

實證法如何保障個人自由 ——凱爾森多元民主與規範理論的價值關懷

王進文

摘要：作為現代分析實證主義法學家的凱爾森，由於標榜將公平、正義等價值論域懸置的純粹法學而被視為自由主義的對立面。不過，凱爾森秉持的是客觀主義的世界觀，在認知論層面表現為客觀認知主義與經驗批判主義，在價值論層面堅持價值相對主義與客觀個人主義，進而推導出法學上實證主義的必要性。在此基礎上，其民主理論與規範理論具有密切的聯繫，前者的展開為後者的實施預設了現實條件，但這種聯繫往往被研究者忽視。本文首先通過對凱爾森客觀主義世界觀的分析，指陳其實證法學不但有對相對主義的堅持，也有對個人主義的關懷；其次，通過梳理與分析其民主理論，闡明其所持的乃是一種經由多數表決產生總體意志、講求多數與少數之間的妥協和注重保障少數者自由的多元民主理論；再次，通過分析議會和憲法法院在憲政體制中的地位與作用，闡釋規範理論與民主理論之內在聯繫，彰顯其對個人自由（以及平等）的價值關懷；最後，則是初步闡釋其多元民主與規範理論對中國法治建設所可能存在的積極意義。

關鍵詞：客觀主義 價值相對主義 多元民主 規範理論 自由保障

The Demand for Individual Freedom in A Positive Law Order: Comment on Hans Kelsen's Pluralistic Democracy Theory and the Pure Theory of Law

WANG Jinwen

(School of Law, Central South University)

Abstract: As a famous analytical positivist jurist, Hans Kelsen's Pure Theory of Law is often regarded as the opposite of Liberalism because it rejects the values of fairness and justice. He criticized the theory of absolute justice based on the objective cognitivism and value relativism that both come from the objectivist world outlook. The democracy and Norm are closely linked in his theory, and the former presupposes the reality conditions for the implementation of the latter. But the connection has always been ignored in the previous research. This article firstly points out that Kelsen's theory of protecting individual freedom is based on his special world outlook. Secondly, it explains that the General Will is produced by the majority voting, the matters may be alleviated through the compromise between the majority and the minority, and the will of the majority is protected in this democracy. Thirdly, it analyzes the status and role of the parliamentary and the constitutional court in the representative democracy system, and it points out that the latter is the guardian of the Constitution. Both theories suggest Kelsen's concern for the freedom and equality of everyone. Final, it attempts to explore the positive significance for the construction of rule of law in China.

Keywords: Objectivism, Value Relativism, pluralistic democracy, the Pure Theory of Law, the guardian of freedom

* 本文系2017年度國家社科基金一般項目“‘人的尊嚴’理論發展與本土化建構研究”（17BFX164）；2016年度教育部人文社科重點研究基地北京大學憲法與行政法研究中心重大項目“協商民主與國家治理現代化研究”（16JJD820003）；上海交通大學凱原法學院憲法與國家治理研究中心階段性學科建設規劃內容階段性成果。

收稿日期：2020年6月20日

作者簡介：王進文，法學博士，中南大學法學院副教授

一、緒論

漢斯·凱爾森 (Hans Kelsen) 是20世紀最具影響的法學家之一。他的純粹法學 (Pure Theory of Law / Reine Rechttheorie) 並不如其所宣稱的那樣是一種脫離政治的法學理論，而是與自由主義的多元民主之間存在非常緊密的關係——雖然凱爾森自己並不認為他的純粹法學理論是一種自由主義的意識形態，他也並未想要用純粹法學來論證任何樣態的政治秩序，不過，認為可以存在一種中立的 (規範) 科學本身就是一種自由主義意識形態的產物。事實上，作為法律實證主義者的凱爾森，也是一個自由主義的法學家。¹ 但是，相較於其規範法學特別是實證主義的純粹法學所受到的重視程度及所取得的豐碩研究成果，他的民主理論卻甚少被關注。² 從晚近的研究與檢討來看，凱爾森獨特的民主理論在他的法學理論尤其是作為基礎規範的憲法理論中佔據着相當重要的地位。本文傾向於認為，他的民主理論的展開為法的規範理論的實施預設了現實條件。³ 換言之，其規範理論在現實層面便落實為民主制度，而後者則恰恰是其民主理論的具體化鋪陳，從而，欲理解凱爾森法學規範理論的具體制度設計，其民主理論無疑是不容忽視的環節。⁴

凱爾森的民主理論產生於20世紀20-30年代歐洲“民主的危機”特別是魏瑪共和這一國家法學的英雄時代。如果說醫學的進步需要感謝那些獻出遺體的人，國家法學的發展便應得益於那些歷經生死但保存着完整生命記錄的政體。作為德國歷史上與君主制決裂後的首次民主政治嘗試，如同古典時代的雅典和文藝復興時期的佛羅倫薩，魏瑪共和是一個不折不扣的憲法實驗室，也是意識形態的競技場。自由民主的敵人居然能夠利用自由民主的法律從內部推翻自由民主本身，這一悖論式的實踐顯得過於突兀，使得它至今依然是國家法學論爭中揮之不去的話題。黑雲壓城，天地玄黃，圍繞如何合理地構想政治統治的正當性與合法性問題，以凱爾森與卡爾·施米特 (Carl Schmitt)、魯道夫·斯門德 (Rudolf Smend) 以及赫爾曼·海勒 (Hermann Heller) 等為主角的爭鳴雖已謝幕，純粹理論性的探討與開展也不再為多數學者所熱衷，但這並不意味着彼時的思想矩陣僅剩下學術史或思

¹ 早在魏瑪時代，卡爾·施米特就頗具洞見地指出，凱爾森所持的法理論是一種對自由主義進行辯護的意識形態。參見〔德〕卡爾·施米特：《政治的概念》，劉宗坤譯，上海：世紀出版集團、上海人民出版社，2004年，第27頁。

² 即便存在將其規範理論與民主理論相聯繫的研究，論述的視角也往往局限於憲法法院機制與民主原則的衝突，而未及於兩者之間的深層互動。對此，可參見〔德〕迪特·格林：《論凱爾森的解釋學說、憲法法院機制與民主原則之間的關係》，張龔編譯：《法治國作為中道：漢斯·凱爾森法哲學與公法學論集》，北京：中國法制出版社，2017年，第359-370頁。

³ 戴岑豪斯 (David Dyzenhaus) 便在其研究中特別提醒到，凱爾森的純粹法學理論與其民主觀念之間的相似性，“相比而言，理解民主機制的理性和簡約化效果比理解凱爾森的法律概念更容易些，因為凱爾森主張法律的形式能夠容納任何內容。”參見〔加〕大衛·戴岑豪斯：《合法性與正當性：魏瑪時代的施米特、凱爾森與海勒》，劉毅譯，北京：商務印書館，2013年，第172頁。

⁴ 當然，就凱爾森的民主理論與規範理論的聯繫而言，從基礎規範的角度亦可得到論證。例如，張龔便以基礎規範作為一種範疇轉換功能的角度，證成了其規範理論必然指向民主立憲程序，“在此意義上長久以來困擾凱爾森研究者的問題，其法學理論與民主理論相互脫節，可以通過這種詮釋融會貫通。”參見張龔：《從基礎規範看現代立憲轉型之道》，《南京大學法律評論》2014年秋季卷，第3-24頁。

想史的意義。⁵“魏瑪的根本問題既不是憲法的問題，也不在於法律理論，而是因為缺少足夠多擁護民主的人。”⁶這一論斷如果能夠成立的話，至少表明，直到今天我們仍需要認真與嚴肅地對待那些為民主進行論證與辯護的學者與學說，而凱爾森無疑是其中的焦點之一。

本文並非從政治學或政治哲學角度探討凱爾森的民主理論，而是在於通過梳理其規範理論與民主理論之間的內在聯繫，彰顯對個人自由法保障這一價值關懷之所在⁷：首先，通過對凱爾森所秉承的客觀主義世界觀的闡釋，本文從其認知論上的客觀主義取向和價值論上的相對主義立場，可以推衍出其規範理論與民主理論的要旨；其次，經由對凱爾森民主理論的梳理與分析，可以發現其所持之民主乃是一種經由多數表決產生總體意志、講求多數與少數之間的妥協和注重保障少數者之自由的多元民主理論；再次，通過辨析其規範理論與民主理論之間的關係，彰顯凱氏對自由和平等的價值關懷，並在此基礎上分析議會和憲法法院在憲政體制中的地位與作用，藉此澄清於矯正以往人們對於凱爾森民主理論與規範理論可能會導致多數人之暴政乃至服務於極權主義的錯誤指摘，彰顯憲法與作為“憲法的守護者”之憲法法院在民主體制中的制度定位；最後，則是在上述基礎上評析其理論得失，並初步闡釋多元民主與規範理論對當下中國法治建設所可能存在的積極意義。

二、客觀主義世界觀：經驗批判主義的認知論與相對主義的價值論

所謂世界觀，通常是指對世界的整體認知圖像。由這個圖像出發，才能對個別領域做進一步的研究。事實上，在證明一個命題時，必然需要引用另一個命題為基礎，而這一過程推演到最後，會發現某個（些）命題是無法通過其他命題來證明的。換言之，人類的理性不可能完全證明所有的前提，其推理仍需要建立在某種假設之上，而世界觀便是對這種假設的概括。因此，對於科學研究尤其是社會科學研究而言，一個特定的世界觀是不可或缺的。某從種意義上說，法學上的對立最終都可以回溯到世界觀的對立。

