



法治与法治思维

刘平 著



世纪出版集团 上海人民出版社

法治与法治思维

刘平 著



世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治与法治思维/刘平著. —上海:上海人民出版社,2013

ISBN 978-7-208-11466-1

I. ①法… II. ①刘… III. ①法治-研究
IV. ①D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 125236 号



出品人 邵敏
责任编辑 张玉贞 任柳
封面装帧 高昱

法治与法治思维

刘平著

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.cc)

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 27.25 插页 1 字数 450 千

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11466-1/D · 2286

定价 45.00 元

作者的话

从事政府法制工作 18 年,第一次有了写这么一本书的想法。主要是源于遇到的两件事:

一件事,一位市领导给市法学会出了个题目:什么是法治?作为一个法治完备的城市,到底有哪几条可以衡量的硬标准?由此,作者有幸参与了这个课题的研究。

另一件事,市委党校设想为领导干部开设一门关于“法治思维和法治方式”的课,所以请来了各路神仙,开头脑风暴会。结果发现,对此可谓是仁者见仁,智者见智,并没有统一的共识,也没有标准答案。

这一过程,让作者有了感慨,原来一些耳熟能详的法律概念,其实在现实生活中是模糊的、不确定的,甚至没有共识的。作为一个法律工作者,这不能不说是一种悲哀,更是一种挑战。

为了真正弄明白这些大家关注又无共识的法律概念,我用业余时间去通读了法理学史、行政法史和西方法制史,精读了一些代表学者的代表作品。本意是想了解这些原本就是舶来的制度、概念、原理,其产生的渊源和变迁,当今世界法学界对这些又是怎么认识的。这一所学、所思、所启迪、所感悟的过程,便形成了本书的框架和概要。

本书的定位,它算不上一本学术专著,虽然其中有作者的学术思考成果;它也不是一本完全意义的教科书,因为它不同于教科书的既定结构。我更愿意把它定位为了一本普法书籍,供公务员和行政法学入门者参考使用。据此,我对本书的写作有两个定位:

——需求导向 + 学术思考;

——以实务为框架,以理论梳理、比较、分析为内涵。

法治,无论对于学界还是实务界,都已是个烂熟于胸的法律概念。而考察法治史,会发现,对这个概念的理解,是随着时代的发展和法治的进步而不断变化着的,其内涵也不断留下时代的特征。它从我们传统的管

制型法治,即以维护公共秩序为主要目的为起点,进而进化到以控制行政权力为主要目的,即以“治官”为主要特征的法治阶段,今天又进步到积极回应社会需求,以更开放的格局平衡公权力与公民权利,更强调政府与公众之间合作与共同治理的“新行政法”阶段。

衡量一个国家是否为法治国家,已是一个国际化的充满政治判断的话题,也是作为后起的法治国家的中国政治家们时常会思索的现实问题。考察发现,对此并无完全一致的标准,少的只有区区三条标准,多则有十来条衡量标准。作者试着提出七个向度,即良法之治、国家守夜人、守法的统治、司法公正与司法权威、法律面前人人平等、合乎人权的刑法、人权与善治。旨在供大家来参与一起探讨,加深理解,进而能达至共识。

法治思维,因为胡锦涛总书记在十八大报告里提出“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”,而成为最为流行的社会公共术语,也成为法学研究的一门显学。任何思维都不会是单线型的思维,一定是辩证的思维。从哲学的视角看,思维由本体论思维、认识论思维和方法论思维构成。法治思维也不例外。循着这一思路,我从中外法理学和行政法学的丰富知识矿藏里,挑拣出一些有用的原材料,按照我的理解进行了冶炼,归纳出六种法治思维,即本体论范畴的法的价值思维和法理思维;认识论范畴的法的推理思维和平衡思维;方法论范畴的法的正当程序思维和法经济思维。在对此还没有共识的情况下,我希望这能成为激发大家思绪的引玉的砖,所以乐见大家的“板砖”。

基于本书的宗旨,感觉无法回避法治实践中经常面对的一些热门话题,需要正面回应。所以又有了本书的第三部分:法治与其他。所分析的关于法治与民主、法治与改革创新、法治与德治、法治与市场经济等内容,都是不断考问法律工作者的现实难题。

完成本书的写作,再将思绪作一梳理,发现有三个在世界法制史上不断纠结的问题,也是在今天不断困扰和挑战着我们的问题:

一是,实质理性与形式理性之辩。法治中到底是注重形式正义、程序正义多些,还是强调实质正义、实体正义多些?在实质理性与形式理性之间应该作出怎样的选择与平衡?这个被自然法学派和实证法学派争论了上千年的话题,在今天的中国,仍是个现实的法律难题。

二是,公权力与私权利的关系处理。法治到底是“治民”还是“治官”?

