

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

Hans Kelsen 純粹法學理論的法學知識性質

The Nature of Legal Knowledge of

Hans Kelsen`s Pure Theory of Law

卓翊維

**Yi-Wei Chuo**

指導教授：顏厥安 博士

Advisor: Chueh-An Yen, Ph.D

中華民國 98 年 7 月

July, 2009

## 謝辭

在研究所碩一顏老師的課堂上，我第一次接觸到了凱爾生的法哲學思想，當時並未下定決定要以凱爾生做為論文研究的對象，但是在那一學期的洗禮之下，卻對於凱爾生理論中的世界觀深深著迷不已。並且也因此逐步去接觸康德先驗哲學、黑格爾精神現象學等德國觀念論哲學，從而對於所謂的「理性」的概念有了深刻的體會。對於這些哲學智慧，大概是到這個時候我才開始能夠有所真實的認識，我開始可以在我的生命以及這個世界上見到這些哲學思想的實現，這就是我說「真實的認識」的意思。必須承認這的確是個重要的成長。在這場漫長旅途裡，我首先必須要感謝的是我的指導教授顏厥安老師，透過顏老師的文章與授課，帶領我進入哲學思考的領域，在研究所時期的 seminar 上讓我接觸了法實證主義、政治哲學、批判哲學，都是豐富且極具反省力量道的思想脈絡。

也必須要感謝帶領我讀了一整年黑格爾精神現象學的哲學系楊植勝老師，在楊老師一段一段仔細的帶讀之下，我才能對於其辯證哲學思想有所領略。

感謝兩位口試委員，王鵬翔老師與莊世同老師，在我的學位考試上對於我論文中的問題給出質疑，並且指出不足之處，讓我可以規範應然的問題上更反覆的思考，讓這篇論文得以呈現。

在論文寫作的過程中，我不止一次的遭遇挫折，停滯不前，我必須要特別感謝兩位一起工作的玥慧學姊跟燕俐學姊，如果不是你們適時的鼓舞與督促，我無法完成這項工作。

我也要感謝我這幾年來最好的朋友執中，無論在學識上、人品上都

是我互相砥礪與學習的對象，在大大小小的事件與辯論中我們認識了更真實的自己與對方。

我也要感謝中鶴與陽升，感謝你們在研究室與小店裡的答辯跟討論，以及一起上德文課一起上法哲學專題的時光，這樣美好的時刻難以忘懷。

最後我最要感謝的是我的父母，他們寬大的胸懷包容我的為所欲為與小小的任性，他們的支持使我走到現在。



## 摘要

凱爾生在 1934 年出版了其純粹法學理論一版，直到 1960 年其更新其內容出版了純粹法學二版。在其第一版中凱爾生將規範理解為假設判斷句，以歸責來連結法定要件與法定效果，假設判斷句不涉及任何道德價值與意識型態。然而在第二版中凱爾生並未區分規範與規範陳述。這造成純粹法學所建立的規範知識的性質無法被確定。

純粹法學二版中，凱爾生將規範理解為意志行動的意義，是對於他人行為之意欲，並且在理論層次上區分規範與規範陳述，規範陳述乃是對於規範存有之描述，其功能並不同於規範，而純粹法學之任務即在於提供認識規範之先驗條件，並且對於規範之存在與否進行描述。

最終，凱爾生的純粹法學乃是對於規範性的研究，其不同於日後之法實證主義，原因即在於其不僅主張法律與道德之分離，並且主張法律與事實之分離，這是他不同於牛津學派之處。其將法學之任務設定為描述人類意志設定之規範意義，而純粹法學之作用在於揭示人類如何以理性去認識規範。凱爾生的理論告訴我們乃必須以不同於認識自然實體的方法去認識應然規範，對於規範之認識必定預設基本規範，如此方得認識應然領域之存在。

**關鍵字：**規範，規範陳述，規範邏輯，規範性，應然，基本規範，純粹法學理論，法實證主義。

## 英文摘要 **Abstract**

Hans Kelsen published *The Pure Theory of Law* first edition in 1930. He didn't renew the content of this publication until 1960 he wrote the second edition of *The Pure Theory of Law*. In the first edition he reconstructed the norms as the "hypothetic judgment", in which the specified legal condition are connected to the legal consequence by function of imputation. The "hypothetic judgment" doesn't refer to any moral value and ideology. In the first edition, however, he didn't make the differentiation between the norm and the norm statement. That results in the nature of legal knowledge of pure theory of law hardly to be clarified.

In the second edition, Kelsen has made the differentiation between the norm and the norm statement. He interpreted the norm as the meaning of the act of will, which is toward other people's act. The norm statement is the description of the norm, its function is different from the norm. The task of the pure theory is to provide the transcend presumption of the norm cognition and to describe the being of the norm.

Eventually, Kelsen's pure theory is a research directed to the "normativity", which is different from the legal positivism. He not only support the separation of legal and moral, but also the separation of legal and facts. The task of jurisprudence is describe the meaning of norm posited by human will. The function of it lies in the exploitation how human being attain the cognition of norm with reason.

Kelsen tell us that there is different way and form to know the ought norm. In order to understand the ought, we must presuppose the basic norm.

# 目錄

謝辭 .....	i
摘要 .....	iii
英文摘要 Abstract.....	iv
第一章 序言 .....	3
1.1 前言 .....	3
1.2 研究方法與問題意識 .....	5
1.3 使用文獻說明 .....	10
1.4 文獻回顧 .....	12
第二章 純粹法學第一版的法學知識 .....	14
2.1 純粹法學的理論目標 .....	14
2.2 認識對象：意義，規範，法律規範，一般規範與個別規範 .....	16
2.3 法律規範的形式：效力，應然，歸責 .....	22
2.3.1 效力（Geltung;Validity）作為存有 .....	22
2.3.2 歸責（imputation） .....	22
2.3.3 「應然」作為法律規範的範疇 .....	24
2.4 基本規範及其效力來源 .....	25
2.5 法律體系的階層結構（Stufenbau） .....	28
第三章 純粹法學二版的重新闡述 .....	30
3.1 純粹法學二版的更新內容 .....	30
3.2 純粹法學二版的法學知識理論 .....	31
3.2.1 純粹法學的目標 .....	31
3.2.2 法學與法，法的規則與法律規範，邏輯的適用 .....	31
3.2.3 規範及其創造 .....	35
3.2.4 規範知識的先驗條件 .....	36

3.2.5 靜態與動態規範體系 .....	38
第四章 純粹法學一二版之間的差異 .....	44
4.1 前言 .....	44
4.2 規範概念上的異同 .....	45
4.2.1 效力 .....	47
4.2.2 規範與規範陳述 .....	52
4.2.3 基本規範的性質 .....	56
4.3 小結 .....	59
第五章 規範與規範陳述之間的關係 .....	62
5.1 描述性應然的性質 .....	62
5.2 規範邏輯的適用 .....	67
5.2.1 規範的三段論與理論三段論 .....	67
5.2.2 規範衝突與矛盾律 .....	69
5.3 小結 .....	72
第六章 結論 .....	74
參考文獻.....	76



# 第一章 序言

## 1.1 前言

啓發這篇論文的起點，在於思考一個經常困擾著筆者的終極問題，即法學作為一門現代科學的學科，其知識的客觀性與正確性的依據為何？司法機關的判決內容在語言學上我們可視之為一命令式(imperative)，具有行動指示功能的語言指令，除此之外，該機關的語言行動也是會自我表述其依據某某法令而做出該命題；而在形式上則代表其為有權機關所做出的決定，但是我們並不因此就認定所有有權機關所做出之決定皆為正確之決定，我們對於這些命令並非毫無疑問的接受為義務性的指令，因為我們認為該機關錯誤的適用非此一案件情況下該引用的法律，因此，該機關並非做出客觀正確的法律決定；有權機關之決定與正確性之間並不存在直接的蘊含關係，但是缺乏正確性並不妨礙一個有權機關所做出的命令依然具備法律上的效力，為了避免這種錯誤的情形發生，現代的法律系統都內含有使當事人可以挑戰司法機關決定的機制，包含訴訟法中的上訴、行政法中的訴願。即便在制度上設計了避免機關做出錯誤決定的設計，依然無法避免這種情形在實際上發生，我們依然可以想像得出經過不斷審理之後，依然錯誤的引用非本案情形法律的情形；但是由於這是經由法院此一憲法下之機關所做出的法律判決，其必然具有憲法所賦予的判決效力，其依然是有效的(valid)法律。我們可以繼續思考一個與上述類似的例子，即法官認為如果按照著目前的法律，他就會做出一個無法符合其自身正義觀念的判決，也就說在一個可能是不正義與邪惡的體制內的法官，其拒絕是用其認為



邪惡之法律，而做出符合自身正義觀的判決，在該邪惡體系下，其仍為有效卻不是正確的判決。

對此我產生了疑問，無論是在大致上正義或者在極端邪惡的法律體系中，都存在著一種可能，就是有權機關可能做出不符合現行法律規範的決定，但卻是在有權機關的權限底下所發出，因此其為有效力之個別規範。在前者，人民將會認為法官應該秉持客觀觀點、引用正確客觀的法規範，但是在後者，人民卻會認為法官應該本著正義良心而為判決，同樣都是雖有效但不符合現行法律規範的判決，產生如此大的區別。

但是想想，我們如何辨識正義與邪惡體系之間的差別，我們身處其中之時有辦法認知這一點嗎？或者正義與邪惡只是個人的道德觀點，並無對錯，因此，如果我們不要將正義或邪惡這種標準加諸於法律體系之上，也就是我們不要評價法律體系之善惡，對於上述的舉例，我們該如何面對。

我舉上述的例子，是想要強調我們可以不同的觀點看待所謂的法律，無論是法官個別規範或者寫在法典上的一般規範，我們可以形式的觀點認為凡是由有權機關所做出的命令皆具有效力，但是卻仍然能夠站在正確認識法律的立場上認為其不具有知識上的客觀性，因此不認為該規範對於我們具有規範性、能對我們課與義務。比如法官錯誤引用法條、議會制訂出不符合憲法內容之法律、大法官會議錯誤解釋憲法條文。

在現代的法律生活中，經常可以感受到實證法律的有效性與規範性的分歧與脫離，因此，缺少了正確性與客觀性的法律命令，仍然有可能作為客觀法律而存在，其構成法學知識的主要部分之一，這類型的法學知識基礎究竟為何？法律作為法學知識認識的對象，其效力、正確性、客觀性該如何被建立起來？而法學作為一門科學、作為一種認識論上的方法工具，其究竟處於一個觀察與描述的位置，或者不可不勉的必然是會積極提供規範性的論證？以上這幾點疑問是本文思考的一個起點，或許在這篇論文中筆者所研究的凱爾生的規範效力理論不能完全對此疑問提出合適的說明，但在我研讀的過程中，這些疑問卻時常浮出，我相信這是在研究規範理論中一個不可迴避的過程。

## 1.2 研究方法與問題意識

在最初接觸法理學的過程中，面對著與過去在法學院所學習的法律課程大不相同的理論時，總是會被問到這些法理學理論與我在大學時所學的民法、刑法理論究竟有什麼不一樣之處呢？在面對眼前的案件時，哈特的承認規則理論或者德渥金的整全法可以指引我解決案件的方法嗎？必須承認在學習之初，這兩種立場、觀點有所差距的但又都可稱之為法律之學的理論類型，確實會帶給初學者理解上的困難。這或許是個必要的過程吧，因此我感到有必要釐清這兩種理論類型之間的區別。

對於處理這個問題，對於法學研究或者說法學知識進行分類可以讓我們對於法學的世界有個概括式的藍圖，有三種由學者所提出的分

類方式可以協助我們理解：（1）內在觀點—外在觀點（2）實踐參與觀點—理論觀察觀點（3）司法者觀點—立法者觀點

我對內在與外在觀點這個區分的理解主要來自於哈特〈法律的概念〉中的說明，他以對於法規範的理解與接受與否作為內外觀點的區分，內在觀點是指理解法規範的意義並接受拘束，外在觀點又可以分為極端的外在觀點與參酌內在觀點的外在觀點。極端的外在觀點並不瞭解法規範的意義，只看到人們規律性的行為；而參酌了內在觀點的外在觀點是理解法規範的意義而沒有接受其拘束力<sup>1</sup>。

實踐參與觀點與理論觀察觀點之分向來是西方哲學的一個重要問題，亞裡斯多德的學術分類中就包括實踐學與理論學，主要差別在於對象的差異，實踐學是指研究人類事物的學問，理論學則是研究一般性事物的根據與原因<sup>2</sup>，而法學本來是關於實踐的學問，非人類的事物並非法學關心之對象，如何把理論學使用於法學中呢？把理論學的方法使用在法學裡，似乎其研究對象不是案件裡該如何下判斷的問題，反而是把法學的整體活動視為一對象而加以研究。學者 Peters 對於法學研究所進行的分類便是採取這種看法，在他的界定之下，實踐參與觀點是就實際參與法律活動的人來說，他們在處理「什麼是現在有效的法律」以及「法律應該如何制訂」的問題；而理論觀察觀點則是以「非法律活動的參與者」的立場，觀察「參與法律活動者」的行為與制度<sup>3</sup>。

司法者觀點與立法者觀點之分，依照學者的說法，司法者觀點的法

---

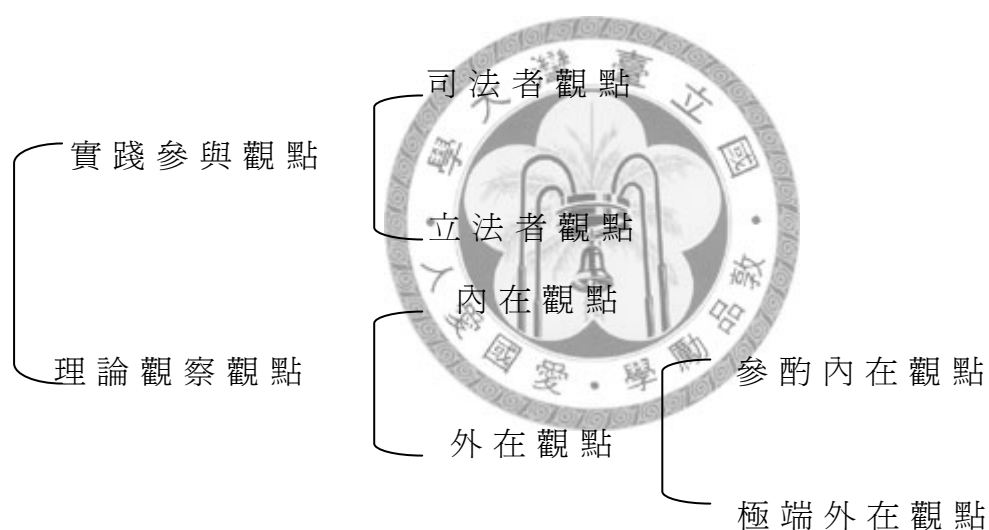
<sup>1</sup> 參閱，H.L.A.Hart,1991:89

<sup>2</sup> 顏厥安，1998: pp245

<sup>3</sup> 王照宇，1999，pp8

學其實可以法釋義學（dogmatics）為代表，這種法學指引我們在既定的法條中尋找在個案中該適用的法律，這就是所謂的 *de lege lata*，而立法者觀點則處在面對實際社會問題時該如何制訂合理、正義的規範，這是所謂的 *de lege ferenda*。<sup>4</sup>一般來說，我們的法律人包括法官、檢察官、律師，所使用的觀點都是司法者觀點，在學校與司法機關裡所傳授與使用的法學知識所指的也都是以這種觀點來進行的論述。

