

嵌入理论视域中的法治和德治结合形态

程关松

(华南理工大学 法学院 广东 广州 510006)

摘要: 传统理论在法律体系中解释法律和道德的关系,形成了逻辑自足的法学理论,但对国家治理体系中的法治和德治关系缺乏解释力。运用嵌入理论分析,依法治国和以德治国相结合是国家治理体系中的制度性原则,形成相互嵌入的结构,产生相互规训的功能。法治和德治的相互嵌入产生弱连接关系和强连接关系,形成各具功能的规范结构和规范类型。密度确立了法治和德治相互嵌入的原则、程度和边界。在密度作用下,既要防止形式主义法治的道德空洞性,也要防止寄生于实质主义法治中的道德民粹主义和法律道德主义。

关键词: 法治;德治;嵌入;密度

中图分类号: DF044 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-579(2017)04-0079-08

The Combined Form of the Rule by Law and Rule of Virtue From the Perspective of the Embedded Theory

CHENG Guansong

(School of Law, South China University of Technology, Guangzhou, Guangdong 510006, China)

Abstract: The traditional theory explains the relationship between law and morality in the legal system and formed the legal theory of logical self-sufficiency, but fails to explain the relationship between the rule by law and the rule of virtue in the state governance system. Using the embedded theory and combining the rule by law with the rule of virtue is the institutional principle in the state governance system, forming the structure of mutual embedding and generating the function of mutual discipline. The mutual embedding of the rule by law and the rule of virtue produces weak ties and strong ties, forming the normative structure and normative function each other. The density establishes the principles, extent and boundaries of the rule by law and the rule of virtue. Under the impact of embedding density, it is necessary to prevent the formalistic rule by law without moral contents, but also the moral populism and legal morality that parasitize in the Essentialist rule by law.

Key words: rule by law; rule of virtue; embedded; density

党的十八届四中全会确定依法治国和以德治国相结合是中国特色社会主义法治道路的基本经验和基本原则。习近平同志发表两次重要讲话专门阐述此基本原则在推进国家治理现代化中的重要作用。国家提出进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见,民法典编纂首次将“弘扬社会主义

收稿日期: 2017-05-18

基金项目: 国家社科基金重大招标项目“中国特色社会主义法治道路的理论创新和实践探索研究”(编号: 14ZDC001); 国家社科基金重大招标项目“国家文化法治体系研究”(编号: 15ZD03); 国家社科基金一般项目“政府选择性社会管理创新权的行政法学研究”(编号: 11BFX095)

作者简介: 程关松(1965-),男,湖北黄冈人,法学博士,华南理工大学法学院研究员,硕士生导师,香港中文大学金融规管与经济发展研究中心访问学者。研究方向为法理学、行政法学。

核心价值观”作为指导思想在《民法总则》中予以确认,凸显国家对此原则的高度重视。本文运用嵌入理论解释国家治理体系中法治和德治的嵌入关系、嵌入结构、嵌入功能、嵌入规范和嵌入密度。

一、传统法学反思

传统法学理论在考察法律与道德关系时,形成了包括替代论和对立论的二元分离论,包括意念结合论和强制结合论的意志结合论。两种理论都将法治视为法律体系的一种内在优点而不是道德优点,^{[1] [p196]} 缺乏将法治和德治作为国家治理体系的社会建制(social institution)进行考察的理论体系,法治与德治的结构和功能没有厘清。

(一) 二元分离论反思

1. 替代论反思

替代论认为法律和道德各有社会功能。法律规范人的外在行为,道德约束人的内心世界,但殊途同归。故治国可以选择一种制度作为基本方略,将另一种制度作为替代方案。

柏拉图认为贤人之治是国家治理的最好方式,但依法之治是贤人之治无法企及时的一种次优选择。^{[2] [p149-150]} 将贤人之治和依法之治作为相互替换的治国方略看待,遭到亚里士多德的反对。^{[3] [p132]} 亚里士多德的反对理由是:雅典的民主制与僭主制交替进行的后果是社会付出了巨大的代价。^{[4] [p66-68]} 法律和道德是良法善治必不可少的两个要素,但道德并不具有治国方略上的同等地位。为了实现良法善治目标,可以把特定道德植入法律体系,建立一种法治文明秩序,^{[4] [p199]} 而不必相互替代。替代论看似合理,但没有考虑交互替代必然导致社会秩序的根本转向而不得不支付的巨大代价。历史经验表明,治国方略的交互替代正是传统社会无法避免治乱循环的制度根源。现代国家确立法治秩序,正是为了防止治国方略交互替代引起高度不确定性的严重后果。

