Globethics Repository



试论当代中国法律与道德的冲突及其限制[On the conflicts and restraints of Modern Chinese law and morality Conflicts and restraints of law and morality]

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	Journal
Authors	陈, 秀萍
Publisher	南京社会科学
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-13 10:00:00
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/179078

陈秀萍：试论当代中国法律与道德的冲突及其限制

陈秀萍 （河海大学法学院副教授、博士，南京 210098）

【内容提要】改革开放以来，在我国法治建设的进程中，随着法律与道德的分离，法律与道德的冲突也日益凸显出来。一般而言，法律与道德的合理限度内的冲突对社会的发展与变迁有着积极的功能。而一旦法律与道德的冲突显得比较激烈并有可能超过必要的限度时，就可能会对社会的正常发展产生不可忽视的消极影响，甚至可能成为阻力。本文旨在通过对当代中国法律与道德的冲突这一现象及其深层原因进行分析，进而提出限制这一冲突的法律途径，以实现“ 在和谐中的冲突 ”和“ 在冲突中的和谐 ”。

【关 键 词】法律与道德的冲突/形式正义与实质正义/社会转型/良法

作为表达特定社会伦理的法律与道德虽然都以表达与实现伦理为根本目的，但由于各自不同的特征与价值追求使其对人们行为的指导与评价存在着不一致之处，而从历时性的视域中，法律与道德的这种不一致更是不可避免。随着法律与道德的分离与独立，特别是近代中国大量移植西方法律制度以来，其与道德的冲突越来越明显，并有可能成为影响社会道德和法治建设的重要问题。

一、法律与道德的冲突及其功能

作为社会规范的法律与道德之间存在冲突，虽然在人类社会发展进程中是较为普遍的社会现象，在我国更应该是一个值得重视的问题，笔者试图首先借助西方冲突理论来探讨其含义及功能。

1.法律与道德的冲突的含义。冲突(conflict)是一个很常见的社会现象。从语义学上来看，冲突主要有以下几层含义：一指近战时的冲袭、突击；二是指人与人之间的争执和争斗；三是指互相矛盾和不协调。①西文conflict也有以下几种含义：一是战斗或争斗(尤指长期的战争或战斗)；二是(意见、欲望等)相左、抵触或争论。②由此可见，无论是中国还是西方，冲突的最原始的意义就是激烈的斗争。但随着社会的发展，冲突不仅是指激烈的冲突，也指一种分歧与对立状态。结合学者们的研究，笔者认为，现在人们一般在以下两种意义上使用冲突这个词，第一种意义上的冲突是指不同主体之间利益争夺、价值差异等原因所形成的一种对立状态，这种对立状态可能表现为潜在的冲突、也可能表面化为言语的争斗、武力的冲突；第二种意义上的冲突，是指一社会体系或事物内部各组成部分之间的相互矛盾与不协调。

本文所指的冲突显然是第二种意义的冲突。道德和法律的冲突是指在同一社会系统内作

为调整人们行为方式的两种规范在某些时候存在着的不一致或不和谐。这种不和谐一般有以下两种情况：一是指道德与法律分别有自己的价值导向与价值追求，从而形成了各自对人们行为的不同价值导向，比如说，法律要求人们为权利而斗争，而同时道德要求人们与他人相处时要严以律己宽以待人；二是指在对某一具体行为进行评价时因为评价的标准不同而形成道德与法律的不一致。一般说来，在一国范围内，有统一的法律作为人们行为的准则，人们必须遵守法律的规范，但作为一个在特定社会关系中生活的人，他同时还必须接受另一套行为规范——道德的要求，而法律与道德的冲突有时会使一个人无所适从。因为无论是道德还是法律，都意味着对某一行为的肯定或否定、支持或反对、鼓励或抑制的态度与评价。道德与法律发生冲突的前提是这一行为必须属于法律调整的领域和范围，这是道德和法律发生冲突的充分必要条件。尽管道德与法律各有自己的调整范围和领域，但在其基本价值导向上一般都应该是一致的，除非一个社会存在着价值导向完全不同的道德体系和法律体系。

2.法律与道德的冲突与融合：西方冲突理论的启示。③长期以来，人们都认为冲突会导致社会的不和谐，影响社会的稳定，不利于社会的发展。中国古代哲人建立“ 大同社会 ”的理想一直延续至今，于是，对互助、协调的和谐社会的追求成了中国传统文化的特色。西方社会也不例外，古代就有“ 理想国 ”的构想，20世纪40年代中期以后，以帕森斯为代表的结构功能主义，强调社会成员共同持有的价值取向对于维系社会整合、稳定社会秩序的作用，将冲突视作健康社会的“ 病态 ”，努力寻求消除冲突的机制。但直到50年代中、后期，随着第二次世界大战后短暂稳定的消退和冲突现象的普遍增长，人们开始对社会冲突更为关注。科塞从齐美尔“ 冲突是一种社会结合形式 ”的命题出发，提出冲突具有正功能和负功能。在一定条件下，冲突具有保证社会连续性、减少对立两极产生的可能性、防止社会系统的僵化、增强社会组织的适应性和促进社会的整合等正功能。在一个开放的、富有弹性的社会结构中，现实性的冲突④可以使冲突双方的实力对比关系变化得到体现，社会结构通过置换冲突双方在权力关系中的地位，可以实现自我调节，达到渐进式变迁的目的。而在一个僵化的封闭体系中，由于压制冲突而丧失了渐进式变迁的机会；在这类社会结构中，现实性冲突会转化成非现实性冲突，即以宣泄本身为目的的冲突，这类冲突积累到一定程度会给社会结构带来毁灭性的打击。

