

# 事實如何造就法律：以制度為視角的法律事實前溯

黃競天\*

---

**摘要** 法律事實是抽象規範與具象現實的聯結點。生活事實可以被萃取為規範性對象，以法律事實的面相進入法律領域。法律的強制力是這一過程的外驅力，而通過法學制度論的視角，可以提供另一個內驅視角。法律是一種源於歷史的制度，法律規範亦是一種已存在社會文化之中制度事實。它從實踐中產生並獲得了權威，構建了社會秩序。制度作為前見潛移默化地影響著人們的行為。而人們在歷史中的不同實踐，也讓眾多“理念”發展為“時代精神”，再成為“法律概念”，並逐漸構建、更新“法律體系”。

**關鍵詞** 法律事實 生活事實 制度事實 法學制度論 時代精神

---

## 一、問題的提出：生活事實如何成為法律事實？

法律有所涉，有所不涉。法律關注的是人的行為，調整的是人與人之間的關係。但並非所有的人際行為，都在法所管轄的範圍之內。在古羅馬時期，自然法學者們主張，除了人與神或與動物間的關係外，剩下的人類社會之種種，皆是法律調控的範圍。這一觀點一直延續到十九世紀，彼時仍有學者主張，“人類生存與活動領域不存在法律真空<sup>[1]</sup>”。然而人們很快發現，即便是人類社會的事物，法律也有無法觸及之處。一場關於“法外空間”的百年議論就此展開。

“法外空間”的概念，最早在1892年由德國學者貝格勃姆（Bergbohm）在其著作《法理學與法哲學》中明確提出的。貝格勃姆認為，人類的行為、狀態以及其他外在關係中，總存在著法律無法企及的領域，這就是法外空間。<sup>[2]</sup>很多學者均從法理學的角度肯定了法外空間之存在。凱爾森

---

\* 黃競天，澳門大學法學院博士研究生，浙江傳媒學院文學院教師。誠摯感謝唐曉晴教授對本文提供的幫助。

[1] Brinz, *Über die Zeit im Recht*, 1882, S. 5. 轉引自：王鋼：《法外空間及其範圍——側重刑法的考察》，載《中外法學》，2015年第06期，第1544-1572頁。

[2] Vgl. *Philipps, Sinn und Struktur der Normlogik*, ARSP 52(1966), 195, 205. 轉引自：王鋼：《法外空間及其範圍——側重刑法的考察》，載《中外法學》，2015年第06期，第1544-1572頁。

(Kelsen) 指出，法秩序只能在特定範圍內調整人的行為。<sup>[3]</sup> 考夫曼 (Kaufmann) 定義：“法外空間意指，法律秩序對相關行止放棄評價。由行為人自行負責其行為的正確性。<sup>[4]</sup>” 拉倫茨 (Larenz) 將“法外空間”界定為“法秩序不擬規整的範圍”，亦論述“純粹內在的心路歷程與態度、思想、感覺、意見、確信、好惡等，依其本質非法律可及”。<sup>[5]</sup> 菲肯切爾 (Fikentscher) 提出，人類社會除了法律之外還存在著倫理、宗教等其他規範，這些規範都在法律效力範圍之外，人們無從也無需將其評價為合法或者違法，故而其應當屬於法外空間。<sup>[6]</sup>

雖然學者們對法外空間的具體界定略有差異，但總體都將人類社會的種種事務分成了受到法律調整與不受法律調整這兩大部分。這一區分方式被沿用到了現代法律體系中，用以區分法律介入或不介入實際生活的邊界。例如，我國《民法典》限定民法調整平等主體之間的人身關係和財產關係。<sup>[7]</sup> 《民事訴訟法》規定，起訴必須屬於人民法院受理民事訴訟的範圍和受訴人民法院管轄。<sup>[8]</sup> 並非所有主體間的所有行為都受到法律調整，因此，在法律規範在對生活事實進行調整時，也必須注意法律介入生活的程度：有一些生活事實是可以構成法律事實，從而進入法律調整範圍；而另一些生活事實則應繼續停留在不受法律調整的法外空間之中。法外空間是法律為其調整的範圍自定的邊界。

法律的邊界並非恒定的、固定的，而是動態的、交互的。

若要觀察生活事實從法外空間到法律調控範圍內的流動關係，“情誼行為”理論的形成是一個極好的案例。情誼行為位處道德和法律的交叉領域，於1903年最先作為德國帝國法院的實際判例出現。<sup>[9]</sup> 隨後，通過一系列的相關判例，情誼行為逐漸上升為習慣法層面上的概念，並引發了歐洲法學界對法律介入現實生活問題的持續討論。在經過理論和實務領域的一系列交叉互動後，這一概念最終被總結到法學教科書的理論概念中，並持久影響了法律對實際生活的調整。

情誼行為從法院判例到法學理論的過程，說明了位處法外空間的社會生活種種，是可以通過一定的過程進入法律的範圍的。但這一過程如何實現？該問題亦在法理學領域關於法律源頭的討論中占據著不可或缺的位置。人們不能大而化之地僅僅將此歸因於前置的立法環節或形而上學的法律構成，這將使得法律的正當性再次陷入虛無。

以法律事實的產生為對象進行前溯，是觀察這種邊界與流動的好方法。對於實證法學家們來說，事實（更明確地說，應是從生活事實到法律事實的法律實踐過程）是決定法律內容的因素之一。在哈特的觀點中，法律的存在和內容被視為一個社會事實。<sup>[10]</sup> 因此，事實對法律的影響是毋庸置疑的。本文的任務，就是通過詳細梳理生活事實何以被提煉為法律事實、從而進入法律的過程，進而探討法律體系建構的源頭。

[3] 參見[奧]凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，中國大百科全書出版社1996年版，第140頁。

[4] [德]阿圖爾·考夫曼：《法律哲學》，劉幸義譯，法律出版社2004年版，第327-328頁。

[5] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 192.

[6] Vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, 1997, S. 165 ff., 173. 轉引自：王鋼：《法外空間及其範圍——側重刑法的考察》，載《中外法學》，2015年第06期，第1544-1572頁。

[7] 《中華人民共和國民法典（2021）》第一編，第一章，第二條。

[8] 《中華人民共和國民事訴訟法（2022）》，第十二章，第一百二十二條。

[9] RG. in RGZ. Bd. 54. S. 73ff. Vgl. Guido Dahmann, Gefälligkeitsbeziehungen, Dissertation Friedrich- Alexanders- Universität 1935. S. 14. 轉引自：王雷：《情誼行為、法外空間與民法對現實生活的介入》，載《法律科學（西北政法大學學報）》，2014年第06期，第42-51頁。

[10] Mark Greenberg, *How Facts Make Law?*, Legal Theory, Vol.10, Issue3(September 2004), p.157-198.

