

# 道德立法的法哲学省思

孙海波

**摘要** 在社会转型背景下出现了严重的道德失范现象，尤其是伴随着一系列热点伦理事件或焦点案件的爆发，常常掀起一场场轰轰烈烈的“道德保卫战”。其中一种通过立法重振道德的呼声格外引人注目，然而问题的关键在于立法是否会让人们变得道德。面对道德多样化的生活实践，立法要遵守不应强人所难的基本原则，如果通过强制手段迫使人们做事实上做不到的事情，这非但不能让人们变得更道德，反而会走向道德专制或暴政。在尊重价值多元的前提下，道德立法可采用鼓励和强制并重的方式，从不同角度引导人们弃恶扬善。道德在本质上是一种反思性的善，决定道德立法应有必要的限度。个体唯有自觉地将外在行为与道德要求保持一致，同时更重要的是将道德要求内化于心，方能真正成为有德之人。

**关键词** 道德立法 底线道德 伦理美德 法不强人所难 多元至善主义

作者孙海波，中国政法大学比较法学研究院副教授（北京 100088）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2021)05-0106-14

尽管不为恶事，既是道德所要求的，有时也是法律所努力规范的事项，但是，在法律与道德之间仍然存在较大的距离。撇开道德要求人们“做好人、行善事”不谈，就连在要求人们不得从事恶举这一点上，二者共同交叉的范围也十分有限，也就是说，对于许多背德的举动，法律必须保持容忍和克制。一如戈尔丁所言：“从道德上谴责一种做法，到认为应从法律上对其加以禁止，还是有很大一段距离的。”<sup>①</sup>而这段“距离”往往也是立法的难点问题：哪些道德事项是可以规范的？哪些道德事项是法律所坚决不能涉足的？换言之，道德能不能通过法律强制执行？立法所要执行的是谁之道德？<sup>②</sup>通过法律实施道德的限度何在？所有这些共同指向了一个根本性的问题：立法能让人们变得更道德吗？

## 一、引论：问题之由来

当下中国仍处于社会转型期，并有两个十分显著的标志：其一，从传统农业社会向现代工商社会转变；其二，从封闭走向开放，城乡二元分立的格局长期存在，城市化进程的加快慢慢实现了从熟人社会向陌生人社会的转变。转型所带来的一个阵痛，是道德失范现象日益严重，由于道德谴责的力量与一个社会内部关系亲密程度成正比，在陌生人社会中道德冷漠时常发生，在不关系自己的利益问题上，人们倾向于抱一种“事不关己，高高挂起”的侥幸心理。这是因为，在陌生人社会中的交往具有不确定性，是一件偶然的并且很难有重复性的事情。<sup>③</sup>在一个超大规模的陌生社会网络中，从事不道德之举的成本大大降低，

① 戈尔丁：《法律哲学》，齐海滨译，上海：上海三联书店，1987年，第123页。

② See Norman Geisler, Frank Turek, *Legislating Morality: Is It Wise? Is It Legal? Is It Possible?* Wipf and Stock Publishers, 2003, pp. 99-128.

③ 参见王小章：《“陌生人”：从秩序的他者到新秩序》，《浙江学刊》2019年第2期。

所以即便有时候做出一点出格的举动，人们往往并不是特别在意。

转型社会背景下道德失范现象愈加严重，使得人们开始将目光投向了道德立法，期望通过立法来改变岌岌可危的道德现状。“道德立法”涉及的核心问题在于，是否可能以及在多大程度上能通过立法这种独特的方式让人们变得更道德？它通常包含三个子问题：其一，国家或政府是否有权对道德问题进行判断？其二，如果有权判断的话，是否可通过立法的方式进行干预？其三，是在所有情况下，还是只有在某些特定的情况下，才能对道德进行立法强制？<sup>①</sup>不同的法律道德主义者对这些问题的回答不尽相同，刚性法律道德主义者认为国家可以在任何时候动用立法来全面干预道德事务，而柔性的法律道德主义者主张国家只有在必要时才能进行道德立法。

面对道德立法问题，有刚性法律道德主义与柔性法律道德主义两种主张。刚性法律道德主义放任法律对道德统辖，只要某个行为自身呈现出了某种不道德性，那么国家就有权动用立法来规范此种背德之举，如此一来法律（立法）与道德的界限变得日渐模糊，社会规范体系会因此遭到严重破坏。同时，立法又不能自始至终对道德说“不”，道德在某些情形下不可避免地要融入到法律规范体系之中。因此，有限的道德立法获得了现实可能性。柔性法律道德主义力倡政府在一定情况下通过立法干预道德的必要性，然而在何种情况下道德立法才能成为可能呢？柔性法律道德主义似乎并没有很好地回答这一问题。对此，如果真正想弄清楚道德立法的界限，就需要反思道德和法律各自的性质、道德要求法律化的原则以及道德立法的限度等问题，以此来建构一种关于立法的道德理论。

由此，本文的讨论将集中于立法如何面对道德的问题。针对通过立法能让人变得更道德这种法律道德主义主张时，我们需要从概念上界定这里的“法律”是何种意义上的法律，以及此处的“道德”是谁人所持有的何类道德；为了解决道德事务而进行的立法，必须坚持一个底线原则，即法律不应强人所难，这同时也构成了法治最低限度的要求；在有限承认“道德立法”的基础上，问题的关键便进一步转化为道德立法的限度；最后，应认识到，成为有德之人不仅要求所作所为在形式上与道德规范要求保持一致，更重要的是在内心以反思批判性的态度承认道德、接受道德和尊重道德，依靠立法的强制力难以让人们成为真正的有德之人。

## 二、何种法律？谁之道德？

法律与道德之间的关系颇为复杂，从不同角度可以抽象出不同的具体问题，而道德立法仅仅只是其中的一个维度。能否通过法律强制实施道德，涉及的是法律与道德之间关系的实践层面。由于各种原因，这一方面的讨论一直未能成为学术讨论的主流问题，本文所讨论的道德立法正是在这个维度内所展开。在具体展开讨论之前，有必要对所使用的概念进行澄清和限定。

### （一）实定之法与道德性

立法能让人变得更道德吗？这一论题直接指向了道德立法。问题在于，这里的“立法”所指涉的究竟是实在法或道德性法，还是二者兼有之？考虑到所要检讨的核心议题，如果这里的法律指的是“道德性法”，比如，坚持法律必须符合更高道德理想的自然法，由于此时法律已经内在于道德之中了，再回头去追问立法是否应注入或引导道德，已经成为了一种单调的同义反复。<sup>②</sup>在道德法之下，由于法律义务与道德义务本身已经融为一体，是否需要将道德要求转化为法律义务已经不再是一个问题。简言之，道德立法在道德性法的法律体系中将成为立法的一种常态。

如此一来，上述命题只有在实在法的框架内才有意义。实在法与道德法相对，是实际存在的、由立法者制定的法。实在法严格区分法律义务与道德义务，这一区分根本上构成了法律的界限。这里仍然需要回

<sup>①</sup> See Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1970, pp. 7-8.

<sup>②</sup> See Kimberley Brownlee, Richard Child, “Can Law Help Us to be Moral,” *Legal Studies Research Paper No. 2012-17*, University of Warwick School of Law, pp. 11-14.

