

# 论哈特的新分析法学

沈宗灵

新分析法学是二十世纪六十年代形成的现代西方法学派别之一。其首创人是英国牛津大学法理学教授赫伯特·哈特(Herbert L. Hart, 1907—)。他的主要著作是:《法律的概念》(1961)。其他有《法律·自由和道德》(1963)和《惩罚与责任》(1968)等。他是第二次世界大战后西方法学界最有影响的人物之一。

新分析法学派的形成和发展,是同从五十年代后期开始,以哈特和美国哈佛大学法理学教授富勒(Lon Fuller, 1902—1978)为主要代表的长期论战不可分的。这一论战的实质是西方法律哲学传统中自然法学说和法律实证主义两大派之争。富勒与哈特二人的观点分别代表了两派。

哈特的新分析法学是在奥斯丁(John Austin, 1790—1859)的老分析法学的基础上发展起来的,后者是哈特学说的一个主要思想渊源。尽管哈特的学说以法律实证主义为基础,并被公认是战后这一派的主要代表人物,但他的学说又具有向自然法学说靠拢的特征。这一现象也多少说明了新分析法学派形成的历史背景。第二次世界大战结束后,随着法西斯主义的失败,鼓吹“国家主义”的新黑格尔主义法学趋于衰落,对法律的价值准则,即正义与道德等,采取不同程度否定或怀疑态度的实证主义法学或新康德主义法学,也有所动摇,而各种形式的自然法学说进一步兴起。在这种新的历史形势下,哈特的新分析法学,作为法律实证主义在战后的主要代表,具有向自然法学说靠拢的特征,显然是可以理解的。

哈特的学说的另一特征是:它以逻辑实证主义的概念与语言分析法作为自己的哲学基础<sup>①</sup>。哈特将这种哲学运用到法学中来,反对法律概念传统的下定义的方法,主张采用根据具体情况进行逻辑分析的方法。他的主要著作《法律的概念》,也就是运用概念和语言分析法来分析法律这一概念,从而系统地阐述了他的学说。

## (一) 主要规则和次要规则的结合

哈特反对奥斯丁的法律命令说,即法律是掌握主权者对在下者如何行为并以威胁(制裁)作为后盾的命令。他认为法律是一种规则,而法律规则的一个特色是它可分为两类虽有联系但却不同的规则:主要规则和次要规则。主要规则设定义务,即要求人们从事或不从事某种行为,而不管他们愿意与否。次要规则授予权力。根据次要规则,人们可以引进新的主要规则,或修改、取消旧的主要规则,或决定主要规则的范围,或控制其实施。

次要规则又可分为三种。第一种是承认规则,即这种规则规定:任何其他规则如果具备某些特征,就能成为这一社会集团的,以它所行使的社会压力作支持的规则,换句话说,通过承认规则的承认,即授权,主要规则才取得了法律效力。第二种是改变规则,即授权个人和集团实行新的主要规则,取消旧的主要规则。这种改变规则包括两种:一种授予公权力(即通常所

<sup>①</sup> M. 柯亨:《赫伯特·哈特》,载《哲学百科全书》(1972),第3卷,第417页。

讲的公法上的权力或权利),如规定什么机关有权立法以及立法的程序等。另一种授予私权力(即通常所说的私法上的权利),例如根据这种规则,私人有权订立遗嘱、缔结契约、出让财产等。总之,通过这种改变规则,也就改变了人们按照原先主要规则所处的地位,换句话说,通过缔造契约等行为,人们相互间发生了新的权利和义务关系。第三种是审判规则,即授权个人或机关在一定情况下,就某一主要规则是否已被违反以及应处何种制裁,作出权威性的决定。审判规则决定谁有权审判以及审判的程序。

他又主张,在以上三种次要规则中,承认规则是最重要的,事实上,它是“法律制度的基础”,它“提供了用以评价这一制度其他规则的效力的准则”<sup>①</sup>。当然,在一个现代法律制度中,有许多不同法律渊源,因此,承认规则也就比较复杂。在几个准则构成一个等级体系时,其中之一是最高的,最终的。

