

您现在的位置: >>>首页>>>理论法学>>>法哲学

哈特《法律的概念》导读

徐爱国 北京大学法学院 教授

上传时间:2004-10-1

浏览次数:2925

字体大小: 大 中 小

哈特是二战之后分析实证主义法学的旗帜。他于1961年发表的《法律的概念》，是新分析法学形成的标志。在这本短小、简练和富于思辨的小册子里，哈特提出了他著名的“法律规则说”，评析了西方当代各种具有代表性的学说对于法律的认识。《法律的概念》是当代不可多得的法理学权威著作。这里从如下几个方面作出介绍：

一、哈特理论的两个思想来源

哈特的理论渊源于两个方面的理论基础，一个基础是奥斯丁所倡导的分析法学传统，一个是语言哲学。

在《法律的概念》中，哈特曾经用三章的内容探讨奥斯丁的法理学。从表面上看，哈特是在批评奥斯丁的理论，但是从根本上说，哈特仍然坚持分析法学的立场，或者说渊源于奥斯丁分析法学的法律实证主义立场。不同的是，哈特试图用其“法律的规则说”取代或者弥补奥斯丁的“法律命令说”。法律实证主义的内容是什么，不同的作家有不同的看法，按照哈特的理解，法律实证主义意味着：第一，法律是一种命令，这种理论与边沁和奥斯丁有关；第二，法律的概念分析，首先值得研究，其次不同于社会学和历史的研究，再次不同于批判性的价值评价；第三，判决可以从事先确立了的规则中逻辑地推演出来，无须求助于社会目的、政策和道德；第四，道德判断不能通过理性论辩、证据或者证明来确立或者防卫；第五，实际上确立的法律，不得不与“应然”的法律区分开来。¹哈特曾经将奥斯丁的法理学划分为三个方面，第一是法律命令说，第二是法律和道德的分离，第三是“实在法”和“应然法”的分离。从哈特的理论倾向上看，除了他将他的法律规则说取代奥斯丁法律命令说之外，在另外两个方面，他都坚持了奥斯丁的立场，只是在程度上有所变化。如果说奥斯丁的分析法学在普通法系国家法理学中统治了100年的话，那么我们可以说，取代奥斯丁分析法学的法理学就是哈特的新分析法学，或者说，是他的法律规则学说。

1861年奥斯丁的《法理学讲义》出版，到哈特1961年出版《法律的概念》，分析实证主义法学一直在英美国家占主导地位。奥斯丁的理论以简洁和明确见长，而法律又是一个复杂和有时无规律可寻的社会现象。因此，近百年来，围绕着法律的概念问题有着各种各样的争论和看法，许多法学家对于奥斯丁的法律命令说提出了尖锐的批评。在这些理论中，哈特列举了卢维林的看法，霍姆斯的看法，格雷的看法和凯尔森的看法。其中，哈特突出了卢维林的概念，即法律就“是法律本身”，和霍姆斯的看法，即法律是“对法院将要做出什么判决的一种预测”。哈特承认，这些看法并不是思想家或者哲学家的主观臆断，而是法学家或者法官在其职业活动中深思熟虑的成果，是他们对于法律现象长期

热点文章

- 顾肃 宪政原则与公民不服从的法理问题 (2009-2-5)
- 季卫东 界定法社会学领域的三个标尺和理论研究的新路径 (2009-2-6)
- 李林 实体法与程序法 (2009-2-7)
- 王续添 地方主义、联邦主义与新国家构建中的制度选择 (2009-2-4)
- 屈学武 依法治国：确保中国经济的繁荣稳定与安全 (2009-2-8)
- 刘海波 实践理性与普通法方法 (2009-2-9)
- 布来福特《五月花号公约签订始末》中译本序言 (2009-2-10)

专题

还没有专题！

反思的结果；他们的这些言论确实也增进了我们对于法律的理解，启发了我们的思路。但是，哈特又说，这些光怪陆离的理论走向了另外一个极端，让我们产生了困惑，“与其说它们是冷静的定义，倒不如说他们是对那些被过分忽略了的法律真理的巨大夸张，其光芒使我们得以看见法律之中的许多掩蔽之物，但是，这些光芒如此之强，以致于使我们对其余的东西视而不见，并因此使我们对法律仍然没有一个清晰而全面的见解。”²

产生这些争论的原因是多方面的，比如，法律有其明确的一面，也有其模糊的一面。在明确的方面，比如法律是一种行为规则，法律规定损害赔偿，法律设定权利和义务等等，这是不会发生争论的；但是在模糊方面，比如原始法和国际法是不是一种法律等等，不同的人从不同的角度就有了不同的答案。哈特似乎认为，发生这些争论的主要原因实际上是一种语言的原因，或者说人类语言本身的缺陷导致了人们对于法律概念永无休止的争论。首先是认识的标准问题，原始法和国际法没有立法机关，没有制裁体系，没有相应的法院，因此以“立法机关、制裁体系和法院”作为法律必要要素的法学家就会否定原始法和国际法是一种法律，反之，不以“立法机关、制裁体系和法院”作为法律必要要素的法学家就不会否定原始法和国际法是一种法律。其次是标准的边际情况，比如，脑袋光而亮的男人是秃子，头发蓬乱的男人不是秃子，那么头顶光亮而周变有发的男人是不是秃子呢？这就有不同的看法。最后也是最重要的是语言本身的问题，因为语言本身具有一种空缺，“在所有的经验领域……都存在着一一般语言所能提供的指引上的限度，这是语言所固有的，”“规则本身是使用语言的一般规则，而一般词语的使用本身也需要解释，……它们不能自己解释自己。”³ 由于这些缘故，人们对于法律的概念有着长期的争论，哈特把这些争论总结为三个方面的内容：第一，法律与强制命令之间的关系，第二，法律义务和道德义务的关系和第三，规则在什么程度是才可以算是法律。

