



首页 → 学术文章 → 法律伦理

艾四林 王贵贤：法律与道德——法律合法性的三种论证路向

法律与道德 ——法律合法性的三种论证路向

【原文出处】清华大学学报：哲社版

【原刊地名】京

【原刊期号】20073

【原刊页号】67~72

【分类号】D410

【分类名】法理学、法史学

【复印期号】200708

【英文标题】Law and Moral

——Three Argumentations on Legitimacy of Law

AI Si-lin, WANG Gui-xian

(Department of Philosophy, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

基金项目：国家社科基金规划项目“哈贝马斯伦理思想研究”(02BZX043)。

【作者】艾四林/王贵贤

【作者简介】艾四林，清华大学哲学系教授，博士生导师。

王贵贤，清华大学哲学系博士研究生（北京 100084）。

【关键词】法律/道德/法律的合法性

law/moral/legitimacy of law

【责任编辑】苗慧

时至近代，法律的合法性问题日益凸现，法律与道德的关系在论证法律的合法性问题的过程中居于核心的地位。一般而言，对法律合法性的证明主要有两种路径：其一认为法律的合法性植根于道德的合理性，法律与道德是一种模仿关系；其二主张法律与道德并没有直接的关系，法律的合法性或者在于法律的法律性，或者在于国家强制。但哈贝马斯认为法律与道德是一种相互补相互渗透的关系，所以法律的合法性应该从基于商谈伦理学的程序主义角度进行论证，从而实现了对传统论证方法的超越。

In modern society, legitimacy of law become more and more important, and the relation between law and moral is the crucial problem when demonstrating the legitimacy of law. Generally speaking, there are two argumentations on legitimacy of law: one is that legitimacy of law roots from moral rationality, and law and moral is related by a kind of imitation; the other is that law and moral have no relation, so legitimacy of law lies on either the legality of law, such as Max Weber, or the coercion of state, such as legal positivism. Habermas think, however, law and moral have a complementary relation, and demonstrate the legitimacy of law through a proceduralist way which based on discourse ethnics. Without any doubt, it is beyond two traditional argumentations on legitimacy of law above mentioned.

在前现代社会，法律的合法性很少得到关注，主要是因为它的整体性特征使人们很少对价值系统进行追问。随着前现代社会“整体性自然律”向现代社会“个体性的权利”的转化以及社会价值领域的碎片化，法律的合法性问题也就日益凸现出来。法律的合法性必须得到严格的论证，这是制定、适用以及个体遵守法律的基础。法律与道德之关系在论证法律的合法性问题的过程中一直居于核心地位，并或明或暗地体现于西方近现代整个政治法律思想史当中，因此法律与道德之关系和法律合法性的论证就缠绕在了一起。

一、法律与道德之模仿关系

在前现代社会，以形而上学或神学为基础的一元论的世界观使得法律与道德之间的关系并没有引起广泛的争论。在处理法律与道德之关系时，无论是神学自然法还是理性自然法，都将法律与道德严格整合到了一个价值体系之中。前现代社会的这种整体性特征使法律的合法性问题被遮蔽了，但遮蔽不等于无。实际上对自然法与实证法之关系的论述，在某种意义上讲，就是对法律与道德之关系的阐释和对法律合法性的证明，因为自然法就是正义、善等道德原则的总和，自然法与实证法之间的关系，就是道德与法律之关系，实证法必须与自然法相一致，从属于自然法而作为自然法的具体体现，则是对法律合法性的一个论证。

实证法与自然法，或者说法律与道德之地位是不平等的，二者之间呈现为一种模仿关系，道德的位阶高于法律，法律的合法性也必须求诸于道德。在柏拉图看来，法律就是正义和善的体现，正义是法律的指导原则，它高于实证法。亚里士多德也认为，法律就是没有人的感情偏见的道德理想——正义的外在表现，法律已经超越了其表现出来的形式，成为了与所有美德共存的道德力量。西塞罗直接将法

律的效力归结为其所具有的道德性，认为“实在法的力量来自自然法”。[1]218

经院哲学的宗教自然法的论证逻辑是，实证法从属于自然法，而永恒的上帝法则是自然法和实证法的渊源。在中世纪，宗教世界观占据了绝对至上的位置，法律（教会法）的基础就是上帝。在这种法律体系中，法律的解释和实施只能由教会中的神职人员所充任的法官来实现，而且，法律被解释为一个凡人不可企及的“神灵天国秩序或一个天然世界秩序的具体部分”。[2]179世俗统治者具有双重身份，他们既是行政的最高长官，也是最高法官，但是他们的政治统治和颁布的实证法律必须服从自然法和上帝法。也就是说，实证法的合法性（权威基础）在于统治者的合法性，统治者之所以具有合法性，是因为他们严格地服从着自然法——它是富含着道德因素的神灵天国或天然世界秩序的具体部分。《圣经》中的“摩西十诫”作为具有强烈法律色彩的戒律之所以得到了普遍承认和遵守，也主要在于它包含着丰富的道德因素。

