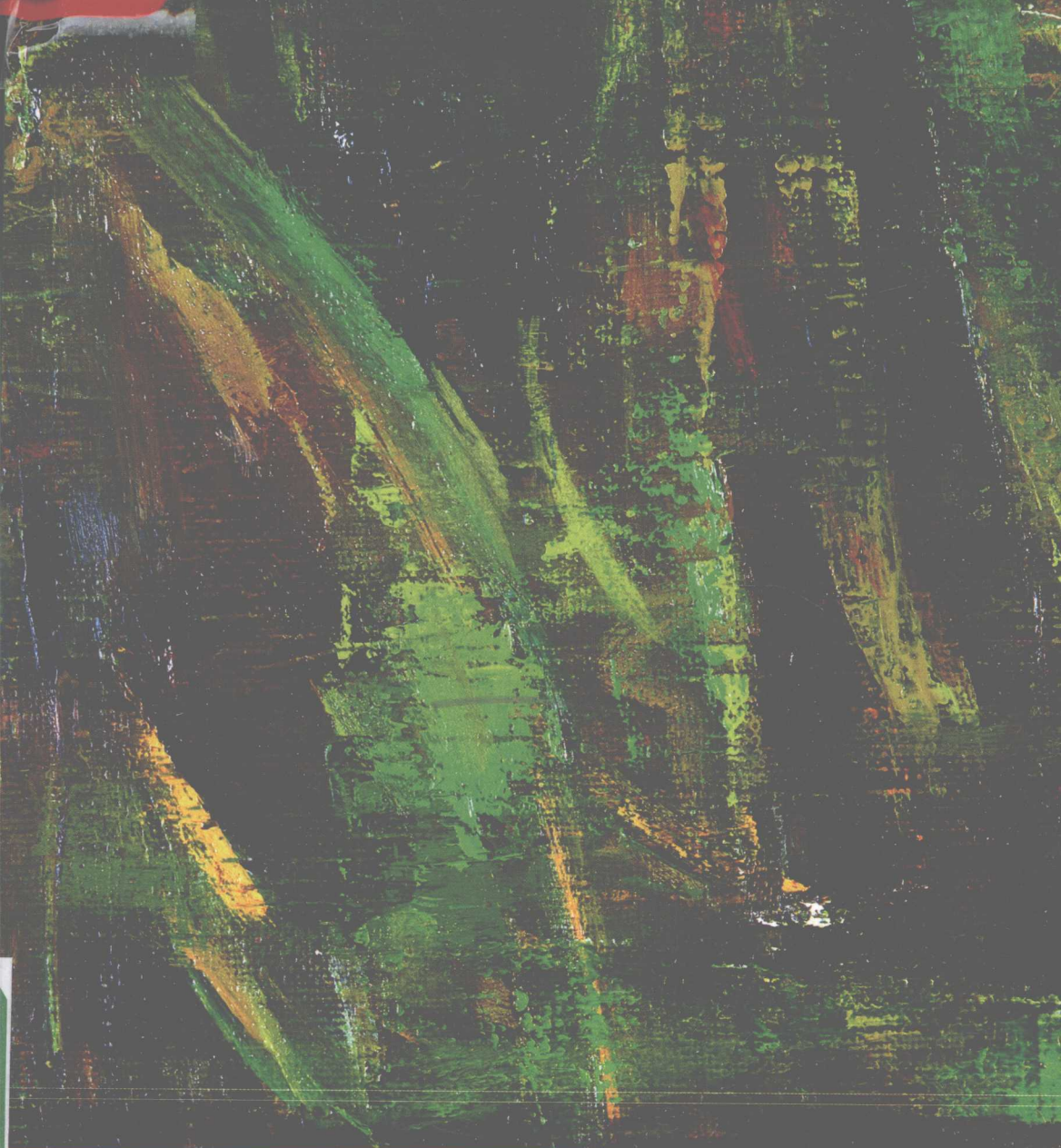




西方法律坐标丛书

湛洪果 ◎著

哈特的法律实证主义

——一种思想关系的视角

D90/304

2008

西方法律坐标丛书

H. L. A. Hart's Legal Positivism
The Perspective of Intellectual Relationship

哈特的法律实证主义

——一种思想关系的视角

湛洪果 ©著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

哈特的法律实证主义:一种思想关系的视角/湛洪果著. —北京:北京大学出版社,2008.7

(西方法律坐标丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13879 - 3

I. 哈… II. 湛… III. 哈特(1907—1992) - 法学 - 思想评论 IV. D909.561

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 074111 号

书 名: 哈特的法律实证主义——一种思想关系的视角

著作责任者: 湛洪果 著

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13879 - 3/D · 2067

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 18 印张 272 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

