

国家治理过程中法律道德主义批判

魏晓莉

湖南大学，湖南省、长沙市，410006

摘要：法律道德主义是从西方传过来的概念其本质是基于集体判断某一行为道德与否，法律可以被用来推行或禁止该种特定行为。本文阐述了当前我国国家治理过程中法律道德主义趋势加强的一些现象，导致这些现象出现的原因是多方面的，主要原因有两点：一是道德滑坡恐慌的错误认识，二是法律武器能构筑道德情操的观点支撑。分析这些原因之后对其进行否定，重点阐述其不能为当前的法律道德主义趋势正名，亦不能起到理想的效果，反而侵害个人自由、减损法律权威、取消道德的功能，导致社会严苛。国家治理的正确途径是应当坚守法律与道德的边界，正确发挥法治与德治的优势，而不是为了达到绝对秩序而过多地将道德领域的内容纳入法律之中。

关键词：国家治理 法治 法律道德主义 自由

中图分类号： D914 **文献标识码：** A

一、法律道德主义的表象及原因探析

（一）、法律道德主义趋势

仔细观察近几年的法学界发展动态，不难发现这其中存在着一种法律道德主义加强的趋势。比较典型的表现如 2013 年出现的“常回家看看入法”以及刑法学界热议的“见危不救罪”。不少学者认为，通过法律的强制手段来提升全民的道德素质是一种可行的路径，但是在笔者看来，这种方式是不现实的、行不通的，用法律作为武器非但无法提高全民的道德情操，反而可能造成新一轮的压迫。

1、“常回家看看”入法

民法领域最典型的表现即“常回家看看”入法。2013 年修订的《中华人民共和国老年人权益保障法》第 18 条规定：家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。用人单位应该按照国家有关规定保障赡养老人探亲休假的权利。

杨立新教授提到了这种特定的社会背景，“中国进入老年社会，人口老龄化速度加快，第六次全国人口普查表明，中国 60 岁以上的老年人口已达 1.78 亿，占全部人口的 13.7%。未来 20 年该情况会日益加剧，据估计，2030 年老龄人口规模将翻番，达到全国人口的 1/4。因“空巢家庭”而衍生的家庭悲剧、社会悲剧越来越多，老年人面临老无所依、老无所养、老无所爱的严重局面。尤其是在农村，大量的劳动力离开土地、进入城市，把老年人和未成年人放在农村无人关照，情况更加严重。”^[1]

社会背景是一个大环境，是长时间累积的结果，“计划生育好”、“只生一个好”等口号，在前几年还随处可见，特别是农村地区。计划生育的长期贯彻执行，导致现在很多家庭都是独生子女家庭，相应的带来养老的社会问题。对于这样一个社会性问题，是否到了需要立法的地步？本次立法是否能解决这个问题？我想答案是否定的。

杨立新教授也提到这个问题在农村尤甚，而农村恰是经济水平落后，相对贫困的地区。现实情况是，绝大部分人士不能常回家看看的原因并非是自己主观上不愿意，而是现实条件不允许，特别是外地务工人员（以前俗称的“农民工”）这一广大群体。他们为了给家

^[1] 杨立新.“常回家看看”条款的亲属法基础及具体适用 [J].法学论坛, 2013(6): 99-107.

人创造更好的生活条件，赡养父母、养育子女不得不长期在外，来回车票的费用对他们来说是昂贵的，其文化水平、教育程度决定了其工作内容不会很轻松，工资水平也不会很高。另外，用人单位不是慈善企业，必然不愿意给员工安排假期满足其常回家看看的心愿。对于这部分人来讲，是现实条件所迫，不论是从法律上还是从道德上都无法对其予以苛责。所以“常回家看看”在这里终究只能是纸面的。

还有另外一部分人，但绝对不是社会中的绝大多数，而只是一小部分人群，他们没有“常回家看看”的原因与前面正好相反，非客观不能，而是主观不愿。法律的苛责或许能对其起到几分作用，但是深究背后的原因，很有可能是其与家人之间的感情早已出现裂痕。法律这时起到的作用也只是微乎其微的，感情早有裂痕，精神关怀从何谈起？法律只能调控人们外在的行为，无法操控人们的内在情感。假使父母真的因此而起诉子女，法院作出判决并进入执行阶段，谁来监督判决的执行？

民政部副巡视员吴明说：“由于老年法属于社会类立法，具体细节不可能规定的很清楚”。明代张居正也说过：“天下之事，不难于立法，而难于法之必行”，法谚有云：“法律的生命在于实施”。把不具实践性的美好愿景写进法律，以期这一美好愿景有朝一日能够实现，我们不能否认这一美好初衷，但是，同样地，我们必须接受这样一个事实：这不过是在自欺欺人，这种近乎道德训诫的倡导性立法，注定只能是个无法成形的胚胎。

个人认为，回家看望年迈的父母给予其精神关怀本就是为人之本，任何一个心智健全的人都会去做，不管法律有没有规定，这里所说的去做是主动去做，而不是当成一种义务去履行。

2、扩大“配偶权”救济途径

笔者从国家统计局截取了2012年至2016年的结婚与离婚数据，从中可以看一个大的趋势是结婚人数逐年减少，离婚人数逐年上升，两者呈现出相反的趋势。离婚率居高不下，诸如“小三”、“二奶”、“情妇”、“出轨”等一类的词频繁出现在人们眼前。这反映出家庭伦理观念的败坏。普通人的生活因缺乏关注度而不为人所知，但是微博上从不缺明星出轨的新闻，且往往一出现便持续占据热搜，此即是当前社会婚姻家庭现状的局部反映。一直以来，夫妻关系的行为规范主要通过社会舆论、伦理道德来调节，比较典型的表现是社会群体对出轨一方的道德谴责。然而，道德谴责越来越丧失其威慑力，因为缺乏直接的法律后果，第三者介入婚姻或者婚内主体勾搭第三者的事件泛滥成灾，因此有学者建言对配偶权进行立法完善和保护。其中最主要的建议可以归纳为两点，一是将损害赔偿的责任主体扩大到“第三者”，打破配偶之间的闭合赔偿方式，二是打破只能在离婚诉讼中提出损害赔偿的诉讼模式，扩大救济路径。

