

211工程三期“区域与都市法制”重大项目资助
区域与都市法制研究丛书 叶必丰 总主编



司法推理

疑难案件裁判机制

司法推理与法官思维

郑成良 杨力 宾凯 李学尧 等著

法官思维

职业伦理

形式合理性

案例指导制度运作

基本规则

职业基础

司法解释权

案例运作差别

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

211工程三期“区域与都市法制”重大项目资助
区域与都市法制研究丛书 叶必丰 总主编

司法推理与法官思维

郑成良 杨力 宾凯 李学尧 等著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法推理与法官思维 / 郑成良等著. —北京: 法律出版社, 2010. 9

(区域法治丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1012 - 0

I. ①司… II. ①郑… III. ①司法—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 142192 号

区域法治丛书

司法推理与法官思维

郑成良等 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16

版本 2010 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京外文印刷厂

印张 13 字数 195 千

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1012 - 0

定价: 29.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

上篇 法官思维的基本原理与规则

第一章 形式合理性的十个问题 003

- 一、什么是形式合理化 003
- 二、法律制度形式合理化的表现 005
- 三、法律的形式合理化与法律的确定性 010
- 四、法律的确定性与不确定性 011
- 五、形式合理性优先的例外 014
- 六、形式合理性优先的必备前提 017
- 七、目标的预定与手段的选择 018
- 八、两种目的语境中的形式合理性优先问题 020
- 九、形式合理性优先与福利的最大化 021
- 十、形式合理性优先与权利保护 023

第二章 法律思维的基本规则 025

- 一、法律思维的定性 025
- 二、法律思维的特征和概念 028
- 三、与决策有关的其他思维方式 031
- 四、法律思维与其他思维方式的冲突及解决原则 034
- 五、法律思维的基本规则 036

中篇 法官思维的系统与职业基础

第三章 系统结构与法官思维 047

- 一、问题的背景 047

- 二、作为二阶观察的法律论证 053
- 三、卢曼的形式社会学 059
- 四、法律论证中的媒介与形式 065
- 五、理由的“无底棋盘” 071
- 六、观察法律论证的区分：信息和冗余 079
- 七、法律论证与后果主义 084

第四章 职业伦理与法官思维 090

- 一、问题与思路 090
- 二、可操作的法律职业伦理 094
- 三、与日常道德愈行愈远的职业伦理 101
- 四、新困境：无道德的价值空洞 111
- 五、出路：美德伦理学，抑或美德法理学 121

下篇 法官思维的疑难案件裁判机制

第五章 利益衡量衍生理论与法官思维 131

- 一、“结构化趋势”与疑案裁判的衡量 131
- 二、利益衡量产生裁判规则的理由 133
- 三、疑案裁判的衡量基准校正 138
- 四、疑案裁判规则形成的主要路径 143
- 五、构建疑案衡量的运作机制 148

第六章 案例指导制度运作与法官思维 154

- 一、“碎片化现象”与案例指导运作难题 154
- 二、案例指导运作的基本问题 156
- 三、作为司法解释权的复位、边界及机制创新 174
- 四、案例指导运作的难点示例 179
- 五、必要的澄清：公法与私法案例运作差别 191

上篇 法官思维的基本原理与规则

第一章 形式合理性的十个问题

一、什么是形式合理化

合理性(rationality)以及理性化(rationalization,又译合理化)的概念在马克斯·韦伯的社会学理论中占有特别重要的地位,正如有学者指出的那样,“‘理性化’概念乃是韦伯著作中的中心前提”。^①韦伯所关注的是对历史理性化过程(rationalization processes in history)的研究,在他看来,西方社会从古至今经历了逐步理性化的过程,其中,现代西方资本主义所体现的“经济理性主义”就是理性化的突出表现,而经济理性化又需依赖理性化的技术、理性化的法律系统和行政管理系统,同时,也需依赖以一定实践理性方式表现出来的理性化的伦理精神。

对于法律理性化的过程,韦伯曾经做了一段经典的概括:

“从理论的观点看,法及其法律进程的总的发展,可以认为经过了以下几个阶段:其一,经由‘法的先知预言家’个人的超凡魅力而来的法律启示。其二,经由法律‘名望人士’而来的对法律的经验性设立和发现。其三,世俗的或神学的力量对法律的促进。最后一点,法律阐释的系统化和司法行政的专业化,即由已接受过带有学术性和规范条理性性质的法律培训的人们来司法。经过这样的途径,法律