致 谢

本书的主体部分乃是在我的博士论文的基础上修改而成的。首先要感谢我的导师贺卫方先生,他是如今中国学界少有的能将言说与写作同自己的生命统一起来的人。贺卫方先生对中国法制建设的关怀和努力方向使我对哈特的研究找到了一个基本的切入点,尽管他一再强调在研究西方问题时一定要站在纯粹学术的视角,而不要急于带入对中国问题的思考。在博士论文的选题、评阅和答辩的过程中,由嵘、李贵连、高鸿钧、张志铭、徐爱国、刘广安等教授都提供了各种帮助并提出了许多宝贵的意见,我对他们表示深深的谢意。

在我读硕士期间,就对哈特的法律实证主义产生了浓厚的兴趣。只是当时限于资料和环境的原因,没有着手研究哈特,但我之所以能够步入西方法律思想史的研究领域,实在要感谢硕士期间的导师严存生、刘作翔、葛洪义、杨宗科、许俊伦、张宏斌、李其瑞等教授的启迪指引。感谢西北政法大学贾宇校长对本书出版的关注扶持,感谢汪世荣教授和王政勋教授对我的科研实践等方面的一贯关爱。我还要特别感谢香港中文大学的於兴中教授,他对中西法律文化的独特体认,以及他对我人生前途的诸多关怀,都让我受益良多。

在哈特研究的过程中,我和陈景辉、支振锋、邱昭继、沈映涵等学友有着愉快的交流合作,感谢他们加深了我对哈特的理解,扩大了我对哈特以及法律实证主义的认识视野。此外,许多好友的鼓励和帮助,以及他们和我在学术上的切磋砥砺,都在促进着我的研究,并使我的生活充满乐趣,更有意义。为此我必须专门对如下诸君表示感谢,他们是:贺维彤、毕竟悦、沈明、王锋、仝宗锦、汪庆华、许峰、郭从斌、尹德挺、刘忠、王海山、刘志斌、江展、陈京春、宋海彬、张芝梅、魏甫华、胡永恒、姜峰、苗文龙、王婧、朱喆、张剑虹、杨子云、陈可、张薇薇。

本书部分章节的内容曾在《比较法研究》、《法律科学》、《法哲学与

法社会学论丛》、《法律思维与法律方法》、《博览群书》、《北京大学研究生学志》、《西方法律哲学家研究年刊》等刊物上发表,感谢以上的刊物及诸位编辑对我的研究的认可,尤其是邓正来先生对我的学术研究的鼓励提携。感谢本书的责任编辑王晶女士的辛劳工作,感谢杨剑虹女士为本书的出版所作的努力。

最后我必须感谢我的家人,尤其是年迈的父母,家啊,让我无比牵挂和愧疚的家。感谢我的妻子徐芳宁在我读书求学期间的操劳。对于儿子遇园,我在此只能说一句祝福的话:让你幸福地成长,是我最大的幸福!

目 录

序言	1
上 篇	
第一章 智识背景的维度	
——对哈特及其法律实证主义的知识社会学分析	15
一、引论	15
二、什么是法律实证主义?	17
三、哈特人生经历和性格与其法律思想的关系	24
四、思想论战的场域和哈特的著述	32
五、哈特及其法律实证主义在法律思想史上的地位	41
第二章 从命令论到规则论	
——哈特与奥斯丁之间的学术公案	47
一、引论	47
二、知识和方法:作为独立科学的实证法学?	49
三、实证法学从政治性到法律性的发展:反对不同的“自然法”	55
四、命令论以及哈特对其的批判	61
五、奇幻的思想游戏:有意还是无意的误读?	70
第三章 天人交战的审判	
——哈特与富勒之争的再解读	78
一、引论	78

