

# 法的确定性及其相对性

——从人类生活的基本事实出发

李琦\*

---

---

**内容提要** 法的确定性由法的外在确定性和内在确定性构成。法的外在确定性指法为人类提供秩序化的、有序性的社会生活。法的外在确定性是法的功能所在,是法的首要价值。这是由资源稀缺这一事实所决定的。法的内在确定性指法自身的确定性,包括法作为社会规范以明确性、普遍性和强制性为特征,以及法以行为为对象。法的内在确定性是法的外在确定性得以实现的前提。法的确定性的相对性在法的外在确定性和法的内在确定性两个方面都存在着。这是由人的需要的某种不确定性、客观世界的确定性和不确定性的并存、法实现确定性的能力的有限所决定的。法的确定性同时涉及了关于法律的三个元问题。

**关键词** 秩序 法的确定性 规则 权力 相对性

---

---

## 引言

哈特维克勋爵在 18 世纪的时候断言:“确定性是和谐之母,因而法律的目的就在于确定性”。<sup>①</sup> 对此,博登海默将“把众多的、不同的和多样的人类行为和关系,归结为某种程度的秩序”作为法律的基本功能之一。<sup>②</sup> 一些学者甚至突出了秩序这一功能对于法律的意义。苏力指出:“从社会学的角度来理解法律,我们可以发现,法律的主要功能也许并不在于变革,而在于建立和保持一种可以大致确定的预期,以便利人们的相互交往行为”。<sup>③</sup> 拉德布鲁赫更直接地指明了法的确定性是法的基本的乃至首要的功能:“法律秩序的存在要比法律的正义和功利更为重要。正义和功利构成法律的第二位主要任务,而所有人平等同意的第一位任务则是法

---

\* 厦门大学法学院副教授。

① 转引自[美]博登海默:《法理学——法律哲学和方法》,张智仁译,上海人民出版社 1992 年版,第 293 页。

② 前引[1],博登海默书,第 433 页。比较法学家则从比较法的角度得出了同样的结论:“连续性与可预见性是法律的根本属性”。[美]格伦顿等:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社 1993 年版,第 155 页。

③ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 7 页。

律确定性,即秩序与和平”。<sup>④</sup>两位英国法学家认为“维持社会和平是实现其他法律价值的先决条件”,“法律的主要目标是以和平的方式避免可怕的暴力冲突,这种观念在联合国宪章中也有所反映”。<sup>⑤</sup>可见,现实主义法学和批判法学对法的确定性所做的质疑尤其是否定,对于法律来说,就几乎是根本性的和颠覆性的了。由此形成了关于法的确定性的两种相互对立的观点。

本文的立场是:从人类生活的基本事实出发所进行的观察可以证明法的确定性的存在以及这一确定性的相对性,仅仅看到法的确定性而无视其相对性,或者由于某种不确定性的存在而从根本上否定法的确定性,都是不可取的和有悖于法的客观状况的。

如同富勒在论及法的道德性时,区分了法的外在道德和法的内在道德一样,本文认为,法的确定性由法的外在确定性和法的内在确定性所构成。法的外在确定性指法为社会生活提供稳定性、一致性、连续性、可预知性等,即为人类提供秩序化的、有序性的社会生活。法的外在确定性是法的功能所在,是法的首要价值。法的内在确定性指法自身的确定性,包括法作为社会规范以明确性、普遍性和强制性为特征,以及法以行为为对象。法的内在确定性是法的外在确定性得以实现的前提。法的确定性的相对性在法的外在确定性和法的内在确定性两个方面都存在着。<sup>⑥</sup>

## 一、稀缺与对秩序的需要

交换以及为了交换而生产即是人类的经济。只有在资源稀缺的前提下,交换才是必要的和可能的。因此,稀缺被普遍地认为是经济与经济学的前提。法国经济学家瓦尔拉斯较早地指出了稀缺这一事实对于经济的决定性:“在政治经济学中,一种物质不管它怎样丰富,只要它有用并且在数量上有定限,就是稀少的”。“由于有用物质数量的有定限或稀少而引起的三种后果”是:第一,可占有性。“占有(因此也就是财产所有权),适用于一切财富,而且只适用于社会财富”。第二,可交换性。“各种稀少物质,除了各有其特有效用以外,还带有一种特殊属性,那就是可以按某一确定比率与别的稀少物质相交换”。第三,可生产性。“这些物质是值得在有规律、有系统的努力下来进行生产并尽可能地增加其数量的”。这三种后果是由“稀少性引起的三种一般的现象,或三类特有的事实”。<sup>⑦</sup>被经济学家作为经济学的基本范畴的商品、货币和信用,<sup>⑧</sup>显然地是与交换密切相关因而是与稀缺密切相关的:商品是用以交换而获得效用最大化的物品,货币作为交换的一般等价物而使交换的效率得到提高,信用涉及交易的安全和效率。

稀缺也决定了人类生活中政治的必然存在。当自愿的交换无法发生时(这至少是由于处于互动关系中的行为人的偏好存在差异),对资源的强制性配置就成为必然,<sup>⑨</sup>并且对冲突的

④ 转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第48页。

⑤ [英]彼德·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第40页以下。

⑥ 学者们有时候强调法与法律的区别。本文则不做这样的区分,而将这两个概念作为可以互换的概念。

⑦ [法]瓦尔拉斯:《纯粹经济学要义——或社会财富理论》,蔡受百译,商务印书馆1989年版,第48页以下。

⑧ 参见魏杰主编:《经济学》,中国人民大学出版社1996年版;另可参见[英]马歇尔:《货币、信用和商业》,叶云龙、郭家麟译,商务印书馆1986年版。

⑨ 这方面最近的一个典型例证,可见强世功:《科斯定理与陕北故事》,《读书》2001年第8期。

强制性解决也成为必然。在另一些时候,即使自愿的交换即协商是可能的,也会因为成本的高昂而需要权利的代理与维护,政府因此产生了。<sup>10</sup>正是由于稀缺,“每个社会必须发现决定如何分配利益及成本的方法,这分配的过程就是政治”。<sup>11</sup>当拉斯维尔明确地将政治作为对以尊严、收入和安全为代表的价值的普遍性分配,并认为政治学是对权势和权势人物的研究时,<sup>12</sup>当伊斯顿将政治界定为“对一个社会进行的权威性的价值分配”时,<sup>13</sup>实际上也就是承认了政治乃是在稀缺的背景下通过公共权力实现对稀缺资源的配置,这已经是明显地隐含了对政治与资源的稀缺之间的逻辑关联的判断。

此外,人类生活中的科学、艺术甚至婚姻也都取决于稀缺这一人类生活的基本事实。科学作为求真的智识活动,针对的是人的无知,而无知意味着人类知的有限即知识的稀缺性——假使人类无所不知,科学必不存在;艺术作为人类求美的活动,针对的是可审美物的不足,即既有的艺术品的稀缺;应该被看作是关于婚姻当事人的投资与收益制度的婚姻制度,<sup>14</sup>实际上也就是一种关于交换的制度因而同样是以稀缺为前提的。

可以直观地发现人类生活需要秩序并致力于秩序的生成。对于人类生活为什么需要秩序这一问题,学者们做了不同的分析。

美国社会学家库利将秩序与自由相联系。库利对自由的定义是“获得正确发展的机会”,而“正确发展就是朝符合我们理性的理想生活发展”。“因此,任何一个人,在他的各个发展阶段,都可以按照他周围环境有利于个人发展的完满与和谐程度,而被称为是自由的或是不自由的”。这样的自由显然被库利作为终极价值来看待:“所有社会组织——政府、教会、企业等除了增进人类自由以外不应该再有别的功能。如果它们没有在总体上增进人类的自由,它们就违背了正义,从而也就需要改造”。“自由只有通过社会秩序或在社会秩序中才能存在,而且只有当社会秩序得到健康的发展,自由才可能增长。只有在构造较为全面和较为复杂的社会秩序中,较高层次的自由才有可能实现,因为没有别的途径为众多的人提供有利于自己和谐发展的机会”。<sup>15</sup>

类似的是,德国的赫费也将秩序与正义相联系,认为秩序是正义的基础与前提:“公正的一个起码条件是:禁止任意性”。<sup>16</sup>

博登海默认为,“人们喜爱有序关系主要可以从两种植根于人们心灵里的倾向或冲力中追寻。第一,人类事先安排好去重复那些过去被认为是令人满意的经验或布置。第二,人类倾向于令人不快地对这样一些条件起反应,在这些条件下,他们的关系受制于任性、反复无常和专横权力,而不是受制于交互的权利与义务的相当稳定的决定”。为此博登海默充分地借助了心

