

德治与法治正当性分析^{*}

——兼及中国与东亚法文化传统之检省

孙 莉

中国传统德治的进路是把道德一统化，再把法与道德一体化。这在宗法社会结构和专制统治下是可能甚而合理的，但它却是在牺牲法的形式合理性同时也背离道德本性的情形下运作的，因而在现代法治和道德精神的框架内，会因不具形式上的正当性而无法操作，强行操作将导致与法治的背离和对道德本性的反动。文章在对道德与法的功能和属性进行比较的基础上指出，法治的正当性不只在在于其尊重人权和自由的精神内蕴，更在于过程本身的正当性，在于通过过程本身的正当来实现结果的正当。这意味着法治是一种根本性的道德，即制度的道德。这种制度的道德是个人道德选择和道德生活的预设前提，所以道德建设在实质上应是道德的制度性环境建设。

关键词 德治 法治 他治 形式正当性 法治之德

作者孙莉，女，1954年生，辽宁大学法学院教授。

按照通说，中国传统社会常被称为“德治”社会。若把视线再放宽些，所谓德治传统还不止属于中国，整个东亚社会都曾或多或少为儒家德治传统浸染^①。今天，那些被视为代表东亚国家特征的国家威权主义、集体主义、等级和家长式统治，还有所谓的“亚洲价值”（个人自由服从国家需要），均可表明传统是一种深刻的力量。而无论在中国抑或其他东亚国家，德治及把德治与法治合并统一之主张仍不断被肯认和倡导。在这样一种背景下讨论德治与法治问题，对于21世纪法文化的建构应是有重要意义的。

传统德治：能与不能

中国传统德治所由展开的背景是独特的：自然经济、宗法社会结构、专制体制、一统化意识形态，还有对这一切加以论证和充实的儒家伦理思想体系。这其中，“旧的氏族组织与新的国

* 本文属作者承担的国家教育部人文社科基金项目和社科基金项目阶段性成果之一，并作第四届亚洲法哲学研讨会参会论文。此次发表，略有改动。

① 参见金富灿《韩国法治主义的意义及界限》、酒 一郎《正在现代化的东亚法律的若干问题》，载南京师范大学法制现代化研究中心编《法制现代化研究》（第五卷），南京师范大学出版社，1999年，第421、387页。

家形态熔铸于一”^①的宗法结构对于传统德治具有根本性意义，它是中国特有的专制体制、一体化意识形态及儒家伦理思想体系得以生成的前提。家国一体，国以家为基础，家放大而成国，社会结构血缘化所形成的宗法伦理也就与国家政治准则融为一体。忠君、孝亲作为国家伦理与宗法伦理的核心，所要求的义务是被家族结构铸就的，因而是绝对、恒定、一统化的。

道德在本质上是自治、多元的，因而道德的统治必须着力解决的是：以某种方式形成或确立一统化的道德模式，再以某种力量强制推行。如此之操作在现代法治或以法治为进路的国家是极其为难的，但在中国传统社会则并无勉强。因为宗法结构本身就预设了道德一统化的前提，借助于专制体制和只具惩治意义的法^②，要完成对一统道德的确认和全面推行，当是不成问题的。中国传统德治的进路正是如此：先把道德一体化，然后把法与道德一体化。当然，“礼法合一”经历了漫长的演化过程^③。如果说封建前期“德主刑辅”还包含以道德制约刑罚的意义，因而也就可能包含对道德与法界限的有限肯定，那么到后期“明刑弼教”那里，则是第一，道德已不再对刑罚有制约作用，而成为无限制使用刑罚的理由和目的；第二，刑罚全然成为推行道德的工具，不具独立的价值和形式理性；第三，道德与法已不存界限，无论在内容抑或形式方面。“同一规范，在利用社会制裁时为礼，附有法律制裁时便成为法律。”^④法全面推行道德的结果，是法和道德同时面临悖论，同时遭致侵损和破坏，并互以对方的牺牲为代价。

牺牲的首先是法的形式合理性和相对独立性。这种牺牲是通过在立法和司法中消弭法与道德的界限实现的：

一是立法对道德的全面确认。在传统法典中，有关体现宗法伦理关系的立法达到十分完善的地步，几乎所有重要的道德规范都用法律形式固定下来。“宗法伦理道德被直接赋予法的性质，具有法的效力，从而形成法律伦理化和伦理法律化的双向强化运动。”^⑤不过，这种内容上的全面渗透还不足以在根本上破坏法的形式合理性，更具破坏性的在后两方面。

