西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES
施米特文集
刘小枫◉主编



[德]卡尔·施米特 Carl Schmitt◉著

合法性与正当性

Legalität und Legitimität

刘小枫◉编
冯克利、李秋零、朱雁冰◉译

文景
Horizon

世纪出版集团 上海人民出版社

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES
施米特文集

刘小枫◉主编



合法性与正当性

Legalität und Legitimität

[德]卡尔·施米特◉著
刘小枫◉编
冯克利、李秋零、朱雁冰◉译

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目（CIP）数据

合法性与正当性／（德）施米特（Schmitt，C.）著；冯克利，李秋零，朱雁冰译．—上海：上海人民出版社，2014

（施米特文集／刘小枫主编）

ISBN 978-7-208-12519-3

Ⅰ．①合… Ⅱ．①施… ②冯… ③李… ④朱… Ⅲ．①法学－文集 Ⅳ．①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第192425号

责任编辑　李　頔

美术编辑　高　熹

世纪文景

合法性与正当性

[德]卡尔·施米特 著

冯克利、李秋零、朱雁冰 译

出　　版　世纪出版集团 上海人民出版社
（200001 上海福建中路193号 www.ewen.co）

出　　品　世纪出版股份有限公司 北京世纪文景文化传播有限责任公司
（100013 北京朝阳区东土城路8号林达大厦A座4A）

发　　行　世纪出版股份有限公司发行中心

印　　刷　北京中科印刷有限公司

制　　版　北京百川东汇文化传媒有限公司

开　　本　890×1240毫米　1/32

印　　张　8.25

插　　页　4

字　　数　180,000

版　　次　2015年1月第1版

印　　次　2015年1月第1次印刷

I S B N　978-7-208-12519-3/D·2549

定　　价　39.00元

出版说明

1985年，卡尔·施米特以96岁高龄逝于慕尼黑，盖棺被定论为“20世纪最重要的政治思想家”，“最后一位欧洲公法学家”。施米特的写作生涯长达60余年（第一篇文章发表于1912年，最后一篇文章发表于1978年），在20世纪诸多重大政治思想事件中扮演了重要角色。虽然主要以公法学家身份闻名学界，有“20世纪的霍布斯”之称，据说施米特还代表了欧洲精神中的一种重要传统。无论赞同还是反对其思想立场，政治思想家无不承认，施米特乃“宪法和公法领域最重要的人”（阿伦特语），其论著“最具学识且最富洞见力”（哈耶克语），“如今甚至开始盖过韦伯的光芒”（《法兰克福汇报》，1997年7月11日）。

“施米特文集”以编译施米特的主要论著为主，也选译有代表性的研究文献。

古典文明研究工作坊

西方典籍编译部甲组

2013年5月

目 录

编者说明（刘小枫） …… 1

当今议会制的思想史状况［**1923**］（冯克利 译） …… 5

绪论：论议会制与民主制的抵牾［1926］ …… 7
导言［1923］ …… 24
一、民主制和议会制 …… 28
二、议会制原理 …… 38
三、马克思主义思想中的专政 …… 60
四、直接运用暴力的非理性学说 …… 74
附录：论议会制的意识形态［1925］（理查·托马） …… 87

合法性与正当性［**1932**］（李秋零 译） …… 93

引言：与其他国家类型（司法型国家、政府型国家和管理型国家）相对的立法型国家的合法性制度 …… 95

一、议会制立法型国家的合法性制度 …… 108
二、魏玛宪法的三种特别立法者 …… 128
结语 …… 173
重印附言［1957］ …… 184

从囹圄中获救——1945—1947年间的体验［1950］
（朱雁冰 译） …… 193

与斯普兰格的交谈［1945年夏］ …… 195
答曼海姆的广播讲话［1945/1946年冬］ …… 199
浅说托克维尔的历史编纂［1946年夏］ …… 206
两座坟茔［1946年8月25日］ …… 212
从囹圄中获救［1946年夏］ …… 226
牢房的智慧［1947年4月］ …… 241
花甲之年咏［1948年7月11日］ …… 250

人名译名对照表 …… 252

编者说明

本书收入施米特论著两种和一部随笔集，围绕的主题是施米特作为宪法学家的思考及其命运。

《当今议会制的思想史状况》（*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*）初版于 1923 年，尖锐地提出了议会民主制的法理学和政治学困难。1926 年再版时，施米特加写了长篇“绪论”（Vorbemerkung），以后的重印依据的均为这一版本（中译本依据 1996 年版）。议会民主制的思想原则是，希望通过公共辩论和公开性寻求不同政治立场之间的“平衡”或“妥协”。在施米特看来，随着现代大众民主的发展，议会民主制的思想原则已经失去可信性。所谓议会“公共辩论”看似公正，实际支配重大政治决策的是大资本集团的利益，标榜公开性的议会民主政治不过是新型的秘术政治。

从书名看，《当今议会制的思想史状况》既立足于现实政治问题，又具有思想史视野——第一章分疏民主制与议会制的不同，第二章讨论现代资产阶级的自由民主议会制与自己的思想原则相违。随后两章讨论马克思主义的专政论和非理性主义的神话政治论，言下之意，自由民主宪政的敌人正是自身的内在矛盾孕育出来的。

《合法性与正当性》（*Legalität und Legitimität*）是施米特在魏玛宪政危机关头写的法学名作，如今已成为宪法学和政治学经典文献。尽管“正当性对抗合法性”后来成了一些学者用来概括施米特政治法学的标签，实际上，这个标题凸显的是施米特在其《宪法学说》（*Verfassungslehre*）中提出的一个基本问题：倘若人民主权（制宪权）原则衍生出来的修宪权不受限制，声称代表“人民”的政党就可能合法地执政后转身关闭合法性的大门——这一论断直接针对的是当时放弃暴动手段转而采取议会斗争夺权的纳粹党。这篇论著有两个版本，一是自 1932 年以来多次重印的单行本，另一个是 1958 年收入《宪法法论集》（*Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954*）的文本，施米特为此写了“重印附言”（单行本中无）。在“附言”中施米特回顾说，这篇论著证明，在纳粹上台前他已经一再警告，如果给那些反对魏玛宪法的政党以议会民主的平等机会，无异于民主宪政的自杀……可惜，施米特说，他的“呼救在当时无人理睬”。

1932 年的政治形势的确让施米特几乎感到“绝望”，写作此书是施米特挽救魏玛民国宪政的“绝望尝试”，明确主张对反魏玛宪法的政党（纳粹）实行党禁。施米特的警告不仅无人理睬，反而遭到自由民主派法学家口诛笔伐。历史的吊诡在于，自由主义法学才是纳粹上台的铺路者，主张对纳粹党施行党禁的施米特在战后却被贴上了“第三帝国桂冠法学家”的标签。1945 年，施米特被盟军当局拘押近两年，经审查后无罪释放。在此期间，心情滋味特别的施米特写了六篇随笔，结集为《从囹圄中获救——1945—1947 年间的体验》（*Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945—1947*，1950）。这本随笔集篇幅很小，在施米特研究中引征率却很高（迄

今尚无英译本），因为人们从中可以看到施米特因欧洲法学传统的彻底崩溃而深感无奈。

这两种论著和随笔集的中译本初版于2004年，这次再版检核并订正了译文的误植字。

刘小枫

2013年5月于沐猴而冠斋

当今议会制的思想史状况

[1923]

冯克利 译

国会図書館蔵書

绪论：论议会制与民主制的抵牾

［1926］

这项对当代议会制思想氛围的评估，第2版的内容基本未变。但愿它不会给人留下我希望它超越任何讨论之上的印象。倒是有很多理由产生相反的担忧。基于事实的冷静辩论，远离党派政治的利用，不给任何人作宣传，在今天的大多数人看来，这可能行不通，幼稚或不合时宜。所以，值得担心的倒是，对政治观念的客观讨论会让人兴趣索然，这种辩论的愿望得不到多少理解。也许，辩论的时代行将结束。当此书初版1923年夏天问世时，人们对它普遍所持的态度，似乎至少在温和的意义上证实了这些悲观的猜测。然而，无视一些客观批评的具体事例未免有失公正，对于理查·托马（Richard Thoma）这位重要法学家的细致而深入的评论，尤其应当给予详尽答复。[1]

托马在其评论的结尾处，把极为奇怪的政治目的归因于我，对此我可以沉默。姑不论政治派别的归属，他的客观论证谈到，我把

---

[1] 【英译者注】理查·托马，“议会制的意识形态”，见*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*，1925，第53卷，第212—217页。或见克卢克森（Kurt Kluxen）编，《议会制》（*Parlamentarismus*，Königstein/Ts: Verlagsgruppe Athenäum，Hain，Scripter，Hanstein，1980），第54—58页。

一种过时的思想体系指认为议会制的思想基础，因为我认为辩论（Diskussion）和公开性（Öffentlichkeit）作为议会的基本原则，这观点在几代人以前也许很明确，然而，今天的议会制早已建立在完全不同的基础上。认为公开性和辩论已经过时，也是我所担心的。可是，接下来必须问一句：为议会制提供新的精神基础的这些论证和信念是什么？不言而喻，制度跟人们的观念一样，随着时代而变化。然而，假如辩论和公开性真的不再适用，我看不出当代议会制还能从哪儿找到新的基础，或议会制的真实性（Wahrheit）和正确性（Richtigkeit）还能够不言自明。就像一切伟大的制度一样，议会制要以某些典型的观念为前提。凡打算找到这些观念的人，都不得不回到柏克、边沁、基佐和密尔那儿。然后他只能同意，在这些人之后——在1848年之后，虽然新的政治思考为数不少，却没有堪称原则的论证。上个世纪鲜有人注意到这一点，因为议会制与民主制同步发展，并且与之关系密切，所以在它们之间没有作出仔细的区分。[1] 然而今天，在它们双双获胜之后，自由主义的议会制观念与大众民主（massendemokratischen）的观念之间却暴露出了分歧，对于两者的差别也不能再漠然视之。因此，正如托马所说，人们必须关注那些“迂腐的”大人物。因为，只有通过他们的思想，才能认清议会制的特点，且惟独在他们那儿，议会才能保持它作为一种特别建立的制度的特点，才能从理论上证明它相对于直接民主

[1] 一个极为典型的例子是莫斯卡在《政府理论与议会制政府》（Gaetano Mosca，*Teorica dei Governi e Governo Parlamentare*，Milan，1925，S. 147）一书中对议会制下的定义。他把议会制理解为这样一种政府，其中国家的政治优势属于那些经直接或间接选举当选的人。随意把代表制宪政（Repräsentativverfassung）等同于议会制，也含有这种错误。

制以及布尔什维克主义和法西斯主义具有优越性。今天，议会制的优点在于它作恶较少，仍然优于布尔什维克主义和专政；议会制无法预测的后果将会使人们摒弃议会制，“从社会和技术的角度看”，议会制是一高度实践性的事物——这些观点都很有意义，而且部分地说是正确的。然而，这些观点没有构成一种特别设想的制度的思想基础。如今，议会制是作为一种统治方式和政治制度而存在。如同其他一切功能上差强人意的既有事物一样，它还有些用处——仅此而已。议会制有很多优点，甚至在今天，其作用仍然优于另一些未经尝试的方法。今天实际存在的最低限度的秩序，会因为轻率的试验而受到威胁。凡神智健全的人，都会赞成这些论证。但是，在原则性的论证中，这些说法没有多少分量。肯定没有人会如此宽宏大量，认为思想基础或道德真理可以用“还有别的吗？”这类提问来证明。

一切具体的议会制安排和规范，首先是通过辩论和公开性获得自身的意义。就议员独立于其选民和党派这条原则而言，尤其可以这样说，辩论和公开性在宪法上仍然得到承认，但在实践中，今天已几乎没有人再相信它了。对于言论自由、代表的免责权和议会程序的公开性等等也可以这样说。如果没有人还相信公开辩论的原则，这些安排就会变得不可理解。人们似乎不能以怀旧心情随意为一种制度指定另一些原则，假如其过去的存在基础已然瓦解，可以用任何其他论证替换之。不错，同样的制度可以用于不同的政治目的，所以也允许有不同的实践上的辩护。存在着从实践的观点看意义会发生变化的“目的的异质性”（Heterogonie der Zwecke），以及实践手段的功能变化，但原则方面不能存在异质性。例如，我们若像孟德斯鸠那样假设，君主制的原则是荣耀，则它不可能成为民主共和制的原则，就像君主制不可能基于公开辩论的原则。事实

上，详细阐明原则的感情似乎已经消失，不受限制的替代已经出现。在前面提到的托马的评论中，这其实就是他对我的文章的全部反驳的基本思想。不幸的是，托马根本没有揭示这些表面上十分丰富的新议会制原则是什么。他只满足于在一条引文中提到 1917 年后“韦伯（Max Weber）、普鲁斯（Hugo Preuβ）和瑙曼（Friedrich Naumann）等人惟一的著述与演说”。对于这些与帝国的政治制度作斗争的德国自由派和民主派，议会制度意味着什么呢？从本质上说，最重要的在于，议会制是一种选择政治领袖的方式，一种克服政治上的外行表现、让最优秀最有能力的人掌握政治领导权的手段。自那时以来，议会是否真正能够形成政治精英集团，已变得颇成问题。今天，人们对这种择优方式肯定已经不很乐观，许多人会认为这种愿望已经过时，托马用来抨击基佐的“幻想”一词，可以很容易地用在这些德国民主派身上。在欧洲和欧洲以外各国的无数议会中，成百上千位相继上任的部长大臣们组成的政治精英所造成的结果，并没有给伟大的乐观主义提供根据。更糟糕的是，议会制度造成了使人们的希望彻底破灭的状况，公众事务变成了党派及其追随者分赃和妥协的对象，政治完全不是精英的事业，倒成了一个可疑的阶层从事的可耻勾当。

从原则上考量，仍有悬而未决的事情。凡相信议会制度为政治领袖的最佳人选提供了保证的人，至少就今天而言，他之所以相信这一点，并非出于理想主义的信念，而是把它作为一个以英国模式为依据的实践和技术上的假设。人们打算把这种模式运用于欧洲大陆，如果它失败了，人们完全有理由放弃它。不过，这种信念也与信任辩论和公开性有关，属于对议会制度的原则性论证。无论如何，只有当议会严肃接受公开辩论并加以落实时，才是“真的”议会。“辩论”在这里有特殊含义，而不是仅仅意味着谈判。把任何

可能的协商和协议统统归入议会制度，把其余的事一概说成专政或强制（Gewaltherrschaft）——就像伯恩（M. J. Bonn）在《欧洲民主制的危机》（*Krisis der europäischen Demokratie*）或托马在上面提到的评论中所做的那样，就回避了真正的问题。在所有外交会议上，在每次代表大会上，在任何董事会上，都会有协商，正如在绝对王权的君主们（absoluten Monarchen）的内阁、公司以及基督教徒与土耳其人之间也有协商。现代议会制度不是源于这些事情。不应混淆概念，从而忽视辩论的特殊性质。辩论指意见交流，其目的是通过论证某事为真实（Wahrheit）或正确（Richtigkeit）而说服对手，或被人说服而认为某事为正确或正当。根茨（Gentz）在这方面仍依从自由主义者柏克的教诲，他说得好：一切议会制（他指的是跟社团代表或等级制相对立的现代议会）的特点在于，立法来自意见冲突（而非来自利益之争）。辩论需要以共同信念为前提，需要有被人说服的意愿，需要独立于党派关系和摆脱私利。今天的大多数人会认为，这些特征几乎不可能。但是，这种怀疑态度也是议会制度危机的一部分。形式上仍然属于议会制度的上述特征清楚表明，任何具体的议会制安排都要接受这种特殊的辩论观。例如，被普遍重复的如下信条：所有议会成员不是党派的代表，而是全体人民的代表，不受各种指示的约束（这在魏玛宪法第二十一条中得到重申），而是诉诸言论自由和公共环境的各种保障。只有在正确理解了辩论时，这一信条才有意义。相反，对发现合理而正确的东西漠不关心、只算计特殊利益和获胜的机会并贯彻这些利益的行为，也受各种演讲和宣言的引导。可是，这并不是特殊意义上的辩论。当两个商人在经过生意上的竞争之后，同意讨论相互的商业机会，这时他们理所当然要盯着自己的利润，但他们仍然能够取得有利生意的妥协。在这种深思熟虑的算计中，公开性

就不像在真正的辩论中那样充分。世界历史上一直存在着算计和妥协，而且总有人指出这些现象。人们知道，在多数时候相互容忍胜过相互争吵，软弱的解决胜过强硬的诉讼。然而，这不是特定类型的国家或政府形态形式的原则。

议会制度的状况今天处在危机之中，因为，现代大众民主的发展已使公开辩论变成了空洞的形式。当今的议会法权（Parlamentsrecht）中的许多规定，尤其有关议员独立和会议公开的条款，其结果是除了装饰外表之外毫无用处，甚至令人困窘，就像有人绘制出燃烧着红色火焰的现代中央供热系统的暖气装置，给人以火热的表相。各政党（根据成文宪法的文本，正式说来它们并不存在）今天并不面对面地讨论意见，而是作为社会和经济的权势集团，算计着自己的利益和掌权机会，以此为基础达成妥协和联合。利用宣传部门争取群众，而这种部门的最大作用取决于诉诸直接的利益和激情。作为真正的辩论之特征的真正意义上的论证，已不复存在，取而代之的是在党派谈判中自觉算计利益和掌权机会；在对待群众方面，出现了海报宣传中的暗示或——如李普曼（Walter Lippmann）在其敏锐但过于重视心理因素的著作《公共舆论》中所说的——“符号”。[1] 论述舆论的心理、技术和批评性文献，如今

[1] 【英译者注】参见李普曼，《公共舆论》（*Public Opinion*, London: George Allen & Unwin, 1922）。不久前出版了一本很有意义、机智而又重要的著作，即刘易斯（Wyndham Lewis）的《被统治的艺术》（*The Art of Being Ruled*, London: Chatto & Windus, 1922），尽管它多有思路不连贯之处。刘易斯解释了现代民主制度中从理性向感性的转化，导致压制阳刚类型（der männliche Typus）的普遍的“女性化”。

汗牛充栋。[1] 因此现在可以假定，问题已经不是说服自己的对手一种意见是正确或公正的，而是争取到多数以便统治他们。由加富尔（Cavour）指出的绝对王权论（Absolutismus）与宪政制度之间的区别（在绝对王权论中，大臣下达命令；在宪政制度下，他得说服那些应当服从的人），在今天肯定是无稽之谈。加富尔明确地说：我（作为宪法部长）让人相信我是正确的。他的这句名言只有在这种情况下才有意义："最差的会客室也胜过最好的候见室"（［中译者按］原文为法文）。今天的议会本身，就像幕后统治者的办公室或委员会前面的一间大候见室。今天若有人引用边沁下面这句话，不啻是一种讽刺："各种观点在议会中相遇，观点的交流碰撞出火花并导致清晰。"当年普雷沃－帕拉多尔（Prévost-Paradol）认为，议会制度的价值高于拿破仑三世的"个人统治"，因为通过转移实权，它迫使掌权者暴露自己，所以，政府是在表相与现实之间的"神奇"协调中代表着最强大的权力。谁还记得这话？谁还相信这种公开性，相信议会是其最了不起的"平台"？

可见，柏克、边沁、基佐和密尔在今天已经过时。如今，仍能在盎格鲁－萨克逊和法国文献中看到而在德国几乎不为人知的有关议会制度的无数定义，把议会说成"受辩论支配"的定义，只能被当作迂腐之论。不必为此担心。如果有人依然相信议会制度，他至少会为此提出新的论证。仅仅引用瑙曼、普鲁斯和韦伯是不

---

[1] 【英译者注】不过，米歇尔斯（Robert Michels）在其《政党社会学》（*Soziologie des Parteiwesens*，Leipzig：Alfred Krör Verlag，1926）第2版序言中就此所作的评论恰如其分："在理论性和应用性的群众社会学领域，德国的社会科学要落后法国、意大利、美国和英国一二十年"（第xviii页）。还应当说明的是，像米歇尔斯这类材料与思想皆称宏富的著作，显然足以弥补十年的差距。

够的。对于这些人来说，今天已经没有人还抱着他们的愿望，即仅凭议会就能保证培养出政治精英。这些信念其实已经动摇，只要议会制把自己囿于辩论和公开性，它今天便只能作为理想主义的信念而存在。过去几十年里，为议会制度提出的新论证依然只是说，在我们这个时代，议会的作用还算不错，或至少勉强可用，甚至是社会和政治技术的一件不可缺少的工具。可以再次肯定地说，这观点完全合理。可是，人们仍然要关心孟德斯鸠所说的国家原则或政府形式更深层的基础，关心其——就像一切伟大的制度一样——特殊信念，关心曾经存在但如今已不复存在的议会制信念。

在政治思想史上，既有活力十足的时代，也有冷却的和死水一潭的时代。因此，当王权（Königtum）原则和尊贵（Ehre）原则的意识消失时，如果资产者国王（Bürgerkönige）想证明自己的用处和功能，而不是证明自己的庄严（Weihe）和尊贵，那么君主制时代便结束了。在此之后，君主制度的机构表面上仍会持续很长一段时间，尽管如此，君主制的演出已经收场。对它而不是其他制度的内在信念也已过时；有关它的实用性论证不会缺少，但那只是经验层面上的问题：是不是会出现这样一些人或组织，它们能够通过简单的事实来证明自己有用，甚至比那些君主更有用，而不必管什么君主制不君主制。对议会之“社会的和技术的”论证也可作如是观。如果议会应当从一种其正确性不言自明的制度变为一种单纯实用的技术性手段，那么只要用事实、用某种经验来表明，甚至没有必要通过一种公开自我承认的专政来证明事情可以是另一种样子，议会也就完结了。

对议会制和靠辩论施政的信念，皆属于自由主义的思想界，而非属于民主制。必须区分自由主义与民主制，才能认清现代大众民

主这幅拼凑出来的画面。

现实中的民主都建立在这样的原则上：不但平等者平等，对不平等者也要平等相待。所以，民主首先要求同质性（Homogenität），其次要求——假如有必要的话——消灭或根除异质性。只要指出现代民主制度的两个不同例子，就足以说明这一原则：一是当代土耳其，它大肆驱逐希腊人，无情推行土耳其归化制度；另一个是澳大利亚共和国，它通过移民法限制其不需要的移民，这同另一些政府只接受与*正确的定居者类型*这一概念相符的移民是一回事。民主制度显示其政治权力的办法是，它知道如何拒绝或排斥威胁到其同质性的外国人或不平等的人。平等问题显然不是个抽象的逻辑演算游戏的问题。它关系到平等的本质。能够从某些生理或道德品质，例如从公民美德中，从 arete 即从崇尚德性（vertu）的古典民主制中，找到平等。在 17 世纪英国的部族民主中，平等基于宗教信仰的一致性。自从 19 世纪以来，平等首先存在于一个特定民族的成员之中，存在于民族的同质性中。[1] 只有具备实质内容，平等在政治上才有利和有价值，所以至少得存在这种可能性，而且这也有着不平等的风险。牧歌般的共同体的个别实例或许存在，其中每个居民都平等拥有独立性，在生理、心理、道德和经济上都彼此相似，只存在同质性而没有异质性，这在原始的农业民主社会中是可能的，或很久以前有可能存在于殖民国家。最后，人们必须承认，由于总有不平等伴随着平等，民主制度能够排除一部分被统治者而仍然是民主制度。直到今天，那些完全或部分没有权利的人，那些受到限制

[1] 从单纯的经济学中肯定找不到民主的政治本质。政治的同质性并非来自经济平等；当然，经济不平等能够起到破坏或威胁政治同质性的消极作用。对这个问题的进一步阐发属于另一个话题。

而不能行使政治权力的人，被称为野蛮人或不文明、不信神的人、贵族或反革命甚至称为奴隶，也隶属于民主制度。无论雅典的城邦民主还是大英帝国，国家领土上的全部居民并不享有政治平等。在大英帝国治下的四亿居民中，有三亿以上的人不是英国公民。说到英国的民主、“普”选或投票权和“普遍”平等，英国民主制度下的这好几亿人，有如雅典民主制下的奴隶，毫无疑问受到忽视。现代帝国主义创造出适应经济和技术发展的许多新的统治形式，其扩张程度有如民主在祖国内部的扩张。各殖民地、摄政体制、托管地、干涉性条约和类似的依附形式，使民主国家今天能够统治异质的人口，不必把他们变成公民，使他们既依附于一个民主国家，同时又被这个国家拒之门外。这就是“殖民地从公法上说是外国，从国际法上说是国内”这种漂亮说辞的政治和宪法含义。“世界流行的说法”——盎格鲁－萨克逊世界的媒体语言对此全然视而不见，托马却将这种语言作为理论定义的标准而加以认可甚至接受。在他看来，以普遍且平等的投票权构成“整个基础”的国家，当然就是民主国家。大英帝国的基础是赋予其全体居民普遍而平等的投票权？倘若如此，它连一个星期也存活不了；由有色人种组成的可怕多数会统治白人。尽管如此，大英帝国仍是民主国家。对法国等大国，也可这样说。

普遍而平等的选举权仅仅是在平等者圈子内的一种实质性平等的结果，不会超出这个范围，这是十分合理的。平等的权利使人清楚知道哪儿存在同质性。但是，“普选权”这种“流行说法”还有另一种含义：从根本上说，每个成年人应当在政治上同其他所有人平等。这是一种自由主义而非民主制的观点。它用所有人的民主（Menschheitsdemokratie）取代了建立在实质平等和同质性之上的过去的民主。这种所有人的民主今天不存在于世界的任何地

方。即使仅仅根据地球划分为国家而且划分为具有民族同质性的国家这一条理由，试图在国内以民族同质性为基础发展民主制度的国家，在这个限制之外，它是不可能把每个人作为权利平等的公民加以对待的。[1] 即使是民主国家，譬如说美国，也不允许外国人分享其权力或财富。迄今为止，尚未存在过一个不承认“外国人”的概念、能够真正落实人人平等的民主国家。如果严肃地看待所有人的民主，真正想使每个人在政治上平等，那它将会是一种除出生或年龄之外没有任何其他标准的人人参与的平等。平等将失去其价值或实质，因为它失去了作为政治平等、经济平等等等——简言之，在特定领域中的平等——所特有的含义。每个领域都有其事实上特殊的平等和不平等。不管它多么严重、多么不公，都与每个人作为人的尊严（die menschliche Würde）无关。然而，无视各个领域的特征，是不负责的愚蠢之举，这会导致最严重的骚乱，从而导致更严重的不公正。人们在政治领域中走到一起，并不是作为抽象物，而是作为有政治利益和政治决断的人，是作为公民、统治者和被统治者，作为政治盟友或对手——总而言之，他们是一些政治范畴。在政治领域，人们不能掏空政治因素，只留下普遍的人人平等（Menschengleichheit）。这也适用于经济领域，不能就人说人，要把他理解成生产者和消费者等等，即根据特定的范畴来理解人。

所以，抽象的人人平等，只能是就平等而谈平等，没有任何危险的平等。这是与不平等没有必然关联的平等，所以也是在理论和

---

[1] 至少在这个方面存在着一定的“多元主义”。对于将会使当代的所有人的民主消失的社会多元主义（der soziale Pluralismus），根据伯恩在《欧洲民主制的危机》中的看法，已经存在并且总是存在着另一种更有效的形态。

实践上无意义、不相干的平等。只要如前所说，地球上不同的国家把自己的公民从政治上同其他的人区分开，无论以何种理由从政治上排斥它不需要的依附性人口，用国际法把他们定义为公法中的外国人，所谓人人平等肯定不会存在于任何地方。比较而言，至少在一国之内，现代民主国家已经确立了普遍的人人平等；虽然尚不存在绝对的人人平等。因为，外国人和外侨仍受到排斥，但在公民中间，比较而言，人人平等还是大有进展。不过必须指出，在这种情况下，通常极为强调民族的同质性，由于严格排斥那些不属于这个国家的人、那些在它之外的人，普遍的人人平等还是变成了一句空话。在没有这种情况的地方，在国家要在政治领域建立普遍的人人平等，不考虑民族或其他同质性因素的地方，无可避免的后果就是政治平等的贬值，大致只能相当于绝对的人人平等。不仅如此，政治领域，连同政治本身，也至少会有同等程度的贬值，成为无关紧要的事情。不仅政治平等的本质被剥夺了，使它变得对平等的个体毫无意义，严肃看待这种不加区分的平等，使政治也失去了本质。实质性的不平等并没有从现实和国家中消失；它们转移到了别的领域，也许是脱离了政治领域，集中在经济生活中，使这个领域获得了一种新的、不成比例的重大作用。在表面的政治平等的条件下，依然存在着实质性不平等的另一个领域（譬如今天的经济领域）将主宰政治。这是完全无可避免的，对政治理论的任何深思都能认识到，这种不平等是经济可悲地主宰国家和政治的真正基础。如果一种与不平等没有必然关联的平等观支配着人类生活的某个领域，这个领域肯定就会失去其实质，被另一种与无情的权力勾结的不平等吞噬。

所有人作为人的平等，不是民主，而是某种类型的自由主义；它不是一种国家形态，毋宁说是一种个人主义、人道主义的道德

和世界观。[1] 现代大众民主就基于这两者含混的结合。尽管有那些讨论卢梭的著作，尽管它们都正确地认识到卢梭是现代民主的起点，但人们似乎一直没有注意，卢梭的《社会契约论》所提出的国家学说，包含着这两种有着内在不一致的不同因素。外表是自由主义的，国家之正当理据（Rechtmäβigkeit）是一份自由契约。但接下来对“公意”这个核心概念的描述和阐发却表明，在卢梭看来，真正的国家只能存在于人民具有同质性、从而基本上存在着全体一致的地方。按《社会契约论》的观点，国家中不可能有多个政党，不可能有特殊利益和宗教分歧，任何事情，甚至对公共财政的关切，都不能使人民分裂。卢梭是受到像阿尔弗雷德·韦伯（Alfred Weber）[2] 和布林克曼（Carl Brinkmann）[3] 这样的重要国民经济学家尊敬的现代民主哲学家，他极为严肃地说：财政是与奴隶有关的事，是 mot d'esclave（奴隶的语言）。[4] 应当指出，在卢梭看来，

---

[1] 贝克尔（Werner Becker）在“民主制与大众国家”（“Demokratie und Massenstaat”，见 *Die Schildgenossen*［September 1925］，第 459—478 页）一文中，成功区分了民主和自由主义。该文以在我的 1925 年夏季学期的政治学研讨班上宣读的一篇杰出论文为基础。黑弗勒（Hermann Hefele）的“民主与自由主义”（“Demokratie und Liberalismus”，见《高地》［*Hochland*，November 1924］，第 34—43 页）一文也强调了自由主义与民主制的区别。不过我与他们两人相反，主张民主的定义就是被统治者与统治者的同一性。

[2] 阿尔弗雷德·韦伯，《欧洲现代国家思想的危机》（*Die Krise des modernen Staatsgedankens in Europa*，1925）。

[3] 【英译者注】布林克曼，“卡尔·施米特的《政治的浪漫派》”（“Carl Schmitt's *Politische Romantik*”，见《社会科学与社会政策文库》［*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*］，54［1925］，第 533 页）。

[4] 【英译者注】“‘财政’一词是个奴隶制的用语；它在城邦中是不为人知的”，见《社会契约论》，第 3 卷第 15 章第 3 节。

“奴隶”一词有着建构民主国家时所获得的完全合乎逻辑的含义：它指那些不属于人民的人，那些不平等的、外邦的或非公民的人。奴隶也是一个抽象的“人”这一点，对奴隶没有任何帮助，他是异质的，没有参与到普遍的同质性中，因此有理由被排斥在外。在卢梭看来，这种全体一致性必须达到各种法律不经辩论即可产生的程度。甚至诉讼中的法官和当事人也肯定要求相同的结果[1]，所以根本不必询问当事人中的一方，无论被告还是原告。总之，被提升到同一性高度的同质性，完全是根据自身来理解自身。然而，如果全体一致和所有人的意志的一致性真的如此强大，何必还要再达成甚至制定一份契约？契约的前提是分歧和对立。全体一致就像公意，可能存在，也可能不存在，甚至可能——如阿尔弗雷德·韦伯正确指出的——自然地呈现。在公意存在的地方，契约没有意义；在公意不存在的地方，契约也没多少用处。全体人相互达成契约这种思想，来自一个完全不同的理论世界，那儿要有各种对立的利益、分歧和私心。这种思想来自自由主义。卢梭所设想的公意其实就是同质性。那才是真正的合乎逻辑的民主。所以，按照《社会契约论》的观点，这个国家不是基于契约，其实是基于本质的同质性，尽管它有那样的名称，尽管存在着主流的契约理论。统治者和被统治者的同一性（Identität）就是由此产生的。

《社会契约论》的国家理论也证明，民主是被正确地定义为统治者和被统治者的同一性。我在《政治的神学》（*Politische Theologie*，1922）和讨论议会制的文章中曾经提到，这个定义有一部分被否定，另一部分被接受。这里我想指出，这个定义被运用

---

[1] 【英译者注】“人们必须认识到……共同的利益，它把法官的标准与当事人的标准统一起来，使他们做到一致”，见《社会契约论》，第 2 卷第 4 章第 7 节。

于当代的国家理论，向着新的认同领域的扩展，虽然是一种新的现象，但说到底是一个古老的定义，甚至可以说是一个古典时代的定义，与一个因这些原因而不再被人所知的传统相一致。鉴于这个定义关系到今天公法中一些重要而特别紧迫的结果，应当提一下普芬道夫（Pufendorff）的说法：在命令者和服从者有着认同的民主制中，握有主权者，即一个由全体公民组成的大会，能够随意修改法律和宪法；在“有人命令有人服从的”君主制或贵族制中，才可能存在相互的契约，从而，普芬道夫认为，存在对国家权力的限制。[1]

按流行的观点来看，议会制今天处在中间，受到布尔什维克主义和法西斯主义两面夹击。这是个简单而又肤浅的概括。议会体系和议会制度的危机，其实来自现代大众民主的环境。这首先导致了民主制本身的危机，因为，民主制所必需的实质性平等和同质性问题，不可能通过人人普遍平等而得到解决。它也导致了议会制的危机，必须把它同民主制的危机区分开来。这两种危机同时出现，相互恶化，但它们在理论上和现实中都有所不同。作为一种民主，现代大众民主试图实现统治者和被统治者的同一性，因此把议会视为一种不可理解的、过时的制度。如果严肃看待民主制的同一性，那么，在紧急时刻，其他宪政制度都不能够满足人民的意志这个惟一标准，不管人民意志是如何表达的。面对这种人民的意志，建立在独立代表的辩论之上的制度，尤其缺少其存在的不言自明的理由。由于对辩论的信念不是民主的，就其根源上说是自由主义的，事情更如此。今天人们可以分辨出三种危机：民主制的危机（伯恩注意

[1] 【英译者注】普芬道夫，《自然法和种族法》（*De jure naturae et gentium*，1672），第 7 卷第 6 章第 8 节。

到了，但未指出自由主义的人人平等观与民主制的同质性之间的抵牾）；再就是现代国家的危机（阿尔弗雷德·韦伯）；最后是议会制的危机。这里所说的议会制危机基于这样的事实：民主制和自由主义可结盟于一时，就像社会主义和民主制的结盟，但自由主义民主一旦掌权，就必须在自己的两种要素之间作出抉择。正如社会民主制（Sozial-Demokratie）也必须作出抉择——现代群众民主包含着基本的自由主义因素，因而，社会民主制最终在事实上是社会—自由民主制（eine Sozial-Liberal-Demokratie）。在民主制中，只存在着平等者的平等，只存在着平等者的意志。其他一切制度都变为没有实质内容的、社会—技术方面的权宜之计，不具备利用自身的价值和原则对抗人民意志——不论它如何表达——的立足点。现代国家的危机源于这样一个事实：一种大众的—所有人的民主制（eine Massen-und Menschenheitsdemokratie）根本就不能成其为一种国家形式（Staatsform），遑论成其为一个民主制国家。

比较而言，布尔什维克主义和法西斯主义，就像一切专政一样，肯定是反自由主义的，但未必是反民主的。在民主的历史中，一直存在着无数的专政、恺撒主义和其他更为惊人的形态。它们想创建同质性，利用上个世纪的自由主义传统中不常见的方式形成人民意志。这种努力属于非民主的认识，它来自在19世纪同自由主义原则的融合，即只有当每个公民都有彻底的隐私和独立——没有离开私人领域并且无所依附时，在“保护性的安排”和“不必服从”的情况下（德国的帝国选举法就是这样要求的），人民的意志才能得到表达。每一票都被登记在册，然后计算出算术上的多数。于是，最基本的真理已经消失，从当代政治理论中显然已经无从了解了。“人民”是一个公法概念。人民只存在于公共性（Publizität）之中。一亿个私人的一致意见既不是人民的意志，也不是舆论。

与过去50年里建立的统计学的精确计算相比，通过万众欢呼(acclamatio)，通过某些不言自明的事情，譬如一目了然、无可否认的表现，人民的意志同样能够得到表达，甚至表达得更好。民主感情的力量越强烈，就越能真切意识到民主不完全是秘密投票的记录制度。同直接民主相比，不只在技术意义上，而且在至关重要的意义上，议会是一部人为设立的机器，是从自由主义的推理中产生的，而专政的和恺撒主义的方式不仅能够得到人民的万众欢呼，也能够成为民主的实质和力量的直接表达。

即使布尔什维克主义被镇压，法西斯主义被逼上死路，不等于当代议会制的危机得到克服。因为，议会制危机不是这两个对手的出现造成的，而是布尔什维克主义和法西斯主义出现之前就已存在，而且今后仍将存在。倒不如说，议会制危机是从现代大众民主中产生的，归根结底，是从充满道德情怀的自由个人主义与本质上受政治理想支配的民主制的国家感情（Staatsgefühl）之间的矛盾产生出来的。历时百年的历史结盟和反对皇权专制主义的斗争，模糊了人们对这种矛盾的认识。然而，议会制危机在今天已经更为醒目地展现出来，世界流行的说法不可能阻止或消灭它。就深层而言，这是自由个人主义意识与民主同质性之间无可逃避的矛盾。

导　言

[1923]

只要存在议会制，就会存在批评它的文献。不难理解，提出批评的，最初是那些站在反动和复辟的立场上与议会制斗争败北的政治反对派。日益增加的实践经验暴露了党派政府的缺陷，然后它们变得十分醒目。最后是来自另一个原则性的方面，即来自左派激进主义（vom linken Radikalismus）的批评。于是，左派和右派倾向，保守的工团主义和无政府主义的论证，还有君主制、贵族制和民主制的见解，在这个方面齐心协力。从莫斯卡参议员 1922 年 11 月 26 日在意大利参议院就墨索里尼的内外政策发表的演说中，人们可以找到对目前状况最简明的总结。按莫斯卡的说法，为纠正议会制的缺陷，人们提出了三种激进的解决之道：所谓无产阶级专政；回归多少经过伪装的官僚制绝对王权论（un assolutismo burocratico）；最后是一种工团主义的政府形态，即用工团组织取代当今议会中的个人主义代表制（der individualistischen Repräsentation）。这位演说者认为，最后一种办法对议会体制最危险，因为，工团主义不是来自学识意见（Lehrmeinungen）或感情，而是来自现代社会的经济组织。相反，贝尔特莱米（H. Berthélemy）在为其《行政权概论》（*Traité de droit administratif*）第 10 版写的前言中谈到这个问题时，

却认为工团主义不值得讨论。他认为，只要议会成员认识到权力合流的危险，放弃自己的党派事务，并为行政部门提供一定的稳定性就够了。最后，他认为，地方主义和工业主义（把经济生活中的办法运用于政治）是对国家的威胁；在谈到工团主义时，他又说，他相信“只要权威来自接受权威的人，只要控制权正好授予了那些必须受到控制的人”，一切都会变得井然有序，所以不能把工团主义当作一种严肃的理论加以看待。从良好的官僚行政的角度看，这是十分正确的。但对于民主理论，即一切统治权威来自被统治者的理论，工团主义的意义何在呢？

有着悠久的职业等级观念（berufsständische Ideen）和趋向这一传统的德国，批判现代议会制不是什么新鲜事。过去几年，已经出现了有关1919年以来日常经验的类似文献。无数小册子和报纸文章指出了议会活动中最突出的缺陷和错误：党派至上、在用人政策上表现外行、“票友政府”、政府危机不断、议会辩论无目的且平庸陈腐、议会的常规标准不断下降、议会杯葛的破坏性手法、鄙视议会本身的激进反对派滥用议员免责权和特权、日常工作秩序中的无耻表现、经常缺席会议等等。这种基于长期观察的印象在逐渐扩散：比例代表制和党派代表式选票的制度，破坏了选民与议员之间的关系，使结帮拉派成了议会中不可缺少的统治手段，使所谓的代表原则（《民国宪法》第二十一款宣布：“议员是全体人民的代表，他们只对自己的良心负责，不受任何指示约束”）成了无稽之谈。此外，真正的事务不是出现在全体参加的公开会议上，而是出现在委员会里，甚至不一定出现在议会的委员会里；重大决策是在宗派领袖的秘密会议甚至议会外的委员会作出的，因此，〔决策〕责任被转移甚至取消了。这样一来，整个议会制度最终变成了一件

掩盖党派统治和经济利益的可怜外衣。[1] 除了这些批评外，还有在

---

[1] 有关这个主题的德文出版物甚多，这里只列出其中的一小部分：伯恩，《现代国家的消融》（*Auflösung des modernen Staates*, Berlin, 1921）和《欧洲民主制的危机》；拜尔勒（K. Beyerle），《议会制——抑或还需要别的什么？》（*Parlamentarisches System—oder was sonst?*, München, 1921）；兰道尔（Carl Landauer），“社会主义与议会体制”（“Sozialismus und parlamentarisches System”，刊于《社会科学与社会政策文库》，48，1922，Bd. 48，Heft 3）；“沿经济阶梯夺取民主国家的种种道路”（“Die Wege zur Eroberung des demokratischen Staates durch die Wirtschaftsleiter”，见帕伊（M. Palyi）编，*Erinnerungsgabe für Max Weber*，1922，B. Ⅱ［另见施米特，Arch. f. Sozialwissenschaft，1924，Bd. 51，Heft 3］）；“经济议会制论的意识形态”（“Die Ideologie des Wirtschaftsparlamentarismus”，见伯恩和帕伊编，*Festgabe für L. Brentano*，1925，B. Ⅰ，第153页及以下）；托马，“现代民主制概念及其与国家概念的关系”（“Der Begriff der modernen Demokratie in Seinem Verhältnis zum Staatsbergriff”，见帕伊编，*Erinnerungsgabe für Max Weber*）；“论议会制论与专政的意识形态”（“Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur”，见《社会科学与社会政策文库》，1924, Bd. 53, Heft 1）；马尔（Heinz Marr），“现代民主中的阶级和政党”（“Klasse und Partei in der modernen Demokratie”，见 *Frankfurter gelehrte Reden und Abhandlungen*, Heft 1, Frankfurt, 1925［另见罗森鲍姆（E. Rosenbaum），*Hamburgischen Wirtschaftsdienstvom*, 26. Febr. 1926］）；勒文施泰因（Karl Löwenstein），《英国的少数统治》（*Minderheitsregierung in Großbritannien*, München, 1925）；波尔特（Hermann Port），《两党制与中央》（*Zweiparteiensystem und Zentrum*, 刊于《高地》，Juli, 1925）；兰巴赫（W. Lambach），《五百年来的统治》（*Die Herrschaft der 500*, Hamburg, 1925）；缪勒－迈宁根（Ernst Müller-Meiningen），《议会制》（*Parlamentarismus*, Berlin, 1926）。关于施宾格勒的观点，参见克尔罗伊特（Otto Koellreutter）的综述和评论：*Die Staatslehre Oswald Spenglers*（《施宾格勒的国家学说》，Jena, 1924）。关于“职业等级”问题的大量文献，参见赫尔法特（Heinrich Herrfahrdt），《职业等级的代表问题》（*Das Problem der berufsständischen Vertretung*, Berlin, 1921）；塔塔林－塔恩海登（Edgar Tatarin-Tarnheyden），“点人头的民主、有机的民主与上议院问题”（“*Kopfzahldemokratie, Organische Demokratie und Oberhausproblem*”，刊于 *Zeitschrift für Politik*，Bd. 15，第97页及以下）；布劳魏勒（Heinz Brauweiler），《职业等级与国家》（*Berufsstand und Staat*, Berlin, 1925）和“议会制与职业等级的政治”（转下页）

19 世纪中叶对议会制度的民主基础更为自然的批评。它来自西欧古老的古典教育传统，担心无教养的大众支配有教养的人，担心布克哈特的通信中有典型描述的那种民主。长期以来，在这个方面研究政党选战的宣传、说服群众和支配舆论的手段和技巧已有相当的积累。奥斯特罗果尔斯基（Ostrogorskis）论述现代民主制度中的政党的著作，就属于这一类型的文献。贝洛克（Belloc）的《政党体制》（*Party System*）使这种批评广为人知。对政党生活的社会学研究，尤其是米歇尔斯的大作，驱散了对议会和民主不加区分的无数幻觉。甚至非社会主义者最终也承认媒体、政党、资本的勾结，把政治看作不过是经济现实的影子。

不妨假定，这种文献已经得到普遍了解。以下研究的学术旨趣不在于证实或否定议会制，而是想找出现代议会制度的内核。因此，我希望表明，从目前占支配地位的政治和社会思想出发，很难搞清楚现代议会制赖以发展的理论体系的基础，以及这种制度在多大程度已失去了自身的道德和精神基础，成了一个空洞的机关，仅靠机械的固执（mech-anische Beharrung）苟延。只有理性地把握这种形势，改革的建议才能具有眼光。民主、自由主义、个人主义、理性主义一类概念的用法，无不与现代议会有关，必须更明确地厘清这些概念，使之不再是临时捡起来的说辞和口号。只有这样，才有望从权宜和技术性问题转向思想的原则，而不是空忙一场。

（接上页）（"Parlamentarismus und berufsständische Politik"，刊于 *Preussische Jahrbücher*, 202, 1925），以及兰道尔前引书。关于议会与现代民主制之关系中的特殊难题，见格佩特（Heinrich Göppert），《国家与经济》（*Staat und Wirtschaft*, Tübingen, 1924）。

一、民主制和议会制

19 世纪的政治和国家学说的历史，可以概括为一句话：民主制的胜利进军。西欧文化世界中的国家，皆难以抵挡民主观念和制度的扩张。甚至在有着强大的社会力量维护自身的地方，比如普鲁士的君主制，能够打败民主信念的精神力量也没有超出自己信徒的小圈子。民主的进步和扩张同步，反民主的抵抗则被视为维护历史上已经过时的东西，徒劳无功，反民主与民主是旧势力与新生事物的斗争。政治和国家思想的每个阶段都有一些意义特殊的观念，尽管其中也许会有很多误识和神话，却显得理所当然，无需对广大民众作任何进一步解释。在 19 世纪和 20 世纪初，这种〔政治和国家观念的〕理所当然性和自明性显然在民主一边。兰克（Ranke）把人民主权（Volkssouveränität）的思想称为这个时代最强大的观念，它同君主制原则的冲突是该世纪的主流。自从那时以来，这种冲突以民主的胜利告终。

19 世纪 30 年代以来，对思想潮流有所感觉的所有重要法国思想家，都日益相信欧洲必定成为民主的欧洲，这是无可逃避的归宿。托克维尔对此有着最为深切的感受和表达。基佐也被这种思想左右，虽然他对民主的混乱心存恐惧。看来，命运的安排已经决定支持民主。这样的比喻一再出现：1789 年以来，好像没有任

何堤坝能够抵挡住民主大潮。在其《英国文学史》中，受基佐影响的丹纳（Taine）对这一发展作了给人印象最深的描述。[1] 人们以不同方式评价这一发展：托克维尔怀着贵族对资产阶级、对“胆小而勤劳的动物群体”的惧怕；基佐希望驯服这一可怕力量；米什莱（Michelet）热情相信“人民”的天然美德；勒南（Renan）厌恶有教养的人，并怀疑史学家们；所有的社会主义者则坚信自己是民主的真正继承人。民主思想成了理所当然的，19 世纪出现的社会主义新思想也决定与民主结盟，就可以证明这一点。许多人想让民主制同既有的君主制结合，因为，自由的资产者是保守的君主制和无产阶级大众的共同对手。这种策略性的合作表现于各种结盟，在迪斯累利（Disraeli）治下的英国甚至取得了一定成功，但说到底还是只对民主有利。在德国，仍然存在着这方面的虔诚愿望和一种“浪漫的社会主义”（romantischen Sozialismus）。工人群众的社会主义组织完全接受了进步和民主理念，所以，看起来它们就是这种理念在德国的代言人，大大胜过了资产者民主派；这些组织还制定了同时实现社会主义和民主要求这一令人怀疑的任务。社会主义与民主还被有的人说成是一回事情，相信社会主义与民主就是进步和未来。

由此可见民主的自明性，及其不可抗拒的进步与扩张势力。只要民主的信念仍是一种对抗性（polemisch）的概念（即对原有君主制的否定），它就能跟形形色色的政治抱负联手协调行动。然而，一旦民主得到落实，就可以看出它是在侍奉不同的主人，自身并没有实质性的明确目标。随着其最重要的对手君主制原则的消逝，民主本身也失去了自身本质上的明确性，与任何有争议的观念共沉

---

[1] 参见默里（Kathleen Murray）的出色论著，《丹纳和英国的浪漫派》（*Taine und die englische Romantik*, München und Leipzig, 1924）。

浮。起初，民主是自由主义和自由（Freiheit）理所当然的同盟军，甚至就是一回事情。在社会—民主中，民主与社会主义联手。拿破仑三世的成功和瑞士全民公决的结果，证明了蒲鲁东的预测：民主也可以是保守和反动的。如果任何政治倾向都可以利用民主，这便证明了民主没有政治内容，不过是一种组织形式；如果有人心怀别种政治纲领，希望借民主来实现这一纲领，他就得问自己一句：仅仅作为一种形式的民主本身究竟有何价值。试图把民主从政治领域转移到经济领域，从而赋予它一定内容，并未解答这个问题。从大量出版物中，人们可以发现这种从政治向经济的〔民主〕转移。英国的基尔特社会主义（Gildensozialismus）自称经济民主；宪政国家与宪制工厂（konstitutionelle Fabrik）的著名类比向着所有可能的方向扩展。这其实说明了民主观的一个基本变化，因为，只要契约自由和民法支配着经济生活，把一种政治观点转移到经济关系中就不可能。韦伯在其“新秩序下的德国议会和政府”（Parliament und Regierung im neugeordneten Deutschland，1918）一文中说过，从社会学角度看，国家不过像家大企业，今天，一个经济管理系统、一间工厂同国家已经没有本质区别。因此，凯尔森（Hans Kelsen）在其《民主的本质和价值》（*Wesen und Wert der Demokratie*，1921）中得出结论说，“鉴于两者的组织问题在本质上一样，民主不但是个政治问题，也是个经济企业问题”。可是，如果一种政治的组织形式也像现代经济一样建立在私法的基础上，它便不再是政治组织。一个君主——国家的绝对主人和一个资本家——（当然是在完全不同的意义上）自己的企业的绝对主人，肯定有相似之处。他们都有可能接受下属参与的可能性，但在权威、公开性和代表性的形式和内容方面，两者却有本质区别。再说，以类比（Analogie）方式把基于完全不同的经济前提（wirtschaftlichen Voraussetzungen）

的政治形式运用于现代经济条件，或用一种著名的经济学比喻说，把上层建筑的结构转移到有着本质区别的基础建筑，同经济思想中的每一条原则都会自相抵牾。

用“民主”方式组织起来的各个民族（Völker）或社会和经济组织，都仅抽象地有同样的主体：“人民”。具体而言，从社会学和心理学上讲，群众是异质性的。一个民主国家既可以是好战的，也可以是和平的，既可以是绝对王权主义的，也可以是自由主义的，既可以是集权的，也可以是分权的，既可以是进步的，也可以是反动的，因时而异，但仍不失为民主制。根据这些事实，有理由坚持说，将民主转移到经济领域也不会赋予民主以内容。那么，民主到底是什么？要搞清楚这一点，有若干条线索。所有作出的决策只对决策者本人有效（dass alle Entscheidungen, die getroffen werden, nur für die Entscheidenden selbst gelten sollen），这属于民主的本质。在此必须忽视其中那些在投票中失利的少数，引起了仅仅是理论上和表面上的难题。在现实中，这也取决于不断出现在民主逻辑中的下面这种同一性，取决于基本的民主理据——这一点马上就可以看出来——即投票失利的少数的意志其实与多数的意志是一致的。卢梭在《社会契约论》（第 4 卷第 2 章第 8 节）中经常引述的如下说法对于民主思想至关重要，而且符合一种古老的传统，几乎可以一字不差地在洛克那儿找到同样的说法：在民主制度中，公民甚至得同意违背其意志的法律，因为法律就是公意，所以也是自由公民的意志。因此，公民的同意本来就没有具体内容，只是对从公意中产生的结果表示抽象的同意，公民参与投票，只为了能够让人计算投票以了解这种公意。如果结果偏离了投票者个人的意愿，投票失利的人就会知道自己在公意的内容上犯了错：“这只证明我犯了错误，我所认为的公意不是公意”。卢梭接着强调，由于公意和真正的自

由相一致，所以，投票失利的人是不自由的。人所共知，利用这种雅各宾逻辑，可以为少数统治多数辩护，即便同时诉诸民主也如此。可是，民主原则的本质——对法律与人民意志的同一性的肯定——被保留下来。从抽象的逻辑看，即使根本不可能做到全体公民（包括没有投票资格的人）的绝对一致的意愿，把多数意志或少数意志等同于人民的意志，并没有什么不同。

如果在不断扩大的范围内把选举权（Wahlrecht）授予越来越多的人，便是一种努力落实国家与人民之同一性的表现；在此基础上，存在着一种有关接受这种同一性为正确的先决条件的特殊观点。然而，这并未改变一种基本的认识：所有民主论证在逻辑上依靠一系列的同一性。有统治者与被统治者的同一性，主子与服从者的同一性，国家权威的主体与客体的同一性，人民与其议会中的代表的同一性，国家与现有选民的同一性，国家与法律的同一性，最后，还有数量（人数上的多数或全体一致）与质量（法律的公正）的同一性。

所有这些同一性都不是可以切实把握的现实，而是取决于对同一性的承认。这里涉及的既非法学，亦非政治或社会学意义上的实际平等，而是涉及确定种种同一性（Identifikationen）。扩大普选权、缩短选举周期（Wahlperioden）、引入和扩大全民公决——简言之，凡可视为直接民主制或有此趋势的事情，凡受上述同一性观念支配的事情——其结果都是民主的，但凡此绝不可能达到绝对的、直接的、无时无刻都现存于现实之中的同一性。在实际的平等与确定同一性的成果之间，总会存在一定差距。人民的意志当然总与人民的意志同一，无论决策来自几百万张选票的赞同或否定，抑或来自知道人民意志但甚至没有得到一张选票的某个人，又或来自以某种方式万众欢呼表示赞成的人民。凡此都取决于人民的意志如何形

