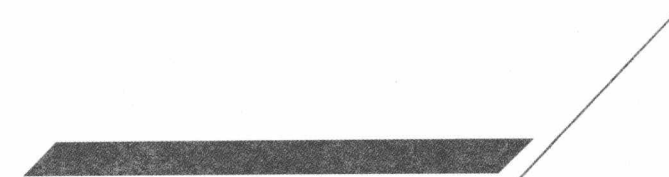


XIANDAI FAZHI BEIJINGXIA DE  
FALÜ YU DAODE

# 现代法治背景下的 法律与道德

杨 龙 著

中国社会科学出版社



XIANDAI FAZHI BEIJINGXIA DE  
FALÜ YU DAODE

# 现代法治背景下的 法律与道德

杨 龙 著

中国社会科学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

现代法制背景下的法律与道德 / 杨龙著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1045 - 4

I. ①法… II. ①杨… III. ①法律 - 研究 - 中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 128302 号

---

出 版 人 赵剑英  
责任编辑 任 明  
责任校对 杜丽延  
责任印制 李 建

---

---

出 版 社 址 中国社会科学出版社  
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)  
网 址 <http://www.csspw.cn>  
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619  
发 行 部 010 - 84083685  
门 市 部 010 - 84029450  
经 销 新华书店及其他书店

---

---

印 刷 北京奥隆印刷厂  
装 订 北京市兴怀印刷厂  
版 次 2012 年 6 月第 1 版  
印 次 2012 年 6 月第 1 次印刷

---

---

开 本 710 × 1000 1/16  
印 张 15  
插 页 2  
字 数 237 千字  
定 价 45.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

# 目 录

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| <b>第一章 导论</b> .....         | (1)  |
| <b>第一节 选题的缘起与研究价值</b> ..... | (1)  |
| 一、选题的缘起 .....               | (1)  |
| 二、研究价值 .....                | (4)  |
| <b>第二节 论题的研究状况综述</b> .....  | (8)  |
| 一、国外对本论题的研究状况 .....         | (8)  |
| 二、国内对本论题的研究状况 .....         | (16) |
| 三、既有研究对本研究的启发 .....         | (22) |
| <b>第三节 本书的创新点</b> .....     | (23) |
| 一、在法律和道德关系观点上的创新 .....      | (23) |
| 二、在法律和道德关系视角上的创新 .....      | (24) |
| 三、在道德向法律转化路径上的创新 .....      | (24) |
| <b>第四节 本书的研究方法</b> .....    | (24) |
| 一、批判性思维方法 .....             | (24) |
| 二、价值分析方法 .....              | (25) |
| 三、语义分析方法 .....              | (26) |
| 四、文献分析方法 .....              | (26) |
| 五、比较研究方法 .....              | (26) |
| <b>第二章 法律与道德</b> .....      | (27) |
| <b>第一节 法律的特征与作用</b> .....   | (27) |
| 一、法律的概念 .....               | (27) |
| 二、法律的特征 .....               | (30) |
| 三、法律的作用 .....               | (33) |

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| 四、现代法治与法律 .....                 | (35)  |
| 第二节 道德的特征与作用 .....              | (36)  |
| 一、道德的概念 .....                   | (36)  |
| 二、道德的特征 .....                   | (37)  |
| 三、道德的作用 .....                   | (37)  |
| 四、现代法治与道德 .....                 | (38)  |
| 第三节 法律和道德发生作用的方式 .....          | (39)  |
| 一、“治”的语义分析 .....                | (39)  |
| 二、“法治”与“德化”的人性论基础和现实意义 .....    | (43)  |
| 三、“法治”和“德化”的关系 .....            | (46)  |
| 第四节 法的“合法性”的道德审视 .....          | (48)  |
| 一、法的“合法性”是法成为法的前提条件 .....       | (49)  |
| 二、对法律实证主义的主权命令说和“恶法亦法”的批判 ..... | (50)  |
| 三、“合法”之法对道德的吸收 .....            | (54)  |
| 第三章 不同法学派视野中法律与道德的关系 .....      | (57)  |
| 第一节 儒家视野中法律与道德的关系 .....         | (57)  |
| 一、人本价值观 .....                   | (57)  |
| 二、德主刑辅观 .....                   | (60)  |
| 三、为政以德观 .....                   | (62)  |
| 四、“容隐”法律观 .....                 | (64)  |
| 第二节 自然法学派视野中道德与法律的关系 .....      | (68)  |
| 一、自然法的概念 .....                  | (69)  |
| 二、自然法围绕法律与道德关系的发展 .....         | (71)  |
| 三、自然法的历史作用 .....                | (93)  |
| 第三节 法律实证主义视野中法律与道德的关系 .....     | (95)  |
| 一、实证主义的概念 .....                 | (96)  |
| 二、实证主义围绕法律与道德关系的发展 .....        | (97)  |
| 三、法律实证主义的历史作用 .....             | (111) |
| 第四章 现代法治背景下法律与道德关系的重构 .....     | (114) |
| 第一节 理解法律与道德关系的两种倾向及其危害 .....    | (114) |
| 一、法律原生态的提出 .....                | (114) |

