

## 當合法性遭遇正當性

——以施米特憲法思想中的對抗理論為背景

◎ 鄭春燕

有可能，一個哲學家同政治權威達成妥協是有罪過的，即使是以表面上微不足道的方  
式；他自己也許意識到了這一點。但是，他沒有意識到這一種可能性，即他同政治權威  
達成妥協正是基於他自己學說的……最深刻的缺陷之中。因此，如果一個哲學家「遵  
從」（權威），那麼他的門徒們就不得不以內在的和本質的方式來解釋他本人只要從表  
面上就可以意識到的東西。

——卡爾·馬克思：《黑格爾法哲學批判》

### 一 引言

「山不在高，有仙則名。水不在深，有龍則靈。」在德國西部小鎮普勒滕貝格  
（Plettenberg）生活的人們，也許做夢也沒想到，他們那名不經傳的故鄉會因為一個人而改  
變她默默無聞的命運。

1888年，「德國學界在憲法和公法領域最重要的人」（阿倫特語）——卡爾·施米特（Carl  
Schmitt）出生在這個新教小鎮一個信仰天主教的普通家庭。當時德國正在推行由鐵血宰相俾  
斯麥倡導的遏制天主教同國家保持獨立運動的「文化革命」。周遭的宗教政策和家庭「異  
類」的宗教信仰，使幼年的施米特一直在「文化邊緣」徘徊，也使他今後的學說打上了看似  
矛盾的烙印：一邊是維護現有秩序的不懈努力，一邊是超越於法律和道德之上的毫無根據的  
決斷。也許正是基於這樣的雙面性，當我們今天越過意識形態的樊籬重新審視施米特的學術  
思想時，新左派和新右派的理論家都能從中吸收到養分，尋找到支持自己觀點的論據。<sup>1</sup>

施米特的一生著述頗豐，寫作生涯長達60餘年，涉及政治學、神學、法理學、公法學、思想  
史等諸多領域，形成嚴密的學說體系。代表性著作包括《政治的浪漫派》（1919）、《政治  
的神學》（1922）、《當代議會制的思想史狀況》（1923）、《政治的概念》（1927, 1932,  
1933）<sup>2</sup>，開啟了浪漫主義政治哲學研究之先河，其中的「主權決斷論」、「政治就是區分敵  
友」等著名論斷，對思考現代性和後現代性問題的學者均有所助益。施米特深邃的思想在憲  
法領域亦撞擊出了火花，「其憲政理論標誌著憲法紛爭歷史上政治學研究視角的開始」<sup>3</sup>。

《憲法學說》（1928）、《憲法的守護者》（1931）、《合法性與正當性》（1932）、《憲  
法法文集：1924-1954》（1958）等著作成為憲法學史上公認的重要文獻，有關國家和個人關

係的論斷也引發了憲法學界最持久的爭議。有人稱施米特為「反自由主義分子」，納粹的「桂冠法學家」，也有人將他的學說貼上「自由主義價值與權威的法治民主論完美結合」的標籤。事實上，對於身處一戰後動盪社會環境的施米特而言，強有力的國家才是其學說的出發點和落腳點。因此，施米特政治法學中看似互相矛盾的兩個要素：「決斷論」和「秩序哲學」，其實是相互關聯的。這種關聯在於，「決斷論」為國家的統治合法性提供了威權基礎，而「秩序哲學」保證了國家統治的穩定性，這種穩定性基於等級森嚴的秩序之上。前者才是根本，後者只是前者所體現出來的功能。但是，強國家的建構並不意味著對公民自由價值的徹底否定，在施米特眼中，國家主權的運作應區分為「通常狀態」和「例外狀態」兩個不同的運作層面：「通常狀態」下國家主權應受到法律的規制，只有在「例外」情況下，隱藏的國家主權實體（正當性）才顯現出來，並超越於法律（合法性）之上<sup>4</sup>：

施米特對魏瑪自由主義憲政的批判因此只是策略性的，他同樣討厭社會民主論和社會主義。施米特的國家和憲政理論的基石是：強國家和自由經濟或強國家中的自由經濟，其保守主義思想具有傳統形而上學的實質論精神氣質，是強調絕對正當性和相對化的合法性。

那麼，施米特的實質正當性對抗形式合法性的立場，究竟是如何建立起來的呢？

## 二 對抗論簡介——施米特視野中的正當性與合法性

合法性問題是人類進入政治社會以來的一個基本命題。幾乎所有的政治學家、社會學家或法學家，在建構國家和個人關係的學說體系時，都不可避免地陷入合法性的巢臼。現代法治國家就是合法性問題研究的產物。在施米特的理論中，合法性亦扮演著重要的角色，架設起溝通憲政思想與政治學說的橋樑。

對施米特而言，一個統一的維護社會安定的秩序從來都是必要的，因此「行為合乎法則」即合法性問題從未離開施米特的視野。1916年，在他據以獲得斯特拉斯堡大學教授資格的《國家的價值與個體的意義》一書中，施米特就充分闡述了他對現代法治國家的理解<sup>5</sup>：

一反權力理論，法律只能從最高權力出發這條原理現在顛倒了過來，這就意味著所謂最高權力，只能是法律所給出的東西。法律並不寓於國家之內，相反，國家在於法律之中。所謂法律的優先性也就在於此。

