

法律素养与依法治国

法治思维与法治理念

· 陈光中 主编 唐玲 副主编 ·



全面推进依法治国，必须大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍。

——《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》

清华大学出版社

法律素养与依法

法治思维与法治理念

· 陈光中 主编 唐玲 副主编 ·

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

“法律素养与依法治国”系列丛书旨在总结整理清华大学司法培训中心在过去十年主持的法律人培训教学的相关成果,并用作今后法律职业及相关公务员培训的教学参考资料,并进而作为全国法律工作者业务参考书。本书根据法律人的法治思维和工作素养要求,通过介绍法律思维及其模式、法治思维与法律方法、法律人的博弈思维、法律谈判的基本技能、法律人的心力凝造、司法礼仪的文化与传统等八个专题,以此展开并探讨依法治国背景下一线法律职业工作者的队伍建设及工作方式。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法治思维与法治理念/陈光中主编.--北京:清华大学出版社,2016
(法律素养与依法治国)
ISBN 978-7-302-44424-4

I. ①法… II. ①陈… III. ①法治—中国—继续教育—教学参考资料
IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第168685号

责任编辑:朱玉霞
封面设计:汉风唐韵
责任校对:王荣静
责任印制:宋 林

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印务有限公司

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:18 字 数:244千字

版 次:2016年7月第1版

印 次:2016年7月第1次印刷

定 价:42.00元

产品编号:069778-01

专家委员会

(按姓氏笔画为序)

王 军 孙笑侠 吕家毅 张建伟 陈金钊
余凌云 林来梵 范忠信 胡建森 黄太云

主 编

陈光中

副主编

唐 玲

编 委

(按姓氏笔画为序)

王少军 王方红 白 斌 刘 昂 刘志诚
刘忠兆 刘晓兵 刘援朝 李德泉 宋鱼水
张忠义 陈建民 杜 辉 张援越 杨 端
罗 旭 周尚君 尚洪涛 范德胜 荀 焱

序 言

PREFACE

自从党的十六大正式确定“依法治国，建设社会主义法治国家”的国策以来，经举国上下近二十年的艰辛努力，我国的法治建设事业已经有了相当显著的成就；党的十八届四中全会又将这一伟大事业推向了一个新的高度。作为新高度的标志，四中全会决议首次提出了“法治工作队伍”的概念，并将“法治工作队伍建设”提上了国家大事日程。决议强调：“全面推进依法治国，必须大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍，为加快建设社会主义法治国家提供强有力的组织和人才保障。”在这一“队伍建设”工程中，决议特别强调要以“推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化，提高职业素养和专业水平”为首要任务，这一指示为我们未来的法律职业教育培训事业指明了方向。清华大学司法培训中心组织编写“法律素养与依法治国”丛书，旨在贯彻落实四中全会决议提出的庄严任务，推进新形势下的法治工作队伍建设事业，有着相当重要的意义。

据我所知，清华大学司法培训中心成立于2006年，时任最高人民检察院检察长贾春旺同志曾题字鼓励。经十年努力建设，该中心现已成为全国普通高校中最重要的政法干部培训基地之一。十年来，该中心受中

央或地方各级政法机关委托,先后举办了各类法律职业教育培训班 450 余期,几乎涉及全国所有省份,培训人员达 25 000 余人次。该中心的培训对象范围,广及各级政法委、纪检委(含监察)、人大立法、公安、检察、法院、司法行政(含监狱、劳教/戒毒)、政府法制、信访、城管、文化执法、律师、公证等十几个系统,几乎遍及广义政法系统的每一个部分。从中国特色的法制体系来讲,该中心十年努力探索的,正是中国特色的广义法律职业岗位培训;其培训对象,正是中国特色的广义“法律人”或“法律职业人员”。近一两年里,该中心进一步突出法律人的职业理念和素养的培训,为各省政法系统举办了一系列以强化法律人职业理念和职业素养为宗旨的培训班。十年培训实践中,该中心延请中央或各省政法系统的资深理论专家及知名法学学者、知名律师为主讲人或辅导人,采取讲授、讨论、观摩、调研、辩论、实验等多种多样的方式,紧扣法律实践中普遍存在的各类紧迫问题,长期坚持不懈,已经取得了相当突出的成绩,获得了各委托单位的普遍好评。现在结集出版的“法律素养与依法治国”系列丛书,正是这一系列教育培训项目的探索结晶。

