

# 亲属法伦理本质的人性之维

## ——由婚姻法司法解释(三)引发的思考

曹贤信

(赣南师范学院 政治与法律学院,江西 赣州 341000)

**摘要:**《婚姻法解释(三)》出台至今,备受争议,而对亲属法的定性及其深层阐释则是解决此问题的前提。亲属法的正当性问题体现为其定性问题。无论从“形式”与“实质”这一范畴还是从亲属法的正当性这一角度来进行思考和认定其定性问题,伦理本质都是对亲属法性质的当然回答。从历时性角度研究亲属法伦理本质的关键在于厘清人性是亲属法与其伦理的共同的、原初的出发点和对象。人性涵盖“人的动物性”和“人的特性”两重性,统摄人的生理需要和精神需要两层次,这些构造因素经由道德评价机制转化为婚姻家庭伦理,再同构化为亲属法规范。

**关键词:**亲属法;婚姻家庭;伦理性;人性论;同构化

中图分类号:DF55

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2013)05-0126-09

《婚姻法解释(三)》出台至今,备受争议。最高人民法院在新婚姻法颁行后的三次司法解释实质上是不断朝着摧毁“家产制”这一维持家庭稳定的财产纽带方向迈进,不断朝着将家庭推向货币化、资本化的“合伙投资企业”方向发展。试想,如果亲属法(包括《婚姻法解释(三)》在内)过多地用市场经济规则处理婚姻家庭问题,忽视夫妻财产对夫妻人身关系的依附性、忽视婚姻家庭是一个伦理实体的特殊性,用物权法的普遍性替代亲属法的特殊性,其必然会饱受争议。所有这些,无论是婚姻功利化争议,抑或是对弱者的人文关怀,无不涉及到亲属法的定性问题。因此,对亲属法的定性及其深层阐释,将有利于解释并解决《婚姻法解释(三)》饱受争议之根源问题。

### 一、伦理性:亲属法本质论

何谓亲属法的性质?对此问题的回答,可以展现学者们对亲属法的正当性问题的基本认定。目前,婚姻法学界的学者们在他们的专著或主编的教材中就亲属法正当性问题都有大致的描述。不过,学者们并不都是以法哲学的角度来探讨这一问题,而是在亲属法的特点、特征、特质或性质这一层面来认识这一问题。他们认为,亲属法具有习俗性、伦理性、团体性、要式性<sup>[1]</sup>;具有“适用范围之广泛性、显明的伦理性以及要式、强制性”<sup>[2]</sup>;具有调整对象的普遍性、调整对象的身份性、调整内容的伦理性、法律规定的强制性<sup>[3]</sup>;具有适用上的极大广泛性、内容上的强烈伦理性、规范上的强制性<sup>[4]</sup>;具有习俗性、差异性、伦理性、团体性、强制性、身份法性<sup>[5]</sup>;是具有习俗性、伦理性、亲属团体性的强行法、普通法<sup>[6]</sup>。

收稿日期:2012-11-21

基金项目:教育部人文社会科学研究青年基金项目“亲属立法的伦理限度研究”(12YJC820004);江西省社会科学研究“十二五”(2012年)规划项目“伦理限度下夫妻财产立法研究”(12FX07)

作者简介:曹贤信(1974-),男,湖南永兴人,法学博士,赣南师范学院政治与法律学院讲师,硕士研究生导师,应用法学研究中心主任,主要从事民法、亲属法研究。

从学者们所提炼的亲属法性质(或特征)看,“伦理性”是一致的结论。学者们在论及亲属法的伦理性时,写道:“夫妻、亲子等相互之关系,伦理的色彩特别浓厚,亲属法之规定,须以合于伦理的规范为适宜,而且有其必要。”<sup>[1]5</sup>“在婚姻家庭问题中,道德是基础,法律是保证。婚姻法的主要特色之一,就在于它具有鲜明的伦理性。法律上的每项规定,也是道德要求”<sup>[2]18</sup>。“由于以两性关系和血缘联系为特征的婚姻家庭关系的实质是一种伦理关系,具有深刻的伦理性,这种法律与道德的一致性在婚姻家庭法中就得到了突出的体现”<sup>[2]56</sup>,因而“在一定意义上说亲属法堪称道德化的法律或法律化的道德,古今中外概莫能外。从历史上看,中国古代亲属法以儒家的伦理观为其思想基础,欧洲中世纪的亲属法则以基督教的道德为其精神支柱”<sup>[7]</sup>。可见,学者们在认识亲属法伦理性质的角度上虽有所不同,但殊途同归。学者们所提炼的亲属法性质(或特征)除“伦理性”外,还体现在两个方面:一是法律形式规范上的特性,如适用上的广泛性(或称普遍性)、调整对象的团体性和身份性、规范本身的要求性和强制性;二是法律形式规范以外的特性,如习俗性、差异性(或称民族性、地域性)。依笔者愚见,这些所谓的亲属法性质(或特征)有待于重新认定。

(一)亲属法的性质要从“形式”与“实质”这一范畴来进行思考和认定

从法律形式看,“广泛性或普遍性并非是亲属法的特性,因为作为普通法的民法的其他组成部分如物权法、债法、继承法亦具有适用上的广泛性或普遍性的特点”,“要式性”也“并非亲属法的特点,而是身份行为的特征”<sup>[5]4</sup>。另外,即使亲属法具有团体性、身份性以及强制性,也只是其表面特质而已,其深层的原因在于亲属法调整对象和调整内容的伦理性,即婚姻关系和家庭关系的伦理实质。也就是说,亲属法具有的形式特征是其伦理实质的表征。至于亲属法的习俗性,也与亲属法的伦理性存在千丝万缕的联系。婚姻家庭习俗是人们在日常生活中创造、积累并共同享有的,它可以反映出一定社会的经济发展形态、民族心理特征、伦理道德、宗教观念等多种因素。婚姻家庭道德规范大都以风俗习惯的形式出现,并以社会舆论作为其强制手段。马克斯·韦伯也在很大程度上将习惯和惯例等同于道德,他认为“在社会学的意义上,每一个伦理体系的有效性在很大程度上都依赖于惯例的支持,也就是说,违背道德的行为将受到谴责”<sup>[8]</sup>。伯特兰·罗素在论及道德、习俗和法律的关系时写道:“积极的道德(指类

