



法学文库
何勤华 主编

法律文化的数学解释

The Mathematical Interpretation of Legal Culture

何柏生 著



商務印書館

法学文库 主编 何勤华

法律文化的数学解释

何柏生 著

 商务印书馆
The Commercial Press

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律文化的数学解释/何柏生著. —北京:商务印书馆,
2015

(法学文库)

ISBN 978-7-100-11143-0

I. ①法… II. ①何… III. ①数学方法—影响—
法律—文化—研究—西方国家 IV. ①D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 053808 号



所有权利保留。
未经许可，不得以任何方式使用。

法学文库

Fǎlǚ Wénhuà de Shùxué Jiěshì

法律文化的数学解释

何柏生 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-11143-0

2015年5月第1版 开本 880×1230 1/32

2015年5月北京第1次印刷 印张 14 1/2

定价: 45.00 元

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者”。并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

2 法律文化的数学解释

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何勤华

2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on Legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as on *Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named "Jurisprudential Library".

Actually, several sets of "library" on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of "Juris-

prudential Library”? It reminded me of Gu Yanwu’s(1613—1682) famous saying which has been quoted by Cheng Shude(1876—1944) in *Jiu Chao Lü Kao (Collection and Complication of the Laws in the Nine Dynasties)*. Gu Yanwu was the great scholar of Confucianism in late Ming and early Qing Dynasties. He defined the value of a book like this: “the subject covered by the book has not been studied by our predecessors, and it is necessary to our descendents”. According to this principal, he created the famous work *Ri Zhi Lu (Notes on Knowledge Accumulated Day by Day)*.

Mr. Gu’s words includes the following two points: the fruit of study must have the value of fulfilling the academic blanks; the object of research must be the significant question that our descendants cannot detour or omit, that means even if we didn’t touch them, the descendants have to face them sooner or later. The two levels of the meaning expressed the fundamental pursuit of academy: originality, and this is the conception and purpose of our compiling this set of “Jurisprudential Library”.

As for the requirement of choosing subjects, my opinion can be articulated like this: I. All the subjects in this library have not been touched in our country, so they have the value of fulfilling the academic blanks; II. The scholars, no matter at home and or abroad are interested in these subjects, but they have not published systematic and concentrated results; III. All the sub-subjects included in the subjects chosen or the initial results have been published in the publication which is of high quality at home or abroad; IV. The subjects chosen should have comparatively high value of historical data, they can

provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by its originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History
East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

序

欣闻何柏生教授的《法律文化的数学解释》一书即将付梓面世，我谨致以学术上的热烈祝贺！

《法律文化的数学解释》(以下简称“《数学解释》”)一书，是何柏生教授在其博士学位论文基础上认真修改而成的一部原创性的、高水平的法哲学著作。在该书中，作者以宽广的学术视野和比较分析方法，深入探讨了作为西方理性精神之核心的数学理性对西方法律文化的深刻影响，着力揭示了数学因素在西方法律形式合理性形成过程中的重要作用，有力论证了数学方法对于法律方法的价值意义，进而确证法学是一门科学的内在逻辑。这部书稿立意新颖、论证透辟、逻辑严密、新见迭出，充分展示了作者深厚的学术功力和严谨的治学精神，具有很高的学术价值。该书的出版印行，必将进一步拓展人们研究西方法律文化乃至法律科学理论系统的学术视野，改造和更新我们的法学思维方式，推动当代中国法学走向科学化的时代进程。

《数学解释》这一重要的法哲学研究成果有着多层面的、广泛的学术意义。其中，我尤为感兴趣的乃是作者对于西方法律形式合理性形成中的数学因素决定性作用的精辟阐释。我们知道，德国著名思想家马克斯·韦伯从理想类型学的分析原则出发，把合理性行动区分为两类，即工具合理性(形式合理性)和价值合理性(实质合理性)。在他看来，形式合理性是关于不同事实之间的因果关系判断，主要被归之于手段和程序的可计算性，因而是一种客观的合理性。而实质合理性或价值

