

# 多元民主中的自由保障

## ——Hans Kelsen的多元主義民主觀暨其 對議會與憲法法院的證立

黃 舒 芄\*

### 要 目

壹、前 言	(三)多元民主中人民總體意志的 形成
貳、Hans Kelsen民主理論的基礎	參、現實中的多元民主
一、自由作為Kelsen民主理論的 核心	一、議會在多元民主中的核心地位
二、多元民主中個人自由的保障	二、確保多元民主的關鍵：憲法法院
(一)Kelsen的多元民主觀	肆、結 語
(二)多元民主中多數與少數的妥協	

\* 中央研究院法律學研究所籌備處助研究員；德國慕尼黑大學法學博士。本文之撰寫獲得國科會研究經費之補助（計畫編號：NSC 94-2414-H-033-001），作者謹致謝忱。作者並感謝本刊諸位匿名審查人所提供之寶貴修正意見。本文內容已參考審查意見酌予修改，文責當仍由作者自負。

投稿日期：九十五年三月二十二日；接受刊登日期：九十五年十月二日

責任校對：王純逸

## 摘 要

無庸置疑地，Hans Kelsen是一位偉大的法學家。其法理論的重要性不僅在歐陸法傳統中不證自明，也長久以來在英語世界深獲肯認。因此不難想見，我國法學界對於Kelsen的規範理論也投注了相當多的研究心力，並獲致相當的成果。儘管如此，相對於其純粹法學暨法理論的知名度及在我國法學研究受重視的程度，Kelsen的民主理論似乎卻較少受到關注，從而這樣的現象將不免使得吾人對於Kelsen的理論鋪陳無法完整掌握，因為相對於純粹法學，氏之民主理論無疑鋪陳了規範理論施行的現實條件。因此，欲充分瞭解Kelsen對於現實中具體憲政制度設計的看法，民主理論無疑是研究Kelsen不容忽視的環節。本文的主要目的，即在於透過對Kelsen民主理論的分析，澄清Kelsen對於民主制度的看法，並在這個基礎上，說明Kelsen的民主理論在現實政治生活運作上的核心訴求，藉此指出Kelsen為何以及如何強調議會與憲法法院在民主憲政體制中的地位與功能。據此，Kelsen的民主理論對於其規範理論的影響，當能得到更進一步的釐清。也正是透過其民主理論，吾人應可更完整理解Kelsen如何看待憲法在民主政體中的制度定位。

關鍵詞：民主理論、多元民主、自由、多數決、代表、妥協、議會、憲法法院、相對主義

## 壹、前言

無庸置疑地，Hans Kelsen是一位偉大的法學家。其法理論的重要性不僅在歐陸法傳統中不證自明，也長久以來在英語世界深獲肯認。因此不難想見，我國法學界對於Kelsen的規範理論也投注了相當多的研究心力，並獲致相當的成果<sup>1</sup>。儘管如此，相對於其純粹法學暨法理論的知名度及在我國法學研究受重視的程度，Kelsen的民主理論似乎卻甚少受到關注<sup>2</sup>。這樣的現象固然多少與國外相關研究經常將Kelsen的規範理論與民主理論分開討論的情況有關<sup>3</sup>，但

---

<sup>1</sup> 對Kelsen規範理論的國內研究可參見顏厥安，再訪法實證主義，載：法與實踐理性，頁235-335，275以下，1998年；王鵬翔，規範與邏輯：Hans Kelsen晚期規範理論之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1997年。對於Kelsen的簡介並可參見陳櫻琴，純粹法學派宗師——凱爾生，月旦法學雜誌，66期，頁205-211（205-208），2000年。

<sup>2</sup> 國內少數討論參見黃舒芃，德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡：從H. Kelsen與C. Schmitt的辯論談起，政治與社會哲學評論，5期，頁123-162，131-134，2003年；李建良，民主政治的建構基礎及其難題：以「多元主義」理論為主軸，載：憲法理論與實踐(一)，頁7-54、31-32，1999年。

<sup>3</sup> 對此現象參見Oliver Lepsius, Besprechung von van Ooyen, Robert Chr., Der Staat der Moderne, Der Staat 43 (2004), S. 161 ff., 161; ders., Staatstheorie und Demokratiebegriﬀ in der Weimarer Republik, in: C. Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, 2000, S. 366 ff., 403 f. 就此意義而言，學者Robert Chr. van Ooyen於2003年所著“Der Staat der Moderne”一書可謂嘗試連結Kelsen民主理論與規範理論的具體表現。參見Robert Chr. van Ooyen, Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2003. 相關研究另參見Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., 1990, S. 278 ff. 此外事實上，德國學界也已有相當多學者肯認並強調Kelsen的法理論與民主理論兩者之間的密切關聯。例可參見Norbert Achterberg, Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratischer Sicht, in: W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie, Beiheft 4, 1982, S. 147 ff.; Dieter Grimm, Um Verhältnis von Inter-

卻也不免使得吾人對於Kelsen的理論鋪陳無法完整掌握，因為，Kelsen的民主觀在他對於憲政體制的整體理解中，其實占有相當重要的地位；更具體而言，相對於純粹法學，氏之民主理論無疑鋪陳了規範理論施行的現實條件<sup>4</sup>，從而，欲充分瞭解Kelsen對於現實中具體憲政制度設計的看法，民主理論無疑是研究Kelsen不容忽視的環節。透過Kelsen對民主制度在理論與實際運作層面的分析，我們不僅能對於許多當代民主所面臨的問題，獲得更全面而深入的理解，甚且還能藉此更進一步領會Kelsen規範理論在現實制度層面的意涵與說服力。

本文的主要目的，即在於透過對Kelsen民主理論的分析，澄清Kelsen對於民主制度的看法，並在這個基礎上，說明Kelsen的民主理論在現實政治生活運作上的核心訴求，藉此指出Kelsen為何以及如何強調議會與憲法法院在民主憲政體制中的地位與功能。據此，Kelsen的民主理論對於其規範理論的影響，當能得到更進一步的釐清<sup>5</sup>。也正是透過其民主理論，吾人應可更完整理解Kelsen如何看待憲法在民主政體中的制度定位。

---

pretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen, in: Krawietz/Topitsch/Koller (Hrsg.), ebenda, S. 151 ff.

<sup>4</sup> 參見Lepsius, Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik (Fn. 3), S. 404 f.; van Ooyen (Fn. 3), S. 18 ff., 24 ff.

<sup>5</sup> 不過，由於本文重點仍在於探討Kelsen之民主理論，因此對於其規範論與民主理論之間的關聯，暫無法在此討論，將另著專文處理。

## 貳、Hans Kelsen民主理論的基礎

### 一、自由作為Kelsen民主理論的核心

如所周知，德國威瑪共和時期的民主理論發展相當蓬勃。除了當時政治氛圍的影響之外，德國國家法學於二十世紀初的發展與變遷也造就了無數國家法學者的精彩辯論<sup>6</sup>。也正因為促成威瑪時期民主理論多樣化的因素十分複雜，所以吾人對於威瑪民主理論的研究，無論是針對單一學者、或是著眼於多位學者看法的異同，都可以從多種不同的觀察角度切入。因此我們可以發現，Kelsen的民主理論在德國學界，也已在認識論、多元論及與規範論之連結等多種探討面向之下，透過許多不同的方式突顯出它的特色<sup>7</sup>。儘管如

---

<sup>6</sup> 關於威瑪共和時期民主理論的發展背景，可參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik* (Fn. 3), S. 366-376; Manfred Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, S. 337-339, 320 ff.; PETER C. CALDWELL, *POPULAR SOVEREIGNTY AND THE CRISIS OF GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE THEORY & PRACTICE OF WEIMAR CONSTITUTIONALISM* 1-12 (1997); Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Dritter Band: *Staatsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, 1999, S. 153 ff.

<sup>7</sup> 例如Lepsius即從認識論的角度出發，點出人民主權（Volkssouveränität）與民主原則（Demokratieprinzip）概念的區別，並據此而區分出看待兩者之間關係的兩種不同的方式（氏分別稱之為「創造認知對象的（gegenstandserzeugend）」以及「認知對象確定的（gegenstandsbestimmt）」民主觀），前者是源自於「認知對象係由認知方法所創造」的認知理論，這種認知理論的觀點運用到民主理論時，會認為人民並非一個在事實上既存的概念，而是經由一定程序，在國家組織中形成的結果，這種觀點會傾向認為議會主義體制是民主的必要條件，因為所謂的「人民總體意志」，只有在議會的基礎上才能形成，因此在政治上接受議會主義；後者則是源自於「認知對象先於認知方法既已存在」的認知理論，由於這種認知理論認為，認知方法無法形成認知對象，反而認知對象是認知方法的判準，越能真實表達認知對象的內容，就越接近真

此，不論從何種角度加以分析，我們都不難發現「個人自由（individuelle Freiheit）」在Kelsen的民主觀中舉足輕重的份量<sup>8</sup>，而這個要素也正是Kelsen所著「論民主的本質與價值（Vom Wesen und Wert der Demokratie）」一書理論鋪陳的出發點<sup>9</sup>。

Kelsen開宗明義地認為，自由與平等共同成就了民主的特質；換句話說，民主是一種依循自由與平等原則的統治形式<sup>10</sup>。更具體

---

理。所以這種觀點運用到民主理論上時，會認為人民是一種既已存在的社會現實，人民意志不需要經由議會或其他國家組織就已經存在，從而成為民主理論的判準。據此，規範上對議會主義體制的評價，就必須依據其是否能充分代表民意而定。由於主張這種理論的學者注意到議會難以達成代表真正民意的任務，因此在政治上傾向反對議會主義。Lepsius將Kelsen歸類為前者，指出Kelsen之民主理論強調意志自由的前提與導向議會主義及結果開放的特色（詳後述）。參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratie* in der Weimarer Republik (Fn. 3), S. 403 ff. (407 ff.). 而van Ooyen則著重Kelsen民主理論所預設之多元論立場的分析，從而特別重視多元主義如何在Kelsen所架構的民主制度中，透過防止任何一個權力的獨大而得到體現（詳後述）。參見van Ooyen (Fn. 3), S. 70-139, 181-192.

