



光明学术文库
GUANGMING ACADEMIC SERIES



肖小芳 / 著

道德与法律

——哈特、德沃金与哈贝马斯对法律正当性的
三种论证模式

MORALITY AND LAW

THE THREE JUSTIFICATION MODELS OF HART, DWORIN
AND HABERMAS ON THE LEGITIMACY OF LAW



当代浙江学术文丛

光明日报出版社

THE UNIVERSITY OF CHINA PRESS

UNIVERSITY OF CHINA PRESS

道德与法律

—— 论法律与道德的关系 ——
MORALITY AND LAW

MORALITY AND LAW

THE UNIVERSITY OF CHINA PRESS

UNIVERSITY OF CHINA PRESS

2008

2008

2008

2008

2008

2008

2008

2008

UNIVERSITY OF CHINA PRESS



光明学术文库
GUANGMING ACADEMIC SERIES

肖小芳 / 著

道德与法律

——哈特、德沃金与哈贝马斯对法律正当性的
三种论证模式



MORALITY AND LAW

THE THREE JUSTIFICATION MODELS OF HART, DWORKIN
AND HABERMAS ON THE LEGITIMACY OF LAW

当代浙江学术文丛

光明日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

道德与法律: 哈特、德沃金与哈贝马斯对法律正当性的三种论证模式 / 肖小芳著. —北京: 光明日报出版社, 2011. 11

(光明学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5112 - 1816 - 2

I. ①道… II. ①肖… III. ①道德—关系—法律—研究 IV. ①B82 - 051

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 223343 号

道德与法律

——哈特、德沃金与哈贝马斯对法律正当性的三种论证模式

著 者: 肖小芳

出版人: 朱 庆

责任编辑: 佟翠玲

责任校对: 傅泉泽

封面设计: 小宝工作室

责任印制: 曹 净

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市东城区(原崇文区)珠市口东大街5号, 100062

电 话: 010 - 67078248(咨询), 67078945(发行), 67078235(邮购)

传 真: 010 - 67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E - mail: gmchs@gmw.cn tongcuiling@gmw.cn

法律顾问: 北京市洪范广住律师事务所徐波律师

印 刷: 北京联兴盛业印刷股份有限公司

装 订: 北京联兴盛业印刷股份有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社联系调换

开 本: 690 × 975 1/16

字 数: 325 千字

印 张: 18.25

版 次: 2011 年 11 月第 1 版

印 次: 2011 年 11 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5112 - 1816 - 2

定 价: 48.80 元

本书为 2010 年教育部人文社会科学研究项目《道德与法律——哈特、德沃金与哈贝马斯对法律正当性的三种论证模式》(项目编号: 10YJC720050)的研究成果

2010 年浙江省社科联省级社会科学学术著

作出版资金资助项目

(项目编号:2010CBQ05)

《光明学术文库·当代浙江学术文丛》

编 委 会

主 任：陈 荣 蒋承勇

副主任：何一峰 邵 清 周鹤鸣

编委会办公室

主 任：何一峰

成 员：刘 东 黄 荻 周 全



《光明学术文库·当代浙江学术文丛》

总 序

浙江省社会科学界联合会党组书记 陈 荣

有人说，谁能将中国近三十年来的发展奇迹阐释清楚，谁就能得诺贝尔奖。改革开放三十年来，在党的路线、方针、政策的指引下，浙江人民发扬了与时俱进的“浙江精神”，在经济社会发展各方面创造了历史性的辉煌，走出了一条富有时代特征、中国特色、浙江特点的发展道路，使浙江成为中国市场经济、县域经济都十分发达的省份。当前在省委省政府的领导下，浙江社会各界高举中国特色社会主义伟大旗帜，以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，深入贯彻落实科学发展观，全面实施“创业富民、创新强省”总战略，继续解放思想，深化改革开放，加快全面建设惠及全省人民的小康社会。浙江改革开放和经济社会发展的生动实践，是一个理论研究和理论创新的“富矿”，也是浙江人文社会科学研究宝贵财富。

经济社会的发展，与特定地区的精神文化传统相关，因此，对引领浙江市场经济大潮的“浙江精神”的研究、对浙江传统历史人文的研究，也构成了一个古典与现代相结合的富有深刻内容的研究领域。此外，浙江乃至中国的改革开放历程，也大大拓展了马克思主义的研究视野，因此对马列理论进行现代阐释也是一项重要工作。另外，人文社会科学的研究最终是为时代所用，指导社会经济和生活实践，并提高国民的文化素质。因此，将当代社会科学研究的成果转化成可操作的政策建议，以及人民群众喜闻乐见的表述，既是学术研究工作的延续，也是时代赋予我们人文社科研究人员的一项历史使命。

正是在这样的理论背景与现实需求下，浙江省社会科学界联合会作为省

委省政府联系人文社会科学工作者的桥梁纽带，作为全省人文社会科学领域的组织协调机构，坚持“政治立会，活动兴会，科研强会，外联社会”的工作理念，围绕理论研究、社科普及、成果转化、机制建设、队伍建设五大重点工作，有针对性地进行组织、协调、管理、推动工作。首先，针对十七大提出的新观点、新问题、新思路进行马列主义的现代理论阐释的需要，联合有关单位启动了“马列专项课题”研究；其次，针对改革开放的成就和经验，启动了“浙江改革开放三十年”重大课题研究，以及面向全国开展征文活动；再次，围绕长三角一体化，连续多年组织开展专项课题研究；同时，立足浙江，放眼全国，开展社会经济重要问题的理论以及对策研究；另外，我们连续数年关注民情、民生，开展多项重大省情调研；在浙江历史人文研究领域，我们启动了“浙江文化研究工程”，按“今”（浙江当代发展研究）、“古”（浙江历史文化专题研究）、“人”（浙江名人研究）、“文”（浙江历史文献整理）四大板块的布局深入组织研究，有计划有重点地培育浙江学术的优势和特色；等等。在学术研讨方面，以“当代浙学论坛”为龙头，整合各省级学术团体和有关教学科研机构的学术资源，通过系列化的学术年会、专题研讨会和学术报告会等方式，交流当代浙江学人的最新成果，昭示严谨科学的学术规范，营造健康、有序、活跃的学术氛围，推进学术创新。

繁荣和发展人文社会科学，打造当代浙江学术品牌，需要我们解放思想，突出重点，进一步创新工作机制，树立品牌意识，构建良性载体和平台，努力创建科学发展的新格局，推进社科事业新发展。我们积极培育和提升了浙江文化研究工程、重点基地建设、策论研讨、浙江人文大讲堂、科普周、当代浙学论坛、重大省情调研、浙江学术名片等八大工作品牌，组织和动员了各教学科研单位和学术团体以及广大社会科学工作者，为浙江的经济社会发展和文化大省建设服务，为繁荣发展浙江的人文社会科学事业服务。在各方面的共同努力下，浙江的人文社会科学研究继承和发扬了自古以来的优秀学术传统，呈现出成果较多、质量较好、气氛活跃、前景喜人的特点。

人文社会科学研究成果要获得社会承认，为社会所用，将学术成果出版是首要环节。但是由于学术作品具有很强的外部性，往往存在出版难的问题。

因此，资助我省学者的优秀学术著作出版，是浙江省社会科学界联合会的一项重要工作。自2000年以来，在省委省政府的支持下，我省设立了“浙江省省级社会科学学术著作出版资金”，截止2008年，已资助了351部学术著作出版，有效地缓解了“学术著作出版难”的问题。

为了集中展示当代浙江学者的学术研究成果，从2006年起，我们将在获得资助的书稿中，由出版资助评审委员会遴选部分书稿，给予全额资助，以“当代浙江学术文丛”系列丛书的方式，分期分批出版，并得到光明日报出版社的大力支持，将之纳入了《光明学术文库》。

《光明学术文库·当代浙江学术文丛》的出版，是浙江省社会科学界联合会集中推出学术精品，集中展示学术成果的重要探索。文丛的学术质量，既有赖于我省学人的创造性研究，也有赖于每年出版资助评审委员会的严格把关。因此，文丛的编委会成员，由当年的出版资助评审委员会成员组成。

