

法律道德主义的立场与辩护

郑玉双

(中国政法大学 中欧法学院, 北京 102249)

摘要: 2010 年南京换偶案所触及的深层争议是法律道德主义能否成为一种可被辩护的政治道德原则。本文梳理了关于法律道德主义的代表性理论以及来自中立自由主义理论的批判, 并为一种政治至善主义理论所支持的弱意义上的法律道德主义辩护。弱意义的法律道德主义对共同体的良善环境和基本善进行保护, 同时也承诺保护多元社会环境之下的个人自主。在对四川遗赠案和南京换偶案的分析中, 法官的道德推理应该站在弱道德主义的立场上进行权衡。

关键词: 法律道德主义; 不道德行为; 政治中立; 至善主义;

中图分类号: DFO

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2013)01-0117-9

一、导论

法律与道德的关系既是法哲学的一个基本主题, 也与司法裁判有着复杂的关联。本文将要探讨法律与道德关系的一个特殊的面向, 即法律道德主义 (legal moralism) 的正当性问题。法律道德主义最基本的主张是国家可以正当地运用强制手段 (主要是刑法) 惩罚那些招致罪恶的行为, 无论这些行为是否会带来伤害或冒犯他人。^① 强制的依据既可以是维持公共认可的伦理观念 (道德多数至上主义), 也可以是保护一个追求良善的道德共同体免受侵蚀。我们可以把法律道德主义所试图解释的不道德行为的惩罚 (the punishment of immorality) 或道德的法律实施 (legal enforcement of morality) 的一般性问题, 称之为“刑法的道德化”或“刑法的道德界限”问题。

法律道德主义与法律实践的冲突曾经是上个世纪六十年代英美刑法理论的一个基本主题, 目前这个问题在西方哲学界的争论渐渐成回热之势。与之相应, 在中国, 一个非常有趣的现象是司法实践提供了具有充足探讨空间的道德争议事实, 比如 2001 年的四川泸州遗赠案, 2002 年的陕西黄碟案和 2010 年的南京换偶案, 以及引起越来越多争论的代孕合法性问题。如果我们暂时把这些案件当作道德难题, 那么我们就有义务寻求道德论证的模式以及解释这些难题的本质的理论方案。法律道德主义

收稿日期: 2012-09-06

作者简介: 郑玉双 (1987-), 男, 山东日照人, 中国政法大学中欧法学院 2012 级法哲学博士研究生。感谢郑永流教授、范立波副教授、王凌峰博士以及葡门法哲学研习会的成员对本文观点所提出的批评, 匿名评审专家对文章的修改提出了详细的意见, 在此一并致谢。

^① 大多数理论家对这个问题的界定是一致的, 可以参见如下两个代表性理论家的说明: Joel Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, 1988, p. 3; J. G. Murphy, *Legal Moralism and Liberalism*, *Ariz. L. Rev.*, V. 37, 1995, p. 74.

就是试图解决这些道德争议的一种严肃的方案，然而这种方案在理论探讨中往往被轻视。

本文将为一种弱意义的法律道德主义进行辩护，遵循如下写作思路：首先总结法律道德主义的传统主张，对斯蒂芬·德弗林等支持法律道德主义的传统理论家的观点进行简述，呈现出其基本内容及可能面临的挑战。第三部分对主张政治中立的自由主义立场进行总结，选取具有代表性的自由主义理论家德沃金，分析他基于政治的中立性观念而对法律道德主义所做的批判。第四部分，指出中立的自由主义立场内部本身是不融贯的，而政治至善主义则更具有理论上的吸引力，并详细讨论罗伯特·乔治的多元论的政治至善主义。在最后一部分，我会分析弱意义上的法律道德主义的基本主张，并澄清这种立场对于分析泸州遗赠案和南京换偶案所能产生的积极意义。

二、法律道德主义的传统立场

（一）密尔与斯蒂芬之争

在对不道德行为的惩罚这个问题上，密尔的学说无疑是重要的，然而也需要全面地看待。在《论自由》中，密尔认为，政府和社会对个人行动进行限制的唯一正当理由是他们的行为对别人造成了权利或利益上的伤害，除此之外，任何基于家长主义（paternalism）或法律道德主义立场而做出的限制都是不正当的。〔1〕（P80）在 Jeremy Waldron 看来，密尔的理论面临着一个道德困难。密尔寻求弱化社会对于个体的强制，但社会强制（social coercion）不是外来的，而是社会语境下成员自身的行动和各种倾向。因此弱化社会强制的结果是，对社会成员的行动和倾向施加新的强制，这使得对自由的保护陷入了一个悖论。〔1〕（P231）

