

反實體的科學性認識演化之路*

—— 論Hans Kelsen的國家學與法科學

林允中**

摘要

本文是以Hans Kelsen的理論事業為對象的思想史考察，以其較為人忽視的主張，即對於「法科學」的追求，為考察的主軸，一方面試圖展現這點是貫通Kelsen作品的核心關懷，同時也以此來解釋他許多論述策略上的選擇，並強調時空及學術的脈絡。首先，本文統整他的國家學，指出對Kelsen而言，解消實體國家概念是法學科學化的關鍵，作為一種「無國家的國家學」的國家與法同一說，正是為此而生。國家概念之所以會成為關鍵，是由於他認為，人類認識的發展存在著從將事物實質化、走向破除實體的演化進程。在自然科學一側，經由解消神的概念，這項進程已經發生；平行對照下，法學成為科學、擺脫「國家神學」的里程碑，就是實體國家概

* 投稿日：2023年7月10日；接受刊登日：2024年1月4日。〔責任校對：顏家佑、徐慕薇〕。

本文原型為筆者碩士論文之三、四章，參見林允中，法律天國——論Hans Kelsen「無國家的國家學」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2022年）。在此係經改寫與進一步延伸研究後的成果，在對Kelsen理論的討論上，無論是原典的掌握與詮釋、二手文獻的使用與討論，以及全文的問題意識與部分論點上，均已許多變動與修正。感謝黃璿元先生對本文初稿的諸多評論與提點、亦非常感謝兩位匿名審查人對本文的指教與雕琢，他們在學術研究上的經驗談與重要意見，都讓這個作品離不成熟的胚胎更遠了一些。最後，必須感謝恩師顏厥安教授的指導與啟發。當然，本文必定存在的諸多不足或錯漏之處，無疑仍是筆者的責任。

** 國立臺灣大學法學碩士。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/41616042.pdf>。



念的破除。最後，Kelsen之所以設想或接受這樣的國家概念與科學觀，與其奧匈帝國背景有關，特別是帝國本身的多元性與維也納現代主義的反實體立場。

關鍵詞：Hans Kelsen、法學、國家學、法科學、國家與法同一說、維也納現代主義。

目次

壹、前言	四、道成肉身與奇蹟：國家學中的神學方法
貳、Hans Kelsen「無國家的國家學」概述	五、橋接：無國家的國家學作為法科學的前提
一、Georg Jellinek的國家學	肆、中歐經驗：地域性與時代性影響
二、Kelsen的批判與重構	一、奧匈帝國的多元現實
三、實體國家概念解消之必要與法科學	二、反形上學／反實體的維也納現代主義
參、法科學的科學哲學	三、小結
一、實體的解消	伍、代結論：法學與法學者的自我理解
二、認識的演化：Kelsen的科學史	
三、國家與神的概念相似性	

壹、前言

被譽為「世紀法學家」的Hans Kelsen，對法律人來說太多介紹恐怕純屬多餘，即便不是基礎法學的研究者或愛好者，也大都能指出與他齊名的「純粹法學」(Reine Rechtslehre)、知曉他法實證主義的主張、或許還能談到他有關憲法法院的擘劃，甚至是他的民主理論。著作等身、研究領域既廣且深的Kelsen儘管逝世已逾半世紀，他的諸多論述至今依然是許多學術討論的焦點：在抽象的法理

學領域，Kelsen的規範理論在分析法理學界雖然略顯「過時」，但仍是許多關於法規範性、法概念論與法律系統相關研究與理論的切入點¹；具體一些的公法學領域，Kelsen的框架理論，在討論內國法的公法秩序、乃至於歐盟與成員國之間的規範問題，還是學者討論時的重要理論來源、或探討的對象²。

然而，至少在國內的討論中，Kelsen一項長期的主張似乎較乏人問津：他非常強調自己工作的「科學性」(Wissenschaftlichkeit)³，

- 1 當代英美分析法理學的經典文獻，常能追溯到對Kelsen理論的檢討，參見如H.L.A. Hart, *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, in ETHICS AND SOCIAL JUSTICE 171 (Howard E. Kiefer & Milton K. Munitz eds., 1970); Joseph Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, in THE AUTHORITY OF LAW 122 (1979). 分析法理學領域直至近年依然不乏對Kelsen法理論的討論，參見如Brian Bix, *Kelsen, Hart, and Legal Normativity*, 34 REVUS 25 (2018); PETER LANGFORD, IAN BRYAN & JOHN MCGARRY EDS., *KELSENIAN LEGAL SCIENCE AND THE NATURE OF LAW* (2017); Li-Kung Chen, *The Continuity of a Legal System*, 86 MOD. L. REV. 364, 364-74 (2023).
- 2 黃舒芃的一系列重要作品即為代表，參見如Shu-Perng Hwang, *Europarechtsordnung als Rahmenordnung: Versuch einer Überwindung der dualistischen Konstruktion von staatlichen und überstaatlichen Rechtsordnungen*, 2020; *Shu-Perng Hwang, Verfassungsordnung als Rahmenordnung: Eine kritische Untersuchung zum Materialisierungsansatz im Verfassungsrecht aus rahmenorientierter Perspektive*, 2018; 黃舒芃，*框架秩序下的國家權力——公法學術論文集*（2013年）；黃舒芃，*框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集*（2016年）。
- 3 Kelsen本人並不太常使用這個字，少數幾次可見於Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 130（以下簡稱：*Kelsen, Staatslehre*）；Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2. Aufl., 1928, S. 248（以下簡稱：*Kelsen, Staatsbegriff*），但本文認為這個詞很好地掌握到了他的追求與堅持。德語的Wissenschaft一詞，在漢語中可以作「科學」與「學術」解，且漢語「法學」在德語的對應詞之一，即Rechtswissenschaft，Kelsen也常用這個字，但漢語並不常以「法科學」來翻譯這個字。因此為何本文要把Wissenschaft偏向「科學」、Kelsen談Rechtswissenschaft作「法科學」來理解，似乎有必要加以說明。簡單地說，本文認為Kelsen使用Rechtswissenschaft一詞的時候，有著明確的對應關係，也就是對應到Naturwissenschaft，漢語作「自然科學」（也時常在忽略／無視人文及社會科學的狀況下，簡稱為「科學」），這點將可在下文看到。下文中同時也會看到，Kelsen對自然科學的態度是既嚮往又警戒：他一方面築起了應實然的範疇高牆，來防止自然科學所屬的因果科學進犯法學領域；但與此同時，他也期待法學能達到自然科學的客觀與純粹。這麼看來，Kelsen在意的顯然是„Wissenschaft“的客觀與純粹，並且強調Rechtswissenschaft與Naturwissenschaft平

事實上他的理論事業自始至終，都致力於將法學發展成一門能與自然科學平起平坐的科學。他追求法的科學化這點，即便經他多次重申之下，已為人所熟知，但到底這項主張在其理論事業中的什麼位置、具有什麼意義，則較欠缺討論⁴。本文將「認真看待」Kelsen對法學科學化的追求，以這項追求作為主軸，來考察他使用了哪些論述與論證策略。本文認為，由於對科學性的追求是一項貫穿Kelsen學術生涯的主張，它能夠解釋其理論設計與發展上的具體形貌；換句話說，對法學科學化的追求可以說明，為何Kelsen會選擇特定的理論與論述策略。不過，論述策略的選擇除了他想藉之達成的理論成果之外，Kelsen所受到的時空與學術脈絡，也是相當重要的影響來源，這些脈絡決定了他所能調用的思想與理論資源、進而將他的理論形塑成特定的樣貌。從本文將考察論述策略的形構及其脈絡的角度來看，本文是一個思想史的考察，對此，本文將把重心放在脈絡化論述策略之上，觀察Kelsen與同時期的學人、乃至於與所處時代之間的承繼與對話。然而，雖然自我定位為思想史的考察，但要特別指出的是，本文並不是Kelsen的分期研究、或可以稱為「Kelsen思想編年史」的思想演變爬梳⁵。本文與這類研究的差異之處，在於本文認為Kelsen的理論中存在著持續且穩固的主張及論述形式⁶，並以這些論述形式作為本文的考察對象，觀察並呈現它們

行對等的地位，而要掌握到這點，漢語的「科學」譯法較諸「學術」應是更為妥適。本文所謂「Kelsen追求科學性」、「將法學發展為一門科學」等論述，立基於前述的翻譯與文意理解之上。

- 4 國內對此問題的少數重要研究，鍾芳樺，國家與法作為人民的自我組織：論威瑪時代Hans Kelsen, Carl Schmitt與Hermann Heller對法最終證立依據的分析，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁108-116（2006年）（以下簡稱：鍾芳樺，國家與法）。
- 5 思想分期本身就是一個Kelsen研究的重要領域。國內研究的代表性文獻，可參鍾芳樺，應然與實然之關係作為純粹法學的難題，中研院法學期刊，4期，頁81-150（2009年）（以下簡稱：鍾芳樺，純粹法學的難題）。
- 6 為了支持此宣稱，請容筆者在此先「破梗」：對本文來說，Kelsen最重要的兩個論據，分別是國家與法同一，以及科學發展的去實體演化傾向。從思想變遷的角度來看，這兩個論據基本上都是在1922年的作品明確出現，參見Kelsen,

是在如何的脈絡中孕育而成。而如果換個角度來看，存在著穩固的主張與論述形式，意味著Kelsen的理論體系中，有著長期、固定的理論「內核」，而這些主張與論述形式所要達成的目標，即是法科學。當然，這並不是說本文認為Kelsen的分期研究並沒有其重要性、或是Kelsen思想並沒有分期的必要，會需要強調本文與這類研究之間的區別、並強調本文並非這類研究的成員之一，純粹是研究主題之選擇所造成的結果。

對此，本文將以文本分析作為研究方法，指出Kelsen將法學開展為一門科學的重要論據為何，以及它們是在何種時空與學術脈絡下，被形塑成特定的樣貌。本文將分成三個部分：首先討論Kelsen為了將法學提升至科學的高度，做出了何種診斷、又提出了哪些理

Staatsbegriff (Fn. 3), S. 114 ff., 205 ff., 若我們參閱鍾芳樺，純粹法學的難題（註5）的劃分，這是Kelsen學術生涯的第二個時期（1920-1934），不過這些論述的雛形在第一個時期（1911-1919）就已經出現，如對實體國家概念的逐步拆解，參見Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911, S. 162 ff., insbesondere S. 183-187（以下簡稱：Kelsen, HP1）；到了第三期（1935-1961），Kelsen也沒有拋棄這兩個論據，而是繼續沿用，參見Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 176-178, 289 ff., 320（以下簡稱：Kelsen, RR2）；至於第四期（1962-1973），Kelsen在作品中直接針對國家的討論相當少，但也沒有拋棄國家與法同一的論述，許多對於機關（Organ）的討論可以說是過去論述的具體化，因為國家在一個意義上，是各種「暫時歸責點」（vorläufiger Zurechnungspunkt）的「機關」群，這點已在Kelsen先前的作品中藉由拆解實體國家概念而完成；另一方面，Kelsen在此一時期有著較大的認識論變動：他放棄了新康德主義的先驗方法，對基礎規範（Grundnorm）的看法也從假定變為虛擬，HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF NORMS 256 (Michael Hartney trans., Clarendon Press 1991) (1979)；另參鍾芳樺，純粹法學的難題（註5），頁129-132。這樣的變動對於本文的宣稱是否會有影響？在筆者看來，Kelsen即便在法認識論上做了相當幅度的調整，但這些改變並未顯示他推翻了去實體化的長期目標，反而可以看作是他持續地在這條路線上找出最佳的論說方法。這是因為他仍然是在過去拆解掉各種法學中的實體的基礎之上，進一步去細緻分析法規範。因此，本文認為這兩個論據在Kelsen的整體理論、或者說理論的變遷中都十分穩固，而它是否是、又如何作為Kelsen理論的重要核心部分，則煩請讀者見下文詳述。有關Kelsen思想變遷的國內重要文獻，可參鍾芳樺，純粹法學的難題（註5）。感謝一位審查人指出，本文此宣稱與Kelsen的思想變遷之間存在的緊張關係。

論；下一步則討論Kelsen理論所依賴的科學哲學與科學史觀；最後則是討論Kelsen之所以採用這樣的論述策略，其時空及學術背景影響為何。

首先，第貳節將指出著名的「國家與法同一說」，即是Kelsen認為法學走向科學的路途中，所必須歷經的過程。獨立的實體國家概念必須從法學中清除，法學才能成為一門科學。Kelsen的立論從批判Georg Jellinek的國家學開始，認為後者的「兩面理論」(Zwei-Seiten Lehre)在方法上有重大的瑕疵，錯誤地將作為法秩序的國家複製出一個實際上不存在的實體對象，這項錯誤中更暗藏了意識形態。Kelsen指出，國家的認識只能經由法，因此獨立於法的實體國家概念是不可能且錯誤的。只有在清除掉實體國家概念之後，法學才可能免於認識論上的錯誤與意識形態的糾纏。

第參節將釐清這項法科學工作之理論基礎的科學哲學與科學史觀。Kelsen認為，近代科學的發展方向，是破除並拆解實體，進而將研究的重心從實體移轉到關係(Beziehung)之上。將實體國家概念解消、將國家概念復歸為法秩序，這樣的工作與科學的趨向相符。Kelsen並認為這樣的發展，是人類認識從情緒走向理性、從意識型態走向科學的長期演化過程。他進一步指出自然科學與法學間的類比關係，兩者在認識領域內原先都存在著原質化的產物，即神與國家。而歷經認識論批判後，神與國家都要失掉實體概念身分，而成為系統的體現、作為系統本身的功能概念。在自然科學的範圍，這項發展已然發生、甚至可以說已經宣告完成；而在法學這邊，這項工作便落在Kelsen的身上，具體展現為他「無國家的國家學」；而就科學開展的重要條件，是拋棄認識領域中的實體概念並轉換為關係這點來說，法科學的達成也仰賴著這個「無國家的國家學」。

第肆節則將從時代與地域性背景下手，來了解Kelsen的思想是在怎麼樣的環境下發展成形。本文將特別關注Kelsen的奧匈帝國背景所產生的影響，其中奧匈帝國的高度多元，使得他自始不認為國家所需的統一性可以存在於實然世界。另外，維也納現代主義（Wiener Moderne）反實體、反形上學的傾向，也啟發Kelsen追求一個「無實體」（Substanzlos）的國家概念。這樣的背景條件可以說形塑了Kelsen的世界觀，使他想像並追尋一種特定的科學型態；也可以說，這樣的背景促使他發展出、或接受一種排斥國家實體的「（法）科學哲學」。

貳、Hans Kelsen 「無國家的國家學」概述

本節將簡短地回顧Kelsen國家理論的鋪陳與主張。「法與國家同一說」是Kelsen著名的論點，然而他之所以如此安排國家理論，其主要目的是為了在理論上為法學的科學化進程鋪墊基礎。以下我們將討論，Kelsen從對Jellinek的國家學通說猛烈批判之中，醞釀出一個非實體、純關係的「法的國家概念」。

一、Georg Jellinek的國家學

要想知道Kelsen為何走上這條論述的路徑，就必須對於他所處的學術脈絡有所了解。在國家學的範圍內，Kelsen所對話的對象主要是德國法學界的先行者們，但特別關鍵的是世紀之交的重要法學者：Georg Jellinek。Kelsen對Jellinek的批判非常重要，因為他的理論可以說是誕生於對Jellinek的批判中⁷。

⁷ *Manfred Friedrich*, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, S. 342; *Stanley L. Paulson*, *Zur neukantianischen Dimension der Reinen Rechtslehre: Vorwort zur Kelsen-Sander-Auseinandersetzung*, in: Paulson (Hrsg.), *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, 1988, S. 7 (9-15). Paulson在此指出，

Kelsen明確將自己的國家學，定位為「使法理論及國家理論從神學走向現代科學」的樞紐；而其中的關鍵，是「解消掉一個與法不同的國家概念」，而只剩下一個「關於國家的法理論」。這樣的理論，是一個「無國家的國家學」(Staatslehre ohne Staat)⁸。嚴格說來，「關於國家的法理論」本身並不是什麼創新或驚世駭俗的論點。從德語世界的法學教育科目來看，19世紀以降就開始有了國家法學 (Staatsrechtslehre) 此一學科，而其具體工作即是建築出關於國家與其內涵的法概念⁹。因此，關於國家的法理論在德語世界早已有著某種傳統或脈絡可循。然而，「『只剩下』關於國家的法理論」這個宣言就值得我們特別注意，這個主張之所以引人注目，就必須得從當時的學術脈絡談起。

