

法治政府丛书

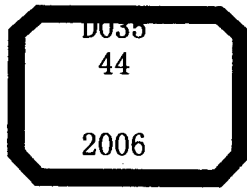
法治政府的基本原理

张树义 主编

Fundamental Principles of Government
Ruled by Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法治政府的基本原理

Fundamental Principles of Government
Ruled by Law

张树义 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法治政府的基本原理/张树义主编. —北京:北京大学出版社,2006.12
(法治政府丛书)

ISBN 7 - 301 - 11393 - 5

I. 法… II. 张… III. 国家机构 - 行政管理 - 研究 - 中国 IV. D630.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 154499 号

书 名: 法治政府的基本原理

著作责任者: 张树义 主编

责任编辑: 郭瑞洁

标准书号: ISBN 7 - 301 - 11393 - 5/D · 1651

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经销者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 15.75 印张 266 千字

2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《法治政府丛书》书目

- 外国及港澳台行政诉讼制度 薛刚凌 主编
- 宪政理论与法治政府 王人博 主编
- 宪法制度与法治政府 焦洪昌 主编
- 法治政府的基本原理 张树义 主编
- 行政体制改革研究 薛刚凌 主编
- 法治政府与行政决策、行政立法 刘 莘 主编
- 法律的实施与保障 马怀德 主编
- 学校法律制度研究 马怀德 主编
- 和谐社会与纠纷解决机制 何 兵 主编
- 教育行政法 高家伟 主编
- 卫生行政法 吴平、刘善春 主编
- 城市规划行政法 刘 飞 主编
- 警察行政法治问题研究 王成栋 主编
- 政府律师 程滔、王进喜 主编
- 律师职业行为规则论 陈宜、李本森 主编
- 行政判决的分析与重构 张旭勇 著
- 司法赔偿研究 张 红 著
- 行政法合法预期保护原则研究 张兴祥 著

《法治政府丛书》编委会

主编：马怀德

委员：应松年 廉希圣 朱维究 江必新
张 穹 马怀德 张树义 王人博
薛刚凌 刘 莘 蔡定剑 焦洪昌
李树忠 刘善春 高家伟 王万华

走向行政法治

(代总序)

改革开放二十多年来,我国的民主法制事业取得令人瞩目的成就。特别是随着依法治国,建设社会主义法治国家基本方略的实施,各项法治事业突飞猛进,行政法治领域取得的成果尤为显著。我们初步建立起门类齐全、职能明确的行政组织法与部门行政法体系,做到政府管理的有法可依;我们建立起了一套具有中国特色的行政行为法体系,包括行政处罚法、行政许可法,和目前正在起草的行政强制法与行政收费法等;同时还建立起比较完善的行政监督与救济法体系,不仅有行政复议制度,而且有行政诉讼与国家赔偿制度;公民的法治观念和意识也有很大提高。特别是2004年《国务院全面推进依法行政实施纲要》的出台以及行政许可法的实施,在各级公务员和领导干部中全面普及了依法行政的观念,为推进行政法治事业起到观念先导的作用。

但是,必须看到,行政立法体系的完善和法治观念的更新并不意味着法治时代的到来。从某种意义上来说,依法行政,建设法治政府的任务还远没有完成。如何应对今后的挑战和困难将是摆在所有行政法实务部门和学术领域的艰巨任务。就目前而言,我们面临的主要任务是:

第一,进一步改革政府机构,转变政府职能,控制行政权力的自我膨胀以及机构的升格冲动,将政府的行政职能真正转变到宏观调控、市场监管、社会管理、公共服务上来,最终实现行政职能与组织编制的法律化是目前最为紧迫的任务。

第二,完善立法与执法制度,使体现公平与正义的良法得到有效实施。要尽快实现立法与决策的民主化,切实反映民意,顺应民心。立法公开透明与公众参与尤其重要,重点要解决立法中的部门利益与行业利益问题,将起

草权交给更为中立和公正的人大与社会民众;要重点解决法律难以有效实施的问题,让法律自动运转而不是靠新闻舆论与领导个案批示推动法律的实施;还要解决行政机关超越职权、滥用职权以及不作为问题,防止人为因素影响执法与法律实施的效果,发挥法律在定分止争、监督政府、保障权利方面的作用;同时还应当重点规范国家公权力,提高执法人员的法律素质,健全执法程序,预防、减少和妥善解决各类社会冲突,构建和谐社会。

