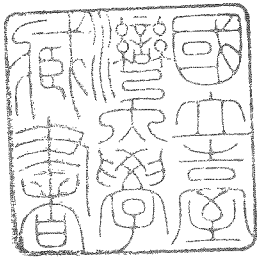
國立台灣大學圖書館
2450318

人類的經典
（四十九）



憲法的守護者

卡爾・施密特 著
李君韜、蘇慧婕 譯

2450318

Original Title "**Der Hüter der Verfassung**"
Copyright © 1985 by Duncker & Humblot GmbH. All right reserved.
Through Big Apple Tuttle-Mori Agency, Inc., a division of Cathay Cultural Technology Hyperlinks

人類的經典 （四十九）

憲法的守護者

作者	卡爾．施密特（Carl Schmitt）
譯者	李君韜、蘇慧婕
副總編	龐君豪
責任編輯	歐陽瑩
封面設計	郭佳慈
電腦排版	曾美華
社長	郭重興
發行人暨出版總監	曾大福
出版	左岸文化
發行	遠足文化事業有限公司
	231 台北縣新店市中正路 506 號 4F
	客服專線：0800-221-029
	電話：（02）2218-1417
	傳眞：（02）2218-1142
	E-Mail：service@sinobooks.com.tw
	網站：http://www.sinobooks.com.tw/
版權代理	大萃果藝術文化有限公司
法律顧問	華洋國際專利商標事務所 蘇文生律師
印刷	成陽印刷股份有限公司
初版	2005 年 7 月
定價	290 元

ISBN 986-7854-99-3

有著作權 翻印必究（缺頁或破損請寄回更換）
Chinese (Complex character) © copyright 2005 by Rive Gauche Publishing House, An Imprint of Walkers Cultural Co.
ALL RIGHTS RESERVED

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法的守護者 / 卡爾.施密特（Carl Schmitt）著 ; 李君韜, 蘇慧婕譯. -- 初版. -- 臺北縣新店市：左岸文化出版：遠足文化發行, 2005 [民 94]
面； 公分. --（人類的經典；49）
譯自：Der Hüter der Verfassung
ISBN 986-7854-99-3（平裝）
1. 憲法

581.1 94011678

左岸丰華——
多采深情的追尋

午后的空氣中凝結著的，是一份亟欲掙脫但又優游沈醉的心情。
不解、鬱結、搔首、頓足——怦然心動、展眉、手舞、弄足、高歌；
這是什麼樣的心情呵！
相傳 左岸就是醞釀這樣一種心情的地方。

閱讀，是什麼動機下的行為？
思索，背裡隱含著的又是什麼樣的企圖？
是為了取得生活技藝的需求？是出於對生命困惑的自省？
抑或純粹只是找尋舒緩心靈的藥方？
聽說 左岸也是一個對生命及自身存在意義的追尋者。

挫折總是在力所不及處蔓生，
但，也正是在每一次「勉強」克服了困難、跨越了挫折之後，
才能體悟到生命所釋放的酣暢淋漓。
閱讀及思索 也正是這樣一種自我蛻變的行為。
恰巧 左岸也有一份不安現狀的執著。

不是熱愛自己生活的人，不會文章有情；
不是那樣熱切地注視著人間世的心靈，
就不會比自己想像中的更沈醉——
沈醉在浩瀚知識的無涯裡。
可喜的是 左岸懷著對知識最純粹敬虔的依戀。

且讓左岸與您一起在閱讀中搔首延佇、隨想於多采深情的追尋裡。

左岸文化
2001

編輯室報告

每個時代與社會，都有特別關心的議題。回應這些議題的思考，在時間歷練、眾人閱讀之後，漸漸就形成了經典。後來者如我們在面對未知時，有了前人的思考，也就不至於從頭開始；如果我們說，站在巨人的肩上望前看才能看得更遠，正是因爲前人的思考構成了巨人的臂膀。

左岸文化推出的「人類的經典」系列，旨在幫助讀者了解構成此一厚實臂膀的偉大心靈，推介對人類社會演進和自我認知上具啓發性和開創性影響力的著作。

當然，「經典」相對意謂著一定的時空距離，其中有些知識或已過時或證明有誤，那麼，爲什麼現代人還要讀經典？

人類社會的歷史是條斬不斷的長河，知識的演進也有一定的脈絡。不論是鑑往知來，或覺今是而昨非，都必須透過閱讀「經典」與大師對話，藉由這種跨越時空的思想辯難才有所得。

在二十世紀的科技文明即將邁入下一個新世紀之前，左岸文化事業有限公司整理出一系列的經典著作，希望爲社會大眾在面對未來愈趨多元的挑戰時，提供可立足的穩固基石。

爲推廣「經典」的閱讀，左岸特別於2004年推出最新的普及文庫本，期盼各界對「經典」的印象不再囿於厚重，更利於開卷閱讀。

施密特《憲法的守護者》導讀

劉 鋒

在近年關於施密特的研究和論爭中，可以發見一個頗爲有趣的現象：對施密特的關注經常來自左派陣營。有一本題爲《施密特的挑戰》（*The Challenge of Carl Schmitt*）的論文集，裡面的所有撰稿人都從左派立場出發探討施密特的思想，尤其著眼於他對自由民主制度的解析和批判。主編穆福（Chantel Mouffe）在前言中說，雖然施密特有不可原宥的道德污點，但是，如果僅僅因爲他曾經支持希特勒就將他的著作棄置一旁，我們便失去了許多可資重審和反思自由民主制度的眞知灼見。實際上，即便出於加強自由民主制度的目的，也不能忽視施密特的思想[1]。穆福在同書的一篇論文《施密特和自由民主制度的悖論》中還引述了羅爾斯（John Rawl）的觀點：威瑪憲政崩潰的部分原因在於，一批德國精英不再相信議會民主制的可行性。這就促使人們認識到，若欲維護正義的、良序的憲政民主，必須對它做出令人信服的充分論證[2]。就施密特而言，羅爾斯的觀點或許在某個限度內是有道理的：威瑪憲政的實際運行導致了多元主義的分裂局面，從而危及共和國的政治存在。不過，我們必須看到，施密特在威瑪共和時期撰寫的大量著作都有維護憲法的明確意圖，力圖將威瑪憲政從多元主義的分裂局面中解救出來。毋庸置疑，施密特對自由主義做了釜底抽薪的批判，但這種批判卻透露出施密特對自由民主制度的深邃洞察，因而從消極的方

面構成了反思自由民主制度的重要契機。

施密特在威瑪共和時期寫下了《論專政》（1921）、《政治的神學》（1922）、《當今議會制的思想史狀況》（1923）、《羅馬天主教與政治形式》（1923）、《政治的概念》（1927，1932）、《憲法學說》（1928）等膾炙人口的名著，這些論著大都具有思想史的廣闊視野，其中透出的博學、睿智和深度每令研究者驚歎不已。除此而外，還有三種論著被歸入實際政治的範疇：《〈威瑪憲法〉第48條規定的民國總統專政權》（1924）、《憲法的守護者》（1931）和《合法性與正當性》（1932）[3]。本文擬對《憲法的守護者》略作評介，以便爲閱讀本書提供一個適當的語境。不過，需要指出的是，本書預設了施密特此前提出的許多重要概念，例如憲法、非常狀態、政治、主權、專政等等。因此，在閱讀本書時，就有必要將它置於施密特思想的整體脈絡中予以定位。在這裡，首當其衝的問題就是，在施密特的心目中，究竟何謂憲法。

按照通常的理解，憲法是一個國家的根本法，即所謂的「萬法之法」。憲法形成一個根本的、終極的規範系統，一切其他法律都有賴於這一系統，並由此而獲得其效力。這一憲法概念主要偏重於規範層面，基於其上的國家是一個法秩序（Rechtsordnung）。但是，如果拋開規範主義的思路，從政治層面上考慮憲法，就會產生一個完全不同的憲法概念，這正是施密特在《憲法學說》（*Verfassungslehre*）中所欲達成的一個主要論旨。施密特著眼於憲政秩序的前憲法要素，即政治要素。並非憲法確立了政治統一體，相反，政治統一體先於憲法而存在：憲法是政治統一體對自身的存在類型和形式做出的根本決斷。施密特在《憲法學說》的開篇刻意區分了兩個概念：憲法（Verfassung）和憲法律（Verfassungsgesetz）。憲法是憑藉制憲權行爲產生出來的，「制憲行爲本身並不包含任何個別規範，而是通過一次性決斷、針對政治統一體的特殊存在形式規定了它的整體結構。這種行爲建構了政治統一體的形式和類型，其中已然預設了政治統一體的存在。[4]」因此，憲法的實質並不在於其規範性，而在於其政治性，作爲一種根本政治決斷，它僅僅涉及政治統一體的存在類型和形式[5]。另一方面，憲法律則是一批具體的憲法法規，其有效性完全依賴於作爲根本政治決斷的憲法：「憲法律必須依賴於憲法才有效力，必須以憲法爲其先決條件。一切作爲規範性規定而存在的法律，包括憲法律在內，都需要有一個先於它們的政治決斷，這樣才能獲得其最終效力」[6]。相對於憲法而言，憲法律是派生的、次要的，僅僅具有形式上和技術上的有效性，其正當性根據並不在於自身，而在於作爲根本政治決斷的憲法。

憲法與憲法律的區分顯明了施密特的一個重要思想：儘管我們可以將憲法視爲「根本法」（lex fundamentalis），但並非寫入憲法文本的全部內容都毫無分別地同樣根本，否則憲法就包含著一個自我推翻、自我否定的因素。例如，如果認爲《威瑪憲法》第1條（德意志爲共和政體）與第76條（憲法可經國會三分之二的多數予以修改）同樣根本，那就意味著，可以通過一項憲法修正案將德意志民國[7]由共和政體改爲比如說君主政體。在這種情況下，這兩個憲法條款甚至談不上同樣根本了，眞正具有根本性的倒是第76條了，這樣就

會導致與《威瑪憲法》的本旨完全相悖的荒謬結論。事實上，如果按照第76條的程序來修改第1條，那就不是修改憲法，而是推翻憲法，相當於對政治統一體的存在形式和類型重新做出了政治決斷。因此，憲法修改從定義上就是自相矛盾的，其眞正含義實際上是指憲法律修改而言，並不涉及根本政治決斷。這樣，我們就可以理解，施密特爲何對廣泛流行的形式主義憲法概念滿腹狐疑，因爲這個概念將憲法分解成一系列憲法律，並賦予它們種種外在標記（例如成文憲法、繁難的修改程序等）。在這種相對化的形式主義視野下，憲法完全失去了其作爲根本政治決斷的「根本法」性質。

既然憲法的意義不在於其規範性，而在於其政治性，那就首須明瞭，在施密特的心目中究竟何謂政治。這個問題的尖銳性在於，在現實政治生活中，政治經常已經蕩然無存了。有鑒於此，政治就必須與對政治的否定聯繫起來加以考慮。施密特在不少著作中論述了現代政治的危機徵象。在出版於1919年的《政治的浪漫派》（*Politische Romantik*）中，施密特指出，浪漫派將一切都變成了觸發浪漫想像的機緣（occasio），他們缺乏嚴肅的道德意識和責任擔當，迴避實實在在的決斷和行動，僅在單純的哲學層面上虛構一個「更高的第三者」，然後通過喋喋不休的話語增生想像性地解決現實的矛盾。在這裡，關鍵的問題並不在於審美本身，而在於審美的無度擴張。儘管浪漫派通常並不缺乏政治激情、立場和承諾，但他們對自我的崇拜使他們昧於現實政治的實質意義，將審美邏輯伸展到非此即彼的重大決斷領域。《政治的浪漫派》已經隱約透露出施密特對議會民主制的批評，而這

一意圖在出版於1923年的《當今議會制的思想史狀況》（*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*）中更爲明確地表露出來。施密特認爲，議會民主制根本不是民主制，因爲民主制意味著人民的自我統治，即人民與其自身的同一性（Identität mit sich selbst），而議會民主制不過是將民主制與自由主義混合起來，形成一種以自由討論爲基礎的體制。在這裡，不難發現議會民主制與政治浪漫派的內在關聯：「在德國人的思想中，按浪漫派的無休止交談（ewiges Gespräch）的概念更易於理解無休止的討論（ewige Diskussion）。[8]」議會不過是各種特殊的社會和經濟利益的代理機關，其常態運行機制是談判和妥協，在這個過程中形成的集體決定不是眞正民主制下的國民「公意」（volonté générale），而是議會外討價還價的結果。眞正的民主制乃基於國民的同質性和同類性之上，而議會民主制則將國民分解成一些特殊的部分，並以議會爲中介，調解這些特殊部分之間的衝突和競爭，達成有如「更高的第三者」那樣的妥協。因此，如同政治的浪漫派一樣，議會民主制亦從根本上取消了政治。

通過以上的描述，我們可以約略知道，在施密特的心目中，政治不是什麼。如果說議會民主制從根本上否定了政治，那麼在什麼意義上是如此？換句話說，什麼是政治的本質規定？出版於1927年的《政治的概念》（*Der Begriff des Politischen*）就要回答這個問題。施密特在這本書的開篇提出了一個著名的命題：「國家的概念以政治的概念爲先決條件」。這個命題隱含著這樣一層意義：儘管國家與政治密不可分，

但兩者卻不是相互等同的，政治是比國家更加基要的概念。在現代，由於國家與社會的相互滲透，「那些一直屬於國家事務的東西隨之變成社會事務，反之，那些純粹屬於社會事務的東西則變成了國家事務」，在這種情勢下，將政治與國家簡單等同起來，就顯得尤其荒謬[9]。因此，施密特在《政治的概念》中並不是要界定國家，而是要界定政治，而界定政治的關鍵就是要確立政治的標準。類似的標準可以在人類思想和行動的其他領域中發現，例如，道德領域的標準是善與惡，審美領域的標準是美與醜，經濟領域的標準是利與害。政治領域也有一個屬於自身的標準，一個不依賴於其他領域的獨立標準。正是在這裡，施密特提出了一個核心思想：政治的標準是劃分敵友。需要明確的一點是，施密特所說的敵人不是仇敵（inimicus），而是公敵（hostis）。敵人的內涵必須從政治上予以把握：「政治敵人不一定非要在道德方面是邪惡的，或在審美方面是醜陋的；他也不一定非要以經濟競爭者的面目出現，甚至與政治敵人擁有商業往來會更加有利。[10]」但是，政治敵人之成其爲政治敵人，就在於敵人是「自我」得以界定的邊際條件，敵友在生存論上的差異確立了自我的身份認同，或者說，敵人是作爲自我的他者而出場的。進而言之，敵友之間永遠處於潛在的衝突中，一個政治共同體的存在本身就對其他政治共同體構成威脅，有鑒於此，衝突乃屬於政治的本質規定。這樣，我們便可以看到，每個政治共同體都要通過與之相對峙的其他政治共同體而獲得自我界定，並由此而確立其認同基礎，用邁爾（Heinrich Meier）的話來說，「敵人在我們面前顯得是我們的認同的保證人。

當我們找尋自身，他就與我們相遇」[11]。在極端的情形下，政治共同體的衝突潛勢會轉化爲公開衝突甚至戰爭，這種對他性存在的否定有時是無可規避的，因爲「只要敵人這個概念仍然有效，戰爭便具有現實的可能性」[12]。

敵友區分對其他次級概念造成了一系列邏輯後果，在此僅以施密特對平等的論述爲例，即可略見一斑。施密特在《憲法學說》中討論了不同類型的平等，其中流行最廣的就是人人平等的理念。這種平等並不考慮政治、經濟、法律、宗教、民族等區分，而是立足於普遍人性的基礎之上。施密特認爲，這種普遍的人類平等屬於自由主義的範疇，而與政治無涉，因爲它「既不能爲一個國家奠定基礎，也不能爲一種政體，一種政府形式奠定基礎。[13]」另一方面，民主制的平等則是一個政治概念，它必然包含著一個相反的關聯概念，即不平等。從政治的視角來看，沒有不平等，就不會有平等，平等是相對於不平等而確立起來的。在這裡，根本不存在人人平等的問題，如果硬要說存在著一種普遍的平等，那也只能是全體國民的普遍平等。「國民」概念已經隱含著一種區分，與之相反的關聯概念是「非國民」、「外國人」、「外邦人」等，沒有哪個政治統一體會授予非國民以國民的平等政治權利。因此，民主制的平等作爲一個政治範疇，乃是指全體國民的平等而言，其指涉範圍僅限於內部，而排除了外部。我們可以看到，這種平等與不平等、國民與非國民、內部與外部的區分是敵友區分的邏輯後果，突現了政治的衝突潛勢。民主制的平等乃是實質性平等，立足於國族的同質性和同類性之上。離開了這種實質性平等，其他形式的平等，例如法

律上的平等、平等的選舉權、平等的投票權、普遍的服役義務、擔任公職的平等機會，就無異於虛幻的空中樓閣。施密特的這番論述進一步昭示出自由主義平等理念的非政治性，因爲這一理念恰恰取消了政治。

從政治的觀點出發，我們就可以更好地理解，爲什麼施密特說憲法是一個政治統一體對自身的存在類型和形式做出的總體決斷。政治統一體是封閉的，具有所謂的「不可穿透性」（Undurchdringlichkeit）。沒有哪個政治統一體能夠代替另一個政治統一體制定憲法，制憲權主體——不管是君主，還是人民——只能來自政治統一體內部。正因爲如此，施密特反覆強調各種國際法或國際法協議不能構成實定憲法的內容。維護憲法，實際上是維護一個政治統一體的存在形式。可以設想，如果一國內部發生了革命，就會對現行憲法構成威脅。在這種情況下，就存在著兩種可能性：或者革命被遏制下去，從而維護了既定憲法，或者革命成功，從而用一部新憲法取代了舊憲法。不管屬於哪種情況，政治統一體的存在都是確然無疑的，即便發生了憲法更替，那也僅僅及於政治統一體的存在形式，而不及於政治統一體的存在本身，因爲新憲法的設立仍然預設了政治統一體的存在。這一點進一步突現了憲法的政治意義，而非規範意義。

憲法預設了政治統一體的先行存在，體現出政治統一體對其存在類型和形式的自主選擇。不言而喻，政治統一體的當務之急就是維護自身的政治存在，維護一切涉及政治存在的價值和理念，或者用斯賓諾莎的話來說，*in suo esse perservare*（維護自己的存在）[14]。然而，在近代市民法治國的體制下，這個問題卻變得越來越模糊。在許多人眼裡，法治國似乎主要以維護個人自由爲指歸。施密特在《憲法學說》中討論了近代法治國的兩個法治國要素：分配原則（Verteilungsprinzip）和組織原則（Organisationsprinzip）。分配原則旨在維護先於國家而存在的一系列自由權利，其根本要義是，個人自由原則上不受限制，相反，國家干預個人自由的權力原則上要受到限制。爲了實行此一分配原則，就必須有相應的組織原則，即必須對諸項國家權力進行區分，實行立法權、行政權和司法權的分立，以便它們能夠相互監督、相互拘束。分配原則和組織原則構成了近代憲法的法治國要素的主要內容[15]，當然也就符合市民階層的自由理念，但是，基本權利乃是個人面對國家時享有的自然權利，既然它先於國家而爲個體所自然擁有，它就是一切個體共享的一種普遍權利，而不問個體所屬的民族、國家、宗教、團體爲何。在這種情況下，如果認爲國家的存在理由就是保護個人的基本權利不受侵害（通過權力分立的組織手段），那就從根本上誤解了國家的性質。事實上，近代法治國不僅包含法治國要素，而且還包含政治要素，離開了政治要素，法治國就不成其爲一個政治統一體了。在這個脈絡下，施密特論述了兩項政治原則：同一性（Identität）和代表（Repräsentation）。同一性與民主制有著密切的關聯，它意味著統治者與被統治者、治理者與被治理者沒有本質的區分，絕對的同一性就是絕對的民主制。不過，在大多數情況下，絕對的同一性只是一種理想，幾乎沒有哪個國家能夠單憑同一性原則而組織起來。除同一性原則而外，國家還必須實行另外一項原則，即

代表原則。這裡所謂的代表並非私法意義上的代理（Vertretung），其對象是整個政治統一體，而不是政治統一體的任何個別部分或片段。代表具有存在的意涵，它意味著在公共層面上對整個政治統一體的人格體現。絕對的代表制就是絕對的君主制（朕即國家），不過，即便在民主制的條件下，也必然存在著代表因素，同一性和代表是兩項相反相成的原則。如果說君主制是以君主作爲政治統一體的代表的話，那麼，民主制就是以每個選民和擁有投票權的公民作爲政治統一體的代表。總而言之，近代法治國憲法必然同時包含兩個要素：法治國要素（分配原則和組織原則）和政治要素（同一性原則和代表原則）。在這個意義上，法治國憲法只能是混合憲法。

如前所述，在民主制的條件下，每個公民理論上都是政治統一體的代表。不過，近代自由主義政制的一個後果就是，公民日益喪失了自己的代表身份，尤其是隨著秘密個別表決程序的引入，公民恰恰在需要針對政治統一體做出重大決斷的關頭變成了私人。如果以爲代議制下的議員是政治統一體的代表，那也不過是天真的向壁虛構和一廂情願，因爲在近代自由主義政治體制下，議員早已不復爲全體人民的代表（Repräsentant）了，而是偶然的私人利益的代理（Vertreter）。但是，政治統一體必須維護自身的政治存在，在遇到內部騷亂和外部入侵的非常時刻，必須有一個實體能夠代表整個政治統一體做出非此即彼的重大決斷。這樣，就根本不可能迴避霍布斯那個咄咄逼人的嚴峻問題：誰來決斷？（Quis judicabit?）

決斷權根本上是一種主權，其性質和內涵可經由神學概念予以把握。在施密特看來，近代國家的一切重要概念都是世俗化的神學概念[16]。這一類比思路固然受施密特本人的天主教背景影響，不過，強調政治與神學的平行性，其旨趣並不在於神學，而在於政治。施密特並非傳統意義上的信教者，他與天主教會及其神學傳統的關係主要是以政治爲中介的[17]。施密特在《政治的神學》（*Politische Theologie*）中詳細描述了政治與神學的這種平行或類比關係：全能的上帝變成了全能的立法者，神學中的奇蹟變成了法理學中的非常狀態[18]。這種類比爲施密特提供了觀察政治的一個視角，突現了政治的一個基要問題：主權。在近代歐洲，隨著大眾民主政治的興起，主權概念早已被弄得模糊不清了。但是，主權問題並沒有從政治場域中消失，每當國家面臨生死存亡的威脅時，這個問題就格外清晰地彰顯出來。如此看來，主權概念必須在非常狀態的視點下予以界定，這就是施密特在《政治的神學》開篇的那個著名論斷的含義：主權就是決定非常狀態[19]。與施密特同時或稍前的一些法學家刻意淡化、消解或排除主權問題，例如凱爾森等實證主義者將國家視爲一個封閉的、客觀的法規系統和秩序，於是，主權作爲一種無根據的決斷，就不過是法律之外的政治或心理現實，根本不屬於法學的對象領域[20]。實際上，如果從國家的常態運行來看，國家的一切活動似乎都可按法律的規範程序予以實施，但即便如此，也不能迴避一個問題：每當出現法律解釋上的疑義、隙縫和爭端時，誰有權做出裁斷。更何況國家一旦處於生死存亡的危急關頭，就必須採取一切手段——哪怕

是超逾法律常規的手段——來維護自身的存在。如果說主權在常態下通常是隱而不彰的，它在非常情況下就成爲一個不可避免的突出問題。因此，只有以非常情況爲參照點，將主權當作一個極限概念（Grenzbegriff）來考慮，才能理解其實質內涵[21]。

鑒於主權是與非常狀態聯繫在一起的，對它的行使就必然超越、甚至打破既定的法律秩序，但看似悖論的是，打破既定法律秩序的目的恰恰是要恢復既定法律秩序。施密特在《論專政》（*Die Diktatur*）中將古羅馬的專政制度視爲模範：每當國家處於危急狀態時，元老院就請求執政官任命一位專政官以採取臨時專政措施，並授予他在專政期間不受限制的權力。這種權力的行使通常有一個固定期限，一旦指定的任務完成，即告終止。施密特將這種旨在恢復既定秩序的專政稱爲委託專政（kommissarische Diktatur），不同於旨在確立一個新秩序的主權專政（souveräne Diktatur）[22]。如同施密特的許多著作一樣，《論專政》看似思想史論著，其實是針對威瑪共和國的衝突現實有感而發，施密特在撰寫這部著作時念茲在茲的是《威瑪憲法》第48條關於總統專政權的規定[23]。在威瑪共和初期，艾伯特總統經常動用這個條款來處置緊急事務（例如平息右翼和共產黨叛亂、解決經濟危機，等等）。按照《威瑪憲法》第41條，總統由全體德國人民直選產生。這意味著，第48條的專政權乃由人民授予總統，因而屬於委託專政的範疇。總統在行使此項權力時可以臨時中止涉及基本權利的若干憲法條款[24]，這一行動突現了自由與權威的張力。一般人僅僅看到《威瑪憲法》的自由主義外殼，彷彿

立憲的根本宗旨就是要保護公民的基本自由不受公權力的侵犯。這一思路顯然承襲了對市民法治國的意義的傳統解釋。但是，施密特強調的是，市民法治國首先是國家，而只要存在國家，就不能迴避主權、專政、權威等問題。《威瑪憲法》做出總統專政權的規定，這一事實本身就使那種僅從自由主義和市民社會的角度解釋憲法的企圖顯得十分可疑。關於總統專政權是不是單純的委託專政，這個問題在研究施密特的學者中間引起了很大的爭議，在此暫不涉及。不過，有一點可以肯定，施密特是在非常狀態的視點下討論總統專政權的。這意味著，總統專政權與市民社會的自由理念並非勢不兩立，如果國家的存在岌岌可危，個人的基本自由和權利就不過是空幻的泡沫詞藻。

我們在前面撮要介紹了施密特對政治、憲法、主權、非常狀態、專政、決斷等問題的有關論述，主要是爲閱讀《憲法的守護者》提供一個必要的背景；實際上，一旦對施密特的這些思想有了一個基本瞭解，就可以大致推知施密特在《憲法的守護者》中究竟要討論什麼問題，又是如何討論這些問題的。誠然，政治形勢的發展和變化會給施密特的思考注入新的內涵，令其達到新的強度，但施密特的思想有一個前後一貫的脈絡，則是毫無疑義的。

從非常狀態的視點出發解釋總統專政權，這一思路貫穿於威瑪共和時期施密特的大量論著中，並且隨著共和國危機的加劇而得到不斷強化。《憲法的守護者》（*Der Hüter der Verfassung*）最早作爲單篇論文發表於1929年，隨即經過大規模擴展，以專著的形式出版於1931年。當時正值威瑪共和

國搖搖欲墜的時刻，空前的政局動盪、經濟危機賦予非常狀態的概念以一種迫近的現實感。面對風雨飄搖的局面，施密特提出了一個類似於「誰來決斷」的嚴峻問題：誰來維護憲法？在一般人的心目中，馬上會浮現出美國最高法院的典範形象，因爲美國最高法院行使的司法審查權似乎確立了它作爲憲法守護者的地位。施密特指出，這是一種源於對美國最高法院的過度想像而形成的嚴重誤解。其實，美國最高法院只能基於一般規範對特定訴訟案件做出判決，審查法律的公正性和合理性，並且在個案中拒絕法律的適用。在這裡，美國最高法院的司法審查權是在正常狀態下產生其效力的，一旦遇到非常情況（如南北戰爭中關於奴隸制和通貨膨脹的政治爭議），就連美國最高法院的權威亦相當有限。因此，「法院的作爲，不能以經濟繁榮和內政穩定的時期去評價，而必須把危急動盪的時刻也納入考量」[25]。如同主權一樣，憲法的守護者只能在非常狀態下獲得其眞正的意義，而司法機關由於受既定法律規範的拘束，因而根本無力承擔此種職能。就其實質而言，非常狀態涉及到的並非司法問題，而是政治問題，與既定法律規範的強制要求相比，政治統一體的存亡絕續才具有刻不容緩的緊迫性質。如果說主權就是決定非常狀態，那麼，這個危急時刻需要的顯然不是一個通過正當法律程序（due process of law）處理法律實務的機關，而是一個能夠超越規範而做出即時的最後決斷的實體。在非常狀態的視點下揭示憲法守護者的意義，認爲對憲法守護者的籲求乃是政治秩序危機的表徵，這是《憲法的守護者》的一個根本論旨，讀者不可不察。

通過對美國最高法院司法審查權的解析，施密特實際上觸及到司法國（Jurisdictionsstaat）的問題。在這種類型的國家裡，整個公共領域均被置於普通法院的控制之下，憲法主要涉及到基本公民權利，即人身自由和私有財產，對這些權利必須給予司法上的保護，令其免於國家的立法權和行政權的無端干預[26]。有鑒於此，如果認爲美國最高法院是憲法的守護者，這實際上僅僅肯定了它作爲市民社會的社會和經濟秩序守護者的作用。其次，與美國最高法院的權威相比，德國最高法院的司法審查權要虛弱得多，並且就其行使範圍而言，亦受到嚴格的限制。根據1925年11月4日德國最高法院的一項判決，這種司法審查權「**只能針對一般法律**，而不能針對修改憲法的法律，亦即依民國憲法第76條之程序而制定的法律。只要所涉及的是依憲法第76條而制定的法律，那麼根據該判決就不能加以審查」[27]。施密特反對將美國最高法院的模式移植到德國，因爲「美國聯邦最高法院與德國最高法院完全不同，而美國聯邦法院的審判權也與今天我們在德國所習稱的最高法院審判權或憲法審判權毫無共同之處」[28]。即便德國眞能仿照美國最高法院建立一個擁有強大司法審查權的最高法院，它也不可能成爲眞正意義上的憲法守護者。歸根到柢，如果憲法守護者的概念只能在非常情況的視點下予以把握，那就排除了將任何司法機關設立爲憲法守護者的可能性，因爲非常情況按其定義就不能根據既定規範予以裁決。

儘管如此，人們經常基於如下理由將司法機關視爲憲法的守護者：民主憲法爲法官獨立提供了特殊的制度保障。這

一觀點含有一個正確的內核，即獨立性是憲法守護者的一個不可或缺的要件。不過，在施密特看來，法官獨立性只是獨立性的一種特殊類型，而不能與獨立性直接劃等號。例如，《威瑪憲法》就不僅規定了法官的獨立性，而且還規定了職業公務員的獨立性、國會議員的獨立性等等[29]。獨立性並非專屬於法官的品質，因而其本身就不能先驗地賦予法官以憲法守護者的地位。法官不接受任何指令，這一要求確保了法官能夠中立地、不偏不倚地履行其職務，但是，法官獨立性始終包含著一個相反的關聯層面，即法官受法律拘束（《威瑪憲法》第102條規定：「法官獨立，只服從法律」）。職是之故，法官的獨立性就不同於職業公務員或國會議員的獨立性，它在本質上是非政治的。如果將憲法爭端交由法官在既定法律的框架內予以司法判決，那就誤解了憲法爭端的性質，因爲憲法爭端根本不是司法問題，而是政治問題。除此而外，在談論法官獨立性時，也不能僅僅侷限於狹義的法官獨立性，還有必要「將強化專業官僚之獨立的專業司法官僚獨立納入考量」[30]。法官獨立性是一種複合類型，不僅包括專業法官的獨立性，而且包括司法官僚的獨立性。這樣就出現了一個問題：如果不能將憲法爭端交由普通法院予以判決，是否可以將它交由「一個單一的、由不得免職的專業司法官員組成、從而具有獨立性的法院」予以判決呢？許多人傾向於對這個問題做出肯定的回答，但他們或許忘記了，果眞如此的話，這個法院就不再是司法機關了，而變成了一個擁有制憲權的政治機關，相當於在現有的立法機關之外設立了第二個立法機關。這一設置肯定會與民主原則相抵觸，因爲「從民主的

觀點出發，實在很難認爲可以把這個功能交給法袍貴族（Aristokratie der Robe）來掌理」[31]。正是基於這樣的考慮，施密特甚至反對設立一個憲法法院。

如果司法機關不能成爲憲法的守護者，立法機關又如何呢？這種期待或許是十分自然的，在一個標榜議會民主的時代，似乎可以指望具有廣泛民眾基礎的立法機關來承擔看護憲法的職責，因爲在人們的心目中，立法機關是人民的代表機關。不過，如果追究一下「代表」的意涵，這一點就顯得不那麼理所當然了。將立法機關視爲人民代表機關，這從理論上並不構成什麼問題，因爲按照代表原則，「議員是全體人民的代表，因而擁有不受選民支配的獨立權威。他們的權威並非來自個別的選民，而是始終來自全體人民」[32]。19世紀的自由主義者大體上就是這樣理解議會制的，例如基佐（Francois Guizot）就列舉了議會制的三個主要特徵：討論、公開的辯論自由和新聞自由。議員應該代表全體人民，而不是個別選民的利益，他們通過公開討論達成的政治決定必須促進全體人民的福祉。但是，威瑪共和下的議會制實踐恰恰偏離了議會制的理想和前提。只要讀讀施密特的《當今議會制的思想史狀況》，就可以看到，施密特對議會民主制的實際運行懷有深切的疑慮和不安，因爲議員早已不復爲政治統一體的代表了，而變成了偶然的私人利益的代理。代表之成其爲代表，第一須有人身品質，第二須有權威。施密特將羅馬天主教視爲一種政治形式，原因就在於，天主教絕對地實現了人身權威：「教會是一個具體人身的具體人身代表（persönliche Repräsentation）……教會代表著 civitas humana

（人之城），它每時每刻都代表著與基督的道成肉身和被釘十字架的歷史關聯，代表著基督的人身：基督是歷史現實中成人身的上帝。[33]」羅馬天主教提供了透視政治的代表品質的典範樣本，據此可以觀察議會民主制的蛻變和敗壞，而按照施密特的判斷，這種蛻變和敗壞的一個主要根源就在於議會民主制與經濟技術思維的聯姻。如果說眞正意義上的代表是將不可見的東西變得可見，經濟技術思維則僅僅關注實物的當下在場，棄絕一切理念層面的東西。就此而言，議會民主制背離了代表的原初理想，將理念的代表化約爲實物的代理，議會因此就不復爲政治的承擔者，而變成了調和社會的各種衝突利益——尤其是經濟利益——的場所。

回溯一下施密特在20年代初提出的這些思想，在閱讀《憲法的守護者》時就會有一種更確切的定向感。我們可以看到，威瑪共和下的議會制實踐日益呈現出一幅多元主義的圖景，正是這一格局使議會作爲潛在的憲法守護者的角色顯得非常可疑。立法團體若欲成爲憲法的守護者，必須首先滿足一個前提條件：即存在著國家與社會的二元架構。撇開社會內部的各種分歧（宗教上、文化上、經濟上）不論，社會須作爲一個群集與國家相抗衡，而國家則對宗教、文化、經濟等問題採取一種中立和不干預的姿態[34]。國家與社會分屬兩個完全不同的領域，各自保有其自主性和獨立性，這種二元性的實質就是政治性與非政治性的分野。施密特將19世紀的憲政國家稱爲立法國（Gesetzgebungsstaat），因爲在這種類型的國家裡，立法乃是國家活動的核心領域。但是，由於立法國建基於國家與社會的二元性之上，它實際上是在兩種國家

類型——立法國和行政國（Regierungsstaat）——之間尋求平衡，從而具有二元制國家的性質。社會透過其代表機關——即議會——與強大的君主制官僚國家相抗衡，而國家則對一切非國家活動保持中立。這種格局確保了國家的自主性和獨立性，同時也使社會能夠按其自身的邏輯運行和發展：「19世紀的自由主義傾向，導致了盡可能將國家限縮在**最小程度**上的做法，尤其要儘量防止國家對經濟領域進行介入和干預。根本來說，就是要盡可能使國家相對於社會及其利益對立狀態，採取**中立化態度**，以便使社會與經濟領域，依照其內在原理對於其領域取得必要的決定權」[35]。由於國家與社會之間保持著這種張力，便出現了「不受國家影響的經濟和不受經濟影響的國家」[36]。但是，隨著大眾民主的興起，以及國家對社會生活領域的干預，這種情況發生了根本變化。國家與社會相互滲透，乃至相互等同，其固有的界限和張力日益模糊，終究不復存在了。國家變成了社會的自我組織，由此而導致的結果是，國家失去了其政治品質，原來的中立國家被一個所謂的總體國家（totaler Staat）取而代之了。

在一個最終消抹了國家與社會的分界的總體國家裡，政黨成爲多元主義的基本載體，與此相應，議會也就成爲政黨政治的核心表現場域。爲了闡明政黨機制在議會民主制下的實際運作方式，施密特追溯了政黨的變遷歷程。在自由憲政時代，政黨並非固定組織，也沒有發展成等級式的、永久的和組織化的社會複合體（sozialer Komplex）。政黨的理念基礎是自由宣傳和公共輿論，由於這個緣故，它就並不尋求某一特殊群體的特殊利益，而是在民族統一體的框架內促進統

一的國家意志的形成。不同政黨之間的對立僅僅表現在輿論上的歧異，而非利益上的對壘，這樣便形成了多種思想和知識元素並立而互補的局面。就連《威瑪憲法》也隱含著這樣一種政黨理念，它之所以沒有正面規定政黨機制，是因爲它將政黨視爲「一個在社會學層次上如此不穩定的、如此不具清楚形式的、如此具有流動性甚至可說是如同空氣一般的建構體，這樣的建構體甚至可以被認爲不存在，因爲正如普羅伊斯所一貫強調的，政黨所應該存在的唯一領域是**公共輿論**的領域」[37]。不過，政黨在議會民主制下的實際活動方式逐漸偏離了這一政黨理念，直至完全改變了政黨的前提、目標、結構和性質。政黨廣泛滲透到宗教、經濟、教育、文化等領域中去，成爲有其自身的全局行動綱領的固定組織，它在議會中的一切表現均由特定的社會和經濟利益驅動。由於社會上存在著爲數眾多的異質群體，而這些群體又透過政黨機制向議會申張其利益訴求，因此，不同政黨之間的對立就呈現出一種多元主義的分裂格局，將議會變成了各種衝突利益博弈、角逐、交涉和妥協的中心場域。且不說在這種氛圍中很難形成統一的國家意志，即便統一的國家意志並非完全不可能，它也有賴於眾多政黨在其自利動機的驅使下採取的臨時聯合行動。威瑪共和時期的政黨聯盟就很能說明問題。由於政黨聯盟受制於變動不居的力量聚合，它在國家意志的形成過程中就不能成爲一種持久、恆常和可靠的力量。另外，政黨所承載的多元主義還會影響到人們對憲法的忠誠態度。當政黨的凝聚力超過了憲法的凝聚力時，就不能指望分屬眾多異質政黨的議員齊心協力地擔當維護憲法的職責。如果說議

會民主制很難將政黨的偏頗利益和意見提升爲統一的國家意志的話，那就同時意味著，立法機關不僅不能支持和保障憲法，反而會使憲法變得脆弱、空虛，甚至陷入岌岌可危的狀態。

這樣，我們便進入到《憲法的守護者》的實質性論題了。既然立法機關和司法機關不能提供憲法所需的保障，那就有必要另立一種特殊權力來承擔這一職能。在施密特看來，這種旨在維護憲法的權力須具備如下條件：首先，它不能位居其他合憲權力之上，而是在一種平行格局中與其他合憲權力發生聯繫，以求取必要的平衡；第二，它必須是中立的，不依賴或偏向任何其他合憲權力，但卻能夠提供一種特殊的保障機制，使不同的權力部門在憲法的框架內活動。按照法國古典自由主義思想家貢斯當（Benjamin Constant）的表述，這是一種「中立性、調解性和規制性權力」（pouvoir neutre, intermédiare et régulateur），而在 19 世紀的市民法治國中，國家元首（無論是國王還是總統）就充當了這種「中立性、調解性和規制性權力」的主要載體。關於國家元首的作用，歷來就有不同的看法和評斷。有一種經典的說法是，「他統治，但不治理」（il règne et ne gouverne pas），但問題在於，如果把治理從統治中剝離出來，統治不就成了徒有其表的空殼嗎？施密特認爲，這種廣泛流行的困惑和不安可通過權力與權威的區分予以排解。在通常情況下，權力和權威這兩個概念都被不假思索地當作同義語來使用，施密特在《憲法學說》中就特別提到，「對本憲法學的進一步論述來說，沒有必要區分權力（Macht）和權威（Autorität）這兩個詞」[38]，

但他同時又指出，這兩個概念的區分對國家學來說具有非同尋常的重大意義。關於權力與權威的區分，施密特有如下說明：「與權力（必定是實實在在的）相對應的是主權和尊嚴之類的概念；相反地，權威指的是一種本質上以連續性（Kontinuität）因素爲基礎的聲望，涉及傳統和持久性。在每個國家裡，權力和權威兩者都是同時起作用的。它們之間的經典對照早已出現在羅馬法中：元老院擁有 auctoritas（權威）；相反地，potestas（權力）和 imperium（權力）則來自人民。[39]」基於連續性、道德聲望和普遍信任的權威乃屬國家生命的一部分，它充分顯明了國家元首作爲中立的緩衝力量的意義。國家元首被賦予了韋伯意義上的「卡理斯瑪」（charisma）品質，每當不同的國家活動或職能發生衝突時，他就依憑其權威發揮一種平衡和調解作用。有鑒於此，統治雖與治理相分離，但卻並不因此而減少它的分量，或者說得更直截了當一些，國家元首之所以成爲一種中立的緩衝力量，恰恰因爲「他統治，但不治理」。

在《威瑪憲法》的架構下，民國總統被明確賦予了憲法守護者的地位。《威瑪憲法》第 42 條規定，民國總統於就職時應對國會作如下宣誓：「余謹宣誓，余致力於德國人民之福祉，增其益、減其損，捍衛民國之憲法及法律，秉持良知以盡吾人之義務並公正對待所有人民。」按照《威瑪憲法》的設計，民國總統是一種具有高度獨立性的權力建制，爲了從制度上保證這種獨立性，《威瑪憲法》第 44 條特別規定：「民國總統不得同時兼任民國眾議員。」這一兼任禁止（Incompatibilität）的原則使民國總統能夠獨立行使職權，而

不受政黨政治的無端纏結。不過，這種獨立性雖然超越了政黨政治，卻並沒有超越政治，因而完全不同於比如說法官的獨立性。在這個脈絡下，施密特區分了兩個概念：去政黨政治化（Ent-Parteipolitisierung）和去政治化（Entpolitisierung）。這兩種不同的防禦機制產生了兩種不同的獨立性類型：去政黨政治化使一種權力獨立於經濟社會生活的多元群聚（pluralistische Gruppierung），而去政治化則使一種權力獨立於政治意志的形成過程。去政黨政治化絕不意味著去政治化，相反，只有在去政黨政治化的條件下，政治化才能獲得充分有效的保證。總統獨立性的基礎是去政黨政治化，而不是去政治化。民國總統行使的職權、尤其是根據《威瑪憲法》第 48 條行使的專政權具有高度的政治意義，其著眼點是作爲整體的政治統一體，因而就超越了政黨政治的多元利益考量。這種聚焦於政治統一體的政治性和相對於政黨政治的中立性是一枚硬幣的正反兩面，共同構成了民國總統作爲憲法守護者的一個必要條件。更爲重要的是，民國總統乃由全體國民直選產生（《威瑪憲法》第 41 條），因而具有最廣泛的民主基礎。這種基於公投原則的關係導致了總統權威與人民意志的直接結合，眞正體現了「訴諸人民」（Appell an das Volk）的本質內涵。就其行使的職權來看，民國總統頗似舊時的皇帝，事實上，也確有不少人從權力繼受的角度來解釋總統與皇帝的關係[40]。不過，在施密特看來，這裡根本不存在權力繼受的問題，因爲總統與皇帝的法理基礎完全不同：總統的正當性源於民主制原則，而皇帝的正當性則源於君主制原則。總統職位吸收了君主制原則的一

些結構要素，但卻在民主憲法的公投原則下得以成立，在這個意義上，也許可以說總統是民選的皇帝。總統與人民的直接關係提供了一種民主正當性基礎，使總統能夠以全體人民的身份、作爲政治統一體的人格代表而採取行動。民國總統既有超越政黨政治的中立性，同時又有廣泛的民主基礎，這兩個因素合在一起，決定了民國總統作爲憲法守護者的權威地位。在此不妨引用施密特在《憲法的守護者》結尾的一段話來概括民國總統作爲憲法守護者的條件、正當性基礎和作用：「透過這種將民國總統當成具有公投性格（plebiscitär），且在政黨政治上中立的制度與權限體系核心的手段，現行憲法是在民主原則的考量下，嘗試建立一個與社會經濟權力團體（Machtgruppen）相抗的制衡力量，並維護民族統一體（Einheit des Volkes）能夠繼續具有政治整體（politische Ganze）的性質。[41]」

由於施密特是在非常狀態的視點下考慮政治、主權、憲法等問題的，因此，在民國總統的一系列權力和職能中[42]，居於核心地位的無疑就是《威瑪憲法》第 48 條規定的總統專政權。這也是施密特的思想中易於引起爭論、疑慮和詬病的地方，人們經常對如下問題感到困惑：在施密特的心目中，民國總統實行的究竟是委託專政，還是主權專政？《威瑪憲法》第 41 條規定，民國總統由全體國民直選產生，據此看來，專政權乃由全體國民交託於民國總統，因而屬於委託專政的範疇。不過，如果細細追究，問題似乎並不那麼簡單。施密特在《憲法的守護者》中斷言，在議會已被多元主義切割的情勢下，唯有總統才能合憲地採取一切救濟措施[43]。對一

些論者來說，這種救濟方法實際上很難與憲法相容。麥考密克（John P. McCormick）在《卡爾．施密特對自由主義的批判》中認爲，就其實質而言，這種救濟方法屬於主權行動的範疇。多元主義將社會變成了眾多時而相互爭鬥、時而相互妥協的利益群體，爲了矯正這種分裂局面，單憑委託行動顯然難以奏效，民國總統必須採取主權行動，才能對國家與社會的關係予以全盤的重新定向。在這個脈絡下，麥考密克提出了一個問題：「難道施密特眞的以爲他能夠解決他在《憲法的守護者》中描述的國家與社會的關係的全盤重建問題，而人們卻並不感到他同時在要求對《威瑪憲法》予以全盤重建？[44]」麥考密克的問題相當尖銳，它似乎暗示出，施密特不厭其煩地談論民國總統的民主正當性和委託專政權，其實不過是閃爍其詞，虛晃一槍，目的是要給主權專政披上委託專政的外衣。這一批評含有一個未曾明言的假定：多元主義是由《威瑪憲法》邏輯地引導出來的，除非依憑主權專政對《威瑪憲法》做出重大修正，否則就根本不可能矯正國家與社會的關係。顯然，這是把施密特沒有的意思加在了施密特頭上。施密特恰恰認爲，不受控制的多元主義將立法國變成了經濟國，從而完全背棄了《威瑪憲法》的制憲目標。因此，凸顯總統專政權的目的是要用這種代表政治統一體的權力來遏止違憲的多元主義，這符合《威瑪憲法》的眞正意圖。換句話說，國家與社會的關係完全可以在憲法的框架內予以調整，並不需要採取主權行動對憲法做出全盤修改，否則又怎麼能說總統是憲法的守護者呢？施密特在威瑪共和時期撰寫的大量論著——尤其是《憲法學說》——都有維護憲法的明確

意圖，如果像麥考密克所說的，施密特試圖將委託專政變成主權專政，那就意味著，施密特要麼陷入了自相矛盾，要麼改變了自己的一貫主張。

除此而外，還有一點值得特別注意：施密特在《憲法的守護者》中提出了「總體國家」（totaler Staat）的概念，並用這個概念來觀照和透視國家與社會的關係。鑒於國家和社會屬於兩個完全不同的領域，只要這種分界存在，它們就能夠保有其自律的運行空間和發展邏輯。從市民社會的立場來看，這意味著其自主活動範圍不受國家拘限和支配，一旦國家開始干預市民社會，最終受損的就不只是市民社會，而是國家本身。因此，與一般維護市民社會的人不同，施密特是從加強國家權威的角度出發反對國家介入市民社會的。按照克里斯第（Renato Cristi）的看法，在國家與社會的關係問題上，施密特堅持「強勢國家、自由經濟」（strong state, free economy）的威權自由主義（authoritarian liberalism）理念[45]。加強國家權威不一定以犧牲市民社會的自主空間爲代價，相反，一個無度擴張支配範圍的干預型國家反倒削弱、甚至否棄了自己的權威。在《合法性與正當性》（*Legalität und Legitimität*）中，施密特進一步指出：「可以在民主制中尋找今日的『總體國家』（totaler Staat）的原因，確切地說尋找整個人類存在的總體政治化（totale Politisierung）的原因，如齊格勒所闡述的那樣，要進行必要的非政治化，並且從全面國家出發重新獲得自由的領域和生活領域，需要一個穩定的權威，這種認識是具有重大得多的意義。[46]」市民社會的政治化意味著國家的非政治化，而國家的非政治化又意味著市民社會不能

得到國家權威的有力支撐，這一惡性循環造成了國家和市民社會的兩敗俱傷。在這個脈絡下，施密特區分了總體國家和威權國家（authoritärer Staat）：總體國家將市民社會政治化，威權國家則將市民社會非政治化。施密特後來在致「長名協會」（Langnamverein）[47]的演講中將威權國家也看成是總體國家，不過，威權國家不是量的總體國家，而是質的總體國家。威權國家不允許敵對勢力在其內部滋生、蔓延，「它能夠區分敵友，在這個意義上……每個眞正的國家都是、並且從來都是總體國家。」[48]回顧一下施密特在《政治的概念》中關於國家與社會的論述，我們便可以看到，施密特實際上早就開始思考總體國家的問題了（儘管沒有使用「總體國家」這個概念），而在《憲法的守護者》、《合法性與正當性》和致「長名協會」的演講中，同一論題得到了進一步的延伸、發揮、解釋和申論。施密特在《政治的概念》中反對將國家與政治等同起來，因爲在他看來，國家與社會已經相互滲透，不分彼此了[49]。不過，如果將量的總體國家轉變成質的總體國家，重新確立國家的自律邏輯，這種等同或許就不那麼令人錯愕了。畢竟，正如施瓦布（George Schwab）在評論《政治的概念》時指出的，唯有國家才是政治的眞正承擔者[50]。

按照某些西方學者的看法，施密特是20世紀對自由主義做了最有力度的解析和批判的思想家之一。這一評斷大體符合實情，其證據在施密特的論著中比比皆是，不容置疑。不過，我們同時應當看到，雖然施密特不遺餘力地批判自由主義，但他對自由主義的內涵卻有十分精微的體察和認知，其

識力之敏銳和深刻，恐怕在自由主義陣營中亦不多見。當代自由主義大師海耶克（Friedrich August Von Hayek）在不少論著中回擊了施密特對自由主義的批判[51]，尤其憤然於施密特作爲納粹「桂冠法學家」的劣跡，但他在《自由秩序原理》（*Constitution of Liberty*）中卻寫下了這樣一段話：「施密特在希特勒政權下的所作所爲，並沒有變更這樣一個事實，即在現代德國學者討論這個問題（即法治問題——引者按）的文獻中，他的論著依舊是最具學識且最富洞見力的；尤請參見其所著《憲法學說》和《憲法的守護者》。[52]」雖然這段評論僅僅出現在一條注釋中，但考慮到海耶克對施密特的一貫態度，它就不是隨意做出的，而具有相當的分量。其實，只要略微比較一下海耶克和施密特對法治問題的有關論述，就不難發現兩人持論的相似性。海耶克在《自由秩序原理》中認爲：「法治也完全以形式合法性爲前提，但僅此並不能含括法治的全部意義：如果一項法律賦予政府以按其意志行事的無限權力，那麼在這個意義上講，政府的所有行動在形式上就都是合法的，但是這一定不是法治原則下的合法，因此法治的含義也不止於憲政，因爲它還要求所有的法律符合一定的原則。[53]」這段話涉及到「法治」（rule of law）與「依法而治」（rule by law）的區分。光是依法而治還談不上法治，如果認爲「惡法亦法」，就沒有一個國家不是法治國家了。在眞正的法治狀態下，法律不僅是一個形式合法性的概念，而且必須符合實質正義原則。法治與依法而治的區分在海耶克的政治哲學中至關緊要，但是，我們如果讀讀施密特的《憲法學說》，就會發現，施密特實際上早就討論過這個問題了：

「市民法治國建立在『法治』的基礎上。就此而言，它是一個法律國（Gesetzesstaat）。但是，如果法治國想要存在下去的話，法律就必須與法治國和公民自由的原則保持關係。如果一切法律，任何個人或任何人群的命令都毫無分別，那麼，一切專制君主國就都是法治國了，因爲這類國家也有『法律』，即國王的意志。……如果要讓『法治』與法治國概念保持關係，就有必要給法律概念注入一些特定的品質，以便將一項法規範（Rechtsnorm）與隨心所欲的命令或措施區別開來。[54]」施密特所說的法律的特定品質包括正當、理性、公正等等，它們基於一個共同前提：法律是一般規範。法律的一般性構成了法治的一個不可或缺的要件，在這一點上，海耶克和施密特並無歧見。海耶克從來不提施密特對自己有過任何影響，在他眼裡，施密特的全部思想只有一個目標，就是徹底擊潰自由主義，從理論上爲納粹的極權主義鋪平道路。不過，撇開施密特對海耶克的可能影響不論，至少有一點是清楚的：就連海耶克也不能否認施密特在法治問題上的眞知灼見。最後再回到《憲法的守護者》中關於國家和社會的論述。我們已經看到，施密特主張的威權主義其實與極權主義相去甚遠，它並不是要用國家權力來壓制市民社會，相反，國家和社會應按各自的邏輯自律地發展。在這種情況下，對國家的性質和職能的界定就顯得尤爲重要。有鑒於此，籠統地談論施密特的反自由主義立場是遠遠不夠的，問題的關鍵毋寧在於，國家還是不是政治的承擔者？離開了政治，國家還能否成其爲國家？對於諸如此類的問題，施密特在包括《憲法的守護者》在內的大量論著中已經做出毫不含糊的回答。

注釋

【1】 Chantal Mouff ed., *The Challenge of Carl Schmitt*（London: Verso, 1999）, p.1.

【2】 Chantal Mouff ed., *The Challenge of Carl Schmitt*, p.39.

【3】 John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*（Cambridge: Cambridge University Press, 1997）, p.141.

【4】 施密特：《憲法學說》，劉鋒譯，聯經出版事業股份有限公司，2004年版，第31頁。

【5】 例如，在1919年8月頒佈的《威瑪憲法》中，真正的憲法內容僅僅包含如下幾項：1. 民主制；2. 共和政體；3. 聯邦制國家；4. 議會代議制；5. 市民法治國。「由此，《威瑪憲法》中的德意志民國就具備了如下特徵：它是一個立憲民主制國家；也就是說，它是一個採取民主共和國的政治形式的市民法治國，具備聯邦國家的結構。」這些根本政治決斷構成了《威瑪憲法》的憲法實質。參見《憲法學說》，第31頁。

【6】 施密特：《憲法學說》，第31頁。

【7】 關於德意志民國（das Deutsche Reich）的譯名，參見劉小楓為《憲法學說》中譯本撰寫的譯本序。

【8】 施密特：《當今議會制的思想史狀況》，載施密特文集第二卷《政治的浪漫派》，馮克利譯，上海人民出版社2004年版，第187頁。

【9】 施密特：《政治的概念》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉宗坤等譯，上海人民出版社2003年版，第130頁。

【10】施密特：《政治的概念》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉宗坤等譯，第139頁。

【11】邁爾：《古今之爭中的核心問題——施密特的學說與施特勞斯的論題》，林國基等譯，華夏出版社2004年版，第51頁。

【12】施密特：《政治的概念》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉宗坤等譯，第139頁。不過，施密特對政治的界定似乎也有矛盾之處。施特勞斯在《施密特〈政治的概念〉評注》中指出，施密特在《政治的概念》中試圖確立政治相對於其他文化領域的自主性，彷彿政治是與道德、審美、經濟平行並立的一個領域。但是，如果像這樣理解政治，那就無異於墮入了施密特力圖迴避的自由主義陷阱，因為人們會由此而產生這樣一個印象：「在自由主義讓人們認識到審美、道德、科學、經濟等領域的自主性之後，現在對施密特來說，則要尋求讓人們認識到政治的自主性，儘管這與自由主義相反，但卻是自由主義之渴望自主性的延續。」（施特勞斯：《施密特〈政治的概念〉評注》，載《施密特：政治的剩餘價值》，上海人民出版社2002年版，第216頁。）施特勞斯想要告訴我們的是，將政治視為與其他文化領域平行的自主領域，這是施密特思想的一個矛盾之處，施密特是用自由主義來反對自由主義。施密特本人也意識到這一點，他在《政治的概念》後來的幾個版本中使用了政治強度的概念：任何衝突一旦達到了敵友群分的強度，它就是政治的。據此看來，政治不是相對於道德、經濟和審美的一個自主領域，而是一個根本領域。

【13】施密特：《憲法學說》，第301頁。

【14】施密特：《憲法學說》，第31頁。

【15】施密特：《憲法學說》，第173-174頁。

【16】這是一個很有爭議的思路。列奧·施特勞斯在另一個語境中對類似的平行邏輯提出了質疑。在《現代性的三次浪潮》中，列奧·施特勞斯描述了一種相當通行的想法，現代性是世俗化的聖經信仰，彼岸的聖經信仰已經徹底此岸化了。不過，列奧·施特勞斯指出，這個界定根本無法告訴我們，世俗化中究竟保留了何種成分。參見施特勞斯：《現代性的三次浪潮》，載賀照田主編：《西方現代性的曲折和展開》（學術思想評論第六輯），吉林人民出版社2002年版，第87頁。

【17】參見Gopal Balakrischnan, *The Enemy: An Intellectual Portrait of Carl*

Schmitt（London: Verso, 2000），第 43 頁。

【18】施密特：《政治的神學：主權學說四論》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉宗坤譯，上海人民出版社 2003 年版，第 31 頁。

【19】施密特：《政治的神學：主權學說四論》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉宗坤譯，第 6 頁。

【20】關於凱爾森的法學理論以及施密特對凱爾森的批評，參見 Chris Thornhill, *Political Theory in Modern Germany: An Introduction*（Cambridge: Polity Press, 2000），第 62 頁以下。

【21】對施密特的主權和決斷思想的評論，參見洛維特：《施密特的政治決斷論》，馮克利譯，載劉小楓選編：《施密特與政治法學》，上海三聯書店 2002 版，第 27-76 頁。

【22】Carl Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin 1994, S. 1-6.

【23】施密特在1924年寫了《〈威瑪憲法〉第48條規定的民國總統專政權》一文，並且將其作為附錄收入《論專政》後來的版本中。這篇文章論述了設立此種制度的宗旨：即保護國家和憲法免於在「合法性」（Legalität）中毀滅。將這篇文章與《論專政》合觀，可以清楚地看出施密特在《論專政》中真正關心的是什麼問題。

【24】《威瑪憲法》第 48 條規定：「民國大總統於德意志民國內之公共安寧及秩序，視為有被擾亂或危害時，為恢復公共安寧及秩序起見，得取必要之處置，必要時更得使用兵力，以求達此目的。民國大總統得臨時將本法 114、115、117、118、123、124 及 153 各條所規定之基本權利之全部或一部停止之。」

【25】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 67 頁。

【26】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 67 頁。

【27】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 70 頁。

【28】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 67 頁。

【29】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 276 頁。

【30】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 279 頁。

【31】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 280 頁。

【32】施密特：《羅馬天主教與政治形式》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉鋒譯，上海人民出版社 2003 年版，第 81 頁。

【33】施密特：《羅馬天主教與政治形式》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉鋒譯，第 74 頁。

【34】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 155 頁。

【35】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 161-162 頁。

【36】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 156 頁。

【37】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 170 頁。

【38】施密特：《憲法學說》，第 103 頁。

【39】施密特：《憲法學說》，第 103 頁。

【40】施密特：《憲法學說》，第 392 頁。

【41】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 283 頁。

【42】《憲法學說》列舉了民國總統的一系列重要的政治權限：「在國家法上代表民國（第 45 條）、任免民國文武官員（第 46 條）、掌握民國一切國防軍的最高命令權（第 47 條）、對一個邦實行武力強制（第 48 條第 1 項）、採取緊急狀態措施（第 48 條第 2 項）、代民國行使赦免權（第 50 條）。民國總統還擁有針對議會的權力：他有權解散國會（第 25 條），有權下令就國會議決的法律舉行公民投票（第 73 條）。」參見《憲法學說》，第 392 頁。

【43】施密特：《憲法的守護者》，譯本第 242 頁。

【44】John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, p. 144.

【45】參見Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State and Free Economy*（Cardiff: University of Wales Press, 1998），第九章。

【46】施密特：《合法性與正當性》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，李秋零譯，上海人民出版社 2003 年版，第 332 頁。

【47】「長名協會」是魯爾區工業家的一個協會，其全名是Verein zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen（促進萊茵蘭和威斯特伐倫共同經濟利益協會），簡稱「長名協會」。施密特於1932年11月23日在「長名協會」大會發表了題為《強勢國家中的健康經濟》（*Sound Economy in a Strong State*）的演講。參見Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State and Free Economy*，第212頁。

【48】Carl Schmitt,"Strong State and Sound Economy: Address to Business Leaders", in Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State and Free Economy*, p.217.

【49】施密特：《政治的概念》，載施密特文集第一卷《政治的概念》，劉宗坤等譯，第130頁。

【50】參見施瓦布為《政治的概念》英文版撰寫的序言，載Carl Schmitt, *Concept of the Political*, translated and with an Introduction by George Schwab（Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996），第6-7頁。

【51】Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State and Free Economy*, p.146.

