

Globethics Repository



法律的道德余地[Ethical Leeway of Law]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository.
More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Book chapter
Authors	赵, 汀阳
Publisher	中国人民大学出版社
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-07-12 18:09:39
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/179248

赵汀阳：法律的道德余地

既然法律是从伦理规范里发展出来的，既然伦理规范需要道德基础，法律也就同样需要道德基础。法律的道德基础一直是法学和伦理学的共同问题，不过法律有着伦理规范所没有的一种独立性，于是，法律的道德基础问题似乎比伦理规范的道德基础问题更需要小心对待，在这个问题上，无论是法学还是伦理学都不可以从各自角度痛痛快快地去思考，都不得不在对方“留出来的余地”里去思考：一方面，伦理学必须考虑法律的技术性要求，不可能一味以道德标准为准；另一方面，法律必须是一种把道德考虑在内的法律，法律的技术性要求也不应该超越道德要求。正是因为这种“无法痛快”的局面，所以这个问题有一种特别的挑战性。

法律所以不同于伦理规范，其中一个重要特点是，法律比伦理规范更明确而且更保守，换句话说，法律不像伦理规范那样企图把所有事情都管起来，法律只想管那些真正必须管的事情，于是，法律给人们留出比较多的自由，当然，在法律决心要管的事情上，法律又比伦理规范要严格得多。不过，什么是法律“真正必须管”的事情，这是个问题。毫无疑问，法律总是一个国家或一个政府的法律，因此，不管法律在社会生活方面怎么管法，它总是首先要维护国家和政府的政治、经济利益，这个方面虽然与道德问题仍然有关系，但必须放到一个相当大的思想空间里去讨论，在这里显然无法做到。因此我只准备把讨论限制在日常生活范围内的事情上。

从表面上看，法律有相当严格的技术性，它应该显得比较公正，但是有时候会遇到一种有些奇怪的现象：法律最有利于建立公正，但有时候为了保证我们用来维护公正的法律的有效性又恰恰不得不牺牲公正。或者这样说：一方面，如果要保证法律能够有效有力地服务于道德，那么就必須尊重法律的技术要求；另一方面，如果尊重法律的技术要求，就不得不在某种程度上牺牲道德要求。

法律的宽严问题就是一个例子。就我国目前一般的生活水平而言，10万20万元以上的财产是一笔很大的财产，按照公正的道德要求，抢劫如此大的财产是一种很大的罪行，因此应该得到相应严厉的惩罚（比如坐许多年的牢）。可是与罪行相当的严厉惩罚的实际效果却并不好，罪犯们考虑到惩罚如此严重，想到坐如此多年的牢，日子没法过了，便干脆把受害人杀掉。这样做虽然冒死罪的危险，却使案件很难侦破，似乎反而保险，至少罪犯在主观上是这样考虑的（目前抢汽车或相当财产时，杀人灭口的做法是相当普遍的）。因此，那种按照公正所规定的相应惩罚反而减弱了法律的有效性。为了保证人们的生命安全，就似乎应该技术性地要求把对抢劫本身的惩罚大大减轻，使罪犯觉得犯不着杀人。这样等于是要求在要求不要严格考虑惩罚的公正。至于减少这类犯

罪的方法，可以变成是加强警力的问题，财产损失则是保险公司的问题。

同样，按照仁慈要求，伦理学家往往会认为死刑是坏的，应该取消死刑。但是实际上要不要取消死刑也并不是一个由伦理学说了算的事情，而几乎完全是一个法律的技术性要求。比如说，如果治安状况很糟糕，犯罪非常猖獗而且性质严重，那么就技术地需要死刑；而如果徒刑就足以震慑罪犯，使他们感到强大心理威胁，那么死刑就技术地成为多余的。就是说，即使死刑这件事情在伦理学上确实有理由认为是坏的，法律也不一定要听从伦理学要求。不过是否可以肯定死刑是坏的，即使在伦理学上也是很有一些问题的，整个现代思想，不管是国外的还是国内的，总的来说是仁慈原则压倒公正原则，这其中有所谓人权的考虑，但通常的那种无条件人权在理论上是非常可疑的（可以参见我专门关于人权的理论，在此不详论），按照我的人权理论，人权只能是有条件的。比如说，如果一个人犯下惨无人道的罪行，那么他就在逻辑上失去人道对待的权利，假如给他人道待遇，只能说是人类的宽容和恩赐，而不能说成是他仍然并且永远拥有那种权利。

