



凯尔森法律理论的中间性道路

——兼评《法律理论问题导论》^{*}

李鑫

提 要：凯尔森的纯粹法理论是试图超越自然法理论与传统法律实证主义理论的一种理论，并且对自然法理论进行了彻底地批判，试图走出一条中间性的道路。这其中的关键就是对于法律规范性的性质的界定，但是通过对规范性这一关键术语的考察，发现凯尔森所使用的规范性是一种“证立的规范性”，也就是一种自然法意义上的规范性，于是凯尔森的中间性道路至少是一个留有自然法尾巴的实证主义理论，其中间性道路并没有预期的那样成功。而凯尔森纯粹法理论的奠基之作《法律理论问题导论》正是初步实现了这一理论目标。

关键词：二律背反；证立的规范性；社会规范性；基础规范

提起凯尔森的纯粹法理论，一般认为是法律实证主义的一种典型乃至极端的发展形式，而且其与传统的自然法理论水火不容，不仅如此，很多学者也把凯尔森归入分析实证主义的法律阵营之中，与奥斯丁、哈特等相并立。然而，事实真是如此吗？也即凯尔森的纯粹法理论真的是法律实证主义在20世纪的典型的乃至极端的代表吗？其与传统的自然法理论真的是势同水火，还是有着千丝万缕的联系？如果其既不是一种典型的法律实证主义理论，也未必与传统的自然法理论水火不容，那么凯尔森的纯粹法理论到底是一种什么样的理论，这是

^{*} 李鑫，男，山东大学法学院博士研究生，研究领域为法律方法论、西方法哲学，代表作有《凯尔森法律解释理论探究》、《司法能动主义在环境刑法领域的一次尝试？》、《对凯尔森基础规范性质的探究》等。

E-mail: worm0628@126.com

本文所评论的《法律理论问题导论》最早是凯尔森在1934年以德文版（书名 *Reine Rechtslehre*）出版的，后经 Bonnie Litschewski Paulson 和 Stanley L. Paulson 由德文翻译成英文（书名 *Introduction to the Problems of Legal Theory*），并于1992年出版，本文的写作参照英文版，中文版已由中国法制出版社于2008年12月出版，译者张书友。

值得我们好好思索和研究的问题。在我看来,凯尔森的纯粹法理论既不是一种典型的法律实证主义的理论,也不是如凯尔森自己认为地那样与传统的自然法理论彻底决裂^[1],而是有着藕断丝连的关系,而是一种介于法律实证主义和自然法理论之间的一种中间性的理论,这集中表现在其理论中的规范主义维度。对于规范主义的维度,凯尔森是通过基础规范学说来解答的。本文正是基于这样的角度,拟对凯尔森的法律理论的中间性道路的形成、其自身的贡献与存在的问题进行一个廓清,并在此基础上对凯尔森纯粹法理论的奠基之作《法律理论问题导论》(Introduction to the Problems of Legal Theory)进行评论。

一、 凯尔森法律理论中间性道路的形成

凯尔森创立纯粹法理论的目的就是要建立一种法律科学,一种“旨在从结构上去分析实在法,而不是从心理上或经济上去解释它的条件,或从道德上或政治上对它的目的进行评价”^[2]的法的一般理论。纯粹法理论把法律认为是规范,认为法律科学的认知对象是规范,这就使之独立于自然;另一方面则使之与以因果律解释自然事实的其他认知科学相区别,即是以法律规范来解释表现为法律行为的自然事实的前因后果的科学,可以称之为社会学或是法社会学。^[3]法律科学不仅与自然科学相区别,也与其他类型的规范相区别,首要的便是与道德相区别,因为法律一旦落入道德的范畴,或是承认法律具有道德性,便等于把法律与正义等同。而正义表征的是绝对价值,其内容不仅纯粹法理论不能确定,而且也非理性能力所能认知。因为正义之绝对效力要求一个高于实在法的秩序,而这本身便超越了经验的范畴。^[4]正因为如此,必须把正义从法律科学之中排除出去,由此法律科学首要的任务就是反对一切形而上学相斗争,包括各种自然法理论。由此可见,凯尔森所欲创立的法律科学的目标是既反对传统的自然法理论,又要与传统的法律实证主义理论相区别,实现对两者的超越,那么凯尔森是怎样实现这一超越的呢?也就是凯尔森法律理论的中间性道路是如何形成的呢?其实对于凯尔森中间道路的解读有两种进路,下面将分述之。

