

目 录

引言	(1)
第一章 法伦理学的理论界域	(19)
第一节 法伦理学的基本内涵	(19)
一、法伦理学概念的界定	(19)
二、法伦理学的研究对象	(21)
三、法伦理学的学科属性	(22)
第二节 法伦理学研究的多种进路	(24)
一、历史法学派	(24)
二、哲理法学派	(29)
三、社会法学派	(34)
四、自然法学派	(36)
五、实证法学派	(39)
六、综合法学派	(42)
第二章 哈特法伦理思想的基础和主题	(46)
第一节 哈特其人其书	(46)
一、哈特的生平	(46)
二、哈特的主要著述	(56)

第二节	哈特法伦理思想的基础	(60)
一、	理论基础	(60)
二、	现实基础	(74)
第三节	哈特法伦理思想的主题：道德和法律的划界 ...	(83)
一、	法律与道德的划界	(83)
二、	法律与道德“有区别的适当联系”论	(86)
三、	最低限度内容的自然法	(87)
第三章	法律与道德划界的目的	(90)
第一节	法律形式理性的需要	(90)
一、	法律形式理性的含义和特征	(91)
二、	法律保持对道德的独立性	(93)
三、	法律有效性的条件	(94)
第二节	法律实践理性的需要	(100)
一、	法律实践理性的含义及内在要求	(100)
二、	法律的统一性诉求	(103)
三、	法律可操作性的条件	(107)
第三节	法律正义的客观需要	(111)
一、	正义之流变	(112)
二、	法律正义的内涵及主要特征	(115)
三、	哈特主张的法律正义	(118)
第四章	法律与道德划界的方法	(123)
第一节	对语言分析方法的借鉴	(124)
一、	语言分析方法的哲学基础及流变	(125)
二、	法律语言观的遗传	(130)
三、	哈特对语言分析方法的运用	(134)

第二节 对传统实证主义的超越	(139)
一、从“命令”到“规则”	(142)
二、从“特殊”到“一般”	(144)
三、从“单一”起源到“多样”起源	(145)
四、从“外在”到“内在”	(147)
第三节 在辩论中寻求突破	(148)
一、与富勒的论战	(149)
二、与德沃金的论战	(155)
第五章 法律与道德划界的限度	(159)
第一节 法律与道德划界的相对性与绝对性问题	(162)
一、法律与道德绝对性划界的历史回溯	(162)
二、法律与道德划界的哲学基础	(165)
三、法律与道德划界的现实支持	(166)
四、从绝对性划界到相对性划界	(170)
五、法律与道德的关系及其界限	(173)
第二节 相对性划界的要求：最低限度内容的自然法	(183)
一、“最低限度内容的自然法”思想的根据	(184)
二、“最低限度内容的自然法”的内涵	(185)
第六章 哈特法伦理思想的现实启示	(191)
第一节 法律至上的条件：以人为本	(191)
一、法律从关注人肇始	(191)
二、以人为本：法律的价值之维	(193)
三、法律在人文关怀中成长	(197)
四、法律在思考人之价值中完善	(200)
第二节 克服反道德主义的缺陷	(206)

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



一、反道德主义的缺陷	(208)
二、克服反道德主义的路径	(211)
第三节 树立法律与道德的边界意识	(216)
一、秩序价值、规则意识——道德与法律分离的 启示	(218)
二、实质正义、以人为本——道德与法律结合的 启示	(221)
三、依法治国与以德治国的结合——形式与内容 统一的启示	(223)
余论	(227)
参考文献	(230)
后记	(239)

引言

一、论题的缘起

法律和道德是支撑社会有序运作、发展的两大动力系统，因而道德与法律的关系便成为长期以来最引人关注的问题，也正是在这种关注中，形成了法伦理学的基本理论视阈。

尽管目前理论界对于法伦理学的诸多问题尚存争议（诸如法伦理学学科的合法性、法伦理学的学科性质、法伦理学的价值归宿等），但是，法律与道德的关系作为法伦理学的基本问题已成为共识。这是因为，“一切法律在根本上都不可能与伦理道德无涉；理论上如此，实践上同样如此”。^①

基于此，我们认为，在思想史上，凡涉猎道德与法律关系及其相关问题的思想和观念都与法伦理学直接相关，也都应当纳入到法伦理学的生成视野中来加以考量和关照。在这样一种前提或背景下，赫伯特·哈特（Herbert Hart, 1907—1992，以下简称哈特）便进入了我们的研究视野。

哈特是英国著名法哲学家、新分析实证主义法学派的重要代表人物。曾担任牛津大学的法理学教授，长期从事法理学的教学和研究工作，是西方20世纪70年代形成的新分析实证主义法学派的创始人，也是第二次世界大战后西方法学界最有影响的人物之一。他的著述颇丰，主要有《法律的概念》、《法理学与哲学论文集》、《法哲学的定义与理论》、《法律、自由与道德》、《惩罚与责任》等。多部著作已被译成中文。

^① 胡旭晟. 法的道德历程——法律史的伦理解释（论纲）[M]. 北京：法律出版社，2006：3.

研究哈特的法伦理思想，主要有这样几个原因：

首先，哈特的思想应当是法伦理学视阈中包含的内容，所以研究法伦理学不能绕过哈特。哈特作为20世纪最负盛名的法哲学家之一、新分析实证主义法学的创始人，在法律和道德的关系问题上，主张区分“实然的法”和“应然的法”，坚持最低限度内容的自然法，主张法律与道德没有必然联系，但法律有效性的标准包含道德因素等等。他以实证主义的姿态、自由主义的立场、分析主义的旗帜和道德哲学家的情怀，对法律与道德的关系提出了自己的看法。西方学术界对哈特的法哲学思想评价甚高，认为哈特奠定了当代英语世界和其他国家法哲学的基础。当代著名法学家罗纳德·德沃金指出：“在法哲学的几乎任何一处，建设性的思想必须从考虑他的观点开始。”^①也就是说，哈特对法律与道德关系的独辟蹊径的解读使其成为法伦理学理论阵营中的重要人物，自然不应当被忽视。

其次，按照目前学术界流行的观点，法伦理学的基本问题是道德与法律的关系问题，核心主题则是法律的道德性问题，因而法伦理学所探寻的主要结论一般可以列举为：“（1）法律源于道德，它原本是伦理的造詣；（2）一切法律现象或隐或显地蕴涵着某种道德价值；（3）伦理价值是法律必须追求的目的之一；（4）法律的发展必须遵循某些道德准则或达到一定的道德要求；（5）只有充分发挥法律中的伦理精神，法律才能真正发挥其作用；（6）‘热爱法律’既是现代社会个体公民的品德要求，也是现代法治的道德基础；（7）伦理作为一种精神性的存在，其本身并无纯粹独立之力量，它须借助于种种客观事物而发挥作用；（8）伦理学研究在各具体的社会关系领域深入而系统地展开，这既是伦理学发达的标志，也是其本身发展的必然要求。”^②若按此而推演，那么法伦理学必然遵从一个基本的理论预设，即道德高于法

^① Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously* [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1978: 16.

^② 胡旭晟. 法的道德历程——法律史的伦理解释（论纲）[M]. 北京：法律出版社，2006：177-178.

