

# 法的形式理性论

## ——以法之确定性问题为中心

黄金荣\*

我们当下追求的法治是法律规则的统治(rule of law),即具有形式理性的法律的统治。这种法治理想的产生主要基于这样一种信念:形式化法律具有极大的确定性,法律可以限制国家权力的任意性并仍保持确定性。因此可以说,法律的确定性问题直接关系到法治是否可能的问题。但是这种构成西方法治实践基石的关于法律确定性信念近代以来却遭到了怀疑主义的怀疑和批判。这使我们这样的法治后发型国家面临这样一种困惑:一方面,我们正在扬起对未来法治理想的风帆,但另一方面又不得不同时经受西方法治怀疑主义疾风骤雨的侵袭。这就要求我们必须回答:法律究竟能否实现确定性?

### 一、概念的解析

由于马克思·韦伯对近代以来自由主义法治社会中的法律进行了比较生动的描述和精确的概念抽象,本文就试图借助其法律类型思想和法的形式理性的概念作为立论的基础,并且通过对相关概念的辨析为以后的讨论提供话语背景。

#### (一) 马克思·韦伯的法律类型

法的形式理性(formal rationality)是马克思·韦伯在划分法律思想类型时提出的概念。韦伯认为法律的发展经历了不同的阶段,具有不同的表现形式,而形式化、理性化则是现代资本主义法律的根本特征,并且只有这种坚持形式理性的法律才能适应并促进市场经济的发展。

韦伯主要在两种意义上使用“形式”这一概念:首先是指按照抽象的一般性法律规则处理具体问题,而不是具体情况具体处理;其次是指法律体系的独立性和自我完善性,即法律规则的适用不受道德、宗教、政治以及权力者个人意志等实体性要素的影响,强调法律的自治性。“理性”这一概念在韦伯著作中也具有不同的含义:(1)指社会由法律支配;(2)指法律规则的系统性;(3)指法律的制定和适用都通过逻辑分析进行;(4)指法律由理智控制。<sup>[1]</sup>与“形式”、“理性”相对应的则分别是“实体”和“非理性”两个概念,它们的意义正好相反,“实体”即是指社会根据道德、政治、个人意志等情感性要素对纠纷具体情况具体处理;“非理性”亦是指社会倾向于根据道德、政治、传统等可变的或情感的因素,而不是根据精心设计的固定法律规则处理社会问题。

韦伯于是根据“形式”和“实体”、“理性”和“非理性”两组概念,将法律和法律思想划分为四种类型:(1)实体理性的(substantive rational)法律。这种法律的特点是法律根据政治、经济或

\* 法学硕士,浙江大学法学院教师。

[1] 关于“理性”含义的理解可参见苏国勋:《理性化及其限制》,上海人民出版社,1988年版,第222页;王晨光:《韦伯的法律社会学思想》,载《中外法学》,1992年第3期,第10页;另见马克思·莱因斯坦:《论经济与社会中的法律·导论》,载马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,中国大百科全书出版社,1998年版,第25页。

道德等实体性原则制定,“实体理性化所依据的规范包括道德命令、功利和其他实用的规则以及政治信条。”<sup>[2]</sup>这种法律类型对法律和道德规范不分,但它却也严格遵守理性化的确定原则,它的典型形式是家长制社会中的法律制度。(2)实体非理性的(substantive irrational)法律。首先它是非理性的,即不按确定的一般规则处理案件,而只是具体案件具体分析;其次它是实体的,即处理具体案件所依据的是法律、道德、政治等混杂的不确定标准,用韦伯的话说,“如果立法和司法的具体决定是在伦理、感情和政治因素影响下,而不是根据一般规则作出的,它们就是实体的非理性。”<sup>[3]</sup>它的典型形式是古希腊雅典的城邦民众法庭。(3)形式非理性的(formal irrational)法律。这主要是指人类社会早期极其僵化的处理纠纷的原始程序。它是形式的,因为遵循一般的规则;但它又是非理性的,因为只是根据神谕等用理智无法加以控制的因素进行判决。(4)形式理性的(formal rational)法律。它是以古罗马法为基础,经由欧洲学说汇纂派(即概念法学)的研究推动,伴随着资本主义的兴起而发展起来的法律类型,它也就是实行“法治”的现代资本主义社会的法律表现形式。

## (二)形式理性法的特征

韦伯一生的研究都试图找出近代资本主义之所以能够在西方而不是在东方等其他社会类型崛起的原因。在他的宗教社会学里,韦伯发现新教伦理与资本主义的密切关系;在政治社会学里,他发现资本主义社会中的科层制(官僚制)的必然特征;在法律社会学里,韦伯则发现了形式理性的法律与资本主义发展的重要联系。他将现代形式理性法律制度的建立作为资本主义兴起的一个必不可少的条件。韦伯认为以精密算度和长远打算为基础的资本主义经济活动必然离不开确定的、可预测的法律,“法律的一般理性化和系统化以及在法律程序中具体的可预见性是经济活动存在,尤其是资本主义活动的最重要的条件。没有法律的保障,这一切是不可想像的。”<sup>[4]</sup>而形式理性的法律类型恰恰就具有“纯形式的确定性”。<sup>[5]</sup>

由此,韦伯对法律的形式理性特征格外关注,甚至有些偏爱,因为形式理性的法律思想代表了高度逻辑的普遍性思维,是一种体现“制度化”的思维模式。这种制度化思维在立法上试图制定逻辑清晰、前后一致、可以适用于任何实际情况的完美规则体系。“只有采用逻辑解释的抽象方法才有可能完成特别的制度化任务,即通过逻辑手段来进行汇集和理性化,使得具有法律效力的一些规则成为内在一致的抽象法律命题。”<sup>[6]</sup>司法上试图实现法律适用的机械主义和形式主义。韦伯进而将这种体现形式理性的制度化的法律特征归结为五个方面:(1)任何具体的法律决定都是抽象的法律命题对具体的“事实情势”的适用;(2)在每一个案件中都必须能够通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题中推演出具体的裁决;(3)法律必须是“完美无缺”的法律命题体系,或者假设如此;(4)不能从法律上构建的问题,没有法律意义,即法律只处理法律规定的事实;(5)人们的每一种社会行为都只是对法律的“适用”或“执行”或“侵权”。<sup>[7]</sup>

由于对法律确定性、可预测性的强调,具有确定性、可预测性的法的形式要素被韦伯提高到一个突出重要的位置,法律的形式性成了形式理性法的一个最重要的特征。这种形式性在法律中主要表现为两个方面:首先,法律应以有形的,可以感觉到的,具有外部性的方式表现出

[2] [德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社,1998年版,第62页。

[3] 同注2,第62页。

[4] 同注2,第307页。

[5] 同注2,第307页。

[6] 同注2,第62页。

[7] 同注2,参见第62-63页。

来,不管是以一定的词语、签字的仪式,还是实施具有一定特定意义的行为,法律都具有程式化、外部化的特征,这种形式性最典型的法律表现就是法律的程序。其次,组成法律的是一些可能远离具体事物和行为的高度抽象的法律概念和命题,法律的适用有赖于对抽象法律概念和规则的逻辑分析以及从规则到具体判决的形式逻辑推理。这样由法律程序保障和形式主义适用要求的形式性终于得以贯穿立法和司法的始终,法律的确切性也就得到了最大限度的保证。“这种精确性会使法律结果的正确预测最大化。”<sup>〔8〕</sup>就法律程序而言,“程序包含了特殊和平竞争,被作为‘游戏规则’而得到遵守”,并且“司法形式主义使法律制度可以像技术性的理性机器那样运行,因而,它能保证个人或团体在相对宽泛的自由制度里活动,并使之可预料自己行为的法律后果”<sup>〔9〕</sup>。韦伯相信这种“形式主义确保了当事人表述其形式上的法律利益的最大自由”。<sup>〔10〕</sup>

### (三) 相关概念的辨析

在韦伯的法律社会学著作中,法的形式理性是个核心概念,为了进一步理解它的含义,我们就有必要与此中心概念相关的其他概念作一辨析。

1. 理性化与形式化 从韦伯对“理性”一词使用的四种含义可以看出,韦伯是在相近的意义上理解理性化和形式化两个概念。近代资本主义的法律发展既是一个理性化的过程,同时也是形式化的过程。统治者将实体性要素如道德、宗教、政治观念理性化而成为道德、宗教和政治原则,这就意味着形式要素的增长(由极不确定变为相对确定),若将这些实体性原则进一步理性化,就表示这些原则被进一步细则化、条件化了,这意味着法律确定性和形式性的增加,这也说明从韦伯所说的实体非理性的法律到实体理性的法律即是一种法律形式化运动的结果。但是这并不等于说理性化和形式化是完全等同的,因为理性化还表示人的理智对世界的把握,因此,形式化的法律并不一定是理性化的法律,如原始社会形式非理性的法律程序就是如此。总的来说,理性化代表了人对客观世界自觉的技术性控制,而形式化是理性化必然的外部表现形式,但是只有这种形式化被置于人类理智的自觉控制之下才能保持理性,否则它只能走向理性的反面。

2. 实体性与形式性 实体和形式作为相对的概念当然具有统一的一面,法的实体性要素除了纯粹的个人意志之外都或多或少表现为一定的法律形式,但是实体理性的法律与形式理性的法律类型的区别并不能仅从法律有没有形式化去理解(它们可能都具有形式化的法典形式),而且还必须从它们处理实体与形式的关系中去理解。实体理性的法律类型在立法上往往对法律规范与道德、政治规范不加区分,在司法上法律的适用倾向于屈从于实体的道德、政治原则的评价,因此法律缺少独立性、确定性,这种法律总的来说是“实体性”的。而形式理性的法律则相反,它是“形式性”的法律是因为它坚持法律的相对独立性,在法律规范与实体性的道德、政治原则关系紧张场合倾向于排除实体性要素的干扰。

3. 理性与合理性 形式理性与实体理性是韦伯分别用来概括封建家长制社会和现代法治社会下法律的不同特征。但我国法学界在这两个相对概念的翻译和使用上,往往以“形式合理