法律职业的理念和素养问题,我虽没有进行过专门的研究,但一直是很关注的。我一直认为,法律职业是国家公共政治所不可或缺的一个非常有技术含量的职业,或者说是一个特殊的专门技术职业;法律人所掌握运用的知识技能体系,可以视为一种专门职业理论与技术体系。从“应然”的意义上讲,从事法律职业的人,必然要求或多或少是一个“技术专家”,而不仅仅是受国家委任办公事的人员。这类法律职业技术,当然不仅仅是传统中国百工赖以营生的那种“一技之长”式的技艺;这类专门技术人员,也不仅仅是“三百六十行,行行出状元”那种意义上的手艺人或匠人。与传统的百工及其技艺不同,法律职业有着“国家治理”或“社会管理”的属性,因而必然要求其具备较高程度的社会公平正义的价值理念、公共社会政治的文化知识、处理公共事务并解决相关纠纷的技能艺术。将这种超越或升华于一般意义上的专业技艺的“公平正义”理念、知识、技能体系作为从业基本要求,就是法律职业最本质的属性。

古语云“习成文武艺，货与帝王家”，又云“文武之道，一张一弛”，其实就是把治国理政或处理公共事务的本领当成一种“技艺”或“道术”。所谓“文武艺”，也就是“治平术”，其实就是将“王道”“德礼”“宽政”“柔术”等“文”的一手，与“霸道”“政刑”“猛政”“刚术”等“武”的一手综合运用以妥善处理公共事务的治理艺术，即宽严相济的策略；古代中国的官吏系统因此也可以视为宏观管理意义上的专门职业技术队伍。如今，虽然时代发生了巨变，但运用体现国民公意的法律进行治国理政，处理公共事务，解决各类纠纷，仍然需要有一个专门职业技术队伍，所以法律理念知识技能体系仍可以视为当今中国的“文武艺”。只不过，如今的法律职业人所学成或习得的这些“文武艺”，不再“货与帝王家”，而是通过现代任用途径（任命、选任或应聘）“货与”国家这个最大的“企业”以及其“东家”——全体人民了。

今天，作为法律人从业履职依据的那个本领（本事）体系，可能包含三个层次。最浅层次，肯定是技能层次，就是依据法律处理各种公共管理事务特别是解决各类纠纷的能力（技术、艺术、技巧）；中间层次，就是知识层次，也就是与公共事务管理特别是纠纷解决有关的全部知识理论体系，就是作为技能之资源的那些知识储备（没有这些资源就没有技能）；最高层次，就是志念层次，也就是关于公共事务的价值理念层次，简言之，就是关于公共社会生活的灵魂——包括对“民主法治”“公平正义”的认知程度和服膺强弱，这既是志向问题，又是德性问题。

我们的法律职业教育培训，广义上包括普通教育和继续教育两个层次。在各类普通法律学校（院），其教育培训一般突出上述第二个层次，兼顾第一个层次和第三个层次。在公安、检察、法院、司法行政、纪检监察等系统主办的各类职业培训学院里，教育培训一般突出第一个层次，兼顾第二和第三层次。在各普通高校为法律职业系统举办的法律人培训班里，教育培训一般突出第三层次，兼顾第一和第二层次。三类不同的法律教育培训，侧重点各不相同。“清华司法中心”举办的培训班，正属于第三类培训，重点突出法律职业理念和素养的培训。