第三,健全行政程序,提高行政效率。行政机关缺乏统一的行政程序,容易造成行政腐败与效率低下,与经济社会发展要求也不相适应。为此,应当尽快健全会议制度、政务公开制度、行政时限制度、说明理由制度、听证与公示制度,在条件成熟时将这些制度上升为法律。

第四,完善激励与监督制度,改变传统的政绩观,强调正确执行与实施法律在公务员激励制度中的作用。逐步完善地方自治与民主选举制度,使官员对地方经济、社会、政治发展与法律实施负责。强化监督与救济制度,健全民间和行政的纠纷解决机制,消解各类矛盾,疏通现有纠纷解决渠道,减轻信访压力,减少越级行政干预,将冲突化解于地方。要适度发挥政策与非法律化纠纷解决机制的作用,逐步过渡到完全的法律纠纷解决机制。同时要重点解决司法裁判的公正问题,树立司法权威,使之成为解决纠纷的最终途径。

第五,进一步提高公民特别是领导干部公务员的法律素质和法治观念,通过日益广泛的法学教育和普法宣传,树立法律的权威。进一步完善法律普及与法律教育制度,重点做好权利与义务、权力与责任、上级与下级的均衡普法,鼓励公务人员通过实践掌握与运用法律。提高公众的素质,减少和抑制纠纷,鼓励公众通过合法正当的渠道解决争议。

与我们面临的任務相比,行政法治理论研究尚显薄弱,与建设法治政府的要求也存在一定的距离。一方面,行政法治的基础理论研究不够,我们对法治政府的宪政基础、基本内涵、要素、基本特征、价值以及法治政府的实现等基本理论问题,尚缺乏系统而深入的研究;另一方面,行政法学的研究的现实应对性还不是很强,行政法学的研究广度还远远不能满足建设法治政府的需要。政府之间关系法治化、部门行政法等大量问题还没有受到行政法学界的高度重视。为此,不仅要行政法总论进行更深入的研究,更需要关注具体行政领域中的法律问题。

有鉴于此,中国政法大学依托宪法学与行政法学的学科力量,组织一批专家学者对中国法治政府的理论与实践问题进行初步研究,编辑这套《法治

政府丛书》,尝试构建适合我国国情的法治政府理论体系,为我国的法治政府建设尽绵薄之力。当然,构建法治政府是一个系统工程,并非朝夕之间可以达成。法治政府的理论研究也必须在深度和广度上不断拓展,以提高其对现实问题的应对与解决能力,为法治政府的实践提供理论支持,我们将对此进行持续性的关注和研究。

《法治政府丛书》的出版,是中国政法大学宪法学与行政法学学者和有关实务部门专家学者努力的成果,得到了中国政法大学“十五”、“211”工程建设项目“法治政府的理论与实践”的资助,也得到北京大学出版社的大力支持,在此表示诚挚谢意。

马怀德

2006年6月于中国政法大学

目 录

引 论	(1)
一、研究方法	(1)
二、本书的基本框架	(5)
三、本书的基本立场	(11)

第一编 法治原理与政府治理

第一章 法治的基本原理	(17)
一、法治原理的渊源考察	(17)
二、法治原理的基本内容	(26)
第二章 政府理论	(28)
一、“政府”的语言游戏:权威与规则	(28)
二、政府理论展开的哲学方法进路	(35)
三、政府理论展开的科学方法进路	(42)
四、形而上学问题还要不要——政治哲学与政治科学的一个学术论战	(47)
第三章 法治与政府的理论勾联	(52)
一、导论	(52)
二、法治与政府合法性的历史联系之一:正、反题之展开	(52)
三、法治与政府合法性的历史联系之二:民主法治国的商谈理论对以上命题的“扬弃”	(58)
四、法治作为政府合法性的中国语境与中国问题:以行政程序法制定为契机	(62)

第二编 西方法治政府的历史与理念

第一章 绪论：法治政府的源流·····	(69)
一、“法治”与“法治国”所属不同的概念系络·····	(70)
二、法治理念的比较目的·····	(73)
第二章 大陆法系国家法治政府的演进·····	(75)
一、法国法治政府的理念与制度·····	(75)
二、德国法治政府的理念与制度·····	(99)
第三章 英美法系行政法治的演进·····	(123)
一、英国行政法治·····	(123)
二、美国行政法治·····	(138)
第四章 日本法治政府的理念与制度·····	(155)
一、日本法治政府理念的演进·····	(156)
二、日本法治政府的原理·····	(166)