文艺复兴和宗教改革之后出现的“古典自然法理论”是理性自然法。古典自然法学家虽然对自然法的阐述不同，但普遍承认自然法体现了人的理性，是最高法律。人类的理性归纳出了可普遍化的道德原则，实证法就是对这些原则的体现。

在康德的权利学说中所遵循的是一种过渡原则，即权利的普遍化是从道德过渡到法律的过程。在康德看来，法律规范就是把普遍的道德律运用于“外在关系”。“他从道德律的基本概念出发，从中通过限定(einschraenkung)而获得法律规则。道德理论提供一些普遍概念：意志和自由选择，行动和刺激，义务和爱好，法则和立法，这些概念首先被用来确定道德判断和道德行动的特点。在法权论中，这些基本的道德概念经历了三个方向上的限定。根据康德，法律概念所涉及的首先不是自由意志，而是法律的承受者的自由选择。它进一步延伸到一个人对于另一个人的外在关系。最后，它被赋予一个人在受到干涉时有理由对另一个人实施的那种强制力量。法律原则在这三个方面对道德原则加以限定。经过这样的限定，道德立法反映在法律的立法之中，道德性反映在合法性之中，善的义务反映在法律义务之中”。[2]129-130

二战中纳粹的暴行使人们开始反思法律与道德之关系以及法律的合法性问题，并因此而引发了旷日持久的论争。富勒认为法律本身就具有道德性，不符合道德的法律，就不能称之为法律，道德不但是法律的合法性基础，而且还根据判决的需要经常地补充到法律之中。德沃金则对法律的原则和规则做了区分，相对于规则而言，原则更具有道德普遍性，从而也更具有优先性，所以当一规则和原则发生冲突时，法官应该毫无疑问地遵循原则。

总之，把法律与道德之间的关系看作模仿关系的观点是一种典型的柏拉图主义的直觉。这在一定意义上是合理的，正如哈贝马斯所说：“这种直觉绝没有错，因为一种法律秩序只有当不与道德原则相矛盾的时候，才是合法的[legitim]”，[2]130实证法仍与道德保持着联系。但仅仅通过道德来论证法律的合法性仍属于前现代法的范畴。随着现代社会的日益分化，形而上学或神学一元论的世界观已经瓦解，法律和道德分化为相互独立的社会子系统，在规范等级的意义上道德失去了凌驾于法律之上的权威性。法律的合法性论证不得不转向另外一条路径。

二、法律与道德之相对自主关系

随着实证主义在19世纪的兴起，实证方法在社会科学当中占据了重要地位，它最基本的原则之一是从经验主义的认识论出发，用自然科学的研究方法来研究社会现象，从而要求在社会科学研究中必须保持“价值中立”，把社会科学研究限制在“实然”领域，“应然”领域因为充满了价值判断而被排除到科学的研究范围之外。具体到法律领域，实证主义法学家根据“实然”和“应然”的区分认为，法理学应该研究法律“是什么”(what it is)，而不是研究“应该是什么”(what it ought to be)。奥斯丁认为：“法理学的科学（直接而简单地称法理学）关注实在法或严格意义的法律，而不考虑这些法律的好或坏。”[3]330这就否定了法律在自然法学理论中对道德的依附关系。法律与道德领域的剥离并不意味着对法律合法性论证的放弃，实证主义法学对法律的合法性论证转向了法律的制定过程，法律之所以是合法的，是因为它是一种主权者明文规定并颁布的、以制裁为后盾的命令。H.L.A.哈特虽然认为“最低限度内容的自然法”是实证法的基本要素，但他仍然否认法律与道德之间具有必然联系。对于法律的合法性，他在承认“最低限度内容的自然法”的基础上，认为法律的效力主要在于人们对它的承认和接受。