對施米特憲政思想中缺乏法治國家必需的權力制約因素的指責，因此是不全面的，以施米特政治法學主張與法西斯主義的歷史機緣性聯結全盤來否定其整個學說體系，亦有失偏頗。合法性下秩序的建構從來沒成為施米特視覺上的盲點，法律規範的整合作用也從未被施米特否決。

然而，施米特並沒有將「國家與個人」的關係停留在合法性層面，他在《國家的價值與個體的意義》一書中闡發的「國家與個人」關係理論是有其前提的<sup>6</sup>：

在法哲學層面上，法律的優先性概念與強大的國家概念之間，並不象自由主義所理解的那樣，是一對水火不容的矛盾關係，相反，它們之間不但能夠包容，而且必須包容；換言之，任何一個強大的國家都必須是法治國家，反過來，一切法治國家也都必須從整體上保持政治上的強勢。

在施米特眼中，通過制定法律規範建立的僅僅是形式合法性，是飄浮於表層的東西，真正強而有力的、穩定的社會秩序的形成必須倚賴於實質正當性的追問。實質正當性才是形式合法性的根基，離開對實質性問題的探索，形式合法性下的社會秩序就尤如水中浮萍，隨波逐流。現代正當性的探索，是基於傳統基督教歐洲的政治正當性已經無可挽回地衰落的現實，因此它不再徘徊於神義論的正當性解釋，而必須在浪漫主義之後以歷史社會學的視角發展出價值中立的人義論正當性觀念。相對於神義正當性的「天上」色彩，人義論正當性可謂是一種「地上的倫理」。它不再是一種神學，世界宗教的經濟倫理研究的意圖，實際上與正當性——合法性的界限劃分是重合的<sup>7</sup>。

對人義正當性如何定位的問題，施米特思考的結果是，在國家概念上應該存在著一種「國家倫理」或者說「國家價值理念」，它是一個國家或民族的歷史沉澱，顯示著獨特的文化氣質，國與國之間的倫理不同，從而使政治上敵友的判斷成為可能。自由主義的普遍化理性設計，由於忽視了制度深層的文化因素，在遭遇國家倫理時自然不堪一擊。只有帶著國家意志痕跡的合法性概念，才能真正實現維護既定社會秩序的目標。這種在凱爾森看來是現代版的傳統自然法理論，強調「國家倫理的首級性」，主張「國家權力的正當性來自於保有民族的傳統價值及其統一體」<sup>8</sup>。當然，為了保存自身、迎合當局的口味，「何為正當」不得不與時變遷，適時修正（「投機分子」、「機會主義者」標籤也正是由此而來）。根據Hasso Hofmann的分析，施米特的正當性理論經過了「由最初主張『理性的』正當性理論，轉向抨擊魏瑪自由主義憲政，主張『政治實存主義』的正當性理論，納粹時期轉而主張『種族的』正當性理論，戰後則提出『歷史的』正當性理論」的變化歷程。但是無論正當性的內容怎樣轉變，施米特以某種實質正當性對抗形式合法性，卻是其一貫的立場。

為施米特招致諸多批判的正是其關於「何為正當性」的論述，以及在正當性與合法性——強大的國家概念與法律的優先性概念——發生衝突時的選擇結論。洞察施米特的憲政思想，必須關注合法性與正當性兩個層面。只看合法性不見正當性，勢必縮短施米特憲政理論的深度。同樣，以正當性障目，否定其注重合法性的一面，也只能造成對施米特的誤讀。當然，施米特憲政思想中並沒有徹底否定自由主義的價值，他要批判的僅僅是相信法治的合法性足矣的幼稚的自由主義；施米特的「合法性」定義也並非缺失了公正話語，正當性的追求就是其挽回二十世紀技術統治下文化蝕空的努力。把握施米特的憲政思想，不能脫離他在政治法學上設置的前提；正確理解施米特「正當性對抗合法性」的命題，必須進入施米特整個學說體系的射程之中。

### 三 對抗論解讀——對抗理論在施米特學說體系中的地位

施米特不僅是一位傑出的憲法與公法學家，更是一位現實的政治批判家和政治哲學家。為他贏得「最具學識且最富洞見力」（哈耶克語）稱號的，除了他的國家和個人關係理論，更主要的還是他在政治法學上的精闢見解。「正當性對抗合法性」，不是游離於施米特學說體系之外的論斷，而是他政治法學上一系列觀點在憲政層面的必然歸宿。把握施米特在政治法學上的建術，對正確解讀對抗論無疑是有幫助的。

施米特的政治法學的根本目標，是在政權統治的超驗價值或秩序失效之後探究並重建國家合法性的基礎。二十世紀30年代開始，世界處於動盪不安的狀態。資本主義社會初期自由放任式管理模式遭到懷疑，「舊的否認資本主義存在危機的傳統理論開始失效，資本主義制度處

於風雨飄搖之中」<sup>9</sup>。由於失去了超驗根基，知識份子必須重新為國家這一實體尋找到正當性的淵源。而在這一時期，處於戰敗國地位的德國除了承受可怕的變化無常的經濟打擊外，更遭遇了諸多多元統治的苦難：半軍事主義、集團仇恨、群眾黨派危險的意識形態極端化。有感於魏瑪共和國後期政府的軟弱，施米特放棄了凱恩斯以「有效需求」為中心適度加強國家干預的方式，試圖建立強大的決策力量。他反覆重申：「十九世紀憲法的自由權利，已被盟國利用來將德國人民中存在的宗教和階級差異提升為基本法則。」<sup>10</sup>作為一名政治法學家，施米特深感其肩上的重任，並以解放德國人的精神，使之斷絕與外國強加的、邪惡的資產階級憲政的聯繫為使命。施米特著名的政治學上的論斷——政治就是區分敵我，由此應運而生。它喚醒了曾風行於十六七世紀歐洲關於獨裁政論的基本理論，強調國家權力的有益性，提出只有強有力的國家才能賦予一個社會以內在的和平。

