

“法治国”在意大利：涵义、类型与危机

罗智敏*

目次

- 一、意大利理论界对“法治国”的不同认识
- 二、形式意义的法治国——法律国(Stato legale)
- 三、实质意义的法治国——宪政国(Stato costituzionale)
- 四、法治国的危机

摘要 意大利理论界对于法治国的涵义并没有完全一致的认识,学者们从不同角度对法治国进行研究。一般将法治国分为两种类型,即形式意义上的法治国与实质意义的法治国。前者被称为法律国,法律至上,国家的一切行为形式上都要符合法律,但立法本身不受限制;后者被称为宪政国,公权力在形式与内容方面都要受到约束与限制,所有公权力包括立法权都要遵守宪法所规定的基本原则。法律国中,法与正义相分离;宪政国中,法与正义在实质层面又相互联系。随着“社会国”的出现及全球化的发展,法治国面临着危机。

关键词 意大利法治国 法律国 宪政国

法治国理论产生于19世纪中后叶的德国自由主义国家时期并在欧洲各国广泛传播,对意大利公法影响很大。“法治国”在欧洲大陆国家有不同的语言表述,如德国是“Rechtsstaat”,法国为“Etat de droit”,西班牙为“Estado de derecho”,意大利称为“Stato di diritto”,它似乎已经成为西方政治与法律语言的一部分,尤其是政治家们不断使用这个概念,力图使其成为西方文明区别于其他文明(尤其是伊斯兰和中国文明)的一个特征。^{〔1〕} 尽管如此,“法治国”在欧洲各国产生与发展的经历也不尽相同,本文针对“法治国”在意大利法学理论中的主要观点做一梳理,以揭示其在意大利

* 中国政法大学法学院副教授、法学博士。感谢意大利罗马第二大学董方晓博士研究生及罗马第一大学耿佳宁博士研究生的帮助,她们在意大利为我复印资料,才使本文得以完成。

〔1〕 D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto, Storia, Teorica, Critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 18.

利的独特发展历程及法学家们所关心的核心问题。

一、意大利理论界对“法治国”的不同认识

“法治国”并不是意大利的本土语言,最早出现在19世纪末公法学家的著作中,^[2]直至现在,对于法治国的涵义在意大利还存在着争论。20世纪50年代,意大利著名法学家费尔南多·噶尔佐尼(Fernando Garzoni)还在埋怨法治国概念的不确定及含糊性。^[3]意大利理论界普遍认为,法治国本身并不是一个很清晰的概念,即使在专门文献中也缺少对法治国在制度或规范层面进行的详尽分析,理论界也没有分清法律国(Stato legale)、自由国(Stato liberale)、民主国(Stato democratico)、宪政国(Stato costituzionale)等这些与法治国相同或相近的概念,甚至在教科书及法的百科全书中,对“法治国”这个词条的介绍几乎也是处于沉默。^[4]意大利法学家皂罗(Zolo)直接指出,从语义统一和意识形态中立的角度对“法治国”的含义进行研究是非常天真的。^[5]有学者指出,法治国概念本身意识形态的延展性与可替代性导致几个世纪以来法治国被因不同目的而使用,法治国背后有自由主义、民主主义、社会主义等不同的理论支撑,甚至一些法学家认为法西斯时期也是“法治国”,因此“法治国”本身具有意识形态的特征,很难具有中立性。^[6]也有学者指出,也许正因为它的不确定性,法治国从其诞生之日起就被称赞是普世的,以至于一个国家如果不具备这种模式就被认为是非法的。^[7]

从研究的角度来看,意大利一部分学者从历史层面进行研究,认为如果不将法治国的概念与特定的历史背景相联系,只将其视作国家运转的一种方式的话,那在古代就存在法治国的概念了,亚里士多德的著作及中世纪很多政治理论中都存在法治的观点。^[8]法治与人治相对立,法治是无人称的、普遍的、稳定的,人治是个人的、任意的、凭自己感情的、暂时的。法律与任意相对立,因为它具有抽象性与普遍性的特征。法治高于人治,法律具有平等性,以相同的方式对待相同的事情;法律具有确定性,公民知晓法律的内容并可预见自己行为的法律后果;法律具有自由性,当法律没有禁止的时候,就可以自由行事,无需听从他人的不确定的意志。从这个角度来看,法治国的含义只是侧重一个制度如何运转,并没有明确其实质内容,在中世纪及绝对君主制时期,权力应该受到

[2] 要求行政机关的行为合法、权力分立以及对自由权的合法保护已经在君主时期的“宪法”理论中有所体现。关于法治国的概念与自由权保护之间的紧密关系,参见 F. Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, Torino 1924, 156ss;关于法治国与针对公共行政机关的司法保护之间的关系,可以追溯到19世纪末的著作,如 S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione pubblica*, Torino, 1949, 56ss;关于行政司法在法治国理论中的中心地位,参见 L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2001, p. 311-342.