第一点建议，将“第三者”纳入承担赔偿责任的主体的范围，从现实操作层面来看，如何界定“第三者”？“第三者”承担责任的方式是什么？如何区分“善意第三者”与“恶意第三者”？现实情况纷繁复杂，部分“第三者”甚至不知道自己是第三者，这些“被三者”本身亦是受害者，如果说配偶中的忠实一方可以向“恶意第三者”主张赔偿责任，那“被三者”是不是也应当获得法律上的救济，向配偶中的非忠实一方主张赔偿？我们不需要纸面的法律，法律也无法对纷繁复杂的私人情感进行一一规制，“法不入家门”，如果连亲密关系主体之间的关系都需要借助法律强力进行调节，这样的婚姻早就名存实亡，借助法律去维持一段名存实亡的婚姻的意义又何在？

而第二点建议，打破只能在离婚诉讼中提出损害赔偿的诉讼模式，试问婚姻关系存续的前提下，夫妻一方向另一方主张损害赔偿，这样的婚姻今后何以稳定？私以为这种救济模式只会加速感情破裂，走向离婚的结局。因此即使打破了这一限制，其适用空间也只是微乎其微。

3、“见危不救”入罪

彭磊先生在其论文中提到，“随着经济实力的增长和科学技术的发展，国家必须尽可能地把更多的基本和重要的道德上升为法律。重大道德义务上升为法律义务符合我国的国情。改革

开放以来,我国的社会主义市场经济有了长足的发展,公民的法律观念和权利意识也明显提高,但是,随之而来的,公民的思想道德水平严重下降。笔者认为,这种严重的社会失范应当通过法律来调整,通过法律强制提高公民的道德水平。^[2]范忠信先生也提到“将本来属于道德层次的要求部分的变成法律规范,变成人们的强制义务,这是提高国民精神文明的一种途径。^[3]”主张立法的依据分为外部因素和内部因素,这里的外部因素是指国外的立法。如《德国刑法典》第330条规定:“意外事故或公共危难或遇险时有救助之必要,依当时情形又有可能,尤其对自己并无重大危险而且不违反其它重要义务,而不救助者,处一年以下自由刑或并科罚金。”《法国刑法典》第223-6条第2款也规定:“任何人对处于危险之中的他人,能够个人采取行动,或者能够唤起救助行为,且对其本人或第三人无危险,而故意放弃给予救助的,处五年监禁并科五十万法郎罚金。”《意大利刑法典》第593条规定:“发现某人昏迷、似乎昏迷、受伤或者处于其他危险之中而不提供必要的救助,或者不立即向主管机关报告的,处三个月以下有期徒刑或者六十万里拉以下罚款。”

内部因素是指当前国情,部分学者认为改革开放带来了迅猛的经济发展,公民的法律观念和权利意识增强,个人意识严重,但是人们的道德水平却没有跟上经济发展的步伐,反而在经济发展的过程中逐渐恶化。因此,制定某种制度来扭转这种趋势成为必要。

个人认为,公民的法律观念和权力意识与公民的思想道德水平如果不是正相关的话,至少不会相互起到反作用。近年来,公民的法律观念和权利意识确实明显提高,但是公民的思想道德水平严重下降笔者是表示怀疑的。之所以会产生这样的认识,应该与媒体的大肆报道离不开干系。各大媒体有选择性地反复报道,以至于让我们产生这就是事物的全貌的错觉。如果说公民的道德水平严重下降已经成为客观事实,那么在面对新闻媒体曝出的异常性事件时的应有反应应该是集体冷漠,而不是集体关注与愤慨。这一点在驳斥道德滑坡恐慌论中有详细论述。所以,目前被大家所恐惧的严重的道德滑坡的真实性有待考证。

其次,用法律强制来提高公民的道德水平的路径是行不通的。“高压手段可以提高守法程度。但由于恐惧政府的惩罚才守法是不会使你更具信任感的,不管国家实施严厉手段的方式有多么相同都是如此。你不能用强有力的法律武器创造出道德情操。国家的法律系统有效,或者国家的官僚机构运作良好,这些都不能使其公民更具与信任感。公民自由和民主政体(即使在使用适当的控制手段时)也不足以激发信任感。民主国家确实更具有信任感,但这种情况在很大程度上是因为这些国家依靠他们的文化基础。^[4]”

举例来说,假设存在下面的情形:“我”是一个心智健全的成年人,即具备法律意义上的完全行为能力。某天走在路上刚好碰到有人溺水,“我”恰好会游泳,第一种情况,“我”游泳技术很好;第二种情况,“我”游泳技术一般。第一种情况下,“我”觉得我有能力去救人,但是我没有去救。第二种情况,我不确定自己有没有能力救人,因而没有去救。按照前面推行道德法律化的学者的观点,第一种情况下,“我”的行为构成了犯罪,需要承担法律后果。第二种情况下,“我”的行为确实情有可原,不具有刑事苛责性。那么这里的问题是,游泳技术是好是坏究竟采用什么样的判断标准?紧急情况下我如何保证我的主观判断是正确的?除去技术层面的因素,心理层面的因素又如何考量?万一“我”本来就是一个胆小怕事、不敢冒险的人呢?别人面临的生命危险不是“我”的行为导致的,“我”只是恰好经过成为一个旁观者,现在却因为“我”没有实施救人行为而断定我有罪,“我”觉得自己很冤。“我”并不能保证能够成功救人且不让自己陷入危险之中,万一“我”死了,“我”的家人怎么办?被救的人能对“我”的家人负责吗?见到有人溺水,有能力的人必须救助,如果这成为一项法定义务,其结果并不能逼使人们形成良好的道德习惯,反而会造成社会恐慌。以道德入法的形式来提高道德水平,无异于揠苗助长,其结果只能是两败俱伤。道德水平非但

^[2] 彭磊.“重大”道德义务应当成为不作为犯罪作为义务的来源[J].中国刑事法杂志,2003(3):33-37.

^[3] 范忠信.国民冷漠、怠责与怯懦的法律治疗[J].《中国法学》1997(4):106-113.

^[4] [美]埃里克·尤斯拉纳.信任的道德基础.[M].张敦敏译.北京:中国社会科学出版社,2006.

