

转型期

法治丛书

法治评估的实验

——余杭案例

RULE OF LAW ASSESSMENT

——An Experiment in Yuhang

钱弘道等 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013025044

D920.4

182

法治评估的实验

——余杭案例

钱弘道等 著



北航

C1632177



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D920.4
182

图书在版编目(CIP)数据

法治评估的实验:余杭案例/钱弘道等著. —北京:法律出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4424 - 8

I. ①法… II. ①钱… III. ①法治—评估—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 317888 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/710×1000 毫米 1/16

印张/23 字数/418 千

版本/2013 年 1 月第 1 版

印次/2013 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4424 - 8

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1632177

本书为教育部新世纪人才支持项目、国家211第三期建设项目“转型期法治的理论、制度与实践”研究系列成果、司法部委托项目、余杭区委区政府委托项目、浙江大学光华学者支持项目，由侨福基金资助出版，中国法治研究院支持出版。

法治评估课题组 法治指数评审组

项目主持人： 钱弘道

专家组成员： （按姓氏笔画排列）

- | | |
|-----|---|
| 王公义 | 中华人民共和国司法部研究室主任,教授(课题组、评审组) |
| 丘 本 | 中国社会科学院法学所研究员(课题组、评审组) |
| 石泰峰 | 原中共中央党校副校长,教授,博士生导师,现任江苏省委副书记(评审组) |
| 江 平 | 原全国人大常委,原中国政法大学校长,中国政法大学终身教授,博士生导师(评审组) |
| 吕庆喆 | 国家统计局统计科学研究所研究室主任(课题组、评审组) |
| 刘作翔 | 中国社会科学院法学所研究员(评审组) |
| 孙笑侠 | 复旦大学光华法学院教授,博士生导师,中国法理学研究会副会长(课题组、评审组) |
| 张志铭 | 中国人民大学法学院教授,博士生导师(课题组、评审组) |
| 李 林 | 中国社会科学院学部委员,法学研究所所长,研究员,博士生导师,中国法学会副会长(课题组、评审组) |
| 李步云 | 中国社会科学院名誉学部委员,法学所研究员,博士生导师(课题组、评审组) |
| 武树臣 | 北京市法学会副会长,北京大学法学院教授,山东大学一级教授,曾任中国法律思想史研究会会长、中国比较法学研究会副会长(评审组) |
| 郑成良 | 上海交通大学副校长,教授,博士生导师(课题组、评审组) |

- 孟祥锋 中纪委《中国纪检监察报》原总编,博士,现任辽宁省纪委副书记、监察厅长(评审组)
- 林来梵 清华大学光华法学院教授,博士生导师,中国宪法学研究会副会长(课题组、评审组)
- 胡虎林 原浙江省司法厅厅长,现任浙江省人大法工委主任委员(课题组、评审组)
- 胡建森 国家行政学院法学部主任,教授,博士生导师,曾任中国行政法学研究会副会长、中国比较法学研究会副会长(课题组、评审组)
- 钱弘道 浙江大学光华法学院教授,博士生导师,中国法治研究院院长,中国比较法学研究会副会长(课题组、评审组)
- 夏立安 浙江大学光华法学院教授,博士生导师(课题组、评审组)
- 戴耀廷 香港大学法学院副教授,博士生导师(课题组)

课题组其他成员:

- 毛新利 余杭区司法局局长
- 马其鏢 余杭区司法局原局长
- 马永年 余杭区司法局副局长
- 郑 红 余杭区科技局副局长,余杭区司法局原副局长
- 王朝霞 浙江大学光华法学院博士后,中国人民大学博士
- 戈含锋 浙江大学光华法学院博士后,天津科技大学法学院副教授
- 肖建飞 浙江大学光华法学院博士后,新疆大学法学院副教授
- 刘大伟 辽宁大学法学院副教授,博士
- (博士生等课题组参与人员见后记)

序 言

浙江省在经济发展方面走在中国前沿,其法治建设也走在前沿。余杭法治指数的实验已经进入第六个年头。我作为余杭法治指数专家评审组的成员,一直关注这项课题的研究。

这是一项创新的研究,将量化方法应用到法治这个看起来无法量化的主题,制订法治指数,中国内地以前不曾有过;这是一项跨学科的研究,涉及法学、社会学、经济学、统计学等不同学科;这是一项理论结合实践的研究,必须寻找出在实践中可行的方法。这项研究的学术价值和实践意义是显而易见的。

