

# 法治的道德之维

FAZHI DE DAODE ZHI WEI ■ 陈凤芝 著



中央民族大学出版社  
PRESS OF THE CENTRAL UNIVERSITY FOR NATIONALITIES

# 法治的道德之维

陈金生 著 中国政法大学出版社 2004 年 12 月 第 1 版 第 1 次印刷



中国政法大学出版社

图字0113·01(91)第111号

北京市图书馆、上海图书馆、国家图书馆、中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第1113号

2008年11月第1次印刷

ISBN 978-7-81108-412-5

# 法治的道德之维

——当代中国法治的人学分析

陈凤芝著

陈凤芝 著

陈凤芝 著

王 宁 著

北京市图书馆、上海图书馆、国家图书馆、中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第1113号

2008年11月第1次印刷

ISBN 978-7-81108-412-5

陈凤芝著 (ISBN 978-7-81108-412-5)

(ISBN 978-7-81108-412-5)

陈凤芝著 (ISBN 978-7-81108-412-5)

陈凤芝著 (ISBN 978-7-81108-412-5)

880×1230(毫米) 1/32 印张:8.25

310千字

1000册

2008年6月第1版 2008年6月第1次印刷

ISBN 978-7-81108-412-5

中央民族大学出版社

北京印刷厂

## 图书在版编目(CIP)数据

法治的道德之维/陈凤芝著. —北京:中央民族大学出版社,2008.6

ISBN 978 - 7 - 81108 - 412 - 2

I. 法… II. 陈… III. 社会主义法制—关系—道德—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 032946 号

## 法治的道德之维

---

作 者 陈凤芝

责任编辑 宁 玉

封面设计 布拉格工作室

出 版 者 中央民族大学出版社

北京市海淀区中关村南大街 27 号 邮编:100081

电话:68472815(发行部) 传真:68932751(发行部)

68932218(总编室)

68932447(办公室)

发 行 者 全国各地新华书店

印 刷 者 北京华正印刷有限公司

开 本 880 × 1230(毫米) 1/32 印张:8.375

字 数 210 千字

印 数 1000 册

版 次 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 81108 - 412 - 2

定 价 25.00 元

---

版权所有 翻印必究

## 中文摘要

当今中国，无论在理论领域还是在实践领域，法治问题都已成为一个重要课题。本书从马克思主义人学的角度对法治与道德的关系进行了理论与实践解析，并倡导一种推动当代中国法治发展的新道德。除导论外，本书共分四章。

导论简要说明了法治研究在中国的兴起、法治研究的现状及其存在的问题以及法学研究的人学角度等问题。

第一章 人学视野中的法治问题分析当代中国法治建设的困境、法治与道德的合法性根基等问题，并对“法治的道德之维”做了界定。

第二章、第三章 法治的道德之维的人学解析分别从人性角度、价值角度、制度角度、个人与社会关系角度、自由与责任关系角度、权利与义务关系角度对法治的道德之维进行了人学解析，认为法治是一种人化的道德需要，法治秩序需要建构理性和经验理性共同来完善。法治是秩序与正义的统一，法治是形式法治与实质法治的统一。法治是一种制度的道德，法治需要制度来保证。法治是个人权利与社会利益的统一，是个人自由与社会秩序的统一，是个人自由与个人责任的统一，是个人权利与个人义务的统一。

第四章 法治的道德之维的实践解析分析了法律与道德这个影响中国法治进程的难解之题的表现、根源，并尝试提出了三条解决途径，以推动当代中国的法治发展，还对当代中国法治进程中的一些典型案例进行了分析。

## Abstract

In modern China, whether in theoretical sphere or in practical sphere, the problem "rule of law" has been the important subject. This dissertation, considering rule of law from the perspective of Marxist Homonology, analyzes the relation between rule of law and morality in theory and in practice and provides a kind of new morality which may be promote the construction of rule of law in modern China. Besides introduction, the thesis includes four chapters.

In the introduction, the author explains briefly the questions such as the rising of rule of law in China, the existing situation and the problems lying in rule of law, and the study of legal science from the perspective of Homonology.

In chapter one, which title is *the problem of rule of law in the field of vision of Homonology* the author analyzes the questions such as the predicament in the construction of rule of law in modern China and the legality foundations of rule of law and morality, and gives the meaning of "rule of law on morality".

In chapter two and chapter three, *analyzing "rule of law on morality" in theory from the perspective of Homonology*, from the perspective of Homonology, the author analyzes "rule of law on morality" in theory from several angles such as human nature, value, system, the relation between individual and society, the relation between liberty and liability, the relation between right and duty, and so on.