律或者道德是法律合法性的根据，而真正属于法伦理学也只有自然法之一脉。从这一背景出发，似乎哈特的思想并不属于法伦理学的范畴，或者是一种歧出。但是我们认为，哈特的思想虽然在总体上强调道德与法律之间划界，但是又主张保持最低限度内容的自然法，并承认法律与道德有偶然联系的事实。他对法律与道德关系的独特阐发拓出了法伦理研究的一片新天地，理应受到高度关注。

再次，法伦理学除了把道德与法律的关系作为基本问题，把法律的道德性问题作为核心问题之外，还以道德与法律的协调或者平衡或者保持适度的张力作为基本的价值目标。很显然，道德和法律作为调控人类社会生活的两大规范力量，它们要充分地发挥作用，绝不是要用一方来取代另一方或者用一方来吞并另一方，而是要彼此协调、互动或制约，诚如人们的生活中密密匝匝地笼罩上道德之网却并不能提高人们的幸福生活指数，整个世界遍布法庭、什么事情都要一断于法也不是良序的社会。所以探寻道德与法律的平衡、互动、相互制约的机制和途径才是发挥道德与法律作用的最根本的保障，也是法伦理学所追求的目标。而从思想史上看，无论是自然法阵营抑或是实证法阵营都不主张以道德代替法律或者以法律代替道德，它们相互之间的博弈、攻讦实际上是殊途同归。而作为新分析实证主义法学的创始人的哈特，其思想既与自然法学派有着明显的差别，也与传统的实证法学有着分歧，他在强调道德与法律划界的基础上，着力协调道德与法律的关系，期求二者在现实生活中平衡发挥作用的努力应当说为法伦理学的演进多有建树。

最后，寻求依法治国与以德治国的统一实际上也就是来寻求道德与法律在现实生活中平衡发挥作用的路径，使理性元素与情感元素、客观因素与主观因素都能够充分地调动起来，对社会发展和人们生活产生良好的规范、引导、沟通、协调的作用。从这样的角度来理解哈特的法伦理思想，其现实意义自然不容置疑。

二、哈特思想的研究现状

哈特在西方法学界可谓翘楚人物，对其思想进行研究的成果不断涌现。当然研究的视角很多，许多成果并非直接与法伦理有关，但对我们整体把握哈特的法伦理思想大有裨益，以下择其要者而述之。

（一）国外理论界的研究状况

1. 支持与传承的呼声

随着对哈特思想研究的深入及对德沃金等学者批判的回应，法实证主义在实践中又形成了排他性法实证主义、包容性法实证主义、制度性法律实证主义三大流派。与之相应，支持和传承哈特法伦理思想的主要代表人物有约瑟夫·拉兹、科尔曼、麦克考密克等。

拉兹是排他性法实证主义的代表人物，代表作有《法律体系的概念》（1970）、《实践理性和规范》（1975）、《法律的权威》（1979）等。拉兹在《法律体系的概念》中，从存在问题、确认问题、结构问题、内容问题四个方面对哈特的理论进行了分析，他认为“哈特虽然说明了法律制度的结构就是义务性规则与授权性规则的结合，但他的分析过于简单，因为有些法律既不是义务性，也不是授权性。拉兹强调，只有通过许多不同种类的法律的内在关系进行探讨，才能更好地理解法律制度的结构”。^①“拉兹主张从整体与个体的关系出发分析法律制度的结构成分。这是对实证主义分析法学的理论贡献。”^②在《法律的权威》一书中，拉兹从法律与权威、法律的性质与自然法、内在的法律价值、对法律的道德态度等四个方面阐述了自己的观点。他认为法律同道德之间没有必然的概念上的联系，这一观点建立在法律同权威的

^① 张乃根. 西方法哲学史纲 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 424 - 425.

^② 张乃根. 西方法哲学史纲 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 424 - 425.

关系之上。合法律性的判准 (the criteria of legality) 必须是社会来源, 法律的成员资格不能依赖于一个规范的内容或实质性价值。道德标准既不是一个规范获得其法律地位的充分条件, 也不是必要条件, “每一个法律的存在及其内容完全由社会来源来决定”。^① 科尔曼对拉兹的观点作了简要总结: “道德标准也许约束着官员, 但不是法律; 道德标准也许作为法律而具有约束力 (尽管只是根据它们的社会来源而被确认); 以及最后, 道德标准也许不具有法律约束力, 而作为自由裁量标准进入法律论辩。”^② “拉兹既不同意自然法哲学的观点, 将一定的道德观念视为法律的内在价值, 也反对将守法视为公民绝对责任的法律实证主义观点。拉兹善于从实践理性的角度剖析法律权威性的概念, 突出地表明了他对法律实证主义传统理论的批判性修正。”^③ 对于哈特提出的“内、外在观点”的划分, 拉兹提出了“脱离观点的陈述” (statements off point of view) 或“超然的陈述” (detached statements) 来说明这样一个立场。拉兹认为, 为提出一个有限的主张, 他们采纳某种特定的规范性立场, 但无须认可该规范性立场。法律学者 (包括律师) 能够用规范性的语言来描述法律, 做出法律陈述, 而不需要因此就认可该法律的道德权威。在拉兹看来, 法律学者与律师从业者都能用规范的语言来陈述法律, 具有参与者的“内在性”, 但他们对法律的陈述并不能表明他们就都接受法律规则, 这样就又具有了“外在性”, 因此在内在观点与外在观点之间存在着一个“超然的陈述”。^④ 哈特对此给予了批判, 他认为拉兹忽略了法律学者们包括律师们提出这些陈述的目的, 因而存在“超然的陈述”是不切实际的。尽管如此, 总的来

① Joseph Raz. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* [M]. Oxford: Oxford University Press, 1979: 46.

② Jules L. Coleman. *The Practice of Principle* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2001: 107.

③ 张乃根. 西方法哲学史纲 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 434.

④ [英] 哈特. 法理学与哲学论文集 [C]. 支振锋, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 11.

看，拉兹的“社会来源命题”更坚决地捍卫了哈特法律与道德的分离命题。

与排他性法实证主义相对，包容性法实证主义（哈特在其《法律的概念》后记中自称为“柔性”的法实证主义）通过“可分离命题”在一定程度上缓解了德沃金的批判对法实证主义带来的冲击。包容性法实证主义的代表人物是美国耶鲁大学教授科尔曼，科尔曼认为法律同道德之间可以有概念上的联系，但不是必然的。科尔曼更倾向于使用安置主义（incorporationism）而不是包容性法实证主义，“因为安置主义使得如下核心主张变得更加清晰，即这是法律实证主义的一种特别的形式，根据这一形式道德能被安置进法律之中”。^①科尔曼认为，德沃金与法律实证主义的争论不是关于事实的争论，他们共同面对同样的事实，关键是怎样解释这个事实，即“道德规范经常成为法官在解决法律争议时所诉诸的标准”。^②在科尔曼看来，德沃金的解释是，法官诉诸这些规范，因为它们对法官是有约束力的，即作为法律的约束力，并且这些道德规范因其价值而成为法律；换言之，这些规范表达了一种关于正义或公正的妥当维度。^③“对任何种类的实证主义论者来说，在任何社会中合法律性判准的存在依赖于社会事实而非依赖于道德论证。在这一意义上，合法律性的判准是惯习性的。”^④科尔曼一再强调：“在一个特定的法律体系中，道德是否合法律性的一个条件取决于一个社会的或惯习的规则，即承认规则。”^⑤科尔曼在其著名论文《消极与积极的法实证主义》中指

① Jules L. Coleman. *The Practice of principle* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2001: 67.