我认为,法治指数有三大作用:一是推动政府工作,二是促进学界法治量化研究,三是创建人民表达民意的渠道。法治指数的出台在国内还是新鲜事物,是一次推动社会进步的实践,也让政府更加了解人民的关注点和百姓所要表达的诉求,同时增强人民的法律意识。

经济指数应该容易评估,因为可以用一些具体的指标来表述。但是,法治指数不同于经济指标,是动态的而非绝对的。对于法治指数,很多人是望之生畏的,总觉得在中国这种条件下,能够建立一个科学的、经得起考验的法治指数是不容易的。但中国的法治建设的状况和水平究竟如何需要评估,需要设计一套指标体系来描述。这套指标可能开始的时候,还有很多不完善的地方,但是逐渐能积累起一套成熟的经验。这是一件非常有意义的事情,也是件非常艰难的事情。这个研究需要持之以恒地进行下去,不是两三年就完成了,而是要真正成为经得起考验的、有科学依据的这样一个指数,这是我们最终应该寻求的目标。

法治评估是主客观结合的方法,其中很多东西是靠主观的,看群众满意度。群众满意度是一个非常重要的标准。民意调查方法和抽样的科学性举足轻重,对于统计数据客观性的把握也是重点。

国外一些国家民意调查的每一个系统都有一定的办法,行之有效。我希望在法治指数的研究过程中能够确立一套科学的民意调查方法。如果能够建立一个这样的方法,将来法治指数满意度就能很科学地从不同阶层的组合里面抽样调查出来。有这么一个民意调查的组成结构,法治指数既有主观的评价,也有一个客观的分析背景,就比较客观科学。

余杭在全国法治建设中先走了一步。余杭法治指数评估工作,从全国总的反响和效果来看,是很好的,需要肯定。怎样把一个法治量化成老百姓能够感受到的事物,这是一个创新的工作,也是一个长期的工作,需要我们做到长期、稳定地跟进。

提高法治指数可信度是余杭法治指数评估工作的一个重要目标。为此,我们需要进一步考虑指标的构成,哪些是可靠的指标,哪些是不太可靠的指标,需要不断完善、不断改进,这样才能提高可信度。任何一项工作要在老百姓心目中扎根,就需要我们增强工作的科学性。而法治指数做到科学,相对比较难,需要在今后的工作中不断摸索,努力提高可信度,从而取得全国性的影响和推广,达到促进法治发展的目标。

过去,很多评估成为政府政绩的工具,我们研究法治指数要求真务实,我们要做学术上的考量。

作为阶段性的成果,法治余杭课题组将这几年的研究成果整理出版,对学术研究和各地的法治评估实践无疑会有推进作用。关心这个课题的人也会提出一些不同意见,将更有利于法治指数的深化研究。

余杭的法治指数是弘扬法治主题的一个重要步骤,因为它明确地将法治作为判断所有成就的唯一标准,对判断余杭地区的公检法、政府以及其他部门的一切进步的依据,这个依据就是法治。如果我们从更高的角度来看,我觉得余杭法治指数的含义从本质上来说,关系到中国的两种前途,关系到究竟是实行法治还是人治的道路选择。



2011年12月3日

目 录

第一章 法治评估的兴起条件	(1)
第一节 法治评估的理论准备	(1)
第二节 法治评估的国际背景	(6)
第三节 法治研究和实践在中国的转型	(12)
第二章 域外社会指标运动和法治评估模式	(23)
第一节 社会指标运动和法治评估的相关尝试	(23)
第二节 国际上的法治指数	(35)
第三节 专项法治评估与其他评估的比较及反思	(42)
第三章 余杭——全国法治实验田	(47)
第一节 “法治余杭”提出的背景	(48)
第二节 法治余杭的重要意义	(57)
第三节 法治余杭的基本要求	(62)
第四章 中国第一个全面的法治评估体系	(66)
第一节 法治余杭评估体系 149 模式	(66)
第二节 法治余杭评估体系的特点	(93)
第五章 法治余杭评估指标的具体设计	(98)
第一节 法治余杭评估总指标	(98)
第二节 区级机关指标	(112)
第三节 乡镇、街道评估指标	(230)
第四节 村镇、社区评估指标	(234)
第六章 中国内地第一个法治指数的测定	(241)
第一节 指数的测定程序	(241)
第二节 数据分析和建议	(253)
第三节 余杭法治指数的影响	(256)