密尔的学说可以被理解成是对 19 世纪社会理论之巨大变革的一种参与，是对宗教道德观和由之而产生的社会强制的一种反抗和批判。从这个角度来看，密尔给出了很好的起点，然而却陷入自己制造的理论困境之中。斯蒂芬认为密尔的学说“不仅有悖于所有与道德有关的神学体系，有悖于所有众所周知的实在道德体系，而且有悖于人性本身的构造”。〔2〕（P29）斯蒂芬为服务于特定目标的强制辩护，在他看来，强制的重要形式主要体现在三点：第一、旨在确立和维护宗教信仰的强制；第二、旨在确立和在实践中维护道德的强制；第三、旨在改变现行政治或社会制度形态的强制。〔2〕（P33）

这三种形式的强制都不是为了防止伤害，而是为了实现美好的目标（good object）。斯蒂芬没有清楚地说明这个美好的目标具体是什么，但他给出了一个一般的解释，即“确立、维护并授权于立法者所认定的良好道德体系或标准”。〔2〕（P124）就这三种强制的内容而言以及他对密尔的评论来说，立法者为了维护道德、习俗和制度，使得社会免于毁灭性影响，而对个体的行为施加法律上的限制，这样做是正当的。在对密尔的伤害原则进行批判之后，斯蒂芬提出了法律道德主义立场的刑法理论。如上所述，强制的目标是维护良好道德体系，那么刑法作为一种强制手段，也是为了抑恶扬善。在遵循一些限制原则的基础之上，^①可以对个人的不道德行为进行刑法惩罚，并且惩罚的目标是有益的。尽管要付出很大的代价，比如给罪犯造成的伤害，但是相较于对公共道德标准的保护，这些代价是可以忍受的。

（二）德弗林与社会崩溃论

斯蒂芬与密尔之间的这场争论把伤害原则、法律道德主义和家长主义这样一些原则阐释了出来，为后来的理论发展提供了讨论的典范。在这个背景之下理解哈特与德弗林之争及与之相关的刑法道德化问题是有益的。

^①斯蒂芬列举了四点，分别是：不应当多管闲事；证据不足，易于造成极大地伤害和极残忍的不公；在任何情况下，立法都要适应一个国家当时的道德水准；在任何情况下，立法和舆论都应一丝不苟地尊重隐私。参见〔英〕詹姆斯·斯蒂芬：《自由、平等、博爱》，冯克利、杨日鹏译，广西师范大学出版社 2007 年版，第 132-133 页。

20世纪五十年代，沃尔芬登委员会做出了一个关于同性恋的报告，该报告建议取消对于成年人之间自愿的同性恋行为的刑事制裁。针对沃尔芬登报告的这种宽容立场，德弗林做出了批评。他的复杂论述可以简化为以下的观点：（1）社会要对不道德行为保持一定的容忍，但如果不道德行为引起了社会民众的不能容忍、义愤与厌恶的时候，则社会就有权对不道德行为做出判断。（2）如果不道德行为破坏了一个社会根深蒂固的道德，危及到了一个社会的自我继续，为了防止社会陷入崩溃，国家有对不道德行为进行惩罚的正当权力。[3]（P17）

“（1）”和“（2）”分别回答了两个问题。“（1）”回答的是社会有权对道德事务做出判断，因为德弗林认为，除了那些宗教教导，一个社会的道德观念无非是一些关于对与错的情感。[3]（P17）因此，当社会公众对不道德行为表示出义愤和厌恶的强烈情感的时候，社会就是在实践做出道德判断的权利，而经过审慎的判断之后，社会就有权采取行动。隐藏在“（2）”背后的逻辑是“崩溃论”，即社会共享道德是构成了一个社会存续的基础，如果共享道德受到了破坏和侵蚀，则一个社会就走到了崩溃的边缘。

我们可以把这两种主张视为一种温和的法律道德主义主张，然而这两个观点受到了挑战。首先，观点“（1）”诉诸社会公众的道德情感来判断行为的道德与否，在哈特提出两种道德理论之后，这个观点已经没有太多说服力。观点“（2）”是极易被推翻的，根据约瑟夫·泰恩特的研究，一个复杂社会的崩溃取决于多种复杂的因素，比如资源的枯竭、大的自然灾害和外来入侵，但极少是因为社会道德的变迁。^①针对这一点，一个可能的解释是，德弗林关注的不是同性恋等行为可能造成的真实的道德瓦解，因为到目前为止我们不能说英国社会因为容忍同性恋行为而走到了道德崩溃的边缘。他真正关注的是，同性恋行为的存在意味着社会本身的败坏和堕落，这种败坏对于社群来说本身就是一种伤害。从这点来看，德弗林自己的立场存在矛盾之处。