与其他社会冲突一样，法律与道德的冲突不只是具有负面作用，还有着推动社会发展和促进社会整合的功能。第一，法律与道德的冲突可以促进道德与法律的相对分离与独立。法律与道德的冲突是道德与法律相对分离的重要表现和结果，同时两者之间的冲突还可以使道德与法律进一步分离并相对独立，从而为法律的权威性与至上性准备条件。根据现代冲突理论，“ 冲突有助于建立和维持社会或群体的身份和边界线 ”，“ 与外部群体的冲突可以对群体身份的建立和重新肯定作出贡献，并维持它与周围社会环境的界限 ”。⑤也就是说，人们正是从法律与道德的冲突感觉到两者之间的差别。而人们对道德与法律的差别看得越是清楚，就越是能够理解和接受严格遵守法律的司法审判结果。第二，法律与道德的冲突可以促进道德进步与法律的发展。现代冲突理论认为，冲突倾向于产生支配其自身行为的规则和规范，并约束解决冲突的形式，这样在冲突发生过程中，新规则不断被创造，旧的规则不断被改进。在冲突中，“ 起初是敌意的互动常常导致后来友好的互动，冲突作为检验和了解陌生人的手段。正是所谓的不打不成交。 ”⑥道德与法律也是在冲突中互相融合、互相促进并不断发展。比如说，在法律与道德的冲突中，它一方面促使人们对自己

的道德观念进行思考，从而形成或选择与社会伦理要求相适应的道德体系；另一方面，也使立法者对自己所制定出来的法律的可行性进行反思，以使它们制定出来的法律与特定社会条件下的人们的道德观念相一致，更接近人们的社会生活，并成为能够有效控制社会的“ 活法 ”。第三，当然，笔者认为法律与道德的冲突必须限制在一定的范围和程度之内，并能够使它们之间的融合成为可能。相反，如果在一个社会中法律与道德的冲突超过必要的限度，那将使道德与法律的“ 在和谐中冲突、在冲突中和谐 ”的这一状态遭到破坏，导致道德与法律规范人们行为功能的失效，要么道德在社会生活中显得苍白无力，要么法律的权威性丧失殆尽。

二、当代中国法律与道德的冲突的主要类型与具体表现

1.实质意义上的冲突与形式层面上的冲突。从理论上来说，在一特定社会里，作为人们行为规范的道德和法律应该是一致的，否则人们将无所适从，但现实生活中经常听到“ 合理的不合法，合法的不合理 ”的说法。这句话形象地反映了法律与道德的冲突与矛盾。现实生活中法律与道德冲突一般有实质意义上的冲突与形式层面上的冲突两种类型。

第一，由于道德体系与法律体系的不同价值导向所形成的冲突，这是实质意义上的冲突。一般说来，随着社会生活的变化，道德与法律也会根据自己与社会生活的结合的特有方式不断发生变化。一个国家和地区的特定时期，只有一个以国家名义制定或认可的法律体系，这就是现代法治所要求的法律的统一性。而道德体系却并非如此，除了人们在共同的社会生活实践中形成了与法律体系相一致的占主流地位的道德体系之外，由于人们的不同经历，还可能存在不同于这一主流道德体系的道德观念。而在社会结构发生急剧变化和转型的当代中国，虽然在政府的积极推动下，为了适应建立市场经济体制的要求，国家制定了大量的法律法规，但整个社会结构的转变是一个缓慢的过程，而中国国土辽阔、社会经济发展极不平衡这一事实，又加剧了中国社会结构转型的复杂性和长期性。所以，在这一特殊的社会转型时期，由于道德观念转变相对于政策推动的滞后性，除了与现代法律体系相适应的道德体系之外，还存在着其他如传统道德、后现代道德等。这些道德体系与现代法律体系对人们的行为进行评价的标准是不一样的。这种不一样的标准必然会对人们的同一行为有着赞成或反对、肯定或否定等不同的评价，从而形成法律与道德的冲突。事实上，人们的实践行动都是有意识的，如果人们不能处理好这一特殊时期法律与道德的冲突这一问题，那么它必将极大地影响社会结构的转型和社会发展进程，影响着我国法治建设的进程。特别在中国社会结构发生急剧变化和转型的当代，它主要表现为体现自然农业社会的、道德与法律不分的传统与现代社会市场经济社会道德与法律的相对分离的要求的冲突。

