

道德与法律：各领风采数百年

——读《法律的道德性》有感

秦 雯

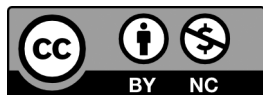
中国政法大学国际儒学院，海淀

摘 要 | 20 世纪在西方法学界有三场重要的学术论战，其中最负盛名的就是富勒与哈特关于法律与道德关系的论战。当道德与法律的关系变得纠缠不清的时候，究竟是法律还是道德是人们应当首先遵守的行为标准？这在西方是无可争议的事情。但在传统中国，道德似乎超越法律，成为调整社会生活的重要方式。事实上如果我们把富勒关于法律与道德的关系理解为“法律中的道德性”，那么在传统中国社会的情况则与之相反，其应该被称为“道德中的法律性”。本文的目的就是理清这种法律的道德性与道德的法律性之间的区别。

关键字 | 道德性；法律性；富勒

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一直以来，法律与道德之间的关系问题就如同法学界的哥德巴赫式猜想，引起各派法学家们竞相讨论。自 20 世纪起，作为新自然法学派的代表人物富勒与分析实证法学派的代表哈特进行了三场关于法律与道德关系的著名论战。在

基金项目：中国政法大学博士创新实践项目（2020BSCX34）。

作者简介：秦雯（1989-），女，山东青岛人，博士生，法律史专业，主要研究方向：儒家思想与中国传统法文化研究，E-mail: 414925209@qq.com。

文章引用：秦雯. 道德与法律：各领风采数百年——读《法律的道德性》有感[J]. 社会科学进展, 2021, 3(6): 549-559.

<https://doi.org/10.35534/pss.0305044>

此基础之上，富勒提出法律包含内在的道德，并应当符合八项合法性原则。虽然，以查尔斯·L·帕尔姆斯为代表的支持派则肯定了富勒关于“内在道德”的观点。但是，部分国外学者并不接受这种观点。他们认为合法性原则并非是指符合道德要求。例如拉兹在《法律权威》中提到，虽然存在合法性原则，但是法律本身具有不稳定性等特点。这就使得法律并不具有任何道德价值。^[1]相比之下，国内学者对于《法律的道德性》的研究成果主要聚焦在西方社会，大都通过自然法的角度切入法律与道德关系问题，以及对于富勒法律的内在道德这一思想的延伸研究，而往往忽视了在传统中国社会中一直呈现出德法互补、共同为治的特点。因此，本文以《法律的道德性》为研究出发点，通过探讨西方社会与传统中国社会中法律与道德的关系问题，试图理清这种法律的道德性与道德的法律性之间的区别。

1 法律的道德性

第二次世界大战结束以后，欧洲大部分国家普遍效仿凯恩斯主义的发展模式，在国家内部实行宽松的经济政策。通过实施扩大内需，增加经济开支，扩大财政赤字等措施，政府成为促进国家经济发展的重要力量。因此，从20世纪50年代到70年代，西方国家相继进入经济的“黄金发展”时期。然而，随着经济的不断发展，人们的思想意识逐渐呈现出多元化发展趋势。为了谋求更多的个人利益，越来越多人的行为游走在法律和道德的边缘。因此，如何在发展经济和遵守法律规定之间寻求动态平衡成为人们面对的新的常态问题。当法律与道德变得纠缠不清的时候，该如何合理运用这些规则进而促进社会的经济发展。这成为西方社会首要面对的问题。富勒与哈特的这场论战正是始于此时。

1.1 西方的法律

在传统分析实证法学派看来，法律或规则都是命令。^[2]通过各类命令，统治阶级表达希望构建的社会秩序，并且明确规定允许和禁止的行为。但是，二战之后，为了驳斥战犯提出的“所有行为皆是遵守当时的法律和服从命令”的

说辞，分析实证法学派分为两个派别。以哈特为代表的二战后期的分析实证法学派则强烈反对这种“法律命令说”，并且提出了“法律规则说”。在哈特看来，第一性规则是要求人们做某些行为或者禁止人们做某些行为，第二性规则是通过引入新规则来废除和修改第一性规则。只有二者相结合，才属于真正意义上的法律的概念。而道德是人们必须坚守并且不能随意更改的规则。因此，“哈特坚持法律与道德应当进行区分”。^[3]