在進一步展開探討以前，首先要厘清生活事實、法律事實、自然事實、具體事實、社會事實、原始事實、制度事實等基本概念及其區分。

首先是一系列根據事實的法律屬性來區分的概念：根據黃茂榮的定義，生活事實是所有“與人有關的事實”，其中包含了受到法律調控的事實，以及不被法律管理的“法外空間”；法律事實則是“經法律對之加以規定的生活事實”。<sup>[11]</sup> 自然事實是民事法律事實的分類之一，指與人的意志無關的、能引起民事法律關係發生，變更或中止的客觀現象。具體事實的概念囊括了世界上的所有事實，包括與人有關的生活事實，或與人無關的事實。在一些法學學者的論述中，具體事實的用法與生活事實基本一致，主要指未經法律調控的所有事實。<sup>[12]</sup> 社會事實的概念與生活事實基本一致，主要描述人類社會中發生的種種事實。這是一種社會學概念，在法學論著中並不多見。

此外，語言哲學家們提出了原始事實（Brute Facts）與制度事實（Institutional Facts）這一對源於語言哲學的相反概念。英國語言哲學家塞爾（J. R. Searle）認為，原始事實是與人無關的、不取決於人類社會而存在的事實，如自然界的月盛日落、草長鶯飛、雲消雨霽，其存在獨立於觀察者，內在於自身本質。而制度事實是依賴人的主觀意志所產生的，其背後有著相應的制度作為行為規則體系。制度事實包括了人類社會本身與其中的種種規則，它們的存在與變化緊密依賴人類思維，觀察者的態度是區分它們的直接條件。法律事實就是一種典型的制度事實。<sup>[13]</sup>

在本文的闡述中，主要將用生活事實與法律事實兩個概念來區分是否經過法律規範的人類社會的種種事實。此外，本文以法學制度論（Institutionalism）<sup>[14]</sup> 為論證視角，亦將用到制度事實的相關概念。

## 二、法律事實的前溯：探索法律規範的效力來源

### （一）法律規範：作為法律事實與生活事實的連接點

在大多數的法律教科書與法律實踐的操作手冊中，人們往往基於法律概念的前置存在，來觀察法律事實。許多民法教科書中都提到：法律事實存在於法律關係的建立、撤銷和變更之中。<sup>[15]</sup> 若人們要進一步理解“法律關係”與“法律事實”的概念，就會得到這樣的回答：法律關係是法律確定的關係，法律事實是具有法律意義的事實。這樣一來，在既定前見的影響下，法律工作者們投身具體個案或埋首成文法條，從教義法層面進行法律效果之推導。但本文將回到這一前見之中，重新探討：當法律篩選生活事實之時，其範圍邊界究竟在哪裏。

法理學界的法學家們早已注意到了法律事實與自然事實之間千絲萬縷的動態聯系，以及法律規範在兩者間的重要位置。卡爾·恩吉施(K. Engisch)通過梳理《德國民法典》中對“親屬”概念的規定，提出了法律的幾個特征：其一，“法律一開始便‘屈從’於自然”，即法律事實最初是從生活事實中提煉與產生的；其二，“法律的思考可能與自然思考發生沖突”，一旦升格為法律事實，就無需與

[11] 黃茂榮：《法學方法與現代民法》，法律出版社2007年版，第230，232頁。

[12] 常鵬翱：《法律事實的意義辨析》，載《法學研究》，2013年第05期，第3-23頁。

[13] J.R. Searle, *Speech acts: An essay in the philosophy of language*, Vol. 626, Cambridge university press, 1969, p.51.

[14] 法學制度論相關討論，請參見：唐曉晴、黃競天、張笑然：《法學制度論學說史綱》，載《湖湘法學評論》2022年01期，第59-79頁。

[15] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第16頁。

自然中的生活事實保持一致；其三，“立法者今天比昨天更努力地實現兩者（法律事實與生活事實）的一致”，這說明了法律事實的提煉方法會隨著立法者所處的時代而發生改變，體現了法律的制度性。<sup>[16]</sup>恩吉施描述了法律事實與自然事實彼此獨立卻又相互轉化的狀態，而兩者之間的聯結所在，在於法律規範（法律條文）。千變萬化的生活事實，必須經由法律規範的評價與描述，才能成為符合法律評價標準的法律事實，並進入法律的評價範圍；與此同時，法律規範亦須依據待評價的生活事實來選用，並在必要時進行具體化與適當演繹。生活事實與法律事實的相互轉化，是通過法律適用的過程來展現的。

在黃茂榮的總結中，法律適用包括了法律事實的認定與法律規範的萃取兩個部分，兩者相輔相成：法律事實的認定必須取向於法律規範，法律規範之萃取及其具體化也必須取向於具體的法律事實。<sup>[17]</sup>一方面，法律事實的認定，是以法律規範為標準來評價生活事實的過程。由於生活事實源於自然且涵蓋了人類生活中的一切事項，若想利用法律的三段論演繹推理來處理，就需借助法律邏輯對其進行篩選，減除規範層面沒有意義的部分，並用法律語言評價剩餘具有法律意義的部分。法律工作者們（法官）需要取向法律規範，將他們從生活事實中提取到的要素，與法律規範中相關法條的構成要件相對應，用法律語言來陳述生活事實。這樣一來，法律得以適用於生活事實；經過法律調整的部分生活事實也便有了法律意義，成為了法律事實。另一方面，法律規範之萃取主要用於以下情境：若不能順利將生活要素涵攝到既定法條的構成要件之中，則立法者們需取向於生活事實，根據實際情況來具體化相關法條。故而，法律工作者們一方面取向於法律規範，用具有法律意義的陳述將生活事實升華成法律事實，成為三段論的小前提；另一方面，再通過對照具體個案中的實際情況，將法條具體化為針對該生活事實的大前提。法律工作者們來往於法律事實與生活事實之間，最終形成判決。法律適用的過程是生活事實被挑選成為規範性對象，從而以法律事實的面相進入法律制度的過程。而在這一過程中，法律規範起著重要作用。

由此可見，法律規範連接著法律事實與法律結果。法律事實以法律概念為事實構成，對生活事實進行了篩選與重構，以此與個案中的實際情況相連接。而法律結果以“事實構成”為前提，對於個體的權利和義務進行了預設。法律結果中的權利是由法律秩序被賦予給個人的、滿足其利益的法律權力；而義務是以特定“事實構成”為前提條件的，個體行為的應然。<sup>[18]</sup>法律結果以權利和義務為內容，指示著權利和義務的存在與否。法律規範在串聯起法律事實與法律結果的同時，亦連接了實然的生活與應然的權利與義務。因此，它不僅是生活事實賴以進入法律評價的實然標準；亦是一種假定的應然規範。<sup>[19]</sup>

法律規範是應然與實然的連接點，位處於法律事實與生活事實的中心位置。圍繞著法律規範展開的法理學命題中，最為火熱的討論之一當屬法律規範的效力來源爭議：法律規範的效力從何而來？法律如何能賦予義務，並對其調控對象的行為產生義務的束縛，或用休謨哲學來描述，法律如何成為“應然”？

