

法律与伦理

侯欣一 / 主编
夏纪森 / 执行主编



2017 No.1

第 一 期



从何种意义上理解法治文明

李瑜青

法治视域下先秦儒家伦理的价值与困境

夏纪森

柏拉图的法理论

[美] 亨廷顿·凯恩斯 / 著 郭俊义 / 译

法律、道德与社会：法治所涉诸议题

陈忠林 谢晖 王思远 周沁 等



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

法律与伦理

2017 No.1

第 一 期

侯欣一 / 主 编

夏纪森 / 执行主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与伦理. 第一期. 2017. No. 1 / 侯欣一主编

. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2017. 7

ISBN 978 - 7 - 5201 - 1004 - 4

I. ①法… II. ①侯… III. ①法律 - 伦理学 - 研究

IV. ①D90 - 053

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 150057 号

法律与伦理 (第一期. 2017. No. 1)

主 编 / 侯欣一

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 王雯雯 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·集刊运营中心 (010) 59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 18.25 字 数: 318 千字

版 次 / 2017 年 7 月第 1 版 2017 年 7 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 1004 - 4

定 价 / 78.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

编辑委员会

主任：芮国强 曹义孙

委员（按姓氏字母顺序）：

曹义孙	曹刚	何怀宏	侯欣一	刘骁军
芮国强	孙莉	童世骏	王淑芹	温金玉
吴玉章	谢晖	於兴中	郑成良	

试刊词

“这是最好的时代，这是最坏的时代”。狄更斯的这句话是一种文学性的“现代性症候”（韦伯语）的描述。“现代性”是一个包含了尖锐矛盾冲突的领域：一方面启蒙运动以来的现代性带来了社会经济的发展和现代政治体制的进步；另一方面这种“启蒙理性/现代性”慢慢变成了“工具理性”，导致了对文化、对个体生活的囚禁和异化。

与现代性观念相伴的现代法治观念，强调个体权利的不可侵犯。高扬权利话语使人们清醒地意识到自己的权利，并且勇敢地捍卫。但是，权利话语的极端化会导致巨大的负面效应：权利间的相互对峙会增加社会冲突，阻碍社会必要的沟通；责任话语的缺失将导致整个社会变成陌生人的疆域，公民对参与社会生活毫无热情。因而，法律的自治不应该仅仅是对实在法的片面追求和机械贯彻，要保持法律的品质和精神，必须融入伦理道德的要素。适切的法律自治应是在注重实在法范畴的同时对伦理道德给予适度的吸纳。

在一个文化多元的风险社会中，尽管人类对于特定事实必将形成若干不同的意见，但我们不能因此就停止对伦理道德的探究。正如康德所言，“有两样东西，人们越是经常持久地对之凝神思索，它们就越是使内心充满常新而日增的惊奇和敬畏：我头上的星空和我心中的道德律”。我们需要本着敬畏之心，在未知之中，在不确定之中，继续向前迈进。为此，我们需要宽容，即为了能够掌握未来，我们必须对新事物抱有开放的态度。开放不是无原则的，面对着全球范围内的社会、经济、文化和生态的危机，我们应该把希望、知识和行动结合起来，为积极的目标创造客观条件使之尽快实现，为消极的后果切断因果链条使之无法到来。

基于上述认识，作为一份新生的刊物，本刊将秉持兼容并包的原则，以书代刊的形式，开拓一片法学家与伦理学家自由交流的学术空间，构筑一个有助于互相理解、凝聚基本共识的思想论坛。同时，本刊还将为青年学者提供更大的发挥空间，希望能与学界的大批新人同步成长。

本刊的宗旨可以用十六个字来表述，即“正义理念、伦理关怀、中国

问题、世界视野”。这个宗旨意味着我们不能简单地复制西方的概念、范畴、体系，而要在吸收、反思和借鉴的基础上积极创建中国的法律哲学。同时，我们要向世界发言，积极参与到世界结构的重塑中。

法治的基本精神在于限制政府权力和保障公民权利，这种精神蕴含着法律至上、权力制衡、法律面前人人平等和法律的正当程序等法治原则。当然，由于法治关涉从理想到原则、从立法到司法、从制度到意识各个方面，因而，在不同的历史时空中曾呈现出不同的法治秩序形态。“天理、人情和国法”的文化传统与中国转型时期的多重面相会使法治中国呈现出自身的文化形式，也只有在“现代法治”与“中国意义”的两相沟通中，才能构筑中国法治的主体性。

《法律与伦理》编辑委员会谨识

001 法治与德治研究

003 从何种意义上理解法治文明

——法治与德治关系的一种思考 / 李瑜青

023 法治中国建设中司法职业伦理的谦抑面向 / 莫良元

036 依法规范德化社会建设 / 刘 辉

049 法律与人性

051 法治视域下先秦儒家伦理的价值与困境 / 夏纪森

066 人的独特性及其法律保障 / 张 顺

088 依法治善抑或法治慈善?