到实证主义的理论体系内来讨论,法律实证主义对道德立法持有一种十分谨慎的态度,认为这关系到能否有效地捍卫合法性概念本身。认为司法中是否要考虑道德要求与法概念的决定本身不是一回事,“他们承认法官在司法推理中应照顾到某些道德标准,但却否认此类道德标准与合法性概念本身有任何联系”<sup>①</sup>。在法理论发展过程中,就是否应在法律中引入道德这个问题,一些实证主义者做出了理论上的让步,主张在某些时候可以有限容许道德入法。由此,我们能够进一步区分出排他性实证主义和包容性实证主义两种立场。

依照排他性实证主义的观点,合法性概念必然绝缘于道德,在法律与道德在概念或逻辑上的分离持有一种绝对主义的立场,比如奥斯丁就是一个例子,他严格区分实在法与道德性法,认为法学只研究实在法,而应然层面之法交由伦理学来研究。他那句有名的断言,我们或许都不陌生:“法律的存在是一回事,其优劣是另外一回事……尽管我们碰巧不喜欢某个法,但它仍然是实际存在的法。”<sup>②</sup>另外,拉兹从权威的理论入手,也构造出了一种独特的排他性法律实证主义。相比之下,包容性实证主义的态度要更为温和,它承认在某些特定情况下,法律效力会存在某种实质性的渊源取向。比如,就政治道德原则这种高度具有实质性内容的规范,经过法官的诠释完全可以成为法律的一部分内容,并且是很重要的组成部分。在这一点上,法律原则的效力来源就已打破了传统单一的谱系性渊源。<sup>③</sup>实在法与道德已经建立起了某种(尽管不是必然)偶然性联系。说得更直白点,道德入法已经成为了某种现实。

其实,就连最杰出的实证主义者恐怕都不会否认法律与道德之间有联系,他们也承认法律的发展会受到道德影响,但这种联系只是一种经验性、因果性或实质性联系。而在合法性概念的问题上,即法概念的判定是否必须参考道德,他们持相对消极的立场,主张法律与道德要在概念上、形式上、逻辑上或方法论上保持分析,即便这一点上能够有联系,也仅仅限定于一种偶然性而非必然性的联系。既然实证主义已经不可能再全面拒斥道德的进入,而同时又不能像自然法那样全面吸纳道德,如此一来在实在法的立法过程中如何安置道德就成了一个难题,这也是历来法律道德主义与政治自由主义之间争论的核心所在。综上,在“道德立法”的论题之下,这里的法只有被限定为“实在法”或“实证法”时才有理论意义,否则便会失去讨论的空间。

## (二) 作为整体的道德

就像问“什么是法律”一样,“什么是道德”也是一个令人难以捉摸的问题。这是因为道德、法律、艺术、民主、正义等被认为是一类“本质上有争议的概念”,它在意义外延上具有开放性,<sup>④</sup>哲学性的反思有助于在这些术语的不同用法之间进行阐释,从而在本质上帮助人们更好地理解和使用这些概念。道德是一种关于是非、善恶的社会规范,但道德的本质是什么?什么能将道德与习俗、习惯、惯例、礼仪等区分开来?这并不容易,原因在于“所有使用人类语言的人在说到‘道德’时,对‘道德’这个概念并没有完全一致的理解。一些人将‘道德’这个概念理解为与神圣的宗教信条有关的一些规则;一些人认为只有其所在的社会一致认可的信念才可以被当做‘道德的’规范;还有一些人对道德的领会是,当对某些规范的遵从,能够增加或最大化这些规范所涉及的所有人的总使用效用时,这些规范就是符合道德的”<sup>⑤</sup>。道德概念的复杂性并不能成为我们放弃探究它的理由,关键的地方在于我们是在何种意义上谈论道德的。

道德并非是一个单一的概念体,而毋宁是一种层次性的存在。我们通常可以在不同层面使用这一概念,这些由不同层次型构成的概念实体,我将其称之为“作为整体的道德”(morality as integrity)。我们对于道德的某些区分是比较熟悉的,比如公共道德与私人道德的区分,这个在中西文化传统下都很好理

① Michael Moore, "Four Reflections on Law and Morality," *William & Mary Law Review*, Vol. 48, No. 5, (2007), p. 1537.

② John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, p. 157.

③ See W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1994.

④ See W. B. Gallie, "Essentially Contested Concepts," *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 56 (1955-1956), pp. 167-198.

⑤ 诺博托·霍尔斯特:《何为道德:一本哲学导论》,董璐译,北京:北京大学出版社,2014年,第4页。



解。而另外一些区分，则并不是特别常见，比如愿望性道德和义务性道德、批判性道德与实在性道德，这些表达有着更多的西方传统和色彩，理解起来并不是特别容易。如果能在中文语境中找到大致对应的表达，可能会让人们更容易接受一些。“道德立法”之难恰恰在于，它不能任意地通过立法强制推行道德，因为有些道德领域之内的事项只适宜保留给公民个人来自主决定，一味地通过道德强制很可能导致道德暴政。由此，一种关于“道德立法”的充分理论，必须要交代清楚其所执行的是何种意义上的道德。

### 第一，公共道德与私人道德。

这一对道德概念范畴，依赖于一个更一般性的框架，即存在公共领域与私人领域的划分，相应的落在公共领域中的道德叫作公德，而仅仅关涉个人之事的道德被称为私德。哈贝马斯主要是沿着“国家—社会”的路径来分析，国家与社会的分离使得公共领域与私人领域的划分成为可能，只不过在他那里，私人领域中同样也包含着由私人所组成的公共领域，纯正的私人领域主要包括狭义上的市民社会（商品交换和社会劳动领域）、家庭及家庭中的私生活。<sup>①</sup>不过，私人领域与道德领域之间的界限并不是很好划分，在实际生活中二者有相互交叉和融合的趋势。以空间作为标准划分私人领域与公共领域并不总是奏效，有时候某些私人领域也具有公共性，比如，在自己的家中收听音乐本身是一件私事，但如果声音过大以至于严重侵扰周围邻居的正常生活，此时就很难说听音乐这件事仅仅是与自己相关的事情了，虽然还发生在私人空间中，但却已经实质性地进入了公共生活中。

尽管公共领域与私人领域之间的界限日渐模糊，但这一二元区分仍然必须予以坚持。可以说，只要这一区分存在，公共道德与私人道德的划分就成立，并且有着至关重要的意义。我们看到，有个别论者极力否定私人道德的存在，比如德弗林，认为一切道德都是公共道德，国家在任何道德事务上都享有发言权，针对不道德的行为进行立法并不存在任何理论上的限制。<sup>②</sup>这一点其实不难理解，德弗林作为法律道德主义者，要为国家干预道德创造最大的自由空间。然而，私人道德是客观存在的，是社会保留给个人的至为珍贵的那片狭小的领地，在此领域内个人可以自主地行动。比如，决定和一个同性进行恋爱，这完全是私德的范畴。

在实践中我们确实面临着这样的难题，大家或许还记得十多年前发生在南京的换妻案，马某在隐秘的场所私下组织“换妻”的行为，这从中国人所理解的“公序良俗”上说是十分恶劣的，法院也以聚众淫乱罪进行了定罪处罚，但这种行为是否真的违背了公共道德在西方社会却是存在争议的。比如在“加拿大换妻俱乐部案”中，其最高法院采纳的是一种自由主义立场，认为成年人之间在专门场合自愿进行的换妻行为，并没有明显伤害到任何第三人，这是公民应受尊重的基本权利。<sup>③</sup>言外之意，法院坚决捍卫一个专属于公民个人的私德领域。公德与私德的区分，初步划定了通过立法强制干预道德的范围。

