

## 施米特憲法學說的睿智與偏見

◎ 季衛東

### 一 也許是「政治成熟的」，但絕非自由主義的同路人

在第一次世界大戰結束和柏林革命爆發之際，德國正面臨戰場慘敗、經濟蕭條、政治動蕩、外交枯寂的殘局。於是，民族的整合與崛起，就成為當時舉國上下最強烈的願望。

正是在這樣的背景下，德國有兩位著名思想家，基於深沉的憂患意識和愛國心，先後倡導領袖獨攬大權的必要性。一位是韋伯（Max Weber）。他提出了把人民投票與帝國總統制結合起來的構想，並借助民主黨的推動使之成為魏瑪憲法的核心內容之一<sup>1</sup>。另一位就是施米特（Carl Schmitt）。他特別強調主權者的決斷以及突破法制羈絆的非常舉措，並從政治神學的角度為魏瑪憲法第四十八條所規定的總統強制執行權進行了不遺餘力的辯解<sup>2</sup>。

思想、制度及實踐活動交織在一起的這段歷史故事，在中國知識份子中很容易引起「外爭國權」之類的情感共鳴，也很容易圍繞「內爭民權」等問題引起理論上的誤解——甚至把施米特的專制化政治主張與韋伯所標榜的「政治成熟的」自由主義混為一談<sup>3</sup>。

實際上，韋伯雖然把復興德意志的期待寄託在享有威權的民國總統身上，還因此把那些與國家對峙並能促進自下而上開展權利鬥爭和市民抵抗運動的因素也從法治國家的圖景中剔除了，但是，他卻仍然堅持公民必須作為獨立主體以及個人化社會責任和制度運作的擔綱者而存在的原則，始終維護與市場經濟的競爭相對應的代議制民主的框架。因此在韋伯的思想中，使官僚國家民主化、加強議會的力量、以競選和審議的方式來陶冶和推舉政治領袖等等，就構成國內政治改革的基本任務，即使作為超凡領袖的強人，也還是不能擺脫自由主義遊戲規則及民主決策程序的約束<sup>4</sup>。

施米特則與此截然不同。他把那些至關重要的前提條件都拋到九霄雲外了，只剩下那超越法律程序的主權者決斷、非常狀態下的總統強權，以及對領袖功勳不斷喝彩歡呼的總體性「民意」。在施米特眼裏，個人沒有價值而只有力量、沒有主體的自由而只有為權力目的而犧牲的德性；甚麼法律實證主義、市民社會、自由權、國會與布爾什維克及猶太人等等，都不外乎一丘之貉；應該特別注重的政治課題，只是如何把民主主義從自由主義那裏區分開、拯救出來<sup>5</sup>。自納粹掌權以後，施米特進一步把非常狀態下作為例外而承認的獨裁加以常規化和恆久化，轉換成所謂「具體的秩序思考」，甚至還提出了「不以既存的法治國家概念來限定納粹主義，相反要以納粹主義來限定法治國家」<sup>6</sup>、以「阿道夫·希特勒的德意志法治國家」——具體的秩序和強制性政治意志——來取代那空虛的「法律支配」之類的荒謬命題<sup>7</sup>。

## 二 魏瑪憲法文本的最佳反面教師

眾所周知，區分敵友是施米特政治法學的基本公式。在他的整個政治學說體系中，「誰是我們的敵人」這個問題始終具有極其重要的意義<sup>8</sup>。毋庸置疑的事實是，從1934年起，施米特就公然與自由民主主義為敵了。他認為納粹主義運動的目的，就是要解放整個德意志民族，以免除那些對「敵人所持有的自由民主主義國家理想和憲法理想」趨之若鶩的「精神隸屬和屈從」<sup>9</sup>。德國當代傑出的法哲學家考夫曼（Arthur Kaufmann）已經指出，與同時代的政法界學者相比較，施米特對自由民主主義的攻擊是最凶猛凌厲的<sup>10</sup>。

請問，就這麼一個敵視自由民主主義的法西斯「桂冠法學家」，怎麼可能成為「政治成熟的」自由主義擔綱者？那些被迫流亡海外、或在境內遭受精神放逐的自由主義法學理論家，他們會同意這樣的重新定位嗎？倘若這樣肆無忌憚地混淆敵、我、友之間的實際分野，然後還要為他加上「政治成熟的」讚語和「自由主義的」標籤，豈非是對施米特的卓越學識、洞察力及定見的極大嘲弄？！

