

# 为法律道德主义辩护

——从侮辱尸体罪切入

张峰铭\*

## 目次

引言	(一) 共同善
一、侮辱尸体罪：正当性何在？	(二) 基本善、实践合理性与人性尊严
(一) 一个假想案例	四、为什么维护共同善是国家的责任？
(二) 基于损害原则的论证	(一) 国家作为一种实践权威
(三) 基于冒犯原则的论证	(二) 国家应当对善观念保持中立吗？
(四) 基于法律道德主义的论证	五、国家何时应当用刑法维护共同善？
二、为什么侮辱尸体侵犯人类尊严？	(一) 犯罪与共同善
三、为什么人类尊严是共同善的内在构成部分？	(二) 侵犯自主性(autonomy)？
	六、结论

**摘要** 将严重侮辱、损毁尸体行为犯罪化具有直觉上的吸引力。然而，自由主义犯罪化立场坚持损害原则和冒犯原则穷尽犯罪化的正当事由，侮辱尸体罪不能通过这一立场得以辩护。基于新自然法理论的法律道德主义立场则主张，国家有责任通过刑法手段回应侮辱尸体的行为。要证立这一立场，关键在于通过建构“人类尊严”和“共同善”这两个核心概念，说明侮辱尸体行为的道德属性和国家强制干涉的正当性基础。人类尊严是一类重要的共同善，国家权力的正当性基础则在于维护和促进共同善。侮辱尸体侵害人类尊严，因而是一种严重的公共道德不当，国家有责任通过刑法对这一类行为做出适当回应。因此，法律道德主义能为侮辱尸体行为的犯罪化提供最佳辩护。

**关键词** 犯罪化 法律道德主义 侮辱尸体罪 人类尊严 共同善

## 引言

本文所称的犯罪化，是指立法机关通过刑事立法规制某一行为，并为之设定相应的刑罚。立

\* 中国政法大学法学院法学理论专业博士研究生。感谢匿名审稿人细致审阅本文并提出宝贵的修改意见。

法机关应当依据何种原则将某一行为正当地犯罪化?这是非常重要的问题。刑事制裁是国家强制力最极端的表现形式,直接约束公民的自由甚至生命,如果不能将正当和非正当的刑事立法划出清晰的界限,那么国家权力就容易被滥用,这会对公民的基本权利造成巨大威胁。<sup>〔1〕</sup>

有一种被普遍接受的立场认为,国家不能以道德不当为由将某种行为犯罪化,除非该行为严重损害他人物质性利益或对他人的精神造成严重的精神性冒犯。乔尔·范伯格(Joel Feinberg)将这种立场理论化,称之为损害原则(harm principle)和冒犯原则(offense principle):

损害原则:总能为刑事立法提供很好的理由。认为刑事立法可能有效防止(消除、减少)对行为人(实施禁止行为的那个人)之外的其他人的损害;并且可能找不到其他同样有效且价值成本更低的方法。

冒犯原则:总能提供很好的理由支持刑事禁止法。认为刑事立法对防止针对行为人之外的其他人的严重冒犯往往是必要的,并且可能是结束该冒犯的有效途径。<sup>〔2〕</sup>

范伯格主张损害原则和冒犯原则穷尽了刑事立法的正当原则,这被称作自由主义立场。另一种立场则认为,至少在某些情况下,仅根据行为的道德不当性就足以论证对该行为的刑事规制是正当的,即使该行为未对他人造成损害或冒犯。这被称作法律道德主义立场。

本文将反驳自由主义立场,为法律道德主义立场辩护。笔者主张,在某些情形下,行为的严重道德不当性本身就是刑事立法的充分正当理由,即使不存在对任何个体的损害或冒犯。笔者将以如下思路为该命题辩护:<sup>〔3〕</sup>

首先,一个好的犯罪化理论应当能够解释一般公众对于犯罪问题深思熟虑后确定不移的道德判断,除非有强有力的论证反驳。例如几乎没有人会反对,故意杀人应当被刑法规制,如果一个犯罪化理论无法解释故意杀人罪的正当性,也不能提出强有力依据反驳之,那么这一理论就是失败的。因此,笔者将首先给出一个关于侮辱尸体的假想的典型案例,然后说明,对于该案例,相当多数人经过深思熟虑后都会给出“此类行为应当被刑法规制”的判断,因而至少有初步的理由探寻将此类行为犯罪化的正当性理由;接着笔者将指出,无论是损害原则还是冒犯原则,都不能有效解释将此类行为犯罪化的正当性,接着给出一个法律道德主义论证,说明如果该论证所有前提为真且论证有效,则可以为侮辱尸体行为犯罪化提供最佳辩护;然后笔者将依托新自然法理论,对法律道德主义论证中的几个关键性命题进行阐释和辩护,从而说明该论证中的所有前提均为真;最后进一步阐明法律道德主义的相关主张,并以此规范侮辱尸体行为的犯罪化,防止刑法对这类行为的过度干预,最终实现深思熟虑判断与抽象理论之间的反思平衡。

---

〔1〕 实践中已经出现了刑事立法泛滥等严峻的问题。在英美,“过度犯罪化”(overcriminalization)已经成为刑法学界的热点议题。国内也有学者开始反思法定犯过度扩张的趋势,试图回到基本理论层面为刑法划定边界。See Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2008); 参见张明楷:《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》,载《法商研究》2013年第4期;何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,载《中外法学》2015年第2期;车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,载《清华法学》2015年第4期。

〔2〕 [美] 乔尔·范伯格:《刑法的道德界限:对他人的损害》,方泉译,商务印书馆2015年版,第28页。需注意,根据范伯格的定义,损害原则中的“损害”并非单纯指事实层面上某人的物质层面利益受到反向作用,而是指道德不当行为造成的利益减损,即包含不当和利益减损两个要素;同样,冒犯也仅指道德不当行为造成的精神上的不快状态。

〔3〕 这一思路借鉴了罗尔斯的反思平衡法。参见[美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第16~17页。

## 一、侮辱尸体罪：正当性何在？

### （一）一个假想案例

许多国家都将侮辱尸体行为纳入刑法规制。例如我国刑法第302条规定：“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”〔4〕德国刑法典第168条第1款规定：“非法夺走权利人保管的尸体、尸体的一部分或者骨灰，或侮辱尸体或坟地，或破坏、损毁坟地的，处三年以下自由刑或罚金。”〔5〕法国刑法典第225—17条规定：“以任何手段，侵犯人之尸体的，处一年监禁并科15 000欧元罚款。”〔6〕

显然，将严重的侮辱尸体行为入刑符合一般公众深思熟虑的道德判断。在许多人看来，尸体是活人的象征，侮辱尸体就是侮辱曾经活着的人，进而冒犯了大多数人对于人性的尊重，故应当被犯罪化。〔7〕即使是在学界，相关争议也更多集中于如何合理而融贯地说明该罪的正当性依据，而非质疑该罪的正当性本身。〔8〕这给了我们初步的理由假设，侮辱尸体行为入刑是具备正当性的，然后以此为方向展开探索，探究何种理论能为这一深思熟虑判断提供最佳辩护。〔9〕

根据范伯格式的自由主义立场，损害原则与冒犯原则穷尽了一切犯罪化正当依据。然而损害原则和冒犯原则都无法说明侮辱尸体罪的正当性，只有基于法律道德主义才能为侮辱尸体罪提供最佳辩护。这里通过一个假想案例进行说明：

完全行为能力人A独自住在偏僻树林中。一日A偶然在树林中发现一具无名裸露女尸B，A将女尸带回家中，每日奸尸，直至尸体腐烂，A将尸体切碎喂狗。整个过程无第二人知晓。后A进城喝醉与他人谈及此事，被举报。经查明，B无任何在世亲属及友人。

在完全私密的环境下，强奸并肢解一具无任何亲属的尸体，此类行为是否应当被犯罪化？相当一部分人会给出肯定回答。但根据范伯格的自由主义立场，一类行为要能够被犯罪化，必须要可能对具体的个人产生物质损害或精神冒犯。在这一情境下，尸体本身无权利可言，亦不存在受到损害或冒犯的第三人（行为环境私密且尸体无亲属），此类行为无法基于自由主义立场被犯罪化。〔10〕

〔4〕《中华人民共和国刑法》。

〔5〕《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，中国法制出版社2000年版，第139页。

〔6〕《法国刑法典》，罗结珍译，中国法制出版社2003年版，第87页。

〔7〕对这一判断的精彩描述，参见〔美〕乔尔·范伯格：《刑法的道德界限：对他人的冒犯》，方泉译，商务印书馆2015年版，第60~62页。

〔8〕See Tatjana Hornle, “Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity”, 6 Criminal Law and Philosophy 307-325 (2012); Danny Scoccia, “In Defense of ‘Pure’ Legal Moralism”, 7 Criminal Law and Philosophy 513-530 (2013).