【52】哈耶克：《自由秩序原理》，鄧正來譯，生活·讀書·新知三聯書店1997年版，第422頁。

【53】哈耶克：《自由秩序原理》，第260-261頁。

【54】施密特：《憲法學說》，第189頁。

編輯說明

本書的翻譯，蘇慧婕負責的是導論、第一章以及第三章第3節與第4節，李君韜則是前言、第二章、第三章第1節與第2節。並特別感謝劉鋒老師對拉丁文部分提供的翻譯與指正。

施密特於內文中所提到的相關參閱頁數，皆爲原書頁碼，即本書邊碼。此外，書中引用之相關憲法條文，已附於本書附錄中，以方便讀者參考。

前言

卡爾·施密特

柏林，1931年3月

呈獻在讀者面前的這本專論，是對1929年3月發表的〈憲法守護者〉（《公法學論叢》〔*Archiv des öffentlichen Rechts*〕，Neue Folge, XVI, S. 161 bis 237）這篇論文所進行的改寫與補充。此外，發表於1929年與1930年這段期間的論文與演講當中的某些論述，也被整合到此一主題的體系脈絡中。

倘若欠缺對於具體憲政情勢的圖像，那麼也就不可能對這樣的研究對象做科學性的探討。這其中自然隱含了一項極其困難而充滿危險的課題。其並非導因於可以預見的、基於政黨態度的扭曲——這應該是屬於思想自由所帶來的一般風險；毋寧說，該現象係導因於當前德國憲法狀況所造成的極度混淆態勢，這些狀況只能在一個大規模的變遷範疇中被掌握。今天，若有人只想花幾面的篇幅來談論「德意志帝國之現狀」（*de Statu Imperii Germanici*），並且嘗試提出一完整的圖像，他所觀察到的必定是一個充滿矛盾的、由各種系統、系統片斷以及傾向所構成的混合體。的確，今天在世界上的大部分國家中，憲法都成了一個新的問題，即便在法國，晚近也有巴泰雷米（J. Barthélemy）認爲（在對「經濟利益聯盟」〔Union des Intérêts Economiques〕的一篇演講中），國家改革的要求已經成爲當代最實際的課題，我們也應以此爲探討出發點。不過，在德國，藉由單純的「帝國改革」

（Reichsreform）作爲改變當前聯邦國家體制的手段，並不能解決問題。在對當前具體憲政情勢進行認知時，最令人感到棘手的問題就是，聯邦主義的組織型態與其他建構國家意志的原則，同時結合並交錯著。我嘗試將它們分別標舉爲「多元主義政黨國家」（pluralistischer Parteienstaat）與「多角勢力」（Polykratie），並且處理由此產生的「國家在內政上中立性」問題；之所以這麼做，絕非出於對「發人深省」或「引人入勝」之論題的渴求，而是完全基於探討對象本身所給定的必然性，所不得不爲者。

我的殘酷命運和疑慮降於一基礎未固之國家
（*Res dura et regni novitas me talia cogunt*）
我必須挺身而戰
（*Moliri*）

目 次

劉鋒：施密特《憲法的守護者》導讀 5
編輯說明 39
施密特：前言 41

導論：保護憲法的幾種方式與可能性 45

第一章　司法者作爲憲法的守護者 65
1. 此種一般性的（附屬的），所謂實體的司法審查權在德國不足以構成憲法的守護者 66
2. 所有司法權的本質界限（侵害國家及憲法秩序之政治犯罪的刑事審判權；部長訴訟） 75
3. 於憲法法律內容具有疑義時，其內容的關鍵決定權乃是立法者——而非司法者——之本質任務 90
4. 德國的國事法院 101
（a）憲法概念與憲法審判權在本質上的關聯；對德意志帝國國事法院之司法權本質界限的肯認；憲法契約與憲法審判權的特殊關聯 101
（b）將國事法院視爲特殊的聯邦機關 109
（c）國家審判權及憲法審判權是將憲法轉變爲憲法契約（協議）這種趨勢的表徵 114

第二章　當代的具體憲政狀態 151
1. 多元主義、多角勢力與聯邦主義 152

（a） 議會成爲多元主義系統表現場所之發展趨勢 155
（b） 公共經濟領域中的多角勢力 182
（c） 聯邦主義 187
2. **救濟手段與反向運動** 190
（a） 經濟憲法之嘗試 190
（b） 多元主義政黨國家中關於內政上中立性之問題 195
（c） 大多數中立化嘗試之不足；中立性與去政治化概念之歧義性 207
針對國家內政領域上的中立性概念所具有之各種不同之意義與功能，所提出之概觀 212
（d） 合憲政府根據帝國憲法第48條所採取之措施；從軍事性—警察性例外狀況到經濟性—財政性例外狀況的發展 ... 220

第三章　帝國總統作爲憲法守護者 255
1. **關於中立權力之國家法學說** 256
2. **「中立權力」在多元主義政黨國家中的重要性：以勞動爭議中的國家調解人爲例予以說明** 265
3. **官僚階層與從多元主義政黨國家中「獨立」的幾種可能性** 275
4. **帝國總統地位的民主基礎** 280

附錄：本書引用之憲法條文 301
1. **威瑪憲法** 301
2. **薩克森憲法** 322
3. **普魯士憲法** 323

譯名對照表 325

導論
保護憲法的幾種方式與可能性

1 對於憲法守護者或維護者的呼聲經常是憲法狀態危急的一種表徵。因此，在近代憲法史上，是在英國、而且是在1658年克倫威爾過世之後——也就是在當第一次嘗試制定成文憲法之後，或者說是處在國會無能做成實質決議、而君王復辟又尚未發生的共和政府內政垮台年代裡——第一次產生這種憲法守護者之設計與提案的事實，也就不但深具啓發性，同時也值得我們仔細觀察。舉例來說，當時提出了一種以斯巴達五長官制（spartanisches Ephorate）之方式來維護邦聯（Commonwealth）現有秩序、阻止君主復辟發生的特殊組織設計。而特別在哈林頓（Harrington）的圈子裡則更產生了一些諸如「自由維護者」或「憲法維護者」的概念[1]。從上述的敘述中我們可以看到，對於這些制度的設想已經超越了賓夕法尼亞憲法的範疇，而進入法國大革命的層次。而在第一共和成立後第8年（1799年）所制定的憲法裡，是以參議院作爲憲法的守護者，而這項制度正產生於政治反對運動（亦即拿破崙一世時期）的前夕[2]。因此，這個參議院守護者（Sénat Conservateur）在拿破崙戰役失利後才扮演起憲法維護者角色，並以侵害憲法及人民權利（Volksrechte）爲由，透
2 過1814年4月3日之政令宣告拿破崙及其家族喪失王權的行爲，也就具有雙重的意義[3]。

雖然19世紀的德意志憲法奮鬥史不能與這種大型革命相提並論，但德意志君主立憲的憲法也一樣沒有忽略如何保護憲法的問題。在這些憲法當中，又以巴伐利亞憲法（西元1818年公布）與薩克森憲法（西元1831年公布）的規定最具代表性。這兩部憲法在「憲法之維護」（Von der Gewähr

der Verfassung）的標題下談到：1. 君主、公務員（Staatsdiener）與國民在憲法上的宣誓（Eid）[4]；2. 等級會議（Stände）在憲法受侵害時之**異議權**（Beschwerden）；3. 等級會議於憲法受侵害時提起**訴訟**之權利；4. **憲法修改**（Verfassungsänderung）之要件。在這個標題之下，1831年的薩克森憲法還另外涉及國事法院在憲法解釋具有疑義而政府與等級會議間亦無合意存在時的審判權限[5]。但在普魯士憲政衝突時期之歷史經驗與俾斯麥政策的卓越成就之後，憲法維護的問題卻在概念的層次上被沉默地忽略了，而在接下來的幾個世代裡，出於對一般憲法理論的漠然，人們也不再意識到這個問題。G．耶利內克（Georg Jellinek）在他《一般國家學》（*allgemeine Staatslehre*）（初版，1900）的最後一章中是在這樣的標題「公法的保障」（Die Garantien des öffentlichen Rechts）之下處理〔憲法的維護〕。他在這裡所舉出的保障手段（政治宣誓、對國會所負之責任、部長訴訟）符合了19世紀德國的政治局勢及氛圍。而奧圖．梅耶（Otto Mayer）則在他的《薩克森國家法》（*Sächsichen Staatsrecht*, 1909）中談到了保障憲法不受侵害或誤解的規定：「很清楚 3
地，這些規定應盡可能不予適用，而實際上也的確不曾適用過。」

也許人們在當時是出於對政治安定與維護公益的想法，才將憲法守護者的單純議題視爲「政治」問題而不予討論。但從那時起我們已經得到教訓，知道宣稱自己的見解不帶政治色彩、而把反對者的質疑和意見都打上政治標籤的做法只是一種政治伎倆。我們還知道，國家學和憲法學的問題不會

因爲我們的否認或拒絕正視就獲得解決。而威瑪憲法的制定再度引發了人們對於憲法特別保障的興趣，也引起誰是憲法守護者或捍衛者的疑問。德國國事法院自稱是「帝國憲法的守護者」（Hüter der Reichsverfassung）[6]。而帝國總統西蒙斯博士（Dr. Simons）也稱帝國法院爲帝國憲法的「捍衛者及守望者」（Wahrer und Wächter）[7]。許多人提議要求國事法院或憲法法院擔負起憲法守護者、維護者、捍衛者或信託管理人（Treuhänder）的責任。而在法學界，這項問題也再度引起人們的重視。我在 1929 年 3 月發表於《公法學論叢》（第 16 卷， 161 頁以下）（*Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. XVI, S. 161 ff.）關於〈憲法守護者〉的論文不但獲得廣泛的支持，也特別造成近年來德意志帝國總統就其憲法地位而言更常被視爲憲法守護者的結果[8]。

迄今的法律提案與草案幾乎都是從相同的立足點出發，也就是應該由**法院**透過司法程序來解決憲法爭議以及帝國法
4 律之合憲性疑義和適用上之爭議。但是這些不同的提案也造成眾多最高裁判機關併立的混亂結果：國事法院、憲法法院、帝國法院（根據帝國憲法第 12 條第 2 項）、帝國裁判法院（Reichsspruchgericht）（根據芮萊爾〔Zeiler〕的意思，係指「其法律解釋具有拘束力之帝國法院」[9]）以及帝國行政法院全都以一種不明確的對等關係成爲帝國與各邦眾多最高裁判機關的一員。對於這種現象格勞（R. Grau）說得好：「是一大堆互相競爭、時而還會彼此衝突的憲法守護者」[10]。整體而言，當前對於這個憲法難題的普遍對待方式，愈來愈受到從事司法實務的法律人這種傾向的影響，也就是將所有問題

交由司法程序來解決，而完全忽略訴訟裁判與憲法規定內容疑義及適用爭議之決定的基本差異。而因爲人們首先感受到的是保障〔憲法〕免受立法者（也就是國會）〔侵害〕的迫切需求，所以也就恣意地將保護憲法的問題限縮爲保護憲法免受違憲法律或命令侵害的問題；不僅如此，因爲人們另外還希望在司法權領域中尋找憲法守護者，因此如同魯道夫・斯麥特（Rudolf Smend）在一個附帶提出、但十分適切的評論裡指出的，應該由誰來擔任憲法守護者的問題在「沒有多加思索」的情況下又被進一步扭曲了[11]。在戰後初期的論者中，維特邁爾（L. Wittmayer）是一個值得稱許的例外，因爲他基於帝國參議院（Reichsrat）的異議權（Einspruchsrecht）而將帝國參議院視爲憲法的守護者，並且藉此再次呈現出保護憲法（Verfassungsschutz）與提高修憲難度（Erschwerung der Verfassungsänderung）之間久已爲人遺忘的關聯[12]。然而大多數的設計與提案都主張法規（法律與命令）合憲性的疑義與適用爭議應交由法院（帝國裁判法院、德國國事法院）決定。第三十三屆（1924 年在海德堡召開）與第三十四屆（1926 年在科隆召開）德國法學家年會（Deutscher Juristentag）的提議更認爲，憲法守護者的問題，應該透過德國國事法院管轄權的擴張——從帝國憲法第 19 條中「邦內部之憲法爭議」 5
擴張到「帝國內部之憲法爭議」——來加以解決[13]。也許是人們對戰前期的印象還在，也可能是受到當時經常被提到的 6
「奧地利方案」[14]（österreichische Lösung）影響，人們在戰敗後心神俱疲的第一個十年裡很少論及這種司法權擴張的實質意義，而以抽象的規範論（Normativismen）和形式論

（Formalismen）爲已足。

德國國事法院從1925年以來，特別是透過帝國憲法第19條之實踐而獲得的管轄權大幅擴張，很快地就引發了政治和憲法上的疑慮，從而阻礙了這種截至目前爲止似乎是理所當然的司法化浪潮。帝國憲法第19條是透過判決先例（Präzedenzfall）之方式去確定「憲法爭議」（Verfassungsstreitigkeit）——這個無法以一個毫無限制之字眼「定義」（憲法爭議是所有關於憲法規定之爭議）來界定——的概念、何謂「邦內部之憲法爭議」，以及國事法院之當事人能力的關鍵問題。我們必須注意到，現在的政黨、國會黨團（Parlamentsfraktion）以及議員的個別團體、宗教團體（Religionsgesellschaft）、地方自治團體（Gemeinde），甚至貴族的結社（Adelsgenossenschaft）都已經能夠在高度政治性的案件中向國事法院要求傳喚邦或邦政府[15]，而我們似乎也無法預見，哪些社會實體（soziale
7 Größe）和團體（職業代表、利益團體、公法人）有朝一日也能循著這種模式成爲訴訟當事人[16]。不過大概在一年之前，這種傾向又再度趨緩，因爲本文之後還會再仔細討論的1930年2月17日普魯士選舉法爭議判決[17]標示出了一種抑制的趨勢。

所有問題的處理，都必須從國家與憲法情勢的具體脈絡去觀察。因此，爲了證明這樣的必要性，在我們急著將第一個找到的答案抽象化之前，必須先對這些曾在憲法議題之長遠歷史中出現過的、各式各樣的「憲法守護者」作一番回顧。斯巴達**五長官制**的古典模式一直到19世紀還時常被提及，在大多數的時候是提到「誰來監督守護者」（*quis custodiet ipsos*

custodes）這無法迴避的問題，以及「這種守護者容易變成憲法的主宰並有成爲第二個國家元首（Staatshaupt）之危險」的警告性附註；然而有時卻是在批評這些不良後果——享有身份保障、不負政治責任且依其裁量而做成決定之機關——時才會提及五長官制[18]。其他的提案及建制，諸如**護民官**
8 （Tribunen）[19]、**監察官**（Zensoren）[20]及法律顧問（Syndici）[21]也都屬於這第一種的憲法守護者類型。而第二
9 種憲法守護者的形式則是以羅馬**元老院**（römischer Senat）這種透過其屏障與守護之職權而成爲羅馬憲政狀態之眞正捍衛者的原型爲基礎，而元老院的「權威」（Autorität）——在這裡是以精確之含義與「權力」（potestas）相對照[22]——必須對公民決議（Volksbeschluss）加以確認，以防止憲政秩序或國際法上之義務不受侵害[23]。而羅馬元老院這樣的典型對於歐洲憲法思惟的發展也具有深遠的影響。是在這種基礎之上才有以**第二院**（eine zweite Kammer）作爲憲法守護者的制度產生。例如在1799年法國憲法第21條之下，所有護民官或政府認爲違憲之行爲，參議院守護者都有權加以確認或使其失效；而根據1852年1月14日之憲法第29條，參議院對於所有經由政府或人民請願（Petition der Staatsbürger）而提出違憲主張之行爲，也有類似的權力。而在現行法國共和憲法中（1875年2月24日公布之憲法第9條），參議院（第二院）將自己塑造爲部長訴訟（Ministeranklage）與其他政治審判權（politische Justiz）案例中的**高等法院**（Haute Cour de Justice）。在國家與憲法理論的討論裡，這種以「參議院」來保護憲法的典範一直具有影響力。因此布魯塔斯（Junius

Brutus）在他關於暴君伐放論（monarchomachisch）最著名的論文中就主張應該建立一個參議院，以審查、監督君主對法律所爲的解釋和執行[24]。我們在之前曾經提到哈林頓，而從哈林頓開始我們也可以拉出一條通往西哀士（Sieyès）和19世紀的脈絡[25]。

而即使是人民代表機關（Volksvertretung），也就是由人民選舉而產生的議院，在特定的憲法情勢下也會具有憲法守護者、至少是與政府對抗之「人民權利」（Volksrechte）守護者[26]的地位；而一個由人民代表機關「爲了保障人民代表機關權利免受政府侵害」而設立的監督委員會[27]，也具有相同的功能。在這裡我們可以特別清楚地看到，這種制度永遠只能在憲法架構的具體整體關聯下來加以觀察。如果像盛行於19世紀的見解所說，憲法是奠基於一個介於貴族與平民、政府與人民代表[28]間的契約，那麼每一個契約當事人就都能成爲每一個涉及其自身權利或權限（Befugnis）之憲法片段的守護者，並且也容易將有利於其政治要求的憲法規定就當成是「這部」憲法。但「代表這個統一體（Einheit）」的**政府**，根據它的定義也可能被視爲是「官署的守護者和國家制度的捍衛者」[29]。梅耶在他的《薩克森國家法》（1909，第214頁）中這麼說：「憲法的最高守護者是**國王**。」而也就是在這樣的體系關聯下，會涉及本文在後面還會再詳細闡明的、關於君主或帝國總統之中立與斡旋權力（neutrale und vermittelnde Gewalt）的理論[30]。

如果19世紀的德意志憲法在其他的保護機制之外也將一個特別的國事法院規定成「憲法的司法保障」（gerichtlicher Schutz der Verfassung）[31]，那麼我們就可以看到一個單純的事實：憲法的司法保障僅僅只能是組成憲法之保護與屏障的一部分，而如果我們在這樣的司法保障之外不另外討論所有司法權（Gerichtlichkeit）都應謹守的嚴格界限和保障憲法的其他方式與手段，那麼這種論述也就只是蜻蜓點水而已。

注釋

【1】 F. H. Russel Smith, *Harrington and his Oceana*, Cambridge 1914, S. 175；原文之用語為“Conservators of Liberty”與“Conservators of the Charter”，而其目的在於「捍衛憲法決定的一切並防止君主政體的復辟」。

【2】 關於這條通往西哀士（Sieyès）、從哈林頓到北美憲法之路徑的個別闡述：R. Russel, a. a. O. S. 208。為了闡明 Russel 的說法，我將特別強調 André Blondel 在 *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Paris 1928, S. 177 中所援引Thibaudeau 的提議以作為進一步的論據。Thibaudeau 憶起了在賓夕法尼亞監察官制度（pennsylvanischer Zensor）中所體會到的經驗。

【3】 1814年4月3日之參議院政令，立法會議（Corps législatif）在同一日所做成、內容與之相同（「認為拿破崙違反憲法條約」）的決議，請參見，Duquit-Monnier S. 177。

【4】 關於憲法宣誓之細節請參見 Ernst **Friesenhahn** 的優秀論文，*Der politische Eid*, Bonn 1928, S. 35 f., 112 f.。

【5】 巴伐利亞之部份請參見：Stoerk, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, 2. Aufl. 1913, S. 105，進一步的文獻，M. v. Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 2. Aufl. 1896, I S. 386, 517 usw.（將個別保護分配到體系的個別點上的做法非常特殊，雖然「憲法的維護」會因而不具體系上之地位，也不會成為優異而詳盡之索引冊中的關鍵字）；薩克森之部份：Stoerk S. 343; J. H. Beschorner, *Die Ministerverantwortlichkeit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen*, Berlin 1877; Opitz, *Staatsrecht des Königreichs Sachsen* (1884), II S. 246; Otto Mayer, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*（1909）S. 214 f.。更多的例子，請參見，R. Mohl, *Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit Volksvertretung*, Tübingen 1837, S. 14 / 15。

【6】 1927年10月15日之判決（RGZ. 118 Anhang S. 4）；Lammers-Simons, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, Bd. I, Berlin 1929, S. 295。

【7】 Deutsche Juristen-Zeitung 1924, S. 246.

【8】 尤其在聯邦關於帝國革新的出版品 Die Rechte des deutschen Reichspräsidenten nach der Reichsverfassung, 2. Aufl. Berlin 1930 中的一篇文章更是貢獻良多，因為它不但將帝國總統在憲法上之地位的正確見解予以擴展，也從而遏止了所有褊狹不合理的觀點和改革提案。此外也應該提及：W. Simons, Einleitung zu Lammers-Simons a. a. O. II, S. 9, 11; H. Pohl, Die Zuständigkeiten des Reichspräsidenten, in Anschütz-Thoma's *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, Tübingen 1930, S. 483; F. Glum, Parlamentskrise und Verfassungslücke, Deutsche Jurist-Zeitung 1930（15. Nov.）, S. 1417 / 18; W. Jellinek 於第三十六屆德國法學家年會（der Deutsche Juristentag）對財產權界限與徵收所提出之鑑定意見，1930, S. 319, 320，以及*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, § 72（Das einfache Reichsgesetz）, II S. 177 / 8。

【9】 E. Schiffer, Die deutsche Justiz, Berlin 1928, S. 257 f.；反對意見，W. Simons, in der Einleitung zu Bd. II der von ihm und Lammers herausgegebenen Sammlung “*Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich*”, Berlin 1930, S. 8及 Grünhut, in *Iudicium*, 1930, S. 143。

【10】 *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. Bd. XI（1926）, S. 287 f.

【11】 *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig 1928, S. 143.

【12】 *Die Weimarer Verfassung*, Tübingen 1922, S. 329.

【13】 Alfred Friedmann（Friters）是推翻帝制後第一個提出應該讓一個最高法院（ein oberster Gerichtshof）有機會「在違憲法律剝奪憲法所保障之權利時宣告該法律無效」這種要求的人，

Revolutionsgewalt und Notstandsrecht, Berlin 1919, S. 182。而在威瑪國民會議的討論中，Ablaß的提案非常有意思，根據Ablaß的見解，德國國事法院在一百名帝國衆議院議員之聲請下必須對法律之合憲性做出具有拘束力之裁判；而這項提案（以及備位提案）並未被採納。第三十三屆德國法學家年會（Heidelberg 1924，報告人H. Triepel及Graf zu Dohna）主張，在帝國法律公布之前，應該讓國事法院有對該帝國法律之合憲性做成裁判之機會，並且進一步要求德國國事法院之管轄權應擴張（根據憲法第19條，國事法院只對邦內部之憲法爭議具有管轄權）及於**帝國**內部之憲法爭議。而第三十四屆德國法學家年會（Köln 1926，報告人安序茲〔Anschütz〕及蒙德〔Mende〕）則同樣建議帝國憲法第19條應予修改：德國國事法院應對帝國內部之憲法爭議做成裁判；此外，國事法院對於已公布之系爭法律之效力的審查，應具有排他的管轄權（ausschließlich zuständig）；為達成立法者之目的，「對於帝國憲法最高層級之解釋應統一於德國國事法院」。帝國內政部在1925年出版了「法律一體性維護法」（Gesetz zur Wahrung der Rechtseinheit）的草案（Verlag Heymann），該草案規定，在法律表決程序（Rechtsentscheidverfahren）中，「公法、尤其是憲法的問題應由帝國裁判法院決定之」。而一項在DJZ. 1926, Sp. 842中由當時帝國內政部長Dr. Külz所出版的法律草案則規定，於帝國法規是否牴觸憲法具有疑義或適用上有爭議時，帝國衆議院、帝國參議院或帝國政府得聲請德國國事法院做成裁判，因此，根據該草案，一般性的司法審查權（allgemeine richterliche Prüfungsrecht）不應被排除；參照Külz之文章，DJZ. 1926, Sp. 837；Poetzsch, DJZ. 1926, Sp. 1269；Bötticher, Leipz. Z. 1926, S. 822；Richard Grau, Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Rechtsverordnungen, AöR., N. F. XI, S. 287 ff.（1926）；Fritz Morstein Marx, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes*, S. 129 f.（Berlin 1927）；Schelcher, Fischers Zeitschr. f. Verwaltungsrecht, Bd. 60 S. 305；Bredt, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. Bd. 82 1927, S. 443；Nawiasky, AöR., N. F. XII（1927）S. 130 f.；Hofacker, Gerichtssaal, Bd. 94 S. 213（1927）。而在1927年3月25日提交帝國衆議院法律委員會、與帝國部長Külz所出版之草案一致的草案（Reichstagsdrucksachen Nr. 2855 III 1924 / 26）也一樣讓國事法院（於帝國衆議院或帝國參議院以特別之少數（qualifizierte Minderheit）提出聲請，或法院認為某法規牴觸帝國法規，從而停止裁判、提出聲請時）對於法規之合憲性做成具有制定法位階效力（Gesetzeskraft）之裁判，請參見K. Frhr. von Imhoff, Bayr. Verwaltungsblätter, Bd. 75（1927）S. 241 f.。關於這種法律的修憲性格：Hofacker a. a. O.，R. Grau a. a. O.，Imhoff a. a. O.與Bredt, a. a. O. S. 453 f.，認為修憲的法律是必須的；反對見解（就我看來是不合理的）Löwenthal, DJZ. 1927, S. 1234, Reichsverwaltungsblatt 1930 S. 748。——此外，對於這裡的文獻還有一點值得強調，關於國事法院之博士論文的作者（對「博士論文」而言，這似乎是一個很受歡迎的題目）經常套用前述的公式或樣板去對這個困難的議題大加斥責；但這情有可原，所以不應該對這些年輕的作者加以苛責。

【14】1920年10月1日奧地利聯邦憲法第89及139條；例如W. Jellinek, Jur. Woch. 1925, S. 454，提出了對當時而言極具代表性的說法：「如果我們考慮到奧地利這些引人注目之規定的合目的性，……那麼這些奧地利的規定也許可以適用到德國。」但這裡的「也許」並未成真；從1925年開始，奧地利方案的其他特徵比合目的性更引人注目。

【15】截至1929年：**邦衆議院中之黨團**：1921年7月12日臨時國事法院之判決（RGZ. 102, S. 415 und vom 21. November 1925, RGZ. 112, Anhang S. 1）；**政黨**（在選舉爭議的審慎界限下）：RGZ. 121, Anhang S. 8；**各邦教會**（Landeskirchen）：RGZ. 118,

Anhang S. 1；**地方自治團體**：1922年1月12日之判決，DJZ. 1922, Sp. 427，以及1928年7月9日關於波茨坦市政府事務與普魯士邦的判決（RGZ. 121, Anhang S. 13）；先前直接由帝國貴族（五個家族！）統治之Nassau地方團體（Ortsgruppe）與普魯士邦內閣之判決，1924年5月10日（RGZ. 111, Anhang S. 1）。

【16】參照W. Wofacker對於國事法院管轄權擴張極為有力的批評，Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, Reichsverwaltungsblatt 1930, S. 33f.。

【17】RGZ. 128, Anhang S. 2; 以及（mit Verhandlungsbericht）Ausgewählte Entscheidungen des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich, herausgegeben von Reichsgerichtspräsident D. Bumke, Heft 2, Berlin 1930；進一步請參照本書第51頁所引判決。

【18】關於拉西第蒙城邦中（Lacedämonischer Staat）的五長官制：Busolt-Swoboda, Griechische Staatskunde（*Handbuch der Altertumswissenschaft*, IV 1, München 1926）S. 670, 683 f.；有關於其起源之敘述及其他參考文獻。「五長官負有維護現行國家社會秩序、市民紀律與習俗的任務，從而讓νόμος（即nomos，法律、法——劉鋒譯）成為城邦中唯一的主宰（Herr im Staate）。他們『接受兩個國王的宣誓』，同時也對兩個國王宣誓。他們主要在保障現有的秩序不受被壓迫之奴隸的叛亂威脅，並且有權直接處死具有叛亂嫌疑的奴隸。『對內部敵人的處置，視同**戰爭**；因此五長官每年都正式地向奴隸宣戰』Busolt-Swoboda（S. 670）把這樣的做法稱為「天真的狡獪」（naive Schlauheit）；當在對抗「內部敵人」（innerer Feind）之戰鬥中有辦法展現出少一點的天真和多一點的狡獪時，這樣的說法是有道理的。無論如何，五長官在歷史上都曾經是一個機關，而這個機關的政治性格正是顯現在它與內政上之**敵人**（Feind）概念的關聯之中。而『亞里斯多德的批評也具有重要意義，*Politik*, II 7（B 10, 1272 C）（關於五長官與長老會議（Kosmen）的制度）：『最糟的情況是，長老會議被因不想遵守法院判決而設立的僭主（die Mächtigen）所免職』。關於Althusius所談到的五長官制：G. Leibholz, Der Begriff der Repräsentation, Berlin 1929, S. 84, Anm.；關於費希特（Fichte）認為五長官制會造成兩個國家元首的見解：K. Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht*, 1916, S. 408; Mohl, *Encycloöädie* 2. Aufl. 1872, S. 647; Dahlmann, *Politik* 3. Aufl. 1847, S. 197 ff.; Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht* 2. Band, 4. Auflage, München 1868, 10. Kapitel, S. 552。而這些貫穿整個世紀之國家與憲法理論文獻最重要的地位，見於黑格爾（Hegel）對費希特五長官設計的批評，Wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts, *Sämtliche Werke I* S. 479：「職是之故（亦即人們想透過另一個位階相同之權力的設置來迫使最高權力符合於公共意志（volonté générale）的做法，實際上無法解決如何對最高權力施加強制的問題），將會導引出一個完全形式化的區分。『**實際**的權力（die wirkliche Gewalt）會成為一個整體（Eine），並被整合進政府部門之中』；但與之相對的則是**可能**的權力（die mögliche Gewalt），而這種可能性應該具有對上述的實際權力施加強制的能力。『公共意志這種**不具權力**』（gewaltlos）的第二種存在形式應該去判斷：權力的行使是否逸脫出第一種存在形式（即公共意志）之外，以及權力是否已經不再符合普遍自由（allgemeine Freiheit）的概念。」它『甚至應該對最高權力施以**監督**（beaufsichtigen），並在私意（Privatwille）侵奪公共意志之地位時，將該情況予以**排除**』（entreißen）；而排除的方式應該是一個對未來（von diesem Augenblick an）具有絕對效力的、對最高國家權力的一切行使一**概予以抹煞的官方宣告**。」這也就進一步表示了：公共意志的第二種代表形式，為了能夠強制最高權力，必須具有一種「現實上的權力」（reelle Gewalt）。而因為公共意志的另一種代表形式也具有「現實上的權力」，因此公共意志的第二種代表形式也就無法

以具體的方式來加以確定，「如五長官被賦予何種行為權限，或是廢除被監督者、禁止的官方宣告以及形式要件的設計等等：——而且是基於相同的理由……。因為五長官的私意與其他人的並無二致，因此五長官之私意是否孤立於公共意志之外的問題，得由政府部門予以判斷，就如同五長官可判斷政府部門之私意一般。」

【19】1799 年法國憲法第 21 、28 條，以及為數眾多的參議院決議（Senatus-Consulte），直到1807 年 8 月 19 日廢除護民官為止。

【20】關於賓夕法尼亞之監察官，請參見本書第一頁注 2〔即本章注 2——譯者〕；進一步的例證請參見，R. Mohl, *Verantwortlichkeit der Minister* S. 223 f. 關於一個為檢驗所有政府行為之合憲性而「特別指派的監察官」（eigens bestellte Zensoren）。關於波希米亞式的防禦官（Defensoren），Herr Dr. Rudolf Slanka 則出版了一份調查報告。

【21】Spinoza, *Tractatus politicus VIII* 920 f.; X § 2 f.; editio Bruder p. 108, 130：他們（也就是法律顧問）的唯一職責就是維護有關會議和帝國臣工的帝國法律，使之不受侵犯。因此，他們就擁有將任何犯法的帝國臣工——即違反了有關其自身的職司的法律的帝國臣工——傳喚到庭並按既定法律予以定罪的權力（*quorum officium solummodo sit observare, ut imperii jura, quae concilia et imperii ministros concernunt, inviolata serventur, qui propterea potestatem habent, delinquentem quemcumque imperii ministrum, qui scilicet contra jura, quae ipsius ministerium concernunt, peccavit, coram suo iudicio vocandi et secundum constituta iura damnandi*）〔劉鋒譯〕；其為終身職，並須年滿 60 歲以上，「這樣，他們就不會因為過長時間掌握權力而變得確確實實地傲慢」（*ne longa admodum dominatione nimirum superbiant*）〔劉鋒譯〕，掌有軍事權力，可行使相對於主權會議（souveräne Ratsversammlung）的徵兵權等等。如果要我們說明法律顧問典型的功能，那麼就是在國家治權形式的維護。

【22】關於權威（auctoritas）與權力（potestas）的區分：Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 75 Anm.。而這種區分在當前德國內政情勢上的有趣運用，請參見 die Zeitschrift **Die Tat**, Oktober 1930, S. 509 f.（一篇匿名的文章“Die kalte Revolution”）；進一步請參見Leopold Ziegler, *Fünfundzwanzig Sätze vom deutschen Staat*, Darmstadt 1931, S. 43。

【23】Mommsen, *Römisches Staatsrecht III*, S. 1041; 關於羅馬元老院之權威的進階討論：*Verfassungslehre* S. 75 Anm.；並參照本書第 136 頁注釋〔即第三章之注 14〕。

【24】Junius Brutus, Vindiciae eontra tyrannos, Ausgabe Edinburg 1579, S. 128.

【25】關於這條歷史脈絡：H. F. Russel Smith a. a. O. S. 173；關於西哀士之想法與見解：A. Bolndel a. a. O. S. 173；關於西哀士之見解在瑞士所產生的影響，Eduard His, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Bd. I, *Die Geschichte der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798-1813*, Basel 1925, S. 196 f.。

【26】也就是當邦眾議院接受憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）時。例如根據 1818 年 5 月 26 日巴伐利亞憲法文件 Tit. VII § 21（in der Fassung des Gesetzes vom 19. Januar 1872）所有國民及地方自治團體都能基於憲法權利之侵害向邦眾議院提起訴願。根據莫耳（Mohl）的想法，國會議員在政府破棄憲法（Verfassungsbruch）的最極端情況下，有權呼籲人民進行武裝抵抗（*Verantwortlichkeit der Minister*, S. 575）；此外還有（在法院審查權的前提之下）：*Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, Monographien aus Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, I. Bd., Tübingen 1860, S. 85 / 86；對於「以邦等級會議（Landstände）作為憲法守衛者」之見解的批評，格內斯特（R. Gneist）, Gutachten zum 4. deutschen Juristentag über die Frage:“Soll der Richter über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz

verfassungsmäßig zustande gekommen ist?" Berlin 1863, S. 28。格內斯特認為最核心的保障就在於世襲之君主、常設之上議院（die erste Kammer）與民選之下議院（die gewählte Kammer）的合作之中；雖然他在1866年2月9日的邦衆議院發言中（Stenogr. Berichte S. 128）將邦衆議院之議員稱為「憲法的守衛者」；但這只是一個形式特殊的案例，請參見本書後文第17頁注1〔即第一章之注14——譯者〕。關於伯倫知理（Bluntschli）的見解，請見本書第77頁。

【27】基於Haußmann在1919年7月4日之提案，帝國憲法第35條第2項將「為保障衆議院權利免受政府侵害」之用語明定於憲法規定之文義中。這特別與符騰堡的傳統（參照1819年舊符騰堡憲法第187條以下，在「維持憲法」〔Erhaltung der Verfassung〕的觀點下設置臨時委員會〔Interimsausschuss〕）相一致。

【28】對於這種憲法概念在現實面上的進一步影響，請參見本書第61頁。在普魯士憲法史上，普魯士衆議院（Abgeordnetenhaus）在1866年2月10日所提出的異議（Protest）提供了一個例子（Aktenstück Nr. 41, Stenogr. Berichte S. 137, 141 f.）：「本議院為保障其權利、以及其依憲法第83條所代表之全體人民之權利，提起異議」，以對抗檢察系統因議員Twesten及Frentzel在衆議院中所發表言論而發動之司法追訴聲請。但我們必須特別注意，這裡所涉及的是對於侵入其固有範圍之干預的防禦，亦即**自我防衛**（Selbstschutz）的案例；參照本書第17頁。

【29】例如 Adolf Trendelenburg, *Naturrecht*, 1860, S. 375。

【30】1826年4月29日葡萄牙憲法第71條（Dareste S. 497）與1824年3月25日巴西憲法第98條都將國王或皇帝稱為「整體政治制度之鑰」（Schlüssel der ganzen politischen Organisation），並賦予其對其他政治權力之獨立、制衡（Gleichgewicht）及和諧（Harmonie）的維持，有無止盡的捍衛職責；參照本書第133頁注1〔即第三章之注3——譯者〕。

【31】「憲法之司法保障」的用語可參見1819年符騰堡憲法第195條；這樣的用語極為妥適，因為它把法院的保障和其他保護憲法的機制區分開來，從而避免了將司法保障加以扭曲或絕對化的危險。

第一章
司法者作爲憲法的守護者

1. 此種一般性的（附屬的），所謂實體的司法審查權在德國不足以構成憲法的守護者

12 精確地來說，擁有民事、刑事及行政審判權而對訴訟做成裁判的法院並不是憲法的守護者。但在這些法院行使所謂實體的司法審查權時（亦即審查一般法律內容與憲法規定的相容性並在牴觸時拒絕該法律的適用），卻非常容易產生這種將做成訴訟裁判之法院視爲憲法守護者的誤解。因此，自從帝國法院在 1925 年 11 月 4 日的判決（RGZ. 111, S. 320）中宣告自己有權審查帝國法律之內容是否牴觸帝國憲法之後，也就時而被稱爲憲法的守護者[1]。

這種將做成訴訟裁判之法院視爲憲法最高保障的傾向，也許可以從對美國聯邦最高法院的過度想像得到解釋。對於某些德國法學者而言，這個享譽全球的法院似乎已經成爲一種神話。在威瑪國民會議（Weimarer Nationalversammlung）憲法委員會的討論中不但顯現出了對美國聯邦最高法院理解的不精確，而且還把這種不精確的理解載入會議記錄裡。從記錄中我們可以看到，他們是在討論一種「用以保障憲法的國事法院」，而且把它描述成「所有大型民主國家——如美國——都已採行」而且「也已經在這些國家中證明其存在價值」的法院[2]。但相對地也有學者指出，「基於對財產、價值及自由等概念的有權解釋，美國聯邦最高法院在經濟領域
13 中具有「世界史上獨一無二的地位」[3]，而這種獨特的地位無法輕易地移植到政治及社會情勢都完全不同的歐陸國家之中。「美國聯邦最高法院是在一種盎格魯薩克遜式的司法國」

（Justizstaat）框架下發展出它的〔現有〕地位」。這種不具有行政法的國家形式與歐陸國家相較——不管是法國這種共和體制或 19 世紀的普魯士這種君主官僚國家（ein monarchischer Beamtenstaat）——都處於極端的對比。美國聯邦最高法院與〔德國的〕國事法院完全不同，而美國聯邦最高法院的審判權也與今天我們在德國所習稱的國事法院審判權（Staatsgerichtsbarkeit）或憲法審判權毫無共同之處。因爲對於訴訟裁判機關之定位有著明確的信念，「美國聯邦最高法院的司法權只限於具體爭議事實（bestimmte Streitsachen）的裁判」（現實上存在之「案件」或「具有司法性質」的爭議〔*real, actual "case" or "controversy" of "Judiciary Nature"*〕）[4]。著眼於「嚴格的司法功能」，最高法院拒絕表明其政治立場或對立法提供指示，也不願擔任行政法院的角色[5]。它原則上也拒絕向國會（Kongress）或總統提出鑑定意見（Gutachten）[6]。而我們可以從當前德國的異常情勢出發，去觀察影響美國聯邦最高法院之現實意義與作用的因素。「法院的作爲，不能以經濟繁榮和內政穩定的時期去評價，而必須把危急動盪的時刻也納入考量」。從一些南北內戰時期涉及奴隸制及通貨膨脹等政治性爭議的著名判決先例可以看出，不但法院的權威在這些案件中岌岌可危，而且法院的見解也根本無法執行[7]。「最高法院最主要、最基本的特徵是藉助（容 14
易被濫用而稱爲「規範」之）一般性原理及原則觀點來審查法律的公正性與合理性（Vernünftigkeit），並從而在個案中拒絕法律的適用[8]。在這樣的觀點下，因爲聯邦最高法院實際上是在護衛一種基本上沒有受到質疑挑戰的社會經濟秩序，

所以就具有與國家相抗的資格。而〔聯邦最高法院〕就如同格內斯特（R. Gneist）所貼切指出的，具有一種相對於國家的**超然權力**[9]。所以我們只能從這樣的脈絡去觀察這些對於最高法院常年來以違憲宣告爲手段去遏止、防堵勞工保護法規、社會政策規定，甚至是女工及童工規定——這種在德國極爲理所當然——之行爲的批評。當然，這裡並不是在辯護或駁斥美國的法院體系，而只是在簡短地指出，一項思慮欠周的〔制度〕移植和迷思化是應該予以避免的。原則上，只有在一個將公領域整體（das ganze öffentliche Leben）都置於普通法院（ordentliche Gerichte）控制之下的**司法國**裡，這種司法審查權、或說對訴訟做成裁判之法院，才能在憲法肯認這些——由普通法院保障其不受國家（亦即立法權、政府及行政權）侵害的——市民法治國中之**基本權**、**人身自由**及**私有財產**的前提下，成爲憲法的守護者。而美國聯邦最高法院在實務上也就是以這種方式，在第 5 及第 14 增補條款的基礎上透過常被討論之「正當法律程序」（*due process of law*）原則的發展[10]，來捍衛並試著保障具有上位秩序及眞實憲政體制（wahre Verfassung）地位之市民社會秩序與經濟秩序
15 免於立法權的侵害。

反之，由德意志帝國法院透過 1925 年 11 月 4 日這項著名判決[11] 以及由其他最高法院如帝國財政法院（Reichsfinanzhof）、帝國供養法院（Reichsversorgungsgericht）及普魯士最高行政法院（Preußisches Oberverwaltungsgericht）等以類似方式所提出的司法審查權，相較於美國法院所行使的審查權，不僅在重要性上遜色許多，而且進一步就其審查權所行使的範圍

而言，也必須謹守更爲嚴格的界限。1925 年 11 月 4 日的判決理由是以下述句子爲基礎：「在帝國法律與另一項法官應予注意而效力又優先於該帝國法律的規範牴觸時」，法官應依據法律做成裁判（帝國憲法第 102 條）之規定「並不排除法官有權駁斥一部帝國法律或個別條文之效力」[12]。也就是說，必須要有一個構成要件能在系爭案件中進行涵攝的憲法規定，而且在規範衝突的情況下，該憲法條文的效力必須優先於構成要件與之相同的一般法律規範。只有當這項憲法條文——依其內容——在系爭案件中進行構成要件涵攝的機會可預見而可估量時，才會被列入〔規範〕衝突的考量；因爲如同所有的實質衝突（echte Kollision），這種形式的衝突也是以衝突規定在邏輯上的**同類性**（Gleichartigkeit）爲前提。而一般原理原則、授權規範和純粹管轄權規定的情況就與構成要件的涵攝完全不同。只有憲法規定之構成要件的涵攝能夠讓法官（如同帝國法院所指出的）拒絕一般法律的適用（而非駁斥其效力），或者更精確地說：取代該法律的 16
涵攝、並作爲系爭案件的裁判依據。所以這並不是對〔法律〕效力的駁斥（Aberkennung），而是——因爲此時應適用憲法——一般法律在具體個案中的不予適用（Nichtanwendung）。因此，帝國法院接下來在判決裡也講得很正確（322 / 23 頁）：法官有義務「不予適用」該法律。如果我們更仔細地觀察這個句子就可以知道，法律對法官的拘束力與這種司法審查權並不衝突，而毋寧更應該說，法律的拘束力是這種司法審查權的基礎和唯一的證立依據。但這同時也表示，只有構成要件具有涵攝可能的規範，才能在衝突時取代一般法律去進行

涵攝，而不包含一般原則或授權規範等等。

1925年11月4日的判決更進一步強調，審查權**只能針對一般法律**，而不能針對修改憲法的法律，亦即依帝國憲法第76條之程序而制定的法律。只要所涉及的是依憲法第76條而制定的法律，那麼根據該判決就不能再加以審查。而這些在憲法上極具重要性的問題，如修憲權之界限、第76條之規定受到公然濫用的可能性，以及在現行憲法之法理論中已被詳加闡述的，把——絕不可能被膚淺地認爲具有「全能主權者」（der allmächtige Souverän）或甚至制憲權主體之絕對意涵的——第76條中之修憲權再做區分的必要性等等[13]，都不是這種受到嚴格限制的司法審查權所應該考慮的問題。同理，是否有因違反第76條之程序而產生的憲法破棄（Verfassungsdurchbrechung），或是第76條之條文是否可能產生習慣法上「體制外之主權行爲」（apokryphe Souveränität）的問題，也都不在法院的考量範圍之內。而在立法者以一般
17 法律之形式偷渡本質上並不在法治國之法律概念中——因此在欠缺憲法明文許可時不得以立法程序之途徑加以制定——的命令（Anordnung）及措施（Maßnahme），從而逾越立法者之立法權限時，帝國法院此時似乎也不會發動司法審查權。此外，立法程序也容易被濫用，而將個案指示（Einzelbefehl）、義務免除（Dispense）、赦免（Begnadigung）、法律破棄（Durchbrechung）及優惠（Privilegierung）等等都以法條的形式來加以規範。這裡時常潛藏著對司法獨立的威脅，從而也就需要一種用以確保司法權之憲法地位的（防禦性）司法審查權，這是**法院**用以對抗其他國家權力之越權干預的一種**自我防衛機制**（Selbstschutz der Gerichte）。在這樣的範圍內，

法院可以說是憲法部份內容（亦即涉及法院之固有基礎及地位、也就是司法獨立的規定）的守護者。然而1925年11月4日的判決在推論中並沒有提到這種司法審查權，也沒有對司法審查權做出重要的劃分：一方面是對於與憲法規定衝突之法律規定的拒絕適用，一方面是對於其他國家權力（尤其是立法權）對司法獨立之違憲干預的防禦[14]。此外，透過帝國憲法第105及第109條去拒絕適用最嚴重的濫用和最明顯的例外法，也是可以想像的。在這種情形中，我們必須注意到，這種援引憲法條文而發動的司法審查權，比起帝國法院在1925年11月4日判決中所針對的、只涉及構成要件涵攝衝突的情況，在另一種層面上更具有捍衛及守護憲法的特質。1925年11月4日判決的推論，嚴格限縮在構成要件的涵攝上，而不曾提及以審判獨立之自我防衛爲目的的另一種司法審判權。

最後，從帝國法院1925年11月4日的判決理由中也可以看出，有別於具有涵攝性質的個別憲法條文，帝國法院**不得**對於一般法律是否牴觸**一般憲法原則**的問題加以審查。帝國 18
法院並不認爲它能夠以憲法精神或構成帝國憲法之法治國要素的一般原則（即基本權與權力分立）去對一般法律進行一般性（亦即與具有涵攝性之憲法構成要件無關）的審查。反之，爲了避免形式化的主張，法院毋寧是小心翼翼地將判決理由的範圍，侷限在依其形式及邏輯結構能與一般法律規範交鋒的、之憲法上的法律規範中。因此，依據該判決的見解，也就不能以**一般法律原則**如誠信原則、正當法律（richtiges

Recht）、理性（Vernünftigkeit, reasonableness, expediency）等類似概念對法律進行**司法審查**，而這正是美國聯邦最高法院在實務上所做的事情。而在 RGZ, Bd. 118, S. 326 / 7（J. W: 1928, S. 102 ff.）的判決中甚至明白指出，「善良風俗（德國民法第 826 條）的概念只適用於私法關係，而不及於立法者與人民之間的公法法律關係。帝國法院院長西蒙斯博士也以幾乎完全贊同的態度主張法庭拒絕從正當法律的觀點去評價依「合憲程序而制定的法律、從而使法院凌駕於「擁有主權的立法者」（souveräner Gesetzgeber）之上」[15]。這項見解具有特別的實益，因爲法官協會（Richterverein）引用了一個 1923 年 11 月 28 日的第五民事庭判決（關於合理調整價金之原則和誠信原則的個案衡量，RGZ. 107, S. 78）來要求誠信原則應適用於調整價金的法律規範中。

因此帝國法院所行使的司法審查權，只具有任何做成訴訟裁判之法院都擁有的特徵：這只是一種「附屬的」——而且就像「特里佩爾」（H. Triepel）所說——「個案審判權」（Gelegenheitsgerichtsbarkeit）[16]；這只是「一種司法判決所**附帶的**，在可允許的情況下由個別法官（因此是**分散式**的）加以行使的審查權」[17]；而且這項審查權只具有最高司法機關（在德國甚至還只是帝國及各邦眾多最高司法機關之一）**判決先例拘束**（Präzedenzwirkung）的效力。若與美國最高法院所行使的審查權相較，其主要的差別在於，「美國最高法院職在維護一般性的原則，因此具有當前社會經濟秩序之守護者與捍衛者的地位。反之，由於帝國法院所行使之司法審查權必須嚴守前文所提及的界限」，從而並沒有成爲憲法守護者之可

能。對於這種司法審查權而言，「政治上的關鍵決定應該留在立法權手上」，所有的「審判權都必須受規範的拘束」，而在規範內容本身具有疑義或有爭論的情況下，司法者就應該止步。在一個如同當前德國的國家裡，「司法審查權必須以可進行構成要件涵攝的規範爲依歸。至於法官透過不確定概念及社會通念、透過誠信原則及交易習慣之適用，以及私法領域中的裁量而享有的行爲自由及形成空間，在何種程度上是可想像且可允許的，則是第二個層次的問題。相對穩定的關係及穩固的社會觀可以提供足夠的判準及拘束。只要法曹和法律實踐在立法或行政部門未有明確決定時，仍然能爲系爭事實提供足夠明確的規範依據，那麼即使是在公法領域（亦即行政法甚至是警察法的案件）中，不確定法律概念依然有存在的空間。無論如何，司法審查權及裁判的基礎都必須是能夠進行確定及可測度之涵攝的規範。

如果法官偏離了這項基礎，不以抽象規範的構成要件涵攝爲限、從而不受法律內容的拘束，那麼他也就不再具有獨立法官的身分，而司法程序的外在形式也不能影響這裡的推論結果。「法官在帝國憲法第 102 條之下唯一所必須遵循的法律拘束，不僅僅是判決自由的界限，更是判決自由的唯一證立基礎：爲了這項必須在判決中實現的法律主治原則（Gesetzesherrschaft），法官必須超脫於其他一切限制之外。[18]」因此自由法運動（Freirechtsbewegung）與法官「造」法（schöpferischer Richtertum）主要都是憲法問題[19]。

根據以上所述，這種做成「訴訟裁判之法院的司法審查權乃是奠基於某種法官與法律（或立法者）的對立思考之上」。

因爲立法規範的相互衝突，使得法官陷於一方面受到相互矛盾的拘束、一方面卻又必須做成判決的困境之中，從而才會產生上述的司法審查權[20]。如果法官爲了做成法院的訴訟判決而在相互衝突的法律條文中選出一條作爲判決的基礎，也就表示法官不適用與之衝突的其他條文。就只是這麼簡單。這不是像其他人所主張的，就等同於「對訴訟做成裁判之法院擁有『駁斥未被適用之法條的效力』」；正確說來，這只是侷限於個案判決、「對法律的不予適用」而已，而此時的「不予適用」，只是對於其他審級的判決多多少少具有可預見的先例效力。整體而言，司法權仍然受立法權之拘束，而司法權將憲法拘束力置於法律拘束力之前的行爲，並不當然就能
21 讓司法權成爲憲法的守護者。司法者不能在一個並非純粹司法國的國家裡行使憲法守護者的功能。此外必須注意的是，合法性以及合憲性這種一般性原則的維護並不足以成爲特別設立一個機關的理由。否則我們就必須把每一個機關以及——在憲法明文將憲法之維護交由全體國民監督時[21]的——每一個國民都視爲是憲法的守護者。然而這樣的憲法規定只能導引出一種一般性的**拒絕服從權利**（ein allgemeines Recht der *Gehorsamsverweigerung*）或者是時常被稱爲「具有革命性質之緊急權」（revolutionäres Notrecht）的被動或甚至主動**抵抗權**（Widerstand）[22]。因此，從體系的觀點來看，這種抵抗權應該可說是爲了維護、捍衛憲法而存在的、憲法最廣義的屏障（äußerste Garantie）[23]。但憲法守護者的功能正是在於**取代這種一般或個案性的不服從權利與抵抗權**，並使它們的存在變得不必要。**唯有如此，才能說在制度的意義下有憲**

法守護者之存在。並不是所有爲了尊重憲法、避免侵害憲法所保障之法益，而不適用違憲法律或不遵守遵憲規範的機關和人員，都足以構成憲法的守護者。不將法院——即使它是在行使附屬而分散之法院審查權——視爲憲法守護者，是體系權衡的結果。雖然法院因爲司法獨立的保障而在拒絕服從違憲法律和命令時，可以承擔比較小的風險，但我們不能只是因爲某種機關可以相對較小的風險來維護憲法，就宣稱它是憲法的守護者。而最小風險的觀點也不足以證立任何「憲 22
法的守護者」。

2. 所有司法權的本質界限（侵害國家及憲法秩序之政治犯罪的刑事審判權；部長訴訟〔Ministeranklage〕）

司法權在維護憲法上的權限爲何，以及在司法權領域中建立旨在確保、維護憲法之特別機構的可能性有多大，是另一個獨立而且更爲深遠的議題。人們之所以在戰後沒有提出這個問題，而幾乎一面倒地緊盯著一種（由國事法院所行使之）司法性質的憲法保障，並在未加思索的情況下，便理所當然地在司法領域中尋求憲法守護者的現象，可以從幾種原因中獲得解釋。首先是出自於對法治國的抽象誤解。具體而言，它是把政治問題的司法解決當成是法治國概念的理念，但是卻也忽略了，把司法權擴及於或許不具司法本質的領域，只會讓司法權受到斲傷。因此，也就可能造成了我經常在憲法或國際法論述中所提到的，不僅是政治司法化（Juridifizierung der Politik）、而甚至是司法政治化

（Politisierung der Justiz）的結果。這種思惟所顯現出的是一種徹底形式化的做法，因爲它是虛構出來的，不具實體，從而也就無法駁倒。如果我們能夠忽視所有實質上的差異，而憲法（Verfassung）與憲法法律（Verfassungsgesetz）、法治國法律概念意義下之法律與形式法律概念（亦即政治性法律概念）意義下之法律、法律與判決，以及（由特里佩爾所提出）法律爭議之裁判（Rechtsstreitentscheidung）與利益衡量（Interessenausgleich）[24] 的重大差異都能被忽略不計，那麼自然也就不會再有什麼本質上的困難或疑慮。一旦我們把法（Recht）轉化爲司法，再把司法形式化爲所有由司法機關所做成之行爲，那麼法治國的問題就會很快地被解消，而把政治方針都交由帝國法院以誠信原則去決定，也就是圓滿實現形式意義之法治國最直截了當的方式。

之所以會有人主張國事法院應被賦予漫無限制的管轄權，而且這項主張之所以被認爲係不證自明（Selbstverständlichkeit），其部分原因或許多少是來自於這樣的概念混淆。然而從法治國的概念裡並不能導引出具體的制度，而人們也應該避免以這種多少顯得過於天真的方式去援
23 引「法治國」。單單提出法治國的字眼並不能解決我們眼下的問題。法治國可以導引出各種形式完全迥異而不能並存的機制。舉例來說，有許多值得尊敬的學者就認爲這種附屬性質的法院審查權是唯一符合法治國要求的方案，並且強烈反對特別設立一個國事法院的做法，因爲這種特殊的法院不但必然會導致一般審查權的限制，而且把由全體司法官員所行使之分散控制，集中於單一機關之手，也會讓法院的控制權

更容易受到政治的把持和影響。在這樣的脈絡之下，普勞斯（Hugo Preuß）甚至將這種行使集中審查權的機關稱爲「被派去當看守花園的山羊」[25] 而 H. Stoll 則說：「完善的法院審查權是爲法治國加冕」「如同以獨立的行政法院審查和保障來對抗行政國家之侵犯，也必須要由獨立的機關來監督以立法者角色出現的國家。[26]」在 19 世紀，人們常以上述那種談論法治國的方法來要求部長必須負擔司法形式的責任（die justizförmige Ministerverantwortlichkeit），人們相信，部長 24
的司法責任不但是憲法的礎石，也最高的冠冕。「部長的法律責任」，格內斯特認爲[27]，「爲法治國的補充畫下了句點。」再看這裡：「部長的法律責任不僅是公務員責任的礎石，更是法治國的根基；部長的法律責任是公部門法律狀態（öffentlicher Rechtszustand）的最高屏障：沒有了它，憲法和憲法上的權利都可能受到權力濫用的荼毒；沒有了它，一個民族的公法就仍然只是不完美的法（lex imperfecta）。[28]」但我在下文中將要指出，從經驗上來看，相對於政治責任，司法形式的部長責任其實既無意義也無實益，而想要在完美形塑司法形式的限度內，透過司法形式來完善法治國的嘗試也都極爲可疑。無論如何，從歷史經驗與「法治國」一詞的多義性，我們都只能得到這樣的結論：最好應停止對於「法治國」的抽象援引，而代之以具體憲法理論的概念與劃分。

且不論法治國這個字眼所遭到的濫用和意義上的不明確，也先不管對德國這種由眾多最高法院所行使之分散審查權應予中央化（Zentralisierung）、集中化（Konzentrierung）的要求是否愈趨普遍，對於當前這種希望讓一個以司法形式做成

裁判的法院來擔任憲法守護者的想法，也許有另一個更全面而且更有趣的解釋。在需要一個守護者的時候，人們所期望的當然是某種特定的保障，而這裡所謂的保障，自然也就是出自於對特定的危機、而且是由特定來源所產生之危機的想像。守護者所行使的並不是一種抽象的、無所不在的守護，而毋寧是在確保某種具有威脅性的特定具體危險不會發生。早期在19世紀時，這種危險是來自於政府，也就是來自於「行政」的範疇，然而當前人們所關注的卻主要是如何免於立法者的威脅。在今天，憲法規定有很大一部份的作用是在保障以往屬於一般立法權的特定事務和利益不受立法者——也就是變動的國會多數——的侵害。而憲法的「明文」應該在確保特定利益，尤其是少數的利益，不受當時多數的侵害。我們可以看到，這裡出現了一種值得注意的功能轉變，還產生了一股反民主多數決原則的趨勢。依據約翰·斯圖亞特·穆勒（J. St. Mill）的論述（他對於19世紀的典型自由主義國家結構多有闡述，而且直至今日仍對當前的政治概念深具影響，尤其在這種概念的支持者欠缺具體的歷史意識時更爲明顯[29]），「眞正」的民主（die "wahre" Demokratie）其實可以用對少數的保障來加以定義；民主眞正的固有本質應該就在於多數與少數恆久的折衝妥協之上[30]。藉著「眞正」（wahr）或「假性」（falsch）的補充，同樣一個政治概念的內涵也會跟著轉變，而認爲民主就是由多數人決定、而落敗少數的眞正意志會被扭曲的傳統見解也就會被加以翻轉。隨著憲法條文規定的功能變遷，對於憲法守護者的想像自然也就可能改變。在19世紀，人們所思考的主要是如何免於政府的

25

侵犯，但今日我們所關切的，則更常是如何防止來自國會多數之立法的侵害。因此，既然憲法現在所受到的威脅是出於立法部門，那麼立法者也就不能成爲憲法的守護者。另一方面，由於人們的腦海中還殘留著爲了憲法而與政府奮戰百年的印象，因此人們也就不會在行政權的範疇裡尋找憲法的守護者。這麼一來，守護者既不屬於行政權，也不屬於立法權，那麼似乎除了司法權外我們也就別無選擇。這樣的思惟也再一次顯示出，權力分立理論和其中常見的三權分立思想在德國具有多大的影響力。權力分立理論不但與根深柢固的中世紀司法國（mittelalterlicher Justizstaat）傳統相互連結，也以相同的方式導引出法院應獨立自主這種「理所當然」的結論。

26

所以我們接下來就必須考慮這些問題：在司法權領域中尋求憲法守護者的可能性究竟有多大？憲法守護者之功能能夠原則性、一般性地由司法形式來加以行使嗎？而即使是以司法程序的形式出現，這種行爲在本質上是否仍與司法權以及司法程序有別，從而只是爲其他高度政治性的權限提供掩護？

爲了回答上述的問題，以牴觸憲法法律之規定爲由而提起刑事、民事及行政訴訟的案例，就具有討論的實益。在民事與行政裁判權中，法院是爲了保障一造的法律利益及其請求權的實現而存在。而只有在特定犯罪（Delikte）的刑事訴訟如叛亂罪（Hochverrat）以及其他以憲法整體（die Verfassung als Ganzes）（有別於憲法條文的個別規定）作爲刑法保障客體的犯罪行爲中，才會對憲法提供保障。因爲這些訴訟具有政治性格，所以刑事法院管轄權的規定也就有別

於其他訴訟：例如在叛亂罪的訴訟中，帝國法院是第一審及最終審的管轄法院（GVG § 134），而 1922 年 7 月 21 日所公布、目前已廢止的共和維護法（Gesetz zum Schutz der Republik）（Reichsgesetzblatt I S. 525）則明定以一個特別的國事法院（ein besonderer Staatsgerichtshof）作爲政治犯罪的特別法院。也有國家以英國的上議院爲典範而規定由國會第二院充當具有政治犯罪管轄權的特別法院；在法國於 1875 年 2 月 24 日所公布的憲法第 9 條中就規定，第二院——也就是參議院——可以組成法院以審判共和總統和部長，或判斷國家安全是否受到危害。即使是在最徹底的法治國中，基於這種案例的政治利害考量，政治犯罪通常不會歸入普通刑事法院的一般性管轄權（allgemeine Zuständigkeit）之中[31]。雖然有這樣的緩和，但此處所涉及的依然一直是對過去發生之犯罪所發動的事後追懲（nachträgliche Ahndung），依然是從事懲罰與應報的刑事審判權（eine repressive und vindikative
27 Strafjustiz）。這種刑事審判權極具重要性，因此廣義地、一般地來說，也可以被稱爲憲法的保障。然而這仍然無法解決憲法守護者的難題。因爲在司法與法院的形式下，對於憲法的保障只能侷限於已經確定的構成要件上，然而在保護憲法上最重要的案例卻往往超出司法權所能掌握的範圍之外。即使我們完全地貫徹了司法化（Juridifizierung）的工作，也建立了明定當事人兩造地位的訴訟程序，但是此時的保障主要仍只是一種事後的矯正，因爲能進行涵攝的，只有在現行法律規定中已經明定的構成要件。

從這樣的觀點來看，法院如何審理部長訴訟（Ministeranklage）

的問題也就深具啓發意義。本雅明．貢斯當（Benjamin Constant），一名試圖建立部長訴訟制度的自由主義先鋒，本身對於部長訴訟案件之特殊與異常的理解甚至還更爲透徹。貢斯當在他關於部長責任（Ministerverantwortlichkeit）（1815 年）的名作中指出，相對於法治國原則在刑法及刑事訴訟程序中對明確可涵攝性（klare Subsumierbarkeit）的要求，規定部長責任的法律是「既無法明確化，也無法細節化的」。「**這是一種帶有政治性質的法律**，而在本質及適用上必然存有裁量空間。」（*C'est une loi politique* dont la nature et l'application ont inévitablement quelquechose de discrétionnaire）因此自然也就需要由一個特別組成的法院——也就是具有中立性與獨立性優勢的上議院——來加以管轄。而這裡最重要也最一般的矯正機制就是「討論過程公開」這種自由主義的中心思想。根據貢斯當的論述，部長本身不得要求一般刑事訴訟中被告所享有的保障，因爲部長和其任職之國家所締結的是一種特殊契約。既然他的野心一方面透過部長這種崇高而耀眼的地位獲得了滿足，那麼另一方面他也就必須承擔這種政治性訴訟的風險，並且接受法院出於廣泛自由裁量而做成的（恣意）判決。「這種恣意是出自於事物的本質」（"Mais cet arbitraire est dans le sens de la chose même"）但它可以透過形式的嚴格要求、討論過程的公開、公共輿論的迴響、法官的操守（die Vornehmheit der Richter）及刑罰的特質來緩和[32]。這裡的論述會讓我們聯想到市民法治國的古典代議士理論，因爲該理論對於這種部長訴訟程序的特質和政治審判權的難處表示諒解，而避免粗率地做出抽象化的結論。但是，即使對政治

審判權的特殊性賦以最高程度的考量，司法程序仍然不可免
28 地會對政治產生癱瘓的作用。而德國在19世紀的歷史經驗也明白表現出了這一點。而且我們也可以說，這是憲法史上最眞實的經驗，也是19世紀整個德意志君主與市民階級內政鬥爭的核心。在德意志君主立憲政體中，司法形式的部長責任本身就具有排除部長的政治責任以及在政治上盡量不損及整個「責任制度」的政治意義[33]。司法形式是避免政治效果發生的最保險手段。人們可以這樣的說法來自我安慰：「『當國事法院因爲本身的存在而毋須發動職權』，那麼也就可以說國事法院已經達成它所想達成的目的了。[34]」但在今天，這種司法形式的部長責任制度已經喪失了它的現實意義，而因爲作爲國會與君主角力殘跡的威瑪憲法第59條，規定部長不但是在可歸責地違反帝國憲法的情況下，甚至在可歸責地違反帝國法律時也能被加以起訴，因此也就把部長責任在構成要件和客體上的限制毫不保留地完全鬆綁[35]。

爲了能更清楚地分析上述憲法的歷史經驗，我們接下來要針對19世紀最重要也最常被討論的憲法爭議——1862年到1866年的普魯士爭議（der preußischer Konflikt）——詳加觀察，並且試著藉由最著名之德國國家法學者之一的安序茲（Anschütz）所撰寫之教科書來判斷此一爭議。安序茲是特別堅決認爲具有一般審查權亦即具有**所有**憲法爭議管轄權之國事法院乃是法治國之要求的代表人物[36]。但當我們將安序茲的說法及立場運用在1862年這個引人玩味的案例中時，將
29 會產生以下的結果：根據安序茲的說法，國事法院只能針對法律問題（以別於政治問題）做成裁判，這是「無庸置疑」的。

「我不相信」，他說，「在這一點上還有什麼好補充的。[37]」然而對普魯士憲法爭議所涉及的問題：政府在預算法不存在的情況下是否能繼續執行，他在與邁爾（Meyer）合著的教科書中卻是這麼寫著：「這裡是國家法的終點；政府在預算法不存在時應如何行動的問題，已經超出了法律問題的範圍。[38]」那麼根據安序茲的論述，普魯士或德國國事法院對於這項普魯士憲法爭議應該如何下判決呢？一方面國事法院應該侷限於純粹的「法律問題」之中，另一方面這卻又已經是國家法的界限。在一個如同1862年普魯士憲法爭議這樣重要的具體案件上，援引安序茲的理論將會排除法院做成判決的可能性。但是這類法院的價值卻正是在將所有的憲法爭議法律化、並以司法判決的形式來進行判斷。而莫耳（R. Mohl）甚至已經在部長訴訟中肯認的、「懸而不決」（non liquet）的可能，或是法官「必須宣告該法律之意義極爲可疑」的「明確案件」（der leicht mögliche Fall）[39]卻被完全忽略了。因此這種見解在所有的重大憲法爭議中都會窒礙難行並引發衝突。而這是因爲眞正的司法權（echte Justiz）與眞正的憲法爭議（echte Verfassungsstreit）在本質上就無法相互連結，而這個問題也不能透過讓憲法法院擁有自行確定憲法疑義爲何的權限來加以解決。

而在當下，對於憲法權限要件與內容之政治歧見的相同簡單結構，也在另一個（但從這裡的觀點來看十分有趣的）問題中顯現出來。在1930年7月18日所公布的命令中（RGBl. I S. 299），帝國總統透過以下的宣稱解散了帝國眾議院：「在帝國眾議院今天決議要求廢止吾人於7月16日依據帝國憲法

第 48 條所通過之命令後，基於帝國憲法第 25 條所賦予之權限，吾人在此宣布解散帝國議會。」因此帝國政府就在 1930 年 7 月 26 日依據帝國憲法第 48 條所通過之命令中（RGBl. I S. 311），重申了這項帝國眾議院要求應予廢止之命令的大
30 部份內容。而在此處所產生的諸多憲法疑義與適用爭議中（在 1930 年 12 月的當下，大概只有規範論的盲目狂熱份子，才會要求把這些爭議交給位於萊比錫的國事法院裁判），有一個問題具有特別重要：1930 年 7 月 26 日公布之命令中，對於憲法第 48 條的適用，是否在規避或排除帝國眾議院多數的立法權限？另外，我們能否因爲帝國眾議院無法形成國會多數（mehrheitsfähig）就宣稱帝國眾議院無法行使其職權？說到底，這些問題的答案是取決於帝國政府是不是已經盡了全力去爭取國會多數——而這正是報章媒體以及選戰文宣所劇烈爭論的問題。我們自然毋須在這裡對政黨宣傳戰中深具目的性的訴求和煽動性的口號多做深究，但當時一份傾向於社會民主主義的重要期刊，在同一期中所呈現出來的衝突立場卻是極具代表性的證據，因此我們在此應加以援引。August Rathmann 在《社會主義新報》（*Neue Blätter für den Sozialismus*）創刊年第 8 期第 340 頁中一篇名爲〈人民對國會及憲法的攻擊〉（Bürgerliche Offensive gegen Parlament und Verfassung）（1930 年 8 月）中寫道：「如果布呂寧（Brüning）政府主觀上眞的相信無論如何都不可能獲得國會多數席次的話，那麼他們應該被原諒。但是布呂寧政府卻完全不曾試圖在它唯一有可能獲得多數的左派中爭取票源，反而因爲它幾乎已經是自我否定社會民主主義立場的行爲，而把一切的努力毀於一旦。事

實明擺在眼前：布呂寧政府只能期望獲得由右派所支持的多數，不然就不必奢望獲得多數。而因爲他不可能獲得右派的支持，所以他只能選擇成爲少數政府（Minderheitsregierung）並且透過憲法第 48 條的策略性運用來確保他的政權。在這種情況下，我們就不太可能認同布呂寧政府眞的是出於善意，從而認爲適用第 48 條的要件在客觀上已經該當。這裡不折不扣地是**憲法的違反**（Verfassungsbruch），而無關其他。」但在同一期的第 374 頁赫曼（Eduard Heimann）卻有這樣的論述：「我不認爲左派的多數會如同社會民主主義者在官方發言中所宣稱的有可能實現……如果人民不能組成政黨，那麼就絕對不可能得到多數。如果我的論點無誤，那麼布呂寧就毫無選擇；他必須尋求一個右派所支持的多數，而且在右派拒絕的時候解散帝國眾議院或採取第 48 條的措施。」如果連同一個圈子和同一份雜誌裡的同志，對於一個就發生在當下的議題都會產生意見的分歧（而我援引這兩篇文章的目的也僅是在此），那麼我們就可以看得出來，從法律的觀點來看，
31 這種憲法立場之爭所涉及的只是「誰來判斷」（*quis judicabit*）也就是決斷（Dezision）的問題，而與司法審判權（justizförmige Gerichtlichkeit）僞規範性（Pseudonormativität）無關。在現行的帝國憲法之下，根據具體的情況，帝國政府——即帝國總統加上具有副署權的帝國總理——或是帝國眾議院有權做成決定，在帝國眾議院實際上眞的無法形成多數，也無法行使憲法所賦予帝國眾議院之職權（如依據憲法第 54 條做成帝國總理不信任投票之決議，或依據第 48 條第 3 項之規定要求廢除依憲法第 48 條第 2 項規定所發布之命令）時，法院也不

得取而代之。如果我們以國事法院取代憲法上所規定的管轄機關，那麼法院就必須對所有可見的疑義和適用爭議做出決定，而且無法做成決議的國會多數、甚至是國會中的少數也可以對法院提出聲請，那麼國事法院就會成爲在帝國議會、帝國總統與帝國政府之外的另一個政治性機關，而法院的「判決理由」也就只是爲統治行爲（Regierungsakte）的做成或禁止披上司法形式的外衣而已。而再怎麼樣竭盡心力地開脫，都不能阻止人們將這樣的法院視爲政治部門的評價。因此，將重大憲法爭議與眞正司法權限加以連結所必然會造成的困難與矛盾，在這裡也就清楚呈現出來。

斯麥特（在其著作《憲政與憲法》〔*Verfassung und Verfassungsrecht*〕中）與特里佩爾（在1928年德意志國家法學家年會報告中）對上述這種憲法爭議和司法權連結的問題點已經有所闡述[40]。不過從先前的經驗來看，所有法院所面臨的都是一個二選一的**選擇**，這樣的選擇在部長訴訟應否由國事法院管轄的問題上特別明顯，而且在討論是否以其他形式建構有權控制立法者與政府之「國事法院審判權」（Staatsgerichtsbarkeit）或「憲法審判權」（Verfassungsjustiz）時也會不斷地重複出現：**若非**有一個**明確**而毫無疑問的**憲法侵害**（Verfassungsverletzung），而讓法院對此行使懲罰與應報形式的司法權，並以某種形式宣告一個過去的行爲「有罪」（Schuldig）；**否則**就是——也許是出於事實上的原因，也可能是基於一般成文憲法必然的不完備性與廣泛的性質，或（特別地來說）因威瑪憲法第二部份的特徵而產生——憲法侵害是否存在**並不清楚**的**可疑**案件，在這種情況下，這並不是「純

粹的法律問題」，而法院此時的決定也就有異於法院裁判，也就是說，有異於司法權。司法程序這種以終結案件爲目標的內在邏輯必然會導出這樣的結論：眞正的司法權決定都出現在**事後**（*post eventum*）。如果人們想透過賦予**法院暫時性處分**（einstweilige Verfügungen）的權力來修正這項缺點的話，那麼司法者就擁有做成或迴避某項政治措施的權力，而且因爲這樣的權力使司法者成爲了國家內政、在個別案件中甚至是外交政策最有權力的部門，因此司法者在政治上也就扮演了積極的角色；在這樣的情況下，法院獨立不但再也無法保障法院免於政治責任的擔負，司法者甚至是應該要負起政治責任[41]。一旦偏離了憲法上關於司法獨立明確而毫無疑義的內容範圍，司法獨立就喪失了它憲法上的基礎。此外，只要司法權本質上仍然是司法權，那麼就無法避免它在政治上永遠會來得太遲的結果，而且司法程序規定得愈徹底、愈縝密、愈符合法治國的要求、愈符合司法權的形式，司法者來得就會愈遲。在憲法受到明確侵害（這在文明國家並非常態）的案件中，最好的情況是對該可歸責之行爲加以懲罰，並將出現在過去的非法狀態（Unrecht）回復原狀（Wiedergutmachung）。而在可疑的案件中，卻顯現出對司法獨立與司法獨立的前提——也就是嚴格遵守內容具有拘束力之法律——的混淆。

