

法的确定性与不确定性之矛盾及建议

——以两大法系为视角

葛炜翔

西南民族大学, 四川 成都 610000

摘要: 法的确定性与不确定性是一对矛盾, 二者对立统一。纵观世界, 大陆法系和英美法系的影响力遍布许多国家, 在他们的法制发展过程中, 都力求将此矛盾调和。本文使用文献研究方法与比较研究方法, 基于两大法系视角, 发现强调确定性的大陆法系也不乏不确定性的身影, 英美法系一改往日对灵活性的狂热崇拜, 开启了制定成文法兼顾确定性的历史, 两大法系的成功经验对我国法律现状改良具有启示意义。通过比较研究, 一贯强调确定性和稳定性的中国法律, 应当通过完善法律规则结构、改良案例指导制度等方式, 妥善处理法的确定性与不确定性矛盾, 强化法的确定性特质, 实现法的确定性与不确定性的动态平衡。

关键词: 确定性; 不确定性; 大陆法系; 英美法系

DOI: 10.64649/yh.shygl.2025040020

0 引言

法的确定性与不确定性之矛盾产生于人类理性探寻社会秩序的过程中, 成为各个时代法学家热切探讨的话题。经过数个时代法学家们的不断研究和沉淀, 所谓法的确定性至少应当包含以下两个方面: 其一, 针对具体行为和既定结果之间的关联, 应当有相应的法律规范加以调整和规范。正所谓“空口无凭, 立字为据”, “成文规范”才是法的确定性的根基, 文字的稳定性和法律规范带来了确定性。其二, 法的表达应当明确, 字、词的内涵与外延应当确定, 让每一位公民都能够得到相近的理解。本文使用文献研究方法和比较研究方法, 立足大陆法系与英美法系, 探究两大法系的确定性与不确定性因素, 并以当下中国法律现状为基础, 通过吸收两大法系的可取经验提出优化与完善建议。

1 法的确定性与不确定性之矛盾

1.1 法的确定性的优势

法是调整社会关系的行为规范。法通过规定权利、义务, 引导与规范人的行为, 实现调整社会关系的任务与目标。人们需要一套确定的法律规范, 不仅约束他人行为, 更是明确指引自身。同时, 必须承认确定性是有限的, 主要原因在于: 其一, 立法者在创制法律的过程中, 即使能够体现社会公众的意志, 也无法完全排除立法者的意志在法律中的保留;^[1]其二, 因为立法权与司法权相互分离, 立法者并不参与司法实践, 加之现实世界的纷繁复杂, 所立之法与所需之法通常有一定的间隙, 法的效力与法的实效总会有一定的距离。

1.2 法的不确定性的不可避免

法在某一时刻被制定, 即使在制定过程中竭尽所能使用精细化的语言, 明确界定字词的内涵和外延, 也无法阻止法的不确定性在白云苍狗间滋生。原因有二:

其一, 历史在发展, 社会在变化, 人们应当以发展的眼光看待世界。法律在过去的某个时刻被制定, 服务于现在和将来, 当初为法律调整的社会关系发展到今天会逐渐产生新的内容与形式, 当新的内容与形式彻底超出法律旧有字词确定的内涵与外延时, 法的不确定性就产生了。于是, 需要对法律进行解释、修改或重新制定。以“破坏计算机信息系统罪”为例。立法者最初制定法律时, 打击这种犯罪行为希望保护的客体显然是计算机信息系统, 即该罪的犯罪对象是计算机信息系统。随着社会的发展, 科技革命带来了智能手机, 其在信息系统方面的结构、功能与计算机存在许多相似点, 并且人们对手机的使用频率远远超出计算机。手机信息系统是否属于破坏计算机信息系统罪的犯罪对象就成为了法的不确定性因素。^[2]其二, 人的理性是有限的, 无法准确预测社会变化的具体细节。根据哈特“法律开放结构”理论, 立法者预见能力有限, 立法目标总是相对不确定的, 如何平衡不同法律规则的价值冲突也不确定。

1.3 法的不确定性的错误认识及利用

现代法治国家中, 法的制定和修改通常需要经过严格的程序, 期间耗费大量的时间与人力成本。于是, 为了延长法的保质期限, 保障法的稳定性及抑制法的滞后性, 立法机关在立法过程中有时会过度迷恋法的灵活性, 以此尽量减少修法或制定新法。抑制滞后性同时带来的人为不确定性, 表面上与滞后性是此消彼长

