

韦伯的法律可预计性思想

刘 亮

【提 要】 德语 Berechenbarkeit 一词有计算和预测的含义, 今人译作“可预计性”。德语“法律可预计性”就包含了这个词, 意思是依据法律可事先计算出某特定事态将招致的法律后果。这一观念兴起于19世纪的德国。马克斯·韦伯做出过深入地思考。他将理性法律的基本构成单位设为“法命题”(Rechts-satz), 依据特定的法命题, 可以计算出“一定事态”所招致的法律后果。在他看来, 司法活动遵循法命题与法律的体系化, 为法律可预计性提供了技术上的重要保证; 而事物能被认知, 又是法律可预计性得以存在的认识论前提。这几项内容结合起来, 就构成了有关法律可预计性的思想体系。把韦伯的这个思想引入中国传统法律研究, 可以发现先秦儒家思想中有阻碍法律可预计化的因素, 而法家思想中则有推动法律可预计化的因素, 由此推动当代研究的进步。

【关键词】 可预计性 马克斯·韦伯 法命题

【中图分类号】 K516.4 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952 (2011) 03-0129-05

德国社会学家马克斯·韦伯(Max Weber)的法律可预计性理念, 零散地保存在其“理性化”(Rationalisierung)学说中。近年来, 有学者将法律可预计性理念作为参照系探讨中国传统法律, 显示了一定价值。只是到目前为止, 有关这一理念的介绍与梳理仍相对薄弱。本文尝试作出考察,^① 以求读者批评。

一、“可预计性”的词义辨析

文中所用“可预计性”一词, 是德语单词 Berechenbarkeit 不甚精确的翻译。^② 该词汉译不只一种, 如“可计算性”、“可计性”、“可预见性”、“可预测性”与“可预计性”等。这些译法出现是该词有多种含义所致。Berechenbarkeit 由动词 berechnen 派生。《杜登词典》第7卷(Das Herkunftswörterbuch)介绍, berechnen 源于中古高地德语(Mittelhochdeutsch, 1050—1350)词汇 rechnen。Rechnen 与 rechnen 在古高地德语(Althochdeutsch, 650—1050)中以 rehhanon 形式出现。该词又源自高地德语中一个已经失传的形容词, 此形容词有下述含义: 井然有序的、整齐的、正派的、正式的; 准确的、精确的、详细的; 不受阻碍的、无障碍的等。

1999年版《杜登辞典》将 berechnen 含义归结为二: 一是“运算”, 一是“预测”。前者指数目字上的衡量与推导, 及因数学方法的使用而令该行为具备数学特点——如抽象性与推导过程可供检验^③等; 后者提示推导行为先于事物发生或发展, 及其行为的主观属性。以上诸多译法中, “可预计性”可以把“运算”与“预测”两个方向上的含义贴切表达出来, 故本文采用之。

二、依法律内容可计算出其招致的法律后果

韦伯的法律可预计性理念有前人的基础。用 Be-

^① 文中对各项德语词汇词义与源流的讨论, 承蒙中央编译局徐洋先生指教而得。我对徐洋先生的古道热肠表示诚挚的感谢。当然, 本文的一切谬误之处, 由作者本人承担。文章篇幅所限, 不对法律可预计性的形成背景、思想根源、与其他学说关系及与韦伯学说中其他因素关系展开分析, 读者见谅。

^② 此外, 德语中 Kalkulierbarkeit 一词与 Berechenbarkeit 意义极为接近, Kalkulierbarkeit 与英语单词 calculate 渊源相同, 可以追溯到希腊语的 khalix、拉丁语 calculus、calculāre。文中可供检验, 指面对同一问题采取同一方法计算, 可得出相同结果。

rechenbarkeit 描述法律性质,并崇尚此性质的理念,出现在19世纪的德国,且随法律体系化思潮风靡一时。萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)早年主张理想的制定法(Gesetz)应完备到消除司法者的恣意裁决(Willkür)的地步,令其除遵守法律外无机会添加任何自己的东西。^①潘德克顿法学继之而起,主张将法律概念架构成没有漏洞且涵盖各类案件的“体系”,面对此体系,任何案件的裁决都是“将法律概念作为(数学)因数进行计算的结果”。^②此种用“计算”(Berechnen)来衡量法律准确程度的作法,使Berechenbarkeit一时成为表现理想法律性质的词汇。