第二，由于法律与道德调整方式的不同要求而形成的冲突，笔者姑且称之为“ 形式层面上的冲突 ”。这是指在一个相对稳定发展的时期里，虽然从总体上来看，道德体系与法律体系是一致的，都是特定社会的伦理要求的反映，但是因为这两种行为规范的独特性，使得两者呈现出不同的具体内容与特征。笔者认为，由此所造成的法律与道德冲突并不是实质意义和根本意义上的，而只是形式上的和表象上的，因为它们毕竟有着共同的分母——特定社会的伦理现实。这种意义上的法律与道德的冲突具体包括以下几个方面：第一，反映和表达社会伦理的真实性程度不同而引起的冲突，即法律和道德在概括和反映社会生活条件时准确性程度不同而引起的冲突。虽然法律的内容是特定社会伦理要求的反映，立法

者不能随心所欲地创制法律，但在现实性上，由于立法者对社会物质生活条件的认识、对立法规律的认识和运用以及立法技术、文化传统等诸多因素的影响，法律的内容并不具有天然的合理性。而道德常常是人们在共同的、长期的社会生活实践形成的共识，但同时它具有明显的地方性特征和主观性特征，与每个个体的生活经验密切相关。所以其在反映社会生活的准确性上必然受到限制。第二，道德的理想性与法律的现实性特征所形成的冲突。道德追求理想和高尚的社会正义，体现着社会公众对美好生活的向往。法律可以也应当成为公民普遍遵守的道德义务，高尚的道德却不能也不应成为公民普遍的法律义务。法律追求经过提炼后的社会正义，是最低的道德标准，目的在于维系整个社会的秩序稳定和安全。所以，法律是面向现实的，现实社会关系的法律化、制度化，是法律建设的不变的追求，法律总要亦步亦趋地紧跟现实。现实生活中，当社会条件发生变化时法律往往是从为了解决问题而制定出与已有道德观念不符的法律。第三，法律的程序性要求与道德的实质性要求之冲突。一般而言，法律有明确规范，严格的程序要求。合法的行为有实体和程序两方面的规定。不管是实体违法还是程序违法都是违法行为。道德只是实体性规范，不存在程序性要求。如果某一行为既符合道德规范，又符合法律实体规范，但不符合法律程序性规范，这一不合法的行为却因道德评价注重动机、结果而在道德上作出肯定性的评价，从而与法律评价相冲突的。第四，法律的形式性、确定性要求与道德的实质性、原则性要求之间冲突。对此，笔者将在后文中有详细的论述。另外，法律还有技术上、时效上的规定，当道德评价与这些方面的规定不一致时，也会导致冲突的发生。

2.当代中国法律与道德的冲突的现实表现。近代以来，特别是改革开放以来，我国法律与道德的冲突日益凸现，其在社会生活中主要表现为“合理不合法”行为和“合法不合理”行为的存在。⑦就“合理不合法”的行为而言，其在现实生活中主要有以下几类：(1)“大义灭亲”类。在中国古代，“大义灭亲”是指为了维护正义，对犯罪的亲属不徇私情。现在一般是指为了社会或他人的利益，即所谓的“义”，而将自己的亲人提交给法律制裁或自己对其实行“制裁”。⑧但这里的“大义灭亲”是指后一种情况，这种情况往往是符合道德的，但是不符合法律的要求，因此要受到法律的制裁。比如说，江苏泰兴市张桥镇常巷村村民伏继祥因患无法救治的脑瘤而导致其性情大变，经常在村里酗酒闹事，调戏妇女，甚至多次伺机强奸自己的母亲，成了村里的“公害”。其父母伏余良、丁玉南夫妇觉得留着儿子无论对村里还是家庭都后患无穷，便将其推入河中使其溺水而死。⑨(2)自力救济失当类。这种情况往往是指人们因为根据法律途径，无法快速而有效地实现自己的权利或者根本没法实现自己的权利而采取违反法律的自力救济的方式来实现。比如，广东中山市34岁的林某因不满其父的赌博、打骂自己及亲人以及磨刀欲杀自己与姐姐的行为，便在两人又一次发生口角之后，将其父亲按倒在地，用枕头死死捂住他的脸，致使其父窒息而死。⑩(3)“为民除害”类。为民除害在道德上应该是值得赞扬的行为，既包括合法行为，也包括违法行为，但这里主要是指违法行为，即人们未经法律许可而对危害社会和他人利益的人私自进行处罚。有这样一个案例：30多岁的李某是凉水泉村8组村民，曾多次敲诈勒索、盗窃，害得村里人家家傍晚闭户不出。李因吸毒曾多次被公安机关抓获。在当地办庙会的那一天，李过来找庙会主持者说要“弄点钱吸烟”。因为此次活动属村民集资，其要求遭到拒绝。随后，李手持菜刀找村干部算账，被激怒的村民们围在街道上，用木棒、石块、砖块等“教训”李，一时间，三四百村民男女老少，甚至连行人也开始动手，李当场被打死。(11)(4)利他动机违法类。这一类行为是指当人们处于选择符合法律的

