

李锦辉 著

法理文库

规范与认同

——
制度法律理论研究

山东人民出版社

李锦辉 著

规范与认同

制度

研究

图书在版编目 (CIP) 数据

规范与认同: 制度法律理论研究/李锦辉著.
—济南: 山东人民出版社, 2011. 7

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-05803-2

I. ①规… II. ①李… III. ①法律-实证主义-理论研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 119596 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

规范与认同

——制度法律理论研究

李锦辉 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

济南霏帆印务有限公司

规 格 32 开 (140mm × 203mm)

印 张 9.25

字 数 220 千字 插页 4

版 次 2011 年 7 月第 1 版

印 次 2011 年 7 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05803-2

定 价 26.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0531) 87511069

目 录

绪 论	(1)
第一节 制度法律理论的来源与创始人生平	(1)
第二节 制度法律理论研究的意义	(13)
第三节 制度法律理论研究范围	(19)
一、历史范围的限定	(19)
二、研究内容的限定	(25)
第一章 规范与规范性：法律秩序如何可能？	(32)
第一节 法律秩序的基础	(33)
一、规范与规范认同意识的分离	(33)
二、规则的出现与制度化	(43)
三、法律的基础	(49)
四、承认规则理论的普遍化	(59)
第二节 凯尔森规范性问题的解决	(65)
一、休谟定律与凯尔森纯粹法律理论	(65)
二、哈特对凯尔森问题的解答	(81)
三、认同与规范性来源	(95)
四、制度法律理论规范性理论的特色	(101)

第二章 规范与习惯：对哈特的反思	(107)
第一节 习惯的内在视角	(108)
一、法律规范的理性化假设	(108)
二、秩序的非理性基础	(111)
第二节 法治的习惯之维	(117)
一、法律的习惯基础	(117)
二、个体习惯与秩序建立	(119)
第三节 法律应当被遗忘？ ——法治的两个维度	(125)
一、法治的时间之维	(128)
二、法治的生活之维	(135)
第三章 规范与制度（事实）：对法律现实主义的批判	(142)
第一节 制度事实哲学理论	(144)
一、约翰·塞尔的制度事实理论	(144)
二、制度事实理论与人文科学方法	(158)
第二节 规范及其存在形态	(169)
一、极端法律现实主义的挑战	(170)
二、规范的存在形态	(172)
第三节 规范与制度	(185)
一、制度的分类和结构	(185)
二、制度是共享信念体系	(192)

第四章 规范与价值：与自然法的和解	(208)
第一节 “恶法非法”之争	(210)
一、“恶法非法”现代之争	(210)
二、“恶法”是自然法还是实证法？	(215)
第二节 自然法与实证法的融合	(225)
一、传统自然法的超验性	(225)
二、现代自然法的转变	(230)
第三节 制度法律理论对自然法的接受	(236)
一、实证主义方法的改变	(236)
二、对正义观念的承认	(242)
三、对价值观念的接受	(247)
第四节 恶法有限（度）	(251)
一、正义的内生性	(251)
二、恶法的底线	(256)
结语 规范理论的现实主义发展	(262)
参考文献	(270)
后 记	(282)



绪 论

第一节 制度法律理论的来源与创始人生平

2009年4月5日,英国著名法学家,制度法律理论(Institutional Legal Theory)的创始人之一唐纳德·尼尔·麦考密克(Donald Neil MacCormick)逝世。而就在同年,在此之前的1月30日,制度法律理论的另一位公认的创始人奥地利著名法学家奥塔·魏因贝格尔(Ota Weinberger)也悄然离世。当年两位法学家在不同的国家独立地提出制度法律理论可以算是他们人生的第一次巧合,而同年离世,或许是他们人生的第二次巧合。作为对两位制度法律理论的共同创始人地位的承认和对他们的纪念,世界知名法律哲学杂志《Ratio Juris》在2009年第3期发表了对两位世界知名法学家的悼念文章,介绍了两位法学家波澜不惊(麦考密克)和跌宕起伏(魏因贝格尔)的一生^①。

^① Peter Koller. Ota Weinberger: In Memoriam. and Robert S. Summers. D. Neil MacCormick: Remarkable Friend, Colleague, scholar, and Political Figure. in *Ratio Juris*, Vol. 22 No. 3 September 2009.