當然，有些人可能還會辯稱：撇去希特勒上台後施米特曲意逢迎的複雜的心路歷程不談，就他的前期著述尤其是《憲法學說》（Verfassungslehre）而言，目的還是要為自由民主主義「補天」，並不是對魏瑪憲法來個三下五除二的「拆廟」。在這個意義上，此翁其實算不上自由民主主義的敵人。

但是，得出這種結論的理由何在？我們所知道的事實正如馬施克（Günter Maschke）指出的那樣，在希特勒上台之前，施米特老早就已經向法學的自由主義規範宣戰、對個人主義下達有罪判決了<sup>11</sup>。他還與福斯特霍夫（Ernst Forsthoff）等人對酌唱和，試圖以「整體國家」或者「元首國家」的範式來取代作為市民法治國家某種形態的魏瑪憲法體制<sup>12</sup>。因而考夫曼把施米特也視為「魏瑪共和國的掘墓人」之一，毫不含糊<sup>13</sup>。

儘管如此，我們還是有必要在新的問題狀況中重讀《憲法學說》這本頗具學術價值和政治先見之明的著作。對整個敘述脈絡及其蘊涵進行冷靜的考察和分析，就可以發現自由民主主義思想內在的某些盲點和弱點以及民主法治國家在制度設計上的缺陷，就可以更清楚地辨析魏瑪憲法的第四十八條（總統大權條款）如何吞噬第二十條（國會定位條款）、進而吞噬第一條（人民主權條款）及第一一四條（人身自由條款）和第一一八條（言論自由條款）的歷史覆轍。在這裏，施米特的確可以充當中國政治改革的最佳反面教師。所以，今天我們所進行的批判並不是針對施米特學說的深入研究和介紹，而只是針對施米特學說的曲解、片面宣傳及不適當的頌揚。

## 三 人民決斷的神話：整體同質性和意志表達

施米特反對自由主義的根據是平等以及在相應的同質性基礎上的民主。他認為，存在著一種「作為政治形式原則的民主制與主張自由和人人平等的自由主義思想之間的對立。如果一個民主制國家始終不渝地承認普遍的人類平等，它就會在公共生活和公法的層面上失去其實質」。

何謂民主的實質？答曰：「民主制的核心概念是人民，而不是人。」<sup>14</sup>而維護民主制實質前

提的關鍵在於「人民還能區分敵友」<sup>15</sup>。這麼說，似乎有自由則無平等，所謂民主，也不得不以對私人或者異族的沒商量的專政以及內外有別的平等為實質性代價。

如此奇崛的理論取向，顯然是由其神學式國家觀所決定的<sup>16</sup>。施米特把國家定義為人格化的總體，任何進行決斷的政治意志都必須統一，而絕不等於私人意見的總和<sup>17</sup>。與此相應，上帝面前人人平等的信條在世俗政治中的映像必然是：在獨裁的主權者（無論是具象的君主，還是抽象的人民）面前人人平等，個體應該為總體的權力而犧牲——不得不指出，這是全民皆兵的邏輯，把盧梭（Jean-Jacques Rousseau）式「公意」概念推演到了極端。這也是過激化的軍政英雄主義在常規的文民管理活動中的表現，甚至不禁會讓人聯想到中國先秦時代「兵刑一體」、「編戶齊民」的法律傳統，新鮮感頓時減掉許多。

根據上述國家概念，權力結構必須一元化，意識形態也必須一元化，而多樣性、多中心論必須摒棄<sup>18</sup>。從施米特的觀點來觀察，這種政治上的「統一性和秩序」就是「絕對意義上的憲法」<sup>19</sup>。正如魏瑪憲法序文所說的那樣：「德意志國民團結其種族，一德一心共期改造邦家，……爰制茲憲法。」所以他得出如下結論：「制憲行為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。」<sup>20</sup>因此，也不妨說「一切憲法安排和憲法程序都具有如下意義：國家『被看成是一個人格統一體，代表著一切自由的、自決的個體的意志』。相反，國家法規則將一切個體和行政機關視為國家的部件，要求他們（它們）完全服從（Gehorsam）」<sup>21</sup>。

