Globethics Repository



德治与法治正当性分析[The conflict between law and moral and its Legal Thinking]

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	张, 军
Publisher	西南政法学院
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-11-19 18:31:00
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/179237

张军：德治与法治正当性分析

摘要：作为社会调整的基本规范，法与德冲突与互补同在，矛盾与互动并行。透视该种态势存在的根据，把握两种规范的社会定位，缓解乃至部分消除法与德的冲突，建立两者之间的协调互动关系，正是本文主旨所在。实践中的执法、司法的道德化倾向不仅混淆了法与德的界限，而且背离了法治社会的本质要求。

关键词：道德、法律、冲突、法律强制

一、法[1]与德冲突之表现

法与德作为社会调整的基本规范，数千年来，交融与制约并存，互补与互动同在，矛盾与冲突始终交织其中。透视其运动的过程与机理，不难发现两者的冲突有其内在根据，难以从根本上消除，但可在立法层面建立法与德的协调互动关系，以缓解乃至部分消除冲突。在展开命题之前，不妨先看如下案例：

案例1：1999年6月25日，广西扶绥县个体车主梁培胜和司机叶翠红驾驶客车开往南宁，途遇两名歹徒持刀抢劫一名乘客的金项链，被发觉后威逼司机停车，车上乘客要求司机将歹徒送往派出所。车主毫无畏惧，堵在门口与歹徒搏斗，司机则全速行进。歹徒突然撞进驾驶室，强抢方向盘，司机拼命与之争夺，结果客车失控翻倒，两歹徒乘机砸烂玻璃逃跑。此事造成一人重伤，多人轻伤。其中57岁的小学教师甘育进高位截瘫、脑震荡，系一级伤残，住院86天，花去2.46万元。事后，受伤乘客甘育进将司机和车主告上法庭并索赔28.4万元。“见义勇为反成被告”的官司在社会上引起广泛关注。[2]中央电视台《今日说法》、《新闻调查》等几十家媒体作了全方位报道。

从法律上讲，乘客与车主之间是一种运输合同关系，车主的义务是按照客票载明时间和要求把旅客安全地运送到目的地，在运输过程中应尽力救助患有疾病或遇险的乘客。这里的遇险主要是指遭遇到的险情，一般并不包括遇到不法行为侵害时承运人必须同犯罪行为斗争。[3]司机和车主的行为具有双重性质，既有履行合同救助义务的一面，也有见义勇为的一面，其毕竟没有抓获犯罪嫌疑人之法定义务。然法律并未规定见义勇为即可不承担法律责任，根据合同法302条的规定，车主尚须承担运输过程中旅客伤亡的损害赔偿责任，除非伤亡是旅客自身健康原因造成，或车主能够证明伤亡是旅客故意、重大过失造成。

从道德上讲，主流道德（为统治者所主张、提倡）宣扬和鼓励见义勇为，法律倡导救助危难，多数公民亦持肯定态度。车主和司机不顾生命危险与犯罪分子斗争当属见义勇为，理应受到鼓励、帮助和救济。实际上，道德行为一旦超出道德进入法律调整领域，就可能引发法律纠纷，出现法

律制约道德的现象。行为虽然高尚，却无法获得“ 公正 ”法律的救济与帮助，使道德之人进退维谷。

另据报道：全国见义勇为烈士家庭生活普遍困难[4]。大多数见义勇为者是家庭主要劳动力，其收入也是家庭主要生活来源，见义勇为行为能否得到法律的认可与保护直接关系到其家庭子女的生活。如何认定和对待见义勇为行为不仅事关道德困惑和法律纠纷，而且会直接衍生社会问题，从法律和制度层面关注和解决该问题刻不容缓。

案例2： 2002年8月18日晚，陕西省延安万花山派出所民警接到居民张某家中正播放“ 黄片 ”的举报，几名民警立即前去调查，以其他“ 借口 ”进入张某家中，发现张某家中仅夫妇二人，电视已经关闭，民警要求夫妇交出“ 黄碟 ”，双方发生冲突，一名民警手部受伤，民警带走了电视、影碟机并以妨碍警方执行公务为由将张某夫妇带回派出所接受处理。[5]

在以法治为目标和理想的社会，“ 法无明文禁止即自由 ”堪称“ 法律的公理 ”，“ 自由是做法律所许可的事 ”，即便是该自由并不为道德所表彰和鼓励；就现行法律而言，没有任何一条有关上述行为的禁止性规定。但法不禁止并不意味者对该行为的支持和鼓励，法律仅仅是以国家意志形式表现出来的对公民行为的最低要求，“ 只要不违犯公正的法律，那么人人就都有完全的自由以自己的方式追求自己的利益。 ”[6]更何况所谓的“ 黄 ”本身并不必然意味者违法，关键是看“ 黄 ”在何种环境和条件之下，夫妻之间的所谓的“ 黄 ”或许不为我们称道，但仍属自由和隐私范畴，当属道德调整之列。执法者混淆了法与德两种不同的行为规范和依据，以道德标准作为执法依据，已经构成对公民隐私权和自由的侵犯，其所显示的执法道德化和非理性化倾向绝非个案，值得关注和反思。

