

凯尔森法学思想中的新康德主义探源^{*}

张 龔

内容提要: 汉斯·凯尔森的法学理论与新康德主义哲学之间的内在关联已为学界所周知,但究竟是何种关联以及如何关联的,却并不清晰。作为德国二战前最重要的哲学思潮,新康德主义是凯尔森法学思想的灵感和基础所在。无论是马尔堡学派的先验认知理论,还是西南德学派的判断和效力学说,都为凯尔森所继受,并纳入到其法学理论大厦的建构当中。正是建立在这两个学派基础之上的凯尔森法学理论,为法学成为一门科学奠定了几乎所有重要的概念。这些新康德主义要素就此成为凯尔森法学乃至法哲学思想研究必要的对象。然而,凯尔森自己却几乎没有专门论述过新康德主义思想。通过调查,本文不仅揭示两者之间的关联,也试图间接为我国学者建构中国自身的法学理论提供某些有益的启示。

关键词: 凯尔森 纯粹法学 新康德主义 先验认知理论 基础规范

张龔,法学博士,中国人民大学法学院讲师。

一 导 论

汉斯·凯尔森(1881-1973)是国际公认的法哲学家、公法学家以及国际法大家。在制度实践层面,他曾参与起草奥地利宪法,是欧洲首个宪法法院——奥地利宪法法院的缔造者。他早年成名,享誉欧洲大陆,中年由于纳粹迫害流亡美国,又成为欧陆法学融通普通法系的关键性人物。在其半个多世纪的学术生涯里,凯尔森发表了17 000多页的作品,被后世学者誉为“世纪法学家”。然而,越是识见其伟大,困惑与好奇也就越深:那煌煌巨著中深刻而极富创见的法学思想之源头在哪里?

凯尔森一生的学术运思从未停止,且有过多次明显的学术转向。一般来说,凯尔森的学术生涯可较为精细地划分为四个阶段:1)理论建构阶段,代表性成果是其教授资格论文《国家法学的主要问题》;2)先验哲学阶段,始于1915~16年,1922年左右达到顶峰,至1934年第一版《纯粹法学》出版而结束;3)实在主义阶段,以1960年第二版《纯粹法学》出版而告

^{*} 本文系2010年度中国人民大学“中央高校基本科研业务费专项基金项目”(10XNF046)成果。

终; 4 “语言分析阶段”, 该阶段成果主要是他在 60 年代发表的一些文章。⁽¹⁾ 前两个阶段可谓凯尔森法学思想的形成阶段, 后两个阶段则属于调整修缮阶段。若是溯其思想源头, 第二阶段尤为重要。因为在第一阶段, 他尚未形成自己独立的认识论和方法论, 不过是循着盖尔伯—拉班德—耶利内克这条德国传统实证主义法学的道路自然延伸而已。⁽²⁾ 而到了第二阶段, 在继受同时代哲学思想的基础上, 他发展出了独立的法学认识论和纯粹法理论, 基本完成了学术生涯里最重要的作品。⁽³⁾ 故就探究其思想源泉来说, 第二阶段至为关键。在此阶段, 从 1916 至 1922 年又可谓此阶段中的酝酿期。凯尔森一方面仍旧因循传统实证主义的方法, 另一方面已开始吸收同时代哲学的养分。是时, 对凯尔森影响甚大者首推国家法名家格奥尔格·耶利内克。除了他的两层理论(zwei-Seiten-Theorie) 虽受到凯尔森的强烈批评,⁽⁴⁾ 却也促成凯尔森发展出自己的国家和规范概念之外, 耶氏作为海德堡大学的巨擘, 与西南德新康德主义创始人文德尔班交往密切。通过耶氏这一桥梁, 凯尔森得以同西南德学派深入接触。1923 年, 借《国家法学的主要问题》再版之机, 他在前言中专门提及曾受惠于文德尔班、齐美尔以及凡辛格(H. Vaihinger) 等新康德主义者的影响。不过, 同期对他产生影响的首推马尔堡学派的赫尔曼·科亨(H. Cohen),⁽⁵⁾ 科亨的先验论证直接影响了他的纯粹法理论建构。1923 年之后, 凯尔森对于系统构建先验概念失去兴趣, 其主要工作是同社会学、心理学以及唯物主义哲学展开论战, 到 1934 年第一版《纯粹法学》出版, 凯尔森法学思想基本成型。

本文目的在于梳理出凯尔森法学思想与新康德主义哲学思想之间的内在关联, 从而既可达到对凯尔森法学理论的深入分析和理解, 亦间接为国内法学的理论建构提供方法上的启示。文章分为三部分, 首先是就康德哲学与新康德主义作一简要梳理; 之后从新康德主义的两个学派出发, 分别以科亨和李凯尔特为各自的代表, 分析凯尔森法学思想中, 新康德主义以怎样的方式成为其法学思想之源泉, 又体现在哪些方面; 最后, 结合我国实际作一简要评述。

- (1) 关于四阶段划分法, 参见 Carsten Heidemann, Norm als Tatsache, Baden-Baden 1996, S. 19; 相反, 鲍尔森则坚持三阶段划分, S. L. Paulson, “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, 18 *Oxford Journal of Legal Studies* (1998), p. 153. 尽管二者存有分歧, 但就凯尔森深受新康德主义影响这一点来说, 二者并无异议, 分歧仅在于 1934—1960 年间, 凯尔森是否经历了从新康德主义到实在主义的重大转变。此外, 还有一种更为粗略的划分, 以凯尔森 1979 年出版的《一般规范理论》为标志, 由于在该书中凯尔森提出了不同于早先的规范观点, 故以此为界, 前期为经典纯粹法时期, 之后则是晚期纯粹法时期, 显然这种划分也不否认凯尔森的新康德主义阶段。参见 Ota Weinberg, “Logic and the Pure Theory of Law”, in R. Tur, W. Twining (ed.), *Essays on Kelsen*, (Oxford: Oxford University press, 1986), p. 194.
- (2) 在《一般国家法学》前言里, 凯尔森写道“我比以前看得更清楚, 我的论文在多么大的程度上建立在前人工作的基础之上。……如果确有必要指出德国国家法最重要的代表的名字的话, 他们是盖尔伯、拉班德以及耶利内克。” Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg 1966 (1. Aufl. v. 1925), S. VII.
- (3) 如《主权问题和国际法理论》(1920), 《社会学与法学之国家概念》(1922), 《一般国家学说》(1925), 第一版《纯粹法学》(1934) 等。
- (4) 耶氏也受到新康德主义影响, 认为可从规范意义和社会学意义上观察法, 由此法具有两个层面: 法既是社会权力, 又是规范集合。然而, 凯尔森认为不同的认知对应不同的对象, 因此, 耶氏的两层理论对应的是两个不同的对象, 从而就有了两种不同的法。参见 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1912, S. 138; H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1. Aufl., Tübingen 1922, S. 106.
- (5) 在《康德研究学刊》(1912) 上的一组讨论中, Oscar Ewald 认为凯尔森在《国家法的主要问题》中所运用的法律意志概念和科亨的描述基本一致, 但凯尔森特别澄清, 此前他从未读过科亨的书, 他们是在完全不同的理论背景下运用相似的方法。参见 S. L. Paulson, Zur neukantianischen Dimension der Reinen Rechtslehre, in: Die Rolle des Neu-Kantianismus in der Reinen Rechtslehre: eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Aalen 1988, S. 10—11.

