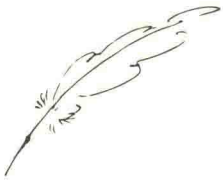
西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES
施米特文集
刘小枫◉主编



[德]卡尔·施米特 Carl Schmitt◉著

宪法学说
（修订译本）

Verfassungslehre

刘小枫◉编
刘锋◉译

文景
Horizon

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



宪法学说
（修订译本）

Verfassungslehre

[德]卡尔·施米特◉著
刘小枫◉编
刘锋◉译

上海人民出版社

文景

Horizon

社科新知　文艺新潮

宪法学说（修订译本）

[德] 卡尔·施米特 著

刘锋 译

出 品 人：姚映然

责任编辑：李　頔

美术编辑：高　熹

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

出版发行：上海世纪出版股份有限公司

印　　刷：北京中科印刷有限公司

制　　版：北京大观世纪文化传媒有限公司

开 本：890×1240mm　1/32

印 张：18　　字 数：436,000

2016年4月第1版　　2016年4月第1次印刷

定 价：68.00元

ISBN：978-7-208-13656-4/ D·2829

图书在版编目（CIP）数据

宪法学说 /（德）施米特著；刘锋译
. —上海：上海人民出版社，2016
（施米特文集）
ISBN 978-7-208-13656-4

Ⅰ. ① 宪… Ⅱ. ① 施… ② 刘… Ⅲ. ① 宪法－文集
Ⅳ. ① D911.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第039071号

本书如有印装错误，请致电本社更换 010-52187586

中译本前言

1918年，时在民国政府任职的张君劢三十刚刚出头，随梁任公等人公干赴欧考察，因对民国失望，便脱离公职留下来在德国念书。没过多久，德国推翻帝制（1918年11月）闹起共和，半年多后（1919年8月），德意志国民大会便通过了一部新宪法——史称“魏玛宪法”。

正在德国的张君劢兴奋不已：这可是“以往的成文宪法中最彻底的民主文件之一”，堪称社会民主主义的划时代胜利，说它开创了“共和宪政的新纪元”也不为过。1919年12月，张君劢拜望魏玛宪法主笔、魏玛民国首任司法部长普鲁斯，从这位公法大师手里接过魏玛宪法打字稿，随即译成中文，希望中国智识人“读万遍”——中国应该从效法法国革命转向效法德国革命：“昔焉以法国为政治革命之先驱，而全欧洲转相效法，则今后各国所取者，其在社会革命之先驱之德国乎。”[1] 言之殷切，实乃痛惜中国闹共和革命后没有能制定出这样一部好宪法来。

早在第一次游学德国时，张君劢已经恍悟到一个道理：“一国以内，先要人民的智识力、道德力充实，然后才有好政治。”因此，张君劢看重的其实并非德国的立法者经验，而是国民道德——他对国人

---

[1] 《魏玛宪法》中译，1920年4月首次发表于《解放与改造》；张君劢对魏玛式宪政民主的热情推介，参见1920—1921年间其在《解放与改造》上的文章和其著《新德国社会民主政象记》（上海：商务印书馆，1922）。

宣传魏玛宪法时说，魏玛民国的成功，从政治上看，军队支持固然重要，但根本原因是德国“国民道德智识之健全”，民族性格“守纪律、爱秩序”。言下之意，改造国民性乃施行宪政的首要政治因素。

无论欧洲还是中国的古代圣贤不是都说，先有“好政治”，人民才会有“智识力、道德力”？是否到了民主政治时代，人民的“智识力、道德力”就是“好政治”的前提了呢？再说，什么叫作“好政治”？民主政治肯定是“好政治”？究竟何谓民主政治？

张君劢直到晚年都不厌其烦地讲，现代国家的确立依赖于两大要素：法律和道德。按张君劢对魏玛宪法的理解，所谓“法律”指的就是一部民主的宪法。

宪法等于经民意的代议机关审议通过的一套法律规定吗？

在《宪法学说》一开始，施米特就说到：将“宪法”与作为一套法律规定的宪法法规（条文）混为一谈，是稀里糊涂的宪法观——必须区分“绝对意义”的宪法与“相对意义”的宪法。前者指制宪主体（君王或者人民）的一次性政治决断，决定性地创制自身的政治共同体的特定生存形式，在这一意义上，宪法的含义等于国家的实存本身及其政体形式（比如“民主共和”）。“相对意义”的宪法则是由这政治决断引出的一套调节生活秩序的具体法规。

倘若不区分“绝对意义”和“相对意义”的宪法，仅从魏玛宪法的条文来看，魏玛宪法就会出现荒唐的情形。施米特举例说，宪法第七十六条的修宪条款属于具体的宪法法规之一，规定了修宪的程序（比如经三分之二议会多数通过）；“德意志民国为共和政体”这一规定也是宪法条款之一（宪法第一条），如果不区分这两个宪法条文的性质（前者体现的是制宪权，后者体现的是修宪权），宪法第一条就同样属于第七十六条的效力范围——民国政体可以随（民）意经三分之二议会多数通过修改。这样一来，魏玛宪法本身就包含着自己推翻自己的“合宪”成分，制宪的政治决断便成了儿戏。

张君劢钦佩魏玛宪法，主要因为魏玛宪法符合他自己的宪政理

想，具有统合各种政治对立的妥协性。的确，在涉及国民基本权利和义务的第二编中，魏玛宪法不仅囊括了美国宪法中的“权利法案”、法国宪法中的“人权宣言”，还采纳了一些“社会主义”条文，可以说是自由派与社会民主派妥协的产物——其他方面，如内阁制与总统制、议会政治与直接民主、中央集权与权力分化、劳工与资产者等对立因素的混合，在张君劢看来，都是魏玛宪法堪称杰作的表现——魏玛宪法是世界上再好不过的宪法了。

在施米特眼里，魏玛宪法很具体，几乎要成“包罗无遗的法典”的样子，恰恰反映出现代性政治的根本问题：自从传统的自然法被扫进历史的垃圾堆，规定国家的法规体系已经没有“终极正当性”的基础，“所有宪法条文都取决于制订宪法时的政治和社会状况，受制于政党政治的偶然情势”。魏玛民国初期的德国党派有亲西方的自由民主派、亲苏联的左派和主张回归传统的右派，而每一党派中又还有左右翼，歧见纷扰自然导致无休无止的议会纠纷。社会民主党虽然最强大，被看作“魏玛联合的中坚”，可这个党的领袖们偏偏缺乏政治抱负。魏玛宪法是在这样的政党政治结构中产生的，各党为了某一条款斤斤计较、讨价还价，宪法的妥协性与其说是立法者们的政治明智的产物，毋宁说是新的德意志共和国这个政治统一体的体制在政治脆弱的结果。

即便魏玛宪法这样一部妥协性的自由民主宪法，仍然遭到当时的极左派和极右派政党拒绝。对极左派来说，这是一部彻头彻尾资产阶级民主的宪法，与第二帝国宪法藕断丝连；只有实现以工农兵为基础的无产阶级专政，与旧宪法革命性地决裂而非其改良，才能彻底告别专制时代。对于极右派来说，魏玛宪法是崇洋媚外，把外国那套政治制度生搬硬套强加给具有悠久民族传统的德意志“人民”。为了捍卫宪法，社会民主党人提出了“宪法神圣不容侵犯”的口号。

“宪法神圣不容侵犯”——在施米特看来，这句口号中“宪法”的含义应该是“绝对意义”的，而非“相对意义”的宪法（条

文)。施米特举例说，魏玛宪法第四十八条规定总统有权授权内阁动用军队维护国家安定——所谓总统的强制执行权和“专政强制权”(Diktaturgewalt)，一旦行使这项权力，必然要打破好些宪法条文，然而，却“并没有涉及根本政治决断和宪法核心”，绝非等于破坏了“绝对意义”的宪法，相反倒是在维护这个自由民主宪法得以产生的政治意志。“不容侵犯”的，并非宪法的具体条文，而是制宪权的政治意愿。以“宪法神圣不容侵犯”为由来否定魏玛宪法第四十八条(比如把它说成专制残余)，无异于为魏玛民国制宪主体（德意志人民）的敌人提供了颠覆民主宪政的可能性和合法性。

有一种观点认为，魏玛民国最终断送在魏玛宪法手中。这种说法把一件复杂的历史事情简单化了，但也并非无中生有——1932 年下半年以来，帕本内阁中的国防部长施莱歇尔将军和内政部长盖尔多次打算启用一项倚靠军方力量的“国家紧急状态计划”(der Staatsnotstandsplan) ——解散国会，让国会休止一段时期（因为纳粹党与德共联手已经在国会占据多数，重新选举无济于事)，以便剪灭纳粹党一类激进政党。但魏玛宪法第二十五条规定，解散国会后得马上举行新的国会选举——社会民主党和中央党这两个魏玛宪政的支柱的领袖人物扬言，如果政府推迟新的国会选举，就要依宪法第五十九条把政府告上宪法法院；结果，内阁多数成员害怕政府因破坏宪法的罪名吃违宪官司，最终未能形成动手的决议。施米特区分宪法的“绝对含义”和“相对含义”，不仅在宪法学说史上（参见《布莱克政治学辞典》)，也在德意志民族的历史上留下了厚重一笔。

当人们欢呼走向共和民主宪政时，很少有人会想这样的问题：什么样的政治家在领我们走向共和？什么样的立法者在设计民主宪政？——如施米特一再问的：谁在决断？

民主政治依然是政治，并没有取消统治与被统治的关系，仍然甚至更需要具有大胆见识、德性超迈、果敢有勇的政治家——因为，“人民的声音就是上帝的声音”这话杰斐逊可以说，希特勒也可以说。

可是，如施米特在《宪法学说》中所指出的：现代民主政治给人类政治生活带来的根本变化之一是，统治与被统治的关系不再基于统治者的优异品质，而是基于与人民的同构型——“统治者或治理者的权力或权威并非出自某些更高的、人民所不能企及的品质，而是仅仅出自被统治者或被治理者的意志、委托和信任”。民主制否定的并非统治与被统治的关系本身，而是其他政体形式的统治与被统治的关系，或者说否定的是古典形式的政治家条件——韦伯的确富有远见卓识，魏玛民国一建立，他就作了题为“政治作为志业”的讲演。[1]

“传统政治的主体是国家，现代政治的主体是人民”（施米特语）。共和革命之后，古典的“国家学说”已经无法应对现代民主政治问题，需要另立“宪法学说”。《宪法学说》是施米特一生中篇幅最大的著作，于1927年——也就是孙中山领导的革命党在南方起兵再来一次革命取得决定性胜利那年——杀青。从书名看，《宪法学说》像是谈一般的宪法原理，实际是对魏玛宪法及其所依托的议会民主制的细致剖析。施米特没有站在某种意识形态或政党理念立场来褒贬魏玛宪法，而是从公法学角度审视魏玛宪法，指望魏玛民国的政治家们的“智识力”有所提高，为捍卫新生的自由民主共和国保持清醒的政治警觉，果敢采取必要的措施。从形式上看，《宪法学说》既可以说像黑格尔的《法哲学纲要》——论题加说明，似乎想要承继或纠正某种法理精神——也可以说像宪法条文评注；从内容来看，《宪法学说》既是法制思想史，又是比较宪法论，更是民主政治论：将魏玛宪法纵向地与西方历史上的各种政制或法典加以比较，同时又横向地与其他

[1] 韦伯和施米特都强调过，民主政治还有另一特色：精通技术和善于盈利的人（技术人、经济人）成了立法者。20世纪90年代，香港政府曾委任一位著名经济人出任政府的大学拨款委员会主席。据说，此官上任即制定了这样的政策：大学各学科的拨款，要依毕业生的就业人数来定。按此政策，中国古文献专业就业率肯定很低，迟早得关掉。一旦经济人成了立法者，而且还要领导改革，能指望他听得懂人文道理？

欧美国家的成文宪法比较，以便让智识人中的立法者们和政治家们清楚认识自己热情追求的民主共和宪政究竟是怎么回事。

施米特力图让人们清楚地看到，宪法是人类政治行为的结果，并“不是什么绝对的东西，因为它不是从其自身中产生出来的”，不能把宪法看成一架万能机器，似乎靠自身的规范系统就可以产生作用——“宪法的效力有赖于制定宪法的人的政治意志”。无论“共和”还是“宪法”，都不是一揽子解决人类政治问题的灵丹妙药，因为，人类的政治问题不可能一劳永逸地解决。

张君劢当年脱离民国总统府的秘书公职留在德国念书，不是为了深入研究导致现代政制剧变的西方近代法理和政制思想的历史，甚至不是为了认真研究一番各国宪法，而是为了找奥伊肯请教人生观哲学——据说，只要解决了人生观问题，一切政治、经济问题就会迎刃而解——难怪人们没有见到张君劢在宪法学方面用多少功夫，如此推崇魏玛宪法，却没有注意到施米特的《宪法学说》。当施米特通过撰写一系列论析宪法条文的文章（后结集为《宪法条文论集》）为魏玛宪政的生死存亡搏斗时，被人誉为“中国宪政之父”的张君劢在中国挑起的是一场“人生观论战”——既然如此，国民也就没有指望张君劢这样的立法者会留意到魏玛民国时期德国公法学界对宪政问题的大量思考。

说起搞“宪法”，中国智识人和政治家们当然谈不上有什么经验——欧人不仅有绝对王权时代以来的宪制经验，更有罗马的“共和”理念和罗马法传统。尽管如此，对于西人来说，民主宪政同样是“新时期的新任务”，没有可能从伯里克利那里直接取经——倒是有可能吸取教训，古朗热（Fustel de Coulanges）在其《古代城邦》（*Cité antique*）中以“平民革命”为题来描述雅典民主时代。精通西方法理学史的施米特说，欧洲一向有国家学说，但直到 20 世纪初，都还谈不上有什么“民主宪法学说”——倘若如此，张君劢跑回宋明儒那里，通过编写《新儒家思想史》创造性地转化出宋明儒“富于革命性”的

政制设想，透过宋明儒的眼睛看出“三代诸帝”就是“柏拉图理想国中的守护者”，又有什么意思哩。

由于一心想着要将“欧洲之新思潮”与吾国的儒家传统结合起来，张君劢在读宋明儒书时，脑海里就难免浮想联翩出这样的历史想像：宋明儒已经设想出完美的地方政治制度——“乡约和中国地方自治的关系相当于卢骚的社约与西方民主政治的关系”；宋代固然没有民主选举制，但“有过一种近似选举的制度”，只要谁“良善而能干”，就会被“乡里贡举送至京师，参与政事”云云，宋明儒俨然成了民主宪政的先知——难怪不得，中国智识人因直面西方政制而经受三千年来未有之大变局已经百多年了，汉语学界的公法领域迄今依然几乎近于荒芜。“百年”一个接一个来——“北大建校百年”、“废科举百年”，人们又忙于迎新的百年——“共和革命百年”……事到如今，中国的立法者们在“智识力、道德力”上有多大长进？无论多少百年过去了，立法者的教养依然是“好政治”的首要前提。要是“立法者”们仍然像周先生或张先生那样，将中国没有“好政治”怪罪到人民头上——所谓“国民性”、“国民道德”云云，智识人在自身的改造过程中却立志或被迫向游民或经济人学习，百年恐怕真的白过了……

施米特的《宪法学说》初版于 1928 年，德国第二次民主建国时期重版（1954），波恩基本法的制定者采纳了施米特在魏玛时期提出的建言——作者在“重版前言”中有理由说，本书并没有过时，这话对汉语学界可能更适用。

本书涉及魏玛宪政的国名 Deutsches Reich 时，按笔者的建议译作“民国”，对此，笔者在《施米特论政治的正当性》（见《思想与社会》第二辑，上海人民出版社，2002）中作过说明，没有看到说明的读者，难免对这一译法感到愕然。我的说明是：1918 年革命后，德国政制变了——君主立宪制已经变成民主共和国，但德国国名还是 Deutsches Reich，老一辈的公法学家钱端升教授在上个世纪三十年代就觉得翻译上是个麻烦，他以为，Deutsches Reich 再译作“德意志帝国”明

显不当，但译成“德意志共和国”也不妥，建议将 Reich 音译为“莱希”[1]；有鉴于此，我建议译作“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帝制和民主制的 Reich。

倘若按有的学者的看法，将 Reich 译作“联邦”，则不仅 Reich 一词与“联邦”一词的德文相差太远，难免与“二战”后的“德意志联邦共和国”搞混，而且会让人忽略魏玛宪政时的国情：魏玛宪法面临的基本国情仍然是德国的统一问题（魏玛宪法起草人普罗伊斯拿出的草案第一稿就非常注重国家的统一）。过分强调国家的“联邦”性质，与魏玛宪法的意图不符。再说，本书中数次出现“联邦的 Reich”，Reich 译作“联邦”就成了“联邦的联邦”，让人不知所云。1933 年，施米特写过一篇文章，题为“帝国、国家、联邦”，其中有一段话清楚表明：虽然魏玛宪法具有联邦国家的性质，但国家结构并不具有联邦性质：

> 1919 年的魏玛宪法消除了普鲁士的霸权地位，同时让普鲁士州的总体规模保持未变。除了取代以前的霸权统治结构的替代物以外，魏玛宪法没有找到新的结构原则，因此而犯了近几年经常讨论的灾难性结构错误。魏玛宪法消灭了联邦的基础，同时也消灭了联邦国家的基础；魏玛宪法不再说“联邦的语言”（die Sprache des Bundes），而是避免“联邦”（Bund）这个语词，不再讲“联邦参议院”，而是称“民国参议院”（Reichsrat）。瑙曼（Friedrich Naumann）在魏玛宪法委员会提出的从现在开始将德意志 Reich 称为“德意志联邦”的值得注意的动议没有得到认真对待。所以，在 1919 年以后的最初几年里，魏玛宪法的国家法学说的出发点是，现在各邦之间的国家性质被消除了，德国不再

[1] 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。

是联邦国家。[1]

1918年11月3日的基尔水兵叛乱前一周，旧的帝国公布了帝国宪法修订案（10月28日），据宪法学史家的看法，这次修订无异于“把皇权最后且最重要的部分转让给了国民代表”，换言之，革命还没来，帝国的修宪差不多已经改变了帝制的性质。魏玛宪法维持了10月28日公布的帝国宪法修订案的民主政制改革方向，但在采取议会内阁制的同时，又赋予总统有抑制（议会民主制）议会权力的特别权力条款（第四十八条）。从某种意义上讲，宪法第四十八条像是恢复了德意志“皇帝”的权位——然而，这个新的、“民主”的“皇帝”，由国民直接选出，其“皇权”来自国民。波恩基本法（宪法）制定时，德国（西德）实质上不再是主权国家（把魏玛宪政时的国名Reich译作“联邦”，无异于抹去了有主权与没有主权的两个民主制德国的差别——施米特会着何想？[2]），虽然制定方向是回到魏玛宪法，但波恩基本法根本改变了魏玛宪法的所谓“双头议会主义”：总统和内阁都直接属于联邦议会，总统也不再由国民直选产生，尽管总统靠紧急立法状态的宣告权和联邦议会的解散权仍然对议会具有一定程度的牵制作用。总之，魏玛宪政区别于旧的帝国和“二战”后的无国家主权的“民主宪政”的关键之一，就在总统的宪法定位（由此可以理解施米特对魏玛宪法第四十八条的解释意图）——既像“皇帝”又不像“皇帝”。难怪普罗伊斯当初要解释说：国民选出的总统与皇帝不同，

---

[1] 施米特，《论断与概念》，Berlin，1988/1994，第221页（参见《论断与概念》中译本，朱雁冰译，上海：上海人民出版社，2016）。

[2] 甚至在1962年，施米特还笔带愤然地写道：“第二次世界大战的战胜国——尤其美国和苏联，唾弃古典的欧洲国际法意义上的两国交战，在共同取得对德国的胜利后，唾弃并消灭了普鲁士国家。”参见《游击队理论》，见施米特，《政治的概念》，刘小枫编，刘宗坤等译，上海：上海人民出版社，2015，第139—228页。

皇帝与国民隔绝，没有视听，民选的总统有视听，对形势和人心动向的判断会比皇帝正确——言下之意，大家可以放心，虽然总统权力像过去的皇帝，但最终受制于民意。采用“民国”的译法并非最好，但至少比“联邦”的译法“政治正确”，足以体现魏玛宪政的“特色”，从而使得魏玛宪政的国名有别于此前的“德意志帝国”和此后的“德意志联邦共和国”，在（比如说）翻译本书时，行文也方便和明确得多。

由于意识形态的原因，本书迄今未见英译本，日译本倒已经不止一个。眼下这个中译本承任教于北京大学英语系的老友刘锋兄据1993年德文版迻译——个别术语的译法，请在东京任教的友人王前博士查考了日文译本。

本书大量涉及魏玛宪法，为方便读者参考，兹将魏玛宪法中译全文收作附录。

刘小枫

1999年11月初稿于深圳

2003年7月订于广州中山大学哲学系

引用文献缩写

RV. =Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919（Weimarer Verfassung）
（1919 年 8 月 11 日德意志民国宪法［魏玛宪法］）

aRV. =Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871（Bismarcks Verfassung）
（1871 年 4 月 16 日德意志帝国宪法［俾斯麦宪法］）

Prot.=Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses der verfassung-gebenden Deutschen Nationalversammlung（Bericht Nr. 21）über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs（Carl Heymanns Verlag，Berlin，1920）
（《德意志制宪国民议会第八小组关于德意志民国宪法草案的报告和记录》［第二十一号报告］）

AöR. = Archiv des öffentlichen Rechts
（《公法档案》）

JöR. = Jahrbuch des öffentlichen Rechts
（《公法年鉴》）

JW. = Juristische Wochenschrift
（《法学周刊》）

本书引用的一些众所周知的文献均用缩写，例如安许茨（Anschütz），

Kommentar（《评注》）；珀奇（Poetzsch），*Kommentar*（《评注》）；基泽（Giese），*Kommentar*（《评注》）；维特迈尔（Wittmayer），*Weimarer Reichsverfassung*（《魏玛民国宪法》）；迈尔－安许茨（Meyer-Anschütz）；等等。狄骥（L. Duguit）的《宪法手册》（*Manuel de Droit constitutionnel*）偶尔未按最新版（1923）引用，而是因其较为详尽的历史陈述而按第一版（1907）引用。

引　言

对这部《宪法学说》的持续不断的需求，大概是由于它以至今还令人信服的系统性阐明了法治国—民主宪法的模型。因此，不管本书用作例子的那些宪法规定是否仍然有效，只要法治国—民主宪法的模型还有积极作用，本书就不失其实际和理论价值。不仅在德意志联邦共和国及其各州是这样，在其他西方民主国家也同样如此。

只有借助于真正的系统研究，对不同宪法的比较和说明才有价值，因为只有这样，才能从法学上认识这种特殊的思想模式。只要基本模型能够持久，一部成功地达成了这种系统性的著作就不需要与在时间进程中出现的大量宪法条文赛跑。甚至更恰当的做法是，在这方面稍微克制一点，以便让基本模型更清晰地呈现出来。

有鉴于此，原封不动地重印一本初版于 1928 年、至今还以其原样受到国内外赞许的书，或许不无道理。

卡尔·施米特

1954 年 3 月

序　言

本书既不是评注，也不是一系列单篇专题论文，而是试图建立一个体系。在当今的德国，关于魏玛宪法已经有了一些很好的评注和专著，它们在理论和实践两方面的重要价值得到了公认，再添上一两句赞誉之词，已属多余。不过，除此而外，还有必要花点力气，系统地建立一个宪法理论，将宪法学当作公法学的一个特殊分支来加以探讨。

宪法学是公法学的一个重要、独立的组成部分，但是，它在我国最近一代人中间却没有获得发展。无论在涉及各式各样公法论题的国法学中，还是在普通国家学中，宪法学的问题和内容大体上已经溃不成军了，只被附带地加以讨论。从历史的角度来看，原因在于立宪君主制的国家法状况，或许还在于俾斯麦帝国宪法的特点——这部宪法是天才的成功之作，兼有基本的简单性和复杂的未完成性。然而，最主要的原因恐怕还在于战前的政治和社会安全感。对“实证主义”的一种特定理解将宪法理论的根本问题排挤出国家法，使之进入普通国家学的疆域。在这里，宪法理论的根本问题在一般国家理论与哲学、历史学、社会学论题之间找到了一个模糊的位置。在此，应该提醒一句，即便在法国，宪法学也是很晚才发展起来的。1835 年在巴黎设立了宪法教席（这个教席是为罗西［Rossi］设立的），但到了 1851 年（拿破仑三世政变后），这个教席又被撤消了。嗣后，共和国于 1879 年设立了一个新的教席，但直到 1885 年，布特米（Boutmy）还在悲

叹，公法的这个最重要的分支在法国受到了冷落，这个领域没有一位声誉卓著的著作家（参见布特米，《宪法研究》）。时至今日，在埃斯曼（Esmein）、狄骥、欧里乌（Hauriou）等名家那里，公法的这个分 XII
支的特征已经体现出来了。可以期待，如果外交或内政的紊乱局面不妨碍平静的、专心致志的研究工作，那么，即便在德国，对魏玛宪法的学术探讨也会导致宪法学的发展。最近一些年出版的公法论著，尤其是德国国家法法学教师协会的书刊，已经显露出这一趋势。如果继续采取对法律的合宪性进行司法审查的做法（从民国最高法院目前的表态来看，这是可以期待的），这同样会促使人们去研究一切法律问题的宪法学层面。最后，我还可以提到一点：自 1919 年以来，我在给学生的讲课、练习和考试中有过一些体会，也证实了这种将宪法学视为公法的一个独立的、需要单独讨论的课题的观点。实际上，从目前大学开设的普通国家学（政治学）课程来看，其很大一部分内容或许已经是宪法学了。

在本书中，我们暂时只想粗略地勾勒一个简单轮廓。有鉴于此，对国家法的一系列个别问题进行专题性的详细讨论，以书目的形式列举一大批文献，这并非本书的关键所在。不仅在安许茨和基泽的《魏玛宪法评注》中，而且在施蒂尔－索姆罗（Stier-Somlo）的《民国国家法和邦国家法概论》中，我们都能见到一些很好的汇编，因此，没有必要重复列举书名了。在学术探讨中，引证和辩论当然是必不可少的，但在本书中，它们首先是被当作例子来考虑的，旨在说明特定的个别问题在宪法学体系中的地位。我们的主要目标始终是要提供一条清晰明了的系统线索。之所以必须强调这一点，是因为在目前的德国，似乎缺乏一种系统意识，人们甚至在各种通俗学术汇编（要知道，这类汇编只有透过极其严密的系统论述才有价值）中“以随意评注的形式”（即对个别条款的批注）来处理魏玛宪法。针对这类评注和注释方法，同时也针对那种仅仅局限于个别研究的做法，本书试图提供一个系统框架。职是之故，本书既没有回答全部的国家法问题，

XIII 也没有回答全部的普通国家学问题。不过，如果本书真的阐明了这里所设想的宪法学，那也许就意味着，它朝着两个方向既澄清了一般原则，又澄清了某些个别问题。

本书主要论述了国民法治国的宪法学。在这一点上，人们很难对本书提出异议，因为时至今日，这种类型的国家一般还居于主导地位，魏玛宪法与其模型完全相符。因此，本书所举的例子主要提示出法国几部宪法的鲜明的经典印记，这似乎也是十分恰当的。不过，我们不应将这一模型提升为绝对教条，不能像对待绝对教条那样，完全忽视它的历史条件和政治相对性。相反，宪法学的任务之一是要说明，有些传统语式和概念完全取决于过去的情况，它们在今天甚至起不到旧瓶装新酒的作用，而只是一些过时的、错误的标签。当今公法的许多教条化概念还停留在19世纪中叶，这些概念的意义（不过，这种意义早已荡然无存了）在于，它们能发挥“整合”（Integrierung）作用。“整合”这一概念经斯门德（Rudolf Smend）的阐扬，对国家法产生了很好的效果。在此，我想用它来说明一个简单的事实：在19世纪，出现了一些至今仍被提出的法律定义以及其他重要概念，核心要义就是将一个特定的社会阶层，即有教养、有财产的市民阶层整合到一个特定的现存国家中去——这个国家大体上是一个专制君主国。时过境迁，这些说法在今天已失去了原有的内容。也许有人会反驳我说，我这本书里的一系列概念和区分也要受制于现实情况。不过，倘若这些概念和区分至少立足于现在，而不以早就消失了的情况为先决条件，那就已经很有益处了。

国民法治国宪法学的一个特殊困难在于，甚至直到今天，人们还将宪法的国民法治国要素与整个宪法混为一谈。其实，光有这个要素是远远不够的，它只能被添加到政治要素上去。人们通常——纯粹虚
XIV 构性地——将国民法治国的各项原则与宪法本身相提并论，结果便忽视或误解了宪法生活的本质过程。这类虚构和忽略的方法造成了很大的危害，而受害最大的莫过于对主权概念的探讨。于是，在实践中就

出现了实施假主权行为的情形，其特点是，尽管国家官署或机构并不拥有主权，但它们偶尔在默默容忍的情况下实施了主权行为。在以后的论述中，我们将在适当的地方提到这种假主权行为的最重要的实例（参见第 108、150、177 页）。对这个问题的详细讨论是主权学说因而就是普通国家学的任务。即便要深入研究海勒（H. Heller）的主权理论（《论主权》[*Die Souveränität*]，Berlin，1927），那也会触及国家学的一系列问题，这一工作只能在另外一个场合下来做，本书仅仅讨论了那些与真正意义上的宪法学有关的主权问题。基于同样的理由，对政体学说的一般讨论以及对民主制、君主制和贵族制的细节讨论也仅限于为宪法学（区别于国家学）所必需的那些问题。顺便提一下，即便作了这样的限制，本书也已经超出了出版社规定的范围。

本书排印过程中，又出版了一系列对宪法学论题有特殊价值的专著和文章，其数量之大，已足以表明，国家法的一些与宪法理论有特殊关系的方面更鲜明地突现出来了。在本书中，1927 年德国国家法法学教师大会的讨论一律按亨泽尔（A. Hensel）发表在《公法档案》（第十三卷续辑，第 97 页及以下）上的报告来引用，因为完整的书（德国国家法学家协会出版物第四册，W. de Gruyter 版）是在 1927 年 12 月才出版的。在本书排印过程中，我还了解到下列出版物，在此至少应该提一下：默克尔（Adolf Merkl），《普通行政法》（J. Springer 版）；耶利内克（Walter Jellinek），《行政法》（J. Springer 版）；克尔罗伊特（O. Koellreutter），《施蒂尔-索姆罗和埃尔斯特编辑的〈法学小辞典〉中的“国家”一文》；热兹（G. Jèze）的论文《担任公职》（载《公法杂志》，XLIV）；德·马尔贝格（Carré de Malberg）的论文《法律的合宪性与 1875 年宪法》；贝泰勒米（Berthélemy）的论文《法官面前的宪法律》（载《政治和议会学刊》，CXXX II/III）；朔伊纳（W. Scheuner）的论文《论议会制政体的不同形态》（载《公法档案》，III）。珀奇-黑夫特尔（Poetzsch-Heffter）的《民国宪法评注》新版 XV

（O. Liebman 版）预计将于 1928 年 1 月面世，只可惜我在写作本书时还无法参考这位杰出法学家的这部新著。另外，斯门德的一本讨论宪法理论问题的书也已经有了出版预告。我在本书中试图深入探讨斯门德以前发表的著作，只是通过这番研究，我才完全体会到他那丰富、深刻而富有成果的思想。因此，我感到特别遗憾的是，我在写作本书时没能了解和参考他在这部即将出版的著作中对宪法理论的论述。

卡尔·施米特

1927 年 12 月于波恩

目 录

中译本前言（刘小枫） 1

引用文献缩写 11
引言 13
序言 14

第一部分 宪法的概念

第一章 绝对的宪法概念 21
第二章 相对的宪法概念 35
第三章 实定的宪法概念 47
第四章 宪法的理想概念 66
第五章 “根本法”、根本规范或 lex fundamentalis 的含义 73
第六章 宪法的起源 77
第七章 作为协议的宪法 97
第八章 制宪权 116
第九章 宪法的正当性 132
第十章 从制宪权学说，尤其是人民制宪权学说中得出的结论 137
第十一章 从宪法概念派生出来的诸概念 147

第二部分　近代宪法的法治国要素

第十二章　国民法治国的原则 …… 177
第十三章　法治国的法律概念 …… 193
第十四章　基本权利 …… 214
第十五章　权力的区分 …… 243
第十六章　国民法治国与政治形式 …… 265

第三部分　近代宪法的政治要素

第十七章　1. 民主制学说 …… 295
第十八章　人民和民主宪法 …… 315
第十九章　从民主制的政治原则中得出的结论 …… 333
第二十章　民主制的政治原则在国家生活各领域中的运用 …… 342
第二十一章　民主制的限度 …… 365
第二十二章　2. 君主制学说 …… 373
第二十三章　3. 近代国民法治国宪法中的贵族制要素 …… 387
第二十四章　4. 议会制 …… 401
第二十五章　议会制发展的历史概况 …… 420
第二十六章　议会制的构成可能性概述 …… 441
第二十七章　魏玛宪法下的议会制 …… 444
第二十八章　议会的解散 …… 455

第四部分　联邦宪法学

第二十九章　联邦宪法学的基本概念 …… 465
第三十章　从联邦宪法学的基本概念中得出的结论 …… 486

附录　魏玛宪法 …… 503
分析目录 …… 529
魏玛宪法条款索引 …… 537
人名索引 …… 541
内容索引 …… 549

修订译本附记 …… 567

中译本前言

1918年，时在民国政府任职的张君劢三十刚刚出头，随梁任公等人公干赴欧考察，因对民国失望，便脱离公职留下来在德国念书。没过多久，德国推翻帝制（1918年11月）闹起共和，半年多后（1919年8月），德意志国民大会便通过了一部新宪法——史称“魏玛宪法”。

正在德国的张君劢兴奋不已：这可是“以往的成文宪法中最彻底的民主文件之一”，堪称社会民主主义的划时代胜利，说它开创了“共和宪政的新纪元”也不为过。1919年12月，张君劢拜望魏玛宪法主笔、魏玛民国首任司法部长普鲁斯，从这位公法大师手里接过魏玛宪法打字稿，随即译成中文，希望中国智识人“读万遍”——中国应该从效法法国革命转向效法德国革命：“昔焉以法国为政治革命之先驱，而全欧洲转相效法，则今后各国所取者，其在社会革命之先驱之德国乎。”[1] 言之殷切，实乃痛惜中国闹共和革命后没有能制定出这样一部好宪法来。

早在第一次游学德国时，张君劢已经恍悟到一个道理：“一国以内，先要人民的智识力、道德力充实，然后才有好政治。”因此，张君劢看重的其实并非德国的立法者经验，而是国民道德——他对国人

---

[1] 《魏玛宪法》中译，1920年4月首次发表于《解放与改造》；张君劢对魏玛式宪政民主的热情推介，参见1920—1921年间其在《解放与改造》上的文章和其著《新德国社会民主政象记》（上海：商务印书馆，1922）。

宣传魏玛宪法时说，魏玛民国的成功，从政治上看，军队支持固然重要，但根本原因是德国“国民道德智识之健全”，民族性格“守纪律、爱秩序”。言下之意，改造国民性乃施行宪政的首要政治因素。

无论欧洲还是中国的古代圣贤不是都说，先有“好政治”，人民才会有“智识力、道德力”？是否到了民主政治时代，人民的“智识力、道德力”就是“好政治”的前提了呢？再说，什么叫作“好政治”？民主政治肯定是“好政治”？究竟何谓民主政治？

张君劢直到晚年都不厌其烦地讲，现代国家的确立依赖于两大要素：法律和道德。按张君劢对魏玛宪法的理解，所谓“法律”指的就是一部民主的宪法。

宪法等于经民意的代议机关审议通过的一套法律规定吗？

在《宪法学说》一开始，施米特就说到：将“宪法”与作为一套法律规定的宪法法规（条文）混为一谈，是稀里糊涂的宪法观——必须区分“绝对意义”的宪法与“相对意义”的宪法。前者指制宪主体（君王或者人民）的一次性政治决断，决定性地创制自身的政治共同体的特定生存形式，在这一意义上，宪法的含义等于国家的实存本身及其政体形式（比如“民主共和”）。“相对意义”的宪法则是由这政治决断引出的一套调节生活秩序的具体法规。

倘若不区分“绝对意义”和“相对意义”的宪法，仅从魏玛宪法的条文来看，魏玛宪法就会出现荒唐的情形。施米特举例说，宪法第七十六条的修宪条款属于具体的宪法法规之一，规定了修宪的程序（比如经三分之二议会多数通过）；“德意志民国为共和政体”这一规定也是宪法条款之一（宪法第一条），如果不区分这两个宪法条文的性质（前者体现的是制宪权，后者体现的是修宪权），宪法第一条就同样属于第七十六条的效力范围——民国政体可以随（民）意经三分之二议会多数通过修改。这样一来，魏玛宪法本身就包含着自己推翻自己的“合宪”成分，制宪的政治决断便成了儿戏。

张君劢钦佩魏玛宪法，主要因为魏玛宪法符合他自己的宪政理

想，具有统合各种政治对立的妥协性。的确，在涉及国民基本权利和义务的第二编中，魏玛宪法不仅囊括了美国宪法中的“权利法案”、法国宪法中的“人权宣言”，还采纳了一些“社会主义”条文，可以说是自由派与社会民主派妥协的产物——其他方面，如内阁制与总统制、议会政治与直接民主、中央集权与权力分化、劳工与资产者等对立因素的混合，在张君劢看来，都是魏玛宪法堪称杰作的表现——魏玛宪法是世界上再好不过的宪法了。

在施米特眼里，魏玛宪法很具体，几乎要成“包罗无遗的法典”的样子，恰恰反映出现代性政治的根本问题：自从传统的自然法被扫进历史的垃圾堆，规定国家的法规体系已经没有“终极正当性”的基础，“所有宪法条文都取决于制订宪法时的政治和社会状况，受制于政党政治的偶然情势”。魏玛民国初期的德国党派有亲西方的自由民主派、亲苏联的左派和主张回归传统的右派，而每一党派中又还有左右翼，歧见纷扰自然导致无休无止的议会纠纷。社会民主党虽然最强大，被看作“魏玛联合的中坚”，可这个党的领袖们偏偏缺乏政治抱负。魏玛宪法是在这样的政党政治结构中产生的，各党为了某一条款斤斤计较、讨价还价，宪法的妥协性与其说是立法者们的政治明智的产物，毋宁说是新的德意志共和国这个政治统一体的体制在政治脆弱的结果。

即便魏玛宪法这样一部妥协性的自由民主宪法，仍然遭到当时的极左派和极右派政党拒绝。对极左派来说，这是一部彻头彻尾资产阶级民主的宪法，与第二帝国宪法藕断丝连；只有实现以工农兵为基础的无产阶级专政，与旧宪法革命性地决裂而非其改良，才能彻底告别专制时代。对于极右派来说，魏玛宪法是崇洋媚外，把外国那套政治制度生搬硬套强加给具有悠久民族传统的德意志“人民”。为了捍卫宪法，社会民主党人提出了“宪法神圣不容侵犯”的口号。

“宪法神圣不容侵犯”——在施米特看来，这句口号中“宪法”的含义应该是“绝对意义”的，而非“相对意义”的宪法（条

文)。施米特举例说，魏玛宪法第四十八条规定总统有权授权内阁动用军队维护国家安定——所谓总统的强制执行权和“专政强制权”(Diktaturgewalt)，一旦行使这项权力，必然要打破好些宪法条文，然而，却“并没有涉及根本政治决断和宪法核心”，绝非等于破坏了“绝对意义”的宪法，相反倒是在维护这个自由民主宪法得以产生的政治意志。“不容侵犯”的，并非宪法的具体条文，而是制宪权的政治意愿。以“宪法神圣不容侵犯”为由来否定魏玛宪法第四十八条(比如把它说成专制残余)，无异于为魏玛民国制宪主体（德意志人民）的敌人提供了颠覆民主宪政的可能性和合法性。

有一种观点认为，魏玛民国最终断送在魏玛宪法手中。这种说法把一件复杂的历史事情简单化了，但也并非无中生有——1932 年下半年以来，帕本内阁中的国防部长施莱歇尔将军和内政部长盖尔多次打算启用一项倚靠军方力量的“国家紧急状态计划”(der Staatsnotstandsplan) ——解散国会，让国会休止一段时期（因为纳粹党与德共联手已经在国会占据多数，重新选举无济于事)，以便剪灭纳粹党一类激进政党。但魏玛宪法第二十五条规定，解散国会后得马上举行新的国会选举——社会民主党和中央党这两个魏玛宪政的支柱的领袖人物扬言，如果政府推迟新的国会选举，就要依宪法第五十九条把政府告上宪法法院；结果，内阁多数成员害怕政府因破坏宪法的罪名吃违宪官司，最终未能形成动手的决议。施米特区分宪法的“绝对含义”和“相对含义”，不仅在宪法学说史上（参见《布莱克政治学辞典》)，也在德意志民族的历史上留下了厚重一笔。

当人们欢呼走向共和民主宪政时，很少有人会想这样的问题：什么样的政治家在领我们走向共和？什么样的立法者在设计民主宪政？——如施米特一再问的：谁在决断？

民主政治依然是政治，并没有取消统治与被统治的关系，仍然甚至更需要具有大胆见识、德性超迈、果敢有勇的政治家——因为，“人民的声音就是上帝的声音”这话杰斐逊可以说，希特勒也可以说。