——中国《慈善法》颁布后的思考 / 钱继磊

098 中国人传统的孝信仰及其重构 / 徐新意

111 自然法专题

113 柏拉图的法理论 / [美] 亨廷顿·凯恩斯 郭俊义 译

135 权利研究

137 从婚检制度看知情权与隐私权的保护与平衡

——以永城婚检隐瞒案为例 / 伍 瑾

157 人格权之法定权利属性证成研究 / 高 可

170 失地农民社会保障权之国家尊重义务 / 周忠学

目 录

183 部门视点

185 法学方法论视角下在线短租契约的法律定性 / 梁文永 王 杰

201 罗马法中占有、所有权变动与正当原因的关系

——以物权行为理论为视角 / 朴常赫

219 案例教学如何嵌入学术思维

——以“赵 C 姓名权”案为例 / 沈桥林

239 域外法苑

241 全球化与刑罚结构 / [美] 萨维尔斯伯格 赵 赤 译

257 人物访谈

259 “无王期”时代的中国法理学

——於兴中教授访谈

267 跨域对话

269 法律、道德与社会：法治所涉诸议题

法治与德治研究

从何种意义上理解法治文明*

——法治与德治关系的一种思考

李瑜青**

内容提要：反对把法治与德治相对立的观点，认为政治民主、社会正义、保障人权、公民平等自由等原则的确认，并成为一个国家或社会维系社会合作、规范人们行为的基础，这是这个国家或社会进入法治文明状态的表现。而法治文明价值寻问的重心在于人并非作为法的对立面而存在的，人永远是法治的目的，法治总体现着独特的人性立场，表达着对人的基本价值、人的生存意义、人格尊严的人文关怀，这说明法治文明与一定的德治是相通的，法治文明中所表达的德治内容包含如在处理人与法的关系上主张以人为本，强调人的理性在法律生活中的重要性，主张自由、平等、人权、正义等价值追求等。

关键词：法治文明；法治价值；德治

引 论

国内学界存在把法治与德治相对立的观点，其实这是误解。在治国的方略上，不存在所谓和法治相对立的德治，法治是与人治相对立的。在国家治理的决定性条件上，是主张建立一个良好的有权威的法律和制度，还是寄希望于出现一两个明君圣贤；国家或社会是依靠公平、正义之法律来治理，还是依照少数领导者个人的智慧和德性，并通过施“仁政”来实现；国家对人的行为的规范，主要是依靠一般性的法律规则，还是主要依靠个人的具体情况具体指引；国家在政治制度上是实行民主还是专制，便是法治与人治对立的实质。而在法治状态下，强调法律的至上性，任何人

* 本文为笔者主持的中国法学会（部级）重大课题“法律实施的保障机制研究”部分成果之一。

** 李瑜青，华东理工大学法学院教授，博士生导师，中国法社会学研究会副会长，上海市法哲学研究会会长。

和组织的行为都必须接受法律的规制。这时，法治中内涵着一定德治的内容。这里所谓“德治”，即主张以道德规范来约束人们的行为从而达到社会秩序的国家治理观念和方式，而道德规范的约束是以一种非正式制度约束出现的，与法治相结合使得德治的内容被确定。笔者在这里从对法治文明的解读，对上述的观点做出论证。

