

FAZHI

法治与德治

——现代国家的治理逻辑

DEZHI

透过人类的文明史，
我们可以较轻易地分辨出在国家治理的问题上存在着完全不同的
两类方式：善治——民主和法治的方式；
恶治——专制和人治的方式。
我们政治史上的进步，
就是在这两类治理方式的矛盾运动中前行的……

谢岳
程竹汝 / 著

江西人民出版社

法治与德治 —— 现代国家的治理逻辑

图书在版编目(CIP)数据

法治与德治:现代国家的治理逻辑/谢岳,程竹汝著.
—南昌:江西人民出版社,2003.9
ISBN 7-210-02747-5

I.法... II.①谢... ②程... III.①社会主义法制—研究—中国②社会公德教育—研究—中国
IV.D920.0 ②D648.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 050207 号

法治与德治:现代国家的治理逻辑

谢岳 程竹汝 著

江西人民出版社出版发行

南昌市红星印刷厂 新华书店经销

2003年9月第1版 2003年9月第1次印刷

开本:880毫米×1230毫米 1/32 印张:7.75

字数:200千 印数:1-3000册

ISBN 7-210-02747-5/D·435 定价:15.00元

江西人民出版社 地址:南昌市新魏路17号
邮政编码:330002 传真:8511749 电话:8511534(发行部)

E-mail: jxpph@163.net

(赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换)

序

王邦佐

中国共产党第十六次代表大会提出全面建设小康社会的伟大目标,这是中国共产党人在新世纪的政治宣言和行动纲领。在政治方面,小康社会就是要建设与社会主义市场经济相适应的社会主义政治文明,改革计划经济体制下形成的高度集权的政治体制。社会主义政治文明的建设是一项复杂的系统工程,它既涉及政治体制本身,同时也与政治之外的经济、文化等因素密切相关。政治文明建设如果忽视政治体制的自身发展,这无疑是一种舍本求末的行为。但是,政治文明建设仅仅将注意力集中在政治体制方面,也注定是不会成功的,因为它违反了历史唯物主义的基本原理。因此,社会主义政治文明建设必须考虑到政治发展的这种特性,在目标制定与计划实施方面必须体现全局性、系统性和优先性,要突出政治发展的根本目的和政治宗旨,将政治发展与经济发展、社会发展有机地结合起来。

社会主义政治文明建设,在当代中国很大程度上是一个国

家治理方式的问题,是一个政治转型如何更好地适应社会转型或者说如何引导社会转型的问题。国家治理方式正如本书作者所言,包含法治和德治两种基本形式,这是社会主义国家实施管理的基本形式。国家治理形式的变迁经历了一个由德治向法治再向法治与德治相统一的历史过程。

在前现代国家,国家治理主要不是通过法治进行的,更不是通过将德治与法治结合起来的方式进行的,而是将君主的个人意志、社会伦理上升为统治原则的德治。在这种政治形态中,政治与伦理一体化,国家带有明显的部落甚至家庭的痕迹,这是一种落后、初级的国家形态。尽管以伦理为统治手段的国家也能够形成短暂的强盛与繁荣,但是,人类文明史清楚明白地告诉我们,历史上所有的帝国在其强盛至顶峰之后都最终走向衰退与没落,这表明德治社会无法适应社会的经济发展和政治扩张的需求,它必然为一种更加适应上述需求的治理形式所取代,这就是资本主义社会的法治。

法治社会脱胎于资本主义的形成过程,市场的发展需要国家制定与之相适应的法律规范,保护资本家的财产权进而保护他们参与政治的权利。代表资产阶级利益的理论家从虚构的“天赋人权”出发,推演出“权利至上”等抽象的法理原则,这些原则成为资产阶级架构国家制度的思想基础。“宪政”是资本主义政治制度的核心内容。与前现代国家的德治相比,法治无疑是一种进步的国家统治方式,促进了社会的发展。随着资本主义进入后现代阶段,法治逐渐暴露出诸多问题,例如,由于社会不平等现象日益严重,极少数富有的人主宰了政治决策权,大量的民众实际上成为政治的“装饰品”,资本主义民主的“多数统治”原则受到了破坏,这从根本上动摇了民主的统治基础。再比如,资本主义社会强调法的刚性对国家进行治理和社会控制,但是,事实证明,法不是“万能良药”,不可能将社会的所有问题和领域

都诉诸于法律来解决,一旦社会衍生出蛀蚀法治的恶的伦理,法治社会可能最终会被伦理错位、道德沦丧所吞噬。一句话,一味地强调法治而忽视社会伦理的培育,国家发展的结果同样也无法逃脱前现代国家的命运。

