

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

—

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。

三

由此说来，法治思维，系指以合法性为出发点，追求公平正义为目标，按照法律逻辑和法律价值观思考问题的思维模式。简单地说，符合法治精神的思维模式就是法治思维。法治思维的特点是：它以合法性为底线，以公平正义为核心，重证据和依据，强调职权法定和权利义务的统一性，尊重和保护人权，坚持正当程序，等等。

（一）守住合法性底线——凡事要问是否合法。习近平同志将坚守“合法性”确立为领导干部谋划处事的“底线”。“合法性”是法治的核心内容；要求行为合法是法治的基本要求。从“是否合法”作为出发点来思考和处理问题，无疑是法治思维和法治方式的基本特征和基本要求。

（二）凡事要有规则——无规矩不成方圆。法律就是一种规则；法治就是规则之治。法治思维也是一种规则思维，即要善于运用规则来治理国家和社会。

（三）以公平正义为标准——良法之治。法治是规则之治，更应当是良法之治。而“良法”的标准就是“公平正义”。法治只有通过立法公正、执法公正和司法公正才能真正实现。

（四）立法先行——应当先有比赛规则还是先有比赛？制定规则的过程就是一个立法过程，而立法要坚持“立法先行”。

（五）法不溯及既往——老人老办法，新人新办法。法不溯及既往是一项法律适用原则，系指在实施法律过程中，不得用今天的法律去重新处理以前已经发生的行为和事项。用我们平常一句通俗的话来说，就叫作老人老办法，新人新办法。

（六）以人为本——人权的尊重和保障。人权，系指一定社会历史条件下每个人按其本质和尊严享有或应当享有的基本权利。人权原则，系指尊重和保障人权的原则。作为法治思维和法治方式的基本内容，要求我们在管理中要坚持以人为本、人性执法。

(七) 法律保留——公民基本权利的特殊保护。法律保留原则指国家和政府要限制或剥夺公民的某些权利，须有国会的明文法律依据。法律保留原则旨在对公民权利，特别是基本权利提供一种特殊保护，是人权原则的延伸，因而也是法治原则的体现。坚持法治思维就须坚持法律保留原则。

(八) 法的明确性——不能以口号代替规则。法律的明确性，系指法律的内容表达必须达到明白、具体、准确、可操作，避免抽象、笼统、模糊。马克思说：“法律是肯定的、明确的、普遍的规范。”我国《立法法》第6条要求“法律规范应当明确、具体，具有针对性和可执行性”。要提高规则的制定水平，为具体工作设定具体而明确的工作规则。要避免以口号、会议、领导人讲话代替法律规则，也要避免以道德规范代替法律规范。

(九) 法的稳定性——信赖利益的保护。法律不仅具有“明确性”，而且还具有“稳定性”。中外许多法学专家都将“稳定性”确立为法的特征之一。“立法讲成熟、行政讲效率、司法讲公正”，这是法治领域的“牛顿定律”。之所以强调法的“稳定性”，还在于公民信赖利益保护的需要。信赖利益一词源于大陆法的损害赔偿制度和英美法上的违约救济制度。信赖利益保护应用到公法，构成了公法上的信赖利益保护原则。该原则要求，公权力的规则或行为形成以后，公民便形成了基于对公权力规则或行为的信任而形成了期待的利益，该利益必须受到保护，公权力主体不得随意改变已定规则或已作出的行为，如果出于公共利益的需要确需改变的，国家对公民必须依法补偿。

(十) 法的平等性——法律面前人人平等。“平等性”既是法的内容属性，也是法的适用原则。“平等”意味着“任何人都没有法律之外的绝对权力”。我国还将“平等”列入社会主义的核心价值观，将“平等原则”写入了《宪法》。平等原则作为法治思维和法治方式的基本内容，便要求我们尊重惯例，做到前后平等和左右平等，对同样主体的同样行为不得作不同处理，减少直至最终杜绝“特事特办”“领导特

批”的做法。

（十一）职权法定——公权与私权的界限。

法治的一项重大任务在于：对公民的私权利提供保护和对国家的公权力进行制约。一个公民私权利得不到合法保护和国家公权力得不到有效制约的国家，都不是法治国家。面对公权与私权的关系，首先要坚持“职权法定”，即国家和政府的公权力是由法律法规设定，而不是各部门自行设定的。不经法律法规设定的权力不是合法的权力。其次要坚持“公权力，法不授权便无权；私权利，法不禁止便自由”。习近平同志说：“法定职责必须为、法无授权不可为。”这正是对这一法治理念的最好阐述。要求我们：一是注重权力依据，凡是公权力都要追问它的法律依据；二是注重权力的界限，防止越权；三是注重对社会和公民的“放权”，政府对该管的事必须管好，对不该管的事不要越俎代庖，“要最大限度减少政府对微观事务的管理”。