The author thinks that rule of law is a kind of human morality and the order of rule of law is achieved by both establish rationality and empirical rationality. Rule of law is not only a unity of order and justice but also a unity of formal nomocracy and essential nomocracy. Rule of law is a kind of systematic morality and it must be achieved by system. Rule of law is a unity of individual right and social interest, a unity of individual liberty and social order, a unity of individual liberty and individual liability, and a unity of individual right and individual duty.

In chapter four, *analyzing "rule of law on morality" in practice from the perspective of Homonology*, the author not only analyzes the expression and the origin of the difficult problem which lies in the construction of rule of law in China, law and morality, but also attempts to provide three ways to solve the problem to promote the development of rule of law in modern China. At last, the author analyzes some typical cases during the development of rule of law in modern China.

# 目 录

|                    |      |
|--------------------|------|
| 导论                 | (1)  |
| 一、法治研究在中国的兴起       | (2)  |
| (一) 法治研究兴起的历史背景    | (3)  |
| (二) 反思与建构          | (5)  |
| (三) 建构中国特色的法治之路的意义 | (8)  |
| 二、法治研究的现状及其存在的问题   | (9)  |
| (一) 西方法治研究的现状及其问题  | (10) |
| (二) 中国法治研究的现状及其问题  | (12) |
| 三、法学研究的人学角度        | (16) |
| (一) 法学研究的人学角度的重要意义 | (16) |
| (二) 当代中国法治的人学分析    | (21) |
| 第一章 人学视野中的法治问题     | (28) |
| 一、当代中国法治建设的困境      | (29) |
| (一) 困境的表现          | (29) |
| (二) 困境的原因及解决途径     | (35) |
| 二、法治合法性的道德根基       | (41) |
| (一) 法治的合法性根基       | (42) |
| (二) 道德的合法性根基       | (45) |
| (三) 当代中国法治的合法性认同   | (48) |
| 三、法治的道德之维的人学分析     | (49) |
| (一) 人、道德、法治含义的界定   | (49) |
| (二) 人、道德、法治三者的互动   | (62) |



|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| (三) 法治的道德之维含义的界定 .....            | (66)  |
| <b>第二章 法治的道德之维的人学解析 (一)</b> ..... | (69)  |
| 一、人性分析 .....                      | (69)  |
| (一) 法治的人性论根源 .....                | (70)  |
| (二) 法治是一种人化的道德需要和制度安排 .....       | (76)  |
| (三) 法治秩序需要建构理性和经验理性共同来完善 .....    | (80)  |
| 二、价值分析 .....                      | (86)  |
| (一) 法治是秩序与正义的统一体 .....            | (88)  |
| (二) 法治是形式法治与实质法治的统一体 .....        | (98)  |
| 三、制度分析 .....                      | (105) |
| (一) 法治是一种制度的道德 .....              | (105) |
| (二) 法治需要制度来保障 .....               | (110) |
| <b>第三章 法治的道德之维的人学解析 (二)</b> ..... | (115) |
| 一、个人与社会关系分析 .....                 | (115) |
| (一) 个人与社会的辩证关系 .....              | (116) |
| (二) 法治是个人权利与社会利益的统一 .....         | (118) |
| (三) 法治是个人自由与社会秩序的统一 .....         | (122) |
| 二、自由与责任关系分析 .....                 | (127) |
| (一) 自由与责任的辩证关系 .....              | (127) |
| (二) 法治是个人自由与个人责任的统一 .....         | (134) |
| 三、权利与义务关系分析 .....                 | (136) |
| (一) 权利与义务的辩证关系 .....              | (137) |
| (二) 法治是个人权利与个人义务的统一 .....         | (144) |
| <b>第四章 法治的道德之维的实践解析</b> .....     | (148) |
| 一、当代中国法律与道德的难题 .....              | (149) |
| (一) 法律与道德的关系 .....                | (150) |
| (二) 当代中国法律与道德难题的表现 .....          | (163) |