但是，联邦德国发生的“告密者困境”案又一次引起了西方法学界关于法律与道德关系的激烈争论。第二次世界大战结束以后，联邦德国法院仍然适用1871年的《德国刑法典》。1944年，为了离婚再嫁，一名女性向纳粹当局告发其军人丈夫有诋毁领袖希特勒和政府的言论。根据当时的法令，其丈夫被判处死刑。但是当1949年，联邦德国法院依照1871年《德国刑法典》认定，该名妇女存在非法剥夺他人自由的行为。但是该名女性辩解说，当年她告发丈夫的行为符合当时法律的规定，她的丈夫也是依据当时的法律被判处刑罚。所以，现在法院不应当认定其有罪。联邦法院坚持认为，因为纳粹政府制定的法律严重违反了基本的道德原则，所以他应当是无效的。另外，被告告发的动机是为了维护其个人意图再嫁的目的，而并非是基于正直和良知。所以，被告应当接受刑罚处罚。

其实二战之后还发生了许多类似案件。由于二战时期特殊的政治环境，这就引发了恶法究竟是不是法律的讨论。因为对“告密者”的处罚，无论是基于对人性的宽容赦免其罪过，还是采取“人类复仇本性的刑法”进行惩罚，都无法避免由此带来的困境。^[4]因此，以富勒为代表的新自然法学派认为，一部法律必然要满足一定道德标准才能称之为法律。所以，他们强调“恶法非法”，反对“恶法亦法”。按照富勒的观点，他坚持认为法律应当被视为一项有目的的事业，其成功取决于那些从事这项事业的人们的能量“见识”智力和良知，也正是由于这种依赖性，它注定永远无法完全实现其目标。^[5]富勒所理解的法律主要包含两方面的内容，首先，法律是为一定的目的而服务的。其次，法律应该是一种持续性的事业。而关于法律的目的，在其看来应该是一种很有分寸的、理智的目的，那就是：使人类行为服从于一般性规

则的指导和控制。^[5]

应该注意的是，富勒与哈特论战的核心问题仅仅在于法律到底应不应该与道德相分离这一点上。而关于法律在社会中所处的地位，两派都是没有争论的，他们都受到古典自然法学派的影响，认为法律应该是社会中的主要调整手段，是解决各种社会纠纷以及维护个人权利最有效的手段。道德作为一种行为规范，只是法律之外的一种补充。关于这一点，不仅是富勒与哈特，也是整个西方法律都普遍认可的事情，这已经成为了西方法律的一种文化。只不过富勒区别哈特的观点认为，法律中存在道德因素，法律与道德是无法完全分离的。这一点在下面将进行详细的论述。

1.2 内在道德与外在道德

作为整个思想的逻辑起点，富勒将道德分为内在道德与外在道德。这也是《法律的道德性》这本书的核心概念。但为了让读者更深刻地理解这一对概念，富勒首先提出了“愿望的道德”与“义务的道德”这对基础概念。在他看来，所谓愿望的道德是指体现真、善、美并能充分实现人的力量的道德。相比之下，义务的道德更加明确。这些道德不仅需要让众人知晓，而且是人们生活中必须遵守的行为准则。如果违反义务的道德，那么必然会遭到惩罚。针对两者之间的关系，富勒认为义务的道德如同语法的通用规则，起到基石的作用；而愿望的道德更像是更高水平的写作标准。富勒同时认为，“如果说愿望的道德是以人类所能达到的最高境界为出发点的话，那么，义务的道德则是从最低点出发。它确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达到其特定目标的那些基本原则。它是旧约和十戒的道德。”^[3]基于上述分析，富勒认为，愿望的道德应该对应着法律的内在道德，法律的外在道德则与义务的道德相对应。而任何法律制度都必须符合一定的道德标准。