一 何为法治文明

法治，其实不能仅仅看作治理国家的一种方法或手段。一个国家或社会在建设过程中，有多种社会控制的方法，特别强调法律规范在社会控制上的作用，这主要是从手段上理解法治。但法治还要强调这个国家或社会把法律推崇为最高的统治力量，以约束政府权力并对社会进行有效的治理。这时法治作为治理国家的方式是与人治相对立，反映出它独特的治理国家的价值取向。^①正是在这个意义上，我们看到，虽然一定国家在历史上也提出依法治国的观点，但当这种观点主要是把法律当作治国的工具，遵循的最高原则乃是“君主至上”，其内涵的思想属于人治而不属于法治的范畴。法治内涵的价值趋向，《牛津法律大辞典》认为，法治是“一个无比重要的但未能定义，也不是随便就能定义的概念，它意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其他机构都要服从于某些原则。这些原则一般被看作是表达了法律的各种特性，如正义的基本原则、道德原则、公平和合理诉讼程序的观念，它含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。在任何法律制度中，法治的内容是：对立法权的限制；反对滥用行政权力的保护措施；获得法律的忠告、帮助和保护的大量的和平等的机会；对个人和团体各种权利和自由的正当保护；以及在法律面前人人平等……它不是强调政府要维护和执行法律及秩序，而是说政府本身要服从法律制度，而不能不顾法律或重新制定适应本身利益的法律”^②。这样法治的实质性含义就十分清楚了，它强调了政治民主、社会正义、保障人权、公民平等自由等原则。一个国家或社会的建设体现这些价值原则，社会成员对这些原则普遍认同，并成为维系社会合作、规范人们行为的基础，这个国家或社会实行法治，也就进入了法治文明状态，这时法治的一些要素被沉

① 李瑜青等著《论德治与法治》，上海人民出版社，2001，第319页。

② 《牛津法律大辞典》，法律出版社，2001，第790页。

淀下来，增强了人们对客观世界的适应、认知和精神追求，并成为社会的公序良俗。

这里我们涉及对几个相关概念的解释。我们看到，其实法治作为一种治国的思想要转变为现实是一个历史过程。用美国学者庞德的话说：法律是和一定时间、空间的文明联系的。法律在不同阶段所表达的文明有所不同。法治文明是法律文明的高级形态的表达。而文明我们不能理解为只是制度形态的东西。“文明”从词义上是与“野蛮”“蒙昧”相对的概念，所反映的是人类于征服自然的过程中在文化上取得的种种进步，这种进步不仅反映在物质形态、制度形态上，也反映在精神、思想形态上。

因此，当笔者在这里用“法治文明”这个概念来讨论问题时，是要主张法治文明实际是一个时代的命题。法治文明实现最为深刻的根据在于社会的经济发展及相关的政治、文化生活发展的内在要求。从历史上看，当人类还普遍处在自然经济或半自然经济条件下，由于自然经济的特征，以及相关的政治、文化因素的作用，不可能出现法治文明。就自然经济特征而言，这种生产是为了满足生产者个人或某些特定社会集团的需要，而不是为了交换，生产活动的封闭性、保守性，使得社会主体的活动以血缘为纽带展开，这时，以血缘、家族为基础的伦理规范的整合功能在社会生活中具有很重要的意义。与此相关的是政治生活的专制和独断，所谓的国家规范或法律，这时占主导的在很大程度上实际是家族伦理的放大，在古代的中国和世界其他国家的发展中我们都能看到这样的时代内容。人们对家长的尊重被神圣化为对皇帝或国王的崇拜，皇帝或国王是最大的家长。在文化上，血缘情感、伦理道德等成为一个国家通行的主体精神和社会规则。从理论上做一抽象，我们说那是人类还处于“自然文明”或“伦理文明”的时代。^①

而法治文明的时代则不同。市场经济或扩大了的商品经济与法治的联系，不是一种历史的偶合，而是具有内在的必然性的。就运行机制而言，市场经济是以市场作为资源配置的主导方式的经济，这种经济活动看上去只是人们经济生活的方式变化了，其实深入分析则是改变了人的生存方式，即人们的生产不只是为了满足生产者或某些特定社会集团，生产从一开始就具有交换性、等价性、平等性，开放、流通、竞争等经济活动的特

^① 李瑜青等著《论德治与法治》，上海人民出版社，2001，第320页。

点,这使一切自然人、法人与国家一样,都必须以独立的权利主体出现,在市场上求得生存和发展。这样,市场经济客观上需要一种表面上凌驾于社会之上的力量,赋予市场主体维护自身利益、保障自己追逐自身利益合法权益的社会力量。市场经济所需要的规则具有一定品格上的要求,只能由法治承担这个角色。人们的经济生活反映到政治及文化上,民主政治、社会正义、公正平等、保障人权等价值原则,就成为这个社会存在和发展的客观要求,并取代把血缘情感、伦理规则、血缘共存等观念绝对化的伦理时代。反映到治国模式上,就要求政治的理念、制度和权力的运行行为需要法律来加以确定、保护和制约,运用长效的法治机制防止野蛮政治,从而保障社会文明的发展。^①

