

哈特如何推导出“规则”及反思

王 忆

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年10月16日; 录用日期: 2023年11月12日; 发布日期: 2023年11月21日

摘 要

哈特重述了奥斯丁的法律命令说, 对以“强制”为中心的理论展开了猛烈批判, 并提出一套“规则”理论进行代替, 并且在论证过程中提出“内在面向”、“内在观点”、“承认规则”、“初级规则”等重要概念。但哈特是如何一步步推导出规则的呢? 如何解释现实情况下人们对初级规则“不接受”但仍产生义务的情形? 哈特用同时具备行为一致性和内在观点的“规则”代替“强制”解释了法律的规范性。本文认为其所指的“规则”带有社会实践的属性, 只有具有社会实践属性的“承认规则”才需要满足“内在观点”的要求, 人们需要“服从”没有社会实践基础的初级规则, 其背后的原因是“承认规则”被官员所“接受”。

关键词

内在面向, 内在观点, 承认规则, 初级规则

How Hart Derived the “Rules” and Reflections

Yi Wang

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 16th, 2023; accepted: Nov. 12th, 2023; published: Nov. 21st, 2023

Abstract

Hart recapitulates Austin’s theory of legal commands, and launches a fierce criticism of the theory centered on “coercion”, and proposes a set of “rule” theory instead. And in the process of argumentation, important concepts such as “internal aspect of rules”, “internal point of view”, “a rule of recognition” and “primary rules” are introduced. But how did Hart derive the rules step by step? How to explain the realities of situations in which people “do not accept” primary rules, but still incur obligations? Instead of “coercion”, Hart explains the normativity of law in terms of “rules”,

which have both behavioural consistency and the internal aspect of rules. The paper argues that the “rules” to which it refers have the attributes of social practices. Only the “rules of recognition”, which have the attributes of social practice, needs to fulfill the requirements of the “internal point of view”. The reason behind people’s need to “obey” primary rules that have no basis in social practice is that a rule of recognition is “accepted” by officials.

Keywords

Internal Aspect of Rules, Internal Point of Rules, A Rule of Recognition, Primary Rules

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

哈特从奥斯丁的抢匪情境出发，在其中加入法律的普遍性、持续性，主权者的至高性、独立性这几种特征，给出了一个加强版本的命令理论。原始版本的抢匪情境认为：法律是以威胁为后盾的命令。为说明法律的普遍性特征，哈特将“命令”转化成“一般命令”；为体现法律的持续性特征，哈特加入了奥斯丁的“普遍服从的习惯”这个概念。此时法律的概念转变为：“以威胁为后盾，而被普遍服从的一般命令” [1]。

哈特进一步考察“发布命令的人”的问题，即“主权者”这个概念，主权者的至高性体现在：其命令为社会的大多数人习惯性的服从。主权者的独立性体现在：他对任何其他人并无习惯性的服从。哈特把这两个特征也置入模型中，重述了奥斯丁命令理论的模型：法律，就是主权者或其下的从属者所发出的，以威胁为后盾的一般命令。

这个模型分为“以服从习惯所指示的主权者”，和“以强制为后盾的一般命令”两个部分，可以简写为：法律 = (服从习惯)主权者 + (强制)命令，哈特接下来的批判和推导便从这里开始。

2. 引人注目的三个异议

哈特首先展开对模型的后半部分，即“强制命令”的批判。他认为将法律化约为命令是失败的，因为这种化约过于单一，法律存在不同的类型，无法和“法律 = (强制)命令”这个模型匹配。为说明这个观点，他提出了三个引人注目的异议，并分别进行检讨。1) 从法律的内容来看，并非所有的法律都在责令人们去做或不要去做某些事，比如存在授权性的法律，授予私人权利、官员权力；2) 从法律的起源模式看，并非所有的法律都是被制定出来的、“有意图”的命令，比如“惯例”就是一个经典反例；3) 从法律的适用范围来看，即使是被制定出来的法律，也未必只是下达给他人的命令，比如存在拘束立法者自身的法律。

(一) 追求统一性是一种扭曲：社会功能

哈特从法律的内容方面，论证了授权性规则和强制命令在社会功能上存在巨大差异：和强制命令类似的刑法科予义务，而授权性规则授予权力。然而，有理论家坚持：法律的分类存在着一种统一性，授权性规则也可以被放进命令论这个简单模型之中，这样做可以使得理论更加简明。于是，哈特进一步指出把法律化约为单一类型的努力是一种偏见，只会造成扭曲。他分别检讨了支持统一性的两个理论：“无效作为一种制裁”和“授予权力规则作为法律的片段”。前者扩大了“制裁”这个概念，将“无效”包