韦伯将Rechtssatz定义为“以一定的事态将招来一定的法律后果为其内容的抽象规范”。^③可见对韦氏而言,一项法命题的构成有四项要件:一是“事态”,即人或事物特定的状态或行为;二是法律后果,即法律针对特定“事态”设定的处置措施;三是将事态与法律后果精确对应起来。^④缺少其中任何一项,都不能构成法命题。换言之,若设a为某类事态,b为与a相对应的法律后果, $a \Rightarrow b$ 即构成法命题;缺少a或缺少b及a、b间没有明确对应关系^⑤的法律内容都不构成法命题。如“故意杀人者判处终身监禁”中,“故意杀人”即为a,“(行为人)判处终身监禁”即为b,此法命题是将事态“故意杀人”与法律后果“判处终身监禁”对应起来;而如“故意杀人,罪莫大焉”、“何种罪犯可判处终身监禁,由法官决定”的情况,都不构成法命题。四是法命题须具备概括性(Allgemeinheit)。韦氏称:

把决定个案的各种典型理由化约成一个或数个“原则”,此即“法命题”。通常,要进行此种化约的条件是:先行或同时将事实的终极构成部分,亦即在作法律判断时会考虑到的部分,作出分析。反之,如此提炼出的越来越多的“法命题”,也会反过来限制住事实潜在相关的各种特质。^⑥

韦氏对法命题的定义告诉我们,依据特定的法命题,可以计算出“一定事态”所招致的法律后果。^⑦换言之,已知法命题 $a \Rightarrow b$,其中a为符合特定构成要件的某一类“概括性”事态,若设a的构成要件为A,则符合要件A的任何具体事态皆可归为a,且都将招致法律后果b。若将法命题这一性质推广到其构成的法律,便可得到韦氏的法律可预计性概念:它是法律针对某类事态而言具有如此性质,即此类事态造成之前,依法律内容可计算出其将招致的法律后果。

三、法律可预计性的实现条件

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Journal All rights reserved. http://www.cnki.net

对韦氏而言,法律可预计性的实现,在技术上须满

足两项条件:

其一,法命题在司法活动中受到严格遵循。此条件意味着,针对特定事态,法律中应有与之相对应的法命题,亦即有法命题可依。反之,无法命题可依(指针对某事态,法律全无涉及或者没有确定的法律后果与之对应的情况)将使司法者具有恣意裁量的空间。人们将“法无明文不为罪”、“法无禁止即自由”写入法律,能够起到阻止上述恣意裁量的效果,正因为这两项内容本身就是标准的法命题。同时,此条件还意味着法命题须为司法活动严格遵循,亦即“有法必依”——韦伯称之为“一般的规范”(概括性的法命题)作为“决定的基准”(遵循的标准)。^⑧不在司法实践中发挥效用的法律不具备可预计性,因为人们无法通过一纸空文来预计法律后果。

其二,法律的体系化(Systematisierung)。韦氏称:

体系化意味着:将所有透过分析而得的法命题加以整合,使之成为相互间逻辑清晰、不会自相矛盾、尤其是原则上没有漏洞的规则体系,这样的体系要求所有可以想见的现实状况全都合乎逻辑地摄于体系的某一规范之下,以免事实的秩序缺乏法律的保障。^⑨

体系化作为一项运动,试图在法律中明白无疑地确定何种事态适用何种唯一的法命题,从而引向唯一的法律后果。如此意在防止因法命题间的矛盾(同一事态可适用不同的法命题,从而招致不同法律后果)造成司法者对适用法命题上的取舍自由。

① 参见许章润主编《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版,第95页。

② B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Bd. I, Frankfurt a. M. 1906, S. 110—111. 引自舒国滢《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》,《法学研究》2005年第3期。

③ 韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第31页。

④ 法命题并非要求某种事态只能对应唯一法律后果。

⑤ 如穗积陈重所称“罪名刑名皆各独立”,“惟由裁判官之自由裁量,使罪刑二者之间,生出关系”。参见[日]穗积陈重著《法律进化论(法源论)》,黄尊三等译,中国政法大学出版社2003年版,第155页。

⑥ 《法律社会学》,第26页。

⑦ 这句话成立前提是针对此项特定的法命题,法律中全无与之相矛盾的内容。

⑧ 《法律社会学》,第26页。

⑨ 韦伯将“一定的事态将招致一定的法律后果为其内容的抽象规范”定义为“法命题”,参见《法律社会学》,第31页。

在技术上，满足上述条件的法律能够具备可预计性。因为案情与法命题的精确对应，使任何人针对特定事态，都会找到那项与该事态相对应而且司法者将严格遵循的法命题，并推导出它的法律后果。而对上述条件任何部分的破坏，都将导致法律可预计性的丧失。

