

法治与 中国的 社会转型

中国法学会法理学研究会2010年 年会论文集

主 编 徐显明

执行主编 齐延平 马长山



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治与 中国的 社会转型

中国法学会法理学研究会2010年 年会论文集

主 编 徐显明
执行主编 齐延平 马长山



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治与中国的社会转型 / 徐显明主编. —北京:
法律出版社, 2011. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2492 - 9

I. ①法… II. ①徐… III. ①社会主义法制—研究—
中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 182809 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/钱小红	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/学术·对外出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/固安华明印刷厂	责任印制/陶 松
开本/720 毫米×960 毫米 1/16	印张/39.25 字数/677 千
版本/2011 年 10 月第 1 版	印次/2011 年 10 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 - 2492 - 9	定价:70.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

· 法律信仰与法治 ·

范进学	“法律信仰”:一个被过度误解的神话——重读伯尔曼《法律与宗教》·····	(3)
张玉洁	“法律信仰”语境新探——重读伯尔曼《法律与宗教》·····	(26)
何士青	论公民幸福与法治 ·····	(56)
魏治勋	亚里士多德“法治”概念之“谬误” ·····	(69)
夏纪森	儒家伦理与法治关系刍议 ·····	(90)
涂少彬	社会团结、儒家“活法”与特色法治的法理学逻辑——兼析儒学义理的法社会学流变 ·····	(105)
孙育玮	再论部门法哲学的“双边性”及其深入发展的路径选择 ·····	(123)
刘风景	法律工匠的角色定位——倡导注重细节的法学模式 ·····	(135)
何柏生	法律只考虑正常人 ·····	(152)

· 中国法治的经验 ·

蒋传光	中国特色社会主义法治之路的内涵 ·····	(159)
蒋晓伟	论我国依法治国理论与实践的形成和发展 ·····	(182)
严存生	法治国家建设的政党之维 ·····	(193)
周祖成	当代中国政治法治化发展研究 ·····	(241)
李道军	中国特色社会主义法治精神论纲 ·····	(265)
蒋德海	“以法律监督为本质”还是“以控权为本质”? ——兼论中国检察制度如何体现当代法治的本质 ·····	(276)

· 司法与调解 ·

公丕祥	当代中国能动司法的意义分析 ·····	(293)
陈金钊	从维护法治的角度反思“能动司法” ·····	(311)
黄建武	从能动司法变化看中国法治发展的特点 ·····	(334)

方 乐	当下中国语境中的能动司法:怎样司法? 如何能动?	(357)
张永和 洪磊等	当事人接受调解的主要原因分析	(377)
邓红蕾	警惕司法裁判中的道德化倾向——以教授换妻案为切入点	(409)
瞿 琨	论当代中国社区调解制度的法治经验——以调解场域与调解惯习作为分析工具	(421)

· 社会转型与法律控制 ·

孙笑侠	拆迁风云中寻找法治动力——论转型期法治建构的主体	(441)
汪习根	论法治转型与社会矛盾化解	(460)
魏建国	社会转型中宪政的有无及其治道影响——近代法英美三国历史经验与当下世界各国宪政复兴的启示	(471)
王启梁	当代中国社会转型中的正式社会控制——以基层的法律实践为视角	(496)

· 论文精摘 ·

李瑜青	法治中国特色的三点思考	(527)
魏腊云	服务大局:社会主义法治的重要使命	(529)
孙晓红 沈太霞	大局观·法治·和谐	(531)
占红泮	开放性:社会主义法治理念得以形成的深层原因	(533)
东志鹏	法治、人权与和谐社会	(535)
周世中	当代中国社会结构的转型与和谐社会的建立	(537)
朱力宇	论当代中国法治之路的不可逆转性	(539)
杨昌宇	当代中国法治进程中的文化阻滞力	(541)
李为颖	法治的中国实践	(543)
张 清 陆 昊	乡镇权力运行的法治化研究	(545)
孙祥生	经济先发地区的法治之路	(547)
曹艳琼 赵肖筠	晋商文化中法治理念的传承与发展	(549)
吕建高	西方视域下的法治危机及其应对	(551)
袁建平	法哲学的逻辑起点——应然与实然的区分	(553)