无法提升,这样的法律也会遭致非议,从而减损法律的权威性和信服力。“请记住,道德是一个义务的领域。人们总是会抵制给自己额外增加的义务。”^[5]

(二) 法律道德主义趋势加强的原因探析

1、特定事件引起的道德滑坡恐慌

“道德恐慌(moral panic)主要被用来解释媒体、公众及社会控制机构(如执法、立法、政府部门等)对特定社会现象的反应特征的一种工具。道德恐慌一词,并不是我国所特有的用于描述特定社会现象的词语。该词最原始的出处为英国社会学家卓克·扬(Jock Young)的著作《吸毒者》。“他指出,媒体不断将青年人吸毒这一现象边缘化,不断煽动公众愤怒的行为,这不仅没有解决毒品的危害问题,反而促使了一场行为的增加,引起了更大的社会混乱。他认为媒体煽动公众情绪,引发了强烈的社会反应的现象就是‘道德恐慌’^[6]”。

卓克·扬虽然创造了“道德恐慌”一词去描述他所处的那个时代的某种社会现象,但是,可以看到的是,这种现象并不是他所处的时代所特有的,而是一个延续的社会现象,可以发生在不同时代、不同国家、不同领域。1972年,对道德恐慌现象开始系统分析的英国社会学家斯坦利·科恩在其《民间魔鬼和道德恐慌》一书中写道:“在某种条件、某个场景、某个人或者某个群体兴起,逐渐被界定为对社会价值和利益形成威胁的时候,道德恐慌就会发生”、道德恐慌的出现,会带来一系列的连锁反应,其中最直观的是动用强制性手段,包括“强化和更新规则、增强公众敌意和谴责、制定更多的法律、判处更长的刑罚、增加更多的警察、逮捕更多的嫌犯以及建造更多的监狱等”,这与“乱世重典”的做法有异曲同工之处。道德水平下滑乃至缺失带来了一系列风险,且这种风险不是单纯地针对某一个人或某一部分群体,而是整个社会群体。在这样一个充满风险的社会中,人人自危,每个人都可能成为受害者,在这样一种前提下,潜在受害者共同体比较容易达成一致:用惩罚性方法去解决复杂的问题,通过严厉惩处加害者,规避风险,因此法律道德主义趋势加强以及相应地将违反道德的异常行为归罪化就有了相对合理的解释。

一般来说,道德恐慌的形成会经历一系列过程:关切、仇视、共识、比例失调化等。首先是特定行为的出现,引起了社会的关切,这种特定行为通常是与道德相悖的异常行为,行为出现后,会获得比较大的关注,而媒体为了迎合观众的需要,会添油加醋、刻意取材、进行夸张偏向性报道。然后会在整个社会形成一股强大的影响力量,正道德之名,同仇敌忾、谴责并仇视这种行为。当民众情绪被激起的时候,就会产生一种迫切的认同:此种行为带来的危害是立即的、巨大的、大范围的、毁灭性的,如不加以惩治,社会共同情感难以维系,社会秩序难以维持。

对于这样一个形成过程,我国有过很好的例证。“小悦悦事件”出现后,各大媒体争相报道,且利用标题吸引眼球,煽动民众情绪,号召大家同仇敌忾,此即关切、仇视阶段,类似的事件如5.28麦当劳杀人案,北京颐和园酒店女生遇袭事件,下一阶段即是共识阶段,社会上出现了这样一种认识:我国人民的道德水平正在严重下滑,道德凝聚力正在逐步瓦解,如果任由这种趋势发展下去而不采取任何措施,则会使整个社会陷入恐怖深渊。这种比例失调化的认识同时也体现在学界,此事件发生后,出现了很多为“见危不救罪”正名的论述、以及“重大道德义务应当成为不作为犯罪作为义务的来源”等的论述。

2、法律武器有助于构建道德情操的观点支撑

法律与道德都是社会调控的方式手段,不同的是法律是有“牙齿”的、权威的、有国家强制力保证实施的,而道德却更多地依靠个人自觉。因此在道德不能发挥有效作用的时候,有学者就认为可通过法律去重塑这样的道德,以推行特定的行为模式,以行为模式的改变带动思想道德层面的转变。

^[5] [美]理查德·A·波斯纳.道德和法律理论的疑问[M].苏力译.北京:中国政法大学出版社,2001.

^[6] 汪明亮.过剩犯罪化的道德恐慌视角分析[J].法治研究,2014(9):75-85.

法律道德主义的拥护者认为,严重的社会失范应当通过法律来调整,因为单纯的道德谴责已不能起到多少作用,主观上不会给人带来心理负担,客观上也不会给人带来不利后果,所以只能求助于法律。“将本来属于道德层次的要求部分变成法律规范,变成人们的强制义务,这是提高国民精神文明的一种途径。”

道德水平下滑乃至缺失带来了一系列风险,且这种风险不是单纯地针对某一个人或某一部分群体,而是整个社会群体。在这样一个充满风险的社会中,人人自危,每个人都可能成为受害者,在这样一种前提下,潜在受害者共同体比较容易达成一致:用惩罚性方法去解决复杂的问题,通过严厉惩处加害者,规避风险,因此法律道德主义趋势加强以及相应地将违反道德的异常行为归罪化就有了相对合理的解释。

对社会而言,将严重违反道德的行为归罪化处理,可以维持集体情感。正如法国社会学家迪尔凯姆所言,“我们对于……和道德规范形成的观念同它们所代表的客体一样,深深地印在我们的脑中,并具有一种不容反抗的权威。凡与此相反的观点,均被视为寇仇”。这种集体情感是社会稳固的根基,行为违背该情感时便会遭致反对,因此对伤害和破坏这种集体情感的人进行制裁,具备了民意基础。

于政府而言,维护秩序即是巩固政权,维护秩序的手段便是顺应这样的集体情感。若是严重违法道德行为反复发生而得不到处理,媒体趁机夸大化报道,则可能在公众中造成恐慌,公众为了缓解恐慌,便会给政府施压,而政府出面最简单、立即见效的处理方式即是制裁。

二、法律道德主义批判

(一) 驳斥道德滑坡恐慌论

严重道德滑坡是否真实存在?“小悦悦事件”事件的发生几率有多大?见义勇为的事迹是否已经不复存在?为什么我们只记住了“小悦悦”等类似事件呢?首先,人性的特点决定了负面案例留给人的影响更为深刻持久。其次是外部原因所致,媒体报道只为吸睛,罔顾事实,未经证实的就夸大报道,因此这类事件频繁、持续出现在人们的视野当中,长此以往,就会使人产生这样一种认识。“在网络时代,传闻不论真假,只要能刺激人们的神经或眼球,就会以前所未有的速度四处流散。只要疑虑泛化为一种社会心态,冷漠必会成为接踵而至的精神并发症,两者相互刺激,交叉传染,在任何可能出现信任危机的地方肆虐蔓延。”^[7]

