

形式理性的误读、缺失与缺陷

——以刑事诉讼为视角

汪海燕^{*}

内容提要:形式理性关注法的周延性和法的权威性,它是法治的必要条件,而非充分条件。我国刑事诉讼法缺失形式理性的基本要素,既没有体现法的周延性,也缺乏法的和谐性,更缺少法的独立性和权威性。在我国实现法治的过程中,要清醒认识到法的形式化缺陷,但当前没有必要刻意地强调这种缺陷。

关键词:形式理性 刑事诉讼 周延性 权威性 缺陷

一、引言

国外学者在阐述法治原则的精义时,很多是从法律形式意义上考量的。昂格尔说,在现代西方法治的历史上,有一个压倒一切并包容一切的问题,即法律中的形式问题。^{〔1〕} 马克斯·韦伯更是对形式理性情有独钟。按照韦伯的分析,形式主义是一切现代法律的重要特征,而一切前现代的统治秩序体系,其法律形态最大的特点就是关注实质原则。对中国学者似乎更有触动的是,韦伯似乎是找到了中国没有走上理性资本主义道路的根由——中国缺失具有形式理性特征的法。^{〔2〕} “我们近代的西方法律理性化是两种相辅相成的力量的产物。一方面,资本主义热衷于严格的形式,因而——在功能上——尽量像一部机器一样可计量的法,并且特别关心法律程序;另一方面,绝对主义国家权力的官僚理性主义热衷于法典化的系统性和由受过理性训练的、致力于地区之间平等进取机会的官僚来运用的法的同样性。两种力量只要缺一,就出现不了近代法律体系。”^{〔3〕} 国内学者认为“这个论断今日仍富有警示意义”,“从一个角度解释了中国古代法律制度的基本缺点和缺陷。其实,这一特点(指中国缺乏形式理性法——笔者注)在今日中国法律实践中仍然表现得十分明显,并阻碍了中国迈向法治社会的步伐。”^{〔4〕}

^{*} 中国政法大学副教授

本文是教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“中国司法制度基础理论问题研究”(项目批准号:03JTX006)阶段性成果。

〔1〕 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第189页。

〔2〕 参见[德]马克斯·韦伯:《儒教与道教》,王容芬译,商务印书馆1995年版,第154页以下。

〔3〕 同上书,第200页。

〔4〕 陈瑞华:《从认识论走向价值论》,《法学》2001年第1期;陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第215页。另参见陈瑞洪:《法律程序价值观》,《中外法学》1997年第6期。

总的来看,在我国法学界,形式理性不仅备受关注,而且被赋予很高的地位。在法哲学研究领域,有的学者认为法律形式合理化是“以法治现代化为关键性变相的法制现代化”的判定标准之一。^{〔5〕}在刑事法学领域,形式理性被有的学者认为是刑事法治的三大范畴要素之一。^{〔6〕}在证据法学研究领域,有的学者将传统的认识论摒弃在证据法学的理论基础之外,认为证据法学有两个方面的理论基础,即形式理性观念和程序正义。“在我们看来,现代证据法学的建立以及证据规则体系的完善,都必须建立在形式理性观念的基础上。否则,任何与此有关的努力和尝试都将遭到失败。”^{〔7〕}

当不少学者醉心于形式的理论时,有的学者另辟蹊径,从实质内容上看待法哲学问题并在此基础上发展法哲学。有代表性的如德国学者拉德布鲁赫。他把那种局限于概念和结构分析的理论表述为“法哲学的安乐死”。^{〔8〕}他的学生考夫曼继承并发展了这一观点。考夫曼认为,在形式主义盛行的情况下,法学方法论上会流行这样一种观点,即法律发现大概是一种极为简单的逻辑进程,也就是对某种客观状况以法律规范形式所作的“归纳”。^{〔9〕}“但是,法律发现实质上表现为一种互动的复杂结构。这种结构包括着创造性的、辩证的,或许还有动议性的因素,任何情况下都不会仅仅是形式逻辑的因素,法官从来都不是‘仅仅依据法律’引出其裁判,而是始终以一种确定的先入之见,即由传统和情境确定的成见来形成起判断。对此,形式主义干脆视而不见。”^{〔10〕}“纯粹形式的法律概念已经失灵了。”^{〔11〕}对于形式理性,大陆法系其他学者近来也有反思,至少反对过分的形式理性,而强调形式理性和形式理性法律的实质化(materialization)。^{〔12〕}

人们对形式法的诘难往往是将之与纳粹的暴行联系在一起。“在实践中,过分法律形式主义也的确给人们带来了惨痛的教训,一个不可否认的事实是,德国的堕落不应归咎于外来的思想,而应归咎于西方法治传统和形式的失败。”^{〔13〕}自然法学派的代表人物富勒指出,“纳粹的独裁统治通过蓄意利用法律形式操纵权力,这方面是空前的。”他的论述基于这样的信念:法律形式主义不足以防止不公正,因为法律可能屈于不道德的目的。^{〔14〕}我国有学者对形式理性同样抱有戒心,“有人过分突出法治国家的形式特征,而遗忘或忽略了它的实质因素”,^{〔15〕}认为注重形式合理性的发展带来的却是严重的实质不公正。^{〔16〕}

对任何问题的探讨都必须在特定的语境下进行。韦伯作为社会学家对形式理性的探讨,着眼于经济、文化、宗教等因素与法律的关系,而二战后法学家们对形式理性的诘难是在对德国纳粹暴行的反思、自然法再度勃兴的背景下进行的。显然,今天的中国社会学者和法学者对形式理性的关注,与一个世纪前韦伯谈论形式理性的出发点不尽相同,与二战后西方学者对形式法的反思也不完全相

〔5〕 公丕祥:《法治现代化的理论逻辑》,中国人民大学出版社1999年版,第215页。

〔6〕 参见陈兴良:《当代中国刑法新境遇》,中国政法大学出版社2002年版,第15页。陈兴良教授认为刑事法治理念至少包含了对三范畴,即形式理性和实质理性、法律正义与客观真实、程序正义与实体正义。

〔7〕 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第215页。认为形式理性是证据法基础的主张还可参见樊崇义、刘涛:《形式理性与刑事证据立法》,载《证据法论坛》第6卷,法律出版社2003年版,第78页以下。

〔8〕 参见[德]阿图尔·考夫曼:《后现代法哲学》,米健译,法律出版社2000年版,第21页。拉德布鲁赫的学生阿图尔·考夫曼在分析《法学导论》为什么是其老师除《法哲学》之外最负盛名、最有影响的成果专著时认为这是其中重要的原因之一。参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,尾封页。