当代的浙江人文社会科学研究的学者们，既要深入研究、努力传承和弘扬学术思想的优秀传统，又要面向浙江经济社会发展的生动实践，更要促进学术创新和学术繁荣，服务浙江现代化建设。我深信，《当代浙江学术文丛》的出版，对于我们坚持学术标准，扶持学术精品，推进学术创新，打造当代浙江学术品牌，一定会产生积极的影响；对于我们研究、阐释改革开放三十年来的发展奇迹，总结、探索科学的发展道路，并在各方面深入贯彻落实科学发展观，推进小康社会建设，也一定会产生积极的作用！

2009年3月

序

道德与法律的关系的问题是人们所熟悉的理论问题。这个问题国内学术界有诸多的研究。但是从法律的正当性角度思考这两者之间的关系问题,却没有受到太多的重视,然而,这却是法哲学研究中的重大理论问题,也是人们所必须思考的现实问题:法律是不是需要道德规范来为它进行正当性的辩护?我们能不能说受到道德上辩护的法律就是正当的法律?为法律辩护的道德是不是也具有正当性的问题呢?法律的正当性和道德的正当性有什么关系呢?在司法实践中,法律上的判决和人们的道德观念之间如果发生冲突了,那么司法判决的正当性何在呢?这些问题都是法哲学研究中不可忽视的重大理论问题和现实问题,在当代西方和中国都尤为突出。本书作者肖小芳立足于道德与法律的关系维度,以法律正当性问题为主线,遵循从元理论层面深入实践层面的脉络,依据较翔实的中外文献资料,选取当代西方对上述问题研究最有影响力的哈特、德沃金与哈贝马斯这三位法哲学大家分别进行研究,揭示他们的理论特质,探究他们对道德与法律关系的定位以及他们对法律正当性问题的解决方案的得失。无论从理论上来说,还是从实践上来说,这都是一件有意义的事情。书中所涉及的三个主要人物都是当代西方学术界的领军人物,他们每一个人物的思想都是博大精深的。此外,他们三人的著作极多,中文译本晦涩,外文原著也不容易把握,要全面、准确地把握其中任何一个人的思想都一件不容易的事情。可以说,这个课题的研究既具有一定的理论意义,也具有一定的难度和挑战性。

从全书的结构来看,作者对哈特、德沃金与哈贝马斯三位思想家的理论主张加以梳理、分析、比较和评述。虽然国内外学者对他们三人思想分析的论著很多,但是从法律的正当性这个维度来探讨他们三人对于道德和法律关系的理解,探讨他们的理论之间的内在联系,这个视角还是有一定的新意的。本书遵循从“法律是什么”进而深入立法和司法实践的脉络,系统地梳理和理性地审视了哈特、德沃金与哈贝马斯怎样从元理论层面深入实践层面阐释道德与法律的关系,进而铺陈各自的法律正当性理论。哈特坚称,规则体系下道德与法律

无必然联系,主张“合法律性的正当性”。德沃金以道德与法律之间存在必然联系的融合命题挑战哈特,力主“合道德性的正当性”模式。哈贝马斯整合哈特和德沃金的理论,重塑道德与法律之相互分化、相互区别和相互渗透的关系,遵循商谈模式的程序建构路向,重建法律的正当性,集中阐释“合法律性的正当性如何可能”。在系统地审视哈特、德沃金与哈贝马斯各自的理论主张的基础之上,作者从“基本立场”、“论证向度”、“权利审视”以及“认可方式”这四个向度,比较分析哈特、德沃金与哈贝马斯在解决道德与法律关系问题上的特点,突显他们对法律正当性问题的解决路向,勾勒出他们各自的理论逻辑以及他们之间的理论传承与发展关系的基本脉络,批判性地分析并归结出哈贝马斯商谈论的“重建式法律正当性”模式较哈特的“合法律性的正当性”模式与德沃金的“合道德性的正当性”模式更具解释力和论证力。通过比较分析,在突显哈贝马斯商谈论视野中的关系模式和论证方案更具有吸引力的同时,作者还试图跨越哈贝马斯模式面临的窘境而提出一种建设性修正方案。这个方案试图汲取哈特模式与德沃金模式的合理内核,并尝试性地修缮哈贝马斯模式。在这里,尤其值得关注的是,该书作者主张以哈特的理论来补充哈贝马斯的缺失,将哈特视野中的承认规则予以商谈论证之后作为判准来识别有效的法律规则。同时,作者也认为,必须重估法律的道德基础,将德沃金意义上的人权概念加以改造,使其普遍效力依赖于合理的高谈论证,从而以之充当补充性的实质标准来弥补哈贝马斯纯粹程序法律正当性的不足。

该书是在作者的博士学位论文的基础上修改而成的。从论文选题、掌握的文献资料、研究方法、研究的深度及广度、学术的规范性等方面而言,这是一篇较好的博士学位论文。在论文的评审和答辩的过程中同行专家也给予了好评,他们认为,肖小芳在相关资料的搜集和各自观点的评析上,确实下了功夫,值得肯定。肖小芳的工作为我们进一步深入研究法律正当性问题,特别是从道德和法律的关系视角来探讨法律的正当性问题提供了一个非常好的基础。它值得我们进一步认真思考和研究。

肖小芳是我在中山大学工作期间的博士生,她学习刻苦,善于思考。愿肖小芳博士在今后的学习和工作中,再接再厉,取得更大的成绩。

王晓升

2010年9月19日

于华中科技大学

CONTENTS 目 录

导 论 / 1

- 1 历史溯源:道德与法律关系是西方法哲学的一个永恒话题 / 1
 - 1.1 自然法学派:道德是法律的基础 / 1
 - 1.2 实证主义法学派:道德与法律相分离 / 7
 - 1.3 社会法学派:道德与法律的分与合 / 10
- 2 写作思路与研究意义 / 15
 - 2.1 写作思路 / 15
 - 2.2 研究意义 / 20
- 3 相关概念的澄清 / 23
 - 3.1 道德、伦理与法律 / 23
 - 3.2 合法性、正当性与合法律性 / 26
 - 3.3 有效性与正当性 / 32

第1章 哈特“合法律性的正当性”模式——道德与法律无必然联系 / 34

- 1.1 道德与法律的相对分离和相对包容 / 35
 - 1.1.1 道德与法律概念上的分离:法律是规则统一体 / 35
 - 1.1.2 承认规则:法律效力之判准 / 41
 - 1.1.3 司法判决:道德是法外的可能影响因素 / 48
 - 1.1.4 道德与法律内容上的部分重合:自然法的最低限度内容 / 50

- 1.1.5 道德类型的区分与道德的法律强制 / 52
- 1.2 哈特模式招致的批判 / 54
 - 1.2.1 承认规则有着不可避免困难 / 54
 - 1.2.2 内在观点存有缺陷 / 56
- 1.3 哈特模式的理论价值与理论缺失 / 58
 - 1.3.1 理论价值 / 58
 - 1.3.2 理论缺失 / 62
- 1.4 小结 / 68

第2章 德沃金“合道德性的正当性”模式之挑战

——道德与法律存在必然联系 / 69

- 2.1 “合道德性的正当性”:重振法律的道德权威 / 70
 - 2.1.1 道德与法律的交融:原则是法律的必要组成部分 / 70
 - 2.1.2 法律原则:政治道德原则的具体化 / 75
 - 2.1.3 司法实践的主要指南:原则论据 / 82
 - 2.1.4 自愿守法与善良违法 / 85
 - 2.1.5 建构性阐释的判决原则:法律之内在道德的“整体性” / 88
- 2.2 德沃金模式招致的批判 / 98
 - 2.2.1 法律实证主义阵营的诘难:法律不具有道德权威 / 98
 - 2.2.2 波斯纳的抨击:道德理论无法为法律正当性奠基 / 99
 - 2.2.3 林立的批评:宣称“恶法非法”无济于事 / 100
- 2.3 德沃金模式的理论价值与理论缺失 / 101
 - 2.3.1 理论价值 / 102
 - 2.3.2 理论缺失 / 106
- 2.4 小结 / 111