成。在人民意志论中，一种古老的辩证法仍未得到解决：少数可以表达人民的真实意志，人民有可能上当受骗，某个人可能长期熟谙宣传术并操纵舆论。这种辩证法就像民主本身一样古老，并不是从卢梭或雅各宾党人才开始有的。甚至在现代民主出现之时，人们就遇上了一个突出的矛盾：激进民主派把自己的民主激进主义理解为选择标准，这使他们有别于其他人充当人民意志的真正代表。由此又从实践中产生了极端不民主的排他性，因为，只有真正民主的代表才被授予政治权利。同时出现了一种新的贵族。这是历次革命中都会重复的一种古老的社会学现象，并非首次出现在1918年11月的社会主义者身上，1848年的“老共和派”身上已反映出来了。坚持民主只能施行于有民主思想的人民，完全可以自圆其说。现代的第一个直接民主制——清教徒革命中的平等派（Levellers），也无法摆脱这种民主的辩证法。他们的领袖利尔伯恩（Lilburne）在其《英格兰人民的合法基本自由》（*Legal Fundamental Liberties of the People of England*，1649）中写道，只有“忠实的人”（the “well-affected”）应当有投票权，这些“忠实的人”中的当选代表，必须完全掌握立法权，宪法必须是由“忠实的人”签署的契约。[1]

民主似乎有着在形成一种意志的问题上自我毁灭之虞。在激进民主派看来，民主有其自身的价值，不必求助于那些利用民主所从事的政治的内容。如果存在着有可能用民主来打败民主的危险，则激进民主派就得作出决定，是仍做反对多数的民主派，还是放弃自己的立场。只要民主承载着自足的价值内容，人们就不能再不惜

[1] 弗思（C. H. Firth）编，《克拉克文集》（*The Clarke Papers*，Vol. 2, London：The Camden Society，1794），第257—258页。

任何代价一直做个〔形式意义上的〕民主派。这是一个突出的事实和必然性，而非一种抽象的辩证法或智术式（sophistische）的游戏。[1] 民主派经常属于少数。他们也经常根据赞成妇女选举权的假想的民主原则作出决定，然后又觉察到，多数妇女并不以民主派的方式投票。于是，就出现了人所熟知的“人民教育”计划：能够通过正确的教育培养人民正确认识并表达自己的意志。这不过意味着，教育者至少暂时把自己的意志等同于人民的意志，更不用说学生所接受的教育内容也得由教育者决定。这种教育学说的结果是，以仍然有待建立的真正民主之名，行取消民主的专政之实。从理论上说，这种做法没有毁灭民主。然而，重要的是得重视这种情形，因为它表明，专政与民主并不抵牾。甚至在一个受专政者统治的过渡时期，仍然可以存在某种民主的同一性，人民的意志仍然能够是惟一标准。因此，特别值得留意的是，惟一的实践问题是确定同一性，尤其是谁控制着那些形成人民意志的工具：军队和政治势力、宣传、通过媒体控制舆论、政党组织、各种会议、大众教育和学校。特别要指出的是，只有来自人民意志的政治权力，能够首先形成人民的意志。

今天，人们面对民主思想的扩张可以说，与人民意志的某种同一性已变成如此普遍的许诺，因此已失去了政治意义，斗争（Kampf）只涉及确定同一性的手段。在这里，否定一种得到普遍接受的意见是愚蠢的。这不仅因为今天已没有国王敢于公开宣称，如果必要他们仍会违背民意待在王位上，还因为每一股重要的政治

[1] 对这种民主辩证法非常翔实的说明，见施泰因（Lorenz von Stein），《1848年的社会主义和共产主义运动》（*Die sozialistischen und kommunistischen Bewegungen*，1848），附录第25—26页。

势力都有望在某一天以某种方式取得这种同一性。出于这个原因，谁也不想否认某种民主的同一性。相反，人人都更感兴趣如何证明这种同一性。

布尔什维克政府在苏联的统治，肯定可以作为一个不尊重民主原则的显著事例。可是，其理论论证仍处在民主潮流内（也存在着一些将在第四章讨论的例外），只是利用了一些有关政治民主弊病的现代批评和现代经验。在布尔什维克看来，今天西欧国家的所谓民主，只是资本对媒体和政党进行经济控制的骗局，即虚假地形成的人民意志（eines falsch gebildeten Volkswillens）的谎言。共产主义将成为第一个真正的民主。除了其经济基础外，就其结构而言，这是陈旧的雅各宾论调。保皇派政论家可以从对立的立场用如下教义来表达对民主的厌恶：今天的流行舆论过于愚蠢，假如以正确的方式看待，它能导致对自身权力的否定。这意味着如此舆论能导致“对缺少意义的事情要求一种常识的行动——然而，舆论不是总可以为某种本身一点也不荒谬的行动找出荒谬的动机吗？”[1] 在这方面，〔布尔什维克与保皇派〕双方有一致的共识。当布尔什维克理论家以真正民主的名义取消民主，而民主的敌人则希望借民主行骗时，前者仍可以说民主原则从理论上是正确的，后者则会说必须认真看待民主真正的优越之处。只有意大利的法西斯主义好像没有赋予“民主”以价值。除了这个例外，人们必须承认，民主原则至今一直无异议地得到普遍承认。

这对公共法权（das öffentliche Recht）的法理学意义重大。不管国家—人民法权（Staats-und Völkerrecht）的理论还是实践，如

[1] 莫拉（Charles Maurras），《理智的未来》（*L'avenir de l'intelligence*，Paris：Albert Fontemong，1905，2nd ed.），第 98 页。

果缺少某种正当性（Legitimität）概念是玩儿不转的。所以，今天主流的正当性概念事实上是民主，这一点便有着重要的意义。从1815年到1918年的发展，可称之为一种正当性概念的发展：从皇朝正当性（die dynastische Legitimität）到民主正当性。民主原则今天必须表明，它与早先的君主制原则有着重要的相似之处。这一点此处无法展开来谈，但至少必须说明，想改变正当性这个概念的对象而不改变其结构和内容，是不可能的。今天，存在着两种不同类型的正当性，但这个概念并未因此失去其必不可少的地位，或不再具有基本功能，尽管法学家们很少意识到这一点。从公法上说，政府一般而言都是临时政府，直至获得基于民主原则的议会的批准，无此基础的政府就被视为篡权（Usurpation）。人们假定（虽然这不是来自民主原则），人民已然成熟，不再需要雅各宾党的教育专政（Erziehungsdiktatur）。如今以要求召开立宪议会为基础的法制信念和正当性概念，其表现方式被认为是在干涉国家的宪法事务。可以说，神圣同盟与当前的国联有本质区别，国联只保障成员国的外部状态，不得干涉其内部问题。可是，按照导致君主有正当干涉权（Legitimität zu Interventionen）的相同逻辑，也可用人民的自治权证明干涉的正当性。从由民主信念激起的对苏联政府的无数抗议中，可以看到民主的不干涉原则——即宪法不可违背人民的意志——这一基本假定。如果强制实行这种宪法，从而使民主原则受到践踏，就可以去恢复人民的自治权，而这恰恰得靠干涉来达成。基于君权正当性观念（dem monarchischen Legitimitätsbegriff）的干涉，在民主理论中是非法的，但这仅仅是因为它违背了人民的自治原则。相反，通过干涉恢复自由的自治，把人民从僭主（Tyrannen）的统治下解放出来，完全不是违反不干涉原则，而是为不干涉原则创造前提条件。即使基于民主基础的现代国联，也需要某种正当性概念，

因此，当作为其法理学基础的原则遭到破坏时，国联也要求干涉的可能。[1]

所以，就今天的许多法学研究而言，我们可以从民主的公理入手，不必冒被人误解的风险，以为我们接受了构成民主之政治现实的一切定义。从理论上说——并且在这个紧迫的时代从实践上说也如此，当面对雅各宾党人的论证——即面对以专横态度把少数等同于人民这种做法，面对这一概念从数量向质量的决定性转变时，民主是软弱无力的。于是，人们的兴趣便指向创造并表达人民的意志和一切权力来自人民的信念，其意义类似于一切权威来自上帝的信念。这两条公理都允许在政治现实中存在不同的统治形态和法律结果。对民主的科学研究，必须从一个我称之为政治的神学的特殊方面入手。[2] 因为，议会制和民主制在 19 世纪有着极为密切的关系，可以把它们视为一个象征，所以，必须先就民主作出这些评说。不过，没有今天的所谓议会制，民主制也可以存在，而议会制的存在也可以没有民主制；专政不是民主的决定性的反题，正如民主不是专政的反题。

---

[1] 参见拙著《国联的要害问题》（*Die Kernfrage des Völkerbundes*, Berlin, 1926）。

[2] 参见拙著《政治的神学：主权学说四论》（München und Leipzig, 1922）。

二、议会制原理

在人民代表（Volksvertretung）与君权的斗争中，受人民代表的规范性影响的政府被称为议会制政府，因此，这个词是用来指一种特殊类型的行政权（Exekutive）。“议会制”这个字眼的意思也随之发生了改变。“议会制政府”的前提是有一个议会；要求建立这样一个政府，意味着以作为既有制度的议会为起点，扩大其权力，或用宪政主义的常用语，立法权（Legislative）应当影响行政权。议会制原理的基本概念不能单纯基于议会参与政府，而且就我们这里所关心的问题而言，也不能期待讨论议会制政府的这种要求会有多大收获。我们这里关注的是议会制本身最终的思想基础（die letzte geistige Grundlage），而非议会权力的扩张。议会为何在许多代人看来事实上一直是 ultimum sapientiae（最高智慧）之所在，在过去一个世纪里，对这种制度的信念建立在什么基础上？议会必须控制政府的要求和影响对议会负责的部长们的人选，便包含着这种信念。

议会制最为古老且数百年来不断有人重复的理由，可以说是一种极端的“权宜之计”（Expeditivität）[1]：作为一个整体的人民必

---

[1] 【英译者注】茨威格（Egon Zweig），《制宪权理论》（*Die Lehre vom pouvoir constitu-ant*，Tübingen：Mohr，1909）。

须决策，就像最初一个社群的全体成员能够在村子的树下开会。然而，由于实践方面的原因，今天已经不可能让人人同时聚在一个地方〔开会〕；也不可能向每个人征询所有细节。于是，人们十分合理地希望选出由负责任的人组成的一个委员会，议会就是一个这样的组织。由此产生了人所熟知的标准：议会是人民的委员会（ein Ausschuβ des Volkes），政府是议会的委员会。由此可见，议会制的概念看来有着民主制的本质。但是，尽管议会制与民主的思想相吻合，同民主有着种种关系，除非在权宜的实践中得到落实，议会制并非民主制。如果出于实践和技术上的原因，人民信赖的人（Vertrauensleute des Volkes）能代替人民作出决定，那么一个惟一的被信赖的人也能以这个人民的名义作出决定。这种论证可以为反议会的恺撒主义辩护，而仍不失为民主的论证。所以，它不可能是议会制思想的特点，议会是人民的委员会，一个得到信赖的人的会议并非问题的关键。这里甚至存在着矛盾：作为最高委员会的议会，在当选期独立于人民，而且一般不能加以撤换，而作为它下面的委员会的议会制政府总要依靠那个最高委员会的授权，因此任何时候都可以被撤换。

据斯门德（Rudolf Smend）的贴切表述[1]，议会的理（ratio）存在于一种“动态辩论”之中，也就是说，存在于一个各种分歧和意见的交锋过程，由此产生现实的政策。所以说，议会的本质是公

---

[1] 斯门德，“比例选举制下宪政秩序的变化”（“Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch Verhältniswahl”，载 *Festgab der Bonner juristischen Fakultät für Karl Bergbohm*，Bonn, 1919，第 278 页）；“立宪国家的政治权力与国家形态问题”（“Die Politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform”，刊于 *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*，Tübingen，1923，第 22 页）。

开审议论证和反驳，是公开争论和公开辩论，所有这些都不涉及民主。[1] 极为典型的思路可以在极为典型的议会制代表人物基佐那儿找到。他从法权（作为权势的对立面）的角度出发，列举了保障法权（Herrschaft des Rechts）的制度的基本特点：（1）“各种权力”总是不得不参与讨论，从而一起寻求真理；（2）全部政治生活的公开性使“各种权力”处在公民的控制下；（3）新闻自由促使公民为自己找到真理，并使其让“权力”知道。[2] 因此，议会是这样一个地方，人类中分布不均等的理性微粒（Vernunftpartikeln）在这里聚

---

[1] 这种观点的典型表现，可以下面的言论为例：“因为代表制政体（他这里指的就是议会制）本质上是一种争论和自由辩论的政体”（［中译者按］原文为法文）。埃斯曼（Adhémar Esmein），《宪法法释义》（*Eléments de droit constitutionnel*, Paris：Librairie de la Société du Recueil Généal des lois et des Arrets，1909，5th ed.），第 274 页。此外，在此书的第 7 版中，作者在解释今天的议会的整个法律制度时，把它说成“在立法会议中有着最大的决定和讨论自由”的制度。另见拉斯基（Harold Laski），《主权的基础》（*The Foundations of Sovereignty*, New York：Harcourt，Brace & Co.，1921），第 36 页：“代表制度下的政府的基本假设为，它是受辩论支配的政府。”

[2] 基佐，《代表制政府的起源》（*Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe, Bruxelles,* 1851），第 2 卷，第 10—11 页。此书是基佐自 1820 年以来所作演讲的讲稿，其间经常修改。这是一位重要的学者、政治家和可敬的人从 1814 年到 1848 年观察和思考的成果。其议会制学说充满了盎格鲁－萨克逊精神。基佐在前言（写于 1851 年 5 月）中称，议会制是“充溢于我生命中的信念和希望，而且直到不久以前，还是我们时代的信念和希望”。克拉伯（Hugo Krabbe）对基佐所具有的典型意义有很好的体认，见其《现代政治思想》（*Die moderne Staatsidee*, Haag, 1919），第 178 页。为了作出全面的总结，克拉伯完整引用了基佐的议会观：“此外，绝对权力的正当性总是服从于全体公民，并且不限于追求必须用来制约权力的真理、理性和正义。构成这种代表制度的是：（1）通过辩论，使当权者追求共同的真理；（2）通过公开性，使权力处在公民眼力所及的范围内；（3）通过出版自由，使公民自己可以追求真理，并把它告知当权者”（［中译者按］原文为法文）。这里所说的“代表制度”（Repräsentativsystem）中的“代表”，指议会中的（转下页）

合起来，使公共权力处在它们的控制之下。这看起来是一种典型理性主义的观点。可是，把现代议会定义成一种从理性主义精神中产生的制度，既不全面，也不准确。议会制的最终辩护及其整个时代的自明性在于这样的事实：这种理性主义不是绝对而直接的，而是有着某种特殊意义上的相对性。莫尔（Robert von Mohl）针对基佐

（接上页）〔理性〕人的代表（Vertretung）。把议会制等同于代表制度，是典型19世纪的混淆。代表的概念包含着人们至今仍未充分理解的更为深层的问题。就我这里的讨论而言，提到议会制并简要指出代表的正确含义的特殊性就足够了：代表本质上属于公共（Publizität）领域（与代理［Stellvertretung］、委托、委派等等最初属于民法的性质相反），它赋予代表和被代表的人以及需要派出代表的人以人身尊严（与利益或生意的代表相反）。举一个很简单的例子吧：在18世纪，一个君主在另一些君主面前的代表是大使（他必须也是一名贵族），而经济和其他事务则留给“代理人”（Agenten）。在议会同绝对君权的斗争中，议会是〔被理解为一个整体的〕人民的代表。在人民有代表的地方，国王只能作为人民的代表来维护自身的价值（如1791年法国宪法的情况），在有绝对君权的地方，它就必须抵制人民代表的可能性甚至可允许性，并因此而把议会搞成一个代表社团利益的机构（例如1815—1848年德国的情况）。当“自由的”而非“强制性的”委派被判定为“代表”会议的特征时，则可以从实践上的重要特殊性来解释它。其实，议会并不是全体人民的代表，因为它依靠选民，而选民并不是全体人民。在19世纪，由于人们不再想像人身（Person）的概念，人身变成了一种客观的东西，人们才逐渐把全部的现有选民混同于人民或民族（Nation）的整体人身，从而也就失去了对人民代表和代表的感觉。在1815—1848年德国争取代表制的斗争中，这种混淆已经不堪描述；几乎无法确定，议会在国王面前代表人民（这样的话它在国家中就代表两者，即国王和人民），还是议会和国王加在一起代表国民（例如在法国，根据1791年宪法，就有两个代表）。对1789年法国国民议会和德国为争取代表制宪政的斗争的历史描述，都有误解代表这一重要概念的缺陷。甚至勒文施泰因的《1789年法国国民议会之政治理论中的人民和议会》（*Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789*, München, 1922）这本很有价值的重要著作，也不例外。1815—1848年有关代表概念的德语文献，见格贝尔（Emil Gerber）提交给波恩大学的博士论文（1926）。

的原则反驳说：何以可以保证，恰恰在议会中有理性碎片的担纲者（die Träger der Vernunftbruchstücke）？[1] 答案取决于自由竞争的观念和一种预定的和谐状态，但对于议会而言，和政治本身的情况一样，这往往是一种难以识破的伪装。

把自由主义看成一种连贯、周全的形而上学体系，是不可避免的。通常人们只从经济学思路——从个人的自由经济竞争、契约自由、贸易自由和创业自由中产生的社会和谐和财富最大化——来解释自由主义。但这些不过是一般自由主义原则的应用。同样可以说：通过不受约束的意见冲突能够发现真理，这种竞争会产生和谐。这种思想的精神核心，说到底在于同真理的特殊关系，真理变为仅仅是各种意见之间永恒竞争的函数。与真理相反，各种意见之间的永恒竞争意味着清除明确的结论。在德国人的思想中，按浪漫派的永恒交谈（ewiges Gespräch）的概念更易于理解永恒的辩论（ewige Diskussion）。还可顺便指出，这个方面也暴露出，整个思想史对德国的政治浪漫派的流行把握实在含混不清，把它说成什么保守和反自由主义的。言论自由、出版自由、集会自由和辩论自由，不只是有用的权宜之计，而且事关自由主义真正的生命问题（eigentliche Lebensfragen des Liberalismus）。基佐的描述特别强调，除辩论和公开性之外，出版自由是议会制的第三个特点。不难理解，出版自由只是辩论自由和公开性的手段，而非一个独立的因素。但是，既然自由出版是自由主义其他典型特点的手段，基佐有充足的理由给予特别强调。

---

[1] 【英译者注】莫尔，《公法、民法与政治学》（*Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*，Monographien，Vol. 1，Tübingen：Verlag der H. Lauppschen Buchhandlung，1860—1862），第5页。

只有正确认识到辩论在自由主义制度中的核心地位，具有自由理性主义特征的另外两项政治要求才能获得其正确含义，具备超越各种口号、政治技巧和实用主义考虑的混乱气氛的科学明晰性：对政治生活的公开性的要求，以及分权的要求，或更具体地说，对立势力的制衡和从这种制衡中自动产生真理。鉴于公开性——尤其舆论的力量在自由主义思想中至关重要，自由主义同民主显得像是一致的。但在分权理论中，事情显然并非如此。相反，哈斯巴赫（Wilhelm von Hasbach）用它们来阐明自由主义和民主制之间的尖锐对立。[1] 三权分立、对立法权和行政权的基本划分，以及拒绝在任何时候都应让国家掌握充分权力的思想——凡此其实都与民主同一性概念相对立。因此，自由主义和民主制的诉求并不是一回事。在与这两种诉求有关的许多非常不同的思想中，这里只讨论那些有助于理解现代议会制之精神核心的基本思想。

对舆论的信任源于一种观念，在讨论舆论的大量文献中，甚至在滕尼斯（Ferdinand Tönnies）的大作中，这种观念一直未得到适当的重视。[2] 这涉及的与其说是公开的意见（die öffentliche Meinung），不如说是意见的公开（die Öffentlichkeit der Meinung）。一旦人们认识到一种历史上的对立——16 和 17 世纪的大量文献中占支配地位的国家机密（arcana rei publicae）学说，这一点就

---

[1] 哈斯巴赫，《现代民主》（*Die moderne Demokratie*, Jena, 1913）及《议会制内阁》（*Die parlamentarische Kabinettsregierung*, Stuttgart, 1919）；以及他的论文："权力划分、权力分立和混合型国家形态"（"Gewaltenteilung, Gewaltentrennung und gemischte Staatsform"，载 *Vierteljahrsschrift für Sozial und Wirtschaftsgeschichte*, 13 [1916]，第 562 页）。

[2] 滕尼斯，《公共舆论批判》（*Kritik der öffentlichen Meinung*, Berlin, 1922），第 100 页。

变得十分明显。因为，要求意见公开，就是从这历史的对立产生出来的。国家机密学说始于讨论“国家理由”（Staatsraison，ratio status）——这是其核心内容——的文献，文献起点是马基雅维里，并在萨皮（Paolo Sarpi）那儿达到顶点。至于德国学者系统的方法论讨论，可以克拉普玛尔（Arnold Clapmarius）的著作为例。[1] 大致说来，这是一种把国家和政治只视为维护和扩大权力之技巧的学说。针对这种“马基雅维里主义”，出现了一批伟大的反马基雅维里主义的文献，这些文献对圣巴托罗缪惨案（Bartholomäusnacht，1572 年）深感震惊，对无耻的“马基雅维里主义”原则表达了强烈义愤。它们用法权和正义来回答政治术的强权观念。这首先是反君王派作家们（monarchomachische Autoren）[2] 对王侯绝对王权论（den fürstlichen Absolutismus）的驳斥。这场论战不过是强权与法权（Macht und Recht）之间的古老斗争在思想史上的一个事例而已。马基雅维里的权术（Machttechnik）与道德和正义的伦理（Ethos）发生冲突。然而，这种描述并不完整，因为，逐渐出现了相反的特殊要求：这就是公开性和分权。这些要求试图通过一种分权制度使包含在绝对王权主义中的权力中枢中立化。公开性的要求尤其受到如下观点的反对：每一种政治中都有“机密”（arcana），政治术的机密为绝对王权论所必需，就像依靠私有财产和竞争的经济生活需

---

[1] 我在《论专政》（*Die Diktatur*, München und Leipzig, 1921，第 14 页及以下）一书中对此有更多评论。另见迈内克：《国家利益至上的观念》（Friedrich Meinecke, *Die Idee der Staatsräson*, München & Berlin, 1924），以及我本人发表于 *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*（Bd. 56，Heft Ⅰ）的文章。

[2] 【中译本编者注】Monarchomachen 意为“与君主作斗争的人”（Monarchen-bekämp-fer），特指 16 世纪末法兰西、苏格兰和西班牙的一伙著文反绝对王权的君主、主张人民主权的作家，往往被看作现代民主制的精神先驱。

要商业和经济机密。

由少数人关起门来操作的内阁政治，如今已变成了一种不言自明的罪恶，于是，政治生活的公开性似乎仅仅因为其公开性就成了正确而美好的事情。公开性变成了一种绝对价值，虽然它最初只是一种反抗绝对王权主义官僚化的、专业技术性的秘密政治（Geheimpolitik）的实践手段。取消秘密政治和秘密外交，成了一剂治疗所有政治疾患和腐败的灵丹妙药。舆论变成了包医百病的控制力量。当然，舆论最初是在18世纪、在启蒙运动期间获得这种绝对性的。公众之光就是启蒙之光，是对迷信、幻觉和野心家阴谋的解脱。在每一个开明专制论（eines aufgeklärten Despotismus）的体系中，舆论发挥着绝对正确的作用。随着启蒙的进步，专制者的权力可以变得更大，因为，经过启蒙的舆论能够使滥用权力变得不可能。对经过启蒙的人来说，这是不言而喻的事。拉里维埃（Le Mercier de la Rivière）系统地阐发了这种观点。孔多塞（Condorcet）对言论和出版自由怀有热烈信念，试图得出其实践结论。如果记得最近几代人的经验，这种信念是十分感人的：只要有出版自由，权力滥用就难以想像；只要有一家报纸，就足以打垮最强权的僭主；印刷术（Buchdruckerkunst）是自由的基石，“是创造自由的艺术”。[1] 甚至康德在这方面也不过是其时代的政治信念的表达者——相信公开性的进步，相信公众必然有自我启蒙能力，只要他

---

[1] 见孔多塞，“论民族习俗”（Discours sur les conventions nationales，April 1，1791）以及他论君主制和共和制的演说（也发表于1791年），见 *Oeuvres*，XI。信任书籍印刷术是革命的启蒙运动的典型标志之一。《共和派引文集》（*Citateur Républicain*，1834）所引用的一篇共和元年的文章所列出的成果是：一切不自由、一切负担、普遍幸福的一切障碍都将消逝，战争将会停止，取而代之的是财富、剩余和美德——“这就是印刷业的好处”。

们有这样做的自由。[1] 在英国，自由主义理性的幻想家是边沁。在他以前，英国人的论调基本上一直是实践的和实用的。边沁根据一种自由主义体系宣布了出版自由的意义：公众讨论的自由，尤其出版自由，是防范政治劣行最有效的手段，“控制权力”是对“专横权力的真正制约”，如此等等。[2] 随着这种思想的发展，人们再次遇到了自由与民主的矛盾。密尔怀着绝望的关切认识到，民主和自由之间有可能存在矛盾，多数有可能压迫少数。仅仅想到哪怕只有一个人会被剥夺表达意见的机会，也让这位实证主义者隐然感到不安，因为，也许有可能这个人的意见恰恰最接近真理。

舆论因言论自由、出版自由和结社自由得到保护，在自由派的思想中，议会成员的免责权意味着意见的自由。在这种体系中，“自由”一词有着最完整的意义。在公众能施加压力——譬如通过个人投票——的地方，在由私域向公域的转化中，便出现了秘密投票这种矛盾的要求。意见自由是私人的自由；为使最好的意见得以胜出，意见竞争是必需的。

在现代议会制中，对舆论的信任还同另一种更具有机性的观念有关：划分或制衡不同的国务活动和机构。竞争的观点，即正确将在这种竞争中产生的观点，在这里也有所表现。在权力的划分中，议会承担立法职能，并被限制在这一职能上，这使得作为权力制衡学说之核心的理性主义成为相对的，并且正如这里所要证明的，也使这一体制有别于启蒙运动的绝对理性主义。对于制衡观的一般含

---

[1] 参见考夫曼，《新康德主义法哲学批判》（Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1921），第 60—61 页。

[2] 见其“论出版自由和公众辩论”（On the Liberty of the Press and Public Discussion, 1821）一文。

义，不必费多少口舌。如今的政治思想史和国家理论中颇为典型地出现了一些比喻——对这些比喻的系统研究尚未开始。例如说：国家是架机器，是个有机体；国王是拱门的基石，是航船的一面旗帜或灵魂。就现时代而言，制衡的比喻最重要。自16世纪以降，平衡的比喻就可见于思想生活的方方面面——威尔逊（W. Wilson）肯定是第一个在其论自由的演说中认识到这一点的人：国际经济中的贸易平衡、外交上欧洲强国的平衡、宇宙中引力和斥力的平衡、马勒伯朗士（Malebranche）和沙夫兹伯里（Shaftesbury）著作中的各种感情平衡，莫泽（J. J. Moser）甚至还推荐过饮食平衡。这种得到普遍采纳的观点的重要性，在下面这些大名那儿得到进一步证实：哈林顿（Harrington）、洛克、博林布鲁克（Bolingbroke）、孟德斯鸠、马布利（Mably）、德·洛尔梅（de Lolme）、联邦党人，甚至1789年的整个法国国民议会。举两个现代的例子吧：欧里乌（Maurice Hauriou）在其“公法原理”一文中，把平衡概念运用于国家和行政的一切问题；雷德斯洛伯（R. Redslob）对议会制政府的定义（1918年）的巨大影响，证明了这种理论甚至在今天仍多么强大。[1]

这种一般观念在运用于议会制度时有个特殊含义，对此必须给予强调，因为它甚至左右着卢梭的思想，虽然那时还没有特指议会。[2] 在议会中存在着一种包含在这种权力制衡观中的中庸理性主

---

[1] 【英译者注】欧里乌，《行政法公法概论》（*Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1914）；雷德斯洛伯，《议会制政府》（*Die parlamentarische Regierung*, 1918）。

[2] 卢梭谈到过公意中的利益平衡，参见《社会契约论》第2卷第9章第4节、第11章注，第4卷第4章第25节、第5章，尤其参见第1卷第8章第2节，第2卷第6章第10节，第3卷第8章第10节。

义的平衡。在孟德斯鸠的分权学说所概括出的制衡传统的暗示性影响下，人们已经习惯于只把议会视为国家职权的一部分，是为制衡其他部分（行政与司法）而设立的一个部门。然而，议会不应当仅仅是这种制衡中的一部分；鉴于议会本身是立法机关，对它本身也应当制衡。这取决于一种全面建立多样性的思路，借此可以使在一个谈判系统的内在动态过程中产生的平衡状态取代绝对的统一。立法机关本身首先可以利用这个过程——要么通过两院制，要么通过联邦制——得到平衡和调节。不过，即使在一院制中，各种观点和意见的制衡也作为这种特殊的理性主义的结果而发挥着作用。反对派是议会的本质，这里其实存在着一种两党制的形而上学。通行做法是引用下面这句来自洛克的陈词滥调，以证明权力制衡说的正确：立法机关同时也执行法律是危险的；这对人的权力欲的诱惑太大了。所以，无论作为行政首脑的国王，还是作为立法机关的议会，都不应允许它们把全部国家权力集于一身。最早的权力划分与制衡学说，出自1640年长期国会的集权（die Machtkonzentration）经验。可是，一旦在政治学说中确立了理据，在欧洲大陆便出现了一种宪政法律概念（einem konstitutionellen Gesetzsbegriff）的宪政学说。根据这种学说，必须把议会制度理解为一个基本上从事立法的国家机关。只有这种立法观，能够为一种今天很少被人理解，但自18世纪以来一直在欧洲思想中占据绝对主导地位的观念提供依据：宪政就是分权。在1789年的《人权和公民权宣言》的第十六款中，可以找到其最著名的表述："凡权力和权利的划分得不到保障的社会，皆没有宪政。"分权和宪政是一回事，对宪政观念的这种定义，甚至在从康德到黑格尔的德国政治思想中也被视为理所当然。因此，这种学说不仅把独裁理解为民主的反题，而且理解为本质上是对分权，即对宪政、立法权和行政权的

划分的取消。[1]

在反君王派（Monarchomachen）中间已经可以看到这种议会立法观。贝札（Theodore de Beza）在《首脑的权利》（*Droit des Magistrats*，1574）中写道："人们不应根据事由，而应根据法律作出判断。"布鲁图（Junius Brutus）的《捍卫反抗僭主的自由》（*Vindiciae contra Tyrannos*，1579）一书，矛头直指马基雅维里的"邪恶信条"（die "pestifera doctrina"），表现出不但对正义而且对某种理性主义的热情。这位作者要推进"几何学伦理"，用超个人的统治（*das überpersönliche Regnum*）和普遍的理来取代具体的国王的个人（Person des *Rex*）。按照亚里士多德和经院学派的传统，这种普遍的理才构成了法律的本质。国王必须服从法律，正如肉体必须服从灵魂。法律的普遍标准是从如下事实推衍出来的：法律（与某个人的意志或命令相反）仅仅是理，不是欲望。法律没有感情，具体的个人则"受种种特殊感情的驱策"。[2] 这种有各类版本但总有着"普遍性"特点的法律概念，已经成为宪政思想的基础。格劳秀斯（Grotius）以普遍对特殊的经院学派的形式表述过这种法律概念。[3]"法治国"（Rechtsstaat）的理论就基于这种法律与个人命令之间的对立，法律是普遍的，并且总公之于众，有着无例外的普遍约束力，从原则上说适用于任何时间；后者则根据具体环境因事而异。在一段著名的阐述中，迈耶尔（Otto Mayer）谈

---

[1] 参见拙著《论专政》，第149页。

[2] 布鲁图：《捍卫反抗僭主的自由》。

[3] 格劳秀斯：《战争与和平法》（*De jure belli ac pacis*, Amsterdam，1631），第1卷第3章第6节。格劳秀斯为证明他对特殊事例的否定，也采用了与数学作类比的方法。

到了法律的“不可侵犯性”。这种法律观基于对一般（而不再是普遍［Universellen］）与个别的理性主义的划分，“法治国”思想的代表相信，一般（Generellen）本身就有着比个别（Singulären）更高的价值，这在法律与任命权的对比——这是洛克论证的核心——中变得格外清楚。这位“法治国”哲学的经典理论家[1]，只是延续了一个多世纪的论战中的一个事例而已。这场论战涉及的问题是：至高无上的权力究竟属于非个人的法律，还是国王这个个人主权者（persönlich Souverän）。[2] 甚至“也可以特别强调指出，美利坚合众国政府是与人治政府相对的法治政府”。[3] 今天对主权的通行定义以博丹（Bodin）的观点为基础，即总有必要规定，具体情况下存在着一般规则的例外，规定这种例外的人即享有主权。[4] 可见，宪政思想与绝对王权论思想都以一种法律观为自己的基石。这当然不是自拉班（Laband）以来在德国流行的那种形式意义上的法律观，即凡得到人民会议同意而产生的东西都可称为法律，毋宁说，法律是一条按某种逻辑属性来规定的条款（Satz）。关键的区分历来就是：法律是一种一般的、合理的条款，抑或一项措施、

---

[1] 考夫曼在其《调查委员会和国家立法院》（*Untersuchungsausschluß und Staatsgerichtshof*, Berlin, 1920，第25—26页）中对洛克的阐述，是洛克在今天仍具有直接的实践意义的最佳事例。必须提到考夫曼的著作，是因为它对实质的法律概念（den materiellen Gesetzesbegriff）具有重要性。

[2] 费吉斯：《君权神授》（John Neville Figgis, *The Divine Right of Kings*, Cambridge University Press, 1914, 2. Auflage）。

[3] 马歇尔（John Marshall）的这种观点作为一句箴言出现在贝克（James Beck）论美国宪法的著作（弗里德曼［Alfred Friedmann］翻译的德文版，Berlin, 1926）的第16章。

[4] 参见拙著《政治的神学》，第4页及以下。

具体规定或命令。

如果把这些在人民会议的合作和参与下生效的规则称为法律，这是因为人民会议即议会是遵照议会的方式，在尊重论证和反驳的情况下作出决定的。因此，人民会议的决定在逻辑上有着与只以权威为基础的命令不同的性质。这表现在霍布斯的法律定义的鲜明反题上："人人皆知，有些法律是为全体臣民制定的，有些是为具体的君主制定的；有些是为特殊的职业，有些是为特殊的人。"对这位绝对王权论者（dem Absolutisten）来说，显然"法律不是协商，而是命令"[1]，法律本质上是权威，而非——如"法治国"学说中的理性主义法律观所说的那样——真理和正确："Autoritas，non Veritas facit legem"（权威而非真理制定法律）。博林布鲁克这位政府权力制衡说的代表人物从法治国的角度思考问题，把对立的两方表述为"宪法治国"和"意志治国"。他区分宪政和政府，宪政是由一套在任何时候都有效的规则体系构成的，政府则是任何时候都实际存在的；一个是不变的，另一个随着时间和环境而变化。[2]法律就是公意（这种公意本身就有价值，因为其普遍性不同于每个具体的意志）的理论，在17和18世纪支配着政治思想，也可以被理解为"法治国"之法律观的表达。在这方面，孔多塞也是启蒙激进主义的典型代表，在他看来，一切具体的事情仅仅是普遍法律的适用对象。按孔多塞的观点，国家的全部活动及其整个生命，统统服务于立法和运用法律；甚至行政权也只有"宣布以法律为其主要前提的判断"的职能，"多少具有普遍性的事实只是次要的前提；结论来自法律的运用"。孟德斯鸠说，正义不仅是"宣布法律条文

[1] 《利维坦》，1651年英文版，第26章，第137页。

[2] 《论政党》（*Dissertation on Parties*），第10封信。

的嘴”，也是行政的嘴。[1] 在起草 1793 年的吉伦特派宪法时，这一原则在厘清法律特征时得到了大力肯定：“法律的特征在于其一般性和无限持续性。”[2] 甚至行政权也不应再发布命令，而是应当推理：“行政权的执行人不发布命令，他们推理。”对法律和命令的这种关键而系统的区分，黑格尔有关预算法之法律性质的论述提供了一个最新的例子：尽管有各等级（Stände）的参与，所谓财政法本质上是一种政府特权。所以，因它包含着最广泛甚至全部统治范围和统治手段而称它为法律是不恰当的。“每年通过一次、只在当年有效的法律，是不合理的，即使普通人，只要能区分真正的法律在本质上的普适性同只有表面一般性的法律之间的差别，就能认识到这一点。”[3]

法律，即与纯粹的权威（Autoritas）相对的真理（Veritas）——即齐特尔曼（Ernst Zitelmann）在一段出色表述中所说的[4]，与单纯的具体命令相对的普遍正确的规范，就像律令一样，总包含着

---

[1] 关于这个问题，参见巴特莱米（Joseph Barthélémy）在其《现代共和制中行政权的作用》（*Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*，Paris，1906，第 489 页）一书中极有意义的评价。这里的引文来自孔多塞的“论吉伦特派的方案”（“Rapport sur le projet girondin”，载 *Archives parlementaires*，LVIII，第 583 页）一文（据巴特莱米引文）。

[2] 第 7 章第 2 条第 3 款，与法律“不同”，命令的特点是“地方性的，有具体的用途，在过了一定期限后，就有更新的必要”。1793 年 6 月 21 日的宪法（第 54、55 款）以常见的方式定义法律，见狄骥和莫尼埃，《1789 年以来法国的宪法和政治原则》（Léon Duguit & Henry Monnier，*Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*，1915），第 52 页 。

[3] 黑格尔，《哲学全书》（*Enzyklopädie*），第 544 节。

[4] 齐特尔曼，《谬误与法律事务》（*Irrtum und Rechtsgeschäft*，Leipzig：Duncker & Humblot，1879），第 201 页及以下。

个人不可让渡的要素；这种法律观总是被理解为理智的，不像本质上能动的行政权。立法是“思虑”(deliberare)，行政是“执行”(agere)。这一对比也有其来历，它始于亚里士多德。法国启蒙运动的理性主义牺牲行政权而强调立法权，并在果月（法兰西共和历的十二月）5日宪法的第三章（第九款，275）对行政权作了有力的表述：“没有任何军队能做到深思熟虑。”对这一原则最少教条主义的解释见于《联邦党人文集》(*Federalist*，1788)：行政权必须交到一个人手里，因为其力量和活力取决于此。最杰出的政治家承认的一条普遍原则是，立法乃深思熟虑之事，必须交由一个较大的会议来做。决策和维护国家机密则属于行政权，这是“随着人数的增加而会恶化的事情”。《联邦党人文集》为此还举出了几个历史上的事例，并接着论证说：我们姑且先撇开历史思考的混乱和不确定性，肯定理性和健全的判断力告诉我们的事情：对公民自由的保障，只能合乎逻辑地由立法机构而非行政机构来执行。在立法机构中，意见和党派的对立可以阻碍许多有益而正确的决策，但少数的论证确实以这种方式限制或削弱了多数的极端行为。立法机关中的不同意见是有益且必要的，但在行政机构中就不是这样，尤其在战争和骚乱期间。这时必须果断行动；决策的统一性属于它。[1]

---

[1] 汉弥尔顿，《联邦党人文集》(Alexander Hamilton，*The Federalist Papers*，No. 70 [March 18, 1788])。孟德斯鸠也认为，必须把行政权交到一个人手里，因为它需要立刻行动；相反，能够更好地作出立法决定的（如他慎重指出的那样），则往往是许多人而非一个人。关于民众的代表，孟德斯鸠的评论是，代表的巨大优点在于，“他们能够讨论事务。而人民根本做不到这一点；这是民主制最大的不方便之一。”把作为建议和深虑的立法与作为行动的行政权区分开的做法，也可以在西哀士(Sieyès）那儿找到。参见其《政治著作集》(*Politische Schriften*，1796)，第2卷，第384页。

《联邦党人文集》的这些持平之论再清楚不过地表明，在制衡论中几乎不太考虑把在立法分支和议会中享有权威的理性主义扩展到行政机构中去，从而使其在辩论中解体。这种学说的理性主义甚至能够坚持理性与非理性之间的平衡（如果这是人们所谓理性讨论所无法企及的事情的话），甚至在这里也存在着谈判和某种妥协，正如自然神论可以被视为一种形而上学的妥协。[1] 相反，孔多塞的绝对理性主义否定分权，既否定其中的调解（Vermittlung）和国家权力的制衡，亦否定政党的独立性。在他的激进主义看来，美国宪法的复杂平衡既微妙又困难，是对那片土地的特性作出的让步，因而是这样一类制度之一：这些制度“必须贯彻法律从而贯彻真理、理性和正义”。[2] 为此，一般人类的“理性立法”必须对个别民族（der einzelnen Völker）的偏见和愚蠢作出让步。这种理性主义导致取消制衡，导致理性的专政。美国宪法和孔多塞都把法律等同于真理；制衡论的相对理性主义局限于立法机构，在议会内部也局限于仅仅获得相对真理。因此，通过政党的对立而达成的意见平衡，绝不能扩展到世界观的绝对问题上，只能涉及那些由其性质所定相对的、从而就此而言是恰当的问题。对立的反对派消灭议会制，而议会中的辩论则保障了一个共同的、无争议的基础。无论国家权力还是任何形而上学信念，都不允许直接出现在其范围之内；任何事情

---

[1] 自然神论认为上帝是超世的权威，这对权力制衡概念非常重要。某个第三者维持着均衡，抑或均衡来自自身中各种力量的对峙，是有分别的。斯威夫特（Swift）在 1701 年的评论，可作为最初的平衡观的典型（而且对于博林布鲁克的平衡十分重要）：“力量的平衡假定了三条：第一，托起的秤臂，以及托起它的支架；还有两个在上面称量一切可称之物的秤盘。”我感谢罗森鲍姆博士使我注意到这一段话，另参见 *Weltwirt-schaftliches Archiv*, 18（1922），第 423 页。

[2] 孔多塞，《著作集》（*Oeuvres*），第 13 卷，第 18 页。

必须在深思熟虑的复杂平衡过程中协商解决。议会是个审议的地方，也就是说，是个在论证和反驳的讨论中获得相对真理的地方。正如权力的多元为国家所必需，每个议会机构也需要多元的政党。

在19世纪上半叶的德国自由主义中，这些观点已经同历史思想纠缠在一起。当然，富有弹性和协调能力的制衡论，也能把这些历史思想整合到自己的体系中去。在19世纪的德国自由主义内部，机械的平衡观如何以一种特殊方式演变为一种有机调解的学说（Lehre von einer organischen Vermittlung），从而总保留着一种可能性——接受一个终身制的、代表国家统一的君王个人，乃一件非常让人感兴味的事情。自由讨论在德国浪漫派中间变成了永恒的交谈，在黑格尔的哲学体系中，它是来自各种肯定和否定的永远向着新的综合的意识自我发展。黑格尔把人民代表看作各等级，限于单纯的咨询参与，其使命是，让“公共意识作为多数人的各种思想和意见的经验一般性浮现出来”。各等级是政府和人民之间的一个协调组织，在立法中只有咨询功能。通过他们的审议的公开性，“一般认识的要素才会运转起来”，通过“开放这种认识事务，公共意见才形成真实的思想，形成对国家情势及其各种事务的洞识，由此获得更合理地评断国家事务的能力”。在这里，议会制是一种教育手段，“而且是最了不起的手段”。[1] 在谈到公开性和舆论的价值时，黑格尔有一段典型的评论：“向公众开放的各等级大会（die Öffentlichkeit der Ständeversammlung）是一个伟大的场景，是对公民的出色教育，人民由此学会如何认识自身利益的真实性质”；公共性是“国家利益最了不起的形成工具”。由此，国家利益的活力才会产生出来，因此，对黑格尔来说，公共意见是“了解人民的意

[1] 黑格尔，《法哲学原理》（*Rechtsphilosophie*，1821），第301、314、315、316节。

见和愿望是什么”的“无机〔生命〕方式（unorganische Weise）”。德国自由主义的政党理论也包含着一种有机生命的观念，并区分了政党和宗派（Fraktionen）。后者是政党的讽刺画，真正的政党则是“公众鲜活而多样化生活的表达……它通过不懈的斗争为正确终结国家问题（die richtige Erledigung von Staatsfragen）”操心。[1] 接受了罗默尔（F. Rohmer）的政党理论的布伦奇利（J. K. Bluntschli）说，一个没有反对党的政党是不可能存在的，只禁止君主和文官（作为文官［Beamten］，而不是作为私人）成为党员，因为国家及其机关是超然于政党之上的。“国家法权（Staatsrecht）不承认政党；冷静而稳健的国家秩序是共同的、牢固的秩序，它限制党派事务和党派斗争。……只有一场新的自由生活运动开始了，政治上路了，才会出现政党。”在他看来（和罗默尔的看法一样），政党类似于多样化的生活舞台。在这里也可以看到一种施泰因有过典型表述的观点：矛盾属于国家的生活，正如它们也属于个人的生活，并构成真正活跃的事物的动力。[2]

在这一点上，自由主义思想与一种特殊的德国有机论融为一体，克服了机械的平衡观。不过，人们仍可以借助这种有机理论来把握议会制思想。只要存在着对议会制政府的要求，比如莫尔的要求，议会制的思想就会遇到麻烦，因为，动态的辩论过程这种观点，显然只适用于立法机关，很难适用于行政机关。只有普遍适用

---

[1] 莫尔，《政治科学百科全书》（*Enzyklopädie der Staatswissenschaft*, 2. Aufl, Tübingen, 1872），第 655 页。

[2] 布伦奇利，“政党”（“politische Partein”，见氏著 *Deutsches-Staatswörterbuch*, Vol. 7［Stuttgart & Leipzig：Expedition des Staatswörterbuch，1861］），第 717—747 页。对施泰因的讨论，见拙著《政治的神学》第 53 页。对政党的这种解释是德国自由主义的特点，也可以在迈内克的著作中看到，见其《国家利益至上的观念》第 525 页。

的法律而非一条具体的命令，能够通过谈判和公开辩论的平衡把真理和正义结合进去。过去的议会观甚至在具体问题上仍然相信这些结论，却没有搞清楚它们有着系统的相互信赖性。譬如，布伦什利认为，现代议会的基本特征是，它不应像过去的等级代表（ständische Vertretung）那样，在委员会中结束自己的事务。[1] 这倒完全没错，只不过，这种结论是从已经不再时兴的公开性和辩论原则中得出的。

公开性和辩论是两条原则，从逻辑上和周全的体系方面而言，宪政思想和议会制都取决于这两条原则。对一个完整的历史时期的正义感来说，这两条原则似乎是基本且不可或缺的。通过公开性和辩论所保障的平衡，可保障真理和正义本身。人们相信，赤裸的权力和暴力——对于自由主义者和“法治国”思想来说，本身就是一种恶——洛克所说的“兽行”；只需公开性和辩论就能克服这种恶，使得正义战胜强权。这种思路有个极为典型的表述：“辩论取代暴力”（la discussion substituée à la force）。这种表述来自这样一个人，他肯定不很优秀，甚至谈不上重要，但他大概是资产阶级君主制的典型信徒。这个人把宪政和议会思想的整个复杂织体的经纬线总结为：一切进步——包括社会进步，是“通过议会制即有规则的自

---

[1] 布伦奇利，《普通公法》（*Allgemeines Staatsrecht*，I. Bd, München, 1868），第488页。纽曼－霍夫（Adolf Neumann-Hofer）的文章把过去对议会制原理的出色理解与现代误解有意思地结合在一起，参见“委员会的实际作用”（“Die Wirksamkeit der Kommissionen in den Parlamenten”，载 *Zeitschrift fuer Politik*，Bd. 44［1911］，第51页及以下）。他以这样一个假设为起点：经验表明，公众辩论已经不见于全体大会。但他相信，为了保留辩论，委员会可以变成一个“辩论俱乐部”（第64—65页）。关于对辩论的误解，见本书前言。

由，通过公开辩论即理性”而实现的。[1]

如今，议会与政党的政治生活现实和公众信念，已经远离了这些信念。决定着人类命运的重大政治和经济决策，今天（如果它们曾经那样的话）已经不是来自公开辩论和反驳中取得平衡的意见。这种决策不再是议会辩论的产物。人民代表参与政府——议会制政府——已经被证明是消灭权力分立、从而也消灭过去的议会观最有效的手段。今天的情况是，在实践中不可能不跟委员会、跟越来越小的委员会合作。于是，议会的全体会议便逐渐脱离了自己的目标（即脱离了自己的公开性），其后果必然是变成一种纯粹的门面。也许，根本就不存在其他实践上的选择。但人们至少必须充分意识到这种历史状况，方可明白，这样一来议会制就放弃了自己的精神基础，言论、集会和出版自由、公众集会和议员免责权以及各种特权

---

[1] 伏萨德，《历史研究》（Eugene Forcade, *Études historique*, Paris, 1853），这是对拉马丁（Lamartine）的1848年革命史的评论。拉马丁本人也是相信辩论的一个例子，他把辩论同权力和强制作了对照，其《论理性的政治》（*Sur la Politique Rationelle*, 1831）和《共和国的过去、现在与未来》（*Le passé, le présent, l'avenir de la république*, 1848）都受到这种思想的鼓舞 。他甚至认为，早晨上市的报纸就如同驱散黑夜的旭日。雨果（Victor Hugo）在其“小拿破仑”（Napoléon le Petit）一文中对《论坛报》（*Tribuene*）的诗意描述，也是个极端典型的表现，并且有着重要的象征意义。信任辩论这个时代的特点。因此，欧里乌在《宪法法概论》（*Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923）中把议会制时代称为辩论的时代。坚定的自由主义者如居约（Yves Guyot）把依靠辩论的议会制政府（在他看来，即“通过辩论施政”［gouvernement de discussion］）与所有不依靠辩论的政治之“返祖现象”相对照。见居约，《议会政治》（*Politique Parlementaire Politique Atavique*, Paris, 1924）。于是，议会制被完全等同于自由和辩论。贡普洛维奇（Ludwig Gumplowicz）干脆从概念上分疏说：“亚洲文化的性格和特征就是专制主义（Despotismus）；欧洲文化的性格和特征是议会政体。”见贡普洛维奇，《社会学和政治》（*Soziologie und Politik*, Leipzig, 1892），第116页。

组成的整个体制，便失去了自身的理（ratio）。狭小而封闭的政党或政党派系的委员会关起门来作出决策，大资本家利益集团的代表在极小的委员会里取得的一致，比千百万人民的命运，甚至可能比任何政治决策更重要。现代议会制的观念、制约要求，对公开性和公共性的信任，诞生于反对绝对王权君主的秘密政治的斗争。民众的自由公正意识受到了用秘密决定左右民族命运的神秘做法的侵犯。但是，17 和 18 世纪的内阁政治的目标，与今天处于危难之中、一切秘密方式之主题的命运相比，是多么无害、多么富有牧歌情调呵。面对这种现实，相信辩论的公众的人肯定会大失所望。今天，显然没有多少人打算否定过去自由主义的自由，尤其言论和出版自由。然而在欧洲大陆，并没有多少人相信，这些自由在能够真正威胁到实际掌权者的地方依然存在。只有极少数人还认为，能够通过报纸文章、示威演说和议会辩论获得公正的法律和正确的政策。然而，这正是对议会的信任之所在。如果公开性和公共性在议会活动的实际环境中变成了空洞无聊的形式，那么议会，正如它在 19 世纪的发展那样，也就失去了自己以往的基础和意义。

三、马克思主义思想中的专政

欧洲大陆的宪政议会制有其古典时期，即路易·菲利普（Louis Philippe）的资产者王国（Bürgerkönigtum），其古典代表人物是基佐。对基佐来说，古代的君主制和贵族制是失败的，而汹涌而来的民主制似乎是一股混乱大潮，为此必须筑起一道拦洪大坝。宪政—议会的资产者王国，徘徊于君主制和民主制之间。一切社会问题都在议会中通过理性的公开辩论加以解决；“中道”（juste milieu）一词就来自这种思想最深处的内核，像资产者王国这类概念，其内部已包含着“中道”和有原则的妥协的全部思想。与议会制宪政而非民主制对立的，是要消灭议会制的专政思想，它变成了时兴的话题。1848 这个关键年份即是民主年，也是专政年，都与议会制思想的资产者自由主义相对立。

辩论、制衡、进行有原则的协商，这类思想处在两个极力反对它的对手之间，它们认为，协商性辩论只是浴血的决断斗争之间的插曲。这两个对手用不摆平衡、没有商量（Unmittelbarkeit）、不容争辩（Apodiktizität），也就是说，用专政作出回答。用一句常见的话来暂时描述一下吧：一种是理性主义的不容争辩，一种是非理性主义的不容争辩。就没有商量的专政是从其不通融的理性主义中诞生的而言，它已经有其漫长传统：启蒙运动的教育专政、哲学上的

雅各宾主义、理性的强制、从理性主义和古典主义精神中产生的形式统一性、“哲学与剑的结盟”。[1] 随着拿破仑的失败，这种传统似乎也寿终正寝，在理论和道德上被新近觉醒的历史意识所克服。然而，理性主义专政（rationalistische Diktatur）的可能性总以一种历史哲学的形式，作为一种政治理念而继续存活着。其支持者是激进马克思主义的社会主义，其最终的形而上学证明建立在黑格尔的历史逻辑的基础上。

社会主义从乌托邦走向科学，并不意味着它否定了专政。上次世界大战以来，少数激进社会主义者和无政府主义者相信，他们必须回到乌托邦，社会主义才能重振其专政的勇气，这就是一个醒目的征兆。这表明，科学已不再是当前这代人社会实践的基础，已经到了何等严重的地步。然而，这也并不表示，专政的可能性已与科学社会主义无缘。必须正确理解“科学”一词，不能仅仅把它局限于精确的自然科学技术。自然科学的哲学当然不能为专政提供根据，就像它不能为任何政治制度或权威提供根据。科学社会主义的理性主义所进入的领域，大大超出了自然科学可能涉及的范围，甚至已经大大胜过启蒙运动的理性主义信仰，完成了一次几乎不可思议的飞跃。如果这种理性主义能保持自身原有的活力，其强度肯定可以跟启蒙运动的理性主义媲美。

只有作出科学的表述，社会主义才会认为自己掌握着一种从根本上不可动摇的真理，也只有在这时，它才会宣称使用暴力是正当的。历史地看，社会主义的科学性意识（das Bewusstsein der