為了解答這個問題，法學家們首先考慮到了法律的強制力特征。

[16] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第9-11頁。

[17] 黃茂榮：《法學方法與現代民法》，法律出版社2007年版，第230，233-234頁。

[18] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第23頁。

[19] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第18頁。

自然法學領域自不必說，就連實證法學界的學者們，在很長一段時間以來，都以一種外部視角來觀察法律規範的強制力。<sup>[20]</sup> 在這種視角下，法律規範就是強制性規定。<sup>[21]</sup> 法律規範的本質就是連接某些強制性的行為結果與具體的事實條件這一思路導致了法律不得不探尋足夠的外力支持，以確保自身強制力與效力。故而，將法律與外部強制力畫上等號、將法的有效性取向於主權者與國家形式成了當時法學家們的主要研究趨勢。奧斯丁（J. L. Austin）將法律界定為主權者發布的、以威脅（制裁）為後盾的命令。邊沁（Jeremy Bentham）認為法律是統治者的意志體現，但是統治者的命令可能會強加實體義務給除了統治者自己之外的人。凱爾森（Hans Kelsen）反對這樣的命令，但他認為法律體系是“強制的命令<sup>[22]</sup>”，每一條規範都是用以授權國家機關制裁犯科者。

法律作為一種社會制度，其起源並非“成文法”概念的起源。兩者的混淆是隨著近代法律成文化趨勢產生的現象。由於法律制定是國家職權的標志，所以人們自然將法律的產生於國家的主權畫上了等號。而事實上，法律作為一種社會性的存在，往往相對獨立於國家等政治形態。兩者的產生、存在與延續並非完全一致。法律有其基本的原則與特定的形態，而這些專屬於法律的原則與形態，是經過歷史的驗證與承認的。此外，法律實踐中，亦存在著多樣的主體形態，譬如國際法、教會法、以地方為單位的法規、甚至是某一組織自定的規章制度。即便他們並不以國家為單位，卻與上述以主權國家為基礎的法律一樣具有強制力與約束性。法效力問題並不能單靠規範邏輯就得以澄清。法學上的效力概念尚有社會學和道德學上的面相，尤其涉及法的可接受度與有效性問題上。

若從外部視角觀察，固然能夠描述法律帶來的強制效果，卻不能解釋法律作為人們的“義務”而使人產生遵從動力的內驅力。事實上，法律規範不僅具有強制力、約束力等通過外部視角進行描述的客觀特征，亦有與人的意志、道德、意思有關的內部視角下的主觀要素，譬如“善良風俗”“意思表示”等等社會及道德面向。這種法律的內部視角，令人們得以通過意志來塑造自身的生活關係，更帶來了法律的可接受度與有效性。

## （二）法律規範的內部觀察視角

同為英國的法律實證主義（Legal Positivism）的代表性學者，H.L.A.哈特對法律外部觀察視角提出了反對。他曾用搶劫犯的例子來批判法律強制力的外部來源說：若法律的強制力僅來源於國家機器等外部因素，則法律的命令將不啻於搶劫犯的“命令”。銀行職員面對持槍打劫的歹徒被迫交出錢的舉動，絕非等同於他的“義務”。因此，命令雖強迫服從者產生了行為動機，但這並非“義務”的全部。<sup>[23]</sup>

不同於奧斯丁、凱爾森等學者對主權者的傾向與國家強制力的依賴，哈特的理論以現代分析哲學作為特征，以人們對社會規則的遵循為切入點，以此對照並補充法律的其他面向。

哈特對照“習慣”，總結了“社會規則”的特征。一方面，社會規則與習慣一樣，都會產生“群體一致性（convergence）”。社會規則自產生後，就將成為整個群體所遵循的一般標準，並產生具有趨同性與同一性的社會實踐。另一方面，社會規則與習慣之間的主要差別是：人們不遵照習慣行動並不會導致負面結果，但若違反社會規則就會遭到不同形式的批判。哈特認為，促使規則使用者遵守規

[20] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第6-7頁。

[21] [奧]凱爾森，《一般國家學說》，1925年，第10A節。[德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第17頁。

[22] [奧]凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第13頁。

[23] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第19頁。

則的壓力源於使用者內部。規範的使用者們具有如下的共識：一個群體的成員必須遵守其規則，對規則的違反應該受到批判。這一特征被稱為“批評反思的態度（critical reflective attitude）”，體現了社會規則的內在面。<sup>[24]</sup>

對於外部觀察的視角來說，只要法律具有懲戒的強制力，就能賦予權力。因此，並不需要一種功能單一的賦權法律。哈特因此提出，人們的遵循法律動機不能僅僅被歸因為“被迫”，法的強制力還有另一個面向，即人們自發地在特定情形下改變法律關係，也就是賦權功能。

對此，哈特提出了雙層規則的設想。他將法律分為初級規則（primary rules）與次級規則（second rules）兩種類型。初級規則亦稱為強制規則（duty-imposing rules），負責調控人類社會的大多數生活事實，並科以義務，也就是大多數普通人眼中的“法律”。然而，初級規則本身是存在缺陷的：它無法解決為自身劃定內容和適用的範圍；它很難改變；當違規行為發生爭議時，缺乏作出決定的權威機構。因此，初級規則需要由次級規則來調控。

次級規則又被稱為賦權規則（power-conferring rules），可以再被細分為三類：第一類為“承認規則”，可為判定什麼是法律提供標準；第二類“變更規則”，可授權部分人廢止舊規則，啟用新規則；第三類為“裁判規則”，可以授權人群中的小部分人成為規則的權威（譬如法官），這些人有權判定第三者的行為是否違反了第一性規則，並按照一定的程序對違反者予以懲戒。<sup>[25]</sup>其中，占據核心地位的是承認規則。它既是法律的判斷標準、又是法律體系存在的基礎，對法律詮釋環節有著重要影響。

哈特的著作《法律的概念（The Concept of Law）》受到追捧，但他的理論仍有未盡之處。畢竟，在普通民眾的理解中，法律體系高深而複雜，與哈特描述的“社會規則”概念大相逕庭：在現實社會中，法律常常被違反與打破，普通民眾往往並不通曉深奧、抽象的法律規範，更遑論持有批評反思的態度了。故而，哈特強調，自己的社會規則理論只適用於承認規則。<sup>[26]</sup>法律工作者們（法官）在判斷什麼是法律時，即是在進行從生活事實到法律事實的篩選。在篩選的過程中，職業群體的行為體現出了一致性。而這種一致性來源於整個職業群體持有的批評反思態度。

哈特用“法效力（Validity）”進一步推導了約束力從承認規則到一般規則的傳導：只有當一個規則被承認規則識別後，它才能被稱之為一個有約束力的規則。因此，對廣大民眾施加義務的第一性規則，其效力來源於第二性規則中的承認規則。而承認規則是一種由小範圍的專業法律工作者們組成的小社會中的社會規則。承認規則不僅在這個小社會內部呈現出行為的群體一致性，且成員對承認規則的違反行為持有著批判反思的態度。這樣的內外雙重驅力使得上述小社會的成員們擁有了遵守該規則的動力。由於承認規則決定了第一性規則。因此，承認規則的效力便從小範圍的法律工作者群體，傳到了更廣大的社會層面。