<sup>10</sup> 参见陈舜:《权利及其维护——一种交易成本观点》,中国政法大学出版社1999年版。

<sup>11</sup> 彭怀恩编著:《政治学的世界》,台湾风云论坛出版社1993年版,第2页。

<sup>12</sup> [美]拉斯维尔:《政治学:谁得到什么?何时和如何得到?》,杨昌裕译,商务印书馆1992年版,第3页。

<sup>13</sup> [美]伊斯顿:《政治体系——政治学状况研究》,马清槐译,商务印书馆1993年版,第122页。伊斯顿更明确地指出,“当一些个人或集团关于被认为宝贵的东西的分配方式发生争执时,以及当这些争执无法通过私人磋商的某些惯常程序使双方满意而得到解决时,一项有社会权威为其后盾并由社会承认其有权权威的政策就被宣布出来”。

<sup>14</sup> 参见苏力:《“酷”(cool)一点》,《读书》1999年第1期。

<sup>15</sup> [美]霍顿·库利:《人类本性与社会秩序》,包一凡、王源译,华夏出版社1999年版,第12章“自由”。

<sup>16</sup> [德]赫费:《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》,庞学诤、李学林译,上海译文出版社1998年版,第29页。

理学家弗洛伊德和马斯洛的研究成果。<sup>17</sup> 此外,博登海默还认为,“秩序因素也可能具有审美成分,这种成分相对地表现在对艺术中的对称和音乐中的旋律的欣赏”;并且,“对秩序的探求具有一种精神(智力)要素,这种要素的产生主要不是心理上的,但植根于人类思维的结构中”。<sup>18</sup> 博登海默似在不经意间揭示了秩序与人类对真、善、美的追求之间的内在关联:求真的智识活动需要秩序,<sup>19</sup> 求美的艺术也离不开秩序,<sup>20</sup> 在交互关系中以“相当稳定的决定”来确定权利与义务关系所表明的秩序则与善相关联。

在本文看来,人类生活需要秩序是决定于稀缺这一人类生活的基本前提的。

首先,稀缺使有限物的效用最大化成为必要,而只有在有序化的社会生活中降低成本、增大效用才成为可能。因为有序化的互动关系具有可预期性,从而降低了盲目与冲突,也就降低了无效成本的支付。<sup>21</sup>

其次,在稀缺的背景下,互动关系中的行为人需要确定性。稀缺背景下的行为可区分为两种情形:对既有资源的占有与支配,对所期望资源的竞逐。稀缺产生了对两方面的确定性的需要:一是占有与支配既有资源的确定性与可靠性的需要,二是对所期望资源的竞逐(其中逻辑地包括了对竞逐所得)的确定性与可靠性的需要。民法学家用“静的安全”和“动的安全”区分了这两种确定性。<sup>22</sup> 在哈耶克看来,“所有较为发达的法律秩序的主要特征,都极其相同,可以说只是对大卫·休谟所谓的‘三项基本的自然法’所做的详尽阐述,这三项基本的自然法在休谟那里是指:财物占有的稳定,根据同意的转让,允诺的践履”。<sup>23</sup> 休谟的“三项基本的自然法”,所实现的亦即“静的安全”和“动的安全”,并与稀缺有着内在的逻辑关联。只有在秩序中,对确定性的需要才可能得到满足。

第三,个体生命集合成群从而形成了人的群居性,个体只有在群中才能获得其天生所需要的团体感和归宿感。只有以秩序为前提,才有人的群居的可能。<sup>24</sup> 人也只有合群即相互的合作才能在稀缺的前提下更好地面对来自自然或他人的挑战。人必须通过合作以弥补体能的不足和所拥有的物质资源的不足。从知识论的角度而言,人类的知识是处在分散化状态的。任何个人都不可能拥有完全的知识,只能处在理性有限的状态,只有合作才能够弥补知识的不完

<sup>17</sup> 前引〔1〕,博登海默书,第43节“需要秩序的心理根源”。

<sup>18</sup> 同上书,第207页。略显可惜的是,作者没有就需要秩序的这两方面根源做细致的阐述。

<sup>19</sup> 因为智识活动需要概念、分类、推理等,而这些,正体现了一种有序化。例如,“没有分类,世界就是一片混沌。分类可使极其复杂的世界呈现出某种次序”,因此,“在科学研究中,分类与定义一样重要”。王绍光:《多元与统一——第三部门国际比较研究》,浙江人民出版社1999年版,第11页。

<sup>20</sup> 伯尔曼的《法律与宗教》向人们揭示了法律与宗教之间的共同点,而法律与艺术的相通之处或许是被人们忽略了。例如,法律不可能离开程序而存在。舞蹈显然是舞者的肢体的不同部分在空间上和时间上的关系,而这实际上正是程序。只要注意一下许慎在《说文解字》中对“律”的解说就能很容易地理解法律与艺术的相通:“律者,均布也”。均布乃古人调音之用。清人段玉裁解释为:“律者,范天下之不一而归于一”。

<sup>21</sup> 经济学家对为什么需要法律有过这样的解释:通过加快信息的传递,形成一致预期。张维迎:“经济学家看文化、法律、历史”,2000年3月23日在厦门大学的演讲。控制论的创始人维纳认为,人类社会之所以能摆脱熵增,最重要的是信息的获取和根据所取得的信息行动。因此通讯和与之相关的语言就极为重要,而“法律可以定义作对于通讯和通讯形式之一即语言的道德控制”。〔美〕维纳:《人有人的用处——控制论与社会》,陈步译,商务印书馆1978年版。

<sup>22</sup> 郑玉波:《民商法问题研究》(一),台湾三民书局1980年版,第39页。

<sup>23</sup> 〔英〕冯·哈耶克:《自由秩序原理》上册,邓正来译,三联书店1997年版,第197页。

<sup>24</sup> “甚至偶然聚集在一起的人群,都有一种建立法律控制的强烈倾向,以维护群体免于解体”。前引〔1〕,博登海默书,第205页。

全和理性的有限性：“作为文明社会成员的人在追求个人目的方面，之所以比脱离了社会而独立生活的人更能成功，其部分原因是文明能使他们不断地从其作为个人并不拥有的知识中获益，而另一部分原因则是每一个个人对其特殊的知识的运用，本身就会对他人实现他们的目的有助益”。<sup>25</sup> 宪政实践以来将罢工、劳工的团体交涉、公民的出于政治目的或精神目的的集会结社以及游行示威等联合行动确认为基本人权，不仅与对人天生所需要的团体感和归宿感的尊重与保障相关，也与尊重并保障分散的个人能相互聚合以补救资源的不足相关。只有以秩序为前提，才有联合行动的可能。因此，由人的群居性所决定的人类生活对秩序的必然要求，<sup>26</sup> 实际上依然与稀缺相关联。

可见，人类生活对秩序的需要是由稀缺这一人类生活的基本事实所决定的。相应地，只要稀缺作为人类生活的基本前提存在着，<sup>27</sup> 人类对秩序的需要就是必然的。因此，对有序化和确定性的需要，也可看作是人类生活的基本事实。

## 二、秩序与法律的外在确定性

正是在致力于生成秩序的人类活动中产生了法律。这表明人类生活赋予法律的功能是形成秩序，因此，法律的外在确定性取决于人类生活对秩序的需要。

秩序被简约地理解为规律性现象。自然界中的规律性现象——自然秩序决定于自然律。人类生活中的秩序——社会秩序这一概念，实际上表述的是社会生活中行为人的互动关系的一种情形。在有序的社会生活中，互动关系呈现出稳定性、一致性、连续性和可预期性等。互动关系也可能呈现出另外的情形：无序，即出现任意性、偶然性、断裂性、不可预测性等。构建了互动关系的行为，并不是纯粹的身体外部状态，而是伴随着行为人的特定意志的身体外部状态。互动关系的无序化根源于互动关系植入了行为人的意志这一因素，因为行为人的个体意志必定存在着差异性和易变性。个体意志的差异性源于个人偏好的固定存在和互动中的行为人无法确切地知悉对方的偏好，差异性的个体意志还可能极端化地表现为意志的冲突。个体意志的易变性则源于人的需要的可变性和人的非理性的固定存在。因此，人类生活因行为人的各行其是从而杂乱无章就不可避免。只有互动行为服从于一项公共意志，且该公共意志是稳定而有效的，互动关系的有序化才是可能的。公共意志可以表现为两种形态。一是存在于特定的社会共同体并为其成员所共享的公共意志，如所谓“国家意志”即其典型；二是虽不为社会共同体成员所共享，但可以是互动中的行为人所共享的，如契约当事人之间的合意（承诺）。于是，人类生活对秩序的追求因此就相应地转化为致力于形成稳定并有效的公共意志。有助于形成公共意志的因素有两项：一是规则，一是权力。<sup>28</sup>