〔9〕 同上书,第21页。

〔10〕 同上书,第21页以下。

〔11〕 同上书,第41页。

〔12〕 参见苏力:《送法下乡》,中国政法大学出版社2000年版,第177页,注释〔4〕。

〔13〕 高蕴道、高鸿钧、贺卫方:《西方学者论中国传统》,中国政法大学出版社1994年版,第5页。

〔14〕 同上书,第4页以下。对于将暴政或纳粹暴行完全或大部分归咎于形式理性法的失败,笔者不敢苟同。其实,这是二战后清算法西斯暴行时,德国司法人员为了逃脱自己罪行的一种托词。关于这一点,《恐怖的法官——纳粹时期的司法》([德]英戈·穆勒著,王勇译,中国政法大学出版社2000年版)第203页以下作了详细的论述。

〔15〕 邵建东:《从形式法治到实质法治》,《南京大学法律评论》2004年秋季号。

〔16〕 参见葛洪义:《法律的理论与方法》,《中外法学》2001年第2期,注释〔5〕。

同——至少,在西方国家是有过形式理性法的经历,然后才能够“反思”。我们对“形式理性”这一命题进行研究除了从学术的独立品格出发外,还要有一个“中国的问题”情结。对于此问题,我们应回答:什么是形式理性或形式理性法?当前中国法有没有形式理性化?如果没有,要不要在中国构建形式理性法?如果答案是肯定的,如何去构建我国的形式理性法?与此相关联的问题是,在构建过程中,如何从经验和理性的角度认识法的高度形式化固有的弊病,并如何尽量避免之?本文试图对这些问题进行回答。当然,由于形式理性理论恢宏纷繁,非一篇文章所能详尽。囿于笔者研究领域和视野,本文对形式理性问题的探讨,其重点放在刑事诉讼法学领域。

二、对形式理性的误读

(一)什么是形式理性

对形式理性的理解离不开对韦伯有关思想的探究。“形式理性”中的“形式”与我们通常意义上所理解的“形式”有较大的差异。^[17] 韦伯对形式这一概念的运用继承了西方哲学文化传统特别是亚里士多德的用法。按照亚氏的观点,简单说来,世界万物都是由质料和形式两部分要素构成的,由于形式的要素从而使无定型的质料成为具体的事物。因此,形式是西方哲学中最重要的概念范畴之一,相当于我们通常所说的原则、原理或内在的逻辑结构。在法律上,所谓形式是强调系统的法律条文。^[18] 韦伯的法律类型学围绕两个轴建立起来,即“形式”与“实质”,“理性”和“非理性”。形式系统自我满足的,一切对制作判决必要的规则和秩序在此系统内均有效。形式的法律是指严格根据法律规定运作法律体系,它意味着在事先制订好的一般性规则基础上做出决定。^[19] 在这种意义下,司法的任务在于“把一般的法规运用于特殊情形下的具体事实,从而使司法具有可预测性。司法的形式主义使法律体系能够像技术合理性的机器一样运行,这就保证了个人和其他主体在这一体系获得最大限度的相对自由,并极大提高了预测他们行为的法律后果的可能性。”^[20] 与“形式”相对应的是“实质”。实质主义认为,法律问题的解决并非基于逻辑一般化的抽象意义解释,而是通过宗教、伦理的要求、功利的思想、权宜的措施以及政治上的原则等解决。

“理性”虽然是韦伯法社会学理论中的一个核心概念,但是在使用时含义并不太统一。大致有以下几种:第一种含义是法律程序能够使用合乎逻辑的方法以达到其特定的、可预计的目的;第二种含义是法律体系化的特征;第三种含义是用来说明“基于抽象阐释意义的法律分析方法”;最后一种含义是“可以为人类的智力所能把握”。^[21] 韦伯经常使用的是第一种含义,也是合理性的最基本含义。但是在法律理性化的最高阶段——逻辑理性化中使用的是第二种含义。与“理性”相对应的概念是非理性。在法律意义上,“非理性”是指法律实体和程序与其所要达到的特殊目的之间没有必然的联系。

韦伯将法律类型学做了如下的分类:(1)理性,包括形式理性和实质理性;(2)非理性,包括形式非理性和实质非理性。当法律创制者和发现者受超理性控制的手段诸如神谕、神明裁判等引导时,就是形式非理性的方法,这些法的效力依赖于法律给予者的神圣不可侵犯性,并且以严重依赖巫术为标志,而巫术的最大特点是它的固有形式主义以及有赖于程序有关的详细规定。实质非理性是指按照宗教首领或者长官的意志执行的法律体系,即法律创造者和发现者不受一般规范指引,而是根据每一个情况专断地作出结论,典型的例子就是穆斯林法官卡迪坐在闹市断案时,不是根据成文规则或规范,而是根据每一个案件的具体情形自由判断。当法律创制者或发现者有意识遵循某种一般原则时,

[17] 韦伯对“形式”、“理性”概念的使用,在其著述中有时相混淆或含义并不一致

[18] 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,注释[7]

[19] 参见吕世伦:《现代西方法学流派》,中国大百科全书出版社1999年版,第337页。

[20] [德]马克思·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维纲等译,三联书店1987年版,第14页。

[21] 前引[19],吕世伦书,第337页。

则属于实体理性。这些原则可以是宗教的、伦理的。^{〔22〕}而形式理性法把每个诉讼当事人都以形式上的“法人”看待并使之在法律上具有平等地位,它只依据法律条文对确凿无疑的法律事实做出解释和判定,而不考虑其他伦理的、政治的、经济的实质正义的原则,同时还要排除一切宗教礼仪、情感的、巫术的因素。^{〔23〕}

形式理性法又可分为附带的理性法和逻辑的理性法。附带的理性法是指法律固守形式主义、僵守规定的语言和文字表面形式。“具有像感觉材料那样能被感知到的有形性,是与法律有关事物的特征。这种坚持事物外部特征的做法,如用特定语言表达或在文件上签署姓名表示固定意义的特殊象征性行为,都体现了极其严格的形式主义。”^{〔24〕}韦伯认为这种法律思想形式会导致曲解诡辩,却不会带来法律的精密化。逻辑的理性法是另一种类型的形式主义法律,它是从逻辑的角度来解释法律与相关事实的特征。法律理性化的最高阶段就是逻辑理性法,这种理性的法律“是由所有经分析导出的法律命题组成的一个整体。在其中,这些法律命题构成了一个逻辑清晰、内部一致,而且至少在理论上天衣无缝的规则体系。根据这种法律,所有可以想象到的事实情境都能够找到相应的法律规则,从而使秩序得到有效的保障。”^{〔25〕}伯尔曼也是从逻辑的理性法意义上来理解韦伯的形式理性,“以形式合理为特征的法律思想类型是这样一种思想类型,其中法律表现为一种逻辑一致的抽象规则的结构,能够认定案件和问题中的有效实施并解决这些案件的问题”^{〔26〕}逻辑的理性法包含以下的假设:(1)每一项具体的法律决定都是某一抽象的法律命题向某一具体事实情境的适用;(2)在每一具体案件中,都必定有可能通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题导出裁决;(3)法律必须实际上是一个由法律命题构成的没有漏洞(gapless)的体系,或者,至少必须被认为是这样一个没有空隙的体系;(4)所有不能用法律术语合理地分析的东西也就是与法律无关的;(5)人类的每一项社会行动都必须总是被型构为或是一种对法律命题的适用或执行,或是对它们的违反,因为法律体系的没有漏洞性(gaplessness)必定导致对所有社会行为的没有漏洞的法律排序(legal ordering)。^{〔27〕}本文对形式理性的探讨也是就此意义而言的。