② Jules L. Coleman. *The Practice of principle* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2001: 105.

③ Jules L. Coleman. *The Practice of principle* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2001: 105.

④ Jules L. Coleman. *The Practice of principle* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2001: 107.

⑤ Jules L. Coleman. *The Practice of principle* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2001: 108.

出，将道德原则当做某些或全部法律为真的条件的承认规则并没有违反分离命题，因为它并没有遵守以下事实，即一个规范要成为法律的一部分必须首先是道德原则，从而导致道德原则成为保障所有法律体系合法性的必要条件。因此说道德原则成为保障所有法律体系合法性的必要条件。正因为如此，我们说道德原则可以与承认规则相协调，这只不过表明道德原则只是某些规范合法性的条件。承认规则也可以包含道德原则，这就是“道德安置命题”。^① 科尔曼的观点坚持并进一步修正了哈特的最低自然法，使其免受德沃金批判所带来的理论困惑。

安德雷·马默尔对科尔曼为代表的包容性法实证主义作了精确的概括，他指出，包容性法实证主义主张法律效力对道德因素的依赖是偶然的；这种依赖不是来自法律的本性或者同样的法律推理。包容性法实证主义认为，道德因素仅仅在确定的二十种情形中影响法律效力，亦即，那种确定的情形得自于在一个给定的法律体系中偶然占优的承认规则。换言之，法律之效力与道德的相关性在任何法律体系中都是由社会的承认规则的不确定内容所决定的。^②

麦克考密克是哈特思想的坚定追随者，他和奥地利著名法哲学家韦伯格尔创立了制度性法律实证主义，其代表作有《当代法哲学：实践理性的再发现》（1983）、《法律实证主义：制度性理论》（1986）等。1981年，麦克考密克撰写出版了第一部以“解释哈特的基本思想并予以肯定，但也加以建设性批评”为写作指导思想《哈特传》。^③ 从20世纪70年代初开始，麦克考密克在潜心研究哈特理论的基础上，着手构思自己的法哲学体系——制

① 庄世同. 论法律原则的地位 [DB/CD]. <http://www.legaltheory.com.cn/asp/info.asp?id=9772>, 2005-11-15/2008-12-08.

② Andrei Marmor. Exclusive Legal Positivism. in Edited by Jules Coleman and Scott Shapiro. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford University Press, 2000: 104-124.

③ Neil MacCormick. H. L. A. Hart [M]. London: Edward Aronld, 1981: back cover.

度性法律实证主义，于1986年与韦伯格合编了《法律实证主义：制度性理论》。该书阐述了制度性法律实证主义的基本观点：（1）法哲学理论的分歧。他们认为法律的制度性理论，不同于规范性理论如凯尔森的纯粹法学、自然法哲学，也不同于反规范性理论如法律现实主义，它既要分析法律规范的逻辑结构，又要揭示规范背后的社会事实。（2）制度性理论的宗旨。“法律的制度性理论旨在解释和说明各种规范、法律制度和其他类似的思维客体之存在。”^①（3）制度性理论的本体论命题。“法律和其他社会事实都是制度性事实。”^②（4）规范的实际存在。他们认为，在对制度的任何说明中，规范占有关键地位，能否满意地解释规范的实际存在，对于论证法律的制度性理论至关重要。（5）法律结构分析。认为“除了有些现实主义理论，当代的法律理论几乎都包含大量的分析因素”。^③

麦克考密克对哈特提出的“内、外观点”的划分的合理性给予了充分肯定。在其《关于规则的“内在方面”》一文中，通过列举斯威夫特的《格列佛游记》的一个故事来论述哈特所倡导的规则的内在观点的合理性。与此同时，麦克考密克指出了哈特一个明显的含糊之处：内在观点与外在观点之间的区分到底是不同层次上的区别，还是意志上的主动遵守程度上的差别？麦克考密克认为，无论是自觉的遵守者还是被动的合作者，他们都是以主动遵守态度的存在为前提的。这种主动遵守的态度对于理解规范来说是一个关键，也是内在观点的核心因素。因此，他主张对内在观点做详细的划分，以明确内在观点之中所包含的各种要素。麦克考密克将内在观点细分为“认知性的内在观点”与“意志性的内在观点”。前者根据行为人所依赖的作为指导的那些标准，

^① Neil MacCormick, Ota Weinberger. *Legal Positivism: Institutional Theory* [M]. D. Reidel Publishing Company, 1986: 6.

^② Neil MacCormick, Ota Weinberger. *Legal Positivism: Institutional Theory* [M]. D. Reidel Publishing Company, 1986: 6.

^③ Neil MacCormick, Ota Weinberger. *Legal Positivism: Institutional Theory* [M]. D. Reidel Publishing Company, 1986: 18.

就能对行为进行评价和理解；后者存在于行为人对规则的主动遵守上，这些行为人根据某些自认为有利的理由，主动地遵守一个给定的行为模式，使该模式成为自己与他人之间共同的行为标准。麦氏对“内在观点”的细分使人们对哈特“内在观点”的理解更加明了，并弥补了哈特的理论缺陷。

2. 批评与反对的声音

从思想史上看，一种思想的影响力固然与同道者的支持、传播、解读有密切关系，但是反对者的呼声往往更是思想演进不可缺少的“酵母”。

事实上，自哈特《法律的概念》一书出版后，批评哈特的声音远远高过其传承和支持者的声音。该书激起了富勒和德沃金等诸多法哲学家的浓厚兴趣，他们围绕该书的相关论题展开了激烈、持久的论战，发表了一系列的论文和专著。

朗·富勒是“二战”后美国著名法哲学家，一生著述颇丰，代表作有《美国的法律现实主义》（1934）、《实证主义与对法律的忠诚：答哈特教授》（1958）、《人类的目的和自然法》（1958）、《法律的道德性》（1964年初版、1969年修订版）等。

1958年，针对哈特“恶法亦法”的观点，富勒在《实证主义与对法律的忠诚：答哈特教授》一文中强调，任何法律制度都必须符合一定的道德标准，凡是违反这一标准的恶法都不是真正的法律。希特勒一手操纵炮制的所谓法律是反人道的，毫无道德可言，因此是徒有虚名的法律。^①

1961年，哈特的《法律的概念》问世，富勒针锋相对地发表了《法律的道德性》（1964），系统阐述了法律的内在道德与外在道德。该书共有：两种道德、使法律成为可能的道德、法律的概念、法律的实体目标等4章，1969年再版时，富勒增加了第5章：对批评的回答。该书主要围绕分析义务的道德与愿望的道德、法律的内在道德与外在道德及其区别而展开，其基本思想是：真正的法律制度必须符合一定的内在道德（程序自然法）和

^① 张乃根．西方法哲学史纲 [M]．北京：中国政法大学出版社，2002：445．

外在道德（实体自然法）。其中，程序自然法的观念和法律内在道德的八条合法性原则是富勒的主要理论贡献。哈特与富勒的论战促成了新分析法学与新自然法学的形成，拉开了战后西方法哲学蓬勃发展的序幕。^①