### 第二，底线道德与伦理美德。

从一个社会的一般道德水平来看，依照某种道德要求是否能够为绝大多数人所遵行，可将道德分为底线道德与伦理美德。其中，底线道德，或称底线伦理，是一种维持基本社会秩序的最低限度的伦理要求，如果想要生活在这个社会中就必须承担的一种义务。这里的“底线”尤为重要，它是相对于崇高的人生理想、信念和价值目标而言的，人必须首先满足这一底线，然后才能去追求自己的生活理想。道德底线只是一种基础性的东西，具有逻辑优先性。底线义务所探求的是一种平等适度的个人义务体系，关注的是个人所应负有的一种最基本道德义务。<sup>④</sup>与其相对，伦理美德是一种更高层次的道德规范体系，所涉及的是对人生理性的崇高追求。由于一个社会中人们的道德水平参差不齐，伦理美德所提出的更高要求并不是每个人都可以做得到，而通常只为社会中道德修养水平较高的少数人所完成。这一对概念范畴的区分，完美地

① 参见哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，上海：学林出版社，1999年，第35页。

② See Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1970, p. 14.

③ See *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80.

④ 参见何怀宏：《一种普遍主义的底线伦理学》，《读书》1997年第4期。

展现了道德的内在层次性。

也有一些论者，在底线道德与伦理美德之外提出了中人道德和小人道德，认为中人道德涉及权利选择，法律借助于放任方式加以调整，小人道德突破义务底线，法律依靠惩罚的方式加以矫正。<sup>①</sup>西方的法律文化语境中也存在类似的概念，比如富勒所提出的愿望性道德和义务性道德。如果将社会道德作为一把标尺，必定存在着一个浮动的点，这个点的两侧分别代表以上两种道德。其中，“愿望的道德是以人类所能达致的最高境界作为出发点的话，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致其特定目标的那些基本原则”。<sup>②</sup>不得杀人、不能偷盗等要求是一种底线意义的，对于维持一个社会的基本秩序而言有决定意义，因为其底线性从而被定格为一种义务，从这个角度来看，它与法律基本上是重合的，“法律是最低限度的道德”所要表达的正是这个意思。而对于拾金不昧、见义勇为等过高要求，并不是社会中的每个人都能实际做到，因此是一种可望而不可求的愿望性美德。

正是在一个社会道德岌岌可危的情势下，守住底线道德的呼声再次振聋发聩。底线道德对于维系社会正常运转的意义不言而喻，“但强调道德的底线并不是要由此否定个人更崇高和更神圣的道德要求，那完全可以由个人或团体自觉自愿地在这个基础上开始，而这些追求不应再属于可以在某种范围内有法律强制的社会伦理”。<sup>③</sup>由于这两种道德与法律之间的不同关系，立法通常应谨慎地对它们做出指引。对于底线性或义务性道德适宜转化为法律义务的形式，执行了法律所设定的义务其实也就满足了道德规范的要求；对于较高层次的愿望性道德或高尚美德，立法原则上不应干预，而交由公民个人进行自我选择，哪怕在某些是非面前他选择做一个道德上的伪君子，法律同样也奈何不了他。如果立法者非得通过立法来干预这类道德，最好还是以权利选择型的行为模式加以引导。一些法律道德主义者，之所以在这个问题上犯错，就是因为混淆了不同层次的道德，结果以立法的方式强制执行了本应由公民自主选择的道德，最终走向了一种道德的立法强制。

### 第三，实在性道德与批判性道德。

除了以上两大类道德之外，事实上还有一种分类，迄今很少被学者们所注意到，它们是实在性道德和批判性道德。这一区分尽管不常见，但确实特别重要，并与本文的主题也密切相关。实在性道德，从字面来理解就是一个社会实际存在的道德，又被称为“共享的道德”（shared morality），即一个社会中的成员所共同享有或持有的道德；也被称之为“支配性道德”（dominated morality），指在一个社会中占主流或支配地位的道德；还被称为“流行性道德”（prevailing morality），指的是一个社会中的主流性道德。与其对应的“批判性道德”（critical morality）概念，它在学术讨论中并不常见，哈特在回应德弗林的批评时曾系统地阐明过它，是“用来批评现行社会制度以及实在性道德的一般性道德原则”。<sup>④</sup>可以说，批判性道德是针对实在道德的道德，它涉及某一被执行的实在道德本身是否道德的这样一个元问题。

一个社会中的道德并不是一成不变的，而是不断有新旧更替的过程，社会在发展变迁，道德也相应地在发生变化。但是，是什么从根本上推动着实在道德体系发展？答案就在于批判性道德的力量。如哈特所言：“当我们无论审视我们或其他社会的道德时，我们总是有许多可以批评之处；从我们已掌握的知识去看，这些道德或许是不必要的压抑、残忍、迷信或无知。它也可能禁锢人类的自由，特别在是宗教的辩论或实践，或者对人类不同生活方式的实验里，即使只是为了保障他人无足轻重的福祉。特别是，若干社会的道德只会保护某些阶级免于伤害，却让奴隶和农奴任由主人摆布。”<sup>⑤</sup>唯有通过道德批评才能引领社会的实在道德发生变化，然而这种道德批评显然并不是任意的，而必须有足够强的普遍性理由，这种理由来

① 参见谢晖：《美德的暴政与权利的美德》，《东方法学》2012年第1期。

② 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，北京：商务印书馆，2005年，第8页。

③ 何怀宏：《一种普遍主义的底线伦理学》，《读书》1997年第4期。

④ H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963, p. 19.

⑤ 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，北京：法律出版社，2006年，第171—172页。

自人类理性以及一般价值，理性之人运用智慧发现、澄清和表达那些隐含的善的观点，使其形成一种系统的融贯论的观点，进而将其注入到我们的社会生活和实践之中，这种经过理性论证被发掘出来的系统观点，就凝结成了一般性的道德原则，<sup>①</sup>它实际上就是与实在道德相对的批判性道德（原则）。

这一区分之所以重要，在于批判性道德的出场，要求我们对道德的法律强制本身进行道德批判。也就是说，道德的法律强制本身在道德上是否具有合理性。问题进一步转化为，通过立法所要执行的道德有两个特点：一方面，它本身应当是正确的道德，能够经受得住批判性道德的考验；另一方面，实在道德绝非一成不变，应以发展变迁的眼光来看待它。在讨论道德立法时，尽管我们认识到立法通常所要执行的是实在性道德，但同时也绝不忽视至关重要的批判性道德，就此要避免几个认识误区：其一，把社会道德简单地等同于实在道德的合集；其二，进一步把社会道德体系看做是一个封闭、静止的状态；其三，认为道德的变化会让这个社会变得更糟，以致道德衰败、社会分崩离析；其四，立法所要执行的实在性道德本身是对是错在所不问。对于以上这几点的批判和澄清，留待本文的第四部分作进一步展开。