[3] F. Garzoni, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts*, Polygraphischer Verlag, Zurich 1953; Cfr. D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 19.

[4] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 19.

[5] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 19.

[6] S. Panunzio, *Lo stato di diritto*, II solco, Citta' di Castello, 1922.

[7] Anna Pitore, *Stato di diritto*, *Dizionario del liberalismo italiano*, Vol. I, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011. 也有学者持同样观点,认为正是因为其概念的模糊性才使它成功沿用至今,各种理论赋予其不同含义,甚至这些含义是相互冲突的。F. Biondo, *Stato di diritto o stato di giustizia? Osservazioni critiche su un'alternativa troppo rigida*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, vol. 4, 2004, pp. 7-31.

[8] Anna Pitore, *Stato di diritto*, *Dizionario del liberalismo italiano*, Vol. I, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011.

限制的思想都是存在的。^{〔9〕}

一部分学者将法治国的概念与民主、人民主权等概念紧密相联，认为虽然对法国有不同的定义，但是其基本涵义是清楚的，即国家本身要服从于法律，限制其任意行使权力，它的根本目的是保证自由权，针对权力保护公民。这个概念是自由主义运动的结果，虽然也可以追溯到古代，但是其深刻含义是现代的。法治国与人民主权是紧密地联系在一起，民主实质上是对权力的监督；权利的保护是宪政主义的核心目标，这对于现代民主国家来说是不可缺少的。^{〔10〕} 还有学者认为法治国的概念与对人的基本权利保护密切相联，例如考斯达(Costa)认为，法治国的三个基本要素是政治权力、权利与个人，法治国指出如何通过“法”对“权力”进行干预以达到强化公民主体地位的目的。^{〔11〕}

也有学者认为国际上统一的法治国概念是不可能存在的，因为它随历史发展、国家以及社会利益影响的不同而变化，但其中心涵义就是禁止公权力的专断，包含一些共同要素，如遵守由议会投票制定的法律、针对国家保护公民的权利以及权力分立。^{〔12〕} 意大利行政法学家札尼尼(Giannini)认为法治国只是“一种描述性的或词法的列举”，它具有两个特征即权力分立与授予公民针对公权力的权利。^{〔13〕}

对意大利来说，“法治国”的概念是一个从德国而来的舶来品，从以上观点中也可以看出德国法治国理论的影响。意大利学者认为可以从形式意义和实质意义来划分法治国，形式上看，法治国指一种制度，在该制度中公权力由法律授权并依据法律的形式及程序运行，这种意义上的法治国概念与德国的“Rechtsstaat”的用法相一致。实质意义上法治国的涵义是指公权力不仅在形式上还应该在其内容上受到约束与限制，在此制度中，所有公权力包括立法权都要遵守宪法所规定的实质原则，即权力分立与基本权利的保障，这被认为是意大利流行使用的涵义。^{〔14〕}

二、形式意义的法治国——法律国(Stato legale)

为了更准确地理解形式意义法治国在意大利的涵义，需要从历史发展的角度分析法治国之前时期的法的特征。许多意大利法学家指出，在法治国产生之前的时代是前现代法时期，自然主义法学是该时期最主要的理论学说。自然主义法学的核心在于确认“自然法”与“实定法”的区分，认为法先于人而创造并且独立存在。自然主义法学派对法持有二元观念，在他们看来，自然法与实定法是两种不同的法秩序。^{〔15〕} 他们认为，实定法应该符合自然法，否则就不具有约束力，实定法如

〔9〕 M. Fioraventi, *Appunti di storia delle costituzioni modern I: Le liberta': presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino 1991, cap I.

〔10〕 L. Carlassare, *Sovranita' popolare e Stato di diritto*, in *Sovranita' popolare e Stato di diritto*, a cura di S. Labriola, Bari 2006, p. 165.