2009年9月15日在北京开幕的世界法哲学和社会哲学大会（IVR, The International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy）的开幕式上，大会也首先对两位法学家的离世表示了哀悼。

作为一个法学家，麦考密克最为中国法律学界所熟知的，首先是他作为后哈特时代法律实证主义代表人物之一的身份，他提出的法律推理理论被认为有力地驳斥了德沃金认为法律实证主义不能提出有效的法律推理理论的断言，从而有效地捍卫了法律实证主义的立场；其次则是他与奥地利法学家魏因贝格尔作为制度法律理论的共同创始人的身份。而把这两位来自不同学术传统的法学家联系在一起的，就是两位法学家分别在不同的国家独立发展出的法律制度理论。

而制度法律理论的出现，是一个“饶有趣味，并极富启发意义”^①的巧合。麦考密克曾在为魏因贝格尔独著的《法律，制度与法律政治学》（Law, Institutions and Legal Politics）一书的前言中详细介绍了两位法学家发现这个巧合并最终合作创立这一理论的过程^②。依据麦考密克在序言中的介绍，1969年，就在美国哲学家约翰·塞尔（John R Searle）出版《语言行动》（Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language）一书同年，魏因贝格尔在奥地利受他提出的“制度事实”这一概念的启发，在《作为思想和作为现实的规范》的论文中首次提出制度法律理论的基本概念。1973年，麦考密克在完全不知魏因贝格尔的论文的情况下，在就任爱丁堡大学法理

① 张文显：《超越法律实证主义和自然法理论》，载《比较法研究》1995年第1期。

② Ota Weinberger: Law, Institutions and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy, Kluwer Academic Publisher, 1991. Foreword.

学讲座教授时做了题为《作为制度事实的法律》的就职演说，并首次使用了“制度事实”概念，以此为基本范畴，详尽地阐述了与魏因贝格爾的观点极为相似的制度法律实证主义理论 (Institutional Legal Positivism)^①。直到 1979 年，魏因贝格爾还在完全独立的情况下，在《事实和对事实的描述》的论文中提出了完全相同的术语。但直到这时，他们依然不知道对方提出了跟自己的理论极为类似的理论。不过也就是在 1979 年，两人在国际法哲学与社会哲学学会在瑞士巴塞尔举行的大会上才第一次了解到他们两人的观点竟然如此之相似。后来，在赫尔辛基和爱丁堡的国际会议中，他们进一步地进行了深入的交流，并发现了他们的理论之间更多相同之处。1985 年，他们将先前各自独立发表的关于制度法律理论的论文加以汇编，加上一篇双方合写的导论用德语首先出版^②；然后又在 1986 年出版了该书的英语版本 *An Institutional Theory of Law-New Approaches to Legal Positivism* (中文译本《制度法论——法律实证主义的新方法》就是根据这一英文版本译出)^③。两位作者希望这本著作的出版，能够使这种新方法会被承认为一种独具特色的法律理论，而且是一种成熟的可以进一步发展

① 魏因贝格爾把自己的这套理论叫做 Institutional Legal Positivism，麦考密克也经常提到这个用法，所以，从两位创始人的原意来说，制度法律理论的更准确的译法应该是“制度法律实证主义理论”，但由于“*An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*”一书的影响，IVR 官方网站也称他们的理论为 Institutional Legal Theory，国内学界对“制度法论”一词也比较熟悉。故本书仍然将其称为“制度法律理论”。

② 书名为“Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus.” (《制度法律实证主义理论的基本原理》)。

③ Ota Weinberger: *Law, Institutions and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991. Preface.

的理论^①。

制度法律理论作为一个学术流派的出现是两位创立者继承和发展现代西方法律实证主义理论的结果。制度法律理论是现代西方法律实证主义的新的理论分支。它的出现与 20 世纪西方法律实证主义的两位最重要的人物哈特和凯尔森有着直接的关系，也与麦考密克和魏因贝格尔本人的生平际遇相关。从学术思想的传承和生活经历上，他们都分别与哈特和凯尔森有直接或间接的师承关系。

唐纳德·尼尔·麦考密克 (Donald Neil MacCormick) 1941 年 5 月 27 日出生于英国苏格兰的格拉斯哥。他的父亲是苏格兰民族党 (the Scottish National Party) 的创始人约翰·麦考密克 (John MacCormick)。麦考密克在格拉斯哥大学以优等生身份获得了英国哲学与文学专业的硕士学位。后来他来到牛津大学学习法律。在牛津大学巴利奥学院 (Balliol College) 他获得了法学学位。正是在牛津大学巴利奥学院期间，他受到哈特的影响，并对法律哲学产生了终生的兴趣。