三、自由主义与政治中立：以德沃金为例

在刑法的道德化问题或落实同质化的伦理观这个问题上，自由主义是从一个完全不同的视角来处理的。自由主义主张个人自主的价值的优先性，从而对刑法的适用加以严格的限制。尽管无论是道德主义还是自由主义，都是一种国家的政治道德立场，但这两种道德立场在具体道德事务的判断上却存在着本质上的差异。法律道德主义所支持的国家目标是发现并推进和保护道德真理，而反对法律道德主义的理论家则主张国家应该对道德真理问题不置一词，而留给社会成员通过自发的论辩和反思加以解决。因此，自由主义越来越倾向于一种中立的道德立场，而把什么是良善生活的问题留给了对这个问题有争议的理性个体。德沃金提出了一种代表性的中立自由主义主张。

在德沃金看来，人性尊严存在着两个基本面向：第一，内在价值原则，即每个人的生命都有一种特别的客观价值，这个价值关于一个人生命中的潜能；第二，个人责任原则，即人有实现成功人生的个人责任，这样的责任包括自行判断何种人生对自己而言是成功的人生。[7]（P11）道德理论和政治制度是在这两个原则的基础上建立起来的，而且，从这两个原则中我们可以提炼出人的基本价值——自主。内在价值的实现依赖于社会创造出一个资源充足和机遇平等的环境，让每个人的潜能得以充分地发挥。而个人责任的实现则要求一个消极的环境，这个原则“赋予每个人一项责任，那就是自己接触与选择道德价值，而非屈从于他人的强制性选择”。[7]（P90）

他把支持刑法道德化的最有说服力的论证称为整合论，它主张公民个人生活的价值或良善，仅仅是他生活于其中的共同体的价值或良善的反映或函数。[8]（P238-239）在德沃金看来，无论是根据

^①参见 [美] 约瑟夫·泰恩特：《复杂社会的崩溃》，邵旭东译，海南出版社 2010 年版，第三章。但是需要注意的是，泰恩特所界定的崩溃，主要还是指的社会学意义上的组织失衡和衰弱，而与道德秩序的侵蚀的意义并不是完全一样的。

主导道德而对偏离行为进行惩罚，还是假定公民个体的道德是共同体道德的函数，都误解了政治共同体生活的本质和个人在其中的角色。如果共同体是由个体的实践有机地塑造出来的话，那么它只能把个体那些与此目标有关的那些实践和意图包括进来。比如一个交响乐团的实践是共同体性质的，这是因为每个音乐家的音乐才能构成了一个人格化的乐团，这个乐团通过集体的行动来实现音乐上的追求。然而音乐家个人所拥有的那些性道德或性观念，比如是否认同同性恋婚姻，则与乐团的整体目标无关。[8] (P257) 相反这个群体除了要求音乐家保持技术性的共同追求以外，应当对音乐家个体的信仰、志向和性道德标准予以必要的尊重。而我们所生活的共同体就类似于这种形式的音乐家组合。

更进一步来讲，共同体生活有其严格的界限。共同体必然是政治的，因为个体之间的利益冲突和分歧必须诉诸一个公共权威来解决，这个权威代表了所有的人，也要求所有的人直接或间接地参与到政治论辩和决策之中。[8] (P262) 从这个意义上来说，我们可以说共同体生活是一种政治生活。如果在一个共同体中，我们要把个体的所有行为，不仅政治行为和经济行为，也包括与性道德有关的行为，都纳入到一个共同体的实践之中，那么就会出现一个十分尴尬的局面，即这个共同体就像一个活生生的人一样，既有政治志向、经济追求，又有道德观念和性行为的责任标准。

四、政治至善主义

德沃金代表了一种典型的自由主义立场，通过把个人自主和尊重个人的道德价值作为政治行动追求的目标，确立了自由主义的中立观念。而政治的中立性意味着在刑法事务上，国家只能在伤害原则的基础上对个人的行为进行强制，因为伤害原则的目标在于尊重个人自主和保护个人权利，而不是证实任何正确价值判断的有效与否。[9] (P12) 中立的自由主义对法律道德主义提出的批评无疑是强有力的，但是这并不意味着法律道德主义就是一种失败的理论。这一部分我将讨论两种典型的反对政治中立性的至善主义理论。