第七章 中国法治评估运动的前瞻性分析	(269)
第一节 法治评估的前期准备:局部法律评估	(269)
第二节 法治评估的全面探索:区域性法治评估	(272)
第三节 中国法治评估的特点、问题及应用预测	(278)
第八章 法治指数方法的对比分析	(290)
第一节 法治评估中的定性和定量方法	(291)
第二节 法治指标的设计	(296)
第三节 法治评估调查和数据收集方法	(314)
第四节 法治指数的运算	(320)
第五节 反思:如何提高法治评估方法的科学性	(326)
参考文献	(332)
余杭法治指数大事记	(338)
后记	(356)

第一章 法治评估的兴起条件

近些年,国际上出现了用“法治指数”评估法治水平的活动,以《世界银行报告》和“世界正义工程”为代表;国内也开始运用法治指数评估法治的实践,以香港和余杭为代表。法治评估的兴起和发展基于多方面因素,既体现了法治本身的发展,也反映了社会科学领域研究方法的创新。分析法治评估的兴起条件,既要挖掘它的理论渊源,更要探究国际国内的法治背景。而探讨法治评估兴起的条件有助于我们更深刻地把握法治评估。

第一节 法治评估的理论准备

法治评估首先要求我们聚焦于一个最基本的问题:法治内涵的确定。法治内涵的确定又要求我们必须回到法治的理论渊源上去。这个理论基础的成熟是开展法治评估研究和活动的最根本条件。

法治评估是建立在传统法学研究基础上的,是指以法治的内涵为标准,对特定地区或者国家的法治状况进行评价、考察的活动。法治评估可以这样定义:它是将评估学、管理学、社会学等现代社会科学领域中的评估原理、考核思想及量化技术综合引入社会管理领域,借助一套科学的指标体系和评估方法对社会管理的成效进行评估,是对社会管理法律效果和社会效果的综合考量。法治评估活动表现形式多样。我们这里探讨的法治评估,是对一系列评估方式多样,但具有一定同质性的活动进行的概括界定。它既包括法治指数的制定,也包括没有法治指数的一般评估。

法治评估的开展在理论层面包含两个基本条件:一是法治基本内涵的确定;二是法治评估指标的确立。确定法治的基本内涵是制定法治评估指标的前提,确立法治指标是法治内涵体现在评估活动中的具体表达方式。

一、法治基本内涵的界定

法治具有普适性的价值,因此,法治评估作为一项在域外及中国部分地区都有所开展的尝试,国内外在有关法治的理解上必然具有一定的共识性。这是可以对法治评估从更抽象层面进行理论总结的根本原因。

由于长期以来人们对法治的理解一直存在分歧,因此,从法治评估的角度来确定法治内涵、设计指标也不是一件轻而易举的事情。答案不是现成的。我们不能像查字典一样用一种现成的简单方式去寻找法治定义,^[1]而是必须对法治概念提出以来的一切理论进行全面审视。唯其如此,我们才能为法治评估指标的确立建立一个扎实的认识基础。

科学的研究需要严谨清晰的概念界定。法治论述虽然卷帙浩繁,但我们可以结合法治评估的特点和目的,概括出以下几个法治面向:

第一,法治是一个包含多重价值内涵的综合性观念和对特定社会状况的描述,更类似于一个集合性概念。

在一般性的法治研究中,通过确定构成法治的各个要素或指标而对法治进行细化分析就是相当多研究中的通行做法。^[2]例如德国社会学家马克斯·韦伯认为法治秩序的主要指标是科层制行政活动的持续性、客观性、权责分明、等级

[1] 词典中有关法治的解释提供了对该词最简单的理解。如《古今汉语词典》认为法治有两方面含义:其一是“先秦时期法家的政治思想”,其二是“根据法律治理国家,主张以法为准则,统治人民,处理国事”。参见商务印书馆辞书研究中心编:《古今汉语词典》,商务印书馆2000年版,第363页。再如《现代汉语规范词典》将法治解释为“指依照法律治理国家的政治主张和治国方式,与‘人治’相区别”。参见外语教研社编:《现代汉语规范词典》,外语教学与研究出版社语文出版社2010年第2版,第360页。可以看出,这两种解释对法治的理解并不一致,前者是工具主义的理解,强调用法律“统治人民”,与我们现在倡导的法治国家理念背道而驰,极容易误导读者。当然其歧义性在一定程度上也反映了界定法治概念的复杂性。