哈特宽厚地说，作为一种文字上的启示，定义是利用一个独立的词来给出语言上的界说，它主要是一个标明界限或者使一种事物与其他事物区分开来的问题。我们不能要求太高，我们毕竟是人，而不是神。奥斯丁的法律命令说是试图用最简单的概念来解释法律的本质特征，而这种把复杂的法律现象简化成简单要素的诱人做法，反过来成为歪曲和混乱之源，但是，“简明而又不可缺少的理论所表现出来的失误，与反对它的那些更为复杂的理论相比，是通向真理的更好的路标。”所以，哈特说，他的《法律的概念》的目的“并不在于提供一个符合正确用词方法的可验证的定义，而是想通过提供一种改进了的分析和一个更透彻的理解来促进法律理论的发展。”⁴

二、对奥斯丁法律命令说的评析

哈特把奥斯丁的法律命令说归纳为“对内至上、对外独立的个人和团体”之主权者发布的“以威胁为后盾的、被普遍的服从所支持的普遍命令”⁵，并认为这种法律的定义是一种所谓“持枪抢劫情形”的扩大。这种情形是说，一个强盗命令他的受害者交出钱包，如果拒绝就以开枪相威胁。在这个情形中，强盗对受害者的命令具备了奥斯丁法律命令说的所有要素：持枪的强盗对于受害人而言，是一位优势者；强盗对受害者发出了行为的命令，即交出钱包；如果受害者不服从，强盗就要枪杀他，即制裁。然后，哈特从三个方面来分析奥斯丁的法律命令说的缺陷。

1，法律的内容

哈特认为，奥斯丁的法律命令说可以解释刑法，“刑法及其制裁与我们的命令模式中以威胁为后盾的普遍命令之间，至少存在着惊人的相似之处”⁶，法律命令说也可以解释一些侵权行为法。但是，对于其他重要类别的法律，法律命令说完全不能解释，比如合同法，比如遗嘱法，比如婚姻家庭法。这些法律执行的是完全不同的社会职能，以威胁为后盾的命令与它们毫无共同之处。这些法律并不要求人们必须以某种方式行为，也不强加责任和义务；它们是设定某些条件和程序，确立人们权利义务的结构，使人们实现他们的愿望。

以订立合同和遗嘱为例，合同法和遗嘱法所规定的是行为人的权利能力，行使权利的方法和形式，法律文件的形式，设立权利义务的结构，法定的期限等等。如果我们按照法律规则去做，那么我们所订立的合同或者遗嘱就是有效的法律文件；如果我们不按照法律规则的规定去做，那么我们的合同或者遗嘱就是一份无效的文件。“无效”的文件即不是规避或者违反法律义务和责任，也不是一种犯罪，更不会受到主权者的制裁。

以法院司法法为例，法院规则规定的是审判权的范围和内容，法官的任命方式资格和任期，司法行为规范和法院应该遵循的程序。这些规则的目的是确定法院的判决成为有效判决的条件和界限，而不是阻止法官做不当之事。即使存在对于法官滥用职权的刑事处罚，但是这也只是对于法官审判权和司法管辖权规则的必要补充。法官一般地超越其审判权，其结果是判决的无效或者要被撤销，而不作为一种犯罪予以刑事处罚。

以立法权为例，涉及立法权的规则包括立法权的主题，立法结构人员在资格和身份，立法的方法和形式，立法活动的程序。违反这些规则的后果只是使某些立法无效。

哈特接着分析了有关的三种看法，第一，“无效”和“制裁”。哈特认为，无效不同于制裁，不能把制裁扩展至包含无效。他说，把一个制裁的概念扩大到包括无效在内，是造成混淆的一个根源。第二，“假设条款”和“制裁”。这与上一个看法正好相对，它把法律仅仅看成是一种假设条款。哈特认为，这种看法也是不对的。第三，为了获得统一的法律模式，而曲解不同类型的法律规则。这种看法的坏处，是混淆了不同法律规则之间的不同特点，不利于对于法律的理解。

2, 适用的范围

法律命令说的最能解释刑法，其立法模式是“针对”他人而设立行为模式，因为法律命令说是一个希望他人如何行为，比如一个专制君主可以不受他自己所制定法律的约束。但是哈特说，立法从本质上说，不仅仅是只是涉及他人行为的规则，而且立法者自己也要受到这种法律的约束。因此，法律命令说存在着缺陷，我们需要一种新的解释法律的方法。这里，哈特提出，要于“约定说”代替“命令说”。“对于理解法律的许多特征来说，约定在许多方面是一个比强制命令要好得多的模式。”⁷制定法律就象作出一个约定，首先存在一定的规则，依照此规则，具有资格的人为一定范围的人设立义务，这些义务同样适用于从事立法的人。当然，约定和制定法律之间也还有许多的差别，但是这对于理解法律不失为一种较好的方法。哈特指出，作为对于强制命令或者规则的模式矫正方法，需要一个崭新的立法概念，即立法者不是一个下达命令的人，不是一个处于命令之外的人。他像一个约定者，他行使规则的权力，同时必须置身于法律的范围之内。