案例3：四川省泸州市纳溪区某厂职工黄某与蒋某于1963年登记结婚，2001年4月17日，黄某立下遗嘱将住房补贴金、公积金、抚恤金和一处住房的售房款遗赠给其第三者张某，并经过公证。4月22日，黄某因病去世。张学英偕同律师当着蒋某的面宣布了黄某遗嘱，双方当场发生争吵。张某遂以蒋某侵害其财产权为由，诉至泸州市纳溪区人民法院。法院经审理认定公证无效，并直接引用《中华人民共和国民法通则》第七条关于民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益的规定，认定黄某财产遗赠行为无效，一审判决驳回原告张某的诉讼请求。群众拍手称快。[7]

本案争议的关键是黄某遗赠行为是否有效，在更深层次上则反映了法与德的现实冲突。对黄个人财产部分，法院认定遗嘱无效的理由是死者生前与"第三者"有不道德的关系，违反了《民法通则》第七条关于"民事活动应当尊重社会公德"的基本原则。

首先，法官在有意或无意中犯了一个常识性错误，即违反了特别法优于一般法的基本原则。民法通则与继承法属同一法律渊源，继承法属民事特别法，对遗赠行为有效与否有明确规定，优先适用《继承法》应为必然选择。其次，判决受公民道德和舆论影响甚重，导致法与德不同规范在有意或无意间的混淆，动机、道德等案外因素进入司法审查范围，不适当地扩大了司法审查的范围。遗嘱本身是以财产为"标的"而非以"包二奶"为标的，即使遗嘱受"二奶"影响，也不影响遗嘱本身之效力，法律的调整对象是行为而非道德动机。再次，行为不道德与法律权利的保护是两个不同概念，不能因黄某有婚外“ 第三者 ”介入就否认其赠与行为的效力，如同不能因为公民的不道

德行为就剥夺其房产一样。《民法通则》所规定的七种无效民事行为并不包括违反社会公德一项，且“民事活动应尊重社会公德”，亦并不意味着不尊重社会公德的民事行为一律无效。民事法律行为生效要件中的内容不违法是指不违反强制性法律规定，而非道德性的。从案件本身看，尚不能确定黄某赠与财产用于非法目的。最后，引用民法基本原则判决并无不可，但引用是有条件的。基本原则是法律规则的指导和灵魂，在没有法律规则，或法律规则违背基本原则，或违反宪法的情况下，可以基本原则作为裁决依据，但本案并不具备这样的条件，更何况侵害其配偶权益是否构成违反社会公德尚需讨论。法官撇开法律规则热衷于道德裁决，其心可明，然实在有悖于司法裁判的本质，与其说对案件做出了法律判决，倒不如说是做出了道德裁决。

从上述案例可以对法与德的冲突和矛盾的表现作如下概括和归纳：

一是法与主流的应然的德之间的冲突；二是法与公民实有的德之间的冲突；三是法与执法者、司法者的实有的德之间的冲突；四是主流道德在不同法律规则之间的冲突和矛盾，表面看是法律的内部冲突，其实质是统治者所主张和执行的德在不同的法律规则中肯定、吸收、执行和排斥的不协调和不平衡所致。同时，主流道德、公民实有道德、执法者与司法者实有的道德三者之间亦处于互相影响、相互渗透和相互制约之中。

道德为精神文明所追求和倡导，并构成精神文明之核心内容，道德行为理所应当受到法律的肯定、支持与保护。我国宪法明确表达了国家鼓励和推进道德文明的价值取向和目标，然而抽象的宣告和提倡并未落实到具体的法律规则层面和制度衔接上。一涉及具体问题，相当合乎公民道德和主流道德的行为却不得不承担不利于己的法律后果，使道德之人颇有寒心。法作为应然世界的正义、公平的代表和化身，面对实然世界的具体道德行为，显现出自身的苍白与局限，某些具体法律规则亦未能体现道德的要求和价值取向，出现“合法不合理”、“合理不合法”的现象，如何在法律与道德之间寻求契合点，以推进法与德的协同发展乃是极为现实的问题。

二、法与德冲突之根据

法律与道德作为反映和服务于特定社会经济基础的社会基本规范，具有某种程度的一致性、共同性和交融性，但毕竟属于不同的规范系统，在价值内容、价值层次、功能目标、实施方式与过程上存在诸多区别、错位乃至冲突，把握和梳理这种内在的根据是缓解、协调和解决矛盾冲突的基础。

第一，从法与德的价值层次看，法是以国家意志形式表达的对公民行为的最低要求，其所保证和体现的是基本的和最低限度的德，即法律本身内涵的德，层次比较单一，着眼点在于社会基本的安全、秩序、稳定、效率和公平。当人不道德到违法的程度，就必须承担相应的法律后果。虽然法律也倡导和鼓励高尚道德行为（包括出于道德动机对自身合法权益的放弃、减损和牺牲），但仅作为公民行为的价值导向和理想目标，对公民本身并无强制约束力。在执法和司法中，对同一法律事实或同一法律关系无法奉行两个层次不同的道德标准，法律的国家强制性要求只能按社会道德和秩序的最低标准——法律规则裁决，不能也不应放弃社会最基本的强制道德去照顾、成全更高层次的道德行为或道德境界，尽管该行为可能为法律所倡导、鼓励，但并非法律之绝对保证目标，甚至在特定情况下还需牺牲较高层次的道德以维护基本的道德和秩序。由此，必然造成法与德一定程度的冲突和错位。

