

SOUTHEAST UNIVERSITY
东南大学法学学术文库

法律信任

——法理型权威的道德基础

欧运祥 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



SOUTHEAST UNIVERSITY

东南大学法学学术文库

本书系江苏省教育厅高校哲学社会科学研究指导项目

——“和谐医患关系构建过程中的法伦理问题研究”研究成果，项目批准号

07SJD820022

法律信任

——法理型权威的道德基础



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律的信任:法理型权威的道德基础 / 欧运祥著. —北京:法律出版社,2009.11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0071 - 8

I. 法… II. 欧… III. 法律—伦理学 IV. D90 - 053

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 194738 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/马帅

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/学术·对外出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2010年2月第1版

印张/8.375 字数/209千
印次/2010年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0071 - 8 定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“大学之道，在明德，在亲民，在止于至善”——“止于至善”四字，正是百年名校东南大学的校训。在历史上，东南大学曾经赢得“北大以文史哲著称、东大以科学名世”之美誉。而今，她正秉承校训精神，不断追求，锐意进取，力图突破以往在理工科方面所取得的卓越形象，而朝着以工为特色、多学科协调发展的综合性大学方向奋力前行。1995年，东南大学恢复法学专业、成立法律系；2006年9月，东南大学在原法律系的基础上重建法学院。通过创办法学院并大力发展其他人文学科，东南大学正不断体现着集中华人文精神与希腊科学精神为一体的“止于至善”的校训之理念，不达“至善”境界，永不止步。

东南大学法学院虽然恢复重建时日尚短，然而，东大法学却已历经百年醇厚学术传统之浸润。东大法学肇始于民国时期1928年7月成立的中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法

学家谢冠生教授。中大法学院人文荟萃,名流云集,为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、刘克儁、曾劭勋、黄正铭、金国鼎、范馨香、韩德培等,或曾任职于中央大学法学院,或就学于中央大学法学院,缔造了东南大学法学曾经的辉煌。

感念先贤中大法学精神,激励当下东大法学学人。当今中国,政治昌明,民生安定;经济腾飞,法治发达。东大法学如何在此盛世之下为中国的法治建设添薪加火,对当下中国法治与经济建设中的重大法律课题作出创造性回应,是今日东大法学学人所面临的历史使命。“东南大学法学学术文库”作为肩负这一历史使命而推出的一套法律丛书,以为社会贡献一批有分量的法学作品为己任,以促进法学的繁荣发展为目的,勉力为我国法制现代化建设尽绵薄之力。

通过出版“东南大学法学学术文库”,亦使社会各界加深对东大法学的了解。当今中国法学出版物急剧增多,各法学院专业院校纷纷推出了体现自身学术风格的法学丛书。然而,这只代表今日社会文明之昌明和法律文化发展之鼎盛,而不代表法学理论著作的社会需求已经饱和。事实上,与飞速发展的我国政治经济生活相比,我国法学理论研究成果的质量与数量都有待提升。金陵古城作为位于当今中国经济最为发达、市场最为广阔、活力最为强盛的长江三角洲中心之腹地,也要求生于斯长于斯的东大法学在法治经济强劲发展的当下时代发出自己的声音。东大法学文库可谓应时而生!众多法学著述的存在不但使东大法学文库的出版平添了百舸争流的竞争意味,也象征着中国法学事业的锦绣篇章又添繁花。通过出版法学文库,使东大法学的学术风貌能够以一种整体的、持续的方式呈现给大家,使社会各界加深对东南大学法学的了解,使以科学名世的东南大学在法科领域再现奇葩!通过出版文库的方式,也答谢所有曾经关心和支持过东大法学发展的前辈和朋友!毕竟,无论是东大法学学人还是东大法学院本身,都需要社会和学界各方面的关

爱和帮助!

本套丛书的选题涉及法哲学与法理学、宪法与行政法、民法与商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等法学各个领域。选题范围面向东南大学法学院全体教师征集稿源,重点出版优秀的法学博士学位论文、省部级以上的课题结项成果以及具有创见性的专题论著。本文库坚持以质取文,拒绝平庸之作,确保文库的高品位、高质量。凡纳入文库出版的著作必须由作者本人提出书面申请,经由编委会就专著内容、学术规范等各方面意见综合确定。我们希望,本套丛书能够成为东大法学高层次理论成果得以稳定持续成长的一方园地,成为集中展现东大法学学术传统与今日法学原创力学术作品的窗口!