問題是，作出以上決斷的主體是誰？這樣的決斷是一次性的、不可更改的嗎？

按照民主主義理念，主權在民，決斷的主體只能是人民。但人民究竟怎樣行使制憲權？怎樣根據自己政治意志的變化而重新進行決斷？人民能夠宣稱既有的國家機關不代表自己嗎？人民能夠質疑現行法律秩序的正當性嗎？如果作為人民組成部分的公民個體只能由國家來全盤代表，只能完全服從國家，那麼人民的意志又何從表達？既然分清敵友是政治決斷的本質，假設人民開始視一小撮統治者為公敵了又該怎麼辦？當國家機關開槍鎮壓人民的異議時，被迫忍辱和屈從也算是人民的一種決斷嗎？

在《憲法學說》中，我們找到的答案只有（1）全體人民的「直接的自覺意志」才能為憲法的「根本修改提供根據」<sup>22</sup>；（2）「根本決斷將在憲法律預定的程序和方法之外作出」<sup>23</sup>；（3）「只能靠行動來證明」<sup>24</sup>。再追問一下，到底甚麼叫全民的直接自覺意志？在這裏，施米特顯然已經排除了雙方相互間妥協、協議及投票等選項<sup>25</sup>。那麼，在法律程序之外的決斷，是不是指揭竿而起的造反行動？結論兩個字：非也。這裏的謎底其實很簡單，所謂人民的直接的自覺意志，所謂超越程序的決斷，只不過「聚在一起的人群以口頭——即喝彩——方式表示贊成或不贊成」<sup>26</sup>，就像中國農村宗祠裏的「堂上一呼、階下百諾」。

根據施米特的觀點，在近代大國裏，純樸自然的喝彩形式發生了變化，表現為「民意」。但是，這種民意不是通過自由的言論和論證性審議來表達，而只能作出「行」或「不行」的簡單選擇。即使這樣二者擇一的民意，他認為「在和平時期，這類表示十分罕見，也沒有必要。在這種情況下，人民沒有明確表達其特殊意志，這恰恰表明人民依然同意現行憲法」<sup>27</sup>。

雖然施米特的修辭技巧極高明，但這層關於民意表達的解釋還是太乾癟、太勉強，遠不如一

幅在中國民間廣為流傳的對聯更能揭示統治者左右民意的關係：上聯是「說你行你就行不行也行」，下聯是「說你不行你就不行行也不行」，中間一橫批，曰「不服不行」。以民意之名義作出「主權者決斷」，如此而已，豈有他哉。

#### 四 從「最大限度的代表」到「沒有人民的國家」

其實施米特對國家機關與人民之間的關係的認識，倒並沒有停留在喝彩這樣皮相的層面上。此外他還一針見血地指出<sup>28</sup>：

最大限度的代表意味著最大限度的統治；在它起作用時，只要人民有最低限度的同質性就足夠了，就可以從一些民族上、宗教信仰上或階級認同上完全不同的人群中創造出一個政治統一體。這種狀態的危險是，政治統一體的主體，即人民遭到了忽視，於是，國家——它不過是處於政治統一狀態的人民——也就失去了它的內容。這樣的國家是沒有人民的國家。

如果政府代表一切，那麼人民的國家就會蛻變成沒有人民的國家。這個命題是何等精闢啊！為甚麼這樣危險的狀態會持續下去，不被扭轉？施米特不動聲色地告訴我們：「大多數國民一般都傾向於將政治決斷權交給另外一些人，對提交給自己的問題總是隨隨便便地作出回答，以至於答案含有極少的決斷成分。因此，大多數國民都會輕易地同意既成事實。」<sup>29</sup>可想而知，當「人」不是作為自由的市民，而是作為服從的國民被最大限度代表、被完全納入「國」的方框之內，結果只能得到一個「囚」字。

能洞燭全能主義有國無民的幽玄，證明施米特獨具慧眼。能在著作中公開指摘陳述，證明施米特仍然不乏學者的誠實。既然是這樣，那麼按照邏輯來推理，就應該老老實實地承認：自由民主主義開出的處方是對症下藥的。因為只有強調個人的主體性、知情權及言論自由並向群眾提供可資判斷的充分信息，才能增強公民參與政治決策的積極性和能力，才能壓縮被代表的空間；只有完備各種法律程序，才能有效地對民意代表進行監督或任免，並通過制度化渠道及時把政治意志的變化以決斷的方式表達出來。

