

「越參與越民主？」^{*} —— 論20世紀德國憲法理論對代議民主之分析

鍾芳樺^{**}

摘要

民主是當代最重要的政體（政治形式）之一，自由民主的憲政秩序，也是我國憲法所重視的基本價值。民主政治基於事實上的需要，常須以代議民主方式進行。但是代議民主常遭受忽視人民民意的批評，從盧梭到當代的民粹政治，代議民主常常被認為忽視真正的民意，從而需要許多矯正的措施，甚而以其他方式來加以取代。

本文研究的目的，主要是希望分析威瑪共和到當代德國憲法理論對民主的通說，並透過此一分析，指出代議民主對於民主政治有其重要的意義。代議民主並非只是直接民主難以落實的替代物；對於社會中的多元民意來說，代議民主有其協助認識並形塑人民意見，並以適當的程序形成法律的積極作用。威瑪共和後，許多德國憲法理論認為，民主政治面對的困難就是並非所有的人民都有意願參與政治，也無法讓所有人都參與政治與立法程序。藉由代議民主的組織民意的過程，當代民主政治得以克服「民主政治只是積極參與政治之公民的政治」難題，藉由代議民主建立的國家組織、政黨與政治程序，才能協調並形塑人民的意見，落實民主政治的理想。

* 本文曾刊登於東吳法律學報，34卷1期，頁41-77（2022年）。
〔責任校對：李友銓、徐慕薇〕。

** 輔仁大學法律學院副教授。
穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/81014042.pdf>。



關鍵詞：憲法理論、民主、積極公民、代表、同一性民主、中介、職務原則。

目 次

- | | |
|---|--|
| 壹、前言：代議民主是次佳的民主政治體制嗎？ | 之社會民主思想如何克服人民自我組織的問題 |
| 貳、威瑪時代憲法理論的民主難題：人民如何自我組織成國家／整體人民？ | 四、Kelsen的多元民主理論：議會成為多種不同利益形成民意的場所 |
| 一、民主國家內人民自我組織的難題：不是每個人都是積極公民 | 參、戰後基本法憲法理論通說對代議民主制的證立：以Böckenförde之民主理論為例 |
| 二、Carl Schmitt的民主理論：以代表克服公民不在場（無法參與行使國家權力）的問題 | 一、國家成為民主政治的場域：反對社會民主化的主張 |
| 三、Smend之整合理論與Heller | 二、國家民主：代表中介、職務原則與公益 |
| | 肆、結論 |

壹、前言：代議民主是次佳的民主政治體制嗎？

民主是當代最具有影響力與說服力的政治理念，民主的影響力與說服力表現在連反民主的理念或政體也常常主張「此一反民主的理念或政體才是真正的民主理念或政體」¹。

雖然民主在歷史上有多種不同的意涵，從而使得民主的定義變得相當困難，但是，仍可以由歷史的經驗中，大致上分析出民主理

¹ DAVID HELD, MODELS OF DEMOCRACY 1 (2d ed. 1996); Ian Shapiro 著，陳毓麟譯，民主理論現況，頁1-2（2005年）。

念的一些重點內容²。從民主的概念史來看，民主一開始就與多數支配（而非一人支配）相關聯³；而近代的民主理念在規範上由個人之自主與自由出發，並且強調國家社群內人民是平等的，從而人民必須參與國家權力的運作，參與國家政治意志的建造⁴。也就是說，民主的理念在規範上強調，個人有權利參與國家政治，並且藉由參與政治，特別是進行立法，來維護個人服從法律，但又不曾違背個人自主的道德理想⁵。

在憲法上，此一理想表現在人民主權的憲法條款上⁶，並表現為「人民支配」（Herrschaft des Volkes, the Rule of the People, the Rule by the People）、「國家權力須來自人民」（Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.）之規範要求⁷。然而，個人參與國家權力，參與國家政治意志建造過程此一民主理想，常面對難以落實的質疑。並沒有國家在整個國家體制的層面上，全面地讓所有公民參與國家權力的運作。現實上，民主國家仍是以由人民選出的政治人物，取代人民做大多數的國家政治決定與立法（也就是所謂的代議體制、間接民主）⁸。這種代議民主體制往往預設了選民選舉的結果可以反映

2 GIOVANNI SARTORI, THE THEORY OF DEMOCRACY REVISITED 3-4 (1987).

3 Christian Meier, Demokratie (I), in: Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 1, 2004, S. 821 (821-822).

4 Mark E. Warren, *Democracy*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE HISTORY OF POLITICAL PHILOSOPHY 517, 525-26 (George Klosko ed., 2011); Adam Przeworski 著，郭芬、田飛龍譯，民主與自治的局限，頁11（2017年）。

5 HELD, *supra* note 1, at 1-2.

6 如我國憲法第2條：「中華民國之主權屬於國民全體」、大韓民國憲法第1條第2項：「大韓民國的主權屬於國民，一切權力來源於國民。」、日本國憲法前言：「茲宣布主權屬於國民，並制定本憲法。國政源於國民的嚴肅信託，其權威來自國民，……」。

7 如德國威瑪憲法第1條第2項與德國基本法第20條第2項共同指出的：「所有國家權力來自人民」規範。

8 雖然不少國家（如我國）仍有一些直接由人民決定或參與國家權力決定的機制，如公投或參與式預算等機制，但這些機制多屬補充性，主要甚至絕大多數的國家決定與國家權力都是由人民選出之機關（或由人民選出機關所任命之官員）來進行。

人民意志，並且經選舉而獲得職位與權力的政治人物，也應該要反映民意。也就是認為，人民的民意可以通過選舉的過程確定，並要求政治人物反映民意，政治人物成為人民的代理人，讓人民意志落實到國家權力的執行上⁹。然而，這樣的民主意志傳遞過程，往往不如理想中容易達成¹⁰。因此當人民發現，雖然民主許諾人民可以參與國家權力的統治，但是他們的意志想法卻難以對國家權力的決定過程產生影響，自然容易產生對於民主政治的不信任¹¹。也引發民主的理念在間接民主制度是否能獲得充分落實的質疑。盧梭（Jean-Jacques Rousseau）的名言：「英國人只有在選舉時是自由的，選完他們就變回了奴隸」¹²，反映了此種人民無法影響代議民主的恐懼感¹³。

當代民主理論的許多討論，都試圖回應此一質疑。參與民主的理論與制度建立，便是希望改變人民似乎難以影響民主國家的國家權力行使問題¹⁴。而類似我國的公投等直接民主機制，更是希望以直接民主來監督代議政體，認為這樣可以彌補代議政體可能違反民

9 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 1922, S. 579.

10 Jellinek已經指出此一看法是一種虛擬，從而認為：「沒有任何政治制度像人民代表一樣，如此經常依賴虛擬，並且建立在與現實不符的理想類型上了」，見 Jellinek (Fn. 9), S. 64.

11 Pierre Rosanvallon, *Die Gegen-Demokratie: Politik im Zeitalter des Misstrauens*, 2017, S. 10-12.

12 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *THE SOCIAL CONTRACT OR PRINCIPLES OF POLITICAL RIGHT* 127 (1999).

13 如同學者指出，盧梭對於代議民主制的批評，尚包含一種基礎的理論質疑，也就是認為，人民的意志，事實上是不能傳遞到少數人（議員）的意志上。見 Robin Douglas, *Rousseau's Critique of Representative Sovereignty: Principled or Pragmatic?*, 57 AM. J. POL. SCI. 735, 741 (2013).

14 Thomas Petersen, *Die Macht des Volkes im Verfassungsstaat. Volkssouveränität und neue Formen der Demokratie*, in: Zenkert (Hrsg.), *Die Macht der Demokratie*, 2018, S. 95 (98-100). 早在1906年的著作中，德國知名國家學者Georg Jellinek就指出，當代議會體制的歷史，就是在尋求適當的方式，能以代議民主的方式，將人民意志充分的表述出來。見Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906, S. 62.

意之缺失¹⁵。這種作法，如同學者所指出，可說建立在一種「越多參與、越多民主是一種越好的民主」想法上¹⁶。而為代議民主進行辯護的民主理論，則試圖指出為何人民難以全面參與或影響國家權力的行使，強調代議民主並不會破壞民主，甚至反而對人民與國家有利。例如主要由Joseph Schumpeter提出的「競爭式菁英民主模式」，便試圖指出，民主應該只需要人民選舉菁英，並由不同菁英政黨之間的競爭，透過每次選舉，菁英必須依據其施政成果向人民負責，這種民主，才能更有助於人民與國家之利益¹⁷。

戰後德國法學通說對於民主原則的看法，基本上也偏向支持代議民主體制。而德國法學通說之所以支持代議民主體制，除了基於德國民主的議會優先傳統¹⁸以及納粹的經驗外¹⁹，也提出了代議民主體制更有助於落實民主的理由。本文將透過分析20世紀德國憲法理論（Verfassungstheorie）²⁰針對代議民主體制的思考，探討代議

15 見黃舒芃，抗拒直接民主的公民投票法？從憲法及法學方法論觀點檢視公民投票審議委員會對台聯ECFA公投提案之認定，政治與社會哲學評論，37期，頁75以下（2011年）。

16 蘇彥圖，〈澄社評論〉醫治民主疾病的藥方，蘋果日報，2019年8月19日，<https://idv.sinica.edu.tw/yentusu/su2019c.pdf>（最後瀏覽日：2024年4月2日）。

17 關於此一競爭式菁英民主模式，可見JOSEPH SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM, AND DEMOCRACY 269-83 (2002)。

18 德國歷史上，一般來說，由於德國民主化的歷程中，議會常被自由民主、多元民主的支持者認為是民主政治的主要活動場所，德國法學與政治上也往往認為由議會所制定之法律應該成為國家行政的主要依據。從而德國的法治國理念主要強調法律主治，重視依法行政、法律保留（乃至於國會保留）等原則。見黃舒芃，民主國家的憲法及其守護者，頁13-21（2009年）。

19 Udo di Fabio, Bonn ist nicht Weimar: Zweiter Aufbruch in die Kultur der Demokratie, in: Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz: In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?, 2019, S. 13 (16)。

20 本文所說的德國憲法理論，是指德國一門法學領域的次學科，目的是討論憲法釋義學背後的哲學或社會科學理論基礎。見Florian Meinel, Die Verfassungstheorie des Grundgesetzes und die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik: Eine Bemerkung zu ihrem Verhältnis am Beispiel des parlamentarischen Regierungssystems, in: Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz: In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?, 2019, S. 177 (177)。一般認為，這兩個次學科的研究方法與目的有所差別。釋義學著重在研究各國實證憲法的文本與主導思想（Leitgedanke），

民主體制在實踐民主理念上的重要意義。透過對這些觀點的闡述，本文希望指出，並非如一些學者或一些意見所說，直接民主優於代議民主，或說人民越多參與政治，才會越民主。代議民主有其重要的民主意義，無法為直接民主所取代。

接下來在第貳部分，本文將先討論威瑪時代德國憲法學／憲法理論²¹的民主理論，指出德國威瑪憲法制定後，人民主權成為憲法規定，從而當時憲法理論著重在處理人民如何能成為國家權力主體的問題。在威瑪共和時代，基於人民主權，如同Hugo Preuß所說，國家變成人民自我組織的結果，這種自我組織如何可能？當時的不少學者都共同看出一個問題，民主政治下，幾乎不可能所有人民都參與國家權力的運作，以及參與國家意志的形成；雖然有普選制度，但是，選舉往往最多只有大部分公民會參加，那麼選舉產生出來的結果即使表述了選民的民意，也只是符合部分公民的意見，並非全體人民的意見。如何能夠建立起一種民主的組織方式，使得國家權力的運作與國家意志的形成能符合民主的理念要求，便成為當時憲法理論討論民主的主要問題。本文將分別闡述威瑪共和幾位主

以討論如何正確適用憲法，進而分析適用成果，建立體系；憲法理論的重點則是針對憲法的發展歷史以及理想憲法的內容。兩者不同，但又互相輔助。關於憲法理論此一學科的目的與研究方法較詳細說明，可參見下列文獻：Martin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988; Matthias Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; Matthias Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 4 (4-56); Gerd Roellecke, Beobachtung der Verfassungstheorie, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 57 (57-68); Paul Kirchhof, Verfassung, Theorie und Dogmatik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR, 3. Aufl., 2014, S. 693 (723-739); 中文文獻可見張嘉尹，憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，頁97-107（2012年）。

- 21 憲法理論的觀點早在威瑪時代已經出現。Carl Schmitt在其名著《憲法學》（Verfassungslehre）一書中，已經指出，他在該本著作中對於憲法的討論，是以憲法理論的觀點出發。見Carl Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl., 1970, S. IX; Smend也指出，憲法理論是憲法學討論的必要基礎。見Rudolf Smend, Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955, S. 60 (67).

