



陈永苗：法律与伦理三则

## 法律与伦理三则

陈永苗

## 一、奴役和自由的家庭伦理

日本明治维新时代的法律变革和清末修律运动的历史经验表明，与商法相比较，婚姻家庭方面的法律移植更为艰难，更为缓慢。因为其与宗族伦理密不可分，属于文化的核心地带。日本明治维新后，日本基本保持原有的婚姻家庭结构，而清末修律运动婚姻家庭方面保留了浓厚的风俗习惯色彩，尔后的民国立法也大致相同。

中国传统家庭伦理虽经历清末的理学批判、辛亥革命的“道德革命”或“革命道德”，到“五四”的“打倒孔家店”的激进道德主义，直至“文化大革命”和“批林批孔”等“史无前例”的反传统“孔孟之道”的激烈清洗，但我认为，中国传统家庭伦理的变迁更应归功于中国共产党准基督教性质的同志观念的广泛传播。在基督教的教义中，信徒不管亲疏都是上帝的子女，与此相似，在中国共产党的社会中，父母子女都是革命的同志，而且这种观念上升为意识形态的一个部分，统治了中国几十年，其影响是深远的，较彻底地颠覆了原有的伦常秩序。文化上的激烈清洗仅能限于社会上层，而对于社会下层的观念改造，非有这种具有宗教特征的变革不足彻底、深刻，而且中国共产党在制度层次上几部不间断的《婚姻法》的实施，维护、巩固了这种成果。

因人的有限性意识和死亡的焦虑迫使人类“崇拜祖先”，以求“不朽”。在夏代，“孝”多指敬奉鬼神，孔子说，禹“致孝于鬼神”（《论语·泰伯》）。但随着古代宗法伦理等级制度在西周时代的确立，中国人的人的有限性意识和死亡的焦虑被畏惧人类的动物性、区分人兽的道德伦理的焦虑取代。将道德伦理作为区分人类和禽兽的突出特征，因此，“孝”的社会伦理意义也凸显出来。这种伦理意义上的“孝道”经孔孟的阐述，为孔门后学所编写的《孝经》系统展开。《孝经》将孝定为道德根本，“夫孝，德之本也，教之所由生也。”（《孝经·开宗明义》）。而且《孝经》还具体规定所谓的“天子之孝”、“诸侯之孝”、“卿大夫之孝”、“士之孝”和“庶人之孝”，“孝道”也从一个家庭伦理的范畴，扩张到了社会政治等级结构的诸方面，与“忠”“义”“礼”等社会、政治伦理观念贯通起来，国家变成一个放大的“家庭”，家国一体。由是《孝经》把孝道推向至上，最终提出“以为孝治天下”的政治伦理主张。

权力的扩张是政治生活的永恒主题，因此，“孝道”上升为国家的治理术，就逐渐嬗变成为“吃人”的怪兽。“就良知而言，真正的魔鬼、地地道道的邪恶是自我对无条件的独立和控制的追逐，及其对权力之爱。一旦为换取自己独有的供奉而供给自我以权威、力量和其如此热切期盼的道德权威感，任何态度、宗教信息或立场都可以把撒旦穷凶恶极的尾巴藏于表面之下。”（默里·斯坦因《日性良知和月性良知》）。中国古代政治统治与古希腊神话中的克洛诺斯一样，本身生存在遭受反叛和被暴力推翻的威胁之下，对发生动乱和被废黜的恐惧强化它的顽固、微妙和无所不在的怀疑。“这些怀疑常发现于微妙的父子关系景况中。”（默里·斯坦因《日性良知和月性良知》），克洛诺斯因为这种怀疑而吞噬其子女，中国古代政治统治因此而极力强化“忠孝”，因此吞噬了个体。

因此，孝道的政治伦理化是践踏个体性的统治的形成，“孝道”的上升之使人变为手段，而不是目的，致使人无法拓展的个体人格和良知。日益拓展的政治伦理化围剿着人的深层次的生存，鲸吞着精神

生命。为“平天下”和“大同社会”的大旗被用来遮掩无数暴君和奴役，到头来，每个具体的人所能得到的不过是无助的、可怜的微薄利益。

在现行的《婚姻法》中，很难说还有传统伦常的影响，但法律仅是婚姻家庭制度的“肉身”，而还有“灵魂”——家庭伦理的重建问题。不管是从传统伦理中重新生发而出，还是从西方“嫁接”，或是“中西合璧”，现代家庭伦理都必须是人本主义的，“必须从其物质和精神的总体上来观察人，相信人的生存的目标是为了自身，而实现这一目标的条件也正在于都是为了人自身。”（弗洛姆《寻找自我》），而且应对国家政治伦理保留距离，严词拒绝其招安。

