

# 论法律作为一种制度性规范秩序

## ——基于麦考密克后实证主义法理论

邵丹晔

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年9月26日; 录用日期: 2023年10月28日; 发布日期: 2023年11月7日

### 摘要

法律可以在抽象层面被视作是规范性秩序的制度化。正式规范和权威的出现则代表了非正式规范性秩序到正式规范性秩序的制度化转变, 特别是制定处于核心地位的宪法的过程。共同体对规范的共同信念具有根本地位。将这一共同信念植于法律体系, 能够提供一种对于法律规范性来源的解答, 即来源于一种默示的规范共识, 蕴含彼此期待的信任, 以宪法为核心的现代法律体系莫基于此。

### 关键词

规范性秩序, 制度化, 法律规范性

# On Law as an Institutional Normative Order

## —Based on MacCormick's Post Positivism Legal Theory

Danye Shao

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 26<sup>th</sup>, 2023; accepted: Oct. 28<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 7<sup>th</sup>, 2023

### Abstract

Law can be seen at the abstract level as the institutionalization of the normative order. The emergence of formal norms and authority represents an institutionalized transition from an informal normative order to a formal normative order, especially the process of formulating a constitution at its core. The Community's shared belief in norms is fundamental. Embedding this shared belief in the legal system provides an answer to the normative sources of law, that is, from an implicit normative consensus, implying mutual expectation of trust, on which the modern legal system with the Constitution at its core is based.

## Keywords

Normative Order, Institutionalization, Legal Normativeness

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

关于法律是什么这个问题，法实证主义者和非法实证主义者历来存在不同的回答。尼尔·麦考密克作为哈特的追随者，是否最终共享和哈特一样的答案？还是说他提出了不一样的观点？这不一样的观点有什么特色，为何会形成此类观点，它会带来什么后果，能够解决什么问题？这些问题都值得我们思考。

在麦考密克后实证主义法理论中，法律作为一种制度性规范秩序是一条明线，把握这一条明线能够知晓麦考密克理论的核心内容，而另一条是隐线，即实践理性问题，[1]这个问题在此不作展开，本文主要集中于法律作为一种制度性规范秩序的研究。

## 2. 规范性秩序的概念

规范性秩序是麦考密克后实证主义法理论中一个重要的概念。一般地，规范性秩序可以被分为非正式的规范性秩序与正式的规范性秩序。非规范性秩序扮演着不可忽视的角色，人们却往往会忽略这一点，这或许与它的特性息息相关。

### 2.1. 非正式规范性秩序

#### 2.1.1. 自发形成的实践

麦考密克多次运用“排队”这个生活场景来阐释规范性秩序的产生。排队是我们日常生活中极其常见的图景。麦考密克认为就是这样普通寻常的日常生活经验中蕴藏了规范可以确立形成的要素。

我们在日常生活中通常有排队的经历，在学校食堂吃饭，在银行取钱，或者在超市购物收银时，我们都排过队。排队非常明显地凸显了一些益处：它使得参与排队的每个个体都能够得到可以预知的好处。在排队行为下，人们处于一种相对公平的场域中，同时又不至于无序而失去效率。在生理上不占优势的人在排队中能够避免被剥夺本可以获得的机会，而在生理上占有优势的人也不必利用自己的生理优势付出精力去争夺自己所需要的资源。

可以看出，这种公平和效率是个体通过自发形成的排队实践而出现的。另外，还有一点值得注意：在我们排队时，我们知道“应当”如何排队，即使未有明确规则规定如何排队。排队作为寻常社会实践之一展现了规范秩序的原初形态，同时，它也展现了“秩序”。每个个体在队伍中的位置并非是无序随便的，这里的秩序既是一种可以被观察到的模式，更是一种“规范性秩序”，人们可以通过排队者的身份来解释这个事实，在这个解释的过程中，他们的依据可以是自己认为“应当”怎样做。

#### 2.1.2. 基础性地位

非正式规范性秩序理论框架对于我们认识规则概念的解释具有基础性作用。在麦考密克看来，规则确实很重要，但是，规则的概念并不能够构成他理论的核心。[2]麦考密克认为排队的实践能够进行普遍化的推论——当群体处于普遍联系的关系中，群体运用他们认为是一种交互性的关于什么是应当做的观