赵 迅	人本型社会契约论略	(555)
吴春雷	杜文雅 法学方法研究之评	(557)
雷 磊	实践法学思维的三个层面	(559)
陈 俊	党领导立法若干问题研究	(561)
程关松	功能主义面相中的政党、人民和法治关系	(563)
廖 奕	法官如何正义地思考?	(565)
房文翠	法律适用的内在约束力研究	(567)
葛 文	司法裁判的弹性:简约、中庸与最大	(569)
张德森	许 娟 论司法民意在当代中国法治实践中的生存空间	(571)
李炳烁	刘同君 能动司法的话语分歧与实践命题	(573)
胡 桥	中国能动司法:表象及背后	(575)
张小军	1949~1952年司法改革演变及若干反思	(577)
刘 国	宪法解释方法:传统与现代之间的区别与成因	(579)
张 华	法律解释的语境分析及我国法律解释权的归位	(581)
刘文燕	环境刑事法律解释问题研究	(583)
聂长建	论案件事实的定性原则	(585)
王广波	论法律实现中的法律清白	(587)
张泽心	谦抑执行理念下的执行和解制度研究	(589)
李爱荣	权利的法律保护	(591)
王寿林	关于保障公民政治权利的若干思考	(593)
翟羽艳	救济权的界分:私力救济与公力救济	(595)
孙 记	论我国公民社会培育中被追诉人基本权利的完善	(597)
李旭东	待遇还是权利?	(599)
钱继磊	从人权保障视角反思全球化	(601)
王子正	社会转型中消费者权益保护法的创新	(603)
穆中杰	耕地红线视域下河南农村殡葬管理法制的现状与反思	(605)
安树昆	吉龙华 从风险社会视角看群体性事件	(607)
江启疆	群体性社会冲突的防治与和谐社会建设	(609)
王春梅	申建平 我国群体性事件的症结与出路探寻	(611)

缪文升	论群体事件替代性解纷机制的完善	(613)
姜小卉	现代化语境下群体性事件的逻辑认识及解决之道	(615)
邱端端	群体性事件的法律对策	(617)
刘双舟	法律监督模式的近代转型及其对当代法治的借鉴意义	(619)
胡正昌	权力制约监督法治化途径探析	(621)

法律信仰与法治

“法律信仰”：一个被过度误解的神话

——重读伯尔曼《法律与宗教》

范进学*

(上海交通大学 凯原法学院,上海 200240)

摘要:基于西方法律传统在现代社会出现的整体性危机,伯尔曼重新审视和考察了法律与宗教在西方法律传统形成与整个发展过程中的关系,以此重新唤起人们对法律的情感与忠诚以及对终极目的与生活意义的信仰,以寻找解决危机之良策。为此,伯尔曼使用了最广义的法律概念。如将其中的“法律”理解为国家制定法,将是对伯尔曼的极大误解,所以,“法律信仰”在我国是一个被过度误解的神话。我国的法律问题不同于西方,我国当下最要紧的是如何培养人们对法律的信任感和守法精神。在我国要想克服社会转型时期政府及其人员的滥权问题并树立法律的权威和法律至上的观念,必须认真对待“法律信仰”,并摒弃使用这一范畴。

关键词:法律 宗教 西方法律传统 整体性危机 法律信仰

自1991年梁治平将伯尔曼于1971年在波士顿大学的系列演讲并于1974年结集出版的《法律与宗教的相互影响》^{〔1〕}翻译成中文以来,关于“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”这句话遂风靡各界,一时“法律信仰”之命题在我国学

* 范进学,男,山东临朐人,上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师,法学博士。

〔1〕《法律与宗教》的英文版的书名是 *the Interaction of Law and Religion*, 准确的翻译是:《法律与宗教的相互影响》。加与不加“相互影响”,对于准确理解伯尔曼的写作意图是大不相同的。伯尔曼欲通过探究西方法律传统历史中宗教对法律的影响、法律对宗教的影响以及它们之间的相互影响,以揭示法律的宗教性与神圣性何以式微并最终丧失的原因,试图重新唤起西方人对法律的情感上的信任,从而使人们自律地遵守法律。

界获得了广泛认同与肯定,笔者亦曾接受并为之鼓噪。^{〔2〕}然而,时过境迁,当笔者重新阅读伯尔曼的《法律与宗教》时,发现所谓的“法律信仰”之意蕴离伯尔曼的初衷与文本意境竟相去甚远,或许我们全都误解了伯尔曼!笔者欲以澄清,不妥处敬请同仁批评正之。

