



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

FAZHI XIANDAIHUA YU FAZHI ZHENGFU
法制现代化与法治政府

主编·马怀德

知识产权出版社



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

知识产权出版社

FÀZHÌ XIÀNDÀIHUÀ Yǔ FÀZHÌ ZHÈNGFŪ

法制现代化与法治政府

主编·马怀德

本书受教育部哲学社会科学重大课题攻关项目
「中国法治现代化的理论与实践」资助

内容提要

《法制现代化与法治政府》是目前国内一部较为系统地将法制现代化进程与法治政府建设结合起来进行研究的著作。本书以西方法治理论为参照系,在分析我国法治政府建设的本土制度背景的基础上,以“主体—行为—监督”为主线,论述了法治政府制度构建的内容,并结合我国具体国情,论证了建设法治政府的可行性和可能遇到的障碍,以及应当遵循的模式和路径。

责任编辑:汤腊冬

责任校对:韩秀天

执行编辑:熊莉

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

法制现代化与法治政府/马怀德主编. —北京:知识产权出版社,
2010.8

(中国法治现代化丛书)

ISBN 978-7-80247-985-2

I. 法… II. ①马… III. ①法制-研究-中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第065476号

法制现代化与法治政府

马怀德 主编

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000860 转 8108

印 刷:北京富生印刷厂

开 本:880mm×1230mm 1/32

版 次:2010年8月第1版

字 数:357千字

ISBN 978-7-80247-985-2/D·982 (2928)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82005070/82000893

责编邮箱: tangladong@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:13

印 次:2010年8月第1次印刷

定 价:35.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

目 录

Contents



导 论

- 一、现代化、后现代主义及制度移植 / 1
- 二、法律制度的转型与法治 / 5
- 三、法治的思想及法治、法治政府在中国的正当性 / 8
- 四、本书的基本框架和研究方法 / 15

第一章 法治政府的基本理论

- 第一节 法治政府基本理论的梳理 / 17
 - 一、古希腊亚里士多德的法治思想 / 17
 - 二、古罗马西塞罗的法治思想 / 19
 - 三、英国的法治理论 / 21
 - 四、德国的法治国理论 / 32
 - 五、小结 / 39
- 第二节 我国法治政府理论的基本内容 / 42
 - 一、法制的现代化与西方化 / 42

- 二、法治政府的宪政基础 / 46
- 三、法治政府的概念与特征 / 49
- 四、法治政府的构成要件 / 63
- 五、法治政府的最低标准 / 72
- 六、建设法治政府的条件与障碍 / 79
- 七、小结 / 88
- 第三节 法治政府权力的界定和行政体制的现代化 / 90
 - 一、权力的界定 / 90
 - 二、行政体制的现代化 / 97
 - 三、小结 / 109
- 第四节 法治政府与司法审查制度现代化之间的互动关系 / 110
 - 一、司法审查制度的内容 / 110
 - 二、司法审查的现代化 / 116
 - 三、司法审查型塑法治政府 / 119
 - 四、法治政府推进司法审查 / 122
 - 五、小结 / 123

第二章 中国法治政府的背景分析

- 第一节 法治政府与宪政体制背景 / 127
- 第二节 法治政府与全球化背景 / 156
- 第三节 一些问题 / 164

第三章 法治政府的制度构建

- 第一节 行政组织变革与制度规范 / 183
 - 一、传统行政体制下公共职能的国家垄断 / 184
 - 二、行政改革与公共职能的分化 / 188
 - 三、公共服务民营化——公共职能分散化的方式 / 195
 - 四、公共职能分散化与行政组织变革 / 199

- 五、社会变革中我国公共职能的分化与整合 / 208
- 六、行政改革与我国公法人制度的完善 / 236
- 七、制度变迁与我国行政法理念的现代化 / 251
- 八、行政改革与我国行政组织法学的研究 / 256
- 第二节 法制现代化与政府行为的法律规制 / 268
 - 一、社会转型中我国公共行政模式的变迁 / 268
 - 二、非权力性行政的兴起及其法律规制 / 275
 - 三、规划与法治的结合——社会理性发展的要求 / 288
 - 四、以确定力为核心的效力体系的构建 / 296
- 第三节 司法审查制度的现代化 / 313
 - 一、关于司法的独立性和权威性 / 315
 - 二、司法审查制度自身的现代化问题 / 322
 - 三、法官的职业素质 / 335