可是，如施米特在《宪法学说》中所指出的：现代民主政治给人类政治生活带来的根本变化之一是，统治与被统治的关系不再基于统治者的优异品质，而是基于与人民的同构型——“统治者或治理者的权力或权威并非出自某些更高的、人民所不能企及的品质，而是仅仅出自被统治者或被治理者的意志、委托和信任”。民主制否定的并非统治与被统治的关系本身，而是其他政体形式的统治与被统治的关系，或者说否定的是古典形式的政治家条件——韦伯的确富有远见卓识，魏玛民国一建立，他就作了题为“政治作为志业”的讲演。[1]

“传统政治的主体是国家，现代政治的主体是人民”（施米特语）。共和革命之后，古典的“国家学说”已经无法应对现代民主政治问题，需要另立“宪法学说”。《宪法学说》是施米特一生中篇幅最大的著作，于1927年——也就是孙中山领导的革命党在南方起兵再来一次革命取得决定性胜利那年——杀青。从书名看，《宪法学说》像是谈一般的宪法原理，实际是对魏玛宪法及其所依托的议会民主制的细致剖析。施米特没有站在某种意识形态或政党理念立场来褒贬魏玛宪法，而是从公法学角度审视魏玛宪法，指望魏玛民国的政治家们的“智识力”有所提高，为捍卫新生的自由民主共和国保持清醒的政治警觉，果敢采取必要的措施。从形式上看，《宪法学说》既可以说像黑格尔的《法哲学纲要》——论题加说明，似乎想要承继或纠正某种法理精神——也可以说像宪法条文评注；从内容来看，《宪法学说》既是法制思想史，又是比较宪法论，更是民主政治论：将魏玛宪法纵向地与西方历史上的各种政制或法典加以比较，同时又横向地与其他

---

[1] 韦伯和施米特都强调过，民主政治还有另一特色：精通技术和善于盈利的人（技术人、经济人）成了立法者。20世纪90年代，香港政府曾委任一位著名经济人出任政府的大学拨款委员会主席。据说，此官上任即制定了这样的政策：大学各学科的拨款，要依毕业生的就业人数来定。按此政策，中国古文献专业就业率肯定很低，迟早得关掉。一旦经济人成了立法者，而且还要领导改革，能指望他听得懂人文道理？

欧美国家的成文宪法比较，以便让智识人中的立法者们和政治家们清楚认识自己热情追求的民主共和宪政究竟是怎么回事。

施米特力图让人们清楚地看到，宪法是人类政治行为的结果，并“不是什么绝对的东西，因为它不是从其自身中产生出来的”，不能把宪法看成一架万能机器，似乎靠自身的规范系统就可以产生作用——“宪法的效力有赖于制定宪法的人的政治意志”。无论“共和”还是“宪法”，都不是一揽子解决人类政治问题的灵丹妙药，因为，人类的政治问题不可能一劳永逸地解决。

张君劢当年脱离民国总统府的秘书公职留在德国念书，不是为了深入研究导致现代政制剧变的西方近代法理和政制思想的历史，甚至不是为了认真研究一番各国宪法，而是为了找奥伊肯请教人生观哲学——据说，只要解决了人生观问题，一切政治、经济问题就会迎刃而解——难怪人们没有见到张君劢在宪法学方面用多少功夫，如此推崇魏玛宪法，却没有注意到施米特的《宪法学说》。当施米特通过撰写一系列论析宪法条文的文章（后结集为《宪法条文论集》）为魏玛宪政的生死存亡搏斗时，被人誉为“中国宪政之父”的张君劢在中国挑起的是一场“人生观论战”——既然如此，国民也就没有指望张君劢这样的立法者会留意到魏玛民国时期德国公法学界对宪政问题的大量思考。

说起搞“宪法”，中国智识人和政治家们当然谈不上有什么经验——欧人不仅有绝对王权时代以来的宪制经验，更有罗马的“共和”理念和罗马法传统。尽管如此，对于西人来说，民主宪政同样是“新时期的新任务”，没有可能从伯里克利那里直接取经——倒是有可能吸取教训，古朗热（Fustel de Coulanges）在其《古代城邦》（*Cité antique*）中以“平民革命”为题来描述雅典民主时代。精通西方法理学史的施米特说，欧洲一向有国家学说，但直到 20 世纪初，都还谈不上有什么“民主宪法学说”——倘若如此，张君劢跑回宋明儒那里，通过编写《新儒家思想史》创造性地转化出宋明儒“富于革命性”的

政制设想，透过宋明儒的眼睛看出“三代诸帝”就是“柏拉图理想国中的守护者”，又有什么意思哩。

由于一心想着要将“欧洲之新思潮”与吾国的儒家传统结合起来，张君劢在读宋明儒书时，脑海里就难免浮想联翩出这样的历史想像：宋明儒已经设想出完美的地方政治制度——“乡约和中国地方自治的关系相当于卢骚的社约与西方民主政治的关系”；宋代固然没有民主选举制，但“有过一种近似选举的制度”，只要谁“良善而能干”，就会被“乡里贡举送至京师，参与政事”云云，宋明儒俨然成了民主宪政的先知——难怪不得，中国智识人因直面西方政制而经受三千年来未有之大变局已经百多年了，汉语学界的公法领域迄今依然几乎近于荒芜。“百年”一个接一个来——“北大建校百年”、“废科举百年”，人们又忙于迎新的百年——“共和革命百年”……事到如今，中国的立法者们在“智识力、道德力”上有多大长进？无论多少百年过去了，立法者的教养依然是“好政治”的首要前提。要是“立法者”们仍然像周先生或张先生那样，将中国没有“好政治”怪罪到人民头上——所谓“国民性”、“国民道德”云云，智识人在自身的改造过程中却立志或被迫向游民或经济人学习，百年恐怕真的白过了……

施米特的《宪法学说》初版于 1928 年，德国第二次民主建国时期重版（1954），波恩基本法的制定者采纳了施米特在魏玛时期提出的建言——作者在“重版前言”中有理由说，本书并没有过时，这话对汉语学界可能更适用。

本书涉及魏玛宪政的国名 Deutsches Reich 时，按笔者的建议译作“民国”，对此，笔者在《施米特论政治的正当性》（见《思想与社会》第二辑，上海人民出版社，2002）中作过说明，没有看到说明的读者，难免对这一译法感到愕然。我的说明是：1918 年革命后，德国政制变了——君主立宪制已经变成民主共和国，但德国国名还是 Deutsches Reich，老一辈的公法学家钱端升教授在上个世纪三十年代就觉得翻译上是个麻烦，他以为，Deutsches Reich 再译作“德意志帝国”明

显不当，但译成“德意志共和国”也不妥，建议将 Reich 音译为“莱希”[1]；有鉴于此，我建议译作“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帝制和民主制的 Reich。

倘若按有的学者的看法，将 Reich 译作“联邦”，则不仅 Reich 一词与“联邦”一词的德文相差太远，难免与“二战”后的“德意志联邦共和国”搞混，而且会让人忽略魏玛宪政时的国情：魏玛宪法面临的基本国情仍然是德国的统一问题（魏玛宪法起草人普罗伊斯拿出的草案第一稿就非常注重国家的统一）。过分强调国家的“联邦”性质，与魏玛宪法的意图不符。再说，本书中数次出现“联邦的 Reich”，Reich 译作“联邦”就成了“联邦的联邦”，让人不知所云。1933 年，施米特写过一篇文章，题为“帝国、国家、联邦”，其中有一段话清楚表明：虽然魏玛宪法具有联邦国家的性质，但国家结构并不具有联邦性质：

> 1919 年的魏玛宪法消除了普鲁士的霸权地位，同时让普鲁士州的总体规模保持未变。除了取代以前的霸权统治结构的替代物以外，魏玛宪法没有找到新的结构原则，因此而犯了近几年经常讨论的灾难性结构错误。魏玛宪法消灭了联邦的基础，同时也消灭了联邦国家的基础；魏玛宪法不再说“联邦的语言”（die Sprache des Bundes），而是避免“联邦”（Bund）这个语词，不再讲“联邦参议院”，而是称“民国参议院”（Reichsrat）。瑙曼（Friedrich Naumann）在魏玛宪法委员会提出的从现在开始将德意志 Reich 称为“德意志联邦”的值得注意的动议没有得到认真对待。所以，在 1919 年以后的最初几年里，魏玛宪法的国家法学说的出发点是，现在各邦之间的国家性质被消除了，德国不再

[1] 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。

是联邦国家。[1]

1918 年 11 月 3 日的基尔水兵叛乱前一周，旧的帝国公布了帝国宪法修订案（10 月 28 日），据宪法学史家的看法，这次修订无异于“把皇权最后且最重要的部分转让给了国民代表”，换言之，革命还没来，帝国的修宪差不多已经改变了帝制的性质。魏玛宪法维持了10月28 日公布的帝国宪法修订案的民主政制改革方向，但在采取议会内阁制的同时，又赋予总统有抑制（议会民主制）议会权力的特别权力条款（第四十八条）。从某种意义上讲，宪法第四十八条像是恢复了德意志“皇帝”的权位——然而，这个新的、“民主”的“皇帝”，由国民直接选出，其“皇权”来自国民。波恩基本法（宪法）制定时，德国（西德）实质上不再是主权国家（把魏玛宪政时的国名 Reich 译作“联邦”，无异于抹去了有主权与没有主权的两个民主制德国的差别——施米特会着何想？[2]），虽然制定方向是回到魏玛宪法，但波恩基本法根本改变了魏玛宪法的所谓“双头议会主义”：总统和内阁都直接属于联邦议会，总统也不再由国民直选产生，尽管总统靠紧急立法状态的宣告权和联邦议会的解散权仍然对议会具有一定程度的牵制作用。总之，魏玛宪政区别于旧的帝国和“二战”后的无国家主权的“民主宪政”的关键之一，就在总统的宪法定位（由此可以理解施米特对魏玛宪法第四十八条的解释意图）——既像“皇帝”又不像“皇帝”。难怪普罗伊斯当初要解释说：国民选出的总统与皇帝不同，

---

[1] 施米特，《论断与概念》，Berlin，1988/1994，第 221 页（参见《论断与概念》中译本，朱雁冰译，上海：上海人民出版社，2016）。

[2] 甚至在 1962 年，施米特还笔带愤然地写道：“第二次世界大战的战胜国——尤其美国和苏联，唾弃古典的欧洲国际法意义上的两国交战，在共同取得对德国的胜利后，唾弃并消灭了普鲁士国家。”参见《游击队理论》，见施米特，《政治的概念》，刘小枫编，刘宗坤等译，上海：上海人民出版社，2015，第 139—228 页。

皇帝与国民隔绝，没有视听，民选的总统有视听，对形势和人心动向的判断会比皇帝正确——言下之意，大家可以放心，虽然总统权力像过去的皇帝，但最终受制于民意。采用“民国”的译法并非最好，但至少比“联邦”的译法“政治正确”，足以体现魏玛宪政的“特色”，从而使得魏玛宪政的国名有别于此前的“德意志帝国”和此后的“德意志联邦共和国”，在（比如说）翻译本书时，行文也方便和明确得多。

由于意识形态的原因，本书迄今未见英译本，日译本倒已经不止一个。眼下这个中译本承任教于北京大学英语系的老友刘锋兄据1993年德文版迻译——个别术语的译法，请在东京任教的友人王前博士查考了日文译本。

本书大量涉及魏玛宪法，为方便读者参考，兹将魏玛宪法中译全文收作附录。

刘小枫

1999年11月初稿于深圳

2003年7月订于广州中山大学哲学系

引用文献缩写

RV. =Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919（Weimarer Verfassung）

（1919 年 8 月 11 日德意志民国宪法［魏玛宪法］）

aRV. =Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871（Bismarcks Verfassung）

（1871 年 4 月 16 日德意志帝国宪法［俾斯麦宪法］）

Prot.=Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses der verfassung-gebenden Deutschen Nationalversammlung（Bericht Nr. 21）über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs（Carl Heymanns Verlag，Berlin，1920）

（《德意志制宪国民议会第八小组关于德意志民国宪法草案的报告和记录》［第二十一号报告］）

AöR. = Archiv des öffentlichen Rechts

（《公法档案》）

JöR. = Jahrbuch des öffentlichen Rechts

（《公法年鉴》）

JW. = Juristische Wochenschrift

（《法学周刊》）

本书引用的一些众所周知的文献均用缩写，例如安许茨（Anschütz），

Kommentar（《评注》）；珀奇（Poetzsch），*Kommentar*（《评注》）；基泽（Giese），*Kommentar*（《评注》）；维特迈尔（Wittmayer），*Weimarer Reichsverfassung*（《魏玛民国宪法》）；迈尔－安许茨（Meyer-Anschütz）；等等。狄骥（L. Duguit）的《宪法手册》（*Manuel de Droit constitutionnel*）偶尔未按最新版（1923）引用，而是因其较为详尽的历史陈述而按第一版（1907）引用。

引　言

对这部《宪法学说》的持续不断的需求，大概是由于它以至今还令人信服的系统性阐明了法治国—民主宪法的模型。因此，不管本书用作例子的那些宪法规定是否仍然有效，只要法治国—民主宪法的模型还有积极作用，本书就不失其实际和理论价值。不仅在德意志联邦共和国及其各州是这样，在其他西方民主国家也同样如此。

只有借助于真正的系统研究，对不同宪法的比较和说明才有价值，因为只有这样，才能从法学上认识这种特殊的思想模式。只要基本模型能够持久，一部成功地达成了这种系统性的著作就不需要与在时间进程中出现的大量宪法条文赛跑。甚至更恰当的做法是，在这方面稍微克制一点，以便让基本模型更清晰地呈现出来。

有鉴于此，原封不动地重印一本初版于1928年、至今还以其原样受到国内外赞许的书，或许不无道理。

卡尔·施米特

1954年3月

序　言

本书既不是评注，也不是一系列单篇专题论文，而是试图建立一个体系。在当今的德国，关于魏玛宪法已经有了一些很好的评注和专著，它们在理论和实践两方面的重要价值得到了公认，再添上一两句赞誉之词，已属多余。不过，除此而外，还有必要花点力气，系统地建立一个宪法理论，将宪法学当作公法学的一个特殊分支来加以探讨。

宪法学是公法学的一个重要、独立的组成部分，但是，它在我国最近一代人中间却没有获得发展。无论在涉及各式各样公法论题的国法学中，还是在普通国家学中，宪法学的问题和内容大体上已经溃不成军了，只被附带地加以讨论。从历史的角度来看，原因在于立宪君主制的国家法状况，或许还在于俾斯麦帝国宪法的特点——这部宪法是天才的成功之作，兼有基本的简单性和复杂的未完成性。然而，最主要的原因恐怕还在于战前的政治和社会安全感。对“实证主义”的一种特定理解将宪法理论的根本问题排挤出国家法，使之进入普通国家学的疆域。在这里，宪法理论的根本问题在一般国家理论与哲学、历史学、社会学论题之间找到了一个模糊的位置。在此，应该提醒一句，即便在法国，宪法学也是很晚才发展起来的。1835 年在巴黎设立了宪法教席（这个教席是为罗西［Rossi］设立的），但到了 1851 年（拿破仑三世政变后），这个教席又被撤消了。嗣后，共和国于 1879 年设立了一个新的教席，但直到 1885 年，布特米（Boutmy）还在悲

叹，公法的这个最重要的分支在法国受到了冷落，这个领域没有一位声誉卓著的著作家（参见布特米，《宪法研究》）。时至今日，在埃斯曼（Esmein）、狄骥、欧里乌（Hauriou）等名家那里，公法的这个分 XII
支的特征已经体现出来了。可以期待，如果外交或内政的紊乱局面不妨碍平静的、专心致志的研究工作，那么，即便在德国，对魏玛宪法的学术探讨也会导致宪法学的发展。最近一些年出版的公法论著，尤其是德国国家法法学教师协会的书刊，已经显露出这一趋势。如果继续采取对法律的合宪性进行司法审查的做法（从民国最高法院目前的表态来看，这是可以期待的），这同样会促使人们去研究一切法律问题的宪法学层面。最后，我还可以提到一点：自 1919 年以来，我在给学生的讲课、练习和考试中有过一些体会，也证实了这种将宪法学视为公法的一个独立的、需要单独讨论的课题的观点。实际上，从目前大学开设的普通国家学（政治学）课程来看，其很大一部分内容或许已经是宪法学了。

在本书中，我们暂时只想粗略地勾勒一个简单轮廓。有鉴于此，对国家法的一系列个别问题进行专题性的详细讨论，以书目的形式列举一大批文献，这并非本书的关键所在。不仅在安许茨和基泽的《魏玛宪法评注》中，而且在施蒂尔－索姆罗（Stier-Somlo）的《民国国家法和邦国家法概论》中，我们都能见到一些很好的汇编，因此，没有必要重复列举书名了。在学术探讨中，引证和辩论当然是必不可少的，但在本书中，它们首先是被当作例子来考虑的，旨在说明特定的个别问题在宪法学体系中的地位。我们的主要目标始终是要提供一条清晰明了的系统线索。之所以必须强调这一点，是因为在目前的德国，似乎缺乏一种系统意识，人们甚至在各种通俗学术汇编（要知道，这类汇编只有透过极其严密的系统论述才有价值）中“以随意评注的形式”（即对个别条款的批注）来处理魏玛宪法。针对这类评注和注释方法，同时也针对那种仅仅局限于个别研究的做法，本书试图提供一个系统框架。职是之故，本书既没有回答全部的国家法问题，

XIII 也没有回答全部的普通国家学问题。不过，如果本书真的阐明了这里所设想的宪法学，那也许就意味着，它朝着两个方向既澄清了一般原则，又澄清了某些个别问题。

本书主要论述了国民法治国的宪法学。在这一点上，人们很难对本书提出异议，因为时至今日，这种类型的国家一般还居于主导地位，魏玛宪法与其模型完全相符。因此，本书所举的例子主要提示出法国几部宪法的鲜明的经典印记，这似乎也是十分恰当的。不过，我们不应将这一模型提升为绝对教条，不能像对待绝对教条那样，完全忽视它的历史条件和政治相对性。相反，宪法学的任务之一是要说明，有些传统语式和概念完全取决于过去的情况，它们在今天甚至起不到旧瓶装新酒的作用，而只是一些过时的、错误的标签。当今公法的许多教条化概念还停留在19世纪中叶，这些概念的意义（不过，这种意义早已荡然无存了）在于，它们能发挥“整合”（Integrierung）作用。“整合”这一概念经斯门德（Rudolf Smend）的阐扬，对国家法产生了很好的效果。在此，我想用它来说明一个简单的事实：在19世纪，出现了一些至今仍被提出的法律定义以及其他重要概念，核心要义就是将一个特定的社会阶层，即有教养、有财产的市民阶层整合到一个特定的现存国家中去——这个国家大体上是一个专制君主国。时过境迁，这些说法在今天已失去了原有的内容。也许有人会反驳我说，我这本书里的一系列概念和区分也要受制于现实情况。不过，倘若这些概念和区分至少立足于现在，而不以早就消失了的情况为先决条件，那就已经很有益处了。

国民法治国宪法学的一个特殊困难在于，甚至直到今天，人们还将宪法的国民法治国要素与整个宪法混为一谈。其实，光有这个要素是远远不够的，它只能被添加到政治要素上去。人们通常——纯粹虚
XIV 构性地——将国民法治国的各项原则与宪法本身相提并论，结果便忽视或误解了宪法生活的本质过程。这类虚构和忽略的方法造成了很大的危害，而受害最大的莫过于对主权概念的探讨。于是，在实践中就

出现了实施假主权行为的情形，其特点是，尽管国家官署或机构并不拥有主权，但它们偶尔在默默容忍的情况下实施了主权行为。在以后的论述中，我们将在适当的地方提到这种假主权行为的最重要的实例（参见第 108、150、177 页）。对这个问题的详细讨论是主权学说因而就是普通国家学的任务。即便要深入研究海勒（H. Heller）的主权理论（《论主权》[*Die Souveränität*]，Berlin，1927），那也会触及国家学的一系列问题，这一工作只能在另外一个场合下来做，本书仅仅讨论了那些与真正意义上的宪法学有关的主权问题。基于同样的理由，对政体学说的一般讨论以及对民主制、君主制和贵族制的细节讨论也仅限于为宪法学（区别于国家学）所必需的那些问题。顺便提一下，即便作了这样的限制，本书也已经超出了出版社规定的范围。

本书排印过程中，又出版了一系列对宪法学论题有特殊价值的专著和文章，其数量之大，已足以表明，国家法的一些与宪法理论有特殊关系的方面更鲜明地突现出来了。在本书中，1927 年德国国家法法学教师大会的讨论一律按亨泽尔（A. Hensel）发表在《公法档案》（第十三卷续辑，第 97 页及以下）上的报告来引用，因为完整的书（德国国家法学家协会出版物第四册，W. de Gruyter 版）是在 1927 年 12 月才出版的。在本书排印过程中，我还了解到下列出版物，在此至少应该提一下：默克尔（Adolf Merkl），《普通行政法》（J. Springer 版）；耶利内克（Walter Jellinek），《行政法》（J. Springer 版）；克尔罗伊特（O. Koellreutter），《施蒂尔-索姆罗和埃尔斯特编辑的〈法学小辞典〉中的“国家”一文》；热兹（G. Jèze）的论文《担任公职》（载《公法杂志》，XLIV）；德·马尔贝格（Carré de Malberg）的论文《法律的合宪性与 1875 年宪法》；贝泰勒米（Berthélemy）的论文《法官面前的宪法律》（载《政治和议会学刊》，CXXX Ⅱ/Ⅲ）；朔伊纳（W. Scheuner）的论文《论议会制政体的不同形态》（载《公法档案》，Ⅲ）。珀奇-黑夫特尔（Poetzsch-Heffter）的《民国宪法评注》新版 XV

(O. Liebman 版) 预计将于 1928 年 1 月面世，只可惜我在写作本书时还无法参考这位杰出法学家的这部新著。另外，斯门德的一本讨论宪法理论问题的书也已经有了出版预告。我在本书中试图深入探讨斯门德以前发表的著作，只是通过这番研究，我才完全体会到他那丰富、深刻而富有成果的思想。因此，我感到特别遗憾的是，我在写作本书时没能了解和参考他在这部即将出版的著作中对宪法理论的论述。

卡尔·施米特

1927 年 12 月于波恩

第一部分
宪法的概念

第一章　绝对的宪法概念

（作为统一整体的宪法）

Verfassung[1]一词有多重含义。就该词的一般意义而言，一切事物——每个人和每件东西、每家企业和每个社团——都以某种方式处于 Verfassung 中，一切可能的事物都能具有一种 Verfassung。这里并未产生任何特殊概念。若要对 Verfassung 一词达成统一理解，它就必须仅限于国家——亦即一个民族的政治统一体——的 Verfassung。在这种限制的意义上，Verfassung 一词可将国家本身——确切地说，个别、具体的国家——界定为一个政治统一体，或者一种特殊的、具体的国家存在类型和形式；就此而言，它指的是政治统一体和秩序的整体状态（Gesamtzustand）。但是，Verfassung 也可以指一个完整自足的规范系统（System von Normen）。在这种情况下，它同样是在描述一个统一体，不过，这个统一体不是具体存在着的统一体，而是存在于思想中的观念统一体（ideelle Einheit）。在两种情况下，Verfassung 概念都是绝对的，因为它被用来描述一个（存在于现实或思想中的）整体。此外，如今还有一种广泛流行的说法，将一系列明确制定的法律称为 Verfassung，在这种情况下，Verfassung 与 Verfassungsgesetz（宪

---

[1] 【中译者注】施米特在本书开篇梳理了德文词 Verfassung 的几种含义。由于没有一个中文词能够表达该词的全部含义，故在此径用原文。

法律）[1]就被当成同一个东西来对待了。按照这一思路，一切个别的宪法律看上去都是宪法。因此，宪法变成了一个相对的概念，不再涉及一个整体、秩序和统一体，而是涉及几个、若干或众多特殊的个别法律规定。

> 教科书一般都这样界定宪法：宪法＝根本规范（Grundnorm）或根本法（Grundgesetz）。不过，此处的“根本”（Grund）究竟指什么，通常并不清楚。它经常不过是一种陈词滥调，用来表示某种在政治上具有特殊重要性或不可违背的东西，正如人们模模糊糊地谈论“基本”权利、“确定下来”等等一样。这类词语在宪法理论中的含义将在以后的概念讨论中呈现出来。[2]

---

[1] 【中译者注】Verfassungsgesetz 贯穿于全书，相当于英语的 constitutional law，法语的 loi constitutionnelle，一般译作“宪法法”或“宪法性法律”。施米特始终在与 Verfassung（宪法）的区别中使用该词，用它来指具体的、个别的宪法法规或宪法条文。老一辈法学家萨孟武先生将其译作“宪律”。为了突出施米特对这两个词所作的刻意区分，我们采纳国内学者的译法，将 Verfassungsgesetz 译作“宪法律”（参见林来梵，《论宪法学的根本方法——兼从法理学方面的追究》，载《法学文稿》2001 年第二期）；不过，在遇到 verfassungsgesetzliche Bestimmung 时，则简单地译作“宪法法规”，而不译作“宪法律规定”。

[2] 参见本书 42 页、第五章有关 lex fundamentalis [根本法]、“根本规范”和“根本法”的不同含义的概述。

【中译者注】关于《宪法学说》中译本注释体例的说明：《宪法学说》德文原版引用了大量参考文献，但与一般学术书籍不同的是，这些参考文献没有采取脚注或尾注的形式，而是采取随文标注的形式，有时不免影响阅读的流畅和连贯，尤其在中译本中，所有参考文献后都要加注原书名或原篇名，从而进一步延长了这些随文注释的长度。为了方便阅读，译者对这类注释作了适当的技术处理，将其全部移作脚注，有时亦根据具体情况将与参考文献有密切关系的语句同时移至脚注。除此而外，《宪法学说》德文原版还有大量指向本书相关章节或页码、俾使互文见义的内部参见字样，大多比较短小。对于这类注释，译本则依照原书格式采取随文标注的形式。

I. 绝对意义上的宪法（Verfassung im absoluten Sinne）首先可以指 4
具体的、与每个现存政治统一体一道被自动给定的具体存在方式。

1. 第一层含义：宪法 = 一个特定国家的政治统一性和社会秩序的具体的整体状态。凡是国家都必须有政治统一性和社会秩序，必须有统一性和秩序的某些原则，必须有某个在危急情况下、在遇到利益和权力冲突时作出权威裁决的决断机关。我们可以将政治统一性和社会秩序的这种整体状态称为宪法。就此而言，“宪法”一词指的不是用来调节国家意志的形成过程和国家活动的实施过程的一整套或一系列法规和规范（只要遵守这些法规和规范，就会产生秩序）。实际上，这个词仅指处于具体政治存在状态中的具体的个别国家（德意志帝国、法国、英国）。国家并不拥有（hat）国家意志“据以”形成和运行的宪法，它就是（ist）宪法本身。换句话说，国家是基于存在的[1]现存状态，是统一性和秩序的状态（status）。倘若这种宪法——亦即统一性和秩序——终止了，国家亦将不复存在。宪法是国家的“灵魂”、具体生命和个体存在。

> 在希腊哲学家那里，“宪法”[2]一词通常具有这种含义。按照亚里士多德的观点，国家（*πολιτεία*）[3]是一个城市（*πόλις*）[4]或地区的居民的共同生活（Zusammenleben）秩序（*τάξις*），而这

---

[1] 【中译者注】从作者在下文中的论述可知，seinsmäßig 与 sollensmäßig 相对照。因此，我们将前一个词译作“基于存在的”，将后一个词译作“基于规范的”。

[2] 【中译者注】施米特用 Verfassung（宪法）一词来对应希腊文 *πολιτεία*，后者通常译作“政体”、“政制”。

[3] 【中译者注】施米特将 *πολιτεία* 译作“国家”（Staat）。在希腊语中，*πολιτεία* 有“政体”、“政府”、“宪法”之意。

[4] 【中译者注】在此，施米特将 *πόλις* 译作“城市”（Stadt）。*πόλις* 即 polis，指“城市”、“城邦”。

种共同生活乃是自然给定的。该秩序涉及国家的统治权及其划分，有了这个秩序，才有了统治者（*κύριος*）。不过，这个秩序大力实施的目标（*τέλος*）——包含在具体政治形态的基于存在的特性中——也从属于它。[1] 如果这种宪法被取消了，国家也就不复存在了；如果确立了新的宪法，就会产生一个新的国家。伊索克拉底（Isokrates）在《论雅典最高法院》（14）中将宪法称为城邦的灵魂（*ψυχὴ πόλεως ἡ πολιτεία*）。[2] 这一宪法概念也许最好用一个比喻来说明：合唱队的演唱员或演奏员会有变化，演唱或演奏的地点也会有变化，但表演的歌曲或乐曲还是原封不动。统一性和秩序在于歌曲和总谱，正如国家的统一性和秩序在于宪法。

G. 耶利内克认为宪法是“国家意志据以形成的秩序”。[3] 这种看法实际上把基于存在的现存秩序与一项工作据以合法地、正当地开展的规范混为一谈了。这里考虑的所有概念，例如统一性、秩序、目标（*τέλος*）、生命和灵魂，都是在描述某个存在着的东西，而不是在描述某个仅仅具有规范性和应然性的东西。

2. 第二层含义：宪法=一种特殊类型的政治和社会秩序。在这里，宪法是指具体的统治和服从关系，因为离开了这种关系，在社会现实中就不可能有任何秩序可言。就此而言，宪法是每个国家都具有并且无法与其政治存在相分离的统治形式（Form der Herrschaft），例如君主制、贵族制、民主制，或人们所划分的任何政体形式。在这里，宪法=政体（Staatsform）。而且，“形式”（Form）一词指的也是某个基于存在的东西，即政体（Status），而不是某个符合法规或具有规范应然性的东西。同样，从这种意义上说，每个国家不言而喻都拥有宪

[1] 参见《政治学》，第四卷，第一章，5。

[2] 【中译者注】*ψυχή*［灵魂］原作 *φύχη*，疑有印刷错误。

[3] 参见《普通国家学》（*Allgemeine Staatslehre*），第 491 页。

法，因为它总要符合国家借以存在的某种形式。在这里，或许也可以更确切地说，国家就是（ist）宪法；它是（ist）一个君主制国家、贵族制国家、民主制国家或苏维埃式共和国，并不仅仅拥有（hat）君主制国家、贵族制国家、民主制国家或苏维埃式共和国的宪法。就此而言，宪法乃是“诸形式的形式”（forma formarum）。

尤其在中世纪和17世纪，人们经常在这种意义上使用“国家”（status）一词（除了这个多义词的其他含义——如一般状态、地位等等——之外）。托马斯·阿奎那在《神学大全》（*Summa theologica*，I，II，19，10c）中仿照亚里士多德划分了几种政体（status）[1]：（1）贵族制国家（status optimatum），它由少数出类拔萃的人来统治（in quo pauci virtuosi principantur）；（2）寡头制国家（status paucorum），它由少数人统治，而不考虑这群人是否具备特殊的卓异品质；（3）民主制国家（status popularis），它由一群农民、工匠和劳动者来统治。博丹（Bodinus）在《共和六书》（*Les six livres de la République*）[2]中依据这几种政体形式划分了民主制国家（état populaire）、君主制国家（état royal）和贵族制国家。格劳秀斯（Grotius）在《战争法与和平法》（*De iure belli ac pacis*，1625）中认为，政体（status）——就该词与此处的讨论相关而言——是一种国家形式（forma civitatis），因而就是宪法。霍布斯（Hobbes）在《论公民》（*De cive*，1642）[3]中也有类似的说法，他讨论了君主政体

[1] 【中译者注】施米特在此为拉丁文 status 提供的德文对应词是 Staatsform，故译作“政体”。他又将 status optimatum 译作 der aristokratische Staat，故有时也可译作“国家”。

[2] 1577年初版，尤见第六卷。

[3] 参见该书，第十章。

（status monarchicus）、民主政体（status democraticus）、混合政体（status mixtus）等等。

职是之故，随着一场成功的革命，就会立即诞生一个新国家，因而也会立即诞生一部新宪法。正因为如此，在1918年11月革命后的德国，人民代表委员会（Rat der Volksbeauftragten）在1918年12月9日的一份公告中提到“通过革命诞生的宪法”。[1]

3. 第三层含义：宪法＝政治统一体的动态生成原则。有一种根本的或在根基处涌动的力量或能量，使政治统一体处于不断形成、不断被创造的过程中，宪法就是这个过程的原则。按照这种理解，国家不
6 是某个现存的东西，某个静止不动的东西，而是某个不断生成、不断被重新创造的东西。政治统一体必须日复一日地从各种对立的利益、思想和目标中产生出来，借用斯门德的话来说，政治统一体必须将自身“整合起来”。

这个宪法概念不同于前面提到的那些国家（作为静态统一体的国家）概念。亚里士多德的概念同样也包含动态的因素，但静态与动态的截然划分多少带有人为的、强加的性质。无论如何，这个“动态的”宪法概念仍然处于（生成性）存在和实存的范围内。因此，宪法还没有（像本章第二节将要讨论的宪法概念那样）变成一种单纯的规则和规范。宪法是活跃着的能量的动态过程的能动原则，是生成的元素，而不是一套确定行为准则和责任归属的受规则支配的程序。

施泰因（Lorenz von Stein）在一个广阔的系统语境中阐述了这个宪法概念。尽管施泰因仅仅讨论了1789年以来的几部法国

---

[1] 参见耶利内克，《革命和民国宪法》（Revolution und Reichsverfassung），载 *Jahrb. des öffentl. Rechts*, IX，1920，第22页。

宪法，但他却同时触及了宪法学的普遍的双重性原则。在托马斯·阿奎那的《神学大全》[1]中，这个原则可以看得非常清楚。阿奎那强调了两点（duo sunt attendenda）：第一，所有公民都有机会参与国家的意志形成过程（ut omnes aliquam partem habeant in principatu）[2]；第二，治理和统治的类型（species regiminis vel ordinationis principatuum）。这里涉及自由与秩序的古老对立，这个对立又与下面（第十六章，II）将要阐明的两项政治形式原则（同一性与代表）的对立相互关联。在施泰因看来，1789 年革命期间的最初几部宪法（即 1791 年宪法、1793 年宪法和 1795 年宪法）都是真正意义上的国家**宪法**（Staats-*Verfassungen*），不同于从拿破仑时代（1799）开始的国家**法规**（Staats-*Ordnungen*）。我们在下面描述一下两者的区别。国家**宪法**是这样一种法规：它导致了个体意志与国家的总体意志的协调一致，将众多个体联合成国家机体的有生命的部件。一切宪法安排和宪法程序都具有如下意义：国家“被看成一个人格统一体，代表着一切自由的、自决的个体的意志”。相反，国家**法规**则将一切个体和行政机关视为国家的部件，要求他们（它们）完全**服从**（Gehorsam）。国家生活在国家宪法中是自下而上，在国家法规中则是自上而下。国家宪法是国家意志**自由形成**的结果，国家法规则是对如

[1] 参见 I，II，105，art. 1。

[2] 【中译者注】施米特在本书中引用了大量拉丁文，有的给出了德译，有的没有。但施米特的德译并非严格的翻译，而是根据他的引用意图给出的释义。本书中引用的大量法语和少量英语、希腊语亦属同样的情况。因此，凡是施米特未提供释义的英、法、拉丁、希腊语句子、短语或单词，均照原文译出；凡施米特提供了释义的，除少数较长的引文外，则不另行翻译。

此形成的意志的有机实施。[1] 宪法是政治统一体的有效的基本原则，这个思想在拉萨尔（F. Lassale）的著名演讲《论宪法的本质》（*Über Verfassungswesen*，1862）中得到了言简意赅的表达："因此，如果宪法确立了一个国家的根本法，它就是……一种能动的力量。"拉萨尔在实际的力量对比中发现了这种能动的力量和宪法的本质。

7 施泰因为德国19世纪的宪法学思想奠定了基础（同时也成为一个中介，使黑格尔的国家哲学继续保持活力）。在莫尔（Robert Mohl）的著作中，在格奈斯特（Rudolf Gneist）的法治国学说中，在黑内尔（Albert Haenel）的理论中，处处都能辨认出施泰因的思想。后来，拉班特（Laband）的方法开始广泛流行，宪法学思想走到了尽头，这种情况也就随之而结束了。拉班特的方法主要限于用字词解释的技巧来解说宪法法规的条文，这种方法被称为"实证主义"（Positivismus）。

一直要到斯门德发表了论文《宪政国家的政治权力和政体的问题》（Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform）[2] 之后，宪法学问题才再度被置于整体脉络中。我们在下面还会经常提到这篇论文的有关思想。遗憾的是，这些思想还只有一个雏形，但就其已有的纲要而言，我认为关于国家统一体的"整合"的理论直接延续了施泰因的学说。

II. 绝对意义上的宪法可以指一种根本法规定，亦即一个由最高的终极规范构成的统一的、完整的系统（宪法 = 诸规范的规范 [Norm

---

[1] 参见《法国社会运动史》（*Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*），卷I，《社会的概念》（*Der Begriff der Gesellschaft*），Ausgabe von G. Salomon，München，1921，Bd. I，第408—409页；另参见《行政学说》（*Verwaltungslehre*），I，第25页。

[2] 参见《卡尔纪念文集》，Tübingen，1923。

der Normen]）。

1. 在这里，宪法不是一种基于存在的状态，也不是一种动态的生成过程，而是一种规范性的东西，一种单纯的“应然”（Sollen）。但是，这种意义上的宪法不是指一批个别的、或许非常重要的、具有突出外在标记的法律或规范，而是指一般国家生活的总规范、作为完整统一体的根本法和“诸法律的法律”。[1] 其余的所有法律和规范都必须能够回溯到这个单一的规范（diese *eine* Norm）。就“宪法”一词的这种意义而言，国家变成了立足于作为根本规范的宪法的法秩序（Rechtsordnung），亦即一个法规统一体。在这里，“宪法”一词是指统一性和整体性而言，因此，我们也完全可以将国家与宪法等同起来。不过，不能像对待“宪法”一词的前述意义一样，提出“国家 = 宪法”的公式，而是要颠倒过来：宪法就是国家。原因在于，人们把国家当作一种符合规范的应然存在的东西来对待，认定它只是一个规范系统，一种“法”秩序。这种秩序并非基于存在而存在着，而是基于规范而产生效力，但它却为绝对的宪法概念奠定了基础，因为这里假定了一个完整的、系统的规范统一体，并且这个统一体被赋予了与国家相等的地位。有鉴于此，人们也可以认为，这种意义上的宪法“拥有主权”。[2] 不过，就其本身而言，这是一种模糊的说法，因为正确地说来，唯有具体存在着的东西才能拥有主权，很难说一个单纯有效的规范拥有什么主权。

有一种习见的说法：并非人在统治，而是规范和法律在统

---

[1] 【中译者注】这里的“根本法”和“诸法律的法律”原文分别是 *das* Grundgesetz 和 *das* “Gesetz der Gesetze”，其中的定冠词均为斜体，旨在强调一体性和单一性。“诸法律的法律”或译“万法之法”。

[2] 【中译者注】原文作 souverän，意指宪法是至高无上的，但为了与下文的讨论相一致，姑直译作“拥有主权”。

治；在这个意义上，规范和法律应“拥有主权”。这种说法非常古老。就近代宪法学而言，可以考虑到下述历史发展过程：在法国王朝复辟时期，在七月王朝统治时期（1815—1848），主要是资产阶级自由主义的某些代表人物——即所谓的“空论派”（Doktrinäre）——主张宪法（宪章）“拥有主权”。这种将一部成
8 文法拟人化的措辞颇为奇特，其目的是要让确保公民自由和私有财产的法律凌驾于一切政治权力之上。这样就回避了一个真正的政治问题：究竟是君主拥有主权，还是人民拥有主权？这个问题的答案很简单：无论君主还是人民都不拥有主权；宪法才拥有主权（参见第六章，II，7，第54页）。在国民法治国中，这是自由派的典型答案。对自由派来说，不仅君主制，而且民主制都要受到限制，这样才能确保公民自由和私有财产（关于这个问题的讨论，参见第十六章，第216页）。因此，王朝复辟时期和路易-菲力普时期的典型“空论派”人士鲁瓦耶-科拉尔（Royer-Collard）提到了宪法主权。[1] 自由法治国体制的经典代言人基佐（Guizot）讨论了“理性的主权”（Souveränität der Vernunft）、公正性和其他抽象概念。基佐正确地认识到，只有当规范不是一种实在的意志和命令，而是一种合理的正当性、理性和公正性——也就是说，具备某些特定品质——时，它才谈得上“拥有主权”，否则，主权的拥有者就恰恰是某个施行意志和命令的实体。托克维尔（Tocqueville）维护1830年的法国宪法，始终坚持宪法的不可修改性。他强调指出，人民、国王和议会的一切权力均来自于这部宪法；一旦越出了宪法，所有这些政治实体就什么也不是

[1] 有关证据，可参见巴泰勒米，《法国议会制引论》（*Introduction du régime parlementaire en France*），1904，第20页及以下。

（hors de la Constitution ils ne sont rien）。[1]

