



民间规则的认同模式及其意义

黄金兰

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 如果把法治界定为规则之治, 那么, 从逻辑上讲, 法治的实现便可转换为法律规则的实现。而法律规则的实现, 从主体心理角度看, 仰赖于人们对它的情感体验和价值认同(简称规则认同)。人类对于规则的认同主要通过两种不同的模式, 即超验模式与经验模式。前者通过信仰来实现认同, 后者则通过主体的参与来实现认同。在这个“脱魅”的时代, 借助信仰来实现认同的方式已基本不再适用, 或者说, 至少不能再像前现代社会那样作为主要的认同模式而存在, 因此, 强调主体参与的经验模式之价值和意义便凸显出来。民间法的规则认同模式正是经验模式的“活化石”, 通过对它的研究, 我们也许可以找到解决当今法治领域中规则认同问题的钥匙。

关键词: 民间规则; 认同; 超验模式; 经验模式; 国家法

中图分类号: DF0-052 文献标识码: A 文章编号: 1001-9839(2007)03-0018-06

On the Pattern and Meaning of the Identification of Civil Norms

HUANG Jin-lan

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, P. R. China)

Abstract Democracy can be seen as the implementation of legal norms if democracy is defined as rule by law. From the point of view of psychology, the implementation of norms is based on people's identification with it, which includes two basic patterns or ways: one is experimental and the other is transcendental. In times when "God is dead", the transcendental pattern of identification with norms cannot be universally accepted in legal practice. That is, the experiment pattern is the better way nowadays. So we may find out the way to improve people's identification with legal norms by studying the identification pattern of civil norms because it is typically experimental.

Key words civil norms; identification; transcendental pattern; experimental pattern; state law

美国法学家富勒曾断言, 法治就是使人类行为服从于规则之治的事业^[1](第125页)]。如果认可富勒的这一

收稿日期: 2007-01-07

作者简介: 黄金兰(1978-), 女, 江西萍乡人, 厦门大学法学院讲师, 法学博士, 研究方向为法文化学、比较法学。

判断,则我们可以得出如下结论,即,法治的实现实际上就是法律规则的全面实现,也即法律规则在运行中被相关社会主体实际遵守。而一项规则要得到人们的遵守,从主体心理——人之行为是其心理的外化——的角度看,有一个必不可少的逻辑前提,那就是,人们对于所要遵守的规则具有某种情感体验或价值认同——在这里,我们不妨称之为“规则认同”。

笔者认为,规则认同是否存在,以及认同的程度如何,都会影响法律运行的实际效果——可以说,规则认同是规则得以实现也即法治得以实现的一个永恒的参数和变量。只有当人们对于一项规则具有情感上的体验或价值上的认可时,人们才会自觉地去遵守规则。当然,也许有人会反诘说,如何解释很多情况下即使人们对于规则没有这种认同,但他们却还是会选择遵守规则?首先应该承认的是,在现实生活中,这种情况并非没有,甚至还相当普遍。那么,本文的上述立论是否有问题?当然不是。

从经验的角度看,我们可以区分两种不同的遵守规则的行为:一是基于内心确信的遵守规则;二是基于功利考量的遵守规则。其中,前一种情况是指,主体选择遵守规则仅仅是由于他认为自己应当遵守,舍此别无他因——当然,如果这样做的结果能够使其获益,他也并不排斥。在后一种情况中,主体是否遵守规则要依据功利的标准,在作出是否遵守规则的决定前,其内心要进行反复的功利权衡:如果遵守规则能使其获益,他就会选择遵守;如果遵守规则不能使其获益,哪怕是短期不能获益而从长远来看终将获益,或者违反规则比遵守规则获益更多,他都会选择违反规则(上述诘问中所反映出来的现象主要地属于此种守法情形)。简单地说就是,“只有在服从规则而不是抵抗规则更有利于促进他的目标这个范围内,他才服从规则”^{[1] (第25页)}。因此,后一种情况的遵守规则并不以对规则的认同为前提,他之所以选择遵守,仅仅是因为这样做更符合他的利益、特别是眼前的利益——在这里,之所以强调“眼前的利益”,是因为笔者也和哈耶克一样认定在大部分情形中,由于人之理性和认知能力的有限性,一个人不可能预见到自己行为的所有后果(包括利益和弊害)。