二、理论之争还是立场之争:谁是 暴政与灾难的罪魁祸首?	82
三、理论进路:对法律与道德关系的思考	88
四、法律的规则性:对于法律本性的认识	100
五、天人交战的审判:纳粹统治的性质 和案件处理的策略	104
六、另一种争论:政治性的法与法的 政治性	114
第四章 法律制度的基础	
——哈特与德沃金围绕“承认规则” 的论战	118
一、引论	118
二、承认规则的提出及其特点	120
三、德沃金对承认规则的批判	126
四、哈特对德沃金批判的回应:对承认 规则理论的进一步廓清	136
五、对论战的反思:超越哈特与 德沃金之争?	144
第五章 法律实证主义的功利主义自由观	
——从边沁到哈特	150
一、边沁对哈特影响的概述	150
二、边沁的功利主义法律观	153
三、边沁对于自然权利的批判	160
四、功利主义所面临的批判以及哈特 对功利主义的捍卫	163
五、功利与权利的结合:一种发展 的路向?	169
六、余论:实证法学的功利主义自由观	175

第六章 通过语言体察法律现象	
——哈特与日常语言分析哲学	179
一、哈特自己的交代:应用语言哲学来研究法律问题	180
二、日常语言分析哲学:奥斯汀与维特根斯坦的不同	182
三、哈特法律思想中体现的奥斯汀语言哲学的观念和方法	188
四、对哈特与语言哲学关系的进一步思考	197

下 篇

第七章 常识视野中的法律因果观	
——读哈特与奥诺尔的《法律中的因果关系》	205
一、引论	205
二、法律的因果关系的特殊性和语境性	208
三、常识者何?	211
四、因果关系的核心:介入行为与事件	214
五、因果关系与责任归属	218
六、简短结语	222
第八章 法学方法论的陷阱	
——拉伦茨《法学方法论》第二章读后	224
一、引论	224
二、作为规范学科的法学	225
三、法学对特定法律秩序的依附性: 拉伦茨与哈特	228
四、法学方法和法律人的思维方式	232
五、法学的知识贡献及其自我反省	236
六、认识你自己:跳出方法论的陷阱	239

第九章 在迷惑和清醒之间徘徊	
——边沁的法律语言观及其对立法科学化的追求	244
一、问题的提出	244
二、通过语言的法律治理：虚构与真实	245
三、立法科学化之追求：独立的法律和普遍的法学	252
四、秩序之路：搭建从语言、科学通往价值的桥梁	257
五、边沁之后：透过法律审视人类的生活	261
结语 在法律之下生活	264
参考文献	269
索引	276
后记	281

序 言

目前中国法学界对于西方法律思想的研究主要还侧重于对某个具体法学家的法律思想进行介绍或评述。当然,随着中国法学研究的深入,这种介绍或评述在内容和观点的把握上也取得了不断的进步,主要表现在:一方面,国内众多高校所使用的不同版本的西方法律思想史教材都会简要介绍西方几大法学流派的各代表性法学家的主要法律思想,并根据最新的材料和研究成果进行修订和补充^①;与这种介绍性的教材相适应,我们也陆续出版了一些介绍或评述西方法律思想史或者某个具体法学流派的专著。^② 不过,这些“专著”的关注点还是在于为读者提供某种关于西方法律思想发展的丰富“知识”,而没有以某种学术

