

法律文化研究文丛

法律与宗教

伯尔曼 著
梁治平 译

中国政法大学出版社

法律与宗教研究丛书

法律与宗教

伯尔曼 著
梁治平 译

1993年11月第1版

1993年11月第1次印刷



法律文化研究文丛

法律与宗教

伯尔曼 著
梁治平 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律与宗教/(美)伯尔曼著;梁治平译. —北京:
中国政法大学出版社,2002. 11
ISBN 7-5620-2297-6

I. 法... II. ①伯...②梁... III. 法律—关系—宗教—研究
IV. D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第088964号

书 名 法律与宗教
项目编辑 张 越
封面设计 沈 颢
出 版 人 李传敏
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230mm 1/32
印 张 7.875
字 数 155千字
版 本 2003年8月第1版 2003年8月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2297-6/D·2257
印 数 0 001—5 000
定 价 18.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

主编者言

《法律文化研究中心文丛》自1996年问世以来，已经出版著作10种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平 谨识

增订版译者前言

“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”。自上个世纪九十年代以来，这句引文在法律学者和学生们笔下和口中如此流行，以至引用者常常省略了这个引语所由出的那本小书——《法律与宗教》——和它的作者——哈罗德 J. 伯尔曼。

事实上，在过去十年的法律译著当中，《法律与宗教》可能是读者最众和被引用最多的一种。不过，本书自 1991 年出版，当时印行 6000 册，之后没有重印，其数量无法满足读者的需要，也是可以想见的。我猜想，有些《法律与宗教》的引用者可能并未读到原书，这可以部分地解释上段说到的那种情形。无论如何，这次有机会将本书再版，是一件令人高兴的事情。

着手再版，想到的第一件事是改正初版翻译和印刷中的各种错误。另一件事是考虑能否增加一些新的内容，以令读者更好地了解作者和作者在这本小书里表达的思想。先说后一件事。

《法律与宗教》的英文原书出版于 1974 年，这个中译本

2 增订版译者前言

面世也已经有十二年。这十二年（更不用说三十年）里，作者从不曾停止思考和写作。在这些年发表的大量文字当中，作者最有分量的著作应属探究西方法律传统起源的巨著《法律与革命》（原书，1983；中译本，1993），和题为 *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*（《信仰与秩序：法律与宗教的调和》）的论文集（1993）。这些著作都可以归在“法律与宗教”这个大题目下，都与《法律与宗教》一书中表达的关切密切相关。不过，正如作者本人所说，《法律与宗教》并非传统意义上的所谓学术著作。它是那种富于思想性、挑战性和预言性的论说。因此，我更关心的是，作者在差不多三十年前表达的思想，现在有哪些值得注意的改变或者发展。千禧年的到来为我们了解作者的思想提供了一个很好的机会。

本书附录所收的三篇文字都与千禧年有关。这部分是出于巧合。我选了收为附录一和附录三的两篇文章。前者重点在《法律与宗教》结尾处提及的人类共同的法律与宗教，而更形具体；后者是一篇接受中文媒体的访谈，因此与中国更多关联。有趣的是，我以上述想法商诸作者，征询其意时，他所推荐的便是附录二的那篇立于世纪之交回顾过去展望未来谈西方法律传统和世界法的大文。这是一个意味深长的巧合。因为在伯尔曼的法理学中，千禧年是一个极具符号意味的概念，是我们理解其思想精义的关键节点之一。

作为一个宗教观念，一个西方宗教观念，千禧年指向一

种特定的时间观念，一种具有特定含义的历史观。它引向一种灾难将至的危机意识、死亡与再生的观念、过去与未来的关系，总之，一种意蕴丰富的末世学。这些，可以说是伯尔曼毕生学术与思想最核心的部分。从这本小书开始，我们便熟悉了这些基本观念及其用法。

实际上，时间也许可以说是伯尔曼思想中最重要的维度，除上面提到的基本范畴之外，他的另一些重要概念，如历史、传统、历史性、世代、生长、发展、生生不息等，也无不与之密切相关。这种对时间维度的再三致意和反复强调在作者晚近的文章和演说当中，不仅没有减弱，而且得到了更明晰更准确因此也更有力的表达。比如对“传统”的界定：

