

法治思维与检察工作

——第九届国家高级检察官论坛论文集

胡卫列 韩大元 主 编

郭立新 姜 廉 副主编

中国检察出版社

法治思维与检察工作

——第九届国家高级检察官论坛论文集

胡卫列 韩大元 主 编
郭立新 姜 廉 副主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治思维与检察工作：第九届国家高级检察官论坛论文集／

胡卫列、韩大元主编．—北京：中国检察出版社，2013.9

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0966 - 6

I. ①法… II. ①胡… ②韩… III. ①检察机关 - 工作 - 中国 - 文集

IV. ①D926.3 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 183268 号

法治思维与检察工作

——第九届国家高级检察官论坛论文集

胡卫列 韩大元 主 编

郭立新 姜 廉 副主编

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjcbs.com)

电 话：(010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本：720 mm × 960 mm 16 开

印 张：46.75 印张 插页 4

字 数：865 千字

版 次：2013 年 9 月第一版 2013 年 9 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0966 - 6

定 价：108.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编者的话

国家高级检察官论坛是国家检察官学院倡议，国家检察官学院与中国人民大学法学院联合主办的一个系列学术会议。论坛的宗旨是围绕检察理论与检察实践中的前沿热点问题展开多元的全方位的探索与对话，以期对促进中国特色社会主义检察制度的科学发展，推动社会主义法治的进步有所助益。

2012年11月8日，胡锦涛同志在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告中指出“法治是治国理政的基本方式”，要“提高领导干部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”。“法治思维”这一开创性的全新表述，是对依法治国方略的发展和完善，标志着社会主义法治国家建设进入新阶段。作为国家法律监督机关，检察机关在推进法治建设中肩负着重要职责。运用法治思维正确行使检察权，要求检察机关必须尊重法制权威与司法规律，维护社会公平正义，尊重和保障人权，强化法律监督与自身监督制约机制建设，不断转变观念主动适应新一轮司法体制改革与法治建设的内在要求。鉴于此，我们将今年论坛的主题确定为“法治思维与检察工作”，希望通过对“检察官的法治思维及其养成”、“法治思维与检察官职业伦理”、“法治思维与依法独立行使检察权”、“法治思维与优化检察权配置”及“法治思维与检察机关自身监督制约机制建设”等议题的思考和讨论，进一步阐明对相关问题的理解和把握，强化检察机关依法规范行使检察权的能力，推动检察工作的科学发展。

论坛的组织得到各方的积极响应和参与，共收到各院校专家学者和各级检察机关检察同仁的相关论文200余篇。但囿于篇幅的限制，我们只能挑选部分有代表性的文章结集出版，特此说明。

本届论坛由黑龙江省大庆市人民检察院承办，中国检察出版社对于论文集的出版给予了大力支持，我们表示衷心的感谢！同时，由于时间紧迫，未能尽如人意的地方在所难免，诚请大家批评指正！

编者

2013年7月1日

目 录

一、检察官的法治思维及其养成

法治思维中的利益衡平原则	张雪樵 (3)
检察官法律思维研究	赵 宁 (13)
检察官的法治思维及其养成	高继明 (23)
从理念到实践：检察官法治思维养成的路径	王晶瑄 高 伟 (32)
检察官的法治思维及其养成	王国宏 (43)
检察官应具备必要的政治思维	高保京 张际枫 (52)
论检察官的法治思维及其养成	同振魁 申飞飞 (61)
检察官法治思维及其养成	常 艳 (70)
论检察工作的法治思维	温 辉 (80)
检察官的法治思维及其养成辨析	周 平 (92)
刑事诉讼中的检察官思维	蓝向东 (101)
试论新形势下检察官法治思维的培养	刘 恒 冯文婧 (117)
检察官的法治思维及建构路径	高 杉 (124)
论检察官的法治思维及其养成	王立秋 黄继荣 (133)
论检察机关职务犯罪侦查活动思维方式的转变	时延安 许丽娟 (141)
检察官的法治思维及其养成	逢瑞川 (150)
试论检察官法治思维的十个维度	孙光骏 杨 祎 (160)
法治思维中检察官角色要论	孔 璋 叶成国 (166)
简论检察官法治思维及其养成	陈 晨 (175)