第四章 建设有中国特色法治政府的可行性和基本路径

- 第一节 建设有中国特色法治政府的障碍 / 338
 - 一、从“中国特色”看法治政府建设中的阻碍因素 / 338
 - 二、对“法治”理解的差异 / 350
 - 三、对“政府”的重新考量 / 354
- 第二节 法治政府建设的可行性分析 / 362
 - 一、理论上的可行性——控权与服务理念的双向发展 / 362
 - 二、制度上的可行性 / 368
 - 三、时代契机 / 371
- 第三节 法治政府建设的基本模式选择 / 372
 - 一、对法治政府建设基本模式的考量 / 372
 - 二、有关法治政府建设模式的若干问题 / 379
 - 三、我国法治政府建设的基本模式选择 / 380

第四节 建设法治政府的基本路径 / 384

- 一、增强法治观念——消除法治政府建设的思想障碍 / 386
- 二、政府自身的改革与完善——构建法治政府的具体制度 / 387
- 三、完善民主政治制度——奠定法治政府的基石 / 393
- 四、发展市民社会——增强法治政府的外在推动力 / 395

结 论

- 一、从传统走向现代 / 400
- 二、系统性与过程性 / 401
- 三、控权与服务 / 403

一、现代化、后现代主义及制度移植

“现代化”一词之于国人，似乎并不陌生。从 20 世纪 70 年代末开始，该词就伴随着“四个现代化”等官方话语而被频繁提及。如果我们翻阅历次修订的《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）就可以发现，自 1978 年的宪法文本开始，“现代化”一词就以不同的表现形式出现在“序言”之中。比如 1978 年的宪法文本就首次出现“全国人民在新时期的总任务是：……在本世纪内把我国建设成为工业、国防和科学技术现代化的伟大的社会主义强国”，1982 年的宪法文本中也明确“今后国家的根本任务是集中力量进行社会主义现代化建设……不断完善社会主义的各项制度，发展社会主义民主，健全社会主义法制……逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化”。

可以说“现代化”一词承载了中国政府完善社会结构、提高国家整体能力的期望。这种局面的出现或者说国家对“现代化”追逐的原因，是出自国家应对社会危机的需要。20 世纪 70 年代末，新中国成立后施行的计划经济体制以及全能主义的国家观念所产生的社会危机已经日益严重，不仅经济已经濒于崩溃，社会发展大大地落后于发达国家，而且正统的意识形态也已经开始失去其原有的统制力。正是这样的危机使得社会变革势在必行。而在官方话

语中，新的社会变革便被定义为“四个现代化”。^①这种语境下的“现代化”常与“改革开放”等词语联系在一起，是国家巩固和增强自身正统性的一个工具性的词汇，具有强烈的功利色彩。可以表达中国这种诉求的词汇还有很多，而政府恰恰选择了“现代化”这个词汇。但单纯的选择本身并不意味着我们在选择这个词汇之前，经过了严格的筛选和比较，也不意味着选择之时我们就已经与西方国家的“现代化理论”倡导者就现代化的标准、目标以及社会结构模式等达成了某种理性的共识。

西方国家的现代化理论有广义和狭义之分。广义的现代化理论将西方社会的原发型的现代化过程与非西方社会的后发型的现代化过程均作为研究对象，狭义的现代化理论则仅仅将后者，亦即赶超型的现代化过程作为研究对象。广义的现代化理论将“现代理解解为社会变迁的一种类型，它起源于英国工业革命和政治性的法国大革命，它存在于几个先锋社会的经济和政治进步以及继之而来的社会的变迁过程之中”。^②所有自文艺复兴以来的促进社会进步的理论 and 思想体系，所有的研究世界近 300 年的变迁以及旨在影响这种历史进程的社会历史理论，都可以划入此种现代化理论的范畴。而狭义的现代化理论是在 20 世纪 50 年代由美国学者所创，以广义现代化理论中“结构—功能”学派的制度变迁理论作为理论框架。该理论主要研究如何将西方社会经济增长和民主政治秩序所必需的条件，借助发展政策转移到第三世界国家。此种狭义的现代化理论具有很强的政策性，其探讨的重心已经不再是社会历史发展的普遍规律，而是改造非西方世界的方法。这时的“现代化”已经倾向于将西方社会发展的历史经验看成是放之四海而皆准的必然规律。但这种充斥着对西方