要法學者（Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller與Hans Kelsen）的觀點，分別探討他們如何處理此一問題。

接下來本文將會進而討論戰後基本法憲法理論通說對於民主理論的看法。在第參部分，本文則指出，戰後基本法時代，憲法理論通說針對民主的問題，著重在分析代議民主體制為何是落實民主理念的最佳機制。戰後憲法理論的通說，站在一種自由保守主義（liberalkonservativ）的立場²²，運用了許多威瑪共和時代憲法理論的思想資源，來試圖證立基本法所確立的代議民主體制。本文將指出，戰後基本法通說的民主理論強調，代議民主體制對於組織形成民意的重要性，並且認為，只有透過排拒公民的直接參與，才能清楚區分國家與社會領域的差別，防止政治權力過度擴張到所有社會領域中，進而保障國家公意形成的過程不受到個人私益的影響，制定符合公益的民主決定。最後第肆部分則是結論。

貳、威瑪時代憲法理論的民主難題：人民如何自我組織成國家／整體人民？

一、民主國家內人民自我組織的難題：不是每個人都是積極公民

1918年威瑪共和成立，1919年威瑪憲法正式制定生效，德國成為民主政體。威瑪共和是德國第一個民主政體，但在此之前，已經可以看到德國議會體制與外於議會的政治活動影響力日趨擴大。Georg Jellinek在1906年的名著《修憲與憲法變遷》（Verfassungs-

²² 本文所說的自由保守主義是戰後德國法政思想中一種重要的傾向，持這種觀點的學者支持戰後的德國基本法秩序，認同自由民主制度的重要性，但不接受德國左派的政治思想。相關說明可見Jens Hacke, *Die Bundesrepublik als Idee: Zur Legitimationsbedürftigkeit politischer Ordnung*, 2009, S. 102-106.

änderung und Verfassungswandlung) 一書中已經指出，當時德國各種社會力量已經不斷要求政治更進一步的民主化，也出現改革議會制度，乃至於學習瑞士直接民主制度的呼聲²³；自1917年開始，德國也推動改革，強化議會的力量。威瑪共和是革命的成果，另一方面也反映社會對政治民主化的需求²⁴。

威瑪共和成立後，基於威瑪憲法第1條第2項（國家權力來自人民）的規定，德國國家法學界放棄了過去憲法中以君主為領袖的高權國家（Obrigkeitsstaat）想法，接受了威瑪共和是一種人民國家（Volksstaat），支持人民主權，並認為人民是憲法中的重要概念，是國家權力的由來與正當性的基礎²⁵。德國威瑪憲法起草者Hugo Preuß在其著作中指出，德國是一種人民國家，表示國家是由人民以民主方式，在政治上組織起來；同時他也提出了一個問題：到底國家如何透過一種民主的方式組織形成²⁶？也就是說，如果說高權國家下，可以依靠君主主動行使其統治權，讓國家受其統治，那麼民主政體有賴於所有公民都能積極參與國家權力的行使，才能達成所有人民自我統治的理想，但問題是並非所有民主國家人民都能符

²³ Jellinek (Fn. 14), S. 73-79.

²⁴ Christoph Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 4-9.

²⁵ Armin Monath, Obrigkeitsstaat und Volksstaat: Untersuchung des von Hugo Preuß und anderen liberalen Staatsrechtlern geprägten Gegensätzen zweier Staatstypen. Ihre theoretische Haltbarkeit und praktische Verwertung für die Staatsrechtslehre des Dritten Reiches, 1934, S. 23-27. 德國在19世紀末到20世紀初，國家法學的通說認為選舉並非人民權利，而只是反射利益。見Paul Laband, Staatsrechtliche Vorlesungen: Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts, gehalten an der Kaiser-Wilhelms Universität Straßburg 1872-1918, 2004, S. 267; Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1963, S. 136-137.

²⁶ Hugo Preuß, Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919, in: ders., Staat, Recht und Freiheit: Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte, 1926, S. 368 (370).

合這種積極公民（Aktivbürgerschaft²⁷；Aktivbürger²⁸）的理想²⁹。從而民主國家常常變成部分積極公民統治或影響國家政治，難以符合整體公民能自我統治的理想。如果欠缺一種方式，可以讓未參與政治的公民利益或想法仍能影響國家權力，或成為政治意見決定過程中的一部分（至少可以成為決定者需注意的對象），那麼恐怕很難說民主政治是基於全體人民的意見來進行支配。在威瑪時代，許多學者都把人民當作一個整體（也就是民族），認為此一人民整體構成了國家人民主權的主體，成為民主正當性的來源。但是，面對到不是所有公民都能參與國家權力的情況，勢必建立一種方式，讓非全體人民所做成的決定仍能歸屬於全體人民所做決定之正當性，才能解釋民主是基於全體人民的意志³⁰。面對這個問題，威瑪時代四位對德語世界國家法學影響最大的法學者（又被稱為威瑪四巨頭）Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller以及Hans Kelsen分別提出他們的看法，他們的看法也影響到戰後基本法時代憲法理論對於民主的觀點。本文下列將一一說明這四位學者的看法。

27 *Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 1955, S. 119 (222).

28 *Schmitt* (Fn. 21), S. 206, 224; *Smend* (Fn. 27), S. 132-133. 在德國國家法學上，Aktivbürger可以指有選舉權／被選舉權之人民。但如同Schmitt等人的分析，Aktivbürger不僅需要擁有這些公權利，尚必須行使這些公權利（也就是Schmitt所說的在場出席），才能真正參與國家權力。本文因此改用積極公民來翻譯此一概念。本文所說的積極公民，與德國國法學學者Georg Jellinek所說的主動身分的公權利（der aktive Status）不同，因為主動身分的公權利，主要是指人民參與國家組織，成為公權力擁有者的權利，與本文所指的人民在民主制度中，積極參與政治的情況不同。Jellinek對於主動地位公權利的看法，可見Jellinek (Fn. 25), S. 141-144.

29 *Smend* (Fn. 27), S. 222.

30 *Gerhard Leibholz, Zum Begriff und Wesen der Demokratie*, in: ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1958, S. 142 (144-145).

二、Carl Schmitt的民主理論：以代表克服公民不在場（無法參與行使國家權力）的問題

Carl Schmitt的民主理論，採取了反自由民主的立場，不過他在威瑪時代，至少在表面上，仍站在支持威瑪憲政的立場進行論述。Carl Schmitt在威瑪時代的民主理論因應威瑪時代由高權國家通往人民國家的轉向，一方面強調人民／民族成為國家政治統一性的基礎，另一方面批評Hugo Preuß的人民國家理論，認為Hugo Preuß忽視了主權概念的重要性³¹，並批評Hugo Preuß誤以為可以透過政黨等機制，便足以克服社會上的各種對立，建立起政治統一性³²。Schmitt藉由說明代表與同一性兩個民主形式原則之間的相互補充關係，闡釋了民主政治如何在國家中落實的方式，並且指出，必須依據受信任的權威領袖與人民之間的信任關係，才能依據同一性與代表兩個民主原則，統合國家內部的對立，維持國家的政治存在。

（一）民主的同一性與代表：兩種不同的政治形成原則

針對民主政治的理想，Schmitt延續了盧梭的看法，認為民主的理想是讓被統治者與統治者兩者能同一。這也就是民主的同一性（Identität）原則。不過Schmitt所說的「統治者與被統治者的統一」，並非是個體意義上兩者相同（統治者=被統治者），而是兩者都同屬於同一個人民整體³³。Schmitt指出，同一性是指「在場出席的」（anwesend）積極公民都同屬於一個人民整體，以敵友區分形塑政治共同體，並以從屬於共同體人民的身分，進行決定³⁴。Schmitt理論中提到的「在場出席」，並不盡然只是一種比喻的概念，更描述了Schmitt理想的民主決定過程。Schmitt認為，政治決

31 Carl Schmitt, Hugo Preuß: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, in: ders., Der Hüter der Verfassung, 5. Aufl., 2016, S. 161 (168).

32 Schmitt (Fn. 31), S. 174-180.

33 Schmitt (Fn. 21), S. 235.

34 Schmitt (Fn. 21), S. 206-207.

定應該是一種公開／公共的行為，也就是說，人民必須在一個公共場所聚會，並公開的表示意見³⁵。Schmitt批評認為秘密投票才能保障政治自由的想法，他認為，秘密投票只是讓政治決定變成私密的事務，如果人民不公開表露自己的政治立場與意見，那麼政治決定就無法符合公共性的要求，反而讓個別人民的政治決定容易受到私人想法的影響³⁶。

Schmitt認為，單憑同一性的政治形成原則不足以實現民主政治。這是因為不盡然所有人民都會積極參與政治，出席參加各種政治活動（Schmitt指出，公民不盡然也不必要對政治有興趣³⁷），Schmitt也進一步強調，即使所有的積極公民出席公共聚會（在場），也無法保證能表徵整體人民的意志³⁸。Schmitt的主張等於反對現在民主理論常見的加總共善觀點（也就是主張，整體利益或整體意志可以透過選票的加總計算而得出）³⁹。受到盧梭「眾意不等於普遍意志／公意（*general will*）」觀點的影響，Schmitt認為，多數決甚至於所有人同意的表示，不等於人民的整體意志⁴⁰。必須要有一種方式，來處理人民不總是（也不總是有意願）在場出席政治活動，參與政治的問題，否則，民主就變成只是積極公民的意見，而非整體人民的意見。所謂的多數統治，有時其實就不過只是指積極公民的多數進行統治⁴¹。Schmitt同時也指出，不能過分期待公共意見，不能誤以為公共意見就是整體人民直接的意志表述，因為公共意見可能只是由一些積極公民所提出，並非所有人民的意見⁴²。

35 Vgl. Schmitt (Fn. 21), S. 242-243.

36 Schmitt (Fn. 21), S. 206.

37 Schmitt (Fn. 21), S. 279.

38 Schmitt (Fn. 21), S. 206.

39 Ian Shapiro 著，陳毓麟譯（註1），頁16-17。

40 Schmitt (Fn. 21), S. 279.

41 Schmitt (Fn. 21), S. 224.

42 Schmitt (Fn. 21), S. 278-279.

要讓公共聚會的個別人民能確立整體人民的意志決定，便需要代表（Repräsentation）的形成原則。Schmitt引入了天主教教會思想關於代表的理論來解釋政治上的代表形成原則⁴³。依據天主教教會思想，代表的意義就在於使得不可見變得可見（sichtbar）⁴⁴，Schmitt運用這種想法來討論民主政治的形成原則。在Schmitt的民主理論中，代表有兩個意涵。第一個意涵就是使缺席者民意變成可見，彷彿缺席者在場出席⁴⁵。如同Schmitt所指出的：

所謂代表就是指，將一個不可見的存在，通過一個公共上出現的存在，使這種不可見的存在變成可見與現時化（vergegenwärtigen）。這個概念的辯證性在於，不可見者被預設為缺席者，但同時會變成出席者⁴⁶。

Schmitt對於代表（代議）概念的看法，運用了德文Repräsentation（代表）概念的意義來解說民主政治中代表的意義，Schmitt指出，Repräsentation此一概念帶有將過去呈現／出現（Präsenz）的事物加以再現的意義；而在民主政治上，代表的意涵，也是要反映未能參與政治過程的人民意見。代表制度的目的，是設想這些無意或無法出席的人民，如果他們在場，將會表示什麼意見；代表必須把沒有參加政治決定過程的人民（缺席者）意見表現出來⁴⁷。

43 Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, 2. Aufl., 1984, S. 28 ff. 另參見楊尚儒，政治統一體與代表——沃格林對施米特政治代表理論的批判，政治與社會哲學評論，37期，頁47（2011年）。

44 Carl Schmitt, *Die Sichtbarkeit der Kirche*, Summa I (1917), S. 75.

45 Schmitt (Fn. 21), S. 205; vgl. Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, 1929, S. 26; Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, S. 329.