第3章 “合法律性的正当性”之可能

——哈贝马斯对道德与法律关系的重塑 / 113

- 3.1 交往行动理论与商谈伦理学:哈贝马斯法哲学的理论基础 / 114
 - 3.1.1 普遍语用学的核心:三个有效性要求 / 114
 - 3.1.2 交往行动 / 115



- 3.1.3 商谈:交往的继续与延伸 / 118
- 3.2 整合与重塑:道德与法律相互分化、相互区别、相互交错 / 121
 - 3.2.1 法律:社会整合的主导机制 / 122
 - 3.2.2 道德与法律:从混合走向分立 / 131
 - 3.2.3 商谈原则的分化:道德原则与民主原则 / 141
 - 3.2.4 道德与法律之内在关系的集中体现:道德在商谈性立法中的渗透 / 146
 - 3.2.5 道德与法律之内在关系的补充形式:道德在司法商谈中的渗透 / 157
- 3.3 小结 / 162

第4章 合法律性、合道德性或商谈程序正当性 ——三种论证模式之比较 / 164

- 4.1 基本立场 / 164
 - 4.1.1 哈特:道德与法律概念上可分离 / 164
 - 4.1.2 德沃金:道德与法律内容上必然交融 / 165
 - 4.1.3 哈贝马斯:在可分离与必然交融之间 / 166
- 4.2 论证向度 / 170
 - 4.2.1 哈特:正当性萎缩成合法律性 / 171
 - 4.2.2 德沃金:合道德性证成正当性 / 172
 - 4.2.3 哈贝马斯:商谈的民主程序之独特视角 / 172
- 4.3 权利审视 / 175
 - 4.3.1 哈特:功利与权利之结合 / 176
 - 4.3.2 德沃金:认真对待作为王牌的道德(政治)权利 / 177
 - 4.3.3 哈贝马斯:人权与人民主权之商谈式重释 / 180
- 4.4 认可方式 / 183
 - 4.4.1 哈特:经验的心理认可 / 184
 - 4.4.2 德沃金:道德认可 / 187
 - 4.4.3 哈贝马斯:基于合理理由的理性认可 / 188
- 4.5 哈贝马斯模式的积极价值 / 191
 - 4.5.1 突显法律正当性与道德的内在关联 / 191
 - 4.5.2 设计商谈的民主程序之新颖路向 / 193

- 4.5.3 重建法律正当性与非正式公共领域
(交往机制)的内在关联 / 198
- 4.5.4 把握法律正当性与权利的内在关联 / 199
- 4.5.5 强调法律正当性与理性认可的内在关联 / 202
- 4.6 小结 / 206

第5章 对哈贝马斯纯粹程序论证模式的再思考 / 208

- 5.1 哈贝马斯模式的窘境 / 208
 - 5.1.1 道德与法律关系的阐释存在缺失 / 209
 - 5.1.2 纯粹的商谈民主程序无法确保实质正义 / 213
 - 5.1.3 道德理由(道德商谈)之地位的定位前后矛盾 / 217
 - 5.1.4 道德商谈在民主程序中不能真正实现 / 220
 - 5.1.5 合理理由之上的认可难以提供行动动机 / 224
- 5.2 超越困境:其他几种理论方案的述评 / 226
 - 5.2.1 “批判合法律性”与“系统正当性”的提出:
艾里克·沃茨对哈特与哈贝马斯的理论综合 / 227
 - 5.2.2 人权为道德-法律商谈的实质性起点:
彼得·巴尔对哈贝马斯纯粹程序论证的补充 / 230
 - 5.2.3 “不公正的合法律性”:詹姆斯·马什对
哈贝马斯权利体系的修正 / 232
 - 5.2.4 化解民主原则之两难境地:西格德·劳瑞德森对
哈贝马斯道德动机理论的修正 / 236
- 5.3 哈贝马斯模式的修缮 / 238
 - 5.3.1 重视经商谈论证的承认规则的作用 / 238
 - 5.3.2 重估法律的道德基础:将商谈论证的
人权作为补充性的实质标准 / 240
 - 5.3.3 弱的合理共识替代强的合理共识 / 244
 - 5.3.4 充分发掘市场作用:增强民主程序的效率性 / 247
 - 5.3.5 诉诸正义而又合作的社会基础 / 248
- 5.4 小结 / 251



结 语 / 252

借鉴与反思:西方法律正当性理论与中国的法治建设 / 252

参考文献 / 256

附录一 / 272

后 记 / 273



导 论

道德与法律是协调社会冲突、调节人际关系的两种重要方式。“法与道德这个题目自始即为法哲学的核心问题。几乎所有重要的法哲学家都必须对法、法律、道德、风俗以及习惯等等属于人类社会规范层面的种种现象作理论的探讨与诠释。”^①那么，道德与法律究竟是一种怎样的关系？是一种分离关系？还是一种反分离（交融）关系？抑或是一种既分离又互补的关系？具体到立法、司法和守法层面，它们之间的关系又如何呈现出来？立法环节是否需要道德的限制？司法判决是否要接受道德的审视？守法是否需要一个道义基础？法律本身的正当性与道德之间是否存有关联？这些问题都是值得我们认真思考的。研究道德与法律的关系是一个具有重要学术意义的问题，正确地认识和理解这一问题对于我国建设社会主义法治国家的实践而言也具有重要的现实意义。从古希腊至迄今为止，道德与法律关系是西方法哲学的一个不可回避的核心话题，三大主要流派即自然法学派、实证主义法学派与社会法学派在各自不同历史时期对这一经久不衰的话题展开过论述，不同的解读导致它们分道扬镳。哈特、德沃金与哈贝马斯是上述三个典型派别的最有代表性的三位思想家，透视他们对道德与法律关系的定位，对于我们把握道德与法律关系进而解决法律正当性问题有着重要的借鉴意义和参考价值。

1 历史溯源：道德与法律关系是西方法哲学的一个永恒话题

自然法学派从道德与法律的对立统一层面来审视两者的关系，主张道德是法律的内在本质和基础。实证主义法学派以道德与法律之间无必然联系的“分离说”来抗衡自然法学派的“基础说”（或“融合说”）。社会法学派主张道德与法律之间既是相对分离的，又有着相互结合的内在联系。

1.1 自然法学派：道德是法律的基础

在古希腊时期，法律、正义与道德在概念上没有明确的区分，合乎道德

^① 颜厥安. 法与实践理性. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 29.

或正义要求的法律就是正当的法律。苏格拉底（Socrates，公元前469～399）是哲学史第一个把道德与法律的关系问题摆在人们面前的思想家，他发现了法律正当性的基础问题，并对法律的正当性提出了质疑。柏拉图的早期四部对话录《欧泰弗罗篇》、《苏格拉底的申辩》、《斐多》、《克力同》篇集中体现了苏格拉底有关法律正义的理论主张。在他看来，只有当法律符合全城邦社会成员的切实利益时，它才是符合道德要求的。其所遭受的法律判决实质上不具备道德上的正当性，但是，他仍旧坚持不能以恶报恶的人生信念和道德标准，宁愿被雅典法庭以不信神和腐蚀雅典青年思想之罪名判处死刑，也不愿违反雅典不公正的法律裁决。他认为，从法律上来说，这种不公正的判决在形式上合乎法律程序，作为城邦的公民应当遵循雅典的法律。究其原因在于，公民（感恩）与城邦（施恩）之间犹如子女与父母之间的关系，因而，公民理当报效城邦，尊崇城邦的法律。而且，公民与国家之间达成了一种契约关系，甘愿服从国家的法律。遵守具有形式合理性的法律及其判决就是正义，正义就是守法，忠实于一个城邦就应该一如既往地服从该城邦的法律，这样，才能保全德性和体现法律正义的要求，才能捍卫国家和法律的上至权威，也才能少受城邦法律的惩罚。苏格拉底质问力劝其越狱的克力同，“你想可以这样对待祖国和法律，如果我们认为应当处你死刑，你就竭力毁坏、颠覆我们——国家和法律，还要说这种行为正当，——你这真正尊德性的人竟至于此吗？”^① 苏格拉底把违法偷生视为不正当的行为，并用饮鸩自杀的行动来促使人们关注法律正当性问题。在他这里，法律至高无上，即便该法律是非正义的，其规制下的人们也应信守契约，不能因为它在道德上的不公正性而去颠覆其权威。他也强调，法庭应当秉公执法，维护国家的声誉，这又是对实质正义的一种诉求。柏拉图（Plato，公元前427～347）把法律等同于正义。作为法律之道德基石的正义是贯穿于《理想国》的一条主线，社会正义就是统治者、卫国者和劳动者这三个阶层各行其是、各司其职。他主张，只有符合并体现正义要求即体现城邦成员利益的法律才具有正当性，才能维护社会秩序的稳定。当法律极其不正义时，人们有权利抵制它们。在其后期著作《法律篇》中，柏拉图逐渐从主张由“人治”（哲学王统治）转向赞同“法治”，注重法律在实现和谐城邦生活中的作用，强调法律是维护正