作為法律實證主義學者，哈特的理論是以“使用”為基礎的。他的承認規則之有效性基於其“被使用”的事實：正因為實踐者群體（如法官們）擁有某種識別法律的共識，並運用某種相同的規則來進行法律的識別，因此承認規則“有效”。這種內部觀點是建立在外部環境基礎上的：即法律體系具有社會普遍實效的事實背景。如果大家都不接受法律作為背景的外部環境，那麼承認規則也就不存在

[24] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第53-54頁。

[25] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第76-94頁。

[26] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第237頁。

了。但若再深入追溯承認規則的正當性，哈特就只能提出“承認規則的存在是一個事實問題<sup>[27]</sup>”。他將承認規則視作既存的標準，就如同巴黎的標準米尺一樣。標準米尺是所有長度測量的終極標準，人們依靠它來測量一個東西到底有多少米，但標準米尺本身究竟是不是一米，已經無法判斷了。

承認規則基於“存在即事實”的前提獲得效力，這不僅是哈特理論的基礎論點，亦是其理論的主要爭議所在。就比如說，哈特用規則的開放結構（open texture）概念來解釋實際存在的規則模糊地帶，用自由裁量概念來合理化具體個案中法官們的創造空間。<sup>[28]</sup>但爭議在於，法官在進行自由裁量時是否援引某種道德原則，而這種原則是否也是支撐法律開放結構的核心支點。很明顯，在法律實踐之中，人們會因為內心的道德準則來遵守某種行為義務。這種源於內心道德準則的義務，並不會因他人是否遵守而改變，也不必然具有群體的一致性。<sup>[29]</sup>

對此，哈特與其門徒德沃金（Ronald Dworkin）、拉茲（Joseph Raz）等學者開展了一場超過半個世紀的法哲學辯論。這場辯論的核心在於法律與道德是否具有必然性的關聯（即分離命題the separation thesis<sup>[30]</sup>）。不同於哈特對法律與道德必然關聯性的否定，德沃金支持道德與法律的必然關聯，但這卻讓他偏離了法律實證主義道路。而拉茲堅持捍衛法律與道德概念的嚴格分離原則，但為此，他不得不將具有濃厚道德色彩的法律推理過程從法律的“本質”中驅逐出去。<sup>[31]</sup>

以此為背景，哈特的另一弟子，被稱為“後哈特主義者<sup>[32]</sup>”的蘇格蘭法學家麥考密克（Neil MacCormick）與捷克邏輯學家魏因貝格爾（Ota Weinberger）共同提出了新法學制度論學說。

該學說與十九世紀末興起的、以歐裏烏（Maurice Hauriou）、羅曼諾（Santi Romano）、施密特（Carl Schmitt）等學者為代表的傳統法學制度論相比，有所傳承亦有所揚棄。傳承之處在於，新法學制度論延續了傳統法學制度論的實踐視角，在強調法的社會屬性的基礎上，將制度現象作為理解法律規範實現過程的手段；揚棄之處在於，新法學制度論並沒有延續以政府、國家為主要研究對象的政治性方向，而是轉向為對個人行為與選擇的研究，旨在用一種制度成員的內部視角來理解法律制度的形成，以此取代傳統制度論。<sup>[33]</sup>

新法學制度論學說與哈特的內部觀察視角一脈相承，重新回歸到了法律實證主義的理論道路中。

[27] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第103-104頁。

[28] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第118頁。

[29] 對此，德沃金就提出了慣習道德和協同道德：對於前者來說，人們之所以遵守是因為他人也都遵守，而對於後者來說，人們往往會因為內心的道德確認來遵守，無論他人對此抱有何種態度，採取何種行動。Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p.14.

[30] 關於“分離命題”，德國法律哲學家Alexy也參與了這一爭論。王鵬翔教授曾發表多篇研究論文對該論題解釋與展開，參看王鵬翔：《法概念與分離命題——論Alexy-Raz關於法實證主義之爭》，載《中研院法學期刊》，2009年第5期，第229-289頁；王鵬翔：《獨立於內容的理由與法律的規範性》，載《中研院法學期刊》，2012年第11期，第203-247頁；王鵬翔：《法律的根據與法律義務的性質》，載《政治與社會哲學評論》第65卷，2018年，第91-154頁。

[31] Massimo La Torre, *Reform and Tradition: Changes and Continuities in Neil MacCormick's Concept of Law, Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory*. Springer, Dordrecht, 2011, p. 55-67.

[32] 餘濤，狄慧民：《作為法律規範性來源的慣習性規範——基於麥考密克的法律制度理論》，載《法學雜誌》，2014年第11期，第64-71頁。

[33] 社會科學領域的“舊”制度論主要指十九世紀末、二十世紀初，以馬克思·韋伯為代表的學者們，主要研究國家、政府、官僚機構等社會組織結構及政治制度，側重於從比較的角度分析政府和國家的正式制度。“新”制度論主要指發生在二十世紀七、八十年代的研究方法論轉型，代表人物有約翰·W·邁耶(John W. Meyer)、道格拉斯·諾斯(Douglass North)等。“新”制度論主要關注制度的詳細敘述，較少關注比較分析。

基於哈特提出的規則開放結構與語言的本質有著緊密的相關性（規則由語言表達，而一般化的語言，其本質就是提供不確定的指引<sup>[34]</sup>），新法學制度論借力於語言分析哲學中“制度事實”概念，並從“存在”中尋找正當性。

### 三、從法律事實到制度事實：從“存在”中推導“正當”

#### （一）制度事實的主觀面向

在開始新法學制度論的理論敘述之前，本文首先要闡述源於語言分析哲學的“制度事實”概念。1958年，“制度事實”最早在英國分析學家安斯科姆（G. E. M. Anscombe）的文章《論原始事實》中被提出。<sup>[35]</sup>而後，英國語言哲學家塞爾（J.R.Searle）在其一系列著作中將這一概念進一步發揚光大。塞爾認為，制度就是規則體系<sup>[36]</sup>，制度事實是以人類社會中的現存制度為背景和規則的事實，並以此區分於自然界中的種種原始事實。制度事實的視角是從觀察者的主觀意識角度出發的，體現了人類意識與外部世界的關聯。<sup>[37]</sup>制度事實的存在緊密依賴人類的觀察，人類社會的運行規則體系是其存在的基礎。