46 Schmitt (Fn. 21), S. 209-210.

47 鍾芳樺，人格權威與政治秩序的形成：論權威與權力之區分在Carl Schmitt秩序理論與民主理論中的意義，政治與社會哲學評論，47期，頁143（2013年）。

經由這種代表——再現的意義，Schmitt指出，代表原則可以將同一性原則無法呈現的人或理念，呈現在政治決定的過程中⁴⁸。也就是說，代表原則補充了同一性原則之不足，讓無法在同一性原則所反映的民意與整體人民的理念，可以藉由代表原則而獲得反映。

代表原則在民主政治的另一個意涵，是讓參與民主政治的人民，都能基於整體人民的理念與政治存在之需求而表示意志。也就是說，代表原則要求到場並參與政治的人民，必須基於國家內公民的身分，以人民／民族之政治存在或理念為其從事政治決定的依據，不能基於私利⁴⁹。Schmitt認為，不只政治領袖必須代表整體人民而非個別人民的私利，每位參與政治決定的公民，在進行政治決定時，必須撇除個別參與公民的私利。這種想法深入的影響到當代德國憲法理論通說對於民主的看法。

Schmitt把代表與民法上的代理區分開來。這是基於代表所再現的理念，只能是政治上，合乎人文要求的理念，不像民法的代理，可以單純只再現本人的經濟利益⁵⁰。Schmitt此一觀點，反映了德國保守主義者反自由主義（批評自由主義過度相信科學技術，並認為自由主義鼓勵個人追求私利）的想法⁵¹。基於對代表理念的重視，Schmitt認為，他的理論以代表為主要的概念，是一種靜態的憲法理論，相對之下，Smend的理論則是以整合為主要概念，是一種動態的憲法理論。兩者並不相同⁵²。

⁴⁸ Schmitt (Fn. 21), S. 207.

⁴⁹ Schmitt (Fn. 21), S. 206-207.

⁵⁰ Schmitt (Fn. 43), S. 36.

⁵¹ Schmitt (Fn. 43), S. 36; vgl. Kurt Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimar Republik, 4. Aufl., 1994, S. 143-147.

⁵² 見Reinhard Mehring (Hrsg.), „Auf der gefährlichen Straße des öffentlichen Rechts“: Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921–1961, 2010, S. 40-41.

代表的理念與同一性的理念一樣，兩者都不能推到極端。同一性的理念推到極端，如前所述，會因為民意無法形成，而使得政治統一性無法存在。而代表的理念推到極端就會變成完全忽略人民的存在，認為政治統一性的內容完全由代表人民的政府所形成。Schmitt認為，代表理念如果變成否定人民存在，那麼政治統一性也無法存在。因為國家如果沒有人民，就不可能存在⁵³。所有民主國家都是基於此二原則的互相補充而存在，只是各國憲法對此兩種原則的偏重程度有所不同⁵⁴。

依據Schmitt的看法，代表與同一性兩原則都立足於人民／民族的政治統一性，必須預設已經存在特定的人民／民族⁵⁵。如同德國學者Oliver Lepsius所指出的，Schmitt的民主思想蘊含一種「對象已被確定」(gegenstand bestimmte)的知識理論，這種知識理論認為，知識的對象在本體論上已經存在，知識僅是對於既有本體論上已經存在的對象加以摹像(Abbild)。Schmitt的民主理論中，整體人民並不需要經由程序或過程而建構，政治決定的過程基本上不會影響整體人民的政治存在決定與理念內容，甚至於如果政治決定違反了既有的整體人民的政治存在決定與理念內容，會被認為屬於一種破壞民主的行為⁵⁶。Schmitt也認為，民主需要依賴人民的同質性⁵⁷。此種民主需要民族社群同質性的想法，結合了民主與民族主義兩種當代重要的政治思想，也為不少德國法學者所共同繼受。

53 Schmitt (Fn. 21), S. 215.

54 Schmitt (Fn. 21), S. 215-216.

55 Schmitt (Fn. 21), S. 213-214.

56 Oliver Lepsius, Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik, in: Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, 2000, S. 366 (376-377).

57 Schmitt (Fn. 21), S. 230-233.

(二) 具體理想的民主政治並非議會體制，但直接民主亦有其
界限：領袖的重要意義

Schmitt雖然強調代表原則對民主政治的重要意義，但是如眾所周知，他對議會體制抱持強烈批判的態度。他固然認為議會是運用代表原則的一種政治體制⁵⁸，但是隨著大眾民主的興起，議會所依賴的討論與公開性之精神理念已經不復存在，從而議會也失去其原有的歷史意義⁵⁹。因此，Schmitt並非議會體制之支持者。他重視代表此一民主的重要概念，但卻不支持議會民主政治。然而，Schmitt也並非想以直接民主（特別是公投）來取代議會民主。Schmitt指出，直接民主體制有其自然的界限，這些界限包含直接民主不適宜處理一些專業性的問題⁶⁰，以及政府財政與給付的問題⁶¹。

更重要的是，Schmitt認為，不可能用直接民主取代國家組織，也不可能取消政治領袖的存在。特別是因為既有的直接民主（公投）仍然是運用秘密投票的方式進行，選民之間無法進行公共的意見表達，這無法直接產生可以成為公投議題的公共意見；Schmitt指出，公投必須經由人民可以信任，擁有權威的政治領袖來設定議題（提問），讓人民來回答贊同與否，這樣才能避免公投民意被任意操弄的問題⁶²。「由下而上的信任，由上而下的權威」⁶³，這種權威民主觀點，是Schmitt面對民主如何自我組織問題所提供的答案⁶⁴。

⁵⁸ Schmitt (Fn. 21), S. 211.

⁵⁹ Schmitt的詳細論述與相對的批判意見可參考Volker Neumann, Carl Schmitt als Jurist, 2015, S. 67-75.

⁶⁰ Carl Schmitt, Volksentscheid und Volksbegehren: Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie, 2. Aufl., 2014, S. 63.

⁶¹ Schmitt (Fn. 60), S. 79-83.

⁶² Schmitt (Fn. 60), S. 64; 鍾芳樺（註47），頁153-154。

⁶³ Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. Aufl., 1985, S. 263 (340-341).

⁶⁴ 鍾芳樺（註47），頁153-159。正因為Schmitt指出領袖代表人民，以及領袖在公

由於Schmitt支持納粹（特別因為其在納粹時期所發表支持納粹發動戰爭的「大空間」理論），因而使其戰後失去在學院內的位置，但是，他仍然對於戰後基本法有相當大的影響力。由其學生（如Ernst Forsthoff, E. R. Huber, Werner Weber等）或私淑者（如前聯邦憲法法院法官Ernst-Wolfgang Böckenförde）所組成的Schmitt學派⁶⁵，在戰後公法學有非常重要的影響，如下面所述，戰後基本法憲法理論中，對於民主的看法，通說見解受到Schmitt相當大的影響。

三、Smend之整合理論與Heller之社會民主思想如何克服人民自我組織的問題

Smend與Hermann Heller兩位學者雖然在政治立場上不同，但是在他們的憲法理論在方法論上一些思考卻有不少的共通性⁶⁶。兩人都希望透過一種對憲法規範與憲法現實之間的動態辯證關係，來理解並解釋憲法規範⁶⁷。並且他們都認為，動態的政治意志形成過程可以將不同的社會力量與價值觀的衝突，統合成民族的政治社群

決式民主中領導人民的重要意義，因此學者指出，Schmitt的民主理論，成為當代右翼權威式民粹主義（主張須由強勢威權的政治領袖來體察人民需求、領導人民之思想）的重要思想根源。見Kolja Möller, *Volksaufstand & Katzenjammer: Zur Geschichte des Populismus*, 2020, S. 77-78. 另參見JAN-WERNER MÜLLER, *WHAT IS POPULISM?*, at 51-57 (2016).

⁶⁵ JAN-WERNER MÜLLER, *A DANGEROUS MIND: CARL SCHMITT IN POST-WAR EUROPEAN THOUGHT* 65-68 (2003); Frieder Günther, *Denken vom Staat her: Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, 2004, S. 112 ff.; Shu-Peng Hwang, *Materialisierung durch Entmaterialisierung. Zur Kritik der Schmitt-Schule am wertorientierten Grundrechtsverständnis unter dem GG*, *Der Staat* 52 (2013), S. 219 (219-220).

⁶⁶ 早期Heller與Smend一樣，都受到德國威瑪時代精神科學、文化科學（特別是哲學家Theodor Litt的影響），晚期Heller則走向現實科學的研究取向，受到社會學萊比錫學派（特別是Hans Freyer）的影響較大。見鍾芳樺，*法規範的三個社會基礎：論Hermann Heller的法概念論*，*中原財經法學*，15期，頁11-12（2005年）。

⁶⁷ Smend (Fn. 27), S. 119-120; Hermann Heller, *Die Souveränität: ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 2. Aufl., 1992, S. 31 (99-100).

統一體。**Heller**更指出，民主就是一種能讓社會中存在的個人統合成意志共同體的政治支配形式⁶⁸。

這兩位學者基於其政治立場，對於「民主政治如何處理並非所有公民都能加入政治意志形成過程」的問題，有不同的看法。基於其新教——保守的政治立場⁶⁹，在戰前，**Smend**指出，透過人格的整合因素（政治領袖）、功能的整合因素（社會上各種政治力量的辯證動態統合）與事物的整合因素（社群上共享的精神價值，如基本權等），可以將社群整合起來⁷⁰。**Smend**並沒有否認議會政治的整合功能，也認為議會有助於將不同的政治意見對立，透過討論的辯證過程整合起來⁷¹。但是，他認為議會民主是一種較為次要的形式整合，真正的整合仍需要透過整個國家社群的精神價值。也因此民主需要預設整個國家民族社群的同質性⁷²。在**Smend**的理論中，民主本身只具有協助整合的功能性價值，本身無獨立價值⁷³；反而只要能夠將國家社群整合起來，人民自我組織的問題就自然可以解決⁷⁴；他也不接受**Schmitt**對於代表原則的看法，**Smend**認為，代表並非是對於人民整體的反映，或者是用來再現無法在場參與政治決定過程的公民意見。而是建立在國家社群的精神價值上⁷⁵。君主或

68 *Rudolf Smend*, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955, S. 68 (85); *Hermann Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. II, 2. Aufl., 1992, S. 421 (426).

69 *Rudolf Smend*, Protestantismus und Demokratie, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955, S. 297 (304-305).

70 *Karsten Malowitz*, Was den Staat im Innersten zusammenhält: Rudolf Smend als Antipode Hans Kelsens in der staatsrechtlichen Grundlagendiskussion der Weimarer Staatslehre: Diskurs- und Rezeptionsstrategien, in: Gangl (Hrsg.), Die Weimarer Staatsrechtsdebatte: Diskurs- und Rezeptionsstrategien, 2011, S. 69 (82-86).