世界觀所探討的是作為主體自我即人本身如何面對客觀世界的問題，基於出發點的不同，大致而言會產生主觀主義與客觀主義這兩種不同的世界觀。前者傾向於將自我主體的認知及價值觀投射到客觀世界，進而傾向於以自我的觀點來認知與改造世界；後者認識到客觀世界並不僅僅存在自我這一主體，而是認識到客觀世界規律的存在，主體只能發現認知但不能改變客體的規律。因此，不同的世界觀會產生不同的認知理論，並形成不同的價值觀。

⁵ 化劍為犁，當德國民族以開放的姿態擁抱自由之際，魏瑪國家法學思想矩陣散發出來的光芒穿過時空——在基本法時代，凱爾森式的純粹形式法治和施密特政治決斷論都得到反思矯正：前者沒有國家的國家學蔚為後民族國家現代開放社會的憲法學，後者所主張的實質憲法則以將自然法的基本價值原則進行實體化的方式獲得堅實的價值根基；斯門德的整合理論提供了一個良好的基礎，可以在憲法規範中承載各種關於價值的討論，也更容易使得政治上或社會中的爭議問題以法律爭議的形式出現，從而與戰後所發展價值導向的基本權理論之間建立了密切的聯繫；至於海勒，雖然在戰後受關注或引用的程度相對不那麼高，但他對社會法治國的討論，仍被認為構成了基本法秩序採納社會國原則的理論基礎。

⁶ [加]大衛·戴岑豪斯：《合法性與正當性》，第6頁。

⁷ 事實上，在筆者看來，凱氏的規範法學在很大程度上可以被看作是政治哲學的目標，因為規範法學的規範性不等於規範本身，甚至基礎規範是作為法學概念還是政治哲學概念而存在亦不無可商之處，至少它對政治哲學之貢獻相較於法學而言未遑多讓。

具體到凱爾森，他接受與秉承的是甚麼樣的世界觀呢？答案是客觀主義。⁸ 對他而言，世界並非只有作為主體自我存在，整個世界毋寧是一個外於自我的且不能為自我所操控的客觀規律所形成的整體性存在。從這一世界觀出發，在認知論層面，凱爾森強調科學認知的重要性。他接受了新康德主義對於自然科學與精神科學的劃分——在他看來，科學特別近代科學由於清楚地區分了客觀性與主觀性的差別，使我們更加自覺地認識到客觀世界與主觀認知之間存在的落差——兩者的區分，意味着我們應明確地認識到作為主體的人類自身與外在於前者的客觀世界的運作方式是不同的，從而意味着自我意識的出現。同時，這也意味着我們不能以自身的行為或認知來解釋客觀世界。換言之，以人類自身的理性與理解能力，我們不應認為存在一個可以作為絕對真理標準的理念存在。基於客觀主義的立場，凱爾森認為，主觀主義世界觀的謬誤在於將自我主體的認知擴大到整個世界，進而主張一種絕對的真理觀的存在，否定理性批判的可能性。這便是凱爾森對傳統的形而上學的二元論的批判，也是對經驗主義的批判。因此，我們可以說，凱爾森在認知論層面上採取了一種相對主義的立場，人們所認知的真理只是在特定條件下形成的判斷，經驗只能在一些特定條件為人所認知，個人不可能認知到一種超越經驗之外的形而上學意義的絕對真理。⁹

在價值論層面，客觀主義世界觀認為，除了自己之外，世界上還有許多不能由自己去衡量的其他主體存在，而自我意識的形成，也意味着我們不一定要服從群體——個人主義的想法由此產生。¹⁰ 因此，我們應重視作為個體的他人的主體地位的存在。正因為他人與自己擁有同等的價值，他人與自己觀點的不同，便不必然絕對是錯誤的。這便是價值相對主義的立場。

價值相對主義承認社會上存在多種不同價值觀與多種不同的個人的事實，其他主體並不是自我可替代或要消滅的對象，而是與自我擁有同等價值的需要共同存在的主體。從這種認知出發，凱爾森推導出了個人主義（更確切地說，是客觀個人主義）的價值觀，即一方面我們不能否認每個個體的價值，而是應保持與尊重個人的獨特價值與地位，另一方面由於沒有一個個體的價值高於其他個體，便需要在個體與集體的關係中追求協調。從而，這便形成了對傳統的個人主義與集體主義的否定——只強調個體價值優越於集體價值的傳統個人主義忽視了個人之間相互妥協的必要性，而傳統集體主義又武斷地對個人價值進行了忽視與抹煞。在價值相對主義看來，既然沒有任何一個價值高於其他的價值，我們也就無法判斷每一個人所持的不同價值是否高於其他人的價值，所以，我們便必須承認每個人的價值都具有同等的重要性。那麼，協調社會中個體與集體之間的衝突便被提上日程，這成為客觀個人主義的一個重要依據，也是多元民主的理論基點。

從客觀主義世界觀出發，認知論上的科學性與價值論上的相對主義構成了凱爾森規範理論與民主理論的基礎。需要指出的是，凱爾森雖然強調科學認知的重要性，但並不是惟科學主義是從，原因在於後者試圖以科學特別是自然科學為根據，建構出一種絕對主義的真理觀，而絕對主義的真理

⁸ 關於凱爾森之世界觀與認知論、價值論的研究，特別是其與新康德主義之間關係的梳理，可以參見鍾芳樺：《應然與實然之關係作為純粹法學的難題：論Hans Kelsen實證法理論的演變與分期問題》，《中研院法學期刊》2009年第4期，第81-150頁；張龔：《凱爾森法學思想中的新康德主義探源》，《環球法律評論》2012年第2期，第5-21頁。

⁹ 對此，可參見〔奧〕凱爾森：《何謂正義？》，凱爾森：《純粹法理論》，張書友譯，北京：中國法制出版社，2008年，第160-161頁。

¹⁰ Kelsen, H., *Society and Nature*, London: Kegan Paul, 1946, pp. 20-22.

觀恰恰是凱爾森所極力反對的。經由對經驗主義的批判，凱爾森論證了法律實證主義的必要性。在他看來，既然反對或者說並不存在絕對真理，那麼所謂實證法與自然法的對立也就無從談起，法學只能以現實的客觀世界的經驗或現象為對象進行研究，從而，立基於超驗世界的自然法便理所當然地被排除在外。由於一切經驗或現象意義上的法規範必須以人為的制定法的形式出現，這便意味着法是而且只能是實證法。世界的客觀規律是外在於自我主體而存在的，不可能為後者所完全認知，我們便不能主張自我的價值是惟一正確的標準。他進而提醒到，我們必須區分開個人主觀的道德信念與客觀存在的多元道德價值現象，必須承認每個人的價值都具有同等重要性。正是在這個意義上，我們可以說，“凱爾森的法理論及他的民主理論立基於同樣的基礎，相應於同樣的包含並干預這兩者的原則：價值相對主義的原則。”¹¹

由於無法找到而且事實上也不存在一個可以作為一切價值判斷標準的絕對真理，在凱爾森那裏，社會與國家的統一性便只能依賴於實證法。理想的法是在承認並尊重多樣性的個人與多元化的價值的前提下，不以特定價值內容為判斷標準的規範體系。從而，可以發現，凱爾森的規範理論並非向他所宣稱的那樣，是可以適用於所有時代與所有國家形態的法學，毋寧只可能存在並實踐於現代民主國家。¹² 既然法秩序的建構應考慮不同人的自由與價值觀，那麼，如何保障個人的自由？如何使多種不同價值相互共存？如何處理多元價值之間的衝突？種種問題的回答，關鍵在於建構出一種機制，可以在尊重個人價值的前提下，尋求多數與少數之間的妥協。

三、保障個人自由：多元民主理論的核心關懷

魏瑪共和時期的德國乃至整個歐洲的民主理論發展異常活躍。這種活躍孕育於民主的內在的緊張與危機當中，而這種內在的緊張與危機當又激發了對於民主的辯護和捍衛。由於一戰的影響，組織和計劃觀念被帶到人們的生活中來，應時而興的民族主義和法西斯主義則從內部抽空了議會民主制的價值，風雲際會，思潮迭興，無論是左翼陣營和右翼圈子中，對議會民主的批評已成為一種風潮。大多數的公法學家認為民主已顯示出“凋零的跡象”，代議制已開始趨於“衰落”。當然，人們發表的關於民主危機的許多言論並不是為了取悅於專制政權，而是表現出對民主制度的深刻擔

¹¹ Dreier, H., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (1986), 2. Auflage, 1990, S. 280. 轉引自鍾芳樺：《國家與法作為人民的自我組織》，台灣大學法律學研究所博士論文，2006年，第92頁。

¹² 基於價值相對主義與客觀個人主義，凱爾森否定了統一的文化和同質化的人民概念，而是希望將國家的統一性建立在法規範之上，以法的統一性作為所有個人團結和國家建構的基礎，而這恰恰無以也無力應對魏瑪時代國家法學的挑戰。