由于法律的一项重要功能就是在相互冲突的利益中寻求均衡和协调,因而一项法律规则在确认和保护一种利益的同时,很可能会忽略甚至压制另一种与之相冲突的利益。在这个意义上,我们可以说,任何一项规则的出台都同时伴随着违反这一规则的群体的相应“潜伏”或出现。这就是说,如果我们承认个体社会角色的多变性,以及个体之间社会角色的互换性,那么,按照一种主要是功利主义式的守法之逻辑,则任何社会主体都有违反规则的可能(任何人都有可能成为某种规则的对立面)。同时,现代社会的独有特征又进一步促成了功利主义式守法的盛行。现代社会是一个陌生化的社会,在这样的社会中,“更多的陌生人因短期利益而交往,由此形成的关系既是临时的,也是单维度的。用社会学的语言来说,关系是非人身性的;而用博弈论的语言来说,博弈是一次性的。在这种环境中,机会主义的倾向更容易发展起来:即使规则为人们了解,人们也往往不守规则,如果不守规则可能带来个人的更大好处的话”^{[3] (第1页)}。而如果一个社会之规则遵守完全或主要立基于功利之上,其必然的结果就是,法治本身的不牢靠甚至土崩瓦解——换句话说,真正的法治一定是建立于内心确信的守法之基础上的。

申言之,基于内心确信的遵守规则是法治所要鼓励的,而基于功利考量的遵守规则则是法治所要否弃的,至少是不应当提倡的,因为只有前者才有利于实现和维护法治,才能够真正达到使人类的行为服从于规则之治,而后者则会动摇甚至瓦解法治。那么,如何让人们基于内心确信地来遵守规则?也即,如何培养人们对于规则的认同?

二

在《公民身份与民族认同》(1990)一文中,当谈及政治认同模式的问题时,哈贝马斯曾提出一对关于政治认同模式的范畴,即“授予性”认同与“获得性”认同^{[4] (第65页)}。虽然,该文并没有对两者作更进一步的界定,但从其字里行间来看,其中所谓授予性认同应指通过他者给定的某种认同根据而产生的认同;而所谓获得性认同则指基于事物内部属性或主体自身感觉而产生的认同。在这两种认同模式中,我们可以看到,认同基础对于处在前一模式中的主体来说具有一定的超验性——不管你是否赞成,你都必须认同;而对于处在后一种模式中的主体来说则具有经验属性——你是否认同取决于你是否参与过、感受过以及相应产

生的感觉是怎样的。

也许有读者会对本文如上略带推测意蕴的分析持有不同看法;但就本文主题而言,这或许并不重要,因为本文“看中”的不是这一对范畴本身,而是蕴含于其中关于认同模式划分的思路——依循哈贝玛斯的如上这种思路,本文认为,人类对规则的认同也可以划分为两种主要模式:超验模式与经验模式。超验模式是借助人们对某种神灵的信仰或对某些超验事物的笃信而使其产生对规则的认同,它通过信仰,并以不断宣扬和重申的方式来解决认同问题,此种认同方式是“授予性”的。经验模式则是借助主体的切身体验而产生对规则的认同,它通过主体的参与,并以主体反复体验的方式来实现对规则的认同,此种认同方式是“获得性”的。

