



法律如何保卫良知

郭 忠

摘要: 随着“好人法”的出台,有必要从法理角度进一步研究法律保卫良知的原理和方式。“良知”来自人性之善端,但人性逐利之倾向和计算理性的存在,也使良知进入了成本和效益的计算之中。当良知被主体视为利益实现的巨大成本时,良知便出现沉沦。于是,良知的呈现便面临内在和外在的压力,内在压力为自我利益的计较,外在压力为外界环境的逼迫。法律能够保卫良知是因为法律调整利益关系,能够减少良知实现的成本负担。法律对良知的保卫要求法律充当良知抵御压力的屏障,减少良知行为的成本支出。具体而言,法律通过防范压善行为、惩治欺善行为以及通过自身扬善行为等方式来保卫良知。

关键词: 法律;良知成本;人性;社会环境

中图分类号: D90;C91 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-7320(2017)02-0005-10

2016年11月1日,《上海市急救医疗服务条例》正式实施。这部被称为“好人法”的地方性法规明确规定,紧急现场救护行为受法律保护,对患者造成损害的,不承担法律责任。同年12月19日上午,第十二届全国人大常委会第二十五次会议召开,民法总则草案进入三审阶段。民法总则草案三审稿中增加规定,实施紧急救助行为造成受助人损害的,除有重大过失外,救助人不承担民事责任。这两部法律法规的草拟或出台有望解决过去常出现的救助反被讹的道德困境问题,使好人的救助行为得到法律的保护。

“好人法”顾名思义就是促使人成为好人的法。要促使人成为好人,就需要消除善良行为的心理顾虑和外在压力,让良知得到充分的释放,对此法律大有可为。中西方皆有关于良知的概念^①,良知也被视为道德的源头,善行的保证而得到充分的重视。但近年来,“好人难做”的思想开始蔓延,良知沉沦现象也有所抬头,因此“好人法”的诞生有着极其重要的现实意义。在“好人法”纷纷拟定出台之际,我们有必要从理论上进一步探讨法律为何能保卫良知以及通过什么样的方式保卫良知,以使法律在更广阔的范围内发挥促进良知的作用。

一、良知成本与良知的实现

(一) 良知的呈现或沉沦:人性的两个方面

从人性角度看,中西方都存在两种关于人性的不同认识。中国以孟子为代表的性善论长期占主导地位,但也存在和这个观点相悖的另一种人性认识,如荀子所说:“好荣恶辱,好利恶害”;告子所说:“食色,性也”;商鞅、韩非所言:人性好“爵禄”、“利禄”。西方思

^①中国“良知”一说最早由孟子提出。而在欧洲的各种语言中,良知一词也普遍存在。据瑞士哲学家耿宁(Iso Kern)的考证,欧洲各种语言中表示“良心”的词语,都来自对拉丁语或希腊语的“良心”一词的翻译,而拉丁语的“良心”一词则可追溯到希腊语。参见[瑞士]耿宁:《欧洲哲学中的良心观念》,孙和平译,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》1997年第4期,第23~28页。

想家中除了以卢梭为代表的性善论者外,也有如奥古斯丁、马基雅维利、霍布斯等性恶论者。

人性的两个方面,如果偏认一端,或许是不全面的。善与恶之间存在着相互的支撑关系,如果没有人性善的一面,我们就无法认识到人性中恶的一面;同样如果没有人性恶的一面,我们也意识不到人性善的一面。从另一方面看,人性中的这两个方面还存在着对抗关系,良知得到养护而壮大,则良知易呈现;利欲之心得到养护而壮大,则良知易沉沦。二者之间可以说此消彼长。

正因为人性中的两个方面的存在,人性便有着分裂的特征,一方面是道德人,一方面是经济人。亚当·斯密(Adam Smith)通过他一生中最为重要的《道德情操论》和《国富论》两本书,留下了一个令人捉摸不定的“斯密问题”:他在《道德情操论》中认为人性具有同情和利他的特征,而在《国富论》这样的经济学著作中则阐发了人性利己和自私的特性。或许斯密认为人性中的两个方面是可以协调统一起来的。

人性的两个方面并非毫不相干,各自起自己的作用,而是往往引起人的意识中的激烈交锋。由于利益更显露,良知更潜沉,更容易发生的是良知被利欲遮蔽,出现良知的沉沦现象。这种情况特别容易出现现在逐利之心被大大激发,比如市场经济你死我活的竞争环境中。

由于人对利益的追逐,而利益是可计算的,由此而产生出了计算理性。在利益追逐之心和计算理性的帮助下,良知也被纳入了成本和收益的考量之中。良知本来是不计成本的,良知的行为并非是为了得到自己的收益,但是当良知导致极大的损失的时候,良知就可能被纳入成本的计算中来,除非自己的良知达到了十分强大,而完全忽视利益的程度。正如斯托特(Lynn A. Stout)所说:“在实践中,人们极少像完全的利他主义者那样作为,对他们自己的利益完全不顾。……我们绝大多数人会拒绝做出大的牺牲去帮助别人摆脱一些小的麻烦。”(斯托特,2015:105)斯托特因此提出“良心成本”的概念,并认为在我们的政策和日常事务中,关注“良心成本”至关重要。

比如,当老人倒地,基于良知的冲动是要予以救助的,但计算理性又会给良知行为进行成本计算。如果考虑救助行为存在被讹诈的可能性,自己要为良知行为支付巨大价格时,是否要扶起地上的老人,便成为一个艰难的抉择。这时,对于普通人来讲,考虑良知的成本是可以理解的。

