

梁晓俭 著

法理文库

凯尔森法律效力论研究

——基于法学方法论的视角

山东人民出版社

梁晓俭

著

凯尔森法律效力论研究

——基于法学方法论的视角

图书在版编目(CIP)数据

凯尔森法律效力论研究:基于法学方法论的视角/梁
晓俭著. —济南:山东人民出版社,2005.2
(法理文库/徐显明,谢晖,王人博主编)
ISBN 7-209-03631-8

I. 凯... II. 梁... III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 009796 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 8 印张 4 插页 190 千字

2005 年 2 月第 1 版 2005 年 2 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价:18.00 元

序

——从解析一个学派探究法学 思维方法的可贵尝试

思维方法或思维方式问题，不只是一个技术、方略问题，而且是关涉世界观和认识事物的独特视角和立脚点，以导出对同一客体的不同认知的问题。社会科学领域对相同范畴的社会现象的解释，“主义”丛生，学派林立，很大程度上是基于方法论上的差别。可以说，不同思维方法和不同视角，可以形成不同学派。

就思维方法而言，19世纪俄国马克思主义者普列汉诺夫在评价马克思的理论时，就特别强调其“历史唯物主义的方法论的意义”，指出：“一般说来，马克思恩格斯在唯物主义方面最伟大的功绩之一，就是他们制定了正确的方法。”^①恩格斯在《德法年鉴》中也自认为：“方法就是新的观点体系的灵魂。”^②另一位马克思主义者卢卡奇在其《历史和阶级意识》一书中，更认为马克思主义的“正统仅仅是指方法”，“正统的

^① 见普列汉诺夫：《马克思主义的基本问题》，人民出版社1957年中译本，第21～22页。

^② 同注^①。

马克思主义者并不意味着无批判地接受马克思的各种研究成果”，只要坚持了唯物辩证法，即使放弃了马克思主义的一些过时的旧命题，仍不失为“正统的马克思主义者”。

当然，思维方法本身有是非之分。如“瞎子摸象”，以部分代全体，就会得出错误结论。对同一种疾病，中医采“望闻问切”的整体性的“辨证论治”，可以“头痛医脚”；西医用实验检测，对症开方，多采“头痛医头”的实证分析。两种思维方式与方法，各有千秋，都能治病。

就不同视角而言，如马克思所说，任何事物都是“一个具有许多规定性和关系的丰富的总体”，“具体之所以具体，因为它是许多规定的综合，因而是多样性的统一。”^① 据此，人们又可以采取不同的视角，去观察、研究事物的某一方面或几方面的规定性，由此产生不同的结论。这就表明，虽然“真理只有一个”，但这一个却是一个多面体。有人见到这一面，有人着重研究另一面，虽则片面，综合起来，也就全面了。这就叫做见仁见智。

同样，视角也有优劣之别。鲁迅说，同是看一部《红楼梦》，“经学家看见《易》，道家看见淫，才子看见缠绵，革命家看见排满，流言家看见宫闱秘事……”^② 而毛泽东则看见“阶级斗争”。至于列宁，在如何看待美国早期工业生产中实行的科学而紧张的“泰罗制”工艺流程上，十月革命前他着重揭露、批判其对工人剥削的“残酷性”的一面；而革命后为苏俄经济建设需要，却强调要学习泰罗制的科学生产管理方法。对待同一事物前后采取两种不同态度，正是基于情势的变化导致

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷，第102~103页。

^② 《〈绛洞花主〉小引》，《鲁迅全集》第7卷，人民文学出版社1956年版，第419页。

两种不同视角的转换，各有所据。

我说了这些闲话，为的是对本书著者“基于法学方法论的视角”所作的关于《凯尔森法律效力论的研究》，作一题解。我认为这正是著者具有创意的构思。

正如著者十分精到地指出的：“人文社会科学的论题几乎是自古既定的，所谓的不同，大多在于研究方法或语言范式的转换。”^① 凯尔森的“纯粹法学”就是一个范例。按著者的认知，凯尔森的方法是规范的逻辑分析方法。凯氏是把他所构想的既有的（“是什么”）法律规范体系，当作一个同政治、道德、社会实情等等因素相隔离起来的体系来研究，而把这些因素同法律规范的关系“应当”如何，推给立法或“基本规范”去考虑。因而他的法律规范体系就成为一个自给自足的、封闭的、“纯粹”的对象，在此前提下论证他建构的这个体系的内在严密的逻辑关系。这种“孤立”地研究问题的思维方法，固然是他的论敌批判的靶子；但也正是他研究方法的一个优势。就像自然科学家先借助实验室与世隔绝的、排除了各种偶然因素的干扰的理想状态，去观察、试验，得出“纯粹”的科学规律性认识那样。这种截取事物因果链中某一环节，“孤立”的研究方法，也是社会科学所可以效仿的方法，或研究过程应当采取的阶段性的方法。马克思说：“每一事物要成为某种事物，就应该把自己孤立起来，并成为孤立的东西。……因为没有这些无数的片面性，世界就不会是多面的。”^②

