



德语法学思想译丛

法治国作为中道

汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集

张 龔 / 编译



Rechtsstaat als Mittelweg

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



德语法学思想译丛

Rechtsstaat als Mittelweg

法治国作为中道

汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集

张 龔 / 编译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治国作为中道 : 汉斯·凯尔森法哲学与公法学论
集 / 张龔编译. —北京 : 中国法制出版社, 2017. 4

ISBN 978-7-5093-8090-1

I. ①法… II. ①张… III. ①凯尔森 (Kelsen, Hans 1881—
1973) —法学—思想评论—文集 IV. ①D909.712-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 030050 号

策划编辑 王雯汀

责任编辑 王雯汀 靳晓婷

封面设计 蒋 怡

法治国作为中道

FAZHIGUO ZUOWEIZHONGDAO

编译 / 张 龔

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2017 年 6 月第 1 版

印张 / 15.75 字数 / 342 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8090-1

定价: 49.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66060794

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



德语法学思想译丛

本书系教育部人文社科项目（项目编号：11YJC820172）的阶段成果
本书系中国人民大学法律与全球化研究中心国际法理学项目的阶段成果

序 言

受张龔先生之托，为他编译的《法治国作为中道——凯尔森法哲学与公法学论集》作序，不胜喜悦。2005年我在德国基尔大学法学院与他相识，当时他还是阿列克西教授的博士生。或许是因为我们的办公室只有一墙之隔，他时常询问我有关凯尔森的法学问题。2010年他毕业回国任教。承蒙邀请，我参加了由他筹备的纪念凯尔森诞辰130周年的学术研讨会，会议影响甚大，在欧洲亦受到关注。会后他提出编译一本研究凯尔森思想的文集，不久便发给我一个堪称精当的文章目录。论集收录了多篇我的文章，想到我对凯尔森的研究可以译成中文，与中国学者共同思考，我为此深感荣幸。

回顾凯尔森漫长的学术生涯，他的理论有着非常广泛的涉猎面。若是一定要对之加以概括，大致可以归纳出九个领域：第一，法哲学与法律理论；第二，规范理论，就某些目的而言，它与第一个领域有所不同，特别是在凯尔森的后期学说中；第三，公法理论（国家法学），尤其是宪法；第四，宪法起草技术，也即凯尔森参与1920年10月通过的宪法草案的编写工作；第五，长达10年担任宪法法院法官的职务，在由他于1920年宪法当中首创的宪法法院里听审案件；第六，国际公法，其范围包括从认识

论上的法律一元主义到关于联合国宪章的重大作品；第七，针对法律相关议题的人种社会学的研究，包括重要作品《报应与因果》（The Hague, 1940）；第八，尽可能最广泛意义上的政治理论，范围从早期对奥地利选举法的评论到联邦主义，以及对自由民主的经典辩护；第九，对古希腊哲学，特别是柏拉图的研究。

除却这些领域，还令人最为关心的问题是：何者居于凯尔森法哲学的内核？是什么使得人们对于解释他的作品有着非凡的兴趣？此种兴趣一直持续着，在这位“20世纪法学家”辞世40多年之后，人们对他的兴趣更是与日俱增，如2009年在牛津大学召开的凯尔森法学思想研讨会，以及2011年在中国人民大学召开的纪念凯尔森诞辰130周年大会。在我看来，答案就是规范性，它居于凯尔森法哲学思想的核心。

19世纪末，在一篇标题为《规范与自然法则》的文章中，巴登新康德主义哲学家文德尔班提出了规范性概念。正如凯尔森所理解的，他约略勾勒出一个基本的区分，规范学科有别于自然科学。利用文氏的区分，凯尔森在其首部专著《国家法学的主要问题》（1911）的开篇罗列了各种规范学科，不仅包括伦理学、美学、逻辑学以及哲学，还包括法律科学。凯尔森从一开始就批评，自然主义对当时法律科学那种非常现实的入侵是如此顽固，而文德尔班对规范与自然主义的区分则为这位青年法学家的思想磨坊提供了有益的谷物。法律科学是一门规范科学，也就是说，是一门非自然主义的科学，凯尔森为自己设定的任务就在于表明法学实际上正是如此。

可以确定的是，凯尔森用以替代自然主义的大部分建设性作品都来得有些迟，他以新康德主义教义作为其理论出发点。在其最早的作品，如《国家法学的主要问题》，以及10年之后的《社会学和法学的国家概念》（1922）中，凯尔森的任务是援引论据说明，自然主义在法律科学中是一