在社会生活的竞争中,背负着良知,往往对人来讲是不利的。良知往往并不能让人获得利益的增长,相反增加了获取利益的成本,使人受到损失。正如俗语所说:“人不为己,天诛地灭”,“人善被人欺,马善被人骑”。在良知行为和利己行为的交互活动中,良知行为在竞争中处于劣势,于是容易出现劣币驱逐良币现象。

但毕竟良知作为人性的本真和深层的需求,是不容被驱逐的。正因为良知的真实呈现,我们才认识到这个世界上还存在着罪恶,我们才有可能为自己犯下的罪而忏悔。从这种意义上讲,良知是人类道德行为的原初动力。此外,一个良知被驱逐的社会,也不可能让人获得真正的安全和幸福,人类文明也缺失了持续发展的内在动力。在良知和利欲的对抗中,一个健全的社会,不是“灭人欲”,而是要考虑如何通过制度使良知减少成本的负担,实现利他和利己的平衡,使良知得以呈现而非沉沦。

(二) 社会环境:良知的摇篮

使良知背负上成本的,不仅有利益,还有社会环境。我们有可能看到这样的现象,面对他人的危难,人们喜欢围观而不是挺身而出,予以救助。比如,有人准备跳楼,围观者众多,而无人施救。为什么出现这样的现象?这是因为从众心理的存在,效仿他人,随大流是一个具有社会属性的人的基本特征。在其他人没有对受难者予以救助时,大多数人不愿意让自己成为异类。

由于人是社会的动物,即库利(Charles Horton Cooley)所言“镜中自我”(库利,1999:131-132)。人们彼此以他人作为镜子,形成对自我的判断,而这种判断也在潜移默化地塑造着自己,而成为一个社会化的个体。人们通过模仿他人而形成自己,这是进入社会而必须承担的代价。而如果一个人一旦成为异类,和大家不一样,则可能承担被社会孤立的后果。因此个体背离群体的成本相当巨大。

这样我们就能够理解为什么环境能够改变人。如果其他人具有良知,那么自己就更容易具有良知;而如果其他人都是拼命追逐利益而不顾他人,自己也就更容易追逐利益而不顾他人。善能带来善,恶则带

来恶。俗语说：“近朱者赤，近墨者黑”，也就是这个道理。所以，良知的生长需要有适当的环境。在这个方面，中西思想家有很多重要的论述。孟子认为，人性中本来就有善的倾向，但世间确有不善的行为，它并非是人本性带来，皆是因本性受到外界的逼迫^①。孟子非常重视环境对一般人的影响，他认为心虽然是善的，但如果没有适当的环境，一般人的心的自主性容易丧失（徐复观，2001：153）。法国思想家卢梭（Jean-Jacques Rousseau）（1962）和孟子一样主张人性本善，同时也认为人之自然本性的丧失，是来自文明进程中不平等的必然结果。在其教育学著作《爱弥儿》中，他主张对青少年实行自然教育，不要过早进入社会，以免社会败坏了人的天性而难以纠正。

良知受外界影响而难以呈现，也被一些心理学实验所证明，比如“米格拉姆实验”和“斯坦福监狱实验”^②展现了残酷的人性现实：通常意义下的好人也易在某种特定的群体环境下，变得麻木和残忍。

人的良知生存的外界环境可分很多方面。从小的方面看，在不同的情景下，可以有不同的具体环境，“米格拉姆实验”和“斯坦福监狱实验”体现出的便是良知生存的具体小环境。从大的方面看，良知生存的环境可以被视为是某种制度或文化环境，甚至是人类的整体生存状态，如鲍曼（Zygmunt Bauman）所揭示大屠杀的现代性背景。他认为大屠杀必须被看成是文明化趋势的合理产物，官僚体系和理性化的发展趋势助长了现代社会的道德冷漠（鲍曼，2002：38-39）。

人类生存的外部环境对良知的不利影响可分两种，一种是由于受到制度环境可感知的威逼，良知被压迫，如良知面临严酷环境（巨大的成本、被权力压迫以及不公平的制度等）时，良知被放弃，而让人只能释放出人性丑陋和反社会的一面。另一种是人们未有对环境威逼的感知，而是基于社会权威和外部环境的潜在影响，盲目服从了权威，从而放弃了良知的判断。如纳粹时期德国人对权威和法律的集体服从，以至于无形间成为纳粹种族灭绝的帮凶。这大都是缘于外在的群体环境影响了个体的良知判断和行动，从众的心理压制着应当去独立感受的良知。

因此，人的良知状态也不可避免地打下了社会的烙印。而如果社会一旦出现病态也会进一步演化为良知的病态。只有健康的社会才会造就健康的良知，促成个体良知的顺利生长。然而，如同个体会生病一样，社会肌体也极有可能染上疾病。如同人的疾病可能自然痊愈或服药痊愈一样，社会的疾病当然也可通过自发的或人为的手段得以好转。法律就是一剂人为的良药，把握好剂量，服用得当，即可消除社会的疾患。当然社会的“良知缺失病”不能单单依靠法律，除了法律的作用外，政治、经济、文化等各方面环境的改善，对医治“良知缺失病”也有重大作用，实际上通过多方面的作用，社会肌体的“良知病”才可能得以好转。

二、通过法律减轻良知的成本负担

要医治社会的“良知缺失症”，首先必须清楚良知的非理性特质。王阳明四句教中讲“知善知恶是良知”，这个“知”不是理性得到的知识，而是非理性的直觉。但良知又不同于一般的直觉，它是一种道德上知善恶的直觉。这种直觉——按王阳明的观点——是祛除“良知之蔽”的产物，“良知之蔽”则是指对七情的执着和欲望（王阳明，2004：306）。所有的道德从源头上讲，都应当是良知“知善恶”的产物。经由人的语言归纳和理性分析得来的道德规范，不过是规范社会行为的自然产物，和道德感受本身已脱离了联

