

# 公法哲学的两种进路

## ——卡尔·施米特《宪法学说》评析

刘福元

(东北财经大学法学院, 辽宁 大连 116025)

**摘要:**《宪法学说》是施米特最为重要的公法哲学著作之一,其理路在于,紧急状态下的专政体现了国家的本质特征,而实定的宪法则是政治统一体的总体决断;由宪法确立的议会民主不能超越政治决断本身,遇有这种危险发生,应当通过宪法律中的专政条款加以制止。相反,另一种公法哲学即自由主义进路则否定国家的自在性,认为国家的正当性只能从个人权利中推演出来,国家不能超越授权侵犯国民。尽管这两种公法哲学都有逻辑上的缺陷,但在不同国家、不同历史环境下实施的效果却不相同。选择适合本国土壤的公法模式并在实施过程中尽力弥补它的缺陷,才是公法哲学发展的正当路径。

**关键词:**公法哲学;卡尔·施米特;政治决断;自由主义

**中图分类号:**      **文献标志码:**A      **文章编号:**1008-7699(2014)04-0020-09

德国法学家卡尔·施米特(Carl Schmitt, 1888-1985)以其独特的公法哲学理论为德国乃至世界范围内宪法理论的发展带来了十分深远的影响。然而,施米特的公法哲学又过于独树一帜:不仅在其他国家鲜有雷同者或近似者,即便是在德国本土,也很难说继承了多少传统——既与洪堡(Wilhelm von Humboldt, 1767-1835)所坚持的古典自由主义背道而驰,又与萨维尼(Friedrich Karl von Savigny, 1779-1861)的历史法学不搭干系,而与新康德主义(Neukantianismus)旗帜下最富盛名的拉德布鲁赫(Gustav Radbruch, 1878-1949)之间的共识已经微弱到难以分辨的程度,即便是在当时已经成为“通行话语”的“民族的共同意识(the common consciousness of the people)”“民族的固有意志(the proper will of the people)”等也没有成为施米特论著的核心内容。由于施米特的理论(1)过于独特,(2)相对而言较为晦涩,难以察觉其背后的真意,(3)所处的历史环境又过于敏感,致使其不管是在当时还是在后世,都受到了较大的争议。我们认为,施米特的公法学说及其现实影响对于今人而言更应引发这样一种反思:公法哲学的进路,究竟怎样走,才能获得更为理想的实践效果?

### 一、施米特公法理论的逻辑推演

施米特公法理论的发源点在于对古罗马帝国时期“专政(diktatur)”这一概念的考察。按照古罗马的法律,在紧急状态时(如外敌入侵或发生内乱),执政官(最高行政长官)可提名一个官员拥有最高治权以

收稿日期:2013-02-14

基金项目:教育部人文社会科学研究青年基金项目“公务员内部行为规范中的责任机制建构”(12YJC820062);辽宁省教育厅科学研究一般项目“行政自制视野下的公务员行为规范研究”(W2013227)

作者简介:刘福元(1981-),男,黑龙江哈尔滨人,东北财经大学法学院副教授,哈尔滨工业大学管理学院博士后研究人员,法学博士。

便稳定或恢复国家秩序,这个官职的名称叫做专政官,任期6个月或视紧急状况是否结束而定。<sup>①</sup> 尽管在古罗马时期专政官仅仅是“非常时期”的“非常政策”,但施米特却沿着马基雅维利(Niccolo Machiavelli, 1469-1527)-博丹(Jean Bodin, 1530-1596)的主权学说理路,认为在一般宪法中比较边缘化的“紧急状态下的专政条款”其实体现着宪法条文背后的一个关键问题:为什么紧急状态下的那个专政者居然能够行使超越现行宪法的权力?那个专政者究竟是谁?他的权力是从哪里来的?——如果说是宪法条文本身赋予了专政者违反宪法条文的权力,这在逻辑上恐怕难以成立。博丹认为,专政者的权力其实就是“主权”(souveränität),“谁有权决定出现了危急状况,谁就拥有主权”,“根据时间、地点和个别的特殊情况,主权者可以修改和违反法律,正是在这一点上,其主权充分体现出来”;<sup>[1]82-83</sup> 而主权则是先于并且高于(作为法律的)宪法的存在。与博丹不同,施米特在《宪法学说》中使用更多的是“制宪权”(verfassunggebende gewalt)这一概念,和“主权”概念类似,“制宪权”同样是隐藏在宪法文本背后,却能对宪法文本的产生、变更、消灭及其具体规范起到决定性作用的存在。<sup>②</sup>

