

形式正义的制约因素简析

李寿初

【提要】制度的形式正义是指制度平等地适用于制度所辖的一切成员。在充满风险和不确定性的社会环境中制度的形式正义为人们提供了稳定的利益预期。制度的形式正义受制于多种因素,但主要有赖于制度的形式理性和社会权威。制度是由不同要素构成的一个系统,制度的基本单位和核心内容是规范,制度的形式理性主要是规范的形式理性。社会权威是制度实现形式正义的必要条件。制度相对稳定和非选择性执行是保持制度权威的基本途径。制度相对稳定是人们正常生活的需要也是制度本身的特性。制度一般由第三方实施,近代社会以来第三方通过民主法治有意束缚自己手脚,将自己置于分权制衡的制度环境中以取得社会大众的信任。这种对第三方不利的制度设置正是实现形式正义的有效措施。

【关键词】 社会规范 形式正义 形式理性 制度权威

【中图分类号】 D90-051 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952 (2015) 02-0073-05

制度的形式正义是指:无论制度的内容如何,制度都适用于它的所有成员,类似情况类似处理,不同情况不同对待,有关同异全由制度鉴别,制度面前一律平等。^①形式正义一般体现在制度实施的过程或程序中,但是不能将形式正义等同过程正义或程序正义,因为过程和程序本身也有形式和实质的要求,同样涉及形式正义问题。^②制度是调整人们社会行为的规范,可分为正式制度与非正式制度两大类。正式制度是指由各类社会组织制定的成文规范,如法律、法规、规章、政策、章程之类。非正式制度是指在社会演进中自发形成的非成文规范,如风俗、习惯、惯例、宗教、道德等。在制度经济学领域,通常用规则与习惯来指代正式制度与非正式制度,“制度的本质内涵不外乎两项,即习惯和规则,而其他特征或属性或附带说明均不过是它们的派生物。”^③正式制度与非正式制度相辅相成,为社会的有序运转提供

- ① 参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第58~60页。日常生活中正义的应用往往是交错含混的。例如,人们所言相对公平涉及实质正义但大多指形式正义,绝对公平也指向形式正义但主要是指实质正义,不能将相对公平与形式正义、绝对公平与实质正义等同起来。
- ② 罗尔斯在不同语境和意义上使用了形式正义与程序正义的概念,形式正义对应实质正义,程序正义对应结果正义。参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第84~90页。有学者忽略了罗尔斯对二者的区分,直接将形式正义等同程序正义(参见倪素襄:《制度伦理研究》,人民出版社2008年版,第117~119页);有学者认为与实质正义对应的形式正义有三种形态:与社会正义相对应的制度正义、与具体正义相对应的抽象正义、与实体正义相对应的程序正义(参见孙笑侠:《法的形式正义与实质正义》,《浙江大学学报》1999年第5期);也有学者认为形式正义是指所有的正义需要通过规范的方式表现出来并且上升为法律,实质正义是人们内心可感受到的、社会道德评价可甄别的正义(参见江必新:《论实质法治主义背景下的司法审查》,《法律科学》2011年第6期)。这些对形式正义的理解,部分背离了形式正义的本意。
- ③ 张宇燕:《经济发展与制度选择》,中国人民大学出版社1992年版,第120页。

制度保障。近代社会以来，正式制度更具基础地位，形式正义主要针对正式制度而言。

制度是社会正常运转的必要条件。制度的形式是否正义关乎社会秩序的建构和运行，也影响每个人的生存与发展。因此，如何实现制度的形式正义是制度建设的一个重要问题。制度的形式正义受制于多种因素。究其原委，主要有赖于制度的形式理性和社会地位的权威性。形式理性并不意味着形式正义，它只是形式正义的基础。没有形式理性，人们将对制度迷惑不解乃至无所适从。形式理性是实现形式正义的手段和前提，形式正义则是形式理性要达到的目的和结果，二者不可混为一谈。在现实生活中，如果制度没有权威的社会地位，人们就意识不到遵守制度与否的利害关系，就会缺乏对制度应有的敬畏感，制度就不可能被社会大众普遍遵守。制度权威的社会地位则是实现制度形式正义的必要条件。