在Kelsen開展其學術生涯的時點，德語世界的國家學總論 (Allgemeine Staatslehre) 的「通說」無疑是Georg Jellinek的鉅著¹⁰。

Kelsen是在批判Jellinek作品的過程中，間接地接受到新康德主義、特別是Hermann Cohen的影響。

- 8 „Diese reine Rechtslehre vom Staat, die den Begriff eines vom Recht verschiedenen Staates auflöst, ist eine Staatslehre — ohne Staat. Und so paradox das klingen mag — erst dadurch rückt die Rechts- und Staatstheorie aus dem Niveau der Theologie in die Linie der modernen Wissenschaft vor.“ Hans Kelsen, *Gott und Staat*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Bd. 1, 2010, S. 139 (156) (以下簡稱：Kelsen, *Gott und Staat*).
- 9 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, S. 122 ff.
- 10 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 1929 (以下簡稱：Jellinek, *Staatslehre*)。有關Jellinek之生平與理論概述，可參閱詹朝欽，*肇建近代德國國家法學與基本權體系——Georg Jellinek之人與事(1851-1911)*，*法制史研究*，36期，頁169-211 (2019年)；國內有關Jellinek國家學之研究，可參詹朝欽，*國家、法與社會——論Georg Jellinek之國家學理論*，*國立政治大學法律學系博士論文* (2023年) (以下簡稱：詹朝欽，*國家、法與社會*)。本文在Jellinek的國家學部分，所引用的國家學作品是其《國家學總論》(Allgemeine Staatslehre) 的第三版。該版的特殊之處在於，其為Jellinek過世後其子Walter Jellinek負責編輯出版，其中包含了部分遺稿彙整。此版本一方面是Kelsen在批評Jellinek時所引用的版本、同時也是許多Jellinek研究所立基的版本。感謝一位審查人指出本文在版本說明上的不足。

Jellinek延續了此前學界的發展趨向¹¹，正式從方法論上為國家的相關研究訂下了兩個領域¹²：關於國家的法概念的國家法學、以及關於國家的因果研究的國家學¹³。在他看來，前者即是以形塑出國家的法概念、或者換句話說，在法上表現出國家為目標，後者則是以展現國家的實在樣貌為要務¹⁴。如前所述，這樣的國家理論「兩面性」已是當時學界的發展方向，而Jellinek的貢獻則特別在於他為這個觀點提供了方法論的基礎：受到新康德主義（Neukantianismus）的影響¹⁵，Jellinek認為同一個對象可以以不同的方式來掌握，是故「國家」這個對象在他看來既可以以法學的方式來理解、進而生成出許多關於國家的法概念，也可以從歷史的、社會的、政治的、或其他等方法來掌握，這部分則歸屬於Jellinek稱為「社會的國家概念」（*soziale Staatsbegriff*）的範圍。即便Jellinek在用語上只將國家研究區分成兩個區塊，但應特別強調的是「社會的國家概念」事實上是將一切非法學、實然的方法所產生出的觀察結果，都統括在內。總之，這些不同的面相在他看來，是共同構築出「國家」此一對象的樣貌¹⁶。Jellinek並且指出，法學一如邏輯，它們只能告訴我們該如何無矛盾地掌握對象，卻並不會直接告訴我們對象「是什麼」¹⁷。因此在法學家們以法學思辨將國家掌握成無矛盾的、融貫的法概念組之前，必須先有社會的國家概念、由它們來告訴法學家

11 如時序上在前的C. F. von Gerber、Paul Laband等人關於國家法人（*Staat als juristische Person*）的作品中，就已開始出現將這類研究區分成至少兩個領域的說法。Henning Uhlenbrock, *Der Staat als juristische Person: Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre*, 2000, S. 66-68.

12 詹朝欽，*國家、法與社會*（註10），頁49-54、77-81。

13 Jellinek, *Staatslehre* (Fn. 10), S. 10-11.

14 Jellinek, *Staatslehre* (Fn. 10), S. 20.

15 有關Jellinek與新康德主義的關係，參Oliver Lepsius, *Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, 2000, S. 309 (331-339)。當然，Jellinek是否是個「新康德主義者」，則又是一個激烈的學術辯題，在此不需也無力涉入。

16 *Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, S. 14.

17 Jellinek (Fn.16), S. 13; Jellinek, *Staatslehre* (Fn. 10), S. 138.

國家具體存在的實在樣貌¹⁸。從這個意義上，也可以說「社會的國家概念」是承載「法學的國家概念」的「基質」(Substrat)¹⁹，法學要在法律上妥善描述且呈現的，即是由因果研究所鋪陳出來的國家面貌。換句話說，社會的國家概念是國家的規範性認識的基礎²⁰。因此社會與法學的國家概念，兩者的地位並不相等，後者的存在必須預設了前者，這是因為在Jellinek看來，如果沒有社會的國家概念來鋪墊法學詮釋與理解的基質，法學工作根本無法開始。在具體的理論內容上，Jellinek認為國家之社會實在作為法學國家概念的基質，是以統治關係(Herrschaftsverhältnis)為核心²¹。在這項關係的一端，國家具有統治力(Herrschaftsgewalt)，這項國家獨享的力量，能無條件地貫徹自己的意志，並將自己的意志強加於他人意志之上。在他看來，這股力量也是原初(ursprüngliche)、非從它處導出的。統治關係有著時空上的範圍，這個範圍內的個人們也就可以被視為一個團體。這個「具備原初統治力的定居者團體」，就是國家的實在樣貌²²；國家法學面向，便是要將這個實在樣貌給「翻譯」成法學概念，Jellinek對此延續此前德語國家學的發展，將國家看作是一個法人(juristische Person)，並提出了著名的國家三要素理論，指出國家在法上有三個要件：國家權力(Staatsgewalt)、國民(Staatsvolk)與國土(Staatsgebiet)²³，這些便分別對應到統治力與其時間及空間範圍。

18 Jellinek, Staatslehre (Fn. 10), S. 11-12, 137.

19 Jellinek, Staatslehre (Fn.10), S. 162. Jellinek在此明確指出，法概念以社會進程作為基質 („Den Rechtsbegriffen dienen die...sozialen Vorgänge... als Substrat.“)，而「社會進程」正是Jellinek的「社會的國家概念」的主要內容，a.a.O., S. 137-138.

20 Jens Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 167.

21 Jellinek, Staatslehre (Fn. 10), S. 174-177.

22 Jellinek, Staatslehre (Fn. 10), S. 178-181.

23 Jellinek, Staatslehre (Fn. 10), S. 394 ff.

二、Kelsen的批判與重構

總之，Kelsen所面對的國家學學術脈絡，是以Jellinek「集19世紀大成²⁴」的作品為代表，其中認為國家具有兩種樣貌，一種是法學的、一種是先於法學的、實在的樣貌。這種被Kelsen稱為「兩面理論」的理論範式，正是他批判的標靶，他要做的便是大筆一揮，將先於法學的、實在的國家概念完全抹去——或者以他的原話，解消（auflöst）——，只留下法學的國家理論。這顯然不只是理論鋪陳的細節不同，而是從方法論的層次上根本地挑戰了Jellinek的體系。相較於Jellinek認為法學需要以別的觀點作為基礎，讓它們先鋪墊國家的實在樣貌才能開展法學的工作，Kelsen反過來認為，要是脫離了法學的視野，反而自始就不可能看見「國家」。Kelsen指出，對象是由方法所建構而成的，不同的方法會構築出不同的對象²⁵。Jellinek認為國家可同時被不同觀點研究，而且這些研究在認識國家此一目的上還相輔相成，這個看法在Kelsen看來係屬無稽²⁶。他指出，通說把國家看作一個與法秩序不同的強制力或權力機構（Zwangs- oder Machtapparat），並把絞架、武器、堡壘等當作是國家的實在，是「天真的短視」，因為那些都是「死的東西」，它們的實在本身不可能直接與國家有關聯、更遑論成為國家本身。只

24 這是Kelsen給予的讚譽，*Kelsen, Staatslehre* (Fn. 3), S. IX.

25 這個主張顯示出Kelsen的新康德主義色彩。Kelsen自承受到了Cohen的新康德主義所影響，*Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., 1923, S. XVII（以下簡稱：*Kelsen, HP2*）。不過到底Kelsen有多「新康德」，事實上也是一個激烈爭論的焦點；且隨著思想的發展與變遷，Kelsen到生涯的晚期也與新康德主義較為疏離，鍾芳樺，純粹法學的難題（註5），頁89-94、129-132。

26 *Jellinek* (Fn. 16), S. 13-15舉了一個生動的例子：他指出，一個對象在生理學等自然科學的研究觀點下，可能只是空氣的波動、耳膜的震動；但如果以美學的觀點來看，同一對象則會被看作是貝多芬的第五號交響曲。這兩種觀點之間並不會出現矛盾或衝突，而只是呈現出在不同觀點下，其共同對象的不同樣貌或面相。然而，*Kelsen, Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 116則針鋒相對地指出，在生理學觀點下根本沒辦法以「交響曲」來作為認識對象，因為認識對象的同一性建立在方法的同一性之上。

有當它們被活生生的（生物）人操作、也就是作為人之行為（*menschliche Handlung*）的一部分，且這些人之行為又是規範之內容時，才會與國家產生關聯²⁷。換個角度來看，被視為國家之本質的統治、權威、強制力等，這些實在的現象其實都不能直接與國家畫上等號，因為這些關係或狀態並不專屬於國家。Kelsen舉例說，「統治」（*Herrschaft*）常界定為某人的意思表示（*Willensäußerung*）被他人當作行動的動機，這麼一來比如父母對子女的教養，也可以說是父母統治子女，因為子女常嚴格遵照父母的意思表示。既然這些關係或狀態四處可見，問題便不是、或至少不只是觀察「是否存在這些關係或狀態」，而更需要進一步問道，「這些關係或狀態是否與國家有關」。這個問題在Kelsen看來，也就是這些事實是否與國家有歸責關係（*Zurechnung*）。要判定事實與國家間的歸責關係，當然就必須考察表述歸責關係的法規範²⁸，具體來說是考察該些事實是否是法規範的內容²⁹。這麼一來，觀察的重點顯然是在法規範上，而兩面理論中國家的社會面向，則其實並沒有必要獨立存在：那些「社會面相」，在Kelsen看來其實只是法秩序運作結果而已³⁰。

而在「法學」的面向上，Kelsen承繼了國家法學的既有論述，認為國家是一個法人（*juristische Person*），不過即便是這個面向，也有需要重新整理的地方。Kelsen認為既有的法人格（*Person*）理論也有著問題與不精確之處³¹：Kelsen強調，在同一個觀點、同一

27 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 89-90.

28 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 120 (以下簡稱：Kelsen, RR1).

29 歸責關係是Kelsen理論的核心概念之一。Kelsen指出，歸責關係是一種法所特有的律則性（*Gesetzlichkeit*），其可與自然科學的因果律相類比，Kelsen, HP2 (Fn. 25), S. XI-X。進一步說，Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 56-57還將歸責關係分為核心（*zentrale*）與邊陲（*periphere*）兩種。後者是在具體的法規範內作用，指的是作為要件（*Rechtsbedingung*）的事實與法效果（*Rechtsfolge*）之間的關係；核心歸責則是指某個特定事實與規範之間的關係。當某個事實作為要件，因而成為規範之內容時，該事實就可以說是與規範有著核心歸責關係。

30 Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 17-18, 19-21.

31 較詳細的整理，請見林允中，法律天國——論Hans Kelsen「無國家的國家學」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁38-46（2022年）。

個方法之下，只能建構出同一種對象，然而既有法人格理論卻將法人與法規範分立，這也就意味著一種方法內出現了兩種不同質的對象，這顯然是不可允許的。在認識論批判下，Kelsen認為法人格在法學中的獨立地位必須被解消掉，進而發現法人其實就只是一個人們任意劃界的規範複合體（Normkomplex）³²，而之所以要這麼做，純粹只是基於認識上的方便而進行的擬人（Personifikation）³³。經此重構，法人格和事實之間的關係，也就是歸責關係，說得更清楚一點就是，作為法人格的規範複合體所涵蓋的規範中，其內容是否有該些事實。如果從歸責關係來看的話，法人格也可以說是許多歸責關係匯聚之處、可以說是一個歸責點（Zurechnungspunkt）³⁴。

總的來說，在認識論批判之下，「兩面」式國家理論的問題在於，這種國家理論將國家看作一個與法不同的實體，這點在「社會的國家概念」可以明顯地看出來：國家在兩面式國家理論的觀點下，顯然有著與法不同的一面，所以才需要以歷史、社會、政治等其他因果科學為方法，來展現出國家的這個面向。然而，如果對象是由方法所構成、而一個方法只能構成一個對象，國家又只有在以法學的視角進行觀察時才能看見，此時去設想了一個與法不同的實體國家，就會是一個嚴重的錯誤³⁵。Kelsen把這個錯誤稱為「對象

³² Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 64-67.

³³ Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 205-206. Kelsen有關擬人的討論，承接上的是Hans Vaihinger的論述。而從時序上來看，Kelsen「原質化」（Hypostasierung）、「對象複製」（Verdoppelung）的用辭，以及將國家概念和自然科學的「力」與「靈魂」概念相類比，可能都出自Vaihinger。Vaihinger對於「力」與「靈魂」的討論，可參HANS VAHINGER, *THE PHILOSOPHY OF 'AS IF'* 86-87, 197-99, 211-14 (C.K. Ogden trans., Kegan Paul, Trench, Trubner, 2d ed. 1935) (1920). Kelsen與Vaihinger較為人所討論的關係，還是Kelsen在晚期的作品中以Vaihinger的理論作為基礎規範的理論基石這點，KELSEN, *supra* note 6, at 256，相關討論可參鍾芳樺，純粹法學的難題（註5），頁129-132；Stanley L. Paulson, *Kelsen's Legal Theory: The Final Round*, 12 OXFORD J. LEGAL STUD. 265, 269-70 (1992) (book review).

³⁴ Kelsen, *RR1* (Fn. 28), S. 57.

³⁵ Kelsen, *RR1* (Fn. 28), S. 55.

複製」(Verdoppelung)³⁶，因為它的後果便是把同一個研究對象，複製成兩個不相容的東西，造成了系統中存在著二元性，而妨礙了純粹的認識；更嚴重的是，對象複製的錯誤還進一步衍生出回答「兩者之間的關係為何」這種困難「偽問題」(Scheinproblem)的必要³⁷：在兩面理論下，由各種因果科學所形構出的社會的國家概念，顯然與法學的國家概念並不同質，但兩者又在許多地方有所交集。解釋兩者之間的關係、特別是說明這些交點，便是一個Jellinek需要解釋的問題³⁸。Jellinek對此的答案是國家自我義務(Selbstverpflichtung des Staates)，他認為指出社會面、事實面的國家是在創造法後、並自願地服從法。Jellinek之所以借用了Immanuel Kant的道德自律論，稱國家服從法是一種「自我束縛」，是因為在他看來作為國家意志的法被國家所遵守，其實也就是國家在服從自己³⁹。而事實面的國家在服從法之後，法學的國家概念成為可能，國家這才成為一個法上可以理解與掌握的事物⁴⁰。這麼一來，國家實體的設想其實是一種「原質化」(Hypostasierung)，因為它是一種先於法、在法秩序的「背後」以權力來保障法秩序的東西⁴¹。

Kelsen認為，這種解法完全是自找麻煩，國家學根本是先製造了一個問題、再用疑點重重的方式嘗試解決這個問題：如前所述，這一連串問題的根源，即是國家的實體化。由於自始就用錯誤的方式看待國家，認為國家有一個超越法、不同於法的實體，而進一步生產出方法論上可疑的兩面理論，試圖去掌握其實並不存在的「社

36 Kelsen, Staatslehre (Fn. 3), S. 76.

37 Kelsen, HP2 (Fn. 25), S. XIX.

38 Kersten (Fn. 20), S. 5-7.

39 Jellinek對於自我義務的處理，其實涉及到的是主權(Souveränität)是否是不可限制的問題。Jellinek藉由引入自我義務，澄清了具有主權的國家與國家法之間的關係：他一方面強調主權依然受法所限制，但同時主權的「不受限制」則展現在它能自由決定其法秩序的內涵。參見Jellinek, Staatslehre (Fn. 10), S. 480-484.

40 Uhlenbrock (Fn. 11), S. 106.

41 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 175-177.