---

[1] 就像过去与教会的结盟一样，在19世纪的这种结盟中，哲学只起着次要作用；然而，它却不能很快就拒绝这种结盟。参见皮赫勒，《论历史哲学》（H. Pichler, *Zur Philosophie der Geschichte*, Tübingen, 1922），第16页。

Wissenschaftlichkeit）出现于1848年以后，也就是社会主义变成一种有望在某一天实现其理念的政治力量之后。在这种科学性中，实践的和理论的认识融为一体。科学社会主义常常意味着一种否定、一种对乌托邦的拒绝，然后才有了自觉干预社会和政治现实的决心。对于社会和政治现实，不是根据想入非非的美好理想从外部来认识，而是从其内部，根据其真实的、得到正确理解的内在条件来分析。这是一个从社会主义的多种方面和可能性中寻找终极的、理性意义上的关键论证的问题，目的在于找到社会主义信念的最终证据。信念坚定的马克思主义者认为，自己已经找到了对社会、经济和政治现实的真正解释，以及符合这种知识的正确实践。所以，能够从内部正确把握社会生活的客观必然性，从而对其实行控制。鉴于马克思、恩格斯——当然还有那些能够产生理智狂热（eines intellektuellen Fanatismus）的马克思主义者——对历史发展的特性有着生动的意识，不能把他们的科学性比作另一些为把自然科学方法和精确性运用于社会哲学和政治问题的努力。当然，庸俗马克思主义很乐于声称，自己的理论具有自然科学的精确性和历史唯物主义规律所导致的“铁的必然性”。许多资产阶级的社会哲学家试图驳倒这种说法，证明不可能用天文学计算星体运动的方式看待历史事件，即使同意存在着“铁的必然性”，为造成一次日蚀而组织政党毕竟很可笑。可是，马克思主义学说的理性主义还有着对专政而言更为重要的一面。这种理性主义并非完全是这样一种科学，它在自然规律和严格决定论的帮助下建立一种使自然规律有益于人类的方法，譬如一种跟精确的自然科学方法联系在一起的技术。如果在社会主义中有科学性，那么，向自由王国的飞跃不过是向绝对技术统治（absolute Technizität）的王国飞跃。这仅仅是早期启蒙运动的理性主义遗迹，是18世纪以来非

常时兴的试图建立一种有数学和物理学之精确性的政治学的又一事例罢了。惟一不同的是，马克思主义学说的理性主义将从理论上摒弃仍然支配着 18 世纪思想的强大道德观。其结果肯定跟一切理性主义一样，是领袖理性主义者的专政（Diktatur der führenden Rationalisten）。

马克思主义历史哲学和社会学中的哲学与形而上学的奇特之处，不在于其跟自然科学的相似，而在于马克思得出的人类历史的辩证发展观及其认识方法，它认为这一发展是具体而独特的否定过程，通过内在的有机力量创造自身。马克思把这一发展转移到经济和技术领域，并没有使其思想结构发生任何变化。这种转移可以用不同方式加以解释：比如，从心理学角度说，这是对经济因素之政治含义的直觉，或从体系上说，是努力把在技术中表达出来的人的能动性变成历史事件的自由主人（zum freien Herrn），变成支配人类命运之非理性因素的主人。所谓“向自由王国飞跃”，只能辩证地加以理解。单纯利用技术做不到这一点。不然的话，人们便真的可以要求马克思主义的社会主义不是在政治行为上，而是在发明新机器上做得更出色。也许可以想见，在未来的共产主义社会里将出现技术和化学的新发现，它们会再次改变共产主义社会的基础，使一场革命成为必然。无论如何，这个未来社会肯定会大力支持技术发展，加快其步伐，另一方面，坚决防范一个新阶级组织带来的危险。这些看法都很有道理，但又都没有触及这种理论的实质。按照马克思主义的信念，人类将变成自觉的人类，为了做到这一点，需要对社会现实有正确的认识。所以，自觉意识便具有一种绝对的性质。这是个理性主义的事业，它吸收了黑格尔主义的演化论（Evolution），并从自身的具体性中找到自己的证明，而启蒙运动的抽象理性主义是做不到这一点的。马克思主义的科学性不打算赋予

临近的事变以机械的精确性，使之成为一种机械计算和机械建构的胜利，而是把它留给时间的流逝和历史事件的具体现实，这些事变是从自身发展而来的。

马克思始终坚持，理解具体的历史性是一个优点。但黑格尔的理性主义本来就有建构历史本身的勇气。因此，一个能动的人没有其他关切，只以绝对的把握来把握当前事件和现时代。借助于一种辩证的历史建构，据说有可能科学地做到这一点。可见，马克思主义的社会主义科学基于黑格尔的历史哲学。这里要说的不是马克思依赖黑格尔，从而给有关两人关系的无数解释增加一点内容；毋宁说，要定义马克思论证的核心及其特有的专政观，必须从黑格尔的历史辩证法与马克思政治学说的关系入手。我将证明，在这里存在着一种特殊类型的形而上学证据，它将导致某种社会学的建构，导致一种理性主义的专政。

把辩证的发展与专政联系在一起，其实并不容易，因为，专政似乎是发展连续序列的中断，是有机演化的机械中断。发展和专政似乎相互排斥。在矛盾中自我发展的世界精神的无止境过程，甚至必须把真正的矛盾即专政也纳入自身，由此剥夺其本质——即决断（die Entscheidung）。发展无断裂地进行着，甚至中断也是作为一种使其进一步前进的否定而为其服务的。关键在于，例外（Ausnahme）绝对不是从外部进入发展的内部。黑格尔的哲学根本不关心终止发展和辩论过程的道德决断这种意义上的专政。甚至最矛盾的事情也要展示自身，并被纳入发展中。无论道德决断还是断然的决裂，在这种体系中都无立足之地。甚至一个专政者的 diktat（专令）也成为辩论中的和不受妨碍向前推进的发展中的一个要素。就跟其他事物一样，这种“专令”也会被世界精神的蠕动（Peristaltik dieses Weltgeistes）吸纳。黑格尔哲学中没有包含能

够为善恶的绝对区分提供基础的伦理学。按照这种哲学，善就是在辩证过程的当前状态中合理的东西，所以也是真实的东西。善就是（这里我接受雅宁茨基［Chr. Janentzky］的说法）“合时代的东西”（Zeitgemässe），其含义是，它是一种正确的辩证知识和意识。如果世界历史就是世界法庭，那么它就是一个拿不出最后证据、没有明确的终审判决的过程。恶是不真实的，仅仅是可感知的，因为一些不合时代的东西是可以想像的，所以大概可以把它解释为一种虚假的理性抽象，一种自我封闭的特殊性正在消失的混乱状态。只有在一个至少是狭小的理论领域内——克服不合时代的东西或改正虚假的表象，专政才可能。专政将是附带现象和暂时现象，不是对本质的根本否定，而是消除那些陈腐的垃圾。与费希特的理性主义哲学相反，在这里，强制统治是被拒绝的。黑格尔反驳费希特说，假设世界已被上帝遗弃，只能等待人类为它提出一个目标，并根据一种“事情应当如何”的抽象观念去建设它，无异于粗暴的抽象；某种“应然”是重要的。正确的事会使自身生效，至于并不实际存在而仅仅可能的事，是不真实的，不过是对生活的主观把握。

19 世纪在改造 18 世纪的理性主义上迈出的最重要一步，就在于黑格尔与费希特的这种对立。专政已经不可能，因为，道德对立（moralische Disjunktion）的绝对性已被消解。不过，黑格尔哲学仍然是原有理性主义的逻辑发展和强化。自觉的人类行动首先恢复人们的本来面目，促使他们从“自在的存在”（An-sich-Sein）的自然有限性走向“自为”（Für-sich）的更高层次。人必须首先认识到自己的基质（Anlage）是什么，才不会总陷在经验的偶然和任意之中，被世界事件不可抗拒的涌动卷走。只要这种哲学依然是沉思的，就根本不可能为专政留下余地。但是，一旦能动的人接受了

它，事情立刻就发生变化。在现实的政治和社会学实践中，那些有着更高的意识、相信自己是这种伟大力量之代表的人，就会打破狭隘的世界观的樊篱，落实那种“客观的必然性”。这时，他们也会强迫不自由的人变成自由的。在具体现实中，这是一种教育专政。但是，假如世界历史继续前进，假如仍需不停打败不真实的东西，则专政必然会变成永久的。可以看出，黑格尔哲学在一切发生的事物中发现了普遍的两面性（die allgemeine Doppelseitigkeit），而这种两面性其实首先就隐藏在黑格尔哲学之中：其发展观能够取消专政，正如它能宣布永久的专政。就人的能动性而言，总存在着这样的论证：自觉的更高层次可以且必须对较低的层次施行统治。在政治和实践方面，这便会马上得出理性主义教育专政的结果。再说，如同一切理性主义体系一样，黑格尔主义否定个人（den Einzelnen）——偶然的和非本质的存在，把整体系统地提升为绝对。

世界精神在其发展的所有阶段，只在少数头脑中展现自身。一个时代的精神并不把自身同时托付给每一个人的意识，也不会现身于主导民族或社会集团的每一个成员。总是有一支世界精神的先头部队（einen Vortrupp des Weltgeistes）、一个发展和自觉的顶端、一个先锋队，它有采取行动的法权。因为它拥有正确的知识和意识，它不是一个身位的上帝的拣选人（Auserwählte eines persölichen Gottes），而是发展中的一个要素。这个先锋队丝毫不会逃避世界历史发展的内在性，而是充当——用一句粗俗的比喻说——即将来临的事变的接生婆。世界历史中的个人——忒修斯（Theseus）、恺撒和拿破仑——是世界精神的工具；他的专政取决于其在历史时刻的位置。1806 年黑格尔在耶拿看到的那个骑在马背上的世界灵魂是个军人，而非黑格尔主义者。他是哲学与剑结盟的代理人，但他只能

来自剑一方。然而，要求实行政治专政的却是自觉而正确认识到自己时代的黑格尔主义者，他们会自然而然地成为其中的专政者。他们与费希特没有任何不同，“随时会向世界证明，他们的观点是确凿无疑的”。这赋予了他们专政的法权。

这里对黑格尔哲学的解释，即它的一个方面的实践结果可以导致一种理性主义专政，也适用于马克思主义。确切地说，基于专政的形而上学确定性的那些证明，仍然完全处在黑格尔的历史结构框架内。由于马克思的科学研究后来几乎完全向国民经济学研究发展（正如立刻就要指出的，这也是黑格尔主义思想的一个结果），由于阶级这一关键概念尚未被嵌入历史哲学和社会学体系，一种浮浅的观察能够把马克思主义的本质转移到唯物主义历史观中去。但是，真正的历史建构已经出现在《共产党宣言》中了，其中的思路一直起着奠基作用。人们久已知道，世界历史是阶级斗争的历史；在这方面，《共产党员宣言》其实没有提供什么新东西。到 1848 年时，资产阶级已经作为令人憎恶的形象广为人知；那时的文献几乎没有不把它当作贬义词使用的。《共产党宣言》的新颖和奇特之处在于：把阶级斗争系统概括为人类历史上一场惟一的最后斗争、资产阶级与无产阶级对抗的辩证顶峰。于是，众多阶级之间的矛盾被简化为一种惟一、最后的矛盾。一种惟一的阶级矛盾取代过去的各个阶级，甚至取代了由李嘉图指明并被马克思《资本论》的政治经济学接受的三大阶级（资本家、地主和工资劳动者）。这种简化意味着紧张度的大幅提高，它以系统的和方法论的必然性来肯定自身。由于这个发展过程是辩证的，从而是逻辑的，尽管仍以经济为基础，在世界历史关键的、至关重要的转折时刻，必然会出现一个简单的反题。由此出现了世界历史要素最严重的紧张。不仅真正的斗争，而且理论矛盾的最后一次加剧，都取决于这种逻辑

的简化。必须把一切都逼向极端，这样才能够使辩证的必然性有一个开端。最巨大的财富必须面对最可怕的贫困；拥有一切的阶级必须面对一无所有的阶级。只占有、拥有而不再是人的资产阶级，对抗一无所有但仍是人的无产阶级。就迄今为止的历史经验而言，倘若没有黑格尔哲学的辩证法，长达数百年的苦难状况以及人类最终仍在普遍的重压下喘息，或者一场新的民族迁移将改变地球的面貌，都不可思议。因此，只有当社会主义保留黑格尔辩证法的结构，未来的共产主义、无阶级人类的更高阶段才是显而易见的。资本主义社会秩序的非人性质，必然从其内部产生对自身的否定。

在这种辩证法的影响下，拉萨尔（Lassalle）也试图把这种紧张推向反题的极端，尽管他反击舒尔茨－德里采（Schulze-Delitzsch）时，其动机更多来自辞藻而非理论兴趣："李嘉图是资产阶级经济学最伟大的理论家。他把资产阶级经济学推向顶峰——这等于推向深渊，留给它的惟一的理论发展，就是向社会经济学转变。"因此，在资产阶级的最后时刻肯定就要来临之前，资产阶级经济学必须达到自己最极端的强度。拉萨尔和马克思在这一基本观点上完全一致。把矛盾简化为最后的、绝对的阶级冲突，首先导致了这一辩证过程的关键时刻。可是，如何确切知道这个时刻已经到来且就是资产阶级的最后时刻？如果探究一下马克思主义用来证明这一点的证据，即刻就可以看到黑格尔理性主义特有的自打包票（Selbstgarantie）。这一建构的起点是这样一个假设：历史发展意味着不断上升的意识，对这种意识本身的确信被用来证明这意识自身——意味着它是正确的。上升的意识这一辩证建构，迫使从事建构的思想家用自己的思想来思考自身，因为，这思想就是历史发展之顶峰。对于这样的思想家而言，如此思想同时意味着获得了他

对其身后的历史往事各阶段的完美知识。如果这思想家没有在思想中深刻地意识到这一历史发展，他便无法正确思考，而且会自相矛盾。如果能够在人类意识中把握某一个阶段，这就等于为历史的辩证法提供了证明，即这一阶段已经历史地完成了。思想家的眼光转向了历史，即转向了过去和正在消失的现在；没有比民众意见（die populäre Meinung）更虚假的了：黑格尔主义者相信自己能够如先知一般预见未来。思想家甚至具体地知道即将到来的事情，不过仅仅是否定地知道，即把将到来的事情看作与今天已历史地终结的事情的辩证对立。在连续的发展中，思想家看到了一直发展到现在的过去，而且，如果他正确地理解和建构历史发展的话，那他就有把握说，历史发展作为已被完全认识的事情，属于已经被意识克服的阶段，其最后时刻即将到来。

虽然有“铁的必然性”这种说法，马克思并没有像天文学家计算就要出现的星座那样，计算将要发生的事情。此外，不像心理学报刊文章试图描绘的那样，马克思也不是一个预见未来灾难的犹太先知。不难发现，马克思有强烈的道德情怀，这影响着他的论证和描述。然而，这种情怀与他对资产阶级的极端厌恶一样，并不是马克思特有的。在许多非社会主义者那里，也可以看到这两种感情。马克思的成就在于，他把资产者从贵族制的和文学家的怨恨中解救出来，并提升为一个世界史形象；资产者必须被说成绝对非人性的——但并非道德意义上而是黑格尔意义上的非人性，以便用直接的必然性将善和绝对人性作为其对立面凸现出来，正如黑格尔所言，“就犹太民族而言，可以说正是由于他们直接站在天堂的大门前，才是最为道德堕落的人”（《精神现象学》，II，第 257 页）。于是，在马克思主义看来，无产阶级只能被说成对资产阶级的绝对否定。如果无产阶级的未来国家中的社会主义是这样来描绘的，它就

是不那么科学的了。彻底的必然性是，影响着无产阶级的一切事物只能允许自身具有否定的决定性。只有当人们完全忘记这一点，才会试图从肯定的方面判断无产阶级。所以，对于这个未来社会，只能说它将没有阶级对立，无产阶级只能被定义为一个社会阶级（Gesellschaftsklasse），它不再参与利润，一无所有，跟家庭或祖国都没有什么关系，如此等等。无产阶级将成为社会的虚无（das soziale Nichts）。[1] 此外，可以十分肯定的是，无产者与资产者相反，他仅仅是人，其余什么都不是。由此便可以根据辩证的必然性说，在过渡期，无产者仅仅是自己阶级的一员，也就是说，他必须在某种人性的对立中——在阶级中——实现自身。阶级对立必须成为绝对的对立，只有这样，一切对立才能得到绝对克服，使之化解于纯粹的人性。

由此可见，马克思主义的科学确定性，只涉及从否定的角度理解的无产者，它仅仅是资产者在经济上的辩证对立面。相反，对资产阶级必须从肯定的角度、从其全部的历史性来认识。由于其本质存在于经济之中，马克思也得跟着走进经济王国，以便充分地从本质上理解资产者。假如马克思能够成功，假如他能够绝对地认识资产阶级，即可证明资产阶级属于历史，资产者已大功告成，它代表着一个已经被精神自觉克服了的发展阶段。对于马克思主义的社会主义科学性来说，这其实是个生死攸关的问题：是否能够正确地分析资产阶级并理性地把握它。这就是马克思在探究经济问题时的那种着魔般勤奋的最深层动机。早就有人这样批驳过马克思：他希望找到经济和社会生活中的自然规律，但他

[1]　这并非一种纯粹的修辞。如果社会中有可能存在一种社会的虚无，那就具体地证明了不存在社会秩序。不可能存在含有这样一种真空的社会秩序。

的研究却几乎完全局限于英国的工业条件，把它视为资本主义生产方式的“经典场所”。此外，马克思的讨论一直局限于商品和价值，因此，也局限于资产阶级的资本主义的各种观念，仍囿于古典的从而也是资产阶级的政治经济学。如果马克思主义特有的科学性完全建立在严密的分析上，这些指控就是正确的。但科学在这里意味着一种把意识当作进步标准的发展形而上学意识（Bewusstheit einer Entwicklungsmetaphysik）。马克思怀着异想天开的迫切心情，一而再再而三地转向资产阶级经济学，这种心情既非学术—理论上的奇想，也不是简单地对其对手的技术—策略上的兴趣。这种固执来自一种十足的形而上学强制。正确的意识是衡量一个新发展阶段起步的标准。只要情况不是这样，只要新阶段没有真正到来，对过去的阶段（即资产阶级阶段）也不可有正确的认识，反之亦然：对资产阶级的正确理解，也提供了其阶段就要结束的证据。黑格尔主义的自打包票与马克思主义的确定性如出一辙，都是在这种兜圈子中为自己的真理提供担保。因此，无产阶级的历史时刻已经到来的科学确定性，首先来自对发展过程的正确理解。资产阶级不能理解无产阶级，但无产阶级能够准确理解资产阶级。太阳随着这种理解在资产阶级的阶段开始升起；密涅瓦的猫头鹰开始飞翔。但这并不意味着艺术和科学有了进步，而是说正在消逝的阶段已成为一个新阶段的历史意识的对象。

马克思主义的人——回归自我的人，其最后状态大概与理性主义教育专政给人类制定的最后目标没有什么不同。我们不必再沿着这种思路走下去了。这种同样把世界历史融入其建构之中的理性主义，肯定也有其伟大的戏剧性时刻；但是，它的上升在一次激情中结束，在自己的眼前，这种理性主义再也看不到启蒙运动天真的乐

观主义和孔多塞在描述人类发展时、在“启蒙的启示录”[1]中看到的那个牧歌般的天堂。新的理性主义辩证地扬弃了自身，在它面前伫立着一种可怕的否定。它必须借助的暴力，不再可能是费希特那种天真教育家的“教育专政”。对资产阶级不是要教育，而是予以消灭。这里发生的这场斗争——真实而血腥的斗争，要求一种取自黑格尔主义建构的不同的思路和精神观，其核心始终是思辨的。黑格尔主义的建构仍然是最重要的精神因素，列宁或托洛茨基写下的几乎所有著作，都表明了它仍能产生多么强大的活力和强度。但是，黑格尔主义的建构已经变成了单纯的理智工具，被运用于其实已经不再是理性主义的动机。参与资产阶级与无产阶级之间斗争的政党，如现实斗争所要求的那样，必须采取某种具体形式。一种物质生活的哲学为这一目标提供了精神武器和理论，这种哲学把一切理智认识与更深层的——唯意志论（voluntaristischen）、情感或生机论的——事件过程相比，将理智认识看作派生的；这种哲学还与如下精神观相一致：意识主宰无意识、理性主宰本能这一习传的道德等级关系（Rangverhältnis der überlieferten Moral）已从根本上被动摇。于是，就出现了一种与教育专政的绝对理性主义和分权的相对理性主义对立的直接使用暴力的新理论，出现了一种与对辩论的信念对立的直接行动论。受到攻击的不但有议会

---

[1] 【英译者注】孔多塞的《历史大纲》（*Tableau historique*，1794）否定了卢梭在《论艺术和科学》（*Discours sur les arts et sciences*，1750）中的观点，即艺术和科学的知识和教养导致道德堕落。在孔多塞看来，进步等于知识，等于和迷信、教士谬误斗争。有意思的是，他认为印刷术的发明是创造一个公众舆论新空间的工具。孔多塞问道，在这个最新的时期，是否能出现这样一个时代呢？——那时人民的福利开始恶化，与过去各个时代稳定的进步相反，会出现一种“倒退运动，至少是一种徘徊于善恶之间的运动”，除此之外再不可能有任何改进。

制的基础，还有至少在理论上仍属于理性主义专政之一部分的民主的基础。正如托洛茨基在提醒民主派的考茨基时正确地所说的那样，相对真理的意识绝不可能赋予人们运用暴力和流血牺牲的勇气。

四、直接运用暴力的非理性学说

这里应当重申，这里的考察所关心的始终是政治学和国家哲学趋势的观念性基础，以便理解当今议会制的道德困境和议会观念的力量。尽管马克思主义的无产阶级专政仍然保留着理性主义专政的可能性，但一切主张直接行动和使用暴力的现代理论，都或多或少不自觉地依靠某种非理性哲学。在现实中，就像在布尔什维克政权中发生的那样，政治生活中似乎有许多不同的运动和趋势能够同时并存发挥作用。虽然布尔什维克政府出于政治原因镇压无政府主义者，但在布尔什维克的辩护实际所属的综合中，显然包含着无政府—工团主义的思想路线。布尔什维克利用自己的政治权力消灭无政府主义者，但并没有消除他们共同的思想历程，正如克伦威尔镇压平等派没有消除自己与他们的关系。也许，马克思主义在俄国的土壤中不受限制地成长，是因为无产阶级思想在那儿显然仍活力十足，这种思想彻底摆脱了西欧传统的一切限制，摆脱了仍然哺育马克思和恩格斯本人的一切道德和教育观念。今天，被马克思主义政党正式接受的无产阶级专政学说，肯定是意识到自身发展的理性主义运用暴力的叫嚣这一事实的一个出色事例；在 1793 年的雅各宾专政与苏联制度之间，能够指出它们大量的相似之处，如他们的信念、说辞、组织和行政手段。苏联政府为了其所谓“无产者崇拜”

(Proletkult) 而建立起的整个宣传教育系统，是严厉的教育专政的极佳范例。然而，这并没有解释为何现代大城市工业无产阶级的观念在俄国取得了统治权。从在那儿也存在着一种十分活跃的使用暴力的非理性新动机中，可以找到这一解释：它不是那种通过把自身极力夸大为其对立面而发生自我转化，把乌托邦变为幻想的理性主义，而是最终成为一种对理性思想的新评价，对本能和直觉的新信任，它使得对辩论的信任不复存在，并且否定了人类能够通过教育专政而作好辩论准备的可能性。

在这里所要讨论的文献中，幸亏有米歇尔斯的翻译（收在Grünberg出版公司的社会主义主要著作丛书中），德国人才知道了费里 (Enrico Ferri) 的“革命方法”。下面的阐述以索雷尔 (Georges Sorel) 的《对暴力的反思》(*Réflexions sur la violence*) 为基础，它可以使人最清晰地看到这些思想的历史关系。[1] 这本书还有一个优点，就是它包含着许多原创性的历史和哲学认识，并公开承认自己在思想史中受惠于蒲鲁东、巴枯宁和柏格森。该书的影响显然要比人们第一眼看去时所能知道的更大，并且肯定不能被柏格森已经过时的事实驳倒。[2] 克罗齐认为，索雷尔赋予了马克思主义梦想以新的形式，但是民主观念已在工人阶级中大获全胜。在俄国和意大利的各种事件和经验之后，人们已经不能再把这一点视为理所当然了。索雷尔对使用暴力的思考，其基础是一种直接的现实生

---

[1] 索雷尔，《对暴力的反思》(Paris，1919)，这里引用的是第4版，该书1906年初次发表在《社会主义运动》(*Mouvement Socialiste*) 杂志。

[2] 在当今德国 (1926年)，索雷尔仍然鲜为人知，最近几年虽然有大量文献被译成德文，索雷尔却受到了忽视——这也许是“永恒的交谈”使然。刘易斯十分正确地说，“索雷尔是一切当代政治思想的关键”。见其《被统治的艺术》(*The Art of Being Ruled*)，第128页（第2版注释）。

活理论，他从柏格森那儿接受了这一理论，并在巴枯宁和蒲鲁东这两位无政府主义者的影响下，把它运用于社会生活问题。

对于蒲鲁东和巴枯宁来说，无政府主义意味着反对一切类型的制度统一性，反对现代国家集权的整齐划一，反对职业的议会政客、官僚、军队和警察，反对他们感觉中的上帝信仰的形而上学集权制（metaphysischen Zentralismus）。在复辟哲学（Restaurationsphilosophie）影响下，蒲鲁东情不自禁地把上帝和国家这两个概念加以类比。对复辟哲学作了反国家和反神学的歪曲，巴枯宁则从这种歪曲中得出了其逻辑的结论。[1] 具体的个体，生活的社会现实，被粗暴地强行纳入一个无所不包的体系。启蒙运动的整体狂热（Einheitsfanatismus），其专政程度丝毫不亚于现代民主的整体性和同一性。整体就是奴役；一切暴君制度都依靠集权和威权，无论它们是否像在现代民主中那样得到普选的批准。[2] 巴枯宁给这场反对上帝和国家的斗争赋予了全盘反对理智主义和传统教育形式的斗争性格。他有充分理由认为，在对理性的信赖中有着一种新的威权，一种要充当一场运动的主子、头人和灵魂的谵妄。甚至科学也没有施行统治的法权。科学不是生活，不创造任何东西，它建构和吸收，然而却只能理解普遍和抽象的事物，把个体生活的丰富性变成其抽象祭坛上的献祭。艺术对于人类的生活比科学更重要。巴枯宁的这些说法与柏格森的思想有着惊人的一致，并且得到了正确的强

[1] 参见拙著《政治的神学》，第 45 页。

[2] 《巴枯宁著作集》（*Oeuvres*, Paris, 1911），第 4 卷，第 428 页（提及 1872 年同马克思的交往）；第 2 卷，第 34、42 页（论普选是骗局）。

调。[1] 从工人阶级自身未受干扰的内在生活中，人们知道了工会及其特有的斗争手段——罢工——的重要性。蒲鲁东和巴枯宁由此成为工团主义之父，开创了一个传统，而索雷尔依靠取自柏格森哲学的论点，在这一传统基础上创立了自己的思想。它的核心是一种确定了绝对理性主义及其专政的极端对立面的神话学说，同时，由于它是一种直接的能动决断论，所以也是一种比那个由“制衡”、“公开辩论”和“议会制”组成的完整复合体的相对理性主义更为强大的对立面。

据索雷尔的观点，行动和当英雄的能力，一切世界历史的能动性，都取决于神话的力量。这些神话的范例是古希腊的名望观和伟人观、古代基督教对“最后审判”的期待、法国大革命期间对“美德”和革命自由的信仰、1813 年德国解放战争中的民族热情。断定一个民族或社会群体是否抱有历史使命并抵达了它的历史时刻，其标准只能在神话中找到。伟大的热情、伟大的道德决断、伟大的神话，不是来自理性盘算或合目的的考虑，而是来自真正的生命的最深处。热情的群众从直觉中创造出一个神话形象，推动着他们的活力，并赋予他们殉道的力量和使用暴力的勇气。只有以这种方式，一个民族或阶级才能够成为世界历史的发动机。凡是在缺少这种东西的地方，不可能存在社会和政治的力量，历史生活中倘若有一场新的风暴降临，也不可能存在筑起一道大坝的设备。同样，正确地观察今天是否存在这种创造神话的能力和充沛的力量，才是问题所在。在堕落到只为金钱和财产操心的现代资产阶级中间，在这个因

---

[1] 布鲁普巴舍尔：《马克思与巴枯宁》（Fritz Brupbacher, *Marx und Bakunin, ein Beitrag zur Geschichte der internationalen Arbeiterassoziation*, München, 1913），第 74 页及以下。

怀疑主义、相对主义和议会主义而陷入道德破产的社会阶级中间，是找不到这种东西的。这个阶级的典型统治形态——自由民主制度，不过是一种“蛊惑人心的金钱政治”。那么，谁是今天的伟大神话的担纲者呢？索雷尔试图证明，只有产业无产阶级的社会主义群众拥有自己所信仰的神话，这就是总罢工。总罢工的真实意义是什么，并不重要，重要的是使无产阶级与之联系在一起的信念，是它所激起的行动和牺牲，不管它是否有可能产生一种新的道德观。因此，相信总罢工和由此引起的大灾难将颠覆整个社会和经济生活，就是社会主义的生命。这种信念来自群众，来自产业无产阶级的当下生活，而非来自知识分子和文人的构想，因此不是乌托邦；因为，按索雷尔的看法，甚至乌托邦也是一种试图按照机械方案从外部征服生活的理性主义思想的产物。

从这种哲学的角度看，资产阶级的和平协商的理想——大家都有好处捞，有生意做，就变成了懦弱的理智主义怪物。辩论、讨价还价和议会程序，是对神话和将改变一切的巨大热情的背叛。针对商业主义的平衡形象，出现了另一种形象，即一场血腥、明确、歼灭性决战的斗士形象。这一形象在1848年从两个方面攻击议会制宪政，一方是保守主义意义上的传统秩序，其代表是西班牙天主教徒柯特（Donoso Cortés），另一方是蒲鲁东的激进无政府—工团主义。双方都要求决断。西班牙人柯特的思想全部集中在“大决战”（la gran contienda）和将要到来的可怕大灾难上，只有商谈不休的自由主义者的形而上学懦弱，才会否定大灾难正在降临。蒲鲁东的思想则可以用《战争与和平》中的文字来表达，他谈到了一种将彻底消灭敌人的“拿破仑式战役”（Bataille Napoléonienne）。一场血腥斗争的全部残酷表现和对各种权利的侵犯，都会获得蒲鲁东发出的历史许可证。与可以利用议会手段的相对的反对派不

同，出现了一种绝对的反题。“断然拒绝之日和主权宣称之日正在到来”（Llegua el dia de las negaciones radicaleso de las afirmaciones soberanas）。[1] 任何议会辩论都无法使它拖延；受着本能驱策的人民，将会打碎智者们的讲坛——柯特的所有这些说法大概是一字不易地引自索雷尔，除了说无政府主义者站在人民的本能一边。在柯特看来，激进社会主义是比自由主义的平庸更大的庞然大物，因为它回到了终极问题，并对紧迫的问题给出了断然回答——因为它有一种神学。柯特的对手显然是蒲鲁东，这并非因为蒲鲁东在1848年是最著名的社会主义者——蒙塔朗贝尔（Montalembert）的著名议会演说就是针对他而发，而是因为他是激进原则的激进派代表。西班牙人柯特面对立法者的愚蠢和资产阶级怯懦的狡诈沮丧万分。他只从社会主义中看到了他所说的“本能”（el instinto），并由此得出结论：从长远看，一切政党都在为社会主义效力。于是，种种对立再次具有了精神之维，并且常常具有一种终末论的强度。与黑格尔的马克思主义辩证建构中的强度相反，〔柯特〕直接、直觉地与神话形象对立。马克思能够站在自己的黑格尔主义训练的顶峰，把蒲鲁东视为一个哲学票友，向他证明他对黑格尔的理解错得太离谱。今天，激进的社会主义者也能够利用当今的现代哲学向马克思证明，他不过是个中学教员，仍然受西欧资产阶级教育之理性主义夸张的束缚，而贫困、受到严责的蒲鲁东，至少具备体会工人群众真实生活的直觉。在柯特的眼里，这位社会主义的无政府主义者简直是个恶棍、魔鬼，在蒲鲁东看来，这个天主教徒不过是个想入非非的宗教大法官，只想对他一笑了之。今天不难看

[1] 见《著作集》（*Obras*），第4卷，第155页（《大公主义、自由主义和社会主义》一书）。

出，双方都是他们自己的真正对手，其他一切事情只是暂时的折中手段。[1]

同战斗和斗争联系在一起的好战而充满英雄气概的观点，再一次被索雷尔严肃地视为一种紧张生活的真正动因。无产阶级必须相信，阶级斗争是一场真实的战役，不是议会演说和民主选战中的口号。无产阶级必须把这一斗争作为生命的本能来把握，不需要学术构想，要把无产阶级视为一种强大的神话的创造者，从而能够从中获得决战的勇气。对于社会主义及其阶级斗争思想来说，最危险的事情莫过于职业政治和参与议会事务。它们使高昂的热情蜕变为饶舌和阴谋，扼杀作出道德决断的真正本能和直觉。人类生活不管有何价值，都不是来自理性，而是来自在伟大的神话形象鼓舞下投入战斗的那些人之间的战争状态；人类生活的价值取决于“人民同意参与其中并根据某种神话来思考的战争状态”（《对暴力的反思》，第 319 页）。好战黩武、革命的兴奋感和对巨大灾难的期待，是对生活的强化并推动着历史。但动力必须来自群众自身，这是意识形态专家和知识分子创造不出来的。这就是 1792 年革命战争的起源；索雷尔和勒南誉为 19 世纪最伟大的巅峰时期的 1813 年德国解放战争，也是如此：它的英雄精神诞生在芸芸众生的非理性的生命

---

[1]　我今天必须对第 1 版中的这段评论补充这样一句话：“西欧文化领域内的两个对手。”蒲鲁东仍然囿于遗存的道德传统之中：严格地建立在“父权”（pater potestas）和一夫一妻制上的家庭构成了他的理想；这同作为结论的无政府主义是矛盾的。参见拙著《政治的神学》第 5 页。西欧文化传统观念的真正敌人，首先是和俄国人，尤其巴枯宁一起出现的。蒲鲁东和索雷尔两人仍然是“拉丁人”，而非和俄国人一样的无政府主义者（《被统治的艺术》，第 360 页）。在我看来，被刘易斯视为真正的无政府主义者的卢梭，其立场并不十分明确，因为他作为一名浪漫主义者，同家庭和国家的关系只是浪漫主义机缘论的一个实例而已。

力之中。

一切理性主义解释都歪曲了生活的当下性。神话不是乌托邦。就此而言，理性思想的产物充其量只能导致改良。人们也不应把好战冲动跟军国主义混为一谈：毕竟，在这种非理性主义的哲学中，暴力的使用不仅仅是一种专政。索雷尔和蒲鲁东一样，痛恨一切理智主义、一切集权主义、一切统一性，然而，索雷尔也跟蒲鲁东一样，要求最严格的纪律和道德。这场大决战不会是一种学院派战略的成果，而是“英雄业绩的积累”，是个人力量在反叛群众中的释放（《对暴力的反思》，第 372、376 页）。从热情的群众的自发性中迸发出来的创造力，是非常不同于专政的东西。在索雷尔看来，理性主义和随之而产生的所有一元论，譬如集权主义和统一性，甚至资产阶级的“伟人”幻觉，都是专政。它们的实践后果就是系统的镇压和奴役，是披着正义外衣的恐怖，是一种机械装置。专政不过是一台从理性主义精神中诞生的由军队、官僚和警察组成的机器。相反，群众在革命中运用暴力，是当下生活的表达，它常常粗暴而野蛮，却绝不是系统的恐怖与非人道。

对于索雷尔，就像对于那些在思想史背景下观察无产阶级专政的人一样，无产阶级专政也意味着 1793 年的重现。修正主义者伯恩斯坦表示过这样的意见：这种专政很可能成为一种交谈者和文人俱乐部的专政；他这时心里想到的肯定是对 1793 年的模仿。索雷尔回答伯恩斯坦说：无产阶级专政的概念是公认的“旧制度”（ancien régime）的遗产。结论是必然用建立一个新的官僚和军事机构来取代原有的机构，就像雅各宾党人已经做过的那样。这也许会是一种知识分子和意识形态学家的新政权，但是没有无产阶级的自由。甚至恩格斯，他虽是这些说法的来源，并认为无产阶级专政将结束于 1793 年这样的时刻，但在索雷尔眼里，他也是个典型的

理性主义者。[1] 然而，不能由此便说，无产阶级革命只能以修正主义—和平主义—议会主义革命的方式发生。倒不如说，要用无产阶级暴力来代替资产阶级国家的机械集权制——用“暴力”来代替权力。这纯粹是一种战争行为，而非法律和行政措施。马克思始终没有明白它们的差别，因为他仍然生活在传统的政治观念中。无产阶级、非政治的工团主义者和无产阶级的总罢工，已经创造出独特的、新的斗争手段，它使简单重复原来的政治和军事策略变得全然不可能。对于无产阶级来说，惟一的危险是有可能因议会民主而失去自己的武器，使自己变得麻木不仁。

如果有人想用论证来回答这种如此决断的非理性主义理论[2]，就必须指出它的许多不一致之处——并非其逻辑错误，而是其无机性的矛盾。首先，索雷尔试图保留无产阶级立场的纯粹经济基础，尽管他有些不同意见，但显然总以马克思为起点。他希望无产阶级建立一种经济生产者的道德观。阶级斗争是以经济手段、出现在经济领域里的斗争。我在前一章已经说明，马克思由于体系的和逻辑的必然性而追随自己的对手资产阶级进入了经济王国。因此，在这

---

[1] 索雷尔，《无产阶级学说文汇》（*Matériaux d'une théorie du prolétariat*, Paris, 1919），第 53 页。

[2] 索雷尔依靠柏格森是个无可否认的事实。他的反政治（即反理智）的政治理论（seinen politischen Theorien des Antipo litischen）基于具体生活的哲学，这种哲学与黑格尔主义一样，有着实践应用中的多样性。在法国，柏格森的哲学既可服务于向保守主义传统和天主教回归，也可服务于激进的、无神论的无政府主义。这并不是其荒谬的标志。这种现象的一个有趣的类似事例，是右翼黑格尔派和左翼黑格尔派之间的对立。可以说，假如哲学能够造成实际冲突，把战斗的对手变成活生生的敌人，那么，哲学就有自己的真实生命。从这个角度可以说，只有议会制的对手从柏格森哲学中汲取了活力。相反，19 世纪中叶的德国自由主义则是用生命观来支持议会制的宪政传统，并把议会视为社会差异的活生生的代表。

里是敌人决定作战地带，从而也决定武器即论证的结构。如果有人尾随资产阶级进入经济地带，那么，他也只能让自己进入民主制和议会制。此外，至少从短期看，要是没有资产阶级经济的经济—技术理性主义，人们就不可能在经济领域里活动。资本主义时代所创造的生产机制有理性主义的规律性，人们肯定能够靠一种神话建立起毁灭它的勇气。但是，如果这种经济秩序进一步发展，生产进一步加强——这显然也是索雷尔要求的，无产阶级就必须否定自己的神话。像资产阶级一样，无产阶级将不得不因生产机制的优势而接受没有神话的理性主义和机械的世界观。从某种重要的意义上说，马克思在这一点上更具一贯性，因为他有着更多的理性主义。但是，从非理性主义的角度看，比资产阶级更看重经济和理性主义则是一种背叛。巴枯宁完全理解这一点。马克思的教养和思维方式仍然是传统的，受那时的资产阶级因素约束，因此，他在精神上总得依靠自己的对手。尽管如此，正是由于马克思构造了资产阶级，他的著作才对于索雷尔理解神话不可或缺。

神话理论重大的心理和历史意义是不容否认的。用黑格尔辩证方法形成的资产阶级建构，其作用是创造一个敌人形象，以便能够强化一切憎恨和蔑视的感情。我认为，这个形象的历史就像资产阶级本身的历史一样重要。〔资产者的〕可鄙形象最先是贵族创造出来的，浪漫派艺术家和诗人发展了这一形象。随着司汤达影响的扩大，所有文人都认为资产者可鄙，甚至当他们靠资产者养活或成为受资产者公众喜爱的演说家时也如此，譬如米尔热（Murger）的《波希米亚人》（*Bohéme*）。比这些讽刺画更重要的是波德莱尔这类社会“失落者”（déclassé）的仇恨。法国作家以法国资产阶级为原型创造出的这种形象，经马克思和恩格斯的著作获得了一种世界历史的维度。他们赋予这种形象以一种分化为不同阶级的史前人类的

最后代表的意义，从而成为人类最后的敌人，最后的 odium genris humani（一类可憎的人）。从此，这个资产阶级形象无限制地扩展，不但携带着奇特的世界历史背景，而且有着一种形而上学背影，进一步蔓延到东方。在那儿竟然能赋予俄国人对西欧文明中复杂、造作和理智主义的仇恨以新的生命，并反过来又被这种新生命所激活。创造这种形象的全部力量在俄国土地上结集起来。俄国人和无产阶级如今都在资产阶级身上看到了一切试图以致命的机械方式奴役生命的事物之化身。

这种形象从西方漫游到东方。但是，它在那儿抓住了一种神话，不再是纯粹出自阶级冲突的本能，而是包含着强大的民族主义因素。1919 年，索雷尔把其《对暴力的反思》的最新一版题赠给列宁，作为一种嘱托或道歉。他称列宁为马克思以来最伟大的社会主义理论家，把他比作彼得大帝那样的政治家。不同之处在于，今天的俄国已不再吸收西欧的理智主义；相反，无产阶级对暴力的运用至少已经达到了自己的顶点——即俄国再次能够成为俄国人的俄国，莫斯科再次成为首都，欧化的、可耻地拥有自己土地的上层阶级能够被消灭。无产阶级运用暴力，使俄国再次成为“莫斯科大公国”。在一个国际主义的马克思主义者嘴里，这是了不起的赞扬，因为，这表明民族的力量大于阶级斗争的神话。

索雷尔举出的另一些神话，也证明当它们出现在现时代时，更为强大的是民族的神话（Mythos im Nationalen）。法兰西民族的革命战争以及西班牙和德国反抗拿破仑的解放战争，是一种民族力量的表现。在民族感情中，各种因素以极为不同的方式，在十分不同的民族中发挥作用。种族和族裔这种较为自然的观念、凯尔特人和各拉丁民族显然更为典型的领土意识、语言、传统、拥有共同的文化和教育的意识、因共同命运而属于一个共同体的感觉、不同于其

他民族的情感——所有这一切，今天都倾向于民族对立而非阶级对立。这两者可以结合在譬如说新爱尔兰民族意识的烈士皮尔斯（Padraic Pearse）和爱尔兰社会主义者康诺利（Connolly）之间的友情之中，他们都牺牲于1916年的都柏林。共同的精神敌人也能促成最著名的一致；例如，法西斯主义者反对共济会会员的战斗，显然类似于布尔什维克对共济会的仇恨，托洛茨基把后者称为“激进资产阶级对工人阶级最无耻的欺骗”[1]。但是，只要这两种神话公开遭遇，譬如在意大利的情况，那么，迄今总是民族神话获胜。意大利的法西斯主义把自己的共产主义敌人描述得面目狰狞，布尔什维克主义长着一副匈奴人面孔，它比社会主义者的资产阶级形象有着更强烈的影响，煽动起更强烈的感情。至今为止，由于自觉诉诸神话，所有人的民主和议会制被轻蔑地弃于一旁，这就是民族神话的非理性力量的一个例子。1922年10月向罗马进军之前，墨索里尼在那不勒斯发表了著名演讲：“我们已经创造了一个神话，这个神话是一种信念、一种高贵的热情；它无须成为现实，它是一种动力和向往、信念和勇气。我们的神话就是这个民族，我们为了自己而要使其变为具体现实的伟大民族。”在演说中，墨索里尼还把社会主义称为劣等神话。就像16世纪的情况一样，一个意大利人再次表达了政治现实主义的原则。这个事例有着特别重大的思想史意义，因为，意大利土地上的民族热情在此之前一直以民主和立宪议会的传统为基础，表面上完全受盎格鲁－萨克逊自由主义意识形态的支配。

这种神话理论最有力地表达了议会思想的相对理性主义的衰落。如果无政府主义作家从反抗权威和统一性中发现了神话因素的

---

[1] 托洛茨基在第三国际第四届世界大会（1922年12月1日）上的讲话。

重要性，那么，无论他们是否自觉，他们也是在为新的秩序、纪律和等级制合力打造一种新权威、新感情的基础。当然，这种非理性主义引起的抽象危险是巨大的。休戚与共的表象和同舟共济的感情，将在一些难以预见的神话的多元论中遭到毁灭。就政治的神学而言，这是多神论，正如每一种神话都是多神论的神话。但是，既然今天它是最强大的政治趋势，人们就不能对它视而不见。也许议会制的乐观主义现在仍然希望这场运动能够被相对化，就像在法西斯主义的意大利那样，不妨让所有这些事情听其自然，耐心等待辩论的恢复。假如仅仅是辩论辩论，也许辩论本身不过是辩论而已。但是，重新开始的辩论大概不能满足于重复“议会主义〔就够了〕，还需要别的吗”这个问题，并坚持说目前暂时别无选择。这种论证无济于事，也根本不足以复兴辩论的时代。

附录：论议会制的意识形态

［1925］

理查·托马

为任何国家形态或统治类型作意识形态辩护对于政治的实际影响，相信不论怎么说也不能算夸大其辞。这种辩护总在一定程度上存在于政治之中——甚至马克思主义学说也不否认这一点；某些情况下，意识形态甚至能够成为历史事变非常重要的因素。另一方面，意识形态学家置身于精神生活的普遍发展之中，受着其中各种思潮的涤荡和改造。因此，在研究欧洲的当代环境和宪政发展的可能性时，总有一条戒律，即不能孤立地分析我们这个时代的各种意识形态，并由此从它们在思想史中所处的位置得出有关其能力和活力的结论。对民主制、世袭君主制、议会制、无产阶级专政、强人专政的文字辩护（无论它是民族主义、文化政治学，还是经济考虑），尤其应当作如是观。波恩大学的法学和政治科学教授施米特最近在一项引人注目的研究中，便以这种方式讨论议会、议会制政府、理性主义的马克思主义专政和最近由意大利法西斯主义加上实验的工团主义倡导的非理性主义专政的意识形态辩护，虽然此文以其思想上的丰富性令人着迷。虽然从这项研究中分离出实际结论不无益处，但也必须说明，这是件十分困难的工作，因为，愉快的认可和否定性批评相互牵扯。在我看来，施米特的文章缺少始终如一的视角。如果可以把一个活的机体大体上分成两半，那么可以

说，这项研究一方面是对我们理解某些政治观念及其哲学含义的一项纯科学的贡献，其余部分则似乎是一种宪法政治学的论题和预测。

（一）这里首先讨论一下第二个方面，在我看来，这篇文章是失败和不得要领的。作者打算不去重复那些有关现代议会实践之失败的广为人知而又乏味的对话，而是探索“现代议会制的内核”，从中能够看到“这种制度已在多大程度上失去了自己的精神基础，仅仅作为一种空洞的机构而存在”。对于“议会为何在许多代人看来一直是最高智慧之所在，在过去一个世纪里，对这种制度的信任建立在什么基础上”这个问题，作者给出的回答是，议会制度的理据不能到人们熟悉的论证中寻找，即必须让选举产生的委员会起到公民大会的替代品的作用，因为后者在实践上已经行不通，也即斯门德所说的“动态的辩论”：在自由出版物和议会中“对论证和反驳的公开审议、公开辩论和公开讨论”。另一些人已经表达过这种观点，例如伏萨德和基佐。还有人为此补充这样的信念：通过各种意见和目标的自由竞争，通过讨论和舆论，能够发现“真理”，议会也将因此而成为正义或至少相对更好的立法和政策的捍卫者。因此，绝对王权主义的“秘密政治”能够得到克服，符合法律和正义的统治能够取代赤裸裸的权力统治。施米特从这种意识形态中发现了现代议会制的“精神核心”，于是他得出结论说，议会制已经丧失了自己的历史和精神基础，今天它缺少任何理据，因此已经死亡，就要分崩离析了。无须说，今天一个理性的人不会再如此天真和乐观，还怀着议会辩论和自由出版会产生这种神奇结果的希望。

对和平商谈并取得一致这种资产阶级理想予以反对的另一些理论，在今天更具思想活力，尤其是来自马克思主义思想的理性主义

专政观和一些“直接使用暴力的非理性学说”，今天它最重要的理论家是索雷尔，其最著名的实践者是墨索里尼。他们赞美一种“神话”：对于墨索里尼，神话是使民族获胜的暴风雨；对于索雷尔，它是总罢工和社会主义神话。政治神话的理论“最强烈地表达出，议会思想的相对理性主义失去说服力”。

几乎无须说，这些观点和结论以混乱而告终。混乱的原因有二。首先，这种阐述本身不完备。如果有人想评价一种制度在思想史中的基础，他不能把自己局限于研究用来为它辩护的惟一一种意识形态。必须把全部基础都包括在内，就这里的讨论而言，立刻就可能认识到，对于选举产生的代表会议和议会制政府，还有另一种比基佐的幻觉更重要的思想辩护。对此我不能在这里展开讨论，但不妨读一读譬如说 1917 年以来韦伯、普鲁斯和瑙曼的著作和演说，便可以明白他们要求改革民国议会、将宪法权力转移给它来行使的政治论说，是全然不同的，并且这些论说在思想上和现实政治中仍然十分有活力。与它们相反，施米特为现代议会制选择了一个惟一的，其实是彻底“腐朽”的思想基础，对其他的事一概不予理睬。

对此还必须补充思想史文献中经常受到忽视的内容：一种政治制度的价值和生命力，并不取决于用来为其辩护的意识形态的品质和说服力，首先因为，各种著作和文章能够遗漏或忽视重要的论证或事件，也因为每一种制度都是“有生命的和发展的”，经历着目标的变形和结构的改变。此外，说现代议会中已经不再有建设性的公开辩论，这也不完全正确。只存在结构上的变化，议会成员的建设性辩论已退入委员会或封闭的党派或内阁会议，退入党派之间的谈判、与专家和经济利益代表的讨论，在全体会议上开放的公开辩论，对于这些事情肯定毫无意义，可是，它对议会外的舆论的教育

作用仍然意义重大，因为，记者和其他政客都在阅读这些辩论，并有意无意地思考它们。

施米特的危险大概在于，他过于强调事物的表相，没有总是意识到在为政治制度作理论辩护时必须存有戒心。譬如，支持建立或维持一种制度的人肯定不能经常说，他只是因为一种悲观的顺从才采取行动，或他维护某种事情完全是因为它罪恶较少。如果他想富有成效，他就必须积极地谈论问题，唤起乐观的幻觉，而且只要他还在战斗，那么，甚至他自己也会相信它们。如果这些幻觉后来被证明是欺人之谈，一种制度从长远看仍然不会因此而消失。

施米特所说的“议会思想的相对理性主义”肯定已经“失去了一部分它的一目了然”。它甚至失去了全部的一目了然。凡是希望代表大会的 ludi cartacei 及赋予它立法权作为选择政府标准的人，他们这样做是出于一些宪政主义和社会伦理的考虑、希望和服从，完全不同于基佐和伏萨德的观点。

进一步说，工团主义的〔阶级对立〕神话理论和法西斯主义的〔民族〕神话理论，并不是那种一目了然性已经消失的“最强大的表达”。其最强大的表达是别的事情：在实践中，代表有意归属这样的党派，它能够首先让选举结果而非议会来决定最重要的国家政策；政治决策总是唯意志论而非理性的，这种理论观点已在思想史中得到普遍认可。从相信辩论迈向“决断论”的一步早已完成。我们这个时代的问题是，决策应当继续掌握在稳定的少数（威权主义国家，或极端地说专政制度）手里，还是应当掌握在不稳定、临时性的少数（党派国家）手里；或者，某些社会阶级——无论无产阶级，还是资产阶级——是否应当受到排斥或给予优待（特权国家）。尚未证明欧洲面对如此两难选择：议会制抑或专政。如果议会制真的失败了并且无法自我革新，那么，除了议会制以外，民主制还有

其他许多组织方式的可能性——虽然它肯定不是君主制，正如它肯定是共和制。但是，今天就此作出判断是完全不可能的，即使在英国或法国也如此，遑论年轻的议会制尚在学步的德国。对非民主国家也不能这样说。当然，欧洲的宪政说不定有一天要面对惟一的选择：民主议会制抑或暴力专政。然而，说这是普遍现实，则我要斗胆否认，尽管存在着列宁、墨索里尼和普里莫·德里韦拉。

（二）如果我拒绝施米特从思想角度看议会制已经死亡的论断，我仍然能够怀着更多的赞赏和认同说，它澄清了思想史中的一些关系和问题。

我至少要对前两章表示赞同，尽管它们包含着许多尖锐的观察与教诲，譬如对“民主正当性的不言自明”和国联打算以民主为由干涉各国内部事务的评论。作者在第一章“民主制和议会制”中认为，民主的定义在一系列同一性（多数意志就是议会意志，议会意志就是人民意志，等等）中，已把自身摧残殆尽，但作者把民主的一种辩护混同于所有的辩护，这种辩护在文献中虽然最为突出，但很难说是欧洲民主化中最重要的因素。从“务实政治”（realpolitik）、民族主义、强权政治（与普遍兵役制的关系）和策略（迪斯累利、俾斯麦）的角度看，对民主化的社会政治论证，一直就比自由和平等的理想更为重要。我已经指出了第二章“议会制原理”的片面性。惟一还应当说明的是，施米特论证中的弱点，因其对基佐的意识形态同样博学而深刻的分析而变得瑕不掩瑜，他将其定位于相信制衡与和谐的自由主义思想界，定位于启蒙运动的哲学原理。

作者的同情心在“神话的非理性主义”一边，说它尽管起源于无政府主义，却发挥着为“新的秩序、等级和纪律意识”重建基础的作用。不过，他也明白并担心其中的危险，这当然不仅是实践上

而且是思想方面的危险。他在一种破坏性的神话多元主义、一种“多神论”的可能性中看到了这些危险。我要斗胆猜测而非断言，在这些根本性但并无恶意的观点背后，有一种作者没有说出的个人信念：民族的专政者与天主教会的结盟，能够成为正确的解决方案，使秩序、纪律和等级制得到明确的恢复。考虑到这种猜测，我应当再次说明，作者对于我们时代的第三种“神话”似乎完全视若无睹，其生命力不亚于民族和革命的神话，而且是惟一跟基督教伦理相一致、天主教会经常与之结盟的神话：这神话就通过自决和民主达到永久和平。这种神话的精神基础的非理性和千禧年目标并没有受到限制，因为，在当代欧洲的环境下，它同理性主义的思考和资产阶级的良知指着同一个方向。