(二)对形式理性的误读之一:法的形式理性等同于法治化

韦伯的社会学方法论有一个重要的特征是所谓的“价值无涉”或“价值中立”。他认为,价值判断属于主观的范畴,因为它要解决的是“应当是什么”的问题,而不是“实际上是什么”的问题。正是基于此种认识,韦伯区分了形式合理性和实质合理性并将二者对立起来,即前资本主义文明和社会秩序的本质特征就是价值合理性或者实质合理性,而现代法律关系和行政管理之所以是合理的,即在于它是纯形式的。^{〔28〕}也正是由于形式理性或与之脉相承的实证主义不强调或忽略法本身的价值或实质内容,才成为其他学派的攻击点。

从上文对韦伯形式理性的解读,可知法的形式理性化要求有两个方面:第一,要求法律表现形式理性化,即要求法律规范具有严密性、确定性以及法律规范的完整和谐性。这种要求具体表现之一是对社会各项行为都有相应的法律调整。如果应该属于法调整的范围而法律没有规范,这样粗疏的法律就不具有形式理性法的基本特征。具体表现之二就是法律规范本身的严格性和逻辑性,法律规范不能模糊不清或逻辑不严谨。具体表现之三是法律规范体系之间各个要素相互联系及其内部的和谐

〔22〕 参见李楠:《法律社会学》,中国政法大学出版社1999年版,第89页。

〔23〕 参见苏国勋:《理性化及其限制》,上海人民出版社1988年版,第154页。

〔24〕 转引自汪海燕、胡常龙:《刑事证据基本问题研究》,法律出版社2002年版,第37页。

〔25〕 同上书,第37页。

〔26〕 [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第653页以下。

〔27〕 参见郑戈:《韦伯论西方法律的独特性》,载《思想与社会》第1辑:《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社2001年版,第80页;前引〔18〕,苏力书,第62页以下。

〔28〕 前引〔24〕,汪海燕等书,第39页。

一致性。不仅要有法律规范调整人们(包括国家机关)的各项行为,而且法律规范本身要结构严谨,层次分明,具有和谐性,不能自身相互冲突。如果不具备这种品质,法律就无法实现指引功能。

形式理性法的第二个要求是制定法的权威性,即法律一旦得到确立,就不能违反;无论是善意的,还是恶意的,如果违反了,该行为就会在法律上引起消极的后果,如行为的无效、行为人受到相应的制裁等。这是形式理性所蕴含的含义。如果制定法没有权威和执行力,无论其规定如何严密、体系如何和谐,法都只不过是文字构筑的牌坊,更遑论韦伯所推导出的形式理性法促进资本主义的发达。法律形式化要求司法过程的法治主义或形式主义,其直接结果就是实现形式正义。形式正义要求“对相同的情况予以相同对待”,即对相同情况下的案件作出同样的处理,不同的案件作出不同的处理;在适用法律规范时,只要法律没有例外规定时,应当对一切人一视同仁,不偏不倚。中国古代形式法的缺失,在很大程度上是就此意义而言的。我国古代从春秋铸刑鼎、战国时期轰轰烈烈的变法运动开始,经秦朝到清末,创制了数十部法典及大量的单行法规条例,使我国古代的法律规范蔚为丰富,早熟而发达。但是,最高统治者皇帝不仅不受法律的约束,他还享有最高的立法权——这种“法律”不仅没有固定的形式,而且还有可能随时随地产生并被执行;在法律执行过程中,执法官员还可以根据儒家思想解释法律甚至直接作为断案的依据;具有浓厚宗教形式的宗族法在实际生活中的地位更不可小觑。这些“法律”都具有一个同质性:即蔑视成文法的权威性。

法的形式理性化与法治应当是两个概念。通过上文分析,法律形式上的规范化、体系化和法规范的权威性是形式理性法的根本特征。而法治除了要求法的形式化之外,还对法本身提出了很高的价值标准或实质要求。正如亚里斯多德所说“法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律。”^[29]而形式理性法仅仅具备了法治的第一重含义,即“以成立的法律获得普遍地服从”,至于服从的法律本身是良法还是恶法,形式主义本着“价值无涉”或中立的态度并不关注。所以,形式理性法只是法治的充分条件,而非必要条件,即有形式理性法不一定有法治,凡欲法治,则必有形式理性法。

在我国,形式理性被赋予了很高的地位,甚至有人将之与法治化等量齐观。“以法治为核心的法律形式化”具有以下基本表征:^[30]其一,法律的形式化要求国家权力的运作纳入法律设定的轨道之中。这是作为法治原则集中体现的“法律形式化”的首要要求。第二,法律形式化要求将行政与司法分离。第三,法律形式化要求法律规范的严格性和法律体系的完整和谐性。第四,法律的形式化还要求司法过程的法治主义或形式主义。根据上文对形式理性、形式理性与法治二者之间关系进行分析,可以看出,这种理解似有将形式理性按照现代法治标准将其理想化之嫌。要求将权力纳入法律规范进行限制进而对公民权利进行保护,是当代法治国家立法时的基本价值取向,然而形式理性本身对此并不作要求——它只要求法律“调整”权力(包括“授权”和“控权”),但并不一定要求“限制”权力。是否对权力进行控制以及控制的方式或程度,是立法者立法时进行价值判断的问题。当然,一旦立法者选择了控制权力的价值判断,形式理性就要求这种选择要得到切实的实施,权力应当在法律限度的范围内运行,否则就有相应的消极后果。同样,行政与司法的分离,是法治国家的基本要求,也是法的形式化保障条件之一,但这个命题本身包含了价值判断,故它并不是形式理性法所包含的内涵。