二 康德的法哲学思想与新康德主义

关于康德法哲学的立场,学界多有争议,但有共识的是,康德视法学为一门实践哲学,因此若要回答法律是什么,必然预设了追问实践理性如何可能。相反,凯尔森的法哲学根本上是建立在康德的理论理性批判基础之上,⁽⁶⁾否认存在实践理性。⁽⁷⁾因此,分析新康德主义哲学对凯尔森的影响之前,有必要先简要梳理下康德的哲学思想以及新康德主义的立场,看一下究竟是什么原因促成凯尔森改弦更张,抑或说是什么赋予他灵感,从理论理性批判出发建构自己的法学理论。

(一) 康德哲学与法哲学

康德的理论理性批判致力于回答的问题是“我们能知道什么”。在他看来,无论是笛卡尔、斯宾诺莎、莱布尼茨所代表的理性主义,还是约翰·洛克所代表的经验主义的尝试都不够令人满意。为此,他在《纯粹理性批判》中提出了先验哲学。认知既非超越性的感悟,也非经验的几何累积,而是“只要其先验上得以可能,那么它所涉及的就不是对象,而是我们对对象的认知方式”。⁽⁸⁾也就是说,康德通过先验哲学所追问的并非何为具体的认知对象以及该对象的内容,而是对象的先天条件,其对于对象的构成必不可缺。为此,康德首先从直观的两种形式出发,即知识得以可能的先天条件,如时间和空间,既不依赖于我们的经验,也并非关于物自体。它们是“感性直观的两种纯粹形式,知识的先天原则”。⁽⁹⁾由此,我们可以得到感性直观的先天条件。这种先天直观不可混同于后天的经验质料,因为前者是先于所有后天经验的纯粹直观形式,而后者则是在时空这一框架之内的变量。只有借助时空这种纯粹形式,我们才能够确定一个具体的对象。感性就此得到统一的形式,直观虽的确不是感性所创造之物,但却是感性参与而形成的作品。

然而,若是谈及知识如何可能,仅仅先天的和后天的直观尚且不够,还需要感性与知性的共同作用。“直观和概念构成了所有知识的要素,概念若没有与之对应的直观,直观若没有概念,都不可能带来知识。”⁽¹⁰⁾“没有感性就不会有对象,而没有知性则无法思考。思想无内容是空洞的,而直观无概念则是盲目的。……只有二者的结合,知识才能形成。”⁽¹¹⁾如果说,时间和空间处于直观的层面,那么范畴属于可将现象界中的多样性连接起来的知性。范畴因此也具有先天特征,确切说,它们是具有最高普遍性的概念,自然科学得以可能归功于范畴的存在。就此来说,如果时间和空间这两个直观形式必然涉及到现象,因为只有在这时空中才可把握住对象,那么知性范畴则与之不同,它与现象的关联并不那么明显:对象以及直观可以不因知性活动而存有,当然在这种情况下,涉及到的其实并非知识而是现象,并非感知而是经验。那么,知性范畴如何才能与现象相连呢?康德就此指出,只有通过概念,一些先天的事物才能进入思想,经验知识才得以可能。概念因此成为“经验得以可能的先天条

(6) 参见 Otfried Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt/M 1990, S. 70-1.

(7) H. Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, in: ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 415.

(8) Kant, *Kritik der reinen Vernunft*(以下简称 KrV), Frankfurt/M 1974, B25/A11.

(9) Kant, KrV, B36/A22.

(10) Kant, KrV, B74/A50.

(11) Kant, KrV, B75, 76/A50.

件”。就如每个直观都在时间和空间之内,每个经验都限定于范畴之下。现实经验限定在理论上的可能经验的框架之内。通过这种方式,康德提出了他的重要思想“所有那些在我们感觉中发生的事情,必然要受到那些从知性中先天形成的法则的限制。”⁽¹²⁾就上面所提的知识何以可能这一问题来说,知性范畴作为经验得以可能的条件,并不是从自然中创造这些法则,而是通过知性成为经验的立法者来对这些法则加以规制。

哲学作为一门科学所涉及的就此不再是关于所谓经验现实的理论,而是关于经验现实之知识的理论。由此,康德完成了著名的哥白尼转向,将哲学从休谟的怀疑论中拯救出来,使之成为一门科学。这一成就对于后来的新康德主义以及凯尔森的法学思想,具有极大的启示意义。然而,康德的实践理性批判并没有继续坚持第一批判的立场。他不再追问对现实的认知,即描述性的存在,而是追问具有解释性的应然。为此,他将自己的先验哲学做了适当调整。在实践理性领域中,不再是认知,而是人的自由,行动自由和意志自由,居于中心地位。这一领域处于因果上被决定的时空这一“知识的先天原则”的现象界之外,而自由作为实践理性的理念,根本上是一种与实践理性的道德命令相一致的能力,其客观现实性与自然法则无关,利用经验性论证不可能判定其对错。⁽¹³⁾可是,如何保证这一自由不是一个幻觉呢?在康德看来,道德义务普遍有效,并非一个假设,而是事实。虽然说,这样一种理性的事实作为一种善好意志的表现形式,难免不会受到怀疑论者的“具有主观性”的诘难,但也因此,若是谈及自由作为“客观实践法则,因而也就是意志与自身的关系”,它必须“完全由理性来决定”。⁽¹⁴⁾实践规范效力的客观性和义务力就此来自于直接且普遍地赋予所有作为理性人以义务的伦理法。这一“纯粹实践理性的基本法”⁽¹⁵⁾就是绝对命令,它对处于(实践)法则和自然倾向之间的紧张关系”中的感性行动者⁽¹⁶⁾产生约束效力,将其行为纳入到按伦理行动的轨道上来。

从实践理性出发,康德将其法学和德学置于道德形而上学之下。绝对命令不仅是德学,而且还是法学的基础。法律规范和伦理规范都属于实践法则,都是从绝对命令中推导出来的。若仅就绝对命令的无条件性作为二者共同的结构来说,它们并无区别,不同之处在于,“所有立法……都可视其内在动机不同而区分。凡使行动成为义务的同时还成为内在动机的立法是伦理性的;凡在法规中没有包含前述动机,而是允许另一种有别于义务自身理念的动机的立法,则是法律性的。”⁽¹⁷⁾后面这种立法是外在强制的立法,其与伦理立法相对,独立于主体的内在信念。就此而言,法的对象涉及到的并非主体的内在信念,而是外在行动,法的实现因此并非通过主体的自律,而是通过外在的强制。然而,这一强制法并非任意之法,而是必须以实践理性的绝对命令为依归。于是,康德法学思想面世之后,就法和道德的关系呈现出两种彼此相反的解读:一种则是实践道德哲学的解释,一种是先验唯心主义的解释。前者认为康德的法与道德不可分,但却回到了前批判时期的哲学立场;后者则认为,就法的

(12) Kant, KrV, B160.

(13) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten(以下简称 GMS), Frankfurt/M 1974, BA 85.

(14) Kant, GMS, BA62, S. 58.

(15) Kant, Kritik der praktischen Vernunft(以下简称 KpV), Frankfurt/M 1974, A30.

(16) 感性人(Sinnwesen)和理性人(Vernunftwesen)这种人类学意义上的区分是20世纪70年代以来康德法哲学复兴的一对关键概念。参见 F. Löttsch, Kritik der Autorität. Das Sittengesetz als pädagogische Problem bei Luther, Kant und Schleiermacher, Köln/Wien 1974, S. 60 ff.; 以及 Kant, KrV, BA 113.

(17) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Hamburg 1998, S. 219.

