

重访法律制度主义： 新旧之别与异同之辨

王荣余

摘要 法律制度主义存在新旧之别，旧制度主义将作为制度的法律理解为社会学意义上的社会秩序和组织机构，新制度主义则基于制度性事实追求“规范主义的社会现实性发展”，并在制度性事实的本体论、方法论多元主义以及实践理性及其局限方面取得基本共识。但其内部仍存在诸多差异：行动的形式目的理论与非正式言语行为理论；实践推理的逻辑理论与实践推理的合理性理论；制度的规范观念与制度的习惯观念；实证主义立场与和后实证主义立场。在法律制度主义百余年的学术理路、理论渊源和发展内涵上，规范主义与反规范主义得到有效调和，理论基础和内容得到发展和完善；理论自主性得到不断强化；以此为指引，当前国内的法律制度研究应更注重“经验研究的规范主义发展”。

关键词 法律制度主义 麦考密克 制度性事实 实践理性 后实证主义

作者王荣余，西南政法大学立法科学研究院助理研究员（重庆 401120）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)09-0110-13

引言

近年来，“制度话语”在国内悄然兴起。其中既包括顶层维度的“制度自信”，也包括中层维度的“地方法制”，既包括实践中的制度践行，也包括理论中的制度研究。制度，愈加成为审视理论与实践的一扇窗户。在法学领域，这一情势显得更为明显，因为法律本身就被视作是一种制度。以苏力教授为代表的社科法学学者对此问题作了许多有益的探索；^①他认为，制度就是“在给定的社会条件下，针对共同体或组织机构的某一常规性问题而实际采取的功能性应对措施之集合”^②。然而，基于功能视角对法律制度以及制度本身进行社会学解释，这一理路实际上并不新鲜，考虑到整个法律制度主义的新近发展便更是如此。更关键之处在于，诸如此类的理论研究还面临着难以克服的内在困境，尤其是无力回应规范性及其规范性基础等问题，这会使得（比如说）关于地方法制等问题的既有讨论面临失败的风险，^③从而也使得关于制度的经验社会学研究所具有的说服力变得可疑。当然，本文无意直接处理诸如此类的问题，而是试图

^① 苏力：《大国宪制：历史中国的制度构成》，北京：北京大学出版社，2018年。

^② 苏力：《何为制度？因何发生（或未发生）？》，《比较法研究》2018年第6期，第9页。

^③ 《中国法律评论》2019年第3期专题讨论了地方法制的规范性问题，不少学者对此提出质疑甚至是否定。相关内容，可以参阅陈景辉：《地方法制的概念有规范性基础吗》，《中国法律评论》2019年第3期；雷磊：《“地方法制”能够成为规范性概念吗》，《中国法律评论》2019年第3期。

通过对法律制度主义内在逻辑的考察为其提供一个参照，以反观其可能存在的不足。

一般而言，制度主义（Institutionism）的词源可以追溯到拉丁语中的“*Institutio*”，其后又出现在两部著名法律教科书的目录中，即盖尤斯和优士丁尼的《法学阶梯》。^①而法律制度主义则兴盛于19世纪末，且主要流行于意大利、法国以及德国等地；在自此以降的百余年发展中，法律制度主义整体上呈现出新和旧的分别。^②旧制度主义主要以罗曼诺（Santi Romano）为代表，而新制度主义则是通常所说的以魏因伯格（Ota Weinberger）和麦考密克（Neil MacCormick）为代表的“制度法理论”。无疑，新旧制度主义之间的差别是巨大的，而且新旧制度主义内部实际上也存在具体内容上的差异。在很大程度上，这些内容不仅为国内的制度法理论研究所忽略，而且它所具有的启示意义也未曾得到彰显。这即是说，不管是对于制度法理论的二阶研究本身还是试图以此为理论资源展开的一阶法律制度研究或开创具有中国特色的制度法学，^③我们都有必要对法律制度主义展开全面的讨论并以此来达到清理地基的作用。这不仅有助于提升对法律制度主义之新旧异同的理解和把握，同时也能为当下的制度研究提供助益。

一、法律制度主义：“旧”与“新”

旧制度主义主要以实证主义法学家罗曼诺为代表，此外也包括意大利的史弗扎（Cesarini Sforza）、法西斯欧（Guido Fassò），乃至是制度色彩不甚明显的施密特（Carl Schmitt）。法律制度主义的新旧之别虽然涵括了纵向的时间维度，但其主要依据仍在于各自的理论内容本身。

（一）旧法律制度主义：以罗曼诺为例

罗曼诺^④的法律制度主义源自一个前提性区分，即单个意义上的法律规范和整体意义上的法律秩序，后者是“制度”的立基点。由此，对制度和制度法理论的把握也就无法脱离对法律秩序的理解，而法律秩序则在于其体系化和系统化。该区分的意义在于，法律秩序并非单个法律规范的简单加总，因为如若仅仅关注其中的不同法律规范而忽略整体的法律体系时，那么法律秩序的性质就将无法得到完整的揭示。^⑤进一步讲，对法律秩序的这种理解（从而也就是对制度的理解）使得罗曼诺区别于其他的旧制度主义者，如史弗扎和法西斯欧。与罗曼诺不同，史弗扎对法律进行的是“客观”与“主观”的划分，并将其制度法理论归为主观理论。这种主观理论则将法律制度视作权利义务的复杂关系网络，即两个或两个以上的法律主体以规范为基础的行为相互性，据此一方享有权利而另一方受有义务；而客观理论则建基于规范的至上权威，且这种关系的典型实例只存在于规范施予者与规范承受者之间，这是一种典型的带有神学自然法的论调。主客划分的意义在于明确：主观理论下的这种关系是现实社会的首要单元和不可还原的核心。^⑥更具体地讲，这种关系是在个人意义上展开的，是个人间的相互关系，从而法律秩序也与“个人间的相互关系”具有类似的意涵。法西斯欧也同样认为只要有关系存在的地方就存在着法律，并且法律就是这种个人间的相互关系，这种相互关系即是“制度”。只不过，在罗曼诺看来，将制度理解为一种“关系”其实已经预设了“整体的法律秩序”，但这种法律秩序本身又不可能是个人间相互关系的简单加总。这即是说，不管是史弗扎还是法西斯欧，他们在使用“关系”时就应该已经预设了“作为整体的法律秩序”，但他们却

① Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University press, 2007, pp. 12-14.

② Massimo La Torre, “Institutionalism Old and New,” *Ratio Juris*, vol. 6, no. 2 (Jul., 1993), pp. 190-201.