超验模式首先借助神灵信仰来实现认同。这里的“神灵”,既包括人格神,也包括自然神。世界各大宗教都是通过人们对人格神的信仰来实现对教法规则的认同的:犹太教和基督教通过人们对上帝的信仰来认同上帝所安排的人间秩序,包括法律秩序;伊斯兰教通过人们对真主的信仰来实现对沙里亚法的认同;印度教通过人们对梵天的信仰来实现对教法规则的认同;等等。当然,除人格神外,对自然神的信仰也能够促成人们对规则的认同。古中国便利用人们对于“天”的信仰来进行合法性论证从而实现认同。例如,当权者往往宣扬君王受命于天,称为“天子”,因此,“天子”所制定的法律,从根源上来自上天的安排,理应获得人们的认同。又如,“替天行道”的说法,也经常成为当权者论证自己所颁发的命令和规则的合法性,并争取认同的有力根据;不仅如此,“替天行道”甚至可以成为人们对某些民间“侠士”的违法行为如所谓的“劫富济贫”予以认同的依据——这说明,在古中国,基于对“天”的信仰而产生的认同何其广泛而有效。

除神灵信仰外,超验模式还借助某些超验事物来实现人们对规则的认同。从很大程度上讲,自然法学派所宣扬的“自然法”、历史法学派所倡导的民族精神等,都具有促进认同的功能。自然法学派认为,在实定法之外,存在一种适用于宇宙万物,在一切时空范围内有效,并体现自然正义精神的完美无缺的法律体系——自然法;而通过运用人类的理性,人们可以制定出一套与自然法的原则和精神相一致的实在法体系,也就是说,经由人类理性精心策划和制定出来的法律可以体现自然法的精神。对于这样的法律,人们当然是易于认同的,因为对于公平、正义等超验价值的笃信是任何形式的人类组合所共有的。而从实证的角度看,风行于近代资产阶级革命前后的法典编撰运动,就是在自然法思想的影响和驱动下进行的,作为这场运动的结果,欧洲出现了大量的“自然法典”,这些法典至少在革命后的相当长时间内,获得了民众的高度认同。历史法学派所提倡的民族精神也有利于促进人们对规则的认同。在该学派看来,法律就象语言一样,是伴随着民族的成长慢慢演化而来的,它承载着民族的经验、情感和想像,体现着民族的精神,并使民族的记忆连贯。^①既然法律是“民族精神”的体现,那么,它获得民众的认同也就是当然的,因为认同这样的法律就等于认同自我,认同自我的存在及意义。

由于超验模式是通过信仰(有时是意识形态)来解决认同问题,这一特点使得它基本不能顺应现代社会的需要,至少不能成为现代社会中主导性的规则认同模式。因为正如韦伯所言,现代社会处于一个“脱魅”的时代,一个“诸神与诸魔”的时代,在这样的一个时代,任何独断的“意义”要得到普遍认同都将变得非常困难甚至不可能。^②身处这样的时代,我们不能奢望乞灵于信仰,至少不能对其寄予过高的期望,因此,法治追求者们客观上不能也没有必要去刻意追求超验式的规则认同模式。

那么,什么样的认同方式能够顺应现代社会的需要呢?民间法的规则认同模式也许能给我们提供一些启示。

① 如作为历史法学派代表性人物的萨维尼就认为,“法律……其为一定民族所特有,如同其语言、行为方式和基本的社会组织体制。……它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向……将其联结一体的,乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念,对其内在必然性的共同意识”,“法律随着民族的成长而成长,随着民族的壮大而壮大,最后,随着民族对于其民族性的丧失而消亡”(〔德〕萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第79页)。

② 罗尔斯也认为,在现代社会,“完备性哲学学说和道德学说同样都无法获得公民的普遍认可,而且,它们再也不能——如果说它们曾经能够的话——作为人们公开承认的社会基础来发挥作用了”(〔美〕罗尔斯:《政治自由主义·第一讲》,万俊人译,载汪晖、陈燕谷主编:《文化与公共性》三联书店2005年版,第246页)。

