

HUADONG ZHENGFA DAXUE
XUESHU WENJI

华东政法大学

学术文集

2006

华东政法大學科研處 編

浙江人民出版社

HUADONG ZHENGFA DAXUE
XUESHU WENJI

华东政法大学

学术文集

2006

华东政法大學科研處 編

浙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

华东政法大学学术文集. 2006/华东政法大学科研处编. —杭州: 浙江人民出版社, 2007. 6

ISBN 978-7-213-03501-2

I. 华… II. 华… III. 法律—研究—2006—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 043426 号

书 名
作 者
出版发行

华东政法大学学术文集(2006)

华东政法大学科研处 编

浙江人民出版社

杭州市体育场路 347 号

市场部电话: (0571)85061682 85176516

责任编辑

潘玉凤 郑高洁

责任校对

张谷年 朱银才 戴文英 鞠 朗

封面设计

赵 雅

电脑制版

杭州大漠照排印刷有限公司

印 刷

杭州大众美术印刷厂

开 本

850×1168 毫米 1/32

印 张

18.375

字 数

52 万

插 页

2

版 次

2007 年 6 月第 1 版·第 1 次印刷

书 号

ISBN 978-7-213-03501-2

定 价

30.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与市场部联系调换。

《华东政法大学学术文集》编委会

主 编	何勤华		
副主编	顾功耘	游 伟	郑少华
编 委	(按姓氏笔画顺序)		
	王立民	王虎华	王嘉提
	叶 青	刘宪权	杨正鸣
	张明军	张梓太	何勤华
	岳川夫	邱格屏	郑少华
	宣文俊	顾功耘	徐永康
	殷啸虎	游 伟	傅鼎生

目 录

理论法学

论法官的理性与信仰	王 申(3)
论行政诚信原则	姚岳绒(18)
孔子法律思想批判	杨师群(28)
东方古代法中亚地区的民法贡献	
——对《中亚述法典》、《赫梯法典》的民法剖析	魏 琮(39)
消弭法律负面作用 创建法治化和谐社会	杨鸿台(57)
清末江苏谘议局运作的社会背景	刁振娇(72)

部门法学

论刑事庭前准备程序中的证据开示规范	叶 青(85)
民国时期妾之法律地位研究	许 莉(95)
论重婚罪	
——以无被害人犯罪为视角的考察	王恩海(109)
单位立功的若干疑难问题研究	卢勤忠(122)
情节犯之立法价值探微	
——兼论我国刑法中情节犯的立法模式	李 翔(140)
夫妻共同债务的认定标准	
——评《婚姻法》解释(二)的相关规定	李红玲(153)
浅析民事诉讼中的纠纷快速解决机制	
——从简易程序和小额诉讼程序谈起	杨丽娟(166)
论民事程序选择权	邓继好(180)
中国传统调解制度溯源	洪冬英(194)
国际金融中心的法治环境建设	吴 弘(213)
股东会决议撤销诉讼的实体和程序问题探讨	谢文哲(225)
论公司资本制度的价值观	
——兼评 2005 年《公司法》的相关规定	沈贵明(238)
与拍卖法律制度相关的几个基本问题	刘宁元(250)

论条约在我国国内的接受制度的完善对策·····	王 勇(262)
1961年《海牙遗嘱处分方式法律适用公约》述评·····	罗国强(274)
论银行存款人的优先权及限制·····	祁 群(282)
论银行体制改革中的地方与中央关系·····	夏 荷 郑少华(295)

综合法学

论和谐社会平安建设的新老和谐·····	金其高(313)
大众传媒对青少年犯罪的影响·····	黎明珠 邱格屏(320)
我国社区矫正的立法研究·····	陈和华(333)
评“需要国家干预论”	
——兼谈社会法、经济法·····	董保华 周开畅(346)
产业法新论	
——兼论日本的产业立法·····	方乐华(369)
论金融衍生工具监管法律责任·····	熊玉莲(383)
上海国际金融中心法制环境建设研究·····	宣文俊(396)
税收法治:规范我国税收竞争的利器	
——从加强税收法治化建设的角度谈起·····	刘 伟 毛 杰(418)
国外教育立法的发展趋势及启示·····	卞 琳(426)
知识产权国际化对我国商标立法的影响	
——兼谈我国商标法的第三次修改·····	王莲峰(441)

