

思想
与社会 ICARUS
第一辑

韦伯：法律与价值

上海人民出版社



特邀编委:

苏国勋

刘小枫

编辑委员:

吴伯凡

应 星

渠敬东

舒 炜

李 康

*李 猛

郑 戈

(带*者为本辑执行编辑)

思想
与社会 ICARUS
第一辑

韦伯：法律与价值

上海人民出版社

美术馆

[英]奥登
查良铮译

关于苦难他们总是很清楚的，
这些古典画家：他们多么深知它在
人心中的地位，甚至痛苦会产生，
当别人在吃，在开窗，或正作着无聊的散步的时候；
甚至当老年人热烈地、虔敬地等候
神异的降生时，总会有些孩子
并不特别想要他出现，而却在
树林边沿的池塘上溜着冰。
他们从不忘记：
即使悲惨的殉道也终归会完结
在一个角落，乱糟糟的地方，
在那里狗继续过着狗的生涯，而迫害者的马
把无知的臀部在树上摩擦。

在勃鲁盖尔的《伊卡鲁斯》里，比如说；
一切是多么安闲地从那桩灾难转过脸：
农夫或许听到了堕水的声音和那绝望的呼喊，
但对于他，那不是了不得的失败；
太阳依旧照着白腿落进绿波里；
那华贵而精巧的船必曾看见
一件怪事，从天空掉下一个男孩，
但它有某地要去，仍静静的航行。

目录

主题研讨 韦伯:法律与价值

- 韦伯论西方法律的独特性 郑戈[001]
除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的
“英国法”问题 李猛[111]
信念与责任
——马克斯·韦伯论伦理
..... [德]施路赫特 著 李康 译[242]
韦伯与知识分子的现代性问题 田立年[337]

研究论文

- 失范理论大纲 渠敬东[351]

书评

- 自由的“其然”与“所以然”
——评黄克武《自由的所以然:严复对约翰弥尔
自由思想的认识与批判》 舒炜[396]
“封建主义”的解构与未来
——评苏珊·雷诺兹:《封土与封臣:中世纪史实的
再诠释》 黄春高[405]
《思想与社会》稿例 [427]

韦伯论西方法律的独特性

□郑 戈*

目录

一、近代西方法律职业和法律学术的社会—历史建构过程：韦伯法律理论的背景研究

- (一)近代法律职业与法律学术的社会建构
- (二)法学的研究方法
- (三)近代社会科学的兴起及其对法学提出的挑战
- (四)马克斯·韦伯如何把法学转变为一门社会科学

二、马克斯·韦伯如何突破法学的固有局限性、并且将法律纳入社会理论的分析框架

- (一)韦伯研究方法的独特性
- (二)韦伯对传统法学研究方法的创造性转化
- (三)韦伯方法论体系中的独特概念
- (四)法律的社会理论研究

三、韦伯论“人类的规矩”：从习惯到法律

- (一)社会秩序和规则的形成方式
- (二)社会规则的分类
- (三)法律的产生和发展

* 作者单位：北京大学法学院，邮政编码：100871。

四、韦伯论西方法律的理性化与近代资本主义的兴起

(一)法律与生产组织形式之间的互动关系

(二)法律的理性化与经济的理性化

五、法律与人的伦理选择

(一)自然法:法律的正当性来源

(二)韦伯论法律与宗教

在马克斯·韦伯所处的时代，德国乃至整个欧洲正处于动荡不宁的状态。有四个重要问题始终困扰着韦伯那一代的知识分子和政治家，那就是：自由主义的衰落、社会主义的成长、实证方法在社会科学中占据主导地位以及文化悲观主义的蔓延，这些问题也便构成了韦伯一生学术活动的主要背景。^①韦伯是一个对自身处境有着清醒认识的思想家，他敏锐地觉察到了资本主义发展所面临的问题，也深深知道自己接受法学教育所获得的知识背景和研究方法无法解决这些问题。因此，他最终没有选择“法学教授”或“法律家”作为自己的职业，而是转向了经济学，进而又以整个社会科学或社会理论作为自己学术事业的根据地。这样一种个人生活史其实不仅对他个人具有深刻的意义，而且对当代法学和社会科学的发展具有某种象征性的意义。它表明法学研究方法可能具有某种缺陷，而一种社会理论或许有助于弥补这一缺陷。

尽管韦伯放弃了“纯粹的”或“内部视角”的法学研究方法，但法律却始终构成韦伯思想中的一个重要的问题域。通过把法律纳入到社会理论的分析架构之中，韦伯揭示了法律与人类社会生活

① 参见:Lawrence Scaff, “Weber before Weberian Sociology”, in Keith Tribe (ed.), *Reading Weber*, London and New York: Routledge, 1989, pp.15—41.