---

|                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| (三) 当代中国法律与道德难题的根源 .....         | (170) |
| 二、寻求解决当代中国法律与道德难题的途径 .....       | (175) |
| (一) 弘扬法治精神, 建构中国特色的法治文化 .....    | (176) |
| (二) 建构推动中国特色的法治文化发展的新道德<br>..... | (184) |
| (三) 加强社会成员的道德责任感 .....           | (193) |
| 三、当代中国法治进程中的一些典型案例及启示 .....      | (200) |
| (一) 齐玉苓案及其启示 .....               | (201) |
| (二) 孙志刚案及其启示 .....               | (205) |
| (三) “二奶”继承案及其启示 .....            | (217) |
| (四) 延安黄碟案及其启示 .....              | (223) |
| (五) 余祥林案及其启示 .....               | (232) |
| (六) 刘涌案及其启示 .....                | (236) |
| (七) 肖志军案及其启示 .....               | (243) |
| 主要参考文献 .....                     | (249) |
| 后记 .....                         | (259) |

## 导论

法治，早在一百多年前就是多少中国仁人志士努力追求的梦想。1949年中华人民共和国成立以后，中国曾经向前苏联学习过法治的经验，后来又逐渐放弃了，我们要走自己的路，却出现了“文化大革命”全面否定法治的失误。1978年改革开放以来，中国为了发展社会主义民主，使民主制度化、法律化，做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究，健全和加强了社会主义法治。1997年党的十五大提出了依法治国的基本方略和建设社会主义法治国家的重要任务，1999年依法治国又通过宪法修正案载入中国宪法，具有了最高的法律效力和宪法地位，中国法治进入了一个新的发展阶段。2002年党的十六大对此做了进一步阐述，并明确把“社会主义法制更加完备，依法治国基本方略得到全面落实”作为全面建设小康社会的重要目标之一。2007年党的十七大又对依法治国做了重要战略部署，提出“全面落实依法治国基本方略，加快建设社会主义法治国家”的重要历史任务。可以说，中国在法治道路上迈出了坚实的步伐，取得了一个又一个新进展。一个适应社会主义市场经济体制的法律体系正在发育成熟；一个转变政府职能、严格依法行政的变革正在加速推进；一场围绕“公正与效率”的司法制度改革正在不断深化；一个呼唤法治、崇尚法治的社会氛围正在逐步形成。但我们还应当清醒地认识到，真正适合中国发展的现代法治仍然没有建立与完善起来。究其原因何在？建设社会主义法治国家，是一项伟大而又复杂的系统工程，它同物质文明建设、精神文明建设和民主

政治建设以及和谐社会的建设同步进行，并相互影响，相互制约，相辅相成。其中，法律与道德，这个中国法治进程中的特殊难题一直是羁绊现代法治在中国生根、发芽、成长与壮大的重要因素之一。因此，为了构筑法治的宏伟大厦，我们面临的任务是非常艰巨的。在确定法治作为一个理想目标的同时，我们必须同时建设法治实现的环境和基础。在一个短暂的时间里努力实现在西方国家经过几百年的进程所达到的目标，是一个非同寻常的历史使命。尤其在 globalization 日益发展的今天，中国，这个最大的发展中国家，要在 globalization 的进程中扮演更为重要的角色，取得更大的话语权，实现中华民族的伟大复兴，对世界的和平与发展作出更大的贡献，就必须加快法治建设的进程，尽早使现代法治在中国生根、发芽、成长与壮大。中国到底应该走一条怎样的法治之路？这不但引起了党和政府的关注，也引起了学界的关注。

## 一、法治研究在中国的兴起

法治与民主一样，已成为现代社会文明与进步的基本标志，已成为一种全球公认的理想治国方略。中国社会发展的战略目标之一是由人治逐步变为法治，在经济基础和上层建筑各个领域实行依法治国，建设社会主义法治国家。这正是包含法学家在内的广大法律工作者的最高理想和终极关怀，这样一个极具理论意义和实践意义的问题，成为法学界探讨最广泛、最深入的研究课题。中国对这一问题在 20 世纪 80 年代初得到进一步的关注，并随着社会主义民主法制建设和依法治国的推进而不断深入。1997 年 9 月中共十五大明确提出依法治国、建设社会主义法治国家的战略目标后，这一问题更成为法学界的研究焦点与中心话题。