這種誤解不但出現在部長訴訟的發展歷程中，也見於其他實際案例中。關於國事法院在聯邦國體制中的特殊性以及帝國憲法第19條下的德國國事法院，在下文後還會再加以論述（本章第4節）。爲了憲法保護與司法權之關聯而制定的

一般原則在政治生活現實中其實隨處可見。因此只要我們將憲法納入考量，那麼即使是在最嚴格、最徹底的法治國中，司法程序的修正與調整也不可避免。如果在稅法領域中認爲稅法的解釋必須顧及其「目的、經濟上之重要性與法律關係的發展」（帝國稅捐條例第4條），那麼在憲法上就更不可能把具體的客體拋諸腦後。爲什麼所有國家將叛亂與攻擊國家基礎這種犯罪類型從一般普通刑事法院手裡抽走，而讓一個最高的法院作爲第一審也是最後一審的管轄法院，或另外設立一個專在保障國家安全的特別法院[42]？以國事法院或憲法法院限制或排除普通法院之審查權，其依據何在？而只讓特定政治機關（政府、國會等；帝國憲法第13條第2項僅限於「具有管轄權」之帝國或各邦機關）有權提請這種國事或憲法院審查的根據又在哪裡[43]？而爲何在帝國財政法院與帝國參議院在聯邦國體制之下關於稅捐法的管轄權問題中，目的性的特殊考量是合理而不可避免的[44]？爲什麼1924年8月30日帝國法律（所謂的Dawe計畫）在帝國鐵路法庭（Reichsbahngericht）的裁判之外，還規定在帝國政府或帝國鐵路公司（Reichsbahngesellschaft）其中一方認爲法院裁判之執行，會危及對賠款國債券（Reparations-Schuldverschreibungen）之利息支付與清償時，得聲請仲裁（Schiedsrichter anrufen）[45]？在特別法院（如帝國鐵路法庭）之裁判確有必要因外交政策之目的性考量而調整時，那麼有權對德國所有憲法爭議加以裁判的法院，其裁判不也應該至少具有相同的調整必要？而在這種調整確爲必要時，不也表示了對司法權無界限（grenzlose Justizförmigkeit）原則的揚棄？

34

只要我們以具體的憲法意識去處理這些困難的案件，那麼我們也就能避免談到這種一般性的「國事法院裁判權」或「憲法審判權」。被稱爲憲法審判權之父的西哀士，其實只談到應該引入憲法陪審團（*jury constitutionanaire*）與「憲法執法官（*magistrature constitutionnelle*）來保障憲法免於違憲的侵害。他指出，這種執法官並不屬於行政或統治之範疇，也不在立法的領域之中，而是憲法的執法官（Verfassungsmagistratur）；西哀士並沒有明白指出這是司法權的行使，反而強調這種職權是制憲權的一部分、或至少有行使制憲權的可能[46]。在論及看護憲法之陪審法院（Geschworenengericht）的瑞士憲法草案中，也同時提到了憲法受侵害時的訴訟[47]。在拿破崙憲法以一個參議院守護者來捍衛憲法的情況下，司法權再次被擱置一旁，而由一個立法機關或參贊機關來加以管轄。自由法治國立場的代表，尤其是貢斯當和基佐（Guizot），仍然對司法權的自然界限（natürliche Grenzen）有所認知，並且經常提出一針見血的警句，如貢斯當先前關於部長訴訟的闡述[48]，以及基佐在當前德國應該更予重視的語句：在這種司法化之下，「不但在政治上毫無所獲，而且還賠上了司法權的全部。[49]」在19世紀自由德國中對法治國有所省思的憲法學者，特別是莫耳、伯倫知理（Bluntschli）和格內斯特，是從宏觀的事物脈絡體系去觀察這個問題；對他們而言，只有（作爲知識份子與有產階級的代表）立法機關或是由世襲君主結合兩院制才是維護憲法最保險的機制[50]。此外，他們主要在乎的對象只有

35

對部長訴訟——當時部長責任的唯一手段以及所謂「憲政國家架構的基礎」[51]——或是對國王命令的法院審查權；但即使如此，他們也仍然避免對絕對司法程序做出膚淺的不實幻
36 想[52]。在稍後的戰前期，爲了穩定的考量起見，人們可以很輕易地利用這種直接抹煞實質問題的形式論。然而在具體政治爭議再起的時候，司法程序應嚴守界限的想法就會再次被喚醒，而在1919年以司法權來解決戰爭賠款的提議出現時，埃利希·考夫曼（Erich Kaufmann）便在一篇令人印象深印的文獻中，再度提醒我們對司法權所應遵循的法治國界限應予重視[53]。

3. 於憲法法律內容具有疑義時，其內容的關鍵決定權乃是立法者——而非司法者——之本質任務

爲了回答這個基本的憲法理論問題，我們必須在這裡再次強調，世界上不存在一個沒有司法獨立的市民法治國，也不存在一個內容上不受法律拘束的司法獨立，更不能在法律與司法判決間不做實質區分的情況下談論如何受法律的內容
37 拘束。市民法治國必須立於不同權力的本質區分之上。人們可以如同德意志君主立憲時期常見的國家學一樣，以絕對主義式的觀點來拒斥權力區分（Gewaltenunterscheidung），也可以賦予法官一定程度的判斷自由，但只要司法者在國家法上的角色不曾改變，我們就不能讓司法者侵入政治決定這項立法者的本質任務之中。我們也不能透過字面上的不精確表達（權力劃分〔Gewaltenteilung〕、權力分立〔Gewaltentrennung〕）

或是指出在個案中區分的困難以及各種權力界限相互重疊的可能性等等，甚至因爲在普遍的三權分立（立法、行政、司法）之外還有其他劃分方式的可能，而駁斥立法權和司法權在本質上的原則性區分。如同拉爾納奴（Larnaude）[54]所正確指出的，權力劃分的類型，就跟國家的數目一樣多。但權力劃分類型的多樣性並不能證明權力之間並無差別，或是人們有權忽略立法權與司法權的差異。對市民法治國而言，這項說法一直是適用的：一個不對立法、行政（統治及行政）、司法做本質區分的國家，在市民法治國的意義下不能說它「具有憲法」[55]。

在市民法治國中，司法權的意義只限於依據法律所做成的法院判決。這個自從19世紀以來就被所有德意志憲法引爲固定用語的「**依據法律**」（auf Grund eines Gesetzes），對於市民法治國的組成具有核心意義。我在近年來也時常指出這一點，並且也點出了這裡的體系性脈絡[56]。**這項用語在歷來德意志憲法中的重要性絕不亞於（如果還有其他可能性的話）「正當法律程序」**（due process of law）**此一名詞對盎格魯薩克遜憲法的重要程度**。從「依據法律」的用詞，我們也可以導引出法律與判決、以及立法者與司法者應予區分的結論。雖然在不同的國家中權力劃分的實現方式極其多樣，但法治國意義下之權力區分的不變內容是，至少在常態的管轄權規定上，國家行爲的本質差異必須符合國家功能在組織層面上的區分。法律並非判決，判決也非法律，而是「依據法律」所做成的「個案」決定。司法者在法治國中的特殊地位、
38 司法者的客觀性、超越黨派的地位、獨立性及身分保障，這

種種都以下述的前提爲基礎：亦即司法者必須依據法律做成判決，且判決在**內容**上必須**出自**另一個規定於法律之中可衡量、可預測的決定。在立法部門例外地以立法的形式行使立法權外之職權時，我們可以將之稱爲「形式的立法權」，就像我們可以在一個宣稱自己具有管轄權之司法機關，以司法權的形式行使超出司法權本質範圍時，將之稱爲司法權的形式意義一樣。但這不表示我們能毫無目的地把形式主義加以反推，因爲這種反推不但本末倒置，而且會把立法部門以立法形式所做成的一切行爲都視爲法律，而法院所做成的一切就都是司法權的行使。這種邏輯是來自於以下這種一連串的混淆：司法權是由法官所行使的，因此也就是法官所做成的一切；法官是獨立的，因此所有具有獨立地位的都是法官；而一個具有獨立性之機關在獨立性保障之下所做成的一切，就都是司法權的行使；同理，我們只須將所有憲法爭議及歧見都交由獨立的法官決定，就會得出一個「憲法審查權」。透過這種形式概念的操作，我們可以把一切都張冠李戴；所有的國家行爲都可以被說成司法權，任何東西都可以成爲「規範」、規範的制定，甚至是憲法[57]。從而憲法體制就會成爲一個充斥虛構幻想的世界，而法學則會成爲霍法克（Hofacker）稱爲「鴨腿邏輯」（Gänsebeinlogik）[58]之思惟方式的練習場。

39 這種因爲無實體之抽象概念與充滿想像力之隱喻而產生的明顯混淆，導引出一種極度荒謬的邏輯。而這種邏輯也顯
40 現在憲法守護者或憲法維護的問題之中。法律不能作爲其他法律的守護者。較弱的法律自然無法守護或保障較強的法律。那麼反過來說，修改上較爲困難的法律應該守護一般的法律

嗎？不過這種想法卻正與我們今天所考慮的問題相反，因爲此處所涉及的是憲法法律的保障及守護，而不是一般法律，所以現在的問題正是在保障修改困難之法律不會因爲一般法律的修改而遭受侵害。如果一項規範可以做出規範性的自我防衛，那麼這個問題就不會存在。一項規範的效力可能強於、
41 弱於其他規範，或是與之效力等同；那麼在這些規範之間就可能存在應予解決的矛盾與衝突；一項規範可能只在重申另一規範的內容；也可能在賦予一種新添的、更強的效力（例如在憲法法律中重申一般法律的內容）；也可能引入了新的法律效果或刑罰威嚇等等（更強的「制裁」）；而當然也有可能一直制訂出效力更強的、更難修改的規範。只要此時所涉及的是規範，那麼我們永遠能夠透過一個更強的規範對之加以保障、維護，但相對地，對於作爲最高、最強規範的憲法而言，這樣的保障可能性就不存在。憲法守護者這項問題所涉及的是如何防止最強的規範受到較弱規範的侵害。從規範主義及形式主義的邏輯來看，這不應該是個問題，因爲較強的效力不可能受到較弱效力的威脅和危害，所以在實質問題開始浮現的這裡，也又再度是形式主義憲法所能及的界限。

如果憲法審判權是凌駕於一般法律之上的憲法法律審判權，那麼它也就是某種法律的審判權，而且這種審判權凌駕於他種法律之上。但只要「規範」的概念還保有某種程度的精確性，而「規範」的字義還不致淪爲毫無限制地，側門、旁門、後門大開的眾說紛云（雖然它特別容易如此），那麼就不應該有規範之審判權反倒凌駕於規範之上的情形。早在多年前梅耶就已經對「規範」這個用語的濫用和誤解提出強

烈的警告[59]。只可惜他的努力都白費了。否則大概就不會產生這種將憲法審判權理解爲規範的審判權而且還讓它凌越於規範之上的想法。如果「憲法審判權」的用語是用來指稱一種審判權的類型，一種只以作爲其裁判基礎之法律類型來定義的審判權，那麼所有依據帝國憲法第 131 條及 153 條進行的民事訴訟也都屬於憲法審判權。或者我們應該將憲法法律擬人化成法官，而一般法律擬人化成當事人呢？如果這樣的話，我們就可以看到「憲法審判權」的特徵在於，這時有一項規範同時是法官、當事人和裁判依據、甚至是裁判主文，而這種訴訟的建構，也只是表明了——在抽象概念變質成隱喻、而概念的「通用」只能在空泛的抽象概念像影子遊戲中互相重疊之影子般互相混同時才能存在的情況下——從規範這個用語所延伸而來的種種。

42 將一項規範適用於其他規範上的行爲，在性質上多少有別於將規範適用於案件事實的情況，而將一項法律涵攝進另一項法律（如果這眞的是可以想像的情況的話）與將被規範之案件事實涵攝進規範之中，兩者也有本質上的差異。如果一般法律與憲法法律之間的衝突可以被加以審查、並且該一般法律可以被宣告無效的話，那麼我們就不能將它稱爲「將憲法適用於一般法律」，因爲它所代表的意義與「司法者將法律適用於個案之中」不同。在前者的情況下，規範是被拿來相互比較的，而在（可能因各種不同理由而產生）衝突或矛盾時，某一項規範會排擠另一項規範。而在後者的情況下，特定的案件事實透過司法者對於法律的適用而在個案中被涵攝進普遍的概念（以及法律的「構成要件」）之中。如果憲法

法律規定：「神學院應予保留」（帝國憲法第 149 條第 3 項）而某條一般法律則反過來規定：「神學院應予廢除」，那麼根據憲法法律的適用，神學院應該被保留下來，而根據一般法律的適用，則應該將神學院廢除。這沒什麼好爭論的。在這兩種情形中都存在將法律適用於個案事實的情況，而且在這兩種情形中，都是以法律構成要件涵攝的相同方式來得到法院判決。如果將規範的內容加以比較，在衝突或矛盾的存在，從而延伸出應該適用衝突規範中何者之問題時，就應該將這兩項抽象規範加以比較，但不是將某一項規範涵攝進另一項規範，或是相互「適用」。而哪一項規範應予適用的決定，也並不是透過將某規範涵攝進另一項規範之構成要件而得來。那麼在這種清楚的案件中被涵攝的應該是什麼呢？在一項規範的規定剛好與另一規範相反時，在這種衝突的情況下，我們就應該決定哪一項規範應予適用而哪一項規範不予適用，而不是將無效的規範涵攝進有效的規範、或將有效的規範涵攝進無效的規定。在前述的案例中，相互衝突之規範的法律「構成要件」——神學院——是完全相同的。我們不能說憲法法律所規定的神學院應該要涵攝進一般法律的神學院裡。同理，在解決規範的衝突時，我們也不能說是將另一個規範涵攝進另一項規範，或說「將之適用於」另一規範。這種將「被排擠的規範」（Aufgehobenwerden）涵攝進「被保留下來的規範」（Beibehaltenwerden）（或反過來）的說法毫無道理可言。在規範衝突最明顯的情況下，就不可能存在這種 43
「在規範衝突之審查上、透過構成要件涵攝得出法院判決」的典型司法程序。在這種案件中，根本就不會有涵攝出現，而

只會審查是否有衝突存在、繼而決定在衝突規範之中何者應適用、而何者又應「不予適用」[60]。

如果我們堅守憲法法律與一般法律間有**明顯**牴觸這種單純案件的範疇，那麼也就不會產生「憲法法律之審判權凌駕於一般法律之上」的想法。在這種案件中唯一的審判權，是因爲侵害憲法之行爲而發動的、針對行爲人而非針對規範的應報性刑事審判權。然而決定法律衝突的實益，其實並不在於這種明顯牴觸的案件，或是對於發生於過去之牴觸行爲的矯正，而是在另一個完全不同的問題之上：亦即「誰對於是否以及在何種程度上有法律牴觸存在的疑義與適用爭議具有決定權」。以威瑪憲法的觀點來看，這項實益意義更爲重大。因爲威瑪憲法在第二部份中充斥著形態各異的原則、實體性的個別條款、計畫與方針，以及拖延性質的形式妥協[61]，而如果這些不同形態的條文都能被稱爲「規範」，那麼規範這個字眼就會完全失去價值而且無法使用。這裡所涉及的是最困難但在實務上也最重要的案件，也就是憲法法律條文本身的不明確與矛盾。而這是因爲憲法條文係奠基於紛雜而互相矛盾的各種原則之上，因此憲法條文本身也就既不明確而且還充滿了矛盾。在這種情況下，我們顯然無法擬制出一個規範位階的架構（Stufenbau der Normen），而在一項憲法法律之規定與另一項有所出入時（例如第 146 條第 1 項與第 2 項），這項衝突也無法藉由建構一個規範的「位階」（"Hierarchie" der Normen）來解決。此外，在憲法法律與一般法律之間是否有矛盾存在的疑義及適用爭議案例中所涉及的也並不是眞正司法權意義下的構成要件涵攝，因爲此時的

疑義只牽涉到憲法法律的內容。當憲法法律規定：「神學院（theologische Fakultäten）應予保留。」而一般法律規定：「神學學院（theologische Akademien）應予廢除。」那麼問題就在於神學學院是否爲神學院，而一般法律所規定的案件事實又是否也在憲法的規定範圍中。更進一步來看，這並不是將一般法律的構成要件涵攝進憲法法律中，也並非將具體案件事實涵攝進法律的司法涵攝（richterliche Subsumierung）。而我們應該追問的毋寧應該是，該當於一般法律之構成要件的案件事實，是否也該當於憲法法律之規定。對同樣的案件事實應該以兩種規範來加以涵攝。而憲法法律對於這個案件事實的涵攝，與以一般法律所爲的涵攝並無二致。問題只在於，應該要在這兩個互相衝突的法律中選擇何者來涵攝此時的具體案件事實，但無論如何，只有具體事實——而非一般法律——應該被加以涵攝。因此我們已經清楚地證明，此時的問題及疑義只涉及**憲法法律之內容**、而與以憲法法律對一般法律加以涵攝一事無關。而一般法律之法律構成要件（神學學院）是否落入憲法法律之法律構成要件（神學院）之中的問題，只涉及將較狹義之概念涵攝進廣義概念中的可能性，而不涉及將實然的案件事實涵攝進應然規範的問題。只有從心理層面，我們才能夠不精確地說案件事實被加以涵攝（但在兩項規範間有明顯矛盾的案例中，我們卻絕對不能這麼說）。但這裡所講的涵攝並不是司法權特殊意義下的涵攝，而只是一般人的判斷與意見。最後我們必須說，「審判權」（Justiz）與「規範制定」（Normgebung）兩者不能相互混淆。而在決定規範與規範之間是否存在矛盾的疑義與適用爭議案件中，

並不是將一個規範適用於另一個規範，而是——因爲疑義與適用爭議只涉及憲法法律的內容——將此時有疑義的規範內容加以澄清及確證。從本質上來說，這是在排除憲法法律內容中不明確之處，因此是在**確定法律的內容**，從而本質上屬於立法權、甚至是**制憲權**，而非司法權。

而這裡又出現了一樣的選擇：**要不然**就是存在著對憲法條文**明顯**、**無疑**的牴觸，然後由法院以應報的刑事審判程序去確定此時牴觸的確存在、並加以懲罰；**再不然**就是對規範內容的疑義極高或是規範內容本身就極不明確，以致於在法院與立法者或政府意見相左，而認爲（立法部門或政府所制定之）規定與系爭憲法法律相牴觸時，也不能就說此時對憲法有所侵害。在後者的情況，很明顯地法院的判決只具有「有權解釋」（authentische Interpretation）的意義。1831 年的薩克森憲法在第 153 條第 3 項中講得好，在憲法文件特定爭點的解釋上，若有無法透過政府與等級會議之協議而排除的疑義產生，那麼國事法院所做成的決定「應被視爲有權解釋，並被加以遵守」。這是事理之必然，也適用於所有以這種方式確定規範內容的機關，不管這裡的機關是以法院或是其他的形式出現，也不管此時是否依循司法程序來做成決定。所有有權釐清系爭法律內容的機關，都在行使立法者的權力。而如果釐清的是憲法法律的內容，那麼所行使的就是制憲者的權力。

而這個不斷重複出現的選擇，其最終的、法理論上的理由在於：在所有的裁判裡，即使是在從事構成要件涵攝、對訴訟做成裁判之法院的判決裡，也存在著一項無法從規範內容推導出的、純粹裁判性的因素（Element reiner Entscheidung）[62]。我將它稱爲「決斷論」（Dezisionismus）。即使是在附帶行使審查權的法院中，也仍然可以清楚看出這種決斷論式的因素。如果我們辛苦一點，去查閱美國聯邦最高法院在華倫大法官（Warren）擔任首席大法官時期的法院歷史，可以在所有重要的法院判決中，看到搖擺不定的論證以及有力少數（非主筆法官與不同意見法官），也就是所謂的「五比四判決」（Fünf gegen Vier-Entscheidung）或「一人判決」（Ein-Mann-Entscheidung）的出現（也可能招致強烈的批評[63]）。這裡的論述解除了認爲這種判決推論之意義只在於「將截至目前爲止仍然可疑的違憲性轉換成一種極爲昭然之違憲性」的天真信念。這種判決推論的意義並不在於強力的論證，而是在於透過排除疑義的權力來做成判決。而更具有本質決定性的地方在於，對於疑義、不確定性與適用爭議具有決定權的這種特殊功能的機關，所做成的決定都具有決斷的性格。這種決斷的因素在這裡不僅僅只是外於規範因素，爲了做成司法判決（res judicata）而附加進去的、判決的一部份；而毋寧應該說，這裡的〔決斷〕決定正是判決的目的和意義所在，所以它的價值並不在於一個強力的論證，而是在於能從眾多相互矛盾的可能論證中對疑義做出有權的排除。因爲自古以來，不論我們的批判思惟（kritisches Denken）如何發展，都無法跨越這項經驗事實：無論〔這項爭議〕在我們敏銳的邏輯之下是如何被輕易地解決，永遠都還會再產生新的疑點。因此這也又解消了在建立這種法院形式時經常出現（或至少不自覺地有所影響）的想法：這樣的法院是以頂尖法學專家

46

的特質與身份去排除疑義與適用爭議，因此法院是一種最高的法學**鑑定人**（Gutachter）。但這樣的思路忽略了鑑定意見的效力主要是奠基於其論證的價值之上，從而這樣的鑑定意見也就與純粹的決斷處於遙遠的兩極。法官不是鑑定人，而夾帶著法官行爲之鑑定行爲的拘束力就變得不清不楚，因爲鑑定人的行爲，本質上本來就不是法官的行爲、不是司法權，
47 而是行政權[64]。若讓鑑定的結果具有拘束力，那麼它就是法院裁判、而不是鑑定意見了[65]。如果要讓所有法官擔任鑑定人，那麼對於法官在疑義及適用爭議之確證及終局排除的要求程度，就會永無止盡地提高。

基於一項特殊的理由，上述的爭議對於威瑪憲法這樣的憲法還具有直接的現實意義。所有的憲法都充斥著各式各樣的「保留」（Vorbehalte），然而威瑪憲法的制定者對於「在憲法中不應加入太多」的古老經驗卻太過於輕視[66]。與普勞斯最早提出的草案相反，代表政黨的政客們在憲法的第二部份加進了許多內容。這樣的做法非常合乎當時憲法理論的討論情況，也並沒有引發任何異議。但如果我們從形式上將憲法等同於個別的憲法法律，然後再相同地從形式觀點將憲
48 法法律定義成「只是一種比較難修改的法律」，那麼人們利用這個機會來把他所關切的對象變得難以修改，也就沒什麼不對。此外，如同前面所提到的，在（涉及諸多疑義與適用爭議的）憲法第二部份中，那些林林總總的原則宣示與個別憲法條文都不具有決定的性質，不是經過妥協折衝後的決定（Kompromissentscheidung），毋寧只是把決定向後推遲、而將各種不同（常常甚至是相互衝突的）觀點納入的模糊用

語。教會問題與學校問題中的妥協規定就提供了一個清楚的例子。透過這種「推遲決定的用語妥協（dilatorische Formelkompromissen）」[67]，這種對於「疑義與適用爭議」的決定終於第一次被規範化了。而如果眞有一個機關，在1927年夏季帝國學校法草案被熱烈討論時，對其合憲性做成了決定，那才是眞的第一次讓帝國憲法第146條具有實體內容，並且對學校問題做成決定。如果在這裡是由法院來決定的話，那麼此時的法院顯然就成爲具有高度政治功能的制憲者。

4. 德國的國事法院

(a) 憲法概念與憲法審判權在本質上的關聯；對德國國事法院之司法權本質界限的肯認；憲法契約與憲法審判權的特殊關聯

在憲法內容不明確時，應該賦予一個現有或新增的機關有多大的決定權、從而使它成爲一個與立法部門相抗衡的力量，這並不是憲法理論上的問題，而是政治現實上的目的性考量。而是否要讓受有身份保障的專業法官（unabsetzbare Berufsrichter）來擔任此一機關並從而讓司法官僚（Beamten-Justiz）接受政治壓力的試煉，也仍然是一種政治現實上的權衡。然而這種目的考量的問題，無法在無視憲法理論的情況下獲得解決，而且目的考量也絕非意味這個問題的答案可以脫離實體與實質的概念而產生。不論是從理論或從實務的角度來看，我們都不能從「憲法形式」（Verfassungsform）這種

想法出發來將憲法爭議的概念加以形式化，亦即忽略憲法爭議的具體意義及客體，而將所有的問題都視爲應由「憲法法院」管轄的憲法爭議。

49 所有國事法院裁判權或憲法審判權的首要條件都是一個明確的「憲法爭議」概念，而這個概念至少要從爭議的內容原則和結構的觀點出發，指出爭議與憲法直接的實體關聯，從而將憲法爭議與其他爭議加以清楚劃分。如果我們反其道而行，讓國事法院或憲法法院透過純粹的個人成見來決定憲法爭議這種完全不明確且漫無邊際的概念內容，並自行決定何者屬於憲法爭議，則是非常有欠考量的做法。因爲這代表國事法院可以自行決定其權限（Kompetenzen）。而這提供了國事法院有自行擴展管轄權（Zuständigkeiten）與職權（Befugnisse）的地位。而一個對自身政治影響力有所認知的機關總是會不斷擴張本身權限範圍的事實，也是很典型的憲政現象。因此，即使在1871年俾斯麥憲法小心翼翼的規定與權限分配之下，德意志帝國眾議院仍然取得了比文義解釋範圍更大的政治影響力。另一方面，當前的帝國參議院和個別的邦，尤其是普魯士，也在憲法上取得了再怎麼咬文嚼字也無法從帝國憲法文義解釋中獲得的重要地位。同理，法院也可能逾越憲法所賦予它的管轄範圍而變成具有強大政治影響力的權威。而法院這種在德國有權決定憲法爭議的機關，卻因爲欠缺決定憲法爭議範圍的概念而處於一種不尋常的地位。而這主要是來自於現行帝國憲法之前已經被強調過的性格特徵：一是聯邦與邦這兩個聯邦國下的組織，其管轄權與權限劃分一團混亂，二是憲法的第二部份（第109到第165條）在

可疑的標題「德國人民的基本權利與基本義務」下，可能成爲疑義、適用爭議、（在實定法化與現實化的範圍內之）法律請求權（Rechtsansprüche）以及（隨之而來的）權利爭議的無底深淵。從這種憲法的觀點來看，讓一個憲法法院負責處理憲法爭議而又不對憲法爭議的概念提供定義——也就是沒有對法院的管轄權提供界限——而只提供了一個極爲空泛、會使所有與憲法規定有關的爭議都成爲憲法爭議的定義，實際上等於賦予法院有自行決定其職權的權力。再從這種憲法爭議的實質意義來看，實際上可能已經形成了一種形式特殊 50
的、與（經過Haenel與Rosin發展的）戰前國家法文獻視爲主權判準的「決定權限之權限」（Kompetenz-Kompetenz）相去不遠的「決定權限之權限」。

然而從當前的情勢看來，憲法法院的實務發展結果卻與這裡的描述大相逕庭，而這樣的發展也不僅僅是因爲帝國憲法第19條將國事法院的管轄權限於各邦內部、而非帝國內部之憲法爭議。一個由專業法學者組成並對本身法院地位有所自覺的法院，很可能根本無意偏離眞正司法權的領域。但法院此時卻又面臨了本文一直重複提及的兩難選擇（基於與憲法的關聯，這項兩難選擇會在每一次仔細觀察司法權界限時出現）：法院**顯然**只能處理對憲法的**明確**牴觸，也就是作爲**事後發動**的審判權（*post eventum* eintretende Justiz）；**要不然**就是擴及**爭議案件**，然後將司法權的空間壓縮到零。造成這種結果的理由之一，是因爲立法及行政行爲的效力受到一般性的**推定**，其次則是因爲在國家行爲有瑕疵的情況下，如同W．耶利內克在他關於國家行爲之瑕疵的學說中所指出

的[68]，這些行爲的無效（Nichtigkeit）、失效（Ungültigkeit）或是不予考慮（Unbeachtlichkeit），只有在爲數很小的案例中才會具有瑕疵的效果、亦即牴觸規範的效果。而如果我們認爲憲法法院的任務在於闡明澄清憲法規定內容上的疑義，那麼法院在行使前述職權時，所行使的就不再是司法權，而是立法權與法律鑑定意見的含混連結。因此法院在具體實務上一直努力嚴守司法權的界限，並且極力避免在重大案件中侵越立法者與主管政府部門之職權範圍，也就不令人驚訝。因爲一旦受規範拘束之司法權踏出司法獨立的消極自衛範圍之外，對於立法權及行政權的侵越就會使司法權本身成爲立法者或行政部門。所以隨著每一種新司法權形式的出現，也就有一種深植於事物本質而產生的動力，去創造出新的例外、保留和修正。因此法國的國家委員會（*Conseil d'Etat*）就在行政法院審查權中發展出統治行爲（*actes de gouvernement*）的概念，把它排除在審查的範圍之外[69]。人們不應該將這
51 些由專業司法官員所組成之法院謹守司法本質範疇的傾向，當成是對政治的戒愼或甚至是卑躬屈膝，而想去「披露」這種傾向背後的心理或社會背景。這毋寧只證明，期望司法權去行使與其本質相悖、超越構成要件涵攝範圍之功能——亦即逾越透過內容特定規範之拘束力所劃定的界限——終究是不會有結果的。

在 1930 年 2 月 17 日關於普魯士選舉法[70]之合憲性的判決中，德國國事法院拒絕宣告 1920 / 24 之普魯士邦選舉法的規定違憲，即使從聲望卓著之法學者所代表的普遍見解、甚至是國事法院先前的判決本身來看，都很有理由去質疑系

爭法規違反了規定於帝國憲法中的選舉平等原則。然而我們在這裡其實可以不管應如何正確地在實體上解決這項爭議。反之，在這項案例中最重要的地方在於，（仔細觀察之下）國事法院本身也沒有對這項爭議做成實體上的決定，雖然還是做成了判決，但法院在某種程度上卻宣告了法院不具有管轄權。因爲這項重要判決的核心理由，是由以下的思路組成：國事法院所要回答的是該邦選舉法是否牴觸選舉平等原則的問題：「選舉平等原則所涉及的並不是一種邏輯數學式的概念，而是一種法律概念」，然後法院接下來進一步補充道：「因此平等與不平等並不是互斥的對立概念。」這種將邏輯數學概念與法律概念加以對立比較的做法，在方法論上具有極爲重要的意義，而且它對於曾一度被用來架空國家法及憲法的空泛規範論的拒斥，也值得注意。但我們在這裡也仍然可以將這兩種對立概念擱置不論，因爲「邏輯數學」與「法律」的對照，對於國事法院的幫助只在於，縱然「帝國憲法第 22 條平等原則極爲嚴格」，也只有在現實上之急迫需要（ein 52
wirklich dringendes Bedürfnis）被證立的時候，對平等原則的偏離也才能被加以證立。而此時就容或有法學者將「現實上的急迫需要」視爲一個可以進行涵攝的概念，因爲這裡的情形讓他們想起不確定法律概念：不確定法律概念係出現在民法及行政實務上，並在一般交易習慣及社會風俗中相對可預見的觀點，以及國家制度中相對穩定的關係（如一般警察法中的公共安全及秩序、行政法中的需求問題或徵收問題），足以取代立法者所制定之規範內容時，可以成爲法院在司法程序中加以適用的概念。不過，雖然國事法院沒有犯下這種

對不同法領域做出相同待遇的錯誤，卻也走上了另一條更引人玩味的道路。緊接著上面所引述的句子，國事法院繼續闡述：「是否以及在何種限度內，可以爲了整體選舉制度一致性的利益，以及確保那些透過選舉制度所欲追求的國家政治目標，而偏離個別選舉原則，**應由立法者加以決定**。……**即令如此**，國事法院也只能在立法者之決定**顯然**欠缺內部證立，而且能夠**有把握地**宣稱該決定與明定於帝國憲法第 22 條中之制憲者意志有所牴觸時，才能挑戰立法者的決定。」在這樣的宣稱下，這項判決將所有關於不明確性（Unbestimmtheiten）、不安定性（Unsicherheiten）、疑義及適用爭議（Zweifel und Meinungsverschiedenheiten）都劃歸成爲立法者的職權（或當然，根據管轄權的歸屬也可能成爲行政部門的職權），並且剝奪了國事法院的管轄權。而當我們回想起國事法院正是產生自「應以司法程序去決定憲法法律規定中之疑義與不明確」的需求，那麼德國國事法院在這項判決中所表現出來的立場，對於國事法院的根本問題就具有決定性的意義。法院只能在明顯違憲、而不能在違憲性尚有疑問的案例中挑戰立法者的決定。法院尊重立法者的所有決定，而這些決定，如同國事法院在跳過幾句之後的判決理由中所指出的：「不得基於與案件無關的衡量」。從「排除不明確性與疑義」的出發點來說，「顯然」與「有把握」的字眼應該被特別強調。這種逾越司法權的、對疑義與不明確性做成決定的特殊決斷性格，也一樣顯露在國事法院對於被迫成爲決斷者所表現出的反感之中。當國事法院只能在顯然無疑、有把握的違憲案例中挑戰立法者的決定，那就完全違背了它作爲決定疑義與不明確

性之機關的任務。因此國事法院不但以極其審慎的態度，將職權限縮於顯然違憲之法規的一般性審查上、甚至還在這樣的限縮之外加進了「即令如此」的條件，這種行爲也就更加引人注目、甚至引起嘩然。而究竟「即令如此」應該被視爲是另外一條限制、或是特殊形式的保留，還是一種相對於「明顯違憲」的職權限縮，並沒有清楚的答案。但它的確標示出了更爲嚴格的界限。

「**憲法審判權**」的首要條件是**憲法爭議**的清楚概念。而憲法爭議的概念取決於與其緊密相連的明確**憲法**概念。只基於表面上的目的考量或情感衡量而擴張憲法爭議的概念，或是對於當事人資格不加思索的肯認（Zulassung der Parteien），將會反過來影響、扭轉憲法的本質，並可能引發因爲欠缺憲法理論認知而招致反撲的意外後果。「憲法爭議」、「憲法裁判權」與「憲法」的概念在本質上的關聯如此緊密，以致於不只是憲法概念的變遷會改變憲法爭議的概念，反之，憲法訴訟及憲法裁判權的實踐也能影響憲法的本質。

如果**憲法是一種契約**（也就是一種雙方或多方的法律關係、而非單方的政治決定或法律）、或至少能被當成契約來理解，那麼也能產生一種在理論及實務上都能特定的憲法爭議形式，以及對憲法爭議做成判決的特殊國事法院類型。從契約的本質出發，我們能夠回答何謂憲法爭議以及誰能成爲憲法爭議當事人的核心問題。這種在一開始論述國事法院時就會遭遇的問題，不能留給法院決定——不能等到實務運作時才讓法院透過裁量去發展憲法爭議和當事人資格的概念。否則憲法的守護者將會搖身一變成爲憲法的主宰（Herr der

Verfassung）。若應由國事法院透過司法程序對憲法爭議做成決定，那麼就應該在事前闡明何謂憲法爭議，而且這個問題不能用「形式」的答案來敷衍搪塞。而如果憲法依其本質是一種契約或協議，那麼就可以延伸出一種可行又合理的憲法爭議概念。就像因契約而產生的爭議——這種在契約兩造之
54 間因契約內容而引發的爭議（租賃爭議，例如承租人與出租人關於租賃契約內容的爭議）——憲法爭議可以說是在憲法契約或協議的當事人之間關於協議內容的爭議。而因爲／只要法院判決能夠從契約的內容導引出來、從而使確定的契約內容成爲法院行爲（richterlicher Tätigkeit）的基礎[71]，所以出自於這種契約的歧見（Differenzen）及爭議，就特別適合交由法院或仲裁解決。因此在國家契約（Staatsverträge）中，國事法院被認爲具有管轄權[72]，而在國際法上，國家之間源於條約的爭議，向來被認爲「可交付裁判」（justiziabel）或「可交付仲裁」（arbitrabel）[73]。這樣的憲法概念在這裡就導引出不但結果正確，而且實際上也可行的憲法爭議、當事人能力（Parteifähigkeit）以及（間接導引出的）裁判權等概念。但反過來說，如果不把憲法理論列入考量而讓形形色色的社會團體都具有國事法院的當事人資格，就會導引出對國家的多元理解（pluralistische Auffassung des Staates），而把憲法從制憲權主體的政治決定轉變爲一套因契約而取得之權利的體系（ein System vertraglich erworbener Rechte），而這些權利的維持必須由具有利害關係的團體或國家組織透過訴訟來施加強制。

（b）將國事法院視為特殊的聯邦機關

憲法是一種眞正同盟（Bund）（邦聯〔Staatenbund〕或聯邦國〔Bundesstaat〕）的契約，就像美國這個透過聯邦契約（Bundesvertrag）成立之聯邦所制定的聯邦憲法。而在這樣的政治組織中，常常設有一個用來解決同盟成員相互之間、或者發生於各邦內部但可能危及同盟內部和平、安定或同質性（Homogenität）之爭議的機關[74]。而這種機關的前提在於，
55 這種同盟憲法（Bundesverfassung）是以契約爲基礎，而在契約當事人之間有可能產生如何正確解釋及適用〔契約內容〕的爭議、而且這些爭議應該被解決。隨著這個同盟的發展，契約的基礎漸漸消逝而聯邦中的組織卻仍然只能以統一制憲權主體（einheitlicher Träger）的政治決定爲基礎時（威瑪憲法下的德意志聯邦國體制就是這樣的情形），就可以由其他的聯邦機關來承襲（übernehmen）或新設一個特別組成的聯邦國事法院，只要現實上還有合憲的聯邦國體制存在。

帝國憲法第 19 條，處於德意志帝國聯邦國體制的體系脈絡之下，在章節的編排上也被列入「帝國與各邦」這個部份。該條文的規範對象包含帝國與各邦、各邦之間不屬於私法的爭議，以及各邦內部的憲法爭議。經由兩種途徑，可以讓這個被區分爲三個並列層次的憲法概念，從契約思惟中獲得確定的概念內容：透過帝國的聯邦國體制以及透過 19 世紀中葉制憲抗爭時期，將憲法視爲政府與人民代表間之契約（協定、協議）的後續影響。帝國與各邦、或是各邦之間的爭議，在聯邦國的體制之下，是產生自聯邦契約關係

（Bundesvertragsverhältnis）或至少是從某種被憲法所保持下來之國家制度的爭議。而各邦內部的憲法爭議，從歷史的觀點來看，則是從國會與政府間契約所產生的、國會與政府間的爭議[75]。因爲維持普遍的「和平」（Befriedung）是聯邦的本質任務（Verfassungslehre, S. 369），因此聯邦對於爭議的和平斡旋和解決也就有利害關係，從而聯邦在各邦內部的爭議裡也有利害關係。從這樣的觀點來看，由國事法院來裁決出現於邦內部之憲法爭議，也就與聯邦國體制緊密連結、
56 不能與之脫離。因此也就不能允許這個對邦內部憲法爭議具有管轄權的帝國國事法院，將管轄權直接「擴張」到帝國內部的憲法爭議。因爲這將對憲法造成只能經由修憲的途徑來進行[76]的深層修改；它會從根本上改變這整個制度的結構，並且將兩種相互矛盾的功能賦予同一個機關：一種是特殊的聯邦法（bundesstaats-rechtlich）上的功能，一種是特殊的內國法（innerstaatlich）上的功能，而這兩者應該是相互平行的。將這兩個功能同時賦予帝國國事法院，將會使聯邦（bundesrechtlich-föderalistisch）與中央集權—單一國（zentralistisch-unitarisch）的制度相互連結，從而讓席捲當前德國聯邦法學說的紛亂情況更加地含混而難以釐清。管轄邦內部憲法爭議的帝國國事法院，與管轄帝國內部之帝國憲法爭議的國事法院，是兩種在本質上完全不同的制度，因爲前者是以聯邦國體制爲前提與基礎，而後者則否。因此，當一個聯邦國體制下的帝國機關被額外賦予一種單一國（einheitsstaatlich）概念下的功能，那麼這就不僅僅是一種單純的「擴張」，而將會踏進一個完全不同的憲法領域。

裁判作爲聯邦成員之邦（Mitgliedstaat）內部憲法爭議的聯邦法院（Bundesgerichtshof），同時也是聯邦憲法及邦憲法的守護者。尤其更是對每一個同盟都至關重要之憲法同質性（Verfassungshomogenität）的守護者。在任何一個同盟或聯邦國體制中，作爲成員之各邦的憲法都不能獨立於全國的憲法之外。因此，當德國國事法院在決定各邦內部之憲法爭議時，不但不能忽略帝國憲法，毋寧更應該將帝國憲法當成判決的基礎。因此我們可以進一步說，如果在帝國的層次包含了邦憲法所應遵守的憲法組織規定（如帝國憲法第 17、30、36、37、38、39 條），那麼就有可能會在邦內部產生出自於現行帝國憲法規定的憲法爭議。但我們不能說，所有從地域或當事人觀點來看，發生於邦內部、關於帝國憲法條文之適用與解釋的爭議，都是邦內部的憲法爭議。因爲在各邦內部，帝國憲法並不是成爲邦憲法的一部份，而是獨立〔的規範〕。
各邦的體制，並不是從 1. 邦憲法、2. 由邦憲法所接納、施 57
行地域有所侷限的帝國憲法這樣的基礎上建立的。邦憲法所涉及的只是賦予各邦的「殘存的國家性」（der Rest der Staatlichkeit）；只有在這樣的框架內，邦內部的憲法爭議才有存在的可能，也才有依據帝國憲法第 19 條[77]管轄權優先於帝國法院之邦國事法院的制度。根據「邦內部憲法爭議」這項用語在憲法史上的發展，出自於帝國憲法的爭議不能成爲邦內部的爭議。這樣的見解不會因爲帝國憲法第 19 條而有所改變。因爲帝國法務部代表——茨威格特（Zweigert）機要小組（Geheimrat）[78]——在對威瑪憲法之建議中已經清楚表明其立場，而該條文在文義上似乎也「理所當然」地（如 1927

年4月13日之判決中所指出的，RGZ. 120, Anhang, S. 21）沒有採取反對見解。托馬（Richard Thoma）說得對：在有關帝國憲法之爭議能否被視爲邦內部憲法爭議的這一點上，「該條文根本從文義上就否決了這個問題」[79]。當時的資料也支持這樣的否決立場[80]。而第19條所設下的前提（「無法院具有裁判權限」之邦內部憲法爭議）也證實了這樣的看法。第19條的目的並不在於將出自**帝國憲法**之憲法爭議交由**邦**的國事法院裁判，從而使各邦的國事法院成爲施行地域受到限制之帝國憲法的管轄機關。邦國事法院只在調解於各邦內部、出自邦憲法之政治紛爭時，維護作爲「聯邦制度整體」（das Ganzen der bundesstaatlichen Organisation）之帝國的利益。

然而帝國國事法院卻大舉擴張了它的管轄權範圍。「只要具有補充邦憲法或其他具有邦憲法位階規範」之性質的帝國憲法規定有爭議，那麼帝國國事法院就會將「源於帝國憲法」的爭議視爲邦內部之憲法爭議來加以處理[81]。藉由這
58 樣的做法，「邦內部」的限制就會淪爲純粹的地域限制，或是把當事人兩造（或至少是被告這一方）必須爲邦機關或組織當成前提要件。因此當宗教團體基於歷史條款（historische Titel）援引帝國憲法之規定而向邦提起請求權時，就應該被當成邦內部憲法爭議來處理；在具備當事人能力的前提下，在一個官僚組織（Beamtenorganisation）認爲邦的薪資條例牴觸帝國憲法第129條時、或是地方自治團體（Gemeinde）、教會（Kirchen）、破碎政黨（Splitterparteien）、工商業聯合公會（Handelskammer）、手工業者同業公會（Handwerkskammer）、律師及醫師公會、工會、各式各樣的

利益團體、大學，甚至是神學院，只要能夠援引威瑪憲法第二部份裡任何一項條文提出主張，就都應該被視爲邦內部的憲法爭議。這麼一來，「邦內部之憲法爭議」的用語就會逸脫出嚴格的聯邦國脈絡。而界限也就不復再現。

另一方面，如果我們將所有帝國與邦之間「非私法的爭
59 議」都不假思索地交由德國國事法院管轄，那麼除非我們把爭議的概念作最廣義的理解而將所有帝國與邦之間的適用爭議（Meinungsverschiedenheit）都涵蓋進去，否則帝國與各邦間之爭議的概念也仍然會有許多疑點存在。而如果我們採取這種廣義的理解，那麼具有管轄權的帝國機關就可以輕易讓國事法院成爲最高的監督機關，而反過來，邦也可以先下手爲強，趕在帝國的常規監督程序（normaler Gang der Reichsaufsicht）之前向國事法院起訴；帝國與邦之間的爭議就可以同時是邦內部的憲法爭議，反之亦然。而那些帝國憲法中爲了〔處理〕帝國與各邦關係而引入的機關和管道，亦即帝國憲法第48條第1項的帝國強制措施（Reichsexekution）、第13條第2項對於邦法是否牴觸帝國憲法的判決，以及第15條帝國監督的法律制度[82]，都能比現況更加擴展。透過對帝國憲法第19條管轄權輔助性質（subsidiär）的強調，這種結果是可能避免的。但國事法院迄今的實務並沒有從這樣的觀點來限縮自身的管轄權。而帝國政府似乎也時而會利用國事法院以避免顯露出自己的政治立場[83]。原則上，國事法
60 院的裁判絕不能被當成是（附加於民事、刑事、行政、財政及其他裁判可能性之）一般性的補充選擇。一個法院的管轄權可以具有輔助性質，但憲法爭議的實體（materiell）概念卻

不能被當成是一種「輔助」（subsidiär）的概念。一個聯邦國法律爭議是否存在，不應取決於其他機關的**不加**處理，也不應該作爲適用爭議的附加**補充**。和憲法本身的概念一樣，爭議的事實也不應該以輔助或補充的方式來確定。國事法院的職權行使永遠必須展現出其與憲法本身的直接特殊關聯。

（c）國家審判權及憲法審判權是將憲法轉變為憲法契約（協議）這種趨勢的表徵

除了從聯邦國的角度將憲法視爲契約，另外還有一個本質不同的、將憲法視爲契約並當成國事或憲法法院審判權基礎的可能性。亦即當國家並非封閉性（如透過君主或一個統治集團之統治權或透過同一民族之同質性）的統一體時，國家就必須**二元**（dualistisch）或甚至**多元**（pluralistisch）地以多方當事人的**契約**及**協議**爲基礎。而國家的面貌及形式就由
61 契約和合同[84]來加以確定。因此中世紀的等級國家就是奠基於各式各樣的契約、合同、協定（Abmachung）、軍事協定（Kapitulation）、協議（Kompromiss）、和解（Rezess）、備忘錄（Stabilimenta）、合意（Verständnis），近來則是以一種包含經契約而取得之權利與（現在也包含於此種契約類型之）典型、關鍵性保留（必要時也包含抵抗權之保留）的雙方契約體系爲基礎。這樣的觀點也與在19世紀德國風行數十年、將憲法視爲一個簽訂雙方爲貴族與平民、君主與議會、政府與人民代表的契約、甚至是一個書面契約的看法一致。這樣的看法產生了一個非常明確的**憲法爭議**概念（這個推論

在這裡極具實用價值）：憲法爭議，作爲一個承繼自歷史發展的概念，在1919年之前的德國都沒有什麼本質上的爭議：憲法爭議只限於產生自憲法協定（Verfassungspakt）、在政府與國會之間關於其雙方權益的爭議。而更進一步的、在政治上極爲重要的結果在於，**憲法的修改**因此也應該被理解爲憲法契約簽訂者間的契約。針對這個引發我們關切的體系脈絡，重點其實在於，所有關於成文憲法內容的適用爭議、歧見與爭議都應該透過雙方的**相互理解**來解決。因此在巴伐利亞就產生了所謂著名的1843年之憲法合意（Verfassungsverständnis），雖然不具有憲法有權解釋的地位而只能作爲「解釋的輔助工具」（Auslegungsmittel），但在尚有爭議點存在的情況下，它卻可以當作等級會議預算同意權行使的基礎[85]。在1831年薩克森憲法第153條中就明白指出：只有在憲法文件之個別點上之解釋有疑義產生，而無 62
法透過政府與等級會議之協議而排除時，才由國事法院加以裁判。當憲法契約或憲法協議的想法出現時，這種被卡爾·比爾芬格（Carl Bilfinger）[86]所強調的，某些憲法現象與國際法現象間的相似性就會隨處可見，尤其在可疑或有爭論之案件正是系爭案件之對象、或是法院管轄權以當事人之自願管轄（Unterwerfung）爲前提時更爲明顯。

現行的帝國憲法緊扣著全體德國人民同質而不可分割之統一體的民主思惟，也就是由人民憑藉著制憲的權力，透過主動的政治決定、亦即透過單方的行爲來制定這部憲法。因此所有嘗試要從威瑪憲法之中導引出契約、協議或其他類似概念的解釋和適用，都因爲牴觸憲法精神而被嚴正地加以駁

斥。然而，在這部憲法保存聯邦國體制之際，一個契約性質的元素就再次進到威瑪憲法之中：因爲即使同盟的基礎消逝了，我們仍然無法否認一個蘊含聯邦主義的、從而也就是契約式的關係是憲法中的構成要素之一。在當前憲政現實中，在憲法上與契約元素相關、甚至就是引發契約這項元素的還有另一個**多元主義**的要素。有些社會團體、政黨、利益團體和其他組織都朝著這樣的趨勢發展：不少本身具有一套官僚、輔助和基層組織系統、組織穩固的複合體，跨越了邦的界限而擴及聯邦，並在聯邦、邦及自治團體中佔據了國家的意志形成、攫取公權力地位。這項在後文還會再提及之多元主義的承載者包含了不同的社會實體（soziale Größe）和權力的複合體（Machtkomplexe）：組織穩固的政黨、利益團體（工商聯合會〔Industriellenverbände〕、農業團體〔Landbund〕、
63 工會）、宗教團體。它們是以一種相對安定、穩固而可預測之社會權力集合（soziale Machtfülle）承載者的地位而存續、而行動。他們的重要性會隨著不同的領域（外交政策、經濟、文化、世界觀）改變，而且只有在體系的脈絡下才能正確地理解；但無論如何國家的多元割裂（pluralistische Aufteilung）已經是顯而易見的趨勢了。這樣的趨勢首先會在將憲法當成契約的問題上造成重大影響：憲法本身以及在憲法框架內所進行的國家意志形成，看起來就像是國家多元主義中不同承載者之間的**協議**，而這些社會權力組織體（soziale Machtorganisation）隨著協議領域之不同——外交政策、經濟政策、社會政策、文化政策——而變換的結盟，也就會因爲其談判模式的變遷，而將國家改造成一個多元主義式的建構

體（Gebilde）。在探討理論的文獻中，已經有人出於對憲法理論的輕忽而提出這樣的宣稱：究其本質，議會國家本身就是一個協議[87]。也許是因爲沒有考慮到可能在憲法所造成的後果，這等於是說，現在的國家，連同這個國家的憲法，都是參與協議契約（Kompromissvertrag）之社會勢力的協議客體（Kompromissobjekt）。

而威瑪憲法本身也時常被理解及定義爲一種協議：如果我們把威瑪憲法當成是「階級和約」（Klassenfrieden）、「宗教和約」（Religionsfrieden），或甚至只是德國工人階級（Arbeiterschaft）與資產階級（Bürgertum）、天主教徒與新教徒、基督教徒與無神論者等等的「停火協定」（Waffenstillstand）[88]，那麼整部威瑪憲法都是一個協議；不然協議就是存在於某些重要篇章或規定之中（如教會與學校教育這種「學校教育協議」用語特別盛行且並非毫無所指的情況）。在這種國家及憲法多元分裂的所有情況下，這些 64
作爲多元主義承載體的當事人，所要求的是憲法本身，也就是國家的權力和國家權力的行使。而憲法是**他們**的憲法，因爲正是他們制定了這部憲法。他們是在**國家權力**的領域裡行使**權利**（Rechte an der Staatsgewalt），因爲他們可以主張他們是形成憲法、甚至所有國家意志形成之協議的主體，也就是契約的簽訂者。而他們之間的歧見也就會與國際法上的爭議愈趨近似，並因而優先經由雙方的談判（Verhandlung）、調解（Schlichtung），並在最後（如果有雙方自願提交管轄和可受仲裁或裁判的爭議存在時）也可以透過法院的裁判來加以解決。而當前德國國家學與憲法學欠缺對這種情勢的體

系認知。而對多元主義有興趣的人多半也並不嘗試從體系的觀點來解釋多元主義的實踐。他們沒有興趣去做現實層面的推論，因爲出於支持者和選民的考量，他們選擇盡可能去迴避政治上的風險。因此，爲了以所謂的形式主義來掩蓋事實，並透過——有助於所有藉口及遁詞的——模糊不清的「法律性」（rechtlich）與「政治性」（politisch）反題（Antithese）來把事實置於曖昧不清的境地，很多概念被都混淆。

在某些由德國國事法院所處理的法律爭議中，我們可以清楚地看見，法律爭議的當事人就是這種社會權力建構體（soziale Machtgebilde）或是社會權力體的派系結盟，因此，訴訟也就只不過是國家多元結構的反映。而在帝國與邦的爭議裡，在實際上常常也就只是一個政治派系結盟與敵對陣營間的訴訟。而**和解**的達成、以及雙方對達成和解享有極大自主空間的事實，更是大多數人都認爲的，政黨可以把憲法爭議客體當成是可任其取得諒解、達成合意以及處分之對象的明證。因此在帝國與圖林根邦因爲凍結警察費用津貼而引發、但在最近（1930年12月）獲得解決的爭議中，就達成了這樣
65 的和解[89]。一來，因爲這裡所涉及的是帝國與邦在**聯邦國**中——這種無法將聯邦和契約元素加以排除、而且在具體個案中還透過與憲法並列之眾多合約與協定來加以規範——的關係；二來，因爲該爭議涉及的是當時國事法院已在實務上肯認其特殊性質的**金錢上請求權**（Geldansprüche）[90]，因此在系爭案件中對於爭議客體的處分總是可以被證立。但普魯士邦參議院（preußischer Staatsrat）與普魯士邦內閣（preußischer Staatsministerium）在1923年10月31日所達成的著名和解情

況卻完全不同。該和解包含了雙方對於普魯士憲法第40條之解釋與適用的一致見解，並基於這樣的相同見解認爲系爭案 66
件無理由而加以終結[91]。這個案件顯示出，**邦內部**憲法爭議的當事人是如何地在國事法院的協助下，將憲法爭議之客體當成可經由其合意來加以操縱的對象。而這裡的爭議客體則不折不扣變成是**憲法職權（Befugnisse）與管轄權（Zuständigkeit）的行使**。

爭議的程序終結，向來很容易引發當事人間的協調 67
（Koordinierung），特別是當**民事訴訟**的思惟占上風而被類推到憲法訴訟程序中時更是如此。因此，訴訟案件當事人間的協調，就會碰上產生自契約概念、且從爭議客體之觀點來看亦體現於訴訟及契約當事人平等地位（Gleichordnung）的協調，進而相互支持、相互加強。只有在明顯牴觸憲法的懲罰〔案件〕中才有刑事訴訟法的類推適用。而其餘的案件中則都無所覺地使用了民事訴訟的觀點和論證。所以國事法院在1927年12月3日的判決中這麼說：「在審查個別爭議案件是否構成法律爭議之問題時，必須從聲請人（Antragsteller）的聲請理由（Vorbringen）出發，這一點與民事訴訟中對於法律救濟途徑可能性之審查必須以原告主張爲基礎的情況並無二致。[92]」這樣的看法在具體個案中完全適用，只是還需要更進一步的區分；特別是國事法院與憲法法院無法依據民事訴訟之模式，將當事人能力和原告當事人適格（Aktivlegitimation）加以區分的特點，必須被加以注意。反之，如果在沒有論證或區辨的情況下，就不假思索地將民事訴訟的個別條款做出「不證自明」、「不言可喻」的決定性類推，則既不正確，也

容易引起誤解。

在國家法的文獻中我們也可以看出類似的趨勢。君主制的獨特（Singularität）、異常（Abnormität）和不合時宜（Unzeitgemäßheit）都體現在君主對官職（Amt）及國家權限（staatlicher Befugnis）具有權利這種在現代國家完全不可想像的事實之上（基於君主地位的獨特性，伯爾納茨克〔Bernatzik〕對於君主制與共和制之差異也做成了廣爲人知的法律定義[93]）；而相對於這樣的思惟，迄今的國家學理論、甚至是公法理論都十分肯定地認爲，**對於國家權力的行使並無權利之可言**，而**在國家權力的行使上也不能對官職主張權利**，因此掌有公法上權限或管轄權者，不能像支配其主觀權利（subjektives Recht）一樣對公法上的權限或管轄權加以支配。但是現在這些參與國家意志形成的、各式各樣的機關，卻將憲法的解釋和機關權限的行使當成是協定或（在沒有國
68 家法學說根據下就將民事訴訟加以類推之）訴訟的客體。如同以往，國家法學說似乎以標記出判決先例（Präzedenzfall）爲已足，而將這個本來是被無心引入之全新國家原則的深遠影響留給未來決定。特里佩爾不斷被援引的文章〈帝國與邦之間的爭議〉（Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern）（1923）——截至目前爲止在這個議題上最具重要性的文獻——在這樣的文章標題之下卻只處理了聯邦法上的爭議，也就是那些可基於帝國憲法中之聯邦主義要素去證立雙方當事人在契約上之對等地位的案件。但縱使特里佩爾將爭議的概念做這麼廣義的理解，他卻仍然堅持，如果不把「與權利的特殊關係」列入考量，邦就不得提起訴訟。在這樣的說法之下，

訴訟權能（Klagebefugnis）和主觀公權利（subjektives öffentliches Recht）之間的關聯就被特別強調出來。但即使是國事法院也不可能把對現行憲法規定的牴觸視爲公權利的侵害、並以之作爲訴訟權（Klageberechtigung）的基礎[94]。不過，在大多數法益受到侵害的案例中，我們卻很容易可以構築出一個主觀公權利，並且宣稱案件的重點其實只在訴訟的〔實體〕理由（Klagebegründung）上[95]。而將法律爭議之概念奠基於主觀權利概念之上的做法，甚至會讓邦內部（以及帝國內部）憲法爭議的定義更加困難、更有問題。因爲主觀公權利在這裡只會對國家的多元分裂加以放行而已。

遺憾的是，多數人都誤解了這一點。耶路撒冷（F. W. Jerusalem）在他有關國事法院審判權的著作中[96]是以這樣的方式來定義國事審判權的範圍：「所有主體爲國家機關，而屬於國家意志形成過程」者，也都包含在國事法院審判權的範圍內。而它「也會賦予機關首長（Träger einer Organstellung）主觀權利」，而「這種主觀權利的性格，和民事法院裁判中（！）的情況相同，都可以成爲訴訟的客體。」此外，他認爲即使是國家機關「也能夠成爲主觀權利的主體，只要法規範賦予他在執行其機關職權時有自主決定的空間。」
接下來他推論出極具特徵的限縮：「當然，在當前國家法的 69
基礎上，機關首長的主觀權利不能成爲世襲的權限。」我們或許可以想像，法學會將當今的多元主義與中世紀封建國家、等級國家及其既得權利制度的親近性推向更廣泛的程度，以使得它能夠嘗試將權位（Machtbesitz）當作世襲權利予以保障。但它並未跨出這一步。但對於國家概念分裂的程度而言，

這樣的句子還是極具代表性並值得特別注意。耶路撒冷以下述的命題來爲他的文章作結：「透過讓國事法院在憲法上對機關權限（Kompetenz）爭議做成裁判的手段，帝國憲法承認國家機關之職權行使可以是主觀權利的客體，而國家機關也有權力（Befugnis），透過相應的請求權在國事法院中與其他機關對抗、並捍衛其權限。」對此，安序茲是這麼說的（Kommentar S. 154），耶路撒冷認爲將國家機關之權限等同於主觀權利是「可疑的」，只是因爲它走得不夠遠：毋寧每一個權限（Befugnis）都應該與某種主觀權利合而爲一（identisch）。而勒文塔爾（M. Löwenthals）的說法也一樣值得注意，他是這樣區分國事法院審判權與行政法院裁判權的：在國事法院審判權中所行使的是**在國家權力範圍中的權利**（Rechte an der Staatsgewalt），而在行政法院裁判權中所行使的則是**對抗國家權力的權利**（Rechte gegen die Staatsgewalt）[97]。相對於這裡的理論建講，德國國事法院在實務上的態度卻極爲審愼，並且避免讓自己成爲國家多元主義的工具。在國事法院判決中，政黨的實體權限（Sachbefugnis）只在選舉權爭議獲得肯認[98]，而政黨黨團也不具有一般性的實體權限，毋寧更受到嚴格的限制[99]。
70 此外，因爲帝國內部的憲法爭議不在國事法院管轄權之內，因此這種潛藏於憲法爭議概念擴張之中的多元主義傾向，也就沒有引發最危險後果的可能。

但這種主觀權利之建構所能產生的最深遠影響，在理論上依然值得注意：〔根據上述的想法〕如果系爭案件事實所涉及的是成爲一體之全體人民（das in sich einheitliche, ganze Volk）的政治決定，那麼憲法就應該止步；而掌有國家權力中某部份權限（Machtbefugnis）的所謂國家機關，因爲是以社會團體之受託人地位而成爲「國家機關」、從而也就是爲了社會團體而行使其權限與管轄權，所以也就能把權限和管轄權視爲主觀權利，用以對抗與之敵對的團體，必要時也能透過訴訟的途徑提起訴訟。而且不論從整體或是從所有重要的個別部份來看，國家的意志形成都會變成一個協議，而其當事人——這些建造出多元國家的社會權力承載體——依據案件的情況，時而可以透過代表這些社會勢力之國家機關而行使掌控國家權力（staatlicher Machtbesitz）的主觀權利；時而（在規避政治風險的情況下）卻又意識到他們在「形式上」和「國家法上」根本就不存在。

在我的憲法學裡，我以民主憲政國家和實證的憲法概念（positiver Verfassungsbegriff）來反對這樣的趨勢。如果我們堅持，威瑪憲法是以作爲制憲權主體、成爲一體之德國人民的政治決定這種意義而存在，並藉助著這樣的決定使德意志帝國成爲一個憲政民主體制，那麼憲法守護者這項問題的答案就不會是透過虛構的司法形式、而會以其他方式出現。

注釋

【1】 關於「以帝國法院為憲法守護者」，請參照Frestgabe der jurisitschen Fakultäten zum 50jährigen Besetehen des Reichesgerichts中之論文，Berlin 1929，S. 154-178。

【2】 會議記錄，第485頁；先前的反對意見請參照H. Preuß, a. a. O. S. 483 / 4。

【3】「其法院在世界史上，於政治經濟的最高權威性功能中佔有獨一無二的地位」：John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, New York 1924, S.7.

【4】 Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, Boston 1924, Bd. I S. 52, 108 f.; Charles Evens Hughes, *The Supreme Court of the United States*, New York 1928, S. 31(Muskrat v. United States, 1911, 219 U.S. 346)；關於司法權的嚴格自制（具有司法性質的案件），S. 22。

【5】 請參照Hughes, a. a. O. S. 32。

【6】 迄今唯一的鑑定意見（advisory opinion）出現在門羅（Monroe）總統時期，請參照Warren a. a. O. Ii S. 56；Hughes對此的評注，a. a. O. S. 31：「這種情況在今日不可能再次發生。」司法部長James M. Beck建議當法律案的合憲性具有疑義時，國會應在總統的參贊下享有聲請最高法院做成鑑定意見之權利，但這項建議截至目前為止並未得到實現。另請參照Ogg-Ray, *Introduction to American Government*, 2 Aufl. 1926, S. 422注3。

【7】 Warren III S. 22f.(Dred Scott案), S. 244（Legal Tender案）；進一步文獻請參照Income Tax案（1895）。

【8】 這裡也包括了如合理性（reasonableness）與權宜（expediency）等概念。關於「憲法」（constitution）、「基本權利」（fundamental rights）、「自然衡平」（natural equity）及「人民意志」（will of the people）等概念的定性及關聯，請參照John Dickionson, *Administrative justice and the Supremacy of Law in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1927，第97及101頁中極有意思的注釋。

【9】 Gutachten a. a. O. S. 23。參照本書第154頁注3〔即第三章之注36——譯者〕中的詳細引言。

【10】1791年（以聯邦為規範對象）的第5增補條款：「未經正當法律程序，不得剝奪人民之生命、自由及財產；未經公正補償亦不得徵收私人財產。」1868年(以各州為規範對象)的第14增補條款：「未經正當法律程序，各州不得剝奪人民之生命、自由及財產；亦不得於其審判權中否定法律之平等保障。」誇張卻具有特色的是以這種方式表達的批評：「正當法律程序只是最高法院說它是什麼就是什麼的東西。」

【11】RGZ. 111 S. 322；相關討論請參照Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. I S. 171 ff. 中的詳細討論。

【12】與之相對的是美國最高法院在1803年所做成的奠基性判決Marbury v. Madison（1 Cranch, 137）。首席大法官Marshall法官指出：「立法權應被定義並限制……這是為了爭論究竟應由憲法去控制與之牴觸的立法行為還是讓立法者能透過一般途徑修改憲法而過度簡化的命題。在這兩個選項之間不存在著中間地帶。憲法只能是無法經由一般途徑修改的最高法規範，或是與一般立法行為立於相同位階，從而與其他立法行為相同、可因立法者之意願而被修改。如果第一個選項為真，那與憲法相悖的立法行為即非法律，而若第二個選項為真，則成文憲法便會成為人民意圖限制一個本質上無法受限之權力的荒謬嘗試。」帝國法院迴避了這種憲法上的權衡；雖然欠缺推論，但帝國法院的論證卻更加戒慎、更不具原則性，而且只以這樣的句子表示立場：「帝國憲法之條文只能經由依合法程序所制定之修憲法律廢棄之。」

【13】此處請參照Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 102, Jur. Woch. 1929, S. 2314; Carl Bilfinger, *Der Reichssparkommissar*, 1928,

S. 17；進一步的文獻請參考AöR, XI(1926), S. 194及Zeitschrift für Politik 第20冊，1930，第81頁以下；托馬（R. Thoma）於Nipperdey所編的*Grundrechten und Grundfplichten der Reichsverfassung*, 1929, Bd. I S. 38 f.，以及在由安序茲與托馬所編的*Handbuch des deutschen Staatsrechts* I S. 143與W. Jellinek eod. II S. 154(至少對憲法破棄有所限制)，最後也最重要的是：E. Jacobi, Reichsverfassungsänderung，收於*Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts,* 1929, Bd. I S. 233 f.。

【14】帝國法院第三庭在1924年1月25日所做成的決議中指出（RG. 107, 319）：「第105條準用103條之規定，課予法院在對該案件具有審判權時，有監督司法救濟途徑進行之義務。」這似乎表示了帝國法院有意將這種被動的審查權包括在內；但根據1924年2月22日的院會決議（Plenarbeschluss）a. a. O. S. 323，帝國法院並不認為103條與105條有涉及法院所應行使的職權範圍。與此處相反，關於立法機關用以對抗司法權干預之自我防衛的案例，請參照前文第9 / 10頁之注5〔即導論之注26——譯者〕。

【15】*Deutsche Juristen-Zeitung*, 1924, S. 243.

【16】*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5 S. 26.*

【17】「分散」（diffus）之用語係對照於另一種由單一審級**集中**（konzentriert）行使的審查權。

【18】M. Grünhut, *Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1930,* Beiheft 3, S. 3；Carl Schmitt, *Verfassungslehre* S. 274 / 6.

