

德语法学思想译丛

国家学的危机 社会主义与民族

丛书总序/罗伯特·阿列克西

丛书主编/张 龔



[德] 赫尔曼·黑勒/著

刘 刚/译

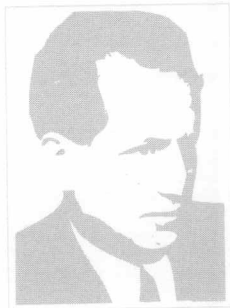
中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

德语法学思想译丛

国家学的危机 社会主义与民族

丛书总序/罗伯特·阿列克西
丛书主编/张 龔



[德] 赫尔曼·黑勒/著
刘 刚/译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国家学的危机; 社会主义与民族 / (德) 黑勒著; 刘刚译.
—北京: 中国法制出版社, 2010. 9

(德语法学思想译丛)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2188 - 1

I. ①国… II. ①黑… ②刘… III. ①公法 - 法的理论 - 研究
②社会主义 - 关系 - 民族主义 - 研究 IV. ①D90 ②D09

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 180087 号

策划编辑: 周林刚

封面设计: 明什

国家学的危机 社会主义与民族

GUOJIAXUE DE WEIJI SHEHUIZHUYI YU MINZU

著者/[德] 黑勒

译者/刘刚

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 32

版次/2010 年 10 月第 1 版

印张/6.5 字数/120 千

2010 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2188 - 1

定价: 20.00 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

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

德语世界的法哲学

——“德语法学思想译丛”总序言

论及德语世界的法哲学，可以追溯到非常久远的年代，然而，其决定性的影响却始于德国的黄金时代——从1763年七年战争的尾声到1870与1871年间德法之战的百余年时光。是时，一如莫扎特与贝多芬之于音乐、歌德与席勒之于文学、辛克尔与卡斯帕之于艺术、高斯之于数学以及亚历山大·洪堡之于自然科学，康德与黑格尔也先后从哲学上开启了其不朽的历史。二人都写有法哲学方面的著作，康德1797年完成了《法学的形而上学导论》，黑格尔亦于1821年写就《法哲学之基本特征》，两部作品一道成为人类历史上经典之作。它们有着相同的特点，都以深刻和系统著称，而自此之后，深刻和系统就成为德语世界法哲学的基本写照。

当然，康德和黑格尔还都属于哲学家，而非法学家。尽管如此，对于以法哲学为导向的法学者来说，特别在弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼，这个19世纪最伟大的法学家看来，系统的思考在法学中同样具有生命力。氏之代表作《当代罗马法体系》，首版于1840年面世，重阐二千

年积淀之罗马法旧学，为自己所处时代的德国法接续新命。这一努力表明的恰恰是历史与系统的合题，萨氏作品的恒久意义所在。

萨维尼之后，很多法学者亦对系统的思考深感认同，但此时萨氏的整体性观察法进一步变迁为，如何将众多概念加以合秩序安排的概念建构。沿着这种思考就形成了概念法理学，它为德国法哲学从此获得全球性声誉奠定了坚实的基础。正是鲁道夫·耶林，19世纪同萨维尼比肩的伟大法学家，使得概念法学“成也于斯人，败也于斯人”。在他的首版于1877年的《法之目的》一书中，耶林试图将法之目的安插入此前概念所居的位置。耶林的实用主义获得了世界范围的成功，原因就在于他触到了关键点：法之目的论结构。此一思想延续时间很久，耶林自然也有些夸大其词。其实，问题并不在于，究竟是目的还是概念具有决定性，而是在于，如何将二者摆放到正确的关系位置当中。

在对这一问题的漫长讨论中，20世纪的法哲学逐渐浮出水面。那些曾经属于康德、黑格尔、萨维尼以及耶林的风骚，如今又花落至凯尔森和拉德布鲁赫。凯尔森分别写就的两版《纯粹法学》，首版于1934年，二版于1960年面世，可谓是最有意义的实证主义法学作品。无论是哈特1961年发表的《法的概念》，还是拉兹1979出版的《法的权威》，都毋庸置疑地算是了不起的法律实证主义