「政治就是區分敵友」的論斷根源於霍布斯（Thomas Hobbes）對人的自然狀態的判斷：「就自然狀態而言，所有人都有為害人的意願，但它們並不是出於同樣的理由或該受同樣的責任。」<sup>11</sup>因此，自然狀態中的人，不是一個不生是非的存在，相反這種個體總是危險的淵源。在這樣的人性狀態下，除了進行殘酷的鬥爭外，無法通過其他途徑產生自由生存的空間。而政治本身亦是這樣一種鬥爭，只要人的鬥爭的自然狀態不會停止，政治的存在就是一種必然，每個事物都是潛在的政治因素，並因此受到政治決斷的影響。「政治活動必須具有高於法律的至上性」<sup>12</sup>，尤其是在現代民主國家，所謂的民主就是「政府與其被統治者，法律與大眾意志之間的一種同一性邏輯」<sup>13</sup>。在拋開了亞里斯多德經典民主定義中「多數人統治」的精髓後，施米特終於為政治以高於法律的姿態出現找到了託詞：政治的本質在於區分敵友，因此也只有政治可以排除異己，達到實現強國家自由經濟的目標。也是在這個意義上，施米特對於自由主義的理性膨脹和在政治本質問題上的自欺予以毫不手軟地批判<sup>14</sup>，指出中立化的技術無法取消政治是人類秩序的實質，必須考慮政治學上的種差，注意同「他們」對立的「我們」的創造。在創造的過程中，國家倫理就佔據了重要的位置：在一個國家內部，其公民之間完全有可能發生爭議，但這些小的磨擦並不影響一國統一國家倫理形成，而對敵友的判斷正是基於國家倫理的考量，國家倫理是決斷快速作出的重要保障。鑑於國家倫理在政治決斷中的作用，必須賦予其高於法律的地位。

為進一步證明政治是人類無法跨越的隘口，從而說明國家倫理相對於法律秩序的根基性，施米特在海德格爾的存在主義理論中挖掘到了他所想要的資源。雖然海德格爾從未蓄意發展一種政治哲學，就像他不想表述一種倫理學或美學一樣，但他的「政治本質上就是為了提出存在的追問而使世界變得安全」<sup>15</sup>的命題，卻為施米特的政治法學提供了前提和可能。當然，為了更好地構築自己的理論，施米特對海德格爾的存在主義作了一定程度的修正：對海德格爾而言，存在主義更多的是指個人存在主義，立足於個體實存；而在施米特眼中，則是一種國家存在主義，關注的是國家的存在。他在《政治的神學》一書中明確闡明以國家為基點的存在主義立場：國家的實存無疑證明了它對有效的法律原則的優越性。相對於個人存在主義強調個人存在的偶然性、無根性以及非理性的荒誕特徵，國家也要面對並處理各種各樣的偶發事件。在法治國家內部，憲法只是「社會秩序和社會本身存在的表現。一旦國家遭到攻擊，則必須從憲法和法律之外來發動戰爭，所以戰爭仍然由武器的力量來決定」<sup>16</sup>。這就是施米特政治法學中的核心概念「例外」的來源。「例外比規則更有意思。規則不能證明甚麼，但例外卻能說明一切：例外不僅肯定了規則，而且肯定它的存在，因為規則來自於例外。」<sup>17</sup>因此，施米特反對將法律秩序作為一個封閉的體系來對待，「例外」的存在使得規

則的機械假定無法窮盡給定情況的特殊性。

「戰爭式政治觀」（薩托利語）和「例外狀態」為施米特的「正當性對抗合法性」理論埋下了伏筆：不論是在對國家存在構成威脅的極端狀態，還是在對敵友做出判斷的關鍵時刻，理性主義預設的規則都無法滿足決策及時性的要求。正所謂「非常時期需要非常手段」，在國家或地區進入「戰爭狀況」、「圍城狀況」以及「非常時期」時，現行憲法對於規範緊急情況的困難問題，自然也不能視若無睹<sup>18</sup>。固守和平時期法律規範按部就班的程式，只會延誤決策的做出，坐失有利時機。自由憲政主義思想的不切實際至此暴露無疑：過分注重經驗邏輯下理性主義的普適性，從而必然在實定制度的偶在性上產生盲點。也正是因為這一因素，施米特拒絕了與自由主義的簡單連接，作為對政治決斷論的答覆，他選擇了獨裁式的君主政治。至此，我們可以清楚地看到，所謂「政治的神學」只是一種「隱喻的神學」，世俗化的君主通過決斷獲得了「主權的準神性」地位，從而贏得了與正當性的聯繫。具有不特定性的「例外」狀態，否定了合法性下理性主義的發言權，賦予了正當性以凌駕於合法性之上的價值，為施米特憲政層面的「正當性對抗合法性」理論鋪上了厚厚的奠基石。