① 事实上,这些教材虽然名为思想史,但其实还是不同法学家的法律思想或主要观点的汇集,并在此基础上试图提供西方法律思想自古希腊以来的演变面貌以及发展规律。大多数西方法律思想史教材的总结都是:西方法律思想中自然法学是一条主线,并经历不同发展阶段。围绕与自然法学的争论,出现了历史法学、实证分析法学、社会法学等流派,到20世纪后半叶,西方法律思想呈现多元纷呈的局面,出现了综合法学、批判法学、法律经济学、法律与文学、法律政策学、种族主义法学、女权主义法学等学说流派。不过,这样的总结由于是在对具体法律思想家的概括介绍的基础上得出的,所以基本上是一种“外在观察”,而不是根据内在思想源流的学术脉络而得出的结论,虽然这种结论也可以说是准确的。对于思想史教材而言,这样的编排模式当然是合理而且有其独特的价值的,因为它能让学生在整体上了解西方法律思想史的概貌。但是,如果需要对具体的西方法律思想有更深入把握,要想真正对西方法律思想家所提出的法律思想的问题背景及意识进行理论性的、学术性的思考,教材当然是不够的。我们还必须从学术的层面将各种有关“思想”的知识转化为成为自己知识体系之内在部分的“思想”。由于西方法律思想史教材甚多,而且内容基本相似,差别主要体现在不同教材对不同思想流派论述的详略上,所以我们在此只列出2000年以来几本主要教材:谷春德主编:《西方法律思想史》,中国人民大学出版社2000年版;徐爱国等:《西方法律思想史》,北京大学出版社2001年版;严存生主编:《西方法律思想史》,法律出版社2004年版;何勤华主编:《西方法律思想史》,复旦大学出版社2005年版。

② 这方面的主要著作有:沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版;张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版;张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1993年版;朱景文:《现代西方法社会学》,法律出版社1994年版;吕世伦主编:《西方法律思潮源流论》,中国人民公安大学出版社1993年版;徐爱国:《分析法学》,法律出版社2005年版。

性的问题视角去切入该法律思想本身,没有进一步思考所研究的法律思想的问题背景和思想指向。知识点的增加并不意味着真正意义上的知识增量或积累。这样的研究当然具有不可替代的学术价值,它们在不同层面上推进了中国法学界对西方法律思想的积累。即使在西方,这种对法律思想的介绍性研究也是非常多的。^① 这类研究的出发点在于,在进行思想史研究时,由于一个人的思想本身是非常复杂的,所以要读懂一个人的思想并不容易。我们不能在没有对作者的著述进行深入研究 and 全面把握的前提下就轻易加以评判。在这种情况下,与其“见树不见林”般地盲目深入某种思想,作出以偏概全的研究(即使这种深入研究似乎更具备学术的色彩),不如多介绍一些基本的知识,让大家先对法律思想的概貌有大致全面的了解。另一方面,随着我国法学界二十多年尤其是20世纪90年代以来对西方法学著作的大规模翻译,国内也有许多学者开始自觉地从学理的角度来认真研究、清理西方具体法律思想家的思想遗产并出版了相关的专著。这些专著已经不再停留在对思想作一般的知识介绍的层面,而是有了比较明确的问题关怀和学术自觉:他们自觉思考为什么要研究这个思想,这种思想是怎样提出来的,它到底包含哪些具体内容,它存在哪些贡献和欠缺,尤其是这种思想将如何构成以后法律思想的进步的起点,等等。^② 这样的研究无疑大大推进了我们对西方法律思想的理解。^③

然而,以上所述的对于西方法律思想的研究,无论是介绍性的还

① 比如仅以翻译过来的相关著作看,就有:博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版;韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版;J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版。

② 以翻译带动学术研究的代表包括朱苏力主持的对于波斯纳著作的系统翻译,以及他在此基础上所写的相关的书评,参见苏力:《波斯纳及其他》,法律出版社2004年版;还有邓正来在翻译哈耶克的基础上对哈耶克法律思想的深入学理研究,参见邓正来:《哈耶克法律哲学的研究》,法律出版社2002年版。更值得一提的是,其他学者也分别就波斯纳和哈耶克的思想在深入研究的基础上,在中国内地出版了相关的学术性和思想性都比较强的专著,参见林立:《波斯纳与法律经济学》,上海三联书店2005年版;高全喜:《法律秩序与自由正义——哈耶克的法律与宪政思想》,北京大学出版社2003年版。

③ 需要特别提及的是,由邓正来主编的《西方法律哲学家研究年刊》自2006年开始由北京大学出版社出版,该年刊所载论文的关注范围、研究层次和规范程度都达到了系统而全新的水准。