---

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| 二、道德泛法律化 .....                 | (118) |
| 三、法律泛道德化 .....                 | (122) |
| 四、道德泛法律化和法律泛道德化的社会危害 .....     | (124) |
| 第二节 “法律原生态”与道德的不足 .....        | (125) |
| 一、道德之认知的不确定性 .....             | (129) |
| 二、道德之动机的不确定性 .....             | (132) |
| 三、道德实施缺乏可操作性 .....             | (133) |
| 第三节 法律和道德的互动性分析 .....          | (136) |
| 一、法律的否定性领域 .....               | (138) |
| 二、道德的肯定性领域 .....               | (140) |
| 三、道德与法律的关系 .....               | (143) |
| 第五章 现代法治社会法律对道德的张扬和守护 .....    | (146) |
| 第一节 立法的道德之维：民主立法过程中的立法商谈 ..... | (146) |
| 一、立法主体资格的道德维度 .....            | (146) |
| 二、立法正当程序的道德维度 .....            | (149) |
| 三、立法正义内容的道德维度 .....            | (153) |
| 第二节 法律原则的道德视角 .....            | (156) |
| 一、法律原则是道德的直接体现 .....           | (157) |
| 二、以人为本的法律原则 .....              | (161) |
| 三、公序良俗的法律原则 .....              | (171) |
| 四、诚实信用的法律原则 .....              | (174) |
| 五、公平正义的法律原则 .....              | (176) |
| 六、“罪责刑相适应”的法律原则 .....          | (179) |
| 第三节 司法职业道德 .....               | (181) |
| 一、法官的职业道德 .....                | (182) |
| 二、检察官的职业道德 .....               | (186) |
| 三、律师的职业道德 .....                | (191) |
| 第六章 现代法治背景下司法判决案例的道德解析 .....   | (194) |
| 第一节 埃尔默案的道德解析 .....            | (194) |
| 一、案情介绍 .....                   | (195) |
| 二、两种对立观点的分析 .....              | (196) |

---

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| 三、道德原则转化为法律原则 .....       | (200)     |
| 第二节  “许霆案”的道德解析 .....     | (213)     |
| 一、案情简介 .....              | (213)     |
| 二、一审判决的道德回应 .....         | (214)     |
| 三、道德判断反对机械司法 .....        | (218)     |
| 第三节  道德在实践中如何为法律所坚守 ..... | (221)     |
| <br>参考文献 .....            | <br>(228) |
| 后记 .....                  | (234)     |