公权力与私权利何者为本位？为了公共利益，能否牺牲私人利益？这些问题，不断在依法行政中被提及，被质疑，等待着政府部门和法学家们令人信服的回答。

三是，“恶法非法”还是“恶法亦法”之争。如何对待“恶法”？面对现实中无可避免的“恶法”，是弃之不用，还是遵循恶法在未被废止和修改之前都是有效力的理念？这些堪称世界性难题的解决，有赖于学界的理论指引，更有赖于实践的创新。

法治，不该是一堆僵硬的法律概念的组合，它是活的，是能回应社会需求的制度规范。当它在某些时期表现出僵化、迟滞的一面时，一定有另一股力量把它激活，让它直面现实，去创新制度规则，使法律再度发挥其规范、引领、教育的功能，推进社会的文明进步。

更重要的是，“法律必须被信奉，否则就不会运作；这不仅涉及理性和意志，而且涉及感情、直觉和信仰，涉及整个社会的信奉。”（伯尔曼语）

在本书即将付印之际，我要由衷地感谢上海法治研究会的包志勤先生和世纪文睿文化传播公司的邵敏先生。说实话，写这本书的初衷，并没想让它走向社会、面对不特定的公众，只想在同行里交流切磋。是包、邵二君的热情鼓励和积极运作，才让我抖起这份胆来，也使本书改变了惯常的在小圈子里“自娱自乐”的命运，真正“面世”了。对包、邵二君在此过程中所表现出来的职业精神和社会责任心，作者发自内心地表示敬佩，并想表达真诚的谢意。

刘 平

于2013年5月15日

目 录

作者的话	1
------------	---

上篇 法治要义

第一章 有关“法治”的学说源流	3
一、古希腊：人治论与法治论的伟人对话	3
二、古罗马：“泛权利”社会与《罗马法》	7
三、英国：法治主义与“法的统治”论	11
四、法国：“三权分立”与“人民主权”之争	16
五、德国：警察国家与法治国理论	21
六、美国：“三权分立与制衡”的现代宪政	23
七、当代：“恶法非法”与“恶法亦法”之辩	26
第二章 法治的内涵与类型	30
一、古代法的类型	30
二、现代法治的内涵	33
（一）形式法治的界定与意义	35
（二）实质法治的界定与意义	36
（三）形式法治与实质法治的内在关联性	38
三、现代法治的类型	39
（一）秩序法治	40
（二）行政法治	42
（三）回应型法治	45
第三章 法治国家的衡量向度	50
一、良法之治	51
（一）良法的价值标准	51

(二) 良法的形式标准	52
(三) 良法的程序标准	54
(四) 良法的维护机制	59
(五) 现实难题:如何对待“恶法”?	64
二、国家守夜人	67
(一) 国家的首要职能:维护公共秩序和安全	67
(二) 从消极行政到积极行政	68
三、守法的统治	69
(一) 从实体控权到程序控权	69
(二) “治官”还是“治民”	71
(三) 依法行政的基本要求	72
四、司法公正与司法权威	75
(一) 司法独立	75
(二) 公正司法	76
(三) 司法中立	78
(四) 维护司法权威	79
五、法律面前人人平等	81
(一) 法律实体内容的平等	82
(二) 法律执行中的平等	82
(三) 法律救济中的平等	83
六、合乎人权的刑法	83
(一) 罪刑法定	84
(二) 公正审判	85
(三) 疑罪从无	85
(四) 法不溯及既往	87
七、人权与善治	87
(一) 尊重和保障人权是人类文明的共同财富	88
(二) 人的自然权利、社会权利与法定权利	89
(三) 法的善治必然关注人权	90
(四) 法律化人权的基本内涵	92
(五) 生态文明是现代人权观的重要内容	95