二、法治思维与检察官职业伦理

对我国检察官职业伦理的初步认识	张志铭 徐媛媛 (183)
法治思维与检察官职业伦理	王 煜 马金生 赵 刚 (195)

法治思维与检察官的职业伦理

- 基于政法干警核心价值观的提炼与展开 乐绍光 郭林将 (206)
- 法治思维与检察官职业伦理
- 从职务犯罪侦查兼谈侦查伦理 张 亮 (217)
- 法治思维向度下的检察官职业伦理 陈长均 (228)
- 法治思维下检察官职业伦理之完善 陈重喜 齐 阳 (235)
- 从提升执法品位的视角谈检察职业修养之加强 李爱君 (246)
- 法治思维与检察官职业伦理 郭祖祥 熊 皓 勾香华 (252)
- 以法治思维为核心构建检察官职业伦理 孙翠林 韩 璐 (256)

三、法治思维与依法独立行使检察权

- 略论独立行使检察权原则 刘中发 (265)
- 论法治思维与检察权的行使 孙应征 刘国媛 (273)
- 论检察机关依法独立行使检察权
- 以法治思维的提出为契机 孙学文 (284)
- 以法治思维为视角构建依法独立行使检察权制度 李宁玉 (295)
- 法治思维视野下检察权依法独立行使的路径选择 吴 轩 (304)
- 法治思维视角看基层检察院独立行使检察权 王 剑 李 冰 (312)
- 法治思维视野下职务犯罪侦查的反思与应对 任海新 张 文 (319)
- 以新刑事诉讼法为视角谈法治思维在职务犯罪侦查工作中
的贯彻运用 李继峰 (330)
- 关于贿赂犯罪侦查模式的一些思考 宋庆华 (336)
- 检察机关捕诉关系探讨
- 兼论侦查监督权的强化与完善 李慧织 郝海燕 (342)
- 加强检察机关对行政执法权的监督 张雅芳 桂 祥 (350)
- 以法治的思维综合调控未成年人犯罪 包 频 (359)

四、法治思维与优化检察权配置

- 试论构建科学的诉讼构造模型 王鸿翼 (367)
- 正义的治理与治理的正义
- 社会管理向度下的法治思维与检察权配置优化
..... 罗昌平 陆 静 (386)

中国检察制度内部组织建设与检察权合理配置	邵 晖	(398)
法治思维下检察机关“一般监督权”之重构	王玄玮	(411)
法治思维与优化检察权配置		
——以推进我国羁押必要性审查权运行为视角	李卫国 侯晓焱	(425)
检察权本质属性定位引导检察机关领导体制革新	叶文胜 张 莉	(437)
法治思维模式下的基层检察机关内部资源配置研究		
.....	孙 静 樊华中	(449)
检察权优化配置需要厘清的四个问题	卢 希	(462)
检察机关内设机构边界的实践思考	田鹤城 梁晓淮	(474)
法治思维下检察权的优化与制约	王润生 顾忠长	(480)
以法治思维重构检察权配置的原则	边学文 施长征	(492)
宪法语境中公检法三机关之间的关系	孙春雨 张翠松	(503)
法治思维与优化检察权配置	肖振猛	(514)
论公诉环节的法律监督	董兆玲 谢志强	(524)
关于反贪侦查权的优化配置研究		
——以与刑事侦查权的优化配置比较研究为视角		
.....	孙长柱 张云霄	(534)
新民事诉讼法视野中的民事检察权	张 驰 俞 亮	(543)
试论民事检察监督思维的转变	彭智刚 吴新华 谭小颖	(551)
民事执行检察监督若干问题构想	张衍路	(559)
论派驻基层检察室的职权配置	常 杰 刘 涛	(566)
法治思维视野下完善派驻检察室工作运行机制的若干建议		
.....	鲍 峰 孙振江	(575)

