



FAZHI SIWEI

法治思维

李步云 审 定
肖君拥 叶开儒 郝星晨◎著



CMS

湖南人民出版社





FAZHI SIWEI

法治思维

李步云 审定
肖君拥 叶开儒 郝星辰◎著

CS

湖南人民出版社



本作品中文简体版权由湖南人民出版社所有。
未经许可，不得翻印。

图书在版编目（CIP）数据

法治思维 / 肖君拥，叶开儒，郗星晨著. —长沙：湖南人民出版社，2016.12
ISBN 978-7-5561-1602-7

I. ①法… II. ①肖… ②叶… ③郗… III. ①法制教育—中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第321153号

FAZHI SIWEI

法治思维

著 者 肖君拥 叶开儒 郗星晨
审 定 李步云
责任编辑 邓胜文
装帧设计 蒋寅春

出版发行 湖南人民出版社 [<http://www.hnppp.com>]
地 址 长沙市营盘东路3号
邮 编 410005

印 刷 长沙宇航印刷有限公司
版 次 2016年12月第1版
2016年12月第1次印刷
开 本 710 mm × 1000 mm 1/16
印 张 12
字 数 150千字
书 号 ISBN 978-7-5561-1602-7
定 价 30.00元

营销电话：0731-82683348 （如发现印装质量问题请与出版社调换）

目 录

导论 法律、法治与法治思维 / 1

一、法律是什么? / 2

二、法治是什么? / 6

三、法律思维是什么? / 9

结语 / 18

第一章 案件中的法治思维 / 21

一、错案与正义——从“呼格案”说起 / 23

二、民意与正义——李昌奎案遗思 / 28

三、刑罚与正义——药家鑫案之后 / 35

结语 / 40

第二章 故事中的法治思维 / 41

一、程序正义——女神的蒙眼布 / 43

二、法律至上——宗教信仰的自由与边界 / 48

三、法治思维——疑难案件的处理 / 53

结语 / 59

第三章 电影中的法治思维 / 61

- 一、法治思维的能动观——《马背上的法庭》解读 / 63
- 二、法治思维的实践性——《秋菊打官司》再分析 / 69
- 三、法治思维的崇高性——《辩护人》观后感 / 75
- 结语 / 80

第四章 文学中的法治思维 / 82

- 一、法治思维的过程面向——从《窦娥冤》说起 / 83
- 二、法治思维的灵活性——由《威尼斯商人》想到的 / 89
- 三、法治思维的批判性——由《苏格拉底的审判》切入 / 94
- 结语 / 98

第五章 法治思维的自然法溯源 / 99

——从古希腊悲剧《安提戈涅》说起

- 一、《安提戈涅》的故事 / 99
- 二、两种法律秩序的冲突与悲剧 / 101
- 三、自然法的学说史 / 104
- 四、近代自然法的复兴：纳粹法律的困境 / 115
- 结语 / 118

第六章 法治史上的王法之争 / 120

——再谈柯克法官和詹姆士一世的故事

- 一、詹姆士一世的主张合理吗? / 122

- 二、柯克的理由是什么? / 127
- 三、两种法律传统与法治思维: 罗马的还是英国的? / 129
- 四、关于国家的形成: 历史的还是建构的? / 135
- 五、什么才是专业的法律人? / 139
- 结语 / 142

第七章 契约与法治思维 / 143

- 一、契约论的先驱: 格劳修斯的自然法与契约论 / 149
- 二、霍布斯的契约论: 恐惧、和平与绝对权威 / 151
- 三、洛克的契约论: 财产神圣不可剥夺 / 153
- 四、卢梭的契约论: 自由、公意与人民主权 / 156
- 五、罗尔斯的契约论: 关于正义的问题 / 159
- 结语 / 162

第八章 法治思维之“以权力制约权力” / 165

——从马伯里诉麦迪逊案说起

- 一、分权思想的逻辑预设与西方制度实践 / 168
- 二、中国的权力制约经验: 分权与监察 / 178
- 结语 / 183

导论 法律、法治与法治思维

中国共产党十八大报告特别提出了“法治思维”这一新的命题。本书专门就“法治思维”开展分析与讨论，目的在于有针对性地帮助广大读者认知什么是“法治思维”，如何加强“法治思维”训练，提升“法治思维”认知水平。

可是，法治思维这个词本身的含义，并不是十分清晰明了，甚至可以说是模糊含混、充满争议的，所以，本书必须在一开始先对法治思维和与它相关的几个重要概念做出辨析，以尽量帮助读者消除概念上的疑惑。当然，我们的阐释并未给出绝对完备的信息，很大程度上只是帮助读者深化对于这些概念的理解。