为了明确“制宪权”的关键作用,施米特将宪法分为“绝对的宪法概念”(作为统一整体的宪法)、“相对的宪法概念”(作为众多个别法律的宪法)、“实定的宪法概念”(宪法是关于政治统一体的类型和形式的总体决断)和“宪法的理想概念”(在一种突出的意义上、因一种特定内容而被称为宪法的“宪法”)这四种类型。传统宪法理论中的宪法一般指的是“相对的宪法概念”,即宪法典、宪法规范或宪法条文,施米特用“宪法律”(verfassungsgesetz)这一概念进行指代。然而重要的是,宪法律不是也不可能是宪法的全部概念,因为从“宪法律”的内涵中无法揭示出其背后的主权者/制宪权者,而缺失了主权者/制宪权者的宪法律本身无法解决实效性問題——宪法的颁布和宪法的实效并非同一个概念。有时,尽管一个国家的宪法典中写进了国民法治国(bürgerlicher rechtsstaat)的一切要素(按照施米特的理解,这些要素包括基本权利、权力分立、代议政制等),但仍有可能成为“仅供观赏”的政治花瓶。意大利人克拉玛德雷(Piero Calamandrei, 1889-1956)说得很实在:“国家的政治生活能够被限定在宪法规定的理性规范的严格限度之内的信念,只是乌托邦式的臆想”,“不同民族使用的看似相同的宪法规则却会产生完全不同的后果。……经验已经确定地证明,尽管有体系严格的理性宪法,即使宪法程序已经存在,然而,各国的政治生活依然根据自身的非理性倾向而运转。”<sup>[2]5</sup> 可见,将法律和规范作为主权者,将法律至上、宪法至上、规范正当性或系统完整性作为确保宪法律有效的源头,无论是在逻辑上还是实践上都很难行得通。

在施米特看来,宪法律的实际效力取决于制宪权的行使状况,“一部宪法之所以有效,是因为它出自一种制宪权(即权力或权威),并且凭着它的意志而被制定出来。”<sup>[3]12</sup> 因此,在宪法律背后起支配作用的应该是“绝对的宪法概念”和“实定的宪法概念”。“绝对的宪法概念”首先是和国家本身联系在一起的,“凡是国家都必须有政治统一性和社会秩序,必须有统一性和秩序的某些原则,必须有某个在危急情况下、在遇到利益和权力冲突时作出权威裁决的决断机关。我们可以将政治统一性和社会秩序的这种整体状态称为宪法。就此而言,‘宪法’一词所描述的不是一整套或一系列法规和规范。实际上,这个词所描述的

① 施米特写于1921年的《论专政者》提出了代表型专政的概念:一、代表型专政出现在既定秩序遭到威胁、从而必须委任一名专政者的时刻;二、主权者委托专政者履行一项特殊使命,一旦使命完成,专政者的职责亦告终止;三、为了成功地履行这项特殊使命,专政者有权临时中止宪法。在施米特看来,代表型专政者之所以中止宪法,其唯一目的是捍卫宪法,并且在危机过后恢复宪法。这意味着,专政者在非常情况下享有专断的权力,为了维护民族国家的统一性、安全和秩序,即便临时性的违宪亦在所不惜。参见刘锋:《政治与神学的平行性——施米特的〈罗马天主教与政治形式〉》,载刘小枫选编:《施米特与政治法学》,上海三联书店2002年版,第381-382页。需要注意的是,施米特将“专政”这一概念进一步区分为“委托专政”(kommissarisch diktatur)和“主权专政”(souveräne diktatur),古罗马时期的专政属于“委托专政”。关于两者的区分,请见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第65-66页。

② 其实,在《宪法学说》中,施米特并没有对“主权”和“制宪权”这两个概念进行非常明确的区分,特别是在论及主权和制宪权的具体享有者时更是如此。在他看来,规范和法律乃至于宪法律都不可能拥有主权/制宪权,“惟有具体存在的东西才能拥有主权,很难说一个单纯有效的规范拥有什么主权”,主权/制宪权拥有者只能是君主或者人民。参见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第10-11页。

只是具体政治存在状态中的具体的个别国家。国家并不拥有(hat)国家意志‘据以’形成和运行的宪法,它就是(ist)宪法本身。”<sup>[3]5</sup> 相较而言,在施米特理论体系中最具核心地位的是“实定的宪法概念”,“实定宪法是凭藉制宪权行为产生出来的。制宪行为本身并不包含任何个别规范,而是通过一次性决断、针对政治统一体的特殊存在形式规定了它的整体结构。”<sup>[3]26</sup> 概括地说,实定的宪法概念指的是关于政治统一体的类型和形式的总体决断。就“政治统一体”而言,宪法律存在的前提是政治统一体的存在,不是宪法律确定了政治统一体,而是政治统一体制定了宪法律;政治统一体在制定宪法律的过程中具现化为制宪权主体,施米特认为,制宪权主体只有君主和人民两种。就“政治决断”而言,这种决断是政治统一体“政治意志”(politischer wille)的表达过程,“这样的宪法是一种有意识的决断:通过制宪权主体,政治统一体自己为自己作出了这一决断,自己为自己制定了这部宪法。”“宪法的效力有赖于制定宪法的人的政治意志。一切类型的法律规范,包括宪法法规在内,都预设了这样一种政治意志的存在。”<sup>[3]26</sup> 此处需要注意的是,如果说宪法是“政治意志”的一次“决断”,那么这一决断也必然是先于宪法律而存在<sup>①</sup>,宪法律进行何种规定取决于制宪权者决断了什么。同样,宪法律中是否写入国民法治国的诸项原则,这些原则是否真正生效,都取决于制宪权者在决断过程中是否认可这些原则。简单说,国民法治国原则并非至高无上的先验真理,而是制宪权主体在决断过程中的可选项。