第四章 法治国家与法治社会	97
一、“法治社会”辨析	97
二、中央与地方法律资源的合理配置	98
(一) 维护国家法制统一、尊严和权威	99
(二) 国家对地方立法权的判识	100
(三) 地方立法的总体定位	101
(四) 地方立法应遵循的原则	102
(五) 事权、财权与地方立法权的平衡	106
(六) 区域立法协作	108
三、市民社会与自治	111
(一) 市民社会与共同治理	112
(二) 社区自治	113
(三) 行业自治	118
第五章 中国的现代法治历程回望	121
一、从晚清到民国:失败的探索	122
(一) 短命的“康梁变法”	122
(二) 从立宪运动到辛亥革命	123
(三) 从《临时约法》到“六法全书”	126
二、中华人民共和国前三十年:有形无实的法制	130
(一) 废旧法运动	130
(二) 《共同纲领》	130
(三) “五四宪法”	131
(四) “七五宪法”	133
三、改革开放以后:现代法治的真正启程	133
(一) 恢复法律秩序时期(1978—1982年)	134
(二) 围绕改革开放,开始构建法治要素时期 (1982—1992年)	135
(三) 围绕建立市场经济,探索完善法制经济时期 (1992—1997年)	136
(四) 确立依法治国基本方略,建设法治国家时期 (1997—2007年)	137
(五) 确立以民为本,建设服务型政府时期	

(2007年党的十七大至今)	139
第六章 中国特色社会主义法治之路的基本特点	140
一、党的重要会议为法治建设明确阶段性目标	140
二、“八二宪法”重新确立宪法作为根本法的地位	144
三、重要法律和文件的颁布是行政法治的重要推动力	147
四、一些重大法治事件及时推进了法律制度的改革	150
五、立法经历了“自上而下”再“自上而下”的过程	161
六、对中国法治现状的理性评估	162

中篇 法治思维

第七章 “法治思维”之思辨	167
一、法治思维的架构：“道、学、术”	167
二、法治思维的相关概念辨析	168
(一) 法治思维不等同于法律思维	168
(二) 法治思维区别于政治思维	168
(三) 法治思维有别于伦理思维	169
(四) 法治思维不能等同于逻辑思维	169
(五) 法治思维不能简单地归结为管制思维	170
第八章 法的价值思维	171
一、法的终极价值：自由	172
(一) 法律以个人自由为基点	172
(二) “法典是人民自由的圣经”	173
(三) 积极自由与消极自由	174
(四) 法只能为自由而限制自由	175
(五) 法律限制自由之证成	176
二、法的内在价值：公平	178
(一) 权利公平	180
(二) 机会公平	181
(三) 规则公平	183
三、法的普遍价值：正义	184
(一) 一般正义与特殊正义	185

(二) 实质正义与形式正义	186
(三) 个人正义与社会正义	187
(四) 正义与法的价值之关系	189
四、法的基础价值:秩序	190
(一) 秩序是法律的基础价值	191
(二) 自然秩序与社会秩序	191
(三) “自生自发的秩序”与“人造的秩序”	192
(四) 法律秩序与法治	193
(五) 法律秩序的特性:强制性	194
五、法的经济价值:效率(效益)	195
(一) 资源利用效率与资源分配效率	196
(二) 经济效益与社会效益	196
(三) 效率优先与兼顾公平	197
六、法的社会价值:和平	198
第九章 法理思维	200
一、法与理性	200
二、预期—规则—秩序	206
(一) 从预期到规则	206
(二) 从规则到秩序	209
(三) 反思:从明规则到“潜规则”	210
三、效力—实效	211
(一) 法的效力	212
(二) 法的实效	214
(三) 法的效力与实效的相互转换	214
四、规则—原则—政策	215
(一) 法律规则	216
(二) 法律原则	217
(三) “原则优先”定理	219
(四) 政策	221
五、规则—例外	223
(一) 规则和例外都是事物性质的客观反映	224
(二) 法律条文的“空缺结构”与“黄金规则”	225

(三) 个别衡平	226
(四) 法律解释与法律议论	229
(五) 解决不确定“例外情形”的补救性措施	232
第十章 法的推理思维	233
一、形式推理与实质推理	233
(一) 形式推理	233
(二) 实质推理	235
(三) 两种推理之间的辩证关系	237
二、法律结构:条件—行为模式—法律后果	238
(一) 前提:三段论推理	238
(二) 立法规范:三要素结构	239
(三) 重点解读:法律责任	241
三、适用相对人的几种辩证推理	244
(一) 信赖保护	244
(二) 不溯及既往的例外	245
(三) 知道与应当知道	245
(四) 行政重复处理	246
(五) 任何人不得从自己的过错行为中获利	247
四、行政合法性推理	248
(一) 合法行政主体认定	249
(二) 行政行为的种类	252
(三) 具体行政行为合法性标准	257
(四) 对违法行为的纠正	260
五、行政合理性推理	266
(一) 比例原则	266
(二) 不确定的法律概念	267
(三) 符合法律目的	269
(四) 具备合理动机	270
(五) 考虑相关因素	270
(六) 排除不相关因素	271
(七) 保持法律适用与解释的一致性	271
(八) 已尽专业的注意	272

