳步地、渐进地消除了种种歧视现象。妇女、少数族裔、残疾人和儿童在越来越多的法律制度中得到越来越多的权利，基本上获得了平等地位。

歧视的逐步消除获得多项国际条约的肯定和宣扬，例如在联合国范围内，就有《消除一切形式种族歧视国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《儿童权利公约》、《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》和《残疾人权利公约》。

因此，平等的人应受到平等对待这个形式上的法治要件，已渐渐变成不再是一件纯粹形式上的事情。在越来越多的情况下，它提供了任何人都不受歧视的法律保障。

这不是说问题已经不复存在。举个例子，赋予妇女权力与法治之间的关系，是怎么强调都不过分的。

3 国际法治

3.1 国际法治的含义

法治是在各国以内发展起来的。传统上，法治并不是国际法中广泛使用的常见用语。不过，在过去几十年中，国际法律和政治制度也必须尊重法治这个看法已得到广泛接受。国内法治和国际法治的核心含义并没有差别。在两种情况

下，法治的含义都是，法律应受到尊重。国际法治主要是，但不纯粹是适用于国家及国际组织。不过，这个差别对于把法治概念的核心含义从国家层次扩展到国际层次，并不构成障碍。国际法治只是意味着，国际法必须得到其主体，即国家及国际组织的尊重。在许多情况下，这一点也适用于个人和其他私人实体。

不过，要认识到的很重要一点是，国内法律和政治系统与国际社会是有显著不同的。国内法治主要适用于国家与其公民之间的统治关系。法治在很大程度上是一种理解，就是拥有无比权力的国家应当如何组织、如何行动。

在国际上，不存在与此对等的统治关系。国际社会由 190 多个主权国家和为数众多的政府间组织组成，并没有一个“超国家”或者“世界政府”统治着所有这些国家和组织。

以法律的制定为例，在各国以内，法律是由国家及其机关制定的，而在国际上，并没有这样的中央立法机构。国际法的制定是各国及国际组织共同努力的结果。

国际法有两个主要来源：习惯法和条约法。

习惯法由国家惯例构成，这些惯例得到各国大家庭确认，成为各国都要遵守的行为规则。因此，习惯法取决于各国愿意接受什么样的规则。一项规则如果受到各国普遍反对，就不会成为习惯法的一部分；已经是习惯法一部分的，也会被取消。

条约法是基于“协议必须遵守”的原则，拉丁文是 *pacta sunt servanda*。所以，条约法是由关于不同主题的两国间协议（双边条约）和多国间协议（多边条约）构成的。各国不受它们不是缔约方的条约约束，也不受它们已表示保留的条约规则约束。

在有些情况下，条约法是将习惯国际法加以编纂的结果。反过来，得到各国大家庭很大多数成员批准的条约，往往也被视作习惯国际法，因而在这个意义上，也对尚未批准这些条约的国家具有约束力，具体例子是《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》、常常被称为国际人道法核心的 1949 年《日内瓦四公约》，以及某些人权条约。

有些条约，特别是人权领域的条约，含有很多可以作多种不同解释的条款。国际性的法院，例如欧洲人权法院和美洲人权法院，以及各种监督机构，例如联合国消除对妇女歧视委员会，已经发展出一套十分可观的判例法和建议，可以用来指导对这些条约的解释和增进其明确性。但是，由于技术进展、国际安全及道德观念上的不同所带来的挑战，这些开放性规范将会继续引起解释问题。

我们还可以看看执法方面的问题。在国家一级，对违反法律行为的执法、起诉和惩罚是国家的责任。而在国际一级，既没有警察，也没有统一的制裁制度，而且除了少数例外之外，也没有等同于检察署的机构，执法在很大程度上是个自助的问题，由各国自行决定是否采取行动或者寻求协助。联合国安全理事会在这方面的作用将在下面第 3.2.3 节讨论。