个错误。作为例证，可以回顾他对耶利内克法律理论的批评，这会令人获益良多。耶氏的两层国家理论除了包含用以表达法之事实维度的“社会的”或曰“历史社会的”的一面以外，还描绘了“规范的”或曰“非自然主义的”维度，也就是“法律—规范的”一面，它无法化约到任何事实层面。然而，凯尔森非常正确地指出，在耶利内克的观点下，法律规范不会是“‘实然’——规则之外的任何事物，而‘应然’则——在心理上——反映了个人主观意识中受规则支配的行为”。由于建立在“彻底地以心理学为法律规范之导向”的基础之上，耶利内克的法理论说白了不过是自然主义的一个种类。

应该说，凯尔森论及耶利内克思想中的心理学导向绝非偶然。其理论中的反自然主义是在同期哲学上发展出来的其他反自然主义规划的反映，包括在逻辑学和知识论中反对心理主义的运动，也就是说，反对将这些领域内的素材化约为心理学现象。在对19世纪晚期有心理学倾向——或者用贬义的表达“心理学化倾向”——的逻辑学家的众多批评者当中，值得一提的首先是有哲学倾向的数学家戈特洛布·弗雷格和从数学家转为哲学家的埃德蒙·胡塞尔。凯尔森深知胡塞尔在此处的意义。

事实上，弗雷格与胡塞尔不过是20世纪末反对自然主义的大量哲学家中最为知名的两位。自然主义向心理学的转向可以充当例证。实验心理学中的激进派——其中最杰出者有瓦尔德·屈尔佩和爱德华·布拉德福特·铁钦纳——与大师威廉·冯特一道，在19世纪末实现了突破，在纯粹经验的基础上重构心理学。在反自然主义的批评者中，当推新康德主义哲学家海因里希·李凯尔特和胡果·闵斯特伯格。虽然就心理学来说两人支持的都是激进派的自然主义立场，但他们所共同寻求的是维护社会科学或人文领域内的自治。作为冯特影响力的反映，这些学科在早期都被看作心

理学的基础，正是因此，依据自然主义重构的心理学将之视为一种重大的威胁。

简言之，凯尔森同其他哲学中人一道从事着一项共同的事业：与自然主义展开战斗以维护相关学科——如逻辑学、此种或彼种社会科学、法律科学——的固有规律性。在后期的论点中，凯尔森精心制作了自然主义的替代物，其所凭借的正是新康德主义的作品。

就凯尔森法理论中新康德主义的维度而言，一些评论追溯到了康德和马尔堡新康德主义者赫尔曼·柯亨的作品，并且争辩说，凯尔森的学术轨迹是继受了康德哲学或新康德主义的“回溯式”超验论证，目的是证成自己所代表的法律科学的非自然主义或曰规范理论的立场。基础规范，或更精确地说，归责的范畴，充当着合理的超验论证中的预设范畴，条件是再没有什么可对这种预设范畴进行有效的替代。然而，无论凯尔森还是任何其他人都不能表明这一点，尽管凯尔森的作品有时候看起来好像他可以做到似的。

尽管说，将超验论证归功于凯尔森可以找到文本上的支持，但另外一条同样有着文本支持的进路似乎更具说服力。这一进路反映了巴登新康德主义哲学对凯尔森的影响。在此处特别令人感兴趣的是关于方法论形式的学说，它在法律科学中充当的是凯尔森的“规范性法律”（Rechtsgesetz）。

作为文德尔班的学生，李凯尔特在1915年文德尔班逝世之后，成为新康德主义巴登学派的领袖人物。在他最后一本专著《知识的对象》（第6版，1928）中，李凯尔分区分了客观现实的“构成性范畴”与“方法论的形式”，前者的例证是永久性的范畴，而后者则是各种不同的常设学科的重要组成部分。李凯尔特的基本理念是，在超验上构成的客观现实，必须与对客观现实给定的材料的加工严格区分开来。客观现实通过现实的范

畴得以构建，与此同时，对客观现实中材料的加工则是方法论形式的工作，它存在于常设学科当中。李凯尔特提供了合规律性（Gesetzlichkeit）作为自然科学中方法论形式的例子。事实上，这个例子必须被用作自然科学中方法论形式的种类（genus），因为它可适用于所有的自然科学学科。而这一种类形式的各种类型对于各种不同的学科来说都是特有的。因此，就如李凯尔特所主张的，物理学有其自身的方法论形式，心理学同样如此。