塞爾提出，制度事實產生的三個要素：<sup>[38]</sup>其一，在於功能的歸屬（assignment of function）。制度事實的功能並非基於其物理特性，而是取向於社會制度的功能賦予、由使用者的意向所定義。例如，菜刀的切菜功能，並非由其原材料鋼鐵固定，而是因為使用者具有將鋼鐵製作成切菜工具的意向，並據此意向進行加工後，才能作為菜刀存在。由此可見，原始事實的功能源於其自始存在的物理特征，而制度事實是依賴人的主體認知而產生的社會存在物，其功能依賴人類社會的意向性。若無這種人為意向，制度事實的功能也就不存在了。因此，制度事實的功能性是超越其本身物理特性的，是關乎人類社會的制度體系中先行、既定的意向與觀念的。這就是制度事實區分於原始事實的主要特點。

其次，是集體意向性（collective intentionality）。塞爾認為，集體意向性是個體從事集體行為的前提與基礎。例如，庭審雙方雖在進行控辯對抗，但從更高層次上理解，雙方共有了對現存法律規範、司法體系的認可，只有如此，對抗才成立。其次，個人意向從集體意向性中產生的。以合唱為例，只有個體認識到自己的歌唱行為是集體合唱行為的一部分，即產生了集體意向性，他才參與了“合唱”。否則，他只是碰巧與周圍的人在一起唱歌罷了。因此，制度事實的“功能歸屬”，是由整個群體的集體意向所決定的。而集體意向性是相對獨立的，不能完全被還原為所有集體成員的個人意向，這也為塞爾的富含主觀色彩的制度事實理論增添了認識論上的客觀性。

第三，是構成性規則（constitutive rule）。塞爾基於制度視角將規則分為兩種：第一種是調控性規則（regulative rule），負責調控既有活動。譬如車輛駕駛的現象在先，交通規則的出現在後，交通規則調控的是既存於世的駕駛活動。此外，還有構成性規則。它不僅具有調控性，還具有創造了特定活

[34] 參見[英]哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，法律出版社2006年版，第118頁。

[35] G.E.M. Anscombe, *On brute facts*, *Analysis*, 18.3 (1958), p. 69-72.

[36] J. Searle, *Speech Acts*(Cambridge, 1969), p. 52.

[37] 參見[英]約翰·塞爾：《心靈、語言和社會》，李步樓譯，上海譯文出版社2006年版，第10頁。

[38] 關於制度事實三大要素及其具體闡述，參見：[英]約翰·塞爾：《社會實在的建構》，李步樓譯，上海世紀出版集團2008年版，第13-27頁。



動的定義性。象棋規則就歸屬此類。“馬走日，象走田”並非在調整人類社會中即有的某種移木塊行為，而是先產生了象棋的規則，才有了參與者按特定方式移動棋子的對弈模式。若不遵守交通規則，依舊可以開車；若不遵守象棋規則，就不是在玩象棋了。由此可見，構成性規則可以賦予原始事實以物理意義以外的制度性功能和地位，並令其成為制度事實。因此，構成性規則是制度事實產生的基礎，制度事實產生並存在於構成性規則系統之中。

制度事實有著超越自身物理屬性的社會性功能。這種社會性功能是藉由集體意向性支撐的。因而，制度事實存在於社會之中、集體之中、人與人的關係之中。對於主體而言，制度事實不僅是一種客觀實在，還會令主體與他人發生關聯。譬如作為制度事實存在的合同，其本質不僅僅是幾張印有字的紙張，還蘊含了合同雙方的某種交易行為。因此，制度事實的背後，存在著人與人之間的關係變化，且這一過程與人的義務觀也有所關聯。就如合同，它的簽訂使得雙方產生了某種權利與義務關係。而要確保這種心理觀念，制度事實必然包含著特定的心理表征。這種心理表征源於人們集體性的心理認同，是集體意向性在個體行為中的展現。該心理表征具有某種邏輯結構，並能夠體現在人的心理或語言中體現其邏輯結構。若能夠明確解構這一心理表征，將有助於從內部視角剖析制度事實的心理認同來源。而法律作為一種制度事實，其約束力的由來也將得到解釋。

塞爾認為，制度事實塑造了人類社會權力關係的“背景（background）”。通常，制度事實的產生是一個自然演化的過程。<sup>[39]</sup>譬如貨幣並非誕生於人們刻意挑定的某個將紙鈔算作貨幣的黃道吉日，而是由集體意向性所引導、在歷史中自然演變的。在經由集體意向賦予功能後（如貨幣），制度事實就會成為人類文化的一部分，後世之人在這樣的文化背景中成長，亦將理所當然地沿用前人賦予的功能。

制度事實塑造了權力關係的社會背景，而背景又成為了制度事實的效力來源，為人們提供了遵守權威（構成性規則）的內在驅力。

這當中，涉及了人們的“背景能力（background capacities）”。塞爾定義，背景能力代表著人們對於社會背景中的各種現象所做出的行為所能與意識傾向。人們對事物的認知要依賴自身的背景能力，只有人們具有了背景能力，社會上的種種事物才能按其所被賦予的功能那樣起作用。紙鈔能夠擁有貨幣的功能，前提社會存在著與貨幣相關的制度背景，但再向前溯，則依賴於人們接受該背景現象的意識傾向，即背景能力。背景能力的存在，使得構成性規則的遵守者並不需要知道規則的內容也可以遵守規則，並“無意識”地對制度事實的功能進行“使用”。他將背景能力歸因於人類的神經心理學層面，並從維特根斯坦的後期論著、皮埃爾鮑迪歐（Pierre Bourdieu）的“習慣”論述、休謨與尼采的論述中找到了其背景學說的相關理論支持。<sup>[40]</sup>

讓我們回到哈特未盡的法律效力來源問題：為何法律這種僅僅由法官、立法者等小部分人認可的規則，能有資格對全體社會成員產生約束力？

法律事實作為一種典型的制度事實，亦能夠契合塞爾的制度事實理論：在功能的歸屬層面，法律的功能是通過人的主觀認識而賦予的；在集體意向性層面，法律需要得到其所調控的社會成員的普遍接受或認可，這是法律存在的基礎；而構成性規則能為權力與法的強制力來源提供思路。

根據塞爾的背景理論，作為制度事實的法律在其的創設過程中已經產生了權力與功能的賦予（將“承認規則”賦權給法官）。這是歷史長河中的自然演化，也成為了人類社會權力背景中的一

[39] 參見[英]約翰·塞爾：《社會實在的建構》，李步樓譯，上海世紀出版集團2007年版，第106頁。

[40] 參見[英]約翰·塞爾：《社會實在的建構》，李步樓譯，上海世紀出版集團2007年版，第110-113頁。

環。後世的人們，他們的背景能力令他們產生了接受與適應社會權利背景的意識傾向。這一方面有助於他們更好地使用社會的功能，但另一方面，他們也不得不（或不自覺地）接受社會背景中的一系列制度。同時，從社會進化角度來看，社會功能的分化導致各個領域的專業度都在不斷提高。若所有制度事實的建構均需要全部成員的認可，將造成明顯的效率落後。因此，社會將特定領域專業人士的集體認可直接視作了制度事實所需的集體意向性。這也就是少數法官群體具有重要話語權的原因。<sup>[41]</sup>