罗纳德·德沃金是另一位高擎反对哈特法律与道德分离观点大旗的代表人物。他是20世纪70年代末之后西方杰出的法哲学家，1969年接替哈特教授担任牛津大学法理学教授这一颇有影响的学术职务，主要代表作有《认真对待权利》（1977，论文集）、《关于原则的问题》（1985，论文集）、《法律帝国》（1986）。

《认真对待权利》一书，一是系统地阐述了权利论法哲学，被认为是“自哈特《法律的概念》发表以来法哲学领域最重要的著作，或者至少从哲学观点来看，这是一位美国学者对法哲学所作出的最复杂的贡献”。^② 德沃金在该书中指出：“受平等的自由观制约的所有公民均享有得到平等关怀和尊重的权利。”^③ 基于此，德沃金认为，公民拥有维护自己神圣权利的“政治王牌”，在一定情况下可以抵制不符合正义、公平要求的法律与政策。在平等与自由的关系上，德沃金指出：“我的观点的中心概念不是自由，而是平等。”^④ 他认为，任何旨在支持自由权利的社会调整措施都必须认真考虑和尊重平等的权利。总之，德沃金权利论的着眼点是从立法和司法两方面确保个人的权利。二是对哈特的分离命题进行了批判。他的批判从两个方面进行，首先是批判承认规则，认为承认规则无法辨识原则，原则是与道德直接相连的法律规范，因此，分离命题是不可能成立的。德沃金认为，原则是法律的一部分，法律义务不仅来源于规则，还来源于原则；原则

① 张乃根. 西方法哲学史纲 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 447 - 457.

② The New York Review of Books [J]. reproduced from. Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously. Harvard University Press, 1978: back cover.

③ Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1977: 273.

④ Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1977: 272.

是与规则不同的另一种规范，且无法经由承认规则鉴别出来，它的有效性来源于道德。他进一步认为，司法裁判就是要维护当事人的权利，而原则性论证就是裁判证成的依据，原则性论证提供的是一种可普遍化的理由，而政策性的论证是不可普遍化的，原则性论证的过程也是一种道德判断的过程。其次，德沃金批判了哈特的社会规则论。他在对社会规则与规范规则、强与弱的社会规则理论、合意的道德与惯习的道德进行区分的基础上，批判了哈特的承认规则，认为哈特的承认规则是一种社会规则，在每一个法律体系中都存在一个承认的社会规则，这一规则设定了法官承认其他任何规则或原则为法律的义务的界限，能够将法律规则从道德规则或原则中区分出来。^①

《法律帝国》一书从“什么是法律”入手，阐述了法律的理论性分歧和如何解释法律等问题，提出了完整性的法律观。在关于法律的命题和根据的问题上，德沃金既不同意哈特等将法律视为显明的历史事实的法律实证主义，也反对将法律与正义问题混为一谈的自然法哲学，他要探究的是一条既不是法律实证主义也非自然法哲学的中间道路。在解释法律的问题上，德沃金提出了从一般的法律原则出发解释法律的完整性法律观，他认为，作为完整性的法律观是一个与公平、正义等价值观念既有联系又有区别的“政治性美德（理想）”。德沃金认为，法律的完整性观念包括两个方面：第一是立法上的完整性原则，要求立法者在原则上保持法律的一致性——“努力保护每个人的道德和政治权利，以便公共标准能够表达正义和公平的一致性观念和做法”。^② 第二是司法上的完整性原则，要求每个法官在确定法律的权利和义务时，像一位“章回小说”的作者那样，尽力维持普通法的传统，表达这种传统一贯具有的正义和公平的含义。可见，法律的完整

^① Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously* [M]. London: Duckworth, 1977: 59 - 60.

^② Ronald Dworkin. *Law's Empire* [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1986: 221.

性观念实质上就是要求保持普通法内在的正义和公平的传统。^①这与哈特所持的法律与道德分离的观点明显不同。

3. 其他学者的研讨

除了支持与传承者、批评与反对者对哈特法伦理思想进行研究外,还有许多西方学者对哈特的思想及其方法进行了研究。既有就某一问题进行的研究,如 J. Raz 的 *Hart on Moral Rights and Legal Duties*,^② 也有关于哈特思想的整体性研究专著,如 Robert N. Moles 的 *Definition and Rule in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition*,^③ 还有关于哈特的传记性著述,如 Nicola Lacey 的 *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*.^④ 仅仅关于《法律的概念》一书的评论性文章就可谓汗牛充栋。当然,这些研究有的也有一定的局限性,他们或关注于哈特与其批评者的论战,或就哈特思想的某一方面进行阐述,或泛泛而谈,或仅对哈特的方法论进行评述,如: Michael Martin 所撰《法律的定义和阐释》^⑤一文,尽管详细梳理了哈特的主张,但该文主要分析的是哈特在其就职演说中以及《法律的概念》第一章所讨论的定义理论,并没有研究这一定义理论在哈特法哲学体系中的位置,也没有探讨这一定义理论的语言哲学之源;而 Brian Bix 的《法律、语言和法律的确定性》^⑥一书,虽然讨论了哈特的“开放性结构”这一术语的来龙去脉,并讨论了哈特对维特根斯坦“遵循规则”这一术语的应用和误用,但该书的主旨仍然没有涉及《法律的概念》的中心议题,即“规则之内在

① 张乃根. 西方法哲学史纲 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 505.

② J. Raz. Hart on Moral Rights and Legal Duties [J]. Oxford Journal of Legal Studies, 1984 (01): 4.

③ Robert N. Moles, Definition and Rule in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition [J]. Basil Blackwe, 1987 (11): 46.

④ Nicola Lacey. A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream [M]. Oxford: Oxford University Press, 2004: 23.

⑤ Michael Martin. The Legal Philosophy of H. L. A. Hart. Temple University Press, 1987, p. 115 - 143.

⑥ Brian Bix. Law, Language, and Legal Determinacy [M]. Oxford: Clarendon Press, 1993: 35.

性”问题；还有像 P. M. S. Hacker 的《哈特的法律哲学》^①一文以及 Timothy A. O. Endicott 的《哈特与语义学之析》^②，虽然前者既对哈特的方法论进行了总体评述，也对哈特法哲学的诸多实质内容有较详细的讨论，但这篇文章所涉及的内容比较庞杂，往往语焉不详且论述乏深；而后者主要讨论的是哈特的语义学部分，它涉及德沃金对哈特的评价，作者尽管极力主张哈特语义学不仅仅是为正确使用法律一词提供了一个语义学的规则，但又认为语义学本身在哈特的法哲学中只占据了相对不重要的位置，依然是剑走偏锋。总而言之，无论这些研究文献正确还是错误地理解了哈特，由于他们所持立场和视角的缘故，要么缩小了研究哈特的视阈，如专门去讨论哈特的“语义学”、法律概念的“可证伪性”^③等问题，要么对哈特进行了过度阐释，把哈特的法哲学观点导向了一个与“实证主义法学”相当不同的领域，如 Eric J. Boos 就主张哈特的法哲学必然导向一种法律心理学，因而与托马斯·阿奎那的哲学具有一致性。^④

由上所述，西方学界对哈特思想进行了较为深入的研究，这些研究涉及层面十分广泛，其中哈特对道德与法律关系的阐释是许多学者关注的焦点。

（二）国内理论界的研究状况

相对于西方学者对哈特思想研究的空前盛况，国内对这位 20 世纪最重要的法哲学家之一的研究起步晚，成果相对较少。哈特

① P. M. S. Hacker. *Hart's Philosophy of Law*. in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds. *Law, Morality, and Society—Essays in Honour of H. L. A. Hart* [M]. Oxford University Press, 1977: 1-25.