憂。¹³ 凱爾森則重新喚起人們對關民主的關注與肯認，並使個人自由與平等的意義凸顯出來。

(一)民主：自由與平等的連接

1921年，凱爾森發表了一篇關於《論民主的實質與價值》（*Vom Wesen und Wert der Demokratie*）的論文，隨後他又發表了《論議會制問題》（*Das Problem des Parlamentarismus / The Problem of Parliamentarianism*）。這兩篇文章都被納入了1928年出版的《自然法與實在法的哲學基礎》之中。《論民主的實質與價值》經過修改後於1929年在圖賓根再版發行。¹⁴

前已述及，基於客觀主義的世界觀，凱爾森強調實證法的重要性。實證法意味着由人制定或創造，這也意味着它可以被人所改變——任何實證法都是當時人們的價值觀念的產物，只有在特定的時空維度中，它才是正確的。從而，實證法便不應當也不可能具有永恆性，即沒有永遠正確的實證法。那麼，實證法如何反映特定社會的人類價值觀呢？在凱爾森看來，需要特定的程序來對制定實證法進行保障。

由於制定程序的不同，實證法構成一個自上而下的階層關係。在這種階層關係中，上一位階的規範規定了下一位階規範的產生程序，而在任何一個位階的規範產生的過程中，具有創造規範的權限者即立法者會將特定的價值觀融入其中。基於實證法而產生的強制性，如果實證法完全依據少數人所擁有的價值觀進行制定的話，便可能造成強制其他人遵守前述特定價值觀的結果。如果沒有保障多元價值的制定程序，具有強制性的實證法就變成推行單一價值觀的工具。凱爾森認為，只有自由民主的立法方式才能防止這種結果的發生。

在凱爾森看來，自由與平等構成了民主的特質。自由是民主的當然與基礎含義，也是後者需要保障的價值所在，而平等則是自由的落實，“所有人具有平等的政治價值以及每個人都同樣要求自由”。¹⁵ 民主旨在確保每個人自己的自主性，即自我決定與自我統治，這種自主性應該平等享有。

¹³ 以德國為例，魏瑪憲法是以發展並鞏固的議會民主為目標的，但共和本身承載了過去國家發展的結果，政黨國家也充滿了缺陷，這既是民主危機的反映，又是民主危機的結果。作為一場民主試驗，魏瑪共和先天不足，後天失調，自始就必須靠典當渡日——誕生之初即籠罩在動亂與戰敗的氛圍當中，“背後一刀”的陰謀論敘事更使其背負着沉重的原罪，凡爾賽和約這一“巫婆之錘”不但製造了苛刻的國際環境，戰勝國的偏狹心態、戰敗國欠缺政治經驗以及強迫而來的民主化成為日後魏瑪動盪的潛在因素，而且因為魏瑪共和對凡爾賽體系的概括承受，使得外交困境如附骨之疽，不斷重創着支持共和的脆弱力量。即使魏瑪憲法帶着妥協的色彩，盡量包容不同力量的政治主張，卻招至來自不同力量的批判——這反而促成了魏瑪時代的德國主流國家法學者對主權的近乎一致的理解，即對至上性與絕對化主權的論證與追求。頭腦清明如馬克斯·韋伯者，即堅持捍衛了議會的道德和政治價值，認為它是反對國家官僚機構和群眾專制主義的頭等需要。參見〔德〕馬克斯·韋伯：《新政治秩序下的德國議會與政府（1918年）》，〔英〕彼得·拉斯曼等編：《韋伯政治著作選》，閻克文譯，北京：東方出版社，2009年，第119-120頁。

¹⁴ Kelsen, H., *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg: Pan-Verlag Rolf Heise, 1928 (translated as “Natural Law Doctrine and Legal Positivism,” in Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1945, pp.389-446. 其中，“Vom Wesen und Wert der Demokratie”一文與凱爾森後來以英文所著之“Foundations of Democracy,” *Ethics*, vol. 66, 1955, Nr.1, Part 2多有重合，後者可被看作是前者的修訂版，且是凱爾森為數不多的專門論述民主理論的英文著作。關於凱爾森的民主理論，另可參見〔奧〕凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年，第300-313、314-334、340-348頁。相關的研究參見Dreier, H., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990, S. 249ff. 以及黃舒芃：《多元民主中的自由保障——Hans Kelsen的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立》，黃舒芃：《民主國家的憲法及其守護者》，台北：元照出版有限公司，2009年，第55-97頁。

¹⁵ 〔奧〕凱爾森：《法與國家的一般理論》，第318頁。

惟有如此，個人才有自由可言；只有在平等保障下的自由，才能推導出任何人不得統治與壓迫他人的要求。凱爾森之所以強調平等，為的是確保人人享有“平等的自由”，保障其自我統治。而個人之自由，既是免於他人與社會強制的自由，即免於外來意志統治的自由，又是平等的自由，即沒有人有權利去統治另一個人，因為沒有人比另一個更尊貴。

那麼，個人“如何可能既從屬一個社會秩序又仍然自由”？答案是自我治理，即自決。通過對這一問題的追問，政治自由問題在凱爾森的理論脈絡中凸顯出來。只有當一個人是社會主體的時候才擁有政治自由，但前提是當且僅當其只服從自己的意志。既然民主是人民的自我統治，人民僅服從於自己的意志，那麼是否惟有每個人對每件事情的看法都與社會總體意志相同，從而服從這個全體一致的看法時，即盧梭所謂的總體意志（公意，General Will）的時候，民主才能實現時，民主才能實現呢？¹⁶ 假如某個個人的意志與代表人民的集體意志背道而馳，是否會因前者必須服從後者而喪失民主保障個人自由之初衷？

凱爾森認為，這凸顯了國家與社會在形式上的基本矛盾，即自由平等的民主治理難題。他欲說明的是，自由的理念要經過怎樣的蛻變，才能轉變為一種特定社會的政治和法律規範。或者說，如何從自然的自由轉變為社會和政治的自由，從無政府狀態轉變為民主制。在民主體制中，如何在形成代表全體人民的總體意志的同時，可以有效地確保個人自由不受侵犯，便成為凱爾森的民主理論的核心關懷所在。基於保障個人自由之目的，民主理論的落實便在於人民總體意志的形成與個人自由的保障之間的制度性協調。為了實現這種協調，凱爾森才在討論過程中一再強調區分作為意識形態的民主和作為現實的民主。凱爾森從相對主義的立場出發，認為民主意志的形成需要從“全體一致的決定”過渡到“多數表決”即多數原則。理由在於，“民主制就不得不服從於多數原則，秩序的內容就要服從於多數的意志，而如此就與最初設想的自治觀念很少關聯了。”¹⁷

（二）多數表決而非多數支配：多數與少數之間的辯證

因為現實中幾乎不存在通過全體人民一致同意的方式形成共同意志，而民主制的終極意義在於保障個人自由，使其免於受他人的壓迫，所以民主制度只能是使盡可能多數人的自由獲得保障，從而多數表決便成為民主的最基本特徵。¹⁸ 基於盡可能保障多數人的自由之訴求，如果多數表決的門檻過高，例如主張必須達到相當程度的特別多數乃至“全體人民的意志”表決，其後果表面上似乎滿足了絕大多數人的意志都與民主體制下所塑造出來的全體人民的總體意志相符之要求，實則使多數人的自由受到限制——“單獨一個人或少數人就可以組織秩序的改變”。¹⁹ 換言之，少數人僅憑特別少數乃至極端意義上的一人便可以推翻或改變多數人的決定。有鑒於此，凱爾森認為，簡單多數表決反而更符合保障個人自由的理念。筆者認為，這是理解凱爾森的民主理論時尤其需要關注的節點。

¹⁶ 按照凱爾森的說法，即“‘集體’意志和個人意志的這樣一種協調只有在社會秩序是由調整其行為的那些個人所創造時，才是受到保證的。社會秩序意味着個人意志的決定。”參見〔奧〕凱爾森：《法與國家的一般理論》，第316頁。

¹⁷ 〔加〕大衛·戴岑豪斯：《合法性與正當性》，第163頁。

¹⁸ 此即凱爾森所強調的，“作為多數表決原則的基本觀念是社會秩序應盡可能多的國民一致而同盡可能少的國民不一致。”參見〔奧〕凱爾森：《法與國家的一般理論》，第318頁。

¹⁹ 〔奧〕凱爾森：《法與國家的一般理論》，第318頁。

凱爾森所宣示的民主理論中的多數表決原則，是與自由而非平等相連接的。平等預設了任何一個人的意志不能凌駕於其他人的意志之上，也便無法推導出多數意志應該凌駕於少數意志之上，從而，少數應當服從多數的要求便無法從平等原則得到說明。也正是在這個意義上，凱爾森才認為，多數表決原則是“獨裁體制的擁護者所反對的純粹機械的甚至是無意義的特徵”，是無法與平等原則相協調的。雖然如此，凱爾森申論到，多數表決原則因為體現了最大多數人的自由，支持多數表決的人越多，便意味着與共同意志相對立的人越少。這一點是符合平等的觀念預設的，因為在一定（有其在現實中）意義上沒有特定人的自由，而是追求最大多數人的自由。“每個人都享有平等的自由”成為支持多數表決原則的理據——平等指向的並非特定的某個人，而是每個人都應該是自由的，民主意義上的多數表決原則是對最大多數人的自由的保障。