會面」或「國家的實在」，最後再討論要如何橋接這兩個面相，創造出自我義務這種主張著國家「既超越、又受制」的自相矛盾理論。一旦我們從頭就正確地認識到，國家只有「法學的」一面、只有在法認識之下才能看見國家，那麼國家與法之間的關係，就不再是對立與分立的關係，而是合而為一：國家即是法規範的集合、是法規範的概觀（Überblick）⁴²。在這個觀點下，國家只是蘊含著眾多法規範所表達的歸責關係的功能（Funktion），單獨稱呼國家僅只是將這個功能、這個概觀予以擬人化而已⁴³。國家因而與法同一。

三、實體國家概念解消之必要與法科學

至此，我們了解了Kelsen對當時主流國家理論的批判與重構，但對於這項工作與法科學之間的關聯，則還不甚明確。要將法學推上科學的層次，怎麼會有談國家理論的必要呢？這自然有其重要的理由。其一與法效力問題相關：Kelsen接受了國家法實證主義（Staatrechtspositivismus）的主張，認為國家的制定法是法語句的必要形式⁴⁴，但他無法接受國家法實證主義認為法效力出自國家意志的見解。在國家法實證主義的傳統下，法是國家之意思表示、是國家意志的展現，而國家的意志又被認為是某個、或某群人具體的、心理學意義上的意志。Kelsen之所以不能接受這樣的說法，是因為他認為要妥善理解與描述法，就必須以應然的方式來理解⁴⁵，因為法規範中展現的歸責關係是一種與意味著「若A則B」的因果關係不同，其表述的是「若A則應B」的應然關係⁴⁶；假若國家意志是一種實然的心理學現象，那法出自於國家意志，也就意味著應然的規範是從實然的現象中所從出，就出現了實然推導出應然的範疇錯

42 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 214-215.

43 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 206.

44 Kelsen, HP2 (Fn. 25), S. 541.

45 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 35；鍾芳樺，純粹法學的難題（註5），頁102。

46 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 22-24；鍾芳樺，純粹法學的難題（註5），頁101。

誤，這不為Kelsen所容許⁴⁷。法效力的問題其實涉及到兩個不同向度，也因此需要兩個不同的理論說明：其一是，如何解釋法系統中，既有的法規範之效力從何而來的問題；其二則是，新創造的法規範，其效力又是如何、以及從何而來。對此，Kelsen首先以「掏空」國家意志的方式，指出意志概念的功能便是確認，哪些法規範能被歸責予國家，也因此國家意志與歸責關係其實是一樣的東西⁴⁸，藉此剷除了舊有意志理論涉及實然心理學式意義的內涵⁴⁹。既有法規範的效力便以歸責的方式得到說明；而在法創造的部分，Kelsen則是藉由引入法階層論（Stufenbaulehre）來說明⁵⁰。法系統在預設基礎規範（Grundnorm）之下，形成了一個具有階層的系統，法的創造是藉由上位階規範設定某些個人行動具備創設法規範的法效果，這些人行動的歸責點擬人化後便是一個法創造的「機關」⁵¹，這些機關便可以說是被上位階規範所授權（Ermächtigung）。這麼一來，法系統便是一個動態的階層系統，並且自己決定了自己的創造，而不再需要引入其他外於系統的東西⁵²。

47 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 12-13. 應／實然的分野、或者說分屬兩端之學科的界線必須嚴守這點，在Kelsen學術生涯的起始就已被他強調，可參Kelsen, HP1 (Fn. 6), S. VII-VIII。如何妥善地處理應實然之間的問題，特別是法如何可能同時是應然、又是實然，是Kelsen法理論中一個持續不斷、且對其理論發展有著主導地位的問題，詳參鍾芳樺，純粹法學的難題（註5），頁97-104。

48 Kelsen, Staatslehre (Fn. 3), S. 65-66.

49 林允中（註31），頁47-49。更進一步地，在民主機制下由議會所代表的「人民意志」，在Kelsen看來也是一個擬制、而非實體，Shu-Perng Hwang, Volkswille: Reale Substanz oder Notwendige Fiktion? Ernst-Wolfgang Böckenförde und Hans Kelsen im Vergleich, Der Staat 59 (2020), S. 371 (379-384).

50 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 107-108. Kelsen在法階層論引用的是其門生Adolf Merkl的研究，這點已是周知事實，在此不多贅述。另外，從另一個角度來看，Kelsen在引入法階層論後，在一定程度上也降低了國家的制定法在其理論中的地位，因為它們不再是法系統中的唯一法源，鍾芳樺，國家與法（註4），頁142-144。

51 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 121-124.

52 Stanley L. Paulson, Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism, 59 MOD. L. REV. 797, 807-09 (1996).

另一方面，Kelsen認為既有的國家理論中，充滿著為意識形態辯護的論述，許多說詞只是服務於維護或增強國家權力⁵³、或者是擁護君主與君主制⁵⁴。Kelsen指出，國家學中在法之上的（*überrechtliche*）實體國家概念，在法學上產生的後果，其實是「兩個國家法」相互競逐的狀況：如果要「正確地」重構「錯誤」的實體國家概念，則由於國家必然是規範複合體、必然是規範的歸責點，因此國家與法的分立，其實是兩個不同的規範秩序的分立、兩者之間的關係便是兩個規範秩序的關係。這樣看的話，國家與法分立之下的國家，其實是一個以「國家理性」（*Staatsraison*）為核心的規範秩序，這個秩序則會與法秩序競逐。Kelsen認為，既有的學說之所以這樣建構國家概念及國家與法關係，就是要為統治者、或者說「最高機關」（*oberste Organ*）——也就是君主——留下更多自由裁量的空間⁵⁵。如果從法秩序的角度來看，這個思路的目標就是要將君主的行為、特別是其非法行為，看作是國家或集體的行為，進而將君主凌駕於法秩序之上⁵⁶。因此Kelsen更直言，所謂國家與法的對立，最主要的目的就要從所謂的「國家本質」中，提供一個偏好絕對君權制下的警察國之理論基礎⁵⁷，以此為理論核心預設的既有國家理論，也因此並非全心全意地服務於認識⁵⁸。在國家法實證主義下與國家概念掛鉤的法學，也受此波及而無法達到科學的程度，反而可能成為用以支持特定意識形態的工具⁵⁹。在他看

53 Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 100-101.

54 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 111-114. Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism: A Letter to Renato Treves*, in *NORMATIVITY AND NORMS: CRITICAL PERSPECTIVES ON KELSENIAN THEMES* 169, 170-71 (Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson eds., Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson & Michael Sherberg trans., Clarendon Press 1998) (1933) 特別針對的是Laband：Kelsen認為他將政治立場偷渡到法理論中，這是學術工作所不可忍受的。

55 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 136-137.

56 就這點而言，Kelsen尚有藉由與神學對比的進一步說明，詳見下文。

57 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 139.

58 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 116-117.

59 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 16-18. 當然，許多先行研究也都認為，Kelsen這個「意

來，科學的重要工作之一，便是要揭開意識形態的遮掩物，因此破除這些暗藏並掩飾意識形態的實體概念，便是科學的要務、也是學術與政治的重要區別⁶⁰。反意識形態更是Kelsen「純粹法學」的重要工作之一⁶¹。基於對法科學的追求，國家學的這些痼疾都是Kelsen所必須大刀闊斧地處置的對象。

識形態驅逐者」自己所提出的理論，其實也只是為了特定的意識形態辯護而已，如鍾芳樺就指出，Kelsen主張「一切國家都是法治國(Rechtsstaat)」與史實不合，法治國理念是近代資本主義的產物，並不是所有國家存在的必然基礎，他的這個觀點其實是要替自由主義法治國的意識形態辯護。鍾芳樺，*國家與法*(註4)，頁168。本文認為，Kelsen確實在政治上有著非常明顯的社會民主傾向，對此可參Thomas Olechowski, Hans Kelsen: Biographie eines Rechtswissenschaftlers, 2020, S. 179-184 (以下簡稱：Olechowski, Biographie Kelsens)；Clemens Jabloner, *Kelsen and His Circle: The Viennese Years*, 9 EUR. J. INT'L L. 368, 377-78 (1998)。Kelsen, HP1 (Fn. 6), S. XI 也「大方承認」自己對於自由主義的偏好——儘管這個將自己理論的科學部分與政治宣言相連結的做法，也許是當時年輕的Kelsen「年少輕狂」之舉，見Christoph Schönberger, Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“: Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion, in: Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Bd. 2, 2008, S. 23 (32-33)。不過就「一切國家都是法治國」的主張，Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 126-127; Kelsen, RR2 (Fn. 6), S. 320。其實很清楚地指出，他所指的„Rechtsstaat“並不是具有特定內涵的、實質的法治國，甚至也不是「國家依法行政」等非常弱意義下的法治國。在他看來，„jeder Staat ein Rechtsstaat sein muß“（每個國家都必須是Rechtsstaat）毋寧是認識論意義下的宣稱：所有國家都只是法秩序，因此任何國家一定都是「法的國度」。而那些主張實質內涵法治國的論述，在他看來是自然法、是關於正義的判斷；需要「依法行政」的國家則顯然是一種「兩面式」的觀察，因為國家「就是法」，「法應依法行政」是一個如字面上一樣荒謬的要求。總之，至少在Kelsen對「法治國」的強調上，其意義並不是自由主義、憲政民主的法治國，而是完全形式的、作為認識之條件或意義圖式(Deutungsschema)意義下的法治國。就此，也許把Kelsen對Rechtsstaat的用法稱為「法之國」，會更貼近他的本意。

60 Johannes Feichtinger, *Intellectual Affinities: Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the Austrian Anti-essentialist Approach to Science and Scholarship*, in THE FOUNDATION OF THE JURIDICO-POLITICAL: CONCEPT FORMATION IN HANS KELSEN AND MAX WEBER 117, 119-20 (Ian Bryan, Peter Langford & John McGarry eds., 2016).

61 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 17.

參、法科學的科學哲學

一、實體的解消

如前所述，Kelsen之所以要發展這種樣貌的國家學，是因為他認為這樣可以使法學科學化。但他「憑什麼」做出這樣的判斷呢？說得更清楚一些，前面我們討論了「法學的科學化」與國家理論的關係；但對於為何這樣處理國家理論，會有助於「科學化」，則仍然不清楚。進一步來說，為何要走向科學化，就必須擁抱「這種形式」的國家／法理論呢？要回答這點，就必須釐清Kelsen是怎麼看待科學，這某種程度上也就是要釐清Kelsen的科學哲學主張。

讓我們回頭再看一眼Kelsen的國家學。其中，我們可以看到他多次強調實體國家的問題⁶²，並且要以形式的、客觀的法秩序來取而代之，作為理解、或者說表述國家的方式⁶³。我們已經知道，他認為這麼做對於法學的科學化有所助益，而之所以用這樣的理論樣貌來應對，是因為Kelsen認為法學同時面臨著來自於自然科學與自然法的威脅，需要在方法論上站穩腳步，才能確立自己作為一個獨立自主學科的地位⁶⁴；從Kelsen的主要論證，如對實體國家、特別是國家意志的批判與拆解，從早期作品開始就已經成形來看，這個理由可能也是型構其理論的最原初、且最主要的理由⁶⁵。

62 Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 9, 11, 17-18, 76, 83; Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 126-130.

63 詳細的整理，可參林允中（註31），頁35-56。值得注意的是，Kelsen其實還主張了這是國家唯一的認識或表述方式，Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 65; Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 44-45, 106, 117.

64 Horst Dreier, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 81 (86-92).

65 Kelsen對於法學獨立性的焦慮，充分顯現在他早期的鉅著《論國家法學的主要問題》之中，Kelsen, HP1 (Fn. 6), S. 5-7。Ota Weinberger並指出，所有Kelsen理論的雛型都能在這部作品中找到，Ota Weinberger, *Introduction: Hans Kelsen as Philosopher*, in *ESSAYS IN LEGAL AND MORAL PHILOSOPHY*, at IX, X (Ota Weinberger ed., Peter Heath trans., D. Reidel 1973) (1973)。近來則又有研究認為，Kelsen的理

不過，隨著理論的發展，Kelsen也逐步賦予這項工作更多意義。Kelsen認為科學發展中存在著一個發展方向：從實體到關係。現代科學在這項發展路徑裡的重要目標與職志，即是將實體解消為功能⁶⁶。把這點套用在國家學的發展上，便是把遭「僵化、具體化的法建構物，使其重回簡單且純粹的法命題關係之中」⁶⁷、另一個說法則是把作為實體的國家解消於作為功能的法秩序之中⁶⁸。另外，藉由與自然科學的類比，Kelsen指出他的工作不只讓法學獨立、還能讓它成為一門客觀的科學，成為一個與自然科學平起平坐的「規範科學」(Normwissenschaft)。「實體的拆解」、「將研究重點移轉到關係」這樣的看法，其實可見於許多同期的科學哲學作品⁶⁹。不過Kelsen注意到這項發展的開端，是出於日後與他「反目成仇」的學生Fritz Sander的研究：Sander指出，傳統國家學中，被看作是獨立於法程序(Rechtsverfahren)、存在於法運作與法經驗背後的國家概念，是一種實體概念，而此概念應該要被解消入法運作之中，國家概念即是指稱整體的法運作、是一個整體法運作的功能⁷⁰。

論雛型其實還可以進一步溯及到他的第一本學術作品《論但丁的國家學》。Mario Patrono, *Kelsen Before Kelsen – Reflections on Hans Kelsen's Die Staatslehre des Dante Alighieri*, 50 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 421, 425-29 (2019)。總之，不論採取哪一種看法，Kelsen的理論輪廓與主要主張奠基的時點甚早，後續的改動與引述理論和論述，都是要持續發展這些早期所奠立的主張，這點應無疑義。

⁶⁶ Kelsen, *Gott und Staat* (Fn. 8), S. 157.

⁶⁷ „Es handelt sich mir durchwegs um die Auflösung der im Denken des Juristen erstarrten, verdinglichten Rechtsgebilde, um ihre Rückführung auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes.“ Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, S. IV (以下簡稱：Kelsen, *Souveränität*)。

⁶⁸ Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 206, 211; *Hans Kelsen*, RR2 (Fn. 6), S. 277.

⁶⁹ Kelsen有注意到19世紀末的經驗批判主義者，如Richard Avenarius、Joseph Petzoldt都有類似的說法。Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 208-209。與Kelsen在科學化路途上有著親近性的Ernst Mach，也有類似的論述，詳見後述。

⁷⁰ Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 215-218。有關Kelsen認為Sander正確地指出傳統國家概念是一個實體概念，參Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 207 fn. 1。儘管Kelsen認同Sander的部分判斷，不過對於Sander進一步的其他論證與理論主張，如將法規範類比為自然科學的自然律、法經驗(Rechtserfahrung)類比為自然

Kelsen認同並接受了Sander的說法，認為Sander正確地指出了傳統國家概念的實體樣貌、國家概念也確實該轉型為功能，Kelsen並進一步援引了Ernst Cassirer對自然科學那側的分析，認為Cassirer將自然科學的基礎概念，如原子、乙太、物質、力、靈魂等，從實體概念轉變為功能概念的工作，也必須落實在法學上、特別是必須拆解國家概念。如此便證明了這項轉變的傾向，是內在於科學的發展之中⁷¹。Cassirer藉由「實體概念」與「功能概念」的對立⁷²，是想檢

現象、以及Sander諸多對純粹法學的澈底批判，Kelsen則強烈反對，*Kelsen, Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 218 fn. 3。兩人的論戰可參Christoph Kletzer, *Kelsen, Sander, and the Gegenstandsproblem of Legal Science*, 12 GERMAN L.J. 785, 785-810 (2011); *Paulson* (Fn. 7), S. 7-26; *Axel-Johannes Korb*, Sander gegen Kelsen: Geschichte einer Feindschaft, in: Walter/Ogris/Olechowski (Hrsg.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, 2009, S. 195 (197-206)。兩人之間的學術爭論越演越烈，在一連串誤會下甚至讓Sander指控Kelsen在國家與神之間的類比、以及Hermann Cohen的新康德主義之繼受上，剽竊了他的學術成果。兩人爭鬥的詳情可參*Olechowski*, *Biographie Kelsens* (Fn. 59), S. 316 ff.