如果我們將這三種觀點加以綜合，讓我借用 Peters 的說明進行刪減後做出下列分類：



就法釋義學來說，其屬於為實踐者觀點，他要去進行判決與建議，其經常會主張這條法律真的是這樣規定的，也可以說是在主張現存的法律體系裡「真實存在」的法規範，法釋義學的工作就是一方面提出這樣的主張，一方面要使用所謂的法學方法來證明所主張的法規範「真的存在」於現有的法體系之內<sup>5</sup>。

<sup>4</sup> 顏厥安，2004: pp21

<sup>5</sup> 這只是一種詮釋法釋義學的主張的方式，雖然此立場並非絕對適當的說明，但是絕大多數的法律工作者相

而我們所接觸的法理學，在這種分類裡，應該是屬於以理論觀察的觀點，對於「參與法律活動者」的活動進行觀察，並且是以參酌內在觀點的外在觀點為研究方法，哈特的承認規則理論可以視為是這類的理論，是對於這種法學活動的後設觀察<sup>6</sup>。因此，很重要的一點就是，這類的後設觀察法學的對象是實踐活動，觀察者勢必要參酌實踐者的內在觀點方能真實的理解實踐活動，哈特本身就說極端的外在觀點並不能真的描述實踐者接受規則並遵守規則而規律行動的行為<sup>7</sup>。在哈特的理論中，他將這類實踐描述最終為對於現存規則的接受，而對於規則的接受基本上是一件事實問題，接受的單純事實是否是對於法律人所參與的活動合適的描述，筆者對此還是感到懷疑的。以接受跟服從的事實想合適的說明法律規則對於參與者的規範性與拘束力，恐怕還是一個待說明的疑問。

本文的對象並非哈特的規則理論，而是另一位法實證主義的理論學者凱爾生，他提出的純粹法理論中的基本規範以及效力的概念想要嘗試說明這些具有效力的法規範及法體系，本文之目的即希望檢視凱爾生的純粹法理論，有幾個主要的問題，首先是凱爾生的純粹法理論屬於上述的法學研究分類中的哪一部份？其次，無論純粹法理論是對於法律活動參與者的制度與活動進行描述，或者是為所有法律認識活動設立規範性的條件，那麼我們都可以繼續問，在其中所

---

信他們的工作正是如此。

<sup>6</sup> 凱爾生本人也認為一般性法理論與釋義學並不一樣，不過他並非基於實踐/觀察這種分類的立場，他認為釋義學是針對特定的法體系或法條進行認識，但是而一般法理論則是探求法的性質的問題，不侷限於單一的法體系與規範。而純粹法學並不是釋義學而是一般性法理論。Introduction to the Problems of legal theory, appendix 1.supplementary note 1.以及 Kelen,1937.

<sup>7</sup> 參閱，H.L.A.Hart,1991:89

使用與創造的法學知識的性質為何？

本文所要進行之研究所採取的方法是欲比較凱爾生的重要著作純粹法學(Reine Rechtslehre)第一版與第二版的差異，以凱爾生所提出的純粹法學理論為出發點，思考法學知識的客觀性基礎何在。本文中一個主要重點將先整理凱爾生在〈純粹法學〉的兩個版本中各自所提出的重要概念，包括其對於規範、實然與應然、基本規範等概念的說明，在建立了凱爾生純粹法學中重要概念的理解後，將繼續對於其所提出的純粹法學理論進行整體的詮釋，本文將整理與比較凱爾生不同作品所呈現的法學理論，希望藉由這樣的比較可以得出凱爾生對於法學知識問題的看法。

因此，筆者以為如能對於凱爾生的法學知識理論進行一番研究，或許能嘗試回答法學知識客觀性的問題，同時，這樣的作法也是在檢驗凱爾生的法學理論，包括基本規範的概念，實然應然截然二分的區分方法，是否真的能為法學知識的客觀性提供堅實的基礎。

### 1.3 使用文獻說明

凱爾生作為二十世紀重要的法學家，其著作與思想橫跨超過半個世紀，其最著名純粹法學理論首先在 1934 年出現在〈純粹法學〉第一版 (Reine Rechtslehre)，自此他對於法律體系的思考亦從未停止，不斷的對其理論提出修正，而又在 1960 年出版了其著名的〈純粹法學〉第二版，在此本著作中不僅修正並且添加了許多前版本中未見的思想活水，幾乎可被視作另一本全新的著作，而由於其中提出的法學思想體系龐大且複雜，單單憑其中任一本之內容皆無法對凱爾生之規範理論驟下判斷。因此為了能夠正確的理解其純粹法學之規範理論思想，筆者將透過比較兩本凱氏的重要理論專書，來檢視法學知識的客觀性問題。

凱爾生終生研究法學的問題，其投入的領域有法哲學、一般法律理論、國際法，而從他早年的論文文章開始便專注研究法律規範的概念問題<sup>8</sup>，而其重要著作〈純粹法學〉第一版、第二版皆對此一問題進行闡述，到了後期重要著作〈一般規範問題〉依然在思考法律規範的知識性質問題，其一生從未停止對法律規範的思考。因此，在其死後出版的一般規範理論一書可作為其思想生涯最後的總結。

本論文所使用之參考書目，凱爾生本人之主要著作原則上使用英譯版本，在其〈純粹法學〉一版，筆者使用的參考版本是由 Stanley Paulson 及 B.L.Paulson 所翻譯的 "Introduction to the Problems of Legal Theory"，該英譯本所使用對照的德文版本 1934 年的德文純

---

<sup>8</sup> Hendrik J. van Eikema Hommes, The development of Hans Kelsen's concept of Legal Norm,

粹法學(“Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik” Vienna : Franz Deuticke)。以下凡引註該書即以 PTL1 爲簡稱。

純粹法學二版的參考書目使用 Max Knight 英譯本 <Pure Theory of Law>，譯者採用的是凱爾生 1960 年出版的 <純粹法學>二版 (Reine Rechtslehre)，以下凡引註該書即以 PTL2 爲簡稱。

<一般規範理論>筆者所使用的版本爲由 Michael Hartney 之英譯本 (1991)，純粹法學二版出版於 1960 年，此時的他已高達 78 歲高齡，但自此之後凱爾生並未停止寫作，在整個六零年代凱爾生依然在美國柏克萊大學持續其思想創作，而當他享壽 91 歲高齡於 1973 年辭世時，在他身後留下的是大量的手稿，這批手稿集結成冊後於 1979 年出版成冊，定名爲 <Allgemeine Theorie der Normen>，即 <一般規範理論>。



## 1.4 文獻回顧

近年來法理學界討論凱爾生的碩博士論文有逐漸增加的趨勢，以台大為例至少就有三篇品質精良的碩博士論文出版，包括一篇博士論文〈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 對法最終證立問題的分析〉作者鍾芳樺。兩篇碩士論文，〈純粹性的追求—Hans Kelsen 的基本規範理論〉作者楊道弘，〈論 Kelsen 的權威概念〉作者高昌華。

三篇皆為探討凱爾生規範理論的作品，鍾芳樺博士的作品乃在探討人民、國家與法律三者的交互關係，並且嘗試為如今日漸模糊的界線關係做出清楚的分析，當法律做為國家的決定並且對人民進行政治安排時，人民該如何面對這樣的法律與國家？並且在價值多元的時代來臨之後，國家與法律的衝突將日漸被凸顯，法律的證立基礎是否有所轉變？人民該如何接受並遵守民主社會裡的法律呢？該文引用凱爾生的法學理論，基於價值相對主義以及在實證法的客觀性條件下，以民主程序的多元保障來證立實證法律的基礎。

楊道弘學長的作品則是一篇對於凱爾生的法學理論的全面檢討之作，其內容包含凱爾生純粹法學的一般結構以及其核心概念基本規範的思考。為一篇內容極為豐富的論文。不可諱言的承認，本篇論文有部分內容將與楊道弘學長的作品範圍有所重疊，唯筆者之目的並不在於全面性的闡釋凱爾生龐大的法學體系，而僅從其著作中的法學知識部分作為討論重點。〈論 Kelsen 的權威概念〉此一論文，則專心於凱爾生法學論述中的權威性概念來做論述，權威概念並非

凱爾生理論之焦點，甚至可說是在其文章中不容易發現的概念，因此該篇論文便討論起在凱爾生的法學理論中，是否有權威概念之存在空間。

本篇論文之內容雖於前輩之作品範圍有所重疊，唯筆者將進行的乃是一項較為細部的研究，而且在方法上略不同於之前的作品，使用的是有點類似思想史上的考察比較的工作。因此筆者相信，這樣的工作對於凱爾生的理論在華語法理學世界能有所幫助，希望能提供更多於其他人所挖掘得凱爾生的理論基礎。



## 第二章 純粹法學第一版的法學知識

凱爾生於 1934 年在日內瓦出版了第一版的純粹法學 (Reine Rechtslehre)，這乃是他廿多年來的研究與致力之目標，期望建立一門真正的法學，排除所有政治的意識形態以及自然科學的元素，從而法學能夠意識到該學門研究對象之自主性與獨特的性格<sup>9</sup>。

全書一共區分為九個章節，每個章節各由若干段落組成，每一段落凱爾生皆為其標上標題，說明該段落論述之要旨。就篇幅而言，第一版的純粹法學並非長篇大論的鉅著，全書不過百來頁，但是其重要性卻不下任何一本法哲學的專書。本章就是要概述在此書中如何建立其規範理論，將從幾個重要的概念入手，從而建立起對於凱爾生純粹法學理論的認識。

### 2. 第一版純粹法學的重要概念

#### 2.1 純粹法學的理論目標

凱爾生發展純粹法理論的理論目的在於建立法律概念的自主性及純粹性 (purity)，在純粹法學第一版裡便開宗明義的宣稱，純粹法理論乃是一實證法理論 (theory of positive law)，其目標僅僅在於對其對象之認識，嘗試於去回答「法律是什麼」與「如何創造法律」，其並不打算回答「法律應該是 (ought to be) 什麼」以及「應該如何創造法律 (how the law ought to be made)」，在他的界定之

---

<sup>9</sup> PTL1, p.1, 1992, New York : Oxford University Press

下，純粹法理論乃是一門法律科學（legal science）而非法律政策（legal policy）<sup>10</sup>。這個時候的他認為法學的任务必須限制在對於規範的認識爾，而認識規範是不同於創造與適用法律。<sup>11</sup>

而法學之於其他自然科學不同之處在於，法律不同於自然，在於自然科學乃是要以因果律（causal law）來解釋自然事件。法學也不同法律社會學，因為法律社會學是將若干法律行動呈現為自然事件，並且研究其中的因果關係。法律社會學並不將法規範視為具有特定的意義（specific meaning），法學或者說純粹法學卻是把法規範視為意義。

然而在這段說明之中，仍然有幾個尚待說明與解釋的概念，比如「純粹性」「實證法」，另外我們對於所謂純粹法學的認識對象為何也依然不甚清楚，因為我們知道法律並不具有自然界的物理物體的延展性質，法律的概念乃是一抽象的思想物，就我們一般的理解上包括由國家制訂的法律條文，司法法院作出的判決，甚至一般行政機關所做出的命令，都可以作為廣義的法律的一部份，那麼是否凱爾生純粹法理論所要認識的對象就是這些呢？其是否提出不一樣的標準或定義？

首先，凱爾生必須說明其純粹法理論之於別的法理論的不同處，其純粹性的意義為何？凱爾生認為純粹法理論的純粹性來自於其法論上的特色，由於純粹法理論的對象只有法律爾，因此認識的對

---

<sup>10</sup> 參照，PTL1, §1, p7

<sup>11</sup> 參照，PTL1, §7, p13

象上必須力求消除一切對象以外之物，作為其認識之對象就必須消除一切法律以外的元素，其方法論上的基本原則的確定，便導向了純粹法學的純粹性格。而這項主張凱爾生認為這是在 19 世紀 20 世紀的法學遠達不到的。此一階段的法學尚與心理學、生物學、倫理學、神學等學問糾纏在一起<sup>12</sup>。

## 2.2 認識對象：意義，規範，法律規範，一般規範與個別規範

純粹法理論的認識對象必須是純粹的法律，而非其他社會、人文科學的元素，凱爾生的理論目的在於限制法律認識的對象，最終將其獨立出來，在進行這項工作的之時，凱爾生遭遇的方法論上的對手來自於兩個方向。就其前段所說的界說，一個方向來自於心裡學、生物學這派偏向自然科學、實然面的對抗，另一個方向則是倫理學、神學這一派的規範理論上的入侵。<sup>13</sup>

凱爾生說明法律做為一種對象，首先是一種社會上可被觀察到的現象，而「社會」要作為一種認識的對象，他在性質上是迥異於「自然」，因為社會是由完全不同的元素網絡所組成。一旦法律科學打算與自然科學劃清界限，他就必須盡可能的展現與自然屬性的對比。但是就我們所可以觀察到的事實來判斷，這項工作最棘手之處即在於法律實體無論如何也都在自然領域中佔有一小部分，他具有一種自然的存在。如果以議會的立法做為例子，或者以其他可被稱作為法律的對象來看，譬如法院的司法判決、行政機關的行政命令、私法的契約締結或者刑法上的犯罪行為，這些事件都具有兩種

---

<sup>12</sup> 參照，PTL1, §1, p8,9

<sup>13</sup> 參照，PTL1, supplement notes 3, p130

可被觀察到的面向：一是他們是在特定時間、空間的範疇內所發生的行爲，是可被感知的外在事件；另一個面向是他們也都具有另一種特殊的意義（*specific meaning*）。以議會的例子來看：從外在觀察，我們僅僅是看到一群人聚集在一起發出些聲音、舉手、走動，而就其內在的意義看來，我們最終知道他們制訂了一項法律，而其意義就是「法律被制訂了」。<sup>14</sup>

而正是由於這層意義的存在，使得法律作為一種對象得以區別於一般的自然事實。

由於意義並不如外在物理事實一樣可被看到或被聽到，一個擁有意義的對象並不能藉由感知的活動來認識到意義，物理事實的各種屬性如顏色、形狀、重量是可以透過人類的感官去感知的，但是意義無法由此方式被感知。

雖然意義不能以此種方式加以發覺，但是意義本身所帶有的特殊性質使其可以被法律科學所認識。而意義的特殊之處即在於意義具有自我詮釋、自我說明的特性。帶有意義的行動他能夠表達、宣示其自身的意義（*can say something about its meanings, declare its own sense*），凱爾生認為這項特性正是法律科學認識對象的特殊之處。<sup>15</sup>這類具有意義的社會行動，法律為其中之一種，都包含這關於其自身的陳述，伴隨著該行動一併向接收者傳達出去。而這是自然科學的對象所做不到的。我們無法想像某種礦物元素對著科學家顯示其所具有的半衰期、化學結構式等科學知識，但是議會中的立法者、

---

<sup>14</sup>參照，PTL1, §2, p9

<sup>15</sup>參照，PTL1, §3, p10

簽訂契約的當事人卻夠在行動中陳述所欲表明的意義，立法委員可以說：我們通過本會期的此一議案，制訂了某某法律；契約兩造可以提出仲裁以進行調解。意義本身就已經包含在這些行動之中，而客觀的認識這種意義就成爲了純粹法理論的唯一工作，凱爾生在此提出的這項重要的說法，正是使得他將法律知識的客觀性放置於純粹法學本身身上，而非處與詮釋位置的法官、學者這些外在於法律本身之外的元素，或者是自然法理論的形上理念。其表示