经典之作，可无论是从深刻和系统的标准、还是从分析的明晰性观察，都还无法超越凯尔森。从历史上来看，尚没有什么人可以像凯尔森这般，如此敏锐地捕捉到法的规范性问题。凯尔森的伟大就表现在，即便是那些不能赞同他的实证主义立场的学者，也可从他的作品中收获良多，并从中有所吸收；嗯，是必须！

同凯尔森一样，拉德布鲁赫也是新康德主义者。这其实是一个重要的标志，康德这位最伟大的哲学家之一，或许也是史上最伟大的哲学家，其思想继续向前拓展自身的影响。拉氏的代表作是1932年发表的《法哲学》。书中最重要的思想莫过于，法必然同理念相联：即法理念。法理念由三部分组成：法的确定性、正义以及合目的性。于是，在正义的形式之下，实证法和道德之间的必然联接就此形成。然而，这种联接也体现在，一旦法的确定性与正义之间发生冲突，那么法的确定性，以及由此推出的实证法，就会具有优先性。为此，1946年之后，拉德布鲁赫将三个要素之间的关系重新纳入到一个新的公式，并使之从此冠以自己的名字扬名于世：拉德布鲁赫公式。按照这一公式，一旦实定法对正义的违背达到无法忍受的程度，法的确定性必须要给正义让路。这便是拉德布鲁赫公式的第一部分：无法忍受公式；随后，他又补充了否认公式，作为该总公式的第二部分。否认公式如是说，任何立法者若是有意识地否认正义，那么他所立之法就此失去法的属

性，因而也就不再是法。

二战之后，哈贝马斯沿着康德的思想道路继续前行。他为这一道路提供了新的形式，以审慎民主为导向的法律商讨理论。对该理论最全面的论述是他 1992 年出版的法学专著《事实与规范》。与此理论立场相对的另一方则是由尼克拉斯·卢曼发展的系统理论，它从一个普遍的自我指涉系统的理论出发，循着实证主义的道路去分析法律。据此，法是而且仅仅是那些法律体系作为法所生产的事物。在他 1993 年出版的《论社会的法》中，可以看到他对此理论详尽的论述。

回顾过去 200 多年来，康德与黑格尔、萨维尼与耶林、凯尔森与拉德布鲁赫、哈贝马斯与卢曼，可谓是德语法哲学天空里特别闪耀的八颗行星。可是，这绝不意味着，德语法哲学仅仅由这几颗特别闪亮的行星所组成，在它们旁边，事实上还围绕着大量其他亦光彩熠熠的学术之星；而若非从整体观察，断难得到一幅全息的图景。只是因为，它们的数量过于庞大，将其全部历数之并给予说明几无可能，故此处只就值得称道的学者加以补充说明。在民法领域，萨维尼之后，19 世纪首推普赫塔、温特沙德以及奥托·冯·吉尔克，20 世纪则是菲利普·海克（Philipp Heck）和卡尔·拉伦茨。刑法领域，19 世纪特别值得一提的有费尔巴哈、比尔林（Bierling）、宾丁（Karl Binding）以及弗朗兹·冯·李斯特，20 世纪先后围

绕在拉德布鲁赫身旁的则是埃米尔·拉斯克和赫尔曼·康特罗维茨。在公法领域，一次世界大战爆发前，除了当时已经开始产生影响的凯尔森之外，格奥尔格·耶利内克是深入到最深哲学维度的公法学家，到了20世纪，卡尔·施米特、赫尔曼·黑勒、鲁道夫·斯门德则是与凯尔森并驾齐驱的公法大家。最后，二次世界大战之后，值得一提的首要是乌尔里希·克鲁克（Ulrich Klug）、特奥多·费维克（Theodor Viehweg）、阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）、奥塔·魏伯格（Ota Weinberger）、拉尔夫·德莱尔（Ralf Dreier）、马丁·克西勒（Martin Kriele）以及诺博托·霍尔斯特（Norbert Hoerster）。