〔11〕 P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto, Storia, Teorica, Critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 90.

〔12〕 G. Zagrebelsky, G. Oberto. G. Stalla, C. Trucco, *Diritto pubblico*, Le Monnier, 2004, p. 22.

〔13〕 M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di C. Morati I*, Milano 1977, P. 139ss.

〔14〕 L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto: Storia, Torica, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 349.

〔15〕 G. Fasso, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1968, 1974.

果与自然法相冲突就不是真正的法。按照自然法学派的观念,自然法等同于正义,因此道德是渗透到法的概念之中的。中世纪也存在实定法,如皇帝、教会、君主、市镇及团体制定的法律、法令、章程及相似的规范,但是任何一个机构都不具有制定法的垄断权。这种条件下,没有一个统一的渊源体系,各种法之间相互竞争,杂乱无章,法的统一由法学家与法官的司法判决来保证。^[16]对于已存之法,根据自然法学派的主张,其有效性不是来自于形式上的渊源,而是来自于其内在理性或者实质正义,这一时期法学家的权威极为重要,法官也具有极大的裁量权。^[17]

形式意义上的法治国——法律国产生于自由主义国家时期,经历了法典化运动,国家垄断了法的制定权,确定了合法性原则。此时的理论基础是实证主义法学,与自然主义法学的主张相反,实证主义法学派主张法的一元论,认为自然法在事实上并不存在,它只是一种虚幻的观念,唯一真实的法就是实定法,并且主张道德与法相分离,他们认为二者之间虽不冲突,但法并不是正义,甚至如果符合法所确定与承认的标准的话,法的内容可以与道德相冲突。^[18]自此基础上,实证主义法学派发展出一套广泛的关于法规范的体系化及等级化的理论。在这种理论背景下提出的合法性原则,法的有效性完全取决于法律规范本身的规定,因为法已经不再是真理或者正义,法的“有效性”与“正义”“真理”相分离。^[19]这种变化体现在司法活动中,法律相对于司法具有绝对性地位,法官仅是合法性的裁判者,其审判只服从于法律,审查法律所规定的事实,适用法律所确定的规则,与前现代法时期相比,法官的裁量权缩减。与此同时,也确定了法律面前人人平等、法官独立及抗辩等原则。

因此,可以看出,根据形式意义法治国的概念,法治国是一种对权力专断的限制,主要表现是合法性原则,即法律至上,行政权应忠实地执行法律,法官应严格地适用法律。根据合法性原则,行政行为及法官的判决只有依据法律的规定并在法律限制的范围内才是有效的,即行政权与司法权应该受到遵守法的约束,但是立法权是至高无上的,不受限制与约束。为了避免行政机关的权力不受监督,意大利在19世纪就明确了法律优于行政的观念,他们认为议会是选举产生的,相对于行政机关而言议会更能代表人民的意愿。^[20]意大利行政法理论界认为,法律保留是保证合法性原则的重要方面,宪法很多条款中都规定影响公民权利的行政权的行使需要议会的特别法律加以规范,其中宪法第23条就是规定法律保留的一个明显例子。^[21]当公民受到违法行政行为损害时可以提起申诉以求保护,在法治国的最初时期,要向行政机关本身提起申诉,由该行政机关做出决定,随后公民可以向一个中立的法官提起诉讼,该法官有权宣布违法行政的无效。

一些意大利学者认为,形式意义的法治国与社会正义是相区别的,其本身仅仅通过法律及法官的独立构成一个限制行政权的工具,并不意味着一种特殊的权利范畴或者某种社会正义的思想。正因为如此,一些学者认为法西斯时期也是法治国,因为即使是一个集权制度,其权力也是由法律规定的,法律规范是元首以人民的名义做出的决议,也具有确定性与可预见性,并且至少在形

[16] 关于中世纪西欧各国法律渊源情况,参见[英]梅特兰等:《欧陆法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版。

[17] L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, p. 349.

[18] 参见[意]弗朗科·本斯纽里:《自然法学、法律实证主义和立宪主义:西方法文化之中关于法的三个基本概念》,载[意]罗伯特·隆波里等著:《意大利法概要》,薛军译,中国法制出版社,2007年版,第126~128页。

[19] L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, p. 353.