我国在社会主义建设过程中,将“依法治国,建设社会主义法治国家”作为国家的一项根本方式和奋斗目标确定下来,是具有极为重要的里程碑意义的。传统中国缺乏法治的基础,法律是以皇权为中心,以“重刑轻民”为表征。这个历史起点,对社会主义新中国的法治建设有着极为深刻的影响,使得改革开放之前社会主义法律制度建设出现过多次挫折。究其原因,我们可以从政治、经济、文化等多方面分析,但笔者认为特别有必要指出的是,法的发展在当时受到自身的限制,这种限制使人们不能马上意识到法在社会生活中的重要作用。对法的作用的这种限制,当然与当时社会经济发展的特点密切相关。从经济上说,社会主义新中国由于工业化基础很薄弱,国家或政府不得不扮演直接的“经济组织者和管理者”的角色,通过直接的计划和行政指令最大限度地集中资源,并进行资源配置,以推进工业化进程。但在完成了社会主义改造,建立了社会主义公有制经济基础后,由于历史的惯性和受苏联模式的影响,形成了以指令性计划为主的经济体制。这种体制由于国家享有至高无上的权力和几乎无所不包的渗透力量,行政控制力量在社会生活中占据了主导地位,法只是作为行政的辅助力量而起作用,这使得法律虚无主义的文化传统在社会主义条件下又以新的特殊方式表现出来。造成了在社会主义建设中不少的悲剧性事件。因此,经过思想的解放运动和反思“文化大革命”的痛苦经历以及改革开放确定的现代化发展的历史主题后,促进了法的现代化转型。邓小平同志作为中国改革开放的总设计师十分重视社会主义法治建设,随着中国社会主义市场经济的建设和改革的深入发展,我国在20世纪90年代初

^① 李瑜青等著《论德治与法治》,上海人民出版社,2001,第320页。

郑重地将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为治国方略确定下来并写进宪法，这是中国社会历史进步的重要里程碑，说明中国社会在中国共产党人的领导下，在经历了历史反复，不断总结经验的基础上，遵循社会发展的客观要求，自觉地推进中国社会现代文明的发展。而党的十八届四中全会做出的决定，即《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，则把法治文明推向更全面发展的方向。

二 法治文明价值寻问的重心

在讨论了法治文明内涵后，有必要深入讨论法治文明价值寻问的重心问题，也就是要讨论支持法治文明的价值基础。一般来说，价值论与认识论或实践论所思考的角度有很大区别。认识论所要解决的是人们认识外部事物是何以可能的，人们认识外部事物的过程及其规律性等问题。实践论是说明人在改造自然（物质生产劳动）或狭义的社会交往或精神生产等活动过程的内容、结构及其与社会有机体互动中的规律等问题。而价值论则不一样，价值论要说明一定事物对人的意义、评价的方式及其实现等问题。^①

何谓价值和价值的基础，学者有不同看法。对“价值”一词内涵的不同理解是引发人们众多异议的根源。根据《辞海》所载，价值是“指凝结在商品中的、无差别的一般劳动”，“引申为意义、有用性”。显然，前者是经济学意义上的价值，后者则是泛指一般价值，法治文明的价值所指的正是一般价值。我国学界对价值具体含义的认识有不同的视角。一种是侧重于主体，着重从主体的地位和作用去认识价值，强调价值因主体而产生，是主体所赋予客体的，因而是一种主观性的东西。另一种是侧重于从客体角度认识价值，认为客体的属性和功能是产生价值的主要依据，也就是说客体之所以能满足主体的需要，是由于它具有一定的功能和属性。但大多数学者主张应将上述两种观点联系起来，着重从主客体之间的关系去理解价值，把价值当作一种关系的范畴，因为价值是从人们对待满足他们需要的外界物的关系中产生的，只有主体的需要或只有客体的功能都不能形成价值。因此，马克思说：“‘价值’这个普遍的概

① 见《简明社会科学词典》，上海辞书出版社，1982，第351页。

念是从人们对待满足他们需要的外界物的关系中产生的”。^① 它“表示物的对人有用或使人愉快等等的属性”，“实际上是表示物为人而存在”。^② 笔者也主张这个观点。

但价值还存在着一个评价问题。人们总要说明一定事物价值存在的根据所在，这是在做价值评价。所谓的“价值评价”是指价值在意识中的反映，是一定事物对主体需要的估计、测量和评判^③。价值评价是具有主观性的，它往往受到人的习惯、认识水平、外在影响、个人情绪等因素的作用。然而，我们不能由此认为价值不具有客观性。价值客观性的根据就在于，客体与主体需要之间的价值关系本身是实践关系，其结果是主观与客观的一致。