法治作为人类社会长期以来孜孜以求的永恒目标，蕴涵着无限的道德价值和理想，从自然法与实在法的冲突互动，到哈特与富勒的德法纷争，再到美国堕胎案的判决和安乐死法案在荷兰通过，无不渗透和体现着人类对美好生活的向往和追求以及自身道德境界的完善，高尚道德始终是法所执意追求和推进的目标和理想。然而，达到目标和理想存在诸多手段和一个自然演进过程，作为领航社会的高尚道德不能也不应成为每个公民普遍的法律义务。“ 法律没有办法可以用以强迫一个人做到他力所能及的优良程度。 ”[8]我们可以倡导扶危济难、公而忘私、见义勇为等利他行为和有利于社会的行为，却无法作为公民的法律义务，此类行为虽有助于道德文明和社会进步，但毕竟是层次较高的道德要求，对社会先进分子如共产党员、领导干部还算适宜，要求普通公民则过于苛求，脱离实际的过高道德要求有背于法律的性质、功能以及公民自由的维护与发展。[9]在特定时空条件下，法律无法兼顾高低不同的道德标准，也无法为道德行为所引发的法律纠纷和损害提供有效的救济和保障，构成对良好道德风气的抑制，从而导致人们“ 为之不利，不为不义 ”的二难选择不断发生。

第二，从法与德的价值内容看，道德强调平均，法律鼓励竞争；道德强调奉献和义务，忽视权利和利益，法律不但追求权利与义务的平衡，更关注权利背后的利益诉求，在某种意义上，法律就是对利益的分配、调整和平衡；道德强调忠义至上，法律则追求效益优先；道德重公益、轻私利，法律则公益与私利并重；道德在义务本位的旗帜下，强调从思想到行为的自律、纯洁和完善，强调对社会、集体和他人的责任，不仅没有采用利导机制关注利益，甚至在特定情况下还鼓励利益的放弃和牺牲。然而，“ 对人们行为的任何规范性调整，如果只与禁止和义务相联系，就不可能是有效的 ”[10]，“ 在一个充满复杂利益的社会里，道德本身的存在是不够的，它本身既无法阻止也无法惩罚破坏它的行为，因此，社会需要出现另外一些规则来弥补这些不足，这些规则可以明确道德规则的内容和范围，可以控制道德规则的发展变化并决定其取舍，可以确定一个权威来裁定纠纷和执行裁决。 ”[11]这个规则就是法律，它以权利为本位，以权利背后的利益为利导机制，关注行为的合法和利益的平衡，权利与义务的规定是双向的和对立统一的。它通过利益导向影响人的意识和行为，缓解社会冲突和矛盾，在市场因素大肆扩张的今天，法律并且只有法律最能适应和调整市场经济的价值规律、利益需求以及生产、分配、交换等，因为“ 社会道德的高水平并不是以人们放弃正当的利益要求来实现的，恰恰相反，许多道德目标的实现是借助于正当利益而实现的。 ”[12]人作为独特的生命个体，有其现实的存在和利益，具有本能追求自身利益的趋向，以不同的价值内容和层次为标准的道德和法律在其共有的调整领域，法律是强制的，而道德是可以选择的和多层次的。由此，思想的混乱与多元、行为的错位与矛盾也就在所难免。

第三，从法与德的实施方式看，道德具有先进与落后、特殊与普通、基本与非基本的层次之分，对人的约束是弹性的，它要求道德，但道德到何种程度与层次并无上限，完全取决于个人道德观念、弹性约束和自我意愿以及特定道德环境。道德规范不象法律那样具体、明确和强制，即便出现了违反某些基本道德的又不为法律所调整的行为，也不能假借公权强制矫正，更不能施以法律制裁，这是道德本身的性质决定的。道德强调利他和奉献，某种情况下甚至倡导和鼓励权利的有风格地放弃，如基于同情而放弃损害赔偿请求，而更高层次道德行为甚至以纯粹的自我利益牺牲为代价。“ 道德标准是在与它们所限制的强烈的感情冲动的对抗中得以维护，并且是以牺牲多个人的利益为代价的…… ”[13]因此，道德本身很难把握利益平衡并公平地解决冲突，反映到主观世界更是见仁见智。而法律追求的是权利与权利之间、权利与义务之间、利益与利益之间的平衡与协调，以公平为目标以利益为手段。故此，法与德不仅在价值层次上，甚至在价值取向上亦存

在一定错位和冲突。在某种意义上，道德的价值层次和文明程度是高于法律的。由于现实中支配人们行为的道德依据、法律依据、利益诉求各不相同，功利选择不同，法与德在实践中的冲突也就难以避免。如公民之间数额较小的借款纠纷，通常以道德调整解决，而不以法律裁判，但如果当事人定要诉诸法律“ 讨个说法 ”亦无不可，此时的法律裁决与道德承让就可能存在矛盾和冲突。