### (一) 法治研究兴起的历史背景

理论研究来源于实践的需求,法治研究在中国的兴起同样也来源于中国社会实践的需求。一个国家采取什么样的治国方略,关系着国家的前途和命运。顺应历史潮流、符合社会发展规律的治国方略,能推进经济的持续发展和社会的文明进步,保障国家的长治久安。违背历史潮流、违背社会发展规律的治国方略,会把国家引入歧途,陷入经济停滞和社会动荡之中。在中国,确立一个正确的治国方略,不仅对建设有中国特色的社会主义事业有着特殊重要的作用,而且对社会主义事业的长远发展有着深远的影响。中国这样一个拥有五千年文明历史的国度里,法治的传统少,人治的遗产多。无论是中国人最崇仰的古代圣哲孔子,还是法家的集大成者韩非,都是典型的人治主义者;无论是贯穿整个中国传统政治法律文化的儒家学说,还是秦时用的法家思想,汉时用的道家思想,都是典型的人治主义。虽然近百年来有一些仁人志士曾经为法治这个梦想奋斗过,但西方的法治仍然未能在中国大地上开花、结果。建国以后至1966年间,在中国共产党的领导下,中国选择了社会主义法制,它在指导中国社会主义建设、维护社会稳定方面起到了一定的积极作用。不幸的是,十年浩劫,中国人民的法治建设严重受挫,残酷的历史现实使中国人民再次警醒,法治才是真正的治国之路。从20世纪70年代末到80年代初,国际国内发生的一些重大历史事件,引发了全党和法学界的种种思考,这对依法治国基本方略的形成起到了巨大的催生作用,也对法治研究的兴起起到了关键的推动作用。第一个引起全党和法学界思考的问题是:如何防止和避免类似“文化大

革命”这样的悲剧重演?<sup>①</sup>在谈到这个问题时邓小平同志明确地回答:“这要从制度方面解决问题。”“我们这个国家有几千年封建社会的历史,缺乏社会主义的民主和社会主义的法制。现在我们要认真建立社会主义民主制度和社会主义法制。只有这样,才能解决问题。”“制度不好可以使好人无法充分做好事,甚至会走向反面,即使像毛泽东这样伟大的人物,也受到一些不好的制度的严重影响,以致对党对国家对他个人都造成了很大的不幸。”“必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”第二个引起全党和法学界思考的问题是:如何使社会主义市场经济体制的建立,更好地为解放和发展生产力服务?社会主义市场经济体制的建立,无论在理论上还是在实践上都是一个巨大的创新。市场经济是法治经济,社会主义市场经济同样也应该是法治经济。江泽民同志说:“社会主义经济体制的建立和完善,必须要有法律作保障。法治是市场经济运行的依托。没有健全的社会主义法制,就没有社会主义市场经济的健康发展。经济的发展离不开法制,只有法制完备,社会和经济秩序井然,才能使经济发展快、效益好,在激烈的国际竞争中站得住脚。”第三个引起全党和法学界思考的问题是:在改革开放和市场经济条件下,如何解决拒腐防变这个历史性课题?改革开放带来社会进步的同时滋生腐败的可能性也增加了,对于反腐败,中央一再强调:“反对腐败是关系党和国家生死存亡的严重政治斗争。我们党是任何敌人都压不倒、摧不垮的。堡垒最容易从内部攻破,绝不能自己毁掉自己。如果腐败得不到有效惩治,党就会丧失人民群众的信任和支持。”“反腐败还是要靠法制,搞法制靠得住些”“要依靠发展

---

<sup>①</sup> 参见余孟孝:《高举法治的旗帜——纪念确立依法治国基本方略五周年》,载《法制日报》2002年10月31日。

民主、健全法制来预防和治理腐败现象。这是我们的一贯要求，也是最可靠的措施。反腐倡廉工作要逐步实现制度化、法制化。”1978年党的十一届三中全会提出了改革开放的政策，中国思想界掀起了真理标准的大讨论。在这种思想解放的热浪中，法治问题的研究开始了。最初人们围绕法治与人治问题展开了激烈的讨论，充分肯定了法治的必要性，否定了“人治”，否定了“法治与人治相结合”的“共治论”，澄清了“法治会削弱‘党的领导’”、“法治会影响‘人的因素’、‘人的作用’的发挥”、“法治会影响其他手段的采用”等种种误解，使人们对法治的认识有了新的飞跃。20世纪80年代中期，在我国法学界又兴起了一场以“依法治国，建立社会主义法制国家”为命题的大讨论，对实行依法治国的基本条件、基本目标和建设社会主义法治国家的基本构想进行了认真的探索。随着社会主义民主法制建设和依法治国的推进，法学界对法治这个问题的研究与讨论不断深入。直至今日，法治问题仍然是法学界讨论的热点问题之一。全球化日益发展的今天，如何建构起中国特色的社会主义法治显得更加重要。因此，我们有理由相信，法治问题将在很长的一段时间内受到法学界与社会各界的关注。与此同时，学术界对法治问题的研究会更深入，成果也将更显著。