一、制度的形式理性

制度的形式理性亦叫形式合理性，是指制度的内容如何布局和表现才是合理的。这是一个见仁见智的问题。不同于针对个别的人或事项的规定，凡是这类规定都不属于制度范畴，制度针对的总是具有共同行为方式的某类人，否则制度就失去了存在意义。制度是由若干个部分构成的统一体。一般而言，制度由总则、分则和附则三部分构成，总则主要是纲要性的规范即原则，分则是具体的规范即规则，附则是一些必要的说明或其他相关规定，这是通常的制度体例。名称、内容和符号是构成制度的要件。作为社会行为规范体系，制度的基本单位和核心内容是规范，制度的形式理性主要是规范的形式理性。只要规范的语言、要素、结构、公布等方面的安排合理了，就可以说制度的形式理性大致达到了。至于制度的名称、非规范性内容、符号以及其他方面的形式可以参照规范的形式要求加以改进和完善。

规范的结构是指不同类别或相同类别不同层次的规范有机排列的组织形态。规范调整的

不是一个具体行为，而是具有共性的抽象行为模式。一切行为或任何一类行为（按照不同标准同一行为可以属于不同种类）都存在共性。人们的一切活动，都可以归为不同种类和层次的行为模式。用以表达各种行为模式和行为后果的文字表述必须符合语言规范和逻辑规则。规范专有术语的含义要固定，不同情形有不同用语而同一情形只能用同一用语。规范自身的正确表达是规范结构合理的前提条件。原则和规则是规范的基本形式。在一个制度中，原则是总则的主要构成，规则是分则的主要构成。原则是纲要性的行为规范，是对规范调整对象的客观规律的反映，是制定和实施规则的标准，是规范基本价值的体现。规则是具体的行为规范，通过设定行为模式和行为后果，直接指导人们的具体行为。原则不设特定的行为模式和行为后果，不具有直接操作性，但它可以在更广泛的领域和范围内指引人们的行为方向，尤其在缺乏具体规则引导或规则之间产生冲突时其作用更加明显。不能认为原则没有行为模式，而是其行为模式比规则的行为模式更加抽象，适用行为领域更加广泛，是两个以上规则的共有行为模式，是一种更高层次的规则。^① 一个制度的原则之间、规则之间以及原则和规则之间不应当有冲突，至于不同制度之间这些冲突则难以避免。规则和规则的冲突，通过共同适用的原则解决。规则和原则的冲突，直接适用原则。原则和原则的冲突，求诸更高层次的原则，直至服从于终极意义的某个价值原则。这些结构高度形式化的规范，“让利益斗争受固定的、信守不渝的‘游戏规则’的约束”，^② 为规范调整的利益者提供了相对而言最大的活动自由空间，特别是合理预计其目的行为的后果和机会的最大余地。

规范应当通过方便大家知道的方式向社会公开，那些不适宜大范围公开的秘密规范也至少能够让所辖成员知晓。人们只有知道了规范，

^① 原则和规则的区别，可参考哈特对法律原则和法律规则区别的分析。参见[英]哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，（台北）商周出版社2000年版，第326页。

^② [德]马克思·韦伯：《经济与社会》（下），林荣远译，商务印书馆1997年版，第140页。

才会去遵守规范。一个规范，有意让一些人知道而不让其他人知道是不道德的。对那些时效性很强的规范要及时公布，有利于大家在规定期限内行使权利和履行义务。由于利益使然，个别单位和组织存在这种局部公开或不及时公布规范的现象。秘密规范的存在是社会自身的需要，社会完全没有秘密规范是不可能的。随时随地可能泄密的精神压力或者怀有不可示人的目的总是于己不利，无论对相关人士还是对无关人员秘密规范都会带来恐惧，人们应当警惕它。秘密规范的多少和人们的自由平等及社会的进步开放成反比。在开放民主的社会，绝大多数规范都是公开的，人们明白自己的一言一行将要带来的后果，没有太多的忧虑和恐惧，每个人都会按照真实意志做出选择，人们生活在幸福之中。当下是一个多元包容的社会，科技日新月异，信息高度发达，不宜存在过多只有少数人知道的秘密规范。即使那些秘密规范，也得在其规定范围内及时全面公布，这是一切规范都必须得到普遍遵守的基本要求。

二、制度的社会权威

制度的稳定性源自人们追求秩序生活的基本需要。虽然任何社会都会存在一些唯恐天下不乱以便浑水摸鱼的闲杂人员，但不可否认秩序生活是每个正常人的良好愿望。秩序是一种有条理的状态，与无序、混乱相对立。博登海默说：“秩序概念，意指在自然界与社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。另一方面，无序则表明，普遍存在着无连续性、无规律性的现象，亦即缺乏可理解的模式——这表现为从一个事态到另一个事态的不可预测的突变情形。历史表明，凡是在人类建立了政治或社会组织单位的地方，他们都曾力图防止不可控制的混乱现象，也曾试图确立某种适于生存的秩序形式。”^① 自然秩序受自然规律支配，如春夏秋冬、日出月落等。自然秩序的优点启迪和影响人类社会，过有秩序的社会生活成了人们的基本需要，小到家庭大至国家都是如此。社会秩序受社会规律支配，社会规律体现