三

民间法是特定社会群体在长期的生活实践中,逐渐发展起来的一套规则体系。这套规则体系的最大特点是相关主体的广泛参与性,因而其规则认同是一种立足于经验的认同方式,即通过主体的广泛参与将自己的需要、情感和信念融入规则之中,并由此而自然地产生对规则的认同。民间法的经验式认同依赖于以下两方面:

首先,规则的形成融入了主体的广泛参与。民间法并非立法者刻意创造的产物,而是由相关主体在日常生活中不断累积、反复经验而成,是“由民间日常生活中自动显现”^{[3](第5页)}的一套规则体系,它“是一种内生于社会的制度,是人们在反复博弈后形成的日常生活定式”^{[3](第105页)}。民间法中的各种规则,尤其是有关利益分配的规则,无一不是在相关主体长期的利益冲突中,经过长期的交往和反复的博弈才得以成形,“它们从无数次个别的和偶然的交往、讨价还价乃至冲突中逐渐形成和显现出来”^{[5](第57页)}。无论是传统意义上的民间法,如民族法、宗族法、行业法等,还是现代意义上的民间法,如社区法,都是人们在实用理性的指导和支配下经过反复的经验而逐渐塑造出来的。

同时,一项民间规则在形成之后,其发展和演变也取决于相关民众的实际生活。民间规则“从来不固守什么意识形态的信条”,它的变迁以及变迁的结果如何都是为了因应主体的情感和需要,因为“任何习惯都必须适应当地民众生活的需要,必须让人们‘习惯’,如果不习惯,那么人们就不会遵守,就会放弃”^{[3](第106页)}。

其次,民间规则的运行融入了主体的广泛参与。民间法作为人们经验的延伸和创造,对于生活于其中的人们,亲历其实施,并维护其有效性,成为人们生活本身的一部分。任何一个生活于民间法秩序的人,他自出生始便加入到民间法所安排的秩序之中,在此后的人生中,他将用自己的经验和理性来实施这些规则。同时,当因规则的实施而发生纠纷时,在纠纷调处的过程中,任何主体都可能参与进来,“此一场合的当事人在另一场合可以是中证人,又在另一场合是出面调处的‘公亲’”^{[5](第16页)},主体社会角色的多样性和互换性使得几乎每一个主体都可能反复地经验民间规则的这一特殊实施过程。此外,纠纷解决本身的戏剧效果还能给前来观看的人们一种更生动的体验,这种体验能够强化他们对于规则的认知。

民间法在形成和运行中的这种主体广泛参与性,使得其更易于为人们所认同,因为主体在参与塑造和实施规则的过程中,已将自身的情感、经验和信念融入其中:一方面,规则本身是由他们的日常生活中而显现,规则表达了他们的需要,调和了他们的冲突,记载了他们的信念;甚至于,另一方面,规则的实施和实现成为了他们生活本身的一部分,维护规则、发展规则成为他们生活的本身,而经历和目睹规则对纠纷的解决又能使他们对规则的认知不断形象化——这些都在不同程度上强化了他们对于规则的认同。

笔者以为,民间法的这种独特的认同方式,能够解释为何在没有强硬国家制裁的民间法秩序中,规则却能够得到很好的维护和实施。因为由经验铸就 and 强化的规则,其本身就隐含着一种无形的制裁机制:违背规则就等于违背自己的经验,违背自己的情感和信念,有时候更重要的也许是违背这些经验性规则往往还会带来行为人意想不到的“恶果”——正如前述,人并不总是能够认识到自己行为的所有后果。也正是在这个意义上,我们才能理解哈耶克的如下论断:如果人类的生存依赖一种特定的、受规则支配的、其效果已得到验证的行为方式,那么,他当然不会仅仅为了眼前一时的好处,便去选择另一种行为方式。^①因此,一种基于自身经验而成的规则,在多数主体那里,都是能够获得强烈认同(按哈耶克的思路则是“不得不认同”),并得到认真遵守的。这种对待规则的态度是法治所需要、所渴求的——而这正是民间法对于法治的重要意义所在。