2. 对立论反思

对立论认为,尽管法律与道德都是社会规范,但法治是规则之治,能形成良好的法律秩序。德治依赖于美德和智慧,但有偶然性。道德文明秩序是美德和智慧消费的无底洞,芸芸众生无法企及。德治偏好人治。法治的首要功能是反对人治。^{[1] [p190]} 法治体系中的道德普遍化必然侵犯人的权利,扭曲法律公正。

现代社会纷繁复杂,法治具有德治无可比拟的优越性,应为治国基本方略。但现代社会需要形成价值共识才能找到国家的发展方向和动力,法治也离不开道德的价值支撑。形式主义法治致力于法律形式要件的发展和规则模式的构建,忽视了法律的道德性,有违国家的共同价值追求。^{[5] [p66]} 在法治体系中驱逐道德的后果是法治的空洞性。^{[6] [p119]} 由于缺乏共同价值,形式主义法治必然走上“恶法亦法”之路。

(二) 意志结合论反思

1. 意念结合论反思

意念结合论以承认现实生活中法律与道德存在意识联系为前提。由于道德标准由共同体内偶然的人掌握,因此,道德与法律必须通过共同体商定的规则进行立法才能形成制度性联系。^{[7] [p82]} 在法律实施过程中,道德已不再是法律的构成要素,也不是评价要素。^{[8] [p16]} 因立法已将反映价值共识的道德转化为法律,法律实施只能根据法律规定作出法律判断,而不能作出道德判断。

意念结合论有利于克服“一般性服从道德”和“服从一般性道德”的泛道德主义。^{[9] [p220-226]} 因立法过程中的“一般性服从道德”将法律置于道德体系之下,本质上取消了法律的社会建制地位,法治国家就缺乏赖以生存的制度基础。如果在法律实施过程中“服从一般性道德”,也就为私人道德改变法律规定提供了合法性。

意念结合论希望通过立法方式将特定道德转化为法律,并通过法律实施途径实现法律价值和道德价值。但它忽视了法律自身存在漏洞的事实,也忽视了法律规范与社会事实之间并非一一对应关系。哈特认为,意念结合论忽视了法律中的“暗区地带(a penumbra of debatable cases)”。^{[10] [p284-285]} “暗区地带”形式上是依靠“意念逻辑学”^{[7] [p55]} 联系起来的一个链式传送带,实质上则源于立法不能完全预测未来生活的具体情形。

2. 强制结合论反思

强制结合论认为社会有权对某种不道德的行为进行法律强制,如果它被推定为每一个公正的人都认为是不道德的行为,且已达到无法忍受的程度,社会就必须赋予法律以强制的权力,这是社会维护公共道德必须付出的代价。^{[11] (p20-21)} 由于不道德的行为既侵犯了多数人的道德信念,又超过了道德教化的限度,还动摇了法律赖以存在的道德根基,^{[11] (p32)} 社会就有对它进行法律强制的正当性和必要性。

在制定法国家,强制结合论在立法前具有法律意义,但如何确认不道德的行为是否侵犯了多数人的道德信念,如何证明多数人对不道德的行为达到了不可忍受的程度,如何界定道德教化业已失效,如何认定不道德的行为动摇了法律赖以存在的道德根基,则必须经过民主讨论达成共识,并经过法律方法的严密化论证进行确认,而不能根据多数人的道德偏好进行界定。在法律实施环节,强制结合论没有空间。

强制结合论的错误在于:一方面,在立法过程中承认压倒性多数的道德具有通过民主方法转化为法律强制的主张是一种道德民粹主义。道德民粹主义混淆了法治国家的可接受原则与不可接受原则的区分。法治国家的不可接受原则是建立在宪法确定的多数人没有优越于少数人的道德权利基础上的正义国家,即多数人没有决定少数人如何合法生活的权利。^{[12] (p75-78)} 在法律实施过程中,法治国家也不承认未经法律程序而直接将道德转化为法律实施依据的主张。将道德直接转化为法律实施的依据也是一种法律道德主义。法律道德主义主张通过法律实施对某种不道德的行为进行法律强制,必然会侵犯法律下的自由。^{[12] (p3-8)} 法律道德主义是为强势者法外剥夺弱势者提供合法性的主张,违背了宪法确立的法权平等保护原则,动摇了法治社会的根基。