其他学科

农村社区改革中的政府与社会	
——以安徽省宣城市的农村社区为例·····	吴新叶(455)
品牌延伸策略的剖析与运用·····	陈 渊(467)
近代上海土地管理思想的西方渊源·····	贾彩彦(479)
棉纺村的变迁	
——美国南方转型时期纺织工人社区生活研究·····	黄虚峰(489)
布迪厄:用于划分社会阶层的趣味·····	范玉吉(502)
全景式观察中国电视纪录片节目·····	石 屹(519)
非形式逻辑与批判性思维·····	张晓光(535)
边境管理学学科基本问题探讨·····	苗伟明(551)
略论构建和谐社会的体制基础·····	李 波(565)
后 记·····	(583)

LILUN FAXUE

理论法学

论法官的理性与信仰

王 申

为了厘清法官理性与信仰的关系,我们首先要知道什么是理性,什么是信仰。所谓理性(rational),从最古老的意义上看“就是理论(theoria),两者之间是完全相通的:都是源初意义上的‘看’。”^①至今,理性的核心内容仍然可以赫拉克利特的“逻各斯”(Logos)和阿那克萨哥拉的“努斯”(Nous)加以概括。^②前者指语言或表达,后者指能动超越的灵魂。在现代汉语中,“‘理性’一般指概念判断、推理等思维活动或能力;理性还是划分认识能力或认识能力发展阶段的用语。”^③而信仰,在现代汉语中的一般含义是指“对某人或某种主张、主义、宗教极度相信和尊敬,拿来作为自己行动的榜样或指南”^④,是主体基于社会生活的经验和目的的一种把握方式。对于理性与信仰,自古希腊以来在哲学传统里就得到各种各样的强调,其准确的划分始于培根,笛卡儿和康德建立了成为他们哲学核心内容的检验标准。

自西方中世纪起,理性与信仰的关系在哲学思想上就成了一个问题:一方面,信仰的产生与发展本身就是一个思想进程,人类在追求它的过程中寻得了理性这样一种方式;另一方面,在中世纪的信仰世界

①程志敏:《理性本源》,载《人文杂志》2001年第4期。

②章忠民:《黑格尔理性概研究》,上海财经大学出版社2004年版,第1页。

③《辞海》,上海辞书出版社2000年版,第1467页。

④《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1520页。

里,理性又似乎是没有定论的。由于宗教、伦理和传统习惯等因素,在西方,理性与信仰的问题,在伴随着时代的发展过程中经历了多次的对立与统一的反复。从中世纪的“反对一切理性”,到“尊重理性为自然界、尘界可申求的最高法庭”,以及肯定信仰受到理性的协作的转变。^①中世纪,完整的人类心性被理性之刃所切割,抽象的理性、信仰领域越来越与非理性的东西纠缠在一起,从而淡化理性本身具有的形式主义色彩。原本是超越感性而朝向上升冲动的理性,此时却主要成了达到神秘信仰的超越。这样,理性实际上是被神秘化了,成为一种神的感召。所以,在西方中世纪,理性与信仰的关系结构充满张力并非出于偶然,它充分显示了西方传统思想受古希腊文化及宗教神学影响的双重特征;这也就是马克斯·韦伯所称的,朝着改造世界或支配世界的理性主义发展的西方宗教伦理合理地形而上学了。

近代西方社会与中世纪的不同之处就在于,传统的以宗教为基础的权威信仰几乎不再被认为是天经地义。在中世纪那种只要是权威就能够保证其内容的真实性,能够运用政治权利要求理性服从的做法已经为新时代提出了质疑。在近代,“对这个甚至历史问题的解决也不是诉诸权威而是求之于历史批判新科学的地方,坚持保留那与理性相反的信仰的权威性就呈现出新面貌。这种对不再令人信服为权威的权威的坚持就带有外部强制的特征,并且个人对这类主张的接受也就变成任意的决定。”^②