71 *Kelsen, Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 212。不過，必須特別釐清的是，Kelsen在一些作品裡使用了„Funktionsbegriff“一詞，這當然容易讓人聯想到Cassirer的作品 *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*，且Kelsen確實也引用了Cassirer來加強自己的論點，但這項親近關係應該是在Kelsen已將其理論架構發展成形後偶然而成。換句話說，至少在文本中我們無法看到Cassirer在Kelsen的國家與法理論之發展中的影響；甚至，Cassirer在作品中強調的其實是兩種不同哲學觀的差別，並藉此討論認識的條件，但Kelsen的引用有很強的「選擇性引用」狀況，所引的篇章中都不是Cassirer這些論證的核心部分。如果這個觀察是對的，那恐怕Kelsen與Cassirer在思想上究竟多大程度上有所契合，就必須畫上問號。如果比照Paulson認為Kelsen是在批判Jellinek時才逐步接受了新康德主義的論點（參*Paulson* (Fn. 7)），那麼或許Kelsen有關「實體與功能」部分的論述、或至少是„Funktion“一詞的使用，與其說是受到Cassirer的影響、或援引他的思想，更可能是在與Sander互動的過程中所接受的。

72 關於實體與功能概念的分立在Cassirer整體哲學中的意義，可參閱Simon Truwant, *The Concept of 'Function' in Cassirer's Historical, Systematic, and Ethical Writings*, in *THE PHILOSOPHY OF ERNST CASSIRER: A NOVEL ASSESSMENT* 289 (J. Tyler Friedman & Sebastian Luft eds., 2015)。不過，從文本上看起來Kelsen本身對於„Funktion“這個詞並沒有什麼進一步的發展或分析，對於Funktion本身可能帶有的意義或理論潛力並不太感興趣，比起來他更強調「關係」（Beziehung）作為科學之研究主軸這點，Cassirer的論點與„Funktion“的說法只是用來強化他對「關係」的關注。另外，有論者指出Kelsen的法規範概念本身應該就可以以功能的方式來理解，see Mario García Berger, *The Legal Norm as a Function: The*

討概念建構的理論⁷³。在舊有的思路下，概念被置放在優先的位置⁷⁴，其中最優先的是實體的概念，因為各種存有的性質似乎只有在實在、給定的實體或物質上才是可想像的。在這種觀點中，關係（*relation*）附屬於實體，並沒有獨立的地位、且也不會更動實體的本質⁷⁵。這種思路下，一切概念都是從個別經驗的共通特徵抽象化而得來的，而也因為概念出自於經驗，因此知覺（*sensation*）是一切知識的起點，這點並且是自明且給定的⁷⁶。在這樣的思路下，測量（*measurement*）的結果便是最基本的科學事實，但Cassirer認為這是有問題的：即便是測量中所使用的基本單位，其實也都預設了概念組、甚至某些律則。舉例來說，當我們在測量速率的時候，「速率」本身就預設了「方向」、「運動」、「時間」、「距離」等數學與物理概念，這些概念又預設了某些公理或定律。因此測量的結果並不可能是最基本的事實，要掌握「測量」甚至一定得先預設一個特定的概念系統⁷⁷。也因此，我們也可以發現從知覺中無法在毫無預設的狀況下產生認識，概念也不可能只是純粹再現了知覺，一切的認識必須處在一個經驗的一般性形式（*general form*）中，而這些一般性形式是由普遍的法則所構成的⁷⁸。

Cassirer同時也警告，概念與經驗之間的關係必須嚴守，一旦概念與經驗之間失去了聯繫，概念就變成了一個不可知、在經驗之上的、絕對的實體，而這些經驗無法企及的實體卻又被認為是最真實的實在，這使得經驗的地位變得非常可疑⁷⁹。要解決這個問題，

Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians on Hans Kelsen, 12 PROBLEMA: ANUARIO DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO 239 (2018).

73 ERNST CASSIRER, SUBSTANCE AND FUNCTION AND EINSTEIN'S THEORY OF RELATIVITY, at iii (William Curtis Swabey & Marie Collins Swabey trans., Dover 1953) (1923).

74 *Id.* at 4.

75 *Id.* at 8.

76 *Id.* at 4-5.

77 *Id.* at 143-46, 427.

78 *Id.* at 268.

79 *Id.* at 165.

便是要正確地掌握「概念」與「關係」的先後順序：概念表述的是系統中的一個「位置」，這是藉由某概念與其他概念之間的關係而得到確定的⁸⁰；概念具體指涉到的，則是感知之間的關係與連結，這麼一來概念便是表現具體感知之對應關係的功能，而不是一個與感知不同的存有⁸¹。這樣看來，概念便是個圖式（*schemata*），而圖式的意義在於完整地展現感知（*perception*）之間的關係與連結。換句話說，這些概念並非脫離感知、不是一個與感知不同的存有，而是與感知緊密連接、展現了經驗的可能形式⁸²，同時也免於原質化（*hypostasize*）的危險⁸³。

對Kelsen來說，傳統國家學的國家概念無疑地是實體概念。國家被認為是一個與法本質上不同、超越法又創設法的存有，本身也不是「關係」，關係只會發生在國家與其他法主體之間。但Cassirer的看法與Kelsen的國家學方案之間，具體要如何類比呢？將自然科學與規範科學之中的要素對應關係，這項類比工作的意義就會明顯得多。如前所述，在Cassirer看來，概念的意義在於展現感知之間的連結與關係，呈現出雜多的感知經規整後的樣貌，Cassirer也稱為「規整概念」（*ordering concept*）⁸⁴。相對應地，Kelsen的國家概念顯然也是要作為一個規整概念、用以展現連結與關係，但國家概念所要規整、所要呈現的連結與關係是什麼呢？在Kelsen的理論體系裡，這個位置無疑地是保留給法規範、以及法規範所展現的歸責關係，法規範與歸責關係是需要被概念所規整的質料。國家必須被理解為一個展現法之統一性（*Einheit*）的基本功能（*Grundfunktion*），它的作用便是指出特定規範在法秩序中的成員身分，也可以就這個意義上理解為法效力的鑑別判準。這麼一來國家與法之間的差別便

80 *Id.* at 36.

81 *Id.* at 19-20.

82 *Id.* at 165.

83 *Id.* at 26.

84 *Id.* at 165.

是邏輯的、而非形上學的⁸⁵。國家概念的功能與意義即是提供一個整體法關係（*Beziehungen des Rechtes*）的概觀。如果脫離了這層意義，而把國家看作一個超越法關係的實體，對象複製的錯誤就隨之出現⁸⁶。在這樣的理解下，國家就從實體轉為功能概念，而具體的改造我們也已在前一節看過：Kelsen把國家看作是一個歸責點、是眾多歸責關係所匯聚之處，這表示國家概念的意義是在法系統內被理解，且是以法系統的內容（法規範）與其之關聯（歸責）呈現出來的；同時，作為法規範的歸責終點、作為總體法規範複合體，國家也展現了法的統一性。

二、認識的演化：Kelsen的科學史

前面我們看到了Kelsen藉由與自然科學一側的科學哲學理論、特別是與Cassirer的論述相類比，來強化其國家學方案在法學科學化中的意義與地位。不過，「實體到關係的轉變是內在於科學的傾向」這個宣言，其實是Kelsen從民族誌與哲學史的考察中得出的結論。他認為人類認識存在著演化的路線，在這條發展的途徑上，人們理解與觀看世界的方式逐漸產生改變，從非理性、充斥著情緒和意識形態，轉變成理性、非人格式（*non-personalistic*）的思維。現代科學也就是在後者的降臨下而誕生。

發展出一種一元且線性的演化途徑來作為科學哲學的基礎觀點，對於當今更警醒且重視文化現象之多元性的我們來說，似乎是有點難以想像的思維。不過，一如本文在其他部分的考察，本文希望將Kelsen的理論嘗試置放在各種脈絡中，而他之所以會發展出一套「認識演化論」，也必須回顧當時的學術界的場景：Charles Darwin的理論在世紀之交的奧匈帝國有著相當的熱度⁸⁷，在這個背

85 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 213.

86 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 214-215.

87 Mónica García-Salmones, *On Kelsen's Sein: An Approach to Kelsenian Sociological*

景下利用演化論的形式來解釋現象，就不那麼讓人意外⁸⁸。不過，Kelsen展開這些研究的根本關懷，其實還是在於法學、特別是在於傳統國家學的批判⁸⁹，這點可以從他在許多作品中把既有的國家學理論內容與「原始民族」相比較，用來指斥前者的「不科學」看出⁹⁰。

Themes, 8 NO FOUND.: J. EXTREME LEGAL POSITIVISM 41, 51 (2011); WILLIAM M. JOHNSTON, *THE AUSTRIAN MIND: AN INTELLECTUAL AND SOCIAL HISTORY 1848-1938*, at 323-25 (1976). 當時德語世界有關演化論的討論，一方面固然有Ernst Haeckel之研究的影響，但同時Arthur Schopenhauer哲學中的一些概念，也被認為是提前為Darwin理論的引入架好了橋梁，Peter Sprengel, *Fantasies of the Origin and Dreams of Breeding: Darwinism in German and Austrian Literature around 1900*, 102 MONATSHFTE 458, 460 (2010)。至於法學界，世紀之交的德語世界固然有使用演化論的法學者，特別是被譽為人類學之父的Albert Hermann Post，但他們當然不是「通說」。Hans-Peter Haferkamp, *Rechtsgeschichte und Evolutionstheorie*, in: Siep (Hrsg.), *Evolution und Kultur: Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste*, 2011, S. 35 (38-43).

88 Kelsen對演化論的使用其實相當廣泛：舉例來說，Kelsen有關國際法的討論中，將國際法稱為一個「原始的法秩序」(primitive Rechtsordnung)，認為它們處在一個「內國法已經走完的發展路途的起點」(*Es steht erst am Anfang einer Entwicklung, die das staatliche Recht schon zurückgelegt hat.*)，Kelsen, RR2 (Fn. 6), S. 321-322。Kelsen的這個看法顯然是將內國法看作一個發展的終點、發展的完全體，從這個角度出發才能說國際法尚處「原始」。相同意見可參Clemens Jabloner, *Menschenbild und Friedenssicherung*, in: Walter/Jabloner (Hrsg.), *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*, 1997, S. 57 (61-62)；與此類似的是，Kelsen一方面指出「國家一定是法秩序」，不過並不是所有法秩序都是國家，法秩序必須要有一定程度的集中與功能分化、特別是要有創造與適用法律的機關，才能稱作一個國家。因此「原始社會」的法秩序與屬於原始法秩序的國際法，都不是國家。Kelsen, RR2 (Fn. 6), S. 289。

89 Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl., 1990, S. 93-94; Arkadiusz Górniewicz, *Totemism of the Modern State: On Hans Kelsen's Attempt to Unmask Legal and Political Fictions and Contain Political Theology*, 33 *RATIO JURIS* 49, 54-56 (2020); García-Salmones, *supra* note 87, at 55. Jabloner認為，Kelsen在這裡的主要工作，是在維也納學派(Wiener Kreis)的影響下，要將他的意識形態批判與法理論相連結，是一個統一科學(Einheitswissenschaft)的嘗試，但這個意圖則與Kelsen自始就強調的應實然二元區分出現嚴重的矛盾，使得這也是Kelsen最後一次嘗試這麼做。Clemens Jabloner, *Bemerkungen zu Kelsens „Vergeltung und Kausalität“, Besonders zur Naturdeutung der Primitiven*, in: Krawietz/Topitsch/Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1982, S. 47 (49-53)。

90 Kelsen在1943年出版的作品SOCIETY AND NATURE，以相當大的篇幅發展了這項論點。但把傳統國家理論與這種後來被他稱為「原始認識」的思路相連接，是

這種使用方式固然在人類學或社會學上值得商榷⁹¹，但這正是他展現自己科學觀的方式，也因此這些論述值得我們注意與認真看待。

Kelsen早已多次使用的論述，如Kelsen, HP1 (Fn. 6), S. 4-5; Hans Kelsen, *Über Staatsunrecht*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Bd. 1, 2010, S. 785 (791) (以下簡稱：Kelsen, Staatsunrecht)；Kelsen, Staatslehre (Fn. 3), S. 63; Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 206。換句話說，這個「人類認識發展學」的看法，幾乎是從Kelsen學術生涯的開始便已存在。1911年作品簡單勾勒出的圖像——「律則」(Gesetz)的概念是從社會往自然界擴展、人是把自己的社群和自己的形象投射到自然界，並以此方式來理解自然，也因此自然律與社會規範一樣都存在著超越性的支配者、自然科學最後掙脫了超越性的靈魂——，基本上與Kelsen在1943年嘗試鋪陳的敘事如出一轍。1943的作品中Kelsen新增的，除了大量的「實證研究」來作為人類認識之「起源」的例證，就是明確的演化論論述。

最後必須提及一個在引註文獻上有些重要性的版本學問題：SOCIETY AND NATURE基本上是Kelsen再早一些(1941年)以德語寫成的Kausalität und Vergeltung的「英文版」，對此可參Clemens Jabloner, *Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft*, in: Jabloner/Stadler (Hrsg.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-schule*, 2001, S. 19 (19-43); Olechowski, *Biographie Kelsens* (Fn. 59), S. 692-693。是故，本文將這兩個作品與其中論旨視作同一，儘管本文Kelsen原典部分參考的是「英文版」，討論「德文版」的二手文獻本文也一併參酌——具體的例子即是Jabloner著作(Jabloner [Fn. 89])，併此敘明。

⁹¹ Kelsen再現與應對資料的方式，受到社會學與人類學學者大力批評，其中Talcott Parsons的評論足以作為代表：他認為Kelsen的許多論述為了符合預先設立的理論，而選擇性引用，對於不合其理論的部分直接忽視；在說明其理論所引用的資料上，Kelsen也未區分出嚴謹的學術性整理與探險家的道聽塗說，而給予兩者相同的分量；且在堆疊大量範例之餘，欠缺任何實質的分析與論述；最後，是Kelsen的論述太過扁平化，將複雜且多樣的現象擠壓在其預設的刻板印象中。Parsons不客氣地說，Kelsen欠缺分析社會系統的能力，且對於其所書寫的學園缺乏基本的認識，特別是Kelsen所引用的研究與論述大多已經非常過時。他更指出，Kelsen只是把民族誌用來當作他已預設的理論的範例，這是一種「法學式」的方法(juristic approach)。Talcott Parsons, Book Review, 58 HARV. L. REV. 140, 140-44 (1944) (reviewing HANS KELSEN, SOCIETY AND NATURE: A SOCIOLOGICAL INQUIRY (1943)). 另一個值得我們注意、且對這個論證的「歷史真實性」持高度保留的理由，是Kelsen用以舉為人類認識之起點的「原始認識」，都是取材於19、20世紀對「原始部落」的描述與紀錄。即便讓我們先忽略為Parsons所批判的、這些紀錄實際上良莠不齊的問題，這些部落的描繪能作為Kelsen立論基礎的基本預設，便是他們直至當時都「未曾演化」。而這項預設本身的疑點恐怕就非常多了。

藉由這個演化圖像，Kelsen其實想強調的是兩種不同的世界觀⁹²，儘管兩個觀點下都是以律則來解釋世界，但它們用以解釋世界的律則則分屬不同範疇：理性的態度下，世界被以實然因果律來解釋；情緒性的態度下，則以應然規範來解釋世界⁹³。讓我們從人類認識之演化起點開始。Kelsen認為，人類起初使用著一種情緒性的、充斥著意識形態的認識方式。這種認識方式將世界看作是依照規範而行動的實體（substance）所構成，現象是源自實體受規範的規制或命令而產生的⁹⁴。這是種以規範來理解環境與世界的觀點⁹⁵。這樣的「原始」世界觀，有幾個重要的基本預設。首先，Kelsen認為人類起先並不懂得區分物我，而將萬物都視為自己的同類，這使得人們是以社會關係的角度出發在看待世界，並以自身社群的規範「延伸適用」，來解釋各種自然現象⁹⁶。這種物我的不加區分，也體現在原始民族的泛靈論（animism）之上。泛靈論不可以被稱作是擬人（anthropomorphic）或是人化（personification），因為被擬人或人化的東西必須先「不被當人」，才能被擬人或人化，但在泛靈論中，萬物都被看作是人的同類，原始民族是以「人格」（personal）的方式來看待萬物，因此這是一種人格式（personalistic）的觀點⁹⁷。在原始民族的人格式觀點下，現象的解

92 Kelsen在此的討論儘管沒有言明，但事實上也是延續了他在其他作品中討論的主觀主義與客觀主義的世界觀之區分，Kelsen對這兩種世界觀的鋪陳，可參Kelsen, *Souveränität* (Fn. 67), S. 314-317。對Kelsen世界觀之討論的分析，可參鍾芳樺，*國家與法*（註4），頁109-116。

93 HANS KELSEN, *SOCIETY AND NATURE: A SOCIOLOGICAL INQUIRY* 1 (1943). 在這樣的態度下，人們可以說是以一種應然觀點在看待世界，而特別需要提醒讀者注意的是，這只是「一種」應然觀點；換句話說，Kelsen並不認為所有的規範觀點都是情緒性、或者說非理性的。Kelsen一生的理論志業，可以說都是要建立一個理性的應然觀點，也就是法科學。

94 *Id.* at 44.