新时期以来，法哲学讨论则以方法和论题的多样化作为特征。人们对大量新问题，诸如生物伦理、生态学以及全球化等着手进行研究。与此同时，法哲学传统论题中最为经典的论题，即追问法的概念与性质，依旧充满活力。在这些讨论中，首先映入眼帘的是，凯尔森与拉德布鲁赫的思想继续向前延伸。然而，核心问题却已不再是，法的实证性和理想性，究竟何者具有决定性。确切来讲，核心问题乃是要求回答，法的实证性如何与其理想性相统一。这其实就是法的双重属性的问题。就此问题来看，当代德国法哲学血脉相牵的是康德与黑格尔开创的传统。如此一来，呈现为环状的历史发展轨迹就此合封，此前发生的所有对立以及全部的多样性都可作为德国法哲学的统一来加

以认知。一方面是历史和当代的衔接，另一方面是深刻和系统之间的衔接，此两种衔接之间的彼此贯通，所展现给世人的，正是德语世界法哲学的不朽。

罗伯特·阿列克西

写于基尔新年*

* 本序言由阿列克西教授用德语写成，由张龔译为中文。

主 编 者 言

尽管今日译介已非昔日那般，是一件时代紧迫的要务，学习西方业已转入到亟需适当反思的阶段，然此中绝不乏如此误判，当我们将西学及其制度视为器物文明之时，所引进与吸收的亦大多为有关器物的、且还是浮于表面的知识。故如何才能深入到西学内核，找到一种易于西学思想——首先在汉语知识人间——系统与深化的方式，正是现下文化事业的中心任务之一。其中，法学思想因为当代政治变迁的迟滞，愈发凸显其重要性。然而，若是以为，避免此种迟滞的命运乃悬于政治家良心决断的一线，抑或系于民众立宪集会的激情，根本上是对现代法治思想的误读。近代以来，华夏一族前仆后继的自我文化改造，实则是整个民族思维的自我更新，虽然常常会因那些似乎非常紧迫的时代任务，自我更新恶化为舍本逐末的各种思想运动，有时还会表现为对某一时期西方学术暴发户的狂热追求，但是对外来知识与思维的好奇心，既是百年来共同体生生不息的根源，也是未来理性公共生活得以构建的决定性道路。

回顾历史，德语思想界还算不得法学思想的原生地，

然而，在引进外来文化，重续罗马法传统的同时，它也为世界贡献了各种有益的思想乃至意识形态。尽管自主建构理性公共生活的尝试在两次世界大战之后彻底宣告失败，但这些尝试表达的恰恰有其哲学或法哲学的理据：实践的尝试最终化约为知识上穷尽各种文化立场的可能性。如此一来，既可避免某一思想占据绝对权威而最终流于迷信，而某一思想道路在实践上的失败，还可借助这一知识光谱，通过比对很快得到诊断，避免后人重蹈覆辙。而这也还是现代知识普遍化的一重启示。如果想到，我国近代知识生活和欧洲、特别是德语世界的各种思想紧密相连，法学至今仍然是一方面要受到来自德国某一时期思想的指导，另一方面却还无能将这一时期思想背后的哲学思维和方法有效转化为法学的伦常日用，就此而言，德语法学思想译丛在我们今天仍旧有其文化使命上的历史必要性。

当然，德语法学思想本身在具有深刻和体系化优点的同时，亦为外部文化世界阅读和接收带来了相当的障碍。如何能够让读者更容易地走进德语法学思想，就此成为本译丛特别考量的一个因素。译丛之选书和定题正是由此出发，一方面所选作品全为近代以及当代德语法学名家扛鼎之作，其思想史的地位历经几代学人的检证；另一方面，每部作品力求短小精悍，多是针对一个概念、一对学术争议或是对某一经典的解读，读者可用较少的时间，更多的思考，去完整接触一系列有着共同哲学背景的说理和论

