

从儒家孝道的法律化看法律维护道德的限度

屈永华

(中南财经政法大学法学院教授 湖北 武汉 430073)

摘要:自汉朝开始,儒家的孝道逐渐得到法律的认可与维护,维护的主要手段在汉朝为褒奖孝行典范,魏晋以后则发展为奖惩并用。但是,法律对高标准孝道的维护反而使得孝行从个人情感的自然流露蜕变成在道德外衣掩盖下的逐利行为,被褒奖的孝行充满矫饰、偏执与残忍。基于儒家孝道界定不孝的法律因守法与执法的成本过高而在很大程度上成为具文,付诸实施则助长机会主义行为和催生暴政。我国当前在个人的升学、就业、职务升迁等环节仍然存在大量褒奖道德典范的法律和惯例,有必要对其是否存在激发机会主义行为的可能性进行审视与评估。法律应当尽量抑制机会主义行为而不是纵容乃至激发机会主义行为,这是法律维护道德的限度。

关键词:儒家孝道 法律 道德

自2013年7月1日起施行的《中华人民共和国老年人权益保障法》引起了媒体人士的热议,热议的焦点在于该法第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”。该条法律规定被媒体人士解读为“常回家看看”成为家庭成员的法定义务,但该义务脱离社会实际且不具有可操作性。这种批评其实是断章取义的,因而有失偏颇,因为法律规定原文的用词是“看望或者问候”,两种方式可选择其一。虽然经常看望老人对很多在异地工作与生活的的人来说力不从心,但在通讯工具如此便捷和普及的当今,问候与自己分开居住的老年人不过是举手之劳。我国正在快速步入老年社会,在国家与社会的养老体系尚未全面建立和完善之前,家庭成员应当承担赡养老年人的义务,而关心老年人的精神需求是赡养的应有之义。

当然,媒体人的这次热议触及一个重要的问题,即法律维护道德的限度问题。这也反映在我国当前,人们对厘清法律与道德界限的必要性正在逐步形成共识,对法律过度干预道德的警惕性也越来越高。如果我们能够以此为契机,对法律过度干预道德的各种表现及其危害有全面的认识,进而对当前相关的法律进行全面的审视与评估,那么,这次媒体人士对“常回家看看”法律规定有失公允的批评或许能够歪打正着。为此,笔者将以中国传统社会儒家孝道的法律化为研究对象,对法律过度干预道德的手段及其影响进行系统考察,以期探讨法律维护道德的限度问题提供历史的借鉴。

一、儒家孝道法律化的历程概述

在儒家的政治法律理论中,国与家、君与父、忠与孝是相提并论和相互贯通的,孝道为儒家礼教的基

基金项目:中央高校基本科研业务费资助项目(2011002)

石。儒家主要从赡养和守孝两个方面来倡导与规范孝行,“孝子之事亲也有三道焉,生则养,没则丧,丧毕则祭,养则观其顺也,丧则观其哀也,祭则观其敬而时也,尽此三道者,孝子之行也”。^①也就是说,父母在世时,孝子对父母要毕恭毕敬,竭尽所能侍奉与赡养父母;父母去世时,孝子要表现出最大的哀伤来安葬父母,并以最虔诚的态度来祭祀父母。儒家经典对“顺”、“哀”、“敬”的含义及其所应遵守的行为规范有详尽而明确的阐述。尤其值得一提的是,相礼出身的孔子不仅特别强调为父母守孝对于彰显孝道和净化人心的重要意义,而且为如何守孝拟订了非常细致的礼仪规范。

儒家经典中关于孝道的标准是儒家的理想标准,或者说是一个孝子努力的方向,然而,这一标准在当时不仅不是法律界定孝与不孝的标准,而且也没能获得社会的普遍认同,甚至还招致了不少学派的反对与讨伐之声。墨家、法家都是先秦时期儒家礼教的坚定反对者。墨子尤其反对儒家丧葬之礼的繁文缛节和劳民伤财,并对其进行了深刻揭露与猛烈抨击。^②法家不仅指出恪守儒家孝道与维护国家利益之间存在严重冲突,而且还对治国应当厘清道德与法律之间界限的必要性进行了有力论证。“夫圣人之治国,不恃人之为吾善,而用其不得为非也。恃人之为吾善也,境内不什数;而用人不得为非,一国可使齐。为治者用众而舍寡,故不务德而务法。”^③

由此可见,儒家的孝道离付诸实践在先秦时期尚有很大的距离。虽然自夏朝以来严惩不孝是法律一贯的精神,但是,直至汉朝,包括出土文物在内的所有史料表明,法律规定的孝只是针对不尽赡养义务以及恶意侵害父母人身安全和人格尊严的行为而言的,这些行为大致包括杀伤、殴打、辱骂、告发父母以及不尽赡养义务或父母到官府控告子女不孝,法律惩治不孝所坚持的标准大致是一种为社会普遍认同并遵守的底线道德。