2 法律文化的数学解释

合理性则是关于不同价值之间的逻辑关系判断,主要被归之于目的和后果的价值,因而是一种主观的合理性。这种主观合理性常常具有非理性的因素。韦伯强调,法律的现代化过程实际上是法律的理性化过程,而法律的现代性或理性化是根据形式的合理性准则调节社会活动、社会关系和社会机构的合理化的产物。法律的现代性往往表现为法律的形式化或法律的形式合理性。韦伯把形式合理性视为西方法律文明及社会秩序的本质特征,而把实质合理性归之于非西方法律文明和社会秩序的本质特征,正是在这里显示出西方世界法律文明与非西方世界法律文明的历史差异性。按照韦伯的看法,在传统的中国,法律形态的最大特点就是注重实质原则。家产制官僚国家对形式法持有排拒的态度,它既没有考虑到强而有力的经济发展的要求,也没有估计到一个自主的法学家阶层,而是考虑到能保证其合法性的传统的神圣性。“十分重要的是立法的内在性质:以伦理为取向的家产制,无论在中国还是在其他各地,所寻求的总是实际的公道,而不是形式法律。”^①而在西方,法律的形式化过程始于古罗马时代。诚然,古希腊是西方文明的摇篮,但是法律尚未从一般社会控制体系中分化出来。然而,到了罗马社会,法律日益专门化,法学家日益成为一个独立的阶层。随着私人之间平等关系的逐步确立,罗马法大踏步地发展起来了。罗马法的形式化运动对近代西方理性法律的成长产生了巨大的影响。尽管近代西方的法律制度并非全部渊源于罗马法,但是对于近代西方世界来说,“仅仅就它建立了形式的法律思想这种意义来说,接受罗马法是具有决定性的”^②。在近代早期的罗马法复兴浪潮中,首先强调的方面也正是罗马法的形式主义特征。罗马法虽然是前资本主义时期的法律,但是它包

① [德]马克斯·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第122页。

② [德]马克斯·韦伯:《世界经济通史》,姚曾庸译,上海译文出版社1981年版,第288页。

含着资本主义时期大多数法律关系的一般性规定,是“商品生产者社会的第一个世界性法律”^①,构成了近代西方理性的形式主义法律运动的法律基础。中世纪中后期罗马法的复兴浪潮,乃是这一时期西欧社会生活中的一次重大的变革运动。在这一过程中,王权以及专制国家为自12世纪以来重新发现罗马法运动的发展起到了相当大的作用。许多国王特别器重熟谙罗马法的僧侣和法学家,委以重任。在专制主义的民族国家时代,那些熟读罗马法的法学家应国王之邀在各国政府中担任行政和司法职务。他们运用罗马法的原则与精神,积极支持国王扩充权力,强化统治基础,进而成为推动罗马法复兴与发展的重要力量之一。按照韦伯的看法,专制主义国家权力的官吏理性主义,推动了西方法律理性化的进程。“它所关心的是系统地制订法典和使用法律趋于一致,并主张将法律交由一个力争公平、地方均等之升迁机会的受过合理训练的官僚体系来执行。”^②理性主义的官僚体系关注的是法律的统一性和普遍适用性,强调国家法令对于传统与习俗的优先性。在西欧的中世纪后期,随着工商业资本主义的发展,客观上要求民族国家充分行使政治权力,制定合理的经济政策,以促进工商贸易的长足增长。而重商主义就是第一个这样的合理性经济政策。它是专制主义国家与资本主义利益的联盟,是专制主义国家追求实力的政策表现。韦伯把专制主义国家看作是一种“合理的国家”,认为只有在合理的国家中,资本主义才能发展起来;而合理的国家的基础,则是有专长的官吏阶级和合理的法律。近代早期专制主义国家为了有效地推行重商主义经济政策,促进工商资本主义的发展,就必须创制一种基于形式主义原则的法律制度。工商业资本主义的发展所需要的是可以像机器一样靠得住的

