

# Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a blue rectangular background.

## 德治与法治正当性分析[Analysis on the legitimacy of ruling by law and virtue]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Article
Authors	孙, 莉
Publisher	南京师范大学出版社
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-07-06 21:32:06
Link to Item	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12424/179181">http://hdl.handle.net/20.500.12424/179181</a>

# 孙莉：德治与法治正当性分析

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

内容提要：

中国传统德治的进路是把道德一统化，再把法律与道德一体化。这在宗法社会结构和专制统治下是可能甚而是合理的，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，则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，更在于其过程本身的正当性，在于其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，所谓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 形式或过程的正当性 法治之德

“相对于西人的法律，我们可以说中国的传统是道德至上。”[ ]职是之故，中国传统社会常被称为“德治”社会。若把视线再放宽些，所谓德治传统怕还不止属于中国，整个东亚社会其实都或多或少为儒家德治传统所浸染。今天，那些被认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），似可表明传统是一种最深刻的力量。且无论在中国还是在东亚其他国家，关于德治的主张以及把德治与法治合并统一的主张仍有相当市场。在这样一种背景下，对德治与法治作正当性分析，讨论德治与法治对于我们今天的意义，应当不是无的放矢的。

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、一统化的意识形态，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，未以氏族解体为代价而直接“把旧的氏族组织与新的国家形态熔铸于一”[ ]的宗法社会结构对于传统德治具有根本性意义，它成为中国特有的专制体制、一体化意识形态以及儒家伦理思想体系得以生成的前提。“家”与“国”一体，国以家为基础，家放大演化而成国，社会结构血缘化、宗法化所形成的宗法伦理也就与国家政治生活准则融为一体。父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、长惠、幼顺等家族或家庭中的私德被公德化后，其核心便是忠君、孝亲。忠君、孝亲作为国家伦理与宗

法伦理的核心，其所要求的义务是被家族结构铸定的，因而是绝对的、恒定的、一统化了。 “个人并不是独立存在的实体，而是社会性的存在物。个体的思想、情感、态度、行为与个性都被置于家族纲常名教的规范体系之中。在这里，存在着家族精神与个体行为的直接同一性。” [ ]君主专制、思想一统都是这种直接同一性的自然延伸。

道德在本质上是自治的、多元的，因而所谓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，再以某种力量全面强制推行。这种解决方式对于现代法治国家或以法治为进路的国家而言是极其为难的，但对于中国传统社会而言则并无勉强。因为宗法的社会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有惩治意义的法[ ]要完成对一统道德的确认和全面推行，应当是不成问题的。中国历史上德治的进路正是如此：先把道德一体化，然后把法律与道德一体化。当然这一过程不是一下子完成的，特别是在把道德与法律合流、以法律全面强制推行方面。中国封建前期还主要是以“德主刑辅”的教化方式推行道德，所谓教化只限于思想教育和榜样感化，具体操作方式包括君主以身作则、宣传教化、表彰树立道德样板、择官重德、“察举孝廉”等。此时，“地主阶级的思想家们对用法律手段强制推行道德的做法是持严重保留和反对态度的。” [ ]而到了封建中期，教化方式推行道德导致一系列悖论：所谓“察举孝廉”，却导致假奉孝道、欺世盗名以谋取功名利禄；所谓择官重德以德行取士，也变质为以门第高下取士；更不要说作为道德样板的君君臣臣父父子子之间为争夺权力的相互残杀了。于是“礼法合一”、以法律全面强制推行道德成为最主要的德治手段。特别在魏晋后基本放弃教化方式，而直接以法律全面强制推行道德，法律与道德之间几乎全无了界限。及至封建后期，“明刑弼教”、“存天理、灭人欲”，“把法律和道德的关系变成了在道德内部教化与刑罚的关系”， [ ]法律全无了独立性质。如果说封建前期的“德主刑辅”还包含着以道德制约刑罚的意义，因而也就可能包含着对道德与法律界限的有限肯定的话，那么到了“明刑弼教”这里，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，刑杀被戴上了道德卫道士的桂冠。第二，刑罚全然成为推行道德的工具，不具有独立的价值目标和形式理性。第三，道德与法律已不存在界限，无论在内容抑或形式上。“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。” [ ]法律全面强制推行道德的结果，是法律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：