第四，从法与德的实施手段与效果看，道德强制性比较弱，一方面，道德作用的依据的是内心信念、认同、舆论等因素，知道道德才会有德，不知道德则难以养德，道德几乎没有约束力。道德追求的“ 自治 ”和“ 内治 ”，不仅关注外在行为的道德与规范，更追求内心的纯洁与高尚，正因为如此，古人才会把“ 慎独 ”作为自身追求与完善的理想境界。另一方面，道德作用有效发挥更多地依赖于“ 熟人的社会 ”，“ 一个熟人社会以及形成熟人社会的许多社会组织（例如，单位、街道、村落）都实际构成了对人们的不道德、不轨行为的一种下意识的制约；而在从熟人社会向陌生人社会的迅速转型过程中，往往会破坏这些人们从来没有意识到的、然而是有效的约束机制（其中有些破坏甚至是有意识的或必须的）；如果没有或者来不及产生新的有效约束机制来完成功能上的替代，各种败德行为、不轨行为就会急剧增加。 ”[14]因为熟人之中更容易产生责任和制约，陌生的环境则可能导致人对自身行为的放任以及对责任和义务的逃避，法律恰恰是填补这一缺陷的最好方式和机制。首先，法律追求的是“ 外治 ”、“ 他治 ”和“ 强治 ”，其所关注的是一种普遍的现实主义道德目标，关注基本普遍的秩序、安全、公平和效率。因此，在法与德发生冲突时，有时牺牲个案的道德对于整体法治是必要的。其次，法律的实质性道德目标蕴涵于具体法律规范，法治的实施就意味着其所蕴涵的道德目标的一定程度的实现。故此，法律运动形式的完整、规范和理性对法律的实质迈进和道德的积极保障更具特别意义。再次，法律有效作用的范围不仅是“ 熟人社会 ”，而且是“ 陌生人社会 ”，其稳定社会秩序和公平的强制效果远甚于道德。在从传统社会走向现代社会，从计划经济、半计划经济迈向半市场经济、市场经济，在从熟人社会向陌生人社会急剧转轨与演进的过程中，法律具有优先适用和低限保障的价值。

第五、从主体对行为标准的选择看，在法与德的共同调整领域，法与德均提供了一套共存的行为模式和标准或行为指向，但两者之间并非时时统一和协调的，有时甚至是直接冲突的。因此，主体进行价值评判和功利选择时，直接涉及自身权益之取舍、道德境界之完善。一个违法行为的最初动机也许是道德的，比如为救人而偷窃，但行为本身违背了“ 不偷窃 ”之法律义务和守法的基本道德，其实质是成全了一种道德动机而违背、损害甚至牺牲了另一种基本道德，即法律中的道德。违反法律的行为也必然违反主流的基本道德，该行为出发点无论如何善良，亦无法得到法律的肯定和保护，依法必须承担相应后果。对违法行为人而言，存在一个功利选择，如其愿意成全自己的道德动机或道德境界就必须承担违法后果（包括法律制裁和损失）；如不愿承担违法后果，则应放弃所谓的道德行为，法律基于最低限度的秩序、稳定和安全考虑亦不能拒绝对其行为做出裁决。合法行为固然反映和体现了社会最基本的道德要求，却未必得到道德的表彰和推崇，如杀人为法律所禁止，不杀人是公民不作为的法律义务，但我们从未因某人不杀人施以道德表彰，就同一性质的法律和道德而言，道德的进步层次和文明程度高于法律。同时，伴随市场经济发展和社会转型，公民道德呈多元化、多层次发展态势，必然导致道德标准的不确定、难统一，从而引发种种利益和道德纠纷，道德亦难以在自身的范围内寻求明确的“ 说法 ”。对法律的理解和运用固然存在差异和变通，但相对微小和客观，因为法律的标准不仅是统一、明确的，更是强制、理性和程序化的。

最后，从法与德的实施和协调看，法与主流道德均属上层建筑范畴，在 寻求相互协调的运动中，

反映、体现和服务于市场经济乃是其应然之目标，但从实然角度看，两者的发展并不时时同步和协调。善为法的实质追求，而其在何种程度何种范围上体现和实施“善”却是一个不断演进和不断验证的复杂历史过程，某些应为法律确认和保护的“德”，会因各种因素如立法者的法律思维和专业技术、多重主体的利益局限、价值标准的多重考虑、社会问题的严重程度、社会大众的认同接纳程度、立法技术完善程度、社会整体道德水平、物质手段保障等无法进入法律。“理想的体制并不一定最符合某种抽象的正义和公正标准，制度的设计必须考虑人类特性的基本限制：人们易犯错误和易受欺骗的倾向，与公共利益相对的个人利益的力量，与理性相对的激情的力量。”[15]从而为我们今天社会出现的“合法不合理”、“合理不合法”现象提供了最好的注解。法律价值追求和立法技术的不完善、不周全、法律实施中的困难以及其他诸因素，必然导致法律本身出现矛盾、冲突和不协调，造成司法实践的混乱和无序化现象。从本质上讲，这种混乱和无序体现的是法与法所追求的“德”的冲突和错位——在某种程度上，我们可以理解为统治者所追求的两种道德的相互冲突。同时，主流道德与公民实有道德是道德发展的两个阶段——应然与实然，尽管互相影响、渗透和交织，仍然存在较大差距。公民、执法者和司法者的实有道德与行为，常常会以个体或群体、职业或非职业的独特方式进入社会，影响主流道德。在整个社会的汪洋中，各种道德互相冲撞、交融和渗透，从而使法与德的冲突问题更加复杂和迷离。