① 《马克思恩格斯文集》(第4卷),人民出版社2009年版,第307页。

② [德]马克斯·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第174页。

法律。这种法律类型的典型特征是形式主义。在西方法律的历史演进过程中,罗马法就是一部具有形式合理性的法律,它可供近代早期专制主义国家创制合理性法律之用。

在韦伯那里,正是这种形式主义的理性法律的产生及其成长构成了西方世界与非西方世界法律发展进程的一个重大差异。由此,韦伯提出了著名的设问:为什么工商业资本主义文明兴起于西方而不是别的地方?为什么形式主义的理性法律首先出现在西欧而不是其他地区?在这里,韦伯进一步探讨了构成西方形式主义法律渊源与本体的西方特有的理性主义问题。他这样分析说:“我们必须发问,这种法律从何而来?如在其他状况下一样,资本主义利益毫无疑问也反过来有助于为一个在理性的法律方面受过专门训练的司法阶级在法律和行政机关中取得统治地位铺平道路,但是,资本主义利益绝非独自地促成了这一点,甚至在其中也没起主要作用。因为这些利益本身并没有创造出那种法律。各种全然不同的力量在这一发展过程中都曾发挥过作用。那么,为什么资本主义利益没有在印度、在中国也做出同样的事情呢?为什么科学的、艺术的、政治的或经济的发展没有在印度、在中国也走上西方现今所特有的这条理性化道路呢?”^①韦伯的这番设问与分析,提出了一个极其重要的问题:影响西方社会与文化发展以及形式主义法律(或体现形式合理性要求的法律)产生和成长的关键性因素是什么?换言之,东方社会(中国、印度等)未能像西方那样走上这条理性化道路,进而形成体现形式合理性要求的形式主义法律,其制约性因素何在?对此,韦伯的看法是:“在以上所有情况中所涉及的实际上是一个关于西方文化特有的理性主义的问题。”^②因之,必须说明西方理性主

① [德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维纲等译,生活·读书·新知三联书店1987年版,第14—15页。

② 同上书,第15页。

义的独特性,并在这个基础上探寻与说明西方文化形态以及西方形式主义的理性法律的独特性。在韦伯看来,形式主义的理性法律之所以首先在西方出现,完全可以从新教伦理的性质和特征中得到透彻的说明。他主张必须澄清儒教的理性主义与基督新教的理性主义之间的关系,指出:“要判断一个宗教所体现的理性化程度,可以运用两个在很多方面互相联系的尺度。其一是:这个宗教摆脱巫术的程度;其二是:这个宗教将上帝与世界之间的关系,以及由此而来的这个宗教本身与世界的伦理关系,有系统地统一起来的程度。”^①尽管儒教伦理与新教伦理二者就其实质都是理性主义的,并且二者都具有功利主义的倾向,但在它们之间实际上存在着非常重大的差异。就第一个判断尺度而言,新教伦理几乎完全摒除了巫术,而儒教伦理则没有触动巫术的救赎意义,与道教巫术一样具有某种亲和的倾向,容忍巫术的存在。就第二个判断尺度而言,清教伦理确证宗教的价值,要求人的行为必须根据上帝的命令,并且这种对上帝的服从乃是出于对上帝的敬畏,而儒教伦理则强调天人合一,排却上帝意旨的重要意义,从来不对超世的上帝尽恭顺之道;在对待尘世事物的态度方面,清教伦理更与儒教伦理形成强烈的对照,韦伯认为这一点恰恰构成了资本主义在西方而不是东方兴起的根本原因之一,西方清教伦理代表了一种与儒教伦理截然相反的理性地对待世界的类型。“在这里,我们不难看出这两种理性主义间的根本差异:儒教的理性主义旨在理性地适应现世;而清教的理性主义旨在理性地支配这个世界。”^②这种企望支配而不是仅仅适应世界的强烈愿望,对于资本主义在西方的兴起,无疑起到了重要的作用。