如前面指出，国内和国际法律制度的这些不同，并不改变法治的核心含义，也不会从根本上改变法治的要件。不过，这些不同确实使国际法治的实现遇到一些严重的挑战。

3.2 国际法治的要件

3.2.1 国际法必须公开、易懂、明确和向前看

国际社会的法治要求法律做到公开、易懂、明确和向前看，制定法律的程序要遵从明确的规则。在这方面，国内法治与国际法治没有不同。

乍一看，国际法与国内法相比，要面对更多挑战，因为如前面指出，国际法没有一个能对国际法的易懂性、明确性和确定性负起责任的中央立法机构。要对国际法的确定性负责的，是缔结条约和订立习惯法的众多国家。

在这方面，确实有一些引起关切的问题。条约常常是各方折中妥协、讨价还价的结果，这往往无助于条约的明确性。各国之间的双边和多边条约太多，所以很难清楚知道每个国家的所有义务和权利。因此，有必要指出，国际条约的保存国可以提供协助。特别应该一提的是联合国条约集。

有些条约，例如人权领域的条约，有很多条款可以作出大不相同的解释。不过，如上面所述，许多公约设有监督机构，这些机构往往就其公约的解释作出一些一般性评论，以澄清公约条文的内容。有些条约监督机构还根据对个别投诉作出的裁决编成判例法。

习惯法一般都比较明确，但是其突出缺点是，在细节上欠缺精确性。各国法官作出的对国际法问题产生影响的裁决鲜为人知，不过近来已开始作出较大努力来弥补这方面的缺失。目前还没有编纂出具有权威性的一般法律原则。

上述这些问题，有的也存在于许多国内法律制度之中。不管上面怎么说，对人权可以作出许多不同解释而造成的歧义，就是一个好例子。在许多法律领域，往往很难清楚知道法律所包含的细节内容。不过，无论是对于国内法还是国际法，这个问题也不应过分夸大。

在比较近期，另一个引起关切的问题是，国际法的规则和机构如雨后春笋，急剧增加。一些知名观察家认为，国际法正在渐渐变得不成体系，分解成为多个互不关联的系统。有些人担心的问题是，各种规范可能会变得极不一致，互相之间的矛盾很难解决，使国际法的透明性、明确性和确定性受到致命损害。

不过，从事国际法的逐渐发展和编纂工作的联合国机构——国际法委员会最近就这个问题提出一份报告，其结论认为，只要给予这个问题足够注意，拟定方法和技巧来处理各种规范、制度和规则之间的冲突，这些风险是可以应付的。

还应指出的是，国际法本身也有一些重要的优点。1969年《维也纳条约法公约》为条约的缔结、解释和终止提供了一套很好的规则。只要遵照这个条约，法律制定程序必须明确这个法治要件就相当肯定能得到满足，至少在条约法方面是这样。

另一方面，因特网使条约法的查阅变得容易得多。例如，联合国条约集可以通过因特网查阅。一些司法机构的裁决被广为发布，引来大量分析和评论。国际法院和各个国际刑事法庭的判例法也是好例子。

这里列出来的弱点和优点并不是详尽无遗，并且也还可以详加论述。尽管国际法分散而不集中，但一般认为它具有足够的确定性、可预测性和明确性，至少在人权法、人道法、劳工法、经济法、海洋法、国家责任法等方面是这样。

这不是说我们应该感到自满。国际法的明确性、易懂性和确定性可以并且应当进一步改善。但是满足这些要求并不是国际法当前面对的最重要的挑战。

3.2.2 独立、公正的司法机制

对于国际法治的实现，更艰巨的挑战是如何以和平方式解决争端。众所周知，在国际社会，有两种和平解决争端的途径：外交和裁决。许多争端是以谈判、斡旋、调查、调解等方式，通过外交途径解决。但是如果外交途径对于解决眼前的争端无效或者不适当，各当事方可以选择把争端提交裁决，由没有利害关系的第三方作出具有约束力的判决。

