



國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

從社會法治國到法治原則：論Franz Leopold Neumann  
法治觀的轉變

From sozialer Rechtsstaat to the Rule of Law: On the  
Transformation of Franz Leopold Neumann's Conceptions  
of the Rule of Law

廖佑祥

Yu-Hsiang Liao

指導教授：顏厥安 博士

Advisor: Dr. Chueh-An Yen

中華民國 114 年 6 月

June, 2025

國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

從社會法治國到法治原則：論 Franz Leopold Neumann 法  
治觀的轉變

From sozialer Rechtsstaat to the Rule of Law: On the  
Transformation of Franz Leopold Neumann's Conceptions of  
the Rule of Law

本論文係廖佑祥君（學號: r09a21007）在國立臺灣大學法律  
學系完成之碩士學位論文，於民國 114 年 1 月 14 日承下列考試  
委員審查通過及口試及格，特此證明

廖佑祥

指導教授：

廖佑祥

口試委員：

廖佑祥



## 謝詞

這本論文的論述，仍然不甚完整，甚至有待往後進一步更改。不過，無論如何，學位考試完畢後，我仍感到鬆了口氣，也有餘裕簡單回顧寫作的過程。篇幅較長的學術寫作，對我而言確實是新鮮事，彷彿駕駛一艘巨舟，隨時要留心航路、方位，以及是否需要帶著重負緩緩轉向。

在寫作期間，深感受到許多人的幫助，沒有他們，這本論文不可能完成。首先，我必須感謝指導教授顏厥安老師的協助。儘管我讀書不多、不時突發奇想，老師仍然願意悉心提供修改建議，尤其限縮討論範疇方面（初學者一開始總是太過貪心）。在對寫作方向感到猶疑時，與老師討論也讓人更有信心繼續動筆。擔任口試委員的鍾芳樺老師與王照宇律師，也在緊湊的口試環節，給予我許多寶貴回饋。鍾老師非常仔細點出論文的缺失，王律師則提出許多跳脫既有框架的思考，令人受益良多。指導老師與兩位口委的建議，有部分已經納入本論文，可惜有些部分，礙於時間或能力限制，只能留待未來繼續研究。

除了指導老師與口委，我也受到親朋好友非常多的幫忙，這並不亞於、也不限於學術方面的助益。我要特別感謝祐瑄、翊軒與頌安，願意多次閱讀論文初稿並與我討論，以及璿元在論文只具雛形時，閱讀後提供的修改建議。他們是本論文的助產士。也要謝謝亦民、靖庭、怡廷、暉旭等在寫作過程的鼓勵，使已經遲滯的論文進度有莫大進展。本論文有部分靈感源於基法組必修課的思考，謝謝當時帶領與參與討論的老師與同學們。我也感謝一穎、皓程等所主持的讀書會，以及所有參與過的研究生，例如靜之、懋棋、伯翰、探悠等，在略嫌苦悶的時期，非常高興能與各位讀書討論，甚至某些討論主題直接啟發了論文的某些段落。我更要謝謝我的家人，願意支持我的碩士學涯。以上所提必定有所遺漏、過於簡略，我只能在此再度感謝為我寫作或碩士學習提供幫助的人們。當然，文責概由作者自負。

佑祥 2025 年春 於台北



## 中文摘要

本論文旨在研究 Franz Leopold Neumann 的法治觀的變遷。Neumann 的法治觀與其整體理論關聯密切，因而，我們必須參酌他的整體理論發展，將法治觀的發展區分為三個階段：1933 年流亡前、1933 年到 1940 年〈論自然法的幾種類型〉出版前、1940 年〈論自然法的幾種類型〉出版後。本研究使用三個軸線，亦即（1）方法論軸線、（2）經濟秩序軸線、（3）國家觀與權力分立軸線等，統整他的法治觀的諸多要素，以徹底理解他的法治觀。

在 1933 年流亡前，Neumann 的法治觀是社會法治國，這是一個廣包的法治觀。從第一本博士論文的批判相對主義，Neumann 發展出功能變遷理論的方法論。社會法治國的概念指出，威瑪憲法的終局目標是社會主義式的經濟秩序。依循憲法開放性之概念，Neumann 將威瑪憲法作為改革的框架，這使他的方法論與實質主張結合在一起。Neumann 支持議會中心主義，以工會與立法者為核心追求社會主義理想，是故，Neumann 認為法官的違憲審查權會妨害威瑪憲法的社會主義目標。

在 1933 年到 1940 年〈論自然法的幾種類型〉出版前，Neumann 經歷兩個小階段：流亡初期與《法治》一書出版後。流亡初期，出於對德國政治情勢的失望，Neumann 轉向基進的馬克思主義，提出以階級分析為基礎的權力分立觀，以及追求以平等公民地位為前提的擴大的民主。這兩種觀點在他後來的理論中沈潛並延續著。《法治》一書則發展出一套更深化的唯物辯證方法論，並據此將法治連結到特定的法律觀與國家觀。承襲功能變遷理論與馬克思主義，他提出一套法社會學（the sociology of law），建構出法律與社會間、自由與制度間、主要自由與補充性自由間、制度與制度間的辯證結構。Neumann 區分出理性（rationality）與理性主義（rationalism），而法治是現代國家當中，協調理性與理性主義的機制。是故，法治得以橋接法律所具備的理性（ratio）與意志（voluntas）要素。法治一方面依賴國家的強制力，另方面也限制國家絕對主權的行使。依據《法

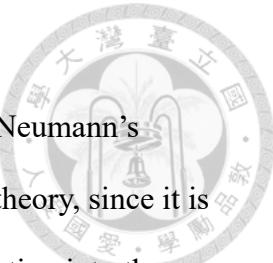


治》，Neumann 仍然強調競爭性市場不能淪為壟斷，但是，法治本身不再明確要求國家建立特定的經濟秩序。就權力分立，Neumann 開始採取柔化態度，不正面肯定司法違憲審查，但也不明確反對它。

在 1940 年〈論自然法的幾種類型〉出版後的第三個時期，至少部分出於二戰與冷戰經驗，Neumann 更偏向自由主義，並強調個人心理與行動，在抵抗、應對集體焦慮、保存政治自由的重要性。法治的概念也變得更為狹窄。Neumann 接受了民主自然法的前提與一些對國家的原則性要求，因此，連帶納入許多自由主義的憲政元素。儘管民主自然法本身並無法劃定具體的權利義務界線，但是，Neumann 對於納粹政權的分析，揭露了非法律與無國家的狀態，為法治或法治國家提供明確的消極限制。Neumann 的抵抗論述也強調，權利或理論無法回答正當抵抗的具體邊界問題，抵抗的正當性繫乎個人良知。最後，在〈政治自由的概念〉，法治被放入政治自由的體系，作為掩蓋人對人統治的意識形態，而且是從屬於法律的一般性結構。此時，Neumann 明確支持法律的契約功能，儘管他仍然警覺，壟斷經濟可能侵害自由。德國式的法治國被認為在歷史經驗上無法保護自由，英美的憲政模式被肯定，因而也肯認了司法違憲審查對人權的保障。然而，Neumann 並沒有要求國家建立某一種特定的憲政制度。

本論文主張，Neumann 的法治觀變遷，無法被納入形式或實質法治的後設理論，而是必須考量到法治觀本身所奠基的價值判斷、世界觀，以及包容性與排除性的面向，並將法治視為一種對制度或程序所提出的要求。由三個軸線觀察，他的法治觀與理論發展既有連續，也有斷裂。Neumann 流亡前的法治觀偏向社會主義，最終他的法治觀呈現出溫和左翼的立場，具備自由主義傾向。探討 Neumann 法治觀，不應該忽視 Neumann 在各時期間價值判斷上的差異。

關鍵字：Franz Neumann；法治與法治觀；社會法治國；威瑪憲法；法社會學；社會主義；自由主義

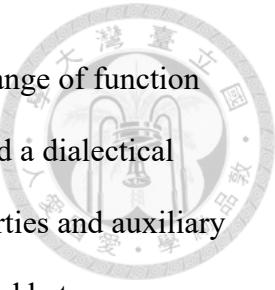


## Abstract

This thesis aims to analyze the transformation of Franz Leopold Neumann's conceptions of the rule of law. We should refer to Neumann's overall theory, since it is closely related to the rule of law conception, and divide the transformation into three stages: before his exile in 1933, before the publication of "Types of Natural Law" from 1933 to 1940, and after the publication of "Types of Natural Law." This study uses three axes, namely (1) the methodological axis, (2) the economic structure axis, (3) the conception of the state axis or the separation of powers axis, to integrate many elements of his view of the rule of law, in order to interpret it thoroughly.

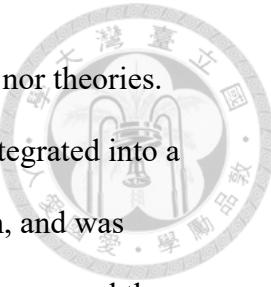
Before his exile in 1933, Neumann's view of the rule of law was sozialer Rechtsstaat, which was a broad conception of the rule of law. From the critical relativism of his first doctoral thesis, Neumann developed the change of function theory. Sozialer Rechtsstaat believed that the ultimate goal of the Weimar Constitution was a socialist economic structure. Based on the concept of constitutional Offenheit, he regarded the Weimar Constitution as a framework for reformation, which led to the collaboration between his methodological stance and substantial ideas. Neumann also advocated parliamentary centrism to pursue socialist ideals with trade unions and legislators as the core. Neumann therefore believed that the judicial review would hinder the socialism target of the Weimar Constitution.

Between 1933 and the publication of "Types of Natural Law" in 1940, Neumann went through two substages: the early period of exile and the publication of "The Rule of Law." In the early days of his exile, out of disappointment with the political situation in Germany, Neumann turned to radical Marxism, proposing a view of separation of powers based on class analysis and pursuing democracy based on an equal citizenship status. These two latently perpetuated later. The book "The Rule of Law" developed a deeper set of materialist dialectical methodology and accordingly connected the Rule of



Law to a specific conception of law and of the state. Inheriting the change of function theory and Marxism, he proposed the sociology of law and constructed a dialectical structure between law and society, liberties and institutions, main liberties and auxiliary liberties, as well as institutions and institutions. Neumann distinguished between rationality and rationalism and the Rule of Law was the mechanism that coordinated rationality and rationalism in modern countries. Therefore, the rule of law could bridge the *ratio* and *voluntas* elements of the law. Moreover, the rule of law relied on the coercive power of the state on the one hand, and on the other hand, it also limited the exercise of the state's absolute sovereignty. According to the book "The Rule of Law," he still emphasized that competitive markets should not be reduced to monopolies. However, the Rule of Law itself no longer explicitly required the state to establish a specific economic structure. Regarding the separation of powers, Neumann began to adopt a soft attitude, not positively affirming judicial review, but also not explicitly opposing it.

In the third period after the publication of "Types of Natural Law" in 1940, Neumann became more liberal and emphasized individuals' psychological status and actions, which are of significance for resistance, tackling masses anxiety as well as preserving political freedom. The concept of the rule of law also became narrower, which was at least partly influenced by the experience of World War II and the Cold War. Neumann accepted the premise of democratic natural law, which contained some principled requirements for the state and thus incorporated many liberal constitutional elements. Although democratic natural law itself could not draw specific boundaries of rights and obligations, Neumann's analysis of the Nazi regime revealed the lawlessness and the non-state and provided clear negative limits for the Rechtsstaat or the rule of law. Neumann's discussion of resistance also emphasized that the legitimacy of



resistance could depend on only personal conscience, neither rights nor theories.

Finally, in “The Concept of Political Freedom,” the rule of law was integrated into a system of political freedom, as an ideology concealing the rule of man, and was subordinate to the generality of law. At this time, Neumann explicitly supposed the contractual function of law, although he still warned that the monopoly economy might infringe on freedom. According to the historical experience, Neumann stated that the German-style Rechtsstaat was considered to be unable to protect freedom. Contrastingly, the British and American constitutional models were affirmed, and thus the protection of human rights provided by judicial review was recognized. However, Neumann’s view remained open to specific constitutional arrangements.

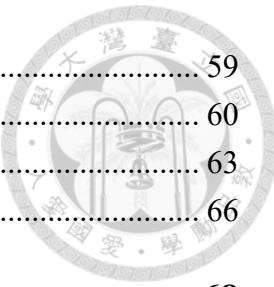
This thesis contends that the transformation of Neumann’s conception of the rule of law cannot be incorporated into a metatheory of formal or substantive rule of law. Instead, three elements underlying the rule of law, namely value judgments, worldview (Weltanschauung), as well as the inclusion and exclusion aspects, must be considered, and the rule of law must be regarded as demands of institution or procedure. Observed from three axes, there are both continuities and ruptures in his transformation of the rule of law. Neumann’s view of the rule of law before his exile was inclined toward socialism. In the end, Neumann took on a moderate left-wing stance with liberal tendencies. When discussing Neumann’s view on the rule of law, one cannot ignore the differences in his value judgments in different periods.

Keywords: Franz Neumann; the rule of law and the conception of the rule of law; sozialer Rechtsstaat; Weimar Constitution; the sociology of law; socialism; liberalism



## 目次

口試委員會審定書 .....	i
謝詞 .....	ii
中文摘要 .....	iii
<b>Abstract .....</b>	<b>v</b>
目次 .....	viii
表次 .....	x
<b>第一章 前言 .....</b>	<b>1</b>
一、 Neumann 法治觀的歷時性？ .....	1
二、 研究視角：思想分期與分析軸線 .....	5
<b>第二章 社會法治國：1933 年流亡前 .....</b>	<b>13</b>
一、 前言 .....	13
二、 批判相對主義 .....	14
三、 積極平等條款、社會法治國與功能變遷理論 .....	17
四、 社會法治國與支持憲法開放性的方法論 .....	21
五、 經濟性憲法態與社會法治國 .....	25
六、 議會中心主義 .....	29
七、 小結 .....	34
<b>第三章 法社會學下的法治：1933 年流亡後到《法治》 .....</b>	<b>35</b>
一、 前言 .....	35
二、 流亡初期：社會法治國與馬克思主義國家觀 .....	37
三、 《法治》對法治觀的重構 .....	42
1. 法概念與國家 .....	42
2. 法社會學 (the sociology of law) 與其分析架構 .....	47
3. 理性、理性主義與法治的概念 .....	52



4. 小結 .....	59
四、《法治》視野下的威瑪經濟秩序與憲法權利 .....	60
五、法律一般性、司法獨立與權力分立 .....	63
六、小結 .....	66
<b>第四章 自由主義轉向：1940 年後 .....</b>	<b>68</b>
一、前言 .....	68
二、自然法研究 .....	69
1. 前言：自然法轉向 .....	69
2. 〈論自然法的幾種類型〉 .....	71
3. 小結：民主自然法與法治觀 .....	76
三、《貝西摩斯》 .....	81
1. 前言：法治觀研究為何要閱讀《貝西摩斯》 .....	81
2. 《貝西摩斯》的法律與國家觀 .....	84
3. 為法治設下消極界線 .....	90
四、自然法、抵抗（權）、良知（consciousness） .....	92
五、政治自由體系之中的法治 .....	97
1. 以政治自由體系安置作為意識形態之法治 .....	97
2. 法治的經濟功能 .....	103
3. 法治原則，或法治國？ .....	103
4. 理性法 .....	105
5. 焦慮與政治異化 .....	105
6. 小結 .....	108
六、小結 .....	110
<b>第五章 Franz Neumann 法治觀的流變.....</b>	<b>112</b>
一、既非形式亦非實質的後設視角：以價值判斷為基石的法治觀 .....	112
二、從社會法治國到法治原則：價值的轉換 .....	119
<b>第六章 結論 .....</b>	<b>125</b>
<b>參考文獻 .....</b>	<b>127</b>
<b>附錄：學術倫理聲明.....</b>	<b>134</b>



## 表次

表 1：從三個軸線整理 Neumann 各時期法治觀的重要理論元素與變化..... 120



## 第一章 前言

### 一、 Neumann 法治觀的歷時性？

法治國或法治概念，是生於德國威瑪時期的法思想家 Franz Leopold Neumann 終其一生的重要理論關懷。<sup>1</sup> 在探討威瑪憲法平等權真意與其國家定位時，1930 年的 Neumann 論道，他所引述的基本權之規定

包含了社會法治國建構之基礎，社會法治國之目標為社會自由的實現。<sup>2</sup>

而且，

<sup>1</sup> Neumann 的著作，除了德文或英文原著，也有德文著作的英譯版或英文著作的德譯版，在此，我們可以看到法治（rule of law）與法治國（Rechtsstaat）兩個用語。Neumann 確實有提過，這兩個概念並不相同，例如，他在〈政治自由的概念（The Concept of Political Freedom）〉明確指出，德國式 Rechtsstaat 只包含法律一般性的要求，但是英國式的 the rule of law，除了法律一般性，也蘊含著議會至上的民主立法正當性，美國的制度下，法治概念居於德國與英國兩者之間（Franz Neumann, 1964: 169-170）。Morris 則援引 Neumann 的一份未出版作品〈評論 Hans Mayer 之「國家社會主義的法律詮釋與其社會基礎」（Comments on Hans Mayer's Work 'The National Socialist Interpretation of Law and Its Social Foundations'）〉（Morris 將這份作品之年代歸為 1936 年，但是並未詳述這是否為完成作品之年份）。Neumann 認為，法國與英國都抱持著來源命題，主張議會通過的法律具有拘束力，但是德國的法治國概念聚焦於法律的抽象與一般（abstract and general），Morris 並整理 Neumann 其他論著的說法，認為法治國概念是聚焦在法律得以拘束國家權力的形式性與合理性（formality and rationality），並為被統治者帶來可預測性（Douglas Morris, 2015: 206）。就台灣國內的研究，黃舒芃指出，儘管兩個概念有所重疊，功能也具備類似性，但是仍有所差異，the rule of law 偏重以法院正當程序為中心，在個案中保障實質正義，Rechtsstaat 則側重國會立法對於行政權的限制，以保護個人權利（黃舒芃，2009： 285-290）。但是，Neumann 在有時並未刻意強調兩者的差異，毋寧是更常在行文中交錯使用兩個概念。例如，他在 1936 年所完成的第二本博士論文《法治》，則是將國家的自由保障領域，稱為 the Rule of Law 或是 Rechtsstaatscharakter，法治原則與法治國兩者是並列關係（本文引用的是 1986 年由後人重新整理出版之版本，基本上與 1936 年之版本相同）（Franz Neumann, 1986, 4）。因此，在所引用的文獻沒有特意區分的情況下，本文使用法治概稱兩者，在需要做出區分時，盡可能以法治原則稱呼英美法系的 the rule of law，以法治國或法治國概念稱呼 Rechtsstaat。請見：Franz Neumann, *The Concept of Political Freedom*, in: THE DEMOCRATIC AND THE AUTHORITARIAN STATE: ESSAYS IN POLITICAL AND LEGAL THEORY, 160, 169-170 (Herbert Marcuse ed., 1964)；Douglas Morris, *Write and Resist: Ernst Fraenkel and Franz Neumann on the Role of Natural Law in Fighting Nazi Tyranny*, 42: 3 NEW GERMAN CRITIQUE 197, 206 (2015)；黃舒芃（2009），〈法治（Rule of Law）或法治國（Rechtsstaat）概念在台灣的繼受〉，氏著，《變遷社會中的法學方法》，頁 281-300，元照。

<sup>2</sup> „Diese angeführten Grundrechtsbestimmungen enthalten die Grundlagen für den Aufbau eines sozialen Rechtsstaates, dessen Ziel die Verwirklichung der sozialen Freiheit ist.“ Neumann, Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung, in: Die Arbeit Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde Heft 9, 1930, 569, 579.

社會主義法學的核心任務是，針對 Nipperdey 的...意味著布爾喬亞法治

國思想復興之基本權注釋書，以社會主義的基本權解釋加以取代。<sup>3</sup>

然而，在 1953 年，Neumann 對於他曾經肯認的社會法治國概念抱持批判性的態度。歷經二戰與流亡經驗後，儘管他主張，無須拘泥於特定的憲政安排，但是

歐陸議會制民主，[就社會力的分配]，已經失敗；但是，美國憑藉總統制民主，最大化了自由——至少在過去是如此。<sup>4</sup>

從以上幾個段落可見，Neumann 法治國與法治概念觀<sup>5</sup>，似乎有一些轉向：在第一與第二段引文，他認為威瑪憲法的社會法治國詮釋，有助於保護人的社會自由；在第三段引文中，他認為歐陸的憲政結構比較不利於保護人的自由。這種轉向的具體路徑為何？其發生的原因與意義又可能是什麼？

就 Neumann 的法治觀，若從 Neumann 法治觀的國內文獻著手，我們尚無法找到太多的答案，台灣幾乎還沒有文獻專門探究 Neumann 的理論，遑論是關於 Neumann 法治觀的研究。顏厥安的〈社會民主與法治 —— 對 Franz Leopold Neumann 法理論的幾個反思 ——〉一文，應該可說是唯一詳加論述 Neumann 的文獻，他比較側重於 Neumann 法治觀在不同時期的延續性。<sup>6</sup> 因此，探討 Neumann 的法治觀需要一個妥適的切入點或起點。

為了找到切入點，在進入關於 Neumann 法治觀的具體疑問前，我們也許可以先試著問問看：本論文希望由法理學的角度看待法治，那麼，法理學應該如何界

<sup>3</sup> „Es ist die zentrale Aufgabe der sozialistischen Jurisprudenz, diesem Nipperdeyschen Grundrechtskommentar ... eine Renaissance des bürgerlichen Rechtsstaatsgedankens bedeutet, die sozialistische Auslegung der Grundrechte entgegenzustellen.“ Neumann, (Fn. 2), S. 582.

<sup>4</sup> “[T]he continental parliamentary democracies have failed in this task [of the distribution of social power]; while the United States, with her presidential democracy, has maximized freedom — at least in the past.” Neumann, *supra* note 1, at 199, n. 87.

<sup>5</sup> 概念（concept）與概念觀（conception）的主要差異在論述的抽象程度與詮釋的爭議性。概念包含著不同立場的詮釋者之間，對於特定詞彙的一般性共識；概念觀則指涉到各種對於該詞彙的具體範圍與意涵的詮釋內容。概念與概念觀的差別，並不是語詞的內涵與外延的差異。請見：RONALD DWORAK, LAW'S EMPIRE 71-72 (1986).

<sup>6</sup> 顏厥安（2023），〈社會民主與法治 —— 對 Franz Leopold Neumann 法理論的幾個反思 ——〉，《輔仁法學》，65 期，頁 1-60。



定 Neumann 的理論定位？顏厥安認為，Neumann 的理論除了關於當時德國國法學、國家學，關於批判理論、關於納粹的面向以外，還是一位法理論家，只是，光是討論學術定位尚且無法讓我們把握他的理論。<sup>7</sup> 類似地，Intelmann 也指出，既有文獻為 Neumann 貼上各式各樣的理論傾向的標籤（Etikettierungen），但這只會使我們更為困惑。<sup>8</sup> 重點在於，Neumann 的終其一生都不曾是「閉鎖的（„aufgehoben“）」，他的理論總是不斷變化。因此，把他的著作或論述不斷放入不同的關鍵字去觀察，並無法帶來更精確的理解。<sup>9</sup> Intelmann 選擇將 Neumann 的思想放入盡可能寬泛的「改革主義（Reformismus）」框架，他將改革主義定義為：「為了社會現實之改變而存在的物理力（physischer Gewalt zur Veränderung der gesellschaftlichen Realität）」。<sup>10</sup> 同時，他也使用歷史方法，他認為，若要釐清 Neumann 的理論，就要先闡述他的生命經驗，從這個點開始，理論問題就可以得到解答。因此，Intelmann 主張，應該以改革的視角分析 Neumann 一生的著作，革命的論調只是插曲（Zwischenspielcharakter）。Neumann 的問題意識是源於工人運動（Arbeiterbewegung）：「一個解放的社會，如何在不演變為教育獨裁的嚴酷地帶之下成為可能（wie eine befreite Gesellschaft möglich sein kann, ohne sich in den kalten Regionen der Erziehungsdiktatur zu bewegen）」。<sup>11</sup> 因此，Intelmann 認為，要重構 Neumann

<sup>7</sup> 顏厥安（註 6），頁 9-10。

<sup>8</sup> Peter Intelmann, Franz L. Neumann, 1. Aufl., 1996, S. 9.

<sup>9</sup> Intelmann, (Fn. 8), S. 14.

<sup>10</sup> Intelmann, (Fn. 8), S. 14.

<sup>11</sup> Intelmann, (Fn. 8), S. 16. 教育獨裁（Erziehungsdiktatur）的用語，可追溯到 Marcuse 之用語 “education dictatorship”。Marcuse 以教育獨裁形容某些理論家眼中落後蘇聯之解放進程，這些理論家主張，蘇聯人民應該先取得解放的能力，解放才是可能的，因此解放的事業必須從軍事與官僚開始。Marcuse 批評，教育獨裁的概念陷入千古難題：「誰來教育教育者，又有何證據顯示這些教育者抱持著「善」的概念？（who educates the educators, and where is the proof that they are in possession of “the good”?）」，他也援引 Marx 的說法，認為解放必須源於勞動階級自身，工人先天就是自由的（Marcuse, 2006 : 43-44）。此外，Schmitt 也曾提及當時的「人民教育（“people’s education”）」計畫，或透過意志的教育（Willensbildung），以教育培養人民的民主能力，他認為，由這點可見，當時的民主概念，與獨裁並非對立關係（Schmitt, 1996 : 37；Schmitt, 1988 : 28）。請見：HERBERT MARCUSE, ONE-DIMENSIONAL MAN (2ed ed. 1991)；Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 10. Auf., 1996, S. 37 Duncker & Humblot GmbH；CARL SCHMITT, THE CRISIS OF PARLIAMENTARY DEMOCRACY 28 (Ellen Kennedy trans., MIT Press 1988) (1923, 1926)。



傳記，並就此將他的生命歷程與著作緊密結合起來，在此之前，先不要斷定他的學術與意識形態之終局定位。<sup>12</sup> 由上可見，Neumann 的整體理論相當複雜，我們需要一個廣包的視角。<sup>13</sup> 出於 Neumann 思想的複雜度，我們先不處理他的理論「最終定位」問題，而是回顧作為法理論家的 Neumann 之論述，觀察他的法治理論是否曾經轉變。

受限於能力與時間，本文仍要借重前人對 Neumann 的生平的描繪。不過，與 Intelmann 不同的是，我會從對 Neumann 偏向法理論與法治觀的著作之歷時性分析出發。此外，Intelmann 所提出的「改革主義」視角，似乎仍不夠寬泛。因此，我將回溯對 Neumann 法治觀而言重要的 Neumann 著作，並在必要時，將我對 Neumann 作品的詮釋，與二手研究交互對照，以期忠於 Neumann 著作的文本證據，並得到最廣袤的理論視野。

---

<sup>12</sup> Intelmann, (Fn. 8), S. 17.

<sup>13</sup> 寬泛的視角是一個好的出發點，有助於我們觀察 Neumann 所提出之非常廣泛的論述，但是，對於理解 Neumann 的「法治」之具體概念與演變，還是過於抽象，因此，本論文的結論不會停留於單純的改革主義，或某種籠統的觀察。



## 二、研究視角：思想分期與分析軸線

承前所述，Neumann 的理論相當複雜，他也是一位廣泛觸及各領域的理論家。因此，論及他的法治觀的轉向，我們可以也試著回顧他整體理論的轉變。<sup>14</sup>是故，要如何站在法治觀研究的角度，為 Neumann 的理論劃分出階段或時期？為了全盤掌握 Neumann 法治觀的發展脈絡，我們需要以具有歷時性的方式將他的理論進行更完整地分析。

重要的 Neumann 研究者 Söllner 認為，以政治思想史的分析來說，我們可以將 Neumann 的理論發展區分為三個時期：流亡前、第二個十年與去世前。<sup>14</sup> 他指出，Neumann 在逃亡英國前，作為積極發聲的改革派律師，提出批判性相對主義（critical relativism）以試圖走出有別於當時德國公法學主流的法實證主義與新存在主義者的道路，逃亡後的前十年被稱為唯物主義的十年（materialistic decade），他並未回到教條式馬克思主義，但也更激烈反對威瑪經驗，論述也基進化，且更為轉向政治學，以相對批判主義為基礎，開拓更為廣闊的視角。此外，Söllner 並未明確劃分出第三個時期的年代起訖，而是大致以 Neumann 發表一些零散文章作為此時期的特徵，不過，Söllner 認為這些文章具有理論上的一體性，也部分延續了 Neumann 二戰結束前的思考脈絡。<sup>15</sup> Mattias Iser 與 David Strecker 也指出，Neumann 的研究歷程可以區分為三個時期，在流亡前 Neumann 希望以威瑪憲法的社會民主詮釋促進社會主義改革，流亡後他轉向更為激進的唯物主義，在第三個時期，Neumann 試圖調和在馬克思主義的平等信念與自由主義下的自由保護，並且更為警惕大眾在資本主義下的過度焦慮與領袖崇拜。<sup>16</sup> Iser 與 Strecker 更強調，不能將 Neumann 的理論轉向視為理論上的斷裂

<sup>14</sup> 請見：Alfons Söllner, *Franz L. Neumann's Place in the History of Political Thought: A Sketch*, in German Scholars in Exile: New Studies in Intellectual History 121, 123 (Axel Fair-Schulz and Mario Kessler eds., 2011).

<sup>15</sup> Söllner, *supra* note 14, at 123-129.

<sup>16</sup> Iser/Strecker, Zerrissen zwischen Marxismus und Liberalismus? Franz L. Neumann und der liberal turn der Kritischen Theorie, in: 1. Auf., 2002, S. 11-21.



(Zerrissenheit)。<sup>17</sup> 此外，Tribe 也指出，1933 年逃亡英國是第一與第二時期的分界點，Neumann 逃亡英國後，更偏向運用經修正的馬克思主義理論批評威瑪民主。<sup>18</sup> 不過，Söllner 所指涉的晚期 Neumann，僅限於流亡後十年，Iser 與 Strecker 的行文中所提的晚期作品，最早期的文獻是 1950 年的文章〈論政治力之研究 (Ansätze zur Untersuchung politischer Macht)〉<sup>19</sup>。因此，若要探討 Neumann 的法治觀，流亡前後可被視為重要的時間點，至於晚期的開始時點，應該要依據當下的研究需要決定。

我認為，就研究法治觀而言，第三階段，可以追溯到 1940 年所發表的〈論自然法的幾種類型〉。儘管如上一段所述，Söllner 認為，唯物主義十年屬於同一個時期。不過，Morris 在他比較 Fraenkel 與 Neumann 自然法研究的文章中，特別提到 Neumann 在 1940 年經由〈論自然法的幾種類型〉，解決了自然法與民主的理論性衝突。<sup>20</sup> 從法理論與法治觀的角度出發，這是一個重要轉折，因為他接受民主自然法所蘊含的前提，由此，許多自由主義的要素直接滲透到他的法治觀當中。<sup>21</sup> 因此，第三階段的開始應該是 1940 年所發表的〈論自然法的幾種類型〉。

故而，我們可以將他的法治觀發展分為三個階段：(一) 1933 年流亡前、(二) 1933 年流亡後，到 1940 年發表的〈論自然法的幾種類型〉發表前，以及(三) 從〈論自然法的幾種類型〉開始，到其過世。在第一個時期，Neumann 相對肯定社會法治國概念，主張運用憲法詮釋，在威瑪憲法的架構下推展社會主義。此時他仍然試圖在威瑪憲法的框架下建構法治觀，卻也埋下了流亡後基進化的種子。Neumann 的流亡經驗與威瑪共和的「失敗」，是第一與第二時期間的分界，他的法治觀歷經重大改變。此時期包含著流亡初期與第二本博士論文《論法

<sup>17</sup> Iser/Strecker, (Fn. 16), S. 11.

<sup>18</sup> Keith Tribe, *Introduction*, in: Otto Kirchheimer and Franz Neumann, *Social Democracy and the Rule of Law*, 21 (Lenna Tanner and Keith Tribe trans., 1987).

<sup>19</sup> Iser/Strecker, (Fn. 16), S. 17.

<sup>20</sup> Morris, *supra* note 1, at 225.

<sup>21</sup> 具體的探討請見後述。



治的治理》<sup>22</sup>。Neumann 一方面反省威瑪的失敗經驗，另方面，他此時的著作，也為第三個時期打下理論基礎。〈論自然法的幾種類型〉對於自然法的重新思考，標誌著第三個時期的開始。民主自然法、Neumann 對納粹的國家性質與法體系的批判，抵抗權論述，以及政治自由的體系，可幫助我們定位他此時的法治觀。由前述，Neumann 不同時期的法治觀或整體理論具有多大程度的連續性，存在不同說法。顏厥安提出了前後融貫的法治觀詮釋。Intelmann 則試圖反駁前後斷裂的解讀方式，但是並沒有聚焦於法治觀的演變。本論文則希望從 Neumann 的著作入手，探討法治觀的演進，試圖討論其中的延續性與轉折。

因此，本文意在以具有歷時性的視角，探討 Neumann 法治觀。具體而言，這涉及以下問題：Neumann 的法治理論為何？他的法治理論，若有變化，又是如何轉變？如果可能，本文也希望略微討論，Neumann 的法治觀轉變，是否可歸因於其生命經歷或學術思辨。

除了三個便於分析的理論分期，本文也為「法治理論」這個構框，提出三個觀察軸線：方法論（例如，功能變遷理論以及辯證方法等）、法治理論與經濟秩序（例如經濟性憲法態<sup>23</sup>）、權力分立理論與國家觀（例如民主與司法權的關係等）。方法論是必要的切入點，因為，任何法理論都有其方法論預設，而方法論

<sup>22</sup> Franz Neumann (1936) *The Governance of the Rule of Law: An Investigation into the Relationship between the political Theories, the legal System, and the social Background in the competitive Society* [Doctoral dissertation, London School of Economics and Political Science]. 1936. LSE Theses Online. <http://etheses.lse.ac.uk/id/eprint/668>

<sup>23</sup> Wirtschaftsverfassung 的 Verfassung 究竟意指單純的組織（小寫的 constitution），或是指憲法（無論是形式意義或實質意義上的），不是非常明確。Tribe 在〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉的譯註 25 指出，Verfassung 並非指向憲法條文，而是指組織（organization），指稱一系列法律、社會、政治與經濟條件，這些條件共同構成了組織性行動的主體（the subject of constitutional action）。他認為，這可以進一步參考 Neumann 在〈論經濟條件的前提要件與法律概念〉的概念說明（Tribe, 1987 : 203）。不過，本文認為，在〈論經濟條件的前提要件與法律概念〉與他處，儘管 Wirtschaftsverfassung 不是指憲法文本中與經濟有關的部分，但是多數時刻應該還是指向與經濟有關的條件與狀態，對此條件與狀態的描繪，提供國家介入經濟自由的可能性，而且這些條件與狀態並非憲法規範或組織，而是一種規範體系，雖然這與憲法法有關（詳後述）。因此，除了在特定脈絡下 Verfassung 是指組織外，我將此處的 Verfassung 理解為兼具狀態（state）與條件（condition），這應該是適切的。但是，困難在於如何將 Wirtschaftsverfassung 翻譯為中文，為了兼顧 Verfassung 的雙重意涵，又保留其具備的憲法關聯性，暫且將其譯為「經濟性憲法態」。請見：Franz Neumann, *On the Precondition and legal Concept of An Economic Constitution*, in: Otto Kirchheimer and Franz Neumann, *Social Democracy and the Rule of Law*, 52-53 (Lenna Tanner and Keith Tribe trans., 1987).



往往蘊含道德或價值決定。<sup>24</sup> 正如前言中 Intelmann 的分析顯示，二手研究裡所呈現的 Neumann 價值立場相當多變，因此，我們一定要將方法論納入觀察視角，才能精確掌握其法治理論。第二個軸線是法治與經濟秩序的關係。此軸線的重要性自不待言，因為 Neumann 非常關切經濟領域，由前述 Söllner 將流亡後前十年稱為唯物主義十年，就可看出這點。第三個軸線是權力分立與國家觀。因為本文欲分析 Neumann 法治理論對於法官違憲審查權法案的觀點，因此我也特別提出此一分析視角。

這三個軸線並非僵固的分類方法，也不暗示 Neumann 理論具有多少連續性，它們只是一種工具性的觀察視角。利用這三個軸線，我們可以更清楚地發現 Neumann 法治觀在三個時期之間的延續與變化。當然，仍有其他較為零碎但重要的論點，並不能放入三個觀察軸線，只能另行補充。但無論如何，在我們進入複雜而漫長的時序性探索之前，整理出三個軸線仍有幫助。同樣重要的是，初步而言，本文所提出的三個軸線，都可以從第一個時期找到思想源頭，因此這三個軸線本身，也具有歷時性。

章節安排上，本文按照時序，一般性闡述 Neumann 的法理論發展脈絡，以期更完整地把握他的理論發展與變遷，並將他的法治理論放在社會、歷史發展的背景下思考。第二、三、四章，將分別討論流亡前、流亡後、1940 年〈論自然法的幾種類型（Types of Natural Law）〉發表後三個時期，以三個軸線，分述各個時期法治觀演變。以下概述各章主要參照之 Neumann 作品與內容。

第二章是關於 Neumann 在 1933 年流亡以前的法治觀。於此，我主要參照幾份文獻：最初於 1930 年所發表的〈威瑪憲法中基本權的社會意義（The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution）〉<sup>25</sup>，最初於 1931 年發表

<sup>24</sup> 例如，請見：莊世同（2007），〈描述性法理論是可能的嗎？—一個批判性的反省〉，《政治與社會哲學評論》，21 期，頁 39-40。

<sup>25</sup> 本文所引用的是英譯版，但是，Neumann 的這篇文章最初是以德文發表，其原文標題為 Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung。標題中，英譯版所翻譯的 basic laws，若翻譯為漢文似乎可能是「基本法」。只是，對應到德文標題，Grundrechte 在德文脈絡中，比較適切的理解是「基本權」。因此，我將這篇文章的標題翻譯為「威瑪憲法中基本權的社會



的〈論經濟性憲法態的前提要件與法律概念〉(On the Preconditions and Legal Concept of an Economic Constitution)，以及 1929 年發表的〈反對對帝國法規範進行違憲審查的法案 (Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen)〉<sup>26</sup>。Neumann 的第一份博士論文《有關國家與刑罰關係的法哲學導論 (Rechtsphilosophische Einleitung zu einer Abhandlung über das Verhältnis von Staat und Strafe)》，也會透過二手研究納入分析，我的主要著眼於此書的方法論。本章始於方法論，我回顧 Neumann 第一本博論的批判相對主義，接著帶出他運用功能變遷理論對威瑪憲法的社會法治國詮釋。我指出方法論與實體主張有所關聯，功能變遷理論承襲了批判相對主義，也蘊含憲法開放性的立場，因而得以論證出威瑪憲法上積極平等條款。此條款沒有主觀權利化，可能是出於德國權利思想史與方法論。法治的經濟秩序軸線，我回顧 Neumann 所提的經濟性憲法態，指出他立基於自由市場的經濟改革路線。權力分立軸線上，我回顧他對於司法違憲審查的敵意，認為他採取議會中心主義。此時期的法治觀是社會法治國，社會法治國是一個廣包概念，包攝三個軸線的主張。

第三章描繪 Neumann 第二個時期的法治觀，亦即流亡後到 1940 年前。我將以以下文獻為主要分析標的：1935 年所發表的〈法治國、權力分立與社會主義 (Rechtsstaat, the Division of Power and Socialism)〉、最初於 1935 年發表的〈論馬克思理論的國家 (On the Marxist Theory of the State)〉，以及他在 Laski 指導下撰寫的第二本博士論文《論法治的治理》。就《論法治的治理》一書，本文主要會引用在 1986 年由 Matthias Ruete 校對、整理、出版的《法治：現代社會的政治理

---

意義」。英譯版請見：Franz Neumann, *The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution*, in: Otto Kirchheimer and Franz Neumann, *Social Democracy and the Rule of Law*, 27-43 (Lenna Tanner and Keith Tribe trans., Keith Tribe ed., 1987)；德文版請見：Neumann, (Fn. 2), S. 569-582.

