

法治与德治的内在分歧及其协调

张 顺

摘 要: 为了实现法治与德治的融通互促, 实有必要协调处理法治和德治重要理论分歧, 具体表现在现实性与理想性、法的安定性与正义性、自由主义传统和道德内向性等三个层面。处理现实性与理想性之间的冲突, 要求法治和德治遵循共同的价值诉求, 并符合两者基本的治理逻辑; 调和法的安定性与正义性之间的矛盾, 要求在尊重“拉德布鲁赫公式”的基础上, 加强违宪审查等制度理性的建构; 协调自由主义传统与道德内向性之间的冲突, 要确定人的自由和权利的初显优先性, 然后将价值判断转化为法律技术问题进行处理。

关键词: 法治; 德治; 形式理性; 拉德布鲁赫公式; 私人领域

作者简介: 张顺, 法学博士, 常州大学史良法学院讲师。

基金项目: 国家哲学社会科学基金重点项目“良法善治视域下法治与德治关系研究”(15AZX021); 中国法学会部级法学研究课题“国家治理体系中的法治与德治关系研究”[CLS (2017) D16]。

中图分类号: D90; D920.0 **文献标识码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2018.04.003

在治国理政的意义上, 我国学界围绕现代法治和德治关系的全面研究, 形成了“德法并重论”“法主德辅论”“法德结合论”“德法合治论”和“德法三形态论”等五种代表性的理论主张。在这些理论主张背后, 潜藏着不同学术主张在法治和德治的人性预设、法的有效性与正义性之间的关系等问题上的重要理论分歧。这些分歧的存在, 不仅会阻碍我们在法治和德治为何需要融通互促的问题上作深入的分析, 即摆脱功能互补论视角的局限性, 更多地从法治和德治构成要素同一性和相似性角度阐释两者的关系, 而且也会在实践中妨碍法治与德治融通互促的制度建构, 即沉迷于两者关系的探讨, 而忽视具体制度与潜在风险的诠释。唯有廓清法治与德治内在的理论争议, 才能建构法治与德治如何以及在哪些层面融通互促的制度体系, 同时明确两者融通互促的界限。

一、形式理性与实质理性: 处理法治的现实性与德治理想性之间的冲突

人是所有社会科学研究的逻辑起点, 法治和德治研究概莫能外。然而, 在这两种治国方略中, “人的形象”存在着显著的差别, 前者以“普通人”或“自然人”作为分析基点, 而后者以“道德人”作为“理想类型”。“人的形象”之所以会产生分化, 是因为法治和德治的治理目标和治理机制有所不同。现代法治是在深刻反思人治危害的基础上建构出来的, 十分警惕人治社会的

专断与独裁,因此特别强调法律规则至上的权威性,而且要求作为公共产品的法律理应满足普遍性和明确性等形式要求。普遍性要求立法者直面社会上的每一个普遍的民众,不考虑人与人之间质的差别,平等对待每个个体,而明确性则要求法律要尊重普通人的理智能力和道德意识,并对人的行为有明确的指引功能。如此这般,法律才能被普遍遵守,法治才得以彰显。与此相对,德治强调通过道德教化等手段提高每个人的道德素养,养成良好的道德风尚,使每个个体成为利他、增进集体利益的“道德人”,而且要求充分发挥道德治理的作用,在社会治理过程中全面贯彻落实道德的要求,“发挥好道德所具有的其他调节方式不可替代的功能与作用”^[1]。“普通人”与“道德人”模式下不同的人性预设与权威性观念,决定了法治与德治之间存在现实性与理想性的冲突。