三、法与德冲突之协调

法与德的冲突和错位既可表现于前者滞后于经济和道德的发展，亦可表现于后者滞后于经济和法律的发展，还可表现于不同法律规则之间的不协调和不同步，在法与德的宏观架构和规范设计中寻求冲突的缓和、协调和一定程度的避免不仅是必要的，而且是可能的。

（一）在道德的基本价值层面推进二者的渗透与互动，使最低层次的道德规范与法律规范的要求获得同一，以法律保障道德，以道德充实法律，二者互相促进，相得益彰。

“法律促进道德建设的实际方式有两种，一是法律确认或吸收道义标准，使之成为法定标准而直接促进道德目标；二是法律借助于自身机制和内在准则，以间接促进道德目标。”[16]前者表现为法与德标准之融合，法律成为强制的道德，但“法律对道德的强制并不意味着法律对道德的取代，在利益关系日呈复杂的社会里，我们无法设想任一社会规范的单独作用，它们只能在社会的综合调整体系里彼此支持、协调作用，况且法律的强制是有限度的。”[17]德异于法的特点之一在于其层次性，富勒曾把道德分为“义务的道德”和“愿望的道德”，义务道德即我们所说的基本道德，它是维系社会运转和发展的最低要求和最基本要求，如不杀人、不抢劫、不强奸、不非法拘禁、诚实信用、不侵犯他人隐私、不损公肥私和损人利己等，它不仅是法律的基础，而且直接表现为具体法律规范。正如博登海默所言“那些被视为是社会交往的基本而必要的道德原则，在一切社会中都被赋予了具有强大力量的强制性质。这些道德原则的约束力的增强，是通过将它们转化为法律规则而实现的。”[18]在此，法与德一脉相承，甚至达到融合，如拾金不昧为基本道德之要求，我国民法将“拾金”规定为“不当得利”，其所形成的是债的关系，不当得利人负有返还“不当得利”之法定义务，而更为严重的不当得利则按刑法第270条规定的侵占罪处理；诚实信用首先就是一个道德原则，为民法所吸收后成为民法基本原则。从实然角度看，基本的德随着社会的发展和文明进步处于动态演进中，在不同历史时期和条件下，其范围和深度也会不同。如随着生活水平和质量的提高，人们环保意识和要求大大增强，必然产生将环境保护的若干要求纳入法律调控范围思想和行为；我国婚姻法修改中增加“夫妻互相忠实”的义务，并在离婚财产分割条款上予以呼应，更体现了立法层面道德法律化倾向；新加坡对乱扔纸片、随地吐痰施

以重罚亦为例证，而在过去该问题则属于道德调整范围。从应然角度看，“ 道德的法律强制是对人的自由的某种限制和剥夺，而人的自由本身是有价值的，所以它就需要证明，即证明是有理的或合适的。 ”[19]这种证明亦即对道德强制的立法限制。道德的法律强制并不如某些人所认为的那样是模糊法律与道德的界限，关键是在何种条件、何种范围以及何种层次上的法律化，单纯而简单地否定法律对道德的吸收和强化既无理论根据，也不符合历史事实与社会发展的要求。“ 古罗马法学家的功绩主要不在于实现所谓的正义公平的观念，而在于创造了一个逻辑严密的形式法律体系……古代的正义要求已经过时，但容纳这些要求的形式得以传世。在此意义上说，中国传统法律的悲剧主要不在其道德的法律化，而在其法律的道德化，在于它形式与内容不分，道德与法律的混同。 ”[20]

将维系社会安定和发展的基本道德纳入法律不是一个泛化和简单化的过程，至少应当满足如下条件：一、从功利上看要利大于弊，并以解决突出社会问题为目标；二，对个人某种自由的限制为公共利益或集体利益所必要；三、该道德要求成为法律能够获得一定程度认同，具有可操作性；四、对个人自由构成的限制和不利小于对其自由的维护与发展；五、科学民主的调查、分析、论证并以正当法律程序为保障。其内容应主要定位于职业道德、社会公德和家庭美德等涉及公共秩序和社会安定领域。如对烟花爆竹的许可、限制和禁止，网络安全的基本规制、自然环境保护和公共卫生方面的基本要求、文化领域的必要规制、公务人员的职业操守，对妇女、儿童、残疾人等弱势群体的特别保护等。特别是在社会公德领域，可结合中国道德传统，借鉴法、德、意、美等国家的一些做法，加强公德方面的直接立法，营造良好的社会环境，在刑事、行政和民事法律规范中对“ 不救助危难行为 ”、“ 逃避与犯罪行为作斗争行为 ”、“ 不报告为危难行为 ”、破坏环境与资源行为以及危害公共利益和他人权益行为等作明确规定，强制治疗冷漠和缺乏社会责任的心态和行为，维护公德和秩序，为弘扬道德风尚提供法律保障。当然，法律不能强迫“ 高尚 ”，这里法律义务和责任的规定并非无条件，其基本前提就是对自身并无大碍，能为而不为，自己举手之劳而对国家、集体和他人可能意味着重大损失。道德规范一旦为法律吸收、蕴涵和确认，就同时兼具法律调整的特征，并获得国家强制保障，而成为能够获得广泛认同和遵守的道德之法，而不被视为对公民自由的损害和抑制。与此同时，也不可避免地会出现某些法律调整对象不再由法律调整而代之以道德调整或社会自治的现象。