^①《孟子·告子上》，原文为：“人性之善也，犹水之就下也。人无有不善，水无有不下。今夫水，搏而跃之，可使过颡；激而行之，可使在山。是岂水之性哉？其势则然也。人之可使为不善，其性亦犹是也。”

^②“米格拉姆实验”是1961年心理学家斯坦利·米尔格拉姆在耶鲁大学地下实验室中进行的实验，实验者被告知测试的目的是为了了解惩罚是如何改进学习的。在“学生”（表演者）答错题时，“老师”（受测者）要根据指示用不断加强的电压进行电击惩罚。在测试中发现，尽管“学生”发出痛哭的声音、尖叫、猛击墙壁甚至“死一般的寂静”，大多数“老师”依然按照指示把电击的水平提高到450伏的危险程度。实验表明了人们在特定环境下对权威的服从麻痹了良知。参见[英]鲍曼：《现代性与大屠杀》，杨渝东、史建华译，译林出版社2002年，第199～206页。亦参见[美]斯托特：《培育良知：良法如何造就好人》，李心白译，商务印书馆2015年，第94～96页。斯坦福实验是津巴多于1971年在斯坦福大学地下实验室里完成的实验，实验中大学生被分配为“看守”和“囚犯”两种角色，在残酷的监狱环境下，几天时间内，大学生之间的“虐囚现象”便轻易地产生了。实验表明，监狱环境很容易使人产生人格异化，即使是好人在环境的压力下也容易干出可怕的事情。津巴多把这种变化称为“路西法效应”：好人也会犯下暴行。参见张学众：《路西法效应：“虐囚门”里的社会心理学》，载《心理世界》2007年11期，第56～57页。

系。正如休谟(David Hume)所说,理性的作用在于发现真或伪,道德上的善恶区别不可能是由理性造成的,而是由感觉得来(休谟,1980:455-510)。道德规范是后天的,而良知的道德情感是先天的,而这种先天的道德情感正是道德行为发生的心理动力。因此,从致良知出发,可以立即产生良知的行为,而从学习道德规范出发却难以立即产生道德行为。因为良知是自己向自己证明是非善恶的存在,而道德规范是理性按照良知对各种典型情况的规范化处理,是社会对人们行为是非善恶的一种宣示,便于人们相互之间进行是非善恶的证明。道德规范可以通过社会压力的方式促使人们做出符合道德规范的行为,但难以使人们内心产生是非善恶的道德直觉。从动机上,社会压力下促成的道德行为,不是真正的道德行为,是一种害怕社会压力的自利行为。

因此,良知的呈现不是良知的理性化或向道德规范的转化,良知是活泼的,直觉化的,因外界情境的变化可产生不同的良知感受。良知的呈现是主体自身让良知“去蔽”而产生的,在祛除七情之遮蔽后,良知便呈现出来。但是由于人性也有逐利的特点,人的七情多由利益所触发,因此良知的“去蔽”尤其艰难,必须有很大的力量克服逐利的心理,才能使良知更多地呈现出来。

良知是否能够发出,不仅关涉到人之为人的问题,也和社会利益的实现密切相关。由于追逐利益的人性要求最大限度地实现个人利益,其行为往往也是具备外部性的行为,能够给自己以外的其他人施加成本或带来收益。而仅仅追求个人或部分人利益的最大化而罔顾良知,可能会给他人的利益带来损害,甚至带来“互害性”社会的形成。按科斯定理,外部性问题的解决并不一定需要法律手段解决,也可以通过当事人的谈判而得到纠正,实现帕累托最优,条件是产权明确和交易成本为零或成本很小的情况下。实际上,科斯定理的条件常常得不到满足,特别是交易成本往往很高,一个主要原因是信息不对称(张维迎,2006:85)。而良知的出现不仅可以减少不择手段的自利带来的外部损害,也可以在损害发生之后,使交易成本得以减少,同时也减少了法律干预的成本。

法律能够保护良知行为,在于法律的作用主要是调整利益关系。法律对利益关系的调整,使法律具备了高度理性化的特质。法律可以对利益进行精确的计算,实现法律后果的高度逻辑性和可预测性。而这种性质和人性中的计算理性是相匹配的,它可以使人们利用法律进行成本和效益的计算,来决定自己理性的行为。因此,法律作为一种激励机制,可以对人们追逐利益的心理进行调节。法律可以使人们通过成本计算,增加或减少追逐某种利益的心理动力,也可以在良知不足时,减少良知的成本,让个体良知更容易发挥作用。

法律减少良知的成本支出,并不能直接实现良知的“去蔽”。良知的“去蔽”和良知的呈现必须是通过主体自身对良知的追求才能实现。但是法律可以减轻良知遭受的内在的和外在的压力,减轻七情之蔽的影响,使良知更容易呈现出来。良知的内在压力在于自我利益的计较,外在压力在于外在社会环境对良知的逼迫。在计算理性之下,二者都可能构成良知实现的成本。只要法律减少良知行为的成本负担,良知就会减少自身压力,从而更利于人们做出良知的行为。

由于良知是非理性的、活泼的、直觉化的,医治社会的“良知缺失症”,切不可简单地通过道德的法律化,强制人们实施道德行为来实现。道德强制实施的滥用会带来法律道德主义盛行,反而容易引起良知的退化,正如诺内特(P. Nonet)和塞尔兹尼克(P. Selznick)所描述的那样:“怨恨自己、谦恭的盲从、情感压抑、意识减退。”(诺内特、塞尔兹尼克,1994:56)实际上强制实施道德,可能使人们的良知背负更大的成本。