国际社会并不缺少裁决机制；事实正相反。有时候有人提出论点认为，这种机制是太多，而不是太少。

裁决可以采取仲裁的形式，例如提交一个常设仲裁法庭，或者由专门为眼前争端任命的仲裁员进行裁决。另外，也可以采取司法解决的形式。

视准确的定义而定，世界上约有 15 个国际性和区域性法院，大多数属于常设性质。常设的法院包括国际法院（联合国的主要司法机关）、国际海洋法法庭、国际刑事法院、欧洲法院、欧洲人权法院、美洲人权法院，以及非洲人权和民族权法院。

问题也不是这些处理国际法问题的法院、法庭和其他司法机构缺少独立性和公正性。国际法院在其法官的专业正直性和胜任能力方面通常极受尊崇，上述的其他法院也一样。国际法院对《国际法院规约》的所有缔约国开放，这些缔约国包括联合国的所有会员国，以及符合某些条件的非会员国。

国际性法院所面对的最突出的挑战，是它们的管辖权的性质。在国内法中，从法治的角度来说，如果争端的当事方能决定某个法院是否有审理和判决该案的管辖权，这是不可以接受的。在这样的制度下，无可避免的结果就是，争端将一直无法解决。

很明显，国内法治要求法院具有强制管辖权，就是说，由这些法院按照中立的标准，无需得到所涉各当事方同意，自行决定是否对审理和判决一个案件的管辖权。

在上述的国际性法院之中，有的也具有强制管辖权。欧洲人权法院就是一个例子，理由很简单，欧洲国家如果不接受欧洲人权法院的强制管辖权，就不能成为欧洲委员会成员。但是其他法院没有强制管辖权，案件要得到各当事方同意

才能审理。其中最突出、问题最大的是，国际法院对诉讼案件没有强制管辖权。

因此，被告国如果愿意，可以阻挡国际法院解决由原告国提交的争端，或甚至阻挡以任何其他司法或仲裁方式加以解决，因而使争端一直得不到解决。

这从更一般的意义上也是不能满足需要的。对于被指控违反国际法的行为，如果无法作出确定的判决，就会损害国际法精确内容的明确性。一个众所周知的事实是，国际法院就一个案件作出了明确的判决之后，类似的争端就有可能通过外交途径得到避免或者解决。

在这方面应当指出的是，《国际法院规约》第三十六条第二项规定，各国可以事先同意，对于接受同样义务的其他国家，接受国际法院对它们之间争端的管辖权。目前，这项规定的效用不大，迄今只有 67 个国家接受了国际法院的强制管辖权，而且令人遗憾的是，其中很多国家还提出大量保留意见，以致在大多数情况下，其他当事方也接受同样义务的要求只是一个假象。

很明显，实现国际法治的前进之路，是《规约》第三十六条第二项规定的国际法院强制管辖权得到普遍接受。欧洲在这方面可以作为榜样：不接受设在卢森堡的欧洲法院和设在斯特拉斯堡的欧洲人权法院的强制管辖权的国家，前者不能加入欧洲联盟，后者不能加入欧洲委员会。不过，应当指出的是，还有很多欧洲国家没有接受国际法院的强制管辖权。

各种规范和机构（包括法院）越来越多所引起的另一个问题是，法官们将会发现，国际法越来越难得到互相一致的解释和适用。不过，国内法官和国际法官为了应对这个挑战，越来越多地参考其他法院的裁定，为此建立了多个层次或者多个制度之间的互动交流。这些进行公开沟通、对话以及参考姐妹机构所作裁决的做法，很可能有助于防止在国际法的适用上出现重大不一致和不确定的情况。

3.2.3 国际法的恰当执行

著名的国际律师路易斯·亨金曾写道：“情况很可能是，几乎所有国家，在几乎所有时候，都遵守几乎所有国际法原则，和几乎它们所有的义务。”

虽然违反国际法的行为确实发生，而且往往被广为宣扬和讨论，但这些行为属于例外情况，反而证明了以上说法的正确性。大多数观察者和业内人士都同意，国际法一般都得到遵守。因此，执法似乎不是大问题。