<sup>8</sup> 參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratie* in der Weimarer Republik (Fn. 3), S. 407 f.; van Ooyen (Fn. 3), S. 89 f., 123 ff.; Dreier (Fn. 3), S. 252 ff.

<sup>9</sup> 參見Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), 2. Aufl., 1963, S. 3 ff. 除了本書之外，氏所著「國家學總論」“Allgemeine Staatslehre” (1925)也是研究Kelsen民主理論不容忽視的重要基礎。其他Kelsen民主理論的一手文獻並可參見Hans Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, Bd. 2, 1968, S. 1661 ff.; ders., *Zur Soziologie der Demokratie*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *ebenda*, S. 1729 ff.; ders., *Demokratie*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *ebenda*, S. 1743 ff.

<sup>10</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 3 f. 其意涵之引申並可參見Udo Di Fabio, *Demokratie im System des Grundgesetzes*, in: FS P. Badura, 2004, S. 77 ff., 77 f.

而言，民主之所以可欲，正是因為它確保每個個人都可以自己掌握統治權、並且平等享有該統治權。也唯有如此，個人才有自由可言，因為唯有當每個個人平等地享有自由時，才能導出「任何人不得統治、壓迫他人」的要求<sup>11</sup>。由此已可看出，自由與平等是Kelsen認同民主的關鍵，而其中個人自由的保障更是Kelsen的民主理論所關注的重點，因為氏強調平等最重要的意義毋寧在於確保人人享有「平等的自由」，從而民主在Kelsen看來最大的貢獻，無疑還是在於保障人民的自我統治，並據以保障個人的自由<sup>12</sup>。由此，Kelsen便開始進入對政治自由（politische Freiheit）的討論<sup>13</sup>，指出唯有當個人僅僅服從於他自己的意志的統治時，這樣的個人才可被認為在政治上是自由的。不過在另一方面，這樣的理解顯然會導致一個根本的難題：既然民主的意義在於人民自我統治，而自我統治又當然意味著人民僅需服從自己的意志領導下的統治，那麼是否唯有在每個個別的人民對每件事情的看法都必須全體一致、從而服從這個全體一致的看法（總體意志（Gesamtwillen））的時候，民主才能獲得實現呢？換言之，假如代表人民之總體意志與任何一個個人的自由意志背道而馳，民主是否就會因為這個個人必須服從於一個他人的意志，而喪失其保障每個個別人民之自由的意義呢？從這個根本性的難題，於是導引出Kelsen民主理論的核心關懷：究竟在民主體制當中，如何在形塑足以代表全體人民之總體意志的同時，又能確保個人的自由？更進一步而言，Kelsen的民主理論即是在Kelsen強調自由保障的出發點上，著眼於人民總體意志之形成與個

---

<sup>11</sup> 參見Kelsen, ebenda.

<sup>12</sup> 相關討論參見Dreier (Fn. 3), S. 252 Fn. 14.

<sup>13</sup> 此係為與自然狀態下之自由概念相區別。參見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 4 f., 10-12. 相關討論參見Dreier (Fn. 3), S. 254 ff.

人自由之間的制度性協調。也正因為著眼於這兩者之間的衝突在現實制度層面的解決，所以Kelsen在討論的過程中一再強調並區分民主的意識型態（*Ideologie*）以及民主的現實（*Realität*）這兩個在他看來不容混淆的認知層次<sup>14</sup>。

基於這兩個不同層次的區分，便可理解民主意志形成的要求從「全體一致的共識決」到「多數決」的過渡背後的道理所在。針對先前提出的問題，Kelsen認為，正因為在現實中幾乎不可能事事透過全體人民的一致同意來形成人民總體意志，而民主最重要的意義卻又在於保障個人自由不受他人壓迫，所以民主制度落實到現實中的結果，便成了要求「使盡可能多數人民的自由都能獲得確保」，從而推導出多數決原則這個當代民主最為人熟知的特徵<sup>15</sup>。Kelsen進一步指出，儘管在「保障盡可能多數人民的自由」的訴求之下，倘若多數決的門檻越高（例如主張必須達到相當水準的所謂特別多數（*qualifizierte Majorität*）），似乎越能滿足「絕大多數人的意志都與民主體制下形塑之代表全體人民的總體意志相符」的要求，但是由於如此一來反而容易因為經特別多數決形成的人民總體意志，在日後由於特別多數決高門檻的限制而難以推翻或改變，反過來導致個人自由遭受限制的後果<sup>16</sup>，因此相對於要求特別高門檻的多數決，一般的絕對多數決（*absolute Majorität*）反而更符合多數決保障個人自由的理念，從而更接近民主確保個人自由的初衷<sup>17</sup>。

---

<sup>14</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 14.

<sup>15</sup> 關於民主多數決原則的討論詳見Werner Heun, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen – Struktur – Begrenzungen*, 1983.

<sup>16</sup> 這個觀點也與Kelsen對於民主中的多數與少數之間關係的理解密切相關。詳後述。

<sup>17</sup> 詳見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 6-9; ders., *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 323.



從這裡於是可以看出，Kelsen理解中的多數決原則毋寧是與自由、而較非與平等的概念相連結。Kelsen之所以主張多數決原則，並不是因為「基於票票等值，因此多數票可以壓過少數票」，而是因為如此一來才能使盡可能最多的個人自由可以獲得保障。Kelsen因此強調，儘管平等的要求（理所當然地）是多數決原則的根本預設，但是它並不能被認為意味著在平等的基礎上，每個個別人民的意志可以藉由票數的累積而獲得強化，否則即無異於承認多數意志可以凌駕少數意志：「單憑『任何一個意志都不能凌駕另一個』這樣的消極假設，並不能直接導出『多數意志應該凌駕少數意志』這樣的積極要求。」<sup>18</sup>由此可見，平等的預設對Kelsen而言絕非主張「多數統治」的論據，而毋寧必須回歸到「每個個人都享有平等的自由」這個基本觀點上。Kelsen即指出，平等在多數決原則中所扮演的角色，無非即在凸顯「不是特定的某個個人，而是每個個人都應該是自由的，也因此多數決原則意在保障盡可能最多人的自由」這樣的民主觀<sup>19</sup>。

## 二、多元民主中個人自由的保障

### (一)Kelsen的多元民主觀

透過上節的討論可以瞭解，Kelsen是在保障個人自由的出發點上，指出民主的核心訴求與任務，並證立多數決原則。我們不難看出，Kelsen在討論過程中表現出幾個支撐其民主理論的重要觀點：第一，Kelsen自始即一再強調，每個個別人民的自由都必須能在民主體制中獲得保障，也因此即使現實中的民主無法透過全體一致的共識決來加以實踐，我們也必須能找到一個足以確保盡可能多數人

---

<sup>18</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 9.

<sup>19</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 10.

民自由的意志形成方式，由此方才彰顯出多數決原則的必要性與意義。第二，既然多數決原則是從保障自由的觀點而導出，因此多數決原則自然必須盡可能呼應保障自由的初衷。所以多數決門檻高低的設計與決定，也當然不容導致多數決到頭來反而限制個人自由的後果。於此已可明顯看出，Kelsen所重視的並非某個意志的實體內容能否透過多數決順利貫徹，而是在每一次的民主意志形成過程中，能否盡可能確保最多人的自由意志不受壓制。第三，也正因為多數決原則是基於保障自由的需要而來，所以它絕非象徵「多數」本身透過累積而來的能量；換句話說，多數決原則絕對不容被理解為多數可以壓迫少數。在這裡可以更進一步發現，在Kelsen的認知中，多數決原則並不是一個支持多數統治的構想，而反倒被認為既然是一個與民主現實的妥協，則自然必須有能力在形塑人民之總體意志的同時，確保少數意志不受壓迫，從而多數與少數意志之間的關係如何看待與建立，以使保障個人自由的理想不至於在現實民主中淪為空談，便成為Kelsen的民主理論必須處理的關鍵。

從以上「以多數決原則作為現實民主中人民總體意志形成的方式」、「多數決原則必須做到盡可能保障最多數個人的自由」，以及「多數決原則不能被拿來壓迫少數的自由」這三個基本立場，已可充分凸顯出Kelsen的思想中所蘊含的多元民主（pluralistische Demokratie）理念<sup>20</sup>。正因為體會並認定現實社會中個體意志的差異與多元性，所以使得Kelsen的關注焦點始終放在「個人自由不能遭受多數統治的壓迫」這一點上，從而始終強調個人自由的保障才是落實民主最重要的意義。我們也可以說，正是站在多元民主的認知基礎上，Kelsen的論點方才表現出「體現（價值）相對主義

---

<sup>20</sup> 關於多元民主的概念另可參見Manfred G. Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, 3. Aufl., 2000, S. 226 ff.