② Timothy A. O. Endicott. "Herbert Hart and the Semantic Sting", in Jules Coleman ed. *Hart's Postscript—Essays on the Postscript to The Concept of Law* [M]. Oxford University Press, 2000: 39-58.

③ G. P. Baker. *Defeasibility and Meaning*. in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds. *Law, Morality, and Society—Essays in Honour of H. L. A. Hart* [M]. Oxford University Press, 1977: 26-57.

④ Eric J. Boos. *Perspective in Jurisprudence—An Analysis of H. L. A. Hart's Legal Theory* [M]. Peter Lang Publishing Inc., 1998.

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



的主要著作《法律的概念》一书最早于1996年由张文显教授等人译出（该书第二版于2006年由许家馨、李冠宜译出），著作《法理学与哲学论文集》由支振锋译出，法律出版社2005年出版。此外，哈特的另一著作《惩罚与责任》，由王勇等人译出，华夏出版社1989年出版。在中国台湾地区，《法律的概念》一书的汉译本出版于2000年。哈特的传记《哈特的一生：噩梦与美梦》，由湛洪果博士译出，法律出版社2006年出版。就笔者所搜阅的范围来看，国内关于哈特法伦理思想的研究成果主要有：

第一，相关论著。湛洪果著的《哈特的法律实证主义——一种思想关系的视角》，2008年7月由北京大学出版社出版。该书共分智识背景的维度、从命令到规则论、天人交战的审判、法律制度的基础、法律实证主义的功利主义自由观、通过语言体察法律现象、常识视野中的法律因果观、法学方法论的陷阱、在迷惑和清醒之间徘徊等9章。此外，张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》、沈宗灵《现代西方法理学》、颜厥安《法与实践理性》、张乃根《西方法哲学史纲》等著作中对哈特思想有所涉猎。

第二，主要论文。国内对哈特思想的研究自20世纪90年代初开始起步。江启疆先生的《哈特法律思想体系论纲》一文，载于《甘肃政法学院学报》1991年第1期，第71-76页，续载于《甘肃政法学院学报》1991年第2期，第65-69页。此外，还有：顾肃教授与日本小田桐忍博士合著的《法律实证主义的哲学基础与方法论特色》，载于《南京大学学报》（哲学社科版）1995年第2期，第112-118页；舒国滢教授的《赫伯特·L.A.哈特——一代法哲学大师的陨落》，载于《比较法研究》1996年第4期，第351-354页；郑强的《关于哈特法律思想的比较研究》，载于《中外法学》1997年第1期，第111-114页；缪岚的《哈特法律规则说浅析》，载于《职大学报》2001年第3期，第88-91页；梁晓俭、宫燕明的《哈特法律规则说的解释学研究》，载于《法学》2003年第3期，第24-30页；常安、朱明新的《“法学的语言学转向”及其对我国法律语言学研究的方法论启示》，载于《琼州大学学报》2003年第3期，第63-68页；龙文

懋、崔永东合著的《对道德与法律关系的法哲学思考——英美现代法哲学家论道德与法律关系评析》，载于《哲学动态》2003年第9期，第25-29页；徐友渔研究员的《评法律实证主义》，载于《江苏行政学院学报》2004年第2期，第99-104页；赵波的《法哲学的方法及其特征——评德沃金〈哈特的后记和政治哲学的特征〉》，载于《西南政法大学学报》2005年第3期，第124-130页；郭义贵博士、徐瑾合著的《新分析实证主义法学的经典之作——哈特〈法律的概念〉之评析》，载于《福建政法管理干部学院学报》2006年第1期，第28-32页；吴树勤的《用实证主义方法重构法律和语言关系——哈特对法理学“语言软向”的开创之功》，载于《社会科学战线》2006年第2期，第210-214页；泮伟江的《走向规范性的法律实证主义——超越哈特与德沃金之争》，载于《比较法研究》2006年第2期，第145-149页；房文翠教授、郭艺合著的《逻辑与经验：现代实证主义法学方法分析与借鉴——以哈特新分析法学方法为视角》，载于《政法论丛》2006年第2期，第18-23页；湛洪果博士的《法律实证主义的功利主义自由观：从边沁到哈特》，载于《法律科学》2006年第4期，第17-28页；湛洪果的《通过语言体察法律现象：哈特与日常语言分析哲学》，载于《比较法研究》2006年第5期，第131-146页；湛洪果的《天人交战的审判：哈特与富勒之争的再解读》，载于《法律方法与法律思维》2007年第4辑，第250-285页；周林的《论哈特法律规则说的社会学视野及其局限性》，载于《浙江工商大学学报》2006年第4期，第20-25页；淳于闻（本名高国栋）博士的《法律的“概念”澄明——评H. L. A. 哈特〈法律的概念〉》，载于《河北法学》2006年第10期，第3-7页；孙笑侠教授、麻鸣博士合著的《法律与道德：分离后的结合——重温哈特与富勒的论战对我国法治的启示》，载于《浙江大学学报》（人文社科版）2007年第1期，第144-152页；郝方昉的《恺撒的归恺撒 上帝的归上帝——读哈特〈法律、自由与道德〉》，载于《中国图书评论》2007年第1期，第104-106页；王蕾博士的《“原则的引入”与“法律与道德分

离”命题——以法学方法论为视角》，载于《学习与探索》2007年第2期，第120-123页；甘德怀博士的《从命令到规则：哈特对奥斯丁的批判——读哈特〈法律的概念〉》，载于《法制与社会发展》2007年第5期，第33-40页；朱振博士的《哈特/德沃金之争与法律实证主义的分裂——基于分离命题的考察》，载于《法制与社会发展》2007年第5期，第14-32页；徐清飞博士的《〈法律的概念〉的功利主义检讨——以法律与道德的分离为中心》，载于《法制与社会发展》2007年第5期，第41-49页；沈映涵博士的《解读描述社会学——哈特法律理论中描述性方法研究的前提性分析》，载于《法制与社会发展》2007年第5期，第50-57页。通过Google引擎搜到的还有台湾庄世同教授的《论法律原则的地位》。^①

第三，研究生学位论文。目前，以哈特思想为对象所撰写的博士论文主要有：中国政法大学陈景辉博士的《法律的界限：实证主义命题群之展开》（2004）；吉林大学高国栋博士的《分析力学的日常语言分析转向——哈特新分析法学基本理念研究》（2006）；吉林大学苗炎博士的《哈特法律规范性理论研究》（2007）。研究哈特法思想的硕士学位论文主要有：西南师范大学曾莉的《哈特法律思想研究——以哈特和德沃金论战中法律与道德的关系为视角》（2003）；华侨大学林梁效的《法律实证主义的发展及其对中国法治的启示》（2005）；吉林大学刘洋的《哈特法律效力观研究》（2005）；中国政法大学洋伟江的《民主的法律实证主义》（2005）；吉林大学沈映涵的《论哈特法律理论中的描述社会学》（2006）；南京师范大学曲娜的《语言哲学视角下的哈特法哲学思想研究》（2006）；中国政法大学任华敏的《论法律与道德的联系——从哈特式柔性法实证主义出发》（2006）；西南政法大学席琳的《法律和道德的制度性结合——制度法基本理论研究》（2006）；西南政法大学何永红的《法律“规则”的“内在”

^① [DB/CD] <http://www.legaltheory.com.cn/asp/info.asp?id=9772>, 2005-11-15/2008-12-8.