是学术性的，也无论其是否冠以“思想史”的名称，其落脚点基本上都是对于思想者本人的思想作具体的阐发。在法学史上，法学家们所贡献的法律思想主要是对法律这一社会现象的认识，其主要涉及法律的四个层面，即价值层面、规范层面、事实层面、关系层面。由此在整体上就体现为法律思想史上的自然法学、分析法学、社会法学以及法律的交叉学科（比如法律与文学、法律经济学、批判法学、女性主义法学等）。^①正因为如此，揭示法律制度之内在性质或运作方式的法律思想（以及其他所有的人类思想成果）其实并不存在过时的问题，它们都在不同的角度拓展或深化了我们对于法律现象的洞识。另一方面，法理学作为一门学科，其主要的理论任务是通过法律现象的分析和体察，对法律这一社会制度提出某种一般性的、深层次的、普遍性的思考，这种思考必然涉及法律的性质、法律的功能、法律对人类秩序的建构等内容，从而它是一种“追问”式的思考。^②这样一来，法律思想家针对法律现象所提出的思想似乎就成了法理层面的东西。因此并不奇怪，在法学界，尤其是在中国法学界，对于法律思想（家）的研究，主要成为法理学者的任务。换言之，大部分从事西方法律思想研究的学者都出自法理学这一学科。基于关注对象的思想性和理论性，法理学者研究法律思想当然有着天然的优势，但是，囿于学科训练的局限，法理学者对法律思想的研究往往注重的是思想家的文本本身，而不大关注某种法律思想本身据以提出的背景以及发生影响的“历史”层面，从而不见得能准确全面地理解所研究的法律思想。这样的研究因而是有一定的不足的。

就国内对于20世纪西方著名的法律思想家H. L. A. 哈特的研究现状而言，不仅存在前面所述的中国学界对西方法律思想进行研究时所存在的那些一般问题，而且还有着特殊的难题。我们的西方法律思想史教材都有专门章节介绍哈特的法律思想，但基本还停留在观点摘要的层面；同时，近十年来，国内也断续出现一些研究哈特的论文，这些论

^① 需要指出的是，这样的归纳并不全面，比如历史法学就没有归入。而后一类归纳又显得过于概括，因此难免大而化之。但从整体上看，这样的归纳有助于把握西方法律思想史的整体动向和脉络，虽然它丝毫不能代替对丰富的法律思想的具体研究。

^② 参见冯象：《政法笔记》，江苏人民出版社2004年版，第247页。

文的作者多为年轻的学者或学生,他们也力求从学术的要求出发,试图对哈特的某一方面的思想有一个学术化的,甚至带有批判性的解读。^①此外,一些对哈特有学术兴趣的年轻学者也以读书会或研究小组的形式,召开了有关哈特法律思想研究的讨论会,并辑录了相关的论文。^②所有这些研究,加上台湾一些有深厚法理积累的学者的相关著述在内地的引介^③,的确大大提升了哈特研究的水准。尤其是自2006年以来,国内的哈特研究已经渐成气候,颇有学术含量,并成为学界的一支令人

① 主要的代表性论文有:沈宗灵:《评介哈特〈法律的概念〉一书的“附录”》;徐爱国:《论分析法学》;徐爱国:《哈特〈法律的概念〉导读》;强世功:《哈特与富勒的论战:一场表演》(以上诸文均可在“法律思想网”上查到);陈景辉:《实证主义命题群之展开》(中国政法大学博士论文,2004年);支振锋:《试论哈特的法律与道德关系理论》(清华大学硕士论文,2004年);邱昭继:《语言游戏中的法律与法律实践——哈特和日常语言哲学》(西北政法学院硕士论文,2004年);郑强:《关于哈特法律思想的比较研究》,载《中外法学》1997年第1期;徐继强:《法律与社会——哈特〈法律的概念〉的社会学之维》,载“正来学堂”,<http://dzl.legaltheory.com.cn/info.asp?id=4402>,访问时间,2006年7月3日;覃阳:《试论哈特对奥斯丁法律思想的继承与超越》,载《开放时代》2001年第6期;陈应珍:《关于哈特和庞德法律思想的比较——兼议新分析法学和社会学法学的异同》,载《荆州师范学院学报》(社会科学版)2002年第4期;林立:《试以哈特的分析法学解决法律哲学三大难题》,载林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版;梁晓俭、宫燕明:《哈特法律规则说的解释学研究》,载《法学》2003年第3期;陈敏:《论战中的哈特》,载《理论月刊》2003年第12期;喻中:《哈特的授权规则及其本体意义——兼评中国学者对授权规则的误读》,载《北京行政学院学报》2004年第4期;赵波:《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《西南政法大学学报》2005年第3期;刘奇耀:《哈特的司法解释理论及其发展述评》,载《山东社会科学》2005年第5期;陈锐:《从外在观点到内在观点:哈特与法律实证主义的诠释学转向》,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2005年第10期,等等。