<sup>25</sup> 前引〔23〕，哈耶克书，第23页。在第10章“法律、命令与秩序”第6节，作者进一步指出：“法律有助于使个人能够根据他自己的知识而采取有效的行动，而且为了实现这一目的的法律也增加了个人的知识”。

<sup>26</sup> 另有学者认为，在法律调整的多元目标中，“法律秩序乃是法律调整的最直接和最重要的目的”。为此所提供的论据之一是“法律及其调整作用于人类社群生活的安排”。谢晖：《社会有序：法律调整的正当目的》，《比较法研究》2000年第4期。

<sup>27</sup> 本文主张稀缺的绝对性。偶有学者主张稀缺的相对性而反对稀缺的绝对性。见陈惠雄：《人本经济学原理》，上海财经大学出版社1999年版，第104页以下。限于论题，对此不予辨析。

<sup>28</sup> 可资参考的观点是，学者以社会实体、社会规则和社会权威作为“秩序的要素”。邢建国、汪青松、吴鹏森：《秩序论》，人民出版社1993年版，第2章。

规则作为“标准、法式”，<sup>29</sup> 有助于限制甚至排斥个体意志的差异性，从而获得行为的同一性与标准化，排除不同行为人的行为的杂乱无章。社会学家由此称：“种种内在联系着的社会规则给人们的相互作用以方向性并使之定型化”。<sup>30</sup> 经济学家则认为，“所有人际交往都需要一定程度的可预见性。当人们受规则（我们将称其为制度）约束时，个人的行动就较为可预见”，因为制度“抑制着人际交往中可能出现的任意行为和机会主义”。<sup>31</sup>

规则虽然为互动关系中的行为人提供了具有公开性、客观性和稳定性的公共意志，从而具有将互动关系导向有序化的可能，但是，如果规则中不包含适度的惩罚，行为人就会基于其自利性而选择犯规——逾越规则所设定的行为边界。一旦犯规具有普遍性，规则就不再成为规则，互动关系也就是混乱和无序的了。对此，霍布斯写道：“没有武力，契约便只是一纸空文，完全没有力量使人们得到安全保障”，因此，“虽然有自然法，要是没有建立权力或权力不足，以保障我们的安全的话，每个人就会而且也可以合法地依靠自己的力量和计策来戒备所有其他人。在人们以小氏族方式生活的一切地方，互相抢劫都是一种正当职业，决没有当成违反自然法的事情，以致抢得赃物愈多的人就愈光荣”。<sup>32</sup> 可见，规则并不能确保秩序的形成与确定性的存在。这决定了规则需要借助权力来实施强制性的惩罚以获得有效性。因此以权力支撑规则是对规则在有效性上的缺陷的补救。

权力是人类生活中形成公共意志的另一因素。权力在直观形态上是对相对人的行为控制，以迫使相对人的服从为目标。恩格斯指出：“一方面是一定的权威，不管它是怎样造成的；另一方面是一定的服从，这两者，不管社会组织怎样，在产品的生产和流通赖以进行的物质条件下，都是我们所必需的”。<sup>33</sup> 权力正是通过对权力相对人的行为控制，构成对行为人的主观任性的限制与排斥，使个体意志存在差异的行为人依权力主体的意志而行为，避免了各行其是。在这个意义上将权力描述为“冲突的意志之间的关系”<sup>34</sup> 是颇为贴切的。权力因此提供了社会互动中的公共意志，并且由于权力的强制性而使公共意志得以有效地贯彻。

然而，权力主体极可能以其主观任性行使权力，这使由权力所提供的公共意志虽然有效却缺乏稳定性，导致昨是今非、朝令夕改和神秘莫测。此种情形下，权力不仅不能导向秩序与确定性，相反恰成为偶然性、任意性、不可预知性的根源。所谓“人治”即是。对此种情形的补救途径是：以规则作为权力运行的轨道，即以规则制约权力。此时，权力执行的是由规则所体现的公共意志，权力主体以其个人意志为公共意志的可能性被降低到最小的程度。规则中的公

<sup>29</sup> 《辞海》，上海辞书出版社 1979 年版，第 3297 页。

<sup>30</sup> 转引自[日] 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 4 页。

<sup>31</sup> [德] 柯武刚、史漫飞：《制度经济学——社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆 2000 年版，第 1 页，第 32 页。制度经济学的重要代表诺斯认为，“制度是通过向人们提供一个稳定的日常生活结构来减少不确定性”。[美] 诺斯：《制度、制度变迁与经济绩效》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 4 页。在本文看来，“规则”指称的是一个单一的行为边界；“制度”则是规则的集合，即诺斯所说的“一系列的约束”。法学家认为“制度概念是用规则或通过规则表述的，规则的任何出现、发展或进化的过程都可能是制度的出现、发展或进化的过程”。见[英] 麦考密克、[奥] 魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 19 页。经济学家认为“不同学派和时代的社会科学家们赋予这个词以如此之多可供选择的含义，以致于除了将它笼统地与行为规则性联系在一起外，已不可能给出一个普适性的定义来”。见柯武刚、史漫飞书，第 32 页以下。

<sup>32</sup> [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 128 页以下。

<sup>33</sup> 恩格斯：《论权威》，《马克思恩格斯选集》第 2 卷，人民出版社 1972 年版，第 553 页。当代学者也主张“权力定义以服从为焦点”。[英] 马丁：《权力社会学》，丰子义、张宁译，三联书店 1992 年版，第 95 页。

<sup>34</sup> [美] 沃尔夫、哥伦比斯：《权力与正义》，白希译，华夏出版社 1988 年版，第 79 页。

共意志以其公开性、客观性和稳定性防范着权力的危险性,从而保障了互动关系的确定性:“社会秩序的稳定依赖于这个国家政治制度约束权力的能力”。<sup>35</sup>

可见,纯粹的规则和纯粹的权力,或者说,相互分离而各自存在着的规则和权力,因其固有的缺陷而不足以将人类生活导向有序化。以权力支撑规则和以规则制约权力克服了规则和权力各自对于确定性的功能缺陷,从而最大程度地将人类生活导向有序化和确定性。法正是这种在人类文明中生成的、以有序化和确定性为目标、以规则和权力为构成要素的社会存在。正是法的外在确定性逻辑地要求法以规则和权力为要素。换言之,法是规则和权力的合一。这正如德沃金之断言:“一个社会的法律就是由该社会直接或间接地、为了决定某些行为将受到公共权力的惩罚或强制的目的而使用的一套特殊规则”。<sup>36</sup> 哈特对此有颇为详尽的论述。哈特认为规则存在不确定性、静态性和无效性三项缺陷,其补救的途径是有针对性地引入承认规则、改变规则和审判规则。“针对每一个缺陷所实行的补救办法本身,都可以认为是从前法律世界进入法律世界的一步”。哈特所阐述的“承认规则”、“改变规则”和“审判规则”都与权力有关,因此引入“第二性规则”实际上可以并应该理解为引入权力因素。<sup>37</sup> 尽管国家主义法律观和文化学(人类学)的法律观对法持有极不相同的看法,本文对法的这一描述显然可以看作是对两种法律观的最低限度共识的揭示。

法作为规则与权力的结合有两种情形。一是权力支撑规则而规则无法对权力加以规制,相应地人类生活处在较低程度的确定性状态(罪刑擅断可为典型);二是规则得到权力的支撑的同时规则得以作为权力运行的轨道,相应地人类生活处于较高程度的确定性状态(罪刑法定可为典型)。法律史,并且整个人类文明史的演进,所呈现出的正是规则与权力的结合从第一种情形到第二种情形的演进。人们似乎习惯于着重用“良法之治”、“合乎正义”等来阐明法治的意义,其实,法治(规则对权力的规制)首先意味着人类生活的有序化和确定性程度的提高。而作为法治之对极的专制,则是指公共权威不可避免地处于任性、变化无常和难以理喻的状态。埃尔曼在以法治作为法律的目的时说:“法律永远是部分原则加部分权力。如果法律要完成其目标便必须以权力为支撑,但是不受制约的权力极易由于反复无常而漠视正义和安全的要求,这种反复无常使得法律无法衡量不同人行为的法律后果”,因此,“从古代起,西方人激烈而无休止地讨论着法律与权力的关系,这种争论奠定了法治观念的基础”。<sup>38</sup>

法学与经济学共同地以资源稀缺为解读人类生活的基本(预设)前提,所不同者是,经济学由稀缺这一事实发现了效率对人类生活(人类行为)的意义,法学则由稀缺这一事实发现了秩

<sup>35</sup> [美] 斯科特·戈登:《控制国家——西方宪政的历史》,应奇等译,江苏人民出版社2001年版,第150页。

<sup>36</sup> [美] 德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1999年版,第34页。