# 第一章 导论

## 第一节 选题的缘起与研究价值

### 一、选题的缘起

本选题的确立，可以从学术理论渊源和现实社会要求两个方面来说明。

首先，从学术理论渊源来讲，法律和道德的关系既是耳熟能详的问题，又是历久弥新的问题，笔者试图通过本书的研究找准法律和道德的结合点，为今后关于法律与道德的关系研究提供理论铺垫。从学术思想史上来考察，可以说道德与法律的关系是几乎每个有成就的法律学者都不能不考虑的问题。就轴心时代的思想家来说，古希腊的亚里士多德就认为，已制定的法律要得到遵守，而人们遵守的法律应该是制定良好的法律，这就是亚里士多德的法治二原则，是亚里士多德关于法治的经典主张，在西方法制史上影响深远。而亚里士多德所说的良好的法律，也就是指符合道德的法律，真正的法律就是指良法，违背道德的恶法徒然披着法律的外衣，并非真正的法律。在东方，轴心时代的孔子也认为，用政令和刑罚来整顿人民，他们只求能免于犯罪不受惩罚，却没有廉耻之心；用道德和礼制去感化人民，他们不仅会有羞耻之心，而且有归服之心。概括起来，中西方两位轴心时代的大思想家都认为，法律和道德密切相关，法律是最直接、易于操作的社会治理方式，比较重大的社会关系，如犯罪是由法律来调整的，我们丝毫看不出亚里士多德有轻视法

治的思想，也看不出孔子有轻视法治的思想，相反法律的威慑作用具有使人免于犯罪的作用，孔子特别强调：“小人不耻不仁，不畏不义，不见利不劝，不威不惩。小惩而大诫，此小人之福也。”（《易传·系辞下》）当然，孔子说：“道之以德，齐之以礼，有耻且格。”（《论语·为政》）如果把这句话理解为孔子认为道德比法律重要，因而孔子是重德轻法、反对法治的，那是误解。孔子只是说，道德和法律解决问题的深度不同，道德更从根本上解决问题，“苟志于仁矣，无恶也”《论语·里仁》。这样的理解在今天也是正确的，一个道德品质高尚的人，不可能有违背法律的作奸犯科之事。“志士不饮盗泉之水，廉者不吃嗟来之食”，有这样道德修养的人也不可能干盗窃、偷盗等为法律所禁止的勾当。

古今的哲学家、法学家大多对这个问题进行了深入的探讨，如古代的孔子、亚里士多德，近代的休谟、康德，现代的哈贝马斯、哈特、德沃金、庞德等，而且这个问题还在继续探讨，说明该问题并非像科学问题有明确的答案和一劳永逸的解决方案。因为，道德和法律是社会调控的两种不同而又关联的方式，要想实现对社会的有效调控，无论从学理上讲还是从现实上讲，我们对法律和道德都不应该厚此薄彼，而是互相结合。所以，问题的关键是如何寻找二者的结合点，这也是本书研究二者关系的着力点。笔者从孔子的方案颇受启发。鲁国之法：路人为臣妾于诸侯，有能赎之者，取金于府。子贡赎鲁人于诸侯而让其金。子贡赎了奴隶不拿报酬，在道德上是高尚的，但起的社会作用并不好，孔子因此批评他：“赐失之矣。夫圣人之举事，可以移风易俗，而教导可施于百姓，非独适己之行也。今鲁国富者寡而贫者多，取其金则无损于行，不取其金，则不复赎人矣！”（《吕氏春秋·察微》）原因在于，在鲁国，像子贡这样的富人是很少的，子贡能够做到赎了奴隶而不取报酬，没有这样经济实力的人做不到，子贡这种做法导致没有经济实力的人不愿赎买奴隶了。子贡虽然有高尚的道德，效果却不好，受到孔子的批评。相反，子路救了溺水儿童，小孩父母用一头牛来酬谢他，子路接受了，这个行为并非高尚，孔子却称赞他，因为“鲁人必多拯溺者矣！”所以说，孔子对道德与法律的关系采取的是现实主义的立场，作为每一个公民必须遵守的法律，当然是符合道德的，但其对个人所提出的道德