〔9〕当然，这不意味着该罪的正当性是毋庸置疑的，在此只是给出一个初步的假设，相当于科学探究中的“假设”，如果最终无法找到正当性依据，或存在反对该罪的决定性理由，就可能推翻最初的假设。

〔10〕范伯格持这种观点。根据范伯格的界定，通常一种冒犯行为要能够被正当地犯罪化，须本身属于道德不当行为，并使人产生精神上的不快，同时要经过以下权衡测试：冒犯的幅度；能否合理避免；是否自愿；是否源自受害者的异常敏感。范伯格将宗教亵渎或伦理侵扰等冒犯称作“深度冒犯”，他认为深度冒犯除了少数情形外，同样要受以上原则和权衡测试的制约，私下侮辱尸体等行为不能通过相关测试的检验（除非存在近亲属且该亲属主张权利受到侵害），因此不能被正当地犯罪化，否则必然滑向法律道德主义。出于对自由主义立场的坚守，他反对将私下侮辱尸体行为犯罪化。参见前注〔7〕，乔尔·范伯格书，第55~106页。

## (二) 基于损害原则的论证

对此,有一种策略是试图扩大损害原则与冒犯原则的含义,将私下侮辱尸体行为纳入其范围。例如存在以下基于扩大版“损害原则”的论证:<sup>[11]</sup>

1. 任何行为,如果会削弱行为人或其他人对社会有益的情感,就对社会造成了“损害”。
2. 人类对尸体的虔敬感情会产生对社会有益的后果,而这种感情的缺失会严重危害社会稳定,产生有害的后果。
3. 奸尸和碎尸等侮辱、损害尸体行为会削弱行为人对于尸体的虔敬感情,同时,法律对这种行为的放任也会削弱一般公众对于尸体的虔敬感情。
4. 因此,奸尸和碎尸等侮辱、损害尸体行为会对社会造成严重损害。
5. 阻止损害通常是犯罪化的一个好的正当理由。
6. 奸尸和碎尸等侮辱、损害尸体行为应当被犯罪化。

这一论证存在如下主要缺陷:首先,前提1过度扩张了“损害”的含义,威胁了损害原则的两个主要理论优势:可操作性和对国家权力的约束性。在范伯格那里,只有侵犯具体个人权利的利益阻却行为才能构成损害,这就对国家权力的行使施加了硬性的、可测量的约束。而如果将损害的范围扩展到情感缺失所造成的抽象危险,那么损害原则就丧失了其全部的理论吸引力。

此外,前提3缺乏经验证据的支持。论者需要给出实证研究结果证明国家不将私下侮辱尸体犯罪化会削弱公众对尸体的虔敬感情,使社会变得更冷漠。这一困境与德夫林(Devlin)的社会崩溃论所面临的困境是类似的,哈特(Hart)早已做出充分的反驳,在此不再赘述。<sup>[12]</sup>

因此,这一论证是失败的。

## (三) 基于冒犯原则的论证

还有一种基于“冒犯原则”的论证:

1. 任何行为,如果道德不当并使他人产生强烈的精神不快,就会对他人产生“冒犯”。
2. 对于爱国、伦理情感等“高阶情感”(相对于直接的感官滋扰)而言,即使仅仅单纯知晓某些道德不当行为的发生,也足以对公众产生强烈的精神冒犯。
3. 对尸体的虔敬感情是一种“高阶情感”。
4. 因此,只要公众知晓侮辱尸体行为的存在,就会对公众产生强烈的精神冒犯。
5. 任何行为,如果道德不当并对他人产生强烈的精神冒犯,且能够通过权衡原则<sup>[13]</sup>的测试,则有充分理由将该行为犯罪化。
6. 因此,私下侮辱尸体行为应当被犯罪化。<sup>[14]</sup>

前提4是这一论证的薄弱之处。是否对于伦理情感等高阶情感而言,单纯意识到不当行为存在本身就足以构成严重的精神冒犯?事实上,对于大多数人而言,单纯知晓某种侮辱尸体行为并

---

[11] 范伯格自己建构并反驳了这一论证。See Joel Feinberg, “The Mistreatment of Dead Bodies”, The Hastings Center Report, February 1985.

[12] See H. L. A Hart, *Law, Liberty and Morality* (Oxford University Press, 1982).

[13] 即冒犯的幅度大小;能否合理避免;是否自愿;是否源自受害者的异常敏感。

[14] 参见前注[7],乔尔·范伯格书,第63~86页。

不会产生与亲眼见到同样的冒犯感受,只有少数对道德异常敏感的人才会产生极端感受,但根据权衡原则,如果冒犯感受源自受害者的异常敏感,且该冒犯是可以合理避免的,则不能以此为由动用刑法规制,否则就是为了少数人的特殊利益侵害了普遍的正当自由权利。

论者也可能主张,对于“高阶情感”的冒犯是一种“深度冒犯”,不同于一般的感官冒犯,而是对个体深层价值理念的侵犯,因而不需要产生感官上的不快也应当受到规制。这一主张实际上已经倒向了法律道德主义。因为这背后蕴含的逻辑是,该行为之所以应当受到规制,主要不是因为对个体产生精神不快,而是侵犯了重要的真道德信念,这与自由主义立场背道而驰。

因此,自由主义立场无法解释公众关于侮辱尸体行为犯罪化的深思熟虑的判断,更无法为侮辱尸体罪辩护。

#### (四) 基于法律道德主义的论证

以上论证存在缺陷不意味着侮辱尸体罪必然无法证立。部分理论家主张,犯罪化的正当性不必然依赖于损害原则或冒犯原则,因为在某些条件下,行为的道德不当性本身就是将其犯罪化的一个正当理由。这一立场被称作法律道德主义。

法律道德主义所主张的核心命题是:“根据某行为固有的非道德性,对该行为的禁止在道德上是合法的,即使该行为对行为人或其他人既没有造成损害,也没有形成冒犯。”<sup>[15]</sup>需要注意的是,首先,法律道德主义者并不必然主张任何道德不当行为都应当被犯罪化;同时,对这一命题的捍卫也可以诉诸多种不同路径,被称作法律道德主义者不必然意味着共享同一理论资源。

在此,我提出一个基于约翰·芬尼斯(John Finnis)新自然法理论的法律道德主义论证:

1. 对人类尊严(human dignity)的严重贬损是对政治共同体共同善(common good)的严重侵犯。
2. 奸尸、肢解等侮辱、毁坏尸体行为是对人类尊严的严重贬损。
3. 因此,奸尸、肢解等侮辱、毁坏尸体行为是对政治共同体共同善的严重侵犯。
4. 国家有责任维护和促进政治共同体的共同善。
5. 针对严重贬损人类尊严这一类侵犯共同善的行为,刑法是回应此类行为的适宜手段。
6. 因此,国家有责任将严重贬损人类尊严的行为犯罪化。
7. 因此,国家有责任将奸尸、肢解等侮辱、毁坏尸体行为犯罪化。

这一论证不需诉诸“损害”或“冒犯”这两个概念,因而能够规避前述的所有批评。这一论证中,有待证立的前提是1、2、4、5。一旦这四个前提为真,则侮辱尸体罪就能够被证成。但论证这四个前提为真并不轻松。其中,论证前提1、2为真的关键在于澄清“共同善”与“人类尊严”这两个核心概念,论证前提4、5为真的关键则在于说明国家权力的正当性依据以及刑法的目的。同时还需要说明,为什么以芬尼斯新自然法理论为论证资源,这一说明将在与德沃金(Dworkin)和拉兹(Raz)工作的对比中得以呈现。

上文所给出的论证的核心线索在于,侮辱尸体是一类严重侵犯人类尊严的道德不当行为,而人类尊严是政治共同体之共同善的核心构成部分,因此国家有责任以刑罚手段回应此类行为。对此,在下文中,将首先解释为什么侮辱尸体侵犯人类尊严,接着阐述人类尊严与共同善之关系,然后通过论证一种至善主义的国家观,回答为什么国家应当以刑罚手段回应某些侵犯共同善的行

[15] [美] 乔尔·范伯格:《刑法的道德界限:无害的不法行为》,方泉译,商务印书馆2015年版,第16页。

为,最后回到侮辱尸体行为犯罪化这一具体实践问题。

## 二、为什么侮辱尸体侵犯人类尊严?

人类尊严是一种客观价值,<sup>[16]</sup>这一点大多数当代理论家都不会否认。这一规范命题包含两层基本含义:第一,人类作为理性生物,具备与其他生物不同的道德地位,是道德主体而非纯粹的生物存在;第二,每个个体都具备同等的道德地位,不存在先天的高低贵贱之分。从这两层含义又可以导出两个基本推论:其一,因为每个人都具备同等的道德地位,因此每个人都不能将他人仅仅视作自己的工具,而要同时视作目的来看待;其二,政府在进行公共决策时,要对每一个体施以同等的关切和尊重。

