

第一章 法治国家的概念解析

第一节 法与国家的关系解析

对法治国家进行理论研究，必须首先理清法与国家之间的相互关系。“人们已经在国家法律现实的条件下生活了几千年，他们成为特定国家的公民（或臣民），服从于国家权力，使自己的行为与法律规定和要求相协调。当然，很久以前他们就开始思考关于国家与法产生的原因和方式，并创立了许多完全不同的理论，对这些问题进行了不同的回答。”^①法与国家之间的关系一直是政治学、社会学、法学等众多社会科学所探讨的重要课题。法学界对于法与国家的关系的研究一向是积极而热情的。苏联的法学家们在苏维埃法学创建之初即把法与国家紧紧地结合在一起，其法学理论学科的名称就是《国家与法的理论》或者《国家与法权理论》。在苏联解体后，俄罗斯等国的法学界依然保留了苏联在这一问题上的学术传统，近年又推出了一些命名为“国家与法”的学术著作和教科书。俄罗斯自然科学研究院院士 B. B. 拉扎列夫就

^① [俄罗斯] B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 47 页。

组织一批俄罗斯著名学者，编写了《法与国家的一般理论》，被俄罗斯国家高等教育委员会推荐为大学教材。在西方资本主义国家的法学界，法与国家也被联系起来研究。原籍奥地利后加入美国国籍的著名法学家凯尔森就于 1945 年出版了他的代表作《法与国家的一般理论》。第一编为“法论”，第二编即为“国家论”。对于法与国家之间的关系理论，学术界已经积累了大量的学术成果。“法要依赖国家”与“国家要依赖法”等理论命题得到了普遍的认同，然而也存在各种不同的见解。在这里，我谨从本法治国家研究课题所涉及的有关问题——法与国家的一元论与二元论，法与国家的优先问题着眼，从法学角度进行一些思考，为本课题的研究确立一些最基本的法与国家关系的观念。

一、法与国家的一元论与二元论

在我国社会科学学术界的各种理论学说中，法与国家，几乎无可争论地被当作两个各自独立而相互联系的事物。法与国家自然而然地被视作二元存在物。很少有疑问者。其实，放眼世界学术领域，法与国家是一元的还是二元的，并无一致的看法。甚至有人十分明确地批评法与国家的二元论是一种神话，是错误的，进而主张法与国家关系的一元论。也有学者认为将国家与法混为一谈的一元论是没有意义的。

一元论的观点认为，“法律与国家是同一个事物，国家只不过是另一个角度看待法律秩序，即规范境内居民行为的集中化的法律秩序，或者说是由立法者、法官、行政官员和其他作为国家机器组成部分行动的人所执行的法律规则、法令的总和。”^①在一元论的主张者中凯尔森就是一个典型的代表。凯尔森在其《法与国家的一般理论》中写到：

“有时人们以国家具有或就是‘权力’（power）为理由，将它

[英]沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1989 年版，第 523 页。

说成是一个政治组织。国家被描绘为在法律背后的权力，实施法律的权力。”^① “法律 and 国家的二元论是我们认识对象的一个多余的重复或双重化；是我们先加以人格化然后又加以实体化的那种倾向的一个结果。我们在对自然的万物有灵论的解释里找到了这种倾向的一个典型例证，即原始人的这种观念，认为自然是有灵的，认为在每个东西的背后都有这个东西的一个灵魂、一个精神、一个神、一株树的背后有一个森林女神；一条河的背后有一个宁芙女神；月亮的背后有一个月神；太阳的背后有一个日神。这样一来，我们想象在法律的背后有它的被实体化了的人格化，即国家、法律之神。法律 and 国家的二元论是一种万物有灵论的迷信。”^② 与之相应地认为，“国家的权力是由实在法组织起来的权力，是法律的权力；也就是实在法的实效。”^③ “一个‘国家的机关’，就等于一个‘法律的机关’。”^④

凯尔森的认识有着他自己的论据。在他看来，国家与法是同一个规范性秩序，“既然我们没有理由假定有两个不同的规范性秩序——国家的秩序与国家的法律秩序，那么我们就必须承认我们称为‘国家’那个共同体就是‘它的’法律秩序。”^⑤ “从甚至连社会学家也将国家的特征说成是一个‘政治上’有组织的社会这一事实来看，国家和法律秩序的同一性也是显然的。既然社会（作为一个单位）是由组织构成的，那么将国家界说为‘政治组织’就更加正确。组织就是秩序。但这一秩序的‘政治的’性质是在哪一点上呢？就

