

博观  
译丛

H.L.A. Hart


*The Concept of Law*

法律的概念

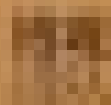
(第二版)

[英] H.L.A. 哈特 著

许家馨 李冠宜 译

大抵专门之学，非博观约取，其论说必不能详； 非极深研几，其精蕴必不能罄。  
此固非积数十年寒暑之功候，不能有所成就。

——沈家本·法学名篇序



中國大學

The Concept of Care

# 法律的關念

（第二版）

羅傑·科林斯 著

何國治 譯

THE  
CHINESE  
UNIVERSITY OF HONG KONG

THE UNIVERSITY PRESS  
HONG KONG

1997年10月

博观  
译丛

H.L.A. Hart

*The Concept of Law*

# 法律的概念

(第二版)

[英] H.L.A. 哈特 著  
许家馨 李冠宜 译



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

法律的概念/(英)哈特著;许家馨,李冠宜译.

—北京:法律出版社,2006.5

(博观译丛)

ISBN 7-5036-6383-9

I. 法... II. ①哈...②许...③李... III. ①法哲  
学②法理学 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第043782号

©法律出版社·中国

责任编辑/袁方 王坚

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/10.125 字数/265千

版本/2006年6月第1版

印次/2006年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6383-9/D·6100

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



*H.L.A.Hart*  
[英]H.L.A.哈特

**H.L.A. 哈特 (1907 - 1992)**, 前牛津大学法理学讲席教授, 英国法理学家, 新分析实证主义法学创始人, 20 世纪英语世界最为伟大的法学家。哈特以其实证主义的姿态、自由主义的立场、分析主义的旗帜以及道德哲学家的情怀, 构建了一个庞大而自洽的法理学体系。在其之前, 20 世纪中期的 (英语) 政治哲学濒于消亡, 法律哲学也奄奄一息; 而在他之后, 却是分析法学大行其道, 法理学界众神喧哗。所以, 当代英美著名法学家科尔曼、拉兹等人认为是哈特拯救了西方 (英美) 的政治哲学和法哲学。哈特梳理和加强了法律哲学与道德以及政治哲学之间的联系, 法哲学与精神哲学和逻辑哲学的联系——在此任何一个主题上, 他都做出了严肃的贡献。而且, 沿循边沁的脚步, 在道德哲学与政治哲学领域里, 他是自由主义传统最强大的代言人。

他的作品包括:《法律的概念》(1961, 1994);《法律、自由与道德》(1968);《惩罚与责任》(1968);《法律中的因果关系》(与 A.M. 奥诺里合作, 第二版, 1985) 以及《论边沁》(1982)。

## 前 言

---

这本书的目的,是想要促进对于法律、强制(coercion)与道德的理解,这些社会现象虽不相同但相互牵连。虽然,这本书主要是为法理学(jurisprudence)的学习者量身定做的,但是我亦希望它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人有所帮助。法律人会将此书视为分析法学(analytical jurisprudence)的一篇文章,因为它所关心的是阐明法律思维的一般架构,而非批评法律或法律政策。此外,在许多地方,我提出了可说是关于语词意义的问题。我考虑了“被强制的”(being obliged)与“负义务的”(have an obligation)如何区别;一项有效的法律规则与对于官员行为的预测有何区别;说一个社会团体遵守一项规则意味着什么,这与声称该团体之成员习惯性地做某些事有何不同和相似处。的确,本书的中心主题之一就是:倘若不能鉴别出下述两种不同类型陈述之间关键性的差别,就不能理解法律,亦不能理解任何其他形式的社会结构。我将这两种陈述分别称之为“内在的”(internal)陈述和“外在的”(external)陈述。无论何时,只要社会规则能够被遵守,这两种描述

就能够被满足。

虽然本书所关心的是分析,但是它亦可被视为是一篇描述社会学(descriptive sociology)的论文;因为探究文辞的深意并非只在于了解文字本身。各类型的社会情境或社会关系之间,有许多重要的差别并非昭然若揭。唯有透过对相关语言之标准用法的考察,以及推敲这些语言所处的社会语境,始能将这些差别呈现出来。特别是因为使用语言的社会语境,往往不会被表明出来,更显出此研究方式的优越处。在此研究领域之中,诚如奥斯丁(J. L. Austin)教授所言,我们确实可以藉由“深化对语词的认识,来加深我们对现象的认识。”

