

## 基础规范对休谟问题的回应及其反思

郑文革

(南京航空航天大学 人文与社会科学学院, 江苏 南京 211106)

**摘要:** 近代之前实在法的正当性一直诉诸内容更高级的自然法来证成, 近代以来以形而上学和神学为基础的自然法一度被斥为空谈, 实在法开始向社会事实寻求正当性, 但这一路径被休谟问题阻断。实证法学转而从法律本身寻求正当性, 奥斯丁试图通过区分立法学和法理学来回避这一问题, 凯尔森则选择直面休谟问题, 提出具有康德色彩的基础规范来解决事实和价值之间不可通约的问题。凯尔森通过预设基础规范的最高效力来解决法律规范体系的效力来源问题, 从形式上避免了休谟问题的诘难, 然而基础规范之内容取决于构成特定秩序之事实, 用事实决定之内容作为形式之鉴别标准, 很难说从根本上解决了休谟问题。在限定的时空条件下, 从实践理性的角度来论证法的正当性, 从而化解休谟问题, 或许是更具有建设意义的次优选择。

**关键词:** 基础规范; 实践理性; 正当性; 休谟问题

**中图分类号:** D909.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2023)02-0104-09

### The Response of Basic Norm to Hume's Problem and Its Reflection

ZHENG Wenge

(College of Humanities and Social Sciences, Nanjing University of Aeronautics and Astronautics, Nanjing 211106, China)

**Abstract:** The legitimacy of positive law has been proved by natural law with more advanced content before modern times. Since modern times natural law based on metaphysics and theology has once been denounced as empty talk, positive law began to seek legitimacy from social facts, but this path was blocked by Hume's problem. Positive jurisprudence turned to seek legitimacy from the law itself. Austin tried to avoid this problem through separating the science of legislation and jurisprudence. Kelsen chose to face Hume's problem directly, and put forward the basic norm, which is of Kantian color, to solve the problem of incommensurability between facts and values. Kelsen solved the problem of the source of effectiveness of the legal norm system by presupposing the highest effectiveness of the basic norm. The basic norm avoids the criticism of Hume's problem logically, but its content depends on the facts of constituting certain social order, and the content determined by facts is used as the identification standard of form. However, one can hardly say that the basic norm solves Hume's problem. Under specific space-time conditions, it is a more practical and constructive suboptimal selection to demonstrate the legitimacy of law from the perspective of practical rationality, so as to solve Hume's problem.

**Key words:** basic norm; practical rationality; legitimacy; Hume's problem

法学自诞生时起便一直处于其他学科的阴影之下, 法的正当性总要向其他领域寻求, 自然法学派即其典型代表, 其试图从内容更高级的自然法寻求实在法的正当性。西方的自然法在不同的时期表现为不同的形式: 在古希腊时期自然法就是自然规律, 中

世纪的自然法乃是上帝的意志, 文艺复兴以后自然法则表现为理性或者道德。有学者认为, 自然法学说本质上是一种正义论, 并且是西方历史上最早、最持久和最有影响力的政治正义论。<sup>①</sup> 自然法背后所隐藏的前提是, 存在一个有灵魂的自然, 这种看法一

收稿日期: 2022-09-14

基金项目: 2021年度司法部法治建设与法学理论研究项目“人工智能主体性建构的责任路径研究”(21SFB4016)

作者简介: 郑文革, 男, 南京航空航天大学人文与社会科学学院讲师、计算机科学与技术学院(人工智能学院)博士后。

<sup>①</sup> 参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》, 中国政法大学出版社1997年版, 第329页。

直到近代仍在欧洲有影响。<sup>①</sup> 近代以来,自然法式微,一度被斥为空谈,关于什么是公正的、什么是不公正的这一问题的答案取决于对正义规范的选择,这种选择只能由我们自己、我们每一个个人来作出,而不可能由任何其他、上帝、自然或者理性作为客观权威来替我们作出。<sup>②</sup> 社会法学派换了一条路径,提出从社会实践中寻求法的正当性,建构了全新的法的正当性范式。自休谟问题指出实然和应然之间存在不可逾越的鸿沟之后,社会法学的论证范式同样在逻辑上难以证成,法的正当性论证需要另辟蹊径。

在自然科学的影响之下,实证主义法学进行了新的探索,在法的正当性论证上求诸法自身,这一学派滥觞于奥斯丁对立法学和法理学的区分。奥斯丁指出,法律的存在是一回事,其优缺点是另外一回事。法律的存在与否是一种探究,它符不符合某个假定的标准是另外一种探究。<sup>③</sup> 凯尔森沿着这条道路继续前进,形成了自己独具特色的纯粹法学说,其中的基础规范是纯粹法学说的核心概念,也是实在法效力的来源或基础。凯尔森的基础规范预设充分考虑了休谟问题带来的挑战,避免了事实与价值互推的理论缺陷,借助于康德的先验假设理论,建构起了自己关于法律正当性来源的理论。纯粹法学说独树一帜,卓尔不群。舒国滢教授曾说,20世纪的法哲学不能缺乏凯尔森的“纯粹法学说”,否则当代法的形而上学的天空将会暗淡不少,法理论将失去一抹明亮的色彩。任何一个当代法学研究者,如果不经受“凯尔森式”思维的洗礼,就很难说已经步入了法律科学理论的门廊。<sup>④</sup> 尽管如此,纯粹法学说自诞生开始,就一直经受着各种理论批判,甚至不受其他实证法学者的待见,正是双重纯粹使凯尔森成为最难博得同情之双重“敌人”,在同代自然法学家和后世法律实证主义者的两面夹击中腹背受敌。<sup>⑤</sup> 纯粹法理论从所谓休谟问题入手,使法律作为一种有别于事实和道德的规范体系而存在,其回答休谟问题的关键乃是具有康德先验哲学之鲜明品格的基础