为了突出法律职业理念和素养的培训，近年来，清华司法中心在自

已举办的一系列法律职业教育培训中特别关注如下重要问题：法律人的历史使命与现实责任，法律人的理性自觉与职业素养，法律人的法律理念及思维，法律人的人伦品德素养，法律人的传统文化素养，法律人的程序思维，法律人的行为模式，法律人的博弈思维，法律人的科学素养，法律人的职业心理素养，司法礼仪文化与司法正义追求，法律人的职业风险防范、法庭辩护技巧、法律谈判技巧，等等。对于这些重要问题，授课专家学者们长期进行了一系列理论探讨，也与受训学员间切磋互动、教学相长，取得了良好的成绩。作为这一系列探讨的阶段成果，该中心结集编成“法律素养与依法治国”系列丛书，正式向全社会推介。丛书首批将推出三册，即《法治工作素养及养成》《法治思维与法治理念》《法治工作方式》，其余内容也将逐一整理成书，逐步出版。本书的编著，旨在总结整理过去十年该中心主持的法律人培训教学的相关成果，并用作今后法律职业及相关公务员培训的教学参考资料，进而作为全国法律工作者业务参考书。作为探索试验的结晶，难免有其局限和失误，故丛书出版实为向全国同行征求批评教益的形式之一。

我国《法官法》《检察官法》《警察法》都规定，担任法官、检察官、警察的重要条件之一是必须“有良好的政治、业务素质和良好的品行”。我国的《律师法》也规定执业律师有“维护社会公平和正义”“恪守律师职业道德和执业纪律”的义务。提高法律职业人员的职业素质，强化其法律职业素养和职业伦理的养成，升华其法律职业理念，是党和政府多年来一贯重视的法治基础工程之一。这一工程，是依法治国工程中最重要基础工程。如果没有这一系统工程对法律职业人员进行全面陶冶或塑造，那么法治就可能沦为无源之水无本之木。先秦思想家荀子关于“君子者，法之源也。源清则流清，源浊则流浊”的论断，对我们今天的法律职业队伍建设仍有特别的启示意义：法治时代的“君子”队伍，就是具有以法治的“公平正义”为灵魂的职业理念、素养、知识、技能的公职人员队伍，特别是法律职业队伍；这个队伍的清浊，就决定了法治这条河流的清浊。污浊的法律职业人，败坏法治的水源，远比单个罪犯败坏法治的水流更可怕。正因为认识到法律职业理念和素养这一至关重要的意义，

所以我们无论怎么重视法律职业教育培训都不为过。正因如此,清华的有关同人邀我加入这一丛书的编写工作,我欣然同意。谨匆忙整理自己关于法律职业培训的一些想法,求教于全国同人,并权充本丛书序言。

我希望中国的法律职业教育培训有更加长足的发展,特别希望“清华司法中心”在这一方面取得更加显著的成就!

陈光中

中国政法大学司法文明创新中心首席科学家 终身教授

2016年3月30日

目 录

CONTENTS

法治思维的定性及基本内容

——兼论从传统思维走向法治思维 胡建森 /1

谈法律思维模式 林来梵 /12

- 一、引论 /13
- 二、法律思维的内涵及其特点 /17
- 三、如何理解法律思维 /21
- 四、怎样才能养成法律思维 /28
- 五、如何避免法律思维模式的陷阱 /35