<sup>37</sup> [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5章“法即第一性规则和第二性规则的结合”,第3节“法的要素”。本文相应地主张法的要素为规则与权力。中国法理学界以概念、规则和原则为法的要素的主流观点是本文所不同意的,同样,庞德、德沃金等对法的要素所持的观点也是本文不同意的。详尽的论证,只能留待另文。凯尔森的《法与国家的一般理论》,在本文看来,实际上是按法以规则和权力为其要素这一逻辑展开的。

<sup>38</sup> [美] 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店1990年版,第92页以下。

序对人类生活的意义,并相应地以秩序为法律的首要价值。<sup>39</sup> 因为,社会秩序实际上是一个互动关系中的行为边界问题。只有在稀缺的前提下才需要互动关系存在行为边界,并且这一需要成为互动关系的首要的需要。在互动关系中,行为人可能因为信息不完全(这至少是由于个人偏好的固定存在)而无法知悉边界何在,也可能是因为德性之不足而不愿遵守行为边界。为此,人类生活通过两种方式加以补救:以规则解决信息的不完全所产生的边界无知问题,以权力实施强制性惩罚解决因德性不足所产生的越界问题。

### 三、法的内在确定性之一:法作为社会规范的属性

以实现确定性为功能的法律不仅必须是规则与权力的结合,而且必须以明确性、普遍性和强制性为其属性。<sup>40</sup> 明确性、普遍性和强制性构成了法本身的确定性,即法的内在确定性。

法的明确性的含义有:第一,“法律必须规定一定行为与一定后果之间稳定的因果关系”。<sup>41</sup> 相应地,必须依照先定规则给予实然行为以法律后果,即“依法裁判”,否则行为人对其实然行为在法律上的后果将无法预期。“先例拘束”原则显然可以看作是对“依照先定规则给予实然行为以法律后果”的另一种表述。第二,法律规范必须力求明白清晰,避免规范的相互抵触、矛盾,尽可能减少疏漏。“在人性的认知局限和其他局限既定的情况下,制度要富有效率,就必须易于理解。为此,它们应当是简单而确定的,对违规的惩罚应当得到清晰的传达和理解”。<sup>42</sup> 由于用以表述规则的语言的模糊和立法时难免的疏漏,对规则的解释就成为必然。因此法律解释作为一种技术被采用就显然是与追求法的明确性相关联的。<sup>43</sup> 第三,法律的稳定性。“总在变化的规则难以被了解,在指引人们的行动上效率也较低。因此,规则应当稳定”。<sup>44</sup> 程序的终结性是法律的稳定性的逻辑延伸,否则行为人同样无法对程序所产生的实体结果获得预期。第四,法的公开性和不溯及既往。法律只有作为互动的行为人能够共享的一套规则体系,可预期性才是可能的,而法律只有公开,行为人的共享才是可能的。作为正式制度的法律与作为非正式制度的道德、交易惯例和日常交往的习俗相比,就其总体情形而言,

<sup>39</sup> 学者们通常以正义为法律的首要价值的。可例见谢鹏程:《基本法律价值》,山东人民出版社1999年版,第28页以下。在本文看来,正义只是法律的第二位的价值。秩序这一价值决定了一种社会存在是否可以被称为“法律”,而正义只涉及可被称为法律的这种社会存在是不是“好”的和“理想”的。可见秩序对于法律的决定性意义。自然,法律与秩序的关系是颇为复杂的。本文所着力论证的法律产生秩序只是法律与秩序关系的一个方面。另一方面,法律的有效性,或者说法的实现,又必定以秩序为前提。此不可不察。

<sup>40</sup> 本文对属性的理解是:“实体的本性即属于实体的本质方面的特性”。前引〔29〕,《辞海》,第2462页。

<sup>41</sup> 东方玉树:《成文法三属性:权利与权力的平衡态》,《法律科学》1993年第5期。对法律规范、法律行为、法律后果三者之间关系的详细阐述,参见李琦:《论法律效力——关于法律上的力的一般原理》,《中外法学》1998年第4期。

<sup>42</sup> 前引〔31〕,柯武刚等书,第114页。

<sup>43</sup> 由于对法律的解释涉及法官的自由裁量权而可能被认为解释降低了法的确定性,因此学者强调“根据法律规定的精神对它进行解释,并不会使它丢掉确定性和可预见性”。前引〔5〕,彼德·斯坦等书,第47页。

<sup>44</sup> 前引〔31〕,柯武刚等书,第114页。

采取了物化形态。<sup>45</sup> 当一套规则体系采取物化形态时,显然更具有客观性和公开性,从而更能作为公共信息而存在。法律若溯及既往,就意味着用行为人在行为当时并不可能知道的法律来制裁行为人。这等同于以不公开的法律惩罚行为人。凯尔森正是将“追溯既往的法律和不知的法律”同时加以讨论的。<sup>46</sup>

法律概念和法律推理的使用是服务于法的明确性这一目标的:“为了成功地完成这一任务,法律秩序必须着手去形成把社会生活中的各种现象和事件加以分类的法律观念和概念”,这是由于概念能够“把各种现象有秩序地加以整理并连在一起,因为构成现象间一致因素的过程和关系有某种真正的统一”。“如果我们在实施正义时决心放弃使用概念的普遍性,那就甚至不可能稍稍接近法律的确定性和审判的预见性理想”。<sup>47</sup> 推理必定遵循相应的逻辑规则,对逻辑规则的遵循产生了确定性。

法的普遍性的含义是:“法律所设想的适用对象不是特定的个人及有关行为,而是一般的人和行为,可反复适用”。<sup>48</sup> 这一点卢梭早就指出了:“法律的对象永远是普遍的……绝不考虑个别的人及个别的行为”。<sup>49</sup> 如果法律不是适用于“一般的人和行为”,对行为的预期就不可能存在,法律就不可能为人类生活提供确定性。因为,“非普适的、为获取具体目标而设计的规则多半无法发挥其协调功能和规范功能,并且往往对规则制定者的知识要求过高”。<sup>50</sup> 或许正因此,学者认定“全称约束力是规范的必要特征,不可取消”。<sup>51</sup> 博登海默对普遍性之于法律的意义更有着详尽的论说。<sup>52</sup> 对法的普遍性的论说通常都局限于法作为行为人的互动行为所必须遵循的规则这一方面,还应该赋予法的普遍性以另一方面的含义:法也是对行为人的互动行为进行法律评价时必须遵循的规则。换言之,法的普遍性应该表现为它是行为规则和评价规则的合一。因为,第一,当一套规则体系不能具备评价功能时,其有效性是不足的。第二,将法律看作是对法官行为的预测是对法的确定的独特的表述,而只有在对行为的法律评价必须遵循既定规则的前提下法官的行为才是可预测的。

法的强制性表现为两个方面。一方面,通过立法为行为人设定行为模式是强制性的,另一方面,对具体的法律行为给予相应的法律后果是强制性的。并且,对合法行为的肯定性法律后果给予强制性保证是法的强制性的必然的和主要的体现。<sup>53</sup> 法的强制性的第一方面可称法的

<sup>45</sup> 人类在法律史的早期就表现出了对将法律物化的重视:中国的“铸刑鼎”、古巴比伦的石柱法、罗马的十二表法即是。尤其值得注意的是,在冶金术尚不高明的时代,古人竟以金石之物为法律的载体,足见是郑重、神圣地物化其规则体系。若考虑到“鼎”在中国的青铜时代乃是礼器,本文的判断则更能得到支持。当然,十二表法之“表”,有铜表说、木表说、石表说和象牙表说。除木表说对本文的判断能产生质疑外,其他三说均可有力地支持本文的判断。

<sup>46</sup> [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47页以下。还可参考前引[5],彼德·斯坦、约翰·香德书,第71页以下。

<sup>47</sup> 前引[1],博登海默书,第433页以下。

<sup>48</sup> 前引[41],东方玉树文。作者分析了法的普遍性与保障平等、自由、公平的关系。本文所关心的是法的普遍性与法的确定性之间这一为作者所未论及的关系。

<sup>49</sup> [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年修订第2版,第50页。另可见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第58页。

<sup>50</sup> 前引[31],柯武刚等书,第109页。作者甚至将普适性作为“有效制度的本质特征”,请参见该书第147页。

<sup>51</sup> 苏晓离:《含规范的伦理学》,载赵汀阳、贺照田主编:《学术思想评论》,辽宁大学出版社1997年版,第139页。

<sup>52</sup> 前引[1],博登海默书,第45节“法律中的普遍性因素”。

<sup>53</sup> 详见前引[41],李琦文。对法的强制性的否定说以及对法的强制性的不同理解,见(台湾)洪欣逊:《法理学》,1982年作者自版,第487页以下。