韦伯所面临的时代背景是“自由主义的衰落、社会主义的成长、实证方法在社会科学当中占据主导地位以及文化悲观主义的蔓延”。[4]2这使韦伯对法律与道德的洞见与实证主义法学相似，认为现代社会下的法律应该是一种形式合理性的法，它“像自动贩卖机，从上面投入事实，在其中适用预先决定的法律规定，然后从下面自动得出结论”。[5]75这个比喻是对法律与道德关系以及法律合法性问题的反思。因为“这一形式理性的‘技术装置’之所以能够发挥作用，前提是法律能够与伦理等实质理性分离，构成‘自我指涉’(self-reference)的法律秩序”。[6]152这就将法律的合法性论证严格限制在了法律系统本身，排除了对道德的依附关系。

韦伯关于政治统治合法性的命题对理解法律的合法性问题非常关键，正如哈贝马斯所认为的，“韦伯用这个命题支持了一种实证主义的法律概念：法律的合法性就是政治立法者（不管它现在是否用民主方式被赋予合法性）根据一个法律上建制化的程序制定为法律的东西”。[2]558现代社会法理型统治类型的合法性(legitimacy)，“建基于对实定的法律规则和那些提升为统治者之权利的合法性(legality)信仰之上，统治者能够通过法律规则来发布命令”。①法理型统治的行政管理是一种专业化的官僚制行政管理，这种管理形式的特点是严格遵循程序，公民所服从的一切都已经去人格化(depersionalization)，个体自身特有的特征已经湮没于制度之中，换言之，人们对这种统治服从的基础是对抽象的、不受个人意志左右的抽象规则及其形式化适用程序的信任。这种重规则的统治类型对立法和司法的过程形成了巨大的影响，尤其是产生了一种基于严格形式化的、理性的专业司法。

在这种统治类型下，法律所关注的就是法律自身的独立性问题，法律的合法性就在于法律系统内部的规则在逻辑上必须一贯，在于法律的形式特征，即在于法律的合法性。法理学研究范围只能是实定的、形式合理性的法。此外，形式合理性的法律要求从法律的制定、实施到具体案件的裁判甚至是法律教育都需要形式上严格、逻辑上自洽、从业人员专业化。这种形式理性化法律条文主义（哈贝马斯称之为资产阶级形式法）的合法性在于其逻辑上形式主义，所以要维护这种形式法的合法性，就必须严防所有外部因素对法律形式特征的侵扰，不管是道德的因素、宗教的因素还是哲学上的因素。

实证主义法学和韦伯的形式主义法律观都割离了法律与道德之间的依附关系，其合理之处在于，它既看到了道德在现代社会价值多元主义情境中的相对性，也避免了因为道德的相对性而导致的对法律自身稳定性的破坏。但是，它们对于“恶法是否为法？”这样的问题并不能给出令人满意的回答。二战之后的纽伦堡审判几乎给这种法律观以致命的打击，而对法律合法性的论证也不得不另辟蹊径。

三、法律与道德之互补关系

哈贝马斯并没有拘泥于从实然和应然的角度分析法律与道德之关系，对法律合法性的论证也跳出了法律要么从属于道德，要么独立于道德的窠臼，而是从商谈原则出发，从程序主义的角度对法律的合法性进行了论证。

哈贝马斯认为，并非如理性自然法所理解的，道德在规范等级上高于法律，作为超实证的规范是法律的合法性基础，这种“法的等级的观念，属于前现代法的世界”。[2]130但法律与道德也并非毫无关系。法律与道德是同源的——同时从传统的伦理生活中分化出来，同（问题）域的——广义上都是调解主体间之关系，并且基于共同的元原则——话语原则，所以内化的道德和外化的法律是相互交错的，“自主的道德和依赖于论证的实定法，毋宁说处于一种互补关系之中”，[2]130法律与道德之间的互补关系表现为：

(1)法律对道德的补充关系。理性道德是一个纯粹的知识系统，所以行为主体进行道德判断和道德行动的时候，必须独立掌握、加工道德规范原则，并把它运用于实践，主体处于前所未有的认知的、动机的以及组织的要求压力之下，因为道德具有认知的不确定性，情感的不肯定性或动机的不确定性和组织的不确定性等三个弱点。

法律既是知识系统又是行动系统，从而连接了动机和价值取向之间的断裂，法律的规范语句就具有了道德判断本身所缺少的对行动的直接影响；法律的建制化就是法律作为知识系统经过学理上的推敲后而取得确定形式的过程，正因为如此，法律才能够抵消作为纯粹知识系统的理性道德的弱点。我们也可以认为这一过程就是法律对道德进行补充的过程，用强制性法律对道德进行补充，也是可以进行道德论证的。