世界——哈特的问题意识及方法》(2007);中国政法大学马驰的《法实证主义法效力来源理论研究》(2007);湘潭大学杨荣山的《哈特的“规则”理论》(2008)等。

综上所述,国内关于哈特法伦理思想的研究大致可分为以下几类:一是介绍、概述哈特生平及主要思想的;二是对思想的关键词进行探讨研究的,如研究哈特的“解释学”、“内在观点”、“规则”等;三是对哈特的论证方法进行探讨的,如研究哈特的日常语言分析法、社会描述法等;四是关于哈特理论论战的研究,如对哈特与富勒、哈特与德沃金论战的研究等。

总之,哈特的思想已经成为学术研究的重要论题。但是从目前研究的状况来看,可谓视角多样,论理繁杂,观点纷呈。毫无疑问,这些研究为我们了解哈特法伦理思想提供了很多有益的启示,为我们深入研究哈特法伦理思想奠定了一定的基础,但是,总体来看,哈特法伦理思想的研究还处在一种零散状态,而这为我们深入研究哈特法伦理思想留下了广阔的空间。

三、本书的研究思路及结构安排

本书抓住哈特法伦理思想的主题——“探寻法律与道德的界限,保持最低限度的自然法”,以探讨法伦理的多维进路为切入点,探讨哈特法伦理思想产生的现实基础和理论渊源,从其法律与道德划界的目的、方法、限度等方面,对哈特法伦理思想进行深入的研究和全面的把握,在力求洞悉哈特法伦理思想的同时,坚持理论联系实际的原则,紧密结合我国社会主义法治建设的实际,探索哈特法伦理思想对推进我国法治建设的启示。全书共分引言、法伦理学的理论界域、哈特法伦理思想的基础和主题、法律与道德划界的目的、法律与道德划界的方法、法律与道德划界的限度、哈特法伦理思想的现实启示、余论等八个部分。引言部分包括论题的缘起、哈特思想的研究现状、本书的研究思路及结构安排等;第一章分为法伦理学的基本内涵、法伦理研究的多种进路等;第二章包括哈特其人其书,哈特法伦理思想的基础,哈特法伦理思想的主题:道德和法律的划界;第三章从法律形式理

性的需要、法律实践理性的需要、法律正义的客观需要三个方面论述哈特法律与道德划界的目的；第四章则从哈特对语言分析方法的借鉴、对传统实证主义的超越和在辩论中寻求突破三个层面研究哈特法律与道德划界的方法；第五章从划界的相对性与绝对性问题及哈特坚持的最低限度内容的自然法两个方面论述哈特法律与道德划界的限度；第六章通过探究反道德主义的缺陷和与反道德主义相对立的法律至上的意义，指出哈特法伦理对我国实施依法治国方略的现实意义，即有效推进社会主义法治建设，必须树立法律与道德的边界意识，坚持德法兼治，法治与德治并举，二者相辅相成，相得益彰，而这也是我们研究的目标归宿。

第一章 法伦理学的理论界域

法伦理学是在对法律和道德的双重关注下而形成的一门学科，交叉性或综合性是其明显的特点。但是迄今为止，法伦理学并没有形成一个封闭的理论体系，许多问题还在争论和探讨的过程中。所以勾勒出法伦理学的基本框架，廓清其大致的理论界域，是完整地发掘哈特法伦理思想的理论前提。

第一节 法伦理学的基本内涵

法伦理学的基本内涵主要涉及法伦理学概念的界定、研究对象、学科属性等几个方面的基本规定。

一、法伦理学概念的界定

(一) 何谓法伦理学

任何学科的建立首先要明确该学科的概念。国内明确提出“法律伦理学”这一概念的是何勤华教授，他于20世纪80年代初在《文汇报》撰文，首次提出“法学伦理学”这一概念，随后，他又在《法律伦理学体系总论》等文中，用“法律伦理学”取代“法学伦理学”，以示概念的规范。

关于法伦理学的界定，目前主要有以下几种观点：一是文正邦教授提出的“法伦理学是以解决法和道德的关系为中心，研究在整个立法、执法、司法、守法和护法过程中所包含和涉及的各种伦理关系和道德问题，揭示其本质和规律性，从而为法律的创制和实施过程提供价值评价的依据和标准，对法律的社会作用和

效果给予人们道德意识和社会伦理关系的影响进行分析和说明”^①。二是石文龙教授提出的：“法伦理又可称为法律伦理学，是法学和伦理学相互交融而产生的一门独立学科；它是一门研究法治的人性内涵与价值的学问，包括法治与人，法治与人性，法治与善恶，法律与道德，法与情、理等相互关系以及良法与法律职业道德等问题的学说。”^② 三是李建华和曹刚教授提出的观点，认为法伦理学是“以法律关系和道德关系的相互交叉、相互关联、相互作用为基础，研究法现象中的伦理道德问题的一般规律的学问”，认为“法律伦理学是法学与伦理学之间的交叉，其交叉点是道德与法的同构与关联”。^③

上述三种观点虽然表述不一，但是共识是十分明显的。基于此，我们认为法伦理学是一门基于对法律要素与伦理要素统一关注，以法律与道德的关系为基本问题，以法律与道德的价值追求为核心，以法律与道德的协同运作为目标的新兴学科。

（二）法伦理学与相关类似概念的区分

目前，学界提出的与法伦理学类似的概念有“法制伦理学”、“制度伦理学”、“规范伦理学”、“伦理法学”和“法律伦理学”等。法伦理学与这些相关概念的区别在于：（1）法律伦理学与法制伦理学最相类似，都是研究法律与伦理道德相互关系的学科。但是，法律伦理学的研究对象是法律制度的正当性，其基本的视角是用伦理与道德的尺度去考量法律，伦理道德是“判官”，法律制度是“被审判者”。而法制伦理学的学科方法是用法的尺度考量伦理和道德，法律制度是“判官”，伦理关系尤其是受传统中国伦理道德观念沁濡久远的道德行为模式是“被审判者”。（2）制度伦理学是社会学与伦理学的相互交叉，侧重于一般社会制度和伦理道德之间关系的二元式平面互动研究，并未涉及法律制度和伦理道德间关系的研究。（3）规范伦理学仅仅研究作为一般行

① 文正邦. 法伦理学研究的战略意义 [J]. 探索, 1988 (05): 51.

② 石文龙. 法伦理学 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2006: 3.

③ 李建华, 曹刚. 法律伦理学 [M]. 长沙: 中南大学出版社, 2006: 2-3.