3, 起源的方式

与法律命令说最相冲突的是习惯的法律地位。习惯是否是真正的法律是法理学长期争论的问题，主要涉及两个问题：第一，“习惯本身”是不是法律？一般的说法是，习惯本身不是一种法律，只有当法律承认了习惯的效力之后，习惯才具有法律的效力，才成为一种法律。第二，“法律承认”的含义是什么？哈特认为，在现代世界，习惯通常是一个次要的渊源，习惯成为法律，要么通过主权者及其代理人的命令，或者通过法院的自由裁量。按照命令说，主权者的立法行为，要么是他的明示命令，要么是他的默示命令。所以，在法院将习惯规则适用于特定的案件之前，习惯只是习惯，决不是法律。“当法院适用它们，并依照它们下达了生效的命令时，这些规则才第一次得到承认。”⁸ 哈特进一步分析，对于习惯的法律地位这些命题，也存在许多反驳意见。第一，在许多情况下，习惯在被法院采用之前，可能就具有法律的效力。在这个问题上，哈特没有举出具体的例证，只是从“可能”和“必然”的语言分析上论证。第二，习惯变成法律，根本原因在于主权者的默示命令。

哈特用三个命题来总结他对于法律命令说的批评，第一，法律命令说可以解释刑法，但是即使是刑法，它也不是仅仅下达一种命令，同样使命令者受到法律的约束；第二，其他类型的法律不是强加一种责任，而是提供一个法律的强制框架，使人们有权设立权利和义务；第三，某些法律不是起源于一种命令，而是起源于一种习惯，习惯成为法律往往并不是人们有意识的立法行为。接下来，哈特批评了奥斯丁的主权论。

哈特把奥斯丁的主权者归纳为“一个人或一组人，该社会的绝大多数人习惯地服从他（他们）的命令，而他（他们）却不习惯于服从其他任何人。”⁹ 他认为，这种主权说的一个前提是，这个社会里存在一个主权者和臣民之间的垂直结构。这种主权说有两个核心，其一是“服从的习惯”，它要求有立法权的连续性和法律的持续性，其二是主权者自己不受法律的限制。哈特从四个方面进行批判。

1，习惯性服从和连续性法律之间存在空缺

哈特首先设定了一种模式。设想在一个绝对君主国里，国君统治了一个相当长的时间，这个国家的臣民长期受到这个国君的统治。国君以威胁作为后盾，要求他的臣民做某些行为，禁止他们不做某些行为。虽然在建立国家之初有些动乱，但是随着时间的推移，可以说人们习惯性地服从该国君，国君的命令起着法律的作用。经历成功的统治后，国君一世死亡，国君二世即位。这样，问题就出现了：国君二世的第一道命令是否为法律？按照奥斯丁的主权说和法律命令说，这个命令不能成为法律，因为国君二世的即位不能使他马上成为主权者，因为国君一世的臣民习惯地服从国君一世，而不是国君二世，臣民是国君一世的臣民，而不是国君二世的臣民，要使这些臣民成为国君二世的臣民，必须有一个形成“习惯性服从”的过程。因此，在国君二世被确立为“习惯性服从”之前，“将有一段空位期，在这个空位期任何法律都不能被制定。”¹⁰ 这是一个空缺，为了弥补这个空缺，就需要一种法律，一种保证一个立法权的法律和另外一个立法权的法律不中断的法律规则。在一个君主国里，这个法律就是王位继承制度，比如长子继承制。这种保证立法权连续的法律制度不能用“习惯性服从”的主权论进行解释，而只能用哈特所谓的“授权规则”予以解释。

接着，哈特从深层的理论方面区分“习惯性服从”下的法律和作为“社会规则”的法律。他认为，这两者之间至少存在三个方面的差别。第一，习惯要求的是趋同，而社会规则存在对于偏离行为的批评和压力；第二，社会规则下的批评和压力具有一种正当的理由，即这种批评可以被认为是合理的和合法的，也就是说，社会规则具有一种恒定的标准，而习惯是没有的；第三，习惯是人们对于规则的一种“外在”的服从，而社会规则是人们对于规则的一种“内在”的认同，而法律规则的内在认同在

一个社会里是至关重要的。这里，哈特第一次提出了法律的内在观点和法律的外在观点的区分。这种区分在以后的论述中被他反复采用，也被他视为法理学研究中的一个重要的方法，同时这也被当代法理学家视为哈特理论的独特之处。在这个问题的最后，哈特对习惯性服从的主权论的评价是，它看到了法律制度的相对消极方面，而没有看到其相对积极方面，“这种学说的弱点是，它混淆或曲解了其相对积极的方面”¹¹。