合法性与正当性

[1932]

李秋零 译

引言：与其他国家类型（司法型国家、政府型国家和管理型国家）相对的立法型国家的合法性制度

在描述“合法性”和“正当性”的开始，如果德国当今的国内状况在国家法和宪法法上被标记为“议会制立法型国家的崩溃”，那么，这只是被当作一个总括性的、简明的、专业的语式。乐观主义或者悲观主义的猜想和预测，在这里并不令人感兴趣；这里同样也不应当谈论“危机”——无论生物学危机、医学危机还是经济学危机、战后危机、信任危机、复原危机、青春期危机、萎缩危机，或者其他任何危机。为了正确理解当今的合法性概念以及从属于它的议会制立法型国家和从战前时代流传下来的法的实证主义这整个难题，需要有在其政治关联中留意当前国内政治状况的那些国家法和宪法法上的概念规定。

这里被称之为“立法型国家”（Gesetzgebungsstaat）的，是某种类型的政治共同体，其特殊性在于，它把各种规范化视为共同意志最高的决定性表述，这里规范化（Normierungen）要成为法，从而必然要求某些品质，因此其他所有公共职能、事务和专业领域都能够隶从于这些规范。在19世纪以来的欧洲大陆各国，人们所理解的“法治国家”（Rechtsstaat），事实上不过是一种立法型国家，是议会制立法型国家。议会突出的、核心的地位的基础是，它作为“立法的团体”以législateur（立法者）的全部尊严来创建这些规范化。

立法型国家是一种由规范化来支配的国家体制，这些规范是非人格的，因而是普遍的，是事先规定的，因而是出于持久考虑的，是针对可测定和可规定的内容制定出来的。在这一体制中，法律与执法、立法者与执法当局彼此分离。“实行统治的是法律”，而不是人、权威或者当权者。更精确地说，法律并不实行统治，它们仅仅作为规范生效。统治和单纯的权势根本不复存在。行使权势和统治的人，“根据一项法律”或者“以法律的名义”行事。他所做的无非是以主管的方式使一项有效的法律生效。一个立法的机构制定法律，但这个机构并不实行统治，也不亲自使自己的法律生效或者运用它们，而是仅仅创造有效的规范化，听命于法律的执法当局在此之后可以以它们的名义运用国家权力。立法型国家在组织上的实现总是导致法律与执法、立法权与行政权的分离。这并不是一种仅仅在理论上臆想出来的分离，不是针对人的权势欲的一种仅仅在心理学上得到论证的未雨绸缪；它是立法型国家直接必要的结构性基本原则。在立法型国家中，恰恰不应当是人和角色实行统治，而应当是规范生效。所有国家生活基本的“合法律性原则”（Prinzips der Gesetzmässigkeit）终极的、真正的意义在于，最终根本不再有统治或者命令，因为只有非人格的有效的规范生效。所有国家政权行使的普遍合法性就包含着对这样一种国家体制的辩护。一个完整的合法性体系说明了要求服从的理由，并且表明排除任何抵制的权利是正确的。法的特殊表现形式在这里就是法律，对国家强制的特殊辩解就是合法性。

有另外一些共同体，在它们里面，决定性的政治意志以另一些形式和程序表现出来。比如司法型国家（Jurisdiktionsstaaten），在这些国家中，不是从事规范化的立法者，而是裁决一件讼案的法官作出最后决定；再比如，政府型国家和管理型国家（Regierungs-

oder Verwaltungsstaaten）一类的政治建构所使用的特殊表述，正是通过这些特殊表述，最终决定具体地表达出来，dernier ressort（终审裁决）也通过这些特殊表述得以表现。司法型国家的典型表述是具体的案例裁定，正确的法、正义和理性在其中直接表现出来，不用借助于事先规定的普遍的规范化，因而这种具体的案例裁定（die konkrete Fall-Entscheidung）并不完全是单纯合法性的规范主义。立法型国家的典型表述是事先规定的、内容上可以测定和规定的、持久的和普遍的规范化，法官的裁定表现为其单纯的运用，所有的政治生活都应当完全包容在一个完整的、使合乎实际的归属得以可能的合法性体系之中。就法官在司法型国家中直接执法并且使这种法对从事规范化的立法者及其法律也有效而言，司法型国家更表现为一个“法治国家”。政府型国家处于立法型国家的另一个对极，其典型表述是一个进行统治的国家元首至高无上的个人意志和权威的命令。不过，还可以设想另一种国家类型，在它里面，命令和意志并不表现为权威的和个人的，尽管如此也不是更高的规范化的单纯运用，而只是实际的法令：这就是管理型国家；在它里面，既不是人在统治，也不是规范作为更高的东西生效，而是按照著名的公式“事物自己管理自己”。尽管这可能是一种乌托邦，但一种管理型国家还是可以设想的，其典型表述是仅仅按照事物的状态规定并针对一个具体处境而采取的、完全从实际实用的合目的性观点派生出来的措施。

尽管如此，在历史的现实中，会不断出现各种结合和混合，因为对任何一个政治共同体来说，都既有立法，也有司法、政府和管理。在任何一个国家，都始终不仅有命令和指挥，也有法律上的规范化和用处理事务的措施进行的管理。依据托马的观点，人们甚至可以在任何一个个别的国家事件中既发现立法的因素，也发现管

理、法官裁定的因素。[1] 所有这些因素和表现形式又尤其统一在主权者那里：主权者是最高立法者、最高法官和最高指挥官，同时又是终极的合法性源泉和终极的正当性基础。在孱弱的国家中，一个正当的政府喜欢利用立法团体的决定的合法性作用；一个管理型国家将利用司法来批准自己的政治措施，如此等等。尽管如此，在大多数情况下依然可以甚至直截了当地看出，决定性意志的重点在什么地方，对于正常的、一般的生存来说，各种不同的可能性中什么样的可能性处于中心位置，什么类型的最高意志在关键时刻权威性地或者决定性地出现，并且对于共同体来说具有规定其类型的作用。当然，最高司法、最高政府、最高规范化和最高管理的游移状态，彼此共存或者彼此渗透，同样可能；在暂时性的间歇期，诸多不同类型、彼此独立的最高势力也许甚至达成一种幸运的平衡。

我觉得，相对于司法型国家、政府型国家、管理型国家（自身又彼此不同）的正当化方式（Legitimierungsweisen），把立法型国家及其完整的合法性体系区分出来，对于认识当代国家来说，比在过去的处境中产生的其他区分——例如统治与合作、权威与自由、法治国家与专政等等二律背反，要更为有益。即便在这里，也不应当使用君主政体、贵族政体和民主政体及其各种变种的传统三分法。这并非是说，似乎亚里士多德的学说不合时宜、已被克服了。在今天，以规范主义的方式虚构一个完整的合法性体系，就与一个现实存在的合法意志的正当性发生了显著的、无法消除的对立；正是这种对立——而非君主政体、贵族政体、寡头政体或者民主政体的对立，在今天才是决定性的，后者在大多数情况下只是隐晦、模

[1] 参见《德国国家法手册》，第2卷，第127页。

糊的。何况我们的国家体制处在一种转变中，对于当前的时刻来说，具有典型特征的“向整体国家（zum totalen Staat）的转变”及其不可避免的“计划”趋势（而非像100年前那样的“自由”趋势），在今天典型地表现为向管理型国家转变。即便整体国家利用司法，也就是说利用刑法、民法、惩戒法、管理法或者宪法法——无论把它们当作工具还是当作矫正措施，就其本性而言，都是一种管理型国家。特别是一种“经济型国家”不可能作为议会制立法型国家发挥作用，并且必然成为管理型国家，这一点在今天已经是差不多众所周知的了。

另一个问题是，每一国家的核心多大程度上在于管理。无论柏拉图的《理想国》还是亚里士多德的《政治学》，如施泰因所说，都是“关于无国家，从而无管理的社会的学说”。韦伯把一个“管理机构”视为一般政治社团的本质特征。对于我们的历史意识来说，国家与管理的密切联系最为清楚地出现在16和17世纪，当时正值各个政治共同体的形成，它们恰恰以具有特色的方式凭借其良好运行的官僚体制机构与中世纪单纯的“护法型国家”（Rechtsbewahrstaat；克尔恩［Fritz Kern］的一个确切的表述）的法治共同体形成了鲜明对比。此外，就连议会制立法型国家及其法律与执法分离，对于这种执法来说也以一种合乎法律地运行的“行政权”为前提条件，而“行政权”尽管服从法律，却是独立的、可区分的。在这里，关键的是国家的管理机构身处其中的特殊的辩护体系（Rechtfertigungssystem），这在17世纪和18世纪就是绝对王权的王侯们的王朝正当性（die dynastische Legitimität des absoluten Fürsten）。

在法的观念稳定、财产固定的时代，大部分是司法型国家，一种与国家分离的司法（Justiz）作出最后的裁定，司法与国家不

同，是先行于国家、高于国家的法权的守护者和保管者。此外，在这样一种共同体中，几乎还谈不上一个“国家”，因为，一种单纯的、至少按照假定为非政治的法权共同体（Rechtsgemeinschaft）取代了一种政治统一体（einer politischen Einheit）。在发生巨大变化或者革命的时代，表现出来的要么是一种政府型国家，要么是一种管理型国家，或者根据变化的方式和速度，也会是一种议会制立法型国家，后者的规范化似乎最能够使对局势发展的合法适应以及将进步与法的保障结合起来成为可能。这样，不同的国家类型就与不同的国内政治趋势相适应。大体上人们可以说，一个始终如一地执行的、在诉讼裁决中达到顶峰的司法国家，根据每一次裁决经常被确定下来的保守趋势（Konservierung），是保存社会现状和既得权利的正确手段。这类以保障既得权利为其存在理由的国家（在亚里士多德的意义上从属于它的）腐败的变种形式，以如下格言来表示最好不过：“一切都是俸禄，不再有任何东西存活。”政府型国家以及管理型国家更适宜于作彻底的或革命或反动的变革和全面、有计划、目光远大的改塑的工具。立法型国家是一个典型用党纲装备起来的改良主义—修正主义—进化论时代的工具，力图通过正确的法律沿着议会制的合法道路实现“进步”。

司法型国家的惯例（Ethos）是，法官直接以法和正义的名义作出判决，并不需要其他非法官的政治势力把这种正义的规范化介绍和托付给它。这是一个简单的原则，只要法和正义不用插在中间的规范化就具有明确的内容，并且不仅仅是权势欲和占有欲的工具，这一原则就是显而易见的。政府型国家与其说有一种惯例，倒不如说有一种巨大的激情。在 17 世纪和 18 世纪绝对君主的政府中，政府型国家的原则极为清晰地表现在这些君主们的代表头衔的目录（Katalog der repräsentativen Prädikate）中，这些君主们用诸

如伟大、显赫、出类拔萃、杰出、荣誉和荣耀（[中译者按] 原文均为拉丁文）一类词汇来装扮自己和周围的人。这是一种甚至威廉一世（Friedrich Wilhelms Ⅰ）和腓特烈大帝（Friedrich der Groβe）的普鲁士管理型国家都不能放弃的荣耀和荣誉的激情。早在 17 世纪，已经出现共和主义—民主的德性（vertu）作为荣誉的论战性对立概念，它力图以同质的人民（homogenen Volkes）与自身民主地一致的在场对抗君主的代表性（Repräsentation），由此取消代表品质的资格，甚至揭露代表纯粹是“演戏”。除此之外，人们也利用正确地将正确的法（richtiges Recht）规范化的立法型国家的特殊惯例，及其睿智且廉洁的立法者和始终善良且公正的公意（volonté générale）。管理型国家可以诉诸于实际的必然性、事情的状态、局势的强迫、时代的急需和其他不是由规范规定而是由处境规定的辩护。与此相适应，与立足于规范化的立法型国家的合规范性相反，管理型国家在合目的性、有用性中，在自己的措施、法令、命令极为具体的符合实际（Sachgemäβheit）中，找到自己的存在原则。无论政府型国家还是管理型国家，都把具体的、可直截了当实施的、应当遵循的命令看作一种特殊品质。政府型国家和管理型国家已然终止了伴随着司法型国家的律师辩护以及议会制立法型国家同样没完没了的讨论，在可以立即实施的法令的决断论（Dezisionismus）中认识到一种积极的法的价值。这里生效的是：“世界上最美好的东西就是命令。”

斯门德认为，自由主义和以之为基础的议会主义没有特殊的激情，没有“价值效力的要求”，从而也没有“自己特有的正当化力量”，“也根本没有致力于某种相应的正当化需求”。[1] 但不可忽

[1] 斯门德，《宪法与宪法法》，第 115 页。

视的是，以其所有国家行为的一种天衣无缝的合法性理想和制度（System），议会制立法型国家发展出了一个绝对独特的辩护体系。在此，“合法性”的意义和任务恰恰是，不仅把〔无论君主还是人民意志的〕正当性，而且把任何基于自身的更高的权威和当权机关（Obrigkeit）变成多余的，并予以否定。在这个辩护体系中，根本没有使用诸如“正当”或者“权威”之类词汇，哪怕只是作为合法性的表述——合法性只是从“正当”或者“权威”派生出来的。由此就可以理解韦伯的社会学命题：“这种合法性可以被视为正当性”；或者“现今最流行的正当性形式就是对合法性的信仰”。[1] 在这里，正当性与合法性这二者被归结为一个共同的正当性概念，而合法性本来恰恰意味着与正当性的对立。因此，基希海默（Otto Kirchheimer）关于合法性与正当性的文章的表述在我看来是对的，他说，议会制民主的正当性“仅仅在于其合法性”，而今“合法的限制公开地被等同于正当性”。[2] 当然，语言惯用法在今天已经走得太远，以致把合法的东西感受为“仅仅形式的东西”，把实际上正当的东西感受为对立。今天，人们可以不觉得自相矛盾地谈论例如解散国会，说这“极为合法”但实际上是件政治蠢事，或者反过来说，解散国会实际上符合宪法精神，尽管如此却不合法。在这样的悖题中，合法性制度的崩溃——被一种没有对象、没有关系的形式主义和功能主义终止了——已然证据确凿。只有合法主义法律概念（des legalistischen Gesetzesbegriff）的本质性前提条件和特殊激情遭到抛弃，才能解释合法性制度的这样一种终止。由于〔把合法性当成正当性〕，人们还产生了一种幻觉，似乎能够为所有可设想

[1] 韦伯，《经济与社会：社会经济学大纲》，第3卷，第1册，第19页。

[2] 《社会》，1932年7月。

的甚至最极端最革命的努力、目标和运动开启一条合法道路和一种合法程序，沿着这条道路和这种程序，人们不用暴力、颠覆就能实现自己的目标，这样一种程序同时能够创建秩序，而且完全“价值中立地”运行。

在这里，合法性制度独特的理性主义明显地转化为其对立面。这一在本质上表明议会制立法型国家今日处境的过程，应当在以下各章更为详细、具体地解释。就合法性概念而言，应当历史地并且在概念上注意的是，它是议会制立法型国家及其所特有的规范主义的一件事务和一个问题。合法性概念接受了由王侯的绝对王权论（vom fürstlichen Absolutismus）所创造的处境，即取消任何抵制权（Widerstandsrecht）和要求无条件服从的“重大权利”（das “groβe Recht”）；但是，合法性概念把凭借自己普遍的、事先规定的规范化所创造的合法性的尊严赋予这种权利。司法型国家和管理型国家依然与具体的现实处境结合得极为密切，从而有某种具体的在场。政府型国家在其元首的人身中或者在从事指挥的集体的身份中，拥有代理制的所有品质。与此相反，由于普遍的、前定的规范化这一立法型国家的支配原则和对立法型国家来说根本性的法律与执法、立法权与行政权的区分，立法型国家被置于一个完全不同的领域，因而当然患有某种抽象性。然而，在还能够产生对普遍理念的信仰的时代和民族中，只要对合法性概念的规范主义合理性和理想性的信仰依然活跃，合法性概念就仍然因此而表现为某种更高的、更理想的东西。在此期间，合法性概念还可以诉诸于一个数千年之久的区分，使一个古老的惯例生效，也就是说，用 νόμος（法）来反对单纯的 θεσμός（律）；用 ratio（理）来反对单纯的 voluntas（意志）；用才智来反对盲目、无规范的意志；用规范化、可预见的法的观念来反对措施和命令那取决于变幻莫测境况的单纯合目的性；用理性

承载的合理主义（den vernunftgetragenen Rationalismus）来反对实用主义和情绪主义；用理想主义和正确的法来反对功利主义；用效力和应当来反对局势的强制和困窘。对合法性概念来说，代理制的政府型国家及其荣耀和荣誉，表现为纯粹的权力国家和不道德，管理型国家表现为无规范和无精神的专政，中世纪的司法型国家表现为封建或者常设的特权的工具与进步为敌。合法性概念可以指出，“以法律的名义”这个崇高的、起正当化作用的语式不能转用，至少不能转用到管理型国家的措施上。可以说，“法律面前人人平等”，却不能说“措施面前人人平等”。不以“法律的名义”，我也不能以“合目的性的名义”，或者以“实际必要性的名义”，或者干脆以“局势强制的名义”，作出判决、施加刑罚，或者作为权威出现。如果人们不是以国王、人民或者法律的名义，而是以“一种措施的名义”宣布和执行一项判决，或者如果人们想让某人向措施宣誓，让他发誓“忠诚于一项措施”，显然滑稽可笑。

国家的公务人员和武装力量如果仅仅被看作政府手中的技术机构，就既不是一个独特的合法性源泉，也不是一个独特的正当性基础。因此，它们并不能独自承载当然需要一个公务人员机构的管理型国家。相对于不同的国家形式和国家类型来说，“官僚体制”经常具有能够——尽管有某些保留，例如考虑到“既得的官员权利”——为不同甚至相反的政治方向服务的纯粹技术性工具的中立性。斯门德说：“公务人员必须恰恰也能够做不同的事情。”（《宪法与宪法法》，第 31 页）在韦伯社会学中，“官僚体制”这个词的主要含义是：在一个所谓“价值无涉”（wertfreien）的范畴中，让一个主要对自己顺利运行感兴趣的公务人员机构这架机器的技术—理性主义—价值中立的成分体现出来。当然，这一观点完全论战性地处在德国战前国家的处境中，并使作为某种“非政治的—技术性

东西”的德国职业公务人员错误地与议会对立；众所周知，在韦伯眼里，议会还是一种在政治上选择领袖和形成精英的手段。“官僚体制”的法语表述确实涉及某种工具性的东西：法兰西共和国的议会主义成功根除了任何军队和公务人员在自身中具有或者从自身出发能够发展出一种合法性或正当性的思想，不仅根本上断然拒绝与王室的王朝正当性有瓜葛，也断然拒绝与直接民主制（plebiszitaer demokratische）的正当性有波拿巴主义式的接触。在德国，19 世纪的公务人员分布在一大批立宪君主国中。因此，至今还缺乏与民族统一体的整体、与整个德国人民在国会中的议会制代表有直接的组织性联系。君主立宪制的特点使得公务人员有可能能够同时维护君主制的正当性基础和一个立法型国家的合法性。然而，不容忽视的是 H. 格贝尔（Hans Gerber）不久前（1931 年在哈勒举行的国家法学者会议上）指出的事情：没有职业公务人员牢靠的法的态度，这种类型的“法治国家”——立法型国家——是不可思议的。我相信，格贝尔的这一正确观点表达了这样一个历史事实：职业公务人员不能仅仅是在任意一个制度手中“运行”的单纯“机构”；毋宁说，国家社会学意义上真正的、创造权威和正当性的精英要素——诸如廉洁、与金钱和盈利世界隔绝、有教养、有义务感、忠诚之类的品质，以及从自身出发作出补选的某些当然不太强的倾向，可以由一个受委托代表公共利益的、固定化的职业阶层来承载。如果这三项要求——稳定、品质、补选——就是承载国家的政治精英的标志，19 世纪的德国职业公务人员也可以被看作德国政治生活的一个类似精英的因素，只不过，恰恰并没有出现每个政治精英的决定性品质——承担政治风险的能力和准备。

君主立宪制的王朝正当性丧失之后，在由德国人民选举的国家总统的全民制正当性（plebiszitären Legitimität）中，德国国防

军（它在德意志民族被解除武装的非军事化之后，不再是旧意义上的军队）和国家公务人员（尤其新创造出的金融官僚体制）找到了一个新基础的可能性。与此相反，由于缺少这种支持，在很大程度上，多元主义政党国家的各种势力占据了各州的公务人员。此外，在今天的德国各州中，州的立法领域以及议会制立法国家的空间相当不足，使得各州没有可能达成独立的合法性体系。不同的德国州政府对“公共安全、秩序和危害国家”有不同理解，这与下面（下一节中，即原文第 288 页及以下）要讨论的根据不同政党的掌权来分配政治奖赏（politische Prämie）有密切关系。这样，按照合法性和正当性的概念来考察，德国的职业公务人员今天不再具有同一尺度的独特政治意义。尽管如此，由于缺少另一个权威，德国的职业公务人员可能在其个别的部分中成为一个有权威的国家的强烈需求和倾向的中心，并试图在一个管理型国家中依据自身来“建立秩序”。近两年多以来，按照宪法第 48 条第 2 项实施的紧急法令法的实践，已经实现了从事管辖的管理型国家的一个重大部分。至于议会制立法型国家的合法性制度中的这种发展意味着什么，应在下面（第二章）再来作更为切近的阐述。这里令人感兴趣的是，一个议会制立法型国家的规范主义合法性如果转变为每次由多数决议的空洞功能主义，就会与一种官僚体制的管辖需求非人格的（unpersönlichen）功能主义结合起来。合法性与技术性的功能主义之间的这种联盟从观念来说罕见，但从所有的实践经验来说却不难猜想，在这种联盟中，官僚体制长久地保持为占优势的伙伴，并将议会制立法型国家的法律转变为官僚体制的管理型国家的措施。

在这里，不应该使用“法治国家”一词。无论立法型国家还是司法型国家，都能够直截了当地冒充法治国家。但是，任何一种政府型国家和管理型国家，如果它在事情上诉诸于法的实现，用正确

的新法取代不正确的旧法，特别是创造出正常的处境——没有正常的处境任何规范主义都是谎言，也都能够冒充法治国家。“法治国家”一词就像“法”一词自身那样，可以意味着许多不同的东西，此外，也像用“国家”一词表示的组织一样，可以意味着许多不同的东西。有封建的法治国家，有等级制的法治国家，有市民的法治国家，有民族的法治国家，有社会的法治国家，此外也有自然法的法治国家，有理性法的（vernunftrechtlichen）法治国家，有历史法的（historischrechtlichen）法治国家。形形色色的宣传家和律师都喜欢给自己冠上这个词，以便诋毁对手是法治国家的敌人，没有什么不好理解。对于他们的法治国家和法概念来说，有一句格言很适用：“法首先应当是我和我的朋友们所赞美的东西。”对于国家理论和宪法理论来说，关键在于借助立法型国家、司法型国家、政府型国家和管理型国家的区分，来获得可以使人更好、更清晰地认识合法性制度的具体特性及其今日状况的特殊标志。

一、议会制立法型国家的合法性制度

1. 立法型国家与法律概念

19 世纪的君主立宪制国家是一种立法型国家。很大程度上，而且恰恰在关键点上，即鉴于其法律概念，它甚至是一种议会制立法型国家。所谓形式意义上的法律，只不过是一种国民议会参与的情况下作出的决议（Beschluβ）。这样一些宪法法的形式概念本质上就是政治的概念。因此，法根本上是以法律的形式出现的，实定法（positives Recht）本质上就是法律形式的法（das Rech twesentlich in der Form des Gesetzes），而国民议会的决议在概念上必然属于法律，这是国民议会的一个决定性胜利。人们虽然坚持，法律被理解为“任何一种法的规范”，就连习惯法也被视为实定法。但是，习惯法当然仅仅被视为一种简单的法，可以由立法者大笔一挥撤销和阻止，在大多数情况下，立法者会比习惯法更行动敏捷。此外，对法的生活的某些特别重要的领域——例如刑法，但也包括宪法法和管理法——来说，形成习惯法的许可是颇有争议的。从实践上来说，承认习惯法始终意味着某种有利于立法者的限制性保留。因此，在人们担心可能损害对立法者的立法型国家式信赖的地方，习惯法的许可遭到否认。不可忘记，1848 年以前，法的历史学派就

已经贯彻了德国的习惯法理论，其原本论战的一政治的意义，当时是由与绝对君主的立法权的对立来决定的。至于国家的一组织性的后果，在对习惯法的承认中，总包含着一种有利于其他机构，尤其当然有利于司法而对议会制立法者的限制。这一限制同样适用于所有对某种“概念上必然的东西”的构思，据此也适用于严格意义上的立法者。对此，艾泽勒（Fr. Eisele）1885 年在《民事实践文库》上发表的文章“无约束力的法律内容”（胡瑟［G. Hussel］令人感激地又使人们注意到这篇文章）就是一个很好的例子。民国法院（Reichsgericht）现今在公务人员性质问题上的观点是另一个例子；据此，不用形式的任用，政府权限的转授就应当自动地、凭借“事情的内在本质”论证了公务人员的性质，因为相反的看法是“胡说八道”，立法者不能规定某种“在法上不可能的、无法执行的东西”。[1] 艾泽勒在上引文章中（第 278 页）说出了此处涉及什么：“因此，这里涉及立法者权势的界限。”就像从习惯法出发一样，从逻辑或者思想的必要性出发，同样可以引申出这样的界限。

但是，撇开这样一些在其具体运用中颇有争议的限制不谈，法的科学与法的实践的观念整体上曾经（今天也还是）受一系列简单等式支配：法 = 法律；法律 = 在国民议会参与下完成的国家规定。当人们要求“法律的统治”和“所有国家行为符合法律的原则”成为法治国家的本质特征时，这是实践上所说的法律。在这种法与法律的相等之上，最终建立起在 19 世纪的进程中发展成为法治国家的概念、语式和要求的一个至今仍有效的制度和清单。国家就是法律，法律就是国家。只不过法律应当服从；只不过对于法律的抵制

[1] 参见RGZ.第134卷第19页和那里解释的裁决，尤其RGZ.第125卷第422页。

权被否定了。只有合法性，而没有来自上面的权威或者命令。迈耶尔以《法律的统治》为标题在其关于管理法的完美一章中写道："国家意志的最高类型就是当它以法律的名义被说出时的类型。"[1] 在迈耶尔看来，有三种东西标志着这样一种立法型国家：法律的创造客观的法（objektives Recht）的力量（与向下属机构和公务人员下达的公务命令和指示相反）、法律的优先地位（相对于所有这里所考虑的国家活动方式，尤其管理和执法的优先地位）、法律的保留——法律规定与其他国家活动方式相反所拥有的干预宪法法上保证的基本权利和自由权利的垄断权。换句话说，所有权利的最终守护者、现存秩序的最终保障者、所有合法性的最终源泉、针对不法的最终保障和最终保护，是立法者和他所利用的立法程序。在实践上必须不予考虑立法权力和立法程序的滥用，因为若不然，马上就得要求一个另外安排的国家体制、一个完全不同的结构和组织。事先确定和假定的法与法律、正义与合法性、实情和程序之间的一致与和谐，支配着立法型国家的法思维，直到所有细节。只有这样，人们才有可能恰恰以自由的名义服从法律的统治，从自由权利的目录中删除抵制权，承认法律无条件的优先地位，这种地位把法官对法律的服从看作法官独立性的保障，把管理的合法律性看作面对滥用国家权力的最重要保护，使宪法中保证的所有基本权利都毫不犹豫地听凭立法者处置，立法者可以根据自己的判断借助"法律的保留"干预这些基本权利。

在立法型国家中，立法者不言而喻始终仅仅是惟一的、简单的立法者。不同类型的立法者和彼此相对化的法律概念之间的任何竞争，都如同现在所强调的那样，将摧毁立法型国家自身。在具有完

---

[1] 迈耶尔，《法律的统治》（第3版，1924），第64页。

善的合法性制度的立法型国家中，不能像在罗马国家法中那样，存在多种多样的“法的源泉”：法律、民众意见、元老院决议；元首命令、高级官员的指令、智者们的计划（[中译者按]原文均为拉丁语）等等。合乎逻辑的立法型国家的立法者必须掌握着合法性的“垄断权”。当然，一旦丧失对立法者、对法与法律决议之间的和谐的信任会发生什么事情，战前时代几乎没有人问过，更不要说回答了。立法程序以其复杂的障碍和均势——立法权的两院制、独立的依靠军队和公务人员的王室政府、王室对法律决议的认可、联邦制的监督和平衡——包含着足够强大的节制保障，在面对任意和滥用法律形式时足以可靠地保护自由和财产。在这样一种国家体制中，一个纯粹形式的、不依赖于任何内容的法律概念也是可以设想和接受的。即便人们无条件、无前提、毫无顾忌地把主管部门沿立法途径决定的一切都看作惟一起决定作用的实定法，所有这些典型的法治国家的原则和安排——例如使独立的法官受法律制约，或者面对任意的刑罚包含在“没有法律就没有刑罚”（民国宪法第116条）这一条文之中的保障，或者在基本权利和自由权利方面法律的保留，都还有意义，可以接受；它们是现实的制约、现实的保障和现实的保留。因为，对简单的立法者，对立法程序坚定不移的、不成问题的简单信任，并不需要其他的制约、保障和保留。只有坚定不移地信任这一立法者及其法律类型，才能说出这样的话：“立法者的权利不受限制；国家政权的所有其他权利都受限制”[1]；或者“对于立法者来说，财产并非不可侵犯”[2]。

这种信赖依然是每一部以立法型国家形式来组织法治国家的宪

---

[1] 语出洛伊特霍尔德（Leuthold），时在1884年，见希尔特（Hirth）的编年史。

[2] 参见安许茨（Anschütz）在1912年为1850年的普鲁士宪法原本写的注释。

法的前提条件。若不然，立法型国家就会是一种有点复杂的绝对王权论（Absolutismus），无限制的服从要求就会是一种公开的暴政（Vergewaltigung），对抵制权的真诚放弃就会是一种不负责任的愚蠢。如果法律概念被剥夺了与理性和正义的任何内容上的关系，同时又保留立法型国家及其特殊的、把国家的所有威严和庄重集中于法律的合法性制度，那么，任何类型的法令、命令和措施，对任一军官和士兵的任何指令，对一个法官的任何具体指示，都会凭借“法律的统治”合法地通过议会决议或者其他参与立法程序的机构得到实施。在这种情况下，“纯粹形式的东西”还原为“法律”这个空洞的词和标签，放弃了与法治国家的联系。法律的所有庄重和威严都仅仅直接地，并且以直接就是实定法的意义和效果，依赖于这种对立法者自身的信任，以及对所有参与立法程序的机构的正义和理性的信任。所有法的保障和保证、避免滥用的所有保护，都被置于全权立法者的人身之中，或者被置于立法程序的特性之中。如果合法性制度不应当是毫无意义的，不应当是纯粹的任意，就必须彻底受那种造成法与形式法律完全一致的信任的前提条件支配。在任何情况下，这种合法性制度都不是没有前提条件的。没有前提条件地把法与某种形式程序的结果等同起来，无异于没有前提条件地，从而盲目地屈服于被委托立法的机构的纯粹判决——同法和正义没有任何内容上的联系的判决，没有前提条件地放弃了任何抵制。这种最原始形式的 sic volo sic jubeo（我行我素），只有在心理学上从某种迷信的残余出发，或者从一种更早的、比较富有内容的法律宗教（Gesetzesreligion）的残余出发，才能理解。人们可以把它称为“实定论”（Positivismus），就像人们把任何种类的决断论都无批判地称为实定论一样；只不过，“实定论”这个词在今天再也不能掩饰，任何没有前提条件的形式主义都是一种纯粹出

自政治动机的臣服要求以及纯粹出自政治动机的对任何抵制权的否定。

除了一种形式的法律概念之外，战前时代的德国国家学说毕竟还承认一种实质的（materiellen）法律概念。安许茨说道："没有实质的法律概念，理论和实践上就不能出现，也不能理解和解释普鲁士宪法。"[1] 因此，就连实际规定的法律标志也得到了承认。实质意义上的法律是法权规范或者法权条文（Rechtssatz），是对"依法应当适用于每一个人的东西"的规定。人们坚持，在正常情况下，形式意义上的法律包含着的一种实质意义上的法权条文，必须与一种任意的命令区别开来。就连流行学说承认的要求（即批准是一个作为法规向法律接近的命令），也表明规范与命令、法律与措施的区分还是继续有效的。"每一项法律都由两个不同的部分组成，其中一个部分包含着规则自身，另一个部分包含着法律所命令和遵循的规定"（拉班语）。但是，人们并不把法规范与法律的这种联系固定在法律的一种国家法定义里面，国家法把法律作为一种普遍的、持久的规则与单纯的命令或单纯的措施清晰地区分开来。除了这个定义之外，还有法律的第二个完全不同种类的观念，但它同样（而且仅仅因为它不是"形式的"）被称为"实质意义上的法律"，也就是说，是作为"对国家公民自由和财产的干预"的法律。这只有从19世纪的处境出发才能得到解释，也就是说要以国家与社会、政府与国民议会、隶属于职务（服从于一种"特殊的权势关系"）的公务人员与自由的国家公民之间的对比为基础，最终，还要以对自由（原则上不受限制）的私人领域与法律上事先规范化了（因而原

[1] 安许茨，《当前关于立法权力概念的理论》（第2版，Tübingen，1901），第33页。

则上受限制并且可测量）的国家权限所作的普遍的、市民—法治国家的区分为基础。由此得出的是，进一步区分作为“对国家公民自由与财产的干预”的法律或者法规定与作为一个不干预这一自由领域、仅仅“在行使权力的组织内部”（安许茨语）进行的过程的管理规定。

把法律定义为“对自由和财产的干预”，当然只有针对性的—政治的意义，并且针对的是最高机关国家的行政权（die obrigkeitsstaatliche Exekutive），即针对王室政府及其军队和公务人员。人们把两种完全不同类的法律标准（法和干预！）都当作“实质的”来与一种“形式的”相对立，抽象—逻辑地来看，并不完美，但在19世纪具体的国内政治状况里面，却可以马上得到理解。与此相反，流行的学说不顾这两种“实质的”法律概念而赋予形式的立法程序一种力量，也任意地为任何不再是实质意义上的法律（因而与两种实质的概念规定再也没有任何相干的意志内容）使用法律的形式，这必然搞乱立法型国家的概念。这样一来，整个法治国家的威严就仅仅从第一种实质的法律概念——法律 = 法规范——引申出来，并辐射到形式的立法程序，法治国家的威严因此就与其起源、源泉——也就是说与其同法的实际联系——隔绝了。同时，包含在第二种法律概念（对自由和财产的干预）中针对对立法者的保护和保障思想（Schutz und Sicherungsgedanke）也被放弃了，这当然有利于一种仅仅形式的法律概念——也就是脱离了与法和正义的任何关系的、纯粹政治的法律概念。在这种情况下，法律根本不再需要在意向上是一种具有可测量、可规定内容的普遍（同等对待相同的东西）、持久的规则；立法者在立法程序中为所欲为；它始终是“法律”，并且一再创造出“法”。这样一来，就打开了通向一种绝对“中立的”、无涉价值和品质的合法性观念的道

路，这种观念是毫无内容的形式主义、功能主义的。在管理法权中（Verwaltungsrecht），人们严格坚持法令（与指令相反）的普遍特征，把这种特征看作可理解的，甚至必然的，也承认规范化的其他一些标志（可规定的内容、均衡、平等），相比之下，在国家法权（Staatsrecht）中，人们从法律角度来探讨这一切，在这里，国家法似乎具有大得多的实践意义，而不是一种缺乏“固定界限”的无关紧要的理论游戏。

只要国内处境正常、安定，对参与立法的各个机构及其合作的信赖未被动摇，实践上当然就不会取决于理论上的暧昧。国家与社会的二元论，同时还有君主立宪制的二元结构被清除之后，并且随着民主的结果国家意志与人民意志被等同起来之后，与这种民主结果相应的是，人民意志的任何表达都被称为“法律”，“法律”这个概念因此也被赋予靠与法和正义的联系而应有的全部庄重和威严。在民主制中，法律是当下现在的人民的当下意志，也就是说，实践上是进行表决的国家公民当下多数的意志：lex est quod populus jubet（法律就是人民所准许的东西）。承载着议会制立法型国家及其法律与执法的区分的规范与命令、理与意志（ratio 与 voluntas）之间的差异，在这里又消失在一种“形式的”法律概念中，并威胁着议会制合法性制度的大厦。然而，从其他理由来看，这在一种一贯的民主制中还过得去。因为，按照民主制的前提条件，自身同质的人民具有保障由其所表达的意志的正义和理性的所有属性。没有人民是好的因而人民的意志是充足的这一前提条件，就不会有一种民主制。人民足能做其想做的一切。在议会民主制中，议会的意志被等同于人民的意志。在这里，只要假定议会简单多数的决议包含着人民意志的那些品质，就可以是法和法律。即便在这里，一种“形式的”法律概念也是可以设想、可以接受的，但“形式

的”也并非无前提条件，而是完全受对议会多数与同质的人民意志相互一致的信赖制约。因此，对于法国1875年的宪法法和法国的议会民主制来说，法国国家法的一位杰出作者马尔贝格（Carré de Malberg）不久前可以解释说，法律概念的所有实际标志，例如普遍的性质或者规定的持久，一概可以否认，因为议会的意志直接地就是拥有主权的人民意志，是公意自身。[1] 这是议会民主制的独特语式。在其实践的意义中，这种语式今天针对的是法官对法律的复核，因为，司法权对立法权的这种监督，会以一个司法型国家的因素渗透到议会制立法型国家中，这些因素作为异物，将损害这种国家类型清晰的合法性制度，并使议会就其作为合法性源泉而言的中心地位变得成问题。

一旦丧失议会民主制立法型国家的前提条件，可想而知就要在具体的宪法面前闭上眼睛，死死抓住绝对“价值中立的”、功能主义—形式的法律概念，以便由此挽救合法性制度了。在这种情况下，“法律”只不过是当下的议会多数当下作出的决议。议会、议员和议会的程序以讨论和公开性著称，其中有某些保障法和理性的品质暗中作为前提条件，就像已经提到的那样，只要还有对这些前提条件的信仰，上述情况绝对可以想像和可以容忍。但是，在这个位置上还必然产生另一个要求，在大多数情况下，这种要求的不可回避性并没有被充分意识到：*议会制立法型国家的成文宪法必须原则上局限于组织性的、程序法的规定*。对于一个愿向不同意见、流派、运动和目的开放其程序和方法以供它们利用的制度来说，这样的规定并不仅仅与其相对的自由主义中立性相适应，而且也与其绝对的功能主义中立性相适应。此外，对任何立法型国家都必然不言

[1] 马尔贝格，《法律：普遍意志的表达》（Paris，1931）。

而喻的是，要建立这样一个立法型国家的成文宪法，并不抢先占有批准成文宪法的立法者，因为立法型国家通过自己实质性的法的（materiell-rechtliche）规定自己扮演着立法者。立法型国家仅仅只承认惟一一个正式的立法者，后者必然掌握着创造实质的法的垄断权。19 世纪德国君主立宪制的立法型国家虽然可以承认一个三重的法律概念，但对其形式的法律概念来说，惟有国民议会的参与才过去是并且依然是本质性的和决定概念的。此外，无论围绕独立的王室法令法权（königliche Rechtsverordnungsrecht）的斗争，还是对法律决议的王室批准的承认，都表明还没有产生一种议会民主制的立法型国家。但是，就连独立的王室法令法也不敢把国王的法令称作法律。一个立法型国家只可以有一个法律概念、一个立法者、一个立法程序，就此而言，这一清楚明白的公理至少在形式上受到了注意，这种国家体制的合法性制度在实践上可以得到贯彻，没有自我摧毁的内部矛盾。

2. 合法性与获取政权的均等机会[1]

魏玛宪法第 68 条宣布了议会制立法型国家：国家法律由国会

[1] 机会（Chance）这个词在此没有翻译过来。本来，这个词属于一个自由竞争和期望的自由主义时代的思维方式和方言，涉及机遇与合法性、自由与可预见性、任意与担保的混合，这是自由主义纪元（Ära）的特征。其他诸如此类的词汇例如还有：意识形态、风险乃至“应当”（及其全部“牵涉”），加上所有可能种类的“生效”。最好不要改这样的词汇，以便其精神起源的印记清晰可见。在韦伯的社会学中，就经常出现“机会”。

作出决议。[1] 与一种纯粹功能主义思维方式相适应的是，把法和法律不与某种内容相联系理解为当下议会多数的当下决议。法、法律和合法性由此成为“中立的”行事方式和表决程序，对任何内容都同样有效，同样开放。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。51% 的选票产生出议会多数；51% 的议会选票产生出法与合法性；议会对政府 51% 的信任产生出合法的议会制政府。

如果能够以全体人民实质上的同质性为前提条件，那么，通过简单的多数确定来形成意志的方法是有意义的、可以接受的。也就是说，在这种情况下，并不存在对少数的否决，相反，表决只应当显示出潜在地现存的、作为前提条件的一致和协调。就像已经提到的那样，由于任何一种民主制都建立在不可分割地同质的、全体的、统一的人民这个前提条件之上，对于它来说，事实上并且在本质性的事情上并不存在少数，遑论存在大量固定的不变少数。人们可以参加确认多数的程序，这并非因为，从相对主义或者不可知论出发放弃发现正确与错误——就决定命运的政治决定来说，这是一

[1] 【中译本编者注】魏玛宪法第 68 条原文如下：“法律案由联邦政府或联邦国会提出之。联邦法律，由联邦国会决议之。”见《宪法参考资料》，第 2 期，中央人民政府办公厅，1954 年版。

种自杀式放弃，而且如凯尔森所承认的，这“只有在相对安定的时代里”，因而只有当关键不在于此的时候，才是可能的。[1] 相反，人们预先假定，借助对同一人民同样的归属性，所有人都以同样的方式在本质性的事情上希望同样的东西。如果丧失不可分割的民族齐一性（nationalen Gleichartigkeit）这一前提条件，纯算术的多数确定的无对象、无内容的功能主义就是中立性或者客观性的对立面，无异于对被否决从而受到压制的少数施行的量上或大或小的暴政。在这种情况下，治理者与被治理者、命令者与服从者的民主同一性（die demokratische Identität）就终止了；多数下命令，少数必须服从。甚至算术上的可加性也终止了，因为人们以理性的方式只能把同样的东西合计为一个总和。人们尽可以把变幻不定的多数无内容、无前提条件的功能主义称为“动态论”（Dynamismus），尽管静态的缺乏、实体的缺乏本来还不需要是任何动态论的东西。但是，如果人们把这种内容上随机的中性程序如此完善化，一直推进到一种数学—统计学的多数确定——尽管如此，如果不是整个合法性制度在同一时刻陷入崩溃，那么，一个实质的正义原则就总必然被当作前提条件：这就是那个对于所有可以设想的意见、流派和运动来说无条件地达到多数的机会均等的原则。没有这一原则，多数的数学就不仅由于其对于任何内容上的结果都无所谓而成了一场荒唐的游戏，而且合法性制度自身也在第一次获得多数之后就结束了，因为第一次多数马上就作为持久的权力合法地建立起来。不能从议会制立法型国家排除均等机会的保留，它依然是正义原则和生存必需的自保准则。就连彻底贯彻的纯算术多数的功能主义，也不能放弃其合法性的这一不可缺少的前提和基础。

---

[1] 凯尔森，《自然法学说与实定主义》（1928），第 77 页。

国家权力是合法的，这首先应当取消和否定作为权利的抵制权。但是，“抵制僭主”，即抵制不法和滥用国家权力的古老问题，依然存在，对议会制立法型国家的那种功能主义—形式主义的空洞化（Entleerung），并不能解决这一问题。这种空洞化顶多能导致一种内容上随机的合法性概念，它甚至对自己的效力也中立，从而忽略任何实质的正义。单纯多数统计的无内容性剥夺了合法性的任何说服力；中立性首先是针对法权与非法（Recht und Unrecht）之区别的中立性。从世界上剔除非法的可能性、“僭主”的可能性，只不过是一种形式上的花招，也就是说，不再称非法为非法、不再称僭主为僭主，就像人们可以称战争为一种“伴随或大或小规模的战役的和平措施”，并把这称为“战争的纯法学定义”，以此来从世界上剔除战争。在这种情况下，合法的权力不可能再简单地、“概念上必然地”行非法。关于抵制权的古老学说区分了两种“僭主”：合法地获得权力，但在此之后恶劣专横地行使和滥用权力的僭主——这是 tyrannus ab exercitio（因事的僭主）。此外还有不用合法名义获得权力的 tyrannus absque titulo（因名的僭主），他行使权力是好是坏，都无所谓。就一种功能主义的合法性概念在内容上的中立性而言，或者干脆就其无内容性而言，根本不再有什么第一种类型即非法行使合法的权力了。但多数如果成为合法地掌权的惟一合法名义的话，当然也绝不可能是“没有合法名义的僭主”。惟独没有争取到 51% 的多数站在自己一边而又行使国家权力或者类似国家的权力的，才是非法的，才是一个“僭主”。拥有这一多数的，就不再行不法，相反，其一切所作所为都变成法与合法性。随着这样一些结论，一种无内容、功能主义的合法性概念的原则就把自己推向了荒谬。

这种合法性诉求（der Legalitätsanspruch）使每一抵制和对不

法与违法的任何防御都成了“非法性”。如果多数可以任意支配合法性与非法性，它就可能首先宣布自己的国内竞争者为非法的：hors-la-loi（与法为敌），并且由此把他们从人民的民主同质性（die demokratischen Homogenität）中排除出去。统治 51% 的，就能够以合法方式使剩下的 49% 成为非法的，能够以合法方式在自己身后关上他们进来时所经过的合法性之门，并且把在此之后也许用靴子踢已关上的门的党派政治对手当作下流的罪犯。鉴于这种令人忧虑的可能性，人们在今天大多试图通过使表决多数变得困难并具有特殊资格的办法来提供某种保护，对于某些事情要求 2/3 或者类似的多数，或者干脆在“保护少数”这个误导的词条下一方面针对 51% 的多数提供保障，另一方面又停留在一种单纯算术上的多数少数计算的空洞功能主义之中。我在下一章将说明，即便引入这样数字上的特定多数，仍然既否定和摧毁了民主，也否定和摧毁了议会制立法型国家及其合法性概念。但现在已经可以看出，如果不严格遵循获得多数的机会均等的原则，这种当下多数统计的数学功能主义就会不断地扬弃自己本身。只有在获得多数的均等机会确实开放，并且其正义原则的这一前提条件还以某种方式让人相信的时候，今天建立在当下多数的统治之上的议会制立法型国家才能够赋予当下的多数党派合法行使权力垄断，才能要求少数放弃抵制权。迄今为止，替多数统治作辩护而提出的，尤其关于“多数的人员构成中的必要更换”或者关于其统治必要的“不确定性”的惟一现有专著[1] 所说的，大多都可以追溯到这一点。

沃岑道夫（Kurt Wolzendorff）在其关于社会等级的抵制权的著

[1] 斯达洛索尔斯基（W. Starosolskyj），《多数原则》（Wien，1916），第 63—64 页。

名著作中，为通过引入一种有秩序的法的途径和申诉途径来废止抵制权作了论证和辩护。[1] 但是，对于议会制立法型国家来说，这种开放获得多数，也就是说，开放获得政权的均等机会，比建立一种井然有序的法的保护，从而开放提起诉讼的司法形式的机会，要重要得多。因为，如果一个支配着立法团体51%的政党能够以合法方式确立决定司法的法律，它也同样会强迫受制于法律的司法接受关于民法、劳动法、刑法、惩戒法的争讼，以及其他所有类型的争讼的法官裁定的内容。此外，它还构成了行使执法的所有国家手段的政府。这样，非执政党的司法形式的机会（die justizförmige Chance）就转化为一种机会的对立面。谁拥有多数，谁就确立有效的法律；此外，拥有多数者还使自己确立的法律生效。效力和使之生效、生产和批准合法性是拥有多数者的专利。但最重要的是，使有效的法律生效的专利，使拥有多数者合法地占有国家的手段，从而赋予拥有多数者一种远远超出单纯的规范“效力”的政权。在由这样一种合法性统治的国家体制中，执政党拥有仅仅占有合法手段就带来的全部优势。现在，多数突然不再是政党了，而是国家自身。立法型国家在其中束缚自己及其执法的诸般规范化无论如何狭隘和受限制，正如迈耶尔曾经说过的那样，就国家而言生效的总是“背后隐藏的不受限制的东西”。因此，超出任何规范性，单是拥有国家权力，就能够造成附加给规范主义的合法的政权的政治剩余价值，对合法地拥有合法政权、对获得多数的一种超合法的（über-legale）奖赏。

在安定、正常的时代，这种政治奖赏可以相对地计算，而在非正常处境中，则根本不可计算，不可预见。政治奖赏总具有三重方

[1] 沃岑道夫，《国家法与自然法》（Breslau，1915）。

式。首先，政治奖赏产生自对不确定的概念和自行规定的概念的具体诠释和使用，例如“公共安全和秩序”、“危险”、“紧急状态”、“必要措施”、“危害国家与危害宪法”、“和平意向”、“生存攸关的利益”等等。没有这样一些概念，就没有一种国家体制能够运行；这些概念具有如下特性：直接受制于当下处境，只是通过具体运用来获得其具体内容，尤其是，在所有困难的、政治上重要的时代，这些概念的具体运用和行使都是惟一决定性的。其次，在政治上困难的状态中，自然总会出现对于这样一些不确定的概念的疑惑，在这种疑惑状况中，国家政权的合法拥有者对合法性的猜测（die Vermutung der Legalität）总是偏向自己一边。最后，即使在合法性可疑的情况下，虽然可以预见到申诉的可能和司法形式的保护，国家政权的合法拥有者的命令也可以暂时得到执行。在政治上有利的场合，临时措施和指令对于司法来说也是令人不无忧虑的工具；就行政权和司法之间的竞赛而言，即便人们将临时措施和指令这样的工具交到司法手中，司法在大多数情况下也是姗姗来迟。因此，司法形式的机会虽然意味着一种必要的矫正、一种不可忽视的保护，在政治上却并不能是决定性的，自身并不能独自担承这种类型的合法性的正义原则，不能担承均等机会的开放。德国人民目前通过许多外交经验增强了法的意识，就这样的法意识而言，还要再加上一点：对于政治冲突来说，司法形式的机会已完全失去了价值和威望。就像事情今天明摆着的那样，在例如任何生存攸关的外交问题上，人们都不能再要求德国人民为一次赢得国际法诉讼的机会签字认可对自己的死刑判决。

这样，所有的一切都取决于国内获取政权的均等机会。如果放弃这一原则，议会制立法型国家就放弃了自己，放弃了自己的正义和自己的合法性。但是，在这里，善良意志和最佳意图有用吗？

每一危急时刻都危害着机会均等的原则，因为危急时刻暴露出占有政权的合法奖赏和开放内政中获取政权的均等机会之间不可消除的对立。一方面，所有国家政权表现的对合法性的单纯猜测已经清除掉均等机会；另一方面，没有一个合法的国家政权能够放弃这种对合法性的猜测。一方面，机会均等原则的具体诠释和运用不是片面的，而是由每一政党以充分的平等权利行使的，这属于机会均等原则的本质内容；另一方面，“机会均等”这样一个概念又是那些不确定的、直接受制于处境的概念中的一个，其诠释和运用必然是合法政权的事情，因而是当下执政党的事情。执政党自行决定自己允许国内政治的对手有什么行动的可能性，借此自行决定何时开始宣告竞争者为非法。这显然不再是平等的竞争，不再是机会均等。

机会均等原则具有如此敏感性，以致对所有参与者充分的忠诚意向的严重怀疑，已经使得原则不可能运用。因为，不言而喻，人们只会向那些会向自己开放均等机会的人开放均等机会；对这样一个原则的任何其他运用，都不仅在实际的结果上是自杀，而且也违背原则自身。从这种必然性出发，合法占有政权的政党必然凭借自己拥有国家的政权手段对合法性与非法性概念任何具体的、政治上重要的运用作出规定和判决。这是它不可转让的权利。但是，凭借机会均等的要求，追求占有国家政权手段的少数在自己这方面同样基于平等的权利，自行不仅对自己，而且对占有国家政权手段的反对党的合法性与非法性作出判决，这也是不可转让的权利。这样，在其自己的内在前提条件中，机会均等原则并不包含对这样一个在实践上惟独具有决定性的问题的回答：在冲突中谁清除和裁定在任何危急时刻都会凸现的怀疑与意见分歧。恰恰对于运用诸如公共秩序、危害国家和宪法的意向，和平或者非和平的意向，尤其合法或者非法的意向，这些不确定的、受制于处境的概念来说，机

会均等必须使执政党和非执政党、多数和少数具有无条件的平等(Parität)。引入一个“无党派的第三者”，让他或者以司法形式或者以其他方式裁决冲突，在这里面寻求解决，实践上也许是一条出路。但是，在这种情况下，无异于放弃了议会制立法型国家的合法性制度。因为，对于两个党派来说，这个第三者都是一个超议会、超民主的更高的第三者，从而政治意志不再是通过原则上政权机会均等的各政党的自由权力竞争产生出来的。这不是从原则自身出发来解决从原则自身产生的难题，而仅仅是承认原则导致了无法解决的问题和危急的处境。一旦属于这一制度的合法性的前提条件丧失了一种双方相同的合法意向，也就不再有任何出路了。合法占有国家政权手段的多数党必然认定，反对党如果占有合法政权，就将利用合法政权加强自己对政权的占有，在自己背后把门关上，从而以合法方式排除合法性原则。追求占有政权的少数则断定，执政的多数早就在做同样的事情；由此追求占有政权的少数明确地或者含蓄地自行宣布现存国家政权为非法，而这当然是任何合法政权都不能容忍的。这样，在危急时刻，每一方都指责另一方为非法，每一方都把自己打扮成合法性和宪法的守护者。结果就是一种没有合法性、没有宪法的状态。

就所谓“政治权利”的每一个基于权利平等和并列关系的概念来说，都可能出现这样一种危急时刻。诸如安全、战争危险和进攻危险、威胁、进攻、战争罪责等等之类的外交—国际法概念，也具有这种典型的辩证法。这样，例如就 1928 年克劳格公约（Kellogg-Pakt）通过的所谓“战争谴责”来说，众多列强都明确作了如下保留：另一国家对协定的任何违反，都将使众列强面对违反者不再受条约约束。这项保留并非不合理，而是不言而喻的。但是，人们马上就可以看到，对于其惟一关注的危急事件——战争，协定由此