同时,尊重人类尊严,并不仅仅要求尊重活着的人类个体,也要求尊重与人类尊严存在紧密联系的象征符号。

为了说明这一点,有必要引入“符号性代表”(symbolic representation)<sup>[17]</sup>这一概念。“代表”最基本的含义指在某种意义上使不在场者在场。符号性代表是一种观念上的一一对应关系,说符号 A 代表事物 B,意指 A 是 B 在观念上的替代品,承载了 B 的意义,充当了对 B 的态度或情感的容器。符号性代表可以指涉非生物、死者以及生者等各种存在物。例如国旗就是对国家的符号性代表,寄托了公众对于国家的态度和感情,因此焚烧国旗传达了对国家的蔑视,会引发爱国者的愤怒情感。

如何判断一个事物是否是其他事物的符号性代表?汉娜·皮特金(Hanna Pitkin)认为,代表物和被代表物之间不存在先验的联系,鉴别符号性代表的唯一标准在于人们的态度和信念。<sup>[18]</sup>例如国旗之所以能代表国家,不是因为旗帜本身与国家有内在联系,而是大多数人接受了这一代表关系。这一结论只看到了符号性代表任意性、非理性的一面。的确,符号性代表关系的建立受到时空等偶然因素的影响,但仍有理性的一面,即需要有正当的理由。例如,我们不可能合理接受将粪便与国家联系起来,除非存在充分正当的理由。越是与重要的价值相关,符号性代表关系的确立就越是依赖于正当性理由,同时某些事物内部本身就蕴含着很强的理由,要求我们必须正视其与其他事物之间的符号性代表联系,否认这种联系是非理性的,甚至在某些情形下是不道德的。尸体与死者之间正是这样的关系。

尸体是死者的符号性代表。人作为道德主体与其身体是不可分离的,人格尊严通过人的身体得以具象化,尊重一个人首先就是尊重其身体的完整、健康与自由。身体与人格的联系是如此紧密,以至于即使人已经死去,单是尸体的存在就足以使得死者在观念上从不在场变为在场。没有什么比尸体更适宜承载对死者的评价和情感。侮辱尸体就是侮辱死者的尊严,这不是因为尸体仍然享有权利或利益,而是奸淫、分割尸体的行为表达了对死者的不敬态度。

同时尸体不仅仅代表死者,更是作为整体的“人类”的符号性代表。死者本身可能如此邪恶以至于被剥夺了作为道德主体的资格,但尸体首先是“人”的身体而非某个具体死者的身体。尊重人类尸体体现了人与其他生物在道德地位上的不同。侮辱尸体就是将人之身体与其他生物的身体

[16] 后文将在新自然法理论框架内进一步说明这一点。

[17] See Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation* (University of California Press, 1967), pp.92 - 112.

[18] Ibid, at 99.

相提并论,违背了“将人视作目的”这一人类尊严的基本要求,贬损了人类尊严这一客观价值。也就是说,侮辱尸体对人类尊严的侵犯性,不体现在行为本身所侵犯的利益,而是体现在行为表达了对人类尊严的侮辱性态度。

综上,尸体是生者和“人类”的符号性代表,侮辱尸体表达了对死者人格和人类整体的侮辱,而人类尊严要求每个人将他人视作目的,尊重他人身体和人格,因此侮辱尸体是对人类尊严的严重贬损。法律道德主义论证的前提2得以证立。

### 三、为什么人类尊严是共同善的内在构成部分?

上一部分说明了侮辱尸体为什么侵犯人类尊严,接下来将阐述人类尊严与政治共同体共同善之间的关系,解释人类尊严这一价值的规范性渊源。前文说过,大多数当代理论家都不会否认人类尊严的价值,但基于不同理论立场却可能对其具体内涵有不同理解,而这将进一步影响不同理论家对“尊重人”这一基本要求的解读,从而走向不同的国家观与犯罪化立场。

具体而言,在侮辱尸体行为的犯罪化问题上,我们实际上在两个层面遭遇人类尊严这一价值。第一个层面是,侮辱尸体行为本身是否侵犯人类尊严?第二个层面是,即使侮辱尸体行为本身不当,鉴于其并未对生者产生任何物质性损害,此时以刑罚手段回应是否侵犯行为人的尊严,违反了“尊重人类尊严”的要求?自由主义理论家可能在第一个层面与法律道德主义者持有相同立场,但往往在第二个层面出现分野,主张国家对无害道德不当行为的犯罪化本身违背了“尊重人类尊严”的基本要求。因此,在进一步展开探讨之前,本文需要首先界定人类尊严的规范性渊源。

#### (一) 共同善

共同善是新自然法理论的一个核心概念,芬尼斯将共同善的要求作为实践合理性的第八个基本要求,认为其是绝大多数道德义务的来源,也是从实践理性角度理解正义、权利、权威、法律的关键。

什么是共同体的共同善?正如个体有个体的善,整个共同体的福祉就是共同善。共同善,最抽象地说,就是整个共同体的利益,或共同体成员共享的、使之行动协调一致的共同目标(shared conception of the point of continuing co-operation)。<sup>[19]</sup>

共同体有大有小,家庭、学校、企业、国家都是共同体,不同的共同体有着各自的共同善。在事业型共同体中,共同善就是允许各人能够达成自身目标的条件的总和;在游戏中,共同善就是成功的游戏;在友谊中,共同善是每位朋友的幸福的共同实现;而在政治共同体中,共同善就是促进共同体中全部成员自我实现的物质和其他条件的总合。<sup>[20]</sup>

共同善不是个体福祉的机械相加。对此,芬尼斯以友谊为例进行说明:

在一种真正的友谊中,A是为了B而欲求B的福祉,同时B是为了A而欲求A的福祉,并且因此每个人都有理由认为,他们是为了他人而欲求他(或她)自己的福祉,因此没有人能够把他(或她)自己的福祉视作为友谊价值的渊源(目的),而每一个人都把真正的共同善作为他的目的,这个共同善既无法还原为单个的善,也无法还原为单个善的累加。<sup>[21]</sup>

[19] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (2ed, Oxford University Press), p.153.

[20] See John Finnis, *supra* note [19], at 154 - 155.

[21] [英]约翰·菲尼斯:《阿奎那的道德、政治和法律哲学》,吴彦译,载[英]约翰·菲尼斯:《自然法理论》,吴彦译,商务印书馆2016年版,第58页。

为了进一步说明共同善的特征,芬尼斯进行了一系列列举。比如,任何共同体都需要依赖于一系列物理条件,这些物理条件都是该共同体的共同善。此外,共同体的合作需要一系列行为上的协调,这些行为要求也是共同善。最后,只有共同体成员之间相互尊敬、友好、公平对待,共同体才能良性维持,这些友善、公平的道德环境也是共同善的组成部分。<sup>[22]</sup>

每个共同体都有自身的共同善,对这一共同体有益的行为可能对其他共同体有害。没有任何一个共同体的共同善能凌驾于其他共同体的共同善之上,也不存在某一基本善作为单一标准衡量一切共同善的标准。<sup>[23]</sup>

共同善是实践推理中必不可少的重要因素,直接指引个体的理性行动。<sup>[24]</sup> 经由实践合理性,共同善直接产生道德义务。任何形式的共同体的共同善都会产生三个最基本的要求:第一,尊重自己;第二,尊重他人和他人权利;第三,保障合作条件。<sup>[25]</sup> 除此之外,不同的共同体有着不同的共同善,由此产生不同道德的权利和义务关系。

## (二) 基本善、实践合理性与人性尊严

为什么尊重人类尊严是政治共同体共同善的要求? 前文已述,任何形式的共同体要维持,都要满足三个最基本的要求:第一,尊重自己;第二,尊重他人和他人权利;第三,保障合作条件。这就是最基本的共同善。可见,良好的道德环境是一切社会合作得以维持的前提,而对人类尊严的尊重是良善道德环境的一个重要组成部分,一个社会如果丧失对人类尊严的尊重,必然陷入丛林社会,人人自危。因此在工具性意义上,人类尊严是政治共同体的共同善。

更重要的是,尊严本身就是人类福祉(well-being)的根本方面,体现了实践合理性(practical reasonableness)这一“基本善”(basic good),具有客观的内在价值,从而是一种重要的共同善。在这里有必要简要阐述“基本善”和“实践合理性”这两个概念,并说明其与“共同善”概念之间的关系。