牺牲的首先是法律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律与道德的界限实现的：

一是立法对道德的全面确认。“在封建法典中，有关体现地主阶级伦理关系的立法可谓达到了十分完善的地步，它把几乎所有的封建道德规范都用法律形式固定下来，” [ ]道德几乎成为法律的倾向，以至于“伦理与法律之间没有明确的界限，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。” [ ]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，更具有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”。 [11]这种被全面伦理化了的法律“不但规范人们的行为，而且规范人们的思想感情，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。” [12]从《法经》的“议国法者诛”、秦律的以古非今诽谤朝廷者族、“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，其对于思想和信仰的诛讨，往往比对行为本身的追究还甚。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”，[13]导致法的适用被任意、偶然左右，无可预期。其破坏性不止在于它把仅应作为道德自治的领域用刑罚占领了，而且在于它破坏了法的形式合理性。因为不离开行为去过问追究思想是法的形式合理性所在，也是法律与道德的重要区别。

三是司法的个别化和差等化。“……以礼为指导的法律无法排除在司法中同罪异罚及有罪不罚的现象。”[14]宗法伦理极端重视伦理亲情，天然地排斥法律的技术化、逻辑化、程序化和普遍化，倾向于司法处理的个别化和情感化；又由于在宗法结构中人们之间存在差等，故伦理要求和司法处理也差等化。于是，法官判案定罪可不引专门法条，司法过程不要求严格的逻辑和程序，法外施“仁”、以情废法、差别对待成为被倡导的，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”[15]也便是正常的了。只要目的“正当”，手段如何都无所谓。与这一过程同步的是，法的严格的程序性、逻辑性、技术性、排除个别考虑等形式特征被侵蚀，法的确定性、可预期性和独立性被削弱或侵损。中国古代法律的技术性、程序性含量甚低正与此相关。因为，“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，那么法律的确定性和可预见性就必定受到侵损。”[16]

牺牲的不止是法，还有道德。法牺牲的是形式[17]，道德牺牲的是实质，即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的形式出现的：

一是倡导德政却造就了苛法。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。”[18]战国时期孟子曾主张“以德服人”的德政，然而“当时没有一个封建国君接受并认真实行孟子的主张。”[19]相反，苛法暴政成为伴随传统社会的主旋。中国古代严刑峻罚可谓世界闻名，主倡德政却同时动用那么多严刑峻罚，本身就是德治的悖论。

二是强调道德却扼杀了道德自由。儒学伦理的“基本理论倾向是突出宗族社会本位，忽视个体的主动、全面、独立、自由的发展，把个体超出血缘宗法等级关系的发展看成是大逆不道”。[20]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。“不论法律中的道德原则实际上能够被贯彻到什么程度，只要是全面地以法律去执行道德，道德所蒙受的损害必定是致命的。因为以法律去执行道德，其结果不但是道德的外在化，而且是道德的法律化。这种外在化、法律化了的道德，……又不但不是道德，而且是反道德的了。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。”[21]在这个意义上说，一个高度政治化的德治控制体系，比一个完全法家化的控制体系，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。

