

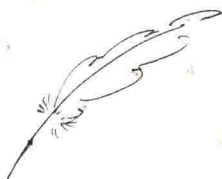
Springer

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

德意志古典法学从编

黄涛 吴彦◎主编



[瑞典]宾德瑞特 (Uta Bindreiter) ◎ 著

为何是基础规范

——凯尔森学说的内涵

Why Grundnorm?

A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine

李佳 / 译



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

Springer

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

德意志古典法学丛编

黄涛 吴彦 ● 主编



[瑞典]宾德瑞特 (Uta Bindreiter) ● 著

为何是基础规范

——凯尔森学说的内涵

Why Grundnorm?

A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine

李佳 / 译



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

为何是基础规范: 凯尔森学说的内涵/ (瑞典) 宾德瑞特 (Uta Bindreiter) 著; 李佳译. —北京: 知识产权出版社, 2016. 3

(西方传统: 经典与解释—德意志古典法学丛编)

原书名: Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine

ISBN 978-7-5130-4065-5

I. ①为… II. ①宾… ②李… III. ①法学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 031634 号

Translation from the English language edition:

“Why Grundnorm?: A Treatise on the Implications of Kelsen's

Doctrine” by U. Bindreiter (edition: I; year of publication: 2002);

ISBN 978-90-411-1867-7

Copyright © 2002 Springer, The Netherlands

As a part of Springer Science + Business Media

All Rights Reserved

责任编辑: 倪江云

装帧设计: 张 冀

责任校对: 董志英

责任出版: 刘译文

西方传统: 经典与解释—德意志古典法学丛编

为何是基础规范

——凯尔森学说的内涵

[瑞典] 宾德瑞特 (Uta Bindreiter) 著

李 佳 译

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责任编辑: 010-82000860 转 8541

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2016 年 3 月第 1 版

字 数: 305 千字

ISBN 978-7-5130-4065-5

京权图字: 01-2011-7010

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责任编辑: wangyumao@cnipr.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书

印 张: 11.75

印 次: 2016 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

缘 起

自严复译泰西政法诸书至本世纪四十年代，汉语学界中的有识之士深感与西学相遇乃汉语思想史无前例的重大事变，孜孜以求西学堂奥，凭着个人的禀赋和志趣选译西学经典，翻译大家辈出。可以理解的是，其时学界对西方思想统绪的认识刚刚起步，选择西学经典难免带有相当的随意性。

五十年代后期，新中国政府规范西学经典译业，整编四十年代遗稿，统一制订新的选题计划，几十年来寸累铢积，至八十年代中期形成振裘挈领的“汉译世界学术名著”体系。虽然开牖后学之功万不容没，这套名著体系的设计仍受当时学界的教条主义限制。“思想不外乎义理和制度两端”（康有为语），涉及义理和制度的西方思想典籍未有译成汉语的，实际未在少数。

八十年代中期，新一代学人感到通盘重新考虑“西学名著”清单的迫切性，创设“现代西方学术文库”。虽然从译现代西方经典入手，这一学术战略实际基于悉心疏理西学传统流变、逐渐重建西方思想汉译典籍系统的长远考虑，翻译之举若非因历史偶然而中断，势必向古典西学方向推进。

九十年代以来，西学翻译又蔚然成风，丛书迭出，名目繁多。不过，正如科学不等于技术，思想也不等于科学。无论学界译了多少新兴学科，仍似乎与清末以来汉语思想致力认识西方思想大传统这一未竟前业不大相干。晚近十余年来，欧美学界重新翻译和解释古典思想经典成就斐然，汉语学界仅仅务竞新奇，仅限时下“主义”流变以求适时，西学研究终不免以支庶续大统。