③ 邱水平教授曾表达过建立具有中国特色社会主义的“制度法学”的想法，但它与本文所谈的制度法理论是截然不同的，其中的一个重要差别就反映在 Constitutionism 和 Institutionism 的区分之中。关于前者，参见邱水平：《重析“法制”与“法治”：构建中国的“制度法学”》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2019年第3期。

④ 桑缙·罗曼诺（Santi Romano, 1875—1947），意大利法学家，法律实证主义理论的支持者、温和的反规范主义者、多元论者、实在论者。需要注意的是，此处的“法律实证主义”一词是在宽泛意义上使用的，只要承认“法律是人类的产物”就基本符合罗曼诺对法律实证主义的理解。

⑤ Santi Romano, *L'ordinamento Giuridico*, Sansoni, 1977, p. 14.转引自 Massimo La Torre, “Institutionalism Old and New,” *Ratio Juris*, vol. 6, no. 2 (Jul., 1993), p. 192.

⑥ Cesarini Sforza, *Il Diritto Dei Privati*, Milan, 1963, p. 13.

要将这种关系等同于“个人间的相互关系”，这显然会导致逻辑上的矛盾。

“作为关系的法律”预设了“作为秩序的法律”，这同样适用于对“规范”的理解；这即是说，规范只有在秩序语境中才能存在，但秩序却不仅包括规范在内，还包括秩序中的组织机构。在宽泛的意义上，法律体系要根据规范而展开，但更为重要的却是秩序本身及其运行，“相比于棋盘中的棋子，法律秩序更多表征着下棋这一活动对象。”^①由此可以说，制度要高于规范，而规范是法律秩序之产物而非相反。在罗曼诺的比喻中，秩序就好比是下棋这一活动，而规范则不仅像棋子一样深深地嵌在棋盘之中，而且还要以下棋规则为根据；重要的不是棋子，而是下棋的规则秩序。这种带有浓厚集体主义的思想倾向使得他与另外一位制度主义者施密特具有了可比性；因为在施密特那里，法律规范的有效性只有在一个具体法律系统之中才是可能的，而无法与之相分离。^②

尽管旧制度主义内部对于秩序与个人间关系以及秩序与规范何者优先存在价值分歧，但将秩序等同于制度从而视为法律的核心却是其共同看法；在此基础上，旧制度主义更进一步地将法律、秩序以及制度与“社会”勾连起来。^③与对秩序的理解一样，社会同样不是个人间关系的简单加总，而应被看作有别于个人间关系的另一种有效联合，这种有效联合即是对作为质料的个人间关系的组织化和制度化。基于此，个人间关系也就进入组织化和制度化的新阶段。具体而言，“社会”涵括了社会秩序，作为制度的法律则是对社会秩序的一种表达，法律就等同于社会秩序；制度由此也就等同于社会秩序，因为“每一法律秩序就是一种制度，反之，每一制度都是一种法律秩序”^④。但要注意的是，社会秩序并非是由规范或规则创设的，法律在成为规范从而获得规范性之前，就已组织化和制度化了。它在逻辑上要先于规范而存在，这实际上是对秩序优于规范的进一步深化。在社会秩序意义上，作为个人间关系有效联合的社会秩序最典型地体现为社会组织机构，制度由此又与组织机构等同起来；制度就是社会组织机构这类社会存在物，它们拥有一个稳定而持久的模式，且拥有自己的生命。^⑤当然，社会机构或组织并不完全等同于社会存在物或社会体，前者要成为制度意义上的社会存在物还必须满足一些基本条件，比如说，它必须是客观存在的、具有社会性，以及拥有强制力（只不过这种强制力是宽泛意义上的“社会强制力”）。^⑥

通过上述讨论可以发现，在旧制度主义语境中，作为制度的法律强调其秩序特性，并将规范置于秩序之下；更为重要的是，它凸显出：法律现象的社会性质，并强调社会组织机构以及个人间关系的组织化、制度化在理解法律中的重要地位。相较于传统的神学/理性自然法，对法律社会性的强调无疑是一种进步，这种进步在与早期法律实证主义理论仅仅强调“主权者的命令”的比较中亦可体现。只不过，根据这种社会学进路的法律制度主义理论，它无法有效地说明诸如“法人”“合同”等法律现象的深层本质。诸如法人等制度的确可以进行社会秩序、组织机构式的理解，它们都属于“制度性事实”，但这却不等于说所有的制度性事实都是社会秩序、组织机构或社会存在物，因为事实上还存在着魏因伯格所说的“思想—客体”或者塞尔所说的“独立的 Y 项”。^⑦与此同时，它还面临着无法从实然意义上的社会秩序中推出法律规范性的休谟难题。诸如此类的理论难题不仅需要新制度主义理论来进行解决，而且也构成了新旧之别的基本判准。

① Massimo La Torre, *Law As Institution*, Springer, 2010, p. 100.

② 将施密特视为法律制度主义者是比较意义上的，更准确地说是基于秩序优先于规范这一考虑。但即便如此，二者间仍然“异”多于“同”：比如说，其决断主义倾向恰好是罗曼诺反意志论立场所要克服的；又比如说，法律和道德的混同在罗曼诺的法律实证主义立场中是两个明确区分的领域。参阅 Mariano Croce & Andrea Salvatore, “Ethical Substance and the Coexistence of Normative Orders: Carl Schmitt, Santi Romano, and Critical Institutionalism,” *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, no.56 (2007), pp. 1-30.

③ Massimo La Torre, *Law As Institution*, Springer, 2010, p. 101.

④ Santi Romano, *L'ordinamento Giuridico. Sansoni*, 1977, p. 27. 转引自 Massimo La Torre, *Law As Institution*, Springer, 2010, p. 102.

⑤ Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, p. 82. 转引自 Massimo La Torre, *Law As Institution*, Springer, 2010, p. 102.

⑥ 制度并不仅仅表现为等级化的组织机构，可以是非等级化且分散的，这与其潜在的多元主义立场相吻合。参阅 Mauro Barberis, “Santi Romano, Neoinstitutionalism and Legal Pluralism,” *Digest: National Italian American Bar Association Law*, no.21 (Jan., 2013), pp. 33-35.

⑦ 约翰·R.塞尔：《人类文明的结构：社会世界的构造》，文学平、盈俐译，北京：中国人民大学出版社，2014年，第18—19页。

（二）新旧之别：规范性视角

新旧制度主义由于同属制度主义阵营从而必定具有诸多共同之处，如法律与语言具有相关性；法律事实区别于纯粹的物理事实；区分描述与评价的实证主义方法论；区分法律与道德；^①但新制度主义的“制度性事实”特征以及由此而来的对法律规范性问题的解决却使得这些共同点变得次要，因为它通过“制度性事实”的本体论构建起了全新的制度法理论。在此，我们将以法律规范性问题为中心对旧制度主义的差别作进一步的考察，而关于制度性事实以及新制度主义内部的异同则放在后面两节中展开。