一种进路我们可以称之为休谟式的解读,因为其认为凯尔森主要是通过法律理论中表现为方法二元论的休谟定律的运用来实现对自然法理论和法律实证主义理论的超越。其认为凯尔森两次运用休谟定律分别实现了对自然法理论和法律实证主义理论的超越。凯尔森认为法律与法律应当如何是两个截然不同之问题,前者描述法律属于实然领域,后者评价法律是应然领域,不同之领域的问题应该使用不同的方法进行研究,而不应该在方法上混淆。尤其需要注意的是凯尔森认为自然法理论不仅描述实在法,而且以自然法为标准来评价甚至是规定实在法,从而不恰当地将“应当”引入了“是”之领域,从而造成了方法而非对象上的混淆。^[5]这是凯尔森第一次运用休谟定律,而且也是从认识论上,在理论上彻底打到了自然法理论。在第二次运用休谟定律之前,凯尔森首先在事实与价值之间引进了一个新领域,即规范领域。规范不等同于价值,且规范是价值产生的根据,规范与价值的关系虽可类比与规律与事实的关系,但其不是事实之间的因果关系,连接两事实间的并非“是”而是“应当”,即一种归属关系。凯尔森之所以反对传统法律实证主义就是因为其存在“自然主义谬误”,

[1] 虽然凯尔森对自然法理论进行了彻底地批判,但是正如拉兹所言,其“一贯使用自然法之规范性概念,譬如正当化规范性这一概念”。参见[英] 约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,北京:法律出版社,2005年,第144页。

[2] [奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,作者序,第II页。

[3] Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford:Clarendon Press1992, p.14.

[4] Ibid.,p.17.

[5] 张书友:“法律科学及其对象如何可能?——对凯尔森纯粹法理论的初步解读”,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊》第1卷,北京:北京大学出版社,2006年,第97页。

即把“应当”作为“是”，将规范不合法地还原为事实，犯了对象而非方法上的错误。由此可见，凯尔森在批判自然法的同时依旧保留了“应当”，在科学世界中为应然领域保留了一席之地。^[6]其实，规范领域的引入，意义重大。由此，人类生活有了三个领域：事实、规范与价值领域。也正是如此，纯粹法理论才成为超越于两大法律传统的中间性道路，规范的引入，至关重要。^[7]由此凯尔森与其法律实证主义前辈的最大区别就是其运用了两次休谟定律，第一次，把实在法作为是，以自然法为应当，主张是而拒绝应当，即主张描述实在法而拒绝对其进行评价。第二次，以法律本身之意义（即规范）为应当，以法律的实际存在，也就是法律的创制适用或遵守之事实为是，主张应当而非是，将法律之意义理解为应当而非是，法律本身就是行为之评价标准。^[8]正是规范沟通了事实与价值两大领域，而凯尔森的中间性道路的关键之处也在于其理论中的规范性维度。