规范。<sup>⑥</sup> 笔者将沿着凯尔森的路径,分析基础规范如何回答休谟问题,有没有为法的正当性提供具有逻辑说服力的论证,是否解决了休谟问题,同时从实践理性的角度提出有关休谟问题的一些思考。

### 一、休谟问题带来的挑战

在知识领域,有时候提出问题比解答问题更为重要,问题犹如一座灯塔,可以指引着人类智识的前进方向,恰如数学史上的“哥德巴赫猜想”。自从1742年普鲁士人克里斯蒂安·哥德巴赫与瑞士数学家莱昂哈德·欧拉的通信中提出现今所称“哥德巴赫猜想”之后,其便一直是数论中存在最久的未解问题之一。哲学上的休谟问题亦是如此,自从被休谟在其鸿篇巨著《人性论》中提出之后,很多学者都试图给出解决方案,然而迄今为止没有一种方案能让人完全信服。<sup>⑦</sup>

一般认为休谟问题包括两个方面,其一是“因果关系悖论”,休谟认为:“我们的理性不能帮助我们发现原因和结果的最终联系,而且即便在经验给我们指出它们的恒常结合以后,我们也不能凭自己的理性使自己相信,我们为什么把那种经验扩大到我们所曾观察过的那些特殊事例之外。”<sup>⑧</sup> 其二是“是一应当问题”(is-ought problem),休谟指出:“在我所遇到的每一个道德学体系中,我一向注意到,作者在一个时期中是照平常的推理方式进行的……可是突然之间,我却大吃一惊地发现,我所遇到的不再是命题中通常的‘是’与‘不是’等连系词,而是没有一个命题不是由一个‘应该’或一个‘不应该’联系起来的。”<sup>⑨</sup>

后来摩尔等学者将休谟这一尚处于萌芽状态的、并不成熟的思想称为“休谟法则”或“休谟律”,即价值判断决不能从事实判断中推导出来,这也即是所谓事实与价值的“二分法”。<sup>⑩</sup> 有学者从法学研究的角度,概括了休谟问题的两个方面,认为所谓休谟问题乃是两个彼此关联却又相互独立之问题的统一体,即认识论上之“因果假象”与伦理学上之“二

① 参见[德]N.霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第184页。

② 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第546页。

③ 参见严存生主编:《西方法律思想史》(第3版),法律出版社2015年版,第221页。

④ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,腰封。

⑤ 参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第34页。

⑥ 参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第19页。

⑦ 托马斯·黎德的“先验法”,康德的“先验综合判断法”,罗素的“公设法”,卡尔纳普的“概率逻辑法”,莱辛巴赫的“实用法”等均是试图解决休谟问题的尝试,参见周晓亮:《归纳:休谟的问题和后人的解决》,载《中国社会科学院研究生院学报》1997年第6期,第42-50页。

⑧ [英]休谟:《人性论(上册)》,关文译,郑之骧校,商务印书馆1980年版,第105页。

⑨ [英]休谟:《人性论(上册)》,关文译,郑之骧校,商务印书馆1980年版,第505-506页。

⑩ 参见孙伟平:《休谟问题及其意义》,载《哲学研究》1997年第8期,第27页。

歧鸿沟”。前者旨在拷问人类藉以获得新知的归纳法之有效性,即因果关系如何可能;后者则关注“应然”观念之来源,即诸如伦理学之属的“应然科学”如何可能。<sup>①</sup>

近代之前,形而上学和神学充当了正当性的基础和来源,柏拉图的理念论即其典型形态,认为现实世界是理念世界的倒影,唯有理念的世界才是真实的、完美的。神学统治西方之后,柏拉图的理念摇身一变成为了上帝,继续发挥其充当正当性的基础和来源的作用。因之法律的正当性论证主要是由自然法学派完成的,拉德布鲁赫曾说:“从其发端到19世纪初叶,所有的法哲学理论都是自然法学说。”<sup>②</sup>自然法理论一般认为,人类社会实在法的正当性要到超人类的自然法当中去寻找,违背自然法的实在法是无效的,即通常所谓的“恶法非法”。

随着近代自然科学的发展,人们对上帝的信仰逐步淡化,马克斯·韦伯认为,人类从宗教社会向世俗社会转型,进入“祛魅的世界”,尼采甚至直接指出“上帝死了”。随着神学的没落和理性的崛起,自然法的正当性论证模式不再受到广泛认可,法学不再仰望星空,转而脚踏实地去研究社会中的法。法律是对社会中既存规范的描述或确认,社会中原本就一直存在着“活法”(埃利希思想)或“客观法”(狄骥思想),国家制定的实在法只有符合上述“活法”或“客观法”才具有正当性,法的正当性也只能于社会生活中找寻,这便是社会法学派关于法的正当性的论证范式。殊不知,才出虎穴,便入狼窝,自然法的范式固然虚无缥缈,但社会法学的范式却正好落入休谟问题的批判范围。休谟问题像是一个不谙世事的初生牛犊,将传统法律正当性论证的路径拦腰截断,对各类试图从法外寻求法的正当性的做法进行了釜底抽薪。既然休谟问题阻断了从法的外在方面寻找正当性的可能,法的正当性只能反求诸己,法的正当性的探索再次踏上艰难征途。

## 二、求诸法内的尝试

在凯尔森之前,已有一些学者试图立足法律本身来证成法律。力争使法学成为一门科学的分析实证主义法学派深知,唯有恪守确定之方法与对象,法律科学才得以成为自身,法律理论只应去试图回答那些其能够回答之问题,对其所无力回答者则应保