② 主要有两次,一次是2004年12月在中国政法大学召开的“《法律的概念》与法律的概念——哈特读书会”,讨论的论文主要有:王旭:《法治的自治、权威与正当——〈法律的概念〉批判性阅读》;俞静贤:《观察者视野中的规范性问题——检视哈特〈法律的概念〉中的问题与方法》;另一次是2005年11月由支振锋主持的,由清华大学法制与人权研究中心主办的“哈特法律思想研讨会”,此次提交的论文有:陈景辉:《作为社会事实的法——实证观念与哈特的社会规则理论》;沈映涵:《从哈特对规则内在方面的洞见解读描述社会学》;徐宗立:《哈特的吸收主义立场》;泮伟江:《重读〈法律的概念〉——以德沃金和哈特之争为背景》。两次讨论都比较热烈认真。

③ 最主要的是台湾著名年轻法理学者颜厥安先生的著作《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,其中对哈特以及分析实证法学有非常深入扎实的学理研究,尤其是“再访法实证主义”一章。

关注的力量。^① 不过就目前国内的研究态势来看,尤其是与英美学界对于哈特的深入研究和丰富成果相比(无论是流派的形成还是论战的影响力而言),哈特研究在我国法学界还属于刚刚起步阶段。

哈特以及法律实证主义的研究在中国还面临一些特殊的难题。哈特被公认为20世纪最重要的法哲学家,从法学学术传承的角度,国内学界也清楚哈特所具有的重大贡献和地位。遗憾的是,由于我们缺乏对哈特思想本身的深入探查,也没能进入西方学界讨论哈特的具体脉络,所以对哈特为什么如此重要的内在原因不甚了了。哈特的著作虽然早在20世纪80年代就已经在国内翻译出版,到今天,其最重要的著作以及对他的最新研究性传记也都翻译出版^②,但到目前为止,哈特著作的翻译还没有真正带动哈特思想的研究。这当然有着复杂的原因,比如,哈特的研究是建立在西方成熟法律制度的基础上的,其问题意识与我们的法制现状相比似乎有点隔阂;又比如,人们对分析实证法学存在一些误解,如认为它追求法律封闭体系,枯燥乏味等,所以以哈特为代表的分析实证法学在国内学界一直是一个“冷门”。与此相反,西方学界对于哈特的研究可以说每年都有重量级的成果问世,论文数量简

① 代表性的论文除了我在《法律科学》、《比较法研究》以及《法哲学与法社会学论丛》等刊物上发表的几篇论文外(均见于本书相关章节),还有:陈景辉:《作为社会事实的法——实证观念与哈特的社会规则理论》,载于《法哲学与法社会学论丛》2006年第1期;沈映涵:《法律应当如何被确认?——简评德沃金〈哈特的后记与政治哲学的特征〉》,载《西方哲学研究年刊》2006年第1卷;泮伟江:《走向规范性的法律实证主义——超越哈特与德沃金之争》,载《比较法研究》2006年第2期;吴树勰:《用实证主义方法重构法律和语言的关系——哈特对法理学“语言转向”的开创之功》,载《社会科学战线》2006年第2期;郑磊:《退守与坚持——从〈法律的概念〉第二版〈后记〉管窥哈特的学术风格》,载《中南大学学报》(社科版)2006年第2期;李旭东:《法律规范与法律规则——凯尔森与哈特的法律概念之比较》,载《学术交流》2006年第6期;孙笑侠、麻鸣:《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《浙江大学学报》(人文社科版)2007年第1期;苗炎:《哈特社会规则理论的限制》,载《法制与社会发展》2007年第2期;支振锋:《百年哈特——哈特法律思想及研究的主要文献》,载《法律文献信息与研究》2007年第2期,等等。