<sup>26</sup> Neumann, Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen, Die Gesellschaft Vol VI 1929, S. 517-536. 〈反對對帝國法規範進行違憲審查的法案 (Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen)〉，下稱〈反對法官違憲審查權法〉。Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit 的漢語直譯比較接近「合憲性審查」，只是在台灣法學界，已經存在合憲性審查此一專有名詞，此外，Neumann 所指的概念比較接近帝國法違憲與否的審查，為了避免混淆與追求精確性，本文將其翻譯為「違憲審查」，並將此法案譯為「法官違憲審查權法」。



論與法律體系 (The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society)》(下稱《法治》)。<sup>27</sup> 根據顏厥安的比較，這兩本書的文字內容基本上相同，第二個版本只是重新校對。<sup>28</sup> 本章可以分成流亡初期與《法治》出版後兩大部分。流亡初期，Neumann 依循馬克思主義，思想更為基進化，有兩個重要論點：擴大的民主概念與蘊含階級分析的權力分立，直接延續到《法治》。《法治》詳細闡述了一套法社會學的法治理論。他提出帶有自由與秩序特徵的法蓋念，以及包含強制與法治雙重領域的國家觀。此處的國家觀部分承襲自 Weber；方法論則延伸了流亡前的功能變遷理論，透過唯物辯證法，將其擴大為法律與社會、自由與制度的辯證理論。由此，他的法治也包含著政治意義與實質意義，儘管實質意義的法治才是真正有效的法治，我指出，經由回顧理性法與理性主義的概念區分，法治扮演銜接 ratio 與 volunta 兩個法律重要特徵的橋樑，並穩定現代國家的結構。針對經濟秩序軸線，我指出，此時的法治觀已經不再包含特定的經濟秩序目標，他開始接受自由主義經濟秩序的許多元素。此外，在權力分立軸線，法治也不再堅決反對違憲審查，我認為這與他親歷英美的制度有關。

第四章聚焦於最初在 1940 年所發表的〈論自然法的幾種類型〉，以及 1942 年的《貝西摩斯 (Behemoth)》<sup>29</sup>、1952 年所發表的〈論正當抵抗的限制 (On the Limits of Justifiable Disobedience)〉<sup>30</sup>、1953 年的〈政治自由的概念 (The Concept of Political Freedom)〉、1954 年的〈焦慮與政治 (Anxiety and Politics)〉<sup>31</sup>等作品。這個時期，他的著述更偏向政治哲學，也更偏向自由主義，並強調心理現象與個人行動。〈論自然法的幾種類型〉中，Neumann 接納了 Rousseau 的民主自然法，以及自然法的一些重要預設，因此他的理論納入許多自由主義要素。《貝西

<sup>27</sup> FRANZ NEUMANN, THE RULE OF LAW: POLITICAL THEORY AND THE LEGAL SYSTEM IN MODERN SOCIETY (Matthias Ruete ed., 1986).

<sup>28</sup> 顏厥安 (註 6)，頁 30。

<sup>29</sup> FRANZ NEUMANN, BEHEMOTH: THE STRUCTURE AND PRACTICE OF NATIONAL SOCIALISM 1933-1944 (2009).

<sup>30</sup> Franz Neumann, *On the Limits of Justifiable Disobedience*, in: THE DEMOCRATIC AND THE AUTHORITARIAN STATE: ESSAYS IN POLITICAL AND LEGAL THEORY, 149 (Herbert Marcuse ed., 1964).

<sup>31</sup> Franz Neumann, *Anxiety and Politics* (Peter Gay trans.), in: THE DEMOCRATIC AND THE AUTHORITARIAN STATE: ESSAYS IN POLITICAL AND LEGAL THEORY, 270 (Herbert Marcuse ed., 1964).



摩斯》對照了納粹德國，為法律、國家，乃至於法治國家劃下消極界線，他主張，完全喪失 ratio 特徵的「法律」不能稱作法律，此等「國家」也不能被視為國家。〈論正當抵抗的限制〉重申了他對自然法的態度，接受自然法哲學預設，但否定自然法的實體權利義務內涵，而是對國家提出四個最低限度的要求，這些要求包含自由主義的要素。同時，受到政治心理學影響，他認為抵抗行為是基於個人良知與意志，任何理論都無法證成抵抗權的正當邊界。〈政治自由的概念〉將法治安置於政治自由的體系中，法治是法律的功能之一，被視為掩蓋人對人統治關係的意識形態，Neumann 強調，法律自由、認知自由、意志自由必須互相支持，他仍堅持國家必須維持基本的平等關係，但是也擁抱了自由主義的法律觀對於交易秩序的看法。因此，經濟秩序軸線上，他是偏向自由主義立場的溫和左翼。對於權力分立與國家觀，他批評德國式法治國無力維護自由，肯定英美的憲政制度，也由之認可違憲審查有助保障人權。此時 Neumann 參酌了二戰悲劇性的歷史與冷戰經驗，因而採取了較為和緩的改革態度，試圖在自由主義的基本框架下兼顧自由與平等。

在第五章，我先提出觀察 Neumann 法治觀的後設理論，接著統整 Neumann 法治觀的演變與延續性。此處，我以批判 Tamanaha 的理論為起點，提出一個適切的後設理論。如果以 Tamanaha 所使用的形式與實質法治理論區分，會使我們誤解 Neumann 的理論。我透過 Rijkema 的法治矩陣、Waldron 為法治所劃出的程序與制度領域、顏厥安的包容與排他性法治觀，批評 Tamanaha 的理論，並提出一套後設理論。若要理解 Neumann 的法治概念，必須將法治放在更廣袤的理論視野下，並意識到他在不同時期的價值判斷與世界觀的差異。經由前述的後設理論，以及三條軸線的分析框架，我們發現，Neumann 三個時期的法治觀，立場既有延續亦有變化，而且分別對應到不同的價值判斷、世界觀或意識形態：流亡前偏向社會主義，流亡後，在《法治》不再否認自由主義，最後一時期則抱持溫和左翼的立場，並帶有自由主義的色彩。Neumann 在不同時期的法治觀，會對應

到、也基於他在不同時期所做的價值判斷。因此，研究 Neumann 法治觀的研究者，也需要將他在價值判斷的變化納入參考，而且，我們不應該將 Neumann 各時期的法治觀理解為同一種概念觀。





## 第二章 社會法治國：1933 年流亡前

### 一、 前言

流亡前，是 Neumann 法理論的發軔期。在這個時期，Neumann 仍非常關注威瑪憲法框架下的改革進程，三個軸線也都在此時萌芽，以此為基礎，開啟了他後續的思考。就第一個方法論軸線，他以功能變遷詮釋威瑪憲法規定的法律平等，認為威瑪憲法包含積極平等條款，因而國家有義務扶助經濟上的弱勢群體。就第二個軸線法治理論與經濟秩序，他依據經濟性憲法態的理論，認為國家對於經濟條件的相關規定必須存在，以消除經濟層面上的壓迫。第三個軸線權力分立理論與國家觀，此時主要包含制度論。他以歷史經驗事實與馬克思主義，提出法官違憲審查權對於經濟制度與法治國的影響。

於此，我主要參照以下幾份文獻：最初於 1930 年所發表的〈威瑪憲法中基本權的社會意義（The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution）〉<sup>32</sup>，在 1929 年發表的〈反對法官違憲審查權法〉<sup>33</sup>，以及最初於 1931 年發表的〈論經濟性憲法態的前提要件與法律概念〉。Neumann 的第一份博士論文《有關國家與刑罰關係的法哲學導論（Rechtsphilosophische Einleitung zu einer Abhandlung über das Verhältnis von Staat und Strafe）》，也會透過二手研究納入分析，本文著眼於其方法論，先簡略說明他在第一份博士論文所提出的批判相對主義。

<sup>32</sup> 本文所引用的是英譯版，但是，Neumann 的這篇文章最初是以德文發表，其原文標題為 *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung*。標題中，英譯版所翻譯的 basic laws，應該對應德文標題的 *Grundrechte*。在德文脈絡中，*Grundrechte* 比較適切的理解是基本權。英譯版所翻譯的原文，請見：Neumann, *supra* note 25, at 27-43；Neumann, (Fn. 2), S. 569-582.

<sup>33</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 517-536.

## 二、批判相對主義



在 Neumann 的第一本博士論文《有關國家與刑罰關係的法哲學導論》<sup>34</sup>，他提出了價值的批判相對主義。根據顏厥安的分析，Neumann 受到新康德主義影響，採取存有的真實（Wirklichkeit; reality）與價值（Wert; value）之二元論<sup>35</sup>，並且，Neumann 再於價值領域，區分出價值（Wert; value）與評價（Wertung; evaluation），價值具有客觀有效性，評價只具有主觀性。<sup>36</sup> Neumann 借用 Emil Lask 的思想，認為價值僅僅是還沒有內容的形式（Form），必須在特定的法政策討論脈絡下，透過尋求價值的實現手段，才能將價值與評價接軌，亦即，得到一個具有實質內容的評價，而這種評價只要並非出於輕率為之，就必須被認真對待，因之，價值相對主義也呼應著民主制度下不同價值在政策面彼此妥協的可能性，因此批判相對主義預設了民主制度。<sup>37</sup>

前述的理論仍有些抽象。我們可以大致從 Lask 等人的新康德主義，更進一步理解 Neumann 對於形式、價值與相對主義的看法。

Kinzel 認為 Lask 在他的《法哲學（Rechtsphilosophie）》，將 Windelband 與 Rickert 的新康德主義思想應用到法哲學領域。<sup>38</sup> 《法哲學》分為兩部分，在第一部分，Lask 明確反對自然法論與歷史法學派。Lask 指出，法哲學必須處理特定的價值（typical value）。首先，他堅持，價值與事實的二分論。進一步，價值可分為兩種，個殊的（individual）價值與普遍的（common）價值，個殊的價值仍有

<sup>34</sup> 此論文為：(1923). Rechtsphilosophische Einleitung zu einer Abhandlung über das Verhältnis von Staat und Strafe (Unveröffentlichte Dissertation). Goethe Universität, Frankfurt a. M. (Bestand der Universitätsbibliothek Frankfurt a. M.)。本文目前依賴顏厥安等人的二手詮釋。

<sup>35</sup> 此處的 Wirklichkeit，經口試委員提醒，宜翻譯為「現實」而非「真實」，因為譯為「真實」似乎過度強調其真理之有效性。不過，若回到本文所引用之顏厥安的文章，他譯為「存有的真實」，也許是為了彰顯價值層次的相對性。經權衡，本文仍將 Wirklichkeit 翻譯為「存有的真實」，但是，仍需注意此處的真實，並不意味著普遍有效的真理。

<sup>36</sup> 顏厥安（註 6），頁 15-16，2023 年。不過，Neumann 也批評，在價值領域，新康德主義或康德的一元主義方法論，會淪為絕對主義，請見顏厥安（註 6），頁 13。

<sup>37</sup> 顏厥安（註 6），頁 18-21。

<sup>38</sup> Katherina Kinzel, *Historical thought in German neo-Kantianism*, 29:4 British Journal for the History of Philosophy, 29:4 579, 582 (2021).



等同於普遍價值的超驗性，可是許多個殊價值之間所組成的連結，亦即個體價值鏈結（individual value links）也必須被整合、轉化為一個完整的單獨價值，亦即，以他的話說，這個單獨價值必須展現出具體的一體性、透徹性與同質性（concrete wholeness, complete penetration and homogeneity）。因此，法哲學必須要探究法律價值的普遍形式（the universal formula of legal value）。<sup>39</sup> 就此，Lask 反駁了只以權威來源界定法律的觀點。另一方面，Lask 也反對自然法論，因為這兩者都主張有高於人類制定過程之上的普遍法律，他認為，必須將法律放在歷史脈絡下分析。<sup>40</sup>

對 Lask 而言，法哲學是以實證法的哲學為導向的批判性法哲學（critical legal philosophy as a philosophy of positive law）<sup>41</sup>。批判性法哲學本身面臨兩個問題。第一，在政治面（politics），可以分為經驗意義的政治過程，以及由絕對標準所主導的政治理論，批判性法哲學必須要證立該政治理論。Lask 主張，價值的絕對意義，應該是有系統性地將諸多價值整合起來。第二，批判性法哲學還缺乏了一種結構，以取代個殊價值或經驗事實。Lask 提出的解方是，必須考量到經驗意義的政治過程中，價值經由人類意志（the human will）的現實化（realizations），這種現實化，是將價值（作為規範的前提），轉變為規範（norm）。<sup>42</sup> 因此，Lask 接著談到社會價值（the value of social）。他認為，概念的經驗形式與哲學形式，具有目的上的差異，我們必須藉由世界觀（world outlook）的選擇，在純粹的經

<sup>39</sup> Emil Lask, *Legal Philosophy* 4-6, in THE LEGAL PHILOSOPHIES OF LASK, RADBRUCH, AND DABIN (Kurt Wilk trans., London: Oxford University Press 1950) (1905).

<sup>40</sup> Lask, *supra* note 39, at 6-8.

<sup>41</sup> “Positive law”，在國內有許多種翻譯方式，如「實證法」、「實定法」等等，依照 Neumann 在《法治》之中對理性的（rational）的說明：“a rational foundation of the coercive powers of state and law is a justification on the basis of the ends or the wills of men.” (Neumann, 1986: 27)，Neumann 也會強調其「人定法」的一面。我認為，Neumann 應該沒有要特意區分「實證法」、「實定法」與「人定法」這幾個概念的指涉對象。只是「實證法」常常被連結到法實證主義的立場，甚至是更狹隘的英美分析法實證主義。儘管 Neumann 的理論確實具備法實證主義傾向，但是，我認為，將 Neumann 直接歸屬到法實證主義陣營，可能有害於我們理解他的理論。因此，為了避免「實證法」的用語使人誤解、直接將 Neumann 認定為一位（某個版本的）法實證主義者，因此，本文在討論 Neumann 的理論與本文的論述時，統一採取「實定法」的用語；但是，若是特別涉及到其他的理論家，如此處的 Emil Lask，我仍採取國內比較通用的翻譯「實證法」。請見：NEUMANN, *supra* note 27, at 27.

<sup>42</sup> Lask, *supra* note 39, at 9-10.



驗要素，以及蘊含價值的要素之間，找到分界的標準。<sup>43</sup> 而且，對於正義理念在法律上絕對且先驗的界定，只會是場徒勞，因為這會包含諸多世界觀對於法律的各式要求。<sup>44</sup> 故而，法哲學必須戮力將法律放入文化價值體系內，必須闡述法律的典型價值（typical value）。<sup>45</sup>

換言之，若我們從 Lask 與 Rickert 的論戰可以發現<sup>46</sup>，Lask 在《法哲學》所承襲的新康德主義西南學派的主張可被闡釋為，儘管規範也有賴於經驗過程的建構，可是，規範仍提供一套依賴於主體的標準，主體無須藉助一種超驗形上學，因此，規範可以用來畫分出存有物的領域以及價值領域，在價值領域，必須依循規範加以判斷，不應該將判斷的標準交給客體（認識對象），否則會使效力這個概念實體化（hypostatized），因此變成柏拉圖式的價值形上學。<sup>47</sup>

由上可見，Lask 與 Rickert 都提到，事實與價值應該嚴格區分，價值的效力必須藉由規範才能判斷、證立，而且，規範也一定程度上取決於具體的歷史社會經驗過程。更重要的是，主體需要一套世界觀去判斷出價值要素。甚且，Lask 主張，在法政策面上，並不存在絕對的、先驗的正義理論，只有許多互相對立的價值。這些要素可以呼應到 Neumann 的批判相對主義，並非只存在唯一一種有效的客觀價值，在具體的法政策層面的論爭，可以試圖去證立一個有效的價值（或說是政治理論），而這與經驗事實截然不同。因此，價值本身只具備形式，在具體政策面，卻可以獲得實質內容，但這種內容只會具有相對正確性。本文認為，透過批判相對主義，可以更適切詮釋 Neumann 法治理論的某些論述。

<sup>43</sup> Lask, *supra* note 39, at 16.

<sup>44</sup> Lask, *supra* note 39, at 21.

<sup>45</sup> Lask, *supra* note 39, at 22.

<sup>46</sup> 有學者指出，Lask 在《法哲學》後的更晚期著作，存在現象學化的理論轉向，如：Frederick C. Beiser, *The German Historicist Tradition* 442-468 (2011)。亦有主張，Lask 的晚期理論儘管有所轉變，但仍基於新康德主義，請見：Dina Emundts, *Emil Lask on Judgment and Truth*, 39:2 THE PHILOSOPHICAL FORUM, 263, 263-281 (2008)。不過，本文的重點不是 Lask 理論的詮釋爭議，而是希望藉由回顧 Lask 的新康德主義立場，進一步釐清 Neumann 的意旨。

<sup>47</sup> Beiser, *supra* note 46, at 454-455.

### 三、積極平等條款、社會法治國與功能變遷理論



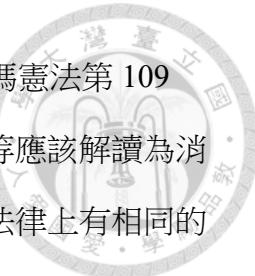
批判相對主義主張，價值與事實會在具體的法政策討論之中交會。Neumann 以帶有法理論關懷的法釋義學，參與了威瑪時期經濟與勞動政策的討論，並討論中，構築此時期法治國概念的重要基石。Neumann 在 1930 年發表的〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉，明確帶出方法論與經濟秩序的議題。這篇文章中，他採取社會功能演變解釋與體系解釋取徑去解讀威瑪憲法第 109 條第 1 項「德國人民在法律之前一律平等。( Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich. ; All Germans are equal before the law. )」的規定。<sup>48</sup>

在此涉及威瑪憲法第一部分與第二部分的效力問題。Tribe 指出，威瑪憲法定時，Preuss 擬定的最初版本僅包含議會民主制的規定。制憲會議的多數代表認為應該加入社會權利與社會義務，亦即社會法治國（sozialer Rechtsstaat）的規定，民主國家才能自足運作，他們的參照點為蘇聯所公佈的勞動與受剝削人民之權利（Rights of Working and Exploited Peoples）。因此，威瑪憲法納入了第二部分的基本權利。可是，制憲時，更為激進的左翼根本不支持憲法，右派保守人士則只支持憲法的第一部分，他認為這反映出 Schmitt 的敵友區分。<sup>49</sup> 因此，從制憲初期，威瑪憲法第二部分的效力就存在爭議。

Neumann 認為，憲法第二部分實際上是制度化的自由權。憲法上的自由權並非僵固的概念，亦非由布爾喬亞在歷史中所發展出來的先於國家之不可侵犯權利，而是被憲法所規範，因此憲法上的自由權可以合法地隨著社會變遷而演進。就此，他反駁 Schmitt，認為憲法意涵的演進不會造成憲法破毀，因此，憲法變遷未必要透過革命為之（Neumann, 1987: 28-30）。

<sup>48</sup> 威瑪憲法的條文，請參照：Die Weimarer Reichsverfassung, 100(0) Schlüsseldokumente, online verfügbar unter [https://www.1000dokumente.de/Dokumente/Die\\_Weimarer\\_Reichsverfassung](https://www.1000dokumente.de/Dokumente/Die_Weimarer_Reichsverfassung)。威瑪憲法部分條文之中譯可見於：Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯，憲法的守護者，頁 301-321 (2005 年)。

<sup>49</sup> Tribe, *supra* note 18, at 6-8.



接著，他使用功能變遷（functional alteration）的觀點詮釋威瑪憲法第 109 條。他認為，光從文義解釋，無法得知憲法上的法律之前人人平等應該解讀為消極平等或積極平等。消極平等原則主張，國家僅需要保障人們在法律上有相同的交易與商業機會的布爾喬亞法治國之平等觀；積極平等原則是還要求國家積極實現進一步目標，而可能限制自由權的社會法治國之平等觀，就此，平等條款也拘束立法者。因為我們無法利用文義解釋確定威瑪憲法採取哪一種平等原則，因此，對此條文的解釋必定要是歷史社會學式的（historicosociological），所有條文都可以在不同的歷史脈絡下，因其功能變遷而具備不同意涵與社會意義，儘管法條的措辭並未修改<sup>50</sup>。一方面，Neumann 受到 Karl Renner 的影響，認為社會的根本性變遷未必需要修法，因為法律並非經濟發展的原因<sup>51</sup>；功能變遷理論也是借用 Renner 的方法論<sup>52</sup>，在經濟發展的過程中法律可以維持不變，可是，法律與經濟是互相構成的（mutually constituting）。<sup>53</sup>

經由消極平等與積極平等的差異，他帶出自由主義民主與社會民主的區分。他認為，國民主權原則是民主的基礎之一，而國民主權原則蘊含統治者與被統治者同一的觀念，因此，法律之前人人平等是民主的基本原則。自由主義民主鞏固有產階層（possessing strata）的安全與財產；相對地，社會民主的有效行動是關於勞動階級的提升，自由與財產只在不妨礙此目的下才受保障。因此，自由主義民主、自由主義法治國的理想抱持消極的平等觀。<sup>54</sup> 經由考察威瑪制憲史，他認為「威瑪憲法是勞動階級的產物（the Constitution is the creation of the working class）」，因此，即使尚未參考憲法第二部分的規定，我們也可以經由社會——歷史解釋，發掘勞動階級會希望威瑪憲法比自由主義法治國更進一步，他們要求國家保障勞動階級與其處境。<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Neumann, *supra* note 25, at 33-34。

<sup>51</sup> DUNCAN KELLY, THE STATE OF THE POLITICAL: CONCEPTIONS OF POLITICS AND THE STATE IN THE THOUGHT OF MAX WEBER, CARL SCHMITT, AND FRANZ NEUMANN 276 (2003).

<sup>52</sup> 顏厥安（註 6），頁 26。

<sup>53</sup> KELLY, *supra* note 51, at 276-278.

<sup>54</sup> Neumann, *supra* note 25, at 32-33.

<sup>55</sup> Neumann, *supra* note 25, at 37.



Neumann 也使用體系解釋方法點出威瑪憲法對於自由主義式的財產權與勞動團結權的規定差異。威瑪憲法對所有自由主義式的財產權都附加上依據法律行使的條件，但是，對於第 159 條的勞工組織起來以改善勞動與經濟條件的規定並沒有加上依法行使的要件，甚至限制這種權利是不合法的。就此他引用 Schmitt，認為干預與不干預之間沒有根本性差異，並批評自由主義法治國的反干預原則，認為在這個原則下，實際上已經由國家做出干預，偏好市場上的優勢階級對弱勢的宰制。因為堅持反干預原則，自由主義法治國也無法理解經濟性憲法態（Wirtschaftsverfassung）的概念。<sup>56</sup> 就勞動法的部分，他點出，所有權的經營管理功能（administrative function）實際上蘊含著對於物品與人的管理<sup>57</sup>，而勞動法旨在限制雇主對勞工的命令，這涉及威法憲法第 157 條。此外，威瑪憲法第 165 條第 1、2 項進一步賦予所有勞工組織各層級工會的權利，無論其雇主是否支持。憲法第 156 條還規定了在提供補償下，可依法適切地將私部門轉移為公共財產。<sup>58</sup> 因此，Neumann 認為，儘管威瑪當時的司法實務賦予財產權過度的保障，但是威瑪憲法無疑是採行社會法治國，摒棄了自由主義法治國中財產權絕對不可侵犯的規定。<sup>59</sup>

在〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉中，Neumann 提出自由主義法治國與社會法治國的對比，在行文中，他顯然比較支持後者。這也呼應了第三個時期所著的〈政治自由的概念〉之中，將財產權認知為追求美好生活的工具，就能理解多數歐陸公民權分類明確區分財產權與其他公民權，且其他公民權受到更嚴格的保障。<sup>60</sup> 針對威瑪憲法的詮釋，他以歷史社會學式的功能變遷詮釋方法，及體系解釋，一方面發現了真實的受壓迫狀態，另方面將威瑪憲法詮釋為社會法治國，並

<sup>56</sup> Neumann, *supra* note 25, at 37-40.

<sup>57</sup> 此類財產權的功能，也在其他地方被提到，例如，Neumann 在 1929 年的〈反對法官違憲審查權法〉亦論述道：財產權具有對人與對物支配的兩個面向，對物支配（Sachherrschaft）又具備三種型態：佔有、管理與收益（ein Besitzen, ein Verwalten und ein Verwerten）。請見：Neumann, (Fn. 26), S. 525.

<sup>58</sup> Neumann, *supra* note 25, at 41-42.

<sup>59</sup> Neumann, *supra* note 25, at 42.

<sup>60</sup> Neumann, *supra* note 1, at 183-184.



蘊含積極平等的要求。不過，儘管國家有義務改善弱勢階級的處境，但是這種義務並未被主觀權利化。<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> 這也可見於〈政治自由的概念〉中，對於社會權的解讀（請見後文）。

#### 四、社會法治國與支持憲法開放性的方法論



流亡前，Neumann 以歷史——社會學解釋方法，將社會主義的價值銜接到威瑪憲法的平等權條款，並總結道，在規範性層次，社會法治國是威瑪憲法下較為可採的法治觀。此處有兩個彼此關聯的要點。第一點關於理論實體內容：Neumann 為何沒有將威瑪憲法的平等權主觀權利化？這涉及經濟秩序和國家觀兩個軸線的互動關係，本節說明，積極平等條款不是主觀權利，可能是出於德國權利思想的發展，也部分源於批判相對主義和憲法開放性之主張。第二是方法論問題。我認為，Neumann 從批判相對主義接續到功能變遷理論，其中所包含著的立場是憲法開放性。儘管功能變遷理論無法——依照 Neumann 的方法論，可能也不需要——提出唯一正確答案，但是，正是透過功能變遷理論，Neumann 仍然可以主張社會法治國的憲法詮釋。

Neumann 之所以猶疑是否要將積極促進平等的國家義務權利化，一方面也許是出於德國權利思想的流變。19 世紀的德國，法律權利被界定為主觀權利，Savigny 等人以觀念論哲學支持此理論。當觀念論退潮，Kant 理論所支持的意志論佔上風。不過，此後，Jhering 的效益主義詮釋展現出權利的功能論，Kelsen 則將其推到極致，法律因此與意志論和自然人脫鉤。依據 Kelsen 的理論，可以只以功能論思考權利。儘管，二戰後德國自然法思想短暫復興，但是秩序自由主義（ordo-liberalism）很快變成顯學，這種理論以原子式的個人主義思考權利。

Habermas 認為，Ludwig Raiser 指出權利具有主體際性。Raiser 以社會法（social law）試圖對抗個體主義權利觀、為權利回復道德內涵，經由私法的福利國家實體化（the welfare-state materialization of private law），將過往的主觀權利概念限縮於古典自由權的領域中，並主張應該以社會權（social rights）加以補充，經由法律，個人能被整合到有序的關係網絡內，人們必須發展、保護個體在其中承擔成



員地位（the status of member）的法律制度。<sup>62</sup> Raiser 發表 *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht* 的時間點是 1961 年，但是，Neumann 應該無法接收到這種思想轉變，甚且，即使是 Neumann 晚期的〈政治自由的概念〉，最初發表的時間也早於 Raiser 的文章（1953 年）。若 Habermas 的對於思想史考察的時點基本上正確，二戰結束後，德語世界的法律理論對於權利的主流看法，仍處於自然法復興與秩序自由主義之交，或可能還沒有太多法學文獻提及權利的主體際性。這部分解釋了，Neumann 在流亡前，乃至於終其一生，都沒有正面將社會權或平等權視為一種主觀權利。但是，即使在流亡前，Neumann 無疑已經注意到，公民權利具有社會面向，且意願自由也意味著公民必須與其他公民在國家中互動，親身實踐政治自由。這揭示出權利是在群體中藉由行動加以體現的，蘊含主體際性質。此時 Neumann 帶有階級分析的權利觀，本身就不支持原子式的個人主義。我認為，Neumann 至少是以賦予國家積極義務的間接方式實現積極平等條款或社會權的理想。更何況，他也沒有直接反對積極平等權與社會權。約略而言，他採取較為折衷的立場。

這種較為折衷的立場，也可以從批判相對主義，以及他與 Schmitt 的比較進一步探究。這其中的關鍵概念是憲法開放性（Offenheit）。依據 Luthardt 的說法，威瑪時代的幾位主要的社會民主憲法理論家，如 Heller、Sinzheimer、Neumann、Fraenkel 等人都認為，威瑪憲法可以作為爭取社會民主主義的法律框架（Rechtsrahmen）或法律形式（Rechtsform），Kirchheimer 是少數反對這點的社會民主憲法理論家。<sup>63</sup> Neumann 的憲法的開放性並非意味著，在威瑪憲法的框架下，無論是社會法治國，或是自由主義法治國，都可以推動其政治議程。

<sup>62</sup> JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY 84-88 (William Rehg trans., MIT Press 1996) (1992).

<sup>63</sup> Luthardt, Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik, 1986, S. 16. 此外，我們應該可以認為，主張資本主義秩序最終必定自毀的 Rosa Luxemburg，也會反對威瑪憲法框架下的漸進式改革路線，請見：Rosa Luxemburg, Reform or Revolution, in The Essential Rosa Luxemburg 41, 55-61 (Helen Scott ed., 2008)。此處，Luthardt 認為，Neumann 也將威瑪憲法詮釋為社會民主主義的憲法，這個論述應該比較偏向憲法解釋學的角度，並沒有繼續深入說明 Neumann 所追求的改革目標。



Neumann 認為，威瑪憲法的規定預設了社會法治國，而立法者受到此一要求的最小限度義務，因此，Neumann 認為運動者可以把威瑪憲法當成漸進式改革的框架。在威瑪憲法下，傳統意義的財產權制度不再受到絕對保障。<sup>64</sup> 我認為，就這點而言，憲法開放性意味著，為了社會民主主義，對於既有被認定是不可更易的法律制度，在立法論保持開放。這種開放性，與漸進式的、透過立法機關的改革，也揭示了批判相對主義對於絕對價值的反對。類似地，顏厥安爬梳 Neumann 流亡前的著作，也指出，Neumann 不可能支持 Schmitt 的理論，而是抱持較為樂觀的看法，認為運動者可以在威瑪憲法框架下追求社會主義，未必要訴諸革命才能改變。<sup>65</sup> 甚且，Schmitt 在 1932 年後的演講與著作中，也透露出同樣的傾向。Schmitt 認為憲法必須具備一個限制立法者的憲法實質性（Verfassungssubstanz），他強調法律上同等機會原則（das Prinzip der rechtlichen gleichen Chance）在威瑪憲法具有核心地位，亦即，透過平等參與議會的決策方式，可以推導出法律的合法性（Legalität）。<sup>66</sup> 在此，我無意探討 Schmitt 思想轉變的原因與細節，而是希望聚焦在 Neumann 的實體主張與方法論的關係。

憲法開放性的立場反對絕對價值，Neumann 又如何得以主張特定的憲法詮釋才是正確的？這又帶到功能變遷理論背後的歷史社會學方法。Claus Offe 從權力理論（theory of power）的角度分析，Neumann 的歷史社會學方法，是透過時間化（temporalization），從過去的歷史事實中找到特定的應實現的權力關係，以發現受壓迫者當時實際上所面對（且自身可能未意識到）的社會經濟權力，並正確地將此權力歸屬到特定的壓迫體制，以確認壓迫狀態的真實存在。他認為，這有別於 Kirchheimer 的歷史哲學（a philosophy of history）方法。<sup>67</sup> 不過，Offe 也批評歷史社會方法需要克服時間差，過去的憲法行動者，不一定能代表當今勞動階

<sup>64</sup> Luthardt, (Fn. 63), S. 60-64.

<sup>65</sup> 顏厥安（註 6），頁 27。

<sup>66</sup> Luthardt, (Fn. 63), S. 24-26.

<sup>67</sup> Claus Offe, *The Problem of Social Power in Franz L. Neumann's Thought*, 10:2 Constellations 211, 214-217 (Christiane Wilke and William E. Scheuerman trans., Blackwell Publishing Ltd. 2003) (2002).



級的利益或觀點。可是，Neumann 以進步主義迴避問題，而且，他用以補強的法學詮釋，也無法排除其他的威瑪憲法的詮釋版本。<sup>68</sup> 雖然 Neumann 無法透過功能變遷理論證成唯一正確的威瑪憲法詮釋，可是，基於批判相對主義與憲法開放性的立場，Neumann 可以被視為某特定價值與政策的擁護者，這使他的方法論可以兼容於他的實體主張。

綜上，Neumann 雖然主張憲法開放性，但是，他提出一套具體的憲法詮釋，實際上開放性並非無邊無際。流亡前的 Neumann 之所以一方面肯定威瑪憲法的開放性，另方面也堅認威瑪憲法是一部支持社會民主法治國的憲法，必須從其批判相對理論的方法論加以詮釋。亦即，當時的他不認為威瑪憲法已經給訂了特定價值，可是，結合威瑪憲法第二部分的一些具體基本權條款，他從中找到一個價值與評價的接軌方式（功能變遷理論），因而得以透過社會民主主義，提出針對威瑪憲法的評價。由此，功能變遷理論預設了，法律與社會會互相形構彼此。<sup>69</sup> 我認為，Neumann 之所以沒有斷定積極平等條款是否能夠推導出積極平等權，除了德國權利思想史的理由外，或許部分也是因為威瑪憲法的具體法秩序，還需要透過憲政活動進一步形塑。由上可見，Neumann 的社會法治國主張，是運用了功能變遷理論加以證立，功能變遷理論又包含憲法開放性的立場，他的實體主張之所以能兼容於憲法開放性，可以由批判相對主義加以解釋。因此，他的方法論與實體主張緊密結合，也互相支持。

<sup>68</sup> Offe, *supra* note 67, at 226, n. 29.

<sup>69</sup> 在《法治》，他從這點出發，提出更完整的辯證主義方法論。請見後文。

## 五、 經濟性憲法態與社會法治國



方法論軸線帶出了批判相對主義、功能變遷理論與社會法治國的關聯。接著，本節聚焦於第二個軸線，論述社會法治國對經濟秩序的要求。

Neumann 的社會法治國是為了應對威瑪當時的經濟秩序轉型。Luthardt 明確指出，Neumann 在威瑪時期的社會主義憲法理論，是因應社會轉型的需要而生，舊有的經濟與政治之平衡狀態，被具有強烈政治性的工人運動政黨的大眾民主（Massendemokratie），以及壟斷性資本主義（Monopolkapitalismus）所打破，故而 Neumann 提出社會法治國概念<sup>70</sup>，Neumann 的社會法治國是一個轉型社會的綱領（das Programm einer Übergangsgesellschaft）<sup>71</sup>。因此，Neumann 在威瑪時期，從實定法與法政策的面向，就憲法與經濟秩序的關係作出詳細論述。針對這個主題，Neumann 提出對於經濟性憲法態（Wirtschaftsverfassung）的詳細說明，以澄清他的憲政理論如何處理經濟領域的爭議。

在 Neumann 眼中，一個適切的經濟性憲法態（Wirtschaftsverfassung），意在提供一種可能性，使國家與社會得以用某些模式介入經濟活動的自然歷程，亦即介入經濟自由。<sup>72</sup> 經濟性憲法態是一種規範體系，它要求國家和社會干預經濟自由，而經濟自由僅僅是被強化的法律自由。經濟性憲法態不能等同於規定經濟組織的法規範，否則經濟性憲法態就欠缺具體意涵，而且，經濟性憲法態也不是經濟系統（economic system），因為這無法表達特定時期有關經濟管理的基本觀念。此外，經濟性憲法態也不是某種為了落實單一經濟體系的原則而存在的規範與機構實體。<sup>73</sup> 經濟性憲法態是在國家憲法之下，但是享有高度自主性的規範。

Neumann 指出運用獨裁體制，以職業代表制（professional representation）為基礎建立的有關經濟性憲法態的組織，會導致此類組織被吸納到國家之中，且由於各

<sup>70</sup> Luthardt, (Fn. 63), S. 10.

<sup>71</sup> Luthardt, (Fn. 63), S. 61.

<sup>72</sup> Neumann, *supra* note 23, at 56.

<sup>73</sup> Neumann, *supra* note 23, at 52-53.



團體代表的數量難以計算，最終所達到的「階級均衡」(the class equilibrium)，反而助長了優勢群體對於經濟弱勢的壓迫。<sup>74</sup> 經濟性憲法態預設了：

1. 個人：職能機構(functionary)取代了企業家(entrepreneur)。
2. 物質：對市場的控制不僅受自然經濟法則的制約，還受關於權力和權利之法則的制約。
3. 組織：市場和專業協會的存在。
4. 憲法法：國家干預的權限。
5. 原則上維護自由經濟制度。<sup>75</sup>

藉由前述五個條件，經濟性憲法態劃定了國家介入經濟領域的界線。就此，Neumann 排除了不參與市場競爭的公營事業體，以及理應在私法層次對雇主代表勞工利益，而非處理整體性經濟問題的職工委員會(works' council)<sup>76</sup> 法律上，經濟性憲法態的組織要素有兩個階層。第一個層面是其相對國家的自主地位。第二層面是，此類組織必須維護市場秩序。市場管制主要是由國家為了自由市場自身的利益而直接介入，不過，市場管制也可以是民主的，也就是由獨立於國家的非國家組織處理，這些組織可能是市場參與者(market parties)或工會(trade unions)，管制的對象為破壞自由市場競爭的壟斷者，但是最終國家仍擁有決策權限。結果上，國家與市場參與者、工會，共同進行民主的市場管制(democratic market control)。因此，市場參與者之中也應納入工會所派的代表。此外，進行市場管制的組織也具有權力分立特徵。立法權是由國家以及經法律授

<sup>74</sup> Neumann, *supra* note 23, at 53-55.