在此要提醒读者，或者说想要和读者分享的核心观念是，无论是从法律到法治以及法治思维，这些概念的理解都是具有弹性的，重要的是看到这些概念背后指涉的实在维度，而不是停留在其外表上，因为对于一项事物，特别是法治思维，它属于思维方式的范畴，在现实中并不存在一个具体的形象，概念对于它往往是无力的，是“失语”的。重要的是，要看它背后

的指向，即强调我们在思维活动中要将法律或说法治这一维度纳入进来，就像辩证思维强调人们要看到事物的两面性一样，法治思维强调要让我们看到事物可能存在的法律关系、法律权利义务、法律后果等等，即把法律的规则、原则和理念纳入思维活动这个主观的意识领域当中，能动地将它作为自己思维方法的一部分，去为人处世，去预防和化解矛盾纠纷，这才是法治思维的精义所在，也才是法治思维的价值所在。

对于概念和定义的重视是有必要的，但不要忘记，我们想要追求的是实践，定义上或许会“百花齐放”，但千万不能使人眼花缭乱，以至于忘了概念和定义的最初和最终目的都是帮助人们进行实践，要记住那句话：“要想事，不是词”，因此，读者只需要感受到这些概念背后的实际所指和它们的意涵，则便是足够了，不要在概念上过分地纠结，而让自己走入定义的“迷宫”里。

一、法律是什么？

“法律是什么？”看似一个无比简单的问题，背后实则有着无尽的意涵。对于“法律是什么”的思考，从古代的先哲到今世的智者，无数人在努力思考，也不断地给出愈来愈多的回答。对于任何一种答案，争议都不会停止，对问题的思考探求也许永远都不会有终点，它会见证着人类文明的最新成果以及所有成果都将不可避免被突破的历史宿命。对“法律是什么”

的追问永远都会触发奥古斯丁式的难题：“如果无人问我则知道，如果我欲对发问者说明我则不知道。”

“法律是什么？”这句话也就像是一把打开人类思想文明之门的钥匙，但当你进入这门中，你会发现自己被置于一个多少有些奇幻的世界，法律是什么呢？它是像看起来的那么齐整吗？还是充满复杂内容而让人迷惑？它从来都不是封闭的，也不是静止的。多少曲折的故事，多少争论的声音！那么，我们又该从何说起呢？

（一）中西法律观概论

首先，让我们了解一下西方世界对于“法律是什么”的几个经典回答。西方经典的三个法学流派分别是这样回答这个问题的：自然法学派认为法律是人类自然正义的体现，强调法律对于自然正义的符合，因此有时甚或会有“恶法非法”（违背正义的法律不是法律）的结论。实证法学派认为法律就是立法者所指定的权威文本，应为广大公民所普遍服从，即便是“恶法”，它也是由权威机构制定的，公民是没有权利去违背的。社会法学派则更多地强调“行动中的法”，诸如有人提出，法就是对于法官实际要做什么的预测。

那么，我国的法学界对于“法律是什么”的经典定义是什么呢？一般认为：法律是由国家立法机关制定的，并由国家强制力保证实施的，以规定当事人权利义务为内容的，对全体社会成员具有普遍约束力的一种人类行为规范。这种法律观沿袭

了马克思主义学说的传统，认为法律是统治阶级意志的体现，是国家的统治工具。我们要看到，法律的建立是人类整体的理性对社会生活秩序维护所做出的尝试，有出于维护社会秩序的需要，有出于政治斗争的需要，也有出于作为均衡利益分配的需要。

（二）“正义”与“秩序”——法律的两层面子

法律作为一种治理的制度模式，的确是由国家权力机关所制定的规范构建起来的，但作为人类社会治理的一种基本样态，而且在历史发展中不断演进的治理举措，仅仅从制定法作为考察法律概念的原点，似乎就显得有些狭窄了。法律的权威要符合一个社会对于基本秩序的要求，法律要作为一种行为规范的指引，去促使民众有序地安排自己的生活，在这一过程当中，法律必须被遵守，但公民为什么一定会遵守法律而不违反法律呢？除了对于惩罚的害怕，就没有其他的原因了吗？如果守法只是因为害怕，那么“不服从”的美国民权运动为什么说自己根本就没有违法呢？人是拥有理性的动物，在亚里士多德那里，理性是区分自由人和奴隶的基本标准，现代社会中每个人都是国家的公民，都有理性去思考和行动。如果告诉一个理性人，你遵从法律的唯一原因就是因为它法律（它是权威的），那么这种话语所产生的说服力，大概也是不会太大的，因为这种客观化的描述或说要求并不能激发一个公民内在的对于服从法律的虔诚。