乎法律的道德——笔者注)比个人的道德出现得早,或许比法律和政府也早。它最初是部落的习俗,法律就是从这些习俗中逐步发展起来的。试想一下如今在极原始的野蛮人中还可看见的关于谁能与谁结婚的特别详细的规则……这同我们的禁止乱伦结合的规则使我们感到的道德上的强制力一样。”<sup>[9]</sup>因此,从“形式”与“实质”这一对范畴来进行思考和认定亲属法的性质,当属伦理性无疑。

(二)亲属法的性质要从亲属法的正当性这一角度来思考和认定

法的正当性问题是法律秩序乃至法哲学的核心问题。法哲学关于法律正当性的论争主要围绕三个问题展开:“问题之一,法律存在于何种类型之实体之中,以及,此种实体通过何种方式联结成为我们所谓的‘法律’这一核心实体?答案是,法律是由作为意义承载物的规范组成的一个规范体系。问题之二,法规范作为意义的承载物如何与现实世界相关联?此种关联可通过‘权威的颁布’和‘社会实效’得到理解,当然,就后者而言,强制或强力也是不可或缺的问题之三,是关于法的正确性或合法性的,此处又涉及法律与道德的关系。”<sup>[10]</sup>

在西方哲学上,各种法学流派都对法律的正当性有不同的论述。上述第一个问题涉及规范和规范体系这两个概念,各法学派都展开过本体论上的论述;第二个问题属于法律实证主义和社会法学派的领域;第三个问题则是自然法所主导的核心命题。各法学流派由此形成了不同的正当性概念,如自然法学派主张伦理正当性,实证主义法学派主张的法的有效性(合法性),历史法学派提出法的“民族精神”,社会法学派提出的法的“合理性”等。一如有学者指出的,正当性问题涉及一个“问题束”,就是以法的正当性、有效性、权威性的基础、根据、渊源为核心的一组问题,具体包括:(1)法的合法性;(2)法的证成;(3)法的合理性;(4)法的有效性与实效性;(5)法的权威性与服从法律的义务等。按照自然法学的观点,这些问题说到底都是以“正当性”为轴心或者具有某种“家族相似性”的问题<sup>[11]</sup>。

一般公认社会学家马克斯·韦伯是对“正当性”问题作出系统阐述的第一人。经他所阐释的“理想类型”和“统治形态论”之后,各法学派在寻求法的正当性时基本围绕经验和理性这两个维度进行。其中,最值得注意的是法律实证主义和新自然法学这两大主流学派所展开的“正当性”的论辩。概而言之,法律实证主义坚持纯粹的形式合法性,视法律为政治权威中占优势地位的意志之具约束力的表达,

拒绝承认任何对于实质合法性之诉求超过对于法律效力的追求;而自然权利理论则将实在法之实质合法性直接溯源于更高之道德律令<sup>[12]</sup>。比较而言,自然法的伦理正当性理论有助于解决的问题有二:其一,为法律正当性提供一个评价性或规范性的基础;其二,法律的正当性对法律创制和适用的意义。同时,自然法的伦理正当性理论也面临一个问题:法律的界限何在?这也正是法律实证主义为何抛出分离命题、批判自然法理论的原因所在。事实上,如果坚持以法律实证主义所主张的“合法性”来证明法律的合法性(正当性),则势必会出现这样的情况:法律本身是一种秩序,被证明“合法性”的法律就应当是一种好秩序。那么,这种“好”又如何证明呢?只能得出一个答案:好秩序意味着一种符合正义、道德的秩序。在任何社会,任何成员都必须向他人履行道德义务。当这些义务获得一定程度的重要地位时,就会具有一种法律性质。因此,法的伦理正当性是阐释法律正当性的较为理想的模式,而自然法理论无疑为制定法提供一种价值理性的正当性证明,同时自然法的规范作用也为制定法提供一种伦理基础,并指导和约束法律的制定和实施。法律既然可以以自然法理论论证其正当性,那么具有特殊性质且不含纯技术因素的亲属法概莫能外。

亲属法的正当性的论证进路有二:一是从亲属法形式证成“合法性”;二是从亲属法实质证成“正当性”。这两条进路的选择,实际上是事实判断还是价值判断的选择。如选前者,必然会造成法律与道德的分离。由于法律具有“合法性”,守法的道德义务则无必要,因为法律本身已被视为是正当的。如选后者,伦理道德就是法律价值判断的依据。笔者持后种立场,并认为亲属法的性质与其价值判断是一个问题的两个方面。我们知道,亲属法规范的是婚姻关系和家庭关系。婚姻关系和家庭关系是一种特殊的社会关系,它与一切其他的社会关系一样要受到社会道德规范的制约。那么,亲属法的价值判断依据何在?对此,中国有学者进一步提出,婚姻家庭法的道德基础,本人认为,也可以称其为基本价值,就是要讨论婚姻家庭法的正当性是什么?人们为什么更愿意处于由婚姻家庭法调整所确认的社会状态之下,而不是处于无这类法律的状态之下……婚姻家庭实践是否应该受法律保护?或者人们是否应该被合法迫使或受到法律鼓励去组织家庭<sup>[13]</sup>?“亲属的身分关系,是法律以前关系,乃是人伦秩序,唯因外在必要,而被法律秩序化以后,则变为亲属的身分法关系,但其有人伦秩序本质,并不因而有所改