(Relativismus)」<sup>21</sup>與「重視少數者的自由」這兩個基本態度。也正因為其理論表現出如此之特色，所以學者van Ooyen才會認為，多元主義的觀點其實是Kelsen建構其民主理論、甚至規範理論的前提<sup>22</sup>。前述「多數決原則重點不在貫徹某個特定的『多數意志』，而在確保每一次的人民總體意志形成都能確保盡可能多數人的自由，所以應予主張的並非特別多數決，而是絕對多數決」，以及「多數決原則不能被拿來壓迫少數的自由」這兩個看法，就分別是「相對主義」與「重視少數」之立場的具體反映。由此已可明顯看出，正是基於多元民主的觀點，促使Kelsen發展出與威瑪共和時期另一位重要學者Carl Schmitt截然不同的民主理論<sup>23</sup>：前者立基於民主保障個人自由的訴求，而後者卻基於民主須以同質性為前提的認識，主張民主必須建立在實質平等的基礎上<sup>24</sup>。這個為人所熟知的對立除了足以進一步凸顯Kelsen理論所植基的多元民主圖像，也能藉此更進一步解釋何以在Kelsen的論述脈絡中，少數者的保障會成為檢驗現實中民主體制是否健全的關鍵指標。少數者的意志在民主中的地位，及其如何不被多數意志所凌駕，因此是接下來必須進一

---

<sup>21</sup> 關於Kelsen之民主理論所表現的相對主義立場，參見van Ooyen (Fn. 3), S. 63 ff.; Friedrich (Fn. 6), S. 344; Dreier (Fn. 3), S. 259 ff.

<sup>22</sup> 參見van Ooyen (Fn. 3), S. 27 ff.

<sup>23</sup> Schmitt的民主理論在國內已有不少的討論。例可參見蔡宗珍，卡爾·史密特之憲法概念析論，政治與社會哲學評論，5期，頁75-122，2003年；張旺山，國家的靈魂：論史密特的主權概念，政治與社會哲學評論，12期，頁95-140，2005年。

<sup>24</sup> 參見C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), 5. Aufl., 1970, S. 224 ff., 227 ff.; 另參見Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (1964), 4. Aufl., Mit einer neuen Einleitung, 2002, S. 139 f. 關於Kelsen與Schmitt在這點上的對立並可參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik* (Fn. 3), S. 408; 黃舒芃，同註2，頁131-133。

步探討的。

## (二)多元民主中多數與少數的妥協

由於對少數者自由保障的要求是在多元民主的基礎上推導而來，因此反過來說，也唯有落實少數者的保障，才能體現多元民主的價值。**Kelsen**因此相當重視少數者的保障與多數決原則的關係，特別是「少數」在多數決過程中所占有的地位，自始即強調「多數決已當然預設少數者的存在」，據此一方面透過「多數決原則與少數者保障不相違背」的主張，鞏固多數決原則的正當性<sup>25</sup>，另一方面更隱約指出「多數決原則絕不等同於多數對少數之壓迫」的引申方向<sup>26</sup>。**Kelsen**認為，在此對多數決原則的認知，同樣必須區分（多數決原則之）意識型態與現實兩個層次。倘若我們只將眼光放在意識型態的層次上，很容易形成「多數決原則無非是由多數來統治少數」的印象。然而如果觀察民主多數決的現實型態，便能發現這樣的印象往往並不符合多數決原則在實際民主運作過程中的實踐方式<sup>27</sup>。根據**Kelsen**的觀察，在民主現實型態中，所謂的多數決姑且不論是否真的是由所謂的「多數」在作決定，單是多數決原則的本質就必須加以澄清：在現實中，多數決原則的意義並不在於宣告所謂的「多數」贏得勝利，而毋寧（只）是象徵著現實社會中的個人針對某項議題，分割成只剩下兩個意見不同的群體，亦即社會中無數分殊的觀點經過彼此衝突與協調，到最後只剩下一個根本性的歧見。多數決原則便是意味著透過這兩個對立群體之間彼此不斷妥協的過程，達成一個最起碼之決定的結果<sup>28</sup>。正因為氏以如此之角

<sup>25</sup> 參見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 53.

<sup>26</sup> 參見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 53 ff.

<sup>27</sup> 參見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 55 ff.

<sup>28</sup> 參見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 55 f.

度看待多數決原則，所以Kelsen更據此強調：多數決的結果當然不表示多數對少數的絕對統治，因為這個結果從現實角度看來，毋寧必須被承認為前述兩個不同意見的群體之間彼此相互影響、相互傳達各自政治意向之下的產物，而這個看法當然再度與Kelsen的多元民主觀緊密連結，因為正是在多元民主的基礎上，可以更直接瞭解Kelsen無疑是基於「民主現實中並不存在一個永遠居於主導地位的『多數』群體」這樣的立場，導出多數當然必須不斷與少數妥協的看法。Kelsen特別指出，一個「多數獨裁（Diktatur der Majorität）」長久看來是不可能存在的，因為假如真的有一個這樣的多數群體，那麼相對於該多數的少數將不可能在多數決的過程中擁有一個真正的參與地位，也因此到頭來處於這種純形式地位的少數終將必然放棄它在民主多數決過程中的實質角色，從而連帶形同宣告多數決原則的滅亡<sup>29</sup>。由此，我們可以清楚看出Kelsen不斷主張「多數決原則已預設少數存在」的道理何在，更能藉此順理成章地推導出Kelsen將多數決原則稱為「多數——少數原則（Majoritäts-Minoritätsprinzip）」<sup>30</sup>的想法。這個想法所蘊含的核心概念，就是先前已提到的、在Kelsen的民主思想中居於關鍵地位的「妥協（Kompromiß）」<sup>31</sup>。正因為基於多元民主的立場，多數決原則必須仰賴多數與少數之間不斷的妥協，而非寄望於某個強有力的多數發揮主導的功能，所以可以說，唯有在多數與少數之間的妥協管道與制度健全的條件下，才能體現多元民主的精髓，而多元民主所強

---

<sup>29</sup> 參見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 57.

<sup>30</sup> Kelsen, ebenda.

<sup>31</sup> 參見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 57 f. 另參見ders., Allgemeine Staatslehre (Fn. 9), S. 324 f.; ders., Das Problem des Parlamentarismus (Fn. 9), S. 1679 ff. Kelsen因此認為，民主中的自由，當是一種追求妥協、（進而）追求社會和平的自由（ebenda, S. 1687）。

調之「少數者權利的保障」也才有可能獲得實現。也正因為維繫多元民主中多數決原則運轉的關鍵在於多數與少數之間的這種妥協，所以可以更進一步看出，Kelsen的多元民主理論所要維護的顯然不是一個特定的絕對價值，而是少數（如同多數一般）所持續擁有的、與多數進行妥協的機會與條件<sup>32</sup>。這種多數與少數同樣保有的妥協可能性，便是Kelsen認定少數者的權利可以在多元民主的現實中獲得保障的理由，因為透過不斷的妥協、彼此之間不斷的相互影響，今日的少數永遠可望變成明日的多數<sup>33</sup>。這種「在必須尋求妥協的前提下，沒有永遠的多數（或少數）」的看法，無疑透過Kelsen的多元民主觀，取得一個相當具有理論說服力與實踐啟發性的穩固地位。

### （三）多元民主中人民總體意志的形成

據上所述，可知Kelsen的理論基於多元民主的觀點，針對多數決原則在民主現實中的意義，首重社會上不同利益、立場之間的相互理解、容忍與協調。這樣的觀點固然無疑強化了「少數」與「少數權利的保障」在多元民主背景下的地位，但不論社會上的個體利益何等分殊，個人自由的保障何等關鍵，一個單一、統一的（*einheitlich*）人民總體意志形成（*Willensbildung*）的重要性終究不容否認或低估。如前所述，Kelsen的多元民主理論固然明顯認定現實社會中個別民意的多元性，然而在另一方面，它也明顯瞭解人民（*Volk*）<sup>34</sup>的意志形成在民主體制中的必要性與所扮演的核心角

---

<sup>32</sup> 詳見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 58.

<sup>33</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 56 f.

<sup>34</sup> 對Kelsen來說，民主理論中訴諸單一性（*Einheit*）的「人民」概念，只能從規範性的意義來加以理解，從而有別於社會學上訴諸多樣性（*Vielheit*）的「人（*Menschen*）」。參見Kelsen (Fn.), S. 14 f. 關於這一點，並可參見Oliver Lep-

色。因此，Kelsen的多元民主觀便須面對「社會中的多元民意如何能透過民主的運作來形成一個單一的、領導國家行動的人民總體意志」的問題。在這裡，單憑多數決原則顯然還無法解決這個問題，因為直接並單純透過多數決原則來形成人民總體意志必須以實施全體人民直接民主為前提，然而由於許多自然與社會條件的限制<sup>35</sup>，要透過全體人民共同形成一個總體意志卻顯然是不可行的。Kelsen更指出，有鑒於民主的現實，我們除了承認「全體人民」無法等同於「有參政權人」之外，還必須更進一步承認「有參政權人」也無法等同於「實際作成政治決定的人」，亦即直接民主在現實民主運行中，必然要過渡成間接民主。職是之故，「代表（Repräsentation）」的觀念與必要性於焉產生<sup>36</sup>，從而個別人民對民主意志形成（demokratische Willensbildung）的影響力也因此退而侷限在對於其「代表」人選的決定<sup>37</sup>。據此，這個被民主體制經由代表所形塑出來的「（人民）總體意志」，便與每個個別的個人意志產生脫

---

sus, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung: Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, 1994, S. 14 f.