追根溯源,这种冲突源于形式理性与实质理性之间的碰撞,即法治和德治均为社会价值的载体,但是法治的制度逻辑决定了法律吸纳和实现社会价值的方式是有限度的。不妨以法定权利和道德权利间的冲突关系作为分析的样本。以自然权利为代表的道德权利理论,不仅要求“人类的需要、愿望、欲求及与之相关的行为就是基本权利——如自由、政治参与和追求幸福等”^[2],而且强调在国家法治现代化过程中,经由社会契约所产生的国家有义务通过制定法律的方式,借助强制力保证这些道德权利的实现,即逐步将道德权利转化为法律权利。但是,由于立法者在转化过程中不仅要考虑人性的诉求,还要考虑权利的成本和与其他法律价值的权衡问题,因而经常产生理论争议。经济、社会和文化权利就是较为典型的争议领域。尽管国际人权公约已然将经济、社会和文化权利作为基本人权加以规定,但是在西方法学界尤其是英美国家,一直有这样一种声音:与公民权利和政治权利蕴含道德价值不同,立法者确立经济、社会和文化权利的前提是“社会的理想或目标”,而不是“每个个体的正义要求”^{[3]16}。这些权利的实现不仅仰仗于国家雄厚的财政实力,而且还会因为倾斜保护产生“反向歧视”等问题,所以“某些政府做不到这一点,我们通常也不会称之为失职或不公平”^{[3]15}。我国在制定《劳动合同法》时也产生过这方面的争议。原本制定该法的初衷是为了平衡用人单位和劳动者之间的利益冲突,但是却由于某些制度(如无固定期限合同)设计的失衡反而引发一场“道德危机”,因为这些制度完全枉顾用人单位的利益。从这些争议中不难发现,道德权利向法律权利的转化并不是毫无限制的,它必须遵循法律的形式理性,也要妥善处理法律背后所牵涉的利益关系,防止出现利益失衡的现象。

一方面受到形式理性的拘束,法治无法全盘接受德治确定的伦理要求,另一方面一些德治的实现机制也会与法治的治理逻辑发生冲突。在西方国家的历史上,宗教一直是道德教化的重要手段,但是自“世界的祛魅”后,这些措施的正当性在逐渐受到质疑。例如,在“斯通诉格雷厄姆案”中美国联邦最高法院裁定要求公立学校在每个教室墙上粘贴“十诫”的州法律是无效的;在“李诉韦斯曼案”中,法院裁定在高中或初中的毕业典礼上邀请牧师进行祈祷的做法违反美国宪法有关禁止设立国教的规定。同样的,近年来我国政府基于防止社会道德败坏的目的而采取的严厉打击色情直播等措施也屡屡遭受非议。质疑者认为,尽管这些措施背后有德治理论的支撑,但是“一刀切”的做法本身侵害了成年公民接触“有害”信息的权利,而且社会道德败坏论如同德弗林的“社会崩溃论”那样,更多而言是一种危言耸听。从这些争议中不难发现,尽管法治并不反对道德教化,但是其所预设的前提、坚持的底线是这些德治措施不能侵犯公民的基本权利,更

不能与宪法的规定相冲突。

那么，如何协调“现实”与“理想”之间的冲突呢？

第一，法律实践不能以“最高的道德理想”为标准，而是应该尊重每个人作为“普通人”的基本人性诉求，将普通人的道德意识作为融通互促的逻辑起点，并适当照顾少数人的道德信仰。法治和德治融通互促是一个循序渐进的过程，不能盲目地、不经任何评价地将不同层次的道德诉求“塞入”法律，将法律彻底改造成律令式的道德宝典。对于法治和德治融通互促的道德标准，德国学者基尔克提出了四个重要的命题。其一，嫁接法律和道德之间桥梁的是“正义”，即符合正义标准的道德才能被法律所转化和认可，无论这样的“道德”是体现普罗大众意志的多数人道德，还是不为多数认可的少数人道德信仰。其二，被援引的道德是合乎“人们的平均观念”，即不是伟人的道德，也不是恶人的道德，而是“普通人”“正常人”的道德意识。解释得更纯粹一些，就是符合人性诉求的道德，它尊重“人对财产、性欲、名誉、荣誉乃至高尚的需求与贪婪、淫欲、虚伪、虚荣的表现”^[4]。其三，道德法律化的目的旨在维护社会的道德共识，而不是贯彻“最高道德的客观理想”，以强制手段培养“道德人格”。道德法律化可能会促进人的道德人格的养成，但是这是客观结果，不能成为前置目的，否则法律和道德均存在被操纵的可能。其四，平衡多数人道德意识与少数人道德信仰之间的关系。“平均的观念”标准固然要求法治和德治的融通互促以自主、平等的民众的道德观念为依托，但是“平均的观念”的发展历史启示我们，“平均的观念”具有流变性，很多时候它是在“少数人道德信仰”基础上积累而来。无论是被人熟知的“法律面前人人平等”，还是对社会弱者的倾斜性保护，最初无不是少数人的道德信仰。