1972 年，年仅 31 岁的麦考密克就被任命为钦定爱丁堡大学公法与自然法及国家法讲座教授 (the Regius Chair of Public Law and the Law of Nature and Nations at Edinburgh)。他在这个职位上一直任职到 2008 年，并在这个职位上成为世界知名的法学家。2008 年 1 月 28 日，他做了最后一次教授讲座，题目是《正义之法》(Just Law)。2008 年 2 月 1 日，在 36 年的学术生涯后，他从该职位上退休。在学术界，除了拥有爱丁堡大学教授身份之外，他还是爱丁堡皇家学会 (The Royal Society

^① [英] 尼尔·麦考密克、[奥] 奥塔·魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社 2004 年版。

of Edinburgh) 成员。1986 年他被选为英国学术院 (British Academy) 成员。作为对其法律学术地位的认可, 1999 年他被封为荣誉御用大律师 (Honorary Queen's Counsel)。为了表彰他在法律界的杰出的学术贡献, 他于 2001 年被授予爵士头衔。2004 年他被爱丁堡皇家学会颁予金质皇家杰出成就奖。除了学术, 麦考密克还兼任着诸多的社会职务。1999 年到 2004 年他作为苏格兰国家党成员的代表成为欧洲议会议员, 在此期间他参与了欧盟宪法的起草。^① 退休后他仍担任国际法哲学大会 (IVR) 的主席直至去世^②。

作为世界知名的法学家, 麦考密克可以说是著作等身, 誉满天下。他是众多大学的荣誉学位获得者, 其中包括加拿大女王大学, 瑞典乌普萨拉大学, 意大利马切拉塔大学, 德国萨尔州大学, 格拉斯哥大学和玛格丽特女王大学以及爱丁堡大学。麦考密克生前的主要著述涵盖了法律、政治、哲学等诸多方面^③, 其主要著作有《法律推理和法律理论》(Legal Reasoning and Legal Theory, 1978)^④; 《哈特传略》(H. L. A. Hart Jurists: Profiles in Legal Theory, 1981); 《法律权利和社会民主》(Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy, 1984); 与魏因贝格尔合著的《制度法论——法律实证主义的新方法》(An Institutional theory of law: New Ap-

① 这一欧盟宪法草案最终在各国进行的全民公决中遇到极大的阻力被否决。但其中的精髓仍在 2007 年欧盟《里斯本条约》中得以保留。

② Robert S. Summers. D. Neil MacCormick: Remarkable Friend, Colleague, scholar, and Political Figure. Ratio Juris, Vol. 22 No. 3 September 2009.

③ 其生前主要作品列表见: http://www.law.ed.ac.uk/neInstitutions_ofLawmacCormick/selectedpublications.aspx.

④ [英] 麦考密克:《法律推理和法律理论》, 姜峰译, 法律出版社 2005 年版。

proaches to Legal Positivism, 1986);《质疑主权》(Questioning Sovereignty, 1999);《修辞与法治》(Rhetoric and The Rule of Law, 2005)。而直到其退休前一年他才将自己对于制度法律实证主义理论的思考单独出书,即《法律的制度》(Institutions of Law, 2007)。在此书中,他进一步发展了自己在《制度法论》一书中的观点,并认为自己的观点可以被称之为后实证主义(Post-Positivism)。麦考密克的最后一部著作则是2008年出版的《法律与道德中的实践理性》(Practical Reason in Law and Morality, 2008)。此外,他还是许多国际知名的法律理论丛书的编辑者,作为主编他共编辑了10本著作,发表了数百篇学术文章。

相对于麦考密克一帆风顺、波澜不惊的学术人生,制度法律理论另一位创始人,捷克裔奥地利人魏因贝格尔的一生则可谓命运多舛。他动荡的一生可谓是20世纪人类历史的缩影^①。魏因贝格尔1919年出生于捷克斯洛伐克布鲁诺(Brno, 现属捷克)一个富裕的非正统犹太家庭。1938年,年仅19岁的魏因贝格尔在刚刚完成高中学业、开始在布鲁诺大学学习法律没几天,捷克斯洛伐克即被纳粹德国占领。魏因贝格尔的噩梦就此开始。纳粹德国逐步开始了灭绝犹太人的计划。作为犹太人,魏因贝格尔在纳粹当政时期,前后被送进过不同纳粹集中营里待了四年时间,最后一次他被送到了波兰奥斯维辛集中营,然而最终或许是凭借他的年轻与坚强,他幸运地活了下来。

第二次世界大战结束之后,魏因贝格尔回到重建的捷克斯洛伐克共和国继续他的法律学习生涯,并开始着手进行司法实

^① Peter Koller. Ota Weinberger: In Memoriam. Ratio Juris, Vol. 22 No. 3 September 2009.