95 *Id.* at 24-31.

96 *Id.* at 6-8.

97 *Id.* at 24-28.

釋常會以「誰想要如此」來說明，而非追問「為何會如此」⁹⁸。當把世界看作由規範組織而成的時候，這個問題也可以被改寫為「誰欲求(willed)這樣的規範」，而欲求者則可以是人或萬物的靈魂。這種思路把世界的運行看作是心理意志的結果，也因此是一種「人」而非「事」的解釋。這樣的解釋方式，是試圖以異於事物、存在於事物背後的靈魂，來解釋現實中的事物，這種解釋方法中便存在著本質上不相同的東西，而與因果解釋的思路中，起因與後果都是同質的這點，相當不同。上述的思考模式，設想了在一切現象的「背後」有著各種靈魂，這些靈魂一方面能作為欲求規範的主體、另一方面也會合乎規範地「行動」。這種思路在Kelsen看來，其實蘊含了原始的意識形態，即應報原則(retribution)⁹⁹。應報原則作為一種規範的具體內容，也被原始民族用以解釋傷病¹⁰⁰、氣候¹⁰¹等現象。這些解釋方式的共通特色，是它們都被設想為某種「物質」。Kelsen認為原始民族有一種實體化的傾向(substantializing tendency)，他們不懂得區分物體、條件、力，而是將他們都看作某種實體。這被Kelsen稱為一種實體化(substantialize)的思維¹⁰²。總的來說，在Kelsen的二分法下，實體化的思維是一種人格式的思考，這樣的思維將世界看作是各種實體的行動所共同構成、這些實體又被超越性的靈魂所規制。貫穿這個思維的，則是應報原則這個意識形態。Kelsen更進一步指出，意識形態並不只是實體化的「副作用」，還更進一步強化了這種思路¹⁰³。也就是說，實體化與意識形態之間存在著一種「相輔相成」的緊密關係。

98 Kelsen, HP1 (Fn. 6), S. IV; KELSEN, *supra* note 93, at 42-44.

99 KELSEN, *supra* note 93, at 53-58.

100 *Id.* at 97-115.

101 *Id.* at 115-18.

102 *Id.* at 11-13.

103 *Id.* at 40.

說明了人類認識之發展的「起點」，緊接著要展現的是人類的世界觀，是怎麼樣從情緒轉向理性。Kelsen以因果關係概念的發展作為這部分考察的主軸。Kelsen指出，最初因果關係在希臘的自然哲學中，其實還是規範解釋的一部分，當早期的希臘哲學家在思考宇宙的普遍律則時，他們所想的是某種如君王一般統治世界的東西。即便當時起因（cause）的思考已經出現，因果關係的思路正在逐漸成形，但其仍然受人格式解釋的影響：起因是有意地致使某些事件發生、起因統治（rule）了事物¹⁰⁴；而在基督教的神學體系中，人格式解釋更是明顯。基督教創世神話中，世界顯然並不是客觀元素自行發展而來，而是源自某個人格存有，即神，的命令。自然的運行是服從於權威的意志¹⁰⁵。由於基督教文明具備的影響力與重要地位，這種將自然法則看作是神的命令、神頒布的規範的觀點，也成為至近世前的主導性觀點。

Kelsen認為，因果關係概念的發展關鍵在David Hume的批判，因為他將因果性從與神的意志、和與規範相聯結的論述中解放出來。Hume認為，因果關係只是人們將接續的事件加以連接的思考習慣而已，從而起因與結果之間，並不存在著內在於事物本身的、客觀的連結¹⁰⁶。另外，因果關係常以可預測性作為標準，這意味著因果關係也拘束了未來，Hume認為這也是人們的習慣，將過去不斷發生的事情視為未來也會發生。不過，這樣的「習慣」並不足以宣稱起因與結果之間，即便在未來也存在著毫無例外的客觀連結。Kelsen認為當時這裡還存在著一個規範式的解釋來作為橋接；換言之，因果關係的表述中仍然存在著規範的影子，只有在一個律則是規範時，才能「決定」未來將發生些什麼。這與在Hume的時代，因果關係仍然被當作是神的意志有關，在這樣的觀點下，按照因果

104 *Id.* at 233-34.

105 *Id.* at 132.

106 *Id.* at 249.

關係運行的自然，依舊是遵循著神的意志¹⁰⁷。不論如何，在Kelsen看來Hume依然卓有貢獻，特別是由於他放棄了從神的意志中來找尋必然的起因與後果之間的連結，這便將因果性的思考從本體論的問題轉為認識論的問題¹⁰⁸。如此一來，超越性意志與規範的色彩，才能夠從因果性中消除¹⁰⁹，換句話說，認識系統中的異質物——即人格式的意志——經此被捨棄了。我們不再問「誰欲求」、而轉而問「為什麼」，不再以超越性的意志、而是以起因與結果之間的客觀關係來解釋世界。

至此，我們可以看到，對Kelsen來說認識的發展進程，在形式上是從規範轉變為因果關係作為認識的框架。一方面，這個進展促進了客觀化，這是因為拋棄規範、改以因果關係來解釋事物後，解釋便不再從個人或社群的觀點出發，那些源自於主觀觀點的意識形態也不再涉及事物的解釋¹¹⁰；另一方面，隨著以因果關係來解釋事物，過去因實體化而產生的實體便被破除，那些被看作是最基本、不可被分割、且與實體之間的關係本質上相異的實體，便被解消於以因果律來表述的關係之中。從接下來的討論中我們可以看到，這個超越性意志與實體、到以「關係」與「功能」為核心的思考方式轉向，對Kelsen來說是現代科學的重要基礎¹¹¹。

三、國家與神的概念相似性

如前所述，Kelsen鋪陳這個演化圖像的核心關懷，還是國家學與法學。如果這是對的話，那麼Kelsen的意圖就非常清楚了：實質化是「原始」的，是人類理性尚未得到發展、理性認識尚未生成之下，以情緒性的方式來掌握世界的展現，而這些也是Kelsen想加諸

¹⁰⁷ *Id.* at 259-62.

¹⁰⁸ *Id.* at 249-50, 262.

¹⁰⁹ *Id.* at 250-51.

¹¹⁰ *Id.* at 263-64.

¹¹¹ *Kelsen, Gott und Staat* (Fn. 8), S. 157.

傳統國家學的頭銜：它們其實就是藉由將國家實質化、情緒性且偷渡意識形態的「原始認識」。在意識形態的部分，Kelsen還進一步做出了類比：在「原始認識」那側，他認為儘管人們起先預設了物我是相等的，並以此來解釋世界，但人們遲早會發現人與其他物的差別，將這些物、特別是不可動的物看作是同類，似乎是行不通的，但原始民族卻依然持續使用這種解釋框架來掌握世界，Kelsen認為這是被強烈的意識形態——在原始民族這裡是靈魂信仰——所驅使¹¹²。明顯與此對應的，是Kelsen認為傳統的國家學事實上暗藏著君主制的意識形態，也正是在意識型態的驅使之下，讓國家學即便面臨到重大的自相矛盾，也需要開展出自我義務這樣的理論來自圓其說。這種「原始」而不科學的理論¹¹³，就需要經歷澈底的改造。

如前所述，為了對法的性質進行妥善的描述，Kelsen一直相當堅持應實然的區分。不過，基於這項區分而分隔兩岸的學科，即法科學與自然科學之間，其實存在著一種既有隔閡、但又緊密相連的張力：一方面，法學的科學地位所嚮往的是自然科學當時已初步獲致的客觀性與明確性，在這個意義上法學必須「效法」自然科學、以自然科學「馬首是瞻」¹¹⁴。但自然科學畢竟是實然領域的研究，試圖掌握的是實然的自然現象，與試圖掌握應然法規範的法科學並不同，因此法學要想成為一門科學，顯然不是輕鬆移植自然科學的

112 Kelsen, *supra* note 93, at 40-41.

113 Kelsen於是（在滿溢的民族誌資料中）非常突兀地說道：「……這種思考模式在文明人的科學思維中尚未被完全超克，而在我們這個時代的社會理論、更具體地說是國家理論中，扮演著重要腳色。」（“...this primitive tendency of substantialization – a tendency which is not yet entirely overcome in the scientific thinking of civilized man and which plays a fateful part in the social theory of our time, particularly in the doctrine of the state.”）Kelsen, *supra* note 93, at 16。很有趣的是，Kelsen在這段話的引註中完全沒有提及德語國家學的脈絡。或許是他已經習慣處於將這件事看作「周知之事實」的學術脈絡中、又或許是因為他在這本作品中預設的對話對象，「真的是」社會學與人類學界吧。

114 Dreier (Fn. 89), S. 104.

方法就可以達成。Kelsen早期理論發展的重要工作之一，便是確立法學自身的獨立性，拒斥自然科學的擴張；而他之所以繼受了新康德主義的方法論，其中一項重要的目標也是在認識論上找到法學獨立性的基礎¹¹⁵，以免法學受到自然科學的吞噬。

另一方面，屬於科學陣線的自然科學與法科學之間，其實在很多意義上也相當親近。一者，兩者都以律則來作為表述方式，只是各自要掌握的關係不同，在自然科學是因果關係、在法科學則是歸責關係。二者，它們所分別對立的實體概念，分別是神與國家，而在Kelsen看來，神與國家的概念在邏輯結構上有平行關係(Parallelität)，這使得神學與國家學都內含著一個與研究對象本身直接相關的矛盾，而要如何解決這個矛盾所產生的種種難題，便成為國家學與神學的主要內容；相似的問題結構，也讓國家學與神學對矛盾的解方同樣非常相似¹¹⁶。這樣的相似性、或者說平行關係，也及於兩組學科所涉及的對立關係：在一側是神學——自然科學，在另一側則是國家學——法學¹¹⁷。

Kelsen利用神與國家概念的平行比較，來說明兩者都必須被解消的命運¹¹⁸。這兩個實體的解消，也是科學昂揚的條件：在前一節，我們已看到Kelsen認為因果關係與神的意志斷絕關係，是現代自然科學發展的關鍵。對此他另外認為，泛宇宙論(Pankosmismus)的發展也是自然科學開展的重要因素。這個思路下，神的原質概念被破除，為研究重心從實體轉換到關係打下了基礎；而在Kelsen的

115 Dreier (Fn. 89), S. 33-37.

116 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 222.

117 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 253.

118 Kelsen類比的意圖，則正好與同樣做了這項工作的Carl Schmitt相反。Kelsen指出他之所以討論國家與神之間的平行關係(且僅只是平行關係、而非同一性)，是為了強調國家學必須脫離「國家神學」地位。他同時也認為Schmitt過於強調字面上的同一，忽略了不同脈絡下字義的不同，是錯把類比當同一。HANS KELSEN, SECULAR RELIGION 17 (2012).

「國家學」中，我們也看到一個澈底「法化」、只能以法來掌握與表述的國家概念，是法科學擺脫「神學方法」、走向現代科學的必經之途。

四、道成肉身與奇蹟：國家學中的神學方法

Kelsen認為，國家與神概念高度相似。在形塑這兩個概念的國家學與神學中，這兩個概念都被認為是超越性的：國家先於、並超越法，而神超越世界¹¹⁹。這個思路就預設了國家與法、神與世界的分立，這也使得國家學與神學的主要問題，都是去回答「如何說明超越性的原質與系統之間的關係」：在神學這邊，是神與世界之間的關係；在國家學，則是國家與法之間的關係¹²⁰。神學認為，神創造世界、且是超越於現世之上的存有¹²¹；不過，神在道成肉身（*Menschwerdung*）後，也成為此世、成為自然的一部分¹²²，祂也因此受制於自己創造的自然律¹²³。這麼一來，在研究自然律的自然科學蓬勃發展之後，神要如何與自然律「互動」，便成為了一個麻煩的問題：超越現世的神，要如何身在此世、構成此世的一部分，並被自然律所拘束呢？而為了要調和神的超越性與現世的自然律，神學發展出了兩個應對方法。其一是強調基督的神人二性：神在道成肉身後，便從一個超越現世的存有，轉為一個現世的存有，此時具有肉身的基督便臣服於神的意志之下，因而受制於此世的所有限制，這包含神所制定的自然律。由於基督同時具有神性，因此這項「限制」其實也就是神「自我束縛」¹²⁴。但這項自我拘束並非絕對或全面：某些時候神會擺脫自我束縛，而此時人們便可清晰地看見神性的展現；換句話說，神對自然律的遵守是「原則」，也就是說

119 Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 76.

120 Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 77-78.

121 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 222-224.

122 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 226-227.

123 Kelsen, *Staatslehre* (Fn. 3), S. 78.

124 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 230-231.

存在著例外，這項例外也便是神學發展出的第二個應對方法：奇蹟（*Wunder*）。奇蹟在概念上即是違反自然律、換言之自然科學所無法掌握與解釋的現象，而它之所以會出現，是因為神「暫時脫離」自然律之拘束、決定不再自我束縛，而展現出其本質的超越性¹²⁵。這麼一來，神學一方面依然肯認自然律，一方面也維持了神的概念。

在Kelsen看來，國家學有著與此高度相似的問題與解答。傳統國家學認為，法是國家意志的產物，因此國家與法的關係，是國家先於法、並創造法。這樣看來，國家與法除了是兩個不同的東西之外，國家還可以完全逸脫於法而行動。如此的理解卻將國家法學置於危機之中：倘若國家可以完全逸脫法，那國家要如何在法上被掌握呢？這便產生了一個內在的深刻矛盾。對此，國家學也發展出與神學的答案在結構上一模一樣的解答。首先，Jellinek提出的兩面理論、以及橋接兩個面向的國家自我義務，根本就是神人二性、道成肉身的國家學翻版：國家一方面先是一個先於法、超越法的東西，但另一方面國家也作為一個法概念，有著國家的法學面向¹²⁶。前者高於法，不受法拘束，後者則是在法之上的國家「降生」在法之中、獲得「法的身軀」，而受法拘束與掌握。而「道成法身」之所以可能，則是經由國家自縛而決定受法規範所拘束；而「必要性」或「例外狀態」下的國家行為，則就是國家所施展的「法奇蹟」（*Rechtswunder*）¹²⁷。「法奇蹟」則確保了國家依然維持著能夠在法之上的「神性」：在國家認為需要、或是在任何其認為適當的時機，國家都可以脫離法規範的拘束，而進行它認為適當與必要的行為。這些在法之上的、因為脫離了法規範的拘束，進而是非法的行

125 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 246-247.

126 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 3), S. 226 更把自我義務與道成肉身 *Menschwerdung* 在字面上對應，稱之為 „*Rechtwerdung*“。

127 Dreier (Fn. 89), S. 216-217.

為，無法被法所掌握與理解，換言之無法以法規範中的歸責關係與國家產生連結，只有藉由基於別的規範才能被看作是國家行為。這種「法外的國家行為」，便成為一種「法奇蹟」。

國家自我義務與法奇蹟兩個理論，在Kelsen的分析之下顯然是無法成立的：國家只能是法秩序、國家只能經由法規範而被認識，國家與法同一。因此國家自我義務與法奇蹟的理論從一開始就沒有存在的必要，因為它完全是以一個自找麻煩的區分作為基礎，也就是實體國家與國家法人的兩立。當國家與法被正確地看為同一時，因為國家並不是某種本質上超越、而暫時被法所拘束的東西，兩個理論所試圖解決的問題便隨風消逝。在人之行為只有在作為法命題內容時才與國家有歸責關係的意義下，一切的國家行為都必須有法的基礎。在法之上的／非法的國家行為根本是不可想像的¹²⁸。

Kelsen更進一步指斥，這兩個沒必要存在的國家學解方，都是出自於維護意識形態。一如前一節所述，就所有的國家行為都需要依據某種歸責關係，才能與國家產生連結這點來看，認為存在的在法之上的／非法的國家行為，也就意味著這個認識領域中其實存在著兩種規範系統，而這種「兩種國家法」的用意，即是要正當化或擴大君主的權限。國家自我義務與法奇蹟，如同它們坐落的基礎預設：國家與法的分立，在Kelsen看來都內含著意識形態：任何設想了「在法之上的國家行為」的理論，實際上就是要「合法化」非法行為¹²⁹。若國家能「做出」在法之上的、以至於不法的行為，這等於是說作為法秩序的國家要欲求不法、換言之「不法」能被歸責於國家意志，歸責於整體法秩序，在Kelsen看來簡直是「胡言亂語」¹³⁰。再次地，這樣的論據其實只是要藉由將某些個人之行為歸

128 Dreier (Fn. 89), S. 220-221.

129 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 247.