社会主义政治文明是党的领导、人民当家做主、法治建设三者的统一,是民主、平等、正义的社会主义政治形态。这种政治形态在国家治理方式方面既突出强调“依法治国”,又强调道德因素在社会治理过程中的调节作用,国家积极培养公民的基本伦理道德,塑造符合社会主义的“政治人”,这就是法治和德治相统一的国家治理形式。在我看来,以“法治与德治”相统一的方式治理国家,目前最重要的问题主要有两个方面:一方面,建立与完善以社会主义为目标取向的制度框架,通过制度实现国家对社会的有效治理;另一方面,国家必须在政治文化建设过程中发挥积极的作用,优化政治社会化的机制,通过政治社会化网络塑造公民积极、健康的政治意识、政治伦理和政治认同,这一点应当是“以德治国”的社会前提。

江西人民出版社的同志在与我讨论这个问题的时候,我提出了两点意见:一是法治与德治是体现国家治理的社会主义特色与优越性的一个结合点,我们在谈论德治的时候,不可偏废法治问题,而在谈论法治问题时又不可偏废德治问题,这样的研究可能才会更有现实意义;二是研究法治与德治问题最好能够以更为学术化的方式进行,因为这方面的研究尽管有不少成果,但是,总体而言,理论深度不够,对社会主义国家治理方式的挖掘不充分。我的上述两点意见与出版社同志的想法不谋而合。谢岳和程竹汝两位博士承担了具体的写作任务,他们创造性地拓展了我的想法,他们的努力和写作风格使得这方面的研究更富个性和理论色彩。将法治和德治问题以政治学的方法进行阐述,这在国内学术界也是一次有益的尝试,至于具体内容,在此

我就不再一一列举了,相信读者自然能够有所感受。

中国的社会主义政治文明建设需要在体制上有所突破,因此,政治学应当在理论上不断创新,为现实政治发展提供智力支持,我们期待更多的学者来关注中国现实问题,期待更多的政治学成果面世。是为序。

2003年3月28日于长沙岳麓山住所

目 录

序	1
引言	现代化:现代国家治理方式变迁 的历史起点 1
第一章	法治与德治之两极互补 11
1-1	法治与德治的理念 12
1-2	法治与德治的价值 22
1-3	善治的一般规律:法治与德治之结合 30
第二章	历史分光镜:中国传统德治思想 透析 44
2-1	中国传统以德治国的思想架构 45
2-2	人性论与天人合一:中国传统德治思想的 哲学基础 51
2-3	社会精英的德治思想 63
第三章	传统中国国家治理形式的局限性 76
3-1	“德治国”的内在机理 77
3-2	“德治国”的结构性缺陷 89
3-3	传统中国“法治”缺失的环境因素 96
第四章	国家治理方式的变迁动力与环境 102
4-1	影响当代中国国家治理方式变迁的各种 变量关系 103
4-2	经济形态的转型:动力与环境之一 108

4-3 社会结构的变迁:动力与环境之二 119

4-4 社会控制形式的转换:动力与环境之三 126

第五章 现代国家治理的道德基础 141

5-1 善治国家的道德科学 142

5-2 集体主义 152

5-3 为人民服务 161

5-4 公民伦理 167

第六章 价值与结构:理性法治秩序的初步发育 171

6-1 法价值观的转变 172

6-2 法律制度的更新 178

6-3 中国背景下的司法独立及新近发展 183

6-4 中国司法角色的精英化倾向 193

第七章 法治与德治发展的逻辑 203

7-1 体制改革:构建法治与德治发展的政治体制基础 204

7-2 干部制度现代化:寻求法治与德治发展的主体支撑 219

7-3 精神文明建设:培育法治与德治发展的文化根基 229

引言

现代化：现代国家治理方式变迁的历史 起点

人类的社会生活之所以必然进入政治状态，从根本上说是因为我们在本性上天然地倾向于有秩序的生活，像恩格斯所言是为了将社会的矛盾和冲突控制在秩序的范围内。所谓秩序，在一般意义上是指在自然界与社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。^① 而政治所具有的首要功能，就是要把支离破碎的道德环境和行为状态，重新组合成一个结构严密的社会统一体。^② 现实秩序的生成无疑会涉及多样的因素，比如历史前提、现实条件、自然基础；然而，有一个非常重要的因素是绝不应被我们忽视的。这个因素就是：我们是通过什么样