但是情况远未令人满意。如前面所指出，国际社会没有一个垄断权力的中央执法机构。的确，是有一些机构拥有权限和权力，负责确保或至少试图确保国际法得到遵守。但是很多这种机构起不了作用。

在这些机构之中，最突出的就是联合国安全理事会。众所周知，在经它判断国际和平与安全受到威胁或者需要恢复的情况下，它有权采取措施，必要时可以动用武力。

但是安理会的公平性常常受到质疑，有时候被指责实行双重标准。造成这种情况的原因之一，由于其常任理事国的否决权，安理会常常无法采取行动，以致违反国际法的行为得不到处理。在有些情况下，连安理会成员，包括常任理事国自己，都曾经违反《联合国宪章》。

此外，虽然联合国安全理事会这样的机构有权处理涉及到国际社会一般利益，特别是损害国际和平与安全的违反国际法行为，但是几乎没有任何机制来处理发生在两个国家之间，但在《联合国宪章》范围以外的争端。而且，由于国际法院管辖权的自愿性质，各种分歧通常也没有通过司法解决的途径。

因此，在比较“涉私”的问题上，自助成了觉得受到伤害的国家可以采取的唯一一种执法形式。例如，这种国家可以采取称为“反制”的合法报复措施，包括施加经济或旅行限制，和中断外交关系。它们还可以采取本身并不合法的措施，例如实行封锁，理由依据是对方先前实施了非法行动。

不过，自助的问题是，其效果参差不齐，理由很简单，就是这取决于有关国家的相对实力。这样做也难以令人感到满意，因为是不是确实违反了国际法义务，并没有经过独立和中立的第三方作出判断。争端的解决不应是力量的问题，而是法律的问题。

3.3 为什么国际法治必不可少？

常常有人说，国际法治所追求的利益与国内法治相类似。根据这种看法，国际法治促进各国以及其他国际法主体之间关系的可预测性和平等，和限制力量的任意使用。不过，各国、各种组织和个人都遵守国际法之所以重要，还有另外几个理由。

第一，国际法传统上包含一套规范和机构，其目的是建立和维护国际社会的和平与安全。此外，国际法有一个分支——人道法，其目的是在暴力冲突发生时，使战争的进行人性化。

一般公认，如果没有国际法，或者普遍不遵守国际法，和平与安全即使不是不可能，也会更难实现。一个无法无天的国际社会，暴力行为会比法治下的国际社会多得多。同样清楚明确的是，如果人道法得不到尊重，战争将会非常残酷。

而且，国际法越来越多地把目标放在设法解决全球性或区域性的问题。明显的例子是国际犯罪、国际恐怖主义、运作不良的金融市场，和对环境的威胁（大气和海洋污染、全球变暖、野生物种受威胁、核材料和其他有害物质造成的危险等等）。这类问题不能依靠国家单独采取行动来解决或者减轻，而是需要进行国际合作加以监管。国际法治使区域性和全球性问题有更大可能获得解决。

国际法也越来越关注世界各地的人权状况。人权固然基本上都会写入各国的宪法，但即使是这样，国际人权法仍然有肯定国家人权法，使其变得更加稳定的作用。

同时，国际法、国际人权法院和其他监督机制能对各国的行政部门发挥额外监督作用，从而补充它们国内的制衡机制。下一节会更详细地讨论这一点。现在只需要说的是，遵守国际法对于加强各国保护人权具有关键重要性。

以上说的几点有一个共同点：国际法治的最终受益者是每一个人。

4 国内法治和国际法治的相互依赖

4.1 国内法治与国际法治之间的联系

我们已经看到，国内法治和国际法治有许多共同点。两种法治的基本含义都一样：法律应得到遵守。两种法治还应有相同的特性：要有独立和公正的司法机制，法律要足够为人所知、明确和易懂，要平等适用于所有人。

但是，国际法治与国内法治是不是实际上互相联系在一起呢？国际法治能不能受益于国内法治？国内法治能不能因为国际法治而得到加强？

过去，国内法治与国际法治之间的联系不能视为理所当然。不过，时至今日，再也不能把国内法和国际法视为互相分离，至少不是在所有法律领域都是这样。两者之间的相互联系越来越密切。