可以说,“实定的宪法概念”——即政治统一体的总体决断——贯穿了施米特整个公法哲学的始终,而这样一种宪法概念,一方面把高高在上的自然法拉下神坛(现代时期的自然法可能有无数张面孔,对于现实中的政治决断没有什么助益),另一方面又鄙夷纯粹法学的“浅薄”(从规则到规则的纯粹法学无法容纳规则背后那只“看不见的手”);施米特自己的公法哲学,则更像是一种“政治法学”——在“实定的宪法概念”中,宪法其实是一个政治过程,规范正当性或系统完整性这样的法律本体特征敌不过作为政治过程的总体决断。我们看到,施米特眼中的宪法是政治性的,施米特的“宪法学说”是放置在他整个“政治存在主义”中的。<sup>②</sup> 这种放置的方式让人感到,宪法律本身不是源头,政治统一体的政治意志才是源头,作为法律规范的宪法律仅仅是一个“法律文本”,一个单纯的宪法文本其实并不代表一个国家真正的政治秩序。历史上很多徒有宪法没有宪政的宪法实践都能印证施米特的观点——当政治决断时国民法治国原则并未得到制宪权者认可却又写进了宪法律文本,就会出现这种情况。

施米特不是就理论理的书斋学者,<sup>[1]2-11</sup> 他将他的宪法理论带入了魏玛宪法的实践当中。魏玛宪法确立了人民主权的国民法治国原则,但其制宪过程却存在一个问题:“在人民主权剥夺君主主权的革命中,出现了一时的主权真空”,“人民‘主权’是宪法赋予的,但人民民主的宪法是革命后才制定的,革命前和革命中,人民都还没有合法的(尽管可能有正当的)‘主权’”。<sup>[3]86</sup> 人民主权先制定了宪法,宪法之后才确立了人民主权。这样一个时间上的矛盾所引发的问题在于:人民主权和魏玛宪法孰先孰后、孰高孰低? 如果魏玛宪法制定之后,人民主权的代表者(如议会多数、公民投票等)按照宪法规定的程序否弃国民法治国原则,又当如何? 在部分自由主义的观点看来,宪法当中的“先定约束”<sup>[4]</sup> 即可解决这一问题,这种观点在美国的宪法理论中尤为常见。然而,即便不问这种带有新自然法意味的“先定约束”的约束力究竟在

① “一切作为规范性规定而存在的法律,包括宪法律在内,都需要有一个先于它们的政治决断,这样才能获得其最终效力。”参见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社 2005 年版,第 27 页。

② 施米特指出,政治决断是由以政治方式存在的权力或权威作出的,一切现存的政治统一体的价值和“存在理由”(Existenz-berechtigung)并不在于规范的正当性或有损性,而在于其存在;凡是作为政治实体而存在的东西从法律上看都有存在的价值。因此,政治统一体的“自保权”(Recht auf Selbsterhaltung)就是一个前提条件;政治统一体的首要任务就是致力于维护自己的存在。参见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社 2005 年版,第 26-27 页。而根据刘小枫的分析,“共和革命远不是仅仅为了制定一部成文宪法,它意味着一个政治统一体(民族国家)在特定政治处境中对自身的生存方式作出了新的政治决断,或者说为如何在新的政治生存处境中形成新的政治统一体重新作出了一次决断——随后的制宪(制定具体的宪法法规),不过是这个政治统一体自觉选择的政治行动。”参见刘小枫:《现代人及其敌人——公法学家施米特引论》,华夏出版社 2005 年版,第 246 页。

哪里,这种解答也缺乏普适性——如美国宪法般“长寿”的宪法毕竟在世界范围内只此一家,别国若无“先定”的宪法,自然谈不上后世的“约束”。

施米特对上述问题的解答,采用的是作为其公法哲学核心的政治决断论:“诚然,‘宪法’是可以修改的,但这并不等于说,议会可以随时废除作为宪法实质的根本政治决断,并用其他的政治决断来取而代之。国会不能通过三分之二多数的决议案将德意志民国变成一个专制君主国或苏维埃式共和国。魏玛宪法第七十六条所说的‘修改宪法的立法者’绝非无所不能。”“事实上,光凭英国议会的多数决议案并不足以把英国变成一个苏维埃式国家。……惟有全体英国人民的直接的自觉意志才能为这类根本修改提供根据,任何议会多数都没有这种权力。”<sup>[2]30-31</sup>这就是说,议会多数不能违背宪法法律背后的政治决断,这一政治决断不能因人民主权代表者的意见而废除。说到底,施米特是把自由主义的那种寄托于自然权利的宪法至上观,改成了寄托于宪法制定前的政治决断;议会多数不能废除自然权利,到了施米特那里,变成了不能废除政治决断。