另一个进路可以称为康德式的解读。此种进路认为凯尔森的纯粹理论是通过一种二律背反的策略而提出来的。这一策略在 18 世纪有过类似的榜样，即康德在《纯粹理性批判》中之数学二律背反。知识论中的欧洲唯理论者与英国经验论者对哲学的基本问题，即对正题与反题明确且清晰地论证。如果正题与反题不能相互并立，则两者的结合便自相矛盾。即无论正题或是反题成立，都不仅排除对方，连其他的可能性也一并排除，也就是再也没有其他可能性出现。然而，康德对正题与反题一并反对。数学二律背反说明了知识论所处的困境，而康德的目标就是要解决之。而凯尔森正是以此为榜样，创制了法学中的二律背反，并对此的解决为契机，提出了自己的纯粹法理论，从而实现了对传统的自然法理论和法律实证主义理论的超越，走出了一条中间性的道路。具体而言，凯尔森之所以提出法理学的二律背反，实际上是一种策略，是为其提出自己的纯粹法理论所做的一个铺垫。有三点可以说明：一是与其他很多学者一样，凯尔森认为，西方法理学和法律哲学的传统主要是自然法理论与法律的经验的、社会学的或是实证理论两种基本的理论。在自然法理论看来，法律必须服从道德的制约；而法律的经验实证理论则认为法律是自然或是事实的一部分。二是在西方法理学和法律哲学的传统中，很多人认为自然法理论和法律的经验实证理论不仅仅是相互排斥的，而且两者一起排除了新的理论产生的可能性。那么，要是第三种理论的话，它必须不同于上述两种理论中的任何一种。三是凯尔森对两种传统理论的拒斥。自然法理论与法律的经验实证理论都不值得主张。因为它们分别与道德和事实相混淆，以致不能看到法律本身的特定意义。如果一个人采纳了第二点和第三点，那么就会产生一个有趣的现象。那就是，如果一个人主张两种传统的理论已经穷尽了法律领域再产生第三种理论的可能；如果他又进一步主张他对两种传统的理论都不赞成，那么他就面临着一个二律背反，即法学中的二律背反。具体而言，凯尔森引入了道德命题(the morality thesis)和分离命题(the separability thesis)这两个概念，其中道德命题代表自然法理论，分离命题代表法律的经验实证理论。那么，法理学的二律背反就可以由道德命题和分离命题的并立来表示。法理学的二律背反并不是完全产生于道德命题和分离命题的并列。毋宁，产生于一个双重的假定：首先，道德命题代表自然法理论，分离命题代表法律经验实证主义理论；其次，因此这两个命题的并列也就代表相对应的传统理论的并列。如果这个假定是成立的话，那么传统理论就不仅仅相互排斥，而且共同穷尽了其它理论产生的可能性；最后，我们还必须要记住的是，凯尔森提出他既不主张自然法理论，也不主张法律的经验实证理论。这样，凯尔森就直接面对了法理学的二律背反，那他是如何解决的呢？总而言之，一句话，就是凯尔森认为传统理论并没有穷尽法律领域所

[6]张书友：“法律科学及其对象如何可能？——对凯尔森纯粹法理论的初步解读”，载邓正来主编：《西方法律哲学家研究年刊》第 1 卷，北京：北京大学出版社，2006 年，第 98-99 页。

[7] 张书友：“法律科学及其对象如何可能？——对凯尔森纯粹法理论的初步解读”，载邓正来主编：《西方法律哲学家研究年刊》第 1 卷，北京：北京大学出版社，2006 年，第 97 页。

[8] 张书友：“法律科学及其对象如何可能？——对凯尔森纯粹法理论的初步解读”，载邓正来主编：《西方法律哲学家研究年刊》第 1 卷，北京：北京大学出版社，2006 年，第 99 页。

有的可能性,并且进而引入不同于传统理论的一种新的理论——纯粹法理论。那他是如何实现的呢?首先,凯尔森必须要回答传统西方法理学和法律哲学中的理论可以完全归之于自然法理论与法律的经验实证理论这一假定,而这是通过尔森对其所诠释和批判的法律理论家和法律哲学家主张强行归入法理学的二律背反所预设的两种理论的分类之中而实现的。^[9]其次,凯尔森对法理学二律背反的解决来源于观察(并不是严格地论证),也就是说,当传统理论认为只有道德命题和分离命题时,凯尔森认为不仅仅只有这两个命题,而是有四个命题。传统理论处理的仅仅是法律与道德的关系,但是却没有考虑到法律与事实之间的关系。一旦法律与事实之间的关系得到承认,那么与之相关的命题就证明那个观念,即自然法理论和法律的经验实证理论一起穷尽了其它理论产生的可能性,也就是这两种理论的并立产生了一个二律背反是一个谎言。凯尔森认为,一旦依赖法律与事实之间的关系的两个命题(还原性命题和规范性命题)与依赖法律与道德关系的传统的两个命题(道德命题与分离命题)相联系,那么新理论产生的可能性就出现了。因为一旦额外的命题被引入,人们就会看到传统的两个命题,即道德命题与分离命题并不是一个真正的自相矛盾。另外命题的引入,表明只能在道德命题和分离命题二者择一的选择是错误的。既然凯尔森认为纯粹法理论是作为道德命题和分离命题的替代品而出现的,也是为了解决法理学的二律背反而提出的。^[10]由此,我们可以看出凯尔森通过康德对数学二律背反解决的启发,也提出了法学中的二律背反,进而通过对其的解决提出了自己的纯粹法理论。