之间的复杂关系。虽然韦伯本人并未明确宣称自己所研究的法律主要是以罗马法和日耳曼法为渊源的欧洲大陆法律，但是，通过对他的著作的研读，我们却很容易得出这样的结论。我们看到，在韦伯的分析框架中，“东方”各国的规则模式以及英国的“普通法”都成了衬托欧陆法律模式之独特性的背景。本文旨在探讨韦伯关于欧陆法律之独特性的论题，为此，它将涉及：一、近代西方法律职业和法律学术的社会—历史建构过程；二、马克斯·韦伯如何突破法学的固有局限性、并且将法律纳入社会理论的分析框架；三、韦伯论“人类的规矩”：从习惯到法律；四、韦伯论西方法律的理性化与近代资本主义的兴起；五、法律与人的伦理选择。

一、近代西方法律职业和法律学术的社会—历史建构过程：韦伯法律理论的背景研究

法学是一门古老的学科，它的历史可以追溯到古罗马时期。与哲学不同，法学并非产生于追求知识的“纯粹”动机，它的历史一直是与法律职业的历史密不可分的。人类的集体生活需要秩序，不同的人类群体在长期的共同生活中发展出了不同的秩序范式，这些秩序范式的不同在于其中蕴涵着不同的规则。古代希腊和罗马的人民选择了法律作为组织社会秩序的主要规则，因此发展出了不同于其他文明的独特的秩序范式。与其他约束个人行为的规则（比如中国的礼）不同，法律具有很强的“外在化”特征，即：它只能管束人的外部行为，而且只能靠外在于行动者的力量来维持。这样就需要有一些专门的人员来负责维持法律的正常运作。韦伯对法律的这一特性给予了充分的重视，他写道：“我们所理解的法律，只是这

样的一种秩序体系:它产生经验有效性的可能性能够得到具体的保障。”^②他还进一步解释道,所谓“得到保障的法律”,就是指存在一种“强制机制”,也就是存在一些专职人员,他们随时准备适用专门的强制手段(法律强制)来实施法律规范。在“西方社会”的历史上,这样一个专职人员群体的产生和发展构成了非常重要的一个特点。

如果只是存在一个专门的职业群体来保障法律的强制实施,我们也很难把法律同其他的国家强制机制区分开来。因此,我们必须注意到西方法律所具有的另一个重要特点,这就是韦伯所指出的“法律思维”(legal thinking),也就是一种动态的法律知识生成机制。通过这种机制而产生的法律知识具有一般化、抽象化和系统化的特征。而且,这种知识还是把法律职业者结合为一个“共同体”的内在因素。韦伯在青年时代所接受的教育使他成为“法律职业共同体”中的一员,而他的主要学术贡献也正起步于他对传统法学研究方法、乃至对法律职业本身的批判性反思。因此,我们的讨论将从欧陆法律职业和法律学术的历史开始。

在罗马共和国时期,一个具有相对独立性的法律家群体已经产生,其中有一些专门解答法律问题、传授法庭技巧、研究法律原则的人士,被称为法律顾问(jurisconsults)或法学家(jurist)。而他们对法律所作的阐释和研究就形成了一套关于法律的系统知识,他们把这套知识称为“法律科学”(legitima Scientia)或“法学”(jurisprudentia)。“法律科学”是罗马人对西方文明作出的最重要的贡献,它使法律传统成为西方社会文化传统中的一个非常重要的组成部分,有时甚至在其中占据最核心的位置。在西罗马帝国覆灭之后,“法律科学”的传统除了在东罗马帝国继续得到保持、并最终

② Max Weber on Law in Economy and Society, edited and annotated by Max Rheinstein, translated by Shils and Max Rheinstein, New York: Simon and Schuster, 1967, p. 13.