行为与符合道德行为两难的特定情形下，因为选择了符合他人和社会利益的道德行为而违反了法律。比如，2005年6月16日，一个叫阮怀莲的孕妇在昆明东川区人民医院临产，因大出血急需输血急救。因医院恰巧AB型血不足，在向社会紧急求助未果后，该院医生卢新华主动献血急救病人。考虑到东川区距昆明来回需5、6小时路程，恐向昆明市血液中心求助耽误对患者的抢救，在报请东川区卫生局备案后，东川区人民医院用卢新华医生捐献的200CC血液，挽救了阮女士的母婴两命。但根据《中华人民共和国义务献血法》，这一行为属于非法自供血液，所以被相关机关处以罚没非法收入和罚款共13360元。(12)当然，除此之外，还存在着许多为了规避法律类的“ 合理不合法 ”行为，但这里的“ 合理 ”显然不是符合一定的道德，而是指符合一定成本——收益分析的利益最大化追求。所以，笔者不认为它是法律与道德的冲突。

而现实生活中的“ 合法不合理 ”行为主要有：(1)对“ 合理不合法 ”的行为的法律处理。一般而言，法律与道德的冲突主要表现为“ 合理不合法 ”的行为的大量存在。如果对这些行为严格依照法律的规定处理，那么这种处理行为又成为“ 合法不合理 ”的行为。比如说，《武汉晨报》报道说，有一位“ 的嫂 ”在武昌火车站为了替一位怀孕7个多月的孕妇取行李，在禁停区停了不到2分钟，结果受到交警扣分罚款的处罚。尽管“ 的嫂 ”苦苦辩解，周围群众也帮忙求情，但交警不为所动。为此在场的群众议论纷纷，大家认为“ 的嫂 ”是为了做好事才违章，且违章时间不长，又没造成交通堵塞，交警应该适当通融一下。但法律界人士一般认为交警对“ 的嫂 ”的处罚完全正确。(13)(2)现实生活中还有“ 钻法律空子 ”的、但明显违背道德的行为。这一类行为是由于法律的不健全所造成的，而当事人正是利用了法律调整的空白与漏洞和“ 法不禁止即自由原则 ”而导致了法律与道德的冲突。

三、当代中国法律与道德的冲突的主要原因分析

1.法律与道德冲突的理论逻辑：形式正义与实质正义。正义是任何时代人类必不可少的追求，也是任何一个社会的基本伦理理念，它一般是通过法律与道德对人们行为的规范来得以实现。一般认为正义至少包括以下两个含义，即相同情况相同对待和不同情况区别对待。然而，在确定情况下，人们将之判断为相同情况还是不同情况的标准可能是不一样的。正如当代最著名的法学家哈特所说：“ 正义观念的结构是相当复杂的。我们可以说它有两部分组成：(1)一致的或不变的特征，概括在‘ 同类情况同样对待 ’的箴言中；(2)流动的或可变的标准，就任何既定的目标来说，它们是在确定有关情况是相同或不同时所使用的标准。 ”(14)就是对确定某一情况到底是相同情况或不同情况时，作为实现正义的重要途径的法律与道德表现出了各自不同的侧重点。法律一般更容易将其归结为相同情况从而实现形式上的正义，而道德却侧重于将其归结为不同情况应该作出区别于法律规则的价值判断，从而实现实质上的正义。形式正义应该是以实质正义为其目的，但形式正义本身的独立性和特征，使它可能背离实质正义的要求，出现以下两种情况：第一，体现普遍规则的抽象正义可能导致具体正义得不到实现。比如，就湖南临湘市原副市长余斌将受贿得来的15万多元用于解决下属乡镇学校等实际资金困难问题这一案件来说，假如余斌真的只想用通过受贿的方式来解决老百姓的实际问题，那么如果将其与只想将受贿款占为己有的其他受贿人员一样按照刑法规定定罪量刑，显然会使许多人觉得不符合实质正义之要求。但若就此原因不将其定罪量刑，那么，就可能使受贿行为因各种理由而合法化，这将造成更大的不公正。正是因为法律只能涉及表现在外的行为及其直接目的，所以其常常因为特殊

个案的复杂性而不可能使每个案件都能符合实质正义的要求。第二，体现法律形式正义要求的程序正义可能会导致实体正义的不能实现。比如，如果某人杀人但销毁了所有的证据，那么法庭必将因为证据不足而宣告无罪，这不仅会使实体正义即被害人的权利难以实现，从而一定程度上影响社会的安全与秩序。当然我们并不能因为实体正义不能实现这一原因而将其判处刑罚。因为法院的判决是具有普遍意义的，如果“ 疑罪从有 ”，那将会导致法官的主观臆断，就会有更多无辜的“ 佘祥林 ”受到不公正的遭遇。事实上，只要法律的规定能保证大多数案件能够公正地得到解决就行了。

