制度法理学述评

刘同苏

两个学者在彼此毫无联系的情况下通过各自的独立研究而得出了同样的结论，这种现象在科学研究的历史上并非罕见，诸如达尔文与华莱士在相互不知晓的情况下提出了同样的生物进化理论，牛顿与莱布尼茨各自完全独立地发现了微积分，马克思、恩格斯和狄慈根通过不同的道路而揭示了辩证唯物主义。这种貌似偶然的巧合实则有着必然的基础，这就是科学揭示真理的能力和人类思维的同构性。制度法理学的产生方式又一次显示了科学研究中的这种奇迹。1969年，奥地利卡尔一福伦兹大学法哲学研究所的研究员奥塔·温伯格在一篇极为哲学化的论文（“作为思想与作为现实的规范”《奥地利公法杂志》总第20期）中首次提出了制度法理学的基本观点；4年以后，英国爱丁堡大学法学院院长尼尔·麦考密克教授在完全不知道温伯格的论文的情况下（由于两人居住在不同语种的国家），在他的一篇论文（“作为制度性事实的法律”《法学季评》总第90期）中首次在法理学中使用“制度性事实”这一概念并且以此阐述了与温伯格的论点极为相似的法理学理论；至1979年，温伯格仍不知道有人在另一个国家里使用另一种语言提出了与他的理论相似的学说，但令人感到吃惊的是温伯格在这一年写的论文（“事实与事实描述”《社会哲学与启蒙运动》，蒂宾根，1979年。）中也与麦考密克不谋而合地使用了“制度性事实”这一概念作为自己学说的基点。在这以后，这两位学者才彼此得知自己的理论在另一种语言中有着一个孪生兄弟，并于1985年合作出版了《法的制度理论——法律实证主义的新态度》一书。

从本文的题目看，制度法理学似乎是一种自相矛盾之物，一方面它要超越法律实证主义，另一方面它又是一种法律实证主义。说到制度法理学自认是一种法律实证主义，这就要看制度法理学把法律实证主义理解为什么，或者说它在何种意义上把自己视为法律实证主义。温伯格认为：“法律实证主义的肯定特征可以表述如下：法律实证主义者把如下设定作为自己的出发点——法律是社会现实的构成要素，……对法律的认识被认定为是对社会现实的认识。”①这也就是说，制度法理学承认法律实证主义最基本的传统观念：法律科学的对象是一种实在之物——实在法。温伯格和麦考密克认为他们仅仅在这一意义上才把自己叫作法律实证主义者。②至于实在法的疆域究竟应当扩展到什么地方或者实在法究竟应当包括什么东西，制度法理学却与传统的法律实证主义有着明显不同的甚至是对立的立场，用温伯格的话来说，制度法理学在此方面超越了法律实证主义（更确切地说是超越了传统的法律实证

