

道德

崔永东 著

与中西法治

人民出版社

责任编辑:冀 良

装帧设计:徐 晖

版式设计:朱启环

图书在版编目(CIP)数据

道德与中西法制/崔永东著. -北京:人民出版社,2002.9

ISBN 7-01-003730-2

I. 道… II. 崔… III. 道德-关系-法制-研究

IV. B82-051

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 061828 号

道德与中西法制

DAODE YU ZHONGXIFAZHI

崔永东 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新华出版社印刷厂印刷 新华书店经销

2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月北京第 1 次印刷

开本:850 毫米×1168 毫米 1/32 印张:10

字数:215 千 印数:0,001-3,000 册

ISBN 7-01-003730-2 定价:20.00 元

目 录

导 论 法治如何面对道德?	(1)
第一章 立法:道德的法律化	(9)
第一节 道德与法律的关系	(9)
第二节 中西思想家论道德与法律评析	(12)
一、中国思想家论道德与法律评析	(12)
二、西方思想家论道德与法律评析	(19)
第三节 中西立法实践:道德转化为法律	(54)
一、中国:道德转化为法律的立法实践	(54)
二、西方:道德转化为法律的立法实践	(66)
第二章 治国方略:“德治”与“法治”的人性基础 及道德意义	(76)
第一节 “德治”的人性基础及道德意义	(76)
第二节 “法治”的人性基础及道德意义	(118)
第三节 中国思想家论治国方略述评	(148)
第三章 道德与中国现代法治	(228)
第一节 道德与宪法	(228)
第二节 道德与行政法	(239)
第三节 道德与刑法	(259)

第四节 道德与民法	(278)
第五节 道德与诉讼法	(304)
第六节 道德与经济法	(308)
结 语 法律与道德的两难	(313)

导 论

法治如何面对道德？

德与法之间的关系问题，是古今中外许多思想家、法学家颇感兴趣的问题。需要说明的是，本书是从两个层面上来探讨德与法之间关系的，一个层面是道德教育与法制建设之间的关系问题，这是一个治国方略的问题；另一个层面是道德原则与法律规范之间的关系问题，这是一个道德法律化的问题。

在中国法律思想史上，儒家是用“德主刑辅”一语来表述其在德法关系问题上的主张的。这里的“刑”指刑法而言，古代中国的法主要是刑法。“德主刑辅”有两层含义：一是指在治国方略上，应以德教为主，以刑法为辅；一是指刑法应体现儒家的道德原则，使刑法成为维护儒家道德的工具。关于第一个方面，有孔子之言为证：“道（同“导”——引者）之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”（《论语·为政》）这是一种德教优先主义的主张，认为通过道德教化而培养民众的道德品质，就会使其自觉服从社会秩序。此种观点被汉代的董仲舒继承，他提出的“刑者德之辅”及“大德小刑”等观点正是对孔子德刑观的发扬。自此以后，德教优先、刑法辅助成为历代封建王朝最基本的治国方略。关于第二个方面，荀子主张礼为“法之枢要”，也就是说把儒家道德原则作为法律的指导原则。他又讲

“非礼无法”，即谓不合乎儒家道德原则的法律也就不是真正的法律。这种观点对后来封建法典的制定有很深的影响，如《唐律》即“一准乎礼”，故成为封建王朝立法的典范。与儒家相反，法家却主张“不务德而务法”，即在治国方略上，强调法治，否定德教，这是一种法律至上主义的观点。另外，法家也否定法律的道德性，主张立法应“不道仁义”即不以仁义为指导原则，甚至称“法虽不善，犹善于无法”，这种“恶法亦法”的见解剔除了法律的价值根据。可见，在德与法的关系问题上，儒家与法家针锋相对。