正如著者指出的，凯尔森受新康德主义影响，后者就是主张把一切哲学问题皆归于认识的逻辑问题，而逻辑学的任务是从科学中“清除掉”物质的干扰。据此，凯尔森建立了严密的

① 见本书第135页。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷，第145页。

法律效力等级体系，建立了法学独有的研究方法。为此他煞费苦心的提出了“基本规范”理论，把所有的难题、所有的法学需要借鉴的其他学科的方法和思想以及所有的对法律的样态有影响的因素都放到了“基本规范”。不过，著者也指出，凯尔森并非绝对地否认道德、政治等等的价值，只是把它们放逐到他的规范体系之外去评价而已：“从法学方法论上讲，他的所有的视角都是限于既有法律体系的；跨出法学以外，他也可以谈论并表明自己的道德态度和政治理念，可以关注社会事实和大众的情感，但那已经不是法学的问题了。”^①

这种“孤立”或“纯粹”的研究方法，正如著者指出的，有助于“把法律的话语最大程度的精确化，把法学建构成一门独立的有着自己独到的方法论基础的科学。”这“不仅对理解他的法学思想是有意义的，而且对理解他的法学方法论和当代西方法学方法理论的发展都是有意义的。凯尔森之前，还从未有过法学家像他这样强调学术方法对学术思想的指导作用，更没有像他一样公开声明法学的方法是其理论的目的，声明理论的‘纯粹’在于方法的‘纯粹’。”^②同时，著者认为：“凯尔森法律效力论的方法论思想可以作为一个现当代西方法学方法论的里程碑，帮助我们追溯和总结过去的法学方法理论发展的轨迹和脉络；同时，他的思想还是一个指示灯塔，可以帮助我们探索未来法学方法进展的趋势。”^③

长期以来，我们在对一个学派、一种学术思想、观点的评价时，往往习惯于采取两种形而上学的思维：一是非此即彼，以“唯心唯物”或“姓社姓资”、甚至“敌我”来划界线，以

① 见本书第106页。

② 见本书第107页。

③ 见本书第214页。

之判断是非，臧否人物。其实，社会现象是极其复杂的，存在许多“非此非彼”或“亦此亦彼”的中间或过渡状态（恩格斯回忆他少年时代曾因自傲地嘲笑过“哺乳动物也会下蛋？！”而后来不得不对真会下蛋的鸭嘴兽“道歉”！）。对社会现象的认识也是千差万别的。除了荒诞的迷信外，各种学说总多少有其真理的颗粒。我们不应轻易指斥某一学派是所谓“唯心的”而不屑一顾或猛批一通，因其片面性而否定其某一方面的真理性。长期以来，研究和评析凯尔森的纯粹法学的论著不可胜数。本书以最能体现凯尔森的“规范的逻辑分析法学”和“规范的逻辑分析方法”的“法律效力理论”为解析对象，从中梳理凯氏理论对法律规范结构和逻辑思维方法等方面超越前人的成就。诸如为本书著者所肯定的凯尔森在伦理规范意义上的“应当”与实在法规范意义上的“应当”的区别的观点，主张效力与“实效”相区分以及法律应是无人格含义的“规范”而不是具有个人的心理及意志因素的“命令”的理论，等等。从思维方法上来研究凯尔森，可以说是研究凯尔森学说的一个独特视角。著者这种单取思维方法视角的研究本身，我认为也是有方法论意义的。

另一种思维习惯是重内容而轻形式。我国法学界过去一贯看重思想内容上的理念、价值或所谓对“本质”的追究（如法的本质是阶级性之类），这当然也是很重要的，但忽视或轻视对法律的形式要素的研究。其实，按黑格尔的理论，本质也是“本质内容”和“本质形式”的统一，这种本质形式即事物的内部结构形式，是“与内容不可分割的形式”，“形式是本质的，本质是具有形式的。”^①