一、西方法律传统的整体性危机与法律宗教之分离

当西方法律传统在经受了基督教、路德教与加尔文教等新教以及近代的法国、美国革命和东方俄国革命等八百多年之洗礼后的20世纪,西方人以及西方整个法律传统,在伯尔曼看来正经历着一场整体性危机,其法律价值和法律思想正处于前所未有的危机之中。^{〔3〕}这场危机的严重程度,伯尔曼认为是“前所未有的”,并将其视为比历史上所出现的任何危机都更加深刻,因为它是“自11世纪后期一直存在至今的整个法律传统的危机”。^{〔4〕}这一危机表现在法律传统上则是:所有继承西方法律传统的国家的法律制度都一直根源于某些信仰和假设——诸如法律结构上的完整性、法律的不断发展和它的宗教根基和它的超

〔2〕 笔者围绕“法律信仰”问题曾发表过三篇文章:1998年发表在《中国法学》第3期上的《试论法律信仰的若干问题》、1997年发表在《法商研究》第2期上的《法律信仰危机与中国法治化》和2007年发表在《江苏行政学院学报》第3期上的《权利:从法律到信仰的路径选择》。

〔3〕 [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第38~39页。

〔4〕 同上,第43页。其渐次表现是:第一阶段发生在第一次世界大战之后,当时的艺术家、诗人和小说家所运用的空间概念、时间概念和语言本身在解体与崩溃。第二阶段是20世纪30年代出现的思想激变,当时西方传统的社会、政治和经济结构业已丧失其正当性。这当然与第一次世界大战以及随后席卷西方社会的那场经济危机有关。第三阶段是20世纪50年代后期,美国社会的道德危机,尤其是年轻人对社会的极度失望与价值颓废(参见伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第9~10页);整体危机的表现还可进一步参看伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第39~48页。德国社会学家格罗尼迈尔在2006年也指出:“当今社会最大的危险或许就是对过去回忆的缺失,即割断了与我们文化中道德权威的联系”,是伴随着人们生活了几百年的文化和社会传统的消失的危险(参见[德]赖默尔·格罗尼迈尔:《21世纪的十诫:新时代的道德与伦理》,梁晶晶、陈群译,社会科学文献出版社2007年版,第2~3页)。

越性等——不仅正在从法哲学家、立法者、法官、律师、法律教师和法律职业的其他成员头脑中消失,而且正在从作为整个人民的绝大多数公民的意识中消失,正在从法律本身中消失;法律正在变得更加零碎、主观、更加接近权术和远离道德,更多关心直接后果而更少关心一致性和连续性;同时,几乎所有西方国家今天都受到了对法律玩世不恭态度的威胁,这个态度导致了各阶层人们对法律的蔑视。^{〔5〕}伯尔曼对西方社会法律传统危机的直觉与反映或许有些放大,但他的观察与现实应当说基本吻合的,因为法律不被遵守以至于避法的现象十分普遍,就像伯尔曼所说的,人们普遍违反税法,几乎没有一个行业不以某种形式规避政府的规章,政府本身从上到下都卷入了非法活动之中。^{〔6〕}无独有偶,20世纪末的1998年,一个德国社会学家赖默尔·格罗尼迈尔也在大洋西岸尖锐地指出:“当人们的行为有违道德,他们已不再战栗。法学家犯法已不再新鲜,医务人员为了自己的目的而滥用人体也不再令人惊讶。当人们面对上帝的惩罚或破坏神圣法则而毫无敬畏时,一切都成为可能。”^{〔7〕}

西方法律传统为何到20世纪出现了伯尔曼所认为的整体性危机?其中的根源是什么?按照伯尔曼的观点,这场危机出现的根源在于西方社会的人们“对作为一种文明、一种社会共同体的西方本身的信念和对19世纪以来维系西方文明的那种法律传统普遍丧失了信心”。伯尔曼将其视为一种“信心危机”^{〔8〕}和一种“精神危机”,^{〔9〕}即对西方传统法律的悠久历史丧失了信心,对法律的认同感和目标的失落以及它的历史性的丧失。归根结底,伯尔曼认为,这场整体性危机的出现是“与宗教信仰和法律信任的丧失有关”,也就是人们“对于正式的宗教和法律的幻灭”;这种幻灭“意味着我们从根本上丧失了对于基本的宗教价值和法律价值的信任,意味着对使生活变得有意义的超验实体的信仰和委身意识逐渐消失,以及对于带来社会秩序与社会正义的任何一种结构和秩

