

FALUXINYANGDELINIANYUJICHU

XIEHUIZHU

法律信仰的 理念与 基础

谢晖 著

山东人民出版社

谢晖 著

法律信仰的 理念与 基础

山东人民出版社

一九九七年·济南

法律信仰的理念与基础

谢晖著

*

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街39号 邮政编码:250001)

新华书店经销 山东日照印刷厂印刷

*

850×1168毫米 32开本 16.25印张 2插页 400千字

1997年8月第1版 1997年8月第1次印刷

印数 1—3000

ISBN7—209—02088—8

D·625 定价:24.00元

自序

自 19 世纪中叶以来,中国文化的相对闭锁式发展因西方列强的入侵出现了明显危机。到了本世纪,中国文化尽管“传之未断、统而不乱”^①,但在其根本精神上,则具有毋庸置疑的断裂性发展特征,尤其当代主体信仰的缺失、甚至空白,集中表明近现代中国文化的价值失衡、信仰失落、以及由此导致的主体失范、社会失序。面对这种状况,关心国家和民族前途的人们提出了种种不同主张和对策,其中以中国传统的道德精神为骨干,呼唤传统文化的“回归”,塑造主体的道德信仰,是 90 年代很有市场的理论之一。我们认为,这种试图回归以农耕文明为基础的文化并对位于以商业文明为基础的时代之主张,即便很易使人们产生情感共鸣,但其结果只能是以去年的皇历观察今年的日子。

^① 这是著名法律思想史专家段秋关先生在 1997 年“儒家法文化研讨会”(开封)上对中国传统文化在当代状况的基本评价。

PAK04/07

在 20 世纪即将结束之际,中国人民选择了“社会主义市场经济”之路。不论从实践中看,还是在理论上讲,市场经济只能和商业文明结伴而行,和它对位的社会形态不是农耕文明所钟情的伦理社会,而只能是商业文明所需求的法理社会,因此,恢复农耕文明塑造出的传统道德信仰只是一种发思古之幽情。我们注意到,不少学者以东亚一些国家和地区成功地走向市场经济为根据大力阐扬这一成功是东亚传统文化的成功。固然,在传统东亚文化中含有可能为市场经济利用的资源,但这决不是说东亚的成功是其传统伦理道德培育的结果,相反,在市场经济发展过程中生长成熟的与东亚传统大相径庭的法律和法治,是其市场经济走向成功的关键。法律和法治在日本、韩国、新加坡以及中国台湾、香港已经不是政府强制推行的规则,而是人心中深刻的信仰,是一种和商业文明对位的主体精神价值的体现。不论主体自由、还是社会秩序;不论家常日用、还是人际往还,法律都在深刻地发挥着比其他任何规范大得多的作用。这种情形,在中国只起步几年的市场化进程中也可看出:为什么法学会成为当代中国的显学?为什么法学人才在总体上供不应求?为什么政府机关要花钱请法学专家讲课?为什么各行各业都在呼唤制定法律?……一言以蔽之,在于市场经济对法治的必然需求。尽管当代中国市场经济中还有相当程度的政府经济特征,尽管它距成熟的市场经济尚远,但市场经济对法律和法治的这种内在要求已经彰显,它已为法律信仰塑造着物质基础及在这一基础之上的价值基础、社会—主体精神基础和制度基础。本书的基本观点是:在商业文明的时代、在法理社会中,主体信仰的规则基础

不应是传统的伦理,而应是现代的法律。法律信仰不仅是支持法律和法治事业的精神动力,而且是市场经济、民主政治和文明精神的基本支持力量。没有法律信仰,法律是空白的、法治是无望的。没有强有力的法律和法治,即便有市场经济,也不能说是成熟的,其结果只能是放任经济;即便有民主政治,也不能说是健全的,它的出路,很可能是与无政府结伴的“大民主”;即便有精神文明,也不可能是普遍的,而最多只是很难被常人接受的圣者精神。可见,市场经济及其商业文明对法律信仰的必然要求。