1

① 参阅[美]博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第207页。

② 参阅[英]罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第111页。

的方式去营造和影响秩序的。在既定的历史条件下,应该说这个方式在很大程度上决定着现实秩序的状态和性质。因此,这个方式——我们现在把它叫做国家治理方式——一直是人类历史早期的先哲们和后来的思想家、学者关注的重要问题。

在理论上,国家治理的第一要素无疑是权威,因为只有权威才能引起服从,普遍的服从才会形成秩序。所以,迄今为止国家的治理一直是一种可以称得上是权威的治理。然而,在历史上,各种社会秩序中的权威又很不相同。大体来看,存在着两种不同的情况:一种情况是将权威寄托于个人或少数人,他们基于血缘、宗教或者基于像韦伯所说的超凡魅力而享有了权威;另一种情况则是将权威寄托于规则,这些规则是基于其内涵的理性价值而享有权威的。前一种权威的治理我们叫它为人治;而后一种权威的治理我们则称其为法治。事实上,规则被用来治理国家的情况是相当普遍的,在我们称之为入治的国家治理方式中,法律规则也是不可或缺的,甚至可以说是重要的,只不过它们不享有最高权威的地位,无力规约那些权贵们的行为罢了。那种纯粹只依靠少数人的任性和意志进行治理的情况在历史上虽时有发生,但并不常见。因此,所谓人治方式也并不排斥对法律规则的运用。正是在这个意义上,学界所定义的中国历史上普遍存在着法制状态才是成立的。关于人治条件下法律规则的地位问题,有一个一般的特征我们必须注意到:法律规则的地位依政治权威的态度而发生变化。有时它被强调到极高的程度,有时则被弃之一旁,总之法律只是少数统治者手中的工具。就此而言,人治与法制是可以相容并结合在一起的。而在我们称之为法治的国家治理方式中,法律规则的地位就大不相同了。它们不仅在社会的各个领域普遍地得到了适用,而且被赋予了最高的权威。所有的人,特别是那些掌握着国家权力的人都在预先规定的、明确的法律规则之下,接受着法律的统治。这一点很重

要,如果我们要在基本特征上将人治与法治相区别的话,那么,制定和执行法律的那些人或曰政治权威是否也同样接受了法律的约束而处于其权威之下,将是划分的关键依据。正所谓“任何社会里的法律皆有权威,法治所要求的法律权威是立于政府之上的权威。任何社会里的政府皆有权威,法治所要求的政府权威是置于法律之下的权威”^①。而法律之所以能够成为具有普遍约束力的权威,在根本上是因为它的普遍性所必然包含着的理性价值:即法律对人的价值的尊重和制度提升。因此,在法治的治理方式之下,由于法律的理性权威而没有人能够超越其之上,故法律是且只能是整个社会的工具。

早在两千多年前,古希腊的先哲们就已经认识到法治治理方式的合理性和优越性,并在理论上确定了法治的基本含义。应该说他们在这一问题上已经达到了比我们今天毫不逊色的认识水平。在法治的基本含义上,他们既强调法律外在的权威性,又关注着法律内在的伦理性。改革家梭伦认为:最好的治理状态莫过于“人民服从治理的人,而治理的人服从法律”^②。而柏拉图“统治者 是法律的仆人”的命题也表达了同样的意思。柏拉图说:“如果当一个国家的法律处于从属的地位,没有任何权威,我敢说,这个国家一定要覆灭;然而,我们认为一个国家的法律如果在官吏之上,而这些官吏服从法律,这个国家就会获得诸神的保佑和赐福。”^③ 亚里士多德的概念则更加明了,他认为:“法治应当包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^④ 由此可见,强

① 夏勇:《法治是什么》,载《中国社会科学》1999年第4期。

② 转引自[美]威尔·杜兰:《世界文明史》(2)中译本,东方出版社1999年版,第153页。

③ 转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第25页。

④ 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第167页。

调法律的权威性,特别是政府或统治者对法律的服从是古希腊先哲们法治观念的显著倾向之一;而法律是或应该是享有权威的,是因为法律代表了理性,良法也构成了法治的一个独特方面。