<sup>35</sup> 除了自然條件（例如年齡與心智健全程度）的必然限制外，諸如將奴隸與婦女排除在參政權主體的範疇之外，也當然構成人民意志形成參與者範圍的限縮，而這些在Kelsen看來卻無礙於人民意志形成的「民主」形式。詳見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 17 f.

<sup>36</sup> 關於代表在Kelsen理論中的規範定位，詳見以下參、一的討論。

<sup>37</sup> 詳見Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 17-19. 有鑒於這個「全體人民」與「實際完整參與人民意志形成之人（代表）」的必然落差，Kelsen於此點出了「政黨」在現實民主政治中的重要地位（Kelsen, ebenda, S. 19 ff.）。就Kelsen看來，正因為前述落差無可避免，所以政黨在兩者的過渡之間便勢必要扮演一個協助代表產生與意志形成的角色。由於這項功能的必要性在社會分殊化趨勢下日益強化，Kelsen認為，當代民主必然且無可避免地會成爲一個「政黨國（Parteienstaat）」（Kelsen, ebenda, S. 20）。

離<sup>38</sup>。更進一步來說，正因為Kelsen立基於多元民主的觀點，認定個體之間必然存在的差異性，所以對他而言，不可能期待在現實社會中能有所謂的完全一致的、單一的、共同的人民總體意志；然而，由於人民總體意志的形成在民主體制中又是不可或缺的，因此到頭來，我們就必須認定：該透過民主運作所形成的人民總體意志，其實是一種擬制的（fiktiv）總體意志，而非等同於現實中真正存在的（多元）民意。換言之，在多元民主的認知基礎上，這個領導國家行動的人民「總體意志」，是一個「必要的擬制」。

結合前面的討論於是可以得知，在Kelsen的多元民主理論中，為了因應民主的現實，所以必須要接受從「共識決」到「多數決」、以及從「直接民主」到「代議民主」的過渡。據此，人民總體意志的形成方式，便從「人民多數決」過渡成「民意代表的大多數決」。而從Kelsen的角度看來，由於實際存在的個別民意是多元的，因此由代表所形成的民主意志必須，也只能是一種擬制；也正因為它對於民主現實運作而言是一種必要的擬制，所以我們不能批評這樣的擬制無法表彰「真正的」民意，因為「真正的」民意是多元的，它本身無法匯集成一個統一的人民總體意志。在這樣的認識基礎上，我們於是可以發現，若要進一步掌握Kelsen的多元民主理論，則Kelsen對於以下兩個問題的回應方式顯然不容忽略：第一，既然總體意志的形成在多元民主中也當然是不可或缺的，那麼這個

---

<sup>38</sup> 這一點與Kelsen對於「人（Person）」與「意志（Wille）」的區分有關。正如同學者Lepsius的分析，對Kelsen來說，意志並不是現實（real）的。一旦意志被認為是一種實然的存在，就Kelsen看來便將使得意志成為因果律的一部分，因此不免導致意志可以被決定（determiniert）的結果，從而使人喪失自由。對此參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik* (Fn. 3), S. 407 f. 所以對Kelsen而言，總體意志當然不能作為一種現實存在而取代個人意志，是以必然與個人意志分離。



經過民主運作形成的、擬制的人民總體意志，究竟跟實際存在的、社會上個別人民的多元意志之間，處於什麼樣的關係？兩者間的衝突或落差要如何解決？第二，如前所述，Kelsen多元民主理論的關注焦點在於「如何使少數者的自由能在民主意志形成過程的同時獲得保障」；因此綜合前面的討論可知，因應民主的現實，Kelsen的多元民主理論毋寧必須進一步處理「從人民多數決過渡到代表多數決之後，少數者如何能被保障不受代表所形成的人民總體意志壓迫？」的問題。面對這兩個問題，Kelsen分別透過對議會（詳見以下參、一）與憲法法院（詳見以下參、二）角色定位的分析來加以解決。

## 參、現實中的多元民主

### 一、議會在多元民主中的核心地位

既然如前所述，現實中的民主無法期待直接民主的形式，而必須由代議民主加以取代，亦即由代表來落實人民總體意志的形成，所以對Kelsen而言，儘管民主與議會主義並非同義詞，但有鑒於民主的現實，議會制毋寧是實現民主唯一的實際途徑<sup>39</sup>。由此可知，在Kelsen的眼中，民主在現實中的制度設計勢必要走向議會民主，以議會作為整個國家民主秩序的核心；換言之，議會必須成為現實中實現民主的關鍵，因為它在民主的現實底下，必須肩負人民總體意志形成的任務。在另一方面，也正因為議會職司民主的落實，所以結合之前Kelsen對民主的理解，議會必須有能力在形成人民總體意志的同時，確保政治決定過程中少數者的權利<sup>40</sup>。到底就Kelsen

<sup>39</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 27.

<sup>40</sup> Kelsen因此強調，為議會主義而奮戰，即是為了政治自由而奮戰（Kelsen, *Vom*

看來，議會如何發揮這樣的功能？這就必須涉及「代表」與「（多數及少數間的）妥協」這兩個要素在Kelsen所理解之議會主義概念中的意義與彼此之間的關係。

前面曾經提過，經由直接民主到代議民主的轉換，個人（這裡當然指有參政權人）對於國家意志行程的參與退而侷限在選出真正完整參與政治決定作成之代表，而個人與代表之間的關係也正是透過這層選舉行為被建立起來。據此，Kelsen指出，議會主義指的是一套透過人民普遍且平等的選舉權行使，並依據多數決原則所產生之具有權威性的國家意志的機制<sup>41</sup>。如前所述，由於對Kelsen而言，一個作為國家意志（Staatswille）的人民總體意志沒有辦法，也不可能期待透過社會上每個個別人民自己來形成，因此在Kelsen為人所周知之「國家秩序只能被理解成法秩序」的理論前提<sup>42</sup>下，「人民總體意志」必須也只能透過作為「代表」之議會的管道加以形塑。正因為在前述多元民主重視個人自由的基礎上，「由代表來形成人民總體意志」的主張並非基於「社會中每個個別人民的意志

---

Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 28)。這個「議會是實現自由的關鍵」的看法，顯然恰恰呼應德國法秩序傳統看待議會地位與功能的方式，也正清楚表現出法律保留（Vorbehalt des Gesetzes）的法治國（Rechtsstaat）根基。對此參見Oliver Lepsius, Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug, Jura 2002, S. 259 ff., 261; ders., Verwaltungsrecht unter dem Common Law: amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, 1997, S. 207-216.

<sup>41</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 28.

<sup>42</sup> 關於Kelsen「法與國家同一性」的立場，參見Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Fn. 9), S. 16 ff.; ders., Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., (1960), Nachdruck 2000, S. 283 ff.; ders., Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 1928, S. 114 ff. 關於該立場所植基之應然（規範）與實然（因果法則）的區分並可參見Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911, S. 3 ff.

可以被代表」的論據（因為並無所謂在實然層次可以被代表的意志）<sup>43</sup>，而是著眼於「人民總體意志終究必須在法的層次被形成」的考量，所以我們並不能把議會這個「代表」形塑人民總體意志的過程，看成是某個特定之個別人民意志實現的過程，而毋寧必須將之視為「代表的擬制（Fiktion der Repräsentation）」<sup>44</sup>，亦即認知到：在議會主義之下，人民總體意志只能（擬制地）透過議會被表達出來<sup>45</sup>；也正因為這是一個擬制，所以議會代表的意志，就法的意義而言，毋寧是獨立於社會上個別人民之意志的<sup>46</sup>。換句話說，議會的意志，並不同於社會上個別人民的意志，它並不受到個別人民意志的拘束。在這樣的認知基礎上，Kelsen所理解的議會主義便呈現出一個重要的特色，亦即議會主義並不需要透過議會在實際上的確能夠表達、實現社會上個別人民的意志，來證明其正當性。綜合先前的說明可以看出：對Kelsen來說，人民與其代表之間的關係是建立在人民對代表的選舉之上，而兩者之間的關聯充其量也不過如此。Kelsen認為，議會主義毋寧表現出自由保障這個民主的根本要求、以及社會演進所帶來日趨分殊之社會分工的必然需求兩者之間的一種妥協<sup>47</sup>。基於這樣的妥協，議會作為人民的代表，於是負責形塑一個人民自己無法成就的、作為國家意志的人民總體意

<sup>43</sup> 對此可參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratie* in der Weimarer Republik (Fn. 3), S. 406. 並請參考前揭註38對於Kelsen理論中對「人」與「意志」之區分的說明。

<sup>44</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 30.

<sup>45</sup> 在這裡，Kelsen並且使用了民法上代理人（Stellvertreter）的概念來對此加以說明。參見Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 311-313; ders., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 30.

<sup>46</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 30 f. 這便是我們所熟知的自由委任。詳見Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 314.

<sup>47</sup> Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 29, 33.

