



戴茂堂:论道德法律化之误

## 论道德法律化之误

戴茂堂(湖北大学哲学学院,湖北 武汉 430062)

【内容提要】在道德与法律相关性问题的讨论中,流行一种法律优先理论。该理论主张法律是高于道德的更好的社会规范手段和制约机制,在当今道德滑坡日趋严重的情形下,应该走道德立法的道路,即将道德变成法律规则强制人们去遵守和执行,这就是所谓的“道德法律化”。文章通过分析道德法律化的困境,提出了法律道德化以及走向道德自律的相反主张。

## 一、从道德与法律之关系说起

关于道德与法律的关系,长久以来就是学界十分关切的话题。通常认为,道德和法律是人类文化史总结、提炼出来的两种基本的社会规范手段和制约机制。法律一般地说是由国家机关制定、认可和解释,通过国家强制力保证实施,以合法和违法为基本范畴调整行为关系、治理社会秩序的规范体系;道德主要是通过社会舆论、个人良心等非强制性力量发挥作用,以善和恶、正当与不正当为基本范畴调整行为关系、治理社会秩序的价值导向体系。法律意味一种限制,人必须把自己置于法律的约束范围之内,严格按照法律的规定行使权利和履行义务。这就是美国著名法哲学专家博登海默所说的:“规范性制度的存在以及对该规范性制度的严格遵守,乃是在社会中推行法治所必须依凭的一个不可或缺的前提条件。”<sup>[1](P239)</sup>与法律对义务的履行的制约具有外在的强制性相区分,道德对义务的履行的制约不具有外在的强制性,道德(律)意味着个人的自我立法、自我命定,道德行为是个体的自我约束行为,即自律行为,内蕴着个体的自觉与自愿。主体的意志对于道德规范来说是自由的。在这个意义上,道德是自由的体现,道德使人得到自由,而不是感到限制。作为某种规范,道德的本质不是强制而是自由。也就是说,道德行为一定是自由行为。所以,伦理学尽管肯定道德作为规范也是法律,但强调这是自己给自己立法。一般意义的法律没有自己的加入,总是带有强制性。道德(律)通过人自己的加入,自在的必然性就转化成为我的必然性。规范由法律转换为道德(律),表现为主体自身的行为动机由原来的外在约束转换为内在约束,由外在的立法和命令转化为内在的自我立法、自我命令。尽管作为有理性的存在者执行道德律也是强制的,道德法则对理性者也表现为一种绝对命令,但道德律作为自律由于是自我强制,所以不体现出被迫性,不让人感到是异己的、消极的。这是道德律与一般的法律的基本不同。

进一步说,道德规范社会生活靠的是内在的良心。良心是公民在履行社会职责和道德义务的过程中逐渐形成的强烈的责任感和自我评价能力。良心就是每个人的自律,道德良心内在于个体自身,没有良心就没有道德。良心是道德的自律性最集中的表现形式。道德有行为规范的要求,却没有对违规行为的硬性制裁。道德规范不须使用强制性手段为自己开辟道路。可见,道德规范是非制度化的,非外在化的一种特殊的规范。道德规范的特殊性,就是在于它是柔性的,是一种软约束,重在教化,重在范导。道德不是一种制约行为的行为规范,而是一种影响选择的价值向导,它的命令以“应当”为联系词,但不一定是“非得如此”的规范,而更具有劝导的意味。而法律是刚性的,法律是一种硬约束,重在制裁,法律不允许对它的命令有任何相反的作为,甚至不允许提出疑问。法律从制定到实施,靠的是国家强制性手段来为自己开辟道路。总之,法律以其权威性和强制手段规范社会成员的行为,道德以其说服力和劝导力提高社会成员的思想境界和道德觉悟。如果说法律是以“必须怎样”为调解尺度,那么道德是以“应该怎样”为调解尺度。如果说法律的至高无上出于人们的畏惧,那么道德的崇高感出于人们的敬仰。法律规范的主要作用,体现为在人们犯罪之后给予必要的惩罚。道德规范的主要作用,体现为在人们犯罪之前给予道德教育,使人们有羞耻之心,有道德责任心和道德义务感,并使这种义务感和责任心能够转化为人们的实际行动,从而不去违法犯罪。法律与道德的这种不同,导致这样的情况:迫于压力