[2] 季卫东先生对这种细化法治指标(要素)的研究目的进行了分析,认为建立一套法治指数的主要意义可以概括为:(1)对不同社会体制和文化进行比较;(2)为改造权力结构提供更清晰的蓝图;(3)使法制建设的具体举措和绩效的评价趋于统一化。第一项以韦伯的分析为代表,第二项设定改革目标,如法与现代化运动中有关学者的研究,第三项如世界银行全球治理指数有关法治的内容,以及世界正义工程(论坛)的专门法治指数测定,即本书关注的法治评估类型。参见季卫东:“以法治指数为鉴”,载《秩序与混沌的临界》,法律出版社2008年版,第55—56页。需要指出,此处季先生所谓的法治指数应该是指法治指标。我们可以看到,第一、二项有关示例如马克斯·韦伯、富勒的分析都属于指标的论证,最终并没有数字化的指数推算和确定。而第三项则以相对客观和量化的指数方式对被选择国家或地区的法治状况进行了评估。

化监控、严格区别公与私的关系、禁止官职的买卖和继承、公务员人格独立、专业化,等等。^{〔3〕}美国自然法学家富勒提出了法律八个方面的“内在道德”,包括“法律的一般性”、“法律应该被颁布”、“原则上的不溯及既往”、“清晰”、“不自相矛盾”、“不要求不可能之事”、“连续性与稳定性”、“官方行动与公布规则的一致性”,实质上即是对法治形式正义标准或指标的一个细化。^{〔4〕}哈耶克从有关法治的制度建构和理念角度探究法治渊源时,对有关个人自由、有限政府观念的确立、法律至上的意义和价值、经济自由对法律发展和个人自由的保障、分权等进行了细致探讨,也是具有指标意义的探讨。^{〔5〕}中国学者也有对构成法治要素(指标)的细致分析,如张文显教授认为根据不同时期法治的原理和各国法治实践,可以把不同法治国家的共性化的标志分为形式标志和实体标志。形式标志指法治国家的外在表现方式以及实现法治国家的技术条件,主要包括完备统一的法律体系、普遍有效的法律规则、严格的执法制度、公正的司法制度、专门化的法律职业等。实质标志是指依据法治的精神而形成的理性化制度的确立和运作,涉及法律与政治、公共权力与国家责任、权力与权利、权利与义务等方面的关系。^{〔6〕}这些对法治构成要素的分析相当程度上构成了现实中进行相应评估的学理资源。^{〔7〕}

第二,从功能论角度,法治包含两层核心含义:限制政府权力和保障公民权利。

尽管对法治有多样化的理解和定义,但大多在内涵上并未超出以上两方面的基本限定。

以流传最广、认同度最大的亚里士多德关于法治的经典定义为例:“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^{〔8〕}亚里士多德的这个法治定义指出了法治的两个要求:其一是

〔3〕 参见季卫东:“以法治指数为鉴”,载《秩序与混沌的临界》,法律出版社2008年版,第55—56页。

〔4〕 [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55—97页。

〔5〕 [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·新知·读书三联书店,第203—220页。

〔6〕 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第244—245页。张文显认为,仅从观念形态而言,法治就是一个同时包含了自由、平等、人权、宪政、效益等诸多价值内涵的复合性概念。参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第151—156页。

〔7〕 如香港法治指数的指标确定在相当程度上借鉴了富勒的分析。具体可参见本书有关香港指数的说明。

〔8〕 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1981年版,第199页。

立法层面,法律应该制定得良好;其二是法的运作层面,法律被普遍服从。第二层次则确定了人治和法治的分水岭,强调法律的至上性,也就强调了限制权力。

又如,塞尔茨尼克指出,法治是一个包含着评估和批评法律决定的各种标准的一个复杂的理想。其基本要素是用公民秩序的理性原则限制官员的权力。^{〔9〕} 塞尔茨尼克的理解同样突出了法治限制权力的特征。

再如,1959年1月,在印度新德里召开的国际法学家会议总结了75000名法学家以及30个国家的法学机构对法治问题的回答,得出有关法治的结论是:国家的一切权力必须根源于法,而且要依法行使;法必须建筑在尊重人类人格的基础上。^{〔10〕} 前者是限制权力的基本表述,后者则是保障权利的基本理念。

总之,法治不仅是一个执政者和公民都应该遵守的法律规范系统,而更是一个包含强烈价值内涵的观念及实践。法治不同于人治的根本之处在于对政府权力的限制。这些实质性要求构成了法治评估的前提性理解。而正是长期以来法治思想家们的理论研究和各国的法治实践总结出来的经验,构成了评估所需要的理解法治内涵的基础。