[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 213 页。

同上，第 214 页。引文中“一个神”后似乎不应是顿号，可能是译者笔误或排印错误。

同上，第 214 页。

同上，第 216 页。

同上，第 205 页。

在于它是一个强制性秩序这一事实。国家之所以是一个政治组织，是因为它是一个调整如何使用强力的秩序，是因为它垄断了对强力的使用。然而，正如我们所已了解的，这是法律的主要性质之一。国家是一个政治上有组织的社会，是因为它是一个由强制性秩序构成的共同体，而这个强制性秩序便是法律。”^①

粗略看来，凯尔森的见解是有失偏颇的，我也不赞成这种一元论。他把法与国家的关系简单归结为一个“东西”与这个东西后面的“神”的关系，进而将“法与国家二元论”比之为“万物有灵论”加以批评，而证明其一元论的科学性。我认为这个证明过程本身就有问题。法与国家之间远不是月亮与月亮神，太阳与太阳神之间的关系。法与国家是同时产生，相互联系，协同发展，共存互动的两种社会上层建筑。但这并不意味着凯尔森的一元论毫无意义。他所坚持的法与国家的一元论，强调了法与国家的同一性，对于倡导法治是很有意义的。因为法与国家或者国家与法既然是同一的，国家当然就必须服从法律，实行法治。在国家实行法治的问题上就没有任何障碍。国家与法之间的统一就不会成为问题。也就是说，法与国家的一元论主张并非全无道理，至少在肯定法与国家之间的同步形成与内在联系上是有意义的，在寻求法与国家的同一性从而为法治寻找根据的目标期求上是无可厚非的。但是，法与国家的区别也是客观存在的，因此，将法与国家混为一谈显然是不科学的。

法与国家关系的二元论主张者，人多势众，尽管他们不一定以二元论自居，但其二元论的主张都十分清晰。苏联乃至现代俄罗斯的法学家们，以及中国的法学家们多持二元论的观点。

俄罗斯的一些法学家声称，“没有意义去研究那些从国家与法

〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 213 页。

产生方式和实质的不可知性出发的观点，以及那些将国家与社会混为一谈的理论。^{*①} 他们一再论述的是法与国家的独立性，这种独立性中包括法相对于国家的独立性和国家相对于法的独立性。在前述拉扎列夫主编的《法与国家的一般理论》的教科书中，专门设置了《国家与法的相对独立性》一章，论述了国家与法各自以及相互的独立性问题。

我国的任何一部法学理论著作几乎都肯定了法与国家之间的紧密联系，论证了法与国家之间的相互关系，但没有一部著作将法与国家视为同一事物。它们都在强调二者之间的相互作用时强化了二者各自的独立性。也就是说，我国所有法学理论著作实际上都不主张国家与法的一元论，都是国家与法的二元论的主张者。

法与国家的二元论主张显然是比较科学的，它本身并无什么错误可言，但是它可能导致将法与国家相分离的错误。往往会导致过分强调法的地位与作用或过分强调国家的地位与作用的问题。将法置于国家之上，虽然有抑制国家权力的重要意义，但是也有可能出现忽视国家在法的创制中的地位和作用的问题。将国家置于法之上，过分夸大法对国家的依赖，使法律的地位被贬低，形成法治倡导与发展上的障碍，会导致更为严重的后果。历史上的类似教训实在太多，我们需要牢牢记取。当然，法与国家的二元论也不必然导致强调国家否定法的后果。对于法与国家二元论中的优先问题的进一步讨论，会使问题更加明晰。这是下一部分所要论及的主题。