^① 参见[英]F.A.哈耶克:《致命的自负》冯克利、胡晋华等译,中国社会科学出版社2000年版,第3页。与哈耶克一样,李泽厚也非常推崇人类的经验,他将由历史建立起来的、与经验相关的合理(reasonableness)称为历史理性,并认为这种理性依附于人类历史——人类群体的现实生存、生活、生命的时间过程——而产生,而成长,而演变推移,它具有足够的灵活的“度”(参见李泽厚:《历史本体论·己卯五说》,生活·读书·新知三联书店2003年版,第43页)。

四

我们再回到本文立论的基础,即,法治是使人类行为服从于规则之治的事业,并且,法治的实现仰赖于主体对国家法的认同。因此,如何实现和加强人们对国家法的认同应当成为法治追求者们所要解决的核心问题。笔者以为,在寻求解决之道时,民间法的规则认同模式值得借鉴——如前述,人们对民间规则强烈的认同感系建基于人们对规则形成与实施的广泛参与;相对应地,我们可以认为,欲使国家法获得民众的深度认同,也应从这两方面入手。也即:一方面,国家法的制定应允许主体的广泛参与;另一方面,国家法的实施应贯穿主体的广泛参与。当然,在这两方面中,前者更具有根本性:一则如果一部法律在制定过程中得到了人们的广泛参与并反映了人们的需要和认识,那么,它一般在落实中是较容易得到遵守的;二则国家法的实施不可能不贯穿主体的广泛参与——在任何国家任何时候,守法都是一种数量最为庞大的法的实施行为。因此,下文将对前者予以着重讨论。

应当说,在现代各国,民主制度的广泛确立为民众参与国家法的制定提供了可能。然而,这也仅仅是可能而已,因为就目前的状况而言,各国民众对公共事务参与的程度仍然不高^①——其中,对国家立法活动的参与程度则更低。造成这种状况的原因是多方面的,其中,公民意识的缺乏应当是一个重要原因,在一些所谓“政治不成熟 (political immaturity)”^②国家尤其如此。

那么,何谓公民意识?它是指主体作为某一政治共同体的一员,理应具有的一种对于共同体公共事务之关注和参与的热情。一个公民意识强的民族被哈贝马斯称为“公民民族”,而“公民民族的认同并不在于种族、文化的共同性,而在于公民积极地运用其民主的参与权利和交往权利的实践”^{[4] (第65页)}。可以说,一个公民意识越强的国家和民族,民众参与国家公共生活的热情和程度就越高,其对共同体的认同(包括对共同体所制定的法律规则的认同)就越易于形成。因此,如何培养和提高民众的公民意识,就是一个追求法治的国家所应当着力解决的问题。

当然,除公民意识这一主观因素外,民众对公共生活的参与还依赖于一些制度性因素。韦伯曾指出,落后民族与发达民族相比,其最大差异在于,落后民族从根本上是一个“非政治的民族 (unpolitical nation)”——在此种民族中,缺乏一套能够使全体国民都参与其中的政治过程和政治机制。^③“非政治民族”中的此种政治机制只有在经济发展相当缓慢,社会尚未分殊 (social differentiation) 的状况下才能运作。而现代经济发展所带来的一个高度分殊化的社会,在这样一个社会,利益的多元必然导致整个社会离心力的丧失。因此,如何凝聚社会,保持社会的向心力便成为现代政治所要解决的基本问题。对此,韦伯开出的药方是,以“大众政党 (mass party)”和全民普选为基本机制的“大众民主”。“大众政党的特点即在于它的政治活动不是局限于某一特定集团之内,而是致力于沟通不同阶层、不同集团、不同地区的局部利益,从而凝聚对民族整体利益的共识,而定期性的全国大选机制则为利益千差万别以致彼此冲突的社会各阶层提供相互了解、谋求妥协的机会,从而有利于社会达成‘随时调整的共识 (contingent consensus)’”^{[6] (第3页)}。

