

Herbert L.A. Hart: Positivism and the Separation of Law and Morals (1958)

Harvard Law Review 71 (1958), S. 593-629 (593 ff.)

Positivism and the Separation of Law and Morals

593:] In this article I shall discuss and attempt to defend a view which Mr. Justice Holmes, among others, held and for which he and they have been much criticized. [...]

601:] These three doctrines constitute the utilitarian tradition in jurisprudence; yet they are distinct doctrines. It is possible to endorse the separation between law and morals and to value analytical inquiries into the meaning of legal concepts and yet think it wrong to conceive of law as essentially a command. [...]

602 f.:] The simple scheme was this: What is a command? It is simply an expression by one person of the desire that another person should do or abstain from some action, accompanied by a threat of punishment which is likely to follow disobedience. Commands are laws if two conditions are satisfied: first, they must be general; second, they must be commanded by what (as both Bentham and Austin claimed) exists in every political society whatever its constitutional form, namely, a person or a group of persons who are in receipt of habitual obedience from most of the society but pay no such obedience to others. These persons are its sovereign. Thus law is the command of the uncommanded commanders of society – the creation of the legally untrammelled will of the sovereign who is by definition outside the law. [...] [However:] Law surely is not the gunman situation writ large, and legal order is surely not to be thus simply identified with compulsion. [...]

604:] The criminal law consists largely of rules of this sort: like commands they are simply "obeyed" or "disobeyed." But other legal rules are presented to society in quite different ways and have quite different functions. They provide facilities more or less elaborate for individuals to create structures of rights and duties for the conduct of life within the coercive framework of the law. Such are the rules enabling individuals to make contracts, wills, and trusts, and generally to mould their legal relations with others. Such rules, unlike the criminal law, are not factors designed to obstruct wishes and choices of an antisocial sort. On the contrary, these rules provide facilities for the realization of wishes and choices. They do not say (like commands) "do this whether you wish it or not," but rather "if you wish to do this, here is the way to do it." [...]

Positivismus und die Trennung von Recht und Moral

S. 593:] In diesem Artikel werde ich eine Sichtweise diskutieren und zu verteidigen versuchen, welche Richter Holmes, unter anderen, vertrat und für welche er und sie stark kritisiert wurden. [...]

S.601:] Diese drei Lehrsätze bilden zusammen die utilitaristische Tradition in der Rechtswissenschaft; doch sie sind getrennte Lehrsätze. Es ist möglich, die Trennung von Recht und Moral zu befürworten und analytische Untersuchungen zur Bedeutung von Rechtsbegriffen zu schätzen und es dennoch für falsch zu halten, sich Recht im Wesentlichen als Befehl vorzustellen. [...]

S. 602 f.:] Das einfache Schema war dieses: Was ist ein Befehl? Es ist einfach ein Ausdruck des Verlangens durch eine Person, dass eine andere Person eine Handlung vornehmen oder unterlassen sollte, begleitet von der Androhung einer Strafe, die wahrscheinlich auf eine Missachtung hin folgt. Befehle sind Rechtssätze, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens müssen sie allgemein sein; zweitens müssen sie von einer Einheit befohlen werden, die (wie sowohl Bentham als auch Austin behaupteten) in jeder politischen Gemeinschaft unabhängig von ihrer Verfassungsordnung existiert, nämlich einer Person oder einer Gruppe von Personen, denen der grösste Teil der Gemeinschaft gewöhnlich gehorcht, während er anderen keinen solchen Gehorsam entgegenbringt. Diese Personen sind ihr Souverän. Folglich ist Recht der Befehl der nicht selbst befehlsunterworfenen Befehlshaber der Gemeinschaft – die Schöpfung des rechtlich unbeschränkten Willens des Souveräns, der definitionsgemäss ausserhalb des Rechts steht [...] [Allerdings:] Das Recht ist sicher nicht die Raubsituation im Grossformat, und die Rechtsordnung kann bestimmt nicht so vereinfachend mit Zwang gleichgesetzt werden. [...]