我深深感谢其他学者的相关论述。的确,这本书的许多部分是在探讨一个描述法律体系之简单模型的种种缺陷,这个模型是依据奥斯丁(John Austin)的命令理论(imperative theory)建构起来的。但是在此书的本文中,读者将发现甚少提及其他作者,因而注脚也相当少。可是,在本书的最后部分,附有专为每一章而作的广泛注释;在这些注释中,读者可以看到本书内文的见解与过去和当代学者的论点之间的关联,而且我也对如何进一步探究他们的理论提出建议。我之所以安排这样的顺序,在某种程度上是因为本书的论述具有某种的连续性,若插入与其他理论<sup>1</sup>的比较,恐怕会有所中断。但是我还有一个教学上的目的:我希望这样的安排可以消除一种信念,即以为一本谈论法理论(legal theory)的书,主要就是一本专门介绍其他著作的书。只要书籍作者持有这样的信念,则法理论这个学科将难以进步;而且若读者继续怀抱此信念,则法学理论的教育价值必将所剩无几。

许久以来,我受惠于太多的朋友,在此无法一一致谢。但是我特别地要对霍诺雷(A. M. Honoré)先生致谢,他详尽细微的批评,指出本书思维上许多混乱之处和文体上的不贴切。我已尝试解决这些问题,但是恐怕仍旧有许多地方是他所无法苟同的。这本书若对政治哲学和自然法的重新诠释有其价值的话,则要归功于保罗

(G. A. Paul)先生与我的对话,并且我必须感谢他对本书的校对。我亦对罗斯(Rupert Cross)博士和斯特劳森(P. F. Strawson)先生由衷的感激,他们阅读了本书的本文,提出了善意的忠告和批评。

哈特(H. L. A. Hart)



# 目 录

---

- 1 前言
  
- 1 第一章 恼人不休的问题
  - 1 第一节 法理论的困惑
  - 6 第二节 三个反复出现的议题
  - 13 第三节 定义
  
- 18 第二章 法律、号令和命令
  - 18 第一节 各式各样的祈使语句
  - 21 第二节 法律作为强制性命令
  
- 26 第三章 法律的多样性
  - 27 第一节 法律的内容
  - 41 第二节 适用范围
  - 43 第三节 起源模式
  
- 48 第四章 主权者与臣民
  - 49 第一节 服从的习惯与法律的连续性
  - 59 第二节 法律的持续性
  - 63 第三节 对立法权力的法律限制
  - 68 第四节 立法者背后的主权者
  
- 75 第五章 法律作为初级规则与次级规则的结合
  - 75 第一节 崭新的起点
  - 78 第二节 义务的观念
  - 86 第三节 法律的要素

94	第六章	法体系的基础
94	第一节	承认规则与法效力
104	第二节	崭新的问题
112	第三节	法体系的病理
119	第七章	形式主义与规则怀疑论
119	第一节	法律的开放性结构
131	第二节	规则怀疑论的诸多种类
136	第三节	司法裁判的终局性与不谬性
142	第四节	承认规则中的不确定性
149	第八章	正义与道德
151	第一节	正义的原理
159	第二节	道德义务与法律义务
170	第三节	道德理想与社会批评
173	第九章	法律与道德
173	第一节	自然法与法实证主义
180	第二节	自然法的最低限度内容
185	第三节	法律效力与道德价值
196	第十章	国际法
196	第一节	疑惑的来源
199	第二节	义务与制裁
203	第三节	义务与国家主权
208	第四节	国际法与道德
213	第五节	形式与内容的类比
218	后	记
218	序论	
220	一、	法理论的本质

225	二、法实证主义的本质
225	（一）作为语义学理论的法实证主义
229	（二）作为诠释理论的法实证主义
231	（三）柔性法实证主义
235	三、规则的本质
235	（一）规则的实践理论
240	（二）规则与原则
244	四、原则与承认规则
244	系谱与诠释
249	五、法律与道德
249	（一）权利与义务
250	（二）法律的鉴别
253	六、司法裁量
258	注 释
295	附录一 哈特生平速写
298	附录二 哈特已出版著作文献

