

法治中国
建设丛书

上海市中国特色社会主义理论体系研究中心
上海市社会科学界联合会 编

法治思维

孙笑侠 等著

上海人民出版社

法治思维

孙笑侠 等著

上海市中国特色社会主义理论体系研究中心
上海市社会科学界联合会 编

上海人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

法治思维 / 孙笑侠等著,上海市中国特色社会主义
理论体系研究中心,上海市社会科学界联合会编. —上海:
上海人民出版社,2016

(法治中国建设)

ISBN 978-7-208-13390-7

I. ①法… II. ①上…②上…③孙… III. ①法制教
育—中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 260611 号

责任编辑	汪 娜
封面设计	张 页
封面题字	钱茂生
美术编辑	夏 芳

法 治 思 维

孙笑侠 等著

上海市中国特色社会主义理论体系研究中心
上海市社会科学界联合会 编
世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 17.25 插页 4 字数 235,000

2016 年 1 月第 1 版 2016 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13390-7/D·2759

定价 45.00 元

前 言

呈现在读者面前的“法治中国建设丛书”，试图写成一套兼顾学术性、知识性、通俗性和适用性，深入浅出，通俗易懂的读物，既受学界欢迎，又为大众喜爱。是否达此目的，留待读者评说。

法治中国建设，是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。中国共产党第十八届四中全会作出关于全面推进依法治国若干重大问题的决定，对社会主义法治国家建设作出顶层设计，既抓住法治建设的关键，又体现党和国家事业发展全局的要求，开启了建设法治中国的新航程，意义重大而深远。

2015 年年初，潜心研究依法治国的知名学者、上海市社会科学界联合会党组书记、专职副主席沈国明研究员，提议撰写出版“法治中国建设丛书”，为推进全面依法治国贡献上海学者的智慧。此提议得到上海市中国特色社会主义理论体系研究中心、上海市社会科学界联合会的大力支持，得到沪上法学界、政治学界知名专家的热烈响应。上海市社会科学界联合会、上海市中国特色社会主义理论体系研究中心给予研究经费和出版经费资助，组织“法治中国建设丛书”策划会议，形成“法治中国建设丛书”架构。沪上法学、政治学领域 11 位著名学者：沈国明、何勤华、郝铁川、叶青、郑成良、桑玉成、季卫东、孙笑侠、陈金钊、李瑜青、崔永东分别担任 11 个研究课题的首席专家。通过两次首席专家研讨会，形成了丛书的定位、撰写理念和基本要求。

“法治中国建设丛书”旨在以党的十八届四中全会精神为指导，深入客观

地研究分析法治建设的重大理论和现实问题,为从法治上解决党和国家事业发展面临的一系列重大问题的制度化方案提供智力支撑,为推进全面依法治国、建设法治国家贡献智慧和思想,也试图为构建中国特色法学学科体系和话语体系积累经验。

“法治中国建设丛书”共有 11 种著作,每一种著作选择和聚焦一个方面的重大理论和实践课题。丛书重点研究了法治道路和法治体系、依宪治国、国家治理、法治政府、司法改革、法治社会、法治与德治、法治思维、法治与改革、党的领导与法治、法治队伍建设与法治人才培养等法治中国建设的时代课题,形成了内在逻辑联系紧密的、比较系统回答法治中国建设的系列著作。

参加《法治中国建设丛书》撰写的作者除首席专家外,也都是在法学、政治学领域某个方面有造诣的学者。丛书作者立足我国国情,立足社会主义法治建设实际,立足实现全面建成小康社会目标和各领域改革发展对提高法治水平的要求,从有利于坚持党的领导、坚持中国特色社会主义制度、贯彻党的十八大和十八届三中、四中全会精神出发,直面我国法治建设领域的突出问题,直面人民群众呼声和社会关切,直面改革攻坚期和深水区面临的难题,努力做到眼界开阔、求真出新、讲究逻辑,深入论证阐释党的十八届四中全会提出的全面推进依法治国一系列新观点、新论断、新举措,深入研究法治建设的重大理论和实践问题,深度揭示该课题领域的法治科学难题,丰富和发展法治建设理论。有的书稿还凝聚了审读专家的智慧。应该说“法治中国建设丛书”的每一种都是作者的倾力之作。

“法治中国建设丛书”的研究撰写,得到时任中共上海市委常委、宣传部部长、上海市中国特色社会主义理论体系研究中心主任徐麟和现任中共上海市委常委、宣传部部长、上海市中国特色社会主义理论体系研究中心主任董云虎的热情关怀和支持。时任市委宣传部副部长、上海市中国特色社会主义理论体系研究中心常务副主任李琪和现任市委宣传部副部长、上海市中国特色社会主义理论体系研究中心常务副主任、市社联党组书记燕爽,对丛书的研究撰写给予了具体指导。刚卸任市社联党组书记的沈国明研究员,不仅担