二是“诛心”特征。“道德的规定被宣称为法规，然而这些法规却作为外在的力量支配着主观意志”^⑥。这种被全面伦理化的法不但规范人的行为，而且规范人的思想和情感，“从而形成大规模的‘诛心’局面。……从根本上破坏了法律的独立性，阻碍了法律的形式化，并最终导致彻底的法律道德化”^⑦。从《法经》的“议国法者诛”、秦律的“偶语者弃市”，到汉《九章律》的诽谤妖言之法，再到西汉、曹魏的腹诽罪、元代的妄谈禁书者徒，直到明清两代的文字狱，对于思想和信仰的诛讨，往往比对行为本身的追究更甚。同时，司法引入道德判断，“原情议罪”，“曲法伸情”，“志善而违于法者免，志恶而合于法者诛”^⑧。这样，不仅是作为道德自治的领域被刑罚占领了，而且法的形式合理性也几乎丧失殆尽。

三是司法个别化和差等化。宗法伦理极端重视伦理亲情，天然排斥法的技术化、逻辑化、

① 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，贵州人民出版社，1992年，第74页。

② 法即刑罚，这是中国法律传统的核心，无论在制度抑或观念，法家抑或儒家，都是如此。现今主张德治者之所谓“法能刑人不能使人廉”，法能惩治于后不能防范于前，法能治标不能治本等等论证都未能脱出法即刑罚这一传统理念。事实上，只有在把法仅仅等同于刑罚的前提下才可能主张德治或德治与法治并用。但这种可与德治并用的法治绝非现代意义的法治。

③ 参见杨一凡、刘笃才《中国的法律与道德》（黑龙江人民出版社，1987年）第48—203页。

④ 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局，1981年，第221页。

⑤ 耘耕：《儒家伦理法批判》，《中国法学》1990年第5期。

⑥ 黑格尔：《东方世界》，引自夏瑞春编《德国思想家论中国》（江苏人民出版社，1995年）第110页。

⑦ 胡旭晟：《中国传统“伦理法”之检讨》，《百年》1999年第5期。

⑧ 《盐铁论·刑德篇》。

程序化和普遍化，倾向于司法处理的个别化和情感化；又由于宗法结构中人们存在差等，故伦理要求和司法处理也差等化。于是，法的适用被任意和偶然所左右，同一行为“大理当其死坐，刑部处以流刑；一州断以徒年，一县将为杖刑”^①便是正常的。“如果法律规则与道德要求之间的界限是不明确的或极为模糊不清的，那么法律的确信性和可预见性就必定受到侵损。”^②

牺牲的不止是法，还有道德。法牺牲的是形式^③，道德牺牲的是实质——对道德的全面强制推行导致对道德本质的反动。牺牲是以道德的一系列悖论形式出现的：

其一，倡导德政却布设苛法。季卫东先生指出：在压制型法中，“诉诸道德不仅不会解消压制，反而有可能强化压制，或者造成压制的变态”^④。考察中国历史，可知此言不诬。中国古代的刑罚名目繁多、难以计数，其酷烈程度令人瞠目。在主倡德政的同时，却设置和动用那么多严刑峻罚，本身就是德治的悖论。

其二，强调道德却扼杀道德自由。儒学伦理强调宗族社会本位，压抑个体独立、自由的发展，把个体超出宗法关系的行为看成大逆不道^⑤。道德上的一体化及其强制推行，最可能的结果便是思想钳制、价值专制。“从形式上看，这类规范因为附加了刑罚而具有法律的特征，但是着眼于内容，它所要求的实际是人心而非行为。它以刑罚的手段强迫人们行善，结果可能是取消善行。因为它靠着强暴力量的威胁，取消了人们选择恶的自由。”^⑥在这个意义上说，一个高度政治化的德治控制体系比一个完全法律化的控制体系对个人道德自由的摧毁更为巨大，因为后者只是要求行为合乎规则。

其三，主张善德却酿造普遍的伪善。既然全面强制执行的标准只有圣贤才能达到，而又不可能人人圣贤，故阳奉阴违、口是心非、表里不一，内外脱节，便是一道必然的风景。

尽管从现代法治和道德精神来看，德治对法与道德的侵损是致命的，但从历史主义角度说，德治在传统社会有其存在的合理性。“‘伦理法’以古代中国宗法社会为根基，相对于赖以生存的社会而言，它不但是合理的、有效的，而且是最好的。”^⑦谓其合理在于：首先，宗法社会结构之内它是可能且可行的。其次，自然经济、专制政治条件下它是可以运作的。因为自然经济所由产生的关系相对简单，而专制的无所制约的权力可能实行思想一统而鲜有顾忌。再次，传统德治不要求与法的形式合理性相偕，它骨子里与现代法治理念相悖，故可以在牺牲法的形式合理性之下运作。此外，也不能不承认，传统德治在一定意义上是有效的，特别在调整伦常人际关系、凝聚社会成员方面，特别在君主较为开明、政治较为清明的时候。

然而，以历史性的认识论看待传统德治，“最本质的问题不再是某时某事在历史中的必然性问题，而是在每一时刻和每一具体的经验存在中如何把握自己的现实存在问题”^⑧。历史上遭遇失败的制度设置并不能证明今天就不能选择和采用^⑨；同样，那些在历史主义看来在传统社会存