^① [古希腊] 柏拉图. 游叙弗伦苏格拉底的申辩克力同. 严群译. 北京: 商务印书馆, 1983. 108.

义的手段。亚里士多德（Aristotle，公元前384~322）主张正义与法律不可分。他论道，“城邦以正义为原则。由正义衍生礼法，可凭以判断〔人间的〕是非曲直，正义恰恰是树立社会秩序的基础。”^① 法律以全城邦的良善生活的道德理念为旨归，其目的在于保障伦理德性^②的实现，进而促进正义的实现。正义是法律善恶的衡量标准，自然法以正义为基础，统治者必须依据自然法制定法律，因而实证法有良法与恶法之分。亚里士多德注重公民对法律权威的信仰对于实现法治的重要性，主张法治有两个必要的构成要件：其一，法律须是制定得良好的法律；其二，制定得良好的法律须得到共同的遵守。这一法治公式对后世产生了广泛而深远的影响，很多思想家结合时代背景对它进行了重释。

古罗马时期的西塞罗（Cicero，公元前106~43）是典型的自然法学家，他在继承斯多葛学派的基础上，提出比较系统的自然法学说。斯多葛学派把自然法与理性等同起来，理性是法律和正义的基础。西塞罗深受该学派的影响，“倾向于确定自然和自然理性，并设想理性是宇宙的主宰力量”^③。他指出，“真正的法律乃是正确的规则，它与自然相吻合，适用于所有的人，是稳定的，恒久的”，“将会有有一个对所有的人共同的，如同教师和统帅的神：它是这一法律的创造者、裁判者、倡导者。谁不服从它，谁便是自我逃避，蔑视人的本性，从而将会受到严厉的惩罚”^④。真正的法律是与自然相符合的正确理性（right reason），也是正义的体现，它永恒不变，具有普适性。自然法是正义的基础，实证法须依据具有最高权威的自然法而制定，与之相符的是良法，反之则是恶法或非正义的法。

中世纪的阿奎那（Thomas Aquinas，1225~1274）把法律分为永恒法、神法、人定法和自然法，将理性作为其理论的核心范畴，从神学角度探讨道德与法律的关系。他主张，理性的第一法则是自然法，这样，只有那些与自然法的根本要求相一致的法律才能称之为法律，才具有道德性。法律的有效

① [古希腊] 亚里士多德. 政治学. 吴寿彭译. 北京: 商务印书馆, 1965. 9.

② 亚里士多德将灵魂的德性划分为理智德性（intellectual virtue）与伦理德性（ethical virtue）。理智德性如智慧、明智、理解等与灵魂的理性部分相对应，通过教育和训练而发生和发展。伦理德性如勇敢、节制、慷慨等与灵魂的非理性部分相对应。扎根于习惯的伦理德性应遵循中道原则，伦理德性是适度。参见《尼各马可伦理学》第六卷和第二卷。

③ [美] E·博登海默（Bodenheimer, E.）. 法理学——法哲学及其方法. 邓正来, 姬敬武译. 北京: 华夏出版社, 1987. 14.

④ [古罗马] 西塞罗. 论共和国论法律. 王焕生译. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 120.

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



性由法律的正义程度决定。法律就以下几个方面来说可以被认为是合乎正义的：就它们的目的来说，即当它们以公共福利为目标时；或者就它们的制订者来说，即当所制定的法律并不超出制订者的权力时；或者就其形式来说，即当它们使公民所承担的义务是按促进公共幸福的程度实行分配时^①。当法律违反上述标准或与神的善性相抵触时就成为非正义的法律，“严格地和真正地说来就根本不是法律，而宁可说是法律的一种滥用”^②，是理性的堕落，且具有暴力的性质，没有了责成人们担负义务的力量。从这个角度而言，在阿奎那的视野中，道德与法律之间存在着必然联系。

近代的洛克（John Locke, 1632 ~ 1704）、康德（Immanuel Kant, 1724 ~ 1804）和黑格尔（Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770 ~ 1831）等对道德与法律关系也有着重要的阐述。洛克主张，自然法根植于人类理性，人类理性即正义。实证法“只有以自然法为根据时才是公正的，它们的规定和解释必须以自然法为根据”^③。这样，才能维护人类神圣不可侵犯的自由权、生命权和财产权。在康德那里，“有别于自然法则的自由法则，是道德的法则。就这些自由法则仅仅涉及外在的行为和这些行为的合法性而论，它们被称为法律的法则。可是，如果它们作为法则，还要求它们本身成为决定我们行为的原则，那么它们又称为伦理的法则。如果一种行为与法律的法则一致就是它的合法性；如果一种行为与伦理的法则一致就是它的道德性。”^④ 康德区分了“合法性”（沈叔平将 *legality* 译成合法性，实为本文意义上的合法律性）与“道德性”（*morality*）。在他看来，道德是一种无条件的、必须服从的“绝对命令”，作为主体的个人具有实践理性能力，自主地选择并自愿地遵守内在的普遍的道德法则。因为个人行为直接由理性命令控制，因而，道德内在约束人类意志，必然包含人的内在动机在内。康德将道德哲学中作为最高律令的“绝对命令”表述为“权利的普遍法则”，即“外在地要这样去行动：你的意志的自由行使，根据一条普遍法则，能够和其他人的自由并存。”^⑤ “绝对命令”在社会生活中的具体体现就是法律，法律（权利）是全部条件的综合，构成了对妨碍自由的行为实施强制的正当理由，只有每个人

① [意] 阿奎那. 阿奎那政治著作选. 马清槐译. 北京: 商务印书馆, 1963. 120.

② [意] 阿奎那. 阿奎那政治著作选. 马清槐译. 北京: 商务印书馆, 1963. 110.

③ [英] 洛克. 政府论(下篇). 叶启芳, 瞿菊农译. 北京: 商务印书馆, 1964. 10.

④ [德] 康德. 法的形而上学原理——权利的科学. 沈叔平译. 北京: 商务印书馆, 1991. 14.

⑤ [德] 康德. 法的形而上学原理——权利的科学. 沈叔平译. 北京: 商务印书馆, 1991. 41.