*包含法律的認識經常性的發現對象的自我詮釋，該詮釋本身便期待著法律科學能提供詮釋。（cognition encompassing the law usually discovers a self-interpretation of data that anticipates the interpretation to be provided by legal science）*<sup>16</sup>

因此，純粹法學便需要區分其所要認識的行動的意義，其所要認識的乃是去除了非法律元素的意義，所以凱爾生於此做出區分，其區別了行動的客觀意義與主觀意義。行動的主觀意義乃是行動本身的自我詮釋，而純粹法學的認識對象爲客觀意義。在有些情況中，主觀意義有可能與客觀意義互相吻合。

可以歸諸於法律系統（legal system）的意義才稱得上是客觀意義，乃是因爲某一行動所具有的客觀意義我們才會將該行動稱之爲法律行爲（legal act），僅帶有主觀的自我詮釋意義的行動無法被稱爲法律行爲。而我們要該以什麼方式來認識行動中所具有的法律客觀意義呢？凱爾生在此提出了一項新的概念：規範。藉由著一道包含著指涉該事件的內容並賦予其法律意義的規範，遵循著這道規範的

---

<sup>16</sup>參照，RR1, §3, p9

內容我們得以將此一行動詮釋為法律行為。規範在此展現作為詮釋架構（scheme of interpretation）的功能。<sup>17</sup>而賦予行動法律意義的該規範，其本身同樣具有法律行動的意義，其意義之給予則來自於另一道規範，因此形成一個不斷回溯的意義賦予的結構（stufenbau）。此一結構涉及凱爾生的規範體系與基本規範的概念，容待後述。

因此一個一般的社會行動如果要成為法律的認識對象，那麼他必須要能符合於一現有規範的內容，藉由此一規範的意義賦予被詮釋為法律行為，由此一規範所賦予的意義才成為了該行動的客觀意義。如果缺少此一規範，則該行動僅僅具有行動者給予的主觀意義爾。凱爾生使用 Koepenick 為例，一德國著名的假冒士兵的例子，即使我們讓市民穿上了軍人的服裝，他亦誤認自己為具有權限的官員，指揮不明究竟的士兵佔領了市政官府，在外觀上看來與真正有權限的官員指揮一樣，但是由於並沒有任何一道規範賦予該市民行動的意義，因此此以行動從來不會被看做為一項法律行為。客觀上來看，這絕不會是一道行政命令，反而這是犯罪行為。<sup>18</sup>

除了一般社會行動的客觀意義之外，規範也是法律認識的對象。因為這些規範是由於某些法律行為創造出來的，因此該規範的意義就來自於另一法律行為，該法律行為之所以具有客觀法律意義則是因為有別的規範賦予其法律客觀意義。這些規範一方面能夠賦予社會事實客觀的法律意義，同時間他也作為一項社會事實被賦予法律意

---

<sup>17</sup>參照，RR1, §4, p10,11

<sup>18</sup>參照，RR1, §3, p9



義，因此它具有「行動」的一面，卻也作為「意義」。然而此處我們絕不能因此而被混淆，誤認規範所具有的行動面向也是法律認識的對象，凱爾生明確的提醒我們，只有「規範」才是法律(**the law is norm ; das Recht ist Norm**)，如果我們想要以法的角度來認識事物了話，唯一的辦法就是將其認識為法律。而凱爾生也特別說明：規範是一項無法應用在自然領域中的範疇，當我們詮釋某社會行為為法律行為時，並不是認識了自然世界中的事實，而是藉由規範的意義賦予，再一次的確定了法律規範的客觀存在。我們絕不能混淆了規範本身與發佈規範的那個行動，這兩者存在著清楚的差別，行動是發生於特定時空中的，但是規範卻不存在於時空中，因為他不屬於自然事實<sup>19</sup>。我們認識該行為的法律意義，便是在宣稱內容對應於該行為的規範本身的「效力」。而「認識規範之效力」也就作為法學的唯一任務。在法官認事用法的過程中，當他應用法條將某一事實詮釋為竊盜或侵佔時，即是在把該事實作為規範的內容來認識，他認識的客觀法律意義乃是規範的內容。此處凱爾生宣稱「法律就是規範」的時候，沿著自然與理念的區分、因果律與規範的區分，而將法律放置於理念的、規範的這一面向<sup>20</sup>。凱爾生至此為止的規範理論，展現出一個特色，其把規範設定為一特別之領域，其對經驗事實加以解釋，得出不同於一般自然事實之意義，而此意義就因此而脫離出了自然事實世界的實然領域，顯示出凱爾生的規範理論中的二元世界觀，自然世界與規範世界的對分。

而在法官認事用法的行動中，凱爾生則特別說明，法官將某一行為

---

<sup>19</sup>參照，RR1, §6,

<sup>20</sup>參照，PTL1, 譯釋 12, p.15

事實認定為規範內容的這部分行為，並非是全部的認識行為，這部分的行為僅僅是意志行動的準備工作（preparation for the act of will）爾，必須到這裡透過意志之行動，司法決定的個別規範（individual norm）<sup>21</sup>才被發佈。這段簡短的說明引入了意志（will）與意志的行動兩個概念，將使得凱爾生的法學認識理論更為複雜，我們也可看出他將法官的實踐過程區分成兩個部分，一部份是對於規範的認識，另一部份則是制訂、發佈個別規範。

而從這段的論述觀察凱爾生對於法學知識的態度，他認為法律知識的內容就是法律規範的內容，其知識客觀性來自於另一道規範的授權，舉例而言，我們是否要將警察臨檢要求人民登記身份視為一道合於法律的行動（legally、legal act），端視有無另一道規範其內容為警察得於臨檢時要求受檢人登記其身份，除此之外，也不應忽略凱爾生所提到的一般規範與個別規範之分，也就是存在著這樣的情況，也就是一般規範並未清楚的表示在該特定情況下警察得於臨檢時要求受檢人登記其身份，或許是因為一般規範訂立的當時，並未發生現在出現的狀況，因此在法官或有權行政機關對該個案做出個別決定前，該警察之行為是否可被視為法律上的行為，仍有疑慮。法律規則的文義開放性可能會導致我們做出這樣的結論：法律知識的客觀性並不在於法律規則本身，因為法律規則是什麼是一件無法確定的事情。但是，這並無法對凱爾生的理論造成影響，因為文義的不確定性只是使我們無法迅速確定哪個行為具有法律的客觀意義而哪個沒有，而所有備有權限者確定為具有客觀法律意義的事件，其因為此一個別規範賦予其意義，便使其具有了客觀性，而我

<sup>21</sup> 在此「個別規範」乃是「一般規範」對舉之概念，「個別規範」為「一般規範」之具體化呈現。

們不會懷疑缺乏客觀性的問題。只要能夠成功論證法律規範間的客觀意義互相傳遞足以提供堅實的客觀知識基礎，不待外求於法律規範之外的來源，那麼文義開放性的疑慮就不成爲一個問題。

## 2.3 法律規範的形式：效力，應然，歸責

### 2.3.1 效力（Geltung; Validity）作爲存有

上文曾經提到凱爾生說明規範不存在於時間與空間之中，不屬於自然的事實，那麼規範如果能作爲法律認識的對象而存在，那麼其存在的型態是什麼？因此凱爾生在此提出了一個重要的主張，「規範的效力爲其特殊的存有。」（**...the “validity” of a norm is to express first of all simply the specific existence of the norm**）<sup>22</sup>規範不存在於時空中僅僅意味著規範不屬於自然事實，其存在不同於一般自然事實，其本身雖不存在於時空中，但是規範的可能內容與真實事件的可能內容卻是相同的，他們都指涉人類行爲。因此規範就必須決定其內容「應該」在何時何地發生。也就說，時間與空間此二範疇是作爲規範內容的一部份，規範內容將時間空間納爲條件，使規範只在特定的時間與空間之內發生效力。而我們也可以想像有的規範不受時空間限制，但這不意味這種規範外於時空來發生效力，而是其不受時間空間的限制而具有效力。凱爾生認爲「效力」不是一種是事實，並非實然性的存有，而是一種特殊的存有。

### 2.3.2 歸責（imputation）

早期的法學家認爲道德規範與法律規範擁有相同的命令型式

---

<sup>22</sup>參照，PTL1, §6, p12

(imperative form)，但是凱爾生認為這種看法是錯誤的，因為這種看法導致法律規範與道德規範在來源上的混淆，一旦將法律規範的應然視為一種命令行事，如同道德規範一樣的命令行事，那個作為道德規範的特徵的絕對價值同時也將發生在法律規範與法律應然。我們不能忘了純粹法學的目的正是要消除法學中一切非實證法的元素。

因此純粹法理論為了使法律的概念特徵免於意識形態元素（即道德）的影響，所以純粹法理論並不像道德規範那樣將法律規範理解為命令式（imperative），而是將其理解為一種“假設判斷”（hypothetical judgment；hypothetische Urteil），此假言判斷乃表達特定構成要件（Tatbestand）與特定效果（Folge）之間的特殊關連，因此，法律規範將被重新構造為新的法規範，因為法律規範並不一定只從某一條法律內容中產生，有可能是由許多不同法條的內容構成了一道法律規範。<sup>23</sup>對於此一新的法規範凱爾生稱之為法律判斷句（Rechtssatz）<sup>24</sup>。而凱爾生認為這個概念是實證法中的基本型式，在本書當中，重新構造的規範、實證法的基本型式、法規範最原始的型式，指涉的都是同一個概念，即是凱爾生對於法律規範的理想型式（ideal form）的表達。

在純粹法學第一版中，「假設判斷句」將構成要件與法律效果關連起來，這種關連凱爾生稱之為歸責（imputation），這一概念被拿來

---

<sup>23</sup>參照，PTL1, §11(b), p23

<sup>24</sup>在英譯本中，譯者將 Rechtssatz 翻譯為 reconstructed legal norm，這個翻譯是學者 Eugenio Bulygin 對於凱爾生這種假設型式的法規範的學術用語，而中文雖可從德文原文直譯為法律文句，但在此處為了切合其概念內涵，本文將此概念翻譯為“法律判斷句”

與解釋自然事件的因果關係作對比，如同自然世界中的因果律連結了原因與結果兩個獨立事件，法律判斷句作為實證法中的基本型式連結了法律構成要件與法律效果，前者(原因與結果之間)我們稱之為因果關係( causality )，後者我們則可稱之為歸責關係( imputation ; Zurechnung )。在因果關係中可以直接認為結果是由原因所造成的，但是在歸責關係中卻不能說這個法律效果是法律構成要件所造成的，法律效果是透過歸責而被連接到構成要件的。

### 2.3.3 「應然」作為法律規範的範疇

而用來表達構成要件與法律效果之間歸責關係的用語就是「應該」( ought )。比如在刑法的法律規範中，我們會表示為「某犯罪行為應該被如何如何處罰」；在民法的規範中，我們會表示「法院應對債務人財產進行強制執行」。在這樣的法規範表達下，構成要件與法律效果之間的關連已經完全去除了道德或政治價值，也就是說某犯罪應該被懲罰或者欠債不還應該被強制執行其財產的原因都不是源自於道德價值或政治價值的理由。

在構成要件與法律效果之間的「應該」關係標示了理解經驗法律資訊的先驗範疇，我們一旦去除了這個應該或者應然之後，法律就無法被理解或表達了，他的重要性就如同因果關係之於自然事件一樣無法被廢棄。

而這個應然的先驗範疇對於所有可被理解為法律的行動或事實都一樣的有效，無論其內容為何，這個範疇是法律的純粹形式的特

徵。應然的先驗特徵使得他免於意識型態的干擾，因此無論是哪種意識型態的法體系中的法規範都具備應然歸責關係。

在此我們必須要對於這個先驗的意義加以解釋，此種先驗所指乃是先於一切經驗但又構成經驗的一部份，以康德哲學來說，這是認識與理論上的先驗範疇，而非形上學的超越的理念。

## 2.4 基本規範及其效力來源

由於凱爾生的純粹法理論的對象法律規範，因此他將法律視為多數法規範的集合，那麼很快的就會遇上第一個問題，這些多數法律規範的統一性是什麼，以及我們如何將這多數的法規範視為同屬於某一特定法體系之內。凱爾生對這問題的答案就是，當規範的效力可以被追溯至同一個規範，而這一個規範被當作是最終的效力基礎時，這多數的規範便組成了一個規範體系，這最終效力基礎的規範便可稱作為基本規範。

基本規範並不單屬於法律規範體系所有，凱爾生對基本規範的類型進行了分類，存在著兩種不同類型的基本規範，是按照著效力最高原則的性質的差異來做區分。第一種規範效力的類型可以道德規範體系為例，道德規範的效力是依規範的內容來做決定的，一個道德規範會被視為具有效力，是因為該規範的內容可以被涵攝進基本規範的內容裡，也就是將基本規範視為一般性的規範，而其他道德規範則作為此一般規範的展現。比方「你不應該說謊」與「該信守承諾」這樣的道德規範，其效力都來自於「真誠性」這一個基本規範。重點是這許許多多衍生出來的道德規範，其實早已經被包含在最初

的基本規範之中，就像是個別性已經包含在一般性之中。而且個別性規範只要透過思想的動作，也就是演繹推論，就可以從一般性規範中獲得<sup>25</sup>。

與道德規範體系不同的是法律規範體系，法律規範並不因為其內容而有效。相反地，法律規範可以具備任何內容。法律規範的效力不會因為其規範內容違反於某些道德規範而失效。法律規範之所以有效乃是因為能符合某種方式被創造出來。而純粹法學之所以是實證法的理論原因就在此，因為實證法的法律都是以某種方式被創造、設置出來的，因此也唯有作為實證法的法律能具有效力。對於規範被創造的方式有著特定要求，使法規範的效力可以獨立於道德及其他相類似的規範體系。

所以，實證法律體系的基本規範就是關於該法體系內的規範如何被創造出來的規則，它具有的僅僅是形式的要求，而非對於規則內容的要求。因此，實證法律規範也就不能像道德規範藉由演繹推論得出，不是藉由思想的活動來產生規範，而是由意志的行動（act of will）來創造規範，必須要經由一個設置或發佈的動作來進行。而存在著許多種不同的發佈、設置方式來創造法律規範，比方說藉由習慣、立法、司法判決。

藉由展示個別規範被以符合於基本規範要求的方式創造出來，可以將不同的規範追溯至同一個基本規範。當我們追問為何一個監禁強制行為是一項屬於這個法體系的法律行為時，得到的答案是，這個

---

<sup>25</sup>參照，PTL1, §27, p55,56

監禁的行為由一項個別規範、司法判決所規定的，因此有效力；還可以繼續追問為何這司法判決可以作為個別規範而有效，答案是因為這道個別規範按照刑法典的規定所發佈而有效。當然依然可以繼續追問刑法典的效力基礎，最終我們會回到國家憲法的規定，凡是按照憲法規定，經由合憲規定的程序由權限機關制訂的法律皆為有效，因此該刑法典有效。<sup>26</sup>如果繼續探求憲法規定的效力，只能將效力回溯至早之前的憲法，最終將回到**歷史上最早的一部憲法**，這部最早的憲法是由某個人、某個會議所發佈的。**這部憲法的規定就是制訂者的意志表達**，如果要認識效力追溯至這部憲法的法體系，就必須要預設由憲法制訂者的意志所創造的規範為有效。<sup>27</sup>而這就是法律規範體系的基本規範。