① 《唐律疏议·名例律》。

② E. 博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社，1987年，第366页。

③ 当然形式合理性的缺失，必然在总体上伤害到实质合理性。因为对形式合理性的背离，包括法的非确定性、不可预期性等等，都是对人的自我决定和尊严的漠视及冒犯。

④ 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社，1999年，第299页。

⑤ 参见公丕祥：《法哲学与法制现代化》（南京师范大学出版社，1998年）第429页。

⑥ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社，1997年，第269页。

⑦ 胡旭晟：《中国传统“伦理法”之检讨》，《百年》1999年第5期。

⑧ 拉蒙特：《人道主义哲学》，华夏出版社，1990年，第184页。

⑨ 参见戚渊：《也论法治》（2001年中国宪法学研讨会交流论文）。该文对历史性的认识论和历史主义的认识论进行了比较分析，强调应变历史主义的认识论为历史性的认识论，颇具意义。

在且具有一定合理性的东西,未必今天就依然具有正当性。传统德治面临的就是这样的情势:第一,分工和交换的普遍、常态化使得人们总要和抽象的他人交往,越来越像是生活在一个“陌生人的社会”。交易信用不再建立在熟悉基础上,而是建立在契约基础上。“商业社会必须依靠比道德谴责更为有效的保护手段,才能抵制某些应受指责的毫无道德的商业行为”^①。第二,与市场经济相伴的是利益分化的加剧和价值冲突的普遍化、常态化,不同利益的表达、整合,价值冲突的妥协、选择和衡平,都是缺乏程序机制的道德难以胜任的。第三,更需强调的是,法治是既定的进路和追求,任何关于德治的主张都不可能在排拒法治的前提下提出,因而,德治只有在与法治的品质相合的前提下才具存在的正当性。但如上传统德治的回顾和分析展示的却是另一幅图景:德治是在牺牲法的形式合理性,进而在总体上侵损法的实质合理性,因而也就与真正意义的法治相悖的情形下运作的。这表明,对德治正当性的分析是必要的。

道德与法:自治与他治

所谓“治”者,可作治理、梳理、管理、整治、统治、惩治解。使用上既可用于“自治”,也可用于“他治”。

用于“自治”,往往是向内的,意味着自己决定自己,自己管理自己,自己约束自己。如民族或国家的自治,又如意思自治、道德自治等精神领域的自治。这种力量向内的求诸自身的选择和决定,是与“他治”相对的,本能地排拒外来的干预、控制和强制。就精神领域的自治而言,自我选择、决定和约束不止针对行为,更针对思想,是精神上的自决、自律和自由。

用于“他治”,则首先意味着要有统一而明确的管理标准和决策,但在利益多元情势下它们不可能以自然生成的方式形成,而是自觉的、建构性的;而建构则需通过特定、合理的程序。其次,管理和决定总是针对外在行为的,标准与裁判、保护与追究都只针对行为,并不也无可可能针对思想。再次,他治意味着某种外在力量的加予,对于国家或社会的治理说来,这种力量常常来自专门性机构,需要动用公共权力和一定的社会资源,也要有为公共选择和决定所设置的专门制度和程序。以此观之,德治与法治尽管也包含以道德和法进行自我约束的要求,即一定意义上的“自治”,但作为治国主张或方略,显然首先和主要的意义不在于此。于是,我们关于他治意义上的德治与法治正当性的分析,可从法与道德各自属性、特征和功能的比较开始。

(一) 生成方式上的建构性与非建构性。法由权威性主体经由程序主动制定认可,且经权威性力量保证,具自觉性和可建构性。尽管从根本上说,法也是由累积方式进化来的,非人类智慧预先设计的产物。但在形式上法是建构的。由于“他治”总是自觉的、规划性的,故而规则的可建构性是必要的。否则所谓“治”无可操作,除非“无为而治”或“自治”。

道德是生产生活中自然演进生成的,自发而非建构是它的本质属性。它非由某一主体自觉制定,非经程序选择,非靠专门机构权威性力量保证,不与国家活动直接相关,即使受国家权力推动,国家也不可能像立法一样创造道德。它甚至也不是靠教化来的,因为道德也是一种理性,意味着人有认识和选择一定道德生活的能力,这种能力在本性上是独立、自由的,与启示相对。这种非建构、非规划性的自我控制方式,能否用于他治,操作上是需要合理性证成的。

(二) 行为标准上的确定性与模糊性。法有特定的表现形式或渊源,有肯定明确的行为模式和法律后果,因而具体确切,操作性强。同时,其被任意解释和滥用的余地也小,易排斥恣意

^① E. 博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,第365页。

擅断。当然，法的确定性也是相对的，法律规则及其适用也存在一定的非确定性。“尽管法律存在许多不确定的因素，但法律为社会生活提供的确定性远远大于学者们所认识到的不确定性。”并且，法律规则的不确定性“完全可以通过制度性的协商与对话机制予以解决”^①，如通过立法和行政中的听证辩论、司法中的质证抗辩等程序性机制解决。