塞爾的制度事實對二十世紀以後的分析法學派發展產生了很大的影響，並為法學制度論的發展提供了理論基礎。

## （二）法學制度論中的制度事實

1986年，麥考密克與魏因貝格爾合著的《制度法論（Institutions of Law）》一書，被視為新法學制度論的重要標志性成果。在著作伊始，兩位學者便明確了新法學制度論與塞爾的制度事實理論之間的關聯：新法學制度論的“制度事實”概念來源於塞爾的理論，但又有所升級。塞爾的理論，用一種“純認識性的前提（背景能力）”，從“存在（描述性事實）”中證明“應當”。塞爾認為，構成性規則是產生制度事實的前提。例如，“許諾”便是通過構成規則，將一種描述性的事實轉化為了“應當是這樣的”的結論。對此，新法學制度論補充，不需將構成性規則視作規範性的前提，因為在制度本就有現成的從“事實”到“應當”的前提，這個前提本就是制度不可分割的構成部分。<sup>[42]</sup>新法學制度論的理論就此展開。

新法學制度論首先表明了“哈特式”的認識立場：雖然約束和強制人們的行為是法律的重要作用，但強制力僅僅是法律的一種現實層面展現。法律並不能完全等同於強制力。法律作為實踐者們的行為動機的作用，遠遠超其強制性特征。就如魏因貝格爾所說，“法的動機不僅僅是鎮壓，它主要具有指導性和組織性功能，它的定義更接近一種積極的行為動機，而非一套壓制性措施<sup>[43]</sup>”。因此，新法學制度論在很大程度上參照了哈特對社會規則的內在分析視角。

新法學制度論強調，規範是一種以法律制度為基礎的制度事實。人們通過法律制度為原始事實賦予功能，進而規範人類社會中的種種活動。從制度事實的角度來看，規範不僅僅帶有客觀性、描述性、事實性的外在約束力，也包含了人們的集體認同與接受，即內在認識作用。作為制度事實的規範具有現實與思想的雙重屬性：從現實角度，規範是法律的具體單元，聚合在一起便成為了法律，規範對人們的行為起到了一種動機性作用，這亦是規範的使用價值；從思想角度，除了調控人們的行為之外，規範另有思想意識層面的內容，它展現了一種“應當是這樣”的義務性經驗，它存在於人們的思想中，並對應著人們的現實行為、體現了人們對事物的期待。<sup>[44]</sup>

因此，魏因貝格爾提出了“思想-客體（Thought-Object）”的規範模型，並以此闡述規範是如何連接抽象的法律概念與具象的人類行為的。<sup>[45]</sup>“思想”指規範的本質是一種理想實體（ideal - entity），“客體”則是指規範性判斷的客體是由規範影響的行為。雖然規範本身並不是一種可以直接觀察到的物質實體，但規範卻能夠反映到人們的行為上，並通過主體的是否作為產生了客觀的可觀察性。規範既具有客觀形態，也存在理想實體。只有當兩者結合並形成被全社會認可的“思想-客體”邏

[41] 參見馬馳：《社會規則理論與作為制度事實的法律》，載《北方法學》，2013年05期，第43-56頁。

[42] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第32-35頁。

[43] Massimo La Torre, *Ontology and Law: Neo-Institutionalism and Existentialism*, p. 17.

[44] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第42-43頁。

[45] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第45頁。

輯時，規範才能穩定地發揮其作用。

“思想-客體”模型強調了規範作為一種理想實體、內在思想的存在，但這種思想並非簡單的心理活動。最大區別在於，規範是一種有著社會性廣泛認可的客觀思想。無論對於規範的發布者、規範的接受者、權利的擁有者、義務的承擔者或僅僅只是這一法律體系的觀察者來說，規範必須擁有同一種“思想-客體”的邏輯關係。若在同一規範的交流渠道鏈條中，出現了不同的理解，令規範呈現出不一致的“思想-客體”狀態，那就將造成混亂。所以，作為分析法學家的魏因貝格爾強調了作為工具的語言（規範性語句）在這一過程中產生的重要作用，而這與塞爾基於語言的制度事實邏輯分析亦是一致的。<sup>[46]</sup>

麥考密克進一步用了維特根斯坦的哲學理論，解釋了作為制度事實的規範是如何成為“應然”的。維特根斯坦的“使用”理論，可以從內在視角解釋事物意義的核心。制度的本質是參與者的內在觀點。只有參與制度群體之中，才能通過實踐參與者的“內部”觀點來對制度進行認識與解釋。譬如，建立在實踐中的語言遊戲，規則的意義在於遊戲參與者的參與和行動。若無實踐，則無制度。麥考密克另借維特根斯坦的“梯子”之例，闡述人們在習得某種習慣，使其成為行動的常規化之時，規則便得到內化。<sup>[47]</sup>“詮釋性”則解釋了規範性秩序的產生。當面對外部的共通規則時，每一個個體都會對該規則進行符合自己心理目標的詮釋。如果每個人都知道自的目的，並對彼此有所預期，便形成合作欲望，從而遵從規則。因而，規則的“應然性”來源於規則使用者的內部。<sup>[48]</sup>然而，這並不能將法律規範與普通的社會規則相區分。從制度事實角度來看，兩者的確具有同源性。但明顯不同的是，法律的設立過程中，有被特定職務或權威之人確認的過程。故而，當人們提到某條規則時，不僅指規則的文本，亦包括能讓發布者製定規則與維持規則存續的權力。<sup>[49]</sup>這是一種傳統的、非制度性的授權權力。

### （三）權威的產生與體現

新法學制度論進一步提出：法律的約束力源於授權。<sup>[50]</sup>

麥考密克將實踐中的規則分為了兩個層次：其一，是規則對具體行為的約束力，即活動的管理者對參與者的行為判斷與後果決策。其二，是製定規則的權力來源，即權威的賦予、分工與配合。規則的第二個層次要依附第一個層次的實踐才得以實現。<sup>[51]</sup>

這一思路可以對哈特的社會規則理論進行某些強調和補充。其一，制度事實產生了人際間的權力，從而帶來了一定程度的自治性。因此，作為法律制度中被集體意向賦予了相關功能的法官，可以在其權力範圍內發揮一定程度上的意思自治，也是其被賦予的功能的一部分。其二，制度事實塑造了背景能力，為法官提供了行動理由。背景能力產生的意象因果關係令人們“無意識”地對構成性規則的遵守。這是與當地的社會文化背景緊密相關的，而非某種政治或道德標準的評判。因此，對自由裁量權作為一種制度事實，無需訴諸外部價值或需求，便可得到證成。其三，當法官進行自由裁量時，往往會對先例進行溯源。在普通法系中，先例是重要的法律淵源；而在大陸法系中，雖然判例並非法律淵源，但依然有下級法院參考上級法院的判決先例，以及最高法院的指導案例的存在，並以此對法官的自

[46] [英]麥考密克、[奧]魏因貝格爾著：《制度法論》，周葉謙譯，中國政法大學出版社1994年版，第44-45頁。

[47] Neil MacCormick, *Institution of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press Inc, 2007, p. 66.