〔8〕 同注2,第226页。

〔9〕 同注2,第227页。

〔10〕 同注2,第228页。

性”和“实体合理性”进行运用,已经有学者指出这可能是对韦伯概念的误译和误用。<sup>[11]</sup> 其实在韦伯著作中,理性与合理性完全是两个概念。理性(德文 *rationalitat*, 英文 *rationality*)主要是指遵循由人理智控制的系统化、逻辑化的原则或规则,因此理性化即是指某种程度的制度化、技术化,它着重的是针对一定目的的手段完善。合理性(德文 *legitimitat*, 英文 *legitimacy*)则主要是一个政治社会学的概念,哈贝马斯认为,“合理性意味着对一种政治制度的公认。”<sup>[12]</sup> 而这种公认又是基于一定的社会公认价值。韦伯划分的三种纯粹的合理性统治(*Legitime Herrschaft*)就是在这种意义上使用的。它们或者依靠法律规则,或者仰仗传统信仰,或者依赖统治者人格魅力而维持着对社会的统治。因此,合理性是与正当性相等同的概念,合理性的统治意味着这种统治被社会认为是正当的;同时这也表明合理性主要是一个价值的概念,具有合理性的事物意味着它得到人们价值上、情感上的认同。而理性一词虽然在汉语中含有明显的褒义,但韦伯却主要将它作为一个中性词来用。它与西方近代理性主义思潮的“理性”相一致,它主要在认识论上,人具有认识能力意义上使用,因此,“理性的”往往意味着是“科学的”、“技术化的”。但理性的制度并不必然具有合理性,近现代形式理性的法律制度普遍面临“合理性危机”即是一个证明。总的来说,在现代社会,理性化只是构成社会合理化的一种必不可少的资源,因为除了理性化的因素外,人们对某项制度合理性的认同往往还与道德、宗教、情感、个人兴趣、偏好等诸多情感和价值的因素有关。对法律制度而言,它既有一个理性化的问题,同时又有合理化的问题。

4. 形式理性与确定性 法的形式理性主要是指由理智控制的法律规则的系统化、科学化以及法律制定和适用过程的形式化;而法的确定性主要是指法律的可预测性、可计算性。<sup>[13]</sup> 由于法的可预测性与法律规则的一致性、完备性、稳定性、清晰性以及法律适用过程的客观性密不可分。因此法律一致性、客观性等特性的获得也往往即意味着法的确定性的实现,它们可以在相近的意义上使用。与此同时,法律的一致性、客观性等优良特性的获得又是法律规则系统化、科学化以及法律制度和适用过程形式化的自然结果,因此法的形式理性与法的确定性具有正的相关性,越是具有形式理性的法律也就越具有确定性。韦伯所称的形式理性的法律即是适应资本主义计算性要求而具有高度确定性的理想法律类型。我们可以将法的形式理性和确定性视为同一事物的两个方面,形式理性侧重点在于法律制度本身的内在结构特点,而确定性更强调法律因形式理性化而获得的人们所期望的外在功能特点。在本文的论述中,法的形式理性、法的确定性与“法治”都将在这种紧密相关的意义上进行使用。

## 二、法的确定性如何可能?

### (一)形式理性法的危机

马克思·韦伯所描述的形式理性的法律类型其实就是指19世纪以德国概念法学为代表的法律学说以及以西欧法典化运动为特征的法律实践。概念法学致力于法律的抽象化、技术化,

[11] 如苏国勋:《理性化及其限制》,张乃根译:《论经济与社会中的法律》,两书各自对该术语的翻译没有统一,但总的来说,翻译成“形式合理性”和“实质性合理性”。苏力已对此提出异议,参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社,1996年版,第78页。

[12] 转引自舒国滢:《战后德国法哲学的发展路向》,载《比较法研究》,1995年第4期。

[13] 本文对“法的确定性”和“法律的确定性”作同一理解,它们都包括静态意义上由于法律规则的一致性、完备性、稳定性、清晰性而呈现的确定性和动态意义上由于法律过程的客观性而呈现的确定性。

主张对抽象的概念和法律规范进行科学研究,它在方法论上“仿效自然科学家所采用的科学方式,通过对自然发生的社会现象的研究,从中发现一定的法律原则及其相互关系,以推论出法学概念,从法律的一般材料中经科学研究得出原则,用复杂的组合形成一个体系,以使法学高度系统化”<sup>[14]</sup>。概念法学以对人类把握世界理性能力的坚信不疑为认识论的基础,在立法上追求制定包罗万象、逻辑统一、内容完备的法典;以维护个人自由和平等竞争权利为出发点主张限制或取消法律适用者的自由裁量权,在司法上要求实现法官对法律严格形式主义的适用。“概念主义法理学是从这样一个假设出发的,即实在法律制度是无缺陷的,因此只要通过适当的逻辑分析,便能从现存的实在法制度中得出正确的判决。”<sup>[15]</sup>概念法学家们相信,体现社会需要的政治、经济、文化和道德上的诸多实体性价值通过立法者的认识已经比较完美地凝固于法律规范体系的形式中,因此,法律适用者不能、也不必再以正义、公平之类的抽象的形而上学价值为借口规避法律的适用;对法律适用者而言,只须坚持法律的形式性,根据抽象的法律规则进行形式逻辑的推理,就可以得出确定的、也是唯一正确的判决。

概念法学反映的实际上是 18、19 世纪以来的自由主义“法治”观念。这种观念的理论前提是:(1)坚信抽象法律概念和法律规则的客观性和有效性;(2)坚持法律形式推理以保持法律确定性的可能性;(3)坚持司法形式主义的现实意义。但是这种构成 19 世纪西方法律实践理论基础的信念在本世纪却受到了强烈的挑战。韦伯早在本世纪初就极为深刻地预见了一种“现代法律发展的反形式主义趋势”<sup>[16]</sup>。韦伯指出:“由于严格的职业性法律逻辑,当事人的期望往往落空。如以法律的抽象命题来裁剪生活现实,一味强调遵循法律科学阐述的‘原理’和只有在法学家想像的天地里才有的‘公理’,这种失望也是不可避免的。”<sup>[17]</sup>正是出于对形式理性法抽象性和自负性的巨大失望,许多具有怀疑主义倾向的法学家展开了对概念法学的批判。与概念法学不同,在“白纸黑字”的法律规则与鲜活生动的社会现实之间,他们更关注社会现实的客观要求;在法律的抽象要求与法官的实际活动之间,他们喜欢研究法律实际是怎样运行的;在国家法律的一元统治与社会的多元要求之间,他们又质问一元统治的合理性;在法的形式理性与法的实体理性的二元矛盾中,他们不但以法的实体理性作为批判的武器,而且还将矛头指向法的形式理性本身;他们指出问题不仅仅在于是否应该坚持法的形式理性,而且在于所谓的法的形式理性实际是否可能。

### (二) 利益和自由法学的理想

利益法学与自由法学是最早起来反对概念法学的两个学派,他们兴起于 19 世纪末 20 世纪初欧洲法典化运动还仍如火如荼的时候,前者以耶林、赫克为代表,后者以埃利希和坎特诺维茨为代表。对利益法学的纲领,赫克作了经典的表述:“利益法学这一新运动是以这样一种认识为基础:法官仅仅依靠逻辑结构不能令人满意地处理生活的需要。……只有法官不只是一个按照逻辑力学的定律运转的法律自动售货机,立法者才能实现他的意图和满足生活的需要。……因此,逻辑至上要被检查和评价生活至上所代替。”<sup>[18]</sup>(着重号为笔者所加)“生活至上”就是要从耶林强调的法律的目的来评价法律,而法的目的是平衡社会中的利益,因此利益法学主张法官应享有一定的自由裁量权,由法官根据法律的目的通过严格解释法律达到平衡

[14] 杨联华:《德国概念法学的产生、影响及其历史地位》,载《法学译丛》,1985 年第 2 期。

[15] [美]E·博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社,1999 年版,第 144 页。

[16] 同注 2,第 306 页。

[17] 同注 2,第 308 页。

[18] 转引自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社,1996 年版,第 190 页。

社会利益的目的。但总的来说,利益法学基本坚持了概念法学主张的法的形式理性,坚持法官遵守法律规则的必要性和可能性,它不满的只是概念法学绝对主义的认识论和对法律的僵化适用,因此它只是温和地主张给予法官有限的自由裁量权以弥补成文法不周延性的不足。

如果说利益法学只是揭示了概念法学所持的社会实体价值可以完全统一于法律的形式理性的理想只是不切实际的空想的话,那么自由法学则主张国家形式化的法律应该完全统一到社会中实体化的“活法”中去。埃利希的名言表达了自由法学的基本思想:“无论是现在或者是其他任何时候,法律发展的重心不在立法,不在法学,也不在司法判决,而在社会本身。”<sup>[19]</sup>埃利希将法律分为“国家法”和“活法”。由于国家制定的形式化的法律与“活法”相比有如此多的缺陷,埃利希因此主张索性放弃束缚法官手脚的传统的技术主义判决方法,而代之以“自由的判决方法”。与利益法学相比,自由法学从实体理性的角度对形式化法律形式理性的可能性和必要性提出了更强烈的怀疑,他们将法律区分为“国家法”和“活法”(埃利希),或者“正式法”和“自由法”(坎特诺维茨)。在自由法学看来,如果反映社会实体价值的“活法”“自由法”是汪洋大海,那么“国家法”和“正式法”则只不过是其中的沧海一粟,并且还不具随波沉浮的灵活性。在此,自由法学实际上否认了法治的可能性和必要性,不过埃利希认为正义还可由法官的人格作保证,因为从长远看,“除了法官的人格外,没有其他东西可以保证实现正义。”<sup>[20]</sup>

### (三) 现实主义法学的怀疑

概念法学对“法治”的如意算盘是:对法的实体价值的实现,诸如道德取舍、功利判断和政策选择通过民选立法者的认识和决断,都能在立法阶段得以完成,社会的实体价值能够充分凝固于形式化的法律规则中;法官在法律适用过程中不能也不必再进行价值的判断,法官的个人意志被法律剥夺,法律适用就能成为一个纯粹客观的过程,司法形式主义不仅是应该的,而且是完全可能的。但现实主义法学家格雷认为,法律适用过程的推论模式是演绎推理,即从法律大前提到事实小前提的形式推理,但这个过程并不具有完全的确定性,因为法律并不会自动适用,法律的适用必须倚赖于法律适用者对法律条文的解释,而在法律的解释过程中,政策、道德、原则甚至个人意志等价值因素都不可避免地掺入到法律推理的大前提中去。因此形成判决基础的法律大前提是法律适用者的法律解释,而不仅仅是法律规则。“制定法无法解释自身,其含义是由法院来宣布的,而且正是基于法院宣告的含义而非其他含义,制定法才作为法律强加给社会……法官处理制定法的权力是巨大的。”<sup>[21]</sup>格雷为此将“法律”和“法律渊源”作了区分,认为法律适用者对制定法和判例中的规则的解释是“法律”,而制定法和判例像习惯、伦理道德、政策偏好一样只是形成真正法律的“法律渊源”(或依据)。而在格雷之前的法官霍姆斯则干脆将两者合而为一统称为经验,他的名言“法律的生命始终不是逻辑,而是经验”就是断言在实际的法律实践中,诸多实体性价值因素一直与形式的法律规则一起对司法过程起作用,这是不以人的意志为转移的客观事实;法律的生命始终不是纯粹从概念到概念、从规则到规则的逻辑过程,法律适用实实在在地统一于溶直觉、价值、理想和规则于一体的经验之中。