二、嵌入理论

嵌入理论(embedded theory)是结构功能理论的新发展,用于分析社会行为在制度网络中的确定地位和运行规律,并将抽象的价值判断转化为具体的规范判断。

(一) 基本观点

结构功能理论是建立在对唯意志论批判基础上的社会行为理论。唯意志论把社会行为视为主体的外在本表现,而不考察社会行为本身的结构和所处的制度环境,也就难以获得制度化的行为预期。^{[13] (p13)} 社会行为是一个包括行动者、行为目的、行为处境、行为构成关系的结构体系,能产生可预期的规范性功能。^{[13] (p49-50)} 结构功能理论丰富了对社会行为构成要素和参照系的考察范围,但偏重对行为结构和行为选择依据的分析,对社会行为的制度构建功能的描述不完整。

嵌入理论由卡尔·波兰尼(Karl Polanyi)在《作为制度过程的经济》一文中提出。他认为经济体制是嵌合在经济制度与非经济的社会制度中的经济体制,^{[14] (p34)} 而自由主义经济使经济体制“脱嵌”(dis-embedded)于社会制度,使经济制度成为一种孤立的制度,引起了严重的社会后果。^{[15] (p129-130)} 他的嵌入理论关注经济体制在社会制度中的定位问题,批判了经济自由主义的“脱嵌”取向,检讨了经济自由主义的严重后果。

马克·格兰诺维特(Mark Granovetter)运用嵌入理论批判了社会行为概念中的“过度社会化”和“低度社会化”(over- and under-socialized conceptions of human action)现象,认为它们忽略了人们之间业已存在的具体社会关系。^[16] 他认为基于社会信任的弱连接(weak ties)和基于制度约束的强连接(strong ties)组成了社会行为的网络结构,而弱连接更能分享多元信息,增加行为选择的弹性,提高人的行为能力。^{[17] (p1360-1380)} 他的弱连接思想深化了嵌入理论的内涵,增强了人们对社会行为选择机制的理解力。

(二) 法学应用

嵌入理论广泛应用于社会学和新制度经济学领域,已形成比较完备的理论。^{[18] (p188-190)} 法学领域的文献较少,没有形成一般分析框架。

法律是通过规范介入社会事实的制度化方案。因此,既要把法律视为一个相互理解的过程,也要把法律放到制度环境中去理解,还要把法律视为社会的一部分。^{[19] (p55)} 这种思想为法律领域应用嵌入理论提供了法哲学基础。

嵌入理论在法学领域中的应用是以单一主体为研究对象的简单模型。如果要把嵌入理论应用于分

析法治与德治关系,首先必须引入主体间性的概念,^{[20] (p128-144)}在复数意义上进行研究。其次,必须阐明法治与德治的弱连接关系与强连接关系的具体形态。再次,必须引入密度概念^①分析弱连接关系与强连接关系的制度界限。

三、弱连接关系

弱连接关系是指法治和德治在功能区分基础上的价值分享过程,一般用“可以”来陈述。它是建立在法治和德治相对独立基础上的价值分享关系,突出“分”则各自完善,“合”则相互规训的功能,并在价值分享过程中达到更高的良性互动层次。

(一) 弱连接结构

法治和德治的弱连接结构是在国家治理体系中形成的价值分享关系。依法治国和以德治国相结合必须置于国家治理体系中进行考察,才能确立各自的地位和功能,共同贡献于良法善治的国家治理目标。

国家治理体系中的法治和德治是一种并行结构而非并合结构。一方面,法治和德治具有相对独立性,可以同步建设,并行不悖,共同支撑国家治理体系。另一方面,在同步建设的基础上相互促进、相得益彰,协同推进国家治理能力现代化。法治和德治不是非此即彼的排他关系,而是亦此亦彼的辩证关系。相对独立性不破相互依赖性,相互依赖性不破相对独立性,在国家治理体系中分享彼此的价值,提升彼此的质量。