要求不能超过个人的平均道德承载力，只有能够为每一个公民所接受，这样才能发挥其有效的调控作用。本书着重探讨法律和道德的结合点是基本道德而非高级道德，这也是考虑到道德和法律发挥作用的不同方式，泛道德主义只会使道德病态化，就是因为这种主张把道德和法律的结合点放在高级道德而非基本道德上。而且从根本上讲，法律和道德都属于上层建筑，按照马克思主义的历史唯物主义观点，经济基础决定着上层建筑，法律和道德如何结合在根本上取决于那个时代的经济发展状况和生产方式。比如，在过去，“父母在，不远游”，那是道德的要求，也是法律的要求，这与当时封闭的自然经济相关，也与当时落后的通信和交通相关，但在今天，市场经济是开放的，要求人们走出家门，而通信和交通的发达，也使“远”这个概念变味了，千里之遥对于高铁来讲也是朝发夕至，因此孝顺父母这条道德，在过去可以提出“不远游”的法律要求，在今天再也提不出这样的要求。所以“常回家看看”入法，在笔者看来已经是不合时宜了，在交通、通信高科技面前，地球已经变成“村”了，也就不存在过去意义的“远游”。由于法律和道德的结合点总是随着时代的发展而变化，所以任何理论都不可以得出法律和道德关系的终极结论，总存在关于二者之间研究的巨大学术空间。特别在今天的转型社会，我们可以从多视角、多层次、多领域来探讨二者之间的关系，尽管前人对这个问题有很多的探讨，但研究这个问题仍具有理论魅力。

其次，从现实社会要求来讲，笔者也希望通过本书的研究，为人们正确认识现实生活中道德和法律的复杂关系提供有益的思路和借鉴。本书是基于在当今的法治社会，法律相对于道德关系的一种重新审视：依赖道德、放逐道德还是与道德保持一种适度的关系？前两种观点都不是现代法律的真面目，“依赖道德”观点的失误在于没有看到现代社会是高度形式化、程序化、制度化的社会，道德显然不能担当此重任；“放逐道德”观点的失误在于没有看到现代社会是一个保障公民权利和自由的民主社会，公民应当是出于对法律的尊重而不是法律的强制力来遵守法律的，一个违背道德的法律是无法获得公民尊重的，也无法承担保护公民权利和自由的重担，最终会被公民通过民主程序废除掉。由于孙志刚事件，2003年6月20日，国务院颁布第381号令，《城市生活无着

的流浪乞讨人员救助管理办法》自2003年8月1日起施行,1982年5月国务院发布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》同时废止。许霆因为取款机出错而盗窃金融机构17万多元,一审被判处无期徒刑,这在道德上显然无法为社会所接受,因而二审改判为五年有期徒刑。从法律和道德关系来讲,笔者是反对法条主义的,反对诸如“法律就是法律”这样完全割裂法律与道德关系的实证主义观点。另外,笔者也不赞同扩大道德的调控范围,反对泛道德主义,反对把那些对人们所提出的较高道德要求法律化和强制执行。如郑州市试图制定这样的规定:对在公交车上不给老弱病残孕让座者处以50元罚款,这显然是道德伸手太长;在泸州继承案中,也有“以德入法”之嫌。这些现象不仅违背法律精神,在实践上也带来了困惑。本书提出了符合现代法律观的第三种观点:现代法治社会里,就是要保持法律和道德之间的一种适度关系,一方面,法律不是依附于道德,法律有所独有的而道德所不具备的鲜明特征,如法律由立法机关制定、由专门的司法机关(法院)判决、法律适用采取司法三段论的逻辑形式、法律规范本身有着较为明确的规定、法律以国家强制力为后盾等;另一方面,法律绝不是与道德毫无联系,现代法律获得公民的尊重在于其合法性基础,而这合法性基础主要来源于道德,违背根本道德的、不具有合法性的法律在现代社会是没有立足之地的。研究二者之间的辩证关系,通过道德对法律进行反思性批判,可以不断地推进现代法律的发展,尤其是当前法律生活中的排斥道德的“恶法亦法”与“道德法律化”的泛道德主义两种极端倾向,既违背了“法治”的基本原则,又让道德承受超负荷的力量,是对道德、法律关系的一种扭曲认识,不利于法治社会的健康发展,有必要对此进行实践上的反思。