三是主张善德却酿造了普遍的伪善。“法律被用来执行道德，法律与道德变成了同一种东西。这种将道德外在化、强制化的做法限制乃至取消了道德所由立足的自由前提，它的一个附带的结果便是普遍之虚伪的产生。”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，德治对法律与道德的侵损都是致命的，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。”[22]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，专制的无所制约的权力可能实现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谐，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，以历史性的认识论来看待传统德治，“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。”[23]“在中国，过去已经遭遇失败的制度设置并不能证明今天就不能选择和采用”；[24]同样，那些在历史主义看来在传统社会存在且具有一定合理性的东西，未必今天就依然具有正当性。传统德治今天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，越来越象是生活在一个“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”。[25]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、选择和衡平是缺乏程序机制的道德难以胜任的，道德在处理这样复杂的问题方面缺乏有效而合理的程序和形式。第三，作为现代生活理念和目标的民主政治是多数人同意的政治，因而是一种程序性政治。程序提供了公共讨论和对话的空间，多数人的同意必须是经由了合理的程序的。第四，更须强调的是，法治是我们既定的进路和追求，今天任何关于德治的主张都不可能在排斥法治的前提下提出，因而，德治只有在与法治的品质相合的前提下才具存在的合理性。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，只要现代法治作为既定进路和追求，对德治正当性的质疑和分析就是必然的。

## 道德与法：自治与他治

所谓“治”者，常作治理、梳理、管理、整治、统治、惩治（如治罪、治狱）解。[26]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。如某民族或国家的自治，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，首先是与“他治”相对的，本能地排拒外来的干预、控制和强制。其次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，更首先针对思想，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，这种标准和决策在利益多元情势下不大容易或可能以自然生成的方式形成，更多是自觉的、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而设，并不也无可能针对思想。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的机构，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的制度和程序。以此观之，我们所讨论的德治与法治，尽管也包含着以道德

和法律进行自我约束的要求，即一定意义上的“自治”，但作为一种治国的主张或方略，显然首先和主要的意义不在于此。道德在本质上是自治的，但德治却不是自治的意义上被强调的。如果是这样，所谓德治就不过是在重述和强调一个基本的道德事实——道德是自治的。作为一种呼吁和倡导似无不可，但显然主张者的初衷并不在此。至于法治则更主要和首先意味着他治，这当是不言自明的。于是，我们关于他治意义上的德治与法治正当性的分析，可从法律与道德各自属性、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。“同道德相比，法律无疑更具有人们主观设计的色彩。”[27]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。尽管从进化理性主义上说，法律在根本上也是长成的，是累积方式进化来的，非人类智慧预先设计的产物。但在形式上却不能不承认法律的可建构性。作为从外部对行为和社会生活的规制、治理说来，规则的可建构性是必要的，因为“他治”总是自觉的、规划性的，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，国家也不可能象立法一样创造道德。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 and 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，可操作性、可行性强；同时，其被任意解释和滥用的余地也小，易排斥恣意擅断。当然法的确定性也是相对的，由于语言的局限及立法者立法水平和认识能力的限制，法律规则及其适用也存在着一定的非确定性。“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”，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。“由于社会生活要求建立在一定的确定性基础上，而且这种要求在现代远甚于古代，因此，寄希望于制定法的确定性而构建法治的努力有充分理由继续下去”。[28]

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的道德，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，它往往体现在一定的学说、舆论、传统和典型行为及其后果中，对行为的要求笼统、原则，标准模糊，只具有一般的倾向性，直接用作对外在行为和社会生活的治理，则缺乏可操作性和可行性；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、擅权和专断。当然道德的笼统、原则及只具一般倾向性的特征，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。法律乃一元化体系，在特定国家其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；且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校调，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。法律的一元化存在

形态，也使它具有统一性和普适性。

“道德往往具有多元性，即可以同时存在主流道德和一种或多种非主流道德，……而且同一社会对共同主张的道德规范也会分出不同的层次”。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、多元、多层次的，企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和侵占，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。

与此相关的是道德评价的个体化与法律评价的共通性之比较。法律的评价是以法律的专门化、职业化作为背景的评价，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、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”，[29]建立在道德标准的模糊性和多元性之上，故而是未可预期的。