含延伸，事实上二者在性质、目的和逻辑上都存在差异；后者窄化了法律规则，将授权性规则排除在外，而认为这仅仅是法律的片段，这扭曲了不同法律的社会功能，法律的主要功能不是制裁，而是指引，主次颠倒会带来荒谬的结果，必须要看到法律对社会生活的价值，即指引和安排人的生活。

哈特的批判没有止步于将强制命令和明显不同的授权性规则做比较，他更反对那种将法律化约为单一形式的努力，因此花了大篇幅反驳奥斯丁和凯尔森以强制为中心的理论，认为他们犯了主次颠倒的错误。把授权性规则看得比义务性规则更重要似乎是哈特的一种价值判断，哈特认为是授权性规则把人的意图、目的添加到义务之中，这对人的社会生活有独特的价值和意义，人的行动不再是出于对强制命令盲目的顺从，而是在自己的理性指导下计划和生活。

(二) 区分设计并不必要：承诺

哈特再从法律的适用范围方面，通过刑法和强制命令的比较，显示出拘束立法自身的法律和强制命令的不同。哈特先通过“涉己性”和“涉他性”这对对立概念来展现法律和强制命令的区别，为了解释立法的自我拘束性，有理论家提出了一个“区分设计”，把立法者分裂为官方人格和私人人格。哈特认为“区分设计”没有必要，“约定模型”有更优的解释力：他引入了“承诺”这个概念，指出当人承诺约定时，就预设了一套“语词使用规则”，使语词使用正确时，就能改变自身的规范性状态。这就像预先设计一套咒语，咒语使用适当时就能改变人的道德境况。哈特将法律和承诺进行类比，认为法律有同样的特性：通过预先设定的程序，为语词范围内所有人创设权利义务，而负义务的人可能包括立法者。

同样的，哈特也不是仅仅为了说明法律和强制命令的区别在于立法的自我拘束性，而“约定模型”可以解释立法的自我拘束性。哈特又一次暗示了“规则”的特性，命令和法律真正的区别在于一种“先后”。哈特在前文提到，命令本质上是一种愿望的表达：*others should do or abstain from doing certain things* [2]。*others* 一词中隐含着两种角色，胁迫者和被胁迫者。也就是说，在命令理论中，规则是 *someone* 威胁 *others* 的结果；而法律在事实上，规则是前置的，有了规则才可以设定权利义务。

(三) 习惯如何获得法律地位：默示命令？

哈特最后从法律的起源模式方面，通过提出“习惯”这个经典反例，显示出法律和命令的区别。有反对者认为，“习惯”只是一个不值一提的反例，因为习惯并非是一个重要的法源。对此，哈特承认习惯的法源地位并不重要，但若要将其纳入命令理论中，也会带来极大的扭曲。有理论家提出“默示命令”这一概念，将命令的观念从意志之言辞的表达，扩张至对下位者命令不干涉的“默示”表达[1]，这使得命令理论丧失了理论重点。哈特对默示命令提出了两个重要质疑：1) 为什么习惯不能在法官适用和主权者默示之前就成为法律？2) 主权者的未加干涉必然可以推导出“规则应该被服从”的默示表达吗？会不会只是主权者没有关注到？

这两个质疑使得“习惯通过主权者的默示命令”获得法律地位的观点开始动摇。那么习惯究竟如何获得法律地位？要回答这个问题，必须对“法律就是主权者发出的以威胁为后盾的一般命令”进行进一步检讨。仅仅证明法律的多样性，并不足以将“命令”完全排除在法律的概念之外，而只能证明法律除了“命令”以外，还有其他样态。要驳倒命令理论，必须来到这个理论更为根本的地方，即发出命令的“主权者”，而主权者是由“服从习惯”所指示的，因此哈特开始检查“服从习惯”。

3. 立法权威的社会实践基础

我认为哈特对“服从习惯”的检查，是通过对“立法权威的社会实践基础”的追问完成的。是什么样的社会事实，使得法律获得有效性？放在命令模型中，即是在追问：是什么样的社会事实，使得主权者的命令成为法律？奥斯丁给出的回答是“服从习惯”。哈特在“雷克斯王国”的例子中将“服从习惯”代入，发现了其中的不融贯之处：“服从习惯”无法解释法律的“连续性”特征。哈特紧接着引出“规