凯尔森（H. Kelsen）在许多著作中反复论述过的国家法学说[2]同样将国家解释成一个法规系统和统一体，但却丝毫没有解释这种“统一体”和“系统”的实质的、逻辑的原则，也没有说明，一个国家的众多实在法律规定和各种宪法法规是如何建构出这种“系统”和“统一体”的，又是出于什么必要性而恰好建构出这种“系统”和“统一体”的。国家统一体和秩序的政治**存在**或**生成**变成了一种**运作**（Funktionieren），**存在**与**规范**的对立经常同实体**存在**与依法**运作**的对立掺合在一起。我们在前面曾提到一种典型的国民法治国理论，这种理论力图将国家变成一个法秩序，并且将法秩序视为法治国的本质。如果将凯尔森的理论看成这种法治国理论的末梢，它就变得可以理解了。市民阶层在其鼎盛时期，在17世纪和18世纪，获得了创造一个真正系统——即个人主义的理性法和自然法——的力量，并且从私有财产和人身自由之类的概念中建构出本身有效的规范。这些规范的有效性先于一切政治存在，超越于一切政治存在之上，因为它 9
们是**正当的**、**理性的**，从而也就包含着一种真正的应然，根本无须考虑基于存在的——即实在法的——现实。这是一以贯之的规范性，在这里，人们可以谈论系统、秩序和统一体。相反，在凯尔森那里，唯有**实在的**规范才有效，也就是说，唯有能够产

---

[1] 参见《民主在美国》（*Démocratie en Amérique*，通译《美国的民主》），第一卷第六章，注释12。

[2] 参见《从法规学说发展起来的国家法学说的主要问题》（*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*），1923，第二版；《主权问题与国际法理论》（*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*），1920；《社会学的和法学的国家概念》（*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*），1922；《普通国家学》（*Allgemeine Staatslehre*），1925。

生实际效力的规范才有效。这些规范之所以有效，不是因为它们依照正当的理由应该有效，而只是因为它们是实在的，根本不用考虑合理性、公正性之类的品质。在这里，应然突然消失了，规范性也荡然无存了。取而代之的是粗陋的事实性的同义反复（Tautologie）：如果某个规范有效，并且因为它有效，它就是有效的。这就是“实证主义”（Positivismus）。一个人如果真的坚持认为，“整体的”宪法[1]具有“根本规范”的效力，其余的全部有效规范都应当来源于宪法，他就不能把随便什么具体规定都视为一个由纯粹规范构成的纯粹系统的基础。这些具体规定由某个特定的机关制定出来并获得承认，从而被称为“实在的”，也就是说，它们仅仅具有事实上的效力。但是，不能因此就把这些规定当作基础来对待。一个规范统一体和秩序只能来自于一系列系统的原则。这些原则根本不管什么“实在的”有效性，其本身就具有规范上的融贯性，也就是说，它们凭借其合理性或公正性，本身就具有正当性。

2. 实际上，一部宪法之所以有效，是因为它出自制宪权（即权力或权威[2]），并且凭着它的意志而被制定出来。与单纯的规范不同，“意志”（Wille）一词将一个基于存在的东西描述成应然的起源。意志实存着，意志的权力或权威在于其存在。一项规范之所以有效，也许因为它是正当的；由此产生的系统的逻辑结果就是自然法，而非实定的宪法。或者，一项规范之所以有效，也可能因为它是以法令的形式实在地制定出来的，也就是说，它所凭借的是一种实存的意志。规范从来不会自己把自己制定出来（这种说法是荒诞不经的）。事实上，规范之所以被承认为有效，是因为它可以从某些原则中推衍出来，而

---

[1] 【中译者注】原文作“die” Verfassung，意为整体的、单一的宪法。

[2] 关于权力（potestas）与权威（auctoritas）的区别，参见本书第八章注释（第 75 页）。

这些原则的本质同样在于正当性，而不仅仅在于实在性，也就是说，不仅仅在于它们是以法令的形式实际地制定出来的。如果有人说，宪法是作为根本规范（而不是作为实在的意志）发生效力的，他就等于是在断定，宪法能够凭借某些逻辑的、道德的或其他内容方面的特性而承载一个封闭的正当法规系统。如果有人说，宪法一方面并非由于其规范正当性，而只是由于其实在性而发生效力，另一方面又作为纯粹规范而确立了一个纯粹规范系统或秩序，那就会造成矛盾和混乱。

并不存在一种纯粹规范性的封闭宪法系统，如果统一性不是从作 10
为先决条件的统一意志中产生出来的，那么，将人们解释成宪法律的一系列个别规定当作系统统一体和秩序来对待，就是任意武断的。同样，轻易地谈论法秩序，也是任意武断的。法秩序的概念包含两个完全不同的要素：法的规范要素和具体秩序的存在性要素。统一体和秩序在于国家的政治存在，而不在于法律和规定，不在于任何规范。宪法被称为“根本法”或“根本规范”，不过，在多数情况下，这类概念和词语都是模糊的、不精确的。它们把一个系统的、规范的和逻辑的“统一体”归在一系列各不相同的规定——例如魏玛宪法的 181 个条款——之下。这不过是粗陋的虚构，因为包含在大部分宪法律中的个别规定在思想和内容上都完全不同。德意志民国[1]的统一性并非源于 181 个宪法条款及其有效性，而是源于德国人民的政治存在。德国人民的意志——因而就是某种实存的东西——超越了个别宪法律的一切系统矛盾、不一致和模糊性，奠定了政治和国家法统一性的基础。魏玛宪法之所以有效，是因为德国人民“为自己制定了本宪法”。

---

[1] 【中译者注】魏玛宪法中译本将 das Deutsche Reich 译作“德意志联邦”，以区别于先前的德意志帝国。其实，将 Reich 一词译作“联邦”，至少在字面上有问题；老一辈法学家钱端升教授认为，这个词最好音译，因为它与德意志第二帝国是同一个词，但政制不同，又不能译为“帝国”。刘小枫教授建议译作“民国”，参见其著《施米特论政治的正当性》（见《施米特：政治的剩余价值》，舒炜编，上海：上海人民出版社，2002）。

3. 宪法被当作一个规范统一体、一种绝对的东西来对待。从历史的角度来看，这类观念可以追溯到宪法被视为一个完整法典的时代。在1789年的法国，广泛流行着这种对立法者智慧的理性主义信念。人们自信能够针对全部政治生活和社会生活制定一个有意识的、完善的计划。的确，即便仅仅考虑一下修改和修正的可能性，有的人也颇有顾虑。然而，时至今日，人们已不再相信能够建立一个完整的、囊括了整体国家的、具有终极正当性的规范性法规系统了。实际上，目前有一种相反的意识正在蔓延，认为一切宪法的条文都取决于制定宪
11 法时的政治和社会状况。某些规定恰好被写进“宪法”，而没有被写进“普通法律”（einfaches Gesetz），其原因在于政党联盟政治上的考量和偶然情况。但是，一旦失去了对法典化和系统统一性的信念，纯粹规范性的宪法概念——绝对法治国的自由理念恰恰预设了这个概念——也就荡然无存了。只有当人们相信资产阶级自然法的形而上学基设时，才有可能出现这种纯粹规范性的宪法概念。现在，宪法变成了一系列个别的、实定的宪法律。诚然，许多人至今还在谈论根本规范、根本法等等（对此就不必举例了），不过，那是因为他们受了某些相沿成习、早已被掏空了内容的套语的影响。同样，如果还要谈论什么“整体”宪法的话，那也是不精确的，容易造成混乱，因为人们心里想的其实是众多缺乏系统脉络的宪法法规。宪法概念被相对化了，变成了个别的宪法律。

第二章　相对的宪法概念

（作为众多个别法律的宪法）

宪法概念的相对化在于，不存在统一的整体宪法，只存在个别的宪法律，而宪法律概念则按外在的、次要的形式“标记”（formale Kenzeichen）予以界定。

I. 因此，相对意义上的宪法是指个别的宪法律。由于统一的宪法变成了众多个别的、形式上相同的宪法律，一切内容上的实质性区别都荡然无存了。宪法律究竟被用来规范国家意志的组织过程，还是有着其他什么内容，对这个“形式”概念来说是无关紧要的。人们不再追问，为什么一项宪法法规必须是“根本的”。按照这种相对化的、形式的思考方法，一部“宪法”的所有条款都是一样的，也就是说，都具有同样的相对性质。

在魏玛宪法中，有不少这类宪法法规，从中很容易看出，这 12
些规定并不具有“诸法律的法律”（Gesetz der Gesetze）那种意义上的根本性。例如，第一二三条第二项：“露天集会，依据民国法律，有报告官署之义务。其直接危害公共治安者，得禁止之。”第一二九条第三项第三句：“官吏之欲阅览其本人之人事检查簿者，亦应照准。”第一四三条：“公立学校之教员有国家官吏之权利义务。”第一四四条第二句：“学校之监督，应由以教育为主要职业及有专门学识之官吏担任之。”第一四九条第三项：“高等学

> 校之神道科，依然存在。”[1] 凡此种种均为法律规定，它们被纳入“宪法”，从而变成了宪法律。这些规定之被纳入“宪法”，盖因1919年的历史和政治形势使然。魏玛国民议会多数建立在各党派合作的基础上，这些党派强调要让上述规定具有宪法法规的性质。这里看不出有什么实质性的根据，能够基于法的逻辑必然性把这些个别规定与其他同样重要的规定区别开来。人们原本也可以将以下项目写入宪法：对民事婚姻以及婚姻的可解除性予以保障；公民有立遗嘱的自由；获狩猎许可者须尽数赔偿因兽害引起的损失；最近十年内不得提高房租。

对于一种不加区分地形式化和相对化的思考方法而言，所有这些宪法律细则都同样“根本”。“德意志民国为共和政体”（魏玛宪法第一条第一项）与“官吏之欲阅览其本人之人事检查簿者，亦应照准”（第一二九条）这两个条款均为“根本规范”、“诸法律的法律”。可是，在这种形式化中，那些个别规定显然并未成为根本规定，相反，真正的根本规定被强行降低到宪法律细则的水平上。

从现在开始，我们将讨论宪法概念的“形式”标记。不过，还需要再提醒一句，目前流行的各种用词和概念造成了很大的混乱。首先，宪法（作为统一体）与宪法律（作为细则）被悄悄地等同起来，互相混淆。第二，没有区分“形式意义上的宪法”（Verfassung im formalen Sinne）与“形式意义上的宪法律”（Verfassungsgesetz im formalen Sinne）。最后，为了确定这种“形式的”性质，人们给出了两个从迥然不同的视角得来的标记：一方面，唯有成文宪法（geschriebene Verfassung）才被称为“形式意义上的宪法”；另一方面，

---

[1] 【中译者注】魏玛宪法条款的中译文，全部采自《宪法学参考资料》下册（肖蔚云等编，北京：北京大学出版社，2003）；在引用时经常略有改动。本书引用的其他宪法、法律条款，概由译者自译。

宪法律和宪法（两者被悄悄等同起来）的形式性（das Formale）在于，一切修改都要受制于一系列繁难的条件和程序。

II. 成文宪法。成文宪法的形式性当然不在于，任何人都可以将任 13
何规定或协议形诸文字，将其记录在案，或命人将其记录在案，从而形成一份书面文件。成文宪法的形式性只能产生于如下情况：某些特性（Eigenschaften）——不管是制定文件的个人或机构的特性，还是写在文件上的内容的特性——提供了谈论形式意义上的宪法的正当理由。从历史的角度来看，成文宪法的内容和意义可以是多种多样的。

> 在19世纪，直至1848年为止，德国市民阶层在与专制君主制的斗争中要求制定一部成文宪法。在这里，成文宪法的概念变成了一个理想概念（Idealbegriff），其中汇入了国民法治国[1]的各种要求。显而易见，自由市民阶层对成文宪法的这些要求不是通过如下方法来满足的，即国王颁布含有任何内容的敕令，并针对它制定一份文件。唯有在内容上符合市民阶层要求的东西才被视为符合这种政治要求的成文宪法（关于这个问题的讨论，参见第二章，第39页）。

一部成文宪法被称为形式意义上的宪法，其原因同样是多种多样的，并且出于相互对立的视角。在此有必要区分一下这些视

---

[1] 【中译者注】原文为 der bürgerliche Rechtsstaat。陈新民在《德国公法学基础理论》（上册，济南：山东人民出版社，2001）中认为，“德语 bürgerlich 可翻译为‘市民的’，或概称为‘国民的’或‘人民的’。但如果径直翻译成市民法治国，显然只局限居住于城市的人民，不免过于狭隘。以后者而言，反较普遍与正确。例如民法的德文即是 Bürgerliches Gesetzbuch。因此，国民法治国亦可译为人民法治国，或是干脆以此法治国所标榜的自由主义，称之为自由主义法治国。”参见该书，第112页。

角。首先，有一个普遍的想法，认为用文字固定下来的东西更容易证实，其内容也比较稳定，可以防止朝令夕改的情况发生。不过，光从这两个视角——即可证实性（Beweisbarkeit）和更高的稳定性（Stabilität）——出发，还不足以确切地谈论某个形式的东西。事实上，记写必须出自一个权威机构；在此预设了一个公认的权威程序，只有这样，成文的东西才能被认为经过了一个有效的成文过程。因此，记写和成文只是一个特定程序的附加手续，其本身并不具有决定性。成文宪法必须通过一个特殊程序制定出来，也就是说，必须按照 19 世纪德国市民阶层的要求来约定（参见第六章，第 54 页）。“如果我向一位法学家提出这个（关于宪法本质的）问题，他会给我一个类似这样的答案：宪法是国王与人民之间经过立誓的契约，该契约确定了一
14 个国家在立法和行政方面的基本原则。”[1] 因此，宪法似乎就是一个成文协议（geschriebener Vertrag）。但是，宪法一经制定出来，就只能通过立法程序来修改，看上去就像是成文法律（geschriebenes Gesetz）一样。在这两种情况下，无疑都仅仅涉及人民代议机关（议会）的参与问题；“协议”和“法律”这两个概念仅仅具有政治含义，即确保人民代议机关的参与。成文的工作就如同其他手续——例如庄重宣誓——一样，是一个附加手续。这类形式标记本身是绝对不够的。

但是，“成文宪法”的要求导致了这样一个结果：宪法被当作一项法律来看待。即便宪法是通过君主与人民代议机关之间的协议制定出来的，它也只能按照立法程序来修改。在这种情况下，宪法就被等同于法律了（尽管是一种特殊类型的法律），并且作为 lex scripta［成文法］而与习惯法（Gewohnheitsrecht）形成对比。不过，“宪法 =lex scripta”这个公式还未必意味着，统一的宪法变成了一系列个别的宪法律。从历史的角度来看，近代成文法实践在刚开始时是为了对抗英

[1] 参见拉萨尔，1862。

国那种主要基于习惯和惯例的宪法实践。1776 年 7 月 4 日宣布成立独立国家的英属北美殖民地制定了一系列成文宪法，这些宪法是像法律那样由“制宪”会议（verfassunggebende Versammlungen）起草和颁布的（参见第四章，II，3，第 40 页）。可是，这些宪法并没有被视为个别的宪法律，而是被视为统一法典。如果说成文宪法的概念导致宪法被当作法律来看待，它首先也仅仅具有绝对宪法概念的意义，也就是说，人们把它当作一个统一体和整体来看待。英国宪法的基础是各种各样的法案，是众多的协定、协议、个别法律、习惯和先例。英国宪法之所以不被视为形式意义上的宪法，是因为它并不完备；换句话说，它并非作为完整的法典而以法律的形式予以颁布和写定。英国有许多个别的宪法律是按成文法来颁布的，这里仅举 1911 年著名的议会法案（Parlamentsakte）为例，就能说明问题。这个法案使上议院的立法参与权受到限制（参见第 295 页）。因此，英国也有一批宪法律，可归入成文的个别宪法律之列。如果有人仍然说，英国没有形式意义 15
上的法律，他就把宪法理解成了一部完整自足的法典，用以全面规范国家意志形成（staatliche Willensbildung）的程序。在这种情况下，按照一以贯之的逻辑，成文宪法的观念就必须坚守完整的宪法法典这个进一步的观念，必须坚守绝对的宪法概念。

不过，如前所述，今天已经没有多少人相信这类法典了。各国的宪法看上去就像是一系列按不同的方式组合起来的规范：有关最重要的国家机关的组织章程、有关立法程序和政府的组织章程、一般纲领和方针、对特定权利的保障。此外还有众多的个别规定，它们之所以被写进宪法，只是出于下述原因：人们不想让这些规定受到变动不居的议会多数的影响；确定“宪法”内容的各党派利用这个机会赋予各自的、合乎党派利益的要求以宪法律的性质。即便这一系列宪法律由一个专门为此召开的制宪议会决定通过，这些宪法律的各项规定的统一性也不在于其内容的、系统的和规范的完整性，而是超出了这些规范，在于一种政治意志（politischer Wille），因为正是这种意志首先将

所有这些规范变成了宪法律，并且作为它们的统一性基础，自动产生出它们的统一性。目前，在一切拥有成文宪法的国家中，事实上都只有众多的成文宪法律。

> 因此，一般认为，法国有一部成文宪法，一部形式意义上的宪法。人们谈论1875年的“那部”宪法，因为在这一年，以及随后的几年间，颁布了若干极其重要的宪法律。但是，正如巴泰勒米-迪埃（Barthélemy-Duez）正确地指出的，1875年的一系列宪法律缺乏任何系统性，缺乏任何教条式的完备，甚至缺乏力求完备和详尽的意愿。“Il n'y a pas de constitution；il y a des lois constitutionnelles”（没有宪法；有一些宪法律）（参见第39页及以下）。此外，一切都以习惯和传统为依据，我们决不可能根据这些宪法律条文正确地了解法兰西共和国的国家生活，也决不可能在哪怕只是接近于系统的意义上从条文中发现法国国家法的详尽规范。
>
> 就其组织结构而言，魏玛宪法要比法国的这些宪法律更加系统、更加完备。但是，它同样包含一系列个别的法律和不同的原
16 则，因此，魏玛宪法也很难称得上是一部实质意义上的法典。即便在这里，就一部宪法律的法典而言，其完整统一性也分解成了宪法律的众多个别规定。

因此，时至今日，“形式意义上的宪法＝成文宪法”这一形式定义不过是说，宪法＝一系列成文宪法律。个别宪法律的概念使统一的宪法概念归于消失。这样就没有获得一个特殊的标准来确定宪法概念。所谓的形式概念导致的唯一结果是，宪法概念被相对化了，也就是说，作为一个完整统一体的宪法变成了大量具有外在标记、被称为“宪法律”的法律规定。因此，就出现了一个进一步的问题，涉及宪法律的另外一个形式标记，即繁难的修改程序（erschwerte

Abänderbarkeit)。

Ⅲ. 作为宪法律的形式标记的繁难修改程序。宪法和宪法律（两者已经失去了区分）的形式标记在于，宪法的修改要经过一个包含种种繁难条件的特殊程序。这些繁难的修宪条件应确保宪法律的持久性和稳定性，“提高法律效力”。

> 在黑内尔看来，宪法律是“具有突出外在标志的法律。这些法律在特定的社会历史境况下被赋予了一种突出的意义，其持久性和不可侵犯性的特殊保证在于，必须经过繁难的程序才能修改它们，并且有一些特定的责任关系保证对它们的遵从。”[1] 黑内尔的这一定义仍是非常实质性的。G. 耶利内克干脆下了这样一个定义：“宪法律的法的根本标志完全在于其法律效力的提高……因此，那些不了解其法律内部的形式区分的国家都更坚定地反对将一系列法律规定归在宪法原本（Verfassungsurkunde）的名目下。”[2]

1. 在有些国家，凡是法律规定均可按一项普通法律加以修改，根本无须顾及其内容。因此，在这里，就缺乏一种防止修改的机制；从

---

[1] 参见《国家法》(*Staatsrecht*)，I，第 125 页；顺便说一句，黑内尔在这里也受到宪法与宪法律的这一常见混淆的影响。

[2] 《普通国家学》，第 520 页；《法律与法规》(*Gesetz und Verordnung*)，第 262 页。另参见拉班特，《国家法》(*Staatsrecht*)，II，第 38 页及以下；茨威格（Egon Zweig），《制宪权学说》(*Die Lehre vom Pouvoir constituant*)，1909，第 5、6 页；希尔德海默（W. Hildesheimer），《论近代国家宪法的修改》(Über die Revision moderner Staatsverfassungen)，*Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht*，XV 1，Tübingen，1918，第 5 页及以下。

17 这方面来看，就连宪法律和普通法律也不再有丝毫区别了。结果，人们也许根本不能在“形式的”意义上谈论宪法律。人们所谈论的是柔性的（灵活的）宪法（biegsame [flexible] Verfassungen）。在这种语言用法中，仍有一个悬而未决的问题：究竟还要怎样理解“宪法”和“宪法律”？

英国被看成是无“形式意义上的宪法”的国家的主要实例，因为在那里，重要的组织章程（例如涉及上议院与下议院的关系的有关规定）与相比之下无足轻重的其他法律（例如涉及牙医执业的有关法律）之间不存在任何区分。一切法律都毫无分别地经由议会决议通过，结果，宪法与这类牙医条例在形式上没有什么区别。这个荒唐的例子暴露了这类“形式主义”的缺陷。

与这些“柔性宪法”不同，另外一些宪法是刚性的（或刻板的）(starr [rigide])。一部绝对刚性的宪法必定要禁止对其任何规定作出任何修改。从这种绝对的意义上看，刚性宪法在今天可能已经不复存在了。但是，通过宪法律正式禁止修改某些个别的宪法规定，这种情况则时有发生。因此，法国在 1884 年 8 月 14 日颁布的一项法律禁止将共和政体列为修宪提案的议题。这是一个特殊事例，我们将在以后讨论它的真正意义。对于此处要讨论的形式思考方法而言，这个事例毕竟还没有将法国宪法变成一部绝对的刚性宪法。

但是，就连一些不易修改的宪法也被说成是刚性的或刻板的。在这里，宪法律预先规定了修改或修正宪法的可能性，但这种修改或修正必须满足一系列特殊而繁难的先决条件，或经过一系列特殊而繁难的程序。

姑举几个例子。魏玛宪法第七十六条规定：“宪法得用立法手续修改之，但民国国会欲议决修改宪法，必须有法定人数三分

之二之出席及出席议员三分之二之赞成，其议决案始得成立。又民国参议院对于修改宪法之议决，亦须有所投票数三分之二之多数赞成。”俾斯麦宪法[1]第七十八条规定：“宪法的变更按立法程序进行。若帝国参议院有十四票反对，这些变更即视为被否决。”1875年2月25日的法国宪法律第八条规定，宪法的修改按“国民议会”（参、众两院共同开会）决议案的形式进行。[2]

但是，有时候并没有关于宪法修改的宪法法规（例如1814年和 18
1830年的法国宪法［宪章］就没有这样的规定）。在这种情况下，一个国家究竟采纳了一部柔性宪法，还是采纳了一部绝对刚性的宪法，就很难说了。也就是说，人们很难断定，宪法律的修改是按照一项普通法律来进行呢，抑或宪法在这个问题上的缄默意味着，根本就不允许修改宪法。

准确的答案是：在这里，宪法只有作为一个整体才能通过立法权的行为予以废止，而宪法律的修改则遭到禁止。希尔德海默的答案是错误的。[3]由于他混淆了宪法和宪法律，因而很遗憾，他的论证就必然被弄得含糊不清。

2. 繁难的修宪要求为宪法的持久性和稳定性提供了某种保证。但是，如果某一党派或党派联盟在议会中占有必要的多数，并且能够以某种方式满足繁难的先决条件，这种保证和稳定性显然就不起作用了。在德国，尽管党派处于四分五裂的状态，但1919年以来还是颁

---

[1] 【中译者注】指1871年4月26日的德意志帝国宪法。

[2] 另参见1874年5月29日瑞士联邦宪法第一一八条及以下各条（其中区分了整体修正和局部修正）；1787年的美国联邦宪法第五条；等等。参见本书第十一章，第106页。

[3] 同上引书，第8页。

布了无数的法律；这些法律全都符合魏玛宪法第七十六条的要求，因而被认为具有“修宪”（verfassungsändernd）效力。如果把整体的宪法予以相对化，将它变成众多个别的宪法律，为一部宪法提供的保证就必然会失去原来的意义。宪法按其内容和影响来说，始终是一种比任何个别法律都更高、更全面的东西。宪法的内容并非因为繁难的修宪程序而变成了某种特殊的、优异的东西；相反，正因为宪法内容具有根本意义，它才应该获得持久性的保证。如果问题的关键不再是“单一的宪法”（“die Verfassung”），而是为数众多的个别宪法律中的某一项或某几项，这一考虑就失去了重要性。现在，一个基于党派策略的简单视点突现出来：繁难的修宪程序不再产生于宪法的特质；恰恰相反，人们把一项规定变成宪法律，目的是要为它提供一个保护罩，使立法者，即变动不居的议会多数很难对它进行修改。这样做可以出于任何实际的动机，但这些动机与根本规范之类的东西毫无关系。1926 年 8 月，法国国民议会通过决议案建立所谓的“集团库存资金”（Caisse autonome），以便从宪法律上确保将一定的收入用于偿还公债，撤销当时的议会多数通过的预算法决议案。这也许是一个具
19 有重大实际意义的事件，但却并不具备传统意义上的“根本性”。魏玛宪法规定，公立学校教师的培训按“高等教育”的原则来处理（第一四三条第二项）；宗教课目为各学校之通常学科（第一四九条第二项）；允许官吏阅览其本人之人事检查簿（第一二九条）。无疑，这是一些非常重要的规定，但它们只在这样一个限度内才具有“宪法律”的性质，即变动不居的议会多数很难针对它们作出修改决议。

宪法被相对化了，变成了宪法律，而宪法律又被形式化了，这样就完全丧失了宪法的实质意义。“宪法律的法的根本标志完全在于其形式上的法律效力的提高”。[1] 宪法的持久性和稳定性被简化成这样

---

[1] 参见耶利内克，《普通国家学》，第 520 页。

一个要求：有关宪法修改的宪法条款（按照魏玛宪法，相应的条款是第七十六条）所规定的若干形式程序必须得到遵循。如果这确实就是最终的宪法概念，有关宪法修改的规定（对魏玛宪法而言，就是第七十六条）就变成了宪法的核心和唯一内容了，整部宪法就不过是一种权宜之计，实际上只是一部空白法律，必须不时地按有关宪法修改的规定来加以填充。在这种情况下，当今德国宪法的一切现行条款都必须另设一个附加条款（Zusatz）："先决条件是，得按魏玛宪法第七十六条予以修改。""德意志民国为共和政体"（第一条）——以第七十六条为先决条件；"婚姻是家庭生活的基础"（第一一九条）——如果未按魏玛宪法第七十六条另行规定的话；"民国内居民得享完全之信教自由及良心自由"（第一三五条）——只要未按第七十六条剥夺居民的这种自由；如此等等。这就是"形式的"宪法概念所产生的必然后果，而当今德国的国家法学说似乎已经将这一概念视为理所当然了。

但是，不管在逻辑上，还是在法学上，这样一种宪法概念都不能成立。我们不能按照个别宪法律的修改方式来理解宪法的定义。我们甚至不能将宪法律界定为一种可通过特定程序予以修改的法律，因为繁难的修改条件本身又要以一项宪法法规为依据，并且预设了它的概 20
念。如果有人说，魏玛宪法第七十六条是一项宪法律，因为它可按第七十六条加以修改，也就是说，能够自己废除自己，那显然是不恰当的。首先，我们不能认为，任何宪法法规都可按第七十六条制定出来（参见第十一章）；第二，如果一味强调宪法律能够通过特定程序予以修改，那就无法认识宪法律的本质。我们根本不能根据修改程序来界定修改对象的本质。一项合宪的宪法修改，无论在逻辑上，还是在时间上，都依赖于宪法。魏玛宪法的各项规定，即便不考虑第七十六条，也是形式意义上的宪法律。这些规定的效力并非来自其可能的修改程序，事实上，无论是有关修改的规定，还是其他宪法法规，其效力均来自宪法。如果有人想透过宪法法规的修改要求来获得形式的

宪法概念，他就混淆了德国人民的立宪权和民国国会、参议院或选民保留在第七十六条中的权限。对宪法律实施修改的权限是一种保持在宪法框架内、由宪法本身提供根据、从不超越宪法的权限。它并不包含制定一部新宪法的权限，我们不可能根据这种权限获得任何宪法概念，既不能获得一个形式概念，也不能获得任何其他有用的概念。因此，就需要一个不同于这种“形式”宪法定义的定义。

第三章　实定的宪法概念

（宪法是关于政治统一体的类型和形式的总体决断）

只有将宪法和宪法律区别开来，才有可能获得一个宪法概念。我们不能先将宪法分解成众多个别的宪法律，然后借助于某个外在标记，甚至按照宪法律的修改方法来确定宪法律。如果这样做，就会丧失国家学的一个根本概念，以及宪法学的基本概念。典型的错误是，就连一位颇有名气的国家法理论家居然也断言，宪法转变成一种“法律类型”，这是“当代政治文化的一个成就”。其实，对宪法学而言，宪法与宪法律的区分乃是一切进一步讨论的开端。 21

前引的那句名言，即宪法是一种“法律类型”，出自伯尔纳茨克（Bernatzik）的一篇文章。[1] 伯尔纳茨克针对的是那种将宪法视为（君主与议会之间的）协议的论点，他想明确区分宪法和协议：宪法是永久性的、不容撤回的，而协议则产生了一种“对自己有利的关系”，“在某些特定的情况下是可废除的、无效的、可撤回的、可解除的”。因此，宪法与宪法律的混淆乃源于如下事实：**法律**概念最初只是论战性地强调自身与**协议**的对立，时至今日，必须强调的恰恰是协议与法律（议会决议案意义上的法律）的对立，目的不是要返回到协议构想，而是要使实定宪法概

[1] 参见 *Grünhuts Zeitschr. für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*，Bd. 26，1899，第 310 页。

念免于形式主义的解体和蜕变。

I. 实定宪法是通过制宪权行为产生出来的。制宪行为本身并不包含任何个别规范，而是通过一次性决断、针对政治统一体的特殊存在形式规定了它的整体结构。这种行为建构了政治统一体的形式和类型，其中已然预设了政治统一体的存在。政治统一体并非因为“制定了一部宪法”才得以产生出来。实定宪法仅仅包含着对特殊的整体形态的有意识规定，而这种整体形态是由政治统一体自行选择的。这种形态有可能发生变化。有时会引入一些全新的形式，但国家——即民族的政治统一体——并不因此就不复存在了。不过，这种制宪行为总是需要一个拥有行为能力的主体，这个主体凭着制宪意志制定了宪法。这样的宪法是一种有意识的决断：通过制宪权主体，政治统一体自己为自己作出了这一决断，自己为自己制定了这部宪法。

在创建新国家时（例如1775年[1]美国的情况，或1919年捷克斯洛伐克的创建），或者在发生急剧社会变革时（例如1789
22 年的法国，1918年的俄国），宪法的这种性质通常会表露无遗：它是针对政治存在的具体生存形式来规定政治存在的有意识决断。在这里，也很容易产生这样一个印象：一部宪法必定为一个新国家奠定基础。这个错误的出现是由于人们把（为政治统一体奠定基础的）“社会契约”（Sozialvertrag）与宪法搞混淆了（参见第七章，第61页）。与此相联系，还出现了另外一个错误：宪法被视为一部包罗无遗的法典。但是，宪法的统一性并不在于宪法本身，而在于政治统一体；制宪行为规定了政治统一体的特殊存在形式。

---

[1] 【中译者注】原文如此。

由此看来，宪法不是什么绝对的东西，因为它不是从其自身中产生出来的。它也并非凭借其规范正当性或系统完整性而产生效力。宪法并非自己把自己制定出来，而是为一个具体的政治统一体制定出来的。也许，在语言表述上仍然可以说，宪法“自己设立自己”，而这种说法的离奇可能不会立刻突现出来。但是，“宪法自己设立自己”这种说法显然是荒诞无稽的，因为宪法的效力有赖于制定宪法的人的政治意志。一切类型的法律规范，包括宪法法规在内，都预设了这种政治意志的存在。

相反，宪法律必须依据宪法才有效力，必须以宪法为其先决条件。一切作为规范性规定而存在的法律，包括宪法律在内，都需要有一个先于它们的政治决断，这样才能获得其最终效力。这个政治决断是由以政治方式存在的权力或权威作出的。一切现存的政治统一体的价值和“存在理由”（Existenzberechtigung）并不在于规范的正当性或有用性，而在于其存在。凡是作为政治实体而存在的东西从法律上看都有存在的价值。因此，政治统一体的“自保权”（Recht auf Selbsterhaltung）是一切进一步讨论的前提条件；政治统一体的首要任务就是致力于维护自己的存在，“in suo esse perseverare”［维护自己的存在——斯宾诺莎语］；政治统一体要维护“自己的存在、自己的一体性、自己的安全、自己的宪法”，即一切涉及存在的价值。

> “存在、一体性、安全和宪法”这四个词并置在一起，是非常确当的。这种并置出现在俾斯麦宪法第七十四条中，是从1836年8月18日德意志邦联的邦联决议案中吸取过来的。该邦联决议案规定，在邦联的各邦中，凡针对德意志邦联的存在、一体性、安全或宪法采取的敌对行动均按叛逆罪或叛国罪予以判决和惩处。1874年5月29日瑞士联邦宪法在序言中称，瑞士联邦的宗旨是，巩固联邦，维护和促进瑞士国家的**统一性、力量和尊严**；宪法第二条称，联邦的目标是，“对外保障本国的独立，对

23　内维持和平与秩序”，等等。一切宪法都有这类涉及存在的概念。

一切存在都是按一定方式形成的具体存在，因此，一切具体的政治存在都必须有某种宪法。但是，并非一切政治存在实体都像颁布《独立宣言》时的美国和1789年的法国那样，通过有意识的行为决定此一政治存在的形式，并通过自己的有意识的决定对其具体的存在类型作出决断。与这种涉及存在的决断相比，一切规范性规定都是次要的。就连那些预设了政治存在、在法律规范中使用的概念——例如叛逆罪、叛国罪等概念——也不是从一个规范中，而是从一种独立的政治存在的具体现实中获得其内容和意义的。

II. 作为政治决断的宪法。有必要将宪法看作一个统一体，并且在此一限度内保持宪法的绝对意义。与此同时，我们必须认识到宪法律的相对性。但是，我们之所以能够区分宪法和宪法律，只是因为一项法律或规范并不包含宪法的本质。在制定一切规范前都已经有了制宪权主体的一项根本政治决断，这一决断在民主制国家中由人民作出，在纯粹的君主制国家中则由君主作出。

因此，1791年的法国宪法包含着法国人民选择立宪君主制的政治决断，这种立宪君主制设立了两个“民族代表”[1]：国王和立法机关。1831年的比利时宪法包含着比利时人民选择（议会）君主政体的决断，这是一种建立在民主（人民制宪权）基础上的国民法治国式的君主政体。1850年的普鲁士宪法包含着国王（作为制宪权主体）选择国民法治国式的立宪君主制的决断，通过这一决断，君主制作为国家政体（不仅作为行政权的形式）得以继

[1] 【中译者注】Nation一词译作“民族”，参见第八章译者注。

续维持。1852 年的法国宪法包含着法国人民选择拿破仑三世的世袭帝制的决断。

魏玛宪法包含着这样一些根本政治决断：第一，选择民主制的决断，这一决断是德国人民凭借其作为人民的有意识的政治存在而作出的，体现在宪法序言（“德国人民为自己制定了本宪法”）和第一条第 24
二项（“国权出自人民”）中；第二，选择共和政体而非君主政体的决断，体现在第一条第一项（“德意志民国为共和政体”）中；第三，保留邦亦即民国的联邦制国家结构（尽管不是联盟结构）的决断（第二条）；第四，针对立法和政府形式选择议会代议制的决断；最后，选择国民法治国的决断，该法治国实行基本权利和权力区分的原则（参见第十二章，第 126 页）。由此，魏玛宪法中的德意志民国就具备了如下特征：它是一个立宪民主制国家；也就是说，它是一个采取民主共和国的政治形式的国民法治国，具有联邦制国家的结构。魏玛宪法第十七条的规定重申了选择议会民主制的那个根本的总决断；按照这项规定，各邦的宪法都要包括议会民主制的条款。

1. 这里列举的魏玛宪法的各项规定不是宪法律。“德国人民为自己制定了本宪法”、“国权出自人民”、“德意志民国为共和政体”：诸如此类的条款绝不是法律，因而也绝不是宪法律。它们也肯定不是纲要法（Rahmengesetze）或原则。但是，正因为如此，它们就不是什么无关紧要或微不足道的条款。这些条款比法律和规范更为重要，是一些具体的政治决断，规定了德国人民的具体政治生存形式，并且为其他的所有规范——包括宪法法规在内——设立了根本的先决条件。在德意志民国内部，一切法律性和规范性的东西都只能在这些决断的基础上和框架内才有效力。这些决断构成了宪法的实质。魏玛宪法总的说来是一部宪法，而不是一系列互不关联、可按第七十六条予以修改、由魏玛联合政府的各党派在某些“妥协”的基础上抛进宪法条文的个别规定的总和，个中缘由只能追溯到德国人民的这种涉及存在的

总体决断。

25　战前的国家学没有认识到这类决断的本质，总觉得这里有一些并非法律规范的成分，“所以”就认定这类决断只是“纯粹的宣言”、“纯粹的声明”，甚至只是“空洞的套话”。这是当时的国家学常犯的错误。这样一来，宪法本身就朝着两个方向化为乌有：一方面是几句多少还算漂亮的套话，另一方面是大量互不关联、有着外在标记的法律。恰当地看来，那些根本政治决断对实证法学来说也是决定性的，具有真正的实定性质。其他的规范、对各种权限的逐一列举和划界、人们不管出于何种理由为之选择了宪法律形式的法律——所有这一切与根本政治决断相比都是相对的、次要的。这些规范和法律的外在特性是，它们只能依照魏玛宪法第七十六条规定的繁难修改程序予以修改或废止。

1871年帝国宪法和1919年民国宪法各有一个序言（Vorspruch，Präambel），十分清晰、有力地表达了这种政治决断。德国国家学经常将这两部宪法的序言当作“纯粹的声明”和“历史叙述”来对待，认为它们是“单纯宣示性的（enuntiativ），而非需要贯彻的（dispositiv）”。[1] 有些著作家对序言的法的意义有更深切的体认，他们没有采纳这类简单的区分来忽略这种意义。但是，就连这些著作家也只是说，序言应该标明“宪法的精神”，这里涉及到各种无法预料的因素，如此等等。[2] 胡布里希（E. Hubrich）走得最远，他认为，魏玛宪法的序言不光具有宣示的性质，而且“事实上还具有需要贯彻的法律性质”。[3] 何故？因

---

[1] 参见安许茨，《评注》，第32页；迈尔－安许茨，同上书，第646页注释。

[2] 参见维特迈尔，同上书，第40页。

[3] 参见《德意志民国的民主宪法》（*Das demokratische Verfassungsrecht der Deutschen Reiches*），Greifswald，1921，第13页。

为它是根据1919年2月10日颁布的法律第六条宣布的！除此而外，还因为它（虽然只是“一般地和粗略地”）包含着有拘束力的规定——这是无可奈何的形式主义与对宪法序言的实质意义的少许直觉性把握的有趣结合。在魏玛国民议会的协商过程中，充斥着大量战前的习用语。[1] 人们谈论“纯粹的确认”，甚至谈论鼓动效果以及其他在心理学上颇有趣味的效果。但是，具有决定意义的是，魏玛宪法包含着德国人民的正式宣言：德国人民要以立法权主体的身份，凭着充分的政治意识作出决断。宪法特有的民主性在于，行使立宪权的不是君主，而是人民。立宪权与其他衍生的权力和权限有着决定性的差异，但是，战前的法学根本不讨论这一差异，魏玛国民议会的大多数法学家只说出了一些君主制国家法的语汇。

2. 下面是宪法与宪法律之间的差异的若干应用实例，从中可以见出这一差异的实际意义：

（1）宪法律可按魏玛宪法第七十六条予以修改，但对整体的宪法就不能这样做了。魏玛宪法第七十六条规定，“宪法”可按立法程序 26
予以修改。本条在字句上沿袭了迄今为止一直通行的模糊表达习惯，因而没有区分宪法和宪法律，但意思却是非常明白的，对此我们将在以后的论述中作出更清楚的说明（关于宪法修改权的限度的讨论，参见第十一章，第102页）。诚然，“宪法”是可以修改的，但这并不等于说，议会可以随时废除作为宪法实质的根本政治决断，并用其他的政治决断来取而代之。国会不能通过三分之二多数的决议案将德意志民国变成一个专制君主国或苏维埃式共和国。魏玛宪法第七十六条所说的“修改宪法的立法者”绝非无所不能。自从德·洛尔梅（de

[1] 参见卡尔（Kahl），*Prot.*，第490页。

Lolme）和布莱克斯通（Blackstone）以来，人们一直对“无所不能的”英国议会津津乐道。这类陈词滥调被不假思索地不断重复，并且被转移到其他一切可能的议会上去，从而在这个问题上引起了很大的混乱。事实上，光凭英国议会的多数决议案并不足以把英国变成一个苏维埃式国家。如果有人作出相反的断言，这绝不是什么“形式思考方法”；恰恰相反，这种断言在政治上和法律上都同样错误。唯有全体英国人民的直接的自觉意志才能为这类根本修改提供根据，任何议会多数都没有这种权力。