（四）调整和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的行为，一般不离开行为去过问动机，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。”[30]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来影响外在行为，而且评价和谴责主要针对动机。一个具有道德外观的行为，必须在内在动机上是善的，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。“道德规则与法律规则不同，所有的道德体系，实践的或宣传的，源于宗教的或世俗的，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。”[31]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，正因此，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；但也正因此，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如此。与具有社会公共生活意义的“行为”不同，“动机”纯属个人头脑中的思想、情感活动，并无社会公共性。因而要求人的动机文明，不但无法判定，也超出了社会公共生活的需要而含有某种“思想侦查”的意味，甚难操作。[32]

（五）运作机制上的程序性与非程序性。在本文的立场看来，这种比较是最富有意义的。法律是程序性的，程序是法律的核心。法律的生成和实现总与程序相关，无论是立法还是司法，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，复杂的价值问题可以借助于程序加以化解，实体规范也可以通过公正的程序来形成。”“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。”[33]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。程序通过在一定时空中不同角色间的协商、对话、抗辩、交涉，使得选择和决定在冲突各方可以理解和认可的前提下作出，并因此具有正当性。正如庞德所说：法律是依赖严格的程序进行的，它尽量地排除了一些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、作出决定。[34]法律的这种程序性，既与程序的本质有关，也与法律的实质内容有关。程序的本质是交涉性，法以权利、义务为实质内容，所调整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。仅仅是责任或义务要求的实现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。如道德。

道德的重心在于义务或责任，对义务和责任的强调是道德在内容上不同于法律的重要特征。在道德上，“权利不应成为履行道德义务的诱因”，[35]义务不对应权利，也不以权利为前提，践德行为永远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，也使得道德与程序无干。在道德那里，主体所奉行的道德原则不是经由交涉性的程序选定的，而是主体在生产生活中自然形成和自主选择的；其实现也无须通过程序，而是通过自律。道德的这种非程序性恰是其合理性、正统性之所在。因为道德生活本质上是一种精神生活，尽管会涉及物质利益，但本质上是信念和良心领域的事情。道德一旦经由程序形成、选择、表达、实现，则已不再是纯粹的道德问题了。这时引起的可能是“道德法律化”[36]的限度和法律对道德的形式化问题。而直接通过强权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，并可能引起政权的合法性危机。

（六）强制方式上的外在强制与内在约束。法与有组织的国家强制密切相关，尽管强制并非始终以显在的方式存在。同时这种强制总要通过一定的程序进行，总是针对外在行为，且强制总表现为一定的物质结果。专门机构、暴力后盾、程序设置、行为对象、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”所需要的质素，具有可操作性和实效性。须特别指出的是，强制不是纯粹和直接凭借暴力进行的，程序在其中发挥着特别关键、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，因为决定是在他实质性的参与论辩和交涉之后作出的，结果中包含了他参与的因素；另一方面也使得实施强制的专门机关的权力受到限制，因为“程序的对立物是恣意”。[37]

道德在本质上是良心和信念的自由，因而强制是内在的，主要凭靠内在良知认同或责难，即便是舆论压力和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。“德行产生于自决，必须以自由为前提。在这层意义上，我们说道德的本质特征是自律，法律的本质特征是它律，并且是以外在强制力量作为保证的它律。”[38]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，在道德领域的劝导、说服、教育可能会激发主体的自省自律；靠动员政治和社会资源（如国家或公共权力、意识形态力量或法律）推行某些道德要求，也可能在一定意义上奏效；但根本上，一个合理的能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，故而可实现对相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，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，且在相当多的情形下舆论的评价或谴责是多元性的，很难有一致的判断和评价。相对于法律而言，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，法律是建构性的、一元化的、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对社会生活的确定、一体化调整是可能的。第二，这种行为标准是且仅仅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。”[39]因而，操作是可能和可行的。第三，法律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（尽管这种能力在现代法治之下要受到限制）动员公共权力和社会资源，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。因而，操作的可能性是显而易见的。