持沉默,法律科学应当从那些其所不能胜任之领域坦然退出。正是这一富于担当之退出,正是通过承认科学对某些领域的力不从心,才能成功地维护法律科学之独立与自足。<sup>③</sup>

开此派先河的当属分析实证法学的先驱、英国分析法学鼻祖约翰·奥斯丁,奥斯丁认为:“法的存在是一个问题,法的优劣则是另外一个问题……一个法只要是实际存在的,就是一个法,即使我们恰恰并不喜欢它,或者,即使它有悖于我们的价值标准。”<sup>④</sup>奥斯丁区分了法理学和立法学,把法理学的范围限定为实在法,而把有关法律与正义和道德等的关系交给立法学研究,这样的解决方案是把法的效力和内容分开处理的,前者是法理学的研究对象,后者是立法学的研究对象。通过放弃法理学对法律内容的把握从而实现法律的科学性,如此法理学研究范围限于实在法本身,在奥斯丁看来即是主权者的命令,至于实在法或这些命令是否符合正义则在所不问。奥斯丁的目的是解决法理学的范围问题,其法理学通过把法律内容的正当性问题丢给立法学从而巧妙地回避了休谟问题。

奥斯丁认为法律的效力来源于主权者的命令,法律内容的正当性则由立法学来进行讨论,以此分别解决法的效力和内容的问题,其基本思路是先由立法学研究得出正当的法律内容,然后由主权者以命令的形式确定这些内容,从而以两步走的形式貌似解决了法律中的休谟问题。可是这一理论存在两个明显的漏洞。一是纵使立法学确实能得出正当法律内容,主权者在发布命令时是否会认可、如何保证主权者能够客观忠诚地依据立法学得出的结论制定和执行法律则是一个问题,所以奥斯丁的理论也为许多的学者所诟病,特别是主权者命令这一法的效力准则理论,使得法律很容易沦为统治者暴政独裁的工具。第二个问题则直接针对立法学的理论基础,虽说把事实价值问题推给了立法学,但是却没有说清楚立法学是如何得出正当的法律内容的,因此最终还是难免会产生价值与事实之间的互推,落入前人之窠臼。这可能也是奥斯丁把这一问题排除在法理学的研究范围之外的原因,因为这个问题法理学回答不了。法理学这一明智的放弃保证了自身的独立和科学属性。

① 参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第20页。

② [德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第17页。

③ 参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第33页。

④ [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2003年版,第208页。

### 三、凯尔森基础规范的解决思路

#### (一) 一种“纯粹的”法学说

由于自然科学的任务是在一个自然规律体系中描述其对象,所以法理学的任务是理解一个规范体系中的所有人类法律。<sup>①</sup> 凯尔森称自己的法学说为一种“纯粹的”法学说,并明确界定了自己的纯粹法学说的性质和范围,纯粹法学说是一种关于实在法的理论,所谓实在法是指由人的有意志的行为所创制的法律规范体系。<sup>②</sup> 这是一个一般的法律理论。因此,它是被称为法律实证主义法学流派的最佳版本,因为它只将“法”视为实在法,拒绝承认任何其他规范性社会秩序为“法”,即使在语言使用中,这些规范性社会秩序被称为“法”,例如所谓的“自然法”。<sup>③</sup> 纯粹法学说通过对所有以法的名义出现的现象的比较,寻求发现法本身的性质,确定其结构和典型形式,而不依赖于它在不同时间和不同民族之间表现出的不断变化的内容。作为一种理论,它的唯一目的是了解它的主题。它回答的问题是法是什么,而不是它应该是什么,后一个问题是政治问题,而纯粹法学说是科学理论。<sup>④</sup>

首先,凯尔森之所以称自己的理论为“纯粹的”法学说,是因为它只想确保一种对于法的认知,也因为它想要将一切并非确切地属于法这一特定对象的东西都排除于这种认知之外。作为理论,它只想对其对象进行认知而已。它试图去回答“法是什么以及如何”的问题,而不去回答“它应当如何或如何被塑造”的问题。它是法律科学,而非法政策学。<sup>⑤</sup> 在这一点上,凯尔森与奥斯丁等其他实证法学者差别不大,但凯尔森走的更远,甚至很难将其单纯归入实证法学派。

其次,凯尔森认为法既不同于自然也不同于道德,故而法理学既不同于自然科学也不同于伦理学,从这两个层面而言,纯粹法学说是一种“纯粹的”法学说。纯粹法学说以应然陈述来描述规范,不同于自然科学以实然陈述来描述事实,也不同于同样以

应然陈述来描述规范的伦理学,因为法律规范不同于道德规范,法是一种以制裁为后盾的应然(强制)秩序,而道德仅仅是一种应然(价值)秩序而已。<sup>⑥</sup> 凯尔森将(法律)规范视为一种特殊的存在,规范既非自然科学意义上的事实,亦非伦理学意义上的道德价值,甚至有别于通常意义上的法律规则,它具有“是”和“应当”的双重属性。规范是行为的意义,是一种特殊的应然,人们用规范来指某事应当是或应当发生,尤其是某人应当以特定方式来行为。<sup>⑦</sup> 凯尔森创造了事实和价值之外的第三领域,并在此领域内建构自己的规范理论,由此也使得其规范理论既“纯粹”也“另类”。