作为美国现实主义法学的杰出代表,卢埃林和弗兰克进一步发挥了其先驱格雷和霍姆斯的“行为中的法律”的观点,提出了彻底的规则怀疑论和事实怀疑论。卢埃林将规则分为“纸面规则”(paper rule)和“实在规则”(real rule),认为后者才是对具体案件起决定作用的“真正

[19] 转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社,1992年版,第271页。

[20] 转引自[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆,1998年版,第6页。

[21] 转引自刘星:《法律是什么》,广东旅游出版社,1997年版,第71页。

规则”。他认为纸面规则的存在仅意味着它们有适用可能性,这种可能性也是重要的,但有决定意义的是实际适用。卢埃林实际上也同格雷一样将所谓的“纸面规则”只是视作决定判决的众多法律渊源之一,其作用是极为有限的,而这些法律渊源的总和即是其所说的“实在规则”。

与卢埃林一样,弗兰克毫不留情地批判了人们关于法律确定性传统观念的幻想性。首先,在一个动态社会里人们永远不可能制定出包罗万象、永恒不变的规则;其次,弗兰克认为,导致法律不确定的还有一些长期被掩盖的暗藏因素,这就是法官的个性因素,法律的适用往往因人、因时而异而不可能具有确定性;第三,不仅法律规则是不确定的,而且确定事实的过程也是不确定的,这就是弗兰克的“事实怀疑论”。“规则怀疑论”揭示的是决定判决结果的法律推理的法律大前提由于法律渊源的多样性而不可避免地具有不确定性,而“事实怀疑论”则进一步提出,不论纸面规则如何精确,法律大前提如何确定,但是由于判决所依据的事实小前提仍是捉摸不定的,法院确定法律事实活动事实上是充满主观性的非理性过程。因此最后他悲观地下结论说:“人们只能极为有限地获得法律的确定性。对法律的准确性和可预测性的要求总是不能获得满足,因为,这类对法律最终性的追求,超越了实际可欲可得现实……这是说,认为法律是或可以是稳定的、确定的这一观念并非理性的观念,而是应该归入虚幻或神话范畴的观念。”<sup>[22]</sup>

现实主义法学通过对法律规则适用过程的实际行为分析发现,纸面规则对适用者的约束非常有限,不要说纸面规则本身具有诸多局限,就是纸面规则能够做到像概念法学所宣称的那样尽善尽美,在法律适用过程中也仍然不能实现确定性,这是因为具有独特个性的法律适用者永远存在,法律解释永远必不可少,事实确定过程总是变化莫测……依照现实主义法学的逻辑,形式化理性化的法律并不像概念法学所想象的那样天衣无缝,相反地它如此千疮百孔以至于依法办事都只能成为自欺欺人的幻想;对法律适用过程的分析表明,“法治”的理想终归只是作为一种永远不可能实现的理想而存在。那么既然如此,作为法律适用者的法律行为的合理性或者说正当性又在哪里呢?

#### (四) 批判法学的批判

在资本主义“法治”社会里,法律事实上哪有什么客观性和确定性,法律适用的合理性更值得怀疑,法律归根结底总是政治的,是统治阶级意识形态的反映,这就是批判法学的观点。批判法学也如同现实主义法学一样试图在传统法学理论一致的地方发现不一致,确定的地方发现不确定。它试图揭示,法律无论在立法层面还是在司法层面自始至终都受统治阶级意识形态的控制,并且法律的特征总是以逻辑的确定性面貌掩盖意识形态的不确定性,以貌似公正、中立、客观的形式掩饰政治的主观性、任意性内容,批判法学对法律推理的批判就强烈地揭示了这一点。<sup>[23]</sup>

部分批判法学学者还从哲学阐释学和后现代思潮的理论出发来批判自诩具有确定性和真理性的形式理性法。后现代理论认为,人类的知识总是偶然的,总是依赖于特殊的语境而存在;并且知识总是地方性的,而没有完全普适的知识。但在现实生活中,权力总是与特定的知识相联系,特定的知识也因权力的作用而呈现出普适性面貌,也就是说,总有一些知识只是凭借权力而获得话语霸权,以一种普适性的面貌实现对另一种知识的统治。因此后现代理论主

[22] 同注 21。

[23] 具体论述可参见朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社,1996年版,第291-300页。

张打破这种凭借权力而获得的话语霸权;具体到法律而言,就要反对国家法律的专断统治。从这个角度出发,批判法学的逻辑是:“一切法律知识,不论是一般性质的还是具体性质的,都是当下的法律知识,无一是永恒超验的。于是,没有一个法律知识可以站在他者之上自称唯一正确,没有一个法律知识,可以作为一个最终评判标准声称谁是法律。一切法律知识都是相对而言的。因此,并不存在法律的统一性权威。”<sup>[24]</sup>那么既然如此,反映统治阶级意识形态的国家法律只是凭借国家权力而形成的“中心话语”,它是建立在压制反映被统治阶级法律知识的“边缘话语”基础上的,国家法律哪里具有中立性和客观性,它只是凭借国家权力宣称自己的客观中立立场;法官哪是依照法律规则客观、形式地审理,他分明是依靠权力政治主观地断案。总之,批判法学通过对法律的国家性的批判揭示,只要存在武断的国家权力,法律的政治性和主观性就永远不可避免,法律的客观性和确定性也就不可能真正实现。

### 三、法的确定性如何获得?

利益法学、自由法学、现实主义法学和批判法学通过从不同的角度对法律规则的确定性和法律过程的客观性的批判,实质上提出了对法的形式理性、法治可能性的怀疑。但“法治”作为近代以来西方普遍的价值和实践,对它的怀疑必然引起许多法学家激烈的反应,纯粹法学、分析法学、实用主义法学等都试图通过回应怀疑论的挑战来维护传统“法治”观念的基本价值。

#### (一)效力之网和规范等级的森严

凯尔森作为试图将法学纯粹化的实证法学家,主要从分析实在法的规范等级秩序以及区分效力和实效两方面来回应怀疑论的挑战。首先,凯尔森坚持法律规则体系内部实现高度逻辑一致的可能性。凯尔森认为实在法是由假定的基础规范到一般规范再到个别规范(即法院判决)组成的规范体系,从高级规范到低级规范的法律效力是层层赋予的,因而上下总能保持逻辑一致。因此“在来自法律秩序不同级的两个规范之间,不可能发生任何矛盾”。<sup>[25]</sup>这样就部分排除了怀疑论利用由矛盾的法律规则造成的所谓“法律的间隙”来证明法律不确定的可能性。凯尔森同时承认,在法律规则由一般走向个别,由抽象走向具体的过程中,“不论一般规范打算如何具体,但司法判决所创造的个别规范始终将加上某些新的东西。”<sup>[26]</sup>但法官仍没有填补一个有效法律的空隙,因为这个时候,法官实际上只是根据授权规范(高级规范)创制一个个别规范(即法官判决),法官仍然是依法(授权规范)判案。其次,凯尔森暗示即使法律存在某些不确定,法律仍可以通过采用一定的法律技术自身处理这种局限,如创立处理矛盾规范的规则和机关;规定法院只处理法律有明确规定的案件,在法律对社会生活的某一方面缺乏规定但又不得不作出裁决的场合,法官可以以现行法未规定为由驳回起诉,这样就可以从技术上尽量排除所谓“法律的间隙”。第三,凯尔森反对现实主义法学贬低法律规则在司法过程中约束力的说法。格雷只将法律规则视为法官可能考虑的众多“法律渊源”之一,凯尔森认为格雷在主张法院创造法律这一点上是对的,但他却没有明白法律规则与其他所谓“法律渊源”的区别在于法律规则具有法律上的拘束力,不遵守将会产生法律上的后果。可见,凯尔森认为即使司法过程中存在不确定性,那也受一般法律规范的拘束,因此在法律总体框架内法律仍是确定的。

[24] 刘星:《法律是什么》,广东旅游出版社,1997年版,第275页。

[25] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社,1996年版,第182页。

[26] 同注25,第165页。



现实主义法学主张法律只是“行动中的法律”，是法律官员实际的法律活动，而法律实际活动总是受许多偶然因素的影响，法律官员并不总是会自觉接受法律规则的约束，因此司法过程充满不确定性。对此，凯尔森提出了法律效力和实效的区别。所谓效力是指假定规范对那些其行为由它调整的人具有约束力，而实效是指人们实际上根据法律规范规定的应当那样行为而行为，规范实际上被适用和服从。一个法律规范的效力并不以它是否具有实效而存在，人的实际行为完全可能与规范要求相反但却不影响法律规范的效力。这样现实主义法学以司法过程实际存在脱离法律规范的行为作为认定法律对法律适用者没有约束力的理由是不成立的，法律规范并不因为未被实际遵守而失去约束力。但是这一点仍然并不能否认现实主义法学以法律总是实际缺乏实效为由而否认法律具有确定性的主张。凯尔森也意识到了这一点，他进而认为虽然单一的法律规范的效力并不要依靠它的实效，但是单一法律规范，只有在属于一个就其整体来说是有实效的秩序的条件下，才会被认为是有效力的，因而整个法律秩序的实效是法律规范有效力的一个条件。<sup>[27]</sup> 凯尔森在此实际上认为，一般来说，法律秩序总是有实效的，因而法律规范也总是有效力的，因此法律适用过程中，法律规范一般都能得到遵守，法律一般也总是可以确定的。当然，凯尔森也不否认即使在这种情况下，法官实际上会不会自觉适用有效力的法律只存在“某种或然性”<sup>[28]</sup>。因此法律效力的存在仍然并不能排除法律适用过程中不确定性因素的存在。这样，凯尔森通过对法律秩序具有实效的经验性确信，在承认法律在缺乏实效时不确定性因素的存在的同时，维护了法律能够获得大致确定性的立场。至于法律为什么总是能够大体上获得实效，这是个经验性命题，凯尔森认为这是社会学迄今为止尚未真正解决的重大问题。<sup>[29]</sup>