經由上述梳理，可以發現，凱爾森所持的是一種與價值相對主義相關聯的多元民主理論。對凱爾森而言，相對主義本身就是一種被民主理念所預設的世界觀，與純粹法學中的價值相對主義立場是一脈相承的。相對主義法哲學基礎在於道德原則的寬容，即對他人所持價值觀的同情的理解，即便不接受，也不阻止其表達自由。“由於民主就其本質而言意味着自由，而自由又意味着寬容，那麼再無他種政體比之更適合科學發展。”²⁰ 由此，凱爾森主張的是一種雖不默認任何特定價值，卻能夠容納多元利益的民主理念。

由此可見，凱爾森的民主理論具有獨特的意涵：第一，不同於意識形態意義上的民主，在現實中的民主無法通過全體一致的方式進行實踐，便必須要盡可能找到一個足以確保多數人的自由的意志形成方式，從而，多數表決原則的意義與必要性便得以彰顯出來；第二，多數表決原則必須呼應保障自由的初衷，即盡可能保障多數意志的實現，這就排除了特別多數的適用；第三，多數表決原則是基於保障自由尤其是個人自由而來，所以，它不能被理解為多數可以壓迫少數。不過，多數表決原則面臨着如何保障少數人自由（權利）的問題。在凱爾森看來，多數表決原則並不是一個支持多數統治的理念，而是民主與現實之間的妥協。多數與少數也是處在不斷變化之中的概念，為了使每個人的自由獲得保障，真正的民主便不可能支持多數人的暴政，從而，如何看待多數與少數之間的關係，如何確保少數意志不被多數意志所壓迫與裹挾，如何保障個人自由不至於淪為具文，凱爾森認為，設計出一種多數與少數之間妥協的機制至關重要。

（三）妥協機制：多元民主對個人自由的保障

凱爾森民主理論中蘊含了對個人自由的保障。在面對現實世界中個人意志的差異性與價值的多元性時，對多數表決的堅持和少數者自由的保障是其民主理論的最基本面相。可以說，立基於價值相對主義之上的多元主義是凱爾森民主理論乃至規範理論建構的前提。

那麼，究竟如何才能能在堅持多數表決的同時保障少數者的自由呢？凱爾森認為，多元主義意味着相對主義，而這恰恰是解決少數人自由之保障的關鍵所在。多數表決原則固然意味着意識形態上多數對少數的統治，但就現實而言，多數表決本身已然預設了少數者的存在。多數表決多數與少數利益之間的鬥爭、協商與妥協的過程，特別是在實證法的制定領域，多數與少數是處在不斷變化之中的概念，既相互影響，也相互轉化——“多數”本身便是一個相對的概念，現實中並不存在一個永

²⁰ [奧]凱爾森：《何謂正義？》，凱爾森：《純粹法理論》，第164頁。

遠居於主導地位的“多數”，也不能存在永恆不變的“少數”。因此，多數表決最後結果的做出，並不能簡單地視為多數對少數的統治，毋寧說是雙方乃至多方妥協的結果。從多數與少數之間的辯證關係出發，凱爾森便順理成章地引出在其民主思想中妥協概念的重要性。

基於多元民主的立場，惟有在多數與少數之間具有可以進行與實現妥協的制度設計的時候，少數者的自由才能得到保障。從而，多數表決原則之下的民主制運轉的關鍵便在於多數與少數之間的這種妥協。凱爾森的民主理論所要論證與建構的正是少數與多數進行妥協的機會與渠道。在尋求妥協的過程中，不同利益與意見之間可以相互影響，少數才有可能變成多數，多數也才有可能傾聽少數——通過妥協，沒有永遠的多數，也沒有永遠的少數。這種多元主義的民主觀，反映在規範領域便是其對代議制的堅守與完善，這對其法律規範理論的展開具有重要的影響。

四、代議制議會：多元民主的實現途徑

凱爾森關心的是現實中個人自由之保障，為了使少數者的自由與權利不會因多數表決原則的行使而被剝奪，社會中不同價值觀與立場之間應相互理解與妥協。但是，其民主理論的前提仍然是人民主權學說，因此，雖然他認為人民總體意志只存在於意識形態層面，卻並不意味着其重要性被否定。²¹

（一）代表：人民總體意志形成的媒介

前已述及，作為民主理論的基石，自盧梭以來的總體意志意/公意概念始終是任何法政學者都需要面對並妥善解決的課題。在凱爾森看來，人民集體意志從意識形態層面而言是存在的，但在現實中只可能是虛擬的，不過這並不表示統一的人民集體意志之重要性就被否定；恰恰相反，從相對主義的觀點而言，凱爾森雖然關心的是現實中多元主義的個人自由之保障，但民主所立基的前提仍然是人民主權，從而，人民總體意志的形成在民主體制中便扮演了核心角色。

既然現實中的個人的價值觀具有多元性，其意志也具有差異性，那麼，如何實現人民的總體意志呢？通過全體人民直接民主的方式形成總體意志的方案不具有可行性，因為該方案必須而且只能是在以全體人民直接實行民主的前提下才能實現，但受制於社會的現實條件，這一方式是被排除的。多數表決原則顯然對此無能為力，其所產生的也只能是多數者的意志在現實中，對民主的思考便必須由形而上學意義上的辯論轉變為規範意義上的論述——全體人民既然無法實行直接治理，便不能等同於參與治理者，而參與治理者也存在多數與少數的區分，從而也不等同於實際做出決定者，則意識形態領域的直接民主在現實運作中必然要過渡到間接民主，即代議制民主。間接的代議制民主成為必然選擇，代表概念順勢而出。²²至此，民主與代議制接榫，規範理論登場，憲政設計依次鋪陳開來。

²¹ 需要指出的是，在凱爾森的理論中，有別於社會學上的多樣化的人的集合，人民（Volk）的概念具有單一性與抽象性，從而只能從規範性的意義上來理解，這也凸顯了凱爾森民主理論的實證性。換言之，正是在這一意義上，民主理論與法的規範理論具有了親緣關係。

²² 凱爾森的“代表”概念必須放在近代代議制語境中才能被正確理解。與中世紀假設人民是一個部分從而必須有人在政府面前代表他們的意象不同，近代代議制假定人民是一個整體，必須通過代議制機構而在政府中代表他們，凸顯了人民主權原則的根本合法性。參見〔美〕曼斯費爾德：《近代代議制和中世紀代表制》，劉鋒譯，劉小楓編：《施米特與政治法學》，上海：三聯書店，2002年，第329-364頁。

由於個人只能通過決定其代表人選的方式參與到總體意志的形成過程中來，那麼，個人、代表與總體意志之間便會出現落差。在凱爾森看來，現代政治之所以只能是政黨政治，就在於政黨在社會多元與分化日趨強化的今天扮演了協助代表產生和總體意志形成的角色。也正是在這個意義上，現代國家無可避免地變成所謂的“政黨國”。²³ 基於價值相對主義和多元民主理念，凱爾森拒絕承認存在一個純粹的人民總體意志，因為總體意志不能作為一種現實中的實際存在而取代個人意志，但由於前者是民主論證所不可或缺的前提，便有必要將其視為一種擬制。人民總體意志的形成過程，也必須由全體人民的一致同意，轉變為多數表決的同意，而後者又必須過渡到民意代表的最多數表決。也只有在這個意義上，所有的政治研究才會轉變為規範的法律研究。

站在相對主義的立場上，所有的價值都是相對的，基於不同的價值而產生的分化雖然可以區別為多數與少數，但多數不一定是真理在握、絕對正確，凱爾森也不承認存在一種絕對的、終極的價值。因此，保障少數的自由與權利便是民主的當然之意。站在現實而非理想的立場上，凱爾森認識到了直接民主向間接/代議制民主過渡的必要性。可以說，多元民主的理念成為了凱爾森思考國家與法的問題的起點與核心關懷所在。個人意志是現實存在着的，而總體意志則是虛擬的，但卻不能以後者無法彰顯“真正的”民意而加以指摘，因為如果着眼於現實，便會承認，“真正的”民意是多元化的，它無法也不可能集合成為一個統一的人民總體意志。這無異於肯認代議制民主之下存在着經由代議制民主的運作而產生的作為虛擬的全體人民的總體意志與現實中多元的個人意志之間的差異甚至衝突，那麼，兩者的關係應如何協調？進而，在從人民的最多數表決原則過渡到代表的最多數表決原則之後，鑒於代表與人民意志的斷裂，應如何保障少數者的自由不被剝奪？上述問題便引發出了凱爾森規範理論中的法規範之制定/議會和民主原則/憲法法院之間關係的思考。

（二）代議制議會：形成人民總體意志與維護個人自由

基於多元民主所欲達成的維護個人自由的目的，既然現實中無法施行直接民主的治理，代議制民主便成為惟一適格並兼具可欲性與可行性的選項。身處無論左翼還是右翼都對議會制民主展開攻擊的魏瑪時代，凱爾森不無憂慮地提醒道，捍衛議會制也就是在捍衛政治自由。在他看來，一方面，議會是實現民主的關鍵所在，經由代表的運作，議會成為人民總體意志形成的渠道，承擔起作為整個國家秩序核心的責任；另一方面，經由妥協的運作，多數與少數之間形成理性博弈，可以發揮在政治決策保障少數者自由的功能，這是其他制度無法取代的。那麼，議會是如何發揮這兩項功能的呢？答案可能在於“代表”與“妥協”的運作，前者形成人民總體意志，後者經由多數與少數的協調而維護自由。