二、法与国家的优先问题

法与国家关系的一元论主张者既已把二者视为一元，一般地

^① [俄罗斯] B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 47 页。

说，显然不再有谁优先于谁的问题。其实并非如此。法与国家的一元论中有把国家归结到法的法律优先的一元论，或将法归结到国家上去的国家优先的一元论。凯尔森主张的是法律优先的一元论。凯尔森的一元论中包含着法律优先的观点。他认为：“我们从纯粹法学观点出发来研究国家时，情况就显得比较简单了。那时国家只是作为一个法律现象，作为一个法人即一个社团来加以考虑。因而它的性质在原则上取决于我们以前对社团所下的定义。惟一剩下的问题是国家如何不同于其他社团。其区别一定在于构成国家社团的那个规范性秩序。国家是由国内的（不同于国际的）法律秩序创造的共同体。国家作为法人是这一共同体的国内法律秩序的人格化。从法学观点来看，国家问题因而就是国内法律秩序的问题。”^①在凯尔森的眼中，国家是一种法律现象，国家理论也是法律理论的一个部门。“作为实在法经验体现的规范体系具有什么特殊性质，以及它们是怎样分界和怎样相互联系的。这就是国家作为法律现象所提出的问题，同时也是作为法律理论的一个部门的国家理论负有任务要解决的问题。”^②

法与国家谁优先的问题，更存在于二元论之中。在二元论主张者中法与国家之间一直有着谁优先的争论，根据学术界的不同认识，我将其称为国家优先论、法律优先论和法与国家互从论。

关于国家优先论。俄罗斯学者在其著作中总结到：“对于法与国家的相互关系问题，学术界在传统上有两种不同的观点。第一种观点是基于国家优先于法的论点，依据这一观点，法被视为国家活动的产物和国家的结果。这一观点在我国法学著作中流传甚广。举例来说，法被认为从属于国家。倾向于把法看做国家附

[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社1996年版，第203页。

同上，第204页。

属物的政治实践成为这一观点的事实条件，而将法视为由国家制定的规范总和的形式教条主义则成为其理论前提。”^① 英国学者也注意到了国家优先论，并且还倾向于国家优先论，“法律制度和法律体系是国家的构成要素之一。它规定各种法律机构的权利和职责，确认其存在，维持社会秩序，提供维护公民之间利益和要求冲突的准则。法律制度的这种作用正是国家的基本职能之一。”^②

“在一国境内发生效力的法律制度和法律体系通常主要是由国家制定的，同时立法机关不断地对之进行修改和变更。而对于效力较低的一般法律的修改和变更，则通过行政机关受权立法以及司法机关的司法解释和判例等途径。由此可见，国家是法律规则和原则的直接的实际的渊源。”^③ 中国学术界对于法与国家关系的认识普遍地既有互从论的观点，也有国家优先论的观点。先来看看国家优先论的表现，我国几乎所有的法学教科书在定义法或法律时（其他不相干的成分我们不必引证），与国家相关的表述都是，“法或法律是国家制定认可的，表现为国家意志的，并由国家强制力保证实施的行为规则的总和。”这种对于法的认识贯穿了所有法学著作的始终，似乎成为了我国法学界对于法与国家关系的一个基本的共同认知。

关于法律优先论。俄罗斯学者说，法律优先论的观点“则是按自然法观念确立的。这一被称为自然法学派的拥护者从社会契约中得出国家概念，他们从国家受制于法的观点出发，认为来自于自然法的不可违背性和建立在自然法基础之上的个人主体公共权力的不可转让性。从这一观点的立场来看，法与国家相比具有绝对的

① [俄罗斯]B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 75 页。

[英]沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1989 年版，第 522 页。
同上，第 522 页。

优先地位。法产生于国家形成之前，它早于国家，任何国家和政权都不是法的最初来源。^①《牛津法律大辞典》也注意到了这种观点的客观存在，它说，“一种观点认为法律高于国家，国家从其产生之日起即受到法律约束。这种观点接近于自然法学派的观点。自然法学派认为，国家虽然可以制定实在法，但它必须受自然法的约束。一些现代思想家否定国家创造法律的观点，认为法律的渊源另有所在，例如公众权利的主观意识、社会休戚相关的事实等。”^②

关于法与国家互从论。法与国家相互从属的理论，没有人给它命名过，为了论述的方便，我们不妨将一元论和二元论之外的第三种观点称之为“法与国家的互从论”。有著作认为这种界于一元论与二元论之间的互从论观点，作为“第三种观点，它可以在某种程度上综合上述观点拥护者的看法，并且同时避免对法与国家相互关系评价的偏激性。”^③“依第三种观点，法与国家之间的关系并不具有如此一致的因果关系（国家产生法或者从法产生国家）。这一关系显然更加复杂，并且带有双向的相互从属性：国家与法彼此不能单独存在，即它们之间存在职能性关系。”^④我国的法学著作在具有国家优先论的表象之外，还具有法与国家互从论的特征。我国的每一部法学著作都在肯定法对于国家的依赖的同时，也会四平八稳地论述国家对于法的依赖。或者强调二元并存中的国家优先，或者强调法与国家的二元互从。是选择国家优先或是二元互从，学者似乎并不特别在意。