说某物是一种“基本善”,就是说它就其本身而言是值得追求的,是人类福祉的内在组成部分,而且这一点是不证自明的。芬尼斯认为,这样的基本价值一共有七种:生命、知识、游戏、审美体验、友谊、实践合理性、宗教。菲尼斯认为这七种基本善是穷尽的,不存在其他基本善。其他的善最终都可以追溯到这七种基本善。所有基本善在位阶上是平等的,相互之间不可通约。

实践合理性,就是个体运用理性去决策、选择生活方式、塑造个人性格的状态。消极地说,实践合理性包含个体适度的有效自由;积极地说,指个体试图将理性秩序带入自己的行为、习惯和实践态度之中。这一价值是复杂的,包含了自由、理性、整全性和本真性等多种价值,但这仍然是一个不可分割的独特的整体。<sup>[26]</sup> 实践合理性本身就是基本善的一种,其特殊性在于,它既是内在的基本善,又是一种工具善,是实现基本善的方法:一方面,实践合理性只能在对其他基本善的追求和参与中实现,反过来说,参与实现任何基本善,都依赖于满足实践合理性的方法要求,因此实践合理性不仅关乎一个人是否理性,还直接关乎个体的幸福,更是其实现自我本质的必然途径。<sup>[27]</sup>

芬尼斯认为,存在九条不证自明的、无源出的、不可还原(irreducible)的基本的实践合理性的

[22] See John Finnis, “What Is the Common Good, and Why Does It Concern the Client’s Lawyer”, 40 South Texas Law Review 43 (1999).

[23] See John Finnis, *supra* note [22], at 43.

[24] See John Finnis, *supra* note [22], at 44.

[25] See John Finnis, *supra* note [22], at 47 - 48.

[26] See John Finnis, *supra* note [19], at 88.

[27] See John Finnis, *supra* note [19], at 102 - 103.



方法论要求。任何个体,要想成为理性的、要想实现个人幸福、要想实现自我目标,都必须遵循这九条要求。这些基本要求是道德义务的直接来源。这九条要求是:有条理的人生计划;不恣意偏好某一价值;不恣意偏好某个人;应当对所从事的具体的计划保持一定超然态度;不轻易放弃承诺;采取有效行动实现目标;在每一行动中尊重每一基本价值;尊重共同善的要求;遵从自己的良心。

正是通过实践合理性这一基本善,我们才能理解人类尊严的重要内在价值。我们之所以具有尊严,是因为人类具有实践推理的道德能力;同时,实践合理性要求我们对自己的人生负责,尊重其他个体。对人类尊严的尊重要求就体现在实践合理性的诸要求、特别是第1、3、7、8、9个要求之中。只有通过实践合理性这一基本善,我们才能明白为什么人类尊严是客观的内在价值,为什么是人类福祉的内在组成部分。可见,在自然法理论中,实践合理性概念而不是尊严概念具有根基性的地位。

基本善与共同善是什么关系?首先,二者在概念上是不同的。共同善可能是工具善,也可能是内在善,依据共同体本身的性质而有所差别,判断是否是共同善的关键在于其是否是非排他性地有益于整个共同体。而基本善则是最基本的内在善,是人类幸福的内在组成部分。

但芬尼斯也指出,人类的基本善,因为其对所有人都都是有益的,而且能在众多场合被众多个体以众多方式参与和实现,因而在这个意义上基本善也是共同善。<sup>[28]</sup>因此,实践合理性既是基本善,也是政治共同体的共同善;实践合理性要求个体尊重和促进共同善,同时自身也是共同善的一部分。尊重人类尊严本身就是实践合理性的要求,因此也是人类社会的共同善。

综上,尊重人类尊严本质上是实践合理性的要求,而实践合理性是基本善,对所有个体都具备内在价值,从而是政治共同体的共同善,因此,人类尊严也是一种共同善,贬损人类尊严就是对政治共同体共同善的侵害。法律道德主义论证的前提1得以证立。

同时,意识到尊重人类尊严本质上是实践合理性这一共同善的要求,会产生进一步的推论。实践合理性是一个厚实(thick)的概念,蕴含一系列实质要求;既然人类尊严的根基在于其实现实践合理性要求的能力,那么在某些情形中,如果人类未能满足实践合理性要求,国家此时予以辅助和干涉并不必然体现对其不尊重,而恰恰是尊重的表现。在此我并非主张,如果某人缺乏现实的实践合理性能力,或未满足实践合理性要求,就会丧失道德主体的资格,因为人的道德主体资格源自人这一物种蕴含的具备实践合理性的潜能,而非个体的现实能力;<sup>[29]</sup>相反,在承认人类平等道德资格的基础上,由国家来辅助个体实现实践合理性要求,并对违反相应要求的行为给出恰当回应,方真正体现了对人类尊严的尊重。但也有一种相反主张认为,国家只有对各种争议的人类善观念保持中立,才体现对人类尊严的尊重,这类主张被称作中立自由主义。如果这一主张正确,国家的角色就会被严格限制在维护工具性的共同善这一范围内而不能直接辅助和干涉个体实现真正美好生活,因此侮辱尸体罪的正当性也就难以证立。法律道德主义必须回应这一主张,下文将对此展开讨论。

## 四、为什么维护共同善是国家的责任?

### (一) 国家作为一种实践权威

前提1和前提2属于道德哲学的议题,前提4——“国家有责任维护和促进政治共同体的共同

[28] See John Finnis, *supra* note [19], at 155.

[29] See Robert George, “Natural Law, God, and Human Dignity”, 1 *The Chautauqua Journal* (2016).

善”——则直接深入政治哲学的核心领域：国家权力的正当性基础。要说明为什么国家有责任维护政治共同体的共同善，也就是阐释国家权力的正当性来源及其目的。这一议题高度抽象以至于似乎与法律道德主义的犯罪化主张没有直接联系，但由于自由主义者往往采取一种釜底抽薪的反对策略，攻击法律道德主义将国家强制力的边界延伸至“防止伤害或冒犯”这一正当范围之外，这迫使法律道德主义者提升辩护梯度，回到国家权力的正当行使范围这一一般性层面回应自由主义者的挑战。

有相当一部分学者主张，国家应当对各种实质性的善观念保持中立。本部分将阐述一种至善主义的国家观，同时反驳来自中立自由主义的挑战，以证立前提4。从实践理性的角度看，国家是一种实践权威。因此，笔者将从人类实践开始阐述，为理解国家提供一个框架。

人与人生活在一起，是为了通过各种形式的合作实现共同善，以更好追求自身的福祉。但合作可能存在多方面的障碍。首先，个体之间的品格与能力有着先天的差别，并非所有人都有能力认识善、理解道德论证，甚至有些人会有作恶的倾向，这就可能破坏合作，恶化道德环境，影响其他人追求福祉；同时，虽然有家庭等其他小型共同体的存在，但这些小型共同体能力有限，不足以维持一个良善的道德环境，因此需要更强大的强制力来辅助。

即使人人都是完全理性和善良的，合作冲突仍然不可避免。因为基本善是多元而不可通约的，在如何追求个体幸福，如何追求共同善这一问题上，存在无穷的选择，而且没有最优解的存在；而且，正义对个体间的协调提出了众多要求，个体的权利冲突也在所难免。这正是合理的价值多元性所提出的挑战。因此在如何合作的问题上，需要某种制度帮助我们进行决断，这便是“合作难题”。这将我们引向了权威(authority)这一概念。

拉兹提出的一阶行动理由+排他性理由的观点是现今为止对实践权威最好的说明。<sup>[30]</sup>称X为实践权威，就是说“X提出要求Y”这一事实本身就能提供一个依照Y行动的充分理由，无论存在何种其他的相反理由。<sup>[31]</sup>也就是说，该理由的约束力是独立于内容的。

要解决合作难题，只有两种方法：一是一致同意，二是权威决断。在当代开放而广泛的社会生活中，一致同意是非常困难的，因此必须依靠权威。可以说，人的理性程度越高，社会合作越复杂，开放程度越强，对权威的依赖性就越大。

由此可见，权威的正当性正是根植于维护共同善的要求，依赖于以下实践推理：能维护和促进共同善的事物是好的，是实践合理性的要求；促进共同善要求解决合作问题，并培育良善的道德环境；有些个体或组织实际上正在以权威方式解决合作问题，维护道德环境，维护和促进共同善；因此，该个体或组织具有规范性权威的正当性。也就是说，若某一组织事实上在社会中以权威方式促进共同善，那么在规范层面该组织就具有权威的正当性。<sup>[32]</sup>

综上，人们只有在良善的道德环境下展开社会合作，才能够促进共同善，实现自身的福祉。实践权威可以有效解决合作问题，同时从四个方面帮助个体培育德性，进而维护共同善：第一，可以帮助个体抵御不道德行为，防止自我腐化；第二，防止坏的榜样引诱不道德行为；第三，培育良好的道德生态；第四，教育个体明白道德对错；<sup>[33]</sup>第五，对严重侵害共同善的行为予以惩罚。

[30] 芬尼斯直接接受了这一定义。See John Finnis, *supra* note[19], at 233.