^① [英]戴维·比瑟姆:《马克斯·韦伯与现代政治理论》,徐鸿宾、徐京辉、康立伟译,浙江人民出版社1989年版,第25页。

的形式上的品质就如此地呈现了出来:成长于由神秘的形式主义和非理性的启示的结合而来的最初法律进程中,时常走过神权政治的、或家长制条件的以及非形式化的目的理性的弯路,逐渐经历了一个特殊化司法的、逻辑理性和系统化的过程,最终,它们表现出一种渐增长着的逻辑升华和严密演绎品质,一种理性渐增的技术,也在此进程中发展起来。”^①

形式合理化或形式合理性是由韦伯创造的具有方法论意义的重要范畴,是他用来分析经济、法律、政治和行政管理等社会制度合理化发展过程的工具性概念。但是,对这一概念本身,韦伯却并未作出较系统的分析。为了更加有效地分析、讨论本章所关注的法律形式合理性问题,在此,有必要对形式合理性概念本身加以扼要的说明。

理性能力的基础和核心是计算,这一点,在西语词汇的外观上就有所表现。西方许多民族语言中的“理性”、“合理性”均来自于拉丁词根“ratio”,而“ratio”一词的意思就是计算。用来修饰“合理性”的“形式的”(英文 form—名; formal—形)一词,有“固定的结构和形状”之义,因此,可以把形式合理性理解为能够精确地计算的合理性。概括地说,形式合理化意味着以下三个特点的结合:第一,形式化的符号体系;第二,逻辑一致的演算(广义的运算,包括一切形式的推理)规则;第三,运算结果(结论)的精确性和可重复性。

最典型的形式合理化体系不是法律制度,而是数学和逻辑学。在数学和逻辑学中,理性是以纯粹的形式化方式而存在的,被理性所思考的不是个别存在的具体事物,而是一些抽象的符号,这些符号的意义是被明确定义的;同时,各种符号的运算有着逻辑严谨的规则,理性思维的展开必须遵循这些规则。运算的结果是精确的而不是含混不清的,同时,也具有可验证的特点,对于任何具体的问题,在给定的前提下,每个人都能够得出同样的结论。由于数学和逻辑学能够完美地符合上面三个特点,因而,它们被视为形式合理化的最高形态。任何一个有理性的人,只要了解了数学或逻辑符号的意义,理解了它们的运算规则并掌握了运用方法,在面对同样的数学问题或逻辑问题时,就不可能得出与他人不同的结论,否则,只可能是他在运算的过

^① [德]迪尔克·克斯勒:《马克斯·韦伯的生平、著述及影响》,郭峰译,法律出版社 2000 年版,第 178 页;[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 201 页。

程中犯了错误;而且,即使发生了错误,在技术上也能够无异议地被认定,不会出现哲学家和神学家们为了一个问题争论了上千年还各执一词的局面。

可以说,形式合理化程度越高的体系,对理性化的逻辑规则的依赖就越强,反之,则意味着在给出答案的思维过程中,非理性的因素会起某种作用或起决定作用。那些具有不同情感的人会基于不同的信念、态度、目的、兴趣和价值倾向,对同一个问题给出互有差别甚至完全相反的答案,而且,在发生分歧时,理性的和逻辑的力量如果起作用的话,也是只能起辅助的作用。

由于形式合理化与答案的精确性和唯一性有着必然的联系,所以,凡是有资格被列入科学范畴的思想和理论体系,都必然具有形式合理化的特点,而且,形式合理化的程度越高,它的科学属性就越会得到承认。与以物理学为典型的自然科学相比,那些被用“社会科学”来称谓的思想和理论体系之所以在一些人中间得不到认可,最重要的因素之一,就是它们的形式合理性程度较低,以至于在同行的专家之间也会出现对同一个问题得出相反的答案。此时如果不借助于“力量的逻辑”(自然死亡或暴力镇压)来解决分歧的话,只要“人还在”,就会“心不死”,见仁见智的争议永无止息,仅仅靠“逻辑的力量”根本不足以形成精确和唯一的答案。