<sup>75</sup> Neumann, *supra* note 23, at 57-58.

<sup>76</sup> Neumann, *supra* note 23, at 58-59. 此處的職工委員會，英譯版為 works' council，對照德文原文應為 Betriebsräteverfassung (Neumann, 1931: 600)，這應該指在單一企業中與雇主協商與參與管理的組織，中文可能翻譯成工廠會議、員工代表會、職工委員會等(吳宜臻，2009)。就其意涵與中文翻譯，請見：Neumann, Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung, Die Arbeit: Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde 8 1931, 588, 600, Available at: Bibliothek der Friedrich-Ebert-Stiftung, [http://library.fes.de/cgi-bin/arb\\_mktiff.pl?year=1931&pdfs=588x589x590x591x592x593x594x595x596x597x598x599x600x601x602x603x604x605x606](http://library.fes.de/cgi-bin/arb_mktiff.pl?year=1931&pdfs=588x589x590x591x592x593x594x595x596x597x598x599x600x601x602x603x604x605x606)；吳宜臻，德國勞資共決制度中的職工委員會，全球化監察，2009年12月7日，<https://globemonitor.org/zh-hant/content/>德國勞資共決制度中的職工委員會（最後瀏覽日：2024年5月4日）。



權的非國家組織進行。國家管理儘管屬於有自主性的行政權，可是，司法機關也會參與勞動條件的決定過程。故而，經濟性憲法態也應該有其「基本法（basic law）」，執行市場管制的組織也享有適切的基本權，威瑪憲法第 159 條適足以之作為這種基本權利。<sup>77</sup>

Neumann 的經濟性憲法態概念，主要是用以批判威瑪德國被扭曲的自由市場。他認為，儘管法律規定仍維持著資本主義經濟秩序的存在條件（契約自由、交易自由與繼承權），但是，經驗上，企業家的自主性大幅受限，壟斷性資本主義壓縮其他企業家管理的空間，股票市場經營與管理分離導致卡特爾與辛迪加等握有經濟控制權限，而且國家與大企業致力於消除經營風險，最終導致國家部分地直接補貼大型企業。他強調，這些都破壞了經濟自由，經濟自由包含三個面向：在機會間選擇的自由，運用自己經濟權力的自由，以及競爭自由。只有在真正的自由市場之下，經濟自由才有意義，在當時，經濟自由已經變成一種特權，而法律上的契約自由只不過是為了壟斷資本主義擦脂抹粉（這點正是勞動法所要處理的）。<sup>78</sup>

因此可以看出，此時他並沒有完全反對經濟市場所構成的生產秩序，而是強調市場必須有真正的競爭與選擇。<sup>79</sup> 經濟性憲法態的概念，與其說是要根本性地挑戰資本主義市場，不如說是為了自由市場的健全。另方面，這也意味著，當壟斷者破壞市場運作，被視為給定的經濟自由並無意義可言，需要某種程度的國家或社會介入。同時，他也關心經濟弱勢的處境，尤其是非大型企業家與勞動階級。相較於 Luxemburg 的資本主義市場必定崩潰論<sup>80</sup>，Neumann 認為自由市場可以被矯正，資本主義生產的條件（契約自由、交易自由與繼承權）仍然可以有正面意義。不過，若如 Luxemburg 所說，資本主義市場必定因為競爭而走向地理擴張與利潤下降，最終自毀，Neumann 的經濟性憲法態可說是為了避免有害的市場

<sup>77</sup> Neumann, *supra* note 23, at 60-65.

<sup>78</sup> Neumann, *supra* note 23, at 44-49.

<sup>79</sup> 這在《法治》當中可以找到進一步的闡述。

<sup>80</sup> Rosa Luxemburg, *supra* note 63, at 47-55.



競爭。那麼，經濟性憲法態可能是 Luxemburg 眼中的某種改革路徑。就此而言，經濟性憲法態可說是避免資本主義導致市場經濟走到盡頭的改革方案。若結合〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉對於社會法治國的觀點，經濟性憲法態改變了自由主義法治國，而且市場需要社會法治國才得以健全。Neumann 可說是試圖在社會法治國的框架下挽救市場與有意義的（*sinnvoll*）經濟自由。因此，他小心翼翼構築經濟制度的理論。除了要避免過於單純的改革方案為了壟斷資本主義火上加油（如專業代表制），也試圖劃定國家與社會對其干預的界線。<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> 就這個軸線，有個在 Neumann 不同文章中所呈現出的論述差異，並不容易被解釋。在〈論經濟性憲法態的前提要件與法律概念〉，他肯定國家可以將其干預機能授權給民間機構，並名之為「民主的市場控制」。不過，他在〈政治自由的概念〉中，主張民主只能是政治民主（political democracy），將民主引入諸如經濟的特定職能，儘管可能有用（may be useful），但是絕不能正當化為民主，請見：Neumann, *supra note 1*, at 191。就此議題，若以〈政治自由的概念〉的立場為準，那麼〈論經濟性憲法態的前提要件與法律概念〉所謂民主的市場控制，只能被解讀為，掌有最終決定權限的國家，儘管必須與其他具有自主性的機構分享經濟性憲法態的權力，可是非國家機構的自主性仍基於實定法，實定法源於議會民主，因此，由非國家組織實施市場控制仍屬於政治民主的一環。但是，若這樣解讀，民主就只能用來指涉國家機器內部的政治過程，不免落入國家中心主義。可是 Neumann 也曾在〈論馬克思理論的國家〉反對將國家獨立於社會之外。這個議題涉及他的民主理論。究竟他改變了論述，或是兩篇文章的立場實際上可以找到融貫的詮釋，似乎需要另外撰文討論。初步而言，本論文認為，這是出於 Neumann 自身在價值判斷的轉變。一方面，〈論馬克思理論的國家〉採取相對基進的歷史唯物論，將國家的本質界定為階級國家，因此，國家與社會難以明確區分；另一方面，〈政治自由的概念〉中，Neumann 更認可市場經濟的機能與法律的經濟功能，所以，相對抗拒國家的介入。有關 Neumann 流亡後的立場變化，具體請見本文第三章與第四章。

## 六、 議會中心主義



如前所述，Neumann 在〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉提到，依據社會——歷史性的功能變遷理論，威瑪憲法是社會法治國，而這又透過〈論經濟性憲法態的前提要件與法律概念〉當中國家對於經濟領域的介入方式加以實現。不過，國家介入市場的方式甚多，國家的介入方式，也觀乎國家結構與國家觀。因此，這帶出第三個軸線，社會法治國對於權力分立與國家體制的看法。本節借重他在 1929 年發表的〈反對法官違憲審查權法〉<sup>82</sup>，輔以〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉與〈論經濟性憲法態的前提要件與法律概念〉，勾勒出他的議會中心主義思想，以及所對應的民主觀。<sup>83</sup>

在〈反對法官違憲審查權法〉，Neumann 再度說明自由主義權利與意識形態的關係。源於自然法的自由主義的權利，和自然法的意識形態本身，都可以為了各式各樣的政治權力服務，如果自然法意識形態能相容於共同體的結構，可以說是一種表述型意識形態（Ausdrucks-ideologie）反之，自然法的意識形態就會變成掩蓋政治權力運作的掩蓋型意識形態（Verdeckungs-ideologie）。<sup>84</sup> 自然權利為了跨越時空背景的限制，勢必只能擁有形式性內容，因此其詮釋高度取決於司法權（Rechtsprechung）與國法學是否反動保守。<sup>85</sup> 他舉出幾個威瑪憲法的特定條文，如威瑪憲法第 153 條第 2 項規定了財產權的內容與限制（der Inhalt und die Schranken des Eigentums）由法律所產生、第 153 條允許依照帝國法律（Reichsgesetz）限制處分權（Verfügungsbefugnis），第 151 條第 1 項更揭示依據每個個體人性尊嚴之保障的目標，經濟生活秩序必須要保障正義原則的實現。

Neumann 認為，第 151 條都並非 Anschütz 所說的僅僅作為國策（Programm），他並提到 Lehmann 所述、漸漸成為主流的說法，經濟秩序的公平性要求，主要基於

<sup>82</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 517-536.

<sup>83</sup> 〈反對法官違憲審查權法〉的寫作脈絡是威瑪制憲以來的司法違憲審查論爭，本文不會詳細處理其中的制度爭議與實踐細節。此處的重點會放在 Neumann 對立法權與司法權的定位。

<sup>84</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 523.

<sup>85</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 523-524.



個人自由，並且，法院有權、有義務依據本條審查法律。<sup>86</sup> 依據威瑪的勞動法，工會（Gewerkschaft）是勞工參與勞動生活決定之主要基石，而工會在當時是「新的、集體的民主形式的承擔者，此集體民主的領域是勞動的管理。」。<sup>87</sup>

那麼，議會與法院在此新的民主形式中，分別應該擁有什么職權？如他在〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉所述，立法者體認到法律自由與法律平等無法充分保護勞工階級，因此，威瑪憲法第 165 條不只規定，勞工的結社不受國家干預的自主性，還要求議會同意工會以平等的條件參與生產力的發展過程。<sup>88</sup> 直接對照威瑪憲法條文，第 165 條規定了，工會有權與企業代表、其他關係人共同參與區域勞工委員會（Bezirksarbeiterräten）與帝國勞工委員會（Reichsarbeiterrat）。區域勞工委員會與帝國勞工委員會為了整體經濟任務之達成、社會化法律（Sozialisierungsgesetze）的共同執行，得邀集雇主等代表組成各級經濟委員會（Wirtschaftsräten），而且，帝國經濟委員會（Reichswirtschaftsrat）有權先行鑑定（legt vor）政府欲提交給帝國議會的高度重要之社會與經濟法案（Sozialpolitische und wirtschaftliche Gesetzentwürfe），並享有透過政府的提案權。若政府否決其提案，政府仍應向議會提案之權力（但是得附加政府的立場）。於帝國議會討論其提案時，帝國經濟委員會得派出代表參與。<sup>89</sup> 這使勞工的結社實質參與政治決策過程，進而，在社會法治國中，工會也成為民主決策的政治機構。

而〈論經濟性憲法態的前提要件與法律概念〉也提到，威瑪憲法對於經濟與社會的介入能力不足，因為當時的時空脈絡下，憲法中的議會中心主義無法被落

<sup>86</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 526.

<sup>87</sup> „Die Gewerkschaften sind heute Träger einer neuen Form der Demokratie, einer kollektiven Demokratie, deren Domäne die Arbeitsverwaltung ist.“ Neumann, (Fn. 26), S. 527. Neumann 接下來也論及德國法官作為政治人（politischer Mensch），而且偏向保守，司法機關的精神構成（die geistige Konstitution des Richtertums），會使其決定有害勞動權利的保障，他也舉出美國法院屢屢宣告保障勞工之法律無效，作為應證，請見：Neumann, (Fn. 26), S. 530-533。

<sup>88</sup> Neumann, *supra* note 25, at 39-40.

<sup>89</sup> 請見：Die Weimarer Reichsverfassung, 100(0) Schlüsseldokumente, online verfügbar unter [https://www.1000dokumente.de/Dokumente/Die\\_Weimarer\\_Reichsverfassung](https://www.1000dokumente.de/Dokumente/Die_Weimarer_Reichsverfassung)。威瑪憲法第 165 條的中譯可見於：Carl Schmitt 著，李君韜、蘇慧婕譯（註 48），頁 320-321（2005 年）。



實。他引用 Schmitt 的說法，認為多元主義和聯邦制打擊了議會的權威。此外，帝國議會也因為其他理由而無力維持其最高地位，他列舉了司法的實質違憲審查權、議會對於內閣與官僚體系的依賴、議會出於執政聯盟而放棄監督等原因。<sup>90</sup>因此，Kelly 認為，Neumann 呼應也調整了 Schmitt 對多元主義和聯邦制的批評，Neumann 主張自由主義國家的非干預要求，若在特定的經濟與社會結構的需要下，也可以取得相應的權力。<sup>91</sup> Kelly 接著主張，Neumann 和 Weber、Schmitt 都同意，大眾民主（mass-democracy）帶來的多元主義有負面影響，但是，Neumann 不贊同 Schmitt 的權威國家式的總體國家（total state），也沒有接納 Schmitt 的決斷論與主權概念，而是希望建立 Heller 所稱的權威（authoritarian）<sup>92</sup>，以強而有利的國家機器，透過經濟性憲法態，在妥協和多元主義下追求社會進步。<sup>93</sup>

因此，我認為 Neumann 僅止於指出議會制下國家權力衰弱的病徵，並沒有全盤否定議會制，這也是他在威瑪時期與 Schmitt 的主要差異之一（請對照註腳 78

<sup>90</sup> Neumann, *supra* note 23, at 49-51.

<sup>91</sup> KELLY, *supra* note 51, at 272.

<sup>92</sup> 此處的權威概念也需要進一步釐清，不過，本文無法深究。正如 Schmitt 所說，為了理解大眾民主這個拼裝車的圖像（das heterogen zusammen-gesetzte Gebilde；the patchwork picture），我們必須區分民主與自由主義（Liberalismus；liberalism），而議會制的信念（[d]er Glaube an den Parlamentarismus；[t]he belief in parliamentarism parliamentarism）屬於自由主義（Schmitt, 1996：13；Schmitt, 1988: 9-10）。民主要求政治社群的同質性，當時的民主是大眾民主（Massendemokratie；mass democracy），大眾民主僅追求統治者與被統治者的同一性（eine Identität von Regierenden und Regierten；an identity of governed and governing），對大眾民主而言，議會變成難解、過時的機構（Schmitt, 1996：21；Schmitt, 1988：15）。因此，Schmitt 欲討論民主的定義。可是，在威瑪時期，民主作為反對君主制的「對抗性論戰術語（polemischer Begriff；polemical concept），這個詞彙，繁體中文世界似乎還沒有權威性的漢譯法，因此，我借用蔡宗珍教授在國立台灣大學 2023 年春季學期國家學專題研究課堂上的翻譯」，當君主制垮台後，所有的統治機制，無論進步或反動保守，都被賦予民主之名，連獨裁政治都可稱之為民主（Schmitt, 1996：22；Schmitt, 1988：24）。因此，追求社會主義的全體國家同時也可以是民主國家。而且，換個方向來談，當時所稱的民主，也未必有今日的正面意味。不過，本文並無法仔細探究 Heller 的權威概念。請見：Schmitt, (Fn. 11), S. 13, 21, 22；Schmitt, *supra* note 11, at 9-10, 15, 24。

<sup>93</sup> KELLY, *supra* note 51, at 273-276. Kelly 的理論比較研究也值得一談。Kelly 希望跳脫既有的分析框架和學界給 Weber、Schmitt 與 Neumann 的標籤，因此他另闢蹊徑，爬梳國家學傳統，以比較 Weber、Schmitt 與 Neumann 的思想之接續與流變，他認為，Neumann 對於大眾民主削弱國家能力的問題意識，源於 Weber 與 Schmitt (Kelly, 2003: 306)。Neumann 受到 Weber 對於 Rousseau 的民主悖論之論述的影響，亦即，他也希望能回答，威瑪德國的大眾民主如何在大眾缺乏公民素養的情境下成功 (Kelly, 2003: 301-302)，或說國家正當性如何在大眾民主的情境下產生 (Kelly, 2003: 302)，Neumann 的解方是，必須建立起經由民主以實現自由的社會民主 (Kelly, 2003: 304)，請見：KELLY, *supra* note 51, at 301-302, 304, 306.



對 Schmitt 的說明)。他並不鼓勵卡里斯馬的強人政治，而是希望在議會制的架構下，納入勞動階級的平等參與。Neumann 對於議會中心主義、工會參與民主程序等地看法，在表明，立法權與工會才是追求平等秩序的要角。

相對地，威瑪的法院並無法承擔此等責任。一方面，他從經驗資料分析，德國法官可能摧毀社會主義立法。儘管德國的社會立法（soziale Gesetzgebung）比美國更穩固、又部分受到憲法保護，法官群體也與美國不同，但是，法官都是人（Mensch），具有政治和道德傾向，就此，美國司法權已經大量宣告勞動法規無效。更甚者，從過往案例看來，威瑪的帝國法院很少能夠回應社會、經濟政治的重要問題。而且，在抽象的集中審查中，由於沒那麼貼近個案，法官可能更容易輕易宣告法律無效。<sup>94</sup>

另方面，Neumann 也從規範面反對違憲審查。一旦國事法院（Staatsgerichtshof）享有違憲審查權，議會民主就受到一種組織性的限制，這就不再是議會民主制。正如 Hugo Preuß 對 Kelsen 的分析所指出，奧地利憲法之所以建立了違憲審查，是因為其不包含基本權條款，但是，在威瑪憲法下，違憲審查是民主的自我毀滅（ein Selbstmord der Demokratie）。就算主張要以司法權監督議會，司法權本身卻不受監督，即使主張司法權應受議會少數，但是議會少數必須受到的保護是政治性的，而且議會少數也已經受到政治保護，亦即帝國總統的法案否決權，此外，依據憲法第 73 條，經由全體三分之一以上之議員提案，也可以請求行政權暫停公布法案，甚且，依據憲法第 73 條，若此類法案經有投票權的公民中二十分之一請求，行政權必須將法案交付公民投票（Volksentscheid）。在制度論上，Neumann 完全反對違憲審查權，只支持帝國法院擁有依據憲法審理權限分配的組織性規定（eine organisatorische Regelung der Kompetenzverteilung），以及建立集中式的、去政治化的、在聽證時遵循公開性原

<sup>94</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 530-533.



則與口頭辯論原則（Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit）的行政命令（Verordnungen）審查權。<sup>95</sup>

由上可見，此時的 Neumann 支持議會至上主義，而議會至上的基礎，又源於社會法治國下，勞動階層對於政治決策之民主參與。法院反倒被認為是不民主的，甚至可能是保守、去政治化的場域。這凸顯三點，第一，他質疑司法部門進行社會民主改革的意願，第二，他的立場，至少部分源自於結果論，第三，對他而言，法律解釋必須參酌社會變遷，可是，對法律的憲法解釋與其交由法院，不如交給議會、總統與公民，因為比起司法權，它們更能落實人民的自我決定。

---

<sup>95</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 533-536.

## 七、小結



流亡前，Neumann 的法概念是社會法治國，這是一個廣包的法治概念觀。方法論上，他由博論開展的批判相對主義，體現於功能變遷理論。

就此，他依據歷史——社會方法，推導出自由主義法治國與社會法治國的區分，以及對政府的積極平等要求，即使他支持憲法開放性的態度。儘管，出於權利思想史，積極平等條款仍然不是主觀權利。

針對經濟秩序，他在自由市場與威瑪憲法的框架下，提出經濟性憲法態。對他而言，自由市場的前提是市場內存在競爭，而這要求市場參與者的平等地位。因此，威瑪德國需要社會法治國以拯救、維持市場秩序。

在權力分立與國家觀，他支持議會中心主義，這源於社會法治國對議會的授權，以及工會的政治重要性。因此，他心目中的民主是議會民主，法院不應透過違憲審查限制之。

綜觀這個時期的思想，他仍相信威瑪憲法的制度安排與價值決定，並嘗試以有利於無產階級的詮釋，建構出社會法治國。因此，社會法治國涵蓋的範疇非常廣泛，是對於憲法、國家、市場結構的整體性主張。值得注意的是，此時期開始，他的法治觀就蘊含階級分析視角。



### 第三章 法社會學下的法治：1933 年流亡後到《法治》

#### 一、 前言

對於 Neumann 來說，1933 年或許是格外艱困一年，隨著納粹黨掌權，他被迫流亡英國。就在這一年，他很快寫出了〈威瑪民主的衰退（Der Niedergang der deutschen Demokratie）〉，這篇文章可說是他對於威瑪憲法發展的暫定結論，一方面，他回顧了威瑪憲法的制度安排，另方面，他也分析國家社會主義的掌權過程。<sup>96</sup>

不過，這不意味他的理論與前一階段徹底決裂。以 Neumann 的功能變遷理論為例，他認為隨著歷史社會脈絡對於法律意義的變化，法規範的意義可能也會被重新詮釋。如前一節所述，他曾指出，法律的意義必須緊貼著社會歷史脈絡加以詮釋，例如威瑪憲法對於國家的安排，應該是社會法治國。他在《法治》也指出，公法與私法的區分亦會隨著歷史而變化，並沒有單一標準。<sup>97</sup> 只是，此時他認為，單憑法規範的變化，只能使國家有權力轉移財產權的歸屬，但是，很難帶來完整、深刻的社會主義變革，亦即集體財產制（communal property），在威瑪當時的法體系下，欠缺通往社會主義的必要條件。<sup>98</sup> 在流亡後，他對威瑪憲法所建構的法秩序本身能否通往社會主義理想，採取較為悲觀的態度。可與之交互印證的是，Martin Jay 也指出，Neumann 在法蘭克福學派流亡英國前，與學派相對疏遠，一方面他出身於勞動階級家庭，比較不側重法蘭克福學派對文化的分析，另方面，相對於其他法蘭克福學派成員，他比較支持威瑪憲法的民主架構，

<sup>96</sup> Neumann, Der Niedergang der deutschen Demokratie (1933), in: Franz L. Neumann: Wirtschaft, Staat, Demokratie Aufsätze 1930-1954, 1978, S. 103, 103-123. 論文正文中我所援引的是德文版，本文亦有英譯，請見：Franz Neumann, *The Decay of German Democracy (1933)*, 4:4 THE POLITICAL QUARTERLY 525-543，英文版後被收錄於：Franz Neumann, *The Decay of German Democracy (1933)*, in: THE RULE OF LAW UNDER SIEGE: SELECTED ESSAYS OF FRANZ L. NEUMANN AND OTTO KIRCHHEIMER (William E. Scheuerman ed., 1996)。

<sup>97</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 19.

<sup>98</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 17-18.



Horkheimer 也沒有招募他進到法蘭克福研究所，直到他流亡英國，師從 Laski 且理論轉向基進，才正式被邀請加入研究所。<sup>99</sup> 因此，流亡後，他開始質疑社會法治國的內涵，他的法治觀也有所轉向。

本節的分析將以〈威瑪民主的衰退〉、〈法治國、權力分立與社會主義〉〈論馬克思理論的國家〉與《法治》等文獻為核心，指出在此時期新出現的一些關鍵概念，也探討此時的理論與前一時期的差異。此時，我們也可以看到他的思想有時比較偏向流亡前，有時——例如在《法治》——比較偏向第三個時期。這使法治觀轉向的分析更為複雜。

---

<sup>99</sup> Martin Jay, *Foreword*, in THE RULE OF LAW: POLITICAL THEORY AND THE LEGAL SYSTEM IN MODERN SOCIETY xvii, ix-xi (Matthias Ruete ed., 1986).

## 二、流亡初期：社會法治國與馬克思主義國家觀

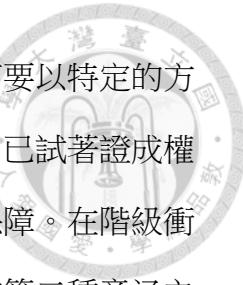


如前一章所述，社會法治國包含特定的國家觀和權力分立的立場。流亡初期，Neumann 開始懷疑威瑪憲法能否作為社會主義改革的平台，因此，他的國家觀也有劇烈的變化。此時，他跳脫威瑪憲法框架下的法釋義學需要，轉向更一般的理論論述，更直接地以馬克思主義的觀點重述社會法治國，使其更為基進，轉而也批評了他在流亡前的社會法治國版本。

在〈法治國、權力分立與社會主義〉，Neumann 認為，權力分立源於自由主義法治國，而且，建立社會主義法治國的努力失敗了。權力分立有兩個意涵。第一個意涵是，權力分立指向將確定的權力分配給確定的部門。第二個權力分立的意涵是指「在特定社會群體間分配管理權（*a distribution of executive power between definite social groups*）」，這把無產階級排除在外，因而，國家唯一的任務是消極性的，以一般性的理性法律保護人們的自由於財產免受集大權於一身的單一部門的威脅，其背後的依據是啟蒙思想對人的均質認識。<sup>100</sup> 自由主義法治國只在法律上保護勞動階級的平等，在社會經濟面向，勞動階級並不享有自由權。但是，大眾民主與壟斷性資本主義破壞了自由主義法治國，壟斷資本主義使個別性法律成為必要，而授權法使立法權將立法權限大幅讓渡行政權，行政權大幅擴張，立法權遠離勞動階級最有影響力的立法部門，司法權變為抽象標準的解釋者，本質上法官的行為轉變為行政行為。自由權的意涵也發生變化，因為幾乎所有的自由權都受制於法律、受法律保護。保存自由權的部門由立法轉變為官僚與總統，且重要性日減，因而權力分立在經驗現象的層次，已不復存。<sup>101</sup> Neumann 清楚認識到權力分立與經濟秩序間的運動關係。他對於權力分立的兩種解讀也非常基進化，但是卻有所道理。因為，如果權力分立只不過指稱部門間的權力分

<sup>100</sup> Franz Neumann, *Rechtsstaat, the Division of Power and Socialism*, in: Otto Kirchheimer and Franz Neumann, SOCIAL DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW 66, 68-70 (Lenna Tanner and Keith Tribe trans., Keith Tribe ed., 1987).

<sup>101</sup> Neumann, *supra* note 100, at 70-73.



配，僅僅是技術性地描述權力分立的方法，並沒有解釋統治權為何要以特定的方式分配。甚至，即使以法治國說明權利集中化對於自由權的威脅，已試著證成權力分立，這也沒有解釋，經驗層面上，為何無產階級的自由不被保障。在階級衝突或政治危機中，我們可以從沒有配得統治權限的群體觀察到他的第二種意涵之權力分立。相較之下，社會法治國採取議會優先主義，不過也有觸及權力分立的第二個意涵，也就是憲政權力在不同階級之間的分配。Neumann 一定程度延續了社會法治國的主張。

社會法治國對於民主有一套特定、正面的詮釋，透過議會主義與工會，民主可以通向社會主義改革。在〈法治國、權力分立與社會主義〉，他則細論民主與法治國的衝突。他認為，當國家同時承認權力分立、先於國家之自由，這種自由主義的表述會與民主相衝突。<sup>102</sup> 在此，他明確定義出民主跟國民主權：「民主是基於平等，這是民主的構成性原則。國民主權意味著統治者與被統治者的同一。」<sup>103</sup> Kelly 認為 Neumann 既引用了 Schmitt 的民主概念，卻也批評了 Schmitt 的政治概念。他引用 Scheuerman 的說法，認為 Neumann 擴大了政治的範疇，政治不只出現在敵友區分，也出現在想爭奪國家機器的競爭性的力量（disputing forces；streitende Kräfte）之間，可是，Neumann 忽視了 Schmitt 的觀察，亦即國家對非政治領域的介入，形成了弱的全體國家（a weak total state），這是 Schmitt 想透過去政治化（depoliticization）防免的。<sup>104</sup> Neumann 所引用的民主概念，是 Schmitt 的大眾民主概念。<sup>105</sup> 由此可見，Neumann 支持 Schmitt 對民主與國民主權的定義，可是，他希望以平等這個出發點擴張政治的概念。不過，Neumann 也認為，民主不意味著要完全拋棄法治，他認為，在民主國，法治會以

<sup>102</sup> Neumann, *supra* note 100, at 73.

<sup>103</sup> “Democracy rests upon equality, which is its forming principle. Popular sovereignty means identity of the rulers and the ruled,” 請見：Neumann, *supra* note 100, at 73；亦請見原文：“Demokratie beruht auf Gleichheit, die ihr Formprinzip ist. Volkssouveränität bedeutet Identität von Herrschern und Beherrschten”，Neumann, Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus (1934), in: Neumann, Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus, in: Franz L. Neumann: Wirtschaft, Staat, Demokratie Aufsätze 1930-1954, 1978, S. 123, 132.

<sup>104</sup> KELLY, *supra* note 51, at 279-280.

<sup>105</sup> 關於 Schmitt 的民主概念，亦請參照註腳 11 與 92。



黑格爾辯證法的方式被「取代 (superseded)」。<sup>106</sup> Neumann 這段話似乎令人費解。也許可以初步理解為，他同意，民主原則要求政治群體的成員具有同質性，但是，非先於國家而存在自由權概念，可能涵蓋人們保持異質性的自由，而自由主義法治國卻還主張人們擁有疏離於政治活動的自由，因為自由權可以先於國家而存在，自由權與政治活動之間，容許斷裂。在第三個時期的〈政治自由的概念〉中可以找到相應主張，政治自由包含意願自由，人僅在親身踐行自由權時才真正享有自由（詳後述）。從這點也可以看出，〈政治自由的概念〉並沒有完全拋棄他早期的社會法治國。另方面，他主張民主和擴大的政治概念，這顯示出民主具有動態性，需要以民主為支柱的社會法治國，其狀態也會不斷變動。若非以平等去擴大民主（或更概略地說，不實施「真正的民主」），在經驗層次，民主可能危害法治國。因此，此處民主與法治的衝突，實則是完善、擴大的民主，與自由主義法治國的衝突。

Neumann 以馬克思主義點出權力分立、民主與自由權都應該帶有動態性，並主張三者的變動會作用在法治國上。在〈論馬克思理論的國家〉中，他更直接地質疑，國家本身是否應該基於特定的價值判斷。Neumann 先檢討了 Heller 與 Laski 論馬克思主義的國家理論作品，並闡述他的馬克思主義國家觀。現代國家必定建立於國家主權與人權的基礎上。布爾喬亞需要國家主權以保障經濟運作、排除威脅，另方面，布爾喬亞階級一定接受一定程度的人權觀念，以對抗王權與封建領主，並且，支持經濟自由以發展生產力。但是，在何者才具有最高性這點，主權與法律必然衝突。<sup>107</sup> 布爾喬亞式的自然法與馬克思主義國家理論有兩個共通點，第一，兩者都認為國家是世俗性的人造物，第二，從第一點出發，兩者都認為國家是理性的創造物 (rational establishment)<sup>108</sup>。但是，馬克思主義支

<sup>106</sup> Neumann, *supra* note 100, at 73-74

<sup>107</sup> Franz Neumann, *On the Marxist Theory of the State*, in: Otto Kirchheimer and Franz Neumann, SOCIAL DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW 75, 81 (Lenna Tanner and Keith Tribe trans., Keith Tribe ed., 1987).

<sup>108</sup> 本文將 rational 翻譯為理性的，這指涉：依據人的意志與需要去立法，rationalistic 譯為理性主義的，這指涉：法律的創建源於人的智性特質。並且，我將 rationality 譯為合理性，rationalism 譯為理性主義。我認為，Neumann 終其一生都以他在《法治》中的用法使用這些詞彙，原因有二，



持理性理論（rational theory），但是並不是理性主義的。理性理論並不否認人會因不理性（irrational）因素行動。相較之下，理性主義的自然法理論（the rationalistic theory of natural law）主張人僅是理性存有（rational being）。而馬克思主義並不將人描述為理性存有、原子或僅僅是一種屬性（attribution），人是歷史的產物，但馬克思主義並不認為人的行為是無法理解的。馬克思主義與自由主義的國家觀重大不同就在於此。馬克思主義認為，國家僅是社會的功能（functions of society），沒有任何獨立於社會的實體。因此，當階級均衡消逝時，國家就純粹是統治階級的壓迫工具。<sup>109</sup> 世俗——理性的國家與法律有內在性的革命效果（an immanently revolutionary effect），國家是出於人的意志與需要被設立，當勞動階級具備階級意識且成為真正的階級，他們會以布爾喬亞階級過去掌權的方式掌握國家，成為國家的階級（national class），布爾喬亞的政治與法律科學就變得

---

首先，他沒有在別處系統性說明這組概念，第二，以這種詮釋方式可以有效理解他在各時期的理論。因此，Neumann 對這些詞彙的運用，可見本文第二章第三節第四款「理性、理性主義與法治的概念」。以下將討論這些概念的漢譯問題。

儘管就 Neumann 在《法治》的定義而言，rationalistic 更強調人的理知（intellectual）作用，因而似乎可以翻譯為智性主義或理知主義（intellectualism）。可是，這不合乎漢語的翻譯慣例。吳瑞媛（2020）在分析 rationalism 時，主張「傳統哲學中的理性主義則是相對於知識論上的經驗主義，彼此在爭論『知識是否必須奠基在感官經驗至上』：後者堅持說，知識必須以感官經驗為基礎，而前者則強調，理性能力之運作才是使得知識成為可能的關鍵條件。」。他將 rationalism 翻譯為「理性主義」。

若我們對照 intellectualism 的用語，可以發現另一種指涉。何畫瑰（2022）認為蘇格拉底哲學將德性與知識連結，是一種「惟理智主義（intellectualism）」。李國揚則以 Stanley 與 Keith DeRose 指涉 intellectualism，並將其翻譯為智性主義。首先，他將「S 對應到 p 的知識論定位（S's epistemic position with respect to p）」定義為能「將 S 的真實信念 p 轉變為知識的任何條件（whatever condition that turns S's true belief that p into knowledge.）」（李國揚，2020：37）。此際，他認為，S 對應到 p 的知識論定位完全取決於 S 的真理關聯因素（「S's epistemic position with respect to p depends exclusively on S's truth-relevant factors with respect」）（李國揚，2020：38）。因此 intellectualism 主張，信念是否能成為知識，其前提要件是其真理符應性。

因此，Neumann 以 rationalistic 指稱人運用純粹的智性（intellect）創建法律，這似乎比較接近何畫瑰的「惟理智主義」或李國揚所稱的「智性主義」，不過，Neumann 明確將 rationalistic 對應到 rationalism，而 rationalism 已經有被譯為理性主義，因此本文仍沿襲之，將 rationalistic 譯為「理性主義的」。但是，在閱讀 Neumann 的作品時，仍應該使用他自己的定義。

關於漢語世界的一些翻譯實例與說明，請見：吳瑞媛（2020）。〈當代心靈哲學中的理性主義〉，《華文哲學百科》（2020 版本），王一奇（編）。

URL=[http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry\\_name=%E7%9F%A9%E7%A7%91%E7%9A%84%E7%9F%A9%E7%A7%91](http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry_name=%E7%9F%A9%E7%A7%91%E7%9A%84%E7%9F%A9%E7%A7%91)當代心靈哲學中的理性主義；何畫瑰（2022）。〈柏拉圖〉，《華文哲學百科》（2022 版本），王一奇（編）。

URL=[http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry\\_name=%E6%9D%A5%E6%8B%89](http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry_name=%E6%9D%A5%E6%8B%89)柏拉圖；李國揚. On Two Recent Arguments against Intellectualism, 43 國立政治大學哲學學 35, 37-38。

<sup>109</sup> Neumann, *supra* note 107, at 81-83. (2000).



非理性。<sup>110</sup> 國家僅僅是階級鬥爭的產物，因此，馬克思主義政黨不忠誠於任何國家，而是以能否促進社會主義目標評估國家。<sup>111</sup>

由上可見，他認為，國家本質上是人類的理性造物，亦即，國家是基於人的需要，或說是出於階級鬥爭的勝敗，所設計與建立的人類制度。社會法治國將階級鬥爭轉化為威瑪憲法的詮釋之爭，試圖在憲政框架下解消階級衝突的緊張關係，但是，流亡初期的 Neumann 認為，社會法治國不總是能夠實現，國家也可以是一個階級對另一個的壓迫手段。

流亡初期，Neumann 犀利地點出國家與國家法的階級本質，國家只是社會階級的反映。他對於理性與理性主義的區分，暗指自由主義國家抱持某個特定版本的理性主義，其基於自然法，去歷史脈絡地將人理解為均質的理性生物。就此，自由主義的自然法理論並非支持普世人權，反而是漠視階級差異而支持資產階級對於無產階級的統治。可以說，他認為自由主義的國家理論刻意陷入階級盲（class-blindness）。

社會法治國的理想破滅後，Neumann 拆解了權力分立、民主、自由權與國家等概念。因此，他的法治觀變得沒那麼明確。部分社會法治國的要求，被他從威瑪搶救出來，如本節提到的平等式民主和國家的價值判斷等。另方面，透過更基進的馬克思主義國家觀，他也提出更多疑問或論題。Neumann 注意到主權與法律的必然衝突，也區分出理性與理性主義，這兩者延續到《法治》一書。我們可以看到，理性被解讀為法律的 ratio 面向，他也藉由擴張法律概念，將主權與法律的衝突內化為法律概念下 voluntaria 與 ratio 的衝突。

---

<sup>110</sup> Neumann, *supra* note 107, at 83.

<sup>111</sup> Neumann, *supra* note 107, at 84.

### 三、《法治》對法治觀的重構



《法治》是 Neumann 法治觀從社會法治國項後期的法治原則轉變的重要著作，作為 Neumann 的第二本博士論文，他特別提到，本書繼續推展了他在第一本博論之中的未竟之業，而且，在律師執業與後續研究的生涯中，他更加相信自然法只是一種純粹的意識形態。<sup>112</sup> 因此，Hobbes 與 Locke 之所以會透過自然狀態這個方法論的假設得到相反的結論，是因為前者認定人性本惡，後者認定人性本善。<sup>113</sup> Neumann 接著明確指出，他在《法治》第一部分（理論之基礎闡述），要處理法律、政治學、經濟之間的關係，而且，他將這本書界定為法社會學（the sociology of law）的作品。<sup>114</sup> 本書的題材與文獻非常豐富，此處不可能全面檢視。我聚焦在本書的核心命題，並緊扣三個軸線，以解讀本書的法治觀。本節主要聚焦於《法治》的第一部分，就本文所提出的三個觀察軸線，重點式討論一些關鍵概念與段落。本節第一、二、三部分，我逐步考察了本書的國家觀、辯證方法、理性概念，並在第三節詮釋他的法治觀。

#### 1. 法概念與國家

《法治》第一章先界定了法概念（the concept of law）。法律同時包含著兩個面向：秩序（order）與強制（coercion）。<sup>115</sup> 在此，秩序並非新保守主義下的法律與秩序（law and order）所強調的對人與社會的管制，而是權利和自由的規範領域。他認同 Dilthey 的說法，用以規整社會目標（aims of society）的法秩序，其維持需要依賴強制手段，不過，對意志的外部控制（external control of wills）散布於整個社會之中，因此，法律（law）之創造與維繫不只依賴國家，也依賴其他的意志，可是，社會規範（social norm）還必須依賴國家潛在的強制力支

<sup>112</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 6-7.