[48] Neil MacCormick, *Institution of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press Inc, 2007, p. 15-20.

[49] Neil MacCormick, *Institution of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 23.

[50] Neil MacCormick, *Institution of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 23.

[51] Neil MacCormick, *Institution of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 23.

由裁量做出了範圍框定。而法律作為制度事實，本身是歷史演進的結果。因此，法律規範的承認規則無需追溯其功能性，只需追溯其歷史性。向歷史先例溯源的做法亦符合法律規範作為制度事實的構建。

麥考密克進一步提出了規則適用的可變性。此處指的不是規則實踐中約束人們具體行為的第一層次，而是與製定決策者的授權相關的第二層規範。規則的適用性根據是否靈活可分為絕對適用、嚴格適用和自由適用。顧名思義，指對特定“有效事實”發生時，產生特定“規範性後果”之邏輯的絕對適用。決策者沒有任何自由裁量權。嚴格適用，是指當特殊情況的出現，如若遵守原有邏輯，會違反規範設立的本意時，決策者可以使用自由裁量權。而自由適用，指決策者充分了解並酌情考慮、平衡所有因素和目的（包括公平、明智、高效、合理等等）後，由決策者做出最終決定。<sup>[52]</sup>這使得道德原則成為了一個外部正當性問題，不必再影響法律推理過程中的司法裁決。

## 四、再前溯：法律作為制度

### （一）秩序：一種法源

法律產生於歷史之中。從法律事實到制度事實的前溯，體現了法律的持久性、連續性和社會現實性。從制度事實的視角來理解法律，是一種以歷史為視角的觀察方式，觀察法律是如何從混沌中提煉，並成為具有特定文本、形式特征的現代“成文法”的，即法律作為一種制度，其產生過程與效力來源。

即便是把法律與國家視作一體的凱爾森，也在《純粹法理論》中提出，法效力的本質無關組織形式。法規範之所以有效力，乃因其是由某種特定的基本規範（Grundnorm）所規定的方式所製定的。從這樣的基本規範中，雖然無法推導出法律規範的具體內容（這與法律事實有關），但可以推導出法律規範的效力基礎。<sup>[53]</sup>

盧梭在《社會契約論》中亦言明：在成文法出現之前，權威是通過約定體現的；約定是一切合法權威的基礎；社會公約的產生是人們將自己的權力讓渡給集體、融於集體（而不是將權利出讓給別的成員）的過程；每個成員都不再以單獨的個體身份存在，而成為了集體不可分割的一部分，以精神與倫理的共同體形式存在；這種精神的共同體，便是集體的公共意志，這既是集體的公共人格，亦是集體的最高領導。在此視角下，城邦、國家、主權者、統治力量等概念，均只是集體的公共意志在特定語境下的表達。<sup>[54]</sup>

既然如此，法源便可前溯至自由契約與習慣法層面。從這個角度來說，法律的創設已然不是專屬國家的特權，私人同樣可以通過契約造“法<sup>[55]</sup>”：通過契約，約定雙方可以就某一事實，達成某種權利義務關係。這種關係是具有未來性、個案性與持續性的，其產生基礎在於個人的契約自由。當事人之間通過契約自治的方式進行了權利與義務的產生與運作，如財貨給付、團體章程、商業協約等，皆是“法效力”在私人之間產生的體現。在成文法時代，這種契約自由是在法律規範的架構下運作的。法律通過設置各種強制性規定來保障契約自由的秩序。而在成文法出現之前，自由契約的效力保障就源於集體制度。<sup>[56]</sup>

[52] Neil MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 26-27.

[53] [奧]凱爾森：《純粹法理論》，張書友譯，中國法製出版2008年版，第41-43頁。

[54] [法]讓-雅克·盧梭：《社會契約論》，陳陽譯，浙江文藝出版社2017年版，第21-22頁。

[55] 或用更準確的話來說：私人間的自由契約，也能產生與成文法同源的效力。

[56] [德]Christian Starck：《法的起源》，李建良、範文清、蔡宗珍、陳愛娥、楊子慧等譯，元照出版公司2011年版，第8-9頁。

制度是人們進行社會互動的組織化空間，是社會角色、規則和功能的網絡。無論是國家、社團還是各類社會組織，都只是制度的不同形式。基於社會實踐與互動，人們擁有多重社會關係和不同的社會角色。制度是有其自身紀律的社會實體，任何制度都是一個自治的法律秩序，包含一系列的權威、權力、規範、懲罰，並由有紀律懲戒權的主體通過內部規章進行治理。<sup>[57]</sup>制度是一種組織集體層面的共同實踐。其存在能超越個人的短暫總和。制度使組織成為一個不受個人力量之弱點與有限性影響的集體性結構。

法學制度論的代表學者羅曼諾認為，制度提供了一種法秩序。在制度中，規範實體雖由個體的行動產生、卻可以成為不依附於個體的制度背景。制度背景為成員提供了集體行動的傾向，而制度成員的集體行動又或是強化、或是改變了這種背景。<sup>[58]</sup>在這過程中，某種履行義務和完成任務的典型方式將從背景中提煉而出，成為其他成員的行為準則，以劃定權利和義務，指導人們的行為，維持社會中長期穩定的互動關係，這就是隨著制度變遷而誕生的規則。<sup>[59]</sup>因而，從制度視角觀察，所有的規則源於秩序。國家概念就可以被理解為一種以國家為形式的法秩序。拋開法律規範的具體內容，民主憲法國家的法秩序與獨裁政權的法秩序，可以說無分軒輊。從法源層面來看，這些由秩序產生的規則都可以是法律。

## （二）法律概念：主觀精神的客觀化

用制度的視角理解法律，是對法理學歷史上的主觀與客觀爭論提出的新解法。歷史上，支持主觀論的學者，如耶利內克等，強調自由意志所表達的一切；而客觀論學者，如塗爾幹等，認為法律是自生自在的，是凌駕於個人意識之上的。法學制度論觀點認為，兩種觀點皆有其未盡之處。

法學制度論的代表學者莫裏斯·歐裏烏評價：首先，法律有其主觀一面，也有其客觀一面，兩者一體兩面、不可分割。從主觀論的角度來講，法律雖與個人意識緊密相關，但兩者絕不等同，法律有著個人意識所不能觸及的客觀存在；而將客觀論再溯源，看似自生自在的法律，實際上與個人內心深處潛在的思想觀念緊密相連，是經由人一生的種種實踐所感知、收藏、積累的，一直留存於人的潛意識中。就如同主觀法依賴人的自由意志一樣，客觀法同樣依賴人的潛在意識。其次，人們的社會實踐與法律規範是創造與反應的關係。在歷史的長河中，人們根據環境的變化產生了不同的社會實踐，這是主觀層面上的創造力、行動力體現；而諸如法律規則、社會環境、公共秩序等客觀因素的變化，只是疊加了時間維度後，所展現出的持久、連續的反應。因此，主觀論與客觀論在探討法律的起源與國家的起源之間的關係時，主觀流派認為，國家是歷史的產物，無視法律在國家創建過程中的作用；客觀流派認為，規則在被民眾接受並遵行以前並不是法律，民眾的認識需要時間，因此法律規則是歷史造就的。兩者都忽略了共同的基礎，這一基礎既是國家創建的基礎，亦是法律創建的基礎。在法律與國家這兩種概念產生之前，這種基礎已通過制度團體及其內部秩序的狀態存在於世。在後續發展的過程中，主觀論與客觀論兩種法狀態共存，間或互相跨越。<sup>[60]</sup>

故而，法學制度論提供了一種法律的主觀與客觀融合視角。一方面，法律是客觀存在於社會情境之中的外在秩序，也是主觀意識對外在情境的反應與體現，另一方面主觀意識存在於潛意識的觀念之

[57] S. Romano, *l'ordinamento giuridico*, 2nd revised and enlarged edition, 1977, p.126.