① 温伯格：《超越法律实证主义与自然法理论》，载于《法的制度理论》，D·里德尔出版公司，1985年，第116页。

② 温伯格和麦考密克：《法的制度理论》，导言第7页；参见温伯格：《作为思想和作为现实的规范》，同上书第43页。

主义）。传统的法律实证主义认为：实在法仅仅限于由有权能者发布的法律规则。而制度法理学“把法律的边缘扩大从而使之超出了传统法律实证主义所限定的范围，它把原则、价值和涉及判决的必然推论等因素也包括在法律或‘法律的’范围之内。”①“我们不否认法律依赖并体现价值与价值标准”，②确实“存在着某些在法律范围内应当予以强制推行的道德价值”。③公然把价值标准和道德因素包容在实在法的范围之内，这非但有悖于传统的法律实证主义，而且简直就是自然法理论的腔调。但是，制度法理学的创始人并不认为自己已经由此而进入了自然法学家的行列，他们认为自然法理论的价值标准是一种先验的永恒的独立于人类意志与制度的抽象物，而制度法理学所说的价值标准则是具体的已经体现在人们的实际态度之中的实在之物。④基于这种看法，他们认为制度法理学虽然对某些非极端的自然法理论持有理解态度，但却没有堕身其中，而是超越了自然法理论并且由此而保持了法律实证主义的否定特征——“法律实证主义者并不设定任何有关法律正确性的先验标准，这种先验标准可以独立于人的意志和制度而具有效力。法律实证主义者也不设定任何正确性的标准由之导出和由以证明的形而上学的前提”。⑤尽管制度法理学的创始人把制度法理学对法律实证主义的超越解释为是一种符合于法律实证主义基本观念的东西，但是无可否认，制度法理学在坚持法律实证主义最基本立场的前提下，已经引进了自然法理论的某些观点，这就是说，制度法理学自身具有了某种二元化的趋势。然而，任何一种合理的理论都必须具有自身内在的统一性，其合理性首先意味着它本身不得处于自我矛盾的状况。如此，制度法理学要使自身合理化，就需要一种观念或一种说法，这种观念或说法能够使制度法理学中二元化的或彼此对立的因素（即法律实证主义的因素和自然法理论的因素）统一起来。制度法理学为此提供的观念就是“制度性事实”，对于制度法理学的创始人来说，这一观念似乎具有能使上述那两个彼此对立的因素相互溶合的魔力。“制度性事实”这一观念对于制度法理学的重要性是不言而喻的，因为制度法理学的创始人已经把这一观念奉为自己的旗帜并且把它直接写入了这一理论的名称。

温伯格和麦考密克把自己的理论称之为“法的制度理论”（Institutional Theory of Law）或“制度法律实证主义”（Institutional Legal Positivism），这两个名称中的“制度”一词来源于“制度性事实”（Institutional Fact）这一概念。“制度性事实”这一概念是由美国语言哲学家约翰·塞尔（美国加利福尼亚大学伯克利分院哲学系教授，曾于1980年访问过中国）和英国语言哲学家G·E·M·安斯库姆（英国牛津大学萨默维尔学院教授和兼职研究员）提出，温伯格和麦考密克把这一概念引入法理学并且对之进行了修正与发挥。温伯格和麦考密克从语义逻辑分析的立场出发，认为世间的事实可以分为两类：纯物质性事实（Brute Fact）和制度性事实。纯物质性事实又被称作天然状态的事实（Raw Fact——温伯格）或纯物理性事实（Pure Physical Fact。——麦考密克），这种事实“仅仅与物质世界的物理存在有关而全然与人的意识和意志无关；它是人类意识的条件，而非人类意识的结果”。⑥由于纯物质性事实完全不包含意识因素，也不受意识作用的影响，由此可以用纯粹的行为描述对纯物质性事实进行外在的描述并且可以用陈述句对之加以表述。由此方式便可以达到对纯物质性事实的认识和表达。制度性事实又被温伯格称之为