法律与道德的冲突的形成原因不仅因为理论上形式正义对实质正义的背离，还在于道德对实质正义的背离和法律对形式正义的背离。第一，道德的个体性特征使得其可能与实质正义的要求并不一致。尽管从理论上来说，人们可以通过交往理性和商谈程序(15)来获得体现实质正义的道德共识，但并非所有的人都能够参加这一程序并达成一致意见。即使所有的人都参加了这一程序并达成了共识，但也并非所有的人在所有的时候都能够按照实质正义的要求去行为。因为当道德共识转化为人们个体的行为时，独特而自利的个体常常会因为自己对利益的追求，而有意无意地将人们普遍接受的道德共识附加了自己的含义，从而使得作为个体行为规范的道德与体现实质正义的道德共识产生一定的距离。所以，当表现为应有社会关系体系的伦理或实质正义成为社会个体的道德观念的时候，必然会或多或少地带有个体性的特征，从而与实质正义产生一定的距离，这一距离又可能加大了它与形式正义和法律的距离。第二，在现代社会里，作为一个国家的实在法的法律，无论是从产生来看，还是从适用来看，主观意志性还是其重要特征之一。从立法上来看，现代社会中成文法在各个国家法律中所占的比例越来越大，甚至是全部。这样，立法者的主观意志和主观能力，如性格特点、生活环境、阅历、生活经验、受教育状况等无不影响着其价值和观念，从而影响着他所制定出来的法律。从法律的适用上来看，现代生活越来越复杂，成文法的局限也越来越明显，法官的主观意志对法律的意义也更为重要。特别是对中国法官而言，他的有限理性也使其很难通过自己的适用法律的行为来使人们感觉到法律是普遍平等的。比如说，1998年，被号称为打假“ 三剑客 ”之一的葛锐，分别在郑州市管城区、邙山区和中原区的药店购买了200多元钱的同一种假药，然后分别向三家法院提起诉讼，结果三家法院给出了三种不同的判决。(16)

2.法律与道德冲突的深层起因：社会转型中价值文化冲突。一般而言，任何一个社会在其发展进程中，人们的观念也会随着社会的渐进变迁而不断变化，与之相适应，社会生活中的法律与道德也在相互影响中不断发展并互相促进。法律与道德的冲突促进了道德的进步与法律的发展。社会变迁常常需要与之相适应的法律和道德，但法律与道德的发展并不是同步的，道德观念的转变往往因其需要深入人的内心而有时会滞后于社会的发展和法律的要求，在新的道德观念没有确立时，法律的规定往往影响着人们的新的道德观念的形成。当然这种影响并不是决定性的影响，因为法律的规定本身也需要反思。人们正是通过对社会生活和法律规定的理解、反思才形成了新的道德。当然，这种新的道德并不一定能成为法律合理性的基础。这种道德本身也是需要反思的，而法律也在其与社会生活的磨合中和人们对道德的反思中不断地得到修正和完善。而道德的进步和法律的发展正是在人类对自己的生存方式和生活状态的无数次的反思中进行的，而且这一过程是永远止境的。

但当代中国所发生的社会结构的转变，在其运作过程的启动上，是由政府发动的。在这一过程中，国家和政府对整个社会的发展进程的影响非常之大，其对西方法律的大量移植

使得当代中国社会法律与道德的冲突更为明显，因为西方法律所承载的价值追求和文化理念与中国传统文化是完全不同的。正是社会转型过程中的价值文化冲突成了当代中国法律与道德冲突的深层原因。

第一，集体主义与个人本位的冲突。改革开放以来，“ 国家的事再小也是大事，个人的事再大也是小事 ” 的集体主义原则不断受到利己主义和个人主义的冲击。人们开始修正原有集体主义原则中过分强调集体利益而忽视个人利益的内涵，但随着改革的深入和市场经济体制的逐步建立，中国传统文化中的国家主义传统及其对社会公共利益的强调使得道德领域中的集体主义还是显得与商品经济、市场经济的发展而导致的对个人利益的看重的社会生活事实显得格格不入。而作为中国现代化建设样本的近现代西方社会，以对个体权利的重视为特征的个人主义一直是其主流。虽然在思想领域出现了对西方自由主义进行批判的、以“ 社会本位 ” 为特征的社群主义，他们重视并强调切实存在的社会公共利益，但他们始终认为任何一种对公共利益的强调，都有可能导致极权主义的危险。而在中国的现代化进程中，与市场经济的发展与要求相适应的以个体本位为特征的西方个人主义与中国传统文化与道德观念始终存在着矛盾与冲突。这是因为“ 在个人主义下，一方面是平等观念，指在同一团体中的各分子的地位相等，个人不能侵犯大家的权利；一方面是宪法观念，指团体不能抹杀个人，只能在个人们所愿意交出的一分权利上控制个人。这些观念必须先假定了团体的存在。在我们中国传统思想里是没有这一套的，因为我们所有的是自我主义，一切价值是以‘ 己 ’ 作为中心的主义。 ” (17)