法律科学也有自己独特的方法论形式，即归责，或者如凯尔森时有提及的“规范性法律”。如他所释，“就如自然法则关联的是作为原因的特定实质事实和作为结果的另一个实质事实，规范性的法则联结的则是法律条件和法律结果（所谓的非法行为的结果）。如果说联结实质事实的模式是因果性的，那么另外一种联结模式则是归责，在法的纯粹理论中，归责被视为法律独有的合法性，被视为法律的自治。”

总之，凯尔森所从事的事业既是反自然主义的斗争，同时还谨守法律的自治，以及由此类推，维护法律科学的纯粹性。纵观凯尔森的一生，法哲学与公法学是他全部的事业，而“规范性”则是这一事业的点睛之笔。

斯坦利·L. 鲍尔森

目 录

CHAPTER 1	凯尔森的生平与影响.....	001
	汉斯·凯尔森自传	〔德〕马提亚斯·耶施泰特 003
	20 世纪法律实证主义的里程碑：凯尔森之《纯粹法学》	
	与哈特之《法的概念》	〔奥〕彼德·科勒 066
CHAPTER 2	凯尔森的法哲学思想.....	127
	汉斯·凯尔森的规范主义	〔美〕斯坦利·L. 鲍尔森 129
	汉斯·凯尔森的“应然”概念	〔德〕罗伯特·阿列克西 158
	伟大的谜题：凯尔森的基础规范	〔美〕斯坦利·L. 鲍尔森 175
	论梅克尔的法律层级学说	〔德〕马丁·博罗夫斯基 202
	纯粹法学的终结？凯尔森—克鲁格书信往来作为对凯尔森法学	
	颠覆之开端	〔美〕斯坦利·L. 鲍尔森 254

CHAPTER 3 凯尔森的公法理论 279

论主权 [奥] 汉斯·凯尔森 281

论凯尔森的宪法概念 [德] 罗伯特·阿列克西 298

无国家的法：凯尔森的国家理论及其限度 [美] 亚历山大·索梅克 325

论凯尔森的解釋学说、宪法法院机制与民主原则之间的

关系 [德] 迪特·格林 359

法院的规范控制问题——对凯尔森方法的批判 [德] 汉·马可 371

CHAPTER 4 思想纷争中的凯尔森 383

汉斯·凯尔森和欧根·埃利希 [德] 克劳斯·吕德森 385

凯尔森与施米特——从分歧到 1931 年“守护者”之争的

决裂 [美] 斯坦利·L. 鲍尔森 403

赫尔曼·黑勒对纯粹法学的批判 [美] 斯坦利·L. 鲍尔森 459

后 记 480

CHAPTER 1

凯尔森的生平与影响

Hans

童年时期

1881年10月11日，我在布拉格出生^[1]。我的父亲阿道夫·凯尔森^[2]来自加利西亚的布罗迪^[3]，14岁那年，他只身一人来到维也纳，身无分文的他起先在一家小型工厂做学徒，之后又在商店做店员以维持生计。在自主经营愿望的驱使下，成年后的他在布拉格做起了电灯泡的生意，不久之后，他返回维也纳开办了一个作坊，在那儿开始自己生产灯泡、煤气吊灯以及电子吊灯。不出几年，这家小作坊成功地发展为一个小工厂。父亲在57岁的时候离开了我们。^[4] 我的母亲奥古斯特·洛伊来自波希米亚的诺伊豪斯，目前

* 本文译自：Hans Kelsen, Autobiographie (1947)，首次发表于《汉斯·凯尔森全集》第一卷，Tübingen 2007年，第29-91页。德国弗莱堡大学公法教授马提亚斯·耶斯代特（Mattias Jestaedt）编辑整理。鉴于全集中的一些注释过于细碎，对于中国读者和研究者来说没有太大意义，故有所取舍，只就部分重要的注释加以翻译。（译者注）

[1] 参见布拉格1881年出生登记条目 Lit.14 Abth. 9 —— 男孩，第196页（布拉格中央国家档案，HB Ma 2521）。

[2] [奥] 阿道夫·凯尔森（Adolf Kelsen，1850～1907）。

[3] 布罗迪位于加利西亚的东北部，距离利沃夫约90公里，今天属于乌克兰，这个因其大型犹太聚居区而知名的城市最著名的公民是作家约瑟夫·罗特（Joseph Roth，1894～1939）。

