



西南法理学博士文丛

丛书主编 付子堂

法律秩序和道德秩序的相互转化

——道德的法律化和法律的道德化问题研究

郭 忠 著

The Mutual Transformation between Legal Order and Moral Order
—— A Study on Legalization of Morality and Moralization of Law



中国政法大学出版社



西南法理学博士文丛

丛书主编 付子堂

The Mutual Transformation between Legal Order and Moral Order
—A Study on Legalization of Morality and Moralization of Law

法律秩序和道德秩序的相互转化

——道德的法律化和法律的道德化问题研究

郭 忠 著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法律秩序和道德秩序的相互转化 / 郭忠著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-5620-4404-8

I. 法… II. 郭… III. 法伦理学-研究 IV. D90-053

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第142614号

- 书 名 法律秩序和道德秩序的相互转化
FAL Û ZHIXU HE DAODEZHIXU DE XIANGHUZHUANHUA
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 9.625 印张 220 千字
- 版 本 2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4404-8/D·4364
- 定 价 32.00 元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



总 序

西南政法大学法学理论学科于 1979 年经国务院学位委员会批准获得硕士学位授予权，属于全国最早一批设立硕士学位授予点的二级学科。本学科于 1992 年被确定为校级重点学科，2000 年被确定为重庆市重点学科，2003 年被批准为博士学位授权点，2004 年开始招收博士研究生。2007 年，本学科负责的“法理学”被教育部评为国家级精品课程。2008 年，本学科开始招收博士后研究人员。

西南政法大学历来重视基础学科建设中的学术积累与学术传承。我校的法学理论学科点在卢云教授、黎国智教授、王明三教授、钮传诚教授、王方仲教授、李权教授和吴光辉教授等老一辈学者的创建、经营、带动和培养下，师承相继，薪火相传，生生不息。经过多年的辛勤劳作，本学科点造就了一批又一批优秀的教学科研人才，并持续保持着一支年龄结构合理、理论功底扎实、具有探索精神的学术梯队，在现代法理学、马克思主义法律思想研究、法哲学、法律社会学、立法学、比较法学和西方法理学等领域作出了重要贡献，形成了自己的学术特色和传统优势。

然而，传统要“传”才能拥有活力，才能发扬光大。老一

辈学者已经为此付出了艰辛的劳作，作出了卓越的贡献。现在，传统的“薪火”已交给我们，让我们将其光大。任务相同，都为建设法理学科；背景相似，都身处转型之大背景。然而，情势却有所区别。今天，“转型中国”之“转型”愈益明显，各种问题层出不穷，各种理论日新月异，给我们提出新要求，新挑战，也给我们创造了新的机会。为此，我们提出“深入经典，关注现实；海纳百川，有容乃大”的学科发展思路。

经典是人类思想的结晶，是伟大思想家、立法者给人类留下的一座座思想“富矿”，是人类不断获得启发的源泉。思想巨人总是以其高超的智慧体察人类的情欲，洞悉复杂而深邃的人性。他们时刻关注着人类的幸福，他们提出的问题总是人需要面对的根本问题。面对经典，即面对人自身；阅读经典，即认识人自己。这是思想、学术原初的冲动。深入经典，学术才有宽厚基础；借助伟人的眼光，我们才能看得更远。经典之于学术，犹如大地之于树木，只有深深扎根大地，才能长成参天大树。

现实是人类生存的当下处境，是人类感知的直接对象，是催生人类思想之花的“生活之树”。人并非生活于真空之中，总在鲜活的现实中悲喜哀乐。法学前贤已区别了“书本上的法”和“生活中的法”。“书本上的法”内容明确、逻辑一致，却缺乏应有的灵活，甚至僵化停滞。只有调之以“生活中的法”，“书本上的法”才能赋予其应有的活力和热度。关注现实，学术才有正确指向；体悟生活，思想才能打动人心。

在现代学科知识体系中，任何一门学科都不能拒绝其他学科的成果。法理学更是如此。如果过分专注于法律本身，我们可能会迷失其中而“不识庐山真面目”。正若要认识故乡，就必须离开故乡，到更广阔的天地中去；要认识地球，必须离开地

球，到更浩瀚的宇宙空间中去。认识法律，研究法理也是这样。只有容纳并认真汲取其他学科的新成果，我们才能找到认识法律的新视角，发现进入法理的新路径。这即是“法之理在法外”。