〔5〕 [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第46页。

〔6〕 同上,第46~47页。

〔7〕 [德]赖默尔·格罗尼迈尔:《21世纪的十诫:新时代的道德和伦理》,梁晶晶、陈群译,社会科学文献出版社2007年版,第22~23页。

〔8〕 [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第194页。

〔9〕 [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第200页。

序的信赖和归属感的式微”。^[10] 所以,伯尔曼最终将这场危机的主要征兆归结为社会成员对法律信任的严重丧失与宗教信仰的丧失殆尽。^[11] 至于如何解释西方人对于法律和宗教之信仰的幻灭固然有许多原因,但是伯尔曼相信,“法律与宗教的截然分离”是最重要的原因,即人们没有能够正确认识正式的法律和宗教制度以及基本法律价值和宗教价值之间的关联。

在伯尔曼看来,法律与宗教在所有社会中虽是两个截然不同但却彼此相连的社会经验向度,它们既彼此存在着某种张力,又彼此相辅相成、相互影响与渗透:法律以其稳定性制约着未来,宗教则以其神圣观念向所有既存社会结构提出挑战;法律赋予宗教以社会性,宗教则给予法律以精神、方向和法律所获得尊敬所需要的神圣性;而在法律与宗教彼此分离的地方,法律很容易退化为僵死的法条,而宗教则易于变为狂信。^[12] 伯尔曼进而解释说:在任何一个社会,即便是最发达的社会,都存在对超验价值的共同信仰,存在对一个终极目的的共同信奉和关于神圣事物的共同观念;同样,在所有的社会,即便是在最原始的社会,也会有实现社会秩序的结构和程序、有分配权利和义务的既定方式和关于正义的共同观念。前者言指宗教,后者言指法律,无论宗教和法律,它们共享仪式、传统、权威和普遍性四个要素,人们借此培养和外化法律的情感,而没有人们对法律的情感,法律将退化为僵死的法条;同样,宗教若缺乏了法律的要素,则会退化为私人的狂信。^[13] 申言之,法律与宗教不仅是社会经验的两个向度,而且也是人生不可分离的两个维度:法律使人生活得有秩序、有公正、有尊严,宗教使人生活得有信仰、有意义、有目的,一个人不能没有法律,否则其权利没有保障;同时也没有宗教,否则就失去人生终极意义与目的的精神追求。物质的创造与精神的寄托是人生的重要内涵,它们之间是一个完整的和谐的整体。所以,伯尔曼指出:“人类随时随地都要面对未知的未来,为此,他需要对超越其自身的真理的信仰,否则,社会将式微,将衰朽,将永劫不返。同样,人类处处、永远面对着社会冲突,为此,他需要法律制度,否则,社会将解体,将分崩离析。生活的这两个方面处于紧张之中,然而,若没有另一方,则任何一方都不能够圆满。没有宗教信仰的法律将退化为僵死的法条;而没有法律的宗教信仰将蜕变

[10] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第10页。

[11] 同上,第9页。

[12] 同上,第12页。

[13] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第40页。

成狂信。”^[14]而20世纪的西方社会,无论在信心还是在实践上,都将宗教与法律之间在历史上形成的内在联系割断了,宗教在很大程度上成为个人的私人事务,法律在很大程度上成了实证主义下的工具性法条。因此,当人们不再从法律中获得宗教性的神圣情感与目的归属感时,法律就变成了纯粹的冷冰冰的规则,成了推行政治、经济、文化的工具。格罗尼迈尔认为:“随着对上帝信仰的逐步摧毁,随着至善观念在哲学上的瓦解,在某种程度上已成为人类思维自然前提的道德也走到了尽头。……对意义的向往有朝一日堕落成了关乎自我实现的问题,那时它也就没了指望。”^[15]在西方法律传统中,法律曾凝聚而成的宗教神圣性与目的性在日益世俗化的过程中不断被祛魅而消解。伯尔曼认为,西方传统中的法律“不仅包含着人的理性和意志,而且还包含了他的情感、他的直觉和献身,以及他的信仰”。^[16]换言之,法律虽是一种规则,但也蕴涵着人的目的与价值,人们之所以信任法律并自愿服从法律,是因为法律之中有着他自己的情感乃至信仰。换言之,法律体现着个人信仰之情感,这与法律就是一种信仰是完全不同的。《尚书》说:“爱人者,兼其屋上之乌。”法律不过就是信仰者之“屋上之乌”。当下人们对法律的蔑视与玩世不恭的态度,恰恰意味着法律自身中所蕴涵的情感因素消失了,从而导致人们对不再相信法律了,意味着现存制度结构和程序意义上的法律失却了其神圣性,意味着人们将法律与宗教之间的组