宪法是最明显的例子。在公民权利方面，各国的宪法与国际人权法有很多重叠的地方。例如，现在很难想象会有一个国家新制定的宪法不明显地提到和引用国际人权文书。在有些实例中，宪法明文规定，国际法是国内法的一部分。

相互联系更为密切的另一些例子是环境法和投资法。

事实上，随着各个领域条约数量的不断增加，各国立法者的行动自由越来越受到限制。属于国家立法机构的政界人士注意到这一点非常重要。如今，国内立法的最重要要素之一是，立法者要确保即将颁布的法律符合该国所加入的所有条约。相关的例子和说明可参看本《指南》末尾所列参考资料中提到的各国议会联盟出版物《二十一世纪议会与民主》。

这个要素在人权领域特别重要。因此，在必须完成的确保立法提案符合本国宪法的过程中，还要并行地对照各项国际人权条约进行相应的审查。

同样重要的是，各国议会要为监察和监督国际人权规范的执行作出贡献。上述各国议会联盟出版物载有关于几个国家（包括非洲和南美洲国家）怎样做到这一点的很有意思的参考资料，特别有意思的是巴西议会怎样执行一个区域人权条约机构提出的建议。另外，还载有 2004 年在阿布贾举行的一次关于人权机构与立法机构的国际讲习班向各国议员提出的一些建议，并且提到联合国大会 1993 年 12 月 10 日第 48/134 号决议中通过的关于国家人权机构的地位的所谓《巴黎原则》。

当然，这不是说国内法包含国际法的全部要素，也不是说国际法包含国内法的全部要素。例如，如果一个国家出于自卫理由对另一个国家进行干预，最重要的法律规则很明显要从《联合国宪章》和国际习惯法里面去找。这不是一个国内法的问题。

而且，原则上管辖权解决这种案件的法院是国际法院，而不是某个国家的地方法院。至于国际法院实际上对特定案件有没有管辖权，从前面说过的来看，那完全是另一个问题。

同样，如果一块土地的所有人与市政府就前者是否有权获得建筑许可证发生争端，适用的法律是国内法，案件应由国内法院，而不是由一个国际性法院审理。

如果适用于某个案件的法律也必须符合国际法，那又是一件不同的事情。例如，如果好像在一些实例中那样，有人指称某个国家的最高法院或者主管当局所作的裁决违反诸如《欧洲人权公约》之类条约所订的标准，可以向欧洲人权法院提出申诉。如果该法院裁定，《公约》确实遭到违反，那么在大多数情况下，有关国家就要修正其国内立法，以避免以后再发生违反《公约》的判决。

再举两个实例：欧洲人权法院在一个案件中裁定，《欧洲人权公约》第六条遭到违反，因为一个政府机构所作的裁决影响到一个人的公民权利和义务，可是该人没有途径向能对该裁决进行审查的法院提出申诉。在另一个案件中，欧洲人权法院裁定，对于被逮捕但后来宣告无罪或者撤销控罪的人，保留他们的DNA样本有违《公约》规定的隐私权。在这两个实例中，有关国家后来都要采取修法行动。

因此，可以合理地得出结论：加强国内法治与国际法治之间的相互联系，能显著地起到互相增强的作用。

4.2 国内法治为什么依赖于国际法

国际法对国内法治往往具有直接相关意义。如上面所述，这在国际人权法方面最为明显。国际人权法保障言论、集会、信仰自由等权利，限制国家对其公民以及居民的权力（例如参看《公民及政治权利国际公约》第六条至第十二条）。国际人权法还规定，各国国内要有独立、公正的司法机构（例如参看该《公约》第十四条）。

人权

几乎所有国家都签署并且批准了大多数世界性人权条约。例如，在本《指南》出版时（2012年8月），《经济、社会、文化权利国际公约》有160个缔约国，《公民及政治权利国际公约》有167个。还有很多国家是区域性人权条约的缔约国。任何政界人士都应该做的一项重要工作，是查清楚其本国是哪些人权条约的缔约国。