道德无特定、具体的表现形式，即使存在一个民族普遍认同的最基本道德，它们也是难以用形式化的方式表述的。事实上，道德凭借自身无法实现对普遍公认的基本道德的规范性表达，它往往体现在学说、舆论、传统和典型行为及后果中，对行为的要求笼统、原则，标准模糊，只具一般倾向性，难以直接用作对外在行为和社会生活的治理；且理解和评价的歧义性大，被任意解释和滥用的可能性也大，缺乏可预期性，易生恣意、擅断。当然道德笼统、原则的特性，也是一种优长，它使得道德在发展中有着相当大的弹性，为新道德的生成孕育留下空间。

(三) 存在形态上的一元性与多元性。法在特定国家的体系结构基本是一元的，法律上的决策一致是其本性和要求。这种决策上的一致是通过程序上的正统性达成的。通过程序达成利益平衡和价值共识，选择和决定便具有形式上的正当性。法在程序正义的前提下，有可能实现实质正义。即便不具有实质合理性，也可经由程序的选择和调校，如通过程序变动法律、进行法律解释、实施监督和制约以及司法审查等，逐渐导向实质合理性。法的一元化存在形态，也使它具有统一性和普适性。

道德具有多元性，“可以同时存在主流道德和一种或多种非主流道德”^②。由于信念和良心是道德的存在方式，因而道德在本质上是自由的，试图借助某种强势使得道德一统，意味着对良心和信念自由的遏制，是以牺牲道德的本质为代价的。显然，即使是拥有公共权力的国家也不能任意僭越精神领域，垄断精神权利。而传统德治正是以牺牲道德自由和多元化为代价的。

与此相关，还有道德评价的个体化与法的评价的共通性。法的评价是以法的专门化、职业化为背景的评价，建立在法律概念、规则、原则本身的相对确定性之上，也建立在对法律概念、知识和职业伦理的共识之上，因而具有最基本的共通性、一致性和可预期性。而“道德评价是一种个体化的、非法定性的、主观的、观念性的评价”^③，建立在道德标准的模糊性和多元性之上，故而常常是未可预期的。

(四) 调整 and 评价方式上的外在侧重与内在关注。法一般只规范和关注外在行为，一般不开行为去过问动机，其所有缜密的设置都主要是针对外在行为的，“……精神现象只是适用法律时要考虑的因素，法律规则本身并不指示内部行为，不强求善良的信仰、应有的关照、制止犯罪心理、邪念或过失的意志。可能有些法律规则规定了某些法律行为应同时具有内在和外在的内容，但这绝不意味着内在行为是必须的”^④。因而，作为对行为和社会生活的外在治理机制，它是可以操作的，且是可能带来实效的。

道德则首先和主要关注内在动机，不仅侧重通过内在信念影响外在行为，且评价和谴责首先和主要针对动机。一个具有道德外观的行为，只有在出自善的动机时，才会赢得道德上的肯认，否则就是伪善。而伪善正是反道德的。“所有的道德体系，实践的或宣传的，源于宗教的或

① 葛洪义、陈年冰：《法的普遍性、确定性、合理性辨析》，《法学研究》1997年第5期。

② 孙国华、王梅：《法律与道德在现代社会调整体系中的地位》，刘海年等主编《依法治国与精神文明建设》，中国法制出版社，1997年，第325页。

③ 刘作翔：《法律与道德：中国法治进程中的难解之题》，《法制与社会发展》1998年第1期。

④ 坎特诺维茨：《法律的定义》，引自张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》（法律出版社，1996年）第398页。

世俗的，在形式和内容上无论如何不同，都要求善良的行为动机或意识，而不要求意志的任何种类的外部表达。”^① 特别关注内在动机，是道德成为主体内省自律的行为控制方式的理由，因此，它为有组织的社会所需要，并永远是促使人类自身提升和进步的深刻力量；但是也因此，它难以在他治的意义上被操作，因为你能要求人们如何做，却不能要求人们如何想，即便是拥有几乎全部政治和社会资源的国家也无法做到。

(五) 运作机制上的程序性与非程序性。在笔者看来，这种比较是最富有意义的。程序是法的核心。法的生成和实现总与程序相关，无论立法还是司法，其实体内容往往是通过程序选择和决定的。在社会演变过程中，复杂的价值问题有可能借助程序化解，实体规范也可能通过公正的程序形成，“程序没有预设的真理（truth）标准，程序通过促进意见疏通、加强理性思考、扩大选择范围、排除外部干扰来保证决定的成立和正确性”^②。通过程序所形成的法律上的选择和决定，不是个人的而是在形式上共同承认的，不是任意偶然的而是可以被合理预期的。正如庞德所说：法是依赖严格的程序进行的，它尽量地排除可能产生歧义的情节和条件，其结果的权威性来自其满足了形式正义原则——依照一体遵循的程序展开事实、做出决定^③。法的这种程序性，既与程序的本质有关，也与法的实质内容有关。程序的本质是交涉性，法以权利、义务为实质内容，由此形成的关系往往具有交涉性，因而就特别需要程序提供交涉方式和途径，提供制度性协商和对话机制，以使选择和决定能被交涉中的各方认同和接受。仅强调责任或义务的领域一般是不需要交涉的，因而也就不需要太多的程序，甚至根本不需要程序。