哈特十分强调主要规则和次要规则的结合,认为这是“法律科学的关键”,“法律制度的中心。”<sup>②</sup>

他还指出,一个法律制度的存在必须具备两个最低限度的必要条件。一个是:凡是按照最终承认规则而有效的一切规则,必须一般地被遵守。另一个是:这一制度中的次要规则必须由国家机关官员当作公务行为的共同准则而有效地接受。此外,官员还应遵守许多他们以个人身份出现时所需要遵守的主要规则。

## (二) 对法律规则的内在观点和外在观点

根据哈特的学说,对法律概念的了解,除了以上讲的主要规则和次要规则的结合外,还应注意对法律规则的两种观点。

一种是内在观点,持有这种观点的人是指接受这种规则并以此作为指导的人。另一种是外在观点,持有这种观点的人又有各种不同情况,一般是指本人并未接受,但却是观察这些规则的人。说明这两种观点区别的一个例证是对大街上作为交通信号的红灯的不同看法。一个持有外在观点的人仅认为,红灯一亮,很可能交通将会停止,他把红灯当作人们将以一定方式行为的一个自然标志,就如乌云是行将降雨的标志一样。对一个持有内在观点的人来说,红灯一亮不仅是其他人将会停止行进的一个自然标志,而且也是自己应停止行进的信号以及符合规则的停止的理由。总之,他把红灯一亮就停止作为自己或他人行为的标准或义务。

因此,一个社会中往往存在着两种人之间的对抗关系。一种是接受法律规则并以此作为指导的人,即自愿合作以维护法律规则,并根据这种规则来评价自己或他人行为的人。另一种是拒绝这种法律规则,并仅从外在观点出发作为可能惩罚的一种标志才关心这些规则的人。他们对法律规则也就有不同表达方法。前一种人一般是讲:“我有义务”、“你有义务”,等等。后一种人则讲:“我不得不这样做”,“如果……我大概将为此而受苦”,等等。在这里,哈特批判了美国现实主义法学家对法律的定义,即认为法律是对法院如何判决的预测。他认为,这种法律预测说的错误就在于它仅从持有某种外在观点的人,即本人拒绝这一法律规则,而仅从外在观点出发作为可能惩罚的标志才关心规则的人这一角度来解释法律,完全忽略了对法律规则持有内在观点的人的存在。

他又从区分这两种观点的学说出发,解释了法律的本质和作用。他认为,社会上既有从内

<sup>①</sup> 哈特:《法律的概念》,1972年重印本,第97、102、107页。

<sup>②</sup> 同上书,第79、95页。

在观点出发将法律规则作为行为准则的人，又包括了必须以武力或武力的威胁为之强行设定这些规则的人，他们与规则的关系仅仅作为可能惩罚的来源。“这两部分人之间的平衡关系将取决于许多不同因素。如果这一制度是公正的，并真正关注所有它所要求服从的人的巨大利益，它就可以取得和保持大部分人长期对它的忠诚，从而也将是稳定的。相反地，这一制度可能是狭隘的，排他性的，为了谋求统治集团利益的制度，它就可能日益成为压制性的，动荡的，具有产生动乱的潜在威胁的。”<sup>①</sup>

### （三）法律和道德

哈特主张“法律制度的中心”或“法律科学的关键”在于他所提出的“主要规则和次要规则的结合”。因而他也反对有人将道德或法律与道德的必然联系当作这种中心或关键。这里就涉及如何解释法律和道德的关系，这是西方法学中关于法律实证主义和自然法学说两派长期争论的问题。

这一争论往往集中在法律实证主义者所提出的一个公式上：应划分开“实际上是这样的法律”（又称实在法）和“应当是这样的法律”（又称理想法或正义法）。他们认为，法学作为一门科学，应摒弃一切形而上学，仅研究实在法，并主张，法律与道德是无关的，至少是没有必然联系的。反对法律实证主义者，特别是各种形式的新自然法学说，则反对这两种法律的划分，并认为法律与道德是不可分的，等等。

哈特在与富勒进行论战时也首先为上述公式进行辩护，认为这种划分有助于人们看出两种危险：一种是将法律及其所代表的权力溶化在法律应当是什么的概念中；另一种是以现行法律代替道德作为评价人们行为的最终准则。