[31] See John Finnis, *supra* note[19], at 233.

[32] See John Finnis, *supra* note[19], at 246.

[33] See Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1993), p.1.

国家是一种典型的实践权威,至少国家自我主张是一种实践权威。从上文可知,正是对共同善的维护和促进赋予了实践权威正当性,因此国家要主张自身具有实践权威,便有责任维护共同善。如此,前提4便得到了初步证立。但此时我们还没有回应前述中立自由主义的挑战。因此,下文将基于至善主义的国家观,重点回应一种典型的中立自由主义主张。

## (二) 国家应当对善观念保持中立吗?

### 1. 德沃金的中立自由主义理论

中立自由主义认为,国家应当致力于在相对立的实质善观念之间保持中立。这被称作国家中立原则。对该原则的一种较为常见的表述认为,国家中立是指对国家来说,意图支持或促进一种可允许的好的人类生活的理想而不是另一种可允许的好生活之理想,或者给予其追求者更多的协助都是不允许的。<sup>[34]</sup> 中立自由主义的典型形态包括约翰·罗尔斯(John Rawls)所提出的政治自由主义以及德沃金所提出的整全性(comprehensive)自由主义。很明显,一旦持有中立自由主义观点,则必然认为保护个人选择是国家的正当性基石,进而在犯罪化问题上支持自由主义立场,反对法律道德主义立场。

因篇幅所限,不可能对诸种理论一一分析。罗尔斯的政治自由主义已经得到过较为全面的讨论,<sup>[35]</sup>而德沃金的整全性自由主义尽管本身蕴含深厚的实质伦理主张,却在国家权力边界问题上走向了与至善主义截然不同的方向,个中分歧与论证尤其值得审视。因此,本部分将重点讨论德沃金的理论。

德沃金的实践哲学是一个整体。他认为,“法律是政治道德的一个分支,政治道德本身是一般意义上的个人道德的一个分支,而个人道德则是更一般意义上的好好生活理论的一个分支”。<sup>[36]</sup>“伦理研究的是,人们如何最好地管理自己好好生活的责任;而个人道德研究的是,作为个体的每一个人对他人有什么义务;相比之下,政治道德研究的,则是当我们代表拟制的集体人并为其利益而行动时,我们所有人一起对作为个体的他人有什么义务。”需要强调的是,德沃金区分了伦理和道德,前者关乎个人应当如何生活,后者关乎人与人之间应当如何相处。

与自然法学说将实践合理性作为人类尊严的价值基础不同,德沃金将人类尊严视作一种绝对律令,作为其全部学说的根基,一切伦理和道德规范的源泉。他认为,好好生活(living well)需要我们遵循两项基本原则:自尊(self-respect)原则和本真性(authenticity)原则。这是人性尊严最基本的要求。自尊性原则是指每个人都应当认真对待他自己的生括,而本真性原则是指每个人都有一种特殊的道德责任,确定在他自己的生括中什么算是成功;他有一种通过他自己认同的前后一贯的叙述或风格创造这种生括的个人责任。<sup>[37]</sup>

在德沃金看来,本真性蕴含了道德独立性,要求每个人对自己的行为负责。同时,我们认为自己生括得如何具有客观重要性所基于的理由,也是认为任何人生括得如何具有客观重要性的理由,(因为你的理由并非基于你个体的特殊性,而是基于人类生括的价值),因此我们必须对他人的

---

[34] Steven Wall, “Perfectionism”, in Gerald Gaus and Fred D’Agostino ed., *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy* (Routledge, 2013).

[35] See Robert George, “Public Reason and Political Conflict: Abortion and Homosexuality”, 106 (8) *Yale Law Journal* (1997); Martha Nussbaum, “Perfectionist Liberalism and Political Liberalism”, 39 (1) *Philosophy & Public Affairs* 3-45 (2011); Steven Wall, “Perfectionism, Reasonableness, and Respect”, 42 (4) *Political Theory* 468-489 (2014).

[36] [美] 德沃金:《刺猬的正义》,周望、徐宗立译,中国政法大学出版社2016年版,第3页。

[37] 前注[36],德沃金书,第224页。

人格尊严保持同等的关切,并尊重他们的道德独立性。<sup>[38]</sup> 作为公民集合体的国家也必须符合这两项要求。故个人尊严的两项基本要求最终成为政府的合法性判准:除非政府的政策把每个人的命运都视为同等重要,并尊重他们负责各自人生的个人责任,否则它不能为人们创设义务并强制执行。<sup>[39]</sup> 因此,一旦国家干预公民私人伦理,就违反了本真性要求,干预了公民负责自己人生的伦理责任,公民就不可能真正好好生活。

在此基础上,德沃金提出了自己的人权理论:基本人权,就是人们必须按照这些争执所预设的和反映出的态度来对待他们——把他们作为一个人、一个其尊严具有根本重要性的人,加以对待的权利。基本人权要求在个人如何生活的问题上,国家应当保持中立,即使一个人道德不当,只要无涉他人生活,国家也不能横加干涉,因为国家应当尊重个人选择自己人生的伦理责任,这种责任是个人尊严不可分离的一部分。

此时德沃金面临一种反驳,即国家的大部分行动会对社会的伦理环境、进而对个体的伦理选择产生影响,因而德沃金所设想的国家中立是不可能的。

对此,德沃金指出,并非任何影响个人选择的国家行为都侵犯了个体的伦理独立性。只有两类行为危害了伦理独立性:一类行为不承认人们有权自行决定基本的伦理问题,也就是相关问题本身的性质决定了这是国家所不能干涉的,无论国家出于何种理由。例如关于宗教信仰和私密行为的法律。另一类则是这样一些行为,政府实施这些行为的动机在于认为某些伦理价值存在优势,也就是其动机否定了个体的伦理独立性。因此,一些政府行为虽然可能对个体的伦理选择造成实质上的干涉,但只要并不涉及基本的伦理问题,且动机并非干预个体的伦理生活,那么就不构成对个体伦理独立性的侵犯。通过这种区分,德沃金试图捍卫其基本观点,主张国家应当充分尊重个体伦理独立性,在个人伦理问题上保持中立,换句话说,个体能够主张国家具有不干涉其伦理生活的义务,因而具有“做错事的权利”。

以上论述可以重述为一个完整的中立自由主义论证。人格尊严为我们每个人提出了本真性的要求,同时也要求我们尊重其他个体的本真性。由于政府是个人的集合体,因此把每个人的命运都视为同等重要、并尊重他们负责各自人生的个人责任是政府行为的合法性判准,要求政府不干涉个人伦理生活是每个个体的基本人权,这意味着即使个体在个人伦理事务上行错误之事,政府也应当尊重个体的伦理独立性,不得横加干涉。因此,个体对政府有了相应的主张权,也就是“做错事的权利”。由于犯罪化是政府行为的一种表现形态,因此同样受到个体的“做错事的权利”的限制,对无涉他人的道德不当行为(也就是德沃金说的伦理)进行干涉是不正当的。具体就侮辱尸体这类行为而言,德沃金会主张这类行为虽然道德上不当,但并未对其他个体产生影响,而只是个体伦理事务上的错误,因此基于对个体伦理独立性的尊重,国家应当对之保持中立,不应以任何强制或非强制手段干涉。可见,该论证对法律道德主义有着根本性的威胁。

## 2. 对德沃金的反驳

我对德沃金的反驳基于以下两点理由:第一,国家中立是不可能的,国家不可避免地会对社会伦理环境产生积极影响,德沃金对此批评的辩解也是失败的,我将这称为“不可能性反驳”;第二,国家积极影响伦理环境并不一定等于不尊重个体的伦理独立性,相反国家积极维护良善的伦理环境更是尊重个体伦理独立性的体现,我将这称为“不冲突反驳”。

德沃金在回应“不可能性反驳”时称,的确,大部分国家行为都会对个体的选择产生影响,但并不

[38] 参见前注[36],德沃金书,第285页。

[39] 参见前注[36],德沃金书,第358页。

非这些行为都侵犯了公民的伦理独立性,仅有两类国家行为会侵犯个体伦理独立性:一类行为不承认人们有权自行决定基本的伦理问题;另一类行为在动机上代替个体对伦理价值做出了判断。史蒂文·沃尔(Steven Wall)指出,在这里德沃金实际上区分了两对概念:被道德理由证成的国家行为和基于伦理考虑的国家行为;国家有意造成的对伦理环境的影响和作为国家行为副产品的伦理环境影响。<sup>[40]</sup> 如果一个国家行为基于道德理论而非伦理考虑,那么即使其行为结果对伦理环境产生影响,也不违反国家中立原则,进而保障了对个体人格尊严的尊重。

但我们有必要审视这一主张的理由。如果尊重伦理独立性意味着国家在诸种善观念之间保持中立,那么为什么一个国家行为,实质上影响了伦理环境,仅仅因为这一后果并非其行为动机,就不构成对国家中立原则的违反呢?行为的动机是否有着决定性的重要性?