（二）在道德的理想价值层面，法不但要鼓励、倡导和确认高尚道德行为，而且在道德实践与法律实施之间建立协调和衔接机制，以提供及时、有效的救济和帮助，使“ 善行 ”有“ 善果 ”，形成对道德风尚的鼓励和支持。

“ 道德所包含的远不是在社会群体的现实实践中道德承认的责任和义务。责任和义务只是道德的基石……在它之外还有超越特定社会共有道德的其他形式的道德……与命令道德责任和义务结构以及规定它们的相对明晰的规则并行，存在某种道德理想。这些理想之实现，不象义务那样被作为理所当然之事，而是被当作值得褒扬的成就。英雄和圣人是做得比义务更多的那些人中的典范。 ”[21]在这些理想的价值层面，法与德具有同质同向性，道德进入法律更带有价值取向和指导方针性质，如见义勇为、尊老爱幼、助人为乐、保护妇女儿童的道德取向、引导推进人类文明和健康生活的道德取向等。它虽然被倡导和号召，但并不为公民确定具体义务，更不具有强制效力。成为法律的理想道德往往表现为宪法中原则性规范、指导性规范和倡导性规范等，对国家机关及具有公权力性质的组织等具有政策指导和行为目标的性质。宪法和法律（通常是宪法）对该部分内容的规定不仅对具体法律规则的制定具有依据和指导意义，而且对道德建设的长期、稳定、有序发展提供了制度保障，以避免把道德建设作为一个短期化或运动化的目标，“ 三天打

鱼，两天晒网 ”。《中华人民共和国宪法》第24条明确规定：“ 国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育，通过在城乡不同范围的群众中制定和执行各种守则、公约，加强社会主义精神文明的建设。国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德，在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育…… ”。宪法从根本法角度确认和宣告该种理想道德的地位、性质和目标，对法律从形式到实质的完善，对道德从应然到实然的跃进无疑具有根本性的意义。当然，宪法的规定尚不具体和全面，更未从操作层面考虑。如虽然规定了思想道德建设为精神文明建设的核心，但宪法并未对精神文明建设的性质、地位、任务、物质保障以及制度化发展作出明确安排，缺乏具体法律制度与之衔接，有关道德文明建设的直接立法几乎是空白，这是道德风气不良和精神文明建设未能制度化的重要原因之一。

理想道德于法律之必要在于：道德是立法的基础并引导着法律进步。这种基础和引导在中国传统社会曾达到登峰造极的地步，以至于德法合一、法德不分，走向极端和反面。“ 道德无所不在，法也就 ‘ 包罗万象 ’，但是对于个人来说，法不但意味着国家的暴力（刑），通常还是耻辱的象征，因为它所惩罚的，总是不道德。 ”[22]但反思中国古代 “ 道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格 ”[23]的思想与行为，并非一无是处，它在一定程度上昭示了某种标本兼治的统治方法，违反法律亦即违反道德，“ 违背了道德的行为，不仅要受到宗法道德观念的谴责和否定，而且常常受到法律的制裁，道德与法律的作用呈现出一体化趋向，共同承担着对封建统治的维护与稳固，中国两千多年的封建社会超稳定结构的形成与起其强大的伦理型法文化具有根深蒂固的内在联系。 ”[24]而在西方，实在法对自然法的追求和实践无非是使实在法具有更加高尚的道德追求，以成就更加广泛的社会基础。因为道德所主张和倡导的，往往成为法律价值追求和目标，道德所否定的大多亦为法律所贬斥。现代法治不仅是一种外在法律制度，更是一种内在价值追求，欲唤起人们知法、守法、尚法之言行，非善法无以达成，而善法之塑就脱离了道德的充实和引导，即成无本之末、无源之水。

在同一个法律关系或法律事实中，难以兼顾法与德两种规范和标准，但在不同法律关系和不同法律规则中兼顾法与德的标准既是可能的，也是必要的。如案例1，作为法律纠纷，裁断纠纷的依据和尺度只能是法律，对见义勇为行为可通过见义勇为权益保障法和制度予以补偿和帮助，以机制保障 “ 善有善报 ”，而不仅是将道德行为的表彰和救助建立在偶然性的社会捐助和个人行为之上。据悉，关于见义勇为行为保护的地方性法规已为数不少，尚无全国性立法和统一的见义勇为基金制度。[25]可以考虑制定《见义勇为行为保护法》并建立全国性见义勇为基金组织，明确见义勇为行为的条件、认定程序、认定主体、救济帮助途径和物质保障等，对实施见义勇为行为而使自身利益受损的人或予以经济援助，或纳入福利照顾对象，或者纳入法律援助范围等，以法律和制度来扶植正气、压制邪气，使人切身感受到国家不仅倡导高尚道德，且有具体的法律和制度为保障和依托，从而激发人们向善、行善、止恶和治恶之言行。