所谓“传统”，我指过去与未来之间那种延续性的意识，就如 Edmund Burke（伯克）所说的那种代际之间的合伙关系，返身向我们的先祖寻求向未来世代行进的启示。Jaroslav Pelikan 曾以这种对传统的忠诚与泥古主义（*traditionalism*）相对照。他写道，泥古主义是对生者的死的信仰，传统则是对死者的活的信仰。前者仅仅是对过去的重复，是为历史而历史，是历史主义（*historicism*），全不同于我所谓的历史性（*historicity*），即改变以往的经验以解决新问题，一种历史延续性的意识，一种生生不息的观念。（本书“附录二”）

西方法律思想的危机，也是西方人所面临的所谓整体性

危机的征兆之一，便是对这种传统的懵然无知，是这种传统意识的丧失。反映在法理学中，便是历史法学被长期地忽视，乃至从二十世纪的法学中消失，或者，名存实亡。

早在 1950 年代撰写和出版的著作中，伯尔曼就谈到对融合法理学中三个主要派别——实证主义法学、自然法学和历史法学——的需要和可能。1980 年代以后，这种想法发展成为一种对他所谓整体法学（Integrative Jurisprudence）的有意识的探究。这是一种综合的法学，其要义不只是吸收传统法理学中三个主要派别中各具真理性的因素，使融合为一，而且要把实证主义法学和自然法学之间的论争引入时间/经验的维度中，因为只有在特定历史情境之下，这些论争才实际具有意义。仅仅从这个意义上说，历史法学在伯尔曼的整体法学中也具有核心地位。

历史法学是十九世纪颇有影响的学说，但它在二十世纪不但大大地式微了，而且丧失其原有之规范和证成含义，而日益具有一种经验的法律社会学性质，或者蜕化成为一种缺乏生命的技术化的法律史。因此，伯尔曼在其整体法学中意欲复兴的，既非浪漫的民族主义，也不是盲目的历史主义，而是保有他所谓历史性的真正的历史法学——萨维尼的那种历史法学。这种法学乃是基于这样的前提，即

特定民族某一长时间的历史经验将此民族引向某些方向；尤其是在法律方面，特定民族法律制度经由其中发展起来的过往时代，有助于确定其法律应当据以制定和解释的标准，以及，

其法律制度要努力达成的目标。(Berman, *Faith and Order*, p. 305)

历史不再简单是针对过去的事实陈述，而是一个为人们提供标准和目标的经验宝库。历史指引当下和未来的行动，具有重要的规范和证成意义。在伯尔曼看来，正是这种视历史为**命定 (destiny) 和使命 (mission) 的西方的历史观**促成了历史法学，因此，二十世纪历史法学的衰落，是同这种西方历史观和历史意识的失落联系在一起的。(参见 *Faith and Order*，页 306) 它们所表明的，就是作者在《法律与宗教》一书中深刻检讨的西方法律与宗教的危机，西方文明的危机。

具有规范和证成意义的历史不仅是一种时间的概念，同时也表现为经验。在伯尔曼的整体法学中，法律被定义为“**基于经验的正义与秩序的平衡**” (*Faith and Order*，页 297)。这让人想到霍姆斯大法官的名言：“法律的生命不是逻辑，而是经验”。不过，霍姆斯并非历史法学的传人。他所谓经验也不是法律本身，而是法律有效性的隐藏的渊源。因此，对霍姆斯来说，历史解释了规则，但不证成规则。(参见 *Faith and Order*，页 297 - 298，注 15) 这不是历史法学，而是实证主义法学。而单凭实证主义法学，或者再加上自然法学，并不能有效地应对时代的危机和挑战，因为时间/经验之维的阙失本身，就是危机之所在。

在本书“附录一”所收的文章中，伯尔曼批评了实证主义的法律概念，他认为这种法律概念过于狭隘，无助于我们

了解、说明（更不必说参与创造）正在形成的世界秩序和世界法。而一个全球法律秩序的出现，不仅是二十世纪以来我们社会生活中最具重要性的发展，也是人类历史上划时代的大事件。它表明了一个旧时代的终结和一个新时代的开始。这一事实本身就是危机的表现。

伯尔曼把世界法的构成大体分成三个部分，即传统上处理国家间关系的国际公法，主要涉及国际组织的联合国法，和数量巨大的契约性和习惯性的法律规范，这部分法律所处理并非国家之间的关系，而是从事于跨国经济和其他活动的个人、企业和组织之间的关系。按照这样的划分，则世界法的内容便不只是经由主权者参与制定、批准和执行的条约和公约等，而且包括由大量的、活动于不同领域的国际非政府组织参与创造的秩序和规范，更包括无数个人、企业和群体在其日常交往和实践中创造的大量的国际性习惯、惯例和规范。换言之，世界法的相当一部分是所谓习惯法，它据以发展的基础，