<sup>113</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 8. 這部分的詳細說明，請見後述。

<sup>114</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 8.

<sup>115</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 11.



持，才可能成為法規範（legal norm）。儘管法規範必定具備法效力（judicial validity），但是，它必須依賴足夠的強制力，才可能具備社會學意義下的效力（the sociological validity），而個體在此的同意並非必要，他們反對或默認法效力的理由不是法社會學的研究主題。<sup>116</sup> 接著他引述 Radbruch 以界定哲學意義下的法概念。在哲學的意義下，法律是「以服務於法理念作為其意義的實存。法概念是導向法理念」<sup>117</sup>。法理念包含對於正義的需要，以及重要的人類與國家需求之滿足，而正義的理念不取決於經驗層次是否被實現。因此，法哲學的主要問題是正義與必要性（justice and necessity）的辯證性緊張關係。<sup>118</sup>

我們可以對照他在本書第一部分引言的說法，以澄清他對於強制的看法。開篇他提到，現代國家具有兩個基本要素：主權（sovereignty）與自由（freedom），現代國家的主權，意味著其壟斷了特定空間範圍內的世俗領域，調和內部群體的鬥爭。<sup>119</sup>

Neumann 將每個社會學式的主權性制度（sociologically sovereign institution）稱為國家（state），主權國家的行為與社會因素間呈現辯證關係。<sup>120</sup> 主權的原初權利（the original right of the sovereign）是發布一般規範與個別規範，因此，國家是 Schmitt 意義下的權力的決定（a power decision）。國家也必須有充分的能力執行一般規範與個別規範，在特定的地理空間內，只能存在一個最高的法律權力<sup>121</sup>。既然國家行為完全或部分取決於社會因素，國家必定是維繫經濟上剝削階級之利益的階級國家（a class state）。<sup>122</sup>

<sup>116</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 11-12.

<sup>117</sup> “a ‘reality which has as its function the service of the idea of right. The concept of law is directed towards the idea of right.’”，請見：Neumann, *supra* note 27, at 12；亦請見 Neumann 所引述的 Radbruch 原話：“Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen. Der Rechtsbegriff ist ausgerichtet an der Rechtsidee.” NEUMANN, *supra* note 27, at 300, n. 7。中文譯文由我參酌英文與德文原文調整。

<sup>118</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 12.

<sup>119</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 3.

<sup>120</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 23.

<sup>121</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 23-24.

<sup>122</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 24.



他對國家與主權的分析，相當程度上奠基於 Weber。Neumann 在國家主權這段的註腳確實引述了 Weber 的《經濟與社會（Wirtschaft und Gemeinschaft）》。<sup>123</sup>因此，以下有必要簡短討論 Weber 的國家觀。

Weber 將國家界定為：

…現代國家是一個制度性的統治團體，在特定的領域內，此統治團體成功壟斷了作為統治手段之正當的物理性暴力，並且，為了壟斷暴力之目的，統治團體的領導者將物質性的經營手段整合到自己手中…<sup>124</sup>

在這段簡短的引文中，可以發現「制度」、「領域」、「統治團體」、「正當的物理性暴力之壟斷」等重要概念。楊尚儒認為，Weber 刻意區分「政治的（politisch）」與「政治傾向的（politisch orientiert）」，政治的團體之特徵是，以暴力作為最終的必要手段，相對，在國家內部爭奪政治權利的團體，卻是運用非暴力手段，因此，真正的（eigentlich）政治行動，只可能源於國家。<sup>125</sup>因此，只有現代國家是真正的政治團體，在特定領域內，其壟斷了強制力的正當行使。在制度論的面向，Weber 認為，國家就其持續性與穩定性而言，是一種制度性的經營（institutional enterprise），是在特定領域下擁有理性（rational）的規章秩序之合作性團體，國家將此等秩序施加給此制度下的所有人，因此在非常具體的意

<sup>123</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 300, n. 6。

<sup>124</sup> „.... [D]aß der moderne Staat ein anstaltsmäßiger Herrschaftsverband ist, der innerhalb eines Gebietes die legitime physische Gewaltsamkeit als Mittel der Herrschaft zu monopolisieren mit Erfolg geträchtet hat und zu diesem Zweck die sachlichen Betriebsmittel in der Hand seiner Leiter vereinigt ...“，請見：Weber, Politik als Beruf, in: Max Weber: Gesammelte Politische Schriften, 3., Erneut vermehrte Aufl., 1971, S. 511。中文翻譯由筆者自行調整。另請參見錢永祥對這篇〈政治作為一種志業〉的翻譯「...近代國家是制度化(anstaltsmäßig)了的支配團體；對於在其疆域內進行支配的手段，也就是具有正當性的武力，國家已成功地取得了獨佔壟斷；為了達成這個目的，國家業已把經營所用的物質工具，集中到其領導人手中...」，請見：Max Weber (著)，錢永祥 (編譯)(1991)，〈政治作為一種志業〉，錢永祥 (編)，《韋伯選集(1)：學術與政治》，頁 177，遠流。為了引述 Weber 對於制度的強調，我並未選擇摘錄〈政治作為一種志業〉最開頭對於國家的簡短定義，而是摘取較後面的段落。

<sup>125</sup> 楊尚儒 (2021)，〈不再壟斷政治性的現代國家—論 Carl Schmitt 如何轉化 Weber 的政治性和國家概念〉，《臺灣民主季刊》，18 卷 2 期，頁 9-10。楊尚儒也指出，Schmitt 一方面從 Weber 的歷史社會學研究出發，指明國家性與政治性的結合具備歷史偶然性，因此現代國家是個特定時期的歷史現象，另方面，Schmitt 也指出，二戰後，現代國家在國際法與其領域內，都不一定再能夠成功宣稱或行使正當的壟斷性暴力，因此，益發明顯的是，政治性與國家性只是在現代國家的概念上偶然結合，請見：楊尚儒 (註 125)，頁 31。



義下，內部構成員被強加上秩序。Weber 特別強調國家具有的理性特質，以及施加強制的能力，他反對契約論把國家強制解釋為國家構成員同意（agreement）的結果。<sup>126</sup> 儘管 Weber 並沒有完全將國家與經濟組織的經營（Betrieb）劃上等號，但他認為兩者有類似的運作邏輯，在國家機器（the machine state）當中，機器各個部分的集體行動，都遵循著人類所制定的規則。就此，經營最重要的概念就是「特定類型的持續性、帶有目的性的行動（continuous purposive action of a particular kind）」。<sup>127</sup> 上述 Weber 對國家的定義本身，完全沒有提到國家作為階級鬥爭的場域<sup>128</sup>，現代國家的國家性，等同於其政治性，政治性係指正當的暴力壟斷。因此，Neumann 一方面承襲 Weber 的說法，將國家界定為壟斷強制力行使能力之團體，另方面，也在定義中就強調國家的階級特徵，他的國家概念不只是政治性的，更是經濟性的。

Neumann 也將主權此一特徵歸屬於國家。Neumann 的主權概念，同時包含意志與規範兩個面向。他認為，法律意義下的主權意味著國家至高無上的造法權力，但是，社會學意義下的主權關切造法與法規範內容之現實化，因此，同時包含權利與權力（right and power）。<sup>129</sup> 在這本書中，他想要闡述的是社會學定義下擁有法律權力（legal power）的主權。<sup>130</sup> 因此，一方面他反對 Kelsen 將國家等同於法秩序。他認為，若說國家作為最終歸因點（the last point of attribution），其意義並不明確，光憑這種說法，也不足以作為一種秩序，而且國家的命令（command）需要下令之人與其意志；另方面，他認為，Schmitt 將主權界定為例外狀態的判斷者，這種極端情形下的界定，無法提供定義所需要的獨特與必要之

<sup>126</sup> ANDREAS ANTER, MAX WEBER'S THEORY OF THE MODERN STATE 36-37 (2014).

<sup>127</sup> ANTER, *supra* note 126, at 203-204.

<sup>128</sup> 這並不表示，Weber 在現代國家形成之歷史社會學考察中，沒有提到經濟因素，相反，Weber 認為，市場的順暢運作與促進市場參與者的利益，構成了政治團體壟斷正當強制力，以及規則（Regeln）適用之理性化的歷史原因，因此，Weber 的國家也是服務於、且包含了經濟要素。請見：Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband, 5., rev. Aufl., 1976, S. 519。只是，Weber 的國家定義或國家成立的條件，並沒有明確包含著經濟層面的要求，經濟似乎是一個歷史上的偶然因素，而非一種應然宣稱。本文只是要強調，就國家概念本身，Neumann 比 Weber 更直接談到經濟因素，在此他更認為，國家的成立與運作，蘊含著經濟層面的應然要求。

<sup>129</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 25.

<sup>130</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 27.



要素。因此，他贊同 Heller 的說法，若要清楚闡述主權，必須同時觀察到意志（will）與規範（norm）。<sup>131</sup> 在界定主權國家時，此處的意志對應到形式性規範，規範對應到實質性規範（material norm），實質性規範屬於自由領域。

綜上，對 Neumann 而言，國家等同於一個服務於宰制階級經濟利益的強制性制度，這種制度具有持續性、繼續性，在特定的空間範圍內壟斷著強制力，也透過強制力的行使或備而不用，將規範強加給特定範圍內所有的構成員。國家這個制度具有社會學意義下的法律主權，亦即，國家一方面擁有制定形式性規範的最高權力（在此是形式性規範），這是統治者意志的展現；另方面，國家必須有能力使規範產生實效。

依照 Neumann 的定義，現代國家除了具備主權面向，還藉由一般性的規範（general norm）保障自由領域。就此

人權，以及將所有國家干預行動追溯到一般性規範，這兩者構成了所謂的法治，或依據德國的用語，構成了國家的法治國特徵。<sup>132</sup> 而主權與法治永遠存在著邏輯上的敵對關係<sup>133</sup>。亦即，先前他所談論的主權與法律的敵對，也可說是主權與法治彼此間的敵視關係。他接著談到，對於國家與法律的世俗性和理性的證立（a secular and rational justification），可能帶來革命性的結果，例如，資產階級運用「代表國民意志」的民主概念推動革命，無產階級也會援引同樣的宣稱對抗資產階級，因此現代國家面臨兩難，必須在維繫既有的民主，與無產階級當下主張所帶來的政治需要之間取捨。<sup>134</sup>

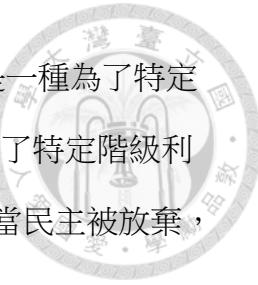
法概念與現代國家都同時具備著主權與自由的要素，法治又包含著人權保障與規範的一般性的要求。Neumann 接著也提到一般性規範此一元素的局限。一般性規範，無論是自然法或實定法，都是為了鞏固現狀，亦即，服務於既有統治階

<sup>131</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 25-27.

<sup>132</sup> “Human rights and the imputation of all acts of state intervention to general norms constitutes what is known as the Rule of Law, or, according to German terminology, the Rechtsstaatscharakter of the state.” 請見：NEUMANN, *supra* note 27, at 3-4。

<sup>133</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 4.

<sup>134</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 5.



級的利益。在此他引用 Schmitt 的說法，布爾喬亞階級的法學只是一種為了特定情境而存在的法學（Situations-Jurisprudenz）。<sup>135</sup> 這種守舊的、為了特定階級利益的一般性規範，伴隨著價值體系的錯亂。Neumann 繼續推論，當民主被放棄，那用以證立國家的人民意志，其所蘊含的內在革命性（immanently revolutionary），也會貶抑理性（ratio），所剩餘的只有卡里斯馬型的正當性（the charismatic justification），而這是一種非理性的極端態度。<sup>136</sup> 此處的民主，應該是他在流亡初期文獻所強調的，國民處於平等地位的民主，毀棄這種民主，國家就純粹是統治群體施加強制的工具。故而，民主赤字下的法律一般性，可能會摧毀法治。

因此，我們可以將法概念的秩序層面，對應到現代國家的人權保障或自由領域，這個領域就是「法治」或「法治國的特徵」；將法概念的強制層面，對應到社會學意義下的國家主權；而秩序與強制之間有不可調和的矛盾。但是，法治（法概念之秩序層面）並非沒有內在矛盾，法治包含著基於意識形態的誠命，也就是法律一般性可能將統治階級的意識形態普遍化。故革命的意識形態在成功後，往往就固著為「主權」或「強制」的面向，甚至革命本身也帶有非理性的危險。他明確採取了馬克思主義的意識形態去分析法治概念，將法治也理解為將統治階層意識形態普遍化的一種潛在機制。可是，除了強制或主權免項，《法治》也肯認法概念與國家的自由面向，且這個面向並不受到經驗世界的實效所影響。正是從法概念保障自由的層面，他的思想開始向第三階段轉型。

## 2. 法社會學（the sociology of law）與其分析架構

<sup>135</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 6.

<sup>136</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 6.



承前，Neumann 在《法治》中主張的法概念與國家，會同時牽涉到規範與經驗世界。他經由對於法學的定義，為法社會學提出一種辯證式的法學方法，以界定規範與社會事實的關係。

他認為，法科學（legal science）包含兩個任務。在規範科學的層面，他主要探討的樣態是 Kelsen 式的純粹法學。規範科學僅止於解釋法律的客觀意義，這是內在（immanent）且意識形態的（ideological），它將法秩序視為一個相對於現實的自主的心靈結構（an autonomous mental structure opposed to reality），規範科學將法與國家等同起來。他認為，規範科學無法提供具體、正面的結論（concrete positive results），只能提供純粹否定性的（purely negative）結論<sup>137</sup>。何謂純粹、否定性？我認為，他意指規範科學的推論方式，總是試圖忽略與法社會相關之差異與觀察視角之間問題，因此是對於現實世界的否定。

對 Kelsen 而言，主觀權利（subjective right）源於客觀規範（objective law），這兩者基本上沒有差別。規範科學也揚棄了法律主體與道德主體、法適用與法解釋、個人行為與國家行為、制定法與習慣法等的差異，因為這些主體與行動都是層級化的法體系下權利與義務匯聚節點的行動，且規範僅在層級化的法體系下才能被看作是法律。<sup>138</sup> 可是，在現實（reality）的層面，法科學應該要試圖理解法律規範、社會次結構（the social substratum）、法律主體和執法官員的社會行為之關係，這是超驗（transcendental）且社會學的（sociological）。<sup>139</sup> 因此，法社會學為法科學提出一個規範與經驗互相作用的超驗分析架構。

在此 Neumann 帶出兩種法科學的對比，並且摒棄了規範科學。規範科學在研究對象、方法論、視角等自我限縮，法社會學則試圖擴大法學的研究範疇與觀察對象，而這是透過馬克思主義式的辯證關係加以實現，相對，他將規範科學歸屬

<sup>137</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 13-14.

<sup>138</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 14-15.

<sup>139</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 13.



於意識形態領域。規範科學只看到層級秩序（*Stufenbau*），法社會學則納入社會次級結構（*Substrat*）。規範科學可說是只看到無根的法體系。

那麼，法社會學的分析架構，要如何安置法律規範和社會次結構？他先定義了所謂的社會次結構，並說明了其相對於法律的根本性。

社會次結構是經由法規範所安排（order）的社會事實（social reality），社會事實則是在社會中的人所打造的作品（work），這包含各式各樣的因素，經濟結構只是——他借用 Hegel 的說法——在整體中的一個獨立要素（a dependent element in a totality）。而 Marx 是黑格爾主義者。法社會學的核心任務是指出法與國家兩者能相對獨立於社會事實的條件，以及摧毀其自主性的力量。<sup>140</sup> 在這樣的觀點下，法律是在國家管制下的人們共同生活之結構（the structure of human living together），法秩序不可能擁有自己的目的。<sup>141</sup> 只是，法律次結構和法律本身未必總是吻合，法律的變動可能先於、外於或晚於社會，而社會的變化不能總是透過改變法律解釋來達成，正如前述，缺乏根本性的財產法轉變，無法邁向社會主義。不過，相對地，法律變遷僅在被社會力所需要時，才會產生實效（be effected）。因此，法律與社會次結構間存在著相互依賴的（interdependent）關係。<sup>142</sup> Neumann 明確指出，法社會學觀點下的法律與次結構關係，是辯證關係，同時，法律次結構比法律更具有根本性，因為，正如前對於法律一般性的批評，法規範本身的靜態客觀意義是意識形態，僅在次結構需要時才可能產生實效。流亡前 Neumann 提出的功能變遷理論，在此經由馬克思主義式的唯物辯證法，被重新詮釋與理論化，這也顯示他在這個時期更偏向理論性與左翼。

《法治》還將法律與社會次結構的辯證關係，進一步推展到自由（liberty）與制度（institution）之間、主要自由（main liberty；Hauptfreiheit）與補充性自由（auxiliary liberties）之間、主要制度（main institution）與補充性制度（auxiliary

<sup>140</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 16.

<sup>141</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 16.

<sup>142</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 17-19.



institutions) 之間等處。<sup>143</sup> Neumann 認為，這些關係也可以用上層建築——生產力的框架理解，亦即，其一較為根本，另一個較為派生，兩者交互辯證。可是，法概念具有規範上的自由秩序要素，法治也不只是一種普遍化的意識形態，要如何正確看待自由此一概念？

Neumann 從不同的角度看待自由，藉以提出以不同意義之自由所組成的概念體系。他將法律和經濟意義下的自由定義為不受限制（the absence of restraint）。

<sup>144</sup> 政治意義下的自由不只是形式上不受法律限制的行為，若政治自由要有實質意義，國家行為必須可預測（predictable），以使個人從恣意干預的不安穩（insecurity）中解放出來，這是法治不被抹滅的價值。<sup>145</sup> 在社會學意義下，自由意味著在至少兩個同等的機會間，可以做出法律上自由的選擇，因此，這有賴於競爭的可能性（the possibility of competition）。對此，法律自由是必要的，但非充分，勞工可能迫於經濟壓力簽訂不對等的勞雇契約，獨裁者治下的人民在公投中可能拒絕獨裁者的決定。在此他舉威瑪憲法第 165 條的勞工團結權為例，說明現代法體系如何更加關切社會意義下的自由。本條規定，任何侵害團結權的管制權限（police power）都無效。<sup>146</sup> 最後他提到哲學意義下的自由，這是「人類自我肯認的真正可能性，人類與自身異化的終結（the real possibility of human self-assertion, the ending of the alienation of man from himself）」。因此，哲學意義下的自由之實現，就包含了政治自由與社會自由。<sup>147</sup> 他並強調，我們不應混淆各種自由概念的階序與階段。<sup>148</sup> 故而，在 Neumann 的理論中，自由概念包含整體融貫的內容，亦即哲學意義的自由，在人類解放的傘狀概念下，我們必須實現政治

<sup>143</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 41.

<sup>144</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 31-32.

<sup>145</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 32-33.

<sup>146</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 33-35.

<sup>147</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 35. 同樣的詮釋請見：KELLY, *supra* note 51, at 278.

<sup>148</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 35.



自由與社會自由，而這須透過、或表現在法律自由與經濟自由。其中，政治自由包含著法治的戒命。<sup>149</sup>

除了法規範（以及法規範在合乎法治要求的條件下所保護的自由），在法社會學辯證法的分析結構中，還有法律體制或法律制度。在《法治》的第一部分，將法律體制或法律制度（legal institution）以純粹描述性的方式界定為，為了管制社會過程之目的所確立的，旨在延續性的關係，此處的關係包含人與人之間、財產之間或人與財產之間，可以是公法或私法關係、階序性或水平性關係。因此，法律制度是權利與義務的複合體（a complex of rights and duties），亦即法律的共生體（jus symbioticum）。<sup>150</sup> 因此，Neumann 的法律制度是人與物持續性關係的建立與保障。如前所述，兼顧主權和自由領域的國家，也是一種法律制度，因此，國家也可以用辯證法觀察。

釐清了他對於自由和制度的定義，我們可以繼續討論他在自由與制度的概念之處，所建立的馬克思主義式辯證關係。自由（liberty）與制度，都可能出於保護之與使之現實化的目的，圍繞著一些附加或補充自由與制度（auxiliary, or supplementary liberties and institutions）。這種區分在法律解釋具有決定性意義，因為法釋義學必須論述，立法者對於主要自由、主要制度的保護標準，是否也適用到補充性的自由或制度。<sup>151</sup>

接著，他談到主要制度與補充性制度間具有的辯證關係。以財產權為例，作為生產工具的財產權，最核心的功能是獲利（profit-making）。當契約自由與交易

<sup>149</sup> 此處對於自由的說明，與 Neumann 晚年在〈政治自由的概念〉對政治自由的體系建構不同，詳見本論文第四章。

<sup>150</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 38. 所謂法律的共生體，可以參酌 Pizza 對 Altiusis 的解讀，法律的共生體指向法律在政治社群中所提供的一種功能，它是連結與共生的法則（law of association and symbiosis），在本質上包含了自足、善治與良好秩序（consisting, in essence, in self-sufficiency ( $\alphaὐταρχείᾳ$ ), good governance ( $\εὐνομίᾳ$ ) and good order ( $\εὐταξίᾳ$ ）），一方面是打造人與勞務的社群成員間的順暢流通，另方面也提供方向（direction）和治理的指引，請見：Ilaria Pizza, *The Relationship between Politics and Law: The function of in Politica methodice digesta of Johannes Althusius*, 6:3 RPHZ 295, 303-304 (2020). 這篇文章有一個較早的版本，請見：Ilaria Pizza, *The Relationship between Politics and Law: The function of in Politica methodice digesta of Johannes Althusius*, 6:2 RPHZ 101, 101-107(2020). 本文引用修正後的版本。

<sup>151</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 41.



自由損及獲利的功能，這兩種補充性的自由就可能被侵害或廢棄。在此他談到馬克思主義社會學的界定，財產權與其補充性自由或制度的關係，是生產關係（production relationship）。相對，生產力（productive force）指涉社會上的技術性知識與生產方式。馬克思主義者只指出，隨社會秩序的變遷，生產關係可能反過頭來阻礙生產力的發展，Neumann 認為，在給定的單一社會秩序中，補充性的自由與制度，也可能阻礙主要的自由與制度，例如，在壟斷性的經濟體系，如前所述，契約自由與交易自由阻礙了壟斷，並因而被更適合的規範所取代。<sup>152</sup>

綜上，Neumann 直接將馬克思主義的歷史唯物論分析方式延伸到法律體系內，發展出一套新的法社會學分析架構，以補充、拓展功能變遷理論。此外辯證方法也是流亡前他主張的憲法開放性（Offenheit）概念的轉譯與補充。因為即使在單一的規範體系下，也可能隱含著內在矛盾，為了要調和此類矛盾，開放性必須存在，也就是說，法治要求法律不只服務於特定階級僵固的意識形態和利益。若將視角擴及法律與社會次結構的關係，更可看出，法律是人的造物，因此，憲政秩序並非閉鎖的自律結構。這又呼應了他流亡前利用 Renner 的方法論所發展出來的功能變遷理論。因此，流亡後的他透過更明顯的馬克思主義式分析框架，完善了他的法社會學方法論。

### 3. 理性、理性主義與法治的概念

如前述，Neumann 認為現代國家包含主權與自由兩個向度，法律概念也包含著強制與秩序，主權與強制的意志性，會結合理性的概念。那麼他所提出的法治概念，如何分別應對這兩個面向？此處我先初步說明他的法治概念，並穿插著他在《法治》中對於理性的（rational）和理性主義的（rationalistic）的區分。由此，我們可以看到，他的法治概念試圖調和形式性的理性，和實質性的理性主義。

<sup>152</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 42-44.



如前所述，本書是一本法社會學著作，在本書，他並非要提出規範科學意義下的法治，而是要以法社會學的角度闡述法治，因此，法治也會帶有前述法社會學下的法概念的兩個特徵。在《法治》一書，他認為法治有雙重的重要性。他認為，主權與人權的衝突，連結到「法律的雙重概念（the dual notion of law）」。他將此連結對映到法治觀。一方面，法治可以是一種政治的法治概念，法律只是意志（volunta）的展現，並無理性（ratio）的意涵，法律僅對應到 Hobbes 意義下的命令。因此，這是一種去實質的法律概念（dematerialised law），完全無法限制立法者。另方面，法律概念也可以作為實質的法律概念（material law），法律必須兼容於道德的要求，無論這些要求是基於正義、自由、平等等。實質意義的法律對應到作為規範的法律概念，因為規範的本質是其所體現的理性的原則（the reasonable principle (logos)）。去實質的法律與實質的法律互相衝突、排斥。僅在我們能對實質意義的法律能在實定法的法體系中現實化，抱有夠大的期望，才可能存在實質法律概念的治理（the rule of material law）。單純以自然法正當化統治，也無法推導出實質法律的治理，除非自然法被具體化，或是其相對於實定法的優先性被制度化。<sup>153</sup>

表面上，Neumann 似乎比較推崇實質的法律概念，並認為要透過實質法律的治理，限制主權國家援引政治的法律概念任意擴權。顏厥安指出，在 Neumann 的理論中，只有實質法的法治才是真正意義的法治。<sup>154</sup> 類似地，Dallmayr 也強調，Neumann 對比 ratio 與 voluntaria 兩個法律的面向，前者對應到實質法，後者對應到主權，而且法治意味著法律應作為 ratio 面向下的實質法，因此，法治對立於絕對的主權概念，故而，他認為 Neumann 在《法治》中，將法治等同於以實質法限制主權。<sup>155</sup> 可是，Neumann 的法治概念是否真的將去實質的法律概念完全排除，只強調對於主權者的限制？Cotterell 就指出，Neumann 的法治概念包含著

<sup>153</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 45-46.

<sup>154</sup> 顏厥安（註 6），頁 42。

<sup>155</sup> Fred Dallmayr, *Hermeneutics and the Rule of Law*, 11 CARDOZO L. REV. 1449, 1458-1459 (1990).



對法律之意志與理性（*volunta and ratio*）的融合或調和，意志指涉法律現實上的強制力；理性則意味著，可以透過理性（*reason*）原則性與一般性地論證法律原則。因此，法治意味著法律可以被有效執行（*reliably enforced*），而且法律的適用具有一般性，此等可預測與可計算的特徵，保障了公民的自由領域。<sup>156</sup> 我認為，這兩種說法都還不夠精確，我們必須考察他對於理性和理性主義的概念，才能確認 *ratio*，以及法治的真正內涵。

Neumann 區分出理性和理性主義，他認為，理性（*rationality*）對應到的形容詞是理性的（*rational*）；理性主義（*rationalism*）對應到理性主義的（*rationalistic*）；這兩者似乎可以分別對應到德國哲學的理性與智性（*reason-intellect*；*Vernunft-Verstand*）。<sup>157</sup> 理性的，意味著國家與法律的強制權力的證立，是基於人的需求或意志，但是，這並不意味著人們總會遵循智性的動機。<sup>158</sup> 因此，理性的，其相反是非理性的（*irrational*）。理性主義的，則意味著人作為純粹的智性存有（*a purely intellectual being*）或僅僅是歸因的焦點（*a mere point of attribution*）。<sup>159</sup> Neumann 之所以刻意區分理性與理性主義，是因為他想要聚焦的概念是理性。若談到理性的（*rational*）或理性（*rationality*），他永遠指涉到前述的理性概念，因此，一個世俗與理性的國家「僅僅是源於人的意志或需要之人類制度（*are simply human institutions springing from the wills or the needs of men*）」<sup>160</sup>，理性的，也意味著其正視並試圖解讀非理性要素（*irrational elements*）<sup>161</sup>。

就 Neumann 看來，理性法本身仍存在不同的概念與層次。首先，他借用 Mannheim 的區分，實質理性的（*substantial rational*）意味著思考與理解的過程，也就是在實質上可認知（*cognitive in substance*）的事物；實質理性的行為，可以是目的理性或價值理性（*purposive-rational or value-rational*；*Zweckrational oder*

<sup>156</sup> Roger Cotterrell, *The Rule of Law In Transition: Revisiting Franz Neumann's Sociology of Legality*, 5:4 SOCIAL & LEGAL STUDIES 451, 452 (1996).

<sup>157</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 27.

<sup>158</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 27.

<sup>159</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 28.

<sup>160</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 28.

<sup>161</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 27.



Wertrational)。目的理性，就是 Mannheim 所說的功能上理性的 (functional rational)，意味著組織性的行動導向一個給定的目的，而且對於這些行動，會有一個來自外部觀察者視角的確定評估。價值理性，意味著行動者不計結果，其動機是基於對獨特價值的信念。<sup>162</sup>

政治與經濟領域的理性 (rationality)，未必都由法律提供，例如，轉型中社會可能有超法律的手段 (extralegal means)，在穩定的法體系下官員也可能會被賄賂。<sup>163</sup>

法律的理性 (the legal rationality) 則與法律相關，他借用 Weber 的說法，區分出兩種非理性的法律：形式上的非理性法 (formal-irrational law) 指稱，在法律的創造與適用上，法體系應用了非智性可控制的 (intellectually controllable) 事物，例如神諭。實質的非理性法 (material-irrational law) 意味著在個案評價中，僅基於政治、道德、直覺等非一般性規範。<sup>164</sup>

針對理性法 (rational law)，他還提出一個有別於 Weber 的次分類：形容詞意義下的理性法 (adjective rational law) 與實體意義下的理性法 (substantive rational law)。前者意味著法體系並沒有明確的法典化，其可計算性是依賴司法機制特定的組織形式，例如英國普通法體系。<sup>165</sup>

最後，他帶出 Weber 的兩種實體意義下的理性法之區分。實體意義下的理性法，是指在每個個案中都可以被計算。這包含要式理性的 (formally rational)，法律效果依賴特定特徵或一般抽象規範加以界定；以及實質理性的 (materially rational)，這意味著非邏輯的概括性 (non-logical generalisations) 形成個案決定的基礎，亦即法律體系納入法律以外的標準。<sup>166</sup> 若以台灣法思考，這是法律以外標準之間接適用。

<sup>162</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 28.

<sup>163</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 29.

<sup>164</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 29-30.

<sup>165</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 30-31.

<sup>166</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 31.



綜上，理性法的概念體系，可分為法制度面與法適用面。在法制度面，實質理性和形式非理性法的分析，意味著理性法應排除智性不能掌握之物。而且，理性法並不預設特定的法律形式（如歐陸法或普通法）。在法適用面，實質非理性法的概念發揮著阻卻作用，它要求法適用不能不採納一般性規範，此外，實質理性的實體理性法容許納入法體系外的標準。因此，理性法既反對人作為純粹的智性存有，也認為法律應該考慮人類智性的可及範圍。

由前述理性、理性主義、非理性的概念區分，我們發現，ratio 是理性的（rational）或理性（rationality）。而且，無論人權保障或自由領域如何重要，理性法（rational law）都必須是、也只指稱實定法，否則法概念根本無法包含理性的特徵。儘管人們不總是依循智性制定與適用法律。一個具有實質法律概念內容的法體系，若僅僅基於自然法加以造法，也無法產生與維繫真正的理性法，法體系只會是理性主義下某一種智性主體之理解的復述或反映。作為實定法的法律需要國家的強制力才得以存續與現實化，因此法治並不直接排斥國家的強制，法治反倒是需要國家的強制。故而，Neumann 雖然反對政治概念下的法治（純粹的非實質法律概念的治理），但是，實質的法律概念的治理，也需要將法律奠基於人的需求或意志。因此，真正意義的法治，並不與主權權力完全矛盾（而是與絕對的國家主權矛盾）。進一步說，法概念的理性（ratio）面向（亦即理性法），也有賴意志（volunta）作用，這兩者相輔相成，ratio 與 voluntia，並無法分別直接對應到強制與秩序，或主權與自由，因為，理性法的概念要求法律以人類智性所能掌握的方式存續與適用，所以，ratio 橫跨了法概念的強制與秩序元素。Cotterrell 對 ratio 的說法也可以進一步補充，單靠法律的秩序要素，並不足以保障自由。依據前文，在《法治》的開頭，Neumann 曾經表示，主權與法治是永遠衝突的概念，但是，這不意味著法治概念不需要主權向度，而是表述出一種警惕：主權總是有可能危及法治。



因此，如同 Kelly 所述，法律作為意志與理性的結合，實際上是受到 Weber 理性的形式主義（rational formalism）的影響。<sup>167</sup> 只是，法治調和理性與意志的特質，是否也意味著《法治》一書擁抱自然法與實定法的整合立場？Scheuerman 認為，在 Weber 理性主義與形式法（formal law）受到現代福利國家挑戰，Neumann 試圖透過找到出路，「他想要兼顧基進（且顯然反資本主義）的社會與經濟改革與所有自由主義一般性法律規範的優點。（He wants both radical (and explicitly anticapitalist) social and economic reforms and all of the virtues of liberal general legal norms.）」。<sup>168</sup> Scheuerman 認為，Neumann 經由 Rousseau 的理論找到解方，當國家構成員在社會與經濟是平等的，平等的關係會使一般性法律也作為自我統治的機制。<sup>169</sup> 我認為 Neumann 在《法治》並未找到一種自然法的分析方式去正面主張（或至少會質疑）自然法理想對於自由領域的貢獻。<sup>170</sup> Scheuermann 的調和一說，引用的文本證據出於《法治》與〈自然法的幾種類型〉。<sup>171</sup> 他所達成的結論則是：Neumann 透過新馬克思主義（Neo-Marxist），重構了 Weber 的法律理性化概念。<sup>172</sup> 可是，我們必須留意 Neumann 理論可能隨時間演變，Scheuermann 對於 Neumann 的分期，沒有充分考慮到 Neumann 對自然法立場轉變的重要性。由上，我們可以發現，《法治》中法律作為意志與理性結合之概念，反映出以平等為前提的民主理想，但是，Neumann 此時還未以 Rousseau 的理論重新評價自然法。他僅僅認為，Rousseau 的理論是馬克思主義的

<sup>167</sup> KELLY, *supra* note 51, at 284.

<sup>168</sup> WILLIAM E. SCHEUERMAN, BETWEEN THE NORM AND THE EXCEPTION: THE FRANKFURT SCHOOL AND THE RULE OF LAW 101 (1994).

<sup>169</sup> SCHEUERMAN, *supra* note 168, at 109-110.

<sup>170</sup> 並未正面支持自然法論，未必就是擁抱法實證主義。顏厥安認為，當代法實證主義的概念的意涵複雜且多元，若直接將 Neumann 歸入法實證主義，可能誤解或扭曲 Neumann。他提出「社會本位」(society-based) 與「規範本位」(norm-based) 的對比，Neumann 是社會本位的法理論，因為他以社會真實 (reality) 為研究對象，這有別於 Kelsen 的規範本位理論。請見：顏厥安（註 6），頁 39-40。單純支持某些自然法的內容有助於保護自由與人權，也並非就是一種自然法論，因為自然法論可能指涉一套從形上學到倫理學的特定立場，例如請見 John Finnis 以 Aquinas 的理解為基礎，上溯到 Aristotle 所描繪出的自然法歷史演進：John M. Finnis, *Natural Law Theory: Its Past and Its Present* 57 AM. J. JURIS. 81, 81-101 (2012).

<sup>171</sup> SCHEUERMAN, *supra* note 168, at 274, n. 36 & n. 39.

<sup>172</sup> SCHEUERMAN, *supra* note 168, at 163.



重構，進一步為馬克思主義理論填充了更完整的歷史向度。<sup>173</sup> 在《法治》一書，Neumann 甚至認為，深受啟蒙運動影響的 Rousseau，因為保持著文化悲觀主義（cultural pessimism），故他的理論不屬於自然法裡論。<sup>174</sup>

此時，Neumann 除了還沒有認可由 Rousseau 去認可自然法理論，他也批判 Rousseau 的理論並不夠真實或有效。Söllner 將 Neumann 對 Rousseau 的詮釋追溯到《法治》與〈論自然法的幾種類型〉，他認為 Neumann 在這兩份文獻的問題非常一貫，亦即要如何調和自由與強制並證成國家的正當性。在《法治》，Neumann 一方面批判 Rousseau 的理論還無法作為防範絕對主義的邏輯或制度性的障礙（neither the logical nor the institutional barriers），另方面，他主張社會與經濟平等是 Rousseau 解方成為可能或真實的條件。Söllner 因此認為 Neumann 使用馬克思主義的資源解讀與批判 Rousseau。<sup>175</sup> 故而，Neumann 此時仍沒有肯定 Rousseau 的說法能為法治或國家找到正當基礎，他對 Rousseau 抱持批判態度。在〈論自然法的幾種類型〉，我們會看到 Neumann 對 Rousseau 的另一種詮釋方式。

綜上，Neumann 的法治調和了法概念，以及國家的意志面向與理性面向。法律的意志面向對應著強制、主權，是民主理論的向度，無論是自然法理論或法治，若要在現實世界產生作用，都必須仰賴意志，在此，理性法側重於法律是意志的人造物；法律的理性面向對應著自由秩序、自由領域，是人權保障的向度，而且，理性法也堅持，法律應該正視人類的智性。另方面，自然法包含的各種意識形態內容，可以對應到理性向度，在理性主義之下，意識形態內容構成人類智性所理解的形形色色的法律理念。也正是如此，Neumann 才會在強調自然法可以正當化任何的統治型態之餘，仍不完全否定自然法的進步性，因為，只要法治能夠被實現，一般性法律所載的自然法內容，也會是出自人類的實際需要所創制與

<sup>173</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 137.

<sup>174</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 129.

<sup>175</sup> Alfons Söllner, *Re-reading Rousseau in the 20th Century—The Reception by Franz L. Neumann, Jacob L. Talmon and Ernst Fraenkel*, in: DER LANGE SCHATTEN DES CONTRAT SOCIAL: DEMOKRATIE UND VOLKSSOUVERÄNITÄT BEI JEAN-JACQUES ROUSSEAU 211, 219 (Oliver Hidalgo(Hrsg.), 2013).