130 Kelsen, Staatsunrecht (Fn. 90), S. 796.

責予國家，藉此正當化國家最高機關的行為而已¹³¹。同樣藉由神與國家概念的類比，Kelsen指出宗教經驗與社會經驗中，其核心都是某些人借用權威之名，將其他人置於自己的控制之下：不論是宗教或社會群體，其成員之間是平等的，沒有誰控制誰或支配誰的問題；但若是以「(我們的)神」、「(我們的)國家」之名，強制力便可以施用，某些人便會被置於支配之下。Kelsen認為若我們直視在「神施賞罰」、「國家行刑」之背後實際的運作，實際上所發生的不外是某些人加強制力於他人。社會與宗教經驗的真實運作，即是強制力。如果這麼看，我們便可以發現神或國家這些實體概念，都是強制力的「面具」，是一種掩蓋其真正運作，即強制力與權力的意識形態¹³²。如前所述，Kelsen認為科學的重要工作之一便是要揭開對意識形態的遮掩物，這也意味著拒斥實體概念、並以此排除政治對學術的干涉。與此相對，Kelsen在自己的國家學中將強制力之運作(Machtprozesse)納入說明、而非掩飾¹³³；而在將國家看作是法秩序、法秩序又作為強制秩序(Zwangsordnung)之下¹³⁴，Kelsen確實成功做到這點。這些由「國家學中的神學方法」所產生的、充斥著意識形態的理論¹³⁵，在確立了法與國家的同一性之後，也能就此被排除。

五、橋接：無國家的國家學作為法科學的前提

Kelsen之所以要指出存在於國家與神的概念、國家學與神學的主要問題與解答的平行關係，是為了展示在他所設想的人類認識發

131 Kelsen, Staatslehre (Fn. 3), S. 80.

132 Kelsen, Gott und Staat (Fn. 8), S. 144-145.

133 Johannes Feichtinger, Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848-1938, 2010, S. 281.

134 Hans Kelsen, Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie: Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse, Imago: Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 8 (1922), S. 97 (138) (以下簡稱：Kelsen, Staat und Sozialpsychologie) ; Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 29-30.

135 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 246.

展下，國家學與神學最終都必須要解消於科學、國家與神的實體概念都將轉為一種功能概念。在神學那側，泛神論（Pantheismus）的發展是關鍵因素：泛神論有兩個分支，分別是泛宇宙論（Pankosmismus）與無宇宙論（Akosmismus），前者以「世界」吸收了「神」的概念，認為世界才是真實；後者則是反過來，以「神」吸收了「世界」，認為神才是真實。Kelsen認為正是由於泛宇宙論的出現，才使得現代的自然科學從神學的迷霧中解放出來¹³⁶，它解決了神與自然律之間的關係：泛宇宙論認為自然律便是神的體現，因此神即是自然律（的總和），神的實體概念便轉化為作為整體自然律之體現的功能概念。在神的實體被解消了的意義下，世界從此「失去了神」。神的概念也自此不再與自然律分立，對象複製的問題也就被解決了。同樣苦於對象複製的錯誤的國家學，在Kelsen看來，也需要一個「泛宇宙論」，來將國家的實體概念解消，轉為一種體現規範統一性的功能概念，法科學才能從此生長茁壯，而對於這項工作，Kelsen可謂「捨我其誰」：純粹法學便是「國家學的泛宇宙論」，它對傳統國家理論的拆解與重構，是要把過去將國家看作一種實體的錯誤糾正過來。經過他重構後的國家，就不再被看作是一個實體，而是以一團規範為內容的功能。這個「實體往功能」的概念形構發展方向，正是Kelsen將法學科學化的路途，中，一定要「處理」國家概念的理由。也因此解消實體國家概念，是法學發展成科學的關鍵¹³⁷。它將被「國家神學」看作至高無上的國家概念¹³⁸，拆解為整體法秩序藉由歸責關係所組織起來的系統性運作，國家概念則失去其作為實體的地位，而只是作為指涉整體法秩序的思考幫助（Denkbeihilf）。於是，當實體的國家概念被解消於法規範之中，這時從兩面理論的角度來看，國家學就已「沒有國

136 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 247-248, 253 fn. 1.

137 Kelsen, Gott und Staat (Fn. 8), S. 156.

138 Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 3), S. 253.

家」(ohne Staat)，針對名為「國家」的法系統異質物，所展開的法學內部「淨化」工作，也就此完成¹³⁹。

肆、中歐經驗：地域性與時代性影響

至此，Kelsen的國家學與法科學之間的關係，已經清晰許多。不過本文還將再進一步探詢，他之所以具體採取這種理論路徑，與其時空背景與環境的關係。對此，我們需要把Kelsen放進一個更大的脈絡裡、回到他所處的時空背景中，來進一步討論他選擇這種理論鋪陳與論述語彙的可能原因與影響；從某個角度來看，也可以說是進一步探問，為何Kelsen「會成為Kelsen」。從時間的面向上來看，生理與寫作生命都極為長壽的Kelsen，其實無疑是一位「19世紀」的學者；而在決定他基本論題形貌的學術生涯早期，他同樣無疑地是一位奧匈帝國公民。這些時空背景對他的學術影響可見於許多層面：首先，奧匈帝國這個在各個面向上都非常多元的國家，讓他自始就不相信任何實體國家的論述，轉而設想一個以法秩序為核心的國家概念；而在對科學化路程的擘畫上，彼時彼地的「維也納現代主義」(Wiener Moderne)，包含著驅逐實體用語(substantivische Sprache¹⁴⁰)的努力，這項特色在帝國分裂後的奧地利共和國仍然留存¹⁴¹。Kelsen將自己「無國家的國家學」置放在解消實體的科學大勢之中，同時也舉了兩個已完成這項工作的學科作為例證：作

139 Matthias Jestaedt, Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts, in: Aliprantis/Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts, 2014, S. 3 (7-8).

140 這個詞出自Fritz Mauthner, *Kelsen, Staat und Sozialpsychologie* (Fn. 134), S. 138.

141 特別是1919-1934年的「紅色維也納」(Rotes Wien)，其各項蓬勃、自由且多元的文化與學術成果，被認為足以稱為「第二次維也納現代主義」(Zweite Wiener Moderne)，Kelsen正是這段時期中法學的代表人物，Rob McFarland/Georg Spitaler/Ingo Zechner, Einleitung, in: McFarland/Spitaler/Zechner (Hrsg.), *Das Rote Wien: Schlüsseltexte der Zweiten Wiener Moderne 1919-1934*, 2020, S. 3 (3-16).

為「無力的力學」的物理學，以及「無靈魂的靈魂學」的心理學。這兩個已成功走向現代科學的學門，關鍵人物也都來自中歐帝國：物理及科學哲學家Ernst Mach與心理學家Sigmund Freud。

一、奧匈帝國的多元現實

Kelsen與德國公法學界、哲學界的互動一向得到較多注意。這個面相當然非常重要，但本文認為在Kelsen的理論發展上，特別是在形塑Kelsen思想的基礎預設、或者說世界觀上，「奧匈經驗」也扮演著重要腳色。本節便想要強調這個奧匈／奧地利的面向。

如果說1911年的教授資格論文《論國家法學的主要問題》(Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)就已勾勒出、並預示了他整體理論的未來發展，那麼1881年出生於當時屬於奧匈帝國的布拉格、日後長期在維也納就學的Kelsen，這部作品在地域上所受到的影響無疑是相當「奧匈」的¹⁴²。它是一個與時代格格不入的政治體，在民族主義逐漸成為舞臺上的主唱的19世紀歐洲，它顯然與這樣的「時代潮流」無法相容：1867年的奧匈妥協(Ausgleich)後的中歐帝國，政治秩序的頂端就已是一個日耳曼與馬札爾人的身合國，帝國的兩個部分除了外交、軍事與部分的財政事務，並不共享任何東西、連國籍都是分開給予¹⁴³。而雙元帝國中各構成邦國的民族，依然致力於恢復他們認

142 Kelsen這段時期的經歷，可參Olechowski, Biographie Kelsens (Fn. 59), S. 27-58, 127-141。值得一提的是，這段期間內Kelsen也有首次的第一手「德國經驗」，分別在1908與1910年到海德堡與柏林進行訪問研究(Studienaufenthalt)。而在1908年的訪問期間，Kelsen前去聽了當時最重要的國家學學者：Jellinek的課程。但按Kelsen在自傳中的說法，他對Jellinek的作品、課堂狀況乃至於其個人，都似乎相當「失望」，Hans Kelsen, Autobiographie, in: Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Bd. 1, 2007, S. 29 (40-42) (以下簡稱：Kelsen, Autobiographie)——這當然是Kelsen的「一面之詞」，這些Jellinek「令人失望」的具體細節是否為真，則不得而知。

143 PIETER JUDSON, THE HAPSBURG EMPIRE: A NEW HISTORY 262 (2016).

為自始存在的民族與歷史權利，同時還有更多族群在這場爭論中無法被代表而發聲¹⁴⁴。民族國家的理念與這個國家完全相反、甚至可以說對它有敵意。它的存在仍然建立在中古歐洲的王朝與封建繼承之上，這與北邊日耳曼地區如火如荼的民族國家建國工程，展現出強烈的對比。奧匈帝國的核心特徵就是多元性，民族與族群多元、語言多元、文化多元、價值多元¹⁴⁵；若從另一個角度來觀察，這種多元性所展現的便是一元／統一在實然上的不可能。一切被認為可以構築出實然統一性的鏈結，在這裡都是解裂的要素，一個現實的統一群體在奧匈帝國是不可想像的¹⁴⁶。生長在這樣的環境中的Kelsen，顯然不可能接受任何主張著實然上統一性的國家理論，因為那些理論完全無法說明其母國的統一性：如果國家是實然統一性的展現，那麼多民族、多文化、多語言的奧匈帝國根本不可能存在，而會解裂成無數個小國家¹⁴⁷。於是對Kelsen來說，國家的統一性自然不能在實然領域中找尋，而必須立於其他層次。國家只可能是一種法的統一體，一切將國家立基於社會心理、或是種族／民族的國家理論，都是荒誕而虛構的。而在作為實體國家概念的反例的同時，奧匈帝國也是„Rechtsstaat“的最佳範例，因為將帝國從上到下連結在一起、使之還能被視為一個法人格的，正是各種法律文件

144 對各民族、邦國的主體地位與「歷史性權利」從1848革命至帝國崩潰後的流轉，可參Natasha Wheatley, *Law, Time, and Sovereignty in Central Europe: Imperial Constitutions, Historical Rights, and the Afterlives of Empire* (2016) (Ph.D. dissertation, Columbia University) (on file with Columbia University Library).

145 由於本文的旨趣在此，故而這裡列出的多元性僅限於人文領域。事實上，疆域從亞得里亞海到阿爾卑斯山、再到匈牙利大平原的奧匈帝國在自然環境上也非常多元，這也讓奧匈帝國在氣象學上，有獨特且兼顧各種尺度的描述方式，對此可參Deborah Coen著，翁尚均譯，*帝國、氣象、科學家：從政權治理到近代大氣科學奠基，奧匈帝國如何利用氣候尺度丈量世界*（2021年）。

146 Feichtinger (Fn. 133), S. 280-282.

147 Feichtinger, *supra* note 60, at 131-32. 從另一個角度來看，中歐帝國本身其實也被認為可類比於國際法體系，NATASHA WHEATLEY, *THE LIFE AND DEATH OF STATES: CENTRAL EUROPE AND THE TRANSFORMATION OF MODERN SOVEREIGNTY* 59 (2023); Wheatley, *supra* note 144, at 154-64.

與帝國的法秩序本身。換句話說，奧匈的統一性完全建立在法的統一性上¹⁴⁸，即便法的內容依然非常多元，它們可能出於飭令、匈牙利議會、或各邦的立法機構，但這些多元的法依然有著共通的歸責點。

在這樣的政治、社會與歷史背景下，Kelsen以下的這段自我理解，也就非常清楚了：

如果說這種國家理論是純粹法學的核心部分，那麼純粹法學也可以說是一個特別奧地利式的理論¹⁴⁹。

從這個角度出發，我們完全可以說Kelsen的理論是奧匈帝國最精到的描述。

這樣的環境與Kelsen的價值相對主義、客觀個人主義的世界觀¹⁵⁰，似乎相互呼應：在他看來，價值問題的核心是意識形態的問題¹⁵¹，從而不可能以理性的方式解決，這也同時意味著沒有哪一個價值或文化可以被合理地凌駕於其他價值或文化。這其實也同時是Kelsen的民主理論所立的基礎：人們之間存在著多元性，且這樣的多元性之下的衝突是無法合理解決的，於是要共同生活便需要仰賴所有人的妥協¹⁵²；另外，由於存在著無法化解的多元性，因此客觀的統一性不會立基在、也無法仰賴於本身就非常多元的價值、文化或族群特徵。在實然的領域裡，唯一客觀的單位就是個人，一切的思考都必須從個人出發、以個人為基礎，是實然社會領域中唯一實

148 Kelsen, *Autobiographie* (Fn. 142), S. 59-60.

149 „Insofern diese Staatslehre ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch oesterreichische Theorie gelten.“ Kelsen, *Autobiographie* (Fn. 142), S. 60.

150 參鍾芳樺，*國家與法*（註4），頁110-116。

151 鍾芳樺，*國家與法*（註4），頁137。

152 黃舒芃，多元民主中的自由保障——Hans Kelsen的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立，*政大法學評論*，96期，頁66-73（2007年）。

在、而非擬制的單位。這樣的思路，多少都反映了中歐帝國高度多元的現實¹⁵³。

二、反形上學／反實體的維也納現代主義

地域及時代對Kelsen的影響，除了反映在具體國家概念的思考上，也影響到了他如何看待與想像「科學」。如前所述，Kelsen的許多論點在早期作品中就已見雛型，在本文關心的範圍、亦即對國家概念的處理方面，針對傳統國家學的國家概念是一種實體，在他生涯的早期便已進行了強烈批判，且實體國家概念更被他認為是法學科學化的主要障礙。這種論述路徑事實上也體現了地域背景的影響力：世紀末的維也納現代主義，有著明確的反形上學、反實體主張，並強調經驗主義與科學¹⁵⁴，Kelsen的思想便是在這樣的環境之中成長茁壯。然而，環境與個人之間若僅只依賴時空上的親近程度，就認為兩者之間有某種「關係」，則似乎不脫某種「臆測」；且如果只說「學術環境」、而不談具體的學者或論述，也似乎有將環境進行「擬人的實體化」的危險。不過，由於可想見的限制，本節在此無意、也無能力整理所有與Kelsen學術上親近、有所交流、乃至可能相互影響的學者¹⁵⁵，而會較具體地討論兩位維也納現代主義成員：Ernst Mach與Sigmund Freud對Kelsen的影響。之所以是Mach與Freud，是因為這兩位「前輩」對Kelsen理論形塑上的影響較諸其他學者，最為清楚且深遠。

153 當然，本文也並非主張「多元的現實中必然會生成出相對主義、個人主義與尊重多元的立場」的必然因果關係。事實上，奧匈帝國這樣的學術後臺也養成了許多並不支持這些主張的論者。

154 Feichtinger, *supra* note 60, at 117, 119-20.

155 其中本文不會論及、但已有許多討論的，是Kelsen與維也納學派的關係，可參Jablonec, *supra* note 59, at 368, 378-82; Olechowski, *Biographie Kelsens* (Fn. 59), S. 398-399。如前所述，Kelsen有關認識演化的作品*Society and Nature*（或其德文「原版」*Kausalität und Vergeltung*）即與維也納學派的統一科學有關。在維也納學派中，Otto Neurath對Kelsen的科學觀有較高的影響力，可參Jablonec (Fn. 90), S. 19-22.