## 二、研究价值

本书通过对现代法治背景下法律与道德关系的研究,从理论上和实践上详细剖析了现代法治背景下法律与道德应有的互动关系,具有很强的理论价值和实践价值。

### 1. 理论价值

道德和法律都是社会调控方式,德治被历史证明是失败的,法治开

启了人类文明的新纪元。但是建立法治国家，法律至上绝不意味着法律是唯一的社会调控方式，绝不意味着可以放弃道德的调控职能；就像过去以道德消解法律是失败的一样，在法治社会的今天，如果企图把社会的调控手段定法律于一尊，置道德而不顾，那么这种企图在理论上是错误的，在实践上是行不通的。“重法轻德”把社会变成冷冰冰的规则社会，导致了人的畸形发展和人们道德理想的破灭，会增加社会的调控成本，这种错误的认识根源在于没有充分认识到道德和法律的辩证关系，没有认识到法律和道德的交叉互补关系。在进入法治社会的今天，道德不断向法律渗透，提供了人们认识法律的外在视角，道德论证为法律的合法性基础提供了相当重要的依据，使法律变成具有合法性的良好法律，使人们由被强制遵守法律变为法律受到尊重而值得人们遵守。一个法律，如果严重违背人们的道德观念，就不是好的法律；一个司法判决，如果严重违背人们的道德观念，就不是一个具有可接受性的判决。同时，法律固然不能违背基本道德，但也有自身的独立性和区别于道德的鲜明特点，法律不仅在形式上与道德明显不同，即使在内容上也不与道德完全重叠，二者在发生作用的方式上迥然有异，道德不等同于法律，不能取代法律，道德法律化是错误的一极。

本论题的理论价值在于：

第一，丰富法伦理学的体系和内容。本书批判了法律中的道德“虚无主义”和道德“依赖主义”两种极端的、错误的认识。阐述了现代法律具有独立的形式，在形式上与道德无关；现代法律在内容上追求正当性，与道德保持着一定的关联，这有助于完善现代法治社会的法律理论，丰富法伦理学的体系和内容。法律伦理学对于法律的完善和发展发挥着越来越重要的作用，甚至在司法判决中，法律界似乎已达成共识：价值判断是法律推理的灵魂。如果把社会调控比作一辆汽车，那么法的作用相当于汽车的发动机，而道德的作用相当于汽车的方向盘，没有道德的支撑，法律的发展会迷失方向，特别是在科学技术高度发展的今天，道德再次充当法律发展的领路人，如对克隆人的立法，主要是从人类的道德伦理要求来考虑，科学技术已达到克隆人的水平，而伦理道德又要求禁止克隆人，这就从理论上表明二者之间的紧密关系。

第二,拓展思想政治教育学的研究视野。本书专门研究法律视野下的道德问题,拓展了道德研究的领域,提供了道德研究的新视角。过去对道德的研究只在形而上的视阈里,是一种“应然”的研究;而法律具有很强的实践性,属于形而下的视阈,不仅关注“应然”问题,主要研究“实然”问题,所以本书使道德研究从形而上视阈向形而下视阈进军,这就拓展了思想政治教育学的研究视野,避免理论研究流于空泛,使思想政治教育研究面向法律实践,对于公民来讲,道德思想的要求主要体现在遵守法律上,因为法律体现了道德维度,遵守法律也就是遵守了最低限度的道德。

## 2. 实践价值

本书有较强的实践价值,可从立法、司法以及守法三个层面展开。

首先,在立法方面有助于法律的制定更好地体现道德的要求,使法律条文更富有人性。由于法律的道德性,现代法律的强制性在减弱,正当性在强化,法律的遵守主要不是依靠国家的强制力,而更多地依靠本身的正当性,由于法律具有正当性,所以受到公民的尊重,因而得到公民的遵守。法律的制定主要着眼于对公权力的限制和对私权利的保护,越来越具有人性,越来越受到公民的认同和尊重,这样恶法越来越少,至少在邪恶程度上逐步减轻,而良法越来越多,法律的调控力度越来越大。随着《国家赔偿法》和《行政诉讼法》的出台,政府做错事要向公民赔偿,老百姓可以状告政府,这就意味着政府和公民是平等的民事主体,政府不再是肆意吞噬公民权利的庞大“利维坦”。如2004年的宪法修正案第十三条规定:公民的合法的私有财产不受侵犯,国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予赔偿;第三十三条规定国家尊重和保障人权。在诉讼法中,加强了对公民诉讼权利的保护,新修改的民事诉讼法规定了再审的13种情形,明确指出:“对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的情形,或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的,人民法院应当再审。”这些规定都是保护公民权利的,受到公民的尊重和自觉遵守。