为了贯彻上述宗旨，我们建设了“西南法理学重点学科建设项目书系”，以期创建一个学术交流的平台，展示我们在法理学研究上所做的不懈努力。在此书系下面，现已出版发行的丛书包括《法理学讲演录》、《经典中的法理》、《社会中的法理》等。而“西南法理学博士文丛”主要收入西南政法大学法理学学科博士研究生的优秀学位论文及博士后出站研究报告等。

我们深知，发扬光大“西南法理”是一项长期的事业，离不开坚持不懈的努力，希望在学界同仁的大力支持下，积极追踪时代主题，为传承“西南法理”作出自己的贡献。

付子堂

2012年5月于重庆两江新区

Contents

目 录

总 序	(1)
引 言	(1)
一、研究的目的和意义 / 1	
二、相关问题的研究综述 / 3	
第一章 相关概念诠释和辨析	(8)
第一节 道德的法律化 / 8	
第二节 法律的道德化 / 14	
第三节 道德秩序和法律秩序 / 15	
第四节 各概念之间的关系 / 20	
第二章 从道德秩序到法律秩序	(21)
第一节 秩序及其演进 / 21	
第二节 道德秩序向法律秩序转化的兴起：道德分裂和 法律强制的产生 / 25	
一、原始社会没有法律的原因：道德统一性和 利益一致性 / 25	
二、道德分裂和法律秩序的产生 / 29	
三、道德分裂、人性变迁和法律强制 / 37	

第三节 道德秩序向法律秩序转化的现代目的:

法律技术和生活确定性的追求 / 38

- 一、资本主义和利己个人 / 41
- 二、都市生活和陌生人社会 / 47

第三章 道德秩序向法律秩序转化的方式: 道德的

法律化 (53)

第一节 道德法律化的具体方式 / 53

- 一、对法律内容的划分: 伦理性内容和技术性内容 / 53
- 二、从伦理、物理到法理 / 61
- 三、道德向法律转化的具体方式 / 65
- 四、强制力的诞生: 道德法律化的外在保障 / 70

第二节 道德法律化的表现形态 / 71

- 一、不同道德类型的法律化 / 71
- 二、道德向不同类别的法律转化 / 72

第四章 道德法律化的人文忧思 (75)

第一节 人文世界的人性追求 / 75

- 一、人文一词的含义 / 75
- 二、科学与人文的分裂 / 76
- 三、法律符合人性的发展吗 / 78

第二节 法律的生活与道德的生活 / 79

- 一、主动服从道德的积极生活与被迫服从
法律的消极生活 / 80
- 二、基于情感的生活与基于理性的生活 / 83
- 三、着眼于和谐的生活与着眼于公平的生活 / 89

第三节 道德的法律化与人性的异化 / 95

第五章 道德法律化的法律难题 (98)

第一节 普遍性道德的虚无和法律道德根基的亏空 / 99

一、自然法：法律的道德基础的奠定 / 99

二、法律道德根基的亏空：道德相对主义
及其实证主义 / 101

第二节 道德的碎片化和法律的整体性的破裂 / 107

一、个人主义与道德的碎片化 / 107

二、法律整体性的破裂 / 111

第六章 道德秩序能否重建：从道德的法律化到 法律的道德化 (116)

第一节 道德法律化的现实需要和法律秩序的缺憾 / 116

一、人性的败坏 / 116

二、法律的明确性 / 118

三、道德的脆弱性 / 118

第二节 从道德的法律化到法律的道德化 / 120

一、从道德的法律化到法律的道德性 / 120

二、从法律的道德性到法律的道德化 / 122

第三节 从法律秩序向道德秩序转化的可能性 / 124

第七章 法律秩序向道德秩序的转化之一： 法律的道德性 (131)

第一节 道德的划分：内在道德与外在道德 / 131

第二节 法律的内在道德性 / 135

一、内在道德与道德真理 / 135

二、法律的内在道德性与情理 / 140

三、法律的内在道德性的实现：情理在法律
推理中的作用 / 145

第三节 法律的外在道德性 / 153

- 一、法律的外在道德性和道德的整体性 / 153
- 二、道德与法律的体用关系 / 155

第八章 法律秩序向道德秩序的转化之二：

法律的道德化 (164)