由此可见，宪法的“制定”和宪法的“修改”（即个别宪法法规的修正）有着性质上的区别，因为“宪法”一词在前一种情况下指作为总体决断的宪法，在后一种情况下仅指宪法律。有鉴于此，“制宪”会议与常规的、合宪的立法机关，与议会也有性质上的区别。魏玛宪法的条文经“制宪”会议简单多数的决议案获得通过。当然，“制宪”会议不能凭借其自身的权利，而只能根据直接的、专门的委托来制定宪法律。如果这一制宪议会与普通议会没有性质上的区别，我们就会得出一个荒谬的、不适当的结论：议会可以用一个简单多数的决议案来拘束以后的历届议会（这些议会由同样的国民依据同样的民主选举方法选举产生），规定要有一个特定多数（qualifizierte Mehrheit）才能废止某些经简单多数通过的（在性质上毫无区别的）法律（关于宪法的制定和修改的区别，参见第十章，I，第 92 页；第十一章，II，第 101 页）。

27　（2）宪法不容侵犯，但在国家处于非常状态期间，可以临时中止宪法律，用非常状态措施来打破宪法律。按照魏玛宪法第四十八条第二项的规定，民国总统得受权采取这类措施，临时中止宪法第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四和一五三条规定的基本权利。所有这一切并不涉及根本政治决断和宪法核心，而是有助于维护

和确立宪法。因此，宪法的不容侵犯并不意味着，一切个别的宪法律都不容侵犯；为了维护整体的宪法，有必要设置一个不可逾越的障碍，但这种障碍并不及于一切个别的宪法法规。如果谁持相反的看法，就会陷入荒谬的境地，因为那样做的实际结果无异于将个别法律置于整体的政治存在形式之上，从而将非常状态的意义和目标完全颠倒了。

> 为了解释魏玛宪法第四十八条第二项（民国总统的专政权），有人提出了这样一种理论：民国总统的非常措施不得“侵犯”任何一条宪法法规（除了七项可临时中止的基本权利之外），因为“宪法不容侵犯”。例如，格劳（Richard Grau）就提出了这样的理论，并且名之为“不容侵犯论”。[1] 之所以会有这样的理论，唯一的原因就在于，人们将宪法与一项个别的宪法律混为一谈了，没有区分诸如“德意志民国为共和政体”（第一条）和“官吏之欲阅览其本人之人事检查簿者，亦应照准”（第一二九条，此为个别规定）之类的条款。与此同时，委托专政（Kommissarische Diktatur）的本质也完全被误解了。

（3）宪法保障了一系列所谓的基本权利，某些个别的宪法法规正是为了保障基本权利而制定的。但是，必须将涉及这种保障的个别规定与保障本身区别开来。宪法法规和一般法律规范完全有可能允许大规模地侵犯那些得到保障的基本权利。一旦基本权利被取消了，宪法本身也就遭到了侵犯。在一个国民法治国里，甚至不能通过宪法修正案来取消基本权利（参见第十四章，第 177 页）。

---

[1] 参见《民国总统和邦政府依据民国宪法第四十八条享有的专政权》（*Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung*），Berlin，1922；《第三十三届德国法学家代表大会讨论集》，1925，第 81 页及以下；另参见泽克尔（Emil Seckel），上引书，1927，第 430 页及以下。

（4）真正的宪法诉讼（Verfassungsstreitigkeit）并不涉及众多的宪法律细则中的每一项，而仅仅涉及作为根本政治决断的宪法（参见第十一章，Ⅲ，第 112 页）。

28　（5）对宪法宣誓（魏玛宪法第一七六条）并不等于对每项个别的宪法法规宣誓。同样，这种宣誓也不是针对修改程序的（不道德的）空白宣誓，并不意味着认可和服从第七十六条引申的一切结果。人们不能对一种修改程序宣誓。宣誓的独特本质在于，宣誓者以自己的人格作担保；对宪法的宣誓意味着对政治存在形式承担义务。因此，这种宣誓是对真正的实定宪法的宣誓；也就是说，它是以宣誓的形式来保证对魏玛宪法的根本政治决断的承认，正是这些决断才使魏玛宪法成为一部具有实质意义的宪法。[1]

（6）叛逆罪是对宪法的攻击，而不是对个别宪法律的攻击（关于这个问题，参见第十一章，Ⅳ，第 119 页）。

（7）即便在宪法被废止以后，宪法法规还可以继续有效，不需要通过专门的法律程序将其采纳为法律规定（有关实例可参见第十章，Ⅱ，2，第 94 页），至于已经废止的宪法自然就不再有效了。

（8）魏玛宪法第一四八条第三项第二句规定，学生于就学义务完毕时，各得宪法印本一册。发给学生的当然不是一部全面的、复杂的法律汇编，其中收录了 1919 年以来颁布的、与魏玛宪法的繁难修宪程序相符的全部宪法律（形式意义上的）。就连 1924 年 8 月 30 日的各项修宪法律（根据 1924 年 8 月 16 日的《伦敦协定》颁布[2]）的印本也没有发给学生。同样，虽有第一七八条第二项第二句的条文，学生并未领得 1919 年 6 月 28 日凡尔赛和约的印本。

---

[1]　关于这个问题，参见弗里森哈恩（E. Friesenhahn）提交给波恩大学的博士论文《政治宣誓》（*Der politische Eid*），Bonner Abhandlungen Heft 1，1928。

[2]　参见 *RGBl.* Ⅱ., 第 235—357 页。

III. 魏玛宪法的妥协性质。

1. 魏玛宪法之成其为宪法，是因为它包含着上述涉及德国人民的具体政治存在形式的根本政治决断（参见本章，II，1）。不过，在宪法法规的个别细则中，以及在那些被纳入宪法条文的特殊宣言和纲领中，都存在着某些妥协和含糊之处。在这些地方，没有什么决断可 29
言，相反，各联盟政党恰恰要努力回避决断。随着政治形势的发展，人们会直接对某些决断提出质疑。宪法当然不能回避这些决断，否则，就根本没有什么宪法了。如果“制宪”议会企图在这个时候回避决断，人们就会在制宪议会以外、以暴力或和平方式作出这种决断。在极端的情况下，很可能一项普通法律甚或一个单纯的先例就引出了此一决断。然后，又只能这样来解释这个先例卓有成效的原因：人们能够从这个先例中觉察到人民作为制宪权主体的意志。

法国国民议会在起草1875年宪法律时曾试图保留重建君主制的可能性。因此，这些宪法律没有对“君主制还是共和制”这个被提出来予以决断的问题作出明确的决断；它们构成了一部“带有君主制期待的宪法”（巴泰勒米）。这个决断是后来才作出的，它部分地体现在1884年8月14日的法律（作为1875年2月25日的宪法律第三章第八条的补充）中。该法律规定，共和政体不得成为修宪法案的议题。实际上，这个决断在某种程度上也通过法国人民的表态而事先作出了。1875年，共和党人的多数被选进议会。1877年，麦克马洪（Mac Mahon）试图解散议会，结果共和党人的多数再度当选。人民对attente monarchique（君主制期待）表示出如此强烈而明确的恶感，以至于这一解散议会的失败努力变成了一个影响巨大的先例：从此以后，法国国家总统的解散权就如同总统否决权一样形同虚设。虽然法律上还有明确的条文规定，但总统再也无法行使解散权了。有些法学家依据这一法律条文指出，它在形式上仍有效力，并未通过修宪法案予

以废止。[1] 不过，迄今为止，这些法学家的所有评论都不能对1877年的这个先例的效果有所改变。这一个案的奇特效力在于，麦克马洪的“政变”遭到了反对，在此过程中，法国人民作出了采纳共和制而非君主制的决断。这是国民议会在起草1875年的宪法律时力图回避的决断。但是，一旦清楚认识到和明确承认先例的这种意义，解散权就能够获得其真正的、常规的意义，并且再度具备可行性。

2. 魏玛宪法是一部宪法，而不只是一系列宪法律；它包含着对立宪民主制的根本政治决断。但是，除此而外，不仅在宪法律中，而且在个别规定（尤其是题为“德国人民的基本权利及基本义务”的第二
30 编的那些规定）中，我们都能够看到纲领与实在规定的并置，这种并置以完全不同的政治、社会、宗教内容和信念为根据。对人身自由和私有财产的资产阶级个人主义式的保障、社会主义的纲领条款[2]和天主教的自然法在一种时常显得有点杂乱的综合中搅在一起。与此同时，还应当注意到，在真正的宗教信念的极端对立面之间，同样在真正的阶级对立面之间，妥协一般都是不大可能的，至少是非常困难的。如果涉及一部宪法，就只有在下述条件下才能达成妥协：政治统一的意志和国家的意识完全地、决定性地压倒一切宗教对立和阶级对立，从而导致教会差别和社会差别的相对化。那些直接随着政治形势的发展而提出来予以决断的根本政治问题——在1919年，就是“君主制还是共和制”、“立宪民主制还是苏维埃专政[3]”的问题——是无法回避的，也没有被回避。在这些问题上，根本没有妥协的余地；

---

[1] 例如，可参见 *Revue des Vivants* 的非常有趣的民意调查，1927年9月，第259页及以下。

[2] 【中译者注】原文作 Programmsätze，亦译作“方针条款”。

[3] 【中译者注】原文作 Rätediktatur，亦译作“代表会专政”或“委员会专政”。

如果当时真的达成了妥协，那也只会导致上面提到的那种后果，即假决断。在这种情况下，成文宪法的性质就荡然无存了，习惯法、惯例，尤其是先例（类似于1875年以后法国发生的那些事情），就会提供作出这一决断的途径。

但是，魏玛宪法看上去并不包含在1919年的形势下不可避免的所有根本政治决断。当时面临着一个重大抉择：是建立资产阶级的社会秩序，还是建立社会主义的社会秩序？这个问题似乎只是通过妥协来解决的。魏玛宪法第二编在有关“德国人民的基本权利和基本义务”的各项规定中透露出一种“混合性质”（Mischcharakter），“在某种程度上是资产阶级与社会主义两种观点的折中”（这是社会党议员卡岑施泰因［Katzenstein］的说法[1]）。但实际上，仅有一系列社会改革部分地得到实施，部分地被制定成纲领，从社会主义的原则中并没有引出特殊政治结论。根本政治决断是针对国民法治国和立宪民主制作出的。人们并不打算争论“各种原则、各种世界观”，而只想 31
“就一系列个别关系的规定达成一致”。[2] 但是，这种原则性的“非此即彼”（Entweder-Oder）在特定情况下是无法回避的。就连社会民主党人也坚决反对另外一个决断，即类似于苏维埃宪法的那种一以贯之的社会主义变革。即便仅仅出于这个原因，也必须从维护当时的社会现状（status quo）——即维护资产阶级社会秩序——的立场上来作出决断。（“我们社会民主党人反对苏维埃宪法的过分严厉和果决”[3]。）这种实际情况的必然后果是什么呢？国会议员施潘（Martin Spahn）表达了他对这个问题的看法：“确定国家与社会运动的关系，这超出了为旧宪法提供根基的那个领域。我认为，应当停留在过去的立场上，不要现在就把从革命中兴起的社会运动作为基点，因为这一

[1] 参见 *Prot.*，第186页。

[2] 参见迪林格尔（Düringer），*Prot.*，第186页。

[3] 参见卡岑施泰因，*Prot.*，第186页。

发展过程尚未结束，我们目前尚无法预知它还会推进到哪个方向上去。”[1]“旧宪法”当然肯定不是对“国家与社会运动的关系”一无所知的宪法。这些宪法是国民法治国宪法，因而包含着对公民自由的特定原则——基本权利和权力分立——的决断（关于这两项原则的更详细的讨论，参见第十二章）。有鉴于此，国会议员施潘的意见不过表明了，“究竟是选择国民法治国，还是选择由一个阶级来实行统治的无产阶级国家”这个问题是从国民法治国的立场上予以决断的。在这里，决断是不可缺少、难以回避的。

3. 这里涉及对原则性问题的真正决断和在非原则性细节上的真正妥协。就后者而言，各种组织上的和内容上的细节经双方让步达成了自身的实质性规定和秩序。但是，与这些真正的决断和妥协不同，在魏玛宪法的各项规定中，还包含着一系列按照完全不同的方式达成的、并非真正意义上的妥协。这些妥协可称为假妥协（Scheinkompromisse），因为它们并不包含经双方让步而取得的实质性决断，其本质恰恰在于，它们推迟和延缓了这种决断。这样看来，妥
32 协是要找到一种方案来满足一切相互矛盾的要求，用模棱两可的措辞将真正有争议的问题悬置起来。因此，这一方案只是从表面上、从语言表述上将本质上互不相容的内容并置起来。这类假妥协在某种意义上也是真妥协，因为如果意见分歧的双方不能达成一致，就不可能有这种妥协。不过，这种一致并不涉及真正的问题；人们仅仅同意延缓决断，为自己保留各种各样的可能性和解释余地。职是之故，这种妥协并没有通过双方的实质性让步达成问题的实质性解决，双方的一致其实是满足于一种虑及所有要求、具有延迟性质的方案。关于这种延迟性的形式妥协[2]，魏玛宪法也有若干实例。只要看看魏玛国民议

---

[1] 参见 *Prot.*，第 185—186 页。

[2] 【中译者注】原文作 dilatorischer Formelkompromiß，陈新民在《德国公法学基础理论》中将 eine riesige Kompilation pluralistisch dilatorischer Formelkompromisse （转下页）

会的组成情况，这一点就不难理解了。韦尔梅伊（E. Vermeil）在讨论魏玛宪法的著作[1]中描述了国民议会内部的各种矛盾，以及国民议会内部缺乏“融贯一致的准则”的情况。面对德国内部来自教会和社会的强烈对抗，又处在像1919年夏天那样一种紧要局势中，如果还想作出什么决议的话，延迟性妥协就是不可避免的。在作出了实质性政治决断的前提下，没有任何明智的理由反对人们延缓对其他问题的决断，暂时对宗教和社会对抗采取听其自然的态度。但是，如果把延迟性的形式妥协与真正的实质性妥协混淆起来，以为从长远来看可以用这类形式妥协的办法来解决原则性的、实质性的对抗，这恐怕是非常愚蠢的，也是缺乏法律上的区分的标志。

> 在魏玛宪法第二编，尤其是第三章和第四章中，我们可以发现这种延迟性的形式妥协的典型实例。这两章规定了国家与教会、国家与学校的关系。魏玛宪法没有把国家与教会彼此分开，也就是说，没有把教会当作私人团体、把宗教当作“私人事务”（Privatsache）来对待；国家没有“还俗”（laizisiert）。因此，激进资产阶级自由派的要求和社会民主党的纲领（该纲领对这些文 33
> 化政策问题采取彻底自由主义的姿态）并没有实现。魏玛宪法第一三七条规定，宗教社团只要此前是公法社团（Körperschaften des öffentlichen Rechts），就继续作为公法社团存在；如果宗教是某种纯属私人性质的东西，就无法理解宗教社团还有什么“公共性质”。仅仅由于这个缘故，按照魏玛宪法，宗教就不可能是什么私人事务。国家不能与公共生活的一桩公认的公共事务完全分离。魏玛宪法第一四九条第一项以宪法律的形式承认宗教课目为

（接上页）译作“一个庞大的、多元延迟性质的、一种形式妥协的编纂”，今从此译名。参见该书上册，济南：山东人民出版社，2001，第142页。

[1] Straßburg，1923，尤见第223页。

各学校的常规学科，第一三九条又认可了星期日和休假日，这些规定也使教会与国家不可能发生彻底分离。但是，另一方面，魏玛宪法第一三七条第一项又规定不立“国教”（Staatskirche），不能像普鲁士国家历来实行的那样，将基督教设立为公共生活的基础（1850年普鲁士宪法第十四条）。[1] 德国生活的**公共性**是否应该如往常一样保持一种独特的基督教品质呢？魏玛宪法没有对这个问题作出明确的否定回答。这一点对国家和地方行政机关的日常活动以及“公共秩序”等公安概念的运用来说具有重大的实际意义。在此，不妨看看普鲁士最高行政法院的判决（第四十三卷，第300页）：“在普鲁士国家，基督教按其历史的和合宪的形态，乃是公共秩序的一部分，因而受警察保护。”但是，在魏玛宪法的另外一些地方，我们又可以发现国家与教会实际分离的苗头。例如，魏玛宪法第一三八条计划通过各邦立法废止国家对宗教团体的拨款：“根据法律、契约或特别法律名义由国家付给之宗教团体资助金，以各邦法律废止之。其章则，由民国规定之。”这样一来，民主党人和独立社会党人提出的充分财政**分离**的要求就在表面上得到了满足。但是，问题是：魏玛宪法第一三八条关于停止国家拨款的规定是否同时意味着**禁止**国家对教会的其他拨款？一方面，有人作出肯定的断言[2]，其根据在于，从第一三八条的条理可以推断，今后一律禁止将国家资金用于教会，这是民国的现行宪法律。另一方面，又有人提出，右翼政党和中央党在国民议会的小组会议和全体会议上“采取明智的策略”回避了对这个问题的讨论，并由此而避免了将一项禁令写入宪法文

---

[1] 参见安许茨，《普鲁士国家宪法原本》（*Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat*），1912，第260页及以下。

[2] 参见伊斯雷尔（Israël），《民国、国家、教会》（*Reich, Staat, Kirche*），1926，第19页。

本。[1] 这意味着，对财政分离的问题没有作出决断，也不应作 34
出决断。正如将决断悬置起来的通常做法一样，其结果就是维持**迄今的现状**（status quo）。大体上可以说，按照魏玛宪法的有关规定，尽管国家与教会发生了分离，不与教会发生关系，从而也就失去了对教会的影响力，但不能反过来说，教会与国家发生了分离。

魏玛宪法第一四六条包含着**关于学校问题的妥协**，这是延迟性形式妥协的第二个实例。第一四六条第一项确立了非教会学校（Gemeinschaftsschule，Simultanschule）的原则，但是，第二项又将“享受教育权利者的意愿”——目前实际上是针对教会学校而言——作为一项独立原则与前一项原则一道确立起来。第一四四条认可了公立学校的原则，规定乡镇可以参与国家对学校的监督，在这里没有提及宗教团体；但是，按照第一四九条第一项的规定，宗教课目为各学校的通常学科，“得按有关宗教团体的典义教授之”。因此，有几种视角共同发挥了作用：严格实行的**公办教育制度**、由**享受教育权利者的意愿**决定的公办教育、**教会学校**和**公费**学校。如果按照第一四六条实际地实施了一项学校法（Schulgesetz），这些原则之间的冲突就在所难免。冲突可以通过简单的“是”或“否”来解决，也可以通过实质性的妥协和相互间的让步来解决。但是，如果**不同的原则**一起获得了均等的认可，那就并不包含一种实质性妥协，甚至不包含一种真正的妥协性决断；事实上，我们在这里仅仅看到一种必须在将来予以解决的妥协，也就是说，决断被暂时延缓了。

上面举了两个例子来说明延迟性的形式妥协。这两个例子之所以具有极其重要的法律意义，是因为它们表明，有的宪法法规根本不

---

[1] 参见胡贝尔（E. R. Huber），《魏玛宪法对教会财产权的保障》（*Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung*），1927，第5—6页。

包含决断，甚至不包含妥协性决断。如前所述，用这种方法来延缓决断，也许在政治上是聪明的、明智的。但是，我们必须始终意识到延迟性形式妥协的特点，因为如果不这样的话，对这类宪法规定的法律解释就会陷入令人绝望的混乱。如果“法律意志”（Wille des Gesetzes）应该得到确定，但实际上，在这件事情上只有暂时不表示意志、而是延缓意志的意志，那么，一切咬文嚼字的戏法、对发生史的一切探寻，甚至参与立法的议员的一切个人解释都只能引出这样一个结果：人们强调法律文本的一个词语、一个条款以对抗另一个词语、另一个条款，挑动其中的一个与另一个相斗，从中渔利。其
35 实，只要真诚地、理智地参与这个过程，原本是可以提出令人信服的论证的。如果立法者提出类似的方案，这就恰恰具有如下意义：不同的党派和原则都能够从宪法条文中找到根据。目前（1927 年秋）正在根据学校法来实施有关学校问题的妥协方案（魏玛宪法第一四六条），从而引发了一场没完没了、毫无希望的讨论，双方都怀着充分的信心援引宪法律的条文。不仅像托马（R. Thoma）和罗滕比歇尔（K. Rothenbücher）那样的杰出法学家可以对民国政府的草案提出违宪的指责，而且普鲁士政府也可以这样做。[1] 这种现象就是由于上面那种情况造成的。实质性决断是通过学校法本身（也就是说，在实施形式妥协时）而以政治决断的形式作出的，而不是通过法律解释和鉴定作出的。谁也不可能对一种不存在的意志进行解释。在不存在意志的地方，再敏锐的法律洞察力也毫无用处。在蹩脚的咬文嚼字中，一切“规范”思考都荡然无存了。

倘若魏玛宪法仅仅包含这类延迟性妥协，它的价值就肯定是虚幻的。人们就必须作好这样的准备：根本决断将在宪法律预定的程序和方法之外作出。但是，无论在政治上，还是在法律上，魏玛宪法的实

---

[1] 参见朗代（W. Landé），《民国国民学校法正式文件》（*Aktenstücke zum Reichsvolksschulgesetz*），Leipzig，1927，第 112、113、125 页。

质都在于，它明确地、毫不含糊地对国民法治国的政治形式和原则作出了根本的政治决断。离开了这个政治决断，魏玛宪法的各项组织章程就只是缺乏实质性的运作规范，其个别法律规定就仅仅具有策略性成果的意义。事实上，任何党派联盟在有利时机都曾取得过这类策略性成果，从而确保其党派政治的特殊利益不受变动不居的议会多数的影响。

有人可能从激进的社会主义观点出发，认为魏玛宪法所包含的德国人民的决断是无关紧要的。持这种观点的人也许会说，就1919年的形势而言，真正的问题涉及资本主义资产者与社会主义无产者的阶级对立；在这个问题上，魏玛宪法同样仅仅包含一种模糊的、延迟性的形式妥协。这种观点是错误的。魏玛宪法作出了一项决断：德意志民国为立宪民主制国家。话说回来，社会民主党和第二国际本身代表着一种妥协：它们是自由主义、民主主义和社会主义思想的妥协。实际上，社会主义者所认为的魏玛宪法的妥协，其程度并不比这种妥协更高。究竟是选择无产阶级专政的苏维埃共和国，还是选择民主政体的自 36
由法治国？无论如何，魏玛宪法对这个问题作出了明确的政治决断。

第四章　宪法的理想概念

（在一种突出的意义上、因一种特定内容而被称为宪法的“宪法”）

I. 由于政治上的缘故，经常会出现这样一种情况：只有符合宪法的某一特定理想的东西才被称为“真正的”或“纯粹的”宪法。

政治斗争的措辞产生了一个后果：对所有卷入政治斗争的党派来说，只有符合其政治要求的宪法才被承认是真正的宪法。如果政治和社会方面的根本对立变得异常激烈，就很容易出现这样一种情况：一个党派干脆就认为，凡是没有满足其要求的宪法都担不起宪法这个名目。特别值得注意的是，自由市民阶层在与专制君主制的斗争中提出了一个明确的理想宪法概念，并且直截了当地将这个概念与宪法概念等同起来。因此，只有当公民自由的要求得到满足时，只有当市民阶层取得了决定性的政治影响力时，才谈得上“宪法”。这样就产生了一个特殊的、与众不同的宪法概念。于是，每个国家就不再自然而然地拥有一部宪法：一些国家有宪法，另一些国家则没有；一些国家是“宪政”国家，另一些国家则是“无宪法的”国家。人们甚至谈论“宪政的国家宪法”（konstitutionelle Staatsverfassung），亦即一种合宪的国家宪法。不过，如果不给这个宪法概念配上特定的政治纲领，这种说法本身是毫无意义的。

就连实证主义国家理论（positivistische Staatstheorie）也将

“宪法”与“宪政的国家宪法”等同起来。[1] 在这里，一场运动的政治成果在国家学和宪法学中得到了反映。19 世纪的国家法理论家——包括德国的国家法理论家——一般都有一个明确的宪法理想，更确切地说，都有一个自由市民阶层的宪法理想。尽管他们先讲了几个理论上的区分，但他们却悄悄地让这个理想从属于其法学演绎。另外，19 世纪的宪法概念将自由市民阶层的自由理想与人民的民主自决权结合在一起（参见前面提及的施泰因著作中关于宪法的定义，第一章，第 6 页）。

将理想的宪法概念与其他宪法概念掺合在一起，或者将各种不同 37
的宪法理想结合在一起，很容易产生混乱和模糊性。如果持有相互矛盾的观点和信念的党派取得了政治影响力，它们就会赋予自由、权利、公共秩序、安全等涉及国家生活的概念（这些概念必然是不明确的）以具体的内涵，并且在这个过程中将其政治权力表现出来。在以私有财产为基础的资产阶级社会秩序中，人们谈论“自由”；在社会主义无产者统治的国家中，人们也谈论“自由”。但是，这两种不同语境下的“自由”具有完全不同的含义。同一种事态如果放在君主制国家里，可能被视为“对公共安定、安全和秩序的危害”，但如果放在民主共和国里，就会导致完全不同的判断。类似例子不胜枚举，所有这一切都是不言而喻的。就资产阶级自由主义的表达方式而言，只有当私有财产和人身自由得到保障时，才会有宪法。其余的一切都不是“宪法”，而是专制、独裁、暴政、奴役等等。相反，从一以贯之的马克思主义观点来看，如果一部宪法承认了国民法治国的原则，尤其是私有财产的原则，它就要么是经济技术落后的国家的宪法，要么是反动的假宪法，是用来掩盖资本家独裁的毫无意义的法律幌子。再

[1] 参见耶利内克，《普通国家学》，第 499 页。

举一个例子：从一个坚决实行“政权还俗”因而将国家与教会严格分开的国家的立场来看，国家若不实行政教分离，就不是一个自由国家。相反，从一种特定的认信和宗教信仰来看，国家必须重视教会在社会上和经济上的占有状况，必须让教会能够自由地、公开地活动，并享有自决权，必须将教会机构当作公共秩序的一部分予以保护，如此等等。只有这样，国家才算有一部真正的宪法；只有这样，从教会的观点来看，才谈得上“自由”。因此，有多少政治原则和信念，就有多少自由概念和宪法概念。

II. 国民法治国宪法的理想概念。在近代宪政的历史发展过程中，有一种特殊的理想概念得到了异常成功的运用。结果，从18世纪以
38 来，只有符合公民自由的要求并为公民自由提供了特定保障的宪法才被称为宪法。

1. 宪法 = 公民自由的保障系统。这个宪法概念立足于自由宪法与不自由宪法的划分，其本身又是一种无穷多义的划分，不过，孟德斯鸠（Montesquieu）的一个思想使之获得了具体含义。这种划分源出于《论法的精神》（*Esprit des lois*，第十一卷，第五章和第七章）中的一句话：“有些宪法将国家的荣誉（la gloire de l'état）当作直接对象和目的，另一些宪法则将公民的政治自由当作直接对象和目的。”这样就提出了一个根本区分，即自由与权力、自由（liberté）与荣誉（gloire）的区分。孟德斯鸠本人似乎还将自由和荣誉视为国家生活的两个平等的、具有同等价值的基准点。随着自由市民阶层的不断发展，公民自由变成了首要的基准点。虽然公民自由不是国家的一般政治生活的基准点，尤其不是国家的外交政策的基准点，但却是宪法律的立法领域的基准点。美国的例子和法国革命宪法的例子给这种类型的宪法留下了鲜明的印记，并且确立了它的模式：只有那些为公民自由提供了保障的宪法才被视为无愧于“宪法”称号的自由宪法。我们在下面马上就会讨论这一系列保障机制。

例如，埃斯曼（Esmein）在《比较宪法》（*Das Vergleichende Verfassungsrecht*）中仅仅讨论了“自由宪法”。对他来说，自由宪法是指英国、美国和法国的宪法，以及受这些宪法影响并与其类型相符的宪法。埃斯曼没有讨论德意志立宪君主国的宪法和1871年的德意志帝国宪法，因为它们不是这种类型的自由宪法。相反，埃斯曼在该书的几个新版（自1921年以来）中十分重视1919年的魏玛宪法。

以下几条被视为公民自由的合宪保障：对基本权利的承认、权力分立制、国民通过人民代议机关对制宪权的最低限度的参与。此外，还要参酌政治形势加上若干其他要求，例如，在19世纪就提出了议会制政府的要求。议会制政府被称为“自由政府”，它使人们有理由不把缺乏议会制政府的德国立宪君主制视为自由政府，但与此同时， 39
美国的非议会制政府却又被视为自由政府。

2. *宪法＝权力分立（更准确地说，区分）*。我们在以后将要讨论的权力分立制（参见第十五章，第182页）区分了立法、行政和司法。自从18世纪以来，这种制度就在一种特殊的意义上被看成是自由的、真正的宪法的题中应有之义，它提供了组织上的保证以防止国家权力的滥用。在宣示基本权利时，实际上只是提出了一项个人自由的一般原则，这还并不意味着要通过一个以公民自由为宗旨的国家结构从组织上将它付诸实施。由此可见，“权力分立”已成为宪法的标记了。按照这种观点，在一个没有实施或者抛弃了这项原则的地方，暴政、专制、独裁自然就居于支配地位。所有这些名称都不是单纯政治上的惯用词语，而是通过其对立面获得了一种法律意义：它们是指对立法、行政和司法间的区分这一组织原则的否定。

因此，被广为征引的1789年法国人权宣言（以北美宪法，如马萨诸塞和新罕布什尔的宪法为样板）第十六条声称：“凡

是既没有提供权利保障、又没有确立权力分立制的社会都没有宪法。”（Toute société dans laquelle la garantie des droits n' est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, *n'a pas de constitution.*）德国唯心主义国家哲学，尤其是康德和黑格尔的国家哲学（参见第十二章，第 127 页）也提出了这一观点。就魏玛宪法而言，下面一点很有意义：就连普鲁斯（Hugo Preuß）也持有相同的见解。他对自己起草的魏玛宪法最初几个草案采取了这样一种立场：从保障公民自由的目的来看（即便对他来说，这种保障也是一个首要的基准点），对国家权力之行使的组织要比基本权利和自由权利的宣示更加重要。即便在进一步协商过程中，普罗伊斯原则上也会坚持这一立场。

3. 宪法 = 成文宪法（宪法原本 [Verfassungsurkunde]）。成文宪法的政治要求导致了另外一个等式：宪法 = 成文宪法；如前所述（第二章，II，第 13 页），这里的成文宪法首先是指一个制成文件的契约（君主与各等级或者君主与人民代议机关之间的契约），然后是指一项成文的宪法律。就连这种语言表达习惯也可以从政治形势中得到
40 解释。在中世纪，君主与封臣、君主与各等级之间的协议是以书面形式固定下来的。这种协议被称为“宪章”（Charte），1215 年的大宪章（Magna Charta）就是最著名的例子。但是，这类宪章实际上是双方相互间的协议（即所谓的 Stabilimenta[1]），将一些特权授予封臣或各等级，而且要从封臣或各等级那里得到回报。正如伯尔纳茨克（Bernatzik）中肯地指出的，这是一种“对自己有利的关系”。由此可见，这里出现的是某种与近代宪法有着本质区别的东西，因为近代宪法是一种总体政治决断。1653 年克伦威尔（Cromwell）的《政府约法》

[1] 【中译者注】Stabilimenta 为拉丁语 stabilimentum 的复数（中性，主格），日译本作“固定化”（王前先生提供）。

(*Instrument of Government*) 被认为是近代成文宪法的第一个实例。克伦威尔自己曾就这个约法的宗旨发表意见说，面对议会变动不居的多数决议，必须要有一个持久的、不可侵犯的准则；一切政府都必须要有某种根本性的东西，某种像经久不变的大宪章那样的东西。“基本”(fundamental) 这个含糊不清的词语在这里获得了“绝对不容侵犯”的含义。例如，一届议会绝不能宣布自己为永久团体，在克伦威尔看来就是这样一项基本原则。倘若立法机关，即议会，能够改变这一原则，就不再有丝毫的安全了。克伦威尔的努力最后付诸东流了。近代成文法实践以英属北美殖民地的制宪活动为其滥觞。这些殖民地在脱离英国、宣告成立独立国家时以文书形式制定了它们的宪法。1776 年的“国会”[1] 敦促所有这些邦[2] 采取此一行动。自从 1789 年法国革命以来，自从欧洲大陆出现了第一部近代成文宪法——即 1791 年法国宪法——以来，许多国家在建国时，或在革命后，都总要制定带有一项特定内容的宪法。迄今为止，这项内容的格式大都符合确立了基本权利和权力分立制的国民法治国的基本模式（关于这个模式，参见第十二章的讨论，第 126 页）。魏玛宪法也效法了这个模式。但是，1918 年 7 月 11 日的苏维埃共和国宪法却抛弃了它，提出了一种新式宪法：社会主义苏维埃宪法。

---

[1] 【中译者注】指大陆会议。

[2] 【中译者注】此处将 alle diese Staaten 译作“所有这些邦”，而不译作“所有这些州”，盖因当时还没有成立美利坚合众国，这些北美殖民地还是一些国家。即便《独立宣言》也没有宣布成立一个独立的美利坚合众国。根据 1776 年 7 月 19 日第二届大陆会议的决议，《独立宣言》的正式标题为《北美十三国联合一致的共同宣言》(The Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America)，这清楚地表明，《独立宣言》所宣布的是十三个国家的独立，而不是一个美利坚合众国的独立。因此，有学者认为，这里的 states 可译作“邦”，取其“国家”之意。参见齐文颖：《〈独立宣言〉是美利坚合众国诞生的标志吗？》，载《世界历史》1985 年第一期。

III. 今日居于主导地位的理想宪法概念仍然符合国民法治国的宪法理想。撇开布尔什维克俄国和法西斯意大利不谈，这个理想概念在世界上大多数国家依然有效，其宪法理想的特征是，人们对国家权力采取一种批判的、消极的态度（保护公民不受国家权力滥用之害），并且从这个视角出发来组织国家。这里所组织的与其说是国家本身，还不如说是监督国家的手段和方法。宪法设立了防止国家侵权的保障机制，并且千方百计给国家权力的行使设置障碍。如果宪法仅仅包含国民法治国的这类保障机制，那是不可想象的，因为国家本身，政治统一体——也就是需要加以监督的对象——也必须存在，或者同时被组织起来。但是，国民法治国致力于压制政治，用一系列规范来限制国家生活的一切表现，将全部国家活动转变成权限（Kompetenzen），即严格限定的、原则上受限制的权力。由此可以得出一个结论：国民法治国原则只能构成整个国家宪法的一部分，另一部分则包含着对政治存在的形式的实在决断。所以，当今公民国家的宪法总是包含两个要素：一是保护公民自由不受国家侵害的法治国原则，二是政治要素，从中可以推断出实际政体（君主制、寡头制、民主制或“混合政体”）。这两个要素的结合便是当今国民法治国宪法的特征。这种双重性决定了宪法的整体结构，也给若干核心概念——例如法律概念——造成了相应的双重性。明乎此，我们以后对近代宪法的基本模式（参见第十二章[1]，第 126 页）以及政体与法治国的关系（参见第十六章，第 200 页）的论述就有了一个基点和结构。

41

[1] 【中译者注】原文作“第二章”，疑印刷有误，今据实际章节改。

第五章 “根本法”、根本规范或 lex fundamentalis[1]的含义

（概述）

I. 概述。

1. 从一般意义而非精确意义上说，一切法律或协议都是“根本法”。对某个特定时期具有政治影响力的个人或群体而言，所有这些根本法在政治上都显得非常重要。

> 因此，德国各等级与德皇订立的众多协定、条约和特权协议均被称为“根本法”（leges fundamentales）（参见第 48 页）。政治统一体的观念荡然无存了，结果，根本法的概念同样也变成了一个多元的、相对的概念。

2. 根本法 = 一个既不能修改也不能打破的绝对稳固的规范（参见克伦威尔的观点，第 40 页）。

3. 根本法 = 一切只能在繁难的先决条件下修改或打破的相对稳固的规范（参见第 18 页）。

4. 根本法 = 政治统一体和总体秩序的终极统一原则。在此，“根本法”一词表达了绝对的宪法概念（参见第 4 页）。

5. 根本法 = 国家组织的一切个别原则（基本权利、权力分立制；

---

[1] 【中译者注】拉丁语，意为“根本法”。

君主制原则、所谓的代表原则等等）。

6. 根本法＝一个规范的归责系统的终极规范。这里凸显了根本法的规范性质，主要强调了根本法律[1]中的“法律”二字（参见第7页）。

7. 根本法＝政治上至为重要的国家活动的权限和程序的一切组织章程。如果是在一个联邦中，还要确定联邦权利与成员邦权利的界限。

8. 根本法＝对国家权限或活动的一切规范化限制。

9. 根本法＝实定宪法。在这里，所谓根本法的实质内容不是法律规范，而是政治决断（参见第21页）。

43　II. 这些不同的含义通常以不同的方式结合起来，有时候可以强调和重视这一方面，有时候又可以强调和重视那一方面：稳固性、统一性、秩序、原则性、限制作用等等。大体上可以说，一旦政治存在的意识消失了，概念也就相对化和多元化了；相反，如果这种意识再度活跃起来，统一性的观念就突现出来。另外，人们经常以令人困惑的草率将这些不同的含义并置在一起。

> 因此，18世纪广为流行的一本教科书（瓦特尔［Vattel］，《国际法》［*Droit des gens*］，第三章第二十七节）对“什么是宪法”的问题作出了如下回答：宪法是“一种基本规定，旨在确立行使公共权威的方式和方法”（在这种情况下，宪法部分地起建立秩序的作用，部分地起限制作用）。“从宪法中可以看出一个国家作为政治团体的行动方式”（这里透露出一种关于被代表的政治统一体的思想）；“一个国家的人民应该怎样被治理，应该由谁来治理，治理者有哪些权利和义务”（这里再次透露出宪法的两

[1] 【中译者注】这里的“根本法律”原文仍作Grundgesetz［根本法］，但为了与后面的“法律”照应，故译作“根本法律”。

种含义：它部分地发挥组织功能，部分地发挥限制功能）。“国家力求在一种秩序中共同实现政治社会（Société Politique）的目标和利益，宪法归根到底不外是对这种秩序所作的规定。”在 19 世纪，宪法概念变得更为复杂，因为国民法治国的理想概念与宪法概念被搅合在一起了（参见第四章，第 37 页）。但是，即便不考虑这种复杂性，各种有碍于明确区分的困难也大得出奇。作为例子，“邦联的根本法定义”值得一提，这是德意志邦联时期针对邦联法案第十三条提出的附加条款。编纂委员会在其报告（1820 年 4 月 16 日第二十二次会议记录）中指出，根本法概念是“众多的简单概念之一，如果给这些概念一个系统定义，它们就更容易被弄得模糊不清，而不是得到说明和加强”。但在 1819 年，有一个邦联委员会——设立这个邦联委员会的目的是要通过专家鉴定的形式确定根本法概念——提出了若干建议：“（一）德意志邦联的**根本法**[1] 是一些类似于协议的规定，涉及邦联的建立、由邦联成员组成的团体、对邦联宗旨的规定、对各邦联成员参与实施根本法的整体格局的规定。这些类似于协议的规定构成了邦联**宪法**”（因此，根本法——复数的根本法！——就与统一宪法区别开来）。（二）关于**有机建制**的各项规定（这些建制是“有机的”，“因为凭着它们，邦联‘躯体’就仿佛获得了‘器官’[2] 一样”），“邦联为此目的而通过的一系列决议案（作为**永久的一般规范**）完全有理由被列入根本法的范畴”。（三）其余的邦联法

[1] 【中译者注】原文为 Grundgesetze，复数。

[2] 【中译者注】“邦联‘躯体’”原文作 Bundeskörper，意为邦联机构、邦联团体，“器官”原文作 Werkzeuge，意指工具。这里分别译作“躯体”和“器官”，是为了与 organisch（有机的）一词相呼应。

律都仅仅从否定的方面予以确定：它们不是根本法。[1] 为了澄清根本法和宪法的概念，必须区分一些不同的要素，而上述定义就包含着这些不同要素中的几个。此外，在诸如根本规范之类的组合词中，“根本”（“基本”）一词的含义经常是模棱两可的，这肯定也是人们偏爱这类说法的原因；在涉及“基本”权利时，类似的情况还会再度出现（参见第十四章，第 163 页）。

在 19 世纪的宪法斗争中，宪法概念随着政治形势和斗争各派的利益而不断变化。

44 宪法与国民法治国对国家的限制被完全等同起来了。总的看来，这种等同获得了普遍承认。这一点在前面（第四章）的讨论中已经得到了阐明，在以后的讨论（尤见第二部分，第 200 页及以下）中还会进一步突现出来。结果，宪法就分崩离析了，相对化了，变成了个别的宪法律。在今天的德国，这似乎仍是一种普遍情况。

III. 在下面的论述中，我们将在前面解释过的实定宪法概念的意义上使用“宪法”一词。尤其需要注意的是，我们将始终严格地区分宪法和宪法律。

---

[1] 参见克吕贝尔（Klüber），《德意志邦联的公法》（*Öffentliches Recht des Teutschen Bundes*），1831 年第三版，第 60 页。

第六章　宪法的起源

I. 宪法要么通过制宪权主体单方面的政治决断产生出来，要么就通过若干制宪权主体相互间的商议产生出来。

如果宪法是指一种等同于国家整体状态的状态，它显然就与国家本身一道产生出来。这种意义上的宪法既不是颁定的，也不是议定的；实际上，它与一个具体国家的政治统一体和社会秩序是一回事。实定宪法是组织这种政治统一体的有意识行为，正是通过此一行为，统一体才获得了特殊的存在形式。如果若干政治单位和独立制宪权主体共同努力，自己为自己作出了这种旨在确定——而且是在交互考虑的基础上确定——其政治状态的决断，就产生出宪法协议或宪法协定。（在此没有区分“协议”［Vertrag］和“协定”［Vereinbarung］这两个词。自然，我们不应忽视宾丁［Binding］和特里佩尔［Triepel］赋予协定概念的特殊含义［协定是各种有相同内容的意志的结合］。）