第二，人情与法律的冲突。无论是在中国古代社会，还是在当今社会，作为情理的代名词的“ 人情 ” 都具有重要的意义。就现代而言，从理论上说，法律也应该反映人情、体现人情。因为，立法者在制定法律规范的时候总要依据自己直接或间接的经验，无论是直接的、还是间接的经验都离不开他所生活的社会条件。法律的产生是这样，法律的发展、变化也不例外。而作为社会互动和交往方式的人情，必然与特定社会的风俗习惯、心理传统、思维方式等密切联系，甚至在某种程度上就是它们在人们社会活动中的表现。相反，如果法律与人情完全背离，那将意味着法律的虚置或者赤裸裸的暴力。历史和现实都证明了试图用强制性的法律手段去改变人们的价值观念和行为方式，终将导致法律的无效。同时，法律一旦产生，就体现为以语言为载体的法律条文和规则，具有了相对的独立性与客观性。这与人情的相对灵活性特征相较，又使得两者在现实生活上的紧张成为必然。一方面，代表国家来制定法律的立法者有着自己独立的思维方式、独立的价值观念，甚至，他们也不能免俗，有着自己独立的利益追求。因此他们制定出来的法律规范是不可能完全体现人情的。另一方面，法律的制定主要是对先前经验的总结，只有有限的超前性，它的固化性特征使它对不断变动的社会生活缺乏应变能力而不能很好地解决纠纷。而人情作为一种观念或习惯，也会体现为人们面对现实生活形成的一种生活智慧和生活常识，它的弹性和灵活性特征使它对社会生活中出现的新问题有着独特的解决方法。而作为中国法治建设的样本的西方法治则要求我们按照具体的法律规则作出裁判，而不是去关心具体案情及法律事实背后的凄美故事，哪怕这样严格的法条主义所得到的裁判结果可能导致实质上的不公正，这与中国人强调在千差万别的具体案件中实现人情或大众道德正好相反。

第三，“ 官本位 ” 与权利本位的冲突。在中国传统社会，社会一直消融于国家之中，表现为“ 官本位 ” 的权力本位一直是中国传统政治文化的主要内容。权力本位是指国家或政府的权力至高无上，其运行在理论上不受任何约束；法律、道德和其它规则一样，只是权力

运行的手段，附属于权力，其职能也极为狭窄。而人治就是权力本位的必然逻辑。因为权力必须由一定的主体(特定的人)来实现，特定的人可以是某一个人，也可以是由多个人组成的某一集体或组织(因其拥有了权力一般称为政治机关或机构)，无论是一个人行使还是多个人共同行使，只要权力没有约束，那就意味彻底人治。即使是多个人共同掌握权力，他们之间不可能形成牵制和监督，很可能会为了共同的利益而互相合作。当然为了实现有效的统治，他们可能会采取一些有效的措施，比如说“ 德治 ”，但这并不能改变人治的现状。而权利本位则是近代以来西方法律的基本精神，也是现代法治的基本要求，它意味着社会成员皆为权利的平等主体；在权利与义务的关系上，权利是目的、是第一性的，是义务存在的依据和意义；在权利和权力的关系上，公民、法人、团体等权利主体的权利是国家政治权力配置和运作的目的和界限，即国家政治权力的配置和运作，只有为了保障主体权利的实现，协调权利之间的冲突，制止权利之间的互相侵犯，维护权利平衡，才是合法的和正当的；权利主体在行使其权利的过程中，只受法律所规定的限制，而确定这种限制的唯一目的在于保证对其他主体的权利给以应有的同样的承认、尊重和保护，以创造一个尽可能使所有主体的权利都得以实现的自由而公平的法律秩序。(18)

四、对当代中国法律与道德冲突的限制

一般而言，社会生活的渐进变迁也会带来道德和法律的变化。这是法律发展与道德进步的正常状态。正如前文所述，这种正常状态下的冲突既促进了法律与道德自身的发展，也推动着社会的进步，但这种冲突必须是在一定的限度和范围之内的冲突，否则它将不利于整个社会的发展。正如德国社会学家齐美尔所认为的那样：“ 在某一社会系统中，内部冲突越不激烈，冲突对社会系统的整合越有作用。 ”(19)这就是说，在同一社会系统内，如果法律与道德的冲突过大，就可能失去其本应该具有的社会整合功能。“ 如果法律的标准与民众的道德标准存在一定差距，民众固然可以适度修正自己的道德标准；然而，如果二者落差过大，就会加剧法律与社会的冲突和隔阂，使法律规避行为增加，最终损害法制的权威。 ”(20)由于在我国近百年来社会发生了急剧的变化，特别是从西方移植过来的法律体系与中国传统文化及道德观念都有着根本的不同。这使得我们国家的法律与道德的冲突成为一个更加值得重视的问题。我们应该转变道德观念还是应该完善法律制度？笔者以为，对法律与伦理关系的深刻认识和特定社会伦理生活的关注和伦理精神的挖掘是解决这一问题的关键。

1.立法之伦理：良法的制定。在立法过程中，应以制定良法为目标。所谓良法乃应是符合人类本性的法律，即所谓人道的法律。它要求法律的精神必须体现把人作为目的，而不是作为手段，充分地尊重人的价值与尊严。