S. 604:] Das Strafrecht besteht grösstenteils aus Regeln dieser Art: Wie Befehle werden sie einfach "befolgt" oder "missachtet". Aber andere Rechtsregeln werden der Gemeinschaft auf ganz andere Arten präsentiert und haben ganz andere Funktionen. Sie bieten mehr oder weniger ausgearbeitete Einrichtungen für Individuen an, um Strukturen von Rechten und Pflichten zu schaffen für die Lebensführung innerhalb der Zwangsordnung des Rechts. Dazu gehören die Regeln, die Individuen den Vertragsschluss, Testamente und Stiftungen ermöglichen und allgemein ihre Rechtsverhältnisse mit anderen auszugestalten. Solche Regeln, anders als das Strafrecht, sind keine Instrumente, die geschaffen wurden, um asoziale Wünsche und Entscheidungen zu verhindern. Sie stellen im Gegenteil Instrumente bereit für die Verwirklichung von Wünschen und Entscheidungen. Sie sagen nicht (wie Befehle) "tu das, ob Du es wünschst oder nicht", sondern vielmehr "wenn Du das zu tun wünschst, dann ist dies der Weg, es zu tun". [...]

606:] Rules that confer rights, though distinct from commands, need not be moral rules or coincide with them. Rights, after all, exist under the rules of ceremonies, games, and in many other spheres regulated by rules which are irrelevant to the question of justice or what the law ought to be. Nor need rules which confer rights be just or morally good rules. The rights of a master over his slaves show us that. [...]

607 f.:] We may call the problems which arise outside the hard core of standard instances or settled meaning "problems of the penumbra"; they are always with us whether in relation to such trivial things as the regulation of the use of the public park or in relation to the multidimensional generalities of a constitution. If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. [...]

622:] Yet in two respects I should wish to go further (even though this involves the use of a philosophical fantasy) and show what could intelligibly be meant by the claim that certain provisions in a legal system are "necessary." [...]

623:] [S]uppose that men were to become invulnerable to attack by each other, were clad perhaps like giant land crabs with an impenetrable carapace, and could extract the food they needed from the air by some internal chemical process. In such circumstances (the details of which can be left to science fiction) rules forbidding the free use of violence and rules constituting the minimum form of property - with its rights and duties sufficient to enable food to grow and be retained until eaten - would not have the necessary nonarbitrary status which they have for us, constituted as we are in a world like ours. At present, and until such radical changes supervene, such rules are so fundamental that if a legal system did not have them there would be no point in having any other rules at all. Such rules overlap with basic moral principles vetoing murder, violence, and theft; and so we can add to the factual statement that all legal systems in fact coincide with morality at such vital points, the statement that this is, in this sense, necessarily so. And why not call it a "natural" necessity? [...]

623 f.] [I]t seems to me that above this minimum the purposes men have for living in society are too conflicting and varying to make possible much extension of the argument that some fuller overlap of legal rules and moral standards is "necessary" in this sense.

S. 606:] Regeln, die Rechte gewähren, obgleich von Befehlen verschieden, müssen nicht moralische Regeln sein oder mit diesen übereinstimmen. Rechte gibt es ja auch nach den Regeln von Zeremonien, Spielen und in vielen anderen geregelten Bereichen, die irrelevant sind für Frage der Gerechtigkeit oder des richtigen Rechts. Auch Regeln, die Rechte gewähren, müssen weder gerecht noch moralisch gut sein. Die Rechte eines Herren über seine Sklaven zeigen uns das. [...]

S. 607 f.:] Wir können die Probleme, die ausserhalb des harten Kerns von Standardfällen oder etablierten Bedeutungen entstehen als "Probleme des Graubereichs" bezeichnen; wir haben ständig mit ihnen zu tun, sei es in so trivialen Sachen wie der Benutzungsordnung eines öffentlichen Parks, sei es bei den mehrdimensionalen Verallgemeinerungen in einer Verfassung. Wenn ein Graubereich der Unsicherheit notwendigerweise alle rechtlichen Regeln umschliesst, dann kann deren Anwendung auf bestimmte Fälle in diesem Graubereich keine Frage logischer Deduktion sein, und folglich kann die deduktive Methodik, die seit Generationen als Inbegriff menschlicher Begründung verehrt wurde, nicht als Modell dienen dafür, wie Richter und alle anderen vorgehen sollten, um einzelne Fälle unter allgemeine Regeln zu subsumieren. [...]

S. 622:] Aber in zweierlei Hinsicht möchte ich weiter gehen (auch wenn das den Gebrauch einer philosophischen Phantasie beinhaltet) und zeigen, was vernünftigerweise gemeint sein könnte mit der Forderung, dass bestimmte Normen in einem Rechtssystem "notwendig" seien. [...]