最后,法是一种调整人类行为的规范秩序,即调整人类行为之规范的体系。<sup>⑧</sup> 效力乃规范的特殊存在,<sup>⑨</sup> 休谟问题切断了事实和价值之间的逻辑联系,法的正当性和效力来源无法从法外找寻,故而不是某个指向他人特定行为之意志行为的实然事实,而只能又是某个应然规范,从中在客观意义上可以推出这样一个规范的效力:这个他人应当采取与这一意志行为之主观意义相符的行为。<sup>⑩</sup> 规范内部的效力追溯可以一直向上进行,直至历史上第一部宪法,从一种实证主义法学理论的角度看,此时需要终止追溯,开国元勋们被视为最高的立法权威,不可能有诸如上帝、自然等超人类的立法权威凌驾其上。如果历史上第一部宪法的效力不能从上帝、自然等超人类的意志处获得,那么它就只能从一种被先验预设的规范那里获得,这一先验预设的规范赋予开国元勋们以最高的立法权威并要求民众遵守之。<sup>⑪</sup> 换言之,只有作出特定的先验预设,意志行为的主观意义(宪法、一般规范、个别规范)才能被诠释为客观意义上的规范,一般性的规范才会作为客观上有拘束力的规范而有效,这种证立客观效力的前提预设在此可以被称为基础规范。<sup>⑫</sup> 基础规范本身并非由意志行为创设的实在法规范,而仅仅是法律思维中

① Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, Harvard Law Review, Vol. 55:44, p. 44(1941).

② Hans Kelsen, *On the Basic Norm*, California Law Review, Vol. 47:107, p. 110(1959).

③ Hans Kelsen, *On the Pure Theory of Law*, Israel Law Review, Vol. 1:1, p. 1(1966).

④ Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, Harvard Law Review, Vol. 55:44, p. 44(1941).

⑤ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第1页。

⑥ Hans Kelsen, *What Is the Pure Theory of Law*, Tulane Law Review, Vol. 34:269, p. 272-273(1960).

⑦ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第6-7页。

⑧ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第6页。

⑨ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第13页。

⑩ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第11页。

⑪ Hans Kelsen, *What Is the Pure Theory of Law*, Tulane Law Review, Vol. 34:269, p. 275-276(1960).

⑫ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第11页。

的预设,这一预设使得每一个由人类意志行为创设的大体上具有实效的强制秩序都可以被诠释为一种客观上有效的规范体系。<sup>①</sup>

## (二) 康德式的先验预设

凯尔森认可休谟问题,指出“某事是什么”的陈述(这种陈述被用以描述实然事实)在根本上有别于“某事应当是什么”的陈述(这种陈述被用以描述规范);从“某事是什么”无法推出“某事应当是什么”,就像从“某事应当是什么”无法推出“某事是什么”那样。<sup>②</sup> 凯尔森并未像奥斯丁一样选择回避,而是直面休谟问题,在法的内部寻求法的正当性和效力来源。要追溯来源就必须在法的内部找到一个支点,在这个支点处停止追溯并以此为终极来源,否则只能陷入无限递归或循环论证。为了在法的内部寻找这一支点,凯尔森借鉴了康德的做法,休谟的怀疑论在历史上所受到的重视,有过于它本身的价值。它的历史意义就在于:真正说来,康德哲学是以它为出发点的。<sup>③</sup> 康德自己也承认说:“就是休谟的提示在多年以前首先打破了我教条主义的迷梦,并且在我对思辨哲学的研究上给我指出来一个完全不同的方向。”<sup>④</sup>

康德对休谟问题中的因果关系问题作出了自己的回答。休谟认为因果关系并非理性的产物,而是想象力的私生子。想象力借助经验将主观必然性,亦即习惯,硬说成是洞察到的客观必然性。<sup>⑤</sup> 换言之,归纳对未来或尚无经验的东西是无效的,经验中的因果关系不是必然的。休谟的怀疑论使得心灵非常之被动,使得某些规律,例如因果律,成为在经验积累中产生的被动的联想、被动的习惯。科学是非理性的东西,因果规律是心理习惯。康德为了重建科学的权威,论证因果关系的客观性,一方面,他把客观的材料安排在一边,叫作不可知的物自体。另一方面,康德又把客观事物本来有的规律性和必然性归于心灵,让他们成为心灵之所固有。<sup>⑥</sup> 进而一改通常主观符合客观的真理符合论,通过主观的先验范畴演绎,让客观来符合主观,从而实现“人为自

然界立法”,康德的这一做法通常被称为哲学领域的“哥白尼革命”。<sup>⑦</sup>

尽管康德的这一做法不无争议,但是它却为凯尔森回答休谟问题提供了一个重要的路径,即先验预设的路径。在康德的哲学话语体系中,先验与超验不同,超验的东西是不可捉摸、无法证明的,而先验的东西则是一种逻辑预设、无需证明的。康德用先验预设解决了休谟问题中的因果关系问题,凯尔森也如法炮制,试图再次运用先验预设解决休谟问题中的“是—应当问题”,这一先验预设就是“基础规范”,即试图将基础规范适用于凯尔森的纯粹法学说来解决法的正当性和效力来源的问题。纯粹法学说的基础规范并非一个有关正义的规范,它无法为实在法提供一种道德或政治上的正当性,它仅为实在法的效力提供一种条件性的、认识论的基础。基础规范解答了如何将某一行为的主观意义诠释为其客观意义的问题,换言之,基础规范解答了如何将人们之间的关系诠释为法律关系的问题。为达此目的,基础规范——通过类比康德的知识论——除了作为实在法效力的先验逻辑基础之外别无他物。<sup>⑧</sup>