程序思维是法治方式的前提 孙笑侠 /39

- 引言 /40
- 一、法律程序是什么 /42
- 二、程序优先思维 /44
- 三、重大决策程序 /49

四、在无程序的情况下,如何设计程序 /54

五、程序的正当性要求 /59

法治思维与法律方法 陈金钊 /67

一、法治思维的内涵及其特征 /69

二、法治思维对法治中国建设的积极意义 /78

三、法律方法是铸成法治思维的技术支撑 /80

结语:运用法律方法实现法治理性 /97

法律人的博弈思维——法律博弈论 范德胜 /102

一、博弈的含义、构成要素和分类 /104

二、法律博弈论 /106

三、经典博弈模型“囚徒困境”和“性别大战” /117

四、博弈论视角下的高空抛物侵权责任的法律经济分析 /128

五、以自由和秩序为例的法律价值上的博弈论 /136

结语 /144

法律谈判基本技能 白斌 /145

一、谈判与法律谈判 /146

二、法律谈判者的基本素质 /155

三、法律谈判的基本立场 /160

四、法律谈判的准备工作 /166

五、分配式谈判 /180

六、纠纷解决式谈判 /195

司法礼仪文化与传统中国公平正义观 范忠信 /209

一、八字衙门 /212

- 二、包公黑脸 /215
- 三、獬豸冠服 /218
- 四、跪求君父 /220
- 五、刑以兵威 /224
- 六、斋居慎刑 /227
- 七、顺天司法 /229
- 八、祭祀警示 /231
- 九、仁恩仪刑 /236
- 余论 /238

法律人的心理素养——心力的凝造 荀焱 /241

- 一、法律人的思维力 /243
- 二、法律人的情感力 /249
- 三、法律人的行为力 /259

法治思维的定性及基本内容

——兼论从传统思维走向法治思维

胡建森

国家行政学院法学部主任，教授，博士生导师

一

尽管中国的学者们在研究经济思维、政治思维、军事思维、伦理思维等诸多思维模式的同时，已涉及法律思维，但由党中央、国务院以正式文件提出法治思维（法律思维），还是几年前的事。2010年10月10日，国务院《关于加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号）指出：“切实提高运用法治思维和法律手段解决经济社会发展中突出矛盾和问题的能力”，首次提出“法治思维”。2012年11月8日，党的十八大报告明确要求，“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”，第一次增加了“法治方式”，从而使“思维”与“行为”达到了统一。2012年12月4日，习近平总书记《在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话》中指出：“各级领导干部要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，努力推动形成办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的良好法治环境，在法治轨道上推动各项工作。”习总书记这一讲话，将“法治思维”和“法治方式”推广到更加广阔的管理领域。2013年2月23日，习近平同志在

主持中共中央政治局第四次集体学习（依法治国主题）时再次强调：“各级领导机关和领导干部要提高运用法治思维和法治方式的能力，努力以法治凝聚改革共识、规范发展行为、促进矛盾化解、保障社会和谐。”党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》再次强调法治思维：“坚持依法治理，加强法治保障，运用法治思维和法治方式化解社会矛盾。”四中全会《全面推进依法治国若干重大问题的决定》将“提高党员干部法治思维和依法办事能力”确立为“加强和改进党对全面推进依法治国的领导”的重要抓手，并指出：“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。”2014年1月7日，习近平总书记在中央政法工作会议上明确要求，党委政法委要带头在宪法法律范围内活动，善于运用法治思维和法治方式领导政法工作，在推进国家治理体系和治理能力现代化中发挥重要作用。2014年12月20日，习近平同志在庆祝澳门回归祖国十五周年大会暨澳门特别行政区第四届政府就职典礼上的讲话指出：“人类社会发展的事实证明，依法治理是最可靠、最稳定的治理。要善于运用法治思维和法治方式进行治理”，将“法治思维和法治方式”提到国家治理现代化的高度来认知。2015年年初，习近平同志在省部级主要领导干部学习贯彻十八届四中全会精神全面推进依法治国专题研讨班上作了重要讲话，再次要求领导干部“谋划工作要运用法治思维，处理问题要运用法治方式”，“学会用法治思维和法治方式做好治国理政各项工作”。并强调，“领导干部要把对法治的尊崇、对法律的敬畏转化成思维方式和行为方式，做到在法治之下、而不是法治之外、更不是法治之上想问题、作决策、办事情”。

法治思维和法治方式，是党中央和习总书记在新时期提出和形成的一个全新概念和全新理论，它是全面推进依法治国的具体内容。领导干部是否能够真正坚持和运用法治思维和法治方式，是衡量国家治理法治化和现代化的重要标志。