我们再看西方。在治国方略上，西方思想家一般不像中国思想家那样强调道德教育的作用，而是把法治作为治国的基本手段。这是因为，西方有着悠久的法治传统，故其治国理论中往往有法律至上主义的倾向，尤其是在近代，这种倾向更为明显。但是，他们并不否定法律的道德性，而是主张只有合乎道德的法律才是真正的法律，这从西方源远流长的“自然法”传统中可以找到印证。什么是自然法呢？西方法学家认为，自然法就是普遍的道德原则，如霍布斯(Thomas Hobbes, 1588—1679)即称自然法为道德法，把研究自然法的学问称为真正的道德哲学。那么，自然法所体现的道德内容是什么呢？概而言之如下：正义、自由、平等、博爱、和平、互助、宽恕、守信等等。关于自然法与实在法(指国家制定的法律)之间的关系，西方自然法学派认为，自然法高于实在法，是实在法的基础，实在法必须合乎自然法才是真正的法律。当然，实在法很难完全合乎自然法，但立法者应不断朝这一目标努力。可见，自然法学派的上述理论正是强调了法律(实在法)的道德性，他们把普遍的道德原则作为法律的价值根据和应然取向，这与儒家的礼法合一观有某种相似之处。

现代自然法学派的代表人物、美国著名法学家富勒(Lon L. Fuller, 1902—1978)在其名著《法律的道德性》一书中专门就法律与道德的关系进行了探讨。他首先把道德区分为“愿望的道德”和“义务的道德”,认为前者是人们对至善的追求,若某人在追求愿望的道德方面取得了进步,则会受到人们的赞赏,若不去追求愿望的道德也不会受到人们的谴责;而义务的道德是对人类过有秩序的社会生活的基本要求,故人们遵守了它也不会受到赞赏,但违反了它则会受到谴责和惩罚。愿望的道德是用“你应该如此”这样的句式来表达的,而义务的道德则是用“你不应该如此”这样的句式来表达的。由于愿望的道德代表的是一种理想,所以它不是一种现实的行为规范,而义务的道德则要求人人必须遵循践行。照富勒的说法,义务的道德可以直接转化为法律,而愿望的道德则不能,但能对法律产生间接的影响。富勒还指出,法律本身还存在着内在道德和外在道德,法律的外在道德属于实体自然法(法律的实体目的),法律的内在道德属于程序自然法(法律的解释和执行方式等)。具体而言,法律的内在道德包括八项基本要求:1. 法律的普遍性;2. 法律的明确性;3. 法律的稳定性;4. 法律应予公布;5. 法律应适用于将来而不是溯及既往;6. 应消除法律的自相矛盾;7. 法律不应规定人们做不到的事情;8. 官方行为应与法律的规定一致。富勒认为,恶法是违背法律的内在道德的,如希特勒曾多次制定溯及既往的法律,以达到灭绝犹太人的邪恶目的。制定具有邪恶目的的法律,本身就是对人的价值的轻蔑,而尊重人的价值又是为法律的内在道德所蕴涵的,所以说恶法不仅违背了法律的内在道德,而且违背了人类普遍的道德原则。富勒的上述观点是强调了法律与道德

的密切联系,肯定了法律的道德取向。确实,一个时代的法律总是体现那个时代的道德精神,而好的法律必然合乎人类普遍的道德原则。

法律的道德取向问题,实际上也就是一个道德的法律化问题。道德的法律化是人类法律生活中的一个普遍现象,不但历史上如此,现实中也是如此。中国法律史上的“纳礼入律”现象,就是指在立法上把道德原则、道德规范转化为法律原则、法律规范,纳礼入律的结果是三纲五常成为法律的指导原则,而“孝”、“忠”等道德规范则成为基本的法律规范。西方法律史上也同样存在道德的法律化现象,如有关诚实信用原则的法律化就很能说明问题。1863年的《撒克逊民法典》第858条规定:契约之履行,除依特约、法规外,应遵守诚实信用,依诚实人之所为者为之。19世纪后期制定的《德国民法典》中的第242条规定:债务人须依诚实与信用,并照顾交易惯例,履行其给付。《瑞士民法典》第2条规定:无论何人行使权利义务,均应依诚实信用为之。《美国统一商法典》第203条规定:“凡本法范围之内之任何合同或义务均要求(当事人)必须以诚信履行或执行之。”该法典的《正式评论》解释说:“本条确立了一个贯穿全法典的基本原则,即在商业交易中,要求所有的协议或义务以诚信履行或执行之。”可见,在西方民法典或商法典中,作为道德原则的诚实信用被转化为最高的法律原则,故学者称其为“帝王条款”。