71 *Smend* (Fn. 27), S. 154-155.

72 *Smend* (Fn. 27), S. 221.

73 *Smend* (Fn. 27), S. 159-160.

74 *Smend* (Fn. 27), S. 136-139.

75 *Smend* (Fn. 27), S. 203-204.

民主所信任的政治領袖，具體表徵並代表了社群中的價值，他依據此一價值而獲得正當性，也代表此一價值，整合整體國家社群⁷⁶。因而Smend認為，由君主或特定政治領袖所帶領的民主，才能真正的代表整體國家社群⁷⁷，並團結所有的社群成員，整合成一個良好的國家社群⁷⁸。由於Smend著重在政治整合過程，因而遭受Schmitt批評。Schmitt指出，Schmitt自己的憲法理論重視憲法中的靜態因素與結構，因為如果欠缺此種靜態的因素與結構，憲法將無法帶來國家秩序的整合效果。相對之下，Schmitt認為，Smend的整合理論強調整合的過程因素，是一種動態的憲法理論。Schmitt批評如果憲法是一種無盡的整合過程，會造成憲法的靜態結構與因素消失的結果⁷⁹。

身為支持民族主義的社會民主論者⁸⁰，Heller則強調，只有透過社會民主，才能解決民主政治下人民自我組織的問題。Smend雖然也指出政治的過程具有整合的功能，但是，Smend更重視既有國家社群的精神價值，希望以此來整合所有不同意見，因此常被批評為反多元主義的觀點⁸¹。不像Schmitt和Smend的民主理論，Heller的民主理論並沒有預設一個已經預先存在的人民／國家價值社群，Heller認為，民族社群是社會民主政治的整合之後的產物，而非預

⁷⁶ Smend (Fn. 27), S. 220-221.

⁷⁷ Smend (Fn. 68), S. 86-87; Smend (Fn. 27), S. 243-246.

⁷⁸ Roland Lhotta, Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion: Intergration als Philosophie des „Als-Ob“ in: Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, 2000, S. 286 (305-310); Smend (Fn. 27), S. 144-148.

⁷⁹ Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. Aufl., 1985, S. 63 (68); vgl. Schmitt (Fn. 21), S. 207.

⁸⁰ Heller是少數希望能結合民族主義與社會主義理想的學者。關於Heller如何結合這兩者的想法，見Detlef Lehnert, Sozialismus und Nation. Hellers Staatsdenken zwischen Einheit und Vielheit, in: Llanque (Hrsg.), Souveräne Demokratie und soziale Homogenität: Das politische Denken Hermann Hellers, 2010, S. 181 (181-206).

⁸¹ 因此Kelsen（還有大部分的學者）批評Smend的整合理論是一種反多元主義的觀點。見Hans Kelsen, Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930, S. 81.

先存在的現象，固然民主需要一定程度的相對同質性⁸²，但是社會上如果存在明顯的經濟不平等以及由此而來的階級對立，我群意識（*Wir-Bewusstsein*）將無法形成或維繫下去⁸³。因此，透過議會民主與實質平等的選舉權而達成的社會民主，是民族社群能建立的關鍵要素⁸⁴。

Smend及Heller的憲法理論，在戰後基本法的憲法理論中，也有一定程度的影響。Smend在戰後影響形成了Smend學派（如Horst Ehmke, Konrad Hesse等學者）⁸⁵，但是，Smend學派的學者在政治立場上與戰前的Smend思想不同，不少人傾向社會民主黨的立場（如Horst Ehmke, Konrad Hesse），也繼受美國憲法與社會學的理論，並以多元民主的立場改造了Smend的觀點⁸⁶。Heller雖然是社會法治國此一名詞的創造者，被視為德國戰後社會法治國之父，但是，Heller對於當代德國憲法學的影響較小，特別是他的社會民主理論基本上對當代德國憲法學很少有直接影響⁸⁷。不過，Heller對於國家的觀點，透過對Böckenförde國家理論的影響，成為當代德國

82 Robert Chr. van Ooyen, *Homogenes Staatsvolk statt EU-Bürgerschaft: Das BVerfG zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft*, in: ders., *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, 2010, S. 54 (60-64); Heller指出，社會同質性的存在不需要放棄所有的社會對立，反而社會同質是指一種社會心理狀態，指社會中的人在認知到階級對立的情況下，仍產生我群意識，認識到彼此仍同屬於可不斷變更的社群。Heller (Fn. 68), S. 428.

83 鍾芳樺，*國家與法作為人民的自我組織：論威瑪時代Hans Kelsen, Carl Schmitt與Hermann Heller對法最終證立問題的分析*，國立臺灣大學法律系博士論文，頁321（2006年）。

84 鍾芳樺，*社會法治國下的平等觀——Hermann Heller論形式平等與實質平等之關係*，*輔仁法學*，53期，頁210-212（2017年）。

85 Günther (Fn. 65), S. 159-172. Günther指出，戰後的Smend學派，較不強調整合的重要性，所以跟Heller的思想頗為接近。見Günther (Fn. 65), S. 167-169.

86 Robert Chr. van Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa: Von Solange über Maastricht und Lissabon zu Euro-Rettung, Europawahl und EU-Haftbefehl II*, 7. Aufl., 2018, S. 67; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, 2012, S. 362.

87 van Ooyen (Fn. 86), S. 44-45.

國家理論的重要依據⁸⁸。由於Heller本身的左派政治立場以及其激烈反納粹的行動表現，使得當學界引用他的觀點來支持相對同質性對於國家存在的重要性時，較不容易受到批評。也因此，不論Böckenförde或是聯邦憲法法院，都常運用Heller的觀點來支持民主與國家民族同質性的必要關聯。但是這種主張多少是忽視了Heller與Carl Schmitt觀點上的關鍵差異⁸⁹。

四、Kelsen的多元民主理論：議會成為多種不同利益形成民意的場所

Kelsen是當代法實證主義者的重要代表人物⁹⁰，也是重要的多元民主理論學者⁹¹。Kelsen與威瑪四巨頭其他三人（Schmitt、Spend與Heller）的觀點有相當大的差異。Kelsen不像其他三人，Kelsen並不想建立民主與民族的必然關聯，他的民主理論，並不以民族同質性為前提，頂多需要共同的語言來作為實行民主所需要的工具⁹²。

如眾所周知，Kelsen是自由民主的議會民主支持者。而Kelsen支持議會民主的理據，許多來自一種現實政治上的理由。因此，Kelsen的多元民主理論是一種建立在現實政治上的民主理論。Kelsen指出，許多對於議會民主的批評，來自忽視現實政治的情

⁸⁸ Ernst-Wolfgang Böckenförde/Dieter Gosewinkel, „Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung“: Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Böckenförde/Gosewinkel (Hrsg.), Wissenschaft, Politik, Verfassungsgerichte, 2011, S. 307 (378).

⁸⁹ Vgl. van Ooyen (Fn. 82), S. 58-59; van Ooyen (Fn. 86), S. 48-49; Robert Chr. van Ooyen, Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft: Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), „Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert...“: National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts, 2021, S. 199 (205-207).

⁹⁰ 參見鍾芳樺，凱爾生：《純粹法學第一版》導讀，台灣法學雜誌，187期，頁119（2011年）。

⁹¹ 關於Kelsen的多元民主理論完整說明，可見黃舒芃（註18），頁55-98。

⁹² Hans Kelsen, Das Problem des Parlamentarismus, 2. Aufl., 1968, S. 36-37.

況，而這些批評往往因為忽視民主理念落實所需要的現實政治條件，反而會造成反民主的結果。例如，Kelsen指出，對於政黨政治的批評（如政黨阻礙了「真正的民意」，從而需要消滅政黨，以免政黨扭曲民意⁹³），往往忽視了如果消除政黨的機制，反而讓個人的意見無法透過政黨整合起來，從而影響到現實民主政治。因為個別人民的意見往往並無法影響到現實政治過程⁹⁴。而Kelsen也指出，議會民主也是一種基於現實上社會分工的需要，而不得不產生的機制⁹⁵。雖然民主的意識型態追求「統治者與被統治者的同一」（同一性原則），但是，現實上有多種限制，使得這種同一性原則事實上無法存在⁹⁶。

Kelsen不僅反對把同一性原則當作現實民主政治的標準，他也指出，應該以現實政治的角度來看待代表的意義。依據Kelsen的觀點，代表僅是一種虛擬，以符合人民主權之要求⁹⁷。同時Kelsen主張，「選舉是一種民意傳遞」的想法（也就是「選舉結果反映民意」）只是一種虛擬。因為意志無法傳遞，選舉只是一種國家機關的建構方式，透過這種方式，讓不同的選民意見與利益可以影響國家機關（議會議員或其他經選舉產生的政治人物），進而用來說明當選的政治人物其權力係由選民授權，並向選民負責⁹⁸。

從現實政治的角度出發，Kelsen承認公投等直接民主的機制給予人民直接參與國家權力的機會，但是，他認為，並不能因此主張

93 Sontheimer (Fn. 51), S. 161. 如同Sontheimer指出的，依據威瑪時代的經驗可看出，許多主張反政黨政治的政黨，走向崇拜領袖，進而讓議會民主政治所需要的討論與妥協無法存在。見Sontheimer (Fn. 51), S. 162 ff.

94 Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1929, S. 20.

95 Kelsen (Fn. 94), S. 29.

96 詳細的理由可見Hans Kelsen, *Demokratie*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie*, 2006, S. 115 (115-116).

97 Kelsen (Fn. 92), S. 8-9; Kelsen (Fn. 96), S. 121.

98 Kelsen (Fn. 96), S. 133-134.

以公投等方式進行的直接民主，是一種「更多的民主」⁹⁹。因為，公投的結果往往還需要經由議會的進一步決議，才能產生完整的法律，公投頂多提供機會去檢視現在人民的意見與利益狀態是否與議會選舉時相同，成為一種重新確認現今民意多數是否已經改變的措施。**Kelsen**認為，如果公投的結果顯示，當下的民意已經跟原有議會選舉時的多數／少數狀況不同，也許可以讓議會解散重選。**Kelsen**也警告，公投也有可能造成少數意見過多的影響議會決議的機會。這時就很難說公投的結果才是「真正的民意」¹⁰⁰。

Carl Schmitt認定在大眾民主與政黨政治時代，議會的討論與公開性這些理念原則已經不可能存在，從而需要用其他方式來確定人民的意志¹⁰¹；但**Kelsen**卻認為，議會民主是唯一現實可行的民主。由於**Kelsen**認為公益與私利並非截然對立，也認為，並不是只有在公開場所進行意見表達，才能符合公共性／公開性的要求，因此，**Kelsen**根本未去討論密室政治的問題；**Kelsen**強調，討論並沒有在議會政治中消失，討論與妥協反而是議會民主兩大重要的理念。現實上，議會的多數黨（或政黨的多數聯盟）可能不願意進行討論與妥協，但是**Kelsen**建議設立憲法法院，理由之一便是希望憲法法院可以成為協助議會內少數黨（或少數派）的議員迫使多數黨（或政黨的多數聯盟）進行討論與妥協的機制¹⁰²。

由於**Kelsen**認為，議會決議（法律）不能是一種多數黨（或政黨的多數聯盟）未經討論與妥協，而以多數強硬通過的結果（這就是**Kelsen**所批評的多數支配，而非多數決原則），因而議會決議應該是多數與少數討論與妥協的結果。依據**Kelsen**的理論，民主政治的過程並非反映一個已經存在的民意，而是經由民主政治的過程形

⁹⁹ *Kelsen* (Fn. 96), S. 122.

¹⁰⁰ *Kelsen* (Fn. 94), S. 11-13.

¹⁰¹ *Schmitt* (Fn. 21), S. 316-319.