2，法律具有连续性

哈特认为，奥斯丁关于法律是被习惯性服从的主权者所发布的命令之学说，不能解释法律的连续性的问题。哈特举了这样一个案例，1944年一个英国妇女给人算命，结果被刑事起诉，法官依照1735年的《巫术法》对该妇女以算命罪予以判刑。哈特提出的问题是：若干世纪之前所颁布的一个法律为什么在今天仍然是一种法律？哈特认为，主权者命令说并不能解释这个问题，因为“我们——20世纪的英国人不能被以牵强附会的语言说成习惯地服从乔治二世和他的法律。”¹²他说，霍布斯、边沁和奥斯丁曾经作过变通的解释，即所谓主权者默示的命令，按照这种理论，对于以前主权者的法律，现代的立法者不是采取明示的命令形式，而是采取默示的方式来表达主权者的意志，他不干预法律的执行者适用很久以前的法律。哈特认为，这种理论不能自圆其说。要解释这种法律的连续性，就必须引入另外一种法律规则：一个社会继任的世代持续地尊重每一位立法者，如同他仍然活着一样。根据这个规则，以前具有立法权的主权者所制定的法律现在仍然有效，而不管这个立法者是还活着，还是已经死去。这个规则，哈特在以后的论述中称之为“承认规则”。

3，立法权受到法律的限制

按照法律命令说，主权者是不受法律的限制的。这种理论适用于简单的君主社会里，也有其自己的吸引力，即将法律与道德或者习惯等其他社会规则区分开来，使我们认识一个完整独立的法律制度。但是，如果我们深入到法律和政治制度本身去观察，我们会发现，所有的法律权力都是有限的，任何人都不能处于主权者不受法律限制的地位。在一个社会里主权者不受法律的限制，并不是法律存在的一个必要条件或者前提。对于立法权的限制是一种宪法的限制，是授予立法权规则的一个组成部分。对于立法权受法律限制的问题，哈特作出五点概括：第一，对于立法权的限制不是为立法者设立责任，而是关于立法资格的规则，其中包括立法无效的规则；第二，一个制定法是一个法律，不在于它是否来自一个明示或者默示的立法者，而在于来自一个具有立法资格的主体；第三，在一个法律制度独立的社会里，立法者不受外在的权威并不意味着他不受自己领土内法律的限制；第四，法律上不受限制和受限制但为最高权力之间存在着区别；第五，立法权的权能受限制的规则至关重要。

4，立法机关后面是否存在一个主权者？

按照法律命令说，法律后面永远存在一个主权者，哈特分析，这个主权者可能是一个国家的宪法，可能是一个国家法律范围之外的政治，可能是这个国家的选民。但是无论如何，主权者的学说不仅在细节上是错误的，而且命令、习惯和服从等简单观念也不适合于法律的分析。

三、第一性规则和第二性规则的结合

1, 法律规则说及其逻辑起点

哈特在分析批判了奥斯丁的法律命令说之后,认为法律命令说是“一个失败的记录”,其失败的予以在于:“该理论由于建构起来的那些因素,即命令、服从、习惯和威胁的观念,没有包括、也不可能由它们分结合产生出规则的观念,而缺少这一观念,我们就没有指望去阐明哪怕是最基本形式的法律。”为此,哈特声称,“我们显然需要一个新的开端”¹³。这个新的开端就是哈特的所谓法律规则说,即所谓第一性规则和第二性规则的结合。基本规则或者第一性规则要求人们做一定的行为或者禁止人们去做一定的行为,第二性规则是附属性的,它引入新的规则,以废除、修改旧的规则,决定它们的范围和运作的方式。第一类规则设定义务,第二类规则授予权力。第一类规则涉及物质运动和变化有关的行为,第二类规则此外还引起义务或者责任的产生和变更。哈特说,“法理学科学的关键”就在于“这两类规则的结合中”¹⁴。如果这两类规则及其相互作用得以了解的话,法律的大部分特征就能得到最好的澄清。

哈特法律规则说的出发点,是在存在法律的地方,人类的行为在某种意义上就成为非任意性的。哈特说,奥斯丁的法律命令说也是基于这个出发点,但是他的理论与奥斯丁的理论是不一样的。奥斯丁理论表现出来的是“被迫去做”,而他的理论是“有义务去做”,因此“义务”的观念乃是哈特理论的出发点。义务分为道德的义务和法律的义务,两者经常混淆在一起,法律的义务应该是从一种内在的观点来看待的义务。这里,哈特重提“内在观点”和“外在观点”的区分,接受这些规则并以此作为指导,这是一种内在的观点;并不接受这些规则而只是作为观察者,就是一种外在的观点。“见红灯停车”,如果将红灯视为一种信号,就是一种内在的观点;如果将红灯视为一种自然征兆,就是一种外在的观点。内在的观点重视规则和行为的理由,外在的观点重视规则和行为的可观察的可能性。内在的观点采用的术语是“我有义务”,“你有义务”;外在的观点采用的术语是“我被迫这样做”,“如果……我大概就要为此受苦”。

2, 法律的要素

哈特设立了一种原始的社会状态,在这个社会里,没有立法机关,没有法院,没有官员,社会控制的唯一手段就是群体对自己的标准行为模式的一般态度,哈特把这种社会结构作为第一性规则所支配的社会。这样一个社会的存在需要有两个方面的条件:第一,这种社会对于人们的暴力、盗窃、欺骗行为予以压制;第二,一个社会里存在接受规则的人们,也存在拒绝规则的人们,但是在这种社会里,前者多于后者。这样的社会是一种由血缘关系、共同感受和信念紧密相连的社会,是一种处于稳定环境中的小型社会,是一个依靠非官方规则体系维系的社会。这是一种简单的但是存在严重缺陷的社会,缺陷之一是,社会群体据以生存的规则构成不了一个体系,而仅仅是一批单独的标准,没有任何确定的后者共同的标志,哈特将这种缺陷称之为“不确定性”。缺陷之二是,在这样的社会里不存在一种有意识的活动废除旧规则和引入新的规则,以适应新的环境变化,哈特称之为“静态性”。缺陷之三是,这种社会缺少决定性和权威性的决定,缺少专门性的职能机关,社会控制的方式是武力,哈特称之为社会压力的“无效性”。在此基础上,哈特提出了自己的主张,“对这种最简单的社会结构形式的上述三个主要缺陷的每一个缺陷,其补救的办法就在于以不同种类的第二性规则来补充第一性的义务规则。针对每一个缺陷所实行的补救办法本身,都可以认为是从前法律世界进入法律世界的一步。因为每一种补救都随之带来了贯通于法律的因素;这三种补救合起来无疑地足以使第一性规则体制转换为无可争议的法律制度。”¹⁵