[20] 参见罗智敏:《论欧盟法影响下意大利行政法基本原则的发展与变化》,载《行政法学研究》2011年第2期。

[21] 意大利宪法第23条规定:“如果不是根据法律,任何人不得被强迫规定人身或财产给付。”

式上同样能够保持法官的独立,但是为了保卫国家的利益或者在纳粹主义的情形下,人民的统一与种族的统一能够暂时或长期消灭法治国的一些制度,目的是为了确定国家发展中的较高阶段——道德国或正义国。^[22] 正是因为形式主义的法治国理论中,法与道德相分离,法被置于政治权力之下,才导致了该理论在法西斯主义时期的软弱无力。法治国原始概念的特征就这样在法西斯时期完全被抽空了其最初意义,甚至成为与自由主义者反对的那种权力体制相符合的概念。^[23] 因此意大利一些学者指出,法治国的概念并不是一个科学的概念,使用它是为了赋予政治制度的合法性,人们可以认为不同制度下的政治体制都是“法治国”,即使这些制度之间的特征完全相反,如集权的政治体制,具有宗教、种族及性别歧视的政治体制,等等。^[24] 也许正是因为这个原因,意大利制宪会议几乎很少使用“法治国”的术语,法治国的涵义主要体现在他们对于法与道德相分离、权力分立、法官独立及对权利的保护等论述上,表现为形式意义上的法治国的含义。只是在1947年制宪联合委员会主席的最终报告中出现了很少使用的法治国的字眼:“一切权力由人民授予,在宪法与法律的形式与范围内行使;这是‘法治国’的需要。”^[25]

三、实质意义的法治国——宪政国(Stato costituzionale)

形式意义上的法治国表明国家的一切行为都要符合法律,但是法律本身可以自由地对任何事情进行规定,即立法权本身不受限制可以任意行使,法律与正义相分离,只要在形式上符合法律的规定即可。这就导致一方面专制制度也可以以“法治国”为由为其制度的合法性论辩,如上所述的意大利墨索里尼政府时期,也有学者称其法治国;另一方面,随着民主化的发展,议会中的多数派与少数派之间的地位已经不再像以前那样固定,在国家政治结构中某一社会阶层在立法政策上的绝对主导地位动摇,“合法性”出现危机。就像学者指出的那样,一个在议会中占微弱的多数席位取胜的政治集团制定的法律,因为偶然原因倒台,另外一个政治集团在议会占据多数席位,立即将政敌的法律废除,或者即使不废除也通过另外的法律进行“去功能化”处理,这样法律就丧失了其正当性。^[26] 为此,立法者本身也应该受到约束,法治国的概念在20世纪通过合宪性原则而得到补充。合宪性原则意味着立法者也要受到遵守法的约束,特别是规定在宪法中的内容,这就是实质意义上的法治国,也称为宪政国。根据实质意义法治国的概念,与宪法相抵触的法律是无效的,宪法法院或其他类似机构可以根据特殊程序对法律的合宪性进行审查。^[27]

意大利学者认为,实质意义法治国的理论基础在于立宪主义的发展。虽然宪法制度及理论大部分在现代欧洲宪法之前就已经存在了,但是在19世纪及20世纪初期的法文化中,法律无论其内

^[22] G. Fasso, *Stato di diritto e stato di giustizia*, in R. Orecchia (a cura di), *Atti del VI Congresso nazionale di filosofia del diritto*, Pisa, 30 maggio-2Giugno 1963, Giuffrè, Milano, 1963.

^[23] G. Zagrebelsky, G. Oberto. G. Stalla, C. Trucco, *Diritto pubblico*, Le Monnier, 2004, p. 22.

^[24] F. Biondo, *Sato di diritto o stato di giustizia? Osservazione critiche su un'alternativa troppo rigida*, p. 8.

^[25] L. Carlassare, *Sovranita' popolare e Stato di diritto*, in *Sovranita' popolare e Stato di diritto*, a cura di S. Labriola, Bari 2006, p. 165.

^[26] 薛军:《民法-宪法关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心》,载《中国法学》2010年第1期,第87页。

^[27] G. Zagrebelsky, G. Oberto. G. Stalla, C. Trucco, *Diritto pubblico*, Le Monnier, 2004, p. 22.