① 梁治平：“法治：社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化运动的一个内在观察”，载北京法院网（<http://129.0.0.24>），访问时间：2007 年 5 月 9 日。

② [德] 沃尔刚夫·查普夫：《现代化与社会转型》，陈黎、陆宏成译，社会科学文献出版社 1998 年版，第 128～129 页。

社会历史发展以及制度安排无限信仰的现代化理论，随着 20 世纪 70 年代西方社会自身危机的爆发而备受抨击，“法与发展”运动也遭受挫折，现代化道路以及发展模式的多元化问题开始为学者所关注。在此基础上，狭义的现代化理论在 20 世纪八九十年代得以扬弃性的发展，并提出了“社会转型”这一表达现代化过程的词语。在此种全新的现代化理论看来，社会转型是一个优化社会结构的过程，非现代化的国家要加速现代化，而已经现代化的国家要继续现代化。^①

虽然在使用“现代化”这个问题上，中国和西方国家有着不同的语境，但不论是我们为应对社会危机而选择“现代化”的发展道路，还是现代化理论的近期转型，都在强调社会结构、社会制度与社会现实的适应程度和解决社会问题的能力。就我国而言，我们正在进行的社会变革的主旨在于“通过吸纳新鲜经验，改造固有体制，寻求解决新旧社会问题的有效方案，并在此过程中完成从传统社会向现代社会的转变”。^②而转型后的现代化理论也逐渐剔除了对西方制度的盲目信仰，开始强调社会转型的关键不在于采取什么具体的形式进行社会改造，而在于要取得一种本质上能够适应现代环境、能够处理现实各种社会问题和挑战的社会结构。这种现代化的路径强调社会结构适应能力，一定程度上削弱了制度优劣判断时的意识形态色彩，将制度的优劣与制度能否适应现实社会联系在了一起。C. E. 布莱克则直接将现代化定义为，“反映人类控制环境的知识亘古未有的增长，伴随着科学革命的发生，从历史上发展而来的各种体制适应迅速变化的各种功能的过程”。^③

① 雷龙乾：《中国社会转型的哲学阐释》，人民出版社 2004 年版，第 14～30 页。

② 梁治平：“法治：社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化运动的一个内在观察”，载北京法院网（<http://129.0.0.24>），访问时间：2007 年 5 月 9 日。

③ 转引自公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 7 页。

这种不同语境“现代化”的相同导向提示我们，在挖掘中国选择现代化道路或者社会转型的原因时，中国社会自身的制度性危机应该得以强调，过多地强调外因，会使我们忽略建立“法治国家”、强调“法治政府”的深层次动因。同时，我们在优化社会结构的进程中，也应该更多地关注中国自身的社会结构、关注产生各种社会问题的历史以及制度性的原因，从而使得改革措施尽可能地回应社会变迁的切实需求，并注重两者之间的互动。毕竟我们优化社会结构的最终目的是增加我们自身制度适应社会现实和解决社会危机的能力。如果选择“法治”作为现代化的一个参照指标，由于“具体的适合一个国家的法治并不是一套抽象的无背景的原则和规则，而涉及一个知识体系”，那么我们在选择具体实现“法治”的路径上就“必须注重利用中国的本土资源，注重中国法律文化的传统与实际”。^①

但这种强调“适应性”的现代化理念模式也容易因过分突出现代化道路的“相对性”和“多元化”而忽略对优势制度的借鉴和移植。这从西方国家的后现代主义以及国内受其影响学者的主张和言论中，或多或少可以看到这种倾向的影子。比如后现代主义者就强调“解构”，强调主观性的解放、对差异的宽容、脱中心、平面化等，在一定程度上导致对“理性主义的现代”、“现代的纪律性”以及普遍主义和客观标准的否定。而“后现代主义”的流行也在不同程度上影响了中国学者。虽然后现代主义在对现代主义的批判及反思上不乏合理性，有学者也主张将后现代法学作为解决中国法制现代化的结构性难题的一条辅助线，^②但我们也应该注意“后发者利益”（季卫东语）以及基于此的制度移植。