第一，社会基本制度和结构的设定必须符合基本的、普遍的人性规则。罗尔斯在其正义原则的形成中对“ 原初状态 ”中的“ 无知之幕 ”的设定有意识地排除了人的特殊性，滤出的普遍人性(21)，使我们对法律的规定与最基本的人性之间的关系的理解具有重要意义。在他看来，人是自利的，但对同类的他人也是同情的。

第二，公民的基本政治自由应该得以保证。即“ 每一个人对于一种平等的基本自由之恰当体制都拥有相同的不可剥夺的权利，而这种体制同所有人的同样的自由体制是相容的。 ”(22)每个公民应该有基本的政治自由，如思想自由或者言论自由等，这是保证一国公民具有创造力、一个社会保持活力并不断进步的重要条件。

行为与符合道德行为两难的特定情形下，因为选择了符合他人和社会利益的道德行为而违反了法律。比如，2005年6月16日，一个叫阮怀莲的孕妇在昆明东川区人民医院临产，因大出血急需输血急救。因医院恰巧AB型血不足，在向社会紧急求助未果后，该院医生卢新华主动献血急救病人。考虑到东川区距昆明来回需5、6小时路程，恐向昆明市血液中心求助耽误对患者的抢救，在报请东川区卫生局备案后，东川区人民医院用卢新华医生捐献的200CC血液，挽救了阮女士的母婴两命。但根据《中华人民共和国义务献血法》，这一行为属于非法自供血液，所以被相关机关处以罚没非法收入和罚款共13360元。(12)当然，除此之外，还存在着许多为了规避法律类的“ 合理不合法 ”行为，但这里的“ 合理 ”显然不是符合一定的道德，而是指符合一定成本——收益分析的利益最大化追求。所以，笔者不认为它是法律与道德的冲突。

而现实生活中的“ 合法不合理 ”行为主要有：(1)对“ 合理不合法 ”的行为的法律处理。一般而言，法律与道德的冲突主要表现为“ 合理不合法 ”的行为的大量存在。如果对这些行为严格依照法律的规定处理，那么这种处理行为又成为“ 合法不合理 ”的行为。比如说，《武汉晨报》报道说，有一位“ 的嫂 ”在武昌火车站为了替一位怀孕7个多月的孕妇取行李，在禁停区停了不到2分钟，结果受到交警扣分罚款的处罚。尽管“ 的嫂 ”苦苦辩解，周围群众也帮忙求情，但交警不为所动。为此在场的群众议论纷纷，大家认为“ 的嫂 ”是为了做好事才违章，且违章时间不长，又没造成交通堵塞，交警应该适当通融一下。但法律界人士一般认为交警对“ 的嫂 ”的处罚完全正确。(13)(2)现实生活中还有“ 钻法律空子 ”的、但明显违背道德的行为。这一类行为是由于法律的不健全所造成的，而当事人正是利用了法律调整的空白与漏洞和“ 法不禁止即自由原则 ”而导致了法律与道德的冲突。

三、当代中国法律与道德的冲突的主要原因分析

1.法律与道德冲突的理论逻辑：形式正义与实质正义。正义是任何时代人类必不可少的追求，也是任何一个社会的基本伦理理念，它一般是通过法律与道德对人们行为的规范来得以实现。一般认为正义至少包括以下两个含义，即相同情况相同对待和不同情况区别对待。然而，在确定情况下，人们将之判断为相同情况还是不同情况的标准可能是不一样的。正如当代最著名的法学家哈特所说：“ 正义观念的结构是相当复杂的。我们可以说它有两部分组成：(1)一致的或不变的特征，概括在‘ 同类情况同样对待 ’的箴言中；(2)流动的或可变的标准，就任何既定的目标来说，它们是在确定有关情况是相同或不同时所使用的标准。 ”(14)就是对确定某一情况到底是相同情况或不同情况时，作为实现正义的重要途径的法律与道德表现出了各自不同的侧重点。法律一般更容易将其归结为相同情况从而实现形式上的正义，而道德却侧重于将其归结为不同情况应该作出区别于法律规则的价值判断，从而实现实质上的正义。形式正义应该是以实质正义为其目的，但形式正义本身的独立性和特征，使它可能背离实质正义的要求，出现以下两种情况：第一，体现普遍规则的抽象正义可能导致具体正义得不到实现。比如，就湖南临湘市原副市长余斌将受贿得来的15万多元用于解决下属乡镇学校等实际资金困难问题这一案件来说，假如余斌真的只想用通过受贿的方式来解决老百姓的实际问题，那么如果将其与只想将受贿款占为己有的其他受贿人员一样按照刑法规定定罪量刑，显然会使许多人觉得不符合实质正义之要求。但若就此原因不将其定罪量刑，那么，就可能使受贿行为因各种理由而合法化，这将造成更大的不公正。正是因为法律只能涉及表现在外的行为及其直接目的，所以其常常因为特殊