而循规蹈矩的人可以是法律意义上的好公民，但不一定是道德意义上的能自觉自愿做好事的善人。在一定情况下，一个人所做的在法律上不允许的事却可能是合乎道德的。如一个人处理了一件由他代管的物品，使这件物品的所有者蒙受损失，这在法律上是错误的，作为一种背信行为，这种做法应受到惩罚。但在道德上它却是正确的。假如他只有挪用他保管的这件东西方能使自己 and 他人免于了一场大祸，他也许就可以这样做而不受良心责备。在法律面前他可以有罪的和该受罚的，但在良心和道德法庭面前他是无罪的。这又是法律与道德之间的不一致。

正因为道德和法律在现实生活中具有不同的范导和调节作用，所以对于一个健全的社会来说，道德和法律都是不可缺少的。首先，历史和现实都表明，道德在社会生活中具有法律所不可替代的独特作用，如道德可以成为人们的内在约束力，有道德的人可以自觉地按照理论原则规范和约束自己的行为。又如道德可以成为人们的精神支柱，有了道德，人们就可以获得某种理想性和崇高性以及内在驱动力。纯粹靠暴力无法形成真正的和谐社会，理想的社会不能缺少道德的熏陶。道德是提升人的精神境界，使人从自然世界超生出来，进入文明社会的保证。然而，法制也是国家赖以存在的保障机制，是防止作恶的有力武器，是调节冲突的有效手段，是制约行为的基本手段。没有任何人可以完全将法律置之不顾，而仅仅依靠个人超凡的道德理想来生存。同样有许多问题并不涉及道德，因此要靠法律来解决。法律为了调整社会秩序、保持社会安宁、维持社会现状、实现大多数人的权益而存在。法制之所以不可缺少，不仅是因为法律可以限制人的行为，防止犯罪或惩罚犯罪，起震慑作用，而且可以规范人的行为。有国家就有法制，法制并且是文明国家的象征。文明的现代国家甚至被称作法治国家。文明的现代社会甚至被称作法治社会。建设文明健康和可持续发展的现代社会，既要坚持不懈地加强法制建设，又要坚持不懈地推进道德建设。任何充分的德性伦理都需要法律作为其副本，就像任何充分的法律制度都需要道德作为副本一样。法律和道德作为上层建筑的组成部分，都是维护、规范人们思想和行为的重要手段，它们相互支持、相互补充。道德规范和法律规范应该相互结合，统一发挥作用。

## 二、道德法律化的困境

当然，法律与道德之间除了存有以上重要的区别之外，也有深刻的关联。人们把道德规范称之为道德“法”或道德“律”，本身就表明了法律与道德之间的深刻关联。不过，学界在道德与法律之间的关联问题上，形成了各有偏重的两种趋向：

一种趋向是以法律为轴，从道德向法律关联，强调法律是高于道德的更好更优的社会规范手段与制约机制。历史上，“毕达哥拉斯派认为服从法律是最高的善，而法律本身（“好的法律”）则是最大的价值”[2](P33—34)。近代自然法理论认为，基于人性的自然法就是社会关系的基本准则，是正义的最高标准，因此道德的善恶最终要依据自然法。如霍布斯就认为，关于自然法的科学就是真正的道德科学，自然法就是道德法，正义的根据在于植根于人性之中的自然法。伦理学家的一切道德准则都是从自然法中推导出来的。洛克认为，法律上许可的行为在道德上都是善的，法律上禁止的行为在道德上都是恶的。伦理的善恶与道德的邪正主要看行为是否符合于一种法律所拟的模型而定。“所谓道德上的善恶，就是指我们的自愿行动是否契合于能致苦乐的法律而言。它们如果契合于这些法律，则这个法律可以借立法者的意志和权力使我们得到好事，反之则便得到恶报。这种善或恶，乐或苦是看我们遵守法则与否，由立法者的命令所给我们的，因此，我们便叫它们为奖赏同刑罚。”[3](P328)在西方历史上这种法律高于道德、法律造就一切的思想影响和推动下，今日学界产生了道德立法的呼声，要求使道德获得法律的强力支持，甚至将道德变成法律规则，强制人们去遵守和执行，这就是所谓的“道德法律化”之论。