念去指导自己的行动时，一种规范性秩序就出现了。排队所形成的图景是出于大家的共识，这种共识依靠了排队群体的观念，也就是不论高矮胖瘦、男女老幼、身份地位等，大家都要“依照先后顺序”，即使有插队者，大家也可以对其进行谴责。在麦考密克看来，在排队实践中包含着基础的群体共享的规范性观点，即大家基本赞同排队行为模式，认同该行为模式被遵守。也就是说，在不存在明确表述的正式规范的情况下，也能够形成规范性秩序，并不需要其他别的指导、执行和监督地要素。([3], p. 11)

这种非正式规范性秩序本质上是惯习性的，依据麦考密克式的观点，惯习是一种非正式实践，([3], p. 11)它既包含着传统承袭，又蕴含对其他个体行为的期待性，而不是如哈特所说的一般习惯，仅仅是行为上简单的一致趋同。虽然，麦考密克的非正式规范秩序理论很像哈特的社会规则理论，但是麦考密克的理论中有一点是不同于哈特理论的，也就是存在一种潜在于共同体之中的隐型指引性理念。([3], p. 11)这也是非正式规范秩序基础性地位的体现。后文会讲到非正式规范秩序有时会依靠权威性实践，但是，追溯到无限退后的尽头，最终还是要寻找到一种惯习性的授权规范。总体而言，非正式规范性秩序理论框架具有基础性的地位，它的形成对于我们知晓如何对规则概念进行解释具有奠基的作用。

## 2.2. 互相期待的共同信念

在上文所述排队这一行为事实中，最值得注意的便是群体对规范认同的意识，也可以称为一种群体相互期待的共同态度。这种互相期待的共同信念是一种对他人行动的期待——期待他人会像自己一样行动。这种对于规范认同的意识与规范本身不同，规范是对自己的要求，而这种互相的期待信念则是针对他人。

在一个队伍当中，只有每个排队的个体都知道如何排队且相信他人也会像自己一样排队，这个队伍才能够形成，或者说，排队秩序才可能形成。“规范”和“对规范的互相期待”的区别较少受到关注。[4]这一区别在货币上比较容易理解。每种货币的流通都蕴含着庞杂的法律规则的运行，但是，货币得以流通不是因为每个货币使用者都知晓这背后的法律规则，同时，即使不知道货币相关的法律规则也不会影响个体对于货币的使用。货币得以流通的一个重要原因就是：共同体的大多数人都互相相信彼此会接受这个货币。如果共同体的大多数人并不持有此信念，那么，货币和普通的纸张没有什么分别。相反的，即使是没有货币相关的法律规则，只要共同体持有彼此信任的共同认同和期待，货币流通的规范性秩序也可以形成，这和排队秩序的形成是一样的。

总而言之，排队作为日常实践展现了规范性秩序原始的事实形态，这种事实形态中的规范无需文字规则支撑，而依赖于一种群体中的个体彼此互相期待他人会像自己一样行动的共同信念以及对排队规范的大致了解。在这种解释性的实践中，每个个体都理解具体的情境，并且都意识到自己和他人拥有的共同信念以及规范，这样的实践并不需要很大程度的反思，比如，在排队实践中，基本上没有人会去反思形成队伍需要满足怎么样的条件。人们更多的是在日常实践中、在社会化的过程中获得了对事实的一体化的语境认知，完成了社会实践。在这里，最重要的就是规范以及对这些规范的彼此期待的共同信念(相信别人也会像自己一样遵守)，只有这些被意识到，不成文的规范才能够形成，基于这种规范，规范性秩序得以建立。

## 3. 规范性秩序的制度化

基于利用排队的实践说明的非规范性秩序的形成，使得进一步利用排队的例子来说明正式规范性秩序和制度化的概念成为可能。规则与权威性实践的形成，也建立在实践共同体的共同信念上。

### 3.1. 正式规范秩序与规则

在日常生活中，排队也不总是属于非正式规范秩序。比如，在医院里就诊，需要取号排队，若被叫

号的人缺席，当他重新出现，应该怎样处理，是排在当前就医者之后还是需要重新排队，他为什么缺席这个因素是否应该被考量等，这时候就存在一个决定作出的权威者，也就是医生及导医台的护士。又比如，在马路上，发生交通拥堵时，车辆也处于排队状态，同时，还存在一个维持协调秩序的交通警察。这些排队活动和普通的自发形成的排队不同，这种排队中存在着一个新的角色，也就是管理人员，这些排队实践处于管理权威之下。[5]