¹⁰² 黃舒芃（註18），頁80-85。

成民意。如果法律的內容就是人民意見的表達，那麼人民意見應該是經由議會程序所形塑而成。也就是說，必須經由議會的程序與組織的中介，不同的人民意見才能形成¹⁰³。為了在議會形成人民意見，做出決議，Kelsen希望民主國家應該是兩黨政治。比例選舉制雖然能更充分地讓社會的少數意見與利益被議員所代表，但是卻會影響議會內決議的過程¹⁰⁴。Kelsen也認為，社會的不同意見與利益應該盡可能的整合形成多數與少數兩種不同的意見與利益，形成多數黨與少數黨，最後再由議會內的程序整合成國家的意見。Kelsen指出，這就是民主政治的整合過程¹⁰⁵。

Kelsen透過價值相對主義與認知上的相對主義來論證民主政治，並且也強調民主應該是多元的民主。但Kelsen的民主理論對戰後德國的基本法憲法理論影響不大。這主要是因為Kelsen的民主理論基本上並不符合德國憲法學通說。德國憲法學通說反對將公益與私利相混淆的想法¹⁰⁶。不過一些學者仍會引用Kelsen民主理論的思想資源來討論基本法下的民主原則¹⁰⁷。

103 Kelsen (Fn. 96), S. 122.

104 Kelsen (Fn. 94), S. 62-64.

105 Kelsen (Fn. 96), S. 137-138.

106 Vgl. Robert Chr. van Ooyen, Viel Smend und auch Schmitt – wenig Kelsen, Radbruch und Thoma: zur Rezeption in Deutschland, in: ders., Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2010, S. 80 (94-95).

107 如Han-Detlef Horn, Demokratie, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 743 (764-765). Vgl. Shu-Perng Hwang, Verfassungsordnung als Rahmenordnung: Eine kritische Untersuchung zum Materialisierungsansatz im Verfassungsrecht aus rahmenorientierter Perspektive, 2018, S. 25-26.

參、戰後基本法憲法理論通說對代議民主制的證立：以Böckenförde之民主理論為例

本文所指戰後基本法憲法理論通說，主要是前聯邦憲法法院法官Ernst-Wolfgang Böckenförde（1930-2019）對於民主原則的看法。Böckenförde的民主理論，不僅對德國公法學界的民主理論有相當大的影響力¹⁰⁸，也深刻影響了1990年代後的諸多聯邦憲法法院判決¹⁰⁹。他所提出的民主正當性鏈結（demokratische Legitimationsketten-Modell）模式，具有相當重要的實務與學說影響力¹¹⁰。

¹⁰⁸ Verena Frick, Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand, 2018, S. 110. Vgl. Sebastian Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 57-60; Horst Dreier, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: ders., Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, 2014, S. 159 (161); Christoph Möllers, § 5 Demokratie, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S. 317 (322).

¹⁰⁹ van Ooyen (Fn. 86), S. 50; Patrick Bahners, Im Namen des Gesetzes: Böckenförde, der Dissenter, in: Mehring/Otto (Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis, 2014, S. 145 (147); Robert Chr. van Ooyen, „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus: Das Bundesverfassungsgericht aus Sicht der politischen Theorie am Beispiel von Richter-Vorverständnissen (Böckenförde und Kirchhof), in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2015, S. 95 (100); Mirjam Kunkler/Tine Stein, Staat, Recht, Verfassung: Ernst-Wolfgang Böckenfördes politisches und verfassungstheoretisches Denken im Kontext, JöR, 65 (2017), S. 573 (598-599). Rike Sinder, Legitimation zwischen Partizipation und Repräsentation. Zum Demokratieprinzip in der Rechtsprechung der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts, in: Höntsch/Wöhrle (Hrsg.), Provisorische Ewigkeit: Staatstheoretische Reflexionen der frühen Bundesrepublik, 2022, S. 185 (187).

¹¹⁰ Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (360); Andreas Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 228; Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 153; Oliver Lepsius, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, in: Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius (Hrsg.), Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, 2015, S. 113 (142-143); van Ooyen (Fn. 82), S. 66; Robert Chr. van Ooyen, Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner Richterschaft: National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde, Kirchhof, Herzog und Di Fabio, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), „Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert...“: National-liberaler

一、國家成為民主政治的場域：反對社會民主化的主張

Böckenförde的民主理論，繼受了許多Carl Schmitt在威瑪時期的民主理論觀點。但是他與不少同世代受Schmitt影響的學者一樣，採用了將Carl Schmitt的民主理論自由化（liberal）的繼受方式，利用Schmitt的思想，來說明國家制度與存在之正當性¹¹¹。

Böckenförde在繼受Schmitt思想時，主要是繼受Schmitt威瑪時代的理論（特別是其中為威瑪憲法辯護的部分以及政治性的理論）。Böckenförde去除威瑪時期的Carl Schmitt民主理論中，一些不合當代德國憲政思想的部分（特別是其中反自由主義，強調自由主義與民主不相容，以及反議會主義體制的部分），並重新指出民主與國家的必要關聯¹¹²。也因此討論Böckenförde的民主理論時，必須注意到Böckenförde的國家觀點與其民主理論密不可分。

對於國家的看法，Böckenförde一定程度上繼受了Carl Schmitt在威瑪時代的觀點，強調國家與民族、政治性的關聯。然而，Böckenförde與Carl Schmitt對於國家概念的看法仍略有差異。如同Böckenförde指出的，Carl Schmitt的國家概念跟他的政治性概念緊密相連，把國家理解成由人民所形塑之政治統一性¹¹³。而

Etatismus im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts, 2021, S. 23 (34-38); Möllers (Fn. 108), S. 340-341.

111 Hermann Lübke, Carl Schmitt liberal rezipiert, in: Quaritsch (Hrsg.), Complexio Oppositorum: Über Carl Schmitt, 1988, S. 427 (438-440).

112 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Zukunft der politischer Autonomie: Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung Europäisierung und Individualisierung, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 103 (103).

113 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatlichen Werk Carl Schmitts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 344 (364); Carl Schmitt在威瑪時代對國家所下的定義，可見Schmitt (Fn. 21), S. 3. 這不同於Carl Schmitt在一次大戰期間完稿的教授資格論文中對國家下的定義。當時Carl Schmitt對國家的定義著重在國家對於法的實現意義。但是他也指出國家是一種特定領土內的秩序。見Carl Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 3. Aufl., 2015, S. 56 ff.

Böckenförde則認為，國家與社會相對立區分。國家是為了政治此一任務而存在的組織。藉由這種政治組織，形塑了具有從事政治決定與政治行為能力之統一體¹¹⁴。Carl Schmitt的國家概念，是指人民基於共同政治意識所形塑的政治統一性（民族），Böckenförde的國家概念，則是指建立在民族之上，透過國家與社會區分而確定的特定政治組織。在Böckenförde的理論中，國家需要依賴民族的相對同質性才能形成，但是國家並不能干預人民生活的所有領域，國家與社會兩者必須區分。基於這個思想推論上的差異，Böckenförde並不像Carl Schmitt一樣，極度擔心社會多元現象是否會破壞政治上的統一性¹¹⁵。Böckenförde此一觀點，受到Heller的影響。由於Böckenförde強調國家是一種組織，因而比起Carl Schmitt，Böckenförde更重視國家組織程序對於國家政治決定的影響。Böckenförde認為，國家的統一性不是一種民族政治上的統一性，而是藉由組織與程序形成的行動與決定的統一性¹¹⁶。這連帶影響他的國家組織法研究。國家的任務，依據Böckenförde的觀點，則是依歷史而有所變化，早先中世紀國家，在天主教的影響下，著重在讓個人能在現世落實天主教的宗教理念，但是隨著世俗化的歷史發展，現代國家的任務已經轉變成保障和平秩序與個人自由¹¹⁷。此一轉變，也促使國家必須走向民主。

當國家與社會區分，由於民主與國家兩者緊密相關，因此，民主的場域只能存在於國家之內。依據Böckenförde的看法，國家與社

114 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 209 (220).

115 Böckenförde指出，只要不破壞社會和平，各種國內政治的爭論並不會構成問題，國家的任務就是要將這些爭論，以和平的方式加以處理。見Böckenförde (Fn. 113), S. 346-347.

116 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie und Repräsentation: Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion, in: ders., Staat,Verfassung, Demokratie, 1991, S. 379 (386).

117 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit, 2004, S. 8.

會區分是維持自由的重要條件¹¹⁸。Böckenförde的國家社會二元論，指出國家與社會兩者雖然分裂不同，但仍然相互需要¹¹⁹。國家與社會的二元論，一方面確保社會不受到國家徹底的管控，不會變成極權國家，另一方面也保證了國家相對於社會的獨立性與距離，支持Böckenförde反對社會民主化的主張¹²⁰。依據Böckenförde的理論，國家是與社會區分，為了政治此一任務而存在的組織，藉由這種政治組織，形塑了具有從事政治決定與政治行為能力之統一體¹²¹。如果說，Carl Schmitt的國家概念，是指人民基於共同政治意識所形塑的政治統一性（民族），Böckenförde的國家概念，則是指建立在民族之上，透過國家與社會區分而確定的特定政治組織。在Böckenförde的理論中，國家需要依賴民族的相對同質性才能形成，但是國家並不能與人民生活的所有領域相等同。基於這個思想推論上的差異，Böckenförde並不會像Carl Schmitt一樣，極度擔心社會多元現象是否會破壞政治上的統一性¹²²。Böckenförde此一觀點，受到Heller的影響。由於Böckenförde強調國家是一種組織，因而比起Carl Schmitt，Böckenförde更重視國家組織程序對於國家政治決定的影響。Böckenförde認為，國家的統一性不是一種實質的統一性，而是藉由組織與程序形成的行動與決定的統一性¹²³。這連帶影響他的國家組織法研究¹²⁴。

依據Böckenförde的理論，國家與社會的區分，表示國家不能侵入特定社會的生活領域，藉此保障自由以及社會中的多元主義現

118 Böckenförde (Fn. 114), S. 220-221.

119 Böckenförde (Fn. 114), S. 222-223.

120 Böckenförde (Fn. 114), S. 226-227.

121 Böckenförde (Fn. 114), S. 219-220.

122 Vgl. Böckenförde (Fn. 112), S. 119.

123 Böckenförde (Fn. 116), S. 386.

124 Vgl. Michael Brenner, Böckenförde und das Staatsorganisationsrecht, in: Mehring/Otto (Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates: Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis, 2014, S. 108 (108-117).

象；而另一方面也相應表示，國家不會受到社會多元利益的任意干預。可以說，國家與社會區分也顯示了政治相對於其他社會領域的獨立自主性，以及國家需要獨立於社會多元利益的紛爭之外，依據公益來進行決定¹²⁵。Böckenförde跟Carl Schmitt一樣，都認為民主的理念並非要求沒有政治支配；在實際實踐上，也不可能真的達成統治者與被統治者同一的民主理想¹²⁶。Böckenförde在討論代議民主的必要性時，相當程度上運用了Carl Schmitt對於政治領袖必要性的論證¹²⁷。但是，兩人的觀點仍有差異。Carl Schmitt反對「國家只是社會自我組織」之主張，但是，他支持國家可以基於政治之需要，干預並統合社會其他領域的行為。他採用的總體國家（*Totaler Staat*）概念，否定了國家與社會區分之歷史意義，主張可以透過國家來干預社會¹²⁸。相對之下，Böckenförde則認為國家與社會之區分對於自由民主來說，仍具有重要的意義。Böckenförde也未強調政治領袖的重要性，僅要指出代議體制是一種實踐民主所不可避免的體制。兩人在論述上的差別，多少反映兩人民主理論所要面對的問題不同：Carl Schmitt在威瑪時代的民主理論，一方面要批判支持人民國家的學者「把國家化約成社會」之主張，另一方面則要證立政治領袖在民主政治中的重要意義，並且支持一種威權總統制的憲法改革¹²⁹；而Böckenförde理論則是一方面要抵制法蘭克福學派等左派理論無支配的理想¹³⁰，反對1960年代以下，出現在德國法學中的社會「民主化」（*Demokratisierung*）的要求，另一方面則為聯邦德國基本法下的議會內閣制，提供了民主理論上的解說。

125 Böckenförde (Fn. 116), S. 393.

126 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, S. 16.

