

新时代“德法共治”方略的哲理思考

龙大轩^{*}

内容提要 法律与道德在中国历史上经历了两次大的合与分,大凡合的时候治理效果相对较好,分则相对较差,故新时代选择“德法共治”的治国理政方略符合历史发展规律,具有必然性。就操作性而言,可以从三个层面展开:法律制定要将重要道德直接上升为立法,或用道德来改革逆情悖理的法律,或用道德来改良力度不足的法律;法律实施要明确两个大的方向,即不得让违反道德的行为通过法律谋取不当利益,不得让符合道德的行为因为法律承受不利后果;法律遵守要用法治宣传裨助道德教化,用道德教育促进全民守法。从文化的角度考量,西方在“天人相分”的主体性价值观支配下形成了分析性思维方式,中国在“天人合一”的统一性价值观主导下形成了综合性思维方式,故西人所采道德法律分而治之的治理模式不适合中国人的思维方式,选择“德法共治”具有合理性。

关键词 法治 德治 德法共治

法学问题归根到底是一个哲学问题。通常情况下,法学解决的是“是什么”的问题,哲学解决的则是“为什么”的问题。任何法律制度的出台,法学都有责任对其“是什么”的命题做出回应。然而,为什么会有这样的规定,这样的规定合不合理,有没有可行性,如此等等的追问,则需要通过哲理分析来解答。中国共产党第十八届四中全会作出全面推进依法治国的决定,并确立了“坚持依法治国与以德治国相结合”的原则,十九大报告再度重申了这一原则。今年“两会”期间,习近平总书记参加重庆代表团审议时,又专门强调“要既讲法治,又讲德治,重视发挥道德教化的作用,把法律和道德的力量、法治和德治的功能紧密结合起来”。^①

从学术史的意义上考察,法治与德治的关系,是法学理论研究不可回避的重大命题。主张二者的结合,乃是一种法律思想,是习近平新时代中国特色社会主义思想的重

^{*} 西南政法大学教授,博士生导师。本文系重庆市教委重大项目“习近平新时代中国特色社会主义思想‘坚持依法治国与以德治国相结合’重要论述研究传播协同创新团队”(项目批准号:18CXT0012)的阶段性成果。

^① 何民捷:《既讲法治又讲德治——学习习近平同志参加重庆代表团审议时关于法治与德治的重要论述》,载《人民日报》2018年3月16日第7版。

要组成部分;更是一种治国理政的策略。为了讨论的集中和深入,可名之为“德法合治”。^② 正如著名法学家张文显先生所说:“法律与道德,法治与德治的关系是中外法学史上恒久的话题。突破了法治、德治水火不容的传统思维定势,阐明了一种现代法治和新型德治相结合的治国新思路。按照这种新思路,法治和德治相结合,就是治国的必然之道。”^③那么,在新时代推进全面依法治国的进程中,法治与德治为什么要结合? 怎么样结合? 二者的结合有什么样的文化基础? 正是亟待回答的时代话题。

一、新时代“德法合治”方略的必然性

任何民族都无法割裂自身的历史。梳理中国数千年治国理政的实践状况可以看出,道德与法律、德治与法治的关系,在历史上经历了两次大的合与分。

序次	时间	治理模式	特征	状态
第一次 合与分	夏商西周	礼乐之治	德法混同	合
	春秋战国秦	法·律之治	德法分离	分
第二次 合与分	汉——清	礼法之治	德法合治	合
	清末以来	法治	依法而治	分

总结其间的经验教训,可以发现一个规律:大凡合的时候,治理效果相对较好,有利于国家的长治久安;大凡分的时候,治理效果相对较差,会引发道德情理与法律规定相冲突的现象。比较可知,只有选择德治与法治相结合,才符合中国历史发展的规律。故当下制定的德法合治方略,具有历史必然性。

(一)第一次德法合分及其得失

1. 夏商西周:礼乐之治——合

早在夏商西周时期,国家推行“礼乐之治”,是一种道德与法律相混同的治理模式,此为德法之间第一次合。礼作为当时的行为规范,包括吉、凶、军、宾、嘉五类,其运用往往与乐相配,故合称“礼乐”,用以调整国家政治军事和个人言行举止。所谓“道德仁

② 学界对此有多种提法,如“德法合治”“德法共治”“德法并举”“德法并治”“德法兼济”“德法兼治”“法德结合”“法德并济”“法德一体”等,可谓灼见纷呈、各有其理。参见张晋藩:《论中国古代的德法共治》,载《中国法学》2018年第2期;周永坤:《“德法并举”析评——基于概念史的知识社会学视角》,载《法学》2017年第9期;孙伟:《法治中国建设与“德法合治”的思想渊源》,载《重庆社会科学》2017年第12期;王伟:《法德并济:社会治理的最佳选择》,载《齐鲁学刊》2015年第6期。为了让更多学者在同一层面讨论此问题,以利于研究的纵深,统一使用同一种提法,或许效果更佳。习近平总书记在2014年10月13日中共中央政治局第十八次集体学习时指出:我国古代的“礼法合治、德主刑辅,……这些都能给人们以重要启示。”可见“合治”的提法,更利于优秀传统文化的创造性转化;且,党的十八届四中全会决定和十九大报告对此的表述,是“坚持依法治国与以德治国相结合”,强调的是一个“合”字。故笔者以为,“德法合治”的提法更能反映其历史脉络和时代特征。

③ 张文显:《治国理政的法治理念与法治思维》,载《中国社会科学》2017年第4期。

义,非礼不成。教训正俗,非礼不备。分争辨讼,非礼不决。君臣上下,父子兄弟,非礼不定。宦学事师,非礼不亲。班朝治军,莅官行法,非礼威严不行。祷祠祭祀,供给鬼神,非礼不诚不庄。”^④可见当时的礼,涉及到法制、道德、教育、军事、祭祀等多方面,既能够用来解决纠纷,具有法律的性质;又可以拿来教化民众,具有道德的特征。

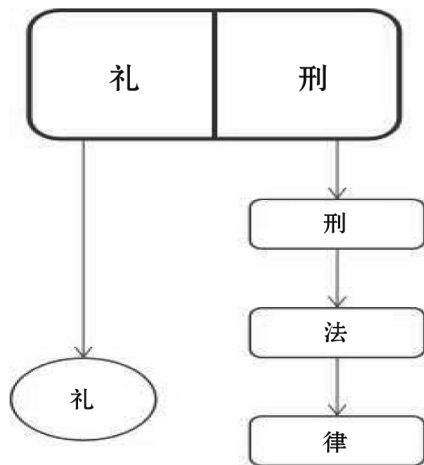
考诸世界其他民族,第一个阶段的治理模式都具有相同的特征。如希腊、罗马,最开始的社会控制手段,就是道德、宗教和法律的混同物,日本著名法学家穗积陈重将其命名为“礼”,道德和法律也是合二为一的。^⑤发展到一定阶段,法律才从这一混同物中独立出来,出现道德法律分离的现象。