【19】然而自由法運動卻因為Radbruch的說法（ArchSozW., N.F. 4〔1906〕）而對獨立性與拘束的憲法脈絡多所誤解。考夫曼（E. Kaufmann）在1926年國家法學者年會上所發表的論述（Veröffentlichungen Heft 3 S. 19）十分中肯：「法官必須嚴守特

定法官的職權範圍，不得牴觸劃分司法及立法間界限的規範，也不得侵奪立法者的權限；司法者只能對涉及司法權最外圍的侵害加以指責。」雖然法官具有「造法」的「自由」及廣泛的裁量權，雖然實際上存在著許多不確定法律概念，但只要市民法治國仍然受到肯認，法官就仍然必須受到「來自法律的拘束」。進一步請參照W. Jellinek, Verwaltungsrecht 1928 S. 10：「司法不得干預立法」或H. Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern 1923 S. 52：「透過利益權衡來進行的法律漏洞填補，首先必須從法律本身以可見之方式所呈現出的利益評價出發。」關於新法制訂後法官的裁量權界限，Juncker在Steinscher Grundriss des Zivilprozessrechtes, 1928, S. 23 / 24中有非常精闢的論述。關於並無「義務性之裁量」，而僅有「合法裁量」的論述，請參照Schnuner, Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, VerwArch. 33（1928）S. 77（對司法者而言毫無疑問是正確的；但在其他情況下，對於「自由」行為的「授權」和有涵攝可能性、內容具有拘束力的規範仍然難以區分，除非透過其他規範如「誠信原則」或「交易習慣」的進一步指示）。

【20】關於「司法者的困境」請參照Radbruch, Arch. Soz. W.N.F. 4 (1906), S. 355。在該篇論文中，司法者之困境與權力分立之憲法問題的關聯被加以肯認（援引Hatschek所著*Englisches Staatsrecht I*, S. 1065），但在自由法運動的批評與戰前的憲法理論真空期所帶給人們的印象中，卻再度遭到誤解。權力分立被認為是一種「理性主義」（Rationalismus）而遭到駁斥（另請參照E. Kaufmann, *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*，Leipzig 1908，第34頁）。Radbruch認為這是「孟德斯鳩纏繞不散的陰魂」（"immer noch spukenden Geist Montesquieus"）（第365頁），但這個久久不散的陰魂本身也正是威瑪憲法所採納的、市民法治國的精神，而且也只隨著市民法治國的消逝而退散。關於孟德斯鳩對司法權的觀

點，也請參照136頁的注釋〔即第三章之注13——譯者〕。

【21】例如1791年的法國憲法（最末句），以及1830及1848年的法國憲法（關於想從中導引出實際推論的失敗嘗試，請參見 *Verfassungslehre*, S. 116）。近來但澤自由市（die Freie Stadt Danzig）在1920年11月15日／17日及1922年6月14日所公布的憲法第87條中規定：「捍衛憲法不受違法侵害，乃所有公民之義務。（Es ist Pflicht jedes Staatsbürgers, die Verfassung gegen gesetzwidrige Angriffe zu schützen.）」1927年6月2日公布之希臘憲法第127條：「憲法之維護，託付予希臘人民。」（La garde de la constitution est confiée au patriotisme des Hellènes）(Dareste-Delpech, S. 656)

【22】R. Gneist，Gutachten zum 4. Deutschen Juristentag：「法官應否對法律之制定是否合憲的問題做出判斷？」Berlin 1863, S. 31。

【23】例如R. Mohl, *Die Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, S. 18, 575；Dahlmann, *Politik*（3. Aufg. 1847）S. 197 f.；Bluntschli, *Allg. Staasrecht*, 2. Bd. 4. Aufl., 1868, S. 552 f.；Gény，收於 Eisenmann, *La justice constitutionelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris 1928, S. 44 f.。

【24】帝國與各邦間之爭議，Berliner Festgabe für W. Kah,l Tübingen 1923, S. 19 f.。

【25】在威瑪國民會議憲法委員會（Verfassungsausschuss der Weimarer Nationalversammlung），Protokolle S. 483／4：「諸位現在（與一般法院審查權的提案相反）想要透過剝奪法院之審查權、另外建立一個可經一百名帝國衆議員之聲請而發動審查的特別法院（！）來另尋出路。這種規範——請諸位恕我冒犯——在某種程度上跟命令山羊去看守花園一樣失當。……剝奪普通法院最重要職權之一的行為，並不能補強人民權利的保障。」接下來的論述也非常有趣：「而在沒有除名規定（Ausschließungsbestimmung）的情況下，諸位是否就要讓一小部分之帝國衆議員有決定這種議題（法律之實體合憲性）的機會，也還是另一個問題。而這樣的做法，只能從這種合憲性審查之類型在現實上很少出現的觀點來正當化。」普勞斯的錯誤可以從他並不希望、也未預見到所謂基本權的劇烈擴展中得到解釋。反對所謂奧地利方案（die österreichische Lösung）（本書前文第6頁）及表現於現行草案中的帝國法院監護（die Bevormundung des Reichsgerichts）特別有力者：F. Morstein Marx a. a. O. S. 116 f., 139 f.。

【26】Iherings Jahrbücher 76, S. 200, 201, Jur. Wochenschrift 1926, S. 1429（關於帝國法院1925年11月4日判決的注解）；然而在此處Stoll支持「奧地利典範」（das "österreichische Vorbild"），進一步的討論請參見Nipperdey的論文集，*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, Bd. III., Berlin 1930, S. 187。相同見解，Morstein Marx a.a. O. S. 151／52：「透過無限制的司法審查管轄權，來使立法活動的司法形式性（Justizförmigkeit）在普通訴訟途徑中獲得實現，這件事的重要性並不亞於立法活動的合法性。唯有如此，法治國才是完整的。」F. Adler, Verfassung und Richteramt, Z.f.ö. Recht, Bd. X（1930）, S. 120 認為普遍而統一的審查權是常態，而集中於一個特殊的機關則是一種「矯揉造作的解答」。

【27】*Der Rechtsstaat*, Berlin 1872, S. 175.

【28】Schulze, *Preußisches Staatsrecht*, 2. Aufl. Berlin 1888／90Bd. II, S. 905；贊成該見解者，Pistorius, *Der Staatsgerichtshof und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigem Deutschem Staatsrecht,* Tübingen 1891, S. 209。莫耳在 *Verantwortlichkeit der Minister*（1837）的前言中指出：「對多數人而言，規範部長責任的法律是憲政國家體制的基礎。」

【29】J. St. Mill, *Considerations on Representative Government*（1. Auflage 1861 erschienen）, Kap. 7: Of true and false Democracy：「假性的民主只代表多數人，而真正的民主則是全體人民——包括少數人——的代表。」「真正的」民主自然是「真正的」。實際上

它是一種如同 L. v. Ottlik 在 Diktatur und Demokratie, Arch. f. Geschichte der Philosophie und Soziologie XXXIX (1930) S. 223 中所曾正確指出的，是一種防衛自身免受民主侵害的自由主義。這種基於正確與錯誤（Wahr und Falsch）、真實與虛假（Echt und Unecht）之區別而做成的定義，並不是德國浪漫主義者或 Othmar Spann 所獨有的創見，而是真正政治劃分的反映，而所謂的「正確」或「錯誤」、「真實或虛假」，則是對當前敵友之分（Unterscheidung von Freund und Feind）的反映。關於奧地利社會民主主義者（Sozaildemokraten）與穆勒之自由主義式國家架構在思路上的結構一致性，請參照拙著中討論普勞斯之的注 26 及 27（Heft 72 der Sammlung Recht und Staat, Tübingen 1930, S. 34）。此外並請參照本書第 142 頁以下。

【30】Kelsen, *Bericht vom Staatsrechtslehrertag 1928*, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 81。也許在君主主義者的「形式」概念之外（由 A. Hensel 在 AöR., N.F. Bd. XV, S. 415 中所特別指出的：「所謂的君主主義者就是，所有跟維也納學派意見相左的人」），也還有類似的對民主主義者的形式定義。Hensel 的說法不只是「詼諧」而已，在詼諧的表相之下他更觸及了問題的核心：亦即公法中的形式主義（Formalismus）是可能含有特殊政治意涵的。另請參照本書 75 頁及 128 頁。

【31】相關論述請參照 *Verfassungslehre*, S. 134；進一步的文獻請參照 H. Triepel, *Bericht vom Staatsrechtslehrertag 1928*, a. a. O. S. 9 f.。

【32】*De la responsabilité des ministres,* Paris 1815, S. 36, 44, 52. 關於貢斯當在市民法治國之憲法學說與議會體制之憲法理論上的重大意義，請參見本書 134 頁。

【33】*Verfassungslehre*, S. 331.

【34】Pistorius, a .a . O. S. 209；另請參照本書第2頁所援引梅耶的注釋〔即導論之注 5——譯者〕。此外，我們都知道，司法形式的責任在普魯士和帝國中都沒有獲得實現。就算這種司法形式的責任是

以可能實現的方式被加以規定（如同許多中部諸邦的規定方式），聯邦（Bund）挾其凌駕性地位，也能輕而易舉地讓這些規定毫無用武之地。「這些明定了如何有效使部長負起責任的憲法，例如黑森公國（Kur-hessisch）憲法，都在 1850 年聯邦衆議院的大筆一揮下冰消瓦解。」F. Thudichum, *Die Minister-Anklage nach geltendem deutshcem Recht und ihre Unräthlichkeit in Reichssachen, Annalen des Deutschen Reiches,* 1885, S. 668.

【35】對於第 59 條的批判主要見於 Binding, *Die staatlichrechtliche Verantwortlichkeit (Zum Leben und Werden der Staaten,* München und Leipzig 1920, S. 408）：「顯然，部長訴訟之制度並沒有受到它因君主與國民間公約（Paktum）的共同作者身份而所取得之本質的影響。」而賓丁（Binding）身上這種可以一直讓人不斷讚嘆的，實質法學思惟的力量，也顯現在國家法的論述中，並且直指核心：憲法先前是契約，但今天已不再是。

【36】參照本書第 5 頁注 1〔即導論之注 13——譯者〕。

【37】Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1926, Berlin 1927, S. 13.

【38】Meyer-Anschütz, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, München und Leipzig, 1919, 7. Auflage, S. 906.

【39】R. Mohl, *Die Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, S. 185.

【40】Smend, a. a. O. S. 135；特里佩爾於 *Veröffentlichung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehre*, Heft 5, 1929, S. 8 中指出：「**在某種程度上**，憲法的本質與憲法審判權的本質是互相衝突的。」（黑體字為原文所加。）

【41】關於威瑪憲法第 19 條之下國事法院在德意志帝國中之權宜處置權的合憲性問題，請參照 Fr. Giese，DJZ. 1929, S. 132；Giese 認為將高權行為（Hoheitsakten）的禁止或誡命都納入暫時性處分權，其合憲性也是「毫無疑義」。Heinsheimer，*Jur. Woch.* 1926, S. 379、Lammers，eod. 第 376 頁、W. Simons，Lammers-Simons合著第二冊的導論，第11頁都表示贊成的立場。反之，帝

國財政法院院長 Jahn 在 Darf der Staatsgerichtshof einstweiligen Verfügungen erlassen?, *Jur. Woch.* 1930, S. 1160, bes. S. 1162 一文中指出：「此處所涉及的乃是政府應負起責任的這項任務。」1163 頁（反對民事訴訟法第 944 條在緊急情況下得由庭長代替法院做成暫時性處分之類推）：「這將會形成一種獨夫的權利，讓個人得以超越帝國總統、部長、帝國衆議院與邦衆議院的地位專橫獨斷。在我看來，這與內含民主概念的威瑪憲法並不相容。」而德國國事法院的實務見解，可參照 1928 年 11 月 17 日的判決（RGZ. 122, Anh. S. 18 f.; Lammers-Simons I, S. 156 f.）：「國事法院行使該項職權，然而必須注意，此處僅涉及金錢上之請求權。」在 1925 年 10 月 10 日的判決（RGZ. 111 Anh. S. 21 f.; Lammers-Simons I, S. 212）中，暫時性處分權原則上似乎是被肯定的：「為顧及執行的可能性（與確保）」，而且法院的論證也十分有趣：「並無主張應排除暫時性處分權之見解。」（但我們可以進一步追問：「為什麼沒有這樣的見解？」）另一方面，也有許多判決拒斥這項暫時性處分權的建議：1929 年 10 月 23 日的判決（RGZ. 126 Anh. S. 1 f.; Lammers-Simons II, S. 71）對暫時性處分權施以原則性的限縮：「僅限於例外情況，並必須嚴格自制」；而 1929 年 7 月 13 日的這項決議（Beschluss）（Lammers-Simons II, S. 98）更具有特殊的重要性：「法院不得透過暫時性處分權而影響已決議通過之法律的公布。」1930 年 7 月 17、18 日的判決（RGZ. Bd. 129 Anhang S. 31）也宣稱：「如同行使暫時性處分（vorläufige Anordnungen）一樣，法院在將來也必須**極其謹慎及自制**。」此外，在該判決中法院也明白指出，暫時性處分權所涉及的乃是**利益衡量**（Interessenausgleich），而非裁判（Rechtsprechung）。

【42】請參照本書第 26 頁。

【43】依據 1926 年的德國草案，帝國衆議院、帝國參議院或帝國政府有權聲請國事法院做成裁判。進一步的案例介紹請參見 Verfassungslehre, S. 137。關於聲請權之限制與值得注意的批判，請參見 Morstein Marx, a. a. O. S. 116 ff.。

【44】1926 年 4 月 20 日公布之帝國、邦及地方自治團體財政收支劃分法第 6 條規定（RGBl. I S. 203）：「若帝國財政部長與邦政府對於邦稅捐法規**是否牴觸帝國法**之問題上有所爭議，基於帝國財政部長或邦政府之聲請，由帝國財政法院加以決定。並由帝國稅捐條例第 46 條第 2 項第一句所規定之方式所組成之大法庭（der Große Senat）予以管轄。具體規定保留予特別法律規定之。」另一方面，邦稅與地方稅**是否**有損於帝國之稅捐收入、以及是否**牴觸**帝國在稅捐課徵上之**優先利益**的問題，基於帝國財政部長或邦政府之聲請，由帝國參議院加以決定。此外，帝國財政部長得聲請帝國財政法院對稅法之解釋提供**建議**（Beachtung）。

【45】1924 年 8 月 30 日所公布關於德意志帝國鐵路公司之帝國法（帝國鐵路法）第 44 條第 3 項規定（RGBl. II S. 272）：「若帝國政府或帝國鐵路公司認為法院裁判之執行，會危及對賠款國債券之利息支付與清償時，任何一造得於判決公布後一個月之期限內聲請仲裁（第 45 條）。依據 1930 年 3 月 13 日公布之帝國法（Youngplan），該項規定與第 45 條皆被刪除（RGBl. 1930, II S. 364）。

【46】André Blondel a. a. O. S. 174 f. 亦加以肯認。

【47】關於此一部份，請參見 Ed. His, *Geschichte des nereren Schweizerischen Staatsrechts*, Bd. I, Basel 1921, S. 196 / 202。

【48】請參見本書第 27 頁。

【49】*Des conspirations et de la justice politique*, Brüssel 1846, S. 101。在帝國法院院長西蒙斯博士與帝國政府之間的衝突上，這句話也在人的層面上獲得了證實。

【50】請參見本書第 77 頁及 154 頁注 3（即第三章中之注 36——譯者）。

【51】R. Mohl, *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837，在前言中指出：「對大多數人而言，部長責任的法律是一個憲政國家架構的礎石。」

【52】例如 R. Mohl, *Verantwortlichkeit der Minister*，第 15 頁（批評薩

克森將國事法院當成仲裁者及詮釋者的方案）、第 187 頁（論及緊急狀態下的免責）等；進一步可參見對 1848 年法國憲法的評論，*Staatsrecht, Völkerrecht und Politik,* Monographien I S. 561-564（Tübingen 1860），在第 562 頁中提到：「即使設立了國事法院而也確立了責任，在個案中也只能說，法律只是在叛亂攻擊已經被弭平之後，對於穩定得當之處置的確保。」Bluntschli, a. a. O. II, S. 550 f.；另請參照本書第 77 頁格內斯特鑑定意見的引文：「對於憲法一般原則之牴觸並無事後的審查」；格內斯特易遭誤解的句子：「對憲法條文而言，審判權是以解釋的方式出現。」(Der Rechtsstaat, 1867, S. 175）係針對行政法院之裁判權；此外格內斯特對於由專業官僚所組成的國事法院及憲法法院並不信任；請參照他在 1866 年 2 月 9 日普魯士衆議院院會（die Sitzung des Preußischen Abgeordnetenhauses）中的發言（Sten. Ber. 130頁）：「根據我對歷史的了解，當人們要將具有全權之政府的合憲性問題交由數名代理人決定時，官僚體系沒有一次能夠通過考驗！即使是在司法人員擁有部長等級之崇高地位、且周圍環繞著崇高、獨立而法律素質甚高之同僚的英國，卻也仍然如同我們在德國所習見的，無法通過這種較量的考驗。而在我們這麼惡劣的公務關係中，這樣的七個人有可能對部長及控訴部長之原告間的問題，嚴肅地做成中立的司法判決嗎！？真的要我說的話，我並不諱言，最高法院（Ober-Tribunals）在它六或七個庭的全體成員中，還不夠強到能以他的固定成員去組成國事法院。」而 Thudichum 對部長訴訟之「無用性」（Unräthlichkeit）所表示的見解（a. a. O. S. 637 f.），則是產生自另一種想法。A. Haenel, Deutsches Staatsrecht I. Bd.(1892), S. 562 f. 則是在「國家看護」（Staatenpflege）（而非「司法裁判」〔Rechtspflege〕）的體系脈絡下處理聯邦法院對各邦內部憲法爭議的裁判權問題。

【53】*Untersuchungsausschuss und Staatsgerichtshof,* Berlin 1920, S. 83 f.，關於司法訴訟的概念。

【54】Revue politique etw parlementaire 126（1926), S. 186.

【55】*Verfassungslehre*, S. 127.

【56】*Verfassungslehre*, S. 152. *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung,* Berlin 1926, S. 17 / 18, JW. 1926, S. 2271（格勞〔R. Grau〕的誤解，Der Vorrang der Bundeskompetenz, *Festschrift für Heinitz,* 1926, S.403）

【57】如同 Kelsen 所說的「透過憲法形式這項概念的轉介。」（Bericht S. 38）

【58】這個名詞來自於叔本華所嘲笑的三段論法：「人有兩條腿，因此所有有兩條腿的都是人，因此鴨子是人。」Gerichtssaal XCIV, S. 213 f. Arch. f. Soz. Wissenschaft XXI, S. 18 f.(Die Erneuerung des Rechtsbetriebs), Reichsverwaltungsblatt 1930 S. 34. 關於這種邏輯在法律概念之學說上所造成的危害，請參見*Verfassungslehre*, S. 143 f.。對一般法理論問題而言，仍應注意以下的論述：「就其本質而言，只有受法律拘束的司法權，而沒有其他可能性。」因此應該堅持立法權與司法權的本質差異，而從憲法到司法裁判之間並不存在著如同 Kelsen 所說的，「可通行無阻的階層序列」（durchgängige Stufenfolge）（Bericht S. 31-32, 42）。法官依據法律所行使的權力，就其內容而言係由法律所規範，從而有別於「依據（憲法）法律」（auf Grund des（Verfassungs）Gesetzes）而來的立法。若「依據法律」的用法不以內容、而是以其他方式作為連接點，並且再不斷加以「延伸」（durchgängig），那麼「依據法律」這句話也就喪失了它在法治國中的特定意義。在語言使用不精確的情況下，人們可以說立法者是「根據」使其成為立法者的憲法規定來制訂法律，而比方說，帝國衆議院則是依據帝國憲法第 68 條、帝國總理「根據」帝國憲法第 56 條決定方針，而帝國總統則「根據」帝國憲法第 48 條之規定採取獨裁措施。從這種管轄權的規定及「授權」中，並不能導出如同法院在適用法律

及「根據」法律做成判決中所指出的、具體國家行為在內容上的來源。在法官根據刑法規定判決被告應受監禁時，這項做出監禁宣判的判決，是藉著將一個可涵攝且在一定框架下（自由刑，Gefängnisstrafe）事先確定判決內容之規範的構成要件涵攝進系爭案件中，來從法律裡導引出判決的內容。假設帝國總理「根據」帝國憲法第56條與俄羅斯締結同盟，或帝國總統「根據」帝國憲法第48條提出了「援東計畫」（Osthilfe），那麼這個俄羅斯結盟與援東計畫，在內容上並不是透過構成要件的涵攝從第56條或48條的憲法規定導引而來，而與所有自由刑必須出於刑法規定的情況不同。將管轄權規定與內容規範混同、將形式各異的法律條項、指令（Befehle）、規制（Regelungen）、授權與決定都用一個「規範」的字眼一筆帶過，以及在涉及司法權時，不再區分可交由司法裁判（justiziable）與無法交由司法裁判（nichtjustiziable）的「規範」，都是對規範概念的濫用。司法裁判的本質在於從作為裁判基礎的規範中導出判決的內容，以及法院真的以可衡量及可預測的方式，受具有拘束力之規範的拘束、而非僅僅只是受到規範的授權。對於不確定法律概念的自由形成空間仍然存在；但如果「規範」已經廣泛或內容空泛到使構成要件涵攝成為不可能的程度，或是只剩下管轄權的規定，那麼在這種程度上，也就喪失了形成司法程序之基礎的機會。如果以帝國法院取代帝國總理，在司法獨立的保護傘下去決定政治方針，那麼此處所行使的也就不再是司法權，相同地，當法院只能援引正確方針的「嚴格」「規範」存在、並從而「根據」此「規範」或「根據」言詞辯論後兩造與律師之請求來做成裁判時，認為民事或刑事訴訟規則的全部規定都可以「同理適用」，簡單來說，就是在人們設計了一個模仿訴訟程序、但還在具體化其細部化之程序時，其實都不是司法權。如同其他的憲法理論問題，「憲法審判權」的問題也可以藉由「形式」概念來輕鬆解決。但當我們注意到立法權與司法權之區分與可交由司法裁判及無法交由司法裁判之規範的差異時，我們卻又

可以發現，這些看來清楚的情況其實都只是文字遊戲的結果而已。例如 Kelsen 在談到一個延伸的法規範「層級」（Stufenbau der Rechtsordnung），並且在這樣的基礎上開展他整個的思維架構時，因為他無法區分「憲法」的多重意義（就像無法區分不同形式之「規範」一樣）——作為基本規範（Grundnorm）、政治上的整體決定（politische Gesamtentscheidung）、偶然被成文憲法條文所制訂之內容（R．斯麥特）、憲法的管轄權規定或憲法個別的實體性規定——所以只能繼續將這些不同的意義加以混用。A. Caspary 在一篇文章 Versuch über den Begriff des Staatszweckrechts, Zeitschrf. f. d. ges. Staatswissenschaft, Bd. 83 (1927), S. 238 中很適切地指出：「如果憲法是實證法的話，那麼憲法就『不多不少』跟民法典是一樣的法（Recht），那麼民法典也就不是『根據』憲法而生效了」。那麼這種「層級之間能夠互通有無」（durchgängig）的「法層級理論」也就只具有抽象法理論的趣味，而不具有「憲法理論」上的實益了。因為以一個「法規範」的空洞法理架構以及「規範」上下層級混淆的「層級架構」（Stufenbau）或「階層」（Hierarchie）來取代憲法理論的基礎，所以 Kelsen 就偏離了原先的問題點。只有這樣才能解釋這些獨特的概念：憲法審判權是凌駕於規範之上的規範審判權，而在「法律理論及法律技術上」，法律的合（憲）法性要求與司法及行政之合法性毫無二致（Bericht, S. 53），以及法律並非訴訟裁判之基礎、而係訴訟之**客體**。因為法律的效力有強有弱，憲法條文只能透過帝國憲法第76條所規定較為困難的程序才能修改，而一般法律（ein einfaches Gesetz）則能透過新制訂的一般法律加以修改或廢棄，因此我們在某種意義上可以說規範有強有弱、有「高」有「低」。如果這種程度之分只用來指涉規範的修改可能性（Abänderbarkeit）及廢棄可能性（Aufhebbarkeit），那麼這樣的說法是可行的，而且也不致遭受誤解。但如果我們要進一步將它說成是一般性的「規範階層」（eine allgemeine "Hierarchie der

Normen"），並且將三種或四種不同的具體上位及下位規範——高於整體國家生活（das ganze staatliche Leben）的憲法「上位規範」（Überordnung）、高於較弱法律的較強法律「上位規範」、高於司法裁判與法律適用行為的法律「上位規範」，以及高於下屬（Untergegebene）的上級（Vorgesetzte）「上位規範」——都囊括進來，那麼這就會變成一種充滿了人工想像的隱喻。正確地來說，現實上只存在一種具體的階層，也就是具體審級的上下級。「規範階層」是一種以欠缺鑑別力也欠缺方法論的方式去對「規範」進行「物種演化」，也是一種興之所至的比喻創作。規範的修改程序有難有易的情況，不論是從哪種可能的觀點——邏輯學、法學、社會學等等——來看，都與階層有別；憲法在管轄權之規定中將特定行為交由各該管轄機關行使，這與上級機關無涉（因為規範化並非機關），而認為一般法律並不低於修改程序較為困難的法律，這種見解才是正確的。

【59】*Verwaltungsrecht* I, 3. Aufl. S. 84 Anm.

【60】請參照本書第16頁。一項規範與他項規範「衝突」（Widerspruch），也與在法院「有罪」判決中所確定、與一項規範「衝突」的情況不同。當一項規範明定：「你不應該殺人」，而法官確定了：「X殺了人」，那麼這種與規範的衝突，就與兩個相互矛盾之規範（如「你不應殺人」和「你應該殺人」）間的衝突不同。在前一個例子裡我們審查的是：「X在這裡所做的，是殺人的行為」，而在後一個例子所看到的，卻是：「當一項規範所規定的內容與他項規範相反，而且從邏輯或法律都無法相容於一個共同而通用的判準之中。」在這裡也可以運用一種規範論的觀察方式，也就是虛構的雙重意義。這種方法是規範論者的待徵，因為規範論本來就不論及實體、而只談論形式主義的殘影。就像規範論把具體契約的效力轉化為「有效契約具有效力」之一般原則的效力（請參照 *Verfassungslehre*, S. 69 f.），所有法律的效力也就可以再加上「有效之法律具有效力」之一般原則的效力，而所有禁止規範（Verbot）也可以再補上「不得遵守有效禁止規範」之禁止。相同的推理還可以說上許多。藉由這種毫無意義的加添，我們可以說，在憲法法律與一般法律之外，還有一項憲法法律的規定，而這項憲法法律禁止通過所有牴觸憲法法律的一般法律；如果一般法律的立法者侵犯了這項禁止規定，那麼此時的憲法侵害將由法院加以審查。然而即使如此，這裡所談到的仍然不是規範的階層與憲法審判權。在法院做出立法者牴觸該項禁止規範的判決時，根據這項判決的本質，它應該是懲罰性的刑事審判權，而非憲法審判權。此外，即使加進了這種憲法禁止規範，我們也不能得出什麼特別的結論；因為在指令（Befehl）與相反指令（gegenteiliger Befehl）之間有矛盾存在的情況，並不能導引出司法者適用法律之意義下的構成要件涵攝。

【61】*Verfassungslehre*, S. 31 f.

【62】Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912; *Politische Theologie*, München und Leipzig 1922；進一步請參照 H. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929.

【63】相關論述請參照，如 Ogg-Ray, *Introduction to American Government*, 2. Aufl., New York 1926, S. 428。

【64】從而帝國法院根據§ 4 des Einf.-Gesetzes zum GVG.所做成之鑑定意見及卡特爾法院於1923年11月2日根據反經濟地位濫用規則第20條所做成的鑑定意見（RGBl. I S. 1067）亦屬之。關於帝國財政法院根據帝國稅捐規則第43條所做成之鑑定意見：J. Popitz, in Steuer und Wirtschaft, VIII（Oktober 1928）, Sp. 985及A. Nenseil, eod. Sp. 1130（「一個對國家制度功能變遷的有趣例證」）。而勞工法院法第106條中包含了一個值得特別注意的連結：「只要契約當事人根據第91條能夠在勞工爭議中協議仲裁（Schiedsvertrag），那麼他們也就能在不排除勞工法院裁判權的情況下協議，得以**仲裁見解**（Schiedsgutachten）去決定**對法律爭議之裁判具有重要性之事實問題**（仲裁鑑定契約，Schiedsgutachtenvertrag）。」——關於尋

求一個中立專家國（Sachverständigen-, Experten-Staat）之鑑定意見的嘗試，請參見本書後文第103頁。

【65】A. Bertram, Zeitschrift für Zivilprozess, Bd. 53, 1928, S. 428：「行使這種具備準有權解釋（quasi-authentische Interpretation）性質之鑑定，會讓帝國法院表面上成為一個可做成具有拘束力之法律解釋（bindende Gesetzesauslegung）的法院；而所有對這種法院之計畫提出反對的見解（vgl. Reichel, *Gesetz und Richterspruch* S. 111，及其所援引之文獻），也同時反對法院去實現這種鑑定義務。一個修補法律疑義及漏洞的法院，將會逾越界限而進入立法者的領域，並同時喪失法院行為所必需的中立性（Unbefangenheit）。」「鑑定不是法院行為的構成要素，而是行政權的行為，因此（sc. wegen § 4 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz）必須限縮在法院的職權範圍內，也就是司法行政事務之中。」

【66】關於保留的問題，請參見：C. Bilfinger, Zeitschr. f. ausl. öff. Recht u. Völkerrecht I, S. 63。關於「國事法院裁判權」，F. W. Jerusalem, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1930, S. 70 f.。此外請參照，Benjamin Constant，*Réflexions sur les Constitutions,* Paris 1814, Kap. 9: De la nécessité, de ne pas étendra les constitutions à trop d'objets。

【67】*Verfassungslehre*, S. 31 f.；另請參照本書前文44頁。

【68】W. Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen,* Tübingen 1908; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung,* Tübingen 1913, S. 209; *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Berlin 1929, S. 253-4.

【69】關於這項概念可參照，*Rapports des Institut International de Droit Public*，1930，以及R. Smend, R. Laun的報告，而P. Duez則特別涉及法國發展的部份。

【70】RGZ. 128, Anhang, S. 1 f.; 帝國法院院長Dr. Bumke編著，*Ausgewählte Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*，Heft 2, Berlin 1930，特別是15 / 16頁。

【71】但我們也不能馬上得到一個毫無限制的絕對「可裁判性」（Justiziabilität），只是提供一種確定誰是契約當事人及何謂契約爭議的機會。

【72】例如1920年3月23 / 31日，德意志帝國與巴伐利亞共和國（Freistaat）所簽訂關於巴伐利亞郵政與電報行政如何傳送到德意志帝國的國家契約第13條（RGBl. S. 640）；而簽訂契約的雙方政府若對於契約的解釋有爭議時，應由國事法院決定之。另參見該1920年3月31日國家契約第43條，關於國家鐵路到德意志帝國的連結（RGRl. S. 787）。

【73】例如1907年海牙仲裁法院條約（Haager Schiedsgerichtsabkommen）第38條、國際聯盟規章（Völkerbundsatzung）第13條第2項、常設國際法院條約（Statut des Ständigen Internationalen Gerichtshofes）第36條、1921年12月3日的德國－瑞士仲裁法院與和解條約第2條（Strupp, Documents, V, S. 591）等。

【74】*Verfassungslehre*, S. 113 f.。但這並不表示所有同盟間的關係都可能、或應該無條件地交由司法機關解決；關於這一點，比爾芬格（Carl Bilfinger）有非常貼切的論述，請參見 *Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, Tübingen 1923, S. 9 f.；以及A. Haenel在本書前揭第36頁注釋中（即本章注52）所表示的見解。這裡所涉及的只是憲法**條約**與司法爭議解決途徑（Justiziabilität）的一般關聯。和其他的憲法一樣，聯邦憲法也無法簡單化約成由個別權利義務組成的體系（R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S.172）。

【75】*Verfassungslehre*, S. 115.

【76】因此也就需要一項修憲的法律（verfassungsänderndes Gesetz），因為在本質上已經產生了一個行使立法功能的新機關；但Löwenthal在DJZ. 1927, Sp. 1234 f. 及1930年11月22日的

Reichsverwaltungsblatt 卻對此判斷錯誤。而正確地提出應有修憲法律的人有：Hofacker，*Gerichtssaal* 1927，S. 213；R. Grau, a. a. O. S. 287；Bredt，*Zeitschrift f. d. ges. Staatsw.*, Bd. 82（1927），第 437 頁；尤其是 v. Imhoff, a. a. O. S. 244 f.。

【77】相關論述請參見 *Verfassungslehre*, S. 114。

【78】Prot. S. 411（反對 Kahl 將所有以憲法為對象的爭議都視為憲法爭議的見解）；進一步請參見普勞斯在 1919 年 4 月 2 日的發言，載於 handschriftliche Sitzungsprotokollen des Verfassungsausschusses, Bd. I Nr. 6, Nebenakten 3。

【79】*Die Staatsgerichtsbarkeit im Deutschen Reich im Reichsgerichtsfestschrift* 1929, I S. 181. 但托馬在最後也說，這裡的文義也可以被視為是對問題的肯認。

【80】因此托馬是正確的，a. a. O. S. 181。

【81】1921 年 7 月 12 日的判決（RGZ. 102, S. 15 與 AöR 42, S. 79；Lammers-Simons I, S. 357）；1920 年 10 月 15 日的中間判決（Zwischen-Entscheidung）（RGZ. 118, Anhang S. 4 及 Lammers-Simons I, S. 292）；1927 年 12 月 17 日的三個判決（Lammers-Simons I, S. 330, 341 f.與 398 f.）；1928 年 5 月 12 日的中間判決（RGZ. 120, Anhang S. 19, Lammers-Simons I, S. 352）；而且迄今的實務也清楚地證實了這樣的立場：1930 年 6 月 24 日的判決，RGZ. 129, Anhang S. 1 f.；在第 6 頁也提出前文所援引的說法；同樣在 Poetzsch-Heffter, *Handkommentar*, 3. Aufl., S. 157（援引在我看來其實並不重要的帝國憲法第 17、37、39 條），H. H. Lammers，JW. 1928, S. 3255 的注釋，依據國事法院先前的判決認為出於帝國憲法之爭議「理所當然」屬於邦內部之憲法爭議。但就我看來，G. Leibholz 在 Gleichheit vor dem Gesetz 第 126 頁注釋中的立論才是正確的。根據 Leibholz 的看法，19 條將憲法爭議誤認為是「關於單一國基本法（einzel-staatliches Gesetz）適用、執行或解釋的爭議」。「而這樣的看法顯然是出自於國事法

院補充性質的管轄權；因為如果不這樣解釋的話，那麼邦就有可能設立一個法院來解決這種類型的爭議，而避開帝國法院或國事法院的管轄權、以邦法院的判決來取代。」而以下這些論述也是正確的：E. R. Huber，AöR. XIX（1930），第456頁對於Fr. Kühn 所著 *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht*, Leipzig 1929 的討論。Anschütz, *Kommentar*, 3. Bearbeitung, S. 154（Nr. 2 zu Art. 19）揚棄了之前的見解而改採國事法院的見解；Giese, *Kommentar*, 8. Aufl. S. 82 強調邦內部源於帝國憲法之憲法爭議的例外性格。

【82】對於第 15 條與第 19 條間關聯的基本見解，國事法院已經在 1929 年 12 月 9 日的判決中（RGZ. 127, Anhang S. 125，Lammers-Simons I, S. 25）中明白指出：「第 19 條意義下的非私法形式爭議從而是一種在帝國與邦之間，關於邦對於帝國法律之解釋方式是否牴觸該帝國法律之意義，亦即其解釋方式是否具有瑕疵的爭議。」從第 15 條第 3 項的明白規定裡「不能推導出，在帝國法律解釋方式之爭議尚未透過某種異議形式而特別顯現出來時，這種非私法形式的爭議就不能交由國事法院決定。最近來的案例中，第19條毋寧是作為**補充性**的規範。它揭示了一種一般性的原則。」批判的見解請參照在我看來十分貼切的論述，von. Jan's，Bayr. VerwBl. 1930，頁 68 f.。在圖林根校內禱告（thüringische Schulgebete）的爭議事實中（1930年7月11日之判決，RGZ. 129, Anhang, S. 18），對於根據帝國憲法第 15 條第 3 項在向國事法院起訴之前，是否有一項所謂異議存在的問題，國事法院認為「在本案中並無深究之必要」，一來是因為這裡所要求的異議確已存在，二來是因為 19 條意義下的非私法爭議無論如何都存在，因此也就「理所當然」能導引出德國國事法院的管轄權。值得注意的是，國事法院**並未**採納帝國所提出「圖林根邦已經**承認**了國事法院之管轄權」的主張（S. 14）。

【83】H. H. Lammers 的評語獨具一格，JW. 1928，3255 頁之注釋：

「帝國政府並未與教會站在同一立場，從而引發帝國憲法第15條第3項中的『適用爭議』或第19條意義下的『爭議』（Streitigkeit）的情況，顯然會讓這個處於邦法領域中的問題陷入判斷的困境，因為此時帝國政府欠缺依憑，甚至是政治形式權衡上的依憑。因此我們也就可以理解，何以帝國特別強調一個公法爭議——在帝國憲法第19條框架下就是『帝國與邦之間的非私法爭議』或是『邦內部之憲法爭議』——能夠交由國事法院來決定，並且盡可能地以『邦內部之憲法爭議』的方式來獲得解決。帝國政府顯然認為，教會將爭議交由國事法院解決、尤其是當教會爭取應有之權利或要求闡明源自於薩克森邦國家法（Landesstaatsrecht）之事實地位與爭議地位（Sach- und Streitstand）時，教會的地位都優於帝國政府。」

【84】契約與合同（Vereinbarung）的區別在這裡可以不予討論，但至少應該被點出，因為在今天的德國，這種由賓丁和特里佩爾為了國際關係（國際法與聯邦法）而發展、近來Kopowin又在*Das Völkerrecht und Bundesrecht,* Berlin-Grunewald 1929, S. 25中認為「毫無爭議」的區分，已經被適用到內國關係與協定（Abmachung）上，例如H. Liermann, Über die rechtliche Natur der Vereinbarungen politischer Parteien untereinander, AöR，N. F. XI（1926), S. 411；至於這種「協議」在勞工法文獻中與薪資契約理論的關係，請參見，E. Jacobi, *Grundlehre des Arbeitsrechts,* Leipzig 1927, S. 260 f.；此外，Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, II 1930, S. 116，認為這種區分在勞工法上毫無實益，並請參照此處所援引之文獻。

【85】Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 2. Aufl. II Bd.(1896), S. 565 f.。Seydel認為，因為君主和議會的主張都包含在內，所以憲法合意具有政治上的重要性，從而在憲法解釋上是極具價值的輔助工具（第571頁）。這項憲法合意被刊登在Stoerk-Rauchhaupt, *Handbuch der deutschen Verfassungen* S. 109。對憲法概念及憲法解釋間關聯特別清楚的關述：R. Mohl, *Verantwortlichkeit der Minister,* 1837, S. 173 f.：「如果系爭的法律無法經由上述途徑獲得確定，則應適用以下原則：1.憲法文件（Verfassungsurkunde）是在貴族和平民之間、用來在共同體協議（gemeinschaftliche Übereinstimmung）中確立統治原則的契約工具」等等。

【86】*Betrachtung über politisches Rech, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* Bd. I, Berlin 1930, S. 63；及F. W. Jerusalem，*Die Staatsgerichtsbarkeit,* S. 97 f.。提出「國際法爭議之類推」的有，R. Thudichum a. a. O. S. 681及R. Mohl, *Verantwortlichkeit der Minister,* 1837, S. 209；另請參照本書第47頁注2〔即本章之注66——譯者〕；至於勞動法的類推則見於本書144頁的注釋〔即第三章注23〕。

【87】H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre,* Berlin, 1925, S. 324(對自由主義和民主做出典型自由主義式的混用）；*Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Auflage, Tübingen 1929, S. 57；而關於國事法院裁判權之本質與發展的報告則非常特殊，Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5 S. 81，它把現代民主國家的協議性格和聯邦國中的憲法法院裁判權相互連結。因此這整份報告是從這樣的出發點出發的：憲法（Verfassung）等於憲法法律（Verfassungsgesetz），而憲法法律等於規範。而規範概念的多義性在這裡顯然又推動了概念的漂移：因為所有可能被稱為規範的東西，都可能將這些在理論及實際上居於憲法論述核心地位之憲法概念的基本差異——憲法是否為內部具有同質性之同一體（homogene Einheit）的政治決定？憲法是否為法律（而立法者又是誰）？憲法是否為契約或協議（而契約當事人又是誰）？——加以抹煞，而將這些概念——決定、法律及契約——都用一個字「規範」來涵蓋。

【88】如Carl Schmitt, *Hugo Preuß; sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen（Recht und Staat Heft 72）

1930, S. 31 / 32。

【89】這項由國事法院主席提交雙方、並受其採納的和解提案，根據1930年12月23日之公告，其內容如下：

雙方當事人皆同意，德意志國家社會勞工黨是否、以及在何種程度上追求顛覆或可罰目的之問題，無法、也不應在系爭程序的框架中加以解決。在此項和解及雙方在和解中所提出之陳述中並不涉及雙方在此項問題上所持之立場。雙方的出發點在於，這項基礎的問題應該在另一個由帝國法院裁判之程序中加以闡述。

帝國廢棄了對警察津貼的凍結；而迄今扣留不發之金額應予補發。而圖林根邦應撤回對國事法院之聲請。

圖林根邦再次肯認了應盡力使制服警察（Schutzpolizei）的非政治性格和個別公務員執勤時之非政治行為相同，都應受無條件保障的義務。因此，圖林根邦政府在警政官員之任用、升遷、調任上不得依據黨派及政治立場，而只能以適任與否及公務上之利益為標準。雙方當事人都同意，原則上拒絕任用社民黨員的做法，就與將競爭者名單轉送政黨組織以確定其黨籍一樣不可接受。

該義務之履行，由圖林根邦部會全體（das thüringische Staatsministerium in seiner Gesamtheit）（！）予以擔保。

作為應支付各邦警察費用津貼之基礎的原則與合意，是否構成了法律上之支付義務、**或只是帝國的政治拘束**（politische Bindung des Reiches）的問題，並不在本和解中預先處理。

【90】請參見1928年11月17日之判決，RGZ. Bd. 122 S. 18 f.; Lammers-Simons I S. 175（金額的繼續支付）；反之，如1929年10月13日之決議，Lammers-Simons II S. 99：「因此，國事法院也就尤其不得透過暫時處分（einstweilige Verfügung）攔阻已決議之法律的公布」；其中1930年7月17 / 18日之決議（RGZ. 129 Anhang S. 28）在這裡具有特別的實益，因為要求帝國對圖林根之警察費用津貼（亦即金錢）做成暫時性支付（vorläufige Zahlung）的聲請，是以本書前文〔32頁注1，即本章注41——譯者〕所提及的原則性說明：「國事法院在將來，也會像以前一樣，以極為審慎和自制的態度去運用暫時性命令（vorläufige Anordnung）來加以拒絕。」

【91】該和解刊載於Ludwig Waldecker, *Die Verfassung des Freistaates Preußen*, 2. Aufl. 1928（Stilkes Rechtsbibliothek Nr. 4 S. 110 ff.）。其文義極為獨特，因此為了強調對此處引人興味之脈絡極為重要的用詞，我們就應該詳盡地援引：I. 爭議雙方**一致同意**，普魯士憲法第40條第1項賦予〔普魯士〕邦參議院一種**獨立於**該條第2至第4項之任務範圍以外、要求〔普魯士〕邦內閣**提供資訊的自主性權利**，而不是如同邦參議院在1922年10月20日之訴狀上（LT.-Drucks. 1761）所明白強調的，該憲法所賦予的是一種特殊的鑑定權（Begutachtungsrecht）、制衡權（Kontrollrecht），或參與權（Mitwirkungsrecht）。此外，爭議雙方也希望將該原則在個案中的**實現**（Durchführung），**留待雙方在當時以合意決定**（der jeweiligen Verständigung überlassen），而關於此點，邦內閣也已經清楚表明，在所有重要議題或對帝國參議院中之普魯士邦代表給予指示的一般性準則（allgemeine Richtlinien）上，必須盡可能讓國家參議院隨時掌握最新動態。

II. 關於在提交時應經邦參議院進行鑑定性聽證、並經邦眾議院決議通過之法律，邦內閣是否有予以公布之義務的問題，**爭議雙方亦一致認為**，無法在邦眾議院未曾參與的情況下做成決定。但與邦參議院相左的是，邦內閣毫無保留地承認，根據普魯士憲法第40條第2項之規定，邦內閣受到**絕對性的拘束**，所有法律草案，在邦眾議院提出之前，都必須以交付鑑定為目的，及時告知邦參議院。

III. 對於普魯士憲法第40條第4項之解釋，是否應區分行政命令（Verwaltungsverordnungen）與該法第51條之適用意義下的法規命令（Rechtsverordnungen），從而僅有行政命令負有交由國家參議院或該管委員會聽證的問題，**與邦參議院相反，邦內閣未有定**

論。但在涉及行政命令與法規命令相互混雜、或該命令之性格尚值商榷的情況下，應做有利於邦參議院之聽證權的判斷。

相對於邦內閣，**邦參議院也讓前述問題懸而不決**。只是另外為急迫或重大的執行命令（可能是行政或法規命令）建立一套顧及國家需求的簡化聽證程序。

IV. 前述之合意由和解磋商之代表——機要司法部 D. Dr. Kahl 教授（代表邦參議院），國務祕書 Dr. Freund 與 Fritze（代表邦內閣）——呈交爭議雙方追認。邦內閣之追認已於 7 月、而邦參議院之追認亦於 1923 年 10 月公布之。邦參議院之代表應將本項和解告知國事法院之院長。**系爭程序應以無理由予以終結**。

【92】1927 年 12 月 3 日的判決，RGZ. 120, Anhang, S. 1 f.; Lammers-Simons I, S. 147.

【93】*Republik und Monarchie,* 2. Auflage, Tübingen 1919（1. Auflage 1892）.

【94】1928 年 11 月 17 日之判決，RGZ. Bd. 122, Anhang S. 18 f.; Lammers-Simons I S. 169：「即使承認各邦平等之原則是帝國憲法的不成文內容，仍然不能認為普魯士具有讓它有權（befugt）對抗一個除此之外（！）都依循憲法規定而制定之帝國法律內容的**主觀公權利**。」

【95】1927 年 12 月 3 日之判決，RGZ. 120, Anhang S. 1 f.; Lammers-Simons I S. 147;（法院的立場已引述於本書第 67 頁）。

【96】*Die Staatsgerichtsbarkeit,* Tübingen 1930, S. 51 / 53.

【97】Reichsverwaltungsblatt 1929, S. 526. 而更值得注意的是Löwenthal 在討論 Jerusalem 著作時（Reichsverwaltungsblatt 1930, S. 748）非常堅定而合宜地對國家機關之主觀權利的建構表示反對的意見。

【98】1927 年 12 月 17 日之判決：Lammers-Simons I S. 334 und 345；參照本書第 84 / 5 頁。

【99】黨團只能在以下爭議案件中作為當事人：邦衆議院選舉之有效性；邦議會（Landesversammlung）之任期（Wahldauer）；調查委員會的設立；黨團曾參與或有權參與〔制定〕之法律的有效性；緊急命令（Notverordnung）之合憲性；此外，「只有在個案情況特殊時，黨團才具有實體權限」，另請參照1930年6月24日判決中的列舉與原則性的闡釋，RGZ. 129, Anhang S. 8。除此之外，這裡不再對國事法院中的當事人能力多做深究；關於這個迄今未有體系性闡釋之問題的處理，可以期待 E. Freisenhahn（Bonn）。

第二章
當代的具體憲政狀態

1. 多元主義、多角勢力與聯邦主義

71 當前德國的具體憲政狀態，在這裡可以透過三個概念以簡要地標舉其特徵：多元主義、多角勢力（Polykratie）與聯邦主義。這裡涉及的是三個彼此不同的、在國家生活的不同領域中以不同形式出現的、也是我們國家法上關係的發展現象。乍看之下，這三個現象由於具有一個共同的反對對象而有所關連，亦即，它們都對抗著一種封閉的、通行無阻的國家**統一性**，但是在其他方面，三者則具有不同本質。**聯邦主義**（Föderalismus）這個字眼，在這裡只是用來表示多數國家彼此並立、共存的狀態，這種狀態存立於一聯邦國家的組織形式中。在這種**國家性**（staatlich）的基礎上，存在著多數**國家性**建構體的多元狀態。相對於此，多元主義所表示的，則是多數具有固定組織形式的**社會性**權力複合體（*soziale* Machtkomplexe）的存在狀況，這些社會性的權力複合體穿透了國家（亦即國家生活的不同領域），以及各邦的地域界線和自治的區域法人團體。它們一方面試圖攫取國家的意志建構過程，另一方面卻也不會失去單純作爲一種社會性（而非國家性）建構體的性質。最後，**多角勢力**（Polykratie）係用以表示多數在法律上具有自主性的、公共**經濟**（öffentliche *Wirtschaft*）的承載者的存在狀況，國家的意志則在該自主性上找到其界線。在下述的對照中，我們可以爲這三個現象做初步的、暫時性的區分：多元主義所表彰的，是多數社會性實體**對於國家意志建構過程**所發揮之**權力**；多角勢力則只有在從國家**抽離出來**（Herausnahme）、並且**相對於**（gegenüber）

國家意志而具有獨立性的基礎上，才有其可能。在聯邦主義中，上述兩個現象則以比爾芬格所提出的反題方式，交織在一起：一方面對於聯邦（Reich）的意志建構過程發揮影響，另一方面則在其固有的獨立性與自主性領域內，享有不受聯邦干預的自由。這些簡要的區辨，並非窮盡式的定義（erschöpfende Definitionen），它們只適合在對我們當前的憲 72
政狀態做概觀時，被當作出發點。

上述三個現象當中的任何一個，都可以獨立出來加以觀察與探究。不過，在國家生活的現實狀態中，其中一個現象大多會和另外一個或兩個現象同時出現，無論是與它們相互結合，或者與它們相抗衡或發揮反作用。其中一個總是可以以另一個作爲掩護，但是卻同時也在該另一個現象被濫用的時候，爲自己找到證立理由。例如，那些超越各邦界線、具有穩定組織型態、並且承載著多元主義的社會性權力複合體，就可以藉由其遍佈整個聯邦領域的政治性黨派，而宣稱自己可以對抗聯邦主義—地方主義（föderalistisch-partikularistisch）勢力對於聯邦所進行的分裂活動，使聯邦免受其危害；反過來說，當這些政黨在某個邦中佔據了〔該邦的〕國家性權力時，它卻又可以援引帝國憲法中的聯邦主義要素，以對抗與之敵對的、在聯邦層級具有主導勢力的政黨。公共經濟領域的多角勢力，一旦被自主的區域法人團體，尤其是地方自治團體所承載，或者是被某一政黨或該政黨所從屬的社會性權力複合體所承載的話，那麼它也可以被用來當作抗衡其他政黨的支柱與輔助地位，即便它所作用的範圍未必同於聯邦主義式的自主性領域；但是如此一來，傳統上對於地方自治的

熱切追求（Pathos），實際上卻成了讓德意志國家體制多元化的催化劑。聯邦主義則可以宣稱自己是**多個國家**（Staaten）所構成的組織，並且藉由這種方式使那些多元主義下的社會性、（並且因此）不具有國家層次的責任感而行動著的權力承載者中立化，並超克之。聯邦主義也由此獲得證立。因而，隨著不同的策略運用，其中一個現象總是可以被用來對抗或利用其他現象、支持或掏空另一現象的基礎，與另一現象鬥爭或爲其創造有利條件。當前的德意志國家，就是處在這種錯綜複雜的離心力量交織狀態，以及具有向心力的對立運動所形成的系統的基礎上。

多元主義的傾向，尤其不會是偶然的與個別的現象。這點已經顯示於特定的、前面已討論過的關於國事法院裁判權（Staatsgerichtsbarkeit）的觀點。如果我們對於某些勢力完全不予考慮，那麼許多當前德國憲政關係的現象，便無法獲得解釋。多元主義即屬於這些勢力的其中之一。我們至少必須用簡短的篇幅闡釋之，以勾勒其梗概，如此才能清楚認識到現行帝國憲法的具體情況，以及關於憲法守護者的具體問題。每一種制度，甚至每一項規範——作爲其定在或其效力之內在的前提要件——都在其自身內包含了與此種情況的關聯。而只要法律上所設置的制度（Einrichtung）愈是靠近國家層次意志建構過程的政治性核心領域，那麼這種關聯在同樣的範圍內也會變得更爲緊密與直接。在德國，人們自好長一段時間以來，都在缺乏關於憲法與憲法爭議（Verfassungsstreitigkeit）之實質概念的情況下，嘗試設置一個憲法的守護者，這點已經相當奇怪。更令人震驚的是，這

樣的設置倘若缺少了靜態性或恆常性，便無法爲人理解，但是人們卻想要將其置放在這樣一種情況中：人們原則上拒絕對此情況進行進一步之觀察，甚至可說不屑一顧。

（a）議會成為多元主義系統表現場所之發展趨勢

我們首先可以透過下列事實，發現當代憲政狀況的特徵：許多19世紀的法律設置與規範狀態，都一成不變地被保存下來，但是當下的情況相對於之前的情況而言，卻徹底改變了。19世紀各部德國憲法所處的是這樣的一個時代，當時的重要國家學說將此時代的基本結構，以一個清楚而可操作的基本公式表達了出來：關於**國家**與**社會**的區分。至於人們如何評價國家、如何評價社會、其中一者是否優位於另一者，以及其中一者是否（或者如何）與另一者相互依存等等，這些都是次要的、不會引起太多興趣的問題。所有這些問題都不會使此一區分遭到揚棄。我們還需進一步觀察到，「社會」就其本質而言其實是個有爭議的概念，從社會的角度看來，具體的、當時一直存續著的、君主體制的軍事國家與官僚國家，被看做是其對立的想像（Gegenvorstellung）。相對於這樣的國家而言，所有不屬於國家的事物，都被稱做社會。在當時，國家是可以與社會區分開來的。它具有充分的強度，能夠持續地與其他的社會力量處於獨立的對立地位，並且藉此由自身出發，來界定其群聚現象（Gruppierung）。如此一來，存在於那「不受國家干預的」（staatsfrei）社會內部的所有眾多分歧現象——信仰上、文化上與經濟上的對立現象——就從

國家自身出發，並且在必要情況中也會透過其對於國家之共同對抗，而被相對化，並且它們也不會阻礙「社會」的聚合。另一方面，國家對於宗教與經濟在廣泛程度內採取中立與不干預的態度，並且也在極大程度上尊重這些生活領域與事物領域的自主性；它並未使所有非國家性的事物成爲無意義的，換言之，它並不是在這個意義下顯現其絕對性強固性。藉由這種方式，平衡狀態與二元狀態便有其可能。尤其是，人們可以認爲，一個不具有宗教觀與特定世界觀的、甚至完全採取不可知論的（agnostisch）國家，是有可能的，並且也可以建構出一不受國家影響的經濟領域，以及一不受經濟影響的國家。然而，具有決定性的關係聚合點（Beziehungspunkt），仍然是國家，因爲國家是以具體的清晰性與可區辨性狀態呈現在我們眼前。一直到今天，「社會」這個具有多義性的字眼——如果它能夠在這裡引起我們興趣的話——主要指的是非國家的事物，但除此之外它偶而也被用來稱呼那些非教會
74 的事物[1]。在19世紀德國歷史過程中，所發展出來所有這些公法上的重要法律設置與規範狀態（它們也構成我們當前公法的一大部分），都是以此種區分前提爲基礎。當人們一般性地以封建領主與人民、王室與議院、政府與人民代表之相互對置狀態，來解釋德國立憲君主體制國家的「二元性」時，這也不過是在表示著國家與社會這個更一般性的、根本性的二元狀態。人民代表機關、議會、立法組織團體等，都被設想爲一個表現場所，使社會展現其上，並且與國家相對立。在這裡，社會應將其自身整合到國家當中（或者國家應將其自身整合到社會當中）[2]。

在所有重要的概念構造中，都顯現出這種二元論的基本結構。**憲法**被認爲是君主與人民之間的契約。國家**制定法**的本質性內涵則在於，它「對公民的自由與財產進行干預」。**法規命令**（Rechtsverordnung）是針對所有國家公民的，其與 75
行政規則（Verwaltungsverordnung）的區別，在於後者只適用於官署與公務員。**預算法**（Budgetrecht）則建立在下述觀念之基礎上：在兩造之間通常會形成一**預算協定**（Budgetvereinbarung），並且，依照邁爾－安序茲最新版教科書之見解（1919, S. 890, 897），預算法就被稱做「預算協定」。而當人們要求估訂國家財政預算的行政行爲（Verwaltungsakt），應該具有**形式制定法**（formelles Gesetz）的性質時，在這種**形式化**的現象中，所顯現的正好就是概念的**政治化**：議會的政治性權力，已經大到一方面足以貫徹其主張，使得唯有那些議會曾經參與決策的規範現象，才能被視爲制定法，另一方面議會同時也取得了關於形式制定法概念的主導地位，亦即一種忽視制訂過程之實質內涵的制定法概念。此一形式化現象只是展現了人民代表機關相對於政府、社會相對於君主制官僚國家所取得的政治上勝利。同樣地，**自治行政**（Selbstverwaltung）在其所有的設置（Einrichtung）中，也預設了國家與社會的區分；自治行政屬於那與國家及其官僚階層相對的社會的一部分；在這個基本預設上，自治行政在19世紀發展並表述出其概念與設置。

這樣的「二元論」國家，其實是在兩種不同的國家種類之間求取平衡：它同時是統治國（Regierungsstaat）與立法國（Gesetzgebungsstaat）。倘若議會（作爲一立法的

團體）愈是能夠取得優越於統治部門的地位，亦即，當時的社會能夠表現出優越於當時存續著的國家的話，那麼國家就會愈來愈往**立法國**的方向發展。各種國家的活動都有其核心領域，而我們即可依此對國家進行分類。據此我們可區分出司法國（Justizstaaten），或者更適合稱之爲裁判國（Jurisdiktionsstaaten），此外還有那些以統治活動與執行活動爲本質的國家，以及立法國。中世紀的國家的出發點，乃是將國家強制力（Staatsgewalt）的核心放在**裁判權**（Gerichtsbarkeit）上，而這也在廣泛程度上一直影響著英美法系國家。在這裡，國家強制力與裁判權被劃上等號，而這其實正好符合今天《天主教法典》（*Codex Juris Canonici*）（z. B. can. 196, 218）的表達方式。不過應注意的是，對於羅馬天主教會的權威及其最高職位的標準界定方式，卻不是展現爲類似法官的圖像，而是顯現出類似牧羊人與其羊群的關係。從 16 世紀開始獲得其形式的絕對國家（der absolute Staat），則正好是形成於中世紀的、多元主義式的、封建一等級法治國及其裁判權的崩潰，並且以軍隊及官僚階層爲其支柱。因而，它本質上是一個**執行與統治的國家**。其理性（*ratio*），或者國家理性（*ratio status*）（亦即在德文中經常引起誤解的 Staatsräson）基礎，並不在於內容豐富的諸多規範，而是在於
76 實效性（Effektivität）。這種國家藉此而創造出一情境（Situation），規範唯有在其中才能夠被適用，因爲國家終結了導致無秩序與內戰狀態的原因，也終結了在追求規範正確事物上的爭鬥。這個國家「創造了公共秩序與安全」。唯有當此一狀態形成，市民階級法治國憲政制度下的立法國才能

根植於其中。在所謂的**例外狀態**（Ausnahmezustand）中，每一種國家的核心領域就會明顯浮現。就此而言，司法國係運用**戒嚴法**（更精確地說：戒嚴裁判權），也就是一種概括性的司法活動；作爲執行部門的國家，主要是運用**執行性強制力的過渡**（Übergang der vollziehenden Gewalt），並且必要時會與基本權的暫時失效結合運用；立法國則運用緊急命令或例外狀態命令，也就是一種概括性的立法程序[3]。

在對於各種國家做分類與類型化工作的同時，應該要時時注意到，鮮少會存在一個純粹的立法國，同樣地，純粹的裁判國，或者一個除了統治與行政以外，別無其他活動的國家，也不太可能存在。在此範圍內，每個國家都是這些不同類型國家的結合或混合，也就是一種**混合國家**（*status mixtus*）。但是配合著前述保留條件，我們仍然能依照國家活動的核心領域，而獲得關於各個國家的可操作的特徵分類。因而，將19世紀中逐漸發展成形的市民法治國與憲政國家（Verfassungsstaat）歸類爲**立法國**，是一項正當的做法，並且在關於憲法守護者的問題上，也能獲致豐碩成果。正如同托馬所正確指出的，「現代國家具有一些屬於其種屬特性的發展傾向」，而將決斷「委諸立法者，並使其脫離司法部門（至於該決斷是否合乎理性與正義，則有爭論空間）」即屬其一[4]。裁判國則要在下述條件形成時，才有可能出現：即便在缺乏一具組織性的集中權力（Zentralgewalt），來有意識地及成文地爲規範設定之行動時，我們仍然可以預設存在著在內涵上具確定性的規範，並且該規範毫無爭議地獲得承認。相對於此，在一個立法國中，沒有任何憲法裁判或國事法院裁判權，

可以作爲眞正的憲法守護者而存在。在這樣的國家中，司法部門不能憑藉其自身當然地對具爭議性的憲法與立法問題做出決定，其最根本原因即在於此。在這樣的脈絡下，伯倫知
77 理的一段話很值得被詳細引用，因爲他基於實質層面的清晰性，以及對具體層面之認知所展現之睿智，而可被認爲是19世紀國家學的經典論述。伯倫知理承認，憲法當然也適用在立法部門，而且立法部門絕對沒有權利去做憲法所明文禁止之行爲。他也很清楚認知到美國憲政實務所採取之司法性質的法律違憲審查（richterliche Gesetzesprüfung），究竟有何基礎與優點，並做出正確評價。接著他進一步指出：「但是，當人們考慮到，立法者通常確信其制定法具有合憲性，並且也意欲其具備合憲性，然而即便如此，對合憲性問題仍然很容易形成許多不同意見，乃至於如果我們將立法者之宣稱當作爭訟標的時，法院就同一問題也許會抱持不同於立法者之見解；當人們考慮到，在這樣的情況中，立法者所具有之較高位階的權威，雖然原則上不會，但在結果上卻需要讓位給法院所具有之較低位階的權威，而且整個國族（Nation）所選出的代表，在與國家實體（Staatskörper）中某個特定機關發生衝突時，卻必須退讓後者；如果人們能夠對產生於此種方式，並且會被帶進國家生活的統一性進程中的紛擾與分歧現象進行思考，而同時想起，就現今法院之特徵而言，其比較偏好進行關於私法上規範與法律關係的認識活動，並且也比較傾向將其重心放在形式—邏輯的要素上，但我們在此處所要處理的問題，經常涉及重要的國家法上的利益以及公共福祉，而認識並促進這些利益與公共福祉，乃立法者之任務

的話：那麼，綜合上述考量，我們還是應該偏好歐洲的體系，雖然這種體系無法保障我們免於所有弊端，並且也分受了人性狀態所具有之不完整性。同時，對於最高法院的不正當判決，我們並不具有任何外部的救濟手段。**立法部門就其構造而言，已經蘊含了最重要的保障，使它不會以違憲的精神**（verfassungswidriger Geist）**來行使其權限**[5]。——最後一句話是具有決定意義的。它指出了，對於19世紀的想法而言，**議會**依照其本質與本體，**在自身中**（in sich selbst）已經蘊含了眞正的**對於憲法的保障**（Garantie der Verfassung）。這種想法屬於對議會的信仰，並且構成下述命題之基礎：立法的團體乃是國家的承載者，而國家本身即是立法國。

然而，立法團體的這種地位，只有在特定情況中才是可能的。換言之，在這裡總是預設了，議會——立法的會議——作爲人民或者社會的代表者（人民與社會這兩者，只要還是 78
與政府和國家處於一對置的地位，那麼在此範圍內兩者可以被等同），將一個獨立於它之外的、強大的君主制官僚國家當作憲法公約（Verfassungspakt）的對造。只要議會是一個人民代表機關，那麼它在這裡就會被視爲眞正的憲法守護者與保證人，因爲契約的對造，也就是政府，只是在違反其意願的情況下締結契約。政府也因此不受信任；它要求財政支出與稅收；它被認爲是不斷追求財政支出的，而人民代表機關則被認爲是節約與不樂意支出的。整體而言，這其實就是，也可以說是實際的情況。因爲19世紀的自由主義傾向，導致了盡可能將國家限縮在**最小程度**上的做法，尤其要儘量防止國家對經濟領域進行介入與干預。根本說來，就是要盡可能

使國家相對於社會及其利益對立狀態，採取**中立化**態度，以便使社會與經濟領域，依照其內在原理對於其領域取得必要的決定權限：在自由營利的基礎上，形成了諸多意見的自由競逐，也形成了各個政黨。這些政黨彼此間的討論與意見鬥爭，產生了公共輿論，並且也透過這種方式決定了國家意志的內容；在社會與經濟領域諸多力量的自由競逐狀態中，契約自由與經濟自由原則具有主導地位，透過它們，最高程度的經濟景氣似乎也獲得確保，因爲自由經濟與自由市場的自動調節機制，是依照經濟法則（也就是國民經濟領域中的供給與需求、給付交易、價格塑造、收入之構成等）來進行自我調節與規制。市民階級的基本權與自由權，尤其是人身自由、意見表達自由、契約、經濟與營業自由、私有財產（也就是前面探討的美國聯邦最高法院實務，眞正所奉行的基準點），其實就預設了這種原則上不進行干預的（最多是爲了重建受干擾的自由競爭條件之目的，而進行干預）、中立的國家。

這個在自由主義、非干涉主義意義下，相對於社會與經濟領域，而原則上採取中立態度的國家，當我們在社會政策與文化政策領域允許例外狀態的時候，仍然保持其作爲各種憲政體制前提的地位。但是當國家與社會、政府與人民的二元架構失去其張力，而立法國也宣告完結的時候，在同樣程度內，前述國家也會發生根本性的變化。因爲在這個時候，國家成了「社會的自我組織」。如此一來，正如前面所提到的，前此一向被預設的關於國家與社會、政府與人民的區分，就會被取消。藉由這樣的方式，所有建立在這個前提基礎上

的概念與設置（制定法、預算、自治行政）也都會成爲新的問題。但是在這裡還會產生更進一步與更深入的問題。倘若社會將自身組織成國家，倘若國家與社會原則上應該具有同一性，那麼所有的社會問題與經濟問題就將直接成爲**國家的**問題，而人們也不再能夠在國家性—政治性，與社會性—非政治性的事物領域之間做出區分。所有到目前爲止通用的、在中立性國家的預設下存在的對置狀態，也就是那些隨著國家與社會之區分而形成的、並且只是此一區分之運用實例或同義改寫的對置狀態，都將停止適用。一些反題式的分離概念，例如：國家與經濟、國家與文化、國家與教育，進一步如：政治與經濟、政治與學校、政治與宗教、國家與法律、政治與法律等，這些分離概念，當其在對象層面上，能夠對應於分離的、具體的實體或者事物領域時，則它們是有意義的。但是到了這個階段，它們卻喪失其意義並且成爲無對象性的。那成爲國家的社會，會變成一個經濟國、文化國、照護國、福利國、供養國；那成爲社會之自我組織的、並且因此而在實質上無法與社會分離的國家，則掌握了所有的社會性事物，亦即所有涉及人類共同生活的事物。在這樣的國家中，沒有任何一個領域，是國家能夠對其遵守在非干涉措施意義下的、無條件的中立性的。原本在各政黨當中，不同的社會利益與發展傾向會進行自我組織。這些政黨現在成爲那已經發展成政黨國（Parteienstaat）的社會自身。而且正因爲存在著一些受到經濟、宗教、文化等因素所決定的政黨，因此國家不再有可能繼續對經濟、宗教與文化領域採取中立態度。在那成爲社會之自我組織的國家當中，沒有任何事物是

不具有潛在的國家性與政治性的。正如同被法國法學家與士兵所發明的、關於國家之**潛在性戰備**（potenzielle Rüstung）的概念，涵括了**所有事物**（Alles），不僅是嚴格技術意義下的軍事事務，也包括對於戰爭所做的工業上與經濟上的準備，甚至包含了對於國家公民所做的智識上與道德上的教育與準備；同樣地，這種新的國家也涵括了所有領域。榮格爾（Ernst Jünger）是一位傑出的德國前線士兵的代表人物，他爲這個令人驚豔的發展過程引入了一個饒富意味的標語：**總體動員**（totale Mobilmachung）。姑且不論這些關於潛在性戰備或者總體動員的標語，在具體細節事物上所具有之內涵與正確性，我們還是必須要注意到蘊含於其中的、具有非常重大意義的認識，並妥善運用之。因爲它們明確地表達了某種廣泛性的狀態，並且體現了一項重大而深刻的轉變：那在國家當中進行自我組織的社會正在走向一條道路，從自由主義當道之 19 世紀的中立性國家，過渡到一個潛在性的**總體國家**（totaler Staat）。這個劇烈的轉折可以被解釋成一個辯證性發展過程中的部分，該辯證性發展則歷經了三個階段：從 17 與 18 世紀的**絕對**國家，經過自由的 19 世紀的**中立性**國家，到國家與社會具有同一性的**總體國家**。