外在性、强制性来说,康德之法严格与道德相分离。⁽¹⁸⁾因此,在新康德主义者看来,康德的法学思想要么是一种背离其批判哲学立场的古典自然法,要么是一种彻底的实证主义法学。在后面这种强实证法学的解释下,康德对人民的反抗权的否认,⁽¹⁹⁾就更令人无法接受。因此,相比起其先验批判哲学,新康德主义者宁可忽略康德自己的法学而另起炉灶。

(二) 新康德主义

新康德主义与其说是一种哲学流派,毋宁说是一场哲学运动。从时间上看,新康德主义运动开源于黑格尔与费希特所代表的思辨唯心主义的绝对形而上学思想衰落之后。自1804年康德去世,之后近三十年的时间里,康德哲学退居幕后,黑格尔哲学独领风骚。然而,1831年黑格尔去世后不足一年,就有学者重新发文呼唤康德哲学。不过,新康德主义兴起的原因却不仅仅因为学者们更钟爱康德,而是由于康德哲学更适合当时的大学环境和政治形势。在《新康德主义的兴起和形成》一书中,魁克(K. Köhke)指出,在黑格尔主义失败之后,如果只是为了表达一种非思辨的科学哲学,那还用不着新康德主义,甚至无需回溯到康德。由于1848年革命的失败,德国并没有变成君主立宪国,更别提成为共和国,大学自然不能免俗。于是,为了将大学变成一个科学的共和国,政治与社会问题被学者们逐出大学的讲台,能够保留下来的只有以认知科学为导向的哲学家。就此而言,黑格尔主义并非因为不适应科学进步而退出大学舞台,新康德主义也非因为反对深受唯物主义和实证主义影响的时代精神而形成,而是因为符合哲学科学化的趋势而兴起,这种大学哲学科学化的趋势在新康德主义运动中达到至高点。⁽²⁰⁾概言之,从政治上来看,新康德主义是以自由权利辩护者的面目而出现,它反对来自宗教和国家对科学自由和良知自由的压制。⁽²¹⁾就理论抱负而言,新康德主义通过将康德的第一批判扩展到康德自己没有坚持的实践哲学,力图弥补康德第一批判体系的漏洞,构建更为科学化的哲学与法学。⁽²²⁾

从哲学史上观察,可划入新康德主义思潮的学派不少于7个,然最具影响力的只有马尔堡学派和西南德学派(也称巴登学派或海德堡学派)。前者主要由赫尔曼·科亨建立,后者则由文德尔班、李凯尔特以及拉斯克(E. Lask)所代表,拉德布鲁赫和康托罗维茨(H. Kantorowicz)则是西南德学派的法学代表。如果说马尔堡学派走的是一条康德意义上的逻辑性、系统性的认知道路,那么西南德学派更感兴趣的是价值论和效力论的批判主义。两个学派的代表性观点暂不详述,待下文结合凯尔森的思想继受再加讨论。在此仅就不同新康德主义流派共同点小作归纳,通过这些共同点,不难发现凯尔森的法学理论多么深地扎根于同时代的哲学思想之中。照当代哲学家格洛克(Hans-J. Glock)的观点,自康德以至今日,德国哲学中各种不同方向的思潮始终面临着同一论题:鉴于科学的迅猛发展,哲学是否可以发挥独立的作用。就对此问题的回答来说,德国19世纪的哲学大致可以划分为三个阶段:

(18) 参见 Julius Ebbinghaus, *Kants Rechtslehre und die Rechtsphilosophie des Neukantianismus*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 2., Bonn 1988, S. 232.

(19) Kant, *GMS*, S. 141.

(20) Klaus C. Köhke, *The Rise of Neo-Kantianism*, trans. by R. J. Hollingdale (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), pp. 71 - 77.

(21) Manfred Pascher, *Einführung in den Neukantianismus*, München 1997, S. 43.

(22) 关于新康德主义者对康德哲学的褒扬和批评,参见 W. Kersting, *Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen*, Stammler und Kelsen, in: *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, hrsg. v. R. Alexy/L. H. Meyer/S. L. Paulson, Baden-Baden 2002, S. 26 - 7.

1) 1800 - 1831 年 德国唯心主义阶段: 哲学作为一门超科学的学科; 2) 1831 - 1865 年, 自然主义阶段: 哲学作为一门可以化约为经验科学的学科; 3) 1865 - 1900 年, 新康德主义阶段: 哲学被重建为一门第二秩序的学科。⁽²³⁾

格洛克指出 德国唯心主义者实际上都是超理性主义者 因为在他们看来 所有学科都是先天的 哲学甚至能从第一原则中推导出明显是偶然性的事实 所以说 科学在唯心主义者这里只能是一门超理性的学科。相反 自然主义者根本上都是生物学者。他们将唯心主义大厦的崩塌视为所有形而上学思辨以及对先天的思考毫无价值的信号 所有学科因此都是后天的。而就其最广义来讲 新康德主义同时反对前述这两个极端。它认为 哲学既非超科学 从而可以取代自然科学 也非自然科学的一个分支。哲学是一门像数学和逻辑学一样的、追求先天知识的学科 这一知识在性质上完全不同于经验性知识。因此 所有新康德主义都严格区分实存与应然 拒绝任何一种意义上的方法一元论 科学由此也分为实存科学与应然科学。另一方面 无论是经验性的确证还是驳斥都不影响哲学作为一门科学。这并非因为哲学所涉都是抽象的实体 远离现实的经验 而是因为它涉及的是第二秩序 即它不认为自己描述的是物自体或真正的现实 而是对现实得以可能的先验条件的反思。由此 可以发现所有新康德主义的第二个共同点 即反对按照经验科学的模式建立统一性的科学 无论是西南德学派的康托罗维茨对法律现实主义的尖锐批评⁽²⁴⁾ 还是凯尔森 如果暂时称其为马尔堡学派的代表的话 发起的两条战线——其中一条就是批评传统经验实证主义——的斗争⁽²⁵⁾ 都是这一特点的具体表现。然而 一旦科学按照这两个标准而确定 必然会引发疑问: 何为新康德主义界定的哲学自身的认识论立场? 这一立场其实根本上就是康德的立场 尽管新康德主义采取了不同于康德的证立方法。确切说 所有新康德主义的立场都是将康德认识论中属于本体论的那部分——物自体——剥离掉 所剩下的便是现实与认知方法的构成性: 现实并非预先给定 而是通过认知形成的 是范畴综合的产物。西南德学派的拉斯克和李凯尔特都坚持此立场⁽²⁶⁾ 凯尔森则在《国家法的主要问题》中明确指出 在这一点上他不仅同科亨 而且同拉斯克都是一致的。⁽²⁷⁾

(三) 新康德主义的法哲学

新康德主义哲学家在发展了自己具有普遍性的认知哲学或者价值哲学之后 特别是在实践哲学和伦理学领域 就如同康德和黑格尔一样 必然要在法学这个实践领域中一试锋芒。无论是施塔姆勒、科亨还是拉斯克都有着自己的法哲学思想。这里不可能详述每个人的观点 不过值得指出的是 尽管他们都对康德的法哲学持消极态度⁽²⁸⁾ 但其哲学思想既然承康德哲学 特别是实践哲学之恩泽 自然都致力于发展一种道德法哲学。典型如新康德主义法哲学的奠基者施特姆勒提出的正确的法 其在实证法体系之上设定了一个绝对有效的

(23) Hans-Johann Glock, Neukantianismus und analytische Philosophie, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, S. 503 - 4.

(24) H. Kantorowicz, Rationalistische Bemerkungen Über Realismus, in: ders., Rechtswissenschaft und Soziologie, Heidelberg 1962, S. 101 ff.

(25) S. L. Paulson, Einleitung, in: ders. (Hg.), Die Rolle des neukantianismus in der reinen Rechtslehre, 1988, S. 11.

(26) 参见 Emil Lask, Rechtsphilosophie, S. 308; Heinrich Rickert, Der Gegenstand der Erkenntnis, 4/5 Aufl., Tübingen 1921, S. 314 ff.

(27) 参见 Kelsen, Hauptprobleme des Staatsrechts, Vorwort XVII.

(28) 参见 Gerd-Walter Küsters, Kants Rechtsphilosophie, Darmstadt 1988, S. 19.