五、法治思维与检察机关自身监督制约机制建设

检察权运行的内部监督制约机制探讨	杜国强	(589)
法治思维语境中检察机关内部监督机制研究	沈曙昆 贾永强	(600)
法治思维下的检察机关自身监督制约机制重构	张剑文	(610)
法治视野下检察机关内部监督制约制度研究	黄常明 孙 强	(622)
论检察机关内部监督制约机制建设		
——以法治思维视角解读	孟 群 陈丽琼	(633)
试论法治思维下检察机关内部监督机制的构建	刘力学	(639)
法治思维与检察机关自身监督制约机制建设	吴克利	(646)

探析职务犯罪初查监督机制的完善	吴 斌	张云霄	(651)
法治思维与羁押必要性审查制度完善			
——以基层检察院侦查监督部门视角	杨振强		(659)
新刑事诉讼法背景下以公诉为目的导向的自侦案件内部监督机制研究			
——以公诉实务为视角	叶榕勤	范艳利	(668)
论法治思维下的检察机关自身监督			
——以案件管理为视角	杨永华		(678)
检察机关自身监督制约机制研究			
——以案件集中管理模式为视角	连小可	窦静华	(688)
论检察机关对自侦活动监督制约的发展和完善	王 晶	邓洪涛	(696)
检察工作效果管理机制的构建	苟于耀	金 石	(704)
运用法治思维方式防控检察执法风险的实践应用	钟国庆	王 剑	(712)
重视法治思维与推进检察规范文化建设研究	杨宏亮		(719)
社会信赖视阈下检察机关执法公信力研究	刘志松	谢超群	(726)

一、检察官的法治思维 及其养成

法治思维中的利益衡平原则

张雪樵*

公正是司法的灵魂，也是法治的价值目标。但公正的实质是利益分配的公正，公正的利益分配现实地说就是利益的均衡，或者说是利益的衡平。当下中国正处于转型社会阶段，既是经济发展的重要机遇期，也是社会矛盾的凸显期、体制改革的攻坚期、资源环境的瓶颈期、发展模式的调整期、内外环境的复杂多变期。国人历来不患寡而只患不均，仇富、仇官的不满情绪正逐步转化为客观的情势和带有严重报复色彩的恶性案件，虽不合章法但来势汹汹。于是我们不禁要追问：其根源究竟是法治本身的原因，还是立法的超前或滞后，或者是执法的机械和浮躁？无论怎么样，经济的效率不能丢弃，法律的公正不能放弃，分配的衡平更不能忽视。司法的时势在变，以利益衡平作为法治思维的重要原则应是顺应时势的司法回应，也是与时俱进的执法思辨。

一、利益衡平原则的价值取向

罗尔斯认为，“正义是社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。一种理论，无论多么精致和简洁，只要它不真实，就必须加以拒绝或修正；同样，法律和制度，不管它们如何有效率和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造或废除，作为人类活动的首要价值，真理和正义是绝不妥协的”。^① 公正是良性社会的基本标准，在中国特色社会主义法治的进程中，党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上决定了正义是我们执法的首要价值和目标，司法正义的观念不仅是司法实践的理论指导，而且应当是完全融入创造性的司法实践活动，体现为一种思维艺术或者技巧，从而使正义的实现更加直观性和程式化。那么，法律正义的评价体系是什么？利益衡平的思维基点

* 浙江省人民检察院副检察长。

① [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 3—4 页。

是什么？这些问题虽然是法哲学上经久不衰的论题，但在我们今天这个特定时代、特定国家，又该怎样理解和把握？我们执法者在回答问题的思索中除了凝视于法律条文的传统习惯，是否应该仰望着朴素正义，关注着执法者的内心良知，或者是社会的影响导向，甚至考量民众的舆情口碑。