上文已指出，他虽然坚持法律实证主义的基本立场，但又向自然法学说靠拢。他对法律和道德的关系的基本观点是：任何法律都会受到道德影响，但不能由此得出结论说：一个法律制度必须符合某种道德或正义，或它必须依靠服从法律的道德义务，或它的法律效力的根据必须包括道德或正义原则。总之，法律和道德有联系，但并无“必然的联系”。他还对法律实证主义这一概念作了一个新的解释：“这里我们说的法律实证主义的意思是……法律反映或符合一定道德要求，尽管事实上往往如此，然而不是一个必然的真理。”<sup>②</sup>这种观点显然已不同于分析法学创始人奥斯丁的学说，与另一著名法律实证主义者凯尔森（Hans Kelsen, 1881—1973）的学说的距离就更远了。

哈特的学说向自然学说靠拢的特征，也明显地体现在他提出了“最低限度内容的自然法”的理论。其大意是：人的目的是生存。根据人性以及人类生存于世界的事实的判断，必须有某些行为规则，它们构成了这一社会法律和道德的共同因素，这些行为规则就是所谓“最低限度内容的自然法”。对人性 and 人类生存于世界的事实的判断可归纳为以下五点：

第一，人的脆弱性，即人既偶然地会向他人进行肉体攻击，又一般地容易遭到他人的攻击。因此，大部分法律和道德的共同要求是以禁止、否定形式要求人们克制，最重要的是限制使用暴力杀人或伤害人。第二，大体上的平等，即人们在智力和体力上尽管不同，但任何人都不会比他人强到这种程度：没有相互合作还能长时期统治别人，这一事实也说明法律和道德义务的基础是一种相互克制和妥协的制度。第三，有限的利他主义，即人既非天使也非恶魔。如果

<sup>①</sup> 同上书，第197页。

<sup>②</sup> 同上书，第181—182页。

是二者之一,就根本不需要什么规则了。人只是处于以上二者之间的中间状态,而且就目前情况而论,利他主义是有限的,利己主义却是经常的。在这种情况下,没有法律和道德的控制,就不可能有社会。第四,有限的资源,即人类生存所必不可少的衣食住等方面的自然资源,并不是无限的、唾手可得的,为此就必须有某种形式的财产制度和尊重这种制度的各种规则,包括确认承诺的规则(即合同法规则)。第五,有限的理解和意志力,即大部分人能服从符合相互利益的规则。但另一方面,对长期利益的理解,或者是意志的力量和善良,并不是所有人都一样的,人们难免首先考虑的是自己的眼前利益。如果没有专门负责侦查和惩罚的专门机关,他们很容易以身试法。因而必须有一个强制制度下的自愿合作。制裁之所以必要,并不是一般地作为服从规则的动力,而是为了保证那些自愿服从的人不致牺牲于那些不服从规则的人。

#### (四) 广义的和狭义的法律概念

哈特认为,对法律和道德之间关系的不同理解,往往体现在对以下问题的争论上。怎样对待一个在法定形式下制定的、但在道德上却是不正义的、邪恶的法律。信奉自然法学说的人 would 认为它根本不是法律。但法律实证主义者却认为:“这是法律,但它是太不公正的法律以致不能加以适用和服从。”<sup>①</sup>这也就是说,前者采用狭义的法律概念,只有良法才是法律;后者采用的是广义的法律概念,良法和恶法均包括在内。前者将法律的效力性和道德性混为一谈,后者将二者分开。

他主张,广义的法律概念胜过狭义的法律概念。因为广义概念能帮助我们看到法律问题的复杂性和多样化,狭义概念却使我们对这些问题视而不见。

除了是否应服从一个道德上不正义的法律这一复杂问题外,还有一个对这种不正义法律所容许的邪恶行为是否应予惩罚的问题。如果采用广义的法律概念,就应在两个邪恶之间作出选择:或者是第一个邪恶,使技术上合法而道德上不正义的行为不受惩罚;或者是第二个邪恶,为了对上述行为进行惩罚,制定一个具有溯及既往效力的刑事法律。制定这种法律本身也是一种邪恶,因为它违反了文明社会法律的一个基本原则——罪刑法定主义。这种严峻的选择在极端情况下是必须作出的,但狭义的法律概念却逃避了这一选择。