### 三、立法不应强人所难

法律如果本身拥有一些内在的道德价值，在拥有并执行这些法律的地方，道德价值也会相应得到彰显。在通过立法引领道德方面，更值得注意的是法律的外在价值，即法律被当成一种强制执行道德的工具或手段，比如法律可以作为一种道德顾问（moral advisor）、法律可以作为道德范例（moral example）、法律还能提供道德激励（moral motivator）。<sup>②</sup>在关于道德、政治与法律的前自由主义传统，一直认为法律在让人们自身变得更道德方面扮演着一种辅助性的角色，它可以：“（1）阻止人们沉溺于不道德行为的自甘堕落；（2）阻止会诱使其他人模仿同样行为的坏榜样；（3）帮助保护道德环境，使人们在其中能够做出道德具有自我建构性的选择；（4）教导人们道德上的是非，法律禁止那些非常引诱人的和堕落的不道德行为。”<sup>③</sup>尽管立法应保持某种德性品质，在一定程度上能够起到引导道德的作用，但如若不加区分地进行道德立法，极易走向一种道德强制的危险境地。因此，我们有必要从理论上辨明“立法不应强人所难”这一基本法理。

#### （一）法律要求可能之事

我们前面一开始就指出过，道德以“好人”的立场倡导人们做好人、行善事，而法律则是从“坏人”的观点出发敦促人们弃恶从善。法律旨在为人们提供行动理由，并且是一种一般化的行动理由，它为接受主体设定了一项一般性的义务，人们要普遍地遵照法律的指示行动。道德则有所不同，除了公共道德和底线道德之外，其他道德很难展现出这种一般性的特质，它更多还是个人的一种选择。除此之外，法律与所有其它社会规范相区分的最明显的标志，莫过于它具有强制力（force），其背后还有一整套国家机器作为后盾保障。而道德效力的发挥，往往更多是依靠自觉，即便违背道德会遭致道德谴责或批评，这种力量与法律的强制力可谓有天壤之别。因此，一旦通过立法的方式将某些人们实际上做不到的事情予以义务化，就违背了法不强人所难的原则。

法不强人所难（*Lex no cogit and impossibilia*），这句拉丁法谚的完整表述应当是，法律不应当强迫人们去做实际上不可能做到的事情。仔细辨析，这里的“难”与“不可能”之间仍存在着微妙的界限，“难”只是意味着完成某件事有困难或难度，但并未从根本上丧失可能性；而“不可能”从根本上取消了做某件事的可能性。由于语言表达上的习惯，人们不自觉地用“难”来取代“不可能”，准确地讲其所要表达的是后者所蕴含的意思。在现代法治背景下，立法的科学性要求所立之法必须具有现实可能性，如果

<sup>①</sup> See Neil MacComick, *H.L.A. Hart*, Second Edition (Jurists: Profiles in Legal Theory), Stanford Law Books, 2008, pp. 64-65.

<sup>②</sup> See Kimberley Brownlee, Richard Child, “Can Law Help Us to be Moral,” *Legal Studies Research Paper No. 2012-17*, University of Warwick School of Law, pp. 2-10.

<sup>③</sup> Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, 1993, p. 1.



立法者凭借一己美好的想象为人们设定了过高的义务，这只会导致法律成为“镜中花、水中月”，在实践中无法得到遵守。这不仅有损于法律自身的权威，而且还会从根本上危及法治，让人们服从规则治理的事业终究成为幻想。

正是考虑到这一点，一些学者将这一要求上升为法治原则的层面。富勒在讨论法治八原则之时，就将“要求不可能之事的法律”当作是造法失败的一种典型情形，“一部要求人们做不可能之事的法律是如此的荒诞不经，以至于人们倾向于认为：没有任何健全的立法者、甚至包括最邪恶的独裁者会出于某种理由制定这样一部法律”。<sup>①</sup>然而在人类生活中确实存在无数这样的法律，纳粹政权下制定的很多立法都是这样的，比如禁止私下或公开场合发表不利于领导人的言论等。与富勒一样，菲尼斯在构建法治原则时，也明确将“立法无论如何也不是人们无法遵从的”作为法治的第二原则。<sup>②</sup>罗尔斯认为，一个社会对最基本秩序的维护，离不开一些最底线的法治原则，其中第一个原则就是“应当意味着能够”，它向我们表明立法有三个特征：其一，法治所要求或禁止的行为应当是人们被合理期待能够做到的行为；其二，法律体系的立法者、法官和其他官员真诚地相信所立之法能够被服从，而且这种诚意能得到服从法律之人的承认；其三，法律体系应将执行的不可能性作为一种防卫或缓行的情况。<sup>③</sup>作为一项原则性要求，立法者不能将人们明显做不到的事项设定为义务，因为这是一种不合理的强制或专断。

在哲学界，学者们对这一原则亦有过不少争论。为大家所熟悉的康德原则，“应当蕴含着能够”（ought implies can），他说，“假如我们被要求应当做某事，我们就能够做某事”。<sup>④</sup>“应该”是一种道义模态词，指人们必须按照某种行为模式从事或不从事某种行为。而这里的“能够”，指从主观的心理认知状态和客观的物质技术条件能胜任某种行为或事项。不少论者在生活中找到了一些反例，比如，有些行为是应当做的，但限于各种原因实际上却做不到了。以反直觉作为论据，主张上述原则并不必然成立。<sup>⑤</sup>现代社会法律制度，尤其是义务和责任制度的设立，预设了一个最基本的前提，即人是有自由意志的，能够辨识自己的行为，自主地采取行动并愿意为之承担责任。立法者必须考察人们的理性行动能力，避免将不可能之事强行施加给义务主体。在设定义务时要考虑到人们的实际行动能力，特别是要参酌底线性道德而非高尚美德。

在我们法律体系中，可以看到一些免责或阻却违法事由。比如，不可抗力就是一个典型的情形，如在疫情之下，导致某些合同难以继续履行，这种不能履行并不是由于当事人主观能力所致，而是外在不能预测、不能阻挡、不能改变的客观条件所引起的，此时行为人便有合理理由免责。如学者所指出的，在人们已经不再能继续做某些事的情形下，义务也就相应地不存在了。<sup>⑥</sup>这背后的道理是显而易见的，因为法律不能强迫人们去做不可能做到的事情，不可能之事永远不应进入义务的范围。另外，在刑法理论中，与当前所讨论的这一原则相关的是期待可能性思想。这一理论发源于德国，后经日本传入中国，其核心内容在于，刑法可责性的基础在于某一行为具有期待可能性，即在行为当时我们有理由期待行为人选择从事合法的行为。如果考虑到行为当时的客观具体情况，行为人没有从事合法行为的可能，而只能选择实施其他行为，此种情形下该行为就丧失了期待可能性，因此也不应承担法律责任。

刑事立法中引入的道德基本上都是义务性道德，并以命令性或禁止性的行为模式进行指引。刑事法律规范具有明显的二元构造，一方面是从外在行为的方面进行规制，比如一个犯罪行为所应包含的客观要素；另一方面是对行为主观性方面的要求，考察行为人对违法行为及其危害后果所持有的内在态度。在责

① 富勒：《法律的道德性》，第 83—84 页。

② See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Second Edition, Oxford University Press, 2011, p. 270.