2. 春秋战国秦:法律之治——分

及至春秋战国时期,社会动荡、秩序大乱。以前的礼遭到了全面的破坏,出现“礼崩乐坏”之局面,礼失去其应有的秩序构建功能。如何治理国家和社会,诸子百家,各异其说。儒家主张德治。孔子曰:“为政以德,譬如北辰,居其所而众星拱之。”^⑥法家主张法治。提倡“任法而治”^⑦“垂法而治”^⑧“缘法而治”。^⑨值此群雄“争于气力”^⑩的乱世,战争频仍,儒家思想不受青睐,法家理论得其时运,大多数诸侯国莫不依循其思路进行法制改革,将以前用来保障礼施行的刑罚,从礼当中抽出来,制定成专门的刑书、刑鼎,作为治国重器。到战国时期,法家鼻祖李悝(前455—前395年)在搜集、整理各诸侯国公布的刑书、刑鼎的基础上,编纂了《法经》,于是一种崭新的行为规范——“灋”登上了历史舞台。约在公元前四世纪中叶,商鞅又在《法经》的基础上进一步改革,《唐六典》称:“商鞅传《法经》,改法为律。”

当法或律出现以后,以前的礼被抛弃在法律之外,不再用国家强制力来保障实施,转由社会舆论、良心自律进行约束,礼遂变成了道德。道德与法律由此分开。

综而论之,德法之合与分,其利弊自明。夏商西周推行礼乐之治,礼作为社会行为规范,既有道德属性,又有法律特质,虽然存在着道德法律混同不清、礼制等级森严等缺陷,却与



④ 《礼记·曲礼》。

⑤ 参见[日]穗积陈重:《祭祀及礼与法律》,岩波书店1928年版,第199-200页。

⑥ 《论语·为政》。

⑦ 《商君书·慎法》。

⑧ 《商君书·壹言》。

⑨ 《商君书·君臣》。

⑩ 《韩非子·五蠹》。

华夏先民的生活生产有着天然的契合,早期的国家治理产生了良好的功用。在其调整之下,夏朝维系了近 500 年,商朝维系了五百多年,西周维系了近 300 年。所以孔子说:“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也。”^⑪

春秋战国,以礼为统帅的道德与法律分手而别,法治成为时代的最强音。及至秦灭六国,“海内为郡县,法令由一统”^⑫,奉行“纯任法治”“弃礼任法”的治国策略。由于缺乏道德的指导、引领,秦法无视孝道伦理,父子之间不讲亲情,“借父耰耜,虑有德色。母取箕帚,立而谇语。抱哺其子,与公并倨;妇姑不相说,则反唇而相稽”;^⑬践踏夫妻情义,强制夫妻之间相互告发犯罪。云梦秦简《法律答问》中记载:“夫有罪,妻先告,不收。”秦朝奉行法家之法,难免与人的道德情理相悖逆,失去了民心基础,故秦朝统治前后不到 16 年。

(二) 第二次德法合分及其得失

1. 汉—清:礼法之治—合

汉初统治者总结前朝得失,发现韩赵魏三国信奉儒家德治理论,结果是“夫慕仁义而弱乱者,三晋也”;^⑭秦朝推行法家的法治理论,导致“仁义不施而攻守之势异也”,^⑮诚如司马谈在《论六家要旨》所言:“法家不别亲疏,不殊贵贱,一断于法,则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计,而不可长用也。”^⑯最后也落得个二世而亡。可见单纯的法治或单纯的德治,皆有其弊端。通过汉初 60 余年“无为而治”的实践摸索,到汉武帝“罢黜百家,独尊儒术”时,采纳了一代大儒董仲舒的“礼法并用、德主刑辅”主张。

礼在春秋战国时已被破坏,不再具有法律的属性,而沦为纯粹的道德。所谓礼法并用就是依循以儒家德治思想为本、以法家的法治理论为用的思路,将以前被法律抛弃的礼重新引入到法律中来,实现二者的综合治理。故汉朝开始了“引礼入法”运动,魏晋南北朝礼法结合得到了进一步发展。到唐朝,形成了礼法合一的格局,一如《唐律疏议》所说:“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。”^⑰宋元明清基本沿袭这一治理模式,直到清末向西方学习,才有了质的变化。在这一模式的治理下,中国形成了一以贯之的礼法社会,历史上出现了一个又一个的盛世,形成了一系列优秀的文化传统。故清末大理院正卿张仁黼说:“数千年来礼陶乐淑,人人皆知尊君亲上,人伦道德之观念,最为发达,是乃我国之国粹,中国法系即以此。”^⑱

2. 清末以来:依法而治—分

^⑪ 《论语·为政》。

^⑫ 《史记·秦始皇本纪》。

^⑬ 《治安策》。

^⑭ 《韩非子·外储说左上》。

^⑮ 《过秦论》。

^⑯ 《史记·太史公自序》。

^⑰ 《唐律疏议·名例》。

^⑱ 故宫博物院明清档案部汇编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局 1979 版,第 843 页。

清末以来,我们向西方学习,走上了道德法律分而治之的道路,道德的问题归道德约束,法律的问题归法律调整。这种模式能够缩小法律打击面,有利于人权、自由的保障,亦利于立法技术的专精,推动了法律制度建设的进步。但由于这一套法律体系是移植而来,有的领域不能与中国文化相适应,久而久之,难免会出现法律规定与道德情理相冲突的现象。

早在20世纪40年代,著名社会学家费孝通就意识到这一问题。一个汉子因妻子偷人而打伤了奸夫,奸夫反而到县衙门控告本夫构成故意伤害罪。因为自近代以来,采用德法分治模式,通奸行为是道德违规,不再是法律问题。奸夫的行为虽然缺德,但不构成犯罪;本夫打伤奸夫,虽符合国人的常情常理,却侵犯了他人的人身权,为新法所禁止。“这些凭借一点法律知识的败类,却会在乡间为非作歹起来,法律还要去保护他。”^①合法不合理,合理又不合法,法律与道德的冲突已露出端倪。

及至21世纪,道德与法律的冲突并没有随着时间的流逝而消解,反而是愈演愈烈。大致可分两个层级:其一,有的行为明明违反了道德价值,因为在法律上没有相应的规定,就有人会做;其二,有的行为法律上虽有规定,但受到的惩罚很轻,而获取的利益很大,也会有人去做。道德与法律的分离导致了游走于二者边缘的投机主义现象,笔者曾痛斥其为“依法缺德”。^②

在家庭层面,由于孝道观念没有得到法律的有力维护,赡养费纠纷逐年增加,有的子女往往以“父母经济状况良好”“父母在财产分配上不公”“自己没有工作”等为由,拒绝对父母尽赡养义务。^③传统道德以“义”来调整夫妻关系,所谓“夫妇有义”。^④近代以来的新法,以感情破裂作为离婚的法定标准,这固然有其合理性,但由于其与传统“义”与“不义”的道德观念不相融合,很难化入国人内心,以致有的人动辄以感情破裂、性格不合为由而离婚,毫不顾及自己在家庭中的角色义务。据民政部统计数据显示,离婚率自2003年以来连续14年递增,到2016年,民政登记离婚和法院判决离婚的数据相加,一年有近500万对夫妻离婚。^⑤