志。據此，我們不能因為議會所形成的國家意志與社會上某個個人的意志相互矛盾，便指控議會主義因為沒有辦法貫徹個別人民的意志而宣告失敗，因為議會的意志本來就獨立於個別人民的意志，它是基於「人民總體意志必須在法的層次被形塑出來」的需要而形成<sup>48</sup>。綜上所述，我們甚至可以說，代表的擬制性格，其實正是Kelsen理論中保障個人自由不至於在人民總體意志形成的同時被犧牲的關鍵概念，因為正是基於代表的擬制性，我們才能確保個人意志不被國家意志所取代。換句話說，代表的擬制性在Kelsen的多元民主理論脈絡下，同時彰顯出「沒有任何特定個人可以透過人民總體意志的形成，取代他人的個人意志」的觀點。不過在另一方面，由於如同Kelsen對政治自由概念的理解，政治自由意味著個人對國家意志形成的積極參與<sup>49</sup>，因此個人自由若欲獲得真正的實現，當然必須進一步以「保障每個個別人民都有機會將自己的意志變成多數，進而使得自己的意志與代表全體人民的總體意志取得合致」為條件，從而針對前述「議會所負責形塑之人民總體意志與社會上個別人民之意志兩者間的落差」的問題，對Kelsen而言，便須在前面所提到的「多數與少數妥協」、特別是「少數永遠有機會變成多數」的認知層次上加以解決。

在多數決原則的討論中，Kelsen即透過多數決與議會主義的連結，來鞏固議會主義作為實現多元民主核心的正當性。Kelsen指出，正因為議會的議事程序藉由不同利益代表之間針對爭議與衝突進行討論、交換意見的過程，其制度目的無非就是在尋求一個最起碼的妥協，因此可以說，議會論其本質與功能，正是一個最能呼應

---

<sup>48</sup> 對此並參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratie* in der Weimarer Republik (Fn. 3), S. 406.

<sup>49</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 10 ff.

Kelsen所理解之多數決原則的現實場域<sup>50</sup>。Kelsen認為，議會的議事實務、特別是它所提供的將爭議交付公開辯論的制度空間，毋寧徹底表現出多數決原則所強調之對於少數的保障，因為現實中的議會主義透過公開程序<sup>51</sup>，確實保證各種不同的利益團體都能有表達意見的機會；從而透過意見的表達與交換，最後決定的作成（亦即國家意志的形成）將是一個各方利益彼此影響之後的產物，而非一個絕對價值的勝利。Kelsen因此特別強調，若要說議會此種特殊的意志形成的程序有何更深入的意義，那麼這項意義當僅存在於議會中不同利益經由議事程序之論辯過程所創造出來的合成物（Synthesis）之中：「（該合成物）並非當人們基於對議會主義之現實與意識型態的混淆時所錯誤假定的一個『更高的』、絕對的真理，亦即一個超越各種不同利益而存在的絕對價值，而毋寧是一個妥協。」<sup>52</sup>由此可以清楚看出，對Kelsen而言，議會正是因為足以確保這個多數與少數之間持續存在妥協的可能性，所以一方面能夠保證最後的民主意志決定是一個雙方立場互相影響之下的產物，另一方面更能因此保障少數隨時可望成為多數的機會。從Kelsen的角度看來，議會特殊的公開議事程序所提供的妥協空間，因此是議會主義得以解決議會所形成之（擬制的）人民總體意志與社會上多元民意之間落差的關鍵。正因為任何人在議會主義之中，都能基於議會保障妥協管道（而非保障特定觀點或價值）而擁有變成多數、變成代表的機會，所以任何人的意志都有可能透過成為多數而落實在議會意志之中，從而與議會所形塑之人民總體意志取得合致。如此

---

<sup>50</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 57 f.

<sup>51</sup> 關於議會議事程序的公開性，參見Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 354; ders., *Das Problem des Parlamentarismus* (Fn. 9), S. 1680.

<sup>52</sup> Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 58. 相關討論參見Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 359.

一來，在現實上也就無所謂「議會因無法貫徹（某個或某群）人民的意志而宣告議會民主失敗」的問題，因為在一方面，代表所形成之意志本來就不「代表」某個特定的個人意志，而毋寧是以一個（擬制地）代表總體之人民意志的型態呈現；在另一方面，個人對於議會意志的形成，也一向被賦予平等影響、參與的機會。據此，針對議會主義的種種弊端（例如議會與其所「代表」之人民的脫節），Kelsen也當然不認為可以從「議會主義違反人民主權」的角度加以批判。對Kelsen來說，這些弊端是現實上議會制需要改革的理由，而非據以根本推翻議會主義的原因<sup>53</sup>。

以上的觀察，足以突顯出議會在Kelsen勾勒之民主圖像的現實中所佔據的核心地位。簡單地說，議會主義之所以能成為Kelsen理論中實現多元民主的核心，正是因為它能透過確保多數與少數不斷尋求妥協的可能性，實現少數者的權利在人民意志形成過程中的保障，而其中的關鍵又正存在於議會特殊的公開議事程序。在這個基礎上，Kelsen非常強調議會組織的特性，也因此認定議會有別於其他的國家機關<sup>54</sup>。基於該組織特性，Kelsen更進一步認為議會立法是一種特殊的、創造國家秩序的法制訂（Rechtsetzung）過程，因為它以一種特殊的形式保障多數與少數持續妥協的可能性。據此，在這裡即已值得注意的是：議會所肩負的法制訂任務，從Kelsen的

---

<sup>53</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 33-37. Kelsen因此指出，即使是扮演民主秩序核心角色的議會，也必須加以控制，而Kelsen也正是在這個認知基礎上，討論議會兩院制（參見Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 352），以及憲法法院。關於後者之於民主秩序的意義，詳見以下參、二。

<sup>54</sup> 參見Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL 5* (1929), S. 2 ff., 52. 關於議會特殊性並參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 32, 57; ders., *Das Problem des Parlamentarismus* (Fn. 9), S. 1680.

角度看來，其實已在功能上有別於其他國家機關、特別是所謂「法適用（*Rechtsanwendung*）」機關的任務<sup>55</sup>。申言之，儘管Kelsen向來以主張「法適用」與「法制訂」活動兩者之間的相對性著稱<sup>56</sup>，亦即基於其法階層說，認為任何規範的創制對於其上位規範而言都是法適用、對於其下位規範而言則都是法制訂的行為，從而主張：一般所認定「立法是法的制訂、而司法及行政是法的適用」的看法，其實是忽略了法制訂與法適用兩者本質上的相對性所導致<sup>57</sup>，

---

<sup>55</sup> 關於「法制訂」與「法適用」兩者在德國法學方法論傳統下的區分，參見 Bernd Rüthers, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 1999, Rn. 640 ff.; Shu-Perng Hwang, *Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat? Eine rechtsvergleichende Analyse zur Kompetenzabgrenzung von Verfassungsgericht und Gesetzgeber in den USA und der Bundesrepublik Deutschland*, 2005, S. 127 ff.; Oliver Lepsius, *Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus*, in: Martin Bertschi u. a. (Hrsg.), *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 123 ff., 168. 中文討論可參見黃舒芃，憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，政大法學評論，81期，頁51-110、53-76，2004年。

<sup>56</sup> 參見 Hans Kelsen, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, Bd. 2, 1968, S. 1625 ff., 1629 f.

<sup>57</sup> 對此參見 Kelsen (Fn. 42), S. 240; ders. (Fn. 56), S. 1632. Kelsen 因此認為，在立法與司法之間，毋寧只存在量的（quantitativ）區別，而沒有質的（qualitativ）區別。參見 Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, *Die Justiz* VI, 1930/31, S. 576 ff., 586. 也因為 Kelsen 這樣的說法，使得一般針對 Kelsen 對於權力分立問題看法的解讀，往往都將焦點放在「法適用與法制訂的相對性」這個環節上。例可參見 Ulrich R. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, 1998, S. 218 f.; Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, 1999, S. 308 Fn. 118.

但是他的民主理論對議會特徵的描繪與強調，卻清楚表現出議會作為立法機關所被賦予的法制訂功能其實不容其他國家機關所取代，因為其法制訂過程意味並保證多元利益之間不斷的妥協。即使站在Kelsen的立論基礎上，肯定一般所認定的「法適用」機關，在將立法者創造出來的一般性法規範適用到個案的同時，也形同創造一個個別的法規範，亦即從某種角度看來也無非是一個「法制訂」的行為，但是這樣的「法制訂」與議會基於多元利益之間必須尋求妥協的需要，藉由多數與少數意志相互影響而創造出象徵最起碼妥協之一般性法規範的過程，終究無法劃上等號。這其中的關鍵，毋寧存在於議會與其他機關在民主秩序中受拘束程度與方式的不同：由於議會在多元民主中的首要任務在於促成多數與少數的妥協，因此其「法制訂」必須被賦予較大的活動空間，以使妥協（亦即一般性法規範的創造）成為可能<sup>58</sup>；相對地，司法與行政機關既然必須在「受一般性法規範拘束」的基礎上，處理其所職司個案性、細節性的事務，因此即使認為其將一般性法規範適用到具體個案的行為，也同時是一種對於個別法規範的創造，我們仍可在這「一般性」與「個別性」法規範創制過程所受拘束方式的不同當中，看出行政與司法於民主體制中所扮演之角色與議会的根本差異<sup>59</sup>。由此可見，

---

<sup>58</sup> 所以Kelsen才會在主張司法與立法兩權在本質無所區別（詳後述）的同時，不忘強調立法機關是法的「自由創造者（freier Schöpfer des Rechts）」，以此突顯出議會與（相對而言必須受到更多拘束之）法適用機關在權力行使方式上的不同。對此參見Kelsen (Fn. 54), S. 53.