道德的重心恰恰在于义务或责任，这种强调是道德在内容上不同于法律的重要特征。对道德来说，义务不对应权利，也不以权利为前提，践德行为不与行为人谋求个人权利相对应。因而，在道德领域不存在交涉性，也就不需要程序。不仅如此，道德一般以主体内省、认同和自决、自律的方式生成和实现，这也使它与程序无干。在道德那里，主体所奉行的原则不经由交涉性的程序选定，而是在社会生产生活中自然形成和自主选择的；其实现也无需通过程序，而主要通过自律自决。道德的这种非程序性恰是其合理性、正当性之所在。道德一旦经由程序形成、选择、表达、实现，则不再是纯粹的道德了。这时引起的可能是“道德法律化”^④的限度和法对道德的形式化问题。如果直接通过政府权力强制推行某一种道德，则因其未经程序选择和决定而不具有形式上的正当性，有可能导致道德认同危机乃至权力的合法性危机。

(六) 强制方式上的外在强制与内在约束。法与有组织国家强制密切相关，尽管强制并非始终以显在的方式存在。这种强制总要通过一定的程序进行，总是针对外在行为，表现为一定的物质结果。专门机构、暴力后盾、程序装置、行为针对性和物质结果构成法的外在强制标志。法的这种实现方式符合“他治”的质素，具有可操作性和实效性。特别需指出的是，强制不是纯粹和直接凭借暴力进行的，程序发挥着特别关键、不可或缺的作用。没有程序，法律权威无异于单纯的暴力。程序的过程公开性、参与性和角色分化独立所带来的抗辩性和交涉性，以及技术上的可操作性，一方面使得强制及其结果对当事人说来是可以接受的，因为结果中包含了参与的因素；另一方面也使得实施强制的专门机关的权力受到限制。

道德本质上是良心和信念的自由，因而强制是内在的，主要凭靠良知认同或责难，即使是

① 坎特诺维茨：《法律的定义》，引自张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》第398—399页。

② 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，《中国社会科学》1993年第1期。

③ 庞德：《法律的任务》，引自吕世伦编《当代西方理论法学研究》（中国人民大学出版社，1997年）第239页。

④ 这里所谓“道德法律化”，只是借用可在通常意义上被领会的说法，事实上是不可能“化”的。

舆论谴责也只能在主体对谴责所依据的道德准则认同的前提下发挥作用。无专门机构、无暴力强制、非程序运作、靠内在认同、不直接表现为物质结果是道德内在强制的标志。这意味着，道德领域的劝导、说服、教育可能激发主体的自省自律；动员政治和社会资源推行道德要求，也可能收一定功效；但根本上，一个合理的、充分尊重人的良心自由的制度和社会结构才是在终极意义上诱发人们普遍向善的基因。而这种制度和社会结构根本上是要由法治来提供的。

(七) 解决方式上的可诉性与不可诉性。法的可诉性是法区别于一切行为规则的显著特征，诉讼与审判的出现被看法产生的主要标志。法的可诉性意味着对与法相关的行为的个别处理是可能的，可以被操作的；同时，操作是有预设的实体标准和程序规则作为依凭的，故而可实现对同类行为和情形的非差别对待，保证处理和决定的一致性和平等性；此外，法的可诉性还意味着争端和纠纷解决的终局性和最高权威性，这并非意味着它源于强权，而是因为过程本身的正当决定着结果的正当。

道德不具有可诉性。它的决定、判断和评价都不存在具体的启动运作机制和有组织、有程序的方式，主要表现为无形的舆论压力和良心谴责。而且，在通常的情形下舆论的评价或谴责是多种多样的，很难有一致的判断和评价。相对于法而言，道德上的解是多元的。

法与道德可资比较的方面不止于此，只不过对于本文说来如上比较更具直接相关的意义。事实上，由上面的比较，结论当是明了的，但是一些归纳性分析仍很必要。

法治与德治：正当与非正当

(一) 作为一种“他治”形式，法治是可能的，而且是正当的。谓其可能在于：第一，如前所述，法在形式上是建构的、一元的、标准相对确定的，因而通过建立统一、明确的行为规则以实现行为和社会生活的一体化调整是可能的。第二，这种行为标准是针对表现于外的行为的，内在认同与否不是法律所关注和考虑的，“对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。”^①因而，操作是可能和可行的。第三，法是以国家介入的方式运作的，它由国家那里产生，又由国家强制保证。国家有能力动员公共权力和社会资源（尽管这种能力在现代法治之下要受到限制），并通过一定的制度、程序、技术使法律机制得以运作，如三权分立以及立法、行政和司法的程序化、专业化、技术化等等。