S. 623:] Angenommen, Menschen wären nicht mehr verwundbar durch gegenseitige Angriffe, vielleicht weil sie wie gigantische Landkrebse mit einem undurchdringlichen Panzer überzogen wären und die Nahrung, die sie brauchten, aus der Luft mittels eines chemischen Prozesses extrahieren könnten. Unter diesen Umständen (deren Details der Science Fiction überlassen bleiben können) würden Regeln, welche den freien Gebrauch von Gewalt verbieten, und Regeln, welche die minimale Form von Eigentum festlegen - mit ausreichenden Rechten und Pflichten, um Essen wachsen zu lassen und bis zum Verzehr behalten zu dürfen - nicht den notwendigen, der Beliebigkeit entzogenen Status besitzen, den sie für uns haben, so wie wir jetzt in einer Welt wie unserer leben. Zurzeit und bis sich derart radikale Veränderungen ergeben sind solche Regeln so grundlegend, dass es unsinnig wäre, überhaupt irgend welche anderen Regeln zu haben, wenn ein Rechtssystem diese nicht hätte. Solche Regeln überschneiden sich mit grundlegenden moralischen Prinzipien, die Mord, Gewalt und Diebstahl verbieten; und so können wir zu der Behauptung, dass alle Rechtssysteme tatsächlich mit der Moralität in derart wesentlichen Punkten übereinstimmen, die Aussage hinzufügen, dass das in diesem Sinne notwendig so ist. Und warum soll man das nicht eine "natürliche" Notwendigkeit nennen? [...]

623 f.] Mir scheint, dass oberhalb dieses Minimums die Gründe, die Menschen für das Leben in der Gemeinschaft haben, zu widersprüchlich und unterschiedlich sind, um dieses Argument möglicherweise dahingehend zu erweitern, dass eine grössere Überschneidung von Rechtsregeln und moralischen Standards in diesem Sinne "notwendig" sei.

Another aspect of the matter deserves attention. If we attach to a legal system the minimum meaning that it must consist of general rules - general both in the sense that they refer to courses of action, not single actions, and to multiplicities of men, not single individuals - this meaning connotes the principle of treating like cases alike, though the criteria of when cases are alike will be, so far, only the general elements specified in the rules. It is, however, true that *one* essential element of the concept of justice is the principle of treating like cases alike. This is justice in the administration of the law, not justice of the law. So there is, in the very notion of law consisting of general rules, something which prevents us from treating it as if morally it is utterly neutral, without any necessary contact with moral principles. Natural procedural justice consists therefore of those principles of objectivity and impartiality in the administration of the law which implement just this aspect of law and which are designed to ensure that rules are applied only to what are genuinely cases of the rule or at least to minimize the risks of inequalities in this sense. [...]

Noch ein anderer Aspekt der Sache verdient Aufmerksamkeit. Wenn wir mit einem Rechtssystem mindestens die Bedeutung verbinden, dass es aus allgemeinen Regeln bestehen muss – allgemein sowohl in dem Sinn, dass sie sich auf Handlungsweisen, nicht Einzelhandlungen, und dass sie sich auf Mehrheiten von Menschen, nicht einzelne Individuen beziehen – dann impliziert diese Bedeutung das Prinzip der Gleichbehandlung gleicher Fälle, wiewohl die Kriterien, wann Fälle gleich sind, sich bisher nur aus den Tatbestandsmerkmalen ablesen lassen, die in der Regel bestimmt wurden. Es ist jedoch richtig, dass *ein* wesentliches Element des Gerechtigkeitsbegriffs das Prinzip der Gleichbehandlung gleicher Fälle ist. Das ist die Gerechtigkeit bei der Rechtsanwendung, nicht die Gerechtigkeit des Rechts selbst. Folglich haben wir schon in der blossen Einsicht, dass Recht sich aus allgemeinen Regeln zusammensetzt, etwas, das uns hindert, es zu behandeln, als ob es moralisch völlig neutral wäre, ohne irgendeine notwendige Beziehung zu moralischen Prinzipien. Natürliche prozedurale Gerechtigkeit besteht demnach aus denjenigen Prinzipien der Objektivität und Unparteilichkeit bei der Rechtsanwendung, welche gerade diesen Aspekt des Rechts verwirklichen und welche als Sicherung gestaltet wurden, damit Regeln nur auf die wirklichen Fälle dieser Regel angewendet oder jedenfalls die Risiken von Ungleichheiten in diesem Sinne minimiert werden. [...]