补救第一性规则不确定性的方法是引入“承认规则”，即确认具有某些特征的规则，使它们成为这个社会所要遵循、有社会压力支持的规则。这种规则的确立有各种方式，比如，在简单的社会里，将不成文法变成成文法，将它们刻在石碑上使之具有权威性；在一个复杂的社会里，通过特定机关的颁布、通过长期的习惯、通过司法判决等，来确认规则以作为以后的法律引证。补救第一性规则静态性的方法是引入“改变规则”，即授权个人后者群体，以废除旧规则或引入新规则。改变规则既可能非常简单，也可能相当复杂。正由于有了这种规则，签订合同、订立遗嘱、转让财产等法律关系才成为可能，才得以确立。改变规则和承认规则之间存在着紧密的联系。补救第一性规则社会压力无效性的方法是引入“审判规则”，即针对个人特定情况作出判决以确立一般的规则，审判规则既包括审判的主体方面的规则，也包括审判程序的规则。审判规则的出现，就界定了诸如法官、法院、审判权和审判之类的法律概念。同样，审判规则与其他第二性规则有着密切的联系，在一定程度上讲，授予审判权的规则也是一个承认规则，法院判决所认定的第一性规则就成为一种法律的渊源。哈特声称，三种第二性规则的结合的产生的结构，不仅是法律制度的中心，而且是分析其他法律理论的一种有力的工具，因为这是从法律的内在观点所得出的结论。在这三种规则中，承认规则提供了用以评价法律制度其他规则的效力标准，因此在一个重要的意义上讲，承认规则是一个最终的规则，是一个最高的规则。

3. 法律的空缺结构和法律理论的不足

虽然哈特认为，他的两种规则的结合理论和法律的两观点的区分，是充分解释法律的最好方式，但是他也不得不承认他的新理论同样面临许多要解答的新问题，比如，对于法律传统范畴的完满分析，例如戴西所谓英国宪法制度和宪法惯例的分类，比如，法律和政治思想的典型术语的解释。他甚至提出，法律制度本身就存在一种自身的病状。哈特把这种现象归结为一种法律本身的空缺，这种空缺渊源于人类语言本身的空缺。比如，法律领域经常被划分为立法和判例两大部分，在任何一个部分，都存在不确定性。判例和判例之间并不是完全吻合的，当成文法被适用于具体案件时也存在不确定的情况，因而，语言留给法官自由裁量的范围是宽泛的，这实际上是一个“选择”的问题。哈特说，判例和立法，“无论它们怎样顺利地适用于大多数普通案件，都会在某一点上发生适用上的问题，将表现出不确定性；它们将具有人们称之为空缺结构的特征。”¹⁶ 由于这种空缺，不同的法学家对于法律有不同的解释，两种极端的理论由此产生，一个是坚信规则的机械法学，即形式主义，另外一个则是拒绝规则的现实主义法学，特别是其中的规则怀疑主义。

形式主义的错误是试图掩饰或者贬低一般规则被规定下来之后作出新的选择，它们试图凝固规则的意义，使该规则的普通术语在规则术语的每一场合均有同样的意义。哈特说，这一过程的终结就是法律家的“概念王国”，当一个一般词语不仅在单个规则的每一次适用中，而且在它出现于法律体系的任一规则中，都被赋予同一意义时，就达到了天国。哈特认为，一个合适的做法是，在相信规则权威性的同时，要正视司法活动的创造性。以英国判例法为例，我们要承认，第一，单一的确定和权威性的判例是不存在的；第二，对于规则唯一有效的和唯一正确的系统阐释也是不存在的；第三，无论判例的效力如何，都要容许法院创制性的司法活动。“法律的空缺结构意味着的确存在着这样的行为领域，在那里，很多东西需留待法院或官员去发展”¹⁷。规则怀疑主义却走到另外一个极端，它们把法律视为法院的判决，或者对于法院判决的一种预测。有时，规则怀疑主义者也不否认规则的存在，而只是把规则作为法的渊源来援用，而且在法院适用之前否认规则是法。哈特评论说，规则怀疑论者有时是一个“失望的绝对论者”，当他们感受不到概念主义者法律概念的天国时，当他们不能像神仙那样预见各种可能的结果时，他们就绝对地否认规则的存在。哈特的看法是，“虽然在任何社会群体中规则的存在都使预测成为可能并使之可靠，但不应该把它等同于预测。”¹⁸