理性道德对传统的制度和法律提出了严格的批判，在一定程度上抽掉了它们的合法性基础，但极具“破坏”作用的道德并不能在破坏之后进行建制，这就需要一种能克服其不足、又与之相联系的规范——法律来弥补。“法的作用不仅仅是有助于重构那些由于失去合法性而崩溃的种种自然形成的建制。在社会现代化的过程中，还出现了一种新的组织需要，这种需要只有用建设性的方式才能加以应付”。[2]143

随着社会的发展，道德越来越退缩到私人领域，并且因为它只有通过社会化过程和个人良心才能够获得现实性，所以其实践的领域和范围是有限的。如果我们要想扩大大道德的影响面，进而辐射到所有的行动领域，那么，就必须用法律来补充，使得道德义务的实现与（法律）建制联系起来。

(2)道德对法律进行渗透。哈贝马斯认为，道德与法律都是从“全社会精神气质中分化出来”，所以二者的规范等级是平等的，法律有效性不能从道德的合理性中寻求论证，但是道德对法律合法性的论证仍然具有重要作用，例如，涉及每个人基本权利的道德规范应该通过民主的立法实践进入到法律之中，成为法律的内容，“一个法律在道德意义上只有当它能被每一个人从各自的角度出发都接受，才是有效的”。[7]31此外，法律受到道德的约束，法律不能违背道德。从规范意义上说，不符合道德的法律是无效的，法律只有符合道德，才能说是合法的。在一定意义上，道德的这种约束力也是对法律的一种渗透。

在对法律与道德的关系进行新的定位的基础上，哈贝马斯提出了程序主义的法律范式，因为法律作为一种对权利进行保护的规范体系，“实现权利体系所需要的社会基础之建成，既不依靠自发运作的市场社会的力量，也不依靠有意运作的福利国家的措施，而是依靠产生于市民社会和公共领域、通过民主程序而转化为交往权力的交往之流和舆论影响”。[2]545作为对传统法律范式——自由主义法律范式和社会福利国家范式的超越，在程序主义法律范式那里，法律合法性的论证应该在公共领域发生的交往行为(communicative action)中进行，但是，这种交往行为必须遵循程序的原则，“如果我们依据的是一种程序理论，法律规范的合法性就是用政治立法的民主程序的合理性来衡量的”。[2]285立法过程——立法者意志和意见的形成过程，是一个对权利的不断论证和商谈的交往过程，其中所遵循的商谈原则借助法律形式的建制化，获得了民主原则的内容，民主原则赋予了立法的合法性力量，“民主原则是商谈原则和法律形式相互交叠的结果。这种相互交叠，我把它理解为权利（法律——引者注）的逻辑起源”；[2]148而在司法中（司法判决，尤其是宪法的司法判决在某种意义上也是一种立法行为），法律合法性体现在司法过程的程序性：法律必须允许人们以平等的资格参与到司法过程中，人们的权利是通过司法过程中当事人之间的程序性商谈而得到实现。

不难看出，程序主义法律范式中法律规范的合法性论证建基于一种程序性的商谈理论。在哈贝马斯看来，在程序主义法律范式下对法律的合法性进行论证时，仅仅对法规进行道德判断，尤其是那种与康德类似的独白式的道德判断，并不能充分保证实证法的合法性。新的程序主义法律范式采取一种对话式的参与者的视角，用超越于资产阶级“形式法”的民主程序理论弥补类似康德那种合法性独断论式论证的不足。在论证法律的合法性时，道德虽然仍通过话语原则渗透到了立法实践中，使立法实践同交往行为的规范要求联系起来，但除了满足道德的合理性，还需要“有其他因素，包括是否具有信息，信息是否有说服力和相关性，如何选择信息，信息加工是否有效，情境诠释和问题提法是否恰当，选举决定是否合理，态度强烈的评价是否真诚，尤其是所达成的妥协是否公平等等”。[2]285对信息的充分考虑就需要一种对话来对信息的采集“去伪存真、去粗取精”，这是依靠严格的程序来保证的，并体现于立法和司法等各个法律环节。“程序性的法律范式（就像所有其他范式一样）也是具有规范的和描述的两种成分。一方面，商谈的法律理论对民主法治国作了这样的理解，即理解成通过合法之法进行的（因而同时也确保私人自主的）对于商谈性意见形成和意志形成过程的程序和交往预设的建制化，而这种过程又进一步使得（政治自主之运用和）合法立法过程成为可能。另一方面，交往的社会理论把法治国结构的政治系统理解为诸多行动系统其中的一个系统”。[2]540在这里哈贝马斯正是对以韦伯为典型的形式主义法律的方法论基础——工具理性的批判和超越，提出了基于交往理性的商谈理论来论证法律的合法性，“对于法律的合法性，商谈论是借助于具有法律建制形式的程序和交往预设来进行解释的，后者为这样一种假设提供了依据：制定和运用法律的程序将导致合理的结果”。[2]514这种方法论的程序性，充分实现了法律平等所要保护的私人自主，而它的对话性，则保证了事实平等，能够让人们都参与到对话当中，充分保证了公民的公共自主。