“百年难得百家评,郁郁文哉动石城。虎踞龙蟠今胜昔,千秋学术在金陵。”期望东大法学学术文库的出版能够成为东大法学事业恢复重建的标志,并能延续东大法学的人文传统,超越过往,引领新时代的法治精神!

《东南大学法学学术文库》编委会

2007年6月26日

目 录

绪论：法律信任研究综述	1
一、法律信任的研究现状	3
二、本书的研究意义、内容	18
第一章 法理型权威的合法性危机	22
一、前现代社会法律的超验基础	23
二、法理型权威的普遍化	39
三、法理型权威的合法性危机	47
四、合法性危机的实质——信任 危机	57
第二章 两种解决进路的相关分析	61
一、法律信仰论——超验基础的 捍卫者	63
二、现实主义法学——实用主义 的解决进路	83

第三章 法律信任概述	96
一、信任概述	97
二、法律信任的概念与特征	107
三、法律信任的功能	110
四、法律信任的要素	117
第四章 法文化要素	123
一、西方的法文化传统	125
二、中国古代法文化及其影响	137
三、法文化要素在法律信任构建中的作用	143
第五章 道德要素	150
一、伦理、道德与法律的关系	151
二、法律与道德	160
三、法律信任的道德要素	179
第六章 合理性要素	194
一、合理性问题概述	195
二、现代法的理性化特征	206
三、法律信任的合理性要素	212
第七章 我国法律信任构建过程中的几点思考	220
一、法文化观念的重塑	222
二、法律道德性的回归——以人身损害赔偿立法为例	233
三、法律制度合理性的重构——以医疗纠纷解决机制 为例	239
四、教训与思考	249
参考书目	252
后记	255

绪论 法律信任研究综述

自从 20 世纪 80 年代初我国提出“依法治国”目标以来,至今已经过去将近三十年。不可否认,短短几十年间,我国的法律制度经历了从无到有的巨大进步,已经基本上建立起了较为完善的社会主义法律体系。不仅如此,我国近年来在司法机关的机构建设和法律专业人士的培养上,成效也非常显著。

然而,我们也清醒地看到,无论是作为政府的法治建设目标,还是学者们研究视阈中的法制现代化理想,与实现仍然有相当差距。在当下中国,法律不仅没有像西方法治那样成为人们安排日常生活的指导,甚至连“定分止争”的传统功能都正在经受严峻挑战。当前法院普遍存在的执行难问题,以及大量涉法上访案件的

存在,^①无不折射出社会成员对于司法机关的一种严重信任危机。而这样一种危机的存在,又反过来加剧了人们对于法律权威的怀疑。

从某种意义上而言,司法机关当下所面临的信任危机,实质上反映出社会成员对于法律制度本身的一种深层次信任危机。就逻辑而言,法治目标的实现,并不能仅仅依赖法律的制定、司法机构的完善以及法律人才的培养一蹴而就。正如古语所云,“徒法不足以自行”,立法的目标是为了在现实生活中得到执行,使其成为规范社会关系、调整人们权利义务、解决各种纠纷的手段和途径。而上述目标的实现,都离不开执行法律和接受法律调整的人对于法律的态度与观念。社会成员对于法律本身的信任程度,在很大程度上决定了我国法治目标的实现程度,并且最终决定了我国法律现代化进程的具体走向。

法律信任不仅关系到法治目标的实现与否,同时还关系到整个社会信任文化的建构程度。无需讳言,我国正在经历一场严重的信任危机。信任危机产生的原因,究其实质,是由于传统农业生产下的“熟人社会”日益被工业生产下的“陌生人社会”所替代所致。^②这使得支撑“熟人社会”的人际信任失去了存在基础,而作为支持“陌生人社会”交往基础的制度信任却依然没有得到有效建构。法律信任作为制度信任的重要组成部分,不仅对于法治国目标本身的实现与否具有重要的现实意义,同时对于包括政府信任在内的其他

^① 涉法案件具体而言有两种类型,即可以指信访案件事先已经司法机关处理,当事人对于处理结果不满,继而向信访机关提出上访的案件。也可以指按照现行法律规定,完全可以通过司法机关获得救济的案件,当事人放弃法律途径,转而通过信任寻求救济的案件。

^② “熟人社会”与“陌生人社会”均为当代哲学家与社会学家经常使用的两个概念。“熟人社会”对应于以人口低流动为特征的传统农业社会,而“陌生人社会”则对应于以人口高流动为特征的现代工业社会。