哈特最后回到他的规则论，他说，形式主义和规则怀疑主义是法律理论中的两级，它们都极为夸张，但都不无裨益，而真理就在他们两者之间。这里，法律的真理只能通过他的承认规则予以解释，即，承认规则是法律制度的基础，它将法律效力具体化和标准化。在承认规则具有一般权威性的同时，也要承认规则适用时法官的创造性。两种理论对于规则的不同态度，实际上是起源于承认规则本身的不确定性，而不是具体法律规则的不确定性，也不是法院在认定法律规则效力时使用终极标准的不确定性。

四、法律和道德

一般认为，哈特的理论是与新自然法学代表富勒的法学争论中建立确立的，因此，在法律与道德的关系上，哈特有自己独特的看法。一般认为，哈特在这个问题上，坚持了分析实证主义的传统，另外一个方面，他也不绝对地反对法律与道德之间的关系。

哈特认为，在自然法学看来，法律和道德之间存在着一种必然的联系，拿圣奥古斯丁的话说，就是“没有正义而充斥着强盗团伙的国家是什么？”极端的新托马斯主义所自然法学可以被归纳为两点：第一，通过人类的理性，人类可以发现某种正义和道德的原则；第二，人类的实在法应该与这种自然法相一致。自然法学认定，一个法律制度必须承认一种道德的义务，人类不能服从一种道德上邪恶的法律。自然法学最经常使用的术语便是“正义”，正义的含义很多，最普遍的看法是“同样的情况同样对待”和“不同的情况不同对待”的法律格言。从正义观念的结构上看，前一个格言反映了正义的一致性和不变性的特点，后一个格言反映了正义的流动和可变性的特点。这里，哈特坚持分析实证主义的看法，认为正义和正义的标准是相对的。正义的标准是随着特定人和特定社会的根本道德观不断变化的，“由此，关于法律正义或不正义的判断可能与由不同道德所激发的反论产生对抗。”¹⁹ 正义观念和社会利益之间永远存在着一种冲突，几乎不存在有利于或者促进所有人的福利的法律，在大多数的情况下，法律为一个居民阶层提供了利益，却剥夺了其他居民选择的利益。

哈特然后回到道德问题上来，他说，道德一词如同其他词语一样，也是多义的，也存在它本身的空缺结构。为了说明道德和法律道德关系，哈特采用最广义和最普遍的道德的含义，并从四个方面概括了道德和法律的关系。首先，哈特承认，在所有社会生活中，法律义务和道德义务在内容上都有部分的重合，道德和法律使用共同的词汇，但是法律规则的要求比它们的道德相对物更具体，更有规则的例外。其次，哈特从四个方面论述方法和道德的关系：第一，重要性。哈特认为，一个社会的道德规范，在这个社会中具有较高的重要性，法律规则与之相比则处于较低的地位。“法律规则在要求或禁止相同行为的意义上，与道德是协调的，……然而，就所有法律规则的地位来说，其重要性并不象道德规则的地位那样突出”。²⁰ 第二，非有意改变性。哈特承认，从历史上看，法律的发展会导致道德观念的变化，但是，法律和道德的不同在于，法律可以通过有意识的立法活动建立、改变和废除原有的法律，而“道德规则或原则却不能以这样的方式引入、改变和撤销”²¹。第三，道德罪过的故意性。哈特认为，道德的谴责可以因为行为人主观上的无能为力而得以豁免，就如果行为人采取了可以采取的所有办法，人们就不会刻意地批评他，但是在法律领域，情况就不是这样，“在所有的法律制度中，对这种免责的采纳在许多不同方面受到限制”²²，特别是在法律的“严格责任”领域。情况更是如此。第四，道德强制的形式。哈特认为，道德强制和法律强制的形式是不同的，就道德强制而

言，它“不是通过威胁或借助惧怕或利诱所施加”，它可能受到罪恶感、羞耻感或者良知的影响，而“法律强制的典型形式的确可以说是由这些威胁构成的”。²³

论述了法律和道德的一般关系后，哈特具体地阐述了他著名的法律和道德关系理论。他说，法律在任何时代和任何地方，都实际地受到特定社会集团的传统道德、理性的深刻影响，也受到超前道德观念的影响。但是，即使如此，我们也不能得出结论说，法律必须与道德或者正义相一致。哈特说，一个实证主义者对待法律和道德的关系，是这样的一种观点：“法律反映或符合一定的道德要求，尽管事实上往往如此，然而不是一个必然的真理。”²⁴强调法律与道德的一致关系是自然法学的看法，批评分析法学的理论很大程度也是来源于自然法学，因此，哈特从抽象的意义上分析了自然法学。古代的自然法理论把法律与人类的理性联系起来，要求法律合乎人的理性，现代的自然法把法律的效力和道德的价值联系起来。但是不管自然法理论的内容如何，自然法学的目的是维护人类的生存和谋求最佳状态，实际上，自然法学是一种目的论。哈特对待法律和道德关系的态度，可以说是双重的，一个方面，他斥之为“你们一直在做梦”，“一个非常简单的谬见”，“一种信仰的复活”，“过于形而上学”，另外一个方面，他也承认，“自然法确实包含着对于理解道德和法律有重要意义的某些真理”。为此，哈特提出了著名的“自然法的最低限度的内容”理论，即“这些以有关人类、他们的自然环境和目的的基本事实为基础的、普遍认可的行为原则，可以被认为是自然法的最低限度的内容。”²⁵但是他同时强调，这是一种因果关系，而不是一种公理；这不是涉及意识的目的或者宗旨，而是基于观察和实验的社会学和心理学概括和总结。