应该承认，无论是在寻找改革榜样的意义上，还是在确认已有

① 梁治平：《新波斯人的信札》，中国法制出版社2000年版，第6页。

② 季卫东：“面向21世纪的法与社会”，见季卫东：《法治秩序的重构》，中国政法大学出版社1999年版。同时，关于国内学者受“后现代主义”影响而出现的种种表征以及原因的分析，可参见季卫东：“法治中国的可能性——也谈对文化传统的解读和反思”，载《战略与管理》第48期。

成就的意义上, 甚至是在抵制变动的意义上, 中国“自我”现代化的过程始终离不开西欧这个已经现代化的“他者”。在季卫东看来, 后进行现代化的国家可以借鉴别人的经验教训, 移植成功的制度, 从而可以减少试验的成本和失败的风险, 加快发展的过程, 这种优势可概括为“后发者利益”。而制度移植合理性的更根本的原因在于, 在面临制度选择的无数种可能性时, 制度为了避免被“自然(历史)选择”淘汰的命运, 它必须根据实践的效果进行“事后选择”, 而为了避免事后选择的过高代价, 它又必须进行“事前选择”, 而对于已经显示出优势的制度进行有选择的移植, 则兼具了事前选择和事后选择的性质。^①这也就决定了我们以西方先现代化国家这个“他者”为参照系进行制度移植的必要性, 并进一步削弱了制度移植本身的“西化”^②色彩。

二、法律制度的转型与法治

那么在这场旨在增加社会结构解决社会问题能力的转型过程中, 法律或者法律制度应该扮演怎样的角色呢?

一般而言, 只有在满足以下情形的社会中, 法律或者法律制度才是可有可无的: 其一是当社会状况非常简单, 仅有少许的利益冲突需要解决和控制时; 其二是当政治智慧随处可寻, 以致能准确地决定每一情形下所要求的行动和解决方案时。^③这两种情形无疑都不适用于现代社会。社会利益多元化以及由此导致的利益冲突经常化无疑是现代社会最常见的一个侧影, 而无限夸大政治理性、扼杀

① 季卫东: “亦论制度的创新、移植以及自组织性”, 见季卫东: 《法治秩序的重构》, 中国政法大学出版社 1999 年版。

② 关于“西化”与现代化的关系更进一步的讨论, 可参见蒋立山: “法律现代化的三个层面——从法律‘西化’概念说起”, 载北京法院网, 访问时间: 2007 年 5 月 9 日。

③ [英] 杰弗里·托马斯: 《政治哲学导论》, 顾肃、刘雪梅译, 中国人民大学出版社 2006 年版。

社会主体活力的计划经济体制以及与之相应的万能主义国家观念所带给我们的惨痛记忆，也使我们认识到了后一种情形实现的不可能性。因此法律或者法律制度对于一个国家和社会是不可或缺的。

R. 庞德则提出了“通过法律的社会工程”这一命题，从另外一个角度论证了法律或者法律制度与国家和社会之间的密切联系。庞德认为，道德、宗教和法律都曾经成为人类社会进行社会控制的主要手段，但在 16 世纪以后法律成为人类社会进行社会控制的主要手段。在近代社会，社会力图通过法律这一有秩序的、有系统的强力来调整和安排行为，法律取代了道德和宗教，成为社会控制以及提高社会工程有效性的主要手段。^①而在弗里德曼看来，“法律制度的功能也就在于保证在人们和团体间公正和恰当地分配、解决争端和社会控制……（法律制度）建立规范本身，即社会控制的原料……这样做，法律制度可以作为有秩序的变化和社会工程的工具”。^②美国法律与社会运动者甚至认为，“法律是一种发展的工具，而不仅仅是对发展的一种回应”。^③

由此，如果我们可以接受法律是一个国家不可或缺的控制手段，法律制度也是一个国家的社会结构中的重要组成部分，或者承认其对于社会结构转型所具有的工具性作用的话，那么对于中国而言，在“现代化”的话语背景下，法律或者法律制度也存在一个如何转型、如何现代化，以适应社会变化的问题，并且其是否能够转型，对整个社会结构的优化或者说现代化，具有非常重大的意义。

