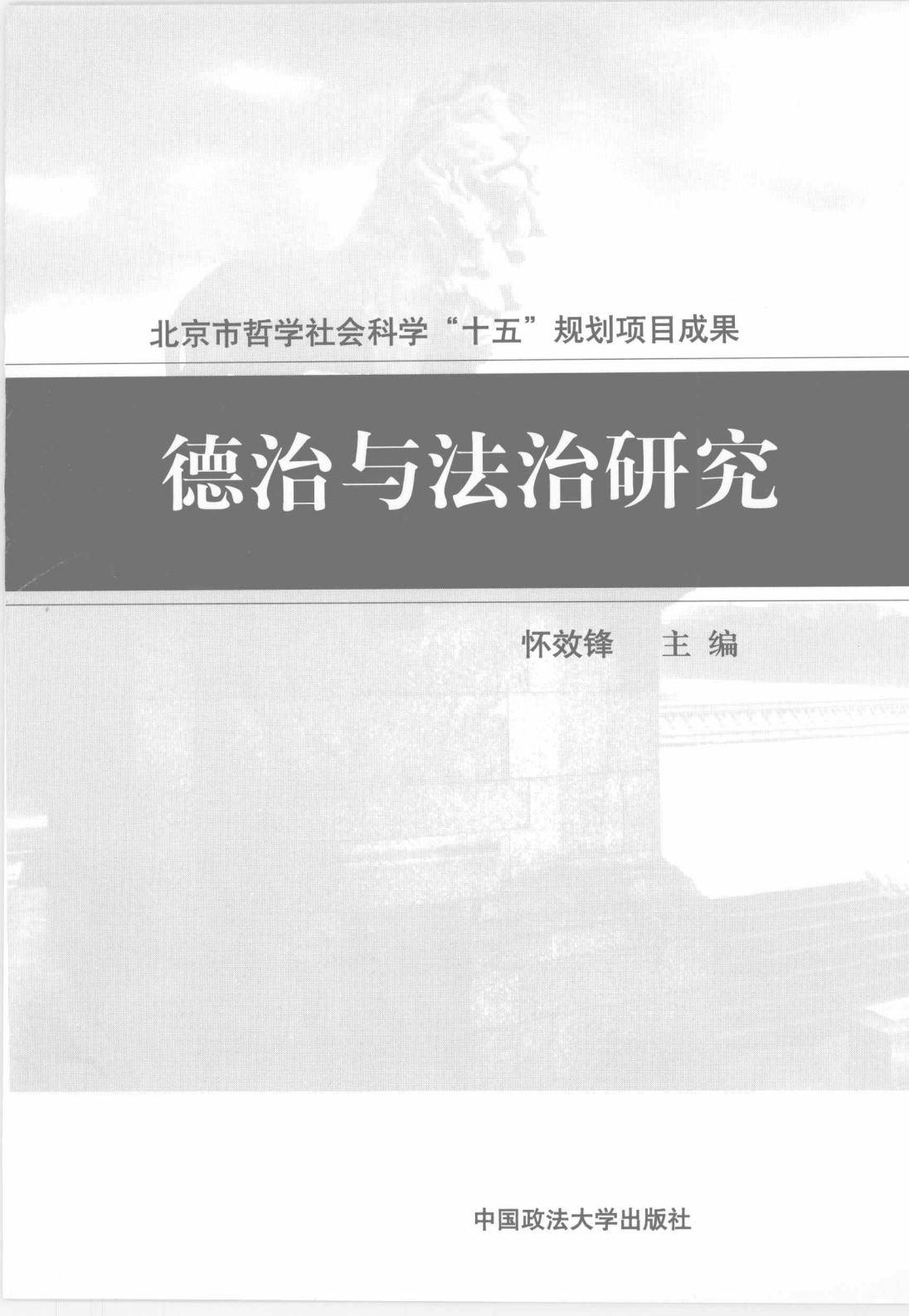


北京市哲学社会科学“十五”规划项目成果

德治与法治研究

怀效锋 主 编

中国政法大学出版社



北京市哲学社会科学“十五”规划项目成果

德治与法治研究

怀效锋 主 编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

德治与法治研究 / 怀效锋主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2008. 5

ISBN 978-7-5620-3221-2

I. 德... II. 怀... III. ①社会公德教育-研究 ②法治-研究
IV. B824 D902

中国版本图书馆CIP数据核字 (2008) 第065260号

- | | |
|-------|--|
| 书 名 | 德治与法治研究 |
| 出 版 人 | 李传敢 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 10.375 印张 230 千字 |
| 版 本 | 2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3221-2/D·3181 |
| 定 价 | 26.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前言