（一）朴素正义是法则正义的本源和补充

朴素正义往往是以感性的方式存在的，指那些出于人性和社会本质需要的、根植于民众的思维和社会文化、伦理、习惯，而无须政治意识形态渲染的对正义的认同和行为。在中国社会的语境中，正义观念并不像一般西方思想家习惯对正义作一理性的界定，而是一种以社会生活为基础的以伦理为本位的正义观。在民众看来，一切纠纷都可以在生活中找到解决的依据。恩格斯也曾经说过，民法是将经济关系直接翻译为法律原则，或许有的时候讲原则、讲法律太多了点，在无法用现实的法律去套用时，我们是不是应该考虑用一颗善良正义的心去取舍。^① 这种法律规则之外的善良正义，虽然没有以特定的方式公之于众，但潜移默化，相对固定，逐渐演变成一种生活的传统规则——朴素正义，在一定程度上替代着法的功能，或弥补法的不能。归纳起来，朴素正义包含道德良知、公理民情和经验法则三个方面的要素。

1. 道德良知

为什么需要伦理道德？这一古老话题柏拉图早在《理想国》对话录第二卷一开始就在探讨。传统上对道德起源研究最典型的是十六、十七世纪英国哲学家霍布斯（Thomas Hobbes）。因为人性利己，如果没有规范，会导致互相为敌的恶劣环境。因而理性促使人们通过契约方式建立互利的合作关系，于是产生了道德。中国古代的思想智慧，是多从内在心性的道德悟性层面来诠释人的外在行为及社会义理的合理性根据。《荀子·论篇》强调“天道有常，不以尧存，不以桀亡”。人们必须替天行道，以德感天，而不能怨天尤人。《中庸》更提出了“天命之谓性”的命题，^② 用天命来说明人的本性，又用人性来说明天之所命；于是自然引出了“天人合一”的理想。道家把天的范畴发展到道的范畴，儒家强调“达则兼济天下”，这种着眼于生命道德的人生智慧，以敬天爱民的道德实践为出发点，把主体的德行觉悟，视作体天道、知事理、顺人心的先决条件，正所谓先“正德”，而“厚生”。因此，对于社会正义而言，只有先具备了正义之心性觉悟的内在意识，之后才有社会正义的行为努力和制度安排。

^① 参见《马克思恩格斯选集》（第4卷），人民出版社1995年版，第248页。

^② 《中庸》：“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教。”

良知的基础就是道德内心的觉悟。“良”即良心，是指个人有能力实行道德自我控制，赋予自我的道德职责，并以此评价自我的行为，它是个人道德自我意识的一种表现。“知”是指一个人对于善与恶的主观反映以及在这个认识指导下的伦理实践。因而良知是认识和实践在道德领域内的有机统一。明朝哲学家王阳明认为：“知善知恶是良知。”^①穆勒也把良心视为“我们内心的一种情感，一种伴随违反义务引起的相当强烈的痛苦；这种痛苦，在经过适当培育道德品性的人那里，遇到比较严重的场合，就会强度增加，那么，它就是良心的本质”。

1795年法国颁布的《罪行法典》规定：“法律不要求陪审员说明他们是如何获得心证的。法律也不规定他们必须遵守的关于证据的规则。法律命令他们以真挚的良心问自己：为了证明被告有罪而提出的证据和被告方面的防御给了他们的理性以何种印象——法律只是向他们提出一个能够概括他们职务上全部尺度的问题：你们是真诚地确信吗？”从这一著名的“内心确信”证明标准看，司法者必须具有真挚的良心。在法治建设高歌猛进的今天，手中权力的裁量与内心良知的把握是每个司法者无法回避的内心矛盾。如果说不断被推到阳光下暴晒的冤假错案迫使我们去反思司法制度的弊病和执法理念的陈旧，那么，无端蒙冤被打入牢狱经年而连累的一个个破碎的家庭血泪犹如在直接拷问集时代所宠于一身的“法律精英”是否真的丢掉了良心。但司法的良心又在哪里？是从程朱理学的“格物致知”主导法律的客观性特征，还是从陆王心学中的“心即是理”拾起修身正觉的法宝？司法者经常会遇到两个重要的选择：其一，个人的忠心与办案的公心、良心哪个最重要？办案子最尴尬的就是上级领导的要求与案件的事实法律不相符，司法官若不听话会担心被理解为靠不住而影响个人进步。但是我们除了对个人政治前途的忧心之外，是否把对法律的忠心，对老百姓的公心，做人做官的良心还放在第一位呢？其二，办案机关的形象、面子与当事人的生命自由哪个最重要？为官者平时都在讲执法为民，但办理有些案件时，很容易把司法机关的面子放在第一位，譬如办理复议、复核案件，尽量维持原来决定；出庭公诉，对自己的错误意见也强词夺理；更不用说面对一个无罪案件，在把检察机关的名誉、影响与几个普通当事