任何法理学或法哲学必定都无法回避法律的规范性这一“核心主题”，而且不同的回答折射出的是基础层面上的差异；制度法理论亦是如此，这突出反映在新旧制度主义对“是”与“应当”之关系的回应中。在旧法律制度主义理论中，由于作为制度的法律被界定为一种社会存在物，由此它便不属于“应当”领域，而属于“是”领域；但它同时认为，在规范的意义，法律也属于“应当”领域。由此，法律同时具有“事实”与“规范”两种属性，它不仅与只具有规范属性的道德相区别，而且还为“从是推出应当”提供了契机。与之相比，新制度主义虽然也秉持“是”与“应当”的区分，但更明确地指出法律是用“应当”意义上的规范术语而非“是”意义上的术语进行界定的，并且坚持二者之间不能相互推导。^②由于新旧制度主义基本都认同“实证主义”，这会使得它们在“是”与“应当”上的差异显得不太容易理解。其原因在于，它们各自赋予了“是”和“应当”不同的涵义：以罗曼诺为代表的旧制度主义采取的是一种本体论的态度，即“是”与“应当”分别是对“现实世界”不同领域的表征。当法律指向“制度”时就属于“是”，当法律指向“规范”时便属于“应当”，由于制度先于规范而存在，所以由制度（是）便可以推出规范（应当），法律的规范性基础似乎也就由此得到解决。就此观点，新制度主义者尤其是魏因伯格从两方面给予了激烈批判。其一，他认为这种观点是建立在一种想当然的应然意义上的“世界”（world）观念之上的，这一“世界”能够容纳所有可以想象到的规范；但这种观念却只有在其中的各个规范部分不相互矛盾的前提下才是可能的，而如果将这种“应当”意义上的“世界”限定在实际有效的规范领域，那我们就不能得到一个这样的应然意义上的“世界”，因为实际有效的规范之间往往是相互矛盾的；所以，法律领域就不存在那样一种想当然的“世界”。^③其二，由于一个规范不属于“是”的领域，所以便可以用“非—是”（non-being）的逻辑方式来进行界定，但它们却都是一种“实存”（existing）。虽然可以采用从“实存”到“存在”（being）的解决思路，但这却是无法令人满意的，因为它们都具有“时间”维度；相反，不应将“是”与“应当”理解为对“现实”的不同领域的表征，而应将其理解为不同意义上的陈述（语义学意义上的），即魏因伯格所说的描述性陈述和规范性陈述，前者表达“是”，后者主要表达“应当”。描述性陈述具有对与错的真值区分，规范性陈述则没有，但它却有与之相似的价值面向；正是由于“价值”的存在，魏因伯格才认为两种规范在逻辑上的相互矛盾能得以避免。

总体看来，魏因伯格的批判无疑是正确而有力的，但他似乎却没有正面回应旧制度主义表征现实世界的两个领域如何沟通的问题；而且也误解了罗曼诺，因为罗曼诺与魏因伯格一样承认是与应当的划分，只不过作为一个温和的反规范论者，罗曼诺仅仅认为规范只是法律制度中的一个部分甚至是非主要的部分。当然，关键问题还是在于，旧制度主义无法根据其社会秩序意义上的制度理论解决应当意义上的规范性问题，即便按他所说的在规范的意义，法律也属于应当领域，但这无疑也只是一种循环论证。实际上，新制度主义完全可以拾出法律作为“制度性事实”的独特性来予以回应，这一点可以在“制度性事实的本体论”中得到进一步说明。新旧制度主义在“是与应当”问题上的差异折射出二者在“事实与规范”的不同

^① Massimo La Torre, "Institutionalism Old and New," *Ratio Juris*, vol. 6, no. 2 (Jul., 1993), p. 196.

^② Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. 21-24.

^③ Ota Weinberger, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, Steiner, 1987, p. 112. 转引自 Massimo La Torre, *Law As Institution*, Springer, 2010, p. 111.

立场,与旧制度主义重秩序轻规范相比,新制度主义则将规范问题置于其理论的核心地位,这尤其表现在“实践的首要性”的相关论述中;而这种对规范性的强调与新制度主义(以下称作“制度法理论”)的理论语境和理论目的有关。

二、制度法理论:魏因伯格与麦考密克之“同”

麦考密克和魏因伯格的制度法理论具有明确的指向,即“实现规范主义的社会现实性发展”^①。他们认为,规范主义和反规范主义是法学中的两种极端倾向:规范主义或是假定实体的存在,如凯尔森的基础规范,或是假定某种具有绝对规范约束力的道德存在,如自然法;与之相比,反规范主义则是将法律仅仅理解为黑体字的法律条文,从而进行类似于法教义学式的研究,或者是将法律视为一种社会现实,从而否定“权利”“义务”“责任”等范畴的存在,如法律现实主义。在这个意义上,制度法论试图扮演一个调和者的角色,其目的在于:为规范主义和反规范主义提供一个切实的本体论基础,即“制度性事实”的本体论建议;找出有助于理解法律结构和法学研究的方法;表明实践理性在法律和社会生活中的地位及其局限。^②此三点不仅是制度法论试图达致的理论目标和贡献所在,同时也是麦考密克和魏因伯格在制度法理论中的最大公约数。

(一)“制度性事实”的本体论

“制度性事实”经由安斯康姆(G. E. M. Anscombe)作为一种解释背景的阐释和酝酿,^③在塞尔(John Searle)那里获得了基础而核心的地位。相较于不依赖于任何人类制度而存在的纯粹事实(如珠穆朗玛峰)而言,制度性事实只能在人类制度中存在,并具有认识论上的客观性,如货币。其中,地位功能赋予、集体意向性和构成性规则三者共同催生出“制度性事实”;其内部结构在于:地位功能的赋予要凭借集体意向性才得以实现,它承载着并通过道义性权力而发挥作用;道义性权力的存在为我们的行为提供了独立于欲望的理由,这是人类社会团结的“黏合剂”;而地位功能的赋予是通过言语行为(尤其是“宣告式言语行为”)来完成,言语行为使得“X在C中算作Y”的构成性规则得以成立,制度性事实由此是一套构成性规则;^④而且,它只有在构成性规则的系统内才存在。^⑤

通过引入“制度性事实”并凭借其自身的独特性质,制度法理论得以通过调和规范主义与反规范主义(旧制度主义在某种程度上也可归于此类)来重塑法律的本体论。在与纯粹事实相区别的意义上,制度法理论得以可能批判反规范主义;而在制度性事实本身依赖于人类而存在的意义上,制度法理论得以可能批判自然法理论和凯尔森的基础规范理论等规范理论:它既不需要像规范主义那样假定某种完全先于或独立于物理世界的实体,也不会坠入与物理世界不相区分的纯粹事实的泥潭。这种本体论推进工作的一个重要方面就体现在对哈特社会规则理论的重新诠释之中。当哈特将法律界定在“社会事实”层面时,他实际上并未阐明“社会事实”的基本性质,因而在面对德沃金的批判时始终处于守势;而制度法理论则将其明确地界定为一种“制度性事实”,从而大大地推进了法律实证主义的本体论研究。

(二)方法论多元主义

制度性事实的本体论在很大程度上决定了麦考密克和魏因伯格在方法论上的多元主义立场,从而“任何一种促使我们更好地理解法律以及对法律之本质及其社会作用的解释方法都是可以采纳的”^⑥。不同于纯粹事实,作为制度性事实的法律是通过一种特殊方式而出现的复杂事实;它们不仅是重要的规范构成物,同时也是现实地存在于社会之中的事物。而且,只有当它们不仅被理解为规范的精神构成物同时还被

① Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 6.

② Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 27.

③ G. E. M. Anscombe, On Brute Facts, *Analysis*, Vol.18, No.3 (Jan., 1958), pp. 69-72.

④ 约翰·R. 塞尔:《人类文明的结构:社会世界的构造》,第4-9页。

⑤ 约翰·R. 塞尔:《社会实在的建构》,李步楼译,上海:上海人民出版社,2008年,第25页。

⑥ Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 45.

理解为现实的组成部分时，法律才能得到理解。就规范维度而言，法律当然可以通过规范术语得到说明，但这并不意味着对“应当如何”的考察只能局限于规范性领域，甚至是基于某种认识论的理由将“是如何”完全排除在外；这是凯尔森纯粹法学的不足之处，同时似乎也是包括自然法理论在内的大多数规范主义的一个通病。当凯尔森将基础规范作为规范有效性的绝对充分条件时，他忽略了基础规范与社会事实具有同等重要的地位，而且法律规范的动态运行也只有现实社会的实际条件得到满足时才会发生；而自然法理论声称通过某种神秘物而保证法律的规范性效力无疑也犯了同样的错误。基于此，我们需要秉持一种非唯知论（non-cognitivism），它“否定绝对价值的存在、否定先验的正义原则的有效性，并排除任何种类的可能声称给客观价值或正确的规范原则提供一个纯粹的认知的实践认知”^①。这即是说，我们不应该忽略诸如感性经验、直觉以及目的等因素在理解法律及其规范特性时的重要作用。

此外，就法律存在于社会这一观点而言，制度法理论还强调诠释学方法，因为法律科学如果不考虑社会现实更将是不可思议的。作为社会科学的法学之所以不同于自然科学，就在于对它的理解不能单从外部进行说明，而是要包含主体性维度的解释，尤其是从人类的社会实践以及规范性角度出发作出的解释。诠释学方法使得法学研究者可以相对地脱离社会中人们的立场，而且当研究者采用这种方法时他们可以认识到法律中的价值以及价值与规则间的密切关联，但他本人却不需要予以赞同；这便是改进哈特“内在观点”之后的“非极端的外在主义”立场；据此，制度法理论将法律实证主义逐步扩大、延伸到原则以及价值等领域，并据此对所涉理论争论给予了正面回应。当然，非唯知论和诠释学方法只是制度法理论多元主义方法论中的两个典型（侧重点的不同暗示着魏因伯格和麦考密克的理论区分），除此之外还包括社会学方法以及分析方法等。其间更为重要的在于，作为理解法律现象和获取法律知识的方法，它们不仅“向里”服务于制度性事实的本体论，而且还“向外”指向实践理性；这不仅是因为诸如诠释学本身就隶属于实践哲学，而且还在于“规范主义的社会现实性发展”势必在规范主义的指导下将法律实证主义的考察领域拓展至实践理性领域。因为法哲学的本质任务不仅要提供关于法律的知识论，还要阐明实践理性的运作及其性质。^②

（三）实践理性及其局限

当代法理学的实践理性转向促使人们关注法律的实践品格，制度法理论的关注体现在两个方面：本质层面和实践合理性层面。前者涉及“实践理性是否可能”，其回答是肯定的，即“实践理性是形塑人之为人的最重要部分，这对于作为道德主体的我们来说是决定性的”。^③但其关注重点则在于后者，这可以视作其方法论多元主义的一个延伸。

实践本身是有目的的理性行为，但却不存在所谓的“实践认知”，这是非唯知论的一个体现；而且实践活动（如道德或法律活动）本身就是不同于描述事实的规范活动，因为实践语句是一种不同于理论语句的规范语句。这即是说，实践是与“态度”相连的，所以如果不求助于态度就完全不可能证明实践活动的合理性；^④进一步而言，实践理性并不存在真值问题，而只有合理与否的问题，但这并不等于说实践合理性具有决定性地位，智慧、同情以及正义感等因素亦扮演着重要作用。不仅如此，建立于哲学诠释学基础之上的诠释学方法本身就暗示着，“在我们对制度事实的认识中，经常有一个与‘理解’相关的因素，一个从内在观点进行理解的因素”^⑤。基于此，我们便可以以内法律实践者的角度对法律活动进行理解，而这一理解活动本身便涉及到其中的诸价值因素；于是，事实、法律和价值并不存在绝对的区分。当然，制度法理论在承认实践理性之地位时亦承认实践理性之局限，这典型地表现在对德沃金整全法理论的批判

① Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 162.

② Neil MacCormick, "Contemporary Legal Philosophy: The Rediscovery of Practical Reason," *Journal of Law and Society*, vol.10, no.1 (Sum., 1983), p. 1.

③ Neil MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, 2008, p. 10.

④ Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 155.

⑤ Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 16.

中；^①由于法律和道德都同属于实践理性范畴，道德以及价值等必当在法律实践中发挥着重要作用，但这种作用可能是相互竞争的，而且受实践合理性支配的法律推理可能是多元的，实践推理据此就不会限缩在德沃金的“政治道德”层面、从而也就不会存在关于法律实践的“唯一正确答案”，实践理性总是辩证性的。

三、制度法理论：魏因伯格与麦考密克之“异”

通过上述三个层面的阐述，制度法理论不仅得以回应旧制度主义中的规范性难题，同时更在规范主义和反规范主义的宏大语境中就其基本观点和立场给予了阐述。虽然魏因伯格和麦考密克在制度法理论中能够取得上述一致，然而一旦进入各自理论的内部结构和具体论述时，我们便会发现其中的诸种差异。实际上，二者都不否定这种差异的存在，^②它首先体现在整体风格中，但更重要的则在于理论基础层面。

（一）整体风格的差异

魏因伯格的理论兴趣集中在两个基本领域：规范与法律的逻辑理论，法律的分析理论。与将描述层面的一般逻辑规则简单地拓展至谓词逻辑不同，“规范与法律的逻辑”试图改变逻辑推导的传统定义；^③这种传统定义并不承认描述命题与规范问题在认识论与语义学上的差异，从而不可避免地会产生冲突和矛盾。其原因在于，一个规范性语句只能从其他至少包含一个规范性语句的前提中才能推导出，这与前面所说的“是与应当”以及接下来要讲的理论陈述与实践陈述紧密相关。与此同时，魏因伯格还将这种规范逻辑理论用于对法律的分析，而其法律分析理论的基本语境则建立在对以凯尔森为代表的维也纳学派以及以韦尔（Franz Weyr）为代表的布诺学派（Brno School）的批判之上，尤其集中于凯尔森的纯粹法理论。其中，不仅包括对凯尔森纯粹法理论中的方法一元论的批判，同时还包括对凯尔森法律规范的形式分析的批判。魏因伯格一方面建议对法律进行形式逻辑的分析，另一方面又不满足于此：实质性判断是必要的，因为程序性的判准（如哈贝马斯和阿列克西）无法说清一个理论是否为真或一则意见是否正确。^④