我认为,德沃金对动机的强调并无充分的理由。社会伦理环境并非完全独立自由的个体在原初状态下自发实践的产物,相反,其自始至终都是国家政治行为的产物。如果国家能够认识到某项行为会产生某一伦理后果,仅仅依据这一后果并非其行为动机就主张自身对于诸伦理态度是中立的,这显然难以自洽。沃尔举了一个例子:如果一个法律政策能够有效遏制卖淫行为,而不采取这一政策会使得社会对性行为的伦理态度恶化,且政府对这些都非常清楚,那么无论政府是否采取该项政策,都不可能主张自身的中立。<sup>[41]</sup> 再例如,如果国家完全放任市场竞争,这是否意味着国家保持中立呢?恰恰相反,只要国家意识到完全市场竞争的后果是强者愈强,弱者愈弱,而放任这种状态出现,这本身就体现了国家的相应倾向态度。

因此,德沃金对“国家有意造成的对伦理环境的影响”和“作为国家行为副产品的伦理环境影响”这一区分对于捍卫国家中立原则并无助益,他不可能合理地一方面主张尊重伦理独立性意味着国家在诸种善观念之间保持中立,另一方面主张许多会对伦理环境产生实质影响的国家行为并不违反中立原则。但是,笔者并不主张这一区分是无意义的,在其他问题上,国家的动机本身可能是道德评价的重要因素,在这里笔者仅仅主张,不论国家动机如何,只要意识到其可能的伦理后果,就无法主张其在诸伦理态度之间保持中立。

既然国家中立是不可能的,那么是否任何国家行为都会侵犯个体的伦理独立性?并非如此。这里的关键在于,如何定义对个体伦理独立性的“尊重”。

一种观点认为,对伦理独立性的尊重,意味着要尊重其做出的任何伦理判断,不得对其进行干涉。

另一种观点认为,对伦理独立性的尊重,不是尊重个体所做出的任意伦理判断,而是尊重其做出伦理判断的理性能力以及自我修正的能力。<sup>[42]</sup> 因此,国家并不需要对个体做出的任何伦理判断都保持沉默,而是应当支持合理的伦理判断,并努力为自己的行为提供合理的理由。

第一种观点可捍卫国家中立原则,但后一种观点显然更具有说服力。我们首先需要思考,为什么家长对孩子的支配不侵犯其伦理独立性?因为孩子的理性能力尚未健全。也就是说,伦理独立性的根源在于人的理性能力,不具备理性能力的人无法为自己的人生承担责任,不具备伦理独立性。尊重人的理性要求政府行为时提出正当的理由,并提供良好的伦理环境使得人的理性能力能充分发展,而不是对个人非理性的判断沉默不语。

对此,第一种观点可能提出修正:对伦理独立性的尊重,意味着要尊重其做出的任何伦理判

[40] See Steven Wall, “Enforcing Morality”, 7 *Criminal Law and Philosophy* 455 - 471 (2013).

[41] See Steven Wall, *supra* note [40], at 455 - 471.

[42] See *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*, Stanford Encyclopedia of Philosophy.

断，只要其对善的判断是其理性能力适当运用的结果。这一修正看似很有吸引力，因为即使经过理性判断，也并不一定能得出完全正确的结论，但此时的结论既然是理性推理的结果，就应当得到尊重。

但这一主张可能陷入两难。“理性能力的适当运用”如何解释？理论上至少存在三种标准：

完全合理性：一个善观念是合理的，如果判断主体接受了充分的相关信息并进行了充分的批判反思。

适度合理性：一个善观念是合理的，如果判断主体有相应的证据，并且其主张是融贯的和一致的。

最低限度的合理性：一个善观念是合理的，如果该观念是判断主体主动追求其人生价值过程的产物。<sup>[43]</sup>

可见，如果采前两个合理性标准，则实质上导向了第二种观点，无法为国家中立原则本来的目标服务，而如果采最低的合理性标准，又无法与第一种观点的原始主张相区别，会受到前述的攻击。因此，对个体伦理独立性的“尊重”的第二种观点更具有说服力。

同时，在第三部分已经论证了，人类尊严的规范性来源是人类的实践合理性能力，而实践合理性的完全实现需要满足其九个基本要求。因此，国家在适当情形下辅助个体纠正不合理的观念和行为，将其引导至实践合理性的要求，并非对其道德主体资格和伦理独立性的否定，而恰恰是国家的正当职责，因为否定其错误的观念和行为并非否认其人格本身，而恰恰是对个体自身所蕴含的理性能力的尊重。

既然尊重个体伦理独立性不要求对个体做出的任意伦理价值判断都保持中立，那么并非任何涉及伦理判断的国家行为都会侵犯个体的伦理独立性，国家的至善主义立场与个体的伦理独立性是兼容的。或者说，尊重个体的伦理独立性并不具有德沃金所称的强烈的排他性质，并不是超越具体价值判断至上的绝对要求，将其理解为一种基于实践合理性的实质性价值能够更加自洽。

综上，本节对德沃金的论证给出了两个反驳，首先，国家的中立是不可能的，德沃金的回应是失败的；其次，国家对伦理的干涉未必侵犯个体的伦理独立性。国家的确在很多情形下不应当干涉私人伦理，但这并非因为个体有做错事的绝对权利，而更多是基于各类价值的综合权衡。既然个体在伦理事务上不具备对抗国家的绝对权利，法律道德主义就成为一种可能的选项。

通过以上论证，证明了国家作为一种实践权威，有责任维护和促进共同善，同时这并不侵犯个体的伦理独立性。因此，就在一般性的政治哲学层面回应了自由主义者对于法律道德主义的挑战：如果国家权力的边界不仅仅局限于防止对个体的伤害和冒犯，如果国家能够正当干涉个体的某些道德错误行为，法律道德主义犯罪化理论就具备了坚实的政治哲学基础。

## 五、国家何时应当用刑法维护共同善？

### （一）犯罪与共同善

前面仅仅是从一般层面说明国家有责任维护和促进共同善，但没有解释为什么严重贬损人类尊严这一侵害共同善的行为应当用刑法规制。国家权力有多种行使方式，其中刑法手段具有谦抑性，一般性的调整更多是通过民事法律和行政法规进行，甚至还可能通过教育、宣传等非法律手段

<sup>[43]</sup> 这三个标准的区分见前注[42]。

进行。因此前提5仍有待证立。我将从犯罪的本质出发,阐述为什么严重贬损人类尊严这一侵害共同善的行为应当用刑法规制。

一般认为,犯罪首先是一种公共不当行为(public wrongdoing)<sup>[44]</sup>,也就是说,一种道德不当行为,只有具备了公共性,才可能成为犯罪。而对于公共性有两种理解方式,一种是“受害人模式”,即当道德不当行为侵害了共同体的利益,或其行为表达了对共同体所珍视价值的蔑视时,共同体成为受害者,因此有权动用刑法进行规制和惩罚。这种理解模式实际上将共同体等同于民法上的被侵权人,因其遭受侵害或侮辱而有权做出反应。但这一解释与刑事法律制度的运作是冲突的:国家无权选择是否启动刑事程序,打击犯罪、启动刑事审判是公安机关、检察机关、司法机关的职责,而非权利。也就是说,国家之所以动用刑法,不是因为其有权利选择这么做,而是因为其有责任必须这么做。

因此,作为公共不当行为的犯罪,只能被理解为应当由共同体负责惩罚的道德不当行为,而不是理解为针对共同体的不当行为。<sup>[45]</sup>

这一定义实际上将我们引向了一种报应主义的刑罚观。<sup>[46]</sup>接下来的问题在于:第一,何种行为应受惩罚?第二,何种行为应由国家进行惩罚?本文无法完整全面回答这两个问题,在此将结合“共同善”概念初步阐述,旨在说明为什么贬损人类尊严的行为应当由国家惩罚。