变得毫无价值，至少，在事情无条件地权利平等的时候如此——只要没有像在政治现实中可能发生的那样，有一个帝国主义超级强权（eine imperialistische Großmacht）或者列强集团扮演更高的第三者来自行解释和认可协定不确定的概念，尤其包括“战争”的概念。但在国内政治中，只能由占有合法政权的党派来对无法解决的二律背反作出一种类似的具体裁定。然而，占有合法政权的党派由此也就成了更高的第三者，在作出裁定的时刻也就取消了其合法性原则——机会均等。换句话说，在这种情况下，简直就是合法占有国家政权的政治优势在作决定。

对合法占有政权的这种三重巨大奖赏（die dreifache，große Prämie auf den legalen Machtbesitz）——基于决定的运用（Ermessungshandhabung）、合法性猜测和可立即执行性，在运用例外状态的非常权限方面，这种巨大奖赏发挥出其全部清除任何机会均等想法的首要作用。此外，它还为执政党不仅创造了对“战利品”（古代文体所谓 spoils）的支配，而且与赋税法一起，在一个就量而言的整体国家中创造了对全部国民收入的支配。指出种种合法的可能性的这一方面，就足以认识到这些可能性对议会制立法型国家合法性原则的作用了。除这种巨大的奖赏之外，还有某些较小的奖赏。这样，为了选举和调整即将到来的执政期，多数党就可以在选举法上作出有利于自己、不利于国内政治竞争对手的规定。就像普鲁士国会的微弱多数在执政期结束时通过 1932 年 4 月 12 日的决议所做的那样，多数党可以借助改变下一个执政期的议事规程（第 20 节）来有意加大选举总理的难度，以便使对手失去机会，为自己改善事务部门（Geschäftsministerium）的机会——虽然不再有多数，但仍然继续合法占有政权的机会。今天，在许多国家任职数月甚至数年的种种“事务部门”，为一旦占有政权就获得的这种令人感兴趣的

奖赏提供了特别富有教益的例证。这些事务部门并不像例如普鲁士宪法规定的那样，仅仅处理所有“当前事务”。德意志民国（das Deutsche Reich）的宪法法院（Staatsgerichtshof）跳过了这个宪法术语[1]，并且由于对于一个不再忠诚的意向来说，很难区分当前事务与其他事务，在上诉到德意志民国的国家法院时，人们读到的不是“当前事务”，而简直就是“所有事务”；人们不是鉴于其权限，而是鉴于其责任把事务部门完全等同于正式的议会制内阁。这样，只要反对党不在自己这方面获得明显的相反多数，过去存在的多数即便当前不再是多数，也继续占有国家政权。在这种情况下，内在的辩护理由显然不再是民主的多数原则，而仅仅是对曾经合法地获得的国家政权的实际占有。这里生效的不再是机会均等，而是幸运的占有者的胜利。占有奖赏获得了一种决定性的政治意义，其毫无顾忌地利用成为党派政治的把持权力的当然手段，这样一来，机会均等原则，从而还有议会制立法型国家的合法性基础便失去了任何信赖。在这种情况下——如果事情确实发展到如此地步，整个合法性制度被抛到一边的时刻，一切便取决于谁最后手中掌握着合法权力，并于此时在新的基础上确立自己的权力。

[1] Lammers-Simons，第 1 卷，第 267 页。

二、魏玛宪法的三种特别立法者

1. 实质理由的特别立法者；作为第二宪法的魏玛宪法第二部分

在议会制立法型国家中，法律就是当时的议会多数的当时决议，在直接的民主制中就是当时的国民多数的当时意志。属于民主制多数原则的结论的，首先是当时性（Jeweiligkeit），其次是简单的即 51% 的多数。当然，在大多数民主制宪法中，都有简单多数原则的例外；对于某些情况来说，要求一个较小的法定人数，对于另一些情况来说，则要求一个较高的法定人数。不过必须区分，这里是否仅仅涉及对简单多数原则的这样一些与程序问题相关的背离，例如是否对于排除公开性（Öffentlichkeit）来说按照民国宪法第 29 条要求 2/3 的特定多数，对于召集国会来说按照民国宪法第 24 条只要求 1/3；或者是否对于实际内容（sach-inhaltlich）确定的决议来说，背离被用作具有实质权利的条款。就连修宪问题（民国宪法第 76 条），也视把“宪法”理解为组织性的和程序的规则抑或理解为实质权利的条款而具有本质的不同。只有实质权利的规范化的实例，才包含着一种对简单多数原则明显也是基本原则上的背离和改变。就此而言，问题总涉及使形成决议（Beschluβfassung）变

得更困难，而非更容易，其方式是要求一个多于51%的多数。魏玛宪法第二部分（[中译者按]魏玛宪法中译本译作“第二编”）通过无数的“确定”、保障、不容侵犯的声明、保证和其他实质权利的确认，以宪法史上史无前例的规模引入了这样一些实质权利的背离（diesemateriellrechtlichen Abweichungen）。民国宪法的这个第二部分使用了不确切甚至误导的标题：“德国人民之基本权利及基本义务”。事实上，与组织一个议会制立法型国家的第一部分相比，它是一个异质的第二宪法。

这里，对简单多数原则的背离在于，对于具有确定的实质权利内容的法律决议，要求民国宪法第76条的2/3特定多数。[1] 如果我们为了清晰起见，在这里仅仅考察作为正式立法者的国会，把参议院的抗辩权放到一边，那么，“保证”本质上在于：不是51%，而是必须占2/3比例的66%赞同一项法律决议。算术上的差别是15%。但是，凭借15%这个算术上看当然始终只是量的差别，出现了影响深远的质变，甚至出现了议会制立法型国家合法性的变革。因为，现在提出了一个问题：这样考虑另外15%的理由究竟是什么。附加的量的性质和价值有什么基础，以致它能够相对于简单的立法者确立一种更高的立法者和一种更强的合法性？简单多数作出决定，这可以被建立为确定意志的方法，并不伤害民主制的人民同质性的前提条件。附加15%这种要求显然是另一回事。

人们也许会回答，这里仅仅涉及实践技术的事情，即仅仅涉及

---

[1] 【中译本编者注】魏玛宪法第76条规定：“宪法得用立法手续修改之，但联邦国会欲议决修改宪法，必须有法定人数2/3之出席及出席议员2/3之赞成，其决议案始得成立。”又：“联邦参政会对于修改宪法之议决，亦须有所投票2/3之多数赞成。若由国民请愿而用国民投票以议决修改宪法，须有多数选民之赞成。”

加大形成决议的难度的旨趣；66% 或者 67% 将不像 51% 那样容易凑集。在这种情况下，旨趣仅仅在于一种阻碍，也许还有与此相联系的更好更公正地形成决议的概率的思想。更详细地考察，这种自身绝对可以理解的解释所说明的，无非是 66 在量上大于 51；这毫无疑问是对的，但并没有触及宪法的实际问题。宪法的理论问题以某种别的东西为目的——以立法型国家的中心值即立法者、法律和合法性的概念为目的。如果通过附加的 15% 论证了一种新型立法者，那么，假如忽略附加的 15% 的任何特殊的质，忽略民主制的同质性前提条件，则提示单纯加大形成决议的难度，从任何角度来看都不具说服力。如果简单多数和特定多数都是同一个立法者，这里仅仅涉及一种内部的、可以说是议事规程上的修正，那么，这里也不存在较低的规范与较高的规范之间的对立。加大难度只是被设想为在量上加大难度，作为这样的东西，它们至多能够否定性地成为一种阻碍手段；但它们既不包含一种普遍肯定性的正义原则或者理性原则，也不包含一种特殊的立宪观点，不特别地是某种民主制的东西。无论如何，宣布多数越是压倒性的就越好和公正，抽象地断言 98 个人虐待 2 个人远远不会像 51 个人虐待 49 个人那样不公正，这毕竟也是一种特殊方式的“正义”。在这里，纯粹的数学成为纯粹的非人性。但是，说一个法律决议的质和正义性价值取决于多数的量自身，据此不考虑内容地说以 67% 的票数形成的决议是一个比仅仅获得 51% 的决议更高的规范，也绝非特别民主的。在这令人感兴趣的实例中，简单法律与更高的法律之间的区分，并不在于法定人数的原则，而在于宪法的意志；但宪法又只能按照普遍的民主原则以简单多数来形成。

因此，应当附加给简单多数的票数的要求，不可能用民主制原则，更不能用正义、人性和理性的逻辑，而只能用当前处境的实际

技术的考虑来论证。原则上来说，任何民主，包括议会制民主，都基于作为前提条件的、连续的、不可分割的同质性。如上所说，任何表决的意义都仅仅在于达成一致，而非达成以多数票胜出的强制性否决；表决是确认一致的一种模式，只要民主不应当终止，在更深的层次上就必须总有这种一致。由于在一种民主制中根本不能以合法方式将人民持久地、有组织地划分为多数和少数，所以也不存在针对多数持久地值得保护和需要保护的利益。事实上，这一保护的需求非常大。但是，在这种情况下必须意识到，民主已经由此而被否定掉，期待一种“真正的”或者更高的民主提供真正的保护少数，也没有多少用。一旦内容上确定的利益和权利如此值得和需要保护和观点决定性地进入宪法，民主原则就不是仅仅被修订，而是确立了一种本质上不同的宪法类型。也就是说，由此要么对简单多数表示出一种非民主甚至反民主的不信任，要么从民主制中提取出来某些受保护的对象、人物或者人群，让他们受到豁免，对于多数来说，或多或少限于少数人的特别群体因此便享有特权。将这想法一贯地进行到底，承认值得和需要保护某些受到多数威胁的利益或者群体，必定导致这样的结果：这些利益或者群体将完全摆脱议会制和民主制表决方法的功能主义的当时性。据此，借助于进入各个部分（itio in partes）而得到的完全豁免（volle Exemtion）或者承认逃离和脱离的权利（Recht auf Exodus und Sezession），就顺理成章了。当然，魏玛宪法第二部分并不这样认为；它只不过是另一种与民主议会制立法型国家的宪法无价值、无内容的中立性相对立的宪法的片段罢了。

如果由于其特殊的内在价值，保护对象也许干脆因其神圣性而在多数面前被保护起来，包含在必须为简单多数的 51% 还附加另外的 16% 之中的保护，显然意味着某种不完整的保护，只不过是

一种应急措施。因为，附加的 16% 并非因其为保护对象就在内容上是特定的；这些保护对象并不具有把自己与其他 51% 区别开来的特性这一前提条件。其他 51% 与被保护的对象也没有一种特殊关系——无论事务上还是人员上的关系，说明恰恰是它们必定会赞同干预这一对象并且损害其保护。并不会有这样的事情：例如，在取消受到特别保障的宗教社团的利益时，似乎还得请教这一社团的某种代表以获到赞同；或者，民国宪法第 129 条宣布的不容侵害的既得的公务员权利在抵触公务员代表或所有被任命的官员的一致意志时不会受到侵害。毋宁说，这是纯粹算术的量上的计算。这无非意味着，多数的品质鉴定（Qualifizierung der Mehrheit）就像鉴定简单的算术多数一样，以同样方式假定了无条件的同质性，因为若不然，按照也在这里生效的最简陋的算术原则，连一种加法也没有可能。在这种同质性的前提条件下，一种不同于按照简单多数进行的计票不能得到辩护，至少不能与实际确定的利益和群体相联系得到辩护。与此相反，一旦放弃通行的同质性，一旦承认国家公民的群众（die Masse der Staatsbürger）不再被设想为一体的（einheitlich），而是多元地（pluralistisch）分布在一大批异质地组织起来的集合体中，就必须也承认，相对于这样异质的权力集合体，任何算术的多数原则都失去了意义。人们总只能相加同类的量。要么，惟一的一个权力集合体拥有必需的多数，或者是简单多数，或者是特定多数；在这种情况下，多数所做的一切都直接地是合法的，并且都不再有对所有反对党的保护；在这种情况下，由于附加的 15% 或者 16% 对于简单多数的 51% 是同质的，15% 或者 16% 并不意味着新的辩护，恰恰相反，它们说明了一种更强的保护需求的理由；由于出现同类的 2/3 多数，对简单多数的不信任必然进一步上升，因为，危险的更强大的多数显然比危险的简单多数更危险得多。要么，只

有通过众多异质的政党集合体的妥协才能实现必需的多数。在这种情况下，法律就是异质的权力团块的妥协。但在这种情况下，任何通行的票数计算都是不允许的，引入一种特定的选票多数来取代简单多数仅仅意味着，附加的 15% 或者 16% 是异质的，并且以不发生关系的方式获得了一种关键地位，这种地位允许它们索要不发生关系的回报。例如，一个中间阶层的党派一方面反对保守的基督教群体，另一方面反对文化激进（kultur-radikalen）群体，可以使自己对非基督教化以及政权还俗的赞同或拒绝取决于取消房租税。如人们所知，在所有时代、所有国家形式下，类似的政治事务都可以设想，都有可能，而绝对君主的阁僚们与他的情妇们之间的某些协定，同样可能基于非常异质的动机和观点。但是，就多元化的政党国家的简单多数而言——进一步就其特定多数而言，这种“妥协”是典型的，甚至可以说是制度性的（institutionell）。

对于较小和中等的政党来说，这样一种组合的实践绝对是一个生存问题。如同波比茨（J. Popitz）明确提请注意的那样，这些政党也对维护一项法律的修宪特性（den verfassungsändernden Charakter）感兴趣，因为它们由此才分享了修宪多数。[1] 但是，对于此处令人感兴趣的基本问题来说，背离简单多数原则之所以成为一个特殊问题，主要因为，出自实际内容的理由而采用的加大意志形成（Willensbildung）难度的做法，必然与值得保护的内容有一种实际内容的关系。但是，按现在生效的规定，情形并非如此。对象固定的加大难度的动机与完全无对象的加大难度的方式之间的这种无关系性，恰恰是这样一些对民主多数原则的偏离的矛盾百出（das Widerspruchsvolle solcher Abweichung）。如果对简单多数缺乏

[1] 《德国法学家报》（1929），第 20 页。

信任，那么，当视变化不定的状态必须附加若干百分比的票数时，收获也许很多，但也许很少。这些票数有什么权利能够重建失去的信任呢？如果从实际的理由出发，某些利益和群体应当得到保障，人们就必须通过特别的、不再是民主的特殊安排把这些利益和群体从民主的意志形成过程中摘除出来，给予它们豁免和特权。但是，通过纯粹量上的加大难度把这些利益和群众从算术—统计学方法的功能主义中摘除出来，同时又让它们保留在里面，逻辑上显然不一致。以这种方式，人们离开了基于作为前提条件的同质性的简单多数的民主原则，却又没有过渡到某个新的原则。如以上所述，这样一条出路顶多可以被承认为一个尚不明确的中间阶段在实践—技术上的应急措施。

这里并不涉及实质的法的保障或者魏玛宪法第二部分之类的宪法自身是否理性或者正当的问题。它们毫无疑问是理性或者正当的。但是，它们与由宪法第一部分组织起来的议会制立法型国家有结构上的矛盾，不仅限制后者，还摧毁它。首先，任何诸如此类的保障和确认都特别意味着面对简单、正式和正常的立法者——议会多数的保障，因而这种保障可以说将以宪法名义损害迄今为止所坚持的议会制立法型国家的基础、对正式立法者的无条件信任。此外，魏玛宪法第二部分这种实质的法的保障范围又非常广大和不确定，人们可以借助对包含在第二部分中不确定的概念、原则和准绳的“实证化”和“现实化”进一步把保障扩展到无法预测的领域。但尤其是，在此处令人感兴趣的联系中要注意，诸如此类实质的法的保障将使通常保留的立法型国家的功能主义——对它来说，法律就是当时多数的当时意志——陷入混乱。实质的法的宪法保障恰恰应当保护正式立法者一时的当时性，面对一种无内容的多数功能主义（它将所有实际内容的价值交给当时多数）保障一种确

定的内容，而反过来，议会制民主的立法程序应当对任何内容、任何意见、任何追求和任何目标开放。当然，由于要求加大多数的难度，显然出现了一种新型的当时性和瞬间性：较高的法律（宪法的法律）在这种情况下简直就是当时的 2/3 多数当时的意志。但是，这种新型的“较高”方式的当时性与旧的“较低”方式的当时性相矛盾，因为它并不是无内容的价值中立的，从而也不是被设想为功能主义的。新型的“较高”方式的当时性的出发点是，存在着确定的、由宪法自身强调的价值内容，甚至存在着神圣的制度和安排，例如婚姻（第 119 条）和宗教修行（第 135 条），它们甚至应当处在“宪法的保护”之下，而就其无条件的价值中立而言，议会制立法型国家功能主义的当时性恰恰是被用来取消这些神圣的东西的。显然，一方面是那种“价值强调”、那种内容上的“意义体系”（斯门德语），或者像人们总要提到，制定宪法第二部分的设想不是功能主义的，而是具有实际内容的、实质性的；另一方面，组织性的宪法第一部分却是无条件的中立的功能主义，按照第 76 条的流行解释，它甚至对自身和自己的合法性体系也无所谓，这两个方面是无法相容的对立面。人们不能郑重地把婚姻、宗教、私人事务置于宪法保护之下，并且在同一部宪法中提供取消它们的合法方法。人们不能同时郑重地拒绝“没有信仰的文化激进主义”，却又对它开放所有合法“门径”和均等机会。如果有人宣布，取消婚姻或者教会虽然可能合法，不过，但愿不要出现简单多数或者 2/3 多数以合法方式废除婚姻，或者贯彻一个无神论的或政权归俗的国家（laizistischen Staat），这是一种蹩脚甚至无道德的遁词。如果承认这样一种可能性的合法性——这对于法律概念或者宪法的法律概念占支配地位的功能主义来说是不言而喻的，那么，所有对宪法第二部分的承认事实上都是“漏空了的”圣物。这样一种宪法的法学

说和法实践面临着一种选择：要么放弃宪法组织性部分一贯的——法的、道德的和政治的——价值中立，要么放弃第二部分内容上的“意义体系”。因为，宪法是一个整体，即便对于一个完全从属的管理程序和法庭程序来说，其公理的近距作用和“远距作用”都不可回避。在功能主义合法性体系原则上的价值中立与内容的宪法保障原则上的价值强调之间，不存在任何中间路线。加大难度的多数的功能主义绝非一个理性的“妥协”。谁想在中立性或者非中立性这个问题上保持中立，就恰恰作出了中立性的决定。价值维护与价值中立是相互排斥的。对于一种认真的价值维护和价值肯定来说，认真的价值中立就意味着一种价值否定。

在安许茨的《国家宪法注释》中可以最清晰地看到，变成功能主义的合法性体系原则上的、无条件的价值中立，在什么程度上对被接受的、自视为流行的意见是不言而喻的。[1] 这位公认的大师的这一重要注释，把今天由众多国家法学者所代表的观点（即按国民宪法第 76 条必须有某种修宪的界限）特别强调地称为一个“新颖学说”、一种“新型理论”。这些越来越多的“新人物”——特里佩尔（H. Triepel）、比尔芬格（Carl Bilfinger）、雅柯比（E. Jacobi）、克尔罗伊特、格贝尔、比勒（O. Bühler）、托马、耶利内克（W. Jellinek）、勒文施泰因和其他一些人——无论其论据还是其界限规定，相互之间都不同。首要的、最重要的不同在于，这些作者中的有些人承认，实质性的内容神圣不可侵犯，另一些人——主要是托马，也许还有耶利内克——则与此相反，仅仅认为，此外价值中立的合法性体系个别的、内在的概念攸关和生存攸关的前提条件（一个内容确定的法律概念的最小值，即机会均等、自由讨论、选举权

[1] 安许茨，《国家宪法注释》（第 14 版，1932），第 404—405 页。

和投票权），才不可侵犯。尤其托马，他要勾销比尔芬格和我对第76条的理解，说这种理解是“愿望法的”（wunschrechtlich）[1]；他自己说道，压制良知自由或者“践踏在当今整个文明世界里——法西斯主义和布尔什维主义除外——被视为神圣的自由和正义其他原则中的某一个”的决议，即便有修宪多数也可能是违宪的。在这里，至少市民社会—法治国家的体系及其法律概念和自由概念是神圣的，自由主义的价值中立被视为一种价值，政治上的敌人——法西斯主义和布尔什维主义被公开提出来了。与此相反，在安许茨那里，一个仍然功能主义的合法性体系的价值中立甚至发展到对自己也绝对中立，并且提供了废除合法性自身的道路，因而它在自己的中立性中一直走向自杀。所有沿着简单的法律或者修宪的法律作出决议的东西，都无前提、无条件地成为合法的，而且如安许茨自己所说，“所有的东西不论内容和政治影响的区别”都成为现实的。

如果这就是流行的和“陈旧”的学说，那就不存在违宪的目标。任何一个无论多么革命或反革命的目标——颠覆性的、危害国家、危害德国的目标或者无神论的目标，都允许，并且不可被剥夺沿着合法道路实现的机会。对这一机会的任何限制和阻碍都是违宪的。针对许多关于国家社会主义党组织的合法性或者非法性、关于对归属这些组织在公务人员法和劳动法上所作的判断、关于其集会的“和平性”等等，我想在此强调，对于国家社会主义党人、共产党人、无神论者或者无论其他什么人来说，如果要在法学上客观地对诸如此类的问题作出回答，决定性的答案绝不可以从个别、孤立的宪法条款——例如第118条（表达意见的自由）或者第130条（公务人员政治上的意向自由）甚至从临时性法律或紧急法令的个

[1] 《德国国家法手册》，第2卷，第154页。

别规定中，而是应当从对合法性体系，尤其对民国宪法第76条的这种原则性理解中得出。在《宪法的守护者》一文中，我在讨论“中立性”这个词及其不同意义的时候，已经陈述过这一点。那里写道：

> 对第76条的流行理解剥夺了魏玛宪法的政治实质及其根基，使它成了一个对任何内容都无所谓的中立的修订程序——尤其对当时现存的国家形式来说是中立的。在这种情况下，所有政党都被公平地（gerechterweise）赋予无条件的均等机会来获取多数，这种多数是任何想借修宪程序实现自己追求的目标——苏维埃共和国、国家社会主义的国家、经济民主制的工会国家、职业等级制的社团国家、古代风格的君主制、任何一种类型的贵族统治——并制定另外一部宪法所必需的。对现存国家形式或者干脆对当时的执政党的任何优惠，无论资助宣传、使用广播电台和公共报纸的差别、掌握电影审查、影响公务人员的党派政治活动或者政党归属——例如当时的执政党仅仅允许公务人员属于自己的党或者属于在党派政治上与自己距离不太远的政党，还是针对激进政党的集会禁令，根据其党纲作出合法政党和革命政党的区分，按对第76条彻底的、流行的理解，这一切都是严重的挑衅性违宪行为。[1]

对于流行的“陈旧”学说而言，不可能存在由于其目标或者其追求的内容而非法的政党、追求、组织、联合会等等。就此而言，

---

[1] 施米特，《宪法的守护者》（Tübingen，1931），第113页。

汉茨舍尔（Häntzschel）[1] 反对想从革命目标引申出非法性的克尔罗伊特[2] 是有道理的。从宪法第一部分的功能主义合法性体系的价值中立场出发来看，一贯性绝对在汉茨舍尔一边。如果当时的多数党或者多数党团想把反对党及其组织自身宣布为非法的，那么，它只有在滥用其合法政权的情况下才能这样做。在这种情况下，借助法学史上非常有意思的归咎程序（Zurechungsverfahren），一个组织的个别成员的违法行动被归咎于该组织自身；根据集体连坐，一个政党、联合会、组织等等自身被看作非法的，而这又——尤其在刑法、公务员法和劳动法上——反作用于该组织的每一成员，反作用于个别公务人员或国家公民的“活动”。对党派对手的这种压制属于上面讨论过的（第一章，第二节；［中译者按］即原文第 288—289 页）对占有合法政权的政治奖赏。但是，它们也属于这整个合法性体系崩溃的部分可避免、部分不可避免的原因。

魏玛宪法第一部分的价值中立与其第二部分的价值充沛之间在字面上是分裂的。困难之所以更大而且无法解决，乃因为在第二部分中，除了真正“实定的”、“现实的”价值确定之外，还说明了内容上的目标，这些目标还不是实定的和现实的，但却〔通过立法、管理和法实践〕应当是可以实定化和现实化的。这样，如在这部宪法中那样，通常有两个东西不分胜负地比邻而居；究竟谁在利用合法可能性的情况下，尤其在利用对占有合法政权的奖赏的情况下，成功运用魏玛宪法来作为达到自己政党目标的工具和手段，是一个继续发展的问题。当然，在心理学上可以理解的是：由于魏玛宪法在这样的规模上放弃了当时的一时简单多数的功能主

[1] 《公法文库》，第 20 卷，第 385 页。

[2] 克尔罗伊特，《当今德国的政党和宪法》（1932），第 32 页。

义，一种习惯于形式主义和功能主义的法的学说和实践就不能承认，魏玛宪法第二部分是一个第二的、另一类型的宪法，只能在某种程度上被迫逃避到这种功能主义的一个新阶段，亦即面对宪法第二部分内容上的意义体系在内容上的保障，保留议会制立法型国家已然没有实质的功能主义，进而干脆寻求将整个“立法者的全权”这一观念更为明确地挽救为修宪的立法者的全权（Allmacht des verfassungsändernden Gesetzgebers）的观念。然而，更详细的考察却表现出，将简单多数的功能主义过渡到加大难度的多数的功能主义，在逻辑和实践上都完全不可能。因为，加大难度恰恰针对的是简单多数的当时性和一时性。就这里所考虑的宪法法律保障而言，保护实际内容上确定的利益和财富，为了它们而完全拒斥功能主义及其价值中立，并不涉及采用一种 2/3 多数的新型功能主义。即便从实际急需的理由出发必须保留对如此受到保障、被宣布为“不容侵犯的”利益的干预，也不是指，对于不容侵犯的利益来说，修宪的立法者应当像在其余的立法型国家中正式的立法者（即简单的议会多数）那样，以类似的方式正常发挥功能。损害宪法自己宣布为不容侵犯的利益，绝不可能是一种正常的、被认可为合宪的权限。在议会制立法型国家中，人们也不可以像谈论“当时的简单多数”一样，谈论“当时的 2/3 多数”。只要这个合法性制度应当发挥功能，就必须始终有一种当时的简单多数，而一种 2/3 多数则现存地被设想为例外，因为通常在多数的资格认定中，并不包括加大难度。作为类型，虽然可以有一种以简单的议会多数运行的议会制立法型国家，却没有一种以 2/3 多数运行的宪法立法型国家。

甚至一种抽象—算术的思考也表明，议会制立法型国家的合法性制度卷入了同采用这样实质的法的宪法保障之间的矛盾，离弃了一时的当时性的功能主义观点。按照民国宪法第 76 条，在一个确

定的时刻，现存的宪法立法的 2/3 多数能够以宪法法律的力量决议通过实质的法的规范，并由此限制正式立法者（即简单多数）的权限。但是，由于以这样的方式离开了简单多数原则，要求有更强大的多数，同时也就摧毁了当时性的功能主义原则。也就是说，在这种情况下，当时的 2/3 多数能够超出自身，超出自己的当时性，制造出在任何可以想像的观点下都无意义的不公正的影响和结合。甚至在对 2/3 多数来说不再有什么多数的时候，它也能够以非民主甚至反民主的方式限制人民的意志。如果议员的总数是 600，那么，400 票就能够作出具有宪法法律效果的实质性的法的规定——例如宣布禁酒令。在这种情况下，即使此后禁酒主义者退回到 301 人以下——退回到简单多数以下，以致他们按照自己当时的票数不再能把禁酒令作为简单的法律来宣布，作为对过去曾经达到 2/3 多数的持久起作用的奖赏，即便超出 300 票的反对方要求废除禁酒令，禁酒令也依然存在。对于反对方来说，只要他们没有再次达到 400 票的 2/3 多数，即便他们如今获得了简单多数，也没有一点用，而对禁酒主义者来说，他们如今就连简单多数也达不到了，但这对他们丝毫没有损害。禁酒主义者的数字可以一直下降到 201 人，可以让 399 张反对票与他们相对立。如今，201 人的意志的内容压迫着 399 人的意志，而且之所以如此，只不过因为，在损害功能主义的当时性和一时性观点的情况下，采用了对过去曾经达到的特定多数的一种民主地看不合理甚至不道德的奖赏。

采用更难修订的规范，恰恰包含着一种邀请，即利用这样的奖赏，以滥用的方式超出当时多数的期限延长当时的权力。一旦实质性的法的宪法保障在宪法法律上保障一种由简单的法律或者干脆由管理条令制造的实际状态或者法状态，这一点就引人注目地表现出来了。这样，例如以简单多数执政的政党就能够靠任命公务人员在

人事政策上（personal-politisch）占用国家的管理机制和司法机制，其结果是，由于公务人员权利（Beamtenrechte）依据民国宪法第129条已取得宪法法律上的保障，〔执政党的〕这种权力扩张面对反对党后来的多数也得到了保障。如上所说，对于不确定的多数的中间阶段来说，合法政权这样实际上的延长超过其当时性的期限，即便以简单的、一时的多数也是可能的。但是，这里所涉及的是一个现存的、当时的多数受到一个不再现存的、过去的多数的制约，因为宪法法律的固定化以对多数原则的一种基本的否认和摧毁为结果。在对特定多数的采用中，包含着一种与议会民主制立法型国家原则的矛盾，这种矛盾最终发展到如此程度，以致它在其最终的、但形式主义地合乎逻辑的结果中，合法地废除作为原则的合法性自身。修宪的2/3多数可以利用其一时的多数，以宪法的力量作出决议，使某些利益和人物在未来即使面对所有票数的100%也能得到保护，某些规范对于任何类型的多数或者一致，也完全不可修订。对于形式主义—无对象的思维来说，这是合法的，在最好的秩序中以合法方式永不可再被废除的。

魏玛宪法第二部分及其保障包含着一种反—宪法（Gegen-Verfassung），这首先得自于一个宪法体系中的价值依附与价值中立（Werthaftigkeit und Wertneutralität）的矛盾。但原则上的矛盾，同时也是一个直接地结构性—组织性的矛盾，也就是说，是一个司法型国家与议会制立法型国家之间的矛盾。一个较大程度地将实质性的法的宪法法律置于简单法律之上的宪法，并不仅仅改变了当时多数意志的原则以及建立在这上面的合法性原则，而且从根本上改变了这样一个立法型国家的组织架构。立法型国家是一种由普遍的、事先规定因而持久的规范化来统治的国家体制，在这种类型的国家中，法律与执法、立法者与执法机构必须相对保持距离，而且

这种“管理权的区分”（Gewaltenunterscheidung）规定着国家的组织性结构。在正常情况下，立法型国家中的法律必须是一种简单法律，是国家生活的一个一般—正常的过程（Vorgang）。关于宪法的修订，在有序的状态里，人们幸好不能说同样的话。如已经提到的那样，一部宪法法律——即一种更高的法律的通过，是一个特殊的过程（ein außerordentlicher Vorgang）。单是因此，在这样一个立法型国家中，一旦正常立法者的地位被更高规范的推进动摇，宪法立法者就不能简单地取代正常立法者的功能。较高法律与简单法律的区分，不可避免地导致组织性后果，无论这些后果在宪法中已经被预见到，被规定，还是在法的实践和管理实践中作为结果或多或少无计划地自动产生出来。实质性的法的集合体是一个较高类型集合体，当这种集合体与简单立法者制定的、作为一个较低种类集合体的实质性的法以更大规模相对立时，当这种区分恰恰以对简单的立法者（即正常的立法者）的不信任为基础时，较高规范的集合体需要具体的组织性安排，以期面对简单的正常的立法者得到保护。因为，没有一个规范——无论较高还是较低的规范——自己解释和利用、保护或者照料自己；没有一种正常的效力使自己生效；也不存在——如果不愿意用隐喻和类比喋喋不休的话——规范的等级制，只有具体的人和当局机关的等级制。

立法型国家在组织上的特征是，它将规范置于一方面，将规范的解释与规范相分离地置于另一方面。由此应当产生出独特的合法性制度，关于这种制度，人们可以有一些理由说，在它里面，不是人和当局，也不是例如立法的团体下命令，而是仅仅与其相分离的规范生效。在完全确定的与处境符合的前提条件下，这种制度是可以建构的。但是，如果确实给单独起决定性作用的规范概念加上一种量的差异，因而如果从内容上的理由出发存在着某种较高的合法

性与较低的合法性的差异，这种制度就不再是可以建构的，至少不可建构为立法型国家。如果立法型国家不应当堕落为一种无意义、无对象的功能主义，那么，虽然它必须坚持一个法律概念的某种量，但这却不可以是实质性的法的内容。就此而言，这种制度在内容上是中立的。但是，由于实质性的法的规范内部那种内容上得到论证的区分，不仅作为规范的较低规范会发生退化，而且一方面是法律、另一方面是执法之间的对立，以及建立在这种分离之上的、对议会制立法型国家来说本质性的组织性结构也成了问题。也就是说，在这种情况下，在执法一边——在执法手中，就不仅有执行较高规范的实例，也有执行较低规范的实例，在执法机构的行列中，较高规范的效力就有可能由较低部门与等级制上较高部门相对立而使之生效。如果较高的法律不是为了针对较低的法律保护而形成自己的安排，并由此公开突破议会制立法型国家的组织性基本路线的话，在这种情况下就可以说，在司法、政府和管理中，执法部门的事情私下里就是：为了它们主管的官方活动靠一个较高的法律使其所谓“服从”的简单法律返回到自己的限制之内。人们可以直截了当地看到，这里一切都取决于那些较高规范的种类和范围、数字和结构、有规定性或者无规定性，而当这些较高规范的数目更大、内容更宽泛时，不仅在量上较低立法的效力范围受到限制和约束，而且在同等程度上执法机构即行政和司法也越过了正常的立法者。此时，行政和司法彼此关系如何，是否一个利用或者臣服另一个，或者是否在此也会出现一种对立，是另一个独立的问题。

至于简单的立法者，他在这种情况下也许服从于由司法、政府和管理中的执法使之生效的更高的合法性，也就是说，简单的立法者收回自己的法律，公布其他的法律，并以这种方式承认宪法的新守护者为更高的机构；不过，简单的立法者也许还能在执法机构的

某一个部分——例如与司法对立的政府或者与政府对立的司法——那里获得支持，并坚持自己的立场。在第一种情况下，国家从一个立法型国家部分地转变为司法型国家，部分地根据利用更高种类的合法性的当局而转变为政府型或管理型国家；在后一种情况下，立法型国家形成了一系列独立的、互不依赖的权力集合体，只要没有困境或者一种起统一作用的判决的力量终止这种混合的国家体制，这些集合体就在一种五花八门的并置中各自坚持自己的立场。无论如何，由于合法性制度分裂为一个较高的合法性和一个较低的合法性——虽然显而易见只有一种量的算术上的表决多数的差异，立法型国家直到它的组织性基础都被打碎了。只要如此产生的法律在量上统一的价值得到坚持，立法程序内部的划分、阻碍和平衡——例如两院制和其他复杂化，就不会废除立法型国家。与此相反，区分较高类型和较低类型的实质性法的法律，则使立法者失去了一个国家成为立法型国家必须凭借的那种核心规范化的地位。这种区分就像一个楔子挤进立法型国家的整个组织性结构，因沿着利用更高的合法性并使之生效的道路，还将不可避免地产生更高的、凌驾于正常的立法者之上的机构和组织，从而改造立法型国家。

所有立法型国家特有的概念——例如法律的统治以及法律的全权、优先地位和保留，都总是只关注简单的立法者，并期待这样一部宪法——它不包含大规模的实质性法的规定，而是只包含一个基本法部分；这个基本法部分一般地保障公民的自由领域，自身因而与规定国家意志形成程序的组织性部分相对立。法律的优先地位是相对于执法而言的；法律的保留则是相对于一种普遍的自由权利的普遍保留。与此相反，修宪的法律的优先地位是一种法律相对于另一种法律而言的；它是一种分裂法律领域的优先地位，是一个较高种类的合法性相对于一个较低种类的合法性的优先地位；保留修宪

的法律是一种有利于内容确定的特殊利益和被保护对象的保留——在宪法法律上固定实质性的法和既得权利的情况下有利于特殊群体的保留。因此，有实质性法的内容的宪法法律既背离了议会制立法型国家的所有原则，也背离了民主宪法。这种宪法法律与简单、正常的法律有质的不同，在此也表现出，把19世纪立法型国家中为简单法律形成的概念和语式转用到修宪的法律上，要不从根本上改变国家自身，是不可能的。

在国家理论和宪法理论上，人们将达到这样一个结论：除了已知的有成文宪法的国家和无成文宪法的国家之间的区分之外，还有另一种区分，它至少是“规定种类的”。换言之，一类国家以一种限制组织性—符合程序的规定、限制普遍的自由权利的宪法立国，另一类国家以包含内容丰富的实质性法的种种规定和保障的宪法立国。事实上，这是两种不同的、彼此在原则上、结构上和组织上甚至相互矛盾的宪法或者宪法部分。本来，应当不言而喻的是，一个国家体制的种类是由其基本和基础权利的种类来规定的，市民法治国家普遍的自由权利及其简单、正常的法律的保留构成了一种国家体制，它与有着特殊的、实质性法的种种宪法规定，从而处于修宪法律的“保留”之下的国家属于不同类型。种种普遍的自由权利规定着一种个人主义秩序的社会结构，而“国家”的组织性规定则服务于维护和保存这种社会结构。因此，种种普遍的自由权利是真正的基本原则，如人们关于1789年的原则所说的那样，是“整个公共秩序的基础”（la base du droit public）。它们包含着一种超合法的威严，这种威严把普遍的自由权利置于任何为保存这些权利服务的、组织性—宪法法的规定或者任何一种实质性法的个别规定之上。就像一位杰出的法国国家法学者欧里乌所阐明的那样，它们具有一种 superlégalité constitutionnelle（宪政的超合法性），这种超合

法性不仅把普遍的自由权利置于通常的、简单的法律之上，也把它们置于成文的宪法法律之上，并通过修宪的法律使之不可能被废除。[1]

我同意欧里乌的意见：任何宪法都具有这样一些基本“原则”，如比尔芬格所说，它们属于原则上不变的“宪法制度”，有关修宪的种种宪法规定，其意义不是为了废除应当由宪法建构起来的秩序制度而建立一种程序。如果一部宪法预定修宪的可能性，那么，它并不是想由此提供一种废除它自己的合法性的合法方法，更不是想提供摧毁它自己的正当性的合法手段。但即便不谈上面（[中译者按]原文第301—302页，注释20—21之间的正文）已经提到的修宪的界限这一问题，人们也不可以忽视普遍的、公民的自由权利与具有实质性法的内容的特殊保障之间的差异。魏玛宪法第二部分包含着一种各式各样的更高合法性的并置和一部反宪法，其全部的异质性迄今为止尚未被意识到，遑论被透彻思考。因此之故，这里有两个不同的“原则”和“制度”。因此之故，对于今天必须容忍这种矛盾并且想保持一种价值无涉的功能主义中立的中间道路的德意志国家法来说，就出现了一个值得注意的结果：作为基础的、公民—法治国家的普遍自由和财产的原则只具有51%的“较低”合法性，相比之下，宗教团契和公务人员的权利（如果成功地使其符合实际情况的话，还有工会的权利）反倒有67%的“较高”合法性。此外，对于国家的整体结构来说，还产生了另一个问题：一个针对立法型国家所设立的政府型国家、管理型国家或者司法型国家的各种安排和权力要素，将成为不可避免的。

---

[1] 欧里乌，《宪法概要》(1923)，第297页。

2. 至高理由的特别立法者——本来的意义：直接民主的正当性取代立法型国家的合法性

魏玛宪法自身给出的动摇议会制立法型国家的第一个冲击，就在于采用实质性法的宪法保障，由于这些保障，立法型国家合法性制度的价值中立和价值开放（Wertoffenheit）的对面就出现了确定下来的、得到保障的内容的价值性，立法者就分裂为一个特殊的较高立法者和一个简单的较低立法者。在由此产生的议会制立法型国家的裂痕中，挤进了司法型国家的因素，其活动采取不同的方式——主要通过法官对正常法律的实质的合法律性所作的检验，但结果总是不断扩大和加深分裂。这种对特别立法者的采用，同时意味着一种对原初设想的、由立法者的统治地位规定的国家类型的改变。但是，魏玛宪法还包含着对正常的议会制立法者及其合法性制度的另一种——第二种相对化和问题化。魏玛宪法采用了一种直接的全民民主制的立法程序。嵌入议会制立法程序的全民公决有四种情况（宪法第 73 条第 1 项，第 73 条第 2 项，第 74 条第 3 项，第 76 条第 2 项）——其中，对一个问题直接表决的人民，表现为议会制立法程序终结时对冲突作出最终裁定的机关；除了这四种情况之外，通过第 73 条第 3 项，魏玛宪法还采用了一种独立的直接民主制的人民立法程序，它与正常的议会制立法程序以竞争方式平行进行，在它里面，一部法律是通过根据全民请愿进行的全民公决（Volksentscheid auf Volksbegehren）实现的。在一个正常的、下属的立法者之外，第二部分实质性法的保障建构了一个特别的、上一级的立法者，而且是为了保护内容确定的对象和利益，因而具有实质理由（ratione materiae）；与此相反，人民在这里作为特别的立法者出现在议会的对立面，甚至在议会之上，无论就人民的特别性还是

其在上性而言，都以至高理由（ratione supremitatis）产生自其作为主权者的属性。

雅柯比以极为合乎逻辑的阐述指出，在一个民主的国家体制中，以直接表决的方式表达出来的人民意志应当置于人民意志的任何间接表达之上，因而也应当置于议会的法律决议之上，因此，国会的一项法律决议不能废除或者修订一部通过全民公决实现的法律。[1] 在一种民主国家体制基本原则的意义上，这是合乎逻辑的。在这里，普遍的全民公决中表达出来的意志自身，是否已经在任何情况下都是主权者，或者是否像雅柯比曾经说过的那样仅仅“更接近主权者”，可能依然是未加讨论的。但是，除了特别的全民公决的实例外，魏玛宪法在其整体组织中还让议会制立法型国家存在，其合法性制度有一种不同于直接民主的合逻辑性。在其第二部分中，魏玛宪法不仅包含着一个第二的、与第一部分相对立的宪法，而且在其组织立法型国家的第一部分内部，还包含着议会制合法性和全民制合法性这两个不同的却彼此共存的制度。因此，对于这样一种宪法来说，为了其“法律”把一种比通过议会决议实现的法律更高的法律力量给予通过全民公决实现的每一决定，并不多余。在我看来，只有当宪法明确地用直接民主的全民制取代议会制立法型国家及其合法性制度时，这一结论才可靠和没有疑问。但魏玛宪法并非毫无疑问地如此。魏玛宪法仅仅组织了一种“立宪民主制”，力图对一个根据百年传统绝对被视为宪政国家的议会制立法型国家的理念保持忠诚。当然，在另一方面，魏玛宪法使以直接民主制的直接性作出决定的人民成为立法者。然而，〔魏玛宪法的〕规定依然停留在充满矛盾的模糊和动摇之中。这并不仅仅因为，即

[1] 参见《国家法院庆典法学院论文集》（1929），第1卷，第233—277页。

便在真正的人民立法程序（第 73 条第 3 项）中也插入了一种议会决议，通过它，议会重新获得把这种直接民主制的立法程序导入议会制程序的可能性；更主要的是因为，根据“全民公决”在其中出现的立法程序，不同的、用同一个词表示的“全民公决”是各不相同的——有时适应议会制立法型国家的合法性制度，有时却有自己直接民主制的意志行为的独特价值。裁决冲突的全民公决的四种情况（第 73 条第 1 项，第 73 条第 2 项，第 74 条第 3 项，第 76 条第 2 项）——全民公决在这四种情况中出现于议会制立法程序结束时——被包括在议会制立法程序之内；直接表决的人民在这里被当作议会制立法程序的一个机构，而上面已经说过，各不相同的机构（政府、上院和下院、国王和其他别的什么）都可以参与立法程序，且不会动摇议会制立法型国家的制度。

即便就民主制的基础而言，国王抑或人民与“人民代表”相对立，也与这里的情形不是一回事情；民主制的结论必须使“人民代表”相对于它所代表的人民始终后退，按照著名的，尤其由卢梭提出的论据，如果被代表者自己讲话，代表就必须沉默。但是，这是一种直接的、全民的非代表性（nichtrepräsentativen）民主的论据。当然，如果议会的代表性（Repräsentation）丧失，再也找不到信任，直接民主制的过程就始终是更强有力的过程。然而，这种优越性的后续作用（die Folgewirkung）不同于雅柯比所得出的司法结论。如下面将要指出的那样，直接民主的因素将改变议会自身的品质；议会将转变为直接民主制度的一个纯粹的中间连通器，但并不是直接地改变按照宪法规定的立法程序和在此之上建立的合法性制度。毋宁说，人们可以坚持，即便直接民主的公决也是合法性制度意义上的一个“法律决议”。在这种情况下，直接民主的公决明显以等值的方式，而非以高高在上的方式，支持议会的法律决议。单

是成文宪法的文本就可以让人看出，在议会制立法程序的全民公决和根据人民立法程序进行全民请愿的全民公决之间，存在着一种更大的差别。在第一种场合，议会制立法型国家的制度只是被修正，并没有通过组织新型的另一种立法者所特有的立法程序来建立一种新型的立法者。与此相反，就宪法第 73 条第 3 项的人民立法程序而言[1]，恰恰是采用了一种新的立法程序。全民公决的两种类型中的一种，属于议会制立法型国家的制度，在另一种类型中，“人民”是作为民主的一直接民主制度（demokratisch-plebiszitären Systems），甚至直接民主的正当性（而非立法型国家的合法性）的惟一决定性角色出现的；这两种类型必须彼此分开。它们是两种截然不同的国家类型的表述。把直接民主的种种安排作为民主思想不可避免的结果置于议会制国家所谓“间接民主”的安排之上，是正确的；另一方面，同样正确的是，议会制立法型国家的合法性制度乃一个合乎理念的（ideenmäβig）、组织上独特的建构，绝非从民主和当时的人民意志派生出来的。在规范化中达到巅峰的立法型国家在议会制立法型国家的形式中比在直接民主制的形式中表现得本质上相应地“更纯粹”，因为，直接民主制是一种意愿（voluntas）而非一种理（ratio）的表达形式（Äuβerungsformen），它要求的是正当性而非合法性。同样，一种建立在代表思想上的制度的一贯性（Folgerichtigkeit），不同于全民直接民主制的一贯性，后者的人民与自身同一，是直接在场的主权者。

在议会制立法型国家中，如果通过放弃法律的任何品质，法律仅仅被理解为当时的议会多数的当时决议，在民主制国家中，如

---

[1] 【中译本编者注】魏玛宪法的这项规定是：“此外，有选举权之人民十分之一请愿提出法律案时，亦当交国民公决之……”

果当时的人民多数的当时意志作出决定，并且宪法接受这二者，那么，两种并不必然完全一致的当时性就会互不依赖地并存。从会导致承认一时的当时性的功能主义思维的立场来看，合乎逻辑的结果就在于人民的表决。因为议会选出将任期四年，或者无论如何不是一时一刻的，因此，其当时性始终存在于很大程度上对当时性的否定的框架中，也就是说，存在于一个多年任期的框架中。据此，就连功能主义思维的一贯性也将造成雅柯比所维护的结果：全民公决始终是更高类型的决议。在当时性和一时性的程度上，当时的全民公决的当时结果可以说高于一个任期时间较长的国民大会的当时意志。宪法第二部分以实质理由采用的特别立法者，由于宪法而限制了议会制立法型国家当时议会多数的功能主义，同时引入一个第二的又是不同类型的立法者——全民公决的人民，功能主义反而被提高，被推到无条件的结果。理性地来看，这里显而易见出现了一种矛盾。

矛盾尤其出现在双方对表决结果和多数数目的计算方式毫无关系地并驾齐驱。在议会中，对于修宪的法律来说，要求的不是简单多数，而是 2/3 多数；在全民公决中，人们却不敢要求对直接在场的人民的多数作出这样的资格审定；在这里，与简单多数的民主制原则的矛盾也许太明显不过了。这样，对于根据人民请愿进行修宪的全民公决来说，民国宪法第 76 条就满足于要求有权投票者的简单多数的赞成。与此相反，作为一次应当废除一项国会决议的全民公决的资格审定，民国宪法第 75 条仅仅要求有权投票者的多数参与全民公决，从而只要求一个单纯的参加数目或者能作出决议的数目。第 75 条在今天的实践，不顾通过国会的选举监察法院（das Wahlprüfungsgericht）在司法上的正当化，也把这种规定（我认为没道理）与根据人民请愿进行的全民公决联系起来。因此，事情在

今天就成了这样，只有说“赞同”的人们才参加全民公决。如果这就是有权投票者的多数，那么，全民公决也就以“赞同”实现了，它始终同时满足第 76 条对修宪的全民公决的要求，以致实践上简单的全民公决与修宪的全民公决之间没有任何差别。谁成功地进行一次全民公决，也就直接地、不言而喻地进行了一次修宪的全民公决。如果人们的出发点是，按照代表制度（Repräsentativsystem）的基本思想，人民在议会中得到充分的代表，此外，宪法致力于通过比例选举制（das Verhältniswahlsystem）组成人民多数与议会多数之间尽可能精确的算术上的完全一致，那么就必须问一问，为什么在议会中为了修宪要求 2/3 多数的同意，在根据人民请愿进行修宪的全民公决中，有简单多数就够了。表决计算的逻辑经常是特别的，但在这里却含蓄地又对议会制立法型国家确定了一个引人注目的不信任声明。谁由于把议会视为精英或者相信议会制立法程序特有的讨论和公开性而信任议会制立法者，就必然在议会那里找到理性和正义的更强有力的保障。尽管如此，对于议会来说，还是在决定性的地方规定了加大难度和障碍；这不是对于人民自己直接的意志表达来说的，人们自古老的时代以来就知道，人民不会讨论磋商。立法的国民大会作为“立法者”的全部存在权利，都在于其预先假定的理性和节制，对这样的“立法者”，人们要求一个 2/3 多数；人民不讨论，其全部直接性和情绪性都出现在议事日程上，对于这样的人民，人们则满足于简单多数。当人们以无对象的抽象“纯粹性”进行算术和“技术的”考虑时，大多数情况下有多可信，人们一旦在合法性制度的具体联系中考察宪法的多数计算及其政治上意志形成的“技术”时，也就有多混乱和矛盾百出。

因此，魏玛宪法在这里包含着两种不同的一贯性。它从全民直

接的民主制思考出发，除了设定正常立法者——议会之外，还把人民立法程序中的人民设定为特别的立法者，给完全依据合法性建立起来的立法型国家的制度附加了一块全民直接民主制的正当性。鉴于这种情况出现所带有的非制度性骑墙（die unsystematischen Halbheit），以理性的法学论证不可能澄清两个制度中哪一个制度更高。问题在于，两个不同的法的制度是否能够并行不悖。在任何情况下，人们都不能说，通过一个很少透彻思考的、突破制度联系的插入部分（不仅仅是第 5 章“联邦立法”的制度联系，而且由于违背联系地引入第 3 章，还突破了宪法第 73 条自身），魏玛宪法想有意识、有计划地废除由它自己如此强调、如此坚决地在第 68 条宣布的议会制立法制度。另一方面，全民直接民主制的正当性制度，不可避免地显示出其内在结果。后面还要指出，从议会制立法者与直接民主立法者的这种非制度性并行中，将产生出什么样的实际后果。从这部成文宪法自身中，只能得出耶利内克（《宪法与管理》，第 46 页）在谈到“两个主权者的竞赛”时非常直观地谈到的那幅图画。他补充说，在这种竞赛中，国会虽然总是作为第一名穿过终点，但国会是否能够敢于接受与人民的斗争却是成问题的。在这一以杰出的客观性思虑周全的阐述中，这里所涉及的东西获得了一种不引人注目却十分明确的表述：人们不仅可以问，如果关键无非在于个别的竞赛的话，究竟谁最有希望超过另一个。而且，对于宪法自身的合法性制度来说，人们还必须关注一个绝对合乎逻辑的结果。也就是说，两种立法和立法者的双重性是两个不同类型的辩护制度——议会制立法型国家的合法性制度和全民直接民主制的正当性的双重性；二者之间可能的竞赛，不仅仅是两个最高机关之间的竞争，而且是两种类型的法之间的斗争。与在任何这样的竞赛中一样，在这场斗争中，当时政权的当时占有者——当时的议

会多数，拥有巨大优势。然而，就像已经指明的，对最终结果来说，这并非决定性的，而且并没有重建纯粹的议会制立法型国家。

3. 必要理由的特别立法者——本来的意义：管理型国家的措施排挤议会制立法型国家的法律

在国会的容忍下，在承认国家法学说和一种正当化的法庭实践的情况下，不是魏玛宪法成文的文本，倒是民国总统和民国政府（Reichsregierung）[1] 的实践，最近 10 年间还在德意志民国的国家生活中贯彻了一个第三特别立法者：按照民国宪法第 48 条第 2 项颁布法令的民国总统。[2] 属于民国宪法在第 48 条中赋予民国总统之特别权限的，还有一种代表法律，即代表国家法律的法令权（Rechtsverordnungsrecht），这在当前得到了一致承认，并赋予第 48 条第 2 项（一直开放到发布在第 48 条第 5 项中规定的实施法的）临时措施一种实证法的内容。德意志民国宪法法院 1931 年 12 月 5

---

[1] 【中译本编者注】1918 年革命后，德国国名还是 Deutsches Reich，但君主立宪制已经变成人民共和国。钱端升教授以为再译作“帝国”明显不当，但译成“共和国”也不妥，故音译为“莱希”。参见钱端升，“德国的政府”，见《钱端升学术论著自选集》（北京：北京师范大学出版社，1991），第 22—24 页。这里建议译作“民国”，尽管这个汉语词的西文含义是“共和国”，却恰好可以用来区分两个不同的 Reich。参见王世杰、钱端升，《比较宪法》（北京：中国政法大学出版社，1977），第 28—45 页。

[2] 【中译本编者注】魏玛宪法第 48 条第 2 项规定：“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。”