在社会层面,“欠债还钱”乃中华民族数千年不变之道德价值,以前主要靠刑罚手段进行调整,打击力度大,诚信观念得到了较好的维护,近代向西方学习以后,奉行“民事行为不科刑”的法律观念,转由民事法律进行调整,这在很多国人看来根本不具备惩罚的性质,违法成本太低,以致违法失信行为纷至沓来,出现诚信危机。管子曰:“礼义廉耻,国之四维。”^⑥这些本属于公德层面的德行要求,在传统社会得到了较好的保存,时至

^① 费孝通:《乡土中国》,北京大学出版社1998年版,第58页。

^② 参见龙大轩:《法象万千:睡龙醒语录》,中国民主法制出版社2011年版,第6-11页。

^③ 参见最高人民法院:《最高人民法院12月4日公布婚姻家庭纠纷典型案例》,载最高人民法院网:<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html>,最后访问时间:2018年5月22日。

^④ 《礼记·昏义》。

^⑤ 参见杜万华:《弘扬核心价值观 促进家风建设》,载《西南政法大学学报》2018年第1期。

^⑥ 参见《管子·牧民》。

今日却变得如雨后残红。据报道,广州一位六旬老人吴某在某景区游玩时,爬树偷摘杨梅不幸跌落,经送医院抢救无效身亡。吴某亲属认为某景区未采取疏导或管理等安全风险防范措施,向景区索赔60多万元。法院判决被告某景区未履行告知危险的义务,承担5%的责任,赔偿45000元。^⑤如此无视社会公德的行为造成的危害后果,当事人家属还能不顾廉耻地诉诸法院,最后居然还得到了法律的支持。以致有人在网上以“我死我有理”为题发文呼吁,“如果这个赔偿判决没有纠正,中国的社会道德将被法制拖向无底的深渊!”^⑥这正是近代以来德法分治带来的弊端。

总结历史上道德、法律两次合与分的经验教训,可以看到这样的规律:合则治理效果相对较好,分则治理效果相对较差。尤其是道德法律分而治之会导致德法冲突、甚至是依法缺德的现象,消解人们对法律的信仰,致使法律制度因偏离普罗大众的常情常理而变得举步维艰。故坚持法律与道德、法治与德治相结合,是历史发展的必然选择。

二、新时代“德法共治”方略的操作性

前述回答了法治与德治为什么要结合的必然性问题。那么,这二者之间该怎么样结合,则是操作性的问题。今日“结合”一词,在中国传统哲学中通常表达为“和合”。^⑦《说文解字》曰,“和”,“和调也”。“和合”即以调和的手段达到结合的目的。主要包含两层含义:其一,世间万物、人间万象虽然各有不同,却可以调和起来;其二,这种调和不会使各物象改变其内在实质,在保留其自身不同的前提下与对象交织融合,从而获得更新更大的力量。相同事物的简单相加,则不能产生新事物,也不能发展,故孔子提出“君子和而不同,小人同而不和”。^⑧道德、法律虽属不同事物,却可以和而不同。古人大都依循这一思路进行论证设计并付诸实践。董仲舒甚至还借用了阴阳五行理论来加以充实,“天道之大者在阴阳,阳为德,阴为刑”,^⑨既然自然界的阴与阳不能分离,人世间的德与刑也应当结合,进而提出“礼法并用,德主刑辅”的法制原则,得到了当朝统治者的采纳和后世的沿袭。

如果说固有的礼法共治是在阴阳和合的哲理支撑下完成的,那么,新时代的德法共治则是在继承传统哲理的基础上,运用马克思主义唯物辩证法来展开的,在法律与道德

^⑤ 参见魏丽娜:《老人景区摘杨梅坠亡 法院判景区担责5%》,载新浪网:<http://news.sina.com.cn/s/2018-05-30/doc-ihcffhsv3348536.shtml>,最后访问时间:2018年6月10日。

^⑥ 《人民日报怒批:再不整治,会让中国道德倒退50年》,载搜狐网:https://www.sohu.com/a/236660738_658588,最后访问时间:2018年6月20日。

^⑦ 《墨子·尚同》。此后典籍,时有所论,如《礼记正义·中庸》:“情虽欲发,而能和合道理,可通达流行。”《汉书·公孙弘传》:“百姓和合于下。”21世纪以来,学界常用“和合”概念来提炼中国传统文化之特质,既强调事物的普遍性,又承认事物的特殊性,反对以普遍性抹杀特殊性。

^⑧ 《论语·子路》。

^⑨ 《汉书·董仲舒传》。

之间,既承认其各自的独立性,又重视二者的有机统一。可以说,2016年12月9日,习近平总书记在中共中央政治局第37次集体学习时的讲话,已经从哲理层面完成了德与法如何结合而治的论证与设计:

第一,承认不同点。他说:“法律是成文的道德,道德是内心的法律。”从哲学角度观察,法律与道德,本来就是两种不同的事物。法律是国家制定或认可的并以国家强制力保障实施的行为规范,具有刚性特征;道德则是人内心的良知,依靠社会舆论和内心评价来调整,正如马克思所说,“道德的基础是人类精神的自律”,^⑩具有柔性特征。

第二,指出相同点。他说:“法律和道德都具有规范社会行为、调节社会关系、维护社会秩序的作用,在国家治理中都有其地位和功能。”二者都具有秩序构建功能。正如汉初贾谊所说:“礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后。”^⑪道德通过事先教化的方法引人从善向善,自觉遵守社会秩序;法律通过事后惩戒的方式督促人不得不依规则行事,进而将自身行为纳入秩序的轨道中去。两者作用的时间有先后,却共同服务于社会秩序的构建。

第三,论证结合点。他说:“法律有效实施有赖于道德支持,道德践行也离不开法律约束。法治和德治不可分离、不可偏废,国家治理需要法律和道德协同发力。”一方面,法律离不开道德。只有用道德来指导引领,法律制度才能体达民众常情常理,从而成为良法。故新时代的法治,绝不是单纯的依法治国,而是用道德来滋养的法治。另一方面,道德也离不开法律。没有法律的保障和维护,再好的道德也难以得到提倡和发扬。故新时代的德治也不是单纯的以德治国,而是用法律来保障的德治。

习总书记的这一理论设计,为实践中法治与德治怎么样结合的问题,提供了有力的指导。一方面用道德滋养法治,就是将其运用到立法、执法、司法、守法这四个环节中去,从而保证法治建设健康发展;另一方面用法律保障道德,就是在法治建设的各个环节都要体现中华传统美德、弘扬社会主义核心价值观,从而促进道德建设落到实处。

(一) 法律制度层面的德法合治

古人云:“律设大法,理顺人情。”^⑫这里的人情,非人之私情,乃人之常理常情,即对是非善恶最基本的心理判断。法律作为人为制定的规则,应当体现这种情理。在是非之间,保护是的行为,反对非的行为;在善恶之间,褒奖善的行为,惩治非的行为。这样的法律,才能得到芸芸众生的信奉,形成法律信仰。故法律的立、改、废皆需要道德的指导引领,此一层面的德法合治主要可以从三方面展开。