关于国家治理方式的比较优势,柏拉图认为最优秀人的治理是最理想的选择,而法律的治理则是最现实的选择。所谓法治是“第二种最佳选择”。他说:“如果有人根据理性和神的恩惠的阳光指导自己的行动,他们就用不着法律来支配自己;因为没有任何法律或秩序能比知识更有力量,……但是现在找不到这样的人,即使有也非常少;因此,我们必须作第二种最佳选择,这就是法律和秩序。”^① 柏拉图钟情于法治方式的不得已,其实反映的是他对普遍人性的失望及对人性无常、圣贤难求的无奈。中国古代也有类似的思想,韩非子在《难势》一文中就曾这样说:“废势背法而待尧舜,尧舜至乃治,是千世乱而一世治也。抱法处势而待桀纣,桀纣至乃乱,是千世治而一世乱也。”对法治方式的优越性,亚里士多德在理论上有着更为系统的分析,他就曾这样提出问题:什么样的治国方式最好呢?是依靠最好的人还是最好的法律?他认为人治方式的问题在于:即使最好的人的统治也难免情欲的影响;而惟有法治的方式才是一种理性的统治。虽然“人在达到完美境界时,是最优秀的动物,然而一旦离开了法律和正义,他就是最恶劣的动物”^②。人们建立国家是为了追求优良的生活,而能够达此目的的统治必须是一种免除了人的情欲和非理性因素的理性的统治,因此,优良的生活与人治的方式相悖,而与法治的方式相容。凡是寻求法治的,也就是在寻求神治或理性之治;而凡是寻求人治的,势必堕落到兽性充斥于人

① 转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第27页。

② 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第9页。

间的境地。为此他断言，只有法治才是最优良的统治者。^①

虽然早在两千多年前，古希腊的哲人们就已经向世人宣告了法治优越于人治，美好的人生只能求助于法治的治理方式。但是，这并不能阻碍人类历史中人治方式的长期盛行。亚里士多德等一代伟大的思想家绝没有想到即使在他们的智慧照耀下的欧洲，法治真正成为国家治理的主导方式已经是两千多年后的事情了，而在这两千多年之中，他们所担忧的人治中“情欲”的横行随处可见，甚至在他们的文化家园里发展到了登峰造极的程度。其实，不独在以古希腊文明为基础的欧洲，所有其他地区的古代文明，无例外地都形成了人治的状态和各具特色的专制制度。就此而言，历史的发展绝不是某种理论上看似正确的价值判断可以“随心所欲”的。即使正确的主张也只有在现实中“必要的历史张力”形成时才会发生，即在必要的社会关系和社会结构发展成熟到一定程度时才能发生。

人类历史早期，为何人治会成为普遍的、处于主导地位的国家治理方式？原因之一可能存在于人性之中。有人认为，就人的本能论，凡人都有崇尚人治或专制统治的天然倾向。一个社会如果没有特别的因素更正这种天然倾向的话，那么，这个社会将无例外地建立起一种人治的方式或专制的制度体系；而一个社会如果最终放弃或改变了历史性的人治方式或专制制度体系，那肯定是因为某些相反的干扰性的因素作用于这一历史进程，从而使历史和制度形态有了向其他方向发展的可能性。^②哲学家罗素通过对家庭、商业组织和国家的经验观察也得出结论说：人们之间理性平等的合作比专制要困难得多，因为它与人的本能相去甚远。故在无政府状态之后，第一个自然的政治状

① 参阅亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1997年版，第171页。

② 参阅程燎原等：《法治与政治权威》，清华大学出版社2001年版，第2页。

态便是个人或少数人的专制。人的支配和服从的本能机制有助于此种政治状态的形成。^①

原因之二可能存在于人治方式本身的特性之中。与诉诸人性或心理学的解释相比,人治方式本身所特有的价值和发展规律对我们理解它的一度盛行也许更为重要。学者们认为,绝对的权力在秩序形成过程中有时是必须的,而只有在人治条件下绝对权力才能获得生存空间或者成为权力现象的常态。应该说这才是人治方式在各个文明社会早期得到普遍适用的一大原因。“人类需要政府,但是在无政府状态占优势的地方,人们首先只会服从于专制。因此,我们必须先求政府的巩固,即使它是专制的,因为只有当政府为人们所习惯之后,我们才能希望成功地使它民主化。”^②综观人类的政治史,尽管人治方式及其专断的权力形态贯穿于人们早期的政治生活之中,但是,即使从一开始,要求治理方式和公共权力服务于社会一般利益的压力,虽然发展得非常缓慢,但却始终存在并逐渐强化。因而随着国家治理方式向法治的转换,公共权力呈现出了三方面的发展趋势:无限权力向有限权力的过渡;权力控制方式由自发向自觉的变迁;权力的合法性基础由身份向契约的转换。

