

www.docriver.com
搜索商家 巨力电子书



法律的概念

[英] 哈特著

中国大百科全书出版社



法律的概念

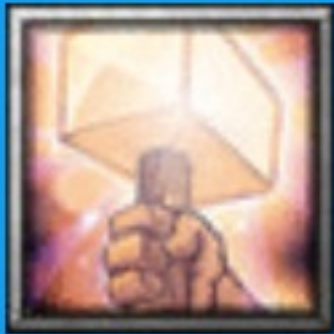
[英] 哈 特 著

张文显 郑成良 译
杜景义 宋金娜

中国大百科全书出版社

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



外国法律文库之一
法律的概念

H. L. A. HART
THE CONCEPT OF LAW
Oxford University Press

根据英国牛津大学出版社 1961 年版译出

本书的翻译与出版得到美国福特基金会资助，外国法律文库编委会谨致谢忱。

The Editorial Committee of the Foreign Law Library expresses thanks to the Ford Foundation for its generous funding.

外国法律文库编委会

主 编：江 平
委 员（以姓氏拼音为序）：
程味秋
丛培国
冯大同
郭寿康
贺卫方
江 平
米 健
任允正
沈宗灵
王震光
谢怀斌
徐 炳
余叔通
赵秀文
周潞嘉
司 库：李显冬

文库顾问

格扎维埃·布郎-儒万
(Xavier Blanc-Jouvan)
法国巴黎第一大学教授，比较立法
学会秘书长
保罗-安德烈·克雷波
(Paul-André Crépeau)
加拿大麦吉尔大学法学院教授，国
际比较法学会主席
威特莫尔·格雷
(Whitmore Gray)
美国密歇根大学法学院教授
海因·克茨
(Hein Kötz)
德国汉堡大学教授，马普外国法与
国际私法研究所所长

外国法律文库序

江 平

外国法律文库是一套大型翻译丛书，入选书目主要是外国尤其是西方的重要法律著作。中国法学界 15 名从事外国法与比较法研究与教学的学者组成的编译委员会负责确定书目和组织翻译，中国大百科全书出版社印行。受编委会之托，我将组织出版这样一套丛书的缘起及有关情况作些说明。

我平生治学，以罗马法和西方民商法为主。50 年代末以后的 20 多年间，我国法制建设历尽坎坷。那时，像罗马法这类洋货，不仅是奢侈品，简直可以说是违禁品。“文革”结束后，法制建设与法学教育都逐渐走上正轨。10 多年来，在我所在的大学里，罗马法、西方民商法以及比较法等都成了深受学生欢迎的课程。在立法方面，每制定一项法律都广泛地搜集国外立法资料，博采众长，以求既符合中国情况，又顺应国际潮流。不过，在这些过程中，有一个困难时时制约着人们的手脚，限制着人们的视野，那就是翻译为中文的外国法律著作数量太少。说来难以置信，自 1949 年直到今天，西方法律学术著作在大陆译为中文出版者只有寥寥 10 余种。这些著作的汉译又没有有效的组织，因此必然存在着书目安排上缺乏系统性、选材上却不乏偶然性的毛病，甚至有个别译本的译者中外文修养不够，率尔操觚，致使误译多有，贻患学林。在这样的情况下，当然不可能期待对外国法律的全面而准确的认识了，而没有这样的认识，又怎么能希望博采众长、融合中外的借鉴呢？

近年来，组织翻译一套外国法律丛书一直是我的一个迫切的念头。曾与法学界的一些同行谈起，他们也都对这样一项工程极表赞成。曾对中国文化研究提供过大力支持的福特基金会也决定对该项目提供赞助。1991年初，外国法律文库第一届编委会正式成立。15位委员中包括了北京法学界——今后还要吸收各地学者，使其成为一项全国性的学术事业——的一些知名教授和中青年学者。编委会确定了这套丛书在选题方面的三个标准：（一）以学术著作为主，兼顾重要的立法文件；（二）以本世纪作品为主，兼顾此前的经典著作；（三）以西方作品为主，兼顾其他地区的代表性作品。力求通过整套丛书反映外国法学与法律的概貌，为学术研究提供素材，为法律教学提供辅助，为国家立法提供借镜，为一般读者提供有益于增进法律知识和培育法治意识的读物。编委会又聘请了4位外国著名法学家作为顾问，以更好地保证选题上的权威性。在译校者的确定上，除语言修养外，还要求他们是相关领域的专家，以有利于忠实地传达原意。丛书的规模，初步确定为50种，当然，若条件许可，它完全应当成为一套不间断出版下去的丛书；法律翻译要追随法律与法学的发展，如同译文要忠实地追随原文。

外国法律文库能够顺利出版，得益于法学界的一些资深教授的积极参与，他们有些参加了编委会，做了大量细致而有效的工作。有些虽然不是编委，却也给予文库热情的关心，他们推荐书目与译者，有些还应邀审阅译稿。一大批中青年学者以其眼界、才华以及勤勉的工作精神，使文库的翻译进度与质量得到了保证。福特基金会对文库的翻译与出版提供了宝贵的资助。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