<sup>59</sup> 參見Kelsen (Fn. 54), S. 55 f. 對行政與立法在這個意義上的區別參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 70. 所以，除非要去質疑Kelsen論點前後矛盾，否則若經由對其主張的總體觀察，我們就必須肯認：Kelsen之所以要強調法適用與法制訂活動之間差異的相對性，最主要無非是為了據此推翻傳統上將「法適用」視為機械性的、不包含任何意志要素的操作過程的看法，從而並不因此直接等於他認為兩者是完全同一的。進一步的討論，參見



即使法制訂與法適用活動本質的區分在Kelsen的法階層說中突顯出一定程度的相對性<sup>60</sup>，但基於兩者在民主秩序中被賦予之任務與受拘束程度的不同，議會的法制訂功能終究佔有一個特殊的地位，從而仍然足以與司法及行政行為相互區別。

就另一方面而言，如前所述，儘管議會得以在協助並促成多數與少數妥協的基礎上取得民主秩序中的正當性與核心地位，然而也正因為基於民主秩序所預設的多元性，沒有任何一個權力可以無條件壟斷民主意志的形成，否則將無異於承認「權力可以不受控制」的可能性<sup>61</sup>，所以對Kelsen而言，即使是議會也必須服從於民主秩序的制衡，否則一個完全不受任何控制的議會，在多數與少數的妥協機制遭受扭曲或阻礙的情況下，將無可避免導致少數者的權利終究被犧牲的後果，而與民主秩序保障少數的理念相背離。有鑒於此，正如同行政行為必須服從合法性的要求<sup>62</sup>一般，議會透過法制訂活動而創造出來的一般性法規範，在民主體制所處的法秩序當

---

Hwang (Fn. 55), S. 146 f.

<sup>60</sup> 事實上，即使單單著眼於Kelsen的規範理論，吾人仍能看出法適用與法制訂兩者之間的區別。關於這一點詳見Hwang (Fn. 55), S. 146 f.; 黃舒芃，同註55，頁73-75。

<sup>61</sup> 參見Kelsen (Fn. 54), S. 53 f. Kelsen在此強調，議會不受任何其他權力限制與控制，在某些情況下或許是被期待的，但從法學角度看來卻是行不通的。從這裡可以清楚看出Kelsen「法與國家同一性」立場的表現。詳後述。

<sup>62</sup> Kelsen指出，基於民主制底下行政合法性的要求，所謂行政民主化（亦即揚棄原有之行政官僚體系的上下階層關係）的主張是必須加以否定的，因為這種（特別在自治行政領域中）行政民主化的發展趨勢，足以造成不斷的去中心化，進而反而導致對民主秩序的破壞。Kelsen因此強調：行政合法性的鞏固對於民主的實現而言，是不可或缺的，因為合法性的落實方能展現出民主中行政的自我約制。參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 75 f.; ders., *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 366 ff. 氏並藉此證立對自治行政的合法性要求。

中，當須服從於合法性體系中合憲性的控制（*Verfassungsmäßigkeitskontrolle*），而其中扮演該合憲性控制角色的，便是 *Kelsen* 民主理論中的另一個關鍵權力：憲法法院<sup>63</sup>。

## 二、確保多元民主的關鍵：憲法法院

承接上述，*Kelsen* 基於「多元民主不容任何一個權力坐大」的觀點，主張議會也必須服從於法的控制。在這裡可以明顯看出：*Kelsen* 的規範理論與民主理論彼此交會，共同證立了憲法法院與違憲審查權的正當性。從規範理論的角度看來，違憲審查權固然可從法階層說順理成章地被導出<sup>64</sup>；不過憲法法院維護法階層說所強調之確保法秩序合憲性體系的任務，落實在多元民主秩序中，毋寧更透過其合憲性控制的功能，扮演控制議會、藉以維護多元民主的角色。更進一步而言，由於 *Kelsen* 認為國家秩序只能被理解為法秩序，從而民主控制也只能透過法層次的控制來進行，因此對 *Kelsen* 來說，要控制議會的權力、避免其濫用或扭曲導致對民主秩序的破壞，當然就意味著必須對議會所創造出來的法規範施以合憲性控制，從而憲法法院不但是合憲性控制的機關，更是一個（透過合憲性控制）維護民主秩序的機關<sup>65</sup>。*Kelsen* 強調，正因為民主的核心訴求在於確保個人、特別是少數者的自由，因此當少數者在議會法制訂的過程中被忽略或犧牲的時候，他必須能夠被保障得以向擔任議會控制者的憲法法院請求救濟的機會<sup>66</sup>。換言之，當議會喪失原本確保多數與少數妥協可能性的功能，以致於其所創設之法規

<sup>63</sup> 參見 *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 75.

<sup>64</sup> 詳見 *Kelsen* (Fn. 54), S. 43 ff.

<sup>65</sup> 關於 *Kelsen* 的規範理論與民主理論在這個點上的結合，可進一步參見 *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 75; ders. (Fn. 54), S. 80 f.

<sup>66</sup> 詳見 *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 57 f.

範不再是一個妥協的產物、也因此不再能保障少數者的自由時，憲法法院就必須透過其控制權力的發動，來遏阻該法規範對於民主秩序的破壞。**Kelsen**因此指出：「如果民主的本質被認為並非存在於毫無限制的多數統治，而是存在於議會內透過多數與少數而被代表之人民團體間持續不斷的妥協之中，那麼違憲審查權正是一個特別適合被拿來實現這項理念的手段。」<sup>67</sup>

由此可知，憲法法院在**Kelsen**多元民主的理解下，由於能透過合憲性控制權力的發動，來確保少數者的權利，亦即多數與少數之間持續妥協的可能，藉以控制並維護民主秩序的健全性，因此足以被視為確保多元民主的關鍵。換句話說，憲法法院的違憲審查之所以被認為是民主秩序中控制議會的必要權力，正是因為它保障了**Kelsen**的民主理論最重視的「妥協」。正因為「妥協」必須被維護，所以**Kelsen**才會強調「控制」的意義：「當代民主的命運，在相當高的程度上，毋寧繫於（民主秩序中）所有控制機制的體系性建構。欠缺控制的民主，長久而言是不可能存續的，因為一旦放棄合法性原則所表現的自我控制，便意味著民主的自我瓦解。」<sup>68</sup>從**Kelsen**對於憲法法院的此種「控制」定位，我們於是可以進一步釐清作為司法機關之憲法法院的「法適用」權力以及議會的「法制訂」任務兩者之間在**Kelsen**理論脈絡下的根本區別。

如前所述，儘管**Kelsen**的規範理論多次強調德國法學方法論傳統對於「法制訂」與「法適用」活動之區分的相對性，並且甚至據此主張（負責法制訂之）立法權與（負責法適用之）司法權在本質上的等同（*Wesensgleichheit*）<sup>69</sup>；在這個基礎上，**Kelsen**更認為，

---

<sup>67</sup> Kelsen (Fn. 54), S. 81.

<sup>68</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Fn. 9), S. 76.

<sup>69</sup> Kelsen (Fn. 57), S. 593 (Fn. 1).

執掌違憲審查權、從而有權宣告立法違憲的憲法法院，由於在宣告法律無效的同時，也等於是在（消極地）創制一個法規範，因此在功能上毋寧可被視為「消極的立法者（negativer Gesetzgeber）」<sup>70</sup>。然而，如果審慎觀察Kelsen在他的民主理論中對於憲法法院的功能定位，我們便不難發現，儘管有前述主張，卻絕對不表示Kelsen因此便認為憲法法院與議會的功能沒有不同、甚至因此在兩者之間無權力分立可言<sup>71</sup>。相反地，正是藉由其民主理論的鋪陳，我們可以特別清楚看出憲法法院與議會在多元民主中所扮演的角色勢必要有所區分。在一方面，如同前面所提到的，議會必須在國家意志的形成過程中，發揮讓各種相衝突的利益（多數與少數）彼此妥協、藉以形塑共識的功能；而在另一方面，正是為了保證議會實現這項促進多數與少數妥協的功能，所以必須有憲法法院的存在。換言之，憲法法院的任務正是在確保議會法制訂過程中的妥協功能，並且正是基於這項目的而擁有控制議會所制訂之一般性法規範的權力<sup>72</sup>。由此可知，憲法法院並非、也不被容許透過其規範違憲審查的權力，來形成一個議會意志以外的意志，並藉此推翻、取代議會所形成的意志。基於前述功能，憲法法院必須是為了維護（或者說「藉由控

---

<sup>70</sup> 詳見Kelsen (Fn. 54), S. 55 f.

<sup>71</sup> 此與Kelsen對權力分立概念的理解有關。Kelsen指出，法適用與法制訂的區分相對性之所以不妨礙司法與立法之間的權力分立，是因為權力分立本來就不意味著各個公權力之間處於完全孤立、分離的關係，而毋寧是強調權力之間必須相互制衡，也因此權力分立能否得到落實，端視權力的合憲性控制能否發揮。對Kelsen來說，憲法法院的正當性正是建立在它的控制權力之上，從而當然不違反權力分立的要求。詳見Kelsen (Fn. 54), S. 55.

<sup>72</sup> 這裡所指的主要當然是憲法法院的規範審查（Normenkontrolle）權。關於Kelsen對於憲法法院其他違憲審查程序（例如機關爭議（Organstreit）、聯邦權限爭議（föderative Streitigkeiten）等等）的討論，可參見Kelsen (Fn. 54), S. 73-84; ders. (Fn. 57), S. 593 (Fn. 1).