作为一国宪法根本的政治决断,必须为其提供相应的具体保障措施,以防止包括议会多数、公民投票等在内的“主权代表”<sup>①</sup>通过宪法律规定的程序破坏宪法律背后的政治决断;而对于魏玛宪法而言,必须存在相应的机制来保障作为政治决断的国民法治国原则。在魏玛宪法中,这一保障机制指的是第四十八条:“联邦大总统,对于联邦中某一邦,如不尽其依照联邦宪法或联邦法律所规定之义务时,得用兵力强制之。联邦大总统于德意志联邦内之公共安宁及秩序,视为有被扰乱或危害时,为恢复公共安宁及秩序起见,得取必要之处置,必要时更得使用兵力,以求达此目的。联邦大总统得临时将本法一百一十四,一百一十五,一百一十七,一百一十八,一百二十三,一百二十四及一百五十三各条所规定之基本权利之全部或一部停止之。本条第一第二两项规定之处置,但此项处置得由联邦大总统或联邦国会之请求而废止之。”显然,这一条文规定的就是总统的专政权,为了维护作为政治决断的国民法治国原则不受破坏,总统可以行使超越宪法律的权力。施米特认为:“所有这一切并不涉及根本政治决断和宪法核心,而是有助于维护和确立宪法。因此,宪法的不容侵犯并不意味着,一切个别的宪法律都不容侵犯;为了维护整体的宪法,有必要设置一个不可逾越的障碍。”<sup>[2]31</sup>总统超越宪法律行使专政权,目的就是维护宪法及其背后的政治决断,或者说,为了维护制宪权者的政治决断,即便违背宪法律也在所不惜。

## 二、公法哲学的另一种进路

通过施米特的上述理论可以推导出这样的逻辑结论:议会多数不能废除议会本身,民主投票不能废除民主本身;如果确实出现这种危险状况,则应当通过宪法中的专政条款加以制止。所以施米特反复强

---

① 施米特认为,作为人民主权代表的议会多数所作出的决定,并不等同于政治统一体的总体决断,也就是说,“人民代表”或“议会多数”不能等同于“人民”,“人民代表”或“议会多数”所作出的“决定”并不能等同于“人民”所作出的“政治决断”。为了进一步分清这两个概念,施米特区分了两种不同意义上的“人民”:“就连‘人民’——即拥有选举权和表决权的国民——的宪法律权力和权限,例如魏玛宪法第四十一条规定的总统选举权、第二十条规定的国会选举权和第七十三条规定的公民投票权,也不是制定宪法的那个拥有主权的人民的权力,而是已有宪法框架内的权限。”参见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第110页。

调“主权”“专政”“决断”这样的词,而非“自由”“多元”和“中立”。<sup>①</sup>这一点在《合法性与正当性》一文中表述得更为明确:

虽然议会制立法型国家的法律概念自身对各种不同的内容具有一种很大程度的中立性,但它如果要承载一个立法型国家,就必须包含着某些品质(普遍的规范化、内容上的确定性、持久)。尤其是它不可以对自己本身和自己的前提条件“中立”。如果不考虑其成员们的某些品质,议会组织被变成一个单纯的普遍多数选举的功能,在放弃法律的任何“实质”要求的情况下多数决议成为法律决议,那么,算术上的多数观念就将以一种彻底功能主义的无实体、无内容性、了结正义和理性乃至法律概念和合法性的所有保障。<sup>[2]208-209</sup>

可以看出,施米特宪法理论的一个明显目的就在于维护魏玛宪法所确立的国民法治国原则,整本《宪法学说》实际上都是在想方设法地试图在纷乱的政治环境中确保国民法治国原则不受破坏——尽管施米特宪法理论的核心在于“政治统一体的总体决断”而非“国民法治国”,但在当时的历史条件下,这个“政治决断”其实就是魏玛宪法制定时所确定的国民法治国原则。作为“宪法的守护者”,施米特不仅在宏观上把这一“政治决断”悬置到近乎超验的位置,而且在微观上通过对“人民”概念的分解剥夺了几乎一切议会多数及公民投票等“民主形式”、重做政治决断的主体资格。施米特对于魏玛宪法的维护可谓不遗余力甚至是费尽心机。按照刘小枫的说法,“施米特并不抽象地反对人民民主,毋宁说,既然人民僭政(革命)已经发生了,总是与现实秩序紧密联系在一起的法理学就不应当去凭吊君主专政,倒是需要为人民‘主权’专政的正当性提供论证,使其得以稳固,以免再有昭公之类的新僭主出来搞事。”<sup>[3]87</sup>然而问题就在于,这一点如果不仔细看,其实很难看得出来。比如季卫东的质问:“请问,就这么一个敌视自由民主主义的法西斯‘桂冠法学家’,怎么可能成为‘政治成熟的’自由主义担纲者?”<sup>[5]</sup>而哈耶克(F. A. Hayek, 1899-1991)则认为,施米特理论的核心观念在于,“法律不再由那些抽象规则构成,而是要成为安排或组织的工具;就抽象规则而言,它们能够经由对个人行动之范围的限定而使个人自由行动对自生自发秩序的型构成为可能,而就组织的工具来讲,它们所旨在的则是迫使个人服务于具体的目的。因此,在这种思潮中,那些自组织的社会力量和法律在构造秩序的机制中所具有的作用,已不再可能为人们所理解;而所有前述的法律发展状况,正是这种施密特式的思潮所导致的一个不可避免的结果。”<sup>[6]</sup>这些批评很难说参透了施米特的真实思想。

施米特的《宪法学说》是建立在对自由主义批判的基础上的,<sup>②</sup>不管他的目的是什么,都必然会遭到自由主义者的反对。而自由主义,则是公法哲学的另一种进路。