需要注意的是，在叫号排队这一行为模型中，排队在原有规范性共同期待上增加了针对管理者的共同意识——接受某个体进行监督管理且相信其他人也接受此个体的监督管理以确保排队秩序得以维持，防止出现插队等失序危险。正是这种共同意识和认同使得管理者获得权威。这种权威的规范秩序能够比默示规范秩序更加明确，非正式的规范秩序可能出现的问题可以通过明晰规则(以正式方式发布的明确告知的公示的规范) ([3], p. 23)和权威的自由裁量进行解决。一个双层规范结构中含有两个默示的共识，以叫号排队为例，第一个是“应当遵循排队规范”；第二个是“应当听从管理人员”。这两个默示的共识使得规则和权威能够形成。在某种实践具有此类特征的情形下，非正式规范性实践就被制度化了。

### 3.2. 制度化依赖于一定的权威

制度化过程中，权威扮演了重要的角色，最简单的形态比如上述叫号排队例子中的管理人员及交通警察。实际上，在权威问题上，麦考密克在一定程度上沿袭了自哈特以来的实证主义。在某些点上，哈特其实已经在提出过，比如独断性理由，只不过没有被他本人重视和发展。拉兹则是提出服务性权威观来架构自己的权威论。麦考密克则是改造了哈特的理论，将权威性制度与私人行为协调之间的区分作为初级规则和次级规则区分标准，从而取代了哈特的义务规则/授权规则那种较为模糊的标准。麦考密克在制度化过程中使用的“权威”，也许可以被视作“惯例”(precedent)或者制度化的权威性规划(institutionally authoritative formulation)，这种规划中含有将规范转化为权威性规则的效果。

权威的存在并不依赖于制度化，但是，制度化总是依赖于权威，因为制度的形成必须要有依据，秩序的参与者必须诉诸权威改变、说明以及原因管理者的规范。根据拉兹的观点，权威是“在缺乏可理解的理由时，作为判断或行为的理由，或者在不去理会某些可理解且相关的原因，并在缺乏排他性理由时也足以征程其他方式而继续的理由”。麦考密克亦认为绝对应用规则和严格应用规则的实践效力都从属于拉兹所述的“排他性理由”，或者 Schauer 所称的“确定性的概括”——决定作出者的授权。[6]正是权威的要求拥有排他性，才可以使规则获得实践效力结果。在立法活动这个层面上，不论是边沁、奥斯丁认为的“立法权是一种事实上的社会权力，该权力使得某人的命令具有强制力”，还是将立法权解释为“议会至上”的法律规范，基本上都代表了一种惯习的分量，只不过在制度化过程中，立法权威转向了所依赖的规则。正式的、制度化的规范成为管理社会的法律规范依赖于它被足够多的人承认为应当被服从的法律从而使立法等制度和权力得以出现。

### 4. 制度性规范秩序的规范性来源

如果将法律视作是制度性规范秩序，那么，是否得以提供一种法实证主义始终在尝试解答的权威性难题与休谟难题呢？接下来将检视在制度性规范秩序的背后，其规范性来源究竟是什么，是否能够在其理论内部自圆其说。从前文所述的内容中已经可以看到默示的共识扮演了重要的角色。在取号排队这个简单实践中的双层规范嵌套结构下，“应该遵守排队规范”的默示共识和“应该听从工作人员管理”的默示共识支撑了规则即正式规范以及权威的出现。基于默示的共识和制度化结构解释的模式，以宪法为核心的现代法律体系得以被解释，此外，法律规范性问题也许可以获得一种答案。

首先，对于法律规范性的问题，在法实证主义内部始终有不同的回答。之所以有不同的回答，其根

源就在于法实证主义无法回答法律强的规范性的问题。非法实证主义者在这个问题上拥有着优势，因为他们的理论从根本上讲是一种从应然导向应然的理论，而法实证主义者不一样，他们的理论追溯到最后，导向一个社会事实问题。而社会事实问题是一个“是”的问题，“是”与“应当”之间存在着无法跨越的鸿沟，也即是休谟难题。