酝酿出查士丁尼皇帝组织编撰的集大成作品外,还通过基督教教会和神职人员的学术研究活动得以延续。后者使“法律科学”的传统与西方历史上另一项重要的传统——基督教传统融为一体。在中世纪的教会大学中,法学和神学成为最重要的两种学科,它们都以注解和阐释经典作为主要的研究方法,只不过法学所面对的经典是罗马法论著,而神学的经典则是《圣经》。这种研究方法的系统性特征使法学继续保持着“科学”的地位。而且,这种以揭示“意义”(meaning)为主要目的的方法经过人文学者的不断发展,最终发展成为一种系统的方法学,即关于“解释”(interpretation)的科学。近代所有关于人类自身的科学(science of man)都是在这种方法学的基础上建构和发展起来的。

在近代民族国家兴起的过程中,由于法律在西方人的社会生活中、以及法学在西方人的知识体系中所占据的核心位置,君主和市民阶层都竭尽全力争取在法学领域中的话语垄断权。罗马法继续成为法学研究活动的主要源泉,不过,人们以“回到古罗马时代的罗马法”为旗号为它赋予了新的、世俗的含义。同时,各民族国家也都致力于发掘和整理本民族的习惯法,以罗马法为蓝本对它们进行形式化和系统化的加工。由于民族国家立法活动的需要,法学发展成为一种“百科全书”式的学问,人们致力于探讨法律与气候、地理环境、民族特性等等之间的关系,并对古往今来各个国家的法律制度进行历史的和比较的研究。到18世纪为止,法学已经成为研究人类社会生活的最重要的一门学科。与此同时,法学教育和法律职业得到高度的发展,法律成为国家统治和管理社会的首要工具。

自然科学和相应的工业技术的发展彻底改变了人类的生活。在19世纪,西方知识界开始对“思辨性的”(speculative)学术传统进行批判,人们试图把自然科学的研究方法移植到对人和社会的研究之中,进而像控制自然那样规划和控制人类社会。经济学和统

计学便是在这种设想的驱动下产生、并且服务于这种设想的,它们的出现标志着现代社会科学的诞生。^③在“现代化”的过程中,法学逐渐失去了探究人类社会生活的条件和规矩(measurement)的特权,甚至被排挤出“科学”的行列,因为这一名称已经为自然科学以及模仿自然科学追求实证性(positivity)的学科所专享。在今天的知识分类学中,科学或自然科学(sciences)、社会科学(social sciences)以及人文学科(arts/humanities)成为最基本的三种知识形态。这种划分已经被学术职业体制和大学教育体制确定下来。法学在这种三分体制中无法找到自己的位置。在法学传统十分强大的欧陆国家,法学往往作为一门独立的学科而存在,但其学术地位根本无法与上述三大学科抗衡。而在英国和美国,法学在很大程度上是作为一门“技艺”(craft)而不是作为一种“学术”来传授的。起初,法律教育主要是在法律职业机构(比如律师事务所)或这些职业机构的“行会”所开设的学校(比如英国的 Inns)中进行的,而后来出现的大学法律院系在很大程度上仍然沿袭着这种职业培训的风格和方式。这一点在美国表现得尤为突出。在那里,法学与医学和商学等等一同被归入“职业教育”(professional education)的行列。“职业教育”这一标签其实已经排除了这些学科的从业者在“学术共同体”中的成员资格,而使他们顺理成章地进入“职业共同体”。“lawyer”一词在美国被用来指代所有法律职业者,而法学教授也算在其中,被称作“academic lawyer”。但是,由于法律在国家管理体制中核心地位并未丧失,法律职业者作为社会的“管理技术人员”仍然享有很高的社会地位并发挥着十分重要的作用。法学在知识王国中的失宠并未妨碍它作为法律职业王国的重要一员而继续享有优越的地位。同时,由于法律职业在现代西方社会中已

③ 参见:Lawrence Goldman, “The Origins of British ‘Social Science’: Political Economy, Natural Science and Statistics, 1830—1835”, 26 *Historical Journal* (1983).