適用的理性法，亦即，自然法的誠命被制度化。不過，此時的 Neumann 既還沒有同意任何一種自然法理論，也反對 Rousseau 理論本身能成功調和自由與強制。

#### 4. 小結

《法治》之中的法治觀根植於特定的法概念與國家觀。法概念的秩序與強制，以及國家的法治（法治國特徵）與主權，都被 Neumann 以社會事實與制度規範的辯證關係說明。《法治》在方法論上承襲並延伸流亡初期的馬克思主義的國家觀念，明確界定了法社會學對國家的研究範疇與觀察方式，在國家觀，《法治》也重申一種真正意義下的，藉由平等化而擴大的民主，這確保法治所要求法律一般性，不會普遍化統治階級的意識形態，因而，Weber 式的國家也被注入社會與經濟平等的理念。他的分析架構和論點，可說是流亡初期馬克思主義國家觀的某種轉譯，支撐他的法治觀。

經由理性法的理論探討，Neumann 主張，法概念的 ratio 特徵，同時含有實定法與智性兩個要素，因為強調法律是人造物，因此 voluntा 會與 ratio 交錯。進而，法治也必須依賴國家主權所打造與支撐的實定法。因此，法治連結並調和了秩序與強制、法治與主權的緊張關係，法治主張，在國家主權的支持下，實踐實質法的治理。

Neumann 在《法治》中的法治觀，誕生於他的法概念觀和國家觀。流亡前後的轉變在於，他由全面涵蓋法律與經濟秩序的社會法治國概念，轉向一種從法律性質的分析出發的調和式法治。流亡初期的基進化理論，結晶於法社會學涵納與分析社會事實（social reality）的超驗架構中。

#### 四、《法治》視野下的威瑪經濟秩序與憲法權利



如前所述，Neumann 在流亡前，經由威瑪憲法的社會——歷史解釋，國家應該實現平等權的積極功能，介入經濟秩序，但是，可能是受限於德國法權利理論的發展，他並未將此類權利主觀權利化。流亡後，儘管他的立場基進化，可是他仍然沒有將積極權轉變為一種主觀權利，他更審慎評估了威瑪憲法上權利與經濟秩序。本節希望說明流亡後的經濟秩序軸線，並對照他在《法治》的論述。

流亡後，在他眼中，威瑪憲法帶有更多的妥協色彩，不應該將它單純解釋為有利於社會主義的法規範。在〈威瑪民主的衰退〉，他認為威瑪憲法首要的目標是消極的，亦即抵抗布爾什維克。他將威瑪憲法所保障的基本權分為四種：個人自由（die persönlichen Freiheitsrechte），包含居住與人身自由；政治自由（die politischen Freiheitsrechte），包含言論與集會自由；資本主義自由（die kapitalistischen Freiheitsrechte），包含財產自由、契約自由與交易自由；社會主義自由（die sozialistischen Freiheitsrechte），包含所有保障勞動階級解放的權利。<sup>176</sup> 社會主義自由是全新的自由權，前三種自由權是限制國家行為的消極權，社會自由也限制了個人在私法領域內的行動，而且依據威瑪憲法第 48 條，在緊急狀態下也不得受到限制，前三種自由權則是可以受限的。<sup>177</sup> 不過，他接著提到，第四種自由是妥協的產物。社會自由的目標是社會民主（sozialen Demokratie）而非社會主義民主（sozialistischen Demokratie），因此威瑪憲法是一個資本主義與社會主義間的妥協（ein Kompromiß zwischen Kapitalismus und Sozialismus），民主同時奠基於財產自由和工人階級的經濟自由，國家有義務使沒有生產工具的工人階級，和資本家成為真正的平等夥伴（wirklich gleichberechtigten Partner）。<sup>178</sup> 此處值得說明的是，流亡前後他對威瑪憲法的詮釋是否有所改變？Söllner 認為，流亡前的 Neumann 將威瑪憲法，以及對威瑪憲法所做的技術性詮釋，都視為一種工

<sup>176</sup> Neumann, (Fn. 96), S. 108.

<sup>177</sup> Neumann, (Fn. 96), S. 108-109.

<sup>178</sup> Neumann, (Fn. 96), S. 109.



具，Neumann 最終的目的仍然是勞動階級的解放。Neumann 希望重新解讀威瑪憲法的妥協特質，賦予其有利於勞動階級解放的正面意義。可是，隨著時間經過，他越發懷疑這種改革路徑或憲法解釋方式的正確性，因為，這種改革主義之中包含著支持漸進式的資本集中化（progressive Kapitalkonzentration）的矛盾論述。<sup>179</sup>由是可見，流亡前，Neumann 眼中的威瑪憲法提供一套社會民主主義的法律架構，得以用來追求社會主義。但是，對照他在〈威瑪民主的衰退〉的說法，可以發現，流亡後的 Neumann 並沒有重提，威瑪憲法的最終目標必須是社會主義。

由上所述，儘管 Neumann 流亡後發表了以馬克思主義質疑國家根本正當性的文章，但是，他並沒有更進一步，諸如運用功能變遷理論等，將威瑪憲法詮釋成社會主義國家，也沒有對積極權的性質作出更強烈的宣稱。他認為，威瑪憲法下的經濟秩序改革應該是漸進式的，也同時試圖保存自由主義法治國的權利體系，並不通向社會主義。<sup>180</sup> 這種溫和改革的再詮釋，既不同於他在流亡前的立場，也呼應了他在《法治》對於法治的說明。若以《法治》的論述方式來說，儘管對他而言，社會主義是一個理想狀態，可是，強調「從天而降」的社會主義法體系，法律就不再是理性法，現代國家也無法維繫其法治或法治國特徵。<sup>181</sup> 因此，流亡後的 Neumann 認為，不應該直接將社會主義詮釋為威瑪憲法創制時的預定目地。

不過，雖然他對威瑪憲政秩序採取更為漸進主義的詮釋，但這並非就表示他是一個保守派。他明確指出，在 1931 年的經濟危機開始後，德國的工會出於失業、失望情緒跟工會官僚，喪失了自由、獨立性與團結，因而誤以為沒有政治民

<sup>179</sup> Söllner, Franz L. Neumann - Skizzen zu einer intellektuellen und politischen Biographie, in: Franz L. Neumann: Wirtschaft, Staat, Demokratie Aufsätze 1930-1954, 1978, S. 7, 13-14.

<sup>180</sup> 值得注意的是，此時他可能會如何思考經濟性憲法態？社會法治國也試圖保護有競爭的市場經濟，這與社會主義的關係為何？他在流亡前，對經濟制度的設計，是否可以透露出他對威瑪憲法的詮釋也不是社會主義民主？就第一個問題，Neumann 在第二個時期，應該沒有對經濟秩序發表重要論述，因此，根據文本證據，只能做出有限的結論。對後兩個問題，受限於時間與心力，暫時無法詳細討論，僅能概略說明：流亡前他對於威瑪憲法是否得以用來實現社會主義，相對有信心，因此他設想了一系列在威瑪憲法框架下達成社會主義的法律安排。

<sup>181</sup> 「從天而降 (fall from the blue)」乃借用 Neumann 在分析法律與社會變遷的交互依賴時所使用的隱喻，請見：NEUMANN, *supra* note 27, at 19.



主也可以存在經濟民主，同時，他也批判共產主義在對抗社會至大的錯誤（Sozialfaschisten）的思維下，對於國家社會主義的支持。<sup>182</sup> 因此，經濟與政治必然形構著彼此，必須支持完整的民主主義。不過，他無意回答，當反抗可能伴隨內戰與鎮壓，工人階級到底應不應該英勇地抵抗並迎接失敗，可是，無論如何，威瑪這個「沒有民主主義者的民主（Demokratie ohne Demokraten）」終究走到了盡頭。<sup>183</sup> 這可以呼應《法治》所提到的法社會學分析架構，法律與社會事實交互影響，事在人為，人們必須自己做出決定。

<sup>182</sup> „Sie waren dem Irrtum erlegen, daß wirtschaftliche Demokratie ohne politische Demokratie möglich sei“。請見：Neumann, (Fn. 96), S. 117。可供對照的是，Neumann 在〈政治自由的概念〉中對於經濟民主與政治民主的區分，實際上是源於威瑪失敗經驗：兩者都是必要的，互相支持，不可混淆（請見後述）。

<sup>183</sup> Neumann, (Fn. 96), S. 119.

## 五、 法律一般性、司法獨立與權力分立

本章已經討論了法治觀的方法論、經濟秩序、國家觀等分析取徑。在這一節，我要以司法權的定位為例，進一步釐清 Neumann 流亡後的法治觀。

儘管如前述，他犀利指出現代國家掩蓋了階級衝突，在此時期，他對國家組織、權力分立的看法實際上正在轉變。〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉認為，即使社會法治國具有優越性，但是，違憲審查仍不具有正當性，因為法院將居於立法權之上。<sup>184</sup> 又如前述，在〈法治國、權力分立與社會主義〉，類似地，他也警惕官僚不受議會立法的監督。此處凸顯了德國式法治國概念，國會應作為立法者，國家限制人自由的權限，應保留在國會立法。不過，流亡後，他的理論似乎出現更多的曖昧之處。

在〈德國民主的衰退〉他還是將司法詮釋為打擊社會法治國的要角，可是，在《法治》，他將司法權詮釋為自由的保護者。〈德國民主的衰退〉中主張，威瑪憲法結構，與英國不同之處在於，德國法官在第二帝國之下是種官僚（Beamte），相較於個人信念（individuelle Überzeugungen），法官的決定更可能受到其所處的政治、宗教與社會條件（politische, religiöse und gesellschaftliche Bindungen）所影響。<sup>185</sup> 可是，在威瑪，法官經歷重大的轉變，引進了法官自由判斷原則（die Doktrin der richterlichen Entscheidungsfreiheit），法官搖身一變，成為「對抗帝國議會的第二個內閣（zweite Kammer gegenüber dem Reichstag）」，宣告許多財產權、契約自由干預之法律（也就是實現威瑪社會法治國之法律）無效。Neumann 認為，法官的違憲審查權使進步立法無效化，在經驗意義上，如同美國憲法下的正當法律程序（due process of law）在美國產生的效果。<sup>186</sup> 不過，

<sup>184</sup> Neumann, (Fn. 26), S. 43.

<sup>185</sup> Neumann, (Fn. 96), S. 113.

<sup>186</sup> 「一系列干預所有權與契約自由的法規範，被宣告違憲，就此德國的司法權變得更接近美國的系統，且基本權承擔了美國憲法中正當法律程序的角色。（„Eine Reihe von Gesetzen, die in Eigentum und Vertragsfreiheit eingriffen, wurden als verfassungswidrig erklärt, so daß sich die deutsche Justiz dem amerikanischen System annäherte und die Grundrechte die Rolle des »due process of law« in der amerikanischen Verfassung übernahmen“）」，請見：Neumann, (Fn. 96), S. 113。



在《法治》，Neumann 在論及法律的政治與實質概念間的衝突時，認為大憲章（Magna Carta）第 39 章「若無其同儕所做成的合法判決，以及 [或是] 藉由此地之法律，沒有自由人可被監禁 (No freeman shall be ... imprisoned ... except by the lawful judgment of his peer and [or] by the law of the land)」此一條款中，法律應該指向實質意義的法律，亦即正當法律程序，儘管這長期被英國國王無視。<sup>187</sup>

《法治》也同意法律一般性與司法獨立有助於保護個人自由與平等。他認為，「僅當國家干預是基於一般性的法律，因為平等原則被保護了，自由才被保障。( Only if such intervention is based upon general law, is liberty guaranteed, because the principle of equality is preserved.)」。因此，立法者不能制定個案性的法律，法官若適用個案性法律，他將成為單純的法庭執達官、單純的治安維持者 (a mere bailiff, a mere policeman)。故而他總結道：

因此，法律的一般性、法官的獨立性與權力分立原則，其功能不只是服務於競爭性資本主義之需求，因為，它們保障了個人自由與個人平等。…若我們無法區分它們 (案：三個原則與競爭性資本主義) …我們必須依照 Carl Schmitt 的說法論斷，在資本主義逝去時，一般性的法律、法官的獨立性與權力分立，必須被放棄。<sup>188</sup>

因此，在《法治》一書，法律的一般性、司法獨立、權力分立，乃至於正當法律程序，都被賦予了更積極的人權保障作用。藉由理性法之概念，調和了主權與法治的關係，這也進一步調和了平等與自由的關係，主張一些源於自由主義的法治元素必需被更為平等的憲政秩序所保留。Morris 指出，流亡後，Neumann 受到英國不成文憲法的法體系影響，將英國視為議會至上與法治的結合，法治又指向法律的一般性，而法律之一般性蘊含著合理性 (rationality)，因此法律一般性

<sup>187</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 46.

<sup>188</sup> “The generality of the law, the independence of judges, and the doctrine of the separation of powers, have, therefore, functions transcending the needs of competitive capitalism, since they secure personal liberty and personal equality. If one does not draw...distinctions, and sees in the generality of the law, nothing but a requirement of capitalist economy, then of course, one must infer with Carl Schmitt that the general law, the independence of judges, and the separation of powers, must be abolished when capitalism dies.” 請見：NEUMANN, *supra* note 27, at 257。



是法律的必要要素。當法治被確立，人們就不再需要直接援引自然法。這個立場延續到《貝西摩斯》。<sup>189</sup> 因此，比起流亡前或流亡初期，他在《法治》中更加肯定某些比較偏向他在流亡前所稱的自由主義法治國的要素，這可能是出於他對英美法體系保護自由和人權之正面評價，儘管他仍沒有直接支持司法違憲審查，。

---

<sup>189</sup> Morris, *supra* note 1, at 206-207.

## 六、小結



在流亡初期，Neumann 延續了他對於自由主義法治國與社會法治國的區分，並透過馬克思主義，直指自由主義法治國對於民主的危害，也將國家理解為完全無實體的社會功能，意在鞏固統治階級的利益。在方法論上，他也更貼近馬克思主義的思想，由功能變遷理論轉往更全面的唯物論，主張法律與社會次結構間、權利與制度間等的關係是辯證式的。因此，他在方法論這部分展現出基進轉向，從憲法開放性轉往辯證，為法社會學提出一套先驗性的架構去說明法律與社會的辯證關係。

可是，在《法治》一書，他也直接肯認國家對於法體系的必要性。法治蘊含著人權保障與法律一般性的一要求，這對應到法概念與國家的二重性。法概念同時具備 *volunta* 與 *ratio* 要素，*ratio* 要素是理性法，理性法宣稱了實定法與可被智性理解這兩種要求。現代國家在特定範圍內的壟斷強制，這是實定法所存在的前提，另方面，國家也具有法治或法治國之特徵。因此，法律主權使社會規範具備了法效力與社會學意義的效力，成為法規範，法治也才能夠發揮作用。因此，在這個時期，他的法治觀扮演主權與人權的調和作用，既反對絕對主權，也支持並受到主權支撐。

這種法治觀同時呈現於經濟秩序，以及權力分立。流亡後，儘管法治的實現仍需要平等的社會關係之背景，可是法治觀不再直接斷定經濟秩序的憲法態。流亡前，他希冀以議會中心主義帶動社會主義改革，流亡後，他重新詮釋威瑪憲法，認為威瑪的社會民主國是一個中間路線，他也受到英美法體系的影響，支持源於自由主義的法律一般性、司法獨立和權力分立的人權保障作用。因此，法治觀不再是社會主義式的社會法治國。

綜上，法治不僅涉及法體系與國家應當如何建構的規範層次，也必須植基於作為社會事實的法律，人權與法律一般性都不能脫離社會事實的層次，社會法治

國的誠命退隱為法治得以落實的條件。耐人尋味的是，更為基進的方法論，此時反倒得出更為折衷的結論。





## 第四章 自由主義轉向：1940 年後

### 一、 前言

威瑪憲法釋義學下的社會法治國是以法治國為核心的傘狀概念，流亡後的法治觀則是聚焦於法概念與國家之性質的有限概念，流亡後 Neumann 的法治觀更為溫和。本時期是雙重否定的結果，一方面，他想超越法治的有限概念，提出一個更為全面的法理論（最終發展為政治自由的體系），以馴服自由主義的要素；另一方面，納粹與冷戰，使他對威權體制更為警覺<sup>190</sup>，法治仍需要自由主義的遺產。面對名為「進步」的風暴，無論是理論或歷史的殘餘都閃爍微光，這被收拾並匯聚為微風徐徐的「進步」的真實形式。

這個時期，Neumann 相對沒有提出方法論的主張。本章主要關注於自然法研究、極權主義研究《貝西摩斯》與〈政治自由的概念〉。〈論自然法的幾種類型〉標誌著他對自然法的理論重構，也接納了民主自然法的社會、經濟預設。《貝西摩斯》反倒是相對忽略自然法、以自由主義為基底的作品。若要對抗法西斯主義，不需要援引自然法。〈政治自由的概念〉可說是牽連廣泛的理論綜合，但是，從中我們已經找不到任何肯定「社會法治國（soziales Rechtsstaat）」的用語。因此，儘管 Neumann 重拾對憲政主義的信心，顯然某些早期的概念已經被「消滅」與「提升」到「更高的」層次——懷揣著社會平等的關懷，他的法治觀朝向自由主義的那端移動。

<sup>190</sup> Neumann 的納粹研究對他的理論所產生的影響，請見本章後續，尤其是論《貝西摩斯》之部分。Morris 則指出，受到冷戰影響，Neumann 的理論重心從階級鬥爭轉往對抗極權主義（totalitarianism），因而更強調個體的自主性，請見：Morris, *supra* note 1, at 230。

## 二、自然法研究

### 1. 前言：自然法轉向



如前兩章所述，Neumann 在流亡前後的作品已經評價過自然法。例如，在〈反對法官違憲審查權法〉，他認為自然法僅具有空虛的形式，可以為任何型態的政權服務。在〈馬克思主義的國家〉，他將自由主義法治國歸屬為一種特定的自然法理論，這種理論忽視了階級衝突。在《法治》一書，他認為自然法僅僅是一種意識形態，純粹的自然法與理性法對立，無法發揮實質法治的功能。不過，截至《法治》出版前，他仍未發表專門論述自然法的作品。

在 1937 年，Neumann 曾針對 Heinrich Rommen 所著《自然法的永恆回歸（Die ewige Wiederkehr des Naturrechts）》發表書評，儘管這篇書評只有一頁左右，但也足以非常精要地點出他對於自然法的評價<sup>191</sup>。他認為，除非自然法的規範夠具批判性且適足地被制度化，「否則對自然法統治的承諾也不過是空口無憑（Andernfalls ist das Bekenntnis zur Herrschaft des Naturrechts ein blosses Lippenbekenntnis）」。他繼續評論道，儘管啟蒙時代的自然法論者是最重要的理性法（rationales Recht）之推動者，可是當國家納入自然法的觀點，其理想就消融在法實證主義當中，因此，純粹的意識形態分析（die rein ideologische Behandlung），無法使人確定自然法的影響是進步或保守的。另方面，Rommen 建構的自然法理論不過是 Aquinas 立場的重述，所謂不可剝奪的權利之範疇（Katalog unveräußerlicher Rechte），在 1937 年的德國，也幾乎無法用來反抗國家的侵害。<sup>192</sup> 這是一篇非常短、且完全沒有引註的書評，可是卻已經預示了 Neumann 在 1940 年〈論自然法的幾種類型〉這篇文章的主要立場：自然法的理

<sup>191</sup> Neumann, Besprechung: Rommen, Heinrich, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts. Jakob Hegner. Leipzig 1936, Zeitschrift für Sozialforschung 6:2 1937, 458, 458-459. 這篇書評刊登於法蘭克福學派社會研究所的刊物《社會研究雜誌（Zeitschrift für Sozialforschung）》，以德文寫成，但是於巴黎出版。

<sup>192</sup> Neumann, (Fn. 191), S. 458-459.



想，也有賴國家強制力的現實化，僅當人們將自然法放到社會——歷史脈絡中分析，才能判斷其是否具備進步性。這種立場也延續了《法治》中對於法概念與國家兼具意志與理性要素的雙重性格。

Neumann 對自然法的格外關注，可以放在自然法第二次復興的脈絡下。儘管，德國的政治理論家對一戰後德國的自然法復興（Renaissance des Naturrechtes）曾轉向批評態度，於 1930 年代，一方面出於對抗國家社會主義，另方面因為受到西方與美國（westlich-amerikanisch）政治理論的影響，此外，也因為移民經驗，他們開始重拾自然法。Bluhm 認為，Neumann 在〈論自然法的幾種類型〉經由民主的面向重建了自然法。<sup>193</sup> 因此，1940 年的〈論自然法的幾種類型〉，可說是 Neumann 的自然法轉向。

Morris 的整理能幫助我們理解這個自然法轉向。Morris 認為，當 Neumann 試圖釐清自然法如何能對抗極權主義時，他的出發點是法實證主義，在威瑪，左派投向法實證主義，認為這是民主所必要的；保守的右派，例如 Schmitt，意圖使用自然法證明獨裁國家與其權力施展<sup>194</sup>；1932 年 Neumann 就曾表露出對自然法的懷疑態度。<sup>195</sup> 儘管納粹掌權，Neumann 在 1930 年中葉以後的幾篇作品，可以看出 Neumann 仍採取自然法的懷疑論，Morris 引述 Neumann 在 1936 年寫成之未出版的〈評論 Hans Mayer 的作品「國家社會主義的法律詮釋與其社會基礎」（Comments on Hans Mayer's Work “The National Socialist Interpretation of Law and Its Social Foundations”）〉，Neumann 認為「所有自然法對社會問題的取徑都是非馬克思主義的（every natural rights approach to social problems is unMarxist）」。<sup>196</sup>

<sup>193</sup> Bluhm, Die Ordnung der Ordnung, 2., bearbeitete Aufl., 2007, S. 196-197.

<sup>194</sup> 此處的獨裁，意指當今意味的 dictatorship，並非 Schmitt 指稱的 authoritarian 或是 Autorität。

<sup>195</sup> Morris, *supra* note 1, at 198-201.

<sup>196</sup> 請見：Morris, *supra* note 1, at 204。Morris 所舉的著作分別是：1936 年出版的第二本博論《論法律的治理》、1937 年所發表的〈在現代社會中法律功能的變遷（The Change in the Function of Law in Modern Society）〉，以及 1936 年的兩篇未出版著作〈評論 Hans Mayer 的作品「國家社會主義的法律詮釋與其社會基礎」（Comments on Hans Mayer's Work ‘The National Socialist Interpretation of Law and Its Social Foundations’）〉、〈為社會研究期刊就「壟斷性經濟中的理性法」所寫的大綱（Outline of an Essay for the Journal of Social Research on ‘Rational Law in the Monopoly Economy’）〉。



此時，Neumann 所重視的法治國與議會至上原則，其正當性都不是基於自然法，即使是《貝西摩斯（Behemoth）》一書也是如此。<sup>197</sup> 依照 Morris 的詮釋，此時 Neumann 儘管也看重良知（consciousness），但是他認為現代法應該與道德分離，因此寧可以法律，而非良知或道德去正當化抵抗，這立場從〈論自然法的幾種類型〉延續到《貝西摩斯》。<sup>198</sup> 無論 Morris 的結論是否正確，他為我們指出了問題意識：作為推崇民主，並看重實定法、貶抑自然法的法理論家，Neumann 如何重新審視自然法？

## 2. 〈論自然法的幾種類型〉

Morris 認為，Neumann 的〈論自然法的幾種類型〉，在理論層面，經由推崇理性自然法調和了理性與民主的衝突。<sup>199</sup> 因此，〈論自然法的幾種類型〉可以視為拯救自然法原則的嘗試。他認為：

若我們希望保存自然法的遺產，我們必須重述它。僅當我們藉由發展了自然法的歷史型態，而找到能被稱為現代社會的進步性要素之共同特徵，這個任務才可能成功。<sup>200</sup>

他認為討論必須是歷史性的，而非認識論的（epistemological），同時，我們也必須避免如康德理論那樣空洞的教條主義（dogmatism），也應該避免相對主義

<sup>197</sup> Morris, *supra* note 1, at 206-207.

<sup>198</sup> 請見：“More important, he expressed little confidence in inner freedom conceived as conscience. He did not think poorly of conscience. The problem was that the democratic rule of law, where he placed his hope, required separating law from morality. In a modern competitive society, conflating law and morality would allow a single moral system to regulate behavior and “terroriz[e] man’s conscience.” Insisting on a separation of law and morality, Neumann then focused on one side of the divide, on societies governed by law rather than individuals imbued with morality - with a conscience.”（粗體字為我所加）。Morris, *supra* note 1, at 212-213. 戰後 Neumann 重新思考了良心與抵抗之間的關係，請見本章第四節。

<sup>199</sup> Morris, *supra* note 1, at 225.

<sup>200</sup> “If we wish to preserve the heritage of Natural Law, we must restate it. Such an undertaking can only be successful if, by developing the historic types of Natural Law, we find common traits which can be spoken of as progressive elements of modern society”. 請見：Franz Neumann, *Types of Natural Law*, in: THE DEMOCRATIC AND THE AUTHORITARIAN STATE: ESSAYS IN POLITICAL AND LEGAL THEORY, 69, 69 (Herbert Marcuse ed., 1964).



(relativism)，因為自然法原則（the Natural Law doctrines）的真實性不只是基於其經驗上的用處（utility）。<sup>201</sup> 因此，自然法原則的真實性

取決於其多大程度上體現了具體的自由與人性尊嚴，取決於其提供所有人類潛力的最完整發展之能力。<sup>202</sup>

Neumann 認為，自然法理論最重要的基礎是自然（nature），亦即自然法理論的基礎是「從充斥法則的自然導出法律原則（deriving the principles of law from the lawfulness of nature）」。但是，如果自然意指人類與外在自然（external nature）沒有任何連結，這種自然秩序只是比喻或象徵；如果自然法宣稱人類必定是外在自然的一部分，這才是真正的自然法理論；如果將人類視為全然的社會——政治存有（socio-political existence），如 Aristotle 的理論，這也不是真正的自然法。<sup>203</sup> 因此，自然法理論必須

將人類視為具有特定動機、慾望、直覺等（或其他任何我們可以選擇的詞彙）的獨立個體，或是被客觀自然力所驅動，先於或獨立於公民社會的創建。<sup>204</sup>

因此，自然法理論的內容與結構是由人的哲學（a philosophy of man）來決定的。Neumann 將自然法的人性論分為三種，性善論偏向自由主義，例如 Hooker 與 Locke；性惡論偏向絕對主義（absolutistic），例如 Epicurus、Spinoza 與 Hobbes；持人性的不可知論者，則是純粹的民主理論家（purely democratic theorists），例如 Rousseau。<sup>205</sup> 自然法暗含人性論，也是他在《法治》的主張。我認為，這並非意味著人性的本質論，而是他希望說明，不同的自然法理論自然

---

<sup>201</sup> Neumann, *supra* note 200, at 72.

<sup>202</sup> "...depend upon the extent to which it embodies concrete liberty and human dignity, upon its ability to provide for the fullest development of all human potentialities". 請見：Neumann, *supra* note 200, at 72.

<sup>203</sup> Neumann, *supra* note 200, at 73.

<sup>204</sup> "... consider man as an isolated individual endowed with specific drives, cravings, instincts (or whatever word we may choose), or driven by the forces of objective nature, prior to the creation of, or independent of civil society" 請見：Neumann, *supra* note 200, at 74.

<sup>205</sup> Neumann, *supra* note 200, at 74-75.



法之所以能論證不同型態的政治社群之出現，是因為各種自然法理論，都預設了與之相應的某一種人性論。

自然法原則認為，規範體系必須獨立於主權者由上而下的決定，個體意志必須基於人人都有的理性（*reason*）創造有效的法律（*valid laws*），這種政治制度的形式是社會契約（*the social contract*），這也是自然法原則與社會契約論的交會點。不過，自然法理論認定規範部分源於人的本質，因此與社會契約論間存在矛盾。不過，儘管自然法理論未必導向社會契約的原則，社會契約論在邏輯上卻必定要預設自然法理論。<sup>206</sup> Neumann 認為，從社會契約論的視角，可以看出所有自然法理論的缺陷，性善論無法說明為何人們會創立政治社群，性惡論仍無法終局排除人類基於自然法的反抗權，因此，所有自然法理論都是自我矛盾的（*self-contradictory*），它們都必須將規範體系之效力（*validity*）同時歸諸於個體的同意與「一個非規範性的要素，亦即權力（*a non-normative element, namely power*）」，因而推翻了自然法理論的架構。<sup>207</sup>

Neumann 指出，只有 Marsilius 與 Rousseau 的民主自然法解決了理念與強制的矛盾。<sup>208</sup> Marsilius 的理論雖然主張統一國家之中仍得以存在自然法原則，但是，他只關切部分力量強大的人（*pars valentior*）的民主自我決定，因此還無法真正解消矛盾。<sup>209</sup> Rousseau 真正解決了這個問題。Neumann 認為，我們必須同時從政治理論與社會理論的角度觀察，否則 Rousseau 的解方會流於代議民主的意識形態（*the ideology of representative democracy*）。Rousseau 將總意志（*general will*）奠基於所有人的意志，因此，儘管進入政治社群會要求人放棄一些個人權利，個人權利仍保存於總意志之中，因為，他認為，經濟次結構必須足以使理性秩序（*rational order*）現實化，一旦私有產權（*private property*）使得財產無法平

<sup>206</sup> Neumann, *supra* note 200, at 76-77.

<sup>207</sup> Neumann, *supra* note 200, at 76-77. 顏厥安提醒道，法社會學家 Neumann 在談效力時，同時指涉理論層面的正當性與經驗層面的實效，請見：顏厥安（註 6），頁 52。

<sup>208</sup> Neumann, *supra* note 200, at 78.

<sup>209</sup> Neumann, *supra* note 200, at 78.



等分配 (equally distributed)，總意志就無法代表每個人的意志，那我們就有必要引進共有財產制 (communal property)。如果總意志能體現每個成員的意志，那麼，主權就不再是主權，而是社會本身 (society itself)，亦即，社會的自我統治和自我管理。<sup>210</sup>

Neumann 認為民主自然法具備內在一致性 (inner consistency)，但是，Neumann 認為，我們必須檢驗自然法原則的基本要素，才能決定是否要拋棄自然法。<sup>211</sup> Neumann 將自然法的基本要素歸結為幾點，第一，若人作為自主或受制於外部自然的法則之個體，人必須被認定為理性個體 (a rational individual)，這意味著人人平等。第二，人的平等地位導出自然法原則的核心觀點：自然法原則具備普世性 (universality)。第三，因為普世性的宣稱，自然法理論反對傳統主義與歷史主義 (traditionalism and historicism)，亦即，並非存在即合理。第四，自然法原則排斥非理性原則 (anti-rational doctrines)，因為，若存在由上而下給定的絕對法則，理性 (reason) 就不復存。<sup>212</sup> 循著前述四個基本要素，Neumann 結合了理論與歷史社會變遷，評價自然法理論的真實性。他將自然法分為五種：保守的 (conservative)、絕對主義的 (absolutistic)、自由主義的 (liberal)、民主的 (democratic) 與革命的 (revolutionary)。<sup>213</sup>

保守自然法的代表是阿奎納式 (Thomistic) 自然法，它要求實定法服務共善、實定法必須是正義的，且立法者被課以判斷的限制 (the bounds of jurisdiction)。儘管阿奎納式自然法實際上支持封建秩序，因此在效力上不可能勝過其他自然法理論，但是它仍強調人面對最高權威仍具備不可剝奪的理性 (reason)。阿奎納式自然法在歷史上曾被教會用以反抗君權的神格化，但是，教會本身卻也曾鼓勵神聖君權之概念。<sup>214</sup> 論及絕對主義自然法，他舉 Hobbes、Spinoza 與 Pufendorf 為例，這些人的理論仍把國家正當性歸諸於個人的同意，因

<sup>210</sup> Neumann, *supra* note 200, at 78-79.

<sup>211</sup> Neumann, *supra* note 200, at 80.

<sup>212</sup> Neumann, *supra* note 200, at 80.

<sup>213</sup> Neumann, *supra* note 200, at 81.

<sup>214</sup> Neumann, *supra* note 200, at 81-83.



此仍屬於理性自然法，儘管其犧牲了個人權力。<sup>215</sup> 革命自然法在歷史上常作為煽動人民以建構絕對權威的工具，Neumann 認為它未必是進步的。<sup>216</sup>

他接續討論憲政主義者（constitutionalist）的自然法，這應該相當於自由主義自然法。Neumann 認為，從斯多葛（stoic）自然法發展而來的憲政主義自然法，帶有限制國家權力之誠命，並且包含樂觀的自然法（optimistic Natural Law）、以抽象一般法律所帶來的可計算性、可預測性之機械性的哲學（mechanistic philosophy）與普通法（common law）。憲政主義自然法又包含三種型態：德國式的法治國（Rechtsstaat）、英國式的議會至上與法治（the Sovereignty of Parliament and the Rule of Law）、美國式的以司法審查保護基本權之司法最高性（judicial supremacy）。Neumann 認為，憲政主義自然法或自由主義自然法，仍常常是反動保守的。不過，它仍包含一些理性自然法的要素，至少其允許人們進行一些討論。Neumann 認為，「憲政主義者的自然法之缺陷在於，面對任何一種國家理論，它都維持著絕對、同等有效性。（The weakness of the constitutionalist doctrine is that it maintains its absolute and equal validity against any theory of the State, even against the democratic one.）」。相較之下，民主自然法是更真實的自然法理論，因為其「為國家提供了理性的正當性（it provides for the rational justification of the State）」。<sup>217</sup>

因此，Neumann 認為，當民主自然法存在時，自由主義自然法只是作為補充。而任何自然法原則所演繹的複雜理論體系，都是恣意與無效。<sup>218</sup> 同時，他列舉出一些一定程度上源於自然法的有效原則，如法律之一般性、人人平等、個別立法之禁止、溯及既往立法之禁止、司法獨立等。他認為，儘管這些原則不多，但是它們徹底反對威權主義。<sup>219</sup>

<sup>215</sup> Neumann, *supra* note 200, at 85-87.

<sup>216</sup> Neumann, *supra* note 200, at 87-89.

<sup>217</sup> Neumann, *supra* note 200, at 89-90.

<sup>218</sup> Neumann, *supra* note 200, at 90.

<sup>219</sup> Neumann, *supra* note 200, at 90-91.

此處的更真實之民主自然法，也可以透過 Neumann 在文初的標準評價：其是否是促進「具體的自由與人性尊嚴」、「所有人類潛力的最完整發展之能力」的真實自然法呢？這個推論能將〈論自然法的幾種類型〉連結到《法治》。

### 3. 小結：民主自然法與法治觀

由〈論自然法的幾種類型〉，可以看出 Neumann 對於自然法的幾個重要立場。第一，他首度完整界定出自然法，並將 Rousseau 也歸為自然法論者。如前一節所述，《法治》之所以不認為 Rousseau 的理論是自然法，是出於其悲觀主義。這種運用理論之結論或態度區分理論類型的做法，顯然非常「理性主義」。在〈論自然法的幾種類型〉，Neumann 偏向將自然法界定為一種形式性的結構。

第二，要判斷自然法是否為真，除了理論理性，還必須使用實踐理性。承襲他在前兩個階段的說法，在歷史上，自然法未必總是服務於進步主張，他對於自然法真實性判准或效力判准，是自然法如何服務於進步的政治主張。因此自然法的理論融貫性必須接受歷史證據的考驗，否則內部自治的自然法理論不過是一種意識型態。這也可看出他的真理觀包含實踐層面，意即實踐性的概念必須經由實踐理性加以評價。

第三，民主自然法概念既呼應也深化了《法治》對於自然法的看法，且民主自然法可以對應到法治概念本身。這可以回溯到他在本章前述〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉中所指涉的民主原則所涵蓋的國民主權原則，也呼應著《法治》當中對於法律概念、國家與法治的雙重性格，民主自然法調和了人權與強制的衝突，以民主概念將外部強制轉為自我統治。而且，民主的前提是財富平等分配。透過回顧《法治》之中理性與理性主義的區分，我們可以比對 Neumann 的思想變化，而這又可以從自然法的「合理性」切入。

顏厥安認為，Neumann 評價自然法時，區分出外在功能性與內部合理性，內部合理性又可分為弱意義與強意義下的內部合理性。弱的內部合理性意味著理論



預設與論證是邏輯自治的，強的外部合理性牽涉到自然法之內涵是否服務於進步價值。同時，Neumann 否定所有自然法理論的弱內部合理性，並認為自然法具有強的內部合理性，儘管程度有限。<sup>220</sup> 我認為，此處的弱內部合理性，應該指稱以理論的預設與推論加以判定的「理論內部正確性」，而非《法治》當中的 rationality，不過，《法治》的 rationality 却會保證自然法的理論內部正確性。我認為 Neumann 仍肯定民主自然法具備理論內部的正確性（弱內部合理性），亦即自然法的意識形態內容，無論在外人或歷史經驗上如何荒謬，在其理論內部，自然法的內容仍屬有效，因為民主自然法排斥非理性原則，所以民主自然法的原則應該可被智性所理解。具有內部合理性。而民主自然法也會具備一定程度的外在功能性，因為民主自然法是實定法。甚而，Neumann 藉由 Rousseau 的民主觀，將內部合理性融入外在功能性，因此，即使包含一些預設，但是實際上不存在單獨的內部合理性。<sup>221</sup> 故而，Neumann 的民主自然法兼顧了實定法與智性的要求，是真正的自然法。

如前所述，在《法治》，自然法的理論內容對應到法律的理性主義面向。在〈論自然法的幾種類型〉，Neumann 經由民主自然法整合了理性與理性主義，也又是把內部合理性奠基於外在功能性。相較於流亡初期，他賦予國家更為正面積極的意義，相較於《法治》的論述，他正式擁抱民主自然法概念，藉由 Rousseau 的民主概念去撐托理性法，穩定了理性與理性主義的耦合點。<sup>222</sup> 《法治》之中，這個接合的功能是由理性法扮演，可是，這無法化解絕對主權侵蝕法治的危機。簡言之，接受民主自然法，對他的法治觀最大的好處是，解釋了為何在特定的條件下，理性主義的各式內容，有機會成為理性法。

<sup>220</sup> 顏厥安（註 6），頁 47-48。

<sup>221</sup> 類似見解如 Söllner，他認為，Neumann 藉由 Rousseau 的民主理論，橋接了權利與權力（right and power）的空隙。請見：Söllner, *supra* note 175, at 216。與之相對的是，本文強調 Neumann 運用 Rousseau 的民主理論接合理性法與理性主義，進而也調和民主與法治間的衝突。

<sup>222</sup> 這個民主概念也可以呼應流亡初期，以平等社會關係為根基的民主。



不過，Morris 在探討 Neumann 的自然法研究時，認為自然法只對應到理性向度。Morris 主張，在《貝西摩斯》，儘管沒有明言，Neumann 假定了三種法概念：純粹彰顯政治權力的政治法概念、包含實質道德要求的民主法概念、無視實定法而本身就具有效力的自然法規範體系，而且，Neumann 認為自然法已經不合時宜。<sup>223</sup> 雖然如前所述，Morris 提出了一些文本證據，認為 Neumann 在《貝西摩斯》也反對自然法論，可是，Neumann 反對的是一般意義下的自然法概念，或是民主自然法，還有待釐清。尤其是，Morris 在討論 Neumann 二戰時思想也提到，Neumann 從未完全放棄自然法<sup>224</sup>，接著，他論及 Neumann 以民主自然法解決自然法與民主立法的衝突<sup>225</sup>，但是，最終他又僅僅停在自然法也必須依賴強制力這點<sup>226</sup>，而未試圖結合法治概念與自然法。我認為 Morris 的說法並不正確。Neumann 已經藉由民主自然法，說明了理性與理性主義的調和要素，因此，對 Neumann 來說，〈論自然法的幾種類型〉成功挽救了自然法，或至少「贖回」了真實自然法。<sup>227</sup>

第四，民主自然法也可以使用流亡前的憲法開放性與批判相對主義加以說明。Neumann 在流亡前後曾多次主張，對法律的一般性要求源於自由主義法治國，但是，他也在此明確認定，這也部分源於自然法，而且在抵抗極權主義時扮演要角。這顯示他在〈論自然法的幾種類型〉已經開始整合流亡前後的思想，試圖以民主自然法作為框架，一定程度上重拾憲法開放性的概念，亦即，將自由主義與其法治理論更緊密連結起來。從另一個角度來看，民主自然法也隱含批判相對主義所提供的框架。Neumann 並沒有肯定自然法理論所推導出的實質權利義務體系（這在後文談論抵抗權的部分也可明確看到），而是支持民主自然法的理論預設。雖然 Neumann 沒有直接使用批判相對主義的用語，但我們可以試著使用它

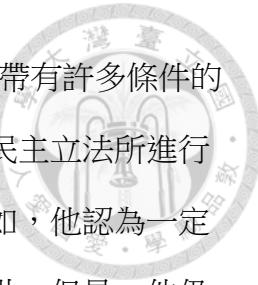
<sup>223</sup> Morris, *supra* note 1, at 216-217.