日的两项作为基础的决定[1]，还有宪法法院在民事和刑事方面以及其他所有最高法院的众多决定，都从司法型国家方面赋予第48条第2项的这种实践一种正当化的认可。谁要用传统的议会制立法型国家的概念，用反对君主制政府独立的法令权的战斗口号来对这样一种总括性的立法程序作出判断，就必然对纯粹的“违宪”感到震惊。但是，即便是一个独立于19世纪反对派党派教条的法学家，也会认为这种情况古怪，即在这里，没有宪法的一句明确的话，一个与正常的国家立法者竞争的、立法的、特别的立法者就被引入了，他不仅*在法之外*，而且*违法*（contra legem）地，也就是说与议会制立法型国家正常的立法者相抵触地创立法。按照当今绝对得到承认的学说和实践，在为立法型国家的法律而与君主制进行的斗争中，凡议会制立法型国家作为这种法律的统治、优先地位和保留所发展和贯彻的东西，也都适用于这特别的立法者的“措施”。在19世纪，人们必须同独立的王室法令权进行激烈斗争，因为，承认一种在议会制立法程序之外运行、与这一程序分离的独立的立法程序，将会摧毁议会制立法型国家自身。与此相反，魏玛宪法简明扼要地宣告了议会制立法型国家：“民国法律由民国国会决议之”。在魏玛宪法之下，一些作者觉得，德国恰恰与其他国家有别，是法治国家概念的真正守护者和捍卫者，这些作者承认宪法第48条赋予民国总统的立法权限（Rechtsetzungsbefügnis），并且把法律与措施的全部基本区别当作一种“风趣的”想法而弃之不顾。虽然各方面都明确地强调，且不说宪法第48条本身列举了7种能被废止的宪法规定的基本权利（宪法第114、115、117、118、123、124和153条），“宪法”毕竟必须是“不可侵犯的”，但在大多数情况下，这指的只

[1] RGZ. 134，附录，第12页和第26页。

是个别的宪法法的规定。此外，虽然有“宪法的不可侵犯性”，人们却没有觉得，这种情况有什么古怪的地方，即一个特别的创立法的立法者进入民国宪法的合法性制度，却没有使其法令的法治国家品质以任何方式不同于正常的民国立法者的法律。

我们由此遇到魏玛宪法的第三个特别立法者——宪法第 48 条第 2 项的立法者。他之所以特别，是因为他并不像支配实质性法的宪法规范的宪法立法者那样动用实质理由，也不像直接作出决定的人民那样动用至高理由，而是——如果我可以这样说的话——动用时间和处境理由（ratione temporis ac situationis）。在这特别立法者身上，一种简单的法学真理穿透所有规范主义的虚构和掩饰而彰显出来，这法学真理就是：规范仅仅适用于正常处境，处境预先假定的规范性是其“生效”的一个实定法成分。但是，正常处境的立法者不同于非常状态中重建正常处境（“安宁和秩序”）的执行委员（Aktionskommissar）。[1] 如果人们把这个执行委员看作“立法者”，把其措施看作“法律”，那么，虽然有凡此种种等同，事实上依然存在着一种差异，这种差异使执行委员的“立法措施”恰恰由于其与“法律”的等同而摧毁了议会制立法型国家的合法性制度。

与另外两种特别的立法者不同，宪法第 48 条第 2 项的立法者绝不高于正常的议会制立法者，恰恰相反，看起来他还从属于后者。他的措施（根据第 48 条第 3 项）可以根据国会的要求而被废止，从而必须得到国会的“宽容”。当然，如果更进一步考察，对于引入这第三种特别立法者的特别处境来说，却表现出其相当强

[1] 【中译本编者注】Kommissar 的含义为“受委托的人”，这里译作“执行委员”，指受宪法委托执行宪法的人（总统），与施米特所谓“委托专政”（commissarial dictatorship）相关。

有力的优越性。这种优越性只是——由于国会能够要求废止任何措施——不能公开地适用于正常的立法者罢了。这里令人感兴趣的问题涉及合法性制度，对于这一问题来说，就两个立法者在特别处境中的竞赛而言，一个执行委员的优越性很少在于这样一个特别立法者自然而然拥有的优势。优势当然很大；这个特别的立法者根据自己对其特别权限的前提条件（对于公共安宁和秩序来说的危险）和对这些权限的内容的估计而决定采取“必要的”措施；因此，这个特别的立法者还可以在极短时间内重新颁布国会曾要求废除的措施；国会的废止要求没有追溯既往的力量，因此，特别立法者可以针对正常立法者创造既成事实。的确，真正具有特别效力的措施——例如武装干预和枪毙一个人，是根本不能再“废止”的。所有这一切，都是一种事实上的巨大优越性在实践上的重大理由。但是，它们还不需要像在第三特别立法者的优越性的其他在此令人感兴趣的场合中那样，根本上触及议会制立法型国家的合法性制度。

如果我们更详细地考察这种立法者，就会看到，首先在赋予自己的立法权限的范围和内容方面，这种立法者比国会即正常的国家立法者优越。议会制立法型国家正常的立法者只可以立法，并且就立法型国家的特性而言，与执法机构相分离，而宪法第 48 条的特别立法者却可以赋予自己所采取的任何措施以法律的特征以及法律在议会制立法型国家中曾拥有的全部优先地位。虽然按照形式主义的法律概念，正常的立法者也能够采取任意的作为“法律”的措施；但这些情况很罕见，这些“个性法律”（Individualgesetze）会遭遇许多传统的法治国家的阻碍，在德意志民国也会遭遇联邦法的阻碍，它们要比“全权立法者”的绝对王权理论更为强大。与此相反，通过“专政者”（Diktator）的身份，这种立法者表现出自己本来是执行委员而非“立法者”。在议会那里本来不过是一种无原则

的理论性的东西，在这种立法者那里就不言而喻地成为实践，其立法权限也成为其行动的武器。因此，这种立法者可以不颁布一个普遍法令，而是立刻直接地发出一项具体指令，例如禁止一个集会、宣布一个组织为非法并予以解散，由此使整个针对行政权的指令精心建立起来的法治保护制度在实践上变得毫无意义。在针对行政权提供保护的观点下，议会制立法型国家及其在组织上对法律和执法的分离形成了其所特有的法治国家的保护安排。但对于宪法第48条的特别立法者来说，无论在法上还是实际上，法律与执法、立法权与行政权的区分都不是一个障碍；这个特别立法者集二者于一身；即便往常仅仅是一个执法行为，在他这里，如果他这样规定的话，也获得了“立法”的性质。这个特别立法者可以直接作为宪法第48条的立法者颁布一项“本来”由警察命令、从警察法的规范派生出来的指令，并由此逃避为针对警察命令提供保护而安排的管理法的法治保护。1932年4月13日，民国总统为保障国家权威而发布的法令，就包含了利用这种可能性的一个实例[1]；这项法令立时生效地指名解散德国国家社会主义工人党的冲锋队、党卫队等等。1932年5月3日，民国总统为保障国家权威发布的第二个命令则一般性地谈到“以类似军事的方式组织起来并进行活动的政治团体”，并规定了上诉的可能性。[2] 这样，民国总统就可以自由干预现存的法律规范化的整个制度，并利用这种制度。这个特别立法者还可以颁布一般的规范化，并且为了利用和实施它们，可自行作出新的特别安排，创建特别的实施机关。换句话说，这个特别立法者集立法和执法于一身，能够直接自行实施自己设立的规范；只要尊

[1] RGBI，第1卷，第175页。

[2] RGBI，第1卷，第185页。

重对立法型国家来说本质性的权力区分以及法律与执法的分离，议会制立法型国家的正常立法者就不能做到这一点。

按照宪法第48条第2项第2款，这位特别立法者除了采取特别措施的权限之外，明显还获得了废止7项宪法规定的基本权利的特别权限。基本权利的废止并非像人们能够猜测的那样，是一个形式的过程；如安许茨所说，它完全“被非形式化了”（《国家宪法注释》，第277页）。按照宪法法院的观点，这不需要任何明确的事先废止。[1] 在与宪法第48条第2项的公式化联系中，已经蕴含着对废止那些基本权利的意图充分且有法律效力的说明。这意味着，这些基本权利——尤其人身自由（第114条）和财产（第153条），即市民社会法治国家的核心，对于第48条的特别立法者来说，简直就形同虚设。如果回忆一下，战前时代的德国国家学说把一个称法律为“对自由和财产的干预”的法律定义视为必然的，把这个“实质的法律概念”以及随之而来的“法律的保留”看作某种对宪政国家来说本质性的和不可缺少的，那么，人们就必须确认，既然存在着一个特别立法者，对于他来说，这些基本权利就不复存在，迄今为止的议会制立法型国家也就从根本上被改变了。按照议会制立法型国家的各项原则，只有正常的立法者，只有法律，可以干预那些基本权利；只有它可以借助法律的保留支配那些基本权利。如果宪法规定了在例外情况下废止基本权利的可能性，那么，它不过想由此为一个恰恰不是立法者的机关清除蕴含在那些基本权利及其法律保留中的障碍和限制。至于这个机关不是立法者，在此必须被当作完全不言而喻的前提，因为，由于普遍的法律保留，这个机关

[1] 第一刑事审判团1931年10月6日作出的裁决，《法学周报》（1931），第3603页。

通常已经可以摆布基本权利。当议会制立法型国家以一种典型的方式允许一个废止基本权利的“例外状态”时，它并非想把这个例外状态的执行委员等同于立法者，并非想把执行委员的措施等同于法律，而是想为必要的有效措施创造一个行动的空间。

然而，废止所能够具有的意义仅仅是，应当废止包含在对基本权利的承认之中的自由和财产保护。在立法型国家体系中，这种权利保护何在呢？绝不在一些诉讼和起诉的可能性之中；今天，人们在德国一谈到法治国家的保护，就会想到这些可能性，但在1848年人们不可能想到它们，因为今天的行政司法权的整个结构在当时还不为人知。相反，立法型国家的权利保护根本上在于法律的保留，而法律的保护力量不可缺少的基础，又需要对立法者的信任，而且是对议会制立法型国家的*立法者*——以简单多数作出决议的议会——的信任。法与法律不成问题的一致与和谐，即便在这里也是议会制立法型国家的生存问题。由于对例外状态来说，某些基本权利可以被废止，法律的保留以及立法型国家，甚至宪法的核心部分——自由和财产，对某些时间来说，也就同时被废止了。但是，并不应当把一个新的特别立法者引入立法型国家的组织。议会制立法型国家及其法律的优先地位和保留只承认一个立法者，即*自己的*立法者——议会；它不能忍受与之竞争的特别立法权力。按照这一制度，受权采取特别行动的部门的“措施”不是违法的，但也不具有法律力量。它们不需要这个终极者，也不能是这个终极者，因为基本权力的废止已经得到规定，从而使法律和法律力量成为必要的立法型国家的限制也丧失了。

如果这些“措施”成了具有法律力量的法令，就像德意志民国经数十年政府实践在核准各法庭的判例并由国家法学说予以承认的情况下所发生的那样，那么，一个新的、异质的思想过程就挤进了

宪法的合法性制度。如今，无论沿着措施的途径还是沿着代表法律的法令的途径，宪法第48条新的特别立法者都可以支配自由和财产了。他由此也支配了市民社会法治国家自身的实体，而且基于一个值得注意的双重基础：一方面，借助自己与正常立法者的并驾齐驱——新的特别立法者由此能够行使对自由和财产的法律保留；此外，借助明确授予新的特别立法者的废止权限——由此，基本权利对于新的特别立法者的措施来说就不再是障碍了。正常的立法者只能借助法律的保留来干预基本权利，却不能废止它们。与此相反，特别的立法者则二者都能做，抛开其他一切不说，他已经借此以独特的方式超出正常的立法者，且比他更占有优势。

但是，第48条第2项的特别权限的实践，导致了特别立法者仍在进一步发展的立法权力。今日在德国流行的、看起来简单可信的对第48条的解释的出发点是，民国总统虽然与简单的国家立法者并驾齐驱，却不可以做任何保留给修宪的民国立法者（Reichsgesetzgeber）的事情。然而，在此期间，民国总统甚至在国家学说和法庭实践赞同，尤其是德意志民国宪法法院承认的情况下，却根据第48条第2项发布了干预各州立法权限的法令。毫无疑问，这样的法令不可能以简单的国家法律途径发布。最清晰的实例是，1931年8月5日，民国总统根据第48条第2项发布了储蓄银行条令。[1] 然而，在涉及地方接受国外贷款这方面，1925年3月25日民国总统根据宪法第76条作为修宪的国家法律发布的涉及这一内容的国家法律，却恰恰照顾到各州的立法权限。[2] 在其1931年12月5日的裁决中，德意志民国宪法法院赞同这样的理

[1] RGBl，第1卷，第429页。

[2] RGBl，第1卷，第27页。

解：即便在服从州立法权限的领域里，民国总统也被授权发布法令。[1] 宪法法院甚至承认，民国总统根据第 48 条第 2 项可以不理会民国宪法第 5 条，授权州政权创立违背州宪法规定的州法。对此（在接受珀茨什－黑夫特［Potzsch-Heffter］和格劳［R. Grau］的论证的情况下）给出的论证，在本质上导致宪法第 48 条包含着民国宪法的一个“独立的权限规定”。这无非意味着，民国宪法正常的组织性规定顶不住第 48 条的特别权限。因此，这些规定并非“不可侵犯”。以同样的方式，对于民国宪法第 87 条本质上的组织性规定——按照这一规定，贷款权利“只能由国家法律”赋予，民国政府主张并坚持一种立场，即同样可以按照第 48 条发布的法令来取代这样一种授权贷款的民国法律。[2]

对宪法第 48 条的这一由法学说和法的实践中流行的观点承载的解释，不仅“侵犯”而且在本质上改变了民国宪法的组织性规定。这不仅适用于上面已经提到的关于民国与各州的权限划分的规定，适用于民国宪法中在联邦国家法上具有基础性意义的第 5 条，适用于民国参议院的合作法（第 69 条，第 74 条，第 85 条第 4 项），而且也适用于宪法力图创立议会制立法型国家的核心条文：“民国法律由国会决议之”（第 68 条）。如今，所有这些组织性的宪法规定都不再（根据安许茨创造的词）是“强固专政的”（diktaturfest）了。因为，人们在第 48 条第 2 项中发现了一个与简单的国家立法者并驾齐驱的特别立法者。在这种情况下，人们至少应当承认，无

[1] RGZ，134，附录，第 12 页和第 26 页。

[2] 1932 年 5 月 12 日对民国法律关于清偿债务和贷款授权的设想的说明，RGBl，第 1 卷，第 191 页，国会文件，第 1480 号；此外还有安许茨和耶利内克 1932 年 3 月 12 日的鉴定（Tübingen，1932）。

论对于民国还是对于各州的持存来说，如果不想以宪法第48条为据颠覆整个宪法，组织性的最低限度必须保持不受侵犯。无论如何，一个承认这样一种代表民国法律，甚至还超越了民国立法权限范围的法令权的学说，不可以再自称为“不可侵犯性的学说”，以便由此诋毁雅柯比和我所主张的对宪法第48条第2项的解释（按照这种解释，即使不谈7项可废止的基本权利条款，并非每一项个别的宪法法律规定都能对第48条的专政者形成障碍）为“侵犯宪法”（verfassungsantastend）。就像1930年12月1日我在关于紧急法令的讲演[1]和我的小书《宪法的守护者》（《宪法法论集》，第121页）中已经做过的那样，我在这里想再次强调，我坚持自己对第48条第2项的解释。只不过，经过晚近十年的发展，要给民国总统采取措施的权限（宪法第二部分有一误导性标题“德国人民之基本权利及基本义务”，民国总统的权限与那些在此标题下并列的相互矛盾的条文的关系，向来就与实际的法律能够拥有的根本不是一码子事）附加一种代表民国法律的法令权而已。第48条第2项中包含着的临时措施（provisoriums）直到第5项规定的实施法才予以公布，如今，对这一临时措施所做的实定法解释，无异于承认和接受了上述结构。为此，就连民国总统代表财政法——尤其授权贷款的法令，也表明是正确的。屈内曼（Max E. F. Kuehnemann）力图证明这些法令违宪，其阐述的敏锐和缜密毫无疑问很重要，但弱点在于，在解释现行宪法的财政法时受君主立宪制的国家法的概念和前提条件的支配，毫不考虑其他宪法规定和概念的整体联系。[2]

---

[1] “紧急法令与公共管理”（Berlin，1931），参见施米特，《宪法法论集》，第235页及以下。

[2] 屈内曼，《国家管理公报》（1931），第745页。

魏玛宪法与1848年的传统宪法类型相比，有一个本质上不同的宪法制度；它尤其有一个经历了巨大变化、不再统一因而变得很成问题的法律概念。由此产生出来的重大困难，无论屈内曼的论证还是流行的解释宪法第48条的学说，都无法为之作出辩解，因为，屈内曼的论证中包含着对19世纪财政法观念毫无问题的坚持，在解释宪法第48条时流行的学说说，宪法的组织性部分的本质性规定并非“强固专政的”，但不可废止的“基本权利”也是“不受侵犯的”，结果卷入了自相矛盾。

对于议会制立法型国家的基础及其整体上的合法性制度来说，如果在宪法的组织性部分发生这样一些变化之后，与那些被宪法第48条“独立的权限规定”不仅“侵犯”而且完全改变了的组织性宪法规定不同，第二部分的实质性法的条文越来越坚决、郑重地被说成神圣的、不可侵犯的和“强固专政的”。如果宪法第一部分作为基础的规定——尤其合法性源泉本身不再被视为“强固专政的”，这第二部分五彩缤纷的具体规定中的每一规定又从哪里获得这样一种力量和尊严？如果第48条“独立的权限规定”具有废止其他宪法法律上限定和保障的权限乃至废止各州权利的宪法法律力量，就无异于放弃了每一个别的宪法法律规定“不可侵犯”的原则。如果人们承认这个民国政府所主张、德意志民国宪法法院所赞同的观点的必然性和正确性，那么，面对第48条的措施，就难以坚持公务人员权利或者宗教团契权利的每一个别的条款的不可侵犯性。因为，就魏玛宪法的内容和结构的状况而言，对于各州来说可行的东西，对于宗教团契、对于公务人员来说，至少也是合理的。如果作为基础的组织性规定和权限规定不是“强固专政的”，每一个别的实质性法的宪法保障本身就只有在这一保障指的是真正的豁免和特权化而第二部分已经包含着一个第二宪法、一个反宪法的情况下，

才能是“强固专政的”。当然，在这种情况下，从第 76 条规定的修宪的界限来看，就必然得出与流行的观点有很大距离的结论了。

对第 48 条第 2 项的流行理解陷入不可解决的自相矛盾，在今天已经昭然若揭了。因此，珀茨什－黑夫特有理由要求人们比迄今为止更好更系统地致力于理解“专政权限”合乎宪法地处于其中的组织性整体联系。[1] 但在这里，要尤其注意上面（第二章第 1 节）已经阐明的宪法第一部分与第二部分的异类性质。在第 48 条第 2 项的理论和实践中，所有那些在此期间变得如此明显的自相矛盾，归根结底都不过是那种背离议会制立法型国家的原则的一个结果，并且忽视了在什么范围内第二部分开创了一个第二宪法、一个新宪法。采用实质性法的保障必然抵触议会制立法型国家的基本原则，对第 48 条第 2 项的任何解释只要没有意识到这一联系，都必然陷入矛盾，正是这些矛盾使得实质性法的保障与议会制立法型国家的基本原则之间的这种不一致特别清晰可见。宪法第 48 条的形成史——尤其列举出来的 7 项可废止的基本权利的发展，以一种直观方式证实了这一点。这一列举首先出现在 1919 年 2 月 17 日的政府计划中[2]，并可追溯到 1919 年 2 月 5—8 日各州代表（Staatenvertreter）委员会的种种协商；它所考虑的是关于基本权利的一章——共 12 条，其中除了实践上不予考虑的一些普遍的原则（法律面前平等、良知自由、艺术和科学自由、少数派）之外，所有其余 7 个基本权利条款都被宣布为可废止的。换句话说，就基本权利一章包含着现实的法或者对于当时的观点来说实践上完全可以予以考虑而言，整个这一章都应当是可以废止的。在进一步的形成

[1] 《德国法学报》，1932，第 770 页。

[2] 参见特里佩尔，《资料汇编》，第 8—12 页和第 20—23 页。

史的进程中，且不说数目的调整，这一列举事实上没有发生变化，而基本权利这一章却迅猛扩张为宪法的第二部分，没有人清楚地意识到，这在例外状态的框架内给那不变地保留下来的 7 个基本权利条款会造成什么样的影响。随着新的基本权利部分产生出一个第二的、新型的宪法，在 1919 年那个夏天，这一部分新型的宪法匆匆忙忙地既没有与议会制立法型国家的组织性制度，也没有与被当作临时措施直至发布一种实施法的例外状态规定建立起有机的联系或者一致。鉴于起草和审定魏玛宪法不得不身处其中的绝望处境，指责宪法起草人有这样一些矛盾，并不公平。当然，晚近十年宪法法的发展事件层出不穷，对其中所提供的经验视而不见，也是不允许的。因此，今天人们不应当再回避对那些矛盾的认识。

议会制立法型国家原则上不承认实质性法的保障，因为它无条件地信任作为正常立法者的议会。但是，人们如果不信任正常的立法者，就会让自己同样不信任的专政者与正常的立法者并驾齐驱。在这种情况下，要把从简单的立法者那里剥夺的信任自动转渡到修宪的立法者身上，仅仅在表面上是可信的，事实上却是荒唐的和摧毁制度的。至少，就区分“强固专政的”和非“强固专政的”实质性法的宪法条款来说，这还是有可能的。宣布所有组织性规定为可侵犯的，与此相反，第二部分的所有实质性法的保障是神圣的和不可侵犯的，这本身是可以设想的，自身绝非一个逻辑矛盾。只不过，这样的国家体制已经不同于一直还飘浮在魏玛宪法面前的议会制立法型国家。尤其是，在这种情况下，人们恰恰不可以从这第二部分拆出其市民社会—法治国家的核心成分——对自由与财产的保护，并把它交给专政者。因为，就像在宪法第 48 条中发生的那样，人们恰恰宣布可废止这些基本权利，而其他规定——例如关于宗教团契和公务人员的观点，则保持其不可损害和不可侵犯性。基本

的组织性规定、联邦国家对各州的保障、议会在贷款授权方面古老的传统的参与权限、民国参议院的参与权、自由和财产这些市民社会法治国家真正的圣物，甚至对于议会制立法型国家来说本质性的议会的立法垄断权，都不是强固专政的，但公务人员了解其人事活动的权利和神学院的维持反倒是强固专政的！这并非因为（这或许是对的），在“专政者不管鸡毛蒜皮的事情”的理性观点下，人们大概想免除政治上不重要、出自这一理由对专政者来说不感兴趣的事情；恰恰相反，毋宁说，人们想保障需要保护的更高利益，把第二部分实质性法的保障当作质上更高类型的法律从正常的议会制立法型国家的合法性制度中摘除出来。

从宪法理论来看，这种国家法和宪法法上的混乱，真正原因乃法律概念的变质。没有一个公认的可辨认的法律概念，就不可能有一个立法型国家。尤其是，这样一个国家必须坚持，法与法律、法律与法处在一个实际的、合理的联系之中，因此，由立法者凭借其立法权限实施的规范化，不同于且高于一个单纯的措施。在整个合法性制度都以这种法律上的规范化为基础的立法型国家中，把措施说成法律，把法律说成措施，是不可能的。法官不能不以法律的名义，而是以措施的名义执法。弗伦克尔（Ernst Fränkel）精辟地说道，“如果司法不再能认识什么是法律，就要冒陷入对非法律的依赖性的危险”。[1] 民国宪法第 48 条第 2 项授权民国总统采取“措施”，或者如 1919 年第一批〔宪法〕草案中所说的那样，授权民国总统发布“法令”。今天的理解说，这不言而喻也可以是“立法措施”。在这里，出现了一个不无典型意义的逻辑上的偷换概念。“立法措施”仅仅是立法者的措施，是由立法者所采取的措施，而非另

[1] 《社会》，1931 年 10 月，第 336 页。

一个人作为立法者颁布的措施。问题恰恰在于，另一个人是否可以作为正常的立法者发布具有法律力量的法令，借助“立法措施”这个词组，绝没有回答这一问题。

在其他一些场合，从德国法治生活（Rechtsleben）的理论和实践来看，“措施”的特殊性和本性即便在今天也是众所周知的，绝不会被视为理论上的吹毛求疵。例如，法官的判决不是“措施”。反过来，“措施”也不被理解为法官的判决，这被看作不言而喻的。格劳始终根本无法理解法律与措施的区分，曾经以一个简短的注释把这一区分当作愚蠢的想法搁置一旁，即便他也急忙补充说：“当然，某些国家行为根据其功能上的鉴别，必须从措施领域排除出去，这指的是那些可能由独立的法官权力涉及的行为”。[1] 就算联系到刑罚与单纯的强制措施之间的对立，一种区分的法意识也还是有生命力的。普鲁士高等法院这样强调，警察当局的强制手段（根据 1931 年 6 月 1 日的普鲁士警察管理法）应当是针对未来的预防性手段，而不应当是刑罚，因为刑罚作为“后续的恶”（罪）不依赖于眼前是否存在一种违警状态的危险（eines polizeiwidrigen Zustandes），也就是说，不依赖于具体的情状。[2] 因此，法官的判决和刑罚还是能够与措施区别开来的。更引人注目的是，基础性的、承载立法型国家的整个合法性制度的法律与措施的区分，再也得不到重视了。勒文施泰因称，1931 年 7 月 13 日根据宪法第 48 条发布的达纳特银行法令（die Danatbankverordnung），由于其个别地对待这家银行而“至少是令人忧虑的”；禁止对银行进行查封、强

---

[1] 格劳，“民国总统的专政权力”，见《德国国家法手册》，第 2 卷，第 279 页，注 15。

[2] 1932 年 3 月 22 日的裁决，《德国法学报》（1932），第 534 页。

制执行和破产诉讼，被解释为“德国法治国家史无前例的事件”，这样就产生了对不属于第48条第2项可废止的基本权利的第105条（法律的法官）和第109条（法律面前的平等）的伤害。[1] 一项措施之所以为措施，其特征是，仅仅考虑一个实例的个别状况，并以此方式被用来查清种种违宪的行为，因为人们不声不响地把“专政者”的行动理所当然理解为“法律”，并且被归于民国宪法第109条这一仅仅表述法治国家法律普遍、一般的特征的平等条款之下。然而，恰恰是宪法第48条授权民国总统采取措施；还有一种特别立法的权限也属于民国总统采取措施的权限，这并不抵消或者限制采取措施的权限。但是，如果把措施当作“法律”，在它面前必须存在着平等，人们就可以在法上使总统不可能采取措施。这样，对一个基本区分的蔑视，就把一个清晰的宪法法的规定简单地转变为其对立面。也许，人们今天只是区分措施与司法行为，而非区分措施与立法行为，这一事实是一个可靠的征兆，说明对于今天的宪法法意识来说，司法型国家和管理型国家是直接地显而易见的，对于议会制立法型国家的特殊区分，人们反倒不感兴趣，无法理解。

无论如何，十年来，在公认的专政者采取措施的权限的实施和习惯中，还附加上了一种完全代表法律的法令权，这并非专政者的过错。针对1930年和1931年紧急法令的多年实践，实质的法律概念的一个标志——期限（Dauer）才又被恢复了名誉。如今，“法治国家”思维的代表们特别坚定地强调，民国总统根据第48条发布的法令只可以是暂时的，不可以是持久的。在针对近两年的法令实践汇聚起来的诸多疑虑和责难中，这种对宪法第48条的措施“临

[1] 《公法文库》，第21卷，第139—140页。

时性质”的提示，似乎处于中心位置，并具有最强的说服力。[1] 就连德意志民国宪法法院也在上述 1931 年 12 月 5 日的裁决中强调，民国总统的法令“不可以被规定为无限期地不可更改”。[2] 遗憾的是，在大多数情况下，人们还缺乏这样的认识：“期限”的禁令与其说是从第 48 条第 2 项的公式化词语引申出来的，还不如说是从与法律相反的措施的本质引申出来的，按照法治国家（在这里也就是立法型国家）的观念，期限是法律的一个标志。人们之所以拒绝区分法律与措施，理由大多数情况下在于，两者之间难以划定界限，是不确定的。从难以划定界限得出界限不存在的（逻辑上看荒唐无稽的）结论，是一种懒惰论证。但是，就连这个无界限的结论，也没有得到一贯坚持。紧接着上面援引的句子，即根据宪法第 48 条的规定，不允许“无限期”的法令，宪法法院继续说，“适用于一个估计期限较长的不确定时间”的规定是允许的。因此，宪法法院在“无限期”与“不确定的较长期限”之间作出了区分，这种区分也许比法律与措施之间的区分更不确定，更难划定界限。

当今的如此实践的最终原因在于，在国家生活的现实中，立法者自己早就放弃了法律与措施的内在区分。今天，几乎不再有认真地相信自己的法律决议“无限期”地有效的议会多数了。处境如此难以预见，如此反常，以致法律上的规范化丧失了其过去的性质，成了单纯的措施。在现实的压力下，如果立法者自己以及议会制立法型国家的国家法学说把立法者的所有措施都宣布为法律，在立法者那里，法律与措施不再有区别，那么，有采取措施的权限的专政

---

[1] 参见“今日紧急法令实践的原则性因素”一文中的证明，1952 年 2 月 27 日《国家管理公报》第 162 页；以及安许茨，《国家宪法注释》，第 280 页。

[2] RGZ，134，附录，第 24 页与第 43 页。

者反过来也获得一种特别的立法权，这也就是合情合理的了。立法者可以采取措施，有采取措施的权限的独裁官可以发布法律。当然，在实践中，法律与措施的不区分也许是在措施的水平上实现的。对于在措施的实践中表现出来的管理型国家来说，与其说适宜的、符合本质的是“专政官”，倒不如说是一个与行政权分离的议会；议会的权限在于决议作出普遍的、事先规定的、长期有效的规范。

结 语

魏玛宪法中出现的三种特别的立法者——实质理由、至高理由和必要理由的立法者，危害着宪法无论如何都要坚持的议会制立法型国家一贯的合法性制度。在这里，还根本没有考虑联邦制的宪法中产生出的其他麻烦。人们可能猜测，在这种状况下，正常的议会制立法者没有能力抵挡其三种特别竞争者的冲击。不过，只要停留在对宪法结构的考察中，这种猜测在理论上就不正确。因为，在涉及基本的、政治上与整个国家体制类型相关的宪法决定的地方，宪法明确地作为结构原则奠定的制度总是占优势——只要不同样彻底并且一贯地贯彻另一个制度。例如，1875 年的法兰西国家宪法法律在解散议会的可能性中包含了全民直接民主正当性的端倪，法兰西共和国的议会主义曾成功地使这种可能性变得无害、没有危险。法兰西国家完全的“政权还俗”与在教派和宗教事务上一贯的自由主义价值中立相适应。在法兰西共和国，人们在不长的时间内实际上没有考虑到议会通过行使一种实质性的法官审查权（eines materiellen richterlichen Prüfungsrechts）进行控制，或者采用其他司法型国家的方式。当然，法国 1875 年的这种宪法法律局限于组织性规定，没有魏玛宪法的特别立法者。

尽管如此，在魏玛宪法中，议会制的合法性制度依然可以是胜

利者。因为，采用三种特别立法者，尽管背离了议会制立法型国家的原理和结构原则，这种背离本身并不清晰，在宪法中甚至没有被想彻底。这些背离包含着一些尝试和端倪，因而宁可被看作对议会民主制度某些弊病的矫正，也就是说，应当被看作挽救这个制度，而非要贯彻一种新型的国家——无论司法型国家、政府型国家还是管理型国家。如果议会以坚决、统一的意志意识到自己的权力，那些背离马上就失去其大部分实践意义。甚至简单多数也有办法以合法方式——靠自己的法律和依赖于自己信任的政府毫不费力地控制司法型国家的各种竞争。实质性法的宪法保障可以划分为：一些人因自己的非政治性而与当时的多数没有利益关系而〔需要〕保障，另一些人因自己的政治意义可能屈从于当时多数的权力而〔需要〕保障。在实践上，使第二特别立法者和竞争者即直接民主的立法程序变得毫无意义，对于议会来说也不是没有可能。最近这些年，事实上议会在这方面甚至非常成功。上面（［中译者按］原文第317页，即第二章第2节倒数第二自然段）提到，选举审查法院（Wahlprüfungsgericht）批准了对国家宪法第75条的解释——安许茨已经视为“不可更改的”（《国家宪法注释》，第400页），这表明，人们在根据全国请愿进行全民公决时，还要求有投票权者的多数参与，由此排除表决的机密和表决结果的民主计算，在实践上使这种全民公决几乎不可能实现。极为有趣的是，从政府出发，人们恰恰针对这个直接民主的立法者想到一个实质的法律概念——想到权力划分原则，进而从这种立法程序中排除措施、政府行为等等。[1] 最终，第三种特别立法者，即第48条第2项的专政官，只有在议会

[1] 参见国会文件第1429号（1928—1929），关于借助起草一部自由法律来反对杨格计划（Freiheitsgesetz gegen den Youngplan）举行全民公决的提议。

制立法者表示宽容，也就是说，不使用自己要求废止措施的权利，而且也不对连署的民国政府表示不信任的时候，才能够以合法的方式活动。某些运用第 48 条第 2 项的场合，尤其最近这些年的紧急法令实践，因此表现为依据议会不动声色的授权而行使的草率的立法程序。当然，在所有这三种场合，冲突都可以设想，然而，合宪的权力分配却是国会多数以坚定、明确的意志毫无困难地作为合法的胜利者坚持自己的意见。

尽管如此，议会制立法型国家的合法性制度并没有借此重建起来。当时的议会多数当时的意志长久以来都仅仅建立在完全异质的权力组织的妥协上，议会变成了一个多元主义制度的舞台。就连在顾问组、各种委员会和诸如此类的东西中创制某种议会替代品的尝试，例如 1931 年 10 月民国总统的经济顾问组，也明显出现了多元主义分裂。一种一贯推行的多元主义需要一种不同于议会制立法型国家的合法性辩护。在世界观、经济和其他观点下完全把握住其成员的固定权力组织，换句话说，一种多元主义制度的承载者，把所有国家的、联邦的、地方的、社会法权的（sozialrechtlichen）以及其他的权限，都转化成了其权力集合体的立场。这些权力集合体通过与其他多元主义制度伙伴的条约和妥协形成了决定性的国家意志，并且不能让自己——此处的关键就在这一点上——在对自己来说生死攸关的事情上被多数票胜过和否决。只要这些权力集合体在政治上还生存着，就不可能放弃从自身和自己的政治生存出发对宪法的概念和宪法的解释产生决定性影响。如果这些权力集合体陷入了一个对它们的存在方式有危险的合法性制度的结果之中，就必须要么放弃自己的政治生存，要么以某种形式使一种抵制权生效。然而，就像已经说过的那样，排除任何抵制权，是合法性概念的真正功能，而合法性概念又以特殊的方式符合于议会制立法型国家的本

质。当然，多元主义政党国家的各种势力极少对一贯性感兴趣。它们乐意逗留在一种中间状态的朦胧中，这种中间状态允许它们时而作为“国家”，时而作为“仅仅是社会力量”和“单纯政党”出现，享用不负责任地影响国家意志的所有好处和政治事务的风险，并以这种方式玩两手把戏。但是，以这种不一贯的意志，绝不能挽救议会制的合法性制度。单是那种中间状态，就已经否定了议会制立法型国家及其合法性概念。

这同样适用于多元主义制度的另一个不可避免的后果——对机会均等原则的否定。在实践上，所有不属于多元主义制度伙伴的政党都被剥夺了均等的机会。人们是否在这里对责任问题作出有利于右派或者左派或者中间派的回答，并且有一个可以指责它“开始”废止合法性的这种前提条件的政党，对结果都没有任何改变。返回到“纯粹的”即同质的议会多数的“纯粹”状态，是否能够重建合法性制度，或者宁可说，是否可以预期恰恰是同质的、简单的或者干脆修宪的多数最糟糕地滥用上面描述的权力奖赏，从而对合法性制度造成最大危险，甚至也是一个悬而未决的问题。这样，在多元主义政党国家中，合法性概念的本质性前提条件就丧失了。一种与发达的多元主义制度相适应的新型宪法形式，迄今为止还没有出现。无论是多元主义组织的现实权力，还是宪法理论的时代意识，都没有造成特殊的形象。毋宁说，迄今为止，所有的东西都还停留在传统辩护体系的轨道和语式中。各政党力图按照势力来享用当时占有政权的合法性，尤其是它的政治奖赏和剩余价值，但各政党在由此损害议会制立法型国家的合法性制度的同等规模上，触犯了与一个立法型国家的合法主义相对立的全民直接民主制的正当性制度。

倚靠直接民主的全民选举的正当性的，不仅仅是同议会保持均

势的民国总统。就连议会自身也不再拥有以特殊资格与众不同、制定特殊意义的法律的国民大会的尊严。作为合法性源泉，议会不再拥有自己在一个基于合法性的立法型国家中应当拥有的独立意义。因为，选举变成了一个全民直接民主的过程，早就不再是挑选和提拔精英并建立一个独立的代表制意义上的选择了。在通向全国直接民主的同样方向上，还造成了这样的结果：解散议会变成了一个正常过程；这个过程获得了“向人民呼吁”的意义，因而又获得了全民直接民主的意义和功能。在这种情况下，当时的议会及其当时的多数只不过是一个全民直接民主的中间连通器。只是出于“社会技术的”理由，当时的议会及其当时的多数才在一个全民直接民主过程的制度中拥有一种派生出来的意义。由于民国总统紧急法令的实践，德意志国家在其当代具体的宪法现实中，表现为一种管理型国家与在全民直接民主的正当性基础上和框架内找到自己终极的辩护类型的司法型国家的结合。但全民直接民主的意志表达的意义不是规范化，而是通过一种意志作出的决断——如“全民公决”这个词恰如其分地表达的那样。全民直接民主（Plebiszit）只能偶尔为之，这已经蕴含在事情的本性中；被大量引用的 plébiscite de tous les jours（每日的全民直接民主），在现实中几乎是不会组织的。人民只能说赞同或反对；人民不能建议，协商，或者讨论；人民不能统治，不能管理；人民也不能制定规范，只能用自己的赞同来批准摆在自己面前的规范化草案。尤其人民还不能提问题，只能用赞同或反对来回答对自己提出的问题。如果交给人民的不是一个可回答的问题，而是一系列政党候选人名单——这份名单又以一种极为可疑的方式产生于政党委员会的黑箱，并且政府还在解散议会时避免任何明确的提问，那么，就一次“选举”而言进行的〔全民直接民主的〕过程就变成了一个内在地不可能的程序。“选举”不再是选举，

按照意义它就是全民直接民主；但由于缺乏一个可回答的问题，“选举”也没有成为真正的表示赞同或反对的全民直接民主——或者只有通过一种幸运的偶然才成为这样的直接民主。

然而，全民直接民主的正当性是今天可以普遍地被承认有效的国家辩护的惟一方式。甚至大部分今天毫无疑问地存在的“威权国家”（autoritären Staat）的倾向，大概都能在这里得到解释。这些倾向并不能简单地当作反动或者复辟的渴望来了结。可以在民主制中寻找今日的“整体国家”（totalen Staates）的原因，确切地说寻找整个人类存在的整体政治化（totale Politisierung）的原因，如齐格勒（Heinz O. Ziegler）所阐述的那样，要进行必要的非政治化，并且从整体国家出发重新获得自由的领域和生活区域，需要一个稳定的权威，这种认识具有重大得多的意义。[1] 但是，从宪法理论上看，权威倾向最强有力的动机在于处境自身，并且直接产生自惟一被承认的辩护体系目前只剩下全民直接民主的正当性这一事实。也就是说，由于其对提问的依赖性，所有全民直接民主的方法都需要一个不仅关心事务，而且具有在正确时刻正确进行全民直接民主的提问（die plebiszitären Fragestellungen）的权威。问题只能从上面提出来。即便在这里，伟大的宪法设计者西哀士的提法经受住了考验：权威从上而来，信任从下而来。全民直接民主的正当性需要一个政府或者某个别的权威机关，人们可以信任它将正确地提出正确的问题，不会滥用蕴含在提问中的巨大权力。这是权威的一个非常重要但不多见的类型。它可以产生自各种不同的源泉，比如，一次巨大的政治成功的影响和印象，一个前民主时代遗留下来的权威残余，一种附着于民主的精英（einer nebendemokratischen Elite）的

[1] 齐格勒，《威权国家或者总结国家》（Tübingen，1932）。

政治威望——如今组织起来的政党大多数情况下只不过是精英的一种替代品或者一幅讽刺画。就连一个不以议会制合法性或者民选总统的全民直接民主正当性为基础，而是依靠军队或者公务人员力量的政府，也需要受全民直接民主正当性的约束，因为今天已经不存在别的什么约束了。但是，这样的政府还必须作出决定，从自己出发提出全民直接民主的问题，而这种提问则伴随着彻底失败的危险。如果政府避免提出清晰的问题，仅充分利用因其他所有优势“失效”而自动归于政府的那种优势，这个政府便只是在表面上更为稳固而已。而且，这也只是一时的可能。全民直接民主正当性的外衣宽大多褶，可以遮蔽和掩盖某些东西。但是，向人民呼吁，对于呼吁者来说总带来某种依赖性，甚至拿破仑式全民直接民主（napoleonischen Plebiszite）的著名实例也表明，如此正当化多么棘手，而且可撤销。把全民直接民主正当性的工具看作比其他方法更无害的，并且希望一只软弱的手臂或者一个不完整的意志能够在这里找到特别容易的操纵或适宜的补充，绝对是一个危险的失误。

当然，一时的中间状态就其整体性而言，以追求补充和补遗为标志。在不明朗的过渡时代，每一政府虽然有解散议会的全民直接民主的方法，也都避免提出能够用赞同或反对作出终极回答的全民直接民主的问题。1932 年 6 月 4 日，民国总统的解散令为了论证理由而指出，国会“根据德国各州的州议会在最近几个月举行的选举的结果，不再符合德国人民的政治意志”。[1] 在这里，全民直接民主的辩护与避免提出一个全民直接民主的问题结合在一起，紧随这种解散之后的选举，并不能给出一个足够明确的答案，以致包含着

[1] RGBl，第 1 卷，第 255 页。

一个可靠的政治决断。整个过程既非真正的选举，也不是真正的全民直接民主，只是视其结果给政府或者一些政党充当了所缺少的正当化的补遗（Supplement fehlender Legitimierung）。但是，就连承载管理型国家的公务人员，也可以理解地在寻求这样的补充。这与无论王朝的还是民主地全民直接民主的（demokratisch-plebiszitären）正当性的传统形式是结合在一起的，对于转向整体性（Totalität）的国家的新任务来说，这两种正当性都不适宜，因为，这种整体国家要成为经济国家、看护国家（Fürsorgestaat）和许多其他的东西。这样，就连公务人员的国家也依赖于借用权威（就像按罗马国家法，具有由元老行使的法的部门获得元老院的权威），并部分地在民国总统那里，部分地在最高法院的司法那里，尤其在德意志民国宪法法院和民国法院（Reichsgericht）那里，找到了这方面的可能性。但不言而喻的是，法院只有在其权威存续期间并且还没有被在司法形式的程序中对政治权力问题作出的裁决消耗殆尽的时候，才能够执行这一功能。

最后，在一个政党国家的特殊状态中，多元主义制度组织起来的承载者们只能靠各种补遗生存，因为它们没有获得内在的和自己的权威。尽管宪法要求一个由议会的信任承载的政府，但承载者们最终给予政府的既非信任票，也非不信任票，而是找到诸如“批准”、“允许”之类一系列中间产物，作为承载者们在国家和政党之间的中间状态的表述；承载者没有立一部授权法，但也没有要求废止按照宪法第 48 条第 2 项发布的法令，而是也在这里安排了中间状态。一个多元主义的政党国家之所以成为“整体的”，并非出自强大和力量，而是出自孱弱；它干预所有生活领域，因为它必须满足所有利益的要求。多元主义的政党国家尤其必须涉足迄今为止无

涉国家的（staatsfreien）经济领域，尽管它在那里放弃了任何引导和政治影响。“一个在经济技术时代放弃从自己出发正确认识和引导经济和技术发展的国家，必须对政治问题和决断宣布自己是中立的，从而放弃自己的统治诉求”。尽管如此，任何国家，无论如何孱弱，只要它还作为国家存在，就不会放弃在否定和废除抵制权的情况下进行统治的诉求。这甚至可能恰恰相反地证实了贡斯当（Benjamin Constant）说过的东西：孱弱和平庸比一种真正的力量——即便这种力量任凭自己的激情驱使——更起劲、更恶性地使用落在自己手中的权力。因此，一个孱弱的国家也不加区别地寻求合法化、正当化和批准，一旦找到它们就加以利用。在一种从量上说按其干预规模和专业领域是“整体的”、同时作为多元主义政党国家又是分权的国家体制里，控制政治影响的权力团块，无论相对持久还是瞬间即逝的，都处在同样的强制之下：充分利用其掌权的时刻，抢在国内政治对手前面，把任何种类的辩护都视为国内政治斗争的武器。在这种情况下，合法性和正当性就成了策略性工具，在有利的时刻就利用它们，如果这些工具对准了自己，就把它们扔到一边，一个人不断地试图把这些工具从另一个人手中打落。无论议会制合法性还是全民直接民主的正当性，抑或其他任何一种可以设想和辩护体系，都不能经受这样被贬低为技术性—功能主义的工具。就连宪法也分解成其相互矛盾的成分和解释可能性，任何对一种“统一”的规范主义虚构，都不能够阻止每一战斗着的群体抓住看起来最适宜于让自己以宪法名义把反对党打翻在地的宪法条款和宪法词句。在这种情况下，合法性、正当性和宪法不是阻止内战，而是有助于激化内战。

在这种状态中并以这样的方法，权威的残余与合法性和正当性

一同迅速地耗尽了，人们普遍感到，重新修宪至为必要。在这种情况下，就连最低类型的现状受益者也一致呼吁“改革”。如果不可避免的重新修宪在这样一些人手中同样成了策略性的妥协工具，一次改革的巨大可能性随着某些组织性拖延（organisatorischen Verschiebungen）被导入歧途，将是极大的灾难。因此，需要对把宪法与党派政治立法企业的（des parteipolitischen Gesetzgebungsbetriebes）某些产品区别开来的基本结构性联系有清晰的意识。尤其必须清晰地提出，今天任何重新修订德国宪法体制的严肃计划，都将面临一个最重要的问题。这一问题涉及基本的抉择：承认实质性的内容和德国人民的力量，抑或以为了不加区别的所有内容、目的和思潮而虚构出来的机会均等来保留和推进功能主义的价值中立。

一部宪法大概不敢在此作出决断，而是想舍弃相互斗争的各阶级、流派和目标确立的实质性秩序，提供让它们个个合法地得到满意、合法地达到自己的政党目标、合法地消灭自己的对手的幻象。然而，这部宪法在今天不可能再是一种拖延的公式化妥协了，在实践的结果中，它将摧毁自己的合法性和正当性。在这一部宪法必须证明自己的关键性时刻，它必然要失败。就像上面已经指出的那样，魏玛宪法的缺陷之一是，即便在这里，它也还在尝试一种并驾齐驱，最终使得第一部分和第二部分作为两个不同的宪法而相互对立，因为，这两个部分具有不同类型的一贯性、不同的精神和不同的根基。就像自身所呈现的那样，这部宪法充满了自相矛盾。但是，当瑙曼提出其基本权利草案时，模模糊糊地蕴含在其意图之中的东西，与其说与一部德国宪法的本质有更多的联系，不如说与一种功能主义的多数制度的价值中立有更多联系，而当时他却受到毫无预感的战前实定主义嘲笑讥讽。一旦认识到魏玛宪法是两个宪

法，如果人们选择二者中的一个，就必定做出有利于第二宪法及其建立一种实质性秩序的决断。魏玛宪法第二部分的核心理应清除种种自相矛盾和妥协缺陷，按其内在的一贯性发展。如果实现了这一点，这部德国宪法作品的想法才会得到挽救。否则，它不久就将随着对价值和真理保持中立的多数功能主义的幻觉走向终结。接下来就是真理为自己复仇。

重印附言

[1957]

《合法性与正当性》一文于 1932 年夏由慕尼黑和莱比锡 Duncker & Humblot 出版社出版，并且注明，本文于 1932 年 7 月 10 日完稿。

（一）当时的危机已经涉及宪法的概念本身。针对拒绝追问宪法的朋友和敌人的法学，本文是挽救总统制这一魏玛宪法的最后机会的绝望尝试。这使得本文带有其宪法史的强度。本文——尤其是其核心命题——遭遇到顽强抵制：只有在修宪权限受到限制的情况下，才能够否定一个政党的合法性。正是这个命题，被当时在宪法法上居主导地位的学者们当作非法学的加以拒斥，当作政治上的愿望法一笔勾销。

在本文这里（[中译者按] 原文第 286 页，参见第一章第 2 节前面部分）已经彻底认识到并牢牢抓住这样一个过程：一个政党进入合法性之门，然后在自己身后将这门关上；这是一场合法革命的典型个案。[1] 我从自己 1931 年的著作《宪法的守护者》中摘抄了几乎长达数页的一段，而且涉及与魏玛时代居主导地位的民主派法

---

[1] 【中译本编者注】作者明显指纳粹党在 1933 年元月通过合法程序执政，然后取消了魏玛宪法的合法性制度。

学学者们（demokratischen Rechtslehrern）的一场争论。通常，无论冗长还是自我抄录，都不是我的风格。但这一次，摘抄是一个抗议、一个咒语。本文的结尾是一声警呼。最后一句“接下来就是真理为自己复仇”，乃真正的呼救。呼救当时无人理睬。但是，撰写魏玛总统制的历史，如果不详细了解本文并评价其命运，是不公正的，也是没有资格的。

为什么呼救毫无结果，无人理睬？“实施修宪的权限，本身并不包含根本上改造宪法结构的权限，这一学说如今在波恩基本法第 79 条和众多州宪法中明确得到了承认。遗憾的是，在魏玛时代，这一在今天对我们来说如此清楚明白的学说却只得到少许赞同。民国宪法的著名诠释者安许茨主张，修宪不可摧毁一部宪法的政治实质，并且断然以如下说明作结：这是一个源于法律的相当重要的政治要求。但是，在魏玛宪法法中，它却得不到任何支持。”[1] 其他证明参见前面正文中的第 301—302 页（［中译者按］第二章第 1 节中间部分）。

当时流行的法学实定主义基于对立法者的全权的信仰，基于一个有说服力的推论：如果立法者已经是全权的，修宪的立法者的全权必须更为全权。这一非常流行的学说没有再意识到自己的历史前提和理论前提。它不知道，合法性原初就是西方理性主义的一个本质性部分，是正当性的一种表现形式，而非其绝对的对立面。普遍的价值中立化属于普遍的功能化，并使民主制成为一种原则上的相对主义世界观。在法哲学上，拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）颇有影响的《法哲学教程》表述了这一点；该书第 3 版恰恰在 1932 年

---

[1] 施耐德（Hans Schneider），“1933 年 3 月 24 日的授权法”，载《当代史季刊》，第 1 年度，1953 年 7 月，第 216 页；文章还作为小册子流传。

宣布："谁有能力实施法，也就由此证明，他有资格创设法……我们蔑视在布道中违背自己的信念的牧师，但我们尊重凭借自己抵制性的法感而在自己对法律的忠诚中不致误入歧途的法官。"[1]

（二）在魏玛宪法之下曾任司法部长的拉德布鲁赫这位居主导地位的法学家，就是如此以其全部权威主张如此指导性的法学说。在刊于1932年9月11日《福斯报》（*Vossische Zeitung*）上的一大篇反对我的作品的评论文章中，一位聪明而又博学的法学家——克瓦博（Georg Quabbe）甚至使用了"捣蛋"这样的字眼。尽管如此，把这种盲目性仅仅理解为一种专业实定主义的偏狭和一种职业性与世隔绝的结果——因为专业实证主义是从一个分工的科学企业的专业化产生出来的，并不公允。毋宁说，不把法律首先看作固定化的手段，而是看作一种和平改革和进步发展的手段和途径，与前一个时代的立法乐观主义若合符节。对于魏玛联盟最强大的伙伴社会民主党来说，还要再加上基尔希海默在其文章"论政治反对派的转变"中称之为"51%多数的吐火女怪（Chimaere）"的东西："它在过去时代的社会主义文献中扮演过这样一种角色，有助于像用一根魔棒那样一下子改变社会秩序。"[2]

但是，早在1932年，人们就该看清这基尔希海默所说的吐火女怪。"列宁、托洛茨基和拉德克（Radek）迄今为止对考茨基（Kautzki）的作品——《1919年的恐怖主义和共产主义》——所作的答复，已经足以使人毫不怀疑，与其说存在着反对使用民主形式的原则理由，不如说这一问题与其他任何问题一样，尤其与合法性

---

[1] 【中译本编者注】可参考拉德布鲁赫《法学导论》（米健、朱林译，北京：中国大百科全书出版社，1997）中关于魏玛宪法的论述（第50—55页）。

[2] 参见《法哲学与社会哲学文库》，1957，第67页。

和非法性问题一样，必须按个别国家的局势给予不同的回答，并且使用民主形式只是共产主义计划的战略性和策略性措施中的一个因素。”[1] 尽管如此，那吐火女怪似乎生命力特强。在1946年12月1日的黑森州宪法第41条中，还可以见出她的踪迹。[2] 在后来德意志联邦共和国的各州宪法中，这吐火女怪才未再露面。

合法性作为韦伯意义上的正当性的三个典型表现形式——魅力型、传统型、理性型形式之一，以一种理性的规范化为前提条件。“如果法律概念被剥夺与理性和正义的任何有内容的联系，同时立法型国家及其特殊的、将国家的所有尊贵和威严集中于法律的合法性概念被保留下来，那么，任意种类的任何法令、命令和措施都能够成为合法的。”（参见本文第278页和第300—301页；［中译者按］第一章第1节中间部分）1932年流行的法学实定主义必然承认这一逻辑，甚至认为这种逻辑是不言而喻的。

（三）当立法型国家过渡为管理型国家时，措施就突出出来了，这就需要阐明法律与措施的关系。与“单纯的合目的性”相反，提出纯粹的“价值”，在这种情况下仍不过是对真正问题的一种逃避。在1924年德国国家法学者协会第一次会议上，笔者所作的关于民国总统按魏玛宪法第48条拥有专政权的报告，首次深入讨论了法律与措施的区分。无论第一次世界大战期间的战争状态和围困状态的经验，还是魏玛宪法期间第48条的实践，都把措施当法令、把法令当措施来贯彻。正常的法治国家的桥梁在于立法的授权。一旦这种授权因议会的否定多数而失效，第48条就表现为在一个不再有能力决议必要的授权，从而容忍第48条的法令实践的议会面前