(一) Ernst Mach

學術生涯早於Kelsen約半個世紀的Ernst Mach，在物理學、心理學與科學哲學上，都有重要的貢獻¹⁵⁶。兩人除了活躍年代不同，領域其實也相差甚大，但這並沒有阻礙Kelsen從Mach的研究中取得啟發。在Mach涵蓋甚廣的研究範圍中，對Kelsen產生了相當影響的是科學哲學的論述與觀點，確切地說是「思維經濟」(Ökonomie des Denkens)的理念：Mach指出，科學中的各種概念都是感知或要素聚合而成的感知或要素複合體。這些概念因而並不是實體，它們之所以會被視為一個單位，是因為思維上的方便與需要，而這點正是科學的核心目的或功能：科學必須簡化人們的思維負擔，追求「思維經濟」。Kelsen將這個理念應用在國家概念、以及基礎規範應如何設定的說明之上，從中也再次彰顯出國家概念的非實體性。

Mach認為，一切認識都是以個人的感知(sensation)為基礎，一切的描述與解釋都是在掌握感知，而非實體(substance)、物體(object)或法則(laws)。並且，人所感知到的對象，即外在世界，是由獨特且不可再現的狀態(state)或事件(event)所組成¹⁵⁷。可以想見的是，要應對這種紛亂不已、變化無窮的環境，是相當艱困的事情，Mach因此便認為科學具有實用的、生物學上的意義，即幫助人們應對並掌握環境，還能讓人們在變數更大、更不穩定的環境中生存下來¹⁵⁸。具體來說，在不斷變化的環境中，人們需要以某種方式來簡化狀態或事件，否則人們將疲於奔命。這種「簡化」在Mach看來，就是思維經濟的目標；換句話說，科學便是

156 對於Mach生平與學術貢獻的精要介紹，可參Paul Pojman, *Ernst Mach*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Mar. 3, 2019), <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/ernst-mach/>.

157 Erik Banks, *The Philosophical Roots of Ernst Mach's Economy of Thought*, 139 SYNTHESIS 23, 25 (2004).

158 ERNST MACH, KNOWLEDGE AND ERROR: SKETCHES ON THE PSYCHOLOGY OF ENQUIRY 1-2 (Thomas McCormack & Paul Foulkes trans., D. Reidel 1976) (1926).

要在思維經濟的要求下，以最簡潔的方式來表示環境，以方便人們應對與掌握它。他進一步指出，科學中的任何概念都是基於思維經濟而被形塑出來，都是為了幫助人們更好地掌握環境、於世界中自處。但若要進行簡化，則勢必要將事件中的某些要素看作是重複發生的，藉由這些會重複發生的要素，我們可以歸類、整理各種事件，這是較諸記錄所有事件更為「經濟」的做法，這些要素便是科學中的諸多基本概念。但不可忘記的是，要素的重複性毋寧是擬制出來的，因此要素的形構，其實伴隨的是對事實的些微扭曲¹⁵⁹。總之，這些科學的基本概念，如原子、電子、乃至於長久以來所設想的認知主體，即自我（Ego），都只是感知的複合體（complex of sensations），是基於理解與操作方便而設的一個單位¹⁶⁰，而不是實體。科學的核心應當在於討論這些複合體之間、乃至於複合體內部的關係，而非複合體本身¹⁶¹。Mach所持的無疑是一個非常去實體化的、乃至於去形上學的思路¹⁶²，實體顯然就是必須驅逐的東西，認識的一切重心要回歸到經驗與感知的理解之上，而認識「成本」的降低，也就是追求思維經濟的理由。

若以Kelsen所處的「學術環境」來說，Mach式的科學哲學在當時毋寧具備相當的影響力，因此Mach的思路對Kelsen或許多少有些影響：強調科學在於討論關係、而非實體這點，讓人聯想到Kelsen重構國家時所作出的分析。兩人其實最明確的關聯，則在Kelsen援引了思維經濟的理念¹⁶³。Kelsen對思維經濟論述的引用，我們其實

159 Banks, *supra* note 157, at 27-29.

160 ERNST MACH, *THE ANALYSIS OF SENSATIONS* 29 (C. M. Williams & Sydney Waterlow trans., Dover Publications 1959) (1897).

161 *Id.* at 22.

162 *Id.* at xxxviii.

163 Kelsen引用思維經濟理念，對其理解法規範性的影響，可參Paul Silverman, *Sovereignty as a Juristic Assumption and as a Focal Point of Political Commitment*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke*, Bd. 4, 2013, S. 237 (245-248)。另外，與Kelsen同期的法學家Erich Kaufmann認為，Kelsen是藉由思維經濟的理念，來

已經在前面看過：當Kelsen認為法人——或者更具體地說，國家——是將複數規範看作一個單位的幫助思考概念時，其實便是認為這些概念是出於思維經濟而產生的用法¹⁶⁴。然而在更上位的層次，Kelsen在某種堪稱「法科學哲學」的意義下也使用了思維經濟的論述。這涉及到基礎規範的預設，更正確地說是「如何」預設：如前所述，Kelsen承認基礎規範的預設並不是「必然」的，人們完全可以不接受基礎規範，並因此以完全不同的方式看待法現象¹⁶⁵；不過，若是人們想要應用規範觀點，獲取有關應然的知識時，就必須預設基礎規範。但基礎規範要「如何預設」，也就是說基礎規範要如何設計，讓哪些事實具有規範意義，Kelsen指出這點可以說是完全恣意的，但也在某些意義下不是如此；確切地說，在思維經濟的要求之下，基礎規範的設計並非完全恣意。Kelsen將思維經濟的要求理解為，以盡可能簡單的形式，解釋盡可能多的現象。他認為這個要求也可以擴張到規範觀點之上，轉為要求人們必須採取一種預設，它必須能將盡可能多的事實理解為合乎規範的、或有價值(wertvoll¹⁶⁶)的。這麼一來，應實然之間的張力也會最大程度地減少。Kelsen認為，這可以說是某種「價值經濟」的原則(wertökonomische Prinzip)¹⁶⁷。從這兩個思維經濟的援用中，我們可以再次看到國家並非實體，而是由法學觀點下基於認識上的方便而形構出來的對象：首先，如前所述，Kelsen指出國家概念在法學上就是幫助思考的概念；再者，若法認識之所以可能，仰賴著基礎

論證法律一元主義 (Legal Monism) ——這是相對於區分國際法與內國法的二元論——，對此可參Stanley L. Paulson, *Some Issues in the Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann*, in PERSPECTIVES ON JURISPRUDENCE 269, 282-85 (2005).

164 Kelsen, Staatsunrecht (Fn. 90), S. 791.

165 Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. 36-37.

166 在Kelsen看來，法規範的功能在於，在二階規範的意義下，對事實做出合法與非法的價值判斷。因此wertvoll不能被理解為「有正面價值的」，而毋寧要理解為中性的意義，即「該事實被賦予某種價值」。

167 Kelsen, Souveränität (Fn. 67), S. 98-100.

規範與其「第一次」的授權，具體來說就是基礎規範授權國家，並因此使法秩序的認識成為可能，而基礎規範的設定在一定程度上是恣意的，換言之並沒有任何原因「非得要」如何設定——思維經濟確實提供了的指引，但那也沒有完全拘束或決定設定的結果——，那麼「國家」顯然是因為認識的需要，所進行的（恣意）預設之下，才會出現，而不是某種永恆的、先於法／法認識的實體。

當然，思維經濟或價值經濟的說法，是在人們想要運用規範觀點的前提下，給出了對「基礎規範應如何設計才是最佳」此問題的答案，而並沒有回答為何人們一定得採用規範觀點。我們也可以再次看到，Kelsen非常強調不同「觀點」（*Betrachtung*）的運用與之間的區隔，這與他「方法構成對象」的基本立場直接相關；至於在此之所以要特別強調是「規範觀點」，還是得回到Kelsen堅守的應實然區分上。Kelsen把思維經濟在規範領域中的實踐改稱為價值經濟、並強調這個實踐是一種類比（*analoge*），是因為既然思維經濟所放眼的是實然範疇的因果科學，那當然就不能直接挪用到應然的規範科學之上，而要經過必要的「修改」——從「解釋最多的事實」變成「將最多的事實理解為有價值」——之後，才能延伸到規範領域。也可能正是因為這點，使得Kelsen不願引用太多Mach的論述：Mach是一位一元論（*Monism*）者，他追求一個普遍的科學，且顯然是以自然／因果科學為核心¹⁶⁸。這個基本立場便與想藉由應實然的區分，來積極確立與保護法學之獨立性的Kelsen，明顯出現衝突¹⁶⁹。但無論如何，就思維經濟理念本身，其實就已經明確揭示

168 ERIC BANKS, ERNST MACH'S WORLD ELEMENTS: A STUDY IN NATURAL PHILOSOPHY 25-26 (2003).

169 Kelsen也承認，基礎規範的說法與Mach的思維經濟相關，但他因為這層引用帶來太多誤解，因而在後續的作品中淡化自己理論與Mach之間的連結。Kelsen, *supra* note 54, at 172-73. 儘管後來為了避免誤解而不再直接提到Mach，但Kelsen也並沒有修改他整體的理論設計；換句話說，這層影響在Kelsen理論型構上所造成的結果，並沒有隨著他「絕口不提」Mach而消失。也因此思維經濟依然展現了Mach對Kelsen理論的直接影響。

了反實體的理論立場。把思維經濟「改裝」後，Kelsen在一定程度上可以說是在法學領域中實踐了Mach對認識與科學的想像¹⁷⁰。從這個角度來看，Kelsen毋寧與許多世紀之交的科學家一樣，是一位「Mach主義者」(Machian)¹⁷¹。

(二) Sigmund Freud

精神分析學與心理學家Sigmund Freud，以其對意識的分析與揭露、以及所開創的精神分析學派而舉世聞名。儘管與Mach一樣，在領域上與Kelsen相距甚遠，但活躍年代與Kelsen較相近的Freud，兩人之間的關係就相對直接：Kelsen至少從1911年起便與Freud有私交，且長期參與維也納精神分析學會(Wiener Psychoanalytische Vereinigung)的定期聚會，也曾在學會刊物中發表作品，評論Freud大眾心理理論下的國家觀¹⁷²。這層關聯本身就十分有趣，畢竟對精神分析抱持強烈興趣的法學家，並不多見¹⁷³。既然Kelsen都已經把Freud的理論應用到自己關注的論題上，在這個意義下，Freud對Kelsen的影響也與兩人的關係一樣，相對「直接」。具體來說，Kelsen受到影響的是Freud對於群眾或集體靈魂(Massen-, Kollektivseele)的分析。這些分析一樣駁斥了傳統理論的實體傾向，而將被設想為實體的群體，解消於個體的運作之中。

170 Franz L. Fillafer & Johannes Feichtinger, *Habsburg Positivism: The Politics of Positive Knowledge in Imperial and Post-Imperial Austria, 1804-1938*, in *THE WORLDS OF POSITIVISM: A GLOBAL INTELLECTUAL HISTORY, 1770-1930*, at 191, 213-14 (Johannes Feichtinger, Franz L. Fillafer & Jan Surman eds., 2018).

171 Feichtinger在研究中以韋伯式的術語「選擇性親近」(Wahlverwandschaft)來形容Kelsen與Mach之間的關係，似乎是避免主張兩人之間思路有因果關係，Feichtinger (Fn. 133), S. 301 ff. 本文則認為，前述的爬梳均可以在Kelsen的文本中找到直接證據，根據這些整理所作出的宣稱，似乎就沒有必要這麼「保守」。

172 Kelsen, *Staat und Sozialpsychologie* (Fn. 134), S. 97.

173 Kelsen與Freud私人關係之起源，可參Olechowski, *Biographie Kelsens* (Fn. 59), S. 370-372.

Freud反對傳統觀點下，將「靈魂」(Seele)視為與身體相區別的實體，他也把靈魂的概念理解為一種幫助思考的概念，用來指稱個人內部的各種心理性過程。這個個人內部的動態進程，即是自我(Ich)的形塑與變動：在Freud看來，自我總是處於三種不同的力的影響之下，分別是外在世界、本我(Es)的原慾(Libido)與超我(Über-Ich)的道德拘束。因此自我並不是一個穩固的、最原初的實體，而是一個在不同作用力運作下持續被形構的單位¹⁷⁴。Freud因此認為，「自我並不是家中的主人」¹⁷⁵。在社會性的層次，Freud駁斥了當時流行的「群眾或集體靈魂」假設，認為社會或大眾心理學的問題依然適用個人心理學，這是因為Freud認為，「群眾」是由個體所組成，群眾的特性依然要回歸到個人心理學、在個人的層次中加以解釋與說明，而非另外創設出一個超個人、並與個人相對立的集體靈魂概念來掌握¹⁷⁶。Freud指出，群眾是一個個體原慾的結構，其中個人與個人、個人與領袖之間，有著情感的連結(Gefühlsbindungen)以及愛慾(Eros)。群眾心理的核心在Freud看來即是一種「情愛關聯」(Liebesbeziehungen)。在群眾裡，個人放棄了其自我的理想，轉而追求體現在領袖身上的群眾理想，這是因為兩者的理想相符。這樣的分析下，獨立的群眾或集體靈魂便被破除了，群眾所特有的心理現象，是因為個人在獨處與在群體中有不同的行為模式¹⁷⁷。

在自我的分析上，Freud將其也理解為各種作用與進程的匯聚，這自然是一種破除了實體傾向的論述，在反實體的大方向上與Kelsen的目標相同；而在群眾心理現象這邊，Freud的分析與論證可以說正中Kelsen下懷，他找到了一個從心理學這種自然／因果科學

174 Feichtinger (Fn. 133), S. 310-311.

175 Sigmund Freud, *Gesammelte Werke*, Bd. 12, 1947, S. 11.

176 Vgl. Sigmund Freud, *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, 1921.

177 Feichtinger (Fn. 133), S. 312.

出發的論述，來支持他強烈的個人主義立場，以此駁斥任何在實然或因果世界中建立統一體的理論，尤其是社會學理論。Kelsen引用、或以Freud的分析為啟發，可以分成兩個側面：一方面，他以此為基礎，批評任何試圖以心理現象建構出社會統一體的理論，認為任何把社會學看作社會心理學的嘗試都是「天真的自我欺騙」¹⁷⁸；另一方面，他堅持社會學必須在一種「個人主義」的觀點下觀察，而在這種觀點下就需要引用規範、特別是客觀的法規範來讓超個人的統一體成為可能。就如同前述，Kelsen認為社會學——或者任何因果科學——要研究國家的話，就必須借用法學的國家概念，「國家社會學」才會可能。也是在這個面向上，Kelsen對Freud的「國家概念」頗有微詞：Kelsen認為Freud所做的，是將過去理論對社會權威的「證立」，轉為以個人心理學來「解釋」社會行為。這樣的變化當然為Kelsen所支持，但對於Freud將國家依然看作是某種心理現象¹⁷⁹，他則不表認同。對此Kelsen再次回到他批評社會學的國家概念所使用的論證，強調因果世界中不可能有超個人的統一體、統一性要由規範提供，國家是、也只能是一個法概念；至於Freud將國家看作心理現象，Kelsen認為這是潛在原質化的前兆。但持平而論，Kelsen的這個批判或許誇張了，因為Freud其實並不關心國家理論的問題，他在群眾心理學的論述中，也沒有針對國家進行概念上較深入的討論，只是簡單帶過而已。Freud也表示他無意做出任何Kelsen所認為會導致原質化的論述。或許至多只能說，Freud對國家概念的處理「不夠精緻」，但這大概太「強人所難」了。

三、小結

一切思想無法離開孕育它的現實條件；反過來說，思想的內容也可以說是環境反射。在Kelsen這裡，我們能很清楚地看到環境與

178 Kelsen, *Staat und Sozialpsychologie* (Fn. 134), S. 127.

179 Kelsen, *Staat und Sozialpsychologie* (Fn. 134), S. 119.

思想家之間的關係：首先，奧匈帝國的政治與社會，給了Kelsen一個明確的、反實體的國家概念典範，而它的多元樣貌與Kelsen的客觀主義世界觀也相互映照；生長於維也納現代主義蓬勃發展的時期，其成員對他的影響也相當明顯。儘管領域相去甚遠，我們還是可以看見Mach、Freud與Kelsen之間，共通的反形上學、反實體信念：Mach破除了自然科學基本概念的實體地位，指出它們都是在思維經濟的要求下所設想的感知複合體。這種破除了實體「力」概念的「無力的力學」，便是現代的物理學；Freud則指出群眾心理現象並非由獨立的、相對於個人的群眾靈魂所造成，而是個人心理現象經由原欲結構的組織下，所產生的特殊變化。這麼一來，心理學也從實體的「靈魂」概念中得到解放，成為「無靈魂的靈魂學」。這兩個學門在Kelsen看來，隨著實體的消除而在人類智識的發展上往科學的理想更邁進了一步。在這項驅逐實體用語、將認識的對象從實體轉移到關係的學術進程中，Kelsen也在法學領域裡盡了自己的一份心力：他指出國家並不是一個獨立且先於法的實體，而恰恰就是法規範本身，國家與法同一、國家理論即是法理論、國家學即是法學。如此一來，Kelsen的法學就是一個「無國家的國家學」。而擺脫國家概念束縛的法學，也從此才能成為一門科學。