80 在經濟領域上，這樣的轉向獲得最明顯的呈現。在這裡，可以看到一項廣爲人知並且無可爭議的事實，那就是，公共的財政經濟（Finanzwirtschaft）不僅在早先、戰前的經濟面向的關係上，也在當今自由與私有（也就是非公共性的）經濟的關係上，都獲得長足的進展，以致於在這裡不僅出現了量上的增加，更出現了質上的轉變，也就是「結構變遷」，

而公共生活的所有領域，不僅僅是直接的金融與經濟事務，都受此影響。至於這樣的轉變要用什麼數字來表現，或者這樣的統計結果是否正確——例如，很多地方都引用了 1928 年的統計結果指出，德國國民所得中的 53% 都掌握在公共領域的手中[6]——這些問題都不需要在這裡回答，因爲整體的現象已無從爭辯，亦無人爭辯。一位極具權威的專業人士、國務秘書波比滋（J. Popitz）教授，在一篇概要性的演說中，從財稅分配狀態[7] 出發而談到，對於德國國民所得中一大部分的分配而言，事實上自由經濟與自由市場的那種自我管理機制已經被排除，取而代之的是「一種就其自身而言，原則上是外於經濟的意志，亦即國家的意志，所具有之決定性的影響」。另一位具有最高位階的專業人士，帝國特使、國務部長薩米許（Saemisch）則說，公共的財政經濟才是對德國的政治情勢施以最具決定性之影響者[8]。從經濟學的面向出發，在我看來，可以提出下面這項切合實際情況的陳述，以表明在此之前的系統與當前的系統之間所產生的對立：**從參與系統**（Anteilsystem）（在這樣的系統中，國家只能獲得國民所得的一部份，可說是一種由純粹收益產生的利息）**到控制系統**（Kontrollsystem）（在這樣的系統中，由於財政經濟和國民經濟之間的密切關係，以及國家需求與國家收入之急遽增長，使得國家成爲國民所得的部分共同持有者以及重新分配者，也作爲生產者、消費者與雇主，而對國民經濟發揮 81
極爲重大的共同決定權）。這項公式是由弗里茲．卡爾．曼（Fritz Karl Mann）在其饒富意味，亦具有重要影響力的論文〈當代國家經濟〉（"Die Staatswirtschaft unserer Zeit", Jena 1930）

當中所提出。在這裡它也只是被當作一項公式來使用，否則的話我們恐怕還需對其做國民經濟學上的批判。對於國家理論與憲法理論上的觀察而言，具有決定性的事情是，國家與經濟之關係，在今天已經成爲內政問題上的眞正探討對象，而之前那些建立在國家與社會分離前提上的國家，所流傳下來的各種公式，只會使我們受到蒙蔽而無法看清事實情況。

在每一個現代國家中，國家與經濟之關係都構成了直接的、實際的內政問題所要處理的眞正對象。這些問題不再能夠用舊時的自由原則，也就是無條件的不介入，或者絕對的**不干涉**（Nicht-Intervention）原則來加以回答。除了少數的例外，這一點基本上是獲得普遍承認的。在今天的國家，經濟問題構成了內政上困難的最主要內涵，而且，有很大部分的對內或對外政策，其實就是經濟政策，而這裡所指的並不只是關稅政策、貿易政策或者社會政策。只要一個國家愈是工業國家，這樣的情況就愈是明顯。當國家的某項制定法是「針對經濟上權力地位之濫用」而被制訂時（例如 1923 年 11 月 2 日的德國卡特爾行政規則〔Kartellverordnung〕），那麼我們在這樣的陳述中其實已經可以看到，「經濟權力」的概念及其定在，已經因爲國家與制定法的緣故獲得承認了。當今的國家具有內容廣泛的勞動法、關稅制度以及對於工資爭議的國家調解權，透過該手段，國家對於工資具有決定性的影響力；國家對不同的經濟部門給予鉅額的補助；它是福利國與照護國，並且因此而在相當大的範圍內同時成爲租稅國與稅捐國（Steuer- und Abgabenstaat）。在德國，國家還具有一特殊性質，亦即它是賠款國（Reparationsstaat），它必須

爲其他國家繳納數十億的貢賦。在這樣的情況中，不干涉政策的主張就成了一種烏托邦，的確，它也可以被稱做一項自我矛盾的主張。因爲在這裡，不干涉政策似乎意味著，我們在社會與經濟的對立狀態與衝突狀態中——這些對立與衝突絕對無法藉由純粹經濟手段而被克服——應該讓各種不同的權力團體自由發展。在這樣的情勢下，不干涉政策其實就是在圖利那些現實中的優勢者與不顧他人者的情況下，來施以干涉，且再次顯現出下面這個被 Talleyrand 就對外政策所提出的，看似弔詭的命題，所具有之簡單的眞實性：「不干涉」其實是一個相當困難的概念，它的意義大約等於干涉。

在邁向經濟國的轉變過程中，出現了相對於 19 世紀國家觀的最顯著轉變。在其他領域上同樣可以觀察到此項轉變，即便它當前由於經濟上的困境與難題所造成的窒息性壓力，而在那些領域上被認爲是較不具實際性的轉變。下述現象一點都不足爲奇：抵抗國家之擴張現象，首先是顯現爲抵抗在關鍵時刻界定著國家種類的國家活動，因此，這其實就是在抵抗制定法國家（Gesetzesstaat）。因而這首先其實就是要針對立法者而號召採取保障措施。如此一來，第一種不明確的救濟嘗試就可以獲得解釋，這其實也就是在本書第一部分中討論的救濟手段，亦即要緊扣著司法部門，以便能夠在對抗那不斷強化與管轄範圍愈來愈大的立法部門時，獲得一種平衡性的力量。這樣的救濟嘗試，只能看到空洞的問題表面，因爲它們並非產生自對於憲法整體狀況的具體認識，而是單純產生自一種反射動作式的反應。它們的眞正錯誤在於，它們在面對現代立法者的權力時，只能使司法部門與之對置，

82

然而司法部門在內涵上，卻受立法者所制定的特定規範所拘束，或者它只能夠採取一些不特定以及有爭議的原則，來對抗立法者。藉由這樣的輔助手段，根本無法爲一種優於立法者的權威奠定基礎。轉向經濟國與福利國的過程，雖然意味著先前流傳下來的立法國所面臨的危機時刻，但是這不一定、也不必然代表我們能夠毫無疑問地爲法院注入新的力量與政治上的能量。在這樣一種轉變的情況中，並且鑑於國家任務與國家問題之擴展，也許統治部門（Regierung）才能夠創造充分的救濟，絕對不是司法部門。的確，今天大部分歐陸國家，也都可說完全沒有爲司法部門制訂任何內涵性的規範，使之有能力基於這些規範而由自身出發，掌握這完全嶄新的情勢。

議會這個立法的團體、立法國的承載者與中心，當它看似完全取得勝利的時候，它也在同一時刻成了一個在其自身中具有矛盾的建構體，一個否定其自身之前提以及其勝利之前提的建構體。它在此之前的地位與優越性，它相對於統治部門而取得之大幅擴張，以及它以人民之名義行使職權等等，所有這些現象都預設著國家與社會的區分，而當議會取得勝利之後，該項區分無論如何不能繼續存續於這種形式中。它的統一性，甚至它與自身之同一性，在此之前都是透過其在內政領域上的對手，也就是早期君主制的軍隊與官僚國家，而獲得界定。如此說來，當後者垮台的時候，議會也會跟著在自身內崩潰。如同人們所說的，國家現在乃是社會的自我組織，不過這裡產生一個問題，那就是，那進行著自我組織的社會，如何達成統一性，而這樣的統一性是否眞的是作爲

「自我組織」的結果而出現？因爲「自我組織」首先意味著一項設準（Postulat）以及一項程序，該程序是透過與早先的國家意志建構與統一性建構方法（這樣的方法現在已不存在）之對立而表現其特徵，也就是只具有否定性與抗爭性（polemisch） 83
的特徵。蘊含於「自我」這個字眼，並且在語言層次上附著於「組織」這個字眼上的同一性，在其自身中既不需要作爲社會的統一性，也不需要作爲國家的統一性，而在各種情況中必然無條件地出現。不成功的組織以及無結果的組織也是存在著的，正如同我們經常感受到的一樣。

政黨即首先被設想爲自我組織的承載者。不過我們很明顯可以看出，它們自己在相當大的部分中也歷經變遷。在自由憲政國家意義下的政黨，可說是一個建立在自由宣傳（freie Werbung）基礎上的建構體，也就是說，這樣的建構體並不是固定的，也沒有發展成等級式的、永久的以及全然組織化的社會性複合體（sozialer Komplex）。無論是「自由」或者「宣傳」，就其理念而言，都禁止任何形式的社會性或經濟性壓力，而只允許自由地說服那些在社會層面與經濟層面上自由的、思想上與知識上獨立的、具有獨立判斷能力的人們，來當作其動機。這就是市民法治國憲政體制一直到當前國家中，對於政黨所預設的想像，而它也構成了現行帝國憲法整體規範之基礎。經常有些人強調，在帝國憲法中並沒有「政黨」概念，而這個字眼唯一出現的地方，是憲法第 130 條第 2 項，但是該項規定卻是消極的規定，也蘊含了抗拒的態度。另外也經常有人指出，該項規定與我們當前內政上情勢之實際情形，實在大有出入。對此或許還可以再補充一點，那就

是，當我們說帝國憲法忽略了政黨的時候，它之所以這樣做，也可以這樣做的原因，是因爲它是以下列觀點作爲出發點：政黨是一個在社會學層次上如此不穩定的、如此不具清楚形式的、如此具有流動性或者甚至可說是如同空氣一般的建構體，這樣的建構體甚至可以被視爲不存在。因爲根本上而言，正如同普勞斯所一貫強調的一樣，政黨所應該存在的唯一領域是**公共輿論**（öffentliche Meinung）的領域。他將這個領域視爲一個非組織性的、「無法界定的流動體」，這個觀點跟此概念的整個傳統是一致的。然而，今天的大多數大型政黨，或者有部分是本身具有固定性的、全然組織性的建構體，或者有部分是處於一具有全然組織性的社會複合結構中，並且具有發揮著影響力的官僚階層、一支穩定而有收入的政黨幹部大隊，以及一個由援助組織與支持組織所構成的整體系統，這些組織聯繫著一些因爲思想、社會與經濟因素而凝聚在一起的幕僚（Klientel）。向人類定在之所有領域擴張、揚棄由不同領域（例如宗教、經濟、教育等）所形成的自由的分離現象與中立化現象等，一言以蔽之：所有之前被稱爲向「總體性」轉向的狀態，對於國家公民當中的一部分而言，已經在相當程度上被一些社會性的組織複合體實現了。在這樣的情況下，我們雖然尚未擁有一總體國家，但卻已經有一些追
84 求總體性的、由青年以上年齡層吸收其成員的、社會性的黨派建構體。一如愛德華·斯普朗格（Eduard Spranger）所言，這些黨派建構體每一個都有「一完整的文化綱領」，而它們並立共存的現象，也建構著並承載著多元主義國家。這樣的複合體構成了一種彼此競爭的、以及在某種界線內針對著彼

此而採取行動的**多數狀態**，也就是一個**多元主義的政黨國家**這個實際現存的狀態，妨礙了總體國家以其自身能量，而使自己獲得實際效力的可能。而在諸如蘇聯、義大利等所謂的**一黨國家**（Ein-Parteienstaat）中，總體國家則已經達到上述狀態。然而，邁向總體性的轉向過程，卻並未由於多元化的現象而被揚棄，而是可以說被「切割」了，在這個過程中，每個組織化的社會性權力複合體都盡其可能地（從合唱團與運動俱樂部，一直到武裝的自我防衛等）在其自身中，或者爲其自身而嘗試實現總體性。「一黨國家」這個字眼，究其實際，已經有可能被用來稱呼前述的其他國家建構體，並且也毫無疑問地已經被接納爲一般的語言使用方式。我們從這個現象已經可以極爲明顯地證明，「政黨」這個字已經在何等程度上不能再被用來稱呼一非組織性的、建立於自由宣傳基礎上的建構體。波恩（M. J. Bonn）可說是由自由主義立場，而對此一現象抱持清楚而毫不含糊的批判態度者，他將這樣的變遷過程定性爲邁向一個新的封建國家與等級國家的過渡階段。特里佩爾這位權威性的國家法學者，也指明了具有穩固組織性的政黨體系，與憲法整體規範及其前提相扞格之處。關於德國政黨體制的型態與結構變遷，也已經有極爲廣泛的文獻，這些文獻顯示出，此一轉向過程——它是隱藏在「透過政黨而達成社會的自我組織」這個標語背後——已經從相當長一段時間開始，作爲新的問題而進入到學術研究的意識中。

即便如此，在憲法中所預設的政黨概念，卻彷彿具有未被意識到的不證自明的性質，而被省略掉了。當像韋伯（Max

Weber）這樣一位學者堅決地將政黨定義爲一個在本質上「建立於自由宣傳基礎上的建構體」時，我實在看不出來，這樣的定義除了在學術性的專業文獻以及可悲的控訴的界線之外，還能帶給我們什麼深刻的印象。相較於此，德國國事法院爲政黨所提出的定義，卻正好由於其不具問題意識的自明性，而讓我們非常清楚的認識到政黨概念的深刻變遷。國事法院在其 1928 年 7 月 7 日的判決中提到：「對於國事法院的訴訟程序而言，只有下述這種人合團體（Personenvereinigung）才能被認定爲政黨：這些團體的活動，有可能對選舉結果造成重大影響。那些很明顯無法進入到人民代表機關中的群體，亦即，那些與選舉法制之運作毫無關係的團體，並不是議會體制意義下的政黨。」如果我們只承認有希望達到效果的（也就是只能透過早先的選舉結果而被證明爲具有效果的）宣傳，
85 作爲平等的權利，那麼，我們就需要放棄早先關於無條件自由宣傳以及爲所有政治意見與政黨提供無條件的平等宣傳機會的標準原則[9]。國事法院提出了一系列的要求，以作爲議會體制意義下的政黨判準。首先，它不應該只具有極小的黨員數量；薩克森邦的獨立社會民主黨就不被視爲政黨，其理由爲：它在 1928 年 5 月 20 日的帝國議會選舉中，在薩克森邦的三個選區總共只爲自己贏得 2953 張選票。因此可以說，在薩克森邦議會的選舉中，它只有極小的機會能夠贏得一席位。國事法院又提出進一步的理由：我們只應該允許具有穩固組織的政黨存在，而不是一些「鬆散的群體」，否則根本就不可能實施比例選舉制。下列特徵則使我們能夠認識到政黨具有穩固的組織：具有**綱領**；具有在相對程度上廣泛的**組織性基礎**；具有政黨可支配的**報紙**。簡言之，這裡所涉及的是這樣一些建構體，它們「不能不具備相當程度的**穩固性**」，並且「在它們身上也可看出充分的**持續狀態**」。「政黨預設了一群頗大數量的國家公民的**穩固性**共同結合狀態，並且以達成政治上的目標爲其目的」[10]。政黨、結合、集團成了同義詞。

進一步觀察，則國事法院對於政黨所下的定義，不僅顯示出政黨概念，也顯示出**選舉**概念已經從根本上改變了。在國事法院的判決論理中，對於貫徹比例選舉制的考量，可說扮演著關鍵性的角色，不過這還需要做進一步討論。這不僅是因爲新的政黨概念乃是隨著比例選舉制的必要性，而獲得基礎。甚至一些偏離選舉平等原則的做法，都會因爲下述理由而獲得證立：比例選舉制會使得這些對於選舉平等的限制措施成爲必要，因爲選舉平等不是邏輯—數學上的概念，而是法律概念，而且除此之外，對抗政黨的切割傾向也已經成爲廣被承認的政治上的目標。國事法院默示地忽略了下述事實：它所否定的兩件事情——「數學性質」以及政黨的切割傾向——正好就是透過比例選舉制，而在根本上以一定的強度 86
進入到我們的政黨狀態中，而且，它所提出的兩個觀點，也都因此比較可用來證立對於比例選舉制的限制措施，而比較不是用來證立對於選舉平等與選舉直接性的措施。但是，比例選舉法制與具有穩固組織的政黨，在現實狀態中，正好是最緊密地彼此結合在一起。同時，如果我們暫時拋開選舉法制，那麼可以說，當前的憲政狀態也是透過**穩固的**政黨組織而獲得其特徵。廣爲流傳的、而且經常是尖銳的對於比例選

舉法制的批判，也不應該忽略上述現象，尤其當它們提出下列問題的時候：改革在何種程度上是可能的，以及比例選舉制之「廢除」會帶來什麼結果？在這個脈絡下能夠被確認的最重要的一件事，並且也最醒目地反映了傳統概念的完全改變的，是下面這件事：在今天選舉實務的實際狀況中，不僅選舉的平等性與選舉的直接性，因爲比例選舉制的優勢地位而遭到限縮，甚至就某些部分而言已經被取消了；另一方面，被稱爲「選舉」的過程，本身就已經獲得一個全新的內涵。早先立憲君主制底下的國會之所以具有優先性，乃是基於其成員係**被選舉**這件事實。作爲一個由全體人民所選舉出來的團體，議會以人民之名與君王及其統治部門相抗衡。選舉很明顯地展現出選民與代表之間的直接關連。由此推論，被選票所壓倒的少數勢力無法藉由自身取得組織性的代表地位，這一點是符合民主的。因爲，如果我們背棄了下面這項設準的話，那麼我們也就摧毀了各種民主體制的基本預設：被選票所壓倒的少數勢力，只能接納選舉結果（而不是其特殊的意志），並且也只能贊同多數意志，以作爲其自身之意志。如果我們現在爲了使得以票數壓倒少數的現象成爲不可能，而試圖透過比例選舉制來組織少數勢力的代表權，那麼我們也就必定要容許眾多小黨的存在。如果我們要對抗政黨割裂的傾向，那麼我們也就是在對抗這樣的一個體系，此一體系不再能夠理解關於**所有**國家公民之意志同一性（Identität）這項民主體制的基本設準。在這種情況下，如果我們爲了比例選舉制的緣故而去限縮選舉的平等性與直接性，那麼這樣的做法就會凸顯出下述現象：一種被比例選舉制所支配的選舉

程序，雖然與民主選舉權之平等性與直接性這兩項基本特質有所衝突，但是卻仍然優位於該二項基本特質，並且被認爲是更爲重要的，也就是比民主體制下的選舉本身更爲重要。因爲到了最後，比例選舉法制及其候選人名單制度所帶來的後果是，選舉人大眾根本就無法再對個別的代表做選擇。呈現在我們眼前的毋寧是這樣的過程：那些不受監督的委員會，經由秘密的諮商，而在模糊的態勢中將爲數眾多的政黨提名人選名單，連同其一長串的姓名，提交給選民大眾。然後，這些選民大眾在選舉時，即依照政黨提名名單來做分配。這 87
時候我們再也不能說，個別的選民是直接來決定個別的代表。這時候所存在的只是**選民大眾依照眾多政黨提名名單，而呈現出的一種統計學上的群體化與分配現象**。倘若這裡所涉及的，只是多數固定政黨組織，以及那些將其串連在一起的社會性權力群體之具有社會制約性的成員，那麼在此範圍內，前述過程只不過是現存政黨大軍所提出之號召。然而一旦那些沒有被前述組織所掌握的國民群眾，也來參與前述過程時，那麼他們就會在這些固定的組織間來回擺盪（一般將他們輕蔑地稱爲所謂「浮木」或「流沙」），也會因此而在大多數情況中發揮關鍵作用。不過，這樣的情況不再能夠被稱爲選舉，雖然其與民主體制理念所形成之矛盾，並未像多元主義與具有固定組織之複合體之間所具有之矛盾一樣嚴重。它也不再符合傳統上對於選舉的想像，亦即選舉是關於議員與代表的選舉。它毋寧已經是一個類似**公民投票**（Plebiszit）的過程。在今天帝國眾議院或邦眾議院選舉中被稱爲「選舉」的這個過程，可以區分爲爲兩個層面：一方面，國家以多元主義的

方式被劃分爲若干具有固定組織的社會複合體，這樣的現象也獲得單純統計學上的固定地位；另一方面，它也在相當程度上蘊含了公民投票。

民主國家經常被稱爲**政黨國家**，甚至也常常被如此定義。不過，議會民主制的國家在某個意義上來說，不只是政黨國家。也許在很多情況中，人們有可能將各種國家都稱爲政黨國家，但是這只不過點明了，這樣的符號是空洞而多餘的，如果我們沒有進一步就政黨之種類、組織、結構與數量做補充說明的話。爲了能使議會民主制的立法國，以及一個在此特殊意義下而爲政黨國的國家，能夠依照憲法的預設，來承擔以合憲性方式而被規制的諸多功能，因此政黨必須要符應於在憲法中被預設的政黨概念，也就是一般所說的自由主義政黨概念，這樣的概念只將政黨理解爲一個自由的建構體。因爲，議會民主體制之所有合憲性的制度與方法，其眞義即在於，要在一個持續不斷的過程中，將私我的利益與意見，透過政黨意志之途徑而過渡並提升爲統一的國家意志。這樣的說法應特別適用在威瑪憲法的議會主義體系上。換言之，政黨的固定性不應該過於強烈，否則它就會在轉化與融合的過程中，施展過多的阻力。政黨是被設想爲國家意志建構過程的工具，並且，對於政黨之許可與承認，其意義自然不會在於，它應該將其對於國家意志建構過程之參與，利用爲與其他政黨妥協交涉的客體，或者甚至將其用做勒索工具。議會毋寧應該是一個轉換過程的展現場域，透過該過程，各種社會上、經濟上、文化上與信仰上的對立、利益與意見，才得以轉變爲政治性意志的統一狀態。較古老的信念認爲，議

88

會主義的方法，正好最適合將政黨當作轉化者而加以利用，並且，議會正好提供了一個場合，在其中，藉助理念的狡獪或者制度的狡獪，政黨的利己主義傾向也會被導向成爲建構一個超越利己傾向的、超越黨派的國家政治性意志的工具。這樣的信念比較是自由主義式的，而非民主式的。特別是當一個政黨取得執政地位的時候，它也會基於上述信念而被迫使採取更寬廣與更高層次的觀點，不能囿於其自身狹隘的政黨動機。由於政黨的種類、組成與數量，由於前面述及的發展傾向——政黨轉變爲具有固定組織的實體，並且具有穩定的行政機制與固定的幕僚——此外，也由於形成多數勢力需要爲數甚多的政黨與派系，這些因素都使得從利己主義的政黨意志轉變爲負責任的國家意志的提升過程，一再遭到阻撓。在違反合憲性規則前提的情況下，只會出現這樣的執政者：它們一方面基於其派系的妥協拘束而過於脆弱並且左支右絀，也因此無法獨立執政，另一方面卻又掌控許多權力機制與財產事業，而可以阻擋他人來執政。前述的理念或制度的「狡獪」根本無法繼續發揮作用，而取代國家意志的，則是一種從任何層面看來都是偏頗的、由各種短暫利益與特殊利益所構成的累加現象（Addierung）。德國議會體制的當前狀況，其特徵就在於，國家的意志建構過程係依存於脆弱的、由數目眾多但是在各種觀點下看來都是異質性的各個政黨所構成的，在不同情況中不斷變換的議會多數勢力。多數勢力一向只是聯盟的多數勢力，而在政治鬥爭的不同領域中——對外政策、經濟政策、社會政策、文化政策——它們彼此間則是完全不同的。一言以蔽之，這樣的議會民主體制的政黨國家，

其實是一個**脆弱的政黨聯盟國家**（ein labiler Koalitions-Parteien-Staat）。這種狀態所造成的缺陷與弊端，經常被人提出並予以批判：無可計算的多數勢力；無執政能力、或者基於其妥協的約束而無法擔負責任的執政者；從不間斷的、以第三者或者國家整體爲代價而形成的政黨妥協或派系妥協，在這個過程中，每個參與的政黨都會由於其所發揮之共同作用而獲得報酬；依照派系力量的強弱或者策略運用的情況作爲關鍵要素，而在黨員間分配國家的、地方的或者其他公共的職位與肥缺。即使是那些抱持著正直的國家信念，而欲將整體的利益置於政黨目標之上的政黨，也會部分地由於考量到其幕僚及其選民，或者由於此種體制中的多元主義內涵，而被迫參與推動持續性的妥協交易，或者徒勞無功地試圖排除這樣的交易，並且到最後發現自己處在類似拉封丹（Lafontaine）寓言中那條有名的狗的境遇中。那條狗原本非常盡心地看管主人的烤肉，但是當牠後來看到其他狗肆無忌憚地分食烤肉時，自己到最後也跟著參與搶食。

89

採行議會體制的政黨國家及其自由的、也就是不具有固定組織的政黨，和採行多元主義的政黨國家及其具有固定組織的建構體（作爲國家意志建構的承載者），這兩者之間的區別，可說比君主政體與共和政體之間的，或者與任何一種國家形式之間的區別還要大。具固定性的社會結合組織，已經成爲今天多元主義國家的承載者，它們在議會中形成了一個單純反映了國家之多元主義劃分傾向的摹寫圖像，議會的成員則是以派系的型態出現。在這樣的實際情況中，統一性要如何形成，使得僵硬的政黨連結與利益連結能夠在其中被

揚棄與融合？關於這一點已經不再有相關的討論。我唯一能指出的議會主義觀念原則，是濫觴於托馬，在這裡我們所能談論的只是一種「完全腐壞」的基礎。某些跨越了各個政治性黨派的所謂「橫向連結」（Querverbindungen）（農業經濟上的利益、勞工階級的利益、官僚階層、或者在某些個別案例中的婦女議題），也許可以在特定實質問題領域上形成多數。然而由於在多元主義體系中，不僅牽涉到議會體系中的政黨與派系，除此之外，前述的橫向連結本身也有可能成爲多元主義體系中群體聚合（Gruppierung）之因素，因而，這些橫向連結的狀態可說是使此一情勢更加複雜化，甚至也證實並強化了該情勢，而非揚棄或排除之。「議會之團結」（solidarité parlamentaire）這項著名的號召，亦即，議會代表（尤其是固有意義下的職業政治家）之跨越政黨界線的、共同的利己主義式的私利，也許可以是一項有效的動機或者是有用的促進統一性的因素，但是我們很容易可以理解到，在一種困難的情況，例如今天德國所處的情況中，以及當各種組織已經具有強烈的穩固化傾向時，這樣的號召不再是充分的。如此一來，議會就從一個由自由的人民代表所組成的、建構統一性的以及自由集會的展現場域，由一個將政黨利益轉變爲超政黨意志的轉化者，而變成組織性社會力量所形成之多元主義式劃分傾向的展現場域。其結果有可能是，議會由於其內在的多元主義而無法形成多數或不具行動力；另一種可能的結果則是，在各個不同情況中形成的多數力量，會把所有法律上的可能途徑當成其把持權力狀態的工具與確保手段，並且機關算盡地利用其掌握國家權力的期間，也試圖限制最強大

與最危險的對手尋求同樣可能性的機會。也許，單純從人性之惡，或者單純從今天才成爲可能的、個別的卑劣手段來做
90 解釋，是有點過份素樸。不過，在過去幾個世紀的德國國家與憲政史當中，類似的情況屢見不鮮，甚至具有規律性。在舊德意志民族神聖羅馬帝國（Das Römischen Reiches Deutscher Nation）解散時，皇帝與諸侯爲確保其世襲統治權所採取的做法，在今天也可以找到眾多平行現象。

在這樣的觀點下，相對於19世紀情勢所發生的轉變，也具有根本性意義。在這裡，此種轉變也透過未被改變而保存下來的文字與公式、透過舊的思考與言談方式，以及透過那爲了服務於這種殘留現象，而繼續存在著的形式主義所形成的掩蔽，而隱沒不彰。但是我們切不可因此而產生錯覺：實際上，其對於國家信念與憲法信念，以及其直接對於國家與憲法所發揮的作用，都是極其重大的。該項作用主要顯現於下列領域：由於國家本身在相當程度上已轉變爲一個多元主義的建構體，因而在相同範圍內，對於國家及其憲法所表現之忠誠，也會被對於社會性組織，以及對於那承載著國家多元主義的建構體所表現之忠誠所取代。特別是如同前面所提及的，社會性的複合體經常具有成爲總體性複合體的傾向，也就是說，要在經濟層面與世界觀的層面上，將那些被其所吸納的國家公民牢牢地束縛住。如此一來，到最後也就形成了一種具有道德上約束與**忠誠義務**（Treueverpflichtungen）的多元主義，也就是一種「忠誠態度的多元性」（plurality of loyalties），藉由這種現象，多元主義式的分割現象愈來愈強地固定了下來，而國家統一性之建構也就愈來愈岌岌可危。

照這樣發展下去的必然結果，則是使得一個對於國家具有義務感的官僚階層（Beamtentum）成爲不可能，因爲這種官僚階層需要以一種與組織性的社會複合體有所區分的國家，作爲其前提。除此之外，也會形成**合法性概念的多元主義**（Pluralismus der Legalitätsbegriffe），這種態度摧毀了對於憲法的尊重，也使得憲法的堅實基礎變成一塊不確定的、從不同面向遭到攻訐的領域。而每一種憲法的意義其實是在於，要去做成一項政治性的決定，使得國家統一性之共同的、隨著憲法而被給定的基礎，能夠獲得免受質疑的地位。在各個時期取得支配地位的群體或聯盟，當其濫用所有法律上的可能手段，並且試圖確保其各個時候的權力地位，或者利用所有在立法、行政、人事政策、懲戒法、自治行政等領域上的國家性或合憲性的權限時，他們都可以非常理直氣壯地宣稱其合法性，並且由此而得出一結論，認爲各種認眞的批判或者對其優勢情況可能產生危害的活動，都是非法的，也就是顚覆或違反憲法精神的行爲。於此同時，那些由於統治部門所採取之手段，而受到影響的對立組織，則同樣可以主張，對於憲法上平等機會的侵害，即意味著對於民主國家憲法之精神與基礎所爲之最嚴重的違反行爲，而他們也可因此而理直氣壯地對這些非法與違憲行爲提出指控。這兩股彼此對立的否定性力量，在國家性的多元主義情勢中可說幾乎會自動 91
地發揮作用，而它們也會使憲法本身遭致耗損。

對於具體憲政狀態所做的此種觀察，可以使我們清楚意識到一現實情況。許多人會基於各種不同的動機，甚至有時候找尋藉口，而傾向不去討論對於這種現實情況的覺察。然

而即便如此，對於該現實情況之清楚認知，對於那些以處理現行帝國憲法之維護與確保問題爲職志的憲法學研究而言，卻是無可迴避的。單純一般性地去談論所謂的「危機」，或者將前面所提出的觀察丟進所謂「危機文獻」（Kriseliteratur）領域中，這樣的處理方式絕對是不充分的。倘若當代的國家應該是一個立法國；倘若除此之外還形成了國家生活與國家活動領域的大幅擴張，使得人們已經可以談論邁向總體國家的轉向；倘若於此同時，立法的團體卻已經變成多元主義分割現象——將國家統一性分解爲由具有固定組織性的社會複合體所構成的多數狀態——的展現場所與中心點；那麼這個時候，運用19世紀時爲立憲君主體制情勢量身打造的各種訴求與對反訴求，或者還談論著「議會主權」，而想要對當代憲法的困難問題提出回答，這樣的做法實在無甚助益。

（b）公共經濟領域中的多角勢力

多元主義傾向之發展，乃是匯集於立法團體中，也是在其中獲得表現，同時其亦與邁向經濟國家（Wirtschaftsstaat）的轉變傾向互相重疊。其實在公共經濟的領域上，也必須凸顯出整體領導所構成的較強的統一狀態、統一的準則以及由此而生之統一的財政與經濟綱領的可能性，才能與其大規模的擴張現象取得發展結果上的正確協調狀態。正如同每一個經濟單位（即便是最小的經濟單位）一樣，規模如同今天德國的公共經濟領域一般的經濟複合體，至少也需要一定的計畫，即便我們想要與社會主義式的計畫經濟保持明顯距離。

然而如前所述，議會只是多元主義的、脆弱的政黨聯盟國家的表現場所與反映，它幾乎沒有能力來承擔這樣的計畫，因爲這樣的計畫需要具有一貫性與持久性，而這兩項性質則需要跨越一段較長的時間與不斷變化著的情勢。我們根本無法將這樣的性質寄託在當今的政黨與議會多數關係上。由於欠缺這樣的統一性與一貫性，使得在公共經濟的領域中發展出眾多在廣泛程度上具有自主性，並且彼此間具有獨立性、自主的公共經濟的承載者，這些承載者比鄰而立，也交互滲透。這樣的狀態被波比滋稱爲**多角勢力**，藉由這個詞彙，一個具有特別性質的現象獲得了極其中肯的稱謂。該現象雖然與我們國家體制之多元主義具有極爲緊密的關聯，但是卻全然非與其等同。在當前德國的公共經濟領域中具有支配性的現象，92
「是一些具有非常雜多之種類與性質的、彼此間並不具有充分聯繫的意志承載者，所形成的幾乎無法概觀的多元現象」。波比滋列舉出了：聯邦、17個邦、65000個地方行政單位與地方行政團體、社會保險的承載者（7427個醫療保險機構、106個職業互助機構、35個殘障保險機構、聯邦受雇人員保險機構、礦工退休金保險、勞力仲介與失業保險機構）。除此之外他也把下列機構算在內：在公共經濟領域中本身具有自主管理權（Hausmacht）的大型機構，主要是像帝國銀行、帝國郵政、帝國鐵路等機構；另外則還有其他或多或少具有自主性的公營造物與公營事業[11]。也許這樣的概觀與列舉方式，還需要做進一步的細分，我們也還可想像對其提出某些補充與新觀點。但是，指明這個對我們當前國家狀態具有重要性的現象，這種做法爲我們帶來的學術上效益，並不會

因此而降低，而確認該現象所帶來的認知價值，及其對於我們所處憲政狀態之具體圖像所具有的重大意義，亦不會因此而減損。

這種多角勢力所造成的結果是展現在：欠缺統一性的準則、去組織化與無計畫性的現象，甚至是反計畫性的現象（Planwidrigkeit）。由於國家自長久以來就已經採取了轉向經濟國之途徑，因而上述現象的作用範圍也就變得特別之大。國家在經濟層面產生的影響獲得顯著提升，以致於國家活動的擴展（正如同波比滋所言）「自長期以來，就已經在邁向行政國以及與其對應之租稅國的道路上，超克了福利國的階段，並且有全面採取供養國家（Versorgungsstaat）發展取向之虞」。公共經濟領域之承載者所構成的多角勢力，就法律層面而言，主要是建立在自主性與自治行政，尤其是地方自治團體的自治行政基礎上。「作用範圍之普遍性」（Universalität des Wirkungskreises）這項受到承認的原則，使得地方行政單位經濟領域之近乎無限制的擴張，成爲可能；地方性企業集團（Gesellschaftsbetriebe）採用的私法形式，使其有可能規避國家的管制（國家監督、聯邦財政部的地方性諮詢單位），而把自己塑造成一種私法上的免除采邑義務的地產（Allod）。其具有類似於中世紀時分封給家臣的免除采邑義務地產，這樣的地產即因此而不受奠基於采邑制度的國家結合體的管轄。從各個層面看來，自治行政制度所歷經的功能變遷，很容易能夠被認識到，並獲得解釋。前已述及，自治行政之設置——正如同其在德國所流傳下來的情形，以及在繼續適用的、未更動的19世紀制定法文本中所規範的那樣——已經隨著其對

國家與社會之區分，而對本世紀的具體情勢做了預設。於此同時，自治行政在本質上係顯現爲其與國家有所區分的社會的一部分。倘若國家現在已經成爲社會的自我組織，而自治行政的職位也是由同樣的國家多元主義的承載者所把持的話，那麼自治行政這個法律制度的結構，尤其是國家監督與自治行政之間的關係，就會大有疑問。每一種想要建立起廣泛的、具有公共經濟領導下之統一性準則的財政與經濟綱領的嘗試，都會遭遇到前述具有多重型態的多角勢力的阻撓與障礙。此種多重型態的多角勢力，則彷彿被放在由制定法與憲法法律上之保障所構築的銅牆鐵壁之後，而在法治國的層面上獲得確保。然而，它的反作用力（Widerstand）並不是因爲其自身之力量而無法被超克，而是因爲多角勢力和多元主義彼此緊密地相互結合（同時也還有多角勢力與底下即將探討的聯邦主義之相互結合）。

針對多角勢力之問題，我們有必要對其做進一步之研究與探討。最主要地，在我看來，對於當前的憲法研究而言，有必要在我們所描繪出的整體複雜情況當中，做出下述之區辨。多角勢力所具有之力量，有部分是得力於其與國家多元主義之承載者的互相結合，而獲取了政治上的重要意義與發揮反作用的能力。對這些承載者而言，多角勢力同時有可能可以爲其所屬之組織提供權力位置，在此範圍內，它們即在多角勢力中具有一定的利益。與此相反，另一部分力量，卻是透過某種意義下的對立傾向，而能夠獲得證立，（廣泛地來說）也才得以形成：相對於國家之多元主義切割傾向，有某些特定的、對於整體經濟領域而言具有特殊保護需求的複

合體與設施，應該抽離政黨政治的（parteipolitisch）影響，並且在政黨政治層面被中立化。在此範圍內，帝國銀行與帝國鐵路尤其屬於上述範疇。這種中立化的過程，底下（第100頁）將會進一步做討論。該過程之所以必須在此處被提及，是因爲我們的確可以在多角勢力的整體現象內，基於一觀點而做出區辨，而這樣做也是有必要的：有些多角勢力的承載者，只不過是爲多元主義提供助力，或者與其結合；而其他的承載者，則需要將其定在歸功於針對此種多元主義而產生的反向運動（Gegenbewegung）。

以「多角勢力」這個字眼而被標舉出的事實與整體現象，絕對不會因爲上述之發展而遭到否定或駁斥。這樣的發展只會更明確地凸顯出，我們必須要注意到許多不同的、彼此競逐的走向，這樣才有可能精確描繪出當前具體的憲政狀態，也才能清楚看到眾多否定與危害著人民之政治上統一性的現象，而人民之政治上統一性乃是民主體制之前提。公共經濟領域的多角勢力，是透過下述方式獲得其固有之重要意義：
94 **它在國家更密集地向經濟國家的方向發展時，同時與議會主義立法國所具有之多元主義式的裂解傾向，相互交疊**。在這裡，我們只用了短短幾個字勾勒出整體的難題，而在其核心領域則存在著一個問題，我們可以初步地提出該問題如下：究竟在何種範圍內，議會主義與採取計畫經濟行動的國家彼此間可以互相調和？在一份今天仍具有非常實際意義的文獻——哥伯特（H. Göppert）的《國家與經濟》（"Staat und Wirtschaft", Tübingen 1924）——當中，作者堅決地提出了否定的答案。不過，這個問題還可以依照議會主義的各種具體

種類，而進一步予以細分。某些國家的議會，已經成爲社會性權力複合體所構成之多元主義體系的單純反映，某些國家則可藉由正常運作的兩黨體系，來建構其國家意志。在前者的情況中，上述問題顯得更爲迫切與危險。此外，當伴隨著邁向多元主義體系發展的同時，國家不僅經營個別的經濟性事業，而是已經發展成一個經濟國的話（此一經濟國正好站在邁向福利國、補助國與供養國的過渡點上），那麼該問題還會再獲得更高的強度。當這種經濟國，伴隨著這種被多元主義體系所決定的議會，卻處在重大的經濟上困難與不正常的經濟情勢中，而爲了其根本的存續問題被迫要做成統一性的準則，並且執行廣泛的（無論就實質事物範圍或時間上的延展而言）經濟與財政計畫時，那麼此一問題的提出，就達到了其最外顯、最具關鍵性的程度。以這種方式而獲得具體精確化的問題——亦即，多元主義的議會主義與現代的經濟國，彼此之間是否可互相調和——在今天我們必須給予其否定的答案。

（c）聯邦主義（Föderalismus）

議會主義系統是否與特定種類的國家組織相容？關於這個問題，在早先的德國國家學當中，只有在聯邦國家組織的層面上才被提出，並且一直到1918年爲止，多數人都還持否定見解。在俾斯麥帝國憲法所形成的德意志國家法當中，適用著一項公理：議會主義和聯邦國家的組織，甚至可被認定爲相互排斥的對立項。考夫曼在其戰時（1917）論及「帝國

憲法中的俾斯麥遺產」的著作中，即主張此一命題，並且宣稱「聯邦主義與議會主義的不可能性之間，具有密切而且在事物本質上獲得奠基的關聯」。他是一般性地，而非僅針對1871年成立的君主制聯邦國家做此宣稱。普勞斯的思想，則是以一項類似的命題爲基礎，該命題至少是針對君主制聯邦
95 國家而發，但是卻採用完全相反的評價。正因如此，其提出之第一次憲法草案才會以下述立場爲出發點：聯邦國家必須要透過廣泛之去集中化（Dezentralisation）與自治行政，而被取代。我在拙著《憲法學說》（*Verfassungslehre*，1928）當中則主張，此種不相容性——在這裡我們毫無疑問能覺察之——的眞正原因，主要並不是在於議會主義與聯邦主義之對立，而是在於民主體制與聯邦主義之間所能夠被尋得的、具有特殊性質的關係：正由於無論是國族的民主體制（nationale Demokratie）或者各種具有聯邦性質的（bundesmäßig）組織，都預設了某種實質的同種性（Gleichartigkeit），因此要去證立那由自主的、在具有國族同質性的統一體中存續著的、民主的諸多國家所形成的多數狀態，是很困難的。在一個國族的民主體制中，唯有當人們使其他憲政狀態中流傳下來的聯邦主義所形成的固定框架繼續存在，聯邦國家才在此範圍內有其可能性。但即便如此，它在本質上也具有不同功能。在威瑪制憲國民會議中，關於聯邦國家建構原則的困難問題，根本就未獲注意；人們毋寧保留了聯邦國家的組織，並且在國族民主體制的框架下，不僅在聯邦的層次導入了議會主義，更爲了國家憲政體制的緣故（Art. 17 RV.），而在各個邦也納入議會主義。從12年前開始，在聯邦與各邦，聯邦國家的

組織就與議會主義並立共存，以致於它們兩者的相容性彷彿也可基於此一事實（*ipso facto*）而獲得證明。但是，我們絕對不可以忽視，此一事實爲何種結構與功能變遷提供了可能條件。實際上，聯邦國家組織與議會主義之相容性，只能由下述事實獲得說明：在聯邦議會（Parlament des Reiches）（亦即德意志帝國眾議院）的面向上，甚至通常在作爲帝國政府建構基礎的政黨聯盟中，都會有一些頗具影響力的、聯邦主義式的政黨取得代表地位，在這樣的政黨中，則通常都會有一個完完全全以特定邦爲依歸、並且也清楚察覺到其聯邦主義式利益的政黨，即巴伐利亞人民黨（Bayrische Volkspartei）；同時，反過來說，各個不同的、建構著多元主義式國家的社會權力複合體，也藉由其組織而滲透到聯邦的每個角落、跨越各邦的界線，並且在各種情況中汲汲於捍衛其在個別邦所攫取之國家性的權力位置，因爲藉由此種方式，它們能夠對抗在聯邦或其他邦取得支配地位的、與其敵對的政黨或政黨聯盟，以獲得最佳之保障。如此一來，聯邦國家之設置及其職位，即有可能與多元主義體系相互配合，並且成爲其支撐點。不過，藉由此種方式而形成的議會主義與聯邦主義之間的「相容性」，只能夠以下列手段達成：從這兩個面向使國家統一性所具有之封閉性與穩固性的性質，逐漸瓦解。

如果我們暫不考慮多元主義與聯邦主義彼此結合的可能性，那麼聯邦國家的組織，即仍有可能被當做與到處可見的多元主義權力建構體，及其政黨政策之方法相互抗衡之特別 96
強大的力量。在今天的多元主義政黨國家中，要達成有效的**領土上的**（territorial）去集中化現象，唯有在聯邦國家組織

的基礎上，才有可能。地方自治行政之設置，是從19世紀德國所流傳下來，並且預設了國家與社會之對立。在一個已經成爲社會之自我組織的國家中，當多元主義的勢力已經毫無差別地佔據了在國家與社會中、在國家監督與自治行政領域中的所有權力位置時，那麼該項設置也就不再有能力針對多元主義勢力提出有效反制。與此相反，一個邦所具有之國家性質的自主性（staatliche Selbständigkeit），則提供了此種可能。如果我們仔細觀察美國聯邦與瑞士的誓約同盟（Eidgenossenschaft）所形成的典範，便可以得知，民主體制與聯邦主義在某些具體的前提下，彼此間是可以相容的；而聯邦主義，亦即聯邦國家的組織，在這樣的民主體制中提供了領土性去集中化現象之最穩妥的手段。而在一個同時以聯邦國家型態來組織，又受議會主義體制所支配的國家共同體當中（例如今天的德意志國家），聯邦主義也會因此而獲得兩種新的證立方式：第一，它是眞正的領土性去集中化現象的輔助手段；第二，它能夠被認爲是對抗政黨政治的多元主義方法之對立手段，就好比前面已經提到的從國家公共經濟領域自主地分裂出來的現象，以及以下還會討論到的關於「中立化」的嘗試。

2. 救濟手段與反向運動

（a）經濟憲法之嘗試

國家對於經濟領域在相當廣泛的程度上發揮著支配與影

響。鑑於此一緊迫的事實，人們在關於諸如多元主義與多角勢力等問題上，很容易聯想到的解決方案，就是要去倡導現行帝國憲法之改革。因爲，雖然今天的國家被稱爲經濟國，但是國家的憲法——如同多數現代國家以及德國的情況一般——卻完全不是「經濟憲法」，而是（以不甚精確的用語來說，即所謂）「政治性」憲法，這樣的憲法忽略了經濟領域的實體與勢力，也彷彿對於經濟領域採取「中立的」態度。當然，所有的經濟領域與所有的社會，就如同所有的人類共同生活現象一樣，都在其自身中蘊含了某種「憲制」（Verfassung），亦即某種秩序，以致於人們可以在另一種完全不同的意義下，以不精確、甚至有點誤導性的方式去談論社會憲法與經濟憲法。他們之所以能夠如此談論，是因爲他們使國家與社會、政治與經濟彼此分離，並將之視爲不同的事物領域，而這是19世紀流傳下來的觀點。不過這樣的「經濟」「憲法」或者「社會」「憲法」，並不是國家憲法（Staatsverfassung）。對於國家的組織與政治性架構而言，經濟性的建構體與實體並不會以其現有的型態而被運用（例如企業、工會、經濟協會、經濟議會〔Wirtschaftskammern〕）或其他利益代表團體），個別的國家公民也不是在其作爲經濟主體（例如作爲雇主或勞工、生產者或納稅人，或者任何基於經濟上的性質或貢獻而產生之地位）之特質中，享有政治上的地位與國家公民權。對於國家憲法而言，國家公民一向只能是**公民**（*citoyen*），而不是**生產者**（*producteur*）。現行帝國憲法其中一項根本的、實證性的決定就是，它拒絕了經濟憲法的體系，尤其是「政治性」的委員會體制

（Rätesystem）。即使是帝國憲法第 165 條當中關於「委員會體制之確立」的規定，也只具有經濟上的意義，而不具任何國家性—組織性的意義，就如同人們所反覆強調的那樣。如果我們以其他方式來理解該條款，那麼現行帝國憲法就會變成一個奇幻的畸形建構體，因爲它在自身中蘊含了彼此相異而又互相矛盾的憲制，而且其最後一條規定也可說附帶地又建立了第二階層的附隨憲法（Nebenverfassung），這樣的附隨憲法則使先前所建立的組織性架構遭到質疑。因此，利用帝國憲法第 165 條之規定，以嘗試從現行憲法中建構一套經濟憲法，並且再從第 165 條之規定來建立德國的國家憲政體
98 制，這樣的做法是不應允許的[12]。此外，帝國經濟委員會（Reichswirtschaftsrat）也**絕非一個具有決定性的**國家機關，即便它在執行依據第 165 條所做成之委員會綱領的過程中，是有其確定的憲法上依據。帝國憲法的第一個主要部分，亦即組織性的部分，仍然是政治性的、決定性的部分。它蘊含了一項在完全的意識狀態中所做成的決定，也就是要**抗拒**在經濟憲制的領域中建立國家的政治性架構。

如此一來，就產生了很明顯的落差：一個經濟國家誕生了，但是卻沒有經濟憲法。人們很容易聯想到的解決方式，是要採取兩種已被給定的走向當中的一種，以試圖達致和諧，亦即，我們也許可以從國家中，將所有賦予其經濟國性格的所有要素，予以排除，也就是使國家去經濟化；或者，我們也許可以反過來，用一部經濟憲法來取現行的非經濟憲法（Nicht-Wirtschaftsverfassung），也就是堅決地使國家完全經
99 濟化。第一項主張會導致的後果是：當今的各政黨——它們

大部分已經成了具有穩固組織的利益代表機構，並且或多或少已經受到「封建等級式的」拘束——應該要轉變成以自由意見爲取向、立基於自由宣傳基礎上的建構體，而且，個別的代表也應該再度成爲獨立的代表，就如同現行憲法（第 21 條）所規定的那樣。人們尤其可能以下列方式試圖建立獨立性：他們會導入各種嚴格的「兼任禁止原則」（Unvereinbarkeiten），而且不僅限於傳統的兼任禁止原則，例如議會職位之委託與公務員職位之間的「兼任禁止原則」（Inkompatibilität），而是同時包括了所謂經濟上的兼任禁止原則，也就是議會之委託與特定經濟性職業或職位的兼任禁止，例如企業集團法律顧問（Syndikus）、協會或政黨的秘書長、監督委員會成員、銀行家與國家給付官（Staatslieferant）等等。在個別情況中，這樣的兼任禁止原則也許非常具有價值，亦有其必要，而且可能也對應於某些國家生活領域的道德性潔癖要求[13]。但是整體而言，那建立在國家與經濟之緊密結合基礎上的體系，並不會因爲這些原則之提出而遭排除。今天的選民大眾，恐怕早就依照經濟上的利益而形成各個群體，而這樣的現象無法透過法律來明令禁止；在當前夾纏不清的經濟關係中，就特定經濟性職業與職位而導入兼任禁止原則，其實就意味著，這樣的職業或職位，相對於其他同樣具有經濟決定性的職位或職業而言，具有不平等或不符正義的地位。由於還有許多社會性與經濟性勢力的間接作用可能性，對於立法者而言是無法完全掌握的，因此，採取上述方式只會形成一個由重重障蔽所構成的新體系，而根本無法改變國家生活的整體結構。

另一項剛好相反的主張，也就是要給予那現在已經成爲經濟國的國家一部眞正的經濟憲法，無論它是一部等級國家的、工會國家（Gewerkschaftsstaat）的或者委員會國家（Rätestaat）的憲法。乍看之下，這項主張具有誠實並且可適應實際情勢之優點。但它只有在抽象層面上才是優點，而在實際上則是具有誤導性而且危險的。在此姑且不論該主張在執行時會碰到的實際困難：要對個別職業分支領域與團體做出評價與區分，以及要基於經濟上的重要性，來進行選票的計算與政治權力的分配等等。我們只從根本的思考方式來駁斥這項看起來很合理的主張。該項主張之實現，並不會強化國家意志之統一性，反而會危及之；經濟上與社會上的對立，非但不會被解決或解消，反而會更趨白熱化與肆無忌憚，因
100 爲那些鬥爭的團體不再有必要迂迴地透過全民普選與人民代表機關，以遂行其目的。有一件事實頗值得注意，那就是，今天只有兩個大國擁有這種經濟憲法：共產俄國所採取之蘇維埃體制，以及法西斯義大利所採取之工團國家（stato corporativo）體制。這兩個國家大致上而言，都還算是農業國家，它們絕對不是站在經濟發展與工業進步的前端。而且每個人都知道，這兩個國家的經濟憲法，都是處在嚴格中央集權式的政黨組織以及所謂一黨國家（Ein-Parteien-Staat）的陰影下。經濟憲法體系之意義，在這裡絕對不是要使經濟領域成爲自由與自主的，而是正好相反，要使其落入國家手中並受其掌控。一黨體制則產生自下述必要性情況：抑制由多數政黨來支配國家的情形，也就是抑制國家的多元主義式切割現象。

（b）多元主義政黨國家中關於內政上中立性之問題

針對政黨國家意志建構過程的多元主義方法，而主張建立中立的、也就是獨立於這種政黨國家諸勢力之外的機制與程序，這樣的做法是很自然，也毫無疑問可被理解的。由於這邊只試圖對當代憲政狀況提出簡短闡釋，因而不擬討論眾多的改革計畫。不過，我們至少還是要提及「國家革新聯盟」（Bund zur Erneuerung des Reiches）就「帝國參議院問題」（Berlin 1930）所發表之綱領、立法草案以及其他資料，因其具有特殊之意義。但是，撇開所有的建議與主張不談，當前早就已經出現一些設置或組織，而它們所固有之意義即在於，它們係展現爲對抗多元主義政黨國家運作方法的反向作用勢力。它們在其所處之脈絡中，大多很少被人所意識到，因爲它們彼此之間差異甚大，而且只是藉著與脆弱的政黨聯盟國家處於對立狀態此一共同點，而彼此有所關聯；因爲它們當中的某些組織或設置，會以神秘的標語作爲掩護或者不具能見度，而其他的組織或設置卻公然地獲得凸顯；也因爲它們當中的某些組織或設置，基於事物之本質，會比較少引起注意，而脆弱的政黨聯盟國家的運作方式，卻很明顯地糾纏、霸佔著我們政治生活的主要重心。即便如此，這些中立性的對立力量，也屬於當今之國家，而且，倘若缺少了它們，則國家根本就無法被設想，因爲在事實上，並不存在任何僅具多元主義政黨國家性質的國家。除了純粹政黨性質的勢力外，也必須一直存在著其他非政黨性的、與超越政黨的勢力，倘若我們不想使國家統一性解消於由社會權力複合體所構成的

101 多元主義式並立狀態之中的話。另外，倘若憲法上所規定的職位與機制尚無能力形成統一性的政治意志的話，那麼，政治性的實體就會無可避免地往社會或政治系統中的任何一個點偏離。另一些勢力，無論是合法的或者非編制內的（apokryph）勢力，都會基於自由意願或者被迫、有意識或半意識地承擔起國家的角色，也就是從幕後來進行統治。在議會中，全體人民的意志統一性原本應該是藉由「理念的狡獪」而形成，不過這種「理念的狡獪」之出現，根本就無法倚賴政黨聯盟或者黨派辦公室；議會無法完完全全獨佔作爲「理念之狡獪」的展現場所的地位，換言之，它很容易就轉換活動的領域。因而，這些不同種類的反向勢力與救濟措施，必然地屬於我們當今國家情勢現實狀態整體圖像的一部份。由於它們藉著與當前脆弱的政黨聯盟國家處於共同的對立地位，而彼此凝聚在一起，因而它們在此範圍內可以被稱做建立**在政黨政治層面上中立的國家**（ein *parteipolitisch neutraler Staat*）的嘗試，以概括其整體性質。於此同時，我們也很容易理解到，「中立性」這個本身具有多重意義，並且如同所有政治性概念一樣，可透過其具體的對立事物而獲得界定的字眼，在此一脈絡下，只不過意味著與脆弱的政黨聯盟國家勢力以及運作方法相對立的事物。這些勢力與運作方法所發揮之力量相當強大，也具有充分的集中性，使得我們可以將多數彼此具有差異性的對立力量，藉由其所處之對立狀態而歸納在一起。前面曾經提過，多元主義、多角勢力與聯邦主義式的群體化現象，其彼此間的關係，有時候是相互結合，有時則是相互對立。依此觀點，我們也可清楚理解到，這些對立的

勢力也會依照策略上的情況而偶然地形成結盟。這樣的可能性絕對不能被排除。

在這裡，我們首先會想到**官僚國家**（Beamtenstaat）之設置與運作方法，並且在其中尋找眞正具有抗衡性的力量，以對抗脆弱的政黨國家所具有之解消性作用。這樣的做法也符合德意志國家的歷史傳統。藉由這種方式，官僚階層同時獲得了一項新的任務與功能，並且能夠適應已經改變了的國家情勢。這樣的任務與功能，無法用君主體制下的國家法概念予以理解或證立。現行的帝國憲法則迎合這樣的想法，而透過合憲性、制度性的保障，來保護德國的官僚階層，使其不受議會主義剝削政策運作方法之侵害（帝國憲法第 129 / 130 條）。帝國憲法甚至明文禁止公務員成爲「政黨之公僕」（Diener einer Partei），並且也爲其獨立地位設置某些保障措施（終身職位原則、既得權利〔wohlerworbene Rechte〕之不可侵犯性、針對財產法上請求權而設之正式法律途徑等等）。人們早已認識到，即便憲法針對公務於職位設立某些禁止規定，至少在許多國家中，這些職位仍被公然地用作執政黨的戰利品或妥協客體。今天，多數人對於德意志官僚國家抵抗 102
政黨聯盟國家之力量，都抱持懷疑或消極的想法。不過我們仍應注意到，在聯邦的層級上，**帝國總統**乃獨立於政黨聯盟之外，而對公務員以及政務官行使任命權，因此在這裡並非當然地在政黨聯盟成員之間爲公務員職位之分配。這與邦層級的情況不同。在邦的層級，根本就不存在前述迂迴做法所形成的限制，也因此，政黨聯盟所提出的部長人選，是作爲政黨代理人而行使其職權。另外，人們也許可以基於某種樂

觀態度而希望，藉由公務員之終身職位以及其他合憲性的保障，那些被任命爲公務員的特定政黨支持者可以脫離各該政黨，而抱持德國官僚階層所應具有之國家信念，並且透過職業官僚制度之建立，而從政黨的僕人轉變爲國家公務員。今天人們在德國仍然可以預設官僚國家要素之存在，而在這種情況下，這些要素也可能在政黨政治層面具中立性之國家體系中，被用來建立值得注意的推動因素，並且挽救非政黨性實質狀態（unparteiische Sachlichkeit）所具有之意義。然而即便這些要素毫無疑問地甚具價值，也無可替代，它們仍然無法針對脆弱的政黨聯盟國家所具有之固有的謬誤狀態（亦即欠缺一個有執政能力而且具有穩定性的政府），而提供救濟手段。基於事物本質，職業官僚階層僅見於司法部門與行政部門。因而，它需要從立法部門或者從統治部門獲取其決定性的規範與指令。它沒有能力從自身出發，而做成政治性的決定，也無法藉助那些與其專業性相關的規範與標準，而決定政策的準則。它可以阻撓或抑制某些事情，並且在此框架下操作其具有中立性作用的影響力，但是它無法做決定，也無法進行固有意義下之統治。

想要在司法部門基礎上建立中立的國家，或者想要藉由任何一種司法形式的掩蔽，而將做成政治性決定的任務，託付給由職業法官所掌理的法庭或國事法院，這樣的嘗試恐怕更不可能實現。關於各種想要在司法形式的表象下，透過法院來爲我們今天憲政狀態中的困難問題做成決定的主張與計畫，已經在本書的第一部分予以探討。也許這樣的解決嘗試，不僅對於從事司法工作的法律人（這些人的思想習慣，大抵

受到民事與刑事訴訟法制的框限），並且也對於某些德國人的性格傾向（尤其是經常被人引用的、德國人的「合法性需求」）而言，看起來是有其道理的。今天，人們的確可以憑藉更多的意識，來對於這些將政治「法律化」（Verrechtlichung）的計畫做出評斷，也能更清楚認識到司法形式性（Justizförmigkeit）的狹隘界線。我們需要保障司法形式性免於受到政黨——政治化現象（Partei-Politisierung）的侵害，而且這麼做就是爲了獨立的司法以及法治國的利益。獨立的德國職業法官階層，作爲內政上中立的實體，屬於之前所指 103
明的官僚國家所形成的複合體。如果人們想要利用職業法官階層，而導入一種秘密政治式的（kryptopolitisch）司法國的話，那麼無論該階層，或者建立非政黨式客觀性的目的，都會遭到危及。

另一項主張所追求的，則是建立某種**中立的、專業人士與鑑定人（專家）的國家**，這項主張是在從事司法工作的法律人圈子之外廣爲流傳，也更值得認眞看待。在這種國家中，政治性的決定是被託付給個別領域的專業人士，特別是行政部門、財政技術部門與經濟部門的專業鑑定人[14]。在大多數現代國家裡，都可以找到眾多這種專業鑑定人的雛形。對於德國而言，一個特別具有探討價值的例證，首推**帝國儲蓄專員**（Reichssparkommissar）之設置。「因爲基本上，該項制度還能意味著什麼呢？它正好就是下述見解的印證：對於政府及其成員而言，他們作爲政治人物，在提及或者推動許多事情的時候，總是無法排除造成某些危害之可能。然而這些事情卻必須被提及與推動，並且因此而應該託付給另外的、

只服從於其專業義務的人士手中。這些人士的中立性則似乎是透過其地位及其人格，而獲得確保。在所有的國家形式中，政治（此處指的是**政黨政治與政黨聯盟政治意義下的**政治，並非——或者只在極有限的範圍內——意指整體**國家政治意義下的**政治）與嚴格的專業客觀性之間，是存在著某些對立狀態的，而這樣的情況也許在特別的範圍內，更能見諸一種同時具有聯邦主義與民主性質的國家形式中。這樣的認知，即爲該項如此值得注意的制度得以形成之決定性原因。而帝國儲蓄專員即屬於這樣的制度」[15]。根據1922年11月27日的內閣決議，德意志國家審計部（Rechnungshof）審計長、
104 國務部長薩米許（Saemisch）博士，被指派儲蓄專員之任務。這項決議不是基於法律上的規定，而是以這樣的形式做成：各個部長基於其所具有之特殊信任（也因此，這樣的信任在每一次內閣更迭時，都必須重新表示），而使儲蓄專員取得一可能性，亦即使其能夠自己取得其專業資訊與鑑定所需之資料。儲蓄專員不具備獨立與固有之命令權。在將該項職務與審計部審計長之職位相扣連的時候，其實已經顯示出，該職位亦適用**兼任禁止原則**（兼任禁止原則乃是大多數追求政黨政治層面上中立性的嘗試，所會提出之原則），因爲根據聯邦預算法（1930年4月14日版本，見RGBl. II S. 693）第123條規定，審計部之成員不得同時爲帝國眾議院成員。儲蓄專員作爲一位在政黨政治層面上中立的專業人士與鑑定人，其活動具有無比重要之意義，也遠遠超越了個別專業鑑定報告加總起來所具有之意義——這些鑑定報告可以關於Thürigen、Wütemberg、Hessen、Mecklenburg-Schwerin與

Lippe等邦行政機關所做之鑑定報告爲代表，它們可算是行政專業知識與客觀性領域中最傑出的文件。

關於經濟上專業人士的例子，還可以舉十二位帝國經濟委員會（Reichswirtschaftsrat）成員爲例，該委員會係由帝國政府依其自由裁量權而提名。「這些委員透過其特殊貢獻，而在相當顯著的範圍內促進了德意志人民的經濟，他們也很適合承擔此一工作」。在某種意義下，這種由經濟專家與利益代表所共同組成的、藉著提出專業鑑定而共同參與立法工作的**帝國經濟委員會**（法國的國家經濟諮議會〔Conseil National Economique〕、英國的經濟諮詢委員會〔Economical Advisory Council〕以及其他相似的制度），所形成的整體制度，可以被稱做專家國家之雛形，如果人們不是試圖在這裡尋找邁向眞正經濟憲法的過渡環節的話。然而初步來說，該項設置之特性在於，它是透過具有份量之專業鑑定而獲得影響力，而這並不涉及政治性的權利。這種影響力尤其對各種**專門委員會**（Ausschüsse）而言，具有特別重要的實踐意義。在議會主義體制的框架中，這種現象在今天偶爾會顯現於某些議會專門委員會所發揮之特別重要的影響力。在這些專門委員會中，首應提及的當屬各個預算委員會（Haushaltsausschüsse）[16]。然而很明顯的，議會的專門委員會雖然具有這樣的雛形，卻會由於其政黨政治的組成性質，而無法在一般情況中維持必要的中立性，即便在理論上我們必須確立一點：它們（包括調查委員會在內）應該是非政黨性的，並且「應該體現對於所有意見之公平而具全面性之代表」。前已述及，議會在相當廣泛的程度上，已經成爲多元 105

主義體系的展現場所。我們在此也可清楚發現該事實所發揮之作用，乃至於有必要設立特殊的調查委員會（這其實是參考英國的先例，也就是在議會的「特案委員會」〔Select Committee〕之外，還有由國王所指定的「皇家委員會」〔Royal Committee〕）[17]，尤其是在政黨政治層面上獨立的經濟調查委員會（Wirtschaftliche Enqueteausschüsse），這些經濟調查委員會應該要使得一種獨立於議會的、客觀的事實調查成爲可能。這種在政黨政治層面上中立的調查委員會，可以德國的「德國經濟領域中之生產與銷售條件調查委員會」（1925年4月15日之帝國法律，RGBl. I S. 195）爲例。此一委員會之成員，係由帝國政府予以召集，而且是透過不須對議會負責（Verantwortungsfreiheit）之方式，來廣泛地保障其獨立性。諸如諮詢辦公室（Kammern）（例如工業與貿易諮詢辦公室、各種不同性質的職業諮詢辦公室等），以及進一步還有在不同行政部門分支所設之諮詢委員會，也以另外的方式而可被歸屬於此一脈絡。

在**裁判權**（Gerichtsbarkeit）[18]的領域，撇開**勞工法院**的組成不談，我們還可以提一下**帝國經濟法院**的專業人士成員（Sachverständigenmitglieder）。這些鑑定專家成員是編列在那些法律專業成員之旁，並且是由法院院長由帝國經濟委員會之建議名單中徵召。該名單之提出，應該「考慮到不同之職業團體、利益代表以及各邦之因素」。在此種情況下，除非有其他規定，否則帝國經濟法院之合議庭（Senat）應該由一位主席與四位專業人士組成，並做成判決（1920年5月21日關於帝國經濟法院之命令）。在帝國經濟法院中設立的卡

特爾法庭（Kartellgericht），其組成方式特別有趣，根據所謂的卡特爾行政命令（Kartellverordnung）（1923年11月2日防制濫用經濟權力地位之行政命令〔VO.〕第11條）規定，其中兩名參審員之任命，應考慮雙方所爭執之經濟利益觀點，而另一名參審員則應任命一位專業人士，「我們可期待該名專業人士代表公共福祉之觀點，也就是獨立於系爭經濟利益之觀點」。這項規定是非常具有啓發性的，因爲它區分了具有專業知識的利益代表，與獨立於利益的、也就是某程度上絕對中立的專業人士，並且也將具有利益取向的專業鑑定人（Interessenten-Sachverständigen）（在戰時與過渡時期的強制經濟制度〔Zwangswirtschaft〕中，我們可以充分體驗到這些人的影響）與非利益取向的專業鑑定人（nichtinteressierte Sachverständigen）予以對置，而這樣的對置做法，揭露了整個問題的困難所在。在國家性的調解制度（Schlichtungswesen）中，亦可看到與此類似的運作情形，不過我們在底下（第143頁）還需要對其所特有之結構進行進一步觀察。調解委員會與調解辦公室（Schlichtungskammer）的組成方式，是由一位不具政黨色彩的主席，與具有相同數目的資方參審員以及勞工參審員處於相對地位，而共同組成（關於調解制度之命令第1條第5項，1923年10月30日，RGBl. I S. 1043）；根據帝國總統1931年1月9日頒佈之「爲公共利益所設置之爭端調解運作程序命令」（RGBl. I S. 1），還可以再召集兩位「不具政黨色彩的參審員」。