除此之外，在純粹法學一版§28中，在凱爾生說明實證法律規範的效力連結方式中，他並未提及立法機關或法院在制訂規範或創造效力連結的地位。他所強調的是規範的效力需由另一個規範來賦予。我們可以說基本規範的內容就是，歷史上第一個立法者的意志行動是有效力的，也可以說基本規範賦予了第一個立法者的意志行動「應然」的意義。

那麼賦予了第一部憲法效力的基本規範其本身的效力來源呢？按照凱爾生在純粹法學第一版的解釋，基本規範是被當作一個虛擬的基礎（hypothetical foundation）<sup>28</sup>，基本規範是那些經驗性的材料能被詮釋為法律規範以及一個法律體系的必要預設，是認識實證法

---

<sup>26</sup>參照，PTL1, §28, p56

<sup>27</sup> 同前

<sup>28</sup>參照，PTL1, §29, p58



律的過程中先驗的邏輯條件。基本規範是否有效力問題呢？它能否像法體系內的規範一樣追問其效力來源呢？在第一版純粹法學中，答案似乎是否定的，因為凱爾生認為基本規範並不如實證法律規範由特定方式所發佈或設置，因此其效力來源跟實證法律規範並不相同，實證法規範的效力來自於上層的法律規範，基本規範的效力卻是預設的。純粹法學創造出基本規範這樣的概念，並不是想要開創出一個全新的法學方法，純粹法學的目標只是想要說明，當法律人把實證法律規範理解為有效力的體系時，他們是以什麼方式在認識實證法。<sup>29</sup>這就是凱爾生在第一版純粹法學對於基本規範效力的說明了。

## 2.5 法律體系的階層結構 (Stufenbau)

雖然在純粹法學一版中，凱爾生明確的提出了意志行動的概念，實證的法規範必須由意志行動來創造，但是在規範效力連結的說明中，凱爾生並沒有解釋意志行動在創造規範的過程中的地位，意志行動的主體是誰，對象是誰，皆未加以說明。而在上層規範賦予下層規範效力的過程中，比如立法活動與憲法間的關係，法院的判決與一般法條之間的關係，凱爾生認為這樣的法律活動既是適用法律亦是創造法律，在傳統法學理論的觀點中，適用法律與創造法律是兩件截然對立的活動，不可能同時出現在一個法律行動中。以立法為例，當議會按照憲法的程序規定進行立法時，宣布新的法律被制訂出來了，議會的行為一方面是對於憲法的適用，同時也是在創造一般性的法律；法官的判決亦如是，判決一方面是對於一般性法條的適用，同時也是個別規範的創造；同樣的，私法上契約締結既是

<sup>29</sup> 同前

適用民法的一般性規定，一方面也是創造出具備法律效力的契約。<sup>30</sup>在司法判決的說明中，也缺乏對於意志行動的地位，凱爾生認為司法判決本身是一個個別的規範，而司法判決跟一般法律的關係則是一種從抽象到具體、從一般到個別，是創造法律的連續過程。<sup>31</sup>凱爾生反對傳統的看法，認為所有的判決都包含在一般規範之中。如果司法判決是立法活動的連續，但是立法者的意志並不同於司法者的意志，便無法保證一般規範與個別規範永遠都是符應的關係。



---


<sup>30</sup>參照，PTL1, §31(f), p70

<sup>31</sup>參照，PTL1, §31(c), p67,

## 第三章 純粹法學二版的重新闡述

### 3.1 純粹法學二版的更新內容

就章節安排而言，兩版的純粹法學結構上有類似之處，其中有幾個章節使用了相同的主題名，比如前兩章：法律與自然，法律與道德，以及後面的幾個章節，詮釋，法律與國家，國家與國際法。其中後面三個章節名稱雖相同，但是安排的順序並不一樣。在第一版當中，法律與國家，國家與國際法，這兩個章節為最後兩章；但是在第二本當中則放在較前面的位置，而將詮釋一章放在最後來討論。



就章節的結構來看凱爾生似乎是在第一版的思考架構上再安置新的想法上去，這可以從他取消了舊章節而重新寫了章節可以看出。第一版中的九個章節保留了其中五章的章名，另外的四章則在第二版當中以新的章名出現，故整體而言約有一半原來的章節數目被保留，一半被取消或修改。然而就篇幅而言，第二版的純粹法學則大大的超越了第一版的範圍，全書高達三百多頁的內容，並且新加入章節的篇幅就超過了一半，因此從這個方面來看，第二版的純粹法學並不只是小幅修改過的再版論文，反而可以看做一本與第一本具有不同內容與意義的著作了。

就本文所要討論的凱爾生法學知識理論的內容而言，在第二版的純粹法學中凱爾生加入了新的理論概念，包括「規範語句」以及「授權」，

### 3.2 純粹法學二版的法學知識理論

純粹法學二版所要處理的問題有二，一是嘗試解決法學認識中方法論的純粹性的原則，二是要決定法律科學（science of law）在現今一般科學中的位置。

在<純粹法學>二版中，凱爾生首先說明了規範（norm）的意義，凱爾生認為規範在法律認識中是具有一個詮釋架構的功能。我們需要經過一個規範性的詮釋，方能判斷某一行動為合法的（legal）或者說具有法之意義的。這個判斷是按照著指涉到該行動之規範所詮釋產生出來的客觀意義。

#### 3.2.1 純粹法學的目標

一如一版一樣，在二版凱爾生依然堅持他的純粹理論的立場，將純粹法學的目標設定為對於純粹性的堅持，力求法學理論中方法論的獨特性，要劃清法學理論與心理學、社會學、倫理學、政治學理論的界線，要避免方法論上不同的學科混雜進法學理論中。

要避免方法論的融合（methodological syncretism），因為方法論上的融合會使得法學因其對象之性質所加諸在法學之上的界線被消除，而使得法學的本質被掩蓋。

#### 3.2.2 法學與法，法的規則與法律規範，邏輯的適用

而就其對象而言，凱爾生除了將法學的對象設定為法律規範，還包括了由法律規範所構成的人際關係（interhuman relationship constituted by legal norms）。也就是法律規範的內容。這個概念其



實已經被包含在第一版中，只是凱爾生當時並未明確的以概念化的方式加以獨立出來。

真正重要的是，凱爾生在二版中對於法學對象做出了重要的補充說明，他認為務必要區別「法的規則（rules of law；Rechts-Satz）<sup>32</sup>」與「法規範（legal norms；Rechts-Norm）」。法的規則是以描述性的意義呈現，它是一個假言的判斷句（hypothetic judgment），描述的是在某個法秩序底下，由這個法秩序決定，某條件發生時某效果應該要發生。法律規範並非判斷句，也就是說並不是對於認識對象的陳述。法律規範按其意義而言意義是命令（commands）、允許（permissions）或授權（authorizations）。雖然法律規範在語言文字的表達上可能以斷言陳述事實的方式出現，比如刑法規範寫著：「竊盜處三年以上有期徒刑」，但是法律規範跟法的規則不同之處並不在於語言文字表達的形式，而是他們的**意義**不同。法律規範的重點在於其創造、設置規範的行動的意義。這兩組概念表現出了法律認識（legal cognition）的功能與表現為法社群的機關的法律權威（legal authority）功能的差異。法學的功能在於以外在於法律的立場認識法律並且加以描述，法律權威機關的功能在於創造法律，之後法學才能加以認識及描述。同時也必須說明的是，法律權威機關在創造法律的時候必須以內在的觀點去認識所要適用的法律，對於法律權威機關而言，這樣的法律知識是必須的，但並非其本質性的功能，而僅僅是作為其功能的準備工作。

凱爾生更以康德的認識論哲學說明法學認識的工作性質，法學認識

---

<sup>32</sup> 凱爾生除了以法的規則(Recht-Satz)對此一概念進行說明之外，在其著作中也在同一個意義底下使用過規範陳述(statement of norm)、應然陳述(ought-statement)指涉相同的概念。

正同其他知識的形式一樣，在就理解對象而言也「創造」了對象。通過自然科學的認識，我們把混亂的雜多感受理解為具有秩序的宇宙、統一體系的自然，我們同樣通過法學的認識，將法律權威機關創造的眾多的一般規範、個別規範理解為統一的法律秩序系統。

這兩者的功能不同也導致了其產物之差異。這兩者的差異是邏輯上的差異。法律教科書上所記載的對於法律的陳述與法條上的法律有著本質上的差異。由法學所形成的陳述並不對任何人課與義務或賦予權利，而且這些陳述可以檢驗其為真或假；但是由法律權威機關所制訂的規範確實會課與義務或授予權利，這些規範並無真假可言，就如同事實只有存在不存在的問題，規範只有有效或無效的問題而已。對於法學教科書上的陳述可以檢驗其真假，可以透過檢驗該法秩序下的法律權威機關有沒有制訂該法律規範的經驗事實，來檢驗該法學陳述之真假；而法律權威機關所制訂的規範並不能檢驗其真假，因為這些規範是命令（prescription）而不是對於事實的陳述。舉例而言，民法可能這樣規定：對無法完成婚約且不賠償損害之人進行強制執行，法學描述此規範而為如此陳述：應該對無法完成婚約且不賠償損害之人進行強制執行；如果民法上有做此規定，那麼這陳述即為真，若無則為否。在法學陳述中的所表達出來的「應該」並不是規範意義下的「應該」，該描述並沒有進行什麼命令。而在法學中的陳述必定是一種「應然陳述」，其內容並非「依照此規範，無法完成婚約且不賠償損害之人都被強制執行了」，這是一項對實然事實的陳述，而法學是對應然規範進行描述，所以其創造物必定是「應然陳述」（ought statement）。

而且我們亦要注意，法學對於規範的描述並不是對規範單純的複製，我們必須記得法學對於知識的「創造」的特徵，自然科學也並非對於自然世界的複製，自然並不會以語言或文字表現其自身，法律也是一樣的。

所以在法律規範與法規則（對法規範的描述）之間產生了邏輯適用可能性的問題，假如法律規範只有有效無效、存在不存在，那麼我們如何在法律規範之間適用那些邏輯原則，比如排除律與遞移律。這是一個十分重要的問題，一旦無法適用邏輯原則在法律規範之間，那麼傳統的法律三段論將被宣告為無效，凱爾生有必要加以特別說明這點，凱爾生並不認為邏輯原則無法適用於法律規範，而是可以「間接地」適用於法律規範。當邏輯原則適用於描述某項法律規範的法律規則（*Rechts-Satz*）陳述時，邏輯原則就被間接地適用於該法律規則上。如果對應於該兩項法律規範的法律規則陳述在邏輯上是互斥的，那麼這兩項法律規則就是矛盾而無法同時有效的，如果某一項法律規則陳述可以在法學三段論中被推論出來，那麼其所描述的法律規範就可以從另一項法律規範推論出來。<sup>33</sup>

規範邏輯是凱爾生的規範理論必須要面對的問題，而凱爾生所謂的「間接適用說」就是認為邏輯無法適用於規範。由於就凱爾生的理論而言，規範是意志行動的產物，而法律規則則是思想行動的產物，即便在思想中可以推論得出法律語句，但是在缺少意志行動的設置規範行動下，該規範依然是無效力也就是不存在的，而法學的工作是認識與描述被設置的法律規範，如何對一個無效不存在的規

---

<sup>33</sup>參照，PTL2, §16, p73, London: University of California Press Berkeley, 1997

範進行描述。因此，等於要承認在規範語句間進行的三段式推論並非是在進行認識與描述，推論不是法學認識的部分，三段推論是在邏輯思考的前提底下對於實踐行動的指導，而必須被排除在法學認識之外。

### 3.2.3 規範及其創造

規範是意志行動的意義，當我們使用「規範」這樣的字詞時，是意味著「某事應該是...或應該發生」( something ought to be or ought to happen )，並且其對象主要針對人類行為，藉由著規範的表達，某人意志著另外一個人應該做某行為<sup>34</sup>。「規範」必須要與「意志行動」進行區分，規範是一種特殊的意義，而意志行動則是某人意志著某人應該為某行為，而這是一個實然的狀態，也就是說「法規範」與創造規範的行動的關係是可以分開的，規範一經創造之後，其意義便不再依附於創造行動之上，原因在於法規範並不只是具有主觀意義的命令形式，法規範必須具有客觀性而非個人式的指令，因此其必須與該創造規範行動有所區隔，而凱爾生認為法規範所具備的客觀應然與主觀意義的應然有所差異，主觀應然的意義只為命令者與接受命令者之間所理解，而客觀意義的應然則亦存在於非此二者的第三人所共享，並且既使原來創造規範的意志消失時這個客觀應然的意義依然存在。<sup>35</sup>

因此凱爾生也區分了法規範的創造與認識在功能上的差異，法規範是由權威機關的意志行動所設立，而法學則是從外對於法律加以

---

<sup>34</sup>參照，PTL2, §4, p5

<sup>35</sup>參照，PTL2, §4, p6



認識並描述<sup>36</sup>。而創造法律的機關其工作內容便同時包括了認識與創造的兩個部分，法律機關必須先要認識其所要適用來創造的法律，然後才能創造法規範，對於該規範的認識（knowledge）並不是創造規範的實質部分，而是作為其先前準備。<sup>37</sup>

### 3.2.4 規範知識的先驗條件

#### 1. 基本規範

凱爾生採取了康德認識論先驗邏輯條件的預設作為基本規範性質的說明，當康德問道：「在沒有形上學假設的情況下，如何以自然科學的自然律詮釋由我們的感官所捕捉到的事實？」因此純粹法理論也要如此問道：「在沒有前法律權威（比如神或自然）的情況下，如何將主觀意義詮釋為具客觀意義、可被描述為法律語句的法律規範系統？」

對於這個問題，純粹法理論給出了認識論上的回答，「預設一個基本規範，其意義為應按照憲法所命令而行為，亦即，應按照著設置憲法的權威之主觀意義而行為。」

就性質而言，在法律體系內的規範都是被實證地創造出來的規範，憲法由制憲委員會制訂，法律由國民議會制訂，皆透過人類的意志行動設置，唯有基本規範例外，基本規範不是由意志行動創造出來，而是被預設，其賦予制訂憲法者權威意義，而沒有更高的權威賦予基本規範權威性。

---

<sup>36</sup>參照，PTL2, §16, p74

<sup>37</sup>參照，PTL2, §16, p72

基本規範的功能就是把意志行動的主觀意義詮釋為具客觀意義的法律規範，規範的效力來自於另一個規範，這個效力傳遞的過程是由法學三段論的過程來進行的，作為大前提的是一個客觀規範的斷言，其內容為「應按某特定之人的命令行為」，而小前提為某事實之斷言，該事實為「該特定之人命令去做一行為」，而結論為關於此一規範效力之斷言「某人應為該行為」。作為大前提的規範之效力將小前提理的命令的主觀意義合法化（legitimize）為客觀意義。

比如，當大前提為「應遵守神的指令」，小前提為「神命令你去服從父母的指令」，因此結論就是「你應該服從父母的指令」，因此父親對兒子的指令，本來只是其行動的主觀意義，在此卻已被合法化為客觀意義，而成為具有拘束力的規範。

基本規範的效力無法被懷疑，其效力也不是來自於三段式推論的過程，其效力只能被預設。因為如果其效力來自於三段論的過程，意味著其在事實上為某人之主觀意志的意義，而且存在著另一個大前提的規範，使該主觀意義被合法化為法律規範的客觀意義。因此這過程就會無止盡的不斷進行。但是效力來源一定要有終點。這個終點也不會是某個權威（比如神或自然），因為一定存在著另一個規範，其內容為「應遵守該權威之指令」，此一規範必定來自於另一更高之權威，如此重複不斷後退。因此，做為終點的基本規範不會是權威的意志行動之意義，而是思想行動之意義。