## 第一章

---

# 恼人不休的问题

### 第一节 法理论的困惑

1

关于人类社会的问题,极少像“什么是法律?”这个问题一样,持续不断的被问着,同时也由严肃的思想家以多元的、奇怪的,甚至是似是而非的方式提出解答。即使我们将焦点限缩在最近一百五十年的法理论,而忽略掉古典的与中世纪的关于法律“本质”的思辨,我们将发现一个任何其他独立学术专业、系统性研究的科目所无法比拟的情况。与“什么是法律?”这个问题不同的,并没有大量的文献致力于回答“什么是化学?”或“什么是医学?”这样的问题。在这些科学领域中,一本初级教科书前几页的几行字,往往就能指出了这些科学的学习者对这些问题所有应该要思虑的东西;而在这些科学领域的教科书中,类似的问题被给予的答案与提供给法律之学习者的回答是相当不同的。没有人认为下述的做法是具有启发性的或是重要的,比如坚持“医学”就是“医生对疾病所做的事”,或“对医生将要做什么的预测”;或者宣称通常被认为是化学之特有的、核心的研究领

域,例如:酸性物质(acids)研究,实际上根本就不是化学的一部分。然而,就法律的情形而言,乍看之下与前述情况同样奇怪的东西却经常被提出来。而且不仅仅是提出,甚至是被热情且雄辩滔滔地极力主张,好似这些主张即是对法律真理的揭露,而这些真理长久以来已被对于法律本质之谬误陈述遮蔽了。

“官员对争议所做的事就是……法律本身”；<sup>[1]</sup>“对法院将要做什么的预言……是我所意指的法律”；<sup>[2]</sup>成文法是“法律的来源……但不是法律本身的部分”；<sup>[3]</sup>“宪法仅仅是实证的道德”；<sup>[4]</sup>“一个人不应该偷窃；如果某一个人偷窃，他将受到处罚。……果真如此，第一个规范则包含在第二个规范之中，只有第二个规范才是真正的规范。……法律就是规定制裁的主要规范”。<sup>[5]</sup>

上述引文只是许多奇怪而似是而非的(至少乍看之下如此),关于法律本质的许多正面与反面的主张。它们当中有些似乎与人们最为根深蒂固的信念相冲突,因此似乎很容易就可加以反驳;而我们会不禁想要如此回应:“成文法当然是法律,就算尚有其他种类的法律,但它至少是一种法律”;“既然存在着创设官职或法院的法律,则法律当然就不能仅仅意指官员做了什么或法院将做什么”。

有趣的是,这些看起来似是而非的说法,并不是由专门在常识中最不可疑之处仍要加以怀疑的空想家或哲学家所提出来的。反而,这些说法竟是那些主要在专业上致力于教授或是实践法律(在某些情形下以法官的身份来执行法律)之法律人,长期以来不断思索法律的结果。更进一步来看,他们所说之关于法律者,在他们的经验范围内确实增进了我们对于法律的了解。因为,若从他们的语境下来理解,上面那些似是而非的陈述既具启发性,又令人困惑。与其认为他

[1] Llewellyn, *The Bramble Bush* (2nd edn., 1951), p. 9.

[2] O. W. Holmes, "The Path of the Law" in *Collected Papers* (1920), p. 173.

[3] J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1902), s. 276.

[4] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Lecture VI (1954 edn., p. 259).

[5] Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949), p. 61.