经获得了相对的“自治”(autonomy),法学甚至可以坚持自己的“自主性”,拒绝与其他社会科学相往来。

(一) 近代法律职业与法律学术的社会建构

学术并非存在于真空之中,其产生和发展的动力乃在于社会的需要。从近代法学的形成过程来看,民族国家对具备法律知识的管理人才的需要以及市场对充当协调人和代理人的法律职业者的需求在其中起到了决定性的作用,而法律学术和法律教育的发展又巩固和促进了法律职业的建构,并进而为民族国家的稳定和发展以及市场的有序运作提供了保障。在这一过程之中,法学不断寻找着自身在近代社会中的位置,这种知识上的努力与法律职业者追求自身利益的社会行动相结合,最终为理论性的以及实践性的法律职业活动赢得了一片自主的空间。

欧洲法学传统的近代转型

在法律史的意义上,西方的“近代”始于何时?这一直是一个颇有争议的问题。对这一问题的探讨不在本文的题域之内。在这里,我采纳唐纳德·凯利教授的观点:

近代法律传统诞生或再生于12世纪的普遍文化复兴之中。促成这一传统的是三种知识潮流的混合体:其一是教会法学,它既是罗马法学的载体,又是它的对头。其二是散布于欧洲各个地区、特别是意大利北部城市和法国南部“成文法省份”的罗马法学的实用性的、“民间的”残存体。其三就是相关的罗马教育的延续,特别是修辞学的教学——Cassiodorus在

公元6世纪把这种学问定义为“参与市民问题讨论的娴熟技巧”，这种教育为学习初等的法律知识提供了一个良好的场所……^④

在12世纪的“文艺复兴”中，新兴的市民阶层“重新发现了”古希腊的自然哲学和古罗马的法律科学，以此作为对抗教会的话语垄断权的重要武器。为了与教会办的大学相抗衡，市民阶层仿照古希腊的“学园”(encyclopedia)创办了许多“学院”(studium)，讲授和研习哲学、神学、医学和法学等高等“科学”。这种兼具教学和科研两种职能的机构后来发展成了近代意义上的大学(起初叫做 studium generale，后来称为 universitas)。在1300年的时候，欧洲共有20所左右拥有较强的法学研究和教学力量的大学，到1500年时，这一数字已经增加到近80所^⑤。在这些大学从事教学和学术研究的法学家通常被称为“法学博士”(doctores legum)，因为他们都取得了法学教育体系中的最高学位。由他们发展起来的理论体系被他们自己命名为“市民科学”(civilis scientia)或“市民智慧”(civilis sapientia，来源于注释法学派的经典之作：《Accursian

④ Donald Kelley, *The Human Measure—Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1990, p. 109. 伯尔曼教授在《法律与革命》一书中把近代西方法律传统的起源与11世纪后半期的希尔德布兰德改革(Hildebrand Reform, 或称格列高利改革)联系起来,因为这场他所称的“革命”以及接下来的持续性事件最终导致了俗界与教界、法律与社会控制的其他过程以及其他类型的智识形态的分离。这种观点与凯利教授的观点有着根本的差异,差异的根本点倒不在于几十年的时间差别,而在于对促成这一转型的主要动力有着不同的见解。在凯利教授那里,这种转型不是由任何一个或一系列事件促成的,而是在很长的一段时间里由当时的社会思想潮流以及无数人的智识努力促成的。参见:《法律与革命》,伯尔曼著,贺卫方等译,中国大百科全书出版社。特别是其中的第二章:“西方法律传统在教皇革命中的起源”。

⑤ 参见:Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. I, 39—128.