①③ 温伯格和麦考密克，《法的制度理论》，导言第8页、第9页。

② 麦考密克，《法律权利与社会民主》，英国牛津大学克拉伦顿出版社，1982年，第18页。

④⑤ 见温伯格，《超越法律实证主义与自然法理论》，载于《法的制度理论》第117—118页；第116页。

⑥ 同①。

以人为前提的事实（Humanly—Conditioned Fact），而麦考密克则又把它叫作被规范限定的事实（Norm—Defined Fact）。温伯格认为："制度性事实是一种复杂事实：它既是精神性的规范结构，同时也作为社会现实要素存在。"①所谓精神性的规范结构是说制度性事实是一种"理想结构"，它并不直接存在于现实之中，而是作为"观念实体"对现实发挥作用。②其精神性表现在它不存在于空间之中，从而不能被感官直接感知，也不能仅仅依靠外在的行为观察来确认。制度性事实的现实性则表现为两点：（1）制度性事实存在于时间之中，它在时间上具有持续性；（2）制度性事实是现实物质过程的内在要素，它在现实的物质过程中发挥着功能性的实际作用。③那么，制度性事实如何能够既作为精神性的事物同时又作为现实而存在呢？或者说制度性事实如何可能把精神性与现实性这两种不相容的性质统一于一身呢？这就要诉诸"人"及其主体活动——"实践"。前面已经指出过，温伯格认为制度性事实就是以人为前提的事实；另外，温伯格还反复强调：不使用"实践"概念，便无法正确地描述制度性事实。④在不涉及人的纯自然状态中，事物是纯粹的客体，它们没有自我意识，也不受意识的影响，从而也就不存在以自我为中心的有目的的运动。人则是行为主体，他的活动具有目的性，是服从自我意识的活动，是实践。一方面，实践是可以被感官感知的在时间与空间中展开的外在行为，另一方面，实践与其它外在行为不同，实践这种外在行为包含着内在的目的性，即这种外在行为服从内在意识的支配。由此，实践"是一种具有观念内容的物质和现实的过程"。⑤由于实践无法把意识性排除于自身之外，所以精神性的东西便可以作为实践这种外在行为的内在要素而存在，而这一点恰恰成为了制度性事实之现实性的基础。那么，作为精神性结构的制度性事实如何表现为现实中的要素呢？换言之，这种精神性结构为何能够作为现实而存在呢？其原因在于这种精神性结构可以对现实世界产生现实的作用。制度性事实可以通过为人们提供行为动机而对人们的外在行为产生现实的使动作用和定向作用，它驱使着人们从事某种行为或者采取某种行为方式。离开了由制度性事实引起的使动作用和定向作用，就无法解释人们从事的那种外在行为。在这里，精神性的结构通过人们的行为动机而外化于外在的行为之中，而外在行为则通过对精神性结构的服从而获得了内在意义。由此可见，实践是沟通制度性事实之精神性与其现实性的桥梁。另外，制度性事实的存在与人类的社会本性有关，因为制度性事实是沟通人们之间联系和确定人们之间关系的结构。至于具体有什么东西属于制度性事实之列，温伯格列举有国家、宗教、社会集团、社会制度、被确立的生活方式和固定化的社会的或个人的行为模式等等。⑥麦考密克则更为直接地采用了当代西方语言哲学的论证方法，他认为制度性事实是行为领域中的一种事实，这种事实的存在不仅依赖于在现实世界中发生了什么行为或出现了什么事件，而且也依赖于适用于这些行为或事件的规则。⑦这就是说，只有按照规则或规范所规定的方式行为或出现，一定的具体行为或具体事件才能造就一定的事实，反之，这一事实便不能成立，

---

① 温伯格：《超越法律实证主义与自然法理论》，载于《法的制度理论》，第113页。

② 见温伯格：《作为思想与作为现实的规范》，同上书，第33页、第36页。

③ 见温伯格：《事实与事实描述》，同上书，第85—87页。

④ 同上，第91页。

⑤ 温伯格：《作为思想与作为现实的规范》，同上书，第38页。

⑥ 同③，第82页。

⑦ 见麦考密克：《论分析法理学》，载于《法的制度理论》，第102页。

或者说这一事实便不具有它所应有的现实规定性。由此，制度性事实并不仅仅是一定的现存之物，而且它还必须具有规则赋予它的意义或现实规定性。通过以上论点可以看出，温伯格和麦考密克之所以要引入“制度性事实”这一概念，主要是为了证明以下结论：在人类行为的领域里，事实不仅具有外在的方面，也具有内在的即主观的方面。

温伯格认为：“法律是一种特殊类型的事实，即塞尔所说的制度性事实。”①由此，象其它制度性事实一样，法律也以人作为自己存在的前提，也与实践有着密不可分的联系，也具有外在与内在两个方面。由于制度性事实正是以其内在方面——目的性区别于纯物质性事实的，从而法律无法把目的因素排除于自身之外。“因为法律原则和法律制度的目的在法律实践中确实发挥着现实作用，所以必须把法律领域里的这些要素视为法律现实的构成部分。”“法律原则和法律秩序的目的性背景也属于实在法体系。”②基于此，“应在”（目的就是对现实应当向何方向发展的要求和趋向）和“价值”（即对是否符合目的的估价）也不能被摈弃于实在法体系之外。③当然，法律的目的不是为法律而法律，法律的存在是为了满足人们的社会需要，“法律体系必须依照社会的人类学结构去履行特定的功能，法律在社会中的作用总能够展示其内容的特定要素”，④所以，法律的目的和内容是社会赋予的。