自由主义的宪法理论很大程度上建立在自然权利之上。从启蒙时代开始,来自于天赋的权利就成了国家的基础,“自由”被确立为天赋的人类自然状态,在这一状态的基础上,才有国家生存的空间。“自由的个人不应该受其他人的统治,而只能受理性的统治。理性之光终究会使个人明白其自由的限度,只要

① 施米特一味地反对中立性,与后来的桑斯坦有些相似。桑斯坦在《偏颇的宪法》一书中认为现行的避免偏颇的“中立性宪法”反而是偏颇的,它导致了种族歧视、男女不平等等多种不公平的社会现象,政府不应该站在中立的立场上,而应该站在正义的立场上去规制个人行为。而在《自由市场与社会正义》一书中,桑斯坦认为传统的不受干涉的自由市场并不当地导致社会正义的出现,私人的不当偏好可能导致一个非正义的社会,因此市场需要政府的正义导向。桑斯坦的理论意味着需要一个强大而有力的政府的存在。参见凯斯·R. 桑斯坦:《偏颇的宪法》,宋华琳、毕竟悦译,北京大学出版社 2005 年版;凯斯·R. 桑斯坦:《自由市场与社会正义》,金朝武、胡爱平、乔聪启译,中国政法大学出版社 2002 年版;史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R. 桑斯坦:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竟悦译,北京大学出版社 2004 年版。但施米特和桑斯坦的具体所指显然不同:桑斯坦所说的“中立”针对的是政府的具体行为,而施米特所说的“中立”针对的则是政治统一体的身份问题。

② 施米特对自由主义宪法理论的批判达到了细致入微的程度,在《宪法学说》中,表面层次的批判包括:(1)“自由”的含义过于混乱,“有多少政治原则和信念,就有多少自由概念和宪法概念。”(2)自由主义的宪法理念(公民自由、权力分立、成文宪法)过于虚弱,这些理念其实很容易被人地废除,1918 年 7 月 11 日的苏维埃共和国宪法就是一例,等等。参见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社 2005 年版,第 42-46 页。

一个人的自由不会因为其他人的自由而受到牺牲,那么这种限定就是完全正当的。这就是为什么自由的个人会共同缔结契约允许国家来调整他们行使自由的行为的原因:为了使一个人的自由与所有其他人的自由相一致。”<sup>[7]</sup>这就是说,国家的权力来源于个人权利的让渡,对个人自由领域的干预只能是根据法律进行的干预,而法律则是由代议机关制定的,代议机关由公民选举产生,象征着个人权利的授权。这种宪法理论几乎成了自由主义国家的通说,并且至今仍受到广泛的支持。

然而,自由主义的宪法理论其实并没有绝对充分的事实证据对抗这样一种批评——国家是“自在自为”的,而不是公民的权利契约建构起来的。把个人权利看成国家的法理基础,可能根本误解了国家的本质——国家不是一架可以拆开来重新安装的机器,而是有自己的自然生命历史的有机体。从自然状态和自然权利推导出来的“国家”,纯然是一种形而上学伪造。因为,自然状态本身就是某种形而上学的伪造——在人类历史中,哪里找得到这种设想出来的自然状态?<sup>①</sup>可以找到的只是具体的、民族的宗法国家。国家机体是历史演化形成的,传统宗法国家的正当性并非基于个人的权利,而是有民族血脉的共同体,这才是国家正当性的历史依据。<sup>②</sup>简单说,国家是国家,个人权利是个人权利。没有任何历史性的事实证据来证明个人权利先于国家而存在,也同样没有事实证据来证明国家是由个人权利衍生出来的。国家是一直“存在”在那里的,在个人权利得不到承认的国家里,国家也依然如故。如果个人权利与国家之间不存在必然关联,自由主义宪法理论的大厦就失去了根基。

因此,说到底,施米特所反对的并不是自由主义者所支持的,包括基本权利、权力分立、代议政制等各项要素的国民法治原则,他所反对的是用自由主义的路径推演出这些制度——将所有这些宪法制度的根基归结于天赋的个人权利,那么如果有一天天赋的个人权利不想要这些制度了,这些宪法制度岂非立刻土崩瓦解?在宪法实践中,“随着议会民主的大众政治的兴起,人民主权已让位于社会集团的竞争要求和激进党派的意识形态日程。我们不应忘记,希特勒是通过宪法手段,而非革命手段上台的,从某种意义上说,这恰恰是德国议会民主制的长期发展结果。”<sup>[8]384</sup>所以说,用自由主义的路径维持民主、分权等宪法制度,力量太过微弱,宪法制度背后的支撑,不应当是个人权利,而应当是与国家主权勾连在一起的政治统一体,这个政治统一体既然不是君主,那就只能是人民。“人民的制宪意志是一种直接意志,它先于一切宪法程序,凌驾于一切宪法程序之上。没有任何宪法、甚至没有任何宪法能够颁授制宪权,能够规定制宪权的动用形式。”<sup>[2]93</sup>而此时的人民,就已经具有了些许超验性质。<sup>③</sup>