虽然从秩序出发考虑,道德也需要法律化,但法律所能强制的道德只是最低限度的道德,而且始终只能涉及行为领域,而无法涉及意识领域。良知的领域并非法律所能强制的领域,恰好相反,它需要呼吸自由的空气才能顺利成长,良知需要实现自由。而良知需要的自由,必须法律来保卫。

法律对良知的保卫主要在于为良知减负,以实现良知的自由。法律对良知的保卫要求法律充当良知抵御压力的屏障,使良知免受各种压迫;同时又需要法律不断地释放正义之善,滋润着良知的生长,营造适应良知生长的外在环境。法律于良知,就如同一位坚强的母亲,她需要去保护和抚育良知——这个容易受到伤害的孩子。同时,她也要防范自身不当的行为,以免伤害了良知这个脆弱的孩子。

三、法律保卫良知的方式

(一) 法律防范压善行为保卫良知

压善行为出现于纵向型社会关系之中,即出现在权力与服从关系中,它的表现是权力或法律迫使人服从而罔顾良知的存在。这里的权力一般指国家权力,而“迫使”有可能是通过暴力使人放弃了良知,也有可能不是基于暴力的逼迫,而是迫于生存环境或自我利益考虑,久而久之形成服从习惯而丧失良知的思考。

1. 法律防范权力对良知的压制

国家权力和服从者的良知之间并不存在天然的和谐关系,相反,在盲目的服从中容易泯灭良知。虽然服从是权力成立的必要条件,但是对权力的服从永远都不应背离个体的道德判断。完全没有良知过滤的服从,可能成为国家权力作恶的参与者。

在纳粹德国时期,一些参与屠杀犹太人的德国官员,从他们的行为上并没有发现任何的邪恶动机,却犯下了滔天的罪行,以至于最终站上了审判台。纳粹军官埃希曼(Adolf Eichmann)被汉娜·阿伦特(Hannah Arendt)认为属于这样的典型^①,在埃希曼身上,阿伦特发现了一种有别于“根本恶”的“平庸之恶”的存在,即缺乏思维和判断能力,盲目服从国家权力。但按孟子的说法,良知不是思考的产物,是“不虑而知者”,那么在服从国家权力时何以难以呈现?一方面,在现代官僚体制下,服从者会以为决策者才是责任者,服从者没有责任,且人们大多相信:“每一组织都要求服从上级及其国家的法律。服从是政治的首要美德,没有了它任何政治体都不能生存。”(阿伦特,2014:70)另一方面,“平庸之恶”虽然没有明显的恶的动机,但是潜在地存在追求自我利益最大化的倾向,艾希曼们始终把服从命令、完美地履行自己的职责作为人生目标,其背后存在着追求组织认可、肯定、褒扬而得以职务晋升的潜在愿望。正是因为这两方面原因,对“恶”权的臣服便可能产生。然而,正如阿伦特所言,对于独裁政权来说,服从即支持,在独裁政权下因服从而犯下的罪恶,个体并不能逃避责任(阿伦特,2014:71)。

如何防范“平庸之恶”?正如孟子所言,良知要追求而不要放弃,良知是“求则得之,舍则失之”,(《孟子·告子上》)不放弃良知是个体的义务。但个体对权力的盲从,现代官僚制度也要承担责任。因为对大多数平庸之人而言,在制度的逼迫下,良知难以呈现也许是普遍现象。这种制度在鲍曼看来就是文明进程中的产物,官僚化、理性化压抑着人的良知。鲍曼认为:“文明化进程是一个把使用和部署暴力从道德计算中剥离出去的过程,也是一个把理性的迫切要求从道德规范或者道德自抑的干扰中解放出来的过程。”(鲍曼,2002:38)对个体来说,要以良知来抗拒这种官僚化、理性化的制度,实际上有着巨大的成本负担——被排斥、被否定以及其他经济利益的丧失。

在良知面临现代性危机时,法律无法改变现代性的方向,但法律却可以提醒人们:对权力的服从并不能免去自己良知的责任,要善于倾听良知的声音,要勇于运用自己的良知。二战后,对“平庸之恶”进行的审判即是一例,它彰显的是法律对良知积极运用的鼓励,对盲目服从权力的拒绝。1999年重庆对綦江虹桥垮塌案进行的审判,也表明盲目服从上级领导,并不能推卸自己良知和法律的责任^②。服从上级虽然有利于官场得利,但若不能积极运用自己的良知去思考,则同样需要承担道德和法律的责任。法律对“平庸之恶”的审判,提高了放弃良知判断的行为成本,从而使良知的行为成本相对减少,因此对大胆运用自己的良知有激励作用,有利于社会集体良知的维护。

2. 法律防范自身对良知的压制

权力对人的逼迫也可能以暴力的形式体现出来,法律就是最为典型的形式。当然法律暴力制裁的

^①阿道夫·埃希曼是纳粹德国屠杀犹太人计划“最终解决方案”的主要负责人之一。

^②1999年1月4日,重庆綦江虹桥突然垮塌,40名无辜者被夺去了生命,引起了国人关注。专家组认定这是一起人为责任事故,其中违法设计、无证施工、管理混乱、未经验收等问题,是导致事故发生的重要原因。綦江县委原书记张开科、副书记林世元等一批渎职官员被迫追究刑事责任。在庭审直播中,有官员辩称自己的行为只是出于服从县委领导指示的行为,不应当承担玩忽职守的法律责任,而最终判决中该意见并未被采纳。参见“林世元受贿、玩忽职守,张基碧等玩忽职守,赵祥忠工程重大安全事故案”判决书,载北大法宝网,http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324837205545.html,2016年4月6日最后访问。

是恶,而不是善,它以保护善而著称。但是,法律不恰当的运用却有可能伤及善。

由于法律制度总是存在着不完善性,这种不完善的进一步发展也可能导致不正义,那么对以良知名义违背法律者,法律又当如何处置?