106

除此之外，基於**賠款國家**（Reparationsstaat）之現狀，在德國還出現了兩個建構體，而其意義正好就在於，它們係與

政黨聯盟國家處於對立狀態，而作爲獨立的、中立的實體：帝國銀行與帝國鐵路公司。它們是自主的、與其他的國家統治部門和行政部門分離的複合體，並且爲對抗政黨政治的影響，而被賦予許多廣泛的保障措施。議會主義下的兼任禁止原則，正好就是用來保障此種獨立性的手段，而這也指出了此種機構之自主化現象所採取之途徑，具有何種確定之特徵。晚近提出的楊氏計畫法案（Youngplangesetze）之規範，也謹守了上述原則。就**帝國銀行**而言，獨立於議會的帝國總統爲其媒介了與德國政府的關聯，因爲是由他來確認下列人事案：總務委員會（Generalrat）所選出之帝國銀行總裁、總裁經總務委員會同意而任命之董事會（Direktorium）成員，以及總裁或董事會成員之免職（帝國銀行法第 6 條，根據該法 1930 年 5 月 13 日版本）；帝國銀行總務委員會之成員，不得由直屬於國家之公務員，或由從德意志國家或德意志各邦支薪之人士擔任（第 17 條）；發行紙幣之審查，係由當時德國審計部之審計長行之。審計長作爲專員（Kommissar），享有所有關於法官獨立性之保障，並且不得由帝國眾議院之成員充任（帝國預算法第 121 、 123 條）。在關於海牙會議之法案理由書中（II. Teil, Bankges. S. 3 / 4），完整地「維護獨立性之原則」已被承認有其必要性，而且被稱爲「維繫貨幣制度之基本保障措施」。至於帝國鐵路公司，根據 1924 年 8 月 30 日的帝國鐵路法，前述的分離機制則被緩和；（議會主義
107 制度下的）帝國政府取得了廣泛的訊息權與審查權限，而帝國鐵路的行政委員會成員，目前也是由帝國政府來任命（第 2 條第 11 項）；在行政委員會及其各專門委員會開會時，帝

國政府均可指派常任代表出席，但不具表決權。不過在其他方面，獨立性與自主性之原則仍有其適用，亦即，議會主義體制下的兼任禁止原則，仍適用於行政委員會：其成員必須是「對於經濟生活或鐵路專業知識具有經驗之專家」，並且不得「同時爲帝國議會、邦議會、帝國政府或邦政府之成員」（第 10 項）。這樣的論證凸顯出（第 16 頁），德國的帝國立法部門雖然可以對帝國鐵路法進行修正，但這必須是在下述前提下進行：不得再爲該公司增加新的負擔，以及，關於給付賠款之規定與保障機制，「與該公司及其自主的行政部門所具有之獨立性質，均不得更動」。在這裡，對外政策上以及國際法上的獨立性與中立性基礎，清晰可見——這可說是對抗政黨國家之干預的最終與最強的保障措施。

帝國銀行與帝國鐵路這兩個例子中，都出現了從國家高權**劃分出去**（Absplitterung）的現象，也建立起一自主的權利主體，該權利主體相對於政黨國家而具有獨立與中立的性質。我們還可以設想其他建立具自主性之建構體的可能途徑，而且這些途徑有部分其實已經被實現。例如，有些是特有財產之集合（Sondervermögen），它們雖然並不具備新的權利主體地位，但是卻從一般性的國家預算領域中被抽離出去（例如德意志帝國郵政之地位，根據 1924 年 3 月 18 日帝國郵政財政制度法， RGBl. I S. 287）；有些則是採用自主性的獨占形式（verselbständigte Monopole），還有一些則是現有的自主建構體，例如社會保險機構、地方性或者經濟性的自治行政機關、教會、〔非宗教性的〕世界觀社團（Weltanschauungsgesellschaft）、或者其他結合體

等，這些自主建構體都成了那些被劃分出去的國家權利的承載者。地方自治行政的自主建構體，似乎暫時不能被認爲屬於此處所觀察之客體，因爲依照帝國憲法第 17 條規定，它已經被併入到政黨政治與派系政治體系的直接權力領域中。它已經成爲前述「多角勢力」的最強勢承載者。與此相反，個別的德意志諸**邦**則承擔了某些中立化的功能。雖然各邦也是受議會主義體系支配的政黨國家，但由於在各邦之中形成的政黨聯盟，也許不同於在聯邦層級形成的政黨聯盟，因此它們也藉由這種單純的差異性而獲得抗衡力量。當今德國憲法中的聯邦主義要素，亦藉此獲得了全新的任務與功能，亦即，它相對於在聯邦層次上脆弱的政黨聯盟國家要素，而發揮中立化的作用。而當對於抗衡作用的需求更爲強烈時，此一現
108 象也就在同一程度上變得更爲強烈。前面提到的（第 95 頁）功能變遷，在這裡顯示出其特殊性：它給予舊式聯邦主義一個新的存在理由（ratio essendi），這理由完全不同於結盟式的（bündisch）觀點與動機，另外，它也爲對抗聯邦層級的單一國家傾向（Unitarismus）與普魯士的集權主義傾向（Zentralismus）所進行的鬥爭，提供了新的生命。在**帝國參議院**中，聯邦主義與官僚國家之要素相互結合；此一機制並沒有成爲政黨幹部的集會，而是保留著作爲行政專業人士的合議機關的性質。由這裡也可看出，憲法堅定保存了各邦的國家性格並且指出，聯邦主義體制可以是國家力量的儲藏庫。由此處顯示出，除了官僚國家、專業人士與鑑定人國家，以及除了賠款國家之建構體以外，還有**聯邦國家**（Bundesstaat）的力量也可加入反向作用勢力之列。在今天，這些聯邦國家

的力量也可嘗試承擔在政黨政治上中立的國家所應具備之功能，而這雖然完全不符合其原本的計畫，但是卻由於其彼此間之交互作用而導致了這樣的結果。

（c）大多數中立化嘗試之不足；中立性與去政治化（Entpolitisierung）概念之歧義性

在一些進一步關於自主性的建構，以及脫離國家高權（Absplitterung）的嘗試傾向中，毫無疑問地存在著急迫的、不可或缺的矯正意味。然而，難道從這裡我們就能夠獲得一項關於國家架構的一般性原則嗎？或者，當人們提出眞正屬於德國的合作團結原則（Genossenschaftsprinzip）之號召時，繼續推動邁向多元主義的發展，還是正當的做法嗎？今天我們是否已經有提出下列口號之權利：將一般性的資本抽逃原則（Kapitalflucht），套用在所有仍然依附於德國國家資產（Substanz）的事物上？對此我擬採取否定態度。其原因則在於，它們注定無法達成唯一能夠用來證立此類主張的目的——國家之事物專業取向（Sachlichkeit）以及客觀性。

由於錯誤的一般化嘗試（Verallgemeinerung），諸如中立性、去政治化與專業事物取向等字眼，在德國的當前情勢中就混雜了多重的、不同的、也彼此對立的目標。其所造成的結果是，這些救濟手段彼此間又相互抵銷或相互癱瘓。脆弱的政黨聯盟國家導致了不具統治能力的統治部門，也就是非統治狀態（Nicht-Regierung），而由此種欠缺決定的情況，也由追求實際的統治與眞正的政治性決定的努力中，形成了

政治性本質的多重出走現象（verschiedenartige Abwanderungen）。另一方面，人們同時也在對抗下列現象所造成的缺陷：政治性的決定具有黨派色彩，也不具事物專業性。由於每個政治性的決定，都無可避免地被某些利益人士視爲對其不利，因此，當有人提出「根本性地對政治進行
109 抗爭」（Kampf gegen die Politik überhaupt）的宣示，並且要求絕對的去政治化現象，以作爲絕對的專業事物取向時，他們總是能夠獲得掌聲。在第一種情況中，**對於政治性決定的需求**是最主要的動機，而各種對抗性的建構則是產生於下列現象：政治性的決定並不存在，因爲事實上根本就不存在統治狀態。相反地，在第二種情況中，人們則嘗試組織起一個系統，在其中，根本就**沒有任何政治性決定**繼續存在，而是只有專業事物取向與專門性（Fachlichkeit）的存在，在這裡是由事物來統治其自身，而問題也是由事物自身來獲得回答。第一種傾向的出發點是：政治性的決定以及統治者是必要的；第二種傾向的出發點則是：政治與統治部門，依其本質而言，是不具專業事物性質的，也是多餘的。在去政治化的號召中，兩種傾向經常互相滲透，因爲，無論是一般層面的政黨政治，或者特殊層面的脆弱政黨聯盟國家的政黨政治，都不被人們認爲是眞正的政治，也被視爲不具事物專業性。如此一來，由兩種對立的取向所形成的否定力量就會相互結合，而兩種彼此對立的弊端——人們也必須藉由彼此對立的手段來對其進行抗爭——也就透過一個、也是同一個不精確的關鍵字眼，而彼此遭遇。事實上，我們因爲如此而無法掌握兩者中的任何一者。

當特別討論到「專業人士與鑑定人國家」的時候，對於利益性與非利益性專業人士所做的區分，就會導致一項兩難，而當出現棘手的對立與衝突情況時，這項兩難會使得中立的專業人士國家的價值，成爲大有問題：專業人士有可能同時是利益人士，在此情況下，他就不是中立的，而利益的平衡考量，則不會導致決定之做成，因爲，正好相反，**平衡的考量**（Parität）意味著**非決定狀態**（Nicht-Entscheidung）；或者，專業人士並非利益人士，然而在這樣的情況下，他也就經常欠缺最終的與最根本意義下的專業知識。有時候，也許將決定權推給獨立的專業人士，是一條好的出路，但是，藉由這種方式絕對無法得到政治性的決定，而且在嚴重的衝突情況中，鑑定人的權威性（也就是其論述之份量——英文裡面所說之“the mere weight of expert agreement”）通常並不足以超克強勢的、對立的利益所具有之權力。在這裡所造成的情況，有點類似將政治性的決定移交具有職業官僚性質的司法部門的情況：長期而言，這並不會帶來所謂中立的事物專業取向。正好相反，它會使截至目前爲止具有中立性的實體，逐漸政黨政治化（Parteipolitisierung）。眞正的政治權力擁有者，也能夠輕易地在法官職位之取得，以及專業鑑定人士的任命上，攫取必要的影響力。如果他能夠成功地這麼做，則司法形式的或者專業形式的問題解決模式，就會成爲遂行其政策之權宜工具，而這正好相反於中立化概念所眞正嘗試達成之目的。如果他無法成功地這麼做，那麼他就會喪失對於專業人士之鑑定與意見的興趣，然後這些人的思考文獻與 110
表決權，就很容易被忽略。在過去幾年中，許多鑑定人與專

業人士的委員會所面臨的命運，就經常證實了這項古老的經驗。

大多數的「中立化」概念，在自身中都蘊含著充滿矛盾的不明確狀態，而且在其實踐的結果中，它們也會轉而對抗其本身所固有的目標。公共經濟領域的多角勢力，也會藉由新的、自主性的構造與脫離國家高權的現象，而繼續被推動，也會與多元主義的體系串連，最後形成類似中世紀等級國家的狀態，德意志國家即曾毀滅於這樣的狀態中。脆弱的政黨聯盟國家的眞正危險——這危險或許應該用去政治化的自主性措施來對抗——其實也完全存在於相同的走向中。因爲多元主義體系也以其持續不斷的政黨與派系協議，而將國家轉變爲一個由各種妥協與契約所構成的並存狀態，透過這些妥協與契約，各個參與結盟協商的政黨，就私自依照配額法則（Gesetz der Quote），分配了所有的職位、收益與好處。在這個過程中，它們或許還注意到了平衡考量原則（Parität），而它們也盡可能地將其當作正義原則。受到此種政治性意志建構方法所支配的國家，其憲政體制也就被化約到「契約應予遵守」（pacta sunt servanda）之原則以及對於「既得權利」（wohlerworbene Rechte）之保障上。這是所有多元主義體系會造成的結果。在這樣的情況中，政黨與派系的利益、其輔助組織與支持組織以及其官僚階層，並不會與那些從國家高權劃分出去的、自主性的建構體的特殊利益，形成必然的對立。這兩股利益可能彼此串連，甚至在某些情況中形成結盟關係。正如同在多元主義、多角勢力與聯邦主義的關係中所產生的一般情形，在這裡也有可能出現許多的交錯狀態與所

謂的橫向連結。這種具有雙重基礎的多元主義最後所造成的結果，有可能就是完全地裂解德國的統一性。這個時候，只好由外部的壓力，也就是債權國家對於賠款債務人之統一性所具有之利益，來決定德國的國家統一性是否應繼續維繫。而當德國人民對於建立自身之意志，已經不具有政治上的感受力時，這個時候，是否要由外國的特使或者密室會議（Podestà）來決定德國的內政政策，就成了外國政府的裁量權問題。

這個時候，德國的情勢不太可能會去政治化；比較有可能的情況是，外國的政治力會取代德國的政治。所有那種去政治化的努力，都具有一根本性的謬誤，該謬誤其實就蘊含在「去政治化」這個容易造成誤解、又具有誤導作用的標語中。如果這個標語意味著某種認眞的建議，那麼，它實際上最多只能被理解爲要去排除某種特定的政治，也就是政黨政治，換言之就是要「去政黨政治化」（Entparteipolitisierung），而且它所意指的，是脆弱政黨聯盟國家那種特殊性質的政黨政治。亦即，這個字眼只能夠被認爲是對抗特定的、也就是政黨政治運作方式的對立概念。在此範圍之外，我們必須要注意，政治是無可避免，也是根深柢固的。人們或許可以運用各種輕易而方便的對立概念，例如政治與法律、政治與經濟、政治與文化等，來做出區分，但是在這個時候，它們通常也就是以19世紀自由主義的錯誤觀念爲出發點。依據這樣的觀點，「政治」這個特殊領域與其他的專門領域，例如經濟、宗教與法律等，是可以分離開來的。然而政治性（das Politische）的特質正好就在於，**每個**可想像的人類活動領域，

就其可能狀態而言，都是政治性的，而且當決定性的衝突與問題湧向這個領域時，它立刻會成爲政治性的。政治性可以與各種素材結合，並且——如果我可以在這裡借用斯普朗格常用的一種說法——簡直可說是給予其「新的轉折」（neue Wendung）。如此一來，如果人們想用去政治化這個字眼，來暗示我們可以迴避並且剔除那種相當棘手的責任以及政治性領域的風險的話，那麼這其實是一種誤解，而且是一種矇蔽性的言談方式——如果它不是蓄意欺騙的話。所有以某種方式而與公共利益有關的事物，也都以某種方式成爲政治性的，而且，沒有任何在本質上涉及國家的事物，可以被認眞地說成是去政治化的。從政治逃脫，就是從國家逃脫。至於這樣的逃脫會在何處終止，脫逃者又會在何處落腳，實在沒人能夠預見；但無論如何可以確定的是，它所帶來的結果不是政治性的沉淪，就是另一種政治的形成。

針對國家內政領域上的中立性概念所具有之各種不同之意義與功能，所提出之概觀

「中立性」這個字眼具有歧義性，也容易造成混淆。它甚至會造成威脅，使得一項不可或缺的概念變得無法使用或無法運用。鑑於此種情況，對之進行術語上以及實質上的澄清，具有合目的性。因而，在此擬提出歸納式的說明，也依照此一用語之不同意義、功能與爭議走向，而以某種系統性的觀點加以分類。

I. 「中立性」此一用詞所具有之否定性的、也就是遠離政治性決定的意義

1.**「不干涉」意義下的中立性概念**，亦即非利益性、通行許可（laisser passer）、被動的寬容等等。

在這樣的意義下，國家在內政上的中立性首度出現於歷史意識中，而且是顯現爲**國家相對於各宗教與教派之中立性**（Neutralität des Staates gegenüber den Religionen und Konfessionen）。腓特烈（Friedrich）大帝即在其政治性的信仰聲明中說道：在羅馬與日內瓦之間，我維持中立（*je suis neutre entre Rome et Genève*）——這樣的宣示其實早已出現在17世紀，我們可以在格勞秀斯（Hugo Grotius）身上發現到它，而且它對於在本世紀中獲得進展的中立化過程，具有非常重大之意義[19]。其所造成的最後結果是，該原則會成爲一項相對於所有可設想的觀點與問題而具有一般中立性的原則，也會導致一種絕對性的平等對待（Gleichbehandlung）原則。在這當中，以宗教方式思考的人，不得再受到特別保障，而無神論者與具有國族觀念者，也不再被視爲國族之敵人與蔑視者。從這裡則會得出，各種政治宣傳均應享有絕對的自由；宗教的與反宗教的、國族的與反國族的觀點的絕對自由；對於「抱持他種思考模式者」的絕對與完全的「尊重」，即便其詆毀習俗與道德、掏空國家形式，或者服務於外國勢力。這樣的「中立國家」是一個不再爲任何事情做區分的、相對主義的（nichts mehr unterscheidende, relativistische）中立國家與不可知論國家（*stato neutrale ed agnostico*），一個

內容空洞，或者只限於在最小程度上具有內涵的國家。它的憲政體制，大致上說來也相對於經濟領域而具有中立性，這裡指的是不干預（Nichteinmischung）意義下的中立性（經濟自由與契約自由），也就是要藉由「擬制一個不涉及經濟的國家與不涉及國家的經濟」（F. Lenz）。這樣的國家無論如何都還是政治性的，因爲我們至少可以想像，它還是認識到了它的敵人，也就是那些不相信這種精神上的中立性概念者。

2. 工具性國家觀意義下的中立性。在此一中立性概念中，國家是一種技術性的手段，它是藉由客觀的可計算性而運作著，並且應該給予所有人同等的使用機會。

工具性的國家觀，大多可從下列用語中窺其端倪：國家的司法設備與行政設備、「政府機器」、國家作爲官僚制度的企業、立法機器、立法的門把（Klinke）等等。對於執行性的領域而言，國家的中立性作爲技術性的工具是可以想像的，而且人們或許也可以設想到，司法設備與行政設備可以以相同的方式運作，並且藉由其專業事物性與技術性，而能夠使每個依照其規範而利用的使用者，都可享用之，例如電話、電報、郵政與其他類似的技術性設施等等——這些設施並不需要考慮到其所傳達的內容爲何，只要人們遵照其運行之規範，那麼它們就能供人利用。

3. 在國家意志建構過程中之平等機會意義下的中立性

在這裡，中立化這個用詞獲得了一項意義，該項意義構成了自由主義對於一般平等選舉權與投票權，以及一般性的

法律之前平等原則的闡釋基礎，倘若這種法律之前平等性的概念（作爲法律適用行爲之前的平等概念）尚無法被歸類在數字 2.底下的中立性概念的話。每個人都有機會贏得多數；當他還是被多數選票所蓋過的少數勢力時，他也會被暗示仍有取得多數地位的機會。這也是一種自由主義式的正義觀念。這種關於國家意志建構過程中平等機會的中立性觀念，也構 113
成了通說關於帝國憲法第 76 條所持意見之基礎，而這毫無疑問地被大多數人忽略了。根據此一見解，第 76 條不僅是關於憲法修正的規定（這一點人們單從字面即可得知），它也同時爲一種無限制與無界線的、絕對的全面權力（Allmacht）以及制憲權，提供了基礎。持此見解者，可以 G．安序茲在其注釋書中對第 76 條所做之注釋（10. Aufl. S. 349 / 350）、吉澤（Fr. Giese）的注釋書（8. Aufl. 1931, S. 190），及托馬所著之德國國家法手冊（II）第 154 頁之見解爲例。托馬甚至還將比爾芬格與我所持之不同於通說的意見，說成是「主觀期待的法律」。一般而言，這樣的評語實在已經表明了某種異常庸俗的暗示。這種關於第 76 條的通說，已經抽走了威瑪憲法的政治性本質及其「堅實之基礎」，使其成爲一種**對於各項內涵採取無差異性態度的、中立性的修正程序**，這樣的程序尤其**對於各個階段現存的國家形式而言是中立的**。在此情況下，所有的政黨必然都可正當地取得無條件的機會，爲自己創造多數地位。這也是它們在藉助現行憲法之修憲程序，以遂行其所追求之目標時，所不可或缺者——無論它們所追求的是蘇維埃式的共和、國家社會主義的帝國、經濟民主的工會國家、職業等級的工團國家、舊式的君主體制、任何一

種形式的貴族政體等。它們也會由此而帶來一部新的憲法。倘若通說關於第76條之見解被一貫地思考過的話，那麼在此意義下，現存國家形式，或者甚至各個時期的執政黨所施行之偏好措施，都會被認爲是重大而且具煽動性的違憲行爲，無論它們所採取的是對於政治宣傳的補助、在使用廣播頻道與官方公報時的差別措施、對電影檢查的操作、對政黨活動與公務員之政黨屬性之妨礙措施（例如，各個時期之執政黨只允許公務員從屬於自己的政黨，或者從屬於那些在政黨政治光譜上距離不會太遠的政黨、禁止極端政黨之集會、依照政黨綱領來區辨合法政黨與革命政黨等）。在討論1930年3月25日公布之保護共和政體法（RGBl. I S. 91）是否違憲的問題時，大多數人都未注意到該問題與第76條之體系上關聯。

4. 平衡考量（Parität）意義下的中立性概念，亦即，使所有能被注意到的群體與走向，在同等的條件與同等的考量下，取得獲取優勢地位或者其他國家給付之同等許可。

在一個未與所有宗教問題與世界觀問題嚴格分離，而是與多數現存的宗教團體或類似團體保持結合關係（無論是透過任何型式的財產法上義務，或者透過在學校、公共福利等領域的合作關係等等）的國家中，這種平衡考量對於宗教性社團與非宗教性的世界觀社團而言，具有歷史上與實踐上的重要意義。在這樣的平衡考量概念中，會出現一個問題，那就是，究竟哪些群體可以在同等考量的情況中獲得注意？這個問題，依照事物的狀態，有可能非常困難，也有可能引發疑慮。例如，當人們在平衡考量的意義下，來思考廣播事業

的政黨政治中立性時，就可以提出下列問題：哪些政黨必須要受到平衡考量？因爲人們不可能自動而機械式地允許所有登記在案的政黨獲得這樣的地位。另外，當人們將學術自由（Art. 142 RV）理解爲使所有學術上的走向獲得同等考量， 114
甚至就此提出要求，認爲這些不同的走向在獲取學院教職時，也應以相同的方式，依比例而獲得相應的考量時，也會出現類似的問題。韋伯主張，若認爲高等學院在根本上應允許各種價值觀（Wertungen）進入，那麼它們就必須要允許所有的價值觀進入。理論上，這項主張既可以從相對主義—不可知論國家的邏輯，亦可以從自由主義所要求之同等機會，而獲得其理論基礎。然而就（任命教職之）實際情況而言，在多元主義的政黨國家中，通常最後會變成只有那些在各個時期主宰國家走向的各個政黨，才會獲得平衡考量。平衡考量意義下的中立性，唯有針對相對少數的有權群體，以及那些有權獲得平衡考量的伙伴，彼此間具有相對不受爭議的權力分配與影響力分配的情況，才具有實踐上的可執行性。倘若存在著大量的群體，並且這些群體都提出獲得平衡考量待遇的要求，或者關於其權力與重要性之評價問題，出現了極大的不確定性（亦即，在計算它們得要求的分配比例時，所出現的不確定性），則平衡考量原則之執行，以及作爲該原則基礎之原理所應具有之明顯性，都會受到阻撓。

貫徹執行平衡考量原則所引發的第二層疑慮是，它要不是必然會導致一種無決定的（entscheidungslos）均衡狀態（就像是當我們給予雇主與勞工同等考量時，所經常會出現的情況），就是會在某些強勢的與明顯的特定群體存在時，導致

「分解爲各個部分」（*itio in partes*）的狀態，就好比天主教徒與新教徒自16世紀以降，在舊德意志帝國內部所造成的情況。這個時候，每個政黨都可以依其興趣，爲其自身之保障而取走國家本質當中的一部份，同時也藉由妥協的途徑，而同意其他政黨就另外一部份也可採取相同做法。這兩種方法——算數上的平等，或者「分解爲各個部分」——都不具有政治性決定的意義，而是會導引我們脫離決定。

II. 「中立性」這個用詞所具有之肯定性的，也就是導向決定的意義

1. 客觀性與專業事物取向意義下的中立性，其基礎則在於一項受到承認的規範。

這指的是法官的中立性，倘若他是基於一項受到承認的、在內容上可被確定的制定法，而做成決定。使法官受到制定法（這制定法則蘊含了諸多內容上的約束）之拘束，這使得客觀性有可能出現，也因此使得法官有可能相對於其他的（亦即並不是透過制定法之規則而表述的）國家意志，獲得中立性以及相對的自主性；這樣的中立性雖然會導致決定，但卻不會導致政治性的決定。

2. 基於非利己主義的、非利益性的專業知識，所建立之中立性

此即專業鑑定人、專業顧問與具有專業知識之參審員所具有之中立性，倘若其並非利益代表或者多元主義系統之代表人物（參照前述第105頁）；調解人與仲裁人之權威性，也是建立在此種中立性的基礎上（倘若其不屬於底下第3種中立性的意義）。

3. 作爲某種統一性與整體性之表述的中立性，該統一性與整體性涵括了所有對立性的群體化現象（gegensätzliche Gruppierungen），也因而使所有這些對立現象，在其自身中相對化。 115

這指的是針對國家內部之對立所做成之國家性的決定，此種決定所具有之中立性。當這種決定可以使國家整體之利益獲得實現時，便需要對抗那種將國家撕裂或分解爲各個黨派與特殊利益的走向，而做出此種決定。

4. 處於外部的他者（der außenstehende Fremde）所具有之中立性，其係作爲第三人，而在必要情況下從外部做成決定，並且因此而造成統一性。

這裡指的是保護國對處於其保護地位下的國家，及其內政上的對立所具有之客觀性，或者征服者對於殖民地當中的不同群體、英國人對於印度的印度教徒與回教徒、比拉多（Pilatus）（什麼是眞理？〔quid est veritas?〕）對於猶太人的宗教爭執事項，所具有之客觀性。

（d）合憲政府根據帝國憲法第 48 條所採取之措施：從軍事性－警察性例外狀況到經濟性－財政性例外狀況的發展

解決當前困難局勢的方法，並非使國家更進一步弱化，更不是使國家在一種一般性的「自求多福」（*sauve qui peut*）主張中走向滅亡。之所以會形成惡劣情況，之所以會欠缺專業事物取向與客觀性，其原因就在於，在經濟國家中，基於脆弱的政黨聯盟國家形勢而產生了一些弱點。此種缺陷並不能藉由進一步的弱化手段或者從國家高權劃分出去的方法，獲得補救。大多數去政治化的建議與主張，都忽略了一件簡單的事實，那就是，要達成獨立的專業事物取向意義下的中立性，其實需要特殊的強勢作爲與力量，以便能夠抵抗強大的群體分化取向，以及各種利益。若國家欠缺此種強勢作爲或力量，那麼就必須要有任何一種其他的力量，爲了國家的緣故而介入運作，這樣的力量也因此會轉變爲國家。專業事物取向與客觀性意義下的中立性所意味的，並非弱勢狀態與無政治狀態（Politiklosigkeit），而是正好相反。換言之，解決之道並不在於一種非政治性的專業事物取向，而是在於一種能夠獲得專業資訊的、能夠關照到整體利益的，並且有能力做成決定的政治。

每一部理性憲法的意義在於，它要建立一個組織性的體系，這個組織性的體系使得國家的意志建構，以及一個有執政能力的政府成爲可能。現行帝國憲法也特別意識到、並且深思熟慮到實現此一目標之意圖。憲法當中所有關於議會式

與公投式（plebiszitär）民主政體的設置，目的都是在建立一個有作爲能力的政府。它的出發點乃是認爲，一個建立在民主基礎上的，並且獲得人民的贊同與喝采的政府，要比任何一種其他形式的政府更爲強勢而有力。因此，帝國憲法的第一部分，也就是組織性的部分，除了關於聯邦國家的規定外，原則上還蘊含了一種在議會式與公投式民主政體之間的、經過妥善一貫思考的平衡狀態。在公投式憲政體制部分，**帝國總統**處於核心地位，而帝國總統在那些追求中立化的嘗試中——這些嘗試會導致自主性建構體之形成——則特別在一個關鍵點上發揮作用：他確定了由帝國銀行總務委員會選舉出的**帝國銀行**總裁之任命案，並且簽署任命文件（1930 年 3 月 13 日帝國銀行法第 6 條第 4 項）。藉由此種方式，他建立了德意志國家與帝國銀行之間的聯繫；同樣，在帝國鐵路公司，行政委員會所選出之總裁（章程第 12 條），以及總經理與董事會之任命，亦須由帝國總統確認。然而，對於帝國總統核心地位的認知，以及其在合憲條件下所能發揮之可能性，卻因爲那些基於戰前之過時的陳腔濫調而提出之憲法詮釋，而大打折扣。這些詮釋方式將威瑪憲法變成政治諷刺漫畫，也就是將其全然視爲對抗舊帝國憲法而制定的反憲法（Anti-Verfassung）。這主要會涉及到關於第 25 條（解散帝國議會、「一次性」與「同一原因」[20] 之概念）、第 54 條（不信任投票）與第 48 條之理解。然而在這些條文的實踐上，已經形成了一系列受到承認的先例（Präzedenzfälle），這些先例在法學上不應受到忽視。

在這裡，所有事物都取決於下列問題：針對多元主義體

116

系那種毀滅憲法的運作方式，我們有可能在合憲的條件下，採取何種救濟手段？而藉由前述之觀察，我們可以爲此問題找到一個另外的、更有效也更符合憲法精神的答案。這答案並非主張不斷地更進一步採取從國家高權分離出去的措施，或者建立具自主性的機制。由**授權法**（Ermächtigungsgesetze）（尤其是 1923 年 10 月 13 日〔RGBl. I S. 943〕與 1923 年 12 月 8 日〔RGBl. I S. 1179〕分別通過的兩項帝國法律）的實際運作可以看出，在危急情況中，需要採取偏離議會運作機制的手段。這兩項法案具有非常鮮明的特徵。在第一項授權
117 法案中，帝國政府可以藉行政命令暫時停止（Abweichung）憲法上基本權條款之適用，而且在這裡並沒有規定帝國眾議院之參與，只有規定帝國眾議院之追認（Kenntnisnahme）與廢止請求（Aufhebungsverlangen）。在第二項授權法案中，只規定在行政命令發布之前，須**聽取**由帝國眾議院十五名成員組成之特別委員會（以及帝國參議院的特別委員會），所提出之秘密諮詢（vertrauliche Beratung）。另一項值得一提的徵象，是**官僚部長**（Beamtenminister）以及**官僚內閣**（Beamtenkabinette）[21]。然而最具決定性的措施，仍然是在於憲法第 48 條的實踐。它對於當前憲政狀態的結構具有極爲特殊之意義，因爲它已經被迫朝經濟性與財政性的領域邁進。邁向經濟國的發展，與議會在同時間邁向多元主義體系展現場所之發展，這兩者正好相互重疊，而且，憲法上諸多混亂現象的原因，以及採取救濟手段與反向運動的必要性，也是由此獲得理論基礎。

1. 憲法上的發展，爲若干關於例外狀態以及緊急命令權

的問題，帶來了一些結論。這些結論在相當程度上已經被政府之實際運作、最高層級法院之判決以及專業文獻所承認與採納。在同一範圍內，我們也必須將其當作今天憲法的構成部分，而以之爲出發點。不過，帝國憲法第 48 條的解釋，涉及了一系列特別困難的法學問題。它們主要並不是關於下列問題：依照事物狀態，在帝國內部是否存在危及公共秩序與安全之重大危險？（關於非常權限之前提事實上是否存在的問題，就事物之本質而言，乃是一個具有義務意識的〔pflichtbewußt〕政府必須自行決定的）。其所涉及的毋寧是眞正憲法上的問題，也就是憲法第 48 條第 2 項所包含的賦予帝國總統之權限與授權，具有何種**內涵**？我們可以理解，在這點上所出現的意見分歧，首先可以由政黨政治層面上的利益與觀點之分歧，獲得解釋，然而這裡不擬進一步探討之。在這裡需要補充一點，那就是，在「例外狀態」的解釋上，立憲君主體制國家法當中的概念與口號，仍然繼續作用著，它們也混淆了共和體制憲法的概念與觀點。尤其當人們將帝國總統的權限冠上「獨裁」這個字眼時，上述現象更爲明顯。最後，也有很多人並未注意到，制憲國民會議（verfassungsgebende Narionalversammlung）乃是有意地將憲法第 48 條第 2 項的規定，設想爲一項具有廣泛內涵的**暫時措施**（Provisorium），它一直要到依照憲法第 48 條第 5 項規定，公布了**執行法**（Ausführungsgesetz）以後，才終局地
118 獲得了進一步的界定。在此之前，法學上的解釋，除了各項高度政治性的問題所造成的一般困難之外，還需要注意到那些由該行之有年的暫時措施特質，所產生之特殊結果。

即便存在著這些異常的困難與混淆，我們仍然可以確定，倘若將截至目前爲止已經運作十年的實務，配合上廣泛的專業文獻的話，那麼就可以發展出解釋憲法第48條第2項的一些原則。在不具任何偏見的觀察態度下，這些原則應該是無可爭執的，而它們也已經獲得一般性地承認。這至少可以適用在下述兩項論點上：

（a）根據憲法第48條第2項，帝國總統有發布**「取代法律（制定法）地位的命令」**（gesetzvertretende Verordnungen）權限。

截至目前爲止甚爲廣泛的憲法第48條第2項與第4項關於發布法律性命令（Rechtsverordnung）之實務，其實已經不需要更進一步的證實；我們只需提醒人們想起波奇－海付達（Poetzsch-Heffter）所提出之概觀（*Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 13, 1925, S. 141-157; Bd. 17, 1929, S. 99-101）即可。帝國法院也完全地證實了此種實務運作，並且在此種情況中將帝國總統視爲「法律保留」（Vorbehalt des Gesetzes）原則意義下的立法者來對待。例如RGSt. 56, 115（發布法律性命令之權限，尤其是刑罰規定〔Strafvorschriften〕）；同樣態度見於56, 163；56, 188（「帝國總統的一種緊急命令權」）；56, 420（發布法律性命令之權限，「無庸置疑」）；57, 384；58, 269（根據憲法第48條第2項所發布之命令，「毫無疑問」是憲法第105、151、152條意義下的制定法性質的規定〔gesetzliche Bestimmungen〕）；58, 360（法官對於發布命令之前提要件與存續期間，不具審查權）；特別應注意59, 41：「由於對於刑罰規定之構成要件與量刑範圍之更動，屬於立法權之領域，因而（！），從根本上來說（！），它也可以透過帝國憲法第48條第2項之規定，在滿足該條列舉之前提的情況下，由帝國總統來行使。」進一步還可參考RGZ. 123, 409（與緊急命令權〔Notverordnungsrecht〕之相似性）；或者帝國財政法院，17, S. 73。就專業文獻而言，可以用安序茲注釋書第250頁的下列陳述作爲通說之代表：「這些（根據憲法第48條第2項發布的）命令，可以對下述所有事項做出規定，或禁止之：對於這些事項而言，只要求制定一般的、非修憲性的帝國法律（Reichsgesetz），即爲已足。」Poetzsch-Heffter, *Kommentar* S. 237; Giese, *Kommentar* 8. Aufl. S. 138亦持相同見解。

據此，在憲法第48條第2項中，除了其他非常權限之外，也在各種情況中包含了這樣的權限：在此一憲法規定之框架中，發布具有制定法位階效力的法律命令。至於此一權限是否從一開始就藉著憲法第48條而被給定（如同在理論與實務中具有主流地位的學說所採之見解一樣），抑或它是透過過去十年的發展而被添加進來，這個問題在此先暫時懸而不論，留待底下再回來探討。而此一命令權在何種程度上可被稱爲緊急命令權，則是另一個問題。在一般的意義下，我們可以將所有基於非常權限而頒佈的命令，稱爲緊急命令。基於前述意涵，帝國總統根據第48條第2項所頒佈的所有命令，都可被理解爲緊急命令。反過來說，在較狹隘與特定之意義下，於立憲君主體制的憲法中，唯有當議會不集會時[22]，才允許緊急命令之頒佈，並且這也發展成一種典型的規範狀態。

倘若帝國總統是在這樣的情況中頒佈緊急命令，那麼我們也可以說，這是狹義的緊急命令。這兩種命令是可以被區別開來的；不過另一方面，它們也有許多共同特徵，而發布這些命令的權限，也都被涵括在廣泛的非常權限概念下。

（b）獨特的經濟性與財政性緊急狀態與例外狀態之發展。無論是就帝國憲法第48條第2項，或者是普魯士憲法第55條的運作實務而言，由於當前緊急情況所具有之經濟性與財政性的特質，因而一般被迫使承認，將非常權限運用在經濟性與財政性緊急狀態與危險情勢的做法，應予准許。在此觀點下，由普魯士憲法第55條實務運作所產生的結果，毫無疑問地可以爲帝國憲法第48條的實務運作採用。在此並不需慮及該二種憲法規定與法律制度，在其他方面所具有之差異性究竟有多大。無論如何，當今帝國憲法第48條亦**同時**蘊含了一種可以滿足緊急命令權功能的命令權。在此處具有相關性的事物關聯，會使得採用前述具決定性之觀點與論證的做法，不僅應受准許，甚至還具有迫切性（RGZ. 123 S. 409亦持相同見解）。在經濟性與財政性的緊急狀態，或者由經濟性與財政性關係所形成的危險中，行使非常權限之**前提**（緊急狀態、對於公共安全與秩序之重大危害）應該能獲得正當理由。非常情勢初始階段之經濟性與財政性特徵，並不會排除
120 運用非常權限之可能[23]。進一步言之，發佈具有經濟性與財政性內容與特徵、並且取代制定法地位之命令權，也屬於非常權限之**內涵**[24]。

這兩項結論——帝國總統根據憲法第48條第2項，具有發布取代制定法地位的命令權，以及例外狀態與例外狀態權

限具有經濟性與財政性的特徵（此亦應予許可）——都是建立在對憲法第48條第2項所做之解釋上，這樣的解釋在過去十年的法律發展中獲得貫徹。而且，對於一個在經濟上受壓迫、具有納貢義務、同時卻又擔當社會給付之責的國家而言，當這個國家遭逢緊急狀況時，這樣的解釋也正好可以應對緊急狀況所具有之具體的特殊性。關於該項困難的憲法規定，的確仍有可能、也確實存在著許多不一致的意見與解釋上的爭議。但是對於前揭兩項結論而言，確實已經形成了明確的實務運作模式。在這裡，從數年前就已經形成了**持續性的、被穩固的法律確信所承載的慣行**。我們實在沒有必要只爲了提出這項簡單的確定論點，而去處裡諸多關於習慣法、憲法變遷、憲法開展等等的理論爭執與歧見。在根據憲法第48條第5項公布執行法之前，依同條所採取之臨時措施繼續有效。而前述的解釋方式也賦予這些臨時措施其在實證法層次上值得注意的內涵。在這裡一共有四個因素共同作用著：1. **國家法學**（Staatsrechtslehre）中關於憲法第48條第2項之通說見解。在此觀點下，帝國總統視同「一般帝國立法者」（der "einfacher Reichsgesetzgeber"）；2. 帝國政府運作實務上的眾多**先例**（當所涉及的問題是具有取代制定法地位之性質的 121
命令時）以及——發揮著極重要的共同作用的——普魯士政府的緊急命令運作實務（當所涉及之問題是關於執行經濟性與財政性的例外權限時）。同時應注意到，一般而言，在公法領域中，穩定而不具矛盾的先例，要比在私法領域中具有更強效力，也更具決定性。在憲法與國際法領域中的先例，甚至會具有更強的效力；3. 帝國法院、帝國財政法院、以及

其他最高位階的法院，尤其是德國國事法院，在此問題上做成的眾多甚爲明確且確定的判決先例。這些判決先例不僅確認了例外權限可具有經濟性的特徵，也確認了政府在議會無法形成多數或者無法運作時，具有得援用非常權限之權（1929年7月13日判決，見 RGZ. 125, Anh. S. 8）。4. 由於**帝國衆議院**並未要求廢止根據憲法第48條第2項所頒佈之取代制定法地位的命令，因而它也就藉著這樣的態度**承認**了前述實務運作。至少，這其中已經蘊含了對其憲法上效力之贊同立場[25]。

122 2. 對於財政性的憲法規定與帝國總統之非常權限之間的關聯而言，從以上論述也可得出一結論：基於非常權限所發布之命令，即便具有財政性的內容，仍應受許可，只要它在其他方面注意到非常權限之合憲性界線。不過有疑問的是，基於憲法第48條之非常權限所發布之取代制定法地位的命令，這樣的形式是否能滿足**財政法上的法律保留原則**（der *finanzrechtliche Vorbehalt des Gesetzes*）——例如帝國憲法第134條對於租稅與稅捐之規定、帝國憲法第85條對於預算法之規定、帝國憲法第87條對於〔貨幣〕信用授權與擔保給付之規定等——以及這裡所稱之財政法上的法律保留原則，其所要求的是否爲**形式性**的制定法（*formelles* Gesetz）？

帝國總統之非常的命令權限（außerordentliche Verordnungsbefugnisse），整體而言可以一般地與單純的制定法等同視之。專業文獻中關於憲法第48條第2項的通說見解，正好也對應於此一論點（參照前面討論過的、安序茲注釋書當中的論述）；就通說見解而言，在這裡我們可以毫無疑問

地指出，財政法上的法律保留原則，與基本權和自由權領域中的一般法律保留原則並無二致，亦即，根據憲法第48條第2項所發布之命令，同樣也滿足該項條件。就截至目前爲止的實務運作狀態而言，如果從通說立場來加以觀察，那麼可以說在財政法的法律保留原則領域上，它絕對沒有要求非採**形式性**制定法不可。在今天，關於租稅與稅捐之稽徵、關稅額之確定，以及其他稅捐法上的規範，早就已經不限於採用形式意義下的制定法。這裡已經存在著一項行之有年的命令實務，這項實務不需要更進一步的佐證，其法律效力亦未受到嚴格的爭執，此外也不太可能對其進行爭執。的確，帝國 123
稅捐法（Reichsabgabenordnung）第2條明確規定，帝國稅捐法當中所指的**制定法**（Gesetz），乃是**各項法規範**（jede Rechtsnorm）。然而，正如同在信用授權與擔保授權的實務運作中一樣，帝國政府在預算法制的政府支出（Ausgaben）實務中，亦毫無矛盾地採納了下列立場：財政法上的法律保留原則，並不要求形式制定法，而是可藉由取代實證法地位的命令獲得滿足[26]。

一旦我們承認，帝國總統根據憲法第48條第2項規定得發布取代制定法地位之命令，並且進一步認許，在租稅法與稅捐法的領域上，也允許發布此種取代制定法地位的命令，那麼，根據憲法第48條第2項而對預算計畫、信用授權與擔保授權發布具有取代制定法地位的命令的做法，也就不再是不受許可的，因爲對於租稅與稅捐領域具有合法性的做法，對於其他財政法事項而言也不可被認爲是具有不法性的。**對於財政法上的法律保留原則，只能做出統一的判斷**。除非我

們清楚而明確地將某些領域或者財產劃分或孤立出去——例如帝國銀行、帝國鐵路，或者作爲獨立事業的帝國郵政等——否則的話，整體的國家財政制度，都應該受到統一性與總體性原則的支配。關於公債之發行，需要制定具有信用授權性質的（kreditermächtigend）財政法律，而這也可以同時用來證立，公債之發行也會回溯地對於租稅體系產生影響（G. Jèze, Allg. Theorie des Budgets, Tübingen 1927, S. 93）；換言之，具有首要地位的是租稅法，不是公債法。在19世紀關於預算法制的憲法爭端中早就已經確立了，所有國家收入與支出之間的緊密關聯，會使得財政上的統一性原則獲得法律效力，並且廣受承認。君主制政府也曾試圖提出一些區分做法（例如在採取所謂巴伐利亞—薩克森預算法制類型的各邦中，試圖使租稅之批准〔Steuerbewilligung〕與預算法彼此分離），
124 但這些做法都被認爲無法執行與無法維繫。同時，對於今天幾乎已經廣受承認的對帝國憲法第73條第4項（禁止將所有通貨法律交付公民動議〔Volksbegehren〕）的解釋而言，整體國家預算計畫統一性的原則，也已成爲具有決定性的標準。因而，我們不可能在財政法上的法律保留原則當中，採取差別性待遇，也不可能認爲預算計畫與憲法第87條之授權，以及國家預算與國家預算計畫之重要與根本的構成部分（亦即租稅與稅捐）具有不同性質，並採取不同的法律保留原則。

對取代財政制定法地位的命令抱持反對見解的法學論證，其形式法律層次上的思考核心點，在我看來其實是建立在一項大部分論述中並沒有完整呈現出來的考量[27]。不過無論如何，我們都需要討論並清楚呈現出此一考量。亦即，財政

法上的法律保留原則（Art. 85, 87 RV.），乃是以一種特殊方式，而與基本權的法律保留原則有所區別（Art. 114, 115 usw. RV.）。當在基本權或自由權領域中採取了保留原則，也就是必須「基於制定法」來創造例外與干預時，那麼在此種情況下，基於取代制定法地位的法律命令而實施之例外與干預，雖然不是建立在形式制定法的基礎上，但至少是建立在實質意義下的制定法基礎上（依照自由主義19世紀的制定法定義，實質意義的制定法指的是對於自由與財產權之干預措施），因爲此種命令干預了自由與財產權。在此種對於制定法所做的定義之下，如果沒有形式的制定法，那麼至少也要有實質的制定法存在，才能夠以某種方式滿足法律保留原則。在財政法上的法律保留原則，則與此不同。租稅法與稅捐法今天則同樣被視爲實質意義下的制定法，雖然這種見解一直到19世紀，才基於立憲主義的預算法制而獲得廣泛承認；也因此，對於這些法律而言，這樣的區分沒有什麼特殊意義。相對於此，對於預算計畫之批准並附帶財政支出之授權，或者准許信用收受（Kreditaufnahme）與擔保給付（Sicherheitsleistung）之授權，就通說見解而言，並非實質意義下的法律，而是財政制度領域上的行政處分（Verwaltungsakt）。對那些基於命令而形成的、對於基本權的干預措施而言，法律保留原則藉由形式意義下的制定法，而獲得滿足；然而在藉由命令而形成之預算訂定行爲，或者信用授權與擔保授權措施中（根據原本的見解，租稅與稅捐之稽徵也屬於此種情形），則既不存在形式的，也不存在實質的制定法，簡言之，根本就不存在任何制定法；在此情況

125 下，法律保留原則便無法以任何形式獲得滿足，而相關行爲也就不具任何基礎。藉由此種方式，財政法上的法律保留原則與基本權的法律保留原則，兩者之間的差別係顯現爲，在後者情況中的保留原則，具有特殊的形式嚴格性。它成了**絕對形式性的保留原則**，這樣的保留原則排除了任何的命令與授權行爲，並且只有透過形式制定法才能獲得滿足。

這樣的思考進路，並未認清關於實質性與形式性制定法之區別，在憲法上所具有之意義。另一方面，它也未認清實質制定法概念所具有之雙重性質。在這樣的概念下，制定法有時候被定義爲一般性的法規則，有時候則被定義爲對於自由與財產權之干預。關於制定法概念之憲法上意涵，以下（第128頁）還會進一步論及。財政法上保留措施所具有之差異性，無論如何都不像那種論述方式所顯現出來的那樣大。因爲，該二種情況不僅均涉及財產權之保障，也均同時涉及組織性特徵的管轄權規制（無論是在基本權領域或者在財政法領域的保留措施），而財政法領域上的制定法保留措施，所蘊含的也不過就是這樣的組織性規定。很明顯地，倘若認爲各種對於管轄權之規制都必須採取「絕對形式性」的制定法，並且由此而說試圖說明，所有其它在憲法上被許可的途徑都遭排除的話，那麼這樣的見解是不正確的。根據現行帝國憲法，這種見解無論在何種情況中都不符實情。例如，帝國憲法第68條對於管轄權所做之規制（帝國法律係由帝國眾議院來議決），也承載著組織性的特徵，但它卻沒有排除基於授權法以及其他根據帝國憲法第48條第2項，而頒佈之法律命令。

捨此不論，則應另外指出，當該思考進路對單純的措施與法律形式的文件（rechtsförmige Akten）做出原則性的區分時，它其實蘊含了一項值得注意的法治國觀點。然而，今天就憲法第48條第2項而逐漸取得主流地位的解釋意見，卻拒斥了關於措施與法律形式文件之間的區別，而將帝國總統在憲法第48條第2項中所扮演的角色，等同於一般的立法者。筆者與雅可比（Erwin Jacobi）曾經主張要對措施與法律形式的文件做出區分，並且嘗試對抗通說而讓此一見解獲得採納。筆者到今天仍然堅持，這樣的區分具有理論上的正確性，並且認爲，取代制定法地位的命令與措施之間的差異性，亦可妥適地解釋當今憲法第48條的運作實務（參考前述第121頁注釋〔即本章注25〕）。然而當時國家法上的學者意見卻頑強地抵抗這樣的見解，而使得在理論上對此不加區分的學說取得主流地位，獲得貫徹。藉由這種方式，該理論不僅在建構當前存在的、對於取代制定法地位的命令權之承認態度過程中，發揮了促進性的作用，我們甚至可以說，是它使得這項法律慣行成爲可能。因爲，它提供了一項對於形成此種法律慣行而言爲典型與不可或缺的謬誤，若缺少了該項謬誤，126
就無法在單純的慣行與實務運作之外，另外對此形成法律確信（Rechsüberzeugung）。正如同托馬所妥適提出者（Der Vorbehalt des Gesetzes, *Festgabe für O. Mayer,* 1916, S. 213）：在國家法領域中，正好「有一個司空見慣的現象」，那就是，「謬誤可以成爲習慣法之父」（der Irrtum der Vater eines Gewohnheitsrechts wird）。正如同前面所指出的，在今天，「帝國總統所發布之指令（Anordnungen），可以是取代制定

法地位的命令」此一立場，必須被採納爲憲法第 48 條第 2 項所形成之實證法。如此一來，它們就直接基於憲法規定而取得了法律形式性的（rechtsförmig）特徵；它們與制定法等同，而不再是明確意義下的措施——措施就其本質而言，並無法滿足法律保留原則之要求。法治國原則對於非常權限的限制，也就是將其限縮在只能採取措施之立場，到了這個時候也就消失了。一旦主流學說事後認識到其理論謬誤所造成之作用與後果時，它就會體認到，若它想要將在此期間內，透過該學說而成全的法律建構結果予以撤銷，則這樣的想法是完全不切實際的。由此種學說出發，根本就不再可能有效地宣稱，在財政法領域的法律保留原則上，應該相較於憲法第 48 條 2 項的取代制定法地位之命令，而遵守形式上之嚴格性。

3. 對於根據憲法第 48 條第 2 項而發布之具有預算法性質與信用授權性質的命令，採取反對態度的另一項考量可能是：倘若基於命令就可以決定預算支出或者締結公債契約，如此一來議會的審查權限（根據憲法第 48 條第 3 項，帝國眾議院有權要求緊急措施之失效）在實際上會變得毫無價值。亦即，帝國眾議院的廢止請求，會變得緩不濟急，也可能無法將該種命令所造成之法律上與事實上之結果與影響，從現實生活中予以排除。

這樣的反對意見，只有在表面上能用來反駁該種命令之憲法上的容許性。實際上，這樣的說法可以毫無例外地被套用在所有基於非常權限而採取之處置，其所造成之法律上與事實上的作用與結果。所有基於憲法第 48 條第 2 項所採取之措施，即便已經非常謹慎地被限縮在此一權限所具有之最狹

義與毫無疑問受到允許的框架中，都仍然還是會帶來某些事實上、也經常會帶來法律上的效果。例如，可能會頒布刑罰規定，也有可能設置非常法院，而且在採取這些措施的時候並不會去考慮到，這些逮捕行爲、判決與執行的結果，後來是否總會被撤銷；報紙之發行可能遭禁止，並且一直到禁令取消之前都不得再發行，帝國部隊也可能介入，並造成各種各樣的破壞，甚至有人可能遭到殺害等等。即便當帝國眾議院要求這些措施失效後，上述結果皆無法回復到其未發生前的狀態，我們也不能據此而下結論道，這些措施根本一開始 127
就不可以被採納，或者說，由於要排除這些措施造成的結果，根本就很困難，甚至不可能，所以單單基於這個理由，就認定上述措施自始就是違憲的。否則我們就會得出荒謬的結論，認爲憲法第 48 條第 2 項只允許採取不會造成任何作用與結果的措施。帝國法院就此提出了中肯的見解（RGZ. 123, 409）：「如果我們必須持續地把具有回溯效力的廢止決議納入權衡的話，那麼它們的目的也就無法達成」。應予注意者，上面這些就刑罰規定，以及採取武力手段之處裡方式而經常造成之可怕後果，所提出之觀點，也必定至少可適用在通貨性質的規定上。

或許在歐洲憲法史中，曾經有一段時期，人們似乎將制定法的優先順位主要理解爲，形式的財政制定法具有先於所有其他的國家、憲法與人性價值的優先順位，因爲在那個時期裡，不受國家干預的經濟領域，以及不受經濟領域影響的國家，這兩種虛構取得了主導地位。不過，我們絕對不能將這樣的虛構帶入現行憲法的架構中。現行帝國憲法在第 48 條

第2項第二句之規定中，已經將私有財產權（第153條）納入到可暫時停止適用的基本權範圍內，也因此，它終究想要使對於契約與經濟自由之干預，成爲可能。藉此，它採取了與先前自由主義傳統相對立的態度。後者根本就沒有想過一般性地使財產權之保障失效。它之所以採取如此明顯偏離自由主義傳統的態度，其原因即在於，人們不僅想採取強制徵收武裝的措施（例如H. Preuß, Sten. Ber. S. 1332中之見解），也想使經濟性質與財政性質的有效措施成爲可能，例如對於生活物資價格之規定、強制出售之規定等等（普魯士邦Heine部長於1919年7月5日在國民會議第四十七次集會上所表明之意見）。在1919年的時候人們已經意識到，相應於經濟與社會的發展，早先僅具有警察性與軍事性的包圍狀態與戰爭狀態（Belagerungs- und Kriegszustand），也必須被明確地擴張適用到經濟性的緊急狀態與例外狀態上。在今天，決定憲法第153條是否暫時失效，乃是屬於帝國總統之負有義務的裁量權限（pflichtmäßiges Ermessen），而在這裡，倘若他已依其義務做出了決策，則只需一個手勢（Handbewegung）即可；因爲「失效」之**宣告**，只不過是一項形式行爲。從這個角度來看，即使對憲法第48條第2項採取最狹隘的解釋，也不會產生任何疑問。如此一來，帝國總統可以在宣告失效狀態的存續期間內，爲重建公共安全與秩序之目的，而採取不予補償之徵收財產權措施，以便能夠獲取爲重建公共安全與秩序所必要之資金，他也可以規定沒收財產之措施，或者課徵特別捐（Kontributionen）。鑑於這種無所爭議、亦無可爭議的憲法上可能性，而賦予帝國總統採取信用方式籌措必

要資金之權限，這樣的做法或許也符應於早期自由派的立憲主義精神。這種立憲主義有時至少表面上看來已顯示出，爲了整體國家以及其餘憲政體制之緣故，形式性財政法律之神聖性可以被犧牲。

4. 所有反對取代財政制定法地位的命令的考量，其眞正的原因，其實倒未必應在形式法律上的衡量中，而是應在憲法史領域的記憶中，以及早期的憲政衝突中去尋找。它們係源自過去的、在憲法層面上具有不同性質的情況，而這樣的情況也就是社會學上所稱之「殘基」（résidu）。因而我們有必要先回想到，19世紀君主立憲體制的情況，及其將國家與社會、政治與經濟加以分離的做法，今天已不復存在。這一點具有直接的、憲法上的重要意義。如果對於憲法的法學解釋，不想陷入到無思想可言的形式主義，以及空洞的字面爭議的話，那麼它在進行探討時，就不得不具有歷史一批判的意識。形式制定法的概念，以及正好就在此概念內部的形式財政制定法概念，這兩者都迫切地需要被澄清。該概念是與特定的憲法狀態聯繫在一起的，並且也透過其與特定憲政結構的關聯而獲得其特徵——此一關聯掌握了規範狀態之最狹隘的、也就是實證法上的內容。正好就在其「形式性」的性質上，它完完全全是以政治性的方式被界定的。正如同前面所提及的（前述第75頁），形式化（Formalisierung）在這裡正好意味著去政治化的反面。形式化表述著一種純粹政治性的權力擴張與管轄權擴張，它之所以稱自己是「形式的」，是因爲它想藉此掙脫特定的對手，也就是那對其權力發揮著限縮作用的實質制定法概念：形式意義下的制定法，就如

同財政法上的某些行政處分一樣，其之所以是制定法，並非基於實質上的內容，而是基於頒佈此項法律的職位，或者基於參與該法之制定者。由立憲君主體制國家法學所發展出來的（但卻沒有在成文憲法的字面上明確說出的）「形式」性質，其所要說的只不過是，關於採取某些行動，或者參與這些行動的權限與管轄權，毫無疑問地屬於議會，而且我們對此不需要再實質地考慮其他的管轄權規定。藉由這個簡單而清楚的表述，我們並不是要說，形式制定法的概念是不正義的，或者是錯的。但是，如果人們嘗試將其抽離其批判性的正確地位，並且藉著將其套用到一個就憲法層面而言完全是異質性的情況中，而使其絕對化，那麼這個概念才會是不正義且錯誤的。無條件的形式制定法概念，是在市民階級對立憲君主體制進行鬥爭，並且在國家與社會分離的預設下，才能作爲一種鬥爭手段而有其意義並獲得理解。在這裡，形式化完全只具有政治化（Politisierung）的意義；其目的是要將議會
129 的權力範圍，**相對於非議會式的統治部門**而延伸到重要的財政法上措施與行動。形式制定法的**保留**原則，其實是針對著一個完全特定的政治上對手而進行抗爭，也就是針對著那獨立於人民代表機關的、德國立憲君主體制下的王室政府；而19世紀德國各部憲法中的**法律（制定法）**保留原則其實顯示出，君主的權力唯有透過在憲法中列舉的那些例外，才受到限制，而法律保留原則就是將特定領域與事務從君王權力中抽離出來，並且保留了立法者，也就是**議會**的共同參與地位。預算法（Etatgesetz）完完全全地被看做是王室政府與人民代表機關間的**協議**（到了 Meyer-Anschütz, *Staatsrecht* S. 890, 897〔vgl. oben S. 75〕仍持此見解）。這也正好對應於該類型國家體制之雙元式建構，以及將憲法視爲一種（君主與人民代表機關之間的）契約的態度。只有這樣的憲法結構，才能與無條件的「形式」制定法概念配合無間[28]。在針對那獨立於議會的王室政府進行鬥爭的過程中，逐漸發展出預算法的形式制定法。而針對君王之命令權（Verordnungsrecht）所進行的鬥爭，也就是針對一向不受限制（據推測是如此）之君王權力所進行的鬥爭。然而，它並不是用來對憲法上的、或者法律上指派的命令權進行鬥爭。因此，在民主國家中，財政法上的保留原則，完全不能被理解爲絕對性的、無條件的形式保留[29]。

當無條件的形式性財政制定法保留原則確實存在時，這 130
在同一範圍內其實也預設了，議會作爲人民代表機關，是與獨立於它的統治部門正相對立的，後者完全無法聲稱其權力係來自人民。君主解散議會之權利，在德國立憲君主體制下，也完全不具有憲法上的「訴諸人民」（an das Volk zu appellieren）之意義：此一權利之目的，僅在於確保雙元式的結構以及國家與社會之間的平衡。當前威瑪憲法下的德國，其憲法狀況與前述情況具有根本上的不同。**第一**，當前的國家不是建立在人民代表機關與統治部門之間的契約基礎上，而預算法也不是議會與統治部門間的「協議」；**第二**，統治部門已經不再是一股獨立於議會之外的權力。只要議會能夠形成多數，並且具有行動能力，那麼它就掌握了極爲強大的干預手段與審查手段（Einwirkungs- und Kontrollmittel）。基於這樣的原因，那些針對德國君主體制下的君王統治部門而具有意義

的觀點，根本不可能被套用在這樣的情況中；**第三**，帝國總統係由全體人民選出，如此一來，他同樣也是一位人民代表。君主體制憲法中關於議會之規範與概念，則預設了〔議會〕對於人民代表地位之**獨佔**。這樣的預設現在也消失了；**第四**，也是最後一點，威瑪憲法是一部民主憲法，並且是建立在議會體制要素與公投體制要素之平衡基礎上；人民既相對於議會，也以同樣的方式相對於政府與總統，而作爲具有較高地位的第三者（透過重新選舉、公投或者其他的表決形式）做出決定。威瑪憲法的結構，也由此而在本質上被決定。19世紀君主體制形式下所產生的憲法衝突，在今天可說是不可能的、也無法想像，就好像運用在此種衝突情況中的論證與概念，同樣無法被套用在今天的情況中。

相較於那種繼續套用君主體制憲法，並使其發揮後續作用的做法，倘若現行帝國憲法之特質已經獲得廣泛承認，並且發布取代財政制定法地位之命令權的容許性，亦獲得肯定，則這也絕非就意味著，帝國總統具有無限制的、不受審查的權限範圍。因爲在此同時我們也指出了，當非常權限尚未透過執行法而受到特別規範時，其前提、內容與界線仍必須由現行憲法之規範與觀點中，發展出來。這裡應該注意到普勞斯（Verfassungsausschuß, Prot. S. 277）早在制憲委員會裡就已經特別強調、並特別舉出之具有本質重要性之要素（das Wesentliche），以及筆者就帝國總統之獨裁所做之報告中（Staatsrechtslehretagung〔國家法學者大會〕1924, S. 103; *Die*
131 *Diktatur*, 2. Aufl., S. 254）所鋪陳的論點：帝國總統非常權限之眞正界線，以及對抗其權力濫用之眞正保障機制，是存在

於**帝國衆議院之審查權限**中，而不是存在於任何一種抽象規範狀態或者司法形式的干涉機制（Hemmungen）中。帝國眾議院能夠透過要求〔命令〕失效以及明確的不信任決議，而對抗帝國總統與帝國政府，使自己的意見獲得貫徹。當帝國眾議院能夠形成多數，也具有行動能力時，做成這樣的決議對其而言並無困難。對於一個具有形成多數之能力與行動能力的帝國議會，現行帝國憲法賦予它一個議會所需要的所有權利與可能性，以使其能在國家意志的建構過程中，作爲決定性的因素而貫徹自身之立場。倘若議會成了多元主義體系之展現場所，而喪失了前述之能力，那麼它也無權要求所有其他負有責任的職位也要同樣地不具行動能力。19世紀當時自由派的仕紳議會（Honorationenparlament），曾經在對抗君主體制對手的過程中，嘗試癱瘓其鬥爭能力。今天也許還有人想藉由這樣的論證方式，來對議會這種一般性無行動能力狀態的權利（das Recht auf allgemeine Handlungsunfähigkeit）提供理論基礎。然而這樣的論點，不僅在歷史層面上不具可能性、在道德層面上無法忍受，也在法學層面上大錯特錯。如果我們說，在當前德國的憲政情勢中，已經建立了關於經濟性—財政性例外狀態，並且授與發布取代制定法地位之命令權的實務運作模式，那麼，這其實並非恣意或偶然的結果，也不是通俗的、政黨政治標語意義下所說的「獨裁」。毋寧說，這展現了一種深刻的、內在的而合乎法則的（gesetzmäßig）脈絡。這也對應於立法國在邁向經濟國的發展過程中，所採取之轉向，而一個受多元主義切割的議會，則不再能夠執行這種轉向。正如前面（第76頁）所指明的，例外狀態能夠在

國家的具體特質中，揭露其核心所在。司法國會發展出戒嚴法（Standrecht），也就是一種無所不包的司法程序；軍事國與警察國則會發展出執行性強制力之過渡，以作爲其在例外狀態中採用之典型手段。藉由某種類比方式我們可以說，今天依據憲法第48條而形成的實務運作模式，也就是在經濟—財政領域上允許取代制定法地位的命令權，這樣的做法符合於現存的秩序，也嘗試著在立法國的立法團體因爲多元主義而四分五裂時，以合憲方式來挽救立法國，並對抗違憲的多元主義。就合憲性以及合法性的觀點來看，唯有帝國總統才能採取此種最強烈的救濟手段與反向運動嘗試。基於這點我們也可認識到，帝國總統應該被視爲此一合憲性整體秩序的守護者。

注釋

【1】 關於「社會」這個經常具有多義性，又難以掌握的觀念，在下列著作中可以找到最簡單、最清楚的歸納：Edward Spranger, *Das Wesen der deutschen Universität*（Akademisches Deutschland III, 1, S. 9）：「在德國社會學的習慣用語中，我們經常看到，人們將人類彼此結合的存有形式所構成的無窮盡的集合簡稱為『社會』。這些形式具有自由的、組織性的、生成性與創造性的、短暫的與持續性等性質，並且**既非國家亦非教會**。這樣的建構體（Gebilde），就跟『環境』（"Milieu"）這個用語一樣模糊不清。」Spranger的見解大致上符合「社會」這個觀念所具有之否定的特徵；但是，在我看來，這項見解並不能適用在進一步的歷史事實上。在19世紀的具體情況中，「社會」不僅具有否定的意義，它甚至更進一步具有一獨特的**政治性的**，也可說是**爭議性的**（polemisch）意義。這個字眼也因此不再是「模糊不清的」，並且獲得了具體的精準度，就如同一個政治性的概念會透過其具體的對立概念所獲得的精準度。因為如此，這個在上述情況中藉助societas此一用語所建構起來的概念，只要它獲得了歷史性的意涵，那麼它大多會具有一種反抗性的（oppositionell）意義。這不僅顯現於「社會主義」，也顯現於「社會學」這個用語——正如同Carl Brinkmann所言，社會學係作為一「反抗科學」（Oppositionswissenschaft）而得以形成（Versuch einer Gesellschaftswissenschaft, München und Leipzig 1919）。法學家G. Wiebeck氏（Berlin）則提醒我注意L. v. Hasner, *Filosofie des Rechts und seiner Geschichte in Grundlinien*, Prag 1851, S. 82當中的一段話，這段話對於前段引文的進一步延伸，尤其是對於一個處在「自我組織」當中的社會的狀態而言，是饒富意味的，其原文如下：「社會作為奔騰不息的、不具組織性的集團，並非一種倫理性的型態（Gestalt），而只是一種過渡性的歷史型態。被組

織起來的社會，就會是一種倫理性的型態，其實也就是國家本身，假如後者想為成為某種比『抽象概念』（abstractum）更多的事物的話。」

【2】在衆多文獻中，可參閱 Lorenz von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich,* Bd. 2（Ausgabe von Gottfried Salomon, München 1921, II, S. 41）：議院乃是這樣的一種機關，「透過該機關，社會得以支配國家」，或是 Rudolf Gneist, *Die nationale Rechtsidee von den Ständen*, Berlin 1894, S. 269 當中所提出之具有豐富內涵的見解：對於秘密投票的普遍性要求，「其實毫無疑問地象徵著國家被社會所吞沒」。

【3】關於例外狀態的進一步討論，參見S. 115 f.。在Ludwig Waldecker 的論文 "Die Grundlagen des militärischen Verordnungsrechts in Zivilsachen während des Kriegszustandes", *AöR.* XXXVI（1917）S. 389 當中，雖然注意到了司法國與戒嚴法之間的關聯，但是卻未正確認識到進一步的發展所會帶來的結果。

【4】Grundrechte und Polizeigewalt（*Festgabe für das Preußische Oberverwaltungsgericht*）Berlin 1925, S. 223; 在德國國家法學者大會上，也曾以不同措辭表達類似見解，見 Wien, 1928, *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler,* Heft 5 S. 109; 進一步可參閱*Reichsgerichtsfestschrift* 1929, S. 200 und *Handbuch des Staatsrechts,* Bd. II, S. 109, 136 / 37.

【5】*Allgemeines Staatsrecht,* 4. Aufl. 1868, Bd. I S. 561 / 62. 將伯倫知理的命題跟格內斯特的論證做一比較，甚具啓發性：後者認為，在立法活動中的**共同參與現象**（Zusammenwirken）——也就是將立法權同時分配給世襲君主、任期永久的上議院與定期改選的下議院——才是對於憲法的保障；Gutachten a. a. O. S. 23.。

【6】這個數字是景氣研究季刊所提出，見 *Vierteljahrsheften für Konjunkturforschung*, Bd. 5（1930）, Heft 2 S. 72；該統計數字被 J. Popitz（見下文之說明）以及 G. Müller-Oerlinghausen 所使用並承認，後者是在其關於1930年11月4日的經濟危機的演說中提及它，見 *Mitteilungen des Langnamvereins,* Jahrg. 1930, Neue Folge 19. Heft, S. 409；另請參閱 Otto Pfleiderer, *Die Staatswirtschaft und das Sozialprodukt*, Jena 1930 以及 Manuel Saltzew, *Die öffentliche Unternehmung der Gegenwart*, Tübingen 1930, S. 6 f.