西方思想经典即便都译成了汉语，不等于汉语学界有了解读能力。西学典籍的汉译历史虽然仅仅百年，积累已经不菲，学界的读解似乎仍然在吃夹生饭——甚至吃生米，消化不了。翻译西方学界诠释西学经典的论著，充分利用西方学界整理旧故的稳妥成就，於庚续清末以来学界理解西方思想传统的未尽之业意义重大。译界并非不热心翻译西方学界的研究论著，甚至不乏庞大译丛之举。显而易见的是，这类翻译的选题基本上停留在通史或评传阶段，未能向有解释深度的细读方面迈进。设计这套“西方传统：经典与解释”，旨在推进学界对西方思想大传统的深度理解。选题除顾及诸多亟待填补的研究空白（包括一些经典著作的翻译），尤其注重选择思想大家和笃行纯学的思想史家对经典的解读。

编、译者深感汉语思想与西方接榫的历史重负含义深远，亦知译业安有不百年积之而可一朝有成。

刘小枫

2000年10月于北京

“德意志古典法学丛编” 出版说明

19 世纪下半期以降，实证主义和历史主义催生了法学的专业化和技术化，法学视野日趋狭窄。在 20 世纪的法律思想中，实证法学、社会法学、经济分析法学占据了法学的大半江山，现代法学十分“自觉地”排除有关制度与德行的思考，规范主义振振有辞，鄙夷有关法理之学的哲理思考，法学最终沦为律师的技艺。

德意志古典法学有关政法之理的思考极其深刻，其对共同体秩序的反思，对制度之品质的思考，足以令专业化的法律人汗颜。德意志古典法学想要揭示一切社会现象的本质，揭示人类的本真的政治存在，它将制度设计与共同体的美好生活关联起来，为反思社会现象提供基本尺度和范式。不仅如此，现代法学中的大部分观念及概念，早已在德意志古典作品中埋下伏笔。

德意志古典法学哲学化色彩成分极重，而非当今有板有眼之学术论文。凡此种种，均给阅读和理解带来了巨大困难。长期以来，对于隐藏在德意志古典大家作品中的政治法理，学人们仅停留于引证片段字句，未能有深入细致之钻研。本丛编不从意识形

态的宏大叙事入手，亦不从流行的概念体系入手，而从德意志古典作品中政治法理的疏释入手，讲述政法学问和道理，引导有关政治法理之独立思考。

政法之理如人生之理，离不开深刻的哲学反思，诚如个人向往美好的人生，一个社会、一个国家亦会向往美好的共同体生活。尤其是在亟亟于变革的当下中国，我们完全有必要反顾德意志古典政法思想的印迹。

古典文明研究工作坊

西方经典编译部丁组

2012年9月

致 谢

应该感谢我最尊敬的导师——亚历山大·佩策尼克（Aleksander Peczenik）教授，我学习的大部分时期都得到了他的指导与教诲。如果没有他的慷慨帮助，我无法取得突出成绩。

我和佩策尼克教授探讨了在基础规范问题上采用新的研究方法这一最初设想。在每周的例行会议上，佩策尼克教授都会对我的研究提出一些实质性的处理意见和评论。此外，在佩策尼克教授家里所举办的气氛融洽的凯尔森研讨会上，我有幸受邀向广大听众提交我的部分学术研究手稿。

我悉心听取他的提议，并认真执行，随时迎接批评与建议，他的帮助总是那么及时。简言之，佩策尼克教授以他的热情、慷慨和宽容，尽其所能给予我所期待的帮助。

此外，还要感谢拉尔斯·林达尔（Lars Lindahl）教授，在我学习的初期，是他指导我。正是因为他的帮助，我的著作才得以发表。林达尔教授极有耐心与善心，他启发我去研究一些法律理论问题，并告诫我在研究凯尔森的过程中可能会遭遇的疑难问

题。在此感谢他。

我也要感谢扬·埃弗斯（Jan Evers）教授，他督促我完成了有关基础规范问题的第一次研究，基于他的关心，在此过程中，我经常与他就凯尔森理论的各个方面进行深入探讨。

还要衷心感谢斯坦利·鲍尔森（Stanley L. Paulson，圣路易斯华盛顿大学）教授，他有关凯尔森的专业知识给了我莫大的帮助。鲍尔森教授耐心、极其负责地回答我的疑问，并提出了一些建设性的、批判性的和有价值的建议。阅读鲍尔森教授的著作和文集，也给了我莫大的收获。