法治与德治的功能以及法律与道德的关系是一个古老的命题。早在两千多年前，孔子就指出：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”^{〔1〕}他认为如果仅仅用政令约束和刑罚制裁，民众虽然可以避免违法犯罪，但却缺少自觉自律；而如果用道德约束和礼仪规范民众的行为，民众就可以自觉守法。他倡导“为政以德”，从而使德治成为中国古代儒家的传统政治法律思想。其中最典型的是《唐律疏议》阐发的道德与法律之间的关系：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”。中国古代法制史发展中出现的诸如“德主刑辅”、“内法外儒”、“儒法合流”、“礼法结合”、“以礼入律”等儒家德治思想精华，虽然是建立在“人治”的基础之上，但其人文精神所具有的合理内核，与现代法治精神并非不可兼容互补。

中国古代法律思想中与德治主张不同的是法家的思想。比较

〔1〕《论语·为政》。

II 德治与法治研究

典型的是管子强调的“上下贵贱皆从法”^{〔1〕}“不淫意于法之外，不为惠于法之内，动无法”^{〔2〕}但法家的思想基础仍是人治，与现代法治精神有很大不同。

历史告诉我们，正是明君贤相们博取儒法学说之长，使二者相辅相成，才能铸就一个朝代的法制，促进社会稳定和经济发展，达到长治久安。唐太宗在策略上以德礼为本、以刑罚为用，但在统治时又坚持“法者非一人之法，乃天下之法”^{〔3〕}使法成为“国之权衡，时之准绳”，“权衡所以定轻重，准绳所以正曲直”^{〔4〕}切实做到缘法而治，实现礼法结合、德治与法治并行，终于形成了唐朝之盛世。

道德和法律既有明显的区别又有紧密的联系。二者同是上层建筑的构成部分，受制于社会经济基础，又都能影响社会经济的发展。道德是法律的价值内涵，法律是道德的制度体现。法律的正义根植于社会的道义，社会的道义需要法律来维护。道德依靠人们的自持自律来维系，法律凭借制度的强制力实施他律。在同一社会经济基础之上的道德和法律，具有共同的价值取向，都能调整社会关系，规范人们的行为，但又有各自的独特功能。法律侧重调整人们的外部行为，道德侧重调整人们的内心世界。道德是法律顺利实施的社会心理基础，法律是道德正常传承的有力保

〔1〕《管子·任法》。

〔2〕《管子·重令》。

〔3〕《贞观政要·公平》。

〔4〕《贞观政要·诚信》。

障。总而言之，道德自律与法律制约异曲同工，道德与法律是社会秩序的车之两轮、鸟之双翼。

道德是人性完善的高端目标，道德具有的自律性、劝善性，能够从根本上提升人的主体性；道德所具有的感召力和信服力，能够渗透到人的内心世界；道德还可以衡平法律的偏差、弥补法律的不足。因此，推行法治与加强道德教化必须双管齐下。法律与道德的相互关系、法律与道德的社会功能、德治与法治的理论及其实践历来为政治家、法学思想家们所关注。古今中外的法学思想家对法律与道德的关系有各种各样的认识，对如何实行德治和法治也各有侧重。如何正确运用法律与道德这两种方式调整社会关系、规范人们行为，怎样对待民族的传统文化，直接影响着当代社会的制度文明的发展。

历史传统在现实中总会展露其身影。对不同文明的优秀内容兼收并蓄是完善当代中国法制建设的有效途径。记得20年前在中国社会科学院法学研究所的一次研讨会上，日本的比较法学家坦言，日本的法律既继受了中国古代的德治传统又移植了西方近代的法治精神，形成了中西合璧的现代日本法。他的态度给我留下了深刻的印象。

我们要想正确对待历史传统和域外的制度文明，首先必须对之客观了解，准确把握。

有鉴于此，我以《德治与法治研究》为题申报了北京市哲学社会科学“十五”规划项目，设计了研究思路、内容和篇章结构，提出了基本观点，随后邀请崔永东教授、黄晓明博士和曹全

IV 德治与法治研究

来博士分别承担中西法律文化中的道德与法律、中国法治与德治的历史与现实、司法过程中的法律与道德诸专题的研究。本书就是课题研究的成果。我们希望本书能有助于人们确立道德建设与法制建设并重、德治与法治相辅相成的理念,进一步全面落实依法治国方略,从而实现国家的长治久安。