可以说,韦伯所设想的“大众民主”正是通过民众对公共生活的最广泛参与来表达他们的需要,并调和相互冲突的利益,从而达成共识。须说明的是,此处的共识并非前现代社会那种从天而降的、超验的共识——借用哈贝马斯的说法,它是一种“授予性”的共识;而是一种基于经验、融入主体意志和情感的、人间

^① 即便是政治较为成熟的美国,民众参政的比例也很低。例如,作为美国政治生活中最重要事项的总统选举,近几届的投票率都在 50%左右,其中 2004年大选投票率稍高一些。

^② 所谓“政治不成熟”,是韦伯用来形容那些没有足够意愿、也没有足够能力参与国家政治和社会公共事务的民族的一个术语。相对应地,下文“非政治的民族”则指根本或基本没有参政意愿和能力的民族。详见 Max Weber Political Writings ed by P. Lasman and R. Speis Cambridge University Press 1994

^③ 就目前的状况来看,中国仍是一个韦伯意义上的“非政治民族”。有学者指出,在目前的中国,“中央权力不足的根本原因恰恰在于中国仍是一个‘非政治民族’,亦即由于缺乏一套能使社会大众都参与其中的全国性政治过程和政治机制,使它无法像发达经济民族的中央权力那样可以诉诸全国性大选来直接取得社会大众的民意支持,从而以制度化的方式确立自身权力不容挑战的正当性基础”(甘阳:《走向政治民族》,载《读书》2003年第4期)。

自主形成的共识——借用哈贝玛斯的说法,它是一种“获得性”的共识。“授予性”共识是静止的、固定不变的,它只能通过精英人物的不断宣扬和重申才能达成;而“获得性”共识则是动态的、可调整的,它融入了不同利益主体的广泛参与,并且可以视具体的情境而随时作出调整,由于体现了主体的参与性,此种共识无需外在的宣扬和重申,它可以通过利益主体之间的沟通和碰撞而内在地形成。对于以后一种方式而达成的共识,主体对它的尊重和恪守就是情理之中的事情。因此,在国家法制定过程中,倘若能够容纳不同利益主体的最广泛参与,并就彼此的利益主张展开商谈,则由此而形成的规则也即最后达成的共识,获得民众的认同也在情理之中。

哈贝玛斯毕其一生谋求解决的就是这个问题,他所提出的交往行为理论正是为了解决公共领域的共识达成问题。与前述韦伯的观点一样,哈贝玛斯也认识到,在这个价值多元的现代社会,通过设定一种形而上学的先验命题来作为认同基础是不可行的。为此,他开出的药方是用程序,也即通过主体的广泛参与来实现认同。用哈贝玛斯的话说,在目前这种多元社会中,认同的基础不能再通过一种实体的价值共识、更不能由某种政治意识形态来维系,而只能通过一种旨在实现普遍民主、保障所有人的平等参与权利的程序来达成。^{[7] (第154页)}

总之,公民意识的培养以及“大众民主”的形成应当成为解决法治领域中规则认同问题的两个重要方面。当然,这两个方面并不是相互孤立的,公民意识的提高能够使“大众民主”真正实现,同时,民众对公共生活的广泛参与也能够进一步培养他们参与公共生活的热情和基本素质。

参考文献:

- [1] [美] 富勒. 法律的道德性[M]. 北京: 商务印书馆, 2005.
- [2] [美] R. M. 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 南京: 译林出版社, 2001.
- [3] 苏力. 道路通向城市——转型中国的法治[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [4] [德] 哈贝玛斯. 在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2003.
- [5] 梁治平. 清代习惯法: 社会与国家[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [6] 甘阳. 走向政治民族[J]. 读书, 2003(4): 3-8.
- [7] 章国锋. 关于一个公正世界的“乌托邦”构想——解读哈贝玛斯《交往行为理论》[M]. 济南: 山东人民出版社, 2001.

(责任编辑: 李春明)