麦考密克使用了与温伯格相同的概念，但其证明方式却有所不同。麦考密克认为：“契约”、“所有权”、“法人”等概念“对于把法律体系视为由相互联系着的规则组成的和谐系列，具有决定性的意义。理解这些概念是解决法律理论问题的关键之一。”⑤他举契约为例，一项具体契约之所以存在，首先是因为一系列法律规则在概念上规定了什么是契约——履行了什么行为或者发生了什么事件才使得契约得以创立（创立规则）；由上述方式创立的契约在法律上有什么后果（后果规则），由什么样的行为或事件才使契约解除（终止规则）；其次，是由于在现实中发生了规则规定的事件或者履行了规则规定的行为。如此，契约这种法律制度如同其它制度性事实一样，是规范限定的事实。在逻辑上，契约的概念先于契约的具体例证，只有预先在诸法律规则中规定了契约的概念，具体的现实行为和现实事件才能创立法律意义上的契约。规定了“契约”概念的规则系列（或规范体系）是具体契约存在的第一前提，但是，这个第一前提仅仅是“一般的（即通常情况下的）必然条件”和“假设的充分条件”，⑥这也就是说，这种前提或条件并不是绝对地有效，并不是毫无例外地适用于一切具体例证，它们仅仅适用于未遇到事实挑战的一般情况，当复杂的事实组合形成了规则系列未曾预料到的例外情况并且这种例外构成了对规则系列所作规定的挑战，法律规则就要让位于法律原则。麦考密克举了这样两个例子。在苏格兰，法律规则规定买卖房产必须要有文字契约，也就是说，文字形式是房产买卖契约之有效性的条件。但是，如果一个诚心要买房子的人因不知道该法律规则而与他人在口头上达成了买房契约，当他在其后要求对方履行该契约规定的义务时，上述的口头契约是否有效？按照法律规则的规定，由于该买房契约无文字形式，显然应视为无效。但是在苏格兰，一般法庭都根据正义原则和公平交易原则而将上述口头契约视为有效。另一个例子曾经为德沃金所援引过。⑦某人在超过法定年龄和头脑健全

①②③④ 温伯格，《超越法律实证主义与自然法理论》，载于《法的制度理论》第113页、第117页；第113页；第118页。

⑤ 麦考密克，《作为制度性事实的法律》，同上书，第51—52页。

⑥ 见麦考密克，《作为制度性事实的法律》，载于《法的制度理论》，第72页。

⑦ 理格斯诉帕尔默，纽约州法院第115号，第506页。

的情况下按照遗嘱法的所有规定订立了一份遗嘱，按照该遗嘱，立遗嘱者的孙子将在他死后继承他的绝大部分的财产。显然，由于这份遗嘱满足了法律规则所要求的一切条件，从而按照该遗嘱和法律规则的规定，立遗嘱者的孙子在立遗嘱者死后有权利继承其财产。然而现实却向法律规则的规定提出了挑战，在现实中出现了这样一个因素——立遗嘱者的死亡是由遗嘱继承人的谋杀造成的。关于遗嘱问题的法律规则显然无法应付这一挑战，因为按照法律规则的规定，那位继承人因谋杀固然会身陷囹圄，但照样有权继承被谋杀者的遗产（因为谋杀并没有违反关于遗嘱的法律规则的规定）。审理该案的法官于此时援引了这样一条普通法原则——任何人不得从自己的罪行中获利，据以否定了谋杀者要求继承遗产的权利要求。当然，法律原则并不是一种与法律规则相分离甚至相对立的东西，“在法律原则和法律规则之间存在着一种联系；原则表现了具体规则和制度的潜在目的，……如此，法律原则是规则与价值的汇合点”。① 法律规则是人为了一定目的而设立的规范体系。在通常的情况下，由于形式化的需要，法律逻辑直接套用法律规则作为法律推理的大前提，而法律规则的目的却退到幕后。当法律规则无法应付现实的挑战时，隐居幕后的目的便通过法律原则而走到前台来。法律规则内含有目的性，但它自身并不是目的，而是手段。正因为此，当法律规则无法达到目的时，它才会让位于更直接表现自身目的的法律原则。法律规则规定房产买卖契约需要有文字形式，这本身是为了达到公平交易的目的，而当这种规定在现实中妨碍了该目的的实现，该目的便通过公平交易原则更直接地表现出来。由此，原则、目的和价值原本就内含于法律规则之中，只是在例外情况中，它们才直接露面。所以，我们根本无法把原则、目的和价值排除在实在法体系之外。