制來維護」) 議會容納多元民意、使多數與少數之妥協成為可能的目的來發動違憲審查，而這也才是憲法法院在多元民主中的正當性基礎所在。所以，對Kelsen而言，憲法法院固然可以被稱為「消極立法者」，但是它絕非議會之外另一個形塑人民意志的機關，也因此其宣告法律無效的權力不能被視為「取代」議會所形成的人民總體意志，而必須被視為為了防止議會形塑民意功能的扭曲而發動的「控制」<sup>73</sup>。

正是在這個功能區分的基礎上，Kelsen特別強調憲法法院作為一個規範控制機關（而非民主意志之形成機關）所必須遵循的權力界限：首先，既然憲法法院只是一個在確保國家功能合憲性的基礎上控制議會決定的機關，而非有權任由其自身意志來取代議會決定的機關，因此對Kelsen來說，確保憲法法院權力行使的客觀性，便成為確保憲法法院不致透過違憲審查權的發動來貫徹自己意志、取代議會意志的關鍵。更具體而言，唯有當憲法法院違憲審查權的發動是站在適用憲法、受憲法拘束的前提下進行的時候，方能證明其權力行使並非源自主觀恣意，而是一個根據憲法規範所能導出的結果<sup>74</sup>。所以Kelsen也才會強調，憲法所提供憲法法院法適用的規範依據，必須盡可能摒除諸如道德、正義等足以導致憲法法院主觀恣意入侵的概念使用，因為如此一來便將容易導致由憲法法院的意志決定（而非憲法規範本身！）取代議會意志決定的後果，進而導致「從議會到憲法法院」的權力轉移（Machtverschiebung）<sup>75</sup>。其次，也正因為憲法法院是一個必須為了確保多元民主的目的而存在

<sup>73</sup> 基於這樣的認識，我們可以看出：部分學者將憲法法院稱為「替代立法者」（Ersatzgesetzgeber）的說法恐怕有其誤導性。此說法參見van Ooyen (Fn. 3), S. 133.

<sup>74</sup> 參見Kelsen (Fn. 54), S. 70.

<sup>75</sup> Kelsen, ebenda.

的規範控制機關，所以其權力發動當然不容破壞多元民主所強調「沒有任何一個權力可以取得壟斷地位」的初衷。換句話說，在多元民主的背景下，即使是被視為「憲法守護者」的憲法法院<sup>76</sup>也不能毫無限制地恣意行使其權力，而毋寧必須服從於其所適用之憲法規範對其權力的拘束。更具體而言，規範控制機關同樣必須受到控制，從而司法「受（憲）法拘束」的誠命當然也適用於憲法法院<sup>77</sup>。由上可知，Kelsen對於憲法法院權力「受拘束性（Gebundenheit）」的強調，在他的民主理論中，無疑不僅足以澄清憲法法院與議會在民主現實當中所扮演角色的區別，也有助於防止憲法法院的控制權力反過來造成對民主多元性的破壞。

以上的說明總體看來，適足以突顯出Kelsen的民主理論重視多元性與價值相對性的特色。Kelsen即明白指出，相對主義（Relativismus）是一種民主思想所預設的世界觀<sup>78</sup>。也正是透過多元主義與相對主義在民主體制下的具體表現，方才突顯出民主的本質與價值。在此等認知基礎上，於是可以從Kelsen對於議會及憲法法院的功能分析及其重要性的描述，看出Kelsen對結果開放性的強調<sup>79</sup>。在Kelsen的民主理論中，明顯並不預設任何的實質立場或特

---

<sup>76</sup> 「憲法守護者」的稱謂乃是對應C. Schmitt的用語而來。在Schmitt的理論脈絡下，「憲法守護者」必須由總統來扮演。其「護憲」的方式自然與由Kelsen觀點推導出來的憲法法院截然不同。對此參見C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1958, S. 63 ff.; ders., *Der Hüter der Verfassung* (1931), 4. Aufl., 1996, S. 132 ff.

<sup>77</sup> 關於這點參見van Ooyen (Fn. 3), S. 138.

<sup>78</sup> Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 101.

<sup>79</sup> 參見Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Fn. 9), S. 103 f.; ders., *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 9), S. 368 ff. 對此並參見Lepsius, *Staatstheorie und Demokratie* in der Weimarer Republik (Fn. 3), S. 411.

定的價值導向，也正因如此，所以「妥協」才成為Kelsen理論脈絡下的核心概念。對Kelsen來說，多元民主基於維護個人自由的目的，唯一必須確保的就是在民主意志形成過程中，多數與少數之間不斷互相影響與妥協的可能性，也因此現實中議會與憲法法院的存在，都必須服膺於該「妥協」的訴求。據此，正如同議會民主並不代表議會的絕對統治一般，作為憲法守護者的憲法法院也不能因為負有護憲的任務，便藉此之名凌駕議會、主宰統治。「憲法守護者」因此絕不意味著對於任何一個特定價值立場的守護，而毋寧必須象徵民主多元性的守護<sup>80</sup>。

#### 肆、結 語

站在前述基礎上，我們於是可以從多元民主的角度，來理解憲法的意義。正是在Kelsen多元民主理論的背景下，我們才能從根本瞭解：何以Kelsen會認為，憲法不預設任何絕對的價值或者特定的、同質的利益統一體（*Interesseneinheit*），而毋寧是預設一個多元利益彼此之間的妥協（*Interessenkompromiß*），並據此批評Schmitt將其民主與憲法理論建立在主權者決定（*souveräne Entscheidung*）之上的觀點<sup>81</sup>。也正是基於此等歧異，使得Kelsen與

---

<sup>80</sup> 參見van Ooyen (Fn. 3), S. 190. 並參見ders., *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*, 2005, S. 188.

<sup>81</sup> 對此詳見Kelsen (Fn. 57), S. 601-627. 關於Schmitt理解下的「主權者決定」概念及其地位，參見Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), 7. Aufl., 1996; 另可參見Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 344 ff., 350 f.; Reinhard Mehring, *Macht im Recht. Carl Schmitts Rechtsbegriff in seiner Entwicklung*, *Der Staat* 43 (2004), S. 1 ff., 7 ff.; Hasso Hofmann, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand

Schmitt對於憲法法院所領導的集中型違憲審查制度應否建立，導向截然不同的看法。對Schmitt而言，憲法法院由於欠缺擔當主權者決定的能力與資格而應被否決<sup>82</sup>；但在Kelsen看來，憲法法院的存在卻是必須的，因為作為一個適用憲法的規範控制機關，憲法法院絕對具有維護多元民主中多數與少數妥協可能性的條件。因此如前所述，從民主的角度看來，憲法法院其實必須扮演守護民主多元性的角色，從而「憲法守護者」的意義，當然也絕不意味著憲法法院的獨大，因為如此一來勢將違反多元性的要求。

雖然德國二次戰後在Kelsen的規範理論影響之下，建立起以聯邦憲法法院為首的集中型違憲審查制度，學界並且（特別在聯邦憲法法院違憲審查權發展初期）如同Kelsen所強調一般，在釋義學上著眼於憲法解釋客觀性的維護<sup>83</sup>。不過，由於納粹時期的歷史教訓<sup>84</sup>，以及學者Rudolf Smend等人之理論在戰後的影響，多少使得

---

entscheidet“，Der Staat 44 (2005), S. 171 ff.

82 Schmitt這個看法源自於他認為司法權不能涉足政治性的決定。詳見Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (Fn. 75), S. 79-81; ders, *Der Hüter der Verfassung* (Fn. 75), S. 36 ff. 關於立法決定與司法決定的區別並參見Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912), 2. Aufl., 1969, S. 68 f.

83 對此參見Ralf Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in: R. Dreier/F. Schwegmann (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, S. 13 ff., 15; Ernst Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in: Dreier/Schwegmann (Hrsg.), *ebenda*, S. 51 ff., 53 ff.; Cornelius Simons, *Grundrechte und Gestaltungsspielraum. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Prüfungsinstrumentarium von Bundesverfassungsgericht und US-amerikanischem Supreme Court bei der Normenkontrolle*, 1999, S. 19 ff.

84 德國學界普遍認為，聯邦憲法法院之所以被賦予強大而完整的權限，主要乃是建立在（納粹）歷史經驗的基礎上。可參見Rudolf Dolzer, *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, 1972, S. 36.



Kelsen強調價值相對、社會多元、結果開放的民主觀與憲法思想，在聯邦憲法法院頗具價值導向的發展趨勢<sup>85</sup>之下，並未於憲政實務中完整突顯出它的地位<sup>86</sup>。然而透過前面的分析，我們可以看出，

---

<sup>85</sup> 許多德國學者認為，戰後在所謂「實質法治國」的背景之下所導向之基本權客觀面向的發展趨勢，可溯及Smend理論的影響。對此參見Forsthoﬀ (Fn. 82), S. 53 ff., 62 (Fn. 18); Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 115 ff., 129 ff.; Wilhelm Hennis, Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz, JZ 1999, S. 485 ff., 492; Stefan Koriöth, Integration von Norm, Wert und Wirklichkeit. Verfassungstheorie und Verfassungsrecht bei Rudolf Smend, in: M.-S. Lotter (Hrsg.), Normenbegründung und Normenentwicklung in Gesellschaft und Recht, 1999, S. 200 ff., 215. 對於Smend在戰後的影響力較全面的檢視，並可參見Frieder Günther, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integratioin 1949-1970, 2004. 在此影響之下，聯邦憲法法院明白宣示：基本法無意成爲一個價值中立 (wertneutral) 的秩序 (對此參見BVerfGE 7, 198 (204 f.))。針對此「價值秩序」導向之發展而來的批評爲數衆多。例可參見Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, FS E. Forsthoﬀ, 1967, S. 37 ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 67 ff.; ders., Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung,, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 29 ff., 49 ff.; Helmut Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, 1973, S. 135 ff.; Erhard Denninger, Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung. Zur Entwicklung der Grundrechtsjuridikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: M. Tohidipur (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik. Zur verfassungsrechtlichen und politischen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts, 1976, S. 163 ff. 對此發展趨勢之辯護則可參見Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 137 ff., 477 ff.; Bernd Rüthers, Rechtsordnung und Wertordnung. Zur Ethik und Ideologie im Recht, 1986, S. 19 ff., 25 ff.