^① 转引自列宁《哲学笔记》，《列宁全集》第38卷，第151页。

本质形式也是区分事物的特征的本质因素。^①对形式问题，恩格斯晚年在批评有些自称是马克思主义者的青年机械地简单化地把经济视为“惟一决定性的因素”，把它套用来解释一切社会现象，而忽视上层建筑其他形式的交互作用时，说这也部分地由于马克思和他“在反驳我们的论敌时，常常不得不强调被他们否认的主要原则”，故尔“起初总是因为内容而忽略形式”。^②本书所肯定和张扬凯尔森学说的，不是它脱离社会生活实践的思想内容，而注重在凯尔森的“规范体系”这一法律形式方面的精密研究成果。本书著者说，凯尔森“用心良苦”地在为其所构造的规范形式体系自圆其说，我也感觉到本书著者也在用似乎是女性所特有的细心和慎密，去层层拨开凯尔森理论体系的迷雾，扬弃其瑕疵，力求向读者揭示其对法律规范形式的论说及其思维方法中的闪光真理。我认为这是本书著者对凯氏理论的十分重要的发掘。

也正如本书著者所指出的：“分析实证主义在方法论上的特点和研究重点恰恰是中国法理学的薄弱环节。许多理论比较粗糙，原因在于在概念定义、命题论证方面存在许多模糊、疏漏甚至直接就是理论空缺所致。对于习惯于以神秘的直觉、顿悟、洞见以及笼统的综合和概括见长的传统中国思维方式的我们，应该认识到精确化、逻辑严密化不仅是组织材料和写作的

^① 有机界的许多物质的区分，同它们的内部分子结构密切相关。乙醇与甲醚的分子式相同（本质内容一样），而分子内原子的联结形式不同，二者性质就迥异。无机界的金刚石与石墨，同是碳元素组成，而结构形式不同，硬度大异。社会生活中，各种社会现象的区别，很多是其本质形式的区别。如政策、道德同法律，其内容都是体现社会意识、社会意志，也都是社会规范，但因其结构形式不同而相区别。如凯尔森提出法律的概念是：法律是人类行为的强制性规范秩序；法律效力即是法律约束力，是法律规范的特殊存在。这都属于区别于道德、政策的法的本质形式。

^② 《马克思恩格斯选集》第4卷，第479、502页。

方式问题，而且是把法学、法律思考引向深刻化、正确化的途径和方法。”^①我认为这也是本书的特色和针对性所在。

本书为了探讨凯氏方法论的渊源和流向，用几章的篇幅，花大气力来厘清凯尔森的方法论的哲学理论背景，溯及诸如其先行者逻辑经验主义哲学、柯亨的新康德主义哲学、分析实证主义法学，到其后续的哈特、拉兹的新分析法学，旁及德沃金的阐释学法学以及英国法学家麦考密克和奥地利法学家魏因贝格尔创立的制度法学，等等。使读者对凯氏纯粹法学的来龙去脉有一个清晰的了解，著者正确地指出：“一个理论体系不可能穷尽所有的问题而达到完全自足自洽。所以任何理论都是开放的，并且是在不同层面解决不同问题。想以一种理论，一门学科解决人生和社会的所有问题是不明智、不可能且有害无益的。”^②“不管是自然科学还是社会科学的几乎每一次进步，无不是借力于方法论的创新。法律的困境和法学研究中的危机也势必有着对新的方法论的期待。”^③这有助于后之来者去发现这些学派还遗留下的理论空间，继续未竟的事业。

凯尔森的《法律与国家》（台湾中译本）是我进入法律界后读到的第一本外国法学名著。当时我正调到刚成立的全国人大法制委员会，凯氏这本大著对我认识法律和搞立法工作，有很大启迪。但老实说，作为当时刚跨入法学门槛的我来说，还只是不求甚解地涉猎而已，对它及凯氏的其他著作并无专门研究。这次蒙本书著者盛邀，为她这本在博士论文基础上撰写的专著写序，实是勉为其难。不过，我也借此机会通读了全书，从中大致理清了对“纯粹法学”以及分析实证主义法学思维方

① 见本书第11页。

② 见本书第68页。

③ 见本书第166页。

法的一些认识，获益不少。而这位研究分析实证主义法学理论的年轻学者在本书中比较周全的逻辑分析思维，特别是她从解析一个学派，探究法学思维的方法，我认为是一个值得称道的可贵尝试。

我想，名师出高徒，这应是她的导师、北京大学著名的西方法学思想史专家王哲教授的一个硕果。至于本书诸论点的得失，自有读者和行家的评论，无庸我置喙。

是为序。

郭道晖

2004年12月15日

于清华大学荷清苑

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | | |
|-----------------------------|---------|---|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢晖 | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢晖 | 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林喆 | 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法理解释 | 孙笑侠 | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢晖 | 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 | 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 | 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江山 | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 | 著 |
| 14. 法律思维学导论 | 林喆 | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 | 著 |