此外，很多种人权已经具有习惯法的地位。广泛公认，《世界人权宣言》现已获得习惯国际法的地位。这就意味着，各国即使没有签署和批准相关的世界性或者区域性条约，也有义务要尊重基本人权。因此，国际人权法对国内法有（或者应该有）决定性的影响。

国际法的优先性

国际法优先于国内法。各国负有义务遵照国际法行事，违反国际法的，无论是立法、行政或是司法部门的所为，都要承担责任。这意味着，各国不能援引国内法，甚至不能援引本国宪法，来为违反国际法义务的行为辩护。换句话说，国内法不能用来规避国际法，更不能凌驾于国际法。

因此，国际法，特别是人权法，使国内法治得到加强和深化。如果国内法律制度在法治方面存在漏洞，可以援引国际法来加以纠正。

某些限制因素

在现实中，许多地方的情况比上面说的差很多。在国家范围内，国际人权法的完整效力可能受到多种形式的限制。

第一个问题是对条约的保留。各国在加入某个条约成为缔约国的过程中，可以作出声明，表示不接受或者要修改某些条款对它们的法律效力。

对人权条约可以作出多大程度的保留，是一个引起相当多争议的问题，特别是对于也具有国际习惯法地位的人权条约。很多论点认为，保留与人权条约的目的和宗旨相悖。看来很清楚，至少在原则上，对国际人权法提出保留是不利于国内法治的。

国际法在国内的适用

第二个问题涉及到国际法和国内法在各国以内的关系。如前面指出，国际法毫无疑问优先于国内法，各国负有义务维护和尊重国际法。但是问题是，这是不是等于说，比如在公民与公民之间或者公民与国家之间的争端中，公民可以在国内法院引用国际人权法？对于这个问题，大致上有三种处理方式。

一元制度与二元制度

在讨论这个问题时，重要的是，首先要把在国家以内处理条约法的两种不同制度——一元制度和二元制度加以区分。立法机构中的政界人士有必要了解清楚其本国属于哪一种制度。

在实践中，一元制度的最重要效果是，经国家批准的条约按照其措词，具有与国内法相同的约束力。例如，如果一个国家侵犯一个公民按照《公民及政治权利国际公约》享有的言论自由权利，该公民就可以向国内法院起诉国家对其权利的侵犯。在这种情况下，国际人权法是自动执行的，在国内法律秩序中直接发生效力，被自动吸收到国内法律制度之中。国际法无须经过任何具体的执行立法，就可以由法院实施。

在二元制度下，国际条约规定的义务必须转化成国内法或者纳入国内法，才有相同的效果。这基本上意味着，这种国家在批准一项国际条约之前，必须先审查其国内立法，使它符合按照该条约承担的义务。

不过，在这两种情况下，条约义务都适用于这些国家与其他缔约国之间的关系。这意味着，条约的缔约国相互间都要对违反条约义务承担责任。所以，假如一个国家侵犯一个公民受到《公民及政治权利国际公约》保障的言论自由权利，就要为侵权行为向条约的其他缔约国承担责任。

在二元制度下，如果条约的一个缔约国没有把条约规定的义务恰当地转化成或者纳入国内法，其权利受到侵犯的公民若想在国内法院追究国家违反国际法的责任，可能就会遇到困难。不过，视所涉的问题而定，或许有其他补救办法，例如向国际监督机构特别是国际人权法院求助。

此外，还有第三种中间立场。按照这个理论，国际法被视为一个单独存在的制度的一部分，但在某些情况下，可以不经任何执行立法，就在国内适用。大多数国家在实践中采取这第三种立场。

国际法不强制规定必须采用上述的哪一种做法。三种做法原则上都可以满足需要。但是重要的是，要认识到各种做法的主要优点和弱点。

二元制度的主要弱点是，国际法在国内法律制度中的效力取决于有关国家在批准条约之外，还采取什么行动。国家不但可以决定是否或者何时把国际法转化成或者纳入国内法，而且可以决定把这件工作进行到什么程度。