都遵守法律时才能确保个人自由的实现。法律外在地约束人类行为，是他律的，具有外在的强制性。评价一个行为的“合法律性”，服从的动机是不相关的，这就体现了道德与法律的显著区别。康德强调，法律的法则和伦理的法则都归属于道德的法则，是道德的一种特殊表现形态，从道德中获得其正当性。道德与法律致力于维护人的自由、平等和权利。于是，在“绝对命令”的指导之下两者达成了统一。对于康德而言，法律是道德的附庸，正当的法律是国家的公民自我立法的产物，其正当性就在于它能够确保作为自我立法的个人的道德权利或道德领域中的私人自主。这样，犹如哈贝马斯说的那样，公民的自我立法观念区别于单个个人的道德自我立法，康德对人的双重角色（个人——法律的承受者；公民——法律的创造者）、对权利（道德权利与法律权利）和自主（私人自主与公共自主）的双重性作了片面的解读，从道德论证直接过渡到法律论证，简化了法律正当性的理性基础（参见3.2.4.1节）。在黑格尔看来，“任何定在，只要是自由意志的定在，就叫做法。所以一般说来，法就是作为理念的自由。”^①他从自由意志的发展阶段来阐述道德与法律关系，将其大致分为三个阶段：抽象法、道德与伦理。抽象法包括所有权、契约和不法，它是自由意志的直接体现。“道德的观点，从它的形态上看就是主观意志的法。按照这种法，意志承认某种东西，并且是某种东西，但仅以某种东西是意志自己的东西，而且意志在其中作为主观的东西而对自身存在者为限。”^②包括故意和责任、意图和福利、善和良心在内的道德是对抽象法的扬弃，是自由意志在人的内心的体现。伦理是客观精神的真正体现，由家庭、市民社会和国家构成。

二战后，自然法学得以复兴，新自然法的代表人物如富勒（Lon Luvois Fuller, 1902~1978）、罗尔斯（John Rawls, 1921~2002）、德沃金^③（Ronald Dworkin, 1931~）等更为集中地阐释了道德与法律的关系，坚信法律必须以

① [德]黑格尔. 法哲学原理. 范扬, 张企泰译. 北京: 商务印书馆, 1961. 导论. 36.

② [德]黑格尔. 法哲学原理. 范扬, 张企泰译. 北京: 商务印书馆, 1961. 111.

③ 德沃金该归属于哪一学派，观点莫衷一是：（1）陈弘毅、林立、张乃根教授等反对把他归属于自然法学派。（2）不少学者如曹刚、张文显教授把他列为新自然法学派。（3）Thom Brooks认为，德沃金的法律理论处于自然法与法律实证主义之间，可称之为法律阐释主义（Thom Brooks. *Between Natural Law and Legal Positivism: Dworkin and Hegel on Legal Theory*. Georgia State University Law Review, 2007, 23: 519-524.）。（4）Kenneth Einar Himma教授将德沃金的理论定位为“弱概念自然主义”。（Kenneth Einar Himma. *Situating Dworkin: The Logical Space between Legal Positivism and Natural Law Theory*. Oklahoma City University Law Review, 2002, 27: 87-115.）

道德为基础，法律的道德权威赋予法律正当性。

在富勒看来，公众对法律的遵守，归根到底在于法律本身是否具有道德性，“对法律之道德性的最低限度的坚守是保障法律之实践有效性的基本条件”^①。一个法律制度不具备最起码的道德内容就不成其为一个法律制度，也就丧失了公众对它的忠诚与服从的资格。他还区分了法律的“外在道德”（the external morality of law）与法律的“内在道德”（the internal morality of law），亦称之为“实体自然法”与“程序自然法”。前者指法律在内容上合乎一种外在的道德标准（实质标准）。后者是一法律制度必须具备的一系列法治原则（形式标准），包括八个程序性条件，即一般性、公开性、不溯及既往、清晰性、不前后矛盾、可遵循性、连续性和一致性。^②富勒主张，它们与法律都有着密切关系，更突出强调法律的内在道德是内在于法律本身的，是法律存在的前提，也是判定法律本身合法律性（legality）之完善程度的标准。没有内在道德的法律不仅仅只是导致坏的即不完美的法律，且根本称不上是法律。我们可以看出，富勒更为注重的是法律的程序正义，他是在更为抽象的层面上鉴别道德与法律概念上的联系。作为法律存在的道德要求是程序的条件而不是实质的条件，内在道德是对法律制定和适用程序机制上的一种内在要求和形式限制。

在《正义论》中，罗尔斯借助“原初状态”的理论假设和“反思平衡”^③的理论方法，构建其正义理论，主张“无知之幕”掩蔽下的理性人必然一致选择两个正义原则。在他看来，正义是社会制度的首要价值，作为根本道德原则的正义原则是法律正当性的基础和依据。这样，他就建构了从原

① [美] 富勒. 法律的道德性. 郑戈译. 北京: 商务印书馆, 2005. 181.

② 一般性指必须有规则存在, 且规则必须适用于一般性的阶层。公开性指法律应当被充分公布。不溯及既往指不能用明天将会制定出来的规则来指引今天的行为或判决。清晰性要求规则具有可理解性。不前后矛盾要求颁布的规则不能彼此冲突。可遵循性指须确保法律要求不超出受其约束的人们的能力。连续性要求法律不应当经常变动规则。一致性指官方的行动应与法律相一致。([美] 富勒. 法律的道德性. 郑戈译. 北京: 商务印书馆, 2005. 40-107.)

③ 在“原初状态”中, 没有人知道他在社会中的阶级地位和社会出身, 他也不知道他在先天的资质、能力、智力等方面的情况, 甚至也没有人知道他们特定的善观念(基本善除外)。基本善是假定每个理性人无论想要别的什么时都需要的, 包括权利与自由、收入与财富、自尊)或特殊的心理倾向。反思平衡指选择的正义原则与对正义信念的直觉判断之间的来回调试, “它是一种平衡, 因为我们的原则和判断最后达到了和谐; 它又是反思的, 因为我们知道我们的判断符合什么样的原则和是在什么前提下符合的。”([美] 约翰·罗尔斯. 正义论. 何怀宏等译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988. 20.)



初状态的设置—正义两原则的选择—立宪—立法—司法的四阶段之正义程序。罗尔斯强调，在一个接近正义的社会里，社会制度基本上是组织良好的，宪法制度大致满足并且也被看作是满足两个正义原则时，维护正义制度的自然义务（natural duties）约束我们服从不正义的法律。当法律在某些方面违背正义原则且超出一定的限度时，人们在忠诚于法律的范围内可采用良心拒绝或非暴力反抗的方式，表达自己对法律的不服从。在其视野中，正义（justice）概念区别于正当性（legitimacy）概念。正义涉及基本权利、义务、机会、由社会合作而产生的利益等的公平分配，正当性关涉公民遵守法律或服从政府的政治义务或道德义务。正当性是一个比正义更弱的理念，它给可行的行为所施加的约束也更弱一些。罗尔斯质疑纯粹程序的法律正当性，声称纯粹的民主程序的正当性并不必然保证法律在道德上就是正当的，或者说，得到大多数人同意的法律是正当的，但它仍可能是不正义的。任何法律如果太不公正的话，那么，它就不能认为是正当的法律。足见，罗尔斯依旧没有偏离其理论主旨：道德是法律的基础，正当的法律不能与实质的正义原则或道德要求相背离。与《正义论》中所强调的道德正义不同，罗尔斯后来主张法律正当性的合理论证建基于一种实质的政治正义观念之上，须依据这种政治正义观制定和实施法律。正当之法不仅需要满足程序正义的形式标准，且需要满足道德的实质要求。

德沃金把政治道德置于法律之上，主张作为政治道德原则之具体化的法律原则本身蕴涵着道德内容，权利使法律更为道德，法律的正当性在于法律的道德权威。在他看来，只有能够保障公民受到平等关怀与尊重之权利的法律才是正当的法律，才值得该政治共同体中的公民自愿遵守和服从。在疑难案件中，应依据原则论据进行判决，贯彻“整体性”这一法律的内在道德之要求。当法律本身的正当性不明确或司法判决不合理时，公民在一定情况下可以“善良违法”的方式抵制它们。这些内容在第2章将详细阐释。

1.2 实证主义法学派：道德与法律相分离

19世纪中叶法律实证主义的兴起，“使法哲学从自然法的哲学变成了实在法的哲学，从哲学家的法学变成了法学家的哲学”^①。实证主义法学派与自然法学派就道德与法律关系展开了旷日持久的论争。道德与法律关系是“休

^① 郑永流. 法哲学与法社会学论丛（一）. 北京：中国政法大学出版社，1998. 48-49.