但是，施米特的政治判斷及行為，卻與這樣嚴格演繹的結論相反。他堅持要讓納粹黨及希特勒個人來代表德意志民族總體，迫使國民默默地接受獨裁的既成事實，從而識時務地直接參與了對魏瑪憲法體制的改造：把一個人民的國家轉變成一個沒有人民的國家。顯然，他的確是「政治成熟的」，但絕非自由主義。這就再一次提醒人們：偏見比無知更可怕。

不錯，施米特還在侈談「民意」。但他說的那種民意，是無法通過公民投票的方式來表達的，因為他認為一個選區的投票結果不能反映整個國家所有其他公民的意願<sup>30</sup>；單獨秘密投票只「說明國家和公共領域已經徹底私人化了」，「千百萬私人的意見不管多麼協調一致，也不能產生出民意，其結果只能是私人意見的總和」<sup>31</sup>。在施米特眼裏，所謂民意，只是「真正意義上的民眾集會和喝彩」<sup>32</sup>，只是「人民意志的直接爆發和表達」<sup>33</sup>。但這樣界定的民意，歸根結底屬於某日某地的傾向性輿論，或者某種在面對面情感溝通和共鳴基礎上達成的意見協調。

不得不指出的是，以集會上喝彩方式而存在的民意，雖然帶有公共色彩，但也還是只能表達局部性意志，其涵蓋的範圍往往比選區更狹窄、更短暫，因而也就更不足以表達全體人民的

意志。何況廣場歡呼之類反映的無非是群眾情緒，有時可以召之即來、揮之即去，既像流動的風，也像傳染的高燒病。實際上，一個負責任的國家不可能、也不應該在那樣「神秘的」、「不易把握、不易組織」、「一切皆亦真亦假」的民意中隨波逐流，甚至據此進行事關重大的政治決斷，尤其是關於憲法的基本決斷，以及涉及歷史轉折、不得不前思後想、深謀遠慮的一次性決斷。對這樣的政治常識，聰明一世的施米特當然不至於糊塗一時。

## 五 多元化、分權及法律程序的意義

正如中國有威權的政治強人及黨內理論家多把法治、權力制衡及程序看成繁瑣哲學和無用廢物一樣<sup>34</sup>，施米特也對分權和程序嗤之以鼻。在《憲法學說》一書裏，所有的制憲權行為都被視為主權者的命令，制憲權本身被理解為統一的、不可分割的，超越於三權分立原則之上<sup>35</sup>。施米特斷言，在行使制憲權時不可能遵循程序規定，人民的意志只能靠行動來證明，應該被容許在一切規定手續和程序之外獲得表達<sup>36</sup>；尤其是「人民的制憲意志不受任何特定程序的拘束」<sup>37</sup>。

這些命題雖然倒也言之成理，持之有據，但關鍵的問題在於：人民的意志究竟由誰代表、怎樣表達？能否以制憲權行為的名義任意改變憲法？施米特認為，對全體人民意志的「代表不是甚麼規範程序，它不是一種程序或手續，而是一種存在性的東西。代表意味著通過公開現身的存在使一種不可見的存在變得可見，讓人重新想起它」<sup>38</sup>。如果這樣的主張可以成立，那豈不是任何既存的統治者都可以自稱人民代表而逃脫人民對其代表資格及代表行為正當性的追問？

人民既無法按照程序規則選擇、任命和罷免自己的代表，也無法通過適當的分權化程序安排來制衡自己的代表，這樣的國家的確就要因為最大限度代表而變成「沒有人民的國家」。反過來，在這裏，在特定的涵意上，我們也就會發現一個不言而喻的真理：反程序的結果必然是反人民，國家的民主政治一定需要程序來保障。

施米特不主張把人民定義為「按規定程序參加選舉或表決的國民」<sup>39</sup>，因為這樣勢必導致間接民主和分權化。在他看來，「現代民主實踐借助於分權原則將民主制原則相對化了，使之變成了立法的組織手段」<sup>40</sup>；何況單獨秘密投票和用統計學方法確定多數的程序未必能進行真正的政治決斷——「一般說來，在人民中間，只有少數積極的、關注政治的人才是民意的載體，絕大多數擁有投票權的國民未必對政治感興趣。如果讓那些沒有政治意志的人（與另外一些有政治意志的人相對）作出決斷，這根本就不是甚麼民主，而是一項古怪的政治原則」<sup>41</sup>。