然而从根本上讲，我们要强调的是法治在形式上的正当性，也就是马克斯·韦伯所说的“形式合理性”^②。法治的这种形式合理性，意味着程序在形式上的公开、参与、客观、一致、平等、公平本身就是一种正当性。且程序的这种特性，使得由此形成的法律决策具有：1. 正统性。程序使选择和决定所达成的社会共识和认同尽管主要表现为形式上的，但一般说来严格遵循程序要件的决定总是可能被认为具有正统性，因而是主体愿意并可能接受的；2. 合理性。程序的公开、参与、抗辩、交涉和对程序参与者积极性的调动以及限制恣意又不排斥理性选择的特性，使得由此形成的法律决策客观、合理、公正，易于纠错防错；3. 选择性。程序为选择自由提供空间，既限制恣意，又容许选择的自由，在控制自由的前提下保障了自由。所以，美国联邦高等法院大法官 W. 道格拉斯指出：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实决不是无

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，1956年，第16—17页。

② 参见吕世伦主编《当代西方理论法学研究》（中国人民大学出版社，1997年）第226页。

意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

(二) 在现代法治和道德精神的背景下, 作为“他治”形式的德治是难以操作的, 也难以从正当性上证成。首先, 德治意味着要形成统一、普适、确定的道德体系, 而道德是多元的, 非建构的, 标准模糊的, 因此, 无论是创建新的道德体系, 抑或在现有的多元道德生活中确认某一种道德标准, 都涉及创制或选择的主体、资格和程序的正当性问题。谁有权创制或确认? 他或她何以取得这种资格? 是因为至善吗? 即便至善可能存在, 是否就拥有在道德上要求他人同样至善的权力? 这种统一、普适、确定的道德体系又经由何种程序创制或确认? 程序本身又是如何产生的? 这一系列正当性质疑在传统德治下可能是不存在的。因为君主对于思想和信念的统领是天经地义的, 专制的制度安排本就如此。但法治之下, 不可能有这样的制度设置。

其次, 德治究竟是只针对行为抑或还指向内心? 如果只针对行为, 则违背道德的本性: 因为道德区别于法律的最重要本性, 在于它无论认同或责难都是指向内心的。如果它追究内在动机, 那么这种“他治”意义上的德治该如何操作? 面对一个外观上的善举, 如何发现或判明它是否出自良善动机? 即便判明又将如何面对一个出于自私或卑劣心机做出的道德上的善举: 因他心机的卑劣而责罚他? 如何责罚? 舆论谴责意义上的“责罚”吗? 那将无异于道德上的“自治”, 与“他治”之意不合, 因为“他治”意义的责罚当是专门化的, 且会体现为一定的物质结果。然而倘若真作如此之责罚, 岂不是既悖于法治也悖于道德的“诛心”? 那么, 因他行为上的善而奖赏他? 那却将与道德的本性相悖: 因为在道德上永远不可能为卑劣的心机鼓掌, 即便它有善的外观。此外, 责罚或奖赏将以何种程序或方式做出? 由谁进行? 由于缺乏一致认同的具体确切的标准, 特别是对内在动机良善与否的判定标准, 因而无论责罚或奖赏都必然带有相当多的偶然、任意和不可预期的特性。

最后, 道德的非程序性、非可诉性, 使得德治无法凭借道德自身来实现“他治”, 而必须借助某种道德以外的力量, 如一定的公共权力和社会资源, 以及为公共选择和决定所需要的专门制度和程序。但直接运用公共权力和社会资源来推行道德, 是以限制和缩减个体在道德生活上的选择自由为代价的。而自由是一种最重要的价值, 对于自由的限制或缩减是需要证成的。并且, 在现代法治之下, 任何一种运用公权力的行为, 都应当有法律上的根据或授权。否则, 政府则不可为。但法律能否授权一个政府(广义上的)以道德选择、道德决定和直接推行道德的权力? 恐怕这将引发对法本身的正当性的质疑。

当然, 道德推行还可以凭借法律, 正像传统社会曾做过的。但是, 在现代法治和道德精神之下, 某种道德要求在法律上的确认, 乃是经由广泛的参与, 合理的对话、协商和交涉, 对多元道德生活进行过滤、筛选而形成的对最基本道德的最基本认同, 这种认同因经由一个合理的程序选择过程而具有正当性。但这绝不是德治的正当性, 而是法治的正当性。因为第一, 它是在法拥有形式上的完整性和独立性的前提下进行的, 而传统德治中法对道德的全面确认是以牺牲法的程序性、形式性和独立性为代价的。法律程序和形式的稀缺以及由此带来的法的独立性的稀缺, 是传统德治得以成行的主要因由。

第二, 它是法对道德的形式化和技术化。它只将可能被形式化、技术化的道德要求转化为法, 而对那些无法操作、在现实中缺乏普遍可行性及通过法的形式和技术无法表达和适用的道德要求, 则不作规定。同时, 被转化的道德要求已经是被形式化、技术化的法律规则, 而不再是一般意义上的道德要求。因而, 它是客观的、非个体化的, 而不是可被主体(特别是执行和