19世纪的美国政论家梭罗(Henry David Thoreau)主张公民不能把自己的良心托付给立法者,他认为我们首先必须得做人,其次才是做臣民,“我有权承担的唯一义务,乃是不论何时,都做我认为正当的事情。”(何怀宏,2001:17)他认为不依良心而尊重法律,将使人无法自由运用自己的道德判断。

以良知的名义拒绝服从法律,显然和基于私利的违法有显著不同,但毕竟损害了法律的尊严。美国20世纪六七十年代马丁·路德·金领导的黑人民权运动和反越战运动爆发后,这个棘手的难题被广为讨论。一些著名的学者,如德沃金(R. Dworkin)、罗尔斯(John Bordley Rawls)、阿伦特、拉兹(Joseph Raz)等等对非暴力形式的不服从表达了同情。拉兹从人文主义角度出发肯定了良心抵抗的正当性,认为基于对人的尊重,对人的自主性和多元主义的强调,人们有权反对良心强制(拉兹,2005:245-246)。德沃金则主张对善良违法行为予以一定的宽宥,他认为对那些以良知的名义违背征兵法者,法院可以行使自由裁量权,使用最低的刑罚或缓刑(德沃金,1998:293)。

善良违法要处理的问题是良知和法律孰轻孰重的问题。前者涉及对人性的尊重,后者涉及对秩序的维持,这样一个二难问题答案绝不是非此即彼的,我们要实现的秩序不仅仅是一种秩序,还应当是一种尊重良知的秩序。良知作为人性之善的萌生,这种可贵的人性之光,决不能用生硬的制度予以抹杀,而应当在维护法治的基础上予以呵护。保护良知不仅要求对恶性的违法要通过严厉的制裁彰显法律的威严,而且要求对善意的违法则要予以适当的宽宥,以显示法律对良知的敬重。通过对善良违法的适当宽宥,法律不仅释放了它的善意,而且良知也减轻了外在的压力,减少了自身的成本。

法律防范自身对良知的压制,还要求不得滥用利益激励,以至于强化了利欲对良知的挤压。利益激励是法律调整社会关系的主要手段,但是它应当是以不妨碍人性的良好发展为条件。

一个社会往往有自己所追求的目标,但当这种目标的追求仅仅依靠对人的利益刺激,而忽视人的道德情感时,人也成了达成目标的手段。在这种法律制度下,良知将会受到压制,甚至被驱逐。如秦国为达成霸业,任用商鞅进行变法,便是利用了人性逐利的特点和利益刺激的方法。商鞅认为:“夫人情好爵禄而恶刑罚,人君设二者以御民之志,而立所欲焉。”(商鞅,2006:86)根据人性逐利的特点,人服务于君主的积极性便可以调动起来,按商鞅的意思只需抓住刑赏二柄便可以实现。商鞅的利益激励在于以奸民治善民,善民因为尊崇道德,而不听从君主号召,因此必须把人性变成只追求利益。于是法律鼓励告奸,重金奖赏,对违背君主意志者重刑处罚,且对不告奸者实行连坐。整个社会在君主的刑赏之下,为了自身的利益而服从了君主。刑赏即法律对良知的威逼和利诱,在服从良知存在巨大成本,而违背良知,追逐利益有巨大的收益情况下,人们往往会置良知于不顾。于是法律变成了权力压制良知的帮凶。儒家因此认为,秦之刑赏之法导致的是“父子相背,兄弟相慢,骨肉相残,上下相杀。”(《盐铁论》/乔清举,2000:304)亲人之间的真挚情感已不可见。现代第一代新儒家梁漱溟认为:“拿法律刑赏去统驭社会,实在是把人生建立在计较利害的心理上,建立在不正当的功利态度上,结果使人的心理卑陋鄙劣。”(梁漱溟,2003:88)牟宗三认为,法家的法治是物化的治道,目的在于事功,而使人成为物,最终反德反人性(牟宗三,2006,33-37)。

我们应当看到,法律和道德适用于不同的领域,法律调整的是利益关系领域,而道德调整的是超利益关系领域。在法律领域发挥激励作用的是利益,而在道德领域发挥激励作用的是良知。法律需要依靠利益激励才能发挥作用,但是如果过度地依赖利益激励,鼓励以最小的成本获得最大的收益,则良知就会被挤压,因为良知最终会被纳入成本考量之中,并被视为获取最大收益的障碍。在法家事功的观念中,“仁义礼智信”显然就是君主成就霸业的障碍。而在法家法律激励下的百姓看来,只有抛弃良知,才能获取最大的利益,保留良知,则可能导致巨大的灾难。这正是法律过度依赖利益激励以达到某种事功目的的结果。

现在我们已经抛弃了法家的专制主义,但当代盛行的法律经济学对物质刺激的过分关注和法家的利益激励措施极为相近,它把人仅仅视为是追求利益最大化的理性人,让物质刺激成为法律激励的唯一手段,同样可能在人性中产生利欲对良知的挤压。斯托特在批判法律经济学的人性观的同时,还指出物质刺激方案导致了对物质奖惩的集体痴迷,美国各学区推出的教师绩效工资方案把教师工资和学生成绩挂钩,其结果并未导致学生成绩的真正提高,反而出现了教师篡改学生答卷的现象(斯托特,2015:222-223)。类似现象实际上在中国屡见不鲜,科研腐败、论文造假正是过度物质激励带来的恶果——学者学术良知的丧失。在司法领域,中国法院建立起来的绩效考评制度和案件质量评估体系实际上是也是通过利益激励机制来完成对法院的考评,正如有学者研究的那样,它导致了法官或法院的自主性的丧失,在指标最优的中轴原理下,法院与法官成为利益互惠共同体,使法官的策略行动得以展开,最终导致司法公正的丧失(张建,2015:22-32)。为了达到考评要求,确保法院和法官的自身利益,法官不得不成为了追求自身利益最大化的理性人。