③ 参见罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，北京：中国社会科学出版社，2009 年，第 185—186 页。

④ 康德：《实践理性批判》，邓晓芒译，北京：人民出版社，2003 年，第 40 页。

⑤ 关于怀疑论者的观点，可参见 Paul Saka, “Ought Does Not Imply Can,” *American Philosophical Quarterly*, Vol. 37, No. 2 (Apr., 2000), pp. 93-105; Stuart M. Brown, Jr., “Does Ought Imply Can?,” *Ethics*, Vol. 60, No. 4 (Jul., 1950), pp. 275-284.

⑥ See G. P. Henderson, “‘Ought’ Implies ‘Can’,” *Philosophy*, Vol. 41, No. 156 (Apr., 1966), p. 106.

任体系的构建过程中，这两个方面都是很重要的。比如，《刑法》第十六条规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”在无主观故意和过失的情况下，不可抗拒或不可预见的原因导致的危害后果，实质上便缺乏期待可能性，因此可以成为出罪事由。在正当防卫或紧急避险的情形下，都意味着行为人没有实施其他合法行为的可能性，因而不担责。除此之外，对于不能辨认或控制自己行为的精神病人，我们不能期待他能像具有完全刑事责任能力的人那样实施合法行为，他的行为是不受自己理性控制的，因此对于这类人的违法行为不能当做是犯罪而追责。以上这些立法中的特殊制度设计，都充分体现了“立法不强人所难”的基本意涵。

## （二）道德强制与美德暴政

“应当意味着能够”，也可以从反过来理解，只有人们实际上可以做到的事情，才有资格成为立法调整的事项。检验某个事项或要求是否适宜转化为义务，一个非常重要的标准就是看人们能否事实上胜任这一任务。因为，“不可能之事”天然就是义务的敌人。那么，如何把握这种“不可能”的判断标准呢？一般来说，在有一定难度与不可能之间并不难区辨。而想要清楚地区分极端困难与不可能则并非一件易事。如富勒所指出的那样：“在极端困难与不可能之间并不存在稳定而清晰的界限。一项提出过高要求的规则可能是苛刻和不公平的，但它不一定会像要求明显不可能之事的规则那样违背一种法律秩序的根本目的。”<sup>①</sup>有两种观点值得注意，一种观点认为，一些特殊情形的极端困难，也可以视为不可能，比如张明楷教授列举的两种情形：一是虽然可以实施其他合法行为，但行为人必须冒生命危险。二是行为人虽然可以实施其他合法行为，但行为人必须冒身体重伤的危险。<sup>②</sup>这一观点认为在以上情形中，行为困难之大危及行为人自身的生命健康，因而可以看做是不可能，对于这种行为不存在期待可能性。另一种观点较为绝对，认为不可能就是完全不可能，极端困难仍然意味着有可能实现。相比之下，前一种观点更具有合理性，在极端困难与不可能之间有一块中间地带需要我们综合各种情势来权衡和判断。

这里，将不得不直面“能”与“不能”之间的界限问题。除了以上所述“极端困难”与“不可能”之间的关系外，应尽量廓清“能”与“不能”的界限。在判断一件行动的可能性时，实际上会涉及对行为之合理性的认识。合理性的判断因人而异，其所涉及的标准也复杂多样。比如说，行为的实际可行性、行为的现实效用、行为的经济性、行为的期待可能性等，甚至在某些复杂的情况下要借助于以上多种标准来判断。与此相应，实践中判断行为可行性的具体方法也是多样化的，立法者如欲将某个行为设定为一项普遍义务，必须要依靠常识、经验、逻辑以及实践合理性等来综合判断。当然，不得不承认的是，以上诸种标准或方法仍然较为粗放，在实践中不易把握和操作，而且在很多时候判断结果也会因人而异。为了使得对“可行性”的判断更为客观、合理和可操作，此处还需引入一个更为一般性的标准，此即一般理性人的认知和判断能力。

也就是说，立法者应着眼于普通大众或一般人的正常理性能力，因为立法所针对的对象是普遍的，只要这个社会一般正常人都能接受的义务，在实践中是具有可适用性的。如果以少数社会精英的行动能力作为判断标准，那么由此所设定的义务对大多数普通人而言就有强人所难之嫌。很多人都会同意，这里应以正常理性人或一般理性人的能力作为标准。在广阔的私法空间中，判断是否尽到了注意义务、是否构成缔约过失、合同能否继续履行、是否属于善意取得等事项时，无一不依赖于一般理性人的标准。<sup>③</sup>立法过程中，在判断某个行为人们是否能够实际完成的问题上，一般理性人标准成为了一个较佳的候选方案。

刑法讨论期待可能性问题时，学者们提出了三种标准：（1）行为人标准说，认为应以行为时的具体状况下行为自身的能力作为标准；（2）平均人标准说，如果对处于行为人状态下的通常人或平均人能期待其

<sup>①</sup> 富勒：《法律的道德性》，第93页。

<sup>②</sup> 参见张明楷：《刑法格言的展开》，北京：法律出版社，2003年，第227页。

<sup>③</sup> 参见叶金强：《私法中理性人标准之建构》，《法学研究》2015年第1期。



实施合法行为的人,则该行为便具有期待可能性;(3)法规范标准说,也叫国家标准说,倡导以国家或国家的法秩序的具体要求作为判断标准,而不是从行为本人角度来看。<sup>①</sup>在笔者看来,行为人自身的理性和行动能力状况千差万别,某些时候行为人主观上认为的不能也会出现认识错误,行为人标准说不足取。同样地,国家标准说主要是从国家角度而非考虑到一般人的具体情况,尤其是考虑不到一些不具备行为能力或特殊精神状态的人,这一标准本身具有一定的空洞性。相对而言,平均人标准着眼于社会中一般人的活动能力,能够较为真实和客观地反映人们对于某件事是否有实际完成的可能,在三种标准中能够成为一种较佳的选择。

一般理性人是一个假定或预设的概念,实践中并不存在真实的这样一个人,而是特定一类人的符号或象征。不得不承认,一般理性人的标准,本身是不明确的或空洞的。不同领域中理性人的标准可能并不相同,比如仅就注意义务而言,商事主体的注意义务一般要高于民事主体,相应地,商事法领域中的一般人标准要严格或更高一些。叶金强教授也注意到了这一点:“理性人标准背后的价值基础不可能是统一的,只可能是具体分立的。理性人所要实现的价值,必须结合其所要解决的问题及其所现身的场域,具体地加以确定。不同领域中理性人标准,所要实现的价值也会不同。法院必须为某一个特定法规或法律的某一支,将相应的理性人标准的理念具体化。”<sup>②</sup>除此之外,一般人的标准还需要接受法律职业共同体整体意识或判断的检验,如果某个行为在法律职业共同体看来是无法实际完成的,那么此一事项就成了不可能之事。

为了避免恶性的道德强制,必须辨明通过立法所引入的道德是否具有切实可行性。立法者需要构建一个一般理性人的标准,这个理性人自然不是特别精明、会算计的人,而是一位正常的通情达理之人(reasonable man),他内心尊重、敬畏和承认道德,愿意按照其所提出的规范性要求行事,并且事实上能够实际完成这一活动事项。这里很重要的一点,就是要认识到,道德与很多其他的东西有根本的不同,它是一种基本人类善,并且是一种“反思性的善”(reflective good)。道德并不是依靠强制灌输就能习得,道德的养成根本上依靠于主体自我的内心活动,对究竟何为是非对错持有一种反思批判的态度,自觉地将某一道德要求作为义务加以接受,并由此作为标准来规训自己的行为,这大概就是道德养成的一般过程。仅仅依靠强制,非但不能培养道德,反而会走向一种糟糕的道德专制状态。尤其是,当利用制裁手段要求人们服从一些美德规范时,将对于大多数人而言不可能完成的事情转化为一种服从性义务,只会导致美德的暴政。