## （二）“意思中心”和“内在方面”的存在

分析法学家哈特也从两个角度来维护法律的确定性立场。首先，哈特将人们对待法律规则的心理态度分为规则的内在方面和规则的外在方面。“规则的内在方面”是指行为人自觉把规则要求作为自己行动的指南并同时作为评价他人行为的理由；而“规则的外在方面”，正好相反，行为人对规则持消极抵制态度，即使遵守了规则也是以一种“被迫的”心态遵守。哈特认为现实生活中人们对规则的内在方面态度的存在至少证明，有相当一部分人（包括法律官员）会自觉地接受规则的约束；法律被自觉遵守则说明法律的确定性是存在的。而现实主义法学只以人们对规则的外在态度，从霍姆斯式的“坏人”视角来看待法律规则，这当然是不对的，至少是不全面的。其次，哈特从分析人类语言（包括法律语言）的特征出发，认为构成规则的日常语言同时具有“意思中心”（core of meaning）和“开放结构”（open texture）双重特征。语言的这种双重结构决定了由语言构成的法律规则既具有一定的确定性，又具有一定的模糊性。因此，法律规则在适用于由平常案件构成的，反映规则“意思中心”的权威性典型范例时，人们很少会发生争议，因而对这些构成法院工作的大部分案件，法律具有很大的确定性，而在与权威性范例只具一定相关性的案件上又表现出较大的不确定性，这时对案件的处理就离不开法律适用者的选择和裁量。这样从法律规则“开放结构”的存在使一定程度的不确定性不可避免这个角度，哈特承认了现实主义法学的观点；但哈特同时也反对现实主义以此为由来完全否认法律可以具有确定性的倾向。法律的不确定总是一定范围内有限制的不确定，“立法语言尽管是空缺

[27] 同注 25，参见第 44 页和第 138 页。

[28] 同注 25，第 195 页。

[29] 同注 25，参见第 196 页。

的结构,但它毕竟提供了这种限制。”<sup>[30]</sup> 哈特进而既批评了概念法学忽略法律规则不确定因素的理论,同时又批评了现实主义法学对法律规则的不确定性夸大其辞的做法。<sup>[31]</sup>

哈特“规则的内在方面”的观点揭示了现实社会中法律持积极态度的人确实大有人在,这一事实表明许多(甚至大多数)公民和法律官员都会自觉接受和服从规则的指导,从而证明法律规则实际能够在很大程度上起作用;哈特的语言的“意思中心”说又表明,人们在实际生活中对语言的意义通常不会发生歧义和误解,因此法律规则一定程度的确定性既是可能获得的,也是客观存在的。哈特理论的这两方面实际部分解决和说明了凯尔森提出的法律秩序为什么一般总是有实效的问题。人们对规则内在态度和语言的“意思中心”的客观存在的事实证明,法律很大程度上是有实效的,是能够并且在事实上约束着人们的行为,从而显示出确定性和客观性。现实主义法学从“行动中的法律”出发,以法律在许多情况下不可能取得或不具有实效为由否认法律的确定性,哈特则从人们对法律规则的内在态度和对语言一致理解的可能性两方面,以法律在很大程度上可以取得并且实际具有实效的事实坚持维护了法律的确定性。如果说凯尔森是从法律规范体系的一致性和严密性的逻辑角度侧面消解了现实主义法学的责难,那么哈特则从人们对法律规则存在积极态度和一致理解的事实角度正面回击了现实主义法学的挑战。考虑到现实主义也是从事实的角度提出问题,哈特从事实角度的回应更带有“以其人之道还治其人之身”的味道,从而更具有无可辩驳的说服力。

### (三) 法律原则的笼罩和“整体性”的要求

哈特从语言具有表现力的角度维护了法律可以具有确定性的实证立场,但同时也以语言表现力存在局限,坦率承认一定程度的不确定是客观存在的。这意味着在一个案件并无规则可循或相应规则模糊不清,即法律存在“间隙”时,法官可以自由裁量。牛津大学法理学教授德沃金认为这种观点是不成立的,他认为法官自始至终都应受到法律的约束,而且法院的判决自始至终都存在唯一正确的答案。德沃金首先对原则和规则作了区分,认为法律不仅包括规则,而且还包括原则。<sup>[32]</sup> 在哈特认为并无规则可循或相应规则模糊不清的场合,法官仍然并没有获得天马行空般的自由裁量权,德沃金认为,此时法官还受到作为法律一部分的原则的约束,这样法律的确定性仍然存在。那么原则是否如同实用主义者所宣称的代表社会福利目标的政策般变幻不定呢?为此,第二,德沃金又对原则和政策作了区分,<sup>[33]</sup> 他认为,在立法时对政策和原则两方面的考虑都是不可避免的,但是在司法过程中,法院只能以原则而不应以政策为依据,因为以临时性的政策为指导的自由裁量权将会面临民主和法不应溯及既往原则两个合理性难题。第三,德沃金又提出法律是一种阐释性概念的主张。但是这并不意味着像现实主义法学那样认为法律解释就是主观的,或者像哈特认为的那样法律部分不确定性就是不可避免的,德沃金认为各种怀疑论在实践中是不负责任的法律理论,为此他提出了代表法律实践者责任姿态的法律的“整体性”观点:“法律的生命与其说是某些漂亮的迷信,不如说是整体性。”<sup>[34]</sup> 整体性是法律的“政治道德原则”,代表着一种政治的美德和理想,是立法者和司法官员应该服从的内在政治义务。“整体性要求尽可能把社会的公共标准制定和理解看作是以正确的叙述

[30] [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年版,第130页。

[31] 同注30,参见第129-130页。

[32] 原则与规则的具体区分参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社,1998年版,第40-51页。

[33] 对原则和政策的具体区分参见德沃金书,同注32,第116-119页。

[34] [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社,1996年版,第150页。

去表达一个正义和公平的首尾一致的体系。”<sup>[35]</sup> 法官只要从坚持法律的整体性出发就能得出法律上唯一正确的答案。

这样,德沃金通过确认原则也是法律的观点,否认了法官“自由”裁量,通过坚持法律的整体性原则否认了法律解释的任意性,从而比较彻底地维护了法律的确定性。德沃金以原则的天罗地网否认自由裁量权的存在这一点上与凯尔森以法律规范体系逻辑一致性排除法律的“间隙”的观点具有一致性;同时,在将服从法律的整体性作为法官的政治道德责任这一点上又与哈特的观点相似,即通过法律的内在态度来确保法律的一致性。但是德沃金与哈特的不同之处在于,哈特只承认法律官员采取内在观点的可能性,而德沃金却将此视为一种必然性,从而将对法官的道德要求提升到一个极端的高度。正因为这个缘故,哈特称德沃金的法律理论是在做一个“高贵的梦”<sup>[36]</sup>。而对于德沃金将原则也视为法律的观点,波斯纳则颇为不屑:“德沃金理论的讽刺性在于法律被界定得越宽,‘法治’就变得越不确定,而不是越确定。”<sup>[37]</sup> 但尽管如此,德沃金关于法律确定性的论证仍不失为一种新的尝试,他也很尖锐地提出了形式化法律的合理性问题,即遵守法律并不意味着在做我们道德上认为正确的事。因此,他试图通过法律原则的引入和对法律整体性原则的坚持来实现法的形式理性和实体价值的统一,“使法律获得了道德特征,获得了道德权威。”<sup>[38]</sup> 这样既使法律的确定性观点得到坚持,“法治”的价值得到维护,同时法律还获得了“政治的合理性”。

#### (四) 认识论的客观和对话的客观

批判法学曾以国家法律只能凭借专断的国家权力推行而主张“法律就是政治”,法律只是统治者意志的体现或者法律官员个人意志的任意,因此,只要存在国家权力,法律的客观性和确定性就永远不可能得到保证。凯尔森从排除法律规范的“间隙”的努力出发否认了法官具有不受约束的自由裁量权,但却也不否认国家权力始终存在的对实现法律客观性的威胁。“关于一个低级规范是否符合一个高级规范的问题也只能由一个机关以一定程序加以决定”,尤其是终审法院的权威决定,始终都不得不依靠权力独断完成。这种权力因素的存在使得“低级规范符合高级规范的任何绝对保证是决不能存在的”<sup>[39]</sup>。哈特对国家权力可能造成的法律不确定性更加承认不讳,虽然人们可以通过上诉更高权威而纠正记分员(即法官)的裁决,“但这必须终止于一个最后的权威性裁决,尽管它是由可能会出错的人所作出的并将伴随着诚实的错误、滥用权力或违反适用规则的义务等同类风险”。“要以规则来作出纠正每一个违反规则的行为的规定是不可能的。”<sup>[40]</sup> 权力不可避免地参与法律决定,因此批判法学主张的法律主观性是不能完全排除的。但德沃金则不这么认为,他主张只要法官以极端负责的精神对待法律就可以获得法律上唯一正确的答案,从而获得完全的确定性。但德沃金这种观点实际上主张法官说的就可以是正确的,而这又无异于说“强权就是真理”。批判法学批判的就是这种逻辑,而且同样从这种逻辑出发,按照“坏人”的观点,现实主义法学也可以得出法律是不确定的这一与德沃金完全相反的结论。那么是不是权力的存在就必然使法律的客观性永远不能获得了呢?

新实用主义法学的代表波斯纳的回答是否定的,在权力不可避免存在的场合,法律仍有可

[35] 同注 34,第 196 页。

[36] 同注 19,参见第 141 页。

[37] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社,1994 年版,第 29 页。

[38] 同注 32,第 21 页。

[39] 同注 25,第 174 页。

[40] 同注 30,第 141 - 142 页。

能获得客观性,但这只是一种对话的客观性。波斯纳认为存在三种意义上的客观性,即本体论的、科学的(即认识论的)和对话的客观性。波斯纳的主张是:“大多数法律案件中第一种客观是不可能的,第二种客观有时可以获得,但由于法律职业的态度和制约,以及它所处理的问题的性质,经常不可能获得;而第三种客观可以获得。”<sup>[41]</sup>首先,波斯纳从反基础主义的哲学立场出发,认为不存在法律是什么式的本体,即使存在,我们也没办法发现它。其次,从认识论的角度而言,法律的性质决定了法律不可能是纯粹的形式推理,实践理性的推理不可避免,在许多情况下,“司法决定就不得不基于政策、政治、社会理想,价值甚至偏见(伽达默意义上的偏见)。”<sup>[42]</sup>因此从认识论上获得客观性存在很大困难。第三,从价值论上讲,以文化的同质和对话机制为条件的法律是可以获得客观性的。“无论法律具有什么客观性,这种客观性都出于文化的统一而不是出于形而上学的实体和方法论上的严格。”<sup>[43]</sup>这就是说文化上的同质是法律具有客观性的一个必要条件,因为这使得人们对价值的一致认同和以语言为载体的文本的共同理解成为可能。人们之间交流的成功往往取决于交流双方对生活的共同经验,我们日常的这种体验也可以说明“文化同质在确定意义并因此对保证什么被算作客观性的重要性”<sup>[44]</sup>。但怎么解释国家权力可能会使法律决定成为主观独断这一事实呢?波斯纳承认“法律的最后手段确实是强力”,但是他又强调指出法律“依赖于强力也依赖于说服”<sup>[45]</sup>。这就是说以权力为后盾的法律与案件当事人的法律观之间,当事人各自不同的法律观之间在法律实践中都事实存在一个不断对话与交流的过程。法律以权力为基础并不意味着如批判法学所说的只能造成一种法律知识(官方法律话语)对另一种法律知识(大众法律话语)的压制,相反地,官方法律话语与大众法律话语在法律实践中本身既存在内容上的一致性(基于双方的文化同质性),同时又存在以制度保证的对话交流乃至观点溶合的可能性;法官依职权断案也并不意味着就是如德沃金认为的那样,允许法官可以上帝般自以为是地独断专行,而完全可以要求法官充分吸收当事人、社会舆论的合理意见,以保证当事人参与决定的过程。在波斯纳看来,“也许一个法官的最高追求只是审判的合乎情理。”<sup>[46]</sup>