麦考密克的研究主题基本集中在法哲学和政治哲学，前者主要包括“制度法理论”和“法律推理”，后者则涉及到“本土的世界大同主义”（local cosmopolitanism）及其政治实践等内容。^⑤制度法理论不仅是对法律实证主义的深化，而且麦考密克的法哲学还被视作是最符合哈特原义的一种理论形态；^⑥其法律推理理论不仅发展出一种能够初步有效回应法律实证主义者无力解决法律实践尤其是司法推理的理论质疑，而且还将既有的理论研究推向实践理性的新阶段：它们共同成就了麦考密克在当代法理学中的理论地位。“本土的世界大同主义”是其法哲学理论在政治领域的衍生和适用，同时也与他就任欧盟议会苏格兰代表的经历有关，这反过来又影响到他对法律与政治之间关系的看法，并在后期理论中的法律、道德与政治等论述中有所体现。

实际上，由于麦考密克和魏因伯格隶属于不完全相同的理论谱系，从而具有不同的理论基础，这其实就会将他们导向不同的理论方向并衍生出不同的理论内容。大体上，我们可以这样来把握二者之间的异同：就像具有不同家族背景和家族使命的两个人从各自地域出发，在某一个共同的地方相遇了，但经过了这一共同区域之后，它们便要迈向不同的方向。如果说魏因伯格是制度法理论中的“凯尔森”，那么麦考密克便是制度法理论中的“哈特”；他们都属于制度法理论，就像凯尔森和哈特都隶属于法律实证主义阵营一样。

① 杨仁寿：《法学方法论之进展：实践哲学的复兴》，台北：三民书局，2013年，第229—249页。

② Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. xi-xii. Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, pp. ix-xi.

③ Peter Koller, "Ota Weinberger: In Memoriam," *Ratio Juris*, vol.22, no.3 (Sep., 2009), p. 418.

④ Massimo La Torre, "Professor Weinberger's Lectures on Jurisprudence," *Ratio Juris*, vol.5, no.1 (Mar., 1992), p. 124.

⑤ Zenon Bankowski, "Neil MacCormick," *Law of Ukraine: Legal Journal*, vol.2013, no.4 (2013), pp. 250-262.

⑥ Agustín José Menéndez & John Erik Fossum, *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory*, Springer, 2011, p. 58.

（二）制度法理论层面的差异

在制度法层面，魏因伯格的法理论以如下四个理论为基础：以描述语句和实践语句为根基的关于行动的“形式—目的”理论；实践推理的逻辑理论；以实践信息为核心的制度的规范观念；实证主义的法律立场。^①实际上，它们不仅是魏因伯格制度法理论的基础，同时也是区别于麦考密克制度法理论的一份理论指南；经由对这四个内容的比较分析，我们便可以进一步明确二者在制度法层面的差异。

1. “行动的形式—目的论”与“非正式言语行为论”

行动（action）不同于行为（behavior）。在魏因伯格那里，后者只不过是通过纯粹事实的描述而展现出的原始状态，在此没有“行动”存在的余地，因为行动是“一个基于信息的行为决定过程”^②。“行动”依赖于“信息”，而由于每个人具有不同的信息或知识，从而人们的行为选择也就不尽相同。基于此，可以得出两个基本推论：行动领域存在着一个可供选择的范围；选择和实施何种行动则由信息来决定。由此，问题的焦点就转入到对“信息”的考察。在此，魏因伯格区分出“理论信息”和“实践信息”两种类型，^③而它们在语用学层面就类型化为“描述陈述”与“实践陈述”。根据这种划分，“行为”仅仅只是建立在理论信息之上的，而“行动——继而必然是所有的实践领域——都取决于理论信息和实践信息。”^④

实际上，根植于理论信息和实践信息的行动理论旨在说明行动既是形式论的又是目的论的，行动不可能完全是纯粹形式的或纯粹目的。既然行动是依赖于信息的行为，那么目的要素的缺失必将导致行动的无法理解，但纯粹原因结果式的形式解释策略只会将“目的”的考察范围扩展至无边无界，因而这种纯粹基于理论信息的个别行动必须予以限定。就其反面而言，“限定”同时也是“长期指引”，因为人们行动的可预见性和长期有效性只有在在一个可供参照的结构框架中才会得到保障和增强，这便是由实践信息所提供的规范指引；而最重要的实践信息则是作为制度的法律所提供的规范和规范性规则。行动的形式目的论基本上就可以等同于形式制度论。^⑤此外，要注意的是，理论信息/陈述与实践信息/陈述的区分虽然会从方法论层面决定行动的形式目的论，但由于二者之间不能相互推导，这实际上会促使魏因伯格进一步将行动的形式目的论偏向“形式”维度，如果将它与“实践推理的逻辑理论”相结合这种倾向便会更加明显。

当然，根据实践理性的基本立场，我们可以推测麦考密克会基本认可魏因伯格在“行动的形式目的论”中的基本观点，只不过他的关注重点却不在于此，而在于“法律中的行动”^⑥及其背后的非正式言语行为基础。在麦考密克看来，制度法理论所说的“制度性事实”并不仅仅局限在地位功能赋予、集体意向性和构成性规则层面，除此之外还有更深层次的“言语行为理论”这一基础（这一点几乎完全为国内的制度法理论研究所忽略），塞尔的“正式言语行为”、魏因伯格的行动理论以及哈特的“法律中的行为”都主要是在这个意义上展开的。与之不同，麦考密克在此基础上进一步发展出一种“非正式言语行为”（informal speech acts）理论，并将其用于解释法律中的行为。虽然麦考密克关于正式言语行为和非正式言语行为的理论区分牵扯到的理论内容较为复杂，但其基本指向却是大致明确的，即试图证成“法律的惯习基础”这一命题，“不管是在语用学层面还是语义学层面，惯例性（习惯性）规范或规则对言语行动的可能性是非常关键的。正是惯例和言语共同体的习惯使得我们能够理解其他人的话语表达；同样地，也正是它们使得某

① Ota Weinberger, “Institutional Theory of Action and Its Significance for Jurisprudence,” *Ratio Juris*, vol.6, no.2 (Jul., 1993), pp. 171-172. 需要注意的是，这四方面内容凝练的是魏因伯格制度法理论的“理论基础”，而非“理论内容”，本文认为在“理论基础”层面进行比较会更具说服力和穿透力。关于魏因伯格对其制度法理论内容的命题总结（共计十个命题），可以参阅 Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, pp. 112-115.

② Ota Weinberger, “Institutional Theory of Action and Its Significance for Jurisprudence,” *Ratio Juris*, vol.6, no.2 (Jul., 1993), p. 172.

③ 理论信息和实践信息是魏因伯格的独特术语，前者包含对事实的或实际行为的描述，后者则不在于描述而在于表达行动主体的态度，如目标、价值准则、评价、偏好以及规范等内容。

④ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. 6.