在韦伯看来，法律的现代化就是根据形式的合理性准确调节社会活动、社会关系和社会结构的产物，其根据统治的合法性，采用

① [美] 罗·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆 1984 年版，第 9～11 页。

② [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 21 页。

③ 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 41 页。

所谓的“类型学”思维，把社会统治类型分为三种，即以宗法家庭制统治为代表的“人治”性质的传统型、不是依照法律而是凭借领导者的超群品格和人格魅力来吸引追随者从而进行有效统治的卡里斯玛型以及以理性为基础的法理型。其中法理型社会是理性的法治社会，具有法律具有至高无上的地位、无论何人均要接受法律的约束以及个人对统治者的服从仅局限于法律秩序所承认的范围之内等表征。^①同时，韦伯认为理性的法律制度是普遍的，非理性的是特定的，虽然其没有直截了当地说理性的比非理性的好，但是其认为非理性的缺乏概念活力和原则，又不能产生清楚的、能预测的法律，因此它可能不适合事务式的、官僚主义的现代世界。^②因此，虽然韦伯建立上述三种类型的目的在于，基于其“政府统治权威的来源”的价值判断标准，划分三种政府合法性来源的类型，但实际上，由于传统型和卡里斯玛型均不是以理性为基础的，因此韦伯实际上基于现代社会的需求，建立了一种由非理性的法律制度类型向法治、理性的法律制度类型转型的模式。

如果说韦伯主张的“现代社会”具有“前现代”的特点，那么“伯克利学派”的诺内特与塞尔兹尼克，在比较了目的、合法性、规则、推理、裁量、强制、道德、政治、服从期待以及参与等变数与法的不同对应关系的基础上，建立的压制型法、自治型法与回应型法三个理论模型，则更加契合现代社会。这三种基本形态既有重叠之处，又表现出发展的阶段性或连续性。压制型法具有威慑力和受制于长官的偏向，在社会分工的程度不高、组织和制度的资源不足、自由选择的余地不大的场合，压制的出现和扩张就在所难免。但其政法合体和对裁量的放纵，也不可避免地导致阶级性的争

^① Max Weber, *Economy and Society*, pp. 215 - 245, 转引自公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社1999年版，第36~37页。

^② [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼:《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第331页。

议和对特权者的保护，并导致法律制度的不安定以及国家权力运作的正当化程度很低。而为了弥补压制型法的缺陷并控制率性不羁的国家权力，必须从人治走向法治，自治型法于是应运而生。自治型法的核心是公正而合理的程序，其通过设置一套专业化的、相对自治的法律制度，把决定的大权限制在一定职能范围内，整个社会的秩序以普遍性的规则为准绳，政治和法律、立法和司法之间泾渭分明。而法治恰恰诞生于法律机构取得足够独立权威以对政府权力的行使进行规范性约束的时候。^①

在上述两种变迁模式中，“法治”都是法律制度转型中不可或缺的重要一环。可以说法治之于法律制度或者社会结构而言，成为一种重要的论说纬度，是否达到了“法治”，成为一个法律或者法律制度是否现代化的衡量标准。但应该强调的是，法治仅仅是法律制度现代化的一种表现或者方面，后者的成就需要前者的确立，但并不是有了法治，整个法律制度就具备了现代性。因为实际运行的法律制度是一个结构、实体和文化相互作用的复杂有机体，法治之于社会制度或者社会结构的转型亦是如此。

三、法治的思想及法治、法治政府在中国的正当性

在何谓法治的问题上，向来有德国传统和英国传统两个基本的渊源传统，贯穿其中的是关于“形式法治”和“实质法治”的分野以及诸如自由主义法治观、功利主义法治观、公正法治观、法治国等不同的分析路径，而这些主张往往又和诸如市民社会、社会契约论、自然法^②等理论联系在一起。

① [美] 诺内特、赛尔兹尼：《转变中的社会与法律》，张志铭译，中国政法大学出版社1994年版。“自治型法”部分及季卫东为该书所作书评“社会变革的法律模式”，见季卫东：《法治秩序的重构》，中国政法大学出版社1999年版，第288~289页。