第一节 守法义务的实现：法律道德化的桥梁 / 164

- 一、守法义务的产生 / 164
- 二、守法义务的实现：从“必须”到“应当” / 171

第二节 守法：从权利主张到守法义务 / 174

- 一、权利本位的前提 / 174
- 二、权利本位和义务本位在道德上的差异 / 176
- 三、从权利主张向守法义务的过渡 / 177

第三节 人性转变和道德秩序的实现 / 180

- 一、法治社会里的人性状态 / 180
- 二、从低度法治到高度法治再到德治 / 182
- 三、道德秩序下的人的自由与解放 / 187

第九章 法律道德化的实现机制：知行合一 (191)

第一节 道德领域和法律领域中的知行合一 / 191

- 一、从道德真知到道德行为：道德领域内的知行合一 / 191
- 二、从知法到行法：法律领域内的知行合一 / 197
- 三、两种不同的知行合一的内在关系 / 200

第二节 知行合一与法律的道德化 / 202

- 一、从知法与行法的合一走向法律的道德化 / 202
- 二、法律道德化是道德践履的过程 / 205

第三节	法律道德化的难点：守法的道德义务何以实现	/ 210
一、	道德义务实现的困境	/ 210
二、	履行守法义务的回报	/ 211
三、	实现守法义务的保障	/ 214
第十章	道德秩序和法律秩序相互转化的基础	····· (216)
第一节	道德与法律的区别和共性	/ 216
一、	法律与道德的区别	/ 217
二、	法律与道德的共性	/ 220
第二节	道德秩序和法律秩序相互转化的枢纽：正义	/ 223
一、	正义（公正）：一种最低限度的道德	/ 223
二、	正义是道德法律化和法律道德化的基本出发点	/ 228
第十一章	当代中国的道德法律化和法律道德化问题	····· (234)
一、	当代中国道德法律化问题产生的背景	/ 234
二、	道德法律化在立法层面的争议	/ 237
三、	社会价值变迁和司法领域的道德法律化	/ 254
四、	善意守法和法律的道德化	/ 271
结 语	·····	(277)
参考文献	·····	(282)
后 记	·····	(293)



引 言

一、研究的目的和意义

在我读硕士期间，法律与道德问题就激发了我浓厚的兴趣。不仅我的硕士论文，还包括以后的科研课题都是有关法律与道德问题的。从历史上看，法律与道德问题不仅在西方，而且在中国都有源远流长的研究历史，可以说它是人类永恒的研究课题。

在大多数的有关法律与道德问题的法学研究中，人们更关注的是秩序如何实现问题，对道德实现本身的关注较为薄弱。当然对于道德问题的关注向来应该是伦理学的任务，因为现代学科分立使得每门学科都有自己的研究目的和方法，而法学没有必要涉及伦理学。诚然，法学和伦理学是不同的学科，有各自的研究对象，但是二者在部分领域却可能产生共同的问题。在法理学研究中，道德也不应该总是以秩序实现为目的，而应当在秩序实现的同时，也考虑道德自身目的如何得到实现。

在当代中国社会，和法治建设同时伴随的还有道德滑坡现象。随着社会主义法律体系的建立和逐步完善，社会主义法律秩序也建立起来，人们违法行为得到了有力地遏制，权利意识

得到大大的增长。在科技和经济领域，中国也取得了举世瞩目的巨大成就。但人们生活日趋富裕的同时，腐化堕落现象也日益突出，利己主义四处横行，人们的精神文明亟待提高。因此，如果一种秩序的形成并没有落实到人生，使人与人之间充满爱心和互助，使人们的生活获得充实、美满、和谐、幸福的感受，那么这种秩序只能说实现了一半的目的。因此，无论是任何秩序的实现都应当和道德人生的实现紧密地联系在一起，而不能相互割舍。简言之，秩序的目的是人，是人的生活，是一种积极向上、乐观、诚信、仁爱的人生的实现，而不是促成一种消极悲观、物欲支配、及时行乐、利己的人生。

对这个问题的解答，我将它融入到对法律秩序和道德秩序相互转化问题的研究之中。从人类有始以来，人类的秩序形式就处于不断演进之中，原始社会没有现代意义上的法律，但是却存在着自发的道德秩序，一种没有国家强制力的自然秩序。但随着私有制和国家的出现，人类的秩序形式开始了向法律秩序演进的漫漫征途。道德秩序逐渐失去了调整社会的主导地位，法律秩序开始产生对人前所未有的影响，人性也随着私有制现象出现和法律的强制作用，悄然产生了变异。道德秩序向法律秩序转变，其现象体现在道德法律化的过程中，直至今日，都还是学术界讨论的热点。道德的法律化是一种现实的无奈，它是建立在道德秩序已然弱化的基础上的必然现象。但如果我们仔细探究，道德的法律化不仅无法促成道德的人生的实现，而且也会面临法律上的一些难题。