声称作品“错误在所难免”已成为一些序文的套语，对于外国法律文库一类的翻译丛书来说，这样的俗套却决非客套——完美到无可挑剔程度的译作至今还只是一种理想。但是，重要的在

于积极的参与和认真的实践。随着越来越多的学者热衷此道，随着一本本译著的出版，作为文化建设事业组成部分的法律翻译，必将会对我国的法制现代化事业作出重要的贡献。在这个过程中，翻译的技巧也会日渐成熟。我对于这样的前景，套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。



序 言

在本书中，我的目的是推进对法律、强制与道德这些既有区别又有联系的社会现象的理解。虽然本书主要是为法理学的研习者而作，但是，我希望本书对于那些主要兴趣不在法律而在道德哲学、政治哲学或社会学的读者也能有所裨益。法律家将会把本书视为分析法学的的一个尝试，因为它更关注的是阐明法律思想的一般框架，而不是评论法律或法律政策。而且，我所提出的问题，有很多都是关于词的意义的问题。例如，我一直思考：“被强制”（being obliged）与“有义务”（having an obligation）有何区别；一条规则是有效的法律规则这种陈述与一个关于官员行为的预测有何区别；断言某社会群体遵守一条规则意味着什么以及它与其成员习以为常地做某事的断言有何异同，等等。本书的核心论题之一就是：如果不去鉴别两种不同类型的陈述所具有的决定性差别，我们就既不能理解法律，也不能理解其他形式的社会结构；这两种陈述，也就是我们所说的“内在的”陈述和“外在的”陈述，每当人们观察各种社会规则时，总会做出这两类陈述。

尽管本书致力于分析，但是，在探究词的意义时，就词论词的做法不足为训，故本书也可以被视为一个描述社会学的尝试。在各类型的社会情境之间或社会关系之间，有许多重大的差别通常并不是直接显现出来，通过考察相应词语的标准用法，考察这些词语如何取决于具体的社会联系，就可以最清晰地把握这些重大的差别，然而这种考察经常受到忽视。在这一研究领域，特别明显的是，如 J. L. 奥斯丁教授所说，我们可以用“对词的深化认识去加深我们对现象的理解。”

他人的著述使我获益匪浅。本书的相当篇幅讨论了有关法律制度的简单化的模式，即沿着奥斯丁的命令理论的思路所建构起来的模式的不足。但是，读者将发现，本书的正文既没有引用多少他人的著述，也很少有脚注。不过，读者在本书的最后将会看到大量的注释，我希望读者在阅读本书的每一章之后再去看它们；在这些注解中读者可以看到本书正文中所提出的观点与我的前辈和同代人的观点有何联系，也可以看到一些旨在深化他们的论点的建议。我如此安排本书的顺序，主要是因为书中的论证是连续性的，如果插进与其他理论比较，就会打断这种连续性。另外，我也抱有一种教学法的目的：我希望此种编排能够消除下述观念，即认为法律理论的著作基本上就是人云亦云的著作。若作者持此种观念，就很难为法律理论的进步做出贡献；若读者持有此种观念，则法律理论的教育价值就将受到削弱。

本人如此之久地受惠于如此之多的友人，以至难以在此一一表达我的谢忱。但是，我要特别地对奥里诺（A. M. Honore）先生致以谢意，他的详尽批评揭示了书中许多思想混乱与文体不当之处。我曾努力消除这些问题。不过，我担心仍有许多地方难以令他满意。本书有关政治哲学的部分以及对自然法的重新解释若有所建树的话，应归功于保罗（G. A. Paul）先生与我的讨论，同时我要感谢他阅读了本书的校样。克罗斯（Rupert Cross）博士和斯特劳森（P. T. Strawson）先生阅读了本书的正文并提出了善意的忠告与批评，对此，我也要向他们表示诚挚的感谢之情。

H. L. A. 哈特
1961年2月于牛津

在过去的 10 年，围绕本书而撰写的批评性文章蔚然可观。利用此次重印的机会，我在书后的注释中选列了对本书的观点的主要批评以及批评者对这些观点所做的某些最引人注目的完善与发展。我期望日后能有机会对这些问题加以详细的讨论，并把它补充进本书之中。

H. L. A. 哈特

1972 年 3 月于牛津

目 录

外国法律文库序

序 言

第一章 经久不绝的问题	(1)
一、法律理论的困惑.....	(1)
二、三个复现的争论点.....	(6)
三、定义.....	(13)
第二章 法律、命令与指令	(19)
一、各类祈使形式.....	(19)
二、作为强制性命令的法律.....	(22)
第三章 法律的多样性	(28)
一、法律的内容.....	(29)
二、适用的范围.....	(44)
三、起源的方式.....	(46)
第四章 主权者与臣民	(52)
一、服从的习惯和法律的连续性.....	(53)
二、法律的持续性.....	(63)
三、对立法权力的法律限制.....	(68)
四、立法机构后面的主权者.....	(73)
第五章 法即第一性规则和第二性规则的结合	(81)
一、一个新的开端.....	(81)
二、义务的观念.....	(84)
三、法律的要素.....	(92)
第六章 法律制度的基础	(101)
一、承认规则和法的效力.....	(101)