就在法學認識的思想活動中預設了基本規範，這是認識法律規範效

力的最終根據。法學作為一門認識的科學，並無法去設置（posit）基本規範，僅僅是我們要將某主觀行動詮釋為具有效力的客觀規範時所必須的邏輯條件。這種法學的詮釋活動其為認識的功能，並非意志的功能。因此無法以命令的方式設置基本規範。每個要認識法律規範效力之人，都存在著這樣的思想預設，純粹法理論的任務就在於揭露這樣的意識，說明了在實證法律的效力只來自於法學思想之中，而不是把法律規範體系的效力根基其他高於法律的權威所設置的規範。

### 3.2.5 靜態與動態規範體系

在二版純粹法學，凱爾生維持著一版的區分方式，依規範的效力根據型態之不同將規範體系區分為靜態規範體系（static）與動態（dynamic）規範體系，但是增加了對於靜態規範體系內容之說明。由於靜態規範體系的個別規範可以藉由對上層規範內容的推導而獲得，因此作為靜態規範體系最終的基本規範必定為一直接顯明的（directly evident）規範。「直接顯明」的規範意味著此一規範，就其內容而言，內在於（immanent）理性之中。此直接顯明的規範便預設了實踐理性（practical reason）的概念，並且預設此實踐理性具有創造規範（a norm-creating reason）的能力。然而凱爾生認為這概念本身不足以創造規範，因為理性（reason）的功能在於認識（knowing）而非意欲（wiling）<sup>38</sup>，而創造規範則屬於意志的行動，因此理性本身無法創造規範。因此，我們便無法從實踐理性的直接顯明內容之中得到任何的規範。

---

<sup>38</sup>參照，PTL2, §34,(b), p197

因此任何道德規範體系或宗教規範體系，之前被認為屬於靜態規範體系者，其最終的基本規範之所以被視為直接顯明並非根據於實踐理性的內容，而是來自於其規範之創造者本身乃是自明之理，比如由神的權威所創造的規範不可懷疑，或者傳統之風俗習慣不可違背，這些規範乃是由作為權威之神或習慣所創造的，即由意志之行動所創造，故其效力之根據乃在於預設一真正之基本規範：「由權威意志創造的規範具有效力」<sup>39</sup>。而且，這個規範僅提供效力而不過問其規範內容。因此，就凱爾生而言，並無真正的靜態規範體系，即便如道德或宗教規範，皆內含有動態規範體系之原理。

動態規範體系之特徵在於，其設定的基本規範僅包含關於創造規範事實的方式，對於創造規範權威的授權。也就說，基本規範之內容乃是規定該體系內之一般規範及個別規範應該如何被創造。基本規範只提供其體系內規範之效力，對於該些規範之內容在基本規範中式找不到的，規範的內容由基本規範所授權之權威為決定，或者亦可由該權威所授權者決定。以宗教戒律為例，當父親命令兒子必須去上學時，兒子可能會質疑父親的命令，而追問為何我要服從你的命令？答案就是：因為神命令你「服從你的家長」。如果兒子持續質疑這命令的效力而追問其根據，答案會是：「應服從神的命令」。這最後規範的效力根據已經無法再質疑與追問了，因為其必須預設此規範。在這個例子中，兒子應去上學這個別規範的內容並無法從最終基本規範的內容中推導得出，該基本規範僅僅是授與權威給創造規範的事實與權威者，基本規範令神以及父親的指令獲

---

<sup>39</sup> 或有認為靜態體系不存在所謂的基本規範，見〈純粹性的追求—Hans Kelsen的基本規範理論〉作者楊道弘，其理由在於靜態體系無須設定權威，且效力根據之方式在於規範內容的邏輯蘊含關係。

得權威性。

而法律規範體系就其實質而言具有著動態規範體系的特徵。一法律規範之所以為有效的理由、根據並不在於其規定之內容，而是因為他由基本規範所授權之方式而被創造出來，而所有按照著基本規範規定的方式或者所授權的權威所創造的規範，即所有效力根據可被追溯回此基本規範者，皆屬於同一規範體系，基本規範就是規範體系統一性的來源。

法律之所以為動態規範體系的原因在於規範效力係以授權創造之方式進行連結，法律階層中的憲法可以被視為是決定該法律體系中的規範創造方式的規定，憲法的發生方式可能是經由習慣或者有一個創造憲法的人為行為而存在，而此法律體系的基本規範基本規範則是將此二者視為創造規範之事實，賦予其所謂憲法之效力，也就是使得習慣或者制訂憲法的人或議會具有權威性，在此需注意凱爾生在法律階層體系中所指稱的憲法，並不就是實證法意義上的憲法，凱爾生是在邏輯效力意義上指稱此階層體系中的憲法。因此，基本規範成爲了創造實證法律過程的最原先的起點，基本規範的內容就可以簡單的表示爲「應該如憲法之規範而行爲」，其爲一道認識論上預設的規範，在法體系的階層中，在憲法之後就是由立法或習慣所創造的一般規範了。立法機關是一個憲法授權的特殊機關，由他來制訂可被法院或行政機關應用的一般性規範。在現代法律體系內，規範制訂的順序首先是憲法之制訂，然後是一般性規範，再來才是司法與行政的適用層次。

立法機關的性質決定了該「政府」(government)的型式，如果該機關是一單一個人、嫡傳的國王，那麼這就是專制體制；如果是由人民直接組成議會或票選代表組成，則為民主體制。而只有民主體制中的立法機關需要關於立法程序的規定，即關於立法議會之組織方式、議會的選舉方式、議會成員之數目、制訂法案的程序，這些規範構成了所謂實質性憲法，實質性的憲法規定並不一定在型式上的憲法中出現<sup>40</sup>。而就是這些規定，將議會的行為事實轉變成為具客觀意義的立法行為。

除此之外，凱爾生尚保留了習俗(custom)作為創造一般規範機關的可能，習俗的意義是在某些情況底下該社群的成員長期以來總是以某種方式行為，而在行為之個人心中出現一集體之意志表示應該為此行為，也就是說，習俗不單單是一種行為事實，其還具有主觀上的應然意義，習俗會以集體意志的形式命令社群成員以特定方式行為。除了主觀意義的應然之外，憲法有可能將習俗納為立法程序，因此透過憲法之規定，習俗的主觀意義應然才被詮釋為客觀應然意義的法律規範。

司法裁判作為法律規範體系中最後的階段，其任務在於將一般規範予以個別化，然而其效力賦予之形式並沒有不同於立法層次，凱爾生認為，當議會制訂一般規範時必須要適用憲法的規定，而法院在判決中制訂一般的規範時，也是在適用刑法或民法的一般規定。

而司法裁判主要的工作有兩個部分構成，一個是「確認」抽象地(in

---

<sup>40</sup>參照，PTL2, §35,(b), p227,228

abstracto) 存在於一般規範中的法律構成要件是否在個案中具體地 (in concreto) 存在，這個確認的工作包含規範面 (quaestio juris) 與事實面 (quaestio facti)，因為法院要確認該一般規範在這在案件事實下有效；另一個部分則是在此確認之後，法院要做出符合一般規範中規定的法律效果的命令，法律效果在一般規範中是抽象的，但是在法院的裁判命令中是具體的。

因此，司法裁判不只是「發現」那些之前已經被制訂出來的法律規範而已，不只是具有陳述的 (declaratory) 性質而已，即使在確認層次的工作方面也包含了構成性 (constitutive) 的作用。

在確認階段的司法工作中，除了確認一般規範之效力，即確認識會按照憲法規定的立法程序制訂該規範外，這是像確認犯罪事實一般的事實確認。還必須確認該一般規範在此具體案件中是可適用的，但是由於在法院對該一般案件做出判決命令之前，並不存在著個別規範，並且，該個案事實是否適用一般規範的問題必須由法律規範授權機關去做決定，雖然是否適用的問題是由該權限機關決定，但是由哪一機關以及採取何種程序必定已有法律規範規定了，因此，確認一般規範可否適用的問題便不只是事實上的確認，該案件事實本來僅具自然事實的意義，一旦法律規範體系對此一案件進行是否適用以及由何等機關程序進行之判斷後，該自然事實就被轉變為法律事實<sup>41</sup>。

在法院進行法律事實的確認工作裡，進行的是法律事實創造的程序而非自然事實認知的程序，但是在這個創造法律事實的程序與自然

---

<sup>41</sup>參照，PTL2, §35 (g), p238

認知事實的程序間仍有著類似性，因為這兩的過程都具有著構成性（constitutive）的作用。自然認知的對象在認識過程中被創造出來，就如同作為法律事實的構成要件也是在法院的處理過程中被創造出來一樣。對於自然事實的認知過程也可以被當作對象來加以認識，而其即為哲學上認識論的對象，而法院的認識程序有無瑕疵同樣可以被更上級的法院認定是否有效，程序問題同樣可以作為事實對象被提交到法庭內處理。





## 第四章 純粹法學一二版之間的差異

### 4.1 前言

由於純粹法學的體系十分龐大，要說明這兩版書中凱爾生理論的差異，我想藉助學者 Bulygin 的分析來先對凱爾生的純粹法學進行整理。細究凱爾生的理論，我們可以追溯其建構純粹法學的兩股哲學上的傳統理路，一是康德的認識論哲學，另一脈則是實證主義的哲學脈絡。而因為這兩股哲學上的所可能產生的對立性，所以在將其融合入純粹法學的過程中，勢必產生理解上的矛盾，因此，經常為了能夠融貫的解釋純粹法學的內容，經常必須要對這兩股哲學傳統的見解進行刪減與剪裁。這也是構成了對於凱爾生理論的詮釋產生分歧的原因。

在 Bulygin 的分析中，凱爾生所引得自於康德哲學的思想有以下幾點：（1）本體論世界的區分，應然世界（*sollen*；*ought*）與實然世界（*Sein*；*is*），法律規範作為一個實體存在於應然世界，自然事實、自然實體屬於後者<sup>42</sup>。（2）對於效力以拘束力的概念進行理解，也就是效力的規範性概念。（3）法學作為學科在性質上是一種規範性的科學。（4）最後，其將基本規範理解為先驗範疇。

而其得自於實證主義哲學的主張可以歸納為以下四點：（5）應然與實然的截然區分。（6）對規範概念與價值判斷採取不可知（*non-cognitivist*）的立場，將規範與價值判斷理解為缺乏真假值的命令（*prescription*）型式。（7）凱爾生堅持法的實證性，其意義

---

<sup>42</sup> 可參見前註 20，在第一版的純粹法學中凱爾生便展現出此一理論特徵，將規範的意義世界區分於自然世界的事實。

在於所有的法律規範是由人類行動所創造、消滅。(8)認為描述與命令、描述與評價、理性與意志、法之認識與法之創造、法學與法政策，這五組區分都是截然對立的概念。<sup>43</sup>

如果這組對於凱爾生純粹法學的分析是可接受的，而就其說明而言，前四個主張與後四個主張有潛在的不可相容性。那麼筆者認為凱爾生各自在一二版的〈純粹法理論〉中採取了不同的立場，也就使得其建構的純粹法學呈現了不同的理論樣貌。

## 4.2 規範概念上的異同

一個明顯可立即發現的差別在於，在純粹法學一版中，凱爾生將規範解釋為一種「假設判斷」的關係，其將之定義為一種在法定的構成要件與法定效果間的歸責關係，這種歸責關係只能由應該、應然的範疇型式表現。在二版中，凱爾生則強調規範為的意志行動的意義，是規範設置者要求規範接受者應該如何行為的意志表達，以指令、命令來表現為規範者對於行為樣態的意志。這兩者之間的差別在於，在「假設判斷」的說法中，其說明的是以一般規範為對象，以因果律間結果可被追溯至原因對比於法律效果可被追溯至構成要件，「若 A 則 B」的公式被改造為「若 A 則應該 B」；在二版，則強調發佈規範的意志行動的重要性，也就是將規範導向命令（imperative）的理解方式，而加入禁止、允許、授權這些應然規範的多種樣式。而在第一版中”Rechtssatz”本來是使用來表達此重

---

<sup>43</sup> Bulygin E., An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law, p.301, in <Normativity and Norms>, Oxford: Clarendon Press, 1998

構後的規範語句，但在二版的說明中，其卻被使用來表達對於「規範語句」的描述性概念。由於在一版書中凱爾生並未說明此種「法律判斷句」屬於規範性的命令（prescription）或者是對於規範之陳述（description），因此就必須要從其他的理論概念著手，才能對這個問題有所回答。

承上所述，另外一個重要的差別即在於，在二版的說明中，凱爾生已經意識到「規範」與「規範語句」的區別，而這是第一版的純粹法學未曾提及的，雖然凱爾生在一版中亦表示出認識法律與創造法律的差別。按其二版的理論內容，規範是意志行動的意義，其以效力的特殊型式存在，而規範語句是對於規範應然的描述。規範只有存在不存在、有效或無效的問題而無真假值可驗證，但是規範語句則為真假問題，視其是否真實的描述已存在的規範。由於在一版的說明當中，凱爾生並未察覺「規範」與「規範語句」在意義上的差別。也就是說凱爾生尚未區分認識規範的效力與認識規範語句這兩者有何不同，即使要完成這兩件事情都必須預設基本規範，但是差別就在於其效果。認識規範效力在於認識該規範的拘束力，認識該意志的表達對行動的影響，比如禁止傷害他人此規範將會影響人們行動的選擇，但是在認識規範語句的層次上，重點只在於對於規範存在與否的認識，此處之認識並不意味著接受規範所帶來的拘束力。在二版的純粹法理論中，法學的工作僅僅就在於描述那些存在的法律規範，這是相對明確的。但是在第一版的純粹法學，他將「規範」理解為構成要件與結果之間的對應關係，由純粹法學所提供的此概念究竟屬規範性還是描述性，這問題就涉及了凱爾生的「效力」概念的理論。

在這兩點上差異上，我們產生了一個新的疑問，即凱爾生的純粹法學理論所描述的規範屬於描述性的還是規範性的，這問題也涉及到純粹法理論本身的性質問題，其理論本身究竟屬規範性抑或是屬於描述性的法理論。而一二版所表現的純粹法理論可能在這個問題上呈現出分歧。

在這個問題上，過去的學者間存在著相反的意見，學者 Carlos Nino 認為只有承認凱爾生的效力概念為規範性的而非描述性的才是唯一正確的詮釋，而 Alf Ross 則認為必須要將「效力作為拘束力」從純粹法理論中消除。<sup>44</sup>由於凱爾生純粹法理論的內容複雜，要能清楚的勾勒其理論樣貌並不容易，其中一個複雜容易讓人產生概念上混淆不清之處，就是其創造出的「效力」概念，這在〈純粹法學〉第一版中可以很明顯的感覺出來。

因此本章重要的工作就是透過在第一、二版的純粹法學之間的比較，筆者認為凱爾生在規範概念上的差異可以引伸出下列三組重要概念的比較，本章將對此重新說明之後再加以回答上述這個理論上的爭議。

#### 4.2.1 效力

凱爾生將效力說明為規範的特殊存在態樣，當一個規範被認為有效（valid）的時候，即是說該規範在意義上可被辨識為法律規範，而屬於一個客觀有效的法律體系，也使該規範之內容所對應之行動可被辨識為合法行為。但是問題就在於，一個規範被承認為有效時，

<sup>44</sup> Bulygin E., *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, p.297,