另一种趋向是以道德为轴，从法律向道德关联，强调道德是高于法律的更好更优的社会规范手段和制约机制。学界认为，法律的约束并不能从人的思想上消除犯罪的根源。因此，只有加强了道德教育，提高了人们的道德觉悟，才能从根本上改善社会风气，才能消除人们违法犯罪的思想根源。以德治国是依法治国得以实施的前提条件。道德价值是人们理解和自觉接受法律的惟一理由。道德是法律的伦理确证，是法律的思想基础。法律是道德的最低要求。法律只是最低限度的道德和对人的低层次要求。社会问题往往是由于社会的法律要求不能转化成道德主体的内心自觉。法律离开道德就可能变成恶法。有了规范意识，有些人知法犯法，利用法律知识规避法律，逃避责任。因此只有内心树立起法的权威和尊严，崇尚法的公平和正义的精神，理解并认同法律，外在的法律规范才能变成内在的行为准则。根本上说，法不是靠国家来维护，而是靠人们的信仰和信任。实际上法治本身就有很高的道德诉求，道德自律是现代法制国家本身的内在需求。道德自律是公民意识的最高境界，也是法治建设的最高形式。高级社会应该是靠道德自律建立秩序的社会。在这种思想趋向的推动下，学界产生截然相反的呼声，这呼声要求将纸上的法律变成心中的道德律，这就是所谓的“法律道德化”之论。

在时下关于道德与法律之间的关联问题的讨论中，道德法律化之呼声明显高于法律道德化之呼声。然

而，在我们看来，道德法律化之论必然遭遇历史和现实的双重困境。

从现实层面上看，当今几乎所有持道德法律化之论的人们，都是有感于现实生活中道德滑坡之势愈演愈烈，而寄希望于通过法律手段来拯救社会风尚和推进道德建设。基于这样一种现实的考虑，持道德法律化之论的人们纷纷去寻找他们自以为是的理论依据。他们认为，道德是一种不完善的法律，虽有行为规范的要求，却没有对违规行为的硬性制裁，而法律则是一种完善的道德，它可以起到普遍伦理价值准则的作用，它可以在道德的基础上加上一个强力制裁，从而弥补道德的这一天然缺陷。因此，道德应该法律化。在他们看来，道德法律化是文明进步的标志，文明的发展必然使道德转化为法律的步伐越来越快，并最终将道德融于法律之中。这种要求道德法律化的主张的背后暗含着极度显明的法律崇拜意识。然而，现实生活中，法律远非人们想象的那么美妙与完善，当然法律也并不必然带来社会的道德进步。道德是一种实践精神，是一种把握世界的特殊方式，它不能随意接受法律提供的许多成果，更不能由法律所取代。首先，法律是一架机器。作为一架机器，法律必然漠视人的生命。邓晓芒先生指出：“法律是（并且应当是）一架机器，人心却不是机器，它不能够仅仅是加减乘除。”[4](P116)正因为法律是一架机器，席勒借《强盗》的男主人翁摩尔之口说：“法律永远不能产生伟大人物，只有自由才能造成巨人和英雄。”[5](P2)卢梭甚至明确断言：“法律的力量是有限度的。”[6](P86)其次，国家的法律可以是好的也可以是坏的，不好的法律是恶法，恶法显然不可能阻止道德沦丧，改进社会风尚，好的法律是良法，而良法不能靠法律自身来确认，却要靠道德去保证，去确认。法律善恶的衡量标准尺度是正义。在亚里士多德看来，法律的制定总是会有一定的根据的，而这个根据就是道德上的善和正义。在阿奎那看来，真正的法律是公正的，不会与道德发生冲突，不会违背道德的基本原则。再次，法律发挥作用必须诉诸个人的内在自觉。罗尔斯顿就曾说过：“法律能禁止那些最严重的违规行为，但却无法使公民主动行善。”[7](P433)对于一个没有在内心里深处认同法律的人来说，法律不过是一纸空文，是一种外在的秩序或规则。如果没有人的正义美德的参与，这秩序或规则就不能变成自己的法律，就只能是一个摆设。这就是美国政治哲学家麦金泰尔所说的：“只有那些具有正义德性的人才有可能知道怎样运用法律”[8](P192)。黑格尔也说过类似的观点：“当个人尚未认识法律、理解法律时，法律在个人看来便是暴力。……法律在最初的时候，必须是强制性的暴力，等到人们认识了法律，等待法律变成了人们自己的法律时，它才不是一个外来的东西。”[9](P166)