就国家优先论来说，我认为它是一个非常传统的理论。前苏联和目前一部分俄罗斯学者，中国的部分法学家都持有类似的观

[俄罗斯]B.B 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 75 页。

② [英]沃克：《牛津法律大辞典》光明日报出版社 1989 年版，第 523 页。

③ 同。

④ 同，第 76 页。

点。这种观点充分强调了国家的意义。在强调国家至上，忽视或否定法律作用的时代是很有响应者的。它对于法要从属于国家的片面强调显然是有失偏颇的。持有类似观点的学者，甚至以主张国家比法先产生来证明国家要优先于法，这是没有根据的。恰恰是这种片面强调国家意义的理论，为专制者无视法律、否定法律奠定了认识基础和理论基础。它本身的不科学性和它所产生的恶劣后果都要求我们必须将其抛弃。

就法律优先论来说，与前者是同样传统的理论，西方以自然法学为代表的法学家们多持有类似的观点。持有类似观点的学者常常以法比国家先产生作为论据。这一观点对于强调法，推行法治，有着不可置疑的优势，它“是在政治实践中确立法的统治地位思想的哲学纲领”^①。这一观点的追求目标是好的，但是这一观点的主张者常常以自然法先于国家，法比国家先产生作为论据，我以为同样是不妥当的。

就法与国家互从论来说，是在前两者基础上提出的比较中庸，而为目前许多学术著作和教科书实际采用的观点。这种观点可以避免在法与国家关系上的片面认识，使我们更清楚地把握法与国家相互之间的影响与互动。更清楚地把握法对国家的作用与国家对法的作用。这种表面上的公允，也有实际上的问题。法与国家并存而相互作用，看似客观，其实其忽略了法与国家的不同性质所决定的应然关系配置，会导致主张者意想不到的后果发生。

在我看来，法与国家是在人类历史发展的过程渐变形成的，二者之间没有谁先产生谁后产生的问题。法与国家的产生是一个漫长的历史过程，其间各自萌芽的因素是相互促进、彼此互动、互为因果的。一定要去确定某一时刻国家产生了或者某一时刻法产

^① [俄罗斯] B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 75 页。

生了，既不可能也没有必要。如果您不任意地改变法与国家的概念，我就可以肯定地说，法与国家自始至终都会紧紧相伴，不离须臾。但由于二者的特性不同，法是一种普遍而公开的行为规则，国家是一种具有强力的又不能不为特定的少数人管理或运作的公共组织，因此，在法与国家共存的历史期间，运用法律规制国家，将是永恒的课题。否则，组成国家的民众的意志就无法受到尊重，利益就无法得到保障。在这个意义上，我是赞成并主张法律优先论的，只是我的理由不是基于自然法，也不是基于法比国家先产生，而是基于法与国家的不同性质，基于保障人民权利的价值追求的目标。狄骥主张国家必须合法，而且国家的目的也在于实现法。他说，“国家建立在强力的基础上，但这种强力当其行使得合法时才是合法的。”^①“国家追求的目的有三项：（1）维持本身的存在；（2）执行法律；（3）促进文化，即发展公共福利、精神与道德的文明。……我们如果深入事物的实质，则国家指定的这三个目的可以归结为实现法的惟一目的。”^②

第二节 法治国家的概念辨析

一、法治国家的概念

法治国家，也称为法治国。有人还称之为法律国家或法律国。在德文中为 *rechtsstaat* 在英文中则为 *legal state, a rule of law nation* 或者 *law-based state*。法治国家的概念起源于德国，而对世界产生了广泛而深刻的影响。台湾有学者认为，“‘依法而治的国家’（*a rule of law nation*），被称为‘法治国’，却是不折不扣