这里我们可以回到本文前面提出的那一问题：为什么制度法理学作为一种法律实证主义却能够容纳自然法理论的观念？以奥斯汀和凯尔逊为代表的传统法律实证主义之所以要把自然法理论驱逐出法律研究领域，是因为他们认为法学作为真正的科学只能外在地研究纯粹客观之物（即实在法），而自然法理论所推崇的价值观念与道德目的是一种主观上的东西，故而不应属于法学研究的对象。制度法理学通过“制度性事实”和“实践”等概念，证明在以人为中心的客观世界里，客观世界已经不可避免地留下了主观影响的痕迹，人类社会不可能象自然界那样自在地存在，对于人类社会这种客观存在来说，主观的作用已经成为其必不可少的内在要素。就法律而言，目的和价值（无论我们把这类东西叫作法律原则，还是自然法的要求）对于法律的实际存在和现实运动，具有定向作用，所以对法律的实际描述决不能回避对这些内在要素的分析。注意对法律的内在研究，并由此把实在法的范围扩大到可以包容目的和价值这样一些要素，这是制度法理学能够溶合法律实证主义与自然法理论的关健 。

此外，虽然制度法理学也象传统的法律实证主义一样注重对法律的逻辑分析，并且制度法理学的创始人在自己的法理学研究中也始终贯穿着语义逻辑分析的方法（他们认为法学家可以从倡导语义逻辑的当代语言哲学那里学到很多东西）。② 但是，制度法理学的创造人并不认为逻辑分析是法理学研究的唯一方法，甚至不把它作为法理学研究的首要方法。他们认为法律作为制度性事实具有两个方面，一个是作为观念实体的逻辑方面，另一个是作为社会现

① 麦考密克：《作为制度性事实的法律》，载于《法的制度理论》第73页。

② 见麦考密克和泽农·班考斯基：《语言行为、法律制度和实际法律》，载于《法律的头脑》，英国牛津大学克拉伦顿出版社，1986年，第121页。

象的现实方面。①研究法律的逻辑方面，需要运用逻辑分析的方法，而研究法律的现实方面则要用社会学的方法。由于法律的实在性和有效性的问题只能通过社会学的方法来确定，②由于法律的目的与价值只能通过社会学的方法加以探究，③所以，在法理学研究中，社会学的方法居于首要地位，而逻辑分析方法仅仅是一种辅助工具。④由此可见，社会法学派的思想在制度法理学中也占有一席之地，制度法理学所作综合的范围不限于法律实证主义与自然法理论两家。