1. 重要领域的道德规范直接上升为立法

将道德领域中的重要内容直接上升为法律,学界称之为“道德法律化”。美国现代

^⑩ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社2006年版,第15页。

^⑪ 《汉书·贾谊传》。

^⑫ 《后汉书·卓茂传》。

著名法哲学家博登海默亦有类似论述:“那些被视为是社会交往的基本而必要的道德正当原则,在所有的社会中被赋予了具有强大力量的强制性质。这些道德原则的约束力的增强,当然是通过将它们转化为法律原则而实现的。”^③当下社会,在法律制定层面推行德法共治,首要环节就是将重要的道德范畴转化为法律制度。譬如诚信道德,既是中华传统美德之一,在八德中排在第四位;又是社会主义核心价值观的重要内容,排在第十个序列,急需用法律对其进行支持维护。2015年11月1日开始施行的《刑法修正案(九)》,将组织考试作弊行为规定为犯罪,维护了公平诚信的道德底线。传统道德提倡“讲信修睦”,睦不但包括家庭内部的和睦,也包括社会意义上人际关系的和睦,与“和谐”这一社会主义核心价值观可以有机对接。2016年3月1日开始实施的《反家庭暴力法》,为弘扬家庭和睦的传统美德与和谐的价值观,提供了日臻完善的法律保障。凡此之类,皆为道德转化为法律之代表。

再譬如,传统道德中的忠义观念,与“爱国”、“富强”、“民主”的核心价值观可以互为补充。近年来,历史虚无主义错误思潮泛滥,有些人以“学术自由”、“还原历史”等为名,通过各种媒体歪曲历史,丑化、诋毁、贬损、质疑英雄烈士,使传统忠义观念受到质疑,亦使核心价值观受到冲击。2018年4月27日通过的《英雄烈士保护法》,对歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士的事迹和精神的行为,对宣扬、美化侵略战争的行为,直接用刑事法律进行调整。这对全社会形成“家国天下”的民族大义,发扬惩恶扬善、见义勇为的道德风尚大有裨益。

2. 用道德改革逆情悖理的法律

没有道德的引领,单纯的法治很可能走偏,就可能出现一些不近情理的法律规定。比如《刑事诉讼法》第60条规定:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。”这一规定,从普遍性的角度考虑是正确的,但没有排除特殊性。如果知道案情的人是犯罪嫌疑人的直系亲属,他也得依照法律的强制规定去作证,道德与法律的冲突由此滋生:指证亲属的罪行,虽然符合法律的要求,却会受到良心的自责和舆论的谴责,不利于家庭亲情的维系;不指证自己的亲属犯罪,虽然符合道德要求,却违背了法律的规定,甚至可能会受到法律的制裁。^④到2012年3月14日,刑事诉讼法第二次修正案正式通过,其第188条第1款规定:“经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。”这就排除了直系亲属在法庭上指证对方有罪的可能性,避免法律对亲情的破坏,对维护和谐的家庭关系有着一定的积极意义。但客观而言,这次修正尚有“犹抱琵琶半遮面”之感,因为在公安侦查阶段和检察院审查起诉阶段,亲属是没有拒绝作证的权利的。如欲进一步完善,还需对我国传统法律文化中的成功经验进行创造性吸收,使德法之间达到有机结合。

^③ [美]博登海默:《法理学:法律哲学和法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第374页。

^④ 参见原立荣:《亲属拒证权研究》,载《内蒙古社会科学》2007年第3期。

3. 用道德改良力度不足的法律

道德和法律本是不同的事物,依照辩证的眼光观察:有些道德得到法律支持后,可以有效解决相应的社会问题;有些道德虽得到了法律的支持,但如果力度不够,仍然难以有效应对相关的社会问题。经济交往中的诚信道德,就是一个显例。

历史上的诚信之德,既依赖道德教化的引导,更得益于法律制度的规制,尤其是刑法的调控。唐宋以迄明清,对于不能遵守诚信原则的债务人,既要判令偿还债务,还要处以笞、杖之刑,且拖欠时间越长量刑越重,最重可以判一年徒刑。^⑤在这样的法律体制下,违法失信者会付出沉重代价,所以诚信道德得到了较好的维护,进而形成“人无信不立,业无信不兴”的文化传统。

近代以来向西方学习,奉行“民事行为不科刑”的理论,法律中分出刑事、民事,分属不同的法律部门。违反经济领域中的诚信道德而产生的纠纷,属于民事违法,不再是犯罪,只能用返还财产、支付违约金这些民事责任方式来制裁。而返还财产本来就是应该的,支付违约金不过是给对方当事人一点利息罢了,这样的法律在某些人看来根本不具有惩罚性质。换言之,即违法成本低而获取的利益大,于是经济交往中违法失信的行为接踵而至,出现诚信危机。

针对这样的现象,习近平总书记在2016年12月就指出,“要运用法治手段解决道德领域突出问题”,“要完善守法诚信褒奖机制和违法失信惩戒机制,使人不敢失信、不能失信”。有了这样的思想指导,我们完全可以在立法层面做出与时俱进的调整。既然单一使用民事法律难以有效维护经济领域中的诚信道德,对某些债权债务关系明确且债务人主观上有恶性的民事违法行为,可以试点用刑法来调整。从理论上讲,债分为合同之债、侵权之债、不当得利之债、无因管理之债。现行法律制度中,不当得利之债就是用刑法在调整,比如捡到别人财物拒不归还,应当追究侵占罪。既然如此,为什么其他债权债务纠纷就不能用刑法来调整呢?既然“民事行为不科刑”的西式学说不能解决中国问题,为什么我们就不能突破这一理论桎梏呢?从实践中看,亦有先例可证。以前用行政手段制裁醉酒驾车,效果一直不明显。自从醉驾入刑以后,问题便迎刃而解,还刺激了一个新兴产业的出现——“代驾”。以此类推,对道德有所维护而力度不足的法律,通过调整修改而加大力度,才能使法治与德治相得益彰。

上面讨论了法律制定层面德法合治的三个维度,随着中共中央关于《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》的出台,强调“加强道德领域突出问题专项立法,把一些基本道德要求及时上升为法律规范”。可以预见,经过5到10年的努力,法律与道德在立法环节的贯通融合,必将达到一个新的高度。

(二) 法律实施层面的德法合治

法律实施层面的德法合治,实则为“法律道德化”的过程。法律作为人为制定的规

^⑤ 参见《唐律疏议·杂律》。

则,即使对道德做了最详尽的考虑与吸纳,也会因律条有限而情状无穷,在具体执行时都难免会和道德发生冲突,故需要用道德来指导执法司法,以使案件处理符合人的常情常理;也需要通过执法司法活动来加强人们对良善道德的推崇与信奉。

西人的法律观念与我们迥然不同,他们信奉“人人是法律的臣仆”,法有着超越于其他规则的至上权威,强调“法律具有最高性”。^{③⑥}正如严复所说,中华民族用是非来衡量法,不是用法来衡量是非;西方则相反,他们是以法来衡量是非。^{③⑦}随着西方法学理论在中国法律界取得强势话语权,实践中逐渐形成一种趋势,任何行为皆以法为评判标准:凡是符合法律者,不问是否有理,皆以法保护之,故出现前述的缺德行为依法牟利的怪象,一定程度上消解了法律的“惩恶”功能;凡是违反法律者,不管是否符合道德,皆依法制裁之,又在某种意义上抑制了法律的“扬善”功能。要应对这种不良倾向,必须在执法或司法环节贯彻“德法共治”方略。