- | | | |
|----------------------------|-----|---|
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 | 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论
——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具
——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 | 著 |

- | | | |
|------------------|-----|---|
| 39. 良宪论 | 汪进元 | 著 |
| 40. 法学研究与方法论 | 李其瑞 | 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究 | 梁晓俭 | 著 |
| 42. 民权与民治的试验 | | |
| ——晚清地方自治制度的生成与演变 | 汪太贤 | 著 |
| 43. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 | 著 |
| 44. 宪政的理念与机制 | 季金华 | 著 |
| 45. 宪政主义与制度转型 | 王 怡 | 著 |

法 学 论 丛

- | | | |
|-----------------|-----|--------|
| 人权研究(第一、二、三、四卷) | 徐显明 | 主编 |
| 民间法(第一、二、三、四卷) | 谢 晖 | 陈金钊 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四卷) | 陈金钊 | 谢 晖 主编 |
| 中国诠释学(第一、二辑) | | 洪汉鼎 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下) | 徐显明 | 刘 瀚 主编 |
| 法解释的基本问题 | | 刘士国 主编 |

公 法 研 究

- | | | |
|-------------------|-----|---|
| 1. 法治与法律方法 | 陈金钊 | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 | 著 |
| 3. 行政法的私权文化与潜能 | 关保英 | 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念 | 陈贵民 | 著 |
| 5. 从宪法到宪政 | 谢维雁 | 著 |

- | | | | |
|-------------------|-----|-----|---|
| 6. 西方宪政思想史略 | | 黄基泉 | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究 | | | |
| ——美国选举个案分析 | | 王雅琴 | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入 | | 金泽刚 | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究 | | 石毕凡 | 著 |
| 10. 探寻宪政之路 | 郭宝平 | 朱国斌 | 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础 | | 刘守刚 | 著 |
| 12. 立法机关委员会制度比较研究 | | 周伟 | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源 | | 王德志 | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正 | | 汪全胜 | 著 |
| 15. 财产权与宪法的演进 | 何真 | 唐清利 | 著 |
| 16. 宪法运作的实证分析 | | 张淑芳 | 著 |
| 17. 和平·秩序·好人政府 | | | |
| ——加拿大宪法的精神与实践 | | 徐亚文 | 著 |
| 18. 宪政视野中的中国城市化研究 | | 秦前红 | 著 |
| 19. 宪法的国家结构问题 | | 童之伟 | 著 |

私法研究

- | | | | |
|-------------|-----|-----|---|
| 中国民法典制定问题研究 | | 刘士国 | 著 |
| 企业并购与并购法 | 吴国萍 | 周世中 | 著 |
| 商标权及其私益之扩张 | | 崔立红 | 著 |
| 继承法律制度研究 | | 安宗林 | 著 |

目 录

序 从解析一个学派探究法学思维方法的 可贵尝试	郭道晖(1)
导 论	(1)
一、凯尔森的纯粹法学及法律效力理论提出 的理论及时代背景	(1)
二、凯尔森法律效力论研究的理论及现实意义	(7)
三、本书的研究视角及方法	(10)
第一章 凯尔森法律效力概念的研究	
一、凯尔森纯粹法学理论简介	(13)
二、法律效力的一般理论	(16)
三、凯尔森关于法律效力的定义	(18)
四、法律效力与实效的区别与联系	(21)
五、法律效力的维度或范围	(23)
第二章 凯尔森法律效力本原论及其动态的法律 效力位阶理论	
一、凯尔森的法律效力本原论	(34)
二、凯尔森的动态的、统一的法律效力等级	

结构理论	(45)
三、法律规范的效力冲突及解决办法	(50)
第三章 法律体系的效力标准	
——凯尔森的基本规范理论	
一、基本规范的性质和形式功能	(55)
二、基本规范理论的意义及凯尔森的政治民主理论	(58)
第四章 凯尔森的法学方法论及其哲学背景分析	
一、法律方法、法律方法论与法学方法、法学方法论	(72)
二、凯尔森法学方法论的特点及其哲学基础	(74)
第五章 凯尔森法律效力论对哈特、拉兹等新分析法学家的影响	
一、凯尔森法律效力论对哈特的影响	(109)
二、拉兹的法律效力论简析	(128)
第六章 司法审判的合法性标准是什么	
——凯尔森法律效力论在德沃金阐释学法学视域中的转换	
一、法理学的基本困境及德沃金的解决办法	(141)
二、法律是一个阐释性的概念	(144)
三、司法审判中应有惟一正确的答案	(149)
四、德沃金阐释学法学效力理论的得失	(154)