<sup>224</sup> Morris, *supra* note 1, at 224.

<sup>225</sup> Morris, *supra* note 1, at 225.

<sup>226</sup> Morris, *supra* note 1, at 226.

<sup>227</sup> 不過，很可惜地，Neumann 在〈論自然法的幾種類型〉，並沒有仔細審視民主自然法的歷史作用，因此，他的結論，還沒有接受歷史實踐的考驗。



詮釋 Neumann 對自然法的新看法：民主自然法是一種形式，或說帶有許多條件的結構，儘管形式本身就具備一種實質價值，只是，價值還需要與民主立法所進行的評價接軌，才可能具備實體性，亦即包含特定的權利義務。例如，他認為一定程度上保障政治言論的自由，是自由主義或憲政主義自然法的優點。但是，他仍然非常在意經濟平等對於政治平等的影響，因此他才會強調，自由主義的憲政主義自然法概念，只能輔助民主自然法，而且民主自然法也必須納入社會結構的考量。

第五，在權力分立與國家觀軸線，Neumann 認為民主自然法支持特定的國家觀，亦即 Rousseau 式的民主國家。此外，他也司法審查並非完全不可取。他提出三種憲政主義（constitutionalism）的可能形式：德國式法治國、英國的議會至上與法治、美國的司法至上（judicial supremacy），美國模式透過司法審查，避免人權立法權與行政權侵害。<sup>228</sup> 他認為，憲政主義自然法可以用來補充民主自然法，因而也間接認同違憲審查。

第六，Neumann 透過肯定民主自然法，同時也明顯肯定了許多自由主義的要求。Söllner 指出，儘管 Neumann 藉由類型學的方法（the typological method）分析諸自然法理論並認可民主自然法，但是，Neumann 認為民主自然法必須基於社會平等與某些法體系的要素，例如法律的一般性特徵等，這使得法治同時顯現出自由與民主與自由傳統。<sup>229</sup> 因此，Söllner 認為，在民主的傳統下，Neumann 接受了自由主義的最低限度內容（the liberal minimum）。<sup>230</sup>

綜上，〈論自然法的幾種類型〉以民主自然法調和了理性與理性主義，因而，理性主義之下的諸價值可以為法治觀提供「進步」的內容，又不侵蝕理性法。民主自然法的結構，令人聯想到憲法開放性與批判相對主義。不過，流亡前的 Neumann 深信社會主義就是那個進步價值，此時的 Neumann 不然，而是將價

<sup>228</sup> Neumann, *supra* note 200, at 90.

<sup>229</sup> Söllner, *supra* note 175, at 219-220.

<sup>230</sup> Söllner, *supra* note 175, at 223.



值問題的決定交給民主。而且，他認為可以用憲政主義自然法補充民主自然法，也間接肯定了違憲審查得以保護人權。此外，他的法治觀也容納了許多自由主義的主張，因此，對民主自然法的接納，透露出 Neumann 朝自由主義轉向的端倪。

### 三、《貝西摩斯》

#### 1. 前言：法治觀研究為何要閱讀《貝西摩斯》



Neumann 所支持的民主自然法，著重於民主自然法提出了政治社群決定機制具有理性主義正當性的條件，並沒有辦法直接證立任何特定的自然法權利義務體系，亦即仍保留了價值決定內容的空白地帶。《貝西摩斯》整理納粹的統治模式，以法律概念為此空白地帶劃下紅線。《貝西摩斯》可說是提出了法治的對立命題。

《貝西摩斯》第一版於 1942 年問世，第二版出版於 1942 年。這是第一本分析納粹主義（Nazism）結構與實際作為的書籍，Neumann 在第二版的寫作期間，同時為美國戰略情報局（Office of Strategic Services，今日中央情報局的前身）服務，因此，本書所提出的概念，也有限度地左右當時的現實政治決定。<sup>231</sup> Hayes 指出，Neumann 在德國的成長經驗與律師、政治學家、歐洲社會主義者之身份，都展現在本書的論述中，本書運用馬克思主義解讀歷史證據，並分以政治、經濟與社會三個面向描繪納粹政權。<sup>232</sup>

不過，本書的方法論與歷史分析飽受爭議。Hayes 認為，Neumann 受限於他的馬克思主義立場，因此他眼中的行動者之行為過度機械性<sup>233</sup>；Neumann 也太過強調納粹的機會主義（opportunism），忽視了 Hitler 實有自身的政治理論<sup>234</sup>；Neumann 不僅有時扭曲歷史證據，本書也沒有參照 1945 年後找到的新資料，因此輕視 Hitler 反猶太思想對納粹的重要驅動力<sup>235</sup>；Neumann 的經濟分析除了曲解

<sup>231</sup> 例如，Neumann 提出納粹政權實際上是納粹黨、政府、軍隊、經濟產業的共謀（conspiracy），這四個類型被美國政府作為紐倫堡大審訴訟文件、證據整理的分類標準，也體現在美國政府所制定的去納粹（denazification）、民主化（democratization）、解除武裝（demilitarization）與拆解卡特爾（decartelization）之「4D」政策，儘管實務上，共謀跟 4D 的作用都很有限。請見：Peter Hayes, *Introduction*, in: BEHEMOTH vii, vii-viii (2009).

<sup>232</sup> Hayes, *supra* note 231, at x.

<sup>233</sup> Hayes, *supra* note 231, at xiii.

<sup>234</sup> Hayes, *supra* note 231, at xiv.

<sup>235</sup> Hayes, *supra* note 231, at xv.



證據，也混淆因果關係，他認為大資本家幫助 Hitler 取得政權，並且在產業界居於主導地位，不過，較新的證據指出，資本家對納粹上台所扮演的角色不大，而且他們實際上多半被國家掌控<sup>236</sup>。因此，Hayes 認為，本書的歷史分析既具備原創性但又受限於教條主義，可是，本書仍有另一個重要價值：作為歐洲學術史（European intellectual history）的一部分。<sup>237</sup> 這點正是本文主要關切的。因此，這一節會聚焦於《貝西摩斯》所揭示的 Neumann 思想和論點，並略過納粹政權的歷史細節。

Bluhm 將批判極權主義的思想分為兩種，其一是偏向分析——比較（eher analytisch-vergleichend）取徑，就此，他把 Franz Neumann 和 Sigmund Neumann、Ernst Fraenkel、Carl Joachim Friedrich 與 Zbigniew Brzezinski 等人並列，另一則是偏向哲學——思想史（eher philosophisch-ideengeschichtlich），例如 Leo Strauss、Arendt、Hayek 等人。<sup>238</sup> 不過，Bluhm 在後文也沒有詳述這兩種途徑的差異，或是 Leo Strauss 的理論為何偏向哲學——思想史的範疇。

初步而言，我認為 Bluhm 的區分傾向將《貝西摩斯》歸為經驗主義的歷史詮釋，而這也牽涉到 Neumann 如何構框納粹主義。Neumann 認為，國家社會主義「無法相容於任何理性的政治哲學（incompatible with any rational political philosophy）」，他在此將理性界定為「從人的意志或需要產生政治權利之學說（doctrine that derives political power from the will or the needs of man）」。<sup>239</sup> 但是，「政治理論無法是非理性的（a political theory cannot be non-rational）」，Neumann 從國家社會主義的重要哲學家 Ernst Krieck 的說法，整理出納粹主義所包含的幾個非理性要素：血、社群、民族（blood, community, folk），這些作為掩蓋真實的權力關係與操弄公眾的工具；領袖的卡里斯馬、優等種族（master race）的優越性、無產階級種族對抗貴族種族（plutocracies）的鬥爭、反抗國家

<sup>236</sup> Hayes, *supra* note 231, at xv-xvi.

<sup>237</sup> Hayes, *supra* note 231, at xvi-xvii.

<sup>238</sup> Bluhm, (Fn. 193), S. 154.

<sup>239</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 463.



的民族抗爭等。這些因素依照最為合理的計畫（a most rational plan）精心地部署。<sup>240</sup> 基此，國家社會主義將威瑪的大眾民主轉變為「儀式與魔幻的民主（a ceremonial and a magic democracy）」，納粹使一般人民的生活變得比軍人更為艱辛，他借用 Harold Lasswell 的說法，這只不過是「危險之社會化（[t]he socialization of danger）」。因此國家社會主義必定要以意識形態控制群眾，以控制、原子化、恐嚇（control, atomize, terrorize）人民。<sup>241</sup>

Neumann 認為，當時的國家社會主義，並非前無古人。國家社會主義的源頭可以追溯到 14 世紀羅馬的獨裁者 Cola di Rienzo，他巧妙掌握國家所面臨的危機，運用政治宣傳（propaganda）使人民服從其恐怖統治，他的統治技術與國家社會主義類似：重典（draconic laws）、司法權與官僚的大清洗、建立強大的軍隊。拿破崙三世（Napoleon III）也採取類似的統治模式。<sup>242</sup> 法西斯主義以不觸及社會之物質基礎的方式（leaves untouched the material foundations of society），壓制國家內部的不安性要素，這有賴完全無定形的意識形態，因此，他總結道：

國家社會主義沒有自身的政治理論，而且它所使用或拋棄的意識形態僅僅是統治的技藝（arcana dominationis），統治的技術（techniques of domination）。<sup>243</sup>

由 Neumann 對國家社會主義的分析，可見他認為，政治理論必須是理性的，這呼應他在〈自然法的幾種類型〉對於自然法非理性要素的批評，也延續了〈自然法的幾種類型〉與《法治》中對於理性的定義。此外，他也將納粹社會區分為物質基礎與意識形態兩個層次，儘管與較晚近的歷史研究衝突，但是這意味著，他強調經濟對納粹奪權的重要性。

根據 Neumann 在本書第一版的前言，本書的思維源於他在 LSE 的求學經驗。<sup>244</sup> 因此，《貝西摩斯》某種程度上是他的法治理論與方法論在極權主義的應

<sup>240</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 464.

<sup>241</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 465.

<sup>242</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 465-467.

<sup>243</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 467.

<sup>244</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at xx.



用。這展現於他對於國家社會主義法律和國家的分析上。例如，當他談到理性法，就回到《法治》的定義。《法治》當中的法治觀，係源於特定的法律概念與國家觀，為了理解法治觀的演變，我先探討《貝西摩斯》的法律與國家觀。

## 2. 《貝西摩斯》的法律與國家觀

Neumann 認為，納粹根本沒有法律可言，也稱不上是一個國家。我們先從法概念開始。

Morris 指出，Neumann 在《貝西摩斯》認為抵抗極權主義與自然法完全無關，法律的一般性功能完全基於法律一般性。<sup>245</sup> Neumann 是從理性法開始討論法律一般性。他認為，有兩種法律的概念，政治與理性的概念（*a political and a rational notion*），前者將法律等同於主權的意志，後者則認為，法律取決於其形式與內容，而非源頭（*is determined by its form and content, not by its origin*）。<sup>246</sup> Neumann 明確定義理性法：

在這個意義下，法律是規範，可被理性所理解，對理論性的理解保持開放性，且包含道德誠命，這主要是平等。<sup>247</sup>

他接著主張，理性法又可以區分為實質性的與形式性的（*the material and the forma*），隨著自由主義登場與自然法退潮，形式理性法佔據主導地位，其結構與是否受到侵害，都獨立於實質理性法。<sup>248</sup> 順著這個脈絡，他以法律規則（*legal rules (Rechtssätze)*）與一般性法律原則或法律上的行為標準（*general legal principles or legal standards of conduct (Generalklauseln)*）補充了 Rousseau 的說明，更認為抽象的行為與標準無法構成理性法，它們只是掩蓋了個別法。<sup>249</sup> 這

<sup>245</sup> Morris, *supra* note 1, at 219.

<sup>246</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 440.

<sup>247</sup> “Law in this sense is a norm, comprehensible by reason, open to theoretical understanding, and containing an ethical postulate, primarily that of equality.” 請見：NEUMANN, *supra* note 29, at 440.

<sup>248</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 441.

<sup>249</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 441-442.



個形式理性法傳統，必須包含最小限度的實質具體性（a minimum of material concreteness），這又要求法官的獨立性，甚且，這傳統要求，「在法律，且只有法律進行統治的情形之下，法官的唯一作用只在理解法律（When the law rules and rules alone, the judge's sole function is to perceive the law）」。<sup>250</sup> 法律的一般性，又有個基於合法性與道德嚴格分離（the rigid divorce of legality from morality）的道德功能（an ethical function）。<sup>251</sup> 因此，法律之一般性、法律的抽象性（the abstractness of law）與法官的獨立性，保障了最低限度的個人與政治自由。<sup>252</sup> 他談到在競爭性資本主義之下，

法律之前的平等，誠然，只是形式性或消極性的，但這確實包含對自由的最低限度保障，而且必定不能被拋棄。法律一般性的功能、經濟體系的可計算性與最低限度的自由與平等，都同等重要，並非如極權主義國家理論所堅持的，只有第一個具有重要性。<sup>253</sup>

法律的一般性也包含事後法禁止原則（the negation of ex post facto laws）。<sup>254</sup> 但是，國家社會主義的制度論（institutionalism）消除了法理論之面具（the mask of legal theory），這也消除了財產擁有者、法律人格（legal person）與國家，以共同體與領袖的概念，取代國家與主權（replace the concept of die state and its sovereignty by the community and its Leader），因此國家是「德國人民的政治完形（the political Gestalt）」。<sup>255</sup> 在法西斯國家，除了制度主義，決斷論仍然存在，並用以決定最根本性的制度與立場。<sup>256</sup> 因此，若一般性的法律是權利的基本形式（If general law is the basic form of right），法律不只是 voluntas 更是 ratio，那麼，

<sup>250</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 442.

<sup>251</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 443.

<sup>252</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 444.

<sup>253</sup> “Equality before the law is merely formal or negative, to be sure, but it does contain a minimum guarantee of freedom and must not be discarded. Both functions of the generality of law, calculability of the economic system and guarantee of a minimum of freedom and equality, are equally important; not the first alone, as the theories of the totalitarian state maintain.” 請見：NEUMANN, *supra* note 29, at 444.

<sup>254</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 445.

<sup>255</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 450.

<sup>256</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 451.



對於這個永遠無法拋棄權力要素的「法體系」，實際上，並沒有法律存在。<sup>257</sup> 他認為，自由主義的法律一般性，儘管是有限、形式性且消極的（limited, formal, and negative），但是仍具備兩面性（two-sided），弱者可以保有一些法律機會（the weak to retain some legal opportunity），就此，法律一般性與自由權，就與壟斷性經濟相衝突。<sup>258</sup> Neumann 並補充道，國家社會主義的核心要點是完全拒斥法律一般性，也就取消了權力分立。<sup>259</sup>

以上這段法律概念的說明，有部分與他之前的論著重複，卻也有一些差別。在流亡前，他堅持壟斷性經濟體系要透過具體、個別的法律調節，可是，在國家社會主義的法體系，法律的一般性反而保障弱勢並打擊壟斷。雖然他強調，自由主義法律概念完全是消極且有限的，但是，在更為嚴酷的法西斯主義面前，Neumann 展露出完全不同於流亡前的態度。更重要的是，理性法被等同於一般性的法律形式，此形式又是人權保障基本形式，這呼應他在《法治》中的法治觀。

《貝西摩斯》也延續他此前對於國家概念的說明。我認為，在此可以稍微回顧他在《貝西摩斯》對威瑪社會的分析，以更清楚理解他眼中的國家社會主義，以及何謂「國家社會主義之國家」。

他認為，威瑪的民主制，實際上包含兩個元素：其一為民主的，另一為自由主義的（one democratic and the other liberal (rechtsstaatlich)），而議會制也不過是民主的其中一種形式。<sup>260</sup> 可是，威瑪德國的多元主義結構，使得議會不再是至高的立法者，也不是適格的行政權，在壟斷性經濟體系，議會制更常常以一般性法律掩蓋個別立法，在沒有同一性的國家中，多元主義剝奪了人民對國家的基本認同與忠誠。<sup>261</sup> 因此，「最終，公民自由與不可剝奪的權利否定了民主（Civil liberties and inalienable rights, finally, negate democracy）」，Neumann 認為，此處存在悖論，這種反民主的分析，其意圖是極小化基本權的意義，可是，結果上反而

<sup>257</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 451.

<sup>258</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 451-452.

<sup>259</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 452.

<sup>260</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 43.

<sup>261</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 43-44.



以私有財產權抵抗國家侵犯的方式，過度肯定基本權。<sup>262</sup> 反民主的分析最終導向強大的政府，亦即「所有權力歸屬於總統（[a]ll power to the president）」，這說法又源於 Schmitt 的決斷論。<sup>263</sup> 在集權的風潮中，沒有任何思想成功地或有意去抵禦極權主義。共產主義認為威瑪憲法是服務於壟斷性資本主義的政治結構<sup>264</sup>；社會主義斥責威瑪憲法沒有做出價值決斷，部分社會主義者（這包含 Neumann 自己）提出的社會法治國與經濟性憲法態之討論（economic constitution），作為社會主義的過渡形式，卻缺乏影響力<sup>265</sup>；奧利地學派的純粹法學（the ‘pure science of law’）貶抑任何普世性的價值體系，倒是為決斷論鋪平道路<sup>266</sup>。因此，在威瑪，沒有任何的思想或運動可以成功挑戰極權主義，而且，極權主義如其字面所示，希望打破多元主義的無效率，將權力集中在總統手上。

Neumann 認為，集權於總統的要求是極權主義國家思想的溫床。<sup>267</sup> Hitler 掌權引發對國家與政府傳統關係的學術性重估。國家社會主義理論家主張，國家社會主義所訴諸的法治國，並非自由主義法治國，而是國族主義法治國（the nationaler Rechtsstaat），它意在「調和正義與政治必要性（reconciles justice with political necessity）」，因此他們強調，國家不僅是強制的系統（the state was more than a mere system of coercion），還是種族性的民族之生活方式（a form of life of the racial Volk），因此有別於義大利或俄國。<sup>268</sup> 這種極權主義思想，一方面被支持帝制的舊時代政治思想家與法律人支持，並被 Schmitt 轉變為經濟上自由放任但至政治極權的國家，亦即強大的國家與健全的經濟（A Strong State and Sound Economics）；另方面，當棕衫軍與黑衫軍（Brown and Black Shirt）掠奪資產與職

<sup>262</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 44.

<sup>263</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 44-45.

<sup>264</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 45.

<sup>265</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 45-46.

<sup>266</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 46-47.

<sup>267</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 47.

<sup>268</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 48.



位並引發黨內衝突，Hitler 援引極權主義將黨、軍隊、官僚與經濟四個領域區分開來。<sup>269</sup>

極權主義理論更被用來支持全國一致化（Gleichschaltung (synchronization)），亦即統治階級由上而下控制整個國家與社會的政治結構。<sup>270</sup> 當 Hitler 的權力穩固後，總統的權力也被削弱。<sup>271</sup> 戰爭讓立法權進一步集中於國土防衛部長會議（The Ministerial Council for the Defense of the Realm），其立法權也不需元首的副署，甚至也有權制定行政規章並凌駕法律。開戰後，國土防衛部長會議是通常的立法者，元首偶爾以法典（statute）、法令（decree；Verordnung）或命令（edict；Erlass）立法，但權限已經大幅限縮，至於公投等其他機制，只剩下空殼，或作為政治宣傳工具。<sup>272</sup> 傳統的聯邦制被軍區制（Wehrkreiskommando）取代，其他社會組織，如行政法庭或國營企業，也被國家削弱或吸收。<sup>273</sup> Neumann 認為，權力集中的現象，顯示出極權主義的意識形態實際上已被拒斥。<sup>274</sup> Neumann 在《貝西摩斯》，對國家社會主義的意識形態有更詳細的說明，不過，這並非本文的重點。我們僅需注意到，極權主義與權力的絕對集中有內在衝突，極權主義曾被用以劃分出不同的統治邏輯與領域，以規整黨和其他社會組織的關係，但是，國家社會主義本身不能完全等同於極權主義。從以上的歷史分析出發，我們可以接續討論，國家社會主義所主導的國家是哪一種？

Neumann 的推論始於一系列的排除法與否證。Neumann 認為，第三帝國並非法治國，因為第三帝國沒有法律；而且，國家在意識形態上的特徵是政治權力的統一，第三帝國也非這種意義下的國家；因為法律不存在，他當然反對 Fraenkel 的雙重國家（dual state）理論。<sup>275</sup> 另方面，他也拒斥國家資本主義（state-

<sup>269</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 49-50.

<sup>270</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 49-50. 關於 Gleichschaltung 的漢譯與意涵，我參照台灣重要的納粹研究者王琪的解讀。請見：王琪（1995），〈希特勒主導下的納粹運動與第三帝國〉，《西洋史集刊》，6 期，頁 21-77。

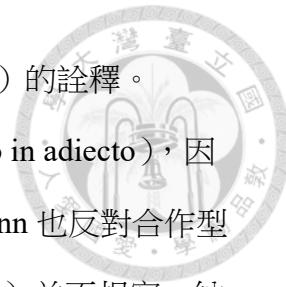
<sup>271</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 56.

<sup>272</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 56-59.

<sup>273</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 59-61.

<sup>274</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 61.

<sup>275</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 467-468.



capitalism；Staatskapitalismus）和合作型國家（cooperative state）的詮釋。

Neumann 認為，國家資本主義是個語詞上的矛盾（*a contradictio in adiecto*），因為，一旦國家掌控所有資本，那就不再有資本主義。<sup>276</sup> Neumann 也反對合作型國家的詮釋方式，因為國家社會主義與合作主義（corporativism）並不相容，納粹黨總是認為政治優先於經濟，因此其缺乏基本的經濟取向（basic economic orientation）。<sup>277</sup> 納粹所建立的經濟組織沒有獨立於國家的自主性，也不決定勞動條件，它們屬於商人的組織。<sup>278</sup> 他引用納粹御用學者 Eberhart Barth 的說法，納粹政權的經濟原則完全是彈性的，總是出於權益之計（considerations of expediency），並宣稱是為了人民的經濟福利而採取必要手段。<sup>279</sup> 綜上，Neumann 認為第三帝國並非傳統意義下的法治國、雙重國家、國家資本主義或合作主義國家。

甚至，就 Neumann 的分析，納粹德國根本不是一個國家。他借用 Hobbes 的說法，貝西摩斯（Behemoth）是「非國家的代表、以全然無法律為特徵的情境（the representation of a non-state, a situation characterized by complete

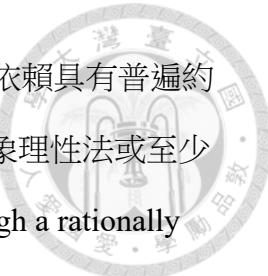
<sup>276</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 224. 國家資本主義的說法主張，納粹國家基本上掌控著所有資本，並排除了私人資本的運作邏輯（Neumann, 2009 : 223-224）。Neumann 認為，國家資本主義或許有機會提高人民的生活水準，可是，依照這個理論，為了控制大眾，國家可以自由運用各種手段，包含恐怖、窮困、戰爭，Neumann 認為，這是個太悲觀的理論，況且，資本主義所帶來的對立，在納粹治理下更為劇烈（Neumann, 2009 : 227）。Kelly 分析道，Neumann 之所以反對 Friedrich Pollock，是因為他對納粹德國的定位仍然是壟斷性資本主義，而且他認為這和競爭性資本主義有歷史延續性（Kelly, 2003 : 289）。Intelmann 則指出，Neumann 和 Horkheimer 都反對 Pollock 的國家資本主義說，Neumann 認為這是對『馬克思主義』之道別（Abschied vom »Marxismus«），Horkheimer 則在書信中認為 Pollock 的說法除了出於理論性的論述，更是個人的右傾之理由（recht persoenliche [Gruende]）（Intelmann, 1996 : 248）。

不過，Intelmann 就質疑，既然 Neumann 認為國家社會主義把政治性置於經濟性之前，甚至連經濟擴張都缺乏經濟意義，難道不會無可避免地得到 Pollock 的結論嗎？他整理出 Neumann 的兩個論點：第一，納粹黨完全醉心於其理想國，並無意吞併整個經濟，第二，納粹黨仍追求生產力最大化（Produktionsmaximierung），出於技術勞工短缺，納粹黨不得不借重壟斷性資本之力量。可是，Intelmann 也引述 Horkheimer 致 Neumann 的書信，Horkheimer 認為他們仍無法完全否定 Pollock 的觀點（Intelmann, Franz L. Neumann : 249-251）。Neumann 的立場引發了 Pollock 與 Horkheimer 的爭論，更顯露出，戰時的法蘭克福研究所，對如何界定納粹經濟體系並無共識。請見：NEUMANN, *supra* note 29, at 223-224, 227；KELLY, *supra* note 51, at 289；Intelmann, (Fn. 8), S. 249-251。

<sup>277</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 232.

<sup>278</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 233.

<sup>279</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 233.



lawlessness)」。<sup>280</sup> 納粹的統治群體間的敵對關係之解決，也無法依賴具有普遍約束力的方式（an universally binding manner），亦即，無法透過抽象理性法或至少透過理性運作的官僚（through abstract rational law or at least through a rationally operating bureaucracy）。<sup>281</sup> 第三帝國實際上存在的四個統治群體，各自有其立法、行政與司法權，雖然，它們非正式地同意某種特定的政策，但是在其之上並無國家，只有元首的決定（the decisions of the Leader），作為他們的妥協產物，也就是說，除了領袖的卡里斯馬力量（the charismatic power of the Leader），別無其他。<sup>282</sup> 因此，他認為納粹並非國家，而是

一種社會形式，在其中統治群體直接控制其餘的人口，而沒有透過那至今被認知為國家的，理性但又強制的機制加以調和。<sup>283</sup>

### 3. 為法治設下消極界線

Neumann 的納粹研究一定程度上基於他在《法治》的理論建構，納粹「國家」、納粹「法律」都被以《法治》的國家與法律概念檢視，法律不能只是政治意義的法律，國家也不應該擁有絕對主權。因此，國家必定是某種法治國。但是，此處的法治觀卻不僅是《法治》所述的重申。《法治》一書還沒有設想到法治的領域會被主權吞噬，也尚未接受自然法論。另方面，《貝西摩斯》重述了〈論自然法的幾種類型〉中的 Rousseau 式人觀。他推測技術勞工究竟能不能忍受納粹將其技藝用於恐怖統治時，提及「人性既非惡，亦非善，他會被其文化與政治經驗所形塑（man is neither bad nor good, he will be molded by his cultural and political experience）」。<sup>284</sup> 但是，民主自然法還無法說明自由領域具體的、實質的

<sup>280</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 459.

<sup>281</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 468.

<sup>282</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 469-470.

<sup>283</sup> “a form of society in which the ruling groups control the rest of the population directly, without the mediation of that rational though coercive apparatus hitherto known as the state.” 請見：NEUMANN, *supra* note 29, at 470.

<sup>284</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 473.



樣貌。如前所述，面對極權主義的國族主義國家，Neumann 對照了自由主義法治國與社會法治國。因此，對他而言，自由主義法治國也是可以接受的選項。在〈論自然法的幾種類型〉，他主張民主自然法為國家所提供的理性主義之正當化作用。在《貝西摩斯》，一方面，他為法治國家的概念畫下了消極性的「疆界」；另方面，只要顧及政治決定的平等關係，自由主義的諸多元素也是民主自然法可以接受的選項，自然法因而不能扮演價值決定的機能。Neumann 將國家對比於純粹的強制實施機制，這只確立了國家存在的最低條件，並沒有保留太多更實質性的（儘管也可能帶有反動的）社會主義或左翼的理性主義理想。

#### 四、自然法、抵抗（權）、良知（consciousness）



《貝西摩斯》第二版出版的一年後，納粹德國就對盟軍投降。戰後德國民主重建的過程中，佔領德國的軍事政府很快就不再心繫反納粹、反卡特爾，軍事政府與重新強化的德國舊有政治勢力達成妥協，這結果同時也是出於美國政治上的資本主義重建與反共圍堵（antikommunistisches Containment）目標。因此，浮現出對流亡學者之「移民視角（Emigrantenblick）」的懷疑，這揭示出戰爭結束前後德國發展趨勢的延續性，以及對於民主化的懷疑論。<sup>285</sup> 在這樣的背景下，Neumann 也在思考著如何重建德國的司法體系。Morris 觀察到，Neumann 此時並非從自然法或道德出發，而是把重點放在社會歷史層次的現實條件。<sup>286</sup> 不過，經由 Morris 的考察，在 1952 年所發表的〈論正當抵抗的限制（On the Limits of Justifiable Disobedience）〉，Neumann 希望澄清自然法是否能正當化抵抗權。<sup>287</sup> 自然法問題會牽涉到法治，與自然法有關的抵抗權論述亦然。本節我討論法治觀本身、自然法具體內容與良知等三個與法治有關的重要問題。

Neumann 希望從最極端的弑君（regicide）問題開始討論。<sup>288</sup> Neumann 在《法治》提及，17 世紀的神聖君權（the Divine Right of Kings）概念，並不適用於德國與中世紀，因為君王受到傳統習慣法（tradition customary law）約束，而這是基於君主在加冕儀式的真誠允諾（genuine *promissio*），而且此等允諾並非創制性的（constitutive），而是在既有客觀法（already existing objective law）之下的宣示性（declaratory）行為，因此，對於不義君主的抵抗不僅是權利，還是義務（duty）。<sup>289</sup> 因此，德國法肯認人民殺害不義君主之權利，他認為，對君王的忠

<sup>285</sup> Söllner, Deutsche Politikwissenschaftler in der Emigration, 1996, S. 25.

<sup>286</sup> Morris, *supra* note 1, at 220.

<sup>287</sup> Morris, *supra* note 1, at 226.

<sup>288</sup> Neumann, *supra* note 30, at 149.

<sup>289</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 66.



誠是一種雙向的信念 (faith)，當君王背叛了人民對其的期望，人民是出於保護君主制 (monarchy) 而殺害之。<sup>290</sup>

不過，Neumann 在考察歷史上的諸多正當化抵抗權的論述後，認為歷史所呈現的僅僅是，所有政治原則都被用在純粹的政治目的上：當抵抗權合乎某團體之利益，它就被正當化，反之，抵抗權被拒斥。<sup>291</sup>

因此，他希望從更為理論性的角度回答：「誰決定抵抗權存在與否、何時存在。( who makes the decision whether and when a right to resist exists. )」。<sup>292</sup>

為此，他認為必須要先討論權利 (right) 概念。<sup>293</sup> 如果抵抗權的權利是實定法上的權利，無論法條顯然或暗示抵抗權條款，抵抗的時機與正當性，都有賴於權威機關的決定，因此在實踐上未必可行，在理論上也無法自足。<sup>294</sup> 如果援引自然法，並拒絕將抵抗權制度化，那麼，他引用 Kant 的說法，人據以抵抗的權力將變為最高權力 (the supreme power)，Neumann 認為，這揭示抵抗權在當代政治哲學的理論難題：自由與強制 (freedom and coercion) 的兩難，現代政治理論的思想史都圍繞著這個問題。<sup>295</sup> Hobbes、Spinoza 與 Locke 認為，權威有可能吸納自然權利，可是，Neumann 認為這未必會實現。<sup>296</sup> 另方面，康德式的觀點也無法提供解答，它實際上是 Rousseau 民主理論的轉譯，民主卻未必總是保護少數權力，因此沒有消除抵抗權的理論問題。<sup>297</sup> 但是，當我們希望藉由自然法推導出自然法或自然權利的界線，他認為 Rousseau 的說法，自然法論者無法提供進一步的證據，因此其共識只是，必須依賴非常深刻的思想家與龐大的形上學 (a

<sup>290</sup> NEUMANN, *supra* note 27, at 66-67.

<sup>291</sup> “What history shows is merely that all political doctrines were used for purely political purposes: resistance was justified when it suited the interests of a group and was rejected when it did not.” 請見：Neumann, *supra* note 30, at 152.

<sup>292</sup> Neumann, *supra* note 30, at 153.

<sup>293</sup> Neumann, *supra* note 30, at 153.

<sup>294</sup> Neumann, *supra* note 30, at 153-154.

<sup>295</sup> Neumann, *supra* note 30, at 154-155.

<sup>296</sup> Neumann, *supra* note 30, at 155-156.

<sup>297</sup> Neumann, *supra* note 30, at 156.



very deep reasoner and a very great metaphysician)，人們才可能明白自然法的具體內容。<sup>298</sup> 因此，至今沒有任何理論可以正面回答抵抗權問題。

雖然理論難以處理抵抗權問題，Neumann 仍希望回答，理論能如何判定「抵抗」的正當時機與對象。Neumann 承認，若說理論難以解決抵抗權難題，這只限於透過自然法推導具體權利義務體系時，才是有效的（valid）。反之，當論及自然法的哲學基礎，也就是「人的存有是作為一個理性存在，他的存有獨立於所生活政治社會。（the existence of man as a rational being who has an existence independent from the political society within which he lives.）」，此時，我們仍可以找到確定的最小限度內容（certain minima），亦即人人平等、法律一般性、溯及既往之禁止、用以審查執法機關對生命與自由之影響的權力分立。這是理性（rationality）對政治系統提出的四個最低要求。當上述四個最小限度內容被違反，例如國家制定個別性法律（individual laws）侵害人民生命或自由，國家行動就欠缺正當性，人民亦可行使抵抗權。<sup>299</sup> 但是，縱使不堅持自然法的具體權利義務清單，人們在行使抵抗權時，仍然欠缺判斷是非的普遍有效（universally valid）標準，每個人都必須依賴個人性的良知（consciousness）作出決定，抵抗者必須向他人尋求同理（sympathy），無法援引權利論述。<sup>300</sup> 因此，抵抗權會引發良知與社會秩序（between conscience and social order）之間的無解兩難。<sup>301</sup> 由上可見，Neumann 一方面認同自然法上的哲學基礎，由此對國家提出最低限度的要求並正當化抵抗行為。可是，自然法理論並無法解釋人民權利義務的具體範圍與界線，因而，抵抗也只能基於良知。

此處我要提出三個與法治有關的重點。

第一， Neumann 的法治概念是否有所轉變？Morris 認為，從 Neumann 所提出的抵抗權正當理由，可以推斷，政治系統（political system）存續或證立的必要

<sup>298</sup> Neumann, *supra* note 30, at 156-157.

<sup>299</sup> Neumann, *supra* note 30, at 157-158.

<sup>300</sup> Neumann, *supra* note 30, at 158.

<sup>301</sup> Neumann, *supra* note 30, at 159.



條件不包含民主要素，而是著重自由要素。在此，他的治理理論（theory of governance）不同於《法治》一書，而是排除了民主的要求，只餘「赤裸的法治國原則（a Rechtsstaat doctrine bare）」。<sup>302</sup> 我反對這種看法。因為單從〈論正當抵抗的限制〉，我們無法確認 Neumann 的法概念本身。正如前所述，Neumann 在《法治》強調，就大憲章對審判拘禁設下限制的條文中，法律的概念有雙重性，可能是純粹的主權立法，也有可能包含合乎某種理性主義論述的法律。因此，單從此處四個政治系統最低限度內容的用語，無法看出法治概念的完整內涵，也無法說明 Neumann 是否改變了他在《法治》的立場。因為 Neumann 所提到的法律，可能包含了政治與實質意義兩個面向。更甚者，儘管 Neumann 承認，民主自然法論無法推導出具體權利義務清單，可是，這正是民主自然法的特徵，透過人民自我統治克服傳統自然法的非理性（irrational）要素。我認為，四個政治最低限度要求，也可以蘊含民主自然法對社會經濟秩序所設下的條件，例如，法律之前人人平等的主張，也預設或包含了社會與經濟平等。那麼，Neumann 在此就沒有放棄法治對理性與理性主義的橋接作用，也並未摒棄民主自然法，因而，此時的法治觀也會包含民主要素。

第二，Neumann 的民主自然法的支持，僅限於自然法的人性觀與框架，並不涉及於自然法的特定權利義務主張。如上，法治同時包含著民主與自由要素，而且，民主自然法也無法決定自然法或自然權利的具體範圍。因而。民主自然法應該包含何種具體內容，無法、也不應由自然法理論單獨決定。

第三個重要的問題是良知。良知問題凸顯了 Neumann 理論的轉變與延續。Offe 提到，戰後的 Neumann 受到政治心理學（political psychology）影響，認為自由與統治權力的拉扯發生在主體內部，統治者經由建立一套操作主體心理狀態的機制以維繫統治，因此 Neumann 格外重視良知與意志（consciousness and will）對保護自由的正面作用，這與〈政治自由的概念〉的認知自由和意志自由

---

<sup>302</sup> Morris, *supra* note 1, at 228.