⑤ Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 158.

⑥ Acts-in-the-Law 这一概念源自哈特。参阅 H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, p. 4.

些表达变得可理解,比如说承诺,而且(或许)也正是它们使得我们能够辨识出某人作出何者应当遵守的承诺。很明显,语言的习惯性规范(语言惯例)就是我们语言行为背后的原因所在。因而,它同样也是法律中言语行为背后的原因所在。”^①与社会学或人类学对习惯的描述性研究不同,麦考密克不仅通过非正式言语行为为法律中的行为提供了一般哲学层面的基础,同时还为“习惯”本身开放出一条新的研究思路,这似乎值得既有习惯法研究大力借鉴。回到正题,与魏因伯格将行动的理论研究引向形式目的层面不同,麦考密克将“法律中的行为”的考察进一步延伸至习惯层面主要在于解释我们行动背后的深层根据。更明确地说,前者要解决的是人们“如何行动”即行动本身的性质问题,根据其分析逻辑理论,其解决思路也主要是“自上而下”;而麦考密克则试图回答人们“为何如此行动”即行动的规范性基础,“这些规范性理由不可能只是源于正式言语行为而不是源于非正式言语行为。”^②其方式也就相应地变为“自下而上”。

2. “实践推理的逻辑理论”与“实践推理的合理性理论”

规范指引下的行动是典型的实践,行动的形式—目的论能为行动提供一般结构,继而也成为实践理性的一个表征。一般而言,实践理性既可以指一种理性能力,即要么是提供一种关于价值和义务的绝对原则,要么是在理性能力的帮助下把握什么是道德上的正当或者什么是客观上的有效价值;同时也可以指整个实践推理的逻辑系统。^③在魏因伯格看来,并不存在前者意义上的实践理性;理性能力本身是有限的,并不存在所谓的实践认知,这是对价值客观性表示质疑的不可知论。对于后者,则有必要细述一种有关实践推理的独特逻辑系统,即“实践推理的逻辑结构”。由于行动理论的理论信息与实践信息的区分同样适用于实践哲学,而理论语句与实践语句总是与特定的制度相关联,所以在一个制度下有效的东西不一定在另一制度下也是有效的,这使得基于形式逻辑结构的实践哲学又表现为一种相对主义。

基于此,魏因伯格必定反对康德、拉伦茨、阿列克西等人的实践理性观,因为他们所提供的实践理性论证是“虚假的”。以阿列克西为例,其所持有的逻辑主义在论证中是无效的观点以及只有言语哲学(discourse philosophy)才能详尽阐述所有论证可能性的主张之所以是虚假的,其原因在于:言语虽然可以成为有效的工具,但言说的正确与否却不能由言说的结果来决定;相反,只有通过逻辑主义才能为关于价值决定的论证提供明确的说明。^④很明显,强烈的逻辑主义倾向致使魏因伯格对那种旨在解决实践问题的言说理论并不感兴趣。颜厥安教授认为,魏因伯格完全误解了言语理论的真正意义,因为“言语理论是一种程序理论,此种理论主张,一个规范如果能为一个透过言说规则所定义的程序的结果时,此一规范即为正确的规范。”^⑤实际上,阿列克西和魏因伯格的立场大体是一致的;只不过,其实践推理的逻辑理论主要在于“对实践领域诸概念以及决定的选择与行为控制的信息过程提供理论解释。”^⑥这使得魏因伯格尽可能地以形式逻辑化的思路处理问题、从而对社会中具体实践尽可能地保持克制和距离。

与魏因伯格相异,麦考密克基于其解释学立场对法律逻辑主义始终保持着一一定距离,而对司法实践中的案件处理则表现出巨大的理论兴趣,其最终目的在于提供一种有助于理解道德和法律实践的实践合理性理论,并将这种合理性称作道德和法律的“首要优点”。^⑦在此,麦考密克逐步放弃了原初基于休谟的非

① Neil MacCormick & Zenon Bankowski, *Speech Acts, Legal Institutions and Real Laws*. in Neil MacCormick & Peter Birks (ed.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honore*, Clarendon Press, 1986, p. 124.

② Neil MacCormick & Zenon Bankowski, *Speech Acts, Legal Institutions and Real Laws*. in Neil MacCormick & Peter Birks (ed.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honore*, Clarendon Press, 1986, pp. 128.

③ Ota Weinberger, “Conflicting Views on Practical Reason: Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy,” *Ratio Juris*, vol.5, no.3 (Dec., 1992), p. 252.

④ Ota Weinberger, “Conflicting Views on Practical Reason: Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy,” *Ratio Juris*, vol.5, no.3 (Dec., 1992), p. 267.

⑤ 颜厥安:《法与实践理性》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第172页。

⑥ Ota Weinberger, “Conflicting Views on Practical Reason: Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy,” *Ratio Juris*, vol.5, no.3 (Dec., 1992), p. 253.

⑦ Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 189.

唯知论（这一点一直为魏因伯格所坚持，所以他才会否定康德的实践哲学），^①而转向混合使用斯密和康德的立场。这种转向的理论根据在于，康德有力地证明了实践理性存在的可能性，而休谟则对从人性出发最终形成社会秩序给予了说明。通过调和斯密和康德哲学，实践合理性理论不仅能够更好地解决诸如对与错、正当与非正当等道德和法律中的基本问题提供指引，而且还证明了：人不仅具有实践理性，而且人本身就是“规范的使用者”。^②这一理论集中体现在“斯密式的定言命令”（Smithian Categorical Imperative）之中：首先，“意欲致力于保持互信以便于在彼此之间建立起一个支持或反对的共同标准，则尽你所能地充分感受每个直接参与或受事件或关系之影响的人的感受，并公正地形成一个判断何谓正确且能为所有人都接受的准则。”其次，“如此地行为，与对特定事件或关系的公正判断相一致”^③。依照此命令，经由考虑当事人的情感、客观公正地形成判断以及将该判断普遍化等阶段，道德主体的自主性与实践理性的普遍性要求之间达成相互协调的状态，道德主体“为何如何行为”由此也拥有了理性而客观的根据；而由于法律和道德同属于实践理性领域且具有同构性，法律合理性问题也就得到了相应的解决，人们据此才可以“将理性运用于决定在特定情形下如何行动才算是正当的”^④。在这一过程中，只要有助于客观公正地形成判断并能够得到普遍化证成的要素都可以纳入其中，如常识、后果主义考量、修辞等。

3. “制度的规范观念”与“制度的习惯观念”