变”<sup>[14]</sup>。其根源在于,“无论在逻辑体系还是历史体系中,家庭都在深层次上关联着道德与法律,构成二者关系的价值资源及其难题”<sup>[15]</sup>。

基于以上认识,笔者认为,亲属法的本质是其伦理性,其他特征是其伦理性的表征。

## 二、人性论:亲属法伦理本质的逻辑起点

研究亲属法的伦理本质有现时性、历时性两种角度。从现时性角度研究亲属法的伦理本质,需要回答的问题是:民众为什么要遵守现行亲属法?现行亲属法的效力和权威源于何处?如果纯粹以婚姻家庭伦理分析亲属法的伦理性,一般只能很好地说明这些规则是如何维持的,却无法解释这些规则是如何产生的,更无法解释亲属法正当性的根源。正如涂尔干所言,“要想深刻地理解一种规矩或一种制度,一种法律准则或一种道德准则,就必须尽可能地揭示出它的最初起源;因为在现实和过去之间,存在着密不可分的关联”<sup>[16]</sup>。笔者认为,上述问题应当从人性与道德的关系这一伦理学基本范畴着手分析,即应当从历时性角度研究亲属法的伦理本质,其中关键在于厘清亲属法与其伦理的共同的出发点源于何处。

### (一) 亲属法伦理正当性的根源

自然法论者认为实在法根源于自然法,并竭力从人的“本性”中说明自然法,乃至一切法现象,因而一些自然法学家建议把他们视为实在法之基础和本源的“自然法”一词改为“人性法”<sup>[17]</sup>。是故,法律根源于人性和法律必须具有伦理性是一回事。正因如此,自然法学家视法律与道德在本质上是统一的,认为法律是一种特殊的道德,一种实现道德的必不可少的手段<sup>[18]</sup>。同样,亲属法也以人性为基础和出发点。但人性为什么是亲属法乃至整个法律的基础和出发点呢?学者们一旦涉及这一问题时,几乎所有的回答或假定便是“因为人性是恶的”。其实,这一假设的根基非常脆弱。如果人性是善的,就不需要法了;如果人性是恶的,法也无能为力。因为如果人的本性是邪恶的,那法也无法引导人向善,也无法让人去恶,除非把人性连根铲除。但那样一来,人性也就不再是人性,人也就不成其为人了。对人性的规范或引导,需要婚姻家庭伦理,但只靠婚姻家庭伦理肯定有限。只有将婚姻家庭伦理上升为亲属法,以其合规律性、价值性、明确性、具体性和强制性来发挥对人性的引导、调控与提升功能,才可言人性是亲属法的基础和出发点。人们之所以需要亲属法,很大程度上是一种精神需求,是希望婚姻家庭关系有序、和谐稳定,以增强人们行为的可预期性。

只有基于婚姻家庭伦理上的正当性才是亲属法正当性的本源含义,而提供这种正当性的恰恰是根植于人性深处的一种理性本能。因为“人生来就具有关于正当和不正当的观念,法律就其本质而言,其依据不是某个统治者专断的意志,也不是多数人的命令,而是自然,也即以先天的理念为基础”<sup>[19]</sup>。一如有学者指出的那样,“法律是社会关系的调节器,它的着眼点是人,如果法律自身不体现一定的道德要求,不体现一定的人权精神,不考虑人的最基本的价值需求(生命、自由、荣誉、幸福),不反映基本的人道主义内容,那么它不仅违反人性和道德,而且,甚至会变成社会动荡的直接原因。可以说,法律本身也存在着合理性,即法律应当被人们在内心里得到认同”<sup>[20]</sup>。

基于上述分析,笔者认为,亲属法是婚姻家庭伦理在法律上的体现形式,也是发展婚姻家庭伦理的法律基础,亲属法的正当性来源于婚姻家庭伦理的人性基础。质言之,人性基础是亲属法伦理本质的逻辑起点。

## (二) 亲属法伦理正当性下的人性论

### 1. 人性的构造因素

所谓人性,也就是一切人与生俱来、生而固有的普遍属性<sup>[21]</sup>。人生而固有的本性并不仅指人的自然属性,同样也包括人的社会属性。人生而固有的普遍属性也并不是一成不变的。从每一种人性的内部结构看,人性有质与量的区分。人性的质是普遍的、必然的、一成不变的;人性的量则是特殊的、偶然的、可变的。人的本质是社会本性,但人的本质与人性是两个概念,人性是一个外延大于人的本质的概念。人不仅是人,而且是生物,是动物。人与其他动物相比,人具有特性,但也具有动物性。人的特性是使人与其他动物区别开来而所特有的普遍属性,即人所具有的特殊的、高级的属性,如能够生产劳动、有语言、有意识、有情感、有理性等。人的动物性是人具有的基本的、低级的属性,是人与其他动物所具有的共同性,如能够自由活动、有食欲和性欲等。然而,人的动物性是不是人性呢?这是两千年来人性概念的争论焦点。以孟子为代表的观点认为人的动物性不是人性,而以告子为代表的非主流观点则认为人生而固有的任何本性都是人性。孟子和告子曾有过一场辩论:“告子曰:‘生之谓性。’孟子曰:‘生之谓性也,犹白之谓白与?’曰:‘然。’‘白羽之白也,犹白雪之白,白雪之白犹白玉之白与?’曰:‘然。’