人类的理性在论证法律信仰存在的必然性与客观性的同时,对法律的认知关系发生了戏剧性的演变。人类最初对理性的追求直接来自于对“除魔”、“除魅”或“去神秘化”的要求。然而“上帝”死了,人们该以怎样的意志与要求来替代对“上帝”的信仰呢?理性的人类寻求到了法律,法律成了理性追求的对象,符合人类正义的理性成了法律的符号,成了代替“上帝”的意志的要求。从更深一层的意义上看,“信仰的精神

^①参见[美]迈尔威利·斯图沃德:《当代西方宗教哲学》,周伟驰等译,北京大学出版社2006年版,第28页。

^②同上,第30页。

往往倾向于利人类群体；而理性的精神往往倾向于利己。”^①这是因为，理性总是用现实之物来考虑它自己，而信仰则抓住非现实之物，并与理性相反地视他们为现实之物。^②在人类思想的发展史上，尤其在哲学发展史上，经常有这样的情形出现：信仰之极便衍生出理性；物极必反，理性之极却横生出信仰。这样的情况不仅发生在哲学家、法学家那里，也发生在法官群体中。

认知的理性嬗变为本体的理性。关于法律是什么的问题从来就是法学中的一个根本问题，而且它与我们的认识又是紧密相连的。对于这种问题，唯一的答案只能是通过我们的经验来加以判断和解决。而这种通过我们长期研究、观察而获得的东西其实就是人类的理性。“理性作为人的一种认识能力，是人类实践(包括前实践)活动的产物，是主客体相互作用机制向主体化过程的产物，是经验之流及其历史积淀。”^③但是，“‘理性’并非铁板一块的实体，甚至信仰与理性的关系也已表现为多种不同的方式，每一种都依据于理性之被理解为何”^④。有人是用自然理性或天赋理性来解释什么是法律的问题；也有人是从技艺理性来解释法律是什么的问题。很显然，不同的立论基础，产生不同的认识。

有学者在论证法的理性与信仰时指出，理性以理智为基础，讲逻辑，计功利。通常说法律理性是法律的生命，所谓法律之治，换言之，即法律理性之治。但准确地说，法律理性是法律之治的大脑。要成就完整的生命，大脑之外尚需有灵魂。对于法律之治来说，这个灵魂不是别的，正是法律理性不足以完成法律之治，健全的法律之治必须以法律信

①黎鸣：《西方哲学死了》，中国工人出版社2003年版，第6页。

②[美]迈尔威利·斯图沃德：《当代西方宗教哲学》，周伟驰等译，北京大学出版社2006年版，第29页。

③贾玉树：《论科学理论的理性基础》，载《自然辩证法研究》第11卷第9期。

④[美]迈尔威利·斯图沃德：《当代西方宗教哲学》，周伟驰等译，北京大学出版社2006年版，第31页。

仰为支撑。^① 在一些西方国家,由于受宗教传统的影响,人们被要求以宗教式的虔诚去捍卫业已形成的法律制度并贯彻法律的精神实质,从而保障实在法在现实生活中的作用。美国法学家伯尔曼就提出:“法律必须被信仰,否则它形同虚设”^②。但也有学者认为,“‘法律信仰’是个错误的命题,人们将苏格拉底的死作为法律信仰的典型是错误的认识。信仰和权威是两个完全不同的概念。‘法律信仰’是缺乏论证的臆想,在中国同样不应该存在市场。‘法律信仰’在中国只可能转移社会价值危机的视线,混淆信仰与权威的概念,是一个根本不适合中国国情的理念。”^③