但是，這裏更令人感到古怪的倒是施米特始終沒有明確告訴我們，那些少數有政治意志的人是誰？由誰來認定？究竟憑甚麼這些少數人就能不受程序的制約而代表全體人民進行決斷、下達命令？

他承認分權制衡的制度設計的確是最適合市民法治國的理念，但卻擔心它的唯一而特有的缺陷，即「它想迴避政治形式原則最終的、不可避免的政治決斷和後果」<sup>42</sup>。也就是說，權力之間相互制約的結果會導致國家統一性、同質性的分崩離析，使政治專制主義喪失存續的基礎。原來如此。施米特反對分權制衡的理由是維護全體人民的公意，而目的則是為政治權力

的專制以及開動戰爭機器掃清制度上的障礙。這樣直言不諱地剖露心跡，的確有魄力，也顯得很深刻，甚至不乏可愛之處。

施米特對分權制衡機制及法律程序的輕視甚至否定是有前提條件的，即國家的同質性、全體整合及價值體系的一元化。因此，他堅決反對自由主義，不容許思想和信仰的多樣性，不容許個人作為主體而存在。但稍微思考一下就知道，同質性的條件設定，如果是可能的也就不必要了，如果是必要的也就不可能了。正如對自家人要說的倒是「親兄弟、明算賬」，對天下的陌生人才須要強調「四海之內皆兄弟」及「和而不同」。鼓吹價值一元化的原因恰恰是價值多元化的現實，人各有其志、各有所愛，某種世界觀其實根本不能用其他世界觀來評判或正當化。特別是進入二十世紀之後，社會日益複雜多變，差異性、局部自立及價值取向的多元化愈來愈顯著，以某種超越性的、普遍性的實質價值為核心形成國家整體共識的構想逐步變為像天方夜譚那樣的故事。

## 六 直面制度性妥協的真決斷

鑑於多元化社會的價值觀衝突，自由主義的對策是通過法律程序的中立性設計來擺脫在實質正義問題上無法達成宗教的、哲學的、道德的共識的僵局，在公共領域通過民主程序達成具體的共識並作出決定，在私人事務及精神的層面則通過法治程序保障思想信仰的自由、促進對話和協商以在不同價值之間達成諒解和相互寬容。在這個意義上，現代憲法不得不以法律程序及相應的形式要件為基礎，國家也不得不對各種涵義體系之間妥協及和平共處的制度安排進行政治決斷。從實質價值的視角來看，現代憲法既然包容通過程序和討論而作出的妥協，勢必呈現出多層多樣的構成，是一種非常複雜的、動態的抽象建築物<sup>43</sup>。

但是，施米特反對這樣的憲法觀。

在施米特看來，「如果統一性不是從作為先決條件的統一意志中產生出來的，就不會有一種純粹規範性的完整憲法系統」<sup>44</sup>。這等於說，全國只能被迫強行用一個腦袋思考、用一個嘴巴說話；否則，全國就只能在互相之間沒有可比性和無從溝通的不同語境的割據中碎片化、爭執不下，進而失去整合的前景。他還認為，不同價值和政治訴求之間的妥協會使憲法喪失實質意義，淪於權宜之計；憲法屬於人民對存在的總體決斷，而妥協意味著迴避決斷<sup>45</sup>。為此他斷言，「在真正的宗教信念的極端對立面之間，同樣在真正的階級對立面之間，妥協一般都是不大可能的，至少是非常困難的」<sup>46</sup>。建立在分權制衡基礎上的法治國理念的根本缺陷也是試圖迴避「最終的、不可避免的政治決斷和後果」<sup>47</sup>。

在這裏，施米特只注意到決斷與妥協的對立，只從政治統一體的涵義上理解整合，這就犯了以偏概全的錯誤。我認為，法治國理念的根本優勢在於通過分權制衡機制有效地保障決斷的正當性，並在動態中實現和加強了國家的整合性。實際上，真正合理的決定既需要尊重原則和規範的普遍性，因而必須堅持形式正義，也須要臨機應變、考慮情境條件，因而必須容許進行裁量、妥協及決斷。但後者往往導致對前者的否定，難免存在對抗的緊張。為了在兩者之間緩和緊張、保持適當的平衡，需要溝通調整的過程。在這個意義上，法律程序正是基於理性和反思而實現矛盾的動態平衡化及整合化的一種中介裝置。