基本不是民族国家的集体政治意志（如实证主义理论所要求的），也主要不是一种表达被普遍接受的程序和实质正义的标准的道德秩序（如自然法理论所假定的），而主要是一个共同体的生生不息的共同历史经验。引用历史法学派奠基人、伟大的十九世纪德国法学家 Friedrich Karl von Savigny（萨维尼）的话说，这是“首先因习惯和民众的信仰、然后因法学家的活动——因此到处都是因内在的无声运行的力量、而不是因一个立法者的

专断意志”而得发展的一套法律。(本书“附录一”)

这段引文提到**共同体**，提到**生生不息的共同历史经验**，再次表明作者对历史法学传统的倚重。虽然三个主要法学派别实际上都可能使用共同体这个概念，但其所指各不相同。简单地说，实证主义法学强调国家及其意志，自然法学强调人类及其理性，历史法学则强调人民或者民族及其经验（惯常的说法是“民族精神”，但伯尔曼不认为把 *Volksgeist* 翻译成 *spirit of the people* 可以接受。他更属意的译法是“民族理念”或者“共同体价值”。详参 *Faith and Order*，页 299 - 300)。对伯尔曼来说，一个跨越国界的世界性共同体的形成，乃是世界秩序和世界法得以出现的契机。一方面，世界秩序和世界法为满足世界共同体的需要而产生，另一方面，世界共同体创造和实现了世界秩序和世界法。而这个世界共同体既不是抽象的人类共同体，也不限于民族国家共同体，而是在特定历史条件下、经由特定方式和以具体形式结成的人类联合。世界法之政治的和道德的方面正应被置于此一世界共同体逐渐形成的历史情境中加以了解和审视。因此，作者认为，只有借助于把三个主要法学思想传统融合于一体的整体法学，二十世纪后半发展起来的世界共同体的法才能够得到恰当的解释、证成和引导。

在《法律与宗教》的最后一章，伯尔曼谈到“人类的沟通”和“公社”。在他看来，这不止是人类交往和联合的两种形式，也是新旧交替之际人们试图克服危机开创未来的新

的尝试，或者，用作者富于预言性的话说，是一种经历死亡和求得再生的生命经验。在作者后来的许多文章和演说中，“人类”的方面（世界社会、世界共同体和世界法等）谈得很多，“公社”的方面（民族国家内部小规模的人群）则讲得较少。这自然有其原因。不过，我们不必夸大这种差异，而应看到作者持续而深切的关注根本上的一致性。因为无论世界共同体还是公社共同体，它们都是人类的自愿联合，它们以各自方式创造合作纽带，拓展和维护其繁荣所必需的秩序，为此，它们都需要法律，也都需要宗教。最终，它们也都创造出了属于它们自己的法律与宗教。

记住，这里所说的共同体不是或者主要不是民族国家，这里所说的法律和宗教也不是流行意义上的那种。事实上，民族国家的崛起距今不过三、四百年，把法律视为主权者意志和国家专有物的学说直到十九世纪才开始大行其道，至于官僚国家全面进入和控制社会生活，这种现象只是到了二十世纪下半方才日趋普遍。而在西方法律传统中，

法律不仅而且主要不是来自国家的立法权，也是而且主要出自许多个人和群体在其日常的相互交往中创造的关系。人民、社会而不是国家、政府权威一直被认为是法律的主要渊源。组成各种联合的人们、建立相应的权利和责任的雇主和雇员、彼此间订立协议的商人们、把孩子们抚养成人的父母们——他们建立了各种民间（unofficial）法律关系，创造

了可以被恰当地称作习惯法的制度。以往，人们一直认为，习惯法、民间法是国家法、官方法的主要渊源；国家法的主要功能之一，便是执行出自习惯法的权利和责任。（“附录二”）