<sup>86</sup> 這一點似可從戰後防衛性民主 (streitbare Demokratie) 思想的體現得到若干印證。儘管如此，這當然並不意味著基本法因此即完全無視於多元民主對於政治

在多元民主的基礎上，Kelsen不但能透過精簡的分析，成功地推論多元民主如何在現實政治環境中獲得實踐，如何透過各國家機關功能的佈局而被確保，更藉此為當代民主的難題，包括多數決、代議政治、政黨政治，乃至於自治行政，提供相當一貫而穩固的理論基礎，甚且該理論基礎又能透過規範論而在實證法上得到佐證與強化。從Kelsen的民主論述，我們可以感受到理論的一貫性所帶來的堅實說服力，也能在這樣的基礎上，領會一種完整理解憲法學的方式。而議會與憲法法院這兩個在當代民主中所扮演之角色越來越容易發生衝突的國家機關，究竟應如何尋找各自的規範定位，藉以尋求彼此間權限分際的釐清，似乎也更能從Kelsen所架構的多元民主圖像中得到啟發。

---

自由與結果開放的訴求。相關討論可參見 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 289 ff., 323-326. 另參見 Haltern (Fn. 57), S. 151 ff.

## 參考文獻

### 一、中文

1. 王鵬翔，規範與邏輯：Hans Kelsen晚期規範理論之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1997。
2. 李建良，民主政治的建構基礎及其難題：以「多元主義」理論為主軸，憲法理論與實踐(一)，台北：學林，頁7-54，1999。
3. 張旺山，國家的靈魂：論史密特的主權概念，政治與社會哲學評論，12期，頁95-140，2005年。
4. 黃舒芃，德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡：從H. Kelsen與C. Schmitt的辯論談起，政治與社會哲學評論，5期，頁123-162，2003年。
5. 黃舒芃，憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，政大法學評論，81期，頁51-110，2004。
6. 陳櫻琴，純粹法學派宗師——凱爾生，月旦法學雜誌，66期，頁205-211，2000。
7. 顏厥安，再訪法實證主義，法與實踐理性，台北：允晨，頁235-335，1998。
8. 蔡宗珍，卡爾·史密特之憲法概念析論，政治與社會哲學評論，5期，頁75-122，2003。

### 二、外文

1. *Achterberg*, Norbert, Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratischer Sicht, in: W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie, Beiheft 4, 1982, S. 147 ff.
2. *Alexy*, Robert, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.

3. *Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung,, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main 1991, S. 29 ff.
  - Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main 1991, S. 67 ff.
  - Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main 1991, S. 115 ff.
  - Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main 1991, S. 344 ff.
  - Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main 1991, S. 289 ff.
4. *Caldwell*, Peter C., Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism, Durham and London 1997.
5. *Denninger*, Erhard, Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung. Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik. Zur verfassungsrechtlichen und politischen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts, 1976, Frankfurt am Main, S. 163 ff.
6. *Di Fabio*, Udo, Demokratie im System des Grundgesetzes, in: FS P. Badura, Tübingen 2004, S. 77 ff.
7. *Dolzer*, Rudolf, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1972.
8. *Dreier*, Horst, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990.
9. *Dreier*, Ralf, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976, S. 13 ff.
10. *Dreier*, Ralf/Schwegmann, Friedrich (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976.

11. *Forsthoff*, Ernst, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976, S. 51 ff.
12. *Friedrich*, Manfred, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997.
13. *Goerlich*, Helmut, Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1973.
14. *Grimm*, Dieter, Um Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen, in: W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie, Beiheft 4, 1982, S.151 ff.
15. *Günther*, Frieder, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integratioin 1949-1970, München 2004.
16. *Haltern*, Ulrich R., Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus, Berlin 1998.
17. *Hennis*, Wilhelm, Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz, in: JZ 1999, S. 485 ff.
18. *Heun*, Werner, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen – Struktur – Begrenzungen, Berlin 1983.
19. *Hofmann*, Hasso, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (1964), 4. Aufl., 2002, Berlin.  
- „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, Der Staat 44 (2005), S. 171 ff.
20. *Hwang*, Shu-Perng, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat? Eine rechtsvergleichende Analyse zur Kompetenzabgrenzung von Verfassungsgericht und Gesetzgeber in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2005.
21. *Jestaedt*, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.

22. *Kelsen, Hans*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVD-StRL 5 (1929), S. 30 ff.
- Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: die Justiz VI, 1930/31, S. 576 ff.
  - Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), 2. Aufl., Tübingen 1963.
  - Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Nachdruck der 2. Aufl. (1960), Nachdruck, Wien 2000.
  - Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
  - Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911.
  - Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1928.
  - Das Problem des Parlamentarismus, in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 2, Wien 1968, S. 1661 ff.
  - Zur Soziologie der Demokratie, in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 2, Wien 1968, S. 1729 ff.
  - Demokratie, in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 2, Wien 1968, S. 1743 ff.
  - Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 2, Wien 1968, S. 1625 ff.
23. *Korioth, Stefan*, Integration von Norm, Wert und Wirklichkeit. Verfassungstheorie und Verfassungsrecht bei Rudolf Smend, in: Maria-Sibylla Lotter (Hrsg.), Normenbegründung und Normenentwicklung in Gesellschaft und Recht, Baden-Baden 1999, S. 200 ff.

24. *Lepsius*, Oliver, Besprechung von van Ooyen, Robert Chr., Der Staat der Moderne, Der Staat 43 (2004), S. 161 ff.
- Verwaltungsrecht unter dem Common Law: amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, Tübingen 1997.
  - Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik, in: C. Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden 2000, S. 366 ff.
  - Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug, Jura 2002, S. 259 ff.
  - Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Martin Bertschi u. a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 1999, S. 123 ff.
  - Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung: Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München 1994.
25. *Mehring*, Reinhard, Macht im Recht. Carl Schmitts Rechtsbegriff in seiner Entwicklung, Der Staat 43 (2004), S. 1 ff.
26. *van Ooyen*, Robert Chr., Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, Berlin 2003.
- Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005.
27. *Rüthers*, Bernd, Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, München 1999.
- Rechtsordnung und Wertordnung. Zur Ethik und Ideologie im Recht, Konstanz 1986.
28. *Schmidt*, Manfred G., Demokratietheorien. Eine Einführung, 3. Aufl., Opladen 2000.
29. *Schmitt*, Carl, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis (1912), 2. Aufl., München 1969.
- Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, Berlin 1958, S. 63 ff.

- Der Hüter der Verfassung (1931), 4. Aufl., Berlin 1996.
  - Verfassungslehre (1928), 5. Aufl., Berlin 1970.
  - Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922), 7. Aufl., Berlin 1996.
  - Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 7. Aufl., 5. Nachdruck der Ausgabe von 1963, Berlin.
  - Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, FS Ernst Forsthoff, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, S. 37 ff.
30. *Simons*, Cornelius, Grundrechte und Gestaltungsspielraum. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Prüfungsinstrumentarium von Bundesverfassungsgericht und US-amerikanischem Supreme Court bei der Normenkontrolle, Berlin 1999.
31. *Stolleis*, Michael, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band: Staatsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München 1999.



# **The Demand for Freedom in a Pluralistic Democracy: An Analysis of Hans Kelsen's Democratic Theory**

Shu-Perng Hwang<sup>\*</sup>

## **Abstract**

In comparison with his Norm Theory, especially the Pure Theory of Law, Hans Kelsen's democratic theory seems to be less familiar to Taiwanese scholars. However, Kelsen's democratic theory is not only closely related to and supported by his legal philosophical standpoint, and thus is worth exploring from the theoretical point of view, but also deserves attention for the practical reason that Kelsen's democratic theory which is based on pluralistic democracy (in contrast to Carl Schmitt's view on democracy) enables us to rethink and to reexamine the realization as well as development of democracy in a pluralistic society and in this way helps improve our modern democratic institutions. Therefore, this essay aims to explore the meaning and the core function of pluralistic democracy from Kelsen's point of view by carefully analyzing his related materials. Through this research, I will explain why

---

<sup>\*</sup> Dr. iur. University of Munich, LL.M. (Columbia), Assistant Research Fellow, Institutum Iurisprudentiae (Preparatory Office), Academia Sinica.

Received: March 22, 2006; accepted: October 2, 2006

both legislators (Parliament) and the Constitutional Court should play a leading role in Kelsen's theory. Moreover, the key point to democracy, namely the balance between the people's will (*Gesamtwillen*) and individual freedom, will be clarified.

**Keywords:** Democratic Theory, Pluralistic Democracy, Freedom, Majority Principle, Representation, Compromise, Parliament, Constitutional Court, Relativism