(一) 拉兹对政治中立性的批评

政治的中立性在自由主义内部也受到了挑战，拉兹的挑战使政治中立性这种政治价值变得令人怀疑。拉兹同样主张个人自主的优先性，但他认为在对个人自主价值的保护上，国家不是中立的，而是要扮演至善主义的角色。下面是拉兹的基本主张：

政府的主要目的，就是帮助人们过上成功和充实的生活，换言之，就是保护和促进人们的康乐；[10] (P113)

如果政府的义务是促进人的康乐，那么政府应采取行动确保有吸引力的选择是可得到的，无意义的没有价值的选择是可以消除的。[10] (P114)

自主原则是一种至善主义的原则，一种自主生活只有在追求让人接受的和有价值的事业和关系的时候才是有意义的。自主原则允许甚至要求政府创造有道德价值的机会，并消除那些邪恶的机会。[11] (P417)

珍视自主价值的道德理论，可以为了他人或某人将来的更重要的自主而证成对此人的强制，这就是为什么运用强制来防止伤害能得以证立，因为伤害妨碍了自主。但不能容忍基于其他理由而使用强制。[11] (P419)

通过对拉兹的基本立场的梳理，可以看出拉兹完全站在一种反对中立的立场来重构自由主义的道德基础。这对德沃金和罗尔斯等理论家的立场无疑是一种巨大的挑战。首先，从概念上说，政府分享着一定的实质性道德角色，这个角色要求政府是一个积极的参与者，政府要对社会价值做出一些判断，因此政府不可能是中立的。其次，从实践的角度，个人自主的保护需要政府的参与，而政府的参与又决定了公民实现自主的机会的性质。政府在教育、医疗、社会保障和社会服务，以及与经济活动相关的其他一般性角色中的参与，深深影响了各种事业机会，并在社会实践所认可和维持的那些社会

关系类型的塑造上，发挥着重要的作用。[10] (P114)

与中立的政治自由主义相比，拉兹的至善主义立场更符合政治实践，也是对政治理想的一种更佳的解释。但是我认为拉兹关于个人自主与伤害原则的关系仍然不具备充足的说服力。拉兹坚持将强制的正当性原则限定在伤害原则，因为强制本身就是对个体自主的侵害，而且强制表达的是一种支配性的关系以及对被强制者的不尊重。[11] (P418) 因此，除非是为了防止更大的侵害，所以不能运用强制。因此，家长主义和法律道德主义都不是正当的强制原则。

在我看来，拉兹的这一立场恰恰偏离了至善主义的要旨。首先，强制针对的是行为，而非针对被强制者的个人尊严，因此断言说强制表达的是一种支配关系和不尊重并无道理。其次，至善主义立场不仅仅要求对侵害自主的行为进行限制，还要求利于个人自主的道德环境的存在。因此，如果色情作品可以自由地存在，会使得父母认为对孩子进行性教育变得困难。如果依照伤害原则，政府不能对制造色情作品的行为进行限制，但根据至善主义的政府观，政府有责任和义务鼓励一个纯净的道德教育环境，在特定的条件下，可能确实需要采取强制手段以实现这个目标。

(二) 罗伯特·乔治的至善主义理论

在道德的法律实施这个问题上，前自由主义时代的中心传统主张法律承担着使人们变得更加道德的辅助性角色。[4] (P1) 法律道德主义即植根于这样一种至善主义的传统。在当代英美法律理论的传统中，对至善主义和法律道德主义做出最强有力的辩护的理论家是罗伯特·乔治^①。乔治同时也是一个自然法学家。^① 自然法立场决定了他在道德观念上的保守性，而他的至善主义立场则表明他坚持法律道德主义的正当性。他对德弗林的理论的再诠释以及他对多元论的至善主义理论的辩护具有很强的说服力。

根据至善主义的传统，法律可以通过以下方式促进人们建立和保护德性：(1) 阻止公民进一步的自甘堕落，以防他们选择沉溺于不道德行为之中；(2) 禁止树立坏的榜样，以防其他人被诱惑而模仿这些行为；(3) 保护道德环境，以使人们做出符合道德的选择；(4) 进行道德对错的教化。[4] (P1) 这样一种传统的道德立法模式预设着多种前提，重要的前提体现在：国家不是道德中立的，而是可以对道德问题做出实质性的判断；公共领域存在着道德真理 (moral truth)，据此可以要求社会成员依据这些道德真理而行动。