既然法律的内在道德是一种愿望的道德，那他到底包括哪些方面呢。富勒在《法律的道德性》这本书中举了雷克斯改革的例子以说明造法失败的八种形式，主要包括：

第一条：没有制定适用于整个社会的规则，并且只能一事一制；

第二条：“刑不可知”并且“威不可测”；

第三条：任用将过去的案件套用当下的法律规则，或者将过去的规则适用于当下的案件；

第四条：大部分普通主体无法理解制定的规则；

第五条：不同规则之间相互冲突，容易产生歧义；

第六条：制定的规则超出社会生产力的发展水平；

第七条：规则缺乏稳定性导致人们无法根据规则调节自己的行为；

第八条：立法与执法相互脱节。

富勒认为，对于任何一部法律只要符合上述八条之一都必将是一部糟糕的法律。通过总结这八项失败情形，他指出法律的内在道德应该是抽象性的规则，仅仅是法律本身应当具备的属性。因此，内在道德成为了判断法律是“恶法”与“良法”的第一层标准，对于不符合法律内在道德的法律就是“恶法”，而“恶法”并不是法律。富勒的内在道德理论似乎更加强调发挥法律的评价功能而非规范功能。我们完全可以把法律的内在道德理解成一种法律的程序性规范。富勒用“程序版的自然法”概括这种内在道德。为了避免歧义，他强调，在这里这个词应当有一种扩展的意义，它包括像官方行动与公布的法律之间的实质性一致这样的含义。不过，“程序”这个词总体而言非常恰当地表现出我们所关注的不是法律规则的实体目标，而是一些建构和管理规范人类行为的规则系统的方式，这些方式使得这种规则系统不仅有效，而且保持着作为规则所应具备的品质”^[5]

而关于外在道德，似乎富勒有意将其理解为一种“义务的道德”，关于法律的义务的道德，它应该是“从最低点出发，它确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达到其特定目标的基本原则”。^[5]区别于内在道德注重程序。它应该是更加注重法律的实体内容。在这里外在道德应该发挥的是道德规范职能。它应该指的是法律在设定规范的过程中应该符合最低限度的道德尺度，或者按照富勒的说法是“社会生活显然必不可少的那些条件”。法律的设定绝不应该超出国民的可预期性。富勒正是通过“外在道德”与“内在道德”这一双保险从而将“恶法”这一因素从法律之中排除掉。在这里要明确的是。我们不

能说内在道德就完全等同于愿望的道德，也不能说外在道德就是义务的道德。因为，目的与目的指向完全是两个范畴的问题。

2 道德的法律性

与西方社会相似，中国传统社会一直保持着德法互补、共同为治的法律传统。但是区别于西方对于法律与道德关系的种种争论，中国古代儒家与法家从一开始就认为法律是统治者维护其统治而压制百姓的手段。

2.1 中国古代的刑律

自夏商周时期到清末，中国古代的法律一直被称为刑律。显而易见，刑律必然包含刑罚的意思。而以刑为核心，围绕着刑发展起来的法必然有暴力的色彩。因此，这种法往往更多的适用于命盗等刑事重案，而且主要用来惩治奸佞邪恶之徒、维护王朝秩序而并非保障个人的权益。我们也可以认为，中国的刑律更加重视心理作用，它强调用重刑来压制人们的犯罪欲望。而这就与西方的法律有着翻天覆地的差别，西方的法律是人们保护自己的手段，而中国的刑律却是国家维护稳定的工具，“法律的作用不是为人们满足私利提供合法的渠道，恰恰相反，它是要尽其所能抑制人们的私欲，最终达到使民不争的目的，自然，这一切首先都是在礼的名义下，以尊礼的原则进行的，于是法律的适用变成了教化加儆戒，无诉的理想化为息讼的努力。”^[4]

无独有偶，在中国古代社会，当法律与道德相冲突时，道德甚至超越法律成为审判案件的重要依据。依照《宋史·刑法志》的记载：太宗端拱元年，安崇绪认为继母冯氏在与其父安知逸已经离异的情况下，仍然霸占其父的财产，并准备留给自己的儿子。所以，安崇绪将其继母诉到官府。由于古代法律规定如果子孙控告父母、祖父母属于不孝重罪，应当被判处死刑。所以，该案实际上属于一件严重的刑事案件。因此，如果仅仅依照宋代法律规定，那么安崇绪应当被判处死刑。但是，作为已故安知逸的独子，如果安崇绪被处以死刑，安家将面临无嗣的境地。同时，安崇绪的生母和继母都将面临年老而无人赡养的处境。这与中国传统社会所强调的人伦孝悌之义严重不符。因此，在综合考虑

天理、国法、人情的基础之上，宋太宗最终决定，安家田产由安崇绪继承，安崇绪同时需要承担起亲母蒲氏与继母冯氏的赡养义务。

在中国古代，还有很多类似情况。以《名公书判清明集》为例，在正文的475篇书判中，只有约20%的案件明确引用法律条文。其他案件，审判官员主要依靠主观道德评价做出分析和审判结果。但即便如此，虽然这样的判决与法律规定不相符合，但是却符合绝大多数人的价值取向，能够被社会接受。