波斯纳将自己列入持实用主义态度的怀疑主义者之列,对传统法治论者对法律客观性的过分的自信表示怀疑,但是他仍坚持了对话式客观的可能性。波斯纳关于对话式客观的论证主要是从法律实践的现实经验出发的,他提出的文化同质和对话交流的两个条件进一步说明了从凯尔森到哈特关于法律为什么会具有以及怎样获得实效的问题。文化上的统一使人们对法律的语言、价值和原则等理解的分歧这类不确定因素能够限制在一定范围之内,并且能够通过对话机制予以尽可能地减少,尽管这仍不能完全排除法律适用的主观性和任意性的存在,但法律大致的统一性仍然能够得到保持。特别值得指出的是,波斯纳始终主张法律客观性的获得只是一种较大的可能性,而不是德沃金追求的、法律只存在唯一正确答案式的必然性。如果说德沃金提出了应使法律具有整体的合理性的崇高理想,但其试图通过加强法官政治责任实现法律的客观适用的方式却可能只会导致更大的任意性,那么波斯纳则找到了实现法律合理性的现实手段,即在文化统一基础上通过建立对话交流机制尽可能减少权力的主观性,从而最

[41] 同注 37,第 42 页。

[42] 同注 37,第 40 页。

[43] 同注 37,第 41 页。

[44] 同注 37,第 132 页。

[45] 同注 37,第 106 页。

[46] 同注 37,第 40 页。

大可能地保持了法律的客观性。

## 四、法之确定性的限度与法治的可能

### (一) 怀疑论的合理怀疑

以上两章以不同法学学派和法学家间辩论的方式逻辑地展示了关于法律确定性的争论,为了进一步讨论的方便,我们将总体上怀疑法律确定性的论点称为“怀疑论”,将总体上为法律确定性辩护的论点称为“法治论”。<sup>[47]</sup>

怀疑论归纳起来主要从以下几个方面来表现他们的怀疑倾向的:

1. 语言因素 人类语言的表现力总是有限度的,法律规定不管是抽象还是具体,语言都存在一定的模糊性,即存在语言的“开放结构”或“意思边缘”;规则制定得再详细,法律解释得再精致,语言问题都仍然存在。

2. 规则因素 这一点与语言因素密切相关。立法上法律规则不可能全面及时地反映社会生活内容和价值;法律规则与规则之间出现矛盾也在所难免。

3. 权力因素 法律是凭借国家权力予以推行的,而权力往往意味着专断和强制,因此可以凭权力自由判断的场合就意味着法律的不确定。法律规则的适用和法律事实的确定都离不开权力的主观决断,况且,司法过程本身就是凭借司法权的判断过程。怀疑论认为,只要权力阴魂不散,能否实现法律的客观性总是值得怀疑。

4. 人性因素 法律适用者作为社会意义上的人,必然具有自己独特的个性特征和政治、道德价值观念,这使得法律的适用可能因人乃至因时而异;其次,法律适用者对法律并不都具有强烈的政治和道德责任感,对法律持外在消极态度的人大有人在。

5. 事实例证 对法律实践过程的各种观察和统计也充分说明法律是不确定的。第一,立法部门每年都在大量制定和修改法律,司法部门也大量存在疑难案件,这些本身说明现行法律规则总是存在巨大的“间隙”;第二,每年司法统计中总有大量上诉审或重审改判的案件和被纠正的冤假错案;第三,每年都有大量的法律适用者因违法被处理或制裁。<sup>[48]</sup>并且这些还被怀疑只是整个法律系统中的冰山一角。这些事实证明法律过程确实是充满不确定的过程。

按照怀疑论者的逻辑,以上这些导致法不确定的因素和事实的存在说明法的确定性总是不可能获得的,按弗兰克的说法关于法律的确定性只是可望而不可及的神话。但问题是,否认法律具有确定性又不可避免地会带来法治合理性的危机。近代以来的法治实践是建立在法律可以限制权力,公民可以获得确定法律预期的信念之上的,如果法律的确定性被证明为虚幻,那就等于消解了传统法治的整个价值,而这又是法治论者所不能接受的。

法治论者从维护法治的可能性出发,从不同的角度回应了怀疑论者的各种挑战,但事实上却都未能彻底排除怀疑论的怀疑。凯尔森和德沃金都从法律结构的完整性出发排除法律的间隙,从而维护法律的确定性。凯尔森通过法律规范效力等级的构建否认司法自由裁量权“自

[47] “怀疑论”和“法治论”具体到某些法学家并没有明确界线,如波斯纳就将自己和哈特都称为怀疑论者,但本文着眼于他们为法律确定性辩护的倾向,而称他们为法治论者。

[48] 以我国法制实践为例,仅1998年,在集中教育整顿中,全国法院发现原判确有错误的案件1.2万件,已依法改判1.16万件;1998年,检察机关共立案侦察司法人员和行政执法人员索贿受贿、徇私舞弊等犯罪案件5811件7067人,查办国家机关工作人员非法拘禁刑讯逼供、报复陷害等犯罪案件1467件。参见《一九九八年中国人权事业的进展》第三部分“人权的司法保障”,载《法制日报》1999年4月14日第二版。

由”的存在,因为法官即使不受实体法的约束,也至少受程序法的约束;即使不受低级规范的约束,至少也受高级规范的约束;德沃金则通过原则的引入否认自由裁量权的存在,因为这样,法官即使不受具体规则的约束,也至少受抽象原则的束缚。总之司法权力的运用总是被笼罩在法律的天罗地网之中,根本没有真正的任意可言。但他们事实上仍并没有排除权力和人的不确定因素,因为法律的约束总是有强弱之分,受高级规范或抽象原则“软性”约束并不能否定司法权仍存在巨大的自由空间。

哈特虽然以语言的“意思中心”说反驳了现实主义对语言和规则模糊性的夸大其辞,但也不否认“开放结构”即一定程度模糊性存在的事实,他关于“规则的内在观点”的辩解,也是以承认“规则的外在观点”为前提。哈特同时承认运用司法权力判决的最终性并不能保证不谬性,<sup>[49]</sup>承认法律的实效并不总能取得,因为“没有任何规则能够确保不被违犯或否定”<sup>[50]</sup>。波斯纳则只谨慎地主张对话式法律客观获得的可能性,但对本体论和认识论的客观则仍持怀疑态度,这实际上也肯定了现实主义法学和批判法学的观点。在波斯纳的《法理学问题》中,他还系统地阐述了法律不确定性的种种缘由,揭示了法律判决对权威、类比推理、甚至直觉式的“无言之知”等实践理性的依赖。

## (二)法治的认识论和实践基础

以上的论述表明,怀疑论对法律确定性的怀疑固然并不能否认以法律确定性为基础的法治实践的存在,但法治论者也无法仅以法律实效性的存在排除法律的不确定性因素。为了解决这对矛盾,我们必须重新审视法律确定性和法治可能性的关系。

在开始讨论这个问题之前,我们必须首先廓清一个语言迷雾。怀疑论往往以法律存在语言、规则、权力和人的个性等不确定因素而推理得出“法律不可能是确定的”结论,而法治论者则从语言、规则等因素存在确定的一面出发坚持“法律具有确定性”,这两个看似矛盾的结论往往成为彼此争论的焦点,但从争论双方所持论据和推理过程可以看出,两种观点都只不过是各自真理性的夸大其辞,结论的绝对性只是表明各自的立场在于强调法的确定性一面还是不确定性一面。双方有可能的分歧最终可能只是称一只装有充满气泡的肥皂水的瓶子是“满的”还是“空的”之间的区别。怀疑论和法治论之间,真正的分歧并不在于绝对性结论的不相容,而在于对同一法律现象采取的截然不同的姿态。

如果说法律的内容应包括价值、逻辑和事实三个层面,法治论者试图纯粹以逻辑包容价值和涵盖事实,从而实现逻辑的统治,那么怀疑论者质问的就是以单一的逻辑统摄多元价值和多变事实的可能性。概念法学所抱的是一种理性主义信念,对人理性的能力和认识的有效性深信不疑,认为通过人类的理性努力完全可以建立一个包罗万象、与客观世界对立一致的概念世界、逻辑王国。但怀疑论怀疑的恰恰首先是人的理性能力,它对概念和逻辑的有效性充满疑虑。以一种反理性的姿态揭示了人类理性的局限,而这一点正是概念法学绝对主义倾向的致命自负所在。但不幸的是,部分怀疑论者(如埃利希、弗兰克)却从批判概念法学的绝对理性主义出发又走向了绝对怀疑主义的另一个极端。他们认为既然概念的有限性不能反映现实的无限性,法律总是不确定的,那么以概念和逻辑有效性为基础的“法治”就是不可能的。正因为这个缘故,哈特称他们为“失望的绝对论者”。绝对怀疑论者在否定了“法治”的可能性后,继而又提出以“人治”性质的法官自由裁量来代替规则的统治,这又等于在否定了立法者的理性能力