法理念,以之为准绳来评价当下生效的法律,⁽²⁹⁾尽管在他这里,此种正确法的理念不同于传统自然法那种具有确定实质内容的正确性原则,而是具有可变换的内容。⁽³⁰⁾在科亨看来,科学乃是一个事实,由此出发,可以通过先验论证来分析和论证伦理原则,从而重建伦理哲学和法律哲学的统一体。⁽³¹⁾在这个意义上,凯尔森将二者都归入到自然法学的行列。⁽³²⁾特别值得一提的是拉斯克,他的法哲学思想的初衷颇类似于凯尔森,乃是为了将法理论从传统自然法和实证法的泥淖中拯救出来,但他仍然为法保留了一个先验的位置。通过将文化科学的概念运用到法的领域中,拉斯克区分了法哲学和法科学,前者的对象是绝对的法价值,而後者的任务则是法律现实的观察。⁽³³⁾在他看来,传统自然法不能成为法学观察的对象,但是法在其绝对性上必然和正义紧密相关。就此来说,对传统自然法批判的结果并非否认法哲学上对绝对价值的观察,而是反对将超经验的价值实质化。拉德布鲁赫无疑是西南德学派最重要的法学代表,他深受拉斯克影响,从价值和文化角度建构自己的法学思想。长期以来,围绕他的法理论究竟是非实证主义还是相对主义观争议不休,但无争议的是其二战后明显转向非实证主义。就其前期的相对主义立场来说,亦有足够的文本论据表明,他所秉持的是非实证主义观点,即一种规范意义上的相对主义或者说是相对客观正确性,⁽³⁴⁾因为他始终以绝对的法理念为依归。早在1932年完成的《法哲学》中,拉德布鲁赫就指出“法是现实性,其有意义就在于它促进法理念的实现”,⁽³⁵⁾加之从法理念出发发展出其后期的“极端不正义”理论,而思想其实没有发生截然断裂,认定其为非实证主义不无说服力。综合上述,倘若仔细观察西南德学派的拉斯克和拉德布鲁赫对传统自然法的批判,以及马尔堡学派的科亨从科学事实出发通过先验论证方法分析伦理原则,就会隐隐约约看见一个身影,即将规范科学作为事实,既排斥传统自然法,又反对经验主义实证法学的纯粹法学的雏形,而这种法学又是之前康德传统影响下的法哲学从未走过的道路。

三 凯尔森法学思想中的新康德主义要素

凯尔森所处的时代,法学面临的处境同康德那个时代传统哲学纠缠于既不可证明也不可证伪的形而上学理论难以自拔颇为类似,各种学者分别从心理学、社会学、形而上学、历史学等角度观察法学,对法学指手画脚,使法学成为一种光怪陆离的混合物。隐藏在这些观察方法背后的则是意识形态化和庸俗化的危险,无论学者们出于多么美好的动机,如正义、自然权利、人民民主等等,反而使得法学成为各种政治和社会力量斗争的附庸。因此,如何令法学成为一门独立和纯粹的科学,而不致沦为个别人主观愿望的工具,成为凯尔森建构自己法学理论的现实出发点。

(29) 参见 R. Stammler, *Die Lehre vom richtigen Rechte*, Berlin 1902, S. 201 ff.

(30) R. Stammler, *Die Lehre vom richtigen Rechte*, S. 116 ff.

(31) H. Cohen, *Ethik des reinen Willens*, 2. Aufl., Berlin 1907; 另参见 W. Kersting, *Neukantianische Rechtsbegründung*, S. 35.

(32) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ‘Labandismus’ und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves, in: Hans Kelsen/Renato Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, hrsg. v. S. L. Paulson, Neapel 1992, 56 f.

(33) 参见 Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl., Baden-Baden 1990, S. 78 – 79.

(34) 关于相对客观正确性,参见张龔: *Volk, Autorität und Grundrechte*, Baden-Baden 2010, S. 33.

(35) G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 119.

新康德主义共同的先验认识论的前提,无疑为凯尔森提供了观察法这一社会现象的理论基础。如果说法这一社会现象并不是法学的当然对象,那么法学所追问的就不是法现象究竟是什么,而是法学得以可能的必要条件。⁽³⁶⁾ 要满足法学成为一门独立科学的条件,从而可以避免康德实践理性的介入,就有必要先找到法学区别于自然科学之处。为此凯尔森引入了著名的归责概念。自然科学以因果范畴为根据,如“水温达到 100 度,所以水变成气体”,法学则以归责范畴为根据,“如果满足事实构成,就要依法承担责任”。进一步,事实构成和制裁后果之间如何衔接则成为问题,回答这一问题就要求法学成为一个具有规范效力的科学,因为实存严格区别于应然,应然的效力基础不能来自于事实构成,那么来自于哪里就成为关键。显然,这仍然得回到前面的认知论基础,回到康德和新康德主义。在《纯粹理性批判》中,认知和认知的对象之间,起衔接作用的是知性范畴,知性范畴将日常经验上的非逻辑质料经过综合,从而形成判断。这意味着,每个认知性判断不同于单纯心理性的主观判断,具有客观的意涵。就此而言,认知性判断在于其客观性或有效性。一个判断若没有效力,它的对象就不能成为认知意义上的对象,所以,认知性判断是一个具有效力的判断。⁽³⁷⁾ 无疑,归责的效力就建立在判断在逻辑意义上的有效性基础之上。只要事实构成中的判断具有效力,就可以适用制裁的后果。但是,法学作为一个判断体系,只有一个判断有效尚还不够,还有必要澄清不同层级的判断之间的关系,也即规范层级理论。显然,一旦确定基础规范是这样一个逻辑形式向上追溯的终点,就可进一步通过从基础规范开始的授权来解决规范层级的问题。但是,如何证成基础规范又成为问题。在这个问题上,新康德主义哲学又发挥作用,如凯尔森在他的第二阶段期间曾明确将基础规范称之为法学知识的“先验逻辑条件”。⁽³⁸⁾

可见,凯尔森整个法学理论的核心部分无处不带有新康德主义的色彩,从中既可看到马尔堡学派先验认知的身影,又可发现西南德学派判断和效力的印迹。然而,凯尔森从未系统阐述过新康德主义对其法学思想的影响。倘若说他曾明确承认,马尔堡学派直接影响过他,那么,西南德学派对他的影响大部分都是间接且不明确的,但如上述,至少可以确定的是,这种影响应该主要集中于两个基本要素上:判断与认知对象的关系以及规范的效力。下面先从凯尔森对科亨思想的吸收开始,继而详述李凯尔特对凯尔森法学思想的影响。

(一) 先验方法与法学作为科学——凯尔森对赫尔曼·科亨思想的继受

赫尔曼·科亨是马尔堡学派的开创者,他反对从心理学角度对康德先验哲学的解读,认为既然逻辑与数学可独立于心理而存在,完全可以从逻辑和科学的角度重建康德哲学。凯尔森有意识地吸收科亨思想起因于他之前在《国家法的主要问题》一书中同科亨的不谋而合,这种巧合主要体现在公法上的法人和意志的概念。在鲍尔森看来,原因可能在于二者有一个共同的思想源头:吉尔克(O. v. Gierk)的法学思想。科亨曾受到吉尔克的很大影响。⁽³⁹⁾ 但由于这一巧合,凯尔森开始有意识地关注科亨的理论,更为巧合的是,凯尔森所关心的法理论建构问题,也即如何证立法学的先天必要条件,使其成为一门纯粹的科学,亦是科亨关

(36) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Aufl., Wien 1934, S. 36-7.

(37) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 81; Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der "Rechtsdogmatik"*, in: *ZöR* 3 (1922), S. 182.

(38) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 67.

(39) S. L. Paulson, *Zur neukantianischen Dimension der Reinen Rechtslehre*, S. 15.