从汉朝开始,儒家的孝道逐渐得到法律的认可与维护,维护的主要手段在汉朝为褒奖孝行典范,魏晋以后则发展为奖惩并用。

汉朝统治者标榜以孝治天下,在意识形态领域“罢黜百家,独尊儒术”。与此同时,法律也开始对孝行典范予以褒奖,褒奖的措施大致有三种:提供仕途上的便利、进行物质奖励和赐予荣誉称号。两汉选拔官员的主要方式是察举,孝行典范是察举的重要对象之一,汉武帝创设察举孝廉的科目,至东汉,孝廉成为察举最主要的科目。由于为官需要政治才能,因此纯粹因为孝行卓著而被举荐授予实职的民间人士在两汉并不多,两汉的孝廉主要从中下级官吏中察举,其中“举孝者少而察廉者多”。^④孝行与仕途最密切的关联在于对现任官吏的考核中,孝行典范往往可得破格提拔。进行物质奖励的方式主要有免除全家的徭役与赋税、直接赏赐财物。赐予荣誉称号虽然属于精神上的褒奖,但实际上物质利益大于精神利益,这是因为,在权力本位的中国传统社会,被国家赐予荣誉称号的人在谋求自己利益、避免他人或官府侵害等方面有诸多便利,由皇帝赐予的荣誉称号更是如此。汉朝法律褒奖孝行典范的基本精神与主要手段为后世各朝代所沿袭,鉴于各朝代褒奖孝行典范的法律主要以诏令的形式发布,庞杂而零散,且基本精神和内容与汉朝褒奖孝行典范的法律大同小异,笔者就不再赘述。

在惩治不孝方面,汉朝法律界定不孝所采用的标准仍为底线道德,基本上都是基于对父母的现实侵害而言的,同时也没有规定为父母守孝的法律义务。^⑤自魏晋开始,法律的儒家化全面展开,并于唐朝得以完成,其中在惩治不孝方面,法律逐渐吸收了儒家孝道的许多内容,下面以唐律为例对此进行简要阐述。

唐律将不孝行为分为三个层次。一是“恶逆”,包括殴或谋杀祖父母、父母以及夫之祖父母、父母,犯者处以死刑。二是“不孝”,《唐律疏议·名例》规定:“谓告言、诅詈祖父母父母,及祖父母父母在,别籍、异财,若供养有阙;居父母丧,身自嫁娶,若作乐,释服从吉;闻祖父母父母丧,匿不举哀,诈称祖父母父母死”。其中,诅詈祖父母、父母者处以死刑,对其他行为的处刑从流刑到徒刑不等。“恶逆”与“不孝”属于“十恶”之罪,为常赦所不原。三是非“十恶”的其他犯罪,包括:子孙违犯教令、府号或官称犯父祖名讳、父母或祖父母犯死罪被囚禁而子孙作乐、居父母丧生子或兄弟别籍异财、居父母丧不解官或求仕,^⑥犯者处以一年到三年不等的徒刑。在唐律界定的上述不孝罪中,恶逆、告言或诅詈祖父母父母、供养有阙是对汉朝及以前法律的继承与发展,而其他各种不孝罪基本上是魏晋以来儒家孝道法律化的结果,不仅大大扩充了父母在

世时子女的义务,而且增添了为父母守孝的义务。唐律惩治不孝的精神与具体内容为后世法律所继承。^⑦

儒家的孝道从一家之言到普世价值,法律对其维护的手段从褒奖到奖惩并用,其中的原因值得深思。显而易见的原因是要从理论上维护与君权相通的父权。君主是上天的儿子,同时又是天下臣民的父母,君权的绝对化必定会要求父权的绝对化,并以国家法律来加以维护。而深层的原因则是要在实践中建立有利于君主专制的统治秩序。强化孝道可以通过日常生活的潜移默化来消除人们犯上作乱的野心,“其为人也孝弟,而好犯上者,鲜矣;不好犯上,而好作乱者,未之有也”。^⑧强化孝道还可以让家族更好地承担自我管束和救助的义务。“从家法与国法,家族秩序与社会秩序的联系中,我们可以说家族实为政治、法律的单位,政治、法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治法律的理论的基础,也是齐家治国一套理论的基础,每一家族能维持其单位内之秩序而对国家负责,整个社会的秩序自可维持。”^⑨