正如斯托特所说:“当对不道德的行为的潜在奖励过大时,可以料到,许多人(即便不是我们大多数人)都会不道德地行事。……简单地讲,要是我们想让人们做好人,我们一定不能诱使他们做坏人。而过分依赖物质刺激几乎是在提供诱惑物。”(斯托特,2015:222-223)实际上法律经济学对成本效益的考虑如果不是基于社会公平、权利等价值,而是仅仅从某个特定社会目的着眼,则可能造成一个误区——缺失了人性的关怀。

但法律毕竟调整的是利益关系领域,如果不依赖利益激励显然无法调整这类社会关系,那么法律制度就必须考虑利益的激励尽量不要过度地去激发人们的逐利之心,以免形成对良知的挤压。同时良知又并非完全不依赖利益,大多数人的良知行为并非不计成本,因此法律也要致力于减少良知行为的成本支出,使人们的良知行为没有后顾之忧。一句话:法律作为调整利益关系的手段,既不要迫使人们为了利益出卖良知,也不要让人为了良知不得不丧失利益。这样,法律对利益关系的调整,才构成了对良知的正确保护。

(二) 法律严惩欺善行为保卫良知

欺善行为即欺负他人的善良,并利用它获取利益的行为。欺善行为发生在平向型关系之中,在这种关系中,没有权力与服从的特征,需要实现公平和平等,以及人与人之间的对等对待。平向型关系的平等性决定了以善对善,以恶对恶是其处理关系的法则。以德报怨固然也存在,但毕竟不是社会的常态。

就普通人来讲,如果善良待人,却被招致恶的对待,善良将难以存续。比如,当我们好意扶起跌倒的老人,却被讹诈医药费;当我们无私施舍路边的乞丐,却发现他们把乞讨当成致富之路;当我们节衣缩食支援灾区,却发现救灾款物被贪污挪用……。此时,我们可能不再扶起老人,不再施舍乞丐,不再支援灾区。

在平向型的社会关系中,正义是具有两面性的,一方面,作为道德命令,正义是无条件的,但另一方面,作为利益交换的规则,正义是有条件的,也就是具有正义愿望的人能否实际遵守正义规则取决于其他人是否也这样做(慈继伟,2001:1-2)。但是在利益计较中,不正义比遵守正义规则具有较高的效率。因此,非正义行为将很容易带来非正义行为,造成非正义行为的泛滥。因此,法律必须通过对不正义行为进行惩罚,以提高不正义行为的成本。

在平向型社会关系中,欺善行为比普通不正义行为更恶劣,因为欺善行为是通过欺负他人的善良而获得的更大的好处,同时也让善良行为者感受到良知行为可能遭到的巨大损失,于是在善良行为者心中更容易出现针对欺善行为的义愤。这种义愤乃是出于平向型关系中的对等对待原则被破坏了,善不仅未得到善的对待,反而招致恶的对待。这种义愤强于针对普通不正义者的义愤,如果法律不以更严厉的惩罚来处罚欺善行为,则义愤难以平息。义愤从根本上看源于自我利益丧失或恐惧其丧失所引发,因此,义愤的心理动因和自利的心理动因是基本一致的,无法平息的义愤有可能进一步转化为自利自保行为,乃至利欲冲破良知的束缚,向不义效仿,去获取更大的利益。

欺善行为让良知背负了巨大成本,污染了整个社会的善良习俗,导致恶的蔓延,给良知的生长带来

了恶劣的环境。如果欺善行为不能得到有效的制止,将助长人的逐利之心,熄灭人内心善良的苗头,导致良知的沉沦。从经济学的角度看,欺善行为针对善良行为者实施,更容易被良善者相信,因而具有较小的成本。所以,它可以用最小的成本获得最大的收益。而法律惩罚就必须以更严厉的惩罚,来加大实施者的成本,才能禁止这样的行为。

从中国刑法的规定来看,法律对欺善行为的惩罚更重,比如:《刑法》第三百八十四条“挪用公款罪”中,挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的,比普通挪用公款处罚更重。刑法第二百六十三条“抢劫罪”中,“抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的”也有着比普通抢劫罪更重的刑罚。在《慈善法》中,尽管没有具体的法律责任的规定,但也体现出对欺善行为有力的禁止。如第一百一十二条:“自然人、法人或者其他组织假冒慈善名义骗取财产的,由公安机关依法查处;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”法律为何做出这样的规定,一个可能的原因就是保护善心,当善良被欺骗的情形多次重复出现时,整个社会的道德风气都会受到重大影响,其社会危害性是不可估量的。

于是我们或许可以得出这样的原则:当欺善行为出现时,在有关惩罚性法律规定中,应有更重的处罚。同时,鉴于欺善行为对社会良知的严重危害,法律应重点针对这类行为进行惩罚,而不能任其蔓延。比如虚假乞讨骗取善心,敲诈讹诈见义勇为者,利用慈善或宗教名义骗取捐款等等。就目前中国的“好人法”的内容来说,仅仅免去良知行为带来损害的民事责任是不够的,还应当从刑法角度加大对欺善行为惩治力度。法律面对欺善行为不应当软弱,应展现“刀与剑”的力量,用强有力的制裁扑灭恶的苗头,避免良知背负上沉重的成本。