法律的一个根本性质是把原来对犯罪的民间或私人的处理变成由国家和政府机构来执行的处理，就是说，国家代理了对犯罪的处理。这样有利于更加公正地解决问题。但是这里又有个问题：人们交出代理权不仅是看中法律能够建立起程序上的形式性公正，而且希望法律能够保持判决结果的实质性公正。显然，人们事实上对法律的程序公正方面比较满意（当然不是绝对满意），而对判决结果方面则往往不满意。这意味着现代法律或多或少忘记了反映人类的道德直观。

从现代的观点看，古代法律一般来说显得比现代法律狠心残酷得多，但我不相信是因为古代人心肠比较坏，相反，很可能是因为古代法律比较多地反映道德直观，当然可能只是试图更多地反映道德直观，而不见得反映得准确。虽然现在我们在实践上必须尊重现代法律，但是我相信有些人心里也许会认为有一些毫无人性的罪犯（比如传媒经常报道的一些恶毒残害儿童的人）就算是斩首吊死也不为过。或者，有些人也许会想，假如说贪污诈骗100万的人就应该被枪毙的话，那么，制造假药、有毒食品尤其是拐骗妇女儿童的人就应该被枪毙好几遍——事实上后者往往只得到相对很轻微的惩罚，就好象那只是一一些小错误一样。

当然，我们对法律的要求不能太苛刻，正如前面讲到的，法律有它的技术性要求，法律不得不为它自身着想，就是说，法律要使它自身充分有效，就不得不在道德水平上作一些让步，过于公正的法律总是相当严厉的，反而可能引起过激的反抗，法律并不打算做到让罪犯狗急跳墙。无论如何，法律必须考虑国家和政府的稳定统治局面这样一种政治性要求而不是处处按照道德标准，所以法律只能尽量反映道德。进一步说，人类的道德观念里本来就存在着一些混乱观念和一直没有能够搞清楚的真正难题，如果道德观念不很清楚的话，法律也不知道应该反映哪些道德观念。在这个意义上，如果法律有毛病，首先是因为伦理学有毛病。

有时候道德观念很清楚，而且法律也愿意反映道德观念，但事实上却又因为法律本身的情况而

做不到，这就很可能是法律本身有漏洞，当然，再好的法律也不可能没有漏洞，这是绝对做不到的事情，所以，真正有意义的问题是，一旦发现漏洞应该如何处理？

费孝通曾有一个例子（《乡土中国》58页），有一位兼司法官的县长遇到这样的难题：“有个人因妻子偷了汉子打伤了奸夫，在乡里这是理直气壮的，但是通奸没有罪，何况又没有证据，殴打却有罪。那位县长问我：他怎么判好呢？他更明白，如果是善良的乡下人，自己知道做了坏事决不会到衙门里来的。这些凭借一点法律知识的败类，却会在乡间为非作恶起来，法律还要去保护他”。类似的事情是屡见不鲜的，例如大家都知道，只要有一个高水平的律师，没准三分理就能搅成七分理。如果法律是比较严格的，那么就有漏洞，甚至，法律越严格，漏洞就越多。这听起来好象没有道理，但事实如此，说破了其实还是有这样一个道理：越严格的事情就越难以满足。假如一种法律好象没有漏洞，那么就是它很不严格而允许灵活解释。可是灵活解释又可能会破坏法律。这好象是一个两难：假如法律是严格的，那么就有漏洞可钻；假如法律不严格因此没有漏洞，那么就可以舞弊。