二、法治评估指标的筛选

我们对法治内涵的理解框定在限制公权、保护私权两方面,那么这两方面就从形式和内容上构成了法治评估指标设计的前提。

首先,法治保障私权和限制公权内涵限定了法治评估指标的设置指向。无论众多指标具体内容为何,其设置目的和作用基本上都可以纳入限制规范权力运行、促进保障权利实现两个基本范畴中。实际上,我们可以说,这两个范畴是法治评估最根本意义上的指标,其他所有指标都是根据这两个指标所设定方向的演绎。

其次,法治的复合性和多义性要求法治评估指标的多样性和全面性。我们以余杭法治评估指标为例。余杭法治评估体系课题组根据法治限制公权、保护私权的两个指向,首先确定评估当地法治的九大指标,^{〔11〕}然后根据九大指标的内涵,在每个一级指标项下又确定了更为详细的指标。这就体现了法治内涵的复合型、多义性特点。例如,“党委依法执政”这个一级指标项下又包括七个二级指标——

〔9〕 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1998年版,第615页。

〔10〕 同上注,第622—623页。

〔11〕 具体包括:党委依法执政、政府依法行政、司法公平正义、权利依法保障、市场规范有序、监督体系健全、民主政治完善、全民素质提升、社会平安和谐等。

党务公开,干部任用公示的比例,法治议案办复率,法治议案满意率,党风廉政群众满意度,党委民主决策体系,有科学的干部选拔体系,对区管干部、中层正职以上干部的法律知识考试次数。再如,北京市城市法治环境评价指标体系共有18个指标;上海市法治建设指标体系共有11个指标;等等。^[12]各地之间指标内容存在相当大的差异,既反映了法治内涵复合型和多义性的特点,也反映了人们对法治存在理解差异的客观情况。

再次,不同的法治指标在多样的形式下产生了实质上的同质性。法治指标设计上的多样性并不表明各地方的法治不可比较,法治指标存在明显的同质性。以香港法治指数为例。香港法治指数在建构时就确立了这样的目标:试图起到“比较香港和其他社会法治发展”的作用。^[13]域外进行的国家风险评估、治理测评、社会指标运动等有关各国法治或者治理状况的评估对香港的法治评估实际上产生了影响。而香港建立在“普世价值”意义上的法治理解与域外就更具有同质性。实际上,没有关于法治的共识性理解,多样化的法治指标的设计和相关的法治评估活动是无法开展的。

最后,因为法治的最根本特征在于对广义上的政府权力的限制,因此法治评估的目的就在于对政府行为进行监督和评判,法治评估指标因此是一种批判型、监督型而非注释型、论证型的评价标准。

因此,评估指标的设计必须侧重于对政府行为的监督和限定、专注于政府服务而非管理、法治治权而非治民等内容。法治评估指标的这一特征区别于政绩工程或绩效考评等传统政府管理行为。

我们可以得出的结论是:其一,法治评估兴起的最基本条件 is 法治理论的成熟;其二,法治评估的前提是确定法治内涵,根据法治内涵设计法治指标体系,进而根据指标体系对特定地区的法治实践状况进行评价和评估;其三,各地的法治理解和法治水平存在差异,指标体系可能不同,但法治的同质性又决定了各地法治存在可比性。^[14]

[12] 详见本书对国内区域性法治评估的分析部分。

[13] 参见戴耀廷:“香港的法治指数”,载《环球法律评论》2007年第6期。当然在操作层面这一比较试图有相当大的难度。

[14] 此部分读者可参见钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟:“法治评估及其中国应用”,载《中国社会科学》2012年第4期。

第二节 法治评估的国际背景

一、法治追求是法治评估的原动力

西方发达国家的一个显著特点是法治逐渐成为一种生活方式。这是法治评估活动开展的基础。

法治成为生活方式得益于这些国家长期为实践法治目标所作出的努力。以英国为例,英国的法治源头要追溯到 1215 年的大宪章 Magna Charter 或者 Great Charter。大宪章奠定了英国的自由传统。从 1215 年到今天,将近八百年,英国创造了这个国家近现代的政治文明,塑造了影响世界的法治传统。