2.2 中国古代的道德

中国传统社会的一个突出特点就是道德的法律化，其应该是从汉代以后的儒法合流后开始形成的。在儒家学派看来，“礼之用，和为贵，先王之道斯为美”^[6]。伴随着法律儒家化过程的完成，古代的统治者逐渐意识到，法与礼同时都是维护传统社会稳定与和谐的重要力量。相比之下，对于崇礼重德的传统社会而言，礼的作用更为强大。自汉代起，新兴的律学和“引经断狱”逐渐成为一种社会时尚。伴随着礼法逐渐融合，古代社会产生了“礼法文化”。礼，最早起源于中国古代社会的祭祀礼仪。随后，逐渐发展成为典章制度和道德规范的集合。但在这其中，礼成为真正调节社会生活的重要规范。法律的规范作用主要集中在命盗等较重的刑事案件，礼的规范成为解决广大民事纠纷的重要手段。两者最终都以维护社会和谐与稳定为目标，这就是德法互补互用，共同治理国家的基础。《文献通考》中曾记载宋代安家独子安崇绪诉继母争田产导致亲母生活困难一案。作为国家最高审判官员，宋太宗认为相比确认案件的是非曲直，更重要的是维护家族的人伦孝悌之义。因此，审判人员并没有因为安崇绪诉母的不孝行为而将其判处死刑，反而将田产判归其所有并负责赡养两位母亲。在该案中，审判官员处理案件的首要依据是天理和人情而并非法律规则。在他们看来，这类案件并非命盗等危害王朝统治的重大案件，而孝养双亲和不能户绝成为维护以血缘为纽带的家庭关系的重要手段。

尤其在面对大部分民事纠纷时，古代州县官员都是以礼作为审判案件的重

要依据。而不论是强调“替天行道”“顺天而行”的天理，还是强调维护人们之间关系的人情，二者都属于礼的重要组成部分，是广义的道德规范。但我们亦不可忽视此时法律的作用。正如法国思想家伏尔泰所“在别的国家法律用以治罪，而在中国其作用更大，用以褒奖善行”^[7]。它既要承担起定罪量刑的法律功能，又要致力于维护现有的道德秩序生活。此时说法律更像是一种道德，不如说道德开始变得更像法律，并且是由国家强制力保障在整个社会中贯彻实施。“虽然中华文明拥有五千年的悠久历史，但却只有一种法律。那就是“刑律”。自三代以来的刑律到清末的新刑法，它们都是由内在的道德评判和外在的刑罚等级配合而成。在这其中，刑律不再区分民事与刑事，私生活与公共生活，而只以是否涉及命盗等刑事重案为区分标准。”之所以变成这样，这主要是与统治者的统治理念有很大的关系，统治阶级的统治思想深受儒家思想的影响，而儒家思想自孔子开始就有一种倾向，将关注的重点放在行为本身是否正当，而不再将更多的注意力放在行为是否有利。换言之，统治者更希望我们的社会是一个“无讼社会”，是一个使民无争的社会。统治者希望通过某一种规范使老百姓没有私心。而道德比法律更加注重规范人们的心理。因此，说中国传统法律文化实质上就是将道德赋予法律的属性这一点也不为过。事实上道德本质便在于自律，而法律的本质在于他律，并且是以外在强制力为保证的他律。中国传统法律文化的一个最突出的问题就在于统治者往往想把自律的领域划归法律，使法律直探人心。这种所谓的道德的法律化不但不是道德，反而成为反道德的了。从形式上看，这类规范因为附加了刑罚而具有法律的特征，但是着眼于内容，它所要求的实际是人心而非行为。它以刑罚的手段强迫人们行善，结果只能是取消了善行。因为它靠强制力量的威胁，取消了人们选择恶的自由。从实质上而言，这种做法实际是限制甚至是取消了道德所生存的空间。伴随着不断被挤压的道德空间，必然会导致普遍虚伪的产生。因为们将更多的精力放在如何逃避法律的惩罚，从而忽略了建立健全自身内在的约束机制。与此相应，社会既然习惯以法律来执行道德，他对于道德的强调必定只注重表面的东西而流于形式。由此产生的表里不一，内外脱节，适足表明在中国传统意识结构中道德意识的严重缺乏。^[8]简单来说，导致的结果就是法律不像法律，而道德