有關。<sup>303</sup> 良知出自抵抗者與他人的個人心理活動，反映出 Neumann 更強調個體性，與偏向自由主義，建構政治自由體系時，他將法治安置於法律自由的一角，儘管另外兩種自由也需要法律自由的支持。

綜上，Neumann 對抵抗（權）問題的說明，可見他的法治觀仍包含著民主，也延續自然法轉向，接受自然法的基本預設。但是，法治或法治國已經不再處於理論的核心地位，或作為統括性的概念，因而，他的法治觀也隨著整個理論架構變得更為強調心理現象、個人行動的意義，並更加偏向自由主義。

---

<sup>303</sup> Offe 認為，晚期的 Neumann 認為，人民的政治與經濟自由完全（或至少主要）取決於其內心如何抵抗統治體制所施加的精神壓力。只是，我認為，儘管我們能從晚期 Neumann 的文本證據看出此類個人因素的重要性，可是，Neumann 仍然主張，社會與經濟等因素會對於人類自由產生影響。因此，應該不會如 Offe 所說，Neumann 認為「權力在公民自身的身上運作（power is located in the citizens themselves）」。請見，Offe, *supra* note 67, at 224.

## 五、 政治自由體系之中的法治



Neumann 將抵抗視為個人性的行為，法律扮演的角色有限。與之相對，1953 年初次刊登的〈政治自由的概念〉意圖建立理論體系以統攝他的許多立場與論點，其中也包含著法治觀。此時，自然法實質的權利義務主張已然逝去，政治理論則扮演整合他過往洞見的平台——不過，顯然他沒有完結承繼先前所認可的全部論述。在這篇文章，他建立了政治自由的體系，並將法治安放在這個體系內。此外，他在〈焦慮與政治〉，也指出個人心理層面的焦慮感與政治的關係，此論述使其政治觀更為強調心理現象，乃至於自由主義，也側面應證了他的法治觀轉向。因此，我們可以先探討政治自由體系對於法治的定位，接著，探討焦慮感對於政治的影響，最後，分析 Neumann 的法治觀。

### 1. 以政治自由體系安置作為意識形態之法治

〈政治自由的概念〉的出發點是界定政治理論。Neumann 認為，學術必須正確認識到宣傳迷障之下的真理，對於政治理論，真理就是政治自由。因為沒有任何國家能實現完整的政治自由，因此政治理論必定帶有批判性。政治自由包含三種要素：法律上的、認知上的與意願上的（*the juridical, the cognitive, and the volitional*）。<sup>304</sup> 法律上的自由源於自由主義的自由觀，這種自由最初步的概念為不受限制，並必然導向公民與國家之對立關係，法律自由體現於憲法的公民權利（*civil rights*）。<sup>305</sup> 國家若要干預公民權利，必須負擔舉證責任，舉證的方法或證據只能是法律，達成決定的方法也必須由法律規定。<sup>306</sup> 當現代國家已經壟斷了強制力行使，此處的法律不是一系列的行為規則，亦非自然法或自然權利，而只能是國家的實定法（*the positive law of the state*），抗拒壓迫的自然權利因而制度

<sup>304</sup> Neumann, *supra* note 1, at 161-162.

<sup>305</sup> Neumann, *supra* note 1, at 162-163.

<sup>306</sup> Neumann, *supra* note 1, at 163.



化為實定法，哲學理論本身對於權利的詮釋仍屬必要，可是哲學理論無法決定權利的法效力（legal validity）。<sup>307</sup> 此處又帶出源於《法治》的重要區分，實定法不僅指涉國家的意志（voluntas），也蘊含著法治（the rule of law）的誠命，因此自由主義的法律自由會包含對於法律一般性的要求，Neumann 稱其為世俗化的自然法（secularized natural law）。<sup>308</sup>

可見，Neumann 明確偏向法實證主義的立場，立基於自由主義的法律自由必須經由國家的實定法加以保護，實定法又必須整合強制力與法治的要求。而且，既然現代國家必須以法律舉證對於法律自由的壓迫，那麼，相當程度可以說，現代國家的強制力行使就是法律的作用。一方面，這延續了他在《法治》的國家觀與法律觀，另方面，這也反映出《貝西摩斯》對自然法在政治領域的實際作用之質疑，以及對法律一般性的推崇。Neumann 因此認為，法律自由預設了法體系之邏輯一致性（the logical consistency of the law），而且，法律自由也會主張，唯有立法權有權力造法。<sup>309</sup> 因此，法律自由的概念支持議會中心主義。

這種用以實現法律自由的制度化自然法，至少包含三個功能。第一，法律具有道德功能（the moral (or ethical) function），這意味著，首先人們能期待立法者制定抽象的法律，就相同事物為相同對待，而且，就國家強制力行使，能確保公民最低限度的安全（a minimum of security），道德功能是內在於法律的形式性結構（formal structure）的。<sup>310</sup> 經濟功能指向經濟市場的契約與競爭所需的可計算性（calculability），這也是法律形式性結構的作用。他認為，「國家的首要任務是，打造會確保契約義務之履行的法秩序（The primary task of the state is the creation of a legal order which will secure the fulfillment of contractual obligations）」，且國家為了在商業競爭中維持中立，除非有一般性的法律，不得任意以稅收或限制去介入商業活動，因此國家法只能源於立法者。對經濟功能的需求，促成中產

<sup>307</sup> Neumann, *supra* note 1, at 163-164.

<sup>308</sup> Neumann, *supra* note 1, at 164-165.

<sup>309</sup> Neumann, *supra* note 1, at 166.

<sup>310</sup> Neumann, *supra* note 1, at 167.



階級以議會立法對抗行政機構與財政機構，並與王權分享統治權限。<sup>311</sup> 因此，道德功能與經濟功能都是基於法律的一般性。第三種法律功能是政治功能，意味著法律主治，反對人治，但是，這只是一種意識形態，因為法律無法統治。只有人可以對其他人施加權力。因而，法律統治而非人治的說法，可能意味著人對於他人的統治的事實應被掩蓋。<sup>312</sup>

更具體來說，法治會隨著不同政治制度而異。<sup>313</sup> 法治國只意味著國家意志的展現，德國的布爾喬亞階級在憲政改革中，犧牲了法律的政治功能以換取財產權保障。英國法治蘊含國會至上與國會受到自由主義法治的限制。美國則處於兩者之間。<sup>314</sup> 他認為，法律的道德功能凌駕於經濟與政治功能，是法律體系唯一的內在價值，經濟與政治功能都是由權力所引進。<sup>315</sup> 由此，法治就無法由法體系內部所產生，法治的內容與成果，都有賴於特定的歷史與社會條件，例如歷史上德式法治國的失能。法律一般性，不一定能使法治產生作用。

Neumann 藉此帶出自由主義法律自由所面臨的挑戰：權力與理性無止息的衝突與矛盾，這可能藉由例外條款（an escape clause）或懸置所有理性法化解。他關注於例外條款的討論。在私法，權力藉由衡平法滲入法體系，儘管（對他的時代而言）既有的法律理論反對衡平法，但是當市場被壟斷時，居於壟斷地位的私人實際上是處於準立法（quasi-legislative）的公共地位，為了因應經濟權力的集中化，法體系只能偷偷地以個別規定處理。<sup>316</sup> Neumann 話鋒一轉，認為公法上的權力集中化，也可以以類似私法的方式解決。公法領域面臨三個問題，(1) 政治系統的統治穩定性若遭遇威脅，不會完全支持法律的經濟與道德功能；(2) 自由主義法理論預設國家作為私人間權力衝突的仲裁者，可是私利益常常看似等

<sup>311</sup> Neumann, *supra* note 1, at 168.

<sup>312</sup> “The law cannot rule. Only men can exercise power over other men. To say that laws rule and not men may consequently signify that the fact is to be hidden that men rule over other men.” Neumann, *supra* note 1, at 168.

<sup>313</sup> Neumann, *supra* note 1, at 168.

<sup>314</sup> Neumann, *supra* note 1, at 169-170.

<sup>315</sup> Neumann, *supra* note 1, at 170.

<sup>316</sup> Neumann, *supra* note 1, at 171-172.



價，因此衝突必須以純粹的裁量解決；（3）為了政治系統的維繫，權利體系必須變遷，而此源於法律之外的變遷，被冠以法律要求的名義。<sup>317</sup> 針對前兩個問題，他認為公民權利必須被類型化，因為僅提出單一種類的個人自由難以充分保障人的政治自由。<sup>318</sup>

不過，公民權利是用以對抗權力，但並未窮盡自由；若要實現政治自由，還必須存在使人能充分發揮其潛能（potentialities）的可能性，這是基本的（fundamental）、不可剝奪的（inalienable）、所謂消極或司法性的（the so-called negative or juristic）權利。<sup>319</sup> 為了解釋何謂權利是不可剝奪的，他將公民權利類型化為三個面向去說明。個人面向的（personal rights）權利，其有效性只跟單一個體有關，社會面（societal）權利是人際互動交流的權利，必須在不剝奪他人自由的限制下行使，並有賴個人面權利的支持。但是，國家仍可能經由例外條款或例外狀態剝奪人的公民權利，因此，政治面（political）權利也必須被保障，具體的範疇取決於不同的政治制度，如果在民主國家，這至少意味著平等選舉權、平等任公職權，以及在職業、專業與信念上的平等待遇。確保政治面權利的前提是個人面與社會面權利也受到保障。<sup>320</sup> 就 Neumann 的政治自由體系而言，法律透過公民權利，保護自由，權利體系不只是個人權利，也包含平等的社會與政治權利。

但是，隨著現代社會的變遷，法律權利面臨三種挑戰：社會經濟結構變化對公民權利的衝擊、對異見者施加的社會制裁、以公民權利之名正當化國家的積極義務之意圖。<sup>321</sup> 可是，相較於民主國家，君主立憲是否也同樣，甚至更充分保障法律自由呢？Neumann 認為，我們應更具體化闡述法律自由以外的其他政治自由。<sup>322</sup> 法律自由是靜態且保守的，而且，國家與個人自由並非絕對此消彼

<sup>317</sup> Neumann, *supra* note 1, at 172.

<sup>318</sup> Neumann, *supra* note 1, at 172-173.

<sup>319</sup> Neumann, *supra* note 1, at 173.

<sup>320</sup> Neumann, *supra* note 1, at 173-176.

<sup>321</sup> Neumann, *supra* note 1, at 176.

<sup>322</sup> Neumann, *supra* note 1, at 177.



長，私人可能更嚴重地侵害政治自由。因此法律自由並沒有充分說明政治自由的概念。一方面，法律自由並未涉及法律的內容，法律自由只不過是最低限度的自由保障。另方面，即使是在法律自由的領域內，概括條款也可能侵害法律自由。

<sup>323</sup> 因此，光是闡述法律自由，並無法窮盡政治自由。

Neumann 認為，除了法律自由，政治自由還包含認知自由與意願自由。他藉由回溯思想史，闡述認知自由的概念。認知自由意味著超克必然性。經由自然科學，人們得以克服自然必然性，掌控自然<sup>324</sup>；經由心理學掌握我們心靈的內部必然性，我們破除對必然性的恐懼（fear），並理解極權政府施政所運用的心理焦慮感<sup>325</sup>；認識歷史，使得我們得以調整社會框架，以充分運用自然科學與心理學知識充實政治自由<sup>326</sup>，Neumann 舉了主權與財產權說明認知自由的重要性。在此，他一如過去，仍將主權界定為外於社會的強制力之壟斷（the monopoly of coercion）。<sup>327</sup> 他認為，只要認識到內國法與國際法上主權對於自由的維護作用，而且不將自由等同於法律自由，就可以意識到，主權是法律自由之前提。<sup>328</sup> 財產權之所以長期被當作自然權利，是因為長久以來財產權被理解為「追求美好生活（或至少可忍受的生活）的工具（an instrument for the realization of the good (or at least the tenable) life）」，因此在多數歐陸公民權之分類中，其他權利會優於財產權，且財產權也必須服務於政治自由。<sup>329</sup> 因而，認知自由的內涵是，藉由掌握知識擴展人的施為性（agency），以掌控外在自然與內在心理，並正確地理解和形塑社會制度。

第三種政治自由的要素是意願自由。Neumann 指出，若人要確實獲得自由，只能依賴於人自身的努力。<sup>330</sup> 意願自由意味著抗拒政治方面的異化（political

<sup>323</sup> Neumann, *supra* note 1, at 177-178.

<sup>324</sup> Neumann, *supra* note 1, at 179.

<sup>325</sup> Neumann, *supra* note 1, at 179-180.

<sup>326</sup> Neumann, *supra* note 1, at 180.

<sup>327</sup> Neumann, *supra* note 1, at 182.

<sup>328</sup> Neumann, *supra* note 1, at 181-183.

<sup>329</sup> Neumann, *supra* note 1, at 183-184.

<sup>330</sup> Neumann, *supra* note 1, at 184.



alienation) <sup>331</sup>，亦即，必須將政治權利當成自己的權利積極地加以行使。若只強調意願自由，可能導致我們忽視對他人的責任，因而無法包容異議<sup>332</sup>；意願自由也並非無限上綱式地增進人的施為性，人總是在特定的社會條件與脈絡下打造歷史<sup>333</sup>。民主制度是唯一將三種政治自由制度化的制度，民主制度蘊含著法治、變革機制與公民自立的需要。當公民真的擁有約略同等的選項可供選擇時，公民才真正享有政治自由，因此個人面權利與社會面權利必須受到保障。民主政治的運作有賴於法治、對新問題保持彈性的政治機制與對公民的教育。<sup>334</sup> 值得注意的是，Neumann 在此處重述了《法治》的社會自由之概念：自由意味著有同等的選項。而且，我們可以進一步推論，既然意願自由是使自由真正屬於自己的自由，若要真正滿足政治自由，法律自由與認知自由都必須在實踐中才具備意義。

Neumann 的政治自由概念觀強調自由的具體意涵是動態的，隨著社會變遷與個人行動而改變，但是，人的行動要能體現自由，其前提包含著法律自由也受到保障，亦即法治是自由的前提。儘管就法律概念來說，國家權力之必然性可能佔到理性的對立面，但是國家權力並非自由的對立面，因為法律自由彰顯於實定法。因此可以說，自由的必要條件是法治。但是，法治只是一種意識形態，需要被安置在政治自由此一政治理論的結構，才有用武之地，而且，如前所述，法治是由權力引入，法治並不是在概念上推衍自法律的一般性結構。而且，國家也未必會發展出保護自由的公民權利體系，縱使表面上國家可能宣稱自身是個法治國。因此，權利體系——如同政治自由——也是歷史的產物。而且，權利不只是個人自由。因此，一方面，法治觀不蘊含著法律一般性的要素；另方面，法律自由（乃至於政治自由），也不是法治的直接產物或內涵，也法律的三種功能必須在歷史上具有實效。

<sup>331</sup> Neumann, *supra* note 1, at 185.

<sup>332</sup> Neumann, *supra* note 1, at 185.

<sup>333</sup> Neumann, *supra* note 1, at 185-186.

<sup>334</sup> Neumann, *supra* note 1, at 186. 他之所以否認積極權，可能是由於德國權利觀念史的發展，已如前述。在此的重點是，他並未打算建構積極權之理論。



## 2. 法治的經濟功能

〈政治自由的概念〉的經濟秩序立場處於溫和左翼。談到法治的經濟功能，Neumann 仍然認為，針對壟斷者，必須運用個別法律加以規範，不過，他也提到，經濟功能展現在競爭——契約型社會之社會系統的運作中（*in the operation of the social system of a competitive-contractual society*）<sup>335</sup>。但是，另方面，他也強調財產權的工具特質，更主張勞動價值論（*the labor theory of property*）最能體現其工具性<sup>336</sup>。此外，他對於國家積極干預抱持審慎態度。當時的社會權（*social rights*）倡議，主張人民擁有要求政府積極介入的權利，儘管 Neumann 同意國家干預以消除社會不平等是對國家的積極要求（*positive demands*），但是他高度懷疑這是否應該被界定為一種公民權利。不過，他也再度強調公民權利與政治權利必須受到保障。<sup>337</sup> 是故，法治可能無法包含公民對國家的積極給付請求權，社會權的正當性必需另外被證立。因此，他顯露出社會主義和自由主義間的衡平態度，相較於流亡初期，他更珍視自由主義的價值，但是，相較於《貝西摩斯》，他也更直接批判自由主義。至於自然法，已經、也必須要被制度化，因而自然法被整合到實定法的法律自由之中，而且，法治概念就包含民主立法。甚且，為了實現三種政治自由的必要要素，Neumann 認為，民主制度更為優越。因此，被制度化的自然法，具體而言是民主自然法。〈政治自由的概念〉的溫和左翼傾向，使 Neumann 的法治在自由主義和社會主義間保持平衡。

## 3. 法治原則，或法治國？

<sup>335</sup> Neumann, *supra* note 1, at 167.

<sup>336</sup> Neumann, *supra* note 1, at 183.

<sup>337</sup> Neumann, *supra* note 1, at 189.



我們又可以看到，Neumann 的自由主義轉向，至少部分源於他對英美民主政治與社會文化的肯定。由此也可以看出他的法治觀有所轉變。在《貝西摩斯》，他指出，關於對德國的心理戰（psychological warfare），盟軍應該展現出英美民主是有效運作的（efficient）。<sup>338</sup> 類似地，在〈政治自由的概念〉中，他認為美國憲法比起歐陸憲法更能應對公民自由方面的新威脅<sup>339</sup>。他更直言德國式法治國已經失敗，英美的憲政制度，比起德國或歐陸更能保護人的自由。儘管他同意，英美的政治制度比起歐陸更能保護政治自由，不過，這種肯定並非源於制度性的。論者若把民主政制能否順暢運作歸因於憲政安排，他批評這是「憲法的戀物癖」（constitutional fetishism），因為，在 Neumann 看來，「政治自由之系統的社會——文化基礎遠比特定的憲法表現形式更重要。（the socio-cultural bases of a system of political freedom are far more important than the specific constitutional manifestations.）」。<sup>340</sup> 雖然，此處他幾乎不直接使用馬克思的政治經濟學用語和方法論，但是，他仍然強調社會次結構對於政治制度的影響力，這種說法可以追溯到流亡前的功能變遷理論與《法治》的社會次結構。此外，〈威瑪憲法中基本權的社會意義〉與〈政治自由的概念〉都反映出以實定法為核心的法律權利解釋方法，但是，功能變遷理論強調，實定法的意涵與意義會隨著時間改變，後期的 Neumann 則較為關心不同法系的差異。更重要的是，此時他心目中的憲政典範並非威瑪的社會法治國，而是調和英美的自由主義與社會主義的平等憲政結構。可是，若對照 Hayes 的分析，Neumann 在《貝西摩斯》側重納粹的統治技術，認為德國人民被迫服從統治階級，而非真心支持國家社會主義。<sup>341</sup> 那麼，Neumann 在〈政治自由的概念〉，就更進一步地，間接批評了德國的社會文化。針對保護

<sup>338</sup> NEUMANN, *supra* note 29, at 476.

<sup>339</sup> Neumann, *supra* note 1, at 173-175. 此處 Neumann 論及社會性的公民權（societal civil rights）所面臨的基本權衝突問題，並以美國言論自由保護為例，認為美國憲法第一增補條款，比起歐陸的規範模式（言論自由必須在法律的框架內行使），更能在衝突時保護言論自由。

<sup>340</sup> Neumann, *supra* note 1, at 199, n. 87.

<sup>341</sup> Hayes, *supra* note 231, at xi.



自由的能耐，相較於英美的法治原則，不僅威瑪法治國失敗了，Neumann 也否定了德國式的法治國的作用。

#### 4. 理性法

〈政治自由的概念〉也帶出一個理性法與法律一般性之爭議。Scheuerman 批評，Neumann 捨棄了理性法的平等根基，因此，連帶放棄了許多對形式性法律消失的反省，也輕易捨棄掉理性國家應透過理性法施展強制的要求，他認為這是出於戰後氛圍下對威權復辟的警惕，這更導致 Neumann 太快否定許多改革倡議。<sup>342</sup> 這似乎是一個過於輕率而嚴厲的評論，因為第三個時期的 Neumann 並非完全忽略社會平等。在論及法律自由時，Neumann 確實提到，對於壟斷性經濟，國家只能私底下以個別規範處理。顯然，Neumann 意識到一般性法律之侷限，也還是循著《法治》與〈自然法的幾種類型〉中對 Rousseau 的看法，法律的正當性要基於社會經濟平等。因此，難以論斷此時 Neumann 已經拋棄理性法的概念。

#### 5. 焦慮與政治異化

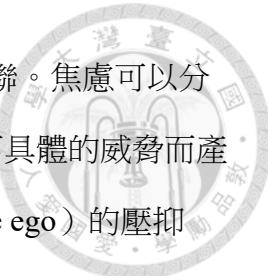
如前所述，意願自由包含抗拒心理焦慮與保有認識能力的面向，意願自由則要求人們拒絕政治異化。焦慮與政治異化的概念都可見於 1954 年發表的〈焦慮與政治〉。<sup>343</sup> 這兩個概念也會涉及抵抗行動和良知。

在〈焦慮與政治〉，Neumann 試圖援引 Freud 的理論洞見，分析政治學中的「焦慮」。<sup>344</sup> 他運用 Freud 的分析，指出當代社會愈加使人無法滿足其本能性的欲求，因而社會上存在著不斷膨脹的心理滯後（a psychological lag）現象，他將此稱為：「自我相對於本能動力的異化（alienation of the ego from the

<sup>342</sup> SCHEUERMAN, *supra* note 168, at 207-209.

<sup>343</sup> Neumann, *supra* note 31.

<sup>344</sup> Neumann, *supra* note 31, at 270-271.



dynamics of instinct)」。<sup>345</sup> Neumann 主張異化與焦慮有所關聯。焦慮可以分為出於真實危險的真實焦慮 (true anxiety)，以及自我因為非常不具體的威脅而產生的神經性焦慮 (neurotic anxiety)，而且，焦慮產生於自我 (the ego) 的壓抑 (repression)，因此，焦慮不是坐落於本我 (the id)。<sup>346</sup> 神經性焦慮有可以區分出憂鬱焦慮 (depressive anxiety) 或被害焦慮 (persecutory anxiety)。<sup>347</sup> 焦慮未必是負面的，它可能扮演警告、毀滅性或淨化 (cathartic) 的效果。<sup>348</sup> Neumann 認為，政治學中的焦慮應該是集體心理分析 (group-psychological analysis)，而這涉及群眾對領袖的認同 (the identification of masses with the leader)。<sup>349</sup> Neumann 將領袖認同區分成兩大類：充滿慾力 (情感性) 的 (a libido-charged (affective))，以及無慾力 (非情感性) 的 (a libido-free (non-affective))。前者又分為兩種：合作式 (co-operative) 與凱薩式 (caesaristic)，他主張凱薩式的領袖認同最為危險，因為群眾將自我完全讓渡給領袖。凱薩式的領袖認同正是 Neumann 的分析焦點。<sup>350</sup> 可見，Neumann 這篇文章主要是希望拆解群眾對於領袖的狂熱認同心理，這種認同會與焦慮有關，而且並非單純的個體性心理狀態，而是一種集體現象。

Neumann 接著具體說明，領袖如何操作異化，使群眾陷入焦慮與無條件認同領袖的狀態。他認為，凱薩式領袖認同的徵兆是歷史的陰謀論 (the conspiracy theory of history)，這是一種錯誤的歷史詮釋，將群體面臨的危險或挫敗歸諸於特定的群體，使其成為群體之敵。<sup>351</sup> Neumann 希望以社會異化與政治異化 (political alienation) 解釋前述現象的發生條件。社會異化源於勞動分工，指涉到既有優勢階級會因為階級下滑的危險，陷入被害焦慮 (persecutory anxiety)

<sup>345</sup> Neumann 在此澄清，在此他並沒有要表述出對於 Freud 心理治療方法的認可，而是希望從其理論洞見汲取資源，請見：Neumann, *supra* note 31, at 273-274. 因此，我的重點不在 Freud 的理論，而是 Neumann 如何詮釋與援用 Freud。

<sup>346</sup> Neumann, *supra* note 31, at 274-275.

<sup>347</sup> Neumann, *supra* note 31, at 275.

<sup>348</sup> Neumann, *supra* note 31, at 275-276.

<sup>349</sup> Neumann, *supra* note 31, at 276-277.

<sup>350</sup> Neumann, *supra* note 31, at 277-278.

<sup>351</sup> Neumann, *supra* note 31, at 279.



<sup>352</sup>, 儘管可以減少，但是若想完全消除它，反倒會加劇焦慮<sup>353</sup>。凱薩式的領袖認同，會需要社會異化與政治異化的搭配。政治異化指涉到特定的政治冷感（apathy），亦即，因為既有優勢政黨已經與群眾脫節，群眾不在寄望透過既定的政治制度進行改革。這可能導致國家部分癱瘓，以及凱薩式領袖認同崛起。<sup>354</sup>此際，政治領袖除了激起焦慮，為了維持統治，也迫切需要將焦慮制度化（institutionalized）<sup>355</sup>，其方法為恐懼（terror）、政治宣傳（propaganda）與共同犯下某種罪刑的罪疚感（guilty）<sup>356</sup>。罪疚感可能是出於社會道德或個人潛意識下的良知。<sup>357</sup> Neumann 認為，儘管所有政治制度都建立於某種焦慮感，但是凱薩式領袖認同所激發與運用的焦慮，與其他政治制度間，存在著質的不同。<sup>358</sup> 若要對抗這種焦慮，不能依賴國家（國家本身就是危險來源），也不能單純透過教育（教育未必有作用）或相對不穩固的個人因素（如，愛），而是必須透過教育與政治的雙重防衛手段，在學術場域探問關鍵的政治問題，也積極學術成果運用到日常政治之中，以實現理想主義（idealism）。<sup>359</sup>

由 Neumann 對於焦慮的政治學分析，可以發現幾個與法治有關的重點。首先，焦慮不只是個體性的心理現象，對照抵抗運動的良知要素，可見 Neumann 強調的是某種心理作用，而非完全停留於個體主義。這除了充實認知自由與意願自由的內容，也呼應 Offe 對晚年 Neumann 的政治心理學詮釋。可是，解方仍然是個人性的，Neumann 沒有提出一套抽象或先驗的結構作為解決之道。第二，呼應《貝西摩斯》等處，Neumann 明確將自由制度與非自由制度對立起來，他強調自由的系統（liberal system）一定程度上是基於真實焦慮<sup>360</sup>。因此，儘管他仍然質疑壟斷性經濟等資本主義帶來的問題，可是，他不認為勞動分工完全有害、應該

<sup>352</sup> Neumann, *supra* note 31, at 290.

<sup>353</sup> Neumann, *supra* note 31, at 288.

<sup>354</sup> Neumann, *supra* note 31, at 290-291.

<sup>355</sup> Neumann, *supra* note 31, at 291.

<sup>356</sup> Neumann, *supra* note 31, at 294.

<sup>357</sup> Neumann, *supra* note 31, at 300, n. 106.

<sup>358</sup> Neumann, *supra* note 31, at 291.

<sup>359</sup> Neumann, *supra* note 31, at 294-295.

<sup>360</sup> Neumann, *supra* note 31, at 291.



被消滅。這補充了〈政治自由的概念〉對於經歷秩序的立場。故而，〈焦慮與政治〉強調了集體心理現象與個人政治行動的重要性，也再次印證他已經不再堅持社會主義。

## 6. 小結

〈政治自由的概念〉中，他以三種政治自由的體系，涵括了法治，法治因而是這個具有規範性的秩序中所不可或缺的一部分，也應該在此體系中被把握。可是，法治只是經由權力所引進的法體系之外來物，用以正當化人對人的統治關係，在法體系內，法治並沒有內在價值。此時，他的國家觀則強調國家本質上是統治關係。這篇文章整合了自然法轉向與納粹研究，政治自由要求，實定法的權利體系除了消極自由主義權利，也必須使人得以盡可能地自我實現。法治是為實現法律自由，法體系所發揮的政治功能，但是，這只是一種意識形態。因此，法治（以及經濟功能）是服務於道德功能。而且，市場需要法律的一般性結構，但是未必需要法治（如二戰前的德國），法治也沒有直接連結到特定的經濟秩序，社會法治國的威瑪憲法詮釋，並沒有被等同於法治。反之，英美的法治原則相對被肯定。

此外，在〈焦慮與政治〉，我們也再度確認 Neumann 的立場。自由會被集體心理焦慮所阻礙，而個人行動是抵抗焦慮的關鍵。此外，Neumann 簡統地肯定自由的政治系統，沒有要求政治系統必須依循社會主義或社會民主主義。

總的來說，法治是政治自由的體系的一部分，此體系內的各個要素，在歷史上共同發揮決定價值秩序的機能，或說在統治團體內分配權力。法治的角色是，一方面提供價值秩序的正當化說明的有效性，另方面，法治的失敗，意味統治關係無法被視為是價值秩序的制度化，因此，法治也得以用來檢驗統治關係正當性。但是，法治不證成特定的價值。實定法化的自然法——在公民的社會與政治權利受保障下也可說是民主自然法——，才是價值秩序的提供與維繫者。因此，



政治自由的體系可說是一種先驗結構，為歷史與社會的事實提供舞台。某程度上，這令人聯想到《法治》中的法社會學方法。但是，相較之下，此時他眼中的法治或法律自身，又更為無力於堅持實質的價值秩序。因此，Neumann 論道：

我們的政治，社會與經濟生活，不只包含理性——亦即可計算——的關係。在法律關係中，權力不會解消。…儘管權力有時可被限制，但無法被解消。非理性的要素，亦即權力，以及理性的要素，也就是法律，時常衝突。<sup>361</sup>

論及公法關係中無法解消的權力，他談得更清楚：

決定[政治系統]變遷性質的價值觀，顯然不是從法體系中產生。它們來自外部——，但出於政治宣傳目的被呈現為法律要求——，常常被宣稱是源於自然法。<sup>362</sup>

<sup>361</sup> “[O]ur political, social, and economic life does not consist solely of rational—that is, calculable—relationships. Power cannot be dissolved in legal relationships. … While power can at times be restrained, it cannot be dissolved. The nonrational element, power, and the rational element, law, are often in conflict.” Neumann, *supra* note 1, at 170.

<sup>362</sup> “The values that determine the character of the changes [of political systems] are obviously not derived from the legal system. They come from outside, but for propagandists reasons they are presented as legal demands, often allegedly derived from natural law.” Neumann, *supra* note 1, at 172.

## 六、 小結



1940 年〈自然法的幾種類型〉發表後，Neumann 的理論經歷了一些擺盪。首先，他以民主自然法重新肯定了自然法理論的價值，這延續《法治》對於國家、法律等的說明。只是，為理性和理性主義提供調和作用的民主自然法，儘管仍隱含社會平等的預設，可是，民主自然法本身沒有決定任何的實質價值。他區分出自然法的價值前提與實質權利義務體系，這呼應批判相對主義的方法論結構。只是，此時 Neumann 認為，自然法理論無力證成抵抗權，而且，《貝西摩斯》也不援引自然法以反抗納粹極權。《貝西摩斯》透過納粹研究，主張自由主義也可以是吻合民主自然法下的價值決定。戰後的 Neumann 重省自然法與抵抗權的關係，反對自然法的實體內容有助於澄清抵抗權或抵抗的界線，他主張基於個人良知進行抵抗，因此也顯露出自由主義，以及個體心理作用和行動的重要性。自然法、納粹與抵抗權的研究，部分延續到〈政治自由的概念〉。此時，法治在政治自由的體系中，是詮釋與檢驗法體系的意識形態，並非所有法治都可以發揮此功能。他認為，德國式的法治國無法保護自由，此時，他推崇英美的自由主義法治，基本上肯定了法律一般性、議會至上、司法獨立等，這也是他眼中比較理想的權力分立與國家觀。所以，雖然他標舉社會平等的要素，社會法治國的用語也不再出現。法治理論對經濟平等的要求，變得非常隱晦。在《貝西摩斯》可說是幾乎不存在此類理論主張。〈政治自由的概念〉裡，他提到一些流亡前社會法治國可能支持的經濟平等措施，例如以衡平法引進對抗壟斷性資本的個別法律，以及將財產權工具化的認知自由，不過，這並沒有被納入法治觀本身，經濟平等不是這時期的法治觀最重要的主題，對抗極權才是。〈焦慮與政治〉也標舉了集體心理與個體行動兩個要素，一方面，這帶出政治心理學的分析方法，另方面，也印證他不再堅持社會主義。Scheuerman 總結道，晚期的 Neumann 儘管懷疑，若馬克思主義標舉經濟基礎的優先性，對於政治理論能有何貢獻，他卻也認為馬克思主義對經濟與政治關聯性的分析至關重要，並試圖建構批判性的民主理論（critical



theory of democracy)，儘管未能完成就已逝世。<sup>363</sup> 因此，文本證據只能顯示，晚期 Neumann 的法治觀，並沒有在規範性層面，提出某一套比較正確的經濟秩序立場。法治觀不僅可以理解，甚至也支持許多自由主義的主張。這是一個溫和左翼的立場，並帶有自由主義的色彩。

---

<sup>363</sup> SCHEUERMAN, *supra* note 168, at 205-206.



## 第五章 Franz Neumann 法治觀的流變

### 一、既非形式亦非實質的後設視角：以價值判斷為基石的法治觀

本文第二到四章，較為全面地考察了 Neumann 理論中與法治觀相關的部分，從批判相對主義到政治自由的概念，稱得上是段漫長的旅途。初步而言，我們發現，Neumann 由帶有理論性觀點的法釋義學，轉向法社會學，再轉往政治哲學或政治理論。在盡可能減少理論預設的文本爬梳之後，現在，為了更精確掌握他的法治觀，我們可以，也需要一些後設性的理論視角。因此，為了詮釋 Neumann 三個時期法治觀的轉變與延續，本節先初步統整 Neumann 各時期法治觀的共通性，並藉此帶出適切的後設性分析方式。

有一些潛流，流貫 Neumann 各個時期的法治概念觀。其中最重要的是，他在各個時期的法治觀，以及各個法治觀所依憑的整體理論框架，都帶有價值判斷。在流亡前，他明確區分出布爾喬亞與社會法治國。流亡後，他經歷了基進化的馬克思主義轉向，並在《法治》中找到較為均衡的立足點。在後期，他更偏向溫和左派。因此，價值判斷的轉變，可能是我們的重要分析支點。

除了價值判斷這點，Neumann 各時期的法治概念觀至少還存在三個重要的延續性。在考量概念觀時，Neumann 都會納入階級分析，而且很清楚指出，法治、國家、自由、權力分立這類概念觀都涉及階級。從他對於威瑪憲法的論述可以看出，缺乏階級分析，我們甚至無法理解要如何適切詮釋憲法或法律。流亡後以及晚期，他也都說明，現代國家統治機制包含階級差異。第二，他的論述都敏於歷史與社會經驗，甚至相當程度是由歷史社會事實所推動的。歷史社會學途徑與功能變遷在三個階段都延續著，即使是對法律與國家高度懷疑的第二階段，他也以階級支配的功能理解國家。第三，他在三個階段都一定程度地懷疑自由主義。在第一階段，他似乎相信可以在憲政國家內一套處理市場與經濟不平等的機制，但



是，這時他已經注意到強調不干預的自由主義法治國問題重重，而這實際上反映出他對於資本主義市場的批評。在第三個階段，他也不諱言，市場秩序的轉變可能威脅到法治。我認為，納入階級分析、帶有歷史——社會向度與對自由主義的批判性，這三個核心視角，在他逃亡前就已大致確定。因此，一個適切的後設視角必須包含價值判斷、階級分析、歷史——社會向度與對自由主義的批判。同時，後設視角也必須參照本文提出的三個軸線。

進一步地，我們可以從當代的語言與分析架構出發，探索出一個後設性的分析視角。Tamanaha 提出具有廣泛影響力的厚薄（*thick and thin*）區分之法治理論，他認為，實質法治觀會要求法律具備特定的內容，形式法治觀則否，並且進一步區分出六種法治概念觀。<sup>364</sup> 藉由批判這種形式與實質法治觀的後設理論，我們可以釐清 Neumann 法治觀的意涵，也能避免我們因為當代的法治理論而誤解 Neumann。

Neumann 在不同時期的法治觀，似乎無法規整地被歸為特定層次的形式或實質法治觀。Tamanaha 理論的優點在於以非常簡潔的方式，全面分析各式「以法治為名」的宣稱，但是，他理論的全面性，是以精確性為代價。Neumann 流亡前所提出的社會法治國，與其說是以民主制度中的同意為基礎的最為厚實的形式法治觀<sup>365</sup>，毋寧說是蘊含著特定經濟秩序的要求與憲法、法律詮釋，似乎更接近第五或第六種實質法治觀<sup>366</sup>。然而，Neumann 一方面強調威瑪憲法的開放性，另方面也反對以司法違憲審查干預議會民主。Neumann 這兩個態度的結合，呼應了 Tamanaha 的評論：諸如二戰後德國基本法秩序下的法治國，有反民主的危險<sup>367</sup>。因此，Neumann 流亡前的社會法治國，既支持民主議會立法的至高性，又宣稱法治國應該帶有特定的價值判斷與詮釋。Neumann 晚期的法治也難以直接歸入形式與實質的光譜。〈政治自由的概念〉中，法治本身只包含兩個要素：法律的形式

<sup>364</sup> BRIAN TAMANAH, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY 91 (2004).

<sup>365</sup> TAMANAH, *supra* note 364, at 91-100.

<sup>366</sup> TAMANAH, *supra* note 364, at 108-113.

<sup>367</sup> TAMANAH, *supra* note 364, at 110.