韦氏留给我们的问题是：针对特定的事态并未计算出唯一后果，能否成为可预计性法律？此评判须坚持唯一的法律后果。因为任何一种不可预计的情况都可将后果拆为两种或多种不同的可能——如称此种法律具有可预计性，就混淆了可预计性的边界。但一味坚持唯一后果也会带来问题：如果面临多种选择，只有唯一当事人具备选择权利，且选项数量确定的状况，对该当事人而言是否算作具有可预计性？我认为是——他完全可以通过预先的计划与选择得到自己想要的确定后果。^①但不同于前述可预计性对法律所及之人的普遍成立，此情形下的可预计性仅对出于该位置的当事人成立。

四、法律可预计性的前提

满足上述技术上条件后，法律可预计性则必定成立吗？对此问题的肯定回答将招质疑：法命题 $a = > b$ 中，作为符合要件 A 的事态 a，实为人对于事实的认定。此“认定”是否正确？^②若出错将如何？有人主张只要司法认定不正确的情况存在可能，就会否认一切法律可预计性的成立：到目前为止，无论认定事实的技术如何高超，司法活动总有可能认定错误；任一案件只要司法认定错误，结果必然不可预计——因为无法预测将如何出错；而且任何个案都无法否认这种可能的存在，无论它多么微乎其微。所以可预计性在任何个案中都不存在——按此观点，可预计性的历史意义则须重新探讨。

主张法律可预计性可以成立的学者，须在认识论上回应上述质疑。韦伯的作法是将可预计性的成立建立在事物能够被认知的前提下。他指出：

理化与合理化的增加……表示，我们知道或者说相信，任何时候，只要我们想了解，我们就能够了解；我们知道或者说相信，在原则上并没有任何神秘、不可测知的力量在发挥作用；我们知道或者说相信，在原则上，通过计算（Berechnen），我们可以支配（beherrschen）万物。^③

将事物能被认知的主张等同于“对事实认定正确”，其目的是要从“事实认定正确”的前提出发，来说明法律可预计性的成立。但可预计性成立的前提并非笼统的“事物能够被认知”，而是其中“对事实认定正确”这一

部分。只要不能彻底排除事实认定出现错误的可能，就无法得出可预计性成立的必然结论。韦伯对此未详细分辨。黄宗智（Philip C. C. Huang）将此事认定环节的起点直接设为“法庭在固有程序之内所得出的真实，他不同于唯有上帝才能知道的绝对真实”。^④这就排除了事实认定环节出错的可能，比韦氏要严谨。前述否认可预计性的观点，出于一种斩断与具体真实联系的绝对真实。失去了具体真实作支撑的绝对真实成为了形而上学，无法驳倒上述黄宗智式的理念。

综上，除技术条件外，还须将“对事实认定正确”作为认识论上的前提，法律可预计性才可成立。

五、法律具备可预计性的价值意义

上述各方面相互联结，构成韦伯的法律可预计性理念。该理念具备下述特点：首先，其建构在法律流变的基础上。可预计性法律的从无到有及其边界的变化，无不以法律流变作为前提。其次，如同大多数科学方法或数学方法，法律可预计性的成立不仅需前提条件，而且存在界限。法律的流变导致法律因时间不同而有差异，法律的地域与文化差异导致其因空间不同而有区别。所以评判法律的可预计性须给评判对象划定时间空间的界限。不同的界限划分得出不同的评判结果。这也说明法律可预计性作为一种观察角度，可用于不同时间、地域与文化范围内的法律对象。再次，法律可预计性的理想状态——具备可预计性的法律巨细靡遗地涵盖于已出现与未出现的一切事态——同样是一种假定。韦伯也承认这一点。^⑤目前看来，历史上存在的可预计性（如果存在的话）仅是针对部分事态所具备的可预计性。而理想状态的价值在于追求目标的确立，近似数学研究上所用的“数轴”正方向或极限值。

那么，法律具备可预计性将有何价值？韦氏曾对此略有归纳：首先是维护市民的权益，使之“不受非理性

① 但如果对这些选项进行选择的权利并非该当事人独占而是混杂了其他人的因素，那么无论其他人的因素多么微小，对此人来讲，法律的可预计性就不再存在。我们所谈论的可预计性，从韦伯以来即是指对行为人而言，而非司法者。在这一基础上，韦伯对可预计性的意义——例如远期投资、经济计划等——才可以展开。