他还认为,在革命或发生其他社会剧变后,狭义的法律概念,也即某种自然法学说,是颇有吸引力的。第二次世界大战结束后,西德司法部门在处理纳粹政权时期所犯的战争、间谍、告密等罪行时,“就在这种形式下复活了自然法的论据”。<sup>②</sup>哈特在与富勒论战时曾一再提到这一问题。其中一个著名的例证是一九四九年七月二十七日班贝格上诉法院对一个告密者案件所作判决中的理由。案件的大体内容是:被告是一个妇女,一九四四年,为了陷害其当时正在部队服役的丈夫,向纳粹当局密告后者休假在家时曾发表反对希特勒的言论。结果根据一九三四年纳粹政府的一项法令(该法令规定,凡发表不利于第三帝国的言论构成非法行为)判处其夫死刑,但未执行。一九四九年这一妇女在西德法院中被控犯有一八七一年刑法规定的非法剥夺他人自由的罪行。以后上诉法院的最终判决是,被告犯有罪行,纵然其丈夫是按照纳粹政府的一项法令被判刑的,但该法令本身“违反一切正直人的正当良知和正义感。”<sup>③</sup>在西方

① 同上书,第203页。

② 同上书,第204页。

③ 同上书,第204页;《实证主义和法律与道德之分》,《哈佛法律评论》,1958年第71卷,第618—619页。又根据《法律的概念》一书第254—255页上的注解,上述判决理由原引自《哈佛法律评论》,1951年第64卷,第1005页,但佩珀(H. Pappe)在1960年《现代法律评论》发表的文章中,曾对该判决的说明有所改正。

法学界,这一判决理由被认为是自然法学说的胜利和法律实证主义的失败,是第二次世界大战结束后自然法学说复兴的一个重要标志。

哈特对上述判决理由持保留意见。他认为,这一妇女无疑作了道德上邪恶的行为,应加以惩罚,但法院的论据代表了狭义的法律概念,因而是值得怀疑的。如上所述,他主张应制定一个溯及既往的法律,作为惩罚这类被告的法律根据,并公开宣布这样作是违反我们原则的,但这是为了避免铸成一个更大的邪恶(即对该妇女不加处罚)而必须作出的牺牲。

## (五) 国际法

哈特还将他的主要规则和次要规则的结合的学说用来解释国际法的性质。

他首先提出,尽管国际法这一名称已有一百五十多年的历史,可是就象在简单的原始社会中一样,仅有主要的义务规则,而没有次要的授权规则,既无规定立法和司法的改变和审判规则,又无确认其他规则效力的承认规则,它不是一种象国内法那样的发达的法律制度。由于国内法和国际法的这种差别,就使许多法学家不断地提出:国际法是否真正是法律。他认为对这一问题不能采取简单的肯定和否定的回答。

怀疑国际法是否真正是法律的主要理由之一,是国际法缺乏国内法的一个特征:以制裁作为后盾。但他认为,对国内法来说,制裁是必要的和可能的,但国际法情况有所不同,它没有实行象国内法那样的制裁的必要性和可能性。事实是:在一个国家中,“如果没有对犯罪的有组织的压制和惩罚,每时每刻都有可能发生暴行和窃盗。但对各国来说,几次灾难性战争之间却介入了长期的和平年代。”<sup>①</sup>这些和平岁月的存在是有各种条件的,由一种不同于国内法的国际法规则来调整各国间关系也是有作用的。因而不能简单地认为,由于没有象国内法那样的制裁,国际法就没有设定义务,没有拘束力,不能具有法律的称号。

他又指出,怀疑国际法是否法律的另一个主要理由是,国家具有主权,因而它不可能受国际法约束或承担国际法义务。他认为,法学和政治学习惯于将主权一词和驾于法律之上的人的观念联系在一起。为了正确理解国际法,应摆脱这种联系。主权不过意味某种“独立性”,因而主权国家是不受一定类型的控制的,是自律的,但由此而认为主权国家不能受国际法约束的主张,也是没有根据的。