第二，被融通互促的道德应是制度化的道德。所谓制度化的道德，就是指通过特定的程序，被法律制度所吸纳的道德。“特定的程序”是道德制度化的前提条件，道德的法律强制是道德制度化的必然结果。在一般的意义上，“特定的程序”直接指向一国的民主制度，尤其是社会民主，即哈贝马斯所推崇的“公共领域”。借助“公共领域”的诸种机制，对棘手的社会问题和道德难题，形成价值共识，并将这种共识转化为具体的社会制度。在法律要素层面，道德共识在法律上的转化主要依托于法律规则和法律原则，前者将用行为模式和法律后果的形式具体化道德诉求，而后者则将其用较为精确的法律概念转化为法律的基础性原理，如诚实信用原则、公序良俗原则。在现代法治国家，道德制度化的最佳途径是转化为法律原则。一方面，将其转化为法律原则事实上等同于面向公众的一种“道德宣示”，其宣示的效果势必好于法律规则，且这些宣示会促使人们产生对法律的价值认同；另一方面，法律原则式的转化客观上允许价值分歧的存在，并不会产生价值上的独断。例如，在堕胎问题上，无论是持有怎样的价值立场，皆可寻找到原则支持己方主张。

第三，能够被强制执行的道德标准本身是可量化的、可操作的，而不仅仅是一种道德宣示或道德风尚。可操作性是良法的形式属性，它要求介入法律的道德要素被转化为能够被每个人识别的、具有明确指引性的行为规范，并且对违反行为规范的行为附加不同于道德惩戒的法律后果。在这方面，最为直观的例子就是有关精神损害赔偿的法律制度。在人类的法制史上，如何赔偿人的精神损害一直困扰着法律实务，因为精神损害与人的道德情感相关联，具有主观感受、主体独享、不能让与、无法用金钱衡量、不可替代等特征。然而，即便存在主观价值、道德情感客观化

的困境,现代法律制度还是为其确定了针对性的救济方式,即以消除影响、赔礼道歉、恢复名誉等为首要措施,以物质赔偿为补充的责任体系。

二、“拉德布鲁赫公式”:调和法的安定性与正义性之间的冲突

这种现实性与理想性的冲突衍生到法律效力层面,则展现为法的安定性与正义性之间的冲突。形式法治理论认为,法的安定性是法的首要价值,其刻画了法律的诸多特征并赋予这些特征以正当性,比如法律的明确性、法律的可操作性、法不溯及既往、限制国家权力等;赋予规则以法律效力的并不是道德规范,而是主权者、基础规范或承认规则,并且不能因为某些不正义的存在而直接否认法的形式效力。而在德治理论看来,道德性或良善性是法律的首要属性,是判断法律是否具有合法性、权威性和规范性的首要标准,法律必须符合平等、正义等价值诉求,才能获得人们的认同和普遍遵守。尽管两者各执一词,也各有道理,但争论局限于理论层面,对法治和德治实践的影响并不大,毕竟实践中极少出现这种需要在两者中进行权衡的极端个案。

然而,二战之后棘手的个案接踵而至。在德国法院针对纳粹所提起的一系列诉讼中,如“告密者普特法尔肯案”“助理行刑官克莱因和罗泽案”“前纳粹士兵逃亡途中击毙警官案”等,争论的焦点从如何审判纳粹转变为纳粹时期政府颁布的大量违背正义原则的法律是否具有法律效力,因为纳粹的核心抗辩理由就是他们的行为是合乎纳粹法律的。如果按照实证主义法学“法律就是法律”的观点,那么纳粹官员的行为就是正当的;如果秉持自然法学“法律即正义”的立场,那么纳粹官员就必须承担恣意裁判的责任。由于牵涉到纳粹和对二战责任的清算问题,因而争论已然超越了法律,不仅关系到各个学派的学术声誉,而且上升到意识形态和政治忠诚问题,即到底哪种理论与纳粹行为之间更具亲缘性^[5]。为了避免成为纳粹的帮凶,自然法学和实证主义法学都提出了各自的解决方案。以哈特为首的法律实证主义者并不否认纳粹法律严重违背道德原则,但为了维护法律的安定性和自主性,主张较为稳妥的做法是制定一部溯及既往的法律来惩处纳粹官员。由于哈特的方案是以牺牲法的形式理性为代价的,因而并未获得较多的认可。