#### 四 對抗論反思——施米特對抗理論的突破與瓶頸

雖然對統治合法性的維護歷史可以追溯到國家產生之初，但合法性作為一個概念術語，成為憲政理論的基本範疇，卻是始於近代。韋伯（Max Weber）是第一個對合法性問題進行系統研究的學者，其關於合法性的精典論斷亦成為施米特正當性對抗合法性理論的起點和台階。

韋伯認為，世界上的統治類型莫過於三種：傳統型統治、魅力型統治和合理型統治。但是，不論是哪種形式的統治，統治者的命令能否被服從的命運，都取決於是否建立並培養了被統治者對統治的普遍信仰。只有被人們認為是具有某種正當性理由的命令，才會獲得被統治者的追隨，從而具有合法性<sup>19</sup>：

一切經驗表明，沒有任何一種統治自願地滿足於僅僅以物質的動機或者僅僅以情緒的動機，或者僅僅以價值合乎理性的動機，作為其繼續存在的機會。勿寧說，任何統治都企圖喚起並維持對它的「合法性」的信仰。

因此，在韋伯看來，所謂的正當性與合法性一樣，其基礎都是「一種對規範的規則模式『合乎法律』以及根據這些規則有權發布命令的那些人的權利的確信」<sup>20</sup>，是指對一種現存統治秩序的信仰，以及由這種信仰指導下的對命令的自覺服從。因此，韋伯強烈主張人民直選產生的政治領袖實行總統專政，以克制官僚化議會政治的弊端，達到「政治成熟」狀態所要求的把握「本民族長遠的經濟和政治權力的利益」，而且能「在任何情況下把這一利益置於任何其他考慮之上」<sup>21</sup>。

自從韋伯對合法性問題進行系統的闡述之後，社會科學家對合法化問題的處理，大多進入了韋伯的「影響領域」。當施米特沿著韋伯的合法性思路設計統治權威樹立的方案時，同樣反映出對否定「政治就是鬥爭」的技術理性的批判精神，並將鬥爭的矛頭直接對準了純粹法學家凱爾森（Hans Kelsen）和無政論主義者巴枯寧（Michael Bakunin）。雖然凱爾森從未否定國家權力的存在，但與所有自由主義法學家一樣，凱爾森的純粹法學也主張法律與道德、宗教與政治的分離，並在此基礎上建構「合法性」概念<sup>22</sup>：

如果僅確認有人強令其他人為一定行為的事實，那麼，以國家作為統治關係現象的社會學說明是不完全的。作為國家特徵的統治關係總主張是合法的，而且在實際上一定要由統治者與被統治者當作是合法的。只有在統治關係根據其效力為行為人所預定的法律秩序來實現時，這種統治關係都是合法的；而這個秩序就是其機關為「國家的統治者」的那個共同體的法律秩序。

這就意味著凱爾森視野中的國家權力僅僅是由實在法組織起來的權力，是法律之下的權力，由法律規範代替國家對社會進行統治，從而剝奪了國家對政治的壟斷地位。自由主義法學試圖建立的中立化法律體系，在施米特看來，不過是想讓國家主權消亡在法律秩序的規範之中的努力。然而，中立化的技術無法否定「政治是命運」的事實，法的形式中必須帶有政治的色彩，即通過國家主權確立的民族性，否則，作為形式規範的法律體系至多只能維持現有的社會秩序，無法產生真正的裁決與約束力。

施米特叩響了通往正當性的大門，卻在價值林立的森林裏迷失了方向。他犯了兩個致命的錯誤：

其一，選擇了「政治實存主義」的正當性立場，認為國家的存在就證明了其自身的正當性，作為存在體解決各種突發事件的「例外」理論具有比法律規範更生動、更重要的意義。但是，正像十六世紀偉大的君權理論家博丹（Jean Bodin）所指出的那樣，宣告處於緊急狀態的政治決定只有當「例外」出現時才會產生，這僅僅是處理危機的一種反應，無法比擬為上帝製造的奇跡。更何況，「例外」從來就不是普遍的，正如施米特自己所說的那樣，它具有「偶在」性。以應對突發事件的方法建立一個具有普適性的主權理論，正如施米特批判理性自由主義者以預先設定的統一模式應對各種具體情況尤其是「例外」情況一樣，都使某些現象脫離了現行秩序，從而破壞了秩序的整體性和穩定性。

其二，由於君主佔據了「主權的準神性」地位，因此他的決斷便成為先驗的正當性淵源。君主只要在「例外」狀態下做出決斷，無論該決斷怎樣做出，內容如何，被統治者就應該服從，並以此作為統治合法性的根基。然而施米特過分強調了政治決定剛強的一面，而完全忽視了明智決定與愚笨決定之間的差別<sup>23</sup>：

據我們所知，統治者常常被他們自己愚蠢的決定所摧垮。1638年，查理一世宣布了「緊急」狀態（在造船費案中）。同樣，在1789年，路易十六把法國貴族認定為他最危險的敵人。這是兩個愚蠢而毫無必要的決定，它們最終都使君主掉了腦袋。

施米特忘記了君主作為「人」的一份子，也不能擺脫對權力的嗜好，他不可能真正做到像上帝那樣的公正（只是「準神」而非「真神」）。換句話說，這一引起施米特想像的類比，是錯誤的。正當性不能簡單地理解為是大眾對統治的盲目信仰，但同樣不是君主凌駕於法律之上的個人意願。