II. 近代欧洲宪法起源的历史概况。

1. 中世纪晚期（13—16 世纪）的政治状态经常具有“等级制国家”（Ständestaat）的特征。无论从实际情况看，还是从思想意识看，政治统一体本身都变得很成问题了。古老的军事采邑宪法已经失去了效力，封臣赢得了广泛的独立性。无论在什么地方，只要建立了等

级联合组织（高级贵族、低级贵族、僧侣、城市市民），它们就要立足于全体成员经立誓而达成的协议。这些等级彼此之间订立协议，与自己的君主订立协议，还与外国君主订立协议。协议种类繁多，不
45 一而足。这些等级与君主订立的协议涉及特权的授予、对君权的限制，甚至经常还涉及武装反抗的权利。我们不能将数不胜数的类似协议称为国家宪法，正如将近代国家法概念套用到中世纪的情况会引起误解一样。近代宪法的真正主题——即政治统一体的存在类型和存在形式——并不是这类协议的主题。就等级制“国家”来看，既谈不上一元制国家，也谈不上二元制国家或多元制国家，顶多只谈得上既定权利和特权的大杂烩。大量的宪章、协议、书状等等“确定了”大量专门的特殊利益。从整体上看，先前的政治统一体似乎经历了一个解体过程。只有一种情况仍然预设了政治统一体的先行存在：政治统一体解体了，各个等级群体和组织分享赃物，不惜牺牲政治统一体的利益。因此，协议并没有为政治统一体奠定基础，也并不包含对政治统一体的类型和形式的总体决断。不过，鉴于协议限制和控制了君权的行使，19 世纪的制宪努力就能够以此为出发点；与此同时，在 19 世纪的宪法斗争中，不仅君主政府谈论“等级宪法”，而且市民阶层——尤其是德意志小邦国的市民阶层——也经常提及这类等级协议，并将其视为宪法的典范。

1215 年 6 月 15 日的英国大宪章经常被称为近代自由宪法的典范和原型。但是，英国国家法经历了一个特殊的发展过程，因为中世纪的封建主、各等级（高级贵族、骑士和英国市民阶层）及其代表机构（上议院和下议院）是经由一个不易察觉的发展过程逐渐转入近代国家体制的。英国议会在与国王的斗争中成为民族统一（即**政治**统一）的担纲者，而在欧洲其他国家，专制君主才是担纲者，他们在与中世纪各等级的斗争中实现了政治统一。在英国，中世纪的观念和制度在转入近代国家制度时并未表

现出明显的差异。但是，姑且撇开这点不谈，以历史的角度观之，1215年的大宪章只是中世纪君主与封建主订立的众多协议 46
之一。它是英王约翰（König Johann）与贵族（Baronen）之间的协议，以证明文书（宪章）的形式固定下来。对大宪章的法律性质有多种不同的理解。有人认为大宪章是一项**法律**，因为它由国王颁赐，具有国王授予的形式。又有人认为大宪章是一份具有公法性质的协议，采取了国王授予的形式。[1] 还有人认为大宪章是私法性质的协议。[2] 按照安森（Anson）的看法，大宪章既是**宪法律**，又是**权利法案**，还是君主与人民的**协议**！正如麦基奇尼（William Sharp McKechnie）指出的，将近代国家法的任何这类区分套用于中世纪的情况，是很不恰当的。[3] 在麦基奇尼看来，大宪章是一种Stabilimentum，亦即一项没有任何精确国家法意义的规定或协议。大宪章具备了成文形式，但是，如同某些表面上的一般原则性措辞一样，这并不表明它有什么宪法意义。从历史上看，“大宪章”这个名称的出现肯定不是由于存在着一部类似于近代宪法或近代基本权利的根本法，而是与1217年颁布的包含狩猎法内容的“小宪章”（Parva Carta）或称“森林宪章”（Carta foresta）相对而言。大宪章最初名为“自由宪章”（Carta libertatum）或“贵族宪章”（Carta Baronum）。直到几个世纪以后，自17世纪以来，经过英国议会与斯图亚特王室的绝对王权主义的斗争，大宪章才变成了自由宪法的典范，并且从近代意义上予以重新解释。然而，如果有谁从大宪章中见出了哪怕只是接近于近代自由宪法或民主宪法的东西，都会犯下史实错误。如

---

[1] 参见斯塔布斯（Stubbs），《英国宪政史》（*The Constitutional History of England*），I，第569页。

[2] 参见布特米（Boutmy），《宪法研究》（*Études de droit constitutionnel*），第40页。

[3] 参见《大宪章》，第二版，Glasgow，1914，第104页及以下。

果说这部大宪章保障了一切自由民（freeman）免于王权滥用的某些权利，这也完全不同于近代意义上的人权宣言或公民权宣言。当时的“自由民”仅限于贵族，只有贵族才被视为自由人（homo liber），甚至才被视为人（homo）。[1] 因此，从历史上看，大宪章只是封建贵族与其领主之间的协议；作为对已获保障的权利的回报，封建贵族对领主重申了封地誓约。这部大宪章作为典范，其政治影响来源于特定党派为自己虚构的关于大宪章的传奇概念。按其内容来说，大宪章的63个条款涉及对国王封地权的限制、对司法权的限制（一切自由民非经同级贵族之依法判决或按国法定罪，不受逮捕或监禁[2]）、税务法的限度；尤其重要的是，大宪章规定设立一个抵抗委员会，以防国王不遵守这些条款。[3]

47 1688年的权利法案（Bill of Rights）按其形式来看，是英国国会请来即位的奥伦治亲王与国会之间的一种类似于协议的规定。但在这里，议会是作为英国政治统一体的代表而出现的。权利法案包含13个针对王权滥用的条款（国王不得中止法律；不得依据国王特权征收财政税；臣民的诉愿权；未经议会同意不得征募或维持常备军；新教徒臣民携带武器的权利；自由选举议员；议会中的言论和辩论自由[4]）。这些条款类似于近代意义

---

[1] 参见麦基奇尼，上引书，第115页。

[2] 【中译者注】此为大宪章第三十九条，本条全文是：“No free man shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way victimised, neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”。参见《大英百科全书》“大宪章”条。

[3] 参见格奈斯特，《英国宪政史》，第240页；R. 施密特（Richard Schmidt），《普通国家学》（*Allgemeine Staatslehre*），II，1903，第490页及以下。

[4] 参见格奈斯特，上引书，第641页及以下。

上的宪法法规，因为政治统一体的概念已经非常明确，议会与国王之间的协议肯定没有建构统一体，而是预设了统一体；在此过程中，议会作为统一体的代表而出现。

2. 在欧洲大多数国家，政治统一体均由君主的专制主义造就出来。但是，在德意志帝国，中世纪的状况一直苟延残喘到这个帝国的末日，即 1806 年。与此同时，在帝国的版图上诞生了一批新的政治统一体，例如普鲁士、巴伐利亚、符腾堡、萨克森等邦国。在 18 世纪，帝国作为一个整体还只是含有异质成分的复合体，其中囊括了众多发展中的政治结构和政治碎片。青年黑格尔曾写过一篇题为《德意志宪法》的文章（1802），精当地阐明了这种状态："德意志国家体系不外是一切个别部分从整体中抽取出来的权利的总和"，其"宪法"和"法律"的关键在于，人们"小心谨慎地不给国家留下任何权力"。[1] 自从 17 世纪以来，许多人一直在讨论一个问题：这种奇特的混杂体究竟是不同政体（即有限的君主制和贵族制）的混合（"混合政体"）呢，还是由众多国家组成的体系（联邦结构）？普芬道夫（Pufendorf）对这个问题作出了唯一可能的并且思想上诚实的回答：这种结构类似于一种病态，就像一个"怪胎"一样。[2] 对一种规范思考而言，这是建立在 pacta sunt servanda［应谨遵协议］原则 48
"基础"上的法治国的理想状态。"宪法"由为数众多的协定、特权协议、条款等等组成，它们通过难以预见的诉讼可能性而受到司法形式的保护。选帝侯是帝国最尊贵、政治上最强大的等级，每次重

[1] 参见黑格尔，《政治著作集》（*Schriften zur Politik*），Ausgabe von Lasson，第 13—14 页。

[2] 参见普芬道夫的名著《论德意志帝国的状况》（*De Statu Imperii Germanici*，出版于 1667 年，署名为"蒙赞巴诺的塞维里努斯"［Severinus de Monzambano］），第六章，第九节，Ausgabe von Fritz Salomon，1910，第 126 页。

新选立皇帝，他们都通过新的选举条款重申和扩大了这些权利。自从17世纪以来，这些选举协议和成文的选举条款一直被称为leges fundamentales［根本法］。[1] 就连具有高度政治意义的权力行使（例如剥夺某个王侯或其他“等级”人士的公权，以此作为惩办的先决条件）最终也有赖于一套诉讼程序，有赖于其他等级的同意。在遇到尽人皆知的扰乱治安的情形时，在遇到公开反抗时，皇帝未经选帝侯“同意”（Verwilligung）甚至不能剥夺一个帝国等级的公权。正如普芬道夫颇有道理地指出的，这种状况的可怕之处在于，皇帝不能在违背各等级意愿的情况下让它们承担任何义务，而各等级则能够在违背皇帝意愿的情况下，以牺牲帝国利益为代价牟取各种利益，并以“根本法”的形式将其确定下来。

> 华伦斯坦（Wallenstein）于1634年遇刺身亡后，在民族基础上将德意志帝国塑造成一个政治统一体的最后一丝希望破灭了。早在1630年，华伦斯坦就未能抵挡住选帝侯和各等级的敌对情绪。出于教派和正统主义的动机，皇帝本人站在各等级一边，尤其不能同意像华伦斯坦设想的那样来认可宗教宽容，而宗教宽容原本是德意志国家统一的基础。1636年12月24日斐迪南三世颁布的选举条款表明，各等级的特殊利益最终战胜了皇帝：即便在“万不得已”的条件下，皇帝至少也要事先征求选帝侯的意见，才可以征税；即便在遇到尽人皆知的扰乱治安的情形时，也要经过一套诉讼程序才能剥夺某人的公权并将其加以惩办；即便在极端必要的情况下（in extremo necessitatis casu），皇帝也必须

[1] 在耶利内克看来，自从威斯特伐利亚和约签订以来，帝国的国家法就有了根本法概念；参见《普通国家学》，第495页。不过，这个词在国家法文献中早就存在，被用来描述1356年的黄金诏书（Goldene Bulle）、选帝侯与皇帝订立的选举条款和帝国议会的调解。

听取选帝侯的意见。[1]

3. 在欧洲大陆，在西班牙、法国和德意志领土国家，近代国家是按如下方式形成的：君主取得了“专制”权力；也就是说，君主废除了既定的封建权利和等级权利，打破和取消了封建制度所依据的现状正当性原则（Prinzip der Legitimität des status quo）。这样产生的政治结构就是专制君主国。“专制”的含义是，君主不受法律拘束 49
（legibus solutus），也就是说，君主有权也有能力出于其独自决定的政治原因忽略各等级的正当要求，忽略现有的各种特权和协议。“国家”（Staat）一词非常贴切地概括了这种近代政治结构的特点，因为该词表明了它与“状态”（Status）一词在语言和思想上的联系。政治统一体包含着一种无所不包的状态，相比之下，其他的所有状态，尤其是各等级和教会，都具有相对的性质，并且被统统予以收纳。因此，国家，即政治状态，就变成了一种绝对意义上的状态。这种近代国家是主权国家，其国家权力不可分割。像一体性、不可穿透性（Undurchdringlichkeit，Impermeabilität）之类的特征都产生于这种政治统一体的本性。主权概念（Begriff der Souveränität）尤其发挥了巨大的历史作用：它凌越了当时的（封建和等级）现状正当性。

博丹在《共和六书》（1577）中首先论述了近代国家法，其中包含着对这个重大问题的清楚说明。谁拥有最高权力，谁就不是作为公职人员或受托者而拥有主权，而是永久地按其自身权利——即凭借其自身的存在——而拥有主权。主权者受到神法和自然法的拘束，但是，主权问题根本不涉及这一点，而是仅仅涉及如下问题：正当的现状是否应该对主权者的政治决断构成不

[1] 参见拙著，《论专政》（*Die Diktatur*），第95—96页。

可逾越的障碍？有没有人能够要求主权者承担责任？在遇到冲突时，谁来作出决断？根据时间、地点和个别的特殊情况，主权者可以修改和违反法律，正是在这一点上，其主权充分体现出来，博丹在论主权的一章（第一卷，第八章）中反复申说了“宣布现行法律无效”、“撤销现行法律”、“打破现行法律”、“取消现行法律”、“废除现行法律”等概念。在17世纪，霍布斯和普芬道夫系统而明确地强调了这个根本视点。重要的问题始终是：quis iudicabit［谁来决断］？主权者对公共福利和共同利益所要求的事项作出决断。国家利益何在？什么时候有必要打破或废止现行法律？这些问题不能按规范的方式来确定，只有通过主权机关的具体决断，它们才获得了具体内容。

4. 在1789年的法国革命中，诞生了自由和民主这两种不同要素混合而成的近代宪法。这种宪法的思想基设是制宪权学说（Lehre von der verfassunggebenden Gewalt）。由此，法国革命时期的国家学说就不仅成为随后整个时期政治教条的主要来源[1]，而且也成为近代宪法学的实证法学构想的主要来源。制宪权有一个先决条件：人民是以政
50 治方式存在的实体。“民族”（Nation）[2]一词精确地描述了政治意识已经觉醒并拥有行动能力的人民。从历史上看，在欧洲大陆，这些关于政治统一性和民族一体性的基本概念产生于专制君主制的政治一体性，而在英国，中世纪国家结构之所以能够朝着民族统一体的方向不断演进，是因为“岛屿位置顶替了宪法的功用”。相反，在法国（近代欧洲国家的经典样板），就连国家法意义上的民族概念最初也是从理论上予以把握的。但是，在宪法理论的层面上，就1789年的法国革命而言，必须将两个不同的过程和思想体系互相分开。首先，法国

[1] 参见茨威格（Egon Zweig），《制宪权学说》，第v页。

[2] 【中译者注】此词译作“民族”，参见第八章译者注。

人民将自己建构为制宪权主体；他们意识到自己的政治行动能力，由此而明确接受了现有政治统一体和行动能力的先决条件，并在这一先决条件下自己为自己制定了一部宪法。这个过程之所以如此有效和果决，是因为根本政治决断的关键在于，人民意识到自己作为拥有政治行动能力的主体的身份，必欲自己决定自己的政治命运。从某种意义上说，法国人民自己建构了自己。法国人民为自己制定了一部宪法，通过这一行动，他们实际上已经采取了另外一项行动，即他们对存在的特殊类型和形式作出了决断。人民变成了民族，也就是说，人民意识到自己的政治存在。不过，这并不意味着此前人民不存在，也不意味着人民通过对其制宪权的自觉领会而建构了他们的国家。政治存在先于制宪行为，凡是政治上不存在的东西根本就不可能作出有意识的决断。人民采取了政治上有意识的行动，这个基本过程预设了政治存在，同时，还必须将人民自己为自己制定宪法的行为与国家的建构区别开来。

法国革命的第二重意义在于，它产生了一部国民法治国宪法，即一部对国家权力的行使加以限制和监控的宪法。这样一来，它就赋予了法兰西国家一种新的、具体的政治生存方式。如果民族作为制 51
宪权主体与专制君主进行斗争并废除了绝对王权主义，他们会以同样专制的方式取代专制君主。在这里，专制性延续了下来，其程度并未改变，甚至还有所提高，因为人民在自己的国家中达到了政治上的自我同一性。这个过程的政治力量导致了国家权力的增强，导致了极其严密的统一性（unité）和不可分割性（indivisibilité）。相反，如果用自由的宪法律来规范、分割和限制国家权力的行使，这种“权力分立制”就等于取消和废除了一切类型的政治专制主义，不管实施这种专制主义的是专制君主，还是政治意识已经觉醒的专制国民。法国革命的伟大政治意义在于，虽然有自由和法治国原则，法国人民关于政治统一体的思想无时无刻不是决定性的基准点。毫无疑问，国家权力的一切区分、分立、障碍，对它的一切监控都是政治统一体的内部机

制，从来不会越出这个框架。但是，这样一来，一切宪法律的相对性也就无可置疑了。宪法不是君主与人民之间的协议，甚至不是某些等级组织之间的协议，而是一个统一的、不可分割的民族作出的决定其自身命运的政治决断。一切宪法都预设了这种统一性。

5. 在王朝复辟时期（1815—1830 年），人们试图复活中世纪的观念，将宪法视为君主与各等级之间的一种协议，一种“宪章”。在德国的一些地方，中世纪的观念和状态仍在继续发生作用。尤其在中小邦国，中世纪订立封建和等级协议的那套程序与制宪权行为之间不存在任何区分。同样，反革命理论和实践也试图利用中世纪的概念来逃避民族统一性产生的民主后果。

> 1815 年德意志邦联的维也纳邦联法案第八条规定，凡属德意志邦联各邦国，将“制定邦等级宪法”。在这里，等级宪法具有中世纪的含义，用以对抗近代的代表观念，按照此一观念，被
> 52 代表的乃是国家的民族统一性。等级宪法被当作一个对立概念来与代表全体人民、经选举产生的国民代议机构相抗衡。与邦联法案的这一规定相吻合的宪法有时被称为协议或协定。因此，1816 年 5 月 5 日萨克森—魏玛—埃森纳赫（卡尔·奥古斯特）的宪法被解释成“君主与臣民的协议”；按照第一二三条的规定，只有通过君主与各等级的共同协议才可以修改宪法。[1]

这类王朝复辟努力的内在矛盾是，一方面，君主不会考虑放弃国家的政治统一性来满足各等级的利益代表的要求，也不能将“等级”之类的概念以及与这些等级订立宪法协议（Verfassungsvertrag）的做法——这样做有可能导致国家的解体——一以贯之地推行到底。

---

[1] 其他实例（1819 年的符腾堡宪法、1831 年的萨克森宪法），可参见第 65 页，在那里，我们将论述这种“协议”在宪法理论上的意义。

在这种情况下，“各等级的”代表也不会有什么决断权。但是，如果他们想对宪法有什么实质性作为，他们就必须是政治代表（而不是各等级的利益代理人）。可是，君主根本不会承认这些等级是代表（Repräsentanten），即政治上统一的全体人民的代表，因为那样就等于承认人民是拥有行动能力的政治统一体，从而放弃了君主制原则（按照此一原则，唯有君主才是政治统一体的代表，才将国家全权集中掌握在自己手中）。这里出现了两个互不相容的概念：一个是君主与“各等级”订立的宪法协议，另一个是君主制原则。君主制原则的后果是，国王依其国家全权钦定宪法，也就是说，国王作为制宪权主体，采取单方面行动作出了根本政治决断，正是这种决断构成了宪法。在这个过程中，国王没有转让自己的制宪权。由此可见，宪法不是什么协议，而是国王钦定的法律。这种宪法的一切宪法法规仅仅涉及原则上受限制的权力，仅仅涉及权限（Kompetenzen，Zuständigkeiten）。[1] 另一方面，“国家全权”与政治统一体是不可分割的，原则上不受限制，也不能加以限制。如果国王没有放弃这种权力，将其交给议会，那么，虽说有宪法，这种权力也仍然操纵在国王手中。在政治上强大的君主国里，宪法是按这一君主制原则钦定的；它不是国王与人民代议机关商议的结果，而是自上而下的敕令。但 53
是，即便宪法是“商议”的结果，至少在德国，也不能因为人民代议机关参与了确定宪法律文本的工作，从而放弃君主制原则，认可人民制宪权这一民主制原则（参见第七章，II，第 65 页）。

> 近代君主制宪法是根据君主制原则——即国王制宪权——钦定的，换句话说，它是自上而下的敕令。1814 年 6 月 4 日的法国宪章便是君主制宪法的典范。它被冠以“宪章”（Charte）这一

[1] 【中译者注】施米特对“权限”有特殊的界定，权限是指一种严格限定的、原则上受限制的权力，参见本书第四章。

中世纪名称，反映了当时君主制的内在矛盾状况，因为如果订立等级协议，就会与法国完整的、不可分割的政治统一体发生根本抵触。实际上，“宪章”的基础是国王制宪权，而国王制宪权又与人民制宪权相对立。

6.1830 年法国的七月革命决定了一个政治问题：制宪权主体究竟是国王，还是人民？有关人民制宪权的民主理论最终获得了承认。自由法治国的支持者们力图回避一个非此即彼的抉择：主权和制宪权不是属于国王，就是属于人民。于是，他们就大谈特谈“宪法主权”（Souveränität der Verfassung）（参见第一章，II，第 7 页）。但是，这并没有回答问题，而只是回避了问题，用宪法的制宪权（verfassunggebende Gewalt der Verfassung）这个有点玄妙的概念掩盖了真正的问题。随后的所有法国宪法和宪法律（1848，1851，1875）都以人民制宪权为先决条件。

7. 在德国，从总的情况看，1848 年革命导致了所谓的立宪君主制（konstitutionelle Monarchie），即国王政府与人民代议机关的“二元制”（Dualismus，莫尔语）。在这种体制下，君主和人民代议机关均为政治统一体的代表。这种二元制仅仅意味着，决断被推迟了。在一切政治统一体内部，都只能有一个制宪权主体。因此，在这里就出现了一个非此即彼的局面：宪法要么由君主依照君主制原则、凭借其国家全
54 权来钦定，要么就通过人民制宪权的行为产生出来，也就是说，立足于民主制原则。这是两项根本对立的原则，不容相互掺和。当然，妥协在一个短时期内是完全可能的，人们可以通过妥协暂缓和推迟决断。在这种情况下，君主和人民代议机关双方同意，应将决断暂时悬搁起来。但是，正因为如此，这种妥协就绝不是真正的实质性妥协，而只是延迟性的形式妥协（有关的讨论，参见第 31 页）。事实上，尽管有各种形式的掩饰和回避，但是，宪法要么立足于君主制原则，要么立足于民主制原则；要么源于君主制宪权，要么源于人民制宪权。这种宪

法的“二元制”维持不了多长时间。一切真正的冲突都暴露出相互排斥的政治形式原则的一种简单的“非此即彼”（Entweder-Oder）关系。

如果一部宪法由君主单方面钦定，如果它是“自上而下的敕令”，它无疑就产生于君主制宪权。如果出于政治上的原因回避了强制命令的形式，而由君主和人民代议机关共同议定宪法，就出现了延迟性妥协的情况——只要君主没有明确放弃其制宪权并由此而承认其权位的民主基础，即人民制宪权。自然，德意志各立宪君主国从来没有像这样来承认民主制原则。因此，在这里就出现了一种二元性的中间状态（Zwischenzustand）。从理论上看，这种中间状态被掩饰了，因为虚构一种“宪法主权”，从而避开制宪权这个核心政治问题，这符合自由主义的观念。从实际上看，也就是说，就历史和政治现实而言，只要国内和国外政治形势保持平稳，这种延迟决断的状态就是完全可能的。在这种情况下，未获解决的冲突以及决断的必要性会在关键时刻突现出来。经过一个长期的、逐渐的发展过程，一项原则慢慢地、在没有公开冲突的情况下排斥了另一项原则，例如英国就是这样。这种情形本身是完全可以想见的。英国是靠庞大的殖民体系大发横财的固若金汤的岛屿国家，相形之下，欧陆各国的处境就没有这样有利了。

德国的立宪君主制一直延续到 1918 年 11 月。当时的政治和经济 55
形势比较有利，使人们可以将这个重大抉择当作无关紧要的问题置之度外。“宪法”上没有的内容被当作“非法律”问题而未予回答，与此同时，宪法按前面描述过的方式（参见第二章，第 11 页）流于形式化和相对化，变成了宪法律。这种做法被认为是“实证主义”，尽管从宪法理论上看，它实际上并没有超越路易－菲力普时代及其自由主义空论派的阶段。诚然，像施泰因这样一位权威评论家将这个时期称为“最纯粹的立宪制时代”，甚至到了 1918 年革命以后，凯尔森的“规范”国家学还一度保留了这种自由主义的空壳。但是，这已经不是传统自由主义对“理性的主权”（Souveränität der Vernunft）的信念了，而是一种充满矛盾的立场：一方面，最高“宪法”被制定出来，

另一方面，这部宪法又被相对化和分解了，变成了一系列可按特定程序修改的个别宪法法规。德国立宪君主制的宪法固然包含法治国对君权的限制，透露出立宪君主制特有的二元制，即设立两个代表：君主和人民代议机关，但在德国，并没有取消君主制原则。宪法律分配给人民代议机关的权力原则上要受到限制，人民代议机关在立法领域获得了某些权限，但在其他方面，这种权限的“推定”（Vermutung）则对君主有利。赛德尔（Max von Seydel）精当地说明了这种德国式立宪君主制的特点：“议会制下的国王在议会拒绝履行职责时无法退而行使其国家权力。”德国的立宪君主则正好相反，“如果发生了严重冲突，即涉及主权和制宪权问题的冲突，君主就行使其国家权力。”[1] 君主一直都拥有制宪权，从而也就拥有一种不能纳入宪法律、原则上不受限制的权力。无论如何，“制宪权究竟属于君主，还是属于人民”这个选择性问题不是从有利于人民的方面来予以决断，光凭这一点，只要君主的政治权力和权威能够持久存在，制宪权就肯定掌握在他手中。如同其他暂停决断的情形一样，在此也维持了迄今的现状，即维持了君主制原则。国家学强调指出，就连君主也只是国家的一个“器
56 官”[2]，无论君主还是人民都不拥有主权，国家作为一个“有机体”才拥有主权。尽管国家学用了集体性譬喻，但这种观点不折不扣地符合自由主义的套路。自由主义回避了制宪权主体的问题，回避了政治统一体的拥有决断权的代表（Repräsentant）这个问题，并为此建构了一个拥有主权的第三方——不管这个第三方是自己设立自己、由于自身的原因本身就拥有主权从而看上去好像从天上掉下来的“宪法”，还是拥有主权的“有机体”，其理论上的结果都是一样的。但是，从政治和国家法实践来看，每当遇到冲突情况时，我们都很容易看出，

---

[1] 参见《论立宪制政府和议会制政府》（Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung），1887，*Abhandlungen*，第 140 页。

[2] 【中译者注】参见第五章的译者注。

谁是国家权力的主体，谁是政治统一体的拥有决断权的代表。这个主体和代表就是国王。

从1862年到1866年，普鲁士曾发生了国王与邦议会的冲突。在此期间，国王的政府认为，宪法没有规定邦议会拒绝接受预算案的情形，因此，这种情形无规可循，国王的政府可以自由处置；宪法在这里有一个“漏洞”，国王可以要求作出其权力不受限制的推定。这类“漏洞”经常都会出现，宪法冲突的实质在于，针对意外情形可以有效地提出主张。这个例子十分清楚地说明，有关“宪法主权”的一切规范说法毫无助益。1862年普鲁士冲突期间，国王的政府断定宪法有一个漏洞，由此，它不仅在政治方面，而且在国家理论方面都取得了成效。德国国家法理论家的一个典型意见就是拒斥俾斯麦的理论[1]，但这个意见却导致了如下结论：这个问题根本就不是法律问题。“国家法在这里终止了。”规范竟然没有提供任何答案！须知，规范的意义和价值恰恰在于，它们能够对冲突情况作出裁决。因此，下述情况没有丝毫改变：代表政治统一体的君主在关键时刻可以先在宪法中发现一个漏洞，然后再来决定弥补这个漏洞的方式。人们把国家法的许多微妙细节与这种简单的法律状态搞混淆了，结果，时至今日，这些细节失去了一切理论价值和实际价值。但是，以历史的角度观之，饶有兴味的是，当时的国家法恰恰结束于重要的宪法问题开始的地方。

8.1867年7月26日的北德意志联邦宪法预设了各联盟邦的这种宪法状态（三个汉萨城市的微小特点不值一提），1871年4月16日的帝 57

[1] 参见迈尔－安许茨，上引书，第906页。

国宪法也同样如此。同质性——一切真正的联邦都须有这种同质性——的根基是德国人民休戚与共的民族意识，然后是联邦各成员邦相似的宪法状态。联邦宪法是若干结成联邦的政治统一体的宪法协议，但除此而外，它也是与一个经普选产生的人民代议机关——即国会——议定的结果（关于联邦宪法的法的结构形式，参见第七章，II，第64页）。

9. 在德国，关于人民制宪权的民主理论随着1918年11月革命而获得了实际承认。但在理论上，迄今为止（1927年）的宪法学仍然完全沿袭了战前的思路。相对于君主制宪权而言，自由立宪制已经被证明是一种形式回避的方法；相对于立宪民主制而言，它首先可能只是由于习惯而延续下来。

（1）1918年11月10日至1919年2月6日期间（即制宪国民议会开会期间），一个由六人（1918年12月后改为五人）组成的“人民代表委员会”在工人士兵委员会的监督下领导临时政府。以“工人士兵委员会”的名义组成的委员会被承认是政权的拥有者，在一个由全体德国人民按民主制原则选举出来的议会开会通过宪法律之前，政权由工人士兵委员会掌握。

> 1920年7月8日民国法院的判决称，根据1918年11月7日至1919年2月6日的历史进程来看，“必须承认，1918年11月10日已经建立了帝国新政府，这个新政府立足于工人士兵委员会的局部基础上，以人民代表委员会的设立为其最终完成。新政府是以强制方式建立起来的，但这个过程在当时的帝国权力中没有遇到任何阻力……因此，新政府是在没有任何激烈斗争的情况下建立起来的，并且毫无争议地保持这种权力地位，直至自动地将其权力移交给国民议会为止。”[1]1922年4月4日的判决没有对

[1] 参见 *RGZ.*，第一百卷，第26页。

"德国在革命后的头几个月是否建立了'苏维埃共和国'"这个问题作出判定。[1]

不能认为，在1918年11月到1919年2月的这个过渡阶段，有 58
一部新的、特殊的德意志帝国宪法存在了三个月；也不能认为，从1918年11月9日到1919年8月11日，德意志帝国曾有过三部甚至四部宪法：首先是迄至1918年11月9日为止的先前帝国的君主制宪法，紧接着是一部苏维埃宪法，然后是1919年2月10日魏玛国民议会的临时民主宪法，最后是1919年8月11日的魏玛宪法。实际上，在1919年2月6日以前的三个月里，只存在一个民主宪法意义上的临时政府。每次发生革命，都必须建立这样一个政府，直至制宪权主体作出新的政治决断为止。我们只能不太精确地将这个过渡阶段描述成一种新的Verfassung[2]，因为成功的革命自然会产生出新的状态(Zustand，Status)(参见第一章，第5页)。但是，在这三个月内，工人士兵委员会仅仅将自己视为临时政府，一旦国民议会开会，就自动地将一切权力移交给它。

工人士兵委员会被公认为"政府"，在其监督下，现有国家行政机关及其公职人员继续履行职责。因此，德国没有像1793年的法国(通过雅各宾专政)和1918年的俄国(通过布尔什维克)那样废除既有的行政架构，"砸烂旧的国家机器"，建立一个全新的组织。"国家机器"继续存在，只不过换了领导部门而已；它现在归人民代表委员会领导。1918年11月23日，大柏林工人士兵委员会执行委员会(德国工人士兵委员会的临时代表)

[1] 参见*RGZ.*，第一零四卷，第258页。这个判决针对的是RGSt.，第五十三卷，第65页；第五十四卷，第149、152页。

[2] 【中译者注】关于Verfassung一词的多重含义，参见第一章。

> 与人民代表委员会签署了一项协议。根据该协议的规定，政权由德意志社会主义共和国工人士兵委员会掌握；在德国苏维埃代表大会召开之前，由柏林执委会行使其职能；“行政权”由人民代表委员会执掌。所有这一切都并不是什么宪法或宪法原本（如W. 耶利内克所说的[1]），而是临时政府的规章。1918年12月16日至18日召开的德国工人士兵委员会全国代表大会通过了一系列决议。这些决议清楚地说明，工人士兵委员会仅仅将自己视为民主宪法意义上的临时政府。

（2）1919年2月6日在魏玛召开了按民主制原则（普遍、平等和直接选举权）选举产生的国民议会，行使了德国人民的制宪权，拟定了德国人民的政治决断的内容，并且制定了必要的宪法法规来保证其
59 贯彻实施。国民议会不是制宪权主体，而只是制宪权的代理者。直至这些宪法律颁布为止，国民议会只受源于德国人民的政治总决断的法律限制，而不受任何其他法律限制。除此而外，国民议会还是德国人民之政治统一体的唯一合法权力。只要国民议会制定宪法法规的使命没有完成，它就不受任何宪法律的限制。国民议会召开不久（1919年2月10日）颁布了一项通常称为临时帝国宪法的法律（规定临时帝国权力的法律）。这项由国民议会自己颁布的法律就如同任何议事规程一样，只要通过国民议会简单多数的决议案就可以随时修改或打破。一切国家权力都集中于一个单一的机构，若按国民法治国宪法学的概念来说，这种集权状态可称为“专政”（Diktatur）。在既有的宪法律被一场革命废止后，一般要召开“制宪”会议，这种特殊情形最好称为“主权专政”（souveräne Diktatur）；只有按照民主宪法的基本观念，它才可以理解。只要新的宪法律条文尚未生效，制宪议会就作为政治

---

[1] 参见 *Jahrb. d. öffentl. Rechts*，IX，1920，第21页。

统一体的唯一合宪机构和国家的唯一代表而采取行动。国民议会的一切作为都直接导源于一种政治权力。这种权力被直接委托给它，既不受权力分立的牵制，也不受宪法律的支配。因此，国民议会可以采取一切与专政的特殊内容相符、在具体情况下显得必要的措施。在此过程中，除了自我施加的限制以外，国民议会不受任何其他限制。它没有任何真正意义上的权限（Zuständigkeit，Kompetenz），也就是说，其职权范围不受事先的控制和拘束。国民议会的权力范围和受权范围端赖其自身的裁量（Ermessen）；就连授权与受权者的裁量的结合也是专政的一个标志。但是，由于国民议会在制定宪法法规时不受任何条条框框的拘束，因此，这种独裁就不是委托[1]专政（也就是说，它不受现存的、已经制定好的宪法律的限制），而是主权专政。另一方面，它又仍然是具有委托性质的专政。因此，国民议会并非本身就是主权者，而总是以人民的名义、受人民的委托采取行动。人民可以 60
通过一项政治行动随时取消受托者的权力。

1919 年 2 月 10 日，德国国民议会颁布了关于临时帝国权力的法律。根据该法律第一条，国民议会给自己规定的任务是“议决未来的民国宪法以及其他紧迫的民国法律”。另外还有一点值得注意：国民议会不仅可以议决紧迫的民国法律，而且还可以根据具体情况采取一切必要的措施。“紧迫的民国法律”（dringliche Reichsgesetze）这个词语已经表明，从内容上看，就连这些法律在某种程度上也仅仅被视为措施。但是，从法治国的层面上看，法律和措施是有区别的。这个区别在法国革命中至关重要，而在德国则被一个“形式法律概念”搞得混乱不堪，完全被人们遗忘了（参见第十三章，III，第 146 页）。

（3）1919 年 8 月 11 日的魏玛宪法于 1919 年 8 月 14 日正式生效，国民议会作为拥有主权专政权的“制宪”会议的地位亦由此而告终。

---

[1] 【中译者注】原文作“kommissarisch”，关于委托专政，可参见施米特的另一部著作《论专政》，Berlin，1994。

现在只有一个基于新宪法的民国国会，它拥有一系列受宪法律制约的权限，是一个合宪机构，与其他合宪机构毫无二致。

> 因此，1919 年 8 月 20 日成立的国会调查委员会（其任务是搜集各种证据，查明战争的爆发、延长和失败的原因，以及未能抓住的和平机会等等）已经受到宪法律的限制了，它只能在魏玛宪法第三十四条限定的权力范围内活动。[1]

1919 年 8 月 11 日的魏玛宪法产生于德国人民的制宪权，宪法序言（“德国人民为自己制定了本宪法”）和第一条第二项（“国权出自人民”）体现了最重要的政治决断。这两个条款将魏玛宪法的实在法基础——德国人民作为一个民族，亦即作为一个意识到其政治存在、具备行动能力的统一体所禀有的制宪权——呈现为具体的政治决断。

---

[1] 关于这一点，可参见考夫曼（Erich Kaufmann），《调查委员会和最高法院》（*Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof*），Berlin，1920，第 18 页及以下。

第七章　作为协议的宪法

（真正的宪法协议）

61

I. 国家契约（Staatsvertrag）或社会契约（Sozialvertrag）与宪法协议的区别。

许多国家理论体系都将国家建立在协议——不管是单纯虚构的协议，还是历史上实有的协议——的基础上，因而力图从法律上解释国家的兴起。这些体系有别于宪法所由产生的协定或协议。尤其在奠定了美国自由宪法之基础的国家理论中，在1789年革命期间某些法国国家理论家和政治家的论述中，两者经常被混为一谈。人们将一种特定的宪法类型与宪法的理想概念联系起来（参见第四章，第38页），然后又将这种宪法与国家本身等同起来，并由此而将宪法的颁布即制宪权行为视为国家的建立（Gründung，Konstituierung）。当一个国家的人民作为民族第一次意识到自己的行动能力时，这种混淆和等同大概是可以理解的。但是，必须坚持的一点是，源于人民制宪权行为的宪法与社会契约（Contrat Social）必定有着本质的区别。人民制宪权的民主制原则导致了这样一个结果：宪法是通过拥有政治行动能力的人民的行为制定出来的。人民若欲成为制宪权主体，就必须作为政治统一体而存在，必须被预设为政治统一体。相反，社会契约、社会协议或国家契约（在此无须讨论这些“协议”的区别）的订立则旨在奠定人民的政治统一体的初始基础。因此，如果认为社会契约的订立必不可少，人民制宪权学说就已然预设了社会契约。社会契约绝不等于实定宪法（即制宪权主体对政治统一体的类型和存在形式所作的具体

62

政治决断），更不等于根据这些决断和在实施这些决断时颁布的宪法法规。

弗莱纳（Fleiner）的一段话是这种混淆的最新例证："宪法是国家生活的根本法。在民主制国家（原文如此）中，它是最高规范、国家的根基、卢梭所说的社会契约。"[1]

1. 美国马萨诸塞州宪法（由约翰·亚当斯起草）在很大程度上具有典型的示范意义。[2] 该宪法序言规定，"若政府不能达成其目标，人民得更换其政府。政治统一体产生于个体的自愿联合，实乃社会契约之结果。凭借该契约，人民之全体（！）与每个公民、每个公民与公民之全体达成一致，以便依照特定的法律且为了公共利益而接受治理。因此，人民于制定宪法时，不特有义务规定正当的立法程序，亦且有义务规定法律之公正而可靠的实施及运用。"在此，全体公民被预设为一个政治统一体。

即便在卢梭那里，奠定了国家基础的"社会契约"也不同于规范国家权力之行使的政治法律或基本法律。[3] 同样，在1789年法国国民议会的讨论中，这种区分原本也非常清楚，只是到了后来，才出现了社会契约与宪法的混淆。[4]

康德认为，"在公民中间设立公民宪法"的契约（pactum unionis civilis［公民联合的契约］）是一般社会契约的一种独特类型（一群人通过它而联合成一个社会）；公民社会的建构同时

---

[1] 参见弗莱纳，《瑞士联邦国家法》（*Schweizerisches Bundesstaatsrecht*），第392页。

[2] 参见博尔若（Borgeaud），《宪法的制定和修改》（*Etablissement et Revision des Constitutions*），Paris，1893，第23页。

[3] 参见《社会契约论》（*Contrat Social*），第二卷，第十二章。

[4] 参见茨威格，上引书，第330页；雷德斯洛布（Redslob），《国家理论》（*Staatstheorien*），第152页及以下。

就是“公民宪法的设立”。正是通过设立宪法的行为，unio civilis［公民联合］才得以产生出来。因此，在康德那里，宪法是按绝对意义来理解的，而不是按这里使用的实证意义来理解的。[1]

因此，宪法协议或宪法协定并未奠定政治统一体的基础，而是以政治统一体为先决条件。宪法协议不是共同体或国家赖以建立的“契约”，而是广义的“治理协议”。在这里，“治理”不仅指与立法和司法相区别的行政，而且指全部有组织的国家活动。按照自然法国家理论的说法，宪法协议不是 pactum unionis［联合契约］，但也不是 pactum subiectionis［臣服契约］。也就是说，它不是服从现行政治权力的协议。事实上，服从现行政治权力的协议预设了国家权力的存在，并且设置了行使国家权力的条件和范围。

2. 真正的宪法协议还有别于下述情形：几个国家缔结一项协议，共同组成一个新的单一制国家，最终在这个新国家中失去了它们先前的政治存在。即便在缔结协议时议定了新的单一制国家的宪法，这部宪法之所以继续有效，也不是因为那项协议，而是因为新的单一制国家的制宪权意志。