1. 不得让违背道德的行为通过法律而获得不当利益

法律乃人类行为之低限,而道德是高限。因为有高低之别,故一个人的行为违反了道德,却不一定违反法律。缺德只会受到舆论的谴责,不会受到法律的制裁,有些人就视之蔑如,根本不拿道德当回事,还要依法去谋取利益。据报道,南京建邺区江心洲一位男子为了获取更多的拆迁补偿,竟然和母亲办理结婚证。民政部门之所以做出这样荒唐的行政行为,因为他们“‘符合’申请结婚领证条件”,^{③⑧}形式上是合法的。想当年南京彭宇案,一审判决中的理由认定,也许自有其理,但给人的感觉就是:“如果不是你撞的,你为什么去扶?”并判决彭宇承担赔偿责任。此案一出,见危不救的现象便如瘟疫般蔓延。国人惊呼,“彭宇案让中国道德水平倒退五十年”^{③⑨}。

可以说,近几十年法律实践中只问法律不问道德的做法,对中国的道德滑坡产生了不可低估的推波助澜作用。德国法学家耶林在《法律目的论》中认为,“法律是最低限度的道德”。无论执法、司法,都具有强烈的教育、评价、指引、示范功能,如果任由一些失德行为通过法律程序去谋得利益,无异于向世人宣示道德无用论,会引发更多人质疑甚至践踏道德价值。自然法学者德沃金认为,“任何人不得从其错误行为中获利”^{④①}。所以在法律施行层面,凡是违反道德的行为,要严格杜绝其通过法律途径获取不当利

③⑥ 程燎原:《从法制到法治》,法律出版社1999年版,第286-287页。

③⑦ 严复在翻译孟德斯鸠《法意》卷一“按语”中说:“然法之立也,必以理为之原。先有是非而后有法,非法立而后以离合见是非也。……盖在中文,物有是非谓之理,国有禁令为之法,而西文则通谓之法,故人意遂若理法同物,而人事本无所谓是非,专以所许所禁为是非者,此理想之累于文字者也。中国理想之累于文字者最多,独此则较西文有一节之长。”孟德斯鸠:《法意》,严复译,商务印书馆1981年版,第2页。

③⑧ 参见《46岁的母亲与24岁的儿子“登记结婚”》,载人民网:<http://he.people.com.cn/n/2014/0720/c192235-21719337.html>,最后访问时间:2018年5月29日。

③⑨ 参见《十一年前的南京彭宇案,是今天所有冷漠的开始》,载搜狐网:https://www.sohu.com/a/148053323_667607,最后访问时间:2018年6月3日。

④① [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第18-19页。

益,引领普罗大众树立良好道德风尚。

曾经热议的“电梯劝阻吸烟案”为世人树立了良好示范。郑州市杨某劝老人段某不要在电梯里吸烟而发生口角,后段某病发送医院抢救无效离世。段某家属诉之法庭,要求40余万元的赔偿。一审法院适用公平原则,判决杨某补偿死者家属15000元。二审判决认为,一审判决适用法律错误,损害了社会公共利益,“本案中杨某劝阻吸烟行为与段某死亡结果之间并无法律上的因果关系”,因此,撤销一审判决,驳回原告诉讼请求,杨某不需要承担任何法律责任。全国两会期间,最高人民法院院长周强对此作了专门的评析,认为二审“判决得很好”,“一个小的判决大大推动了社会风气,让见义勇为者敢为,让符合法律的行为受到鼓励”^①。作为中国主管司法审判的最高长官,其评价无疑告诉大家:司法工作既要鼓励民众的道德义举,又要杜绝缺德行为借助法律牟利。

2. 不得让符合道德的行为因为法律而承受不利后果

由于道德的限度高于法律,故从逻辑上讲,符合道德的行为不可能会违反法律,更不应该受到法律的追究,但落实到纷繁复杂的生活中却并不尽然。2016年3月某日,福建村民蓝某追偷鸡贼陈某,致其摔倒后经抢救无效死亡,侦查机关以涉嫌过失致人死亡罪移送县检察院审查起诉。依情理而论,任何人在财产被盗之时,第一反应肯定是抓小偷。至于小偷是否会摔死,失主是不可能预见到的。如此天经地义之举,却可能遭受牢狱之灾。^②又比如,2017年1月9日,唐山朱振彪路过一起交通事故现场,在追赶肇事逃逸者张永焕时,张进入火车道,被火车撞击身亡。死者家属诉诸法院,索赔60余万元。朱振彪的行为,是典型的道德义举,却面临舍财免灾的法律风险。^③这两起案件虽然最后都得到了很好的处理,但其对道德的冲击和对司法成本的浪费是不可小视的。

最高法院常务副院长沈德咏在《坚持依法治国和以德治国相结合,立足司法职能大力弘扬社会主义核心价值观》的讲话中说:要“将案件审判置于天理国法人情之中综合考量”,“要充分发挥司法审判惩恶扬善的功能,运用法治手段解决道德领域突出问题,弘扬真善美、打击假恶丑”。2015年2月,湖南沅江市人民检察院对陆勇案的处理,是践行德法合治方略的成功案例。陆勇无偿为国内慢粒性白血病患者从印度代购“格列卫”抗癌药品,纯属道德义举,结果被公安机关以涉嫌妨害信用卡管理罪、销售假药罪移送检察院审查起诉。检察院认为“如果认定陆勇的行为构成犯罪,将背离刑事司法应有的价值观”^④,故对其作出不起诉决定,体现了司法行为对道德价值的维护。

① 邵可强、彭飞:《最高法院院长周强再评郑州“电梯劝阻吸烟案”》,载新浪网;http://henan.sina.com.cn/news/z/2018-03-11/detail-ixpwyhw8971614.shtml?from=henan_ydph,最后访问时间:2018年6月11日

② 参见何璐:《小偷被迫身亡,失主该担责吗?》,载人民网;<http://society.people.com.cn/n1/2016/1115/c1008-28860279.html>,最后访问时间:2018年6月24日。

③ 参见《唐山追逃逸者致死被索赔案宣判,法庭上响起掌声》,载搜狐网;https://www.sohu.com/a/222633901_100022599,最后访问时间:2018年6月24日。

④ 《湖南检察机关决定对陆勇不起诉》,载湖南检察官方微博;https://weibo.com/hunanjiancha?is_hot=1#_loginLayer_1531549598259,最后访问日期:2018年7月10日。

通过上述分析可知,在法律施行层面,我们完全可以凝练出两个大的原则:不得让违背道德的行为通过法律获得不当利益;不得让符合道德的行为因为法律承受不利后果,供执法司法工作参考,以达到道德、法律有机整合的目的。

(三) 法律遵守层面的德法共治

法律的遵守在法治建设中有着举足轻重的作用。正如卢梭所说:“一切法律中最重要法律,既不是刻在大理石上,也不是刻在铜表上,而是铭刻在公民的内心里。”^{④5}如何在守法层面推进法治与德治相结合,可以从如下两个方向着眼:

1. 以法辅德:用法制教育裨助道德教化

普法教育是推进全民守法最集中、最常用的手段,我国从“一五”、“二五”普法,到现在已经是“七五普法”,对加强公民法律意识功莫大焉,于道德教育亦大有裨助。法律和道德虽分属不同的范畴,却又有交叉重合之处,法律不过是对一些基本、重要道德的规范化和强制化表达。黑格尔将道德分为“抽象法”、“道德”、“伦理”三个层次;康德分之为“完全的义务”与“不完全的义务”;富勒区分了“义务的道德”和“向往的道德”,如此等等。^{④6}因此,在一定意义上说,普法教育本身就是对道德的宣扬。

这方面我们的祖先积累了丰富的经验与智慧,他们倡导“以德化民,以刑弼教”,^{④7}即用法律宣传之法弼助道德教化。朱元璋在为《大明律》作序时写道,“明礼以导民,定律以绳顽”,申明礼义道德是为了引导庶民大众,意在扬善;制定律法典刑是为了惩治顽劣刁民,旨在惩恶,二者交互为用,通过惩恶以达到扬善的目的,当人们懂得律法之严厉,才会对行为有所约束,进而逐渐融入道德的轨道。

以古为鉴,在守法层面,要注重用法制教育的方法来加强道德教育。邓小平同志在上个世纪就说过:“加强法制重要的是要进行教育,根本问题是教育人。”^{④8}法制教育本身就包含着道德教育,在什么可以为、什么不能为的命题上,不仅能培养公民自律意识,还能通过长期的自律而内化为自觉,从而成为一个社会意义上合格的“人”。法制教育就升华为道德教育,法律意识和道德意识的融通,正是以法治促进德治的奥妙所在。

2. 以德助法:用道德教化促进全民守法

如果说法制教育可以培养民众被动守法的意识,那么道德教化则能够养成主动守法的品格,因而要充分利用道德教育的方法来促进全民守法。《论语·为政》云:“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。”单靠政令刑法去引导和管理,老百姓就会只在意如何逃避法律的打击,内心对自己违法犯罪的行为不会感到羞耻;如果用礼义道德去引导和管理,民众对自己违法犯罪的行为会感到羞耻,就能自觉

^{④5} [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第20页。

^{④6} 参见唐凯麟、曹刚:《论道德的法律支持及其限度》,载《哲学研究》2000年第4期。

^{④7} 《清实录·康熙朝实录·康熙二十年正月辛巳条》。按:吾国古代以刑罚来统率不同的法律形式,故古人之谓刑,等同於法,《说文》曰:“法,刑也。”《盐铁论·诏圣》云:“法者,刑罚也。”

^{④8} 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第163页。

遵守国家律法。

历史实践证明,这一思想是充满智慧的。东汉王烈(字彦方)担任地方官时,十分重视道德教化。一偷牛贼被抓住后,请罪说:“刑戮是甘,乞不使王彦方知也。”王烈得知后,将其放走,还送给他一端布。别人问他为什么这样做,他说:“盗惧吾闻其过,是有耻恶之心。既怀耻恶,必能改善,故以此激之。”一个人还有廉耻之心,就有可能改过自新。后来,一老者丢失了一把名贵宝剑,沿途寻找,发现一人正守候着宝剑等待失主,那人正是以前那位偷牛贼。在王烈这种方法治理下,当地百姓无不为其感化,“诸有争讼曲直,将质之于(王)烈,或至涂而返,或望庐而还。”^{④⑨}

偷牛贼知道盗窃行为可耻,说明内心尚存有最基本的是非善恶判断。这样的认识,与其说是法制教育得来的,不如说是道德教化养成的。时下法律生活一些匪夷所思的现象,正印证了这一点,或者借助法律技巧去逃避制裁,或者利用法律缝隙去胡搅蛮缠。聚众闹事而追逐不当利益,以致出现“医闹”、“学闹”、“鉴闹”等特殊群体;偷逃门票翻墙进入动物园被老虎吃掉的,其家属还能振振有词诉诸法院寻求高额赔偿;保安擅自早退在路上遭遇车祸身亡的,家属可以大言不惭地要求社保局认定为工伤。^{⑤⑩}如此种种,恐怕不是行为人不懂得法律,而是不顾及最基本的道德观念。所以要达到全民守法的预期,法制教育固然重要,道德教育恐怕更为重要。

三、新时代“德法共治”方略的合理性

我国在新时代选择了法治与德治相结合的治理方略,这一选择有什么合理性呢?美国法人类学者霍贝尔认为:“从人类学的观点看,法律仅仅是文化的一个方面。”^{⑤⑪}或许可以这样比喻:文化像土壤,法律制度不过是这土壤上的一种植物而已。植物必须和土壤相匹配,才能茁壮成长;法律也必须和文化相适应,才能有效运行。换言之,制度安排必须和文化相适应,才具有合理性,否则就不合理。

在中国传统文化的土壤上,我们长出了礼法结合的“植物”,亦即道德法律综合为治的治理模式;近代以来向西方学习,推行的是德法分治的模式,以法治作为单纯的追求目标,强调道德与法律之间应当有明确的边界:道德的归道德,法律的归法律。这一号称先进的治理模式,或许适应西方的文化土壤,移植到中国,难免水土不服。党的十八届四中全会决定,全面推进依法治国的策略,必须“坚持从中国实际出发”的原则,“汲取中华法律文化精华,借鉴国外法治有益经验,但决不照搬外国法治理念和模式”。既然不再照搬,在法律与道德的关系问题上,就需要继承和发展中国固有的法律传统,走

^{④⑨} 《后汉书·独行列传》。

^{⑤⑩} 参见江中帆:《员工早退途中出车祸,算不算工伤?》,载《检察日报》2018年7月4日第5版。

^{⑤⑪} E. Adamsom Hobel, *The Law of Primitive Men*, at 4 (Aheneum, 1968).

法治与德治相结合的道路。

(一) 中西文化的差异

那么中西文化究竟有什么区别呢?关于文化的概念,目前学术界的定义不下百余种,但基本观点是相通的,即文化内涵主要包括两个层次:价值观和思维方式。中西文化的不同,也集中体现在这两个层次上。这就是决定我们在治理模式上有不同选择的文化根基。

1. 价值观不同

哲学与文化学意义上的价值观,指人们对宇宙、社会、人生的总体看法。中国人认为,人类在宇宙万物中太渺小了,必须和万事万物保持统一,才能长久地生存下去。这种价值观,我们的祖先把它叫做“天人合一”,哲学上则称其为“统一性原则”,即人要与万事万物保持统一;西方认为,人是“万物之灵”,具有独立自主、能动自决的主观性,可以征服、占有、利用整个世界,是万事万物的主体。这种“天人相分”的价值观,哲学上称作“主体性原则”。