由上面的论述,我们可以看到无论是哪一种解读的方式,我们都可以发现凯尔森的纯粹法理论确实是对传统的自然法理论和法律实证主义理论的超越,是不同于这两种传统理论的一种中间性的理论,因此我们可以说凯尔森走出了一条中间性的道路。但是这一中间性道路,正如前所述,是与其理论中的规范主义维度密切相关的,正是规范领域的引入,才使得凯尔森的纯粹法理论在既反对传统的自然法理论的同时又没有重蹈传统的法律实证主义的把法律还原为事实的覆辙。那么如何理解凯尔森理论中的规范主义维度,便是理解凯尔森中间性道路的关键之匙,也是充分认识凯尔森的中间性道路的贡献以及发现其问题的关键之处。

二、 凯尔森法律理论中间性道路的贡献与问题

要了解凯尔森法律理论中间性的道路的贡献与其所存在的问题,我们就不得不回到凯尔森法律理论中的规范性问题上,因为规范性问题是凯尔森的法律理论中的根本问题。按照凯尔森的看法,法律是一种规范,是一种“应当”。而“应当”与“是”之间是严格对立,并且存在不可逾越的鸿沟。但是,在现实中,法律——至少大部分法律——都是政治立法者的主观决定,从而是一种意志的抉择,一种事实。那么,为什么这种作为立法者意志的主观事实可以转而成为一种规范呢?由于恪守实然与应然截然两分的公理,凯尔森认为,立法者意志之所以能转而变成一种“应当”,乃是由于另一种规范或“应当”的授权。这里,凯尔森再次借助效力之链的概念。由于存在着效力之链,规范性——作为一种属性——是可以传递的。但是,把规范性传递给立法者意志的那个规范又是从哪里来的呢?规范的规范性从哪里来,或者,规范何以成为一种规范?这成了凯尔森的根本问题,也是根本难题。^[11]

那么,何谓规范性呢?对于法律的规范性基本上有两种解释:一种认为规范性作为一个

[9] 这种分类是有问题的。参见 Stanly L. Paulson, *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992), p.315-318.

[10] See Stanly L. Paulson, *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992), p.318-320.

[11] 俞静贤:“法概念与法律的规范性——以凯尔森为中心的考察”,登载于中法网,网址:<http://www.1488.com/china/consultation/successcase/default.asp?ProgramID=22&pkNo=2125>,访问日期:2008年9月15日。

概念范畴主要意指“是”与“应当”区分之间的“应当”部分。^[12]因此，规范性所指涉的不是现实世界中的部分，是指“应当”部分，而这是需要被证明的。另一种认为某规范具有规范性就意味着它能够为人们遵守它提供正当理由，能够为人们的行为提供正当标准。那么规范性在凯尔森看来是什么呢？其与自然法理论的规范性有何区别？其实凯尔森对规范性的认知跟自然法学派一模一样，即如果法律能够被证明为是正当的，那么法律就具有了规范性，也就是说，立法者的意志变成了规范。但是并非只存在一种规范性，比如哈特就把规范性理解成社会规范性（social normativity）。在哈特的社会规则模式中，如果人们对某一行为模式具有内在观点，也就是说，自愿自觉地按该行为模式行动，而且当别人偏离该行为模式时采取批评态度，如此，该行为模式就成了一条社会规则。所以与凯尔森不同，某一行为模式要成为规范或者说具有规范性，不在于其能在客观上得到证立——证明为正当，而在其能够获得人们的认同或接受，即人们认为该行为模式是正当的。当然，人们认为某一行为模式正当与该行为模式客观上确实正当是有区别的。因为在凯尔森看来，人们对某一行为模式的态度同样只是一种事实而已，从这种心理学事实中依然推不出“应当”或规范来。^[13]