静态的强制性,第二方面则为动态的强制性。法的强制性存在两种情形:其一是,并不遵循一套先定规则实施强制;其二是,遵循一套先定规则实施强制。在前一种情形中,法的内在确定性只处在较低的程度;后一种情形即是“规则对权力的规制”。

通常被认为是法作为社会规范的特征的明确性、普遍性和强制性三属性,属于法的内在确定性即法自身的确定性。尽管已有学者颇为系统地阐述了“成文法具有普遍性、确定性和强制性三大属性”,<sup>54</sup>但未曾指明确定性首先是作为法的目标而存在,也未判定普遍性和强制性实是服从于法的确定性的。此外,本文的意义还在于,努力从静态和动态两个方面对法的明确性、普遍性和强制性加以阐述。例如,将程序的终结性作为法的稳定性的表现正是从动态角度加以考察的,而以往对法的稳定性的阐述都只是针对规则的稳定性;关于法的强制性,本文则指明了其静态方面的存在。

法的明确性、普遍性和强制性与“稳定且有效的公共意志”之间的逻辑关联是:明确性使公共意志得以形成,普遍性直接地与公共意志的稳定性相联系,强制性保证了公共意志的有效性。

#### 四、法的内在确定性之二:法以行为为对象

法的内在确定性还表现为法依据人的行为且仅仅依据行为形成法律上的权利义务关系,即依据人的行为决定稀缺前提下的资源配置。对法以行为且仅仅以行为为对象的可能的解释是,行为是利益结构中的中介要素,法只需要以行为为对象,法作用于行为之外是没有意义的。严格地说这一解释并不成立。作为正式制度的法,需要社会支付相应的成本,从成本与收益的角度说,有理由使法律实现道德目标——不仅规制行为,而且使人向善。恰当的解释只能是,法一旦超出行为领域,它的确定性也就丧失了。因此,法以行为为对象既符合了法的确定性,又保证了对利益关系的制度化平衡。

当一种法律制度是依据人的内心状态来配置稀缺资源尤其是实施惩罚,从而可以置行为于不顾时,掌权者的任性、恣意就无法得到控制,法的确定性也就无从谈起。汉朝的“腹诽罪”即是典型。行为作为身体的外部状态具有客观性,而人的内心状态却缺乏这样的客观性。这一点对于法的确定性而言,意义重大。人的行为由其客观性而具有了可识别性,人的内心状态却缺乏这样的可识别性。因此,一旦以人的内心状态为依据配置稀缺资源,必然伴随的就是神秘性、不可知性和任意性。行为由其客观性又具有了不可逆性,已经实施的行为作为既定的存在已不可消灭,人的内心状态却具有可逆性。因此,只有以人的行为为依据配置稀缺资源,才可能形成稳定性、连续性;若可以依据人的内心状态,偶然性和断裂性必不可避免。正是行为的客观性和由此而来的可识别性与不可逆性,使依据行为来配置稀缺资源的法律制度得以具备确定性。

为了通过行为的可识别性而获得法的确定性,对行为的仪式化要求成为必然,于是法律行为的仪式化出现了。因为仪式对行为具有象征作用,<sup>55</sup>从而能够标示并凸显出行为。例如,当一种法律制度以仪式为婚姻的形式要件时,也就是借仪式来标示和凸显作为法律上的行为的婚姻,从而强化了婚姻的公示性和公信力。伯尔曼比较了法律与宗教所共同包含的四项要

<sup>54</sup> 前引〔41〕,东方玉树文;可另见(台湾)李肇伟:《法理学》,1979年作者自版,第7页以下。

<sup>55</sup> 郭于华主编:《仪式与社会变迁》,中国社会科学文献出版社1999年版,第1页。

素,其中就包括了仪式。仪式被认为是“象征法律客观性的形式程序”。<sup>56</sup> 行为的仪式化是行为在其自然的即本然的可识别性之外,人为构建出来的可识别性。当法律行为的仪式化能够使法律行为具有公示性时,特定的行为就因仪式而成为公共信息,从而也就强化了行为的不可逆性,尤其是使行为人以其个人意志消灭既定行为变得不可能,而这一点对于构建稳定的互动关系是必要的。对特定的法律行为实行登记制度是现代法律制度所普遍采用的,这显然与强化行为的不可逆性相关联。<sup>57</sup> 互动关系中的仪式还有将互动行为变得神圣、庄重的功能:“法律的各项仪式(包括立法、适用法律、协商以及判决的各种仪式),也象宗教的各种仪式一样,乃是被深刻体验到的价值之庄严的戏剧化”。<sup>58</sup> 这也强化了行为的不可逆性,因为仪式给予行为人的神圣、庄重感能产生一种心理上的力量,从而抑制行为人的任性。例如宣誓作为证人的证明行为的仪式之一即是:“证人在严格的出场程序、誓言、致词的形式及戏剧化的场景中,面对身着法官袍服的法官,郑重宣称自己的良知,对塑造公民法律信仰及社会道德感产生巨大的价值,它能给人们注入一种理念,即对法律信仰和尊重”。<sup>59</sup>

某些互动行为构成了社会冲突。法以行为为对象的逻辑延伸是对冲突的裁判需以冲突事实为依据。冲突事实一旦形成,即不以人的主观意志为转移而作为“定在”。这一“定在”被认为必须通过其遗存态——证据才能在法律上表明其存在。证据规则在整个法律制度中的必要性和重要性,显示了法律制度的内在确定性。相应地,当裁判被要求以冲突事实为前提,因而诉讼以对冲突事实的再现(重构)为其组成部分时,司法即包含着对确定性的追求。

在人类的法律史的早期普遍存在的神判,直观上是诉诸偶然性和神秘性而背离了法的确定性。<sup>60</sup> 但是,由于神判是在人类对以自己的智力查明事实和收集证据存在困难的情况下,求助于万能和公正无私的神明的技术措施,<sup>61</sup> 依然体现了对事实与证据的注重,因此,神判的存在不仅不是对法的确定性的否定,恰好是表明了对法的确定性的追求。<sup>62</sup> 当另外的学者将神判的存在依据解释为:“神判只是在存在微弱权威的社会才可能看到,当权力强大到能够强制决定一切时,神判也就消失了”时,<sup>63</sup> 实际上是指明了神判是在寻求法的强制性的实现,而法的强制性的实现依然是法的确定性的题中之义。

## 五、法的确定性的相对性

法的确定性——不论是外在确定性还是内在确定性,都只能是相对的。

<sup>56</sup> [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店1991年版,第46页。

<sup>57</sup> 文化人类学更多地将仪式与传统社会相联系。参见前引[55],郭于华书,第1页。在法学的视野中,仪式显然并不专属于传统社会,其于现代社会中的重要性是不言而喻的。学科间的差异,于此可略见一斑。

<sup>58</sup> 前引[56],伯尔曼书,第48页。

<sup>59</sup> 陈国猛、郑金雄:《关于建立证人宣誓制度的理论研究及其规则设计》,《厦门大学法律评论》2001年第2期。

<sup>60</sup> 可参考棚濑孝雄对作为纠纷解决的一种类型的神判的论述:“把决定委诸于偶然的情况或者非人力所能控制的自然现象”,因此,“在决定不受人们理性支配的意义上,这种决定方法可称为‘非合理的决定过程’”。前引[30],棚濑孝雄书,第15页。

<sup>61</sup> 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第5章“巫术与宗教”第1节“神判”。

<sup>62</sup> 神判与法的确定性之间的关系,还可参见夏之乾:《神判》,上海三联书店1992年版,第95页以下。

<sup>63</sup> 转引自前引[30],棚濑孝雄书,第15页。关于借神判以补救世俗权威的实证考察,见徐晓光:《神判考》,《四川大学法律评论》第2卷。

(一) 人类一方面需要确定性以获得安全感和降低交往的成本等, 另一方面又天然地存在着对确定性的排斥, 因为人类不可能容忍由确定性所导致的单调、机械和刻板, 人类还需要与多样化和丰富性相关的不确定性。<sup>64</sup> 在互动的行为人之间, 固定地存在着偏好上的差异。偏好构成了多样化和丰富性, 也只有在多样化和丰富性中才有偏好的存身之地。因此人类只愿意在一个有限的范围内追求确定性。当经济学将经济不确定性区分为经济主体的不确定性和经济环境的不确定性两个方面时,<sup>65</sup> 也就是指明并肯定了主体需要的不确定性。