为了避免使自然法学同样沾染上轻视法的形式理性的恶名,拉德布鲁赫在提出具体的解决方案之前重申了他对法律价值的基本判断。在拉氏看来,正义、合目的性和法的安定性作为三种法律理念共同制约着法律,即便它们可能处于尖锐的冲突之中^[6]。在一般情况下,法的安定性是首要价值,因为“有法总是还好于无法”^{[7]169},但“法的安定性不是法必须实现的惟二的价值,也不是决定性的价值”^{[7]169-170}。除了安定性外,还有合目的性和正义两项价值。在拉德布鲁赫建构的价值序列中,法的合目的性处于第三位,因为同时能够满足正义和安定性两项标准的法律,必然是对人民有利的,是合目的的;接下来依次为法的安定性与正义。尽管将法的安定性置于正义之后,但拉德布鲁赫并不认为正义始终优先于法的安定性,法的安定性与正义的关系应该通过以下三个公式加以协调。

拉德布鲁赫第一公式,也称“不能容忍公式”:实在法违背正义的要求达到“不能容忍的程度”时,实在法就会丧失法律效力。

拉德布鲁赫第二公式,也称“否认公式”:实在法在制定过程中有意否认正义之要求(尤其

是作为正义核心的平等)，在根本上就缺乏法的性质。

拉德布鲁赫第三公式：通过命令和权力来保障的实在法，如果对正义的矛盾尚未达到“不能容忍的程度”，在制定过程中也未有有意不承认正义之要求，那么实在法就具有法律效力^[7]170-171。

虽然从逻辑关系上第一公式和第二公式的内容可能存在“重叠关系”，但是拉德布鲁赫试图通过这三个公式协调法的安定性与正义性之间矛盾的目的是明确的：按照第三公式，在一般情况下，实在法在适用时具有优先性；而按照第一和第二公式，当实在法与正义的冲突达到“不能容忍的程度”，抑或是正义有意不被追求时，才能根据道德原则、人类良知和正义感进行裁判。也就是说，尽管拉氏赋予了道德以否认法律效力的资格，但是这种否认仅发生在少数极端的情况下。由于“拉德布鲁赫公式”赋予法官的权限极为有限，因而二战后的德国法院对该公式的运用也十分谨慎，往往只有在高级法院的裁判中才会间接运用该公式的内容，在涉及告密者行为、犹太移民的国籍等案件中，否认纳粹某些规范的法律效力。与实证主义的方案相比，“拉德布鲁赫公式”无疑具有可操作性，它不仅运用于二战后德国法院对纳粹行为的追责，还被适用于两德统一后的联邦德国政府针对柏林墙枪击事件的裁判之中^[8]。

遗憾的是“拉德布鲁赫公式”仍具有一定的模糊性，“不能容忍”等概念依赖于裁判者的价值判断，因而更多的国家尝试在制度理性的约束下解决两者的矛盾，比如违宪审查（在中国的语境下即合宪性审查）。以审查的契机为标准，违宪审查有具体和抽象之分，前者依托于系争案件进行附带审查，以美国为代表；后者以人民或国家机关的释宪诉愿为审查契机，以法国为典型。无论是哪种类型的审查模式，其内在的机理都是相同的。第一，在法治的框架下，将法外的道德价值或标准转化为宪法原则或价值，从而使得道德原则在价值位阶上失去绝对的优先性，而与其他宪法原则或价值处于均衡状态；至于哪项或哪些原则应优先适用，则要具体情况具体分析。第二，合宪性推定。在依据宪法原则对制定法进行审查前，首先在逻辑上假定其符合宪法的规定，除非经过充分的论辩能够证明“超越了合理的限度而违反了宪法”^[9]。第三，对于不同的情形采用不同的审查标准：当涉及基本权利时，采用严格审查标准；在审查准可疑分类案件时，运用中度审查标准；而在检验各种的纠偏行动是否违宪时，适用宽松审查标准，也称合理性标准^[10]。由此不难看出，无论是道德价值或标准的法律转化，还是合宪性推定与审查标准适用的情形，都深刻受到“拉德布鲁赫公式”的影响。可以说，该公式目前是调和法的安定性与正义性之间矛盾的最佳方案。