要走出这一困境，也许将会是较为漫长的过程。但只要我们抱有法律秩序可以向道德秩序转变的理想，道德秩序的重建是可以期待的，这种转变就是法律道德化的过程。在法律道德化的过程中，通过人们对富有道德性的法律自愿遵守，利己人

性会逐渐得到改善，也会重新恢复其道德性，实现积极、自由、和谐的人生。

在对以上问题进行思考的过程中，中国传统的儒家思想给了笔者很大启发。在儒家思想中，人生问题和秩序问题从来都是联系在一起的，可以说秩序的实现是理想人生的实现，而理想人生的实现亦是秩序的实现。他们将秩序的获得与完善道德人格联系在一起，而不是与物质欲望的满足联系在一起。典型的如《礼记·大学》中总结出来的作为“大学之道”的三纲领八条目，其修身、齐家、治国、平天下之说，虽然被现代人认为具有浓厚的人治色彩，但是其人生理想和秩序形成的完美结合，却是值得我们今天借鉴的。

反观现代社会，利益和性恶构成了现代物质文明增长的动因，在现代法学中也构成了现代法律秩序最基本的生长点。但如果我们在秩序实现中将人生理想予以搁置的话，很可能造成秩序和理想人生的脱节，同时也无法实现真正良好的秩序。因此，现代社会尤其需要关注秩序实现和人生问题的解决这两个问题如何能够呈现结合而不是悖反的关系。由于以上问题，我们需要找到法律秩序和道德秩序的共同点，使二者能并存不悖。通过这个共同点，二者可以实现互通互化。

二、相关问题的研究综述

在法律与道德关系的问题上，从西方法学来看，人们所思考的问题大致可分几个方面：第一是法律的概念辨析，即法律概念和道德有无必然的联系。这个问题的产生和西方的法律文化传统有密切关系。在西方法学中曾经有显赫历史的自然法观念，将法律概念和道德紧密地结合在一起，使法律概念的判断有了伦理的标准。但19世纪以后的法律实证主义则主张将道德从法律概念中

驱除出去。而这种名词概念的辨析又体现在新自然法学和新分析实证主义的论辩中。第二是法律和道德的性质争执,即法律与道德是相互联系还是相互区别。认为法律与道德相互区别的有康德(kant)、凯尔森(kelsen)等等,康德认为法律与道德的区别在于法律指示外部行为,道德指示内部行为;而凯尔森则认为法律与道德的区别在于是否是强制秩序;还有学者认为二者的区别在于道德是义务,而法律则包括了权利和义务两方面。认为法律与道德在内容上既有联系又有区别学者有耶里内克、庞德、博登海默等等。第三个方面是在法律实践中如何处理法律与道德的关系。如立法中如何处理道德的法律强制问题,在司法中如何处理道德的司法适用问题,在守法中如何处理善良违法问题等等。这些问题的研究在实践中有非常重要的价值。

由于中西法学的问题意识不同,中国的法学家在改革开放以来在法律与道德问题的研究上和西方法学家有不同的视角,他们更多地关注法律与道德各自的功能、地位和作用、道德和法律的相互转化、法治和德治等问题。这些比较宏观的问题的研究也迎合了改革开放时期对处理法律和道德关系的总体策略和方法的需要。从1980年至2012年,在论文篇名中同时含有道德和法律两个词的论文有3030篇,有法治和德治两个词的论文有815篇。^[1]关于法律与道德问题方面比较重要的论文如:“社会价值观念变革过程中的道德与法律”,^[2]“法律的道德化与道德的法律化:关于法制建设和道德建设协调发展的哲学思