证，感受思想和方法的力量。倘使说，本译丛不仅可以沿承此前一系列法学译介的努力，此外还能于方法与内容上有所补益，获得读者认同，端可谓编者之幸、法学之幸。

张 龔

写于基尔大雪封城的岁月

译者序：在理性与决断之间

——赫尔曼·黑勒的生平、思想与影响

一、黑勒的生平

赫尔曼·黑勒（Hermann Heller, 1891—1933），犹太裔德国国家法学者。先后执教于当时的弗里德里希—威廉大学（今日的柏林洪堡大学）、法兰克福大学。一生短暂，留于后世的著作不多，具代表性的有《论主权》、《国家学》。全部著作今日已被整理为三卷本的全集 [Hermann Heller, *Gesammelte Schriften*, Christoph Müller (编), 2 Aufl., J. C. B. Mohr Tübingen, 1992]。

在当下的中文公法学界，提及汉斯·凯尔森、卡尔·施米特，几乎已无人不晓。但是，说起黑勒，尚鲜为人知。然而，在群星璀璨的魏玛时期，主导国家学论争方向的，除凯尔森和施米特之外（尚包括中文公法学界仍相对陌生的斯门德），自成一家之言的黑勒亦是当仁不让的主角。因此，引介黑勒有两方面的必要性：第一，可以更加丰满地展示魏玛时期国家学论争的全貌，为当代中国公

法提供参照；第二，凸显黑勒自身的思想在争论中的特色，展示公法对一般法理论的意义。

黑勒一生短暂。其黄金时间，也即其学术声望上升与展露的时间，从1920年写完教授资格论文起算，只有短短的十三年。这个时期，也正是魏玛共和国的沉浮期。在众多质疑魏玛宪法的声音中，黑勒则全力维护这个年轻的共和国。1933年1月30日，希特勒的纳粹力量攫取政权，象征魏玛共和国的终结。同年11月5日，因犹太血统而流落西班牙的黑勒，也因心脏疾病而与其毕生捍护的魏玛共和国一起走到终点。这里择取一些主要片段，希望能勾勒出这位法学家的生命轨迹，以使他短暂的思想生命在中文法学思想界也得到应得的延续。^①

儿时的黑勒，生长在一个文化氛围浓厚的犹太血统家庭。当时，犹太裔的德国人尚未受到排斥。父亲是一名律师，积极参与当地的各种德国文化团体。依当时犹太共同体的习惯，黑勒亦被送到德国小学去读书。如黑勒自己所言，他身负两种归属感，既信仰犹太教条，又认同德国文化。后人看来水火不容的两物，在黑勒身上相安共处。在

① 关于黑勒生平传记，参见 Christoph Müller, Hermann Heller (1891 - 1933), in: Kritische Justiz (Hrsg.), *Streibare Juristen*, 1988, S. 268; Claudio Franzius, *Hermann Heller: Entstehen für den Staat*, 见链接, <http://www.claudio-franzius.de/Heller.pdf>; Wilfried Fiedler, *Die Wirklichkeit des Staates als menschliche Wirksamkeit*, 见链接, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/FB/LS/Fiedler/Fiedler/Aufsaeetze/heller.html>.

当时，这样的情形并非个例。儿时的生长环境，一定程度上也影响到后期作品的风格。在观察国家生活的时候，黑勒便特别注重文化因素的影响。

大学期间，黑勒多次更换学校，曾先后在基尔、因斯布鲁克、维也纳、日内瓦就读。1913 年夏季学期，黑勒换到维也纳大学。长其十岁的凯尔森当时已在维也纳大学授课。黑勒在课堂上，聆听和结识了这位日后的论战对手。由此来看，凯尔森当属黑勒的老师一辈。