## (三) 基础规范作为法的效力基础

如果法被理解为规范秩序,理解为调整人类行为的规范体系,那么就会出现这一问题:众多规范的一致性基础何在?为什么特定规范属于特定的秩序?而这个问题与另一个问题之间具有紧密联系:一个规范为何有效?它的效力基础何在?<sup>⑨</sup> 凯尔森认为,规范的效力只能从自身寻找,一个规范效力的理由始终是一个规范,而不是一个事实,探求一个规范效力的理由并不导致回到现实中去,而是导致回到由此可以引出第一个规范的另一个规范中。<sup>⑩</sup> 但对某个规范之效力基础的追寻,不能像对某个结果之原因的追寻那般没有止境。它必须在某个规范那里终结,这个规范被预设为最终的最高位阶的规范。作为最高位阶的规范,它必须要被预设,因为它不可能由某个其权能必然基于某个更高位阶之规范的权威来制定的。它的效力不能再从一个更高位阶的规范中被

① Hans Kelsen, *What Is the Pure Theory of Law*, Tulane Law Review, Vol. 34:269, p. 276 (1960).

② 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第7-8页。

③ 参见[德]黑格尔:《哲学史讲演录(第四卷)》,贺麟、王太庆译,商务印书馆1978年版,第226页。

④ [德]康德:《未来形而上学导论(注释本)》,李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第3页。

⑤ 参见[德]康德:《未来形而上学导论(注释本)》,李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第3页。

⑥ 参见金岳霖:《从休谟、康德到罗素》,载《哲学研究》1988年第7期,第5页。

⑦ 参见邓晓芒:《康德论因果性问题》,载《浙江学刊》2003年第2期,第41页。

⑧ Hans Kelsen, *On the Basis of Legal Validity*, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 26:178, p. 189 (1981).

⑨ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第240页。

⑩ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第174-175页。

推导出来,它的效力基础不能再被质疑。这样一种被预设为最高位阶的规范在这里被称为基础规范。<sup>①</sup>

根据效力基础的性质,可以区分出两类不同的规范体系,一类是静态的,另一类是动态的,前者为其所证立的规范既提供效力基础,又提供效力内容,后者为其所证立的规范仅提供效力基础,不提供效力内容。<sup>②</sup> 自然法学说是典型的静态规范体系,根据自然法学说,自然法不仅是实在法有效的原因,而且也决定了实在法的内容,因此,如果实在法的内容与自然法不符,那么它就被视为无效,甚至根本就不是法律。<sup>③</sup> 我们称为法律秩序的规范体系是动态类体系,基础规范只为构成这一体系之规范提供效力基础,而非内容。<sup>④</sup> 只有通过预设基础规范,才能将立宪行为以及根据这部宪法实施之行为的主观意义诠释为它们的客观意义(诠释为客观上有效的法律规范),如果可以类比的方式去运用康德认识论的概念,基础规范可以被法律科学称为是这种诠释的先验逻辑条件。<sup>⑤</sup> 基础规范就是对法律创设之基础构成要件的设定,并可以在此意义上被称为法律逻辑意义上的宪法,以有别于实在法意义上的宪法。<sup>⑥</sup> 对基础规范的预设并不会肯认任何超越实在法的价值。<sup>⑦</sup> 凯尔森通过将基础规范界定为一种康德式的逻辑先验预设,这种预设不是经验的材料,而是经验的条件,<sup>⑧</sup>完美绕开了休谟问题带来的诘难,在不涉及规范内容的情况下,从形式的角度解决了法的效力来源问题。

基础规范虽属纯粹形式的效力判准,但判准本身亦有其内容,凯尔森认为:“分析法律判断之终极预设可知,基础规范之内容取决于构成特定秩序之事实,即该秩序多少为人所遵循。”<sup>⑨</sup>从某种意义上来说,基础规范是历史事实的反映,是权力向法律的转变。<sup>⑩</sup> 基础规范是一个分界点,一边连着宪法等法律规范,一边连着法外的事实和价值,两边通过基础规范相连,

但彼此之间却并不直接相通。通过基础规范这一精细的理论设计,凯尔森解决了法的效力来源问题,同时又避免了价值、事实等因素对法的侵犯,维护了法的纯粹性。

但是法律规范与法外的事实和价值之间的联系真的能被基础规范切断吗?对此很多法学者持怀疑的态度,凯尔森的纯粹法学说也因此遭受了众多的批判。凯尔森本人也承认,由于作为实在法效力来源的基础规范本身并非一种实在法规范,在这一点上纯粹法学说与自然法理论实际上存在某种程度的相似性,<sup>⑪</sup>因此纯粹法学说很容易被误解成某类自然法原则的变种。<sup>⑫</sup> 例如登特列夫认为纯粹法学说也只是一种自然法学说,因为它将实在法的效力基础归于它所称的基础规范,也即某个实在法本身之外的规范。<sup>⑬</sup> 拉兹也从另一个层面对凯尔森的理论提出批评,认为凯尔森的错误在于其无视事实,只考虑法律的内容。拉兹举例说明,假设宗主国A通过一项法律承认其殖民地B的独立,按照凯尔森的基础规范理论,B的宪法和法律是A法律体系的一部分,即便B的法院和人民不这么认为。但是,在决定一个法律体系的身份和统一性时,人民和法院的态度是最重要的。<sup>⑭</sup> 也有学者认为凯尔森未能提供对自然法理论和基于事实的或经验主义的实证主义法律理论的全盘拒绝的令人信服的理由,凯尔森的纯粹法学说其实也只是提出了一种粗俗的相对主义理论。<sup>⑮</sup> 有学者甚至直接指出,法律规范的规范效力不能仅仅基于假设,更不能基于虚构。这就是为什么那些认真对待有效性这一概念作为约束力的法律哲学家不能对凯尔森提出的基础规范感到满意,而必须求助于更有力的替代品的原因。<sup>⑯</sup> 诸如此类的批判可以说不无道理,如果单纯从基础规范只决定法律规范的效力而不涉及具体的规范内容的角度来说,基础规范确实在不涉及事实和价

① 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第242页。

② 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第242-244页。

③ Hans Kelsen, *On the Basic Norm*, California Law Review, Vol. 47:107, p. 109(1959).

④ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第245页。

⑤ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第251页。

⑥ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第247页。

⑦ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第251页。

⑧ 参见谷春德、史彤彪主编:《西方法律思想史》(第5版),中国人民大学出版社2017年版,第270页。

⑨ [奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第85页。

⑩ 参见梁晓俭:《试论凯尔森基础规范理论的合理性》,载《现代法学》2002年第1期,第136页。

⑪ Hans Kelsen, *On the Basis of Legal Validity*, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 26:178, p. 188(1981).

⑫ Hans Kelsen, *On the Basic Norm*, California Law Review, Vol. 47:107, p. 109(1959).

⑬ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第547页。

⑭ Joseph Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 19:94, p. 98(1974).

⑮ Stanley L. Paulson, *On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm*, Ratio Juris, Vol. 13:279, p. 292(2000).

⑯ Eugenio Bulygin, *An Antimony in Kelsen's Pure Theory of Law*, Ratio Juris, Vol. 3:29, p. 43(1990).

值互推的情况下回答了法的效力来源问题,但若考虑基础规范的内容实际上仍然取决于法外因素,并因此法外因素赋予法律规范以效力的情况,则不可谓基础规范解决了休谟问题,毕竟这仍然是非常明显的事实和价值的互推。基础规范是凯尔森纯粹法理论的根基,也是其理论最为出彩的地方,然而成也萧何败也萧何,基础规范也是其理论遭受非议的根源,例如其对休谟问题的回答并不那么尽如人意。然而,所有理论都非完美无瑕,任何人也无法否认凯尔森以基础规范为核心建立的纯粹法学说为法学科学化所作出的巨大理论贡献。尽管拉兹对凯尔森的理论提出批判,但是他也指出,凯尔森的理论是现有的实在法规范正当性论证的最佳理论。<sup>①</sup>

#### (四) 承认规则:对基础规范的扬弃抑或翻译?

在凯尔森之后又出现了另外一位分析法学家哈特,其理论中的承认规则与基础规范有异曲同工之处。哈特认为,法律是初级规则和次级规则的结合,作为次级规则之一的承认规则提供了鉴别法律的判断,承认规则会指出某个或某些特征,如果一个规则具有这个或这些特征,众人就会决定性地把这些特征当作正面指示,确认此规则是该群体的规则,而应由该社会的压力加以支持。<sup>②</sup> 承认规则本身既非有效亦非无效,它就是很单纯地因为妥当而被采用,这一单纯存在的事实不必被说成“其效力被拟设但无法被证明”。<sup>③</sup> 哈特关于规范性的观点可以化约到某些特定种类的社会事实上,而凯尔森反对任何将“规范”归结到事实的化约。<sup>④</sup> 就法律规范(直至“历史上第一部宪法”为止)的效力而言,凯尔森的回答接近于哈特的回答。但就“历史上第一部宪法”[毕竟只有它才能证立法秩序(的统一性)]而言,二者回答则大相径庭了:因为对于凯尔森来说,一方面不能够将效力追溯到道德、理性或上帝那里去,另一方面也不能将它追溯到纯粹的实然(哈特意义上的“事实”)上去,所以他将基础规范预设为对法秩序具有构成性的“历史上第一部宪法”之效力的认知前提。<sup>⑤</sup> 凯尔森和哈特的立场被认为是彼此排斥和不兼容的,故而对于普通法背景

下的法学家而言,哈特的《法律的概念》超越了凯尔森的《纯粹法学说》,或者说在黑格尔的意义上扬弃了后者。相反,来自民法传统的法学家们则将哈特的观念在很大程度上看作为适合盎格鲁氛围而对凯尔森的理论的成功翻译(同时是调试、简化和大众化)。对前一批人来说,《纯粹法学说》是《法律的概念》的先驱和领路者,在今天只有出于观念史的原因才会对它感兴趣;而对后一批人来说,它则是原本的和完满的原创作品,如果人们要寻找对当代法律实证主义之最精细和最讲究的说明,就必须回到它那里去。<sup>⑥</sup>

“哈特的理论意味着一种对切实社会实践的分析性描述,而凯尔森则寻求一种甚至排除了社会学观察的‘纯粹化了’的理论,它最好被理解成一种新康德主义式的先验演绎,一种从我们视某些特定规则为法律规范此一事实中开放出来的演绎。”<sup>⑦</sup> 承认规则“乃是一项社会事实”且“单纯地因为妥当而被采用”,然而若以此社会事实作为法体系的效力判准,就会不知不觉地迈入了被休谟问题所阻断的道路。在对休谟问题的回答上,承认规则似乎不如基础规范,这也可以理解,毕竟任何理论都有其优缺点与侧重点,基础规范以休谟问题为出发点,承认规则更多地关注鉴别标准的问题,相较于凯尔森,哈特等其他实证法学者并未给予休谟问题过多关注。

#### (五) 基础规范的反思

凯尔森晚年的思想发生了重要转变,否定了规范逻辑的存在,放弃了作为其理论基石的基础规范概念,进而可能导致其早年纯粹法学的“崩溃”。<sup>⑧</sup> 究其原因,与凯尔森晚年对休谟问题的深度反思密不可分,休谟问题不但如同一把铡刀斩断了事实和价值之间的逻辑联系,而且由此可以推论出事实领域的因果律和规范领域的归属律不可相提并论。与此同时,“约根森困境”提出了没有真值的法律规范(规范语句)能否进行逻辑推断的难题,<sup>⑨</sup> 在二者的双重诘难之下,凯尔森晚年坦承“归属律”的一般形式无法建立,并阻止其他逻辑学家对此进行徒劳尝试。<sup>⑩</sup> 晚年的凯尔森认为规范和陈述之间不具有可类比性,规范的有

① Joseph Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, *The American Journal of Jurisprudences*, Vol. 19:94, p. 111 (1974).