二、法律制度形式合理化的表现

现代法律制度的理性化表现在两个方面。

一个方面是实质合理化,即立足于人文主义的立场,根据人的需要和人的权利来确定实质合理的价值标准,使人类社会从神权、特权、极权以及其他非理性的法律传统和制度中解放出来,同时,把那些公共理性所能够理解和接受的价值公理、原则和规则法律化,使之成为一种社会制度。当然,在这个方面,还存在着各种各样的相互竞争的关于如何判定实质合理性的不同标准,如资本主义、共产主义、社会主义、自由主义、保守主义以及功利主义或契约论的诸多思想和理论体系,它们在判定实质合理性方面所采用的标准有很大的不同,但是,也存在着某些共同的特征,即承认和尊重人权、关注公共福利、实行民主政治、奉行法治原则,等等。如果背离了这些现代法律文化中最基本的价值理念,就很难被主流文化观念视为实现了实质合理化。不过,在实质合理化标准上,除了最低限度的共识之外,不可能达成全面

的一致,因为实质合理化完全是一个价值判断和价值选择的问题。

现代法律制度的理性化表现的另一个方面是形式合理化,即使这样一种体现着人文精神的法律制度同时也符合或接近于上面提到的形式合理化体系的三个基本特点。

首先,理性化的法律制度并不是直接去调整那些个别存在的利益和行为,而是运用理性的抽象来形成各种形式化的法律概念和范畴,然后再通过司法活动把这些形式化的概念和范畴适用于那些需要由法律来调整的社会关系。与此相反的是,在法律制度的理性化实现之前,“非理性的司法是司法的原始形式”,而一切反形式化的非理性的司法,都具有“卡迪司法”的特点,^①即司法过程并不是一个把形式化的普遍性概念和范畴适用于案件事实的过程(因为也许就根本没有这样的概念和范畴,或者虽然有少许在外观上有点类似的东西,也并不重要),而是一个由司法决策者把他对实质正义的理解适用于待决争议的过程。^②

在所有理性化的法律制度中,都不同程度地存在着一种“形式主义”的倾向,而这种倾向首先在它的概念和范畴体系上表现出来,因而,可以说,一个法律制度的形式合理化程度,首先取决于它的概念和范畴体系的形式合理化程度。这是因为,在由法律所调整的行为领域中,各种事实因素以不可名状的极度复杂性交织在一起。如何把那些按照个人行为伦理看似同类,而按照制度伦理却有实质不同的因素合理地区分开来,并把那些按照个人行为伦理看似不同,而按照制度伦理却实质相同的因素归入同类,而且还要在杂乱无章的全部因素中安排出合理的结构和秩序,这需要深刻的理性洞察力、高度的专业技巧和长期积累的经验。因此,合理的法律概念和范畴体系实际上体现了一种理性地区分和归类的专业智慧,正是凭借这种专业智慧,混沌一片的自在的“事实世界”才能够被合乎理性地转换为法律制度中自觉存在的“应然世界”。假如没有这一切,法律制度的理性化是不可想象的。

在形式合理化了的法律制度中,有一个储藏着众多法律概念和范畴的仓库,足以达到完备的程度,即近乎于能够覆盖(绝对覆盖是做不

① [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 148 ~ 154 页。

② [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 14 页。

到的)法律调整的所有空间。这个仓库中,不仅有那些会被频繁使用的概念和范畴,也有一些不经常使用但可备一时之需的概念和范畴。所有这些概念和范畴都是形式化的法律符号,它们所指称的那些事物的个性化特征都被去掉了,而仅仅把那些在法律上有意义的因素抽象出来(有些事实因素,在一种场合没有法律上的意义,在另一种场合却可能有重要意义)。被认定为累犯的人是张三还是李四,他来自哪个家庭,被交付的是一件普通物品还是一个“传家宝”,这些对于具体的当事人及其亲友来说,都是最为重要的事情。但是,在法律上,它们都可能是无意义的;相反,被认定为累犯的人触犯了什么法律禁令、法定或酌定的量刑情节是什么、被交付的物品是否符合约定、是否存在某种抗辩权等可以被法律符号所涵盖的因素,才是重要的和必须考虑的,也许这些因素在利害关系人看来并不重要。因此,“那种尚未在逻辑上理性化的法,今天仍然对于法的特殊‘科学’处理的原则感到陌生,这个原则就是:法学家用他的概念的库存不能‘构想’即不能‘设想’的东西,在法律上也无法存在”。^①

其次,理性化的法律制度有着逻辑严谨的形式合理化的运算规则,任何进行运算的人都被要求遵循这些规则。由于已经实现了理性化的法律制度必须是一个具有形式严谨的命题体系,因此,法律推理和法律思维的过程是在固定的规则结构之内展开的,它与数学和逻辑演算具有某种家族类似性。