任一个课题的首席专家,而且还是丛书的主要策划人。市委宣传部理论处处长、上海市中国特色社会主义理论体系研究中心秘书长季桂保,上海市中国特色社会主义理论体系研究中心副秘书长李明灿、市社联科研处处长金红,具体负责丛书的组织工作。

《法治中国建设丛书》能够如此快地面世,还得益于上海人民出版社副总编辑曹培雷和法律与文史读物编辑中心汪娜编辑的热忱帮助和通力合作,对所有在成书过程中给予的帮助不胜感激。

2015年12月

目 录

前 言	1
引 言	1
第一章 法治的广度与深度	7
第一节 法治涵义的扩展使用	7
第二节 法治成为各方的真需求	12
第三节 法治的内在构成与时间进程	14
第四节 法治的基础性条件与实质性标志	18
第五节 法治怎样控制权力	22
第二章 法治思维与法治能力	26
第一节 法律职业共同体的思维	26
第二节 法律职业思维基本规律	31
第三节 法治思维是法律职业思维的普及和推广	36
第三章 规则至上思维	46
第一节 规则思维与规则原理	46
第二节 规则的规则	58
第三节 对规则的敬畏	66

第四节	依规办事方面的法治能力	77
第四章	权利本位思维	89
第一节	权利本位思维与权利问题	90
第二节	一切从权利出发	101
第三节	权利本位思维的实际运用	119
第四节	权利本位思维的法治能力转化	135
第五章	权力控制思维	142
第一节	权力为什么受控制	142
第二节	权力受什么控制	149
第三节	控权思维的应用	167
第四节	控权的法治能力	179
第六章	程序优先思维	189
第一节	程序的原理	189
第二节	程序优先思维的内容	200
第三节	程序优先思维的应用	208
第四节	程序方面的法治能力	219
第七章	技术理性思维	226
第一节	法律人士的技术理性	226
第二节	技术理性在法律规范适用中的具体要求	231
第三节	事实与证据的技术理性思维	256
第四节	技术理性与法治的社会治理能力	263

引言

自古希腊和古代中国先秦哲人提出“法治”并阐述其思想以来,历代思想家前赴后继地探索着这一亘古的命题。无数法学家的思考和各国法律家的实践,共同推动着这个工程,这是人类理性共同创造秩序的伟大工程。

历来人们从不同的层面和角度对它进行阐释。在古希腊和古罗马,法治思想和实践强调人的自由与法的权威。雅典奴隶制城邦民主政制的法治实践,是古希腊以亚里士多德为代表的古典法治国学说产生的基础。公元前 594 年,梭伦进行的革命性立法改革,形成了带有自由和民主色彩的法治国雏形。古罗马法治则有自己的特色,它“倾向于对权威和安全的强烈兴趣”。^① 查士丁尼时期及后来完成的罗马法典编纂工作,是罗马人尊重法律权威和保持商品交易自由和安全的典型例证。

法治国理论的萌芽最早出自柏拉图的名篇《法律篇》,“服从法律的统治”是他法治观的核心。后来柏拉图的学生亚里士多德发展了这一思想,他在《政治学》中提出了法治的两层含义,即法治的两个条件或标准“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”。^② “普遍服从良法”的观念成为古典法治思想的一个核心原则。后来西塞罗进一步阐明这一原则,他提出了“权力从属于法律”的论点。

① 参见黄稻主编:《社会主义法治意识》,人民出版社 1995 年版,第 81—82 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 199 页。

近代革命时期法治思想的核心是权力分立与制衡。近代法治理论的首创者是英国法哲学家詹姆士·哈林顿,他在《大洋国》中提出了以法律为绝对统治体制的法治共和国模式,认为要实现这个目的,必须实行权力制衡。应当做到:“(1) 元老院讨论和提议案;(2) 人民决议;(3) 行政官员执行;官职由人民投票选举,平衡地轮流执政。”^①继哈林顿之后,洛克以自然法为其法治理论的基础,认为对个人自由权利的最大危害是政治权力的滥用,因此,政治权力必须受到法律的约束。孟德斯鸠将近代法治理论作了制度化的设计,形成了立法权、司法权和行政权的分权理论。另外,卢梭依其社会契约论阐述了他的法治思想。在他的著作中阐述法治国思想可归纳为:人民拥有立法权;法治与共和政体相结合;法治意味着平等。