为规范的伦理，不涉及以国家暴力为后盾的法律制度对于伦理的强行改造和干预。(4) 伦理法学主要研究现代伦理道德领域中的法律问题，尤其是研究现代科学技术条件下道德伦理困境的法律解决方法，例如安乐死、克隆人、器官移植等问题。

相形之下，法伦理学要更加宽泛一些，它除了研究法律的正当性问题、正义问题、新兴领域的法律和道德难题外，还要研究道德和法律发挥作用的机制和条件，特别是二者保持适度张力的机制和条件。所以法伦理学这一概念具有较为独特的内涵指涉。

二、法伦理学的研究对象

学界目前对法伦理学的研究对象也未取得一致的意见。有的学者认为，法伦理学是以法和道德的关系为中心，研究整个立法、执法、司法、守法和护法过程中的各种伦理关系和道德问题。另有学者认为，法伦理学的研究对象应当是既涉及道德范畴又与一定法律关系相联系的问题，法伦理学所涉及的道德，不仅仅局限于法律职业道德范围之内，还应当涉及人们日常法律生活中的道德问题，如人工授精、安乐死、婚姻法实施过程中的道德问题；而它涉及的法律，应当包括法律的各个领域，如宪法、民法、刑法、诉讼法等，在研究两者的关系时，应深入到法律关系与道德关系、法律评价与道德评价、法律与道德的彼此融合与转化等。还有学者提出，法伦理学研究的是法律中的道德现象问题，也即法律生成、发展过程中所隐含的道德背景。

上述观点表面看来不相同，但仔细分析也会发现它们的共同之处，即都认为法律与道德的关系应成为法伦理学研究的基本内容，法律伦理不是研究一般的法律现象或道德现象，而是研究涉及伦理关系和道德问题的法律现象、涉及法律问题的伦理关系和道德现象。基于此，我们可以把法伦理学的研究对象大概分为三个层次：

第一层次是关于法律存在的道德合理性论证。此类问题是法理学一般不予证明的，只是作为预设的前提，但是法伦理学则必须把这样的问题纳入到自己的视野中，不断地叩问这样一些“元

问题”：人类为什么要有法律？法律作为对人的自由的一种限制为什么是善的？法律是人制定的，但什么人、通过什么方式制定法律才具有道德的合理性？司法机关为什么可以剥夺人的自由和生命？它的道德正当性在哪里？我们应当守法吗？等等。可见，法伦理学研究的第一层问题，可称为法律之上的问题，亦即在人的存在的大背景下，对法律正当性的形而上的考量。

第二层次是内蕴于法律制度中的道德问题和现象，即法律中的正义问题。如：法律对权利和义务的分配怎样才是合乎正义的？司法工作者应具有什么样的德性？立法和司法要遵守什么样的程序才能保证实体正义的实现？程序的内在价值是什么？法律与道德如何对社会成员进行法制教育？这一层次的问题是法理学所涵盖的问题，尽管分析实证主义法学试图排斥法学研究中的任何价值内容，以保证法学研究的客观性和科学性，但终究是无法排斥完全道德价值内容的。法伦理研究的这一层次问题可称之为实体法中的道德问题。

法伦理学研究的第三层次问题是社会发展所带来的一系列重大现实问题。这些问题的出现往往对各种现实利益关系带来了深刻的影响，会引起道德和法律的共同“聚焦”。在这里，道德和法律纠缠在一起。这些问题涉及人类生活的各个领域，如试管婴儿、体外受精这些新技术手段所引发的道德困境和法律争议，安乐死、精子库等问题的出现使得传统的伦理资源难以做出适当的应对，传统伦理面临“失语”的窘境，也使得关于生命的立法问题迫在眉睫，等等。

三、法伦理学的学科属性

法伦理学的学科归宿也是学界谈论的热点问题。有许多人提出，法伦理学应属于法学，可以看做是法学的一个分支学科，与法哲学、法社会学、法经济学等并列。持此见解的人认为，法哲学研究本来就包含了对法律的道德论证、反思和批判的立场。还有来自经典方面的论证，如《不列颠百科全书》第15版第10卷中，就把法理学的研究概括为：（1）分析法学——使其能对原理

作明确的表述，为术语下定义和规定一些方法，其要义是使人们将法律制度看做一个独立体系，并最大限度地了解它的逻辑结构，以便将明确性和条理性贯穿在特殊法规的适用中。(2) 社会学法学——即法理学中的社会学问题，涉及法律对维护特定社会有关的态度、行为、组织、环境、技巧和权力的实际综合效果。(3) 正义的理论——主要根据法律的理想目标或宗旨对其进行评价和批评。^①

也有人认为法伦理学应当归属于伦理学范畴，具体来说应属于应用伦理学范畴。作为伦理学范畴的法伦理学是伦理学知识向法学领域的延伸，它必然要以伦理学的理论、观点作为其学术渊源和基础。特别是20世纪以后，随着社会生活的日益复杂和多元化，理论伦理学的研究成果被广泛应用于社会生活的各个具体领域，因此有了与社会生活不同领域相对应的伦理学，如政治伦理学、环境伦理学、经济伦理学、法律伦理学等。在广义应用伦理学的意义上，法伦理学依据理论伦理学提供的道德理念和一般原则，来论证、反思和批判法律的合目的性。它的任务在于，把一般的道德理念体现在立法、司法和守法的各个环节中，把理想的道德理念通过法律实践变成现实。在狭义应用伦理学的意义上，法伦理学的一个重要功能就是通过道德难题的解决，为立法提供道义上的支持。

从目前的研究状况来看，第三种观点逐渐占据上风，这种观点的主旨是，法伦理学一方面以人类社会中的法律现象为研究对象，因之可以划入法学范围；另一方面，它在研究法律现象时，必须与道德问题、道德现象相结合，使用伦理学的方法，又可视作为是伦理学的一个分支，所以法律伦理是学科整合的产物，具有交叉性、共溶性。2007年在西南政法大学召开的“全国法伦理学术研讨会”进一步达成共识，即是将“法伦理”作为应用伦理或法理学的一个分支学科；更确切地说，是把“法伦理”视为法学与伦理学（哲学）的一个交叉学科。

^① 吕世伦. 法哲学论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999: 66.