经由对行动理论和实践推理的逻辑理论的阐述，我们得以可能考察“制度的规范观念”。在魏因伯格那里，存在“思想—客体”层面和现实层面的两种规范，作为制度性事实的法律属于前者。“思想—客体”意义上的规范与现实意义上的规范之间不仅存在语义学区别，而且这一区别本身就是功能性的：规范性陈述不是中立的，其功能主要在于决定行为并且协调社会中不同类型的人类行为从而创设社会秩序。^⑤“功能”与前面所说的“行动”和“实践理性”具有紧密关联，它构成了“制度的规范观念”的主要内容，因为“法律的规范性制度理论的最为重要的影响就在于对功能分析之方法的关注这一事实”^⑥。实际上，不管是行动的形式—目的论还是实践推理的逻辑理论，它们都离不开功能所依凭的实践信息这一基础，更离不开其背后的法律制度的规范观念，因为“制度”本身指的就是“人类行动的框架—体系。它们拥有实践信息这一核心。在此意义上，它们由一个秩序井然的实践信息体系所构成”^⑦。实践信息构成制度之基础和核心，形式目的论语境下的行动是受规范指引的，它本身就是实践推理的一个部分，二者都揭示出“实践的首要性”，亦即是“规范的首要性”。^⑧在此情形下才有诸如行动等内容之产生；这实际上就是制度的规范观念所要传达的主要信息，而且也仅仅止步于此，它并没有像麦考密克那样深入到制度的深层基础层面。

在麦考密克看来，对制度的规范观念的说明不仅不能依靠魏因伯格基于语义学的实践信息理论的认识论思路，而且也不能简单地依靠哈特式的规则理论。前者在于没有深入到规范性基础而且单靠这种方法也不可能进行实质性说明，后者则在于规则理论本身并不像哈特所说的那样能够对规则和习惯进行有效的区分。虽然麦考密克承认哈特将法律视作社会规则是其最有价值的贡献，^⑨但哈特对规则与习惯的区分存在

① 在为魏因伯格“Law, Institution and Legal Politics”一书所写的序言中，麦考密克明确说到，“我不得不承认，我自己最近的著述在很大程度上已远离了在之前理论中所采取的视角，即强烈反对由我的同仁所建立起来的那种认知主义的观点。”参阅 Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. x.

② Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 2.

③ Neil MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, 2008, p. 178.

④ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, 2003, forword.

⑤ Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. 36-37.

⑥ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. 28.

⑦ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. 21.

⑧ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. 5. 当然，“实践的”与“规范的”并不完全等同；在魏因伯格那里，“实践”是一个比“规范”范围更广的范畴，但“规范”却是其中最主要的部分。

⑨ Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*, Stanford University Press, 2008, p. 42.

着对奥斯丁“习惯”理论的曲解和误解。众所周知，哈特是通过将习惯界定为外在可观察的规律性行为，并根据“内在观点”将其与规则相区别的。^①然而，在奥斯丁理论尤其是后期理论中，它不再简单地认为凡存在主权者且该主权者乃是人们惯于服从的个人或群体的地方就存在法律。^②麦考密克不仅诉诸哈特理论本身的不足，并且还将可供寻求的理论资源库从古希腊亚里士多德对习惯的论述一直延续到当代认知科学和心理学的最新成果；其目的之一在于说明，习惯不仅具有哈特所说的“内在方面”，而且习惯的内在方面在某种意义上比规则更重要、更持久，“习惯像规则一样身处同种话语领域之中。每一种习惯都能对我们将做什么作出说明，虽然这些说明确实不相一致，但却只是‘内在观点’内部的差异”^③。实际上，在非正式言语行为理论中，行为的习惯面向的论述已经预示着哈特后期的惯习转向。不仅如此，在证成习惯的基础上，麦考密克进一步将习惯视作非正式规范性秩序的典型（并通过一个“排队”的例子来进行说明），而法律制度则是一种制度性的规范性秩序；前者是后者之规范性基础和根据，即任何制度性秩序之下都必定潜存着一种习惯做法或习俗。其内容可以表述如下：宪法及其法律应当被尊重，习惯性的基本规范是必需的规范性基础。^④由于制度性规范性秩序的规范性力量奠基于非正式的规范性秩序之上，因而制度的规范性也就来自“习惯”，其本质是一种集体意向性意义上的相互信念。

虽然魏因伯格和麦考密克都承认制度的“规范性”以及对法律进行规范性审视是极为重要的内容，但这却无法掩盖其中的深层差异。在“规范的首要性”问题上，魏因伯格关心的是其中的“认识论”问题，即“实践的认识论的首要性”，^⑤而麦考密克则通过对制度或法律的规范性考察意图解决法律制度的“规范性基础”问题，而该基础就在于苏格兰式的“习惯”。因此，二者在“制度的规范观念”上就不仅呈现出“认识论”与“习惯”之间的内容差异，而且还呈现出“对塔说塔”与“直入塔中”的程度差异。

4. “实证主义”和“后实证主义”

在魏因伯格那里，“实证主义”的法律观主要由四方面内容构成：规范与价值不可能通过纯粹的认知方式而建立；制度的基础在于人造事实而非任何先验实体；不同的社会规范体系可以共存；道德标准并非法律有效性的条件。^⑥以它为参照系，在与麦考密克相比较的意义上，可以发现：第一点关涉的是非唯知论问题，这实际上也是理论/实践陈述、实践推理的逻辑理论以及制度的规范观念都潜在涵括的内容；在魏因伯格那里，它主要涉及认识论问题，而麦考密克则放弃了非唯知论而是遵从哈特的思路以诠释学的方法来看待此问题。第二点所说的“制度是一种人造事实”等同于制度法理论的本体论建议；二者在此并不存在多大的理论差异，更多的是措辞上的分别，魏因伯格习惯将其称作“人造事实”，而麦考密克则习惯将其称作“制度性事实”。在第三点上，由于魏因伯格和麦考密克都是从规范角度展开对制度法理论的论述，而且法律和道德都属于规范范畴，从而在“实现规范主义的社会现实性发展”的目标指引下，法律和道德完全可以并存而不相互矛盾。在第四点上，虽然法律和道德同属规范范畴从而可以并存且不相互矛盾，但这并不否定法律与道德存在着区别。在“An Institutional Theory of Law”一书中他们大致秉持基于“分离命题”的实证主义立场，^⑦但在后期理论尤其是在麦考密克后期对制度法理论中，这一立场发生了变化：魏因伯格仍将其制度法理论称作“制度性法律实证主义”，而麦考密克则明确地将其制度法理论归

① H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1994, pp. 82-91.

② Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, pp. 64-65.

③ Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 63.

④ Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, pp. 49-68.

⑤ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. 5.

⑥ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. 29.

⑦ 对此论述，必须提请注意的是：虽然魏因伯格和麦考密克在合著“An Institutional Theory of Law”一书时对法律的实证主义态度基本上能够取得极大共识，但其中仍存在一些细微的差别。比如说，在该书中，魏因伯格的理论意图在于“超越”（beyond）实证主义与自然法，而麦考密克采则是试图用诠释学方法来对二者进行“调和”（convergence）。请比较：魏因伯格的“Beyond Positivism and Natural Law”与麦考密克的“The Convergence of Positivism and Natural Law”。参阅 Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, Chap. V-VI.