把商谈理论应用到政治法律领域所得到的程序主义法律范式建基于交往理性之上。对交往理性的提出和应用是哈贝马斯在哲学研究第二次范式转化的大背景下——即由意识哲学向语言哲学的转向——的理论创造的结果，它充分吸收了语言哲学和分析哲学的营养，依据了“‘取得一致’是人类语言的‘内在终极目标’这一断言”及普遍语用学理论，而这其中也蕴涵了商谈理论所要求的那种程序性。因此，程序主义法律范式对法律合法性的论证一开始就蕴涵着程序性要求。

哈贝马斯对法律合法性的解决实现了“范式”的转换，他既不从形而上学意义上的终极价值——诸如道德等来寻找法律合法性的根基，也不从法律自身的规则系统中寻求证明依据，而是通过法律制定和实施过程中的程序性要求来寻求合法性证明。这种程序主义法律范式摆脱了法律合法性必须实现“实质正义”这一目的的束缚，转而从“程序正义”的视角来论证，也就是说，法律合法性最终应该从制度上加以保障。实际上，这也是现代法哲学论证法律合法性的一个趋势。例如罗尔斯(Rawls)也认为，在现代社会依靠某种终极价值或曰完备性学说(comprehensive doctrine)来论证法律合法性几乎是不可能的，应该从制度层面上来为之辩护。

随着世界的祛魅和社会的分化，法律的合法性已经不能仅仅求诸于道德的合理性，因为价值多元社会条件下的各种“完备性学说”之间可以互不相容，但都能够对自己的合法性做出合理的论证。而且，道德也已经蜕化为社会系统中的一个子系统而与其他子系统平行共存，所以也就不可能为法律等其他子系统提供论证。但作为民主社会规则系统的法律，又必须能够兼容不同价值观背景的社群的观点，依靠程序似乎成了虽非唯一但却非常重要的解决路径，而且“我们不能争辩的一点是，为了产生这样一套目前与民主社会息息相关的价值系统，必须不断地有开明而又灵活的舆论存在，以及在社会能够产生的各个舆论机构中维持高度自由的讨论”。[8]134程序主义法律范式也就成了现代民主社会的应有之义。

注释：

①legality和legitimacy这两个概念翻译遵从童世骏对哈贝马斯《在事实与规范之间》一书的译文，将前者翻译为“合法律性”，后者翻译为“合法性”（还有人将之翻译为“正当性”）。另参见Max Weber. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, edited by Guenther Roth and Claus Wittich; translators, Ephraim Fischhoff... [et al.], Berkeley: University of California Press, c1978.

【参考文献】

- [1] 西塞罗：《论共和国 论法律》，王焕生译，北京：中国政法大学出版社，1997年。
- [2] 尤尔根·哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，北京：生活·读书·新知三联书店，2003年；Jürgen Habermas. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translation by William Rehg, Cambridge, Mass.: MIT Press, c1996.
- [3] John Austin. *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, Reprint. Originally published: John Murray, 1911.
- [4] 郑戈：《韦伯论西方法律的独特性》，《韦伯：法律与价值》，上海：上海人民出版社，2001年。
- [5] 加藤一郎：《民法的解释与利益的衡量》，梁慧星主编：《民商法论丛》（第2卷），梁慧星译，北京：法律出版社，1994年。
- [6] 李猛：《除魔的世界与禁欲者的守护神——韦伯社会理论中的“英国法”问题》，《韦伯：法律与价值》，上海：上海人民出版社，2001年。

- [7] 尤尔根·哈贝马斯：《包容他者》，曹卫东译，上海：上海人民出版社，2000年。
- [8] 丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，张茂柏译，北京：新星出版社，2005年。

中国社会科学院应用伦理研究中心
北京建国门内大街5号 邮政编码：100732 电话与传真：0086-10-85195511
电子信箱：casethics@yahoo.com.cn