第三编 法治政府的中国命运与问题

第一章 法治政府在中国成立的背景·····	(175)
一、西方法律价值观的输入·····	(175)
二、中国传统官僚制度对于行政法治建设的阻力·····	(181)
三、社会结构变迁对于中国行政法治的影响和助力·····	(185)
第二章 法治政府在中国的成立·····	(193)
一、法治普世价值对传统文化的改造·····	(193)
二、法治社会对政府角色的要求·····	(205)
三、法治社会下对政府权能转变的要求·····	(210)
第三章 法治政府在中国的出路·····	(215)
一、有限政府·····	(216)
二、程序政府·····	(225)
三、责任政府·····	(231)
四、简短的结语·····	(240)
主要参考书目·····	(243)

引 论

“法治政府的基本原理”，是由法治、政府和原理三个基本词构成。法治作为一个概念，自古代希腊即已产生，但作为一种社会秩序模式则产生于近代17世纪的西方革命，其中蕴涵着丰富的思想内容。政府也与法治概念一样，作为一种政治组织形式，产生于久远的年代，直到近代才渐趋成型，也具有足够的复杂性。因此，对法治政府的基本原理进行研究，就不能不先对研究方法、研究的框架以及本书的立场予以交代。

一、研究方法

何为法治政府的原理，对其的探讨毫无疑问应当从法治的概念开始，因为法治政府虽然是法治最基本的目标，但法治理论却是法治政府的基础。然而，法治，如同公平、正义等其他重要的政治概念一样，虽然对其含义存在诸多争议，但对于这种种不同的观点之间的争议，我们与其看作是思想的争锋，制度的博弈，毋宁看作是人类社会对法治不懈的追求。

法律是我们解读其所在社会人与人之间结合方式的深层奥秘的暗码体系。作为人与人之间的社会行为规则，法律涉及诸多因素。在心理层面，表现为欲望和理性的纠葛；在认识论层面，表现为理论与事实的二律背反；在政治实践层面，表现为规则与价值的区别和紧张。因此，法治涉及三个基本要素：思想或价值、规范或制度，以及社会结构或秩序。规范或制度的存在源于社会需要，有什么样的社会也就会有怎样的规则；但规则必须体现某种价值，法律思想史上争论不休的公正与正义，法律发展史上不断交战的善

法与恶法之争,近现代法治发展上的形式法治与实质法治之争都表现了人们对法律价值的不懈追求。然而,价值总是具体而抽象的,它源于人们对所处社会的把握。因此,我们对法治政府在中国的成立就由这三个要素展开。

第一,法治首先表现为一套思想体系。人不同于其他动物之处在于“人是思考的动物”,法治就是人类在对政治生活的思索中逐步形成,经年累月,产生了有关法治的形形色色的观点,渐渐形成一个庞大博杂的思想体系。

法治思想的源流可以追溯自古代社会。自古希腊以降,亚里士多德在其对政治国家的设计中,就明确提出了“法治应当优于一人之治”的法治国主张。^①他认为,法律“正是免除一切情欲的神祇和理智的体现”,在他看来,“法治”的含义包括两层内容,一是已成立的法律获得普遍的服从,二是大家所服从的法本身应该是良好的法律。“良法”的标准可以概括为三点:良法是为了公共利益而不是为了某一阶级(或个人)的法律;良法应该体现人们所珍爱的道德价值(对古希腊人而言就是自由);良法必须能够维护合理的城邦制度于久远。

虽然亚里士多德最早提出了关于法治的思想,开启了人类对于政治治理方式的思考,但他并没有对他那个时代的政治统治形成明显的直接影响,却从理论上对中世纪乃至近现代政治家、法学家产生了巨大影响。比如,亚里士多德将“良法”的概念与道德价值紧密地联系在了一起,就为后世的良法理论以及实质法治理论提供了思想给养。在此基础上,霍布斯、哈林顿、洛克、休谟、斯密、边沁、戴雪、哈耶克、拉兹以及哈特等思想家对法治思想注入了丰富的内容,形成了洋洋大观的法治理论。