心的哲学如何成为科学的问题。

马尔堡新康德主义也常被称为“逻辑唯心主义”，因为先验论证构成其理论的核心，它是一种用于发现一切知识之非经验性的必要条件的方法。然而，严格地讲，康德并未使用过“先验方法”一词，先验方法是科亨的发明，而康德在《纯粹理性批判》中使用的是先验演绎。⁽⁴⁰⁾ 康德为其理论哲学设定的主要任务是发现和重建客观经验知识得以可能的普遍性条件。为了达此目标，他提出了“先验演绎”的方法：为了证明范畴这种基本的知性概念的客观有效性，从而科学判断可赖以为基础，康德的先验演绎开始于一个不容置疑的前提：先验统觉。他认为，先验统觉必然预设在每个对对象的认知活动当中。问题是这样一个不容置疑的前提如何可能呢。康德进而指出，在任何经验性知识中，范畴必然被运用，此种运用暗示着先验统觉。此处颇值得指出的是，在先验演绎中最为重要的在于，尽管康德使用了物自体的概念，但他仍旧是一个主观唯心主义者。对他来说，认知活动不仅“反射”一个客观既定的世界，而且客观世界根本上就是由认知构成的。⁽⁴¹⁾ 因此，认识论和本体论在康德那里一起出现，范畴不仅是知性的基本概念，而且是客观现实的基本要素。

科亨较之康德的主观唯心主义实际上有所撤退。在他看来，如果认知并非是一种意识，而是内涵于科学中的事实，那么我们考察的对象将不再是主观现实性，而是一个事实，虽然它是变化着的，但却是客观既定的。它并非我们认知的工具也非认知的过程，而是科学自身。⁽⁴²⁾ 由此，当康德将不容置疑的先验统觉视为论证之前提、却不可避免地遭到心理主义批判的时候，科亨则从科学出发，将制度化科学的结果之客观性作为论证的前提。于是，不同于康德的范畴之先验演绎，先验方法并没有将定位于纯粹理性自身的先验统觉作为出发点，而是将自身建立在已有科学的基础之上。由此，先验哲学就不再有“纯粹理性批判”的特征，而是对“现已存在的最好的科学结论”的必要前提之各项条件加以分析。

不过，对于科亨由此发展出的法哲学思想，凯尔森不无保留。一方面，凯尔森承认，科亨对先验方法的解释确实为他自己解决法律问题提供了一条精致的道路；但另一方面，科亨在其《纯粹意志的伦理》中进一步将先验方法从康德理论哲学拓展到实践哲学的领域，这在凯尔森看来，实在无法接受，因为科亨将法律科学作为“科学事实”运用为分析伦理原则的起点，从而将伦理和法律统一起来的做法，实则毁坏了法律作为一门科学的独立性和纯粹性。

为了清晰地说明康德——科亨——凯尔森之间的承继和发展关系，让我们回到先验方法的论证。虽然说无论是先验演绎还是先验方法仍旧是当前哲学界讨论的话语，但自从斯特劳森和斯特劳提出“先验论证”这一概念之后，哲学界更流行用先验论证一词来表达这种方法。⁽⁴³⁾ 更重要的是，通过先验论证、先验演绎、先验方法以及凯尔森的论证都可在同一逻辑语言分析图示下予以比较，因此，下文凡涉及到康德的先验演绎和科亨的先验方法，都改

(40) Manfred Baum, *Deduktion und Beweis in Kants Transzendentalphilosophie*, Hain bei Athenäum 1986, S. 213.

(41) 康德在第二版《纯粹理性批判》中，不同于自己坚持的唯心主义立场，更为强调外在世界的客观性，对此当代分析哲学的解释倾向于将其同康德的唯心主义对立起来。参见 P. F. Strawson, *The Bounds of Sense* (London: Methuen, 1966), p. 27。然而，是否就此将康德的唯心主义边缘化，则不无争议，对斯特劳森观点的批判，参见 R. Aschenberg, *Sprachanalyse und Transzendentalphilosophie*, Stuttgart 1982, S. 190。

(42) H. Cohen, *Das Prinzip der Infinitesimal-Methode und seine Geschichte*, Frankfurt /M 1968, S. 47-8。

(43) 参见 P. F. Strawson, *Individuals* (New York: Routledge, 1959), ch. 1; B. Stroud, "Transcendental Arguments", 65 *The Journal of Philosophy* (1968), pp. 241-56。类似的使用方式，也参见 Paulson, *Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?* in: *Rechtstheorie* 21(1990), S. 170-3。

以先验论证相称。

先验论证的基本逻辑结构形式为 p 是先验必要的; 如果 p , 那么 q ; q 是真的, 所以 p 是真的。显然这是一种非常形式化的说明, 实际上的先验论证在内容上要复杂的多。已如前述, 康德先验论证的目标是发现和证立判断得以可能的必要条件, 而出发点是他的前进性先验论证,⁽⁴⁴⁾ 它依赖于这样一个观点: 先验统觉 (P1) 和思考经验性命题能力 (P2) 是两个同样起源的事物, 也就是说, 二者彼此不可化约, 同时又谁也离不开谁, 在先验层面上互相论证。基于此, 可将康德先验论证的过程描述如下:

- 1) 先验统觉预设了形成客观判断的能力, 也即思考经验性命题的能力 (P1 P2);
- 2) 必定存在一个先验统觉 (P1);
- 3) 因此, 思考经验性命题是可能的 (P2);
- 4) 思考经验性命题又预设了经验知识的先天条件 (P2 Q);
- 5) 所以, 经验知识的先天条件是必要的 (Q)。⁽⁴⁵⁾

在上述论证过程中, 前提 1) 是不证自明的起点, 前提 4) 则是认知得以可能的先验前提。在此有两点值得指出, 一是前提 1) 的设定, 在康德看来, 知性只能通过概念来进行, 所以范畴和先验统觉是同一的, 但在怀疑主义者看来, 这个“只能”只能在经验意义上成立, 所以尽管康德指出概念的来源, 却并没有论证出这种来源的合法性, 因此前提 1) 过强。二是前提 2) 和 4), 二者采用的是否定式后件推理, 即如果 P2 (表示否定), 那么就 P1, 既然 P1 是不证自明的, 故 P2 是不可能的。然而, 这一逻辑推理因过于形式化引发了无数争议, 如思考经验性命题是否必须通过认知媒介, 这一媒介是否是我们认知外部世界的唯一渠道, 相关的争议事实上成为后来语言分析哲学的重要论题。但是, 仔细观察这一论证结构, 可以发现这一结构本身因其形式化而具有开放性, 在它内部可以不断嵌入新的内容, 而这恰恰是康德先验论证可以不断获得发展的原因。

科亨显然看到了康德先验论证的意义, 也意识到康德唯心主义过强的理想性, 但在德国强大的唯心主义传统余波未尽而语言哲学尚未展开的情况下, 他的注意力只能更多地放在对第一个前提的修正上。为了令这一论证更容易接受, 科亨的先验论证并没有康德的先验论证那么大的抱负, 他的先验论证可以被描述如下:

- 1) 经由运用于我们已经建立的科学中的最好的方法所认定为真的陈述是真的;
- 2) 这种真的陈述是可能的;
- 3) 真的陈述预设了经验知识的先天条件;
- 3) 因此, 经验知识的先天条件是必要的。

这一论证的主要问题实际上仍是前提 1), 尽管已经是弱化的前提, 因为它既可能是非事实的, 也可能并不必然为真。它仅仅表明的是实际的理由, 就好像说, 科学是一个事实, 如果那些用我们最好的科学方法所认定为真的陈述不是真的, 那还有什么陈述可被称之为真

(44) 康德前进性(或称综合性)方法与回归性(或称分析性)方法相对。其中,前者出现在纯粹理性批判中,而后者运用于未来形而上学导论中。分析性方法“仅仅意味着人们从那些被认知而似乎已经存在的事物出发,而且将其上升为条件,该事物只有在这些条件下才得以可能。”Kant, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, Frankfurt/M 1988, S. 276.

(45) 关于康德先验论证的演绎,参见 Kant, *KrV*, B 132-42; 另参见 Heidemann, “Hans Kelsen and the Transcendental Method”, 55 *Northern Ireland Legal Quarterly* 2004, p. 369. 关于前进性先验论证的符号表述,参见 Paulson, “On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen’s Basic Norm”, 13 *Ratio Juris* (2000), p. 285.