对于如何倡行儒家礼教,孔子有过明确的论述:“导之以政,齐之以刑,民免而无耻;导之以德,齐之以礼,有耻且格”。^⑩由此可知,孔子倡行礼教的思路是“导之以德、齐之以礼”,通过统治者自身的道德感染力和言传身教来使民众心悦诚服与景仰仿效,从而塑造民众以违法乱纪为耻的道德信念。相反,如果统治者对民众“导之以政,齐之以刑”,那么,这种作法虽然能够迫使民众苟免于犯罪,但无法塑造民众以犯罪为耻的道德信念。汉朝以来儒家孝道的法律化走的恰恰是孔子极力反对的“导之以政,齐之以刑”的路线,其对道德产生的消极影响也不幸被孔子言中,笔者接下来将分别从奖与惩两个方面对此予以考察与剖析。

二、法律褒奖孝行典范的消极影响

为了获取国家的褒奖,个人向国家所传递的孝行信息必须具备两个条件:一是孝行本身要高于为社会所普遍认可并遵循的孝道标准;二是由于孝行信息需要通过社会舆论传达至官府,因此孝行应当具有社会轰动效应。在日常生活中精心侍奉与赡养父母尽管是孝道最重要的内容,却几乎很难产生社会轰动效应,因而那些力图博取褒奖的人们首先想到的便是在守孝中另辟蹊径。儒家主张为父母守孝三年,三年的守孝期分为丧葬和祭祀两个阶段,每个阶段的行为规范有所不同,大致说来,丧葬主哀,祭祀主敬,且整个守孝期内不得举办或参与任何喜庆活动,也不应有性生活。

儒家规范守孝的礼仪是为了让人们充分而恰当地表达自己的哀敬,相对于礼仪而言,藏于人们内心的礼义更加重要。“丧礼,与其哀不足而礼有余也,不若礼不足而哀有余也。祭礼,与其敬不足而礼有余也,不若礼不足而敬有余。”^⑪同时,儒家也坚决反对突破礼仪的规范,主张过犹不及。父母之丧,子女哀痛至极的心情应当即时而充分地表露于言行举止、饮食起居之中,但同时又不能因此而毁伤身体。“毁瘠为病,君子弗为也,毁而死,君子谓之无子”,^⑫这反倒是最大的不孝。儒家主张为父母守孝三年,期限为二十五个月,跨三个年头。“至亲以期断,是何也?曰:天地则已易矣,四时则已变矣,其在天地之中者,莫不更始焉,以是象之也。然则何以三年也?曰:加隆焉尔也,焉使倍之,故再期也。”^⑬儒家同时又坚决反对守孝超过三年,这是为了避免以死害生、以礼仪坏礼义。“丧不过三年者,以期增倍,五五二十五月,义断,示民有终,缘丧绝情。”^⑭“祭不欲数,数则烦,烦则不敬。”^⑮但是,面对国家褒奖的诱惑,守孝不“过”就难以产生社会轰动效应,从而无法获得国家的褒奖。

由于丧葬是亲朋与乡邻会聚的重要场合,子女在父母丧葬时的表现很容易在社会上传播开来,因此,在国家褒奖孝行典范的刺激下,汉朝厚葬父母之风非常强劲。厚葬之风的弊端时人早已洞穿:“生不能致其爱敬,死以奢侈相高,虽无哀戚之心,而厚葬重币者则称以为孝”。^⑯厚葬父母一旦成为社会风气,其轰动性效应也就逐渐消失,于是有人就开始在为父母守孝的年限上做文章。

孔子主张为父母守孝三年,当时应者寥寥,而驳斥者甚众,即使是其门下弟子也不乏心存疑虑乃至公开异议之人。例如,宰我就认为:“三年之丧,期已久矣。君子三年不为礼,礼必坏;三年不为乐,乐必崩。旧谷既没,新谷既升,钻燧改火,期可已矣”。^⑰至战国时期,孔子主张的三年之丧甚至淡出了人们的视线与记忆。滕定公去世,世子滕文公委派然友去向孟子请教丧葬之礼,孟子极力主张三年之丧,结果因阻力太大而作罢。“然友反命,定为三年之丧。父兄百官皆不欲也,故曰:‘吾宗国鲁先君莫之行,吾先君亦莫之行

也。’”^⑧在宣称以孝治天下的汉朝,士大夫也对此大多不以为然:“礼不过实,仁不溢恩,治世之道也。夫三年之丧,是强人所不及也,而以伪辅情也”。^⑨总的来看,三年之丧在两汉还远称不上被普遍遵从的社会习俗,即使是官僚士大夫为父母守孝也大都未能遵从三年之丧的礼仪。“统计两汉臣僚,罕有为父母服三年者,盖因习俗相沿,已成故事也……惟其无定制,听人自为轻重,于是徇名义者,宁过无不及。”^⑩对于那些意欲通过守孝来博取褒奖的人来说,自然就要在“过”上下工夫。自汉朝以来,为父母守孝不断突破儒家所主张的三年期限,十年、二十年乃至终身守孝者不时涌现。