从历史层面上看，中国古代社会大多主张将道德理念和道德规范借助于立法程序以法律的、国家意志的形式表现出来并使之规范化、制度化。在法律与道德这两种社会制约机制中，有人简单地以为，中国古代没有法律只有道德。其实，中国是有法律的，如《唐律》、《清律》等等，只不过中国古代的法律是道德化了的法律，是改装了的道德条目。与其说中国古代没有法律，不如说中国的伦理就是法律，中国的法律是道德法。所以不需要再有另外一套道德之外的法律。支配中国古代法律的思想主流是儒家的以“法”释“礼”、融“礼”于“法”、礼法合一、德主刑辅的道德礼教型法律观。从最能代表中国古代法系的《唐律》中可以看出中国法律的道德礼教型本色：如居丧生子，徒刑一年；居丧作乐，杖八十；妻子殴打丈夫，不论有伤无伤，一律徒刑，伤重者加凡人三等治罪，若丈夫被殴致死，则处以绞刑，而丈夫殴打妻子，却减凡人二等处刑，非有伤者不罪，等等。中国传统道德优先的文化，为伦理礼俗“侵入”法律大开了方便之门。所以情况往往是，中国的道德经典就具有法律效应。礼俗成为“准法律”，违背了礼俗就等于触犯了法律，犯了“法”的人就是犯了“伦”的人。然而，在中国古代社会，以道德改装而成的法律并不成功，它导致法律量刑无一定规，具有极大的活动余地和弹性（所谓“从重从轻，从宽从严”）。历史上那些以法律的方式制度化、规范化了的道德理念固然具有了威严的形式，但却剥夺了与自由意志的内在联系，结果导致古代中国既没有真正意义上的法律，也没有实实在在地促进道德风尚的改进。也许这正是中国专制统治的哲学狡计——道德被赋予法律的威严形式，从而保护了专制统治；法律披上道德的温柔外衣，恰使酷烈的刑罚变得温情脉脉。而用追求确定性的西方法律眼光来审视，这种道德礼教型法律根本上是反法律的。并且这一切使得德将不德，法将不法，两边都上不了岸，两头都不能落实。所以有学者指出：“以道德原则作为法律原则去强制每个人的自由意志，将带来不可估量的恶果，它将使人丧失自己作为道德选择的资格，使道德本身变得虚伪，最重要的是：它彻底否定了人作为一个自由存在者的尊严，因而也否定了一切道德。”[4](P133)

历史和现实均表明，道德问题的解决是不能一劳永逸地求助于法律来完成的，相反，法律问题的解决却有待于从道德中吸取力量。这就是卢梭说过的：“道德和一般正义问题不同于私法问题，不能靠命令和法制来节制；假如有时法律也对道德发生影响，那只是因为法律从道德中吸取自己的力量。”[6](P87)

