Globethics Repository



论法律源于道德[Source of Law：Law Coming from Ethics]

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	Article
Authors	胡, 旭晟
Publisher	吉林大学
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-11-14 04:13:10
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/179119

胡旭晟：论法律源于道德

胡旭晟

在人类文明之初，人类法律的起源大致遵循着或经历了这样的轨迹：原始习惯→不成文的习惯法→成文的习惯法（习惯法汇编）→国家法。与之相伴随，并作为其根本标志的，则是如下外在的形式化历程：社会公共舆论的“法庭”→公法领域获得社会赞同的临时死刑执行者（共同体武力垄断的集中化方式）与得到社会认可的受害者的自力救济（共同体武力垄断的分散化方式）、私法领域代表社会利益的“中间人”→某种较为稳定的公共权力机构的产生及其物质强制能力的进一步强化→国家强力机构的诞生。从逻辑上讲，这一“类”的发生规律同样适用于文明社会中法律“个体”的形成。但这里尤为重要的是，就其精神价值而论，上述规律的内在实质是从道德到法律。由这样的视角来看，与其说法律是习惯和立法者的创造物，还不如说是伦理精神之幕后活动的产物。在这里，习惯和立法者并非在真正创造法律，而不过是在运用某种社会技巧做一种宣告性的说明。因此，若换用现代的法律学思维则可以说：伦理道德乃是“沉默的宪法”。

假如“法律源于道德”这样的结论可以成立，则其意义就决不仅仅在于提示一种法的事实。应该说，它的意义是根本性的，它不仅从根本上影响着人类法律的发展史，并且还决定着法律在某一层次或侧面的性质、功能与效用等等。首先应当引起我们注意的是，法律源于道德这一事实由根本上赋予法律以一种天然的伦理属性，并使得道德成为法律有机体之内在血脉。这种出自“血缘”的道德属性要求法律必须体现某种伦理精神，必须追随某些道德目标，必须遵循某些价值准则。整个人类的法律史都必须围绕这些主题来演绎。因而，尽管在其发展过程中，法律也会创造出某些新的伦理道德，但就更为根本的方面而言，法律不得不归属于伦理，法律也根本不可能与道德相分离。这是一种宿命，一种先天性的宿命。在这种“命定论”之下，所谓“法律要从根本上独立于任何一种伦理”，那不过是无知的妄语。

既然伦理是法律形成、生长之根基，则法律的有效性就在相当程度上取决于它是否具有一种现实的道德属性。法律固然于客观上必然体现出立法者的道德观念，但仅此一点还远不足以让法律赢得其所需的有效性，因为法律一旦扬弃道德而成为“法律”，它就将面对整个社会，其有效性也就不再操之于立法者、而取决于承受它的社会。尽管国家内在的强力逻辑要求执法者和法官严格忠实于法律，但在现实生活中，若要后者背离其所在社会中居支配地位的价值观念而裁判，事实上很难做到。灵活的法律机制甚至会要求法官们在矛盾之中遵从社会的道德原则。中世纪后期英国的衡平法便是这方面最典型、也最成功的例证。相反，假如法律背离了人类最基本的伦理目标和道德基础准则，它就将是不道德的、从而也就是不合“法”的，它就将丧失约束人们行为的道德基础（而对它的强制推行则给人类带来巨大的灾难），20世纪上半叶的纳粹德国曾为我们提供了这样的教训。所有这一切无不表明，一个立法者必须在个人好恶、本阶级（或阶层）道德与社会大众道德之间寻求适当的均衡，也必须在现时道德与指向未来的先进道德之间保持必要的张力。而事实上，一个立法者的文明程度（尤其是道德智慧）越高，他就越懂得超越自身的道德立场，去谋求与人类公共道德的兼容；一个社会的法律智慧越发达，其立法就越能够在不同层次的道德之间维持合理的平衡。只有实现了这样的兼容与平衡，法律才会真正有效，甚而长久。