[1] 数据来自于中国知网:“中国期刊全文数据库”,检索日期:2012年6月16日。

[2] 李双元等:“社会价值观念变革过程中的道德与法律”,载《武汉大学学报》1995年第2期。

考”,^[1]“论道德法律化与法律道德化”,^[2]“论法的品质:兼谈宗教、道德与法律的关系”,^[3]“法治社会中法与道德关系及其实践把握”,^[4]“法与道德关系的历史反思”,^[5]“法律与道德:中国法治进程中的难解之题”,^[6]法治与德治方面,比较重要的论文有:“罪与孽:中国的‘法治’与‘德治’概说”,^[7]“中国传统德治与法治的思考”,^[8]“法治、德治与宪政”,^[9]“法治及其与德治关系论”,^[10]《德治与法治正当性分析——兼及中国与东亚法文化传统之检省》,^[11]“提高对道德建设重要性的认识坚持‘法治’和‘德治’并重的治国方略”,^[12]“实践哲学视野中的‘法治’与‘德治’”,^[13]“德治及其传统之于中

[1] 吴汉东:“法律的道德化与道德的法律化:关于法制建设和道德建设协调发展的哲学思考”,载《法商研究》1998年第2期。

[2] 范进学:“论道德法律化与法律道德化”,载《法学评论》1998年第2期。

[3] 蔡定剑:“论法的品质:兼谈宗教、道德与法律的关系”,载《学习与探索》1998年5期。

[4] 马长山:“法治社会中法与道德关系及其实践把握”,载《法学研究》1999年1期。

[5] 严存生:“法与道德关系的历史反思”,载《法律科学》2001年第5期。

[6] 刘作翔:“法律与道德:中国法治进程中的难解之题”,载《法制与社会发展》1998年第1期。

[7] 马戎:“罪与孽:中国的‘法治’与‘德治’概说”,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1999年第2期。

[8] 马小红、于敏:“中国传统德治与法治的思考”,载《法学》2002年第9期。

[9] 张千帆:“法治、德治与宪政”,载《法商研究》2002年第2期。

[10] 张中秋:“法治及其与德治关系论”,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2002年第3期。

[11] 孙莉:“德治与法治正当性分析——兼及中国与东亚法文化传统之检省”,载《中国社会科学》2002年第6期。

[12] 罗国杰:“提高对道德建设重要性的认识坚持‘法治’和‘德治’并重的治国方略”,载《伦理学研究》2002年第1期。

[13] 温晓莉:“实践哲学视野中的‘法治’与‘德治’”,载《法学》2003年第3期。

国法治进境”。〔1〕

在法律与道德问题方面，国内出版的专著比较重要的有三部，包括《法律的道德批判》、〔2〕《法律的道德历程：法律史的伦理解释》、〔3〕《德法之辨：现代德法次序的哲学研究》。〔4〕博士论文主要有“论法律的伦理性”。〔5〕

和本书密切相关论文是有关道德法律化以及法律道德化问题的研究论文，以及有关法律秩序和道德秩序的论文。道德法律化以及法律道德化问题是近十年来的热点问题，研究论文十分丰富，从1990年到2012年主题涉及该问题的有518篇期刊论文，主要是从1997年开始日渐增多。在该方面，国外学者的研究主要涉及的是道德的法律强制问题，该问题从上世纪中叶以来有比较多的探讨。主要文献有：德富林（Devlin）所著《道德的法律强制》，〔6〕哈特（Hart）的《法律、自由与道德》，〔7〕亚里山大（Alexander）的《道德的法律强制》，〔8〕德沃金（Dworkin）的《道德家长主义》〔9〕和他编辑的《道德、伤害和法律》，〔10〕费因伯格（Feinberg）的《道德限制和刑事

〔1〕 孙莉：“德治及其传统之于中国法治进境”，载《中国法学》2009年第1期。

〔2〕 曹刚：《法律的道德批判》，江西人民出版社2001年版。

〔3〕 胡旭晟：《法律的道德历程：法律史的伦理解释》，法律出版社2006年版。

〔4〕 梁晓杰：《德法之辨：现代德法次序的哲学研究》，世纪出版集团上海人民出版社2007年版。

〔5〕 陈秀萍：“论法律的伦理性”，吉林大学2006年博士学位论文。

〔6〕 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (OUP, Oxford, 1965).

〔7〕 Hart, *Law, Liberty, and Morality* (OUP, Oxford, 1963).

〔8〕 Larry Alexander, “The Legal Enforcement of Morality”, in R. G. Frey & Christopher H. Wellman eds., *A Companion to Applied Ethics* (Blackwell, Oxford, 2003).

〔9〕 Gerald Dworkin, “Moral Paternalism”, 24 *Law and Philosophy* 305 (2005).

〔10〕 Gerald Dworkin ed., *Morality, Harm and the Law* (Westview Press, Boulder, Colo., 1994);