笔者不禁想问,如果当前社会道德真的下滑至某种程度,为何对于类似见危不救的事情,会有如此大的关注度?为何能够在大范围内激起民众的愤慨?道德滑坡的结果应该是冷漠、不关心,这与事实上人们反应恰好与之相反。这也从侧面说明,所谓道德滑坡恐慌只是一种假想恐慌,特定事件的反复渲染带来的负面影响。事实上,1964年美国“杰诺维斯事件”^[8]与我国的“小悦悦事件”有很大的相似性,纽约时报在当年先后作出两次报导。先是平实的报导,没有受到很大的关注;后是夸张失实的报导,并成为广为人知的版本。流传的失实版本指“尽管她大声呼救,她的邻居中至少有38位到窗前观看,但无一人来救她,甚至无一人打电话报警。”事实上,只有十多人听到呼救声或看到凶案的部分过程,没有人知道凶杀案在发生。听到呼救声的人也只有数人能听到明确的呼救声,有的以为是情侣或醉客在吵架。凶手的两次攻击,也分别只有一人发现。分别有一人在初次攻击和第二次攻击时报了警,在第二次攻击时报了警的70岁老婆婆还走到凶案现场。警察没有在第一收到报告后立即出动是因为他们误以为是情侣或醉客在吵架。该事件在当时受到的广泛关注,全国上下都为之

^[7] 桑本谦.利他主义救助的法律干预[J].中国社会科学,2012(10):123-140.

^[8] 见 http://www.360doc.com/content/18/0331/19/54071090_741839580.shtml.1964年,美国历史上著名的杰诺维斯事件,因为大众媒体(《纽约时报》头版新闻)报道一名叫杰诺维斯(Kitty Genovese)的女工在纽约昆士镇的克尤公园被强奸杀人犯谋杀,过程长达半个小时,38位目击者却没有人出来阻止或报警,导致杰诺维斯被杀害。这起引起舆论哗然的新闻事件促使了社会心理学里长达12年(1968~1980)的旁观者效应的实验研究。

震惊，媒体舆论更是没有闲着，各种意见轰炸，甚至引起了社会心理学家对旁观者效应（亦称责任分散效应，Diffusion of responsibility）^[9]的广泛研究。“‘事件’总是舆论塑造出来的，道德舆论所需要的不是新闻，而是‘寓言’，而事实上，不说全部、至少绝大部分的人的道德水平是正常的，因为类似事件能够激发起其维护此种道德的情感与意愿。在打破道德滑坡恐慌的论断之后，我们真正应该思考的是为什么在民众道德水平正常的情况下，却没有人愿意伸出援手，或者更进一步细分，跨过愿意的阶段，没有人真正采取行动？我想这与当前社会的信任危机是分不开的。“疑虑的社会心态不仅会在人与人之间相互传染，而且会在不同领域之间迅速转移。”^[10]”

引起某种社会现象的原因是多方面的，见危不助即是如此，人们的道德水平只是其中一个微小的方面。社会因素、心理因素、法律因素等都在其中起到作用。早在“小悦悦事件”发生之前，就有过轰动一时、影响持续至今的“彭宇案件”。“扶与不扶”成为抉择难题，扶是出于同理心、同情心，不扶是出于自我防范、自我保护，两种选择都有能够说服自己的理由，谁也不能呵责谁。戏剧性事件的多次反转总是挑战着人们的想象力，“碰瓷”事件层出不穷，中年夫妇校园周边乞讨却是拐卖骗局，车祸现场有可能恰是精心打造的抢劫现场……此类事件反复刺激着人们敏感而脆弱的神经，如果说其良心道德驱使其在面临此类“危难”事件时挺身而出，那么其对人性的怀疑则会将其拉回。所以，问题的根源不在于道德滑坡，而是在于人与人之间的信任机制出了问题，而这种信任机制的问题也不是说所有人都不值得的信任，而是极少一部分人的恶劣行为破坏了这种信任机制。

因此，通过法律的强制去迫使人们做出某种行为，即使这样的法律制度得到执行，其结果也应该是与制定此种制度的美好初衷相背离的。其非但不能提升人们的道德水平，反而会减损道德的内在作用，需要采取救助行为时，救助人不自觉觉得出于道德良心其应该施救，而是会觉得这是法律规定的义务，逃避的结果是法律制裁。

（二）驳斥法律对道德情操的构建功能

某些道德之所以能够转化为法律，是因为其具备转化的基础——人民的认同与自觉服从。而不是与之相反的路径，当道德无法发挥作用时，便不问缘由，希望通过法律强制去发挥这样的作用。法治国家的秩序“必须来自人民自身——自觉自愿地遵守从心底里拥护的、大家共同分享的道德价值观念的要求和约束。”“狭隘地依赖重视惩罚的法律理性，其结果就是人们普遍地采取只遵守条文、寻找法律漏洞的策略，从而避免惩罚，对此就需要严格先前的法律，弥补漏洞，而这会使得法律更加严厉。如果所有人都把自己的事业发展限制在法律的范围之内，那么生活就会变得不可忍受”，也就“导致奴役而不是带来自由了”

道德的法律化使得社会秩序从道德秩序转向法律秩序，使道德纳入到法律的强制之中，这种强制虽然能够达成一定的秩序效果，但无法在伦理意义上达成效果，即无法激发人的人性能力或人的道德潜力。这一方面，很多伦理学家都有阐述。如格林认为法律的强制性和规范功能对人类道德主体性发展具有消极作用，损耗了人类高度自觉的道德行为的内在价值成分，它“妨碍作为最高善条件的道德自律”，“取消了某种践行道德的必要。”法国哲学家居友认为，我们决不能以社会的法律制裁来作为道德上的制裁，人类的道德行为并没有什么制裁可言，它只是人类在自身进化中形成的一种本能上的自我要求和自我限制。

道德由社会产生，但并非和我们的的心灵世界无关，和我们人的主动性、积极性无关，只有我们产生出对道德的主动追求之心，道德才会来到我们中间。如孔子所言：“我欲仁，斯仁至矣。”因此，道德秩序的获得是我们每个人积极参与的结果，不可能靠外在的强制力量。

^[9] 见 https://en.wikipedia.org/wiki/Diffusion_of_responsibility。责任的分散是一种社会心理现象，即当其他人在场时，一个人对其作为或不作为承担责任的可能性相应减小，因为个人会认为其他人应该作为或不作为，当潜在的救助人群人数较多时，其中某一个人承担责任的行为趋于减少，结果是旁观者鲜有援助行为。