正是可以在事实的层面发现, 法律所设定的确定性目标是相对的, 尤其自 20 世纪以来, 例如, 把一般正义与个别正义、形式正义与实质正义的兼顾作为法律的目标。对此, 德沃金说“如果法律有一个最一般的特点, 那么这种特点就是在过去的政治决定与现在的强制力之间确立合理的关系”。<sup>66</sup> 弗里德曼强调了“一个强有力的法律制度必须有一定的灵活性。它不能不曲张、变通、为了公正的实现作出一点让步, 或者容纳世界的各种现实”。<sup>67</sup> 民法以“法定主义方式”和“法律行为方式”调整互动关系: “在权利义务内容具有概括性和普遍性的法律关系范围内, 可以通过法定主义方式规定其具体内容; 而在权利义务内容具有个别性和非普遍性的法律关系范围内, 则必须通过法律行为方式确定其具体内容”, 在法律行为方式的范围内民法遵循意思自治原则。<sup>68</sup> 对行为人意思自治的确认与保障不仅与法律避免“专横暴虐”有关,<sup>69</sup> 更是因于法律对人的多样化需求的承认与尊重。法律必须为表现为“偏好”的人的多样化需求保留足够的制度空间。例如对夫妻财产关系, 就有多种制度设计, 从而形成了权利义务关系各不相同的夫妻财产制以供婚姻当事人自主选择。这种制度空间正是为了避免简单划一, 保证多样化和丰富性。“法定主义方式”和“法律行为方式”的并用, 体现的正是私法的确定性及其相对性。

(二) 人类所面对的客观世界是确定性与不确定性并存的, 或者说, 客观世界的确定性是相对的。近代的休谟就曾指出, “确定普遍的政治准则, 应当慎之又慎; 在精神领域和物质世界中经常可以发现无规律的和异常的现象”。<sup>70</sup> 在当代, 普里高津认为, “经典科学强调有序和稳定性。现在, 反过来, 我们在观测的所有层次上都看到了涨落、不稳定性、多种选择和有限可预测性, 像混沌这样的思想已变得相当流行, 影响着从宇宙学到经济学, 实际上所有科学领域的思想”。因此, “需要一种新自然法则表述, 它不再基于确定性, 而基于概然率。承认未来不被确定, 我们得出确定性终结的结论”, 相应地, “事实上, 我们努力要走的是一条窄道, 它介于皆导致异化的两个概念之间: 一个是确定性定律所支配的世界, 它没有给新奇性留有位置; 另一个

<sup>64</sup> [比利时] 普里高津:《确定性的终结——时间、混沌与新自然法则》, 湛敏译, 上海科技教育出版社 1998 年版, 第 6 页。另有学者指出:“特殊性和普遍性相加, 才能产生更丰富多彩的人生”。前引〔15〕, 库利书, 第 105 页。

<sup>65</sup> 刘怀德:《不确定性经济学研究》, 上海财经大学出版社 2001 年版, 第 5 页。

<sup>66</sup> 前引〔36〕, 德沃金书, 第 90 页。

<sup>67</sup> [美] 弗里德曼:《法治、现代化和司法制度》, 傅郁林译, 载宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 128 页。

<sup>68</sup> 董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》, 中国人民大学出版社 1994 年版, 第 49 页以下。通说以意思自治为私法的灵魂和核心。本书作者却认为“意思自治原则并不是整个私法的基础, 它仅与特定社会关系的法律调整相联系, 仅仅与法律行为制度相联系”。请参见该书第 59 页。

<sup>69</sup> 尹田:《论意思自治》,《政治与法律》1995 年第 3 期。

<sup>70</sup> [英] 休谟:《关于某些异常惯例》, 载《休谟政治论文选》, 张若衡译, 商务印书馆 1993 年版, 第 109 页。

则是由掷骰子的上帝所支配的世界,在这个世界里,一切都是荒诞的、非因果的、无法理喻的”。<sup>71</sup>正因为客观世界的确定性与不确定性并存,才有学者认为描述确定性的经典科学和描述不确定性的现代科学都有其片面性,只有“第3种科学”才能完整地描述客观世界。<sup>72</sup>学者们认为,“1945年以后在各门社会科学中日益占据主导地位的那种注重探寻普遍法则的认识论模型,恰恰是以把牛顿概念的智慧应用于研究社会现象为基础的。然而时至今日,在社会科学中运用这一模型的计划正遭到釜底抽薪式的破坏”,因此社会科学应该以探索“多元普遍主义”而不是“单一普遍主义”为目标:“只有通过多元化的普遍主义,才有可能把握我们现在和过去一直生活于其间的丰富的社会现实”。<sup>73</sup>“多元普遍主义”所表达的正是人类生活中确定性的相对性这一事实。

只存在着相对确定性的客观世界要求法律制度的相应弹性。给予公权力机关以自由裁量权的制度设计正是典型地体现了法律制度的弹性。王名扬分析行政自由裁量的六项原因中的第一项“现代社会变化迅速”、第二项“现代社会极为复杂”和第五项“现代行政开拓众多的新活动领域,无经验可以参考”都和不确定性有内在关联。<sup>74</sup>行政之外,立法和司法也都获得了自由裁量权。并且,公权力机关的自由裁量权处在增长之中。“法律制度的弹性”显然是降低了法律的确定性。卢曼正是从客观世界的“复杂性”和“偶然性”入手提出了一种法律的系统理论。卢曼认为,复杂性意味着“总是存在着比实际更多的可能性”,偶然性意味着“进一步的经验所显示的可能性最终会与所预期的有所不同,因而,所显示的可能并不可靠,因为它指的是那些不存在的、不可能得到的或者毫无用处的事物”。“在实践中,复杂性意味着被迫选择,偶然性则意味着期望落空的危险和冒险的必要性”。社会系统减少其复杂性有各种简化形式,关键在于通过一般化缩减而获得简单化,如对探访时间的安排。“规则使意识从复杂性和偶然性中摆脱了出来”,“对预期的预期的确定性……构成了一切互动的实质基础,并且比实现预期的确定性有意义得多”,这一点对充分理解法律非常重要。<sup>75</sup>

弗兰克曾经赋予法律的不确定性以积极的意义,认为法律的不确定性具有巨大的社会价值。<sup>76</sup>就法律只有以其相对确定性才能适应人对不确定性的要求和客观世界所存在的不确定性而言,弗兰克的观点是正确的。

(三) 法律导向确定性的能力不足,<sup>77</sup>从而法律的内在确定性存在相对性。

1. 法律规则的确定性只是相对的,必定包含着某种程度的不确定性。

这首先是因为法律规则必须借助于语言,不论是法典还是判例均是,即便习惯法也不例外。语言本身存在不确定性,无论是以书面语言表述规则还是口耳相传地以口头语言表述规则。正如哈特指出的:“任何选择用来传递行为标准的工具——判例或立法,无论它们怎样顺

<sup>71</sup> 前引〔64〕,普里高津书,第3页,第147页,第150页。

<sup>72</sup> 孙万鹏:《第3种科学》,山东人民出版社1998年版。

<sup>73</sup> [美]华勒斯坦等:《开放社会科学》,刘锋译,三联书店、牛津大学出版社1997年版,第65页以下。

<sup>74</sup> 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第546页以下。其第6项“制定法律往往涉及到不同的价值判断”则与主体需要的多样化相关,第3、第4项则与下文的情形相关。

<sup>75</sup> 胡水君:《卢曼的法律与社会理论:现代与后现代》,http://www.chinalawinfo.com

<sup>76</sup> J.Frank: Law and The Modern Mind. 转引自吴玉章:《批判法学评析》,《中国社会科学》1992年第2期。

<sup>77</sup> 对法的不确定性的既有论说,几乎都局限于这一个方面展开。本文将就此提供另一种分析框架。另外,本文显然更为关注人的需要的相对确定性和客观世界的相对确定性与法的确定性的相对性的逻辑关联,从而有可能对法的确定性的相对性提供更完整的认识。

利地适用于大多数普通案件,都会在某一点上发生适用上的问题,将表现出不确定性”。<sup>78</sup>

其次,是人的理性的有限决定了法律规则的相对确定性。这可以从两个方面来分析。一方面,有限理性意味着标示行为边界的规则难免存在疏漏甚至规则的互相抵触,从而导致法律自身的不确定性。哈特对此有清楚的表述:“我们会遇到两种不利条件,这是人类,也是立法所不能摆脱的困境。其一是我们对事实的相对无知;其二是我们对目的的相对模糊”。<sup>79</sup> 现代社会以其复杂、多变,甚至在一定程度上凸显了人的理性能力的有限性。议会面对现代立法所要求的及时性和专业性而处于困境,正是人的理性有限性被凸显的表现。经济学从三个假定“人的理性是有限的”、“人追求效用最大化”和“资源是有限的”得出结论:交易双方不能订立完备契约。<sup>80</sup> 这同样是证明了法律的不完备性即不确定性。

