

论道德法律化限度研究的基本路径

——以对传统的研究路径反思为中心

叶方兴 李志江

(南京信息工程大学 公共管理学院 江苏 南京 210044)

摘 要 道德法律化限度具有重要的理论与实践的研究价值。传统的道德法律化限度研究主要采取 3 种路径:原则论、道德层次论以及社会发展论。这些研究路径由于缺乏合理的研究立场,采用了片面的研究方法,产生出理论与实践上的弊端。道德法律化限度的研究应该坚持“伦理中心论”的研究路径,即基于伦理学的研究立场,通过对道德法律化限度语境中的道德作逻辑与历史相统一的考察,分析不同部分的道德与法律之间的关系,进而才能得出道德法律化应遵循的合理限度。

关键词 道德法律化限度;研究价值;基本路径;伦理中心论

中图分类号:D90-053

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2009)03-0070-05

一、道德法律化的限度及其研究价值

道德法律化是道德与法律关系的一个重要面相。新分析实证主义法学家哈特认为法律与道德关系这“一个问题”实际上包括了 4 个“需要单独考量的不同问题”,其中就包括“道德的法律强制”^[1],即道德法律化。一般认为,道德法律化指的是国家的立法机关赋予道德规范以强制力,将道德原则、道德规范上升为法律原则、法律规范的过程。

道德法律化是自然法的一个基本命题。在自然法看来,法律汲取并体现着一定的道德价值,法律对道德价值具有天然的需求性。“法律并不仅是一种命令,还是某些价值之体现,不同的是大家对这些价值的看法”^[2]。道德法律化的实质要件是道德与法律之间的价值契合。道德法律化的限度本质上也就是要厘清在不同的社会发展进程中,有哪些道德价值必须也可能介入到法律领域成为法律价值,解决的问题是究竟有那些道德价值能够完满地被法律所吸纳以使得道德原则、道德规范能够上升到法律原则、法律规范。

在道德法律化的问题上,一方面,我们认为道德能够且必须法律化。道德之所以能够法律化源自两者的在调整范围的重叠性与价值诉求上的契合性。从现实的角度来看,道德法律化也是必要的。道德自身的非完满性需要法律规则的补足;当道德自身对受保障的利益无法维持,则会诉求于法律形

式,致使相关的道德理念和原则融入法律^[3]。另一方面,道德法律化又需要保持适度的张力,必须遵循一定的限度。道德固然可以法律化,但是道德却又不能全盘地法律化。道德与法律虽然存在着诸多的契合与一致的地方,但二者毕竟还是两套独立的规范体系。道德具有着相对独立的调整范围、价值诉求、运行方式以及评价机制。道德若全部法律化也就取消了道德的独立性;道德不曾也不能涉及法律的所有领域,若将一切道德的责任,尽行化为法律的责任,那便等于毁灭了道德^[4]。

道德法律化应当遵循适当的限度,对道德法律化限度的研究具有着重要的理论与实践价值。从理论上说,道德法律化是道德与法律之间关系的一个重要方面,是道德与法律之间内在关联的一种重要表现形态。罗尔斯说过“法律与道德的主题提出了许多不同的问题,而道德的法律强制、法律制度的道德基础则是其中的重要问题”^[5]。耶林曾将道德与法律关系问题视为法理学中的“好望角”,称每个法学理论研究者都必须绕过去。对道德法律化限度的研究有助于认清和把握道德与法律之间的内在关联和根本分歧。从立法实践上说,道德法律化是一条重要的立法渠道,道德法律化限度的框定直接决定着立法的范围。合理地明晰道德法律化限度能够有助于立法者在立法和规范制定的过程中准确把握立法尺度,确保法律的确定性与科学性,防止不当立法的出现。从社会功能上说,道德与法律是两种不同的

规范体系,它们都是“社会控制”工具。道德法律化限度在根本上规约了两者的社会控制范围。“合理的道德法律化可以实现道德与法律这两种社会控制力量在社会控制范围上有效互补”^[6],两者互相配合、实现依法治国与以德治国的有机统一、共同促进社会发展。