为“后实证主义”，并明确承认“当前的制度法理论……不再是一种‘实证主义’理论了。无论人们是否将其归于‘自然法’传统，它确实确实是一种后实证主义。”^①

根据麦考密克早期的观点，一种理论之所以被称作“法律实证主义”主要是基于两个标准：法律之存在不取决于是否满足任何特定的或普遍的道德价值（分离命题）；法律由人类创立（社会事实命题）。^②按此论述，不管是麦考密克还是魏因伯格自始至终都承认社会事实命题，在此并不存在“后实证主义”之“后”的问题；关键点在于由分离命题凸显出的法律与道德的关系。与哈特式的法律实证主义一样，麦考密克承认法律与道德之间存在概念上的区别；^③但这却无法否定二者共同具有的规范性特征和同属于实践理性范畴这一事实，而且它也无法否定区分法律与道德的标准是承载着道德的，区分标准本身“不可能是价值无涉的”。^④支持法律和道德之分离的理由必定是一个道德理由，就像支持政教分离的理由是一个道德理由一样。这实际上意味着，法律并非可以具有任何内容，内容上的分离命题在此逐步被抛弃。由于法律是制度性的规范秩序，它与道德之间的一个差异就在于法律的“制度化”，麦考密克据此为法律设定了一个外在的“道德”限制，从而“未经参酌任何合理道德论证的法律条款，就不应当被视作是有效的法律”。^⑤效力上的分离命题也逐渐被抛弃。在此，麦考密克接受了拉德布鲁赫“极端的非正义将取消法律的存在”的主张；但由于社会事实命题的存在，先验意义上的“理想法典”既是不存在的，也是无法接受的，^⑥所以对拉德布鲁赫观点的接受并不会使后实证主义的制度法理论成为一种自然法理论。基于此，魏因伯格和麦考密克在法律与道德关系问题上的制度性实证主义与后实证主义的区分就具有了实质意义。魏因伯格虽然认为法律需要满足某种最低限度的道德标准，但这一点却并没有使他进一步地接受法律效力要由某种基于道德内容的考察标准来决定，即便在最低限度的道德标准意义上它也无法取消法律之存在和效力；^⑦而麦考密克则迈出了这一步，并由此转向了后实证主义。

四、结语

法律的制度话语具有丰富的内涵，它不仅可以意指社会组织或社会秩序，也可意指动态的制度化过程，更可以意指一般哲学层面的制度性事实，而对这些内容的不同侧重相应地就衍生出具有不同特征的制度理论。综观百余年的“新旧异同”，我们可以发现：

就法律制度主义本身而言，在学术理路上，法律制度主义经历了从重事实到重规范的演进，并逐步呈现出调和事实和规范的理论特征；旧制度主义主要在社会秩序和组织机构这种社会学意义上理解作为制度的法律，新制度主义则通过制度性事实首先将规范和规范性提升至法律的首要特征，并在此基础上追求“规范主义的社会现实性发展”。在理论渊源上，法律制度主义经历了从理论引入到理论产出的蜕变，并在此基础上促使制度法理论得到更深层次的发展和完善；旧制度主义主要立基于粗糙的社会秩序与个人间关系以及秩序与规范的二分视角来理解作为制度的法律，而新制度主义则不仅引入了语言哲学的制度性事

① Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 5. 在麦考密克的“后实证主义转向”中，有两篇重要的文献，分别是：“A Moralistic Case for A-Moralistic Law?”和“Natural Law and the Separation of Law and Morals”。前文促使麦考密克认为自然法和法律实证主义的区分只具有非常有限的意义，后文则促使麦考密克进一步放弃“分离命题”，并转向对道德因素（如道德自主性）的强调。

② Neil MacCormick & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. 128-129.

③ Neil MacCormick, “The Concept of Law and ‘the Concept of Law’,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.14, no.1 (Spr., 1994), p. 7.

④ Neil MacCormick, Natural Law and the Separation of Law and Morals, in Robert George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Clarendon Press, 1992, p. 111.

⑤ Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essays in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 242.

⑥ Neil MacCormick, Concluding for Institutionalism, in Maksymilian Del Mar & Zenon Bankowski (ed.), *Law as Institutional Order*, Ashgate Publishing Limited, 2009, pp. 199-200.

⑦ Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991, p. 29.

实理论，同时还引入了形式逻辑理论以及实践哲学等理论，更在既有理论上开创出非正式言语行为理论以及制度性规范秩序等全新理论资源。在发展内涵上，法律制度主义经历了从区分法律与道德的“实证主义”到承认法律效力之道德限制的“后实证主义”，表现出理论自主化的不断强化；旧制度主义和早期的制度法理论都基本秉持法律与道德的分离立场，而麦考密克的后实证主义理论则承认“极端的不正义将取消法律的存在”，制度法理论由此开始摆脱实证主义的理论框架并在自身理论之定位的追问中朝着理论自主化的方向大步迈进。

在理论借鉴和延展的意义上，我们可以更透彻地理解当前国内的法律制度研究：它仍处于“旧”的层面，从而不可避免地带有旧制度主义的内在不足。它由于无法为自身提供一个坚实的本体论基础从而不仅会遭受到认识论上的责难，而且也无力为法律所必不可少的规范性特性提出一个可行且有效的辩护。这种不足在相当程度上是实质性的，从而是不可回避的。当然，“新旧”本身并不带有或褒或贬的色彩，它主要在于警醒我们：如若经验的制度研究不去探寻规范性（基础）问题并以此提升其规范性效力，那它们所得出的结论就将变得非常脆弱甚至是不堪一击，更遑论一般性的可适用性和说服力。要言之，相比于制度法理论意欲实现的“规范主义的社会现实性发展”，国内的制度法研究似乎更应着力于提升“经验研究的规范主义发展”。

（本文为司法部 2015 年度国家法治与法学理论研究项目“人权司法保障的制度供给与行为选择”（15SFB3001）、西南政法大学科研项目“事实与规范：权利泛化研究”（2019XZXS-017）的阶段性成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

Institutionalism of Law Revisited: The Distinction between Old and New and the Analysis of Similarities and Differences

WANG Rongyu

Abstract: There exists a difference between old and new in the sphere of institutionalism of law. The old institutionalism, in a sense of sociology, defined the law as institution as social order and organizations, while the new institutionalism which is based on the theory of the institutional fact is aimed to “present a socially realistic development of normativism” and has some commons within the ontology recommendations of institutional fact, methodology pluralism and the place of practical reason. However, there also exist some differences as following: a formal and finalistic theory of action vs informal speech acts, the logical theories of practical reasoning vs the theory of rationality of practical reason, the normative conception of institutions vs the conventional conception of institutions, the attitude of positivism vs the attitude of post-positivism. During the processes of more than one hundred year, legal institutionism, within the dimensions of academic ways, theoretical resources and direction of development, has have converged effectively the relationship of normativism and anti-normativism, improved the theoretical basis and content, and enhanced continuously the theoretical autonomy of itself. As a benefit reference, the current domestic studies regarding legal institution should focus more on “the normative development of empirical research” than before.

Key words: institutionalism of law, Neil MacCormick, institutional fact, practical reason, post-positivism