三

如果说“重农抑商”既是中国传统制度文化的重要特征,亦是传统精神文化的重要特征的话,那么,“隆礼轻法”虽不是中国传统制度文化的特征,却是其精神文化的重要特征。如果说,前者因商业给人们普遍带来的现实利益正在精神文化领域发生积极改变的话,那么,后者却因为距常人生活“太远”而仍未在精神领域发生质的变革,这便决定了在中国主张法律信仰、宣传法律信仰、尤其塑造法律信仰是有多么困难。那么,法理学究竟应附就于现实,还是应以现实为对象,提出一种高于现实的应然理想?对此有截然相反的看法。我们主张“理论联系实际”,同时也主张“实际联系理论”,即实际应接受理论指导。而法理一旦附就于现实,则只能是现实的临摹,这如何能指导实践呢?法理学源于法制实践,但它同时也应高于法制实践,因此理想性是法理学应有的品格之一。法律信仰理论对于当代中国而言,是一种明显具有理想性的理论,但这并不是说它是现实的背叛者,相反,它的理想性正是为了使我们的法制实践变得更为美好。正因如此,自80年代以来,法学界对法律信仰间

题、法律观念变革问题等给予了一定的重视。^①可以预料,随着中国法制化进程不断发展,法律信仰问题将会被人们更加关注。

四

本书是笔者在法律信仰问题探索中的一个记录。其中既有关于法律信仰基本理论的章节,也有关于法律信仰建立之基础的章节,故起名为《法律信仰的理念与基础》。有些章节直接论述法律信仰,有些章节则间接论述法律信仰,总的说来,它主要侧重于学理的探讨。由于法律信仰既是一个相当艰深的学理问题,也是一个极其复杂的实践问题,因此,本书的探索只是一个初步,距全面系统还很远,尤其法律信仰的实证分析,更是需要继续探讨的。对此,笔者将做出应有的努力。

1997年6月于山大

① 其中在法律信仰方面,梁治平先生的《法辨》(贵州人民出版社1991年版),其译著《法律与宗教》(三联书店1991年版),龚祥瑞先生主编的《法治的理想与现实》(中国政法大学出版社1993年版)等都进行了有价值的探索。近几年来,论述法律信仰的专题论文也不断发表,除已收在本书中的作者的一些文章外,代表性的还有:刘旺洪:《法律信仰与法制现代化》,载《法制现代化研究》(第2卷),南京师范大学出版社1996年版;范进学:《法律信仰危机与中国法治化》,载《法商研究》1997年第2期;姚建宗:《信仰:法治的精神意蕴》,载《吉林大学学报》1997年第2期;陈金钊:《论法律信仰》,载《法制与社会发展》1997年第3期等。

目 录

自 序	(1)
第一章 法律信仰概说	(1)
第一节 法律信仰:历史、对象及主观条件	(1)
一、历史:法律信仰发展的三部曲	(1)
二、法律信仰的对象:法律及其正义性	(6)
三、主体:法律信仰的主观条件及其与法律的 相契性	(12)
第二节 法律信仰的概念及其意义	(15)
一、法律信仰概念的法理学透析	(16)
二、法律信仰概念的具象分析	(19)
三、法律信仰概念的意义	(25)
第三节 法律信仰与法律怀疑精神	(28)
一、绝对法律信仰与法律怀疑精神禁锢	(28)
二、法律怀疑精神在现代社会对理性法律信仰 的应然价值	(32)
三、法律怀疑精神促成理性法律信仰的外在条件	(38)
第二章 法律信仰的三个法律因素	(42)
第一节 法律信仰与规范神圣	(42)
一、规范神圣与法律神圣	(43)
二、规范神圣:法律信仰的基础和前提	(47)
三、法律信仰:规范神圣的主体表现和对主体的	

结果	(53)
第二节 法律信仰与法律权威	(57)
一、法律权威:法律信仰生成的客观机制	(58)
二、法律信仰:法律权威树立的主观机制	(63)
三、以法律权威塑造法律信仰,以法律信仰 树立法律权威	(68)
第三节 法律信用:法律信仰的实践要求	(74)
一、法律信用的学理含义	(75)
二、法律信用的构成要素	(81)
三、法律信用的本质	(87)
第三章 法律信仰冲突	(92)
第一节 法律信仰冲突:本质·对策·意义	(92)
一、法律信仰冲突:本质及根源	(92)
二、法律信仰冲突的调整原则	(97)
三、法律信仰冲突与理性法律信仰	(104)
第二节 法律信仰的外部冲突	(107)
一、法律信仰之外部冲突概述	(107)
二、法律信仰外部冲突的具体表现	(111)
三、法律信仰外部冲突的调控	(119)
第三节 当代世界的法律信仰冲突	(122)
一、世界性法律信仰冲突的内涵及特征	(122)
二、当代世界法律信仰冲突的主要表现	(126)
三、当代世界法律信仰冲突的症结:公平与效益	(135)
第四章 法律信仰的价值基础	(138)
第一节 法律价值:含义·学说·分类	(138)
一、价值的一般含义	(138)
二、法律价值及其特征	(142)