二、传统的道德法律化限度研究的基本路径

学术界在道德法律化限度的部分问题上形成了一致的共识,比如:道德不能全部法律化,道德法律化应当有着适当的限度,道德法律化主要是行为层面上的法律化,而非思想领域等等。然而,在道德法律化应当遵循的具体限度问题上却一直未有统一性的结论。根据笔者的研究,在道德法律化限度的研究上,大致有以下3种研究路径。

1. 原则论

这一路径认为道德法律化不能违背某些原则,这些原则成为道德法律化的限制。一旦某一违反道德的行为违背了这些原则就应当加以立法规定。在功利主义边沁看来,苦乐成为立法的重要的参照标准,立法就是要符合“最大多数人的最大利益”。在道德法律化限度上,他坚持“苦乐最大化”的原则。密尔认为“在文明世界中,强力能够正当地是用于一个文明化了的社会任何成员的唯一目的,就是防止对他人造成伤害”^[7],因此,对一个行为是否采用法律强制在于该行为是否对他人造成伤害,伤害原则成为道德法律化的限度。哈特在坚持密尔的伤害原则的同时,提出应严格区分“私隐的不道德”和“公共场合行为不检”,法律应将公众场合不检的行为予以强制,这是由于法律关注的是公众场合不检行为“对他人的冒犯,而不是因为他私人生活的不道德”^{[1]347}。另外,哈特所提出的“最低限度内容的自然法”,它既是道德法律化的基础又是道德法律化的限度。我国学者王淑芹在道德法律化限度提出了全民性原则、抑恶性原则、非心性原则、缺失性原则^[8],认为道德法律化只是把那些涉及社会秩序和韧性完善的最基本的道德要求法律化,只把那些禁令性的道德义务要求上升为法律调整的对象,只是将那些具有普遍性的可描述和可预测的行为方式加以规定,只是规定那些仅靠道德的力量无法协调且产生危害性后果的行为。

2. 道德层次论

这种做法是将道德进行多层次的划分,通过分析不同层次道德的道德法律化情况得出其应遵循的限度,其结论形态是:某一层次的道德应该法律化,另一层次的道德不能法律化。美国法学家富勒认为

道德可分为两种:愿望的道德和义务的道德^[9],愿望的道德是善的生活的道德、卓越的道德以及充分实现人之力量的道德,义务的道德则是从最低点出发,它确定了使有序社会成为可能或者使得有序社会得以达到特定目标的那些基本规则。并认为,义务的道德与法律最为类似,它可以帮助法律决定某一行为是否应在法律上加以禁止。我国学术界对道德法律化限度的研究受到富勒的这一分析路径影响。唐凯麟、曹刚将道德分为基本层次的道德和超越层次的道德^[10],刘云林将道德分为基本层次的道德和较高层次的道德^[11],舒利、章亮明将道德分成“维持社会存在的基本道德义务”与“人们向往的理想道德”^[12],并认为基本层次的道德、“维持社会存在的基本道德义务”^[12]应当且必须法律化,而超越层次的道德、“人们向往的理想道德”^[12]由于它“内在的体验性和个体性”^[12],不能够法律化。徐俊认为“法律化的道德只能是普遍、合理的面向全体公民的基本道德要求,因此,对社会先进分子提出的高层次的道德要求与对行为主体高级的精神需求进行满足的道德都不能法律化”^[13]。

道德层次论还存在着一种“变种”道德类型论,这一研究路径通过对道德作多向度的界分,把握不同类型道德的真正来探寻道德法律化的限度,比如,有学者认为道德法律化应当是社会道德、客观道德的法律化,而不能是个人道德、主观道德的法律化^[14]。笔者以为这种路径亦属于道德层次论,只不过大多数学者对道德进行层次划分的标准是按照行为主体的能力要求为标准,而这种做法则不是。这种做法仍是将道德进行多层次的划分,通过分析不同层次道德的道德法律化情况得出其应遵循的限度,其结论形态也仍然是:某一层次的道德应该法律化,另一层次的道德不能法律化。