限于时间、精力和学识水平,本书研究的深度和广度都有待进一步拓展,现有的研究只是抛砖引玉,不当之处敬祈读者指正。

怀效锋

2007年12月6日

于国家法官学院

目 录

前 言	(I)
-----------	-----

中西法律文化中的道德与法律	(1)
---------------------	-----

一、从中西立法看道德的法律化	(1)
----------------------	-----

(一) 从中国古代立法看道德的法律化	(1)
--------------------------	-----

(二) 从西方立法看道德的法律化	(10)
------------------------	------

二、中西思想家有关道德与法律之关系的理论	
----------------------	--

述评	(16)
----------	------

(一) 西方思想家有关道德与法律之关系的理论	
------------------------	--

述评	(16)
----------	------

(二) 中国思想家有关道德与法律之关系的理论	
------------------------	--

述评	(48)
----------	------

三、从中国古代社会的复仇现象看道德(孝道)与	
------------------------	--

法律的关系	(57)
-------------	------

(一) “复仇”与儒家的家族主义道德	(57)
--------------------------	------

(二) 家族主义与国家主义的对立	(62)
------------------------	------

2 德治与法治研究

(三) 家族主义与国家主义的冲突与调和·····	(63)
四、中国现代法律中的道德因素考察·····	(66)
(一) 宪法中的道德因素·····	(66)
(二) 民法中的道德因素·····	(71)
(三) 行政法中的道德因素·····	(84)
(四) 诉讼法中的道德因素·····	(88)
(五) 经济法中的道德因素·····	(92)
(六) 刑法中的道德因素·····	(97)
中国法治与德治的历史与现实·····	(111)
一、中国古代法治与德治的历史分析·····	(112)
(一) 中国古代法治与德治的思想渊源	
——以农耕文化为基础的儒法之争·····	(112)
(二) 中国古代正统法治观的形成与特点	
——以儒学为指导思想的“德主刑辅”与	
“一准乎礼”·····	(119)
(三) 中国古代法治的基本模式	
——以伦理型文化为基础的义务本位法治	
模式·····	(129)
二、中国古代法治与德治的哲学分析·····	(135)
(一) 中国古代法治与德治的人性基础	
——由性善论、性恶论之争到德、礼、政、	
刑综合为用·····	(135)

(二) 中国古代法治与德治的价值取向	
——尚中庸、求和谐与为政以德的内在联系	(145)
(三) 传统思维方式对中国古代法治的影响	
——法律的道德化与律学的经学化	(153)
(四) 中国古代法治与德治的调整对象	
——以伦常等级关系为最基本的社会关系	(162)
(五) 中国古代法治目标的实现途径	
——以德礼息讼, 以刑罚止讼	(175)
(六) 中国古代法治和德治的实现途径	
——坚持有治人无治法的人治观	(183)
三、中国法治与德治的现实分析	(196)
(一) 实行依法治国, 建设社会主义法治国家	(196)
(二) 加强公民道德建设, 努力推进以德治国	(207)
(三) 实现依法治国与以德治国的协调发展	(215)
司法过程中的法律与道德	(224)
一、法律与道德关系的法理学意义	(224)
(一) 法律与道德关系的重要性	(224)
(二) 关于法律与道德关系的两种基本立场	(226)
(三) 法律与道德的区别	(227)
(四) 法律与道德的正当联系	(230)
(五) 历史地看待法律与道德	(233)

4 德治与法治研究

二、司法过程中的法律与道德的实证主义分析	(235)
(一) 司法过程中法律与道德的分野	(235)
(二) 司法过程中法律与道德的结合一：形式因素	(238)
(三) 司法过程中法律与道德的结合二：实质因素	(247)
(四) 法官的角色与权限	(264)
三、当代中国司法过程中的法律与道德	(266)
(一) 民事司法过程中的法律与道德	(266)
(二) 刑事司法过程中的法律与道德	(297)

中西法律文化中的道德与法律

一、从中西立法看道德的法律化

道德与法律有密切的关系，也有重要的区别。如果说道德的特点是自律（内在约束），那么法律的特点则是他律（外在强制）。但在许多情况下，统治阶级总是利用法律的强制力来推行其提倡的道德，这样一来，“自律”与“他律”也就合二为一了。这正是我们在古今中外的立法实践中所看到的现象，它可用“道德的法律化”来表述。当然，我们应该看到，那些被法律化的道德必须是能够为社会主流所接受和践行的道德，不能把过高的道德义务转化为法律义务，否则就会强人所难，结果是既损害了道德，也不利于法治。在这个问题上，历史的经验和教训是值得我们认真吸取的。