然而，仅仅可能并不就能证明正当，尽管法治之可能性中已包含了法治正当性之证成。因为如果它根本上是无可操作的，则便无最起码的正当性可言。但是，根本上我们要强调的是法治在形式上的正当性。“法律自身的正当性表现为系统自我独立的运行方式，包括制定和执行等各个环节，特别表现在它们的程序上。”[40]有关法的选择和决定，无论是立法上的公共决策，行政上的抽象或个别处理，还是司法上的个案裁断，都须经由事先预设的选择程序作出。法律的创制、变动及校正可通过制度性协商和对话实现，行政上的处理和司法上的裁断可在程序性抗辩、交涉中进行。“衡量决定的结果是否合理，主要取决于该决定过程是否切实遵循了一定的程序或按程序办事。”这种情形被马克斯·韦伯称为“形式合理性”。[41]法治的这种形式合理性意味着：第一，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。第二，不仅如此，程序的公开性、参与性、抗辩性、交涉性、技术上的可操作性、对恣意的限制、对程序参与者人格和尊严的尊重以及限制恣意又不排斥理性的自由选择特性，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，但一般说来严格遵守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。[42]所以，庞德指出：可以说，因为具备程序这样的机制，法律才逐步取代道德而成为社会控制的主要工具。[43]美国联邦最高法院大法官W.道格拉斯（Douglas）也指出：“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。”[44]

如此，我们可以说，法治的正当性首先在于其过程本身的正当性，而当决定和选择是依据具有形式合理性的程序作出的时候，结果本身的正当性也就被保证了。法治的最合理之处就在于，它是通过过程本身的正当来实现结果的正当的。法治不能容忍以结果上的正当为由而不择手段牺牲法的形式合理性本身，对于法治而言，实质的正当性永远是要由过程本身的正当性来说明和决定的。正在这个意义上，韦伯认为，最发达的法律形式应具备形式合理性，历史的发展趋势是向着合理性而不是不合理性，形式性而不是实质性的方向发展。“法律的合理化与技术化加强了法律的独立性与法官的中立，产生了一种能够与个体或权威的任性相抗衡的力量。法的技术性越强，合理性程度越高，法治的独立价值越大。……合理性的法由于最大限度地平衡了各种价值才成为社会生活中的目的和价值之一。至少在目前，人类尚未找到维系社会生活的较之法治更为理想的替代物。”

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，也难以获得正当性之证成。首先，德治意味着要形成统一、普适、确定的道德标准体系，而道德是多元的，非建构的，标准模糊的，因此，无论是创建一种新的道德体系，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。谁有权进行创制或确认？他或她何以取得这种资格？是因为至善吗？假设至善是存在的（因为至善本身是否存在就是个疑问），那么，是否至善就具有在道德上要求他人象自己一样至善的权力？此外，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社会可能是不存在的。因为君主或国家对于思想和信念的统领似乎是天经地义、无须证成的，人治专制的制度安排本就如此。但在法治之下，不可能有这样的制度设置，法治的所有制度安排都是为了防范公权力对个体权利及其道德生活的僭越的。法治即便要建立一种一体的公共生活秩序，也必须使对公共秩序的选择建立在合理的选择程序之上，并且为建立公共秩序而对个体自由的限制应是能被合理限制和证成的。法治不允许通过非正当手段获得实体价值。如前所述，道德本质上是信念和良心的自由，其生成和实现方式是承认性的，以内省和认同为前提。道德在提倡自律的同时也主张对他人道德选择的宽容和尊重，承认人作为道德主体有选择某种道德生活的自由，只要不对他人造成法律上不能容忍的侵害。这是对个体理性和道德能力的尊重，对选择自由的尊重，这种尊重和承认是正当的，道德的。而强制接受和选择则是不正当、不道德的。故而，在现代法治和道德精神的框架内，一体化道德标准的确立，将因缺乏形式上的正当性而难以操作。

其次，“他治”总是针对外在行为的，而道德上的认同或责难却总是求诸于内心的，那么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，在于它的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作出的道德上的善举：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”意义上的责罚往往是被专门化的，且总要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？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，还会引发的问题有：责罚或奖赏将以何种程序或方式作出？由谁来进行？等等。不止于此，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、任意和未可预期。