三、私人领域：协调自由主义传统与道德内向性之间的冲突

由“恶法”的效力之争，可衍生出法治与德治在调整范围和内容上的另一项冲突。受到自由主义政治哲学的影响，公共领域与私人领域的区分被视为现代民主政治和现代法治的标志。该区分对现代法治提出了与德治相矛盾的要求：其一，对于权利和义务的分配不再依赖于个人的品德，而是体现为理性的、超越个性差异的制度安排，因为制度理性要求公平的制度安排要尽量减少宗教信仰、道德伦理等因素的干扰；其二，公共领域讲权力，而私人领域讲权利。现代法治国家将具有隐蔽性和私人性的私有空间上升到权利和自由的高度，国家权力不得随意缩减和挤压私

人领域;而现代法律保障私人领域的最终目的在于捍卫人的思想自由和隐私空间,建构起防止权力异化的篱笆。然而,这些要求无疑会与道德的“内向性”和传统道德观念产生冲突,因为后者不仅会干预和谴责人的思想,而且要求私人行为同样受到道德的拘束。从权利的角度看,法治与德治在私人领域问题上的冲突可表现在两个方面。

第一,人的自由与道德偏好。在柏林的概念体系中,自由有积极自由和消极自由之分,前者是指每个人具有自主追求幸福、安全的自由,如选择某种生活方式;而消极自由是免于干预或约束的自由。这种自由理论常常会与某些道德偏好产生冲突,食用狗肉所产生的道德异议就属于此列。在某些爱宠人士看来,食用狗肉是一种极其不道德的行为,因为狗是人类的忠诚朋友,而且现代道德要求尊重动物福利;在自由主义者的视阈中,这种行为仅仅是人类自主追求生活方式的体现,他人无权进行干预,而且传统道德并没有禁食狗肉,因此要求取消“狗肉节”、强制解救等行为均属于道德绑架。由食用狗肉引起的道德争议事实上反映出,在传统道德向现代道德转型的过程中,若现代道德并未被法律所认可或尚无达成共识时,法律与道德偏好的冲突就会产生。

第二,隐私权与传统道德。保护人的隐私权是现代文明社会的重要象征,也是法律以人为本的题中之意。现代法律将隐私权作为一项基本权利,不仅旨在维护个人自由与人性尊严,而且亦具有工具性价值,如民主社会的维持、个人的社会参与等^[11]。自1890年美国学者沃伦和布兰代斯在《哈佛法律评论》发表《隐私权》一文以来,西方国家保障隐私权的体系日臻完善,民众保护隐私权的伦理意识也日臻成熟。与此相对,尽管我国在20世纪80年代就在《民法通则》及其司法解释中间接规定了隐私权条款,但是直到2003年“西安黄碟案”发生,隐私权才开始进入大众的视野,逐渐成为人们话语体系的重要组成部分。然而,受到传统伦理道德的影响,有关隐私权保护的道德共识尚未达成^[12],我们至今时常被犯罪嫌疑人是否享有隐私权、明星隐私权的保护范围等问题所困扰。