为父母守孝最为离经叛道的是自汉朝以来颇为盛行的庐墓之风,即在父母的坟墓旁建庐而居为父母守孝的风气。根据儒家礼仪,丧葬之礼属于凶礼,祭祀之礼属于吉礼,二者不可混淆,庐墓恰恰混淆了二者的区分。“圣人制礼,以事缘情,设冢椁以藏形,而事之以凶;立庙祧以安神,而奉之以吉。送形而往,迎精而还,此墓庙之大分,形神之异制也……今乱形神之别,错庙墓之宜,违礼制义,莫大于此。”^⑪顾炎武通过历史的考证与梳理后指出:“古人为庙以依神,无庐墓之事……汉以来,乃有父母终而庐墓者,不知其置神主何地,其奉之墓次欤?是野祭之也;其空置之祠堂欤?是视其体魄反过其神也。而恣者以此悖先王之礼,伪者以此博孝子之名,至于今而此风犹未已也”。^⑫

为追求轰动效应而做出的庐墓之举由于得到国家的认可与褒奖,因而竟也相沿成习。东汉时期,“民有赵宣葬亲而不闭埏隧,因居其中,行服二十余年,乡邑称孝,州郡数礼请之。郡内以荐蕃,蕃与相见,问其妻子,而宣五子皆服中所生。蕃大怒曰:‘圣人制礼,贤者俯就,不肖企及,且祭不欲数,以其易黷故也。况及寝宿冢藏,而孕育其中,诳时惑众,诬污鬼神乎?’遂致其罪”。^⑬赵翼也因而指出:“循名者之未必出于真也”。^⑭赵宣的伪孝因陈蕃敏锐的洞察力而被识破,但这只能算是个例,该时期“举孝廉,父别居”^⑮的流行语也说明在察举孝行典范的过程中弄虚作假和权力寻租的盛行。

当庐墓不再新奇的时候,唐宋以来就相继有人尝试用割股奉亲的方式来博取孝名。春秋时期的晋文公在早年逃难的时候,随臣介子推在自己的大腿上割下一块肉炖给晋文公吃,介子推也因此为后人所推崇与纪念。忠君与孝亲是相通的,再加上唐朝以来流行子女身上的肉可以为父母治病之说,于是就有人尝试这样做并获得了国家的褒奖,引起后人的仿效。“五代之际,民苦于兵,往往因亲疾以割股,或既丧而割乳庐墓,以规免州县赋役。户部岁给鬻符,不可胜数,而课州县出纸,号为‘鬻纸’”。^⑯至宋朝,为了给父母治病,不仅割股、断乳的行为时有发生,而且还出现了剖腹割肝的新举,在当时的医疗条件下,这真算得上是铤而走险的自残行为。^⑰

比为博取孝名而自残更加残忍的行为是杀子。晋代干宝所著的《搜神记》中记载了一个在后世广为流传的故事,说的是孝子郭巨家里贫穷,郭巨担心抚养幼子会影响其赡养母亲,便决定将儿子活埋,在挖坑时挖出了上天赐给他的一钵金子,结局甚是圆满。宋元之际,竟然有人模仿郭巨的杀子之举以博取孝名。也许是由于自残或杀子行为太有悖人情,元朝统治者曾明令禁止这类行为:“诸为子行孝,辄以割肝、割股、埋儿之属为孝者,并禁止之”。^⑱不过,元朝实际上并未彻底终止对这类孝行的褒奖,杀子行为也并未绝迹。明朝初期,“日照民江伯儿,母疾,割肋肉以疗,不愈。祷岱岳神,母疾瘳,愿杀子以祀。已果瘳,竟杀其三岁儿”。^⑲朱元璋得知后大怒,认为这是小民无知以致有此灭绝人伦、违背天理之举,下令将该人杖一百,充军海南。朱元璋因此事下令礼部议革旌表条例,礼部的意见是:“人子事亲,居则致其敬,养则致其乐,有疾则医药吁祷,迫切之情,人子所得为也。至卧冰割股,上古未闻。倘父母止有一子,或割肝而丧生,或卧冰而致死,使父母无依,宗祀永绝,反为不孝之大。皆由愚昧之徒,尚诡异,骇愚俗,希旌表,规避里徭。割股不已,至于割肝,割肝不已,至于杀子,违道伤生,莫此为甚。自今父母有疾,疗治罔功,不得已而卧冰割股,亦听其所为,不在旌表例”。^⑳礼部的意见得到了朱元璋的首肯。由于法律明确规定将自残和杀子之类的所谓孝行排除在国家褒奖之外,因此能够博取国家褒奖的大抵就是庐墓之类,自残或杀子的行为遂不多见。

三、惩治不孝之法律在适用中存在的问题

魏晋以来,儒家孝道的许多内容逐渐为法律所吸收而成为具有普遍适用性的强制规范,但是由于法律

所规定的孝道标准远远高于现实中为人们所普遍认同并能自觉遵守的孝道标准,因此不仅导致法律适用的实际效果与立法目标之间存在巨大的差距,而且也对道德产生了明显的消极影响。