【7】Der Finanzausgleich und seine Bedeutung für die Finanzlage des Reiches, der Länder und Gemeinden; *Veröffentlichungen des Reichsverbandes der deutschen Industrie*, Berlin 1930, S. 6; 進一步請參閱：der öffentliche Finanzbedarf und der Reichssparkommissar, *Bankarchiv*, XXX, Heft 2（15. Oktober 1930）S. 21.

【8】*Deutsche Juristenzeitung,* 1. Januar 1931, Sp. 17；另外可見於*Der Reichskommissar und seine Aufgabe; Finanzrechtliche Zeitfragen* Bd. 2, Berlin 1930, S. 12.

【9】本文中所引用的語句，可在 1928 年 7 月 7 日國事法院關於薩克森邦獨立社會民主黨的判決理由中尋得（RGZ. 121, Anhang S. 8; Lammers-Simons I S. 309 f.）。不過，1927 年 12 月 17 日關於漢堡人民法律黨邦聯盟（Volksrechtspartei Landesverbund Hamburg）一案的裁判理由中，對於「宣傳無效果」之處理，則與上述判決不盡一致（Lammers-Simons I S. 348）：「因此，使不具宣傳效果的選舉政見，……受到不同於具有宣傳效果之政見的條件約束，這樣的見解並不可採。」

【10】國事法院1927年12月17日判決，見Lammers-Simons I S. 346；1928 年 5 月 28 日判決，見 Lammers-Simons I S. 414；1928 年 7 月7日判決（薩克森邦獨立社會民主黨案），見RGZ. 121, Anhang S. 8 und Lammers-Simons I S. 311 。

【11】參照前面 80 頁注 1〔即本章注 6——譯者〕所列舉之文獻。

【12】此一領域最傑出專家之論述，當屬 E. Tartarin-Tarnheyden, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie, ein Kommentar zu*

Artikel 165 der Reichsverfassung, Berlin 1930, S. 13。其所提之主張與本文此處之主張只有在表面上看來是矛盾的。的確，Tartarin說道，第165條第一項「為後面幾項規定所展現出的、在法律上被規制的經濟憲法，提供了理念上的基礎」。此一經濟憲法則不應是「由國家憲法中特別獨立出來的、經濟性的社會憲法」，而應該是「國家憲法本身的一個區塊」。不過，如果我的理解是正確的，他在這裡應該沒有其他意思，就好比我們也會把自治行政的法制稱做國家憲法的一個區塊一樣（Art. 127 RV.）。雖然這似乎意味著，威瑪憲法因此而採取了政治性意志建構過程的「雙重途徑」，也就是一方面採用數人頭式的民主（Kopfzahldemokratie）途徑，另一方面則採用經濟上的階級與職業上的等級之共同參與途徑；然而他在同書第12頁提到，數人頭式的民主已經被威瑪憲法當作「其政治性體系之基礎」，並且進一步指出，「這又是一項妥協的產物，就如同我們在威瑪憲法中所常見到的情形一樣：在這裡出現了兩種國家體系的並存狀態——原子論式的與有機式的國家體系。在實際政治的層面上，唯有將第二種國家體系從純粹政治性的領域中引開，而導向經濟性的領域，並且僅給予其次要的意義，我們才有可能忍受此種並存狀態。」對於此點，我們只能說：*ergo*（**所以**）。H. Herrfahrdt也曾經主張：第165條，亦即現行憲法的最後一條條文，同時也是未來憲法的第一條條文。當他做此陳述時，其實也不過是在證實前引文本的命題。在同一脈絡下，雅可比（E. Jacobis），Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927，第392到395頁的論述，具有特別的價值與旨趣：「在這裡（Art. 165 RV.）無論如何都已經在國家憲法之旁，不當地形成了一種特殊的經濟憲法的構想。」在第165條第1項當中，雅可比「完全看不出任何公法上的新創造成果」。反之，如果在第165條第2項中所規劃的制度，真的獲得實現的話，「那麼這實際上就可算是公法上的新創造成果」。「然而這樣的綱領並沒有被實現……第165條第2項

所構成的公法上的經濟憲法，並不存在。」就政治性存在的種類與形式所做的基本決定，是一部憲法的屬性，它會使得那種將兩項彼此相互衝突之建構原理（Konstruktionsprinzipien）予以並立的做法，成為不可能：第165條所規定之綱領無法付諸實行，否則威瑪憲法就會從最根本的字義上變得顛倒錯亂，而其最重要之原因即在於此。在這當中也蘊含了下述問題的核心要點：在現行的帝國憲法中，是否存在著經濟上諸多利益的代議制度（Repräsentation）（這與單純的代表〔Vertretung〕有別）。我可以很確定地說，實際的情況並非如此。F. Glum之立論（見氏著*Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat*, Berlin 1929, S. 37 f.；以及收錄於*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. I S. 582關於「帝國經濟委員會」〔Reichswirtschaftsrat〕之詞條），則是立基於下述觀點：「經濟領域」已經被當成某個整體事物，也因而已經變成某種政治性事物，但於此同時它仍然繼續處於「與國家相對」之地位。透過代議機制，它應該能夠被「拉進到國家裡面」。Glum援引了1920年5月4日《關於臨時帝國經濟委員會之行政命令》第17條規定：「帝國經濟委員會之成員，乃德意志人民整體經濟領域之代表者」，然後又進一步說道，「如此一來，在這裡很明確地表達了，帝國經濟委員會的成員——無論是常設或非常設性的成員——根本就沒有要為任何利益代言，即便是全體人民的經濟利益」。這段話的意思，只可能是下面這兩種：他們有可能是代議士（Repräsentant），並且因此代表著全體人民，而非僅限於經濟領域；或者，他們並不具有此種屬性。Glum還認識到另外一種可能性：立法者的意旨，可能是要建立一種獨立的專家委員會（Experten-Grenmium）。但是，獨立的鑑定專家，也就不能被認為是代議士。關於「獨立性」概念的各種不同類別，請參閱底下第151頁。此種區分在這裡亦顯現其必要性。

【13】關於不相容性的問題，請參照Werner Weber之論文：Parlamentarische Unvereinbarkeiten（Inkompatibilitäten）, *AöR*. N.

F. Bd. 19（1930）S. 161 f.; 關於所謂經濟上之不相容性，參照 S. 239 f.；另亦請參照底下第 156 頁。

【14】關於當前民主體制中，政黨政治層面上中立的專業人士所面對之一般性問題：Alfred Zimmern, Democracy and the Expert, in *The Political Quarterly*, Bd. I（Januar 1930）S. 7-25，其中特別討論了日內瓦國際聯盟之諮詢委員會。在德語文獻中，關於英美法系文官制度（Civil Service）之探討，值得一提的有下列文獻：Carl J. Friedrich, Das Berufsbeamtentum in den Vereinigten Staaten, *Beamten-Jahrbuch* Heft 3, Berlin 1930, S. 3 ff.（也可參照同一作者在下列論文中論及德意志國家觀念所具有之影響時，所提出之有趣觀察：“Deutsche Gedanken beim Aufbau des amerikanischen Staates”, *Festgabe für Carl Schurz*, Berlin 1929, S. 131）；Fritz Morstein Marx, Berufsbeamtentum in England, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft,* Bd. 89（1930）S. 449-495。

【15】J. Popitz, *Bankarchiv*, 15. Oktober 1930, S. 22；進一步參照 Carl Bilfinger, *Der Reichssparkommisar*, Berlin 1928, besonders S. 13（「去政治化的儲蓄任務」）；Saemisch, *Der Reichssparkommissar und seine Aufgaben（Finanzrechtliche Zeitfragen Heft 2）*, Berlin 1930; O. Bühler, *Der heutige Stand der Verwaltungs- und Verfassungsreform,* 2. Aufl., Stuttgart 1931。

【16】關於帝國預算委員會，請參照 B. Rilinger 之博士論文，即將由柏林貿易學院出版。

【17】關於此點，可參照 G. Lassar 之報告：“Untersuchungsausschüsse nach englischem Recht”，該報告係於 1926 年 11 月 11 日由帝國內政部長提交帝國議會（Reichstagsdrucksache III. Wahlperiode Nr. 2690）；該報告亦引用了 Todd, Parliamentary Government；進一步請參閱 A. Bertram, Hamburg. Wirtschaftsdienst, vom 28. Mai 1926（Jahrg. 11 S. 701 f.）。

【18】關於經濟法上爭議案件中的專業參審員，以及非專業人士在此類爭議案件裁判程序中的參與問題，可參考由合議庭庭長Dr. Köppel 與律師 Dr. G. Friedländer 於第三十六屆德國法學家大會上所提出之鑑定報告（Gutachten, S. 321-354）。

【19】關於此種中立化過程及其階段：Carl Schmitt, *Europäische Revue,* November 1929。

【20】帝國憲法第 25 條意義下的「同一原因」，其所指涉的對象只能是帝國總統（政府）與議會之間的意見不一致狀態，也就是一項藉由重新選舉，而由人民來決定的衝突主題。倘若帝國總統是基於議會不具有形成多數之能力而解散之，則並不符合前述要件。否則就會導致稍後選出的，而且又再次無法形成多數狀態的議會，享有所謂維持四年之無能力形成多數狀態之權利。此實甚為荒謬。參照 Carl Schmitt, Einmaligkeit und gleicher Anlaß bei der Reichstagsauflösung nach Art. 25 RV., *Arch. d. öff. Rechts*, Neue Folge, Bd. 8（1925）S. 162。此一見解近來卻遭到誤解：見 F. Glum, Parlamentskrise und Verfassungslücke, *Deutsche Juristenzeitung* 1930, S. 1415 以及 O. Bühler, Die Grenzen verfassungsmäßigen Vorgehens der Regierung bei Erledigung des Sanierungsprogramms, *Reichsverwaltungsblatt* Bd. 51（1930）S. 780。

【21】關於此點，請見O. Koellreutter, *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat（Recht und Staat, Heft 51）,* Tübingen 1927, S. 31 f.。

【22】當前在帝國憲法中（第24條）對於「集會狀態」（Versammeltsein）概念之理解，與普魯士憲法中（第 55 條）的理解這兩者間，有一項獨特而明顯的矛盾發揮著支配作用；請參照筆者發表於 1930 年 10 月 15 日德國法學者報（Deutsche Juristenzeitung）之論文（S. 1285 ff.）。德國國事法院於 1929 年 7 月 13 日對普魯士緊急命令法所做之判決（Notverordnungsrecht in Preußen）（RGZ. 125, Anh. S. 1; Lammers-Simons II S. 66, 69），則忽略了這個國家法上的

問題。同樣地，W．耶利內克以反對筆者前引論文之目的，而發表於1930年12月6日帝國行政公報（Reichsverwaltungsblatt）上的論文，也沒有解決帝國憲法第24條在聯邦層級，以及普魯士憲法第55條在普魯士層級中所造成的實務運作上的矛盾。無論如何，倘若人們意欲放棄目前所持（而且也完全未被質疑）之「集會狀態」概念，那麼便必然會在體系上，將當前議會法制之整體問題，置放在新的基礎上。

【23】基於憲法第48條第2項所頒佈的、且具有經濟性與財政性內容的命令，其例甚多；在這裡只舉出下列例證：1923年11月之「關於外匯與年金之命令」；1923年11月5日的「基於德國境外之帝國馬克流通，而就暫時性之拒絕償付所制定之命令」（RGBl. I S. 1082）；進一步而言，還有同日頒佈之「為補充關於以借款與發行公債債券方式促進物資流通之命令，所頒佈之命令」（RGBl. I S. 1083。在此應注意，受該命令補充之1923年10月20日的命令，是根據授權法頒佈的）；1923年10月13日之命令（廢止1923年3月20日之煤礦稅法，RGBl. I S. 945。該命令後來於1923年10月18日，又根據授權法而重新頒佈）；1924年4月5日（RGBl. I S. 397）關於出境費用之命令；1924年11月10日關於具經濟上必要性之減稅措施命令等等。至於邦政府根據憲法第48條第4項所頒佈之經濟性命令之例證，前面提及的波奇－海付達所提出的概觀中，亦有特別點出。普魯士邦政府根據普魯士憲法第55條而採行之緊急命令運作實務，亦反覆地被國事法院認可（參考1925年11月21日之判決，RGZ. 112, Anh. S. 10；1929年3月23日判決，RGZ. 124, Anh. S. 19；1929年7月13日判決，RGZ. 125, Anh. S. 7）。由此確立了，在各邦（Staat）或其自治行政團體出現財政性質的急迫而非常態的緊急狀態時，也會使發布緊急命令的做法獲得證立。

【24】例如前注中提到的根據憲法第48條第2項所發布之命令，尤其是國事法院在1929年7月13日判決中（參前注）所認許的、普魯士邦政府於1929年5月18日就1929年會計年度手工業稅之管制所發布之緊急命令。

【25】將採取措施之非常權限（außerordentliche Befugnis zu Maßnahme）與帝國總統藉由取代制定法地位的命令權予以等同的見解，在憲法理論中經常受到爭執。這尤其可以舉Erwin Jakobi與筆者在1924年國家法學者大會上，就帝國總統之獨裁所提報告中的見解為代表（*Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer,* Bd. 1, 1924, S. 99 und S. 110f.）。進一步言之，也有人就此提出其他的、甚至有所矛盾的理論基礎，如R. Grau, "Die Diktatur des Reichspräsidenten", 1923, S. 102 / 03，及其另一篇論文"Diktaturgewalt und Reichsverfassung"（*Gedächtnisschrift für Seckel,* Berlin 1927, S. 490）。至於帝國總統於1930年7月26日與12月1日所發布之法律命令（RGBl. I S. 311 und S. 517），就其內容而言，在何種程度內可視為「措施」而應予許可，這個問題就其本身而言，似乎可以在相當廣泛的程度上給予其肯定答案，因為到最後，各種法令適用行為及其執行，都可被歸結到「措施」這個概念。鑑於在相當時間中已經形成的法律發展趨勢，我們可以說，這個爭議問題無論如何已經在某程度上獲得解決，因為，就算帝國總統發布取代制定法地位之命令權原本並不包含在「採取措施」之權限中，它**後來**在各種情況中仍然**被附加到此一權限上**。從其他方面來看，這項爭議問題在憲法第48條第2項第一句的授權範圍上，也保持開放態度，因為帝國總統今天無論如何都毫無疑問地享有此種命令權，而這項確定命題中並不存在任何限制，亦即，帝國總統基於憲法第48條第2項第一句之規定，具有採取任何必要措施之權限。的確，發布取代制定法地位之緊急命令權，是被限縮在一般的（亦即非修憲性質的）制定法效力位階上，這點似乎不證自明。但是採取必要措施之權限所受之限縮，並非意味著每一項個別的憲法規定，都對那以保障憲法為目的的措施，構成了無法跨越的障礙。這樣的觀

點也絕對不是要去承認一項理論上的學者見解，該見解將所有衆多的、憲法法律上的（verfassungsgesetzlich）細節，解釋為比憲法本身更為重要。在取代制定法地位的法律命令，以及「措施」之間所做之區分，仍然存續者，並且也保持其意義（例如，在未認清制度性保障之本質的情況下，若採用取代制定法地位的命令形式，來規定公務員減俸，則人們也許必然會認為此一行為不應被准許。然而，對公共出納機關發出僅支付部分薪俸的指令〔Befehl〕〔在不損及公務員的法律上請求權的情況下〕，則仍應被視為「措施」而准許之）；帝國總統採取所有必要措施之權限，是**並立於**其發布取代制定法地位之命令權**之側**，而在其完整的合憲性程度內存續著，直到執行法（Ausführungsgesetz）做出進一步的規範。對發布取代制定法地位之命令權採取拒斥態度之立場，其主要理由可能是，憲法第48條第2項之規定僅具暫時性的特徵，另外，也有必要藉由同條第5項所規定之執行法，而對例外狀態做出終局性的規制，並且盡可能將授權發布法律命令的期間縮到最短。當憲法第48條第2項之實際運作持續進行著，但同期間內執行法卻一直無法通過，而使得該項憲法規定之暫時性特徵，隨著時間而逐漸退居幕後時，那麼就有必要將真正的、發布取代制定法地位的命令權，納入到帝國總統的非常權限中。不過在其他方面，只要執行法一直未頒佈，那麼規制的狀態就一直只具有暫時性特徵，而且這樣的看法也必須被認為是具有法律效力的。

【26】例如，由帝國財政部長 Hilferding 於 1923 年 9 月 20 日簽署頒佈的帝國政府命令（RGBl. I S. 386），其法律效力就未受質疑。該項命令是關於信用授權額度之提高，其基礎則是1923年2月24日緊急法第4條第1項第2款（RGBl. I S. 147）。該命令援引了緊急法當中一般性的授權規定，大幅提高了在1923年8月14日「關於確定1923年會計年度帝國預算計畫之第二次增補」法律中所規定的信用授權、為非常時期預算之收入補充了相應的額度，提高了財政部長原本獲得的發行國庫券之授權，以便能暫時性地強化帝國總出納局（Reichshauptkasse）這個常規性的營運單位。最後它還規定了，透過此命令而給予之授權，唯有當採取常規立法途徑而授與相同權限時，始失其效力。

【27】Grau a.a.O, Nawiasky, *AöR*. N. F. 9, S. 53, J. Lukas, *Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, Heft 6, 1929, S. 46; A. Hensel *DJZ*. 35（1930）S. 1058.

【28】一旦這個「形式性」概念導致限縮人民代表機關之權力與管轄權的後果（例如，當其運用在前立憲時期的制定法（das vorkonstitutionelle Gesetzesrecht）時，由於該種法律在形式上並非立憲主義意義下的制定法，因此，若要一貫地使用形式制定法概念來做論證，就會得出這些制定法應該如同之前的情況一樣，屬於君主統治部門之權力範圍之結論），那麼它當然馬上就會被棄而不用，論者也會再度回溯到實質的制定法概念上（制定法＝對自由與財產權之干預）。托馬在其關於法律保留原則的著作中（*Festgabe für Otto Mayer*, 1916），對此一發展過程做了典範性的清楚描繪。

【29】在此可舉法國於 1879 年 12 月 14 日所施行之法律，該法律亦構成了目前法國國家法現行有效規則之基礎。據此，即使在議會集會時期中，就某些情況也可以採取命令方式（im Verordnungswege, par décret）而為信用之收受；至於在議會未集會的情況中，則有對發布預算法性質的命令的可能性，做了個別的規定。換言之，形式性財政制定法的保留原則，完全沒有被絕對而無例外地付諸實行。法國的預算法理論專家 G. Jèze（他不僅是財政制度領域上的法學權威，也是衆所周知的堅定的民主共和派支持者），對於這項原則性的問題做了如下的表述（Allg. Theorie des Budgetrechts, 1927, S. 191）：「在嚴峻的危機時期——例如具威脅性的戰爭危險——即使沒有議會的授權，政府也應當毫不猶豫地採取某些支出措施。一旦我們確立這一點，那麼，我們當然也就有可能選擇此一途徑（亦即由政府來對急迫性或無預見可能

性的支出做出規制的途徑）……Salus populi suprema lex（人民的福祉乃是最高法則）」。

第三章
帝國總統作爲憲法守護者

1. 關於中立權力之國家法學說

132 存在於各個政治性決定權與影響權承載者之間的意見差異與分歧，倘若不被認爲是公然的違憲行爲而受到懲治的話，那麼一般而言，通常也就無法以司法的形式對其做出決定。它們或者有可能由一個位居各種分歧意見之上的、高高在上的強勢政治權力、也就是**具有較高位階的**第三者，來加以排解——這時，他並不是憲法守護者，而是國家之主權性主宰者（der souveräne Herr）；或者，它們有可能藉由一具有平行位階的（而非具有較高位階的）職位來加以調解，尋求解決之道，亦即透過**中立的**第三者——這就是中立權力（亦即 *pouvoir neutre et intermédiare*，中立且具斡旋功能的權力）的意義。它並非居於比其他合憲性權力具有更高位階的位置，而是與之平行，但是被賦予特殊的權限與干預可能性。我們所應採用的做法，不應該是使其他的國家活動領域取得單純補充性的附隨效應，而是要組織一個特別的設置或機制，使其承擔確保不同權力部門依據憲法而運作、並且捍衛憲法之任務。如果同意這一點，那麼我們便可以正確地指出，在一個將各種權力予以區隔的法治國（ein Gewalten-unterscheidender Rechtstaat[1]）裡面，這樣的功能不應該附帶地託付給任何一個現存的權力部門，否則該權力部門就會取得相對於其他權力部門的優勢地位，並且使自己不受任何審查。藉此，它也就成了憲法的主宰。因而我們有必要在這些權力部門之外，另行設置一個平行而具特殊中立性的權力部門，其係透過獨特的權限而與其他權力部門相互連結，並

求取平衡。

在19世紀的憲法史中，貢斯當[2]提出了關於「中立性、斡旋性與規制性權力」（*pouvoir neutre, intermédiare und régulateur*）之特別學說。他是在法國市民階級對抗波拿巴主 133
義（Bonapartismus）與君主復辟，爭取自由憲政體制的時代背景下，提出該學說。就其本質而言，該學說主要是屬於市民法治國（bürgerlicher Rechtstaat）的憲法理論。它不僅對於那兩部幾乎逐字繼受它的憲法[3]發揮深遠影響，毋寧說，19世紀所有憲法中對國家元首（君主或國家總統）之特權與權限所列舉之典型目錄，都可上溯到該學說。整體說來，這些 134
特權與權限，是被設想爲該「中立權力」所可採之手段，與可能的作用途徑：國家元首之不可侵犯性（或者至少是具有特權的地位）、簽署並公布法律、特赦權、部長與官員之任命、解散由人民所選舉之議院。幾乎所有較大規模的國家——只要它們符合市民法治國之類型，並且無論其採取君主政體或共和政體——都以某種方式認識到了此種建構，無論在其政治情勢中，這樣的建構是否具有操作之可能性。在憲法理論與國家理論中，該學說吸引了廣泛的注意。其基於政治性的直覺，清楚認識到君王與國家總統在立憲國家中所具有之地位，並且也以簡明而中肯的陳述方式表達之。它絕對可算是市民法治國（bürgerlicher Rechtsstaat）的經典學說。施泰因（Lorenz von Stein）針對此一決定性的時代（1789-1848）（不僅對法國，也對整個歐洲大陸的憲法史而言）所做之論斷，也是指涉著該學說：「就憲法與社會而言，在這個世界上，沒有其他地方能夠認識到更偉大的眞理，及其更深刻而取之

不盡的泉源」[4]。G．耶利內克曾經稱道該學說「由不具教條性偏見態度的觀點來考察」，此外它還有一項無可磨滅的貢獻，那就是「它最先爲歐陸的憲政發展途徑，指明了政務官（Minister）所具有之正確的憲政地位」[5]。該學說的設計者完全值得因此學說而獲得這樣的讚賞。巴泰勒米（Barthélemy）則驚豔於此學說思考理路之明晰（l'admirable lucidité du raisonment），並正確地指出，貢斯當是自由議會主義（der liberale Parlamentarismus）之眞正先驅，他教育了法國市民階級邁向議會主義[6]。歷經了長久的遺忘，貢斯當的名字在德國再度被提起，並且在特里佩爾於第五屆國家法學者大會所提出的報告中，多次獲得凸顯[7]。特里佩爾的該篇報告可說是德國國家法學之重要文獻。這是一個非常值得
135 注意的徵兆。在我看來還應該特別提及的一點是，就國家理論概念史而言，關於權威（auctoritas）與權力（potestas）之二分，也已經見諸貢斯當的此一學說中[8]。我認爲這項區分對於歐洲的國家思想而言具有根本意義。

關於國家元首之中立性、斡旋性、規制性與維護性地位之學說，其實際價值首先就在於，從這裡我們可對下述問題提出回答：當立法權限完全屬於議院（die Kammer），國家元首提名之部長完全有賴於立法團體之信任，而國家元首自己在所有事務上，都受到部長副署權限之約束，並且許多人因此說「他具有統治地位，但卻不執政」（*il règne et ne gouverne pas*）[9]的時候，那麼，在一個市民法治國（Rechtstaat）裡面——無論它是立憲君主體制或者立憲民主體制——國家元首究竟還意味著什麼，其所具有之權限意義何在？在德國，

人們並不理解統治者（régner）與執政者（gouverner）之區分——在理論上是如此，因爲人們早已遺忘權威與權力之區分；在實踐上亦是如此，因爲德國模式的立憲君主體制，同時具有統治（regieren）與「執政」（"gouvernieren"）的性質。根據施塔爾（F. J. Stahl）所提出之著名區分，前面這種區分方式也構成了立憲（亦即實際進行統治的）君主體制與議會君主體制相互對立之基礎。這樣的對立命題，是因應當時的需求與表達方式而提出，並且與其自身無關痛癢的性質（Unschädlichmachung）配合無間，它也因而只能被理解爲基於政治上目的而爲之區分[10]。相對於法國自由派的建構方式，在19世紀德國國家學當中，從一開始，通行的見解便認爲，君王必須具有行動能力與實際的執行能力，否則他就有可能成爲單純的幻影[11]。賽德爾（Max von Seydel）爲此找到切重要害的論證：君主必須在任何情況中均能進行實際的統治，並且享有實際的權力，因爲，如果我們將「執政者」的性質抽掉，那麼「統治者」就只是徒具虛名[12]。人們經常引用拿破崙曾說過的一句非常簡略的格言[13]，而且這在 136
某程度上也是有道理的，因爲直至1918年爲止，德國立憲君主體制事實上仍然有其較高位階的、較強勢的、並且使國家與社會之區分獲得證立的權力，君主並非只是「單純中立的」第三者。然而，這樣的看法無法使下列問題獲得解決：蘊含於權威與權力之區分中的一般國家學問題，國家在政黨政治層面上的中立性問題，議會體制憲政國家中的國家元首地位所引發之憲法理論上的問題，以及最後，現行威瑪憲法中帝國總統地位之特殊問題。一般而論，對於賽德爾所提出之問

題（當人們從統治者中抽掉執政者的成分後，它還剩下什麼？），我們可以在一定的程度上給予回答：在這樣的憲政體制中，國家元首乃是超出其所具有的管轄權範圍外，而展現著國家統一體及其統一的運作方式，所具有之**連續性**（Kontinuität）與**恆常性**（Permanenz）；國家元首必定要基於連續性、道德聲望與一般的信任，而享有具特殊性質的權威，這權威屬於國家生命的一部份，就好像每天不斷積極形成的權力與命令權那樣不可或缺[14]。對於中立權力學說而言，
137 這是特別值得我們注意的一點，因爲，中立第三者之獨特功能，並不在於持續不斷的、領導統御的（kommandierend）、監督控管的（reglementierend）活動中，而是主要只具有斡旋性、維護性與規制性，並且只在緊急情況中採取積極作爲；另外，也因爲中立權力與其他權力部門間不具有相互競爭的關係（這裡指的是不斷擴展自身權力意義下的競爭），並且此種權力在被行使時，依其事物本質，通常並不具有引人注目或壓迫的性質。即便如此，它仍然確實存在，並且至少在權力分立的法治國體系中，它是不可或缺的。在這裡——正如同貢斯當早已意識到的一樣（即便其學說中的這一部分並未受注意）——它是一種 *pouvoir préservateur*，也就是「持存性的權力」（bewahrende Gewalt）。當然，這樣一個權威性的地位需要一定程度的策略，就好像認識並表述出它也需要貢斯當的直覺一樣——藉由此學說，貢斯當根本地標明了國家元首地位的特殊性，並且也富於生命力地維繫了一項古老的、根植於羅馬國家結構中的智慧。19 世紀與 20 世紀的大多數重要國家元首都清楚理解到，他們最好站在他們提名

的部長背後，如此一來才不會喪失其權威。毫無疑問，要完整地成就中立權力（pouvoir neutre）的角色，必須具有某些人格特質，但是憲法法律不可能就這些做出規定或強制，就好比它也無法規定，帝國總理必須是一個偉大的政治領袖，自己決定施政方針一樣。這樣的論據並不能用來反駁此種概念所具有之實踐上與理論上的重要意義。

根據威瑪憲法所構成的實證法，由全體人民選出的帝國總統所具有之地位，唯有藉助一種關於中立性、斡旋性、規制性與持存性權力，並且更進一步開展的學說，才有可能被建構出來。帝國總統被賦予能夠使其脫離立法者職位掌控的權限，雖然他同時也受到相關部長副署權之約束，而後者則 138
有賴於議會之信任。被分派給帝國總統的合憲性權限（根據憲法第 46 條任命官員、根據憲法第 49 條行使特赦權、根據憲法第 70 條公布法律），正好符合貢斯當所列舉之國家元首權限目錄的典型[15]。現行憲法採取了公投式憲法要素與議會式憲法要素之平衡模式，這樣的模式具有獨特性，並經常被提出討論，例如：帝國總統一方面基於其自主權限而獨立於帝國眾議院，另一方面，部長副署的一般性要求，則形成了依存性，而憲法則將這樣的獨立性與依存性串連在一起（帝國憲法第 50 條）；帝國強制措施，亦即依據帝國憲法第 48 條，針對各邦而採取保護帝國憲法之措施，甚至最後可歸結爲保障憲政體制（Verfassung，與個別的憲法法律有別）的措施。如果我們不透過前述學說來理解所有這些憲法上所採之方案，則它們會被視爲一堆彼此不相容的規定所形成的充滿矛盾、又不具意義的混合狀態。威瑪憲法的設計者必定也意識到了

這一點，如果他是在體系性的意識狀態下來從事其工作的話。普勞斯在制憲委員會中（Prot. S. 277）中指出，針對帝國眾議院而建立起平衡力量，「只能是帝國總統眾多的功能之一」。「此外還有更重要的一點：要建立某種意義下的中心，也就是**憲政體制中靜止的樞紐**（ein *ruhender Pol in der Verfassung*）。」接續著此一命題，普勞斯又預見到多元主義體系中的分裂與解消狀態，以及有效救濟手段之必要性，而提出進一步的觀察：「在憲政體制中，倘若越是存在多數共同發揮作用的合議制機關、越是存在著眾多群眾表決的機制（例如透過政策公投〔Referendum〕、帝國參議院、各個勞工委員會等等）的話，那麼，**在所有這些機制之外建立一個穩固的中心點**的需求，也會越大。至少在理念上，所有的發展走向都能夠歸結到這個中心點上。」基於同一理由，瑙曼（F. Naumann）亦表明（Prot. S. 277 / 78），他也想「就總統的問題提出類似意義下的見解」。他甚至比普勞斯更清楚預見到多元主義政黨聯盟國家的發展，並清楚指出：「適用於帝國眾議院選舉上的比例選舉法，以及由此所產生的政黨多元狀態，會使得帝國總理成爲政黨聯盟的政務官。正是基於此一原因，我們更會需求一**個**能夠時時刻刻關注**整體狀態**的人物，而這樣的主張也特別能獲得說服力。」在這樣的脈絡下，我們不但可以發現到帝國總統作爲一「斡旋勢力」，亦即 *pouvoir intermédiare* 的特徵，也會注意到帝國眾議院是有可能不具形成多數的能力的，而這個預言在此期間內也成了實際：「我之所以相信我們需要一個總統，主要是基於一項事實，那就是，在德國由於各種權限形成了多元狀態，此時如果沒有一

個總統的話，就不可能形成完整的統一性。我們必須要有一個能夠滿足代表性義務（repräsentative Pflichten）的人，他能夠維繫與**各邦**、**各政黨**，以及（！）外國的關係，並且在 139
議會與政府之間展現爲一股**斡旋勢力**。**在帝國眾議院中，有可能根本無法找到多數勢力**，而基於此一原因，政府之建立也就並非理所當然。這個時候，總統必須發揮作用。……整個關於總統的問題，並**不是政黨問題**，而是一項關於政治性技術與和諧的問題。」

在相當大的程度上，這一點也可在國家生活的實際現實狀況中獲得證實。曾任帝國總統的艾伯特（Ebert），在政治上的重要時刻曾經將自己稱爲憲法守護者，現任帝國總統興登堡（Hindenburg）亦然。這兩位帝國總統所採取之大部分作爲，都有一項特徵，那就是，他們在衝突情況中扮演了中立性與中介性的斡旋角色。而且我們必定會認識到，相較於某些無法理解「當人們將『執政者』的特質抽離之後，『統治者』究竟還剩下什麼？」這個問題的國家元首，這兩位各具特色的帝國總統可說更妥適地履行了他們的任務。在這裡我甚至還可對拙著《憲法學說》（第 351 / 52 頁）當中的論述做一些補充：在此種觀察角度下，當 1928 年 12 月，帝國法院院長西蒙斯在其與帝國政府發生衝突時，訴諸帝國總統謀求解決的做法，也可獲得證立。當然，帝國總統不具有受理國事法院院長之形式「訴願」，並對其做出決定之「管轄權」，而且如果我們在這裡是以一位土地登記法官之職權角度來做判斷的話，那麼對此問題所能給的唯一答案就是，在這種情況下既不允許訴願之提出，也不允許這種訴諸

（Anrufung）帝國總統的做法。我們偶爾可以聽到有人主張，帝國總統必須指示訴願人（Beschwerdeführer）「循正規處理流程（Dienstweg）」而向帝國法務部長或帝國內政部長提起訴願，也必須提醒訴願人注意到其採取的做法之違憲性。即便有些報紙對於帝國法院院長西蒙斯的人格及其努力目標，表現了相當大的理解，我們仍然可以發現下述評論：「帝國法院院長向帝國總統提出訴願（Anrufung）的行爲，根本不
140 符憲法規定」[16]。帝國總統不顧眾議，在其答覆中一方面表明，他「認爲，基於憲法上的原因，他對於該訴願並不具有做成形式決定的管轄權」，但是他卻表明了對該實質問題所持之立場，認爲帝國政府較爲有理，另一方面，他則是以個人名義向帝國法院院長提出答覆。這樣的做法，可說是符合了對於國家元首具有中立性、斡旋性、規制性與維護性地位之學說的正確理解，並且也可以由此學說出發來予以理解，並給予證立[17]。如此一來，針對帝國總統偶爾繞過帝國總理副署權，而採取個人名義的函示做法，以及此種做法對於談判協商過程可能產生之影響，所提出之批評，也就不攻自破。在一個如同德意志國家一樣具有複雜組織的國家，以及如同當前具體的憲政狀態中——德意志國家不只是一個聯邦主義的建構體，它同時也是多元主義與多角勢力的建構體——中立權力所具有之斡旋性與規制性的功能，也就獲得了關鍵性的意義。人們既無法透過屈從性的形式主義，也無法透過戰前時期君主體制下的論證方式，來正確地理解它[18]。

2.「中立權力」在多元主義政黨國家中的重要性：以勞動爭議中的國家調解人為例予以說明 141

帝國總統根據威瑪憲法這部當前的實證法律，在德意志國家組織的整體體系中所取得的地位，即可以藉助「中立性、斡旋性、規制性與維護性的權力」學說，來予以說明。除此之外，「中立權力」這項主張，原本是以國家元首爲設想對象，也是在這裡保持其特別的憲法上意義，然而它還可以進一步延伸到一般的國家理論事物中，也就是可以適用於**處在整體狀態中的國家**（Staat im Ganzen）。在某種意義下，至少在某些國家中，國家的命運乃是跟隨著國家元首的命運，而國家也相對於社會中的社會性與經濟性對立狀態，而成爲一個單純「中立性的」機制。這其實是「社會的自我組織」所帶來的後果，由於此一後果，國家統一性的問題獲得了一個全新的轉折，而「中立性」也成爲一個新的問題。在今天的立法國中，斯麥特提出的所謂「功能性整合方法」（funktionelle Integrationsmethoden）（選舉、投票、結盟）就立法領域而言已經獲得貫徹，其所造成的影響如前所述（第77頁）：立法的團體已經成爲各個組織性社會權力複合體所形成的多元狀態的反映。倘若國家現在已經不折不扣地成了這樣的多元主義系統，那麼它實際上也就不過是一個持續進行著的妥協過程。它的憲法會變成社會性權力複合體的契約，它建構起多元主義的體系並且是構築在「契約應予遵守」之原則上。契約的各造均掌握著其作品——憲法——的命運，它們維持著作爲憲法契約之主宰地位，可以藉著新的妥協來修改它。它

們也是藉著同一方式來締結此一憲法契約，並且彼此作爲獨立的政治實體而對峙著。如果這時候還能夠有什麼可談得上是國家統一性的現象的話，那也不過就是已經締結、但是卻附有存在性保留條件（existentielle Vorbehalte）的結盟關係（就如同所有的結盟關係與契約一樣），所造成的結果。「這時候，契約所具有之意義，不過就是締約各群體之間的和約。而和約則總是指涉著戰爭的可能性，無論締約各造是否均意
142 願之，或者這樣的可能性是否仍然很遙遠」[19]。然而，如果敵友群聚之現象（Freund-Feind-Gruppierungen），是在內政層次，而不是在對外政策層次上被界定的話，那麼這種狀況恐怕就可說是內戰（Bürgerkrieg）。在這樣的情況中，「國家」以及人民所形成之政治性統一體的「整體」又會是什麼呢？

最容易被我們想到的，而且即使由各個完全不同的政黨觀點出發也會提出的答案，大致上都符應於自由主義式的建構方式，這可以在穆勒（《對於代議制政府之思考》〔*Considerations on representative government*〕第六章，1861年）那裡找到最經典的表述。這樣的答案，在其合理的直觀形式中，也基於體系上的後果——它是藉著這些體系上的後果，而產生於自由主義形上學的思考理路——特別適合拿來當作國家理論探討的出發點。依此觀點，每個社會總是會由其自身中，產生兩個勢力相當的政黨或政黨聯盟，它們彼此維持著天秤的平衡。黨派的與私我的利益以及熱情，會藉此方式而相互抵銷，並因此而形成均勢。這樣的均勢所造成的影響則是，會有一個本身弱勢、相較於那些彼此對峙的、強勢的利益複

合體而略顯無助的中立第三者，這個第三者卻可說是客觀性與遠見的精神，它有能力基於維護相對正確性與正義的角度，來界定秤盤的比重，並協助理性取得勝利。穆勒自己則說，在現代的工業社會中，雇主（employers of labour）與勞工（labourers）構成了這樣的兩個彼此互相求取平衡的群體，並且也因此而可能形成一項新的中立性決定。他那典型的自由主義的均勢建構方式，到今天還廣爲流傳，而且不限於市民自由主義者之間。恩格斯（Friedrich Engels）曾經說過，曾經存在著（當然這只是例外的情況）這樣一些階級鬥爭的階段，「在其中，鬥爭的黨派彼此還能維持均勢」。包爾則在1919年後發展出關於現代工業國家的「社會性均勢結構」理論[20]，基希海默（Otto Kirchheimer）利用此一理論，而提出了一套特別值得注意的國家與憲法理論的建構方式[21]。從德國境內的政黨關係，以及不同利益群體之間的數字關係 143
看來，一幅均勢的圖像似乎在聯邦或者在各邦的層級，大致上都可獲得證實，無論是雇主與勞工之間的均勢，或者是市民勢力（Bürgerliche）與社會主義者之間的均勢[22]。藉此也可指出，雇主與勞工之間的爭端，可說已經根本地成爲國家結構的反映。因爲在19世紀中，處於與國家相對之地位而發展出來的，並且成功地宣示其自身的社會，主要指的就是「工業社會」，正如同聖西門（Saint-Simon）與施泰因已經知道的那樣。其結果則是，在勞動爭端當中相對於那些作爲雇主與勞工代理人的參審員（Beisitzer），而具有無黨派性質的法官與調解人，獲得了一個近乎象徵性的地位。透過這樣的地位，整體國家（以及國家整體）的情況也清晰可見。

我們在這裡暫且不討論以審判程序形式做成決定的勞工法院，因爲以司法活動作爲實質的程序，在今天的國家很少能夠對國家結構具有典型意義。我們僅限於討論調解人（Schlichter）。他**在初始階段中**，是在彼此相互對峙的利益複合體之間，作爲共同協商與相互理解的協助者與促進者，然而實際上，這些利益複合體是**由自己**（sich selbst）來彼此尋求平衡。只要這個階段持續進行著，並且形成一結論，亦即，雙方當事人達成了一致、自行達致平衡，那麼，國家的代表就只是一個**中介性的掮客**（vermittelnder Makler），他所具有之導向平衡的中立性，也體現著這樣的性質。這時候尚無清楚的國家優越性或國家權威作用著，這種中立性是以否定方式被界定的，也就是不具黨派性的、將阻撓自我平衡的要素予以排除的第三人，所具備之中立性，而他也因此而獲得
144 了「善盡職務」（gute Dienste, *bons offices*）與「中介功能」（Vermittlung, *médiation*）的可能性與能力。我們在這裡可以正當地將勞工法與國際法做一類比[23]。在國際法上，前述的原則已經在一部詳盡的文獻以及大範圍的實務中被發展了出來。於此，善盡職務構成了最初的下位階段原則，也就是單純地邀集爭執中的各造，以便能夠根本地使這些當事人彼此進行協商，而中介人則領導協商、提出建議，也藉此取得了某種主導地位。這兩者都是國家調解人的任務，而且在其地位所表彰之典型結構中，這兩項任務也正好符應於特定的國家觀，即便這樣的國家觀並非現行帝國憲法的國家觀。在今天的工業國家中，調解協商程序具有之意義，可類比於其在19世紀的市民憲政國家中對於議會所具有之意義。在那個

時候，這樣的程序被認爲是藉由協商與相互說服等手段，來爲意志之建構形成基礎。不過，處於核心的是**共識**（Konsens），而**不是**一項**決定**（Entscheidung）。

若此一階段無法導致任何決定，則國家調解人的**第二項功能**就會浮現：當勢力相當的利益複合體雙方無法達成一致，而是在均勢狀態中彼此頡抗時，那麼國家調解人就會表明**具有決定性之意見**（Ausschlag）。這時候，國家調解人做成決定的方法是，他讓自己站在均勢狀態中的這一邊或者另一邊。他因此而成爲**建構多數狀態的**（mehrheitsbildend）第三者。然而，此一角色又有可能具有雙重不同的性質。起先它似乎符合穆勒所提出的那種國家建構：兩股相互對峙的、被黨派傾向界定的勢力，相互維持著天秤的平衡；在這種情況下，客觀、無黨派色彩的第三人，即使不具有自身之優勢力量，也能夠傾向相對正確性的事物，而做出決定。歸屬於此種決定機制的權力或權威，有可能非常微弱、甚至極小，因爲眞正強而有力者（也就是處於爭端狀態中的權力與利益複合體）彼此癱瘓對方，如果以算數的方式來看，它們的正負相減正好等於零。透過建構多數勢力，來形成**由多數蓋過少數**（Überstimmung）的程序，如果從黨派的立場來看，實際上無論如何都會是一種強制程序，尤其當建構多數狀態的第三者是從外部被附加在各個黨派之上的時候[24]。如此形成的平
145 衡，依照特里佩爾所提出之基礎性概念建構，可說是一種**強制平衡**（Zwangsausgleich）。然而，在不斷普及的多元主義國家觀影響之下，建構多數勢力的國家，卻成了一個**從外部**（von Außen）來做決定的第三者。民主（而非自由）的國家

觀必定要堅守前面經常提及的民主的基本設準：國家是一個不可分割的統一體，被多數蓋過的少數部分，並非受到強暴脅迫，而是被帶向其固有的、眞實的意志。據此，並不**存在任何多數蓋過少數的情況**，而是形成了一個從一開始就被給定的、一直存在的**意見合致狀態**（Übereinstimmung），此一狀態是藉助**表決**而擺脫謬誤的誘導。這樣的觀念一向會遭到多元主義系統的破壞（多元主義系統是寡頭制而非民主制），因爲從多元主義系統的角度來看，國家作爲一個權力複合體，是與其他社會性權力複合體並立的。國家有時候與某一邊，有時候則與另一邊形成結盟，並藉此做成決定。如此一來，多數勢力之建構，也就成爲外部的優勢力量與強制力所運用的手段。國家不再像是穆勒理論中所說的那個具有關鍵性的第三者，它不再具有客觀性與理性意義下的中立性，反而像是一個扮演補充角色的權力因素，這個權力因素協助某一方對抗另一方，以取得勝利。

帝國勞工法院原則上謹守國家**高權**（Hoheit）的思想，它完全不想讓國家本身成爲建構多數勢力的第三者。然而它在1929年1月22日所做之引起廣泛討論的判決中（關於杜塞道夫〔Düsseldorf〕德國鋼鐵工業協會西北區集團之雇主聯合會，對三個金屬業勞工聯合會之訴訟），卻將調解庭庭長視爲一個建構多數勢力的實體。其所提出之論證則是，根據現行調解法上的規則（1923年10月23日關於調解制度之行政命令，Art. I § 5 Abs. 4， RGBl. I S. 1043），調解庭是一個合議機關，它必須提出整體協調之建議方案，而根據一般合議庭判決之原則，要做成此種合議庭之判決，必須具有合議庭成員

（「個體機關」〔Einzelorgane〕）之多數，除非法律上有相反之明文規定。如此一來，問題就被限定在合議制裁判之問題上，而且看起來也比較不那麼具有原則性。另外，帝國勞工法院也正好是在此一判決中強調了，根據新的調解行政命令草案 146
（1922年3月11日提交帝國眾議院之調解行政命令草案第83條；另外還可參照官方之立法理由），毫無疑問地，**庭長**（der Vorsitzende）對於從個別意見中產生出來的投票比例可以完全不予考慮，而應**依其自己之投票做成判決**。無論是專業文獻或是實務上形成的主流見解，則均認爲庭長必須藉由其投票，來協助雇主參審員或者勞工參審員兩方之中的其中一方意見取得勝利。這項見解在前述判決中遭到明白否定。

藉著指涉合議制裁判之一般原則，問題發生了推移，但是它並沒有停止作爲一原則性的問題，也仍對整體國家觀具有典型意義。如果人們用作出發點的命題是，在一個以均衡方式建構起來的合議庭中，這些具有利益取向的參審員（Interessentenbeisitzer）同樣也是國家的「機關」，就跟代表國家的、不具黨派色彩的庭長一樣，那麼，人們就可以藉助「機關」這個極其混淆的字眼，以及虛構的國家性與客觀性概念，很快地解決這個問題。這就好像他們在討論今天議會主義的問題時一樣。今天也有人單純地說，個別的代表在「法律上」根本就不是「黨派」，而是根據帝國憲法第21條作爲全體人民的代表；它是「個體機關」，議會則是「機關」，國家則是「有機體」（Organismus）等等。在這裡，機關理論（Organ-Theorien）可以與一種內容空洞的形式主義相互結合，以便藉助一些虛構來否定此一問題，而非解決之。雅可比即

反對勞工法院的判決，並且正確地指出，調解機制所做的仲裁決定（Schiedsspruch）要處理的，並不是法律上的裁判，而是利益的平衡，因此，此一職位的合議制組成方式，其意義也就不同於法官合議庭的合議制組成方式。同時，雅可比也反對海曼（F. Haymann）的意見而有力地指出，後者「過於片面」地將調解委員會的參審員「當作各方當事人的代表」予以對待[25]。然而，海曼卻看出了此一運作過程的實質意
147 義，並且因此正確地強調，調解除了扮演「正直的掮客」（ehrlicher Makler）任務之外，還有第二項獨立的任務——「盡可能爲強制的和平狀態做準備」；如此一來，代表國家的、並非基於黨派利益而被指派的、中立的庭長，其所投下的一票應被視爲「不具黨派色彩的正義機關」的一票，它也同時應該能夠擔保，「多數的意見能夠展現**正義的**利益均衡狀態」。這項論點是極其正確與中肯的。針對此種對於調解人任務之二分法，我只想基於有利於一般國家理論清晰性的理由，而將之總共區分爲四個階段：在第一個階段，也就是正直掮客的階段之後，會出現第二階段，也就是建構多數勢力的第三人，在穆勒式的思想意義下，這樣的第三人由於其中立性（客觀性意義下的中立性）而具有關鍵地位。然後會出現第三階段，在其中，國家以不同於建構多數勢力的第三者方式顯現，亦即，它是作爲在一個被設想爲多元主義的系統意義下的第三者。它在現存的諸多社會權力建構體之外，作爲另一個權力複合體而加入作用。藉由此一具有特殊性質的方式，國家仍然具有建構多數勢力的性質，並且發揮關鍵力量。當然，最後這一種詮釋與當前仍然具有主流地位的德國國家思想見

解，是相互衝突的；但是我們幾乎可以清清楚楚看到，那些支配著國家的黨派所採取之純粹受政黨政治決定的行爲，其結果就是形成這樣的階段。那些政黨完全不會考慮任何一項原則，它們所關注的只是當下的策略利益：當國家符合它們的黨派利益時，它們就將國家宣傳成權威；當國家對其當下利益構成障礙時，它們就將國家說成侵入者，並且認爲國家干擾了經濟鬥爭與勞工鬥爭的固有法則。這種短視近利的自我矛盾操作方法，以及表面上看起來甚爲粗糙的無原則狀態，其實並非不具有一固有之原則；此方法屬於多元主義系統所採取之典型手段。如前所述，多元主義系統沒有興趣公開對其自己或對其固有之原則宣示信仰。但是，它卻有興趣爲了更有效地增進其黨派利益，而盡可能利用所有對國家意志建構過程施以影響的可能[26]。

倘若這樣的系統能夠成功地在調解程序上貫徹相同的結 148
果，一如其成功地在議會主義領域上所達成的那樣（亦即，使議會轉變爲多元主義的展現場所，並藉此方式使其不具行動能力），那麼它就將國家推向了無可避免的擇一選項：國家或者可以停止作爲統一體以及作爲整體而存在，或者可以嘗試著從統一體與整體的力量出發而做成必要的決定。這個時候就到達了**中立性的第四個階段**，也就是公開的、爲了國家的緣故而頒佈的**決定**。在這個階段中，調解機制所做的建議及其具有拘束性的宣示（Verbindlichkeitserklärung），都只能夠是國家的傑作。或許在這個時候，國家仍然隱藏在多數勢力建構過程的背後，而且——正如同 1931 年 1 月 9 日帝國總統所發布之命令一樣（RGBl. I S. 1）——一般所偏好採取

的做法，也是在必要情況時增加調解庭的中立成員，並且再任命兩名不具黨派色彩的參審員進入合議庭當中。即便如此，這些做法仍然不會改變此一過程的本質要素：此處涉及的是國家的決定，這樣的決定不是各種利益團體相互理解所帶來的結果，也不是在國家與利益團體間，透過單純的多數勢力建構而形成的。在上述 1931 年 1 月 9 日之命令提到，唯有當「基於國家利益而顯示出迫切之必要性」時，才能行使具有建構多數勢力作用的任命不具黨派色彩人士之權力，另外，官方理由書當中也宣示了，此規定「唯有在例外情況中始得適用」。這些都正好證明了其與國家決斷之間所具有之關聯。國家決斷之非黨派性（Unparteilichkeit），唯有在政治統一性與整體性的堅實基礎上才能獲得立足點，其所發揮之力量也唯有在例外情況中才能通過考驗而獲得展現。

只要多元主義系統還沒有霸佔國家整體的所有部分，只要政黨的多數狀態使其相互掣肘、限制，並且其世界觀、經濟與其他方面的異質性又增加了此種限制的強度，而且最主
149 要地，只要在人民當中，除了那些被政黨組織所攫取並爲其所用的部分之外，還現存著其他的力量，並且這些反作用力量也還能夠藉由相對穩定的設置所構成的系統，而與國家憲法扣連在一起的話，那麼前述的立足點就是可能的。現行帝國憲法即嘗試藉助其組織性部分中的公投要素，來達成此一目標。前面的論述也早已指明此點：那些隱藏在「中立性」這個字眼背後的離心力傾向，會遭到那由直接、現存的人民所構成的政治性統一體（這個統一體乃是被憲法所預設與意欲）以及由全體人民直接選出的帝國總統的抵抗。

3. 官僚階層與從多元主義政黨國家中「獨立」的幾種可能性

當國家官僚階層是出現在具有多重意義之「中立」勢力的關係脈絡中（或是成爲在國家統一性問題中的關鍵角色）時，——因爲德國勞工法院審查權及調解制度中的法官和調解人都原則排除了專業官僚階層（Berufsbeamtentum）——所以這裡也就顯現出在該領域中必然會出現的鉅大功能變遷。傳統上一邊是國家（亦即君主官僚國）、一邊是社會（與國家完全不同且「不受國家拘束」之生活領域）的靜態對立已經崩解了。相對於被它所區分出去的「社會」，官僚體系已經不再**凌駕於**社會之上；而它也不應該還像在君主國家一樣，具有相對於社會的超然地位。不過，官僚階層應該作爲不具政黨色彩的實體（unparteiische Größe）的性格還是被刻意保存了下來；而根據憲法之意涵，官僚階層也**不應被置於社會之下**。帝國憲法在第 129 及 130 條中包含了對專業官僚階層的制度性保障（institutionelle Garantie），並從而在憲法中納入了一種（無法透過前述「功能整合」（funktionelle Integration）之方法來掌握的）靜態性和恆常性要素。官員是「全民的公僕」；但公務員的中立性（Neutralität）所指的並不是「文官制度」（Civil Service）或技術人員這種單純的中立性。而毋寧應該讓德國專業官僚體系的偉大傳統，繼續在民主國家體制中存續下去[27]。但在君主基礎與國家社會之區分不再存 150
在之後，專業官僚體系就只有依附於一個新基礎時才能繼續存在。而我們可以看到，這個新基礎就是依帝國憲法第 46 條

任命並免職帝國官員的帝國總統。因此，這兩條憲法規定——第 130 與 46 條——應該放在一起觀察。從現實的層面來看，如果不是直接經由一個成爲部長的黨員、而是由一個獨立於國會、亦即獨立於政黨的國家元首去任命官員，那麼這對於以政黨政治去分配公職之方法會是一個明顯的阻礙。然而比這種現實面上之優點更爲重要的，是受憲法保障之官僚國家與立於公投基礎之上、掌有帝國憲法中公投要素之帝國總統間的體系關聯。

我們在這裡找到了在民主憲法中唯一可能具有**獨立性**（unabhängig）的機關，而如果沒有這個獨立機關，憲法的守護者也就不可能存在。「獨立性」是最基本的要件，而整個憲法守護者的想法都是以一個獨立而中立的機關爲基礎，然後再加以形成的。然而在當前的國家生活中應該要有多少的
151 「獨立性」存在，以及爲什麼我們要不斷將新制度從政黨政治之運作和多元體系中抽離出來的原因，也還是沒有一個在體系上清楚而明確的答案。〔憲法上〕有許多不同的獨立性形式：**法官**獨立、與之不同的**專業官僚**獨立、以及兩個組合起來的**專業司法官僚**獨立；還有德意志帝國**審計院**（Rechnungshof）院長與其成員的獨立性[28]。此外還有帝國憲法第 21 條下**國會議員**的獨立性[29]，以及形式特殊的、依據帝國憲法第 142 條講學自由受憲法保障之**大學教師**（Hochschullehrer）的獨立性與自由[30]；另外還有出於事物
152 之本質的，鑑定人和專業人士的獨立性[31]。而先前曾經提到（本書第 100 頁至 101 頁）的中立性努力以及從國家高權分支出來的**自治**（autonom）、獨立組織如**帝國銀行**與**帝國鐵路公司**都設有保障其獨立性的特殊形式與維護機制，其中除了兼任禁止和其他特殊規定之外，主要還有以**補選**（Kooptation）之方式來遞補帝國銀行董事會之缺額，並在帝國政府與帝國鐵路公司產生爭議時，由特別的**帝國鐵路法庭**（Reichsbahngericht）來裁判。最後還有國家元首的獨立性：在君主立憲政體中是君主，而其獨立性係基於王位繼承權及其人格之不可侵犯性之上；而在憲政民主體制中是國家總統，根據威瑪憲法，其獨立性是透過全體德國人民之選舉（第 41 條）、七年任期（第 43 條第 1 項）及高罷免門檻（第 43 條第 2 項）來加以確保。

因此，法官的獨立只是獨立性的一種特殊類型，而並不當然與獨立性劃上等號；而且，如同我們所說，法官的獨立還是獨立性的一種**複合**（zusammengesetzt）類型。看到法官獨立的名詞，人們想到的通常是專業法官（richterliche Berufsbeamten）的獨立性。透過法律上對其身份的保障，這些享有終身職或較長任期、不得任意免職或停職之專業官員，就能夠逸脫於社會經濟衝突的爭端之外。所以他「獨立」（unabhängig），而且——如同憲法第 130 條對他的要求一樣——能夠中立（neutral）而不偏袒（unparteiisch）。法官獨立在當前國家中的本質基礎，是透過帝國憲法第 104 條之規定：「掌理普通法院審判權之法官爲終身職。非由法院基於法律所規定之理由及形式做成裁判，不得違反其意願而令其休職、停職、調任或退休」來將公務員的一般法律保障更加強化。因此威瑪憲法中所保障的法官獨立是互相連結的兩種獨立類型；一種是法官行爲不受職務指示與指令拘束的**法**

官獨立（第 102 條），這種也適用於不具公務員身分的法官（陪審員、陪審法官、非專業之參審法官及參審員）的獨立性；而第二種是得到強化的司法**官員**獨立。這種任期終身、只能透過由其同僚所進行之形式（formell）程序而喪失官職之司法官員的獨立性，不能被當成只是對第一種法官獨立的保障。因爲這第二種的獨立性並不適用於不具公務員身分的法官（陪
153 審員、陪審法官、商事法院之法官及陪席法官等），而且就其內容而言，它也只是對於帝國憲法第 129、130 條所規定、適用於全體（也包含非司法）官員之保障的進一步強化。這部份的法官獨立只是一般公務員獨立的特殊情況。如果法院是由政客組成，那麼即使法院的成員是在「行使不受委任及指令拘束之法院行爲」，也沒有人認爲它可能獨立或中立；大家都會聯想到國會議員在帝國憲法第 21 條下的獨立性，然後推定這樣的法院——不管是在組成或行爲上——也必然會成爲多元主義體系的競技場，就跟國會以及其他受「國會信任」（Vertrauen des Parlaments）所影響的所有機關一樣。

一群不得任意免職、享有法官獨立之特殊保障的專業法官，看起來的確很像是獨立、中立而又客觀的機關，但如果相信只要交由一群專業司法官員決定就能除去所有憲法爭議的政治性格，那也未免將一切都視爲太過理所當然。如果是因爲這樣的理由而要求國事法院或憲法法院去處理所有憲法爭議，那麼人們多半是忘記了法官的獨立只是法官應受法律拘束的另一面，而憲法並不能動搖這樣的拘束力[32]。而人們也常常忽略了過去十年在勞工爭議中所學到、導引出法官與調解人清楚分野的教訓。事實上，我們所追求的並不完全

是一個司法機關、而其實是一個獨立而中立的機關，而司法性格只是被當成是獨立性受到憲法保障的最安全、最直接手段。因此在大多數的情況下，我們不能只考慮狹義的法官獨立，亦即在法院之職權行使層面上，保障法官不受其他機關之指令拘束的獨立，而也應該將強化專業官僚之獨立的**專業司法官僚**獨立納入考量。在這樣的要求下，人們也就容易想再盡可能地加強專業司法官僚的保障。比方說，就應該保障這種類型的國事或憲法法院，不能以一般法律來變更法官之數量、組成或〔法院之〕程序，以防止——依據經驗經常出現於重大政治案件中、特別是在美國聯邦最高法院歷史上也爲人所知的[33]——「推擠法官」（Richterschub）或其他類似影響出現。最後，主張該機關只能基於院長或整體成員之**提**
154 **議**（Vorschlag）而任用[34]，或甚至經由**補選**（Kooptation）來遞補缺額[35]，也是極爲合理的要求。但這種保障程度愈來愈高的要求其實只證明了，國事或憲法法院提案中的審判權和司法程序，實際上都只是爲了建立一個與政黨政治之運作與事務相抗衡的中立、獨立機關和某程度之「恆常性」[36]（亦即靜態性）而存在[37]。

誠然，憲法的守護者必須獨立，並且在政黨政治上保持 155
中立。**但如果只基於案件之實際考量，認爲獨立性與中立性既合目的亦屬必要，就馬上引入一個由專業法學官僚擔綱的法院或司法程序，那麼這其實是對司法程序與審判權概念，以及德國專業官僚體系之制度性保障的濫用**。如果把所有期望能經由獨立性及政黨政治中立性來解決的政治任務和決定，都壓在司法者或專業官僚的肩上，那麼將會對司法者及專業

官僚形成無法負荷的重擔。此外，這種憲法守護者的設置，也會直接牴觸民主原則在政治上的推演。不管是在法國或是德意志君主立憲體制中[38]，因爲所對抗的是國王的命令權，所以法院的審查權在19世紀中能夠獲得政治上的成就。但在今天，司法者的矛頭不再是指著君主，而是正對著國會。這代表著法官獨立的功能已經有了影響深遠的轉變。此外，國家與社會的古老區分已經崩毀，所以我們也不能再把19世紀的公式和論證，直接套用在20世紀政治及社會都已經完全改觀的情勢上。在今天的德國，必須建立一個穩定的機制，並以之與國會相互制衡的議題，已經與當初如何控制君主的問題完全兩樣。不論是分散的一般性法院審查權，還是集中審查的單一機關，都一樣要從這種思惟來思考。如果將所有憲法爭議集中交由一個單一的，由不得免職之專業官僚所組成、從而具有獨立性格的法院審查，那麼就會形成一個「第二院」，一個成員爲專業官僚的第二院。而也就沒有任何一個司法程序能夠隱瞞住這種國事或憲法法院其實是一個具有制憲權限
156 之高度政治機關的事實。從民主的觀點出發，實在很難認爲可以把這種功能交給**法袍貴族**（Aristokratie der Robe）來掌理。

4. 帝國總統地位的民主基礎

然而當前國家中的法官獨立，根本無意使法官成爲一個促進正確政治意志形成的承載者，毋寧只是在秩序井然的國家中劃分出受法律拘束的司法權領域，並加以確保。而其他

的獨立性具有其他的功能，其中（如同前文114頁所述）也有在促進一個獨立於多元政黨國家這種分裂國家之手段的、強力政治意志形成的獨立性。因爲中立化（Neutralisierung）、去政黨政治化（Entparteipolitisierung）與去政治化（Entpolitisierung）的相互混淆，這種獨立性經常被忽略[39]，但如果我們注意到，相應於不同的獨立性類型，也有不同的**不可免職**（Inamovibilität）、**豁免**（Immunität）及——在德國似乎少有認識及存在可能的——**兼任禁止**[40]規定（即使並不總是被體系性地考慮及執行），那麼這種獨立性類型也就昭然若揭。首先，在德國國家法上我們一定會看到的是帝國總統與帝國眾議院議員之間的兼任禁止（第44條）。而這種兼任禁止的意義在於，它表現出了憲法所引入之公投體系是以與議會體系相對的方式顯出其獨立性。這並不是一種不帶政治性格的獨立性，而是點出了一種政黨政治上的獨立性[41]。反之，審計院成員的兼任禁止（帝國預算條例第118條）則具有去政治化的意涵。而其他已經討論過的兼任禁止，則是爲了從政黨政治運作中抽離，例如帝國銀行與帝國鐵路。雖然在其他民主體制中，顯然還有一長串的公務員兼任禁止規定，但它們在德國卻鮮爲人知。但值得一提的是，近來已 157
經有人提出應該普遍禁止司法官員兼任國會議員的要求[42]。而憲法法院成員自然也受到最嚴格的兼任禁止，但爲何要做這種明確區分的理由，卻少有人詳加論及[43]。

而在這些形態各異的「獨立性」類型中，首先必須注意到的是，這種獨立是否只是防禦而消極地用來保障其**免於**政治意志形成的**侵害**，還是反過來是在確保對於政治意志之確

定或影響力的獨立**積極參與**。法官的獨立只是法官受法律拘束的另一面，從而是非政治性的[44]。此外，極具意義的是，專業官僚之獨立、如同國會議員之獨立，以及最後透過高罷免門檻及特殊特權保障的元首地位，都與政治**統一體**的**整體**概念緊密相扣。威瑪憲法規定：「公務員爲**全民**之公僕，而非政黨之僕傭」（第130條）、「議員爲**全體**人民之代表」（第
158 21條）、「帝國總統由**全體**德國人民選舉之」（第41條）並對外代表德意志帝國（第45條）。這種與整體政治統一體之整體的聯繫，包含了一種與經濟社會生活上之多元群聚（pluralistische Gruppierung）的對立，並應該導引出它高於這些群聚的優越地位。如果不能導引出這種結論，那麼採納這種憲法形式的表象也就只是空泛的想像，或只是在表達無所偏袒之鑑定人的客觀性；例如帝國臨時經濟委員會（vorläufiger Reichswirtschaftsrat）之成員，1920年5月4日之命令第5條規定，這些成員是「全民經濟利益之代表」[45]。

只有透過這些規定的比較性關聯，帝國總統依據威瑪憲法所享有的地位才會變得清晰。帝國總統是這整個——基於公投基礎而建構、具有政黨政治上之中立性與獨立地位——體系的核心。當前德國的國家秩序是在多元體系之趨勢阻礙、甚至凍結立法國正常運作的情況下，被委託給帝國總統。因此，在高度政治議題及衝突情況中，讓一個法院擔任憲法守護者、從而讓這樣的政治化拖累甚至危及司法部門之前，我們首先應該對威瑪憲法的實證內容及其法條體系作一回顧。在威瑪憲法的現行內容中，已經存在著一個憲法的守護者，也就是帝國總統。不管是從相對的靜態性及恆常性（七年一

任、高罷免門檻、獨立於變動的國會多數）還是權限的類型（帝國憲法第45、46條下的管轄權、根據第25條解散帝國眾議院、根據第73條提起公民複決（Volksentscheid）、第70條下之法律簽署（Ausfertigung）及公布權、根據第48條之帝國強制措施及憲法的保護）來看，都具有建立一個（基於帝國總統與國家整體之直接聯繫而）在政黨政治上保持中立之機關的意思，而這種機關正是憲法情勢與最高憲法機關合憲運作最妥適的捍衛者及守護者，也因爲帝國總統具備有效的緊急狀態權力，從而能夠成爲憲法的積極屏障。在帝國總 159
統依據第42條所作宣誓的誓詞中就明白指出帝國總統應「捍衛憲法」。根據德國憲法傳統，憲法上的宣誓屬於「憲法的保護」（Gewähr der Verfassung），而現行憲法條文規定的成文文義，也將帝國總統清楚地標示爲憲法的捍衛者。無論怎麼評價政治宣誓的意義，這種具有拘束力的憲法文義都不應該被忽視。

而以帝國總統擔任憲法守護者的想法，也正符合作爲威瑪憲法礎石的民主原則。帝國總統由全體德國人民選出，而其相對於立法機關的政治權限（尤其是帝國眾議院的解散及提請公民複決），依其本質，都是「訴諸民意」（Appell an das Volk）。透過這種將帝國總統當成具有公投性格，且在政黨政治上中立之制度與權限體系核心的手段，現行憲法是在民主原則的考量下，嘗試建立一個與社會經濟權力團體相抗的制衡力量，並維護民族統一體能夠繼續具有政治整體的性質。我們也許可以質疑帝國總統的地位是否能夠持續脫離於政黨政治的運作之外，並且繼續堅持這種出於國家整體而

來、明確不具政黨色彩的客觀性及中立性；我們或許也會擔憂歐洲共和體制中之國家元首會步上君主的後塵，而具有公投性格的帝國總統會重蹈以公民動議爲基礎之公民複決的覆轍。但這一切都無損於我們的論證。無論如何，威瑪憲法是在非常自覺的情況下、以特定的民主手段來進行它的嘗試。它把全體德國人民當成具有直接行動能力——而非透過社會團體組織媒介——能直接表達其意志，在關鍵時刻能超越多元分裂而聚集並實現其意志之統一體的前提。憲法特別試著讓帝國總統之權威有機會能直接與德國人民之政治總意（politischer Gesamtwillen）結合，並藉此以憲法統一體之守護者、捍衛者及全體德國人的身分而行動。而當前德國的存在及存續，即是以此種嘗試之成功爲基礎。