作为一套思想体系,法治是由法律的观点、原则和原理所构成,它不仅包括人们对法律的看法,而且包含体现法律基本价值的原则,还包括法律之于社会生活的基本原理。人类社会如何才能实现秩序状态?在社会的调整方式上,漫长的社会发展过程中,曾有过风俗习惯、宗教规则、法律、人伦规范和行政政策五种形式。法治最终确立起权威地位,则是基于人们对法律的看法。亚里士多德关于“法治应当优于一人之治”的观点就体现了对法律悠长的思考。英国绝大多数的法治论者都是从形式上论说法治的。比如,在内容上都主张法应该具有一般性和普遍性;法是确定的、公开的;相同情况相同对待;法不溯及既往;法律至上等。但这些法治论者均反对国家专

^① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第167—168页。

横,主张限制国家的权力,以实现公民的自由,这则又是实质法治所强调的,即法治的目标和内容。只是在如何限制国家权力以及限制程度、法治之法是普通法还是自然法,还是包括立法,法治关心个人自由还是更应该关心社会公正上,英国法治论者才显示出法治主张的分野。可以说英国法治统一于形式法治,分于实质法治。在法治形式上并没有本质分歧,仅是法治因素多少的差异,但在实质的目标和内容上,却呈现了自由法治和公正法治的区分,前者强调个人自由,后者强调社会公正,主张消除或者缩小社会的差距。

然而,对法律的看法最核心的是对法律原则的追问,因为人们不能不追问法律的价值到底何在。美国学者朗·富勒提出法律的八种基本特征或原则:法律具有一般性;法律具有公开性;法律不溯及既往;法律规定清晰明了;法律不自相矛盾;法律不要求不可能之事;法律具有稳定性;官方执行应与公布的法律相一致。^①而在英国学者拉兹看来,能够实现指导人们行为的职能的法律必须具备下列品格:所有法律应公布于众,且不应溯及既往;法律应保持相对稳定;具体法律的制定应当遵循公开、稳定、清晰和一般性的规则;必须确保司法独立;自然正义诸原则必须得到遵守;法院应对立法及行政活动拥有审查权;诉讼应当易行;遏止犯罪机构所拥有的自由裁量权不得侵蚀法律。^②

如果朗·富勒和拉兹对法律品格的概括足以让我们认同法律之治,我们就不得不在更广阔的社会背景上思考,法治是一种政治哲学,也是一种社会哲学。从这一角度,尽管所有的法治论者都从自由主义出发,但却形成了自由主义法治观和社会法治观这样两种不同的学术流派。从保护个人自由出发,国家与市民社会的二元结构分离就成为必要,而国家与社会的分离则需要对政府权力予以必要的控制与限制。国家与市民社会理论、民主学说,分权理论为法治论者相继提出。

第二,法治也表现为围绕上述价值与原则确立的一套规范与建立起来的一系列制度,一种人们能够据此规划其生活,从而使人类生活变得可以预见和可以控制的制度框架。

任何理论都是基于对现实问题的思考,学者们对法治的言说是对人类应对政治生活问题的思考。这些思考的具体实现就是各种制度的建立,而制度则承载着实现思想所内含的价值与原则的使命。这就如同人之身体与

^① Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (revised edition), Yale University Press, 1969, p. 39.

^② [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第187—189页。

人之灵魂一样(如果人有灵魂的话),原本是不可分割的。灵魂需要身体承载而得以存活,身体则因灵魂而过一种有意义的生活。法治思想因制度而得以具象,制度则因法治思想而获得价值。

法治的核心思想是对政治权力的控制,伴随着各种有关法治的政治学说产生,人们都力图将其付诸政治实践。英国在漫长的历史演进中,不仅奉献了自由主义法治观,而且首书了法治的最初篇章,成为近代法治的发祥地。综观英国法治的绝大部分历史,一直追随两个基本目标,即限制国家的权力与保护公民的自由。1215年的《大宪章》奠定了法治的基础:公民的自由和权利不可随意剥夺。防止权力专横独断的三权分立制度、立于道德与良心之上以纠正形式法律可能产生不公的衡平法制度、遵循先例从而使法律在形式与实质上都能保持一致性、连续性的判例制度的初步确立,以及培养为维护个人权利实现法治所不可缺少的独立的法律职业者阶层的律师学院的建立,都在实现法治中作出不可磨灭的贡献,从而也是英国人当时对法治的主要制度贡献。

因而,构成一种制度的法治不仅是完整的法律典章以及立法和司法体系,而且包括法律职业和法律教育,还包括可以利用来实现其诉权的程序和法律服务设施,也就是一整套制度框架。在这一制度框架内,使“人类活动受规则统制的事业”得以成功。