## 二、法律之道

人类进化并非如进化论所宣扬的呈线性积累而演化，而是不断恢复到所有人在所有时候和地点都遭遇的那些“类”性质的，植根于人类境况的有限性以及不断超越扩张的渴望的张力之中的原始经验和初始原型。理查·尼布尔直言不讳地说：“……人类的历史并没有进步，进步的仅是人类的所有善和恶的权能”。古代罗马法至今认为法律是上最高分无法超越的事实雄辩地映证了理查·尼布尔的观点。

正义作为法律的原型和源泉，从原始意识到现代正义理论，一次次的言说都是对它的溯源和背离。他们相互交替，反复循环轮回。当法律和法律制度日渐式微，保守、朽腐、破落，丧失生机时，敏锐的法学家便回到源头汲取力量，重新开拓出新路，改革、修正使现行法律和法律制度获得再生，其后的法学家不断推演扩展，走到精细和刚硬的境界，随后又有必是危机来临，再次被迫返回本源，开拓新路。

人性的演进是法律变迁的原动力。一部法律史无不是呈现这样简单的线索，对于整个自我存在的完满的永恒追求。最初的认为自然之子，作为自然界渺小而无力相当于动物的一个组成部分，经过漫长的被动状态和无明之后，茫茫黑夜中放现出一线曙光，逐渐地扩大。自我意识从混沌之中获得主导型的精神能量，取得优势地位而成为人类的主要的精神特质，以使人类从自然之中分离出来去被与其他生命有机体逐渐成为社会的人。自我意识的产生，膨胀扩张的进程，也是人类认识和走出自然界，走向相对独立性的自由获得自性的过程。然而正是这种人类自我隐私，无情地是人类从自然界母体的“子宫”中分离出来，使他们独立地面对无意识和自然界断面的威胁，感到残缺、有限、孤寂、无助的焦虑和恐惧，于是人们开始创造替代物，营造安宁和和谐的“居所”，从自己本性的另一方面发展限定出一种“完善机制”，以努力消除人类的有限性，照亮人性的阴暗角落。“可以说媒介的境况限定就是限定我们自己，制度、法律、习惯等都有这种意义……。因此，意识形态任何时候都不能不包含理念、内容，应当作为具有有限理念意义的编者那个法的一般这的自己限定看待产生意识形态的——社会的、历史的限定。”（《善的研究》）

剖开远古神话的外壳，正义与法律在纯粹经验领域同一的本质开显无疑。正以即法律，法律即正义。远古的法律、正义的观念都是生成的、本真的，而对事实本身的、尚未客体化的，尚未概念化的。法律与神灵同一，同样的崇高权威。同构于人类分离自然界的进程，法律也日益趋于独立，疏远正义。法律的发展是一个二律背反的难题。法律必然走向独立，而她会日益失去根源的给养和扶持，逐渐异化成为人类的压迫物。海德格尔在《现象学的基本问题》之中断言：“在主体论范围中所有起源，所有的发生不是成长和展开，而是退化，就一切正在产生的脱落而出而言，它意味着，在一定程度上脱逃、离开本源的优势力量。”可是人类无法不选择法律，因为个人在绝对意义上软弱无力。人类选择了法律其安慰，但是法律总是扩大膨胀使有生命的人也俯首听命，处于被虐待和高压之下。“从自我知觉的有限性，人的自我辩解本能（常常体现为特定阶段的科学结论）和强大的依赖心里遮掩了一个更为深层的现象，即法律作为一种社会控制手段，乃是人类社会化中一种反自然的选择。”正义是永生的，绝不会完全死去，仅不过会被剥夺至上的地位，而隐退在法律的背后，以特殊的理想的精神超越品格号召和影响法律规范和法律生活。所以不应绝望。

## 三、中庸之道以及早熟的中西法律文化互动说

中西法律文化交汇以来，各种解决方案流派纷纭，令人难以自持。然左右逢源、最受欢迎的“调和说”、“互动说”，虽历经百年有余，依然停留在号召和主张的层次，没有建构一个成型的学说体系。各种该类学说衣冠之下，空疏如也。相反倒是执于一端的西化派为中国法律现代化做出卓越贡献。

其实这种学说是在中国传统中道之道影响形成的，却未能得其精髓，而是“庸俗中庸主义”。孔子所说的中庸，是指过犹不及，恰到好处的状态或达到此种状态的行动取向。然这仅是“圣人”能抵达的境界，如果“用其中于民”（《中庸》第六章），能够出现的仅是“折衷主义、平均主义、不彻底主义、庸碌主义、庸俗主义、妥协主义、甚至所谓的投降主义（冯友兰，1940），只能引起孔夫子的悲叹：“中庸之为德也，其至矣乎，民鲜久矣”（《论语·庸也》）。因“人人可成尧舜”而将中庸之道推广为社会普遍遵守的原则，流弊颇多。