(九) 按普通人的理性和常识推定	272
(十) 措施得当方式得体	272
第十一章 法的平衡思维	274
一、公权力与私权利的平衡	274
(一) 公权力的边界在哪里?	276
(二) “公共利益”如何界定?	276
(三) 政府如何按照“公意”行使公权力?	277
(四) “私权利本位”还是“公权力本位”?	278
二、权利与义务的平衡	279
(一) 权利义务的一致性原理	279
(二) 权利与义务的天然不对等性	280
(三) 法的价值目标只是权利而绝非义务	280
(四) 权利以法的义务规范为保障	281
(五) 权利与义务如何实现平衡	282
三、法规范之间冲突的平衡	283
(一) 法冲突的实体性裁定规则	284
(二) 法冲突的程序性裁定规则	284
(三) 对违反宪法和法律的立法审查规则	285
(四) 法律文本与法律解释	286
四、政府信息公开与保密之间的平衡	287
五、行政手段的“刚与柔”相济	288
(一) “破窗理论”的启迪	289
(二) 刚性行政制度	290
(三) 柔性行政制度	307
六、对行政的监督与对权利救济的平衡	313
(一) 对行政的外部监督与内部监督的平衡	313
(二) 事前监督、事中监督与事后监督的平衡	316
(三) 法律性权利救济与非法律性权利救济的平衡	316
第十二章 正当程序思维	318
一、正当法律程序之辨析	319
二、程序正义:法的实现中的独立内在价值	321
三、正当程序的基本方式	322

(一) 行政决策:五个必经程序	323
(二) 行政执法:自然正义规则	341
(三) 权利救济程序	347
(四) 行政问责制度	352
第十三章 法经济思维	358
一、法经济思维概述	358
(一) 法经济思维不同于经济法学思维	359
(二) 法经济思维也不同于法治经济思维	360
(三) 法经济思维也不同于经济效益思维	360
二、法经济思维的基本路径	360
(一) 理性主体	360
(二) 效益原理	361
(三) 交易费用与制度	362
(四) 科斯定理	362
(五) 财产权利体系	363
(六) 经济的法律程序	363
三、行政法的成本与效益	364
(一) 行政预期的保值与增值	364
(二) 行政成本与效益分析	365
(三) 执法成本与效益	366
(四) 守法成本与违法成本	367

下篇 法治与其他

第十四章 法治与民主	371
一、民主与法治的差异与联系	371
二、民主中的法治	372
(一) 从直接民主到间接民主	372
(二) 法治:对“多数人暴政”的矫正	373
三、法治中的民主	375
(一) 从间接民主到半直接民主的合理回归	375
(二) 基层民主协商制度	376

第十五章 法治与改革创新	381
一、“破”与“立”的辩证与平衡	381
二、中国经验:立法决策与改革决策相结合	383
(一) 中国特色的实践	383
(二) 从自费改革到授权改革	383
(三) 目前对改革发展与法治关系的认识误区	384
第十六章 法治与德治	386
一、道德的内涵	386
二、法律与道德的区别	387
(一) 外部行为与内部行为之别	388
(二) 性恶论与性善论之别	388
(三) 遵守与尊重之别	389
(四) 强制秩序与社会秩序之别	389
(五) 一元性与多元性之别	390
(六) 实在法(法律)与自然法(道德)之别	390
三、法治与德治的关系	390
(一) 法治与德治结合:世界通则	390
(二) 德治:中国法律本土化转型的逻辑必然	393
(三) “法律道德化”和“道德法律化”辨析	395
第十七章 法治与市场经济	398
一、市场经济就是法治经济	398
二、“看不见的手”与“看得见的手”	401
三、政府角色定位:经济调节与市场监管	402
(一) 宏观:经济政策调节	403
(二) 中观:生产要素保障	403
(三) 微观:市场的公平竞争和产品质量监管	403
四、以市场化手段提供公共产品	404
(一) 公共产品的范围界定	404
(二) 特许经营制度	405
(三) 政府购买公共服务	406
(四) 政府补贴行为	411
五、市场经济主体的法治意识	412

10 法治与法治思维

(一) 自主自律意识	412
(二) 履行契约意识	412
(三) 公平竞争意识	413
(四) 劳动者权益保障意识	413
(五) 依法纳税意识	413
(六) 社会责任意识	414
参考书目	415

上篇 法治要义

法治是治国理政的基本方式。

——胡锦涛^①

^① 胡锦涛：《在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》。