自由主义时期法治思想的基本原则是人民自由和权利的保障。19世纪末,英国著名法学家戴雪将法治归为三个要素:(1) 绝对的或超越的法治,反对政府有专断的、自由裁量的无限制的特权,英国人可以因破坏法律而受处罚,但不会因为其他任何事情而受处罚;(2) 法律面前一律平等,英国人不分阶级受制于同一法律体系,为同一法院所管辖;(3) 对于英国人来说,宪法不是一切法律规范的渊源,而是个人权利与自由的结果,而英国人的权利和自由是由宪法根据习惯法予以保障的。任何人的权利受到他人的侵害,都有权通过法定的救济办法获得补救。^②他的法治思想反映了自由资本主义时期的时代需要。在这个时期,一般人们认为政府不享有自由裁量权,只能消极地行使法律规定的权力。这个时期的法治实际上表现为:只要政府权力得以控制,公民自由和权利也就能得以保障。

当代西方法治思想的核心问题是福利国家与法治改革。当代社会要求国家经济职能的扩大,即国家对于社会经济活动的规划和调控职能的普遍增加。与此同时,当代社会在公民权利方面也有较大的扩展,表现为自由权

① [英] 哈林顿:《大洋国》,何新译,商务印书馆 1987 年版,第 37 页。

② [英] 戴西:《英宪精义》,英文版第 10 版,第 202—203 页。

本位向福利权本位的发展。这种变化显然是对传统法治观念的挑战。当代法学家关于法治的理论问题主要涉及以下事项：第一，法治与政府自由裁量权的关系。在现代社会，政府不可避免地要运用自由裁量权。有人怀疑政府自由裁量行为是对法治的否定，是法治的危机。实行法治反对人治不是排除行政机关具有自由裁量权力，只是反对人治中的专横、任性、自私自利因素。问题的关键是要建立防范政府滥用自由裁量权的有效制度，规定一些肯定的标准作为权力对私人权利干预范围的界限，政府活动的扩展必须伴之以取消政府责任豁免权，等等。第二，法治与平等的关系。出于社会经济的考虑，立法必须把各种人区分开来，使雇主与受雇者等各类人受不同法律管辖，法律平等的传统观念会使法律归于无效。第三，法治和允许批评法律的关系。批评法律的目的是促使法律的修改，但不能由于批评法律的缘故而拒绝服从法律。合法成立的法律未经修改以前，任何人都有服从的义务。国家对于受批评的法律可以放弃执行，或者改进执行的态度。

法治理论本身是一个开放型的体系，在不断变化的现代社会中，该理论体系也在不断调整自身内部的结构。1959年，在印度召开“国际法学家会议”通过的《德里宣言》中，法治理论已被发展为以下三项原则：（1）根据“法治”原则，立法机关的职能就在于创设和维护得以使每个人保持“人类尊严”的各种条件；（2）法治原则不仅要制止行政权的滥用提供法律保障，而且要使政府能有效地维护法律秩序，借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件；（3）司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的条件。这三项原则可以被看作是当代世界大部分法学家对法治问题的一个较有代表性的看法。

“法治国家”或“法治国”，最初是相对于“警察国家”（Polizeistaat）的一种关于国家形式和治国方式的统称。“警察国家”的特点是，只有君主才是主权者，他是不受任何制约的公权力的承担者，臣民对君主没有任何权利。早期“法治国”是指中世纪欧洲的某种国家形式，尤其是德意志帝国，当时被认为是“和平与法律秩序的守卫者”。国家权力的限度基本上由法律所规

定,并具有权利平等和个人自由等民主特征。现代意义上的“法治国家”,亦称“自由主义”法治国(德文 Rechtsstaat),它是德国资产阶级宪政运动的产物。在德国 18 世纪末期开始的宪政运动中,康德的国家学说发展成为“法治国”理论,其意思是国家权力,特别是行政权力必须依法行使,所以也称“法治行政”或“法治政府”(government by law)。

不同国家的法治模式从根本特征上看是相似的,国外有人把“法治国家”的基本要素概括为:(1) 公布一部宪法确立权力分立以限制国家权力的集中;(2) 赋予保证公民免受他人侵犯或国家非法干预的基本权利;(3) 行政机关依法办事;(4) 对个人因征用、为公献身和政府滥用职权而造成之损失的国家赔偿义务;(5) 法院为防止国家权力侵犯公民权利而提供法律保护;(6) 司法独立审判制度和禁止刑法的追溯力。