[49] 同注30,参见第143页。

[50] 同注30,第144页。

后又肯定了法官的理性能力,这不能不说是一个致命的矛盾。这也说明绝对怀疑论者在完成了批判的使命后,最终又走向自我否定的道路。

怀疑论揭示了人类理性认识能力上的局限性,但其表现出的怀疑人类认识世界可能性和否定法治实践的倾向,这又是不可取的。事实上,人之为人就在于其具有丰富的精神世界,具有与语言共同发展的精神能力。概念的增长,逻辑的建构,使人类思维不断认识和把握客观世界成为可能,只不过这种认识的可能性是永远与人类理性的局限性相联系的。这种局限性不仅表现在特定历史阶段人类认识的有限性,而且表现在与所获知识永恒伴随的不可靠性上。哲学家休谟早在二百多年前就提出的对认识真理性的怀疑论表明,人类获得的知识永远存在某种程度的不确定性,因为知识归根结蒂都是通过经验的归纳推理得来的,而归纳推理得来的知识永远没有必然性存在。作为人类认识成果的法律知识也不例外。虽然法治的理想是实行以规则至上为基础、依靠演绎推理的“必然性”统治,但规则首先仍是人类认识社会的产物;规则制定后,依靠演绎推理的法律过程的绝对客观性仍然不能获得,因为作为演绎推理的规则大前提和事实小前提本身还存在一个认识的问题,因而也存在认识的局限问题。况且法律作为一种社会科学认识,其认识对象——社会生活是不断发展变化的,因此,法律在认识论上必然呈现出比自然科学知识更大的不确定性。这种不确定性实际上将伴随人类社会始终。但尽管如此,我们必须指出的是,认识的局限性是建立在认识的可能性基础上的,没有认识的可能性,也就根本不存在认识的局限性。同样,关于法律知识确定性的怀疑也是建立在法律知识具有一定确定性的基础上的,法律不确定性的存在并不能否认法治的可能性。

人类在认识能力有限的情况下不断探索世界,同时也在法律存在不确定局限的前提下建设法治社会。法律从来不只是一种作为人类认识结果的逻辑,它更主要是一种实践活动,这种活动深深地扎根于人类社会对法律的实践需要之中。人们创制法律既不是因为它是一种绝对客观的知识,也不是因为它能够实现完全的确定性,而只在于人们对只具有有限确定的法律的巨大需求。“法律本质上是对专断权力之行使的一种限制,因此它同无政府状态和专制政治都是敌对的。为了防止为数众多的意志相互抵触的无政府状态,法律限制了私人的权力。为了防止一个专制政府的暴政,法律控制了统治当局的权力。”<sup>[51]</sup>人们利用的就是法律概念、法律规则所具有的有限确定性来限制权力的恣意,私人的任性,以维护社会秩序的安全,保障个人的权利和自由。因此,由于认识、语言、调整范围等局限性导致法律具有的不确定性并不能否定法律的社会功能,只不过法律确定性的程度或多或少会影响这种功能的实现。

另外,从法律产生和发展的历史来看,自从国家产生以来,法律就从来首先以国家权力为基础。这意味着与法律相伴随的首先是权力的主观性,而“法治”的目的正是在于通过法律的理性发展不断减少权力的这种主观随意性。“法治”虽然以法律具有一定的确定性为基础,但却绝不以获得绝对确定性为适用条件,恰恰相反,可以说“法治”反而以权力的不确定性为存在前提,只不过又以尽可能地减少权力和法律的不确定性为发展目标。在处理法治、权力以及确定性的关系上,批判法学以权力不可避免造成法律知识的压制为由主张取消权力,实行无权威的法律知识上的绝对平等,这实际上等于取消以权力为基础的法治本身;现实主义法学又倾向于认为法治只能以获得法律的绝对确定性为基础,而看不到它也以权力的不确定性为存在条件。“法律现实主义、批判法学和女权主义法理学的一个明显的——几乎是决定性的——特点

[51] 同注 15,第 233 页。

就是不理解规则有减少不确定性的优点。”<sup>[52]</sup> 人类社会的实践本身决定了法治社会的法律以存在具有不确定性的权力为前提,以尽可能地减少权力和自身的不确定为最大的追求目标。

### (三) 形式法律的合理性与合理化

如上所述,法律规则在法治社会中的一个重要价值在于能够减少权力的主观性和不确定性。同时我们也承认由于认识的局限,法律规则不可能尽善尽美,法律与权力的伴生性也决定了法律的运行不可能如算术运算般精确无误。但是法律同时又是基于社会客观需要的实践,因此,在法律的运行不能完全做到机械的客观并不等于不能获得价值论(或对话)上的客观;在法律过程不免具有主观性的场合,人们可以通过对话交流的方式求得当事人心理和价值上的认同,实现形式法律的合理化。从国家与社会二元分立的角度看,法治社会的本质特征就在于社会通过中介性法律对国家权力的制约实行社会自治,法律充当的始终是社会防止国家权力异化的一种有效工具。因此,虽然法律的重要使命之一是规范权力的运用,但它存在的合理性前提和最终目的却仍永远是回应社会的需要,反映社会的呼声,求得社会的认同。在现代社会,法律通常是通过立法过程的民主化和司法过程的形式化来保持合理性,但怀疑论已经正确指出,由于存在语言和规则的局限以及权力和人性的弱点,司法过程的完全形式化终究只能是一个美好的幻想,一定程度的主观性和任意性仍然是不可避免;在语言和规则存在局限的场合,不管法律允不允许,司法官员事实上总是具有较大的自由裁量权;即使法律系统采用技术性的规定使之合法化,也仍改变不了权力运作存在自由空间的事实。但在法治社会中,这种司法权力的“自由”又会马上意味着蒙上了恣意的阴影,为此,现代法治国家普遍采用了使法律过程中的主观性合理化(而不只合法化)的方法,即通过法律程序实行司法过程的民主化。它的原理同立法民主化一样追求社会对法律的主观认同,不同之处只在于后者通过民选代表参与立法决定取得整个社会普遍的共识,而前者则通过保证个案当事人对判决过程的参与使当事人之间、当事人与法官之间达成一致。司法程序保障个案当事人对争议之法律或事实问题充分对话,以尽可能缓解对立情绪,减少分歧并力争达成共识,而法官也被程序要求充分吸收当事人的意见,“在每一个案件中都努力获得特定情况下最合乎情理的结果。”<sup>[53]</sup> 从而最终实现波斯纳的所谓的法律对话的客观性。这样,不免存在的司法自由裁量权因当事人小民主式的认同而得以部分消除恣意的嫌疑;不免存在的法律规则的不确定性经由当事人的价值认同而得以客观化;批判法学所大肆批判的一种法律知识(包括国家的和法官的)凭借权力而对另一种法律知识(主要是当事人的)的压制也就能得到有效的缓解。法律过程在不能免除主观任意的地方,就通过程序保障的对话方式求诸心理认同,虽然最终仍不能免受权力的裁断,但却终究最大限度地减少了不确定性,实现了法律的社会功能。

## 五、法之形式理性与中国法治建设

### (一) 怀疑论与中国的历史语境

关于法律确定性的讨论表明形式理性化的法律作为一种人类理性认识的产物,既具有其相对确定一面,也同时具有基于法律局限而呈现的不确定一面,它们都统一于社会的法律实践活动中。只不过,在近代法治社会出现以前的传统社会类型中,法律的确性从来没有成为一

[52] 同注 37,第 57 页。

[53] 同注 37,第 167 页。



个突出的重要问题,因为那时在法律过程中权力意志和道德原则的介入往往具有天然合理的色彩;只是到了近代,国家权力成为“必要的罪恶”,法律被人们视为制约权力的有效手段时,法律的确性才成为人们为实现正义而追求的目标,近代以来的法治实践也正是在这个背景下大张旗鼓地展开的。怀疑论从观察和分析法律实际运作中的不确定性出发,无情地揭露了概念法学概念世界的虚幻性,从而在一定程度上揭示了形式理性法的局限。但是怀疑论从这种局限性出发,最后又往往得出否定法治实践可能性的结论,怀疑论这种极端倾向不能说不与其所持怀疑主义的性质及根本缺陷有关。

本文已经揭示,如果将法律视为价值、逻辑和事实三个层面的统一,那么怀疑论主要是从事实和价值的不确定性来揭示实现逻辑确定性的困难,即从法律规则外的社会因素来说明形式化法律规则本身的局限。在以法的社会因素批判法律本身这一点上,持怀疑论的各法学派都是共同的,这是它们的“家族相似”之处。韦伯认为它们的共同点在于都倾向于认为“法律的真正基础完全是‘社会学’”<sup>[54]</sup>,因此它们都可归属于广义的法律社会学派。法律社会学派一般用社会学的方法来分析法律,最后“它们都得出了降低形式法律制度的社会重要性的共同结论”<sup>[55]</sup>。法律社会学有四个基本特点最鲜明:历史主义、工具主义、反形式主义和多元论。<sup>[56]</sup>历史主义强调法律观念和制度的历史渊源,重视法律的演化甚于法律的制度,对法律的移植尤其持怵惕之心;工具主义要求用明确的社会目的去评价法律,主张人们应工具性地制定并适用法律以不断适应社会形势的需要;反形式主义则着重批判法律的抽象性、普适性,因此极力反对将法律视为只是从规则到规则的逻辑过程;多元论则对国家法律的唯一性提出怀疑,它更强调社会习惯,亦即埃利希式“活法”的重要性。法律社会学的上述四个方面比较全面地揭示了法律应具备的社会因素的方方面面,提出了形式法律合理化的方向和方法。但从另外一个方面看,它似乎又仅是一种方法,即社会学的方法而已,它指出了现实法律的合理化方向,却从未提出具体语境下的实践原则。因此“社会学派要求更多地注意现实的法理学,这是它的功绩,但,不论这一功绩有多大,它却没有对法提出明确的界定,(这)是它致命的缺陷”<sup>[57]</sup>。

怀疑论用社会学的方法,揭示了法律规则相对于社会的局限,并因此提出了一些克服法律形式性缺陷的思路,这对于人们全面地认识法律现象是一种智识上的促进,但它最终仍不过只是一种抽象无语境的分析,不管怎样,它并不能解决法律具体的实践困难。因为法律首先是一种实践,法律在其承载的多种社会价值之间在量和度上都必须作出相对确定的选择,而选择就必然会有代价:国家法律与民间习惯,积极立法和历史演进,权力的限制与自由裁量,法律的自治性与回应性……这些都是法律实践永远都会面临的两难选择,这也反映了韦伯揭示的法的形式理性与实体理性或工具理性与价值理性之间永恒的矛盾。如果说怀疑论的积极作用在于至少展示了法律与社会之间复杂的矛盾关系,那么其从消极意义上提出问题的狭隘视角则可能会对法律实践造成一些消极的后果,因为它从其合理的一面出发很容易产生普适和绝对的倾向:既然法律是历史演化的产物,它就只能经由时间推演自然生成(如萨维尼),或者既然国家法律永远只能反映社会“活法”的冰山一角,那么还不如由“活法”代替国家制定法(如埃利希);更有甚者,既然凭借权力的法律只能贯彻权力者的意志,只能造成权力者的法律知识对大