制度信任也提供了一种制度性保障。

为研究方便起见,著者首先对有关法律信任研究的国内外现状进行了一个综合归纳与总结;在此基础上,结合现代法治社会普遍存在的法理型权威危机,提出法律信任的建构途径及现实意义;最后结合我国在法治建设过程中存在的问题与不足,提出当下我国特定国情下法律信任的建构路径。

一、法律信任的研究现状

从类型上而言,法律信任属于制度信任的一种。自从产业革命以来,随着社会化大生产的出现和交通技术的迅猛发展,劳动生产过程中的人际协作以及人口的高流动性,已经日益构成人们日常生活的一种常态。支持传统农业社会下熟人之间的人际信任,日益失去存在的基础。以往那种具体和单个的熟人之间的信任模式,不断被具有抽象特征的制度信任所取代。法律信任作为一种重要的制度信任模式,其地位和作用不容忽视。

诚然,法律信任作为信任的一般类型,无论是在理论研究还是在实际生活中的具体建构路径,都离不开信任的一般理论和建构的一般模式。为研究方便起见,著者在进行法律信任的具体研究以前,首先对有关信任的一般性研究成果进行了必要的回顾与总结。

(一)关于信任的一般性研究

自人类社会产生时起,关于信任的问题就开始显现,因为人类社会的存续和发展离不开不同主体之间的分工与协作,而凡是需要合作的地方,又都离不开彼此之间的信任。事实上,人类在不同文明进程中所创制的诸多制度,也大多是为了解决所在社会的信任问题。但是,真正开始系统研究信任理论,将信任作为对象进行学术研究却是近代的事情。

由于信任研究的主要目的在于加强人们之间的沟通与协作程度,提高社会凝聚力,因此,有关信任问题的研究者主要集中于社会学和经济学领域,其他学科包括法学在内的学者,对于信任研究鲜有涉猎。

1. 国外的研究现状

经典社会学家在关注传统到现代的社会变迁的同时发现,不仅信任的内涵发生了变化,而且在已经变化了的现代社会结构中,信任对于社会整合具有显著的意义。^①

韦伯认为,人类社会从传统到现代的变迁,伴随着信任内涵的变化。传统社会以特殊信任为主,现代社会以普遍信任为主。腾尼斯认为,在礼俗社会和法理社会中,不但信任的生成机制是不相同的,重要性也是不同的。涂尔干认为,在新的社会条件下,义务、利他主义情感以及约束自我的道德压力成为新式团结的基础。如果不相互做出牺牲,不彼此尽力维持牢固的、持久的纽带,人类就无法在一起生活。但总的来说,经典社会学家对信任问题的研究仍然是不系统的,未形成相关的信任理论。

与韦伯同时代的德国社会学家西美尔,是第一个将信任作为专门问题进行系统深入研究的学者。在《货币哲学》和《社会学》中,西美尔赋予信任重要的地位。他认为信任是现代货币经济成功运行的必要条件,是现代社会中最重要的综合力量之一。西美尔对于信任的分析和研究,对于后来的研究者影响深远,包括卢曼和吉登斯

^① 从时间上说,经典社会学理论及相关范式产生于1850年代到1920年代的70年间。从空间上说,欧洲是经典社会学主要的社会和知识土壤。经典社会学的产生受到法国大革命和英国工业革命的双重影响,而它的断裂及由欧洲传统向美国传统的转变则与两次世界大战紧密相关。经典社会学不仅为一门新生的学科赢得了话语权利,而且为这一学科提供了延续至今的理论范式,对当时人类尤其是欧洲文明所遭遇的危机做出了出色的回应。当时较为著名的经典社会学家包括韦伯、腾尼斯、涂尔干及西美尔等人。

在内的诸多信任研究的知名学者,都不同程度地受到了他的影响。

西美尔的信任理论主要包括以下内容:

首先,他对于信任的重要性给予了高度的重视。他认为,“离开了人们之间的一般性信任,社会自身将变成一盘散沙”。^① 并且,“信任是在社会之内的最重要的综合力量之一”。^②

其次,西美尔认为信任与社会交换密切相关。他认为,交换是现代社会中占支配地位的互动形式或社会关系,交换是创造一个社会的人们之间的内在联结和有机团结的前提条件之一,交换最重要的条件就是信任。如果人们彼此之间缺乏一般意义上的信任,社会自身将会解体。事实上,几乎没有一种社会关系可以完全建立在对他人确定的认知基础之上,如果信任不像理性的证据和个人经验那样强或者更强,也很少有什么关系能够持续下来。^③