容如何,都是最高渊源。人们并不认为宪法是严格约束立法者的,宪法仅仅是庄严的政治文件。意大利法学家费拉乔里(L. Ferrajoli)指出,实际上直到20世纪50年代以前,在法学家的一般认知中,都不存在针对另一个法律的法律以及针对另一个法的法,一个法律能够约束另外一个法律被认为是不可理喻的,法律至上,因为法律是法唯一的渊源。从民主角度说,一旦是议会多数派的表达就是合法的,因此是人民主权。^[28]只有在二战纳粹失败之后,人们重新认识与规定了宪法的刚性意义及重要性,通过设定特殊的法院宣布违宪法律无效。

犹如与前现代时期的法相比形式意义法治国的变化一样,宪政国与形式意义上的法治国相比也发生了显著的变化。费拉乔里认为,第一个变化涉及法的有效性。在宪政国,法律不仅符合形式上的制定规范,而且在内容上要符合实质规范,不承认其含义与宪法规范相抵触的法律,这就导致法的生效与有效性的分离,因为很可能一个形式上生效的规范因其含义与宪法相抵触而实质无效,也就是制定规范的内容或含义要符合宪法规定的原则及权利;第二个变化涉及司法判例的地位。因为法官需要审查法律的内容是否与宪法相抵触而无效,实际上就改变了法官与法律的关系:以前法官只是按照法律的规定进行审查做出判决,现在法律本身也要符合宪法,只有合宪的法律才是有效的,因此当存在不合宪的法律时,总是法官进行解释并做出是否违宪的裁决,这样就委托法官去评判法律与宪法的内在统一性。同时因为宪法的规定,也缩小了法律含义的不确定性,法官及法学就不会做出很宽泛的解释,这也减少了法官及法学自由解释的空间。^[29]

可以看出,宪政国又将法与道德的关系提到新的层面。如前所述,在自然主义法学派为基础的前现代法时期,法与道德在本质上是相同的,法与正义相一致,因此违反正义的法即是无效的。在以实证主义法学为基础的形式主义法治国时期,法与道德相分离,法治国与正义相区别,这个时期法的有效性就在于是否符合法律的规定,法律至上,因此即使法律本身是不公正的,也符合法治国的要求。在以立宪主义为基础的宪政国时期,法的有效性不再是符合法律的规定,因为法律本身都要符合宪法的规定,因此一个生效的法律如果与宪法规定相悖,就会被通过特殊程序宣布为无效,而宪法包含着制度的基本原则及政治伦理的道德要求,因此法与道德的关系又再一次被联系起来。

关于立宪主义之下的法与道德的关系,在意大利存在不同的看法。以费拉乔里为代表的学者认为,立宪主义是实证法学的变革与完善,是实证法学的新的范式,因此仍然存在法与道德的分离,只不过是来源于道德的政治伦理原则作为实在法而被法律化了。^[30]以弗朗科·本斯纽里(Franco Buonsignori)为代表的学者却指出,立宪主义实质上仍属于自然主义法学的范式,只不过是在自然法理论的基础上吸收了实证法学的某些要素而已。^[31]立宪主义产生于17、18世纪的自然法学,在实证法学产生之后并没有消失,反而适应实证主义的发展,它提出宪法也是一种实在法,其合法性来源于“事实产生法”的原则并以“人民主权”为理论依据。在法的效力上立宪主义做出以宪法为基础性规范的等级安排,宪法不仅是一种形式上的技术规范,同时也是一套原则及政治伦理价值宣言,是法律体系的基础部分,被认为是制宪权所不能触及的,因此对其修改只能通过更为严格的

[28] L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, p. 354.

[29] L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, p. 356.

[30] L. Ferrajoli, *Il diritto fondamentale*, in *Toria politica*, vol. 14, fasci. 2, 1998, pp. 27-28.