按照上面的论述，如果凯尔森的规范性是来自自然法理论中的规范性，那么在彻底的法律实证主义者看来，凯尔森不是一个实证主义者，或者至少是一个留有自然法尾巴的实证主义者。因为只有一种实证主义，即分析实证主义，其所研究者仅系经验事实，必须把法律还原为事实，因为在他们看来，只有分析命题才能检验真假，而综合命题和先天综合命题并不能验证，因而在真正的实证主义者眼中，没有规范的位置。凯尔森——作为一个规范主义者——已经意识到法律必定会拥有一种规范性，否则，议会的立法与强盗集团的命令将无法区分。所以，规范性的第一个意义就是对还原论的实证主义的超越。但是，还有一个关键的问题就是，如何把带有规范性的纯粹法理论与自然理论区别开来，这就又回到了凯尔森的根本难题，也即规范的规范性从哪里来，或者，规范何以成为一种规范？而这一难题的解决，凯尔森是通过引入基础规范解决的。

为什么说基础规范的引入可以解决这一难题，关键就在于其可能把仅仅是立法者意志的经验材料解释成为法律，也即解释成为具有规范性。对于这个问题，最关键的在于凯尔森所实现的一个方法论上的转换，也即把规范性问题从本体论问题转变成认识论问题。而实现这个转变的关键则是把规范的存在等同于规范的效力。在凯尔森那里，规范的存在形态就是具有效力。所以，探明规范的存在与否就变成了探明规范是否具有效力。于是，问题不再是法律规范在何处何时以何种方式存在的问题，而是如何认识法律规范的效力的问题。而基础规范的作用正是赋予法律规范以效力，但基础规范自身的效力只能是预设的，因此只要证明基础规范的先验性即可。而这一证明，凯尔森是通过康德式的先验性证明实现的。但是凯尔森的先验性证明是存在问题的。凯尔森对于基础规范的先验证明的薄弱之处在于：一是凯尔森对于怀疑论者的策略并没有预想得那样成功；二是其先验证明丧失了康德式先验证明的先验性，因而仅仅沦为一种分析框架而已。对于第一个薄弱之处，凯尔森自己恰恰就是站在怀疑论者的立场之上，正如其所言：“纯粹法理论显然充分意识到不能如证明自然物质及其规律存在一般证明法律之存在，也不能提出令人信服的证明之理论上的无政府主义态度，后者将法学家所谓之法律视为赤裸裸的强权，除此之外别无他物。”^[14]就第二个薄弱之处而言，凯尔森之所以丧失了先验证明的先验性，就是因为其对于基础规范的先验证明仅仅是以新康德主义的回溯式先验证明来进行论证的，但是回溯式先验证明仅仅是康德主义者前进式先验证

[12] See Dancy, Jonathan, Editor's Introduction, In *Normativity*, edited by J. Dancy, Blackwell, 2000, p.1.

[13] 俞静贤：“法概念与法律的规范性——以凯尔森为中心的考察”，登载于中法网，网址：<http://www.1488.com/china/consultation/successcase/default.asp?ProgramID=22&pkNo=2125>，访问日期：2008年9月15日。

[14] Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1992, p.33.