[4] 阿道夫·凯尔森于1907年7月12日在维也纳去世。

依然健在。^[5] 她的母语是德语, 不过捷克语也说得十分不错。母亲家族中的一部分人起初在诺伊豪斯生活, 后来搬到了捷克斯洛伐克, 自视为捷克人。

在我 4 岁的时候, 我们全家移居到了维也纳。我起初就读于维也纳第四区的新教公立小学^[6], 之后升入学术文理中学^[7]。我当时就只是一名毫不出众的中学生, 那些老师们并没有激发起我对上学的强烈兴趣。在那个时期, 比起学习课堂知识, 我将更多的精力花在了阅读优秀的文学作品, 以及后来所致力钻研的哲学上。我对德国古典文学的所有认知, 几乎都来自 13 岁到 18 岁期间阅读的文学作品。施皮尔哈根的《有问题的人性》^[8] 在当时对我形成了巨大的冲击, 让我完全痴迷于文学。两年前, 当我由于一次偶然的机, 在加利福尼亚大学图书馆再次读到这本书的时候, 我惊讶地发现, 青年时期悲观厌世的人生态度是受到了这本顶多算得上中游水平的小说的影响。有一段时间我也自己尝试创作诗歌和短篇小说。值得骄傲的是, 在中学五六年级的时候, 我创作的一些诗歌被刊登在“维也纳家庭妇女报”的“诗歌册”(在栏目“家常菜单”后) 栏目上, 这份报纸我母亲也有订阅。然而, 对于自己在艺术创作上缺乏天赋

[5] [奥] 奥古斯特·凯尔森 (Auguste Kelsen, 1859 ~ 1950), 娘家姓洛伊 (Löwy)。凯尔森的自传写于 1950 年 2 月 2 日, 不足两年半之后, 他母亲便在当时的南斯拉夫的小乡村去世。早在 1940 年, 她就同女儿格特鲁德 [Gertrude (Trudy) Weiss, 娘家姓凯尔森 (1886 ~ 1951)] 以及女婿理查德·魏斯 (Richard Weiss, 1874 ~ 1944) 从维也纳搬到这个小乡村。

[6] 1888 ~ 1891 年, 出于经济上的原因, 就读于维也纳乡第四区公立小学。

[7] 1892 ~ 1900 年。

[8] 《有问题的人性》是凯尔森少年时期非常流行的一部小说, 1861 年出版, 作者是 [德] 弗里德里希·施皮尔哈根 (Friedrich Spielhagen, 1829 ~ 1911)。

这件事，我也不得不做个充分的自我批评。在我生命中的这个阶段，起初主要受施皮尔哈根文学作品的影响，后期则是克努特·汉姆生（Knut Hamsun）。尽管之后我从未错过与现代诗歌特别是戏剧接触的机会，大学期间我几乎从未缺席任何一场在城堡剧院和德国人民剧院的演出，但自从开始从事学术工作，阅读小说和观赏戏剧便更多的是为了放松和休闲娱乐，而不像当初，为了从虚幻的小说中寻找真实生活的影子，可以把挪威作家汉姆生的小说《维多利亚》《潘神》和《神秘的人》一口气读完。

从爱好优美的文学作品到从事学术工作的转变，源自我在沉迷于文学期间对哲学问题越来越大的兴趣。和其他人一样，我是通过毕希纳的著作《力与物质》^[9]了解了唯物主义世界观，不过这只令我沉迷了很短一段时间；它很可能最早唤醒了我对学校粗野的宗教立场的反对意识。而唯心主义哲学让我产生的印象则要深刻得多。我至今还能清晰地记得，在十五六岁的时候，当我第一次意识到外部世界的现实充满难题之时，我的心灵受到了多大的震动。受一位

[9]〔奥〕路德维希·毕希纳（Ludwig Büchner）：《力与物质——经验自然哲学研究，一种普遍可理解的阐述》（Kraft und Stoff. Empirisch-naturphilosophische Studien. In allgemeinverständlicher Darstellung），Frankfurt a. M. 1855。毕希纳（1824～1899）算是庸俗唯物主义的先行者，在《力与物质》一书中，他尝试借助1850年期间的自然科学的水平用经验立场来回答所有哲学和神学的问题。