通用词汇》》^⑥。这种系统化的知识体系被认为是欧洲近代社会科学和社会思想的雏形,因为它摆脱了神学思想的束缚,试图探究人类集体生活的规范及其意义。^⑦ 它“为欧洲的社会思想带来了一种掌握和控制中世纪欧洲的新的社会现实的手段。它提供了一套古典的语言,用以进行社会分析、描述经济互动、研究政治行动——一句话,这是一套关于权力的语言”^⑧。

“市民科学”实际上是对古罗马“法律科学”的继承和发展。在古罗马,法学家或法律顾问是法律职业者群体中的成员,他们专门负责解答诉讼当事人或司法、行政部门提出的问题,并通过回答这些实践中的问题对法律进行系统的分析和研究,提出一些一般性的理论。通过他们的努力,一套只有法律职业者才能够完全理解的“法律语言”被发展出来了。这套以法律概念和法律格言编织成的形式化语言既为法律职业共同体提供了一种“主体间”交流的基础,又以其形式化、专业化的特性把外行人(包括哲学家)排除在这一共同体之外。而“市民科学”实际上也正是通过使法律成为“用拉丁文表述”的形式化体系界定和巩固着法律职业王国的疆域。

需要指出的是,这一时期的法学虽然是以研究罗马法为主,但

⑥ 参见:Gaines Post, *Studies in Medieval Legal and Political Thought*, Princeton University Press, 1964.

⑦ 参见:Donald Kelley, *The Human Measure—Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1990, p. 113。“市民科学”的发展过程一般被分为三个阶段:首先是“注释法学”阶段,从 Imerius (ca. 1100—30)直到权威的《Accursius 通用词汇》出现(1265),这一阶段的法学家对分散的罗马法语汇和条文做了系统的整理和注释工作,为以后的研究打下了基础;第二个阶段是评论法学阶段,或称后期注释法学阶段,从13世纪一直延续到中世纪末期,甚至直到19世纪时仍然在德国的“潘德克顿”(pandectist)传统中得到保持;第三个阶段是人文主义法学阶段,从17世纪开始,至今仍在某些“法律古典学者”(juristic classicists, 这是舒尔茨教授发明的称号,参见:Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press, 1953, p. 279)那里得到保存。

⑧ Donald Kelley, *The Human Measure—Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1990, p. 117.

这种研究活动其实是在“用旧瓶装新酒”。古罗马已经一去不复返了,适应于古罗马人的社会生活方式的法律和法学不可能在 12 世纪得到恢复。即使是最严格和最刻板的“注释派”法学家,也是根据自己的“前见”来解释罗马法,为它赋予自己和自己的同时代人能够理解的含义。法律是一种“地方性”的知识,适应于不同时代、不同地域的人民的不同的生活方式,而法学也不得不用“地方性”的表述来建构意义的世界。但是,社会经济和政治环境的变迁改变着人们的生活方式,同时也便要求规范社会生活的规则体系作出相应的转变。随着人们交往活动的增加,缺乏“形式合理性”的地方习惯法已经无法满足调整社会生活的需要。于是,法学便借助罗马法这种“成文的理性”(ratio scripta)所提供的概念框架和理论架构来对习惯法进行系统性的加工。举例而言,腓德烈大帝统治时期的德国由于没有统一的中央政府和一体化的司法机构,罗马法无法借助立法和司法活动的力量渗透到社会生活中去,但法学家们还是根据从罗马法中抽象出来的理论框架整理出了《德意志明镜》(*Deutschenspiegel*)和《士瓦本明镜》(*Schwabenspiegel*)这两部习惯法规则汇编以及《萨克森明镜》(*Sachsenspiegel*)这部习惯法辞书。而在欧洲的其他地区,法学家们也都进行了类似的工作,或是把本土的文化因素注入到对罗马法的整理之中,或是以罗马法所提供的形式框架来整合与提炼本土的规范性因素。

近代欧洲法律职业的兴起

促使近代欧洲法律职业兴起的原因是多方面的。首先,教会和君主国在争夺政治权力的过程中都需要巩固和壮大自己的官僚机构,这就需要大量掌握专业知识的人员,由于法律是西方传统上最具正当性的统治工具,受过法律教育的专业人员成为当然之选。其次,新兴的市民阶层为了维护自己的利益,保障自己的权利,也

需要借助法律专业人员来为他们提供咨询,充当他们与政府之间进行谈判的中介人,并在政治和司法程序中代表他们的利益。第三,贸易和商业的繁荣要求有相应的法律来调整其中的复杂关系,以减少交易成本,同时也需要熟悉法律的专业人士来草拟合同、代写文书、充当中介人和仲裁者。最后,在中世纪后期,由于宗教与世俗权威的分离与对立已经日趋明显,原有的社会统治和管理机制的合法性开始受到动摇,这导致了社会的失序,而法律在管理复杂的多元社会方面的特殊优势使它成为社会需要的规范形态^⑨,相应地,法律职业者也就成为管理社会所必需的专业人员。