二、新的问题·····	(111)
三、法律制度的病状·····	(118)
第七章 形式主义和规则怀疑主义·····	(124)
一、法的空缺结构·····	(124)
二、规则怀疑论的多样性·····	(135)
三、司法判决的最终性和不谬性·····	(140)
四、承认规则的不确定性·····	(146)
第八章 正义和道德·····	(153)
一、正义的原则·····	(155)
二、法律义务与道德义务·····	(165)
三、道德理想和社会批评·····	(177)
第九章 法律和道德·····	(181)
一、自然法和法律实证主义·····	(181)
二、自然法的最低限度的内容·····	(189)
三、法律效力和道德价值·····	(195)
第十章 国际法·····	(208)
一、疑惑的来源·····	(208)
二、义务与制裁·····	(211)
三、义务与国家主权·····	(216)
四、国际法与道德·····	(222)
五、形式与内容的类似·····	(228)
注 释·····	(235)
索 引·····	(276)
译后记·····	(289)

第一章 经久不绝的问题

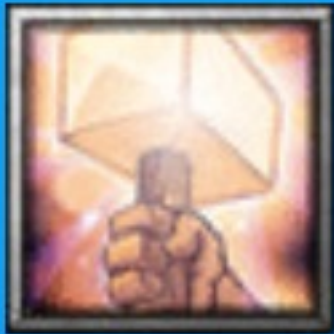
1

一、法律理论的困惑

在与人类社会有关的问题中，没有几个像“什么是法律”这个问题一样，如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇特的甚至反论的方式予以回答。即使略去古代和中世纪关于法律“本性”的思索，而仅仅注意近 150 年的法律理论，我们在任何其他作为独立学科而被系统研究的课题中也看不到这种情况。与“什么是法律？”这个问题不同，没有大量的文献去致力于回答诸如“什么是化学现象？”或“什么是医疗？”等问题。对于这些学科的学生来说，此类问题只是在初级课本的第一页以短短的几行字来提请他加以注意，而且，给他的答案也与给法科学生的回答截然不同。没有任何人坚持认为下面这些主张是具有启迪性的或重要的：医疗“就是医生对付疾病的所作所为”，是“对医生将要做些什么的预测”；或者断言对酸的研究尽管通常被认为是化学特有的或核心的部分，但实际上它根本不属于化学。然而，就法律来说，那些看上去同样奇怪的意见经常地被表达出来，不仅讲而且还以雄辩和激情去呼吁，宛如它们即法律真理之显示，而长期以来，这些真理却被关于法律本性的大量虚谬之辞掩盖起来了。

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



“官员们关于争端所作的……即是法律本身”；^①“对法院将要做些什么的预言……即我之所谓法律”；^②法规是“法的渊源……而不是法律自身的成分”；^③“宪法性法律只不过是实在道德而已”；^④“一个人不应偷盗，如果某人偷盗他就应当受到惩罚……如果真的话，第一个规范就包含在第二个规范之内，后者才是唯一的真正规范……法律就是规定制裁的主要规范。”^⑤

这些仅仅是关于法律本性的大量论断和反驳中的少数几个，但至少初看上去是奇特的和反论式的。它们之中的某些似乎与最坚定的根深蒂固的信念相抵触并易被驳倒。因此，我们禁不住要回答：“即使存在着其他的法律，但法规确实是法律，至少是法律的一种”；“既然要由一个法律去设置官员和法院，那么，实际上法律就不仅仅意味着官员做些什么或法院将要做些什么。”

然而，这些带有反论色彩的言论并不是出自于那些在职业上倾向于对最清楚的常识表示怀疑的空想家或哲学家之口。它们是一些人长期对法律反思的结果，这些人主要是因职业关系而从事法律教学或实践并且在某些情况下作为法官去实施法律的法律专家，而且，他们关于法律的这些言论也确实在他们所经验的范围内增进了我们对法律的了解。了解了他们所处的具体环境之后，这些言论便显得既具有启发性又令人困惑；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视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隐蔽之物，但是，这种光