三、法律价值分类.....	(151)
四、研究法律价值的意义.....	(161)
第二节 价值法律化与法律价值化	(162)
一、法律价值与法律的价值(法律作用).....	(162)
二、价值法律化:由价值推导的法律	(166)
三、法律价值化:由法律推导的价值	(170)
四、价值法律化与法律价值化的区别 及区别两者的意义.....	(174)
第三节 法律双重价值论	(176)
一、现状:我国目前的法律最高价值学说	(176)
二、价值:自由与秩序之二重性	(179)
三、法律规范与法律双重价值.....	(185)
四、法律双重价值的人性成因.....	(191)
第四节 法律价值体验	(196)
一、体验与法律价值体验.....	(196)
二、法律价值体验的过程:环节与要素	(199)
三、法律价值体验与法律价值实现.....	(208)
第五节 法律中立:理性法律信仰的价值基础.....	(211)
一、法律中立的含义分析.....	(211)
二、法律中立的成因探析.....	(214)
三、法律中立的价值定位.....	(220)
四、法律价值中立三题.....	(223)
第五章 法律信仰的社会—主体精神基础	(232)
第一节 礼俗社会的民族精神:伦理精神.....	(232)
一、礼俗社会的基本精神是伦理精神.....	(233)
二、伦理至上:中国意识的基本特征	(236)
三、中华民族精神的伦理特质及其在当代的	

意义与挑战	(240)
四、儒家伦理与现代法律的冲突	(248)
第二节 法理社会的民族精神:法理精神	(266)
一、法理社会及其民族精神要求	(266)
二、中国的法理社会走向	(275)
三、从法理社会看中华民族精神重构	(283)
第三节 法律信仰与民族精神转型	(292)
一、中华民族精神:从伦理到法制的转型	(292)
二、法治:中华民族精神转换的主导价值取向	(302)
第四节 拯救还是自救:法律信仰的个体精神	
基础分析	(311)
一、拯救:一种积淀于全民的心理倾向及其对	
法治的致命影响	(312)
二、自救:一种新的人格精神及其与法治的	
相契性	(316)
三、培育我国法治的人格精神基础	(322)
第六章 法律信仰的制度基础	(325)
第一节 人治制度、权力私化与政治拜权教	(325)
一、封建专制政治:权力私化的基础	(326)
二、权力私化:中国人的“资本”	(327)
三、“政治拜权教”:一种持久的社会意识	(332)
四、现实的反思	(336)
第二节 法治社会的权利权力结构	(338)
一、权利与权力界分及其对我国改革的意义	(338)
二、权利与权力界分:法制现代化的奠基石	(348)
三、注重权利与权力的分化,促进我国法制的	
现代化	(356)

第三节 当代中国的权利权力结构及其变革	(361)
一、权利与权力的功能背反:中国现代化 进程的症结及其消解	(361)
二、寻求中国权利权力的结构性变更—— 以政企变革为例	(376)
第四节 法治权力:法律信仰的权力基础	(387)
一、法治权力的一般含义	(387)
二、法治权力的基本要求	(393)
三、法治权力与本土资源	(399)
第七章 法律信仰的经济基础	(406)
第一节 市场经济的法律调整	(406)
一、市场经济与法律:历史现象的联系	(406)
二、市场经济与法律:社会本质的联系	(410)
三、建立市场经济的法律机制	(416)
第二节 市场经济的法制选择	(418)
一、法制选择:含义界定及经济形态的考查	(418)
二、市场经济的法制选择:内容及定性分析	(422)
三、充分法治化:社会主义市场经济的必然选择 ...	(432)
第三节 市场经济法律主体论 ——一份经济关系与法律表达的比较研究	(435)
一、市场经济法律主体形态:个体化	(435)
二、市场经济法律主体人格:个性化	(440)
三、市场经济法律主体行为:个别化	(446)
第四节 从计划经济到市场经济:法理的革命	(451)
一、从计划经济到市场经济宏观调节模式的 变化:由个别调节到普遍调节	(451)