第一,惩治不孝的法律因无视现实而必然导致守法与执法的成本过高,从而在很大程度上成为具文,这势必大大影响法律应有的权威性。由于法律界定不孝行为的标准并没有得到人们的普遍认同,再加上家丑不可外扬的传统观念以及养儿防老的现实需求等方面的影响,民间绝大部分违背法律的不孝行为实际上都被当成家庭内部的矛盾来予以对待与解决,并没有进入法律适用阶段。而作为亲民之官的州县官员,由于国家的正式编制通常只有寥寥数人,且行政与司法兼理,因此要他们主动查纠人们日常生活中的孝行是否合乎法律规定有些强人所难。

虽然汉朝以来为国家所褒奖的孝行主要集中在为父母守孝方面,魏晋以来法律根据儒家孝道规定的的不孝犯罪也大多与守孝有关,但是,在实践中法律形同虚设最为突出的方面也恰恰是在守孝方面。韦挺在给唐太宗的上疏中痛陈当时为父母守孝的不良风气:“父母之恩,昊天罔极;创巨之痛,终身何已。今衣冠士族,辰日不哭,谓为重丧,亲宾来吊,辄不临举。又闾里细人,每有重丧,不即发哀,先造邑社,待营办具,乃始发哀……既葬,邻伍会集,相与酣醉,名曰出孝”。^④然而,由唐宋至明清,尽管国家有关守孝的严刑峻令相沿不改、士大夫倡导守孝的慷慨陈词不绝于耳,却丝毫无助于扭转社会风气。清人崔述也曾指出:“近世之居丧也,惟服而已。期功之丧几与无服者同:其饮食如常也,其居处如常也,其宴会庆贺观优皆如常也”。^⑤

对于那些起诉到官府的不孝案件,除了造成父母死伤之类严重后果的案件之外,司法官员通常都本着大事化小、小事化了的原则,以调解的方式结案。《明公书判清明集》记载了很多不孝的案例,其中包括不赡养父母、诬告父亲与妻子通奸等罪属于“十恶”的案件,^⑥如果严格适用法律,不孝之子应当被判处徒刑直至死刑,^⑦案件也应当转至上级司法机关管辖。但是,受理案件的州县官员对案犯或训诫教育或处以笞杖,将其转化为州县自理案件。这其实也是各朝代州县官员处理该类案件的通用做法。之所以如此,一方面,州县官员可以避免将案件移送上级司法机关管辖所带来的事务性负担,并能博取调解息讼的政绩;另一方面,导致家庭矛盾的原因是多方面的,如贫困、一时冲动、父母自身言传身教存在问题,^⑧等等,如果严格依法处断不仅可能有失公允,而且可能破坏统治秩序赖以建立的重要基础即家庭的稳定。

第二,通过法律确认一种缺乏社会基础的高标准孝道,在实践中容易助长机会主义行为,甚至直接危害家族伦理。纵观由唐宋至明清为父母守孝的法律适用情况,适用的对象基本上局限于官员,适用的内容又主要集中在居父母丧不解官。官员在父母去世时应当解除官职守孝三年,与此同时,鉴于某些特定职位的重要性或者在发生战争等特定情势下,官员解职守孝有害于国家利益,皇帝于是会下诏命令守孝官员提前释服(通常是守孝满三月或百日)来履职,谓之夺情起复。夺情起复充分表明当忠与孝之间存在重大冲突时,国家会毫不犹豫地牺牲孝而维护忠。不过,令人颇为尴尬的是,在解官守孝成为法律的强制性规定后,夺情起复发挥作用的绝大多数情形竟然是那些贪恋职位不愿守孝的官员竭力钻营奔竞以求起复:从疏通关节请人代求皇帝起复到直接向皇帝乞求起复,从虚意推辞起复诏令到以权势打压反对其起复的同僚,从皇帝亲自审查是否合乎起复条件到不得不设立专门的机构进行审查以应对为数甚众的起复请求,明神宗时内阁首辅张居正闻父丧竟然倚仗权势未解官奔丧而起复。^⑨关注的目光集中于居父母丧不解官而不是守孝期间应当遵循的行为规范,这与其说是信奉并维护儒家孝道使然,不如说是官场的权力斗争使然,意在维护儒家孝道的法律竟然成为官员们钻营私利、朋党相争的助推器。即使是那些循规蹈矩守孝三年的官员,也很难说其是发自内心的孝敬而不是迫于外在的压力而做到这一点的。