是否蘊含著該規範因此具有拘束力，或者是說有效僅僅意味該規範屬於一個客觀之法律體系。所謂「規範性」與「描述性」的意義在此也可以獲得新的內容，當我們以規範性來說明效力的性質時，指的就是效力是否意味著拘束力與義務性，而拘束力與義務代表的意義就是該規範被證明正當（justified），有根據的（grounded）<sup>45</sup>，而且意味著該有效規範的效力是絕對性的（absolute），一旦經論證為有效之後便不可能以任何型式剝奪其效力；而描述性的效力，則意指該有效規範屬於某存在之規範體系，而且在這個意義上該效力是相對性的，即他可能屬於 A 規範體系而不屬於 B 體系，因此當我們說該規範有效時指的是在 A 規範體系內為有效，在 B 規範體系內則為無效，Bulygin 稱此種意義下的效力為成員（membership）意義的效力<sup>46</sup>，對於規範是否具備成員意義的效力就法實證主義的立場而言，經常是訴諸來源的準則判斷該規範屬於哪個法規範系統，該規範若由此法規範體系之權限機關所創造且後來未被廢棄（derogation），則我們就認為該規範屬於此法規範體系。至於該法規範是否真的由權限機關依其程序而創造，該機關是否具備合法權限，是否後來不再有廢棄，這些問題的答案必須要訴諸於經驗上的事實，規範之成員意義效力之有無屬於事實問題，關於規範成員效力的命題就會具有真假值可供檢驗，檢驗標準就是上述的經驗事實。

讓我們回到凱爾生的純粹法學中來回答這個凱爾生自己所產生的

---

<sup>45</sup> Carlos N. , Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity , p.255, in <Normativity and Norms> , Oxford : Clarendon Press,1998

<sup>46</sup> Bulygin E. , An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law , p.307

問題。凱爾生將法學的性質區別於一般社會科學，法學之特殊性就在於其對象不同，因此兩種學科所使用的方法就不一樣，社會科學使用因果關係來說明描述社會事件或自然事件之間的關係，法學則使用應然歸責的模式，在法律構成要件被達到的時候，做出內容為該對應法律效果的規範判斷。那麼，根據純粹法學所認識到的有效規範，其型式乃是判斷案件中的事實資料是否符合法定的構成要件，然後將對應之法律效果歸於（impute）該事實上，也就是賦予其特殊之法律意義。在純粹法學二版中，規範被定義為意志行動的意義，是某人意欲他人以某種行為方式去行動的意志表現，而法律認識過程就是要把這種主觀的意欲性詮釋為客觀意義的意義，如何區分搶匪情境中的威嚇命令與國家稅金合法徵收，依靠的就是客觀規範意義有無的判斷。所以，這個特殊的法律意義、客觀規範意義之賦予就是把「拘束力」、「義務性」的意義加諸於原本的經驗事實資料之上。因此，我們可以確定，在進行此種歸責詮釋的過程中所產生的規範判斷原則上會被認為具有規範性的效力意義。

其次，令我們混淆規範意義與描述意義的效力的原因就在於凱爾生的規範階層體系，下層規範（被賦予效力的規範）有效的原因在於上層規範的設定，經過這樣一層一層的回溯，我們從個別規範找到一般法典，然後再到憲法。但是憲法還不是法體系效力的最終基礎，在憲法之上凱爾生設定基本規範作為法律規範體系效力的最終基礎，而基本規範卻是一個思想上的方法論設定，無論當他是認識的虛擬條件或者先驗邏輯預設，基本上都是外於整個法律規範體系的，但卻能賦予整個法律體系以效力。而規範有無成員意義的效力，原則上是一個事實的問題，我們總是尋求有無創造規範的行動

事實，來判斷該規範是否屬於某一法規範體系，而基本規範的預設並不是事實的問題，而是如果要認識規範之效力所必須的預設條件。當我們想要知道美國遺產法的規定是什麼的時候，我們並不需要預設對於美國法的效力的基本規範，好讓我們真的知道美國法的遺產規定，美國遺產法對我而言並沒有真正的拘束力與義務性，但是我還是可以認識知道美國遺產法的內容。當我們追問某法規範的效力來源時，當我們追溯到基本規範時，所要問的意義並非是該法規範存不存在與此法律體系內，而是追問「為何該法規範具有拘束力」，而凱爾生的回答就是基本規範：「我當以歷史上第一部憲法的內容為拘束我行動之根據」或者「我當服從憲法制訂者的意志，也就是憲法」。至於凱爾生的回答能否滿足我們對於規範性、拘束力性質說明的要求，則是另外一個問題，也就是基本規範是否合格作為拘束力的唯一來源。

然而，將凱爾生的效力完全等同於拘束力意義並非是唯一的詮釋可能，學者 Alf Ross 跟 Bulygin 就認為至少在凱爾生思想的晚期階段中，規範性的效力意義已被弱化了。而且將效力的性質解釋為規範性概念的拘束力並不相容於凱爾生所堅持的實證主義哲學立場。<sup>47</sup>

即使在〈純粹法學二版〉中凱爾生區分了規範與規範語句之不同，但是凱爾生依然將純粹法學之認識對象設定為「規範」，而非描述意義的規範語句。以此也就意味著「認識規範」此工作應不同於「認識規範語句」的工作。規範以效力的方式存在，效力是意志行動的

<sup>47</sup> Bulygin E., *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, p.310

意義，是以應然範疇呈現的意義，規範語句則是理論認識的對象，以實然範疇的形式出現。規範屬於應然，而規範語句屬於實然，按照凱爾生理論中應然與實然乃截然對立的兩個範疇領域，彼此之間無法互相推導，也就是在應然的命題中不蘊含相對應的實然命題，反之亦然。

但是凱爾生卻嘗試把兩個問題結合在一起，就是（A）特定規範是否屬於某一法律規範體系，以及（B）特定規範是否具有效力。前者屬於實然層面的問題，後者屬於應然層面的問題。凱爾生以其效力理論把這兩個問題結合在一起，他表示：

因為基本規範作為所有屬於統一法律體系之規範的效力根據，所以基本規範構成了這些多數規範的統一性。這個統一性可以表現在下列事實之中：一個法律體系可以以法律語句的方式陳述出來，並且彼此之間不產生矛盾<sup>48</sup>。

基本規範的效力不只賦予所有體系內之規範以效力，而且藉由歸屬效力之最終來源來判斷這些規範是否屬於同一個體系。也就是說凱爾生理論裡規範的效力，一方面指涉了拘束力的意義也同時包含了成員意義在內。我們看到了凱爾生在此所發生的矛盾現象，統一性的判準在於能否以邏輯地認識多數的規範語句，這裡邏輯的認識包含兩種判斷方式，其（一），存在著規範 p 授權有權機關 x 制訂規範 q，而一旦規範 p 屬於法律體系  $\alpha$ ，則由 x 所制訂的規範 q 一樣可被歸屬於法律體系  $\alpha$ 。其（二）是，如果一法律規範 r 歸屬於法律體

---

<sup>48</sup> PTL2, §34 (e), p205



系  $\alpha$ ，則所有可從規範  $r$  的內容中推論出來的規範皆屬於體系  $\alpha$ <sup>49</sup>。而只要加上條件(三)，確定存在著一組規範作為該法體系的原始規範，也就是(一)(二)之中作為來源的規範  $p$  及  $r$ 。藉由著(一)(二)(三)的設定，我們無須效力涉及其中，也可以認識規範語句間的統一性，從而認識成員意義的法律體系。

我們可以良心不服從為例，某一宗教團體的信徒基於其教派之宗教規範而不願意接觸任何武器，因此其拒絕了國家法上服兵役的義務。在此情形中，其教派之規範與國家兵役法的規範明顯的屬於兩個規範體系，我們無法將這兩個規範之產生邏輯地連接起來。但是對該信徒而言，這兩個規範都具有拘束力。

如果我們無須涉及效力的概念，仍能對於規範之歸屬於同一體系之問題有所認識的話，我們就無須堅持凱爾生的對於效力的說明同時具有成員意義以及拘束力意義。但是在凱爾生的法學理論中，如果不涉及效力概念，將無法理解這兩者的意義。或者我們可以說，在最初的純粹法學一版中，並未意識到這兩種效力意義的差別，因此在理論上呈現了一種並存的現象

#### 4.2.2 規範與規範陳述

在前一段的分析中，已經可以知道凱爾生的規範效力連結理論具有的雙重意義，這是無論在第一版或第二版之中都存在著的理論結構，凱爾生或許在第一版之中並未這項理論上潛在的模糊之處，因此其藉由第二版的補充嘗試解決這個問題，因此有了規範與規範語句的區分，但是凱爾生的補充是否將此問題說得更清楚，仍有疑

<sup>49</sup> Bulygin E., *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, p.311

問。學者 Bulygin 即認為凱爾生在純粹法學二版之後在描述與認識的意義上引入了規範陳述的概念，使得所謂法規範命題的規範性產生了自我矛盾的現象，因為無法在描述性與規範性之間做出和解，在凱爾生的理論中這兩者本來是區分的，而即使凱爾生引入 Christopher Sigwert 對於命令應然與描述應然的區分，但也依然是表現出凱爾生混淆了作為語言實體的語句 (sentences as linguistic entities) 與作為意義的命題 (propositions as meanings)<sup>50</sup>。

凱爾生在純粹法學二版特列一段說明規範(Normen;norms)與規範陳述(Rechtsatz; rule of law, normative statement)的區別，這兩者在語言意義上、功能上、性質上皆有差別。在語言意義上規範是命令性的意義，是對於他人行為的某種意志表達，以凱爾生的話來說就是：意志行動的意義，其在語言上表達出意欲他人應該如何行為的意義；而規範陳述則是描述性的語言意義，是關於某一存在規範的描述，其闡明對象所具有的性質或特徵。規範可以藉著語言符號，可能是被寫下來或者被說出來，而表達出來，而除此之外，亦可以別的方式來表達，比如以純粹圖形、顏色等視覺可辨識的方式來施發命令，如交通號誌上以紅綠燈的方式來表達可行進與否的規範；然而在另一方面，規範陳述卻「只」能以語言的方式來表達，其為關於規範的描述語句(descriptive sentences)。由於在語言或文字的使用上，這兩者非常有可能會以完全一樣的形式表現出來，因此便造成了混淆，不過即使如此，其意義並不因此而同一起來。在語言的字面形式上，兩者都共用相同的表現符號，比如「應該(ought)」、「被允許(may)」等等，但是在結構上卻不一樣。一個規範中的「應

<sup>50</sup> Bulygin E., *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, p.306

該」表達的是義務的課予，除此之外，這個「應該」同時也表示出「意志」的重要性。但是在一個規範語句中，「應該」卻並沒有真正的課予義務，也沒有呈現出意志的重要性，他僅僅是在描述性地使用了「應該」這個助詞（modal verb），其並沒有展現應該所具有的語言功能，而僅是指出（indicates）該規範具有此功能。因此在凱爾生的理論中，描述性的應然不能被化約成規範性的應然。他們在語義上（semantic）是完全不一樣的。<sup>51</sup>

而規範陳述的描述性意義在凱爾生的理論中具有何種指涉，根據歐洲學者 Roberto J. Vernengo 的說明<sup>52</sup>，凱爾生理論中描述性意義的規範陳述指涉結構可以被分做這三個層次：（1）該被指涉的規範存在於某依法規範秩序內。（2）該被陳述的規範特定化了一些義務或權利，或者說得更仔細，其指出在特定脈絡下規範所能加以完成的功能，規範除了一般常見的對於行為的強制或禁止，還能授權機關去創造或廢止規範。（3）最後，規範語句對於規範制訂者所給出的那些經驗性的規範素材能夠給予分類上的指示。

換句話說，凱爾生的規範語句陳述的是在現實情況中的法是什麼，比如說在某個法秩序之內，竊盜是被禁止的且對應一個對該違反行為的制裁，那麼，透過規範語句的描述將可指出以下幾點：（1）對於某一情況，在此是竊盜，存在著一個規範。（2）接著，這意味著「制訂規範的機關已經命令法官對於竊盜者給予制裁」此事為真。（3）因此，在理論推論的層次上我們可以說，當這種情況發生時，

<sup>51</sup> 這相關於 Raz 對於凱爾生語義上的非化約論的部分說明。

<sup>52</sup> Roberto J. Vernengo, *Kelsen's Rechtssätze as detached statements*, p.100, in <Essays on Kelsen>, Oxford: Clarendon Press

應該 (ought to) 對該事態進行法律制裁。

在 Vernengo 的說明裡，凱爾生的規範陳述的描述性意義的功能在於對經驗性的規範素材給出理論性的系理推論 (theoretical corollaries)，這是一種類比於康德知識論層次的創造工作，將感官層次的雜多重新構造為理性的知識。

因此，從語言意義上的差別，我們可以得到規範與規範語句在功能上的差別，規範代表的是法律權威 (legal authority) 的功能，規範陳述則是法認識 (legal cognition) 的功能。法律權威創造法律，法學的功能則是在法律權威創造法律之後，去加以認識被創造出來的法律，加以描述<sup>53</sup>。

如果上述關於凱爾生在純粹法學二版中規範與規範語句之區別的說明是可採的，似乎可以認為在純粹法學二版中的純粹法學的對象正是規範語句，規範在被「認識」之前並無法被理性以規範的形式結構起來，而一旦經過純粹法學的知識創造過程之後，規範就會以規範語句的方式被認識。那麼以理論方式所認識的規範，其具備的規範性、效力就會不同於「規範」所具有的，因為就凱爾生自身的理論而言，意志行動的意義乃是應然層次，而思想行動的意義卻是實然層次，命令與描述也是完全不一樣的語言功能。那麼，我們可以說藉由著規範與規範語句的區分，凱爾生在純粹法學二版中的規範理論是一種描述、理論性質的法學知識，而其所謂的規範性將被化約為成員性質的規範效力。也就是透過基本規範的設立我們可以將一系列的法規範認識為同一法體系秩序。而這種認識完全是價值

---

<sup>53</sup>PTL2, p.72

中立、無涉於政治道德意識型態。而所謂將一系列的法規範認識為同一秩序的意義，是指將原本雜亂的規範直觀素材轉化為可得為認識的規範知識體系<sup>54</sup>。

將規範效力詮釋為所謂的成員效力是否過於窄化了凱爾生純粹法學的可能性，要回答這個問題，必須回頭思考凱爾生法學理論的基礎哲學來源，在實證主義與康德哲學傳統之間一旦走向實證主義的方向，是否必然會導致對於康德哲學立場的否定？至少現在看起來，如前面 Bulygin 的分析中，凱爾生得自於康德哲學的思想的幾大命題都無法獲得，包括：(2) 對於效力以拘束力的概念進行理解，也就是效力的規範性概念。(4) 其將基本規範理解為先驗範疇。

因此，為了說明凱爾生理論中這兩大傳統無法妥協的狀況，以下將從基本規範的性質著手將說明，無論是做為理解法律素材的必要預設<sup>55</sup>或者先驗規範知識範疇<sup>56</sup>，其給予規範知識的規範性並不僅限於描述意義或成員效力。

#### 4.2.3 基本規範的性質

在凱爾生的理論中，效力、規範性的概念都要求著基本規範的預設，在第一版的純粹法學中：由於基本規範被預設為有效，建立在其上的法律系統才因此而有效，基本規範賦予了最初的立法者的行動—以及所有依賴於這最初行動的所有行動—一個應然的意義。

*( Given the presupposition that the basic norm is valid, the legal*

<sup>54</sup> 至於在此一規範知識體系內是否容許規範衝突的情形，對於這個問題在此先擱置，容後討論。

<sup>55</sup> PTL1, §16, p33,34

<sup>56</sup> PTL2, §34 (d), p202,203

*system resting on it is also valid. The basic norm confers on the act of the first legislator - and thus on all other acts of the legal system resting on this first act - the sense of 'ought' )* <sup>57</sup>