II. 真正的宪法协议至少预设了两个已经存在并将继续存在的缔约方，每一方都拥有一个制宪权主体，因而都是一个政治统一体。 63

真正的宪法协议通常是联邦协议（关于一个政治统一体内部的假宪法协议，参见 2）。

我们在以后将讨论国际法（征服）协议（参见第四章，IV，第 73 页）。这种协议只有在下述情况下才能称为宪法协议：它对

[1] 参见《论国家法中理论与实践的关系》（*Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht*），Ausgabe Vorländer，第 86 页。

缔约的一方有利，而使另一方丧失了决定其政治存在的类型和形式的权利，从而也就丧失了实定宪法。

联邦协议产生出一种新的状态（宪法）。所有的联邦成员都获得了崭新的整体政治状态，于是，联邦本身的政治统一性与各成员邦的政治存在就处于并存的关系中。本书的最后一部分（第二十九章）将讨论联邦宪法固有的困难和特性，在此仅对下面几点略作说明：

1. 若干独立政治统一体缔结的联邦协议是真正的宪法协议。

2. 一个政治统一体内部的“宪法协议”。这个“宪法协议”概念只能按历史来说明，只能按一种特殊情况，即立宪君主国的“二元制”来说明。如前所述（参见第六章，第 53 页），从宪法理论上看，关于政治统一体内部制宪权主体的问题是按简单的“非此即彼”关系——人民还是君主——来予以回答的。这个制宪权主体不是人民，就是君主。在这里，人民是具备政治行动能力的统一体，达到了有意识的自我同一性，而君主则是政治统一体的代表。在同一个政治统一体的框架内，宪法永远只能制定出来，而不能商议出来，因为真正的宪法协定预设了若干政治统一体的存在。其结果是，19 世纪德国的众多宪法协定并没有解决制宪权主体的问题。这些协定仅仅相当于一种使冲突情况悬而未决的妥协。有时候，宪法由君主单方面钦定，因而就不是商议的结果。但是，如果该宪法规定，宪法可“按常规立法手
64 续”予以修改，这也同样是一种妥协，因为“立法手续”仅仅表明了“人民代议机关的参与和同意”。宪法绝不因此就变成了一项法律，正如它不是一项协议一样。但是，宪法与法律的混淆却是显而易见的。这种混淆导致了前面解释过的宪法概念的相对化：宪法 = 宪法修正案（参见第二章，第 11 页及以下）。最重要的问题始终是一样的：人民代议机关的决定性参与。因此，人们毫不迟疑地接受了明显的矛盾。宪法是一项协议，也就是说，宪法不应由君主钦定，而应由君主和人民代议机关共同议定；一旦人民代议机关的参与和同意对法律来说是

必不可少的，宪法就变成了一项法律。

且举几个宪法“协定”的实例（通常并不排除如下情况：宪法仍被描述成“由君主颁授”）。1819年9月25日符腾堡宪法：“……经最高之决断和最谦卑之反声明，双方终于就如下条款达成完全一致”；1831年9月4日萨克森宪法：“兹宣布：朕……经与各等级协商并获同意，特敕令颁定本邦宪法如下。”宪法经常由君主钦定，对宪法的修改和解释则须经“各等级”或“议院”同意；参见1820年12月17日黑森大公国宪法序言和第一一零条。还有一种宪法由君主单方面钦定，但其中又包含一项规定：宪法可“按常规立法手续”予以修改；参见1850年1月31日普鲁士（钦定）宪法第一零六条。

3. 北德意志联邦和德意志帝国成立时，同时订立了一项真正的宪法协定——即联邦协议——和一项属于国内政策的假宪法协定（有关这类假宪法协定的讨论，参见2）。1867年7月26日关于北德意志联邦宪法的公告有这样的字句：“朕（普鲁士国王）、萨克森国王陛下、黑森大公爵殿下等等经与为此而召集之国会议定北德意志联邦宪法”云云。[1] 在此必须区分两种协定：一是各联盟邦（普鲁士、萨克森、黑森等等）缔结的联邦协议（这是真正的宪法协定），二是联邦与人民代议机关订立的协议（假宪法协定）。只要联邦的各成员邦内部有所谓的宪法协议或宪法协定，这就是些假宪法协议。1867年的 65
表述方式自然已经不再以中世纪的等级协议观念为出发点了，而仅仅具有如下政治含义：宪法不应采取钦定的形式。这是对近代观念所作的让步，那种虚假的、但在平静甚或安定的时期不失为明智的妥协正

[1] 参见《联邦法律集》，第1页；特里佩尔，《原始资料汇编》（*Quellensammlung*），第四版，第333页。

是这类近代观念的结果。德国人民的制宪权绝不因此而受到承认。不过，妥协毕竟是可行的，这意味着，尽管含含糊糊，半心半意，但还是大体上承认了德国人民的制宪权，因而也就承认了民主制原则。于是，这种充满矛盾的含糊性就有一个弱点，在理论的层面上见之于不可解决的问题，例如帝国宪法中联盟要素（即真正符合协议的要素）与宪法律要素的关系问题，在实际政治的层面见之于紧急局势，例如1917年夏季以后的世界大战，当时的国会开始取得了对帝国政府的影响力。

4. 立足于民主基础——亦即人民制宪权——上的联邦宪法会遇到一个特殊困难，其根源在于，联邦预设了各成员邦的某种同类性，某种根本的同质性（参见第三十章，Ⅲ）。如果民族统一感足够强大，联邦各成员邦人民的民族同类性就很容易与联邦宪法的一般思想发生矛盾，因为民主制原则的必然后果是，在人民具备民族同类性和民族意识的条件下，作为政治统一体的人民的制宪权就会冲破联邦内不同成员邦的限制，用统一民族的制宪权行为取代不同成员邦之间符合联邦要求的宪法协定（参见第388页）。

1919年8月11日的德意志民国宪法产生于德国人民的这种制宪权行为。因此，它不是什么协议，当然也不是什么联邦宪法。相反，1871年4月16日的帝国宪法建立在妥协的基础上，并按照这种妥协将问题悬搁起来。很显然，人们并非始终没有注意到这样做的必然后果。比尔林（Bierling）说得十分清楚和坦率（不过，他主
66 要是从法哲学的角度而不是从国家法的角度来考虑问题）[1]，北德意志联邦和德意志帝国的成立，“就其法律效力而言，必须追溯到由此而建立的更高政治共同体之全体人民的直接承认”。在联邦议会或国会选举中，已事先包括了这种承认。“立法本身也许是按照一些从

---

[1] 参见《法学原则理论》（*Juristische Prinzipienlehre*），Ⅱ，Freiburg，1898，第356页及以下。

某个特定角度来看属于法律行为（部分地从国际法角度来看，部分地从个别国家法角度来看）的程序来进行的。但是，立法的内容则远远超出了按其本质为这类国际法或个别国家法的法律行为规定的范围。”这实际上暗含着德国人民的制宪权，因而也就暗含着民主制度。但是，德意志帝国基于协定的“联盟”要素对这种民主后果有一种平衡作用。因此，在这部帝国宪法于 1918 年 11 月寿终正寝以前，国会与联邦参议院和帝国政府之间一而再、再而三地出现了意见分歧或意见相左的局面。帝国政府强调帝国的联邦制或联盟基础，将议会制（帝国政府有赖于国会的信任）和联邦制看成是绝对的对立面和绝对不相容的制度。但是，这两个对立面的绝对性并不在于组织形式和安排的差别（这种差别始终只是相对的，它使许许多多的实际组合成为可能），而在于君主制原则与民主制原则的矛盾。这种对立涉及制宪权，因而就涉及对整个政治统一体的存在形式作出的具体政治决断。在这个问题上，也许会出现延迟性的妥协（即展期和暂停决断），但不可能出现将不可避免的“非此即彼”（Entweder-Oder）化为和谐融洽的“既……又……”（Sowohl-Als-auch）的实质性妥协。

III. 真正的宪法协议从来都是身份契约（Statusvertrag），它预设了若干政治统一体为缔约方，而这些政治统一体本身又有一个政治身份。 67
契约的内容包括为所有参加协定的国家确立一种新的政治身份。

这种契约是自由契约（freier Vertrag），但只有在这样一个限度内才是自由契约：它产生于缔约主体的意志。它不是按近代私法契约概念和公民自由的社会秩序（立足于“契约自由”）来界定的自由契约。

1. 在这里，有必要区分自由契约和身份契约，因为“契约”（Vertrag）是一个模棱两可的词语。中世纪的著作家用“契约”来奠定国家或政府的基础，17 世纪的哲学家如霍布斯也使用了“契约”一

词，最后，到了20世纪，资产阶级相对主义者彻底瓦解了国家以契约为基础这一古老思想，竟至于将近代民主议会制国家界定为“妥协”。“契约”一词包含一系列完全不同的预设概念，因此，如果在不作进一步区分的情况下讨论这个问题，或提出 pacta sunt servanda［应谨遵协议］之类的原则，那就毫无价值和意义。

按照自由市民阶层之法秩序和社会秩序来界定的自由契约同时涉及三个方面：(1) 订立契约的各方在私法关系中作为单独个体发生面对面的关系。两个个体之间的契约与两个政治统一体之间的契约具有本质上的区别，因而，“契约”这同一个词语仅仅触及两个过程的某些次要的、表面的相似性。(2) 两个个体之间的自由契约仅仅确立了带有原则上可测度、原则上规定了范围的内容的个别关系，因而原则上只是有期限地确立了这些关系。(3) 因此，自由契约从来不会囊括一个人的整个人身。自由契约有一定的期限，可以随时解除。将一个人的整个人身囊括净尽，甚至是不道德和违法的。

> 这体现在民法对这种“自由”的法律规定上。在法国革命时期，这种自由早已被当作原则予以宣布了（1793年人权宣言第十八条、1795年共和三年宣言第十五条）。德国民法典（Bürgerliches Gesetzbuch）第六二四条同样承认了这项原则：“若订立了终身或超过五年之雇佣关系，义务人得在五年期满后终止此种关系。”同样的思想在法国民法典第一七八零条中也成为一
> 68 条法律。个人“自由”与债务清偿的可测度性和有限性的关系甚至有单独的规定。[1]

[1] 参见雅可比（E. Jacobi），《劳动法基础理论》（*Grundlehren des Arbeitsrechts*），Leibzig，1927，第47页（由于债务清偿的不确定性而导致的隶属关系的加重）。有关可测度性与自由的关系的另外一个例子，可参见《论专政》，第37页注释。

与此形成对照的是，身份契约确立了一种永久的、涵括了个人之存在的生活秩序，将个人嵌入一个总体秩序中。这个秩序不单处于可测度的个别关系中，也不能通过随意解约或撤销予以废除。这类身份契约的实例有：婚约和婚姻；公职人员与供职机构之间法律关系的确立；在其他法规中，还有封地协议、同盟（誓约团体）等等。誓约是一个典型标志，表明一个人以其整个人身从存在的层面上加入进去了。因此，在一个立足于自由契约的社会秩序中，誓约必然消失得无影无踪。

按照梅因（H. Sumner Maine）的著名说法，历史的发展经历了“从身份到契约”的过程。[1] 这一发展与滕尼斯（F. Tönnies）在其名著《共同体与社会》（*Gemeinschaft und Gesellschaft*）中描述的从共同体到社会的发展基本上属于同一线路。在此，对这些历史和社会学论断只须作一个简短的评论。这番评论当然不会降低这些研究成果的重大价值，但也许有助于更好地说明问题。身份与契约、共同体与契约的对举有误导之嫌，因为共同体状况和身份状况也是通过契约确立起来的。中世纪的社会秩序建立在无数契约的基础上，如封地契约、等级契约、誓约团体。这里的“契约”是指身份契约，誓约不仅保证了契约的持久性，而且保证了个人在存在的层面上所受到的拘束。因此，浸礼会和其他教派拒绝宣誓仪式，这标志着近代和自由契约时代的真正开端。维蒂希（Werner Wittich）在一本关于浸礼会的著作中阐述了这一点，只可惜这本著作至今尚未出版。

目前还没有人对契约概念的发展作过历史考察，人们不加区分地谈论“契约”。在关于国家契约学说的各种历史描述中，从

[1] 参见《古代法》（*Ancient Law*），第 170 页。

帕多瓦的马西利乌斯（Marsilius von Padua）到卢梭有一条连贯的线索，契约概念的内部区分被忽略了。就连基尔克（Gierke）撰写的关于这个题材的书《阿尔特胡修斯》（*Althusius*，第三版，1913）也有这个毛病，它将阿尔特胡修斯这样一位仍然持有中世纪契约观念的法学家与霍布斯和卢梭相提并论，而没有注意到，在此期间，契约概念已发生了根本的内部变化。

2. 如果宪法在现有政治统一体内部是通过协定或协议制定出来的，这样一种协议在冲突情况下对制宪权主体就没有任何拘束力。制宪权主体的多数可以取消和破坏政治共同体。在解体过程已然开始的地方，这类“国家契约”就在国家内部产生出来。如果一个等级组织
69 或其他组织成功地赋予国内协议以宪法律的性质，它就达到了在不取消政治统一体的情况下仍然可能达到的国家拘束力的最高程度。但是，如果“国家契约”不仅使宪法律能够按照繁难的手续予以修改，甚至还倾向于限制和取消制宪权，政治统一体就遭到了破坏，国家就陷入了彻底的不正常状态。对这种状态的一切法律建构都不过是枉费心机。这正是16世纪以来德意志帝国的情况（参见第47页）。很显然，这样一种瓦解过程随时都可能重新开始。

3. 如果宪法立足于协定或协议，其效力的法律根据就是诸联盟国的政治意志以及基于其上的联邦的存在。联邦是综括了一切成员邦状态的总体状态。因此，每个成员邦都整个地改变了，其所履行的义务并不限于单纯按协议规定的个别义务（参见第二十九章，II，3关于联邦概念的论述）。

宪法协议的法律根据绝不是 pacta sunt servanda［应谨遵协议］这样一项一般原则。这项原则更不是什么宪法条款或宪法律。因此，根本不可能将联邦或任何共同体建立在这项原则的基础上，就好像将它们建立在其“宪法”的基础上一样。

费尔德罗斯（A. Verdross）想让“pacta sunt servanda”这项原则成为国际法共同体的基础。[1] 他认为，这项原则是“根本规范”，应当成为国际法“共同体”的“宪法”。实际上，宪法根本不是什么规范，而是具体的政治决断（参见第 23 页）；与此同时，这个“共同体”概念也有不少含糊之处。撇开这两点不说，还有必要注意以下几点：

（1）“pacta sund servanda”这项原则根本不是什么规范。它也许是一项原则，但不是法规意义上的规范。[2]

（2）“pacta sunt servanda”这句话的意思是说，人们可通过协议承担法律义务。时至今日，它既不是规范，也不是规范有效性的道德基础，而是不言而喻的道理。更准确地说，这句话要么已变成了毫无意义的同语反复，要么就不过是说，并非具体的协议有什么效力，唯有“协议有效”这项一般“规范”才有效力。如果一切个别的有效协议都加上“协议在一般情况下均属有效”这项“规范”，这就是一种空洞的虚构，因为个别协议的效力和 70
法律拘束力来源于实在法，而不是来源于“pacta sunt servanda”这项规范。这类虚构的附加规范在数量上可以达到无穷无尽，例如，我们也可以说，一切规范之所以有效，是因为“有一些应该有效的规范”这项一般规范是有效的，如此等等。这些规范毫无意义，根本无助于创建一个具体地存在着的政治统一体。

（3）从法律史的角度来看，当“人们可通过 pacta［协议、契约］承担义务”这一点不是自明之理时，pacta sunt servanda 这项原则是有特殊意义的。就其历史渊源来看，pacta sunt servanda

---

[1] 参见《国际法共同体宪法》（*Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*），1926。

[2] 参见海勒（H. Heller），《主权》（*Die Souveränität*），1927，第 132 页。在这里，海勒在一番出色的评论中讨论了规范与根本法的这种区分。

可以追溯到罗马裁判官的惯用说法。罗马裁判官就某些特定的协议宣布，他在履行职务的过程中将视这些协议为有效：Ait Praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus-consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.［裁判官说，凡是并非靠欺诈手段，亦非在违背或欺骗法律、平民会决议、元老院决议、君主诏谕的情况下订立的协议，本人将予以保护］[1]；Dolo malo ait Praetor pactum non servaturum.［裁判官说，他将不保护靠欺诈手段达成的协议］。[2] 在这种表述中，这句话有其具体内涵：裁判官点明了那些他要凭借其官方决断权予以保护和执行的协议。相反，“pacta sunt servanda”这项一般原则并没有告诉人们哪些协议有效力和拘束力，因而必须履行。它始终只是在重申同样的意思：凡是有效的协议都必须履行，也就是说，都是有效的。

（4）无论从理论上看，还是从实践上看，pacta sunt servanda都不具有法学意义。如果协议是有效的，在此前提下它就必须得到履行，这是自明之理。但是，同样不言而喻的是，只有有效的协议才必须履行；必须首先存在着有效的协议。因此，这个问题始终要么涉及一项协议（即在具体情况下达成的实实在在的意志统一）的存在，要么涉及无效的理由、取消的理由、撤销的理由、解约的可能性、协议的不正当或不道德、履行的不可能性、意外情况等等。协议必须履行，在这一点上不会有人提出异议；争论仅仅涉及如下问题引起的怀疑和思想分歧：协议是否具体地存在着？协议是否有效？协议无效或被取消的特殊理由是否应予考虑？

（5）实际上，真正的问题是，Quis iudicabit？［谁来决断？］

---

[1] 参见《学说汇纂》（*Digesta*），2，14，1．7　§7。

[2] 参见莱纳尔（Lenel），《永久告示》（*Edictum Perpetuum*），第三版，1927，第65页。

谁来决断如下问题：是否有一项有效的协议？撤销的理由是否站得住脚？是否授予了解约权？如果像这样正确地提出问题，我们就会发现，pacta sunt servanda 从内容上看并没有说出什么对决断有用的话来，因而就丝毫不具备规范价值，而且这句话也没有说明谁来决断。这句话不可能给那些需要考虑的问题提供一个答案。

（6）因此，pacta sunt servanda 已经失去了价值，仅仅具有格 71
言警句的意义，与旧时的公证人喜欢在案卷封面上或在事务所办公室打出的那些格言警句没有什么区别。但是，这类原则之受到强调，其政治意义仅仅在于，人们普遍有一种心照不宣的推测：无论如何，目前已订立的一切协议都是有效的。由此可见，pacta sunt servanda 这项“规范”其实是政治、经济现状的庞大合法化系统的手段之一，其主要作用是稳定现有的各项纳贡义务，使之具备一种庄严的正当性和道德性。

IV. 1. 通过协议或协定只能产生出一部联邦宪法，只能产生出组成联邦的各邦国的宪法。一个独立国家的宪法不能以几个第三国的国际法条约为基础。国家要维持其政治存在，就必须有自决权。实定宪法就表达了这种依靠自己的决断选择自己的存在类型和形式的可能性。

如果一项国际法协议被用来规范一个第三国的管理和行政，这个国家就变成了外国协定和妥协的对象。这意味着对政治存在的否定，在这种情况下，就不可能有实定宪法。

萨尔区不是国家。所谓的萨尔区章程被用来规范萨尔区的“管理”，直至在该地区举行公民投票并由“万国联盟”（万国联盟大会还是万国联盟理事会？）[1]作出最终裁决为止；万国联盟

[1] 【中译者注】Völkerbund，通译作“国际联盟”。关于“万国联盟”这个译名，参见第二十九章译者注。

被视为“托管者”；由不同国籍的成员组成的五人“管理委员会”根据“萨尔区章程”（凡尔赛和约第四十九条附件）行使管理权。如果说宗主国的殖民地立法很难称得上是殖民地的宪法，这部章程就更不是萨尔区的“宪法”了。实定宪法本质上是对**自身**存在形式的根本决断。

就连按照万国联盟章程第二十二条划归受任统治国治理的所谓**委任统治**地也没有实定宪法。这些委任统治地或者是殖民地（乙类和丙类委任统治地），或者是保护国（所谓的甲类委任统治地）（参见4），其特点是，“万国联盟”（万国联盟理事会、委任统治委员会）实施了某种程度的控制（这种控制暂时还有问题）。按照第二十二条的说法，这些委任统治地的各民族“在当今世界的特殊困难条件下**尚无自治能力**”。因此，它们也没有实定宪法。

2. 国际法条约本身从来就不是实定宪法，也不可能成为一个独立国家的宪法的组成部分。联邦协议不是“纯粹国际法”协定（邦联的情况也一样）（参见第三十章，第380页；关于国际法义务的宪法律保障，参见5）。

72　根据魏玛宪法第一七八条第二项，对凡尔赛和约的“各项规定不得以宪法抵触之”。这个条款并不等于放弃了德国人民的政治存在和自决权，而只是表明，德意志民国不打算根据宪法法规逃避凡尔赛和约的那些具有国际法拘束力的义务。这项明确声明必须从1919年的政治形势出发来加以理解。[1] 除此而外，从国际法的角度来看，一个国家不能因为国家法的内部阻碍或不可能性回避其国际法义务（只要这些义务仍然有效），这是一项公

[1] 关于这一点，参见维特迈尔在他的书中所作的有趣分析，第20—21页。

认的准则。“如果有一项公认的国际法准则的话，这就是。”[1]因此，魏玛宪法第一七八条第二项的声明并不包含独立的实质性内容。如果有人说，凡尔赛和约的各项规定“优先于”魏玛宪法的各项规定，那是很不准确的。如果有人将凡尔赛和约的修改视为魏玛宪法的修改，那简直是荒谬绝伦。例如，如果有人要求通过一项宪法修正案，规定萨尔区在1935年以前交还给德国治理，那是非常可笑的。纯粹的国际法义务不是实定宪法的组成部分。因此，一桩旨在废除国际法义务的行为从来不是刑法规范意义上的叛逆罪。同样，人们也不能诉诸国家的一项国际法义务来为叛国罪进行辩护，不会按照公职人员的宣誓手续（第一七六条）来对国际法义务起誓，如此等等。

如果说1924年8月14日伦敦协定（所谓的道威斯计划［Dawes Plan］）的内容通过1924年8月30日的一系列宪法修正案而成为德国国家立法的组成部分，这也产生了如下法律后果：道威斯计划如有任何修改，德国国内对此一修改的适应也必须遵循宪法修正案（即按魏玛宪法第七十六条颁布的宪法修正案）的程序。在这里，宪法律的“形式”只是一种法律技术手段。同样，不能认为：道威斯计划是德国宪法的组成部分；公职人员须按魏玛宪法第一七六条规定的宣誓手续对它起誓；该计划受有关刑法规定的保护，如有违反，即按叛逆罪惩处；德国学生毕业时，须按宪法第一四八条第三项的规定各得该计划的印本一册；如此等等。

3. 魏玛宪法有一项宪法法规：“已公认之国际法上各法规，得视为德意志民国法律，有制裁力”（魏玛宪法第四条）。这实际上意味

[1] 参见特里佩尔，《国际法和国家法》，1899，第303页。

着，对某些国际法规范（公认的，因而首先是由在制定国际法规范过程中起决定作用的国家自己承认的法规，也就是一般规范，而非特殊协议）的内容，要按一般方式采取正式的转换（Umschaltung，Transformation）手续将其纳入国家法。这种转换一直都是基本程序，因为它为国家的有效性创造了法律依据（auctoritatis interpositio［权
73 威的介入］）。就国际法的公认法规而言，只是一般性地规定了转换工作。这些法规由此而变成了国家的制定法，但它们并没有成为宪法律甚或宪法的组成部分。

普鲁斯认为，像魏玛宪法第四条那样一项规定“将民国作为一个民主法治国嵌进了国际法共同体”。[1] 如果该条款真有这种意义的话，德国宪法就无异于联邦——此处的联邦即“国际法共同体”——的一个成员邦的宪法了，而这个联邦的规章就变成了德国宪法的组成部分。很显然，普鲁斯不会提出这样一个荒诞无稽的看法，而只会一般性地强调德意志民国对国际法的忠诚态度。“国际法共同体”根本不具备这样一种结构，即一个国家能够像嵌入真正的联邦那样“嵌入”国际法共同体。国际法共同体不是一个固定组织，而只是反映了一批独立政治统一体彼此共存的状况（关于这一点，参见第二十九章对联邦法基本概念的学说的讨论，I，1）。因此，普鲁斯的这句话尽管语出惊人，但并没有表达太多的意思。我们不能根据这句话得出“国际法的一般法规”是德国的宪法律的结论，当然就更不能说这种法规是实定的德国宪法的组成部分了。费尔德罗斯谈到“一般国际法在宪法中确定下来”的情形；他认为，由于第四条（如同奥地利联邦宪法与此基本一致的第九条一样）是宪法的一部分，因此，它就只能

[1] 据费尔德罗斯在《法律世界观的统一性》（*Die Einheit des rechtlichen Weltbil-des*）一书中报道的普鲁斯的意见，Tübingen，1923，第111页。

按修宪手续予以废止。[1] 这种说法有部分道理，因为宪法法规只能通过宪法律予以废止。但是，“一般国际法”（更准确地说，那十几条获得公认的个别国际法法规）并不因此就变成了德意志民国的宪法律。J. 施米特（J. Schmitt）和瓦尔茨（G. A. Walz）也是错误的，因为他们在第四条的转换作用之外还进一步假定，德国立法者在所转换的内容方面亦负有责任。[2] 那些被认为是“公认的国际法法规”的条款被视为“民国法律”，仅此而已；它们是民国法律，就如同其他现行民国法律一样。安许茨和基泽的观点才是正确的。[3]

4. 如果一项并非联邦协议（因而就没有改变每个缔约方在联邦归属方面的地位）的国际法协议确定了一个缔约国政治上的总体状态，这就只能涉及征服和隶属的形式。在这种情况下，协议意味着取消了附属国的制宪权。

19 世纪、20 世纪的**保护国**协议就是这种国际法条约的实例。但是，就连**干涉协议**——含有听凭干涉国斟酌决定的干涉权——也会改变一个政治统一体的状态，如果干涉意味着对存在层面上的各种政治概念（如对外捍卫国家的**独立性**，以及公共**安全**和**秩序**）作出决断，而这种决断权又通过干涉权而被交给享有干涉权 74

[1] 同上书，第 116 页。

[2] 参见 J. 施米特的文章，*Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege*，1921，第 201 页；瓦尔茨，《符合国际法的国家法修改》，Völkerrechtsfragen，Heft 21，1927，第 150 页。

[3] 参见安许茨，《评注》，第 49—50 页；基泽，《评注》，第 57—58 页。

的国家的话。[1]

凡尔赛和约第一零二条及随后各条提供了又一个例子，说明自由的、涉及存在概念的自决权是如何被取消的。但泽自由市由协约国建立起来，其宪法由“按规定召集的自由市代表”经与国联的一名高级专员达成一致意见后制定出来，并由国联保证实施。这不是什么实定宪法，也就是说，不是对自身政治存在的类型和形式所作的自由决断。

无论凡尔赛和约，还是1924年8月16日的伦敦协定，都不是这种类型的国际法条约。尽管德意志民国的负担极其沉重，尽管协约国有着强大的、致命的影响力（占领、制裁、解除武装、调查），但是，对存在概念的决断并没有直接转让给某个外国。凡尔赛和约第八十条规定，奥地利若欲并入德国版图，须经万国联盟理事会同意。这样一来，魏玛宪法第六十一条第二项就暂时失去了意义。[2]但是，即便如此，也并没有剥夺德意志民国的政治存在。因此，像格贝尔（H. Gerber）那样在缺乏一个明确主权概念的情况下就否认德意志民国具有主权国家的性质，是完全错误的。[3]

5. 如果某些特定国际法协定的内容依照国际法义务而被纳入一个国家的宪法律，这也未必意味着，这个以宪法律的国家法形

---

[1] 例如，可参见1903年5月22日美国与古巴共和国签订的条约（Strupp，《文件集》第二卷，第236—237页）和1903年11月18日美国与巴拿马共和国签订的条约（同上，第346—347页）；还可参照海地、圣多明各、尼加拉瓜和埃及（根据1922年1月28日英国的声明）的法律和政治情况。

[2] 【中译者注】据魏玛宪法第六十一条，“奥地利国，在合并于德国之后，其参加民国参议院之权利，亦得按人民数目，得同等之票权。未合并前，奥地利之代表，只有被咨询之权，票数于每次普遍调查人口后，由民国参议院重新改定之。”

[3] 参见格贝尔的论文《凡尔赛和约对德国主权的限制》，Völkerrechtsfragen，Heft 20，Berlin，1927。

式确保国际法义务的国家放弃了甚至只是减少了它的政治独立性。这也许是一个法律技术方法的问题，其目的是要防止按普通立法手续来修改国际法协定的内容。在这里，我们可以清楚地看到实定宪法与个别的宪法法规之间的区别。国际法协定的内容由国家法凭借繁难的修改程序予以保护。宪法律的形式就服务于这个目标。但是，这类规定不是一国人民的制宪权行为的产物，它们并没有取消一个国家的主权，而只是——为一项国际法义务起见——利用相对化的宪法律概念来作为形式技术手段，以产生更强大的国内效力。

实例：协约国和同盟国与波兰（1919 年 6 月 28 日），捷克斯洛伐克（1919 年 9 月 10 日），塞尔维亚、克罗地亚和斯洛文尼亚王国（1919 年 9 月 10 日）以及其他中欧和东欧国家签署的 75
保护少数民族和宗教少数群体的国际法条约。[1] 在这些保护少数群体的协议中，第一条通常是这样规定的：波兰（或捷克斯洛伐克，或塞尔维亚、克罗地亚和斯洛文尼亚王国，等等）有义务承认有关的保护规定为“**根本法**”（lois fondamentales），任何法律、法规和官方行为不得与之相违背或抵触；1922 年 5 月 15 日德国与波兰关于上西里西亚的协定第六十五条和第七十三条也是如此。[2] 在这里，“根本法”一词具有宪法律的相对意义。

---

[1] 参见克劳斯（H. Kraus），《少数群体的权利》（*Das Recht der Minderheiten*），Stilkes Rechtsbiliothek, Bd. 57，Berlin，1927。该书还有更多的例子。

[2] 参见 *RGBl.* Ⅱ，第 271、278 页。

第八章　制宪权

I. 制宪权是一种政治意志，凭借其权力或权威[1]，制宪权主体能够对自身政治存在的类型和形式作出具体的总决断，也就是说，能够
76 决定整个政治统一体的存在。一切其他的宪法法规的效力均来源于这种政治意志的决断。决断本身与以之为基础而形成的宪法法规有性质上的区别。

---

[1] 对本宪法学的进一步论述来说，没有必要详细说明权力（Macht）和权威（Autorität）的区别。不过，鉴于两者的区分对普通国家学具有重要意义，在此不妨稍稍提一下：与权力（必定是实实在在的）相对应的是主权和威严之类的概念；相反，权威指的是一种本质上以连续性（Kontinuität）因素为基础的声望，涉及传统和持久性。在每个国家里，权力和权威都同时发挥作用。两者的经典对照早已出现在古罗马国家法中：元老院拥有 auctoritas［权威］；相反，potestas［权力］和 imperium［权力］则来自人民。按照莫姆森（Mommsen）的看法，auctoritas 是一个“无法严格界定的词”（参见《罗马国家法》［*Römisches Staatsrecht*］，Ⅲ，第 1033 页）；按照埃伦贝格（Victor Ehrenberg）的看法，这个词指的是一种“伦理—社会的”东西，一种“由政治权力和社会声望奇特地混合而成的地位”，其根基是“有一批追随者，能产生社会影响”（参见埃伦贝格，《安提阿的纪念碑》，Klio Bd. XIX，1924，第 202—203 页）；另参见普雷默施泰因（Premerstein）发表在 *Hermes* 杂志上的文章，第 59 卷，1924，第 104 页；海因策（R. Heinze），同上引书，第 60 卷，1925，第 345 页；R. 施密特，《宪法的设立与世界帝国的建立》（*Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung*），Leipzig，1926，第 38 页。尽管元老院后来已没有权力了，但它还继续保持着权威，最终在帝国时代成为唯一还能授予“合法性”之类的东西的机关，而在此前，罗马人民的权力在帝国中（转下页）

1. 或许有人认为，宪法的有效性根据在于规范的正当性。但实际上，宪法并非立足于这样一项规范，而是立足于政治决断。这种政治决断从政治存在中产生出来，确定了自身存在的类型和规范。“意志”（Wille）一词——不同于一切有赖于规范正当性或抽象正当性的情形——是指这种有效性根据的存在基质。

制宪权是一种政治意志，即一种具体的政治存在。我们不妨想想一个一般的法哲学问题：一项法律按其本质究竟是命令（因而就是意志），还是规范（即理性和正当性）？这个问题对法治国意义上的法律概念有着决定性的意义（参见第十三章）。光是把宪法视为一种意志行为（Willensakt），还不能解决这个一般问题。同样，这个问题也不能通过一场古老的、永恒的形而上学

（接上页）已经衰微了。面对罗马皇帝，罗马教宗也同样在某种特定的意义上宣称拥有 auctoritas（而非 potestas），而罗马皇帝则拥有 potestas。圣基拉西乌斯一世于公元 494 年致阿纳斯塔修斯皇帝书函的措辞非常中肯，并具有特殊的重要性（因为这是曾被广泛征引、支配着 10 世纪和 11 世纪大辩论的文献）：Duo sunt quibus principaliter mundus hic regitur：*auctoritas* sacra *pontificum* et *regalis potestas* [此世之治理端赖二物：教宗之神圣权威与帝王之权力]（参见米涅 [Migne], Patr. Lat. 59，第 42A 页；米尔布特 [Carl Mirbt]，《教宗制历史的源头》，第三版，第 67、122、123 页）。

或许这个区分也有助于澄清实际问题。人们可以提出这样一个问题：总部设在日内瓦的万国联盟是否拥有一种 potestas 或 auctoritas，而这种 potestas 或 auctoritas 又不同于支配万国联盟的各国的 potestas 或 auctoritas？迄今为止，万国联盟可能既没有独立的 potestas，也没有自己的 auctoritas。相反，今天大概可以说，海牙的常设国际法庭拥有权威。自然，它并没有 potestas。但是，法院的权威——因为法官受现行法律拘束——又是权威的一个特殊事例，而并不真正具有政治性，因为法院要受规范拘束，从而就没有自身的政治存在，其权力——用孟德斯鸠的话来说——“在某种程度上是不存在的”（参见第 185 页）。权力和权威这两个概念在多大程度上对应于下面（第 204 页）将要提出的两项政治形式原则（即同一性和代表），可能需要在普通国家学中加以阐明。

> 争论来解决。这场争论以完全不同的形式一再出现在人类思想的不同领域里：一种观点认为，某事是善的、正当的，因为它出于上帝的意旨；另一种观点则认为，某事出于上帝的意旨，因为它是善的、正当的。[1] 实际上，根本不需要考虑法律按其本质究竟属于命令范畴还是理性范畴这样一个问题；完全可以说，宪法必然是一种决断，一切制宪权行为都必然是命令，正如布特米所言，是一种“命令行为”（acte impératif）。[2]

2. 按其内容来说，宪法律是制宪意志的实施规范，其前提和根据有赖于包含在这种意志中的政治总决断。如果说其他个别规范也被写进了“宪法”，这仅仅具有法律技术的意义，即通过繁难的修改程序来防止修改（参见第二章，第 16 页）。

77 3. 正如一项组织规定并没有穷尽组织权拥有者的全部组织权，一部宪法的颁布也不可能穷尽、耗尽或用尽全部制宪权。制宪权并非行使一次就完结了，或被取消了。一种相当于宪法的政治决断不能反作用于制宪权主体，取消其政治存在。这种意志始终与宪法同在，并且高于宪法。因此，一切真正的宪法冲突——即涉及政治总决断根基的宪法冲突——都只能凭借制宪权本身的意志予以决断。就连宪法的一切漏洞——不同于宪法律的模糊性和个别思想分歧——也只能通过制宪权行为来填补；一切其决断涉及根本政治决断的意外情形也要由它来决断。

4. 制宪权是统一的、不可分割的。它不是与其他几项分立的“权力”（立法、行政、司法）（参见第十四章）并列的又一项权力，而是一切其他“权力”或“权力分立”的广泛基础。

---

[1] 关于这一点，参见基尔克，《阿尔特胡修斯》（*Althusius*）中的几个实例，第 14 页注。

[2] 同上书，第 241 页。

宪法与宪法律的混淆导致了制宪权与宪法律修改权的混淆，其通常结果是，这种修改权被当作“制宪权”而与其他几项权力相并列（参见第十章，IV，第 98 页）。

II. 制宪权主体。

1. 按照中世纪的观念，唯有上帝才拥有 potestas constituens（制宪权），如果还谈得上什么制宪权的话。“因为没有权柄不是出于上帝的”（Non est enim potestas nisi a Deo，《罗马书》13：1）——这句话表明了上帝的制宪权。就连宗教改革时期的政治文献——主要是加尔文宗的暴君伐放论者的理论——也坚持这个观点。

参见阿尔特胡修斯，《政治学》，第十八卷，第 93 页；第十九卷，第 19 页及以下。在阿尔特胡修斯那里，人民已经拥有 potestas constituta［根据宪法而产生的权力］。制宪权概念的世俗化则是以后的事了。我们无论如何不能像基尔克在他那本研究阿尔特胡修斯的名著中那样，将阿尔特胡修斯和卢梭两个人的概念拼凑在一起。须知，阿尔特胡修斯是一个虔诚的加尔文宗信徒，卢梭则是一个浪漫的自然神论者。

2. 在法国革命时期，西哀士（Sieyès）阐述了将人民（更准确地说，民族）设立为制宪权主体的学说。在 18 世纪，专制君主还没有被视为制宪权主体，其原因仅仅在于，关于自由决断——即人对自 78
身政治存在的类型和形式作出总决断——的思想要经历一个过程才能逐渐发展成政治行动。尽管启蒙运动已呈燎原之势，但是，关于上帝制宪权的基督教神学观念在 18 世纪仍有过于强大的影响。美国独立宣言和 1789 年法国革命标志着新时代的开端。事实上，这些伟大先例的首创者在多大程度上意识到其行动的深远影响，并不是问题的关

键。1776年北美的独立宣言[1]颁布时，人们还不可能充分明确地认识到其中所蕴含的全新原则，因为当时出现了一个新的政治结构，制宪权行为与一系列新国家的创建恰好发生在同时。1789年的法国革命则是另外一个样子。这场革命并没有产生新的政治结构、新的国家。法兰西国家在革命前已经存在，而且还继续存在着。因此，唯一可能的情况是，人们凭借有意识的决断自己决定自己的政治存在的类型和形式。如果说在这里有意识地提出并回答了制宪权问题，这种前所未有的崭新程序则更加一目了然。一个国家的人民以其充分的意识将自己的命运掌握在手中，对自身政治存在的类型和形式作出了自由决断。

当国王召集的三级会议于1789年6月17日宣布成立制宪国民议会时，这一点马上就暴露出来了。三级会议根本不通过任何形式上的委托来取得正当性，就将自身确立为行使制宪权的人民的代表，并且从这种制宪权中获得其权限。西哀士提出了民族“制宪权”（pouvoir constituant）的理论。他认为，法国革命的一个壮举是，它从一开始就区分了制宪权（konstituierende Gewalt）和根据宪法而产生的权力（konstituierte Gewalt）。这种看法很有道理。尽管美国的榜样产生了很大的影响，但1789年才标志着这项新的政治原则的开端。

18世纪北美的宪法缺乏一种真正的宪法理论。联邦党人是宪法理论根据的最重要的历史渊源。不过，联邦党人差不多只回答
79 了一些实际的组织问题。当时的人们还没有将那种为团体和会社奠定基础的一般“契约”与旨在建立一个新的政治统一体的其他一切行为，与针对自身的存在形式而采取的自由的政治决断行为区别开来。人民正是在这样的条件下为自己制定了一部宪法（参

[1] 【中译者注】此处的“独立宣言”为复数（Unabhängigkeitserklärungen）。

见第七章，I，第 61 页）。

按照这种新理论，民族是制宪权主体。民族和人民经常被当作同义的概念来对待，不过，“民族”（Nation）[1]一词更为精确，更不容易引起误解，因为这个词将人民描述成拥有政治行动能力的统一体，它意识到自己的政治特性，具有政治存在的意志。另一方面，当人民并非作为民族而存在时，它就只是一个在种族或文化上息息相关的联合人群，而不一定是一个政治地存在着的联合人群。人民制宪权学说预设了有意识的政治存在意志，因而就预设了一个民族。从历史上看，只有在法国经由专制君主制而发展成一个国家统一体以后，这一点才成为可能。尽管宪法经过了许许多多的变更和修改，但政治统一体的存在始终是不言而喻的先决条件。法国人民首先在其政治存在中找到了自己作为民族的形式。因此，对政治存在的特定类型和形式的有意识决断、“人民为自己制定一部宪法”的行为预设了其类型和形式得到确定的国家。但是，对这种行为本身而言，对这种意志的行使而言，却不可能有任何程序上的规定；同样，对政治决断的内容而言，也不可能有类似的规定。“民族行使意志，足矣。”西哀士的这句话再清楚不过地道出了这个过程的本质特征。制宪权不受任何法律形式或程序的拘束。如果制宪权带着这种不可转让的性格表现出来，它就“总是处于自然状态之中”。

一切依宪法而设立的权力和权限都是通过制宪权产生出来的，而制宪权本身则永远不能凭宪法律来设立。人民，即民族始终是一切政治事件的根源，是一切力量的源泉。这种力量以在在常新的形式表现出来，由自身生发出在在常新的形式和组织，其本身的政治存在则永远不会有一个最终的定形。