另一方面,规则所应该包含的惩罚的有效性的不确定性(相对性)也与立法者的有限理性相关联。法律对有序性的构建不得不借助于惩罚。惩罚有两种不同的情形,即高强度惩罚和低强度惩罚。只有法律所设置的惩罚达到一定的强度,才能使行为人基于对违反规则的收益和成本的比较(也即对遵守规则的收益和成本的比较)而选择遵守规则。由此高强度惩罚和低强度惩罚从结果的角度可称为有效惩罚和无效惩罚。但是,由于个人偏好的存在,对惩罚的强度的判断是存在差异的。换言之,对惩罚的强度的共识是不确定的。法律设置惩罚强度不可能达到“算无遗策”,则惩罚的无效必然存在,确定性因此只能是有限的。<sup>81</sup> 对惩罚强度的不能“算无遗策”可看作人的理性有限的组成部分。

第三,是由法的普遍性所必然引起的不确定性。“法的普遍性本身蕴含了模糊性。法的普遍性与模糊性是一个问题的两个方面”。因此,“法的模糊性是一个非常普遍的现象”,“几乎所有的法律问题,如法律还是道德、权利还是义务、合法还是非法、罪还是非罪、公权还是私权、抽象还是具体、宏观还是微观等等最后都会终极到界限的模糊性问题上”。<sup>82</sup>

## 2. 权力的确定性的相对性。

权力存在着不确定性是因为权力须由人来行使。人所无可避免的冲动、偏激等感性因素必然导致权力被任性地使用,从而产生不确定性;掌权者亦可能以权力谋求私益,从而使权力的行使背离公共意志。在近代以来的政治理念中国家之被视为“必要的恶”,与公共利益不得不借助公共权力而公共权力对公共利益的实现又必定存在不确定性甚至凌驾公共利益有关。就司法而言,尽管司法运作中的法官作为“肩负审判重任者必得摒除任何个人癖好、个人偏见、任何先入为主的判断”,“每一个参与其中的人都强使自己的个性依从法律程序的要求”,<sup>83</sup> 但是学者却也发现职业教育经历、法官职业经历、个人气质、功利偏好对法官的影响构成了法官

<sup>78</sup> 前引〔37〕,哈特书,第127页。

<sup>79</sup> 同上书,第128页。

<sup>80</sup> 参见前引〔10〕,陈舜书,第6页以下。

<sup>81</sup> 边沁曾提出使刑罚与犯罪相适应的五条规则,其中第五条是“不应该对所有罪犯的相同之罪适用相同之刑,必须对可能影响感情的某些情节给予考虑”。[英]边沁:《立法理论——刑法定原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第70页。邱兴隆认为,这是“因为具有不同情节的人对同样的刑罚感受不一,因此,只有考虑这些情节,才能真正实现刑罚与预防犯罪的实际需要相适应”。见邱兴隆:《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》,法律出版社2000年版,第128页。

<sup>82</sup> 陈云良:《法的模糊性之探析》,《法学评论》2002年第1期。该文是“将自然科学中的模糊论引入法律科学”以研究法的模糊性(亦即法的确定性的相对性)的颇具价值的尝试。

<sup>83</sup> 前引〔56〕,伯尔曼书,第47页。

在适用法律上的差异,<sup>84</sup> 而这样的差异的存在足以表明法律存在着一定程度的不确定性。可见司法权的某种不确定性使得法律的确性只能是相对的和有限的。

### 3. 法律真实的相对性。

客观的冲突事实转化为法律上有意义的、能为法律所承认的事实,即法律真实。一方面,法律真实是客观的冲突事实的法律化(即在法律上的再现);另一方面,法律真实又是客观的冲突事实在法律上所必须采取的形式。<sup>85</sup> 吉尔兹认为,法律真实“是社会的产物”,“是人为造成的……它们是根据证据法规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事物构造出来的”。<sup>86</sup> 或许因此而有苏力的认定:“尽管法律事实可能与客观事实近似,但并不是相等,甚至总是不能重合”。<sup>87</sup> 再现冲突事实的相对性类似于历史研究。<sup>88</sup> 历史是以原生态、遗留态和映象态三种样态存在。<sup>89</sup> 客观的冲突事实是原态,各式证据所记载的是其遗留态,经法庭认定所成立的法律真实则无异于历史学家所描述的映象态。映象态历史绝不可能总是等同于原态历史。对事实的陈述又必须借助于语言,此时也会发生“所指”和“能指”的脱离的问题。因此法律真实的相对性又可以从法律解释的角度来观察:“法律解释与案件关联,意味着法官一方面要理解法律,另一方面还须用法律对事实的法律意义进行取舍。法律在许多场景下与事实的结合会显现其不周延性,而事实也以其自己的存在影响着法官对法律的理解,并且当法官用其所掌握的法律前见去思考事实时,事实对法律来说也会显示出其模糊性,出现其法律意义难以叙说这种情况”。<sup>90</sup>

### 4. 法律运作成本的有限性。

从经济学的角度,“法律是最昂贵的社会组织工具”。<sup>91</sup> 在稀缺的前提下,社会用以支付法律运作的成本总是有限的,这决定了法律的作用的有限性,从而相应地影响了法的确性的实现。“诉讼爆炸”并相应地产生了诸多诉讼外的纠纷解决方式是法律运作成本的有限使法律的作用有限的直观表现。这是从法律运作的公共成本角度的考虑。司法运作还需要当事人支付个人成本,如诉讼费、时间、精力等,而个人成本同样是有限的,这决定了当事人通过诉讼谋求救济从而获得法律上的确定性的有限性。

<sup>84</sup> 顾培东:《社会冲突与诉讼机制——诉讼程序的法哲学研究》,四川人民出版社1991年版,第166页。

<sup>85</sup> 在诉讼法学中,存在就事实问题的“客观事实”说和“法律真实”说的对立。在这一理论对立中,不同立场的论者都没有看到“客观事实”与“法律真实”所存在的相通之处:当“法律真实”是客观事实所必须采取的法律形式时,即当客观事实欲表明其在法律上的存在而必须采取“法律真实”的形式时,“法律真实”就不背离客观事实而恰好是与客观事实相一致。试问,离开了“法律真实”,客观事实如何能在法律上表明其存在?

<sup>86</sup> [美] 吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的透视》,载梁治平主编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第80页。另可参考关于“原始事实”和“受人力制约的事实”的划分。前引[31],麦考密克、魏因贝格尔书,第94页。因遵循证据规则、法庭规则等而导致再现冲突事实的相对性,可看作是形式正义对实质正义的抑制。

<sup>87</sup> 前引[3],苏力书,第159页。作者认为“这个问题涉及很深的哲学问题”。对此,可参见孙再思:《论法律上的真实》,《学术交流》1994年第4期。

<sup>88</sup> 已有学者使用了“历史学家式的法官”的表达方式。见前引[38],埃尔曼书,第164页。

<sup>89</sup> 崔文华:《权力的祭坛》,工人出版社1988年版,第248页。

<sup>90</sup> 陈金钊:《法律解释及其基本特征》,全国法解释学研讨会论文,2000年8月,青岛。

<sup>91</sup> 姚洋:《道德情操》,《读书》2001年第10期。

## 六、法的确定性所致缺陷及其补救

法的确定性所导致的缺陷是：第一，存在法律自身的内在矛盾。这一矛盾是立法和司法之间的矛盾。立法旨在提供普适性的规则，为此而必须抽象，抽象则意味着舍弃差异；司法面对个案，而个案总是相互差异的，并且司法必须对个案中的差异给予充分的承认与尊重。假使法官可以不依循普适性规则来裁判个案，自然不会产生普适性规则与个案之间的矛盾；只要一个法律制度要求将普适性规则适用于个案，就必定会构成普适性规则与个案之间的矛盾，从而就构成了立法与司法之间的矛盾。这一矛盾的直观表现是将既定的普适性规则适用于当前案件导致明显的不合理。这是从社会生活的静态角度看待法的确定性所导致的缺陷，也是由法的普适性产生的缺陷。第二，就社会生活的动态角度而言，法的确定性所导致的缺陷则表现为法律的滞后性、保守性，即由法的稳定性所产生的缺陷：“法律显示出一种保守主义的倾向。这种倾向的根源在于法律的性质，因为一个规则体系不会天天发生变化。一旦法律体系创造出的一套权利和义务，那么为了自由、安全和可预言的利益，这一体系就避免不断发生变化和破裂”。<sup>92</sup>