（一）从中国古代立法看道德的法律化

20 世纪 80 年代在张家山汉墓出土的汉代法典《二年律令》中的《贼律》规定：“子牧杀父母，殴冒泰父母、父母假大母、主母、后母，及父母告子不孝，皆弃市。……年七十以上告子不孝，必三环之。三环之各不同日而尚告，乃听之。教人不孝，黥

为城旦舂。”^{〔1〕}《贼律》的上述规定与秦律有相似之处。湖北云梦出土的秦简《法律答问》对“不孝”罪作了如下规定：“免老告人以为不孝，谒杀，当三环之不？不当环，亟执勿失。”^{〔2〕}《睡虎地秦墓竹简》一书注曰：“环，读为原，宽宥从轻。古时判处死刑有‘三宥’的程序，见《周礼·司刺》。《三国志·张鲁传》有‘犯法者，三原然后乃行刑’，可参考。”^{〔3〕}至于“免老”之“免”，是指达到免老年龄。《汉旧仪》“秦制二十爵，男子赐爵一级以上，有罪以减，年五十六免。无爵为士伍，年六十乃免老”是指有爵位者的免老年龄为五十六岁，无爵位者的免老年龄为六十岁，凡免老者将不再承担国家赋役。上引《法律答问》之语意为：免老之人控告某人不孝，需要判处死刑，是否经过三次原宥的程序？回答是不应原宥，必须立即逮捕被告者，勿使逃走。

应该说，上述对“不孝”罪的规定反映了儒家伦理思想的影响。我们知道，儒家以孝为百行之先，大力提倡孝德，并把孝与忠即父权与君权联系起来，认为孝亲的人自然会忠君。孔子的弟子有若深谙此道，他说：“其为人也孝弟，而好犯上者，鲜矣；不好犯上，而好作乱者，未之有也。君子务本，本立而道生。孝弟也者，其为仁之本与！”^{〔4〕}把孝德当成“为仁之本”，足见儒家把孝放在一个多么高的地位了。正因为这样，在儒家的刑法思想中，不孝之人被视为“元恶大憝”，必须从重严惩。从上引材

〔1〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第139页。

〔2〕《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第195页。

〔3〕《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第195页。

〔4〕《论语·学而》。

料《法律答问》来看，秦律显然是吸收了儒家的这种刑法思想，对于不孝者，官府可以不经任何审判程序便执行其死刑，表现了秦统治者严惩不孝之人的决心。

湖北云梦出土的秦简《封诊式》中有一个案例可以进一步说明这个问题：“某里士五（伍）甲告曰：‘甲親子同里士五（伍）丙不孝，謁殺，敢告。’即令令史已往執。令史已爰書：與牢隸臣某執丙，得某室。丞某訊丙，辭曰：‘甲親子，誠不孝甲所，毋（无）它坐罪。’”^{〔1〕}这段文字的意思是，某里士伍甲控告他的儿子丙对他不孝，要求官府杀死其儿子。官府便派人捉拿其子，经县丞审讯，其子确实不孝。至于处理结果，文中并未言明，但据上引《法律答问》对不孝罪的规定推测，处死不孝之子丙的可能性很大。

相比之下，《汉律》中的《贼律》尽管对“不孝”罪的规定在立法动机上与《秦律》并无根本不同，即都是为了维护家庭伦理和家父权的尊严，但《秦律》所采纳的规定更为严厉：六十岁以上的免老之人控告其子不孝，请求判处死刑，官府可不经三次原宥的程序，立即逮捕被告；而《贼律》则要求必须经过“三环”即三次原宥的司法程序才能对不孝之子论罪。这说明，《贼律》在处理该问题的方式上是比较慎重和温和的。顺便指出，《张家山汉墓竹简》把“三环”之“环”解为“复”，把“年七十以上告子不孝，必三环之。三环之各不同日而尚告，乃听之”该句解为“年龄七十岁以上的人控告其子不孝，必须经过反复告

〔1〕《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第195页。

三次，司法部门才予受理”^{〔1〕}是不太妥当的。确切地说，“三环”的解当为“三次宽宥”，这是合乎秦、汉时期的司法制度的。

《贼律》对家庭伦理的强力维护还体现在如下规定上：

妻悍而夫殴笞之，非以兵刃也，虽伤之，毋罪。^{〔2〕}

妻殴夫，耐为隶妾。^{〔3〕}

子贼杀伤父母，奴婢贼杀伤主、主父母妻子，皆枭其首市。^{〔4〕}

父母殴笞子及奴婢，子及奴婢以殴笞事死，令赎死。^{〔5〕}

妇殴伤、殴詈夫之泰父母、父母、主母、后母，皆弃市。^{〔6〕}

殴兄姊及亲父母之同产，耐为隶臣妾。^{〔7〕}

从上述规定可以看出，《贼律》对家庭伦理的维护实际上是对父权和夫权的维护。在宗法等级制社会里，家庭成员之间的地位是不平等的，家父在一个家庭中具有至高无上的地位，他对整个家庭拥有主宰权，对子女甚至享有生杀予夺的权力。父母打死子女可以免受法律制裁，而子女杀伤父母则须被处死。同时，夫