与制定法律——服从法律整个过程所联系的支持论据便在于它的权威性，但正如上文所言，这些并不能够激发公民在内心对于法律的热情。所以，“秩序”（权威性的塑造）只是法律在常态下的第一层面子，这种情况下，“法律必须被遵守”。那么，进一步来说，法律如何激发民众的内心接纳，如何做到“法律必须被信仰”呢？这时候就要看到法律的第二层面子——“正义”，那么什么是正义呢？美国法理学家博登海默曾说过，正义有着“一张普洛透斯般善变的脸，它变幻无常，随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”^①，“正义”从来都没有一个客观绝对的标准，它实质所指向的是人类对更好的文明状态的追索与向往，人们往往很容易在具体的案件当中分辨出不正义的诸多实例，但没有人能够“给正义下一个定义”。正义是一种检验不正义的标尺，它自己的刻度也许并不精准明确。“正义”之于法律的意义就在于它能激活人们对于法律所具有的美德的认同，作为价值层面的存在，它能够在法律的第一层面子——权威或秩序之外，作为法律的第二层面子，实现“法律必须被信仰”的要求。

^① [美] 博登海默：《法理学、法律哲学与法学方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 252 页。

二、法治是什么？

（一）法治的概念

法治，The rule of law，指的是“法律的统治而非人的统治”，这个术语是受英国著名法学家戴雪的影响而为人们所知晓的，在其1885年出版的《英宪精义》（An Introduction to the Study of the Law of the Constitution）中，戴雪多次使用了这一术语。^① 其实对于法治的论述最早可以追溯到亚里士多德，亚氏在其《政治学》中就分析比较了人治和法治的优劣，最后得出了法治优于人治的结论。^②

在现代化的今天，法治作为人类社会治理的基本形态，在全世界的范围内得到了广泛的适用和共识，虽然“各庄的地道都有许多高招”，可能每个国家具体的治理形态千差万别，但作为社会治理的基本制度，法治似乎已经成了现代化时空背景下的“普世价值”。其实，对于法治概念的理解，也是随着时代的发展和法治的进步而不断变化着的。^③ 德国行政法学家哈特穆特·毛雷尔（H. Maurer）对法治国家的定义是：“法治国

① [英] 汤姆·宾汉姆：《法治》，毛权国译，中国政法大学出版社2012年版，第3页。

② [古希腊] 亚里士多德著：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第165-174页。

③ 刘平：《法治与法治思维》，上海人民出版社2013年版，“作者的话”。

家是指公民之间、国家和公民之间以及国家内部领域的关系均受法律调整的国家，其标志是所有国家权力及其行使均受到法律的约束。”^①

法治首先是意味着有一整套制度，即法律在社会治理当中扮演着最基本的角色，“法律是正义的最后一道防线”，无论各种社会团体和私人，都不能凌驾于法律之上，法律必须被遵守。秋风教授曾指出，作为一项制度的法治包含着三个要素：正义的法律，执法之人公正执法，法律裁决对掌握权力的人和机构能够生效。^②进一步来讲，法治是一种社会形态，作为制度的法治强调的是“静态的”，即客观存在着一些法律制度和法律遵守，而作为一种形态的法治强调的是“动态的”，即社会中的每一分子都将法治作为自己面对纠纷时基本的生活与行事方式，每个人自觉地甚至是无意识地、习惯地运用和按照法律的指示安排自己的生活。按照英国法学家哈特的话来讲，“静态法治”可以说是“法律的外在观点”，即一个人站在外在的立场上去描述法律，仅仅把它视为一种客观存在的“身外之物”；“动态法治”则是一种“法律的内在观点”，即“我”把自己主动融入法治生活当中去，“我”不是“外人”，而是法治的参与者、实践者。^③

① [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第105页。

② 秋风：《法治二十讲》，天津人民出版社2008年版。“编者序”。

③ [英] 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2011年版。

（二）法治的实质

法治的形成是诸多因素合力的结果，大家普遍注意到的是建立起良好的法律制度体系的重要性，而且大都把它作为法治的基础工程。笔者想要在此基础上进一步强调的是，人们对法律的信仰、遵守、运用更是法治社会建成的核心基础。前一种观点主要是从制度的角度考虑的，而后一观点，就是主张把更多的目光放在制度背后的人的身上，不论什么样的制度，最后都是要落实到个人的日常生活层面。如果空有一套制度，而缺乏民众的信仰和运用的话，这套制度所期待的目标，乃至它的最终结果注定也会大打折扣的。

法治的基础是要有好的法律，但这不是法治的全部要求。与其说法治是一种政治形态，毋宁说它是一国人民的生活形态。法治的实现，彰显的是对法律规则的落实和法律原则的坚持，最终，对于法治所有的理念都不需要再“言传”了，因为所有的民众都能“意会”到它的实际存在。强调法治并不意味着我们怀着一种“法治万能论”的空想和抱负，社会当中也许永远都会有矛盾冲突，而法治也许永远只能是一个“次佳选项”，但我们要看到，正是因为“哲人王”的不可期待，法治反而成为现代社会最为现实可靠的治理方案。我们不能因为法治本身也存在着一些难以应对的问题，就失去对法治的信仰，法治不是万能的，但在现代国家与社会当中，如果没有法治，想要实现和谐的发展，也是万万不可能的。