① 对于自然权利理论而言,或许更为致命的一点在于:自然权利不是历史的(就像施米特所说的那样:“古代国家不知道自由权为何物,因为拥有与政治共同体相抗衡的独立权利的私人领域似乎是不可想像的。”参见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第170页。),这使得下述问题变得难以回答:自然权利究竟是从哪里来的?它的正当性到底在哪里?例如,作为自然权利理论的鼻祖之一,“洛克在其《政府论·下篇》中没有从事于任何一种纯粹的哲学推演。与关于政府起源的一种精确理论的提出相比,洛克的目标更像是在整理出一种具有说服力的论证,以便使不受拘束的王权向君主立宪制的转变具有合法性。《政府论·下篇》从许多角度看都更像是一种律师的信念,而非一本学术的读本,尽管读者并不总是这样去体会。作为一名倡导者,洛克明白如果他能够因循善导使别人接受先于并且独立于主权国家而存在着的自然权利,那么就将强化人们对于神圣王权的反抗。”参见玛丽·安·格伦顿:《权利话语——穷途末路的政治言辞》,周威译,北京大学出版社2006年版,第29页。

② 如果把国家的使命规定为保证和保护所有权利和个人自由,就把国家同市民社会搞混了。个人自由及其权利仅是市民社会的价值,国家的目的和价值是作为伦理的实体权力的现实性,与市民社会的根本是两码事。参见刘小枫:《现代人及其敌人——公法学家施米特引论》,华夏出版社2005年版,第93-98页。

③ 只要考虑到中世纪的政教合一体制,就可以明白,在基督教世界里,神权与政权、教会与国家原本是相互缠结的。尽管近代世界发生了现世主义转移,神权与政权彼此分离,但是,国家仍然需要某种至高无上的、类似于神性的原则来确立自身的正当性。如果说国家的权力不再源于神的规定,其活动不再被上帝的救恩计划所涵括,这并不意味着它与中世纪的神权国家体制发生了彻底的断裂。归根到底,近代国家与中世纪国家一样,也面临一个谁来授权的问题,只不过这个授权者不再是上帝,而是人民。从君权神授到社会契约的转移实际上是头足颠倒地沿循了同一个思路:人民的全能模拟了上帝的全能,或者说,人民就是上帝。因此,如果说近代世俗国家的权力是自下而上的,因为它来自人民,而非来自上帝,同样也可以说,这种权力是自上而下的,因为人民是一个不可分割的整体,而不是有着偏颇的私人利益的私人个体。参见刘锋:《政治与神学的平行性——施米特的〈罗马天主教与政治形式〉》,载刘小枫选编:《施米特与政治法学》,上海三联书店2002年版,第383-385页,卡尔·施米特:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2004年版。

### 三、公法哲学两种进路的是与非

显而易见,施米特的公法哲学进路与自由主义进路适成对照。

首先,如果从“可接受性”的角度来看,自由主义远胜于施米特的公法哲学——两种理论在当今时代的不同认同度就可以清楚地证明这一点。自由主义从肯定和支持个人的自然权利入手,当然更符合普通民众的利益需求;施米特将民主政治的正当性归于制宪权者的政治决断,然而制宪时的“人民”已非今日之“人民”,难免会存在隔膜感;再加上施米特的公法哲学中又渗透着魏玛时期政治斗争的火药味儿,当然会让人觉得不舒服。比如,《政治的概念》一文满篇都充斥着“战争”“敌人”“敌对性”这样的词语,显然不如自由主义者的“自由”“财产”“权利”好接受。诚然,采用政治存在主义的施米特可能确实比自由主义标榜的大词更真实,如施特劳斯(Leo Strauss, 1899-1973)所言:“自由主义否定了政治;然而自由主义并无法把政治从地球上抹去,只是将其掩盖起来而已;……自由主义抹杀的不是政治本身,而只是对政治的认识以及政治的真相。为了去除自由主义制造的这层掩盖现实的烟幕,人们必须使政治露出本来面目,而且使之不容否认。”<sup>①</sup>[9] 施米特把“紧急状态”“划分敌友”这类“政治现实”从宪法的底层推到前台,为理想化的政治过程祛魅,但却容易让人产生心理抗拒感。

第二,从理论“功能”上看,施米特的宪法理论在当时的环境下是用来阻止纳粹上台的——纳粹党不能通过宪法规定的制度来改变或废除国民法治国本身。但问题在于他阻止的方式:英美的自由主义者凭借新自然法的方式(先定约束)同样能够阻止法西斯主义,并且至少在感性层面上更易于为人所接受;但是在施米特的进路中,新自然法没有立足之地——当自然权利的享有者放弃权利、“自卖为奴”时,自然权利理论其实没什么具有说服力的理由阻止他这样做,而施米特的政治决断论却可以当做一个充分的理由。在这个意义上说,施米特的理论更加适合革命、战争等政治纷乱的非常时期——主权专政就是用来阻止各种政治势力废除国民法治国原则的有效机制;<sup>②</sup>相反自然权利理论却从根本上无力阻止这种状况,至多只能将这一改变视为“非法”。说到底,自然权利理论也许仅仅适合于像英国、美国这样“从开始到现在”一直都“四平八稳”的自由国度,在这些国家,长期经受自由思想浸染的国民即便有所异议针对的,也仅仅是宪法律框架下的具体制度,而非将现行宪法律推倒重来;但同样的自然权利理论一旦拿到经常出现剧烈政治变动的国家中,就显得弱不禁风了。