## （二）反思与建构

从古代商鞅到近代中国的改革家们，他们的法治改革几乎都是以失败而告终。近百年以来，尽管无数仁人志士为中国的民主、繁荣和法治呕心沥血，有的甚至献出了鲜血和生命，但是，建设一个法治国家的理想从来没有实现过。反思中国百年法治之路，最终归于失败，原因何在？有学者认为，法治发展在我国是：有制度移植，少社会根据；有机械模仿，无整体共进；有先

锋引导，少民众基础；有羨鱼织网，无迎头赶上<sup>①</sup>。这种分析可谓一语道破。中国现代法治之路建构面临着特殊的背景：一方面，现代法治在中国没有真正形成，我们既要建构现代法治的理念，又要建构现代法治的现实；另一方面，在还没有真正实现现代法治的中国，现代法治的问题却凸显出来，这些问题既有全球性的问题，又有中国自身的问题。建构真正意义上的中国现代法治要求我们进一步反思：中国应该建构一条怎样的法治之路？这条法治之路具体应该怎样操作？怎样处理建立现代法治与现代化建设中其他问题之间产生的各种矛盾？怎样看待西方后现代法学家在法治问题上的观点？当然，科学的反思方法尤为重要。首先，要明确反思的目的。究竟要不要建立现代法治？后现代法学家严厉批判了现代法治的种种弊端，这对正在进行现代法治建设的中国提出了挑战，中国究竟应不应该追求现代法治？其次，我们应该把西方现代法治出现的问题放到西方社会历史文化大背景中去分析，找到哪些问题是西方所独有的，哪些是普遍性的。再次，我们应该对我国的历史与现实考察的基础上，参照西方现代法治所出现的普遍性问题进行研究并解决我国的相关法治问题，使我国的法治建设日趋完善，以逐步真正实现它的终极关怀。众所周知，中国文明虽然有着五千年悠久灿烂的历史文化，并且存在法家的主张和制度设计，律令制的历史也很悠久并对亚洲周边国家产生了深远的影响，但这样的法律秩序有很多重要缺陷，不能适应产业经济体制的需要。更重要的是，作为中国意识形态主流的儒家价值观是以最小限度采用法律手段为特征的，这妨碍了制度知识以及法庭技术的发达。因此，中国文明在法治问题上，最缺乏法治资源。我们应该清醒地认识到，在这方面中国没有多少可以骄傲的资本，吸取西方现代法治的精华来推动法制改革是

<sup>①</sup> 参见卓泽渊：《法治泛论》，法律出版社，2001年，第23页。



一项长期的历史任务。尽管如此，西方现代法治资源对我们而言，只能是参照。因为，一国在推行法治的过程中，把世界上其他国家的各种既成法治模式作为参照，只要抱定法治的精神、原则、宗旨和目的不变，使其具体落实的规范、制度、组织、机构与设施，无论是从作为参照的法治模式中引进或借鉴，还是自行创制，都不过是细枝末节。他国法治模式在任何情况下都必然是“参照”，一国推行法治的策略与方案在任何情况下也都必然自成一“模式”。我们应把西方法治中精华的、普遍的因素与我国的本土资源有机结合起来建构中国特色的法治之路。中国特色的法治之路到底是一条什么样的道路呢？中国特色的法治之路应该具备以下几个特征<sup>①</sup>：1. 以社会主义初级阶段的基本国情为出发点。中国的法治应是世界法治文化精髓与中国国情的结合，尤其是与中国传统文化的结合。2. 以市场经济为基础。中国的法治必须尽快适应市场经济体制的需要，培育新的法治观念，建构和完善市场经济基础之上的法治原则、法律体系、分类制度和法治机制，使法治的各个方面都能适应市场经济平等自由、正义公平、诚实信用、依法办事的要求，实现依法治国与建立市场经济体制的互动发展。3. 以民主政治为依托。民主政治是法治的前提和保障，没有人民当家做主的民主政治，就不可能真正实现依法治国。中国的法治必须以民主政治为依托，实现民主政治的法治化和法治的民主化，使民主与法治更好地融合起来。4. 以充分实现人权、建设法治国家为目标。在国际上，保障人权和实行法治已成为国家社会共同关注的人类文明进步的标志。中国的法治必须顺应国际人权法治发展的进步潮流，以尊重和保障人权为价值取向，通过改革和完善各方面体制，依法治国，努力把中国

<sup>①</sup> 参见李林：《推进法制改革，建设法治国家——1978年以来中国法治发展的回顾与展望》，载夏勇等主编《法治与21世纪》，社会科学文献出版社，2004年。