的关系,为不确定性的正当性提供了看似合理的依据。然而,这种“正当性”真的具有说服力吗?一方面,法的确定性是法所崇尚的优点,法的滞后性是法先天具有的缺陷,牺牲法的确定性来弥补法的滞后性,实乃畸形的取长补短。另外,该方法忽视了扬长避短的智慧,不但没有充分发扬自身优势,而且将其折损,实际缺乏相当的合理性。另一方面,牺牲法的确定性以换取法的稳定性,等于默认法的稳定性在位阶上高于法的确定性。既比较,则需要一定的标准。当把这两种不同的优点进行位阶上的高低比较时,就如同是在探讨公民的财产权利与政治权利何者更为高贵。就具体的个别公民而言,其在政治权利与财产权利中也许能够有所权衡。但是,当超越个人视角站在全体公民的一般层面,显然无法肯定地得出在财产权利与政治权利中哪者更高贵。如此一来,自然也不能在法的稳定性与确定性中判断高低位阶。此外,从结果的角度,法的稳定性未必就能得到更好的保障。

2 大陆法系与英美法系中确定性与不确定性的体现

2.1 大陆法系

2.1.1 大陆法系法的确定性因素

法的记载方式中稳定性最强的是成文法典。成文法典是摆脱“法不可知,则威不可测”思想的产物。成文法典带来的确定性有利于提高法律的公信力,促进公民自觉地信仰、遵守、维护法律,实现社会的和谐稳定。大陆法系历来重视编撰成文法典,因此形成了一套成熟的立法理论与立法体系,《法国民法典》和《德国民法典》则是其中的代表之作。《法国民法典》在内容上打破过去的窠臼,尝试将实体法与程序法相分离,把诉讼法的内容剥离出去,强化民法典的独立性与实用性。《德国民法典》则一方面以邦法为基础,另一面立足于潘德克顿法学理论,提出了“法律行为”、“债”等法律概念。不同于《法国民法典》,《德国民法典》注重法律理念探寻以及法学逻辑演绎,其编纂在体例、语言等方面更加严谨,1896年《德国民法典》的面世,使大陆法系的立法理念、立法技术和制度规定达到了一个相当完美的境界。^[3]

2.1.2 大陆法系法的不确定性因素

一是兜底条款的制定。兜底条款的适用范围没有明确的界限,创造了一定的不确定的空间,如德国《反不正当竞争法(UWG)》第17条泄露经营或营业秘密罪中“其他未经授权”。^[4]

二是法律解释的适用。19世纪以前,分权观念深入人心,推动大陆法系国家重视维护法

的确定性特质,严格禁止法官解释法律。法的不确定性主要体现在享有法律解释权限的国家机关出于社会效果与法律效果的考量对兜底条款的限缩解释或扩张解释。20世纪以后,大陆法系的法官获得了解释法律的职权,只要不超过制定法的规范范围即可。然而,在司法实践中,“制定法的范围内”本身就包含一定的不确定性,加之法官个人的主观倾向性,大陆法系的法官常有创造性司法。

2.2 英美法系

2.2.1 英美法系法的确定性因素

英美法系的法大致来源于普通法、衡平法与制定法三大部分,衡平法又属于广义上的普通法的外延范围内。一直以来,对普通法与制定法的联系与位阶问题的争论从未停止。但是,英美法系国家的人们在情感上普遍认同普通法高于制定法。^[5]普通法以判例法为其主要表现形式,判例法则适用着遵循先例原则。要求某一判决依据的法律原则,不仅适用于该案,而且还作为一种先例适用于与该法院及其所属下级法院管辖内的案情基本相同或近似的案件。^[6]其实质精神是追求同案同判,体现着法的确定性要求。现代司法体系中,严格的法院等级制度又为遵循先例原则的适用提供了现实条件。大量的判例在经年累月的司法实践中产生、积累,有关机关根据法定的标准和程序进行技术性的筛选和整理,形成了一套庞大的判例法体系。

2.2.2 英美法系法的不确定性因素

一方面,英美法系在遵循先例上产生了许多技术性方法,区分先例是其中之一。区分先例技术解决的问题就是,法官是否需要遵循先例,必须先行判断目前审理的案件与作出先例裁判的案件在客观事实与法律问题上是否相同或基本相似,以及在基本相似的基础上进一步判断相似程度,以比例原则相当程度地遵循先例。^[7]然而,客观事实显然无法量化比较。哈特在其《法律的概念》一书中就已经指出:实例指引的不确定性。哈特以父亲教导儿子礼仪为例,说明纷繁复杂的现实世界为实例指引过程带来了类比程度的难题。

另一方面,已经做出的判决对上级法院只具有参考作用,即作为一种辅助性判例。面对案情相同或基本相似的案件,上级法院不被要求必须适用下级法院已经形成的判例如此,下级法院判决既可能被上级法院酌情加以适用,也可能被上级法院全盘加以否定。一旦上级法院做出不同于下级法院、甚至是完全相反的判决,公民的行为选择、当事人的心理预期、律师的辩护策略、同级与下级法官的断案依据都应当在判决做出那一刻进行调整,其影响是广泛与深远的。大陆法系中,虽存在上级法院推