这里首先对惩罚下一个最大公约数意义上的定义:任何一种惩罚,都蕴含一定程度的道德谴责,并包含痛苦或其他通常被认为不利的后果。本质上,惩罚是一种表达,即对公共不当行为的一种回应:将被惩罚者隔离在共同善之外,使他在一定程度上丧失从共同善中建立完整人生规划从而实现个人福祉的机会,这种隔离是对他破坏共同善的恰当回应。<sup>[47]</sup>

任何一个共同体的共同善都可以分为两类:第一类是构成性的或第一性的,即任何良善生活都不可缺少的普遍性价值,缺少此种价值则共同体必然瓦解,个人福祉无法实现;第二类是非构成性的或第二性的,即不影响共同体的存在,但对共同体有益的价值。<sup>[48]</sup>不尊重第一性的共同善的故意行为,通常都应当受到惩罚。例如,夫妻忠诚是婚姻的构成性共同善,如果一方以出轨的形式表达了对该种共同善的不尊重,行为人就应该遭受道德谴责,并承受某种不利后果。

[44] 通译为公共不法行为,但“不法”易使人误解为“违法”,故在此使用“不当”一词。

[45] 对此观点更加详尽的论述,参见[英]格兰特·拉蒙德:《什么是犯罪》,张磊译,载《法哲学与法社会学论丛》2016年卷,法律出版社2016年版。这与我们前面对实践权威正当性的分析结论也是一致的,即实践权威的正当性在于维护和促进共同善,因此任何政治实体若主张具有实践权威,就有责任维护和促进共同善。

[46] 报应主义是当今英美刑罚哲学领域的主流思潮,本文在此不详尽论述报应主义与功利主义之争,仅简要阐述功利主义的缺陷:功利主义逻辑上无法排除某些不正义刑罚的可能性,例如惩罚无辜者或酷刑。对此,部分功利主义者修正自身的主张,引入一些报应主义的因素来弥补理论缺陷。例如哈特和哈伯特·帕克(Herbert Packer)认为,刑罚的总的目的是促进社会福利,但在刑罚的分配问题上则需要引入报应主义逻辑。这也被称作消极报应主义立场。但这就需要说明,为什么在刑罚分配和总的目的上采取两种不同的逻辑,而不是一以贯之采取报应主义思路;同时也无法抵御另外一种反驳:功利主义将人仅仅视作达致目的的工具,没有保持对每个个体同等的尊重,侵犯了人的尊严。因此,功利主义理论存在难以弥补的缺陷。

[47] 参见郑玉双:《犯罪的本质与刑罚的证成——基于共同善的重构》,载《比较法研究》2016年第5期。这实际上是一种自然法理论化的沟通报应主义立场。沟通报应主义认为,刑罚的功能是表达对犯罪者的谴责,使犯罪者明白自身的错误。国家对公民做出承诺,要捍卫某些重要的价值,因而要用惩罚的形式表明对这些价值的捍卫及对犯罪者的谴责。本文无法详尽分析各种报应主义立场的优劣,相关讨论参见许家馨:《应报即复仇?——当代应报理论及其对死刑意涵初探》,载《中研院法学期刊》第15期。

[48] 在此借鉴了John Kekes的划分。See John Kekes, “The Enforcement of Morality”, 37 (1) American Philosophical Quarterly (Jan., 2000).

那么,何时应由国家负责任进行惩罚?根据前面的说明可以得出,当某种公共不法行为严重到表达了对政治共同体有责任捍卫的重要价值的侵犯时,国家有责任对其进行惩罚,以表达对行为人的谴责和对共同善的捍卫。而侵犯政治共同体构成性共同善的行为显然是严重的公共不法行为,因为其威胁了共同体的根基,损害了每个个体的福祉。

而根据之前对共同善的阐释,尊重人类尊严源自实践合理性的要求,是人类福祉的内在组成部分,更是任何共同体都必须遵守的第一原则。因此,人类尊严属于构成性或第一性的共同善。所以,严重贬损人类尊严的行为是对政治共同体之共同善的严重侵犯,国家有责任对其施以惩罚,将其隔离于共同善之外,以回应该严重公共不当行为。至此,前提 5 得以初步证立。

## (二) 侵犯自主性(autonomy)?

### 1. 拉兹的立场

对此可能有一种反对意见。有学者认为,虽然国家有责任维护实质的人类善,辅助公民追求个人福祉,但基于对自主性价值的保护,不得使用刑罚手段干涉不会对他人产生实质性损害的道德不当行为。例如侮辱尸体这一类贬损人类尊严的行为,虽然是对共同善的严重侵害,但并未侵害任何人的自由和权利,国家用刑法干预会贬损行为人的自主性,使之无法追求自身的福祉,因此是不正当的。这种理论以自主性价值为基础,重构损害原则,反对法律道德主义,被称作至善主义的自由主义立场。

拉兹是这一立场的代表。拉兹与德沃金的区别在于,他不反对甚至支持国家对个体道德生活的积极介入,但他主张这种介入应当是非强制性的,应当通过鼓励、教育、谴责等方式进行引导。因此我们有必要仔细审视其论证。拉兹认为,政府的主要目的,是帮助人民过上追求人类福祉的生活。之所以要防止损害,是因为伤害侵害了自主,而自主是人类福祉不可缺少的一部分。但自主唯有在追求有价值的目标时才是有价值的,这就要求政府积极作为,创造有价值的机会,减少无价值的机会,从而维护个体自主。自主原则是一种至善主义原则,因此政府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,但同样基于对自主的保护,不能以其他理由对个体进行强制。也就是说拉兹并不反对推行正当的伦理价值是政府的目的,仅仅反对以强制作为手段推行,因为这侵犯了自主的价值。

在拉兹看来,自主是人类福祉的内在组成部分,其体现的是这样一种理念:人应当是自己生活的创造者,在某种程度上掌控自己的命运,通过连续的决定塑造自我。<sup>[49]</sup> 实现自主的价值需要满足三个条件:适当的心智能力、充分的选择范围以及独立性。

基于对自主的强调,拉兹的至善主义理论并没有倒向法律道德主义立场。他认为,政府虽然应当努力维护良善的伦理环境,但不应当使用刑法手段,除非被强制者自身侵犯了他人的自主。因为强制是将他人当作物的表现,是一种对待他人的不适当方式,损害了他人的独立性。而独立性是自主的一部分,自主具备重要的内在价值,因此用强制手段推行无害伦理是不正当的。<sup>[50]</sup>

据此,拉兹提出了基于自主的自由观,以自主价值作为伤害原则的基石,提出了伤害原则的修正版本。在他看来,伤害原则的目的是保护人的自主,因此仅允许政府依据以下两种目的使用强制:一是防止对自主的侵害,二是强迫人们采取必要行动以增进他们自己的选择和机会。<sup>[51]</sup> 就侮辱尸体行为而言,拉兹会同国家有责任采取各种非强制手段帮助纠正行为人的道德错误;但同

[49] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986), p.369.

[50] See Joseph Raz, *supra* note [49], at 377 - 378.

[51] See Joseph Raz, *supra* note [49], at 416.



时他会基于对个体自主的保护,反对将此类行为犯罪化,因为在他看来只有自主才能限制自主,侮辱尸体行为并不构成对他人自主的侵害,因此国家不能够对其使用强制。

拉兹的观点与前述德沃金的观点有一定相似性,但相对而言更加温和。一方面,拉兹承认国家的至善主义角色,反对的仅仅是强制的手段而非推行道德这一目的;另一方面,他将自主归于人类福祉的一个组成部分而不是独立于人类善的绝对权利,并将独立性作为自主价值的一个方面,这就降低了独立性的理论地位。但他反对用法律推行无害道德这一观点决定了他的反法律道德主义立场。

## 2. 对拉兹的反驳

我认为,拉兹的反法律道德主义立场存在重大缺陷,本文所阐述的法律道德主义立场更具兼容性和理论说服力。

首先,拉兹对自主价值的论述是不融贯的。拉兹一方面主张自主是人类福祉的内在构成部分,但另一方面又认为自主是一种工具性价值,只有当人们致力于追求可接受的和有价值的目标和关系时,自主的生活才是有价值的,也就是说,当自主无助于人类福祉的实现时,自主本身并不值得追求。出现这种矛盾的根源在于,拉兹一方面坚持至善主义理论基础,认为国家应当致力于促进人类福祉,一方面又想捍卫自由主义的信念,担心国家过度干预。但这样反而削弱了其理论的论证力度。可以确定的是,既然拉兹理论的根基是客观的人类福祉,那么当一种自主选择的生活不能促进人类福祉的实现时,自主必然是无价值的。如果自主具有内在价值,那么就意味着自主能够成为独立的规范性行动理由,但显然自由选择本身不能为我们的行动提供实质性的指引。罗伯特·乔治(Robert George)指出,拉兹实际上是混淆了自主和实践合理性,后者才是人类福祉的内在组成部分,是客观的基本善,自主仅仅是实现实践合理性的一个条件,不具备内在价值。<sup>[52]</sup>