总的来看，我认为制度法理学的出现对于整个法理学都具有积极的意义，它不仅使法律实证主义突破了自身的局限而向前推进了一步，而且给整个法理学界以启示。制度法理学的积极意义主要表现为以下几点：一、制度法理学突破了传统法理学对自然法理论的敌视态度，公然承认自己接受了自然法理论中有益的观念，并且还吸收了社会法学思想的某些成份，从而使自身成为了当今西方法理学中综合法学潮流的一个组成部分。二、制度法理学通过"制度性事实"这类的概念强调了现实与意识之间的相互联系、彼此交溶和交流性的作用，而不是象传统的法律实证主义那样机械地死守现实与意识的绝对界限。在某种程度上，"制度性事实"这一概念类似于马克思关于"属人的现实"和"人化了的自然界"的说法，⑤马克思认为当人出现并进入自然界以后，自然界便不复是一个自在的存在物，它获得了不同以往的由人赋予的性质与意义，从而"自然界对人说来作为人的存在"，⑥现实也具有了属人的性质。制度法理学关于制度性事实的说法在方法上与马克思并无不同之处，所不同的是制度法理学把具有属人性质的现实局限在社会现象的范围之内。另外，制度法理学关于实在法的观点也使我们想起马克思在"关于费尔巴哈的提纲"中的论点——"从前的一切唯物主义的主要缺点是：对事物、现实、感性，只是从客观的或者直观的形式去理解，而不是把它们当作人的感性活动，当作实践去理解，不是从主观的方面去理解。"⑦传统的法律实证主义仅仅是从客体的或者直观的形式去理解法律现实，而制度法理学却把法律现实与人的感性活动——实践联系起来，去探究法律现实的主观方面（其目的和价值）。三、制度法理学不再认为现实仅仅就是实体，力、作用和关系也应当被视作现实。他们认为一事物是否被视作现实，不仅仅取决于它是否具有实体形式，而且要看该事物是否作为现实物质过程中的内在要素，而对这一过程发挥或者履行，为该过程所必不可少的作用或功能。由此，我们虽然不能象对待法律规则那样，在实体上把握法律原则和法律的目的，但我们完全可以通过它们在法律现实中所发挥的作用或所履行的功能而对之加以确定和测定。这种新的现实观显然来自于现代自然科学，诸如，既然能量可以与质量互换，我们又何必死守质量呢？四、制度法理学不再象传统的法律实证主义那样把法律视为一个封闭的逻辑体系，而把法律看作存在于社会中的开放系统。他们认为社会不仅为法律确立了目的（法律必须按照社会的要求去履行自己的特定功能），而且为法律的发展提供了动力（社会现象的挑战刺激了法律的发展）。五、制度法理学的创始人在自己的研究中运用了新的综合方法，而在此前，法律实证主义主要是通过分析方法来展开自己的研究。温伯格认为法律体系不是一个可以从社会中分离出来的独立的封闭体系，而是社会整体中一个有机的与其它部分相互作用的组成部分。麦考密克则认为法律体

①②④ 见温伯格：《作为思想与作为现实的规范》，载于《法的制度理论》第43页；第45页；第46—47页。

③ 见麦考密克：《作为制度性事实的法律》，同上书，第74页。

⑤⑥ 马克思：《1844年经济学—哲学手稿》，人民出版社，1979年6月，第77—79页；第84页。

⑦ 《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》，人民出版社，1972年4月，第50页。

系不是一个个法律规则的简单相加，在法律规则之间存在着有机的联系并由此组成规则系列这样一种综合体。在这些论点中，综合方法的影响极为明显。在上述积极意义中最主要的是制度法理学为法理学家如何对待实在法或如何判定法律的实在性提供了一种新的视角。当然，制度法理学也存在着一些理论上的错误。诸如这一学说认为制度性事实不存在于空间之中，这显然受到了实体论的束缚，实际上，空间中存在着的不仅只有实体，还有其它东西，力和作用就需要在空间中展开。制度性事实既然以现实作用而存在于现实之中，它就不能不以空间为自己的存在形式。

（作者单位：中国社会科学院法学所）

责任编辑：秦　凤

《中国法学》一九九一年第三期目录

开展人权与法制的理论研究……本刊评论员
加强经济立法实现经济稳定协调……孙琬钟
论民事诉讼法（试行）修改……胡康生
对全民所有制企业承包经营的立法及其实践的若干思考……马立业
关于人民代表大会制度的几个概念和提法质疑……刘　政
析权利本位论……郭宇昭
我国不宜采用判例法制度……高　岩
马克思主义法正义观初探……孙国华　郭体成
法律局限性的处理模式分析……徐国栋
行政强制措施司法审查刍议……王振光
发展合作社的若干法律问题……马俊驹　冷铁勋
诉讼中证明责任探讨……严　端
论起诉监督……卞建林
关于死刑复核程序的几个问题……沈德咏
量刑轻重不宜作为审判级别管辖的唯一依据……洪道德
我国海峡两岸刑法分则的比较研究……赵秉志　余欣喜
当代我国离婚改革的评价和启示……张贤钰
敦煌所出买卖契约研究……高　潮　刘　斌