^① 参见季卫东《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》。

适用的主体) 以自己的道德观念作任意解释的, 因而是可以预期并可以导向无差别对待之公平的; 它是具体、确切的, 而不是使主体无所适从的, 因而是可被理解、把握和操作的; 更为重要的是, 它是只注重和强调行为的, 而不是指向内心的, 因而不仅可操作, 且是正当的。因为法律上的决定经由程序选择, 形式上已意味着公共承认和内在认同, 故决定形成后只注重对外在行为的规制, 而无需特别关注内心。道德的法律化也经由此过程, 经由对话、沟通、协商、交涉等法律上的过滤、选择程序所形成的决定, 意味着形式上的认同, 故在道德上特别被关注的动机此时已不再离开行为被强调。这便是道德被法律形式化、技术化最突出的标志。而传统德治通过法对道德的推行不止是全面的, 且是非形式化的。道德是被法律化了, 但却没有被形式化、技术化, 仅仅是被刑罚化了, 且这种刑罚是非一般对待的, 溯及既往的, 缺乏具体确切性而可以从纯粹道德意义上作任意解释和适用的, 诛讨内心的。诛心特征恰是法未将道德形式化、技术化的最突出标志。这种情形, 同样可以归因于法的刑罚惩治功能被惟一化后, 法的形式化、程序化、技术化内容便无可能充分发展。必须强调, 道德的法律化绝不只是道德的强制化或刑罚化, 它是将一种可以被普遍认同的道德标准, 经由程序理性化、形式化和技术化了, 因而是使某种道德上的公共选择经由程序的正当化。道德选择的正当化是由选择程序的正当化本身决定的。人们对一个在法律上被要求的“道德标准”的遵守, 首先因为这一标准是经过了一个形式上被认同的过程。

第三, 正因为是道德的形式化和技术化, 它才特别注意法与道德的界限, 注意二者重合的限度, 倾向于只将最低限度的道德要求转化为法律义务, 而绝不会全方位地确认和推行道德。转化意味着对某些道德上的自由施予法律上的强制, 以主体在道德自由上的克制和缩减为代价, 且强制可能引来国家暴力的运用或导致一定的物质结果, “而人的自由(包括自由选择、自由探索和意志自由)本身是一种有价值的东西, 所以, 对自由的剥夺和限制需要证成。”^① 法确认和体现道德要求时必须遵循的限制性原则包括伤害原则、法律家长主义原则、冒犯原则、法律道德主义原则, 以及德富林提出的容忍与社会完整统一相协调的最大限度的个人自由、容忍限度的改变、尽可能充分地尊重私人秘密、法涉及最低限度而非最高限度的行为标准的原则^②, 等等。这与传统德治消弭法与道德的界限, 以法全面强制推行道德是大相径庭的。道德的法律推进之所以须有严格的限度, 在于它不仅为法的形式合理性所要求, 也为法治的实质合理性和道德精神所支持: 法治和道德都建立在对人的道德选择和自由尊重的基础上, 法律调整应为部分人超前的道德要求留下空间, 为道德进化提供机遇。

如此看来, 只有在借助法律程序和形式的情形下, 对某些最低限度的道德要求的确认和推行才是可能和正当的。但问题在于, 这种被法形式化、技术化的道德, 已不是原来意义的道德了, 至少在形式上已不再是; 并且, 法对道德的这种形式化又是被严格限定在极有限的范围内, 因而, 由此所形成的状态便无论如何也不能被称为“德治”了。

余 论

一个饶有意味的情形是, 德治的操作和论证往往建立在下面两个前提之上: 其一, 法和道

① 哈特:《法·道德和自由》, 载张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》第428页。

② 参见张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》第428页; 郑成良《法理学》(高等教育出版社, 1999年)第407页。

德工具主义；其二，法不具有道德价值和属性。历史上德治主张者大都是在君主治国之器的意义上强调法和道德的。德为教化，法为刑杀，皆为君主手中之权术或器具。当然，法会被用来全面推行道德，但道德并不因此就具有目的性和至上性，因为中国古代道德的核心是服从，是臣对君、子对父、妻对夫的服从，是对整个专制秩序和宗法结构的服从。一种只强调服从却否认自由和选择的道德是无可能至上的，正像只在刑罚惩治意义上强调的法不可能至上一样。这种法和道德的工具主义具有共同的本质：不以人作为目的。无论法抑或道德都不存在对自由的尊崇，对人作为道德自治体的尊重。因而，尽管传统德治的主张者不像法家那样干脆否认法与道德的关系，但也并不真正承认法的道德性。因为专注于刑罚惩治的法是无可能具有内在道德性的，特别是无可能具有形式正当性意义的道德性。法与道德惟一的关系只在于：法作为惩罚或惩罚威胁可用来直接和全面推行道德，而道德可成为牺牲法律形式合理性的理由。如此而言，法不但不具有内在的道德根据，且自身也不具备形式上的正当性。德治是在牺牲法的形式正当性，进而也就摧毁法独立存在的正当基础的情形下操作的。