3. 社会发展论

这种路径认为道德法律化的运行完全依凭一定社会的政治经济条件,不同的时代和社会背景下道德法律化的范围是不同的。一种行为在某些社会是合乎道德合乎法律的,而在另外的社会则有可能被立法加以禁止。道德法律化完全遵循着动态的限度。比如,在博登海默看来,道德法律化在限度上并不存在着明确的界限。“在那些已成为法律一部分的道德原则与那些仍处于法律范围之外的道德原则之间有一条不易确定的分界线”^{[15]394}。随着社会发展,某些原先是道德调整的行为“会在某些适当的限制范围内从普通的道德领域内转入强制性的法律领域”。这一路径建立在道德的历史性的基础之上,认为任何道德都是具体的、历史的,道德的内涵随着时

代的变迁、社会的发展而改变。因而,道德法律化的限度也是流变的。学者周金恋在论及道德法律化限度时认为“从道德发展的角度看,法律不能超越一定历史阶段普遍社会成员道德观念所能接受的程度”^[16]。李辉认为“道德在反映社会发展的过程中发展了自己,道德规范的发展又促进了法律规范的丰富”^[17]。程明认为“从道德发展的角度看,法律不能超越一定的历史阶段普通社会成员道德观念所能接受的程度”^[18],道德法律化在限度上要契合不断发展的人们的道德观念。

三、对传统的道德法律化限度研究路径的反思

这些研究路径立足于道德法律化的某些侧面,对于探索道德法律化限度具有积极意义。然而,当我们批判地审视这些研究路径以及据此得出的研究结论时,不免发现其中的缺陷。

原则论将道德法律化的限度归为遵循某些原则,社会发展论认为道德多大范围的法律化完全取决于社会发展的条件。它们立足于道德的历史性特征,试图从不断变化的社会发展中揭示出道德法律化的限度,看到了道德的具体性和产生的社会根基。这点是合理的。在马克思看来,人们的道德观念总是其时代的产物;“人们自觉地或不自觉地,归根结底总是从他们阶级地位所依据的实际关系中——从他们进行生产和交换的经济关系中,获得自己的伦理观念”^[19]。然而,它们没有看到道德内涵中蕴含着某些确定的、永恒的成分,而是完全视道德为一个流动的范畴。在笔者看来,道德本身是一个复杂的范畴,它在内涵上是绝对性与相对性的统一。从人类社会的发展史来看,有些道德内涵如“不杀人”、“己所不欲,勿施于人”这样的底线道德是任何一个时代都存在且不会流变的,同时在任何一个时代也都予以立法加以规定的。另外,那些旨在创造一个和谐幸福社会的道德范畴,如美德也是一切社会根深蒂固的。而有些道德范畴,如性道德中的通奸是随着社会发展而不断变化的。这些道德与法律之间存在着互动的关系,它会根据社会发展的需要纳入法律领域。反之,“一些在过去曾被认为是不道德的因而需要用法律加以禁止的行为,则有可能被划出法律领域而被个人道德判断的领域中”^{[15] 395}。原则论和社会发展论没有认清道德内涵上是相对性与绝对性的统一,夸大了道德的相对性而忽视了绝对性。

另外,原则论将道德法律化限度归结为某些固定的原则,一方面,在实践中会难以应对复杂的社会情势使得这些原则变得空洞无力。以哈特的道德法律化限度理论为例,哈特道德法律化限度理论中的

诸原则则使得道德法律化将循着一个严密的、固定的限度而无法应对复杂的实现世界。因为现代社会是一个价值多样化的社会,我们应明晰这些多样价值中的“变”与“不变”,一些反映出永恒价值的道德规范如“不杀人”、“己所不欲,勿施于人”是应该法律化的,而体现出随社会不断变化的价值的道德规范则不可一概而论。另一方面,原则论提出的部分原则本身的合法性就值得质疑。功利主义法学家们(如边沁、密尔)提出的功利原则都是基于抽象的人性论,以这些原则作为道德法律化限度不免有着先验的色彩,缺乏实效性。在笔者看来,基于普遍主义的思维模式抽象地谈论道德法律化应当遵循的原则尽管可以完成逻辑上的融贯,但并无多大实际意义。在此基础上得出的原则也是值得检视的。