（三）在法与德的实践层面，应严格区分法律与道德的界限，维护法治权威，弘扬道德风尚，尽可能缓解、平衡两者的冲突和矛盾。

首先，在道德领域存在两个特殊的层面，其一，道德与法律交叉部分以外的、没有成为法律的基本道德领域；其二是既不属于基本道德也不属于高尚道德的纯粹个人道德领域。这两者均属道德调整领域，法律无需也不应干预，尤其是后者，该领域的行为虽不为高尚道德和文明健康的生活方式所提倡和表彰，但亦不属违法现象，不管我们如何厌恶与否定它，就其性质而言，仍属个人自由空间甚至个人生活方式的选择问题，不属法律调整范围，更不能施以非法强制或法律制裁。

正如哈特所说“ 不是所有的在特定社会公认的责任和理想之外的道德扩充内容都需要采取社会批评的形式。重要的是要记住，道德有属于私人的方面，这表现为个人对既不必是他与他人共有的、也无需作为他人的（更不用说社会整体的）批评依据的那种道德理想的接受。 ”[26]，道德问题最终需要通过道德自治解决，有时甚至道德本身都不需关注某些纯私人的道德问题，因为它可能仅仅是一个生活情趣、生活习惯等方面的问题，就像“ 黄碟 ”案件中主人公所要做的或许仅仅是一个弥补夫妻性生活常识或追寻好奇的行为，它到底损害了什么？何以值得法律的介入和制裁？公民生活被监控到如此地步？还有什么隐私或自由可言？

法与德的冲突问题首先是立法层面问题，自应在立法层面解决。执法、司法中不宜以道德评判代替法律裁决，案例2、3中反映出来的执法、司法的道德化倾向，混淆了法律与道德的界限，扩大了法律的调整范围。执法者和司法者把个人道德情感上升为法律，以"法律的名义"推行个人道德，施加于他人乃至社会，在法官和行政官员法律素质整体偏低和监督制约不力的背景下，极有可能演化成为行政、司法的专断，导致形式法治与实质法治界限的模糊，这既是对公民自由的干扰和侵害，也是对法治精神和道德本质的背离。法治的演进固然是在形式与实质的互动和转化中进行的，然而，法治的理性是应当体现在自身转化的过程，更应通过严格的程序完成，道德对法律形式的突破也只有限定在法律规定的范围才是正当的合理的。实践中类似问题为数不少，如某些公立大学中规范性文件中规定了相当严厉的道德制裁条款，其严厉程度甚至比《治安管理处罚条例》的制裁有过之无不及，依据所谓的“ 不道德行为 ”行为就可以剥夺学位、开除学籍等（而这些重大权益对其影响几乎是终身性的），实属在道德旗帜下对个人自由和权利的粗暴强制与侵犯。

其次，“ 立法者为了尽量使法律在调整社会关系时具有较大的适应性，便有意采用一些模糊性的条款，让司法者拥有一定幅度的自由裁量权，能够具体问题具体分析、处理。 ”[27]如刑法中的酌定情节和量刑幅度，行政法中的自由裁量，民法中的公序良俗、公共利益条款等，本质上仍属于道德裁量，它既是执法，也是“ 扬 ”德。因此，执法者和司法者道德素养和法律修养如何对行政行为或司法行为的合法与正当至关重要，对公民权益则产生直接影响。但法律的道德裁量并不意味着，道德规范对法律规范的替代，它是在以合法为基本前提下对正当与公平的追求，撇开或规避法律规则的道德裁量只能理解为对法律的蔑视和滥用。至少在当今中国，官员和法官并不具有“ 造法 ”的功能和权利。社会的演进使道德与法律的渗透与制约正在加剧，明晰二者的界限正变得更为迫切和必要，严格、公正的执法和司法正是对该种界限的现实划分和个案裁断，其对公民正确的道德观念和法律观念及其行为具有矫正和导向作用，执法和司法理想后果就是以国家强制力量矫正被扭曲、被模糊的道德和法律，并昭示他人。

再次，在个人的不道德与社会的道德之间，法律可权衡利弊选择社会的道德，对某些行为施以法律保护。立法不能不关注道德，实践中法律判断则应远离道德，因为法律一旦产生就成为某种外在规范，其程序和形式获得了某种独立的价值追求，可以化解法律与道德之间的实质冲突。法官是以其独特的地位、职权和专业思维来裁断社会现实的-----而每个案件都是对社会现实的深刻具体的反映,无论它是真实地还是扭曲地反映。司法判断不仅应当对具体案件做出裁决,而且应当告诉人们什么是法律的理性和要求。这种理性在道德上并非完美无缺，但常常是最有效的和最现实的。王海打假的动机或许不值得推崇，但行为本身于社会并无坏处（无论是法律和道德都是如此），应属法律保护范围，而不必苛求其动机之良善。再如某中学教师购书缺页，为1元钱的交通费诉至法院的案例，道德解决固然迅捷且成本低，却无法了断是非。某些案件虽小，其所反映的问题未必简单，当事人诉诸法律“ 讨个说法 ”，亦无不可。法的调整对象是行为及其背后的社