(三) 法律通过扬善行为保卫良知

良知生存的外部环境不仅包括良知所处的外部社会关系,也包括良知所处的外部制度环境。而社会关系受社会制度制约和调整,一个好的制度环境造就良好的社会关系环境,从而实现有益于良知生存的外部环境,所以良好的制度环境是良知生存的关键所在,而良好的制度环境主要通过法律制度来实现。

法律制度促进良知的生存,不仅靠防范压善、欺善行为来保卫良知,而且还要通过扬善行为来保卫良知。法律所弘扬的善不是偏私之善,而是公平之善,是站在全社会的立场上公平地对待所有人之善。法律的公平之善即法律的正义,即罗马法所强调的“给予每个人他所应得的部分”(查士丁尼,1989:5),是法律对利益的公平分配。公平即公正和平等,体现在制度的利益分配领域和社会生活中的利益交换领域,即亚里士多德所谓分配的正义和矫正的正义(亚里士多德,2003a:134-139)。通过法律的正义,社会利益得到合理的分配,利益的偏私得到司法纠正,社会公平得到实现。

为什么社会公平有利于良知?这是因为人是社会的动物,每个人都通过别人眼光来看待自己,卢梭认为:“社会的人终日惶惶,只知道生活在他人的意见之中,也可以说,他们对自己生存的意义看法都是从别人的判断中得来的。”(卢梭,1962:148)从别人眼光中来看待自己时,相互比较也因此产生出来。而卢梭认为,从原始人开始进行的比较到不平等的产生,最终带来了社会的邪恶和美德的丧失。卢梭以敏锐的目光发现了不平等和人的良知丧失的内在关系。其实,亚里士多德早就注意到贫富差距对德性的影响,极富阶层容易变得无比凶暴,极穷阶层则易变成流氓无赖,只有中产阶级才最具有美德(亚里士多德,2003b:137-139)。孟子也说过“富贵不能淫,贫贱不能移”的话,也暗指贫贱和富贵容易引起德性的丧失。如果社会平等,以中产阶级为主体,那么社会的整体良知将得到增进。

不只是不平等,任何不公正,都会使良知受损。作为一个社会的人当他在社会中得到公平对待时,他就会有一种对社会的归属感,他因自己被尊重,被同等地对待而产生愉悦感。他也因此更容易产生爱与被爱的感受,也更能够同等地公平地对待他人。反之,当一个人遭受不公平的待遇时,他会感受到自己没有得到社会的尊重,有一种被排斥,被压迫的感觉,最终发生怨恨的负面情感。现代认知科学也证明,公平分配能诱发被试者正面的快乐反应,相对不公平提议,公平提议激发了腹侧纹状体、杏仁核、腹内侧前额区、眶额叶、黑质附近的中脑区等奖赏加工区(王凌峰,2015:11)。而不公平带来的怨恨情感容易

使爱和善良被驱逐，更有引发暴力的可能。除此之外，不公平还进一步助长人性中逐利的倾向，引发斤斤计较和贪婪的情感，从而掩盖良知。

社会公平能带来人的归属感、爱和自尊，而它们正是马斯洛(A. H. Maslow)需求层次理论中第三和第四层次的需要(马斯洛,1987:49-52)，按马斯洛的意思，如果这样的基本需要未得到满足，则阻碍了完美人性的自我实现。当然针对特殊个体，他们的崇高品行和卓越成就或许并不依赖某些基本需要的实现，但对大多数人来说，如果缺乏了归属感和爱，得不到自尊的满足，他们的人性将会有所缺陷，良知很容易受到压制。

从根本上看，社会公平之所以有利于良知，是因为公平减轻了良知的负担，而不公平则容易使人性激发对金钱、地位以及被爱、被尊重的强烈欲求，最终使良知在人心中被挤压。

因此，法律以公平来扬善，首先应当做到通过公平立法来维护良知。法律应当从社会共同感知的公平出发，制定符合本社会需要的公平立法。当法律在利益分配上被认为是公平的，法律强制力的实施才被认为是可接受的。不公平的法律总是引来个体或集体对社会的反抗，好人也可能因此变成坏人。如果社会不平等以至于连底层人的最低生存都无法保障，对小的过错动用过重的刑罚来维持这样的制度，难免会让人产生怨恨的情感和对抗社会的愿望，于是，对他人和社会的爱的情感便很难出现。

其次，法律通过善意适用来保卫良知。法官适用法律时的自由裁量如果不是出于公平之善，而是有偏私的裁量，那么仍然会损害当事人的良知意识。法官对任何一方当事人有意无意的偏向，都会导致对另一方当事人的欺凌，使当事人产生怨恨、被压迫的感受，因此法官的良知直接影响社会的良知。由于法官掌握了国家司法权力，法官良知的匮乏将直接构成对他人良知的压力，较普通人之间的相互影响尤甚。按江必新大法官的归纳，法官的良知可概括为“八心”，即“一视同仁、平等对待之心，求真求实、勿冤良善之心，坚守正义、善解法意之心，惩恶扬善、保国安民之心，案结事了、息讼促和之心，真诚恻怛、哀矜裁判之心，勤奋敬业、救人水火之心，清廉如水、一尘不染之心。”(江必新,2012:38-48)法官如能从该八个方面充分释放良知，则法律之公平正义就能得到最大的发挥，社会风气就能得到充分的净化，良知就能得到法律的坚强保护。