们是在进行冷静的定义,毋宁认为他们是在极端夸大着法律被过度忽视的事实。这些说法就像一道道光芒,使我们看到了许多隐藏在法律之中的东西;但是这道光芒又是如此的耀眼,以致于使我们对于其余的东西变得盲目,因此使我们仍旧无法对法律整体有清楚的了解。

对比于这个在各家著述中无止境的理论争议,很奇怪地,当他们被请求如此做的时候,大部分的人却都能够轻易且有自信地举出关于法律是什么的例子。英国人极少不晓得有禁止谋杀的法律、要求缴交所得税的法律,或详列做成有效遗嘱所需要件的法律。事实上,除了第一次偶然发现“法律”(law)这个英文字的小孩和外国人之外,每一个人都能够轻易地举出像这样的例子,而且大部分的人们能够举出得更多。他们至少在大致上能够描述,如何找出某个东西是不是英国的法律;他们知道有可供请教的专家,他们也知道对所有这样的问题有最终权威性意见的法院。除了这些之外,尚有许多广为人知的东西。大部分受过教育的民众都有“英国法律形成某种体系”的观念,而且也知道在法国、美国或苏联,以及几乎世界上所有被认为是独立的“国家”,都存在着许多在结构上大致相似的法体系,虽然它们存在一些重要的差异。的确,如果教育使得人们对这些事实一无所知,则它算是相当的失败,而且如果那些对此有所认知的人能够说出不同法体系间重要的相似点,我们也不会认为这标志着某种特别深刻的素养。我们可以期待任何受过教育的人能够依照下面的纲要确认出法体系显著的特征:这些特征包含:一、在刑罚之下,禁止或责令某些类型之行为的规则(rules);二、要求人们赔偿那些他们以某些方式加以损害之人的规则;三、规定作成遗嘱、契约或其他赋予权利和创设义务所需之必要要件的规则;四、决定规则为何、它们是何时被违反的,以及确定刑罚与赔偿的法院;五、制定新规则和废止旧规则的立法机构。

如果这一切是普通知识的话,何以“什么是法律?”这个问题会持续不断地被提出来,而且产生许多各式各样不寻常的答案来回答它?是否因为除了由现代国家的法体系所构成的明白的标准事例之外

(没有人会怀疑这些标准事例是法体系),尚存在有可疑的事例,不仅是一般受过教育的人,甚至是法律人对这些事例的“法律性质”(legal quality)都要为之犹豫?原始法律(primitive law)和国际法就是最主要的可疑事例。众所周知,许多人认为,拒绝在这些可疑的事例中继续使用“法律”一词是有理由的,尽管这些理由并不是决定性的。这些大有问题的或引发异议的事例,的确导致了漫长而又枯燥乏味的争议,但是这些事例的存在肯定不能为“什么是法律?”这个恼人已久的问题所表达出来的关于法律一般本质的困惑提出说明。明显地,基于以下两个理由,疑惑的来源并非在此。

4 第一,人们在这些事例中会感到犹豫是相当可理解的。国际法缺乏立法机构,且在未获得其预先同意之前,国家不能被带上国际法院,更何况国际社会中没有一个中央组织以及将制裁付诸实行的系统。某些类型的原始法律,包括那些从其中可能演化出某些当代法体系的原始法律,同样缺乏这些特征。每一个人都全然明白,就是因为缺乏这些特征使得这些事例与标准事例偏离,而使它们在分类上成为问题。这是再清楚不过的。

第二,并不是因为我们碰到的是像“法律”和“法体系”这类复杂的语词,我们才被迫要承认清楚的标准事例和引发异议的边缘事例这个区分\*。现在这已是为人所熟悉的事实(虽然这点过去很少被强调),那就是几乎所有我们使用的一般性语词,都会造成这种区分,那就是这种区分必定是用人类生活与我们所居世界之特征进行分类的那些一般词语。有时候,词句使用上的标准事例或典范和成为问题的事例之间的差异只是程度问题。一个有着闪亮光滑脑袋的人明显是秃头;另一个头发乱蓬蓬的人则显然不是秃头;但是第三个人的头顶若只这边一点那边一点地有些稀疏的头发,那他到底算不算秃头?这个问题恐怕会无止境地争论下去——如果这样的争论还值得继续或有任何实际用途的话。

有时候,对标准事例的偏离并非仅仅是程度的问题,而是发生于

---

\* 即标准的和边界的事例。——译者注

当标准事例事实上是由通常相互伴随而又各具特质的要素结合而成时,当缺乏其中某个或某些要素,可能就会引发异议。飞艇是“船”吗?如果没有皇后,所进行的游戏仍旧是“国际象棋”吗?这样的问题可能是引人深思的,因为它们使我们不得不去反思和弄清楚标准事例的构成要件;但是明显地,在“法律”这个词上面,可以被称之为边界情形者太过于常见,以致于我们无法厘清关于法律的长期争论。此外,我们若检视最著名和最富争议的法律理论,往往整套理论中只有相对少数且不重要的部分被用来讨论适不适合使用“原始法律”或“国际法”这样的语汇来描述它们传统上被用来称呼的那些事例。