为什么英国成了自由与权利、宪政与法治成长的沃土?自由大宪章在英国生成而不是在其他地方,这与英国的政治社会环境有关。英国的封建政治是王权与贵族权、王权与基督教神权之间既相互依赖又相互排斥、既对抗又妥协的关系,这种关系使得英国封建专制成为“有限王权”的封建制。这种封建专制,既与西欧的协商封建制不同,也与亚洲东方的“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的绝对专制大不同。这种有限王权和各种权力之间的相互妥协正是在集权与封建、自由与专制、法治与人治的抗衡与妥协中,才孕育出了一种以自由为动力、以分权为基础、以民主为形式、以法治为保障的新型社会政治形态。

在 21 世纪,议会制度早已为多个国家采用,尤其是英国前殖民地,而这与《大宪章》有很大关系。今天英国的国会实质上控制着政府的财政,每一笔开销都必须由国会来审议批准。这样,国会就牢牢地控制住了政府的钱包,政府就不会挥霍过度。

欧洲其他国家以及美国虽然法治道路、表现方式与英国不尽一致,但精神是相同的。在这些发达国家,法治原则在法律制度上和人们的经济交往中以及日常生活中突出地表现为契约自由。

如《法国民法典》第 1134 条规定:“依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”这一规定同样是契约自由的体现,它将当事人的意思置于至高无上的地位,即使他们并没有在契约中清晰地表达出自己的真意,法官也无权为其确定一个公正的方案,而只能煞费心思地去寻找当事人想在契约中表现出来的意思。由此可以看出,契约自由在这部法典中得到了充分的体现,从而使得《法国民法典》成为近代体现自由主义与个人主义思想立法的楷模。

作为普通法系典型代表的英国和美国也和欧陆国家一道,将契约自由作为契

约法的基本原则。在英国,亚当·斯密的古典自由主义经济学说和亨利·梅因的“从身份到契约”的法史观巧妙地结合起来,构成了普通法上的自由主义契约观。在美国,契约自由被看作是受正当司法程序保护的自由的基本组成部分,从而在法律上表现了对个人意思自治从未有过的重视。在美国,契约自由支配了全部的法律,法律的存在不仅是为了保证自由缔约权不受其他的侵害,更重要的是保证不受来自社会和政府的侵害。法律不能对缔约的能力加以限制,因为这种能力是自然本身所赋予的。

法治原则在人们生活中的另一个突出表现是强调对财产权的保护。

1763年,英国首相威廉·皮特在一次国会做演讲,题目是“论英国人个人居家安全的权利”。他说,即使最穷的人,在他的小屋里也能够对抗国王的权威。屋子可能很破旧,屋顶可能摇摇欲坠;风可以吹进这所房子,雨可以淋进这所房子,但是国王不能踏进这所房子,他的千军万马也不敢跨过这间破房子的门槛。这段话浓缩成“风能进,雨能进,国王不能进”这一简短句子。这个短句脍炙人口,其流行程度甚至超过了某些法学名著。

美国宪法起草人之一 Morris 说:“只有文明世界才会为了保护财产权而建立政府。”私人财产权是私权,公权力“非请莫入”。财产权划定了个人自由的范围与国家权力的界限。在国家公权力和私人财产权之间必须有清晰的分界线,必须恪守“井水不犯河水”的原则,否则人的一项最基本的权利就会随时受到侵犯。

生命权是一切权利的源泉,财产权是实现其他权利的主要工具。没有财产权,其他权利就不可能实现。人们必须通过自己的努力来维持生命,如果没有权利占有和支配劳动的成果,他就失去了维持生命的正当手段。如果一个人的劳动成果可以随便被他人占有,那他只能是奴隶。生命的权利意味着每个人都有权通过自己的工作来维持自己的生存;而不是有权迫使他人为其提供生活必需品。人类生命的独特性在于每个人都是精神与肉体的双重存在。人的精神必须在物质世界中找到表达的方式,而财产正是表达精神的物质依托。

财产权是人类谋求生存、建立和拥有家园的权利,是生命权利的延伸,是人类自由与尊严的保障。财产权与生命权、自由权一道,构成三项最基本的人权。否定了财产权,如经济学家布坎南所言,自由就失去了保障。

财产权是人权体系、经济活动和法律活动的核心,因为它是实现其他权利的物质前提,它为人们创造财富提供了最强大的动力,围绕着财产及其权利所产生的冲突是人类事物中最基本的冲突。财产权不仅攸关生存的质量和生活的改善,而且给经济增长提供了最强大的推动力,是民富国强的法门、市场经济的核心。

现代产权经济学与制度经济学证明,英国、荷兰、西班牙等西欧国家在近代的