不仅如此,韦伯强调,新教伦理是一种体现“天职观”根本要求的责

① [德] 马克斯·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第256页。

② 同上书,第277页。

任伦理。而天职观念是宗教改革的产物,它“把履行尘世事务中责任看作是个人的道德活动所能采取的最高形式。这就必然使日常的世俗活动具有了宗教意义,并且第一次产生了这个意义上的天职观。于是,这一天职观便引出了所有新教教派的核心教理。它放弃了天主教道德戒律的“praecepta”(命令)与“consilia”(劝诫)的二分法。令上帝满意的唯一生活方式,不是以修道院的禁欲主义超越世俗道德,而只是履行个人在尘世的地位所加诸他的义务。这就是他的天职”^①。作为新教在西欧特别是17世纪西欧影响所及的主要地区采取的形式,加尔文宗或加尔文主义使路德的宗教改革产生了持久的具体成果,把路德的天职观(亦即主张人必须接受且必须适应神定之事,进而对世俗活动给予充分的道德辩护)拓展为强调“尘世的存在就是为了服务于上帝的荣耀,而且仅仅是为了这一目的。蒙召的基督教在尘世中的唯一任务就是竭尽全力执行上帝的诫命以增加上帝的荣耀”。而“服务于共同体世俗生活的、履行天职的劳动也具有这一性质”^②。加尔文主义的这种以得救预定论或救赎论教义为核心的天职观念,与资本主义精神之间的关联是内在和紧密的。在韦伯看来,加尔文主义的天职观蕴涵着“尘世的除魅”的逻辑要义。这种天职观念认为,生活中至关重要的问题就是自己的永恒得救,他只有被迫独自一人上路,去面对那个已经为他永久判定了的命运,没有谁能帮助他——教士无法帮助他,圣事无法帮助他,教会也无法帮助他,甚至上帝也无法帮助他,在这天路历程上流淌着的是个人的内在孤独感和深刻的精神孤独。因而,“尘世的除魅”这一宗教发展中的伟大历史进程,在加尔文主义那里达到了它的逻辑结局。“这个进程开始于古代希伯来的先知,尔后与希腊人的科学思想相融合,摈

① [德] 马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第204页。

② 同上书,第224页。

弃了一切用于拯救的巫术手段,将其视为迷信和罪恶。”^①诚然,加尔文教禁欲主义运动的不同分支教派在其细节和重点方面表现出诸多的差异性,但就总体而言,都具有宗教恩宠状态的观念,这标志着处于这种状态的人已经摆脱了肉体的堕落,摆脱了尘世。尽管在这些不同教义中获得恩宠的手段不同,但有一点却是共同的,即它绝不凭借任何巫术圣事、凭借忏悔的慰藉、凭借个人的善举来获得,而是通过条理性的理性化伦理行为获得这种恩宠状态,进而使禁欲主义渗透到行为之中。这种禁欲主义行为意味着要按照上帝的意志对自己的整个一生进行理性规划,它再也不是一种不堪重负的义务,而是每一个确信能够得救的人都可以做到的事情。因此,“与自然生活不同,圣徒们的宗教生活再也不是远离尘世的隐修主义共同体的生活,而是在尘世及其各种制度中的生活——这一点至关重要。这种置身今世之中,但又是为了来世而完成的行为理性化,正是禁欲主义新教天职观带来的结果”^②。而恰恰是这种得救预定论教义的加尔文主义天职观,构成了体现责任伦理要求的资本主义理性精神以及形式主义理性法律的教理基础。作为一种人世禁欲主义,加尔文主义天职观要求人们不仅把劳动看作是禁欲主义手段,而是把劳动本身作为人生的目的,这是人的天职,人人都要有一项天职,人在履行天职中生活,这样就会具有系统性和条理性。“清教天职观所强调的重点始终在于人世禁欲主义的这种条理化性质”^③,只有这样才能有助于促进公共利益或个人利益。这样,“一种特殊的资产阶级经济伦理终于水到渠成。资产阶级商人意识到自己正在充分领受上帝的恩宠,实实在在得到了上帝的赐福。他们觉得,只要他们注意外表上正确得

① [德] 马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,阎克文译,上海人民出版社 2010 年版,第 221—222 页。