在数学运算中,如果 $a - b = 0$,那么,就意味着当我们在遵循一定的形式化规则把等式左侧的任何符号移到右侧时,等式仍然成立,故 $a = b$ 。这里的形式化的运算规则就是,“等式左右两侧的每一个因子可移向另一侧,但必须随即赋予相反符号,即‘+’变为‘-’或‘-’变为‘+’”。^②在逻辑运算中,如果一个全称否定判断“所有人不是石头”成立的话,那么,另一个全称否定判断“所有石头不是人”也是成立的。这里的形式化的运算规则是“在 XeY 类型的任何式子中,与 e 相邻的字母都可以互相换位”。^③

在法律推理和法律思维中,也存在着类似的形式化了的运算规

① [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 44 页。

② [德] J. M. 鲍亨斯基:《当代思维方法》,童世骏、邵春林、李福安译,上海人民出版社 1987 年版,第 40 页。

③ [德] J. M. 鲍亨斯基:《当代思维方法》,童世骏、邵春林、李福安译,上海人民出版社 1987 年版,第 40 页。

则,即法律制度中一定要件事实(也称法律事实)与一定法律效果的固定联系。所谓要件事实,就是被法律的概念和范畴涵盖进来的那些在法律上有意义的事实要素;而所谓法律效果则意味着某事实要素所引发的法律上的反应。例如,一项犯罪行为,如果是一个已经被判处3年有期徒刑的人在刑满释放后5年内实施的、且系故意的犯罪,可能被判处有期徒刑以上刑罚,那么,这些事实就必然会导致该罪犯被认定为“累犯”,而“累犯”意味着犯罪行为人会受到在法定量刑幅度内的从重处罚;一项转移物品占有的行为,如果是依据买卖合同条款进行的,且不存在无权处分等法律禁止的情形,那么,就会产生物品所有权转移的法律效果。^①

当然,这种形式化的运算规则又必须同时是理性化的,即必须是能够被理性所理解和接受的,能够由理性的论证来提供充足理由的。在古代某些法律制度和司法程序中,曾经出现过许多非理性的法律形式主义的东西,即被韦伯称之为“魔法”性质的神秘主义的严格而完备的法律形式,就像古罗马早期的“曼兮帕蓄”(要式买卖)一样,按照烦琐的形式化规则,当事人说错了一个词或做错了一个动作,就可能得不到法律的救济。^②至于众所周知的神明裁判,在宣誓、作证、水火取证、占卜取证、决斗取证等神秘主义的司法程序中,非理性的形式化规则就更是花样繁多。

最后,正是由于前面两个特点的存在,决定了形式合理化的法律制度具有了另一个特别重要的特点,“这种形式主义的法是可以预计的”。^③也就是说,在具有形式合理化特点的理性法律制度中,能够做到类似案件类似处理:对于那些符合有效事实要件的行为、利益、主张和期待,在用法律上的既定标准加以衡量时,只要它们具有相同或相似的法律性质、具有相等或近似的法律上的重要性,那么,不管这些行为、利益、主张和期待来自于什么样的人,也不管由什么样的人来扮演

① 在刑法学界,学者们关于犯罪构成的要件有不同理解,参见张明楷的《刑法的基本立场》(中国法制出版社2002年版)的第三章“构成要件论:形式的解释论与实质的解释论”。本文是在最广泛的意义上使用“要件事实”这一概念的,它指的是一切具有法律意义因而与一定法律效果相联系的事实要素的结合,既包括肯定性事实(亦称确认式事实),如故意伤害他人的行为,也包括否定性事实(亦称排除式事实),如违法阻却事由。关于要件事实的概念和分类,参见张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第169~170页。

② [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第353~358页。

③ [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第723页。

“主持正义”的司法者角色,案件的处理结果都应当是相同或相似的。因此,一个实现了形式合理化的法律制度,就是奉行法治原则的法律制度,并且,也只有实现了形式合理化的法律制度,才能够真正地符合法治原则的要求。离开了法律制度的形式合理化去谈论法治,就像离开太阳去谈论阳光一样不可思议。