### 三、法律走向道德化

鉴于法律必须从道德中吸取力量才能发挥作用的事实，我们认为，倒是可以提出一种法律道德化的主

张。显然，问题涉及到究竟是法律优先于道德还是道德优先于法律？

黑格尔的整个哲学体系由逻辑学、自然哲学和精神哲学三部分构成。精神哲学又被分为三部分：主观精神、客观精神和绝对精神。进而黑格尔又把客观精神分为“抽象法”、“道德”和“伦理”三个环节。黑格尔认为，抽象法是自由意志借外物（特别是对财产的占有）实现自身，而道德则是自由意志在内心的实现，所以道德从它的形态上看，就是“主观意志的法”。从这个意义上看，“道德的观点就是自为地存在的自由”[10](P111)。抽象法阶段，自由意志表现在外部对象上；到了道德阶段，它表现为道德意识。出于道德意识的行为都是自愿的，不同于出于法律的行为。道德也是法的一种，是内心的法。因此，道德是法的真理，是扬弃了抽象法而达到的更高阶段，道德阶段高于抽象法阶段。从抽象法到道德，是人的规定即自由意志从客体转化为主体，从外部转向内部，从低级进展到高级的发展。显然，遵守道德比遵纪守法更加困难，前者是一种更高的要求。这是因为道德本身不仅是法，而且是建立在自律基础上的道德法、道德律。在这个意义上，我们认为道德优先于法律，而不是法律优先于道德。如果非要在道德与法律之间分出高下，更根本的是道德而不是法律。任何一种法律体系的建立都必须具备一定的道德基础和道德目的，否则就会与社会价值观念发生冲突，就会遭到人们的道德谴责。因此不应该追求道德的法律化，而应该追求法律的道德化，不是应该把法则作为道德的尺度，而是应该把道德作为法律的尺度。法律合理性的尺度就是道德的正义。只有合乎正义的法律才是值得信守的法律。[11]

(P348—352)

法律道德化的过程就是法律主体化、心理化的过程，就是外在的制度、规则内化为个体自身的道德品性、道德良心的过程。只有通过这样一个内在化的过程，法律才成为“我们自己的意志的记录”，才算是经过所有人的同意而制定的，才代表了公意，因此遵守它才是自由的而不感觉是一种负担。在某种意义上，可以说法律道德化的过程就是法律内在化的过程，而法律内在化的过程其实就是道德主体自由化的实现过程。这正可凸现伦理学的人学品格和终极关怀。如果伦理学的思考总是有意无意地绕开人的自由意志，取消人的本原自发性和选择权，伦理学是很难提出真正的道德原则的。因为这表明，人们还只是把所谓道德、德性看作一种天然的、天赋的“性格”，而不是一种自由意志创造的结果。对于伦理学来说，尽管自由意志本身还不是一条道德规范，但选择自由作为人特有的权力，却是道德思考的前提。当一个人不处于自由的状态下，他就不能保证他的行为是属于他自己的，如果连自己的行为都受制于人或事，他的行为的道德性从何谈起？一个完善的道德行为首先应该是行为者在自由状态下自愿自觉地选择的结果。显然伦理学必须建立在自由的基础之上。伦理学建立在自由基础上正可以体现伦理学的人学性质和人文关切。因为人处于自然状态下时总是被动的，他的行为总是处于不得不如此的状态，因而没有选择权；只有当人处于自由状态下，他才是完全主动的，具有完全的自由选择权。强调道德的自由前提本质上就是弘扬人的主体性。康德曾经指出，人只有在道德领域才具有本体地位，而人在其中之所以具有本体地位，是因为人在这个领域具有自由。一切法律如果不能内化为人们心理世界的道德自觉和良心发现，那就不能实际上发挥作用，那就等于零。法律一旦失去道德的人文价值支撑，对于人来说，就是外在的强制力量，就会导致消极守法（比如出于功利的考虑而被迫不犯法），法制建设就难以落到实处。对于没有产生道德认同之情的人来讲，法律是一种绝对异己的对抗力量。只有人们对法律产生了认同，法律才能与自由真正同行，才不再是异己的外在力量，不再是自己的对立面，自己才能够从感情上对法律感到亲切，并在行动上做到自觉地遵守与维护。显而易见，不能仅仅停留在对遵守法律的呼吁上，而应上升到对法律的尊重和敬仰上。只有当人们不单单具有关于法律的知识，而且也有自觉自愿地遵守法律的情感要求时，法律才真正变得具有意义。所以卢梭强调：“尊重法律是第一条重要的法律；而严格的惩罚只是一种无效的手段，它是气量狭小的人所发明的，旨在用恐怖来代替他们所无法得到的对法律的尊重。”[12](P10)