---

[1] 【中译者注】Nation 关系到近代民族主义与宪政国家的关系，故译作“民族”。

从西哀士所说的有些话来看，“制宪权”（pouvoir constituant）与一切“根据宪法而产生的权力”（pouvoirs constitués）[1]之
80 间的关系在形而上学的层面上类似于斯宾诺莎学说中 natura naturans（能动的自然）与 natura naturata（被动的自然）[2]之间的关系：制宪权是一切形式的无穷根源，其本身不能涵容于任何形式中，它由自身生发出在在常新的形式，无形式而构成一切形式（参见《论专政》，第 142 页）。不过，有必要将从属于一切宪法学的实在制宪权理论与泛神论的形而上学区别开来；两者绝对不能互相等同起来。将 potestas constituens［制宪权］与 natura naturans［能动的自然］进行类比，这种形而上学属于政治神学理论的范围。

即便采取某种有拘束力的方式来设立人民意志的权威代表或解释者，也与这种学说相矛盾。从形式上看，1789 年法国国民议会并不是制宪议会。它由国王召集，是经选举产生的包括贵族、僧侣和第三等级在内的三级会议，秉承了选民的明确指示。但是，这并不足以否认它拥有将自身设立为制宪议会的民主权利。而且，它可以不理会国王的旨意，将自身建立在法兰西民族的意志之上。

西哀士将两种学说结合起来：一种是人民制宪权的民主理论（其所针对的是现存的专制君主制），另一种是以制宪国民议会来代表人民意志的反民主理论。宪法只能由国民议会（因而既不由

---

[1] 【中译者注】译名据王世杰、钱端升，《比较宪法》，北京：中国政法大学出版社，1997，第 4 页。

[2] 【中译者注】这是斯宾诺莎区分上帝与世界的一种方式，其中 natura naturans［能动的自然，亦可译作产生自然的自然］是指上帝，natura naturata［被动的自然，亦可译作被产生的自然］则是指世界。

人民，也不由国王）来制定。若按首尾一贯的民主制原则，原本应该让人民自己来作出决断，因为一旦由某个机构来代表人民的制宪意志，民主制就会转化为贵族制（参见第十五章，第217页）。但是，在1789年，重要的不是民主制，而是一部自由的国民法治国宪法。1791年的宪法体现了立宪君主制的典型特点："民族"有两个代表：国王和立法团体（人民代议机关）。那么，在颁布宪法时，究竟谁代表民族呢？是国民议会，还是国王？这是一个明明白白的权力问题，它已经昭示出自由市民阶层独特的、典型的中间地位：面对国王（君主制），自由市民阶层诉诸"民族意志"；面对人民（民主制），它又诉诸"代表制"。很自然，就连国王原本也可以成为民族的代表；但是，为实施人民制宪权起见，人们对他的这种资格提出了质疑。当时有人设法让国王作为人民意志的代表或解释者在国民议会中取得对宪法安排的影响力，但这些努力均以失败而告终。[1]

3. 在王朝复辟时期（1815—1830），国王成了制宪权主体。鉴于某些特定的权利只能在有限的范围内行使，国王必须征得各等级的参与，从而就要受到相应的拘束。但即便如此，国王凭着"君主制原则"还是握有国家全权。在1789年的制宪国民议会中，国王制宪权 81
理论曾被附带地提出，并没有产生什么结果。[2] 然而，到了王朝复辟时期，用国王制宪权来反对人民制宪权（这是作为法国革命的明确命题而提出的），已经有了理论上的必要性。[3]

---

[1] 参见雷德斯洛布，同上引书，第71页。

[2] 参见雷德斯洛布，同上引书，第69页。

[3] 有关证据，可参见《论专政》，第195页注；佩尔尼（Perny），《七月王朝时期的制宪权》（*Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet*），Pariser These，1901，第13页。茨威格认为，"政治学没有传下来一个像人民制宪权这样的专门术语（转下页）

不过，从理论上看，君主制的处境十分困难。将人民制宪权的民主理论原封不动地转移到君主制——而且是世袭君主制——上面，这从根本上只是一种赤裸裸的防御姿态，而且只有作为表面上的反题才成为可能。原因在于，民族可以变更其形式，赋予自身以在在常新的政治存在形式；民族拥有政治自决的充分自由，能够成为“无形的赋形者”（das formlos Formende）。相反，世袭君主制则是一种受制于家族的王位继承顺序、已获得内在定形的体制。与人民或民族不同，一个王朝不能被视为政治生活的根源。

4. 就连一个“少数派”组织也能够成为制宪权主体。在这种情况下，国家就具有了贵族制或寡头制的形式。不过，“少数派”一词容易引起误解，因为它从当今民主方法的数量观念和统计学观念出发，预设了党派上的少数。一个投票表决的少数派当然不可能成为制宪权主体。时至今日，有些党派已沦为以“自由招募”为基础的联合人群，这样的党派也同样不可能成为制宪权主体。但是，一个稳固的组织，就其本身来看，也许无须诉诸多数国民的意志，就能够对政治存在的类型和形式作出根本的政治决断，也就是说，制定一部宪法。这种组织可以是某些家族组成的一个小圈子（就像在古代或中世纪的贵族制国家中那样），也可以是一个骑士团，或一个别的内部形成的群体。在 19 世纪，这种制宪权的实例已经见不到了。到了 20 世纪，与共产主义组织相结合的俄国“苏维埃”统治和意大利“法西斯”统治
82 包含着新式贵族制的要素。但是，理论和实际的建构还不十分明确，并没有最终放弃对人民意志的诉求。为了真实不虚地表达此种意志，还应首先创造一些前提条件。因此，对这两个国家的独裁政权应作如是观：它们只是一个过渡，还没有对政治存在的类型和形式作出最后决断。从目前的情况来看，俄国和意大利仅就下述事项作出了最后决

（接上页）来表示君主的组织权。”茨威格的这种说法显然并不准确。参见茨威格，同上引书，第 3 页。

断——即否定了每个公民秘密地、平等地个别表决的自由主义多数决断方法，否定了国民法治国原则（基本权利和权力分立，参见第十二章，第126页）。不过，就此而言，这两个国家也实施了制宪行为。

Ⅲ. 动用制宪权。

1. 不可能有一种规定程序来动用制宪权。

2. 君主的制宪权无非是由于下述原因而被自动动用的：专制君主制是一种现存体制。因此，在这里，已经有了一个正式设立的组织。这在理论上和实践上有一个好处，即给定了一个有着明确的意志表达的固定实体。不过，实践上和理论上的弱点也许更大一些，因为君主国的组织和机构建立在家族继承权这样一项王朝统治原则之上。职是之故，其立足点实际上根本不是特殊的政治概念，而是家族权力的概念。

国王凭借其全权颁布宪法，通过单方面的行为钦定宪法。通过这种方法，国王动用了自己的制宪权。他可能需要与等级代表或人民代表取得一致意见，可能需要征得等级代表或人民代表的参与或同意，从而受到相应的约束。但是，正如我们在前面已经阐明的（参见第六章，Ⅱ，7，第53页），这未必等于放弃了制宪权，未必等于承认了人民制宪权。

3. 人民通过如下方式动用其制宪权——即明确地表达其直接的总体意志；这种意志的目标是对政治统一体的存在类型和形式作出决断。鉴于制宪权主体的特点，就导致了一些特殊的问题和困难。

（1）人民作为制宪权主体不是一个固定的、有组织的主管机关。 83
一旦它被设立起来行使日常的、常规的职能，按部就班地履行公务活动，它就失去了人民的品质。人民按其本性就不是什么行政机关，即便在一个民主制国家中，也从来不是什么主管部门。另一方面，民主制度下的人民必须拥有政治决断和行动能力。即便人民仅在少数关键时刻拥有且明确表达了自己的果决意志，它也具备了这种意志能力，能够对涉及自身政治存在的根本问题作出“是”或“否”的决断。人

民的长处和短处都在于，它不是一个拥有受限定的权限、按规定程序履行公务的固定主管机关。只要人民拥有政治存在的意志，它就高高在上，不受任何形态化和规范化的影响。作为一个无组织的实体，人民也不能被消解。只要人民存在着，并且想继续存在下去，它就有着无穷无尽的生命力和活力，始终能够找到新的政治存在形式。人民的弱点在于，它本身并无固定形态或组织，却要决定有关其政治形式和组织的根本问题。因此，人民的意志表达很容易遭到误解、曲解或篡改。这种人民意志具有直接性，这就要求它能够在一切规定手续和程序之外获得表达。在当今大部分国家的政治实践中，人民意志都在秘密个别表决或秘密选举的程序中得到确定（参见下面的3）。但是，将19世纪的这些方法不假思索地视为民主制的绝对、终极的规范，这是一大错误，而且是一个有违民主制的错误。人民的制宪意志只能靠行动来证明，而不能靠遵守某个规范程序来证明。不言而喻，这种意志也不能按以前或迄今有效的宪法律来予以判断。

84　（2）一国人民的直接意志表达的自然形式是，聚在一起的人群以口头——即喝彩——方式表示赞成或不赞成。喝彩是一切民族自然的、必不可少的生命表现。不过，在近代的大国里，其形式发生了变化，表现为“民意”（参见第十八章，第246页）。但是，人民一般只能表示“是”或“否”、赞成或不赞成；人民越是处在需要对自身的总体存在作出根本决断的时刻，其“是”或“否”的表示就越是简单和基本。在和平时期，这类表示十分罕见，也没有必要。在这种情况下，人民没有明确表达其特殊意志，这恰恰表明人民依然同意现行宪法。在关键时刻，针对现行宪法说出的“否”只有作为一种否定才是彰明较著的，至于肯定的意志则并不同样地确定无疑。不过，这种“否”经常直接地、自动地表达了对从中呈现出来的另外一种相反存在形式的赞同。德国人民在1918年11月否定了现存的君主制原则，这自动地等于选择了共和体制。但是，这个共和国的其他形态上的可能性——是建立一个国民法治国式的（立宪）民主制国家，还是建立

一个社会主义的苏维埃共和国——并没有随之而获得一个明确答案。如果否决了国民法治国式的共和国，这按当时的情况来看又可能意味着不同的体制：回归君主制、专政体制、苏维埃体制，或某一别的政治形式。人民的制宪意志始终只能通过根本性的“是”或“否”来予以表达，并由此而作出了构成宪法内容的政治决断。

(3) 人民的制宪意志是直接意志，它先于一切宪法律程序，凌驾于一切宪法律程序之上。没有任何宪法律，甚至没有任何宪法能够颁授制宪权，能够规定制宪权的动用形式。人民直接作出的政治决断的进一步实施和表述需要一个组织，一套程序，为此，近代民主制实践发展出一些特定的惯例和习惯。我们现在就来讨论这些惯例和习惯。

4. 在近代民主制国家中，民主的——即按普遍的、平等的选举权原则选举产生的——制宪国民议会的实践作为公认的“民主”程序而确立起来。如果废止了旧宪法，而又必须制定新宪法，就尤其要遵循这套程序。但是，召开“制宪国民议会”绝不是唯一可能的民主程 85
序。相反，在近代民主制国家中，还出现了另外一些实施和表达人民制宪意志的方法。

(1) 议决和通过宪法法规的国民议会：一个按民主制原则选举产生、经特别授权制定宪法律的议会议决各项宪法律的文本，并通过这些法律。按照这种程序产生的宪法法规基于议会的简单多数决议而生效，无须对决议草案进行公民投票（公民复决），因而也就无须拥有表决权的公民来批准它。

> 实例：1919 年 8 月 11 日魏玛宪法第一八一条：“德国人民通过其国民议会议决和通过本宪法。本宪法自公布之日起生效。”此外，还需要注意的是，国民议会仅仅议决了宪法律的文本，德国人民作为制宪权主体当然不能采取像通过一项法律那样的正式行为。因此，魏玛宪法第一八一条仅仅意味着，宪法法规基于国民议会多数决议而生效，不需要德国人民采取进一步的特殊行动

来正式表示同意。实际上，人民在选举国民议会时已经表示了这种同意。

就连1791年的法国宪法也是经由制宪国民议会的多数决议而生效的，并没有进行全民公投。[1]

(2) 起草宪法法规的会议：草案随后交付公民投票（公民复决），或交由拥有表决权的公民批准。这种批准可以是直接的，也可以是间接的，但却总是明确的。

“会议”[2]是一个专门术语，用来指一个经选举产生、受专门委托起草宪法法规的团体。这个词起源于英国革命，1660年和1689年的“国会会议”是旨在确立一种合宪状态的临时政府。[3]通过美国的实践和1792年法国国民公会的著名范例，这个词获得了如下含义——即拟定宪法法规草案的会议。

一切宪法律的制定都必须取得人民的明确批准，这是法国国民公会在1792年9月21日的一项法令中提出的原则（“除了被人民所接受的宪法外，不能有别的宪法”[qu'il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple]）。因此，国民
86 公会于1793年6月24日公布的宪法交由人民——即参加初选的选民会议——表决，获得了几乎全体一致的通过。[4]不过，这部宪法还是没能生效，因为国民公会中止了合宪状态，实行雅各宾专政（革命政府[le gouvernement révolutionnaire]），在此期

[1] 关于欧洲的这第一部近代宪法的产生过程的其他特点，参见下面的(5)。

[2] 【中译者注】原文作Konvent，并注明了英文对等词Convention。根据不同情况，亦译作“公会”。下文中出现的“Nationalkonvent”通译作“国民公会”。

[3] 参见茨威格，同上引书，第49页。

[4] 参见狄骥－莫尼耶（Duguit-Monnier），同上引书，第XXXXI页。

间，完全靠各种**措施**而非正式立法行为来统治国家。同一国民公会后来议决了另外一部宪法，即1795年8月22日共和三年宪法（所谓的督政府宪法）。这部宪法同样被提交给选民表决同意，而且同样以绝大多数票通过。[1]

（3）制定联邦国家宪法的制宪会议的特点。在这种情况下，宪法可以交由各成员邦人民表决同意。

1787年美国联邦宪法由一个制宪**会议**起草，然后提交给参加**国会**的各州，再由国会建议各州人民表决通过，最后由十三个州分别举行特别批准会议——即专门为此选举产生的会议——予以通过。[2]

魏玛宪法没有经过各邦拥有表决权的公民的特别批准，甚至没有经过各邦国民议会的特别批准。不过，在魏玛宪法的协商过程中，巴伐利亚代表普雷格（Preger）和国会议员拜尔勒（Beyerle）认为，民国宪法有必要取得各邦国民议会的批准。[3]普罗伊斯坚决反对这样做，正如珀奇正确地指出的[4]，他从自己的那个方面得出了民主结论（参见第七章，第65页；第三十章，第388页）。

（4）将一项以某种方式形成的建议草案或新的规章制度付诸普遍

---

[1] 参见狄骥－莫尼耶，同上引书，第LXII页。

[2] 贝克（James Beck）描述了这种程序的巨大困难以及经常出现的微弱的偶然多数。参见《美国宪法》（*Die Verfassung der Vereinigten Staaten*），第十五章，A. 弗里德曼（A. Friedmann）德译本，1926，第207页及以下。

[3] 参见*Prot.*，第24、26页。

[4] 参见《评注》，第11页。

的公民投票（全民公投）。

拿破仑时期全民公投的情况：1799年共和八年执政府（包括拿破仑·波拿巴在内的三执政）宪法，其中的第九十五条对全民公投作了规定，但是，宪法尚未通过就已被当作有效的宪法律来对待了；共和十年（1802）元老院法令：拿破仑为终身第一执政；共和十二年（1804）元老院法令：拿破仑为法国皇帝，建立波拿巴家族世袭帝制；1815年（百日王朝期间）对“补充法令”进行的全民公投；1851年12月14日的全民公投：共和国总统路易·拿破仑被授予制定宪法律的范围广泛的全权，并在此基础上被委以执政权；1852年11月21／22日：拿破仑三世为法国皇帝。

在所有这些全民公投中，投赞成票的均占压倒多数。拿破仑时期的政权对选举的影响相当大，达到了无所顾忌的地步。这种不正当影响损害了全民公投的声誉，使这些表决在有民主情操的人眼里显得非常可疑。从理论上看，这类方法完全符合民主制原则和人民制宪权思想。顺便说一句，人民在这些表决中对每一种新秩序都投了赞成票，这不光是因为选举受到了不正当影响，而且还因为当时的法国人民没有别的愿望，只求小市民的安稳和秩
87 序。大多数国民一般都倾向于将政治决断权交给另外一些人，对提交给自己的问题总是随随便便地作出回答，以至于答案含有极少的决断成分。因此，大多数国民都会轻易地同意既成事实。在拿破仑时期的这些全民公投中，不赞成很可能意味着不稳定和混乱，而赞成则仅仅表示对一个既成事实的事后同意，所以包含着极少的独自决断成分。[1]

---

[1] 参见下文对“多数决断”（Mehrheit entscheidet）这句话的评论，第二十二章，IV，第278页。

（5）这种民主实践的例外情形和特殊情形。

如前所述（参见第 78 页），**1791 年法国宪法**由一次国民议会议决通过。该议会并没有按普选权的民主制原则选举产生。在三个等级（贵族、僧侣和第三等级）的受托代表中，第三等级的代表于 1789 年 6 月 17 日宣布成立制宪国民议会。如果否认这第一次国民议会具有人民制宪权代表的性质，就会在民主宪法学的这些问题上陷入错误的形式主义。在此，法兰西民族的意志无疑发挥了作用，相比之下，特定的选举或表决程序仅仅具有相对的意义。

1920 年 2 月 29 日的捷克斯洛伐克宪法并非由一个按普选权的民主制原则选举产生的国民议会议决通过，而是由一次仅仅包括捷克和斯洛伐克各党派代表参加的会议议决通过。在这个国家的 1360 万人口中，将近 500 万人口——亦即所有的非斯拉夫人口，尤其是讲德语的人口——没有自己的代表。而且，当时也没有举行公民投票来批准宪法。[1]

---

[1] 关于这部“自上而下地颁定的”宪法，参见阿德勒（Franz Adler），《捷克斯洛伐克宪法的主导思想、原始资料和研究》（*Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassung, Quellen und Studien*），布雷斯劳东欧研究所出版，“法律”部分，新系列，第三卷，1927，第 10—11 页；魏尔（F. Weyr），*JöR*，XI，1922，第 352 页。

第九章　宪法的正当性

I. 宪法正当性（Legitimität）的类型。宪法产生于制宪权权力和权威的决断，如果这种权力和权威受到承认，宪法就具有正当性，也就是说，它不仅作为一种事实状态受到承认，而且还作为一种合法秩序受到承认。对国家存在的类型和形式所作的决断构成了宪法的核心。这种决断之所以有效，是因为与宪法相应的政治统一体存在着，而且制宪权主体能够决定这种存在的类型和形式。它不需要借助于伦理规范或法律规范来证明自身的正当性，而是从政治存在中获得其意义。在这里，规范根本不能为任何事情提供理由，政治存在的特殊类型无须也不能被赋予正当性。

88 历史上有两种制宪权主体：君主和人民。与此相应，历史上也有两种正当性类型：王朝正当性和民主正当性。当权威要素占优势时，国王制宪权就受到承认；当 maiestas populi［人民至上］的民主观点占优势时，宪法的效力就源于人民的意志。因此，只有着眼于历史根据，只有着眼于王朝正当性与民主正当性的区分，才谈得上宪法的正当性。实际上，这里涉及的是政治统一体的存在形式问题。

II. 宪法的正当性并不意味着，宪法是根据先前有效的宪法律制定出来的。这样一种想法简直是荒谬之极。宪法根本不是按照某些高于宪法的规则制定出来的。除此而外，很难想象一部新宪法——即一项新的根本政治决断——会从属于、依赖于一部先前的宪法。有时，在

旧宪法被废止的情况下会产生出一部新宪法。这部新宪法并不因为旧宪法被废止了，所以就“没有正当性”。否则，已经废止的旧宪法就会继续有效。因此，新旧宪法相互协调的问题与正当性问题了无关涉。魏玛宪法的正当性产生于德国人民的制宪权。该宪法是在1871年旧宪法被废止的情况下产生出来的，但这一事实充其量只会导致如下结果：从王朝正当性——即君主制宪权——的立场来看，这部宪法是不正当的。反过来说，从民主正当性的立场来看，国王按君主制原则颁布、钦定的一切宪法也同样没有正当性。但是，我们根本不可能按如下标准来衡量一部新宪法，即这部宪法是不是在先前的宪法法规和程序得到维护的情况下产生出来的。因此，我们也根本不可能提出譬如说如下问题：魏玛宪法的各项规定是不是按旧帝国宪法第七十八条规定的一系列修宪程序产生出来的。一部新宪法不能以这种方式受 89
制于已经失效的先前规范。如果有人问，人们在制定一部确然有效的新宪法时是否遵循了已经失效的旧宪法针对自身的修改作出的各项规定，这纯属毫无意义的瞎胡闹，仅仅表明了对“规范性”的一种遭到曲解的需求。

> 布尔克哈特（W. Burckhardt）说得十分中肯：“我们能够合理地按旧宪法的规定来裁量一部新宪法的合法性吗？这是问题的关键所在。如果一部现行宪法因为制定者没有遵循旧宪法的规定就不合法的话，那就首先还需要问：旧宪法本身是否合法？如果我们退回到遥远的过去，发现了一部不合法的宪法，所有其他的宪法就都不合法了，因为这些从现在取得其存在理由的宪法不能在过去的批准下产生效力。这种关于宪法合法性的论断又有什么价值和意义呢？完全是废话。”[1] 但是，除此而外，布尔克哈特

[1] 参见《宪法与制定法》（*Verfassungs-und Gesetzesrecht*），*Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaften*，Bd. XXVI，1910，第48页。

又提出了一个一般性问题："宪法能够对自身的修改方法作出具有法律拘束力的规定吗？"[1] 他的回答是否定的。这种一般性否定的原因在于，布尔克哈特将真正意义上的宪法与宪法律混为一谈了（前面已多次提到过这种混淆）。事实上，对宪法律的修改方法可以通过宪法律来作出规定。

尽管如此，遗憾的是，人们还是经常用"正当"或"不正当"之类的词语来表示如下含义：只有按照一套先前有效的、通过宪法律予以规定的宪法修改程序制定出来的宪法才被认为是"正当的"。

民国最高法院在一项著名判决中指出，"对于通过革命创建的新的国家权力（工人士兵委员会的国家权力），不得拒绝给予国家法上的承认。其创建程序的不合法对此并不构成障碍，因为创建程序的合法性并非国家权力的根本标志。国家不能离开国家权力而存在。在旧权力被废除以后，获得承认的新权力便取而代之了。"[2] 寥寥数语，马上就让人看出，关于魏玛宪法是否合法——即魏玛宪法是不是按照已经废止的宪法第七十八条的程序制定出来的——的问题毫无意义。诚然，这几句话仅仅提到"国家权力"，而没有提到宪法。但是，如果对宪法概念有一个正确的理解，这几句话对宪法也同样适用，因而也完全可以移用到魏玛宪法上。[3] 此外，还需要补充说明几点：（一）关于国家或国家权力，根本谈不上正当性的问题。国家——即一国人民的政治统一体——存在着，而且在政治领域里存在着；它没有能力为自身提供正当理由，证明自身的合法性、正当性等等，正如在私法

[1] 同上引书，第46页。

[2] 《民事案件》（*Zivilsachen*），第一百卷，第25页。

[3] 例如，可参见安许茨，《评注》，第5页。

领域里每个生活着的人没有必要也没有能力为自己的存在提供规范根据一样。[1]（二）国家和国家权力实际上是一回事，既没 90
有离开国家权力的国家，也没有离开国家的国家权力。尽管行使国家权力的人在不断变动，尽管国家秩序在不断变化，但这并不能取消政治统一体的连续性。（三）废止现行宪法，颁布新宪法，这是一个制宪权问题（参见第十章）。（四）宪法的正当性同样是一个制宪权问题，并不涉及是否与已经失效的宪法法规相符的问题。

一些广泛流行的说法混淆了宪法的合宪性与宪法的可修改性。不过，所谓**合宪的宪法**（verfassungsmässige Verfassung）要么是毫无意义的废话，要么就是空洞的陈词滥调。如果宪法本身确定宪法是合宪的，并因此而被承认是合宪的，它并不能由此而获得任何新的特性。在这种情况下，一切现行宪法显然都是合宪的。一项规范不能自己使自己具有正当性——其有效性来源于规范颁布者的存在意志。但是，如果“合宪的宪法”仅仅意味着与已经失效的宪法律相符，就会马上暴露出明显的矛盾，因为已经失效的法律不能赋予任何有效的、具有重要法律意义的特性。

III. **王朝正当性立足于君主的权威**。由于孤立的个人很难从其个体的具体生存出发达致此种政治意义，因此，就连君主制宪权也不可能始终掌握在个别的君主手中。君主制宪权导致了王朝正当性，这种正当性的基础是一个与国家联系起来的家族的历史存续，是王朝和王位继承的连续性。

相反，**民主正当性建立在国家是一国人民的政治统一体这一思想**上。对国家进行一切界定的主体是人民，国家是一国人民的政治状

---

[1] 参见《政治的概念》，《社会科学档案》（*Der Begriff des Politischen. Archiv für Sozialwissenschaften*, Bd. 58），1927，第 1 页及以下。

态。国家存在的类型和形式是按民主正当性的原则并经由人民的自由意志而得以确定的。

人民的制宪意志不受任何特定程序的拘束。但是，如前所述，当今民主宪法实践已经形成了一些特定的方法——不管是选举制宪议会的方法，还是举行公民投票的方法。这些方法往往与民主正当性的思想联系在一起。于是，人们将一种特定的程序扯进正当性概念中，认为只有获得了多数国民同意的宪法才是真正的民主宪法，而这里的所
91 谓多数是按秘密的单独投票程序计算出来的。如前所述，正是从真正民主制的视角来看，这些秘密的单独投票方法才显得多么成问题。此点容后再作进一步说明。实际上，就连人民的默认也总是可能的，而且很容易被看出来。人民也许只是单纯地参与宪法规定的公共生活，但从这种参与中已经可以推断出人民的意愿，人民的制宪权意志通过这种行动明确地表露出来。当人民参加选举，并由此而导致了特定的政治状态时，便会出现这种情形。

> 比尔林说，一切“钦定的法律规范同样要经过法团体成员[1]的事后承认才能具备真正的法律效力，就如同任何革命立法一样”；历来都“只有对既定规范的一般承认”才产生出合法性。[2]他又说，“于是，参加选举这届制宪帝国国会（1867）的行为就意味着给予了联邦政府与帝国国会共同议定的宪法以明确无误的事先承认。”[3]

就这样，人们将形形色色的宪法建立在始终存在、哪怕只是默默动用的人民制宪权上，从而宣布这些宪法具有民主的正当性。

---

[1] 【中译者注】原文作 Rechtsgenossen，今从日译本译作“法团体成员”。

[2] 参见《法学的原则学说》，1898，II，第 363—364 页。

[3] 同上，第 357 页。

第十章　从制宪权学说，尤其是人民制宪权学说中得出的结论

I. 制宪权的常在性（恒久性）。制宪权通过根本的政治决断行为而发生作用。决断的实施和表述可以委托给一批特别代表，例如一个制宪国民议会。同样，“修改”或“修正”宪法律的宪法律权限也可以立足于由此而形成的宪法法规。但是，必须将制宪权本身与这种权限区别开来。制宪权不能让渡、转让，也不会耗尽、用完。只要可能，制宪权便始终存在，与一切源于制宪权的宪法以及在宪法框架内有效的宪法法规同时存在，并且凌驾于它们之上。

西哀士强调人民制宪权的不可转让性。不过，需要注意的是，在西哀士那里，仅仅涉及有关人民制宪权的民主理论（人们用它来反驳国王的专制主义）。一国人民的制宪权很可能遭到否定，在这种情况下，如果政治存在仍然得到维护，另外一个制宪权主体，例如君主，就会以制宪权拥有者的身份出现。但是，制宪权并不会因为一次动用行为而化为乌有。同样，制宪权也并非建立在某种权原[1]之上。即便君主自愿放弃其制宪权，承认人民制宪权，这种人民制宪权也绝非建立在源于国王的放弃行为的权原之上。人民制宪权的有效性根据仅仅在于其政治存在。 92

[1] 【中译者注】原文作 rechtliche Titel，日译本作“权原”，亦即使某种行为正当化的法律上的原因。此解释由王前先生提供。

1793 年 6 月 24 日的法国宪法第二十八条表述了人民制宪权的民主制原则："国民始终享有复审、修改和变更其宪法的权利（Un peuple a toujour le droit de révoir，de réformer et de changer sa constitution）。"吉伦特派宪法草案第九十三条也有完全相同的字句。这种表述有一个非常有趣之处：它不仅包括了宪法修改（修正）权，而且包括了宪法废止权。

为了政治上和法律上的安逸起见，一种流行的思维方式将下面一点作为出发点：若欲废止宪法，就必得遵循以宪法律的形式规定的修改宪法律的程序。在这里，"因为不应存在之物便不能存在"这个论点引出了显然毫无意义的结论。

只要存在着制宪权，就总是存在着最低限度的宪法。宪法的基础是制宪权，不管是国王制宪权，还是人民制宪权。只要这种基础还继续存在，即便打破了宪法律，即便发生了革命和政变，最低限度的宪法也不一定受到影响。拿破仑时期全民公投的实践（参见第八章，Ⅲ，4，第 86 页）立足于人民制宪权的民主制原则。因此，只要依凭人民的同意，就很容易纠正各种违宪行为。无论如何，在此已经可以清楚地看到，废止或打破*宪法律*、废止*宪法*（即废除根本政治决断）与废除*制宪权*（国王制宪权或人民制宪权）是有区别的。即便把通过革命手段废止宪法的行为说成是一种单纯的修宪行为，可能也有一定的道理；当然，这里有一个前提条件，即人们预设了制宪权主体的这种恒久性。

普鲁斯在魏玛宪法的一系列小组协商中指出，魏玛宪法无疑是在先前的帝国宪法被革命废止的条件下产生出来的，相对于帝
93 国宪法而言，它相当于一次"修宪行为"。"我们所做的是在特殊

情况下、因特殊事件而导致的修宪工作。”[1] 这句话出自一位杰出的国家法理论家和民主宪法专家之口，尤其值得注意。它可以通过如下观念（尽管这个观念并未得到明确表述）予以解释，即认为迄今的德意志帝国已然建基于德国人民的意志之上，因而实际上就建基于德国人民的制宪权之上。于是，新宪法就延续了这种恒久的、最低限度的宪法要素。安许茨说，“革命并未毁灭帝国，而只是修改了帝国的宪法。”[2] 如果从法学上确切解释的话，就连这一点也只能从德国人民制宪权的恒久性中得到解释。不过，在这里，最好谈论宪法的废止，而不谈论宪法的修改，这样可能更精确一些（参见第十一章，I，第 99 页）。

II. 在宪法被废止和打破的情况下，只要制宪权还跟原来一样，国家就保持着连续性。

1. 宪法是作为制宪权行为而产生出来的，它来源于这种权力，因而其本身就不能承载政治统一体的连续性。当然，建基于这种宪法之上、仅仅相当于根本政治决断之实施的宪法法规就更不能产生出政治统一体的连续性了。尽管宪法经过了修改，发生了变化，但政治统一体作为一个整体却继续存在。如果一部宪法被废止了，或一项宪法律被打破了，这就总是违背了宪法，或违背了宪法律，因为一项宪法律不能自己违反自己，也不能凭借其自身的权力予以废止。但是，制宪权却未必跟着被废除了。如果制宪权面对着新的状态重新活动起来，新宪法就与已经废止的旧宪法出自同一制宪权，立足于同一原则。在这种情况下，连续性就在于一个共同的基础；国家连续性的问题既不能在国际法的层面上提出，也不能在国家法的层面上提出。

---

[1] 参见 *Prot.*，第 28 页。

[2] 参见《评注》，第 3 页。

在1848、1851、1852、1870年法国的革命和政变期间，出现了宪法更替的情况。在所有这些事例中，现行宪法都被打破或废止了，但法国人民的制宪权却保留了下来，并获得了承认。在这里，并没有出现法兰西国家的不连续性问题。

2. *在国际法的层面上*（在此情形下，就是在与其他国家的关系中），并没有终止政治统一体的连续性，这一点得到了公认。

94 *在国家法的层面上*，这种连续性导致了一个结果：先前的法律和法规只要不与新规定相抵触，就会直接地（不经过特殊的采纳行为，不经过接纳手续）继续有效。就连旧宪法的有关规定现在也还可以作为普通法律继续发生效力。

共和八年（1799）的法国宪法第七十五条规定，法院在依法追究行政官员的刑事责任时，须经过政府的同意。尽管在这期间屡次发生了宪法被废止、打破的情况，但这项规定依然有效。[1] 1848年革命后颁布的几部德国立宪君主制宪法也在君主制原则的基础上保持着连续性。因此，即便在这里，先前的法律、敕令等等也未经任何特殊的接纳手续便继续有效。[2]

III. *制宪权主体发生变化（宪法被废弃）时的连续性问题。*

1. 经过一场革命，不仅宪法性立法和宪法，而且先前的制宪权类型——亦即旧宪法的根基——都有可能遭到废除。一场民主革命有可能废除君主制宪权，一场政变或君主主义革命也有可能废除人民制宪权。在这种情况下，制宪权就发生了变化，宪法遭到了彻底的

---

[1] 参见埃斯曼－内扎尔，同上引书，第580—581页。

[2] 关于德意志帝国在1918年11月革命中以及在魏玛宪法颁布以后的连续性，参见本章，III，2。

废弃。

实例：1789 年和 1793 年，法国废除了国王的专制君主制；1917—1918 年，俄国废除了沙皇君主制。

这是两个重要的实例。在这类革命中，新政府从国家法和国际法上否定了政治统一体的连续性。

1793 年的雅各宾政府持有这样一种立场：一个自由的民族不必偿还“暴君”（即先前的君主政府）欠下的债务。1922 年 5 月，俄国的苏维埃政府在热那亚会议期间援引这个先例，拒绝偿还沙俄的债务。履行沙俄政府义务的问题牵涉面非常广。在此，唯一让人感兴趣的是基于如下思路的论证理由：在制宪权发生变化的情况下，就不该有什么连续性。1793 年的法国和 1917 年的俄国可能是连续性遭到否定的两个仅有的实例。

但是，即便在这两个实例中，也可以假定存在着某种连续性。这恰好符合民主宪法的逻辑，因为对一种首尾一贯的民主学说而言，除 95
基于人民制宪权的宪法外，不存在任何其他正当的宪法。职是之故，完全有可能将一切只要还能持久的宪法追溯到明确的或隐含的人民意志上去，不管政府——亦即实施这种意志的形式——属于什么类型。否则，按照这种学说，就不会有什么国家和政治统一体，而只会有一台没有理性的暴力机器，一个专制暴政的系统。

这就是卢梭关于“社会契约”（contrat social）的理论。尽管卢梭没有明确讨论一种特殊的人民制宪权，但却讨论了政治法（lois politiques）或根本法（lois fondamentales），这些法律规定了

主权者（人民）与政府的关系。[1] 它们是宪法律，因而具有相对的性质，亦即是派生性的，原则上要受到限制；它们立足于人民的主权意志。通过这些法律，可以建立君主制、贵族制或民主制的政体形式，但是，人民始终拥有主权。就连最极端的专制君主制也只是一种政体形式，依赖于人民的主权意志。

2.1918—1919 年德意志民国的连续性。如果一个国家建立在民族的基础上，而人民又拥有基于这种民族统一体的自觉的政治存在意志，就完全可以将这种意志视为一切国家宪法的权威根据。在这里，很容易发现对人民制宪权的事后建构。1871 年宪法中的德意志帝国可以视为一个基于人民的民族意志的国家。它不仅是实行统治的各成员邦的联盟，而且正如安许茨中肯地指出的，“首先是作为总体国家、民族国家而存在的德意志国家”。[2] 尽管德国人民还没有废除君主制原则、单凭一己的政治决断自己为自己制定一部宪法的意志，但无论如何，他们拥有以民族为根基建立政治统一体的意志。1871 年以来的宪法状态获得了德国人民的同意，只要想想 1870 年战争受到的拥护、1871 年帝国的建立，这一点便不容否定；而且，这部宪法也确实是与经德国人民选举产生的帝国国会商议的结果（参见第七章，第64页）。
96 因此，尽管 1871 年的宪法没有承认德国人民的制宪权，尽管各邦的立宪君主政体实际上预设了君主制原则，但在这里，民主基础的事后建构也并非虚构。德国人民的这种欲以民族为根基建立政治统一体的意志在 1918 年 11 月以后继续存在，足以在民主的基础上保持 1919 年魏玛宪法中的德意志民国与 1871 年宪法中的德意志帝国之间的连续性。

---

[1] 参见《社会契约论》第二卷，第十二章。

[2] 参见《评注》，第 2 页。

> 这是迄今关于魏玛宪法的国家法文献中最有争议的问题之一，不过，无论从国际法上看，还是从国内法上看，不同答案的实际后果都并无太大的区别。原因在于，从国际法上看，帝国的国际法义务向民国的过渡并没有被否定，而仅仅被解释成一种接替关系；从国家法上看，1919 年 3 月 4 日的暂行法律明确规定了国内法律的连续性。[1]

（1）尽管 1871 年的帝国宪法是通过革命手段废止的，但这一事实本身还不能成为否认连续性的根据。这是由于宪法、宪法律和制宪权迄今一直存在着区分。因此，如果有人说，一切“法律上的”不连续性（即宪法律的不连续性）都同时意味着摒弃了政治统一体的同一性，这无论如何是错误的。宪法律只有在实定宪法的基础上和框架内才有效力，而宪法则必须基于制宪权意志才有效力。就这三个层次来看，每一个层次的内部都有可能出现不连续性，但却不一定导致国家的不连续性。如前所述，如果不允许按照已被废止的宪法法规来判定一部新宪法的正当性，那么，尽管魏玛宪法并非“宪法修正案”，其制定过程也并未遵循已被废止的宪法第七十八条的规定，但我们却不能因此而否认这部宪法中存在着德意志帝国与德意志民国的连续性。[2]

（2）如果出现了“与过去的有意识断裂”，并由此而引起不连续

---

[1] 关于这个有争议的问题的文献汇编，参见安许茨，《评注》，第 8、9 页；施蒂尔－索姆罗，《概论》（1924），I，第 52 页及以下。

[2] 因此，以下论著和论文的观点是错误的：桑德尔（F. Sander），《革命的事实与法秩序的连续性》（Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung），*Zeitschr. f. öffentliches Recht*，I，1919，第 132 页及以下；劳申贝尔格（Rauschenberger），《政变与革命》（*Staatsstreich und Revolution*），1920，第 13 页及以下；施蒂尔－索姆罗，《概论》，I，第 53—54 页。

性，那就更值得注意。这个论点的价值在于，它提示出制宪权的变化。先前的宪法状态立足于君主制原则，而新的宪法状态则立足于德国人民的制宪权。因此，在这里，不仅废止了宪法律，改换了宪法，而且还变更了制宪权。

（3）除此而外，还有另外一个因素使制宪权的变化显得更为突出。在这里，不仅出现了一个新的制宪权主体，而且还用一部新宪法取代了先前的宪法。新宪法是通过全体德国人民单方面的行为制
97 定出来的，而先前的宪法就其本身而言则建立在各联盟邦协议的基础上。[1]

倘若制宪权问题在先前的宪法状态中获得了更为明确的决断，而1871年宪法中的德意志帝国又并非德国人民的民族统一体形式，这种论据本来是合乎实际的。但是，这样一来，新的民主宪法就有可能从如下情形中发现唯一的决定性视点：德国人民及其在民族基础上建立政治统一体的意志有着连续性。因此，对连续性问题必须予以肯定的回答。德国人民不想用魏玛宪法来否认他们与1871年宪法中的人民的同一性，如同魏玛宪法序言所宣告的那样，德国人民想更新自己的帝国，但不想建立一个新的帝国。正因为新宪法是一部民主宪法，它就没有为一个新的德意志国家奠定基础。这部新宪法仅仅意味着，德意志人民原来相信，他们只能将自己的政治存在建立在君主制原则的基础上，而现在，这项原则从政治上被取消了，于是，德国人民就凭

---

[1] 有些论者将（2）和（3）的不同观点结合起来。不过，在多数情况下，他们都没有对制宪权的本质给予特殊关注，没有对宪法和宪法律作出必要的区分；这种结合造成了新旧帝国断裂的结果。参见卡尔在1919年3月5日委员会会议上的发言，*Prot.*，第23页；同一论者的文章《三个帝国》（Die drei Reiche），*Festgabe für O. Liebmann*，1920，第79页及以下；纳维亚斯基（Nawiasky），《巴伐利亚宪法》（*Bayerische Verfassung*），第66页；维特迈尔，《魏玛宪法》（*Weimarer Verfassung*），第4页；基泽，《评注》，第16页。

着自身的政治决断，通过自己为自己制定的宪法继续维持其政治存在。

在制定魏玛宪法的过程中，这一点最明显地见于瑙曼（F. Naumann）和普鲁斯发表的意见中。[1] 普鲁斯甚至仅仅谈到纯粹的宪法修改（参见第十章，I，第92页）；拜尔勒说："我们延续了旧帝国。"[2] 尽管韦尔梅伊称赞了维特迈尔，因为维特迈尔关于不连续性的论点显示了端正的民主信念，但他也不得不断言，就连魏玛的民主党人也希望保持连续性。[3]