在对德弗林的社会崩溃论进行重新诠释的基础上，乔治为至善主义的传统进行了辩护，并发展出了多元论的政治至善主义理论。这种形式的至善主义致力于建立和维护一种有机的共同体联结，通过创造基本善能得到完整维护和激励的社会环境，让每个共同体成员得到更好的机会来实现个体的健康和满足。然而，至善主义并不是主张一个社会完全的同质化和一体化，而是主张多元化、基本自由的保护是优良的社会环境的重要组成部分，也是实现各种基本善的条件。[4] (P190)，因此多元的至善主义不是对个人自主的压制，而是在促进个人自主方面，比起自由主义有着更明显的优势。

(1) 至善主义支持一种有机的共同体理论。个体无法脱离共同生活，但人们对共同生活的联结程度理解不同。我们可以从多个层次来理解共同体，菲尼斯列举了四种层次。第一种层次是从自然科学的角度来研究共同体，比如声音和视像，物理结构和自然变迁。在这个层次中，我们使用的主要是自然类型的概念。第二种层次是从逻辑、认识论、方法论和类似方法来研究；第三种层次是从技艺、技术和应用科学的角度来研究。而第四个层次是从人的明智慎思和选择的角度，比如心理学，伦理学，人类历史的研究等等来进行反思。[15] (P135-138)

^①乔治的政治至善主义与他的自然法立场有着内在的理论关联，同时他的自然法主张基本上继承和发展了菲尼斯所开创的新自然法理论。在乔治大多数作品中，都能体现出他与菲尼斯的道德哲学和政治哲学基本观点的一致性。因此，在后面的政治至善主义和修正的法律道德主义进行分析的过程中，我也会吸收菲尼斯的一些主张，以支持本文的论证。See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980; John Finnis, Law, Morality, and 'Sexual Orientation,' *Notre Dame Law Review* 69 (1994) 1049-1076; John Finnis, "The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations," *American Journal of Jurisprudence* 42 (1997) 97-134.

很明显，在公民道德与国家角色这个问题上，第四个层次的研究更佳地符合我们的实践。这个层次关注的是人与人之间的合作和共同的行动，以实现共同善，以及建立相互之间的责任和忠诚。正如在一个家庭之中，家庭成员之间相互促进以实现自我完善，更好地实现自由和培养责任感。[15] (P138) 共同体的实践主体并不是个人，而是整体，个体只是其中的一个分子，个体依照共同体的规范和目标而行动，这些行动汇聚成了一种有机的实践和态度，每个个体的实践和态度都会影响整体。有机的共同体理论主张公民的政治道德观念与其反省的自我利益融为一体，这是公民个体把自己的利益和人格融入政治共同体的重要方式。[8] (P263)

(2) 至善主义致力于保护共同善，让每个个体能够充分地享受到道德上有意义的选择的机会。共同善是我们进行道德判断的基础，通过共同善我们得以掌握人之存在的基本价值和实践推理的基本原则。[15] (P59) 共同善是一种不证自明的道德真理，也是任何一个社会所追求的理想形式。共同善与每个个体的康乐有关，是个体康乐最基本的方面。这些共同善包括生命、知识、游戏、审美体验、友谊、实践合理性和宗教等。[15] (P85) 实践合理性构建了我们对于基本善的追求，使得我们以不同的方式建立融贯的生活计划，来寻求一种自由且负有责任的生活。

至善主义认为刑法应该用来禁止“严重形式的道德恶行”，以使人们能实现和维持美善性格的益处，确保人们的生活与其康乐和福祉是相融贯的。这种美善性格首先是对拥有这种性格的个体有益，其次它是一种双重意义的共同善：第一，它有利于共同体的每一个成员，甚至于那些易于犯道德过错的成员；第二，它可以通过公众的努力而得以维持和促进，尤其是那些保障人们的性格得以塑造的文化环境不受频繁而有力的恶行所侵扰。[4] (P72) 然而，至善主义的这一主张不能被理解为家长主义论证，即国家享有对道德生活的发言权并主导公民的道德生活。而最佳的理解是，国家要承担论证负担，对共同善和真正的道德规范进行推理和反思。[4] (P78)

(3) 至善主义保护和促进公民的个人自主。中立的自由主义难以回答的一个问题是，如果我们认为公民的个人自主是有价值的，那么当个体自主地选择去从事不道德行为的时候，这种自主是否仍然具有价值。而至善主义对这个问题的回答更具有说服力。乔治主张，个人自主是实践合理性的一个条件。实践合理性本身就是一种公共善，也是引导我们追求共同善的行动理由。而个人自主的价值就体现在过上道德上好生活的机会和选择是多样的，我们通过自主的选择，依照实践合理性的原则，去追求道德上有价值的生活。[4] (P180) 因此，实践个人自主的过程就是一个自我构建的过程，当我们按照最终的行动理由做出道德上有意义的选择的时候，我们把自己的生活塑造成追求善的、值得过的融贯生活。