前文已述,在自然法传统中,实践合理性就是个体运用理性去决策、选择生活方式、塑造个人性格的状态。实践合理性本身就是基本善之一,是人类福祉的一部分,能够成为独立的行动理由。可见,如果拉兹的自主指的是具有强规范性的实践合理性,那么在很多情形下,对选择为恶的个体进行强制就不侵犯个体的自主性,因为这些恶行多半违反“在每一行动中尊重每一基本价值”这一要求;如果拉兹的自主指的是“自由选择”本身,那么他就不能融贯地主张自主具备内在价值,能够作为伤害原则的基础。

第二,对伦理不当行为进行法律强制不一定侵犯自主。这一理由与前文反对德沃金的第二个理由是一样的。法律不可能保护任意的选择,因此一个合理的自主概念不能等同于自由选择本身。而要充实自主的概念,必然会倒向“实践合理性”这一概念,而实践合理性允许对一些伦理不当行为进行强制。前文已述,此处不再重复。

因此,拉兹基于自主性价值的反法律道德主义论证是失败的,一种融贯的至善主义理论必然支持法律道德主义。也就是说,拉兹混淆了自主与实践合理性,前者本身不具备内在价值,而是实现后者的一个条件,不能成为独立的行动理由。因此,不能以尊重自主为由反对以刑法这一强制性手段回应严重贬损人类尊严的道德不当行为。由于严重贬损人类尊严的行为违背了实践合理性最根本的要求,动摇了人类生活的根基,严重侵害了共同善,因此国家有责任对之施以惩罚,将行为人隔离于共同善之外,以表达对此类严重道德不当行为的回应。

---

[52] See Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1993), pp.178-180.

## 六、结 论

至此,法律道德主义论证的前提 1、2、4、5 都得以证立。在此我再将该论证完整复述一遍:

1. 对人类尊严的严重贬损是对政治共同体共同善的严重侵犯。
2. 奸尸、肢解等侮辱、毁坏尸体行为是对人类尊严的严重贬损。
3. 因此,奸尸、肢解等侮辱、毁坏尸体行为是对政治共同体共同善的严重侵犯。
4. 国家有责任维护和促进政治共同体的共同善,回应破坏共同善的行为。
5. 针对严重贬损人类尊严这一类侵犯共同善的行为,刑法是国家回应此类行为的适宜手段。
6. 因此,国家有责任将严重贬损人类尊严的行为犯罪化。
7. 因此,国家有责任将奸尸、肢解等侮辱、毁坏尸体行为犯罪化。

共同善,最抽象地说,就是整个共同体的利益,或共同体成员共享的、使之行动协调一致的共同目标。人类尊严源自实践合理性的要求,是人类福祉的基本构成之一,因此是非常重要的共同善。尊重人类尊严,不仅仅要求尊重活着的个体,也要求尊重与人类尊严存在紧密联系的象征符号。尸体是死者和作为整体的人类的符号性代表,对尸体进行奸淫和分解表达了对人类尊严的侮辱。因此,侮辱尸体侵犯了政治共同体的共同善。根据至善主义的国家观,国家有责任维护和促进政治共同体的共同善,回应破坏共同善的行为;而基于沟通报应主义的刑罚观,对于侵犯人类尊严这一类严重的公共道德不当,国家有责任以刑法手段对其进行回应,通过国家惩罚表达对其道德上的强烈谴责。因此,国家有责任将奸尸、肢解等侮辱、毁坏尸体行为犯罪化。

本文论证的重点在于说明只有借助新自然法理论框架才能为侵犯人类尊严行为的人刑提供最佳辩护,进而捍卫法律道德主义犯罪化命题。在当代,大多数理论家都认可人类尊严的根本重要性,但什么是人类尊严的规范性本质,如何尊重和捍卫人类尊严,仍然存在较大争议。本文提出,在对贬损人类尊严行为的犯罪化问题上,我们会在两个层面遭遇人类尊严:第一个层面的问题是,侮辱尸体行为本身是否侵犯人类尊严;第二个层面的问题是,即使第一个问题成立,将侮辱尸体行为犯罪化本身是否贬低了行为人的尊严,损害了其伦理独立性。只有当第一个问题回答“是”而第二个问题回答“否”时,侵害人类尊严的行为才能被正当犯罪化。自由主义虽然在第一个问题上可能给出肯定回答,但由于其固守国家中立原则或自主性价值,在第二个问题上亦会持肯定立场,因此无法解释侮辱尸体罪的正当性,本文通过对德沃金和拉兹理论的分析与反驳说明了这一点。

当然,自由主义者可能声称,人类尊严是一个例外,由于人类尊严是如此基础和重要,即使无法依赖于损害原则和冒犯原则,亦能够将侵犯人类尊严的行为正当犯罪化;或者进一步主张自由主义原则上就不受限于损害原则和冒犯原则。但问题在于这一主张如何在自由主义理论框架下得以融贯解释。自由主义者如果试图捍卫侮辱尸体罪的正当性,又不诉诸损害原则和冒犯原则,则势必主张一种较为厚实、蕴含了较高道德要求的合理性观念,认为由于某些道德不当行为具备高度的非理性,因此对其施加干涉并不损害其伦理独立性,而这将导致自由主义自身立场向至善主义的倾斜。<sup>[53]</sup> 也就是说,此时的自由主义实质上已经成为一种法律道德主义,法律道德主义者

[53] 努斯鲍姆(Nussbaum)对罗尔斯的合理性概念有过类似批评。See Martha Nussbaum, "Perfectionist Liberalism and Political Liberalism", *Philosophy & Public Affairs*(2011).

将很乐意看到这一结果。或许正是考虑到这一点,范伯格这一典型的自由主义理论家方才固守损害原则和冒犯原则,明确反对将私下的侮辱尸体行为犯罪化。

与之相对,新自然法理论明确主张人类尊严是实践合理性这一基本善的内在组成部分,因此属于最重要的共同善,而在国家权力边界问题上,持鲜明的至善主义的立场,主张国家可以采用包括强制手段在内的各种方式辅助和引导个体的道德观念,以维护和促进共同善。因此,基于新自然法理论的法律道德主义最为融贯和合理,可以避免自由主义面临的内部不一致性难题,是一种最佳的法律道德主义形态,从而为侮辱尸体罪提供正当性基础。

在证立侮辱、毁坏尸体罪的同时,法律道德主义也为侮辱、毁坏尸体罪提供了规范性的认定标准,提高了入罪的门槛。该罪针对的是对人类尊严严重贬损的行为,也就是说,该行为必须能够体现行为人贬损人类尊严的态度,因此,有些行为,表面上符合毁坏尸体罪的主客观要件,但却是由当地特殊丧葬风俗所致,体现了对死者的尊重,则不成立本罪。例如西藏部分地区存在天葬习俗,依其宗教观将尸体放置于空地上任鸟啄食,若行为人出于尊重死者的理由采取此类行为,则不成立侮辱、毁坏尸体罪(当然这在具体案件中要经过非常复杂的认定和推理)。但这并非是说要成立本罪必须基于明确的贬损人类尊严的目的,只要行为人有意对尸体进行侮辱和分解,同时并非基于任何正当理由,就是对尸体所象征的人类尊严的蔑视,应当入罪。

最后要说明的是,有一种反对意见认为,主张法律道德主义会危害思想自由,导致专制,成为统治者强制推行自身价值偏好、干涉公民生活的借口。这是不成立的,第一:法律道德主义并不主张惩罚思想,而只惩罚对共同善严重侵犯的公共不当行为;第二,法律道德主义要求在推行道德时对相应的善和道德规范进行实践理性推理,只有通过实践理性推理证成的道德真理才可能被推行。同时,还需要与其他价值与规范进行权衡,并非认为各类道德都应当被强制执行。

可见,法律道德主义是一种合乎中道的主张,捍卫一种温和的有限政府观念。因为其一方面反对对国家的权力界限施加一种过于狭窄的限制,另一方面主张公民的自由仍然是国家在考虑法律强制时的一个重要权衡因素。同时,法律道德主义要求任何国家行为都必须为自己进行理性辩护,只有在前提为真且论证有效的情形下才能使其行为正当化。

综上,本文结论是,损害原则与冒犯原则不足以穷尽一切犯罪化正当依据,以共同善为核心建构的法律道德主义立场能够被证立,并能为侮辱尸体罪提供充分的辩护。公众对于侮辱尸体罪深思熟虑的判断,最终得以与尊重人类尊严这一抽象的道德原则达成一致,实现直觉与抽象原则之间的反思平衡。

(责任编辑:宾凯)