我国现代法制建设中也贯彻了道德的法律化取向。如《民法通则》就把诚实信用作为基本的法律原则之一。另外,大量的道德规范被转化为民事法律规范。如《民法通则》第83条规定:“不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、

公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。”显然,这是把团结互助的道德规范法律化了。第79条规定:“拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物,应当归还失主,因此而支出的或约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”这是有关无因管理的规定,它把互帮互助、互利互惠的道德规范法律化了。第58条规定如下民事行为无效,即“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的”,“以合法形式掩盖非法目的”等等,可以说是对诚实守信道德的维护。

道德的法律化不仅有利于法治文明的进步,也有利于道德文明的发展。道德的特点是自律,它诉诸人的内心自觉;法律的特点是他律,它诉诸国家权力的强制。也可以这样说,道德是一种内在约束机制,而法律是一种外在约束机制。为什么说法律能促进道德的进步呢?这是因为,合乎善德的法律通过一种外在约束机制督促人们不得不按法律的要求去做,而长此以往,就会在不知不觉中养成一种守法的习惯,有了这样的习惯也就具备了基本的道德素养,因其恪守的法律中本身就蕴涵着许多道德的原则和规范,故在此意义上守法即意味着守德。当然,法律与道德也不是没有区别,实际上,法律所规定的道德是一种最基本的道德,它是对一个公民最起码的要求,而道德的层面却有高低之分,低层次的道德是能为一般公众所践行的道德,可称其为基本道德或普通道德(底线道德),而高层次的道德则代表一种道德的理想,只有少数人物能实现它。显然,理想的道德是不宜法律化的,否则就是强人所难,因为一般人难以做到。如果一个

人能够成为具有基本道德素质的人,那么站在“善法”的立场上看,他也就是一个合格的公民了。若公众都是或大多数是合格的公民,则社会上必然会形成一种良好的道德风尚。

这里应该指出,中国传统的道德教育只注意培养“圣人”,而非培养公民,圣人是一种理想人格,代表的是一种理想道德,为一般人所难以企及,难以企及却又让人强求,只能带来两种副作用:一是人们做不成圣人便伪装,把自己装扮成道德高尚的人;二是某些人觉得做圣人根本不可能,便自甘堕落做小人,在德业上不思进取。前者造成道德上的虚伪,后者带来道德上的堕落。这确实值得我们认真反思。西方法治国的实践证明,它们的法律教育是比较成功的。其成功原因有二:一是法律教育的目的是让大家守法,做一个合格的“公民”,而不是让大家好高骛远追求一种可望而不可即的理想人格;二是借助于法律的强力机制来推行一种平易切实而又是人类所必需的道德规范,使大家在学法、守法的同时也提升了道德素养。当守法变成公众的习惯的时候,一种良好的道德风尚也就在社会上自然出现了。从扭转社会风气的角度看,“公民”教育的效果较胜于“圣人”教育,其主因即在于做一个合格公民平实易行,而做一个圣人则较难。当然,“公民”教育亦非没有更高层次的道德追求,但那是在做成了合格“公民”之后。做成了合格的“公民”,意味着具备了基本的道德素质,然后自可有更高的道德追求,但不能越过这一层次去追求什么“圣人”式的道德。中国传统道德教育的缺陷正在于此。这正是我们今天从事道德教育时应该避免的。

在一个有着深厚的德教至上主义传统的国度里,一遇社会风气不正、吏治腐败等问题时,人们便自然会诉诸道德教化的法

宝,把它作为医治社会弊病的灵丹妙药,这几乎成了中国人的群体意识。德教至上主义把德教当成治国的根本方略,认为通过德教自可使民众注重内在的心性修养,不断提升自己的道德境界,并进而成为“君子”(或“圣人”),这样,国家即可成为“君子国”,天下自然也就太平了。可见,德教至上主义强调的心性修养是一种内在约束机制,而事实反复证明这种内在约束机制并不总是靠得住的,因为人性的弱点总是趁人的意志稍稍薄弱之时冲破这种内在约束,此时若无外在约束,则其行为必会损害社会秩序。尤其是掌握权力的统治者,若其欠缺内在约束,而外在约束又没有或相对薄弱,那么就会给社会带来灾难。传统的德教至上主义过于强化了内在约束机制,而弱化了外在约束机制。今天,我们要建立一种良性的社会秩序,就应该在注意内在约束机制(即道德修养)建构的同时,也必须关注外在约束机制(即法律和制度)的建构。道德与法律并举、自律与他律并重的约束机制是一种优良的社会秩序的保障。