② 此处“正确”指与事实相符，“不正确”指与事实不符，下同。

③ 韦伯：《学术与政治》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2004年版，第168页。

④ 黄宗智：《中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究》，《北大法律评论》1999年第2卷第1辑。

⑤ 《法律社会学》，第29页。

行政恣意所影响,也不受具体特权的不合理干扰”。^①可预计性与行政的恣意性也具有势不两立的关系——前者的成立意味着后者的消灭。可预计性法律背后有稳固的规则体系,行政运作也不可破坏这一体系。其次是保障“自由”。^②它能够“保证个个利害关系者在行动自由上、尤其是对本身的目的的活动的法律效果与机会加以理性计算这方面,拥有相对最大限度的活动空间。”^③任何能够实现自由都须法律的保障;而这种保障只能通过对法律后果——其对自由的保护,或对侵犯自由行为的惩处——的贯彻得以实现。所以各种形式的行为自由只有被归入与之精确对应的法律后果,此类行为自由才能得到法律的保障。自由还有另一实现形式——法律后果的取舍自由。行为人只有预先计算出不同事态的法律后果,才能在那些不同法律后果中选择取舍,以造就与其相对应的事态得到他想得到的法律后果。再次是为资本主义经济“永续经营”提供着“交易安全”上的保障。^④数目字上的预先权衡是企业永续经营的前提条件。对企业而言,任何一项相关制度的变动都可能带来成本与收益的相应变化;法律的不可预计将消除数目字上预先权衡的可能。

同时,与一些学者对理性单纯地推崇不同,包含可预计性在内的理性主义成为了韦氏反思的对象。他注意到理性化过程中的异化因素——如造成现代人内心“不自由”等^⑤——且此过程一经启动则无法逆转,韦伯将此悲观看法喻为“铁一般的牢笼”。^⑥

法律可预计性思想,是韦伯将 *Berechenbarkeit* 运用在经济、法律、官僚制度、生活方式等社会各领域的一项成果。*Berechenbarkeit* 除作为理性表现的评判标准外,还构成“理性”概念的一种含义——韦氏所构建的“理性”概念此外还有复杂含义。韦伯的法律可预计性理念虽仅“侧重于某一面的强调”,^⑦且有如前述一些尚待补充之处,但终究瑕不掩瑜。它有诸多层面的价值,如试图提供一个参照角度,以之彰显不同法文化的某些特性,探求现代性的某些特征以及对现代性何以具备提供一种解释等。随着此理念的完善与其运用范围的拓展,先前不为人注意的价值亦会显现。

六、如何引入中国传统法律研究

如将法律可预计性思想作为观察视角来考察中国传统法律,首先须回答此问题——法律可预计性作为一种观察角度,可否用于中国传统法律的研究?换一种问法,此问题可被分为两项:其一,可预计性理念可否在现存的相关史料中找到可供考察的对象;其二,该角度的运用具备何种研究方法上的价值。

就第一项提问而言,于现存卷帙浩繁的史料中选取可供考察的对象并不困难。传统中国的法律文献(如睡虎地秦简中的秦律、《大清律例》等)可用来评判特定法律体系化的程度及其是否由抽象规则构成;古代卷宗记录、公文档案(如《巴县档案》、《淡新档案》等)可用来评判司法活动是否遵循抽象规则;如果在一定范围内将上述两项评判综合考虑,则可据以探讨该范围内法律的可预计性。事实上,黄宗智与林瑞等学者已经开始此种研究,并得出清代法律可预计性“未必偏低”等结论。^⑧现存能够不同程度展现古代法律思想与法律文化的资料(如《韩非子》、《盐铁论》等,以及诸多包含法律思想与法律文化内容的日记、随笔、文艺作品)则可作为考察对象,令人探究其中是否含有对法律可预计性的价值追求。韦伯在此方面已有尝试——他归纳出一些阻碍法律可预计化运动的因素,如儒家的“君子不器”思想等。^⑨总之,史料中存在可供考察的对象这一点,应不会受到质疑。

就第二项提问而言,笔者认为法律可预计性理念作为一种观察角度,至少具备两方面价值:

首先,为考察传统法律的性质特征提供参照标准。参照标准的缺失将使讨论基点无法确定,招致对研究对象性质特征的判断停留在缺乏评价标准的模糊性描述上。东方的研究传统,正是注重文献考释及对历史事物的介绍与描述,相对忽视参照标准的构建。例如以“变为硬性,失去弹性”、^⑩“愈来愈细密”^⑪的语言形容古代法律的特征变化,却未提供其描述所依据的标准。面