哈特“自然法的最低限度的内容”包括五个方面的内容，以此来说明法律和道德之间的联系。第一，人是脆弱的，因此，法律和道德都要求人类要自我克制，因之，法律和道德都规定“不许杀人”。第二，人类之间大体是平等的。人类之间的不平等不会大到一个人可以长期地统治另外一个人，因此法律和道德都要求一种互相克制和妥协的制度，这是法律和道德两种义务的基础。第三，有限的利他主义。人既不是天使，也不是恶魔，他是一个中间者，这一事实也使相互克制的制度成为可能。第四，人类可以利用的资源是有限的，因此，从静态上看，我们需要最低的财产权制度，从动态上看，我们需要财产流转制度。第五，人的理解力和意志力是有限的，因此，确立强制下的自愿结合的制度有存在的必要。哈特总结说，这里所探讨的这些简单的真理，不是为了揭示自然法学的价值观念的核心，而是为了理解法律和道德的相互关系。

在法律和道德关系的问题的最后，哈特中肯地分析了六个流行的观点。第一，法律依赖于权威和权力。哈特认为，法律的强制权力确实以公认的权威自我先决条件，但是一个法律制度不也不可能仅仅依赖统治者的权力，所以它必须依赖道德义务感或者对制度的道德价值信念。他们忠实于这一制度，可以基于各种不同的考虑，比如，长远利益，对他人利益的尊重，传统等等。第二，道德对法律发生影响。法律不可避免地受到社会道德和道德理想的影响，道德因素可以通过公开的立法进入法律领域，也可以通过司法悄悄地进入法律领域。哈特说，任何一个实证主义者都不会否认法律与道德的一致性，“法规可能仅是一个法律外壳，因其明确术语而要求由道德原则加以填充”²⁶。第三，法律的解释有道德的因素。哈特说，法律的空缺有赖于司法的解释，而这种司法解释中的“公正”，“合理”，“利益”都展现了法官的“司法品德”。第四，对法律的批评是一种道德的批评。哈特不同意这种看法，因为他认为道德的标准是相对的。第五，法治和正义的原则。这里，哈特坚持实证主义的立场，正义就是一种合法性。当一个人的行为受到司法适用的一般规则的制约时，也就必然实现了最低限度的正义。从这个意义上说，自然法学的所谓“内在道德”，即富勒的法律的道德性，是可以接受的。第六，法律效力和对法律的抗拒是分离的。哈特总结说，一个法律实证主义者的看法是，法律的存在是一回事，法律的好坏是另外一件事；而一个自然法学者总是要把法律的效力与道德的善恶联

系起来，不合乎善的法律本身就不是一种法律。哈特认为，这两种对立的看法实际上是两种法律观：把法律视为第一性规则和第二性规则之结合而成有效的规则，这是一种广义的法律概念；把法律视为合乎某种道德的规则，即把违反道德的规则排除在法律之外，这是一种狭义的法律概念。在法律不符合道德的地方，采取广义法律观的人会说，“这是法律，但它过于邪恶以至不能服从或适用”，“这是法律，但它是邪恶的”；采取狭义法律观的人会说，“这决不是法律”。哈特当然认为正确的方法是采取广义的法律观，“一个将法律无效性和法律的非道德性区别开来的法律概念能使我们看到这些问题的复杂性和多样性；可是否认邪恶分规则具有法律效力的狭义法律概念却使我们对这些问题视而不见。”²⁷ 哈特的最后结论是，按照简单的实证主义原理，道德上邪恶的法律仍然是法律。

五、对国际法的一种新解释

对于哈特的《法律的概念》，不同的人有着不同的看法。他究竟是提供了一种法律解释的模式？还是提供了一种分析法律的方法？还两者兼而有之？但是有一点是明确的，他把研究法律的方法，即语言学的分析方法和对于法律的总结，即第一性规则和第二性规则的结合联系起来，开创了分析法学的新天地，拿哈特自己的话说，“本书旨在阐明法律的概念，而不是要提供一个法律的定义”²⁸。这一点，在哈特论述国际法理论时，更加突出。在这里，哈特把主要的关注点集中在如何理解国际法上，而不是提供一种国际法的逻辑定义。

按照法律命令说，国际法不可能是一种法律。因为国际法存在两种致命的缺点，第一，国际法背后不存在一个威胁的命令；第二，国际法不是出自一个主权者。在前一个方面，国际法缺乏集中组织起来的制裁制度，缺乏一种国际的警察，缺乏中央机构的强制实施，缺乏获得赔偿的有效途径，也就是说，国际法以一种不同于国内法的形式发展起来。在后一个方面，哈特批评了传统的主权国家的概念，他认为传统的主权概念是那种超越法律之上的实在物，而国家的概念因果是如下两个方面的内容的统一，一是领土下的一定居民，一是相对的独立性。按照这种概念，主权国家和都是这种组织的两极，中间存在大量的介于两者之间的实体，比如殖民地、被保护国、宗主国、托管地和联邦。国家主权和国际法存在不可解决的矛盾。这里，哈特批判了传统的所谓国际法为国家的“自律”说，这种理论认为，国际法是主权国家的一种自律。哈特说，这种理论实际上颠倒了思考的顺序，是政治学上社会契约论在国际法中的仿制品，这种理论无法解释国家只能被自我施加的义务所约束，无法解释主权不受任何约束和主权自己受到约束之间的矛盾，无法解释国家间完全自愿达成的条约。