前自由主义传统中,一项核心的主张便在于强制是通过法律执行道德的重要方式。比如,亚里士多德曾指出,一个社会中的大多数人是愚笨的,他们依靠激情(passion)而不是理性生活,不要试图和他们讲道德,因为他们是听不懂的,至于复杂的道德推理或论证就更不用提了,这些人胆子小并对制裁充满恐惧,想让他们做道德之事,最佳手段就是通过法律的强制,对于那些不听话的违反者施加制裁。<sup>③</sup>可见,亚里士多德不加区分地看待基本道德和高尚美德,认为只有强制灌输才能在众人中落实这些规范要求。阿奎那也注意到,社会拥有并自觉践行美德的人只是极少数,绝大多数是生性愚笨和油盐不进的,为了让他们少作恶,而成为一个有德性的人,单纯靠说教是没有任何意义的,必须要拿出足够强硬的手段,通过威胁和强制的立法,来迫使它们按照道德规范调整自己的行为。与亚里士多德相比,阿奎那也认同立法的重要目的是培养公民德性。不同的地方在于,阿奎那注意到了道德立法的有限限度。

阿奎那敏锐地注意到,实在法主要是针对普罗大众所制定的,不只是德性或品德较高的贤良,大多数人在德性上是不完整的。因此,“人法并不禁止那些为贤良所禁绝的全部恶习,而仅仅禁止最为严重的恶习,这些恶习大多数人都可以戒除;并且正是这些恶习才是伤害他人的主要行为,如果不加禁止人类社会

① 参见张明楷:《刑法格言的展开》,第227—228页。

② 叶金强:《私法中理性人标准之建构》,《法学研究》2015年第1期。

③ 参见亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,北京:商务印书馆,2003年,第311—318页。

就难以维持”。<sup>①</sup>他看到了人法并不能压制所有的恶行，有些道德上的错事或邪恶应得到容忍，这是由社会中人们低下的道德状况所决定的。立法者在设定道德义务时，应以社会中最普通人的道德水平作为标尺，如果取而代之以社会中少数贤能之人的道德标准，则所立之法势必不具有可执行性。这一点上，阿奎那向前迈进了一大步，对我们今天的讨论依然富有启发意义。然而，他和亚里士多德都犯了一样的毛病，那就是过于急切地将培养有德之人的期望寄托于立法，甚至期待人们一下子就能变得有德性。这从根本上遗漏掉了道德之善的核心要点，如乔治所明确指出的那样：“强制人们去做正确之事，并没有让人们变得更道德。它只不过是产生了一种服从道德规范的外部一致性。然而，道德首先是一个有关内在态度的问题，是一个选择公正的问题：正是通过做正确理由所要求的正确之事，人们才会在道德上变得更道德。”<sup>②</sup>道德强制的举动急于求成，无异于揠苗助长。立法应循序渐进地引导人们批判性地接受和遵从道德，这就进入了立法指引道德的方式问题。

#### 四、道德立法的限度

法律与道德虽然在很多方面会有联系甚至出现交叉，但二者在性质上并不相同。现实实践中出现了两个极端，一个是“泛道德主义”，比如古代中国社会曾出现过以（道）德治天下，如黄仁宇先生指出，“中国两千年来，以道德代替法制，至明代而极，这就是一切问题的症结”<sup>③</sup>。另一个极端是“法律道德主义”，即通过法律过度地包容道德，并意图以强制性手段培养公民德性。当下，我们所面临的更多是后一个问题。前面已经从理论上阐明立法在执行道德时须谨慎，不得违背法不应强人所难的基本原则。那么接下来，将具体讨论立法指引道德的具体方式，而不能突破其应有的界限。在此基础上，批判性地借鉴一些新法律道德主义的观点，比如乔治提出的多元至善主义理论，既谨慎地承认立法在道德引领方面的重要作用，同时也充分尊重个体的自主选择。

##### （一）追寻“道德沉思者”

迄今为止，我们所讨论的道德立法，背后其实还有一个更深层次的问题：法律能强制或约束良心吗？正义之法或许能够引导人们避恶向善，而不公正之法显然不能真正约束到人们的良心。阿奎那注意到了这一点：“这或者是关于目的，因权威者对其臣民施加了难以承担的法律，不是有助于共同善的实现，而恰恰是容易导致自身的贪婪和虚荣；或者是关于制定者，因立法者立法时超出了受托的权力；或者是关于形式，虽然为着共同善，但却施加了不平等的义务。”<sup>④</sup>法哲学家讨论法律的性质时，也曾遇到过如何安置“强制”的问题。一些论者比如奥斯丁认为强制是法律的必然特征，而另一些论者诸如哈特则认为强制只是法律的重要性或典型性特征。强制在很多时候可以解释一些法律（尤其是刑事法）为何具有效力，但是在另外一些时候却解释不了那种人们私下自愿达成协议并设定义务的广阔私法规范。

学者们开始思考，究竟怎样才能算得上是服从法律。设想一个善于精打细算的个体，如果只是出于害怕受到制裁而使自己的行为在形式上与法律的指示保持一致，这能算是服从法律吗？再假定还有一个理性的个体，他同样也有一个内心考量甚至挣扎的过程，只不过他不着眼于责任的盘算，而是理性反思法律所要求的行为到底意味着什么，是否具备接受该义务的道德基础，经历一番批判反思性的权衡过程，真诚地接受和尊重这一法律所提出的义务性要求，并愿意按照相应的指示行动。这种做法又算不算是服从法律呢？这两种不同的看待法律的观点，分别代表着外在立场与内在立场。站在外在立场的人是“坏人”，尽管其行为在外在形式上与法律一致，但其内心所进行的是审慎性的考虑。内在立场预设的则是一个“沉思者”（puzzled man）的形象，他不仅外在依照法律的指示行动，更重要的是在内心中他真诚地尊重、承认

① 托马斯·阿奎那：《论法律》，杨天江译，北京：商务印书馆，2016年，第96页。

② Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, 1993, p. 25.