① 卢埃林：《棘丛》，1951年第2版，第9页。

② 霍姆斯：《法律的道路》，论文集，1920年，第173页。

③ 格雷：《法律的性质和渊源》，1902年，第276页。

④ 奥斯丁：《法理学的范围》，（1832年），1954年版，第6讲，第259页。

⑤ 凯尔森：《法律和国家的一般理论》，1949年，第61页。

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。

对于这种书本上的无休止的论争，我们发现了一个奇怪的对比，即如果要求人们回答这一问题的话，大多数人都有能力轻松而自信地通过列举情况来说明什么是法律。没有几个英国人不知道有禁止谋杀的法律、要求交纳所得税的法律或详细规定订立一个有效遗嘱必须做些什么的法律。实际上，除去第一次碰到“法律”这个英语单词的儿童或外国人，每个人都能轻而易举地再添上几个这样的例子，大多数人甚至能说得更多。他们至少能够大致地叙述怎样识别某些东西在英国是不是法律，他们还知道有专家可以求教，而且，法院也会对所有诸如此类的问题表达最终的权威性意见。除此之外，还有更多的东西广为人知。大多数受过教育的人都有这样的观念：在英国，法律形成了一种制度，同样，在法国、美国或苏联，以及在每一个被看作是独立“国家”的世界之部分，都有一些在结构上广泛类似的法律制度，尽管这些制度之间也存在着某些重要的差别。毋庸置疑，一种教育如果使人们对这些事实一无所知，它就会惨遭失败；反之，如果对此有所了解的人们还能说出不同法律制度之间重要的类似点，那么，我们也很难断定这一定就是对法律的严重曲解。任何受过教育的人都可能在某些基本的方面识别出法律制度的下列显著特征。它们包括：① 以惩罚来禁止或命令某些行为的规则；② 要求人们对那些被自己以某些方式伤害的人予以赔偿的规则；③ 规定为了设立授予权利和创设义务的遗嘱、契约或其他协议而必须做些什么的规则；④ 判定何为规则和规则何时被违犯并确定刑罚或赔偿的法院；⑤ 一个制定新规则并废除旧规则的立法机关。

如果这些是常识，那么，“什么是法律？”这个问题何以还经久不绝并引出了一大堆五花八门、离奇古怪的答案呢？这是否由于这样的原因，即对于“什么是法律？”这一问题而言，除了一些

明确的标准情况（它们被现代国家的法律制度所设定，这些制度是法律制度，对此没有人表示怀疑）之外，还存在着一些模糊的情况，对它们的“法律性质”，不仅受过教育的普通人，甚至连法律专家也为之犹豫不决，原始法和国际法就是这类模糊情况的典型。众所周知，为了说明在这两个情况中按现行的习惯用法来使用“法律”这个词是不恰当的，很多人找到了一些理由，尽管往往不是决定性的理由。这些成问题的或引起争议的情况，确实导致了一场拖延和有点乏味无效的论战；但是，由“什么是法律？”这个经久不绝的疑问所表现出来的关于法律一般本性的困惑，其产生的原因却不能由此得到说明。有两个理由大约能表明困惑的根源并不在此。

首先，在这些情况中，人们为什么感到犹豫不决，有一点是十分清楚的，即国际法缺乏一个立法机关；没有国家的事先同意，它们不能被送上国际法院；而且，国际法也缺乏一套集中组织起来的有效的制裁体系。某类原始法，包括那些可以逐渐地演化为当代法律制度的原始法，也同样缺乏这些特征。每一个人都绝对清楚地知道，这些方面正是它们与标准情况的差别，也正是这一点使它们的归类出现了麻烦，这是不难理解的。

其次，并非像“法律”、“法律制度”之类的复杂术语才迫使我们承认既有明确的标准情况，也有引起争议的边际情况。实际上，几乎每个用来对人类生活和周围世界的各种特征进行分类的普通词语，也都必然地产生这种区别，虽然过去对这一点强调得太少，但是，现在它已成了人所熟知的事实。有时，对一种表达方式来说，明确的标准情况或范例与那些成问题的情况相比，两者间的差别仅仅是程度不同而已。一个男士，其头亮而光，他显然属于秃头之列；另一位头发蓬乱，则他显然不是秃头；但问题在于第三个人只是在头顶的周边有些稀稀落落的头发，如果他是否算秃头被认为是重要的或者任何实际结果取决于此的话，这个

问题就可能被无限期地争论下去。

有时，与标准情况的偏差不仅仅是一个程度上的问题，而且发生在标准情况是由一些正常地相互伴随着但又各具特质的要素结合而成时，那么，缺乏了其中某一个或几个要素的时候就会引起异议：水上飞船是“船”吗？没有王后的比赛还是“国际象棋”吗？此类问题可能是具有启发性的，因为它们迫使我们对标况的构成这一概念加以反思并使之明确。但是，毫无疑问，各种事物的被称之为边缘方面是如此普遍，以至于我们不能由此来解释有关法律的长期争论。而且，在最为著名并引起争议的法律理论中，只有较小和较次要的部分才涉及到“原始法”或“国际法”这类习惯表达方式是否恰当的问题。

当我们注意到人们极为普遍地具有识别或举例说明什么是法律的能力，以及一种法律制度的标准情况何等普遍地为人所知，那么，似乎只要简单地提出一系列人们熟知的事实，就能轻易地结束“什么是法律？”这一经久不绝的疑问了。我们为什么不可以乐观地简单重复一遍我们（在第3页）曾通过一个受过教育的人的⁵口对国内法律制度显著特征的概括性描述呢？这样一来，我们就能言简意赅地说：“这就是‘法律’和‘法律制度’所意谓的标准情况；请记住，除了这些标准情况之外，你也会发现社会生活中的某些安排在具有标准情况的某些显著特征的同时，也缺乏其中的另一些。这是些有争议的情况，赞成或反对把它们作为法律来归类的争论是不会有终结的。”