原因之三存在于人治方式与落后的生产和生活方式相互适应的结构关系之中。从马克思主义的观点来看,国家治理中的人治状态是特定生产方式和生活方式的产物,它一般地与不发达的生产力及狭隘的生产关系和交换方式相适应。恩格斯讲:“每一历史时代的经济生产以及必然由此产生的社会结构,是该时代政治的和精神的的基础。”^③就此而言,前资本主义社

① 参阅[英]罗素:《权力论》,靳建国译,东方出版社1988年版,第14页。

② 同上,第15页。

③ 《马克思恩格斯选集》第1卷,第232页。

会以封闭性、保守性、分散性为特征的自然经济形式，在根本上决定了当时的社会政治状态，当然也决定了国家的治理方式。生产关系的狭隘性、社会关系的狭隘性、人的视野的狭隘性决定了与此相适应的国家治理方式只能是狭隘的人治方式。正如马克思所评论的那样：“那种有机体，是由劳动生产力的低级的发展阶段和物质生产产品生产过程中人与人及人与自然间的相应的狭隘关系规定的。”^①

在人类历史上，人治方式普遍地一度盛行，的确有其特定的经济社会条件和深层的人性上的原因；然而，经济社会条件从来就是不断变化的，总体上是趋于进步的，而人性或人的心理状态也是会随之变化的。因此，随着这些变化，人治方式的没落和法治方式的兴起同样是不可避免的。近代以来的人类历史进程已经证明了这一点。而这一变迁态势所体现出来的历史内涵就是：现代化：国家治理方式变迁的历史起点。

虽然亚里士多德等法治论者对他们身后欧洲两千年的人治史会感到非常的失望，然而，两千年后的欧洲毕竟率先走上了法治的道路，并且由此逐渐地成就了整个西方的法治文明。就这一区域相对的法治进步状态而言，绝没有人怀疑它们是得益于古希腊先哲们开启的法治文化源流。说西方的法治就是亚里士多德所播种子的成果，的确不为过分；然而，这棵法治的种子为何在欧洲中世纪极端专制的土壤里埋藏了如此长的时间才开花结果呢？就历史的实际情况论，答案之一是：始于17世纪欧洲的现代化进程，为这棵种子的充分发育提供了适当的养分与条件。

在中国，我们独特文明的启蒙因素中，的确缺少法治的成分。儒家所提出的“为政在人”和“为国以礼、为政以德、以德行

^① 马克思：《资本论》第1卷，第63页。

仁”的人治和德治的治国方略，最终奠基成了我们文化家园的深层根基。孔子曰：“文武之政，布在方策，其人存，则其政举，其人亡，则其政息。”荀子更是强调人治之于法治的优越性，认为国家治乱兴衰的规律是“有治人而无治法”，“有良法而乱者有之矣，有君子而乱者，自古及今，未尚闻也”。在治理国家的问题上，与古希腊的哲人们一样，孔子等一批思想家也是一直囿于贤人政治的范围内寻找方案。然而，所不同的是，前者最终跳出了贤人政治的限制，偏向和强调了法治的价值；而后者则进一步沿着人治的道路走了下去，强调和发展了人治中德治的成分。与亚里士多德不同，孔子等人面对其身后数千年的中国历史，多少会感到有些庆幸。因为他们对德治方式的强调，成就了具有温和色彩的相对于当时其他社会显得更加合理的封建专制制度；并使这种制度在相当长的历史时期里获得了赖以延续的生命力。然而，面对 19 世纪中叶以来中国社会的现代化压力，狭隘的人治方式已不再能够适应变化了的社会现实，它不仅不能够像历史上那样创造和推动一种新文明的形成，反而成了新文明发展的阻碍。中国一百多年现代化的曲折历史，特别是近 50 年来社会主义现代化建设的历史教训已经证明，人治方式只能是中国社会合理性增长的桎梏。同样，中国现代化的历史也正在展现着这样一个逻辑：只有国家治理的法治方式才是与现代化的社会状况相适应的；联系我国德治的传统和市场经济对道德的呼唤，应该说法治及法治基础上的德治（而不是人治基础上的德治）才是中国特色的与现代化相适应的国家治理方式。

必须指出，法治作为国家治理方式之一是与入治相对应的。而德治作为一种以非正式约束为特征的治国方式，并不必然与法治或人治相对应。它内在于法治和人治方式之中，并以其独特的机制促成法治和人治目标的实现；其自身并不能成为一种独立的或处于主导地位的国家治理方式。与法治相比，国家治