谟难题”即“是”与“应当”的问题生发的一个论题。休谟论道：“在我所遇到的每一个道德学体系中，我一向注意到，作者在一个时期中是照平常的推理方式进行的，确定了上帝的存在，或是对人事作了一番议论；可是突然之间，我却大吃一惊地发现，我所遇到的不再是命题中通常的‘是’与‘不是’等联系词，而是没有一个命题不是由一个‘应该’或一个‘不应该’联系起来的。这个变化虽是不知不觉，却是有极其重大的关系的。因为这个应该或不应该既然表示一种新的关系或肯定，所以就必须加以论述或说明；同时对于这种似乎完全不可思议的事情，即这个新关系如何由完全不同的另外一些关系推出来的，也应当举出理由加以说明。”^①从不可知论出发，休谟主张，从“是”不能推导出“应当”，从“应当”也不能推导出“是”。而且，只能依据人类欲望而不是理性才能判断规范的正当与否。实证主义法学家们把这一难题延伸到法律领域，具体体现为道德与法律的关系论题，或应然法（law as it ought to be）与实然法（law as it is）的问题。

边沁（Jeremy Betham，1748~1832）把法律视为主权者的一种命令。他较早地区分阐释性法学和审查性法学，前者“确定法律是怎样的”（实然法），后者则“确定法律应当怎样”（应然法）^②。在他看来，混同两者将会导致两大危险：其一是，关注“法律应该是什么”的观念可能会消解法律的权威，甚至对法律存在本身构成威胁与挑战；其二是，法律可能会取代道德作为人类行为的最终评价标准，从而逃避了对法律的批评^③。法律的存在与法律的道德评价是两码事，要避免上述危险只有在道德与法律之间划定严格界限，这样，才能有效反对道德对法律的侵蚀，也才能更好地展开对法律的批判。边沁信奉功利主义，他主张，人类受“苦”与“乐”这两个主宰的统治，人的本性即“趋乐避苦”，一个有道德的社会应最大限度地增加快乐，最大限度地减少痛苦的总量。功利原则应贯穿于法律之中，需借助法律来保障它的实现。

奥斯丁（John Austin，1790~1859）声称，法律是政治上占优势的主权者发布的、以制裁为后盾的命令，臣民习惯服从这些命令。他把法律分为神

① [英] 休谟. 人性论（下册）. 关文运译. 北京：商务印书馆，1980. 509-510.

② [英] 边沁. 道德与立法原理导论. 时殷弘译. 北京：商务印书馆，2000. 360-361.

③ [英] H. L. A. 哈特. 实证主义和法律与道德的分离（上）. 翟小波译. 环球法律评论，2001，2：184.



法、实证法、实证道德^①与隐喻之法，将法理学的范围严格限定在实证法，主张法的存在是一回事，法的优劣是另一回事，“一个法，只要是实际存在的，就是一个法，即使我们恰恰并不喜欢它，或者，即使它有悖于我们的价值标准。”^② 奥斯丁明确肯定道德与法律之界限的存在，认为它们至少是没有必然联系，即便是道德上邪恶的，但只要是以主权者的命令形式存在且以适当的形式颁布的法律就具有法律效力，“恶法亦法”，主权者的命令是法律效力的判准。奥斯丁追随边沁信奉功利主义，把功利原则视为检验法律的最终标准，反对把道德因素纳入考量之中。可见，他试图辩护的是，“在没有明确的宪法与法律规定的情况下，仅仅从一个规则违反了道德标准的事实，不能够说这个规则不是法律规则；以及，相反地，也不能仅仅从一个规则在道德上是值得赞扬的，就说它是一个法律规则了”^③。道德与法律是相分离的，法律不是因为其道德内容而正当化的。

凯尔森（Hans Kelsen, 1881 ~ 1973）把法律视为有效力等级之分的规范的集合体，规范是一种“应当”范畴，是关于人们应当如何行为的规定。他认为，法律概念中没有丝毫的道德内涵，法律问题不是一个道德问题，而是一个科学问题，是社会技术问题。道德和正义是人类的一种主观价值判断，没有客观性可言。因此，应该把政治和道德因素从法学中排除出去，排斥对法律进行价值判断，“纯粹法学”的研究对象只能是实证法。“法律规范的效力是不能以它的内容和某种道德或政治价值不相容为根据而被怀疑的。规范之所以是有效的法律规范是由于，并且也只是由于，它已根据特定的规则而被创造出来。法律秩序的基础规范就是这样一个被假设的最终规则，根据该

^① “实证道德”（positive morality）即实际存在的社会道德，也称之为实际存在的社会道德规则或社会伦理规则。在《法理学的范围》第五讲中，奥斯丁分析了“实证道德”的类型与特征。“实证道德”有两种类型：其一，清楚表达命令的，或含蓄表达命令的道德规则。这种类型的实证道德可称之为准确意义上的法，具有两个显著特征：（1）它们是具有强制性的法，或者规则，而且，是由一类人对另外一类人制定的。（2）它们既不是政治优势者制定的，也不是享有法律权利的个人制定的。或者是由生活在自然状态中的人们所制定的规则；或者是由统治者制定的规则，这里的统治者不是指政治优势意义上的统治者；抑或是由作为“臣民”的一般个人制定的规则。其二，由不确定群体的舆论所确立的或由具体确定的党派舆论所确立的道德规则。奥斯丁把“命令”、“制裁”和“义务”视为法的三个核心要素，而这部分实证道德不以制裁为后盾，也没有强加一个义务，没有采取明示或默示命令的方式，要求特定的一类行为“应为”或“不应为”，因此，只是由于宽泛类比的缘故将它们称之为法。哈特沿袭了奥斯丁对实证道德的界定，并区分了实证道德与批判道德。

^② [英] 约翰·奥斯丁. 法理学的范围. 刘星译. 北京: 中国法制出版社, 2002. 208.

^③ [英] H. L. A. 哈特. 法理学与哲学论文集. 支振锋译. 北京: 法律出版社, 2005. 62.

规则这一秩序的规范才被创造和被废除、才取得并丧失其效力。”^①符合基础规范这一判断要求的规范就具有法律效力，但并不意味着它们在道德上是有效的。

作为分析实证主义法学代表的哈特（H. L. A. Hart, 1907 ~ 1992）秉承了边沁、奥斯丁和凯尔森的思想，宣称法律是一个道德上中立的、相对自主的规则体系，道德与法律在逻辑上或概念上没有必然联系，道德规则与法律规则之间存在相似之处，更存在不容忽视的差异。他主张，作为一种事实存在的承认规则（rules of recognition or rule of recognition）是法律效力的判断，恶法亦法，法律的存在与法律的被遵守是两码事，对法律持“内在观点”也并非一定出于道德理由。于是，哈特以“合法性”（legality）来解释和替代法律本身的“正当性”（legitimacy），坚持法律与道德相分离的命题。同时，也不否认道德与法律在经验上存有联系。第1章将具体分析和阐发这些内容。

1.3 社会法学派：道德与法律的分与合

社会法学派试图在自然法学与实证主义法学中寻求中间道路，既反对把道德与法律截然分离，又反对把法律等同于道德。

作为该派奠基人之一的涂尔干（Emile Durkheim, 1858 ~ 1917）指出，在传统社会中，“社会成员平均具有的信仰和感情的总和，构成了他们自身明确的生活体系，我们可以称之为集体意识或共同意识。”^②它促使人们之间形成一种社会凝聚力和集体归宿感，维系着社会团结和社会秩序。他将宗教视为一种超越个人的集体意识的体现，把原始的道德和法律建立在宗教的基础之上，认为它们的有效性源于其神圣基础，并以这种集体意识的形式表现出来，与宗教混同在一起，共同发挥着社会整合功能。随着社会的世俗化和理性化，传统宗教、神圣的道德和法律趋于瓦解，理性的道德和法律取代了传统社会的虚幻的集体意识，成为社会整合的基本力量，并趋于普遍化。社会分工的日益发展，使得集体意识逐渐削弱，自由、自主的个人发展成为可能，于是，法律较道德而言在推动社会团结上起着主导作用。当然，法律必须与社会道德规范相一致，重建社会道德规范在防范和消除社会失范、重建

① [奥] 凯尔森. 法与国家的一般理论. 沈宗灵译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996. 128.