国家治理体系是一个多元共治体系,既包含价值的多元性,也包含制度的多样性。习近平同志指出“法安天下,德润人心。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。”^[21]从治理理念角度考察,理念是制度的基础,制度是理念的实现方式。^{[22] (p31)}治理理念要求德治为国家治理提供良善的正当性基础,^[23]也要求法治为国家治理提供稳定的制度支撑。^[24]从治理效果角度考察,有效性是国家治理能力现代化的一个综合目标,只有坚持依法治国和以德治国相结合才能提高国家治理能力。

(二) 弱连接规范

弱连接是法治和德治的非制度化连接,即法治不必废道德,德治不必废法律。^{[25] (p198)}弱连接形成评价性规范、补充性规范和补强性规范。

评价性规范包含两个方面的内容:一方面,法治是人类过更好生活的制度安排,必须崇德向善,否则法治将失去正当性和治国方略地位。另一方面,法治是法律的良好状态,尊法守法是道德建设的首要任务,否则德治将失去准绳,沦为满足私欲的工具。

补充性规范包含两个方面的内容:一方面,法律是从既有生活中抽象出来的行为模式,不可能预测未来生活的细节,法律存在漏洞。因此,在不违反法治精神的条件下,应允许道德发挥补充作用。把自然正义和民间法纳入法治体系正是法治优越于法制的显著特征。^{[26] (p82)}另一方面,道德领域充满竞争,法治可以为道德冲突的解决提供参照,提高德治的有效性。

补强性规范包括两个方面的内容:一方面,重诺守信的良好道德环境有利于法治的高效实施。阿佩尔认为“一种在社会中丧失了道德信誉的法律制度,往往也终将丧失它的效力。”^{[27] (p274)}另一方面,法律是最低限度的道德,良好的法治环境也有利于形成道德认知和道德确信,促进美德义举的践行。

(三) 弱连接密度

弱连接是价值分享层面的非制度化连接方式,通过相互参照和渗透的方式优化彼此的结构和功能。如果将法治和德治进行普遍化制度连接,就会彼此消解。故弱连接的频率、强度和方式应受到限制,以保持彼此的相对独立性。

评价性嵌入的密度包括两个方面的内容:一方面,道德对法治的评价必须建立在法律是首要的制度善的前提之下。道德对法治的总体评价只能构成法律的反思性因素,而不能构成法律的效力要素。在

^① 密度概念是宪法学在平衡司法机关的司法审查权与行政机关的“判断余地”权时使用的概念,此处用于描述法治与德治弱连接关系和强连接关系的限度标准。

极为特殊的情况下,道德对某一法律的资格否定必须达到正义无法忍受的程度。^{[22] 3(p232)} 法治是一种制度善的总体性论断也不能推导出“一般性服从道德”的主张。由于“一般性服从道德”是一种缺乏公度品质的公道观念,不可能都上升为公民普遍遵守的法律规范,也就没有优越于法律总体公正的制度品质。^{[28] 3(p161)} 另一方面,法律公正对德治的评价只能在法律规范的限度内进行,否则会形成法律对道德的强制,不利于鼓励道德主体的良心自由和内心自律。

补充性嵌入的密度包括两个方面的内容:一方面,只有在法律允许的条件下,道德规范才能调节个案的处理,且个案的道德调节不得与法律相抵触。在此情形下的道德规范只具有个案意义,并不能按照类似问题类似处理的原则将其效力普遍化。另一方面,弱连接限于认知层面和价值层面,而不是规范层面。法律促进道德争议的解决只能以法律判断为参照,法律判断不能代替道德判断。

补强性嵌入的密度包括两个方面的内容:一方面,在法律实施过程中,道德规范具有补强未完全类型化或未完全逻辑化的法律规范的适用效力,但道德规范只具有说理功能,没有法律判断地位。法律内含道德要素的结构性事实也不能推导出“服从一般性道德”的主张。另一方面,在道德践行过程中,法律规范对道德冲突的解决只具有引导功能和参照意义,也没有道德判断地位。