换句话说，把国际法转化成或者纳入国内法这一步有可能完全不发生，或者只是有限度地进行，又或者进行得很缓慢。由于各国往往认为国际法特别是人权法限制了自己的权力，所以毫不奇怪，人权倡导者往往论争说，一元制度和中间立场都胜过二元制度。

但是，一元制度和中间立场的主要问题是，会对国内法院造成繁重的负担。为了适当地履行作为国际法代言人的角色，法官必须很熟悉国际法，并且受过适用国际法的良好训练。另一个引起关切的问题是，不同国家的法官对待国际法的解释和适用有很大的不同。

本节论述的一般应用

表面来看，本节在说明国内法治为什么依赖于国际法时，都是以人权为主要重点。不过，应该也很清楚的是，这些论述在许多其他领域也同样适用。举例说，保护知识产权的国际制度，以及在世界贸易组织（世贸组织）主持下缔结的多项多边条约（内容不但是关于贸易，还涉及到许多其他领域），就是这样的情况。在这方面，还值得一提的是，世贸组织的争端解决机制是一个能够保证至少得到一定程度执行的国际机制。

4.3 国际法治为什么依赖于国内法

另一面的情况是，国际法治受益于国内法治。事实上，国际法治看来在很大程度上取决于法律在各国国内是怎样执行的。

政府和立法者的作用

各国政府和立法者在这方面的作用，怎么强调也不过分。特别具有根本重要性的是，由政府缔结并经议会按照本国宪法规则批准的条约，必须在国内得到恰当执行。关于这一点，请参阅第 4.1 和 4.2 节。

一个非常严重的问题

在这方面，还应该谈一谈一个非常严重的问题。这个问题涉及到国内法治与国际法治之间的相互联系。第 3.2.3 节中提到，在有些情况下，安全理事会的成员，包括常任理事国，也曾经违反《联合国宪章》。

一个可悲的例子，是 2003 年对伊拉克发动的战争。在那个事件中，一些参战国家既违反了国际法，也违反了国内法。那些国家的领导人当时相信，为了他们国家的利益，必须违背法律动用武力。他们宁愿置法治于不顾。另一个例子是，某些反恐措施所采取的做法违反了国际人权标准。

这是一个非常严重的问题，必须深入讨论，因为它对未来的国际和平与安全十分重要。不过，这本简要的《指南》不可能对此进行详细讨论。但是如果不提及这个问题，那就太不老实了。

法治要绝对地在所有时候适用于所有人。对与你意见相同的人实行法治很容易，但是如果有人想法和做法与你强烈分歧，就可能导致一种危险，会有些人开始论争说，法治不适用于那些人。

这里就只说一点：对于维持未来的国际和平与安全，几个主要大国——特别是安全理事会常任理事国——的行为，如果不是唯一的决定性因素，也是决定性因素之一。西方民主国家在这方面起领导作用特别重要。事实上，它们在这个领域的表现必须无懈可击。可惜，在现今世界，情况并非这样。

国内法院的作用

国内法院对于国际法在各国以内的执行也具有关键重要性。在确保各国、各种组织和个人遵守其在国际法下的义务方面，国内法院能发挥极其重要的作用。在某种意义上，国际法治的未来在很大程度上依赖于国内法院。

不用说，国内法院所能作出的贡献是有限度的。它们没有能力把所有国际法规适用于发生在国际法所有主体之间的所有类型争端。但是，国内法院在有些情况下能作出贡献，例如在某些案件中，国内法院可以行使管辖权，拘留来自其他国家的应对侵犯基本人权行为负责的人。

此外，即使是在国内法院具有管辖权适用国际法律规范的案件中，国际性法院作为最后上诉法庭，往往还是不可缺少的，这不仅是因为它们能确保对国际法的解释和适用的统一和一致，还因为它们能对国内法院的裁决素质提供多一重控制。