為了達到動態平衡的目的，同時又要避免任意性干擾，當然也需要某種原則之外的實質性判斷和臨機應變的正義標準。一般說來，實質正義應該包括匡正和交換這兩個方面，既反映原

則的嚴格性，又容許變通協調，既有權威判斷，又承認個人之間的互惠性和契約關係，必然會在程序進行中發揮重要作用。為此，程序設計要考慮實踐理性或機會理性，要為實質正義留有調整的餘地。

實際上，程序如果過於強調形式性，就無法在不同的價值和訴求的拉扯之中達成適當的動態平衡。但是，根據實質正義進行裁量、根據機會理性進行調整，又必須在滿足程序要件的前提條件下進行，也要符合形式正義的要求，這意味著實質正義和機會理性等都得受到制度性框架的制約，並不能滑向主權者的決斷主義。特別是在就實質正義方面的問題無法達成一致時，有關決定只要符合程序要件就被認為是妥當的。正是在這樣的意義上，程序的正統化作用才凸顯出來。形式性決定因斟酌變通而獲得適當性，實質性決定因正當過程原則而獲得適當性，所有符合程序正義原則的決定都因為動態平衡的基礎而獲得適當性，因而可以具有內在化的約束力<sup>48</sup>。

雖然程序系統及其結果不同於純粹的「主權者的命令」，但這並不意味著不能通過程序作出決斷、行使強制權。雖然程序具有推遲某種不成熟的決斷的效用，但這也並不意味著程序只有迴避決斷的本事。強調程序正義的目的，決非逼迫人們在制度化渠道之外以非正式的、甚至暴力的方式進行決斷，恰恰相反，是要因勢利導，把所有的決斷都納入法治的軌道，以避免失序。

根據經驗我們可以體會到，作為人的本性，往往愈是確信某種價值屬於真理，就愈容易產生推廣這種價值，使更多的他者也咸與遵奉的衝動。因此，九九歸一的普遍性實質正義觀，以及相應的價值一元化，勢必導致社會衝突。在借助總統大權和國家暴力而傳播某種特定信仰的過程中，更有可能引起流血事件乃至戰爭。程序正義則是通過求同存異的辦法來防止實質性價值爭論的激化、維護多元化格局的最基本的制度框架。也就是說，正當的法律程序可以限制某種價值觀——既包括少數人的偏執，也包括大多數人的思想共識及傳統觀念——對公共性話語空間的壟斷和支配，以防止某一種信仰壓倒甚至抹殺另一種信仰這樣的精神暴力導致整個世界單調化的傾向。

不妨這麼說：以價值觀的多元化為前提的程序設計，從各種特定的價值自身的角度來看都有可能在不同程度上構成強制，因為它阻止某一種價值的伸張達到「獨尊」或「普世」的地步。實際上，這樣的以排除強制為目的的強制本身就構成很重要的實質價值，與無原則的妥協根本不可同日而語。在上述意義上，憲政也好，分權制衡也好，程序正義也好，都屬於契約的非契約性基礎的範疇，具有外在的拘束效果，甚至可以說難免違悖普通人的本性、激情及共同體習俗之嫌，是根據和平共處的理性對群體性自由選擇的範圍進行必要而適當的壓縮。

因此，導入這樣的制度設計本身就算得上最根本的政治決斷，是重視民意和正當化問題的國家無從迴避的一項真決斷，也是一項真妥協——制度性妥協。目前中國所面臨的關於政治改革的決斷，正屬於此類妥協性決斷。