持社会发展论的研究者往往通过对中西方历史上道德法律化实践的考察,进而得出“道德法律化的限度受制于一定的社会经济条件”的结论。社会发展论的理论逻辑潜藏着如下的风险:道德法律化的限度最终无法确定或道德法律化的限度无法得出。原因在于,社会发展论视道德是一个流变的范畴,认为道德法律化的限度是一个动态的限度。当我们追问“道德法律化应当遵循怎样的限度”时,就会存在着捉摸不清的情形。既然每个社会都有其不同的道德法律化限度,道德法律化限度的得出要依凭一定社会的需要,那么,我们就无法从逻辑上提炼出一个确定的道德法律化限度来。视道德为流变的范畴本身就具有着相对主义的倾向,据此得出道德法律化的限度也是一个相对的结论。这种相对性最终导向虚无主义。可以说,社会发展论最终无法为道德法律化提供一个确定的限度。

至于道德层次论,它通过在逻辑上对道德进行层次上划分来明晰道德法律化的限度。比如,大多数学者将仿效富勒的做法,将道德划分为基本层次的道德和较高层次的道德,并认为基本层次的道德应当且能够法律化,较高层次的道德不能够法律化。表面看来,这一做法似乎解决了道德法律化的限度问题。它不仅为道德法律化提供了确定的限度,同时也使得道德与法律之间的关系也变得明了起来。其实不然,这种做法使道德与法律之间的关系简单化了。实际上,道德与法律之间的关系并非能够清楚地加以明晰开来,两者扑朔迷离、纷乱复杂。道德与法律两者自身就是复杂的范畴。“道德”这个词可能是含糊不清的,在不同的时候,不同的说话群体指的可能是不同的事^[20]。法律也是如此,分析法学家将法律视为制定法,历史法学家认为法律就是一种习俗,而对于哲理法学家而言,法律就是自然法。

道德与法律之间的界限是模糊的,并不总是能够严格而准确地划定的。因此,道德层次论在前提上,也即在道德与法律之间的关系问题做了简单化的认识,道德层次论也是对道德法律化限度作简单化处理的结果。

除此之外,道德层次论对道德的划分尽管实现了逻辑上的一致。但这种划分得出的结论是非常模糊的,缺乏实际的操作性。比如将道德划分为基本层次的道德和较高层次的道德,如果进一步追问什么是基本层次的道德?什么是较高层次的道德?恐怕还需要进一步的详尽阐释。对于其划分的不同层次的道德还得进一步地作具体的、历史的考察。因此,对于道德层次论尽管其在逻辑上是连贯的、自洽的,但在具体判断时却存在着缺乏可操作性的弊端,无法准确地回答道德法律化应当遵循的确定的限度。

因而,尽管原则论、道德层次论、社会发展论都基于不同的视角和路径试图回答道德法律化的限度问题。但是,在笔者看来由于缺乏准确的研究立场和研究方法,使得相关研究结论存在着诸多理论缺欠。从现有的研究成果看,研究者们要么采用逻辑的方法刻意且不当地界分道德,试图清楚明了地探寻出道德法律化的限度所在。比如不少学者受富勒关于道德划分的影响将道德作简单化的二分处理。要么坚持历史的方法,通过对中西方历史上道德法律化实践的考察进而得出“道德法律化的限度受制于一定的社会经济条件”的结论。这样做的结果是:前者会使得道德法律化限度过于绝对,缺乏实际操作性;而后者则是一种相对主义分析模式,最终将导向虚无主义,使得道德法律化变得无限度可循。