〔1〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第139页。

〔2〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第139页。

〔3〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第139页。

〔4〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第139页。

〔5〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第139页。

〔6〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第140页。

〔7〕《张家山汉墓竹简》，文物出版社2001年版，第140页。

妻关系也是不平等的，丈夫对妻子有主宰权。在上述法律条文中我们看到，妻子被丈夫殴打，丈夫无罪；而妻子殴打丈夫，妻子要被判处“耐为隶妾”的刑罚；若妻子殴打、漫骂丈夫的祖父母和父母等，受到的处罚则更为严厉，将被处以死刑。《贼律》如此规定，不仅对不平等的家庭伦理关系进行了法律规制，而且为宗法等级制度下的父权和夫权提供了法律保障。

儒家道德思想对汉代立法（如“令”即皇帝的诏令这种法律形式）的渗透，我们还可以从出土文献中的有关法律史料得到印证。1959年，在甘肃武威磨嘴子18号汉墓出土了《王杖十简》，内容涉及西汉宣、成二帝对高年老人赐王杖的两份诏书，对侮辱受杖老人的判决案例等；1981年，在同一座汉墓又出土了《王杖诏书令册》，这是汉成帝颁发的诏令，内容涉及尊敬老人、抚恤鳏寡孤独残疾者、高年赐杖以及处决殴辱王杖主人的罪犯等。有关记载如下：“高皇帝以来，至本〔始〕二年，朕甚哀〔怜〕老小。”“年七十以上，人所尊敬也。非首杀伤人，毋告劾也，毋所坐。”“孤、独、盲、珠（侏）孺（儒），不属律人。吏毋得擅徵（征）召，狱讼毋得系。”其意大致为：七十岁以上的老人，如果不是犯了首谋杀伤人的重罪，则不要对其起诉，对其应负的罪责，也不要追究；至于孤独、侏儒和盲人，他们不属于刑律所及之人（犯了法亦不宜追究），狱讼时对他们也不能捆绑。显然，这反映了儒家道德思想的精神，因为尊老怜幼，抚恤鳏寡、孤独、废疾等是儒家提倡的伦理道德。

唐律的“一准乎礼”，是说唐律是合乎儒家道德的。所谓“纳礼入律”，是指把儒家道德规范转化为法律规范，把儒家道德原则转化为法律原则。唐代名臣长孙无忌主持修撰的《唐律疏

议》，一开篇就提出了“因政教而施刑法”的主张。既然刑法是官方推行政教的工具，那么刑法贯彻儒家的道德原则也就很自然了。《唐律疏议》又说：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”这进一步说明了刑法对德礼的维护作用。

据《新唐书·刑法志》记载，李世民即位不久，“有劝以威刑肃天下者，魏征以为不可，因为上言王政本于仁恩，所以爱民厚俗之意，太宗欣然纳之，遂以宽仁治天下，而于刑法尤慎。”刑法的“宽仁”意味着轻刑省罚，以缓和社会矛盾。早在唐高祖时，李渊就提出了“务以宽简，取便于时”的立法与司法主张，唐太宗在这方面予以继承并发扬光大，大力提倡“用法务在宽简”的精神，并对臣下说：“国家法令，惟须简约，不可一罪作数种条。格式既多，官人不能尽记，更生奸诈，若欲出罪即引轻条，若欲入罪即引重条。”^{〔1〕}最高统治者的上述思想，直接影响到了《唐律》的制定，《唐律》由此也就成为一部“得古今之平”的法典。这在封建时代是很难得的，它体现了一种朴素的人道主义精神，而这种精神与儒家的道德精神是相通的。

据研究，唐太宗时期制定的《贞观律》，比隋代的《开皇律》减少了死罪92条，改流、徒罪71条，而且把“连坐俱死”的规定也删除了。对此，《旧唐书·刑法志》称“凡削繁去蠹、变重为轻者，不可胜纪”，“自是比古死刑，殆除其半”。可以说，《唐律》标志着中国封建法律进入了“轻刑化”（相对于从前而言）时代。乔伟先生指出：“……唐律在封建刑律中确是科条比较简

〔1〕《贞观政要·赦令》。