他还批判了认为国家享有绝对主权,除自行限制外不受任何限制的“国家自限说”以及将国际法解释为道德的观点。他也反对有的法学家,为了强调国际法也是法律而力图缩小国内法与国际法之间的差别,而夸大二者之间的类似性。其中之一就是凯尔森的一个理论:与国内法一样,国际法也有一个确认所有国际法规则效力的“基础规范”,也即哈特学说中所讲的“最终的承认规则”。哈特认为,迄今为止,国际法还一批被各国接受的、有拘束力的规则,但还没有为国际法规则提供准则的“基础规范”或“最终的承认规则”,“也许目前国际法正处于一个向着接受这种或其他形式的过渡阶段,这些形式将使国际法在构造上更接近国内法。”<sup>②</sup>

\*

\*

\*

以上是哈特的新分析法学的基本内容。从他的学说中,我们可以了解到西方法律哲学在战后几十年中一些新的动向。例如,逻辑实证主义哲学如何影响法学;自然法学说为什么又进一步兴起;在这一新的形势下法律实证主义有什么变化;它与自然法学说怎样进行论战,等

① 同上书,第 214 页。

② 同上书,第 231 页。

等。

象老分析法学一样,哈特坚持划分开“实际上是这样的法律”和“应当是这样的法律”,也即划分开实在法和理想法或正义法。如上所述,是否应划分开这两种法律是法律实证主义和自然法学说长期争论不休的问题。

显然,在这一问题上,两派都是在抹煞法律的阶级性的前提下展开争论的。如果承认法律的阶级性,法律代表一定统治阶级的利益和意志,那么,将这一阶级的法律划分为两种——实际上代表这一阶级利益的法律和符合这一阶级理想或这一阶级的正义观的法律,并将它们对立起来,无论在逻辑上或实践上,是很难成立的。

当然,我们不同意分析法学家划分这两种法律的观点,并不意味着就同意自然法学说的观点。它之所以反对将实在法和理想法对立起来,也是从唯心史观出发的,它是指某种抽象的、超阶级的实在法应服从某种抽象的、超阶级的正义或道德。

哈特关于主要规则和次要规则之分的学说涉及到法律规范(或规则)的分类问题。从形式上看,法律规则问题的确包括了授权性规则(也就是他所说的次要规则)和义务性规则(也就是他所说的主要规则)这两类规则及其相互关系等问题。同时,他将次要规则进一步分为承认、改变和审判三种,也有助于我们考虑各种授权性规则的作用、关系或法律地位等问题。但这些问题,从广义上说,都属于法律形式问题。哈特断言主要规则和次要规则的结合是“法律制度的中心”和“法律科学的关键”,显然,混淆法律形式和本质问题。

他的关于法律规则的内在观点和外在观点的学说,在西方法律哲学中,是一种较新的观点。正如这一学说所表明的,法律是一个极为复杂的社会现象;对同一法律会存在不同的观点,在一个社会中也就会存在两部分人之间的对抗关系,一种是维护这一法律的人,另一种是反对这一法律的人。

实际上,他所说的这些现象已直接接触到法律的本质问题,即法律是代表一定统治阶级意志和利益的,因此,对立的阶级社会有对这种法律的不同观点,当然,这里讲的阶级是作为阶级整体来说的,并不完全指每一阶级中的个别成员。同时,他所讲的持外在观点的人也并不完全是指被统治阶级。但总的来说,哈特是从超阶级的法律观点出发来解释这些问题的,因而他也会得出近似幻想的结论:社会上对法律持对立观点的那两部份人之间的对抗关系能否保持平衡,最终取决于这一法律制度是否“公正”,是真正关注应服从法律的人的利益,还是仅谋统治集团的私利。在分成对立阶级的社会中,能出现这种“公正”的也即超阶级的法律吗?

哈特的学说中也包括了西方法律哲学中许多传统的观点。例如他所讲的“最低限度内容的自然法”的五个公理,多半是西方法律哲学中以抽象的人性论来解释法律作用的传统观点。