[14] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第38页。笔者根据伯尔曼对法律与宗教关系的阐发,将中文译本中的“没有信仰的法律将退化为僵死的法条;而没有法律的信仰将蜕变成狂信”理解为“没有(宗教)信仰的法律将退化为僵死的法条;而没有法律的(宗教)信仰将蜕变成狂信”。因为,加与不加“宗教”事关文本确切意义的理解与把握,伯尔曼在纵论法律与宗教的关系时,一直强调宗教对于法律的影响,宗教是关乎信仰,法律关乎信任与服从,一旦宗教仅仅成为私人的个人事务,法律成为实证主义的法条规则,则二者之间的关系将被割裂,历史传统之中所形成的法律与宗教的内在勾联将丧失殆尽,西方法律传统中法律曾蕴涵的神圣性以及宗教曾包含着的法律性也将不复存在。如此一来,在没有宗教信仰的社会中,法律就退化成了僵死的法条;而在缺乏法律性的宗教信仰中,宗教信仰就成了狂信。所以,文句中如果不加上“宗教”,就使人误以为失去了信仰的法律将成为法条,而没有对法律的信仰就成为狂信。个中体味需仔细酌量,否则就会南辕北辙。

[15] [德]赖默尔·格罗尼迈尔:《21世纪的十诫:新时代的道德与伦理》,梁晶晶、陈群译,社会科学文献出版社2007年版,第2~3页。

[16] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第3页。

带割断了,或者宗教的隐喻和法律的隐喻之间的联系破裂了。宗教与法律间纽带的无情断裂,才导致社会陷入混乱乃至危机的根本原因。在该意义上,伯尔曼才断言:作为解决纷争和通过分配权利与义务的法律,与作为终极意义和生活目的的集体关切与献身的宗教,乃是人类经验两个不同的方面,但它们各自又都是对方的一个方面,它们一荣俱荣,一损俱损。^{〔17〕} 所以,既然西方法律传统的整体性危机的根源是宗教与法律的分离,那么如何修补它们之间的裂缝并恢复法律的宗教性和宗教的法律性就是伯尔曼提出的根本问题,为人们重新思考这一问题提供了努力的方向。

二、法律世俗主义与理性主义以及批判

笔者认为,伯尔曼的学术贡献就在于他通过对西方法律传统在形成与发展过程中寻找法律与宗教之间的内在相互勾联,批判法律的世俗主义和理性主义而找到法律与宗教在现代社会中的共同元素,以此试图唤起公众对法律矢志不移的忠诚和遵从法律的普遍信任。法律世俗主义是近代以来随着法律宗教性的逐渐祛魅而蕴涵其中的神圣信念与自然法信仰的衰落,尤其是法律实证主义的兴起而将法律局限于主权者意志的表达或规则的集合,并视法律为推行特定政治、经济和社会政策的精心制作的工具。法律实证主义的基本观点就是主张法律与道德分离,认为法律是一回事,其道德优劣是另一回事。法律规则主义和概念形式法学喧嚣甚盛,法律不再反映关于终极意义与生活目的的观念,其“任务是有限的、物质化的、非人格的去发挥某种功用,让人们依某种方式行事”。^{〔18〕} 而法律的这种世俗性概念,则是与理性概念有着密切的关联。所谓法律的理性主义意味着法律的功利主义,“立法者诉诸民众计算其行为后果、估量他们自己的和别人的利益以及权衡奖惩的能力”,从而法律人像经济人一样,成了不关心终极目的而一味任用理智的人;法律制度也像经济制度一样,成了科层制而独立于整体目的。^{〔19〕}