务实践，意图成为一名法官。然而，他的这个愿望最终因为他拒绝加入捷克斯洛伐克共产党而落空了。他被逐出了法律界。

在被逐出法律界之后，魏因贝格尔为生活所迫成为一名工匠，靠着加工金属制品为生。然而这份金属制品工人的工作却给了他充分的学习时间。就是在这段时间里，他完成了布拉格大学哲学系的学习并获得了学位。在他的哲学论文中，他受他的老师 Franz Weyr 的影响，展示了他在规范逻辑方面的兴趣和潜能。在他的论文的基础上，1958 年他出版了他的第一本书《现代逻辑中的规范问题》。这是一本在当时的规范逻辑领域的前沿性著作，许多在规范逻辑领域现在已经成为常识的理论就是魏因贝格尔的首创^①。借助着看起来没有任何意识形态倾向的逻辑学的掩护，魏因贝格尔终于获得了大学教授资格，开始了他的大学教师生涯。他获得了布拉格大学的授课资格并被任命为法律系的副教授。

然而，这种平静的生活并没有持续多久，一场突如其来的政治运动改变了一切。1968 年，捷克斯洛伐克兴起了“布拉格之春”的民主改革运动。魏因贝格尔积极参与了此次运动并加入了号召对捷克斯洛伐克政治体制进行民主改革的“非党派成员俱乐部”（Club of Committed Non-Party-Members）。同年 8 月，出于自身利益的考虑，前苏联悍然出兵镇压了捷克斯洛伐克的民主运动。就在前苏联军队侵入捷克斯洛伐克之时，魏因贝格尔正在奥地利参加世界哲学大会，他很快决定不返回捷克斯洛伐克而是留在奥地利。这是一个艰难的决定，因为他的职业前途在奥地利当时看起来并不乐观。此后的一段时间，

^① Peter Koller Ota Weinberger: In Memoriam. Ratio Juris, Vol. 22 NO. 3. September 2009.

他不得不靠在奥地利不同的大学间作访问学者为生。所幸的是，他随身带来了他在捷克斯洛伐克所写的诸多手稿，其中一部是《法律逻辑》（Rechtslogik）。这本书在1970年出版并受到了德语学术界的一致好评。1972年，他收到了包括奥地利 University of Graz 在内的数所大学的聘任邀请。他最终选择了 Graz 大学并成为全职法律哲学教授。

从1972年起担任 Graz 大学法律哲学教授到1989他退休时止，他的学术生涯进入高产期。他出版了大量的学术研究成果。与麦考密克的研究主要局限于法律理论不同，魏因贝格尔的学术研究范围非常广阔，他的研究范围在哲学方面包括了规范逻辑、价值论、偏好逻辑、效用逻辑等逻辑学科的前沿领域。在法律和政治哲学方面，他在正义理论、法律论证等方面颇有建树，但由于他的大多数著作都是用德文或捷文出版，在英美学术界影响力相对有限^①。而在英美法律理论学界，他的学术影响力主要来自1986年与麦考密克共同撰写的《制度法论》英文版。在出版此书之后，魏因贝格尔在1987年单独出版了一本著作以阐明自己关于制度法律理论的观点，即《法律、制度与法律政治学——法律理论和社会哲学基本问题》一书^②。该书于1991年被翻译为英文，即 Law, Institutions and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy^③。在这本著作中，魏因贝格尔详尽地阐明了他的制度法律实证主义的观点，尤其是充分展开论述了他的规范行动理论，力图将社

① 其生前所有作品列表参见 <http://ota-weinberger.com/com-view.htm>。

② Ota Weinberger: Recht, Institution und Rechtspolitik: Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie. Stuttgart: Steiner, 1987.

③ Ota Weinberger: Law, Institutions and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy, Kluwer Academic Publisher, 1991.

会学的行动理论与法律理论结合起来。他试图突破凯尔森纯粹法律理论的局限，为凯尔森的规范有效性问题找到一个社会学的解决方法。从整体上来看，这本书试图融社会学与哲学于法律实证主义的概念之中的努力是显而易见的。

对于魏因贝格尔来说，他的制度法律理论与凯尔森的纯粹法律理论有着直接的渊源关系。从魏因贝格尔的制度法律理论的主题来看，凯尔森所提出的诸多命题始终是其关注的核心。魏因贝格尔本人就是凯尔森的研究专家，他与凯尔森有着间接的师承关系。1911年，凯尔森在维也纳大学作为一名公法学与法哲学讲师，在维也纳大学法律系开始了他漫长的学术生涯。在他逃亡美国之前的20多年教学生涯中，他教授了许多来自欧洲各地的学生，这些学生很多日后都成为著名的法学家：例如梅克尔（Adolf Merkl）、考夫曼（Felix Kaufmann）、沃格林（Erich Voegelin）、罗斯（Alf Ross）和韦尔（Franz Weyr）等。而其中佛兰兹·韦尔（Franz Weyr）最终成为魏因贝格尔的老师。凯尔森的学术观点也多多少少被这些学生继承和发展。而这些以凯尔森为核心的学术小群体则被称之为“维也纳学派”。