以维护儒家孝道之名行谋求私利之实不仅体现在官员守孝的法律适用中,而且还体现在流传至今并不多见的该类民间诉讼中。例如,《明公书判清明集》中有一个“叔告其侄服内生子及以药毒父”的案例,该案的判决对居丧生子的郭百三仅仅是“其罪固不可逃”一语带过,而对告发其罪的叔叔郭应龙则多有训斥,并指出郭应龙包藏祸心,“非果以爱兄之道来也,不过见其家稍厚,不甘归之螟蛉之子,故从事于告讦,以行骗胁之计也……一为告讦,一为虚妄,本合送法司照条坐罪,且从轻决竹篔二十”。^⑩郭应龙的机会主义行

为没能得逞,主要得力于审理该案的官员清廉而精明,但这样的官员在我国传统社会并不具有普遍性,维护高标准孝道的法律因此而可能诱发的机会主义行为不难料想。

父母、祖父母在,禁止子孙别籍异财,这一源于儒家孝道的法律对维护家族伦理来说非但无益,反而有害。进攻如施舍一样先及亲友是社会关系的一个基本特点。“进行合作的群体越小、越是由某种共同利益而联合起来、越是每天都互相生活在一起,他们就越是会遇到令人恼火的事情,越容易把怒火激发出来。”^⑧法律禁止子孙别籍异财并赋予家长对家庭成员从人身到财产的全面管束权,无疑容易导致和激化包括父子矛盾在内的家庭矛盾。清人李绂曾清醒地指出:“凡累世同居者,必立之家法,长幼有礼,职事有司,筦库句稽,善败惩劝,各有定制,又必代有贤者,主持倡率,而后可行。否则,财相竞,事相诿,俭者不复俭,而勤者不复勤,势不能以终日,反不如分居者各惜其财,各勤其事,犹可以相持而不败也”。^⑨尤为值得注意的是,法律强化家长对卑幼的全面管束权,势必对家庭成员独立创业的能力与机会造成极为不利的影 响,从而在某种程度上加剧社会的贫困,而社会的贫困又会从根本上危及孝道。

第三,利用国家暴力来维持一种高标准的道德容易催生暴政。片面加重子女对父母的义务是唐朝以来法律的一个基本特征,这一特征至清朝而趋于极致。在《大清律例》的条例中,对危及父母、祖父母和夫之父母、祖父母生命安全行为的处罚较律文进一步加重。例如,在“殴祖父母、父母”律文下的条例中规定:“子孙过失杀祖父母、父母,及子孙之妇过失杀夫之祖父母、父母者,俱拟绞立决”。又如,在“子孙违犯教令”律文下的条例中规定:“子贫不能营生养赡父母,因致父母自缢死者,杖一百,流三千里”。尤为值得注意的是,清朝在司法实践中对上述犯罪的认定一反儒家所主张、也为历代司法实践所坚持的“原心论罪”,而是趋向于客观归罪。下面不妨看看在清朝司法实践中很具典型性的三个案例。

案例1:李许氏因耕作事忙一时忘记当天是轮到她照顾公婆的日子,等到记起忙赶回家时已到吃饭时间,来不及备置荤菜。婆婆嫌菜不好,向其斥骂,李许氏自知错误,赶紧出去找儿子另买荤菜,公公埋怨婆婆贪嘴,婆婆负气自尽。刑部比照子贫不养赡致父母自尽条例,判处李许氏杖一百,流三千里。^⑩

案例2:徐张贵随同父亲徐幅威淘井,徐幅威在井底挖泥,徐张贵在井上提掣。期间不料桶梁脱落,桶泥坠井,致伤其父,不治而亡。刑部依照过失杀父条例判处徐张贵绞立决,奏请圣裁时,鉴于当时桶梁脱落,徐张贵尚紧握绳索,并非失手将桶坠井致伤其父,酌情改判徐张贵绞监候。^⑪

案例3:蒙扶泳见胞兄蒙扶和被一伙人诬为窃贼并捆绑,父亲上前解救时与该伙人发生争执。蒙扶泳恐父亲不能敌众,便持铁枪意图吓退众人,仓促间跌倒,以致枪头戳伤父亲,不治而亡。此案原依照子殴父致死律判处蒙扶泳凌迟,后改照过失杀父条例判处绞立决。^⑫

法律只有惩恶才能劝善,而上述案例却不然。只要父母的死与子女的行为在客观上存在关联,即使子女没有任何过错也难逃重刑,这种赤裸裸的恐怖和暴虐对于维护孝道而言不可能有任何积极意义。

四、对法律维护道德限度的思考

包括孝敬父母在内的家族伦理是人类社会最古老的道德规范,早在国家与法律产生之前就已经自发形成并得到普遍遵守。传统中国是以农业为本位的国家,在初级的农业生产中,有价值的事物主要是依靠经验的积累获得的,在农业生产与生活中自然就形成了敬老的传统,再加上我国的政治与文化传统重伦理而轻鬼神,这一切都为我国的家族伦理奠定了最坚实的基础。然而,即便是这种具有最坚实基础 的家族伦理,在法律力图维护一种高标准孝道的情形下,其所展现出来的也不过是道德洁癖的危害。