(三)误读之二:形式理性是证据法学的基础

通过对形式理性概念的分析,我们不难发现,我国古代法甚至当代法律形式理性的缺失是明显的。“中国的诉讼法本身所体现的‘重实体、轻程序’、‘重结果、轻过程’的基本观念,以及诉讼实践中经常流露出来的为达目的而不择手段的习惯,显示出从司法人员到一般当事人,都有一种忽视形式上的法律制度和法律程序,而注重实质上的公平结果的心态。”“人们愿意发现所谓的‘实质真实’或‘绝

[29] [古希腊]亚里斯多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版(1997年重印),第199页。

[30] 前引[5],公不祥书,第91页以下。

对真实’,而反对所谓的‘形式真实’或‘相对真实’。这种观念与形式理性观念的欠缺不无关系。”^{〔31〕}因此,有学者主张将形式理性的理念作为证据法学的基础之一。

毋庸置疑,形式理性对于我国整个法律体系而言,是缺失的。如果以形式理性作为检视标准,刑事证据法的缺陷主要体现在以下几个方面:第一,证据立法粗疏,证据规则缺乏,没有形成较为完整的证明体系。修改后的刑事诉讼法共有 225 条,但“证据章”却只有 8 条,仅就证据的概念和种类、客观取证、禁止非法取证、不轻信口供和证人作证等方面作了原则性的规定;其他章节虽然对取证、质证、采信等有所涉及,但仍然是粗线条的规定。第二,证据法规范缺乏层次性及内部的和谐性。由于刑事诉讼法对证据制度规定得过于原则、概括,一些机关基于工作性质甚至是部门利益,对证据规则作任意性发挥,各部门的具体规定不仅有时相互冲突,甚至与刑事诉讼立法意图相违背。第三,证据法规范缺乏权威性。这不仅体现在立法上没有明确规定违反程序行为的后果,而且存在大量法律“黑洞”现象。

根据“价值无涉”的方法论,形式理性关注的是法的形式和法的权威性问题,是对法典编纂和执法过程中提出的理性要求,其本身并不涉及法的自身价值问题。具体到证据法的编纂而言,形式理性要求证据法本身具有严密性、体系性、法内部的和谐性以及与其他部门法的协调性;证据法一旦被制定以后,不得以政策、宗教、民意或其他的权宜之计考虑不执行或违背立法本意执行。但是,对于证据法本身实质性内容,是倾向于客观真实还是相对真实,是倾向于惩罚犯罪还是人权保障,是公正优先还是效率为上,以及对其他价值的取舍,形式理性本身并不作要求。相反,与价值相对应的实质合理性关心的是法的实质内容,如自由、权利、平等和秩序等。以证明标准为例,形式理性要求在证据立法中应明确证明标准,但是证明标准应定位在“客观真实”,还是定位于“相对真实”,形式理性并不作要求;另外,无论立法确立的有罪标准是“客观真实”,还是“相对真实”,形式理性只要求裁判机关对被告人定罪要达到这个标准,否则就应作无罪处理。不难看出,形式理性本身并不能成为证据立法的理论基础,而只是对法典编纂和执法的要求。

有的学者基于形式理性对于法治之重要意义,从而主张将形式理性作为证据立法之基础。^{〔32〕}毫无疑问,我国如欲实现法治,必先实现法的形式理性化,因为形式理性化是法治的必要条件。因此,根据逻辑,证据法的形式理性化也是法治的前提之一。但是,是否就可以此为依据将形式理性作为证据法学的基础呢?基于形式理性对法治之重要意义,以及法治是就国家生活全面意义而言,显然,除了在证据法中要实现形式理性外,还要在诉讼法、刑法、行政法乃至民法等部门法中实现形式理性化。如在刑事诉讼中,法的形式理性化体现为法律对所有的诉讼行为,包括国家机关的诉讼行为和诉讼参与人的诉讼行为,都有明确的、无冲突的规定并且具有切实的执行力,如果违反了则会产生法律规定的相应的消极后果。同样,在刑法中,罪刑法定原则就是形式理性化的一种典型体现,对于法律没有规定的行为,国家不能因权宜之计而追究被告人的刑事责任。可以得出这样的结论,如果形式理性能够成为证据法学的理论基础,那么,它同样可以成为诉讼法学、刑法学、行政法学、民法学等的基础。不难看出,如果从这个角度认为形式理性是证据法学的理论基础,那么,就体现不出部门法学的个性,以及法学理论基础在这个学科之重要意义。这种理解无疑将形式理性宽泛化和庸俗化。

三、形式理性的缺失

法的形式化不仅要求法的规范化、体系化,而且要求法律具有有效性、权威性,即不仅要求法律调整具有周密性,而且更加富有意义的是,形式化要求“法律就是法律”。在我国,诸多形式化的问题没

〔31〕 前引〔7〕,陈瑞华书,第 215 页

〔32〕 前引〔7〕,樊崇义等文,第 78 页以下

有解决,使得对诸多实质问题(包括实体和程序)的探讨显得多少有些空洞、虚无,乃至无聊。尤其是在法律适用过程中,许多实质理性甚至是非理性的因素总是发挥着无处不在的魔力,也使当前很多学术探讨成为“清谈”。为了客观分析我国刑事诉讼中形式理性的缺失并提出相应的对策,我们可以将形式理性分解为两个要素,即外在要素和内在要素。形式理性的外在要素是一个法典(法律)编纂问题,而内在要素则是一个法的有效性或权威性问题。当然,这两个要素并不是完全分离的。虽然形式化仅仅要求法典(法律)编纂时考虑法律调整的周延性,但是任何一个国家在立法时不可能不考虑制定的法律所要实现的功能,即价值因素。同时,在一个法治国家或将法治作为努力目标的国家,不可能不考虑制定法的实际可行性。这种法的功能或价值因素直接影响到法的有效性。但是,法律一旦制定生效以后,形式化就不能容忍法在执行过程中过多地考虑价值因素,即法律的执行不能违背法律的规定。

如果依形式理性的外在因素考量我国现行刑事诉讼法,它的缺陷是明显的。这种缺陷表现为以下几个方面:

第一,刑事诉讼立法粗疏,没有相对严密的周延性。形式理性要求“法律必须实际上是一个由法律命题构成的没有漏洞(gapless)的体系,或者,至少必须被认为是这样一个没有空隙的体系”。^[33]具体到刑事诉讼法而言,形式理性要求在智力所能及的范围内,刑事诉讼中所有的诉讼行为,包括国家机关的行为和诉讼参与人的行为都应当由法律调整。我国刑事诉讼法只有 225 条,其中对于很多诉讼程序法律并没有涉及,有的虽有所规定,但仍然是原则性或“宣言性”的规定。这样的例子俯拾即是。如在“管辖”中没有规定当事人是否有权提出管辖权异议,更没有规定法院对管辖异议作出“裁定”还是“决定”;在“侦查”章中,对于侦查机关秘密取证行为及其法律后果,法律根本没有提及;在“提起公诉”章中,没有规定检察机关在审查起诉时发现犯罪嫌疑人没有违法时的处理,也没有涉及在审查起诉时犯罪嫌疑人死亡,对于其涉案财物性质的认定程序以及对非法财产的没收程序——而这些情形在司法实践中却经常发生。在“证据”章中,有关取证条款中对证人出庭作证制度、证人补偿制度没有涉及,举证规则对举证时限、举证责任的分配没有明确规定,有关质证条款中对交叉询问没有规定,有关认证条款中对传闻规则、非法证据排除规则、补强规则、推定制度、司法认知制度等没有规定。^[34]另外,我国刑事诉讼法对于国家机关或诉讼参与人“为”一定的行为作了正面的规定,但是,对于“不为”或者非法的“为”的后果却没有规定。如规定犯罪嫌疑人、被告人应当如实回答与本案有关的问题,但是对于不回答或不如实回答的后果,法律并没有明确。最高人民法院、最高人民检察院和公安部等有关解释虽然在一定程度上充实了一些诉讼规则和程序,但毕竟与形式化要求法律形成“没有漏洞”相去甚远。显然,由于法律没有规定某种程序或违反这种程序的后果,人们也就无法依据法律来调整自己的行为或者预测这种行为的后果。

第二,刑事诉讼法内部缺乏和谐性。这种不和谐体现为刑事诉讼法典中的法条相互冲突、刑事诉讼法的解释与刑事诉讼法冲突、刑事诉讼法解释之间相互冲突以及刑事诉讼法与作为刑事诉讼法律渊源的其他基本法冲突。在刑事诉讼中,适用最多的法律和解释主要有刑事诉讼法、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《规则》)、《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》(以下简称六机关的规定)和《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《规定》)等。以下就刑事诉讼法律条文本身以及法律和解释之间的冲突列举相应的例子

[33] 前引[27],郑文书,第 80 页;前引[18],苏力书,第 62 页以下

[34] 需要注意的是,形式理性仅仅要求法律对这些行为作出规定或调整,而并不要求做“何种”内容的调整。至于是否倾向于实体真实还是程序正义、是倾向于人权保障还是控制犯罪,形式理性对于这些“价值性”问题并不关注。

例一,刑事诉讼法第74条与第75条的冲突。刑事诉讼法第74条规定:“犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件,不能在本法规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结,需要继续查证、审理的,对犯罪嫌疑人可以取保候审或者监视居住。”而第75条规定:“人民法院、人民检察院或者公安机关对于被采取强制措施超过法定羁押期限的犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放、监视居住或者依法变更强制措施。”从字面意思理解,我们可以认为,第74条要求对于超过法定羁押期限的案件,办案机关“可以”将被追诉人变更为取保候审、监视居住,也“可以”继续羁押;但第75条则要求,对于超期羁押的,只能将被追诉人释放、采取监视居住或其他强制措施,而不能将其继续羁押。

例二,刑事诉讼法第145条与170条的冲突。刑事诉讼法第145条规定,对于有被害人的案件,检察机关决定不起诉的,被害人可以申诉,“对人民检察院维持不起诉决定的,被害人可以直接向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉,直接向人民法院起诉。”第170条规定:“自诉案件包括下列案件:……(三)被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身权利、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。”显然,第145条规定的“公诉转自诉”并没有限制在侵犯被害人“人身权利”、“财产权利”的案件,而第170条规定了法院受理的“公诉转自诉”案件仅限于侵犯被害人这两种权利。那么,对于侵犯公民其他权利的犯罪案件,如侵犯民主权利的犯罪案件,公安机关、检察机关不追究被告人刑事责任的,法院是依据第145条受理还是依据第170条不受理?

例三,六机关的规定与刑事诉讼法的冲突。刑事诉讼法第68条规定:“人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件进行审查后,应当根据情况作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定……对于不批准逮捕的,人民检察院应当说明理由,需要补充侦查的,应当同时通知公安机关。”而六机关的规定第27条规定:“人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件,应当作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定,对报请批准逮捕的案件不另行侦查。”根据刑事诉讼法的规定,在审查批准逮捕中有可能存在补充侦查的情形,但是根据六机关的规定则不存在补充侦查的可能性。笔者在此不从实质上谈论哪种规定更加合理,很明显,二者在“形式上”是冲突的。

例四,最高人民检察院《规则》与刑事诉讼法的冲突。刑事诉讼法第52条规定:“被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保候审。”第96条规定:“犯罪嫌疑人被逮捕的,聘请的律师可以为其申请取保候审。”在我国只有两种强制措施会导致审前羁押,即拘留和逮捕。因此,根据这两条可以得出这样的结论:如果犯罪嫌疑人被拘留的,其本人、法定代理人、近亲属有权申请取保候审,但是其聘请的律师没有此权利;律师只有在犯罪嫌疑人被逮捕时才享有为其申请取保的权利。但是《规则》第39条规定:“被羁押的犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属和委托的律师申请取保候审,经审查……可以对犯罪嫌疑人取保候审。”不难看出,根据这条解释,委托的律师在犯罪嫌疑人被拘留时,享有申请取保候审的权利。在此我们暂不考究哪个规定更加“合理”,但这种冲突是客观存在的。^{〔35〕}

例五,公安部《规定》与刑事诉讼法的冲突。刑事诉讼法第14条第2款规定:“对于未满18周岁的未成年人犯罪的案件,在讯问和审判的时候,可以通知犯罪嫌疑人、被告人的家属到场。”公安部《规定》第183条规定,讯问未成年犯罪嫌疑人,“应当”通知其家长、监护人或者教师到场。显然,“可以”是一个弹性规定,而“应当”是一个硬性规范,它们对侦查机关的要求不同。

例六,最高人民法院《解释》与刑事诉讼法以及其他解释之间的冲突。刑事诉讼法第154条规定,

〔35〕 法条之间的矛盾和冲突,不仅会给公安司法人员带来适用法律的困惑,也给一些准备入“司法门”的参加司法资格考试的考生和其他学习法律的人带来了难题。如2003年的国家统一司法资格考试中,有一个关于申请取保候审的选择题(第58题),其题目是“哪些人在犯罪嫌疑人被拘留时享有为其申请取保候审的权利”,其中一个选项就是犯罪嫌疑人聘请的律师。在这种情形下,依据刑事诉讼法还是按照《规则》作答?此类题目在司法考试中并不鲜见。这从另一个层面折射出司法实践中如何适用法律的困惑。

“开庭的时候,审判长查明当事人是否到庭”。六机关的规定第39条重申,根据刑事诉讼法第154条,“应当由审判长查明当事人是否到庭,不能由书记员查明”。但是,最高人民法院《解释》第124条规定:“开庭审理前,书记员应当依次进行下列工作:(一)查明公诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭。”耐人寻味的是,《解释》还是在六机关的规定出台以后颁布施行的。