^[10] 桑本谦.《理论法学的迷雾——以轰动案例为素材》，法律出版社，2015年版，279页。

而我们每个人的主动参与，往往又受着外界的影响，即他人是否遵循道德。因此，政府在道德建设中的作用就体现在通过政府树立其道德形象，从而影响到人们的社会行为。只有通过这样的努力才能避免在法治社会中，人性向物性的堕落。在道德法律化的过程中，由于在道德建设上的无能为力，技术化的法律进一步强化了统治力量，左右了人们的心灵，压抑了人们的道德感受，从而加剧了人被物化的进程。

作为中国文化奠基人的孔子早就认识到这样的问题，他说：“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。”刑罚可以使人免除不道德的行为，但无法使人产生道德上的羞耻心。这种羞耻之心属于内在的人文领域，对肉体 and 财产的强制只能消除人的外在行为，内心的状况却被完全忽略了。所以，孔子不只关心法律的秩序效果，而更关注这种秩序对人的心灵的作用。他认为：“听讼吾犹人也，必使其无讼乎！”无讼的追求其暗含的就是对心灵秩序的追求，对积极的、愉悦的、非强制的人生的追求，对一个能够积极地发展自己的人性能力的社会的追求。只有一个纯粹道德统治的社会，才能够做到真正的无讼，才能废弃法律的强制，才能真正做到社会中的每个人都能完善其道德人格，成为君子。梁漱溟先生通过对《论语》进行研究，进一步阐发了孔子对刑罚的思想，他说：“刑罚这个东西是让人生去走功利的路，根本与孔家精神冲突。拿法律刑赏去统驭社会，实在是把人生建立在计较厉害的心理上，建立在不正当的功利态度上，结果使人的心理卑陋鄙劣。”如果因为害怕才遵守法律，那么人生之导向便是本能或利益，人便将自己摆在动物的位置上，人性的向善能力便无从发挥。

也有法学家从另一角度揭示出道德的法律强制中存在的人性问题，美国法学家诺内特和塞尔兹尼克认为法律道德主义是压制型法的表现，压制型法的一个持久根源就是要求文化一致，共有的某种道德准则成为维持秩序的手段，为国家所强制实施。在法律上它倾向于惩罚性法律，而在道德上容易形成一种“超我的道德”，造成人的沉重的心理代价：怨恨自己、谦恭的盲从、情感压抑、意识减退。

如果我们认为，道德法律化可以使人们的行为因长期被强制而最终形成习惯行为，从而使道德内化成为自觉地行为，最终扭转社会道德。这种想法夸大了法律的作用，法律的强制可能导致习惯的产生，但并不能导致道德的产生。一方面，道德并不是由法律而来，而是从人性中来，法律对道德的强制并不意味着这种道德就一定是道德。这种强制使人们失去了道德上的判断力，从而使人变得非道德。另一方面，它将人摆到了一种物的地位，以为人是可以由法律任意铸造的无灵魂的机器。法律为人而制定，而不仅是为社会秩序而制定，必须考虑对人的精神自由的尊重。

那种认为法律限制和刑事惩罚能够提高人与人之间的相互关爱的程度、减少人与人之间的冷漠与敌对的想法是不现实的。随着法律数量的增加，而这些法律却难以得到实施的情况下，随之而来的风险是人们将逐渐失去对法律的尊重与忠诚。将法律伸向私人生活的范围很可能在实践层面上毫无意义，甚至于会削弱公众对整个法律系统的信心。即使将不道德的行为入刑化在某种程度上能够在控制人们的行为上取得一定的积极效果，但是这种效果不是毫无成本的，特定案件中这种法律强制的成本是巨大的，超出其所带来的积极影响。一方面，这种强制的成果消耗了更多的资源，比如金钱成本和人力成本，因此，试图去实施某一特定规则，社会将面临不能讲足够的资源分配在其他更具优先性的事情上，这些成本及普遍机会成本。另一方面，在对特定道德事件用法律进行规制时其成本大于收益，有些道德不端，无法对其进行详尽精确的论述，以使得法律救济成为道义上可接受的解决方式。

三、法律道德主义趋势加强的弊端

（一）个人层面侵害个人自由

法律道德主义趋势加强带来的第一层面的弊端即是侵害个人自由。“人性应该包括两个方面，一方面是自然的赋予，另一方面是社会的塑造。有什么样的社会，就会有什么样的人性。”“社会在相当大的程度上决定了人的文化特征，但不能决定在此文化背景下的善恶选

择^[11]。”每个人的道德层次是不一样的，法律无法强迫所有人达到同等的道德高度。把道德层次的差异比作考试成绩的高低，国家机器比作老师，老师希望每个学生都能在考试中取得优异成绩，这种初衷是好的。为了达到这一目的，老师适当采取鼓励措施，优化自己的教育教学方法，这种手段也是可行的、值得鼓励的。但是尽管做出了这些努力，还是不可能让每个学生的成绩都达到同一水平。这个时候，老师急了，开始采取极端措施，给学生下达学习任务，并规定没完成任务的将受到惩罚。如此重压之下的学生短时间内确实可能取得进步，但是长此以往，很可能丧失学习自主性，并产生逆反心理甚至怨恨。学生的成绩的好坏取决于很多因素，学校的教学质量，学生个人的资质水平，父母给孩子提供的学习环境以及可获得的学习资源等等。逼迫式教育的后果大家也有目共睹，很多学生因此而叛逆，也有的因长期处于这种高压环境下而精神失常。类似地，人们似乎相信表现为法律制裁的物理性暴力可以成为提升公民素质的直接工具，但往往事与愿违。“法律不可能强迫一个人做到他的才智所能允许的最好程度^[12]”。用法律的强制手段来践行道德的方式也是同理，不是说有了法律强制，个体的道德水平高低就成了可控的。法律教条化无法解决个体精神层面的问题。“道德的法律化不但不是道德，而且是反道德的，以刑罚的手段强迫人们行善，结果可能是取消善行，因为它靠着强暴力量的威胁，取消了人们选择恶的自由。^[13]”格林认为：法律的强制性和规范功能对人类道德主体发展具有消极作用，损耗了人类高度自觉的道德行为的内在价值成分，它“妨碍作为最高善条件的道德自律”，“取消了践行某种道德义务的必要。”