如果说古代法律惟恐漏掉一个坏人，那么现代法律就是惟恐错判一个好人。于是现代法律在断案时要求“科学性”，要求“充分的证据”。不过这个习惯说法有一点不太准确，应该说是“足以保证必然推断的证据”，简单地说就是“必然的证据”。这里有个问题，人类只有在数学和逻辑那种纯形式运算上有可能确实知道什么是必然的，但在所有经验的事情上都没有这种把握。因此，有没有把握，或者说，什么算是必然的或“充分的”证据，在很大程度上是人为规定的。于是，有时候人们会觉得某某明明是罪犯，但是缺少一点点证据，结果没有办法。不过这还不算是很严重的问题。

真正重要的是，当遇到法律难题时，道德解释（灵活解释的主要类型）是否是一种可接受的做法？或者说，道德原则是否能够作为一种更高的原则去插手法律解释？

德沃金在《法律帝国》一书中有一个非常典型的例子。埃尔默谋杀了祖父被判徒刑，祖父的遗嘱写明有一大笔财产留给埃尔默，那么埃尔默还有权利继承这笔财产吗？格雷法官支持埃尔默，理由是：法院无权更改遗嘱，不能用道德原则取代法律，显然，根据遗嘱，遗嘱没有说明如果埃尔默杀人就不能继承财产，而且，在逻辑上有这样的可能性（尽管好象有些荒唐），即祖父有可能认为即使埃尔默杀了人，仍然可以是继承人。另外，假如埃尔默杀人就失去继承权，等于是在相应的徒刑之外加上了额外的惩罚。厄尔法官则有相反的解释，他认为必须考虑立法意图，一种法律也许在法规文本上有漏洞，但在立法意图上不应该是坏的（除非一个坏政府故意制定坏法律），法律的意图是一些没有写出来的道德原则，比如“任何人不得从其错误行为中获得好处”，因此，想象法律有想让杀人犯得到遗产这样的坏意图是不可以的。结果，厄尔法官胜利了。

我也觉得厄尔法官是更有道理的，但格雷法官其实仍然可以有同样有力的说法，比如这样说，

法律的意图里肯定应该有一条自我保护原则：“在修改法律之前，不得随便解释现成法规”。假如由我作最后解释，那么我会按照当前法律判埃尔默获得遗产，但是允许以后重新审理，同时提议立法机构修改有关法规使得在重新审理时让埃尔默败诉。我这种解释也可以说是根据法律的意图，即法律意图里肯定也应该有一条事后修正原则要求“如果现成法规导致错误结果，那么必须重新修正法规以便纠正错误结果”。

立法意图是一个很能够揭示问题的概念。如果说立法意图表达为一些关于法律的“元定理”的话，可以想象，其中有相当一部分元定理是道德原则，可能还有一些政治原则或法律本身的纯粹原则。上面讲到的那些元定理中，第一和第三条显然是道德原则，第二条是纯粹法律本身的原则。毫无疑问，各种元定理都必须得到尊重，但执行这种尊重的方面应该不同，一般地说，在程序操作方面应该尊重法律本身的要求，否则就是有技术缺陷的法律；在观念方面应该尊重道德要求，否则是坏的法律。

我有一个主张认为应该建立法律和道德的联盟，看起来这个想法很容易引起误解。其实这个想法的线条是很简单的。法律不可能完全反映道德，但这不算是真正的缺陷，法律的优点正在于它是非常保守的，它只管住那些不管就无法建立正常社会合作的事情，而给生活留出很大的自由空间，使人们能够自由地发展人类的各种优点。法律的意义就是使犯罪处于不利条件（不利的环境），而道德的意义在于使真理和真情处于有利发展的条件，这就是一种非常好的配合。这种配合比通常所谓的法律和法律外的伦理规范的配合好得多。法律只是一种相当单纯的游戏规则，伦理规范则是一种试图统治所有价值领域的游戏规则，打个比方说，大家都来写小说，法律相当于关于不许剽窃抄袭的规定，伦理规范则相当于规定只能写成某种风格而不许写成别的样子。千篇一律的小说又有什么意思？