那么,如何协调容纳自由主义道德的现代法治与体现传统道德的现代德治之间的关系呢?自由主义政治哲学的方案是“伤害原则”或“冒犯原则”。根据密尔的伤害原则,“个人的行动只要不涉及自身以外什么人的利害,个人就不必向社会负责交代”,但如果“对个人利益有害的行动,个人则应当负责交代,并且还应当承担或是社会的或是法律的惩罚”^{[13]112}。在伤害原则中,伤害是最核心的概念。判断什么是伤害、是否产生了伤害,是适用该原则的前提。对此,密尔有着十分明确的界定:“我在这里说仅只影响到本人,意思是说这影响是直接的,是最初的:否则,既是凡属影响到本人的都会通过本人而影响到他人,也未可知。”^{[13]13}显然,伤害原则特指“直接的”“最初的”伤害,进而也就排除了“间接的”“推论式”的伤害。在法律的语境下,伤害就是指“A是以侵犯B的权利的方式阻退了B的利益”^[14],简单来说就是侵犯了他人的合法权益,如财产权、人身自由等。比如说,“公交车上拒绝给老人让座”就不属于法律中的“对他人造成伤害”,因为老人并不具有让他人让座的法定权利,而只具有要求他人礼让的道德权利。需要注意的是,“对他人造成伤害”讨论的仅仅是法律干预个人自由的时机,在并不涉及损害他人合法权益但触犯他人道德情感的场合,密尔并不排除运用劝说、辩解等道德机制来维护道德秩序。

然而,如若某些行为并未损害他人权益,也未危及公共利益,但是引起了其他人的愤怒、失望、恶心等道德情感,法律是否也没有干涉的正当性?对此,美国学者范伯格的答案是有,因为

这些行为构成“对他人的冒犯”(offense to others)。在范伯格的框架体系中,冒犯有程度之分,按照严重程度可以依次分为六个等级:对感官的直接冒犯,恶心与嫌恶,道德、宗教或爱国情感上的刺激,羞耻、尴尬和焦虑,愤怒、厌恶、沮丧,恐惧、怨愤、羞耻和恼怒^{[15]11-15}。但是并不是所有类型的冒犯,国家权力都有干预的必要,其必须基于一个类型化的权衡过程,即一个行为的合理性要超过该行为所产生的冒犯的严重性。在权衡的过程中,行为的合理性主要考量个人重要性、社会价值、自由表达、替代的可能、恶意和地点的性质等六项标准,而冒犯的严重程度主要牵涉冒犯的幅度(强度、持久度和广度)、合理避免标准、同意原则和异常敏感性的折减等四项标准^{[15]28-49}。举例来说,我国《治安管理处罚法》第44条规定,“……在公共场所故意裸露身体,情节恶劣的,处5日以上10日以下拘留”。尽管“在公共场所故意裸露身体”属于冒犯行为,但是并不是所有的裸露行为都有处罚的必要性,比如妇女哺乳婴幼儿时的身体裸露等,而是要达到“情节恶劣”的程度,比如多次作案、通过裸露身体猥亵儿童等。从中不难看出,与密尔独断论式的伤害原则相比,范伯格的重要创建在于将道德争议、情感冒犯转化为可以通过技术理性加以处断的权衡问题,因此对立法和司法实践更具有指引意义。

与自由主义政治哲学更加侧重于提供技术标准不同,沃尔芬登男爵则尝试在原有道德理论的基础上,提出私人道德和公共道德的划分,并且认为法律只应关注违反公共道德的行为。作为英国政府于1954年成立的调查同性恋犯罪和卖淫的皇家专门委员会的主席,沃尔芬登男爵的观点十分清晰:“必须为私隐性的道德与非道德留下一个领地……那不能成为法律的地盘。”^[16]1957年的《沃尔芬登报告》也明确指出:“成年人私下自愿的同性恋行为不再是犯罪……就私人道德方面的事宜,社会和法律应留给当事人来自自由选择。”^[17]按照该报告的逻辑,成年人私下自愿的同性恋行为属于个人道德的范畴,因为它不具有公开性和盈利性;相反,卖淫、拉客等才属于违反公共道德和秩序的行为。换言之,尽管法律有义务维护社会的公序良俗,但是这种维护不能以侵犯人们的私人领域(尤其是隐私权)为代价,也不能通过法律去“建立”和“产生”某种道德风尚,因为这样本身与道德“自生自发”的本质属性相违背。因此,沃尔芬登所谓的“私人道德”其实是“私人领域的道德”,而不是所谓的个人道德。