的呢?就此而言,科亨的先验论证不同于前述康德前进性先验论证,其实是回归性先验论证,即论证是从经验中推理出为该经验所预设的先验原则。⁽⁴⁶⁾

相比起来,凯尔森与科亨的区别仅限于第一个前提,确切说只是科亨先验论证在法学领域的运用。他认为,法的规范科学的“可能性和必要性已从持续了上千年的法律科学这一事实所证明”。⁽⁴⁷⁾它不同于自然科学,但属于科学的一个分支。因此,科亨的先验论证就可以转换为法学的先验论证,而且,只需改变一下第一前提即可,其具体的论证步骤如下:

- 1) 经由在制度化的法律科学中所建立的方法认定为真的规范法律命题是真的;
- 2) 经验知识的先天条件是规范法律命题得以为真的可能性的内在应有之意。
- 3) 所以,经验知识的先天条件是必要的。

显然,凯尔森想要自己的论证成立,就面临着和科亨同样的困难,即第一前提的证立问题。然而,凯尔森事实上并没有对第一前提的证立进行专门论述,其分散的论说可大致归为两端:一是,前提1)所涉及的是法学而非法律,对于无政府主义者来说,完全可以不存在这样一个视角,中国古代没有法学也可以提供反证。不过凯尔森似乎并不在意怀疑主义者的态度,甚至不打算回答对第一前提的质疑,而理由或许是他认为,如果不承认这一前提,现在进行的讨论和努力也就没有意义了。二是,即便不承认法学,那么不可否认的是,在每个社会,法以及法律程序都是普遍存在的事实。一旦在社会学意义上将某个程序称之为法律程序,也就意味着将某个特定观点的意涵确定为合法有效,而这其实采用的就是法学的视角。换言之,每个社会学意义上的法概念的建构都预设了法学意义上的法概念的建构。也可以说,在社会学意义上法概念和法学意义上的法概念之间又存在着一个回归式论证,怀疑主义者否认前提1),同时也否认了社会学意义上的法概念,从而使自己的怀疑也无法立足。此外,凯尔森还将法律理解为一个巨大的语义综合体,它决定了法律行动这一表达的意涵,⁽⁴⁸⁾这一观点一直延续到他后期的语言分析阶段,由此,任何人对法律的认知都意味着参与到法律的语言游戏中来,从而基础规范作为语法规则,必然预设法律这一语言游戏中,如此一来,对前提1)有效性的质疑就被排除了。⁽⁴⁹⁾

总体来说,凯尔森提出的制度化的法科学就其延承古罗马法的传统来说可以为人所接受,然而,这种先验性在很大程度上亦可称之为历史理性,这中间渗透着的黑格尔对康德理念空洞性的批判,其实正是科亨先验方法的新颖之处。而一旦将绝对理念的历史性展开限定在西方文化的唯一性上,特别是革命性的现代性上来,用中国没有法学的反例似乎也不足以推翻第一前提。

(46) 鲍尔森并不认同此通说,认为科亨的先验论证既不同于康德的前进性论证,也不同于康德在未来形而上学导论中提出的回归性先验论证,所以,凯尔森的先验论证不是来自科亨,而是康德的回归性论证。照他看来,凯尔森的论证可描述为:1)人对法律规范有认知;2)只要规范上的应然范畴被预设,那么法律规范就是可认知的;3)所以,规范上的应然范畴被预设。由此,他认为凯尔森的先验论证不成立的原因不在于第一前提,而是第二前提,因为应然范畴不是通向对法律规范的认知的唯一道路。不过,在作者看来,科亨的论证问题根本上在于第一前提过强,才导致第二前提不堪负担。而凯尔森先验论证的第一前提并没有那么强,故此处仍旧沿用通说。参见 Paulson, "On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm", pp. 288 - 289。

(47) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 37.

(48) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 4 - 5.

(49) 但如此一来,又会涉及法律语言的语谓意义和语用意义之间的差别问题,凯尔森的论证只是在语谓意义上成立,在语用上则引发了新问题,这实际上也是后来先验语用论证意图解决的问题。参见 K.-O. Apel, *Transformation der Philosophie*, Frankfurt/M 1976。

然而,就法学作为科学的法理论来说,先验论证更为重要之处在于,要通过它来分析出哪些先天条件被法科学所预设,法学具备哪些条件方可成为一门独立的学科。凯尔森就此推出的条件大致有三项。首先,就法学同自然科学一样都是科学来说,二者有着共同的预设,即使用的都是假言判断的形式,都是具有效力的判断,以及可通过确定的标准来检验。⁽⁵⁰⁾显然,这些前提已经不再是康德意义上的先验前提,如假言判断的形式就肯定不是康德先天综合判断的形式,后者是绝对命令的无条件形式。⁽⁵¹⁾就有确定的标准可以检验这些前提来说,可以追溯到维也纳学派的逻辑实证主义,因此,这些前提其实是新康德主义和逻辑实证主义的混合物。

其次是法学自身的预设,首要的是应然范畴——归责。凯尔森指出,假言判断在法学中表现为归责,即连接法律条件和法律结果的判断形式,⁽⁵²⁾譬如“法律上,如果任何人盗窃,那么应该受到惩罚”。归责在凯尔森看来,是可堪媲美康德的因果范畴的规范逻辑上的范畴。但是,这一范畴即便具有先验性,暂不论其可能只是一个相对的先天范畴,最大的困难是无法适用于凯尔森的规范层级理论,也就是说,法是一个等级结构,维系这一等级的不是归责,而是授权。一旦这一范畴在法学中不具有普遍性,那么能否成为一个前提则必然会受到质疑。但至少凯尔森局部揭示了法学内在的逻辑形态,如果在弱的意义上观察,即仅限于规范适用,而非规范创设的领域,仅限于单个规范,而非规范体系,那么归责无疑可被证立。因此,归责之外,法学要成为一个独立的科学,法学的对象不仅是单个规范,且还是一个规范体系的话,就还需要其他先验前提。

基础规范无疑扮演着这样一个角色。⁽⁵³⁾凯尔森明确将基础规范界定为先验范畴,且有别于超越性的法理念。他认为,基础规范这一法律范畴是建立在康德之先验认知论基础之上,而非形而上学超越论。⁽⁵⁴⁾由此出发,他将基础规范定义为一个不能从更高规范获得自身效力的规范。⁽⁵⁵⁾任何人认为在一个法律体系中处于最高层级的实证法律——宪法——是有效的,都预设了基础规范这个先验逻辑条件,这一论证可表示如下:

- 1) 法律规范效力源自创制宪法(历史上最早一部宪法)的意志;
- 2) 只有预设基础规范,规范根据创制宪法的意志取得效力才有可能;
- 3) 现行宪法是有效的;
- 4) 因此,基础规范被预设。

此外,基础规范不仅提供效力基础,而且还保证法律秩序的统一性和一致性,这些都是法学成为一门独立学科的条件。但是由于基础规范只是一种逻辑意义上的设定,所以它的抽象性和形式化引发了无数争议和数以千计的二手文献的研讨。这从另外一个侧面表明,即便凯尔森对基础规范的证立并不成功,但由此引发的讨论却使得法学更加趋近科学化。

(50) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. IX, 64, 136.

(51) 参见 Günther Patzig, *Die logischen Formen praktischer Sätze in Kants Ethik*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Göttingen 1994, S. 209 ff.

(52) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 22 - 4.

(53) 基础规范一词最早出现于1925年出版的《一般国家学说》,在该书中,基础规范作为范畴赋予法律以约束性效力。Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 99.

(54) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, § 11(b), S. 24.

(55) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 66 - 7.