‘然则犬之性犹牛之性,牛之性犹人之性与?’告子曰:‘食色,性也。’<sup>①</sup>确实,狗性、牛性与人性不同,但孟子的错误在于将人的特性视为人性,而无视人的动物性。人性与狗性、牛性相比,既有相同的属性,也有不同的属性。也就是说,人性包括人的特性和人的动物性这两种类型。

人的动物性不但是人性,而且与人的特性相比,乃是更为重要的人性<sup>[22]</sup>。人从遗传上讲是动物,从特性上讲是人,所以他既具有生物的需要,也具有人的需求<sup>[23]</sup>。现代心理学也证明了这一点。美国著名人本主义心理学家马斯洛把人的基本需要分为生理需要、安全需要、归属与爱的需要、自尊需要和自我实现的需要五类,依次由较低层次到较高层次。由此可见,人类存在两类不同的需要,一类是沿生物谱系上升方向逐渐变弱的本能或冲动,被称为“生理需要”;另一类是超越生物性而逐渐显现的潜能或需要,被称为“精神需要”。生理需要,是指人类维持自身生存的最基本要求,包括衣、食、住、性方面的要求。“毋庸置疑,这些生理需要在所有需要中占绝对优势”<sup>[24]</sup>。如果这些需要得不到满足,人类的生存就成了问题。在这个意义上说,生理需要是推动人类行为的最强大的动力,人的一切需要都始源于人的食欲、性欲等生理需要,亦即人最为基本、最为重要的本性是人的诸如食欲、性欲等与其他动物共同的属性——人的动物性。正如告子所说:“食色,性也。”精神需要,是指人需要舒适、安逸,以便生活得好,具体包括情感、心理、认识、判断、理性、理想、信仰等方面的需要。

基于上述分析,笔者采人性无善恶的立场,认同对人性作出“人的动物性”和“人的特性”两重属性的划分,认为与之对应的是人的生理需要和精神需要。概言之,笔者所谓的人性,是指人生而固有的普遍属性,涵盖“人的动物性”和“人的特性”两重性,统摄人的生理需要和精神需要两层次。

### 2. 人性的道德规制

人性与道德是两个不同的概念。纳入道德评价对象的是那些以利害为中介的人与人之间、人与社会之间的行为以及为此类行为的心理。行为是外在表现,其心理是内在因素。人性中的“人的特性”或“人的动物性”本身无法作善恶判断,其善或恶指的是一种道德的评价结论。道德就是从人性的规制需要,特别是从行为的利益关系中引伸出来的。也就是说,道德是以人性为基础的调整人与人之间、人与

①《孟子·告子上》。

社会之间利益关系的规范体系。道德使人以人的方式而不是以动物的方式存在着,这就意味着道德是对人的动物性的克服与超越,或者说道德标识着人超越其动物性的努力及其结晶。同时,道德也使人以社会性的人的方式而不是单个个体的方式存在着,这就意味着道德使人的特性有了行为内容的内在规定性。因此,无论人是以人的动物性还是以人的特性所为的那些受利害关系支配的与他人、与社会之间的行为,都是以人性为基础的,其中介是利害关系。此种利害关系体现的是人与人之间、人与社会之间的利益关系。利益,并不以物质利益为限,所有人类的价值感情的满足,尤其是对正义感情的满足等,都可纳入利益的范畴。利益的内涵虽是随着社会变化而有所不同,但都受各时代社会伦理道德所认定的人类价值观念的调整。简言之,利益就是用来衡量客体对象能否满足主体需要及其满足程度的工具。人类基于利益而行为,于是人的动物性和人的特性就通过利益而得以体现。“利益”这种起中介作用的工具性价值如何,则直接体现在其行为的道德评价上。

无论是人的动物性衍生出的生理需要,还是从人的特性衍生出的精神需要,道德在某种意义上就是以人的特性不断提升人的动物性并使之得到合理满足。这里所谓的“合理”是指它反映了人的正当利益。人性的现实生成和完善,需要通过道德规范的引导和塑造才有可能,而为了人性的不断完善,任何既有的道德规范,也应当随着历史生活的发展而调整和变革自身<sup>[25]</sup>。每个人都具有利己、利他、害己、害他四种行为目的,利己是必然的,利他、害己、害他是偶尔的。费尔巴哈认为,合理的利己主义是道德的基础,因为“本人的利己主义的满足也是同别人的利己主义的满足有关联性的”<sup>[26]</sup>。由此可见,利害关系对人性基础上的行为价值认同是有影响的,因而得以推衍成道德善恶判断,由此进一步衍生出正义与非正义、勇敢与懦弱、荣与辱、福与祸等道德观念。道德的目的,从其社会意义上看,就是要通过减少过分自私的影响范围、减少对他人的有害行为、消除两败俱伤的争斗以及社会生活中其他潜在的分裂力量而加强社会和谐<sup>[27]30</sup>。

任何道德都起源于人性基础上的利益共同体的存在与发展之需要,而道德的终极目的是增进道德共同体中每一个人的利益。当今社会提倡“以人为本”构建“和谐社会”,而人性与道德的关系理论应当是这些理念形成的较为重要的理性基础。在婚姻家庭领域,我们更应提倡这些理念。家庭是构成社

会的基本单位,社会是扩大的家庭。和谐家庭是和谐社会的前提和基础,是对家庭范围内的亲属之间的关系状态的一种要求。

### 三、同构化:人性对亲属法伦理本质的作用机理

如前所述,婚姻家庭伦理是基于规制人性而产生和发展的,人性基础是亲属法伦理本质的逻辑起点。然而,从人性上升为亲属法规范并不是单一、直接的,而是复杂、间接的同构化过程。