第三,从理论的周延性上来看,自由主义进路的弱点正如上文所说的那样,在于(1)在“个人权利→国家”的推演过程中没有事实证据;(2)市民社会与国家的融合、统治者与被统治者的融合,使得自由主义进路中不可能存在一个实体去制止“民主”对“民主制度”的侵越,“个人的自然权利可以是社会的价值原则,而且应该受到国家的保护;但个人权利成了国家的原则,国家还可以形成具有约束力的政治秩序吗?”<sup>[3]</sup>[94] 这直接导致(3)自由主义进路维护宪法制度的能力较为软弱。所有这些都无法对抗施米特笔下“划分敌友”式的政治现实。然而施米特抓住自由主义进路的软肋并不意味着他自己的理论没有弱点,正如刘锋所说:“如果说施米特敏锐地揭露了自由主义的病态逻辑的话,他的主权思想也无法回避一个问题:如何

① “自由主义政治学津津乐道谁赋予统治者权力、政治权力如何分配,以便社会有和谐的自由秩序,无论听起来多么有民主精神,其实与政治的事情不相干。”参见刘小枫:《现代人及其敌人——公法学家施米特引论》,华夏出版社 2005 年版,第 123 页。施米特的论证手段与米歇尔斯(Robert Michels, 1876-1936)对民主制度的祛魅有些相似,参见罗伯特·米歇尔斯:《寡头统治铁律——现代民主制度中的政党社会学》,任军锋等译,天津人民出版社 2003 年版。

② 遗憾的是魏玛时期的总统兴登堡和总理施莱歇尔将军并未完全使用第 48 条授予总统的专政权,“要是施莱歇尔将军敢背违宪的黑锅,采纳哈默斯坦的建议,历史也许就没有希特勒的戏唱了。”参见刘小枫:《现代人及其敌人——公法学家施米特引论》,华夏出版社 2005 年版,第 266 页。

保证决断主义不致沦为不受约束的独裁主义?”<sup>[8]385</sup>究其源头在于,施米特所说的作为制宪权者的“人民”,并没有受到什么限制,这与卢梭笔下的“全民公意”隐藏着相似的危险。事实正如我们所看到的那样,既然魏玛宪法中国民法治国原则的不可侵犯性来源于制宪之时的政治决断,那么“人民”再次作为制宪权主体重演一次类似的政治决断也就同样不乏正当性——德国人民在1930年代选择元首专政也可以说成是“政治统一体”的一次“政治决断”,而且这次决断可能比上一次还要统一。施米特维护国民法治国的理论源头在于:应当不惜一切代价(包括违背宪法法律)维护魏玛宪法制定时的政治决断,但问题在于,相同规模的政治决断可以重复出现,即便只出现一次,政治决断在事实上也可能出现不同结果——政治决断并不必然指向国民法治国。那么,如果魏玛宪法的制宪权者当初选择了君主专政,这样的宪法是否亦应维护?1930年代的政治决断选择元首专政,这一决断是否亦应维护?施米特的逻辑进路使得后一个政治决断与他的理论体系并非水火不容,元首专政在他的眼中并不像在自然权利论者的眼中那样绝对无法接受。

事实上,公法哲学的这两种进路,并不是“非此即彼”的关系,否定任何一方都不意味着另一方的缺陷自然痊愈。或许施米特之所以否弃自由主义公法哲学、确立政治决断论的主权学说,原因就在于,自由主义的宪法学说无法适应德国当时的政治环境。德国在统一之前经历了长时间的分裂,不计其数的地方集团使得任何协调一致的全民族行动无法进行。以个人权利为先的自由主义只能放任混乱局面,英美这样的法治国家成为国际上的强势国家,只是一种偶然,或者说是可遇不可求的历史机缘,并非德国可以模仿或遵循的先例。<sup>①</sup>相反,“强权国策才能改变德意志一盘散沙的状况和国家的弱势地位”。<sup>[3]102</sup>

更重要的是,同样是自由主义的宪法制度,在英美实施与在德国实施结果可能存在天壤之别。如果说同样允许2/3议会多数修改宪法,那么在美国这种存在无数个多元利益集团的国家形成2/3多数显然难上加难,但在当时的德国可就容易多了,领袖号召一下就可以。可能正因如此,按照施米特的理路,议会多数和公民投票可以决定很多事情,但不能决定废除共和国,因为议会和民主之上还有主权性质的政治决断。公法理论的实践效果不仅在于这种理论的周延程度,而且与一国的历史传统和政治环境息息相关;同样是建基于自由主义理论的宪法,在美国可以经受数百年的考验,在德国却只经历了数年就被废除——这不是单纯的立法技术的问题,长达181条的魏玛宪法可以用事无巨细来形容,而且充分表现了德国人民一贯严谨的作风——问题在于当时的德国并没有英美那样深入骨髓的自由主义传统,极权主义在美国可能会自然消亡但是在当时的德国却能呼风唤雨。<sup>②</sup>公法哲学的自由主义进路在德国注定走不通,其原因在于,自由主义进路的逻辑缺陷恰好无法应对德国的政治现实——同样是不受限制的人民主权,在英美一直没有做出过什么出格的事,但是在当时的德国却会胡来。所以,“施米特攻击自由主义的立场是真的,但这种攻击的出发点不是要恢复君主专政,而是推进真正的人民民主专政。”<sup>[3]222</sup>没有专政,人民民主就一直岌岌可危。