[54] 同注2,第310页。

[55] 参见《法律社会学的概念》,陈世荣译自国际社会科学百科全书,1978年版,载《法学译丛》,1989年第4期,第17页。

[56] 同注55,第16页。

[57] 同注55。

众法律知识的压制,那么就on应该实行无权力的群众自治(如批判法学),这些极端的结论实际上主张取消法治的任何实践。

如果后现代主要不是一个时间的概念,而是近代以来某些学者大致共享的一种思维方式和对待世界的态度,<sup>[58]</sup>这种思维方式倾向于寻求确定中的不确定,客观中的主观,连续中的断裂以及理性中的非理性,这种态度要求反对一切“中心”,解构一切“主义”,破除一切“迷信”,那么法治怀疑论大致正是这样一种对法律的思维方式和态度。它就是要以事实行为的多变来击碎法律逻辑的完整统一,以社会价值的多元来反对法律逻辑的固步自封;它不但要揭露法律确定性的神话,而且还要打破人们对“法治”的迷信。从本质上说,怀疑论和后现代只是一种黑格尔所谓的“否定的意志”,它“只有在破坏某种东西的时候才感觉到它自己的定在”<sup>[59]</sup>。它存在的目的就是要消解一切关于精神统一性的建构。后现代自诩具有最彻底的解构精神,因为它从不试图以一种绝对性的“主义”代替另一种绝对性的“主义”,<sup>[60]</sup>但其解构一切的倾向决定了它本身采取的也必然是一种绝对主义的姿态,呈现的仍是一种其原本反对的普适性面貌,因此,后现代视角的唯一性决定了它蕴含着解构自身的巨大危险,决定了它永远只能是一种只具视角或方法合理性的“偏见”,而不可能是一种建设性的实践态度。它的“偏见”和方法论色彩也决定了它不可能全盘否定现代主义的法治实践。

对我国来说,无论如何,我们正在进行的仍然是现代化的法治实践,我们从事的仍然是法治理想指引下的法律规则和法律机构的建设事业。只是不幸的是我们与西方发达国家正处于同一个“地球村”和“共时态”结构,本来尚未成熟的法治建设,却鬼使神差地被抛入“后现代主义”的语境中。<sup>[61]</sup>正当我们刚刚鼓起法治理想的风帆正待乘风破浪远行时,西方批判法治的后现代思潮就已铺天盖地滚滚而来,因此我们必须具体分析西方后现代思潮和我国法治理想的历史语境问题。法治怀疑主义作为后现代思潮的一种反映,虽然主要也是一种对世界的解构主义态度,但如同后现代一样仍具鲜明的时代特征。它基本上是在近代西方完成了现代化的产业革命,法治社会基本建成后才出现的思潮,它的使命就是要批判概念法学、形式主义法治的理论和实践中出现的缺陷和弊端,以适应福利国家权力扩张、法律社会化的形势需要。虽然怀疑主义也猛烈地批判现代法治的实践,但由于法治在西方已经成为一个现实,因此它一般仍被视为是促进法治实践的积极因素。正如批判法学的代表昂格尔所说:“正是这种极端主义却可能使人们从批判因素之中得出一个建设性的方案。”<sup>[62]</sup>但是与西方完全不同,我们的社会仍处在一个从前现代到现代的过渡阶段,法治还远没有内化为全民的一种普遍实践,甚至法治的观念还刚刚受到启蒙,法治的理想和信念主要还是推动法治建设弥足珍贵的一种社会思想资源。在这种情况下,后现代以其绝对怀疑主义对法治的批判确实包含着消解我国现代化精神动力的巨大危险,而这种危险在西方却基本不存在。因此我们必须正视后现代怀疑主义思潮的历史背景、社会功能及其限制,不能以对法治的批判代替受批判的法治。

哈贝马斯曾将人类理性的知识分为三种类型,它们分别对应于三种不同的人类利益:科学的知识体现了人们对环境控制的技术利益;形而上学的知识体现人类存在意义的实践利益;批

[58] 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社,1996年版,第212页。

[59] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆,1961年版,第14页。

[60] 参见邵建:《后现代不是“主义”》,载《读书》,1997年第12期。

[61] 参见舒国滢:《中国法治建构的历史语境及其面临的问题》,载《社会科学战线》,1996年第6期,第70页。

[62] [美]罗贝托·昂格尔:《对法律思想的批判》,载《法学译丛》,1989年第5期。

判知识则体现争取进步的解放利益。<sup>[63]</sup>这三种知识各有其独立的意义范围而不能相互代替。后现代思潮代表的就是一种批判的知识,担当社会批判的功能,但同时这也是它的限制所在,它一旦超出这个范围而试图侵入科学和形而上学知识的领地就会走向反面。部分怀疑主义论者在批判了概念法学的理性浪漫主义后又走向绝对怀疑主义就是在功能僭越后走向反面的一个例证。无论如何,法治首先是一种实践活动,它首先需要的是具有一定科学性的法律知识,而且实质上,法治实践本身也即是这种知识的不断创造过程,对法律知识科学性的批判性解构并不能代替法律知识的创造性建构,因为毕竟“解构和创造必须是不分先后的同一过程,假如没有比较充分的创造性眼光,批判的眼光就是靠不住,如果没有开出一条新的道路,光把原来的道路给破坏了,那我们往哪里走?”<sup>[64]</sup>中国的法治建设事实上并不存在一条“原来的道路”,但我们却又不得不在批判和解构主义的狂风暴雨中开辟出一条法治的新路。

### (二)法之形式理性化的概念基础

法治实践从来就是具体国情下的创造性过程。在经受了怀疑论批判的洗礼后,结合我国的历史和现实,我们认为有必要重新认识与法之形式理性密切相关的一些基础概念的意义。

#### 1. 概念与概念主义

怀疑论是从概念法学对抽象法律概念和法律规则过分倚重的角度而展开对概念主义的批判,在我国,以概念分析为基础的法学研究也往往因有概念主义的嫌疑而不受重视。但是一方面,以大陆法系为主要背景的我国法制,在适用上严重依赖对法律概念与法律规则的分析 and 理解;另一方面,法学研究中对法律概念和法律规则实证分析的滞后导致概念内涵的含混和法律规则的冲突。这种矛盾不能说不与对概念和概念法学理解的偏差有关。<sup>[65]</sup>实际上,概念与规则作为构成称之为“法”之事物的基本要素在法学研究和法律实践中的作用是绝对不可否认的。黑格尔早就指出:“法的基地一般说来是精神的东西。”<sup>[66]</sup>法学首先必须根据概念来发展。从人性的一般角度而言,人作为一个精神性的存在,其必然依赖概念来认识世界,同时也依靠概念组成的规则规范自身;而法律作为社会进行自我规范而认识的产物,首先要求人们必须认识社会现象的客观联系,然后在观念和语言中寻找与这种内容相符合的东西,即通过概念“吸取其真理性,并依据概念来调整自己和认识自己”<sup>[67]</sup>。因此,概念法学试图通过提炼法律概念和法律规则来发展、完善法律的努力方向是不容否认的;并且如果没有概念法学细致和艰苦的工作,大陆法系的法治能取得今天如此辉煌的成就也是不可能的。就我国的历史和现实条件而言,在人类自我意识充分觉醒和现代化的现实压力下,我国将不可避免地走以大陆法系为主的法典化道路,这就决定了我国法治的发展必然将是一个更为主动的创新过程,因为法律的形式理性化的实现更离不开法学研究和立法的创造性工作,这也说明概念法学所倡导的使法律概念和法律规则科学化的观点对我国的法制建设仍具有十分重要的现实意义。

#### 2. 形式和形式主义

“形式主义”在革命化的中国一向与“本本主义”一样作为一个贬义词来使用,自从怀疑论

[63] 参见[美]乔纳森·H·特纳:《社会学理论的结构》,吴曲辉等译,浙江人民出版社,1985年版,第225页。

[64] 赵汀阳:《智慧复兴的中国机会》,载《学问中国》,江西教育出版社,1998年版,第3页。

[65] 我国法学界已经有人意识到了这一点。为概念法学辩护的文章可参见:杨联华:《德国概念法学的产生、影响及其历史地位》,载《法学译丛》,1985年第2期;王涌:《分析法学与中国民法的发展》,载《比较法研究》,1997年第4期;龙卫球:《法律实在性讨论——为概念法学辩护》,载《比较法研究》,1998年第3期。

[66] 同注59,第10页。

[67] 同注59,第3页。

者展开对概念法学的批判以来,形式主义在西方法律界也成为不合理法律的代名词,但是人们往往忘了正是法律的形式性或者说某种程度的形式主义构成了现代法治社会中法律的一个基本特征。美国法学家萨默斯(Robert Summers)就对现代法律的形式价值情有独钟。他批评西方法学界对19世纪法律形式化的批判是一种过分反应,事实上“即使形式性不是法律最中心的特征,也当然是其最中心的特征之一”<sup>[68]</sup>。另一个美国法学家肖尔(Frederick Schauer)对“形式主义”在西方法学界的坏名声更是愤愤不平,他试图通过重新澄清形式主义的含义和意义为形式主义正名。肖尔认为,“在许多不同的用法中,‘形式主义’这个词的中心在于依照规则进行决策这一概念。”<sup>[69]</sup>但形式主义经常被指责为过分倚赖规则的语言,并且人们对形式主义是否可能或是否应该都提出了质疑。肖尔认为,“形式主义就是规则取得统治的方式,这种方式正是被指责为形式主义缺点的地方,即摒除了一个敏感的法律决策者如果没有限制就会予以考虑的各种因素。使形式主义成为形式的就是这个特征,认真对待规则并将规则的规定本身而不是规则背后的理由作为法律决定的理由。”<sup>[70]</sup>因此,总的来说,正是规则的无语境的形式性使法律规则真正成为规则。

马克思·韦伯也早就正确地发现近代法律发展是一个法律形式化的运动过程,这种形式化不仅是指法律规则的迅速滋长,而更主要的是指法律被视为相对独立于社会实体性价值和权力的自治系统。法律规则、法律机构、法律职业和法律教育都获得了相对独立的存在和发展,它们都共同服务于富勒所谓的“使人的行为服从规则治理的事业”。而构成这座事业大厦的基石就是社会生活的规则化和法律适用的形式化。法律规则本身的逻辑成为法律的生命,人们将自己的命运交给法律的客观逻辑而不是权力者的主观意志,法律决定主要通过规则体系本身的逻辑内部证立而不求助外部价值支援,<sup>[71]</sup>因此,可以说是否坚持法律逻辑的形式主义决定了“法治”与“人治”的区别。怀疑论曾对形式主义的可能性和必要性提出质疑,但是只要以规则减少权力主观性的法治价值没有改变,坚持要求服从规则统治意义上的形式主义就仍然是法律的一个基本特征。并且,在实体法律规则因不能免于不确定而允许权力自由裁量的场合,权力者就被要求服从更加形式化的程序法规则;在实体法中可以商讨的地方,程序法就通过严格控制对话商讨的法律决定过程保证法律的形式性。

在我国,“形式主义”在政治上的坏名声导致法律形式主义也只作为法律的一种缺点而受到批判,只是具有讽刺意味的是,真正意义上的法律形式主义却从未确立过。中国古代奉行韦伯所谓的“家长式”法制,法律中的形式主义要素一向十分薄弱,法律只是皇权和道德的奴婢。新中国建立很长一段时期内又盛行革命的浪漫主义,法律被当作“形式主义”本身并被视为行使“人民意志”的障碍而被弃之不用。时至今日,受历史惯性的推动,“不搞形式主义”还常被长官意志作为干预法律过程的“正当”理由。因此,在倡导法治的历史背景下,对法律形式主义应作重新的理解和解释。

### 3. 工具和工具主义

法律是一种工具,人们应该工具主义地对待法律,这几乎是所有带有社会学性质的法学派

[68] Robert S. Summers, "The Formal Character of Law", (1992) 51, Cambridge Law Journal P. 260.