^① 明朝哲学家王阳明的《传习录》：“无善无恶是心之体，有善有恶是意之动，知善知恶是良知，为善去恶是格物。”王阳明的本意是说，作为人心本体的至善是超经验界的，它不是具体的善的行为。有所为而为之善是手段，无所为而为之善才是至善。人心的至善超越世间具体的善恶。具体的善行只是无善而至善之心的自然流行。王阳明说人心之无善恶是要人们不要去执着具体的善行而认识本心。

人的命运放在一起考量时，为官者心中的天平是倾向哪一边呢？官官相卫是封建时代的诟病，如果今天还是官场的“潜规则”，那么再伟大的监督制度也只能是与虎谋皮。所以，法律的授权重要，监督的手段也重要，但如果丢失了执法者的良心，偏离了利益衡平的底线，丧失人性的法治与暗无天日的人治又有什么结果上的差异呢？

2. 公理民情

公理民情是指民众对法律适用所产生的肯定或否定的心理态度。它反映着社会的正义观念，在一定程度上表现为“直觉正义”和“天经地义”，是对真善美的肯定和崇尚，对假丑恶的否定和愤恨，是一种朴素的民众感觉。这种朴素的“正义观”深深根植于民众的精神观念和社会生活之中，成为民众强烈的感情体验，它经过世代感染、传承，相沿成习，在反复适用中逐渐被人们认同，成为在民间社会中具有高度稳定性、延续性、群体认同性和权威性的“公道”，实质是民间社会事实上的“法律样式”。

法国社会学大师涂尔干指出，社会成员平均具有的信仰和感情的总和，构成了他们自身明确的生活体系，我们可以称之为集体意识或共同意识。^①涂尔干还指出，如果一种行为触犯了强烈而又明确的集体意识，那么这种行为就是犯罪。^②笔者认为，这种集体意识或共同意识之所以不能被冒犯，是因为它承载了社会的正义，自觉或者不自觉地被奉为评价社会行为的是非标准。所以它是客观的，不以个别人的情感意志为转移；它是巨型的，可以对一切势力摧枯拉朽而无所不能；它是万象的，从网络舆情到街谈巷语而无所不在；它是波动的，从顶礼膜拜高呼万岁到千夫所指万人唾弃而无所不可。而关键它是真的，是善的，无论捍卫神圣的人权底线，还是呼唤理想的社会秩序，都反映和代表着朴素正义的存在。

毋庸讳言，如果我们执法忽视民众情感，民众对执法的需求无法满足，其最直接影响就是民众纠纷的解决从公力救济转向私力救济，会导致各种暴力性事件、群体性事件大量发生，不仅国家和公民的合法权利不能得到维护，而且社会秩序受到破坏，国家机关包括法律的权威将严重削弱甚至荡然无存。“徒法不足以自行。”执法只有表达社会公众普遍共同的精神、情感、意识和文化价值观，公众才能对法产生一种神圣的法律情感，从而自觉地践行法律，维护法律的权威，保持社会的稳定。