凱爾生以基本規範的概念作為理解法律為規範性系統的必要預設，只有透過基本規範這種方法，法學理論的知識才能獲得真正的客觀性與價值中立 (value free)。但是其所賦予的規範性性質如何，並沒有在理論中獲得說明。

為了回答這個問題，筆者將藉助著名學者 J.Raz 的一個概念性區分來著手，其認為若要處理規範性的問題，我們可以將規範性做兩大分類，一是證立性的規範性 (justified normativity) 另一種是社會的規範性 (social normativity)。證立性的規範性，如字面意義所言，其意旨某些行為的標準唯有要能夠被證立 (justified) 其才能成為規範，其證立方式不一定，有可能是根據客觀且普遍有效的理由，也可能是根據個人承諾或直覺接受為有拘束力。<sup>58</sup>社會性的規範則不求之於規範本身的優處，而是只要社會會以其為標準對成員施予壓力，接受其為有拘束力的標準，其就具有規範性。<sup>59</sup>使用證立性規範性的法理論認為，只有在人們視規範為正義的並且視之為道德觀點的一部份的時候，該法律規範才可以被視為是有規範性的。而持社會性規範性觀點的法理論則認為，法規範並不需要以人們對於規範優劣的判斷為標準，來檢視法規範是否具有規範性。自然法論的論述屬於前者，而實證法主義則屬於後者。

---

<sup>57</sup> PTL1, §29 ,p58

<sup>58</sup> J.Raz , Kelsen's Theory of the Basic Norm, p.57, in <Normativity and Norms> , Oxford : Clarendon Press,1998

<sup>59</sup> 同前

Raz 便嘗試論證凱爾生的法學理論所使用的是證立性的規範性。Raz 認為，由於凱爾生並不接受社會性規範性，因此他才區分了主觀應然與客觀應然，並主張只有具備客觀應然意義的規範才是法律規範。而於主觀應然跟客觀應然這組區分相關的是主觀價值與客觀價值的區分。客觀價值由客觀有效規範組成，而主觀價值僅僅是某個別意志針對於一對象的關係。而該對象符合該個別意志就是正面價值，反之則為負面價值，而對於符合與否的判斷就是所謂的價值判斷。因此，一個禁止命令就是對一個行為的價值判斷，而在凱爾生的理論中，一個主權者的命令如果在不預設基本規範的前提下，將僅僅是一個主觀的價值判斷而已。凱爾生也承認的確有可能不一定要預設基本規範的存在，他說基本規範「可以」被預設，但「不一定必需要」被預設，就如同人際關係「可以」被視為是法律上的關係，但不一定非如此不可。(the fact that the basic norm of a positive legal order may but need not be presupposed means: the relevant interhuman relationships may be, but need not be, interpreted as "normative", that is, as obligations, authorizations, rights, etc. constituted by objectively valid norm ) 也就是說存在著另一種詮釋的可能性，僅僅將主觀價值判斷詮釋為純粹的權力關係，也就是詮釋為社會性的而非法學性的。<sup>60</sup>

凱爾生的這段說明，代表的是說，其區分出的主觀應然、客觀應然，主觀價值判斷、客觀價值判斷，區分意義在於前者（主觀應然、主觀價值判斷）會廣泛的被理解為社會性規範性意義，而後者（客觀

---

<sup>60</sup> RR2, §44

應然、客觀價值判斷) 如果要作為特殊的規範類型而存在，其必然會是具備證立性規範性意義。原因在於因為社會性規範性並不能將人際間的特殊關係詮釋為課予義務、授與權利這些法學性質的意義，只有使用證立性規範性的概念，我們才能將這些關係理解為法律規範系統。

正是由於凱爾生在理論中一方面使用了社會性規範性來說明主觀應然與主觀價值的社會關係，另一方面則為了價值中立與客觀性的理論目的，使用了證立性規範性在一般性的社會關係中，將法律規範系統特別地詮釋出來。才因此產生的凱爾生理論中規範性性質的疑問。

然而此處尚有一個待處理的疑問，亦即，由於此處的證立性規範性必須是建立在道德善與正義的觀點上，而凱爾生的純粹法學的最終理論目的卻是要擺脫一切政治與道德上的意識型態，那麼基本規範所賦予的證立性規範性是否還能根據於道德善與正義？Raz 在此處的回答則是，凱爾生以「效力」取代「道德善與正義」作為拘束力的根據，並且將法律本身理解為具有歷史性力量的特定意識型態 (the law may be considered as the specific ideology of a certain historical given power)<sup>61</sup>。

#### 4.3 小結

在本章的說明中，透過幾篇二手文獻與學者對於凱爾生理論的分析，筆者嘗試去回答凱爾生的法學理論應該被理解為規範性理論或

<sup>61</sup> Kelsen, "Value Judgments", p.329~30, in 'What is Justice', university of California press, 1957



者描述性理論？

筆者以為，在不同的時期不同的著作中，在這個問題上凱爾生表現出了不同的立場。首先，在第一版的純粹法學中，由於凱爾生並未區分出規範與規範陳述，在此一版本將規範視作為所謂的「假設判斷句」，其內容為將特定法律要件之發生連接到特定之法律效果，筆者以為在「假設判斷句」語言構造裡，其內容一方面可以是純粹描述性的，另一方面也可以是對於某權威機關的規範性命令，因此在這樣的觀念說明底下，似可認為在第一版的純粹法學中，凱爾生的規範理論呈現的是規範性理論與描述性理論並存的樣貌。

而在第二版的純粹法學中，由於凱爾生明確的區分規範與規範陳述，無論是語義上或功能上都有差異，並且將法學的任务界定在理論的認識，因此其法學理論在此呈現為一種描述性的意義。<sup>62</sup>

最後，則透過 Raz 的概念分析說明凱爾生法學理論中的證立規範性，在 Raz 的論證分析中，其可以適用於前後兩版本的純粹法學，凱爾生的純粹法學理論必然成為一種規範性的法理論，效力本身就成為了規範拘束力的來源，而法學不能不預設效力，否則規範便不具備任何意義。藉由不同學者間的詮釋所產生的分歧，更凸顯了凱爾生法學理論中互相對立的哲學傳統部分在其規範理論中混合出現的情形。

如果要就本章做出一暫時性之結論，筆者可能會說在純粹法學二版

---

<sup>62</sup> 筆者在此的結論不同於 Bulygin 對於凱爾生理論分期的說明，在前述論文中，Bulygin 認為凱爾生理論前期(1940 年以前)呈現康德哲學與實證主義元素並存的現象，而中期(1940~1960 純粹法學二版屬於此一期)則為轉變階段，後期(1960 之後)則充滿著實證主義的精神。在此特列說明。

中的凱爾生為「規範」與「規範陳述」做出系統性的理論區分使得二版的規範理論不同於一版的最大重點。至於對於基本規範的性質所有不同，但是由於皆將基本規範設立為理解應然世界意義的前提條件、或先驗預設，無論是哪一種說明本質上並未影響其整體規範理論的構造。

另外，在本章最後則引伸出一個新的問題，如果凱爾生使用證立性規範性作為法學知識規範性唯一的根據，那麼，要如何讓規範性的拘束力根據於非道德、非政治意識型的基礎之上？即如 Raz 所言，效力取代「道德善與正義」作為拘束力的根據，其是否可能？



## 第五章 規範與規範陳述之間的關係

### 5.1 描述性應然的性質

無論是在第一版或者是第二版的純粹法學，凱爾生皆強調法學家與立法者在法律系統功能上的差異，前者做為認識規範的功能，後者則為設立規範的功能。不過已如前述，在第一版的純粹法學中，凱爾生本人並未意識到相同的文字語句可能反映出兩種不一樣的語言功能，也就是規範與規範陳述（規範語句）的差別<sup>63</sup>。前者為設立、發佈規範，後者則是描述規範。而這兩者的差別則在純粹法學二版中獲得了較為系統性的說明：規範表現為一種意義內容，指令（prescribe）出應然的意義<sup>64</sup>。規範陳述則是由法學形塑成的陳述，其描述（describe）應然。規範陳述則對應於其所描述的規範，其中存在著一種對應關係<sup>65</sup>。規範是應然語句，而規範陳述由於是在描述某實體之存在，因此其為實然語句。對凱爾生來說，應然與實然語句的差別即在其意義之不同，應然語句透過發佈命令的動作影響人類的心裡與行為可能，實然語句則描述實體，這兩者對人類的活動而言具有不同的意義。

筆者在這張所要處理的問題即是，如果如凱爾生在純粹法學二版所做出的界定，純粹法學將直觀的規範材料加以重新構造

（reconstruction），從而使得法學是在一個描述性的意義上創造了其對象，也就是對於實證法重現並描述性地重造了規範的應然

<sup>63</sup> 根據學者的研究亦指出，在其早期著作，即 1934 年以前的 *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, *Allgemeine Staatslehre* 以及 *Reine Rechtslehre* 皆反映出這點。

參閱，Uta Bindreiter, *Why Grundnorm?*, p.96, Kluwer law international, 2002

<sup>64</sup> PTL2, p 71 p74

<sup>65</sup> PTL2, p78~81

( "representation" of the positive law and "descriptively" reproducing the ought of the norms )<sup>66</sup>，那麼重造過後的規範陳述中的應然語句是否失去所有規範性的性質？由於規範並非自然世界的實體，所以法學並不像自然科學那樣可以純粹的描述某一物體的存在，規範陳述是對於規範效力、存在的描述，所以如果沒有規範的存在，規範陳述不可能成立，而由於規範的存在（效力）來自於上層規範的效力賦予，而最終必將回溯至基本規範，但是我們卻不能描述基本規範的存在，因為基本規範本身是所有規範效力的根據，描述性地陳述基本規範的存在並不能使其他規範獲得效力。也就是說，規範陳述的成立也必須要預設基本規範的效力，那麼所謂的規範陳述是否能保持純粹的描述性就有待討論了。<sup>67</sup>因此，規範陳述中的應然其性質如何就成爲了一個問題。

要回答這個問題我想可以先從「如何詮釋凱爾生純粹法學理論中描述性應然（descriptive ought）的性質」開始著手，由於在凱爾生的純粹法學理論中存在著規範與規範陳述這兩者的區份，因此一旦要處理規範陳述中的描述性應然，必然要回答其與規範中的應然的差異問題，因此這個問題其實也就是在處理在比較「重構後的規範陳述」與「原始的規範材料」之間的關係。

學者 Uta Bindreiter 以 M.Golding 與 H.Hart 的詮釋來對此進行說明，Golding 認爲凱爾生規範理論中的描述性應然是對於規範的重

---

<sup>66</sup> GTLS, 轉引| Uta Bindreiter ,p99, 2002,

<sup>67</sup> 此一問題來自於論文發表會上林中鶴先生提問的啓發，感謝當時的討論讓筆者對於此問題有更清楚的認識。。

建，在其中規範卻僅是被提及（mention）而已，可稱此一詮釋方式為「應然的描述性提及」（descriptive mention of “Ought”）；Hart則認為規範陳述並不只是提及了規範而已，而包含提供了規範意義（Sinn of legal norm）的功能在內，另可稱之為「應然的描述性使用」（descriptive use of “Ought”）<sup>68</sup>。

學者 M.Golding 認為這對於凱爾生來說並不是一個難以區分的困惑之處，因為這兩者對於「應然語句」最大的差別就在於使用（using）與提及（mentioning）的差別。當法權威機關使用應然語句的時候，是在一個合適得情況下發佈命令、企圖影響人們的行為方式，他是真正的使用了應然的意義；而那些包含有原本規範的語言形式，被以陳述的方式呈現，在其中僅是提及而並無使用應然的意義。在他的說明裡，使用與提及是對於語言表達的不同意圖而產生的，比如當我們說「小心！那隻狗會咬人！」使在意圖警告他人，而非是去解釋那些語詞的意義；而當我們說「英文中 dog 是由三個字母組成的單字」我們意圖給予一些關於這個語詞的資訊，因此在這句話中，僅只是提及（mention）了 dog 這個字。

Golding 並強調在規範與規範陳述之間並非簡單的對應關係（one-to-one correspondence），當規範被包含在規範陳述裡呈現時，其並非是複製原本規範而已。因此，要比較規範陳述相對於規範處於何種地位，思考這兩者的差異，我們可以說藉由純粹法學的認識重建過程，將原本的規範重現為規範陳述，在規範陳述中原本規範中的應然則只是被描述性的提及，做為陳述內容中的一項資

---

<sup>68</sup> Uta Bindreiter, 2002, p.103

訊。<sup>69</sup>

至於 Hart 的詮釋，則以詮釋性翻譯來類比於凱爾生的規範陳述，翻譯做為一種語言行動，可能可以「描述意義的命令」來予以稱呼，在規範與規範陳述之間的關係就像是原文使用者與原文翻譯官的關係。其舉例說明：一德國軍官在巡視監獄時，命令犯人起立，但是這個犯人來自英國，並不懂德語，因此需要一個翻譯官來把德國軍官的命令翻譯給該英國犯人知道，那麼在這種情形之下，該翻譯官對於犯人的陳述是屬於哪一種語言行動的類型呢？首先，這顯然並不是涉及了原規範的釋義，因為翻譯過的英文跟原來的德文原意都一樣是「起立！」；再者，翻譯官也並非設立一個新的命令，因為翻譯官本身無權限發佈命令。他所做的純粹只是把原命令翻譯成英文而已。

在這個情形中，Hart 認為翻譯官必須描述性地使用命令的語言模式，然而，問題卻在於一個有智性的翻譯官其所做的必然是超出了純粹描述性的使用，因為翻譯官必須要對於原始的命令有所解釋，如有必要還必須要總結其實質內容，換句話說，其將原始的命令轉化為理性的重構（*rational reconstruction*）<sup>70</sup>，重要的是，他仍然要將原始命令的意義傳達給囚犯知道，原始命令對囚犯而言是具規範性、拘束性的語言行動，那麼翻譯官的翻譯必須要將這部分的意義也表達給囚犯，因此，翻譯官的語言行動必然包含著某種複製（*reproduction*）的性質在內。

<sup>69</sup> Uta Bindreiter, 2002, p.103

<sup>70</sup> Hart H.L.A., *Kelsen Visited*, p.76, in <Normativity and Norms>

雖然 Hart 跟 Golding 一樣都認為在規範陳述與規範之間存在著理性重構的作用，但是 Hart 強調的是在凱爾生的理論中，法律科學的主要任務是賦予事物以法律規範的特殊意義，而如果要完成這項工作，規範陳述就不能僅是”提及”到應然語句，其必須在語用上要真正的使用應然語句，因此，為了區別於原始命令中的規範應然，Hart 將翻譯官的那種特殊語言行動稱為描述性意義的命令（an order in the descriptive sense）。

從這兩種對於凱爾生規範陳述的詮釋來看，兩方面皆主張在法律科學的認識過程中存在著人類理性重構的環節，這個癥結點指向的即是凱爾生規範理論中的一個重要預設，即基本規範做為認識規範效力的預設條件，這一點是凱爾生規範理論中的重要主張，其主旨在說明認識應然規範的過程中理性運作的創造部分，當主觀應然、個人的權威命令要轉變成為具有符合客觀普遍條件的法律應然規範時，其所必須具有的認識條件。