中国古代儒家的司法传统中，尤其注重对良知的维护，以激发个体的道德情感。儒家重视个体人格的完善甚于国家的秩序，在他们看来，“教，政之本也；狱，政之末也。”(董仲舒,2005:178)教化优先于刑罚。所谓教化就是通过“正己”来“正人”，通过“仁义”来“化人”。在司法之中，儒家也试图贯彻教化优先的原理，以保护良知为要务。如董仲舒主张原心定罪，以《春秋》的精神来断狱，“本其事而原其志”(董仲舒,2005:177)，考虑被告的动机，“志善而违于法者免，志恶而合于法者诛”(《盐铁论》/乔清举,2000:239)。虽单看动机，可导致思想入罪的可能，但从行为入手观其动机善恶来判断罪之轻重有无，是有积极意义的。因为，毕竟善心更能得到法律的保护。此外，儒家主张亲亲相容隐，同居相隐不为罪，否定告奸，以伸张伦理亲情，对良知也具有极大的保护作用。

四、敬重良知才能保卫良知

在人们的印象中，似乎法律实现正义，道德促进良知，而法律无法对良知产生什么作用。但实际上，法律对利益关系的调整，对正义的实现同样关乎良知。法律能否保护良知，还在于法律是否敬重良知。

良知存在于人性深处，它并不能为个体增添什么实际的利益，但它却是和邪恶作斗争的动力。失去了良知，我们不仅失去了道德上善与恶的判断能力，不能主动地去追求善，而且我们还失去了和邪恶相抗衡的能力。在人类发展史上，正是因为我们有了善与恶的判断能力，我们才有了关于法律好坏的价值判断。正如有学者所言：“法治的推行必须以个人、社会和国家(政府)这些基本社会活动主体具备起码的良知为前提条件与人格保障。”(姚建宗,2000:41)可以说，人类良知的缺失也将导致法律的正义缺失。正因为如此，法律必须敬重良知，保护良知。

然而，当我们这个社会上，人们对利益的过度追逐，对某个社会目标的急迫期待，对社会公平的极度

漠视,都有可能忽视良知,使良知背负过大的成本和负担,使良知遭受损害。一个法治的社会虽然不能造就良知,但法律却可以保护良知,减轻个体在良知实现上的各种社会压力。

参考文献:

- [1] [美]汉娜·阿伦特(2014). 反抗平庸之恶. 陈联营译. 上海:上海人民出版社.
- [2] [英]齐格蒙·鲍曼(2002). 现代性与大屠杀. 杨渝东、史建华译. 南京:译林出版社.
- [3] [罗马]查士丁尼(1989). 法学总论. 张企泰译. 北京:商务印书馆.
- [4] 慈继伟(2001). 正义的两面. 北京:生活·读书·新知三联书店.
- [5] [美]罗纳德·德沃金(1998). 认真对待权利. 北京:中国大百科全书出版社.
- [6] 董仲舒(2005). 春秋繁露校释:校补本. 钟肇鹏主编. 石家庄:河北人民出版社.
- [7] 何怀宏编(2001). 西方公民不服从的传统. 长春:吉林人民出版社.
- [8] 江必新(2012). 法官良知的价值、内涵及其养成. 法学研究,6.
- [9] [美]查尔斯·霍顿·库利(1999). 人类本性与社会秩序. 包凡一、王源译. 北京:华夏出版社.
- [10] [英]约瑟夫·拉兹(2005). 法律的权威. 朱峰译. 北京:法律出版社.
- [11] 梁漱溟(2003). 梁漱溟先生讲孔孟. 李渊庭、阎秉华整理. 桂林:广西师范大学出版社.
- [12] [法]卢梭(1962). 论人类不平等的起源与基础. 李常山译. 北京:商务印书馆.
- [13] [美]亚伯拉罕·马斯洛(1987). 动机与人格. 许金声、程朝翔译. 北京:华夏出版社.
- [14] 牟宗三(2006). 政道与治道. 桂林:广西师范大学出版社.
- [15] [美]诺内特、塞尔兹尼克(1994). 转变中的法律与社会:迈向回应型法. 张志铭译. 北京:中国政法大学出版社.
- [16] 乔清举(2000). 盐铁论. 乔清举注释. 北京:华夏出版社.
- [17] [战国]商鞅(2006). 商君书校注. 张觉校注. 长沙:岳麓书社.
- [18] [美]琳恩·斯托特(2015). 培育良知:良法如何造就好人. 李心白译. 北京:商务印书馆.
- [19] [明代]王阳明(2004). 传习录. 张怀承注释. 长沙:岳麓书社.
- [20] [英]大卫·休谟(1980). 人性论(下). 关文运译. 北京:商务印书馆.
- [21] 徐复观(2001). 中国人性论史·先秦篇. 上海:上海三联书店.
- [22] [古希腊]亚里士多德(2003a). 尼各马可伦理学. 廖申白译注. 北京:商务印书馆.
- [23] [古希腊]亚里士多德(2003b). 政治学. 颜一、秦典华译. 北京:中国人民大学出版社.
- [24] 姚建宗(2000). 法治与良知. 河北师范大学学报(哲学社会科学版),7.
- [25] 张 建(2015). 指标最优:法官行动异化的逻辑与反思——以J市基层人民法院的司法实践为例. 北方法学,5.
- [26] 张维迎(2006). 信息、信任与法律. 北京:生活·读书·新知三联书店.
- [27] 王凌峰(2015). 走向认知科学的法学研究——从法学与科学的关系切入. 法学家,5.

■ 收稿日期:2016-06-08

■ 作者地址:郭 忠,西南政法大学行政法学院;重庆 401120. Email:guozhong68@126.com。

■ 基金项目:国家社会科学基金重大项目(14ZDC003)

■ 责任编辑:李 媛