为什么那么多人执法犯法、知法犯法？道理很简单，那是因为在他们那里法律的道德化程度还不够。他们从来就不在心底里认同、信仰那些他们非常熟悉的法律，即没有将守法内化为一种道德义务，没有以对待道德义务的态度和方式对待法律义务。道德主体一旦将道德义务升华为内心的道德责任感，道德义务就由他律走向自律，道德义务那种似乎压抑人、束缚人的力量就转变为道德主体行善的巨大推动力。法律可以创设某些特殊的义务，但不可创设服从法律的法律这样的义务。因为一项要求服从法律的法律将是没有意义的。它必须以它竭力创设的那种东西的存在为先决条件，这种东西就是服务法律的一般义务。这种义务必须，也有必要是道德性的。假如缺少这种对法律义务的道德转换，服从法律就具有极大的被迫感和强制性。法律规定人们应当遵守法律是一回事，但法律是不是一定就会被遵守却是另外一回事。法律更多的是强调行为的必须，即必须做什么和不做什么，否则，就会受到制裁。法律的缺点在于，法律不能强迫人们在内心里认同法律规范。因此，只要人们的内心信念不服从法律，或者没有真诚守法的自觉性，那么，人们如果只是因为惧怕法律的惩罚后果而免于犯罪，那么在可逃避法律制裁时就可能钻法律的空子，以身试法。伯尔曼指出：“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”在有了人们

对法律的信仰之后，法律就不再是死法，不再是教条，不再是狂言。在人们没有产生对法律的爱护和信仰之前，遵守法律可能就是一种负担，而如果内心充满了对法律的爱和信，遵守法律就肯定不会成为一种负担，也就不会出现执法犯法、知法犯法之类的情况。在这个意义上，黑格尔说：“由于伦理（即风俗礼教）是活生生的法则，同样也就没有独立自存的抽象的法制，而法制必然要与伦理相联系，并且必然洋溢着一个民族的活生生的精神。” [13](P249)

#### 【参考文献】

- [1] [美] 博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法[M].北京：中国政法大学出版社，1999.
- [2] [前苏联] 涅尔谢相茨. 古希腊政治学说[M].北京：商务印书馆，1991.
- [3] [英] 洛克. 人类理解论：上卷[M].北京：商务印书馆，1959.
- [4] 邓晓芒. 灵之舞[M].北京：东方出版社，1995.
- [5] 毛崇杰. 席勒的人本主义美学[M].长沙：湖南人民出版社，1987.
- [6] [法] 卢梭. 论戏剧[M].北京：生活·读书·新知三联书店，1991.
- [7] [美] 罗尔斯顿. 环境伦理学[M].北京：中国社会科学出版社，2000.
- [8] [美] 麦金泰尔. 德性之后[M].北京：中国社会科学出版社，1995.
- [9] [德] 黑格尔. 哲学史讲演录：第1卷[M].北京：商务印书馆，1959.
- [10] [德] 黑格尔. 法哲学原理[M].北京：商务印书馆，1961.
- [11] 戴茂堂. 西方伦理学[M].武汉：湖北人民出版社，2003.
- [12] [法] 卢梭. 论政治经济学[M].北京：商务印书馆，1962.
- [13] [德] 黑格尔. 哲学史讲演录：第2卷[M].北京：商务印书馆，1960.

《理论学刊》2007年12期

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：cassethics@yahoo.com.cn