[1] 拙著，《论专政》（München，1921），第6页。

[2] 参见拙文“法治国家的宪法实施”，见《宪法法论集》，第452—453页。

挽救宪法的应急桥梁。

1949年的波恩基本法想重建古典的法律概念：为了限制基本权利，波恩基本法只允许法律作为普遍的规范（第19条第1项）。波恩基本法还试图限制蕴含在立法授权之中的通向措施的合法桥梁（第80条）。瓦克（Gerhard Wacke）甚至把授权采取一项措施解释为违宪。[1] 事实上，即便在波恩基本法之下，也无法避免将措施等于法律；关键只能在于正确认识和安排发展。基本法自身甚至允准“借助法律的剥夺”（第14条），也就是说，允准措施法律（Massnahmegesetz）的最重要实例，允准措施对法律最强有力、最公开的入侵。

在一篇奠基性的文章《论措施就是法律》中，福斯特霍夫（Ernst Forsthoff）讨论了措施就是法律的特别性，尤其考虑到措施就是法律为行政法庭的监督提供了其他作为正常法律的运用。[2] 巴勒施泰特（Kurt Ballerstedt）甚至达到这样的结论：经济法作为一个自身封闭的学科不可缺少法权法律（Rechtsgesetz）与措施法律之间的区分，但借助这种区分，就可以更清晰地把握随着国家干预经济而产生的法权问题；即便对于基本法第2条第1、9、12和14项来说，这种区分也不可或缺。[3]

这样一来，法律与措施的区分就进入了法律自身，并且导致了法权法律与措施法律之间的区分。这里所表现出的，无非是向关注

---

[1] 瓦克，《对附加税的国家法检验：对营业税体系第8节的批判性研究》，Köln，1957。

[2] 《出自公法的研究和报告：耶利内克纪念文集》（München，1955），第221—236页。

[3] 巴勒施泰特，“论经济上的措施就是法律”，载《Walter Schmidt Rimpler七十诞辰纪念文集》（Karlsrul，1957），第368—402页。

生存的管理型国家不可抗拒的发展。合法性是官僚体制的一种功能模式，而在社会上必须关注工业大众的共同体的官僚体制，再也不能与基于国家与社会的古典分离的法律概念和睦相处了，只能让司法概念去适应社会国家的发展。

（四）与关于合法性和机会均等的阐述相关（参前面正文第283—284页；［中译者按］第一章第2节开头），笔者阐明了关于对合法占有政权的三种奖赏的学说：合法性的猜测、暂时的可实施性（Vollstreckbarkeit）与服从（obeissance prealable），及总附加条款的执行。在理论上和实践上，这三种奖赏都有巨大的意义，以致没有任何宪法学说、法哲学可以忽视它们。笔者在其他地方已经说明[1]，实际评价立法者在宪法上的监督时，必须考虑到这三种奖赏。即便在法学上站得住脚的抵制权学说，也必须从这三种奖赏出发。尽管如此，人们恰恰依然没有注意到关于正常奖赏的学说。

与此相反，只是在国外的著述中，另一类奖赏——选举法的奖赏才已经引起了兴趣：选举法的奖赏赋予一定额度的选票或者席位以附加席位，从而使得在选民中间出现多元主义分裂时产生一种人为多数。主要实例就是1951年5月9日的法国选举法和1953年3月31日的意大利选举法，即所谓的联合方法。[2] 阻挡性附加条款或者类似的防护措施，则是涉及少数的一种否定性奖赏，如果我可以模仿次特权（Sub-Privilegien）这个术语使用一个表述的话，可以称之为次奖赏。诸如此类的选举法奖赏，在很大程度上是典型的。但是，它们具有某种人为的东西，因为它们旨在造成一种合法多数，

---

[1] 参见拙文“民国法院作为宪法的守护者”，见《宪法法论集》，第107页。

[2] 参见比尔多（Georges Burdeau），《政治学论文集》，第6章，第88节，第251页及以下。

而上述对合法占有政权的正常奖赏则以这种占有政权为前提条件，并且对任何共同体都同样是正常的和基础性的，以致它们需要得到宪法理论上的重视，并且绝不能以对法权保障的一般反思来了结。

除了对合法占有政权的三种正常的奖赏，除了上述这些更多人为的奖赏，还有另外一些相当特别的奖赏。它们理应在这里得到特别强调，因为这些奖赏与一个绝对具有现实意义、但遗憾的是还很少达到宪法理论意识的问题密切相关；这个问题就是宪法内部的区分。宪法一方面是组织性和程序法规定的制度，另一方面又能够包含着实质性法权规定的总和。通过接纳入宪法，相对于大量其他正常的实质性法权来说，程序法规定被赋予了一种更高规范的优势和庄严。我相信，在传统的立法型国家整个迄今为止的制度发生转移之前，是该意识到这一区分的时候了。就这种特别奖赏而言，一个政党或者政党联盟会利用制定宪法（对此简单的多数就足够了），甚至制定宪法法的时刻，使后来的简单多数受制于某些实质法权的规定（参见上面正文中的第 305 页；［*中译者按*］*第二章第 1 节后面部分*）。也许，这种倾向就蕴含在多元主义发展的进程中。无论如何，对这些特别奖赏的讨论，将有助于深化在宪法理论上思考法治国家和权力划分的当今状况。自由主义法治国家之父约翰·洛克有一句反对转让授权法和立法权的格言经常被人引用，这句格言恰如其分地说明，立法者的存在不是为了创造立法者，而是为了创造法。与此类似，人们可以说，宪法的制定者还有宪法法的制定者的存在，是为了创造出好的立法者和立法程序，而非为了自己创造法。若不然，即刻就把宪法当作一种法令大全，连同多年的计划一起来发布，就是合乎逻辑的了。不过，就像已经说过的那样，朝着这一方向和各种宪法的倾向（eine Tendenz in diese Richtung und die Verfassungen）已经越走越远。新的印度宪法已经有 315 条和 8 个

附录。谁认为这很好、正确，就至少应当知道，这里所涉及的，已经不是在迄今为止欧洲宪法法及其关于法治国家和权力划分的学说基础上形成的那种宪法了。

（五）在“合法性问题”一文中的第1条至第6条注释里，我为合法性与正当性之间关系的历史发展提供了一种总括性概览。[1] 高级教士、中央党领袖卡斯（Kaas）教授在1933年1月26日致民国总理施莱歇（von Schleicher）的公开信中表明，在1933年1月30日之前的那个决定性的星期，关于合法性和正当性，德国一位权威性的政党领袖和联盟领袖是怎样思考的。[2] 卡斯在那里谈到了涉及所谓国家紧急状态和更改选举日期的法学思想，明确警告民国政府注意“施米特及其追随者们将整个国家法相对化的基本倾向”。他所说的这些追随者指谁，指各种学说的一些代表，抑或我当时的朋友波比茨、奥特（Ott）和马克斯（Marcks）或者其他任何人，我已经不得而知了。他如何得知我的宪法法思想，我也不晓得。看我的著作或者简单地当面垂询我，他也没有时间。我也从来没有参与关于国家紧急状态的闲谈，因为我知道，由此只会把一部宪法的合法性交给宪法的敌人；因为我认为，与合法占有政权的奖赏相结合的合法可能性绝没有穷尽。我的国家法观点产生自我的著作，不是产生自传闻或者联想，也不是事后通过倒叙法产生自后来的、结构完全不同的、只是从魏玛合法性的崩溃中形成的处境。

当时，在1933年1月23—30日那个决定性的星期，国会必须被重新解散是肯定了的。国会只不过还是否定性多数的行动和表演

---

[1] 参见《宪法法论集》，第448—451页。

[2] 载《公法年鉴》，第21卷，1933—1934，第141—142页。

的舞台罢了。[1] 再次解散国会并不是非法性。问题仅仅是，什么样的民国政府将在即将来临的选举斗争中执掌国家政权，并为自己利用合法占有政权的奖赏：是施莱歇尔政府，抑或如卡斯所要求的那样，从“有承载能力的联合政府”中产生的新任命的民国总理——希特勒。[2] 一个与普鲁士帝国代表委员会（Reichskommissariat Preussen）结合的民国政府的权力如此之大，产生对现代国家的权力地位的念头就不难理解了。[3] 但是，在1月31日之前的决定性日子里，民国政府向一种错误的合法性概念投降了，要在宪法法院再打官司的威胁变成了行之有效的合法武器。[4] 按照高级教士卡斯1933年1月26日的公开信，任命希特勒为民国总理必定表现为走出危机的真正合法出路。

新附加的斗争手段以及在宪法法院打政治官司的威胁，触到了民国总统兴登堡（Hindenburg）的处境甚至其自我意识最内在的神经。因年事已高而离群索居，在群众民主方法的张力中，并且由于一种突变的可能性，这位中立政权的承载者行事就像是一种不合时宜和不合时代的对立。兴登堡忠诚于自己对宪法的誓言，但这一宪法究竟是什么，兴登堡出于自己的本质的一无所知。这样，他教导自己做一个无可指责的人，这教导最终却导致其誓言和忠诚的对象只不过是一个通过的程序、一扇可以向任何敌人敞开的大门，只要这个敌人显得是“有承载能力的联合政府”，并由此使自己成为合法的。

---

[1] 参见拙文“民国总统的代理性”的第2条补充注释，见《宪法法论集》，第357页。

[2] 参见拙文“德国的整体国家的进一步发展”的第1条补充注释，见《宪法法论集》，第365页。

[3] 参见拙文“现代国家的权势位置”，见《宪法法论集》，第367—371页。

[4] 参见拙文“合法性问题”的第5条补充注释，见《宪法法论集》，第450页。

从囹圄中获救
——1945—1947年间的体验
[1950]

朱雁冰 译

纪念阿尔曼博士

（Dr. Hithetm Ahrmann，1944 年 12 月 7 日殁）

失明者更接近上帝

与斯普兰格的交谈

［1945 年夏］

你是谁？ Tu quis es ？这问题深不可测。

1945 年 6 月底，我深深地堕入这个问题——当时，著名哲学家、教育家斯普兰格（Eduard Spranger）[1] 等待我回答一份调查表。他趁此机会对我说，我的讲课虽然富有卓见，可我自己、我的个性和禀性却叫人看不透。这谴责可谓严厉，意思是：你所想和所说的，也许有趣、明白，但你之所是、你的自我、你的禀性，却模糊不清，令人费解。

我为之愕然。讲课再美有什么用？概念再清晰有什么用？精神有什么用？问题在于禀性，或者在于是（Sein）和实际的生活（Existenz）。总之，一个哲学尚未解决的难题在叩击我的心灵。思想之透明与禀性之不可捉摸难道可以兼容？怎么会产生这种矛盾？古老而又高度现代的对立猛烈扎进我的意识：思想与存在、认知与生活、理智与本能、精神与灵魂等所有此类反题在轧过我的心。

---

[1] 【中译者注】斯普兰格，1882—1963，德国哲学家、心理学家和教育家。

我该怎么办？让我努力变得透明？还是应设法证明自己事实上完全并非如此不透明，而是——至少对善意的心灵观察而言——完全透明？我注视自己的怀疑者，我在想：你，你这个如此怀疑我的人究竟是谁？你哪里来的这种优越感？授权你和鼓动你向我提出这类问题的权力的本质（Wesen）是什么？这类问题对我本身提出怀疑，因而其最终效果只是圈套和陷阱，难道不是吗？

这些反诘几乎脱口而出。可是我不宜提出反诘。我的禀性大概是叫人看不透，至少是防守性的。我是一个沉思性的人，也许喜欢尖刻的表述，但并不爱进攻，也不爱反攻。我的禀性缓慢、悄无声息、退让，像一条静静的河，像莫泽河，tacito rumore Mosella（莫泽河静静地流）。[1]

而且，即便在防守时，我也是弱者。我对自己太少实际的兴趣，对自己对手们的思想又过多理论上的关注，哪怕他们作为指控者出现。我怀有过多好奇心，急欲知道每一种谴责、每一种指控和每一个指控者的思想前提。因此我既当不好被告，也很不宜扮演原告。然而，我总是宁可当被告，也不做原告。J'accuse（我控告）类型的人尽可以在世界舞台上扮演自己的角色。对我而言，刑事起诉比宗教裁判所的指控更加可怕。这在我也许要归结到神学之根，因为原告者即 Diabolus（鬼）也。

---

[1] 【中译者注】莫泽河（die Mosel），莱茵河的一条支流，发源于法国，经卢森堡流入德国。此语出典不详。

如果我的对手十分邪恶，而我又并非十分完善，我就输了。但在这里情况并非如此。询问我的人出言严厉，但并无恶意。相反，我根本没有什么用意，我从他那里既无所求也无所期待。我为再次看见他而高兴，因为我对他的旧情还没有熄灭。所以，我在他不看我的整个过程中还能够正眼看他。他浑身上下都流露出他拥有和保持着正义（Recht）。他充溢着这种意味，他在一切方面，在伦理、哲学、教育学、历史和政治等方面都拥有正义。所有的正义，在这方面所可能有的一切，justa causa（合法的依据）和 res judicata（既判案件）都在他那一边。

作为法学家，我明白这意味着什么。我深知，人若自以为拥有正义，就得承受小小的悲剧。此外，我熟悉欧洲国际法及其历史。今天，我是——虽然有个赖特（Quincy Wright）[1]——这个地球上惟一从深层和根子上把握和体认到正义战争问题的法学教师。不幸，这问题也包括了内战问题。所以，我更知道，人若自以为拥有正义，也得承受巨大的悲剧。

因而我毫无防备。无防备，可也并没有被摧毁。对这个人——现在我作为被其怀疑的人而面对的人，对这个哲学家和教育家，数年前我曾表露至高的敬意和心灵的眷恋。在对这段时间的回忆中，在意识到不曾对他做过坏事，甚至也不曾希望他碰上坏事的情况下，我像对一个哲学家，而不是像对一张调查表那样回答他的问题。我对他说：我的禀性大概不完全透明；但是，我的案例却可以借用一位伟大诗人所用的名字来称谓。这是一个信奉基督教的厄庇

[1] 【中译者注】赖特（1890—1970），美国政治学家和国际法学家，1945年担任审判德国战犯的纽伦堡国际军事法庭的法律顾问，曾盘问施米特，写有回忆录记叙对施米特的聆讯。

墨透斯[1]的案例，这案例蹩脚、无价值，但却真实。

不过，从这个回答没有再产生任何对话。[2]

[1]【中译者注】厄庇墨透斯（Epimetheus），希腊神话中的人物，偷取天火给人间的普罗米修斯的弟弟。他不听普罗米修斯的警告，接受宙斯赠给他的美丽的潘多拉为妻，潘多拉擅自打开宙斯让她送给厄庇墨透斯的一只盒子。随之，里面装的疾病、疯狂、罪恶、嫉妒一齐飞了出来，只有希望还留在盒底，从此人间充满灾祸。读者当可以体会出施米特以此故事跟自己的案件相比所包含的意味。

[2]【中译本编者注】施米特这篇短文的标题用的是“交谈”（Gespräch），但行文及这个结尾暗示，即便以前的朋友也已经拒绝与他交谈——这就是施米特在1945—1947年的处境。

答曼海姆的广播讲话

［1945/1946 年冬］

1945 年，社会学家曼海姆（Karl Mannheim）[1] 在伦敦广播电台拟订了一个新的欧洲大学纲领。在他像在任何严肃的思想家那里一样，不言而喻的是：没有学术自由便不可能有大学，至少不可能有欧洲传统和西方理性主义意义上有资格得到此一名称的机构。可是，这种学术自由表现在哪里？基本前提是什么？曼海姆回答说：学术自由的前提是“急欲理解其他任何群体和其他任何人之他在（Andersein）的基本好奇心态”。我们可以从哲学—认识批判的方面，或者从历史的和社会学的方面接续这一回答。我们可以将之解释为一种客观学术兴趣的前提，这种兴趣将避免使公开和隐伏的世界内战（Weltbürgerkrieg）的正反两个阵线走进精神死亡的死胡同。在欧洲当前的形势下，当务之急是避免发生这种情况。因为，今天在某些方面，正在以世俗化口号和在全球的范围内重现 16 和 17 世纪以宗教战争形式在欧洲和殖民地爆发的那种内战。

自由的、不断追问意义上的“基本好奇心”是前提，没有这一前提，的确就没有任何精神自由，至少没有学术自由。在 1933—1945 年的 12 年间，德意志精神在德国学术研究上所创造的东西能

[1] 【中译者注】曼海姆，1893—1947，德国社会学家，1933 年流亡英国。

否推动这种好奇心？难道德国科学家和学者以及作家、画家和音乐家理应受到的关注，只是由于人们遵守通过当时舆论的扩音器所散布的声明和解释便随之消失？

众所周知，在极权的一党体制下，凡未被禁止的东西便被命令。假定果真存在着一个百分之百的极权，而且只有当时体制的扩音器向世界宣讲的东西才通行无阻，那么，事情也就无可讨论了。如果只有处于完全被控制和经认可的舆论的探照灯之下的东西才受到重视，此外，如果还认为踏进这种舆论就是绝对的精神屈服，那么，这 12 年的学术工作当然就不值得特别重视了。最多只是社会学和群体心理学的技术设备还受到几分关注，而且是在以学术手段操纵大众的问题的框架之内，这个问题不仅在德国具有迫在眉睫的现实性。

然而，对于学术本身，人们切不可局限于人为的有组织的公众性这一表象。事实上，针对一个强化控制的体制内部所出现的情况，恰恰应提出特有的新问题。首先是要求达到的或者现实的极权程度的问题，以及是否能够控制这里所涉及的领域的问题。总之，问题就是：一个握有政治权力的人究竟能够在多大程度上控制整个民族的精神生产力，以致事实上不再有任何自由思想，不再有任何保留。总体的、百分之百的极权是否可能，——这是一个头等重要的社会学问题。

在世界历史上，可能经常发生整个文明被灭绝的情况。欧洲思想史并没有多少这类案例。西方理性主义精神迄今为止即使在最恶劣的政治情况之下，也曾在每个欧洲民族当中唤醒没有表露、最初也根本不愿表露出来的心灵的和理智的力量。精神有自己的骄傲、策略、不可出让的自由以及——请恕我直言——自己的保护天使，而它所拥有的这一切不仅在流亡当中，而且也在其内部，在利维坦

本身的巨爪之内。精神至今在欧洲仍然能够找到自己的墓穴和地下墓室，发现自己的新形式和新方法。Tyrannum licet decipere（僭主可被欺骗）。这个句子赫然写在中世纪整个僭政说的开篇，僭政说同时是关于 potestas spiritualis（精神权力）的学说，没有这种学说，具体的前提无非是一种可怕的内战学说。现代自然科学给当今的当权者提供了巨大的权力手段，一个现代体制之合法、次合法和非法的可能方法与中世纪政权的机会不可同日而语。这种情况在未来只会加剧。在德国，精神又一次战胜了利维坦。我由此推断，人文科学将战胜自然科学，并强迫后者变成人文科学。从技术上得到提高的强迫和技术上得到加强的控制之中，产生了摆脱这种强迫和控制的新的思想和新的语言的新形式。这对任何形式的恐怖和歧视是普遍适用的——绝不只是适用于德国，绝不只是适用于这 12 年。

长久以来，德国便是位于欧洲中央的一个比较小的、精神上并不封闭且不可能封闭的空间，是来自东西南北的种种力量和思想的交点和通道。德国从不曾作过明确和一致的抉择，也不可能作出这种抉择，因为，德国不可能屈从于任何一种从外部侵入的问题提法。这便是其弱点和优势的秘密之所在。由于天主教与新教之间始终未分胜负的斗争，德意志精神便保持了开放状态。在这种悬而未决的情况下，德意志精神发展了深入及于毫末的研究和无所顾忌的批判主义的伟大传统。在 19 世纪，黑格尔主义参与进来。它在马克思主义中成为历史性力量。开放状态由此而得到非同寻常的扩展。虽然从 1848 年以来，德国的教育阶层一代比一代衰弱，最后几乎一蹶不振，然而，这个阶层即便在 1933—1945 的 12 年间也绝没有失魂落魄，绝没有被消灭。这个阶层极度害怕任何一种内战，缺少搞阴谋诡计的天赋。所以，它可能很容易成为一个阴谋集团的猎获物，一个容易到手的，但最终只是表面上的猎获物。只有那种

了解其猎物胜过猎物对自己的了解的人，才能进行征服。

即便面对这种表面上的征服，德国人的不可消灭的个性仍然保持着自己的力量。其令人惊异的可组织性，只是其令人惊异的自我防护的表象。退居私人的内在领地这个被默认的、历来行之有效的传统，就是在极大程度上准备参与当时的合法政府所规定的一切工作。一个政府在尚未形成影子反对政府与之抗衡的情况下是合法的政府，关于这一点，实证主义者和虔敬派可能很容易得出同样的实际结论。在其他任何地方，内外的分裂都没有达到这种内外的无关联状态。像不由分说地径直推行的外在的一体化一样，这样一个教育阶层内在的彻底一体化难以实现。

在对立的一方，一体化的精神基础，即所谓世界观，本身在思想上混乱不堪，所以，这种世界观提不出一个前后一致的教义，从而也提不出涵盖整体的准则。党纲按其文本容许在不同场合和不同时间，甚至以不同方式进行许多相互对立的诠释。自 1900 年以来，即从内部抗议当时官方的德国开始以来，在德国产生了为数众多的思潮、流派和运动，产生了为数众多的群体、结社和联盟。它们全都以某种方式推进了最后落入希特勒股掌之间的巨大群众运动的成功。它们也全都以某种方式被纳入规范之内。但是，它们要么过分深刻或过分迟钝，要么过分驳杂或过分怪僻，以致不可能在某种程度上成为相互关联的思想大厦。党的标语口号的剪接组合几乎没有触动现存的基督教教会和马克思主义教义的思想内容。对这样一个党之社会学的和思想史的解释本身，便是一个问题。无论如何，在 12 年的时间里，这样一个意识形态怪物不可能吞噬整个德意志民族的教育和知识界，全部的精神创造力也不可能在这种可随时更改的模糊性和极无创见的单义性的组合中被榨干耗尽。

外在的恐怖虽然因此而更加疯狂，可思想一体化的机会却越来

越少。即便对于支持扩音器先生的人而言，每一个扩音器随身带来的也是内容的歪曲。危险在那些并未完全为其所屈服的人们当中唤醒了力量。精神和理智以礼貌、举止得体和嘲讽，最后以缄默等多种形式来对抗喧闹的公开活动。所以，关于在这种情况下取得的成就，不可能由外部作出评价。评价者首先必须对几个社会学的基本真理，尤其对保护与服从的永恒关系保持清醒意识。

即便一个研究家和学者也无法从个人好恶选择政权。一般而言，像其他任何人一样，学者作为忠诚的国民先是容忍它。一旦情况变得完全不正常，一旦没有人从外部保护自己不受内在恐怖的侵扰，便必须自己确定忠诚的界限，尤其当情况变得如此不正常，以致人们甚至不再了解自己最亲近的朋友的现实处境的时候。发动内战、进行破坏和充当殉难者的义务有其界限。在这一方面，人们将不得不把一些东西留待这些情况的牺牲者去认定，不可以只是从局外作出判断。柏拉图曾为叙拉古僭主[1]工作，他教导说，人们甚至不可以拒绝对敌人进忠言。护卫精神自由的圣徒莫尔（Thomas More）[2]经历了许多阶段，在成为殉难者和圣徒以前，他曾对僭主作过惊人让步。此外，马克罗比乌斯（Ambrosius Theodosius Macrobius）在其《农神节》（*Saturnalien*）中写的那句名言，适用于所有政治权力集中的时代，适用于任何政论家：non possum scribere in eum qui potest proscribere（我们不可能在可以宣布禁令的

---

[1] 【中译者注】叙拉古（Syracusai），意大利西西里岛的一个城市，古时为重要的希腊城邦，柏拉图在 40 岁时第一次访问叙拉古，曾设想在这里实现他的政治理想。

[2] 【中译者注】莫尔（拉丁化的名字为 Th. Morus，1477—1535），英国人文主义者和政治家。1534 年被诬陷入狱，1535 年被处死。400 年后，即 1935 年被追谥为圣徒。

地方写作）。

1938年夏，在德国出版了一本书，其中称："如果在一个国家里，只有由国家组织的舆论，一个民族的灵魂便会走上通往内心的神秘道路；万马齐喑状态的对抗力量便随之增长。"梅尔维尔（Hermann Melville）[1]小说中的主人公蔡伦诺（Beuito Cereuo）在德国被奉为说明在大众体制下的知识界处境的象征。1939年9月，大胆泼辣地描写隐蔽在虚无主义秩序面具后的无底深渊的《在大理石悬崖上》[2]发表。许多真正的艺术作品，追随当时备受歧视的绘画潮流，在疯狂的控制之下产生并得到实际的保护和真正的推动。只要人们求知的好奇心没有突然衰竭，便会在自然科学和人文科学的一切领域发现巨大的成就。精神就其本质而言是自由的，并与自己的自由相伴。精神即便在现代群众组织的危险情况之下也必将验证这种自由。只是不可过分远离危险区去寻找验证它的标准。

与这种精神自由相对应的是不可丧失的要求学术听众的权利。在精神论坛之前，我们的学术工作没有什么可怕的，也没有什么可隐瞒和要后悔的。对其缺点的讨论极富教益。我们怀着愉快心情期待着上文谈到的基本的好奇心态和自由的舆论。但是，我们也不可放弃一段严厉的考验时间的好处，我们不会忘记我们在12年之久的危险中所体认到的东西：真假舆论的区别和沉默的对抗力量。

* * *

我很想设法让曼海姆见到这段回答性的评论——这在当时未能

---

[1]【中译者注】梅尔维尔，1819—1893，美国浪漫主义晚期作家。

[2]【中译者注】《在大理石悬崖上》（*Auf den Marmorklippen*）是德国作家容格尔（Ernst Jünger，1895—1998）的小说，多认为是影射攻击纳粹政权。

实现，后来又不再可能。[1] 在社会学家当中经常而且广泛地谈到“理解”，他们认为，不妨让这种理解也能够在一种绝望的情况下加以检验，而不只是在组织良好的社会学家会议的气氛里。我还记得与曼海姆的几次有益的谈话。他大概理解，科学的好奇心在一切时代以及今天给我造成的烦恼，并不比给他造成的少，今天的扩音器像昨天的扩音器一样，对于我都不是一级机构。但首先他不致对我接过他关于科学的好奇心态的说法的话题产生误解，他不致认为这是对胜者发出的呼吁。他的表述包含着过多的客观精神辩证法的内容。他谈到对他人异在的理解。凡是使用这类词语的人都明白，精神之路也要通过谬误，精神即便在它的谬误中仍然是精神。这是一部经典著作的一个地方写着的一句名言。这句大师之言并非特许证书，尤其不是给下流勾当的特许证书，但却是一种保护状，它所保护的文章是自由的儿女们所善于解读的。

[1] 【中译者注】曼海姆于 1947 年离世。

浅说托克维尔的历史编纂

［1946 年夏］

（一）我在青年时代经常听说的一句名言，至今仍萦绕于耳际：谁打赢谁写历史。这听起来像命令那样清楚明白，肯定出自一个士兵之口。

我作为学童读的第一本历史书是安涅加恩（Annegarn）的《世界史》，这是一本从天主教的立场表述德意志历史的有益的家庭常备读物。当时，即 1900 年前后，天主教徒在普鲁士统治下的德国无论如何都不是胜者，他们的历史撰写者们处于困难的守势。我这个毛孩子对此毫无察觉。一个兴奋地读历史书的孩子并没有在意，究竟是谁写的这些优美的历史。我为胆识过人的安涅加恩所吸引，并没有想到历史编纂的问题。

后来，我逐渐地认识了我们时代的胜者和他们的历史撰写者。由此，我明白了上面关于胜利的历史撰写者之名言的社会学内涵。这句话的意思是，俾斯麦帝国的民族自由派的历史学家西伯尔（Sybel）、特赖奇克（Treitschke）及其后继者，是伟大的历史撰写家。除此之外，并没有考虑被战胜的奥地利人或者法国人，至于丹麦人、波兰人和教皇极权主义者更不在话下。可是，还在第一次世界大战临近时，人们就听到了警告，这就是：我们必须当心不要沦为战败者的角色。否则，除战败带来的一切灾难以外，还要加上胜

者的历史学家对我们的历史学家摆出的胜者的得意姿态。

在论及所有这些关于战争的名言时，人们想到的只是19世纪的欧洲陆战，即一种由国家组织的军事战争。人们没有想到内战。关于一般战争有许多重要的言论。诗人和哲学家、历史学家和士兵都谈论过战争。可惜，人们就战争所说的一切，只有从内战中才获得其终极的和痛苦的内涵。许多人都引用赫拉克利特的话：战争乃万物之父。但是，很少有人在引用时敢于想到内战。

（二）长久以来，托克维尔（Alexis de Tocquille）在我心目中是19世纪最伟大的历史学家。他的高雅风度有些过时，但他却是没有陷入那个世纪的演员效应（Histrionismus）的罕有的历史学家之一。令人惊奇的是，他的目光透过革命与复辟的场面，洞察到在相互矛盾的阵线和口号背后进行着的一场发展之决定命运的内核，这场发展利用一切左翼和右翼政党，以便继续推进事态，达到更加深入的集中化和民主化。如果我说这位历史学家的目光有洞察力，这不应被认为他有着一副竭尽全力、绷紧神经进行洞察的目光。他并没有以社会学和心理学为手段的揭露者的激情，没有怀疑论者的虚荣，也没有形而上学的企图。他不想去发现世界历史进程的永恒法则，不论是三阶段法则[1]，还是文化循环说。他不讨论他没有从生存上参与的事情，不谈印度人和埃及人，也不言说伊特拉斯坎人和海地特人。[2] 他并未像伟大的黑格尔和智慧的兰克那样进入世界

[1] 【中译者注】三阶段法则，即法国哲学家孔德（A. Comte，1798—1857）提出的人的认识以及按照人的认识水平解读的人类历史发展的三个阶段，即神学的、形而上学的和实证的阶段。

[2] 【中译者注】伊特拉斯坎人（Etrusker），古意大利的一个民族；海地特人（Hethiter），生活于小亚细亚东部的一个古老民族。

剧院的国王包厢，坐在可爱的上帝旁边。他是一个像孟德斯鸠那样的法国传统意义上的道德学家，同时又是法国 peinture（绘画）观念上的画家。他的目光柔和而明澈，而且总带有一点儿忧伤。他有着知识人的勇气，但出于礼貌和忠诚而给予每个人机会，从不表露出强烈的绝望。于是，1849 年在拿破仑总统[1] 驾前他当了几个月的外交部长，虽然他看透拿破仑是个演员。他在回忆录中描述这场经历的一章，充溢着现实感。人们要认识他，最好读他的回忆录。没有哪个历史学家写出过可与托克维尔的这本奇书相比拟的东西。不过，他的 *Democratie en Amerique*（《民主在美国》）第一卷结尾所提出的伟大预测，使他鹤立于 19 世纪其他所有历史学家之群。

托克维尔预测说，人类注定和不可抗拒地将沿着长久以来所走的集中化和民主化之路走下去。但这个有远见的历史学家并未满足于揭示一个普遍的发展趋势。他直接而明确地指出了承载和推行这个发展的具体的历史力量：美国和俄国。这两个国家虽然如此不同，甚至截然相反，但它们却经由完全不同的途径，一个以自由的组织形式，一个以专政的组织形式，达到同一个结果：一个集中化的和民主化的人类。

（三）这的确非同寻常，一位年轻的欧洲法学家在一百多年前的 1835 年前后能够设想和提出这样一个预测，而托克维尔那个时代的主导性世界观却仍然完全是欧洲中心主义的。黑格尔在此前几年即 1831 年离世，却并未察觉到，这两个新兴世界强国将成为一场新的发展趋势的代表。最令人惊叹的是，这个法国历史学家以如此具体的方式并列指称美国和俄国这两个新的、当时尚未实现工业

---

[1] 【中译者注】原文如此！

化的国家。两个崛起的巨人，两个受欧洲精神影响却并未欧洲化的国家将越过条条国界，越过小欧洲的头顶直接相会。

托克维尔以这种方式所预言的，并非模糊的占卜，并非先知的想像，也不是一般的历史哲学构想。这是基于具体的观察和深思熟虑的判断所得出的现实预测，是以欧洲知识界的勇气提出并以法国精神的精确性表达的现实预测。随着这个预测的提出，欧洲的自我意识发生了变化，开始了我们的精神之自我历史定位的新阶段。这一点只是在后来通过公开的危机这个探照灯和《西方的没落》的醒目标题这个扩音器，方才为更广泛的阶层所认识。这并非今天和昨天的论题。现代关于这个世俗论题的第一篇文章出自托克维尔。一直到今天，它仍然同时又是最重要的文章，因为它是最具体的论说。深刻的历史性真理在其出现的瞬间，便得到最清楚的语言表达。

（四）托克维尔是个战败者，在他身上集中了各种各样的失败。这并非偶然，并非晦气使然，而是命运注定的和生存造成的。托克维尔作为贵族是内战的失败者，这意味着：带来最糟糕的失败的最糟糕的战争的失败者。他属于被1789年革命战胜的社会阶层。他作为自由派预见到不再自由的1848年革命，并因这场革命恐怖的爆发而受到致命打击。托克维尔作为法国人，属于在经历了20年之久的联合战争之后被英国、俄国、奥地利和普鲁士打败的民族。因此，托克维尔是外交世界大战的失败者。作为欧洲人，他同样沦为失败者的角色，因为，他预见到一个发展趋势，这将使美国和俄国这两个新兴强国越过欧洲人的头顶，成为不可抗拒的集中化和民主化的代表和继承者。最后，托克维尔作为根据父辈的信仰通过洗礼和传统保持下来的基督徒，败在了他那个时代的科学上的不可知论之下。

所以，托克维尔并没有成为似乎比其他任何人更有理由被预先规定的角色：一个信奉基督教的厄庇墨透斯。他缺乏使自己的历史性的欧洲理念不致陷于绝望的救赎史后盾。欧洲在没有 Katechon（阻挡）理念的情况下被丢失了。托克维尔不知 Katechon（阻挡）为何物。他为此而寻求聪明的妥协。托克维尔自己正像因此而对他发出哄笑的对手们一样，感觉到了这种妥协的虚弱。

于是，托克维尔成为接受其失败的战败者。C'est un vaincu qui accepte sa défaite（这是一个接受其失败的战败者）。基佐在谈到他时如是说，圣伯夫（Sainte-Beuve）[1] 极力散布这个说法。这句话含有恶意。文学批评家将之当作置这位著名历史学家于死地的毒箭。但上帝改变了这种邪恶用心的意义，使之成为一种始料未及的深层内涵的证明。于是，这句别有用心的恶言，甚至可以被用来使人破解使这位战败的法国人凌驾于他那个世纪的其他历史撰写者之上的伟大人格奥秘。

（五）1940 年秋，当法国被击败倒地的时候，我曾与一位南斯拉夫人——我非常喜爱的塞尔维亚诗人安德里克（Ivo Andric）[2] 谈过一次话。我们因为都熟悉和尊敬布洛瓦（Leon Bloy）[3] 而情投意合。这个塞尔维亚人给我讲了下面一个出自他的民族神话的故事：塞尔维亚传说中的英雄克拉列维（Marko Kraljevie）跟一个力大无比的土耳其人奋战了一整天，经顽强搏斗将他击倒在地。当他杀死

---

[1] 【中译者注】圣伯夫（Charles-Augustin Sainte-Beuve），1804—1869，法国文学批评家。

[2] 【中译者注】安德里克，1892—1975，“二战”后曾任南斯拉夫作家协会主席，1961 年获诺贝尔文学奖。

[3] 【中译者注】布洛瓦，1846—1917，法国作家。

被击败的敌人之后，安睡在死者心口的一条蛇醒了，它对马科说：你很幸运，我在你们搏斗时睡着了。这时英雄大叫：悲哉，我杀死了一个比我强大的人！

当时，我将这个故事又讲给了几个朋友和相识听，包括在驻巴黎的占领军中当军官的容格尔。我们全都深为感动。但我们大家心里也很明白，今天的战胜者不会为这类中世纪的故事所动。这也是你的伟大预见呀，可怜的、战败的托克维尔！

两座坟茔

［1946 年 8 月 25 日］

在 40 年的时间里，一股汹涌的潮流反复将我从德国西部抛到柏林，并牢牢束缚在那里，一直到如今。这背逆我的一切心愿和本能、一切计划和意向。18 年来，我住在柏林，没有真正想过要住在这里，可也并未离开。我这个时代和我这个社会阶层的许多德国人有过类似的经历。一个巨大的漩涡将我们挟持到这里。一股回旋的急流在这里将我们抛下来。柏林变成了我们的命运，而我们这些柏林的牺牲品又成为柏林的命运。对我们而言，这个成问题的开创者的首都更像一个驿站，而不是一个真正的城市和居家之地。在这里的许许多多居民看来，柏林事实上只不过是一个无安闲之时的工作场所，有着完美的剧院和丰富多彩的夜生活，又有众多直达湖滨和深山的远足机会的调节。柏林是陶醉于创新者的麇集之地，是普罗米修斯的火炉，最终是一个火葬场。纵观历史，难道它只是一个火葬场，甚至最终连火葬场也不是，只是一只垃圾桶和一个瓦砾堆？

柏林远远不止如此，而是某种全然不同的所在。这里不仅有瓦砾和废墟，而且也有墓园。一座城市之具有历史地位，是由于它有墓园。诚然，教堂和宫殿主宰着市容，但更深刻的影响则来自坟茔。坟茔悄无声息、令人不可捉摸地播放出它们的死亡乐曲。罗马之为圣城，首先是由于它的墓园，其次才是它的教堂和宫殿。柏林

没有堪为圣城的东西。在这里我们且不谈它的教堂。可是，在柏林有真正的墓园。不仅有朴素、得体、诚实、未遭艺术行当的实验破坏的墓园，不仅有比虚饰的陵墓更感动人的穷人、外来者和不知名者的墓，也有理应赢得历史尊贵地位的墓园。

我在这里并没有想到名哲费希特和黑格尔。他们的墓并没有名气。这类唯心主义思想家与肉身的复活有着一种过分可疑的关系，所以，他们的墓本身不大可能埋藏着历史期待的萌芽。费希特之超凡的自我已经以某种方式驯服了一个新的非我，而黑格尔的绝对精神则保持着开放状态落户在某些新的官邸。柏林有一些美丽而庄重的艺术家和学者的墓。坐落于特格尔的洪堡墓，是臻于成熟的古典主义之完美纪念碑。此外，还有一些作为孤立无助的生存之最后表现的孤坟，如在以前的里克斯多夫的公墓里的鲍威尔（Bruno Bauer）[1] 墓，只是一块刻着虚假的鲍威尔博士头衔的石碑，旧的神学硕士嘲笑他有情可原。

可是，这些墓会证明什么呢？如果遭到破坏或被迁移，会有什么东西随之沉没呢？在伤残者公墓有真正的士兵之墓，尤其荣誉勋章获得者之墓。据我所知，容格尔以前曾保留他进入此一行列的权利。我不知道他现在是否还坚持这一要求。我们很难讨论这类事，由于对我们现实的墓地的了解，我们活在这个尘世间的人不会比对死后生活了解更多。墓还是我们尘世现象全景的一部分。我们孩提时学过，到了老迈之年又将经历所罗门的呼唤：Nemo ante mortem beatus（没有谁死前幸福）。让我们补充上一点：ante sepulcrum（进

[1] 【中译者注】鲍威尔（1809—1882），新教神学家和政论家。他因其激进的《圣经》批判而被免去教职，曾是马克思和恩格斯的老师，其思想对尼采产生重大影响。

入墓穴之前）。我们还可以说：beatus vel miser（幸福或者不幸）。关于这些我们倒可以讨论。我们甚至有义务对一个新的当今问题保持清醒意识。现代的、与进步时代相当的工艺也改进了消灭政治敌手尸体的方法，并使古老的安提戈涅题材现代化了。[1]

在柏林有两座墓，它们证明并使我确信，这座遭破坏的城市不仅只是普罗米修斯火炉的灰烬。两个德国诗人葬在柏林，这两座墓比魏玛皇陵的墓更能够说明我们真实的受难史：这就是万因湖滨的克莱斯特墓和陆军大街公墓的多伯勒墓。仅仅由于这两座墓的存在，柏林便不再是单纯的火葬场和瓦砾堆。

克莱斯特（Heinrich von Kleist）的天性中包含着东西方的矛盾。在青年时代，他曾想当拿破仑麾下的士兵；后来，对外来征服者的敌视占据了他的心灵。拿破仑，就是西方。克莱斯特本应有耐性，本可以等待。东方在此以前比西方更有耐性。斯拉夫人的耐性成为我们的过错之母。当然，在柏林有着过多的精神，不可能有多少耐性。不过，即便从精神方面看，拿破仑对普鲁士的征服也并不持久。只有那种了解其猎物比猎物对自身的了解更全面的人，才能进行征服，当时的普鲁士哲学家们对西方思想的认知，无疑超过当时的西方对东方力量哪怕只是皮毛的了解。

克莱斯特对法国人的仇恨并不意味着选择东方，当时根本不存

---

[1] 【中译者注】安提戈涅（Antigone），希腊神话中的形象。底比斯王俄狄甫斯的女儿，陪同被放逐的父亲前往科洛诺。后来由于违抗新王克瑞翁的禁令，安葬阵亡的哥哥而被拘禁在墓穴内，因而被迫自缢。安提戈涅作为处于神要求履行的义务与人的禁令之间的矛盾之中的人物，成为自索福克勒斯以来的剧作家和诗人们的常用题材。

在当今意义上的东方。但在具体的国际政治环境中，对法国人的仇恨却已经是对俄国的选择，对这个将拿破仑击倒在地的陆地强国的选择，连同整个19世纪由此产生的一切后果。这不仅对普鲁士和为普鲁士所统治的德国而言，而且对处在一个强大的德国的阴影之下的欧洲，也是如此。这至少是固有的普鲁士本质之内的、强大的东方因素的现实化。克莱斯特在死前一年写下了那篇耐人寻味、一再使人惊叹的文章《论木偶剧》。文章结尾出现一头熊，它以坚定不移的本能胜过任何一种技术，哪怕是最具智能的技术。这头熊弄得花剑手疲于奔命，只是因为它对佯攻毫无反应。这个无意识力量的代表是一个神话般的象征，已经处在东西方深刻对立的阵线之内了。这一对立从德国中间穿过，从德国心脏中间穿过。在德国文学的古典作家中，以这种形象表现的对立完全不可想像。但从东方看，它在18世纪就已经出现了。这个时代的一个值得注意的文献，是德意志东方最地道的哲学家哈曼（Johann Georg Hamann）1776年从哥尼斯堡[1]向腓特烈大帝发出的呼吁信。为对抗无忧宫哲学家[2]，更加伟大的哲学家哈曼向普鲁士国王发出这次呼吁。无忧宫哲学家即西方，而普鲁士国王则为东方。然而，在伏尔泰时代，谁会读这样一封信？谁又理解这样一个呼吁？相反，在后来的一个世纪里，一个像鲍威尔这样的黑格尔左派人物却能够充满着世界历

---

[1] 【中译者注】哥尼斯堡（Konigsberg），原德国东普鲁士省会，1945年划归苏联，改名为加里宁格勒。通过1544年建立的阿伯图斯大学（Albertus-Uni），哥尼斯堡在此后几个世纪里曾是德国思想生活的中心。这个大学最著名的教授就是生于斯死于斯的康德。哈曼（1730—1788）一生的大部分时间生活在哥尼斯堡。

[2] 【中译者注】这里说的无忧宫哲学家指伏尔泰，他在1750年应普鲁士国王腓特烈大帝邀请前往波茨坦，1753年离开普鲁王。无忧宫是国王在波茨坦附近的行宫。

史意识而选择东方。

1935年秋，我与诗人魏斯（Konrad Weiβ）[1]和两个来自魏斯特法伦的朋友在万因湖过访克莱斯特墓。魏斯曾就此发表过一篇精彩文章。在魏斯充满圣母玛利亚崇拜的历史观之下，克莱斯特笔下的女性形象带有美丽动人的基督徒风韵，而歌德的女性形象要么因崇尚理想而苍白无力，要么便是情人般的浪漫。我们没有谈论克莱斯特之死。1944年10月，我与我的女儿阿尼玛一起再访他的墓。朴实的、已有某些传统的旧墓碑被清除，被一座现代化的简洁墓碑取代。古老而箴言般的铭文也不得不让位于出自他的《冯·霍姆堡王子》的一行诗：

啊，不朽，你现在完全属于了我！

这在这个地方听起来太过残酷。正在逼近的、带来自杀传染病的死亡之鸟，扑棱着翅膀在空中盘旋。这是一个可怕的时刻。可是，我不愿跟一个13岁的孩子谈这种事。这时，我自己的经验推动我继续我的思考，说出我看明白的事。

克莱斯特墓是一个自杀者之墓。他有计划地、头脑冷静地用自己的手杀死了自己。任何理想主义的雄辩言辞都无法掩饰和否认这一点。旧的墓碑上曾写着：

他在这里寻求死，可得到的是不朽。

---

[1]【中译者注】魏斯，1880—1940，德国作家，其作品特点是对历史作出基督教的诠释。

这果真是他所寻求的死？死的欲求并不是死。有人想知道他真正得到的是什么吗？今天，我不由心怀恐惧地想，1811 年 11 月发生的这次自杀事件，可能就是 1945 年春恰恰在柏林的这一部分，恰恰又是在一个特定的社会阶层发生过的自杀的序幕。

一个现代诗人，甚至其中最具现代性的诗人多伯勒（Theodor Däubler）的一行诗说：

> 植物教我们知道
> 异教徒的安静的死。

我不相信异教徒的这种安静的死，也不相信他们的植物性质。异教徒在这一方面先于我们所拥有的，而 20 世纪的一个欧洲人曾徒劳地试图模仿他们的，是另一种东西，这就是——将自杀变成一件圣事的力量。只有惟一一个人以我们所理解的方式做成了这件事，这就是一位廊下派哲学家，他庄重地趋步进入自由国度，并在其中瞥见终极的、从根本上堪称惟一的可能性，这种可能性证明他作为人的尊严和验证他的道德自由。我一生之中知道两个可能在这种动机影响之下而自裁的人，这就是 1936 年在绝望之中死去的新康德主义哲学家本施（Otto Bänsch）和 1944 年以死而使朋友们免受警察讯问的 W. 阿尔曼（Wilhelm Ahlmann）。

只有在内战时代，这种死亡方式才具有榜样性的意义。一个著名的历史个案是哲学家孔多塞[1] 之死。他在 1793 年恐怖期间服毒自杀，以这种方式避免恐怖之害，同时却也死于恐怖。不过，这已

[1] 【中译者注】孔多塞，1743—1794，法国数学家、政治家和哲学家。

颇具现代性。事实上，塞涅卡（Seneca）[1] 是完成这种高度哲学性的圣事的惟一教士。他是异教皇帝尼禄和基督教使徒保罗的同时代人。塞涅卡的语言颇有变成肉身之圣言的深长意味。他的行为已被投上一道庄严的光芒，这是神人（Gottmensch）的十字架死亡才可能赋予的庄严。在这里也必须提一下塞涅卡的侄儿卢坎（Lucan），因为他是内战诗人。两人都是绝无仅有、不可重现而又始终临在的事件的同时代人。这些事件奠定和维护着我们的永世（Äon）。对我们而言，廊下派自杀[2] 的微弱光芒便来自这里，来自我们永世的本原。它只是月亮般的光，犹如一切人道主义的宗教尝试的光，并不具有圣礼形式。

克莱斯特并非廊下派哲人。他的自杀也并非一场内战的战斗行动。死亡欲占有了他。他知道害怕，他寻求墓穴之乐。他寻求皇后的卧榻。可是，他并没有变成死亡欲求天使。他不是异教徒，既非不屈不挠的前基督教的异教徒，亦非现代贪恋生命而又绝望此岸的意义上的有意张扬的异教徒。他远远超越死亡和墓穴因素之外。他想打开，以暴力打开彼岸之门，而且不愿孤独行事。他带着一个女伴，一个甘愿献身的牺牲品。当他在庄重地宣示着他的快乐的情况下，带着一个作为陪伴、牺牲品和证人的女人走向死亡时，他寻求着进入另一个国度的道路，并试验开辟这条道路的仪式。他的行为超越自然，演练一件圣事。

---

[1] 【中译者注】塞涅卡，约前4—65，罗马廊下派哲学家、作家和诗人。因被指控参与谋叛罗马皇帝尼禄的事件而被迫自杀。

[2] 【中译者注】西方古代哲学反对自杀，认为这是擅自脱离众神的庇护。而廊下派和伊壁鸠鲁派则肯定自杀，认为这在生活目的无法实现的情况下，是最后的通向自由之路。

可是，他并没有发现现成的圣事。他甚至没有发现最神圣的三位一体名义下的十字标志，这是安妮苔·德洛斯特－许斯霍夫（Annette von Droste-Hulshoff）[1] 曾体验并在她最有力的一首诗中所证明的标志。克莱斯特向自由国度的飞跃由此而变成了一种暴力行为，女伴不是证人，而只是男人的绝望呼喊的徒然回响。这是一个德国作家的暴力行为，德国古典作家们的人道主义和德国哲学的唯心主义没有进行拯救便将他遗弃了，因为两者都不可能为他提供圣事，甚至提供一种标志。人道主义和唯心主义，如魏斯所说，这两者有充足的光，却没有空气。相反，从玛利亚，从 Immaculata（圣洁无染者）那里投来的一道光，落在了克莱斯特的女性形象身上，落在了他那阿玛宗人[2] 以及他那梦游的少女们身上，而玛利亚这个慈爱多助的圣母，不可能舍弃这个塑造了这些女性形象的诗人而不给予佑助。她的天国的柔爱气息，释解了这座墓凝滞的哀诉。

另一座墓在国家体育场附近的修饰颇具个性化的大城市公墓。这就是我刚刚引用过的“异教徒的安静的死”这句诗的作者多伯勒之墓。诗人多伯勒是南方人，生于的里亚斯特，经罗马、佛罗伦萨和巴黎来到柏林。当他 1912 年到达这里时，正在逼近的世界大战的阴影已经笼罩着威廉的德国和它的首都。这时，柏林好奇的唯理智主义（Intellektualismus）在音乐领域还可以与理查德·施特劳斯（Richard Strauss）[3] 亦步亦趋。在绘画方面，唯理智主义对新的空间概念问题作出热烈反应。在语言文学上，唯理智主义过

[1] 【中译者注】安妮苔·德洛斯特－许斯霍夫，1797—1848，德国女作家。

[2] 【中译者注】希腊神话中的一个女武士部落。居住在小亚细亚里海海滨。克莱斯特曾以这个部落的女王彭忒西亚（Penthesilea）为题材写了一部同名悲剧。

[3] 【中译者注】理查德·施特劳斯，1864—1949，德国晚期浪漫派作曲家。

分独立，听不见外界的声音。像海姆（Georg Heym）和特拉克尔（Georg Trakl）这样的年轻的死亡之鸟[1]不可能不受到注意。没有什么东西不受到注意，多伯勒也不例外。可是，人们该怎样看这个可怜的不修边幅的波希米亚人呢？他是一个大块头，他有一部大块头作品，这就是厚厚的三卷本叙事诗《北极光》。施拉夫（Johannes Schlaf）以他无可比拟的嗅觉立即将这部叙事诗名为欧洲史诗。可是，在1912年前后的柏林，谁会相信，正是这个吸纳了法国和意大利精神和艺术的完美成就的伟大欧洲诗人，比自诩具有现代性的所有艺术家和文学家都更具有无限的现代性呢？

这个不修边幅的大块头实际上是欧洲感伤文学的天才，是只有伊利里亚人[2]才可能达到的语言天才。因此，多伯勒是他的那位生活在4世纪的同胞、神学家哲罗姆（Hieronymus）[3]的一个现代艺术上的对立形象。哲罗姆是《圣经》拉丁文通俗译本之父，我们自贝玑（Charles Péguy）[4]以来便领略和感觉到了这个译本的音韵之美。19世纪欧洲印象主义、未来主义、立体主义和表现主义以及形形色色的驳杂尝试所开创的东西，都始料未及地在德语中得到实现。德语诗成为一种新的音韵、色彩和思想巧妙结合的作品。德语诗变成了一部乐曲总谱，其音响和色调的丰盈内涵，持续不断地通过读者和听众校正、诠释和调配。许多诗人参与了语言的变化，其

---

[1] 【中译者注】海姆（1887—1912）和特拉克尔（1887—1914），德国早期表现主义诗人，他们的诗作常常以沦亡、死为题材。所以，施米特在这里称他们为死亡之鸟。

[2] 【中译者注】伊利里亚人，指生活于欧洲巴尔干半岛西北部亚得利亚海沿岸的人。

[3] 【中译者注】哲罗姆，347—419/420，基督教拉丁教父。

[4] 【中译者注】贝玑，1873—1914，法国诗人和哲学家。

中有诸如格奥尔格（Stefan George）和里尔克（R. M. Rilke）这样的一些伟大的名字。然而，只是由于多伯勒的参与，德语才成为一种表现新调性的纯粹的美妙乐器。

多伯勒经常住在柏林，虽然这里既非他的居家之地，也不是他的故土。他爱这个通向不可见之域的驿站，尽管这里有开创者的革新迷狂，尽管他与这里的人有过不愉快的经验。他从未为柏林唱颂歌，却写过一首罗马颂，还写过一首献给米兰的诗和赞美一些意大利城市的颂歌。他写过一些诗讴歌科隆大教堂和德国其他地方，但只有精彩的开篇。不过，在他从地中海穿越西欧，走完这段遥远的路以后，他愿意葬在柏林。

这漫游者想躺下来
躺在那等待者群中。

里尔克和格奥尔格到了瑞士，并安葬在那里。多伯勒写出闪烁着灵知光辉的叙述肉体复活的诗歌，这个诗人在柏林，在勃兰登堡边区的沙地里，躺在了等待者行列中。他的墓碑上镌刻着：

精神之音响彻世界
使世界和解。

我们不禁要问：哪种精神？是久居柏林的黑格尔的绝对精神？还是安妮苔曾寄希望于其标志的基督教三位一体精神？抑或我们应从其区别验证自己的众多其他精神中的一个？多伯勒的诗学泛神论以同样的激情包容所有这些精神，并将之拉进他的节奏急流。他能娴熟地驾驭一切。他能在无限的层面上同时让每一个词和每一个概

念闪光和流动。“所有的东西都成为一只球的第一次尝试的圆满梦想。”这个诗人与一切宗教的和哲学的生存实体（Entitäten）生活在一起，犹如伟大的潘神[1] 与一切植物和动物永远相伴。他像著名的古代雕塑中的尼罗父亲在他的儿女们中间那样，安居于这些实体当中。可是，刻在墓碑上的一行诗并未停留在纯诗学的不受约束领域。这行诗不可避免地从宗教或形而上的抑或哲学的认信，从一种决断接受了某些东西。