限于篇幅,笔者以上仅就几个司法实践中经常援引的、重要的解释与刑事诉讼法的冲突略举几例。除上述之外,还有关于取保候审期限的计算、附带民事诉讼适用法律等等,有关解释与刑事诉讼法的规定也有所差异。有的部门或机关本身并没有司法解释权,却基于自身的需要对刑事诉讼法进行相应的解释,甚至是扩大化解释。更有甚者,有的省级部门、机关为了操作方便,对刑事诉讼法甚至是上级部门、机关的解释作进一步“解释”。这些解释从纵向上看,既有国家一级司法机关的有权解释,又有地方各级司法机关在当地适用的内部规定;从横向上看,既有审判机关对审判有关问题的解释,又有检察机关内部使用的内部规定,甚至还有中央政法委颁布的解释文件。这些解释本身不仅零散,缺乏系统性,而且不同部门之间的解释又有相互矛盾的地方。^[36]这不仅破坏了法的统一性、层次性与和谐性,而且直接与有关的基本法或法律冲突。

第三,刑事诉讼法与其他有效法律之间的冲突。刑事诉讼法律渊源并不限于狭义的刑事诉讼法和相关的有权解释,还有如宪法、刑法、法院组织法、检察院组织法、律师法、监狱法等。这些法律同样有调整刑事诉讼的内容,也当然成为刑事诉讼的依据。但是,我国立法机关在制定法律时,有时忽视了部门法之间的和谐性。我们可从刑事诉讼法与刑法、监狱法的冲突窥其一斑。刑事诉讼法第217条第1款规定:“对于被判处徒刑缓刑的罪犯,由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察。”不难理解,根据此规定,徒刑缓刑是由罪犯的所在单位或基层组织考察。但刑法第76条规定,“被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期内,由公安机关考察”,只不过“所在单位或者基层组织予以配合”。显然,根据刑法的规定,缓刑的考察主体是公安机关,而不是罪犯的所在单位或基层组织,后者只是一个“配合”的次主体。另外,对于监外执行的对象,刑事诉讼法第214条第1款规定,“对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯”,符合相关条件的,可以暂予监外执行。而监狱法第25条则规定“对于被判处有期徒刑、有期徒刑在监内服刑的罪犯,符合刑事诉讼法规定的监外执行条件的,可以暂予监外执行。”因此,二者关于暂予监外执行的对象是“错位”的。这种有效法律之间的冲突并不鲜见。

另外,刑事诉讼还有一个重要的法律渊源,即对我国已经发生法律效力、与刑事诉讼有关的国际公约。^[37]按照“条约信守原则”,我国批准或加入的国际公约,我国应当遵守和执行。但是,对于这些公约在刑事诉讼中的地位以及如何执行,刑事诉讼法没有规定。相关的解释虽然有所涉及,但只规定了在“涉外案件”中这些国际公约的效力。如最高人民法院《解释》第317条规定:“中华人民共和国缔结或参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的,适用该国际公约的规定。但是,我国声明保留的条款除外。”但对于非涉外案件,能否适用国际公约,或者在国内法与国际法发生冲突时,适用何种法律,刑事诉讼法和相关的解释都语焉不详。

综上,可以看出我国刑事诉讼法律体系的缺陷:不周延性、有关解释与刑事诉讼法矛盾、解释之间

[36] 关于哪些机关有法律解释权以及实践中对法律进行解释的机关是否超越了权限,可参见徐静村、杨建广:《动态的法——关于刑事诉讼法解释的评析》,《现代法学》2000年第2期。

[37] 到目前为止,我国批准或加入的与刑事诉讼相关的国际公约有:《联合国宪章》、《防止及惩治灭绝种族歧视国际公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《儿童权利公约》、《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》、《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止非法危害民用航空安全的非法行为的公约》、《制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《关于防止和惩处侵害国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、《反对劫持人质国际公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、《打击跨国组织犯罪公约》、《联合国打击跨国组织犯罪公约》所附的《关于打击非法制造和贩卖枪支及其零部件和弹药的补充议定书》、《核材料实体保护公约》、《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《反腐败公约》等。

的矛盾、刑事诉讼法与其他基本法或法律的冲突。刑事诉讼法不周延造成的直接后果是“无法可依”。按照法治理论,对于法律没有规定的,权力就不能行使。但是,公安司法机关有些诉讼行为,不可能苛求他们不行使——因为如果不行使,将导致诉讼很可能无法进行,如秘密取证行为。在这种“必须行使”与法律真空的悖论之间,执法机关利用法律赋予的或者根本就没有赋予的解释权为自己的行为寻找依据,甚至在法律的空隙之间肆意挥舞自己手中的权杖。更加令人担忧的是,刑事诉讼法对于执法机关应为而不为的后果、不应为而为之的后果不明确,司法实践中往往将实质价值作为评价标准,更加导致了人们对程序法的漠视。

另外,相关解释与刑事诉讼法诸多冲突和矛盾^[38]不仅导致了法律适用的混乱,使执法机关“有法难依”,而且还导致了一个更加严重的恶果,即解释法律的机关直接冲击法的权威性。公安司法机关以解释法律或适用法律的名义挑衅基本法的行为,破坏的是整个法治制度,践踏了人们对法本来就脆弱的信仰。弗朗西斯·培根对司法不公作了这样一个形象的比喻:“一次不公的判决比多次不平的举动为祸犹烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判决则把水源败坏了。”^[39]这里“污染水的源头”仅仅是就个案裁判违法而言。公安司法机关制定违反基本法的“法”并堂而皇之地执行,这种大规模的违法行为与之相比较,其恶性程度有过之而无不及,是对整个法治之源的玷污。

以上仅从形式理性的外在因素,即法典(律)编纂的周延性、和谐性考究我国刑事诉讼法的缺陷。如果从形式理性的内在要素,即法的独立性、权威性和有效性来考究我国刑事诉讼法,其缺陷也很明显。当然,这两个问题并不是截然分开的。如前所述,相关解释、其他部门法与刑事诉讼法的冲突,直接冲击了法的权威,在一定程度上否定了刑事诉讼法作为基本法的效力。除此之外,还有诸多法律之外的实质因素使得“法律不成为法律”。在我国,特定时期的刑事政策、伦理、民意、宗教等成为法律获得切实执行的绊脚石。形式理性要求将法律问题与非法律问题分开来考虑,但是在我国人们总是有意或无意将二者纠缠在一起。“这种将法律与事实混淆在一起的作法表明法律与政治、宗教、伦理之间并无严格的界限,法律还不曾获得独立的地位。”^[40]如果说伦理、政治、民意等因素是实质理性或价值理性在发挥作用,那么,将人情、金钱或个人名利作为执法的考量因素,则是彻底的反理性。总的来说,“有法不依”比“无法可依”更可怕。前者我们可以归因于智力的原因或者立法技术因素,后者则隐含着整个制度甚至是国家体制在某方面的缺失。而这种制度或体制的缺陷,并不是仅仅依靠教育就能弥补的。