按照形式合理化的要求,那个与案件处理结果利害相关的人,是富有还是贫穷,他的地位是高贵还是低贱,他的道德品格是高尚还是庸俗或卑鄙;那个履行司法职责的人的家世背景、生活经历、政治倾向、哲学观念、价值偏好是什么样的等一切皆属于不能被涵盖于法律概念和范畴之内的个性化的因素,都应当被视为一种在法律上并不存在的“substantive essence (实质性的因素、个别存在的因素)”,因此,它们也都被禁止进入法律推理和法律思维的推演过程之中。因为这些存在于法律视野之外的实质性的、个别性的因素是如此之多,以至于一旦允许它们进入推理过程,法律就会立即失去可预计性,司法领域也就会因此而变成一个被变幻莫测、反复无常的偶然性因素所支配的王国。^①

为了不至于引起不必要的误解,在这里,需要对形式合理性与实质合理性的关系再加一点说明。有的学者把形式合理性与实质合理性当作相互排斥的概念来理解和使用,这是值得商榷的。不错,形式合理性与实质合理性是一对相互对立的观念和范畴,然而,观念和范畴之间的对立有两种情况。一种是具有相容性的分立关系,另一种是互不相容的排斥关系。前者如理论与实践、理想类型与真实状态,它们之间的对立仅仅是理论视角上的相互区别和分立,两者虽然不大可能完全一致和相容,但是,在绝大多数方面相互契合是可能的;后者如真理与谬误、善良与邪恶,它们之间的对立是互不相容和彼此排斥的,尽管两者之间实际上也不大可能有一条绝对分明和固定不变的分界线,但是,人们创造类似的概念与范畴的用意,就是想表达它们之间相互排斥的对立关系。形式合理性与实质合理性的对立,属于前一种情况。在理性化的法律制度中,形式合理性是形式化了的实质合理

^① 行为后果的预计是现代市场经济的理性支柱,现代合同关系,包括金融、保险、投资等都建立在这种对收益的合法预期的基础之上,所以,韦伯把现代法具有形式合理性特征的命题体系当作资本主义诞生的重要条件予以考察。当然,这种形式法不是当然地存在于一切社会的,它是近代集权国家的形成和资产阶级革命的产物,确切地说,它是以国家管理的官僚化与法治的实践为前提的。

性,两者在多数情况下是可以或可能相容的,此时,两者的对立仅仅是分析性工具之间的“视角”分立关系;只有在少数情况下,两者才呈现出不能相容的排斥关系。因此,与其说形式合理性是一种与实质合理性不同的合理性,不如说它是实质合理性的一种特殊存在形态。故,法律制度的形式合理化,也就意味着把实质合理性尽可能地转化为可计量的形式合理性体系,并借助于这个体系来实现实质合理性的要求。

三、法律的形式合理化与法律的确定性

法律的确定性 (legal certainty) 指的是构成法律的概念和命题结构的稳定性。形式合理化与确定性之间有着极其密切的联系,因为确定性是形式合理化体系所追求的直接目标,而且,形式合理化体系所具有的价值,也正是在于它能够提供某种确定性。当然,形式合理化体系所提供的确定性必须是一种合理的确定性,即能够在理性上被接受和理解的确定性,否则,这种确定性就不是形式合理化体系所追求的。例如,许多具有神秘主义色彩的古代法律制度也可以提供一些确定性,但这些确定性都是不合理的确定性。

形式合理化程度与确定性程度具有决定与被决定的相互关系,前者提高后者随之提高,前者下降后者随之下降。由于人类理性能力的有限性、社会利益关系的无限复杂性、社会生活变化在某种程度上的不可预测性以及种种我们所无力控制的因素,即使我们想要(许多人也许并不想要)使法律制度的形式合理化达到数学和逻辑学那样完美的程度,^①从而保证法律和司法具有一种“对数表”那样的确定性,也不可能真正做到这一点。而且,不仅法律制度做不到这一点,连最为成功地运用数学方法来组织命题的物理学也不能完全做到这一点;至于形式合理化程度低于物理学的其他科学理论,就更是只能相对接近数学和逻辑学的那种完美的确定性。

拿破仑曾经宣称,将法律简化成简单的几何公式是完全可能的,到那时,任何一个能识字并且能把两个思想联结起来的人,就能够作

① 从绝对意义上说,数学和逻辑学的形式合理化也达不到完美的程度。逻辑学家和数学家哥德尔的著名定理证明了任何一个公理和定理体系都不可能满足绝对的逻辑自足性,包括数学体系和逻辑学体系在内。