① [法] 涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店 2000 年版，第 42 页。

② [法] 涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店 2000 年版，第 43 页。

3. 经验法则

经验法则，是由一般生活经验归纳得出的关于事物的因果关系或属性状态的知识或法则，是依照日常生活中所形成的反映事物之间内在必然联系等事理形成的总结，是大量经验的归纳和抽象，表现为一般人或一定范围内的人所共有的知识、常识、法则经验。执法者运用经验法则可以发现事实和应用法律，创造善的规则体系，更好地实现接近正义。因为在诉讼中，执法人员对案件的认识始于感觉、经验，在根据已知事实来推导未知事实时，十分需要一些知识、经验、常识、法则能够作为推理的前提。可以说，在诉讼的每一个过程，都贯穿着经验法则的运用，大到对一个案件事实的认定，小到对一个证据的判断、运用。

经验法则不同于民众感情，是理性的，已经过前人的无数次论证而无须关注的逻辑推理的过程；它也不同于证据规则，是具体的，直接表现为对某个事实真或假的判断；它也不同于道德良知，是公共的，更强调人类的集体智慧；关键它是具有公信力的，是社会朴素正义的重要内涵。当个案的证据与经验法则冲突之时，我们是无奈地让谎言和伪证在程序规则的保护伞下变为真理，还是智慧地运用经验法则还原客观事实的本色？究其问题的实质，与其说考量我们执法的诉讼技巧，毋宁是拷问我们执法的正义本源。

从古希腊开始，无论是“人治”论者还是“法治”论者都发现并提出了关于法律局限性的思想。立法及司法实践表明法律是不完备的，有缺陷的。法在作用于社会生活的范围、方式、效果以及实施等方面都存在一定的局限性，法律在从创制到付诸实施的过程中，由于立法者和法律自身的原因及种种客观因素的影响，不可能完全实现其精神和取得预期的效果。所以，我们在明确朴素正义是法则正义之本源的同时，应该在执法中充分发挥朴素正义的导向和补充作用。

（二）朴素正义与法则正义的辩证统一

1. 事实认定——朴素正义是方向，法则正义是路径

在人类社会中，纠纷主要来自对事实的误解，而就纠纷的解决而言，事实真相的明了对纠纷的解决具有决定性的价值。在司法实践中，我们一般根据有效证据，运用证据规则来认定一个法律事实，进而把它作为唯一的案件事实。但法律事实只是由证据证明的案件事实，是经过人的主观活动明确或确认的案件事实，它并不完全等同于客观世界中发生的案件真实，即客观事实。在任何案件中，法律事实和客观事实都存在质和量的差异，形象地说，法律事实只是客观事实的影子，影子与原型毕竟有差距，甚至是一个假象。如果把假象当真，那么无论执法多么严格，也是颠倒黑白，是非不分，那还有什么正义可

言？所以在认定事实的过程中应该以朴素正义为方向，始终不忘对客观事实的追求，始终不离客观事实这个执法的根本和基础。

对执法者来说，要到达客观事实的理想彼岸，必须“摆好事实”。摆事实，不是摆经验、摆感觉，而是摆规则、摆证据，否则，执法者手里摆出的就不是铁案，即使是事实，也注定摆不上台面。所以，追求对客观事实的无限接近还必须以法则正义为路径，要按照法律规定的标准、程序、方法和手段去收集证据，去认定案件事实。法则正义又分为法则形式正义和法则实质正义，前者要求其执行的程序合理，后者要求其包含的内容正义。现代诉讼要求，不仅要努力查明案件事实，使办案人员对案件事实的认识尽量符合或接近客观事实真相，而且要规制发现事实真相的手段和方法，使证明的程序和途径符合现代司法民主与文明的理念，具有正义性、合理性、公平性。如果用非法的手段收集证据，根据非法证据排除规则的规定，所收集的证据就不具有证据能力，就不能作为证明案件事实的依据。前文述及的经济行政机关存在的程序错误、违法取证等问题，不仅仅是反映了执法人员素质不够，实质上还说明对行政相对人的法律主体地位认识不够，没有一个诉讼利益的衡平理念，仍存在“有权就是特权，执法就是霸道”等极其落后、错误的思想糟粕。所以，我们在办案中，不仅要以朴素正义为方向，还要以法则正义为路径，强调程序的重要性，准确认定案件事实。