因此，为了解决权威性难题与休谟难题，有法实证主义者提出了“基本规范”，[7]基本规范的出现将法律的规范性根源倒向了一种应然(规范代表着一种应当)，但是，这种根源存在模糊性，只是在法律帝国内的理想状态，它也没有办法给予一个是否给了人们理由这么做的问题的回答。而哈特的承认规则将凯尔森式基本规范拉回了地面，但是却没办法给强的规范性提供好的回答。麦考密克沿袭了哈特的承认规则，但是他采取了解释性定义的方法，解释性定义并非惯习主义的，不会终止对话，也不是纯粹的理论探讨，所以需要结合定义的背景与实践。比如在前文的排队实践中，他将之论述为“解释性实践”，他突出了“人是规范的使用者”。他认为，哈特式内在观点能够进一步细分为“认知性因素”和“意志性因素”，“意志性因素”优先于“认知性因素”，默示规范以一种初始姿态呈现出人的意志。([3], p. 285)

其次，前文已提到，将取号排队实践进行普遍化推论，则会得到，依宪法为核心的整个法律制度的规范性，依赖于默示的非制度化的规范性实践，也就是至少有相当一部分的公职人员认为“应当服从和维护宪法以及根据宪法所制定的有效法律”，并服从维护了宪法。对此种共同意识的遵从对于宪法而言是至关重要的。

此外，应当注意，这个默示的规范与凯尔森的基本规范是不同的。它并非是超验的、在逻辑上预设的，它根植于共同体的实践，这个默示的规范事实上是一种共同体表达宪法必须被遵守的默示的方式，不具有任何的超验性质。并且，最重要的是实践者都以“内在视角”参与行动，承认宪法为核心的法律体系的合法性，所以它是一个默示的共同观念表示的实践。它可以被表述为“宪法应当被遵守”，“服从宪法是应当的”等，核心都是宪法中规定的共同体成员具有共同意识，最至少是官员具有彼此遵守宪法的共同期待。所以，至少在大多数官员在大部分时间力履行了对宪法忠诚义务，则这个国家拥有完全意义上的宪法，这对于宪法的存在是至关重要的。宪法随着历史获得逐步增长的合法性，而这种合法性的出现，不过只是由于人类共享信念不断地自我衍生，人类复杂的法律秩序源于这种默示的规范，蕴含一种互相期待的信任。

## 5. 结束语

通过解释规范性秩序的内涵以及从简单例子展现制度化过程的推演，法律可以在抽象层面被视作是一种制度性规范秩序。规范性秩序可以被分为非正式的规范性秩序与正式的规范性秩序。法律即为一种正式的规范性秩序，而非正式规范性秩序与法律秩序间又存在不可分割的关系：非正式规范秩序是立法的基础。

另外，在前文的论述中可以察觉麦考密克其实认同诸如菲尼斯所述“共同善”等内容，他的后实证主义法理论一定程度上认可很多非法实证主义者使用的概念和方法。但是，我认为，麦考密克后实证主义在根本上并非是一种自然法理论，因为他不赞同法律的本质功能是证成国家权威，并以这种功能解释法律、实现共同善。他认为权威并不依赖于制度化而制度化的过程需要权威的形象出现。而正式规范和权威的出现则代表了非正式规范性秩序到正式规范性秩序的制度化转变，尤其是处于法律体系核心地位的宪法的制定。

此外，利用非正式的排队秩序和正式的排队秩序例子，说明了共同体对规范的共同信念，彼此期待的信任具有根本地位。将这一共同信念植于法律体系，能够提供一种对于法律规范性来源的解答，即来源于一种默示的规范共识，蕴含彼此期待的信任，以宪法为核心的现代法律体系奠基于此。

## 参考文献

- [1] 王荣余. “制度性事实”的法理重释: 麦考密克的解决方案[J]. 中山大学法理评论, 2022, 20(1): 25-45.
- [2] 尼尔·麦考密克. 制度法论[M]. 周叶谦, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 53-54.
- [3] MacCormick, N. (2007) *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198267911.001.0001>
- [4] 李锦辉. 规范与认同[M]. 济南: 山东人民出版社, 2011: 37.
- [5] 余涛. 后实证主义语境下的法概念研究——以尼尔·麦考密克的法律制度理论为基点[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 91-93.
- [6] Schauer, F. (1991) *Playing by the Rules*. Clarendon Press, Oxford, 38-52.
- [7] 路京川. 基础规范及其预设正当性——以纯粹法理论为视角的分析[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2018(2): 5-7.