而且这些帮助并不局限于当时。有关宪法性法律和欧共体法律问题的建议，我还得向乔金姆（Joakim Nergelius）教授致谢，他对本书的初稿提出过很多宝贵的意见。

还有很多人，他们也对我所研究的主题表示出很大的兴趣与关注，并向我提供了极有价值的资料。在此，特别感谢古纳尔·贝伊赫尔兹（Bergholtz Gunnar，隆德大学）、Jes Bjarup（斯德哥尔摩大学）、霍斯特·德雷尔（Horst Dreier，维尔茨堡大学）、斯韦恩·英格（Svein Eng，奥斯陆大学）、阿克·弗朗博格（Åke Frändberg，乌普萨拉大学）、Sverker Gustavsson（乌普萨拉大学）、Pär Hallström（犹米娅大学）、诺伯特·赫斯特（Norbert Hoerster，美因茨大学）、Carl Michael Quitzow（隆德大学）、托本·斯巴克（Torben Spaak，乌普萨拉大学）、卡尔罗·图奥里（Kaarlo Tuori，赫尔辛基大学）、罗伯特·沃尔特（Robert Walter，维也纳大学）、Lotta Vahlne Westerhäll（哥德堡大学）。

对于隆德大学法学院，我很感激他们的鼓励与支持。我要向下列教授表达致谢，他们是迈克尔·波格丹（Michael Bogdan）、Kjell Åke Modéer、Torsten Sandström、彼得·韦斯特伯格（Peter Westberg）。我的同事们也以各种方式向我提供了帮助。借此机会，向 Ulf Linderfalk、乔金姆、Gregor Noll、David Reidhav 以及 Christoffer Wong 表达感谢。他们的批判与有效建议，增进了我们

之间的良好友谊。

感谢隆德大学及法学院图书馆的工作人员——特别是图书管理员 Olle Serin，他以高效的方式、负责的态度帮我解决了很多问题。此外，感谢 Yvonne Bylén、Kerstin Engstrand 和 Gert Tuwesson。

如果没有那些慷慨的机构提供资金支持，我的研究也是不可能顺利完成的。感谢 *HSFR* 对我三年的资助，法学院对我第四年所提供的赞助，以及 *Emil Heijnes* 基金研究会、埃克伯格助学金基金 1 号、艾美奖研究基金。

最后，再次感谢下列教授 Dagmar Falk、Christian Hathén、Hans Klette、佩策尼克（均来自隆德大学）以及斯坦利·鲍尔森教授（圣路易斯华盛顿大学）、霍斯特·德雷尔教授（维尔茨堡大学）、Sebastián Urbina 教授（帕尔玛大学）。在我的学术道路上，他们从始至终都给予了我莫大的精神鼓励。

宾德瑞特

2000 年 4 月 25 日

于隆德大学

中译本说明

在有关规范性的起源和演进的众多理论当中，迄今为止发展最为完善的当属凯尔森的“纯粹法学”，它是最丰富且最具逻辑性的理论。凯尔森意图从内部出发重构法律，旨在将法律构建成封闭的、连贯的、动态的系统，并且这个系统是由有等级秩序之分、有约束力的规范组成。但要想这种重构获得成功，凯尔森就必须超越实在法体系，去寻找一个法律之外的、非实在性的规范——基础规范。

基础规范理论出现在凯尔森《纯粹法学》第2版，以及他1960年以后的部分主要著作当中。为了将法律理解为有约束力的法律规范体系，有必要预设一个基础规范。借助基础规范理论，凯尔森提出了有关规范性来源的合理论证。法律体系中的基础规范，是法律论证过程中一个概念性的前提预设，所以它也被理解成是整个法律体系有效性的终极“根据”。

本书阐述的主题是法律约束力的渊源和基础。在本书中，作者不仅对凯尔森基础规范的抽象理论进行了梳理，而且更重要的是，在后凯尔森时期，他以一种辩证发展的视角去理解凯尔森的