大多数自由主义者会认为至善主义观点是“柏拉图式的理想”，即把对公民美德的促进和保护作为法律追求的目标，而这样做可能会破坏良心自由和导向专制之路。乔治对此予以反驳。根据传统观点，法律约束的不是人的良心，而是行为本身。尽管道德法的出现会塑造人们的道德观念，但道德法并不是因为人们的信念而对个体加以惩罚。[4] (P76) 毫无疑问，法律会限制人们的不道德信念，然而很多基于其他意图而制定和实施的法律，同样是对人的信念进行限制，而并没有侵犯良心自由。比如民法对于恶意串通合同的禁止，同样是对人的邪恶信念的一种限制。所以对传统观点的这一质疑是没有说服力的。其次，对于自由主义者所说的导向专制，这也是一种误解。至善主义的批评者认为由立法者进行道德判断，不可避免地会因为偏见和个人私利而造成错误。实际上，传统的至善主义立场通过要求共同权威对人类善和真正的道德规范进行理性推理，以保护个体和少数群体。[4] (P78) 尽管公共权威并不总是能够做到正确地推理，然而传统观点的一个前提就是，人类对于善的基本原则和道德要求进行推理是可能的。这样，传统的至善主义就能避开大多数的批评。而这种观点所面对的困难，不再是国家强制实施道德的对与错，而是在一个社会中，是否能够确定共同善的存在。

五、法律道德主义和法律实践

（一）修正的法律道德主义

在乔治的复合论的至善主义理论的支撑之下，法律道德主义经过一定的修正，就可以化解德沃金等自由主义理论家的挑战，而且可以弥补拉兹理论的不足。同时，当我们运用法律道德主义的概念框架来对当下我们所关注的案件进行解读，比如泸州遗赠案、南京换偶案和代孕现象的法律困境，会得到有益的启示。我主张，一种弱意义上的法律道德主义，能够在个人自主与共同体之间的张力中，更好地解决社会实践中的道德分歧和冲突，而且能真正保护自主的价值。

首先，法律道德主义是政治至善主义在刑法领域的合理运用，但不是无限制的运用。至善主义作为刑法的道德基础，定义了法律道德主义的内容，同时也限制了这种道德原则的适用。我们要在概念上区分强意义和弱意义上的法律道德主义。强意义指的是行为的不道德就是对这些行为进行惩罚的充分条件。而弱意义的法律道德主义则采取一种较弱的形式，特定行为的不道德性提供了认定其为非法的一个理由，而非充分理由。[13]（P147）这样一个区分的意义在于自由主义者往往批评的是强意义的版本，如果法律道德主义的弱形式是合理的，那么它的理论地位就能得以维护。

在前面已经论证到，根据至善主义的立场，国家在公民的自主价值的保护和促进上要扮演积极的角色，其中包括创造良善的社会环境，通过支持教育和艺术塑造公共善观念和美德，使得人们意识到追求良善生活是有价值的，从而珍惜自己的道德自主。然而真正的分歧在于在塑造个体的良善性格这个职责上，运用刑法的手段是否是正当的。弱意义的法律道德主义主张，在抽象的原则上，在公共道德和美德受到不道德行为的伤害的时候，公民追求良善生活的路径受到了阻碍，则国家运用刑法的手段来保护公共道德是正当的。

然而，正如乔治所说的，哪些道德需要运用刑法手段来保护的问题，是无法通过列举和经验总结来回答的。但是，根据弱意义的法律道德主义的基本内容，可以初步地总结出道德推理和论证的几条原则，但是这些原则不是穷尽性的，而且需要不断地反思和论辩。它们是：

（1）法律道德主义作为一项政治道德原则，其道德效力来自于对共同善的保护和尊重。共同善是共同体所追求的价值，是一个社会中成员的自我实现和成就的基础，刑法的运用是为了保护社会的共同善。这些共同善对一个社会中的个体良善生活的追求来说是至关重要的，以至于当不道德行为对共同善带来严重减损和破坏的时候，个体追求良善生活受到阻碍，个体在共同体生活中的道德和政治身份认同被破坏，在这种情况下，进行道德立法是正当的。