② 参见[英]哈特:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第86页。

③ 参见[英]哈特:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第98页。

④ 参见支振锋:《哈特——法学元命题的追问》,黑龙江大学出版社2013年版,第196页。

⑤ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第63页。

⑥ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第61页。

⑦ 支振锋:《哈特——法学元命题的追问》,黑龙江大学出版社2013年版,第197页。

⑧ 参见吴国邦:《纯粹法学何以“崩溃”?——凯尔森晚年转向的历史溯源》,载《清华法学》2022年第3期,第76页。

⑨ 参见雷磊:《走出“约根森困境”?——法律规范的逻辑推断难题及其可能出路》,载《法制与社会发展》2016年第2期,第114页。

⑩ 参见陈锐:《规范逻辑是否可能——对凯尔森纯粹法哲学基础的反思》,载《法制与社会发展》2014年第2期,第131页。

效性并非规范的性质并依赖于人的主观活动,陈述的真与假和规范的遵守与违反之间不具有可类比性,从而否定了规范逻辑的存在。<sup>①</sup> 凯尔森晚年的自我反思进一步印证了基础规范在论证法的效力来源和正当性时并未能够做到理论上的自洽,无法解决休谟问题提出的诘难,法的正当性论证仍然需要另辟蹊径。

#### 四、实践理性的视角

在法学理论界,凯尔森的纯粹法理论显得十分与众不同,其中一个重要原因就是其对基础规范的预设,而这一预设正是对休谟问题关注的结果。凯尔森之外的学者则很少提及休谟问题,鉴于基础规范也并未较好地解答休谟问题,重新审视休谟问题对法的正当性论证的影响是很有必要的。亚里士多德在《尼各马可伦理学》中对科学和实践智慧作出了区分,认为科学是一种(理论)思考,实践之思是针对行为选择或欲望的思考,通过实践之思获取的知识就是实践知识(prudentia),它包括宗教知识、伦理知识、政治知识、法律知识等。<sup>②</sup> 法学作为一门实践学科有其特殊性,在实践事项上确保理论的精确性是不可能的,因为作出道德判断乃明智(实践智慧)之事,而不是科学之事。<sup>③</sup>

法律论证是一种独特的论证,它处理的并非“是什么”(事实证明)的问题,而是“应当是”或“应当做”(价值与规范)的问题。<sup>④</sup> 所有以往的法理学论证难题(包括法律实践的论证难题)均为价值判断逻辑的难题,因为价值判断基本上是实践性的,能够影响人类的实践、关注和实际利益。<sup>⑤</sup> 根据卡多佐的观点,价值判断似乎根本无法从形式逻辑的推演中得出,也似乎无法用纯粹的经验观察及事物的自证性质来分析。<sup>⑥</sup> 休谟问题在某种程度上表达的意思就是科学意义上的形式逻辑在应然的价值领域中并不适用,作为规范的法律本质上也是一种应然价值,尽管这一应然价值

在凯尔森看来与道德意义上的价值不尽相同,但其依然无法通过纯粹的逻辑推理得出。换言之,休谟问题在法学领域是无解的,即便理论设计得如凯尔森的基础规范那样精巧,也同样无济于事,法的正当性很难通过解答休谟问题得到科学的逻辑意义上的论证。

既然科学意义上的形式逻辑论证的路径不通,法的正当性论证就需要另辟蹊径,以哈贝马斯的交往理性与法律商谈为代表的法律论证理论提供了一种很好的思路。哈贝马斯提出了交往理性的概念,即在生活中通过对话和交流而形成的共识,无论是科学真理、道德真理还是政治真理,都是理性的、自由的个人所组成的共同体通过对话和交流而终将获得的知识。<sup>⑦</sup> 法在某种程度上来说也是人们的一种共识,这种共识来源于个人对法的认识,追寻法的正当性本质上来说只需要回答个人是如何获得关于法的正确认知即可。法学“真理”(正义之理),是法学知识共同体内部“视其为真”(Das Fürwahrhalten)的道理,是主体间形成共识的真理。<sup>⑧</sup>

康德深入研究了人类理性,认为最终只能有一种理性,只有在运用(为理论理性和实践理性)时才必须被区分开来。<sup>⑨</sup> 纯粹理性在理论、知识范围内的运用,是理论理性,在实践、行为领域的运用是实践理性,实践理性的提出是为了解决道德共识丧失而导致的现代性问题,实践理性是人类行为选择的道德基点。<sup>⑩</sup> 康德一再强调,实践理性是意志,规范制定是一种意愿的功能,而非认知的功能,<sup>⑪</sup> 法律作为人的一种行为规范,是实践理性发挥作用的重要领域。<sup>⑫</sup> 实践理性的第一原则是一项命令,即行善避恶。人会在他的良心中发现这一命令,就像是上帝之手镌刻于此的。人一旦意识到这一基本命令,就会通过诉诸他的本性而识知善的事物和恶的事物。<sup>⑬</sup> 阿奎那认为,实