允许法律侵入私人生活领域，允许法律去规制家庭内部事务，爱与友谊，或其他很多同种类的事物，就像用钳子从人的眼睛当中拔出他的睫毛，是对个人隐私等权益的侵犯。在一个自由的社会当中，人们对于什么是道德上正确或错误的事情观点本就不可能完全一致，多元化的社会有着多元化的价值观，一个比较好的观点是允许人们做出不同的选择与判断，由其自行决定其个人生活方式，即个人的自我决断权。本着这样的精神，某些问题可以更多的被看作是私人领域的事情而非公共管辖领域，因此从一开始就无须排上公共政治的日程。

（二）社会层面易致社会严苛

“如果我们把领导者的迫切需要当作是既定的，那么压制的最普遍的根源就是梅里亚姆所谓的“权利缺乏”（poverty of power）。梅里亚姆注意到：“在某些类型的危机中，没有什么能比支配权的脆弱更使掌权者、甚至服从权力者心惊的了。”权威有赖于某种起支撑作用的实践和信仰环境。然而，没有这种环境，权力并不会消失。当有权者陷入绝境时，他们的特征就是求助于压制机制。他们这样做不一定是出于恶意，而是因为他们可能认为没有其他方法能履行他们的职责。^[14]”

法律不是一开始就有的，而是社会发展到一定阶段的产物。且最初宗教、道德和法律混为一体，共同作为社会治理的手段。随着社会的进一步发展，宗教、道德、和法律逐渐分割开来，并在各自的领域发挥作用。宗教的作用已经相对淡去，逐步缩减到各个具体的宗教团体内部，其使用范围的局部性决定其无法再作为社会治理的一般手段。道德虽然不像过去那样发挥出强大作用，但在社会治理方面，一直发挥其独特的、不可忽视的作用。与作为外在约束手段的法律而言，道德更侧重于约束人的内心。如果完全依靠法律手段来实现社会治理，恐怕难以胜任，因为法律无法面面俱到、样样监管，法律的特殊性决定了其只能在有限范围内适用。一个完全依靠法律来治理的社会未见得就是一个良善的社会，反而可能成为一个极度严苛的社会，因为它把那些本该由道德调整的内容全部纳入到了自己的囊中，这样的法律已经不是真正意义上的法律了，这样的社会也未必能够真实存在，因为社会不是简单的

^[11] 郭忠.法律秩序和道德秩序的相互转化——道德的法律化和法律的道德化问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012.

^[12] [美]富勒. 法律的道德性. [M]. 郑戈译.北京: 商务印书馆, 2005, 11 页.

^[13] 梁治平.《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社，1997 年版，268 页.

^[14] [澳]皮特·凯恩. 法律与道德中的责任. [M]. 罗礼华译.北京: 商务印书馆, 2008, 36 页.

人的相加而得到的一个整体,或者说简单的人相加无法构成一个真正意义上的整体,这其中必然需要某些共同的意识把这个单个的个体凝聚在一起,而这些共同的意识就是为大家所普遍接受的一般道德观念。

(三) 消解道德、稀释法律权威

“道德法律化存在一定限度,不能滥用和泛化,否则就会陷入法律万能主义的泥潭,而扼杀道德的生存空间。”^[15]用法律推行特定的道德模式可以在短期内看到效果,且是人们行为上的直观效果,但从长远来看,并不是值得庆幸的事。长此以往,人们在行为时的思维模式将不是“我内心的道德准则指导我这样做”,而是会直接跳过道德思考,跨入到“法律要求我这样做,不做将面临不利后果”的阶段。如果一个人在行为时只依靠外部强制,道德将逐渐丧失生存土壤。狭隘地依赖重视惩罚的法律理性,其结果就是人们普遍地采取只遵守法律条文,寻找法律漏洞的策略,从而避免惩罚,对此就需要严格先前的法律,弥补漏洞,而这会使得法律更加严厉。如果所有人都把自己的事业限制在法律的范围内,那么生活就会变得不可忍受,也就导致奴役而不是带来自由了。而且,如果道德建设越来越依赖缺乏个体道德主体心理认同的被动的行为强制,那就会不自觉地造成人们道德约束能力的外在依赖性结果,由此带来的更为严重的问题是:人们在道德上的自律能力慢慢退化甚至丧失。

而且,需要警惕的是,将道德领域的内容过多地纳入法律领域,在模糊法律与道德的边界,使人们在道德上的自律能力慢慢退化乃至丧失的同时,也会给法律带来灾难。众所周知,法律区别于道德的一个关键因素即在于法律是刚性的、有牙齿的,依靠国家强制力保证实施的,如果法律更多地演变成为一种倡议性的条文,尽管其在制定颁布之初可能起到一定的象征性、倡导性、指引性作用,但是长此以往,法律的权威会被减损,法律的特性会丧失。

不管是民法领域还是刑法领域,道德法律化都不是值得推崇的行为。关于其实现可能性自不必多说,前面的具体事例中已有论证。“法律的生命在于实施”,一部不具备实施现实性的法律是没有生命的。但是,道德法律化不值得推崇并不仅是因为其无法得以实施,究其深层原因,是因为其企图将义务道德的标尺上移来达致一个道德水平良好的社会本身就是一种错误的途径,甚至说是不道德的。

法律应保持其自身的独立性,不应过分为道德所侵蚀。法律是要用来操作的,最终是要用来对冲突进行决断的,而不是所谓用来提高全民道德素养的直接工具。前面也已论证以法律来提升道德的路径是错误的。比较合适的解决方案是,把道德的交给道德,法律的交给法律。而不是因为当下社会道德败坏就奢望向法律借力来改善这一情况,况且从因果关系来探究,这样的道德败坏并不是因为法律造成的。提倡道德法律化的那些学者的初衷是好的,但是好的初衷并不一定生产正确的方案,甚至很多时候一些极不合理的行为就是打着美好初衷的旗号而做出的。道德对法律的过分侵蚀将戕害自由,且强制压迫鲜能产生信任。因此,道德法律化,还需谨慎。

四、国家治理过程中法律道德主义反思

(一)、德治与法治相结合

法治是国家治理的基本方式但不是唯一方式。我国具有德治的历史传统,道德控制有其优势。孔子说过:“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”。这即是说刑法只能控制人的行为,而不能掌控人的内心,而道德却可以通过净化心灵去达到调控行为的目的,这样的结果是向善、持久的。法律道德主义支持者的初衷即是为了达到这样一种向善的结果。梁漱溟先生这样阐述过孔子的思想:“刑罚这个东西是让人生去走功利的路,根本与孔家精神冲突。拿法律刑赏去统驭社会,实在是把人生建立在计较厉害的心理上,建立在不正当的功利态度上,结果使人的心理卑陋鄙劣。”

国家法律的贯彻执行有赖于国家强制力的支撑。但是,我们可以看到的是,那些能够真

^[15] 程明.试论道德的法律化及其限度[J].北京师范大学学报(社会科学版), 2007(2):112-119.