第 一 章

立法：道德的法律化

第一节 道德与法律的关系

道德与法律，这两个概念的含义既有明显的区别，又有密切的联系。就其相同的一面说，它们均是指约束人的行为的规则体系；就其不同的一面说，道德诉诸人的内心自觉，而法律则诉诸国家的强制。在人类的早期社会里，道德与法律是混而不分的。中国西周时期的“礼”，用今天标准看虽多属道德规范，但在当时却是有法律效力的，因为它是以刑法为后盾的，违礼的行为均要受到刑法的制裁（当然程度不等），所谓“出礼入刑”即指此而言。自春秋战国开始，“礼”的法律效力逐渐消退，变成了仅靠人的信念和自觉来维系的道德规范体系。所谓“礼者禁于将然之前，刑者禁于已然之后”，是说通过道德教育来提高人们的道德自律能力，从而防止犯罪，而刑法则是对犯罪者的事后惩戒。此处所说的“礼”就是一种纯粹的道德规范。

关于道德与法律的关系，目前法理学界有较多的探讨。张文显教授主编的《法理学》一书说：

道德与法律之间存在着相互渗透的关系。道德现象具

有丰富的法律意义。这主要集中体现在两个方面:其一,某些道德规范往往具有法律效力,这表明了道德的法律性。在社会上占统治地位的道德,乃是统治阶级意识形态的重要组成部分,是维护一定社会统治的价值观念基础。统治阶级总是力图通过法律的形式,把本阶级的道德准则上升为法律,使之成为全社会共同遵循的行为准则。在社会主义社会,法律创制的一项重要任务,就是对社会主义建设的一些重要原则予以确认,使道德建设的主要内容用法律规范的形式固定下来,使道德义务转化为法律义务,这就使道德建设的基本内容具有国家强制性的特征,从而有助于道德建设氛围在全社会范围内的普遍形成。

其二,法也体现一定的道德精神,亦即法律的道德性。有的思想家主张法律应该与道德分离,否认法律的道德基础;有的思想家则认为法律与道德是不可分离的,强调法律必须以道德为基础。实际上,法律是国家意志的体现,是国家颁布的行为准则。在法律规范中,凝结着立法者关于善与恶、合理与不合理、正义与非正义的基本价值判断。法和法律的规定,总是同人们关于正义的观念、关于公平的观念、关于捍卫人的自由、权利和尊严的观念、关于社会责任和义务的观念等等联系在一起的。在文明社会的每一个发展阶段上,如果立法者和法官轻视人类关于正义、非正义、真伪、善恶的基本标准,那么,法律调整的目的就不可能实现。那些严重违犯人类交往的道德价值观念的法律规范,那些肆意践踏人的自由、权利和尊严的法律,那些明显缺乏最简单的正义和人道要求的国家规定,并不是法,而是专横

与非法的表现。^①

以上分析是有说服力的。确实,法律与道德有诸多一致之处,如两者的目的一致,即都是为了社会秩序的稳定;两者在内容上互相包含,道德可以指导法律的制定,法律也可以赋予一些道德规范以国家强制性,由此而产生了这样的社会现象,即凡是法律所要求的行为往往是道德所鼓励的行为,凡是法律所禁止的行为也往往是道德所谴责的行为。另外,道德与法律是相辅相成、相互促进的,道德是法制建设的基础,许多立法往往渗透着道德的精神和内容,故提高人们的道德觉悟必然增强人们的守法自觉性,而司法与执法人员道德素养的提高又必然对法律的实施产生有益的影响。法律也是传播和推行道德的工具,国家主权者通过立法的途径把某些道德要求确认为法律要求,从而为有关道德的普及提供了强有力的支持。在这种情况下,守法也就意味着守德,当守法成为全体社会成员的自觉行动的时候,在社会上必然出现一种良好的道德风尚。