明的一个摘要而已。之所以前进式先验证明能够保持先验性，就在于其证明起点之不充分，因为其是以作为已知的意识之素材为起点的，而回溯式证明则是以作为已知的对认识的陈述为起点的。而且怀疑论者只会同意前进式证明的起点，因为怀疑论者必须要预设一切其怀疑或否认者为真，不然便丧失其立论的前提。反之，回溯式证明的起点却正是怀疑论者所不能同意或说批判的对象。但是，即使凯尔森运用前进式证明也未必能达到先验性论证的目标。因为前进式证明其前提必然不能充分，既然如此则怀疑论者会赞同对经验的任何解释，那么为了使得怀疑论者赞同之，其前提条件就是必须获得解释的经验之极限内的素材。正是因为如此，怀疑论者才会赞同一切不同之解释。但是具体到法律语境中，怀疑论者便并非必须赞同规范解释，更非必须赞同凯式之规范解释。由上可知，即使是运用前进式证明，凯尔森也不能完全能达到其先验性证明的目的，更遑论凯尔森运用的回溯式证明只能沦为一种分析工具而已。

暂且不论凯尔森对于基础规范的先验性证明是否存在问题，至此，我们可以清楚地看到凯尔森基本上实现了他的理论目标，实现对传统的自然法理论和法律实证主义理论的超越，走出了一条中间性的道路，这也就是凯尔森纯粹法理论的形成。那么，这一中间性道路的贡献何在呢？概而言之，主要有两大贡献。一是反还原主义。因为经验主义实证主义关键一条就是否认法律的规范性，而把法律作为一个纯粹的事实，而凯尔森的基础规范就是要赋予法律以规范性，所以，凯尔森的反还原主义的特色是十分明显的。二是凯尔森在承认法律的规范性的同时，同时拒绝自然法学。这在以前是没有过的，因为在自然法看来，法律的规范性必须要由独立于法律之外的权威来赋予，但是凯尔森却通过引入基础规范的方式来赋予法律以规范性，同时基础规范并不是独立于法律之外的权威，而只是认知法律所必须预设的条件而已。

虽然凯尔森的法律理论实现了对两大传统法律理论的克服与超越，但是其自身也存在着缺陷。因为凯尔森把规范性理解成能够被证成，所以对凯尔森的一个批评就是，他过于注重法律的规范性一面，而忽视了法律的事实性一面，结果就使得凯尔森几乎已经无法区分想象中的法律与现实的实证的法律了。因为如果严格按照他的学说，那么法律规则就是一个有条件的应然判断，所以它就是一种含糊而不确定的经验性存在。所以，凯尔森的法律规则与事实的分离恰恰造成了凯尔森版本的法律实证主义的危机。法律的存在与否不再是一个可以确认的事实，而是一个随着视角的转换而变化的事实。比如，对于一个无政府主义者来说，资本主义社会中的法律就根本不是法律，那里不存在法律。而一个乌托邦中的假想的法律反倒可以成为存在着的法律，因为它可能符合假设中的法律人的价值判断。所以，如果检视一下凯尔森之后法律实证主义的发展，大部分现代的法律实证主义者都试图提出一个关于法律体系的存在理论。与这个弱点相关的一个不足在于，凯尔森的基础规范的内容有循环解释的嫌疑。其实我们上面所有的谈论，都是着眼于基础规范的性质而言的，也即基础规范如何为法律提供了规范性。但是，基础规范的内容是什么呢？基础规范给什么范围内的法律材料提供规范性呢？难道是基础规范大而化之地给所有的材料都提供规范性？对此，凯尔森的解释就模糊了。因为，按照他的意见，在我们按照基础规范进行判断之前，尚不存在法律；所以，基础规范的内容要独立于法律的内容而得到确定。但是，凯尔森恰恰在得出基础规范的内容之前已经划出了法律材料的界限。可是，你怎么知道这是法律的材料呢？所以必然的，在基础规范之前，尚存在一个确定法律材料的标准，而这个标准是独立于基础规范的。^[15]而正是由于凯尔森法律理论所存在的缺陷，才给后世的理论研究者，尤其法律实证主义的研究者在此基础上进行更大的理论创新创造了条件。