也不像道德。

3 中西道德与法律观念差异及成因

应该承认关于法律与道德之间的关系，中西方社会的认识存在着很大的区别。正如在论述法律与道德的关系时，富勒指出，虽然法律与道德无法分离，但是法律仍然是也必须是社会中第一性的调节手段。道德更重要的作用是用来评价立法机关制定出来的法律是否符合真正的法律。而只有同时满足内在道德与外在道德的法律才能称之为法律。区别于西方社会对法律与道德的争论，中国传统社会中法律并没有独立的地位，它必须依附于传统的礼。礼即是广义的道德，既包括天理，也包括人情，以三纲五常的形式规范着整个社会的运行秩序。而针对违反三纲五常的行为，自古以来被认定是十恶重罪，会受到最为严厉的刑事处罚。所以，真正调节中国传统社会关系的是道德。这正是中国古代传统社会与西方社会最大的区别。

一方面，早在古希腊古罗马奴隶社会时期，人们已经形成私有制度并且重视保护自己的财产。他们将自己生活当中所应遵守的行为规范制定为相应的法律规范。相比之下，中国古代社会沿着由家而国的传统路径，通过不同族姓之间的征服战争与统治，最终建立国家。在这种模式之下，血缘关系成为维系家族、国家的重要纽带。因此，在解决纠纷时，人们首先考虑的血缘关系的亲疏远近。正如在古代法律中，如果发生亲属相殴或者是相盗案件，那么血缘关系越近处罚越轻，反之则处罚加重；如果发生亲属相奸案件，那么血缘关系越重处罚就越重。

另一方面，通过西方法学的发展进程，我们可以看到法学这门科学之所以得到了不断的充实，正是由于有这些类似富勒与哈特的论战，有古典自然法学与实证主义法学的对立，而这些争论过程中，法学得到了长远的进步。相比这下，虽然自先秦起我国就产生了诸子百家学说，但各派学说均认同法即是刑的观点。即使中国历史上时常出现盛世之治，时常有像魏征、海瑞这样抨击苛政、反对滥杀的忠臣名将。但是对于法律与道德的关系，历史上却从未有人提出过质疑。这样结果只会导致传统的法律观念一直延续。

4 结论

在西方社会看来，无论法律与道德有无联系，真正起到主要调整作用的永远都是法律，道德的因素只是区分良法与恶法的标准。而在中国，法律根本无法脱离道德而单独存在，法律只是实现“不争”社会的一种手段而已。这正是本文所要表达核心内容。但即便如此，在接受西方法律文化的同时，我们也不能忽视，正是由于中国传统社会道德法律化的特点，使我们建立起了州县官调处与民间调处两条重要的调解体系。这不仅是中国数千年来法制建设、思想文化的成果结晶，而且也是中华民族传统文化的重要组成部分。因此，我们应当更加全面地看待中国古代法律与道德的关系。

参考文献

- [1] Raz Joseph. 法律的权威 [M]. 朱峰, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [2] John Austin, Lectures on Jurisprudence [C] John Murray, 1911.
- [3] 沈宗灵. 现代西方法理学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1992.
- [4] 强世功. 法律的现代性剧场: 哈特与富勒论战 [M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [5] 富勒. 法律的道德性 [M]. 郑戈, 译. 北京: 商务印书馆, 2007.
- [6] 司马迁. 史记·仲尼弟子列传 [M]. 北京: 中国文联出版社, 2011.
- [7] 曾宪义. 从传统中寻找力量 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [8] 梁治平. 追求自然秩序的和谐 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.

Morality and Law: Each Leading Style for Hundreds of Years —Reading “The morality of Law”

Qin Wen

China University of Political Science and Law, Haidian District, Beijing

Abstract: In the 20th century, there were three important academic debates in western legal circles, among which the most famous one was the debate between Fuller and Hart on the relationship between law and morality. When the relationship between morality and law becomes entangled, is it law or morality that is adjusting our society? It is beyond dispute in the west, but back to our traditional legal culture, seems there is also a kind of legal and moral entanglements, and the law and the law has certain difference, fuller know actually if we put the fuller about law and the moral understanding of the relationship as “the law of morality”, so in traditional Chinese society should be, by contrast, it should be called “the law of morality”. The purpose of this paper is to clarify the difference between the moral nature of law and the legal nature of morality.

Key words: Morality; Law; Lon L.Fuller