[法]狄骥：《宪法论》第1卷，商务印书馆1959年版，第482页。

同上，第483页。

的德文用语 (rechtsstaat)”^① 祖国大陆学者也有同样的认识，“‘法治国’至少在其起源之初，纯粹是个德国的概念。法治国的概念据认为起源于康德的一句名言：‘国家是许多人以法律为根据的联合。’”^② 从德国缘起的法治国家概念，如同从英国缘起的“法治”概念一样，在人类历史上产生了重要的影响。甚至可以认为，“‘法治国’的思想与实践对西方之外的世界产生过广泛而深刻的影响，在许多地方甚至超过了起源于英美的‘法治’的影响。”^③ “法治国，就其德文本意及康德的解释而言，指的是有法可依、依法治国的国家，或者说一个有法制的国家。”^④ 显然，这一看法至少是基于第二次世界大战结束前的认识所得出的结论。在现代，法治国或者法治国家的概念，早已被注入了新的含义。前引著作也注意到了这一点，“基于传统‘法治国’的概念存在重要的缺陷，战后的一些欧陆法学家们虽仍在继续延用德国‘法治国’的外壳，但是换上了英美‘法治’的内容，对‘法治国’进行了脱胎换骨的改造。尤其是战后德国的自由民主主义者与‘法治国’的传统作了彻底的决裂。因此，尽管‘法治国’的概念被继续使用，但需要分清的是，此‘法（律统）治’的国家已不是彼‘（依）法（而）治’的国家。”^⑤

在泛义上的法治国家还可以作形式上的法治国家和实质上的法治国家的划分。日本佃中和夫等所著的《现代法治国家》^⑥等著

① 陈新民（台湾）：《国家的法治主义——英国的法治（The Rule of Law）与德国法治国家（Der Rechtsstaat）之概念》，《台大法学论丛》第28卷第1期，第48页。

刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年版，第140页。

同上，第142页。

同上，第146页。

同上，第156页。

⑥ [日]佃中和夫，T. wurtenberger 编著：《现代法治国家》，日本晃洋书房1994年版。

作就论述了法治国家这种分类。认为，形式上的法治国家是依据实定法实现国家的所有目的的国家，即依据法律推行国家事务的国家，确保了“依法行政”和“依法律裁判”的国家。制定法律的机关（立法机关）的权能，优越于行政权和司法权并拘束行政机关和司法机关。关于人民的权利、自由的规定，必须以法律的形式进行，由行政机关对人民的权利、自由的规制，必须以法律为根据，同时只要以法律的形式，便可以对人民的权利、自由予以制约。形式上的法治国家并不以保障人民的权利、自由为目的，相反它还通过法律对人民的权利、自由进行限制。形式上的法治国家既可以和民主主义结合也可以和法西斯结合。实质上的法治国家是指依法拘束和限制权力，保障和确保人或国民的自由和权利的国家。保障人或国民的自由和权利，才是法治的内容和目的。“法治”中的“法”是指超越法律或实定法的更高层级的“法”或者“理性法”。因此，这种法不仅拘束行政机关和司法机关，而且也拘束立法机关。这种实质上的法治国家，类似于英国的“Rule of Law”，意味着抑制专断的权力，在宪法之下给予个人的权利最大限度的保障。^①我们作为目标追求的法治国家显然是实质上的法治国家，而不是形式上的法治国家。因此在我们对法治国家进行制度和体制设计时，就应充分考虑我们的法治理想，而不能假法治之名行非法治之实。形式上的法治国家比完全不讲法治的国家要进步，但是它还不是严格意义的法治国家，或者说在严格的意义上它仍然是非法治国家。作为本书论证主题的显然是实质上的法治国家，本书的有关论述也是以实质上的法治国家为目标的。

论及法治国家的概念，必然涉及到法治国家概念与法治概念

^① 杨建顺：《“依法行政”在日本》，载杭州大学法学院主编：《法治研究》，杭州大学出版社 1998 年版，第 149 页。

之间的关系问题。有许多学者都认为，法治国家的含义并不等同于法治，甚至还远离法治，与法治根本对立。美国学者伯尔曼在论述教会法时说，“教会是一个 Rechtsstaat [法治国]，一个以法律为基础的国家。与此同时，对于教会权威所进行的限制，尤其是来自世俗政治体制的限制，以及教会内部尤其是教会政府的特殊结构对于教皇权威的限制，培育出了某种超过法治国意义上依法而治的东西，这些东西更接近后来英国人所称的‘法的统治’（‘the rule of law’）。”^①伯尔曼的这一论述至少表明了，在伯尔曼看来，法治国不是法治，只有“超过法治国意义上依法而治的东西”才更接近英国人所称的法的统治即法治。