则”概念，认为“规则的存在和接受”才是立法权威的社会实践基础，因此只有通过规则才能解释法律。为说明规则是什么，哈特将规则和习惯进行比较，他用“内在面向”这个概念来说明规则和习惯的区别，认为对规则的认识必须采取“内在面向”。

（一）服从习惯

服从习惯是指主权者的命令为社会大多数人习惯性的服从。服从习惯是这样一种社会事实：一个国家的成员服从于同一个人，且他们对于这样做的正确性不需要表达任何看法。作为第一任主权者的雷克斯，其命令因“服从习惯”这一社会实践成为法律。

但服从习惯不能解释继承者的命令为何是法律，这使得法律的连续性无法呈现。首先，“服从习惯”作为一个事实，无法自然过渡到继承者的身上。其次，继承者的主权者身份来自前一任主权者的命令，而不是“服从习惯”。那么继承者的主权者身份是存在瑕疵的，无权制定法律。因此哈特认为，存在对某一立法者习惯服从的事实，并不提供“继承者有权利立法”这个陈述的基础，亦不提供“他(继承者)极可能获得服从”这个事实陈述的基础^[1]。

所以，要解释法律的连续性，不能再依赖“服从习惯”这个理由，而要寻找新的理由，一定存在比“服从习惯”更为复杂、一般的社会实践，这个社会实践就是“对授予新立法者继承资格的规则的接受”^[1]。

（二）规则的存在和接受：内在面向

在发现“服从习惯”解释力的局限性之后，哈特提出了自己的论点：立法权威社会实践基础是规则的存在和接受。

为说明“什么是规则”，哈特详细分析了规则和习惯的异同，其相同点是：行动一致性。区别是：偏离规则会受到批判，而偏离习惯则不必然如此；规则具有证立性，对标准的偏离本身就是受到批判的“good reason”，但偏离习惯遭致批评却不一定是正当的；习惯只有外在面向，表现为记录人所观察到的人们行动的一致性；规则不仅有外在面向，还有内在面向，表现为民众反思批判的态度^[1]。

由于存在以上区别，从习惯角度理解规则便不可取，因为这仅仅关注行为本身。应该从“内在面向”角度理解规则，这样才能通过规则去理解行为。再回到雷克斯的例子中可以发现，不仅“法律的连续性”得到了解释，对雷克斯发布命令的行为和人们的服从行为也有了新的理解，表面的行为一致性已经不是关注重点，重点是行动的理由：是前瞻性的规则授予雷克斯及继承者立法权，雷克斯及继承者不仅在立法，而且“有权”立法；人们不仅在普遍服从雷克斯及继任者，同时认可服从他们是“对的”。雷克斯并非在发布命令，而是在提供“标准”，当行为偏离标准时，就会受到批判，也就是说，雷克斯的言辞成为一种“标准”，用于证立对他人的批判、要求他人遵从的要求是否是“对的”，并且人们普遍接受这种证立方式。

4. 规则如何解释义务：内在观点

哈特通过分析规则和习惯的异同，将“规则”引入我们的视野，但这仅仅是亮明观点，尚未进行论证。于是哈特回到奥斯丁的起点：**凡有法律之处，人类的行为在某个意义上就不是随意的，或者说是“具义务性的”**^[1]。哈特认为奥斯丁对这个出发点的掌握是完全正确的，但他反对奥斯丁对义务性的解释，哈特认为“内在观点”能对法律的规范性(具义务性)提供一个更加正确的描述。因此如何将用内在观点解释法律的义务性是哈特的理论重点。

（一）共同的起点：义务性

凡有法律之处，人类的行为在某个意义上就不是随意的，或者说是“具义务性的”。哈特认为虽然奥斯丁的理论虽然是错误的，但是对法律的行为非随意性，也就是“义务性”特征掌握得非常准确。奥斯丁、凯尔森和堪斯的维纳亚学派都用“强制”来解释义务性特征，只是强制的来源不同，奥斯丁认为

来自主权者的命令，凯尔森认为来自规范，堪斯的维纳亚学派认为来自被强迫的心理经验[3]。他们通过对义务性来源的解释，将法律和强制联系起来。哈特要采取相同的论证方式，但是他并不赞同“强制”是义务性的原因，关于这一点哈特已经在前文提供了大量说明和论证，这完全扭曲了法律的功能。哈特要通过引入“内在观点”，将“强制”从法律的概念中排除，使法律和规则建立联系。