伯尔曼对法律世俗主义与理性主义的观点进行了批判。在他看来,人们服从法律主要不是基于其强制力的制裁,而信任、公正、信实性和归属感较强制力

〔17〕 [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第69页。

〔18〕 同上,第15页。

〔19〕 同上,第150页。

更重要,他指出:“正是在受到信任因此而不要求强力制裁的时候,法律才是有效率的;依法统治者无须处处仰赖警察。”^[20]他认为,真正能阻止犯罪的还是守法传统,而这种传统植根于一种深切而热烈的信念之中,那就是,法律不只是世俗政策的工具,它也是终极目的和生活意义的一部分。^[21]实际上,法律的实现的确不只是依凭国家的强制力,因为社会大多数成员之所以守法,并不是仅仅因为害怕遭受法律的制裁,而是内心认定法律要求做的或禁止做的合乎自己的道德信念,从而自愿守法。因为法律自身蕴涵着某些目的价值,而法律的目的性价值则是与超越理性功利的真理和正义的信仰有密切关联的。法律也不像法律现实主义者所称的那样,只是法官的主观预测或法官的判决,伯尔曼举了阿诺德的例子,当他作为一个耶鲁大学法学院教授在课堂上大讲特讲法官只根据他们的偏见作出判决时,一个学生问他本人作为法官时是否也如此审判,他回答说:“这个,在课堂上,我们可以坐而论道,剖析法官的行为,但是一旦你黑袍加身,坐在高高的法庭之上,被人尊称为‘阁下’,你就不得不相信,你是在根据某种客观标准行事。”^[22]可见,法律并非只是一纸判决,它蕴涵着某种客观正当的标准。

伯尔曼认为,世俗一理性模式下的法律观将法律去宗教化和神圣化,实际上是忽略了法律中某些超越理性的因素,忽视了宗教与法律共享的仪式、传统、权威和普遍性之元素,这四种元素是法律获得合法性、宗教性与神圣性的纽带和桥梁。首先是法律仪式,如法官法袍、法槌、假发、法庭庄严的布置、尊敬的辞令等符号化以及严格的出庭顺序、誓言、致辞的形式等,都表征着法律的神秘性与宗教神圣性,这种符号与仪式不仅令法官本人也使参加审判的所有人(陪审员、律师、当事人、证人、公诉人、公众等)乃至整个社会都铭记不忘:“肩负审判重任者必得摒除其个人癖好、个人偏见以及先入为主的判断”,“使自己的个性服从于法律程序的要求”,如此一来,“法律正义的崇高信念——客观、公正、一致、平等、公平——就被戏剧化了”,^[23]从而验证了“正义不但要伸张,而且必须

[20] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第17页。

[21] 同上,第18页。

[22] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第19~20页。

[23] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第21页。

眼看着被伸张”的戏剧效果。通过这种类似宗教仪式的法律仪式的正义戏剧化,实际上乃是被深刻体验到的价值的戏剧化,这种戏剧化容易唤起对法律所体现的终极价值与生活意义的信仰,法律仪式在伯尔曼看来是如此重要,“如果没有这个戏剧化的过程,那些价值便无以存身,意义尽失”;^[24]从而“这种仪式一旦终止,法律便丧失其生命力”。^[25] 其次是法律的传统。伯尔曼经过研究认为:西方法律传统的形成是源于1075年的教皇革命,其后又经历了1517年的路德新教革命、1640年的加尔文教英国革命、1789年的法国革命、1787年的美国革命和1917年的俄国革命,虽然“每次革命最终产生了一种新的法律体系,它体现了革命的某些主要目的,它改变了西方的法律传统,但最终它仍保持在该传统之内”。^[26] 换言之,西方法律传统虽历经八百多年的六次革命性的变革,法律的目的与价值也有所变迁,但法律传统的历史与延续性却未中断,而法律传统中的延续性包含了与超理性和宗教有密切关系的人类时间观念,对法律的解释就不能仅依世俗的和理性的观念来解释,“它必须根据对过去所做的事情的重新解释来改变”。^[27] 再次,法律的权威。法律不仅是写在人们心坎上的,更是写在纸上的成为有权威的法典文献,如宪法、制定法、先例、习惯等。人们在遇到纷争时总是要诉诸法律,因为在他们看来,法律具有权威,立法者或法官都要受制于宪法或法律的约束,而制宪者则受到高级法的拘束。最后,法律包含着道德价值的普遍性,因为没有一个社会允许其成员随意撒谎、欺骗、偷窃或暴力,法律的基本价值和原则如契约应该履行、损害必须赔偿、杀人偿命、有借必还等,都反映着人性和社会秩序的要求,这些道德上被认为是正当的东西,在所有的社会都公认具有法律的拘束力。由于“所有法律制度都不仅要求我们在理智上承认社会所倡导的合法道德,而且要求我们以我们的全部生命献身于它们”,所以,“正是靠了宗教激情,信仰的一跃,我们才使法律的理想与原则具有普遍性”。^[28]

伯尔曼这种寻求法律的宗教性的学术努力,是试图让世俗化与理性化的工具性法律获得某种普遍真理、受人尊崇而重生。因为,伯尔曼认为,只有让人们

[24] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第22页。

[25] 同上,第23页。

[26] 同上。

[27] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第25页。

[28] 同上,第30页。