#### (一)从人性到婚姻家庭伦理

##### 1. 从人性到婚姻伦理

人是社会性的动物。每一个人是这个社会利益共同体的成员,也是道德共同体的成员。人要结成社会,必须意识到结成社会所带来的益处。促使人意识到这种益处的最原始的原则是两性之间自然的性欲望。在罗素看来,人类的一切活动都发生于两个来源:冲动和愿望。冲动,是人类本性中偏重本能的部分,本能则是一切人与其他动物共有的生存和发展的需要,但冲动对人有着至关重要的意义,促使人做出吃喝、性爱等行为的不是目的,而是冲动。恩格斯在论及人类两性关系的历史发展时曾说过:“我们所知道的群婚形式都伴有特殊的复杂情况,以致必然使我们追溯到各种更早、更简单的性交关系的形式,从而归根结底使我们追溯到一个从动物状态向人类状态的过渡相适应的杂乱的性交关系时期。”<sup>[28]</sup>这种杂乱的性交关系时期的存在,说明人在从动物界升华的过程中,存在一个过渡时期,期间不可避免地会存在动物似的性交,任何一个人的性冲动随时都可能得到满足和宣泄,根本不存在满足性欲的羞耻心理,当然无性伦理可言。

随着劳动创造了人本身,促使人类意识和思维的产生之后,人的特性这一人性属性才得以形成,因而人类两性性行为就有了个体性和社会性的冲突。也就是说,两性性行为的社会性带来了个人利益与群体利益的矛盾,有必要解决由性行为带来的精神需要的满足问题。早期人类认识到性杂乱会产生严重的消极后果,于是对原本纯属于动物本能的人类两性性冲动有了要受制于社会性的愿望。这种社会性的愿望表现为对个体之间性行为后果的社会共同利益的理性诉求。正因为人性不完全是社会性的,我们才需要有道德规则来教诲行为<sup>[29]11</sup>。因此,判断人类两性性行为是非善恶的调整个人与群体利益矛盾的性伦理便应运而生了:凡符合社会群体利益的性行为就是善的,而违反社会群体利益的性行为就是恶的。自人类产生了第一个有组织的社会即血缘家庭之后,人类便告别了两性杂交的无道德状态。

规范两性性关系的某些通行禁忌在长期的实践中被固定下来,成为了调整两性性关系的性伦理规范。

无禁忌便无婚姻,更无婚姻伦理。性观念之中必然包括婚姻观念,因而性伦理必然要转化为婚姻伦理。婚姻伦理是规范男女两性婚姻关系的行为体系和评价体系,并且对人的动物性和人的特性有着不同的规制目的。

第一,婚姻伦理对人的动物性的规制目的。“性欲”是人性中人的动物性的体现,是生理需要。不同社会或其不同时期,婚姻伦理都明确限定了性行为的对象范围,抑制了人的动物性的随意发挥。可以说,婚姻伦理的发展史在一定意义上就是一部关于规范人的动物性的历史。从起源看,婚姻伦理是在性禁忌特别是乱伦性禁忌的基础上形成和发展的。婚姻伦理的演变过程大致分为三个阶段:(1)群婚伦理。群婚伦理,以群婚禁忌为核心,而群婚禁忌主要表现为乱伦禁忌<sup>[29]16</sup>。群婚经历了兄妹婚(即血缘群婚)和伙婚(即亚血缘群婚、普那路亚群婚)两种形式。这两种形式恰恰代表了乱伦禁忌的两个连续阶段。兄妹婚时期,禁止直系血亲之间的交合;伙婚时期,则禁止兄弟姐妹之间同代交合,但堂兄弟姐妹或表兄弟姐妹可以婚配。(2)对偶婚伦理。对偶婚伦理的内涵主要有:分属不同氏族的成对男女在一定时间内稳定地实行婚配,从而排除了群婚制下“共妻”或“共夫”的混乱性关系。这只是相对的。一个女子虽有“主夫”,但不排除她同时与其他男子保持两性关系,从而拥有几个甚至十几个“次夫”。反之亦然。(3)单偶婚伦理,又称一夫一妻婚伦理或个体婚伦理。随着母系氏族向父系氏族的演变以及财产私有制的出现,一夫一妻制应运而生。在一夫一妻婚姻模式下,伦理规范集中表现为:婚姻不自由、男尊女卑、夫权统治、片面要求女性的贞操观<sup>[27]78-79</sup>。纵观婚姻伦理的演变过程,我们可以发现始终有一因素在起作用,即男女两性的性禁忌。只是在不同时期,男女两性性禁忌的对象和目的有所不同而已。原始社会的性禁忌平等适用于男女两性,其主要目的在于规制基于人的动物性而产生的性自然本能和性生理需要,使之秩序化,以符合群体的生存与发展利益。阶级社会的性禁忌则对男女两性分别适用,其主要目的在于维护业已形成的性社会关系的秩序,实现血统的纯正和财产的继承,以稳定男尊女卑的婚姻关系的目的。

第二,婚姻伦理对人的特性的规制目的。“性爱”是人性中人的特性的体现,是超越和升华了“性欲”的人类所特有的一种感情,即精神需要。婚姻伦

理虽以规范人的动物性的性禁忌为基础,以规范体现包括情感、意识在内的人的特性的性禁忌为最终目的,但其内涵已远非性禁忌本身。它是通过道德感、品行规约、责任感、义务感、羞耻感、贞节感而调整婚姻关系缔结、维系、解除行为的规范体系。不同社会或其不同时期,男女两性“性爱”的内涵不同。原始社会的“性爱”反应了氏族生存发展的利益,阶级社会的“性爱”在于物质利益的占有和感官欲望的满足。无论社会如何变迁,只要还存在着由两性构成的人类,就会有对“性爱”精神的不懈追求,因而才使这种规范“性爱”的婚姻伦理具有文化传承性。现代社会的婚姻伦理与旧时相比,其内涵已有所变化。恩格斯曾指出,“如果说只有以爱情为基础的婚姻才是合乎道德的,那么也只有继续保持爱情的婚姻才合乎道德”<sup>[29]18</sup>。因而现代社会纯粹的、真正的“性爱”(即爱情)作为两性结合的基础,才符合人的特性,才可言道德。就历史发展作用而言,中国有学者指出,婚姻伦理实现了“由逐步剔除贬低人性的恶劣道德向张扬人性的优良道德前行”<sup>[30]</sup>。