[58] Santi Romano. *The Legal Order*. Ed. Mariano Croce. New York: Routledge, 2017, p. 15-16.

[59] 張強：《論施密特的具體秩序思維》，載《求是學刊》，2017年第1期，第105-112頁。

[60] [法]莫裏斯·歐裏烏：《法源》，商務印書館2022年版，88-94頁。

中，而潛意識又與與客觀環境因素密不可分。齊特爾曼（Zitelmann）將這種融合視角稱為“法律因果性”：在事實構成與法律結果之間存在著一個特殊的，首先由立法者編製的必然性紐帶……一個由人類完全根據對自然地類比所創造的自己的法律因果性。<sup>[61]</sup>

隨著時間的流逝，人類社會不斷發生變化，制度也在不斷變化之中。環境的變化帶來了人們主觀行動的變化，實踐的創新突破了原有制度的限制。新事物不再符合舊的法律規則，社會環境騷動失序之時，新規則與新秩序也產生了。隨著新的秩序逐漸普及，社會又進入了穩定的狀態中。這是歷史的運行軌跡，也是社會發展的必然規律。

每當既有制度與新制度堆疊交替之際，就會出現新的理念。當這種理念從部分人的精神感知轉化為很多人的主觀意識之時，它就成為了時代精神。而作為主觀意識存在的時代精神要轉化為一種客觀存在，其影響才能持續。這就是時代精神的客觀化。經過理論的提煉，時代精神就會成為專業術語，這也就是法律規範的客觀化過程。<sup>[62]</sup>

就以“法律事實”這一概念的產生為例：在羅馬法歷史時期，法律並沒有體系化，只是呈現出一個個不同的具體制度，並產生所有權、契約等“理念”。十六世紀，政治學家與法學家阿圖修將 *factum*（“事實”的拉丁詞源）與 *negotium*（“行為”的拉丁詞源）放在同一個範疇，並開創了以 *voluntarium/involuntarium*（人的意志自由）為標準，對事實或行為進行分類的法律事實之邏輯雛形。<sup>[63]</sup>到了十九、二十世紀，以德國法學界為主的理論界出現從理念向概念發展的趨勢，並逐漸形成了完善的體系。薩維尼首先在著作《當代羅馬法體系》中構建了法律事實理論：法律事實是能夠導致法律關係產生（變更）與消滅的所有事情，其中既包括人的自由行為，又包括非人力控制的意外情事。<sup>[64]</sup>其後，法律事實理論在歐洲大陸進一步延伸發展並體系化。從中世紀刑事訴訟程序中的“犯罪體素（*Corpus delicti*）”發展而來的“事實構成（*Tatbestand*）理論”，認為法律事實是法律的構成要件，即使一定法律效果產生所必須的事實條件的總體。<sup>[65]</sup>而後，“事實構成（*Tatbestand*）”被進一步劃分為“構成要件（*Tatbestandsvoraussetzungen*）”或“構成要素（*Tatbestandsmerkmale*）”，並進一步組成了現代成文法理論的體系核心。這便是“法律事實”如何從“理念”發展為“時代精神”，再成為“法律概念”並逐漸構建“法律體系”的發展過程。這一過程若延伸擴展，又將是另一篇從歷史視角分析法律源頭的文章，本文按下不表。

[61] [德]卡爾·恩吉施：《法律思維導論》，鄭永流譯，法律出版社2004年版，第35頁。

[62] 唐曉晴，唐銘澤：《權利一詞不彰顯善和正何以可能》，載《廈門大學法律評論》，2021年01期，第9-24頁。

[63] 阿圖修所整理的法律概念體系圖譜參見：唐曉晴：《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則（上）》，社會科學文獻出版社2014年版，第258-259頁。Michel Villey: *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*, tradução por Claudia Berliner, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p.624.

[64] 參見唐曉晴：《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則（上）》，社會科學文獻出版社2014年版，第257頁。M.R.C.Savigny, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo II, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2a Edición, Madrid, Analecta Editorial, 2004, p. 142.

[65] 雖有一些學者詳細區分了構成要件與法律事實，認為構成要件是複合的法律事實，而法律事實是構成要件的單個元素。不過總的來說，深受德國法學影響的民法學者與訴訟法學者基本上將構成要件與法律事實作為同義詞使用。Carlo Maiorca, *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Vnione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, p.113.

## 五、結語

作為法律概念的法律事實是法律體系中必不可少的一部分。但在若以教義法學的方式，僅僅著眼於成文法律規範，將使人們忽視法律事實最為重要的意義：法律事實是抽象規範與具象現實的聯結點，其背後正隱藏著法律的起源——法律作為一種制度，它是如何從實踐中產生，並獲得權威，構建秩序的。

這種法學制度論的視角的作用是什麼？筆者認為，它使法學研究者，尤其是實證法學家們回歸到了“歷史”這一元素中。在法學研究中，歷史往往被忽視，但它卻實際決定了實證法學一直無法闡明的真相。法律最富爭議且語意含糊的價值事實，其真相就隱藏在歷史元素中。本文所提出的，是以制度為視角的歷史性觀察。這種視角將為法律實踐與價值事實的主客觀之爭提供一條新的道路：即重新回溯歷史，從人類社會的發展規律中尋找支點。

---

**Abstract:** Legal fact is the joint point of abstract norm and concrete reality. Brute facts can be extracted as normative objects and enter the legal field as legal facts. This process is externally driven by the coercive effect of law, and another internal perspective can be provided by legal institutionalism. Law is an institution originating from human history, and legal norms are also some kind of institutional fact existing in our society. It exists and acquires authority from human practice, therefore builds social order. As some kind of prejudice, institution affects people's behavior imperceptibly. People's different practices in history have also allowed “ideas” developing into “spirits of Time”, and then into “legal concepts”, and gradually build and update the “legal system”.

**Key words:** Legal Fact; Brute Fact; Institutional Fact; Legal Institutionalism; Spirit of Time

---

（責任編輯：張竹成）