伍、代結論：法學與法學者的自我理解

本文以Kelsen對科學的追求為主軸，來試著呈現其理論型構或論述策略與這項主張之間的關係，並同時將這些論述策略與其所處的時空與學術脈絡相連結。Kelsen指出了人類的認識有著從情緒至理性、實質化至破除實體這樣的演化發展，這項發展便是指向現代科學。而為了將法學提升至現代科學的高度，法學內部必須去除掉非理性的意識形態與實體，這項淨化工程中最大的目標便是國家概念。在這樣的理解之下，Kelsen開出的具體藥方，是將獨立於法又

超越法的實體國家概念解消，正視國家即是法秩序本身。這麼一來，法學才脫離了意識形態與實體，將研究的焦點轉回關係之上。而Kelsen之所以採用了這樣的論述策略，一方面是基於他的母國奧匈帝國的多元特色，使實體的國家概念自始就不是可能的選項；另一方面則在奧地利現代派的論者影響下，讓他設想了一種反實體的科學理念。

Kelsen的「淨化工程」是否成功，自然仍有討論的空間¹⁸⁰；同樣地，他所藉以立足的科學哲學與科學史，同樣也不見得十分穩固、甚至可以說有些可疑¹⁸¹，不過這些進一步的討論，暫且處於本文能力與篇幅所能及的範圍之外，只能留待日後再多探討了。本文的主要目標，仍在於提供一項不同的切入視角，希望在未來的Kelsen研究與文本詮釋上能有所幫助。至於Kelsen具體的理論內容，儘管可能存在著諸多缺陷，但它依然能給今日的我們寶貴的智識果實：一者，Kelsen對實體國家概念的拆解，讓我們在面對國家及其「行動」時，能夠更具體地以關係和運作來掌握並分析，這麼一來相比於將國家實體或神格／原質化，或許能得到更為「切事」的成果；二者，Kelsen對於科學、或者說法學的科學化的執著，事實上也是一個法學與法學者自我理解、自我界定的安身立命問題：法學所生產出的知識，具有什麼樣的價值（特別是相對於生機蓬勃的自然科學）？到底法學與法律人在知識的殿堂上，佔有的是什麼位置？甚至我們是否佔有任何位置？誠然，這個焦慮本身、以及

180 Kelsen的嘗試「驚世駭俗」到遭遇群起圍攻，這點讓他備感挫折，Kelsen, RR1 (Fn. 28), S. V-VI。這些攻擊作為複雜的威瑪國家學與方法論爭的一部分，本身就是一個重要的研究課題，在此無力、但也似乎沒必要涉入。單就Kelsen理論的內容而言，一方面國家概念上的主張有可能強過其方法論所能承受的範圍，可參林允中（註31），頁104-105；另一方面，Alexander Somek指出Kelsen的理論有部分太過反直覺，且他其實是把國家唯名論、本體論化了，see Alexander Somek, *Stateless Law: Kelsen's Conception and Its Limits*, 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 753 (2006).

181 可參考本文於認識演化論部分的評論。

Kelsen對此的答覆，仍然是時空與學術脈絡的深刻展現，但這並不代表今日的法律人就真正免於這項難題。若從這個角度來理解他的理論事業，那麼Kelsen的嘗試不論在證立的層次上成功與否、在多大程度上禁得起挑戰，它都至少是我們探問法學樓閣之基礎時，一個重要且深具代表性的參考對象；畢竟對認識之基礎不加批判的學術，終究是無根的。

參考文獻

1. 中文部分

- Deborah Coen著，翁尚均譯（2021），帝國、氣象、科學家：從政權治理到近代大氣科學奠基，奧匈帝國如何利用氣候尺度丈量世界，臺北：麥田。[Coen, Deborah. 2018. *Climate in Motion: Science, Empire, and the Problem of Scale*. Chicago, IL: University of Chicago Press.]
- 林允中（2022），法律天國——論Hans Kelsen「無國家的國家學」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 黃舒芃（2007），多元民主中的自由保障——Hans Kelsen的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立，政大法學評論，96期，頁57-98。
- （2013），框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，臺北：新學林。
- （2016），框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集，臺北：新學林。
- 詹朝欽（2019），肇建近代德國國家法學與基本權體系——Georg Jellinek之人與事（1851-1911），法制史研究，36期，頁169-211。
- （2023），國家、法與社會——論Georg Jellinek之國家學理論，國立政治大學法律學系博士論文。
- 鍾芳樺（2006），國家與法作為人民的自我組織：論威瑪時代Hans Kelsen, Carl Schmitt與Hermann Heller對法最終證立依據的分析，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。
- （2009），應然與實然之關係作為純粹法學的難題，中研院法學期刊，4期，頁81-150。

2. 外文部分

- Banks, Erik. 2003. *Ernst Mach's World Elements: A Study in Natural Philosophy*. Dordrecht: Springer Science+Business Media.
- . 2004. The Philosophical Roots of Ernst Mach's Economy of Thought. *Synthese* 139:23-53.
- Bix, Brian. 2018. Kelsen, Hart, and Legal Normativity. *Revus* 34:25-42.
- Cassirer, Ernst. 1953. *Substance and Function and Einstein's Theory of Relativity*, translated by William Curtis Swabey and Marie Collins Swabey. New York, NY: Dover.
- Chen, Li-Kung. 2023. The Continuity of a Legal System. *Modern Law Review* 86:364-394.
- Dreier, Horst (1990), *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (1986), 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- (2007), Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 81-114.
- Feichtinger, Johannes (2010), *Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848-1938*, Bielefeld: transcript.
- . 2016. Intellectual Affinities: Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the Austrian Anti-essentialist Approach to Science and Scholarship. Pp. 117-139 in *The Foundation of the Juridico-Political: Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, edited by Ian Bryan, Peter Langford and John McGarry. New York, NY: Routledge.
- Fillafer, Franz L., and Johannes Feichtinger. 2018. Habsburg Positivism: The Politics of Positive Knowledge in Imperial and Post-Imperial

- Austria, 1804-1938. Pp. 191-238 in *The Worlds of Positivism: A Global Intellectual History, 1770-1930*, edited by Johannes Feichtinger, Franz L. Fillafer and Jan Surman. Cham: Palgrave Macmillan.
- Freud, Sigmund (1921), *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, Wien: Internationaler Psychoanalytischer Verlag.
- (1947), *Gesammelte Werke*, Bd. 12, London: Imago.
- Friedrich, Manfred (1997), *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin: Duncker & Humblot.
- García Berger, Mario. 2018. The Legal Norm as a Function: The Influence of Ernst Cassirer and the Marburg Neo-Kantians on Hans Kelsen. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 12:239-262.
- García-Salmones, Mónica. 2011. On Kelsen's Sein: An Approach to Kelsenian Sociological Themes. *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism* 8:41-70.
- Górnisiewicz, Arkadiusz. 2020. Totemism of the Modern State: On Hans Kelsen's Attempt to Unmask Legal and Political Fictions and Contain Political Theology. *Ratio Juris* 33:49-65.
- Haferkamp, Hans-Peter (2011), *Rechtsgeschichte und Evolutionstheorie*, in: Siep (Hrsg.), *Evolution und Kultur: Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste*, Wien: Ferdinand Schöningh, S. 35-59.
- Hart, H.L.A. 1970. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. Pp. 171-199 in *Ethics and Social Justice*, edited by Howard E. Kiefer and Milton K. Munitz. Albany, NY: State University of New York Press.
- Hwang, Shu-Perng (2018), *Verfassungsordnung als Rahmenordnung: Eine kritische Untersuchung zum Materialisierungsansatz im Verfassungsrecht aus rahmenorientierter Perspektive*, Tübingen:

Mohr Siebeck.

- (2020), *Europarechtsordnung als Rahmenordnung: Versuch einer Überwindung der dualistischen Konstruktion von staatlichen und überstaatlichen Rechtsordnungen*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2020), *Volkswille: Reale Substanz oder Notwendige Fiktion? Ernst-Wolfgang Böckenförde und Hans Kelsen im Vergleich*, *Der Staat* 59, S. 371-396.
- Jablonek, Clemens (1982), *Bemerkungen zu Kelsens „Vergeltung und Kausalität“*, Besonders zur Naturdeutung der Primitiven, in: Krawietz/Topitsch/Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 47-62.
- (1997), *Menschenbild und Friedenssicherung*, in: Walter/Jablonek (Hrsg.), *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*, Wien: Manz Verlag, S. 57-73.
- . 1998. *Kelsen and His Circle: The Viennese Years*. *European Journal of International Law* 9:368-385.
- (2001), *Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft*, in: Jablonek/Stadler (Hrsg.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-schule*, Wien: Springer, S.19-43.
- Jellinek, Georg (1892), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg: J.C.B. Mohr.
- (1929), *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin: Julius Springer.
- Jestaedt, Matthias (2014), *Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts*, in: Aliprantis/Olechowski (Hrsg.), *Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts*, Wien: MANZsche Verlags- und

- Universitätsbuchhandlung, S. 3-12.
- Johnston, William M. 1976. *The Austrian Mind: An Intellectual and Social History 1848-1938*. London: University of California Press.
- Judson, Pieter. 2016. *The Habsburg Empire: A New History*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Kelsen, Hans (1911), Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen: J.C.B. Mohr.
- (1920), Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen: J.C.B. Mohr.
- (1922), Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie: Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse, Imago: Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 8, S. 97-141.
- (1923), Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr.
- (1925), Allgemeine Staatslehre, Berlin: Julius Springer.
- (1928), Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht (1922), 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr.
- (1934), Reine Rechtslehre, Wien: Franz Deuticke.
- . 1943. *Society and Nature: A Sociological Inquiry*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- (1960), Reine Rechtslehre (1934), 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke.
- . 1991. *General Theory of Norms*, translated by Michael Hartney. Oxford: Clarendon Press.
- . 1998. The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism: A Letter to Renato Treves. Pp. 169-176 in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, edited by

- Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, translated by Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson and Michael Sherberg. Oxford: Clarendon Press.
- (2007), *Autobiographie* (1947), in: Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke*, Bd. 1, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 29-92.
- (2010), *Über Staatsunrecht* (1914), in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Bd. 1, Wien: Verlag Österreich, S. 785-865.
- (2010), *Gott und Staat* (1922), in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Bd. 1, Wien: Verlag Österreich, S. 139-157.
- . 2012. *Secular Religion*. Wien: Springer.
- Kersten, Jens (2000), *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kletzer, Christoph. 2011. Kelsen, Sander, and the Gegenstandsproblem of Legal Science. *German Law Journal* 12:785-810.
- Korb, Axel-Johannes (2009), *Sander gegen Kelsen: Geschichte einer Feindschaft*, in: Walter/Ogris/Olechowski (Hrsg.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, Wien: MANZsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, S. 195-208.
- Langford, Peter, Ian Bryan, and John McGarry, eds. 2017. *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*. Cham: Springer.
- Lepsius, Oliver (2000), *Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 309-344.
- Mach, Ernst. 1959. *The Analysis of Sensations*, translated by C.M.

- Williams and Sydney Waterlow. New York, NY: Dover Publications.
- . 1976. *Knowledge and Error: Sketches on the Psychology of Enquiry*, translated by Thomas McCormack and Paul Foulkes. Dordrecht: D. Reidel.
- McFarland, Rob/Spitaler, Georg/Zechner, Ingo (2020), Einleitung, in: McFarland/Spitaler/Zechner (Hrsg.), *Das Rote Wien: Schlüsseltexte der Zweiten Wiener Moderne 1919-1934*, Berlin: de Gruyter, S. 3-16.
- Olechowski, Thomas (2020), *Hans Kelsen: Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Parsons, Talcott. 1944. Book Review (reviewing HANS KELSEN, *SOCIETY AND NATURE: A SOCIOLOGICAL INQUIRY* (1943)). *Harvard Law Review* 58:140-144.
- Patrono, Mario. 2019. Kelsen Before Kelsen – Reflections on Hans Kelsen's *Die Staatslehre des Dante Alighieri*. *Victoria University of Wellington Law Review* 50:421-432.
- Paulson, Stanley L. (1988), *Zur neukantianischen Dimension der Reinen Rechtslehre: Vorwort zur Kelsen-Sander-Auseinandersetzung* (1987), in: Paulson (Hrsg.), *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, Aalen: Scientia Verlag, S. 7-26.
- . 1992. Kelsen's Legal Theory: The Final Round (book review). *Oxford Journal of Legal Studies* 12:265-274.
- . 1996. Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism. *The Modern Law Review* 59:797-812.
- . 2005. Some Issues in the Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann. Pp. 269-290 in *Perspectives on Jurisprudence*. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law.
- Pojman, Paul. 2019. Ernst Mach. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/ernst->

mach/.

- Raz, Joseph. 1979. Kelsen's Theory of the Basic Norm. Pp. 122-145 in *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Schönberger, Christoph (2008), Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“: Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion, in: Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Bd. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 23-35.
- Silverman, Paul (2013), Sovereignty as a Juristic Assumption and as a Focal Point of Political Commitment, in: Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Bd. 4, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 237-248.
- Somek, Alexander. 2006. Stateless Law: Kelsen's Conception and Its Limits. *Oxford Journal of Legal Studies* 26:753-774.
- Sprengel, Peter. 2010. Fantasies of the Origin and Dreams of Breeding: Darwinism in German and Austrian Literature around 1900. *Monatshefte* 102:458-478.
- Stolleis, Michael (1992), Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, München: C. H. Beck.
- Truwant, Simon. 2015. The Concept of 'Function' in Cassirer's Historical, Systematic, and Ethical Writings. Pp. 289-312, in *The Philosophy of Ernst Cassirer: A Novel Assessment*, edited by J. Tyler Friedman and Sebastian Luft. Berlin: de Gruyter.
- Uhlenbrock, Henning (2000), Der Staat als juristische Person: Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre, Berlin: Duncker & Humblot.
- Vaihinger, Hans. 1935. *The Philosophy of 'As if'*, translated by C.K. Ogden, 2d ed. London: Kegan Paul, Trench, Trubner.
- Weinberger, Ota. 1973. Introduction: Hans Kelsen as Philosopher. Pp. IX-XXV in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, edited by Ota Weinberger, translated by Peter Heath. Dordrecht: D. Reidel.

Wheatley, Natasha. 2016. *Law, Time, and Sovereignty in Central Europe: Imperial Constitutions, Historical Rights, and the Afterlives of Empire*. Ph.D. dissertation, Columbia University (on file with Columbia University Library).

———. 2023. *The Life and Death of States: Central Europe and the Transformation of Modern Sovereignty*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

An Evolutionary Path Towards an Anti-Substance Scientific Cognition: On the Theory of State (Staatslehre) and Legal Science (Rechtswissenschaft) of Hans Kelsen

*Yun-Chung Lin**

Abstract

This article tries to place Hans Kelsen's theoretical enterprise in its intellectual historical context. Focusing on his somewhat overlooked claim, namely, the pursuit of science—more specifically the pursuit of legal science (Rechtswissenschaft)—it attempts to demonstrate that this pursuit is central to Kelsen's work, and uses it to explain many of his discourse strategies that were chosen and employed, and also connects them with the time, space, and academic background of Kelsen.

It begins with Kelsen's theory of the state (Staatslehre) and points out that within its context, the dissolution of the concept of substantive state is crucial to the scientification of the study of law. The thesis of the identity of law and state, as a form of "stateless theory of the state," is born out of this endeavor. The reason why the concept of the state to Kelsen, is the key to a legal science, lies in his philosophy of science and his imagination of the history of science. He believes that the development of human cognition presents an evolutionary process, which started from substantializing things to overcoming these substances. This evolution has already taken place in the sphere of natural science through the dissolution of the concept of God. In parallel comparison, legal science has to expel the concept of substantive state, overcoming the "theology of state". Finally, Kelsen's envisioning or

* LL.M., College of Law, National Taiwan University.

acceptance of this kind of concept of state and conception of science, is related to his Austro-Hungarian background. The diversity of the empire made him wary of the concept of substantive state from the beginning, and the anti-substantial stance of Viennese Modernism (Wiener Moderne) also influenced his acceptance of similar scientific ideas.

KEYWORDS: Hans Kelsen, Legal Science (Rechtswissenschaft), Theory of State (Staatslehre), The thesis of identity of State and Law, Viennese Modernism (Wiener Moderne).