这种解决问题的方法倒真算得上是一条适意的捷径，可惜，却没有可取之处。这首先是因为那些对“什么是法律？”这一问题深感困惑的人们，显然并没有忘记而且也不需要被提醒去注意以上回答所提供给人們的那些为人熟悉的事实。仍然使问题现实存在的那种深深的困惑并非是忽略、忘记或不可能认识到“法律”这个词通常所指的现象，何况如果我们考虑一下概括叙述一

个法律制度的那些术语，就会明白它不过是断定在标准的、正常的情况下，各种法律是交织在一起的。其所以如此，是因为在这种简略的描述中，作为一个标准法律制度的典型要素而出现的法院和立法机构，其本身就是法律的产物。当且仅当存在着一定类型的法律，并由这些法律来授予审理案件的审判权和制定法律的权限时，人们才有可能去建立一个法院或立法机关。

因此，这种解决问题的捷径是无用的，它至多只能提醒询问者注意“法律”和“法律制度”这些词的使用受现行惯例所支配而已。显然，对于“什么是法律”这一询问，最好的方针是推迟给出答案，直到我们查明了是什么东西事实上在困惑着那些熟悉法律、识别例证的能力不在话下、却仍然提出问题并试图做出回答的人们。他们想进一步知道什么和为什么想要知道它？对于这个问题可以给出某种颇具一般性的回答，这是因为存在着某些经常性的主题，这些主题形成了一个关于法律本性的论证与反驳的永恒焦点，并且引发了那些我们所引用过的对法律的夸张性和反论式的论断。关于法律本性的思索有着一个长期又复杂的历史，而追溯起来，它十分明显地总是持续地集中在几个主要的争论点上。这些争论点不是为了学术讨论的乐趣而被无缘无故地选择或虚构出来的，它们涉及法律的几个方面，这些方面看上去总是自然而然地导致误解，以至于混乱和随之而来的澄清混乱的需求相共存，甚至在精通和了解法律知识、有思想的人的头脑中也是如此。

二、三个复现的争论点

在此，我们将区别出三个主要的经常出现的争论点。然后，我们将说明它们为何全都以这样一种形式表现出来，即要求给出一个法律定义，或要求对于“什么是法律？”这一问题给出一个答案，甚至以更晦涩的方式提出诸如“什么是法律的本性（或本质）？”的

问题。

这些争论点之中的两个产生于法律的下述方面：在任何时间和地点，法律都有一个最为显著的普遍特征，这就是它的存在意味着特定种类的人类行为不再是任意的，而是在某种意义上具有强制性。法律的这种特点貌似简单，实则不然；因为非任意的强制性行为包含着不同的形式。不许任意选择的行为，其首要的和最基本的意义是当一个人被迫按他人的吩咐行事时，并非因为他受到了身体被推或被拉的那种物理意义的强迫作用，而是因为他如果加以拒绝，他人就会以他所讨厌的后果相威胁。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；假如该受害者服从了，我们就以“他被强制这样做”的表述来描述他的被迫行为。有人认为，在这类情境中，当一个人对另一个人发出以威胁为后盾的命令，强制（即前述意义上的强制）他服从时，我们就发现了法律的本质，或者至少可以说是发现了“法律科学的关键”。^① 他接着又谈及法律与道德的区别。曾对英国法理学产生了广泛影响的奥斯丁的分析，就是以此为出发点的。

当然，法律制度确实实地经常以此面貌出现在其他各种制度中间。一个刑事法规宣告一定行为属于犯罪并规定了犯罪者所应受到的刑罚，这很像是强盗情境的放大；唯一的区别，同时也是相对次要的区别在于，就法规来说，命令通常是发给习惯于遵守这些命令的群体的。但是，经过严密的考查之后人们就会发现，把复杂的法律现象简化成这一简单要素的诱人做法，反倒是一种歪曲和混乱之源，即使对刑事法规而言也是如此，而这种做法是刑事法规中最有说服力的。那么，法律和法律义务与以威胁为后盾的命令之间有何区别与联系呢？这一直是潜藏在“什么是法律？”这一问题之中的一个基本争论点。

^① 奥斯丁：《法理学的范围》第1讲，第13页。

行为的非任意性与强制性的另一个方面，产生了第二个争论点。道德规则强加义务并对个人为所欲为的行为领域加以限制。正如法律制度明显包含着与以威胁为后盾的命令密切相联的因素一样，它也明显地包含着与道德的某些方面密切相联的因素。在这两种相似的情况下，存在着一个困难，即精确地识别相互联系之处；同时，也存在着一种诱惑，即把这种明显的密切联系看作是同一。法律和道德不仅分享同一套词汇，以至于既有法律上的也有道德上的义务、责任与权利；而且，所有国内法律制度都体现着特定的和基本的道德要求之宗旨。不得杀人和不得滥用暴力是法律禁令和道德禁令相一致的最明显的例证。还有一种观念，即正义的观念，它似乎要把这两个领域统一起来：正义既是适合于法律的善，又是诸善中最具法律性质的善。我们思考和谈论“依照法律的正义”，也思考和谈论法律的正义或非正义。