② 已经翻译的哈特著作有:《惩罚与责任》,王勇、张志铭、方蕾译,华夏出版社1989年版;哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版;《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版。《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,台湾商周出版2000年版(该书由法律出版社在2006年出版了内地修订版);H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版;《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2006年版;妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,湛洪果译,法律出版社2006年版。

直可以用汗牛充栋来形容。^① 这样的冷遇其实是非常不利于我们对于当代西方法律思想的深入理解的,比如著名当代法律哲学家德沃金的思想,基本都是在对哈特的法律思想进行批判的基础上提出来的。如果我们不了解哈特的法律思想,那么我们对德沃金的思想就无法有准确的把握了。

从以上概述的论文的质量来看,国内学界对于哈特的研究在视角、方法以及研究深度上都存在许多的欠缺。姑且不论前面提到的研究哈特者基本都是法理学出身(毕竟“英雄不论出身”),就目前的这些论文反映的情况来看,要么还是属于书评性的,要么就是片面追求某个问题的深度而在立论上显得有些牵强。这些研究都没有真正关注到哈特在思想史上的地位层面。考虑到哈特本人在使英语世界法哲学从没落到振兴的过程中所具有的重要地位,考虑到下面所提到的哈特本人治学的“思想论战”特色,我在本书中试图从一种新的、更具思想史意味的角度来研究哈特。那就是内在思想关系和源流的视角。^② 从这种视角切入,既有利于发现我们按照以前的研究方法所发现不了的那些问题,又有利于我们真切感受哈特和其他西方法律思想家是如何对现实问题寻求理论回答的,从而有利于我们反思自身法制建设的难题,寻找到属于我们自己的理论和思想问题。

所以,本书对哈特法律思想的研究更侧重于一种思想史的研究,其

① 单以相关的哈特研究的专著、纪念文集或传记而言,就有:Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*, Edward Arnold Press, 1981; Michael D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Kluwer Academic Publishers, 1992; Michael Martin, *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart: A Critical Appraisal*, Temple University Press, Philadelphia, 1987; Robert N. Moles, *Definition and Rules in Legal Theory: A Reassessment of Hart and the Positivist Tradition*. Published by Basil Blackwell, 1987; *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, edited by P. M. S. Hacker and J. Raz, Oxford: Clarendon Press, 1977; *Hart's Postscript: Essay on the Postscript to The Concept of Law*, Edited by Jules Coleman, Oxford University Press, 2001; Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004。英语世界的其他关于哈特研究的论文则是汗牛充栋,涉及哈特思想的各个层面,而且也通过这些研究发展出哈特之后的实证主义的不同流派,主要是区分了刚性实证主义和柔性实证主义。我们在后面的章节中会具体涉及相关的重要论文,在此就不一一列出了。有兴趣的读者可参见 Nicola Lacey 在其所著的《哈特的一生》中所列的比较详细的重要文献。

② 国内也有几篇论文试图研究哈特和其他思想家的关系(见本书第4页注释1所列),但只是一种概括性的、外在的比较与总结,而本书提出的思想关系研究则属于内在的,深入把握哈特思想的来龙去脉的研究。