(二) 对三种“义务性的来源的解释”的批判

存在三种对义务的解释：奥斯丁“抢匪情境”中的“obliged”(被强迫)、预测性诠释、“压力感或强迫感”。1) 有人认为在奥斯丁的“抢匪情境”中能显示出“obligation”(义务)的意义，这是因为将这个情境描述为：服从是因为“obliged”。哈特认为这混淆了“obliged”(被强迫)和“had an obligation”(有义务)：首先，用“有义务”来描述受害者是错误的；其次，“行为人有义务做某事”和“行为人没有按照义务做事”是不冲突的，但是如果是“被强迫”做某事时，往往代表行为人“已经做了此事”。2) 预测性诠释以负有义务之人在不服从时，会遭受惩罚或“恶害”的机会或可能性来加以界定[1]。即认为有义务是因为行为人的预测，哈特认为这种描述模糊了事实，规则的存在才是预测的前提，法院的行动并非是因为行为人的“预测”，而是因为规则的存在，规则是法院行动的理由或证立。此外，“负有义务”不等于“预测不服从时可能遭受损害”，预测性诠释无法解释违背义务却没有遭到惩罚的情况，我们不能说“未遭受惩罚就没有义务”。3) 还有人将义务和压力感和强迫感等同，其中的荒谬性更加明显，因为我们不能说“未感受到压力就没有义务”，否则厚脸皮者(极可能感受不到压力)终身享有免费午餐。

(三) 内在观点

哈特认为，以上观点之所以错误，有一个更本质的原因：遗漏了规则的内在面向。把法律等同于强制命令的理论家坚持用外在观点陈述、记录可观察的行为的规律性，因此只能记录下违规时的敌对反应、谴责和惩罚的规律性，久而久之在敌对反应和违规行为之间得出关联，因此能够成功做出预测。这如同外星人为扮演正常人类而开始观察人类，以防止自己因偏离而遭到敌对反应，措辞多半是征兆、可能性、预测、规律性，记录“当杀人时，可能会在十分钟后被警察抓走，半年后被枪毙”就像在记录“当燕子低飞时，可能会下雨”一样。这样做遗漏了所观察的人类的一整个面向，也就是从内在观点所看到的规则的内在面向，因此观察者是无法理解接受规则的人是如何看待自己的规律性行为的，也无法理解建立在规则基础上的“义务”和“责任”：持内在观点之人会把规则作为标准，并认为自己因为规则产生了责任和义务，会根据规则指导自己的行为，并批判他人的偏离行为，且把规则作为证立理由，认为这样做是“对的”。因此只有持内在观点，才能有效解释“有义务”，人们并非因为被强迫、预测到不利后果、感受到心理压力才有义务，而是因为义务是规则提供的行为标准，人们不仅认为自己遵守是“对的”，还会认为他人的偏离行为是“错的”，形成了持续的社会压力。

从规则到义务并不存在自然过渡，规则并不必然产生义务，比如礼仪规则，我们无法说我们有义务在结婚时穿礼服。哈特认为只有通过“内在观点”所产生的持续的、强烈的、普遍要求的社会压力，才可以说规则课以了义务。

5. 双重规则理论

我认为上文已经完成了对法律的概念中存在“规则”的证明，但是哈特并没有在这里结束，他紧接着又提出了一个双重规则理论，我对这样的上下文承接关系尝试做出解释：1) 双重规则理论是对前文“法律的多样性”的承接；2) 无法解释现实中当大部分人对法律未持有内在观点时仍负有义务的情况，因此在下文通过“双重规则理论”进行说明。

(一) 初级规则和次级规则

哈特在证明法律的概念中“规则”的存在后，将其和前文法律的多样性问题结合，指出法律内部存

在两种不同性质的规则：课予义务的规则和授予权力(公共或私人)的规则。为说明这两个规则之间的关系，哈特假想了“前法律世界”，这是一个只有“课予义务的规则”的社会，他指出这个简单社会存在不确定性、静态性和无效率三个缺陷，并分别引入承认规则、变更规则和裁判规则这三个授予权力的规则加以克服。因此，授予权力的规则可以对课予义务的规则进行调整，基于这一点，哈特称课予义务的规则为“初级规则”，称“授予权力的规则”为次级规则。

在前法律世界中，社会中的大多数人对初级规则持有内在观点，人们用初级规则作为批判的基础，而我们一旦失去反思批判的态度，社会压力将无法形成。但是很显然，我们并不生活在这样一个简单的世界，我们的义务不会因为我们对于法律的“不接受”而改变，次级规则不仅扩张了初级规则，也对法效力提供了新的解释。