这些事实启示这样一种观点：最好把法律理解成道德或正义的“分支”，法律的“本质”在于它同道德或正义原则的一致，而不在于它是命令与威胁的结合。这种别具特色的学说，不仅属于经院的自然法理论，而且也存在于某些当代的法律理论（它们对源自奥斯丁的法律“实证主义”持批评态度）之中。把法律与道德相等同的理论似乎最终总是把一种强制行为与另一种强制行为相混淆，对于法律规则和道德规则之间的差别，对于它们所含要求的不同，都未留有足够的余地。然而，这些差别和不同至少与我們也能发现的类似点和一致性同样重要。因此，“非正义的法律不是法律”^①的断言，即使不是故弄玄虚，也和“法规不是法律”或“宪法性法律不是法律”等主张一样，都带有同样夸张和反论式的口气。正是在两个极端之间来回摇摆的特点塑造了法律理论的历史。

^① 圣·奥古斯丁：De Libero arbitrio 第1卷，第5页。阿奎那：《神学大全》，Qu, Xcv, Arts. 2, 4.

史：有些人把法律与道德的等同仅仅视为一种错误的推论，并认为这种错误推论乃是由于法律和道德使用权利和义务等共同词汇所致，这些人将会用同等夸张和反论式的措词来反对这种推论：“我所说的法律，就是指对法院实际上将做些什么的预测，而不是什么神乎其神的东西。”^①

反复地引起“什么是法律？”这个疑问的第三个主要争论点更具一般性。初看上去，说法律制度总是由规则所构成的，这是无可怀疑和不难理解的。无论是把以威胁为后盾的命令，还是把法律与道德或正义之间的联系当作理解法律的关键，持有这两种观点的人往往都乐于把法律说成是一套规则。然而，这个似乎毫无问题的观念所引发的不满、混乱和捉摸不定却构成了关于法律本性的诸多困惑之基础。什么是规则？宣称存在一种规则意味着什么？法院是真正地适用规则还是仅仅自称如此？这个观念一旦被如此追问——在本世纪的法理学中，它就曾受到了如此追问，观点的根本分歧就显现出来了。对此，我们在这里将只做一个大致的描述。

毫无疑问，规则有许多不同的类型。不仅在明显的意义上，除法律规则外，还有礼仪和语言规则，游戏*和俱乐部的规则等；而且，在不太明显的意义上，此中任何规则都可能产生于不同的方式，都可能与相关的行为有极为不同的关系。甚至法律也不能例外，例如，法律的某些规则是由立法机关制定的，而另一些规则却不是产生于任何有意识的行为。更为重要的差别是，有些规则具有强制性，强制性的涵义在这里是指不管人们愿意与否都要在某些确定的方面（例如避免使用暴力或纳税）对规则加以遵守；而

^① 霍姆斯：《法律的道路》，出处同前。

* game, 可译为“游戏”、“比赛”、“竞技”等。本书中一律译为“游戏”。——译者注

另一些规则却指示人们在实施自己的愿望时该做些什么，例如，订立婚约、遗嘱或合同所需的程序、手续和条件的有关规定就是如此。同样明显的差别在游戏规则中也可以看到，其中一类规则以处罚来禁止某类行为（如犯规或侮辱裁判），而另一类规则却规定了得分和赢得比赛必须要做的行为。即使暂且忽略这种复杂性而仅仅考虑最基本的规则形式（其典型代表是刑事法律），我们也将发现：这种简单的强制性规则的存在意味着什么，即使在当代的作家中也众说纷纭。某些人确实发觉这个概念是十足地玄奥难解的。

对于强制性规则这一简单概念，我们或许会很自然地作出如下解释，不过，我们马上就会不得不予以放弃。这种解释就是：一条规则的存在仅仅意味着，在一定的境况中，一个群体或其中大多数人的行为举止会“表现为一种规律”，即普遍地呈现为一种既定的相同方式。基于此种理由，当我们说英国有一条做礼拜必须脱帽的规则或演奏《上帝佑我女王》时必须起立的规则时，就仅仅意味着大多数人普遍地如此行为。尽管这种解释表达了规则概念的部分意义，但显然还不够充分。社会群体的成员之间在行为上的简单一致性（例如，所有的人都可能有规律地饮早茶或每周看一场电影）可能是存在的，但同时却并不一定有什么要求这样做的规则。行为上的简单一致和社会规则的存在这两种社会情形之间的差别，往往通过语言显示出来。对于后者，我们能够、即使并非必需利用一些特定的词来予以描述，这些词如果适用于前者之中，将会引起误解。像“必须”、“应当”和“应该”这些不同的词，都可以承担共同的功能，即可以用来表示存在着一条要求一定行为的规则。在英国，每人每周必须或应该或应当看一场电影，既非规则也非事实，唯一真实的是存在着每周看一场电影的有规律的行为。但是，却存在一条作礼拜须脱帽的规则。