目的是从思想背景、知识场域的视角来把握和弄清哈特对于法律现象的体察与认识。我主要从思想史的内在关联的角度,考察哈特思想的来龙去脉,考察哈特和别的法律思想家之间的论战,考察哈特所依托的知识和思想资源,考察在此基础上哈特在法律思想史上所作出的真正贡献,由此触及法律思想史上的某些一般问题。这样的研究定位与哈特本人的治学特点有密切关系。哈特的一生被称为论战的一生:他的所有思想和洞见都是在与各种对手的论战中发展起来的:这些论战的对手既包括逝去者,更包括在世的人,其中大规模的论战有:哈特—奥斯丁之争,哈特—凯尔森之争,哈特—富勒之争,哈特—德富林之争,哈特—德沃金之争,甚至包括他与诺齐克、罗尔斯等政治哲学家的争论。每一次论战的结果都实质性地推动了法理学的深入发展,而且有的论战还持续一二十年,其中最典型的就是他与富勒及他与德沃金的论战。在整个法学领域,真的很难再找到哈特这样一个一生都在“四面出击,到处树敌”的学者。另一方面,哈特在论战中一直保持着一贯的理论依托和思想立场,只有理解了他所借助的那些理论和思想资源,我们才能更准确地理解他观察法律问题的切入点以及由此提出的规则观。这同样要涉及他与其他哲学或思想流派的关系。具体言之,虽然哈特一生中不断和别的理论对手论战,但他对两种思想基本上是持赞同的立场的,它们分别是功利主义思想与日常语言分析哲学的观念及方法。这两种哲学或政治思潮要么体现在他对社会问题的分析中;要么体现在他对法律现象的描述中;要么就体现在他对这两种思潮的具体捍卫或运用当中。

基于上述分析,如果不从论战的角度,我们的确无法全面把握哈特的主要命题和他的贡献。作为本书主体部分的上篇由此分为六章。第一章从智识背景和思想关系的维度,根据哈特的生平传记,对哈特的法律实证主义思想进行了知识社会学的考察,其用意是要整体展现在思想的场域里面哈特的知识背景、时代关怀以及他与其他法律或哲学思想家之间的思想源流关系;第二章、第三章和第四章分别选取了哈特的三个论战对手,就他们论战的主题分别进行了研究,即哈特对奥斯丁的命令理论的批判;哈特与富勒之间围绕法律与道德的分离主题进行的论战;哈特与德沃金之间就承认规则问题展开的辩论。这三个论题的

选择是经过反复思考的,它们既反映出哈特实证法学的最重要的理论命题,又典型地展现了哈特对在他之前的法律实证主义思想的总结;展现了哈特在其所处时代针对重大社会问题的法律思考;展现了哈特之后西方法律思想得以蓬勃发展的内在逻辑。第五章和第六章则转而关注哈特对功利主义的捍卫以及哈特在法律分析中对于日常语言分析哲学的立场和方法的运用。这两方面的内容说明了哈特法律实证主义的根本立场,国内对此鲜有研讨,尤其是本书通过对法律实证主义与功利主义自由观的关系的梳理,表明了法律实证主义的基本关怀。这一研究在国内还属于开拓性的研究,即使在国外,也很少看到对这方面问题的专门探讨。通过这样的篇章安排,我们从思想关系的视角将哈特的法律思想置于一种思想场域的大背景当中,从而更加清晰地凸现那些我们以前没有注意到的法律实证主义主张;也有利于纠正我们以前对于哈特及法律实证主义的误会;还可以由此使哈特及实证法学的形象变得更加生动饱满。

对于理解哈特的丰富思想而言,以上六章的内容毕竟是相当有限的,尽管它们已经基本勾勒出哈特思想的整体面貌。为了使读者能从更广阔的思想关系的层面,对哈特及其实证主义的观点有更生动和全面的体认,我在本书专门安排了一个下篇,其中有三篇文章:两篇是书评,一篇是论文。有关哈特和奥诺尔合著的《法律中的因果关系》一书的书评展示了哈特运用日常语言分析哲学来分析法律问题时所体现的特色,哈特在此提出了“常识论”的因果观,并对法律的知识和技术视角予以足够的重视,这对于我们理解哈特的语言哲学观来说具有相当的助益,对于我们思考中国法律职业化而言也有不小的启迪;评拉伦茨的《法学方法论》的书评虽然没有直接论及哈特本人的思想,但已经反映出我对于分析实证法学的局限性的一些思考,并促使大家反思拉伦茨、凯尔森等代表的德国法学和哈特的英国法学所遇到的不同问题及其内在的理论差异,从而激发我们对中国法律问题的自觉认识;而论边沁法律语言观和立法科学化文章毋宁是对研究哈特的法律科学观以及语言哲学观所作的必要准备,大家从该文可以看到哈特在受奥斯汀语言哲学的影响之外,其实证主义法学观形成的更深沉的历史渊源。

总之,本书通过不同层面的思想关系的视角,力图更加立体地展现