我们今天所讲的“法治国家”,与法治政府和法治社会是一体建设的,简单地说,就是指主要依靠善法来治理国政与管理社会从而使权力和权利得以合理配置的秩序状态,实现了科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。这样理解“法治国家”的优点是:第一,它吸收并突出了“善法之治”这一法治的基本前提问题。第二,它从“治国方略”到“秩序状态”,说明了建设法治国家的过程性,表述了手段与目的、形式与实质的关系。第三,它能够说明法治国家中的核心问题,也是实质问题——权力与权利的合理配置关系。第四,它把法治国家、法治政府、法治社会看成一体工程,同步推进依法治国、依法执政和依法行政。

中国共产党自 1997 年正式提出“依法治国,建设社会主义法治国家”之后,国家于 1999 年修改宪法时,又把“依法治国,建设社会主义法治国家”写进宪法。2012 年中共十八大再次重申依法治国,并在 2014 年十八届四中全会上,把依法治国确定为此次大会的主题。

2014 年 1 月,中共中央政治局决定,十八届四中全会重点研究全面推进依法治国问题并作出重要决定。为此,成立由习近平任组长,张德江、王岐山任副组长,中央各相关部门负责人、两位省里的领导参加的文件起草

组，在中央政治局常委会领导下进行文件起草工作。起草班子成员以及具体执笔人员中，有相当一部分人是法律专业的专家或有政法工作经验的领导。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《依法治国决定》）可以说是中共党史上最具专业性的一个文件。如果不把握好其中的专业性问题，就容易出现专业上的漏洞和问题。

在全面依法治国、全面深化改革、全面建设小康、全面从严治党四个方面来看，四中全会的“依法治国”是三中全会“深化改革”的姐妹篇，依法治国也是深化改革背景下的“依法治国”，是全面推进的“依法治国”。四中全会所强调的“依法治国”，不仅是对十七年前依法治国的“升级版”，而且还是法治的全面版和深化版。“全面”是指对法治的内容从多个方面作了拓展；“深化”是指从法治的精神上触及了一些带根本性的问题，也是老难题，究竟是回避它们还是直面问题？比如执政党与法治的关系；比如党与立法的关系，宪法的监督实施机制与宪法解释程序；比如政府转型与权力控制；比如司法改革顶层设计如何克服严重的行政化，等等。因此这次作为“升级版”的法治，所应当包含的内容更丰富了，触及的关节更准确了，设计的结构更立体了，实施的方案也更具操作性了。

《依法治国决定》有两段话是强调各级领导干部与法治关系的：一是讲“法治思维与法治能力”——“提高党员干部法治思维和依法办事能力。党员干部是全面推进依法治国的重要组织者、推动者、实践者，要自觉提高运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力”。二是讲“法律红线与法律底线”——强调“各级党组织和领导干部要深刻认识到，维护宪法法律权威就是维护党和人民共同意志的权威，捍卫宪法法律尊严就是捍卫党和人民共同意志的尊严，保证宪法法律实施就是保证党和人民共同意志的实现。各级领导干部要对法律怀有敬畏之心，牢记法律红线不可逾越、法律底线不可触碰，带头遵守法律，带头依法办事，不得违法行使权力，更不能以言代法、以权压法、徇私枉法”。



本书以学术思想的通俗表达为形式，旨在为党政机关工作人员、各行业和企业管理者以及其他普通读者提供一个学习法治思维的读物。本书系司法部中国法治与法学理论项目“先发地区先行法治化的理论与实践”的相关成果，由复旦大学法学院孙笑侠教授等七位作者合作完成。第一、第二章由孙笑侠教授撰写；第三章由厦门大学法学院郭春镇教授撰写；第四章由同济大学法学院徐钢副教授和江苏省社会科学院林海博士撰写；第五章由复旦大学法学院杜仪方副教授撰写；第六章由华南理工大学法学院冯健鹏副教授撰写；第七章由浙江大学光华法学院王凌峰博士撰写。因为初次尝试这种学术性通俗读物的撰写，我们自知一定会有错误和缺点，希望在今后得到改进。

第一章 法治的广度与深度

第一节 法治涵义的扩展使用

法治有多重并列的涵义,学界已经认可和使用的也有五至六种。从1997年中共十五大提出依法治国到2012年十八大,主要是使用了其中的一种。十八大之后,党政正式文件中开始扩展“法治”的涵义,也在其他各种意义上使用“法治”。1997年,我们提出依法治国,当时的内容是初级版的,限于当时的历史条件,只是把法治理解为治国方略,换言之,这种意义上的“法治”只是工具论意义上的,它宏大叙事,也抽象模糊,缺乏的就是法治的内在精神或理念。因此就有了依法治省、依法治市、依法治县、依法治村,也有了依法治各条系统,诸如依法治路、治水、治校、治矿,等等。法学上关于法治涵义的通说,并没有被接纳和落实下来。90年代中期我们总结过法治的多层涵义,目前也已成为法学教材的通说,它们是:(1)法治是有效的治国方略;(2)法治是注重规则的办事习惯;(3)法治是合理的法律精神;(4)法治是具有民主前提的法制模式;(5)法治是严格的控权机制;(6)法治是有序的社会关系。