正是这种研究立场不明确和研究方法的片面,导致研究结果不仅缺失理论上的合法性,而且缺乏实践实效性,使得研究得出的道德法律化限度在应对实践中问题时显得苍白无力。2004年全国人大常委会审议的物权法草案有一款规定,拾获失物者有权在将遗失物归还失主后获得保管费等必要费用或报酬,在社会各界引起了广泛争议。2008年河南某市立法规定“不让座罚款”,引来一片质疑声。笔者以为之所以如此,根源在于我们的立法理论中没有合理地廓清道德法律化的限度。没有在理论上肃清哪些社会关系是“凯撒”的,哪些又是“上帝”的。我国著名立法学研究者周旺生教授就曾认为我国的法律大多是笨法,很重要的原因在于“并非社会需要”^[21],在笔者看来,就是没有有效地调控好道德法律化的范围。道德法律化限度的研究关键取决于研究者有没有合理地把握了道德法律化的内在逻辑,立足于正确的研究立场,并采取正确的研究路径。

四、道德法律化限度研究的合理路径选择

道德法律化的直观理解就是将道德的内容转化为法律的内容。在社会生活中的诸多领域里,往往存在着既是道德调整的领域也是法律调整的领域,道德与法律“它们控制的领域在部分是重合的”^{[15] 396},例如:不伤害他人,保障自由等是道德原则也是法律原则。道德的调整范围总是远远宽于法律的调整范围。法律只是将一些性质严重,需要用强制力来保障的危害行为纳入其调整范围。因此,从某种程度上,可以说法律是对人们行为的“二次调整”。一般说来,违反法律的行为往往也是违反道德的行为。在米尔恩看来,没有法律可以有道德,但没有道德就不会有法律。法律的发展史也向我们揭示,法律源自道德,道德是法律的重要渊源之一。道德法律化的生成逻辑表征着道德法律化过程中,道德在逻辑上先于法律。道德法律化的限度直接受制于道德的范围,解决“什么样的道德应当法律化”才是问题的关键。因此,笔者以为道德法律化限度问题(整个道德法律化问题)从根本层面上说是伦理问题。“权利科学研究的是有关自然权利原则的哲学上的并且是有系统的知识。从事实工作的法学家和立法者必须从这门科学中推演出全部实在立法的不可改变的原则”^[22]。道德法律化限度研究关切到立法理论的科学性与实效性,应将研究立场投向伦理学。以“伦理中心论”作为探讨道德法律化限度的研究路径才是道德法律化限度研究的合理选择。

既然道德法律化限度要解决的核心问题是“什么样的道德应当法律化”^[23]。那么,道德法律化限度研究的基点就在于对道德内涵的合理分析,明晰道德法律化限度语境下的道德内涵。“伦理中心论”运用历史与逻辑向统一的研究方法揭示道德法律化限度语境中道德的涵义,既对道德内涵进行层次、类型上的逻辑考察,又不忽略道德内涵的具体性、历史性,从而对道德内涵进行逻辑与历史相统一的考究,在此基础上进一步分析道德内涵与法律之间的关系,得出道德法律化的合理结论。道德规范体系中有一部分道德内涵是永久不变的,这一部分道德规范调整人性中永恒特质所显现出来的行为;而另外也有一部分道德是随着社会的不断发展而变化的,它们受制于一个社会的经济发展水平,因社会环境的需要而出现。认清并把握道德内涵中变化的和不变的内涵,厘清道德内涵中的“变”与“不变”,分析不同部分的道德与法律之间的关系,才能为道德法律化限度研究找出真正合理的答案。

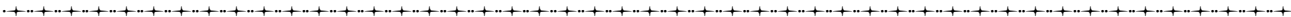
合理的道德法律化限度,从理论上说应该具有

确定性,这种确定性能够将道德法律化限定在一定的范围之中,有效地廓清道德法律化的具体限度。从实践中看,合理的道德法律化限度应具有实效性,能够有效地确定立法的范围成为立法实践中的参照。笔者以为同传统的研究路径相比,“伦理中心论”完成了立场的转换和方法的更新,同时又关注道德法律化限度的实践命意,具有着更强的理论与实践上的说服力。传统的研究路径对道德内涵的研究或是运用历史的方法,陷入相对主义乃至虚无主义,或是基于逻辑的研究方法虽然明确地对道德法律化限度做了界定,但缺乏具体的操作性。这两种方法均不能很好地揭示道德法律化的限度。“伦理中心论”基于伦理学的研究立场,通过准确地考察道德法律化的生成逻辑,在具体操作上运用逻辑与历史相统一的方法分析道德法律化限度语境下的道德内涵,分析不同部分的道德与法律之间的关系,进而才能得出道德法律化应遵循的合理限度。