当我们考虑到人们确实具有相当普遍的能力来确认和援引属于法律的例子,并且考虑到人们确实已具备许多关于法体系标准事例的知识时,看来似乎我们只要一系列地提出早已为人所熟悉的东西,就能够轻易地结束“什么是法律?”这个恼人已久的问题。为什么我们不应该就只是,也许是太乐观地,重复受过教育的人眼中(在第四页)对于一国内法体系之显著特征的概括性描述?如此一来,我们就能简单地说:“这就是‘法律’和‘法体系’所意指的标准事例;但是要记住,在这些标准事例之外,你也将发现在社会生活中,还有些安排具有标准事例之某些显著的特征,但又缺乏其他的特征。对于这些安排在分类上是否为法律,并没有决定性的论据加以赞成或是反对,它们是有争论的事例。”

这种简洁地解决这个问题的方法是可以考虑的。但是除了简洁之外,再也没有什么可取的了。因为,首先,相当清楚地,那些对“什么是法律?”这个问题最感到困惑的人并没有忘记,也不需要由这种概括性的回答来提醒他们本已熟悉的事实。那使得这个问题依然存在的深层困惑并非出于无视、忘记或无能力去确认“法律”这个语词一般所指涉的现象。何况,若我们考虑到这些对法体系所作概括性说明的用语,很明显地,并没有说出比“在标准的、通常的事例中各种法律是交织在一起”这句话更多的东西。之所以如此,是因为在这个简短的说明中作为标准法体系之典型要素的法院和立法机构此两者,本身皆只是法律的“产物”,并非法律本身。只有当授予审判管辖



权和授予立法权威的法律存在时,法院或是立法机构始能设置。

这个简短地解决该问题的方式,至多只能用来提醒疑问者在“法律”和“法体系”这些语词的现行使用惯例,因此是没什么用处的。很清楚地,最好的方针就是不要急着对“什么是法律?”这样的质问给出答案,直到我们找出到底是什么在困惑着人们。尽管这些人对于法律的熟悉程度和确认例子的能力毋庸置疑,但他们仍然问过或试图回答这个问题。他们还想要知道什么以及他们为什么想要知道?对这个问题,可以有某种一般性的回答。因为在这个领域中,存在着某些反复出现的主题。这些主题构成了关于法律本质正反论证的永恒焦点,并且也引起如前所述许多夸大和似是而非的说法。关于法律本质的思辨有其悠久而复杂的历史;但若加以回顾,则很明显地它持续地集中在几个主要议题上。这些议题并非仅仅为了学术讨论的乐趣而被无故选择或虚构出来。它们乃是攸关于法律当中那些很容易引起误解的部分,以致于即使是对法律有着深刻掌握和知识的人,此般混乱和厘清混乱的需求总是相互共存。

## 第二节 三个反复出现的议题

在此,我们将要区别三个反复发生的主要议题,并且随后说明,为什么这三个议题会结合在一起,而呈现为要求一个对法律的定义、或要求对“什么是法律?”这个问题,甚或“什么是法律的本质(或根本要素)?”这个晦涩问题的回答。

其中两个议题是以下述方式产生的。法律在所有的时空中所具有之最为显著的一般性特征即是:其存在意味着,某些类型的人类举止不再是随意的(*optional*),而是在某种意义下具有义务性的(*obligatory*)。然而,法律的这个表面上看来简单的特质事实上却不简单;因为在非随意(*non-optional*)而具义务性之举止的领域中,我们能够区分出许多不同的形式。“举止不再是随意的”之最初且最单纯的意义,就是当一个人被强制去做另一个人要他做的事,不是因为诸如身体被粗暴地推拉这种物理性的强制,而是因为另一个人以如果他拒绝的话将有不愉快的后果来威胁。一个抢匪命令其被害人交付钱