那么，在一个社会群体中，习惯性行为的简单一致与通常以

“必须”、“应当”和“应该”这些词为标志的规则的存在，两者之间的决定性差别是什么呢？法律理论家们在此发生了分歧，在某几个因素使这一问题更加突出的今天，尤其如此。就法律规则而论，人们相当普遍地认为这种决定性差别（“必须”或“应该”的要素）在于，从一定行为模式中离轨就非常可能遭到敌视的反应，对于法律规则所涉及的情况来说，也就是受到官员的处罚。对于每周看一场电影这类纯粹的群体习惯来说，离轨不会遭到处罚甚至也不会遭到谴责；但是，无论在哪里，只要存在着一些要求某种行为的规则，即使它们像作礼拜须脱帽一样不属于法律规则，对它的偏离也同样可能产生某种类似于惩罚或谴责的后果。就法律规则而言，这种可以预测的后果是明确的并且是被官方所组织起来的；就非法律规则而言，虽然离轨可能引起类似的敌视性反应，但这种反应却没有被相应地组织起来或使之明确化。

毋庸置疑，惩罚的可预测性是法律规则的一个重要方面；但若以为这种可预测性足以透彻地说明一条社会规则的存在意味着什么，或说明规则本身所包含的那种“必须”或“应该”的要素，就难以令人接受了。这种预测说引起了很多异议，其中有一个特别值得认真考虑，它反映了斯堪的纳维亚所有法律理论学派的特点。这就是：如果我们密切观察对背离法律规则的行为加以惩罚的法官或官员（或者对背离非法律规则的行为进行谴责或批评的私人）的活动，我们就会发现，规则实际上以某种方式——预测说全然无法解释的方式——被包含在这种活动之中。对于法官来说，在实施惩罚时，他以规则为指南，以对规则的违犯为惩罚违法者的根据和正当理由。他并没有把规则看成是一个关于他和其他人可能惩罚违法行为的声明，虽然一个旁观者可能恰恰是这样来看待规则的。规则的可预测性方面（尽管十分现实）与法官的11目的是不相干的，而规则所具有的指南和正当理由的地位，对他来说才是实质所在。对违犯非法律性规则的行为的非正式谴责，借

况也是如此。这些谴责也不仅仅是对离轨行为的可预测性反应，同时还意味着以规则为指南并借助规则来证明。因此，我们说，我们谴责或惩罚一个人，是因为他违犯了规则；而不仅仅说，他可能受到我们的谴责或惩罚。

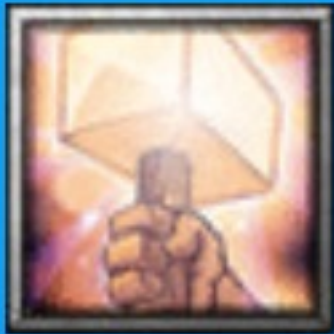
在对预测说持异议的批评者中间，有一些人声称还有某种东西隐含于规则之中，这种东西很难用明确、严格和真实的术语来分析。那么，除了对背离惯常行为模式者的有规律的、因而也是可预测的惩罚或谴责（此乃与纯粹群体习惯的区别之所在）之外，一条规则中还能有什么呢？在这些清晰可见的事实之外，真的还有某种额外的因素在指导着法官，并对其所实施的惩罚加以证成或提供理由吗？人们难以确切地说出这种额外的因素是什么，这就使预测理论的评论家们倾向于坚持这样一种观点：人们所谈论的规则和“必须”、“应该”、“应当”之类词语的相应用法，都充满着混乱；在一般人看来，这种混乱更加说明了它们的重要性，但是，它们却没有什麼合理推论的基础。因而，这些评论家们断言，我们只不过是想象在规则中还存在着某种东西，它支配我们去做一定事情并指导或证成我们的行为，但是，这只是一个错觉，尽管是一个有用的错觉。除了群体行为的明显事实和对离轨行为的可预测反应之外，所有存在的只有我们自己的某些“情感”——强制我们谨守规则并反对他人违犯规则的强烈情感而已。我们不知这些情感是什么，但想象有某种外界的东西，即宇宙体系中某种无形的成分在指导和控制着我们。这样，我们就来到了虚构的领域，据说法律总是与这个领域相联系着的。所以如此，仅仅是因为我们沿用了一种虚构，即我们一本正经地大谈什么“法律的而不是人的”统治。上述这类批评，不论其具体论点有何得失，至少它倡导进一步阐明社会规则与行为习惯的简单一致性之间的区别。这种区别对于理解法律至关重要，本书前几章的许多篇幅都涉及到这个问题。