## 2. 从人性到家庭伦理

当人类的两性结合摆脱了完全自然的形态而被人限制、固定时,家庭便产生了。更确切地说,家庭是在原始社会末期,随着私有制的产生和母系制的瓦解、父系制的确立而逐渐形成的。它是基于人类的两性结合和血缘关系等形成的具有特定社会功能的关系形态,是人性的直接产物,也是人类社会最早、最基本、最自然的社会细胞。卢梭认为,一切社会之中最古老且唯一自然的社会,就是家庭<sup>[31]</sup>。恩格斯曾指出,“每日都在重新生产自己生活的人们开始生产另外一些人,即增殖。这就是夫妻之间的关系,父母和子女之间的关系,也就是家庭。”<sup>[32]</sup>从人性的角度来说,家庭是情爱、性爱、占有欲、嫉妒心、义务感、责任心共同作用的产物<sup>[16]11-12</sup>。家庭伦理是在一定的社会历史条件下形成起来的处理家庭成员之间关系的行为准则。这种行为准则,并不是人们人为杜撰出来的,而是一定社会里共同家庭生活需要的体现。然而,家庭何以产生有规范亲属关系的家庭伦理呢?这可得从人性的两个相应升华层面即家庭的生物目的和社会目的进行阐释。

### (1) 从家庭的生物目的到家庭伦理。

家庭产生和存在的自然条件是人类生理意义上的两性差别和生物学意义上的血缘关系。男女两性的结合是家庭形成的前提,而家庭又是繁衍后代和养育子女的基本单位,这些即是家庭产生与存在的生物目的。由于道德观念上需要对家庭以其成员之

共同人性为基础的这些生物目的进行规制,因而家庭伦理成为必要。

首先,家庭伦理是使夫妻性结合的利益与家庭利益相一致的决定因素,使夫妻秩序纳入了家庭秩序,并把家庭道德本性中的某些东西强加给了婚姻。这种道德本性的约束体现在两个方面:一方面,家庭伦理将夫妻的性关系限制在家庭范围内;另一方面,家庭伦理又禁止乱伦。就前者而言,如果母亲乱交成性,父亲的身份就会难以确定。如果真的出现这种情况,它必然会使人们的心理发生深刻的变化,可以说后果严重:它将使人类两性性爱变得无足轻重;它将使人类对自己死后的未来事情难以产生兴趣;它将消除人类对自己历史传统的延续感。就后者而言,如果允许乱伦,那么婚姻也就不再是婚姻,家庭也就不再是家庭了。涂尔干在论及乱伦禁忌与亲属关系问题时指出:“任何对乱伦的压制,其前提条件都是家庭关系要得到社会的承认,并被社会组织起来。只有当社会把一种社会性赋予了这种亲属关系以后,它能够去阻止亲属间的性结合;否则,这对社会就没有什么意义了。而氏族正是在社会的意义上建立起来的最早的一种家庭。”<sup>[33]</sup><sup>122</sup>在涂尔干看来,乱伦禁忌应该是社会规制的最初形式,是具有氏族关系意义的家庭最早产生了对乱伦的压制规则。由此可见,家庭生活对乱伦有着天然的道德反感。

其次,家庭伦理是规范人类自身生产行为的需要。自从文明社会以来,家庭便是人类繁衍的规范形式。人类选择家庭作为族类繁衍的形式,家庭便作为稳定的社会组织承担了养育后代的责任。“家庭存在的理由,在生理方面看来,是因为在母亲怀孕和哺乳期间父亲的帮助是孩子得以生存的必备条件”<sup>[33]</sup><sup>130-131</sup>。孩子出生后,其生存和成长都要依赖于父母,需要父母为其提供必要的生活保障。传统中国的旧式家庭侧重于父母子女关系,在家庭的组建和变动中以父母子女取向为主,它反映了传宗接代、生育至上的家庭伦理要求,看重父母与子女间的抚养和赡养的相互义务,父母的终生心愿是养儿防老,子女的最大愿望是延续香火,因而家庭的这种生物目的本身就成为了较为合理的追求。当今中国虽提倡男女平等,但传统家庭的这种生物目的对人们的道德影响仍然存在。

## (2)从家庭的社会目的到家庭伦理。

家庭的社会目的是由家庭成员以生产劳动和情感交流等人类所具有的特性为基础抽象出来而形成的社会性所决定的。家庭是社会生产和生活的基本单位,其成员是具有感情的人,并有彼此满足情感的