就代表機制而言，從直接民主到代議制民主的轉變中，經由全體人民—參與政治的人—全體代表—代表的最多數表決的邏輯鏈，人民總體意志得以產生。個人對政治決定（立法）的參與是通過代表完成的，個人與代表之間則通過選舉建立聯繫。由此，凱爾森認為，議會制與多數原則相一致，是正當的國家意志的表現形式，該意志是由通過民主選舉產生的政治團體做出的，這個團體由共用普遍的平等選舉權的人民選舉產生的。換言之，那些對議會制民主的批評在很大程度上也可以作為回擊批判的理由。基於法與國家的同一性立場，雖然人民總體意志只能通過代表的運作而形成，卻

²³ 政黨無論在其民主理論還是規範理論中都是非常重要的因素，限於篇幅及主題，本文暫不涉及對該問題的討論。

並不意味着每個人的意志可以被代表——意志是無法被代表的，代表的意志是與個人的意志相獨立的，前者並不受制於後者；進而，議會的意志也不會等同於社會上個別人的意志，前者不以在議會中能夠表達與實現後者而獲得合法性。人民與代表的關係就表現在人民通過選舉產生代表，人民總體意志在規範即法的意義是被認為製造出來的，僅此而已。或者可以這樣描述，議會承擔的是產生人民自己無法勝任的作為國家意志即法的總體意志的角色，而代表的擬制性則決定了沒有任何個人可以通過人民總體意志的形成過程而代替或取消其他人的意志。

凱爾森認為自由尤其是政治自由是與民主密切聯繫的，它意味着個人對於國家意志—法的規範的形成過程的積極參與。²⁴ 為了保障自由尤其是政治自由，需要設置一種可以為個人提供機會或渠道，將自己的意志變為多數意志，從而與全體人民的總體意志趨於一致的制度。凱爾森已然論證了多數與少數原本就是相對的概念，通過公開辯論程序，不同意見有機會得到表達並互相影響，少數有機會轉變為多數，最終做出的決定即呈現為國家意志的法規範是一個各方利益妥協折衷的產物，而非絕對價值的勝利與武斷決定。因此，凱爾森才一再強調，一個真實的民主體制中多數原則的真正意義就在於，在整個議會過程中，通過辯證、反駁的演說與答辯技術，以及質疑與反質疑等方式，其目標都是達成妥協，要達成妥協，就要盡可能地縮小分歧，盡可能地強調共識。少數者的利益由此得以宣示並產生影響。而此時的多數，也是辯證的多數。

正是因為議會可以確保多數與少數之間進行妥協的可能性，所以，它一方面能夠保障反映在規範意義上的政治決定（立法）是一個雙方乃至多方立場與利益相互影響下的產物，另一方面可以保障少數者有機會成為多數。尤其是後者，保障了任何個人的意志都有可能通過議會而成為多數意志，進而與全體人民的總體意志相一致。由此，便不能對議會以及代議制民主做出它無法真正反映與貫徹某個或某一群體的人民的意志的批評——代表所形成的意志本來就不代表某個特定的個人意志，而個人也有平等機會到參與和影響議會意志的形成。當然，對於代議制民主的種種指責，在凱爾森看來，無疑確實是民主的弊端，但那只是議會制需要改革的理由，絕非是從根本上推翻議會制的原因。

（三）法作為框架秩序：議會在民主與規範理論中的特殊定位

議會通過為多數與少數提供不斷尋求妥協機會的空間，實現了少數的自由不至於在人民總體意志形成過程中被多數所完全裹挾與支配，從而形成了對個人自由的保障。而議會之所以能發揮這一功能，端在其所具有的特殊的公開討論程序與議事規則。從規範角度出發，凱爾森非常重視議會組織形式的特殊性。從規範角度出發，凱爾森認為，議會有別於其他的國家機關之處就在於民主性。²⁵ 作為立法機關，議會所從事的法規範的創制在功能上也區別於其他國家機關尤其是作為法適用的司

²⁴ [奧]凱爾森：《法與國家的一般理論》，第316頁。

²⁵ 正是基於議會的這一特殊性，在凱爾森看來，立法之民主性原本就是其題中之義。而事實上，民主也只限於立法領域。與議會相比，行政領域基於其合法性要求，民主化反而是必須要加以否定的，因為行政領域遵奉的是科層制中的上下階層關係，行政民主化的發展趨勢足以造成不斷的去中心化，反而對導致民主秩序的破壞。詳見[奧]凱爾森：《法與國家的一般理論》，第331頁。

法機關。²⁶ 傳統法學方法論嚴格區分法的創制（立法）與法的適用（司法），忽略了兩者本質上的相對性。²⁷

眾所周知，凱爾森以主張法的創制與法的適用兩者之間的相對性著稱於世。由於法規範需要通過人為的制定才能呈現出來，凱爾森便以法律階層理論來說明實證法規範彼此之間的關係。²⁸ 法律階層理論把法的效力問題與授權問題等同，即效力不再來自於法是否包含某個特定的價值內容，而是基於一個上位法規範的授權。除了最上位的憲法以及最下位的法規範以外，中間每一個層級的法規範制定活動，對於其上位規範而言都屬於法的適用，對於其下位規範而言都屬於法的制定。²⁹ 經由上位法規範的授權，賦予特定的機關依據特定的程序制定規範的許可權。每個下位階規範都必須來自上位階規範的授權，並且在上位階規範的範圍內進行選擇，是對上位規範的法適用行為；而這個規範制定行為所制定出來的規範，會成為其下位規範在制定時所必須遵循的法源，即對其下位階規範來說，這是一種法制定行為。由此，整個法秩序形成了上下位階的關係。

不過，上位階規範並未完全主宰下位階規範的創設，其原因一方面在於規範無法普遍地事先規定現實中所有的個案情形，另一方面在於規範必須通過語言來表述，而語言無法保障足夠明確。因此，上位階規範只能為下位階規範的制定創設一個框架，在此框架內必然需要進行具體細化，區別只在於具體細化之空間的大小。

議會作為立法機關，所以不能被其他國家機關所取代，就在於其特殊的議事程序與結構可以保障多元利益之間不斷地進行妥協。司法或行政將法律適用於個案時，雖然也是在“創制”一個個別的規範，但受制於一般性法規範的約束，與基於多元民主之下多數與少數通過相互影響與妥協而創制出來的一般性法律規範終究是有差異的，所以，凱爾森強調議會是積極立法者，而司法機關則是消極立法者。³⁰ 其關鍵在於，議會在多元民主中需要促成多數與少數之間的妥協，因此立法過程必須被賦予較大的活動空間，尤其是政治考慮的空間，使得妥協得以達成，此即為立法的自由形成空間問題。而司法則受制於前者所形成的一般性規範的約束，所扮演的角色至少在民主體制中是決然

²⁶ 從法學方法論的角度講，在大陸法系背景下，法適用與法制定二者的區分不僅是一項基本的特點，而且構成了其整個法學方法論的發展基調。相對於法制定而言，法適用已然預設了一套可供法官所“適用”的依據、基礎與標準的存在，即通過法制定過程而產生的抽象法規範。參見〔德〕伯恩·魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，北京：法律出版社，2013年，第四部分“法律適用”。

²⁷ 〔奧〕凱爾森：《純粹法理論》，第21頁、第108-109頁。

²⁸ 由於法規範需要通過人為的制定才能呈現出來，所以凱爾森的規範法學理論接受了他的學生梅爾克（Adolf Merkl）所提出的法的等級結構學說的觀點，發展出了法律階層理論，用來說明制定實證法規範彼此之間的關係。運用這種理論，凱爾森說明了如何制定與適用法規範，構成所謂法的動態觀察。參見〔奧〕凱爾森：《純粹法理論》，第21頁，第108-109頁。而法律階層理論的另一個重要意義就是要把國家的一切行為轉變成法，認為國家行為都必須有法的依據，本身也必須是法。從而，法律階層理論跟“法與國家同一性”的學說其實是一體之兩面。

²⁹ 凱爾森看立法與司法之間，只是存在量的（quantitativ）不同，而沒有質的（qualitative）區別。參見〔奧〕凱爾森：《誰應成為憲法的守護者？》，張龔譯，許章潤主編：《歷史法學》（第一卷），北京：法律出版社，2008年，第257-263頁。需要指出的是，也正是因為凱爾森所持此種看法，使得一般針對凱爾森關於權力分立問題的解讀，往往放在兩者的相對性這一環節上。

³⁰ 這一觀點在凱爾森討論憲法法院的違憲審查權之性質時顯得尤其重要，具體可參見〔奧〕凱爾森：《立法的司法審查——奧地利和美國憲法的比較研究》，張千帆譯，《南京大學法律評論》，2001年春季號，第4、9頁。