（2）弱意义的法律道德主义与特定意义的有限政府观念是相容的，因此它能防止政府陷入道德专制的境地。首先，政治共同体的基本原则要求它的公共管理结构应主动并公开地确认、鼓励并推动和支持真正有价值的行为，并主动并公开地确认和阻止有害的和邪恶的行为，并通过刑法或强制来帮助父母实现教育孩子和年轻人，使他们追求美德，远离罪恶。其次，它并不主张政府直接地引导人们追求美德，通过使那些秘密和合意的成年人同性行为受刑法惩罚来威慑他们，使他们远离罪恶。[14]（P8）

（3）弱意义的法律道德主义主张，行为的不道德性不是对其进行惩罚的决定性理由，而是权衡性理由。权衡的原则有两个：首先不道德行为破坏了共同体的善，同时对不道德行为的惩罚不会与其他的道德性或道德相关的考量相冲突。乔治主张多元论的至善主义要对社会环境的多样性充分地尊重，对自由和隐私权等价值进行制度性的保护。比如，对色情作品的立法禁止可能会导致对文学和艺术价值造成压制。[4]（P188）在这种情况下，立法者要进行慎思性的权衡。

（二）回到法律实践

法律实践往往是多种力量竞争的结果，这其中有我们所信奉的政治道德原则，法律参与者的个人

偏好和利益，以及法律的社会效果反过来对法律的重塑。近几年发生的遗赠案、聚众淫乱罪案刺激了法律界的神经，主要是因为这些案件触及了法律与道德的根本关系。法学界对这些案件已经做出了非常可贵的尝试，但我认为他们都忽视了法律的政治道德这一面向。面对日益复杂的政治道德分歧，我们要拒绝一种机械的司法观，即把法律实践看成完全与道德无涉的实践。^①正确的做法是，通过展现问题背后真正的冲突，形成关于法律与道德的一个融贯的说明。依照我在本文的立场，我认为在对泸州遗赠案、南京换偶案等案件的分析中，法律道德主义可以贡献一个有益的角度。

我所选取的这些争议性案件，都涉及到婚姻家庭这种基本的善。家庭伦理是人的生命这种善的社会延伸，而生命是社会的共同善的最重要的一种形式。[15]（P86）其价值体现在两个方面，一是通过家庭成员责任的履行来维持和保护一个家庭，二是通过生育完成家庭的延续。通过这两个方面的实现，生命在动态上得以延续和保护。根据至善主义的国家观，政府要确认、鼓励和支持个体完善地履行其家庭责任，保护自身与家庭成员的生命得以维护，同时政府也要以一种持续的形式确认和阻碍导向邪恶并破坏家庭伦理的行为。因此，如果代孕行为所产生的效果是人的身体被视为工具而被附加了商业价值，则这种行为带来的是人的生命价值的减损。在这样的情况下，国家要对代孕行为的不道德性加以确认，并阻碍这种行为。

至善主义的另一个主张是，家庭、婚姻和生育，作为社会道德环境的结构性因素，决定着人们对于社会的理解和期待以及相应的选择，对婚姻的反思和理解使我们所生活的共同体在本质上区别于其他形式的共同体。[16]（P168）这体现在两点：首先，人们的道德理解如果是有道理的，则他们的理解会影响其他人的期待，他们所构造的道德环境就更容易导向美德。其次，如果人们之间的关系是根据一种道德上恶的理解和期待而构建，则道德环境就会引向邪恶。[4]（P45）因此，在一个参加换偶游戏的行为被容忍的环境中，我们可以说人们对道德的理解和期待在道德上有欠缺，这种环境易于把人们引向漠视婚姻价值的道德行为之中。

根据上面的分析，我认为在对泸州遗赠案和南京换妻案的分析，以及在代孕合法性的争议之中，法律道德主义要得到足够的重视。以南京换偶案为例，刑法中聚众淫乱罪的设置最佳地体现了刑法道德化的基本面向。我国刑法第301条规定：聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。这条规定体现了法律道德主义的立场，因为聚众淫乱活动是一种破坏性道德的集体行为，这种活动一方面破坏了家庭中夫妻双方的道德义务，另一方面误用了自己的身体，因此贬损了自主的道德价值，且因为是聚众性的，而非私人行为，这种行为破坏了公共善。当换偶活动对婚姻这种社会价值的破坏达到无法回避的破坏的时候，国家要采取强制的手段对这种行为进行阻碍。