关于使世界和解的那句诗，是多伯勒的伟大史诗《北极光》的最后一句，是它的结语，是它的结论。作品本身充溢着生命活力和灵气，所以，我们无须在这里为精神与生命、精神与灵魂这类论战性反题浪费时间。这在我从一开始便很清楚。但对于这北极光象征之根本性的历史哲学内涵，我长久以来却始终未得其解。在我写于1916年的一篇稚气十足的文章中，我曾提出一种基督教的诠释，而多伯勒以他无限宽广的胸怀未提任何异议地容忍了这一诠释。今天我才明白，北极光投射出的是人类灵知的惨淡光芒。北极光是一个正在拯救自己的人类的气象学信号，是大地上的超凡人物发射到宇宙去的本属大地的光。当我读到蒲鲁东的一篇附有一条关于地球及其人类的命运的长长的注释的文章以后，我方才认识到理解多伯勒关于北极光的思想的思想史背景。这个热爱此类思辨的富有见解的法国革命家说，地球的命运是逐渐冷却，并像月球一样死去。到那时，人类必将与他们的行星一起死亡，如果他们不能使自己升华为精神——Spiritualite, Conscience, Liberte（精神、意识、自由）——的话。在多伯勒看来，北极光是人类通过精神和在精神之中得到这种拯救的地球上的见证和保证。

---

[1] 【中译者注】Pan，希腊神话中主宰森林和畜牧的神。

蒲鲁东关于地球及其人类的命运的宇宙—历史哲学的幻想，我是在他1865年作为书在巴黎出版的艺术哲学论文集中发现的。可是，我得到它却是在1938年，即在多伯勒去世四年之后，在我开始研究北极光的象征意义并发现傅立叶（Charles Fourier）[1]和福楼拜（Gustave Flaubert）[2]的一些评论整整28年之后。操纵我们搜求书籍的神秘莫测的手，只是在后来才将我引向和翻开蒲鲁东的那一段话所在的地方。我猜想，这超凡的北极光思想大概来源于圣西门主义[3]圈子，至少从那里领受了具有思想史意义的感染力。我不知道多伯勒对其内情了解多少。他对古代奥秘的直觉认识令人惊叹，而古代的奥秘涉及太阳、月亮、地球和星辰。在这里——根据巴霍芬（Bachofen）所编定的普鲁塔克（Plutarch）[4]著作的说法——灵魂属于月亮，精神属于太阳，躯体属于大地。北极光并非古代的奥秘象征。多伯勒从与人的交谈中，以及从看似偶然、不断增强着他的直觉的音韵上的巧合，了解和知道了许许多多东西。弗洛伦茨（Florenz）的genius loci（地方守护神），巴霍芬的无限广泛的影响，以及19世纪其他方面的思想来源，也感染了多伯勒。他经常提到一种深奥的知识，却从不讨论思想史上的联系，而认识这种联系，对于我却是通向知识的门径。

偶读蒲鲁东的注释使我明白了北极光象征的内涵。我现在理清

---

[1] 【中译者注】傅立叶，1772—1837，法国社会哲学家。

[2] 【中译者注】福楼拜，1821—1880，法国作家。

[3] 【中译者注】圣西门主义（Saint-Simanismus），根据法国社会学家圣西门（C. H. Saint-Simon，1760—1825）的思想所创立的社会主义学说。

[4] 【中译者注】巴霍芬是瑞士著名古典语文学家，其名著有《母权制》；普鲁塔克，约50—125，罗马帝国时期的希腊哲学家和历史学家。

了多伯勒的精神概念的来源，它从德国形而上学源泉、神秘的地中海沉积和普罗米修斯—大西洋海湾洋流吸取了营养。后来，我的一段缓慢的、多年的成长过程使我在内心远离了多伯勒。我自 1910 年以来便以高昂激情研究他的作品。艾斯勒（Fritz Eisler）以他的非凡聪慧和细腻感觉验证着我的看法。1916 年，我写的关于《北极光》的小书便是献给艾斯勒的，他于 1914 年在法国阵亡。从所有这一切产生了与多伯勒在心灵上的个人友谊。第一次世界大战以后，这种友谊逐渐淡化，多伯勒的名字终于得到承认。而这时，我更接近魏斯这个信奉天主教的施瓦本人，这个写过《库梅的占卜女巫》、《坦塔罗斯》和《基督教的厄庇墨透斯》的作家。这一切都是在没有间隔或者未作解释的情况下发生的，既无选择和决断，也没有磋商或讨论，正如木头的纹理在一棵树里形成那样。这是我的生活线条，我们也许可以在事后将之勾画出来，但却无法预见和在其生长过程中规定其走向。

魏斯于 1940 年 1 月在慕尼黑去世，并葬在那里。我这个可怜的人已经放弃在我父辈的故土莫泽河边深山中安葬的希望。但我始终还是希望在威斯特法伦的藻厄兰，即在我的父母安息的艾林豪森的天主教公墓找到一块墓地。这个公墓面临莱纳河，这条流经藻厄兰的河，在我童年时代还涌流着甘洌而丰沛的山水，我在后来的日子里看着它逐渐变成一条可怜的排放工业废水的沟渠。然而，假若我的遗骸在勃兰登堡边区的沙地与大地交融为一体，期待着世界末日和死者复活，我也不会感到有失身份。我没有拟定我的墓志铭。甚至墓碑上也不会刻上 Hic et Nunc（此地和此刻）之类的字。可是，如果我的孩子想知道她的父亲的命运中的某些奥秘，问我——感动我的生命之最深层的内核的话是什么，我不会向她引用多伯勒的诗句。我不会像普罗米修斯那样回答她，而只是作为一个基督教的厄

庇墨透斯向她转述魏斯的一段诗：

思想之如是就在不断的自我探求，
让灵魂走向世界，摆脱阴暗的牢笼。
要做完你必须做的事，——
这事本已完成，你只是作出回应。

献给我的女儿阿尼玛·露易丝

从囹圄中获救

［1946 年夏］

一

我们的生命通过我们的劳作，通过我们在工作和职业中的创造性而留下痕迹和纹理。我作为教师和学者定位在两个法学领域——国际法和宪法法。这两个学科都属于公法。这两个领域的工作具有最强烈的传媒性，涉及内政和外交范围的问题，因而直接面对政治危险。这两个学科的法学家避不开这种危险，哪怕他在纯实定主义的涅槃之中隐迹循形。他充其量也只能减轻危险，这就是：他要么落脚在带有历史的和哲学的保护色的生僻的边缘领域，要么他将提出保留和进行掩饰的技巧发展到了极致。在安定的时代，有为保护自然、精神和文物而建立的中立区和安适的港湾。在动荡的岁月里，这些东西就不复存在了。这时，潜伏于一切自由思想之内的危险立即表露出来。公法学者和教师突然看到，自己被一些人打上属于某种自由的话语和某种自由思想的印记。而这些人在其生活中从不曾有过自由的思想，他们从本性上便与任何自由格格不入。但不仅如此，一个公法学者的学术工作、他的著作本身，便将他定位在某一特定的国家、特定的群体和力量，以及一个特定的时代环境。他所由构成他的概念和他的学术工作以之为依据的材料，使他受到

政治环境的制约，这种环境的好坏、顺逆、成败，也影响到这位学者和教师，并决定着他的个人命运。

在公开的或潜在的内战年代，最容易感觉到这种现实情况。内战有其特别残酷的方面。内战是兄弟阋墙，因为它是在一个共同的、包括对手在内的政治统一体之内进行，在同一个法律制度之内进行，因为，交战的双方同时绝对坚持和绝对否定这个共同的统一体。双方都绝对地和无条件地将对手视为不义的一方。它们以正义的名义取消对手的正义性。内战的本质是，屈服于敌人的司法权（Jurisdiktion）。因此，内战与正义有一种密切的、特有的辩证关系。它只可能是自以为正义的正义，并进而成为正义的和自以为正义的战争的原初典型。

比其他任何形式的战争更加危险的是，每一方都被迫残忍地以自己的正义和同样残忍地以对手的不义为前提。此一方要求合法的权利（正义），彼一方要求自然的权利（正义）。前一种情况赋予人要求服从的权利，后一种情况赋予人进行反抗的权利。法律性的论证和机构的干预毒化了斗争，使之变得极端惨烈，因为司法的手段和方法被当成了毁灭的手段和方法。人们主持审判，同时又仍然是敌人。革命法庭和人民法院的建立，并未缓和而是更加加剧了恐怖。公开的法律上的诋毁和歧视，或明或暗的黑名单，宣布对手为国家、民族或人类的敌人的声明，并不是为了给予对手以作战一方的敌人的法律地位，相反还要剥夺他们的这项最后权利。这些做法的目的，是以法律的名义进行的全面权利剥夺。敌对是如此极端，甚至古老的敌人与罪犯的庄严区分，也因自以为是的正义性的阵阵发作而消失。对自己的正义性的怀疑被视为背叛；对敌方论证表现出兴趣是心怀叵测；进行讨论的企图是通敌。

所有这些，都是说明内战与正义的辩证关系的词语和表现形

式。世上有各种不同的战争：神圣的战争、正义的战争和决斗性战争（Düllkrieg）。圣战和决斗性战争都还保持着某些原初性的上帝裁决品格。相反，正义战争则将裁决放在了人的手里。在现代实定主义时代，情况有些特殊。现代实定主义将正义性变成了一种人为了人而制定的法律，使正义性成为种种规定中的一种。实定主义同样剥夺了正义战争的最后一点儿神圣思想残余。正义女神打开了她的潘多拉盒子，于是，不仅出现了错综复杂的诉讼程序的陷阱，而且还有流血内战之司法形式的恐怖。

二

在正义的这种真正悲剧性的辩证法中，法学变成了什么？如果每一个当权者都成为残暴的执掌法律的人，法学家又能有何作为？

在伟大的英雄的世界历史的视角之下，这个难解的问题很容易回答。在 12 和 13 世纪，从意大利中部和北部城邦的可怕的党派斗争中，罗马法精神获得了新生。在 16 世纪的教派内战中，受迫害和遭流放的人们当中，出现了一些光辉的名字，如天主教方面的斯托里（John Story）和新教方面的多奈卢斯（Donellus）。当时，教会通过莫尔（Thomas Morus）为我们树立了一个护佑圣者。我还要谈一下公法，即 jus publicum Europaeum（欧洲公法）的奠基者们。当然，在他们那个英雄时代以后和自 18 世纪以来，法学家大大官僚化和资产阶级化了。在 19 世纪，他们的职业风险甚至还小于其他任何职业活动。如此看来，伟大的世界历史的回答颇为简单，简而言之，即时代变化不定。在艰难的年代，许多人走向毁灭；一些人成为殉难者甚至圣者；新一代人从苦难和困厄中领受了夺取新成

就的动力。

这回答既残酷而又令人感到欣慰。它戴着黑格尔的世界精神（Welt-geist）的一切回答和预言所戴着的双重面孔。这是我们都知道的。世界历史并非幸福的土壤，我们虽不想鄙夷世界历史的安慰，但这安慰却肤浅而空泛。人们相互加诸对方的痛苦是可怕的。我们不可能简单地对此视而不见。可是，让我们如何承受得住这痛苦的正视？尤其对于一个法律知识已成为其生命的一部分的人，让他如何忍受全部剥夺权利——不论这在个案中涉及谁——这个简单事实，哪怕只是纯粹的可能性？如果这全面的剥夺权利涉及他本人，那么，这个被剥夺权利的法学家，这个变成了 outlaw（失去法律保护）的 lawyer（法学家），这个 hors-la-loi（不受法律保护的）墨守成规者，除了所有其他肉体和心灵的痛苦以外，还添加了一味苦涩的佐料，这就是知识之刺，就是不断地重新挑开火辣辣地作痛的伤口的知识之刺。

众神啊，你们的恩赐如此丰厚，
可随这恩赐而来的痛苦
却折磨得我不堪承受。

三

一个受到人的折磨的人，最后的避难所总是祈祷，向着被钉上十字架的上帝急促地喃喃祈祷。在痛苦的煎熬中我们认识了上帝，上帝也认识了我们。我们的上帝并不是作为犹太人被犹太人乱石击死的，并不是作为罗马人被罗马人枭首的。他不可能被枭首。他不

再有权利意义上的首，因为他失去了权利。他的死是外来征服者对他宣判的钉上十字架的奴隶之死。

我们的囚牢之门有时突然敞开，一条神秘莫测的路展现于眼前，这路通向内在，通向许多形式的沉默和静谧，但也通向种种新的邂逅和一个新的现实。只要我们的意识仍然保持着与我们尘世此在的工作的联系，由此便产生一种新的与既往的联系，产生一种与其境遇跟我们自己的情况相当的思想家们的个人共存，产生众多接触和对话，这些接触和对话的力量足以移动一座座图书之山，其烈火将把一个个巨大的故纸堆的虚假真实烧成灰烬。灵魂与精神直接对我们讲话，讲到我们和它们自己本身。我在这里指的，并非文艺复兴和人文主义时代的天才和巨人，并非帕纳萨斯和奥林匹斯[1]；也不是指德国唯心主义哲学想从中啜饮无限性的精神国度之泡沫外溢的酒杯。所有这些都不是我要说的东西。我想到的是那些可怜的痛苦万分的人，是那些处在孤独的危险境地的人，他们的情况跟我相近，他们的思想在这种情况之下使我能够充分理解，而且我敢肯定，他们也理解我。

我致力于对公法进行科学梳理的工作。这个领域远远超出一个民族的范围，尤其远远超出一代人之实在的合法性。尽管如此，它却不是脱离具体环境的一般性，不是毫无差别的一切世界和一切时代的事务。这个领域是欧洲精神的一个创造，是 jus publicum Europaeum（欧洲公法），它仍然受到某一特定时代的制约。公法在 16 和 17 世纪产生于可怕的欧洲内战。这是其开端和起点。它开

[1] 【中译者注】帕纳萨斯（Parnaβ，希腊文：Parnassus），希腊神话中缪斯（艺术女神）所居之地，在此指诗人国度；奥林匹斯（Olympos），希腊神话中众神所居之山林，转义指精神国度。

端时的情况与我们当今的情况有亲缘关系，这是一种超过历史性比照物、超过模拟的精神的亲缘关系，是某种有别于施宾格勒所称的同源性（Homologie）的东西。这里存在着精神生存的同一性（Identitäten），这些同一性一直深入到最属个人性的命运之内，甚至一直深入到所有这样一些人的心灵之内，这类人试图以其思想和概念从精神上主宰这种情况，并承担这种试图的整个负担。

四

在 16 和 17 世纪欧洲公法的初始时代，一些国际法教师名噪一时，以致他们的荣誉又有了其本身的历史，并提出了自己有趣的思想史思考主题。这些人中有维托里亚（Francisco de Vitoria）、贞提利斯（Albericus Gentilis）[1] 和格劳秀斯。我了解他们，熟知他们的著作、生平和命运，以及他们一直抵达今天的荣誉史。我爱他们。他们完全属于我们这个营垒。但他们的著作并非我的案头读物。在我日常最贴近的地方，是其他两个人的书，这就是两个从国家法方面奠定了国际法的人：博丹和霍布斯。

出现在教派内战时代的这两个名字，对我而言变成了活着的和站在眼前的人的名字，是我超越几个世纪的间隔与之一起生长在一个家庭里的弟兄的名字。那只操纵着我们取用书籍的不可见的手，30 年来反复地为我打开他们的书，而且一而再、再而三地翻到那个精辟段落。当时，我的藏书还没有被夺走。今天，我只得依靠我的

[1] 【中译者注】贞提利斯，1552—1608，意大利法学家，被认为是国际法学科的创始人。

记忆了。不过，我熟悉两人的思想和行文，就像熟悉一个兄弟的思考和谈话方式。在我的同代人的实定主义压抑着我，在盲目的安全需求使我近于瘫痪的时候，他们使我保持清醒头脑，并推动我进行思考。在他们的著作中，我所得到的对我那个时代的国际法和宪法法问题的回答，比关于俾斯麦宪法或魏玛宪法的评论，比在日内瓦国联的出版物里所可能找到的回答，更具有现实性。他们比具有一时的合法表象的现状之下的所有实定主义者离我更近。因此，我想在这里为他们稍稍费些笔墨。

两人都带有内战的完整印记。可两个人相互之间却大不相同，这是两个人的不同个性使然。博丹是一味拘泥于法律条文的人，有时过分拘泥，缺乏幽默感。他不论作为*巴托鲁*[1]派的法学家，还是作为*居雅斯*[2]派的人文主义者，都学究气十足。但他始终扎根于他的实际职业，从这方面涉猎经济、哲学和神学问题。他经常走进他的国家和他那个时代的内政火线，干预危险的局势，往往陷于生命危险，而且，死前不久又在错误的时刻投靠错误的一方。他因此而葬送了他毕生工作的实际利益。他在神学争论毫无希望的短兵相接的斗争中变成中立派。他从教派内战的各派之间，认识到特殊的政治性在于一种调解性的中立和宽容态度。出于对公共的安定、安全和秩序的强烈要求，他头脑中形成了最早的、法理清晰的欧洲国家法概念。他成为第一个现代宗教和《圣经》批评家。但他个人始终保持虔诚、笃信，以致近乎迷信，只要争斗着的神学家们的刚愎自用还没有让他觉得信仰是不堪承受的。他相信巫术和超自然力，甚至还有一个神秘的保护神，一个警示和保护他免遭杀手暗害

[1] 【中译者注】Bartolus，1313/14—1357，意大利法学家。

[2] 【中译者注】Cujaz，1522—1590，法国法学家，古典学派代表人物。

的 spiritus familiaris（家神）。他无与伦比的成功是提出欧洲公法的关键性概念，即内政和外交上独立的国家。他是现代国家的助产士之一。但他还不理解以四个形象出现的现代的利维坦，即上帝、动物、人和机器的四重组合。所以，他的绝望还不是太大。

相反，霍布斯却对利维坦有着比较深刻的理解。在神学争论和欧洲内战又经历了一个世纪以后，霍布斯的绝望要比博丹更加深刻。霍布斯属于 17 世纪的那些相互熟悉的伟大孤独者之列。他不仅理解现代利维坦的四重本质，也擅长与之打交道，这种态度对于一个独立思考的个人很可取，如果他要研究一个如此危险的题目的话。在霍布斯看来，政治并不是中立，而是明确划定朋友界线。他已经生活在 amity line（和睦阵线）的时代，生活在成功的海盗和冒险家（Buccaneer）的时代。霍布斯就这类危险的论题进行思考、讨论和撰写著作，他总是利用不可错失的精神自由，总是善于掩护自己，要么在逃亡之中，要么悄悄地躲避起来。霍布斯并非实践家和公共生活中的人物，他从不曾以个人身份抛头露面，一次都没有。即便涉及他个人时，他也始终意识到一切法律的基础，这在他看来是保护与服从的相互关系。这个没有幻想的人，在这一点上比其他方面更少上当。霍布斯要去的地方，是可以指待内战停止和得到有效保护的所在。他可不想跑到他那个时代的掌权者和司法者的刀下。于是，他使自己的观点立于安全之地，并建成了具有最清晰的思想严密性的体系。霍布斯在恐惧和谨小慎微之中活过了九十高龄，度过了一个独立的精神的一生。他和博丹强有力地推动了现代宗教和《圣经》批评。但博丹在神学上始终是虔诚的，甚至近乎迷信，而霍布斯却已经成了启蒙者和怀疑论者。

一个人不应过多地谈论他的朋友们。这两人中的每一个都是我的朋友，不论他们在其他方面多么不同，尽管一个虔诚和迷信，另

一个失去幻想且具有启蒙性质。我不禁要为他们的灵魂祈祷。本身祈祷如此之多，而往往又很急切的博丹，会认为这理所当然。倘若我不这么做，他会感到奇怪。不过，即便霍布斯也不致为此而责怪我。他曾避免讨论这类事情，但他却赞成祈祷，只要祈祷真的能够达到和平目的。为神学家和宗派主义者所挑起的内战，将他逼到绝望境地。尽管如此，霍布斯并没有成为18世纪甚至19世纪风格的启蒙思想家。他的启蒙思想家的气质，还没有达到傲慢的程度。这是在恐惧与忧患中摘下的一个苦果，这是教派内战和凶残的自以为正义的时代结下的苦果。

五

有时在最深切的屈辱之中，我们神性出身的自豪感在我心头油然而生。这是一个幸福的瞬间。这不是梦或者童年的回忆，也不是天堂，但确是一幅画，这幅画表现了我们自己以我们毕生的可怜劳动参与其中的由多个世纪的历史努力浓缩而成的同时性。我们听到一个完整的时代用简洁明白的话语所进行的讨论的内容，我们在一个有着具体位置和角度的瞬间，看见我们自己的现实。仅有一秒钟的时间教我们明白，我们原本在何处，我们从何而来，我们的受难之路通向何方。我要做一次尝试，讨论这样一个瞬间，虽然我知道，我无法重现这幅瞬间的同时性的画面。我必须以谈话方式将画面分解为思想史的和知识社会学的（Wissensoziologisch）线条，并将画面语言迻译成有别于直接同时性的完全另一种语言。

我们都知道，法学是欧洲特有的现象。法学并不只是实际的精

明，不只是技能。它深深地与西方实定主义的历险纠缠在一起。法学作为精神来源于高贵的父母。它的父亲是再生的罗马法，它的母亲是罗马教会。法学与母亲分离的过程，在经历了几个世纪之久的艰难争辩之后，在教派内战时代才最终结束。孩子投靠他的父亲罗马法，离开了母亲的家，寻找一个新寓所，法学在国家中找到了新寓所。这个新寓所有着君主威严，是一座文艺复兴或者巴洛克宫殿。法学家感到自豪，感到远远比神学家优越。

于是，从 16 和 17 世纪的教派内战中产生了 jus publicum Europaeum（欧洲公法）。欧洲公法开始之时有一条敌视神学家的口号，这就是现代国际法的一个奠基人向神学家提出的保持沉默的要求：Silete，theologi，in munere alieno（闭嘴，神学家，不要谈不相干的事）！这是贞提利斯对他们发出的呼喊，在讨论正义战争的背景之下发出的呼喊。我今天还听得到他的呼喊声。

法学家之退出教会，并非分离而退回到一座圣山，毋宁说相反，是从圣山出走而进入俗人领域。法学家在退出时，或明或暗地带走了一些圣物。国家以某些来源于教会的仿制品装饰自己。世俗君主的权利通过来源于教会的说明和论证而得以提高。欧洲公法的法学家们进入以前为神学家所占据的阵地。他们从中世纪基督教会的 Potestas spiritualis（精神权力）说继承了某些东西。中世纪的僧侣们在与世俗当权者的长期争论中，发展了关于正义战争和对暴君的正义反抗的思考缜密的学说。他们提出具有永恒现实性的名言，人们只能用拉丁文引用这些名言，如政治统治（Policraticus）章节的醒目标题：tyrannum licet adulari（僭主可奉承）；tyrannum licet decipere（僭主可欺骗）；tyrannum licet occidere（僭主可诛）。各章的顺序足以说明一切。

基督教中世纪的这些神学家给后来完全不同的时代留下了古

代关于人类敌人、关于 hostis publicus（公敌）、关于 hostis generis humani（人类的敌人）的说法。但是，他们是完全站在一种 Auctoritas（权威）或者甚至 potestas spiritualis（精神权力）组织严密的秩序的基础之上和机构之内提出这些概念和说法的。他们自己以其整个生存而成为罗马教会精神权利的载体。他们关于反抗权，关于正义战争和关于杀死暴君的说法，从其意义看并非内战手段，而是一个现存的、被认可的、超凡的维护秩序的义务（Ordnungspflicht）。

随着与罗马教会的分离，这种情况也不存在了。然而，公法法学家们都从主权国家方面承续了这些学说和概念。他们成功地清除了正义战争说的内战成分，他们将 justa causa belli（战争的正当理由）问题与 justus hostis（正当的敌人）问题区分开来，并重新让人意识到敌人与罪犯的古老区别。这是他们的伟大功绩，这成为新的国际法，即欧洲公法的核心。

这些法学家证明，自己是自己的传统的守护者。他们形成了自己的等级，这个等级虽没有宗教的权威，却具有精神的权威。他们不仅仅是他们那个时代当权者和司法者的技术专家。他们因此而陷入一种危险的、两面受敌的状态（Zwischenlage）。他们清除了神学家的影响，退出了教会机构。于是，他们不由自主地站到了启蒙运动和进步的一边。可是，他们却仍然是自己的传统和权威的守护者，他们在这一方面是保守的。他们的权威已独立于教会，但还远远没有世俗化。当他们将圣物从教会带到国家里去的时候，意图并非在将圣物世俗化和销毁，而是要将可救的东西救出来，使之免受肆虐的教派内战的破坏。他们不是有意要盗窃教会，他们只是想抢救珍贵的财富。不过，我们都知道他们是怎样抢救的。他们的本意是好的和真诚的，虽然历史的影响并非如此。他们是理性主义者，

但并非随后几个世纪意义上的，并非实定主义和纯技术性意义上的理性主义者。

两位伟大的公法奠基人博丹和霍布斯，是精神权利与两面受敌状态这一转变的杰出人物和代表。两人曾与神学家们进行过激烈论辩。两人经过这场论辩成为最有影响的宗教批判和《圣经》批评的开创者。虽然如此，两人仍坚持他们父辈的信仰，而且这不仅反映在表面上。他们并非出于傲慢而转向国家，而是出于绝望，当时他们看到，神学家和宗派主义者们的自以为是的行为一再挑起内战。他们并没有想过要创建一个新宗教，尤其不想创建一个政权还俗主义（laizismus）和实定主义的宗教。于是，便产生了他们的两面受敌状态，他们处于陈旧的东西与崭新的东西之间，并因此而受到来自两个方面的咒骂和诋毁。对神学家而言，他们是无神论者；在激进的启蒙思想家看来，他们只不过是见风使舵的伪君子。甭果这位政权还俗主义的大法师称可怜的博丹是一条鳄鱼。霍布斯被认为是利维坦的先知，仅此一点便使他声名狼藉，备受谴责，因为绝大部分人还很无知，不能区分预测者和先知。

这种两面受敌的中间状态并未局限于基督教教派之间的对立，并未局限于罗马与日内瓦。这种状态广延和深化为传统与革命的对立，而且也并没有就此止步，其终极目的是选择一种彻底的世俗化。当然，人们还不可能很快便意识到这一点，因为，一个自由的中间时代，一个不可思议的繁荣时代走来了，这个时代能够提供保守的情感和态度这类奢侈品。在这个时代，法学家们过得非常优裕。他们现在只有部分人还住在国家房舍里。境遇好些的出入于社交场合，不再住在宫殿里，而是在一个更加舒适的饭店下榻。圣物逐渐褪色，变成了哲学的或历史的装饰品。但它们还能唤起古董的和装饰的兴趣，在大饭店里也还为某些传统如长袍和假发留有空

间。到了彻底的技术时代方才清除了这类东西，完成了全面的世俗化。无情的逻辑使人认识到作为科学的法学之所在，即处于神学与技术之间，而法学家则面临严酷的选择，他被推入纯技术的新的客观性。传统的圣物现在不切实际，也过时了。技术时代的地下室和棚屋取代舒适的饭店而敞开大门。现在收到保持沉默要求者是法学家。现在，对他们发出呼喊的——假若还有这么多拉丁文的话——是当权者和司法者的技术人员：silet jurisculti(闭嘴，法学家们)！

这是一个时代之开始和终结时发出的两个奇怪的要求沉默的命令。开始时，是由法学家针对讨论正义战争的神学家们发出的保持沉默的要求。终结时，是一个针对法学家的要求，要求他们承认纯粹的，即彻底世俗的技术。我们不想在这里讨论两个要求保持沉默的命令之间的联系。在这里最好而又有效的做法是记住，这个时代开始时的情况并不比结束时更少恐怖。每一种情况都有其秘密，每一种科学都包含着自己的 Arcanum（奥秘）。我是欧洲公法的最后一个自觉的代表，是最后一个生存意义上的欧洲公法教师和学者，我经历着欧洲公法的终结，正像本尼托·蔡伦诺经历海盗船航行那样。现在，保持沉默既适地也适时。我们无须为此担心。通过保持沉默，我们思考我们自己本身和我们的神性的来源。

六

我在本文谈到了自己，这在我生平中是第一次。一个进行科学思考的人更愿意谈实际的问题。一个进行历史观察的学者看到自己

身处历史力量与权势的框架和波浪之中，身处教会、国家、政党、阶级、职业和世代之中。一个教育自己和其他许多人养成客观性的法学家，总是避免心理学的自我反映。文学性的忏悔和自我剖白，由于诸如卢梭和可怜的斯特林堡（August Strindber）[1] 的恶劣先例而为我所不齿。作为宪法法专家，我确实有一个以其忏悔和自我剖白而作出惊人成就的难兄弟，他与我境遇相同，这就是自由立宪主义的主要代表贡斯当。他不仅是卓越的宪法拟订者，还是第一部心理小说《阿道尔夫》的作者。此外，他还写有令人吃惊的 journal intime（内心日记）和大量此类书信。我觉得，他比前面提到的那两个自我折磨者更讨人喜欢。不过，他的榜样也不可能推动我去写文学忏悔录。谁要忏悔，就应去找教士。

何况，我们今天还有足够多的、从各个不同方面向我们提出来的问题需要作出回答，这些问题关涉我们自身。提出问题的动机大都是对我们本身的生存产生怀疑。我在谈到这些时，甚至并未提到当局和机构，当局向我们提出的许许多多问题，并非针对我们的本质，只是涉及担保和拘捕的责任。我也不想谈论向我们提出的那些圈套和陷阱般的问题。这些东西部分属于我十分熟悉的古老的利维坦领域，部分则是我们通过荣格已经见识过的林务官员的狩猎区。一个人处在被追猎的野兽的情况之下应持什么态度，这本身便是一个可悲的问题。我不想继续讨论这个问题。

我在这里所说的既非时事评论，也不含辩护意味。这不宜上街，不宜上舞台，也不宜在论坛或者讲台上谈论。我之所以说话，是因为只要我自己还坐在这尘世生活的牢笼里，我就要对已故的几个朋友说一句话；还因为我想给我分离已久的、活着的几个朋友和

---

[1] 【中译者注】斯特林堡，1849—1912，瑞典作家。

散居各国的忠实学生发一个音讯；最后因为，我想念我的女儿阿尼玛（Aaiwa）和教子卡尔·亚历山大（Carl Alexander）。与他们谈话无害于奥秘。这沉默的死寂和人的不可丢失的神性渊源的秘密，将我们所有的人联系在一起。

牢房的智慧

［1947 年 4 月］

你想知道你自己和（也许更想知道）你的现实处境吗？这里有一个灵验的试金石。想一想，关于人的数以千计的定义中，哪一个对于你一语破的。

于是，我在我的牢房里思忖着，而我认为一语破的的定义是，人是赤裸的。最赤裸的人，是被剥掉衣服给带到一个衣履整齐的人面前的人，是被解除武装站在一个全副武装的人面前的人，是丧失权利站在一个权势显赫的人面前的人。所有这些，亚当和夏娃在被逐出天堂时便看明白了。

接着问题就来了：人的定义应以谁为准？是赤裸的人还是着衣的人？是解除武装的人还是全副武装的人？是无权的人还是权势显赫的人？两种人之中，谁离天堂近一些？在当今此在的天堂里，人是穿着衣服走来走去的。我看得明明白白，我自己是赤裸的。

你赤裸着，如出生时那样，赤裸着站在广漠的荒原。

我站在一个狭小牢房的广漠荒原。人们为我留下的衣服只证实客观的赤裸，甚至以极度嘲弄的、令人难堪的强调方式着重指出这个事实。你觉得你完全被抛回到你自己和你最后的储备。我最后的储备是什么？残余的体力。当然，这很容易被挤干。不过，这残余的体力眼下毕竟还是存在的呀。这情况对于我一目了然：

我只继承下自己的躯体，
现在活着将它耗尽。

这是瓦格纳（Richard Wagner）[1] 的西格弗里特以美妙的起伏跌宕的音调唱出的乐句。其中似乎捕捉住了洋溢恣肆的肉体的幸福感。没有哪个后来的音乐家或者诗人表现出如此高昂的躯体幸福感。这种艺术表现力显然还荡漾在1848年德国革命激起的波浪之上。富于乐性的音程源于瓦格纳，但诗句本身却取自施蒂纳（Max Stirner）[2]。由此，我们在走近一个闪烁着一些天堂的赤裸之光的天堂。

我在念八年级时，便知道施蒂纳。多亏与他的结识，我才对今天的遭遇在思想上有所准备，否则我也许会不知所措。凡熟悉1830—1848年欧洲思想进程之深层的人，便对今天在全世界吵吵嚷嚷的事有了准备。德国神学和唯心主义哲学自我瓦解的废墟，自1848年以来就变成了神统谱系学（Theogonie）和宇宙起源学（Kosmogonie）这两种尝试的角力场。今天爆炸的东西，早在1848年以前就准备好了。今天燃烧起来的火，当时就架好了木柴。现在有一些思想史铀矿，这就是前苏格拉底哲人、一些教父以及1848年以前的一些著作。可怜的施蒂纳便属于此列。

总的看来，他这个人可憎、粗野、夸夸其谈、好说大话，是个爱欺生的家伙、颓废的大学生、莽汉、迷失自我的人，显然又是个

[1] 【中译者注】瓦格纳，1813—1883，德国作曲家，西格弗里特是他同名歌剧的主人公。

[2] 【中译者注】施蒂纳，1806—1856，德国哲学家和记者。

严重的精神变态者。他用乌鸦般嘎嘎的大嗓门儿说：我就是我，我觉得没有什么东西超越我。他那种强词夺理的诡辩真叫人受不了。这个叼着雪茄烟的爵士乐迷般的人物令人作呕，常蹲酒馆，放荡不羁。可是，施蒂纳却知道一些重要的事。他知道，自我并非思维客体。所以，他用了整个德语文献中最美、至少最具有德意志性的书名：惟一者及其所有物。在这一瞬间，施蒂纳是到我的牢房探视我的惟一者。这发生在一个如此粗野的自私自利的人身上，使我深受感动。

施蒂纳最后的推动是在一封信里说出的，他说：到那时，我们又将变得像森林里的动物和田野上的花。这是这个迷失于自我的人的真正向往。这是新的天堂。这是自然和自然权利，自我异化和自我放弃在没有问题的血肉之躯中得到了扬弃。这是博斯(Hieronymns Bosch)[1]以白色的赤裸泼洒在画布上的乐园所表现的人祖亚当的赤裸的幸福。此外，还有森林的动物和田野的花，太阳光照下飞舞的小虫子。这是大地此在最深层面完全自然的自然和自然权利。这是罗西尼（G. A. Rossini）[2]的有偷窃癖的喜鹊无忧无虑的鸣叫。这是在因得永福而加速了的血液循环的幸福感中与自己的全然认同。潘神醒了过来，出现在有着尘世意识的圈子里。

施蒂纳是后来占据了德国文学园地及其无问题化天堂最早的潘神膜拜者之一。但这位可怜的潘神却不适应现代自然科学。他的幸福今天甚至已不再是幻想。这便是可怜的大城市度假者在乡下所享受到的幸福感，是度假儿童心中快乐感情的短暂苏醒，我觉得也是一个获奖抒情诗人的幸福感。施蒂纳的快乐不再是永恒，这快乐只

[1] 【中译者注】博斯，1450—1516，荷兰画家。

[2] 【中译者注】罗西尼，1792—1868，意大利作曲家。

是在度假权利的框架之内。这快乐当然总还带有更多的意味，但它注定必须服从假期不可能永恒这个事实。这个可怜的自我只能与自己的回声联姻，在这个不可能有所出的自我享受般的婚姻里，自我不再孤独，已经被吸纳进组织。计划早已将自我吸纳。

计划出现，潘神收敛起笑容。潘神隐没，计划上场。[1] 这是我们德意志语言之内在奥妙的绝好例证。

可是，现在又有一些新的诱惑人的天堂，这一次是一个通盘计划好的世界天堂，有着解放了的生产力和得到无限提高的消费力所展现的美景。此外，还有大大延长了的业余时间以及相应的业余时间活动安排。这是技术化了的地球和组织有序的人类的天堂。自然樊篱倒了；社会樊篱又限制着我们。它不仅限制我们，而且改变我们。因为重要的不再是认识世界和人，而是改变世界和人。

十年来，我们经常感受到人造的技术天堂多么迅速地变成真正的地狱。让我们特别深刻地领教了这一点的是柏林 1946 和 1947 年之交的寒冷冬天，当时管道爆裂摧毁了下水道系统，天堂的阴暗面裸露出来。但这是人们可以防止的故障。这些故障所殃及的全是战败者。人们只需查出和消除造成故障者，问题也就解决了。造成故障者，我们一定会找到的。造成故障者是责任人，责任人便是造成故障者。这在具体情况下所涉及的是谁，有关部门会告知我们。尽管如此，我们仍会达到技术的目的。

50 年前我们先进的祖辈说：我们 50 年以后将飞起来。今天真

---

[1] 【中译者注】原文：Der Plan tritt auf den Plan。这两个 Plan 同形同音，但含义不同，前者意为计划，后者意为平地、开阔的场地、战场。德语句子听起来颇具有韵味，故施米特称之为内在奥妙。

的飞起来了。然而，可以飞起来的既非我们眼前已作古的祖父们，也不是我们这些孙辈的人。不是我们，而是别人飞起来了。我们先进的祖父们所称的我们含有某些动人的东西，其基础是与世界主宰者们的天真的认同，即与那些50年后技术手段将为之服务、解放了的生产力将实现其愿望的人们认同。所有进步神话都立足于这类认同，即立足于这类童稚的假设：人们将属于新天堂的众神之列。但事实上，选择是至为严格的，新的精英们往往比老一代精英们监管得更加仔细。所以，我们在为新天堂欢呼雀跃以前，不妨先观望一下。出于理性，人们还不可能作更多评说。

人们在50年或者100年以后也许将摆脱贫困。现在还活着的人无论如何赶不上。其他人不再会关注我们当前的贫困。因此，我们不要跟着他们跑，也不要跑在他们前面。眼下我感兴趣的只是，在新的技术天堂里，人是赤裸的还是穿衣服的。服装工业很可能会得到飞速发展，会解放出更高的生产力，以致我们每天都能买到新的、绚丽多彩的衣服。傅立叶尽可以对此作详尽的描绘。维吉尔(Publius Vergolius Maro)[1]的《牧歌》第四章所说——羊羔的毛会自动长成紫袍的预言，到那时也会过时，而且是反动的。不过，我们的梦，我们幻想有无限多的层出不穷的新衣服的梦，大概也是过时的和反动的。也许根本就不会再有衣服。技术将不断发展，使我们能够裹上光热外壳，美妙绝伦。但还有更妙的，我们将把我们躯体本身的物质变成光。这是为技术升华了的肉身，就像我们的飞行员变成了技术上达到完美的天使。我们这指的自然只是新天堂的选民们，新的精英们。

---

[1] 【中译者注】维吉尔，前70—前19，古罗马诗人，他写的《牧歌》共十章，第四章预言一个新时代将开始。所称紫袍是王公、红衣主教所穿的衣服。

到那时，他们既不赤裸，也不穿衣服。在一个新的生存阶段，区别将失去其意义。他们根本不再是人。他们成为全然的他者。今天，有些神学家说，上帝是全然的他者。可是，这全然的他者却令人不可捉摸。为什么新的人不应是全然的他者？众所周知，人是某种必须被超越的东西。为什么不让他以这种方式被超越呢？这样一来，他就不再被生育，不再被怀胎，不再被生出。即便赫胥黎（Aldous Huxley）[1] 美好的新世界及其合乎逻辑的、高度科学的后代规划也陈旧过时了。我们的人的定义问题也过时了。到那时，所有一切都是光线。

难道我生在世上就是为了让技术将我们变成光线而工作？如果是这样，我必须听谁的指挥去接受我的工作？因为我已经不再是孑然一身，我早就被吸纳入组织之中。

这都是一些甚至不可再提出来的问题。你根本不应提出问题，而是必须回答提出的问题。拟定问题表的并非我们，而是对你以及你的问题一并提出疑问的其他人。最后，你要明白这是什么意思。你这人真乏味，你竟利用单间关押的奢侈待遇想入非非，认为你只是孤独枯坐，并没有被吸纳。

你莫非想再次上当受骗？

自我欺骗纯属孤独。孤独者与自己一起思考，与自己交谈，我们都知道，在自我对话中，我们在跟一个危险的阿谀者谈话。道德学家们有理由将自传看成是虚荣的标志。不过，在这里所考虑的动机中，虚荣也许还是最无害、最可爱的动机。圣徒不写自传。自我

---

[1] 【中译者注】赫胥黎，1894—1963，三代人中出现过许多杰出学者和专家的英国赫胥黎家族中的一个，著名作家，代表作是《美丽新世界》。

对话和自我欺骗埋藏在牢房最深层的内核中。

笛卡尔的恐惧，令人毛骨悚然，他坐在自己斗室的炉边作哲学推理，一心只想避开欺骗，避开邪恶的、骗人的神思，即 spiritus malignus。在这个隐患面前，我们永远不安全，尤其当我们感到安全的时候。出于对欺骗的恐惧，笛卡尔变成了 l'homme au masque（戴面具的人）。他不再赤裸，但也没有穿衣服。他是戴面具的人。Larvatus prodeo（魔鬼附体般地出现）。恐惧愈变成新欺骗之源，便愈可怕。谁要一心想着避开欺骗，便会一头栽进欺骗里——情感和理智的欺骗，肉体与精神的欺骗，罪恶与美德的欺骗，男人与女人的欺骗。

我总是一再受骗。我总是一再避开了它。最后的一次跳跃，我也会成功的。来吧，可爱的死神。

死也可能欺骗我们。不论是作为跨入自由国度的跳跃的死，还是英雄们的安静的死，一切欺骗都是而且始终是自我欺骗。施蒂纳的自我防护的铁甲是极度的自我欺骗。因此，无害与狡诈、诚实的挑战与阴险的蒙骗的混杂在他身上是如此恶劣。他像任何自我迷狂者一样，将非我视为敌人。于是，整个世界都成为他的敌人。他觉得，假如他随意地给予世界兄弟之吻，世界必定也会上他的当。所以，他便在自我之辩证的分裂力量之前躲藏起来，并试图通过欺骗避开敌人。但这敌人是客观的权力。他避不开它，而且真正的敌人是不容欺骗的。

我的敌人究竟是谁？难道在这牢房里喂养我的人是我的敌人？他甚至给我衣着和居室。牢房是他赠予我的衣服。于是，我自问：究竟谁可能是我的敌人呢？这就是说，我承认他是敌人，甚至还必须承认，他也承认我是敌人。在这种对承认之相互承认中包含

着概念的值（die Größe）。这个概念不太适合有着伪神学的敌人神话的大众时代。神学家们倾向于将敌人定义为必须加以消灭的东西。但我是法学家，并非神学家。

我到底能够承认谁是我的敌人呢？显然，只能是对我提出质疑的人。既然我承认他是敌人，我就得承认他可以对我提出质疑。那么，谁能够真正对我提出质疑呢？只有我质疑我自己，或者我的兄弟质疑我。事实就是如此。他者是我的兄弟。他者表明他是我的兄弟，而兄弟表明自己是我的敌人。亚当和夏娃有两个儿子，该隐和亚伯。[1] 人类的历史如此开始。万物之父便是这副模样。这就是使世界历史保持运动的辩证的分裂，而世界历史尚未结束。

所以，要当心，不要轻易地说敌人。人们是通过自己的敌人划分类别的。人们通过承认其为仇敌的东西将自己划分为等级。当然，糟糕的是那些消灭者，他们以人们必定消灭他们这些消灭者而说明自己行为之正当。但所有的消灭只是自我消灭而已。相反，敌人则是他者。请记住哲学家的伟大名言：他者身上与自己本身的关系，是真正的无限。哲学家说，否定之否定并非中立化（Neutralisation），而是真正的无限之所系。真正的无限是他的哲学的基本概念。敌人是我们自己的作为形象的问题。

悲哉，那没有朋友的人，因为他的敌人将审判他。

悲哉，那没有敌人的人，因为我将在世界末日成为他的敌人。

这是牢房的智慧。我失去我的时间，却赢得我的空间。突然，蕴含着语词的意义的沉寂降临在我身上。Raum（空间）和 Rom

---

[1] 【中译者注】该隐后来杀死了他的兄弟亚伯，并由此获罪。见《圣经·旧约·创世记》，4：8—15。

（罗马）是同一个词。德意志语言的空间力量（Raumkraft）和萌芽力量（Keimkraft）妙不可言。它使得语词与地点押韵，甚至为韵（Reim）这个词保留着空间（Raum）意义，并允许诗人们做这种韵（Reim）与故乡（Heimat）的模糊游戏。

词从韵中搜寻与其涵义相亲近的音。德语的韵并非雨果的韵的信号灯。德语的韵是回响、衣服和装饰，同时又是为涵义定位的探测仪。现在，神秘的诗人、我的两个不相同的朋友多伯勒和魏斯的话感动着我。他们的韵脚的模糊游戏成为内容和请求。

我谛听他们的话，我谛听、感受和认识到我并非赤裸，而是穿了衣服的，并正走在去一处房舍的路上。我看着岁月结出无防护的硕果，从中产生赋予正义以内涵的无防护的硕果：

每个词都产生回响；
犹如从开阔地来的一场风暴，
敲击声穿透我们的门。

花甲之年咏

［1948 年 7 月 11 日］

我体验过命运的摆布。
胜利和失败，革命和复辟，
通货膨胀和银根紧缩，狂轰滥炸，
毁谤，政权更迭和管道爆裂，
饥饿和寒冷，集中营和单间牢房：
所有这一切我都亲历过，
所有这一切都亲历过我。

我了解许许多多恐怖。
上面来的恐怖和下面来的恐怖，
陆上的恐怖和空中的恐怖，
合法的恐怖和法外的恐怖，
褐色的、赤色的和花斑的恐怖，
以及没有谁胆敢称道的最恶劣的恐怖。
我了解所有这些恐怖并知道这些恐怖的手腕。

我了解权力和法律的合唱队，
政权的扩音器和作伪者，

列着许多名字的黑名单
和迫害者的卡片库。
我该唱什么？安魂的赞美歌？
让我没有问题，嫉妒植物、动物？
让我在潘神膜拜者群里惊慌战栗？
让我怀着向里蹦跶的小虫子的侥幸？

我三次身陷鱼腹。
我直面借刽子手之手的自杀。
可是神秘诗人们的诗句保护了我，
一个东方来的圣者为我打开拯救之门。

你这走好运的儿子，你不要战栗
——细心听着，耐心承受着！

人名译名对照表

Ahlmann, Wilhelm	W. 阿尔曼
Ahrmann, Dr. Hithetm	阿尔曼博士
Andric, Ivo	安德里克
Annegarn	安涅加恩
Anschütz, G.	安许茨
Bachofen	巴霍芬
Ballerstedt, Kurt	巴勒施泰特
Bänsch, Otto	本施
Barthélémy, Joseph	巴特莱米
Bauer, Bruno	鲍威尔
Beck, James	贝克
Becker, Werner	贝克尔
Belloc	贝洛克
Berthélemy, H.	贝尔特莱米
Beyerle, K.	拜尔勒
Beza, Theodore de	贝札
Bilfinger, Carl	比尔芬格
Bloy, Leon	布洛瓦
Bluntschli, J. K.	布伦奇利
Bodin, Jean	博丹
Bolingbroke	博林布鲁克
Bonn, M. J.	伯恩
Bosch, Hieronymus	博斯
Brauweiler, Heinz	布劳魏勒
Brinkmann, Carl	布林克曼
Brupbacher, Fritz	布鲁普巴舍尔
Brutus, Junius	布鲁图
Bühler, O.	比勒
Burdeau, Georges	比尔多
Cavour	加富尔
Clapmarius, Arnold	克拉普玛尔
Comte, Auguste	孔德
Condorcet	孔多塞
Connolly	康诺利
Constant, Benjamin	贡斯当
Cortés, Donoso	柯特
Däubler, Theodor	多伯勒
De Lolme	德·洛尔梅
Disraeli	迪斯累利
Donellus	多奈卢斯
Droste-Hulshoff, Annette von	安妮苔·德洛斯特–许斯霍夫
Duguit, Léon	迪骥
Eisele, Fr.	艾泽勒
Eisler, Fritz	艾斯勒
Esmein, Adhémar	埃斯曼
Ferri, Enrico	费里
Figgis, John Neville	费吉斯
Firth, C. H.	弗思

Flaubert, Gustave	福楼拜
Florenz	弗洛伦茨
Forcade, Eugene	伏萨德
Forsthoff, Ernst	福斯特霍夫
Fourier, Charles	傅立叶
Fränkel, Ernst	弗伦克尔
Friedmann, Alfred	弗里德曼
Gentilis, Albercius	贞提利斯
Gentz, Friedrich	根茨
George, Stefan	格奥尔格
Gerber, Emil	格贝尔
Gerber, Hans	H. 格贝尔
Göppert, Heinrich	格佩特
Grau, R.	格劳
Grotius, Hugo	格劳秀斯
Gumplowicz, Ludwig	贡普洛维奇
Guyot, Yves	居约
Hamann, Johann Georg	哈曼
Hamilton, Alexander	汉弥尔顿
Häntzschel	汉茨舍尔
Harrington	哈林顿
Hasbach, Wilhelm von	哈斯巴赫
Hauriou, Maurice	欧里乌
Hefele, Hermann	黑弗勒
Herrfahrdt, Heinrich	赫尔法特
Heym, Georg	海姆
Hieronymus	哲罗姆
Hindenburg	兴登堡
Hirth	希尔特
Hugo, Victor	雨果
Hussel, G.	胡瑟
Huxley, Aldous	赫胥黎
Jacobi, E.	雅柯比
Janentzky, Chr.	雅宁茨基
Jellinek, W.	耶利内克
Jünger, Ernst	容格尔
Kaas	卡斯
Kaufmann, Erich	考夫曼
Kautsky	考茨基
Kelsen, Hans	凯尔森
Kern, Fritz	克尔恩
Kirthheimer, Otto	基希海默
Kleist, Heinrich von	克莱斯特
Kluxen, Kurt	克卢克森
Koellreutter, Otto	克尔罗伊特
Krabbe, Hugo	克拉贝
Kuehnemann, Max E. F.	屈内曼
La Rivière, Le Mercier de	拉里维埃
Laband	拉班
Lamartine	拉马丁
Lambach, W.	兰巴赫
Landauer, Carl	兰道尔
Laski, Harold J.	拉斯基
Lassalle	拉萨尔
Leuthold	洛伊特霍尔德
Lewis, Wyndham	刘易斯
Lilburne	利尔伯恩
Lippmann, Walter	李普曼
Löwenstein, Karl	勒文施泰因
Lucan	卢坎
Mably	马布利
Macrobius, Ambrosius Theodosius	马克罗比乌斯
Malberg, Carré de	马尔贝格
Malebranche	马勒伯朗士
Mannheim, Karl	曼海姆
Marcks	马克斯
Maro, Publius Vergolius	维吉尔
Marr, Heinz	马尔
Marshall, John	马歇尔
Maurras, Charles	莫拉
Mayer, Otto	迈耶尔
Meinecke, Friedrich	迈内克
Melville, Hermann	梅尔维尔

Michelet	米什莱
Michels, Robert	米歇尔斯
Mohl, Robert von	莫尔
Monnier, Henry	莫尼埃
Montalembert	蒙塔朗贝尔
More(Morus), Thomas	莫尔
Mosca, Gaetano	莫斯卡
Moser, J. J.	莫泽
Müller-Meiningen, Ernst	缪勒－迈宁根
Murger	米尔热
Murray, Kathleen	默里
Naumann, Friedrich	瑙曼
Neumann-Hofer, Adolf	纽曼－霍夫
Ostrogorskis	奥斯特罗果尔斯基
Ott	奥特
Palyi, M.	帕依
Pearse, Padraic	皮尔斯
Péguy, Charles	贝玑
Philipp, Louis	路易·菲利普
Pichler, H.	皮赫勒
Plutarch	普鲁塔克
Popitz, J.	波比茨
Port, Hermann	波尔特
Potzsch-Heffter	珀茨什－黑夫特
Preuβ, Hugo	普鲁斯
Prévost-Paradol	普雷沃－帕拉多尔
Pufendorff, Samuel von	普芬道夫
Quabbe, Georg	克瓦博
Radbruch, Gustav	拉德布鲁赫
Radek	拉德克
Ranke	兰克
Redslob, R.	雷德斯洛伯
Renen	勒南
Rilke, R. M.	里尔克
Rohmer, F.	罗默尔
Rosenbaum, Eduard	罗森鲍姆
Rossini, G. A.	罗西尼
Sainte-Beuve	圣伯夫
Sarpi, Paolo	萨皮
Schlaf, Johannes	施拉夫
Schleicher, von	冯·施莱歇尔
Schneider, Hans	施耐德
Schulze-Delitzsch	舒尔茨－德里采
Seneca	塞涅卡
Shaftesbury	沙夫兹伯里
Sieyès, Emmanuel	西哀士
Smend, Rudolf	斯门德
Sorel, Georges	索雷尔
Spranger, Eduard	斯普兰格
Starosolskyj, W.	斯达洛索尔斯基
Stein, Lorenz von	施泰因
Stirner, Max	施蒂纳
Story, John	斯托里
Strauss, Richard	理查德·施特劳斯
Strindber, August	斯特林堡
Swift	斯威夫特
Sybel	西伯尔
Taine, H.	丹纳
Tatarin-Tarnheyden, Edgar	塔塔林－塔恩海登
Theseus	忒修斯
Thoma, Richard	理查·托马
Tocquille, Alexis de	托克维尔
Tönnies, Ferdinand	滕尼斯
Trakl, Georg	特拉克尔
Treitschke	特赖奇克
Triepel, H.	特里佩尔
Trotzki	托洛茨基
Vitoria, Francisco de	维托里亚

Wacke, Gerhard	瓦克	Wright, Quincy	赖特
Wagner, Richard	瓦格纳		
Weber, Alfred	阿尔弗雷德·韦伯	Ziegler, Heinz O.	齐格勒
Weiß, Konrad	魏斯	Zitelmann	齐特尔曼
Wilson, W.	威尔逊	Zweig, Egon	茨威格
Wolzendorff, Kurt	沃岑道夫		

世纪出版

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES
施米特文集

20世纪宪法学经典，揭示现代议会民主制的法理困境
葬送魏玛宪政、为纳粹上台铺平道路的竟是自由主义法学？

在本文这里，已经彻底认识到并牢牢抓住这样一个过程：一个政党进入合法性之门，然后在自己身后将这门关上；这是一场合法革命的典型个案。

——卡尔·施米特

上架建议：政治哲学

ISBN 978-7-208-12519-3



定价：39.00元