“中庸之道”的这种宿命自有其结构性的社会根源。中庸之道是规范单一的小农社会的产物，由于泛道德主义，作为理性的行动取向，以道德为最终目的，从而充当了道德伦理的“工具理性”。按照韦伯在《新教伦理与资本主义精神》（Weber, 1993）中的分析，工具理性的伸张，必然会衍生价值非理性的后果，反之亦然。在中国传统集体主义社会中，个人被视为群体的一分子，而没有个体性。为了群体的安全和秩序，个人的利益、自由遭到限制，因此，主张“节制”的中庸得以膨胀，与其具有内在、不可分割的联系，所植根于的道德准则也得以泛化。道德的泛化也进一步促使“中庸之道”的变异，迷失、乃至于根本上的颠覆。曹敏在《论复兴中华文化几个似是而非的观念及复兴之道》尖锐地指出这种流弊的表现说：“一、就因为中国文化开始就走“双即双融”的中道，并没有先走偏道为中道造成实践的条件，使中道不易实行，而实际上难免要走偏道，由于受标榜的中道的限制，又不能放开脚步走偏道，结果反而弄得双即双非；二、不仅如此，正由于不能实行中道而又坚持中道的方向，结果在社会上有产生另一种流传极广的流弊。这一种流传极广的流弊，就是所谓“模棱两可”、“不辨识非”、“模模糊糊”、“不进不取”等种种有悖于中道的弊端。

胡塞尔的意向性理论认为意向性的本质特征在于他们的指向性，即意识必须是指向某个对象的，意识总是对某物的感知和认识。中庸之道不能认为自己最终发现了不可变更的发展道路并一劳永逸的地勾勒出一条固定不变的原则。中庸之道本身并不在表象中实体化，而是以为一种“被领悟”的命令和要求规定行为具体的行动提供方向和评判依据。现代语言学证明名词由动词概念化、客观化而来。因此，中庸原义为：“追求中庸、使…变得中庸、或使……接近中庸。”，正是《孟子》中所言的“执中为近之”。

落实于中西法律文化交融的进路问题应当回到历史中寻找线索。人类社会并非如进化论所宣称得呈线性积累而演化，而是不断回复到所有人在所有时候和地点都遇到的那些具有“类”性质的，植根于人类境况的有限性以及不断超越的渴望的张力的原型之中，其后是对其的发展和背离。从古到今，一次次变革都是对它的返回或背离。朔源和背离在不同的历史阶段相互交替，反复循环。当一种思想日渐式微，丧失生机，具有“原创”性格的思想家就会回到源头汲取力量，重新开拓进路，改变和修正原有的思想。其后的继承者在其基础上推演扩展，走向精细和完整的境界，再其后危机在次重临，被迫再次返回本原，开拓新路。儒家文明从孔孟的“原道”，至董仲舒以降的政治化，至于黄宗羲、王夫之等以及新儒家的“原教旨主义”，就是这种轨迹。

曹敏论中道之道的发展轨迹说：“何况中道所讲究的乃是融合儒事物于事物相互之间的相互关系，使得双方利用对方之长而调整自己之短，达成有长无短而得其正，这就需要一个条件，那就是必须先要有事物之所以能成为事物，然后才能谈论事物彼此之间的长短相济。而要事物之能成为事物，这就非先走专精的偏道不可。因此，文化发展的常规，诚如前所述，先要走偏道，等到偏道圆满地构成事物之后，然后在循中道融合事物与事物之间的关系，经过相互长短的调整，而使任何一事物均达到圆满无缺的地步，这是文化成熟的最后阶段。如果不先走偏道，而径直选走中道，那事物尚没有存在，从何而有事物与事物彼此之间的关系，更谈不上融合、调整彼此的关系。结果很明白，那就比成为无的放矢和虚乏的空想而不易实行。”用佛教的用语，就是有所执方能有所不执，抵达圆融的境界。

汤因比先生在论述文明的发展时，曾提出“退却与重回”的思路。伯尔曼在《法律与革命》中说：“我不得不从遥远历史的视角，从头考察西方的法律与法制，秩序与正义的传统，以便找到摆脱困境的出路。”与中国东西文化交汇这一“中国天地之一大变”（郭嵩焘语）相似的历史有，汉晋时佛教文明入侵中国，隋唐一度全面印度化，历经千年，形成禅宗，进而宋明理学（参阅胡适《中国的传统和未来》）；另欧洲古希腊、罗马和基督教文明的汇合，从约公元一、二世纪到公元十一、十二世纪，也是历经千年（参阅伯尔曼：《法律与革命》）。中西文化交汇至今不过百年有余，东西法律文化“互动

说”等未免太早熟。窃以为中国法律现代化的进路在于走西化的路，待到成熟，方能转向在中西之间形成合璧的法律文化。

<http://www.confucius2000.com/poetry/flyllsz.htm>



中国社会科学院应用伦理研究中心  
北京建国门内大街5号 邮政编码：100732 电话与传真：0086-10-85195511  
电子信箱：cassethics@yahoo.com.cn