我們承認施米特視野中「例外」狀態的現實存在，我們亦服膺緊急狀態下應迅速決策的觀點。但是，即使危害國家安全的特殊情況出現，即使確實需要高效的決策，也不能使毫無拘束的決策正當化。對於「例外」，有必要區分原則和規範兩個概念。所謂原則，即用來建立規範的元規範。它的特點就在於沒有為例外和特權留下空間，有效性領域也沒有限制<sup>24</sup>。也就是說，即使是國家處在危難之中，決策的做出也不能違背原則所保障的基本價值，更遑論在和平時期賦予統治者高於法律的地位。「例外」針對的只能是規範層面，「例外」情況下調整或超越的也只能是具體的規範，原則的底線不能衝破。

## 五 對抗論評價——知識份子的定位問題

誠然，希特勒的出現、二戰的爆發具有歷史的偶然性。但是，作為當時「聖哲」<sup>25</sup>般人物的施米特，對於德國走上法西斯道路、背負上種族屠殺的罪名，具有不可推卸的責任<sup>26</sup>：

知識份子對於一個民族來說，不是一個可有可無的部分，不是一些依附於甚麼甚麼的成員，而是整個民族的智慧，整個民族的良心，整個民族文化的自覺創造者，整個民族歷史的首席推動者。

儘管他們的學說或理論，由於其本身的客觀實在性，必然要受到或者是茲納涅茨基（Florian Znaniecki）所說的「主體情境」的影響，或者是卡爾·曼海姆（Karl Mannheim）「特定社會存在」的左右，又或者是馬克思·舍勒存在於歷史過程中「真正因素」的決定，「但是這並不等於說，那些對群體和行動取向的感情領域似乎在環境中是基本的因素，因而作出理智的、批判的自我控制的各種可能性就沒有意義了。」<sup>27</sup>社會科學不應僅僅是手段性的學科，它必須有確定的目的，價值和行動的目的必須成為知識份子研究的起點與歸宿。無論「主體情境」如何變化，只有當知識份子脫離統治階級或者黨派利益的控制，擺脫「御用文人」的束縛，才能遠離成為某個集團或團體喉舌的危險<sup>28</sup>：

很多知識份子無需經歷幻滅後才相信權力和知識間有著長期不和諧的關係。他們從一開始就視自己為社會意識和良心的承擔者，如果必要的話，他們要以長期備戰的狀態進入政治疆場與那些掌權者廝殺。

我們並不否認知識份子為統治合法性辯護的必要性，社會秩序的平穩運行本身也需要合法性理論的支撐，但是這種論述必須超越於個體聲譽和權力的禁錮，超越於現行統治權威的內在需求<sup>29</sup>：

當聖哲所起的作用不是僅僅使現有的集體趨勢合法化和理性化，而且參照某一理想從概念上使其標準化，組織化，這一理想就取代了流行的「對」與「錯」的標準，而成了真理與謬誤的標準。

施米特之所以要求得西蒙的寬恕，要為西蒙的憂傷<sup>30</sup>深深地懺悔，並不是因為他將正當性歸結於君主個人的論斷，也不在於他反思自由主義憲政弊端時極端地遮蔽了理性主義所應有的光輝<sup>31</sup>：

每一位思想家只從屬於特定的社會集團，佔據一定的位置，並扮演專門的社會角色，因而必然影響他據以探討經驗世界的觀點與洞察力。

我們沒有必要遣責一位學者理論的深度和廣度。我們所要批判的，是他作為一名知識份子、一名「聖哲」，本應對社會道德、真理和正義背負起責任，卻為了迎合當局者的需要，為了謀求個人的私利，「改變思想就像更換內衣一樣隨便」（葛蘭西語）的投機式做法<sup>32</sup>。施米特並沒有像他之前的廢奴主義者或德雷福斯派知識份子那樣，為了捍衛一套正義原則而屈尊涉足政治舞台。相反，他的學術立場的改變以及一系列重要理論的提出，在很大程度上是為了謀求個人聲譽和權力的附屬物。儘管自由主義憲政自身的缺陷為法西斯主義聯盟的產生提

供了可能性，但這並不能為施米特放棄知識份子應有的道德感開脫。在施米特以及一系列為納粹行為開路的「御用文人」的理論支撐下，法西斯政府終於披上了合法性的外衣，希特勒亦成為正當性的化身。作為交易，施米特獵取了私利以及政治上的權力，他的事業達到了最輝煌的顛峰。但以此為代價的，卻是唯我種族生存之合理性下以擴大空間為目的的侵略戰爭，是尼采式主人殘殺奴隸的淨化人類的行徑，是無數猶太人失去自由與生命的血腥歷史。

具有道德感的知識份子可以成為歷史前進的推動力，同樣，不負責任的言說也能導致制度建設的偏離，人權保障的落空，成為人類文明的災難。當知識份子這一團體愈來愈能左右社會發展的方向，甚至直接參與社會藍圖的勾勒時，強調知識份子的學術良心和批判精神就成為不可回避的話題。今天，當一些政治團體或利用人民自決的方式對主權的合法性地位提出挑戰，從而達到切割主權的目的，或通過公民不服從運動拒絕對當局者的服從，從而贏得廣泛支持，成為國際上的一種普遍現象時，對合法性與正當性關係的正確審視，就尤其顯得迫切。施米特的正當性對抗合法性理論，從正反兩方面為我們提供了例證，其不端正的學術品格引發的社會災難，也為各國的知識份子敲響了警鐘。