再次，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法律上的授权，无法律根据或授权，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，这怕将引发对法本身的正当性的质疑。至于我们通常所说的“道德法律化”，则是借助法律的程序性机制，对不同甚至相互矛盾的道德要求，“按照某种标准整理争论点，公平地听取各方意见，在使当事人可以理解或认可的情况下作出决定。”[45]在法律中被承认的道德标准，是通过广泛的参与，合理的对话、协商和交涉，对多元的道德生活进行过滤、筛选所达成的对最基本道德的最基本认同，这种认同因经由了一个合理的程序选择过程而具有正当性。但这却不是德治的正当性，而是法治的正当性。因为：

1.它是在法律拥有形式上的完整性和独立性的前提下进行的。“法治不只追求实质的道德目标，还需要维护法律自身的‘过程的完整性’”“法律如果没有自成体系的正当性准则，那么它的执行就必然受伦理束缚，受人情支配，受舆论左右。”[46]法律的这种“过程的完整性”或“自成体系的正当性”是法的独立性之所在。它意味着法律对道德的选择和确认是经过了一个形式上的正当化过程的，即是经过合理的选择程序的。而传统德治中法律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，法的程序性、形式性、独立性稀缺与法律的工具性互为因果：一方面，法律仅被视作通过惩治以实现道德的工具，而单纯的惩治是不需要太多的程序的，因而属于法律形式、程序和技术的内容便难以充分发展。正如韦伯所说：“从总体上看，中国传统法律中形式主义的要害十分稀薄”[47]；另一方面，由于法律缺乏独立的形式和价值，故而只能依附于道德，沦为全面推行道德的工具。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，是传统德治所以成行的主要因由。

2.它是法律对道德的形式化和技术化。“那些被视为是社会交往的基本而必要的道德正义原则，在一切社会中都被赋予了具有强大力量的强制性质。这些道德原则的约束力的增强，是通过将它们转化为法律规则而实现的。”[48]然而，法治条件下，这种转化是严格按照法律的形式性、技术性要求进行的，实质是法律对道德的形式化和技术化：首先是只将可能被形式化、技术化的道德要求转化为法律，而对那些无法操作的、在现实中缺乏普遍可行性以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。因而，规则在形式上是针对一般人的，且是可以被一般性表达和适用的；是针对于外在行为的，而不是“诛心”的；是针对规则生效以后行为的，而不是溯及既往的；是可以被理解和操作的，而不是模糊不清、模棱两可的；是行为人经过努力可以达到的，而不是不可企及、无法实现的。其次是被转化的道德要求已经是被形式化、技术化了的法律规则，而不再是一般意义上的道德要求。因而，它是超脱的、客观的、非个体化的，而不是可被主体（特别是执行和适用的主体）以自己的道德观念作任意解释的，因而是可以被预期并可以导向平等对待意义上的公平的；它是有具体标准可作衡量和适用的，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，而不象道德那样指向内心，因而不仅是可操作的，而且是正当的。法律上的决定经由程序选择，形式上意味着公共承认和内在认同，故决定形成后只关注、强调、约束外在行为。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不再被离开行为强调。这便是道德被法律形式化、技术化最突出的标志。而传统德治通过法律对道德的推行不止是全面的，而且是非形式化的。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，缺乏具体衡量标准而可以被从纯粹道德的意义上作任意解释和适用的，诛讨内心的。其诛心特征也恰是法律未将道德形式化、技术化的最突出标志。这种情形，同样可以归因于法律的刑罚惩治功能被唯一化后，法律的形式化、程序化、技术化内容便无可能充分发展。这里必须强调，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、合理化、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，首先是因为这一标准是经过了一个形式上被认同的过程。