不同於議會的。即使僅着眼於凱爾森的規範理論，依據其法律階層說，我們仍然可以看出兩者之間的區別：基於兩者在民主秩序中被賦予與限定的任務不同，議會作為法律制定機關畢竟佔據了一個其他國家機關無法取代的特殊地位。

基於民主所預設的相對性與多元性，沒有任何一種權力可以壟斷民主意志的形成，否則便無異於承認權力是不受控制的，可能會導向絕對主義的境地。在凱爾森看來，所謂的議會主權，議會不受任何其他權力的制約與控制，在某些情況下或許是被期待的，但從法學角度講是行不通的——即使是議會也必須服從民主秩序的制衡，否則，在多數與少數的妥協機制遭到扭曲或阻礙時，少數的權利將不免被犧牲掉。正是基於此點，我們才會發現凱爾森一再申述的議會所形成的全體人民的總體意志是虛擬的，而多數意志是現實的這一主張的重要性。立法活動就須服從合法性體系中的合憲性控制，而扮演這一角色的便是憲法法院。

五、憲法法院：自由保障中的規範控制與民主悖論

（一）“消極立法者”：憲法法院的合法性論述

在今天的德國，憲法法院機制已經變成一個事關民主的問題。³¹ 由於聯邦憲法法院擁有抽象規範的審查權，議會中失勢的一方可以通過主張多數者的決定違反憲法，在聯邦憲法法院層面繼續展開爭論。從而，意志建構即立法的過程並沒有隨着多數表決而結束。面對在民主性基礎方面遠弱於議會並且不必承擔民主責任的憲法法院，在討論合憲性控制問題之前，我們有必要就合法性原則加以闡釋。

凱爾森明確地指出，憲法法院機制在根本上是任何一部深思熟慮的憲法在邏輯上的必然推論。這一論斷頗令人費解，也稍嫌武斷。在純粹法理論中，法律秩序是一個規範體系。³² 實證法或者說“純粹法理論”構建起來的法律秩序，是針對倫理和政治領域的非理性進行理性應對的必要因素，而合法性原則就是法律秩序的原則。基於法與國家的同一性，所有的國家行為/政治行為都要符合法律的要求。由於法律是由國家（通過議會）制定的，立法機關存在“意志偷渡”的空間，即立法機關可以將任何自己中意的內容經由法定程序形成法律規範，制定法內容本身有可能構成對個人自由的侵犯乃至破壞，合法性原則就可能陷入一種“由法律限制法律的虛無悖論”。³³ 換言之，民主立法有導致由法律限制自由之虞。合法性原則的提出，就是要為限制立法機關的恣意提供標準。那麼，這種標準是甚麼呢？在凱爾森的論述脈絡中，只可能是基礎規範——立法機關所制定的規範只是國家行為，其合法性要取決於它們是否符合基礎規範；而國家法律是否具有可裁決性，則取決於法院是否認為它們在法律的限度內。順此繼續追問的話，基礎規範的核心是甚麼呢？答案可能是保障個人自由這種基本價值。這種基本價值不僅是一種形式上的基本規範，還是憲法的客觀意

³¹ [德] 迪特·格林：《凱爾森理論中的解釋學、憲法訴訟與民主原則的關係》，張龔編譯：《法治國作為中道》，第359頁。

³² [奧] 凱爾森：《法與國家的一般理論》，第124頁。

³³ 關於此種說法，參見[加] 戴岑豪斯：《合法性與正當性》，第174頁；周林剛：《基礎規範學說中的錯位與偏見：一項概念政治學的研究》，《比較法研究》2007年第1期，第22-40頁。

義；不僅是國家機關進行權力分配的基礎，也是基本權利體系的基礎。³⁴

“國家的可司法性也正是憲法的可司法性，同時也是對憲法的正確保護。它在整個以確保國家功能的合法性為目標的技術性方法體系中居於核心地位。國家功能本身具有合法的品質，因為它們表現為法律行為。”³⁵

因而，這便意味着要設立一個憲法法院。聯繫前述凱爾森對法創制（立法）和法適用（司法）相對性的看法，與一般法院只是創設個別規範相比，憲法法院則可以判定作為法律規範的普遍規範無效，從而可以用“消極立法者”的身份來創設普遍規範。法院尤其是憲法法院擁有立法權，在凱爾森的論述中並不會對權力分立的民主理念構成挑戰，而是認為後者可以被更好地被表述為權力分享。由此，凱爾森將民主理論和規範理論連接起來：一方面，基於多元民主不允許任何一種權力取得絕對壟斷地位的觀點，他主張議會必須服從於基礎規範的控制，憲法法院以及違憲審查權的正當性據此得到論證；另一方面，從法律階層學說出發，聯邦憲法法院的違憲審查權是邏輯論證的必然結果。³⁶ 由於國家秩序即法秩序，對民主的控制也只能通過對議會行為的控制來進行。從而，憲法法院不僅是一個合憲性控制的機關，也是一個維護民主秩序的機關。

凱爾森的多元民主理論旨在確保個人，尤其是少數者的自由，當議會喪失其為多數與少數提供妥協可能性之機會的功能時，換言之，議會所制定的法規不再為妥協的產物，而是多數壓迫少數的自由的時候，憲法法院便擔負起審查多數決定是否侵越了憲法框架的責任。在凱爾森的設計中，憲法法院必須以獨立於立法機關和其他任何國家機關為前提，而憲法本身的內容也需要足夠精確，以便在憲法法院行使對於立法的合憲性評價與裁量時，可以對憲法法院予以限制。而這些要求恰好可以促進民主原則即多數表決原則進一步增強對少數者的保護。

（二）“憲法的守護者”：憲法法院的法適用定位與民主多元秩序的維繫

站在相對主義的立場上，議會不能成為一個不受任何控制的壟斷性的權力機關，而必須受到制衡。凱爾森認為，民主的命運在相當程度上繫於民主秩序中控制機制的體系性建構。欠缺控制的民主，便走向多數人的暴政。一旦放棄了合法性與合憲性原則的自我控制，便意味着民主的瓦解。由於憲法法院可以藉由合憲性控制權力的行使來維護民主秩序，從而成為確保多元民主的關鍵所在。從控制的功能定位而言，憲法法院作為司法機關的法適用角色，便呈現出與法律創制機關的議會之根本區別。

³⁴ 當然，貿然將基礎規範的核心視為保障個人自由稍嫌武斷，本文也是在可能性的角度作此推論。需要特別指出的是，凱爾森所使用之基礎規範，並非指代憲法或憲法規範，而是為了證成與說明憲法及憲法秩序下的下位規範的法效力而進行的先驗邏輯假設，我們不能將其徑直等同於實質憲法甚或對個人自由價值的保障規範，但是，考慮到凱爾森明顯地區分了形式意義上的憲法與實質意義上的憲法，後者或者可以表述為憲法的實質內容——基本權利和自由。在凱爾森看來，為了使憲法發揮作用，確實保障法律秩序的穩定運行，就必須保護憲法的實質內容免遭簡單多數的侵犯。僅就此點而言，將凱爾森定位為法律實證主義之譜系恐怕是有失公允的。

³⁵ Triepel, H. & Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlin: De Gruyter, 1928, S. 181, 轉引自〔加〕大衛·戴岑豪斯：《合法性與正當性》，第174頁。

³⁶ 通過對民主邏輯與規範的憲政邏輯的辨析，有研究者認為，憲法法院的設計在更大程度上應從前者而非後者推導出來。參見〔德〕迪特兒·格林：《現代憲法的誕生、運作和前景》，劉剛譯，北京：法律出版社，2010年，第158頁。

雖然從規範理論出發，凱爾森強調立法與司法活動之區分的相對性，甚至主張作為法律創制的立法權與作為法律適用的司法權在本質上的同一性，並據此更進一步主張憲法法院通過宣告立法因違憲而無效，等同於創設一個新的規範，但就憲法法院的功能與定位而言，但如果我們從其民主理論出發，就憲法法院的功能定位而言，卻絕不意味着與議會等同。³⁷ 前者的正當性是建立在它對後者權力的控制基礎之上的，由於後者承擔了塑造“必要的擬制”之全體人民總體意志的任務，所以需要為各種利益尤其是多數與少數之間的妥協提供空間與機制，而前者的存在，則是為後者實現其功能提供保障。通過對議會所制定的一般性法律規範活動的控制，憲法法院扮演了民主秩序守護者的角色。

從闡釋憲法的政治功能入手，凱爾森認為立法與司法之間相對性的區分之所以不會妨礙兩者的權力分立，是因為後者本來就不意味着在結構方面各個權力之間完全地區隔，而是強調功能方面的相互制衡——合憲性審查與一般的合法性審查在結構上並無差別，而司法者在功能上較之其他機構更加勝任而已。由此，憲法法院在凱爾森的理論設計中仍然保持了其最基本也是最根本的司法屬性，而並非通過違憲審查權的運作來推翻甚至取代議會所具有的形成民意的職能。正是基於這一定位，憲法法院可以為成為“消極立法者”，但絕不是“替代立法者”。所以，憲法法院的合法性固然可以從其規範理論尤其是法律階層學說中推演出來，但其正當性則更多的是立基於民主的功能性考慮。