要在這兩種詮釋中選擇，就將會牽涉到純粹法學對認識條件的設定，在 Hart 的詮釋中，其承認並不只是完全的複製原命令，還包含有其自身的理解與解釋，這就是其所謂的理性重建過程，但是值得討論的是，這個理性重建過程是否僅指所謂的認識理性？在其語言行動過程中會涉及實踐的問題，他可能會考慮當時的情況對於命令有所調整，比如當時軍官乃是對所有囚犯命令起立，而在那之前英國囚犯正在做同一個軍官命令做扶地挺身的處罰，在這個情況就出

現了後出現的一般性命令是否可以撤銷掉前一個個別命令的處罰，翻譯官可能就必須要考量這兩個命令內容以外的規範來考量這兩個規範之間的關係。在回答這個問題前，可能要先理解凱爾生對於規範之間的推論及衝突的發生的說明，也就是要處理命題邏輯是否可以適用在規範間的問題。

## 5.2 規範邏輯的適用

### 5.2.1 規範的三段論與理論三段論

凱爾生認為規範的三段式推論無法成立，原因在於規範的效力無法僅由推論、即思考的活動所產生，理論的三段推論(theoretical syllogism)之大前提是一個具有真假值的陳述語句，小前提與最後的結論同樣也是一個陳述語句，命題邏輯中的推論關心的不是語句內容究竟為真為假，而是說明了這種語言使用形式。邏輯宣稱的是如果大前提與小前提為真，則我們可以推論出(infer)的結論必然為真。而凱爾生認為其結論之所以為真乃是因為結論本身早就蘊含(implicit)在前提之中，而所謂的推論(infer)其實也只是說出了「蘊含」這個事實。也就是說推論並沒有說出在前提以外的任何陳述的真，而僅是使得原本隱含在前提之中的陳述的真值顯現(explicit)出來。前提與結論並沒有優先順序的關係，邏輯的思考對象是思維活動的“意義”，而不是那個活動本身，因此做為結論的陳述的真值不需要另一個不同於前提的思考活動。「『蘇格拉底會死』這句話的真因此是蘊含在『所有的人都會死』這句話的真之中，因為在一般陳述的意義與個別陳述的意義之間並不需要有個別陳述的思考活



動來介入。」<sup>71</sup>

但是在規範的三段論中。做為結論的規範與作為前提的規範他們的關係並不如同陳述之間具有蘊含的關係。以凱爾生所舉之例為說明，

1. 如果一個人做出承諾，則他應該遵守承諾。
2. Maier 承諾要支付 Schulze 一千塊錢。
3. Maier 應該要遵守承諾支付一千塊錢給 Schulze。

這個三段論法表示當有 1.這個一般規範，而發生了 2.這樣一件事實，那麼我們可以從 1.跟 2.推論出 3.這個個別規範。但我們必須注意規範的三段論法跟理論的三段論法的不同。在理論的三段推論中作為大前提的是

1. 人會死
2. 蘇格拉底是人
3. 蘇格拉底會死

在 2.的句子中表示的是說蘇格拉底具有人的性質，而 1. 表示的是說人具有會死的性質，因此蘇格拉底具有會死的性質為真。然而在規範的三段推論中其前提 1.並不表示承諾具有被遵守的性質，而是表達了一個應然的意義，應然的意義並非是「承諾」此概念的一項

---

<sup>71</sup> GTN , Ch 58, pp 231, Oxford : Clarendon Press, 1991

性質，自然無法從前提 1.跟 2.得出結論。

如果我們整理一下凱爾生關於法律規範適用的說明，我們可以發現在他的規範理論中，規範與規範之間無法僅憑著命題邏輯思考而推論得出，也就是說其認為規範與規範之間不存在著邏輯的連結，因為規範只有效力問題與存在問題，而存在與否並不依賴於理性邏輯的蘊含關係。

其認為客觀的認識法律只是法官任務的一部份，純粹性的認識法律並不足於對個案下判斷，也就是說法官進行審判時所進行的並非只是一項法律認識的任務，其尚包含一項設立個別規範的任務，由於做出判決這一個行動所具有的規範意義，並不是產生自邏輯思維的活動，光是憑藉著「想」是無法做出判決的、創造應然意義的。應然的意義必須要藉由意志行動加以創造。

### 5.2.2 規範衝突與矛盾律

那麼在一個規範秩序之中是否容納得下相衝突的規範呢？凱爾生的理論是否如某些看法一般地認為法秩序會是圓滿一貫的？或者法律認識的任務在於將規範體系解釋、表達為一個圓滿一貫的系統呢？以下將先看看凱爾生對於規範衝突的看法。

首先，凱爾生認為兩個規範間的衝突意味其中一個所宣告的義務與另一個所宣告的義務無法相容，因此服從或應用其一將必然或可

能地違反另一個。<sup>72</sup> 但是衝突並非意味失去效力，反而這兩個規範必須都是有效的，才會發生衝突。當陳述發生衝突時，其一必為真而其一為假。因此，並不能將邏輯的矛盾律以效力的類推而適用於衝突的規範之間。規範間有衝突，代表兩個皆有效皆存在，如果沒有一個規定發生衝突該如何處理的規範，事實上我們也不知道何者為有效何者無效。規範的效力可以被撤銷，而陳述的真卻無法被取消。因此，效力與真值無法類推適用。正如同凱爾生所言，*規範之衝突是令人不快的事態，但卻是可能且非不常發生。*<sup>73</sup> 既然是令人不快的狀態，表示這衝突需要被解決，只是不是以邏輯矛盾律的方法解決。如上所述，必須要由另一個規範，另一個意志行動的設立來解決。這樣的一個規範就是減損規範(derogating norm)，它的對象是規範，可以使規範失去效力，也可以使規範宣告為義務的範圍縮小。比如，我國刑法第廿二條：業務上之正當行為，不罰。這也就宣告了凱爾生認為陳述邏輯的矛盾律不適用於規範衝突的立場了，因為只有另一個意志行動的表述才可以撤銷或限制規範的效力，而非邏輯的思考。

綜上所述，凱爾生否定了命題邏輯適用於規範的可能性。他認為「法學沒有資格透過解釋來解決規範衝突，亦即法學沒有權限去廢除已創設規範的效力，就如同法學沒有創設有效規範的權限。」<sup>74</sup> 凱爾生認為邏輯可以適用的對象只有規範陳述，就是關於規範效力的

---

<sup>72</sup> GTN, Ch29, pp 123

<sup>73</sup>GTN, Ch29, pp 125

<sup>74</sup> H. Kelsen, ATN, S 103, ders Derogation, S 273 轉引自 王鵬翔 <規範與邏輯 Hans Kelsen 晚期規範理論之研究> p 99

陳述，其意義為在表達一項規範具有效力或不具有效力，若該規範具有效力，而規範陳述表示為「這個規範有效」，則此一規範陳述為真。因此，適用於規範陳述的合理之三段論邏輯可以表示為：

1. 一個一般規範「每個人都應該遵守他的諾言」是有效的
2. 有一個意志行動其意義是「A 應該遵守他的諾言與 B 結婚」
3. 因此小前提中所引述的行為，其意義是一個與一般規範相對應的個別規範

這三個句子都是可以判斷真假的陳述句，只是這樣的例子似乎看不出來有什麼邏輯推論在其中。但如果換個例子也許可以比較清楚：

大前提：如果一個意志行動是被實證法律或道德的有效規範所授權，則這行動的主觀意義同時也是其客觀意義。

小前提：一個一般規範「每個人都應該遵守他的諾言」有效

M 承諾要支付 S 一千塊錢

M 或其他社群成員表現 (perform) 出一個意志行動，其主觀意義是 M 應該要支付 S 一千塊錢

結論：上述的那個意志行動其主觀意義同時也是其客觀意義，即是一個有效有拘束力的規範。<sup>75</sup>

從這個例子我們比較清楚的看到邏輯推論的過程，其作用在於為

---

<sup>75</sup> 此處所舉之例子綜合 H. Kelsen, GTN, Ch58, pp 253 與王鵬翔 <規範與邏輯 Hans Kelsen 晚期規範理論之研究> p 107 所得。

一個意志行動的主觀意義確認出客觀的意義。大前提中的假設表示了一個要具有客觀意義的規範所要具備的條件，小前提中的意志行動則符合的那個條件，因此他是具有客觀意義的規範。因此，第一個例子中的對應(*correspond to*)其表示的是兩規範間效力的連結具有產生客觀意義的作用。凱爾生這個規範陳述的邏輯三段論事實上仍是一個理論邏輯的三段論，其功能在於提供認識一個規範秩序下的規範其客觀意義。雖然沒有為規範設立新的規範邏輯，但這個邏輯三段論並非無效，也不是沒有意義。

### 5.3 小結

在凱爾生的純粹法學中，規範陳述成為了原始規範經過理性重構後的產物，在 Hart 的詮釋版本中，規範陳述的性質並不只限於描述性的複製(*reproduce*)原始規範，規範陳述乃是一種規範語言的特殊使用，在規範陳述中仍然帶有規範的應然意義。但是從 Hart 所舉的例子來看，翻譯官所做出的語言行動並不只是基於理論認識的規範陳述，其必須包括基於實踐理性上的考慮而做出陳述。

在第一小結中所提到的例子，軍官的命令內容前後有重疊、衝突的時候，按照 Hart 的詮釋，由翻譯官所進行的理性重構中，他就不能只是一五一十的翻譯原命令，他必須要做出一個真正合適當時情況的語言行動。然而在凱爾生對於規範邏輯的說明中，規範衝突雖然令人難以忍受，但是解決規範衝突並不是純粹法學的任务。Hart 或許認為規範陳述是對於規範的重建，而規範的存在雖有可能相衝突，應然世界可能存在的不安定的情況，但是在理性認識的法學知

識中，卻必須要將這雜亂的規範互斥的情狀加以整理。但是凱爾生的純粹規範理論僅僅是提供認識規範之先驗條件，這些先驗的條件並不涉及經驗中的規範，因此一旦發生規範衝突，法學的任务只是如實的描述出來而已。



## 第六章 結論

凱爾生的純粹法學第一版與第二版相隔 30 年，其基本理論架構在應然世界與實然世界的二元對立上。在第一版當中，凱爾生將規範視為連結特定法律要件與法律效果的歸責關係，其稱之為「假設判斷句」。其語言形式可以容納應然意義的規範與實然描述意義的規範陳述，但是應然與實然並不就因此而不再對立。因此對於其純粹法學理論之定位產生混淆。

到了純粹法學二版，凱爾生區分規範與規範陳述，並且將規範理解為意志行動的意義，而規範陳述乃是對於規範存有之描述，而純粹法學之任務即在於提供認識規範之先驗條件，並且對於規範之存在與否進行描述。

正如同康德在純粹理性批判中間到：「知性和理性脫離了一切經驗，能夠認識什麼？認識多少？」<sup>76</sup> 凱爾生純粹法學同樣在追問，法律知識脫離了一切經驗之後，還剩下什麼？這個問題的答案，就是基本規範，其存在先於所有規範，並且賦予所有規範效力的形式。

而純粹法學做為一門法哲學，其乃是一種對於規範知識的理論探究，其客觀性立基於純粹的理論認識，其描述基於基本規範我們可以認識到的規範。而在純粹法學的理性創造之下，主觀意義的規範應然才被重建客觀有效的法律體系。

---

<sup>76</sup> 康德，純粹理性批判, A17, 聯經

最後，我想以凱爾生在純粹法學二版中的附註中的一小段回答做為結束，其本來是要回答「是誰預設基本規範？」這個問題。

基本規範由所有想要把創造憲法的行動的主觀意義詮釋為行動的客觀意義，即客觀有效規範，的人所預設。這個詮釋僅僅是認識的功能，而非意志的功能。因為，做為認識的法律科學只能描述規範，而無法下令也無法創造規範。<sup>77</sup>



---

<sup>77</sup> PTL2, 註 72, p204



# 參考文獻

英文作者

**Bindreiter, Uta**

2002 <Why Grundnorm?-A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine> , Kluwer law international

**Bulygin, Eugin**

1998 <An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law> , in <Normativity and Norms> , Oxford : Clarendon Press

**Hart, H.L.A.**

1963 <Kelsen Visited> , in UCLA Law Review

1994 <The Concept of Law, second edition> , Oxford : Clarendon Press

**Kant, Immanuel**

2004 <純粹理性批判> , 譯/鄧曉芒 , 聯經出版。

**Kelsen, Hans**

1934 <Reine Rechtslehre, Ein Leitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik -1.Auflage-> , Leipzig und Wien : Weihert-Druck



1943 <General Theory of Law and State> , tran:Anders Wedberg ,  
Massachusetts:Harvard University Press

1957 <What is Justice – justice, law, and politics in the mirror of  
science – collected essays by Hans Kelsen> , Berkeley and Los  
Angeles: University of California Press

1960 < Reine Rechtslehre , mit einem Anhang: das Problem der  
Gerechtigkeit> , Wien : Franz Deuticke

1992 <Introduction to the Problems of Legal Theory> ,  
tran:S.L.Paulson & B.L.Paulson , New York : Oxford University Press

1970 <Pure Theory of Law> , trans:Max Knight , Los Angeles,  
London : University of California Press Berkeley

1991 <General Theory of Norms> , trans:Michael Hartney , Oxford :  
Clarendon Press

**Nino, Carlos**

1998 < Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity  
> , in <Normativity and Norms> , Oxford : Clarendon Press

**Raz, Joseph**

1998 <Kelsen's Theory of the Basic Norm> , in <Normativity and Norms> , Oxford : Clarendon Press

**Paulson, Stanley**

1992 <Introduction> , in <Introduction to the Problems of Legal Theory> , New York : Oxford University Press

**Peters, Bernhard**

1996 <On reconstructive legal and political theory> , in Mathieu Deflem (ed.), Harbermas, Modernity and Law. , London : Sage Publications

**Searle, John**

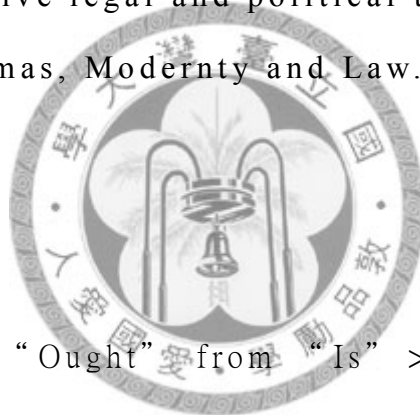
1964 <How to Derive "Ought" from "Is" > , Philosophical Review 73 , New York : Cornell University Press

**van Eikema Hommes, Hendrik J.**

1979 <The development of Hans Kelsen's concept of Legal Norm> , in Major trends in the history of legal philosophy , Amsterdam : North Holland,.

**v. Wright, Georg Henrik**

1998<Is and Ought> , in <Normativity and Norms> , Oxford: Clarendon Press



**Vernengo, J.Roberto**

1986 <Kelsen's Rechtssatze as detached statements> , in <Essays on Kelsen> , Oxford : Clarendon Press

**Wilson, Alida**

1986 <Is Kelsen Really a Kantian?> , in Essays on Kelsen , Oxford : Clarendon Press

中文作者

**王鵬翔**

1998<規範與邏輯：Hans Kelsen 晚期規範理論之研究>，台北：政治大學碩士論文

**王照宇**

1999 <理性論證與詮釋權利—對法學知識的理論反省>，台北：台灣大學碩士論文

**楊道弘**

2006 <純粹性的追求—Hans Kelsen 的基本規範理論>，台北：台灣大學碩士論文

**顏厥安**

1998 <法與實踐理性>，台北：允晨文化

2004 <規範、論證與行動>，台北：元照