哈特认为，如果用规则说来解释国际法，那么情况就是这样，尽管“国际法的规则在内容的复杂性方面与原始社会的规则极为不同，尽管它的概念、方法和技术在很多方面与现代国内法毫无二致，但是，在形式上，国际法仍然类似于由第一性规则所组成的体制”²⁹，它“缺乏设置立法机构和法院的第二性的改变规则和审判规则，而且缺乏统一的明示法律的‘渊源’并提供识别法律规则之一般标准的承认规则”³⁰。

哈特也批评了将国际法视为道德的理论，他认为国际法与道德存在巨大的差别。首先，道德寄期望于良知、罪恶感和羞耻感，并通过道德的谴责表现出来，而国际法强调惯例、条约和法学著作的引证，不涉及道德上的对错善恶。其次，国际法在很大程度上是道德中立的，它的存在是出于一种事务上的便利，而不是道德上的重要性，它有着硬性的区分、程式、极为烦琐的规定，这更类似于一种法

律。再次，国际法可以通过有意识的活动予以确立，而道德则不能如此。最后，国际法所具有的义务约束力，不同于道德的义务感。

哈特最后回到国际法和国内法的相似性上，他认为这两种法律之间在形式和内容上都具有相似性。从形式上看，国际法近似于一个原始法或者习惯法的体制，在内容上也存在一个国际法具有法律效力的终极来源，这个终极来源被凯尔森称为“基本规范”，而在哈特看来，这个终极来源就是他的“承认规则”，正是有了这个承认规则，国际法体系才有了连贯一致的法律效力。哈特说，国际法正处在一个过渡的阶段，这种过渡终将使国际法在结构上更接近国内法。如果这个过渡一旦完成，形式上的相似性将获得实质性的内容，于是，国际法和国内法的相似就不是形式上的，而是功能和内容上的了，内容上的相似性会使国际法和国内法共同拥有一批原则、概念和方法，以致于法律专家的技术能够在两者之间转换使用。哈特得出结论说，国际法和国内法“首先，这是一种内容上而非形式上的相似；其次，在此种内容的相似方面，没有其他社会规则能像国际法一样接近于国内法。”³¹

以上是哈特《法律的概念》的主要内容。从上面所涉及的理论，我们可以把握一下哈特的新分析法。从思想史的角度说，他法学研究的方法，他的法律规则说，以及法律和道德关系论，是颇具影响力的。这里，还必须补充的是他对于“法律内在观点”和“法律外在观点”的区分。在他的著作中，他屡次谈到这个问题，在语言表达上，在当事人内心的感受上，在对于法律的态度上，在法学研究的方法上，两者都存在较大的差别。不幸的是，哈特并没有能够让人们轻易地理解。或者换句话说，他并没有像论述其他问题那样，把这个问题表达清楚。我们现在无法认定这个问题在他理论中的地位，也无法就将他的这个理论与历史上某种理论联系起来，也不能够将这个理论与以后分析实证主义法学联系起来。这是一个问题，也是哈特理论研究者们的一个问题。这里就不再涉及。

哈特之后，分析实证主义法学的继承有拉兹和麦考密克等人。但是他们的理论也都发生了较大的变化。特别是麦考密克的制度法论，在一些根本问题上都放弃了分析实证主义法学的传统。如果有兴趣，大家可以读一读《制度法论》。

注释：

1 positivism and the separation of law and morals (1957-1958) 71 Harvard Law Review P601 n.25.

2 哈特《法律的概念》第2—3页，中国大百科全书出版社，1996年。

3 《法律的概念》第128页。

4 《法律的概念》第18页。

5 《法律的概念》第25页，第27页。

6 《法律的概念》第29页。

7 《法律的概念》第45页。

8 《法律的概念》第48页。

9 《法律的概念》第52页。

10 《法律的概念》第56页。

11 《法律的概念》第63页。

12 《法律的概念》第64页。

13 《法律的概念》第82页。

14 《法律的概念》第83页。

15 《法律的概念》第95页。

16 《法律的概念》第127页。

17 《法律的概念》第134页。

18 《法律的概念》第146页。

19 《法律的概念》第160页。

20 《法律的概念》第171页。

21 《法律的概念》第172页。

22 《法律的概念》第175页。

23 《法律的概念》第176页。

24 《法律的概念》第182页。

25 《法律的概念》第188—189页。

26 《法律的概念》第199页。

27 《法律的概念》第206—207页。

28 《法律的概念》第208页。

29 《法律的概念》第223页。

30 《法律的概念》第209页。

31 《法律的概念》第234页。

出处:无出处

[【我想发表评论】](#)

[【将文本推荐给好友】](#)

[【关闭窗口】](#)

相关文章:



- ✦ 徐爱国 邓小平法律思想的实证分析
- ✦ 徐爱国 法理学边缘人眼中的法理学
- ✦ 徐爱国 再审视作为法学家的边沁
- ✦ 徐爱国 哈特《法律的概念》导读
- ✦ 徐爱国 论分析法学

本网站由王利明教授创办并提供全部运作资金

建议使用IE4.0以上1024*768浏览器访问本站

版权所有©2000-2008; 中国民商法律网本网站所有内容, 未经中国民商法律网书面授权, 不得转载、摘编, 违者必究。

征稿启事 投稿邮箱: ruccivillaw@163.com, civillaw@ruc.edu.cn

京ICP备05010211号