（十二）正当程序——没有正当程序就不会有正当结果。程序系指各种行为的时间和空间方式，表现为步骤、时限和形式。法治思维也是程序思维，注重程序在整个行为中的地位和作用。世界上不存在程序以外的实体，也不存在无实体内容的程序。但程序无疑会影响甚至决定行为结果，只有正当程序才能保证正当的决定。正当程序作为一项法治思维来对待，要求我们在作出任何决定时，都要做到：第一，执法主体在执法中必须向相对人告知身份、出示证件；第二，事先告知和听取当事人的意见；第三，为当事人提供听证机会；第四，重大决定须经单位集体研究；第五，将决定在事后合理期限内送达当事人；第六，坚持利害关系人回避；第七，当事人对公权力主体的决定不服，都有获得事后权利救济的机会。

四

尽管法治思维是人类多种思维中的一种，但法治思维是新时期最符合国家治理现代化和全面推进依法治国的思维之一。我们处于中国

特色社会主义发展的特殊时期，我们正在完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化，全面深化改革和全面依法治国。树立法治思维完全符合全面深化改革的总目标，也是全面依法治国的要求和体现。但是，我们个别领导干部法治思维淡薄，甚至还习惯于传统的思维方法，停留在传统思维中，面对和解决现代社会的各种矛盾显得力不从心。传统思维是我们党在过去长期特殊困难时期，特别是抗日战争、解放战争、抗美援朝过程中，所形成的一些工作方法和思维模式。这些方法和思维完全适应那个时代，为我们取得胜利所不可或缺。到了社会主义建设时期，尤其是全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党的新时期，一些传统的方法和思维，有些依然适用，有的不太适用，甚至不再适用。

第一，“目标论”。由于战争是“你死我活”的斗争，“胜利”是战争的最高目标，任何战争主体都会举全部之力去实现这一目标，不计成本。发动人民群众、人人参加的“人民战争”是无价之宝，在战争年代起到了很大作用。但在和平时期带来的问题是，凡事全民发动，人人参加，演变成“群众运动”。自新中国成立以来到党的十一届三中全会之前，中国搞大小“运动”可能有几十次，人民公社、“大跃进”，社会主义改造，“三反”“五反”打虎，反“右”运动，扫盲运动，上山下乡运动，“文化大革命”，批林批孔运动，等等，历历在目。这种方法往往不计成本、劳民伤财，影响和阻碍有关部门各司其职。

第二，“战役论”。在战争年代，打仗就是“战役”。“战役”就必须采取急风暴雨方式，无法也不能按常态和正常程序办事。但如果将“战役论”带入和平年代，就不免事事作为战役对待，件件采取急风暴雨方式，破坏常态和正常程序。个别地方将正常的司法工作变成“马蹄式”“专项斗争”来对待：一月是“反盗窃”专项活动；二月是“反双抢（抢劫、抢夺）”专项活动；三月是扫黄打非的专项活动……从而将许多常态工作变成了应急工作，将许多长期性工作变成了阶段性的“专项”工作，违背了管理的科学性。

第三，“集中论”。在战争中，强调集中统一指挥非常重要。如果各自为政，不听指挥，往往导致战争的失败。但在和平时期，“集中论”的军事思维往往忽视权力的分工监督，忽视更多地发扬民主和听取不同意见。在历史上曾经风靡一时的“公检法联合办公”便是这一思维的典型例子。有的地方在人大选举中，不仅强调保证领导人的“高票当选”，而且还要求“全票当选”，完全与法治思维相悖。

第四，“神速论”。战争的胜利贵在神速。但在和平时期过分强调“神速”，往往导致求“快”不求“稳”。急功近利的“政绩观”和“政绩工程”无疑是这一思维的反映。个别地方一边快速造楼，一边又快速炸楼；一边快速地像制定行政文件一样出台法规，一边又不断地修改和废止法规，违反了“立法讲成熟、行政讲效率、司法讲公正”的规律和要求。

第五，“特事论”。战争年代，由于环境不稳定，情况瞬息多变，来不及建立规则，往往特事特办。思维上往往会重视“特殊性”，轻视“一般性”；往往“先个别后一般”而不是“从一般到个别”。这种思维习惯和行为习惯现在还依稀可见。这不符合从一般到个别的规则思维。法治思维的特点是强调一般高于个别，一般先于例外。

第六，“结果论”。战争以胜败论英雄，取得战争的胜利是军事上的最高目标。战役失败，往往要追究指挥官的领导责任，不论他是否有错。“顶不住，你拿脑袋来见我”，这是战场上上级指挥官针对下级指挥官下达命令的一句耳熟的话，而且确实可以付诸实施。以结果的成败追究领导人的责任，不问他是否有过错，这是传统思维的一个特点。这在战场上是必要的，但在和平时期，采用这一方式追究领导责任，就自然违背了以“因果关系”为前提的过错责任制度。法治思维强调责任法定，以因果关系的成立为条件。一个人的行为与某种结果必须有法律上的因果关系，才能追究这个人的责任。在我们现行的考核和问责制度中，个别地方出现的只讲结果不讲因果关系的责任追究方式为法治思维所不认可。