与价值评价相联系，人们在具体分析一定事物时，就涉及“价值基础”的概念。一个事物的存在，它不仅表现为它与其他事物的关系，而且也表现为对自身的关系。前者可以说是一个事物的外在价值，后者可以说是一个事物的内在价值。外在价值由内在价值所决定，内在价值通过外在价值表现出来。一个事物对其自身需要的内在价值关系，是一定事物存在并发展的最为重要的根据。本文中的“价值基础”的概念，就是在这个意义上提出的。当然，一个具体事物的内在价值不是抽象的，它总是与人相关，具有自身客观的社会性质。虽然人们评价时会有不同，但我们要把价值评价与科学认识相区别。价值评价是价值判断、情感体验和意志作用的综合反映，是以主体的需要为条件的一种思维形式。而科学认识则要以抽象思维的形式来反映客体的本质和规律，从而揭示一定事物自身的价值基础。科学认识是价值评价的重要前提。这样，就可以使我们对事物的价值认识建立在正确思维的基础上。

作为法治文明价值基础的寻问，我们要强调其历史性的表达，唯这种历史性的表达才可能反映这种价值基础寻问的深刻性。笔者在这里试图从思想发展史的角度对这个问题做出说明。笔者不赞成有学者认为的古代社会没有法治思想。其实，在古代中国法治发展史上，主张“良法之治”的观点、“以法限权”的观点等是典型的法治思想的表达。据考察，西方历史上法治思想源于古希腊的梭伦立法，但明确提出法治主张，并系统阐述法治理论的思想家是柏拉图、亚里士多德等。他们的理论中对“良法之

① 《马克思恩格斯全集》第19卷，人民出版社，1963，第406页。

② 《马克思恩格斯全集》第26卷，人民出版社，1974，第139、326、406页。

③ 参见李瑜青等《法理学》，上海大学出版社，2004，第276页。

治”“以法限权”等观点做了多方面的论证。古希腊的法治思想具有早熟的特征，到古罗马时期法学家所主张的法律统治，虽在设计上形成了自己的模式，但法治思想的重心没有改变。中世纪则是以神学法学的方式来表达古希腊亚里士多德等人的主张。而中国古代社会，也并非像有学者所认为的绝然不存在法治思维，只是这种法治思想是以雏形的形态表达的，通过如中国古代关于“天”“道”“理”永恒法的思想、“民本”至上的自然法思想、“祖训”至上的习惯法思想及以“礼”为代表的行为规范思想等，以“不成熟”的法治思想雏形的方式表达出对当时君权进行限制的观点。中国古代存在的这种法治思维雏形，也对当代中国法治思维的践行提供了重要的文化资源及深入思考的路径。

而人类进入近代社会之后，由于商品经济发展引起的观念上的变化及对封建的压抑人性的历史的深刻反思与批判，当时进步的启蒙思想家打出了“理性”、“民主”和“法治”的旗帜，并就何谓法治，何以需要法治，以及如何实行法治等问题进行了系统的理论阐释和论证，一些民主制度和法治制度在当时相对发达的国家中也迅速建立起以法律限制权力的管理模式等。有代表性的如洛克、孟德斯鸠、卢梭、杰斐逊等一批启蒙思想家，积极张扬法治的思想。英国的洛克举起自由主义的大旗，在法治上提出了分权和权力制约理论。法国的孟德斯鸠则在洛克分权理论的基础上明确提出三权分立的理论构想。卢梭则强调国家构成的基本要素不是官员而是法律，以法律来监督统治者、官员的执政，以法律来界定其权能和职能。法律面前人人平等是法治的基本要求。美国思想家杰斐逊则明确，法治的前提是法律本身必须体现人民意志，立法权属于全体人民。上述启蒙思想家继承了古代法治思想的积极内容，并且使这种法治思想转化为治理国家的实践探索。而中国近现代史中所张扬的法治内容可以说与西方具有相通性。

历史进入当代之后情况更显复杂。就西方社会而言，由于经济危机的频繁爆发，垄断在很多领域代替了自由竞争。政治方面，阶级矛盾加剧，政治斗争与民权运动此起彼伏。在这种背景下，西方思想家的法治理论更加关注于具体、微观的问题，法治理论出现了重要转向，首先，突出的表现为法学家们开始从不同路向、多角度探究法治，呈现大致三种意义上对法治的理解。其一，法律意义上的法治（形式法治）。这是职业法学家对法治的认识，他们一般愿意就法治论法治，或者把法治问题限定在法律领域内讨论和研究。他们普遍关注法律的形式化，普遍从实证意义上探讨法