## 註釋

- 1 上山安敏在《韋伯及其社會》（京都：密涅瓦書房，1996）第5章〈指導者民主主義〉中對整個過程進行了詳實的敘述。

- 2 Cf. Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy* (Cardiff: University of Wales Press, 1998), chap. 5, "Sovereignty and Constituent Power" and chap. 6, "The Constitution of Political Liberalism", especially pp. 111–13, 163.
- 3 劉小楓編：《施米特與政治法學》（上海：上海三聯書店，2002年），前言頁30。
- 4 參閱韋伯（Max Weber）著，錢永祥等譯：《韋伯作品集 I：學術與政治》（桂林：廣西師範大學出版社，2004），特別是正文部第2章及附錄第3章。
- 5 例如，施米特在論文〈市民的法治國家〉（1928）和〈法治國家〉（1935）中展開的闡述。載古賀敬太、佐野誠合編：《卡爾·施米特時事論文集——魏瑪、納粹時期的憲法和政治的論議》（東京：風行社，2000），頁147–57、180–97。
- 6 施米特：〈法治國家〉（1934），載《卡爾·施米特時事論文集》，頁169。關於例外和決斷的思想演變過程，參閱George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt Between 1921 and 1936*, 2nd ed. (New York: Greenwood Press, 1989).
- 7 施米特：〈納粹主義與法治國家〉，頁194。參閱佛爾卡·諾伊曼：〈從決斷思考到秩序思考——納粹主義的挑戰中的卡爾·施米特的法理論和國家論〉，載Hubert Rottleuthner編，納粹法理論研究會譯：《法、法哲學與納粹主義》（東京：書房，1987），頁227–42，特別是頁232–37。
- 8 詳見施米特（Carl Schmitt）著，劉宗坤等譯：《政治的概念》（上海：上海人民出版社，2004），頁87–183，特別是頁106–108。
- 9 施米特：〈納粹主義與法治國家〉，頁178。
- 10 Arthur Kaufmann：〈法哲學與納粹主義〉，載《法、法哲學與納粹主義》，頁16。
- 11 轉自Arthur Kaufmann：〈法哲學與納粹主義〉，頁11。
- 12 同註11，頁17。
- 13 同註10，頁6。另外，他還認為施米特等反對主體權利，是自由主義和個人主義（也包括和平主義和社會主義）的死敵。參閱考夫曼（Arthur Kaufmann）、哈斯默爾（Winfried Hassemmer）編著，鄭永流譯：《當代法哲學和法律理論導論》（北京：法律出版社，2002），頁117–19。
- 14 施米特（Carl Schmitt）著，劉鋒譯：《憲法學說》（上海：上海人民出版社，2005），頁250–51。
- 15 同註14，頁264。
- 16 同註8，頁25很典型地表明了這一點。在有關論述中，國家作為「解圍之神」而無所不在、全知全能。
- 17 同註8，頁209–21展開的主張就是很好的實例。
- 18 同註8，頁117–24闡述的主題正是「國家是政治的統一體，因多元論而出問題」。
- 19 同註14，頁5。
- 20 同註14，頁26。
- 21 同註14，頁8–9。
- 22 同註14，頁31。
- 23 同註14，頁40。
- 24 同註14，頁92。
- 25 同註14，頁33–40、44–45、68以下、256以下。
- 26 同註14，頁92。

- 27 同註14，頁93。
- 28 同註14，頁230-31。
- 29 同註14，頁96。
- 30 同註14，頁257。
- 31 同註14，頁263。
- 32 同註14，頁262。
- 33 同註14，頁300。
- 34 參閱吳國光：《趙紫陽與政治改革》（香港：太平洋世紀研究所，1997），頁29-30、376-78所披露的圍繞程序和權限規則的國家機關高層爭議。
- 35 同註14，頁86。
- 36 同註14，頁91-92。
- 37 同註14，頁101。
- 38 同註14，頁224。
- 39 同註14，頁298。
- 40 同註14，頁299。
- 41 同註14，頁300-301。
- 42 同註14，頁329。
- 43 參閱季衛東：〈憲法的妥協性——對聯邦主義及社會整合的看法〉，《當代中國研究》，1996年第4期（總第55期），收在筆者論文集《憲政新論——全球化時代的法與社會變遷》（增訂本）（北京：北京大學出版社，2005），頁270-84。順便指出，中國現階段的聯邦主義學說的最大缺陷是混淆了社會契約與憲法協議這兩個基本概念。從政治改革的角度來看，中國的聯邦主義者要求的其實是把人民作為制憲權主體的社會契約，但他們鼓吹的卻只是關於治理的憲法協議。在這方面，施米特的意見（見《憲法學說》，頁68以下）很值得傾聽和採納。
- 44 同註14，頁13。
- 45 同註14，頁23、29、33。
- 46 同註14，頁34。
- 47 同註14，頁329。
- 48 季衛東：〈法律程序的形式性與實質性——以對程序理論的批判和批判理論的程序化為線索〉，《北京大學學報》（哲學社會科學版），2006年第1期，頁109-31。

季衛東 日本神戶大學法學院教授

---

《二十一世紀》(<http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c>) 《二十一世紀》2006年4月號總第九十四期

© 香港中文大學

本文版權為香港中文大學所有，如欲轉載、翻譯或收輯本刊文字或圖片，必須先獲本刊書面許可。