会关系，只要该行为在法律允许的范围，就不应施加干涉或放弃救济。法律重要，但并非万能，具有法律滞后于社会发展，解决纠纷的成本较高；而道德调整则具有及时、成本低的优点，“有德之人少违法”，守德即是守法，德的要求并无上限，其对法的支持几乎是全方位的。因此，在德与法的冲突和矛盾的现实中，以法律为基准、以道德为进退不失为平息矛盾、缓解冲突的有效途径；某些无法为法律调整的领域，道德调整则直接成为对法治的充实和补充。

总之，在纵横数千年的法与德的矛盾运动中，合理不合法、合法与不合理始终交织其中，问题的解决以及新的问题的不断衍生，在某种意义上就推动着法与德的共同进步。

参考文献：

*张军，（1965—），男，陕西安康人，广西大学法学院副教授，浙江大学法学院博士生，主要研究领域：法理学、宪法学与行政法学。

[1] 严格意义上，法与法律、德与道德是有一定区别的，本文为研究和表述之方便，是在同一个含义上使用法和法律，以及德和道德的。

[2] 资料来源:《南国早报》2000年5月15日。

[3] 参见王利明《民法疑难案例研究》，中国法制出版社2002年8月的第一版，第711页。

[4] 资料来源:《百姓信报》2001年2月6日。

[5] 资料来源《华商报》2002年8月20日。

[6] 转引自 弗里德里希.哈耶克 著：《法律、立法与自由》第一卷第87页，邓正来等 译，中国大百科全书出版社2000年第一版。

[7] 资料来源：中国互联网新闻中心http://www.china.org.cn/chinese

[8] [美]富勒:《法律的道德性》，耶鲁大学出版社1977年版，第7页。

[9] 在中国共产党关于《公民道德建设实施纲要》“积极鼓励一切有利于国家统一、民族团结、经济发展、社会进步的思想道德，大力倡导共产党员和各级干部带头实践社会主义、共产主义道德，引导人们在遵守基本道德规范的基础上，不断追求更高的道德目标。”规定中，也未见任何强制。

[10] [苏] π · C · 雅维茨：《法的一般理论——哲学和社会问题》，朱景文译，辽宁人民出版社1986年版，第105页。

[11] 曹刚:《法律的道德批判》，江西人们出版社2001年第一版,第13页。

[12] 孙笑侠：《法治对待道德的态度和方式》载于《依法治国与精神文明建设》1999年第一版，第262页。

[13] [美]哈特：《法律的概念》，张文显 等 译，中国大百科全书出版社1996年第一版，第170页。

[14] 苏力：《把道德放在社会生活的合适位置》，载于《阅读秩序》，山东教育出版社1999年第一版第50页

[15] [美]斯蒂芬.L.埃尔金、卡罗尔.爱得华.索乌坦 编《新宪政论》第一章 什么是新宪政论（卡罗尔.爱得华.索乌坦），第18页，生活读书新知三联书店1997年8月第一版；

[16] 孙笑侠：《法治对待道德的态度和方式》，载于《依法治国与精神文明建设》第259页。

[17] 曹刚：《法律的道德批判》第98页，江西人民出版社2001年第一版。

[18] [美]博登海默：《法理学－法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版第368页。

[19] 曹刚：《法律的道德批判》，江西人们出版社2001年第一版，第99页。

[20] 梁治平：《法辩》，中国政法大学出版社2002年11月第一版，第265页。

[21] [美]哈特《法律的概念》，张文显等 译，中国大百科全书出版社1996年第一版，第178页。

[22] 梁治平：《法辩》，中国政法大学出版社2002年11月第一版，第294页。

[23] 孔子：《论语.为政》。

[24] 张军：《论道德建设与法制建设的双向趋同》，载于《广西社会科学》1998年第3期。

[25] 资料来源：千龙新闻网2002年11月12日。

[26] [美]哈特：《法律的概念》，张文显 等 译，中国大百科全书出版社1996年第一版，第180页。

[27] 公丕祥 主编《法理学》第十三章：法律调整与道德调整，复旦大学的出版社，2002年9月第一版，第254页。

Abstract

The conflict between law and moral and its Legal Thinking

（Zhangjun, Law School of Guangxi University）

As the basic norm to regulate our society, law and moral conflicts and supplements each other. In practice, moral inclination in regulatory and judicatory process confuses the distinction between law and moral, furthermore, it deviates from the essential requirement of rule of law. So the paper tries to survey on the foundation of this situation, to grasp the social position of law and moral, to alleviate or partly eliminate the conflict between law and moral, which in the end leads to the harmonization and interaction of law and moral.

作者：张军

广西大学法学院副教授 副院长，浙江大学法学院博士生。