需要。因而从家庭的社会目的看,家庭伦理在某种程度上是家庭成员满足精神需要的必要和必然。

家庭之所以重要,主要在于它能使亲属之间获得情感,尤其是它能使夫妻之间、亲子之间获得情感,这种自然的情感是社会任何其他群体所没有的。无论对于男人还是对于女人(人自降临人世,首先都是个孩子),父母的情感恐怕都是最重要的东西,因为它最能影响人类的行为。父母的感情是无私的。父母通常都是根据孩子来规划他们的生活,而且孩子最能使普通夫妻变得无私,特别是经济上的无私付出。这就使得父母为了孩子和家庭的发展会积累物质财富,从而在“他们有孩子以后比有孩子以前还贪婪得多。通俗一点说,这种结果是属于本能,这就是说,它是自发的,是从潜意识中产生的”<sup>[34]</sup>,是由情感来决定的。同样,父母对于孩子的身心发展极为重要,父母要传授作为一名合格的社会成员的一切知识和技能,完成从生物人向社会人的转变。一对夫妻真正形成一个家庭以后,特别是有了孩子以后,家庭就变得完满,能够让人感觉到家庭的道德影响,才使婚姻这种性别社会中最美好、最道德的形式有了家庭情感的特征。婚姻从而也就变成了家庭的一个特定侧面,与家庭密不可分。

亲属间的情感往往能被爱罩上一种相互尊敬的色彩。爱,不仅仅是亲属间的自然情感,在一定程度上也是一种亲属间的伦理情感。家庭使所有这些情感关系带上了独特的道德印记,提升到了家庭伦理的高度。人类所规范的家庭成员情感的一套行为模式和评价方式,则是家庭伦理最为重要的内容。家庭伦理要求家庭成员爱自己的亲人,家庭成了他们爱与被爱的统一体。“作为精神的直接实体性的家庭”,其成员由于意识到自己是爱的伦理性“统一中,即在自在自为地存在的实质中的个体性,从而使自己在其中不是一个独立的人,而成为一个成员”<sup>[35]</sup>。

基于上述分析,我们可以说,有关家庭生活的一切以及亲属关系的状态均受家庭道德观念的支配,家庭成员的关系全都由一种道德观念组成的义务之网加以严密规定,因而家庭伦理难免会强加给亲属间一些强制性的道德义务,而这正是道德法则的特征所在。值得注意的是,家庭伦理也不是一成不变的,它会伴随着父权家庭、夫权家庭、平权家庭等家庭形态的变化而变化;同时,婚姻伦理的变化也会不可避免地影响到家庭伦理,使家庭关系发生或大或小的变化。但家庭伦理的传承性不会改变,原因在于导致家庭伦理产生和发展的根本因素不会根本改变,那就是由家庭成员个体人性集合而抽象出来的

家庭之生物目的和社会目的。

## (二)从婚姻家庭伦理到亲属法

亲属法是真善美的结合。亲属法之真强调的是合规律性,体现的是婚姻家庭的人际关系和生物学的规律,其自身的规律则是通过外部形式的特征表现出来,如公开性、明确性、可行性、相对稳定性、可预测性、逻辑性等特征。亲属法之善强调的是合目的性,其具体表现和实现形态主要包括正义、平等、自由、人道。而正义大抵可以涵盖平等、自由、人道。在确定亲属法是否合目的性上,则要求我们以抽象的思维进行价值判断。亲属法之美是在克服了亲属法之真、善的各自片面性而达到了真与善、合规律性和合目的性的统一,以权利义务的配置使婚姻家庭关系变得清晰和协调,为和谐之美。而亲属法这种真善美的结合基础就在于其基于人性基础上的伦理本质。

亲属法离不开现实的婚姻家庭道德秩序,或者说亲属法是在与其有一种内在关系的婚姻家庭道德秩序基础上建立的。虽然亲属法的伦理本质与婚姻家庭伦理不具有同质性,但二者在价值目标、行为规范等方面存在着某种程度的同构性。黑格尔认为,“在中国人那里,道德义务的本身就是法律、规律、命令的规定……这道德包含有臣对君的义务,子对父、父对子的义务以及兄弟姐妹间的义务”。这从一个侧面表明了婚姻家庭伦理与亲属法同构的关系。二者虽然在发生机理上明显不同构,即为异质性,但在人性两重性上则是同源的,这也决定了亲属法和婚姻家庭伦理同构化的必然。

亲属法作为一种行为规范,其本身受婚姻家庭伦理的指引和制约。在婚姻家庭伦理对亲属法的同构化过程中,人性两重性是考察亲属法是否具有伦理本质以及如何体现伦理本质的切入点,旨在描述现行亲属法的伦理本质、伦理价值、伦理规范等实存状态。无论社会如何变迁,人生而存在一些固有的普遍性(即人性)则是永恒的。婚姻家庭伦理是规范人性的必然和必要。亲属法的正当性来源于婚姻家庭伦理的人性基础。由于亲属法的伦理目的在于建立和睦、稳定的婚姻家庭关系,因而依其目的,应确立平等、自由、人道原则,这些伦理原则进而转化为立法原则,并在此基础上,具体化为亲属法的行为规范,如在婚姻法上体现为伦理契约、伦理能力、伦理禁忌与伦理程序,在夫妻关系法上体现为人身与财产的伦理,在亲子法上体现为权责伦理,在离婚法上体现为伦理调适与伦理关怀。这就是婚姻家庭伦理对亲属法的同构化。

## 四、结论

诚如论文伊始所指出的那样,《婚姻法解释(三)》出台以来,质疑不断。“同居共财”本应是夫妻共同财产制的伦理基础,体现的是包括房产在内的夫妻共同财产在人性精神需要层面(即人的特性层面)对夫妻感情需求的满足。然而,《婚姻法解释(三)》恰恰没有注意到此点,完全无视夫妻财产的伦理属性,看到的只是房产在衣食住行层面对夫妻个人生理需要的满足,盲目导入个人主义及权利本位的思想,必然会使夫妻关系面临理性的物质计算,使婚姻呈现日趋功利化的现象。司法解释如果继续剪切婚姻意义及“同居共财”之理念并不断扩大“个人财产”,忽略其所造成家人之间情感的疏离,强调所谓的个人自由,必然会影响家庭稳定和谐的实现。