② [法] 埃米尔·涂尔干. 社会分工论. 渠东译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2000. 42.

社会秩序上的作用是不容抹杀的。道德是“一种必不可少的最低限度，它一定是人们所必需的，就像是一块面包，每天少了它，社会也会活不下去”，它“迫使我们沿着一条道路走下去，最终达到一个确定的目的”^①。涂尔干强调现代法在社会整合中的重要作用，追问其正当性的基础。他主张，社会分工的变化导致社会整合方式的变化，也促使法律的类型、基础及功能发生相应的变化。“社会团结本身是一种整体上的道德现象，我们很难对它进行精确的观察，更不用说测量了。”^②借助法律我们才能研究它，“法律为社会团结的一种指示器和社会整合的一种工具”^③，以信念为基础的“机械团结”和以社会合作为基础的“有机团结”影响着法律的发展和演变。在“机械团结”的传统社会中，压制法（主要形式是刑法）占据主导地位，且是具有宗教性质的法律，建立在人们对宗教上的神圣东西的信仰的基础之上。在“有机团结”的现代社会中，协作法（主要形式是民法）维系着社会成员之间的合作和社会秩序的正常运转，现代法摆脱了神圣的特性。在涂尔干看来，道德规范和法律制度在本质上表达了自我同一性要求，“法律作为维系社会秩序的强制性手段，是社会道德和社会团结的看得见的表达方式”^④。法律有着一种方法论的功能，是一个社会的道德模式和社会整合形式的外在表征。他也意识到，道德的社会必须是公正的社会，建立在合意之上的契约还是不够的，契约必须是公正的契约。“现代社会的法律建立在合意契约的基础之上，而契约背后一定有非契约的终极基础，但这种基础是什么以及如何形成，则是使他感到困惑的难题”^⑤。

韦伯（Max Weber, 1864 ~ 1920）主张，西方文化的合理化，影响着道德与法律之正当化基础。他坚持价值无涉的立场，认为道德与法律是相互分

① [法] 埃米尔·涂尔干. 社会分工论. 渠东译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2000. 15.

② [法] 埃米尔·涂尔干. 社会分工论. 渠东译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2000. 27.

③ *Extra-Legal Foundations of Law—Variations on Legally External Foundations*. in Hubert Rottleuthner. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Chapter 3 of Volume 2 - Foundations of Law*. Springer Netherlands, 2005. p. 121.

④ 侯钧生, 刘晓梅. 迪尔凯姆论法律的道德精神. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2004, 2: 32.

⑤ 高鸿钧, 马剑银. 社会理论之法: 解读与评析. 北京: 清华大学出版社, 2006. 8.

化的。他尤为强调法律的形式特征^①，认为道德观点只是主观的和武断的价值取向，不能加以合理化，因此，它们与法律的形式特征是不协调的，主张依据法律官员的职业化和执行的官方机构的官僚化来看待法律的合理化。韦伯把正当化类型区分为传统型、情感信念型、价值合理型以及法理型，反对法律的实质化，主张正义要求渗入法律之中是对法律形式合理性的破坏，甚至威胁法理型统治的正当性基础。他坚持一种“循环论证”^②，强调正当性来源于法律合乎法律程序的形式特征，正当性信念（the belief in legitimacy）萎缩成合法律性信念（the belief in legality）。一个法律规范或法律体系只要能够得到法律所属的该共同体中的成员的赞同就是正当的。这种赞同理应被理解为“真诚的认可”^③（sincere recognition），因为这是出于一种主观信念，即相信这是正当的或正确的行为标准，因而应当被遵守，而不仅仅是由于社会强制力的威胁。韦伯明确宣称，把制裁作为严格法律制度的定义的一个要素并不必然意味制裁就是遵守法律的主要动机，人们遵守法律规范是因为“惯例规则的内在化”^④。他还反对法律主外而道德主内的理论主张，认为法律后果与主观因素相关联，道德也制约着人的外在行为。可见，韦伯的主张带有法律实证主义的色彩，突显的是道德与法律的分离，法律的正当性即合法律性。

庞德（Roscoe Pound, 1870 ~ 1964）将法律的运作类比为一种“社会工程”（social engineering），主张法律的作用在于以最小限度的浪费来尽可能最大限度地满足各种相互冲突的利益需求。社会利益是衡量法律优劣的标准，法律的正当性就在于其作为一种社会控制手段所达到的社会目的。在他看来，

① （1）一个由职业法学家所发展起来的法律规范体系，这种法律规范对于现存的社会规范加以排序；（2）一个创制法律的立法机构，这些法律具有一般的效力并以抽象的形式表述；（3）一个司法机构和—个政府，它们在运用和执行这些法律时受到法律的约束。（转引自〔美〕德夫林（Deflem, M.）. 哈贝马斯、现代性与法。高鸿钧译。北京：清华大学出版社，2008. 109.）

② 要判定是否合乎法律，首先须预设法律本身的正当性，只有正当之法才能判定什么是合法律的。而法律的正当性又来源于合法律性。在韦伯看来，最为常见的正当性类型是对合法律性的信仰，即遵循那些已被认可的制定实证法的程序的法律就是形式上正确的法律，人们乐意遵守形式上正确的法律。这是对法律正当性的一种经验理解，心理认可出于对法律之正当性的信念，而且，他假定这种主观信念是合理的。

③ Wilfried Hinsch. *Legitimacy and Justice. A Conceptual and Functional Clarification.* in J. Kühnelt (ed). *Political Legitimization without Morality?*. Springer Netherlands, 2008. p. 40.

④ *The Explanandum: What is Law?*. in Hubert Rottleuthner. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence.* Chapter 2 of volume 2 – *Foundations of Law.* Springer Netherlands, 2005. p. 11.

道德与法律关系处于一个动态的发展链条之中。在其《法理学》第一卷的第二部分中，他把法律的发展分为五个阶段，并结合这些阶段来分析道德与法律关系呈现出的不同形态：在法律的萌芽时期或原始法时期（公元前四世纪以前），道德与法律混同在一起；在严格法时期（公元前四世纪初），法律从道德之中分化出来；在衡平法或自然法时期（古罗马~17、18世纪），道德相对法律而言占据了主导地位；在法律的成熟时期（19世纪），法律的目的在于保障平等的机会和安全的实现，道德与法律相互分离、又相互关联；在法律社会化阶段（19世纪末~），法律的目的在于尽可能地满足社会利益。他宣称，“将法律与道德彻底分开的做法（像分析法学家所追求的那样），以及将法律与道德完全等同的做法（像自然法学家所追求的那样）都是错误的。”^① 在《法律与道德》中，庞德分别从历史的、分析的和哲学的三个层面对道德与法律关系的观点进行了历史考察和总结，认为19世纪的历史法学派、分析法学派和哲理法学派没有全面地把握两者的关系，主张依据法律的不同发展和在不同时期的目的来分析两者的关系。

哈贝马斯（Jürgen Habermas, 1929~）试图重新定位道德与法律关系。他认为，在后俗成阶段^②（现代社会），道德与法律从混合走向相互分立，法律承载着重要的社会整合功能，它以自身的特性弥补道德在功能层面和规范层面的缺陷。道德与法律的相互区别和相互补充关系决定了法律的道德论证在后俗成论证阶段是行不通的。法律的正当性意味着法律本身具有被认可或被自愿信奉的价值，它不能仅仅以民众对法律的认可或信仰这一事实上的合法性来评判，而是来源于民主立法程序与道德论辩之间的相互交叉。道德与法律之间存在着不可分割的内在关联，道德通过适当程序可渗入法律之中。这些内容在第3章中将展开论述。

综上所述，在自然法学派看来，道德是一种更高的法，即自然法。他们注重的是法律的道德内容或道德基础。实证主义法学派坚持分离命题，认为法律的道德性与法律的有效性无关，注重的是法律的形式，而不是法律的道德内容，其基本原则就是“‘忠实于法律’：凡是实际存在的法律就是法律，

^① [美] 庞德. 法律与道德. 陈林林译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 106.