3.正因为它是道德的形式化和技术化，它才特别注意法律与道德的界限，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。因为转化意味着对某些道德上的自由施予法律意义上的强制，以主体在道德自由上的克制和缩减作为代价，并且强制可能引来国家暴力的运用或导致一定的物质结果，总之，“是以实际的惩罚（施加痛苦）和惩罚威胁剥夺和限制人们的自由，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。”[49]法律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，[50]等等。这与传统德治消弭法律与道德的界限，以法律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，在于它不仅为法律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，法律调整并不代替道德调整，且在与道德并行调整同时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，道德选择或对某些（当然是最低限度的）道德要求的确认和推行才是可能的和正当的。但问题在于，这种已被法律形式化、技术化了的道德，已不是原来意义上的道德了，至少在形式上已不再是；并且，法律对道德的这种形式化的范围又是被严格限制在最低限度内，因而，由此所形成的状态便无论如何也不能被称为“德治”了。换言之，在现代法治和道德精神的框架内，德治因缺乏形式上的正当性而无法操作，强行推行将与法治和道德精神相悖。除非它经由法的形式合理性运作，但那却已不是德治，而是法治了。

## 余论

一个饶有意味的情形是，德治的操作和论证往往是建立在下面两个前提之上的：1.法律、道德工具主义；2.法自身不具有道德价值和属性。历史上无论法治抑或德治主张者大都是在把法和道德作为君主治国之器的意义上来强调法和道德的。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。“在权威主义道德中，只有一种罪过，这就是不服从，只有一种美德，它就是服从。”[51]一种只强调服从而否弃自由和选择的道德是无可能至上的，正象只被在刑罚惩治意义上强调的法不可能至上一样。这种法律和道德的工具主义具有共同的本质：即不以人为目的，而视人为达到目的的工具。无论是法律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象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的道德性的，特别是无可能具有形式正当性意义上的

道德性。纯然惩治不需要太多的形式，为了达到惩治的目的，法律形式上的合理性是完全可以被舍弃的。法律与道德唯一的关系只在于：法律作为惩罚或惩罚威胁可用来直接全面推行道德，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，而且法自身也不具有形式上的正当性。正是在这样的前提之上，德治才得以成行。德治是在牺牲了法的形式上的正当性进而也就摧毁了法独立存在的正当基础的情形下操作的。

但是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，法也因不再只具有惩罚性质而是更倾向于对人权和自由的保障进而具有了至上意味，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涵着尊重人权和自由的精神指向；二指法自身形式上的合理性本身就是正当的、道德的；三指法治是经由形式合理性而实现实质合理性（法的道德价值）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，制度良善可以更多导引人的善，反之则更多诱发人的恶。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。”[52]因此，所谓“道德建设”[53]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。[54]归根结底，一个合理的社会存在比一火车皮的宣传教化更易于催化人们对善的信念和良知，一个正当的制度比道德一统、思想钳制更可能诱引人们向善的追求和感悟，一个完善而合理的程序机制比全面推行的道德强制更能够造就普遍良善的道德生活。

\*该文属作者承担的国家教育部人文社科基金项目和国家社科基金项目阶段性成果之一部，曾作第四届亚洲法哲学研讨会参会论文，载于《中国社会科学》2002年第6期。此次刊载，内容有所增加。

[ ]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31页。

参见[韩]金富灿：《韩国法治主义的意义及界限》、[日]酒匂一郎：《正在现代化的东亚法律的若干问题》，南师大法制现代化研究中心编《法制现代化研究（第五卷）》，南师大出版社，1999年，第421、387页。

参见前引[韩]金富灿：《韩国法治主义的意义及界限》，第414—431页；张浩：《法治、德治是治国安邦不可缺少的两种重要手段》，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381—383页。

[ ]“中国传统的儒家文化系统决定了中国权力运作的德治主义模式。”参见季涛：《中国廉政

的道德基础及其法制化》，刘海年等主编《依法治国与廉政建设》，中国法制出版社，1999年，第200页。

[ ]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。

[ ]公丕祥主编：《中国法制现代化的进程（上）》，中国人民公安大学出版社，1991年，第138页。

[ ]法即刑罚，这是中国法律传统的核心，无论在制度亦或观念，无论在法家亦或儒家，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，或者主张德治与法治并用。但这种可与德治并用的法治绝非现代意义的法治。