在凯尔森之后，他的纯粹法律理论分为两个学派，即在奥地利的维也纳学派（Vienna School）和在捷克的布鲁诺学派（Brno School）。布鲁诺学派的主要人物就是在布鲁诺大学法律科学学院（The School of Legal Sciences）任教的 Franz Weyr（1879~1951），他是凯尔森的密友和学生。而魏因贝格尔就是 Weyr 的学生之一。正是在 Weyr 的直接影响下，魏因贝格尔接受了凯尔森的纯粹法理论，并成为著名的凯尔森研究专家。从实质上来说，布鲁诺学派和哈特的法律理论有着某些相

似之处，并且从时间上来说要早于哈特的法律理论^①。但由于战争和冷战时期的捷克斯洛伐克所处的东欧国家对于西方世界的孤立，布鲁诺学派并没有在西方法律学术界产生过太大的影响。尽管他本人是凯尔森的研究专家，魏因贝格尔并没有完全接受凯尔森的纯粹法律理论。他对凯尔森彻底地划分规范与事实的做法并不满意，认为凯尔森的纯粹法理论无法达致一种对法律性质的令人满意的说明。因此，他最终选择了突破凯尔森理论的束缚，试图发展一种强调“规范性体系与可见的社会进程之间的相互作用的理论”^②。

尽管两位法学家之间在制度法律理论的具体细节上存在着不少差异，但将魏因贝格尔和麦考密克作为制度法律理论的共同创始人是合适的。原因在于：两人的制度法律理论实际上都围绕着规范理论展开和发展。他们都试图解决凯尔森由于将休谟定理在法律理论中贯彻使用所导致的规范性（Normativity）与社会事实疏离的问题；都赞同哈特的法律规则理论是一种可能的正确地解决凯尔森问题的思路；都意识到了规范在个体社会实践中并不是一种孤立于行动者的抽象因素，并试图在个体行动与规范的一体化关系中为规范性的存在找到社会性的根基。在这一点上，可以把两人的理论视为“规范主义的一种社会现实主义的发展”^③。他们都借用了美国哲学家塞尔的“制度事实”理论用以解决极端法律现实主义对规则和法律概

① Oat Weinberger: *Law, Institutions and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Kluwer Academic Publisher, 1991. Preface ix.

② [英] 尼尔·麦考密克、[奥] 奥塔·魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 30 页。

③ [英] 尼尔·麦考密克、[奥] 奥塔·魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 10 页。

念存在的怀疑，并把对规范的理解纳入到了“制度”的概念整体之中。两人关心的核心问题都是规范对个体行为的影响以及个体与制度中的规范的互动，并试图在这种互动中实现对规范一种更贴近现实生活的理解。贴近现实生活中的行动个体并采用一种现实主义的视角，以及在社会实践中解决规范性问题是两人一致的理论倾向。

从整体上来说，两位法学家使用的各种现代哲学和法理学资源的努力都是为了对规范概念进行阐明，并试图在规范性与事实之间架起桥梁。因此，与制度经济学以及政治学中的制度主义不同，法学中的制度法律理论并不是为了阐明制度差异对社会发展所产生的差异问题。因此，制度法律理论并不是具体的实证制度差异比较研究。虽然他们都对制度进行了初步的研究，但制度法律理论主要还是对于“规范”这一法律哲学范畴以及相关概念从现实主义视角加以分析以及相应的理论说明。法律规范的基础问题是两位作者的理论的共同出发点。而在证明了规范的存在不可能脱离开人的实践与行动之后，两位理论家更进一步探讨了这种规范与个体实践紧密结合所产生的社会后果，从而使自己的制度法律理论跨越了凯尔森式的单纯结构分析而进入了社会事实领域。正是在这一领域，制度法律理论阐明了人类真实生活中的法律规范是怎样影响社会秩序的构成。换言之，他们提出了一种更具有现实性的法治理论。而他们的这种现实法律秩序的分析又不是简单的建立在社会事实描述的基础之上，而是同时具有社会学和传统法律实证主义的思辨特征。

而在细节方面，两位作者的理论的确有着诸多相同之处。例如：他们都采取了反对用机械还原论来看待法律的态度。他们都反对把法律理解成为物理学意义上的事实描述。这一点最