正有效得到贯彻执行的法律，往往是与社会通行惯例、道德习俗相同或近似的。一项完全违背社会通行惯例、道德习俗的法律，即使在制定之初依靠强制力能得到一定范围的实施，但是最终将被历史淘汰。哈耶克曾经指出，在一个传统和惯例使人们的行为在很大程度上都可预期的社会中，强制力就可以降到最低限度。

法治与德治相结合的方式历来为我国传统文化所重视。“德法并举”、“出礼入刑”在崇尚依法治国的今天依然不失其影响力。历史和实践也证明，这种综合性的社会治理手段的运用在维护社会稳定，团结社会民众方面发挥了强大的作用。这是中国古代政治家们在总结历史的基础上传承下来的治国理政的先进经验与技术，在一定程度上体现出中国古代思想政治家们对人性的深刻认知、对法治的正确认识。得益于此，中国古代才能领先世界，对众多周边国家乃至世界产生重大而深远的影响。

依靠单一的社会控制或治理手段能起到的效果甚微，法律与道德以及其他的社会控制手段之间从来都不是割裂开来的，而是相互依赖、相互促进的。缺失了道德价值的法律因无法获得认同和支持而不能在社会治理中推行开来，法律只有结合道德等价值才能形成良性互动的运行机制，其功能才能得以彰显。

法律无法自动提升人们的道德情操，也无法自动改善社会的精神状态。法律的良好运行不仅仅依赖于良好的法律制度，同时依赖于社会群体的道德素质。良好的法律知识储备并不能降低犯罪行为的发生，一个明显的例子就是高智商犯罪。这类犯罪分子对法律条文再熟悉不过，其正是利用法律的漏洞去实施犯罪行为。而道德水平的高低与犯罪概率的高低有着直接联系，一般来说，道德水平较高的人，犯罪概率较低，因为其内心所秉承的价值观和信念能够从内在约束自己。因此，社会治理在依靠法治的同时，需要发挥德治的优势，不可偏废。弘扬中华民族的传统美德、宣传社会进步价值观念，营造良好社会风气氛围，全面提高社会整体道德水平，在依法治国的当下依然是至关重要的，这是历史验证的结果，也是国家有效治理的真正可行路径。只有这样，才能缩小理想与现实的落差，实现法律效益的最大化，实现良法善治。

法治从来都不是依靠法律道德主义的理念去进行国家治理。当前的法律道德主义即是没有从客观角度出发去判断这样一种必要性，在问题出现之初即采用简单化处理的手段——立法规制，这种做法是粗暴的，违背了法治的初衷，从长远来看，亦不利于社会的稳定。法律不是万能的，法律是最低限度的道德。即使在道德调整失灵的时候，亦不能不加思考地通过立法的手段去调整本属于道德领域的内容。社会本就是复杂多变的，道德的内容亦不是固定不变的。法律应保持其自身的特性，而不是以道德为风向标进行变动。正确对待法治与德治即要求既要看到法治与德治的优点，也要看到法治与德治的缺点，结合两者的优点去进行治疗。

（二）、为德治创造现实环境

为什么对法律道德主义进行批判，因为法律道德主义的出发点是将法律作为提升公众道德水平的途径，而前面分析也提到强有力的法律武器并不能创造出道德情操，行至极端时则走向强权暴政。法治与德治之间的互动首先是德治发挥作用，从而提升促进法治的效果，本末倒置的做法只会导致失败。这种做法类似于福山在其《信任——社会道德与繁荣的创造》一书中提到的“如果民间企业无法靠自己的力量创造出策略性工业，那么政府就会忍不住想介入去鼓励企业朝这个方向发展；由国家直接赞助的工业发展会带来各种风险，这些风险是市场导向的投资所不会发生的。这种先天上缺乏社交性、却又拼命想建立大企业的社会，最可能爆发重大的问题。”法律道德主义正是在民间无法依靠道德去制止某些行为或推进某类行为时，由国家强制介入去禁止或推行这类行为。

前面分析提到，道德滑坡的真实性有待考证，媒体夸大报道促成了这样的认识。也就是说，道德一直存在于人们心中，只是某些因素阻止其转化为外在的行为。而其中最主要的因素即是人与人之间缺乏信任，见危不救即是如此。如何构建这种信任，为道德作用的发挥创

造空间才是我们当前迫切需要解决的问题。

道德主义信任是信任他人与你共有基本的道德价值，因此，他人也应该得到你所希望从他人那里得到的待遇。然而，这种信任的破坏总是比维持来得容易，且个体之间的破坏会向水波一样蔓延至整个社会群体。利用别人的善良与信任去为自身谋取利益的人可能会在行骗之初获得一定的利益，于其个人而言，短期利益得到了满足，从长远来看，其所失去的要大于暂时得到的，对整个社会而言，却是百害而无一利。拿见危不救来说，如果救助他人实施救助行为面临被诬陷或讹诈的危险，那其心中关于见危不救的负罪感就会减轻，因为其有了不救助的正当理由，尽管这种理由事实上不一定成立。

德治的功能发挥一个很重要的因素是人与人之间的相互信任。“所谓信任，是在一个社团之中，成员对彼此常态、诚实、合作行为的期待，基础是社会成员共同拥有的规范，以及个体隶属于那个社团的角色。如果民主与自由主义制度要顺利运作，就必须和若干“前现代”（premodern）的文化习惯并存共荣，如此才能确保这些制度运行无误。法律、契约、经济理性只能为后工业化社会稳定与繁荣的必要却非充分基础；唯有加上互惠、道德义务、社会责任与信任，才能确保社会的繁荣稳定，这些所依靠的并非是理性的思辨，而是人们的习惯。在现代社会，理性思辨绝非不合时宜，反而是社会安富所不可或缺的条件。”^[16]