②《英汉大辞典》，世纪出版集团、上海译文出版社1989年版，第657页。

③尽管西方冲突理论所指的冲突主要是指作为不同主体的个人或群体之间利益冲突，这与本文所论述的法律与道德的冲突是在不同的意义上使用的，但笔者认为，就"冲突是指不同的人或不同的事物之间的矛盾与不和谐"这一含义而言，其理论对本文所要论述的法律与道德的冲突也有着重要的启发与借鉴意义。

④科塞将社会冲突分为现实性冲突与非现实性冲突，并且认为，群体冲突是因现实问题而发(即为了达到某种具体目的)，则有可能达成解决问题的折中方案，因此，冲突的强度就越小。例如，下岗工人问题，就是现实问题，只要解决了再就业和吃饭问题，矛盾就会得到很快解决。相反，若群体冲突是因非现实问题而发，则冲突介入的情感越强，冲突的强度也就越大。非现实问题包括终极价值、信仰、意识形态以及阶级利益等。例如，民族分裂问题、宗教问题等，都是非现实的问题，一旦发生冲突，将是激烈的，持久的。参见何星亮：《中西治学目的之差异》，载《思想战线》2002年第5期。

⑤⑥[美]科塞：《社会冲突的功能》，孙立平译，华夏出版社1989年版，第23页，第118-119页。

⑦这里的“理”是主要是指“情理”。

⑧为此，也有人将“大义灭亲”归为两个模式，第一个模式是，自己的亲属犯了法，主人公“大义灭亲”，或检举揭发或指证犯罪。第二个模式是儿子不争气，老子恨铁不成钢，越来越寒心，终于忍无可忍把儿子“咔嚓”了。在媒体看来，这两种“大义灭亲”是不同的，前者代表了“普通民众法律意识的提高”，后者则代表了一种非理性的暴力，是一种“原始正义”。参见吴丹红：《“大义灭亲”文化与法律思维》，载http://www.jcrb.com/n3/by2/ca390757.htm，2007年3月20日访问。

⑨陈军：《法律不认“大义灭亲”》，载http://news.xinhuanet.com/1egal/2004-05/12/content-1465070.htm，2006年6月12日访问。

⑩参见刘康杰等：《500元赡养费酿家庭惨案父亲遭亲儿残杀》，载http://news.china.com/zh-cn/social/1007/20020614/1 1273639.html，2007年4月16日访问。

(11)参见陶澜、贾桂茹：《自发“为民除害”有罪？无罪？》，载http://www.npcnews.com.cn/gb/paper8/10/class000800002/hwz204116.htm，2005年10月27日访问。

(12)张枫、周海芬：《“采血救命”受罚的双重忧虑》，载http://www.yndaily.com/html/20050930/news-87-533246.html，2006年6月4日访问。

(13)断翅的精灵：《道德与法律你如何选择》，载http：//club.yule.sohu.com/r-elite-4467-0-1-0.html，2006年5月2日访问。

(14)[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第158页。

(15)哈贝马斯认为,人们可以在理想的情境中,通过社会交往活动达成和获得正义的道德命令。参见Habermas. Jurgen，Moral Consciousness and Communicative Action. Translated by Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen, Mass. MIT press，1993，pp.65-66；[德]哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社1993年版，第2页。

(16)涂晓、张旗：《“先例判决”挑战“合法的不公”》，载http://www.snweb.com/gb/people-daily/2002/09/11/k0911001.htm，2005年7月2日访问。

(17)费孝通：《乡土中国·生育制度》，北京大学出版社1998年版，第28页。

(18)参见张文显、于宁：《当代中国法哲学研究范式的转换：从阶级斗争范式到权利本位范式》，《载中国法学》2001年第1期。

(19)参见何星亮：《中西治学目的之差异》，载《思想战线》2002年第5期。

(20)范愉：《法律怎样被信仰》，载许章润编：《法律信仰》，广西人民出版社2003年版，第145页。

(21)虽然罗尔斯因为这一设定的非可行性与现实性而遭到很多人的批评，但这一设定不仅对理论研究来说是必要的，也会使我们对自古希腊以来的西方社会对人性的理解有更深的认识。

(22)(23)John Rawls, Justice as Fairness, The Belknap press of Harvard University press, 2001, p. 42.

(24)参见[英]米尔恩：《人的权利与人的多样性》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年版，第155-156页。

(25)叶一娇、程三娟：《面对道德与法律的冲突》，载http://www.yndaily.com/html/20050930/news-87-533198.html，2006年5月2日访问。

(26)帕尔玛知道祖父已立下遗嘱将其定为遗嘱继承人，且知他将获得大笔遗产。但是，由于担心新近重新结婚的祖父可能改变遗嘱，帕尔玛便将其毒死。不久东窗事发，帕尔玛被判有期徒刑。于是，死者的两个女儿便提起诉讼，要求遗嘱执行人将遗产交给她们而非帕尔玛。她们认为，帕尔玛因遗产而谋杀被继承人，法律当然不能允许其继承遗产。参见[美]德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第14页。

/