二

党中央和习总书记反复强调和要求“各级领导机关和领导干部要提高运用法治思维和法治方式的能力”，是有其理论基础和实践需求的。但是关于法治思维如何定性，什么是“法治思维”？近来的探讨和论述颇多，关于法治思维的定义也众说纷纭：“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。”“法治思维就是将法治的诸种要求运用于认识、分析、处理问题的思维方式，是一种以法律规范为基准的逻辑化的理性思考方式。”不难发现，大多定义将法治思维界定为与人治思维相对立的，符合法治精神、法治原则、法治标准的思维模式。或者说，它是一种“合法性思维”，而不是“违法性思维”。这种以“法治”为前提、特征和标准的思维模式，显然在内容上与“法治”内容相融通，是符合党的十八大以来人们对“法治思维”的认识和理解的。尽管如此，有几个理论问题依然需要厘清。

关于法治思维与法治。如果说法治思维就是指符合法治的思维，而人们的行为都是由思维所支配的外化结果，那么我们在行为上坚持法治与思维上坚持法治完全是一码事。自党的十五大将“依法治国”确立为党领导人民治国理政的基本方略以来，尤其是党的十八届四中全会确立“全面依法治国”的背景下，早已要求我们的各种行为必须符合法治标准，那就没有必要再提法治思维了。作者以为，法治是个综合性概念，它是一种精神、原则、标准和状态。法治也可影响思维模式从而同时构成法治的一部分。因而，法治思维显然是对法治概念的深化和有效扩展。法治思维当然也必须以法治为前提和内容。

关于法治思维与法律思维。在党的十八大之前，学者们主要提与经济思维、政治思维、军事思维、工程思维等思维相并列的“法律思维”，而不是“法治思维”。理由是思维没有“合法”与“违法”之分，只有行为才有“合法”与“违法”之说。而且“法治思维”显然是相

对于“人治思维”而言。那么党的十八大提出“法治思维”以后，“法治思维”是“法律思维”的同义词呢，还是与“法律思维”所不同的另外一个新概念？人们对此关注不多，只是一味阐述和宣传“法治思维”。当然也有人注意到了它们之间的差异。如有学者认为，法治思维是一种价值观思维，法律思维是一种职业思维。我以为这种解释不无道理，法治思维与法律思维在内容和特征上基本一致，但法治思维强调“法治要求”，如强调“以合法性为出发点”，而“法律思维”侧重职业习惯，譬如强调“程序优于实体”“形式高于内容”“一般高于个别”。作者以为，在目前的理论状态上，将法治思维视同法治理念来加以阐发是符合党的十八大及三中四中全会精神的，同时可以将法律思维保留为相对于经济思维、政治思维、军事思维、工程思维而存在的一种职业思维。

关于法治思维与其他思维。无论是作为法治理念的法治思维，抑或是作为职业思维的法律思维，法治思维（法律思维）与其他思维之间，都不应是相互排斥，而应是一种互补关系。如果说法治思维是以“是否合法”作为思考问题的出发点，“说话做事要先考虑一下是不是合法”，那么经济思维主要是考虑成本与效益，政治思维主要是考虑政权的取得和稳定，军事思维则以战争上的胜败作为唯一目标，工程思维主要将工作任务作为工程项目来对待。法治思维是人类多种思维中的一种思维，而不是全部思维。它与其他思维各有特点，互为补充，相得益彰。各种思维因社会历史阶段和所处境地不同，其地位和所发挥的作用也有所不同。在战争年代，军事思维的作用显得非常突出，而在和平建设时期，法治思维就更具有适用性。所以，我们不能说只有法治思维（法律思维）是合法思维，其他思维是违法思维，因为思维只存在特点不同，不存在是否合法问题；我们同样不能说只有法治思维（法律思维）是正确思维，其他思维是错误思维。不同的思维有不同的特点，思维模式本身不存在“对”与“错”。只有思维的应用才会发生“对”与“错”，从而影响使用效果。