## 六 正當性與合法性的兩難——中國歷史的簡單回顧及對現狀之思考

伯爾曼（Harold J. Berman）在總結西方法律傳統經歷的六次偉大革命反映出來的模式和規律時指出：「每次革命最終產生了一種新的法律體系，它體現了革命的某些主要目的，它改變了西方的法律傳統，但最終它仍保持在該傳統之內。」<sup>33</sup>中國近現代歷史上的每一次革命或變革，都在某種程度上反映出類似的趨勢，同時也修正著這些模式和規律。

鴉片戰爭的炮火擊碎了清末中國人「文化主義」的自喜，治外法權的存在迫使清政府思變，召集一批專家引進外來法律資源。光緒三十四年（1908），迫於內政外交的壓力，清政府頒布了由憲政編查館制定的《欽定憲法大綱》，成為中國法制史上第一部具有近代憲法意義的法律檔。但是，成文憲法的頒布非但沒有使中國政府注意到統治的正當性問題，也沒有改變中國無憲政的現狀。從清政府隨後制定的《改革官制諭》、《結社集會律》、《違警律》、《各學堂管理通則》等單行法規的內容看，現實中發揮作用的仍然是皇上的聖旨、慈禍的密令。

當然，清末變法對中國社會的影響是不可否認的，至少它為中國注入了統治合法性的觀念，喚起了民眾的覺醒。之後的各種社會變革或革命，掌權者為維護其統治，總是千方百計尋求合法性的支持。1911年辛亥革命成功後，著手操作的重大事項中就包括《中華民國臨時約法》的制定和法制局下法典編纂會的設置。1912年，辛亥革命的成果被袁世凱篡奪，袁世凱雖急於稱帝，但為給自己不受約束的權力披上合法化的外衣，他仍待1914年頒布《中華民國約法》後才敢宣布自己為「終身大總統」。與合法篡權同時進行的，是以法律的途徑維護革命的勝利果實。1913年，國民黨取得了國會中的多數議席，宋教仁受到鼓舞，希望能用立法的憲政手段限制袁世凱的權力，希望把他作為一個傀儡（這項計劃最終因為宋教仁被暗殺而宣告破產）<sup>34</sup>。隨後，孫中山發動了意在維護《中華民國臨時約法》的護法運動，矛頭直指袁世凱修憲的違憲性<sup>35</sup>。護法運動阻止了袁世凱的違憲行為，卻沒有終止中國憲法形同虛設、變更頻繁的多舛命運。1923年曹錕炮製了《中華民國憲法》，緊接著段祺瑞於1925年頒布了《中華民國憲法草案》。蔣介石更利用孫中山「軍政、訓政、憲政」的三階段分法，長期以黨治國，拒絕實施憲政。這一切都根源於形式合法性下實質正當性的缺乏。在孫中山和



各軍閥眼中，維護統治的合法性需求僅僅在於成文憲法的頒布和相關法律的制定，至於法律本身是否反映了人權的基本要求和民主的普遍內涵，則或者是實現形式合法性以後的事情，或者根本未納入統治者的視野。

從重視實質正當性的角度來看，毛澤東的軍事思想與施米特具有某種程度的相似性。鑑於民國時期有成文憲法卻無法保障穩定秩序的事實，形式合法性就成為毛澤東革命理論中可有可無的東西。儘管當時的革命根據地制定了一系列的法規規章，但通過憲政手段體現統治的合法性從未成為理論的核心。「誰是我們的敵人？誰是我們的朋友？這個問題是革命的首要問題。」<sup>36</sup>毛澤東在《中國社會各階級的分析》（1925）一文中提出的觀點與施米特「政治就是區分敵友」（1927）的論斷竟然有異曲同工之妙：在施米特看來，政治的本質就在於區分敵友，否則政治就失去了生命力；對於毛澤東來說，為達到打擊敵人的目的，一切手段都是在所不惜的。無怪乎施米特在其《政治的概念》一書中對中國革命和蘇聯革命的領袖給予了高度的評價<sup>37</sup>：

列寧和毛澤東這樣的職業革命家認清了這一點（國家主權恰恰是民族國家——民族生存——的基礎），而許多職業法學家卻對此一無所知。

因此，當蔣介石發表「元旦文告」後，毛澤東斷定這個聲明是為了「確保中國反動階級和反動政府的統治地位，確保這個階級和這個政府的『法統不致中斷』」<sup>38</sup>。為徹底剿清國民黨的殘餘，必須廢除國民黨時期的「偽法統」。但中共對「偽法統」的理解卻走上了極端化的道路，將其等同於國民黨時期的一切法律體系和法律傳統，於是在廢除「偽法統」的同時也就宣告了與傳統法律資源的絕裂。伯爾曼意義上的「傳統之內保持的新的法律體系」與中國失之交臂。毛澤東輕視形式合法性的行為<sup>39</sup>阻卻了中國法治進程迤邐的腳步，其將實質正當性歸結為個人主觀意斷的傾向卻導致了長達十年的文化大革命。「凡是毛主席做出的決策，我們都堅決擁擠；凡是毛主席的指示，我們都始終不渝的遵循」的兩個凡是思想成為凌駕於法律之上的大綱，成為四人幫迫害持相左觀點人物的有利工具。對實質正當性的錯誤理解，對形式合法性的忽視，給中華民族帶來了一場災難深重的浩劫。