① 参见崔拴林:《法律行为所创个别规范的效力来源再探讨——凯尔森“规范三段论否定说”之反思》,载《法治现代化研究》2020年第5期,第85页。

② 参见舒国滢:《法学的知识谱系(上)》,商务印书馆2021年版,第78-79页。

③ 参见舒国滢:《法学的知识谱系(上)》,商务印书馆2021年版,第327页。

④ 参见舒国滢:《法学的知识谱系(下)》,商务印书馆2021年版,第1342页。

⑤ 参见徐向东:《道德哲学与实践理性》,商务印书馆2006年版,第418页。

⑥ 参见舒国滢:《法学的知识谱系(下)》,商务印书馆2021年版,第1328页。

⑦ 参见严存生主编:《西方法律思想史》(第3版),法律出版社2015年版,第399页。

⑧ 参见舒国滢:《“法理”:概念与词义辨正》,载《中国政法大学学报》2019年第6期,第18页。

⑨ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第525页。

⑩ 参见葛洪义:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2002年版,第95、98页。

⑪ 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第514、521页。

⑫ 对把实践理性作为规范创制的意志这一观点,凯尔森持反对意见,并斥之为一种神学观点,凯尔森认为只有上帝才能使得意志和理性统一,除非人类理性能够成为上帝理性的一部分,否则所谓的实践理性只不过是一种由神学衍生而来的概念。See Hans Kelsen, *What Is the Pure Theory of Law*, Tulane Law Review, Vol. 34:269, p. 274 (1960). 然而,凯尔森论证的大前提本身也是一种假设,不容置疑亦无法证实,同样具有很强的神学色彩,从逻辑的角度来说,此论证的说服力必然大打折扣。

⑬ 参见[美]杰曼·格里塞茨:《实践理性的第一原则》,吴彦译,商务印书馆2015年版,第1页。

实践理性的功能在于命令、立法、制定规定良善和公正行为的规范。<sup>①</sup>波斯纳曾说：“就法律而言，实践理性的特殊意义在于，它可以高度肯定地回答一些伦理的问题。”<sup>②</sup>同时他也指出：“如果实践理性可以产生有关形而上学、科学和伦理的知识（尽管并非总是如此而只是有时如此），那么为什么它就不会有时也产生出关于法律的知识呢？”<sup>③</sup>例如，在当下的人类社会中，人们不用过多思索就可以得出偷盗杀人等行为是违法悖德的结论，作为实践智慧的法只有通过实践理性才能得到有效的论证。

法学是一门以“问题—决定”为中心、以某个特定的在历史上形成的实在法秩序为基础、采取诠释—评价的论证方式来探求法律问题之答案（解决法律问题）的（实践）规范性诠释科学。<sup>④</sup>实践性构成了法学的学问性格，法学应当回归实践之学本身。<sup>⑤</sup>法学作为实践理性之学，无须为法律问题提供完美的逻辑论证，正如郑永流教授提出的实践法律观所说：法是实践性的智慧，法的具体此在形式，法律人将如何言说，总是存在于法律应用之中。<sup>⑥</sup>实践法哲学的功用在于化解“是”与“应当”，尤其是规范与事实之间的复杂和诡秘关系，在这种紧张关系中往返辗转，为具体的事实找到恰如其分的准则。<sup>⑦</sup>休谟问题切断了事实与价值、法律与道德在逻辑上的联系，在法学领域若要强行勾连“是”与“应当”，则不仅在逻辑上无法证成，

也与法学的实践品格格格不入。因此，从实践理性的角度化解法学领域的休谟问题，或许是更加务实也更具建设意义的次优选择。

## 五、结语

从奥斯丁开始，法学作为一门独立科学的身份渐渐获得认同，这得益于休谟问题在法学中的运用，也即人们认识到了规范和事实之间不可通约。凯尔森提出了纯粹法理论，用基础规范很好地解决了动态方面法律效力的正当性问题，但是对于静态方面法律内容的正当性问题却并未给予很好的回答，凯尔森基础规范的那种类似自然法性质的预设也饱受批判。尽管如此，也不能否认凯尔森的纯粹法理论为法学的独立和科学化所作的努力和贡献。退而求其次，实践理性为寻求法的正当性提供了另一种独特的视角：从个人的角度运用实践智慧去追寻法的正当性。如果不采取一种实用主义的态度，如果仍要挖掘规则背后的正当性根据，法学中的休谟问题就依然是一个悬而未决的问题。又或许，休谟问题在法学领域也并非一个真正意义上需要给予明确解答的问题，但这并不意味着休谟问题对法学无关紧要，休谟问题给法学研究者提供了一个重要的思路，即在研究法的时候先“悬置”法，回归法本身，由法内观法，借此让法学保持自我的独立性，警惕形而上学等对法学的侵犯。惟有如此，法学才能摆脱幼稚的嘲哂，走向真正的成熟。

① 参见[奥]汉斯·凯尔森：《纯粹法学说》（第2版），[德]马蒂亚斯·耶施泰特编，雷磊译，法律出版社2021年版，第515页。

② [美]理查德·A.波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第96页。

③ [美]理查德·A.波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第98页。

④ 参见舒国滢：《论法学的科学性问题》，载《政法论坛》2022年第1期，第147页。

⑤ 参见舒国滢：《法学是一门什么样的学问？——从古罗马时期的Jurisprudentia谈起》，载《清华法学》2013年第1期，第89页。

⑥ 参见郑永流：《转型中国的实践法律观——法社会学论集》，中国法制出版社2009年版，第278-279页。

⑦ 参见郑永流：《实践法哲学：从法律1.0走向法律2.0》，载《清华法学》2022年第1期，第182页。