基于以上分析不难看出,法治和德治理论在私人领域问题上的分歧,与其说是由哲学基础不同所导致的,还不如说是因为社会风俗的转化而引发的传统道德与现代道德、私人道德与公共道德的冲突。从社会治理的公正和效率的角度看,就是法治与德治究竟应该体现哪种道德风尚,而不至于损害两者的治理逻辑。从密尔、范伯格和沃尔芬登的解决方案看,尽管理论基础和讨论进路有所不同,但是有三点却是相同的。第一,在逻辑上共同追问的问题是“法律在满足什么条件下可以干预道德问题”,而不是“法律在什么情况下不能涉足道德争议”。尽管这两个问题的答案并不存在本质的差异,但是仍可反映出三人共同的价值取向:个人的自由和权利具有初显优先性,只有提供理由证明道德考量更为重要,才能在符合比例原则的条件下约束个人自由的范围。第二,尽管法治和德治都旨在使每个人都过上且必须过上有德性的生活,但是两者的作用方式显著不同:法治维护的是社会基本的道德共识,防止社会陷入崩溃;而德治则通过论辩、批判等方式倡导更高层次的道德要求,从而形成良好的社会风尚^[18]。第三,均试图将法治和德治冲突的调和问题转化为技术问题,即首先将两者的冲突视为理由的而不是权威性的冲突,进而通过提供

权衡基点(如伤害、冒犯)和权衡标准的方式,判断哪一种理由应该获得优先保护。

参考文献:

- [1] 王淑芹,刘畅.德治与法治:何种关系[J].伦理学研究,2014(5):64-68.
- [2] 夏勇.中国民权哲学[M].北京:生活·读书·新知三联书店,2004:59.
- [3] 萨姆纳.权利的道德基础[M].李茂森,译.北京:中国人民大学出版社,2011.
- [4] 彭诚信.现代权利理论研究[M].北京:法律出版社,2017:244.
- [5] 柯岚.拉德布鲁赫公式与告密者困境——重思拉德布鲁赫-哈特之争[J].政法论坛,2009,27(5):136-146.
- [6] 拉德布鲁赫.法哲学[M].王朴,译.北京:法律出版社,2005:77.
- [7] 拉德布鲁赫.法律智慧警句集[M].舒国滢,译.北京:中国法制出版社,2001.
- [8] 柯岚.拉德布鲁赫公式的意义及其在二战后德国司法中的运用[J].华东政法大学学报,2009(4):62-72.
- [9] 王书成.合宪性推定论:一种宪法方法[M].北京:清华大学出版社,2011:1.
- [10] 李惠宗.案例式法学方法论[M].台北:台湾新学林出版股份有限公司,2009:207-209.
- [11] 王泽鉴.人格权法:法释义学、比较法、案例研究[M].北京:北京大学出版社,2013:179.
- [12] 吕耀怀.隐私权保护的道德理由[J].学习与探索,2010(5):56-60.
- [13] 约翰·密尔.论自由[M].许宝騄,译.北京:商务印书馆,1959.
- [14] 乔尔·范伯格.对他人的损害[M].方泉,译.北京:商务印书馆,2013:68.
- [15] 乔尔·范伯格.对他人的冒犯[M].方泉,译.北京:商务印书馆,2014.
- [16] 哈特.法律、自由与道德[M].支振锋,译.北京:法律出版社,2006:2.
- [17] The Committee on Homosexual Offenses and Prostitution. The wolfenden report [M]. New York: Stein and Day Incorporated, 1963: 227.
- [18] 夏纪森.法治与德治:概念比较的考察[J].常州大学学报(社会科学版),2017,18(5):37-44.

The Internal Divergence and Coordination between Rule of Law and Rule of Virtue

Zhang Shun

Abstract: In order to realize the mutual promotion between rule of law and rule of virtue, it is necessary to coordinate the major theoretical divergence between them at three levels, namely, realism and idealism, stability and justice of law, liberal tradition and moral introversion. Dealing with the conflict between realism and idealism, rule of law and rule of virtue should follow the common value pursuit, and conform to the logic of governance according to their basics. Reconciling the conflict between stability and justice of law, on the basis of respecting “Radbruchsche Formel”, the construction of institutional rationality such as unconstitutional review should be strengthened. Coordinating the conflict between liberal tradition and moral introversion, the primacy of human freedom and rights should be emphasized and then value judgment should be turned into the issue of legal technicality.

Key words: rule of law; rule of virtue; rationality of form; Radbruchsche Formel; private domain

(收稿日期:2018-05-17;责任编辑:晏小敏)