在制度中，通过制度来维系一定的社会秩序。秩序是人们过上正常生活的基本条件。只有在一定的秩序中，人们才能合理预见将来的行为后果以便选择适当的行为方式，防止来自各方面的随意侵犯，消除由于无序带来的不安、焦躁或恐慌。但是，秩序这些功能和价值的实现，又依赖制度的相对稳定。没有制度的相对稳定，人们的行为活动就无所依据，而且如果制度随时变动就会导致人们的行为混乱，最终也就没有了秩序。

制度的稳定性最终有赖于社会关系的稳定。制度的实质就是人们在社会生产生活中所形成的社会关系的反映。无论正式还是非正式的制度，在其形成之后都面临实施问题。虽然现实中制度约束的对象会有自我实施的情形，但大多数情况下由第三方实施，至少遵守它的人们能意识到第三方的存在或影响。第三方是指保障制度实施的各类社会组织，是外在的强制力量。自利本能的人们在社会生活中既要博弈又要合作，且在信息不完全条件下合作常会陷入囚徒困境，增加合作难度。自利行为产生的个人收益与社会收益不相等也是人类社会的普遍问题。因此，制度由第三方强制执行就成为必要。制度是“集体行动控制个体行动”，^② “这种对一个人的行为的控制，其目的和结果总是对其他的个人有益”，^③ “集体行动不仅是对个体行动的控制——它通过控制的行为，正如那些助动词所表示的，是一种对个体行动的解放，使其免受强迫、威胁、歧视或者不公平的竞争，由于对其他个体加以限制。而且集体行动还不仅是对个体行动的抑制和解放——它是个体的意志的扩张，扩张到远远超过他靠自己的微弱的行为所能做到的范围。一个大公司的首脑发出命令，在天涯海角执行他的意志。既然某些人得到的解放和扩张是由于为了他们的利益而对其他的人作了抑制，同时制度的简单扼要的定义是集体行动控制个体行动，那么由此推论

① [美] 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社 1987 年版，第 207 页。

② [美] 康芒斯：《制度经济学》（上），于树生译，商务印书馆 2009 年版，第 87 页。

③ [美] 康芒斯：《制度经济学》（上），第 87~88 页。

出来的定义就是：集体行动抑制、解放和扩张个体行动”。^① 制度本身所具有的指引、评价、教育、预测和惩戒功能能够避免人们行为的盲目性和随意性，不致于社会秩序倒回弱肉强食的丛林状态。

现代社会可谓开放变化的社会，生产力发达，社会分工深化，选择机会增多，人员流动加速，人们的交往不再局限于传统社会熟悉的圈子，而是拓展到广大陌生人群体。交往范围的无限扩大打破了博弈参与人员组成的稳定性，从而使得无名氏定理失效。这是因为，如果参与人员的组成不稳定，博弈本身即使重复无穷多次也是无意义的。更何况在现代社会，“毋庸赘言，（共同知识、博弈的稳定性和无限重复）这些条件不但假定性很强，而且根本不可能在经验世界中观察得到。”^② 相比传统社会，现代社会制度自我实施的可能性更小，大量由第三方实施是现代社会的普遍现象。虽然行为主体的自我意愿在实践当中起着决定作用，但不能因此说人们的行为只是个人之间的利益考量和简单的自我选择，实际上是综合了包括第三方实施在内的各种因素的结果。“在现实世界中，我们所能观察到的社会范围内的合作很少是脱离了权威而存在的。权威既可以建立在制度的基础上，也可以建立在个人影响力以及宗教信仰的基础上。”^③ 尽管人们之间的合作均由自我控制的个人行为结合而成，但其并非个人意愿的行为，而是一种集体行动或组织行为。事实上，具有社会本质的人们几乎没有纯粹的个人意愿行为，即使有也大多带有理论设想的色彩。

制度的自我实施无疑体现了形式正义，但由第三方实施不一定能达到形式正义，因为第三方存在变量。假如第三方是一个中立的执行者，它的确能实现形式正义。但现实生活中它们不是抽象的，而是具体实在的组织架构以及其下有七情六欲的工作人员，不但组织本身存在不当的可能，而且工作人员的素质参差不齐，人们不得不担忧第三方的信用和滥用权力的问题。因此，对第三方实施的需求和对它的不信任是制度实施当中长期存在的基本矛盾。