127 Böckenförde (Fn. 116), S. 382-383.

128 van Ooyen (Fn. 109), S. 104.

129 Schmitt (Fn. 63), S. 340-342.

130 Böckenförde (Fn. 126), S. 16.

「民主化」此一想法，由1960年代開始，逐步影響到德國公共領域對民主的觀點，特別受到學生運動的支持。1969年，德國總理Willy Brandt更以此想法為競選的重要綱領¹³¹。民主化的理想主張德國社會仍存在太多威權導向的文化與社會結構，因此，需要在社會各領域推動民主化，讓許多領域或團體的決策過程與文化，走向追求平等，並讓個別團體內的成員能更多參與團體內的決策過程。當時對民主化的要求，擴及了大學、工廠（產業民主）等各領域¹³²。Böckenförde認為，社會領域不需要民主化，因為民主並不適合所有社會領域的組織與決策方式。民主應該僅限於政治領域的組織與決策方式，也需要國家此一組織來完成。憲法上的民主原則僅是要求國家權力必須來自人民，並未要求其他社會領域也必須受到整體人民的控制¹³³。

Böckenförde主張國家與社會的區分，他也依據兩者區分的前提，分析政黨在民主政治中的功能與角色。依據Böckenförde的觀點，政黨的功能在於兩方面，一方面，政黨可以提供所有人民平等參與政治的機會，基於集會結社與參與政治的權利，個人可以組成政黨或加入政黨，從事各種政治活動，透過政黨也取得影響國家權力的機會，Böckenförde認為，這是民主政治平等理念的展現¹³⁴；另一方面，由於國家與社會的區分，政黨是國家與社會的重要中介管道。政黨負責中介社會各種團體與國家的溝通，成為人民意見的中介者，協助形塑各種政治意見影響國家¹³⁵。

131 Stolleis (Fn. 86), S. 350.

132 Stolleis (Fn. 86), S. 318-322. 以批判性的觀點說明民主化此一觀點的定義，可見Wilhelm Hennis, Demokratisierung, in: ders., Politikwissenschaft und Politisches Denken: Politikwissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 2, 2000, S. 194 (194 ff.).

133 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., 2004, S. 429 (429).

134 Böckenförde (Fn. 133), S. 459-460.

135 Böckenförde (Fn. 133), S. 489.

二、國家民主：代表中介、職務原則與公益

Böckenförde的民主理論回答了下列兩個問題：首先是，為何需要民主支配的國家形式針對這個問題，Böckenförde再次凸顯他與Carl Schmitt之不同，也顯示出他對Carl Schmitt思想自由化之結果。有別於Schmitt強調民主的意義在於維護民族的政治存在與政治決定（實證意義下之憲法），Böckenförde則是更重視在民主保障個人自由的積極意義。Böckenförde認為，國家存在的主要任務是維護社會的和平秩序，保障個人之自由，而民主便是保證個人自由與和平秩序的重要決定方式。Böckenförde運用了一種常見用來支持民主的論證：個人要在國家層面落實其自由，便必須參與國家法律的制定過程，讓人民的自由可以透過國家的法律制度而獲得實現的可能性¹³⁶。

進一步，Böckenförde的民主理論回答了如何讓民主在現實中實踐的問題。Böckenförde認為民主制度仍需要政治上的支配。他也認為，議會民主體制並不違反民主，在國家立法機關所出現的代議體制，是實現民主的良好機制¹³⁷。代議體制所依據的代表理念，依據Böckenförde的看法，有兩種不同的概念。代表可以指向形式意義上的代表，也就是透過人民跟代表之間的正當性連結，讓代表的行為可以被視為屬於人民的行為，進而建立歸責之關係¹³⁸。其次，代表也指內容意義上的代表，根據這種代表的概念，代表不應該是靜態呈現已經存在的民意¹³⁹，而是透過程序與組織的規定，進一步組織不同的意見，將人民意志的內容建造並表達出來¹⁴⁰。Böckenförde認為，透過這兩種代表的概念相互協助，才能真正落實民主。也就是說，依據Böckenförde的觀點，形式的代表概念指出，人民與代表

¹³⁶ Böckenförde (Fn. 126), S. 20.

¹³⁷ Böckenförde (Fn. 116), S. 390.

¹³⁸ Böckenförde (Fn. 116), S. 391.

¹³⁹ Böckenförde (Fn. 116), S. 392-393. Böckenförde因此認為，Carl Schmitt的代表概念是一種靜態的概念，只注重反映既有的民意。Böckenförde (Fn. 116), S. 392.

¹⁴⁰ Böckenförde (Fn. 116), S. 381.

之間存在共同關聯與歸責關係，確定了代表的正當性基礎；而內容的代表概念則指出，民意形成需要透過政治程序，進而要求讓個別人民的意見可以透過民意形成的程序，進入代表的政治決定過程¹⁴¹。

Böckenförde與Kelsen或Ernst Fraenkel等多元民主主義者的意見不同。Böckenförde認為，議會內的代表不應該各自代表社會上的不同利益，他也認為，議會立法過程不應只是多元利益與多元價值的衝突與妥協。依據Böckenförde的看法，這些多元民主主義者的主張，會造成國家喪失面對社會多元利益時，應保有的距離保障，也破壞國家的中立性，妨礙國家追求公益之任務。雖然Böckenförde支持社會上應存在多種不同的利益與價值觀，但是反對（Kelsen或Fraenkel意義下的）多元民主，反對這些社會上的利益與價值觀取代公益，成為國家立法的依據¹⁴²。根據Böckenförde的民主理論，國家在民主決定做成的過程中，必須中介各種不同多元利益，與各種不同利益都保持距離，站在中立的立場，依據公益來做出政治決定與制定法律¹⁴³。個別公民可以依據自己的利益來判斷要投票給哪個政黨或政治人物，但是民選的政治人物有義務中介個別的私利，形塑出符合一般利益的意見；政治人物也有義務與公民溝通，提出適當議題，呼籲公民可以做成符合一般利益之選擇¹⁴⁴。由於民主的決定需要符合一般公益，因而所謂的行政民主化，也就是由相關利益者參與行政或自治團體的行政決定，都不屬於民主¹⁴⁵。任意讓利益團體介入民主決定，也違反民主原則之要求¹⁴⁶。

¹⁴¹ Böckenförde (Fn. 116), S. 392.

¹⁴² van Ooyen (Fn. 86), S. 30-31.

¹⁴³ Böckenförde (Fn. 133), S. 483; van Ooyen (Fn. 109), S. 103-104.

¹⁴⁴ Böckenförde (Fn. 133), S. 484.

¹⁴⁵ Böckenförde (Fn. 133), S. 450-451.

¹⁴⁶ Böckenförde (Fn. 133), S. 448-449.

Böckenförde 指出，民主國家中，代議士應依循職務原則（*Amtsprinzip, das Prinzip des Amtes*）行事，也就是說，代議士不應該依循自己的私利或選民的私利，而是依據公益來立法¹⁴⁷。Böckenförde 這種觀點，在實證法層面，回應了基本法對於國會議員的觀點（法定代表說），在理論層面，則是受到當代德國政治學者 Wilhelm Hennis 的影響。Wilhelm Hennis 指出，現代民主需要依據職務原則，職務原則要求，民主政治人物必須獲得人民的信任，而這種信任關係是建立在掌握職務的個人必須依據公益行事¹⁴⁸。職務原則從法制史的層面來看，係來自教會法的概念¹⁴⁹，之後被沿用到公法的討論上。如德國公法學者 Josef Isensee 指出，職務原則是所有擔任國家公權力職務人員所要遵守的基本行事原則。不論是立法者、行政公務員，甚至法官，在從事任何與國家公權力有關的行為時，都必須遵守職務原則。職務原則，在立法層面，主要是要求議員必須依據公益進行立法；在行政與司法層面，則是要求行政機關或法官，在進行法適用時，必須依據公益與法律來進行判斷，不能受到私利或偏見的影響¹⁵⁰。職務原則在行政與司法領域，主要是為了補強依法行政或依法審判原則。依法行政或依法審判原則要求行政機關或法官必須依據法律來解釋並適用法律，進而以法律來成為行政決定或司法裁判之基礎。但是，如同眾所周知，判斷餘地或裁量讓行政機關在做出決定時，有多種不同的選擇空間；一樣的，法官在法律的範圍內，也有多種不同法律解釋與適用的可能性，因此

¹⁴⁷ Böckenförde (Fn. 116), S. 393-394.

¹⁴⁸ Wilhelm Hennis, *Amtsgedanke und Demokratiebegriff*, in: ders., *Politikwissenschaft und Politisches Denken: Politikwissenschaftliche Abhandlungen*, Bd. 2, 2000, S. 127 (130-132). Vgl. Tine Stein, *Wilhelm Hennis' Demokratieverständnis*, in: Anter (Hrsg.), *Wilhelm Hennis' Politische Wissenschaft. Fragestellungen und Diagnosen*, 2013, S. 25 (28-30).

¹⁴⁹ Vgl. Ralf Dreier, *Das kirchliche Amt: Eine kirchenrechtstheoretische Studie*, 1972, S. 115 ff.

¹⁵⁰ Vgl. Josef Isensee, *Transformation von Macht in Recht – das Amt*, ZBR 1-2 (2004), S. 3 (3-12).

如何保證行政機關或法官不會任意濫用權限，便是現代法治國家的一個重要問題。法學方法論固然是其中一種解決之道，而職務原則的要求也是¹⁵¹。

Böckenförde認為，民主屬於國家，因為只有在特定的國家形式與代議的組織程序下，負責任的民主才能落實，也才能避免代議立法的過程僅僅是各種私利的爭逐。Böckenförde的主張延續了威瑪時代Schmitt等保守主義思想家強調「民主必須追求公益（Gemeinwohl）」的觀點，Böckenförde反對1960-1970年代德國興盛的社會民主化理論，如前所述，是基於想嚴格維持國家與社會的區分理論；此外，也是因為他不贊同讓社會的各種利益團體任意介入民主立法過程¹⁵²。Böckenförde批評當代Smend學派之學者，反對Smend學派主張的「利益團體政治有助於民主」論點。Smend學派這個主張也蘊含國家與社會不須分離的觀點¹⁵³。他們進而主張社會民主化（也就是將民主的理論推展至社會各個集體生活之領域）的重要性¹⁵⁴。Smend學派基本上認為，國家公益是由社會各種私利在政治領域相互協調形成，有學者（Peter Häberle）更主張，應該使用Öffentliches Interesse來取代Gemeinwohl，因為前者表徵公益的決定應透過動態的政治決定過程，開放由社會各種利益影響形塑而成，後者則是一種靜態的概念，預設有一種既存可以透過一定方式辨識的客觀公益存在¹⁵⁵。

151 Josef Isensee, *Gemeinwohl und öffentliches Amt: Vordemokratische Fundamente des Verfassungsstaates*, 2014, S. 108 ff.; Klaus Ferdinand Gärditz, *Das Amtsprinzip und seine Sicherung bei Verfassungsorganen*, JöR 64 (2016), S. 1 (3 ff.).