①②③④ 《法律社会学》,第273、223、221、321页。

⑤ 顾忠华:《韦伯学说》,广西师范大学出版社2004年版,第9页。

⑥ 《韦伯学说》,第36页。

⑦ 韦伯著《中国的宗教 宗教与世界》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第16页。

⑧ 参见黄宗智《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第182页;林瑞:《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判》,(台湾)三民书局有限公司2003年版,第103页。我认为两位学者得出的结论偏于乐观,他们都相对忽视了可预计性的成立对法律体系化的要求。

⑨ 《支配社会学》,第162页。

⑩ 《法律进化论(法源论)》,第157页。穗积陈重将法律划分为“秘密法”与“公示法”是依据一定的标准作出的,但此时穗积氏的意图则是讨论两者所具之其他不同特点——这就需要寻找划分“秘密法”与“公示法”之外的参照角度。而法律是“硬性”还是“弹性”的判断标准,穗积没有进一步说明。

⑪ 林剑鸣:《法与中国社会》,吉林文史出版社1988年版,第156页。

对此种情况，读者只能依据经验或对这些词汇日常意义的理解来猜测此类描述的含义。参照标准的树立，探讨对象在此标准参照下彰显的性质特征则可得到相对清晰的描述与衡量。譬如在可预计性标准参照之下，将西方法律或中国现代法律与中国传统法律比较，后者的特征就可彰显出来：与近代以来西方法律明显的可预计化运动相对，中国传统法律未出现此种明显趋势。西人的法律可预计性理念背后，有笛卡尔以来热切推崇理性与科学的文化背景；此文化背景在传统中国亦付之阙如。另外，此参照标准具有不可替代的作用——此标准下彰显的传统法律及其法律文化的性质特征是在其他标准参照下不能发现的。譬如法家“万民皆知所避就”^①等主张的背后，一定程度上具有推动向法律可预计性方向发展的因素（在作出对法律后果的主观预计的基础上，才能作出“避就”的选择），虽然先秦法家未能意识到此种“可预计性”问题。

其次，为其他参照角度引入中国传统法律研究，起到推动作用。可预计性作为参照角度的价值并非孤立存在，而是与其他能够影响其结论的判断因素联为一体；将可预计性用于传统法律的研究，为诸多因素作为参照角度的引入提供了契机。例如，如果运用此标准评判传统法律是否具备可预计性，则不得不涉及到对传统法律是否严格遵循抽象规则，以及其体系化程度的评判。在这一过程中“遵循抽象规则”与“法律体系化”作为参照角度即被引入传统法律研究之中。

正如许多发明的使用并不限于发明者一样，法律可

预计性理念的运用，亦不局限于德语国家或西方世界。新角度的运用可将研究对象此前未被发现的性质和特征展现出来。观测角度越是多元化，对观察对象的认识则越是丰富。

[导师蒋重跃教授点评]

刘亮同学尽可能地研读了国内所能找到的韦伯和研究韦伯的中英文著作，还请教了德文方面的专家，对韦伯关于“法律可预计性”的思想做了较为系统的梳理。作者指出，韦伯关于“法命题”的思想是理解法具有可预计性特点的根本途径，这是本文的核心所在。此外，他还从韦伯关于法律的体系化思想以及认识论等方面，说明“法律可预计性”概念是韦伯关于法的思想体系的重要一环。文章在最后还通过具体例证，对法律的可预计性概念在中国学术思想史研究中的运用及其价值做了初步的说明。以上这些都是有新意的地方。

本文作者：北京师范大学历史学院世界史专业 2009 级博士研究生
责任编辑：赵 俊

① 高亨：《商君书注释》，中华书局 1974 年版，第 548 页。

Weber's Thought on Calculability of Legal System

Liu Liang

Abstract: The German word “Berechenbarkeit”, which has been translated as “calculability”, means calculation and prediction. The phrase “calculability of legal system” contains this word, meaning “one can calculate the results that come from certain conditions according to the legal system”. This thought arose in Germany in the 19th century, to which Max Weber has made irreplaceable contribution to. Weber set basic rational legal component as “legal proposition”, according to which one can calculate the result which comes from a certain condition. Legal systematization and judicial activities’ obeying legal proposition have technologically backed up calculability of legal system. That objects can be understood is the cognitive premise of establishing calculability of legal system. This thought gives us a new approach to the research of the traditional legal system in China. According to this, one can find the impeditive factors to the legal system’s movement of calculability in Confucian thoughts and the promotive factors in Legalism thoughts during Pre-Qin times.

Key words: calculability; Max Weber; legal proposition