在釐清文化大革命的失敗和教訓後，法律體系的重建工作日益提上日程，1999年憲法修改時明確規定「中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家」。但在撥亂反正的同時，我們的法治建設卻依然存在著諸多重形式輕實質的作風：成文憲法的頒布是早在建國初的事情，但直到現在憲法仍然不能成為司法審判的依據。儘管許多人認為齊玉苓受教育權案為中國的憲法司法化帶來轉機，然而通往憲法訴訟的道路依然漫長曲折。「憲法是最高法和基本法」的規定至今只是一句形式口號，更不能奢談對憲政本質的追問。依法行政已經成為行政機關的口頭禪，但真正做到按法律辦事（形式法治）的並不多見，在全國範圍內普遍深入實質法治理念更是任重而道遠。儘管保障人權的基本原則已經成為我國法律的淵源之一，但法官在司法審判工作中扮演的仍然是「投幣式機器」的角色，不敢越雷池一步，無法發揮對立法的監督作用。形式合法性與實質正當性，在中國從不曾完美結合，成為歷史性的兩難話題。我國正處於社會的轉軌時期，正當性根基的日益世俗化使統治的合法性問題重新進入人們的視域<sup>40</sup>。如何建構中國政府的統治權威，知識份子在社會轉型的關鍵時刻，究竟應該扮演甚麼樣的角色，將成為中國式的「西蒙問題」。就讓我們以施米特「正當性對抗合法性」理論的利與弊，作為反思自身和中國憲政建設的良好契機。

## 註釋

- 1 「過去15年裏，對施米特興趣的復蘇不僅興起了對施米特本人思想的學術探討，更激發了對受施米特影響的學者與學派研究的浪潮。正如本次大會（是指1999年4月23日到25日，由哥倫比亞大學和卡多佐法律學校舉辦的『卡爾·施米特：遺產與前景』主題會議）的議題所表明的，這樣的探討不僅包括對施米特學術思想的分析，更包含對其思想遺產的挖掘。從戰後許多重要學者公開承認或更多學者以明顯的理由否認施米特對其思想的影響來看，施米特的遺產一直是備受質疑的思想體系。」見John P. McCormick, "Schmittian Positions On Law and Politics?", *Cardozo Law Review*, Vol.21(2000)。
- 2 1963年，施米特再次修訂1932年版的《政治的概念》一書，並交付Duncker und Humboldt出版。雖然施米特聲稱在此次修訂中「包含了1932年版的完整內容，未作任何變動」，但許多學者仍然從細微的增刪（段落與註腳的修正，錯別字與標點的修改）中讀出了施米特思想上的轉變。參見邁爾（Heinrich Meier）著，朱雁冰、汪慶華等譯：《隱匿的對話：施米特和施特勞斯》（北京：華夏出版社，2002）。
- 3 Reinhard Mehring, "Carl Schmitt and his influence on historians". 資料來源：<http://www.gongfa.com>。
- 4 劉小楓：〈施米特故事的右派講法：權威自由主義？〉，資料來源：<http://www.gongfa.com>。
- 5 曹衛東：〈狡猾的刺蝟：施米特解讀筆記之一〉，《世紀中國》，資料來源：<http://www.gongfa.com>。
- 6 同註5。
- 7 以這樣的視角重讀馬克思·韋伯（Max Weber）的《新教倫理與資本主義》一書，就能更好地理解從該書中顯現出的韋伯的政治抱負。正如歷史學家陶尼（Richard H. Tawney）所指出的，韋伯筆下的清教倫理並不是資本主義精神的起因，而是他所推崇的世俗化理性精神本身。
- 8 劉小楓〈《施米特與自由主義憲政理論的困境》〉，資料來源：<http://www.gongfa.com>。
- 9 王慎之主編：《西方經濟思想庫》（第三卷）（北京，經濟科學出版社，1997），頁543。
- 10 霍爾姆斯（Stephen Holmes）著，曦中、陳興瑪、彭俊軍譯：《反自由主義剖析》（北京：中國社會科學出版社，2002），頁52。
- 11 霍布斯（Thomas Hobbes）著，應星、馮克利譯：《論公民》（貴陽：貴州人民出版社，2003），頁6。
- 12 沃林（Richard Wolin）著，張國清譯：《文化批評的觀念》（北京：商務印書館，2000），頁142。
- 13 墨菲（Chantal Mouffe）著，王恒、臧佩洪譯：《政治的回歸》（南京：江蘇人民出版社，2001），頁138。
- 14 在施米特看來，雖然馬克思主義者抨擊自由主義提倡的「中立」、「理性」、「普遍的權利主張」是掩蓋社會不平等和經濟統治實質的概念，但兩者在本質上具有共通性，即「自由主義與西方的馬克思主義都賦予社會凌駕於政治之上，個人超脫與公眾的特權——事實上，兩種理論都將社會簡單地等同於經濟關係」。參見Benedetto Fontana, "Notes on Carl Schmitt and Marxism", 資料來源：<http://www.gongfa.com>。
- 15 沃林（Richard Wolin）著，周憲等譯：《存在的政治——海德格爾的政治思想》（北京：商務印書館，2000），頁143。
- 16 施米特（Carl Schmitt）著，劉宗坤譯：〈政治的概念〉，載舒焯編：《施米特：政治的剩餘價值》（上海：上海人民出版社，2002），頁181—182。
- 17 何包綱：〈保衛程式：一個自由主義者對卡爾·施米特例外理論的批評〉，載《浙江學刊》2002年第2期，頁75。
- 18 陳新民：《公法學劄記》（北京：中國政法大學出版社，2001），頁113。