我国有的学者还论证了法治国与依法治国相等同，法治国与法治根本对立。“一个法治国可能是一个法制高度完备的国家，但却不是一个法治的国家。”^②“法治国与法治不可相提并论、同日而语。”^③进而论证了“法治与（依）法治国之间的一些根本分野”。认为：一是，法治起源于自然法思想，基于自然法学的契约观，要求保护民权，限制政府权力，与宪政有着天然联系。法治国起源于实证主义法学，强调作为立法者的统治者的意志及权力至高无上，排除了体现平等精神的契约思想和为宪政提供依据的宪政主义。二是，法治体现了对公民权利与自由的偏爱，限制统治者的专横权力。法治国偏爱国家，尤其是偏爱作为无上立法者的统治者。三是，法治强调法律是被人们能动地发现的自然法则，而决不是统治者的权力意志，修改法律意味着修改人们认识自然法则过程中的偏差，注重法律的稳定性、持久性。法治国则强调法律是统治者的意志，作为特定个人意志的法律当然也就会随着个人

① [美]伯尔曼：《法律与革命》，中国大百科全书出版社1996年版，第259页。

② 刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年版，第145—146页。

③ 同上，第147页。

的消亡而消亡，修改法律意味着统治者在塑造自己新的意志，注重法律的灵活性。四是，在法治中，人们服从法律时，是服从普遍的、客观存在的自然法则，服从自然法则的人是自由的。法治反对人治，是良法之治。在法治国中，人们服从法律是在服从统治者本人的意志，显然不能说在享有自由。法治国与人治并无根本差别，并印证了人治的结论：人存政举，人亡政息。

以上关于法治与法治国区别的观点，我不敢随意苟同，更不同意将上述法治国家或法治国的含义，赋予现在我们所使用的法治国家或法治国的概念。其实，欧陆法学家早已都将英美的“法治”纳入了“法治国”或“法治国家”的概念之内，我们还有什么理由要把欧陆法学家都已经抛弃了的第二次世界大战结束前的“法治国”或“法治国家”概念重新找出来，与新的符合法治精神的“法治国”或“法治国家”进行什么比较呢？就是上述分析与理解毫无错误，我也依然主张今天的法治国家或法治国，应当注入法治的内涵，并将其与法治协同起来。

但是这并不意味着我们可以对以上的分析与理解无动于衷。其实，这些观点是很值得重视的，它至少警示我们：不当的“法治国家”或“法治国”并不等于法治，也并不必然导致法治的结果；“法治国家”或“依法治国”完全可能被畸形化，走向法治的反面。这需要我们警醒。

历史发展到现代，法治国家或法治国已经是普遍认可的政治、法律概念。有的法学家也认为“法治国乃基于法律之治，因此法治国无异等于‘法律国’”，^②许多法学家，乃至社会大众都清楚地认识到“国家应该创设法律体系，并且依此法律之规定来治理国

刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年版，第147—149页。

② 陈新民（台湾）：《国家的法治主义——英国的法治（The Rule of Law）与德国法治国家（Der Rechtsstaat）之概念》，《台大法学论丛》第28卷第1期，第105页。

家，已是每个民主国家的立国原则。国家这个‘依法而治’的‘属性’也被认为是最进步，且合乎理性的国家形态。^①但是人们“并不存在，也未曾有过对法治国家的普遍认同的理解。”^②

在我看来，法治国家或法治国，是指国家法治化的状态或者法治化的国家，是法治在国家领域内和国家意义上的现实化。法治包含法治国家和法治社会在内，法治国家与法治社会是法治发展的相互连接的两个阶段，它们都是法治的构成部分。

法治国家与人治国家相对立。“人治国家”中的“人”并不是指民众意义的“人”，而是拥有国家权力的人。人治国家实际上是在没有法律约束下的“权治国家”。谁拥有国家权力或者公共权力，谁就主宰国家和没有权力的民众。在法治国家中，一切人都必须服从法律。在人治国家中一切人都只服从于拥有权力的人，服从于拥有权力的人的意志。人治国家中有专制的人治国家也有非专制的人治国家。专制的人治国家即是专制国家。法治国家与非专制的人治国家相对立，更与专制的人治国家相对立。