基础规范，并尝试着解读近现代欧盟（欧共体）法律理论所面临的新现象。作者意在努力保持凯尔森基础规范理论的普适性。因此，本书颇具时代感，不失为将经典抽象理论与当代法律实务进行有机结合的有益尝试。本书是作者在瑞典隆德大学的博士论文，隆德大学是瑞典最负盛名以及斯堪的纳维亚半岛最大的教学研究高教机构之一，也是世界百强大学。

纯粹法学的独特论证方式，在根本上有别于德意志古典法学的立场，并且，在很大程度上是作为德意志古典法学的对立面出现的。之所以译此书，正是为了揭示这一实证主义时代集大成的法律思维方式究竟在何种意义上偏离了德意志古典法学传统，尽管同时我们也有必要意识到，这一体系又是建立德意志古典哲学尤其是新康德主义的哲学思想之上的。

李 佳

2013 年 3 月于北京柳芳寓所

缩 略 语 表

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts-und Wirtschafts – Philosophie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CMLR	Common Market Law Review
ECJ	European Court of Justice
ECR	European Court Reports
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
GG	Grundgesetz
JCMS	Journal of Common Market Studies
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet
JZ	Juristenzeitung

LIEI	Legal Issues of European Integration
LQR	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NN	Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes, ed. and trans. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1998).
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
RomF	Romfördraget
SvJT	Svensk Juristtidning
TEU	Treaty on European Union
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
WRS	Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Ed. Hans Kelsen <i>et al.</i> , 2vols. (Vienna: Europa Verlag, 1968)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht

凯尔森主要著作缩写

ASL	Allgemeine Staatslehre (1925)
ATN	Allgemeine Theorie der Normen (1979)
GT	General Theory of Law and State (1945)
HP	Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911, 2nd edn. 1923)
LT	Introduction to the Problems of Legal Theory (1934) [trans. of RR 1]
PS	Das Problem der Souveränität und die Theorie des

Völkerrechts (1920)

PTL Pure Theory of Law (1967) [trans. of RR 2]

RR 1 Reine Rechtslehre (1934)

RR 2 Reine Rechtslehre (1960)

目 录

缘 起 / *i*

“德意志古典法学丛编”出版说明 / *i*

致 谢 / *i*

中译本说明 / *i*

缩 略 语 表 / *i*

导 读 / 1

1. 著述要旨 / 1

2. 术语和学说 / 3

2.1 有效性 / 3

2.2 可适用性 / 8

2.3 合法性 / 8

3. 方法和限定 / 10

4. 结 构 / 12

第一部分 传统理论：凯尔森 v. 哈特

导 论 / 19

第一章 凯尔森的基础规范学说 / 24

简 介 / 24

1.1 纯粹法学中的基础规范（1960年） / 30

1.1.1 行为规范和/或资格规范 / 31

1.1.2 “有效性的基础”与“有效性的证成” / 37

1.2 1960年之后凯尔森对其学说的解释 / 43

1.2.1 “论法律有效性的基础”（1960年） / 43

1.2.2 “法律的自我规定”（1963年） / 47

1.2.3 “宪法的功能”（1964年） / 50

1.2.4 “斯通教授与纯粹法学”（1965年） / 58

1.3 小 结 / 62

第二章 哈特的承认规则学说 / 69

简 介 / 69

2.1 承认规则——一个资格规则，一个概念规则，还是一个义务强加规则？ / 70

2.1.1 一个资格规则？ / 75

2.1.2 一个概念规则？ / 80

2.1.3 一个义务强加规则？ / 87

2.2 承认的瞬间 / 93

2.3 小 结 / 98

第三章 学说的选择 / 100

第二部分 法律意识

第一章 基础规范的预设（I） / 107

1.1 凯尔森关于基础规范遵守主体的观点 / 108

1.2 “预设”的重构 / 122

1.2.1 佩策尼克：基础规范的转化 / 122