二

自从法官制度设立以来,法官的理性与信仰的关系就一直成为实践理性中的一个问题。法官对法律的信仰体现的是人类思想理性化进程的一个过程。由于法律的实践特性决定了法官必须用理性的方式来解读法律,并以此来追求社会秩序的稳定性。因此,在爱德华·柯克大法官看来:“有悖于理性的东西就不是法律,理性乃法律的生命。”^④而同时,人们也发现,“理性由此陷入了一个困境。因为,它能够使这个世界上的一切法律归于失败。根据这个理由,不管是谁都可以对不管哪部法律说,它是有悖理性的,因而,就为他不遵守它找到一个借口。”^⑤在信仰的世界里,法官似乎很难寻得确切的理性定论。作为法律生命的理性为什么不是自然的,而是技艺的?这没有人能够给出一个定论。创制法律为什么是权威,而不是智慧?也没有人能说得明白。但有一点是清楚的:法的理性是种实践理性,法官对法的信仰并非如基督徒

①参见许章润:《法律信仰——中国语境及其意义》,广西师范大学出版社2003年版,第4页。

②伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店1991年版,第14页。

③张永和:《信仰与权威》,法律出版社2006年版。第2页。

④⑤[英]托马斯·霍布斯:《哲学家与英格兰法律家的对话》,姚中秋译,上海三联出版社2006年版,第3页。

对神学的信仰,法官的信仰必须是一种与理性思想相伴、相协作的信仰。对法官来说,这类由法的理性相协作的法的信仰广泛地体现在由其所制作的判决书中,其目的在于将法治之道作为普遍有效的真理使人们心悦诚服地接受下来,并信仰它。

对存在于法官思维中的理性与信仰的协作与共存的明晰的反思,必始于对存在于两者之间的张力的澄清。即使这一关系应理解为张力中的统一体而非对立,也应该坚持这一点。对于法官来说,法的理性与信仰的完善统一并不是简单的:法官对法律的信仰并非是宗教式的纯粹的信仰而是一种理性的信仰;是对于可证实的事实所具有的那种理性的信仰,即以其职业感觉为凭证和以社会实践效果为根据的信仰,它没有礼仪崇拜的对象所具有的那种魅力和威势。这种信仰其实也可以说是一种信念,^①是从社会实践出发,运用逻辑的方法论证法律,以理性的方式探索法律,维护对法律的信仰。

法官思维中理性与信仰是协作与共存的。由于理性不同于信仰,理性通过争论和具有说服力的话语和使人信服的证据发现真理;而“信仰乃对某宗教或主义极度信服和尊重,并以之为行动榜样或指南。”^②因此,法官对法之信仰的前提乃是要求其对法律的普遍服从,并以此作为其判断事物的准则。但“理性的本义恰恰又是反对盲从的,它对现实始终保持着一种批判性和反思性,它不承认既成的东西,也就是说,它不预设任何前提。理性具有一种自我反思和自我批判的能力,因而具有一种自我祛魅的内在机制。”^③故此,笔者认为,法官之信仰不能超越理性;信仰一旦超越理性,即先信仰再理性,则理性之生命将丧失;先信仰再理性,此时的理性如同中世纪之理性,只有在宗教信仰的相伴下才能获得合法的存在,理性完全为信仰服务。

^①“信念与信仰不是一回事。不相信上帝仍然是一种信念,而相信上帝已经不仅仅是一种信念。韦伯有信念,一定有信仰。”参见刘小枫:《斯米特:政治的剩余价值》,上海人民出版社2002年版,第62页。

^②《辞海》,上海辞书出版社2000年版,第299页。

^③魏敦友:《理性的自我祛魅与法律信念的确证》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》第23卷第2期。

法官的理性本来是法官用以证明法律正当性的工具、手段和途径，是从法律之公平、正义的规则理念上推论出法律存在的必然现实性，故其最终的依据只能是理性。而且，从理性的本义上看，法官不该成为信仰的主体；因为法官理性在根本上是对一切神圣的对象的批判与解构。所以，对法官而言，其对法的信仰的意义完全是基于权威之上的一种法的理念，是居于法官司法权限之内的信念。在现代社会，如果我们仍然试图通过权威的力量，将那些带有外部强制特征并不再令人信服的权威信仰任意搭配给法官，则所谓法官的理性与信仰只能是人造出来的幻想的自我拯救。