所以现在，首先要解决的不是去惩罚没有实施救助行为的人，而是需要惩罚一开始破坏这种信任机制的不法人员，处罚这种自私自利的行为。这种惩罚最好具有公示性，且能够刺中潜在破坏者的要害，使其不敢轻易行骗，同时需要在整个社会群体中起到警示作用。这就需要国家建立健全违规、违约等信息披露机制，信息是据以判断的基础，如果一个人从一开始能获得足够的信息，那么在面对商业伙伴或者竞争对手时，其能够坦然应对，而不是一开始就关闭这种接触的机会或者带着极高的警惕心去接触。商业社会是如此，人际关系也是如此，如果失信行为能够得到有效惩治，那么必然会有越来越多的人害怕失信，从而会约束自己的行为，如果人人都约束自己的失信行为，那么整体而言，社会的信任机制能够正常发挥作用，人在遇到自己的同类面临危险时，也会提高救助的意愿，而不是选择性视而不见，防止落入圈套。

其次，经济基础决定上层建筑。如果财富分配有严重倾斜，则位于各自一端的人们会感到与另一端的人们很少有共同点。在一个高度不平等的社会，人们将固守在自己的同类人中，当人们感到有不公正存在时，就会增强自己对其他群体的消极的看法，使信任和迁就更为困难。所以，发展生产力，推动经济全面快速健康发展的同时，也要注意分配方式的公平策略，在可能的范围内缩小贫富差距。当前的很多欺诈性事件多缘于谋取经济利益的动机，在可供分配的蛋糕有限时，人们出于私心都想为自己谋取更大的份额，这样必然会抢夺其他人的份额，所以，把蛋糕做大也显得尤为重要。

（三）、可替代性路径探索

可替代性路径探索需要具体问题具体分析。文中列举了三种现象，但此处的可替代性路径探索将重点围绕“见危不救”入罪展开。从人性的角度来分析，人首先是生物，生物具有趋利避害的特性。因此，在面临危险事件时，远离本就是其自然生理反应，这是生物进化的结果，亦是人性。所以，通过惩罚手段去强制其履行重大道德义务本就是不人道的。惩罚不是唯一的方式，反而有可能是最坏的方式。每个人都追求自己的尊严得到认同，（亦即别人对他的价值给予恰当的评价）。事实上，这种欲望极度深植人心，在整个人类历史的发展过程中，追求他人认同的欲望一直都是人类行为的主要驱动力之一。

如果说一个人对陌生人实施了救助行为，可以获得国家奖励和荣誉，那么至少从人性的角度出发，会有很大一部分人愿意去实施救助行为。相反地，惩罚只会将人推得越来越远。无偿救助行为的动机有可能是出于强烈的道德使命感，觉得我的同类陷入了危险，我有救助的必

^[16] [美] 弗朗西斯·福山. 信任——社会道德与繁荣的创造. [M]. 李宛蓉译. 北京: 远方出版社, 1998.

要，不问报酬也不问荣誉，当然，这是至善的表现。还有很大一部分普通人，其救助的动机可能掺杂了社会的肯定与认可，因此国家的物质或精神奖励可以迎合这一部分人的需要，因而能够加大这些人实施救助行为的可能性。

而“常回家看看”的问题本身不应该成为一个法律问题，这部分是由于先前推行的独生子女政策衍生出来的问题，也是社会财富分配不均带来的问题，而不是“道德滑坡”问题，所以立法的作用微乎其微，甚至弊大于利。社会的慢性病无法通过一剂猛药就根除，国家的立足点应该是思考如何建立健全社会保障机制，使养老问题落实到制度上。

可替代性路径探索要求我们全面分析问题出现的原因，从根源出发去制定对策。达致结果的路径不是单一的，制度施行的前提是能够获得人们的广泛认同，如果一项制度在制定之初即是违背人性的，其认同度可想而知不会很高，相应地也难以取得好的效果，这样的制度在制定之初即是失败的、不科学的。在国家治理的过程中，法律是一条有效的治理路径，但不是唯一的治理路径，有时候也不是最有效的路径。因此，从人性的角度出发，选择一条可行的路径，摒弃惩罚的本源思想，可以成为国家治理的新思路、新方法。

参考文献

- [1] [英]边沁.道德与立法原理导论[M]. 时殷弘, 译. 北京: 商务印书馆, 2000.
- [2] [美]理查德·A·波斯纳. 道德和法律理论的疑问 [M]. 苏力译. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [3] [美]罗斯科·庞德. 法律与道德 [M]. 陈林林译. 北京: 商务印书馆, 2015.
- [4] [美]埃里克·尤斯拉纳. 信任的道德基础. [M]. 张敦敏译. 北京: 中国社会科学出版社, 2006.
- [5] [澳]皮特·凯恩. 法律与道德中的责任. [M]. 罗礼华译. 北京: 商务印书馆, 2008.
- [6] 弥尔.道德之维: 自然法和法律实证主义视角下的德法关系研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2014.
- [7] 桑本谦.理论法学的迷雾——以轰动案例为素材[M]. 法律出版社, 2015 年版
- [8] 郭忠.法律秩序和道德秩序的相互转化[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012.
- [9] 陈征楠.法正当性问题的道德面向[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [10] 吴汉东.国家治理能力现代化与法治化问题研究[J].法学评论, 2015 (5) .
- [11] 王建敏.法治与德治相结合 推进国家治理现代化[J].当代世界与社会主义 2017 (1) .
- [12] 徐汉明.推进国家与社会治理法治化现代化[J].法制与社会发展, 2014 (5) .
- [13] 汪明亮.过剩犯罪化的道德恐慌视角分析[J].法治研究, 2014(9):75-85.

Criticism on Legal Moralism during the Process of National Governance

Wei Xiaoli

(Hunan University, Changsha / Hunan Province, 410006)

Abstract: Legal moralism is a conception from the western world, which is the theory of jurisprudence and the philosophy of law which holds that laws may be used to prohibit or require behavior based on society's collective judgment of whether it is moral. This essay describes some phenomena happening during the operation of our national governance, which showing the tendency of legal moralism. After the description of typical phenomena, it goes further to analyze the reasons, with two main reasons stand out. One is the terror caused by the misunderstanding of morality decay, another is the belief that law can be used to construct and shape morality. Analyzing the reasons help us find out that it cannot make the tendency of legal moralism in our national governance justifiable, neither can it live up to the supporters' expectation, while its harm is tremendous, including infringing individual's freedom, impairing the power of law, as well as derogating from the function of morality, thus lead to totalitarianism. Combining the strength of 'rule of law' and 'rule of morality', defending the line between law and morality, instead of legal moralism.

Keywords: national governance rule of law legal moralism freedom

作者简介:魏晓莉, 女, 湖南大学理论法学硕士研究生。