出判决。^①“概念法学”也曾经设想把法律制度精确到数学和逻辑学的程度,因而被讥讽为“法律自动售货机”理论;在该理论看来,法律制度能够被人类的理性设计得像一部“自动售货机”一样,上孔投入相同的事实,下孔就会吐出相同的判决。^②实践证明,这些想法夸大了法律制度形式合理化所可能达到的程度和相应的确定性程度。到目前为止,类似事实没有产生类似判决的现象,在任何一个社会的法律制度中都难以完全消除,即使排除法官司法不公的因素,仅仅由于法律制度形式合理化之限度的制约,也不可能彻底杜绝此类现象。

但是,像现实主义法学之类的理论那样,依据上述现象否定法律的确定性,也同样是不合理地夸大了事实。在一个社会的司法领域中,如果不能保证绝大多数相同或相似的案件事实产生相同或相似的判决结论,只能说明法律制度的理性化——具体地说是它的形式合理化还没有实现。相反,如果是在一个已经实现了理性化的法律制度中,从全局的立场而不是从局部个案的立场,尤其不是从数量极为有限的疑难案件的立场上来观察司法活动,就会发现类似案件不能得到类似处理的情况尽管难以完全避免,但是,它们不会在总体的样本中构成主导的方面,否则,这个法律制度不可能唤起多数社会成员的支持与合作。在民主意识普及的现代社会,社会公众似乎不大可能容忍法律和法院在多数案件上都表现出翻手为云、覆手为雨般的反复无常,特别是在人命攸关的刑事诉讼过程中,就更是如此。

可以这样说,对于一个利益关系日益复杂化、价值标准日益多样化、利益矛盾和纠纷随时可能发生、社会变迁不断加速的现代社会而言,法律制度的基本功能之一就是为社会提供某种确定性;如果不能提供这种确定性,法律制度存在的理由就从根本上被消解了,这样的法律制度也迟早要被抛弃,而能够为社会提供这种确定性的,只能是一个具有形式合理性的法律制度,离开了形式合理性,在司法的领域中就没有确定性可言了。

四、法律的确定性与不确定性

任何社会的法律制度都不可能达到数学和逻辑学那样的确定程度,因此,法律的确定性是一种相对的确定性,即与相对不确定性

① 张文显:《二十世纪西方哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第138页。

② [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第206页。

(uncertainty)为伴的有限确定性。法律的确定性之所以达不到数学和逻辑学那样的绝对确定性程度,是因为法律制度形式合理化程度受到两个方面的限制。

第一个方面的限制来自于自然语言本身的特点。到目前为止,人类的法律都是用自然语言来表达的,而自然语言中的词都具有一个特点,即词的意义及其所指称的对象在范围上既是相对确定的、又是相对不确定的,在核心地带是确定的、在边缘地带是不确定的。例如,“合理注意”“重大过失”“情节严重”“显失公平”一类的术语,其意义是什么、可以用来指称哪些行为,在可以归入界限之内和必须排除在外的行为中间,很难划定一条绝对精确的分界线。即使是一些比较具体的词,也同样如此。哈特曾经以英国1540年、1542年遗嘱法上的“签署”为例,分析了在词的使用中,总会有一些模棱两可的事例出现在我们面前:初看上去“签署”的意思是确定的,但是“如果立遗嘱者使用了化名怎么办?或者他被别人把着手,或者他只签了他姓名的开头字母(缩写),或者他虽然独立而正确地签了全名,却没有签在最后一页的末尾而是签在了第一页的顶端,那么,结果又会如何呢?这些情况仍然是法律规则所说的‘签署’吗?”^①一旦出现了词的指称范围的边缘地带的事例,不确定性就跟着出现了。上述特点在分析哲学上被称之为自然语言的开放结构(open texture,亦可译作空缺结构),其意思就是说,在自然语言中,词的意义及其指称范围并没有一条明确清晰和固定不变的边界线,越接近边缘,是与不是就越模糊。这是自然语言固有的特点,即使通过精心定义的方式,也不可能彻底消除这种不确定性,因为定义用语同样也有核心地带与边缘地带的问题。与此不同的是,此类问题在数学和逻辑学的符号语言(亦称人工语言)中是不存在的,在那里,每一个符号的意义和指称都是完全确定的,因而,在理性化的运算规则指引下,结论也是完全确定的。由于法律的意思是使用自然语言来表达的,法律本身就不能不同样具有一定的不确定性,用哈特的话来说就是:法律制度像自然语言一样,具有“开放结构”的特点。

第二个方面的限制来自于我们自己。在此,可以引用哈特的观点来说明:“重要的是认识到我们为什么即使作为一个理想也不应当抱

^① [英]哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良等译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页。