③ 黄仁宇：《万历十五年》，北京：生活·读书·新知三联书店，2006年，第4—5页。

④ 托马斯·阿奎那：《论法律》，第101页。

和接受规则，他遵守规则并不是出于受制裁的恐惧，而是认为这是法律为人们所设定的义务。<sup>①</sup>换言之，从内在立场来看，人们为什么会遵守法律，原因在于这就是法律所规定的。

一些持有外在立场的反对者，仍然会极力捍卫只有从强制的角度出发才能理解法律，所谓的“沉思者”不过是一个概念上的构想，而非经验性的真实存在，在实际法律生活中究竟哪些人是“沉思者”不得而知，即便存在这样一类人，他们的数量可能如此之少以至于可以忽略。<sup>②</sup>无论这种理论上的争议是否成立，不可否认的一点是，与法律相比，道德的落实需要一个“内化”（internalization）的过程，只有通过反思性的态度将道德的要求内化于心，进而再转化为行动层面的要求，我们才能真正地遵守道德规范的要求。道德作为一种反思性的善，“是一种通过（并且唯有通过）公正地、合理地 and 恰当地选择才能够实现的善……一种强制的选择并不采纳塑造那一选项的善和理性，相反而是为了避免痛苦、伤害或者给自己带来其他损失才采纳那一选择的。因此，如果有人做了一些所谓的‘真正公正与高贵之事’，并不是因为这些事情本身是善的或正确的，而仅仅是因为出于对惧怕惩罚的考虑才这么做，那么我们很难说这个人就是‘公正与高贵的’”。<sup>③</sup>可见，对道德的理解和落实更依赖于一位“道德沉思者”所秉持的内在立场。

通过立法执行道德，尤其是以法律义务的方式来强制推行道德，隐含着—个基本的预设，那就是人们都是自私或利己的，不会依靠本能自觉地从善向美的举动，因此只能通过强制的手段来迫使人们接受道德的教义。不得不说，这一假定存在着严重的缺陷。这里涉及我们对于人性的理解，东西方对于人性有着不同的假设，性善论者和性恶论者各执一端。可以说，人性有其恶的一面，比如追名逐利、好荣恶辱，这是人性之中固有的弱点或缺陷；但同时更为重要的是，应看到人性中光辉的一面，即人性向善的重要维度。如孟子所言：“乃若其情，则可以善矣，乃所谓善也。若夫为不善，非才之罪也。恻隐之心，人皆有之；羞恶之心，人皆有之；恭敬之心，人皆有之；是非之心，人皆有之。恻隐之心，仁也；羞恶之心，义也；恭敬之心，礼也；是非之心，智也。仁义礼智，非由外铄我也，我固有之也，弗思耳矣。”<sup>④</sup>按照孟子的说法，人性本善，遇见他人处于危难的情形而施以援手，是人性向善的本能促使我们做出的决定。西方的一些哲学家也曾论证，人性之端孕育出了一种有限的利他主义，它能凭借某些重要的道德原则推导出指示人们行动的基本理由。<sup>⑤</sup>如果这一论断能够成立的话，那么试图通过立法来推行道德的做法就存在问题，至少那种刚性的道德立法的主张难以站得住脚。

在允许以立法的方式部分地干预道德事务的基础上，为了警惕可能出现的道德强制，立法者应尽可能采纳奖励、鼓励等倡导性模式，而尽量减少或谨慎使用带有强制色彩的义务模式。就像“应当常回家看看”条款一样，就成了一个道德强制的笑柄。如果人们能够体会到空巢老人的现实精神需求，并从内心感受和认知“孝敬老人”的道德要求，力所能及去尽孝，这样似乎才能真正有可能让人们变得更道德。通过义务强制，一方面不是每个人都能实际做到这件事，另一方面人们出于强迫而非内心自愿所作出的道德举动到底有多大的意义让人表示十分的怀疑。法律应尽可能减少而不是增加良知成本，法律对良知成本的保卫要求法律充当良知抵御压力的屏障，使良知免受各种压迫；同时又需要法律不断地释放正义之感，滋润着良知的生长，营造适应良知生长的外在环境。一味地通过立法强制道德，会让人们背负着更大的良心负担，不利于人们做出真正有德性的举动。

## （二）道德立法的多元至善理论

在国家是否有权通过法律干预道德事务的问题上，西方社会历来形成了政治自由主义与至善主义两个

① 只有在“沉思者”那里，才能真正发现义务的概念。哈特对于“沉思者”的讨论与其所提出的“内在立场”是完全一致的。相关讨论，参见哈特：《法律的概念》，第 39、78—86 页。

② See Frederick Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015, pp. 45-47.

③ Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, 1993, p. 25.

④ 朱熹：《四书章句集注》，北京：中华书局，2012 年，第 334—335 页。

⑤ 参见托马斯·内格尔：《利他主义的可能性》，应奇、何松旭、张曦译，上海：上海译文出版社，2015 年，第 85—96 页。



不同的阵营。它们的立场针锋相对，自由主义坚持在道德事务上的“国家中立性”（state neutral），在过何种好生活的问题上国家和政府没有发言权，而应完全交由公民个人自主选择。至善主义是自古希腊亚里士多德以来就形成的古老核心传统，极力主张国家及其所制定的法律能够塑造公民的德性，应尽力通过各种方式（包括法律手段）去引领人们过有德性的生活。<sup>①</sup>至善论为法律道德主义敞开了大门，认为既然存在某种道德上的至善或尽善尽美，那么立法就应以强力手段扫除道德邪恶。可以说，传统的道德立法理论在很大程度上就是以至善论为基础建构起来的。由于它并未认识到道德真正的结构和特质，同时过分夸大了法律和立法的作用，因此走向了一种国家主导的道德专制的极端，今天这种理论的支持者已经不多了。

为了有效克服传统道德立法理论的致命缺陷，并避开对它们的那些常见批评，新的法律道德主义理论应运而生。在各式各样的新理论中，有一种基于共同善理论建构起来的新道德立法论值得我们关注。人类生活在一个共同体中，为了维持生活必然会追求一些基本的和共同的善，包括生命、知识、审美、友谊、实践合理性等。<sup>②</sup>这些善可以说是人类生活的最基本的方面，为人类的行动提供了理由和依据，并引领人们过上一种有福祉的生活。在元理论层面，共同善是关乎每个人福祉的具有确定性和不证自明性的善。同时，共同善也构成了人们行动的基本理由，使得元理论层面的伦理确定性进一步转化为规范层面的社会性和制度性实践。<sup>③</sup>以此来看，基于共同善的道德立法理论，认为为了保护人们所追求的共同善，国家有必要通过立法的方式来调整人们的行为。尤其是对那些明显有损于共同善的不道德行为，立法规则便获得了相对稳固的理由。

在关于道德立法的政治自由主义那里，自治拥有十分重要的位置。个体在涉己的道德事务领域内享有自治权，自主地决定从事或不从事某种行为，以此来排斥国家的干预。基于共同善的道德立法理论，必然在一定程度上构成了对个体自治的限制。自治和自由是一对相近但又不完全相同的概念。自由强调的是行动不受外界的干预，自治意指具有独立意识的主体按照自己的意愿而非外在的干预去生活。相比之下，自治更加体现了人作为一个行动主体，在追求良善生活的问题上的重要道德意义。<sup>④</sup>自治并不意味着可自由地做任何事情，比如自残行为虽然是一种自由的行动，但并不具有自治性，因为它导向了一种无价值的选择。如拉兹所强调，自治只有追求善时才有价值，一旦引导人们追求恶便会丧失辩护的基础。所以，他从条件要素入手对自治进行了限定，只有在满足拥有适当的心智能力、充分的选择范围以及独立性时，自治才是可辩护的。<sup>⑤</sup>在好生活的构成中，自治只是其中的一项重要因素，除此之外还有其他一些同等重要甚至更重要的善需要保护，在诸种可能的基本善之间出现紧张或冲突时，尤其需要国家或政府的协调。

在价值多元的社会中，至善论也面临着一种根本性的批评，即在多种善中究竟何种善是最为重要的？价值多元主义反对单一的至善论，认为客观的善无法完全按照等级秩序进行排列。社会中无法找到一个能够用来衡量所有善的统一性标准，所有的善在本质上都是异质化的，因而并不存在适用于所有人的“至善”（*summum bonum*），这意味着在各种善之间不存在一种完备的字典式排序，还意味着不存在社会制度的首要美德，而只存在一系列公共的善与美德，它们依据环境的不同而具有相对的重要性。<sup>⑥</sup>对此，法律道德主义者转向了一种更为精致的多元至善主义理论。典型的论者是乔治教授，他主张多元至善论与对公民的自由承诺并不冲突，它能提供尊重和保护公民基本自由的最出色理由，其多样性“并非出自于自身目的而受到尊重，具体来说是由于多样性的善，这些善将以多样性的合理方式通过多样性的人类得到实现，他们具有多样性的才能、利益和背景，而对多样性的挑战和机会，在他们多样性的合理选择和承诺中通过

① See Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, 1993, pp. 19-47.