注釋

【1】〔Schmitt在這裡似乎有意以Rechtstaat此一用語，取代傳統上的法治國（Rechtsstaat）概念。以下的“bürgerlicher Rechtstaat”亦同。但本譯文仍將 Rechtstaat 譯為「法治國」。——譯者〕

【2】首先見於 *Réflction sur les constitutions et les garanties,* 1814年5月24日出版，重印於 *Collection complète des ouvrages de Benjamin Comstnat*, Paris 1818, S. 14 f.。進一步可參閱 *Cours de politique constitutionnelle,* Ausgabe von 1818, I S. 13 f. Ausgabe von Laboulaye, I. S. 18 f. *Œuvres politiques,* Ausgabe von Charles Louandre, Paris 1874, S. 18 。關於此一重要問題，至今尚無專書探討。可能的解釋是，在法國，此一情況是導因於法國君主政體的政治命運；就德國迄今為止的發展而言，則可能是導因於憲法理論之欠缺。貢斯當自己點出了克萊蒙－多奈爾（Clermont-Tonnerre）的憲法理念（S. 14, Anm.），但是沒有進一步做時空背景的交代，而且也只提到在該理念中可以找到其學說之「雛形」（on en trouve les germes etc.）。他似乎以為這樣就夠了。G．耶利內克在其《一般國家學》（*All. Staatslehre*）一書第590頁也點出了克萊蒙－多奈爾，而貢斯當的論述似乎是此處唯一的基礎。除此之外，貢斯當關於中立權力之學說，與克萊蒙－多奈爾之憲法學建構在歷史上究竟有何關聯，至今還沒有人進一步研究過。雖然貢斯當的學說符合於一種柔和的自由理論，也就是一種建立在權力分立基礎上的君主體制理論，而這樣的理論亦可見諸莫尼爾（Mounier）與克萊蒙－多奈爾；而克萊蒙－多奈爾也將君王的地位稱為「規制權力」（pouvoir régulateur）（*Œuvres complètes de Stanislas de Clermont-Tonnerre,* t. IV, Paris, an III, S. 316），但是我到目前為止仍然無法在細節上確定，克萊蒙－多奈爾以何種方式影響了貢斯當，以及他是否已經使用過「中立權力」這個

重要而有其特徵的用語。就個人傳記上的關聯而言，無論是在Rudler, *La jeunesse de Benjamin Constant*(1767-94), Paris 1909，或者是在Rudler所著之更詳盡的研究文獻 *Critique des œuvres de Benjamin Constant,* Paris 1909 中，都沒有指出其與克萊蒙－多奈爾之關聯。1930 年出版的兩部傳記著作（分別由Lèon 與Dumont-Wilden所著）裡面，就這個問題也沒有提供進一步資訊。

【3】 1824 年3月25日巴西憲法第 98 條：「調解權乃整體政治組織之關鍵。其係被專屬地託付給作為國家最高領袖與第一代表的皇帝，以使其能不間斷地擔負維護其他政治性權力部門之間的獨立性、平衡與和諧狀態。」同樣，1826 年4月29日葡萄牙憲法第71條也規定：「調解權乃整體政治組織之關鍵，其係專屬於君王（下略）。」在跟義大利與西班牙同僚們的對話中，我也清楚得知，貢斯當的學說在義大利與西班牙一樣產生重大影響；不過在這裡也尚缺專論式的研究。在西班牙政府於 1929 年7月所公布的西班牙新憲草案中，樞密院（*Consejo del Reino*）被設想為：君主權力之工具；法院獨立地位之擔保；議院之調解人；相對於政府與法院，而作為憲法之守護者；在非常狀態中可能的主權機關；整體政治有機體之關鍵與裝飾，並且賦予前者穩定性與尊容地位（instrumento del Poder armónico; garantia de la independencia judicial; moderador de la Cámera legislativa; *salva guarda de la constitucion*, frente al Gobierno o a las Cortes; posible organo de soberanía en circunstancias culminantes; clave y ornamento de todo el organismo politico, al cual presta estabilidad y decoro）。將君王（根據憲法第43條，其主要任務被定義為「調解功能」(funcion moderadora)）與樞密院（Staats- und Kronrat）所具有之政黨政治層面上中立性的權威相互結合，是一項有趣的嘗試。在較早之西班牙憲法中（1812, 1837, 1845, 1869, 1876），這種引發我們高度興趣的轉向，則尚未被採行。

【4】 *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage,* Bd. I, Der Begriff der Gesellschaft, Ausgabe von G. salomon, München 1921 I, S. 502；施泰因明確提及了貢斯當中立權力之學說（a. a. O. II S. 51）並且指出，此項中立權力係出現於法國七月革命後的君王地位（Julikönigtum）。他認為，這根本地展現了真正立憲主義的古典形式。

【5】 Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie, *Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht X*(1883), S. 340, 342. Vgl. auch *Allgemeine Staatslehre*, S. 590。然而我認為，G．耶利內克藉此處對西哀士所做的論斷是不正當的，也誤解了這位令人嘆為觀止的憲政設計者（Verfassungskonstrukteur）。

【6】 *L' introduction du régime parlementaire en France,* Paris 1904, S. 184 f. 同樣正確的論述也見諸Henry Michel, L'idée de l'Etat, Paris 1896, S. 304：「從來沒有人能夠在表達方式上，以更為自由卻更具確定性的方式來說明立憲君主的地位」。（"On n'a jamais mieux défini, avec plus de délicatesse et de sûreté dans l'expression, le rôle d'un roi constitutionnel."）

【7】 Heft 5 der Veröffentlichungen, a. a. O. S. 10 und S. 19：(「我們看到，貢斯當正確地主張：對政務官施以懲戒，並非重要的問題，如何使其不造成危害才是比較重要的」。)

【8】 參照以下第 136 頁之注 2〔即本章之注 14〕。

【9】 Thiers 在 1829 年提出的命題是：「君王統治、部長執政、議院判斷」("Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambers jugent")（在這裡，jugent 指的當然不是司法活動）。關於此一著名命題的形成過程，可參閱G．耶利內克於 1883 年 Grühuts Zeitschrift 中所發表之論文（a. a. O. S. 343），Esmein-Nézard, *Éléments du droit constitutionnel,* 7. Aufl. I, S. 231。

【10】 *Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. § 97 f.；關於「立憲」與「議會」對立概念之澄清，可參閱C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 289。此一無法解決的理論困難，清楚顯示在賓丁（Binding）

關於部長責任的論文中（前面第28頁注3〔即第一章之注35〕）。倘若缺少了對國家元首中立地位學說之認知，就無法理解或建構該文中之論證。

【11】例如C. v. Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften,* 2. Aufl. Bd. 2, Stuttgart 1840, S. 219即已提過：若不具有自己的權力範圍、不具有行動與執行能力，則君王會成為「單純的幻影」。

【12】Max von Seydel, Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung (1887); in *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen,* Freiburg und Leipzig 1893, S. 140; 進一步可參閱之文獻如：Samuely, *Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit,* Berlin 1869, S. 15; Frisch, *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate,* Berlin 1894, S. 186；對此提出正確批判者：L. C. Dolmatewsky, Der Parlamentarismus in der Lehre B. Constants, *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft,* Bd. 63 (1907), S. 608。

【13】「這樣的人只不過是一隻『飼料豬（cochon engraissé）』」。這段話在Bluntschli, *Allgemeine Staatslehre,* I, S. 483；Georg Jellinek a. a. O. S. 341當中皆有引用。

【14】關於**權力**（*potestas*）與**權威**（*auctoritas*）之對立：Verfassungslehre, S. 75 Anm.：關於在權力分立的議會體制國家中，國家元首之地位這個困難的，但是卻相應於社會與政治現實情況的建構：Lorenz von Stein, Begriff der Gesellschaft, a. a. O. Bd. I S. 498，進一步可參閱（關於貢斯當的學說）II S. 51。在這個脈絡下值得注意的一點是，貢斯當在其關於**中立權力**（*pouvoir neutre*）的論述中，也舉了羅馬元老院的**權威**作為例證（Œuvres I, S. 17 f.）。關於以元老院作為憲法守護者的觀點，參見前面第9頁。當人們所談論的是*pouvoir* neutre或中立**權力**時，這已經清楚顯示出，**權威**與**權力**的區分在國家理論的意識中已經

消失，且*pouvoir*已經變成一個毫無特色的概念。在具有決定性的地方，貢斯當自己使用的則是*autorité*這個字，不是*pouvoir*：「君王在三個權力部門（立法、行政、司法）中間，是作為中立的與調解性的權威」。"Le Roi est au milieu de ces trois pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) autorité neutre et intermédiare"（*Cours de politique constitutionelle*, I S. 15）。此外，在其理論中所使用的術語，並不一致，對此我們不須太過驚訝，因為這項區分在18世紀時幾乎已經不再有人使用。在我多次引用的霍布斯（Hobbes）名言「權威，而非真理，造就了法律」（auctoritas, non veritas facit legem）（*Leviathan*, lat. Ausgabe, Cap. 26）當中，雖然權威與權力仍有區分，但是霍布斯（Hobbes）到最後仍是將權威完完全全溯及到一種集大全的權力上。孟德斯鳩（Montesquieu）則在其一段經常被討論的格言中，將**司法權**（*puissance de juger*）解釋為「某種可說是無法透視，或者根本不存在的事物」（"en quelque façon nulle"）（*Esprit des lois* XI, 6），這樣的觀點也是處在與此一區分相同的實質脈絡中，但是孟德斯鳩並未意識到此。這個傳統，長久以來使**元老院**一直能跟**權威**這個特別概念聯繫在一起。藉由此種方式，在這裡引起我們興趣的對立項，則經常會逐漸過渡到**審議**（*deliberare*）與**行動**（*agere*）之對立。有幾種不同的權威，可以跟元老院的圖像串連在一起：年齡、經驗與智慧、只具**建議性**的專業知識。在Bodinus, *Six livres de la République,* III cap.7（S. 365 f. der 2. Auflage von 1580）當中，他仍然還清楚認識到此一區分：「此外，當人們談到羅馬元老院的『權力』時，他們所指的其實是**尊榮**、**權威**、**諮詢**，而不是**權力**」。（et quoy qu'on dit de la puissance du Sénat Romain, ce n'estoit que *dignité, authorité, conseil* et *pas puissance*）：對他而言，前述之對立項被轉化為**諮議**（*conseil*）與**統帥權**（*commandement*）之間的對立。至於人們什麼時候對這些實質上的差異喪失了感覺呢？我認為，這可以用法國大革命以降的發展來作為例證。Gautier

（1792）在 *Dictionnaire de la Constitution*（憲法辭典）中的「權威」（autorité）辭條，所做之說明，可說特別明顯地展現了此特徵：「這個字意味著統治權、權力、治權」（Ce mot signifie pouvoir, puissance, empire）。由此，現代國家學基於其欠缺傳統之性質（Traditionslosigkeit），而開始採取的一些擇一的選項（Alternative），也被揭露了出來：權威與自由、權威與民主等等，一直到政黨政治上用來進行鬥爭的關鍵詞。在這裡，即使是獨裁與權威，或者專制與權威，都不再被區分開來了。

【15】*Œuvres politiques*, a. a. O. S. 18.

【16】A. Feiler, Frankfurter Zeitung, 10. Januar 1929, Nr. 24。相對於此，Giese, DJZ. 34, 1929, Sp. 134 則指出，人們無法否認，國事法院院長「為最高帝國機關之一，應該有權對實際的或者有疑問的違憲行為，提起訴願」——但是，若非帝國總統應被視為「憲法守護者」，那麼這樣的訴願為什麼要向他來提出呢？這樣的見解應屬正確。前任帝國法院院長西蒙斯（Simons）自己在其與 H. H. Lammers 共同編輯的《德國國事法院裁判集》第二卷導論（S. 9 und 11）中，也對同一問題表明其立場。其論述之精髓就展現在下面這段極為中肯的引文中：「在憲法中，帝國總統的地位並沒有被狹隘而鮮明地劃定界線，彷彿可以透過法規範來制止他採取調解行為一樣；正好相反，根據帝國憲法第 42 條與第 48 條，帝國總統被認為是帝國法律與帝國憲法的最高守護者，而它的調解行為也正好完全符合此一機關地位的目的與意義。」藉此方式，並且透過前文之論述方式，F. Glum 之質疑也可被反駁，見 F. Glum, Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem "Komflikt" zwischen dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reichund der Reichsregierung, *Zeitschr. für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, I（1929）S. 466。此外，Glum 在另一篇論文（Parlamentskrise und Verfassungslücke, DJZ. vom 15. Nov. 1930, S. 1417 / 18）當中，自己也將帝國總統稱為「憲法守護者」，並且由此而引出相當廣泛的實踐上的結論。對照這些見解，Glum 似乎也必須承認，1928 年 12 月時帝國總統所為之調解行為，具有絕對正面的自明性。

【17】H. Pohl, *Hdb. d. deutsch. Staatsrechts* I, S. 502。作為艾伯特任職時期的例證，可參閱其於1922年7月27日發給巴伐利亞邦政府之信函（關於 1922 年帝國與巴伐利亞之衝突）；在這裡，帝國總統自己說道：「基於本人作為帝國憲法與帝國思想守護者之地位，則本人亦負有義務，依據帝國憲法第 48 條規定，促使巴伐利亞邦政府命令失效；」（此封信函以及巴伐利亞邦總理之回覆，可見諸 R. Joeckle, Bayern und die große politische Krise in Deutschland im Sommer 1922, *Politische Zeitfragen*, Heft 7 / 11, S. 237, München 1922）。在此也可看出形式主義邏輯會走入死巷的特徵：依照這樣的邏輯，帝國總統要不是認為巴伐利亞邦政府違法，而採用憲法第 48 條所賦予他的權限；或者帝國總統就是認為巴伐利亞邦政府所採措施應受許可，而不應發出這樣的信函。

【18】依照事物本質，帝國憲法第 50 條（帝國總理或相關部會首長之副署）不應適用在行使斡旋權（*pouvoir intermédiare*）的情況，因為在此處並未涉及帝國總統之「命令與處分」（Anordnung und Verfügung），而是涉及其個人之影響、建議與斡旋行為；vgl. F. Freiherr Marschall von Biberstein, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. I S. 531。從憲法第 50 條規定而導出結論，認為帝國總統這樣的職位，只能藉由「命令與處分」來表明其意見，這樣的看法是不合邏輯的。Vgl. H. Pohl, a. a. O. S. 484 und（undeutlich）R. Thoma eod. S. 508。

【19】Carl Schmitt, Staatsethik und pluralistischer Staat, *Kant-Studien*, Bd. XXXV（Berlin 1930）S. 41.

【20】Otto Bauer, *Bolschewismus und Sozialdemokratie*, 3. Aufl. Wien 1921, S. 114; *Die österreichische Revolution*, Wien 1923, S. 196（階級力量取得均勢之時期）；Der Kampf, XVII S. 57; K. Kautsky,

Die proletarische Revolution und ihr Programm, Berlin 1929, S. 100; Max Adler, *Politische oder soziale Demokratie,* Berlin 1926, S. 112 f.; 對此之批判，尤其可參閱：Arkadij Gurland, *Marxismus und Diktatur,* Leipzig 1930, S. 95 f. 如同前面提到的（第25頁〔即第一章注30〕）Kelsen對於民主所下的自由主義式定義，這種社會民主式的均勢建構，今天也早已忘記其所處之體系性脈絡，並且完全不具有穆勒的「直言不諱的清晰性」。

【21】Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, *Zeitschrift für Politik,* XVII（1928）S. 596 / 97：「弔詭（das Paradoxe）已經成為事實。決定的價值在於，它是一項法律上的決定，它是由一個一般地受承認的機制所做成；然而即便如此，它卻應該**盡可能地不具有實質決定的性質（m glichst wenig Sachentscheidung）**。」

【22】由於衆多政黨分配的現象以及橫向連結的現象，對此要提出統計上的證明，確有困難，然而這個現象卻一直是清晰可見的；vgl. A. Dix, *Reichstagwahlen und Volksgliederung,* Tübingen（Recht und Staat Nr. 77）1930, S. 37; E. Saemisch, Wer vertritt das Volk? in der Zeitschrift *Die Tat*, März 1930, S. 920 f.。薩克森（Sachsen）這個工業邦對於此處之討論而言別具意義，而這可以參考下列論文：Thörnig, Das sächsische Polizeiwesen, in dem Sammelwerk *Sachsen, Kultur und Arbeit des sächsischen Landes,* Berlin 1928, S. 38。該篇論文或許就此點並不具有體系性的意圖，但是在下列論述中卻就此清楚地說道：「薩克森是一個具有非常密集人口的工業邦國。在這群人口中，有一可觀的部分是屬於勞工等級，並且歸順馬克思主義的世界觀。這些支持者在數量上與抱持著另一種觀點的人民，差不多取得均勢。這尤其決定了選舉的結果。在薩克森的邦議會中，會依據當下片刻的、政治性的情勢，而發生左派的脆弱多數勢力與具有同樣情況的中間勢力的交互輪替情況。」

【23】在前面第47頁〔第一章注66〕與第62頁〔第一章注86〕的地方，我曾經提出國際法與憲法之類比。關於國際法與勞動法之間的關係，請參閱Dietrich Schindler, *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen 1927, S. 400 f.（Werdende Rechte, Betrachtungen über Streitigkeiten und Streiterledigung im Völkerrecht und Arbeitsrecht）。

【24】比爾芬格指出，在聯邦國家內部，必然需要持續存在著聯邦與成員邦國之間的平衡，以及各成員邦國之間的平衡。這樣的區分在此處的脈絡下別具意義。帝國參議院的代表機制，同時具有利益平衡與代議的性質。在比爾芬格的理論中還可以發現下列論點：在這樣的權力配置狀態中，最終之**意見合致**原則，其實就已經展現了**強制的要素**，因而，即使在意見合致的情況中，我們也可以說已經有特里佩爾理論意義下的「強制平衡」之存在。此一想法實屬中肯，底下也會再予評價。只是我不瞭解，為何比爾芬格在這項全然正確、亦具有實質意義的確定命題之後，還要再加上「形式地予以理解」（formal verstanden）的字樣（*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, Tübingen 1930, S. 550 Anm. 30）。

【25】E. Jacobi, *Jur. Wochenschrift Bd.* 58, 1929, S. 1278; E. Haymann, *Die Mehrheitsentscheidung in Rechtsprechung und Schlichtung und der Schiedsspruch im Rhureisenstreit,* Berlin und Leipzig 1929, S. 9, 14 f. D. Schindler a. a. O. S. 416. H. Herrfahrdt 提出了下列各個階段順序：自治行政、勞動共同體（Arbeitsgemeinschaft）、仲裁法庭之導引（schiedsrichterliche Führung）。此種說法的貢獻在於，它凸顯了新的國家問題。但是這樣的區分在我看來沒有太豐富的意涵，也不是窮盡的區分，尤其「仲裁法庭之導引」這樣的概念結合（Zusammensetzung）本身不甚明確。關於1922年1月22日帝國勞動法院之判決，主要可參閱下列文獻選輯：Grauert, Mansfeld und Schoppen, *Der Rechtsstreit im Arbeitskampf,* Mannheim 1929。在大多數的討論文獻中，此一問題的國家理論面向都遭到忽略。Hoeniger（*Magazin der Wirtschaft*, 14. Februar 1929 S. 223）提到，「無論是贊成或者反對形式法學的論證方式，都還有一些論點可被提出」，這樣的見解雖然正確，但是它也不

過顯示出，這個問題無法藉此種方式獲得解決。Hoeniger自己雖然指出 § 196 Abs. 2 GVG.，但是他也具有此種「形式主義」之缺陷，因為，在法官合議庭當中計算表決多數時，需要以被投下的選票之平等性與同質性為出發點，而非以「合議庭」**內部**（**innerhalb**）所預設之利益團體劃分以及「中立的」庭長為出發點。

【26】這裡提出的國家理論上的結構類型學命題，可在國家調解人身上獲得展現。僅僅指出在政黨媒體或其他政黨意見表達管道中存在著這些矛盾現象，並不能用來反駁前述命題。很明顯地，在一個多元主義政黨國家中，當國家在當下片刻的情勢中對其有利時，每個政黨都會宣稱國家的「權威」。反過來說，當國家的決定有利於對立黨派時，它們卻會拾起自由主義所主張之自由性（Freiheitlichkeit），甚至有可能為獨裁、集權國家、反動、法西斯主義或布爾什維克主義代言。多元主義的政黨國家具有一本質，那就是，它會使得多元主義系統的承載者有可能依照各種不同情況，而有時作為社會性的、非國家的、非官方的（也就是可以心安理得追求黨派之私我利益、不需要承擔任何政治風險的）組織登上台面；然而有時候卻又可以由那些政黨所把持的國家的部分出發，而使自己與國家同一化，也就是突然表現著國家權威的型態，並且將對立黨派視為國家敵人。這種兩手（à deux mains）的政治，對於各種利益人士之組織（Interessentenorganisationen）特別有利，因為它們隨時可以以不同於政治（例如經濟、私有財產、文化等）的姿態出現，但卻又可以盡情利用國家性（Staatlichkeit）的所有好處。然而，唯有當決定尚未從任何一個面向出發而被做成時，這樣的情況才有可能。決定之做成，也許是來自國家整體的某些現存力量（這些力量即便在前述情況中仍然繼續存在著），也有可能是導因於邁向一黨國家的過渡發展，這樣的過渡發展將政治性的風險（das Risiko des Politischen）強加於某一政黨上。

【27】關於德國「官僚的新任務」：A. Köttgen, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie,* Berline 1928, S. 243; Sächsische Schulzeitung Jahrg. 96（Dresden Nov. 1929）S. 757 f. und 825 f.（反對以H. Potthoff為代表，將公務員關係融入在社會政策上受到保障之勞動契約關係中的見解）；及 *Handbuch des Deutschen Staatsrechts,* Bd. II（1930）S. 15; 進一步的文獻E. Zweigert, Der Beamte im neuen Deutschland, in "*Volk und Reich der Deutschen*", herausgegeben von B. Harms, Berlin 1929, Bd. II, S. 467：「我們的職業倫理不會因為威瑪憲法的制定而減損。反而還會透過為全民奉獻的思惟而受到深化和淨化。」茨威格特在這裡也談到了「與全民的內在關聯，它不但高於與政黨之關聯，在倫理上也高於先前與君主人格的關聯。」而沒有觸及官員隸屬於「變動之政治權力」的問題。H. Leisegang, Die Ethik des Berufsbeamtentums（in der Vortragsreihe: *Berufsbeamtentum, Volksstaat und Ethik,* Leipzig 1931, S. 32）甚至這麼說：專業官僚的倫理「是唯一將國家緊密結合的道德本質（sittliche Substanz），在這個國家中，其他所有將人類相互連結的——特別是世界觀和宗教——都是私人問題。」而Walter Kaskel, *Beamtenrecht und Arbeitsrecht,* Berlin 1926和Fr. Giese, *Das Berufsbeamtentum im deutschen Volksstaat,* Berlin 1929（beide in der Verlagsanstalt des Deutschen Beamtenbundes erschienen）的論文都值得特別提出。而Ernst Michel的闡述也極具意義，Das Beamtenproblem, in der Zeitschrift "Deutsche Republik", 3. Jahrgang（August 1929）, S. 1501 f.，因為Michel有意識到前述（本書第79頁）的變化，並注意到這樣的變化就在「社會的自我組織」（Selbstorganisation der Gesellschaft）之中，而我們生活在一個「徹底政治化之社會」的說法，只是一種幻想。我會說：他會認為在一個「總體國家」（totaler Staat）中，官僚階層是適合「在社會變革中作為維護經濟、社會與政治**相關**鬥爭之和平的機制，並從日常的工作責任的小處著手，去從事浩大的**息訟止爭**

工程（Beschwichtigungsarbeit）。」（黑體字為本書作者所加）在A. Köttgen討論G. Leibholz時，Der Begriff der Repräsentation, Arch. d. öff. Rechts, Bd. 19（1930）S. 307，以全新並值得注意之論證去處理的問題：德國公務員在今天是否為國家之代表，我想再特別表明我的立場。就目前來說，我仍然堅持，公務員，如同憲法所言，是**公僕**（Diener）。參照*Verfassungslehre* S. 213。

【28】§ 118, 119 der Reichshaushaltsordnung

【29】關於此點請參見 *Verfassungslehre*, S. 255。

【30】Karl Rothenbücher, in dem Bericht für den Deutschen Staatsrechtslertag in München 1927, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtsler Heft 4, S. 32 f.; Rudolf Smend, ebenda, S. 56 f.; W. A. E. Schmidt, *Die Freiheit der Wissenschaft*（Abhandlungen zur Reichsverfassung, herausgegeben von W. Jellinek, Heft 3), Berlin 1929, S. 126 f.; F. Freiherr Marshall von Bieberstein, Die Gefährdung der deutschen Universität in der Zeitschrift "Die Tatwelt", Jena, Juli / Sept., 1929, S. 92 f. 關於在宗教上與世界觀上持中立態度的國家，及其與教育和學校間的關係問題，甚具啓發性的論文可參見G. Giese, Staat, Staatsgedanke und Staatserziehung, in der Zeitschrift "Die Erziehung", 5. Jahrgang（1929), besonders S. 153；然而，在這邊還需要進一步區分不同類型的非政黨性（Unparteilichkeit）、超越政黨性（Überparteilichkeit）以及中立性（Neutralität）等概念（前文第111頁）。關於學術自治之理由（*ratio*），特別切重要害的文章是E. Spranger, *Das Wesen der deutschen Universität*（Akademisches Deutschland, 1930 III 1, S. 5）：「更精確地說，在學術自由的命題中，所涉及的並不是一項個體的基本權，而是一項超個體的、負有義務的權利，它是產生自真理追尋過程的超個體實質性。」帝國憲法第142條對於學術性教學自由之保障，乃是一種制度性保障（Verfassungslehre S. 172，持相同意見的

還有Anschütz, *Kommentar* S. 572, F. Giese, *Kommentar* S. 299; A. Köttgen, Mitteilungen des Verbandes der Deutschen Hochschulen, Januar 1931）。關於學院的教學自由與自由討論原則之間的關聯，以及收取聽課費之特權（das Privileg des Kolleggeldes），可參見下面這篇有趣的論文：Lorenz von Stein, *Lehrfreiheit, Wissenschaft und Kolleggeld*, Wien 1875（教學自由為討論之自由，而薪資則是獨立與自由的保障）。

【31】A. Bertram, Zeitschrift für Zivilprozess, Bd. 28, 1928, S. 421：「於鑑定意見不包含指令（Weisung）在內時，鑑定意見在行政領域內只具有一種特殊地位。誠然，上級機關對於下級機關在做成鑑定意見時，所涉及之一般或具體問題可加以指示；但在鑑定意見之定義尚未改變之前，上級機關不得要求下級機關做成特定結論之鑑定意見，亦即，鑑定意見之內乃是鑑定人不受指示拘束的固有活動領域（Eigentätigkeit）。」

【32】參見本書第47 / 48頁。

【33】例如廢除奴隸制抗爭時期的Dred-Scott案例（Charles Warren, The Supreme Court in the United States, Boston 1924, III. S. 22 f.）或脫離戰爭貨幣貶值（Geldentwertung der Sesessionskriege）時期的法律建議（Legal Tender）案例（a.a. O. S: 244），參見本書第13頁；而格內斯特關於公務員的判決在這裡的脈絡下也值得注意（本書第36頁注釋）〔即第一章之注52——譯者〕。

【34】德意志帝國審計院院長之提議權：帝國預算條例第119條第2項。對於建制中的帝國行政法院（1930年8月26日的帝國行政法院法草案，Reichsratdrucksache Nr. 155）G. Lassar也提議賦予類似的提議權，請參見 *Das Reichsverwaltungsgericht, eine Kritik des Regierungsentwurfs,* Berlin 1930, S. 14。而系方在教師聘任上的提議權，是作為學術獨立前提之自治權的一部份。

【35】Kelsen in seinem Bericht, Veröffentlichungen Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 56. 截至目前為止，在德國只有帝國

銀行的董事會採取這種補選的方式，而且只有在債權國的外交壓力之下才有實施的機會。而在法國為引入補選制度所採行（但失敗）的嘗試，請見下述注 4〔即本章之注 37——譯者〕。

【36】為格內斯特在其關於法院審查權之鑑定意見中的見解，a. a. O. S. 23。格內斯特以下述這種對於前文之闡述脈絡極具意義的理由，拒絕了美國法院對於法律之理性及正義（也就是法律的理性能力）的審查權：「因為這裡（亦即美國）的立法權中欠缺一種用以與變動利益做成之草率立法決議對抗的、必要的恆常性要素，所以才必須透過將法院地位提高為某些基礎契約界限之捍衛者，來保存世襲君主體制中的某些優點。而美國聯邦最高法院這種超然的權力當然不適合德國的法院體制。**最後一道防線**（letzte Garantie）應該由世襲君主、延續性之上議院，以及民選議院，在立法過程中之合作所共同組成；這道防線的適用範圍，至少及於人類制度所能想像的盡頭。」

【37】這項目的最保險的方法是透過世襲的第二院（有時稱為上議院）來達成。因為在今天的民主國家中，不太可能再根據英國的典範引入上議院（Pairskammer），因此我們只能透過一種享有完全或部份身分保障（inavobibel）、以補選來遞補缺額的參議院來加以仿效。但這樣的嘗試在法國卻並未成功。根據1875年2月24日之憲法，在其他參議員大多是經由選舉而產生的情況下，本應經過補選產生的參議員，卻在 3 百名參議員中有 7 5 名被國家會議（Nationalversammlung）任命終身職（auf Lebenszeit ernannt）。但1884年12月9日的憲法卻排除了這種對於選舉之民主原則的限制。然而這些被任命終身職的參議員卻仍然享有身份上的保障，只是在這項規定廢除之後不得再任命終身職參議員而已。最後一名享有這種身份保障的參議員一直到前幾年才過世。

【38】關於法國的情形，請參見 Maxime Leroy 極為貼切的的評語，*Les transformations de la puissance publique*, Paris 1907, S. 97：法國法院在 1829 年坐上了參議院守護者空下來的位置；關於德國的情形則請參見本書經常援引之格內斯特的鑑定意見，特別是在本書第 154 頁注 3〔即本章注 36——譯者〕所引用之段落。

【39】L. Wittmayers的論文，*Reichsverfassung und Politik*, Tübingen 1923（Recht und Staat, Heft 24）特別受到這種將「去政治化」（Entpolitisierung）與「去政黨政治化」（Ent-Parteipolitisierung）同等對待的困擾；關於這種同等的對待，請參見本書前揭 108 頁。而當 Wittmayer 相信「明定」（Verankerung）於憲法等於「去政治化」時，也是一個錯誤；這樣的憲法明文其實大有可能導致一種新的政黨政治行為形式；關於這一點，請參見 J. Popitz, Verfassungsrecht und Steuervereinheitlichungsgesetz, Deutsche Juristen-Zeitung 1929, S. 20。相同的，政治（Politik）與政黨政治（Parteipolitik）在這裡是不同的。

【40】這裡主要取決於 Werner Weber 在 Arch. d. öff. Rechts, N. F. Bd. 19（1930）S. 161-254 所處理的國會兼任禁止。

【41】W. Weber a.a. O. S. 205 講得非常好：「在德國，權力劃分及中立化傾向與帝國總統兼任禁止的證立同樣重要；但是兩者並不是毫無關連的對立概念，而應互相補充、互為要件。」

【42】Eugen Schiffe, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des deutschen Rechtswesens* 1928, S. 1（§ 16）：「法官不得參選帝國衆議院議員及邦衆議院議員。不得為政黨組織之成員，亦不得公開從事政黨活動。」關於將司法官員抽離出政治領域的理由，S. 29。另外請參照 A. Köttgen, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin 1928, S. 105 f. 及 *Bandbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II S. 17 f.。進階文獻，W. Weber a. a. O. S. 208 f.。

【43】1921年4月9日關於國事法院之帝國法律第4條第2項（RGBl.）：「年滿三十歲之德國人具有被選舉權。帝國政府、帝國衆議院、帝國參議院、帝國經濟委員會、邦政府、邦衆議院或邦參議院之成員不得擔任參審員。」另有巴登（Badischen）憲法第61條、梅克

稜堡－史威林（Mecklenburg-Schwerin）憲法第67條，以及1921年3月9日捷克斯洛伐克憲法法庭法第1條第6項：「具有法律專業及參議員被選舉權，但並非前述所稱立法機關之成員者，可為憲法法庭之成員及替補人員。」（Epstein S. 21）1929年12月7日版本之奧地利聯邦憲法第147條第4項（Bundesgesetzbl. 1929, S. 1323）。此外尚有巴伐利亞憲法第70條及1920年6月11日法律之第2條第3款。

【44】在我看來，當斯麥特在*Verfassung und Verfassungsrecht* S. 69 f. 說，與其他國家機關相較，法院之行為並不在促進政治整合，而主要是在促進一個特別法律共同體（besondere Rechtsgemeinschaft）之整合時，就未免太過頭了。而這樣的講法也必然會導致國家的多元分裂。實體法律衆多的特別分支與領域，必須以數不盡的特別法院審查權（Sondergerichtsbarkeit）來配套，從而又代表了有許多共同體（Gemeinschaft）存在。

【45】與F. Glum, *Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat, Beiträge zum öffentlichen Recht und Völkerrecht,* Heft 12, S. 25 f., Berlin 1929 相反，我並不認為這裡是真正代表的情況，而且從代表的特定字義來看，我也不認為經濟利益是「可被代表的」。參見前揭98頁注釋〔即第二章之注12——譯者〕。關於作為鑑定與諮詢機關的帝國經濟委員會（Reichswirtschaftsrat）（相對於經濟議會，Wirtschaftsparlament）W. Haubold, *Die Stellung des Reichswirtschaftsrates in der Organisation des Reiches*, Dissertation der Berliner Handels-Hochschule, 1931。

本書引用之憲法條文

1. 威瑪憲法：

第13條：

第1項：
帝國法破邦法。

第2項：
若對於邦法規之條文是否牴觸帝國法律產生疑義或爭議時，該管帝國或邦之中央機關得依據帝國法律之具體規範聲請帝國最高法院裁判之。

第15條：

第1項：
於帝國享有立法權之範圍，帝國政府得行使監督權。

第2項：
於帝國法律由邦機關執行之情況下，帝國政府得發布一般性指令。帝國政府有權於監督帝國法律之執行的目的下，派出委託人員至各邦之中央機關，或於其同意之下，派至下級機關。

第 3 項：
於帝國政府要求下，邦政府有義務排除執行帝國法律時所生之瑕疵。除帝國法律別有其他法院管轄權規定時，〔瑕疵是否存在之〕爭議產生時，得由帝國政府或邦政府聲請國事法院裁判之。

第 17 條：

第 1 項：
各邦須具有共和體制之憲法。國會議員必須依照比例代表選舉制之原則，由德意志帝國之男女經由普通、平等、直接、祕密之選舉選出。邦政府必須獲得國會議員之信任。

第 2 項：
國會議員選舉之原則亦適用於地方自治團體之選舉。但在邦法中可以至長爲一年之居住期間作爲地方自治團體選舉權之要件。

第 19 條：

第 1 項：
對於無法院具有裁判權限之邦內部憲法爭議、各邦之間或帝國與邦之間非私法形式之爭議，在其他帝國法院對之無管轄權時，由德意志帝國國事法院基於當事人一方之聲請做成裁判。

第 2 項：
國事法院之裁判由帝國總統執行之。

第 21 條：
國會議員爲全民之代表。其依良知而行事、不受他項請託之拘束。

第 22 條：

第 1 項：
〔帝國眾議院之〕議員應經由普通、平等、直接及祕密之選舉，依據比例代表選舉制之原則，由年滿二十歲以上之男女選舉之。選舉日應訂於週日或公定假日。

第 2 項：
細節由帝國法律規定之。

第 24 條

第 1 項
帝國眾議院每年 11 月第一週週三於帝國政府所在地集會。基於帝國總統或帝國眾議院議員總數三分之一以上之請求，帝國眾議院議長須提前召集帝國眾議院集會。

第 2 項

會期之結束，與再次集會之期日，由帝國眾議院定之。

第 25 條：

第 1 項：
帝國總統得解散帝國眾議院，但基於同一理由不得再爲解散。

第 2 項：
新選舉必須於解散後 60 日內舉行。

第 30 條：
關於帝國眾議院、邦眾議院或其委員會之公開議事過程的眞實報導，不生責任之問題。

第 36 條：
帝國眾議院及邦眾議院之成員不得因其表決或爲執行職務所發表之言論而在任何時間受到法院或紀律上之懲處、對院外亦不負責任。

第 37 條：

第 1 項：
在會期期間，若無帝國眾議院及邦眾議院之許可，不得以犯罪嫌疑爲由偵查或逮捕帝國眾議院及邦眾議院之成員，

但現行犯或犯行隔日之逮捕，不在此限。

第 38 條：

第 1 項：
對於因其議員身份而向之吐露事實之人，或議員在執行職務時所吐露事實之人，帝國眾議院或邦眾議院之成員得拒絕對該人或該事實本身作證。關於書證之扣押，亦享有法定之拒絕作證之權利。

第 2 項：
帝國眾議院或邦眾議院內部之搜索或扣押，不得該機關院長之同意，不得爲之。

第 39 條：

第 1 項：
爲行使作爲帝國眾議院或邦眾議院成員之職務，官員及國防軍人，不享有休假之權利。

第 2 項：
競選帝國眾議員或邦眾議員時，其準備選舉之假期應受保障。

第 41 條：

第 1 項：
帝國總統由全體德國人民選舉之。

第 2 項：
年滿三十五歲之德國人，得被選爲帝國總統。

第 3 項：
細節由帝國法律規定之。

第 42 條：

第 1 項：
帝國總統於就職時應對帝國眾議院做出以下宣誓：

第 2 項：
余謹宣誓，余致力於德意志人民之福祉，增其益、減其損，捍衛帝國之憲法及法律，秉持良知以盡吾人之義務，並公正對待所有人民。

第 3 項：
宣誓時，得附加宗教宣誓。

第 43 條：

第 1 項：
帝國總統之任期爲七年。連選得連任之。

第 2 項：
在任期結束之前，帝國總統得由帝國眾議院提議、經人民票決罷免之。帝國眾議院之決議須有三分之二多數之同意。經該決議，帝國總統不得繼續行使其職權。人民票決拒絕罷免之決定應視爲新選舉，而帝國眾議院〔於罷免提議被拒絕後，〕應即解散。

第 44 條：
帝國總統不得同時兼任帝國眾議員。

第 45 條：

第 1 項：
帝國總統對外代表帝國。其以帝國之名與外國締結同盟、訂立條約、授受使節。

第 2 項：
宣戰及媾和以帝國法律行之。

第 3 項：
與外國締結之同盟與條約，於涉及帝國立法事項時，須得帝國眾議院之同意。

第 46 條：
在法律無其他規定時，帝國文武官員由帝國總統任命並免

職。此項任命及免職權並得透過其他機關行使之。

第 48 條：

第 1 項：
於邦不履行帝國憲法或帝國法律所課予之義務時，帝國總統得憑藉武力強制之。

第 2 項：
於德意志帝國之公共安全與秩序受到阻礙或危害時，帝國總統得採取必要措施以重新恢復公共安全及秩序，必要時得以武力介入。爲達此目的，帝國總統得暫時使規定於第 114 、 115 、 117 、 118 、 123 、 124 及 153 條中之基本權一部或全部喪失效力。

第 3 項：
帝國總統應將依據本條第 1 項、第 2 項而採取之措施即時知會帝國眾議院。該措施因帝國眾議院之要求而喪失效力。

第 4 項：
危急時，邦政府得由其地域內採取第 2 項範圍內之暫時性措施。該措施因帝國總統或帝國眾議院之要求而喪失效力。

第 5 項：
細節由帝國法律規定之。

第 49 條：

第 1 項：
帝國總統代表帝國行使大赦權。

第 2 項：
帝國特赦，應由帝國法律規定之。

第 50 條：
帝國總統之一切命令與處分，包括屬於國防事務領域者，均須由帝國總理或該管部長之副署，始生效力。責任因副署而移轉。

第 54 條：
爲執行其職務，帝國總理與帝國部長須獲得帝國眾議院之信任。其任何一員，於帝國眾議院以明確之決議撤銷其信任時，應予去職。

第 59 條：
於帝國總統、帝國總理與帝國部長可歸責地侵害帝國憲法或帝國法律時，帝國眾議院有權對其向德意志國事法院提起訴訟。起訴之聲請須有帝國眾議員一百人以上之連署，並得到修憲所須之贊成票數。細節由規範國事法院之帝國法律規定之。

第 68 條：

第 1 項：
法律案應由帝國政府或帝國眾議院議員提出。

第 2 項：
帝國法律應由帝國眾議院議決之。

第 70 條：
合憲制定之法律，帝國總統應予簽署，並於一個月之期限內公布於帝國法律公報。

第 73 條：

第 1 項：
帝國眾議院所決議之法律，於帝國總統於一個月內做成交付公民複決之決定時，則應於公布前交由公民複決。

第 2 項：
由帝國眾議院總數三分之一之申請而展期公布之法律，如有二十分之一以上之選舉權人申請，應交由公民複決之。

第 3 項：
若有十分之一以上之選舉權人於法律草案提出後提出公民複決之決議時，公民複決亦應舉行。此項公民動議應備以

已完成之法律草案。該草案由政府附帶其立場說明轉呈帝國眾議院。於帝國眾議院無任何變更通過該草案時，毋須再行公民複決。

第 4 項：
涉及預算、稅捐法及俸給條例時，僅帝國總統有提請公民複決之權。

第 5 項：
公民複決及公民動議之程序由帝國法律定之。

第 74 條：

第 1 項：
對帝國眾議院所議決之法律案，帝國參議院享有異議權。

第 2 項：
異議之提出，須於帝國眾議院完成最終表決後兩週內，提交帝國政府，並至遲須於稍後兩週內檢附理由。

第 3 項：
異議提出後，帝國眾議院應重行議決法律案。若帝國眾議院與帝國參議院無法達成一致意見，帝國總統得於三個月內就意見分歧事項，命令舉行公民複決。若帝國總統不行使此權利，該法律案即視爲未成立。若帝國眾議院基於三

分之二多數，做成反對帝國參議院異議之決議，帝國總統即須於三個月內公布帝國眾議院所議決之版本，或命令舉行公民複決。

第 76 條：

第 1 項：
憲法可循立法途徑修改。於法定議員總數三分之二出席，出席人數三分之二贊成時，帝國眾議院得議決修改憲法。帝國參議院針對修改憲法所做成之決議，亦須超過總票數三分之二。若憲法修改係由公民動議（Volksbegehren）所發起，透過公民複決（Volksentscheid）而做成，贊成票須達選舉權人之半數。

第 2 項：
若帝國眾議院不顧帝國參議院之反對而做成修改憲法之決議，則在帝國參議院於兩星期內提請交付公民複決時，帝國總統不得公布該法律。

第 85 條：

第 1 項：
帝國之收支，須於每一會計年度予以估算，並編入預算案。

第 2 項：

預算案應於會計年度開始之前，以法律確定之。

第 3 項：
支出之批准，原則上以一年爲限；於特殊情況，得延長批准期間。此外，帝國預算法不得包括超越會計年度，或與帝國之收支或其管理不相關之規定。

第 4 項：
非得帝國參議院之同意，帝國眾議院不得在預算草案中爲支出之提高或增列新項目。

第 5 項：
帝國參議院之同意，得依第 74 條之規定予以替代。

第 87 條：
以信用方式籌措資金，唯有在非常需求，且該筆資金通常係用於營利目的之支出情況下，始得爲之。其籌措方式，以及帝國所負擔之擔保給付，僅得依帝國法律行之。

第 102 條：
法官獨立並僅受法律拘束。

第 104 條：

第 1 項：

掌理普通法院審判權之法官爲終身職。非由法院基於法律所規定之理由及形式做成裁判，不得違反其意願而令其休職、停職、調任或退休。立法者得規定法官之退休年齡。

第 2 項：
法律所規定之暫時性停職，不受前項規定之限制。

第 3 項：
於法院組織或管轄區域變更時，邦之司法行政部門得進行非自願性之調任或退職，但不得影響其薪俸。

第 4 項：
本條不適用於商事法官、參審員及陪審員。

第 105 條：

不得設立特別法院。人民受法定法官裁判之權利不得剝奪之。但關於軍事法院與戒嚴法院之法律規定不在此限。軍事婚姻法庭應予禁止。

第 109 條：

第 1 項：
德國人民在法律之前一律平等。男性及女性原則上具有相同的公民權利及義務。

第 2 項：
不得因出身或階級而爲公法上之有利或不利待遇。貴族稱號僅作爲姓名之一部，且不得再行授與。

第 3 項：
僅得授予標示官職與職業之職銜；但學術頭銜不在此限。

第 4 項：
國家不得授與勛章及榮典。

第 5 項：
德國人民不得接受外國政府所頒發之頭銜或勛章。

第 114 條：

第 1 項：
人身之自由不得侵犯。以公權力對人身自由施以侵害或剝奪，僅得基於法律爲之。

第 2 項：
遭剝奪自由之人，至遲應於翌日受告知，〔其自由之遭剝奪〕係出於何官署、基於何種理由所爲之命令；遭剝奪自由之人，應立即獲得機會，針對其自由之遭剝奪，提出抗辯。

第 115 條：

德國人民之住所，爲其自由居處，不得侵犯。例外情況僅得基於法律規定，而允許之。

第 129 條：

第 1 項：
除法律有特別規定者外，官員之任用皆爲終身職。退休金及撫卹金，應由法律定之。官員之既得權利不得侵害。官員之財產上請求權應享有法律救濟途徑。

第 2 項：
官員職務之暫時休職、暫時或終局退休或調職至薪資較低之職位，以法定之特定要件及形式爲前提。

第 3 項：
對於所有公務員刑罰之決定，皆應開放訴願及再審之救濟機會。關於公務員個人特質之證明，唯有在公務員具有陳述機會時，其不利於公務員之登載始能被予以採納。對於其個人特質之證明，公務員閱卷之權利應予保障。

第 4 項：
職業軍人既得權利之不可侵犯及財產上請求權之法律救濟途徑開放，亦受保障。但其於此事項外之地位，由帝國法律規定之。

第 130 條：

第 1 項：
公務員爲全民之公僕，而非政黨之僕傭。

第 2 項：
所有公務員之政治思想自由及結社自由應予保障。

第 3 項：
根據帝國法律的細節規定，公務員得具有特殊的公務員代表機關。

第 131 條：

第 1 項：
公務員於行使被賦予之公權力而侵害對第三人所負職務上之義務時，原則上由國家或其所任職之法人負起責任。但公務員對國家及法人應負之賠償責任不受影響。不得排除普通法院之救濟途徑。

第 2 項：
該管立法機關應制定細節性之規範。

第 134 條：

所有國民一視同仁，應視其資產多寡，依照法律所定標準

分攤公共負擔。

第 142 條：

人民享有藝術、學術及講學之自由。國家應對其加以保障，並施以照護。

第 146 條：

第 1 項：

應建立公立學校教育體系。於爲全民而設之小學教育之上，應建立中等及高級學校教育體制。於學校教育體制之建立，應重視人生志業之多樣性；於特定學校之學生招收，應以學生之資質及秉賦爲準，而不應以學生父母之經濟社會地位或宗教信仰爲依據。

第 2 項：

於不危及前項意義下之正常學校營運時，基於受教權主體之聲請，地方自治團體內應設立符合其信仰或世界觀之國民學校。受教權人之意願應在最大可能限度內予以考量。細節由邦立法者依據帝國法律之原則規定之。

第 149 條

第 3 項：

大專院校中之神學院應予保留。

第 151 條

第 1 項：

經濟生活之秩序，須符合正義之基本原則，並以保障全體人民享有合乎人性尊嚴之生存爲鵠的。在此範圍內，個人之經濟自由應予保障。

第 2 項：

法律上之強制，僅得爲保障受危害權利之實現，以及爲滿足基於公共福祉之顯著需求，而允許之。

第 3 項：

商業與手工業之自由，依帝國法律所定標準而受保障。

第 152 條

第 1 項：

經濟領域之交易，適用依法律標準所定之契約自由原則。

第 2 項：

暴利應予禁止。法律行爲違反善良風俗者，無效。

第 153 條：

第 1 項：
所有權受憲法保障。其內容與界限由法律定之。

第 2 項：
非爲公益及公眾，且以法律爲基礎，不得徵收。除帝國法律有特別規定外，應附以適當之補償。帝國法律無特別規定時，對於補償之金額之爭議，得利用普通法院救濟之。聯邦對於邦、地方自治團體及公益團體之徵收，非有補償不得爲之。

第 3 項：
所有權負有義務。其利用應以公益爲目的。

第 165 條：
第 1 項：
勞工與雇員有權與雇主基於平等地位，共同參與關於工資與勞動條件，以及關於生產力之整體經濟上發展等事項之規制。雙方所成立之組織及協定，應予承認。

第 2 項：
勞工與雇員，爲維護其社會與經濟上利益，在企業勞工委員會、依經濟領域而劃分之區域勞工委員會以及帝國勞工委員會中，應獲得法定代表。

第 3 項：

爲達成整體經濟任務，並共同參與關於社會化法律之執行事項，區域勞工委員會與帝國勞工委員會應協同雇主代表與其他相關各界人民代表，共組區域經濟委員會與帝國經濟委員會。區域經濟委員會與帝國經濟委員會之組成，應使各重要職業團體，依其在經濟與社會領域中之重要性而取得相應之代表。

第 4 項：
帝國政府在提交具有根本重要性之社會政策與經濟政策法律草案〔於帝國眾議院〕前，應先將其交由帝國經濟委員會鑑定。帝國經濟委員會有權自行提出此等法律提案。若帝國政府不同意該等提案，仍須將其提交帝國眾議院，但得加註其立場。帝國經濟委員會得指派一名成員爲代表，於帝國眾議院參與關於該提案之討論。

第 5 項：
各勞工與經濟委員會，於其該管領域，得受委託而行使監督與管理權限。

第 6 項：
關於勞工與經濟委員會之設置及其任務，並其與其他社會性自治行政團體間關係之規範，專屬於帝國（聯邦）之權限。

2. 薩克森憲法（1831年）

第153條：

第1項：
若在憲法文件之個別點上之解釋有疑義產生，而該疑義無法透過政府與等級會議之協議而排除，則政府與等級會議雙方的正反爭議理由皆應提交國事法院裁判之。

第3項：
此處所做成之判決應視爲有權解釋而加以遵守。

3. 普魯士憲法

（1920年11月30日公布之版本）

第40條：

第1項：
對於邦職務之執行，邦內閣應使邦參議院隨時掌握其進行狀態。

第2項：
在法律草案提出之前，邦內閣應提供邦參議院有提出鑑定意見之機會。國家參議院得以書面向邦眾議院提出不同見解。

第3項：
邦參議院有權透過邦內閣，向邦眾議院提出法律草案。

第4項：
帝國或邦法律之執行命令、或邦內閣之一般性組織命令，應經邦參議院或其轄下具有管轄權之委員會之聽證始得公布之。

第51條：
法律中無有明文指定單一部長時，由邦內閣制定執行法律之命令。

第 55 條：

於邦眾議院非集會期間，爲維持公共安全或排除非常緊急狀態而有迫切需求時，邦內閣得與依本憲法第 26 條設置之常設委員會形成一致決議，頒佈不抵觸本憲法，並具有法律位階效力之命令。該命令應提交於邦眾議院之下次集會，尋求其批准。若邦眾議院不予批准，該命令應公告於立法公報，並立即失效。

（威瑪憲法第 24 條、49 條、第 50 條、第 68 條、第 74 條、第 85 條、第 87 條、第 114 條、第 115 條、第 134 條、第 151 條、第 152 條、第 165 條以及普魯士憲法係由李君韜翻譯，其餘皆由蘇慧婕翻譯）

譯名對照表

一、中西對照：

一劃
一般法律 einfaches Gesetz
一黨國家 Ein-Parteienstaat

二劃
人民代表機關 Volksvertretung
人民票決 Volksabstimmung

三劃
工會國家 Gewerkschaftsstaat

四劃
不可知論的 agnostisch
不具政黨（黨派）色彩的 unparteiisch
不受國家干預的 staatsfrei
中立化 Neutralisierung
公民投票 Plebiszit
公民動議（舉行公民投票的提議）Volksbegehren
公民複決 Volksentscheid
公共經濟領域 öffentliche Wirtschaft
公投式民主 plebiszitäre Demokratie
公務員 Beamte
反向運動 Gegenbewegung
巴泰勒米 Barthélemy J.
文官制度 civil service
比爾芬格，卡爾 Bilfinger, Carl

五劃
主觀公權利 subjektives öffentliches Recht
代表 Vertretung
代議 Repräsentation
包爾，奧圖 Bauer, Otto
司法形式性 Justizförmigkeit
司法部門 Justiz
市民法治國 bürgerlicher Rechtsstaat
布呂寧 Brüning
布魯塔斯 Brutus, Junius
平衡考量 Parität
弗里茲．卡爾．曼 Fritz Karl Mann
立法國 Gesetzgebungsstaat

六劃
仲裁決定 Schiedsspruch
全面權力 Allmacht
吉澤 Giese, Fr.
同一性 Identität
合作團結原則 Genossenschaftsprinzip
地方自治團體 Gemeinde
多元主義 Pluralismus
多元主義政黨國家 pluralistischer Parteienstaat
多角勢力 Polykratie
安序茲 Anschütz, G.
托馬 Thoma, Richard
考夫曼，埃利希 Kaufmann, Erich

自主性 Autonomie
自主性 Selbständigkeit
自願管轄 Unterwerfung
艾伯特 Ebert
行政規則 Verwaltungsordnung
西哀士 Sieyès, Emmanuel-Joseph
西蒙斯 Simons

七劃
伯倫知理 Bluntschli, J. C.
伯爾納茨克 Bernatzik
克萊蒙－多奈爾 Clermont-Tonnerre
免除采邑義務之地產 Allod
戒嚴法 Standrecht
決斷 Dezision
決斷論 Dezisionismus
私有財產 Privateigentum
邦聯 Commonwealth

八劃
事物專業取向 Sachlichkeit
供養國 Versorgungsstaat
例外狀態 Ausnahmezustand
制憲國民會議 verfassungsgebende Nationalversammlung
取代法律（制定法）地位的命令 gesetzvertretende Verordnungen
委員會國家 Rätestaat
孟德斯鳩 Montesquieu
定在 Dasein
官僚國家 Beamtenstaat
官僚階層 Beamtentum
承載者 Träger
拉封丹 Lafontaine
拉爾納奴 Larnaude
波比滋 Popitz, J.
波奇－海付達 Poetzsch-Heffter
波恩 Bonn, M. J.
法律、制定法 Gesetz
法院審查權 richterliches Prüfungsrecht
法規命令 Rechtsverordnung
社會之自我組織 Selbstorganisation der Gesellschaft
社會性實體 soziale Größe
社會性權力複合體 soziale Machtkomplexe
非宗教性的世界觀社團 Weltanschauungsgesellschaft
非常權限 außerordentliche Befugnisse
芮萊爾 Zeiler

九劃
哈林頓 Harrington, Jomes
帝國參議院 Reichsrat
帝國強制措施 Reichsexekution
帝國眾議院 Reichstag
帝國裁判法院 Reichsspruchgericht
帝國經濟委員會 Reichswirtschaftsrat
帝國福利法院 Reichsversorgungsgericht
帝國憲法 Reichsverfassung
帝國儲蓄專員 Reichssparkommissar
建構體 Gebilde
恆常性 Permanenz
政策公投 Referendum
政黨國家 Parteienstaat
施泰因 Stein, Lorenz von
施塔爾 Stahl, F. J.
既得權利 wohlerworbene Rechte
耶利內克， G. Jellinek, Georg
耶利內克， W. Jellinek, Walter

耶路撒冷 Jerusalem, F. W.
韋伯，馬克斯 Weber, Max

十劃
兼任禁止 Inkompatibilität
原告當事人適格 Aktivlegimitation
恩格斯 Friedrich Engels
格內斯特 Gneist, Rudolf
格勞 Grau, R.
格勞秀斯 Grotius, Hugo
海曼 Haymann, F.
特里佩爾 Triepel, H.
租稅國 Steuerstaat
秘密政治的 kryptopolitisch
脆弱的政黨聯盟國家 labiler Koalitions-Parteien-Staat
茨威格特 Zweigert
財產，所有權 Eigentum
貢斯當，本雅明 Constant, Benjamin
哥伯特 Göppert, H.

十一劃
參審員 Beisitzer
商事法官 Handelsrichter
國事法院裁判權 Staatsgerichtsbarkeit
國家意志建構過程 staatliche Willensbildung
基佐 Guizot, Francois
基希海默 Kirchheimer, Otto
執行法 Ausführungsgesetz
專業人士 Sachverständige
專業人士、專家 Sachkundige
從事司法實務之法律人 Justizjurist
梅耶，奧圖 Mayer, Otto
統一體，統一性 Einheit
統治（部門），政府 Regierung
莫尼爾 Mounier
莫耳 Mohl, R.
勒文塔爾 Löwenthals, M.
推擠法官 Richterschub

十二劃
斯巴達五長官制 spartanisches Ephorate
斯麥特，魯道夫 Smend, Rudolf
斯普朗格，愛德華 Spranger, Eduard
普勞斯 Preuß, Hugo
普魯士邦參議院 Preußischer Staatsrat
普魯士邦內閣 Preußischer Staatsministeriur
稅捐國 Abgabenstaat
等級國家 Ständestaat
等級會議 Stände
訴訟權能 Klagebefugnis
費希特 Fichte, Johann Gottlieb
雅可比 Jacobi, Erwin
黑格爾 Hegel, G. W. Friedrich

十三劃
瑙曼 Naumann, F.
群體化，群體聚合 Gruppierung
聖西門 Saint-Simon
董事會 Direktorium
預算協定 Budgetvereibarung
預算法 Budgetrecht
照護國 Fürsorgestaat

十四劃
維特邁爾 Wittmayer, L.
斡旋權力 pouvoir intermédiare
榮格爾 Jünger, Ernst
福利國 Wohlfahrtsstaat

緊急命令 Notverordnung
緊急狀態 Notzustand
蒙德 Mende
賓丁 Binding
赫曼 Heimann, Eduard.

十五劃
審計院 Rechnungshof
暫時措施 Provisorium
調解人 Schlichter
賠款國 Reparationsstaat
適用爭議 Meinungsverschiedenheit

十六劃
憲法法律 Verfassungsgesetz
憲法爭議 Verfassungsstreitigkeit
憲法的違反 Verfassungsbruch
憲政國家 Verfassungsstaat
獨立性 Unabhängigkeit
穆勒，約翰．斯圖亞特 Mill, John Stuart
興登堡 Hindenburg
霍布斯 Hobbes
霍法克 Hofaker
靜態性 Statik

十七劃
環境 Milieu
總務委員會 Generalrat
總體動員 totale Mobilmachung
總體國家 totaler Staat
聯邦主義 Föderalismus
賽德爾 Seydel, Max von
邁爾－安序茲 Meyer-Anschütz

十八劃
薩米許 Saemisch

二十劃
議會主義 Parlamentarismus
議會民主制國家 parlamentarisch-demokratischer Staat

二十二劃
權限 Kompetenz
鑑定人 Gutachter

二、西中對照：

A
Abgabenstaat 稅捐國
agnostisch 不可知論的
Aktivlegimitation 原告當事人適格
Allmacht 全面權力
Allod 免除采邑義務之地產
Anschütz, G. 安序茲
außerordentliche Befugnisse 非常權限
Ausführungsgesetz 執行法
Ausnahmezustand 例外狀態
Autonomie 自主性

B
bürgerlicher Rechtsstaat 市民法治國
Barthélemy J. 巴泰勒米
Bauer, Otto 包爾，奧圖
Beamte 公務員
Beamtenstaat 官僚國家
Beamtentum 官僚階層
Bernatzik 伯爾納茨克
Beisitzer 參審員
Bilfinger, Carl 比爾芬格，卡爾
Binding 賓丁
Bluntschli, J. C. 伯倫知理
Bonn, M. J. 波恩
Brüning 布呂寧
Brutus, Junius 布魯塔斯
Budgetrecht 預算法
Budgetvereibarung 預算協定

C
civil service 文官制度
Clermont-Tonnerre 克萊蒙－多奈爾
Commonwealth 邦聯
Constant, Benjamin 貢斯當，本雅明

D
Dasein 定在
Dezision 決斷
Dezisionismus 決斷論
Direktorium 董事會

E
Ebert 艾伯特
Eigentum 財產，所有權
einfaches Gesetz 一般法律
Einheit 統一體，統一性
Ein-Parteienstaat 一黨國家

F
Föderalismus 聯邦主義
Fichte, Johann Gottlieb 費希特
Friedrich Engels 恩格斯
Fritz Karl Mann 弗里茲．卡爾．曼
Fürsorgestaat 照護國

G
Gebilde 建構體
Gegenbewegung 反向運動
Gemeinde 地方自治團體
Generalrat 總務委員會
Genossenschaftsprinzip 合作團結原則
Gesetz 法律、制定法
Gesetzgebungsstaat 立法國
gesetzvertretende Verordnungen 取代法律（制定法）地位的命令
Gewerkschaftsstaat 工會國家

Giese, Fr. 吉澤
Gneist, Rudolf 格內斯特
Göppert, H. 哥伯特
Grau, R. 格勞
Grotius, Hug 格勞秀斯
Gruppierung 群體化，群體聚合
Guizot, Francois 基佐
Gutachter 鑑定人

H
Handelsrichter 商事法官
Harrington, Jomes 哈林頓
Haymann, F. 海曼
Hegel, G. W. Friedrich 黑格爾
Heimann, Eduard 赫曼
Hindenburg 興登堡
Hobbes 霍布斯
Hofaker 霍法克

I
Identität 同一性
Inkompatibilität 兼任禁止

J
Jerusalem, F. W. 耶路撒冷
Jünger, Ernst 榮格爾
Jacobi, Erwin 雅可比
Jellinek, Georg 耶利內克， G.
Jellinek, Walter 耶利內克， W.
Justiz 司法部門
Justizförmigkeit 司法形式性
Justizjurist 從事司法實務之法律人

K
Kaufmann, Erich 考夫曼，埃利希
Kirchheimer, Otto 基希海默
Klagebefungnis 訴訟權能
Kompetenz 權限
kryptopolitisch 秘密政治的

L
labiler Koalitions-Parteien-Staat 脆弱的政黨聯盟國家
Lafontaine 拉封丹
Larnaude 拉爾納奴
Löwenthals, M. 勒文塔爾

M
Mayer, Otto 梅耶，奧圖
Mende 蒙德
Meyer-Anschütz 邁爾－安序茲
Milieu 環境
Mill, John Stuart 穆勒，約翰．斯圖亞特
Mohl, R. 莫耳
Montesquieu 孟德斯鳩
Mounier 莫尼爾
Meinungsverschiedenheit 適用爭議

N
Naumann, F. 瑙曼
Neutralisierung 中立化
Notverordnung 緊急命令
Notzustand 緊急狀態

O
öffentliche Wirtschaft 公共經濟領域

P
Parität 平衡考量
parlamentarisch-demokratischer Staat 議會民主制國家

Parlamentarismus 議會主義
Parteienstaat 政黨國家
Permanenz 恆常性
Plebiszit 公民投票
plebiszitäre Demokratie 公投式民主
Pluralismus 多元主義
pluralistischer Parteienstaat 多元主義政黨國家
pluralistischer Parteienstaat 多元主義政黨國家
Poetzsch-Heffter 波奇－海付達
Polykratie 多角勢力
Popitz, J. 波比滋
pouvoir intermédiare 斡旋權力
Preuß, Hugo 普勞斯
Privateigentum 私有財產
Provisorium 暫時措施
Preußischer Staatsrat 普魯士邦參議院
Preußischer Staatsministerium 普魯士邦內閣

R
Rätestaat 委員會國家
Rechnungshof 審計院
Rechtsverordnung 法規命令
Referendum 政策公投
Regierung 統治（部門），政府
Reichsexekution 帝國強制措施
Reichsrat 帝國參議院
Reichssparkommissar 帝國儲蓄專員
Reichsspruchgericht 帝國裁判法院
Reichstag 帝國眾議院
Reichsverfassung 帝國憲法
Reichswirtschaftsrat 帝國經濟委員會
Reichsversorgungsgericht 帝國福利法院
Richterschub 推擠法官
Reparationsstaat 賠款國
Repräsentation 代議
richterliches Prüfungsrecht 法院審查權

S
Saemisch 薩米許
Sachkundige 專業人士、專家
Sachlichkeit 事物專業取向
Sachverständige 專業人士
Saint-Simon 聖西門
Schiedsspruch 仲裁決定
Schlichter 調解人
Selbständigkeit 自主性
Selbstorganisation der Gesellschaft 社會之自我組織
Seydel, Max von 賽德爾
Sieyès, Emmanuel-Joseph 西哀士
Simons 西蒙斯
Smend, Rudolf 斯麥特，魯道夫
soziale Größe 社會性實體
soziale Machtkomplexe 社會性權力複合體
spartanisches Ephorate 斯巴達五長官制
Spranger, Eduard 斯普朗格，愛德華
Stände 等級會議
Ständestaat 等級國家
staatliche Willensbildung 國家意志建構過程
staatsfrei 不受國家干預的
Staatsgerichtsbarkeit 國事法院裁判權

Stahl, F. J. 施塔爾
Standrecht 戒嚴法
Statik 靜態性
Stein, Lorenz von 施泰因
Steuerstaat 租稅國
subjektives öffentliches Recht 主觀公權利

T
Thoma, Richard 托馬
totale Mobilmachung 總體動員
totaler Staat 總體國家
Träger 承載者
Triepel, H. 特里佩爾

U
Unabhängigkeit 獨立性
unparteiisch 不具政黨（黨派）色彩的
Unterwerfung 自願管轄

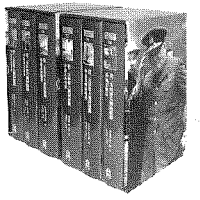
V
Verfassungsbruch 憲法的違反
verfassungsgebende Nationalversammlung 制憲國民會議
Verfassungsgesetz 憲法法律
Verfassungsstaat 憲政國家
Verfassungsstreitigkeit 憲法爭議
Versorgungsstaat 供養國
Vertretung 代表
Verwaltungsordnung 行政規則
Volksabstimmung 人民票決
Volksbegehren 公民動議（舉行公民投票的提議）
Volksentscheid 公民複決
Volksvertretung 人民代表機關

W
Weber, Max 韋伯，馬克斯
Weltanschauungsgesellschaft 非宗教性的世界觀社團
wohlerworbene Rechte 既得權利
Wohlfahrtsstaat 福利國
Wittmayer, L. 維特邁爾

Z
Zeiler 芮萊爾
Zweigert 茨威格特

人類的經典

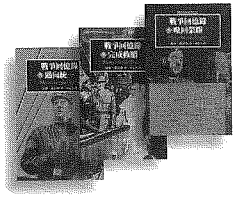
經典，就是過往偉大心靈探索所有人類行爲的思想沈澱；而閱讀經典，則是希望透過與這些偉大心靈的交流，能更自信且勇敢地面對我們自身所處的時代。



1~6《第二次世界大戰回憶錄》（六卷）
◎1953年諾貝爾文學獎作品
溫斯頓．邱吉爾著　吳萬沈等譯
精平裝（15.5 × 23.5cm）
精裝本六卷不分售　定價：4800元，特價3900元　平裝本：每冊550元



11《論獨立宣言——政治思想史的研究》
◎美國最重要歷史文件的經典研究
卡爾．貝克著　彭剛譯
平裝（15.5 × 23.5cm）
定價：230元



7~9《戰爭回憶錄》（三卷）
◎本書展現了超凡政治藝術家的傲骨與識見
夏爾．戴高樂著　蔡東杰譯
精平裝（15.5 × 23.5cm）
精裝本三冊不分售：特價1499元
平裝本：每冊400元



12《十八世紀哲學家的天城》
◎興建另一座「上帝之城」的啓蒙哲學家
卡爾．貝克著　何兆武譯
平裝（15.5 × 23.5cm）
定價：230元



10《作爲公平的正義——正義新論》
◎羅爾斯對正義理論的最終觀點
約翰．羅爾斯著　姚大志譯
平裝（15.5 × 23.5cm）
定價：450元



13《李維羅馬史疏義》
◎分析公民共和主義的嘔心瀝血之作
馬基維利著　呂健忠譯
平裝（15.5 × 23.5cm）
定價：500元