[15] 俞静贤：“法概念与法律的规范性——以凯尔森为中心的考察”，登载于中法网，网址：<http://www.1488.com/china/consultation/successcase/default.asp?ProgramID=22&pkNo=2125>，访问日期：2008年9月15日。

由上可见,正是凯尔森法律理论中的规范主义维度,才使得他的纯粹法理论卓然立于浩瀚的西方法学理论模式之中,正是赋予法律以规范性的基础规范以及其背后的康德式先验证明,才使得纯粹法理论成为无自然法的唯一可能的规范法律理论,即使凯尔森对基础规范的先验性论证沦为一种分析框架,也不能就此泯灭纯粹法理论的光辉与对后人的启示。

三、代结语:对《法律理论问题导论》的评论

其实以上两节文字已经包含了对《法律理论问题导论》一书的主要的评论,虽然是在一种总体上的评论,因为凯尔森法律理论的中间性道路,也即凯尔森提出的纯粹法理论是一个历史性的概念,虽然在《法律理论问题导论》一书中,纯粹法理论已经被完整地提出来了,但是在随后的几十年中,凯尔森一直在对其进行修正,所以说上两节中对纯粹法理论的一些评论也是适合的。但是,在此基础上,必须要做出进一步的评论。

首先,我们必须把《法律理论问题导论》放到凯尔森整个法律理论发展的脉络中去进行审视。按照 Stanley L. Paulson 提出了自己的关于凯尔森法律理论分期的观点:第一个阶段,建构主义阶段(Constructivist Phase)1911-1913,过渡时期 1913-1922;第二个阶段,古典阶段(Classical Phase)1922-1960,这其中又有两个时期,新康德主义时期(Neo-Kantian Period)1922-1935,混合时期(Hybrid Period);第三个阶段,怀疑主义阶段(Sceptical Phase)1960-凯尔森生命的结束。^[16]由此可以看到,《法律理论问题导论》出版于古典阶段的新康德主义时期的末期,可以说是新康德主义时期的集大成者,集中体现了凯尔森在新康德主义时期的理论洞见。在这一阶段,凯尔森主要是试图为第一阶段提供一个康德或新康德式的基础,基础规范的引进就是其表现。

在《法律理论问题导论》中所提出的纯粹法理论,可以称之为纯粹法理论的古典版本,其目的就是就是要建立一个概念性的框架,其允许任何给定的被认为是科学的权限之法律的解释;字在这种意义上,也就是解释康德,因为要求成为科学的《法律理论问题导论》意图成为《未来法律科学导论》。不仅如此,凯尔森也敏锐地发现了 19 世纪末 20 世纪初在德语世界占主流地位的法学一般理论所犯的两大错误。首先是哲学上的错误,传统的法理学总是沉溺于形而上学,并且对自然法理论有着残存的信仰。为了使法的一般理论变成科学,必须去除这些有害的影响,但是同时相反的错误也必须避免,即不能忽略自然科学和规范科学之间的区别,也就是要坚持是与应当的区别。同时,我们既不能把法律与道德相混淆,也不能法律科学与社会学相等同。而这正是凯尔森在《法律理论问题导论》的前两章:《法与自然》、《法与道德》中所完成的任务,既不把法与事实相等同,也不把法混同于道德;既反对认为存在绝对法律价值的传统自然法理论,也反对残存于传统法律实证主义之中的自然法理论的残余,即正义观念,使法律实证主义与自然法理论彻底划清界限。第二类错误内在于传统法理学对法律体系的阐明,即法律体系的内容和结构是由根本不同因素构成的。这通常采取一种二元论的形式,例如公法和私法、内国法和国际法等。凯尔森则反对这一二元论,认为在表面上的分立之下有一个基础性的统一,而且这一二元论只是存在程度上的区别,而不存在质的区别。同样,传统法理学所界定的独立于法律的一些概念(如法人、国家)只能是在法律的内部进行界定,通过这种方式,法律与个别的概念之间的二元论也被克服了。凯尔森认为十九世纪的法律实证主义,尤其是德国法律科学中的关键概念,仍然在法律理论的二元论(the dualism of legal theory)的支配之下,而法律理论的二元论正是自然法学说的残余。正是通过对法律理论二元论的克服,凯尔森对十九世纪德国的法律实证主义进行了彻底地批判,为提出自己的纯粹法理论做好了铺垫。

[16] Stanley L. Paulson, *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18(1998). pp161.