现代经济是货币经济,占主导地位的交换形式是货币交换,货币是交换的媒介。货币交易离开了公众的信任是无法进行的。不仅如此,人们还必须相信接受的货币不会贬值或者至少不会大大贬值,而且可以再次消费掉。^④

从表面上看,这种形式的信任似乎表现为物的货币的信任,但实质上这种信任是对赋予货币有效的人或者政府的信任。

最后,西美尔分析了信任的结构。他认为信任介于知与无知之间;完全知晓的人根本不需要信任,完全不知晓的人,根本不可能有信任。因此,信任总是从已知的证据出发,也就是说,信任结构中首先存在知识性的要素。西美尔区分了信赖(confidence)与信任(trust),他认为使人信赖的因素属于归纳法性质的,总是“欠充分

① [德]西美尔:《货币哲学》,陈戎女等译,华夏出版社2002年版,第111页。

② [德]西美尔:《社会学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第251页。

③ [德]西美尔:《货币哲学》,陈戎女等译,华夏出版社2002年版,第111页。

④ [德]西美尔:《货币哲学》,陈戎女等译,华夏出版社2002年版,第111~112页。

的”，是一种弱形式。而信任不同，信任结构中还包含着另一种元素，是介于知与无知之外的，不属于认知的范畴。西美尔把这种因素称为“超理性的因素”，它更加类似于宗教信仰。

西美尔去世后，关于信任问题的研究一度销声匿迹，直到社会理论家卢曼的《信任与权力》一书出版，以及学术论文《熟悉、信赖、信任：问题与替代选择》发表，有关信任问题的研究才再次成为学者关注的焦点。

卢曼从一般系统理论和符号功能主义出发，提出了“复杂性”的重要概念。他对信任的定义、信任与风险、信任的功能等基本理论进行了系统性的研究。

卢曼认为，在最广泛的意义上，信任指的是对某人期望的信任，它是“社会生活的基本事实”。^①“复杂性”是指通过系统形态开放的一系列可能性。^②随着社会的变迁，从系统外部来讲，表现为时空复杂性的增加。从系统内部来讲，表现为无法应对的世界复杂性。卢曼认为，只有人类能够意识到世界的复杂性，因而会想方设法去应对这种不断增加的复杂性。在这个过程中，还出现了另外一种全新的复杂性，那就是“他我”的存在，“他我”的存在增加了复杂性。由于“他我”的存在，人类的环境变成了自己的世界。在面对不断提高的社会复杂性的条件下，人们能够而且必须发展出比较有效的简化复杂性的方式，这就是信任，信任是简化复杂性的需要。

与卢曼不同，吉登斯着重从现代性出发来思考信任的定义。他从考察现代性着手，引出信任是与现代相关联的时空延伸的基础。在前现代社会，时空高度融合，“共同在场”在日常交往处于支配地

① [德]尼古拉斯·卢曼：《信任》，瞿铁鹏译，上海世纪出版集团2005年版，第1页。

② 复杂性最基本的含义，在卢曼看来，就是指多种可能性的总和。也就是说，现存世界既不是必然的，也不是不可能的，而是带有极大偶然性的结果。

位,人们的信任关系,更多的是建立在人与人之间的。而在现代社会,由于时空高度分离,抽离化机制的产生,导致以抽象体系(象征标志与专家系统)为特征的信任开始占主导地位,这反过来又促进时空的延伸。在前现代社会,信任主要是建立在对人的诚实程度的衡量之上的。而在现代社会,信任主要是建立在对体系背后的知识认可之上的。因此,我们对抽象体系的信任,实际上就是对这一系统所正常运转的原则的信任,也就是对专业知识的信任,而不是对代表着某一体系的某一具体的个人的信任。

吉登斯认为,作为对人和物的可靠性的感受,个体安全在心理上与信任之间存有密切的关系。在前现代社会,各种各样的亲属关系构成个体生活经验的首要的外部落脚点。而现代社会人们生活场所的不断移动,使得生活经验成为变幻莫测的东西,定位于哪个时空进行生活,更多的是和自我的反思性相联结,也和个人的选择相联系。在现代性社会强大的抽象系统面前,内在的可信任的缺场正好映射出外部世界的不可靠性。这样,个体便失去了安全,萌生了焦虑。吉登斯指出,“焦虑必须在与个体所发展的整体安全体系的关系中得到理解”。^①