参考文献：

[1] 哈特.法律、自由与道德[M].支振锋,译.北京:法律出版社,2006.
[2] 登特列夫.自然法:法律哲学导论[M].李日章,梁捷,王利,译.北京:新星出版社,2008:94.
[3] 罗斯科·庞德.法律与道德[M].陈林林,译.北京:中国政法大学出版社,2003:155.
[4] 转引自肖金泉.世界法律思想宝库[M].北京:中国政法大学出版社,1992:403.
[5] 约翰·罗尔斯.法律义务与公平游戏责任[M]//毛兴贵,译.政治义务:证成与反驳.南京:江苏人民出版社,2007:55.
[6] 叶方兴.互镜中的道德与法律之间关系及其启示:基于哈特、富勒理论比较研究[J].山东省青年管理干部学

院学报,2008(6):101-104
[7] 密尔.论自由[M].许宝龢,译.北京:商务印书馆,2005:72.
[8] 王淑芹.道德法律化正当性的法哲学分析[J].哲学动态,2007(9):16-21.
[9] 富勒.法律的道德性[M].郑戈,译.北京:商务印书馆,2005:31.
[10] 唐凯麟,曹刚.论道德的法律支持及其限度[J].哲学研究,2000(4):61-67.
[11] 刘云林.道德法律化的学理基础及其限度[J].南京师大学报:社会科学版,2001(6):33-38.
[12] 舒利,章亮明.论道德义务的法律化及其限度[J].求实,2004(1):66-69.
[13] 徐俊.道德法律化的原理与实践探析[J].河海大学学报:哲学社会科学版,2004(1):75-78.
[14] 程秀波.道德法律化的根据与界限[J].河南师范大学学报:哲学社会科学版,2005(4):65-69.
[15] 博登海默.法理学:法哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004.
[16] 周金恋.论道德法律化的限度[J].南昌大学学报:人文社会科学版,2002(2):26-28.
[17] 李辉.道德法律化的必要与限度[J].中山大学学报:社会科学版,2004(1):6-8.
[18] 程明.试论道德的法律化及其限度[J].北京师范大学学报:社会科学版,2007(2):112-119.
[19] 马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第三卷[M].北京:人民出版社,1995:434.
[20] 约翰·威尔逊.道德教育论[M].蒋一之,译.杭州:浙江出版社,2003:69.
[21] 周旺生.法理探索[M].北京:人民出版社,2005:548.
[22] 康德.法的形而上学原理:权利的科学[M].沈叔平,译.北京:商务印书馆,1991:38.
[23] 崔永东.道德与中西方法治[M].北京:人民出版社,2002:318.



《河海大学学报(哲学社会科学版)》征订启事
(CN32-1521/C,ISSN1671-4970,季刊,自办发行)

《河海大学学报(哲学社会科学版)》以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,认真贯彻落实科学发展观,坚持实事求是的思想路线,贯彻“双百”方针,弘扬时代主旋律,理论联系实际,为社会主义物质文明与精神文明建设服务。

《河海大学学报(哲学社会科学版)》为哲学与社会科学类学术期刊,主要刊登哲学、政治学、文学、语言学、法学、社会学、心理学、经济学、管理学、高等教育学等社会科学方面的研究成果、学术论文、综述等学术性文章。本刊可供上述有关专业的研究人员、管理人员和大专院校师生阅读与参考。《河海大学学报(哲学社会科学版)》为中国学术期刊(光盘版)入编期刊与中国学术期刊网入编期刊。

《河海大学学报(哲学社会科学版)》由河海大学主办,每季末出版,国内外公开发行。2009年每本定价5元,每本邮费1元,全年订费24元。欢迎广大读者直接向编辑部订阅。联系地址:南京市西康路1号《河海大学学报(哲学社会科学版)》编辑部,邮政编码:210098。联系电话:025-83786376。