(二) 判断与效力——凯尔森对西南德学派的继受

如前述,新康德主义的两个学派都由此出发:现实与认知的关系是构成性的。这说明,认识论处于新康德主义哲学的中心位置,而“判断”无疑至关重要,因为它是基本的认知单位。在《纯粹理性批判》中,判断概念并没有被专门论述,康德对判断的界定也有些模糊。概括来讲,他对判断的界定包含三个多少有些冲突的层面:一是精神和心理层面,判断作为对感知的感知;⁽⁵⁶⁾二是静态客观层面,判断作为概念之间的关系而客观有效;⁽⁵⁷⁾三是动态实用主义层面,判断是知性的活动,其目标在于使既定的知识成为具有客观性的先验统觉,判断就此是一种认知活动,概念是它的基本要素和行动规则。⁽⁵⁸⁾沿着这三种不同的层面,新康德主义发展出不同的判断理论。

对于马尔堡学派来说,认知是一个向前发展的活动,而不是静态的产物,更不可化约为心理活动,因此,它们的判断概念是将逻辑演绎同实用主义层面相结合。然而,西南德学派认为,主观心理过程和客观的“逻辑”意涵之间必须严格区分。由于判断这一术语与心理和主观意涵紧密相关,而认知与对象的构成性这种功能则属于客观意涵,故“逻辑”同构成对象的判断力处于一种紧张关系之中。如何解决这种紧张,构成了西南德学派的基本问题意识。就其归属于康德传统来说,他们沿着静态客观层面进一步发展了判断概念,将规范效力和逻辑演绎相结合。下面拟将李凯尔特作为西南德学派的代表进行考察,因为文德尔班固然是该学派的创建者,但其思想较为零碎,将其思想加以系统化的工作是由李凯尔特完成的,而从凯尔森的判断和效力概念中,亦可清楚看到李凯尔特在《认知的对象》一书中所持观点的影子。

1. 李凯尔特的判断和效力概念

李凯尔特是文德尔班的学生,他继承了文氏的价值学说,并迈出关键性的一步,将价值学说置于先验哲学的分析框架之下。在其颇为晦涩的《认知的对象》一书中,他明确采取非经验性的立场,认为现实存在于认知的判断之中。⁽⁵⁹⁾在这种构成性关系中,每个判断行为的主观意义肯定不同于其客观意义。主观意义是那种“根据现实判断行为的实施而内在于其中的”心理活动的内容。相反,客观意义不是指任何内在于判断行为的心理过程,而是指通过具体的判断行为而应当产生的意义。“我们在客观意义中看到的构成物,也被称之为判断的‘真理’……它并非内在于主体的判断行为中,而是必须作为同判断行为相分离的已被实施的内容来加以思考。”⁽⁶⁰⁾然而,如此一来,反心理主义的客观意义观似乎肯定会导向现实主义的本体论,或者说柏拉图意义上的“镜像写实主义”。但这恰恰是批判哲学所反对的,李氏正是想要避免这样一种形而上学,试图在柏拉图主义和心理主义之间寻找一条中间道路。⁽⁶¹⁾

(56) Kant, KrV, A. 68/B 93 f.

(57) Kant, KrV, B 142.

(58) Kant, KrV, A69/B94, B 143.

(59) 详见 Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, S. 143.

(60) Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, S. 143.

(61) 参见 C. Heidemann, (Neu) kantische Elemente der reinen Rechtslehre Hans Kelsens, in: *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, S. 208.

为此,李凯尔特同文德尔班一样,沿循了罗茨⁽⁶²⁾的理论,引入效力概念来建构判断的客观意义,从而成为最早区别存在和效力的哲学家。⁽⁶³⁾每个判断的客观意义,抑或说真理的理论价值,并非本体论意义上的“存在”,而在于它“有效”。这一有效断不可从形而上学理解为某种超感知的现实,而是理论价值的此在形式。客观或超越的意义“位于所有存在物之上或之前,无法在本体论意义上把握。由此可以得出,每个认知:存在些什么,都预设其意涵为真,这一意涵又同陈述:存在些什么,粘附在一起。”“如果说,对该存在之陈述的意涵非真,那么一般来说就什么也不存在了”。⁽⁶⁴⁾简言之,认知之外没有存在,因为假设一个原则上不依赖于认知的存在毫无意义。因此,任何对象只有当一个以该对象为内容的客观判断有效之时才存在,客观意义“有效”乃是任何一种存在在逻辑上的必然前提。

然而,李凯尔特并未详细陈述判断意涵、效力和理论价值间的关系。可以确定的是,李氏视“效力”为一个规范概念,它先于真理的理论价值。由于理论价值是判断的客观意涵的形式,而判断的客观意涵又构成了实证的理论价值,⁽⁶⁵⁾所以效力作为必要条件不仅先于价值,而且先于判断的客观意涵。进而,为了说明认知与存在的关系,李氏在其第三版《知识的对象》中引入了认知论的主观进路和客观进路。“先验逻辑”的客观进路定位于认知的对象,或者说客观判断;反之,主观进路则定位于对对象的认知,即主观的判断行为。表面上看,二者是彼此独立的视角和表达,实际上是两种互为补充的认知道路。⁽⁶⁶⁾如果单纯依赖主观进路,也就是基于纯心理活动的主观判断行为,那么永远只是内在的活动,不可能超越出内在的范围,从而陷入无限循环,所以,主观进路之外,客观进路也非常必要,通过设定具有超越性的对象来补充主观认知的不足。

然而,如何设定客观进路的出发点就成为困难所在,由此又回到前文先验论证的第一前提的问题上来。不过,李氏显然更具前瞻性,他从当时刚刚兴起的语言分析哲学获得灵感,将客观进路的出发点定位于“语句”——客观性判断内容在语言上的表达,所有认知到的客观真理都粘附在这一语句之上。⁽⁶⁷⁾应该说,这对于凯尔森将法理解为一种庞大的语义综合体以及到20世纪60年代转向语言分析不无昭示意义。不过,对于这一前提是否在语言分析哲学上可被证立,此处不作深论。重要的是,李氏由此在客观进路和主观进路之间,也即柏拉图主义和心理主义之间开辟出第三条道路:一个判断的意涵是客观的,独立于单个的主观判断行为,当且仅当它“有效”,它就是真的。据此,判断具有效力既不意味着它在柏拉图理念意义上的存在,也不意味着对心理意义上的判断行为的承认,而是指向特定的规范。其中,从客观进路上获得的理论价值因其是绝对有效的,故不能算是规范,也就不具有规范效力。而从主观进路上得不到理论价值,只能得到类推性的“应然”,其作为规范而有效,故恰当的认知应是取道于中:规范进路。总括言之,在李凯尔特看来,“判断”的客观性在于其

(62) 一般认为,罗茨(Rudolf H. Lotze)是后黑格尔主义形而上学的代表人物,而非新康德主义者。然而,罗茨尽管师承黑格尔学派,但他与黑格尔不同,不否定康德认识论,赞同康德在《未来形而上学导论》中的先验认识论,此外,他还拒绝了形而上学在心理学意义上的证立,这对大部分新康德主义者都产生了重大影响。参见 Hans-Johann Glock, *Neukantianismus und analytische Philosophie*, S. 505。

(63) 参见 Gerhard Sprenger, *Die Wertlehre des Badener Neukantianismus und ihre Ausstrahlungen in die Rechtsphilosophie*, in: *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, S. 162。

(64) Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, S. 229。

(65) Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, S. 235, S. 240。

(66) Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, S. 235 ff。

(67) Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, S. 221 - 2。

“效力”效力等于应然,而应然并非纯粹的或者说超越性价值。⁽⁶⁸⁾

2. 凯尔森的判断和效力概念

就凯尔森的纯粹法学作为一门规范科学来说,同在李凯尔特那里一样,“判断”概念居于理论的中心地位,而围绕着判断概念的则是法学的核心概念:效力和应然,三者可谓是法学理论大厦的支柱。按照海德曼⁽⁶⁹⁾的概括,凯尔森从三个层次阐明了判断的性质:首先,通过援用齐美尔和胡塞尔对判断在逻辑意义上和心理意义上的区分,凯尔森区分出判断的两个层面,即判断的心理层面和判断的意涵层面,指出判断具有客观意涵,而心理层面则被排除在认知之外。⁽⁷⁰⁾其次,判断在客观意义上总是有效的判断,尽管凯尔森对此并没有明确阐述过,但它却隐含在他的客观性概念中。客观性不仅意味着判断在范畴意义上的状态,而且还意味着判断不依赖于每个主观的、任意的内容规定,也即普遍有效。⁽⁷¹⁾第三,认知之对象的世界与综合判断并无不同,根本上就是由判断所组成,就此来说,判断涉及到的并非独立于它的现实,而是与其具有构成性关系。基于此判断理论,凯尔森进一步发展出他的效力概念:一方面,效力是指规范判断的“客观性”;另一方面,效力涉及到的是规范判断的特殊“存在”;另外,就其同应然关系来说,它是一种规范判断意义上的应然。⁽⁷²⁾