四、强连接关系

强连接关系是法治和德治的制度化连接,一般用“应当”来陈述。在依法治国背景下,道德嵌入法律体系是为了维护社会的基本价值,实现良法善治的国家治理目标,不存在法律嵌入道德的强连接方式。

(一) 强连接结构

法治是国家治理现代化的必由之路。^[29] 道德嵌入法治体系的强连接结构是在依法治国方略中形成的复合结构,包括嵌合结构、包容结构和认知结构。

嵌合结构指通过立法方式将特定道德转化为具有法律效力的法律价值或法律规范所形成的结构。从积极方面看,立法应当将“实践中广泛认同、较为成熟、操作性强的道德要求及时上升为法律规范,引导全社会崇德向善”。^[21] 即法律必须包含最低限度的道德要求。^{[30] 3(p195)} 最低限度的道德既可以是社会的核心价值,也可以是社会不得免除的共同责任。核心价值是社会的希望和追求,共同责任是最大限度避免社会及其成员的痛苦与不幸。^{[31] 3(p258)} 从消极方面看,法律应当将严重的失德失信行为纳入法律调整范围,通过法律方式维护社会的道德底线。

包容结构指法律规范通过授权方式将道德规范涵摄其中,承认其个案调整的法律效力。一方面,法治体系包容道德规范是法治优越于法制的显著优点,但依法治国方略并不抽象地讨论“法主德辅”问题,而是以法律调整对象和法律实施环节本身的内在需求为根据包容道德规范。另一方面,法治的基础是规则之治,法治体系所包容的道德不是流行的道德或者多数人的道德意识,只有获得法律授权的道德规范才具有法律效力。拉兹认为“法律提供了社会生活的一般框架。它是规制行为和解决争议的体系,它主张干预任何活动的至上权威。它通常也支持或限制社会中其他规范的创制和践行。”^{[1] 3(p104)} 因此,在法治体系中,既不能包容抽象的道德信条,也不能用抽象的道德信条评判法律,而是要用法律准绳检验进入法律实施过程中的道德。

认知结构指道德认知作为法律推理的前提被法律共同体公认所形成的结构。一方面,当某一法律规范包含多重价值时,法律适用必须选择一种价值,法官得运用道德认知的方法参与价值选择。这一方法比法官的自由裁量权更符合理性证立的要求。^{[32] 3(p50-52)} 另一方面,当某一法律规范缺乏价值要件时,法律不禁止个案中根据道德规范作出受益判决,但不允许运用道德规范作出受损判决。^{[31] 3(p326-328)} 在立法没有对某一法律规范作出价值评价时,法官必须按照权利优位的要求进行价值判断,这是现代法治的基本原则。

(二) 强连接规范

强连接是一种制度化连接方式,具有构成性、授权性和证明性特征,形成构成性规范、授权性规范和证明性规范,能产生相应的法律效力。

1. 构成性规范

构成性规范是通过立法方式将特定道德上升为法律规范所形成的具有道德内涵的法律规范,具有

法律形式和法律效力。

从积极角度看,构成性规范要求法律必须具有道德性,表明国家用法律方式保护共同价值的意志,这一要求表征为法治的良善性。法治的良善性是法治的本质属性,意指法治总体上应受道德评价并在法治体系中应对道德作出妥当安排。亚里士多德认为“法治应包涵两重含义: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] (p199)} 将共同的道德要求通过立法方式嵌入法治体系是保证法治良善性最基本的方式。

从消极角度看,一方面,形式主义法治存在道德空洞性。^{[6] (p119)} 道德空洞性看似“价值中立”,实际上,形形色色未经立法确认的相互竞争的道德都会挤进法律实施过程,最终的结果是强势者的权力压制了弱势者的权利,公正的法律还原为原始力量的对比。另一方面,形式主义法治忽视了责任的必要性,使得法律有利于“恶人”,不利于“好人”,“恶行”得不到应有惩罚,“善行”得不到适当奖励。^[33] 法治体系必须通过立法将基本道德义务转化为法律义务,使“恶行”受到惩罚,“善行”得到奖励。欧克肖特认为“‘法治’这个词确切地理解,指一种只依据已知的、非工具性的规则(即法律)的权威的道德联合模式,它将在做自选行动时同意限定条件的义务强加给所有在它们权限内的人。”^{[34] (p170)} 故嵌入法治体系的道德不仅有转化为法律权利的道德权利,也有转化为法律义务的道德义务。