- 19 韋伯 (Max Weber) 著，林榮遠譯：《經濟與社會》（北京：商務印書館，1997），頁239。
- 20 斯萊格斯塔德 (Rune Slagstad) 著：〈自由立憲主義及其批評者：卡爾·施米特和馬克思·韋伯〉，載埃爾斯特 (Jon Elster)、斯萊格斯塔德 (Rune Slagstad) 編，潘勤、謝鵬程譯：《憲政與民主——理性與社會變遷研究》（北京：三聯書店，1997），頁144。
- 21 劉小楓：〈施米特論政治的正當性〉，載舒煒編：《施米特：政治的剩餘價值》（上海：上海人民出版社，2002），頁38。
- 22 凱爾森 (Hans Kelsen) 著，沈宗靈譯：《法與國家的一般理論》（北京：中國大百科全書出版社，1996），頁210。
- 23 同註10，頁63。
- 24 參見·哈貝馬斯 (Jürgen Habermas) 著，劉北成、曹衛東譯：《合法化危機》（上海：上海人民出版社，2000），頁112。
- 25 「美國社會學之父」、波蘭籍社會學家茲納涅茨基 (Florian Znaniecki) 將知識人的社會角色分為四種類型：技術顧問、聖哲、學者和知識創造者。「在最複雜的社會中，活躍的社會領導者通常缺乏時間、意願或能力在文化秩序上為他的追隨者們提出理論，而由革新派或保守派中的其他人執行這一角色，這些人被認為比其他人聰明並被公認為是現實中的衝突所產生的社會——或更一般地——文化問題的思想指導者，可以為這一特殊類型的社會角色安上那個古老的稱呼『聖哲』。」（茲納涅茨基 (Florian Znaniecki) 著，郝斌祥譯：《知識人的社會角色》（南京：譯林出版社，2000），頁50。）憚格爾、海德格爾、施米特都可以視為德國法西斯主義份子的「聖哲」。
- 26 李劫：「中國知識份子的人格重構和自我選擇」，載祝勇編：《知識份子應該幹甚麼——一部關乎命運的爭鳴錄》（北京：時事出版社，1999），頁332。
- 27 曼海姆 (Karl Mannheim) 著，黎鳴、李書崇譯，周紀榮、周琪校：《意識形態與烏托邦》（北京：商務印書館，2000年版），導言頁15，頁5。
- 28 科塞 (Lewis A. Coser) 著，郭方等譯：《理念人——一項社會學的考察》（北京：中央編譯出版社，2001），頁155。
- 29 同註25，頁55。
- 30 西蒙·威森塔爾是二戰中倖存的猶太人，他在納粹集中營中深受迫害，並親眼目睹了德國法西斯主義的罪行。一次外出勞動時，他被叫去接受一位垂死的德國士兵的懺悔。從此他的心底便有了「該不該寬恕這位士兵」的憂傷。戰後，他將其故事以及他人對埋藏在他心底疑惑的回答編寫成一本書，以《向日葵》為名於1969年在巴黎出版。1976年在美国發行時，書名改為《寬恕？！——當今世界44位名人的回答》。
- 31 同註25，頁10。
- 32 納粹上台前，施米特一度成為魏瑪共和國中央政府中的改革派首領，反納粹的國防部長施萊歇爾將軍的幕僚。但魏瑪共和國倒台後，由於受到納粹高官的重視，沒有受到牽連的施米特為保護自己，便一改以往輕蔑希特勒的作風，積極為新政權的合法性出謀劃策。
- 33 伯爾曼 (Harold J. Berman) 著，賀衛方、高鴻鈞、張志銘、夏勇譯：《法律與革命——西方法律傳統的形成》（北京：中國大百科全書出版社，1993），頁22—23。
- 34 費正清 (John K. Fairbank) 著，劉尊棋譯：《偉大的中國革命》（北京：世界知識出版社，2000），頁207。
- 35 孫中山對形式合法性的重視有諸多表現，如1924年他在起草《國民政府建國大綱》時，將「國民政府本革命之三民主義、五權憲法以建設中華民國」作為首條內容加以規定。參見曹錦清編選：《民權與國族——孫中山文選》（上海：遠東出版社，1994），頁248。
- 36 毛澤東：《毛澤東選集》（第一卷）（北京：人民出版社），頁1。
- 37 同註21，頁89。

- 38 毛澤東：《毛澤東選集》（第四卷）（北京：人民出版社），頁1382。
- 39 毛澤東對法律資源的輕視一直延續到建國後，由於其在黨內的領導地位，這種傾向在很大程度上影響了中國的法治建設。比如，毛澤東在北戴河時的講話，無疑懸置了中國憲法。
- 40 參見王怡：「自由主義、世俗化和合法性危機」，資料來源：<http://www.chinapublaw.com>。

鄭春燕 浙江大學法學院憲法與行政法學博士生

---

《二十一世紀》(<http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c>) 《二十一世紀》網絡版第二十二期 2004年1月31日

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第二十二期（2004年1月31日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。