谈到了法的有效性，也就涉及了法律的实施。根据我们的传统，法律的实施主要是（在民众的观念中几乎完全是）依靠外在的强制来担保的，这样的现实常常容易使人们忽略道德机制，从而忘却人的自由意志对于社会秩序、尤其是法律实施的根本性意义。其实，就人类的规范秩序而言，法律与道德之间无法割舍的血肉联系告诉我们：法律的分立只不过为原有规范世界增添了一重保障，或者说，只不过为现实的秩序世界增加了一道防线。这一新的保障和防线是对原有保障和防线的增援与加固，而非取代或削弱，因而，我们决不能因法律之分立而将规范的实现推向道德的彼岸，或将秩序的保障拒斥于人的内在自发性世界之外。若再进而落实到法律的实施，则法律的道德根源性表明：外部强制的担保尽管是法律秩序最耀眼的盾牌，法律也当然如凯尔森所说乃是一种强迫性秩序，但这仅仅只是它的外形，甚至只是它的下限，只是它最后的屏障，只是它的不得已而为之的“下策”；在法律的外壳之下，深藏着的乃是一种道德的非强迫性秩序，那才是它真正的灵魂和理想。在其中，规则的实施必须充分重视人的自由意志，必须充分依靠个人的主体人格。

法律是伦理的造诣，这一结论的意义既是法学的，也是伦理学的。于前者言，它标识出法在某一特定层面上的功能；以后者论，它指明了伦理在客观世界中的一条发展路径。具体地说，在前一方面，法的功能可归结为：法是伦理的实体化机制，即，法律是道德的操作机制、强化机制和纠错机制。在后一方面，这样的结论更直接表明了伦理需以法律为现实的实体化途径，因为伦理在本质上是一种观念化的存在，它需要借助于种种外在的东西或手段实体化，并从而显现出自己的力量。在诸种规范合一的“混沌法”时代，这是法律形式化的第一种形态，伦理直接地通过宗教、法律等等手段发挥其作用；甚至在宗教规范已经分立出去的“伦理法”时代，道德也仍然直截了当地穿过法律来显示其力量；但到法律从伦理之中“分裂”出来、独立门户以后，道德似乎就在法律面前功成身退了。其实，这仅仅只是人类规范世界的表象。考察法律起源的发展历程可知，“法律”固然是从其伦理母体中一步一步凸显出来，并逐渐走向独立，而道德对它的遮蔽则渐渐减弱；或者说，道德对法律的影响的确一步一步从外部表层走向内在深层、从幕前退居幕后、直至隐而不显。其结果，法律之于道德日益成为一种实体性的存在，而道德之于法律则似乎日益成为一种观念性存在。但是，人们决不能因此而忽略道德的影响力，更不能无视、甚至否定其存在，因为事实的真象是：此时的伦理道德在规范世界中已转化为法律内在的自发性意识，并以它为媒介变为现实。道德正由此而实体化。在这里，道德不再直截了当地发挥作用，而是通过法律世界中内在的自发的现实“意识”，并以它为媒介去借助“法律”之手来维护现实的秩序，这恰恰是伦理道德在“新形势”下特殊而巧妙的实体化途径。明确这一事实，无论于现实的道德建设和法制建设，还是对我们深切认识“法”的现象和本质，均有着极为深远的意义。

既然谈到法律的伦理学意义，谈到法律之为道德的实体化途径，那么，我们又须回过头来论及法的形式化问题。这里需要特别指出的是，法律只是源于道德，而决不是、也决不能等同于道德。事实上，法的形式化乃是法律起源的标志，它甚至显示着法律起源的意义。若无法律的形式化，伦理又何需在宗教与道德之外另求一种实体化的途径？这意味着法律与道德间的某些差异。简言之，尽管法律与道德都是一种应然的东西，但道德的领域远比法律广阔得多，她的“应然性”标明人类行为选择的理想，而她的多样性、层次性和非强制性又给予人们充分选择的自由；正是在应然性与非强制性的矛盾关系、以及在多层次性与可选择性的自由空间之中，道德世界才得以借助于人类的自由意识呈现自身、也提升自身。法律则不同，它是一种强迫性秩序，也是一种统一的秩序，因而，当一种道德实体化为法律时，它必须充分考虑现实的可行性和可操作性；它固然可以在文本中供奉某种道德理想，种种制度的设计也尽可以导向于这种理想，但其强制

力，也应当留给人们一定的选择自由。法律之于道德当然要有所贡献，在特定的社会环境下，法律正常化应成为道德的守护神，而且还应当是培育新道德的契机；但是，道德并不希望法律将她推向极端。假如法律不能恰当地形式化，则不仅法律之为法律不复存在，而且道德之本性也将被违犯，最终，将既损害道德，也损害它自身。