[31] 见前注[18],弗朗科·本斯纽里文,第135页。

程序,并且通过合宪性审查的特殊程序保证宪法的“刚性”。^[32] 犹如自然主义法学对法与道德关系的认识一样,立宪主义在法中也区分两个不同层次,一个作为另外的评价准则,立宪主义通过“应为”的规范形式将道德纳入到实在法,与前现代时期的自然法学不同的是,政治伦理义务只能通过被实定法规定的方式才能纳入到法律体系之中,道德不能直接干预法。^[33] 弗朗科·本斯纽里认为费拉乔里所持的观点是不完全正确的,费拉乔里所提出的“来源于道德的政治伦理原则作为实在法而被法律化”实际上是很困难的,“因为如果这些一般性的原则不可能以技术性、法律性的语言进行严格地定义,使其成为严格的技术性的法律概念的话,那么法律化就极其困难”,就会“给道德的而非法的语义解释留下了巨大的空间”。^[34] 因此,他认为当代立宪主义是自然法学的一种现代的进化的和成熟的形态,原始自然法的立宪主义,在经历了深刻的理论危机以及法律实证主义的政治、集权及二次世界大战后,没有消失反而进行自我更新。一方面,基于实证法学的基本原则,将法与道德相分离,另一方面,又在法与道德之间确立起一种联系,道德可以有限地渗透到法之中,法与正义相区分,同时又互相联系,这样就通过政治论语的术语对法律及政治活动加以控制。^[35]

意大利学者们的立宪主义观点为我们思考宪政国的基础理论提供了一个进路,即宪政国是随着立宪主义的发展而崛起的。无论认为立宪主义是实证法学的范式还是自然法学的进化,都明确了法与道德之间密不可分的关系,指出法治国不是简单地表现为一个限制权力专断的制度,权力不仅要依法行使,而且在公民与权力之间应该存在公正的关系,法与正义相联。然而,也有意大利学者认为,这种实质意义上的法治国实际上将该概念与公正、正义相混淆,首先存在一个简单的逻辑问题,即混淆了法治国“是什么”与“应该是什么”的问题,其次从概念的实用主义角度来看,对于何谓“正义”本身就有不同的解释,如果将法治国与正义等同,那么法治国就会变成一个“理想的国家”的附件,对法治国定义的争论就会变成政治哲学的讨论,会呈现出不同的无边无际的关于法治国的概念。^[36] 意大利法学家皂罗尝试超越形式上与实质上的法治国概念的冲突,他认为应该拒绝形式意义上法治国的概念,因为即使是纳粹的法律,也总是清晰的、内在一致的且没有溯及力,与法治国的概念相符合。定义法治国需要避免这种制度设计与“最好的共和国”的理想相吻合,构成法治国定义的实质价值核心在于一个受到保障的基本权利的范畴,即使与立法者的意志相反。^[37] 对于哪些权利应该被认为是法治国的必要和充足的条件,他指出,如果给出一个不可变更的或者无限宽泛的权利范畴,有可能再次将法治国的理论纳入到正义争辩之中。他认为首先不能将法治国的核心界定为一些不可变更的权利,因为这样就可能使宪法法院成为真正的自由主义民主的“统治者”。事实上在一个多元社会中认为所有人都同意宪法规定的一系列价值是骗人的。^[38] 皂罗认为应该有一个关于法治国概念的“最低的”“认同的”定义,需要一个内在的统一解释,该解释

[32] 见前注[18],弗朗科·本斯纽里文,第130~131页。

[33] 见前注[18],弗朗科·本斯纽里文,第134页。

[34] 见前注[18],弗朗科·本斯纽里文,第134页。

[35] 见前注[18],弗朗科·本斯纽里文,第137~138页。

[36] F. Biondo, *Sato di diritto o stato di giustizia? Osservazione critiche su un'alternativa troppo rigida*, p. 13.

[37] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 20-21.

[38] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 53.

在法治国的涵义上能够体现不同法律制度所共同具有的有关价值。^[39]他认为,“无论在理论层面还是政治层面,法治国在西方似乎都不可替代。因为严重的意识形态的危机…法治国被委托作为一种保证‘最低政治秩序’的形式:在保护主体权利尤其是市民权利的可接受层面,法治国能够保证一个稳定的政治秩序”。^[40]皂罗认为,“最低政治秩序”并不是一个静态的秩序,因为政治共同体内部的冲突以及对新需要和新的权利的承认,法治国的概念是变化的,但是扩大权利范畴的主体不是法官,而是社会运动,法治国会超越它所产生的最低政治秩序而演进。^[41]可以看出,皂罗的法治国概念是一种社会的现实主义理论的解读。