② See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Second Edition, Oxford University Press, 2011, pp. 85-89.

③ 参见郑玉双：《道德争议的治理难题——以法律道德主义为中心》，《法学》2016年第10期。

④ 参见郑玉双：《政治至善主义与自治的价值》，郑永流主编：《法哲学与社会学论丛》，北京：北京大学出版社，2014年，第33—34页。

⑤ See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 369.

⑥ 参见威廉·盖尔斯敦：《自由多元主义》，吴德志等译，南京：江苏人民出版社，2005年，第6—7页。

这些选择和承诺加以实现”<sup>①</sup>。这种多元至善主义的理论，通过创造基本善能够得以维持的社会环境，甚至一些论者认为这比自由主义更能保障个体自主，<sup>②</sup>因为它赋予了公民更多的选择空间。

迄今为止，在形形色色的道德立法理论中，除去自由主义不谈，功利主义、法律家长主义、法律道德主义、至善主义等版本中，最值得辩护的或许就是多元至善主义了。多元至善主义理论承认价值和目标的多元论，同时也尊重好生活的多样性。在具体追求何种至善生活目标的问题上，政府不应干涉或强制，而是将选择权交到公民手中，这种对个体自治的尊重在某种程度上体现了自由主义的底色。自治与多元是辩证地联系在一起的，自治意味着对强制的拒绝，而多元论本身也站在了单一至善的对立面，这二者对道德性立法构成了强有力的限制。它仅仅允许政府在有限的范围内进行道德立法，这一点它不同于刚性法律道德主义；它通过对道德立法施加严格的限制，最大限度地保护个体自治，这一点是它与柔性法律道德主义的不同之处。

在最大限度地保护公民的自主性和宽容一些不道德行为时，对那些明显有损于好生活的做法也进行一定的打击，“当国家使这一义务的履行成为可能或努力推动它实现时，它的行动并没有侵犯到任何人的自主性，因为其行动是以公民对他人的道德义务为基础的。这种义务是在创造和维护如下公共文化中应尽的自己的那部分义务，这种公共文化能引领人们去过最有价值的生活。当国家有效地支持有价值的追求，而限制那些低劣的追求时，它帮助公民履行这样一种一般性的道德义务”<sup>③</sup>。其实不难看出，与传统的法律道德主义不同，多元至善主义理论已经不再断然地站在自由主义的对立面。一方面，多元至善主义理论没有放弃法律道德主义的最核心主张，即国家或政府干预公民道德事务的可能性；另一方面，在这种理论中，我们似乎或多或少又能看到自由主义的某些身影。多元性能有效地避开很多针对至善论的批评，而对自主性的有条件的包容使其也展现了某种自由主义的色彩。在道德立法实践中，重要的是立法者能够妥善地在各种竞争性的善、权利和自由之间进行权衡。在谨慎地通过立法引领道德时，也最大限度尊重和保护公民的基本自由。

## 五、结论

再次回到本文的中心议题上来。以上的所有努力可以看作是尝试勾勒出道德立法的原则及限度，敦促立法者以适宜的方式指引具有不同意涵的道德。由此，所建构的这样一种立法理论本质上是一种道德理论，一种关于正当的立法目的的理论，一种为立法者权力探求边界的道德理论。<sup>④</sup>由于法律与道德之间的内在联系，立法者无法阻挡道德对立法的进入，但应明确道德立法的宗旨，是启发、鼓舞和激励人们的道德良知，从而引导人们去做有德性的事，而非通过制裁、惩罚、威慑等强制的方式迫使人们遵从道德。“如果通过法律强制执行道德义务，对于大多数人而言不过是给他们提供了一种表面上服从道德要求的亚理性动机，那么它对于如何使人变得有道德无济于事。”<sup>⑤</sup>法律可以强制人们的外在行为，却无法强迫人们的内心。立法在规制道德事项的问题上，应更加注重权利型的指引模式，给予公民更多自主选择的空间。

立法可以通过义务的方式强制执行底线性道德，也可通过放任或奖励的方式推行高尚道德。也正是在这一点上，立法有助于激励和催发人们的道德良知，而其它那些打着培养公民德性的道德立法的做法只会让人们变得“更不道德”。道德作为一种独特的反思性的善，需要个体以“道德沉思者”的立场去体味、追寻和践行道德。仅仅使外在的举动与道德的形式要求保持一致，尚不能确保德性的充分展现。除此之

① Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, 1993, pp. 191-192.

② 参见郑玉双：《法律道德主义的立场与辩护》，《法制与社会发展》2013年第1期。

③ Gerald F. Gaus, Fred D'Agostino, *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy*, Routledge, 2012, p. 349.

④ See Michael S. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 640-641.

⑤ Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford University Press, 1993, p. 25.

外，还需要以内在的立场将道德要求内化于心。<sup>①</sup>诚如孔子所言：“质胜文则野，文胜质则史。文质彬彬，然后君子。”<sup>②</sup>德性的培养或养成主要依靠个人的自我修养，而德性的践行也主要依靠个体的自觉行动。立法在增进公民的德性方面只能发挥着微乎其微的作用，要想成为真正的有德之人仍然主要依靠个人的自我锤炼。在实践中不仅遵照道德所指示的行事，更根本的是以沉思者的立场将道德内化于心。

（本文为国家社会科学基金重点项目“新时代加强道德立法的理据与进路研究”（19AFX001）的阶段性成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

## Reflections on Moral Legislation from the Perspective of Legal Philosophy

SUN Haibo

**Abstract:** In recent years, there has been a serious phenomenon of moral anomie in the context of social transformation, especially with the outbreak of a series of hot ethical events or cases, a vigorous “moral defense war” has begun. One of the calls for revitalizing morality through legislation is particularly noteworthy, but the key issue is whether the legislation really makes people more moral. In the face of morally diverse life practices, legislation should abide by the basic principle that people should not be forced to do what they can not do in fact by means of coercion, which will not make people more moral, but will lead to moral autocracy or tyranny. On the premise of respect for diversified values, moral legislation can adopt equal emphasis on encouragement and enforcement to guide people to abandon evil and promote good from different angles. Morality is a kind of reflective good in nature, which determines the necessary limits of moral legislation. Only by consciously keeping the external behavior consistent with the moral requirements, and more importantly, internalizing the moral requirements in the mind, can one be a truly moral man.

**Key words:** moral legislation, morality of duty, virtue, laws requiring the possible, pluralistic perfectionism

---

① 参见谢晶：《清律“家人共盗”的法思想源流》，《法学研究》2018年第2期。

② 朱熹：《四书章句集注》，第89页。