总而言之,自由主义公法哲学无法保护魏玛宪法确定的国民法治国原则,既然行不通,那么自由主义理论无论多么具有可接受性,都必须将其撤掉另谋他途。只是施米特没有考虑到,他所确立的政治决断论同样隐藏着巨大的危险。

施米特的《宪法学说》出版于1928年,距今已有80余年。这些年来,不仅公法哲学有了长足的发展,

① 施米特同样指出:“经过一个长期的、逐渐的发展过程,一项原则慢慢地、在没有公开冲突的情况下排斥了另一项原则,例如英国就是这样。……英国是靠庞大的殖民体系大发横财的固若金汤的岛屿国家,相形之下,欧陆各国的处境就没有这样有利了。”参见卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第61页。

② 当时的德国,“各种政治势力互相倾轧,即便反对共和制度的激进党派也可以通过合法程序在议会中争得代表席位。面对多元政治的格局,施米特敏锐地预感到,如果听任这些离心势力自由发展,最终将导致共和国的崩溃。除非切实加固民族国家的政治领导权,建立一个强权国家,否则,就不可能在‘非常情况’下挽救国家。”参见刘锋:《政治与神学的平行性——施米特的〈罗马天主教与政治形式〉》,载刘小枫选编:《施米特与政治法学》,上海三联书店2002年版,第381-382页。

各国的政治环境也发生了巨大变化,宪法实践也随之进一步积累。但是,不管是自由主义还是国家主义,都尚未(可能也永远无法)完全弥补自己的弱点。我们认为,施米特的公法哲学及其实践所带给我们的更大的启示在于,选择指引一个国家宪法实践的公法哲学时,不仅应当考察这一理论是否逻辑周延,还应考察其是否符合该国的传统习惯和政治氛围,以防止水土不服的情况发生。就像自由主义公法哲学的弱点在英美国家很难爆发出来而在其他国家就可能成为一个严重问题一样,公法哲学的进路一定既要考虑到其逻辑上的问题,又要考虑到其所应对的人文和历史环境,只有首先适合本国的土壤,才能进一步通过具体的制度设计将其弱点降至最低。

#### 参考文献:

- [1]刘小枫. 现代人及其敌人——公法学家施米特引论[M]. 北京:华夏出版社,2005.
- [2]皮罗·克拉玛德雷. 程序与民主[M]. 翟小波,等译. 北京:高等教育出版社,2005.
- [3]卡尔·施米特. 宪法学说[M]. 刘锋,译. 上海:上海人民出版社,2005.
- [4]史蒂芬·霍姆斯. 先定约束与民主的悖论[M]//埃尔斯特,等. 宪政与民主——理性与社会变迁研究. 潘勤,等译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1997:223-278.
- [5]季卫东. 施米特宪法学说的睿智与偏见[J]. 二十一世纪,2006(94):5.
- [6]弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由:第1卷[M]. 邓正来,等译. 北京:中国大百科全书出版社,2000:109.
- [7]朗内·斯莱格斯塔德. 自由立宪主义及其批评者:卡尔·施米特和马克斯·韦伯[M]//埃尔斯特,等. 宪政与民主——理性与社会变迁研究. 潘勤,等译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1997:121.
- [8]刘锋. 政治与神学的平行性——施米特的《罗马天主教与政治形式》[M]//刘小枫. 施米特与政治法学. 上海:上海三联书店,2002.
- [9]列奥·施特劳斯. 《政治的概念》评注[M]//刘小枫. 施米特与政治法学. 上海:上海三联书店,2002:3.

## Two Approaches of Public Law Philosophy ——A Review of Carl Schmitt's Verfassungslehre

LIU Fuyuan

(Law School, Dongbei University of Finance and Economics, Dalian, Liaoning 116025, China)

**Abstract:** Verfassungslehre is one of the most important public law works of Carl Schmitt. In the opinion of Schmitt, the dictatorship in the state of emergency indicates the essence of the state and the substantial constitution is the total resolution of the political unity. The parliamentary democracy determined by the constitutional law can not overcome the political resolution itself. In case of the danger mentioned above, we should prevent the danger from happening by the articles of dictatorship in the constitutional law. On the contrary, the other approach of public law philosophy—the liberal approach—denies the autonomy of the state, asserting that the legitimacy of the state can be achieved only from the personal rights and the state can not encroach on people if it functions ultra vires. Although the two approaches contain logical drawback, they function differently in different countries and different historical environment. We should choose the public law mode that suits the Chinese conditions and remedy some drawbacks during the implementing process. This is a reasonable developmental approach of public law philosophy.

**Key words:** public law philosophy; Carl Schmitt; political resolution; liberalism

(责任编辑:董兴佩)