第三,法治还可以理解为一种社会结构,一种特殊的社会秩序模式。作为一种社会结构或社会秩序模式,法治意味着社会生活的重要关系受一般规则的统制,特别是在统治者与被统治者之间形成可以预期的和稳定的互动关系,这就要限制专断的政治权力,实现法律的统治。

法治与社会结构之间的关系是显而易见的。历史上产生的法治的论说,不但都建立在法律制度的实践基础之上,而且也都是回应社会结构所发生的变化,解决社会结构变化所引发的各种矛盾与冲突。这也就是法治的思想起源于古代希腊,但法治社会的建立在发生在近代的原因所在。在从封建向现代转型时期,国王与贵族的抵牾,土地与资本的矛盾,政府与市场的悖谬,农业文明与工业需求的冲突,这一切错综交织,法治不过是在解决这些矛盾与冲突中产生,它是偶然的,也具有必然性;它是个殊的,但也具有普世性。

在解释法律秩序从现代欧洲传遍全世界之前为什么会在现代欧洲发展起来,或更准确地说,为什么仅在现代欧洲发展起来之时,昂格尔认为其原因是集团多元主义。在欧洲封建后期,国王、贵族、第三等级(特别是商人)

分立,既斗争又妥协,结果出现了法治的格局。因为集团多元主义意味着不存在一个永恒的统治集团,统治权的归属带有概率性,为了公平地分配权力,调整各种利益关系,必须制定一套中立的、具有普遍性和自治性的法律规范。同样,中华帝国为什么没有走上法治之路,也是因为封建制后期,国王、贵族(君子)与庶民(小人)之间是统治者与被统治者的关系,商人从属于贵族而不具有自治共同体,其结果人治成为社会秩序的基本方式,法律仅仅被作为驭民的工具。^①

因此,法治也是一种社会结构,一种社会秩序模式。在这种社会结构或社会秩序模式中,确立的法律的统治,社会生活中所有重要的关系都受到一般规则的统制,尤其是国家与社会的关系、政府与被治者之间的关系形成确定而稳定的互动关系,政府的权力受到限制,公民的权利获得保障。

二、本书的基本框架

法治政府的原理涉及许多方面,在时间上它关涉古代、近代与现代,在空间上涉及西方与中国,而在内容上则涉及思想、制度与社会,还有法治原理与政府原理。基于前面的分析,本书共分三编:第一编是法治原理与政府治理,主要是对法治原理与政府治理进行梳理;第二编是西方法治政府的历史与理念,主要是对西方法治政府的历史与理念进行综述与剖析;第三编是法治政府的中国命运与问题,主要分析法治政府在中国成立的背景,分析法治政府在中国成立的正当性问题,以及讨论中国政府法治化的道路。之所以作如此框架,是基于以下考虑。

首先,法治作为当代社会普遍接受的基本信念之一,有着丰富的内涵,需要我们追溯其思想源流。

法治思想的源流可以追溯自古代希腊,亚里士多德在其对政治国家的思考中,就明确提出了“法治应当优于一人之治”的法治国主张。^②他对于“法治”的理解包括两层内容,一是已成立的法律获得普遍的服从,二是大家所服从的法本身应该是良好的法律。“良法”的标准可以总结为三点:良法是为了公共利益而不是为了某一阶级(或个人)的法律;良法应该体现人们

^① 参见〔美〕昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第93—95页。

^② 〔古希腊〕亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第167—168页。

所珍爱的道德价值；良法必须能够维护合理的城邦制度于久远。亚里士多德关于法治的思想，开启了人类对于政治治理方式的思考，但并没有对他那个时代的政治统治形成明显的直接影响，却从理论上对中世纪乃至近现代政治家、法学家产生了巨大影响。在此基础上，霍布斯、哈林顿、洛克、休谟、斯密、边沁、戴雪、哈耶克、拉兹以及哈特等思想家对法治思想注入了丰富的内容，形成了洋洋大观的法治理论。

霍布斯是近代自然法的创始人，他将古代客观的自然法转变为一个主观的个人的自然权利，从而奠定了英国法治的个人主义基础。霍布斯假设先于国家有一个所谓的自然状态，个人在这种自然状态下享有无限自由，同时又时时处于与他人的冲突之中。为了使人类不致在冲突中毁灭，人们便通过协定建立国家。在霍布斯看来，自由就是个人不受其他人的制约或者干预的状态，即消极自由，政治终结的地方才可能有自由的存在。这种自由主义色彩的自由观，是英国法治思想的根本。