法律不能强制要求每一位公民道德高尚,但法律能够做到要求每一位公民恪守最低限度的道德,并给高尚公民以适当奖励;法律不能提供使每一位公民幸福的现成条件,但法律能够做到最大限度减少或消除社会及其成员的痛苦与不幸。这是法治良善性的真谛,也是法治必须具有道德性的内在要求。

2. 授权性规范

授权性规范是通过立法鼓励美德善行或为了获得更好的社会效果而允许运用道德规范解决纠纷所形成的具有法律效力的规范。

具有道德性的法律规范可以分为义务性规范和权利性规范。义务性规范要求公民积极履行具有道德内涵的法律义务,否则会承担相应的法律后果,体现了法律最低限度的道德要求。权利性规范通过立法方式鼓励美德践行。法律不能要求每一位公民道德高尚,但法律可以赋予每一位公民践行美德的权利,并给予践行美德的公民以奖励。用法律方式赋予公民践行美德的权利,通过缘法以致道的方式,就能提高整个社会的道德水平,巩固良法善治的基础。

法治的核心价值是公正。法律公正与道德正义既有联系,也有区别。由于道德正义缺乏整体性转化为法律公正的制度性特质,也就不能都上升为公民普遍遵守的法律规范。^{[28] (p161)} 当然,在道德嵌入法治体系过程中,只要道德正义与法律公正不相抵触,法律实施并不排除在当事人自愿的条件下以更高的道德正义标准解决社会纠纷。

3. 证明性规范

证明性规范是在法律实施过程中由法律共同体所公认的作为法律推理前提的价值判断规范。

法治体系包含规则模式、决断模式和法秩序模式,形成不同思维方式的法律规范。^{[35] (p49)} 道德通过立法上升为法律后,会转化为法律价值或法律规范。由于法律价值的多元性或特定法律规范缺乏评价性要件,法官必须根据具体案情作出价值判断。按照司法传统,价值判断是一种决断思维,属于法官的自由裁量权。在判例法国家,法官通常用遵循先例或法官造法的方式作出价值判断。在大陆法国家,法官通常用道德论证方式作出价值判断。不同国家形成了不同的价值论证理论。这些价值论证理论与各国司法传统一致,不存在孰优孰劣的问题。

随着司法文明的发展,公民对司法公正的要求不断提高,涉及到价值判断的内容,公民认为已不再纯粹属于法官自由裁量权的范围,而是必须根据法律共同体公认的证明规则,作出公民普遍认同的价值判断。如果根据法律共同体公认的证明规则作出了公民普遍不认同的价值判断,则必须依法律程序诉诸有权机关才能做出最终的价值判断。证明性规范属于理性论辩的规范性理论,^{[36] (p225)} 既不是法官自由裁量的结果,也不是绝大多数公民接受的结果,而是守法共同体均可接受的结果。可见,证明性规范的有效性不仅取决于法律共同体的严密化论证,而且受制于公民的法观念、法感情和法认知。

(三) 强连接密度

强连接是具有法律效力的制度化连接方式,如果缺乏密度控制,就容易出现过度道德化或低度道德化倾向,故必须控制嵌入法治体系的道德的质和量。

1. 嵌合结构的密度

嵌合结构的密度要求法治体系既不能出现道德的空洞性,也不能出现道德的过密化,其重心是防止道德民粹主义。

嵌合结构既是道德嵌入法治体系最低限度的要求,也是法治良善性的内在品质。但法治对接受何种类型的道德以及以何种方式接受道德有严格的要求。富勒认为“如果说愿望的道德是以人类所能达致的最高境界作为出发点的话,那么,义务的道德则是从最低点出发。它确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达致其特定目标的那些基本原则。”^{[37] [p8]} 法律只能接受一种能被公民普遍遵守或国家机关能有效实施的义务的道德,而不能接受只有私人可及性的非凡美德和卓越智慧。