在欧洲的政治和社会组织形式从中世纪向近代转变的过程中,法律职业者起到了十分关键的作用。首先,法律职业者把教会本身变成了一个近代国家的雏形。“到中世纪后期,大多数主教,包括那些罗马教廷的主教,都成了法律职业者而不是神学家。”^⑩这些担任神职的法律职业者彻底改变了教会的管理方式,他们使教会法体系成为一套以罗马法为蓝本的系统的、理性化的法律体系。^⑪其次,法律职业者们在各民族国家充当立法者、法官、行政官员以及公证员,使法律成为国家对社会实施控制的管理的主要手段,最终导致了近代“法治国”(Rechtsstaat)的出现。除此之外,

⑨ 在《现代社会中的法律》一书中,昂格尔教授指出现代社会法律秩序产生的原因之一就是“多元利益集团”的出现。在一个像中世纪末期欧洲社会这样的传统权威体系解体的社会中,“没有一个集团在社会生活中永恒地占据支配地位,也没有一个集团被认为具有一种与生俱来的统治权利”。法律正是在君主、贵族和第三等级的斗争中取得支配地位的。用昂格尔教授的话来说:“就有关各方而言,法治,就像生命保险和自由主义本身一样,只是在恶劣环境中作出最佳选择的尝试。”参见:《现代社会中的法律》,昂格尔著,吴玉章、周汉华译,北京:中国政法大学出版社,1994,第59—68页。

⑩ 参见:William J. Bouwsma, “Lawyers and Early Modern Culture”, *American Historical Review*, 1973, vol. 78, p. 309.

⑪ 参见:《法律与革命——西方法律传统的形成》,伯尔曼著,贺卫方等译,北京:中国大百科全书出版社,1993,第136—142页。

在13世纪晚期出现的“律师”这一职业群体代表商人争取和维护私人利益的活动构成了“市民社会”建构过程的一部分。律师借助法律这一社会各阶层共享的合法性资源参与权力的角逐,追求私利的动机使他们在这场角逐中站在了市民阶层的立场上。这样,在法庭这个竞技场上,市民阶层也有了自己的代言人。这表明市民阶层终于也有机会参与近代“法治社会”的话语形成(discourse formation),并在此过程之中培育和发展自己对抗国家权力侵袭的实力,最终把自己建构为一个具有一定自主性的共同体。

与近代法学发展的经历相似,法律职业的发展也经过了一个从普遍使用拉丁文和采用罗马法的阶段向“地方化”(localization)转变的过程。一位12世纪的教会法学家曾经说过:“凡是说拉丁语的人都受罗马法的约束。”^⑫反过来,当时学习和研究法律的人也都不得不学习拉丁文。但是,法律毕竟是社会实践而不是书斋钻研的产物,而法律职业者也不得不使用本民族的语言。由于拉丁文毕竟没有成为欧洲的通用语言,而是恰恰相反:各民族国家都在极力保存和发展自己的民族语言,更重要的是,构成社会大多数的农民、商人和手工业者并没有机会接受系统的教育,因此无法掌握拉丁文这种“经院语言”,法律职业者也不得不成为“本土的”,而不是“拉丁化”的。特别是在法律最终与宗教分道扬镳,法律职业者成为一个拥有自己的行会的世俗“手艺人”群体^⑬之后,法律职业的本土化进程基本上也便完成了。

在参与民族国家权力格局和统治方式建设的过程之中,法律

⑫ 参见:C. H. Haskins, *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1927, p.201.

⑬ 参见:William J. Bouwsma, “Lawyers and Early Modern Culture”, *American Historical Review*, 1973, vol.78, p.315。博斯玛教授举例说,在文艺复兴时期的佛罗伦萨,律师和公证人(两种当时最典型的法律职业者)的行会具有非常强大的势力,它的主要领导者是整个行会系统的荣誉首领。