基於上述考慮，凱爾森特別強調憲法法院的權力界限問題。固然，憲法具有政治與規範的雙重屬性——如果我們以後見之明，考慮到德國自二戰後建立的職司違憲審查的聯邦憲法法院，既被認為並作為司法的“法院”，又被認為並作為政治的“憲法機關”，則情形更為明顯。但是，基於國家秩序與法秩序的同質性，作為司法者的憲法法院規制政治權力的過程，也是司法權的行使過程。首先，憲法法院對議會決定的控制，是建立在確保國家功能的合憲性基礎之上的，而非在於它能夠以自己的意志取代立法機關的意志。只有基於司法的法適用脈絡，我們才能從憲法規範中得出違憲審查權的合法性。也正是因為這一原因，凱爾森才在有關憲法法院的論述中堅持其一貫的實證主義主張，即作為審查標準與適用規範依據的憲法，必須排除諸如道德、正義等可能導致主觀判斷的因素之使用。其次，憲法法院的民主功能底蘊也決定了它是為確保多元民主制之目的而存在的控制機關，該機關的權力當然也如同議會一樣不能取得壟斷地位。換言之，憲法法院最為“憲法的守護者”³⁸，必須受到憲法規範的約束——這在聯邦憲法法院的憲法解釋活動和憲法基本權的性質方面表

³⁷ 當然，這也與凱爾森對於權力分立的理解有關。他明確地承認：“對立法的司法審查是對分權（separation of powers）原則的一個顯然的侵犯。”但是，分權本身卻是“不符合事實的”。參見〔奧〕凱爾森：《法與國家的一般理論》，第299頁。立法與司法之間相對性的區分在凱爾森看來之所以不會妨礙兩者的權力分立，是因為後者本來就不意味着在結構方面各個權力之間完全地區隔並分離，而是強調在功能方面權力之間必須相互制衡，從而，該原則之落實，關鍵在於合法性原則是否能夠得到發揮。事實上，在針對憲法法院可能導致的權力由民主選舉的議會向一個脫離民主正當性的機構轉移危險的批評時，凱爾森是有着清醒的認識的。不過，他提出的是一個法律政策性的應對建議，即憲法規範特別是基本權利規範應盡可能明確，而在方法論上則未能達成協調。

³⁸ 憲法法院作為“憲法的守護者”的稱謂乃是凱爾森應對施米特的用語而來。在施米特的理論中，是由總統擔任這一角色的。詳見〔德〕卡爾·施米特：《憲法的守護者》，李君韜、蘇慧婕譯，北京：商務印書館，2008年，第189-216頁。

現的尤為突。³⁹ 最後，對於憲法法院的前項約束，必然要求其在違憲審查過程中對憲法規範的解釋盡可能做到客觀化與標準化。這不但廓清了憲法法院與議會所扮演的角色的區別，也避免了憲法法院因侵犯立法權而造成的政治危機。

(三) 妾身何屬？——憲法法院的政治化危機

置身於多元民主理論的背景下，我們才能夠理解凱爾森的規範理論的意義，以及為何他不預設任何絕對的價值或者特定的、同質化的利益共同體，後者恰恰是與凱爾森同時代的主要論戰對手的施米特的觀點。眾所周知，凱爾森與施米特在魏瑪時代圍繞民主、憲法與憲法的守護者等主題進行了曠日持久的論戰。⁴⁰ 本文無意對這場有關正當性與合法性問題的重要論證進行全面梳理，但是，本文認為，如欲對凱爾森所主張的多元民主理論有更為深刻的認識，則必須將施米特關於民主的界定與規範問題的主張進行比較研究，以便更深刻地理解凱爾森之民主理論與規範理論之間關係，尤其是從保障個人自由之目的出發，兩者之歧義所在。

國內學界對施米特的研究大多偏重於其憲法理論，在憲法與政治思想的主要概念，例如主權者、決斷論、政治性和國家學說等方面已有了相當豐富的研究成果，而其民主理論相對來說比較薄弱，事實上，民主之於施米特，恰如民主之於凱爾森，均構成其規範理論建構的基調。⁴¹ 施米特的憲法與政治思想具有一種強烈的危機意識，這種危機意識主要來自德國從君主立憲的帝國體制轉變成為憲政民主的共和體制後，如何整合離散的、對立的社會經濟與政治勢力，以及分裂的意識形態。

施米特認為，代議制民主的運作所依賴的政黨與議會制因這種決裂性的多元主義的衝擊，而喪失其形構政治統一性的能力。因此，在其憲法學說中自始即主張民主作為一種政治形式，必須以人民的同質性，特別是民族的同質性為前提，將人民或民主的統治形式為民主制度所預設的條件。⁴² 在政治性的意義下，施米特強調作為民主制關鍵所在的“平等”概念只能適用於同質化的“人民”，故而，平等只是對內而非對外而言的。⁴³ 揆諸現實，魏瑪共和是由一個缺乏政治決斷力、軟弱無能的政府加上一個內在分裂的國會組成的，在議會制的運作中，各方往往因為缺乏一種實質的同一性認同，很容易走向無政府的權力真空狀態。在施米特看來，惟有建立在同質性基礎之上

³⁹ 參見張翔：《基本權利的雙重性質》，《法學研究》2005年第3期，第21-36頁。

⁴⁰ 關於施米特與凱爾森之間關於魏瑪憲政問題的對話，可參見吳冠軍：《正當性與合法性之三叉路口——韋伯、哈貝馬斯、凱爾森與施米特》，許章潤編：《清華法學》（第五輯），北京：清華大學出版社，2004年，第46-94頁；黃舒芄：《德國法上違憲審查許可權爭議的歷史軌跡：從H. Kelsen與C. Schmitt的辯論談起》，《政治與社會哲學評論》2003年總第5期，第123-162頁。

⁴¹ 關於施米特的民主理論的代表性研究，可參見張旭東：《施米特的挑戰——讀〈議會民主制的危機〉》，《開放時代》2005年第2期，第126-138頁；蔡英文：《人民主權與民主：卡爾·施米特對議會式民主的批判》，《人文及社會科學集刊》2010年第6卷，第139-173頁；蔡宗珍：《卡爾·施米特之憲法概念析論》，應奇、張培倫編：《厚薄之間的政治概念》（卷二），長春：吉林出版集團有限責任公司，2009年，第154-193頁。

⁴² 參見〔德〕卡爾·施米特：《憲法學說》，劉鋒譯，上海：世紀出版集團、上海人民出版社，2005年，第244頁。

⁴³ 需要指出的是，施米特“敵友之分”的政治性概念主要指向的是外交政治，而非內政。對施米特而言，內政已然通過憲法這一政治性決定預設了一國（即作為政治共同體的民族）內部的“友好”而非“敵對”之前提，從而不能說在內政領域還有嚴格意義上的敵友之分問題。

的政治性統一體，才能落實民主，自由主義的法治才能運作。不寧惟是，他進一步指出，一項決定是否符合民主的要求，必須取決於作為政治性統一體的國家在決定過程中是否能夠成功地凝聚並有效體現出基於同質性而來的集體意志，是為主權者的決定。而這種建立在主權者決定之上的民主與憲法理論，正是凱爾森所批判的。⁴⁴ 由於施米特認為司法權不能涉足政治性事項之決定，故而凱爾森所主張的憲法法院缺乏擔當主權者決定之能力與資格。但是“凱爾森關心的是政治控制職能，至於這個機關是否是‘法院’，其職能是否可被定性為真正的‘司法’，在凱爾森看來則並不重要。”⁴⁵ 憲法法院的存在是必須的，因為作為一個適用憲法規範的控制機關，它具有維護多元民主中多數與少數之間妥協的條件。

由上可見，對魏瑪共和的診斷，凱爾森與施米特並無區別，但開出的藥方卻大相逕庭：前者旨在完善代議制民主，後者則無異宣判了魏瑪共和的死刑——施米特指出了議會民主與人民總體意志之間的關係僅僅是一種虛擬，並不符合真實，即議會多數決不等於民意，因而更進一步指出議會民主的理念已經失去了現實意義，從而這個制度也難以維持。而這種虛擬，恰恰是凱爾森理論之所必需。

考慮到魏瑪共和的歷史命運，施米特對議會制民主的批判無疑是極為有力的。二戰後的德國，在從魏瑪憲法到基本法的過渡過程中，基於納粹時期的歷史教訓，基本法時代德國議會民主制得到夯實的同時⁴⁶，聯邦憲法法院的違憲審查權因與基本權保障任務相連接，權限持續擴展，似乎頗有主宰一切的趨勢，立法與司法之間的許可權分際難題，造成了違憲審查權的政治化危機。⁴⁷ 以至於有學者認為，當代聯邦憲法法院違憲審查權的發展恐怕已經走向所謂的聯邦憲法法院實證主義。因此，凱爾森所主張與強調的價值相對主義和社會多元主義的民主觀與憲法思想並未得到凸顯。當然，這並不意味着基本法尤其是憲法法院無視多元民主的規範訴求，卻無疑顯示出凱爾森的理論實踐陷入了他自己也已經意識到並事先做出警示的困境，即憲法法院藉由違憲審查權而侵犯甚至凌駕於議會立法權之上，進而可能對個人尤其是少數人的自由造成威脅。當這種困境已經明顯成為現實的發展趨勢時——雖然迄今為止，聯邦憲法法院的最終合法性在於其道德權威，在於政府機構對其