总之,宪政国在意大利得到了肯定。虽然意大利宪法与德国宪法不同,并没有明确规定法治国,但是却包含体现法治国的主要原则。意大利学者认为意大利宪法中规定了如保证权力分立、司法官独立、权利的司法保护等法治国的这些要素,因此不需要发掘出术语的“贮藏器”:宪法的刚性与确保公权力合法运行一起显示了法治国的宪政目的。^[42]但这个发展过程也是缓慢的,直到20世纪50年代,意大利最高法院还认为理论上宪法的原则与权利只是纲领性的,否认宪法中确定的价值是法的渊源,不承认法官可以对其直接适用。^[43]后来在意大利理论界与司法界围绕着宪法是纲领性规范还是规则性规范的争论达到顶峰,涉及贯彻宪法时法律保留的意义、形式平等与实质平等的关系以及对于条例权等的不同解释。1956年宪法法院成立之后,确定了一种混合的违宪审查方式,既可以进行分散审查,又可以进行集中审查,宪政国的基本理念得到贯彻实施,宪法法院不断地对抗违宪的法律,获得了积极的评价。

四、法治国的危机

如前所述,法治国在意大利并非是一个非常明确的概念,对其内在含义及其理论基础仍存在不同的认识,在理论界并没有进行普遍的研究。20世纪80年代开始,意大利又重新开始对法治国进行讨论。学者分析,除了欧盟的影响外,主要原因是社会国的财政危机使得人们再次关注公权力应该追求的目的,“贪得无厌的极权主义国家”的幽灵再次出现,在法治国的核心问题中再次出现减少公共干预与税收、放松管制、市场摆脱公共行政机关的干预等,其实质内容仍然是审慎地保卫民主与个人的自由。此外,人们重申法治国的另外一层意义——权力分立,在意大利,法官已经不再是合法性的裁判者,宪法法院的一系列判例承认法官通过一种如价值判断、利益权衡等判断技术做出规范性的结论,此外甚至承认法官在解决某个案件涉及的规范是否违宪的问题上具有合宪性的解释权。^[44]在意大利司法权被指出侵犯了代议制政治机构的选择空间,要求司法权不能僭

[39] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 20.

[40] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 67.

[41] D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 71-73.

[42] E. Crosa, *Diritto costituzionale*, Torino, 1951, p. 228.

[43] M. Luciani, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, II, 501ss.

[44] G. Roehrsen, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo* (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Giuffrè Editore, Milano, 1989; Giuseppe Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Procedura, procedimento, processo*. Atti del Convegno (Urbino, 14-15 giugno 2007), a cura di L. R. Perfetti.

越立法权。意大利下议院曾经针对最高法院做出的判决向宪法法院提起诉讼，认为该判决在中断卫生待遇方面的问题上造成了“对传统权力分立原则的根本性破坏”，但被宪法法院 2008 年第 334 号裁定驳回。

在对法治国的重新讨论中，一些学者指出了法治国的危机。^[45] 该危机首先表现为与“社会国”的对立，行政机关面临着大量的社会服务任务，不断地扩充其职能并提高技术以保证社会的给付。行政机关获得了立法权，在渊源方面，与议会制定的法律的功能及内容的区别已经不复存在。立法经极度膨胀，意大利几十年间就制定了上千部国家法律与大区法律，而且每年都有数百部法律及法令出台，而且法律语言含糊不清，有的法律条款长达数页，且错综复杂，参考是混乱的相互矛盾的。费拉乔里指出，含有多种解释的不清楚的规定通常是妥协选择的结果，更为糟糕的是“将规范的选择委托给司法适用”，^[46]这也导致了规范本身不再是明确的。

另外，国家已经不再是唯一的法的制定主体，随着区域性条约与国际条约的增多，法的渊源、体系的统一性与内在连贯性以及国家宪法的地位都存在危机。比如在欧盟层面，针对成员国，欧盟法具有直接效力与优先的效力。作为欧盟成员国之一的意大利，在欧盟法与国内法的关系上，欧盟法具有直接适用的效力，并居于优先地位。欧盟法的直接效力原则体现在欧盟法在意大利不必通过国内立法或行政措施可以直接适用；对于欧盟法为所有欧盟公民个人直接创设的权利，意大利公民可以直接请求国内法院保护，意大利法院必须保护欧盟法赋予的个人权利，即使这些权利与国内法存在冲突。欧盟法的优先效力原则是指欧盟法在意大利国内适用时尤其当意大利国内法与欧盟法相冲突时，应优先适用欧盟法的相关规定，这一点如今已经毫无争议地在意大利得到遵守。欧盟法的地位与适用是意大利宪法法院通过一系列判例而予以肯定的，^[47]尤其是在 1984 年第 170 号判决中宪法法院认为只要国内法与欧盟法相冲突，无论何时颁布，意大利法官都不能适用，而应该直接适用欧盟法，然而国内法既不被认为违宪，也不会被废除，只是简单地不予以适用，这意味着该国内法仍然有效。不适用与欧盟法冲突的国内法不仅针对成员国法官，也同样针对成员国的行政机构，这在欧洲法院的一系列判决中都得到明确的确定。^[48] 意大利宪法法院 1985 年 4 月 23 日第 113 号判决指出欧共体规范在意大利领土的效力以及该效力不能被国内法