^② 沿用科尔伯格的做法，哈贝马斯区分前俗成、俗成和后俗成论证阶段。或者说，划分前现代社会（传统社会）与现代社会，亦称之为形而上学时代与后形而上学时代。

无视这种法律绝不能认为在法律上是正当的”^①。社会法学派看到了上述两个学派的利弊之所在，在截然分离与绝对等同这两个极端之间选取中间路线，注重的是道德与法律在维护社会利益或社会持存上的相互结合。

通过这一节的分析，我们对西方法哲学史上道德与法律关系问题的发展脉络有了一个大致的了解。这一历史的回顾，也表明了道德与法律的关系问题是一个争论不休的话题，它能够彰显出不同的理论家对法律正当性问题的不同诠释和解答。当然，在我国，从古至今，道德与法律关系问题也是一个备受关注的热点问题。围绕德与刑、礼与法展开的争辩构成了道德与法律关系发展的基本理路。历代的思想家侧重从规范或功能层面上的互补来论述两者的关系^②。特别是自20世纪80年代以来，随着法律伦理学这一新兴学科的兴起，道德与法律的关系广受伦理学界与法学界人士的密切关注，“法律伦理学正是以法律关系和道德关系的相互交叉、相互关联、相互作用为基础，研究法现象中的伦理道德问题的一般规律的学问。”^③本书主要是将道德与法律的关系置于现代西方语境中予以考察，所以，对我国历史上道德与法律关系的演进历程也就不拟详细分析。同时，由于学术能力的有限，笔者无力驾驭众多学派的思想主张，也不可能在写作过程中巨细无遗地穷尽所有学者的有关道德与法律关系的论述，故采用选取典型学派及其代表人物的思想主张的方法来展开写作。哈特、德沃金与哈贝马斯是上述三个主要派别中颇有理论建树的学者。他们之间又存在着客观的、内在的而决非主观臆造的理论传承和发展关系。哈特与德沃金之间的长期论争是一个不争的事实。德沃金将哈特视为批判的靶子，哈特针对德沃金的批判不断修正其理论以便作出回应，德沃金在与哈特的论战中不断丰富和发展他的理论主张。哈贝马斯则试图在哈特与德沃金之间走中间路线，汲取他们的理论精髓来重构和完善其理论体系。道德与法律关系是贯穿于他们理论始终的生命线，法律的正当性问题则是他们探讨道德与法律关系试图解决的核心问题。因此，本书试图通过考察哈特、德沃金与哈贝马斯对道德与法律关系的定位来追思这三个具有代表性的法律正当性论证模式。

^① 杨心宇. 法理学研究：基础与前沿. 上海：复旦大学出版社，2002. 161.

^② 可参见：崔永东，龙文懋. 评中国思想家对道德与法律之关系的探索. 孔子研究，2003，1：34-42；李龙. 良法论. 武汉：武汉大学出版社，2001. 46-66.

^③ 李建华，曹刚. 法律伦理学. 长沙：中南大学出版社，2002. 2-3.



2 写作思路与研究意义

在这一部分，笔者主要交待本书的写作思路，简要说明本论题的研究意义。

2.1 写作思路

法律的正当性问题是贯穿整个西方法哲学的核心问题之一。20世纪以来，这一论题更是成为学界普遍关注的理论热点。哈特、德沃金与哈贝马斯基于各自不同的学术立场，把哲学层面上的“应当”与“是”的关系问题引入法律领域中，具体体现为道德与法律的关系，并据此作了不同的阐释，彰显他们对法律正当性问题的论证模式。就他们而言，对法律正当性问题的论证，从本质上而言，就蕴含在道德与法律关系问题的解答之中，因此，这两个问题之间有着一种内在的逻辑关联。我们对道德与法律之关系的思考，在很大程度上又取决于我们对“法律”一词的理解^①。道德与法律的区别与联系就彰显着“法律是什么”，“我们并不是在研究清楚法是什么，道德是什么以后，才进一步以实证研究的方法探讨两者的关系。任何实证研究都预设了法与道德两者的某种关系。而我们问的正是：法与其他价值标准（道德）的关系是什么？这个问题的理论表述就是：‘法概念（Rechtsbegriff）’的范围是什么？它的界限何在？它到底是以何种方式将道德包括在内或排除在外？”^②通过限定法律的概念、范围、内容、功能等，道德与法律的关系顺理成章地展现出来，道德与法律的涵义也逐渐明朗。剖析道德与法律的关系终究要归宿到法律实践层面，须考察围绕道德与法律关系的争论在这一层面究竟是如何具体运用或深化的。我们可以看出，从道德与法律关系视角出发，哈特、德沃金与哈贝马斯对法律正当性问题的论证遵循的是这样一条脉络：从“法律是什么”进而深入法律实践^③进行铺陈。鉴于此，本书以法律正当性问题为线索，立足道德与法律关系维度，遵循上述脉络，从本体层面上的道德与

① [美] 庞德. 法律与道德. 陈林林译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 33.

② 颜厥安. 法与实践理性. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 33.

③ 哈特和德沃金立足于英美法系，在本体层面明确界定法律，侧重从司法层面来论述道德与法律的关系。哈贝马斯立足于大陆法系，通过对法律的社会整合功能的定位来展现他对法律的观点，主张法律规范的创立发生在论证性商谈中，还关注着法律规范在具体的司法情境中运用的适当性，阐释了道德在立法商谈和司法商谈中的重要作用。

法律的关系深入探讨实践层面上的道德与法律的关系，梳理与审视他们对法律正当性问题的论证路向，这一部分主要是阐释性的。同时，逐步深化，研究他们各自的理论优势与理论缺失，并在比较分析的基础之上，探究哈贝马斯模式如何吸纳和整合哈特模式和德沃金模式的理论精髓并超越他们的理论困境。结合哈贝马斯模式遭到的批判，文章进一步深究其模式的理论缺失，述析修正哈贝马斯模式的其他几种理论方案，试图补充与完善哈贝马斯的理论主张和论证路向，这些主要是批判性的分析。

具体而言，在导论部分，主要围绕西方法哲学史上三大主要派别——自然法学、实证主义法学和社会法学对道德与法律关系的思考进行历史的追溯，阐发本书的写作思路和研究意义。此外，澄清三组与本书密切相关且易于混淆的概念。

接下来，以问题为研究进路，分别在第1章、第2章和第3章从本体层面上具体论述哈特、德沃金与哈贝马斯如何阐释道德与法律的关系，并考察他们怎样将其理论主张运用于实践层面进而论证法律的正当性。是由法律自身来证成？或是由道德来证成？抑或是由商谈的民主程序来证成？不同的理论视域映衬出不同的论证向度。

第1章研究的是哈特规则体系下道德与法律无必然联系的分离命题，他持的是“合法律性的正当性”模式。首先，考察哈特如何从本体层面推演并进一步确证分离命题，将法律自身的制度特性即作为事实存在的承认规则视为法律有效性的判准，并由本体层面上的分离关系顺理成章地得出在司法实践层面道德仅是法外的可能影响因素的结论。同时，借助“自然法的最低限度内容”来阐释道德与法律在内容上的部分重叠，依据道德类型分析道德的法律强制。其次，引介哈特模式遭到的内外批判，集中在两个方面：其一，承认规则有着不可回避的困难；其二，内在观点存在缺陷。再次，试图结合上述的相关批判来评析哈特模式的优势与缺失。笔者认为，哈特模式突显了法律的独立品格和形式特征，剖析了道德与法律的相互关联，其论域中的内在观点也展示了认同法律的动机与态度。然而，哈特视野中“合法律性的正当性”割裂了道德与法律逻辑上的内在统一，对承认规则这一效力判准的定位和对内在观点的阐释使其陷入难以克服的困境。

第2章探讨的是，德沃金如何挑战哈特的分离命题，为其声称的道德与法律之间存在必然联系的融合命题辩护，力主“合道德性的正当性”模式。首先，诠释德沃金怎样通过“原则”（或“权利”）与“阐释”概念来架构