从十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》来看,所使用的“法治”的涵义,不只局限在第一层“治国方略”上,其涵义范围不仅拓展丰富了,还深化细化了。既体现了“全面”又体现了“深化”。“全面

的”法治内涵应该包括以下内容：

第一，法治是有效的治国方略，更是治国理政的基本方式。

法治是一种宏观的治国方略。汉语“法治”一词从被使用时开始，就与“以法治国”、“依法治国”等词相提并论，主要是被作为一种治国方略来理解的。“以法治国”一词在中国古籍中首先见于《管子》一书，其后的商鞅、韩非子等人又对此进行了发展并付诸实践。在古代中国思想体系中，法治总是与“礼治”、“德治”、“人治”等治国方略相并列、相对称、相对立。西方思想体系中，“法治”也首先是被作为与人治相对立的治国方略，即“法律的统治”。治国方略多种多样，法律的治理是其中的一种。“人治”与“法治”的争论都在于对治国方略或手段进行权衡与选择。法治作为一种治国方略，它是指一个国家在多种社会控制手段面前选择以法律为主的手段进行控制，而不是选择其他作为主要控制手段，即我们今天重新提倡的“依法治国”。

十八大以来，特别是四中全会把法治作为治国理政的基本方式，作为执政的基本方式，作为国家治理体系和治理能力现代化的一种标志。《决定》首次指出法治对于小康社会、对改革、对发展的引领和规范作用，“把依法治国确定为党领导人民治理国家的基本方略，把依法执政确定为党治国理政的基本方式”，依法治国“是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求”，“提高党的执政能力和执政水平，必须全面推进依法治国”。《决定》还指出“全面推进依法治国是一个系统工程，是国家治理领域一场广泛而深刻的革命，需要付出长期艰苦努力”。

第二，法治是一种注重规则的办事习惯，更是一种理性的思维方式。

其基本含义是：在制定法律之后，任何人和组织的社会性活动均受既定法律规则的约束。所谓“既定法律规则”强调的是法律已经制定、人们“在法律面前”该怎么做的问题。所以，法治一词又经常被理解为“依法办事”，而不是依情势、依具体情况办事，更不是依需要、依感情办事。只要法律已经规定，任何人和组织不得以任何正当或不正当的目的（理由）去违背法律规则，而只能遵照执行。无论发生什么具体情况，甚至是法律本身发生不正

当的情况,也要依法办事。在既定的法律面前,严格遵循才是正当的。据此,我们可以把法治理解为人和组织进行社会性活动的形式正当原则。之所以说法治是理性的,是因为法律是人们事先设定的规则,具有稳定性、连续性、普遍性和一致性,它不受事发当时的人的情感和意志所左右。在法律面前只有先承认形式的合理才能承认实质的合理,这是法治建立的基本要求。

十八大以来,特别是在四中全会明确提出法治思维和法治方式,《决定》要求“提高党员干部法治思维和依法办事能力。党员干部是全面推进依法治国的重要组织者、推动者、实践者,要自觉提高运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力,高级干部尤其要以身作则、以上率下。把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩的重要内容,纳入政绩考核指标体系。把能不能遵守法律、依法办事作为考察干部的重要内容,在相同条件下,优先提拔使用法治素养好、依法办事能力强的干部。对特权思想严重、法治观念淡薄的干部要批评教育,不改正的要调离领导岗位”。

第三,法治是合理的法律精神,更是一种核心的价值理念。

法治还经常被作为一种法的精神,与理念、原则、观念等词连用,如“法治理念”、“法治原则”、“法治观念”,等等。离开法治精神的法律就会像一种失去控制的工具。这种精神导源于文明的社会条件和制度基础,是文明在法律上的转化形式,与人类精神文明一脉相承。法治的这些精神表现为一整套关于法律、权利和权力问题的原则、观念、价值体系,它体现了人对法律的价值需要,成为人们设计制度的价值标准和执行法律的指导思想。考察和分析近代以来的法治思想与实践,我们可以对法治所蕴含的法律精神作这样的归纳:法律至上、善法之治、权利本位、正当程序、平等适用、权力控制。

十八届四中全会同样认可了法治作为一种法律精神的涵义,把法治与富强、民主、文明、和谐、自由、平等、公正等一起并列为社会主义核心