无论如何，法律规则性质的怀疑主义并没有一味地走极端，并没有把约束性规则这一概念本身也视为混乱和虚构而大加批判。实际情况是，盛行于英美的怀疑主义要求我们对下述见解予以重新考虑，该见解认为法律制度完全是或根本上是由规则所构成的。当然，法院就是这样来拟定判决的，为的是造成一种印象，使人们觉得它的决定是意义确定而清楚的既定规则之必然结果。在特别简单的案件中，情况也许是这样；然而，在困扰着法院的大多数案件中，无论是法规中的规则，还是判例中的规则，它们所包含的可能结果都不止一个。在比较重大的案件中，总是有一个选择的问题。在此，法规的一些用语会具有两可的意义，对判例的含义“究竟是”什么也会有对立的解释，法官将不得不在其间做出选择。可是，法官“发现”而不“制定”法律的传统观念却掩盖了这一事实，它使法官的决定显得似乎是从那些明确的、事先存在着的规则中稳妥地演绎出来的，而没有掺入法官的选择。当然，法律规则可以有一个其意义毫无争议的核心，而且，在某些案件中，人们也很难想象会爆发一场关于规则意义的争论。1837年《遗嘱法》第9条规定一个遗嘱须有两名证人，这一条款似乎不会引起解释上的困难。然而，所有的规则都有一个不确定的边缘，法官必须在这种两可的边缘之间做出选择。甚至遗嘱法中形式无误条款 *inncent-seeming provision*——该条款规定订立遗嘱的人必须签署遗嘱——的含义，在某些情况下也可能被证明有模糊不定之处。例如，如果立遗嘱者使用了化名怎么办？或者他被别人把着手，或者他只签了他姓名的开头字母（缩写），或者他虽然独立而正确的签了全名，却没有签在最后一页的末尾而是签在了第一页的顶端，那么，结果又会如何呢？这些情况仍是法律规则所说的“签署”吗？

在私法的低级范围内，我们尚且能够寻出如此众多的模糊之处，在宪法夸张的用语中，我们又会发现多少类似的情况呢？美

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



国宪法第 5 修正案和第 14 修正案规定，任何人“非经正当法律程序都不得被剥夺生命、自由或财产”。某位作者曾说，这段用语的¹³意义是特别明确的，它的意思是“如果无 z ，则任何 w 非 x 或非 y ；此处的 w 、 x 、 y 和 z ，在一个广泛的范围内可以被赋予任何含义”。^① 与此不同的是，怀疑主义者却提醒我们：不仅规则是不确定的，而且，法院的权威性最终解释也同样不确定。由此看来，那种把法律归结为规则的观念，如果不是一个错误的话，不也是一个巨大的夸张吗？正是认识到这一点，才导致了我们已经引证过的那种反论式的否定：“法规是法的渊源，而不是法律自身的成分。”^②

三、定 义

我们由此提出了三个经常性的争论点：法律与以威胁为后盾的命令有何区别与联系？法律义务与道德义务有何区别与联系？什么是规则以及规则达到何种程度才成为法律？关于法律“本性”的大量思考，其主要目的就是为了消除这三个争论点所引起的疑问和困惑。现在，我们已经有可能弄清楚：为什么这种思考通常都以探究法律定义的方式表现出来？为什么已知的定义都贡献甚微以至于不能解决这种持久的难题和困惑？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使一种事物与其他事物区分开来的问题。有些人会经常地感觉到有标明界限的需要，因为这些人虽然精通词汇的日积月累而成的用法，却不能阐明或解释他们已经意识到的那些使一种

^① 马奇：《社会法理学检讨》。《斯坦福法律评论》1956年第8期，第518页。

^② 格雷：《法律的性质和渊源》，1902年，第276页。

事物与其他事物区别开来的差别。有时，我们大家都会陷入窘境，就像说“我认识大象，但我不能给大象下一个定义”这句话的人一样。圣·奥古斯丁关于时间概念的一段名言曾表达了同样的窘境，他说：“那么，什么是时间？若无人问我，我便知道；若要我向询问者解释，我便不知道。”^①在这一方面，甚至娴熟的法律专家也颇有同感，他们虽然了解法律，但是，对于法律以及法律与其他事物的关系的许多问题，他们却不能解释和充分理解。像一
个人在熟悉的市镇里能够从一个地点走到另一个地点，却不能说明或指点别人该如何走一样，那些迫切要求有个定义的人，也需要一张地图以清晰地展示他们所了解的法律与其他事物之间的那些被朦胧地意识到了的关系。

在此类情况下，有时，一个词的定义能够提供这样一张地图：在同一个时间范围内，它可以使指导我们如何用词的潜在原则得以明确，并可以使我们用该词所表示的现象与其他现象之间的关系得以显现。我们时常听说，定义“纯粹是语言上的”或“仅仅是与用词有关的”问题，这种说法最容易使人产生错误的印象，似乎下定义就是找出一个流行的用词方法。人们把三角形定义为“由直线构成的三边图形”，把大象定义为“以厚皮、长牙和长鼻区别于其它动物的四足动物”。即使这两个普普通通的定义，也以质朴的方式为我们提供了两方面的情况：一方面是关于这些词的正规用法，一方面是关于这些词所表示的事物。此类常见的定义一次要做两件事情，一件事情是通过提供一个代号或公式来把被定义的词转换成其他易懂的用语，另一件事情是通过揭示该词所涉及的事物的特征（既包括此事物与同类事物的共有特征，也包括使之与其他种类事物区别开来的特征）来划定它的范围。在探索和寻觅此类定义的过程中，我们“不是仅仅盯住词……而且也

^① 奥古斯丁：《忏悔录》，第14卷，第17页。