嵌合结构的最大危险是道德民粹主义。道德民粹主义主张法治体系应该接受多数人的道德或社会流行的道德。道德民粹主义的立论根据是多数人的民主优越性。哈特认为,道德民粹主义的错误不是民主的可接受性原则,而是民主的不可接受性原则。他认为,宪法最重要的价值就是确保多数人没有优越于少数人的权利,其最重要的功能就是保障少数人的基本权利不被多数人所侵犯。^{[12] [p76]} 宪法范围内的民主选择具有可接受性,但宪法保护以外的道德民粹主义具有不可接受性。

2. 包容结构的密度

包容结构的密度要求以法律授权方式鼓励更高的道德追求时不能将权利性规范转化为义务性规范,其重心是防止法律道德主义。

包容结构所应允的道德高度只能是权利性的道德应允,而不能是义务性的道德要求。由于善具有多样性的特征,道德权利转化为法律权利的目的在于保障每一位公民都有良心自由和内心自律的机会,而良心自由和内心自律是道德个体的本质。授权性规范允许当事人在与法律规定不相抵触的前提下,以更高的道德标准自愿解决纠纷,也是为了鼓励更高层次的守法。法律实施机关无权将权利性规范转化为义务性规范,强迫当事人以更高的道德标准守法。

法律道德主义主张,在法律实施过程中,当某一法律行为与道德规范明显冲突时,应对法律行为重新进行具有法律效力的道德评价。一方面,法律道德主义违背了义务法定的法治原则,侵犯了公民的法律权利和自由。^{[12] [p3-8]} 另一方面,如果允许法律实施过程再次嵌入道德义务,实际上就是把为了更高的道德追求而设置的权利性规范转化成了义务性规范,法律将失去固有准绳和行为预期,法律权威将最终消失。

3. 认知结构的密度

认知结构的密度要求司法过程中的道德认知必须符合法律共同体公认的论证理论的要求,其重心是促进法官自由裁量权的理性化、规范化和程序化。

由于法律价值的多元性或特定法律规范缺乏评价性要件,法官在个案中必须作出价值判断。传统观念认为,价值判断属于法官的自由裁量权,并不存在密度的限制。随着司法文明的发展,人们已不再满足关于自由裁量权的这种意志论解释,而是希望将司法过程中的价值判断作为具有逻辑结构的认知图式看待,以便实现自由裁量权的理性化、规范化和程序化。

传统的自由裁量权规则是遵循先例、诉讼程序和审级监督等制度,属于审判独立的内部规则,社会评价没有法律效力。随着人们对司法公正要求的提高,我国的司法体制改革以司法责任制为中心。^[38] 司法责任制能够增强司法的公信力,但本质上不是将司法过程中的价值判断交由社会判断。即使法官根据法律共同体公认的证明规则作出了公民普遍不认同的价值判断,也只能诉诸有权机关予以纠正,而不能由社会进行判断,这是我国司法体制的特征,^①也是法律职业主义的表现。

五、基本结论

依法治国和以德治国相结合被确立为推进国家治理现代化的基本原则。传统法学理论对于法治和德治关系的理解缺乏解释力。应用嵌入理论能较好地把握法治和德治的嵌入关系、嵌入结构、嵌入功

^① 判例法国家通过建立陪审团制度限制法官的自由裁量权,扩大司法的民主基础。早期的陪审团既审查案件事实问题,也审查案件法律问题。现代陪审团只审查案件事实问题,不审查案件法律问题。我国采用审判体制内的司法民主制度和指导性案例制度扩展法官自由裁量的认知结构,防止自由裁量权擅断,是适应当前法治状态的理性选择。

能、嵌入规范和嵌入密度。法治和德治的弱连接方式是一种非制度化的价值分享方式,一般用“可以”来陈述,突出“分”则各自完善,“合”则相互规训的功能,能增加国家治理体系的制度弹性,促进国家治理能力的进化。法治和德治的强连接方式是一种道德制度化嵌入法治体系的规范构造方式,一般用“应当”来陈述,道德嵌入法治体系是为了维护社会的基本价值,实现良法善治目标。为克服法治体系的道德空洞化和过密化倾向,需要引入嵌入密度概念。嵌入密度确立了法治和德治相互嵌入的原则、程度和边界。在嵌入密度作用下,既要维护法治的良善性,也要防止形式主义法治的道德空洞性,还要防止寄生于实质主义法治中的道德民粹主义和法律道德主义。

参考文献:

- [1] [英]约瑟夫·拉兹. 法律的权威[M]. 朱峰译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [2] [古希腊]柏拉图. 法律篇[M]. 张智仁等译. 上海: 上海人民出版社, 2001.
- [3] [美]乔治·萨拜因. 政治学说史(上卷)[M]. 邓正来译. 上海: 上海人民出版社, 2010.
- [4] [古希腊]亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭译. 北京: 商务印书馆, 1965.
- [5] [美]诺内特·塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会[M]. 张志铭译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [6] [美]布雷恩·Z. 塔玛拉哈. 论法治[M]. 李桂林译. 武汉: 武汉大学出版社, 2010.
- [7] [英]边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时弘殷译. 北京: 商务印书馆, 2000.
- [8] [英]约翰·奥斯丁. 法理学的范围[M]. 刘星译. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [9] [美]大卫·莱昂斯. 伦理学与法治[M]. 葛四友译. 北京: 商务印书馆, 2016.
- [10] 哈佛法律评论[C]. 许章润等译. 北京: 法律出版社, 2011.
- [11] [英]帕特里克·德富林. 道德的法律强制[M]. 马腾译. 北京: 中国法制出版社, 2016.
- [12] [英]H. L. 哈特. 法律、自由与道德[M]. 支振锋译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [13] [美]T. 帕森斯. 社会行动的结构[M]. 张明德等译. 南京: 译林出版社, 2003.
- [14] K. Polanyi. The Economy as Instituted Process [A]. In Mark Granovetter and Richard Swedberg(eds). *The Sociology of Economical Life* [C]. Boulder, Colo: Westview Press, 1992.
- [15] [匈]卡尔·波兰尼. 巨变[M]. 黄树民译. 北京: 社会科学文献出版社, 2013.
- [16] 李汉林等. 组织和制度变迁的社会过程[J]. 中国社会科学, 2005 (1).
- [17] Mark Granovetter. The Strength of Weak Ties [J]. *American Journal of Sociology*, 1973 (78).
- [18] [美]罗纳德·H. 科斯等. 产权权利与制度变迁[C]. 刘守英等译. 上海: 格致出版社, 上海三联书店, 上海人民出版社, 2014.
- [19] [德]京特·雅克布斯. 规范·人格体·社会[M]. 冯军译. 北京: 法律出版社, 2011.
- [20] [德]哈贝马斯. 在事实与规范之间[M]. 董世骏译. 北京: 三联书店, 2003.
- [21] 习近平. 坚持依法治国和以德治国相结合[N]. 人民日报, 2016-12-11.
- [22] [德]拉德布鲁赫. 法哲学[M]. 王朴译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [23] 向玉乔. 国家治理的道德意蕴[J]. 中国社会科学, 2016 (5).
- [24] 张文显. 法治化是国家治理现代化的必由之路[J]. 法制与社会发展, 2014 (5).
- [25] 萧公权. 中国政治思想史(上册)[M]. 北京: 商务印书馆, 2011.
- [26] [美]霍姆斯. 法律的生命在于经验[C]. 明辉译. 北京: 清华大学出版社, 2007.
- [27] [德]卡尔·奥托·阿佩尔. 哲学的改造[M]. 孙周兴等译. 上海: 上海译文出版社, 1997.
- [28] [古希腊]亚里士多德. 尼各马可伦理学[M]. 廖申白译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [29] 张文显. 法治与国家治理现代化[J]. 中国法学, 2014 (4).
- [30] [英]哈特. 法律的概念[M]. 张文显等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [31] [德]考夫曼. 法律哲学[M]. 刘幸义等译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [32] [德]卡尔·恩吉施. 法律思维导论[M]. 郑永流译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [33] 赵汀阳. “预付人权”[J]. 中国社会科学, 2006 (4).
- [34] [英]欧克肖特. 政治中的理性主义[M]. 张汝伦译. 上海: 上海译文出版社, 2004.
- [35] [德]卡尔·施密特. 论法学思维的三种模式[M]. 苏慧捷译. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [36] [德]罗伯特·阿列克西. 法律论证理论[M]. 舒国滢译. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [37] [美]富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈译. 北京: 商务印书馆, 2005.
- [38] 张文显. 论司法责任制[J]. 中州学刊, 2017 (1).

(责任编辑: 余小江)