[ ]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137页。

[ ]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145页。

[ ]瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局，1981年，第221页。

[ ]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177页。

[ ]耘耕：《儒家伦理法批判》，《中国法学》1990年第5期。

[11]参见黑格尔：《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。

[12]胡旭晟：《中国传统“伦理法”之检讨》，《百年》1999年5月号。

[13]《盐铁论·刑德篇》。

[14]马小红：《中国古代社会礼与法关系的借鉴》，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209页。

[15]《唐律疏议·名例律》。

[16][美]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。

[17]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和冒犯。

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

[19]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119页。

[20]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。

[21]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。

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270页。

[22]胡旭晟：《中国传统“伦理法”之检讨》，《百年》1999年5月号。

[23][美]拉蒙特：《人道主义哲学》，华夏出版社，1990年，第184页。

[24]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，颇有见地。

[25][美]E.博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社，1987年，第365页。

[26]参见《辞源》、《辞海》。

[27]信春鹰：《论依法治国和我国当前的法制建设》，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239页。

[28]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。

若对某些公认的基本道德作形式上的规范表达，须借助专门机构和程序，但这已不是纯粹的道德问题了。

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。

[29]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。

[30]坎特诺维茨：《法律的定义》，见张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社，1996年，第398页。

[31]坎特诺维茨：《法律的定义》，见张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社，1996年，第398—399页。

[32]参见陆震《精神文明建设基本思路四论》，《社科信息交流》1996年第9期。

[33]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。

[34][美]庞德：《法律的任务》，引自吕世伦主编《当代西方理论法学研究》，中国人民大学出版社，1997年，第239页。

[35]李正辉：《论法制建设与道德建设的协调统一》，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339页。

[36]这里所谓“道德法律化”，只是借用一个可在通常意义上被领会的说法，仅指法律对道德要求的确认。事实上在现代法治之下，根本不可能“化”。这种确认，不是道德的刑罚化，而是法律对道德的形式化、技术化，且须遵循严格的限度。关于此后面有具体分析。

[37]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。

[38]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267—268页。

[39]马克思：《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社，1972年，第16—17页。

[40]孙笑侠：《法治对待道德的态度和方式——当代中国法应该怎样促进道德目标》，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265—266页。

[41]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。

[42]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》，《中国社会科学》1993年第1期。

[43][美]庞德：《法律的任务》，引自吕世伦主编《当代西方理论法学研究》，中国人民大学出版社，1997年，第239页。

[44][美]W.道格拉斯：《美国高等法院报告》，引自季卫东：《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。

[德]马克思·韦伯：《经济和社会中的法》，引自吕世伦主编《当代西方理论法学研究》，中国人民大学出版社1997年版，第226页。

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。

[45]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。

[46]孙笑侠：《法治对待道德的态度和方式》，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267、268页。

[47][德]马克斯·韦伯：《中国的儒教和道教》，引自吕世伦主编《当代西方理论法学研究》，中国人民大学出版社，1997年，第231页。

[48][美]E.博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社，1987年，第361页。

[49][英]哈特：《法、道德和自由》，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428页。

[50]参见张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社，1996年，第428页。郑成良《法理学》，高等教育出版社，1999年，第407页。

[51]弗洛姆：《说爱》，引自郭忠：《论冲突中的道德与法律》，《法律科学》2000年第2期。

[52]邓小平：《邓小平文选》（第二卷），第333页。

[53]其实，道德本身的非建构性意味着，所谓“道德建设”之“建设”并非在道德体系的建构，而是应着眼于道德的制度性环境建设。

[54]关于以道德权力制约国家权力，郭道晖先生有精辟的系统论述。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利的情况下，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。”参见郭道晖《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。

---