其次,在司法方面有利于司法从业人员文明执法,进一步体现法律的人性价值。道德在根本上是体现对人的尊重,不把人当做客体、手

段，正如康德所言：人“任何时候都必须被当作目的！”<sup>①</sup>如我国诉讼法明确规定：重证据、不轻信口供，严禁刑讯逼供。这其实要求司法人员文明办案，通过合法渠道获取证据。如果把当事人当做获取证据的手段，强令当事人交代问题，用肉体的惩罚迫使当事人承认和编造子虚乌有的罪证，就会制造冤假错案，损害当事人的合法权利。如果司法人员没有较好的道德操守，吃拿卡要、受贿乃至索贿，就不可能公正办案和文明执法，所以《法官法》和《检察官法》都规定了相应的职业道德。司法人员要具有良好的道德操守，秉公执法，这既是法律的要求，也是道德的要求，从这里也可以看出法律和道德确实是应该并且可以统一起来的。

最后，在守法方面有助于确立公民对法律的精神信仰，使社会主义法治深入人心。当代西方著名法理学家德沃金针对法律实证主义的分离命题，提出权利理论是对“占支配地位的理论”的反驳，“在英美政治社会中，法律享有其他以强制力为后盾的命令——即使是那些通过制度化的程序而实施的命令——所不具有的尊崇。这种特殊的尊崇是法律的有效性的关键。但是这一占统治地位的理论没有提出任何理由说明构成法律的规则为什么应该享有这种特殊的尊崇”<sup>②</sup>。德沃金亮出自己的底牌：权利论。通过法律来实施基本的和宪法的“权利”，这些权利使法律本身更为道德，给予我们法律“正当”的信心，“我们将更愿意明确地忠诚于法律，因为我们知道，如果一个特定的法律规则或者它的实施是不‘正当的’，我们的法律权利将阻止那一规则成为法律。这就是法律的有效性和享有特殊力而其他形式的强制命令则不能的原因”<sup>③</sup>。权利理论解释了法律何以获得尊敬，我们遵守法律不是出于被迫，而是感到法律是正确的，感到有责任遵守法律，法律获得道德特征和道德权威，权利给予公民这样的信心，即法律值得享有特别的权威，法律确实代表了正确和公平，“在所有承认理性的政治道德的社会里，权利是使

---

① [德] 康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社1986年版，第80页。

② [美] 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，中文版序言第3页。

③ 同上书，中文版序言第3—4页。

法律成为法律的东西”<sup>①</sup>。由于法律具有道德性，法律是保护公民权利的，所以公民信仰和信任法律，愿意通过法律解决纠纷，自觉遵守法律，这就使社会主义法治深入人心。

## 第二节 论题的研究状况综述

### 一、国外对本论题的研究状况

德国 19 世纪著名的法学家鲁道夫·冯·耶林将道德与法律关系这个问题比拟为法学中的“好望角”，足见解决这个问题的难度之大。法律与道德的关系是各法学流派关注的焦点，理论旨趣迥异，本书梳理如下。

#### 1. 自然法学派的研究

自然法认为，法律和道德存在必然联系，法律有效性的检验标准来自道德，恶法非法，法律中的道德因素是不能否定的。自然法的开创者之一亚里士多德指出：“法治应包含两重意义：所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。”<sup>②</sup> 所谓良好的法律，就是指法律符合人们的基本道德观念，这就肯定了法律中的道德因素。当今西方自然法理论普遍认为，法律是道德的下线，法律如果违背了基本道德就会丧失其自身的合法性。

美国的法学家博登海默区分了两类道德原则：第一类是社会有序化的基本要求，如避免暴力和伤害、忠实地履行协议等；第二类对人们提出的要求远远超过了维持社会的必要条件所必需的要求，如慷慨、仁慈、博爱、无私等；第一类原则是“必需的”，它转化为法律规则而具有强制力，而第二类原则是“应当的”，并不具有强制力，任何可被用