二、从计划经济到市场经济微观调节模式的变化：从道德调节到契约调节	(456)
三、从计划经济到市场经济：法理的革命	(458)
第八章 法律信仰的理论障碍——法律工具主义：	
含义、危害及其克服	(462)
第一节 法律工具主义的表现、成因及特征	(462)
一、一种法学新传统：法律工具主义及其表现	(462)
二、法律工具主义的成因	(466)
三、法律工具主义的特征	(471)
第二节 法律工具主义的危害	(473)
一、法律工具主义危害概说	(473)
二、法律工具主义与法的曲解	(478)
三、法律工具主义与法的失落	(485)
四、法律工具主义对法治的危害	(490)
第三节 权利主导·价值定位·信仰塑造	
——关于克服“法律工具主义”的理论对策 ...	(496)
一、现代法律以权利为主导的社会结构根据	(496)
二、现代法律的工具价值与目的价值	(499)
三、赢得民心，使法律成为大众的信仰对象	(502)
后 记	(506)

第一章

法律信仰概说

第一节 法律信仰：历史、对象及主观条件

当世纪之交的钟声日渐临近之际，全球绝大部分地方均把法律奉为至上的准则，从国际纠纷的处理到国内事务的操作，法律正在与主体生活须臾不可分。中国社会经济结构的巨大变革使人们明显地感觉到一种危机——传统精神价值日益丧失——的降临。虽然，理智的学者们在注视环球治乱盛衰的变化时，提出了中国精神价值再生的清晰思路——以法治精神为纲，重建中华民族精神；并且决策层为法治在中国的确立殚精竭虑，然而，缺乏信仰支持系统的法律纵然制定得再多，终究涵化不成一种民族精神，从而也无法支持一场以法治为终极目标的改革的成功。为此，探讨法律信仰——法治社会最坚固的支持系统是法理学者的应有使命。本章仅以法律信仰的发展历史、对象及主观条件为论述内容，并最终为法律信仰概念的专门阐释奠定前提。

一、历史：法律信仰发展的三部曲

法律信仰也罢，其它人类信仰也罢，首先是一个历史事实，其

次才是关乎这一事实的概念。既然是历史事实,则对它的概念的探索就必须还原到这一事实中去。

人类是万物之灵,但其成长过程却是一幅充满了艰辛与坎坷、苦难与死亡的历史长卷。不论是自然的压抑,还是人为的动乱,都会使人类产生一种生命无常的心态。倘要使这种心理得到安定,必须有拴系心理的结实木桩,如果没有,人类便会自造出这一“木桩”。确定信仰对象,就是人类为拴系无常的心理而使其正常化所制造的“木桩”。人类的法律信仰史,大致可归结为如下三个时期:

(一)图腾——习惯法信仰时代

最初的人类信仰,大多以“图腾”为首要对象。一种图腾,通常代表一个部落或部族,它既是血缘古今相系的象征,也是维护部落整齐有序、团结和谐的神祇。图腾只是内心的信念,这种内在的东西只有通过外在的行为得以实证。一种整齐划一的维护图腾的行为,要么以主体的内心自觉为根据,要么以统一的社会规则为指导。事实上,前者是不可能的,原因在于每个人所思所想都是有差异的,于是在其支配下的行为会显现出复杂多样、参差不齐的特征。为了使主体的行为在图腾面前规范化,针对图腾所定的具体规则便产生了。原始习惯规则既是主体信仰的产物,又是因图腾信仰而连带产生的“次生”信仰对象,这种信仰可谓之规则信仰。可见,在原始的人类信仰中,图腾信仰与规则信仰具有两分的特征,信仰对象有主(图腾)次(规则)之分,在一定意义上讲,只有图腾才是实体,而规则只是仪式或程序的规定。

法哲学研究的法律,当然包括了原始的习惯法。原始信仰中的规则信仰,已经具有法律信仰的意蕴,这种法律信仰,是建立在对部族图腾的强烈而深沉的信念之上的。如果没有对图腾这一实体的信仰,规则(习惯法)信仰便无由产生;如果规则违反了对图腾信仰的要求,那么因丧失权威性而难以化为信仰对象,从而形不成规则(习惯法)信仰。在人类漫长的原始时代,法律信仰就这样与图腾