[69] Frederick Schauer, "Formalism", (1988) 97, The Yale Law Journal, p. 510.

[70] 同注 69.

[71] 德国法学家阿历克西(Robert Alexy)认为法学论证可以区分为内部证立(Interne Rechtfertigung; Internal Justification)和外部证立(Externe Rechtfertigung; External Justification)。内部证立是指法学判断可用以立论之前提中逻辑地导出,因此关心的主要是各个前提与结论之逻辑关联的问题。而外部证立则是在证立各个前提本身的正确性,因此关心的是这些用以推论基础的各个前提本身的合理性的问题。参见颜厥安:《法、理性与论证——Robert Alexy 的法学论证理论》(下),载《政法法学评论》,第53期,第5-11页。

别的共同观点:庞德认为法律是实现社会控制的工具;马克思主义法学认为法律是统治阶级实行阶级统治的工具;怀疑论对形式法律的批判一个重要目的就是要求更加工具主义地使用法律以回应社会的需要。但法律既是一种工具,那就表明它可作为一种手段,用来为一定的目的服务;同时,法律既是一种工具,它也就有一个工具性能的问题,这又意味着法律也是一种技术。法律社会学(即社会实证法学)往往重视法律的目的,因此更强调法律作为一种手段对目的的依附性;而分析实证法学则相反,它更看重的是法律本身,强调法律作为一种技术的相对独立性。凯尔森就一再强调法律是实现社会一定秩序的“特殊的社会技术”,“法律问题作为一个科学的问题,是社会技术问题,并不是道德问题。”<sup>[72]</sup>这种法律的技术观意味着:(1)法律的发展有赖于法律技术的不断进步。法律概念的精确提炼、法律规则的科学归纳等等都离不开艰苦的科学研究。(2)人们可通过法律的技术性安排实现对社会的管理,同时也可以以此处理法律内部的问题,而不必处处诉诸社会道德价值。(3)法律的技术性决定了要掌握法律的技术需要较长时间的专门学习和实践,因此法律应由专门的职业人员进行操作,而不能由外行纯粹依靠道德感进行操纵。(4)它也意味着法律教育和研究的专门性。

由于工具主义论的价值论倾向,因此,作为纯粹工具性质的法律往往压倒作为独立技术的法律,法律的技术性更容易因实体价值而牺牲,而不是相反。就我国的情况而言,法律作为一种相对独立的社会技术的观念历来得不到重视,而法律工具主义的观点则长盛不衰。这种严重的实体主义倾向使得法律的技术性发展举步维艰;法律概念和规则的科学性,法律职业、法学教育和法学研究的独立性长期停留于较低的水平上。另外,现代法治国家,立法上的实体主义、司法上的形式主义一直作为一种法律的社会技术性安排而得到坚持,但是法律工具主义的观点则倾向于打破这种“法治”的技术安排,试图在司法上也引入实体主义,以增加形式法律对社会现实的回应性,这本来无可厚非,但考虑到我国法律长期依附于权力的传统和现实,这种法律工具主义观不能说不具有进一步助长权力恣意的危险。

### (三) 正确对待形式法治的局限性

法治怀疑论对形式法律的批判很大程度上说明了形式化的法律和法治本身远不是完美无缺的,而是有着巨大的局限性;同时绝对怀疑论从法律的局限性出发得出偏激的结论,这也说明我们应该正确、理性地认识和对待形式法律和法治的局限性。

如果将法律视为以成文的社会规范形式进行社会控制的手段,那我们可以将法律的局限分为认识性局限和功能性局限。法律的认识性局限是指法律作为成文的规范固有的缺陷和不足,它主要表现在:(1)模糊性。法律规则由语言进行表述,“言不尽意,意不尽言”的情况在所难免;(2)不周延性。法律规则不可能完全反映社会生活的方方面面;(3)矛盾性。在庞杂的法律规范系统中难免出现相互矛盾之处;(4)滞后性。法律的稳定性带来了滞后性和僵化性的缺点。<sup>[73]</sup>法律外在功能局限是指法律在行使社会控制这一功能时所表现出来的缺陷,它主要表现在:(1)对权力的依附性。“徒法无以自行”,法律必须依靠国家的强力予以推行;(2)功能的单一性。法律只是作为控制外在行为的规范,既无法像道德规范和宗教规范那样具有深入人心的力量,也不可能具有像政策那样的灵活性和恢宏气势;(3)作为正义载体的抽象性。普遍正义的推行难免影响个别正义的伸张,合法却不合理情况的存在,是法律永远的隐痛。法律的功能性局限与认识性局限是紧密相关的,并且在与法律现象永相伴随这一点上,法律功能性局限也与认识性局限一样具有“内在”性质。因此,可以说法律的这些局限是法律之成为法律的

[72] 同注 25,第 5 页。

[73] 关于法局限性的归纳参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法的局限性之克服》,中国政法大学出版社,1992 年版,第 133 - 143 页。

原因所在,对法律价值的热情赞美或对法律局限性的悲观失望都根源于此。

但是法律局限性真正凸显为一个重大问题,却是在实行“法治”之后。法律在家长制社会固然必不可少,但由于法律的作用有限,其局限性也无足轻重。只有在法律在全社会范围内取得至高无上的地位而进行完全的“法治”时,法律的局限性才随着法律势力的扩张而急遽凸显出来。一方面,随着法律的形式理性化,法律规则迅速滋繁,法律的内在性质局限逐步显露;另一方面,法律承担的社会功能增多,它试图取代道德、政策等社会调控手段的结果是其外在功能局限也日益暴露;但更重要的一点就在于法律成了控制国家权力的最重要的手段。“法治”的核心就是以法律控制权力。由于对权力的极度不信任,人们就试图通过法律的“自动”适用来排除权力的任何自由裁量,这就不免又出现所谓“政治性代价”<sup>[74]</sup>,即法律试图代替权力的作用,其结果必然使权力自由裁量所具有的简便、直接、灵活、有针对性等优点也都被视为法律的局限。同时人们为控制权力而对法律确定性寄予的过高风险也使本来很正常的法律局限成为不可饶恕的缺点,一些怀疑论者因此而对法律的作用极度悲观失望。

从以上的讨论可以看出,关于“法治”局限的问题既有法律内在的认识性和功能性局限问题,也有因实行“法治”而增加的“政治性代价”或更加凸显的局限问题。形式化法治这些局限的存在表明法治也从来不是解决人类社会所有问题的灵丹妙药,它最多只是取代古代以权力为中心的压制性统治的不完善的替代手段。不过,尽管如此,我们仍不应忘记,形式理性化法律和法治是适应日益复杂的、以市场经济为基础的现代社会的产物,它的产生和发展有其一定的历史必然性,它给人类社会的发展带来了巨大的福利。只不过人类的本性决定了人们在更多的时候对已带来的好处只会浑然不觉,而对形式法治的缺点却异常敏感,这也是大部分怀疑论者的通病。正因为如此,人们应该在总体肯定形式化法律及法治价值的前提下来正确看待它们的局限性,也只有这样,对法律和法治的批判才能成为建设性的健康因素。

但具体到我国当前的现实,对待法律及法治局限性的问题又呈现出一些复杂情况。一方面,由于实行法治在很大程度上还只是一种社会理想,因此人们普遍对未来法治的美好社会寄予厚望,在对法律局限性认识不足的情况下很容易导致法治的浪漫主义;另一方面,人们在现实生活中又可能发现,法律在制止贪污腐化、维持社会治安等方面的软弱乏力,从而产生对法治前途的失望情绪,并且将一些法律缺乏实效的情况都视为法律不大可能克服的局限性来对待。理论上法治的理想与怀疑主义的冲击,实践上对法治的渴求与法律缺乏实效的鲜明对照,使人们对法律和法治的认识同时交织着信任与怀疑、希望与失望的复杂情感,这又体现了我国政府推进型法治模式下人们特有的心路历程。但要真正使人们从法律的困境中解脱出来却并不是轻而易举的事,因为这有赖于法治真正成为能使人们感受到巨大利益的普遍实践。但法治的实现又离不开与之“合宜”的政治、经济和文化土壤,更离不开社会和个人的长期斗争,<sup>[75]</sup>于是建设法治的时间又成为考验人们耐心的重要维度……但总的说来,在我国当前的情况下,我们认为我们面对的主要是因缺乏实效而造成法律不确定的问题,而不是基于法律本身不可克服的局限而产生的不确定性问题,虽然前者与后者不无关系,但在法律已有较完善的规定的情况下令而不行、知法犯法与法律本身虽有局限但法律的积极作用已发挥极致之间,显然,前者才更是根本性的问题所在,我们不能把性质上属于社会的问题都归罪于法律自身,这是在探讨法律的局限时始终应理性把握的界限。

[74] 孙笑侠教授认为:“法治的代价基本上都属于政治范畴,都同执政者的政治利益与政治权力、政治意志与政治习惯直接相关,所以我们称之为政治性代价。”参见孙笑侠:《法治、合理性及其代价》,载《法制与社会发展》,1997年第1期。

[75] 德国法学家耶林主张法的实现就依赖于长期的斗争,“法的生命就是斗争,是国民的、国家权力的、各个阶级的个人的斗争。”可参见耶林:《权利斗争论》,潘汉典译,载于《外国法学研究》,1986年第1期。