先验范畴意义上之“应然”的引入。所谓先验范畴意义上之应然，乃是剔除了意识形态之应然，也即与道德之应然是不同的。纯粹法认为法律规范并不是像道德规范一样的绝对命题，而是表述条件事实与其后果的关系的假言命题，这样的话，法律规范就成为重构的法律规则。比照自然科学的因果律，凯尔森拟制了联结法律要件与法律效果的归属律，而此归属恰恰是法律作为法律并具有自主性的关键所在。此归属同时也表明了法律的特殊存在就是其效力，即法律就是“应然”。“应然”是借以理解经验法律素材的相对性先天范畴。因此，“应然”不能缺少，否则便无法理解或实在法联结两事实之方式。此“应然”是一法律范畴，仅仅体现的是包含此法律要件与法律效果的重构的法律规则的特殊意义，此范畴具有形式的性质，所以与超验的法理念是不同的，不论联结什么内容的事实，也不管将哪种行为当作法律，都不影响其效力。此“应然”范畴乃是康德认识论意义上的先验性假设，而不是形而上学意义上的超验观念，不会因为内容而排除任何社会实体，而正是此先验性确保了纯粹法理论彻底的反形而上学的立场。^[17]由此可见，正是“应然”这一范畴使得法律具有规范性的意义，正是在这一点上使得纯粹法理论与以因果律考察事实的科学区别开来，因为科学所认知之事实只是受因果律支配的物理与心理事实。

通过以上的论述，凯尔森一方面批判了传统的自然法理论，与自然法理论势不两立；另一方面又彻底清除了德国传统法律实证主义理论中的自然法遗毒，并进一步引入先验范畴意义上之“应然”，把法律界定为规范，与把法律还原为事实的法律实证主义理论也划清了界限，于是凯尔森开始提出了自己的纯粹法理论，一种既不同于传统的自然法理论，又不同于法律实证主义理论的新的理论模式，一种中间性的道路。但是，凯尔森还面临着一个问题，也就是法律的规范性，也就是效力从何而来的问题，因为他既不能向自然法求助于法律之外的权威，也不能像法律实证主义理论诉诸于事实。于是，凯尔森便借助于康德式的先验证明，引入了基础规范，“纯粹法理论以基础规范为其基础性假设，预设基础规范有效，则基于基础规范之法律秩序也就有效”。^[18]构成法律秩序的一切事实的规范意义都溯源于基础规范，唯有预设基础规范，才能将经验素材解释为法律，也就是法律规范的体系。纯粹法理论没有通过表述基础规范在法学方法上有所创新，只是将法学家平常所未觉察到的公之于众：法学家对其研究对象加以概念化时，一面拒绝自然法作为实在法的效力根据，一方面又要把实在法理解为有效秩序。因此，只有预设基础规范，纯粹法理论能够剖析实在法的认知方法，揭示其隐藏的先验逻辑前提。^[19]至此，凯尔森在《法律理论问题导论》中便基本上完成了其既定的理论目标，完整地论述其纯粹法理论体系，并为其提供一个康德式的哲学基础。关于纯粹法理论这一中间性道路的贡献与问题，前文已有比较详细的论述，在此便不再赘述。

其实，《法律理论问题导论》在完成前文所提及的凯尔森的主要理论目标外，对其它问题也有所论述，限于篇幅，不再详述。但是，需要我们记住的是，不管凯尔森的纯粹法理论存在多大的问题，其在法学史上的地位是毋庸置疑的。

（初审编辑：刘诚）

[17] Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press 1992, p. 22-23.

[18] Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press 1992, p. 58.

[19] Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press 1992, p. 58.