所以，法伦理学的诞生，其意义在于研究领域的进一步拓展，在这种拓展中，法学和伦理学都在向各自的领域延伸，在交叉重叠处和平行演进处形成相应的问题域。从这种意义上说，法伦理既不是以伦理学的方法来研究法律问题，也不是以法律的方法来研究伦理学问题；它既是伦理学的研究，也是法学的研究，因为它是法律和伦理所共同构建的理论场域。

第二节 法伦理学研究的多种进路

研究进路也称研究路径，一般指研究的视角。法伦理学研究进路的差异主要是因为对其基本问题的解读方式的差别而造成的。

法伦理学的基本问题是道德与法律的关系问题，而对这种关系的解读和描述视角的不同就导致了法伦理学的不同进路。当然，道德与法律的关系在不同民族的文化中都会涉及。本书从与哈特法伦理思想的关联性的角度出发，主要列举以下思想流派。

一、历史法学派

在关于道德和法律的关系问题上，历史法学派的论题是：法律和道德有着一种共同的起源，然而在发展的过程中，它们二者却逐渐分道扬镳了。

历史法学派认为，法律与道德关系的第一阶段是道德的发展远远领先于法律。在罗马法的伊始阶段，道德不仅（*fas* 和 *boni-mores*）承担法律（*ius*）应当承担的许多任务，而且诸如交易中的诚实信用、信守诺言、履行约定这类事情也都是由道德而非法律来调整的。在盎格鲁—撒克逊法中，是没有合同法的。与之形成比较的情形是：在中世纪早期，非正式的协议乃是由教会强制执行。当一种真正的法律发展始于严格法阶段的时候，法律在确定性这一诉求的压力下而变得明确具体了，因为在当时的情况下，虽然救济措施和诉讼已经存在了，但是与它们相关的诸种权利却还没有被创制出来，刚性的规则是对地方司法长官的唯一制

约。在这个阶段，当时的法律完全为道德观念的发展所超越，而且法律也没有足够快速发展的手段能够使自己与道德观念保持同步。譬如，当同族的和异族的继承顺序与道德观念相违背的时候，对《十二铜表法》的解释并不能够提供一种更好的基于血亲关系的继承秩序。在法律发展的较早阶段，并不存在一般性的概括，而且当时的前提条件也没有宽泛到足以允许人们用解释这种手段来使法律的发展超越那些狭隘的限制。普通法上财产权观念的发展，根本就没有达到可以实施财产受托人之纯粹道德义务的水平。普通法上现状的发展，也无能为反对欺诈行为提供衡平的救济。但在法律发展的较晚阶段，法律有时候却超越了当时的道德，如英美衡平法上对公司的经理人和发起人所要求的提供慈善的义务。

在第二阶段，法律和道德一经分化，从道德观念到法律观念，亦称从道德到法律的进程就开始了。因此，在严格法阶段的罗马法中，奴隶解放唯有根据一种拟制的法律程序、经由户籍检查员的登记注册或是根据某项遗嘱中的正式条款才能够实现。一种非正式的解放是无效的。有关奴隶问题的伦理观念的出现，导致了这样一种情形，即如果通过在那些得到执政官的承认和保护的朋友（即证人）面前颁发证书或宣告方式来解放奴隶，那么那些伦理观念也就产生了一种衡平自由（equitable freedom）。这种自由经由名为 *Lex Iunia* 的古罗马法律而变成了一种法律上的自由。再者，在普通法上，盗窃是一种对所有权的侵犯。在剥夺他人而占有或将自己先前发现的他人财产据为己用时，就会发生侵占与赔偿之诉。道德观念为衡平法所取代，并且产生了推定信托原则。例如：根据普通法，只有在得到他人准许或存在着与此相反的实际使用权的时候才能在他人的土地上创设通行权。对契约的衡平执行产生了衡平法上的通行权或地役权。最终，对此进行限制的各种法律使得这类限制变成了法律上的限制。^①

^① Van Hecke. Zoning Ordinances and Restrictions in Deeds [M]. Yale: Law Journ, 1928: 407.

这种发展趋向贯穿于整个第二阶段。然而在第三阶段，在那种认为法律与道德具有同一性的观念的影响下，则发生了法律全面取代纯粹的道德观念的现象。因此，历史法学家认为，道德就是潜在的法律。最初那种作为道德观念的观念，先是变成了一项衡平法上的原则，随后又变成了一项法律规则，或者说，后来变成了一项明确的道德律令，再后来又变成了一项法律律令。

通常来说，在严格法阶段，法律并不十分关注道德；在衡平法和自然法阶段，人们试图把法律和道德等而视之；在成熟法阶段，人们则坚持认为，应当仔细且谨慎地界分法律和道德。道德被认为是立法者和研究立法的学者所考虑的问题：前者用道德的原则去立法，而后者则研究如何进行这样的立法工作和应当如何进行这样的立法工作。与此同时，人们认为，道德不是法官或法学家所考虑的问题。他们坚持认为，法官只是适用那些给定的法律规则，而法学家则研究这些法律规则，对它们进行分析并使之系统化，并且阐明它们所具有的逻辑内涵。

德国历史法学派的代表人物是萨维尼和他的得意门生普赫塔。萨维尼在其名著《论立法和法理学在当代的使命》（*Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, 1814）中，首次提出了他的法律观。该论著是萨维尼对海德堡大学民法教授A. F. J. 蒂博特提出的一个建议的回答。该建议的大致内容是，应当在罗马法和《拿破仑法典》的基础上，对日耳曼各州的法律和习惯以一种前后一贯的方式进行编纂。萨维尼对这个建议进行了猛烈的抨击。他认为，法律绝不是那种应当由立法者以专断刻意的方式制定的东西。他说，法律乃是“那些内在地、默默地起作用的力量”的产物。^① 它深深地植根于一个民族的历史之中，而且其真正的源泉乃是普遍的信念、习惯和“民族的共同意识”（the common consciousness of the people）。就像一个民族的语言、构成和举止一样，法律也首先是由一个民族的特性，亦即“民族精

^① Savigny. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* [M]. transl. A. Hayward. London: Ayer Co Pub, 1831: 30.

神”(volksgeist)决定的。^①萨维尼指出,每个民族都逐渐形成了一些传统和习惯,而这些传统和习惯通过不断运用,逐渐地变成了法律规则。只有对这些传统和习惯进行认真的研究,人们才能发现法律的真正内容。法律就其本意来讲,乃是同一个民族关于公平与正义的相一致的看法。

因此,萨维尼认为,法律就像语言一样,既不是专断的意志也不是刻意设计的产物,而是缓慢、渐进、有机发展的结果。^②法律并不是孤立存在的,而是整个民族生活中的一种功能。“法律随着民族的成长而成长,随着民族的强大而强大,最后随着民族个性的消亡而消亡。”^③

在这一进化的过程中,萨维尼清楚地意识到这样一个事实,即在一个先进的法律制度中,法学家、法官和律师对于法律制度的建构起着积极的作用。他知道,民众的想法并不能形成程序法典、证据规则和破产法,但是他很少把法律工作者看成是一个专门职业的成员,而更多的是把他们视作人民的受托人和“被授权对法律进行专门处理的社会精神的代表……”^④

普赫塔同意其导师的观点,认为法律从民族精神中生成和发展的过程,乃是一个无形的过程。“对我们来说,可见的只是其结果——法律,好像它是从一个黑暗的实验室中产生的一样,这个暗室孕育了它,并使它成为现实。”^⑤他对法律一般起源的研究使他相信,习惯法乃是一个民族的共同信念的最真实的表示,因此它高于制定法。他认为,规定明确的制定法只有在它体现了普

① Savigny. System des Heutigen Romischen Rechts [M]. Berlin: Berlin Veit, 1840: 1, 14.

② Hermann Kantorowicz. Savigny and the Historical School of Law [J]. Law Quarterly Review, 1937 (ccxi): 326-430.

③ Savigny. Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence [M]. transl. A. Hayward. London: Ayer Co Pub, 1831: 27.

④ Edwin Patterson. Jurisprudence [M]. Brooklyn: The Foundation Press, 1953: 412.

⑤ Georg Friedrich Puchta. Outline of Jurisprudence as the Science of Right [M]. transl. W. Hastie. Edinburgh, 1887: 38.