吉登斯因此得出信任的定义,他认为信任就是“对一个人或一个系统之可依赖性所持有的信心,在一系列给定的后果或事件中,这种信心表达了对诚实或他人的爱的信念,或者,对抽象原则(技术性知识)之正确性的信念”。^② 他认为,现代性的动力机制派生于时间和空间的分享,以及它们在形式上的重新组合,也就是“脱域”和“再嵌入”。“脱域”指的是社会关系从彼此互动的地域性关联中,从

① [英]安东尼·吉登斯:《现代性与自我认同》,赵旭东等译,三联书店1998年版,第48页。

② [英]安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2000年版,第30页。

通过对不确定的时间的无限穿越而被重构的关联中脱离出来,“脱域”机制的两种类型是象征标志和专家系统。象征标志指的是相互交流的媒介,专家系统指的是由技术成就和专业队伍所组成的体系,正是这些体系编织着我们生活于其中的物质和社会环境的博大范围。吉登斯认为所有的“脱域”机制都依赖于信任,信任支撑起现代性的大厦。^①

当经历了从自然的地域性关联中脱离出来的过程,社会所面临的根本问题,是必须用一种新的、“人为的”运行机制和运行规则或模式,去取代原有的、自然的和经验的的社会机制。如德国著名哲学家哈贝马斯所说的那样,当预设的模式或者标准分崩离析的时候,“置身于其中的人只好去发现属于自己的模式或标准”。^②吉登斯指出,“脱域”的社会要成功地存在下去,必须用理性化的抽象体系来进行“再嵌入”,由此形成了理性化的生存环境和社会运行机制。他认为,“再嵌入”的抽象体系的核心是基于信任机制的理性化体系。吉登斯列举了最具代表性和普遍性的理性的抽象体系,如以货币符号为典型代表的象征系统,以及在现代社会中存在于法律、建筑、交通等各种社会领域中无所不在的专家系统。

在有关信任问题的研究上,美国学者弗朗西斯·福山也占有非常重要的地位。^③福山是日裔美国学者,他的《信任》一书出版于1995年,旋即成为畅销书,被译成多国文字。在该书中,福山比较了不同国家的信任状况,认为美国、日本和德国属于典型的高信任度

① [英]安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2002年版,第18~22页。

② [德]于尔根·哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东等译,译林出版社2004年版,第7页。

③ 弗朗西斯·福山被认为是当代西方最有天赋和最独具匠心的社会学家之一,他在《信任:社会美德与繁荣的创造》一书中,出色地分析了各种不同社会类型的社会心理特点,并指出了它们与经济发展条件的联系。

国家,而韩国、意大利和中国则是低信任度的国家,并且信任度高低均系传统所致。在高信任度的国家,易于形成私营大型公司,在低信任度的国家通常只能形成私营家族企业,无法超越家族,难以在异姓人中合作。高信任度的国家兼有私营大企业和小企业,而低信任度的国家往往只有私营小企业,正是信任度的差异导致了经济上的差异。

福山在书中对于中国传统的社会信任进行了详细的研究。他认为,华人文化中家族本位的伦理诉求,使得华人趋向于将信任的范围限定于家族成员内部,而不可能信任家族以外的成员。正是因为华人文化中对外人的极端不信任,阻碍了公司的制度化。华人家族企业的业主不让专业经理人(通常是外人)担任管理重任,而宁愿忍痛让公司分裂成几个新公司,甚至完全瓦解。福山在书中分析了清朝末年成功的实业家盛宣怀,以及当代在美国颇有发展前景的王安电脑公司和香港船王包玉刚商业帝国的衰亡原因,从而总结出“华人公司不断上演创立、崛起、衰败的三部曲的规律”。^①

福山写作《信任》一书的主要目的,旨在说明,信任作为社会资本的一种形式,与作为实际资本的金钱和财产同样重要。美国著名人类学家麦特·里德雷在《美德的起源》一书中重申了福山的命题,即“经济发达的美国及日本同经济相对落后的法国和中国有很大的区别,这是因为后者仍然沉溺于权力的等级制度体系之中不能自拔”。里德雷认为:“我们的思想是由自私自利的基因构成的,但是我们却是朝着社会的、相互信任的和彼此合作的方向建构。”^②

这是作者 in 书中所力图解决的一个自相矛盾的观点:人们来到世间,天生就具备这样一些秉性,他们必须学会如何协作,如何区分

① [美]弗朗西斯·福山:《信任》,李宛蓉译,远方出版社1998年版,第93页。

② [美]麦特·里德雷:《美德的起源——人类本能与协作的进化》,刘圻译,中央编译出版社2004年版,第281页。