性結構，與立法之民主正當性。而且，這並非只包含形式性要求（如法律一般性），還及於實質權利，而且法治也作為公民自我實現的保障機制，相當接近 Tamanaha 理論下第五種的尊嚴法治觀。例如，Neumann 針對公民權利的主張，無疑也需要認知與意願要素，不僅僅要求國家列舉並保護某種權利清單。但是，〈政治自由的概念〉中的法治概念本身，顯然非常稀薄，並不能涵蓋尊嚴法治觀的要求。我認為，要適切理解〈政治自由的概念〉所建構的法治觀，必須對政治自由的三種要素進行整體性分析，但是，Tamanaha 的理論並無法納入三種政治自由互相支持的結構。因此，Tamanaha 的理論會將 Neumann 的法治觀拆解為零碎的部分，無法對之提出整體性的評價。

我們可以用 Rijkema、Waldrone 與顏厥安對 Tamanaha 的批評，勾勒出更為完備的後設視角。Rijkema 的理論正面論斷了法體系與法治存在的實質條件，Waldrone 挑戰了形式與實質的區分，顏厥安的批評，則可以呼應階級與族群的分析。

Rijkema 部分承襲了法實證主義的法治觀，但是將其要求擴展到法律的實質內涵。一方面，Rijkema 延續 Raz 的說法，主張法治是在界定法體系的良好屬性 (identifying the good-making properties of a legal system)，由此他帶出法治作為法律原則 (a principle of law) 的諸多要求，他借用了 Raz 與 Fuller 的說法，列舉向後生效、公開、明確、一般等等要求，也主張法律必須是創造義務的規則。<sup>368</sup> 此外，法治的最低標準 (minimum standard) 與理想標準 (aspirational standard)，是同一個法治概念的一體兩面，前者涉及法治的最低要求，後者涉及良法 (good law) 之治。<sup>369</sup> 但是，法律若要發揮創造義務的功能，必須保護人們的基本利益 (fundamental interests)，亦即最低限度的法治也要求基本人權與自由。<sup>370</sup> 另方面，他也主張，法治可以作為治理原則 (a principle of governance)，法治決定了

<sup>368</sup> Peter Rijkema, *The Rule of Law beyond Thick and Thin*, 32:6 LAW AND PHILOSOPHY 793, 798-802 (2013).

<sup>369</sup> Rijkema, *supra* note 368, at 802-806.

<sup>370</sup> Rijkema, *supra* note 368, at 802-807.



治理的正當性 (the legitimacy of governance)。<sup>371</sup> 因此，為了超越 Tamanaha 的厚薄區分，Rijkema 以法治作為法律原則 (a principle of law) 或治理原則 (a principle of governance)、法治作為最低標準 (a minimum standard) 或理想標準 (an aspirational standard) 的矩陣，不同理論家所提的諸法治觀，都是側重於這個矩陣中的不同方向。可是，他認為，法律的重大功能 (law's essential function)，「無法否認基本人權是必然的創造善的屬性 (fundamental human rights are undeniably an essential good-making property)」，這也意味著若法治要具備正當化統治的作用，因此必然關聯到基本人權。<sup>372</sup> Rijkema 的分析儘管更全面，能夠劃分出法治對於法治的最低與理想要求，就能夠將不同的法治概念觀劃為法治的不同面向。可是他還是無法妥善安置 Neumann 的法治概念。若比較以晚期 Neumann 的法治為例，此時，他的法治觀具有動態性，亦即，權利內涵的形成，可能取決於公民的政治行動。因此，Neumann 晚期法治觀具有橫跨最低標準與理想標準的彈性，且朝向政治自由的理想。但是，相較於流亡前的社會法治國，晚期法治觀更偏向自由主義。Rijkema 的理論主張我們可以將法治觀之內部要素抽出，並且分別劃歸到一個法治概念的不同面向，但是這些要素緊密結合，未必能個別獨立地被評價，否則我們會錯失它們彼此互相排列而成的結構，而無法區分出 Neumann 三個時期法治觀的差異，如在各個時期，理想面向上是否存在轉變。

Waldron 更根本地挑戰形式與實質這兩個概念。他主張，形式與實質兩者間必定會有交疊 (overlap)，形式性的要求也可能是基於「實質性的尊嚴與自由的論據 (substantive grounds of dignity and liberty)」。<sup>373</sup> 他對於形式法治觀的批評，並非意味著他支持實質法治觀，而是法治應該包含法律程序或制度的要素 (elements of legal procedure and the institutions)。<sup>374</sup> 這些要素橫跨了形式與實質

<sup>371</sup> Rijkema, *supra* note 368, at 807-808.

<sup>372</sup> Rijkema, *supra* note 368, at 814-816.

<sup>373</sup> Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in THOUGHTFULNESS AND THE RULE OF LAW 159, 160 (2023).

<sup>374</sup> Waldron, *supra* note 373, at 161.



的要求。<sup>375</sup> Waldron 認為，法治包含著重要的程序與制度面向，這有助於促進人們的深思（thoughtfulness）。<sup>376</sup> 他將其等同於法律的深思面向法律有三種促進公共深思（public thoughtfulness）的主要機制：採用標準（standards）這種規範、公開的法院程序、以文件和先例為法律推理提供原理原則。<sup>377</sup> 儘管 Waldron 意在闡釋經由法律與法治得以保障人性尊嚴<sup>378</sup>，可是，他認為，法概念觀與法治概念觀都應該包含論證（argumentation）的重要性，以「尊重每個作為積極智性主體之個人的自由與尊嚴（respect for the freedom and dignity of each person as an active intelligence）」。<sup>379</sup> 因此，立法者不應該徹底被前例或特定的規範性要求所拘束（儘管他不反對為司法違憲審查），「法律源於人類且經常是人類審議產製的產物（law is human in origin and often the product of deliberate manufacture）」，法治是實定法之治（the rule of positive law）、人類對人類制度所提出的理想（a human ideal for human institutions）。<sup>380</sup> 綜上，Waldron 的法治觀以「程序」或「制度」因素，打破形式與實質的二元論，一方面，他追索形式性要求背後的實質價值，另一方面，他主張這些實質價值並沒有辦法完全斷定法規範的內容。首先，我認為，Waldron 的理論中，法治作為程序或制度，而無論是 Neumann 所提的社會法治國或法治原則，都可以連結到特定的制度，也都蘊含著形式與實質的要求，因此，程序與制度可以是分析的支點，也就是本論文所使用的「權力分立與國家觀」軸線。程序與制度向度可以容納許多不同的形式要求或實質性價值判斷。不過，Waldron 的論理已經預設了特定的價值判斷，亦即他的尊嚴觀，因此，我們不必受限於 Waldron 的尊嚴論證，可以改為考量 Neumann 各時期法治觀所服務的價值。

<sup>375</sup> Waldron, *supra* note 373, at 162.

<sup>376</sup> Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, in THOUGHTFULNESS AND THE RULE OF LAW 11, 18 (2023).

<sup>377</sup> Waldron, *supra* note 376, at 29-30.

<sup>378</sup> Waldron 的法治觀，植基於他對於人性尊嚴的思考，他認為，尊嚴是一個法律概念，體現於法律程序與制度當中。關於法體系與尊嚴的關係，請見：Jeremy Waldron, *How Law Protects Dignity*, in THOUGHTFULNESS AND THE RULE OF LAW 75, 75-95 (2023).

<sup>379</sup> Waldron, *supra* note 373, at 175-176.

<sup>380</sup> Waldron, *supra* note 373, at 178.



顏厥安則藉由批判 Raz 的法治觀，提出包含性（inclusion）或排他性（exclusion）法治觀的區分，以取代形式與實質之分。他認為，依照 Raz 的法治觀之理論預設與推論，其理論必定要蘊含包含性原則、平等尊重原則與民主參與原則。<sup>381</sup> 若回顧美國種族主義，黑人等弱勢群體長期被法治原則忽略，使 Raz 的法治理論出現規範性層次的缺口，因而可見，Tamanaha 的厚薄理論沒有揭示出法治概念的最重要訴求。毋寧是，就成員與抵抗手段，法治觀應區分為包含性或排他性。前者意味著廣泛承認受統治者為政治社群成員，並擴充對權威恣意性的檢驗與抵抗方式。<sup>382</sup> 包含性與排他性的區分確實可以涵括更多的歷史向度，將法治連結到人的社會處境，有助於我們考察 Neumann 的階級分析。就此而言，包含或排除的選擇也勢必蘊含著後設判準。對 Neumann 來說，該後設判準必定是歷史——社會性的，甚至可說是在行動中形塑與體現。行動涉及實踐概念，實踐又必須基於特定的世界觀（Weltanschauung）。

因此，一個適切的後設性視角應該具有以下的要素：

- (1) 以程序或制度（而非形式或實質）為觀察的支點，這至少涉及「權力分立與國家觀」軸線。而且，Neumann 對經濟秩序論述，也會影響程序或制度，因此，「法治理論與經濟秩序」也與這個支點有關。「程序」是相對於「實體」，程序向度本身，意味著對實質決定保持開放。因此，這並非意味著，法治觀本身必定非常厚實，而是我們採取了廣包的觀察取徑。但是，「程序」也蘊藏著，或奠基於實質的價值。因此我們必須
- (2) 參照特定的價值判斷，才能理解程序或制度的意義，而價值判斷同時牽涉到三個軸線。價值判斷必定基於歷史——社會脈絡，也可能對授予特定階級或群體特權，或帶來壓迫，這種脈絡與階級、群體的取捨基於世界觀。因此，價值

<sup>381</sup> 顏厥安（2022），〈法治原則包含民主嗎？一個當代理論的反省〉，《思與言》，60 卷 3 期，頁 150。

<sup>382</sup> 顏厥安（註 381），頁 157-158。



判斷也意味著，有時我們必須在各個世界觀之間做出取捨，而世界觀有時不可共量。

故而，Neumann 各時期的法治理論必須安放在不同時期的價值判斷中<sup>383</sup>，將其法治觀視為一個整體，沿著三個分析軸線，以程序和制度為支點加以觀察。這種分析方式也可以貢獻到理論比較之上，例如，Neumann 的法治觀，與法實證主義或如 Schmitt 等新存在主義者理論的價值判斷差異甚大，應該無法將他們的法治觀放入一系列的連續體。因此，我認為，要理解 Neumann 的法治觀，重點不是概念上區分形式與實質，也非將法治觀的內部主張抽離並歸類，而是必須衡酌價值判斷與世界觀的整體（以及連帶而來的社會理想圖像），而且注意到法治觀是否主張，法治的適用對象納入或排除了某些社會群體，這也有賴於價值判斷與世界觀。所以，這種後設視角認為，若要探討 Neumann 的法治觀，必須以其理論整體的價值判斷為基石。

<sup>383</sup> 類似的見解如 Mattias 與 Strecker 對 Neumann 整體的政治理論所做的評價，認為 Neumann 在三個時期（其分期與本論文不同）都想回答同一個問題「如何調和馬克思主義與自由主義民主的理念」，只是著重不同面向：“In jeder dieser drei Phasen sieht sich Neumann mit dem Problem konfrontiert, zwischen marxistischen und liberaldemokratischen Ideen zu vermitteln, auch wenn sich der Schwerpunkt jeweils verschiebt。”請見：Iser/Strecker, (Fn. 16), S. 11。兩人的看法，與本論文所關切的法治觀仍有一些差異，其中最重要的是，我更希望從制度與法體系的角度理解 Neumann 法治觀的演變，或將其呈現為一種法思想史、法理學的論述，以促進法理學界內部的討論。

## 二、 從社會法治國到法治原則：價值的轉換



由前一節的後設視角可知，Neumann 在不同時期的法治觀，都是基於特定的價值判斷。因此，其法治觀的轉變，也蘊含著價值秩序的轉變。不過，此後設理論仍相當抽象。因此，我們可以心懷後設視角，並以本文所提的三個觀察視角總結 Neumann 法治理論的理論演進。Neumann 三個時期法治觀的重要理論元素，可以被整理成下頁的表 1。但是，我們應注意，三個法治觀之間不一定是單一光譜上的連續體，三個軸線也沒有暗示各時期的發展必定具有連續性。



論題	時期	流亡前	流亡後到 1937 年	1940 年後
法治觀本身的界定		社會法治國	人權 + 強制力可追溯到一般性法律	掩蓋權力統治之意識形態
法治觀的功能	廣包的概念		依賴國家主權也限制絕對主權	法律的政治功能
法治觀的理論位置	擘畫基本憲政秩序		呼應特定的法概念與國家觀	政治自由體系的法律自由之下
方法論軸線	憲法釋義學、批判相對主義、憲法開放性、功能變遷理論		流亡初期：基進《法治》：法社會學，辯證關係	呼應前兩個時期；政治心理學
經濟秩序軸線	經濟性憲法態		民主自然法得以運作之平等前提	民主自然法、柔化的法律之經濟功能
權力分立與國家觀軸線	議會中心主義，階級國家，反違憲審查		兩種權力分立觀，擴大的民主，反違憲審查	批判德式法治國、支持英美法治原則，對違憲審查表持開放甚至支持
價值判斷	社會主義		將威瑪憲法詮釋為社會民主主義	帶有自由主義傾向

表 1：從三個軸線整理 Neumann 各時期法治觀的重要理論元素與變化

資料來源：筆者繪製

由上表可見，各條軸線在三個時期之間，不是絕對的斷裂，也不是完全的延續。

首先，方法論這條軸線相對具有延續性。流亡前的 Neumann 從批判相對主義出發，一方面相信威瑪憲法的憲法開放性，有助於建立一個更平等的社會，另方



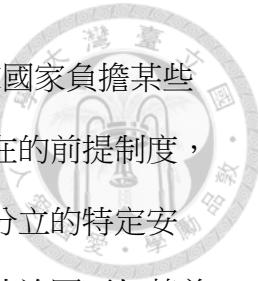
面，他並不滿於威瑪法體系的現狀，藉由功能變遷理論，他試圖以歷史——社會方法詮釋威瑪憲法，進而擁抱威瑪憲法的社會法治國詮釋版本。因此，在流亡前，他論述法治國時，也使用了唯物辯證法。流亡後，Neumann 在《法治》一書，進一步發展出全面性的法社會學唯物辯證方法，使其也得以用來說明自由與法律制度間的關係。晚期的 Neumann 法治觀論述，仍可以呼應前兩個時期的方法論。例如，方法論也牽動他的自然法研究。綜觀三個時期，法律的一般性、民主自然法的理論預設等，都被視為一種法律形式。因此，他始終認為，法律、法治、國家概念都沒有闡明某種具體生活決定，詮釋者應該將人類制度放在社會——歷史脈絡下。此外，晚期的 Neumann 也納入政治心理學的分析方法。從《法治》開始，他也更明確地大致上沿著 Weber 的理性法傳統，強調制度源於人類的需要與意志，揮別了自然法的神聖秩序。因此，Neumann 的法治觀，就方法論而言，在三個時期都是強調，當我們要決定法治國或法治原則的概念觀，必須將法體系安置於特定的歷史社會事實，法律和歷史背景呈現出辯證關係。只是，在第一個時期，Neumann 做出了明確的價值判斷，因此，他的法治觀帶有特定的實質目標。流亡後，可能部分是出自方法論更強調辯證，社會主義的理想因而有所鬆動。所以，流亡初期他自陳，威瑪憲法的目標並不追求社會主義，而是社會民主主義；晚期，他也接受英美自由主義的重要元素，例如法不溯及既往、法律一般性原則等。

就法治理論與經濟秩序，Neumann 的法治觀變化較多。無論在哪一階段，他的法治觀都不否定自由市場，反倒是認為，法治國或法治原則也必須要維護自由市場的交易秩序。流亡前，他嘗試透過具有法理論視野的釋義學改革威瑪共和。流亡初期，威瑪改革的失敗，使其短暫地不再闡述自由主義國家的正當性。在《法治》中，他也仍然同意，國家是為了剝削階級服務。這引申到晚期的民主自然法概念。因此，前兩個時期，他的法治觀強調經濟秩序與法治國的交互作用。不過，當國家社會主義與冷戰席捲歐洲，Neumann 也沒有那麼強調法治理論應積



極促進經濟平等了，自由主義的自由是更為迫切的問題。最終，〈政治自由的概念〉只間接透過法律自由與意志自由，帶出社會平等的戒命。簡言之，在流亡前，法治是一個廣包的概念，蘊含著經濟平等與權利保障。流亡後，法治的指涉範圍開始限縮，法治是人權保障與一般性法律的歸責結構，法治以真正的民主為背景條件，真正的民主需要平等。在第三個時期，法治是一種意識形態，而且法治原則不再直接指涉某種經濟秩序。甚且，此時他贊同法治可以為了自由主義為基底的交易秩序存在，由法律的一般性，派生出經濟功能與法治，而非法治蘊含法律一般性。此時，他認為，可計算與可靠的契約關係，是與法治平行的法律功能。因此，在經濟秩序軸線，流亡前，他明確支持社會主義，國家應該設計經濟制度調整市場關係，自由主義的權利觀（如財產權）並沒有先驗必然性；晚期的他則更強調法體系應保護自由主義的交易秩序，並在市場被扭曲時扮演補充地位。

就權力分立與國家觀的軸線，他的法治觀在流亡前後也有比較大的轉折，並在第三個時期轉向偏於英美的憲政制度，儘管他對具體的憲政設計保持開放。流亡前，他肯定威瑪共和的議會民主，以憲法開放性支持威瑪憲法的憲政結構，批判司法違憲審查權擴張會減損工會透過議會民主追求社會主義的可能性，並將工會視為重要的民主政治機構。流亡初期，他將國家在本質上徹底描述為階級國家，權力分立本質上則是階級間的權力分配。他對於違憲審查的態度也可佐證，流亡經驗使他大幅修正了權力分立的主張，不再徹底堅持違憲審查會傷害民主。儘管他在流亡初期使用馬克思主義拆解國家，但是，《法治》重新提出了一個相對折衷的國家概念，亦即，現代國家需要調和強制與自由領域，這也延續到晚期。晚期的他認為，國家不需要為特定的價值藍圖服務。從〈自然法研究〉開始，Neumann 藉由民主自然法概念，重省思民主與平等的關係，可是，他在界定真實自然法的原則時，只有納入民主自然法所對應的一些重要原則，其中最重要的是，人民僅在平等的基礎上才得以自我統治。〈政治自由的概念〉之中，他承



繼《法治》，也認為國家並沒有終局的價值目的，儘管法治觀要求國家負擔某些義務。此外，晚期的他認為，權力分立一方面是法治或法治國存在的前提制度，民主自然法也依賴這些前提；另方面，法治概念本身不包含權力分立的特定安排。甚且，從〈政治自由的概念〉可以明顯看出，他認為德國式法治國不如英美的法治原則，他也不再使用社會法治國的概念。就 Neumann 的說明，這兩者最重要的差異是，法治國概念本身是以價值決定去說明議會民主立法之正當性，可是，他在流亡後所揭示的法治原則，其內涵也包含著民主。因此，晚期的 Neumann 以法治直接肯定、預設了民主政治。綜上，在權力分立與國家觀的軸線，流亡前，他主張社會法治國此一價值判斷會包攝議會民主至上，故反對違憲審查，流亡後，他開始對國家的價值目的保持開放，法治也不再要求國家權力以特定的方式安排。論及自然法與抵抗權時，他更主張違憲審查是保護人權的可採手段。因此，隨著時間經過，Neumann 的法治觀越來越重視實定法的面向，在特定的原則下（如晚期的民主自然法）對未來的政治決定保持開放。

綜上所述，三個軸線具有一定延續性，可是，仍存在重要差異。Neumann 的價值判斷，從社會主義往社會民主、自由主義的立場移動，這之間最重要的轉捩點，就是《法治》。《法治》一書也讓他的早期說法更具理論性與系統性，提供許多基礎概念的完整說明。他在三個時期，可說是分別發展出三種相當相似卻又不同的法治理論，非常化約地，可以分別總結為：(一) 對抗自由主義法治國之社會法治國、(二) 具備意志與理性雙重面向的法治、(三) 處於政治自由概念下，主要用以正當化法律自由與國家統治的法治。後兩者的主要差別在於，(三) 將法治放在更大的傘狀概念「政治自由」之下，並限縮了法治概念本身的涵蓋範疇。

因而，Neumann 的法治觀理論轉變可以總結為：從以建制化的方式推動社會法治國的理想（流亡前），轉為對法治國制度的徹底批評（流亡初期），接著，藉由《法治》的中介，再轉為保護制度內外的自由之關鍵要素（後期）。而且，我



們也可以找出三個時期間的一致性，亦即貫徹 Neumann 三個時期的法治概念：在現代國家的結構下，法治如何要求法秩序（或國家秩序）成為兼顧自由與平等的制度。三個時期法治概念觀轉變，則可以歸結為，從社會主義、柔化的馬克思主義與溫和的左翼自由主義出發，分別對於現代國家的程序和制度提出了哪些不同的主張。

這些不同的法治觀版本，都呼應著我們的後設視角。我們可以從 Neumann 如何應對社會異質性切入。在流亡後，大致上確實如 Tribe 和 Stöllers 所說，Neumann 的論述更具批判性。Tribe 指出，Neumann 與 Kirchheimer 都受到 Schmitt 理論深刻影響，他們與 Schmitt 的差別在於，Schmitt 預設了形上學式的同質性，但是 Neumann 與 Kirchheimer 試圖以社會整合克服異質性。<sup>384</sup> 更精確地說，Neumann 關注的社會異質性，是被排除於國家統治之外的勞動或被統治階級。在他的理論中，各種異質性並非對等，且這種不平等都一定程度與社會權力有關。我們可以看出，無論哪個時期，他都艱困地嘗試在現代國家內論證與實現自由與平等，而且，帶有階級分析——無論是經濟階級、統治階級或其他社會階級——的包容性法治理論，是他用來批判既有憲政秩序的核心概念。這是 Neumann 法治概念觀詮釋的一貫態度，也是我們理解他的法治觀時所必需抱持的觀察視角。

---

<sup>384</sup> Tribe, *supra* note 18, at 17-18.



## 第六章 結論

本論文第二到四章，詳細說明 Neumann 法治觀的內涵與演進，並在第五章指出，若要正確認識到 Neumann 法治觀的演變，一定要考量到他理論整體的價值判斷之變化<sup>385</sup>。

也許有人會認為，這番考察過度強調某些文獻細節，或是誇大了部分文字對全部理論的影響。但是，若鳥瞰 Neumann 的理論，在短短二十多年間，他的法治觀就經歷了巨大的變化。儘管本文還難以回答，每一個特定部分的改變對於整體究竟有何衝擊或重要性，但是，看入細節可以使我們更清楚，Neumann 的法治觀如何慢慢轉變？由此，我們也可以發現，Neumann 的法治觀既非完全連貫，也非完全斷裂，而且會隨著他的生命經歷而延續或轉折。因此，我們不應該僅僅以單一的價值判斷去定位他的法治觀。

更進一步地說，無論是哪一個時期，Neumann 的法治觀都隱含著一組大哉問：國家是否可以、又要如何依循法治以兼顧自由與平等、民主與強制？或說，法治對於國家設下了哪些要求，哪些可說是去維繫法律統治（that the laws rule），哪些又可說是將公民的平等地位建築於「法律之外的平等（equal outside the law）」之上？<sup>386</sup> 我認為，首先，我們至少要以階級分析察覺與描繪不平等，而階級分析必須納入歷史社會層面。否則，各關鍵概念都將失去分析力道。由於既有的法制度與法理論概念很可能是被自由主義所主宰，因此，若我們支持此法治觀，那麼，即使我們不支持社會主義或社會民主主義的途徑，至少也要為自由主義提出積極辯護，而非預設自由主義的概念觀（如自由主義法治國）先驗上正

<sup>385</sup> 本論文第五章第一節所提出的後設視角，可說是能有效詮釋 Neumann 法治觀的工具或視角，至於它是否具有普遍適用性，尚非本論文所能處理的問題。不過，筆者認為，此後設理論應該有相當的發展潛力。

<sup>386</sup> 本處化用 Hegel 對於抽象自由（abstract freedom）與具體自由（concrete freedom）之區分，所引原文可見於：GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, HEGEL'S PHILOSOPHY OF SPIRIT 237, § 539 (W. Wallace & A. V. Miller trans., Clarendon Press 2007)(1830)。不過，本論文並沒有處理到 Hegel 與 Neumann 法治觀的具體差異。



確。此外，自由主義所建構的制度，仍可能被用來支持社會主義的目標。初步看來，即使抱持社會主義理想，也有必要審慎評估與反思自由主義法體系與法理論。<sup>387</sup>

在當代，法治是一個廣被使用的概念，而且往往蘊含爭議。有些學者因為法治概念過於模稜兩可，主張法治無用論<sup>388</sup>，也有政治權力為了統治正當性試圖詮釋與援引法治<sup>389</sup>。由我們對 Neumann 法治觀的考察，可以發現，以意識形態、價值觀或世界觀為基礎的法治理論，可以是更深入把握法治之意義的關鍵，藉此，我們也有機會更清楚說明有關法治觀的理論會如何主張法治對憲政結構所發揮功能與作用。價值問題也許沒有唯一正確答案，但是，若帶入價值判斷，我們可以更透徹地理解法治如何作為一種或一組理念，並正確評價（do justice to）法治——至少在研究 Neumann 法治觀時，我們必須如此。藉由回顧 Neumann 法治觀的演變，我們能明顯看出，法治觀——或至少某些法治觀——會敏於價值判斷，展現出迥異的特徵，它們彼此之間，未必相容，有時甚至不可共量。因此，凡事依據法治所做出的宣稱，基本上都必須回應以下的關鍵問題：被引以為據的「法治」，究竟是哪一種價值判斷下的產物？

<sup>387</sup> 本文的探討範圍是 Neumann 的法治觀演變，經由思想史爬除，釐清 Neumann 著作當中的「法治」之意涵，並指出，他的法治概念並非單一概念。本文還未觸及 Neumann 哪一時期的法治觀比較可取的應然問題，本文所提出的後設理論，也只是觀察 Neumann 法治觀的適當視角。因此，在此也無法回答哪一些自由主義要素應該被保存、應該被批判與改造、甚或拋棄。

<sup>388</sup> 因為法治的模糊性，反對法治能運用於法律解釋或憲法理論的例子，如：Loughlin 認為，要求政府遵守法律，重點不在於法治等觀念，而是政府部門間抗拒彼此決定的可能性（deniability），限制政府侵害人民權利或要求政府部門間彼此制衡的關鍵，並非法治或法治國，法治或法治國與其說是被視為普遍的道德價值觀（universal moral values），不如說是被視為謹小慎微的必要性（prudential necessities）。因此，人民權利的保障，實際上是繫乎人民如何在政治社群的運作中互相合作，有意識地阻擋政府侵害其權利，請見：MARTIN LOUGHLIN, FOUNDATIONS OF PUBLIC LAW 339-341 (2010).

<sup>389</sup> 將法治用作政治宣傳，其中一個明顯的例子是：中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室编，习近平法治思想学习纲要，人民出版社、学习出版社，2021，  
[https://www.bookuu.com/xsd/ebook.php?page\\_id=617&id=138383](https://www.bookuu.com/xsd/ebook.php?page_id=617&id=138383) （最後瀏覽日：11/14/2024）。



## 參考文獻

### 一、中文部分

Max Weber (著), 錢永祥 (譯) (1991), 〈政治作為一種志業〉, 收於：錢永祥 (編), 《韋伯選集 (1)：學術與政治》, 頁 169-239, 遠流。

Schmitt, C. (著), 李君韜、蘇慧婕 (譯) (2005), 《憲法的守護者》, 左岸。

中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室编 (2021), 习近平法治思想学习纲要, 人民出版社、学习出版社,

[https://www.bookuu.com/xsd/ebook.php?page\\_id=617&id=138383](https://www.bookuu.com/xsd/ebook.php?page_id=617&id=138383) (最後瀏覽日：11/14/2024)。

王琪 (1995), 〈希特勒主導下的納粹運動與第三帝國〉, 《西洋史集刊》, 6 期, 頁 21-77。

吳宜臻 (2009 年 12 月 7 日)。德國勞資共決制度中的職工委員會。全球化監察。<https://globemonitor.org/zh-hant/content/德國勞資共決制度中的職工委員會>。

吳瑞媛 (2020)。〈當代心靈哲學中的理性主義〉, 《華文哲學百科》(2020 版本), 王一奇 (編)。URL=[http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry\\_name=當代心靈哲學中的理性主義](http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry_name=當代心靈哲學中的理性主義)

何畫瑰 (2022)。〈柏拉圖〉, 《華文哲學百科》(2022 版本), 王一奇 (編)。URL=[http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry\\_name=柏拉圖](http://mephilosophy.ccu.edu.tw/entry.php?entry_name=柏拉圖)

莊世同 (2007), 〈描述性法理論是可能的嗎？—一個批判性的反省〉, 《政治與社會哲學評論》, 21 期, 頁 1-46。

黃舒芃 (1995), 《變遷社會中的法學方法》, 元照。

楊尚儒 (2021), 〈不再壟斷政治性的現代國家—論 Carl Schmitt 如何轉化 Weber 的政治性和國家概念〉, 《臺灣民主季刊》, 18 卷 2 期, 頁 1-36。

顏厥安（2022），〈法治原則包含民主嗎？一個當代理論的反省〉，《思與言》，60

卷3期，頁90-164。

-----（2023），〈社會民主與法治—對 Franz Leopold Neumann 法理論的幾個反思一〉，《輔仁法學》，65期，頁1-60。

## 二、英文部分

李國揚（2020）。On Two Recent Arguments against Intellectualism. *國立政治大學哲學學報*, 43, 35-67.

Anter, A. (2014). *Max Weber's Theory of the Modern State: Origins, structure and Significance*. Palgrave Macmillan London.

Beiser, F. C. (2011). *The German Historicist Tradition*. Oxford University Press.

Cotterrell, R. (1996). The Rule of Law in Transition: Revisiting Franz Neumann's Sociology of Legality. *Social & Legal Studies*, 5(4), 451-470.

<https://doi.org/10.1177/096466399600500401>

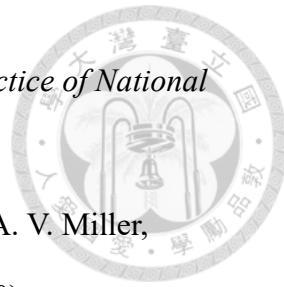
Dallmayr, F. (1990). Hermeneutics and the Rule of Law. *Cardozo Law Review* 11, 1449-1470.

Dworkin, R. (1986). *Laws Empire*. Belknap Press.

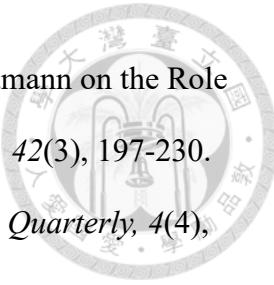
Emundts, D. (2008). Emil Lask on Judgment and Truth. *The Philosophical Forum* 39(2), 263-281.

Finnis, J. M. (2012). Natural Law Theory: Its Past and Its Present. *The American Journal of Jurisprudence* 57, 81-101.

Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (W. Rehg, Trans.). Massachusetts Institute of Technology Press. (Original work published 1992)



- Hayes, P. (2009). Introduction. In: *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944* (pp. vii-xvii). Ivan R. Dee.
- Hegel, G. W. H. (2007). Hegel's Philosophy of Spirit (W. Wallace & A. V. Miller, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1830)
- Ilaria, P. (2020). The Relationship between Politics and Law: The function of in Politica methodice digesta of Johannes Althusius. *Rechtsphilosophie*, 6(2), 101-107.  
<https://doi.org/10.5771/2364-1355-2020-2-101>
- (2020). The Relationship between Politics and Law: The function of in Politica methodice digesta of Johannes Althusius. *Rechtsphilosophie*, 6(3), 295-306.  
<https://doi.org/10.5771/2364-1355-2020-3-295>
- Kinzel, K. (2021). Historical thought in German neo-Kantianism. *British Journal for the History of Philosophy*, 29(4), 579–589.  
<https://doi.org/10.1080/09608788.2021.1932411>
- Lask, E. (1950). Legal Philosophy (K. Wilk, Trans.). In *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin* (pp. 3-42). Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2010). *Foundations of Public Law*. Oxford University Press.  
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199256853.001.0001>
- Luxemburg, R. (2008). Reform or Revolution. In: H. Scott (Ed.), *The Essential Rosa Luxemburg* (pp. 41-104). Haymarket Books.
- Marcuse, H. (1991). *One-Dimensional Man* (2ed ed.). Routledge.
- Martin J. (1986). Foreword. In M. Ruete (Ed.), *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. (pp. ix-xiv). Berg Publishers Ltd.
- Meadows, D. H. (2008). Thinking in system: A primer (D. Wright, Ed.). Chelsea Green Publishing.



- Morris, D. G. (2015). Write and Resist: Ernst Fraenkel and Franz Neumann on the Role of Natural Law in Fighting Nazi Tyranny. *New German Critique*, 42(3), 197-230.
- Neumann, F. (1933). The Decay of German Democracy. *The Political Quarterly*, 4(4), 525-543.
- (1936). *The Governance of the Rule of Law: An Investigation into the Relationship between the political Theories, the legal System, and the social Background in the competitive Society* [Doctoral dissertation, London School of Economics and Political Science]. LSE Theses Online.  
<http://etheses.lse.ac.uk/id/eprint/668>
- (1964). *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory* (H. Marcuse, Ed.). The Free Press of Glencoe.
- (1986). *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (M. Ruete, Ed.). Berg Publishers Ltd.
- (1987). On the Marxist Theory of the State. In K. Tribe (Ed.), *Social Democracy and the Rule of Law* (L. Tanner and K. Tribe, Trans.). (pp. 75-84). Allen & Unwin.
- (1987). On the Preconditions and Legal Concept of an Economic Constitution. In K. Tribe (Ed.), *Social Democracy and the Rule of Law* (L. Tanner and K. Tribe, Trans.). (pp. 44-65). Allen & Unwin.
- (1987). Rechtsstaat, the Division of Power and Socialism. In K. Tribe (Ed.), *Social Democracy and the Rule of Law* (L. Tanner and K. Tribe, Trans.). (pp. 66-74). Allen & Unwin.
- (1987). The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution. In K. Tribe (Ed.), *Social Democracy and the Rule of Law* (L. Tanner and K. Tribe, Trans.). (pp. 27-43). Allen & Unwin.



- (1996). The Decay of German Democracy (1933). In W. E. Scheuerman (Ed.), *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. (pp. 29-43). University Of California Press.
- (2009). *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*. Ivan R. Dee.
- Offe, C. (2003). The Problem of Social Power in Franz L. Neumann's Thought (C. Wilke and W. E. Scheuerman, Trans.). *Constellations* 10(2), 211-227.
- Rijpkema, P. (2013). The Rule of Law beyond Thick and Thin. *Law and Philosophy* 32(6), 793-816.
- Söllner, A. (2011). Franz L. Neumann's Place in the History of Political Thought: A Sketch. In A. F.-S. and M. Kessler (Eds.), *German Scholars in Exile: New Studies in Intellectual History*. (pp. 121-136). Lexington Books.
- (2013). Re-reading Rousseau in the 20th Century— The Reception by Franz L. Neumann, Jacob L. Talmon and Ernst Fraenkel. In: Oliver Hidalgo (Hrsg.), *Der lange Schatten des Contrat social: Demokratie und Volkssouveränität bei Jean-Jacques Rousseau*. (pp. 211-227). Springer VS Wiesbaden.
- Scheuerman, W. E. (1994). *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. MIT Press.
- Schmitt, C. (1988). *The Crisis of Parliamentary Democracy* (E. Kennedy, Trans.). MIT Press. (Original work published 1923, 1926)
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge University Press.
- Tribe, K. (1987). Introdoction. In K. Tribe (Ed.), *Social Democracy and the Rule of Law* (L. Tanner and K. Tribe, Trans.). (pp. 1-26). Allen & Unwin.



Waldron, J. (2023). *Thoughtfulness and the Rule of Law*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press.

### 三、德文部分

Bluhm, H. (2002). Die Ordnung der Ordnung: Das politische Philosophieren von Leo Strauss. Akademie Verlag.

Intelmann, P. (1996). Franz L. Neumann: Chancen und Dilemma des politischen Reformismus. Nomos.

Iser, M. /David S. (2002). Zerrissen zwischen Marxismus und Liberalismus? Franz L. Neumann und der liberal turn der Kritischen Theorie. In M. Iser/D. Strecker (Hrsg.), Kritische Theorie der Politik: Franz L. Neumann - eine Bilanz (S. 9-38). Nomos.

Luthardt, W. (1986). Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik. Westdeutscher Verlag.

Neumann, F. (1923). Rechtsphilosophische Einleitung zu einer Abhandlung über das Verhältnis von Staat und Strafe (Unveröffentlichte Dissertation). Goethe Universität, Frankfurt a. M. (Bestand der Universitätsbibliothek Frankfurt a. M.)

----- (1929). Gegen ein Gesetz zur Nachprüfung der Verfassungsmassigkeit von Reichsgesetzen. Die Gesellschaft, 517~536.

----- (1930). Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung, in: Die Arbeit Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde Heft 9, 569-582.

----- (1931). Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung, Die Arbeit: Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde, 588-606. Available at: Bibliothek der Friedrich-Ebert-Stiftung, <http://library.fes.de/cgi->

bin/arb\_mktiff.pl?year=1931&pdfs=588x589x590x591x592x593x594x595x596x5  
97x598x599x600x601x602x603x604x605x606



----- (1937). Besprechung: Rommen, Heinrich, Die ewige Wiederkehr des  
Naturrechts. Jakob Hegner. Leipzig 1936. Zeitschrift für Sozialforschung, 458-459.

<https://doi.org/10.5840/zfs193762109>

----- (1978). Franz L. Neumann: Wirtschaft, Staat, Demokratie: Aufsätze 1930-1954  
(Alfons Söllner (Hrsg.)). Suhrkamp Verlag.

Schmitt, C. (1996). Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (10.  
Aufl.). Duncker & Humblot GmbH.

Söllner, A. (1978). Franz L. Neumann - Skizzen zu einer intellektuellen und politischen  
Biographie. In A. Söllner (Hrsg.), Franz L. Neumann: Wirtschaft, Staat,  
Demokratie Aufsätze 1930-1954 (S. 7-56). Suhrkamp Verlag.

----- (1996). Deutsche Politikwissenschaftler in der Emigration: Studien zu ihrer  
Akkulturation und Wirkungsgeschichte. VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Weber, M. (1971). Politik als Beruf. In J. Winckelmann (Hrsg.), Max Weber:  
Gesammelte politische Schriften (3., Erneut vermehrte Aufl.). J. C. B. Mohr (Paul  
Siebeck).

----- (1976). Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie (J.  
Winckelmann (Hrsg.)) (2. Halbband, 5., rev. Aufl.). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).  
(ohne Datum). Die Weimarer Reichsverfassung. In:

[https://www.1000dokumente.de/Dokumente/Die\\_Weimarer\\_Reichsverfassung](https://www.1000dokumente.de/Dokumente/Die_Weimarer_Reichsverfassung)

## 附錄：學術倫理聲明



### 學術倫理聲明

本人 廖佐祥 在此聲明，本碩士論文  
《從社會法治國到法治原則：論 Franz Leopold Neumann  
法治觀的轉變》  
並無違反學術倫理之抄襲、造假、變造、重複發表、未適  
當引註等不當行為，亦無其他違反〈科技部對研究人員學  
術倫理規範〉之情況。如經查出有違反之情事，本人將承  
擔所有責任，願受適當之處分。

聲明人：

廖佐祥

2025 年 1 月 16 日