例如，即使欧洲委员会所有成员国的国内法院在有关案件中都积极、认真地适用《欧洲人权公约》，欧洲人权法院仍然是不可缺少的，因为在这个条约的解释和适用上，它是最终的仲裁者。

尽管如此，国内法院对国际法治的未来特别重要这个观点，确实很有道理。在许多情况下，国内法院原则上能发挥作用，确保各国、各种组织和个人遵守其在国际法下的义务。事实上，有几个理由表明，国内法院似乎特别适宜于发挥这种作用。

国内法院能做什么

第一，国内法院能填补国际性法院和其他国际争端解决机制权限上的空白。

第二，国内法院能替代国际争端解决机制的工作，而且做得相对较快、花费比较少。法治要求人人都可以向法院提起诉讼，而且司法过程不能过分拖延，所以这是一个重要的优点。

第三，各国往往不愿意把自己的司法权转授给国际性法院和法庭。国际法对各国的权力施加限制，而各国通常不想授权给超国家法院来决定这些限制的确切范围。国内法院往往被认为是比较可以接受的选择。由于得到越多接受，判决就可能得到越多遵行，所以这对法治也很重要。

第四，与设在远距离外的法院和机构相比，国内法院通常处于更好的位置来根据当地情况适用国际法。它们更了解当地的法律价值观和规范，也在这方面有更多的处理经验。很多国际规范，特别是人权领域的规范，允许在一定程度上考虑到国内的法律规范和价值观，即所谓的判断余地，这是在国内进行裁决的一个重大好处。由国内法院作出的裁定，很可能更为国家和公民所接受，因此更容易得到遵行。

第五，需要国内法院来保障国际性法院和法庭以免它们负担过重。事实上，这正是各项区域性人权公约规定，一个案件要在国内补救办法用尽之后，那些公约设立的机关才有对该案件进行审查的管辖权的原因之一。

互补原则

这也是《国际刑事法院罗马规约》制定互补原则的原因之一。这个原则意味着，各国自己只要符合司法能力方面的条件，对国际罪行就具有管辖权。如果国际法治完全依靠国际性法院和法庭，这些机构将无法应付巨大的工作量，结果是司法被过分拖延，也就等于被拒绝。

但是毋庸赘言，国内法院若要发挥上述的作用，一定要具备最高的素质，必须满足前面讨论过的国内法治要件，特别是独立性和公正性。国内法院如果被本国公民认为是腐败的，就很难对国际法治的未来作出积极贡献。

换句话说，努力改进国内法院的素质，不仅符合国内法治的利益，也符合国际法治的利益。

5 供进一步阅读的参考资料

供进一步阅读的参考资料可通过罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所和海牙法律国际化研究所的网站查阅，链接如下：

罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所

<http://www.rwi.lu.se/>

海牙法律国际化研究所

<http://www.hiil.org/>

各国议会联盟的网址是：

<http://www.ipu.org/english/home.htm>

世界正义工程的网址是：

<http://worldjusticeproject.org/41>

* * * * *

正文中特别提到的出版物：

前国家元首和政府首脑国际行动理事会第 26 届年度全体会议的《最后公报》

<http://www.interactioncouncil.org/final-communicu-29>

《人权：议员手册》，各国议会联盟和联合国人权事务高级专员办事处联合出版，2005 年

http://www.ipu.org/PDF/publications/hr_guide_en.pdf

《二十一世纪议会与民主：良好做法指南》，各国议会联盟出版，2006 年

http://www.ipu.org/PDF/publications/democracy_en.pdf

《议会对安保部门的监督》，各国议会联盟和日内瓦民主管制武装力量中心联合出版，2003 年

<http://www.ipu.org/PDF/publications/decaf-e.pdf>

《人权与议会：议员和工作人员手册》，西敏寺联合会、国际律师协会和联合王国援助署联合出版，2011年

http://www.ibanet.org/Human_Rights_Institute/About_the_HRI/HRI_Activities/Parliamentary_Strengthening.aspx

《关于国家机构的地位的原则》（《巴黎原则》）

<http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>

世界正义工程主持编制的“法治指数”

<http://www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>