② 同上书,第 255 页。

③ 同上书,第 262 页。

体,只要他们的道德行为没有污点,只要对财产的利用无可非议,他们就可以尽其所能谋取经济利益,同时还会感到这是在履行一项义务”^①。加尔文主义新教伦理主张凭借个人自身的能力和首创精神理性而合法地获取利益,这种伦理态度在近代资本主义工业发展进程中起到了巨大的决定性作用。

因此,韦伯在《新教伦理与资本主义精神》一书中力图论证的基本观点是:“现代资本主义精神乃至整个现代文化的基本要素之一,就是天职观念基础上的理性行为,它的源头则是基督教的禁欲主义精神。”^②在韦伯看来,这种新教伦理观念不仅成为新的强大秩序的直接先驱,而且构成了工具性行为模式的教理基础,而工具性行为模式具有高度非人格的、冷冰冰形式的、严峻无情的机器般的性质。与新教伦理观念以及工具性行为模式相适应的法律关系,乃是体现责任伦理要求的形式主义的理性法律。工商业资本主义的发展,需要一种理性的、可预期的法律制度。“它关心严格的形式法与司法程序,倾向于使法律在一种可计算的方式下运作,最好就像一台机器一样。”^③这种形式主义的律法是可以依赖的,工商业资本主义只有在这样的法律基础上才能够得到有效的运行。“它所需要的是可以像机器一样靠得住的法律,宗教礼仪和巫术的考虑必须一并排除出去。”^④在韦伯那里,这种源自于清教天职观念的形式理性或工具理性不仅构成了近代工商业资本主义起源与发展的文化力量,而且成为近代西方形式主义法律运动的教理基础,因为形式理性或工具理性确证数量计算的巨大作用,与数量计算

① [德]马克思·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第271页。

② 同上书,第274页。

③ [德]马克思·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第174页。

④ [德]马克思·韦伯:《经济通史》,姚曾虞译,韦森校订,上海三联书店2006年版,第215页。

相联系的簿记制度是工商贸易组织所不可或缺的。“一个合理的资本主义企业就是一个拥有资本会计制度的企业,也就是,根据现代簿记和结算的方法来确定它的收益能力的一个机构。”^①而数量计算在目的与手段的意义上都是形式理性或工具理性所必然要求的,以期获得普遍适用的抽象法规、法律和规则。正是在这样的基础上,才形成了西方文明所特有的具有形式理性或工具理性取向的行为模式,进而产生了科层制度的官僚统治机制以及形式理性的法律模式。

由上可见,对于西方形式主义法律的起源与成长问题,韦伯力图在比较法律文明的广阔视野下加以探讨,并且归之于西方理性主义的独特品格,这种西方理性主义的独特性则可以溯源到加尔文主义新教伦理观念。这是一种以天职为依归的责任伦理系统,它与形式理性或工具理性密切相关,强调一个行为的伦理价值只能在于行为的后果,行为者对自己行动的可预见的后果负有责任,而可计算的形式主义的理性法律正是建立在簿记制度基础上的合理的工商业资本主义所期待的。我们看到,《数学解释》一书的作者充分论述了韦伯关于合理性以及形式主义理性法律问题的理论分析,并且循着韦伯的思想理路,突出体现了形式合理性要求的西方形式理性法律的独特性和唯一性,同时还注意到韦伯对于经济行为理性化与经济行为的可计算和可预测性之间关联的深刻揭示,这确乎把握了韦伯思想的要义。不仅如此,《数学解释》一书作者试图在韦伯论述的基础上更加鲜明地强调数学因素在西方形式主义理性法律形成过程中的决定性作用,认为在西方文明系统中,合理性与理性都与计算有关,而计算与数学有关,数学是理性、合理性的根源,离开了数学,理性就会缺乏,合理性就无从谈起。由此,《数学解释》一书的作者指出,对于西方形式主义理性法律的形成具有决定性意义的原因只能是数学思维

^① [德] 马克斯·韦伯:《经济通史》,姚曾广译,韦森校订,上海三联书店 2006 年版,第 173 页。