显然,对比前述李凯尔特的效力概念,凯尔森的判断和效力概念几乎是直接沿用:客观判断内容涉及到的对象由于超越了内在心理意义上的判断行为,因此肯定可以说是客观的,而客观判断的意义是以有效判断的形式具体存在的。但是,凯尔森并没有就此如李凯尔特一样,将效力和应然等同,因为一旦将判断效力等同于应然,就会混淆价值和应然,从而将伦理规范和法律规范混搅在一起。为此,他回到文德尔班的效力概念。文德尔班在《逻辑的原则》中区分了两种效力概念:一方面,逻辑法则对于每个经验性的意识来说,都是以真理为导向的思考所应遵从的规则;另一方面,就效力的客观性来说,它独立存在,而不论事实上的感知过程有否按照逻辑法则来进行。前者指的是对外效力,而后者则是效力自身。⁽⁷³⁾李凯尔特并没有继承这种效力划分,而是对应这两种划分,提出了应然和价值的区分。应然作为对外效力就成为实践理性的规则,而非理论理性,如此就混淆了道德效力和法律效力,规范的实效和效力以及理论价值和实践价值。有鉴于此,凯尔森采用了文德尔班的划分,并且以此为基础区分了法律规范的实效和效力。实效是规范的对外效力,而规范效力对应的是效力自身;实效是法律效力的条件,但规范是否具有实效不影响其效力。效力这一具有普遍性的范畴,在凯尔森看来,是应然概念的恰当表达,它建立在理论价值基础之上,而非实践价值。

在排除了应然与价值混淆的可能性之后,凯尔森进一步将自己的应然定义为先天范畴——归责。在静态上,归责是一个关系范畴,在动态上则是一种认知方法。⁽⁷⁴⁾李凯尔特

(68) 事实上,李凯尔特并未明确指出,为什么应然可以从超越价值中推导出来,而在判断行为中获得承认的应然如何又不同于超越价值,二者之间存在着重大的断裂。当然必须承认的是,通过引入“效力”概念,他成功地开辟了心理主义和柏拉图主义之外的第三条道路。

(69) Heidemann, Norm als Tatsache, S. 52.

(70) 参见 Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 14.

(71) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Vorwort VII.

(72) C. Heidemann, (Neu) kantische Elemente der reinen Rechtslehre Hans Kelsens, S. 215 - 216.

(73) Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht, S. 207f.

(74) 参见 Heidemann, Norm als Tatsache, S. 62.

由于从静态客观层面上建构自己的判断的概念,从而忽略了认知是一个判断建构的过程,也就是判断建构有两种不同的形式,一种是按照自然科学的因果范畴,另一种则是按照归责范畴,于是,他视应然和效力同义就将法学和自然科学混为一谈。因此,凯尔森虽然沿用了他的判断概念和判断意义上的规范效力,但却从中剥离出应然。虽然无论是自然科学还是法学判断一经作出,就意味着有一个与此判断相一致,但又可与其相分离的客观判断意义的存在,且这一客观判断意义具有效力,但是这一效力包含两个不同的方面,一个是实存意义上的因果范畴决定的客观效力,一个是应然意义上的归责范畴决定的客观效力。⁽⁷⁵⁾如此一来,法学就肯定能独立于心理学和社会学意义上的观察而被证立,同时还独立于自然科学。⁽⁷⁶⁾而且,法律规范同自然科学中的法则一样,都具有客观效力。⁽⁷⁷⁾

当然,在凯尔森所定义的效力和应然概念中,不难发现他过于关注理论价值和先天范畴,与其说纯粹法学是实证的,不如说是唯心主义的。虽然他取法于李凯尔特,但是为了法的纯粹性,不可避免地同李凯尔特所致力方向有所偏离。确切地说,他的效力和应然概念更接近柏拉图主义,而不是取道于心理主义和柏拉图主义之间。而这种不足一直到他20世纪40年代之后的实在主义阶段,才开始作出调整。到语言分析阶段,借助语言分析哲学对康德和新康德主义先验方法的转型,他进一步使得自己的判断、效力和应然概念的基础更为坚实。⁽⁷⁸⁾但毫无疑问的是,他的判断和效力概念是在批判性地引借李凯尔特以及文德尔班的思想基础上形成的。

四 结 语

综上所述,凯尔森法学理论中的新康德主义哲学的渊源虽非全部却主要表现为,他对马堡学派的先验方法的继受以及吸收了西南德学派的判断和效力概念。通过从新康德主义认知论中吸取灵感和知识,进而证立法律规范作为法学的假言判断,其效力在于它的实际存在、客观性以及它的规范应然,凯尔森为建构自己的纯粹法学大厦奠定了坚实的理论基础。任何人想要撼动整座大厦,都必须回到凯尔森所处的时代以及那个时代的哲学理论。也正是这一原因,凯尔森站在时代学术的肩膀上,不仅提出了一套全新的法学理论,而且及至今天,虽然表面看来纯粹法学及其基础规范已经被批判得百孔千疮,但整体上仍旧屹立不倒。

正是在这一意义上,本文选择追溯凯尔森法学思想的源泉,而非直接对之加以批判或辩护。通过这样一趟长途思想寻根,除了希求知识上获取些许增量之外,也希望能对建构中国自己的法学带来些许启示。综观全文,可以用两个字来概括凯尔森的学术追求,就是“科学”,在科学传统的背景下追求一种科学的法理论。于是,对于中国学者就产生一个悖论:在一个缺乏科学传统可作为先验论证前提的国家,在一个语言模式与西方完全迥异的文化和语言共同体的前提下,我们的法学如何能够成为一门科学,成为一门什么意义上的科学。这一悖论,在某种程度上揭示了百年来移植法学乃至整个社会科学的挫折所在。可是,面对

(75) 在“法学和法”一文中,凯尔森指出了“应然效力”和“实存效力”也即自然实存效力间的对立。参见 Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, S. 207。

(76) Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, S. 9 ff.

(77) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Vorwort VI.

(78) 相关论述参见 Heidemann, *Norm als Tatsache*, S. 159 ff.

这一困境 在西方法律文化已经深深嵌入我们日常生活的今天 是否就此放弃法学的科学化和独立性 从而任由社会学上的观察、主观评判以及各种意识形态对法学指手划脚呢? 在本文结束之际 笔者仍旧使用凯尔森的话作答 其中的政治可作广义上的理解:

“在我们时代尖锐的批判意识那里 政治的方法最终将无从作为。因为 它实在太易被政治对手看穿 或者政治对手也采用同样有疑问的方法使自己的目标正当化。如此一来 科学反而被更严重地伤害了。由于科学所具有的全部价值 政治为此总是试图与其纠缠在一起 而且恰恰是出于最好的伦理动机 因为它代表善好的事物。可是 科学的价值有着同伦理——政治完全不同的属性 由于科学在这场对于自身来说几乎是悲剧性的冲突中始终保有力量 所以它坚持且趋向于拒绝这种与政治之间具有诱惑力的纠缠。”⁽⁷⁹⁾

[Abstract] The inherent relationship between legal thought of Kelsen , one of the leading jurists of the 20th century , and neo-kantian philosophy is well known by academic community. However , the kind of the relationship and how they interplayed with each other is unclear. Being the most important trend of philosophical thought before the World War II in Germany , neo-kantian philosophy worked as the very inspiration and foundation of legal thought of Kelsen. Kelsen has not only absorbed theory of transcendental cognition from Marburg-Neokantianism , but also doctrine of judgement and validity from Heidelberg-Neokantianism. It is right on the basis of these two schools of thought that Kelsen ' s legal theory has shaped almost all fundamental concepts of jurisprudence , with which to establish legal science as a branch of science. Consequently , these key elements of neo-kantianism are studied by Kelsen ' s legal thought and even by philosophical thought of law. However , Kelsen himself has scarcely expounded neo-kantianism in his own writings. The author , through exploration and study , tries to reveal the kind of relationship between legal thought of Kelsen and neo-kantian philosophy , and also , to provide some helpful enlightenment for the construction of Chinese legal theory.

(责任编辑: 支振锋)

(79) Kelsen , *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin 1931 , S. 55.