学界对刑事诉讼法学的研究往往侧重两个方面:其一是从内在价值上关注法的合理性,如要求刑事诉讼法体现正义、自由、秩序或效率等价值,这包括对无罪推定、非法证据排除规则、沉默权、程序分流、侦诉一体化等问题的探讨;其二是要求从形式上完善刑事诉讼法,如研究刑事证据法的立法体例、刑事诉讼法的结构形式、要求明确违法程序的后果以及其他对我国刑事诉讼法中没有规定的问题进行完善、补充等问题。当然,从形式上探讨刑事诉讼法的完善或设计,不可能离开内在价值的判断或选择。^[41]毋庸置疑,这些研究对于我国刑事诉讼法的完善、诉讼法学的纵深发展已经或将要起到不可估量的积极作用。

然而,遗憾的是,对于法的形式理性化的内在要素——法的独立性、权威性和有效性却没有多少学者给予过多的关注与思考。刑事诉讼法缺乏法治社会中法应有的权威性、有效性,固然与其本身形

[38] 从法律效力层级或者立法法的角度考察,似乎法律解释与法律的冲突本不是一个問題,因为下位法与上位法如果冲突,下位法自然无效。但是,一个不争的事实是,在司法实践中,各机关、部门制定的相关解释其效力似乎高于刑事诉讼法,成了“真正的法律”。

[39] [英] 丹宁勋爵:《法律的界碑》,刘庸安、张弘译,法律出版社1999年版,第39页。

[40] 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社1997年版,第325页。

[41] 最典型的是一些学者们设计刑事诉讼法典的拟制稿或证据法的拟制稿。这些拟制稿既从形式上提出了完善刑事诉讼法的内容,同时其内容也体现了设计者们的价值判断和选择。

式上的缺陷有密切关系,然而,在很大程度上是刑事诉讼制度以外的因素所造成的。如司法不独立、司法不公,很大程度上是政治体制不完善的孳生品;证人不出庭作证除了法律制度本身不健全外,还有经济、文化传统等因素。这些问题并不是单纯依靠明确违反程序的后果或完善法律的规定就能解决的。笔者作一个假设,如果在刑事诉讼法再修改的时候,法律系统、明确、合理地设计了刑事诉讼程序,但是,某个案件在审判之前就已经被公安司法机关甚至是党政机关“协调”定性,这些完善的刑事诉讼程序除了嘲弄法的权威之外又有什么意义呢?如果不能将纸面上的法变为现实的法,使法律成为真正的、大写的“法”,那么,很多精巧的技术设计和所谓体现现代化的法律条文在很大程度上将是一个文字堆砌的牌坊,也是对穷经皓首的论证者和立法者的莫大讽刺。毋庸置疑,如何使法律变为真正的法,除了需要法学者们的呼号外,也需要社会学、政治学领域的关注,甚至政治家们的关注,但是无论如何,法学者在自己的领域内不能对此问题采取回避的态度。“就法论法”,对于法的形式理性的内在要素——法的独立性、权威性和有效性的漠然,在一定程度上折射出我国学术独立品格的缺失以及学者在现实困难面前退缩的心态。

四、形式理性的缺陷

虽然形式理性在古罗马法中已初现端倪,但是作为法治的一个重要要素登上历史舞台,则是近代西方资产阶级革命的产物。此时,它具有一个很重要的特征:它是与自由主义齐头并进的。资产阶级思想家和革命者除了要求确立法律统治之外,还要求法律本身要体现自由的要素,如要求法律保护公民的各项基本自由,包括个人自由、良心自由、宗教自由、新闻自由、私有财产神圣不可侵犯等。与此相对应的另外一个重要概念就是对国家权力的控制,如行政行为受法律的约束、司法独立等。因此,这些国家被后人称为“自由主义的法治国家”。就自由主义法治国家的内涵而言,它显然不仅包含了形式上的要素,而且还包含了实质的要素。然而,遗憾的是,在法治国家后来的发展中,有人却过分地突出法治国家的形式特征,而遗忘或忽略了它的实质因素。^[42] 此时的背景是,许多国家已经实现了制定自由主义的基本纲领,如法国 1789 年人权宣言、美国 1787 年宪法、日本 1898 年宪法、德国 1918 年的魏玛宪法都规定了人权、基本自由等内容,而在此之后,追求和实现形式上的目标,就显得更为重要。

但是,众所周知,法律纯粹形式上的弊端在特定历史时期显露了,纳粹德国和其他法西斯国家运用“合法”的形式使其本国和其他国家人民惨遭荼毒——至少很多法学者们这样认为。二战之后,在反思的基础上,联合国一些重要的文件重申基本人权和自由,法的实质价值再一次得到勃兴。如《联合国宪章》中“重申基本人权,人格尊严与价值”,《世界人权宣言》在序言中表达了要“努力通过教诲和教育促使对权利和自由的尊重”的信念,而此信念则是“鉴于人类家庭所有成员的固有尊严及其平等和不朽的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础,鉴于对人权的无视和侮蔑已发展为野蛮暴行,这些暴行玷污了人类的良心……鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反抗,有必要使人权受到法治的保护……鉴于各联合国国家的人民已在联合国宪章中重申它们对基本人权、人格尊严和价值以及男女平等权利的信念,并决心促成较大自由社会中的社会进步和生活水平的改善,鉴于各会员国业已誓愿同联合国合作以促进对人权和基本自由的普遍尊重和遵行,鉴于对这些权利和自由的普遍了解对于这个誓愿的充分实现具有很大的重要性”。《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》以及其他人权公约都体现了要实现或保障基本人权与自由的宗旨和精神。与此相对,在理论上对实证和概念分析为基础的形式主义攻击之声不绝于耳。正如本文第一部分所述,对形式理性的反思和诘难也引起了我国部分学者的戒心。