法治国家与专制国家相对立。这种对立至少表现在这样的两个方面。一是民主与否的问题。法治国家是以民主作为基础和目标的。甚至可以说，民主是法治的灵魂，是法治国家的基本精神。没有民主必然没有法治，也必然没有法治国家。而在专制国家，必然是没有民主的，有的是君主或者独裁，至多也是少数人的专横。其重要的特征之一就是非法。非法既表现为不需要法律，也表现为无视法律。也就是说，它根本就无须法律；即使有法律存在，也是或取或舍概由个人或少数人擅断。二是公权力是否受到法的制

① 陈新民（台湾）：《国家的法治主义——英国的法治（The Rule of Law）与德国法治国家（Der Rechtsstaat）之概念》，《台大法学论丛》第28卷第1期，第48页。

② [俄]B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社1999年版，第346页。

约问题。在专制国家，公权力不受任何法或法律约束。在法治国家则恰恰相反，任何公权力都必须受到法律的约束。任何权力的行使都必须以法律为依据。没有法律依据的权力行使，都将被视为非法，都为法治所反对，都应当承担相应的法律责任。从根本上说，专制国家是反法治的国家，法治国家也是反专制的国家。任何专制国家都必然是人治的国家，个人或者少数人的权力超越法律，高处于法律之上。专制国家是最坏的人治国家。

法治国家与警察国家既相对立又相联系。警察国家是国家公权力具有至高无上地位的国家。以政府权力为代表的整个权力都极少受到法律的拘束。它也许比绝对的专制国家要好一些，但离法治国家的要求还相当遥远，而根本不可能与法治国家同日而语。在警察国家里，国家被迷信为绝对真理的拥有者，享有绝对权威，不可怀疑，不犯错误，不承担责任。警察国家依然是非法治的国家。有西方学者这样概括二者之间的区别：“在警察国家时代，国家公权力只服膺民法及受到民事审判的拘束，而法治国则更进一步，所有公权力都要受到法律的拘束。”^①台湾有学者认为“警察国是国家由专制国发展到法治国的过渡阶段。”^②

法治国家与宪政国家相联系和区别。宪政国家是法治国家的准备，或者历史前提，法治国家必须首先是宪政国家。何谓“宪政”，有学者这样解释：“宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理，以实现一系列民主原则与制度为主要内容，以厉行法治为基本保证，以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度。根据这一定义，宪政这一概念，包含三个基本要素，即：民主、法治、人权。民主是宪政的基础，法治是宪政的重要条件，

^① 陈新民（台湾）：《国家的法治主义——英国的法治（The Rule of Law）与德国法治国家（Der Rechtsstaat）之概念》，《台大法学论丛》第 28 卷第 1 期，第 68 页。

同上，第 68 页注二。

人权保障是宪政的目的。”^①这是对于现代宪政的较为全面的诠释。也有学者侧重于限制权力的角度界定宪政，“宪政的本质的确是而且必须是限政。在宪政主义看来，不论一个政府的组织形式如何，都不得存在不受限制的最高权力。”^②对于宪政国家，可以简单地说，是国家权力或公权力首先接受宪法和法律的约束，服从宪法和法律的国家。公权力没有在警察国家的那种专权。法首先成为了国家的行为准则。宪政国家是法治国家得以形成的前提。国家不依法办事，法治就必然会遭到破坏。德国著名法学家麦耶在一百年前就认为，法治国是已完成的宪政国。法治国家是以宪政国家作为基础发展起来。所以法治国家的建设必须把宪政摆到极为重要的位置加以特别的重视。在法治国家的法律至上，首先就是宪法至上。宪法首先就是保障人民权利、制约国家权力的重要工具。宪政的一个重要目标就是防止权力的滥用，保证权力的正当行使。

二、法治国家与依法治国

依法治国，它是指的依照法律治理国家，是法治的重要方面和主要内容。法律至上是依法治国的行动口号和价值准则，法律高于作为整体的人民之外的一切权力和权力拥有者，法律至高无上。

与依法治国最经常地被交错使用的是“以法治国”。治理国家的方式方法是多样的，可以“以人治国”、“以礼治国”，也可以“以法治国”或“依法治国”。“以人治国”中的“人”是指掌握国家政权的人。以人治国，即依靠国家领导者的智慧和才能来治理

李步云：《走向法治》，湖南人民出版社 1998 年版，第 2 页。

刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店 1998 年版，第 123 页。

③ 陈新民（台湾）：《国家的法治主义——英国的法治（The Rule of Law）与德国法治国家（Der Rechtsstaat）之概念》，《台大法学论丛》第 28 卷第 1 期，第 98—99 页。