法律应该并已经致力于对上述缺陷的补救：“真正伟大的法律体系是那些把僵硬性、弹性独特地和似非而是地混和起来的体系。它们在自己的原则、制度和技術中把稳定的连续性的优点同进化地变化的优点结合起来，从而取得在不利条件下长期存在的能力。这种创造性的结合是颇难达到的，它需要立法者有政治家的敏锐和预期中的法官和律师的良好训练”。<sup>93</sup> 这样的补救是通过发展出一套相应的技术来实现的，这些技术包括了法律解释、辩证推理、给予法官自由裁量权等：“各种法律制度为了进行功能的选择，都需要促进某种即便不互相冲突也彼此处于紧张状态的目的：可预见性与灵活性，稳定性与发展。传统上普通法中可预见性和稳定性由判例法所发展的法律规则和遵循先例原则所提供，而灵活性与发展则由衡平法原则和限制与区分先例的技术而获得。在大陆法传统的法典制度中，可预见性和稳定性由诸法典的‘成文法’予以保证，而灵活性与发展则是由缓解僵硬规则的一般条款从内部保证，并由解释从外部保证”。<sup>94</sup>

法律为补救由其确定性所产生的缺陷而必须发展出来的技术，部分地降低了法的内在确定性。法律解释可以区分为技术性解释和策略性解释两种。服务于法的明确性的技术性解释，旨在提升法的内在确定性的程度。为补救法的确定性所产生的缺陷而采取的法律解释为策略性解释，实际上构成对现行法的修改。例如当对法律做扩充解释或限制解释以使法律能适应社会生活的变化时，当以宪法解释修改判例时。具有修改现行法功能的策略性解释可视作为对法的确定性的暂时性破坏——发生了一次断裂。作为一项法律技术的法律解释，兼具确定性功能和不确定性功能，正体现了法的确定性的相对性。在为补救法的确定性所产生的缺陷而采取的辩证推理中，形成了并存在着法的非正式渊源。对法的非正式渊源的适用，也某种程度上减弱了法的确定性，因为此时法无明文亦可裁判，甚至为了避免既定规则适用于当前案件导致明显的不合理而弃置既定规则。然而，基本而普遍的情形是，法的正式渊源对于非正式

<sup>92</sup> 前引〔1〕，博登海默书，第362页。

<sup>93</sup> 同上书，第365页以下。

<sup>94</sup> 前引〔2〕，格伦顿等书，第87页。

渊源具有优先地位。<sup>95</sup> 由于正式渊源较非正式渊源更具有客观性,因此,确认正式渊源对于非正式渊源的优先地位又显然是对法的确定性的维护。可见,由辩证推理所形成的法的正式渊源与非正式渊源之间的关系,深刻而复杂地表现了法的确定性的相对性。自由裁量权作为弹性的制度设计体现了法的确定性的相对性已如前述。同样地,由于现代法律制度在给予自由裁量权的同时又致力于对自由裁量权的控制,因此自由裁量权制度的存在所表明的也是法的确定性的相对性而非法的不确定性。

可见,法的确定性的相对性,部分地来源于法自身无法克服的情形,部分地来源于法律对其确定性所产生的缺陷的克服。就后者而言,法的确定性的相对性不仅不是对法的价值和意义的否定,而恰好是对法的价值和意义的肯定。

## 结 语

与法的确定性区分为外在确定性和内在确定性相联系的是,对法的确定性的认识是在两个方面展开的:一方面,法律是否应该实现确定性,这可称为价值论的或目的论上的法的确定性问题;另一方面,法律是否可能实现确定性,这可称为本体论的或认识论(知识论)上的法的确定性问题。一部分学者敏锐而细致地发现了法律的确定性之不可能,因而否定法的确定性。然而,一旦法的确定性被否定,法在人类生活中还有存在的意义吗?对法的确定性的否定实际上只是在这样一个层面展开:法律不可能实现绝对的确定性。但是,绝对确定性之不可能,并不意味着确定性是完全不可能的。法律显然应该并且能够实现相对的确定性。<sup>96</sup> 哈耶克正是针对“贬低法律在事实上所达到的确定性的程度,已成了当下的时尚”这一状况,强调虽然“法律的完全确定性,也只是一个我们须努力趋近但却永不可能彻底达到的理想”,但是“法律的确定性,对于一自由社会得以有效且顺利地运行来讲,具有不可估量的重要意义”。<sup>97</sup> 因此,对法的确定性的否认,不仅与法的客观事实不符,也与法的自身逻辑相悖。或许正因此,学者认为否认法的确定性的批判法学的失败正在于它的成功。学说史上有过耶林和霍姆斯从

<sup>95</sup> 非正式渊源又被称为“辅助渊源”,由此即可见正式渊源的优先性。学者另有将正式渊源称为“拘束性渊源”的,也同样可见正式渊源的优先性。前引〔2〕,格伦顿等书,第76页。

<sup>96</sup> 可以借镜子来说明本文对法的确定性及其相对性的理解。人们试图通过镜子看到自己真实(客观)的面容。但是,任何镜子都不可能绝对真实(客观)地再现人的面容,某种程度的偏差总是存在的,因此镜子只能相对真实地再现人的面容。另一方面,人们也并不要求镜子必须绝对真实地再现其面容,只要能够达到基本的真实即可。正因为对镜子的要求只是“相对真实地再现面容”,所以镜子在再现人的面容时的某种程度的偏差就是人可以接受的。“真实性的相对性”并不妨碍镜子对人的意义和使镜子成其为镜子。镜子的这种“再现面容的相对真实性”与本文所阐述的“法的确定性的相对性”乃是同一原理。

<sup>97</sup> 前引〔23〕,哈耶克书,第264页。在这方面,布莱克提出了几乎是相反的观点:“尽管人们至今还认为法律对于维持社会秩序是必不可少的,但现代社会的确能够脱离繁杂的法律而良好地存在,甚至更加繁荣昌盛”。布莱克甚至认为,“综观人类历史,离开了法律人们照旧可以正常地生活,这样的例子几乎随处可见。毕竟,法律从产生起到今天,这一过程是伴随着农业社会取代狩猎社会和采集社会、成为人类社会存在的基本模式才逐步演化发展的。在法律产生之前,人类社会早已存在并有秩序地运行着”。见〔美〕唐·布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第95页,第81页。该书的第5章题为“社会的非法律化”。布莱克的观点还可见:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第7章“无政府状态”。但布莱克同时又承认“伴随着从部落到现代生活、从身份到契约、从社区到社会、从机械性一体化到有机一体化、从亲属社会到城市社会的演化”,法律在增加。

“法律决定论的思维模式”到“法官主观论的思维模式”的立场转变。<sup>98</sup> 这种转变或许正源于法的确定性的相对性,并意味着在不同的时期强调不同的方面。

在关于法律的所有问题中,有三个问题是元问题或终极问题:人类为什么需要法律?人类需要什么样的法律?人类如何通过法律达到其目的?这三个问题之所以成为关于法律的元问题,是因为一方面这三个问题派生出了关于法律的所有其他问题而本身却不由其他问题所派生,另一方面关于法律的所有其他问题又都是以对这三个问题的回答为归宿。这三个问题也因此成为法理学的元问题,部门法学则是在不同的角度,以不同的方式,在不同的程度上,对法律元问题作出不同回答。<sup>99</sup> 显然地,法的确定性问题同时涉及了关于法律的三个元问题,并因此而成为法理学的乃至整个法学的最基本问题之一。

对人类生活的基本事实的解读,是回答“关于法律的元问题”的前提。本文因此而致力于将对法的确定性问题的思考与人类生活的基本事实相联系。

---

---

**Abstract:**The certainty of law consists of external and internal certainty. External certainty of law means that the law provides orderly social life for human beings. It is main function as well as the primary value of the law. This is determined by the lack of resources. The internal certainty of law refers to the certainty of the law itself, which means that, as a social norm, the law must has the attributes of clarity, universality and enforceability and that the objects of law must be acts. The internal certainty of law is the precondition for the realization of the external certainty of law. Both the internal and external certainty of the law are relative. This is determined by the uncertainty of human needs, the certainty and uncertainty of the objective world, and the limited capability of the law to realize certainty. The issue of the certainty of law involves simultaneously three primary issues of law.

---

---

---

<sup>98</sup> 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第92页以下。

<sup>99</sup> 也因此,法理学与部门法学的对话才是可能的并且是必要的。就中国法学的现状而言,这种对话极为缺乏。其原因或许主要在于法理学。法理学因其空泛等而无法为部门法学提供真正的指导,也无以作为部门法学的评判尺度,以至部门法学的研究几乎可以无视法理学的存在。另一方面部门法学明显地存在着对法律的元问题的无意识而未能积极、有效地参与其中。就后一方面,新近有宪法学者设问:“人类社会为什么需要宪法呢?宪法又为什么会在人类社会的某个历史阶段产生呢?宪法价值还会支撑人类的理性向前走多远?若干年后,我们今天自以为是理性的东西会不会发生结构性的变化?”。莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第530页。部门法学中形成这样的问题意识,显然是一个好的开端。