在现代社会的语境里，关于理性与信仰的关系问题的形势已经发生了转化，因为主动权已经移到理性这一边了。它不再是这样一个问题，即法的权威能否被毫无理性地加以接受。其实，自进入现代法律世界以来，传统法律权威的信仰已不被认为是天经地义、毫无问题的真理。在中世纪，单靠统治者的权威能够保证法律内容的真理性，法官对于法律的态度只能够是理性的服从，无论其为良法抑或恶法。而在现代法律中，这个问题基本已经得到了解决，现代法学中的“良性违宪”、“违宪审查”等新思想就是因此而生。可见，现代社会对法律是否遵守并不诉诸权威而是求之于科学理性的新思维、新方法。

当我们将理性作为法官认知过程中的一种逻辑思考能力来看时，它显然就是一种推理能力，也就是作出判断的能力。在逻辑的判断过程中，最重要的也许就是方法了。由于人类知识还不是完美的理智的种类，我们还有太多的不能说明、也无法直观事物的真实本质。所以，以已有的事实材料为依据，对案件结果作出推测性说明，这是人类认知世界的一种方法，同样，这也是法官认知世界的一种方法。法官的推论起点需要接受某种权威的理论假设。当然，对权威理论假设的接受是基于对人类社会可信性的洞察之上的，若假设的理论并不如此明白而可理解；若不再令法官的理性对它的正当性、合法性深信不疑，则我们社会对这种主张的一切外在的保持都是枉然的。“正如休谟曾一针见血地显示过，若一个所谓的权威不再能向我们的理性证明它自己的可

信,则对它的接受也只能以牺牲理智来得到”^①。

为此,有学者建议,“要慎用‘法律信仰’这一词汇,而主张使用‘法律信念’这一词汇,不要以为这仅是语词的问题,它实际反映出时代的特征。我想不会有人认为我们还处在一个神圣的时代,也不会有人反对我们已处在一个理性的时代。(即使有人谈后理性时代我也认为在根本上是一致的,因为后理性正是对传统理性的批判,是回归感性生活。)时代的变化必须起用新的词汇。法律信仰要求我们对我们生活的世界的原则、规则(共识或合意)加以批判地论证,而决不是盲目地信仰。信仰意味着批判意识的丧失,而信念则建立在反思批判意识之上。这种全部是两者之间本质的区别”^②所以说,对于法官的理性与信仰的关系,如果我们不努力加以积极地探索和理解,而只是盲从,则是一种懒惰,它近于玩忽。

法官应将理性看做是一种生活方式,因为理性只有在法官具有道德自由的时候才能繁荣起来。如果是基于外界的命令而被迫去遵从法律的信仰,而不论这些法律为“恶”或“良”,这就不是我们理解的法官对法的理性信仰了。如果理性不为法官的信仰提供支持,那么这种信仰就必须被认为是中世纪的残余思想而被抛弃。故有学者说,“若有一种素质将法律的逻辑力量与伦理品质完美地融为一体,而使法律之为法律,则‘法律信仰’当之无愧。”^③因此,只有当我们发现了理性与信仰的对象有着同一性时,有关法官理性与信仰的种种疑问才会冰释。

三

由于中国司法制度的创建并非来自其传统的文化,而是来自于近

①[美]迈尔威利·斯图沃德:《当代西方宗教哲学》,周伟驰等译,北京大学出版社2006年版,第30页。

②魏敦友:《理性的自我祛魅与法律信念的确证》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》第23卷,第2期。

③许章润:《论法律的实质理性——兼论法律从业者的职业伦理》,载《中国社会科学》2003年第1期。

代西方法学的影响。实实在在地说,中国法学其实本非中国的本土法学,而是西方法学在中国的变形。从意识形态上看,西方法官对法律的信仰与其传统的宗教信仰不无关系。然而,在中国,无论是过去或现在,从来就没有一个普遍、统一的宗教信仰的存在。^① 由于中国社会的文化背景与西方社会的文化背景存在着质的不同,所以,在缺乏宗教文化色彩的法域里,法官是如何对待其法的理性与信仰问题的,或者说,中国法官是以什么样的姿态来对待法的理性与信仰问题的?这至少是我们法理学界一个值得研究的课题。