夫妻关系在本质上具有人伦的情感因素,往往存在其内发的伦理秩序,重在维护家庭的稳定与和谐。因此,我们必须矫正现代社会对家庭功能的扭曲,亲属法应当纠正家庭财产资本化的倾向,防止家庭成为物质计算单位,发挥次级规范体系的作用,扩大亲属团体的自治空间,同时不应只注重个人的权利、平等、自由以及个人的长进,还应提升家庭团体的精神价值。

## 参考文献:

- [1] 史尚宽. 亲属法论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:5.
- [2] 巫昌祯. 婚姻家庭法新论——比较研究与展望[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002:55.
- [3] 夏吟兰. 婚姻家庭继承法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2004:20.
- [4] 陈苇. 婚姻家庭继承法学[M]. 北京:群众出版社, 2012: 13-14.
- [5] 余延满. 亲属法原论[M]. 北京:法律出版社, 2007:2-4.
- [6] 杨立新. 亲属法专论[M]. 北京:高等教育出版社, 2005:4-5.
- [7] 杨大文. 亲属法[M]. 北京:法律出版社, 2004:24.
- [8] 郑戈. 韦伯论西方法律的独特性[C]//李猛. 韦伯:法律与价值. 上海:上海人民出版社, 2001:61.
- [9] 伯特兰·罗素. 权力论[M]. 吴友三,译. 北京:商务印书馆, 1991:161.
- [10] 罗伯特·阿列克西. 法哲学的本质[C]//王凌峰,译. 郑永流. 法哲学与法社会学论丛(八). 北京:北京大学出版社, 2005:115.
- [11] 刘杨. 法律正当性观念的转变:以近代西方两大法学派为中心的研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2008:30.
- [12] 于尔根·哈贝马斯. 法的合法性——《事实与规则》要义[C]//许章润,译. 郑永流. 法哲学与法社会学论丛(三). 北京:中国政法大学出版社, 2000:4.

- [13] 蒋月. 婚姻家庭法前沿导论[M]. 北京: 科学出版社, 2007:17.
- [14] 陈棋炎. 民法亲属新论[M]. 台北: 三民书局, 2005:11-12.
- [15] 樊浩. 法哲学体系中道德—法律生态互动的价值资源难题[J]. 天津社会科学, 2004(4):30.
- [16] 爱弥尔·涂尔干. 乱伦禁忌及其起源[M]. 汲喆, 译. 上海: 上海人民出版社, 2006:3.
- [17] 严存生. 道德性: 法律的人性之维——兼论法律与道德的关系[J]. 法律科学, 2007(1):8-9.
- [18] 严存生. 探索法的人性基础——西方自然法学的真谛[J]. 华东政法学院学报, 2005(5):90.
- [19] 海因里希·罗门. 自然法的观念史和哲学[M]. 姚中秋, 译. 上海: 上海三联书店, 2007:20.
- [20] 付子堂. 法之理在法外[M]. 北京: 法律出版社, 2003:272.
- [21] 王海明. 人性概念辨难[J]. 人文杂志, 2003(5):2.
- [22] 王海明. 人性论[M]. 北京: 商务印书馆, 2005:17.
- [23] 穆蒂莫·艾德勒. 六大观念[M]. 郝庆华, 薛莹, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1998:204.
- [24] 亚伯拉罕·马斯洛. 动机与人格[M]. 第3版. 许金声, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007:19.
- [25] 崔宜明. 道德哲学引论[M]. 上海: 上海人民出版社, 2006:85.
- [25] 费尔巴哈. 费尔巴哈哲学著作选集(上卷)[M]. 荣震华, 译. 北京: 商务印书馆, 1984:434-435.
- [26] E·博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004:388.
- [27] 马克思恩格斯选集(第4卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1972.
- [28] 伯特兰·罗素. 伦理学和政治学中的人类社会[M]. 肖魏, 译. 石家庄: 河北教育出版社, 2003:6.
- [29] 王歌雅. 中国婚姻伦理嬗变研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2008.
- [30] 卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武, 译. 北京: 商务印书馆, 2003:5.
- [31] 马克思恩格斯全集(第3卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1960:32.
- [32] 唐雄山. 人性平衡论[M]. 广州: 中山大学出版社, 2007:127.
- [33] 伯特兰·罗素. 性爱与婚姻[M]. 文良文化, 译. 北京: 中央编译出版社, 2005:122.
- [34] 黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬, 张企泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1961:175.
- [35] 黑格尔. 哲学史讲演录[M]. 贺麟, 王太庆, 译. 北京: 商务印书馆, 1983:297.

## A Human Nature Perspective on Ethical Nature of Family Law

CAO Xianxin

(School of Political Science and Law, Gannan Normal University, Ganzhou 341000, P. R. China)

**Abstract:** The Interpretation (the 3rd) of the Marriage Law of P. R. C has been controversial since it was issued so far. The premise to solve this controversial problem is how qualitative analysis and theoretical expatiations can be carried out on the nature of Family Law which is the connotation of its legitimacy. The ethical nature is the nature of Family Law in qualitatively analyzing it either from the category of substance and forms or from the angle of legitimacy of Family Law. It is the key that the study on ethical nature of Family Law is emphasized on the theory of human nature that is the original starting point shared by Family Law and its ethics from a diachronic perspective. The human nature consisted of the animality and characteristics of man which is respectively involved physical and spiritual needs of man can be transformed into marital family ethics by moral evaluation mechanism and then homogenized into regulations of Family Law.

**Key words:** Family Law; marital family; ethical nature; theory of human nature; isomorphism

(责任编辑 胡志平)