152 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie*, in: Steinberg (Hrsg.), *Staat und Verbände*, 1985, S. 305 (332-333). 由Böckenförde這種意見可以看出，Böckenförde對於社會國的看法，只是著重在社會權以及社會權成為政治自由與民主部分前提的意義，不重視社會中工人團體直接參政與勞資共決等社會民主的觀點，這跟Heller的社會國理論（建立在社會民主觀）仍有所落差。

153 Günther (Fn. 65), S. 316-318.

154 Stolleis (Fn. 86), S. 352-352.

155 Stolleis (Fn. 86), S. 352.

由於民意的形成需要透過代表人民的代議制度與程序，因而Böckenförde並不支持直接民主比起代議民主「更民主」的說法。常見支持直接民主比代議民主「更民主」的理由，是因直接民主提供了非屬政治人物的一般選民（被視為本人）直接參與政治的管道，從而跳脫民選政治人物或國家官僚（被視為代理人）的代理，直接參與政治決定，不用受到代理人的欺騙或妨礙。所以直接民主更加符合民主「人民自我支配」的理想。但Böckenförde反而認為，菁英在直接民主中，往往具有更大的影響力。這是因為一方面如同Schmitt所指出，公投過程中，公投題目會限制人民表意的內容，人民只能針對公投題目表示意見。政治菁英對於這種決定公投題目的提問權力，具有相當大甚至是唯一的影響力。比起一般人民，身為積極公民的菁英，也更容易從事政治參與¹⁵⁶。Böckenförde並未完全排斥直接民主，他同意可以用公投來補充代議制的不足¹⁵⁷，但是他認為，由於民主是一種做成集體決定，將不同個人之間的意見，結合形成一個有拘束力意見的過程，因而代議制所保證的各種形成民意的組織與程序，更有助於形塑民意，建立起民主政治決定¹⁵⁸。這無法為直接民主所取代。

由於Böckenförde的民主理論主張，民主需要在國家這種組織形式內才能進行，Böckenförde也認為，如果欠缺同一民族下，政治共同體的共同歸屬感，與政治的行動意識，民主無法進行。因此，依據Böckenförde的觀點，民主只可能有民族國家層次的民主，很難有跨國層次的民主¹⁵⁹。進而Böckenförde也批評歐盟欠缺民主。歐盟欠缺民主的原因，一方面因為歐盟內部尚欠缺歐盟公民的共同政治共同體意識，另一方面，也是因為歐盟的發展歷史過程，讓歐盟主

¹⁵⁶ Böckenförde (Fn. 116), S. 382-385.

¹⁵⁷ Böckenförde (Fn. 116), S. 389.

¹⁵⁸ Böckenförde (Fn. 116), S. 386-387.

¹⁵⁹ Frick (Fn. 108), S. 100-107.

要是以經濟上的統合為目標，欠缺政治整合之意識。歐盟此一組織也是以技術官僚的方式來思考歐盟經濟整合問題。Böckenförde認為，這種欠缺政治性，也不想以政治方式來思考問題的組織，不可能有民主¹⁶⁰。Böckenförde這種觀點，與不少德國公法學者（如Dieter Grimm）反歐盟干預德國的理由相類似：因為歐盟無法依據民主政治的結果行事，因此歐盟如果干預德國的內部施政，可能會造成掏空德國民主之結果。不同於Böckenförde等學者，知名德國哲學家Habermas則認為，可以在歐盟的層面建立民主，民主不必然需要以特定民族國家的民族社群與國家組織為前提。Jürgen Habermas的觀點主張確立一種「後民族的民主觀」（Post-national Demokratie）¹⁶¹，這與德國公法的主流見解明顯不同。當今德國公法學面對歐洲整合之要求時，經常以歐洲欠缺建立民主所需要的歐洲民族社群為理由，主張德國仍應保護自身之民主（與憲法），來排拒歐洲整合¹⁶²。

肆、結論

本文以思想史的方式，簡要的陳述了德國自威瑪共和以來，近一百年對於民主理論的看法。透過前面的說明，可以看到，除了Kelsen，德國憲法理論傾向於認同民主需要民族同質性的基礎。也希望透過民主來建立民族社群。

160 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Welchen Weg geht Europa?, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 68 (78 ff.); Böckenförde (Fn. 112), S. 125-126.

161 Jürgen Habermas, Zur Verfassung Europas: Ein Essay, 2011, S. 49 ff.

162 Vgl. Shu-Perng Hwang, Konstitutionalisierung jenseits der Demokratie?: Kritische Überlegungen zu den europaskeptischen Stimmen im Lichte der Grimm-Habermas-Debatte”, KJ 51 (2018), S. 266 (266-279).

在高權國家轉成民主的人民國家之時代背景下，威瑪時代德國的憲法理論認為，人民如何組織成一個民主／民族社群，並非透過選舉就可自然達成，而選舉／議會的決定是否必然符合整體人民的意志，也常受到質疑。立場保守且批評議會民主的Carl Schmitt與Rudolf Smend，分別想用代表原則或整合的方式，找出判斷不同意見的標準。Schmitt認為，只有透過受人民信任的權威領袖，提出適當的問題，讓人民公開表示意見，這樣才能防止人民只是依據私利做出決定，進而產生符合整體人民意志的政治決定；Smend則主張，要由領袖依據社群的價值，來整合社群的人民，這樣才能使得社群以符合社群所需精神價值的方式生活下去；立場分別屬於自由民主或社會民主，並支持議會民主體制的Kelsen與Heller，則分別希望以議會內的討論與妥協，或者以社會民主的政治過程，讓人民能加入議會民主的決定過程，來完善民主。這些學者都共同注意到，並非單純加總計算個別人民的意見，就可以得到符合民主之結果，民主政治下人民意見的形成，以及符合民主的政治決定，都需要依據特定的組織或程序，甚至需要符合特定的內容標準。他們也共同認為，不可能只要給予人民直接民主，就能得到所謂的「真正民意」。

到了基本法時代，Böckenförde等學者所主張的民主理論，支持基本法中的議會民主制，並反對直接民主「更民主」的說法。Böckenförde認為，議會民主制的意義，便在於以行為符合職務原則要求的議員，依據程序進行討論與妥協，進而形塑不受個別人民私利影響的政治決定。Böckenförde的民主理論也強調，所謂民意，並非只是選舉過程勝選的一方意見，而需要透過能獨立於議員個人利益及選民私利的議會成員，經由一定程序，討論與妥協下形塑而成。

綜觀德國憲法理論中的民主理論，可看出這些理論大多指出民主政治的一個重要面向，也就是民主必須要重視組織民意的程序、方式以及政治決定的內容標準，而非單純只重視選舉結果。也不應

認為只要政治決定不能滿足個人的主張，就否定民主制度的意義。當我們注意到社會中存在著各種不同利益與意見的個人或團體，如何整合成一個適當的集體意見，便不能期待依據選票的加總計算，甚至誤以為多數就是唯一的標準，走向任意的多數（甚至非多數）的支配。而認為民主就是讓選民經選舉傳達民意給代表（或民選的政治人物），這種想法，可能忽略了民主涉及的多種層面問題，特別忽視到在多元社會下，社會中人民對於同一議題往往具有不同意見，如何依據民意形成法律，需要透過國家立法程序機制來進行民意之間的討論與妥協。民主不應該變成「只有合乎我的意見，才是民主」。如同當代許多民主學者共同指出的，民粹政治的問題，並非單純是以人民取代菁英進行國家事務的判斷，而是忽視了社會上存在多種不同的人民意見，以特定群體的利益與價值觀來當作所有國家人民的利益與價值觀標準，從而將民主制度下必要的討論與妥協等組織建立法律的過程，視之為民主菁英對於人民群眾的背叛¹⁶³。

¹⁶³ Vgl. Möller (Fn. 64), S. 94-96.

參考文獻

1. 中文部分

- Adam Przeworski著，郭芬、田飛龍譯（2017），民主與自治的局限，香港：香港商務印書館。[Przeworski, Adam. 2010. *Democracy and the Limits of Self-Government*. Cambridge: Cambridge University Press.]
- Ian Shapiro著，陳毓麟譯（2005），民主理論現況，臺北：商周出版。[Shapiro, Ian. 2003. *The State of Democratic Theory*. Princeton, NJ: Princeton University Press.]
- 張嘉尹（2012），憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，臺北：五南。
- 黃舒芃（2009），民主國家的憲法及其守護者，臺北：元照。
- （2011），抗拒直接民主的公民投票法？從憲法及法學方法論觀點檢視公民投票審議委員會對台聯ECFA公投提案之認定，政治與社會哲學評論，37期，頁75-126。
- 楊尚儒（2011），政治統一體與代表——沃格林對施米特政治代表理論的批判，政治與社會哲學評論，37期，頁39-74。
- 鍾芳樺（2013），人格權威與政治秩序的形成：論權威與權力之區分在Carl Schmitt 秩序理論與民主理論中的意義，政治與社會哲學評論，47期，頁119-171。
- （2005），法規範的三個社會基礎：論Hermann Heller的法概念論，中原財經法學，15期，頁1-76。
- （2017），社會法治國下的平等觀——Hermann Heller論形式平等與實質平等之關係，輔仁法學，53期，頁173-220。
- （2006），國家與法作為人民的自我組織：論威瑪時代Hans Kelsen, Carl Schmitt與Hermann Heller對法最終證立問題的分

析，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

—— (2011)，凱爾生：《純粹法學第一版》導讀，台灣法學雜誌，187期，頁119-127。

2. 外文部分

Bahners, Patrick (2014), Im Namen des Gesetzes: Böckenförde, der Dissenter, in: Mehring/Otto (Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis, Baden-Baden: Nomos, S. 145-193.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1978), Der Staat als sittlicher Staat, Berlin: Duncker & Humblot.

—— (1985), Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, in: Steinberg (Hrsg.), Staat und Verbände, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 305-340.

—— (1991), Demokratie und Repräsentation: Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 379-405.

—— (1991), Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 209-243.

—— (1991), Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatlichen Werk Carl Schmitts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 344-366.

—— (1999), Welchen Weg geht Europa?, in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 68-102.

—— (1999), Die Zukunft der politischer Autonomie: Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung Europäisierung und Individualisierung, in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt a.M.:

Suhrkamp, S. 103-126.

—— (2004), Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, S. 429-496.

—— (2004), Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit, Basel: Schwabe Verlag.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Gosewinkel, Dieter (2011), „Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung“: Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Böckenförde/Gosewinkel (Hrsg.), Wissenschaft, Politik, Verfassungsgerichte, Berlin: Suhrkamp, S. 307-486.

Brenner, Michael (2014), Böckenförde und das Staatsorganisationsrecht, in: Mehring/Otto (Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates: Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis, Baden-Baden: Nomos, S. 108-118.

Douglas, Robin. 2013. Rousseau's Critique of Representative Sovereignty: Principled or Pragmatic?. *American Journal of Political Science* 57:735-747.

Dreier, Horst (2014), Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: ders., Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 159-184.

Dreier, Ralf (1972), Das kirchliche Amt: Eine kirchenrechtstheoretische Studie, Tübingen: Mohr Siebeck.

di Fabio, Udo (2019), Bonn ist nicht Weimar: Zweiter Aufbruch in die Kultur der Demokratie, in: Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz: In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. 13-26.