当这种传统被人们遗忘和忽略，当法律仅仅被理解为国家自上而下地制定和执行的一套规则，当官僚国家通过无论行政还是法律手段渗入和控制了社会生活的各个方面，当社会在此过程中日益萎缩而不再是法律与宗教的创造之源，这时便大难将至。在伯尔曼看来，“二十世纪，国家吞噬了社会”正是危机中危险的一面，而恢复和更新西方法律传统，令社会重获生机，使法律不仅出自国家，而且也出自社会，出自各式各样的志愿联合组织，则是危机中机会的一面。作者对社会，对志愿组织，对无论是公社还是世界共同体，寄予厚望焉。

与许多喜谈全球化者不同，伯尔曼始终采取一个特殊主义的立场。谈西方法律传统是如此，标举历史法学也是如此。所谓世界共同体不是抽象的人类联合，而是产生于特定历史环境的人类组织形式。同样，世界秩序和世界法也不是永恒不变的人类理性和道德原则的演绎，而是伴随世界共同体成长和为满足其需要的而在实践和经验基础上发展出来的一套有着多种渊源的规范。更重要的是，所有这些都是时间在逐步显现和发展起来的，它们各有其传统和渊源，各有

其经验基础，或说，各有其历史。

然而，这种特殊主义的立场本身也蕴含了内在的紧张。把历史视为不只是单纯的变化，而且是意味的变化，一种展现于时间中的方向，进而内含某种目的或者命运。这种源于西方宗教的对一种神意历史（a providential history）的信仰，不但如伯尔曼所相信的那样曾经被植入历史法学，（详见 *Faith and Order* 页 309 - 310）而且也是启蒙时代以来许多世俗宗教和人文主义哲学的思想核心。换言之，作者视为再生之源而欲复兴的传统不仅本身就包含了反特殊主义的因素，而且事实上至今仍然支撑着各种流行的普遍主义宏大叙事。

此外，即使不考虑这一点，由一种特殊主义的立场如何最终达至世界大同也始终是一个问题。尤其是，这里涉及的不仅是一个世界共同体，也不仅是一种世界秩序和世界法，而且还是一种共同的语言和共同的宗教。从历史、传统、经验去想象和构建这样一个共同世界并非不可能，但也问题重重。这些不只是方法论的问题，也是经验的问题。这是一个极不完美的世界，充满苦难、不幸和冲突。即使是正在出现的世界秩序，即使是那些所谓自愿联合，即使是出于协议和契约的规范体系，也未尝不包含有形和无形的支配、统治和对抗。对于这些复杂问题，作者即使提到，也未作更详细的论述。这部分是因为，他对这些问题的回答已经隐含在他对历史的叙述之中。在此之外，我相信，他宁愿扮演一个预言

者的角色，而把这些问题留与后人思考和解答。作为一个历史的预言者，他在展现我们过去的同时，更把眼光投向未来。他将希望寄托于来者。

现在要说到有关译稿修订的事情。

本书的翻译完成于1987年，现在对照原文仔细再读十六年前的译文，不禁为其中的错误汗颜。于是据英文原书逐字逐句校改，结果几乎将原稿重译。现在的译稿虽不敢保证无一疵，总算差强人意。

本书增订的完成得益于多方的慷慨相助。首先要感谢原书作者伯尔曼教授。十六年前，他手书数札，用一种原始但富人情味的沟通方式回答一个年轻译者的无知问题，其耐心与慷慨令我至今不能忘怀。这次他一如既往，慷慨答允有关版权授权的请求，并应所请推荐增订文章一篇并惠寄原书，使眼下的这个新版成为可能。

当年，还在北京大学任教的陈维钢教授曾帮助我解决了不少翻译中的问题，因而改善了译文质量。这一次，香港大学哲学系的慈继伟教授校读了本书第一章，指出了其中的若干错误，予我帮助良多。当然，也像当初一样，译文中所有错讹与不当，仍由我个人负责。此外，香港大学法学院的陈弘毅教授为我提供了 *Faith and Order* 一书；《二十一世纪》编辑部慷慨地允许我将刊登于该刊1999年4月号的对伯尔曼教授的专访收入本书附录。谨此致谢。

我还要提到来自母亲的意想不到的帮助，她因为勤读《圣经》，所以毫不费力就帮我找出了新增译文中两处经文的出处。对她来说，我相信，这本身就是最好的报偿。

最后要感谢中国政法大学出版社的同仁，他们在这样一本小书上花费的精力多半超出读者们的想象，而他们的敬业和效率总是令我印象深刻。

梁治平

2003年6月3日于北京万寿寺寓所