一般而言，第三方通过两种方式建立自己的信任度。一个是凭借良好的表现建立信誉，传统社会的开明君主就属于此类。但是由信誉所建立的信任是不稳定的，即使他们一贯理性，拥有完全决定权的他们在无任何抗衡力量的情况下也会趋于滥用权力，这就是人们常说的绝对的权力必然导致绝对的腐败。另一个是向人们展示一个可信的承诺来树立威信。^④ 这个承诺必须以有一个有成本且可见的行动为基础，该行动能迫使第三方主动兑现承诺。兑现承诺的不可避免性是第三方取得社会信任的根本理由。近代社会以来，民主法治的推行逐步解决了第三方的信任问题。民主就是人民或多数人当家做主，法律反映的是人民意志，法律统治社会，法律面前一律平等，任何主体都没有超出法律之外的特权，任何违背法律的行为都要接受法律制裁。任何社会组织都没有绝对的权威，各种社会组织之间分权制衡，都要服从法律的管理。法无规定对人们而言即自由而对第三方来说即禁止。由于法律至高无上，就意味着第三方向人们许下了一个诺言，它自愿接受社会监督，违背法律同样逃脱不了法律制裁。法治使得人们能够合理预见第三方的行为后果，不应担心它的非法干预，从而大大提高生活质量。第三方通过法治有意束缚自己手脚，不仅没有削弱反而增强了权威和公信力，解决了社会信任问题，为实现形式正义提供了可靠保证。

三、结语

无论对于个人抑或社会，制度都是其生存和发展的必要条件。可是，制度只有实现了形

① [美] 康芒斯：《制度经济学》（上），第91~92页。

② North, Douglas, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge & New York: Cambridge University Press, 1990, p. 57.

③ 姚洋：《制度与效率：与诺斯对话》，四川人民出版社2002年版，第112页。

④ 可信承诺研究的经典文献，请参考 North · Douglas and Barry. Weingast, *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, *Journal of Economic History*, 1989, Vol. 49 (4): pp. 803-832.

式正义，才能为风险无常社会中的人们提供稳定的利益预期和行为模式。影响制度形式正义的因素各种各样，但制度的形式理性和社会权威是两个主要因素。制度是由多种要素构成的一个系统，规范是它的基本单元。如果规范的形式安排合理了，制度的形式理性就大致达到了。作为行为准则体系，制度只有得到社会大众的普遍遵守才能实现形式正义。这就要求制度具有权威，没有权威遑论形式正义。制度相对稳定和非选择性执行是保持制度权威的基本途径。制度相对稳定不但是人们正常生活的需要，而且是制度本身的特性。制度自我实施时能体现形式正义，但这在任何社会都是个别现象，由第三方实施才是常态。如果第三方是中

立的执行者，形式正义自然不必多虑，但第三方存在滥用权力的可能，对第三方实施的需求与不信任是一对长期矛盾。第三方可以通过良好表现建立信用，但实践表明这并不可靠。近代社会以来第三方通过民主法治有意束缚自己，将自己置于分权制衡的制度环境中。这种对自身不利的约束使得第三方的承诺具有操作性，正是保障形式正义的有效举措。

本文作者：上海交通大学马克思主义学院
讲师，中国社会科学院研究生院法学系
2005届法学博士
责任编辑：赵俊

A Study on the Constraints of Institutions' Formal Justice

Li Shouchu

Abstract: Institutions' formal justice is that institutions apply equally to all members included, which provides people with a stable interest expectation in the social environments full of risk and uncertainty. Institutions' formal justice is subject to many factors, but it mainly depends on institutions' formal rationality and social authority. Institution is a system composed of different elements, whose basic unit and core content is the norm, and its formal justice mainly is norm's formal justice. Social authority is a necessary condition to achieve institutions' formal justice. Institutions' relative stability and non-selective implementation are basic approaches to maintain their authority. Relatively stable institutions are both the requirement of people normal life and the characteristic themselves. Institutions are generally implemented by the third party. Since the modern society, in order to gain social trust, the third party has been intending to bind its own hands by democracy and rule of law, and to place itself in unfavorable institutional environments with the separation of powers. This unfavorable institutional setting for the third party is exactly an effective measure to achieve institutions' formal justice.

Keywords: social norms; formal justice; formal rationality; institutions' authority