⁴⁴ 參見〔奧〕凱爾森：《誰應成為憲法的守護者？》，第274-281頁。

⁴⁵ 〔德〕迪特·格林：《論凱爾森的解釋學說、憲法法院機制與民主原則之間的關係》，《法治國作為中道》，第364-365頁。

⁴⁶ 有關這方面的研究較少，且相關的研究大部分屬於描述性質的，缺乏深入的背景與理論探討。典型的研究可參見沈有忠：《德國議會民主的發展：從威瑪憲法到基本法》，《思與言》2009年總第47卷第3期，第27-65頁；張千帆：《法國與德國憲政》，北京：法律出版社，2011年，第148-149頁。如果我們對照戰後德國的基本法條文，就會發現它具有濃厚的凱爾森學說的印記，尤其是關於民主制的規定，幾乎就是凱爾森所主張之多元民主理論的翻版。參見〔德〕康拉德·黑塞：《聯邦德國憲法綱要》，李輝譯，北京：商務印書館，2007年，第101-146頁。

⁴⁷ 其中，尤其以通過對基本權的解釋與保障而導致的聯邦憲法法院許可權的實際擴張為最。在戰後德國從“形式法治國”到“實質法治國”轉變的背景之下，《德意志聯邦共和國基本法》第1條第3項所做的的基本權具有直接拘束力的規定，使得聯邦憲法法院的違憲審查權與基本權保障任務相連接，足以進一步支持聯邦憲法法院的特殊定位與強大許可權。關於形式法治國過渡到實質法治國的發展闡述與批評，參見陳新民：《德國公法學基礎理論》（上冊），北京：法律出版社，2010年，第91-104頁。

命令的自願服從深孚眾望⁴⁸，但這終究屬於非制度化的保障，並不具有堅實的制度化基礎——單憑凱爾森所強調的建立在民主基礎上的作為法創制機構的議會與作為法適用機構的憲法法院之功能相對性區分，似乎不再具有確定無疑的說服力。事實上，這也是困擾德國乃至整個歐陸法學界的問題。

六、結語

綜觀凱爾森的民主理論與規範理論，我們可以發現，兩者均建立在由客觀主義世界觀所申發出的經驗批判主義的認知和相對主義的價值觀之上，這也凸顯出凱爾森法學思想中的新康德主義哲學脈絡——作為針對在古典唯心主義浪潮消退後科學領域內所氾濫的唯物主義思潮的反對運動的新康德主義哲學，秉持的是相對主義的世界觀。⁴⁹ 他的民主理論具有鮮明的注重多元性與價值相對性的特徵，為其規範理論的建構奠定了堅實的價值基礎與厚重的實證主義底蘊。雖云價值中立，但在其民主與規範理論中，蘊含了深刻的對個人自由的關懷。

本文之主旨，不在揭示凱爾森民主理論與規範理論的思想來源或形成過程，而是以其實證法框架內的個人自由為切入，說明多元民主與規範理論應作為一個整體予以看待——既然多元主義與相對主義對於民主具有如此的重要性，作為代議制民主載體的議會和合憲性控制機關的憲法法院必然將實體規範引入，而這從其固有的實證主義立場當中卻無法充分證立。因為，多元民主區別於其他國家形式的優勢在於其並未認同任何一種政治理念，這也導致了凱爾森難以反駁其實證主義法學為“一種無限的專制政制”之實現提供了可能性之指摘。⁵⁰ 不過，本文意欲指出的是，如果考慮到其民主理論，則前述責備似乎未見公允。

解鈴者必須祈智慧於系鈴者。通過對凱爾森多元民主理論的分析，可以看出其與規範理論之間的密切聯繫，從而可以對法與國家的理論獲得更深刻的理解。通過基於相對主義價值觀的個人自由之保障的多元民主理論的闡發，凱爾森成功地為包括多數表決原則、代議制民主制度與規範性憲法理論等提供了貫徹始終而異常穩固的理論基礎，甚至該民主理論可以通過與規範理論的結合而在實證意義上得到證成與強化。這也為理解議會與憲法法院這兩個在當今憲法政治中佔據重要地位且又處在許可權分際困境中的機構究竟如何尋找自己的規範定位，並進而促進對於個人自由的保障這一法學基本命題提供了啟發。

雖然二戰後基於自然法復興而來的對法實證主義的批判使得凱爾森的影響力減弱，但其民主與規範理論仍具有重要的研究意義。通過對其民主統一規範理論的闡發，凱爾森成功地為包括多數表決原則、代議制民主制度與規範性憲法理論等提供了一以貫之的理論基礎。對今天的法治建設而言，回答如何在一個多元價值觀的世界裏實現有效的規範整合，如何促進對個人自由的保障等問題，凱爾森所宣揚的在多元民主理論的基礎上以規範為中心的視角與邏輯來協調、融合日益複雜的

⁴⁸ 即如考瑪斯 (Donald P. Kommers) 所言：“在德國體制中，（聯邦憲法）法院的最終合法性在於其道德權威，在於政府機構對其命令的自願服從。” Kommers, D. P., *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills, CA: Sage, 1976, p. 63.

⁴⁹ 張龔：《凱爾森法學思想中的新康德主義探源》，《環球法律評論》2012年第2期，第5-21頁。

⁵⁰ 例如，在魏瑪時期另一位傑出的公法學家海勒看來，凱爾森的法律實證主義儘管確切來說並沒有為納粹服務，卻沒能夠為阻擋納粹的奪權提供法律上的資源，成為“專制的最好的領路人。”參見〔加〕戴岑豪斯：《合法性與正當性》，第191頁。

價值衝突之理論和路徑，仍值得學界進行更深入與更持久的研究。

參考文獻 References:

- [加] 大衛·戴岑豪斯：《合法性與正當性：魏瑪時代的施米特、凱爾森與海勒》，劉毅譯，北京：商務印書館，2013年。Dyzenhaus, D., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar (Chinese translated edition)*, Beijing: The Commercial Press, 2013.
- [德] 卡爾·施米特：《政治的概念》，劉宗坤譯，上海：世紀出版集團、上海人民出版社，2004年。Schmitt, C., *Der Begriff des Politischen (Chinese translated edition)*, Shanghai: Shanghai Century Publishing Group, 2004.
- [德] 卡爾·施米特：《憲法學說》，劉鋒譯，上海：世紀出版集團、上海人民出版社，2005年。Schmitt, C., *Verfassungslehre (Chinese translated edition)*, Shanghai: Shanghai Century Publishing Group, 2005.
- 周林剛：《基礎規範學說中的錯位與偏見：一項概念政治學的研究》，《比較法研究》2007年第1期，第22-40頁。Zhou, L., “The Mixture and Prejudice in the Doctrine of the Basic Norm: A Study Concerning the Politics in Concepts,” *Journal of Comparative Law*, no. 1, 2007, pp. 22-40.
- [英] 彼得·拉斯曼等編：《韋伯政治著作選》，閻克文譯，北京：東方出版社，2009年。Weber, M., Lassman, P. & Speirs, R., *Weber Political Writings (Chinese translated edition)*, Beijing: The Eastern Publishing Co., Ltd., 2009.
- [德] 迪特兒·格林：《現代憲法的誕生、運作和前景》，劉剛譯，北京：法律出版社，2010年。Grimm, D., *Entstehung, Funktionieren und Zukunft der modernen Verfassung (Chinese translated edition)*, Beijing: Law Press China, 2010.
- 張龔：《凱爾森法學思想中的新康德主義探源》，《環球法律評論》2012年第2期，第5-21頁。Zhang, Y., “The Influence of Neo-Kantian Philosophy on Kelsen’s Legal Thought,” *Global Law Review*, no. 2, 2012, pp. 5-21.
- 張龔編譯：《法治國作為中道：漢斯·凱爾森法哲學與公法學論集》，北京：中國法制出版社，2017年。Zhang, Y. (ed. & trans.), *Rechtsstaat als Mittelweg (Chinese translated edition)*, Beijing: China Legal Publishing House, 2017.
- [奧] 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年。Kelsen, H., *General Theory of Law and State (Chinese translated edition)*, Beijing: Encyclopedia of China Publishing House, 1996.
- [奧] 凱爾森：《純粹法理論》，張書友譯，北京：中國法制出版社，2008年。Kelsen, H., *Pure Theory of Law (Chinese translated edition)*, Beijing: China Legal Publishing House, 2009.
- 黃舒芃：《民主國家的憲法及其守護者》，台北：元照出版有限公司，2009年。Huang, S.-P., *The Constitution of A Democratic Country and Its Guardian*, Taipei: Angle Publishing Co., Ltd, 2009.

鍾芳樺：《應然與實然之關係作為純粹法學的難題：論Hans Kelsen實證法理論的演變與分期問題》，《中研院法學期刊》2009年第4期，第81-150頁。Zhong, F., “The Relationship between Is and Ought as a Puzzle in the Pure Theory of Law: On the Development and Periodization of Hans Kelsen’s Theory of Positive Law,” *Academia Sinica Law Journal*, no. 4, 2009, pp. 81-150.

Kelsen, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1920.

Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1945.

Kelsen, H., *Society and Nature*, London: Kegan Paul, 1946.

Kommers, D. P., *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills, CA: Sage, 1976.