② 关于社会契约论、自然法与法治之间关联性的详细论述，可参见张树义主编：《法治政府的基本原理》，北京大学出版社2006年版，第53~57页。

总体来说,在形式法治观论者的视野中,“法治”应该包含着法律至上,法律应该具有预设性、全面性、稳定性和确定性,法律平等,法律与政治道德等分离的自治以及司法独立等内容。其比较强调法律的形式理性,与之相对应的是消极自由观和自由主义的政府立场。而实质法治论者则在强调法的形式要件的同时,强调法治与正义、公正等原则的密切联系,即不仅要求国家受法律和法的约束,而且要求法律本身具有社会的正当性。与之对应的则是积极自由观和福利主义的政府立场,其旨在实现实质平等与公正。比如美国学者莫尔提出的法治原则就包括分权、平等和形式正义、自由和事先规定、程序公正以及有效审判等^①,而英国的公正法治主张者则强调法治在消除或者缩小社会的差距,以实现社会公正方面的独特价值。同时,实质法治国也强调基本权利的保护,所有的国家权力都必须将尊重和保护人的尊严作为其行为的最高准则。另外,实质法治国思想还同时强调分权制约以及比例原则、信赖保护原则乃至社会国家原则等基本法律原则。

而历史上,学者之间就形式法治论和实质法治论,以及由此带来的自由主义和福利国家的政府立场、消极和积极自由观,从来没有停止过争论。哈贝马斯提出的民主法治国的商谈理论,就是企图在总结两种法治观各自利弊的基础上进行理论上的超越。但问题在于,为什么说法治或者法治政府对于中国的法律制度转型乃至社会转型来说是必需的,毕竟法治的理论以及上述诸如自由主义、福利主义以及消极自由和积极自由等思想,并不是中国本土性的东西,在中国也缺乏原发性的土壤。这个涉及“法治正当性”的命题,并非是不可证伪的。尤其是在“国际的话语空间迫使中国在补课时不得不与其他国家进行共识性对话”^②的假定之下,西方国家如

① 高鸿钧:“现代西方法治冲突与整合”,载北京法院网,访问时间:2006年7月。

② 季卫东:“面向21世纪的法与社会”,载《中国社会科学》总第99期。

如火如荼的后现代法学已经开始对中国国内的法学者产生一定的影响，“后现代法学界对于‘地域性知识’和特殊性问题关心，已经在中国唤起了怀古之幽思，甚至传统的负面因素也因‘本土化’问题的提出而受到法律研究者的垂青”。^①

那么法治、法治政府在中国的正当性究竟为何呢？我们认为：

首先，这种“正当性”源自市场经济或商业社会对“形式理性”或者说法律形式主义的要求。形式理性或者法律形式主义强调对于国家权力的限制、对于市场主体行为规则的预先设定以及对这些规则严格而普遍的遵守，以增强市场主体行为的可预测性、确定性，降低市场投机行为发生的概率。在欧洲中世纪，由于经济利益的计算，使得商人集团特别关注经济活动的安全性、有序性和可预测性，关注商业交往的法律保障，而形式主义的理性法律系统的设立，也在很大程度上推动了近代早期的市民社会的革命。^② 马克斯·韦伯更认为，法制现代化乃是工具合理性的一种表征或体现，法制现代化的历史运动，首先表现为法律形式主义的扩展和广泛化。“近代合理资本主义不仅需要生产的技术手段，还需要一种可靠的法律制度和一种依据于正式规章的行政管理制度。如果没有它们，一种不正常的、阴暗的、投机的和单纯以盈利为目的的资本主义以及为各种政治所左右的资本主义便可能会产生，但都不会产生在个人首创的、具有固定资本和计算精确性的合理经营里。”^③ 更有如罗尔斯这样的学者将法律形式主义或者说形式理性的精髓归结为对纯粹程序正义的追逐，并认为纯粹的程序正义是现代法治国家必须加以运用的原则，是现代市场经济条件下实现分配正义的基本

① 季卫东：“面向21世纪的法与社会”，载《中国社会科学》总第99期。

② 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社1999年版，第172～178页。

③ [德] 马克斯·韦伯：《文明的历史脚步——韦伯文集》，黄宪起、张晓琳译，上海三联书店1988年版，第12页。转引自公丕祥《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社1999年版。