通过上文不难看出,自汉朝以来,法律通过赏和罚两种手段力图维护一种高标准的孝道,这不仅大大增加了执法与守法的成本,而且激发了机会主义行为的盛行。法律归根结底是一种利益的获取与分配方式,它可以通过规定某一行为与行为人的人身、财产、荣誉等权益之间的得失关系来明确告知行为人自我利益最大化得以实现的方式。由于法律具有普遍适用性和反复适用性,因此其可以为行为人提供一种稳定的利益预期。与此同时,法律只能以人的外在行为作为适用的依据,而道德则是人内心的精神状态和信仰。当法律规定的自我利益最大化得以实现的方式与人内心信奉的道德存在冲突时,就会激发机会主义

行为从而危及道德。也正因如此,儒家孝道的法律化扭曲了人们因血亲感情和初级农业生产中团结互助的需要而自然形成的孝道,孝行从个人情感的自然流露蜕变成在孝道外衣掩盖下的逐利行为。

国家通过利益的诱惑、刑罚的威慑和意识形态的灌输来维持儒家高标准的孝道,这尽管可以充分显示国家控制人们外在行为的丰富手段和强大力量,却对提升人们内心的道德有害无益。汉朝通过国家的力量来倡行儒家孝道,当时就有人颇有远见地指出该举措将严重冲击道德:“言与行相悖,情与貌相反,礼饰以烦,乐优以淫,崇死以害生,久丧以招行,是以风俗浊于世,而诽谤萌于朝”。^⑤顾炎武也一针见血地指出儒家守孝礼仪法律化对道德的灾难性影响:“古人所勉者,丧之实也,自尽于己者也。后世所加者,丧之文也,表暴于人者也。诚伪之相去何如哉”。^⑥

相对于用刑罚惩治以儒家标准界定的不孝而言,褒奖孝行典范的法律对道德的危害更为深远,也更不易被察觉。历史已经充分表明,在褒奖孝行典范法律的诱导与刺激下,孝行是如何充满矫饰、偏执与残忍的。只要国家的奖赏对人们具有足够的诱惑力,违背人情和人伦的伪孝行为就必定会层出不穷。针对当时有官员奏请以道德标准选任官员,苏轼尖锐地指出这无异于“教天下相率而为伪也。上以孝取人,则勇者割股,怯者庐墓;上以廉取人,则弊车、羸马、恶衣、菲食,凡可以中上意者无所不至”。^⑦苏轼的这一观点是其基于对人性的清醒认识而得出的结论,更是其从两汉以来无数的客观事实中总结出的深刻教训。当这些孝行典范在利益的诱导下连基本的诚信、自爱、仁慈都丧失的时候,被法律界定为典范的孝行非但很难具有道德上的积极意义,反而会对道德造成极大的戕害。

儒家孝道法律化的历史充分证明,以法律的手段直接干预和操纵道德的规范及其实施,导致个人在道德上的自我反省、领悟与恪守这一道德发展的正常道路被强大的外力所阻断,从而压制了道德成熟所必须的自由。对此,德国著名哲学家黑格尔曾作过非常精辟的论述:“‘理性’的各种重要决定要成为道德的情操,本来非有‘自由’不可,然而他们并没有‘自由’。在中国道德是一桩政治的事务,而它的若干法则都由政府官吏和法律机关来主持”。^⑧“那种内心的法律——个人方面对于他意志的内容,认为他个人的最内在的自己——也被订为外在的、法定的条例。既然道德的法律是被当作立法的条例,而法律本身又具有一种伦理的形态,所以内在性的范围就不能在中国得到成熟。”^⑨在法律所设定的利益诱惑与刑罚威慑之下,孝行就如顾炎武所说的从“自尽于己”转化为“表暴于人”,儒家孝道也只能停留在官样文章和伪孝、愚孝行为之中而无法在人们的内心信仰中得到普遍认同。

我国当前基于高标准道德规定个人义务的法律并不多见。对于类似“常回家看看”之类的法律规定,由于缺乏可操作的适用标准和相应的制裁手段,因此我们不妨将其视为立法者的道德建议与良好愿望,或者界定子女是否尽到赡养义务的参考情节。退一步说,就算法律明确规定了适用标准和严厉的制裁手段,也会因执法成本过高而足以使这类法律规定等同于具文,因而对社会的实际影响极为有限。