认知的检审表明,理性并不是铁板一块的实体,其表现方式也是多样的。由于理性的多元性,中国法官的理性当然不能视为那种西方个人理性化的延伸。因为,如果将其视为是西方那种个人理性化的延伸,则可能将中国法官理性的本源立足于西方法官的个体独立化倾向;甚至也可能将法官归入所谓“自然人”^②的视角中。这会给我们当前的司法实践带来许多不便。所以,笔者在此只是将法官的理性定义为法官的职业理性。这样的“理性”本身就包含着一种从法官的职业视角辨别中国法官的职业理性和法律信仰的真伪基础。“这种对理性的理解特征是对理性(ratio)与理智(intellectus)的协调作了区分。按托马斯的看法,理性与理智彼此相连,正如动与静一样。理智居于对真理的宁静沉思之中。同时,理性则从一个表象(vorstellung)移到另一个表象,进行推论(discurtus),从而将某个真理与别的真理联系起来。理智则无需致力于这种推论的思想。他直接地就能看到理性仅仅作为其推论结果才能获得的東西。”^③通过对法官思维特征的分析,我们可以获得对于法官理性认知过程的了解,此时可将其称之为推理、判断;抑或当人们以它来做事时,可以称之为理智。法官理性是所有法官所共有的手

①对于无神论者,过去我们更多的是从唯物主义与唯心主义的角度来解读,但现在也有人从实践理性的视角提出“无神论者的悲哀”的观点。

②在西方人的观念上,理性的人是没有偶像和传统偏见的人,也可以称作自然的人。

③[美]迈尔威利·斯图沃德:《当代西方宗教哲学》,周伟驰等译,北京大学出版社2006年版,第32页。

段或工具,法官所有的知识或技艺都是借助它而获得的。

由于我们对法官理性评价的法理基础通常是以“公正和客观”作为起点,所以,我们就应该以此为基点,通过中国法官的职业本能来认识中国司法的特质性,揭示中国司法活动的本质规律。中国法官的理性基础其实是指其职业所应具备的素质要求,其中蕴含着法官从事专门化活动的理性判断和价值化理解的经验基础。但在当今中国法官身上,这些大多是模糊的,甚至在部分法官身上是缺失的。由于法学教育的落后,我们的法官思维更多的是仍然停留在朴素的“从实践出发”上。对此,有学者指出,“我感觉所谓要‘从实践出发’是眼下一句被说滥了的话,它不能提供更具体一点的指引。因此,与坚持‘从实践出发’者不同,我认为更要紧的是基于对当代知识论成就的把握,发展出有效解释当下教育的方案”^①。法官论证的根据和灵感是来自于理性,也就是说,我们的法官应当依据理性,通过辨识一般的司法理念来把握事物内部、人与事物之间以及人与人之间的某种基本关系。法官对任何事实、人和事件所作的评价,不能基于他本人的那些未经分析的冲动、预见和成见,而是基于他对所有有助于形成深思熟虑的案件证据所作的审慎明晰的评判。

显然,当我们在中国法的语境中讨论法官理性的问题时,已不仅仅是关乎中国法官的理性能力问题,而是涉及中国司法主体相互间语言沟通、交涉与理解的架构,以及对司法行为模式的检讨问题。从现代司法的眼光看,中国的法院“看上去还是像一个现代法治建设成果的体现。它有现代法庭所有的全套仪式,有正襟危坐的法官、有公诉方和被告方,被告方也请了律师到庭等。但是这个有‘现代’面孔的法律机器人才一开动,便顺势掉进科幻电影的时间隧道,最后失去了包公时代。”^②这种“乱象”呈现的是,在当下的社会背景下,中国司法主体根本无法承受和消化现代司法的法治理念。

虽然,在理论上,我们已经将中国的法官职业视为一种专业性强和

^①苏力主编:《法律和社会科学》,法律出版社2006年版,第160页。

^②同上,第163页。