而约翰·洛克则是英国自由法治观的集大成者。他以个人自由为中心、以自然法为理论依据，对法治思想进行了系统的阐释。与霍布斯一样，洛克也主张从一个人设定的自然状态引出个人自由，同时政府是有限的，限制政府的目的在于保障个人自由。而如何有效地实现限制政府权力与保护个人自由的双重目的，洛克主张用法律，法治便是寓于自由与法律、法律与统治的关系之中。法律的目的不在于废除或者限制自由，而是保护或者扩大自由。哪里没有法律，哪里就没有自由。而对自由的侵犯的最大可能性，就是政府，因此有必要控制和限制政府的权力。洛克的法治思想无疑具有实质法治的色彩，但洛克的法治思想中也有形式的因素，洛克法治思想中实际包含了四个形式要素：法律的普遍性、持续性、公开性和法不溯及既往。应该说洛克的法治思想是实质法治与形式法治的统一。

传统的自由主义法治理念在18世纪得到了巩固和扩展，以不可知论闻名的大卫·休谟，就是一个自由法治的积极传播者和捍卫者。但与洛克等人的不同在于，休谟对法治的自由主义基础注入了经验主义的因素，他以经验主义的自由观代替了理性主义的自然法自由观。休谟认为，洛克等人先验预设的自然状态，仅仅是一个哲学虚构，人们组成社会，不是基于自然法的预设，而是基于习惯、习俗，以及追求功利的愿望和人为的协议。亚当·斯密以及爱得蒙得·伯克也是遵循着休谟的路径推进英国的自由法治的。比如斯密的自由概念就与休谟一样是一个法律感念，关注的中心是在法律原则下，个人权利和财产权利的安全，公正则被定义为不侵犯其他人的权

利。在其所著的《国富论》中,政府被定位在了守夜人的角色,国家的职责在于为社会提供公共产品。

18世纪末,功利自由主义法治思潮开始兴起,对渐进式的法治模式以及以自然法为基础的法治模式产生了强烈的冲击。虽然功利主义的法治思想的目的也在于维护个人自由,但却以世俗的功利原则而不是自然法为基础,强调人为的理性建构,同时坚持民主主义与法治的结合,与传统的自由主义法治思想强调精英统治有很大的区别,而且功利自由主义法治思想所强调的自由也为积极自由,即允许政府积极的干预公民社会,并享有广泛的裁量权。边沁认为,所谓的自然法是一种纯粹的空话,天赋人权更是自吹自擂之语,一切理论和制度只有满足社会进步和财富增长才具有道德的合理性。

传统的自由主义法治思想在19世纪下半叶显出颓势,但真正的冲击却来自第一次世界大战,尤其是在经济危机的背景下,英国采取了凯恩斯主义的干预政策。传统的自由主义法治思想,尤其是戴雪的法治思想,开始受到诸如詹宁斯、罗布森等人的批判。如果将戴雪的法治思想视为消极自由法治观,那么詹宁斯的学说就是积极自由法治观。而关于福利国家是否使得法治衰落的争论也就此开始。哈耶克就认为福利国家将摧毁法治:政府通过计划调整不同人的特殊需要,破坏了法律形式平等的原则;政府的调整和福利计划,只能通过行政的自由裁量权才能实现,但自由裁量权将摧毁法治的主要精神,即决定的可预测性。实际上,福利国家与法治的争论,反映的是积极自由与消极自由的争论,或者说是国家与个人自治领域的关系。传统法治考虑更多的是个人不受干预的自由,法律仅在于保障自由,而福利国家则意味着国家进入了过去属于私人的领地,更加强调个人的积极自由和对政府干预的需求。

20世纪下半叶开始,由于福利政策的不可逆转性,英国的法治思想中,更多地融入了形式法治论的色彩。所谓形式法治论,是指要有规则,人们能够按照规则行事,是任何有效法律秩序的要求。与之相对的是实质法治,强调保障个人自由、限制政府权力,往往体现于特殊的政治道德之中。这其中比较著名的是约瑟夫·拉兹。他虽然提出了法治的八项原则,但却反对将这八项原则与法律的内在道德之间发生必然联系,法治的东西也可能是非道德的,法治与古典自由主义法治主张的个人自由没有关系。法治仅仅是一个形式,只具有消极的防恶功能,并不产生善。在拉兹看来,法治字面含义是“法的统治”,有广义和狭义之分。广义是“人们应服从法律并受法律