在历史长河中,中西走的文明道路不同,根源就在这里。中国走了几千年农业文明的道路,直到19世纪中叶西方文明传来方始改变。这不是我们不懂科学技术,是因为我们奉行的是统一性的价值观,所以春种夏耕秋收冬藏,明年又重来,循环往复、周而复始,如此才符合天人合一的要求。优点是人与人、人与自然的冲突,不会达到毁灭性的程度,可以与天地共长久;缺点是不进步,总是原地踏步。西方奉行主体性的价值观,要征服占有利用。要征服自然,在技术上产生了科学主义,在人文上促成了自由主义;要征服其他国家民族,就产生殖民主义。优点是科技进步,可以上天入地,人人都有了顺风耳千里眼,给人类带来了极大的方便;缺点就是一旦人与人、人与自然的冲突达到极致,也可能“谈笑间,檣櫓灰飞烟灭”。^{⑤2}

2. 思维方式不同

价值观的不同,进而导致了思维方式的不同。思维方式就是遇到问题你是怎么思考、怎么处理的。中国人是统一性的价值观,遇到任何一个问题,都会把个体放在整体背景当中,综合起来考虑,是一种综合性的思维方式;西方人奉行主体性价值观,要征服、利用、占有整个世界,遇到任何问题,就要打破条件,逐一进行分析研究,从而占有它、利用它、征服它,是一种分析性的思维方式。近代哲学大师方东美先生曾指出:“西方哲学思想,大体上用分析方法,将问题打破,变成许多条件,逐项寻求解决。”^{⑤3}

美国心理学家理查德·尼斯比特(Richard Nisbett)教授曾用看图像的方法做过实

^{⑤2} 汤因比认为:“人类是地球母亲的女儿,可是人类在科学技术上的进步,已经达到了一旦被滥用就足以毁灭地球的地步。因此人类应学会共处,否则就是同归于尽。”[英]阿诺德·汤因比:《人类与大地母亲》,徐波译,上海人民出版社2001年版,第13页。

^{⑤3} 方东美:《二十世纪之社会科学序》,载《法律学》,正中书局印行,第4页。转引自李钟声:《中华法系》(下),华欣文化事业中心1985年版,第800页。

验,发现美国人在看图像时专注于位于中心的物体,强调事物自身的特性,是分析性思维;中国人则更倾向于把图像作为一个整体来观察,强调事物之间的联系,乃综合性思维。^{⑤4} 思维方式的差异进而决定了行为方式不同。中国文化是综合性思维,处理问题时往往看到的是整体,想到的是个体;说到的是上面,考虑的是下面,是一种迂回式的行为模式;西方文化是分析性思维,打破条件分析清楚之后,则直奔主题,是一种直接式的行为模式。

中西方的不同,不仅是人的体貌不同,更重要的是文化不同。价值观的差异,潜藏于内心深处,难以体感得到,需要深入探究才能洞其三昧,日常生活中能感受到的是思维方式的不同,也就是思考问题和处理问题的方法不同。比如炒菜放盐,西方人要拿称来称,既不能多也不能少;中国人则是“少许”,凭的是经验和感觉,也许大概差不多就行了。前者是典型的分析性思维,后者则是综合性思维,或者说模糊性思维。又比如医学,西医把人体分成各个不同的结构和部位,分析出病因直奔主题式地进行治疗,头疼医头、脚痛医脚,效果十分明显;中医则将人当作整体进行观察,脚痛可能用医头的方法解决,讲究辩证论治。两种文化各有优劣,不能说中国文化优于西方文化,也不能说西方文化优于中国文化。由于文化是数千年积淀而成,各自有不同的传统,不可能用一种文化去压制或替代另一种文化。

(二) 中西文化的差异决定了治理模式的不同

文化的差异不仅使中西方的日常生活各有异趣,处置社会生活的方法,亦大相径庭。

1. 分析性思维促成德法分治

在法律与道德的关系上,受分析性思维支配,西方否定两者之间的联系,采取的是道德与法律分而治之的治理模式。著名实证法学代表人物奥斯丁认为法律和道德是两回事,甚至讽刺把法律与道德混淆的倾向,是产生无知和困惑的来源。^{⑤5} 主张“纯粹法学”的凯尔森说:“法的概念无任何道德含义,它指出一种社会组织的特定技术。”^{⑤6}更决绝地否定了法律和道德在内容上的任何联系。新分析法学的代表人物哈特的观点似乎略有变通,他认为法律在实际上可能反映了一定的道德要求,但这样做并不是对的,强调严格区分“实际是这样的法律”和“应当是这样的法律”。^{⑤7} 有如此种种思潮,西人采德法分治之策,实乃自然而然之事。

及于法律内部,亦以分析性思维进行设计,从而衍生出严密的法律规范形式,形成

^{⑤4} 参见谢伟:《从尼斯比特等人的研究看认知心理学的发展》,载《西南交通大学学报》(社会科学版)2008年第6期。

^{⑤5} 奥斯丁说:“法律的存在是一回事,它的优缺点,是另一回事。”[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第147页。

^{⑤6} [美]汉斯·凯尔森:《法和国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,第3页。

^{⑤7} 哈特说:“这里我们所说的法律实证主义的意识,是指这样一个简明的观点:法律反映或符合一定道德的要求,尽管事实上往往如此,然而不是一个必然的真理。”[英]赫伯特·哈特:《法律的概念》,张文显译,中国大百科全书出版社1996年版,第182页。

严格的规范之治,且有程序法与实体法之分。程序法中,若要追诉某个人的犯罪,则有“毒树之果”理论,任何一环节不符合法律要求,当以非法证据排除规则排除之。宛如工厂生产流水线,一环出错全盘皆输;实体法中,若要衡量某个行为是否为犯罪,则有犯罪构成理论。有三要件说、四要件说、五要件说等等。国人熟悉的是四要件说:主体、客体、主观方面、客观方面。看一个人的行为是否构成犯罪,用这四个要件来套。套得上便是犯罪,套不上就不是。恰似机器的零部件装卸,一个都不能少。如此分析性的法律思维,精细而缜密,有助立法技术的提高和法律理论的专精。

人文社会生活是丰富多变的,分析性思维运用于科学技术可谓屡试不爽,但一成不变地运行于法律世界,却未必放之实践而皆准,难免有削足适履、刻舟求剑之嫌,也会出现一些不尽如人意的尴尬。20世纪90年代美国的所谓世纪大审判辛普森案,便是一个显例。众多的证据指向辛普森杀害其前妻,但因现场血手套辛普森戴不上,此关键的一环出错,证据链条中断,辛得以无罪释放。^⑤这样的案件,在中国人看来,可能觉得逆情悖理。但在西方人看来,却顺理成章,因为他们是这种文化,其思维方式能接受甚至会支持这样的法律制度。

2. 综合性思维铸就德法共治

中国人秉持综合性思维,整个文化呈现出钱穆先生所说的“完整凝一”^⑥的现象,道德、宗教、法律、政治、哲学、艺术都是配合调谐而无此疆彼界的。落实到法律与道德之间,更是彼此贯通,互融互济,实在有些难分难解;法律内部亦无程序、实体之分,刑事、民事之别,学界谓之“诸法合体,刑民不分”。先秦儒家思想集大成者荀子曰:“治之经,礼与刑。”这句话尤能反映中华民族的思维方式。治国理政的根本,在于礼义道德和刑法制度这两手,单纯依赖礼义道德或单纯使用刑法制度都是不行的,必须两手抓,方能治国平天下。西汉《淮南子》一书中进一步阐明了道德与法律的关系,“故法制礼义者,治人之具也”,^⑦无论法律制度,还是礼义道德,都是治理国家和社会的工具,二者不可割裂、不可偏废,惟有综合为用,才能发挥出更好的治理效果。