2. 法律适用——法则正义是准绳，朴素正义是尺度

科学执法要求执法者以法律为信仰，但坚守法律的确定性，不等于迷信法律，不能因为成文法体系或法典本身的明确性、一致性、完备性和逻辑的自足性，相信法律无漏洞的“神话”。严格以法律为准绳，同时也应当允许自由裁量权的存在。而自由裁量权的行使，需要有正义的理念为指导，选择正确的价值观来权衡，即以朴素正义为尺度，来保证执法的公正。

法律的适用过程并非是一种简单的执法活动，而是一种复杂的以法律为框架和标准综合考虑政策、经济、文化、心理、社会发展等多种因素的高度技术性的创造性活动。法规条文千千万，法理解释百家鸣，因而，执法结果是否公正在很大程度上取决于法律规则的选择和取舍。做人要有良知，办案要掂量分寸，执法者在选择法则时只有本着良知，将心比心，才有可能让法律的天平守护朴素正义的度量。当发现法律不明确、不确定，需要执法者对法律进行解释，需要判明模糊的概念、术语、规定或规则时，执法者必须善意地将成文法律规范朝着正义的方向解释，以道德良知和民众感情为尺度，权衡什么才是最为公正的、法律上也是有根据的执法选择。只有把执法行为严格规范于法度之中，才会使公序良俗得以方圆；只有把握朴素正义的尺度，才能去法律之烦

琐，得正义之根本。

二、利益平衡原则的实践进路

现代法治社会必须把握两个重要特征：限定公权和主权在民的本质要求。但在我们的习惯思维中，法治之“治”被理解为“对付”、“整治”，“命令式的控制”，具有上层对下层，浓厚的不平等的报复色彩。执法者习惯居于对付或者惩罚执法管理的相对人的思维定势，因而容易走向公共利益的对立面，得不到公众的理解和响应。如果依法治国就是控制，那么依法治市、依法治县、依法治乡、依法治村就是依法治民，控制民众，那么，人民政权的主权到底是在民还是在官呢？面对事实，冷心思维，我们是否该用依理办案来更新我们的法治思维？其实，法治的“治”应该有“理”的内涵，理解为以法操持更为恰当，是依法办案与依理办案的有机结合。因为人民是政权的主人，机关及其官员只是受人民之委托操持公共事务，执法和管理的基础是主体间的平等性。在主体平等的执法基础上，执法的科学性就离不开公民的参与性，执法的公正性就离不开公民的监督性，而能够承载公民的参与和监督职能的应该是法与理的大同性，而不仅是法的权威性。因此，我们执法应该依赖说理讲理的权威作用，而不是强调司法机关作为国家机器的威慑力量。

（一）穷法理

柏拉图认为，“人之个性的差异，人之活动的多样性，人类事务无休止的变化，使得人们无论拥有什么技术都无法制定出在任何时候都可以绝对适用于各种问题的规则”。柏拉图还认为“最佳的方法不是给予法律以最高权威而是给予明晓统治权术，具有大智大慧的人以最高权威”。^①柏拉图的话对我们科学执法具有启示意义。法制文明需要真正远见卓识的指引，需要大智慧的指引。可以说，完全不考虑所适用法律的正义价值，而唯求严格执法所体现的形式公正绝非司法公正。不少案件的处理，当事人之所以深感司法不公正，其原因并非司法机关没有依法办事，而是司法机关机械执法，没有坚持法律的正义价值，只具备执法的知识而欠缺执法的智慧，其后果难免扭曲了是非，混淆了正义与邪恶，因而造成人民群众对法律的怀疑与不信任。

科学执法应该本着正义价值的追求，探究立法精神和法则的立法原意来适用法律；在处理法律规范适用冲突的案件时，要优先适用上位法，以保证法律的统一性；在处理混合过错的案件时，不仅要审查具体的过错行为，还要比较

^① [美] E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社1987年版，第7—8页。