(二) 承认规则：外部陈述

由于承认规则用于补救初级规则的不确定性，承认规则具有提供判准的功能(一种权威性标准)，使得普通民众和官员得以辨识出什么是初级规则。然而承认规则并非以规则形式存在，而是一种事实。

为说明这一点，哈特提出了“内部陈述”和“外部陈述”这对概念：内部陈述是指接受规则但是没有将这一事实表述出来的情形；外部陈述是指不接受规则，但是从观察者角度将其他人接受规则的事实表述出来的情形[4]。“有效力的”这个词最常被用在内部陈述中，是说法体系中某项规则是有效的，而“实效”则和外部陈述联系，说的是法体系普遍有效的事实[1]。

哈特认为，承认规则的陈述是一种外在陈述，承认规则和内部陈述的“有效”“无效”无关，它不存在效力问题，而是一种经验性事实，即法院、政府官员和一般人民，在援引其所含判准以鉴别法律时，所为之复杂但通常是一致的实践活动。因此凡是符合承认规则的判准的规则便是“有效力”的，承认规则这一事实便是效力来源，也就是法律具有拘束力的原因。

(三) 反思与结论

从上文看来，哈特对现实情况下人们对初级规则“不接受”但仍产生义务这个问题给出的解释是：某一规范之所以拥有法律拘束力，是因为它们获得了承认规则的识别。因此无所谓人们是否接受初级规则，只要符合承认规则的判准，人们就有义务遵守法律。退一步说，即使真的制定出没有争议的“完美”法律，但要被所有人“接受”，依然是一个过于高的要求——当今社会的规则纷繁复杂，我们很难要求每个人对每一条法律的理解都达到能够进行“反思批判”的程度[5]，我们不能要求所有人都对一部极少用到的冷门法律了如指掌。如此一来，人们服从某部自身并不“接受”的法律，可能很大程度上是因为不服从这部法律会招致来自政府方面的强大压力。

我们可以回到法体系的成立条件检查这个结论是否正确。哈特的法体系的成立条件存在两种前后不一致的表述：一种表述指出，一个法体系的存在需要承认规则被人们接受，且被用来辨别初级规则；另一种表述指出，一个法体系的存在需要人民服从初级规则，官员接受次级规则[1]。这两种表述都没有要求人们“接受”初级规则。而关于“接受”和“服从”的区别，哈特在批判服从习惯无法解释法律的连续性时给出过线索，接受和“内在观点”有着紧密联系，表现为一种反思批判的态度，“服从”则仅仅是“外在观点”所看到的行为一致性。因此对于法体系的成立来说，无论是民众还是官员，都不要对初级规则持有内在观点。但民众是否需要“接受”承认规则呢？本文倾向于认为民众并不需要“接受”承认规则，因为即使是承认规则，也很难达到“反思批判”的理解程度。

但是问题随之出现了：没有内在观点的初级规则是否还是哈特所说的“规则”？这明显没有符合规则必须的两个重要面向。那么哈特所说的“规则”究竟是什么？本文认为可以从“社会实践”角度理解“规则”的含义，以明确初级规则是否在哈特所指称的“规则”的范围内。哈特在批判奥斯丁“服从观念”无法解释法律的连续性特征时，认为存在一个比服从观念“更为复杂的、一般的社会实践”，即对

“授予新立法者继承资格的规则的接受”。哈特就是用这个语境下的“规则”概念来取代强制命令的，从哈特的表述中可以看出，他此时所指称的“规则”是具有社会实践属性的“承认规则”，而不是初级规则。因此，内在观点仅仅和具有社会实践属性的规则相对应，人们的确只需要“服从”没有社会实践基础的初级规则，其背后的原因是“承认规则”被官员所接受，人们“服从”自身并不接受的法律，也仅仅是凭借强制。如此看来，哈特的双重规则理论也许仅仅是法律规则和社会规则(具有社会实践基础的规则)的结合。

参考文献

- [1] 哈特. 法律的概念[M]. 第三版. 许家馨, 李冠宜, 译. 北京: 法律出版社, 2018: 75-178.
- [2] Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*. 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 42.
- [3] 陈景辉. 什么是“内在观点”? [J]. 法制与社会发展, 2007(5): 4.
- [4] 陈景辉. 法律的界限: 实证主义命题群之展开[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 70.
- [5] 苗炎. 哈特社会规则理论的限度[J]. 法制与社会发展, 2007(2): 156.