[45] Cfr Silvio Gambino-Walter Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*. Relazione al Seminario interdisciplinare “Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali” (Università di Messina, 7 maggio 2012). *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, in *Ars Interpretandi*, Carocci editore, 2011; Sabino Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, 2002; L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto: Storia, Torica, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002; L. Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2004.

[46] L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto: Storia, Torica, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 364.

[47] 在 1964 年 7 月 15 日欧洲法院的 Costa/ENEL C-6/64 判决中，欧洲法院首次明确指出欧洲共同体法的效力优先原则，关于欧盟法对成员国国内法的效力的发展及理论，参见 Alfonso Celotto, *La prevalenza del Diritto comunitario sul Diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione*, available at http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/129_145.pdf, 最后访问时间 2014-10-08。

[48] 这方面欧洲法院的判决主要有 C-118/00, Larys; C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, 参见 Alfonso Celotto, *La prevalenza del Diritto comunitario sul Diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione*, available at www.iidpc.org/revistas/8/pdf/129_145.pdf, 最后访问时间 2014-10-08。

律破坏,一方面指出了欧共同体法与国内法律在渊源方面的平等性,另一方面又根据宪法第11条^[49]之规定,通过违宪审查的方式,指出欧共同体法比国内法更为重要;最高法院1987年1月23日第634号判决同样指出意大利法官有权力与义务不适用与欧盟法相抵触的国内法律,必须承认由欧共同体法院在履行欧共同体条约所赋予的职能时为解释欧共同体制度而引申出的一般规则。因此,行政机关的自由裁量权不再像以前那样只服从于国内的法律,也要受限于欧盟法所确定的范围。^[50]2005年2月11日第15号法律对1990年第241号法律(《行政程序法》)第1条进行修改,规定行政行为除了要遵守行政程序法及单行法律规范外,还要遵守欧盟法的原则。2010年9月16日生效的《行政诉讼法典》第1条开宗明义地指出“根据宪法与欧洲法的原则,行政裁判确保全面有效的保护”,欧盟法直接在行政诉讼中加以适用。一些学者指出,在这种进程中,欧盟民主是有缺陷的,因为欧盟法渊源的制定主体包含不具有直接代表性的机构如欧盟理事会与欧盟委员会,它们通过不透明的程序做出决定,成员国公民与欧盟的距离很远,等等。在欧盟法的作用下,“合法性原则”与“法律保留”正在丧失其原有的意义。

从更广的层面来看,国际宪法仅处于萌芽状态,作为联合国宗旨及其基本原则的和平原则被西方强权推动的两次世界大战搁置在一边,再加上科索沃等战争,联合国失去其权威,世界出现越来越多的不平等、贫穷、饥饿及剥削。此外,世界经济的一体化的进程中出现公法的缺位,针对军事强国、私有经济巨头缺乏限制、规则及监督,出现新的专制主义,公民的安全及经济自由权需要得到全球层面的保证。法治国在这种新的形势下需要适应新的需要进行补充,发展全球性的公共治理机制保证人的基本权利不受侵犯。^[51]

(责任编辑:蒋红珍)

[49] 意大利宪法第11条规定:意大利否认把战争作为侵犯他国人民自由的方式和解决国际争端的工具;意大利同意在与其他国家同等条件下,为了建立保障国际和平和正义的秩序,对主权作必要的限制;促进和赞助有此目的的国际组织。

[50] Giulio Vesperini, *Le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali: un'introduzione*, in *Il Diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Giuffrè Editore, 2008, p. 34.

[51] S. Cassese, *Il diritto globale*, Torino, 2009, 156. ss; L. Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2004; D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, p. 58.