翻下级法院判决,但判例法并不属于大陆法系的法律渊源,上级法院的新判决只对该个案具有拘束力,不会像英美法系一样大范围地辐射其他相同或基本相似案件。

3 中国法律现状及对两大法系经验吸收

3.1 法律规则结构严谨性的优化路径

新三要素说提出法律规则一般包含“假定条件”“行为模式”“法律后果”三个要件,同时具备以上三个要件才可称之为法律规则。^[8]然而,部分法律规则客观上存在满足“新三要素说”的操作空间,却没有严格遵循其具体要求。譬如,《中华人民共和国民族区域自治法》共74条,在“法律后果”的安排设置上着墨甚少。肯定性法律后果一般是对行为效力的认可与保护,若不明确记载,则不利于社会秩序的稳定。否定性法律后果体现着国家强制力量,会对人的行为选择产生不同强度的震慑效果,也为公权力机关行使权力划定界限。不以文字方式明确记载否定性法律后果就会不可避免地陷入两种皆违背法治精神的现实窘境,或是违法行为泛滥成灾,或是自由裁量权的过度扩张,两者均会对和谐稳定的社会秩序造成严重冲击。基于此提出三点建议,一是立法机关制定法律时应当尽可能保障法律规则符合“新三要素说”规则结构的要求,以文字方式明确记载而不必过分追求简洁精炼;二是针对兜底条款,立法者应当保持克制,为兼顾法的灵活性确需制定,应当对兜底条款的必要性与合理性进行充分论证;三是司法者与执法者应当保持慎重,制定统一的适用标准。

3.2 案例指导制度的完善策略

英美法系的判例法具有说服力和拘束力两大特质。说服力是判例的成立前提和效力基础。判例法国家中,法院之所以受到其上级及同级法院判决的拘束,正是因为判决中体现的说服力对于相同或基本相似的案件同样具有说服力

效果。说服力作为纽带将这些案件关联起来,所以判例法国家对于法官的说理过程有着严格的规定和要求。拘束力在遵循先例原则中得到具体体现。中国的指导性案例,确立主体是最高人民法院;适用主体是全国各级人民法院,法律地位上不属于正式的法律渊源。指导性案例经由最高人民法院确定并发布,来自于审判实践,并且以其说服力获得了法官以及人民的内心认同。指导性案例并不是我国的正式法律渊源,理论上对于法官审理案件只具有辅助和补充作用,并不具有法律拘束力。但实践中,指导性案例往往虽无正式法律渊源之名却有正式法律渊源之效,在个别指导性案例中甚至能隐约看到规则拟制的身影。既然指导性案例与司法解释都由最高人民法院确立,都用文字方式予以记载,都以解决司法实践中的问题为目标,并且指导性案例在性质上不应当属于新的规则,试建议不妨将指导性案例作为司法解释的一种特殊表现形式,赋予指导性案例与司法解释同等的法律地位。同时,坚持立法权与司法权相分离,司法机关不得以任何方式创制新的规则,创新法律规则的需要由立法机关予以满足,从而更好的实现法的确定性。

4 结语

法的确定性与不确定性之矛盾贯穿法治发展的整个过程,出现于法的诞生之际,也将随着法的消亡而消失。这一话题虽老旧,却总是历久弥新。纵观世界,不同法系、不同国家会有不同的处理方法,重视制定法的大陆法系与崇尚判例法的英美法系都在不断探寻自己的因应之道。法的确定性与不确定性,既对立,又统一,应当批判的看待二者关系。历来重视确定性和稳定性的中国法律应当立足实际,理性借鉴大陆法系与英美法系的经验,促进中国的法律在符合客观规律的基础上,不断完善与发展。

参考文献:

- [1]Jeremy Bentham.Of Laws in General[M].London:Athlone Press,1970.
- [2]王华伟.破坏计算机信息系统罪的教义学反思与重构[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2021,23(06):93-104+147.
- [3]何勤华.大陆法系变迁考[J].现代法学,2013(1):3-17.-14
- [4]Petra Wittig.Wirtschaftsstrafrecht(5.Aufl.)[M].Munich:C.H.Beck,2011.
- [5]Karl N. Llewellyn.The Brambel Bnsh[M].Los Angeles:Oceana Publishing Inc,1960.
- [6]冯玉军.21世纪应用型法学系列教程 法理学[M].北京:中国人民大学出版社,2018.
- [7]雷檠硕.判例区分技术运用考察与借鉴[J].华东政法大学学报,2020,23(02):178-192.
- [8]付子堂.法理学初阶(第四版)[M].北京:法律出版社,2013.

作者简介:葛炜翔(1999.08—),男,汉族,江西上饶,硕士研究生,研究方向:民法方向。