在这种思维方式的指导下,中国在数以千年的实践中形成了“天理、国法、人情”的法律运行机制。在这一机制中,法律不是孤立的,需要和情理相勾连。对中国传统法律文化的这种特性,英国著名学者李约瑟博士似有所悟。他说:“中国人有一种深刻的信念,认为任何案件必须根据它的具体情况进行裁决,也就是说,就事论事。”^⑧何谓天理?宋儒直接将传统道德论证为天理。朱熹说:“所谓天理,复是何物,仁义礼智信岂不是天

^⑤ 1994年前美式橄榄球运动员辛普森涉嫌用刀杀害前妻,因警方几个重大失误导致有力证据的失效,得以无罪获释,本案也成为美国历史上疑罪从无的最大案件。参见《辛普森杀妻案》,载百度网:<https://baike.baidu.com/item/%E8%BE%9B%E6%99%AE%E6%A3%E6%9D%80%E5%A6%BB%E6%A1%88/8085815?fromtitle=%E8%BE%9B%E6%99%AE%E6%A3%E6%A1%88&fromid=6874881&fr=aladdin>,最后访问时间:2018年6月11日。

^⑥ 参见金耀基:《从传统到现代》,中国人民大学出版社1999年版,第194页。

^⑦ 《淮南子·汜论训》。

^⑧ [英]李约瑟:《四海之内》,劳陇译,三联书店1987年版,第77页。

理?君臣父子兄弟夫妇朋友岂不是天理?”^②何谓人情?即人人共知公认的一些常识、常理、常情,也是天理的部分来源。所谓“民之所欲,天必从之”。于是,天理人情由神秘变得世俗,由模糊变得具体,成为评价法制善恶的标准。已故著名法律史家蔡枢衡先生说,天理“是法哲学上所谓理想法或自然法,是儒家之所谓天或天道”。^③注重情理法的融合,正是德法合治的传统。

近代以来,西学东渐并取得强势话语权,分析性思维得到了法律人的推崇,极力凸显法律与道德的差异,法律规范遂游离于道德规范之外;法律内部亦用分析之法构建,遂有程序与实体之分、刑事与民事之别。德法分治的治理模式适应西方文化,却难与中国文化土壤相契合,百余年来的实践表明,欲其有效地解决中国问题,难矣!在德法之间,有的行为明明很缺德,却不一定会受到法律制裁,甚至可能通过法律去谋取利益;在法律内部,比如在刑事法领域,有的行为明明是犯罪,用四要件来套,居然不构成犯罪;^④有的行为明明不是犯罪,依照移植而来的犯罪构成理论,用四要件来套,可能就变成了犯罪。

天津大妈赵春华经营射击摊,被警方查获,其中6支枪形物被鉴定为枪支,经检察院审查起诉,一审法院以非法持有枪支罪判处赵春华有期徒刑3年6个月,引起舆论大哗。依法律分析,赵春华的行为在主体、客体、主观方面、客观方面都符合犯罪构成四要件的要求,且依照现行法律规定:非法持有以压缩气体等为动力的其他非军用枪支二支以上的,应该入罪;五支以上属于情节严重,应处三年以上七年以下有期徒刑。赵春华持有六支,如此定罪量刑还算是照顾了她。但在老百姓看来,赵大妈摆摊是谋生糊口,并无犯罪的动机与目的。网友感叹:“人们心里自有以为然的一番道理,善恶之分,道德与否,以为不害人、不为恶,行正坐直、正当谋生,便断无违法犯罪之嫌”,^⑤结果却触犯了刑法,招来牢狱之灾。以致我国著名刑法学专家陈兴良就说:“赵春华案被判有罪,完全是符合我国当前司法逻辑的,但却明显违背常识,不为社会公众所接受。”^⑥于此,法律便严重冲击了人们对是非善恶的基本道德判断。

为了解决这种德法冲突,最高人民法院作出指示,司法审判要将案件置于天理国法人情之中综合考量,“我国有着数千年文化传统,天理、国法、人情是深深扎根于人们心

② 《朱子文集·卷五十九·答吴斗南》。

③ 蔡枢衡:《中国法律之批判》,正中书局1942年版,第86页。

④ 按:重庆市某区公安机关领导给笔者讲了一个他亲自办理的案例,一个小偷偷了别人2000元钱,又把自己身上的1元零钱放回原处。公安查清事实证据后移送检察机关提起公诉,检察机关不受理。公安说:“他偷了2000元,咱们重庆市盗窃犯罪的立案标准就是2000。应该作刑事案件起诉。”检察院的说:“人家找了一块钱的呀。”过段时间我问那位领导,他说:“人家依法不受理,只有当治安案件处理。最多关15天就放人。”可见,分析性的法律思维有可能导致机械执法的弊端。

⑤ 《赵春华非法持枪案,你怎么看?》,载简书网:<https://www.jianshu.com/p/80ac05267c7d>,最后访问时间:2018年6月24日。

⑥ 陈兴良:《赵春华非法持有枪支案的教义学分析》,载《华东政法大学学报》2017年第6期。

中的正义观念,蕴含着法治与德治的千古话题。天理反映的是社会普遍正义,其实质就是民心”;“讲人情,不是要照顾某个人的私人感情,而是要尊重人民群众的朴素情感和基本的道德诉求”。^{①7} 这正是对中国文化的回归。

比较可知,坚持依法治国与以德治国相结合,在中国有着深厚的历史渊源和文化土壤,是总结几千年治国理政经验智慧的结晶,必将指引我们沿着中国特色社会主义法治道路奋力前进!

Abstract: Law and morality have experienced great combinations and separations for two times in Chinese history. When they are combined, the governance effect is relatively good, while they are separated, the effect is relatively poor. Therefore, choosing the state-governing strategy of co-governance of morality and law in the new era is in line with the rule of historical development and is inevitable. As far as operability is concerned, it can be analyzed from three aspects: the enactment of law should directly raise important morality into legislation, or use morality to reform the law that is not reasonable, or use morality to improve the law with insufficient strength; the implementation of law should be clear in two large directions, that is, the unethical behavior should not be allowed to seek improper interests through the law, and ethical conduct must not be allowed to bear adverse consequences because of the law; legal compliance should use the rule of law propaganda to help moral education, and apply moral education to promote the law compliance for the whole people. In terms of culture, the West has formed an analytical way of thinking under the domination of the subjective values of the separation of heaven and man, while China has formed a comprehensive mode of thinking under the guidance of unified values of unity of heaven and man. Therefore, the model of separately governing morality and law adopted by the Westerners is not suitable for the Chinese way of thinking, and the co-governance of morality and law is reasonable.

(责任编辑:李 游)

^{①7} 沈德咏:《坚持依法治国和以德治国相结合 立足司法职能大力弘扬社会主义核心价值观》,载《人民法院报》2017年4月20日第1版。