[42] 前引[15],邵建东文,第163页。

不可否认,如果片面地强调法的形式性而忽视其内在价值,是有可能导致暴政,只能使国家成为“法律统治的国家”,而不能成为法治的国家——因为法的形式化是法治的必要条件,而非充分条件。然而,对特定问题的讨论离不开一定的语境。我国正在努力实现法治,而非已经实现法治。在向法治社会艰难迈进的过程中,法的形式化是我们必须要跨过的门槛。上文已经分析,法缺失应有的独立性、权威性和有效性是我国法治实现的最大障碍之一。相对于实现法的实质价值而言,法的形式化也许更需要我们付出更多,也需要学者们的更多关注。在这种背景下,片面强调法的形式化弊端不能不说是偏颇的。当然,最理想的状况是,我们的法既能实现形式化,也能使执行的法能够体现其作为“良法”的价值,担当起其应负的社会功能。在这个过程中,清醒认识形式化的弊端并尽量将之最小化也是有必要的。基于这种考虑,以下试图客观地分析形式理性的内在缺陷。

第一,形式理性法本身并不关注实质正义和其他实质价值。正如前文分析,形式理性仅仅要求法具有对社会关系调整的周延性、法体系的和谐性以及法的权威性和有效性,但是对于法所要实现的价值和承担的功能并不关心,即其本身只强调法的工具作用。正因为如此,形式理性又被称为“工具理性”。正是这一点,当政权掌握在一个暴戾的政府手中,那么,法的纯粹形式化很有可能就成为恶魔的屠刀。纳粹时期,臭名昭著的国会纵火法令、血统保护法、社会蠹虫法等就成了共产党人、犹太人、反战人士的绞首台。在清算纳粹德国司法人员罪行时,他们都有一个共同的借口,即他们只不过是法的忠实执行者。纳粹之后德国法学家们也以同样的理由坦然为这些法官辩护,认为他们从来就没有参与希特勒的独裁统治。胡博特·肖恩在《第三帝国的法官》中把所有的过错归结于立法者,他认为法学家(指纳粹法官)之所以遵循现行法律是由于其所受的“实证主义训练”。^[43] 为了避免执行的法是恶法,当前只能将这个希望寄托于能够制定良法的政府和立法者。民主的政府和透明的程序也许在一定程度上能够将这种制定恶法的危险性降低到最小值。

第二,形式理性除了在立法时不关注法的实质价值以外,它也不关注或无力关注法的实质价值是否能够得到实现和如何得到实现。以我国辩护权为例,刑事诉讼法规定了被追诉人有获得辩护人为其辩护的权利,但如果由于其经济能力或其他原因没有聘请辩护人,被追诉人实际上就丧失了获得律师帮助的权利。同样,如果修改后的刑事诉讼法确立了律师在场权、证据展示、辩诉交易等制度,但是由于没有律师的参与,犯罪嫌疑人、被告人仍然无法获得这些制度或规则有可能为其带来的利益。显然,这些弊端依靠形式法本身是无法解决的。因此,如果修改后的刑事诉讼法过于强调法官的消极性、控辩双方的对抗性,由于被追诉人没有获得律师的帮助,这种法律条文的纯粹形式化甚至会给被追诉人,至少是社会底层的被追诉人带来实质的不公。为了消除或减少法律形式化带来的实质不公,一是立法时必须考虑到我国的实际国情,对庶民阶层必须予以关注,将他们的困境作为立法时的考虑因素;另一个方面则是要健全社会保障体系,如扩大法律援助的范围、建立公设辩护人制度等。

第三,形式理性法的周延性是一个相对的概念。柏拉图认为,“法律绝不可能发布一个既约束所有人同时又对每个人都真正有利的命令。法律在任何时候都不可能完全准确地给社会的每个成员作出何谓美德、何为正当的规定。人之个性的差异、人之活动的多样性、人类无休止的变化,使得人们无论拥有什么技术都无法制定出在任何时候都可以绝对适用于各种问题的规则。”^[44] 欧洲利益法学派认为,任何一种实在的法律制度必然都是不完整的和有缺陷的,而且根据逻辑推理的过程也并不总能从现存法律规范中得出令人满意的判决。^[45] 不可否认,由于法律制定主体认识能力的有限性,不可

[43] 前引[14],穆勒书,第202页以下。要求法官恪守法律的法律实证主义的确是威廉二世时代极权主义国家无可置疑的法律原则。但是,这些法官并不是仅仅恪守纳粹法律条文那么简单——因为这必将限制纳粹帝国的权力,成为其“法律秩序”的绊脚石。当时任何对法律的遵守都被当作是“典型的犹太自由主义者的道德和法律思想”而加以排斥。参见该书第203页。

[44] 转引自[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9页。

[45] 前引[44],博登海默书,第144页。

能在立法时将所有的应当由法律调整的社会关系或诉讼行为都纳入法律体系,这就势必影响法的周延性。另外,社会是向前发展的,立法者们往往是从经验出发设立法律规则,这也决定了不可能苛求他们预见一切可能发生的情况并据此为人们的行为设定规则。

最后,形式理性忽视了裁判者的能动性。韦伯预测未来的司法就像一台自动售货机,投进去的是诉状和诉讼费用,送出来的是判决。考夫曼对此进行了批判。形式理性的这一缺陷也遭到了其他法学派的攻击。如自由法学派埃利希认为,“无论是现在或者其他任何时候,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。”^[46]美国社会学派代表人物大法官霍姆斯指出,“法律的生命从来就不是逻辑,而是经验。法官对时代需求、主流的道德和政治理论、公共政策的公开或隐含目的的感知,甚至他与同僚一起分享的偏见,在决定他们的行为时,都远远比三段论的作用大得多。法律……不应当被看成是数学书中的公理及必然结论。”^[47]法律中的弹性条款赋予法官或其他执法者一定自由裁量权,如刑法中的量刑幅度,刑事诉讼法中的“可以”等,其实质就考虑了适用法律时的社会因素以及裁判者的能动性。另外,加之人类语言本身的模糊性,也增加了法官在具体案件中的自由裁量权。为了防止法官自由裁量权的滥用,除了立法语言的精确、合理限制法官的自由裁量权之外,还必须提高法官的个人道德素养和专业素养,如完善司法官的准入资格制度、选拔制度、健全其身份保障制度以及要求其裁判时公开心证等。

但是,在我国今天的“语境”下,我们不能夸大形式理性的这些缺陷,因为形式理性的缺陷是法和法治本身缺陷的一种显现。只要法治成为我国的宪法原则和治国纲领,我们就必须忍受法的形式化缺陷带来的负面效应。当然,我们在法治化的道路上应当尽量将之最小化。

Abstract: Formal rationality, as the required condition but not a sufficient condition of the rule of law, focuses on the system and authority of law. According to the theory of formal rationality, Chinese Criminal Procedure law has many defects. It lacks not only the system and harmony in itself, but also the independency and authority. During our process towards the rule of law, we should see clearly these defects to formal nationality, but it is not necessary for us to emphasize them currently.

Key words: formal rationality, criminal procedure, system, authority, defect

[46] 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。

[47] 前引[44],博登海默书,第151页。