三、法律思维是什么？

（一）法治思维的概念和内涵

法治思维是党的十八大以来新一届中央领导集体治国理政方法论的重要内容，而且执政党高层认识到了法治思维和推进国家治理体系与治理能力现代化之间的重要关系，明确提出全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家，是不断提高党的领导水平和执政水平的必然要求。^①

不同的学者对于法治思维也给出了不尽相同的界定，张文显教授主编的《法理学》教材中指出：“法治思维，是基于法治的固有特性和对法治的信念，认识事物、判断是非、解决问题的思维方式。”^②姜明安教授认为：“法治思维是执政者在法治理念的基础上，运用法律规范、法律原则、法律精神和法律逻辑对所遇到或所要处理的问题进行分析、综合、判断、推理和形成结论、决定的思想认识活动与过程。”^③陈金钊教授指出：“法治思维是指受法律规范和程序约束、指引的思维方式。由于在不同的历史时期，法治建设有不同的重点，因而法治思维的内容也会呈现出不同的样态。在现阶段，法治思维的核心在

① 夏锦文：《法治思维》，江苏人民出版社2015年版，第1页。

② 张文显：《法理学》，高等教育出版社1999年版，第181-182页。

③ 姜明安：《再论法治、法治思维与法律手段》，载《湖南社会科学》2012年第4期。

于限制、约束权力任意行使。从整体的角度看，法治思维不仅是指依法办事，而且包含了对公平、正义、权利、自由的价值追求。”“一般来说，人们在法治与人治、专制对立的这层含义上不会发生大的争议。法治要保护自由人权、要维护公平、正义。法治是规则与程序治理的事业，其核心意义是限制权力等构成法治的基本含义。正是在这些对法治的基本认同中，形成了带有显著法治特色的思维方式。法治思维是法治原则、法律概念、法学原理、法律方法以及一些法律技术性规定等在思维中有约束力的表现。”^①

总而言之，这些观点都看到了法治思维是基于法律规则、原则和理念的运用而表现出其独特性的一种思维，强调法治思维在本质上区别于人治思维，二者的核心差异在于前者是服从规则的，而后者往往是任意专断的。法治思维是“以合法性判断为逻辑的起点，整个决策与行动过程必须在理性的指引之下，以实践性作为思维的最终目的”，“在知识的构成上，法治思维是一种理性思维、合法性思维和实践性思维。在具体内容上，法治思维则包含了规则思维、权利保障思维、权力制约思维、责任思维、程序思维和公平正义思维”。^②

胡建森教授认为：“法治思维，即法律思维，是人们思维的一种方式，具体指从事法治职业者的特定从业思维方式，是

① 陈金钊：《法治思维及其法律修辞方法》，法律出版社2013年版。

② 夏锦文：《法治思维》，江苏人民出版社2015年版，第299页。

法律人（特别是法官、检察官和律师）在决策过程中按照法律的逻辑，法律所体现的正义标准，来思考、分析、解决问题的思维模式。法律思维是人们在长期的法律职业中自觉，更多的是不自觉地形成、持有和应用的思维方法。”^①亦有学者指出：“法治思维是主体以法治内涵为约束和指引，正确运用法律方法想问题、做决策、办事情的思维方式。法治思维主要包括规则思维、权利保障思维、权力制约思维、责任思维、程序思维和公平正义思维等内涵。”^②

汪永清先生将法治思维界定为：是基于法治的固有特性和对法治的信念，认识事物、判断是非、解决问题的思维方式。他还依照法治思维所应用的不同的领域和问题，对法治思维做了层次上的划分。最后共划分成了三个层次：一是认知判断层次，即运用法治原理和法律规定对社会问题进行观察、认识，自行得出初步判断。这是普通社会成员应具备的法治思维。二是逻辑推理层次，运用法治原理和法律规定，对社会问题进行分析判断、综合推理，得出相应结论或拿出解决办法。这是法律职业人应具备的法治思维。三是综合决策和制度构建层次，即在上述两个层次基础上，结合经济、政治、文化、社会等因素进行综合衡量，做出符合法治要求的决策或者建构法律制度，对更宏观的问题提出长远的解决方案。这是领导干部应具

① 胡建淼：《法治思维的定性及基本内容》，载《国家行政学院学报》2015年第6期。

② 夏锦文：《法治思维》，江苏人民出版社2015年版，第3页。