但在现代法治和道德精神的背景下，法和道德都不再是强制或劝导人们服从的手段。道德因不再强调服从而是主张自由进而不再只具有工具意义，道德上的选择自由和自我决定本身就是一种价值；同样，法也因不再只具惩罚性质而是更倾向于对人权和自由的保障进而具有至上意味，法治内在的道德指向和形式正当性使法治成为一种根本性的道德，即制度的道德。法和道德拥有共同的价值：尊重人，尊重人的自由和选择，把人作为最高目的。不同的是，法治通过其形式、程序和技术要件的充实和完善，使得价值上的选择、表达和实现成为可共同操作的正当化过程。法治作为制度的道德，其含义有三：一指法治蕴含着尊重人权和自由的实质指向；二指法形式上的合理性本身就是正当和道德的；三指法治是经由形式合理性而实现实质合理性的正当化过程。过程本身的正当化是法治之德的核心所在。

法治这种制度的道德，对于个人的道德选择和道德生活说来，是一种预设的前提，具有支配和先决的意义。道德是自决的，但个体对道德生活的选择往往是被一定的制度和社会生活“预先设计”的。制度还具有诱导性，正如邓小平所说：“制度好可以使坏人无法任意横行，制度不好可以使好人无法充分做好事，甚至会走向反面。”^①因此，所谓“道德建设”^②根本上是制度建设，是道德的制度性环境建设。法治正是个人被公正合理对待的前提，是个人获得道德尊重从而选择有道德生活的前提，也是学者所主张的个人和社会以道德权力（利）制约国家权力进而实现政治生活道德性的前提^③。

〔本文责任编辑：王好立〕

① 《邓小平文选》第2卷，人民出版社，1983年，第333页。

② 道德的非建构性意味着，“道德建设”之“建”非在道德体系的建构，而在道德的制度性环境建设。

③ 郭道晖先生对此有精辟的系统论述。他指出：“道德的社会权力化——这主要是运用公民的言论自由权、参政议政权、批评、控告、建议权乃至集会游行示威自由等法定权利，以及法定的或非法定的人权抵抗权等等，在集体行使这些个人权利和各种社会组织行使其集体权力的情况下，形成有组织的社会公共舆论，通过报纸、电台、电视台等传媒，对权力者的德政加以支持、褒扬，对某些恶行丑闻加以曝光，从而转化为强有力的道德权力，促使正气得以弘扬，腐败得以抑制。”（《道德的权力和以道德约束权力》，《中外法学》1997年第4期）这种制约因制度化、程序化而可操作和具正当性。

paper then investigates the social shaping mechanism of technology, expounding the influence of social needs, selection, appraisal, and control on technological formation and development on its essence, characteristics, functions, values and development. It is vital for technical innovation and social development to get rid of the traditional thinking on technology, improve the social conditions for technological development and create a good social environment.

(8) **An Important Area of Misunderstanding in the Study of the Genealogy of Chinese Law**

—**Doubts about “All Laws Were Incorporated into One and There Was No Difference Between Civil and Criminal Laws”**

Yang Yifan • 78 •

Through a comparative study of various forms of law and the contents and layouts of a large number of representative statutes this paper concludes that there were many forms of law in each of the dynasty from pre-Qin period all the way to the Ming and Qing dynasties, with every form of law performing its specific functions. China's traditional genealogy of law clearly distinguished between civil and criminal laws and these legislative principles were consistent throughout the Chinese history. *L dian* in the Chinese law system referred to the criminal code, and not an amalgamated compilation of criminal, administrative, military and civil laws. *L dian* coordinated and complemented other forms of law, each with its own jurisdiction. In terms of contents and format of the various forms of law the argument that in the traditional Chinese genealogy of law “all laws were incorporated into one and there was no difference between civil and criminal law” does not hold water.

(9) **A Study on the Justification of Rule of Virtue and Rule of Law**

—**With a Review of Legal Cultural Tradition of China and East Asian Countries**

Sun Li • 95 •

Traditional “rule of virtue” in China consisted of two steps: first, the unification of morals, then their integration with law. This was possible and even proper in a patriarchal society and under despotic rule; it operated, however, at the expense of law and against the nature of morals. Within the framework of the modern rule of law and legal spirit it is unable to operate for lack of justification. Forced operation would run counter to rule of law and the nature of morals. A comparison of the functions and attributes of morals and law shows that the legitimacy of the rule of law lies in its respect for human rights and freedoms and, more importantly, in its procedural legitimacy, i. e., the legitimacy of its procedures guarantees that of its outcomes. In these terms the rule of law is a fundamental virtue, i. e., an institutional virtue providing preconditions for individual and other moral choices.

(10) **Institutional Transformation and Changes in Stratification Structure**

—**Continued Reproduction of the Pattern of Relative Relations among Social Strata**

Li Lulu • 105 •