尽管法律道德主义不是一种完备的司法裁判理论，它无法对政治共同体中哪些不道德行为进行惩罚列出一个详尽的名单，[4]（P190）但法律道德主义在司法推理中要扮演一定的角色。按照弱意义的法律道德主义的限制性原则，我认为国家以刑法禁止公民的聚众淫乱活动是具备正当性的，但是这些限制性原则要求国家在对具体行为的道德性质认定的时候要保持严格的克制，而尽可能地保护与之相竞争的道德价值，比如保护个人隐私，同时也要适用比例原则，防止惩罚过当。在南京换偶案中，法官在适用刑法关于聚众淫乱罪的规定的时候，法官要按照法律道德主义的限制性原则进行道德推理，比如对换妻行为的惩罚是否损害了个人隐私，行为人是在密闭的空间还是在公开进行等，都是影响法官推理的因素。在这些因素的权衡之下，法官的推理才是合理的。

^①比如刘江：《别以道德的名义》，《南方周末》2001年11月15日；林猛：《把道德的东西还给道德》，载李银河、马忆南主编：《婚姻法修改论争》，光明日报出版社1999年版。

六、余论

在本文的论述中所贯彻的一条线索即是，在不道德行为的惩罚问题上存在着个体与共同体的张力。自主的价值必然要求强制的存在，而强制往往是由共同体做出的。但人们无法就强制的界限达成共识。不道德行为的惩罚涉及的是国家在公民道德领域的强制的界限的问题，因此这个张力显得更加突出。个人组成了共同体，个人的信念、追求和行动不能完全脱离共同体的信念和追求。至善主义则推进了个人与共同体之间的有机联系，即主张个体是依赖于共同体而得以塑造的，而且个体价值的实现来自于共同善的实践，一个道德之善受到推崇和保护的环境则对于社会来说是整体上有利的。因此，参与到换偶等行为的个体没有按照道德上有意义的理由而行动，因此也在不同程度上否定了自主的价值，这种按照违反共同善的选择，并不能构建出反思性的好生活。

如果我们把政治看作是保护社会共同善和社会价值的实践，那么我们所选择的价值就将决定我们的社会结构的形态，或者说我们选择什么作为政治道德的基础，将影响着我们对于政治实践和形式的评价，也会构建出不同的政治世界图景。政治至善主义在国家的道德角色问题上，比自由主义表现出更为强烈的理论吸引力。当国家在公民的道德实践中负有责任的时候，法律道德主义的政治道德原则也就得以证成。更进一步来讲，法律道德主义要求我们要澄清一些基本的道德事实，即道德多元的现实和道德分歧的广泛存在并不意味着国家不能对不道德行为进行任何干预，同时国家在进行道德立法的时候要最大可能地尊重和保护基本自由。[4] (P190) 良善的社会环境反过来促进和激发每个人对个人康乐和成就的自主追求和参与，这是对法律道德主义进行辩护的最主要理由。

参考文献：

- [1] John Stuart Mill. On Liberty [M]. David Bromwich and George Kateb (ed.), Yale University Press, 2003.
- [2] 詹姆斯·斯蒂芬. 自由、平等、博爱 [M]. 冯克利, 杨日鹏译. 桂林: 广西师范大学出版社, 2007.
- [3] Patrick Devlin. The Enforcement of Morals [M]. Clarendon: Oxford University Press, 1965.
- [4] Robert P. George. Making Men Moral [M]. Clarendon: Oxford University Press, 1993.
- [5] H. L. A. Hart. The Concept of Law [M]. Second edition, Clarendon: Oxford University Press, 1994.
- [6] 哈特. 法律、自由与道德 [M]. 支振锋译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [7] 德沃金. 人权与民主生活 [M]. 司马学文译. 北京: 韦伯文化国际出版公司, 2007.
- [8] 德沃金. 至上的美德: 平等的理论和实践 [M]. 冯克利译. 北京: 江苏人民出版社, 2003.
- [9] Joel Feinberg. Harmless Wrongdoing [M]. Clarendon: Oxford University Press, 1988.
- [10] Joseph Raz. Liberty and Trust [A]. Natural Law, Liberalism and Morality [C]. Robert P. George (ed.), Clarendon: Oxford University Press, 1996.
- [11] Joseph Raz. The Morality of Freedom [M]. Clarendon: Oxford University Press, 1986.
- [12] Carl F. Cranor. Legal Moralism Reconsidered [J]. Ethics, Vol. 89. No. 2 (Jan. , 1979).
- [13] John Finnis. Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government? [A]. Natural Law, Liberalism, and Morality [C]. Robert P. George (ed.), Clarendon : Oxford University Press, 1996.
- [14] John Finnis. Natural Law and Natural Rights [M] Clarendon: Oxford University Press, 1980.
- [15] Robert P. George. In Defense of Natural Law [M]. Clarendon: Oxford University Press, 1999.

[责任编辑: 瞿郑龙]