信仰混生着,但又主从分别着。这种原始时代基于图腾信仰而产生的规则(法律)信仰可以视为人类法律信仰之历史的第一时期,即习惯法信仰^①时期。至今,这种原始的法律信仰仍在一些蛮族部落发挥着作用,并对文明社会的法律信仰发挥着或多或少或明或暗的作用。今天,我们从对国旗、国徽、货币等的国家法定图饰的信仰及与其相关的法律规则的信仰中,是可以找出原始部族图腾及其相关的规则信仰的影子的。

(二)神灵——宗教法信仰时代

当蒙昧时代的篱笆被拆毁,人类健步迈入文明时代的门槛时,万物之灵并没有消去昔日的困惑,自然的外在压力依然存在,而人为的种种苦难却愈演愈烈,于是各种教人向善的宗教出现于地球的东西南北。在一定意义上讲,信仰是宗教的固有内容,这便是人们往往把信仰一词归诸宗教名下的基本原因。在宗教信仰中,基本的信仰对象是神,不论是自然神还是人格神。不论是多神教还是一神教,神都是其最基本的信仰对象。因对神的信仰,相应地也产生了一些规则,在宗教史和文化史上,这些规则被称为“教法”或“宗教法”。由于宗教与我们时代仍然有着十分密切的关系,因此,教法信仰并不是今人陌生的问题。

与习惯法信仰相似,教法信仰不是首先源于对法律的信仰,而是因为对神的信仰附带到由神所示的法律的信仰,所以这时的法律信仰可被视作是神灵信仰的延续,它也具有信仰对象的主(神)次(教法)之分。如从分析之角度观之,则神灵信仰与规则(教法)信

① 关于习惯法信仰的材料主要有〔英〕弗雷泽:《金枝》,中国民间文艺出版社1987年版;〔美〕摩尔根:《古代社会》有关章节,商务印书馆1987年版;林耀华主编:《原始社会史》第五章,中华书局1984年版;〔德〕施密特:《原始宗教与神话》有关章节,上海文艺出版社1987年(影印版);夏之乾:《神判》,贵州人民出版社1992年版;〔美〕霍贝尔:《原始人的法》,贵州人民出版社1992年版;恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》等。

仰仍是可分的。这种由宗教信仰中分出来的规则(教法)信仰是法律信仰史的第二时期,即宗教法信仰^①时期。中世纪以前文明史中的法律鲜有不受宗教影响者,纵然中国这个较少受宗教影响的国家,在商朝的法令中仍有“非台小子,敢行称乱,有夏多罪,天命殛之”;“予畏上帝,不敢不正”;“尔尚辅予一人,致天之罚,予其大赉汝。尔无不信,朕不食言”^②之类的大量规定。著名的《唐律疏议》在开篇便论及:“易曰:‘天垂象,圣人则之’,观雷电而制威刑,睹秋霜而有肃杀,惩其未犯而防其未然,平其黷墨而存乎博爱,盖圣王不获已而用之。”^③这些均是神灵崇拜在法律中的折射,法律借着神灵之光而被一些人崇拜着。至于中国特有的家族法(习惯法),更是借着人们对祖先(神)的崇拜而被信仰的。今天,宗教法信仰不但作用于教法仍然起决定作用的国家,如一些伊斯兰教国家,而且也作用于世俗法占主导地位的一些国家,如西方一些国家总统手按《圣经》之就职仪式、法定的宗教结婚仪式等。可见宗教法信仰对人类迄今仍具有重大影响。

(三)真理——国家(世俗)法信仰时代

随着科学技术与工业革命的巨大发展,虚无的神灵信仰被人们逐渐抛弃,主体的信仰对象日渐摆脱了图腾或神灵信仰的模式,而转化为真理信仰。应当说,这是人类信仰的巨大历史飞跃。以往的信仰显然主要因于外部世界(包括自然界和人类社会)对主体的压力,而真理信仰的寓意却和主体对自身的信仰紧密联系。主体深深体认到通过自己的努力,外部世界的一切奥秘均是可以认识的,并且这种认识能导致人们实际利益的巨大收获。这在本质上是一

① 关于宗教法信仰的资料在我国甚多,各大宗教中都有教法信仰内容,本书不具体引证。

② 《尚书·汤誓》。

③ 长孙无忌等撰:《唐律疏议·卷一》,中华书局1983年版,第1页。