Fisahn, Andreas (2002), Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung,

- Tübingen: Mohr Siebeck.
- Frick, Verena (2018), *Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2016), Das Amtsprinzip und seine Sicherung bei Verfassungsorganen, *JöR* 64, S. 1-42.
- Günther, Frieder (2004), *Denken vom Staat her: Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, Berlin: De Gruyter.
- Gusy, Christoph (1997), *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Habermas, Jürgen (2011), *Zur Verfassung Europas: Ein Essay*, Berlin: Suhrkamp.
- Hacke, Jens (2009), *Die Bundesrepublik als Idee: Zur Legitimationsbedürftigkeit politischer Ordnung*, Hamburg: Hamburger Edition.
- Held, David. 1996. *Models of Democracy*. 2d ed. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Heller, Hermann (1992), Die Souveränität: ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, S. 31-202.
- (1992), Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, S. 421-433.
- Hennis Wilhlem (2000), Amtsgedanke und Demokratiebegriff, in: ders., *Politikwissenschaft und Politisches Denken: Politikwissenschaftliche Abhandlungen*, Bd. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 127-147.
- (2000), Demokratisierung, in: ders., *Politikwissenschaft und Politisches Denken: Politikwissenschaftliche Abhandlungen*, Bd. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 194-227.
- Horn, Han-Detlef (2010), Demokratie, in: Depenheuer/Grabenwarter

- (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 743-776.
- Hwang, Shu-Perng (2013), Materialisierung durch Entmaterialisierung. Zur Kritik der Schmitt-Schule am wertorientierten Grundrechtsverständnis unter dem GG, Der Staat 52, S. 219-244.
- (2018), Konstitutionalisierung jenseits der Demokratie?: Kritische Überlegungen zu den europaskeptischen Stimmen im Lichte der Grimm-Habermas-Debatte”, KJ 51, S. 266-279.
- (2018), Verfassungsordnung als Rahmenordnung: Eine kritische Untersuchung zum Materialisierungsansatz im Verfassungsrecht aus rahmenorientierter Perspektive, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Isensee, Josef (2004), Transformation von Macht in Recht – das Amt, ZBR 1-2, S. 3-12.
- (2014), Gemeinwohl und öffentliches Amt: Vordemokratische Fundamente des Verfassungsstaates, Wiesbaden: Springer VS.
- Jellinek, Georg (1906), Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin: O. Häring.
- (1922), Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin: Springer.
- (1963), System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Jestaedt, Matthias (2009), Die Verfassung hinter der Verfassung, München: Ferdinand Schöningh.
- (2010), Verfassungstheorie als Disziplin, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 4-56.
- Kelsen, Hans (1929), Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen: J. B. C. Mohr.
- (1930), Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Vienna: Springer.
- (1968), Das Problem des Parlamentarismus, 2. Aufl., Darmstadt:

Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

- (2006), Demokratie, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 115-148.
- Kirchhof, Paul (2014), Verfassung, Theorie und Dogmatik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, S. 693-760.
- Künkler, Mirjam/Stein, Tine (2017), Staat, Recht, Verfassung: Ernst-Wolfgang Böckenfördes politisches und verfassungstheoretisches Denken im Kontext, JöR 65, S. 573-610.
- Laband, Paul (2004), Staatsrechtliche Vorlesungen: Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts, gehalten an der Kaiser-Wilhelms Universität Straßburg 1872-1918, Berlin: Duncker & Humblot.
- Lehnert, Detlef (2010), Sozialismus und Nation. Hellers Staatsdenken zwischen Einheit und Vielheit, in: Llanque (Hrsg.), Souveräne Demokratie und soziale Homogenität: Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden: Nomos, S. 181-206.
- Leibholz, Gerhard (1929), Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre, Berlin: De Gruyter.
- (1958), Zum Begriff und Wesen der Demokratie, in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe: C. F. Müller, S. 142-168.
- Lepsius, Oliver (2000), Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik, in: Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden: Nomos, S. 366-414.
- (2015), Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, in:

- Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius (Hrsg.), Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 113-165.
- Lhotta, Roland (2000), Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion: Intergration als Philosophie des „Als-Ob“ in: Gusy (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden: Nomos, S. 286-325.
- Lübbe, Hermann (1988), Carl Schmitt liberal rezipiert, in: Quaritsch (Hrsg.), Complexio Oppositorum: Über Carl Schmitt, Berlin: Duncker & Humblot, S. 427-440.
- Luhmann, Niklas (2000), Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Malowitz, Karsten (2011), Was den Staat im Innersten zusammenhält: Rudolf Smend als Antipode Hans Kelsens in der staatsrechtlichen Grundlagendiskussion der Weimarer Staatslehre: Diskurs- und Rezeptionsstrategien, in: Gangl (Hrsg.), Die Weimarer Staatsrechtsdebatte: Diskurs- und Rezeptionsstrategien, Baden-Baden: Nomos, S. 69-100.
- Mehring, Reinhard (Hrsg.) (2010), „Auf der gefahrenvollen Straße des öffentlichen Rechts“: Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921–1961, Berlin: Duncker & Humblot.
- Meier, Christian (2004), Demokratie (I), in: Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart: Klett-Cotta Verlag, S. 821-835.
- Meinel, Florian (2019), Die Verfassungstheorie des Grundgesetzes und die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik: Eine Bemerkung zu ihrem Verhältnis am Beispiel des parlamentarischen Regierungssystems, in: Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz: In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?,

- Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. 177-190.
- Möller, Kolja (2020), *Volksaufstand & Katzenjammer: Zur Geschichte des Populismus*, Berlin: Wagenbach Verlag.
- Möllers, Christoph (2021), § 5 Demokratie, in Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München: C. H. Beck, S. 317-382.
- Monath, Armin (1934), *Obrigkeitsstaat und Volksstaat: Untersuchung des von Hugo Preuß und anderen liberalen Staatsrechtlern geprägten Gegensätzen zweier Staatstypen. Ihre theoretische Haltbarkeit und praktische Verwertung für die Staatsrechtlehre des Dritten Reiches*, Marburg: Bauer.
- Morlok, Martin (1988), *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Müller, Jan-Werner. 2003. *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*. New Haven, CT: Yale University Press.
- . 2016. *What Is Populism?*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.
- Neumann, Volker (2015), *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- van Ooyen, Robert Chr. (2010), Homogenes Staatsvolk statt EU-Bürgerschaft: Das BVerfG zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft, in: ders., *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 54-64.
- (2010), Viel Smend und auch Schmitt – wenig Kelsen, Radbruch und Thoma: zur Rezeption in Deutschland, in: ders., *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 80-104.
- (2015), „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus: Das

Bundesverfassungsgericht aus Sicht der politischen Theorie am Beispiel von Richter-Vorverständnissen (Böckenförde und Kirchhof) in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Berlin: Springer, S. 95-118.

—— (2018), Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa: Von Solange über Maastricht und Lissabon zu Euro-Rettung, Europawahl und EU-Haftbefehl II, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos.

—— (2021), Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner Richterschaft: National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde, Kirchhof, Herzog und Di Fabio, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), „Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert...“: National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden: Nomos, S. 23-54.

—— (2021), Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft: Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), „Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert...“: National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden: Nomos, S. 199-211.

Petersen, Thomas (2018), Die Macht des Volkes im Verfassungsstaat. Volkssouveränität und neue Formen der Demokratie, in: Zenkert (Hrsg.), Die Macht der Demokratie, Baden-Baden: Nomos, S. 95-118.

Preuß, Hugo (1926), Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919, in: ders., Staat, Recht und Freiheit: Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte, Tübingen:

Georg Olms Verlag, S. 368-394.

Roellecke, Gerd (2010), Beobachtung der Verfassungstheorie, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 57-68.

Rosanvallon, Pierre (2017), Die Gegen-Demokratie: Politik im Zeitalter des Misstrauens, Hamburg: Hamburger Edition.

Rousseau, Jean-Jacques. 1999. *The Social Contract or Principles of Political Right*. San Diego, CA: Huge Print Press.

Sartori, Giovanni. 1987. *The Theory of Democracy Revisited*. Chatham, NJ: Chatham House Publishers.

Schmidt-Aßmann, Eberhard (1991), Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116, S. 329-390.

——— (2013), Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen: Mohr Siebeck.

Schmitt, Carl (1917), Die Sichtbarkeit der Kirche, Summa 1, S. 71-80.

——— (1970), Verfassungslehre, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

——— (1984), Römischer Katholizismus und politische Form, 2. Aufl., Stuttgart: JG Cotta'sche Buchhandlung.

——— (1985), Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, S. 63-109.

——— (1985), Legalität und Legitimität, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, S. 263-350.

——— (2014), Volksentscheid und Volksbegehren: Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

——— (2015), Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen,

3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

—— (2016), Hugo Preuß: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, in: ders., *Der Hüter der Verfassung*, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, S. 161-184.

Schumpeter, Joseph. 2002. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. London: Routledge.

Sinder, Rike (2022), Legitimation zwischen Partizipation und Repräsentation. Zum Demokratieprinzip in der Rechtsprechung der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts, in: Höntsch/Wöhrle (Hrsg.), *Provisorische Ewigkeit: Staatstheoretische Reflexionen der frühen Bundesrepublik*, Baden-Baden: Nomos, S. 185-206.

Smend, Rudolf (1955), Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 68-88.

—— (1955), Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 60-67.

—— (1955), Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 119-276.

—— (1955), Protestantismus und Demokratie, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 297-308.

Sontheimer, Kurt (1994), *Antidemokratisches Denken in der Weimar Republik*, 4. Aufl., München: dtv Verlag.

Stein, Tine (2013), Wilhelm Hennis' Demokratieverständnis, in: Anter (Hrsg.), *Wilhelm Hennis' Politische Wissenschaft. Festschrift für Wilhelm Hennis*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 25-46.

Stolleis, Michael (2012), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, München: C. H. Beck.

Unger, Sebastian (2008), *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Warren, Mark E. 2011. Democracy. Pp. 517-529 in *The Oxford Handbook of The History of Political Philosophy*, edited by George Klosko. Oxford: Oxford University Press.

“More Participation, More Democracy?”:

On the Analysis of Representative Democracy of the Germany Constitutional Theories in 20th Century

*Fang-Hua Chung**

Abstract

Democracy is the most important political form in modern society. The ideal of constitutional democratic order is also the principle and basic value of our constitution. In most democratic state, the representative government is the practical form of ideal of democracy. (the so-called “representative democracy”). But from Rousseau until modern populism, the representative democracy is always criticized as “un-democracy”, people in the democratic state always considers that the “true will of people” is neglected by the representative government (especially the political elite). Hence, the government of representative democracy is often regarded as the second-best choice of the democratic government.

This article tries to discuss and analyze the theories of representative democracy in the Germany constitutional theory. It tries to point out, how the Germany constitutional theories justify the legitimacy of representative democracy. In first democratic state in Germany history (the Weimarer Republik, 1919-1933), four important legal theorists in the Germany public law, Hans Kelsen, Hermann Heller, Carl Schmitt, and Rudolf Smend, analyzed the ideal and reality of democracy, they all noticed, the democracy must face one basic problem: the ideal of democracy means “people rule themselves”, but not all citizens can participate all political decision in the state. Only the active citizen

* Associate Professor, School of Law, FuJen Catholic University.

(Aktivbürger) can influence the political process in the democratic state. The representative government has therefore its important function for the democracy. Kelsen and Heller, as the supporters of parliamentarism, pointed out the representative function of parliament and political parties; The skeptics or Opponents of parliamentarism, such as Rudolf Smend and Carl Schmitt then emphasized the representative function of political leader (Reichpräsident, the president in the Weimarer Republik). Smend pointed out the integrative function of the president for the formation of whole people; Schmitt tried to legitimate the function and necessity of the president for the representation of the homogeneous people.

After 1945, the main current opinion of democratic theory of Germany public law is the national-liberalism, the democratic theory of Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-2019). His theory of democracy attaches great importance to the political parties and parliament for the formation of the people's will, and he believed the officers of the state (include the members of parliament) should keep neutrality and distance with any particular interest in civil society. The officers of the state should exercise their legal authority according to the law and general interest. That is so-called "Prinzip des Amtes" in the Germany public law.

This article tries to use these arguments for the justification of representative democracy. From points of views of many Germany constitutional theories, the ideal of democracy isn't to reflect the particular interest of any social groups in the policies and law. The political processes in democratic state should not only "reflect" the different interest in plural society, also to form the people's will in the state institutions.

KEYWORDS: constitutional theory, democracy, aktivbürger, representation, Vermittlung, Prinzip des Amtes.