法律与道德的差异也有如下几点:一是产生的条件与存在的历史阶段不同,法律是伴随着国家的出现而出现的(由国家权力机关制定和废改),也会伴随着国家的消亡而消亡,而道德的产生早于法律,它是人们在共同生活中自然自发地形成的,而且与人类社会相始终。二是调整的范围不完全相同,法律调整的是那些对他人的利益和公共利益产生影响的行为和关系,其范围是有限度的,而道德所调整的范围比法律要大得多,可以说涉及到社会生活的方方面面。三是归属的范畴不同,法律属于制

^① 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第353—354页。

度范畴,从制度上调整人的外部行为;道德属于精神范畴,从精神上调整人的内心活动。四是表现形式不同,法律是明确、肯定、逻辑严密的规范体系,而道德却显得比较笼统。五是实施的手段不同,法律的实施依赖于“他律”即国家强制的手段,而道德则主要依赖于“自律”的手段,即自觉的道德信念,同时也在一定程度上依赖于社会舆论的软性强制力这样的“他律”手段。

第二节 中西思想家论道德与法律评析

一、中国思想家论道德与法律评析

儒家思想是中国传统文化中的主流意识形态,先秦儒家的德刑观也对后世产生了深刻的影响。作为儒家学派的创始人,孔子的德刑观奠定了后世儒家对此所持立场的基调。

孔子说:“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。”(《论语·为政》)引文中的“道”同“导”,引导的意思。“政”是政令,“刑”是刑法,“德”是道德原则,“礼”是道德规范。引文中的第一句话是说单靠政令刑法,虽在禁民为非方面能奏一时之效,但却不能使民产生羞耻之心,即不以犯罪为可耻,如此则难免日后再去犯罪。引文中的第二句话是说如果用道德教育民众,则会使其产生羞耻之心,自觉地不去犯罪。孔子在这里并不是一般地反对政令刑法,而是反对不道德、反人道的政令刑法(如当时齐国刑法就比较残暴,《左传·昭公三年》载齐国人因受刖刑的很多,导致“国之诸市,履贱踊贵”)。孔子认为,好的法律应体现一种仁爱的精神,具体地说就是法律应轻缓宽

和、中正公平,另外它也必须起到维护孝道的作用。他所说的“父为子隐,子为父隐”(《论语·子路》)即是对抗当时株连亲属的非人道法律原则的,强调了血缘亲情及孝道的价值。《汉律》中的“亲亲得相首匿”的规定,即把“父子相隐”的道德主张法律化了。《礼记·檀弓》载孔子之语,称父母之仇“弗与共天下也”,并认为为父复仇是尽孝道的表现,这就为后世的复仇之风提供了道德根据。而统治者对复仇行为或是默许,或是法外开恩,出现了孝道高于法律的怪现象。《礼记·坊记》又载孔子语,称“父母在,不敢有其身,不敢私其财”,子女把自己的财产交给父母掌管,这是尽孝道的一种表现,后来法典中的禁止“别籍异财”的规定(参看《唐律》),正是把孔子的道德理念法律化了。

孟子继承发扬了孔子的思想,在道德与法律的关系方面,强调了前者对后者的优位性。那个著名的“桃应难题”可以说明这一点。这个故事出自《孟子·尽心上》,原文如下:

桃应问曰:“舜为天子,皋陶为士,瞽叟杀人,则如之何?”孟子曰:“执之而已矣。”“然则舜不禁与?”曰:“夫舜恶得而禁之?夫有所受之也。”“然则舜如之何?”曰:“舜视弃天下犹弃敝屣也。窃负而逃,遵海滨而处,终身欣然,乐而忘天下。”

桃应是孟子的弟子,他为孟子出了一道难题,孟子的解答反映了其道德高于法律的基本立场。桃应设计的难题是,假如舜为天子,皋陶为司法官,舜的父亲瞽叟杀了人,那么舜该怎么办呢?孟子认为舜应让皋陶带人把他父亲抓起来,在其父被关入监狱之后,舜再偷偷背负他的父亲逃到海边隐居下来,把天子之位像丢破鞋一样丢掉,然后与其父快快乐乐度过一生。这个故事所