在审视我国当前法律在维护道德上是否过度时,值得我们关注的不是人们的私德领域而是社会的公德领域,在维护的手段上不是规定义务而是赋予权利,尤其值得我们关注的是个人在升学、就业、职务升迁等环节仍然大量存在的赋予道德典范各种特有权利的法律和惯例。国家曾经倡导舍小家顾大家、大公无私的高标准道德,直至当前仍然余热未退。为公共事业鞠躬尽瘁死而后已、亲人病危甚至死亡都无暇顾及而坚守工作岗位、母亲去世也不影响唱红歌进京汇报演出,诸如此类的公德典范得到媒体的尽情歌颂和相关政府部门的大力褒奖。对于道德典范,社会无论怎样赞扬与倡导都不为过,但是一旦涉及国家褒奖,我们应该以极为审慎的态度来确定褒奖的恰当尺度,否则对于促进道德而言很可能会事与愿违。笔者认为,动用国家资源来褒奖道德典范的恰当尺度是:除了赋予行为人纯粹属于精神激励的荣誉称号外,还应该为及时而充分地补偿行为人因利他行为而遭受的损失建立最后一道坚固的防线,至于其他值得给予的超额报偿则应当由社会公益组织和该行为的受益人自主支付。

追求自我利益最大化是人的本性,人在追求自我利益最大化的过程中又普遍具有机会主义倾向,法律对道德的维护应当致力于有效地抑制这种机会主义倾向转化为外在行为。鉴古观今,法律如果力图维护一种高标准的道德,反而容易激发机会主义行为。因此,法律应当尽量抑制机会主义行为而不是纵容乃至

激发机会主义行为,法律能在多大程度上抑制机会主义行为决定了法律维护道德的效果。

注释:

- ①《礼记·祭统》。
- ②参见《墨子·节葬》。
- ③《韩非子·显学》。
- ④《廿二史劄记》卷2,《贤良方正茂才直言多举现任官》。
- ⑤例外情形是汉朝法律禁止居丧奸,在为父母服丧期间犯通奸或强奸的,对其处罚较平时要重得多。参见程树德:《九朝律考》,商务印书馆2010年版,第147页。
- ⑥依据唐律,为父母服丧三年的期限为二十七个月,其中前二十五个月为正丧,在此期间求仕者罪入“不孝”。居父母丧求仕是针对为父母服丧期限满二十五个月而不满二十七个月以及妾子或出妻之子为生母服心丧二十五个月的期限而言的。
- ⑦明清法律删除了唐律中居父母丧生子的规定,还将别籍异财的规定修改为:子孙别籍异财,父母、祖父母同意的,勿论。
- ⑧《论语·学而》。
- ⑨瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第28页。
- ⑩《论语·为政》。
- ⑪《礼记·檀弓上》。
- ⑫《礼记·杂记下》。
- ⑬《礼记·三年问》。
- ⑭《白虎通疏证·丧服》。
- ⑮《礼记·祭义》。
- ⑯《盐铁论·敬不足》。
- ⑰《论语·阳货》。
- ⑱《孟子·滕文公上》。
- ⑲⑳《淮南子·齐俗训》。
- ㉑㉒《廿二史札记》卷3,《两汉丧服无定制》。
- ㉓《晋书》卷59,《东海孝献王越传》。
- ㉔《日知录》卷15,《墓祭》。
- ㉕《后汉书》卷66,《陈蕃列传》。
- ㉖《抱朴子·外篇·审举》。
- ㉗《新五代史》卷56,《何泽传》。
- ㉘参见《宋史》卷456,《孝义传》。
- ㉙《元史》卷105,《刑法志》。
- ㉚㉛《明史》卷296,《孝义传》。
- ㉜《新唐书》卷98,《韦挺传》。
- ㉝《五服异同汇考》卷3,《五服余论》。
- ㉞㉟参见杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》第2册,中国社会科学出版社2005年版,第312-341页,第427页。
- ㊱《宋刑统·斗讼律》规定:“诸告祖父母、父母者,绞”。
- ㊲北齐的颜之推认为,尊长维护家族伦理的责任比卑幼维护家族伦理的责任更大,“夫风化者,自上而行于下者也,自先而施于后者也。是以父不慈则子不孝,兄不友则弟不恭,夫不义则妇不顺矣”。《颜氏家训·治家》。
- ㊳参见丁凌华:《中国丧服制度史》,上海人民出版社2000年版,第246-287页。
- ㊴[美]L.科塞:《社会冲突的功能》,孙立平等译,华夏出版社1989年版,第50-51页。
- ㊵贺长龄编:《皇朝经世文编》卷59,《别籍异财议》。
- ㊶㊷㊸参见杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》第6册,中国社会科学出版社2005年版,第778页,第488页,第456-458页。
- ㊹《日知录》卷5,《三年之丧》。
- ㊺《宋史》卷155,《选举一》。
- ㊻㊼[德]黑格尔:《历史哲学》,王造时译,上海书店出版社1999年版,第74页,第119-120页。

责任编辑 田国宝