---

① [美] 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，中文版序言第 21 页。

② [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 202 页。

来维护法律权利的强制执行制度是无力适用于纯粹道德领域的。<sup>①</sup> 博登海默还指出：“那些被视为是社会交往的基本而必要的道德正当原则，在所有的社会中都被赋予了具有强大力量的强制性质。这些道德原则的约束力的增强，当然是通过将它们转化为法律规则而实现的。禁止杀人、强奸、抢劫和伤害身体，调整两性关系，制止在合意契约的缔结和履行过程中欺诈与失信等，都是将道德观念转化为法律规定的事例。”<sup>②</sup>

美国著名法理学家朗·L·富勒和博登海默的观点相似，只是名称有异。富勒将道德分为义务的道德和愿望的道德，义务的道德是社会有序化必须准则，愿望的道德是社会理想化的可欲准则，前者像义务一样是必须达到的，后者像愿望一样是值得追求的，义务的道德“可比之于语法规则”，愿望的道德比之为“批评家为卓越而优雅的写作所确立的标准”<sup>③</sup>。说得通俗一点，义务的道德犹如写作的“语法规则”，写作违背“语法规则”就是不能通行的病句，人违背义务的道德就是在法律面前不能通行的犯人，就要受到法律的惩罚；愿望的道德犹如写作的“修辞艺术”，写作不讲究“修辞艺术”就不是一篇理想的好文章，不实施愿望的道德的人就不是一个理想的、充分发挥潜能的、受到尊敬和爱戴的人。我们还可以比喻说，义务的道德犹如翻译的“信”，愿望的道德犹如翻译的“达、雅”，“信”是必需的，“达、雅”则是翻译的理想完美境界。富勒认为，义务的道德和法律类似，而愿望的道德和法律没有直接联系，“法律不可能强迫一个人做到他的才智所能允许的最好程度”<sup>④</sup>。

新自然法学派的代表德沃金认为，通过把我们的法律原则建筑在道德原则的基础之上，我们允许法律在面对一个问题时考虑道德因素。在此问题上，权利理论给那些主张即使是在明显违背道德时也应该服从法律的法学家们提供了一个答案。当法律规则和道德看起来是互相矛盾的时候，法律必须权衡所有有关的原则，而不应该机械地服从法律规则。

---

① [美] 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第391页。

② 同上书，第391页。

③ [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第8页。

④ 同上。

法律由法律规则和法律原则组成，法律原则允许我们把法律思想和道德思想联系起来，它们允许我们保证我们的法律发展和道德发展携手共进。权利理论能够给予我们对法律的特别尊敬，我们不是畏惧强制力而遵守法律，而是因为法律的正确性而遵守法律，即使我们遵守法律对个人利益不利，知道不遵守法律并不受惩罚时，还是感到有责任遵守法律。法律原则通过自身的协调反映了我们的道德情感，使法律获得了道德特征，获得了道德权威。这些是以强制力为后盾的规则的综合体所不能享有的。正是法律的这种由法律原则所给予的道德特征，也给予了我们我们对法律的特别尊敬。在建构我们的法律原则以使其反映我们道德原则的过程中，我们创造了权利。权利即是来源于政治道德原则的法律原则……权利保证法律不会引导或者允许政府去做它的道德身份以外的事情；权利保证法律能够使政府对其行为负道德责任，正如权利也保证法律能够使个人对其行为负道德责任一样。

康德认为，法律来自作为“绝对命令”的道德，而不是政府的权力，法律应当是保护公民的自由而非践踏公民权利的“利维坦”。康德坚持“人是目的”，调整人与人之间关系的法律也必须以人为目的，保持着一种根本道德的性质。德国的法哲学家哈贝马斯在评论康德的自然科学思想时指出：“康德在其《道德形而上学基础》中的思路，则与此不同。他从道德律的基本概念出发，从中通过限定而获得法律规则。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，他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，道德性反映在合法律性之中，善的义务反映在法律义务之中，如此等等。”<sup>①</sup> 在康德看来，“道德”是法律的理念（相、型），法

<sup>①</sup> [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 129—130 页。