一战爆发之际，黑勒仍在就读。他作为一年期的志愿者，应征入伍，赶赴前线。然因心脏疾病（也是最终让他献出生命的疾病），1915 年从前线撤回修养。在修养期间，1915 年 12 月 8 日，于日内瓦大学获得博士学位。之后直到一战结束，黑勒在军事法院尽其兵役。一战结束后，黑勒在莱比锡大学开始教授资格论文的写作，最终于 1920 年在基尔大学获得教授资格。

之所以换到基尔，与拉德布鲁赫的影响不无关系。在基尔期间，黑勒与拉德布鲁赫关系甚密，并曾一起经历生死。1920 年，因反对魏玛共和国按照《凡尔赛和约》而裁军的决定，爆发了卡普政变。政府一度镇压无力，诉诸工人罢工，力求对抗政变。在基尔，船厂工人反抗政变军队。黑勒与拉德布鲁赫奋力从中斡旋，希求避免流血事件，然未得政变一方信任，反而深陷牢狱，被判死刑。幸而政变瓦解，二人才得全身而退。不过，二人能从此政治

险境中脱身，必须提及一个人。这个人同样是在公法学界影响深远的人物。他就是国家法巨擘格奥尔格·耶利内克（Georg Jellinek）之子，行政法学家瓦尔特·耶利内克（Walter Jellinek）。他当时担任基尔大学校长。正是他从中斡旋，方保全二人。否则，今日公法学界和法哲学界恐怕要少了两朵奇葩。

此后，二人曾协力参与公众夜校（成人教育）（Volkshochschule）的事业。后来黑勒转到莱比锡，仍不辍此职。黑勒从事这项事业的目的是，要教育工人阶级在政治上变得成熟。他从事此项志业的认知依据在于，工人阶级要想变得成熟，必须首先以科学的态度，客观而冷静地认识国家和国家的各项设施。唯有先认识现状，才能看到出路。今天，夜校在德国已经成为正式学校教育之外，以社区为基础进行成人各种短期技能培训的主要机构。

黑勒深受拉德布鲁赫影响的另一方面体现在政治志向。1920年，黑勒追随拉氏加入社会民主党，虽然说他是保留地加入。因为他不认同社会民主党当时过度的国际主义倾向。这在《社会主义与民族》中，可以明显看出。正是因为他对社会主义具有自己独到的见解，不依循已成定制的教条，促使他后期与党内同志就社会主义的本质和实现路径等，发生多次争论。

1921年，黑勒离开基尔，来到莱比锡，部分原因或许是与拉德布鲁赫的学术分歧。在此后的五年时间内，黑

勒的主要精力投放在公众夜校事业上，学术研究暂居次位。1926年，黑勒得到威廉国王学院的聘约，来到柏林，重续学术生涯，开始写就一系列有影响的著作。两年之后，1928年10月1日，黑勒终于得到心仪已久的学术认可，被柏林大学（今日的柏林洪堡大学）法学院聘为编外教授。可惜，当时由海因里希·特里普（Heinrich Triepel）和鲁道夫·斯门德（Rudolf Smend）主导的法学院并未真正接纳黑勒，他迟迟无法获得真正的教席。四年之后，1932年，黑勒受聘法兰克福大学，获得正式教席。这距其生命终点却只剩一年。

黑勒短暂学术生命的高潮部分，在其论战中悉数体现。阅读其文字，经常见到紧凑的短句，激昂的叹词，不难体味其精神气质。在群星璀璨的魏玛时期，黑勒在学术论争中界分与对手的差异，以突显自己的特质。他在方法上反对凯尔森，在政治立场上反对施米特，在出路抉择上反对斯门德。黑勒反对形式化，也反对赤裸的权力。他要从现实中找出路，通过文化传统，给法治国注入实质内容。

他论战的最高峰，也是其生命的最后篇章，体现在1932年普鲁士诉德意志帝国的诉争中。在这个案件中，黑勒与施米特各代表当事一方，展开精彩对决。根据魏玛宪法第48条第1、2款，当帝国的公共安全和秩序受到威胁时，帝国总统有权采取必要措施，重建秩序。在该案