IV. 人民制宪权与一切根据宪法而产生的权力（即宪法律权力）的区别。 98

1. 凡是在宪法的基础上、借助于宪法法规而产生出来的东西，凡是在宪法律的基础上、在宪法律权限的框架内产生出来的东西，从根本上看都具有不同于制宪权行为的性质。就连"人民"——即拥有选举权和表决权的国民——的宪法律权力和权限，例如魏玛宪法第四十一条规定的总统选举权、第二十条规定的国会选举权和第七十三条规定的公民投票权，也不是制定宪法、实施制宪权行为的那个拥有主权的人民的权力，而是已有宪法框架内的权限。

因此，在魏玛宪法有效期间，简单地通过第七十三条规定的公民投票来打破宪法律的任何做法都不能得到认可。按照第七十三条的规定，人民只有宪法律权力，而没有比国会更高的权力。人民也并非国会的上级机关。一项经公民投票（按魏玛宪法第七十三条的规定）产生出来的法律可以通过国会简单多数的决议案予以废除。[4]

---

[1] 参见 *Prot.*，第24—25页。

[2] 同上，第25页。

[3] 参见《魏玛宪法》（*La Constitution de Weimar*），Strassburg，1923，第66、273页。

[4] 参见安许茨，《评注》，第224页。

2. 如果把受宪法律指派和规约的宪法律修改权（即修正权）说成是制宪权或 pouvoir consituant［制宪权］，那就更加错误了。就连（比如说魏玛宪法第七十六条规定的）宪法律修改权或修正权也如同一切宪法律权力一样，是一种受法律规约的权限；也就是说，这种权力原则上要受到限制，它不能越出其所由产生的宪法法规的范围。[1]

99 3. 有些国家只要通过简单的立法程序就可以议决一项宪法律，例如，在英国，就可以凭借英国国会的主权议决一项宪法律。不过，即便在这样一些国家，也仍然存在着这种区分。如果以为“议会的简单多数决议案”能够将英国变成一个苏维埃共和国，那就大错特错了。

---

[1] 参见第十一章，II，第 102 页。因此，如果将制宪权（pouvoir constituant）与这种受宪法律规约的修正权相提并论，并且将这一点说成是宪法或制宪权的“形式概念”，那是完全错误的。茨威格的《制宪权学说》（*Die Lehre vom pouvoir constituant*, 1909）的根本错误就在这里；希尔德海默在《论近代国家宪法的修正》（*Über die Revision moderner Staatsverfassungen*）一书中的论述也犯了相同的错误，参见该书，Tübingen，1918，第 75 页。

第十一章　从宪法概念派生出来的诸概念

（宪法修改、宪法的打破、宪法的临时中止、宪法诉讼、叛逆罪）

I. 概述。有必要区分以下几个概念。

1. 宪法的废弃（Verfassungsvernichtung）：在废止现行宪法（不仅是一项或几项宪法律）的同时废除宪法由以产生的制宪权（参见第十章，Ⅲ）。

2. 宪法的废止（Verfassungsbeseitigung）：在废止现行宪法的同时保留宪法由以产生的制宪权（宪法的更迭、政变）（参见第十章，Ⅱ）。

3. 宪法的修改（修正）（Verfassungsänderung，Revision）：修改迄今有效的宪法律的条文，也包括废止个别的宪法法规、采纳个别新的宪法法令。[1]

（1）无视宪法的宪法修改：在修改宪法时不遵循宪法律为宪法律的修改规定的程序。

（2）尊重宪法的宪法修改：在修改宪法时遵循宪法律为这种修改或修正规定的程序（真正意义上的宪法修正）。

4. 宪法的打破（Verfassungsdurchbrechung）：针对一个或几个特定的个别事例违反宪法法规，但这只是例外，其前提条件是，被打破

---

[1] “宪法修改”（宪法修正）一词其实很不准确，因为它并不涉及宪法本身的修改，而仅仅涉及宪法法规的修改。不过，“宪法修改”目前已是一个通用词，不妨予以保留。

100 的宪法法规在其他情形下仍一如既往地有效，因而既没有被永久地废除，也没有临时失效（临时中止）。[1]

（1）在无视宪法的情况下打破宪法：破例违反一项宪法法规，完全不考虑宪法修改的规定程序。

实例：总统解散因党派分裂而失去行动能力的议会，尽管宪法律并未规定，甚至明令禁止此种解散行为（例如1848年11月4日法国宪法第六十八条）：法兰西共和国总统路易·拿破仑在1851年12月2日发动的政变即是一例。

另一个实例：针对某一个别事例，通过普通法律延长立法议会的任期，尽管宪法律规定了立法议会任期的长短。

（2）在尊重宪法的情况下打破宪法：针对一个或几个特定的个别事例破例违反一项宪法法规，在这里，要么有一项宪法律准许这种破例打破宪法的行为（例如魏玛宪法第四十八条第二项），要么在打破宪法时遵循了宪法修改的规定程序。

实例：在遵循受宪法律规约的修宪程序的条件下一次性延长立法议会的期限。或者，一次性延长民国总统的任期，例如1922年10月27日以宪法修正案的形式（根据魏玛宪法第七十六条）颁布的法律有如下规定："经国民议会选举产生的民国总统任职到1925年6月30日。"[2]

---

[1] 这是"宪法的打破"的确切含义。雅可比率先使这种意义上的"宪法的打破"一词对魏玛宪法中的国家司法产生了科学的成效。参见雅可比关于魏玛宪法第四十八条规定的民国总统专政权的报告：Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer，Heft 1，Berlin，1924，第109、118页。

[2] 参见 *RGBl.*，第801页。

5. 宪法的临时中止（Verfassungssuspension）：临时宣布一项或几项宪法法规无效。

（1）在无视宪法的情况下临时中止宪法：宣布宪法法规无效，但宪法律对这种中止行为并无明文规定，或者在临时中止宪法法规时，完全不尊重一套已有大致规定的程序。

（2）在尊重宪法的情况下临时中止宪法：在维护针对此种中止行为而设立的宪法律的条件下临时宣布宪法法规无效，例如，根据魏玛宪法第四十八条第二项第二句的规定宣布该句列举的一个、数 101
个或全部基本权利条款（共七个条款：第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四、一五三条）无效。

II. 依据宪法律的宪法修改（宪法修正、修正案）。

1. 如果宪法律的修改由宪法律予以规定，并受其规约，可以由各种不同的机构来主管其事。

（1）专门为此而召集的议会，其唯一任务是议决宪法的修改。

实例：1875 年 2 月 25 日的法国宪法律第八条规定，若须修改一项宪法法规，即由两个立法议院（众议院和参议院）联合召开国民议会。这种修宪国民议会不同于革命后（亦即宪法被废弃或废止后）召开的担当主权专政的制宪国民议会。

1787 年美国联邦宪法第五条规定，若两院各三分之二之人数认为有必要提出一项宪法修正案，或三分之二之州立法机关有此请求，国会（参众两院）得召集会议以提出修正案。宪法修正案经四分之三之州立法机关或四分之三之州制宪会议批准（究竟采取何种方式，视国会的提议而定），即告成立。

（2）立法机关用立法手续（带有或不带有特殊的繁难程序）修改宪法，但此种修改须得到拥有表决权的国民的批准，也就是说，要举

行强制性公民投票（公民复决）。

> 1874 年 5 月 29 日的瑞士联邦宪法第一一八条规定，联邦宪法在任何时候均可全部修改或部分修改；第一一九条规定，联邦宪法之全部修改按联邦立法程序进行；第一二三条规定，联邦宪法或其一部分修改后，如获得参加表决之多数国民和多数州的通过，即告生效（公民复决加上各州的批准）。[1]

(3) 立法机关用立法手续修改宪法，无须举行全民投票予以强制性批准，但却设立了繁难的先决条件（例如特定多数、重复议决等等）。

> 魏玛宪法第七十六条规定，“宪法得用立法手续修改之，但民国国会欲议决修改宪法，必须有法定人数三分之二之出席及出席议员三分之二之赞成，其议决案使得成立。”又民国参议院对于修改宪法之议决，亦须有三分之二多数之赞成。如前所述，魏玛宪法第七十六条中的“宪法”（Verfassung）一词很不准确，其正确含义应为“宪法律”（Verfassungsgesetze）。

102

(4) 若是一部联邦宪法，可以用修改宪法律的联邦立法手续来代替联邦协议的协议式修改方法。如果存在着这种修改联邦宪法的可能性，联邦就已经偏离了它的联盟基础，而发展成一个单一制国家。在这个过渡阶段，可按如下方式维持联邦的联盟性质：宪法的修改须经过多数（简单多数或特定多数）成员邦的批准，或者可以由一个少数加以阻止。

---

[1] 关于“用立法手续”（im Wege der Gesetzgebung）这一短语的含义，参见第七章，第 63 页。

实例：1777年[1]美国联邦宪法第五条，参见上面的（1）；1874年瑞士联邦宪法第一二三条，参见上面的（2）；（1871年4月16日）德意志帝国宪法第七十八条规定，“宪法之修改按立法手续进行，若遇联邦参议院十四票反对，即视为被否决。”俾斯麦宪法的这项规定有两个作用：第一，确定了联邦的所谓管辖权／管辖权（Kompetenz-Kompetenz）[2]；第二，承认了帝国国会的参与权，尤其是宪法第二十三条规定的国会创制权。[3]

2. 宪法修改权的限度。

如果修宪程序受宪法律的规约，一种并非不言而喻的权限（Zuständigkeit，Kompetenz）就有了根据。立法机关拥有按宪法律规定的手续颁布法律的权限，但是，光凭这种受宪法律规约的权限（即普通立法权限）还不能为修改宪法法规（即这种权限的基础）的权限提供任何根据。修改宪法的权限不是一种常规权限，即不是一种受规约、受限定的职责范围。原因在于，与制定法律、裁决诉讼、实施行政行为不同，修改宪法律不是一种常规的国家职能，而是一种非常权力。但是，也正因为如此，这种权力就绝非不受限制；它始终是一种由宪法律分派的权力，如同一切宪法律权力一样，它要受到一定的限制，因而就是一种真正的权限。在宪法法规的框架内，不可能有什么不受限制的权力，一切权力都要受到限制。就连管辖权／管辖权也不可能成为一种不受限制的权力，否则，这个术语就毫无意义了，就消解了权限的概念。正确地说来，管辖权／管辖权是一种不同于主权的

---

[1] 【中译者注】此处原书似有误，美国联邦宪法是1787年通过的。

[2] 【中译者注】亦译作“权限／权限”，或“自裁管辖权”，见第三十章的有关论述及译者注。

[3] 参见赛德尔，《评注》，第412—413页。

103 权力，在战前的国家法文献中，这一点经常被搞混淆了。[1]

只要正确地理解修宪的概念，就能从中推断出修宪权的限度。如果“修改宪法”的权力是根据宪法法规授予的，这就意味着，个别或若干宪法法规可以用另一些宪法法规来取代，但前提条件是，宪法作为一个整体，其同一性和连续性得到了维持。因此，修宪权只是一种在保持宪法的条件下、按照宪法律规定的程序作出变更、补充、增删的权力，而不是一种制定新宪法的权力。它也不能变更、扩展修宪权自身的根据，或者用别的根据来取代这个根据；比如，它不能按魏玛宪法第七十六条的程序来修改第七十六条本身，规定宪法律可以通过国会的简单多数决议予以修改。[2]

（1）因此，修改宪法不是废弃宪法（参见 I，1）。

负责议决宪法修正案的机构不会成为制宪权拥有者或制宪权主体。这类机构也不会受权永久性地行使这种制宪权，因而绝不是潜在地永远存在、拥有主权专政权的制宪国民议会。如果一项宪法修正案将立足于君主制原则的国家变成了受人民制宪权支配的国家，它就无论如何不符合宪法。人们偶尔讨论这样一个问题：在 1918 年 11 月初，若欲通过合法途径将旧的帝国宪法转变成现代民主体制，究竟需要什么样的“法律”条件？其实，类似的讨论不过是毫无意义的瞎胡闹，这一点已经在前面解释过了，同时也可以从正确的修宪概念中推
104 断出来。如果采取合法途径，根本就不可能将旧宪法转变成一部民主宪法。倘若君主自愿放弃了君主制原则，这就仅仅意味着放弃了斗争，使制宪权的转变得以和平进行。有鉴于此，新的制宪权主体就不

---

[1] 关于帝国管辖权 / 管辖权的争论可以从联邦结构的特点中得到说明。在一个联邦中，联盟与单一制国家的宪法原则结合了起来，但是，君主制与民主制的宪法原则也结合了起来。参见第三十章，第 386 页。另参见黑内尔，《国家法》，第 774 页及以下。

[2] 【中译者注】魏玛宪法第七十六条规定，“国会欲议决修改宪法，必须有法定三分之二之出席及出席议员三分之二之赞成，其议决案使得成立。”

会成为君主的合法继承者，因为在这个范围内根本不存在合法继承的问题。反过来说也一样：不可能通过宪法律的“修改”或“修正”将基于人民制宪权的宪法转变成基于君主制原则的宪法，否则就不是修改宪法，而是废弃宪法了。

> 如果根据魏玛宪法重新实行君主制，那么，按照民主制原则，就需要有人民制宪权的一项特殊行为，无论是“制宪”国民议会的特殊决议，还是一次特殊的全民公投（不同于在魏玛宪法的框架内、按照第七十三条的规定举行的公民投票）。不过，在这种情况下，新的君主制就将建基于人民制宪权；它不是一种政体，不是君主制原则的恢复，而只是一种政府形式。除非采取废弃宪法的举措，否则就不可能恢复君主制原则。在这种情况下，魏玛宪法第七十六条规定的程序根本就行不通。借助于魏玛宪法第七十六条，根本不可能将第一条第一项（“德意志民国为共和政体”）改成这样的条款：“德意志民国为基于霍亨索伦家族王位继承序列之世袭君主政体。”另外一个心理学问题是，德国人民是否因为对合法外表的要求比他们的政治意识更为强烈，所以宁肯接受根据宪法第七十六条废止现行宪法的行动，而不肯接受通过政变或革命废弃宪法的行动？

（2）修改宪法不是废止宪法（参见上面的I，2）。即便继续维持了制宪权，也不能按魏玛宪法第七十六条的程序用另外一项政治决断来取代那些构成了宪法（不同于宪法法规）的实质内容的根本政治决断。例如，不能按魏玛宪法第七十六条的程序用苏维埃体制来取代民主选举权；不能简单地按第七十六条的程序废除至今还保存在民国宪法中的联邦制要素，从而单凭“宪法修正案”就一下子将德意志民国变成一个中央集权国家。因此，如果想“按魏玛宪法第七十六条的程序”将巴伐利亚简单地抹掉，或者在违背其意愿的情

况下宣布普鲁士为民国的邦，这不仅在政治上不可能，而且在宪法上
105 也不可能。同样，也不能用“修改”魏玛宪法第一条第一项或魏玛宪法第四十一条的办法将民国总统的职位变成君主职位。宪法中的根本政治决断属于德国人民制宪权的事务，不在负责修改和修正宪法律的机构的权限范围内。这种修改的结果是宪法的更迭，而非宪法的修正。

即便在谈论宪法的整体修改时，也应注意刚才解释过的区分，并遵守由此而产生的修改权限。如果更仔细地考察那些允许整体修改的宪法法规，这一点——尽管使用了“整体修改”一词——在宪法法规的措辞中也十分明显。例如，1848 年 11 月 4 日法国宪法第一一一条规定可以修改宪法，更准确地说，可以“整体地或局部地”（en tout ou en partie）修改宪法；该宪法还规定了修改程序。即便拘泥于字面上的解释，“en tout”一词在这里也不可能具有如下含义：只要遵守合法的修宪程序就可以制定出一部随便什么样的新宪法，例如制定出一部拿破仑式的君主制宪法。因为 1848 年 11 月 4 日的这同一部宪法在序言（préambule）中“决定性地”（definitiv）声明信奉共和制，并以此作为法国的政体；其第一条宣称，主权属于法国国民之全体，不可让渡，不受时效拘束，任何个人、人民之任何部分不得妄称能够行使此种主权。美国联邦宪法第五条对宪法修正案作出了规定，但是，“无论何州，未经其同意，不得剥夺其在参议院之平等投票权。”由此而产生的不言而喻的结果是，各州的独立存在就更不能被剥夺了。瑞士联邦宪法第一一八条规定可以随时对宪法作出“整体修改”。弗莱纳在《瑞士联邦国家法》（*Schweizerisches Bundesstaatsrecht*）中没有对这个概念作出进一步界定，而只是说，局部修改是指“颁布一个新的联邦宪法条款，或者废除或更

改一个现有的联邦宪法条款"。[1] 但是，瑞士联邦宪法规定的整体修改究竟能在多大程度上产生一部全新的宪法（即修改有关国家存在的类型和形式的政治决断），也许是颇有疑问的，因为瑞士宪法是纯粹的民主宪法，即便在"整体修改"的情况下，显然也不会有人认真地打算废除这种民主基础或民主政体。

如果用一项明确的宪法法规来禁止特定的宪法修正，这实际上仅仅确认了修改宪法与废止宪法的区别。

实例：1884年8月14日法国宪法律第二条规定："共和政体不得成为一项修正案的议题。"（La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision.）

如果明文禁止违背宪法精神或原则的修宪行为，情况就更是如此了。

实例：1814年5月17日的挪威宪法第一一二条规定，"若经验证明挪威王国现行宪法（Verfassung=Grundlot，在拉费里埃［Laferrière］和巴特比［Batbie］的法文版汇编［第391页］中被译作 Loi fondamentale［根本法］，在我的同事沃尔加斯特博士［Dr. Wolgast］给我提供的一份官方译文中被译作 Constitution［宪法］）之任何部分需要修改……（以下是修改的程序）。然此种修改（在前已提及的法文版汇编中作 changement，在官方译文中作 amendement）不得与本宪法之原则相抵触；其更改范围仅限于特 106

[1] 参见该书，第396页及以下。

定之个别规定，而不得触及本宪法之精神。”[1]

迄今为止的宪法理论几乎没有讨论宪法修改权或修正权的限度问题。马伯里（William L. Marbury）的论文《修宪权的限度》（The Limitation Upon the Amending Power）是一个值得重视的例外。[2] 马伯里在论文中说得很有道理：修改和补充宪法的权力不能毫无限制，授予这种权力也不是为了废止宪法本身。

> 这篇文章的作者提出如下论点作为根据：美国联邦宪法第五条已经含有对修宪权的限制了，因为该条规定，无论何州，未经其同意，不得剥夺其在参议院之平等投票权。文章的实际目的是要促请美国最高法院复审1919年第十八条宪法修正案（禁止酒类的生产、销售、运输和进出口）的有效性。该宪法修正案是按规定的修宪程序形成的，因此，对其有效性进行复审，这就等于确认了修宪权的客观限度。不过，最高法院没有进行这种复审，马伯里的这篇文章当然也就未能达成其实际目的。但是，这

---

[1] 参见沃尔加斯特，《挪威的法官审查权限》（Die richterliche Prüfungszuständigkeit in Norwegen），Hirths Annalen，1922/3，第330页及以下。针对根据第一一二条制定出来的法律，挪威人的流行观点（Morgenstirne）似乎也接受了法官审查权。关于1913年的宪法修正案（根据此项修正案，宪法的修改由议会议决通过，无需国王参与），参见卡斯特贝尔格（F. Castberg），《1914—1921年挪威的宪法立法》（Die verfassungsrechtliche Gesetzgebung in Norwegen in den Jahren 1914—1921），载 *Jahrb. öR.* XI，1922，第227页；另参见莫根斯蒂尔纳（Morgenstierne），载 *Jahrb. ö. R.* VIII（1914），第373页及以下；埃里希（Erich），《君主政体的本质和前景研究》（Studien über das Wesen und die Zukunft der monarchischen Staatsform），载 *Blätter für vergl. Rechtswissenschaft*，1918，第184页及以下。另外，从第一一二条这样的规定还可以清楚地看出，其本身不能按宪法修改程序予以废除。

[2] 参见 *Harvard Law Review*，33，1919/20，第223页及以下。

番努力不能说是毫无成效、毫无意义的。实际上，最高法院将这个问题暂时搁置起来了。[1] 马伯里文章的核心思想是，宪法赋予的修宪权原则上要受到限制，宪法本身作为基础必须不受任何触动；若按修宪程序颁布普通法律以防止修改，这是对修宪权的滥用。无论如何，这个思想是正确的，迟早会显示出其实际意义。

(3) 修改宪法不是打破宪法（参见 I，4）。在打破宪法时并没有 107
修改宪法法规，而只是在个别情况下（在其他情况下仍然一般地维持宪法法规的有效性）作出了一项偏离规范的规定。因此，在这里，不仅没有修改宪法律，而且还恰恰预设了如下情形：宪法律一如既往地继续有效。这种打破按其本质就是临时措施，而不是规范，当然就不是法治国意义上的法律，从而也不是宪法律；其必要性产生于个别的特殊情形，产生于意外的反常情况。如果为了维护整体的政治存在而打破宪法，采取临时措施，这就说明存在高于单纯的规范。谁有权且能够采取这种行动，谁就在行使主权。因此，从法制史上看，自 16 世纪以来，主权和“绝对王权主义”的问题一直都涉及打破具有正当性的现行秩序的问题。君主“不受法律拘束”（legibus solutus），也就是说，他有权且能够为了维护政治存在而采取适合于具体情况的必要措施，在此过程中不受现行法律和协议的拘束。关于这一点，基尔克说，“人们当然同意，立法者在修改和废止规范时能够达到确立规范时的那种程度。但是，自从 16 世纪初以来，围绕下述问题发生了激烈的辩论：直至采取可能的废止行动为止，立法者本人是否要受到他自己或者他的前任制定的法律的拘束？”[2] 立法者作为立法者只

---

[1] 参见兰贝特（Eduard Lambert）在《法官的政府》（*Le Gouvernement des juges*）中的阐述，Paris，1921，第 112 页及以下。

[2] 参见基尔克，《阿尔特胡修斯》，第 281 页。

能制定法律，不能打破法律；这个问题并不涉及立法过程，而是涉及主权，涉及存在高于规范的状况。即便对一个近代法治国而言，这类打破法律的行为也是衡量主权的标准。困难在于，国民法治国有一个基本观念，认为可以将一切国家权力的整个实施彻底囊括和限定在成文法的范围内。于是，任何主体（不管是专制君主，还是达到了政治上的自觉的人民）的任何政治行动，甚至任何主权，都不再具有可能性。人们不得不提出各种各样的虚假观念：要么认为主权已经不复存
108 在了，要么认为“宪法”，更准确地说，宪法法规才拥有主权（这些说法骨子里都一样）（参见第一章，II，第 8 页）。但实际上，根本政治决断恰恰不受规范的限定。因此，绝对规范的神话所造成的唯一后果是，谁也不去追究像主权这样一个根本问题，而是任其晦暗不明。在这种情况下，人们就采取一种*假主权行为*的方法来实施那些无可回避的主权行为。

主管一项宪法修正的机构肯定不会因为这种权限而成为主权者，从前面的论述中可以看出，这一点是不言而喻的。同样，这类机构也不会成为制宪权主体或拥有者。而且，也不可能将比如说“程序”本身描述成“主权者”，因为这样做只会产生出又一个虚构的人格化实体，其实什么问题也说明不了。另一方面，认为立法者有权打破法律，负责修宪的立法者有权打破宪法法规，这是很容易理解的。如果打破宪法的行为有了政治上的必要性，对宪法的尊重就会以如下方式表现出来：即在不修改宪法律条文的情况下遵循宪法修改的程序。只要这种方法不至于被滥用，就可以认为，它与宪法的精神并不矛盾。比尔芬格（Carl Bilfinger）说得很中肯，这种方法“作为一种虽不正确却也并不直接违宪的程序受到了普遍接受（如同在革命前那样）。即便在新宪法下，打破宪法也成了一种经常性的实践；这种实践最终在民国‘修宪’法律的公布语式（‘经确认，宪法修正案的条件已经

满足'）中表达出来。"[1] 但是，不能认为，只要经过了宪法修正案的途径（在德意志民国，按照魏玛宪法第七十六条规定的程序），随便什么违宪行为都可以得到允许，都可以不算违宪；也不能认为，如果要求明确修改宪法律的条文，禁止"暗中"打破宪法律，这就算是取得了一点进展。如果有人持这样的看法，那是完全错误的。[2] 其实，109
有必要始终意识到宪法修正案与纯粹主权行为的差异，并且正确地认识到，根据魏玛宪法目前的实践来看，第七十六条的程序服务于两个完全不同的目标：（一）宪法律的修改程序；（二）使假的主权行为成为可能。

迄今为止，魏玛宪法第七十六条的适用导致了这样一个结果——即按照魏玛宪法第七十六条的程序、以宪法修正案的形式不加区分地制定出打破宪法法规的个别法令。许多负有责任的政治家对这种实践在政治上和宪法上的影响似乎并无太强的意识，像普鲁斯[3] 和特里佩尔[4] 这样一批杰出的国家法学家对此提出异议，是完全可以理解的。如果针对某一特定事项制定宪法修正案，并且通过这一宪法修正案排除举行公民投票的提议（依照第七十三条），正如帝国政府在货币升值问题上以所谓的抑制法案（Abdrosselungsgesetz）所要做的那样，这毫无疑问是一种超出了惯常容许范围的主权行为。[5] 相反，针对某一特定类型的待决讼案（例如，关于先前执掌统治权的邦君家族

---

[1] 参见 AöR. 11，1926，第 174 页。另参见特里佩尔的有关论述，1924 年第三十三届德国法学家大会，*Verhandlungen*，第 48 页。

[2] 参见 1924 年第三十三届德国法学家大会的讨论，尤其是多纳（Grafen zu Dohna）的评论文章。

[3] DJZ. 1924，Sp. 653.

[4] DJZ. 1926，Sp. 845.

[5] 参见特里佩尔，DJZ.，1926，Sp. 845；拙著，《公民投票与人民动议》（*Volksentscheid und Volksbegehren*），1927，第 17 页。

的财产的讼案）而制定的禁运法，按照魏玛宪法第七十六条的程序可以得到准许；但是，如前所述，我们不应忽略了一个基本事实：这里涉及一种假的主权行为。

（4）修改宪法不是临时中止宪法（参见I，5）。个别或全部宪法法规的临时失效经常被说成是“宪法”的失效或临时中止，这是很不准确的。人们显然不能使真正意义上的宪法——即有关一个民族的存在形式的根本政治决断——临时失效，但也许能够使为了实施真正意义上的宪法而颁布的一般宪法法规临时失效，而这样做的目的又恰恰
110 是为了维护根本政治决断，尤其是一些旨在保护公民自由的典型法治国规范容易被临时中止。正如下文还将进一步阐明的，这些规范并非产生于真正的政治存在形式的原则，而仅仅涉及政治活动的限度；因此，当政治存在形式受到危害时，它们就必然对国家的自卫构成障碍。在战争和叛乱等危险时刻，公共安全和秩序陷入紊乱，于是，这些宪法律限制就被临时中止了。在这种情况下，旨在保护公民自由的宪法法规和普通法规不仅在个别事例中被打破，而且在一段特定的时间内被宣布失效。这样一来，政治行动的障碍（它构成了这些法规的真正目标和内容）在这段时间内就被排除了。

这类情形再清楚不过地表明了，近代宪政国家按其结构来看包含着两个完全不同的要素：既按国民法治国原则对国家权力施行一系列**限制**，又有一个**政治活动**的系统（不管是君主制系统，还是民主制系统）。国民法治国的自由主义代言人忽略了这个问题，满腹狐疑地反对非常状态、战争状态、戒严状态等等；他们不满足于效法英国——公民自由的典范国家——的榜样，因为在那里，如果遇到内部骚乱，就连1679年5月27日的人身保护法（Habeas-Corpus-Akte）也会被临时中止。1787年美国联邦宪法

第一条第九款第二项规定了临时中止人身保护令的可能性。[1]共和八年雾月二十二日的法国宪法（1799年12月13日的执政府宪法）提供了临时中止“宪法”的第一个实例。宪法第九十二条规定，无论在什么地区，如果发生了危及国家安全的武装暴动，可以针对该地区临时中止宪法；这种情形被称为“临时中止宪法的统治权”（suspension de l'empire de la constitution）。这种表达方式可通过如下事实来加以解释：人们仅仅将宪法的国民法治国要素（基本权利和权力分立）看成是宪法（参见第四章，第38页），并将它与宪法等同起来。1831年比利时宪法第一三零条也应作如是观：按照该条的规定，宪法既不能全部中止，亦不能部分中止（La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie）。

在19世纪，所谓的戒严状态、战争状态或非常状态已发展成一种法律制度；某些特定的宪法法规，尤其是宪法律保障的接受法定法官审判的权利、人身自由权、集会自由权、出版自由权等等，可被临时中止。于是，为防止国家机关随意侵入这个自由领域而设立的保障机制就在一个受法律规制的范围内被取消了。1851年6月4日普鲁士戒严法（根据1871年德意志帝国宪法第六十八条的规定，该戒严法在战争期间适用于除巴伐利亚以外的全帝国）第五条列举了若干可在一定的时期和地区内宣布失效的条款：第五条（人身自由）、第六条（居所不受侵犯）、第七条（法定法官）、第二十七、二十八条（言论自由、出版自由）、第二十九条（集会自由）、第三十条（结社自由）、第三十六条（通过民政机关镇压内乱、执行法律，经其请求，可凭借武装力量达此目的）。

---

[1] 【中译者注】美国宪法第一条第九款：“人身保护令特权不得中止，唯遇内乱或外患，公共治安需要停止此项特权时，不在此限。”

111　魏玛宪法第四十八条第二项第二句规定，民国总统得临时将七个宪法条款规定的基本权利之全部或一部停止之：第一一四条（人身自由）、第一一五条（居所不受侵犯）、第一一七条（书信秘密）、第一一八条（言论自由，尤其是出版自由）、第一二三条（集会自由）、第一二四条（结社自由）、第一五三条（私有财产）。

被宣布失效的宪法法规在失效期间不再具有任何效力，包含在其中的对官方活动的宪法律限制对所有的主管机关来说都失去了效力；无论是这些宪法法规，还是以此为依据的法律规范都不再限制主管机关的行为。有鉴于此，这种临时中止既不意味着在个别情形下打破宪法（因为在这里并没有违反任何现行法规，而是取消了它的有效性），也不意味着修改宪法（因为这种临时中止总有一个时限，一旦期满，被临时中止的法规又会原封不动地继续发生效力）。

魏玛宪法第四十八条第二项第一句规定，民国总统有权按其本人的裁量采取一切必要的**措施**恢复公共安全和秩序。该句规定了典型的专政权，其本质在于：（一）专政者有权根据具体情况采取各种措施，这些措施既不是立法行为，也不是司法行为，不可能遵循任何规定程序；（二）授权的内容并没有按事实情况预先加以限定，而是取决于受权者的裁量。因此，在这里，并不存在一般规范和按事实情况加以限定的授权范围。权力的内容仅仅取决于如下条件：受权者根据具体情况认为应采取某一必要措施（参见第六章，II，9，(2)，第 59 页）。魏玛宪法第四十八条第二项第二句授予民国总统另外一项完全不同的权力，即临时中止该句列举的七个基本权利条款的权力；这里所说的“临时中止”是指“**宣布无效**”而言。总统被授权根据具体情况采取一切必要的**措施**，这仅仅意味着总统可以在不顾法律限制的情况下积极采取措施和**行动**，打破法规，而并不意味着总统可以宣布法规失效。

民国总统的第二项权力超越了单纯采取积极措施的权力，是宣布法规失效的权力。不过，这项权力的实施范围仅限于第二句列举的七个有关公民基本权利的条款。

对魏玛宪法第四十八条第二项的这种解释遭到了格劳的反对。格劳提出“宪法不容侵犯”（Unantastbarkeit der Verfassung）的理论，并对它作了颇为有力、不乏真知灼见的辩护。[1] 这种理论乃基于一个完全正确的思想：即便对广泛的委托专政权而 112
言，宪法也必须是不容侵犯的。不过，还没有人理智地对这一思想提出过异议。问题并不在于宪法是否不容侵犯——这是不言而喻的，而在于这里的“宪法”究竟是什么意思。格劳的观点不加批判地接受了前文反复讨论过的一个混淆，将真正意义上的**宪法**与一切个别的**宪法法规**等量齐观了。按照魏玛宪法第四十八条，民国总统的委托专政权旨在捍卫**公共安全和秩序**，亦即现行宪法。捍卫宪法与捍卫个别的宪法法规根本不是一回事，正如宪法的不容侵犯与个别宪法法规的不容侵犯不是一回事一样。如果一切个别的宪法法规甚至对非常权力[2]来说也是“不容侵犯的”，那就会导致这样一个后果：为了捍卫形式和相对意义上的宪法律而不去捍卫实定和实质意义上的宪法。在这种情况下，魏玛宪法第四十八条第二项的目标就会转向其反面：并非宪法不容侵犯，而是个别的宪法法规不容侵犯；宪法法规“不容侵犯”，这就是说，它对有效捍卫宪法来说构成了不可逾越的障碍。

III. 宪法诉讼（Verfassungsstreitigkeiten）。只有正确地理解了宪法

---

[1] 参见《民国总统的专政权》（Die Diktatur des Reichspräsidenten），Berlin，1923，*Verhandlungen des Deutschen Juristentages, 1925; Gedächtnisschrift für Emil Seckel*，1927，第430页及以下。

[2] 【中译者注】从上下文看，此处的“非常权力”指非常状态下的专政权。

概念，才有可能获得宪法诉讼的概念。一个利害关系人可能因为发生了违反宪法法规的情况而提起诉讼，但是，并非针对任何违反宪法法规的情况而提起的任何诉讼都构成了真正意义上的（或者用黑内尔的说法，“显著意义上的”[1]）宪法诉讼。

1. 宪法诉讼不是宪法诉愿（Verfassungsbeschwerde），亦即不是个人的一般法律救济（Rechtsmittel），后者旨在认定行政机关的一项行为侵害了受宪法律保护的权利。

宪法诉愿的实例：1874年5月4日瑞士联邦宪法第一一三条第三款规定，“因公民之合宪权利受到侵害而提起的控诉”由联邦法院判决之。但是，按照1893年3月22日组织法第一七八条第一款的规定，只有当一个邦或邦（而非联邦）行政机关侵犯了受宪法保护的权利时，才能按照第一一三条的控诉程序在联邦法院的法庭上加以训责。除此而外，就几乎没有什么限制了。每个有行为能力的居民，无论是本国人还是外国人，均可对一项行政机关行为、一项邦法律、一项判决或一项行政措施提出异议，只要他能够提出理由，表明确实存在着违反联邦宪法或邦宪法之客观法的情形。即便基本权利（尤其是重要的个人权利）仅由普通法律予以保障，在发生侵权行为时，个人也会受到保护。为了对控诉作出裁决，可以动用一项普通法律。这样一来，联邦法院
113 就监督着各邦的全部国家活动。特别值得注意的是人们经常讨论的瑞士联邦宪法第四条（全体瑞士人在法律面前一律平等），这个条款使广泛的监督成为可能，尤其是，甚至不需要侵犯控诉人主观权利的情形存在，控诉人就可以成为适格的原告主体，而且在客观法发生反射作用时，法律救济也被提供出来。[2] 这种

[1] 参见《瑞士联邦国家法》，第567页。

[2] 参见弗莱纳，同上引书，第445—446页。

一般宪法诉愿被称为“国家法上诉”，它不仅具有为个人提供法律保护的意义，而且还具有国家法——更准确地说，联邦国家法——的意义。弗莱纳认为，前面提到的1893年组织法的限制（针对邦的行为而非联邦行为的上诉）是违宪的[1]，不过，需要注意的是，此一规定的独特的联邦国家法理由恰恰表现在这种限制中。

2. 在德国国家法学中，“宪法诉讼”一词包含两个要素，从而获得了特殊的含义。

（1）第一个要素是联邦宪法的结构。在这里，无论是涉及一个邦联的宪法，还是涉及一个联邦的宪法，都没有任何分别。联邦本身对成员邦内部的宪法诉讼有一种政治上的、国家法上的兴趣，这种兴趣不同于对宪法诉愿的兴趣和一般的监督兴趣。在德国联邦国家法的法制史历程中，这一点在19世纪导致了一系列特殊制度。大凡联邦都要建立在成员邦的同质性原则之上，尤其重要的是，各成员邦的宪法必须体现出最低限度的同质性（参见第二十九章）。因此，一切联邦都拥有某些干预权，在德意志邦联时期，这种权利被称为“干涉”（Dazwischenkunft）权。另一方面，各成员邦为了自身的独立性，总是尽量避免这种干涉。于是，在成员邦内部就产生了一种特殊的宪法诉讼规章。宪法诉讼可以以联邦为中介，通过仲裁庭或法庭，或按联邦立法程序予以解决。成员邦内部的一项真正的宪法诉讼并非直接地引起联邦的关注；无论如何，它必须在某些特定前提下才会引起联邦的关注，并由此而成为一桩联邦事务。这样，宪法诉讼的概念经由1834年10月30日德意志邦联会议的一项决议案而被引入德国国家法，

[1] 参见《瑞士联邦国家法》，第443页。

就完全可以理解了。[1]

114　（2）第二个要素是德国*立宪君主*制的结构。这种结构是君主制原则和民主制原则的中间状态，职是之故，可以采取二元的方式将政府与各等级、君主与人民代议机关视为对峙的双方，它们之间的关系由宪法予以调节。这样一来，就可以将宪法视为一种协议（参见第七章，II，2），协议双方分别是政府和人民代议机关。在这种情况下，宪法诉讼就不仅通过诉讼标的（宪法），而且还通过诉讼双方（政府和人民代议机关）予以确定。

毫无疑问，“宪法诉讼”一词通过上面提到的邦联决议案而获得了明确界定，只有政府与人民代议机关之间的争端才能称为宪法诉讼。无论如何，1871 年帝国宪法第七十六条第二项始终在这个意义上使用“宪法诉讼”一词。

> “有些邦的宪法没有指定一个裁决此种争端的机构。在这种情况下，应诉讼一方的请求，联邦参议院必须友善地调解这些邦的宪法争端；若调解无效，则按帝国的立法程序予以解决。”联邦参议院的实践符合对宪法诉讼概念的有历史根据的理解，国家

---

[1] 在一个成员邦内部，“政府与各等级之间有可能在宪法解释上或在君主于行使某些特定权利时授予各等级的参与权的限度问题上发生错误（为了维持与邦宪法确定的邦联义务相符合的政府，需要采取必要的手段，当人们拒绝采取这种手段时，就尤其容易发生这样的错误），而此时，一切合宪的、可与法律相协调的途径”又不能奏效。按照 1834 年邦联决议案（1834 年德意志邦联会议协定，第 927 页及以下），如果遇到这种情形，成员邦在请求邦联干预之前，有义务将这类争端交给仲裁法官予以裁定。参见察哈里埃（Zachariae），《德意志邦联法》（*Das deutsche Bundesrecht*），II，1854，第 279 节，第 770 页；施特鲁维（G. v. Struve），《德意志邦联的公法》，II，1846，第 39 页。

法学家们的主导思想也同样如此。[1]

魏玛宪法第十九条规定，若在任一邦内发生了宪法诉讼，须由最高法院予以裁定。根据1921年7月9日的民国法律[2]，设立了最高法院。魏玛宪法第十九条的规定完全处于德意志联邦国家法的发展限度内；它并没有引入像瑞士的宪法诉愿那样的联邦监督机制，而是预设了德国法的宪法诉讼概念。在魏玛宪法的协商过程中，这一点明确 115
而突出地表现出来。[3]

3. 在国家法文献中，对魏玛宪法第十九条中“宪法诉讼”一词的解释已经导致了许多远离该词的历史发展的思想。[4]

---

[1] 参见拉班特，《国家法》，第一卷，第261页；赛德尔，《评注》，第407页；黑内尔，《国家法》，I，第568页（至少在通常情况下是这样；只有在非常条件下，它才肯给予个别国民或没有组织起来的代表机构的个别成员以提起宪法诉讼的权利）。

[2] 参见 *RGBl.*，第905页。

[3] 参见 *Prot.*，第411页。卡尔将一切以宪法为标的的争端——即便它并非发生在政府与代议机关之间——称为宪法诉讼；民国司法部茨威格特（Zweigert）枢密顾问则反对这种观点。

[4] 多泽（Dose）在提交给基尔大学的博士论文《最高法院裁决宪法诉讼的权限》（*Die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes zur Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten*，1923）中提供了严格意义上的历史解释。按照相反的解释，每个国民都能够成为宪法诉讼的适格当事人。参见珀奇，《评注》，第72页（“谁成为宪法诉讼的当事人，都完全一样”）；同一作者，载 *AöR.* 42，第91页及以下（但是对基本权利的问题有所保留）；安许茨，《评注》，第106页；基泽，《评注》，第101页（“就连国民”）。按照第三种观点，只有最高国家机关或其部门才能提起诉讼，参见耶利内克，《宪法与行政》（Verfassung und Verwaltung），*Staatskunde*，II，1925，第29页。德意志民国最高法院迄今为止的实践在承认当事人能力和原告适格方面走得相当远。被承认为诉讼当事方的例子有：邦议会的某些派别起诉国家的一个部（1921年7月12日临时最高法院的判决，有关情况见 *AöR.* 42，第79页，其中珀奇的评论很值得注意；1925年11月21日的判决，见 *RGZ.*，第一一二卷，第1页）；原直属皇帝和中央的帝国贵族的拿（转下页）

传统的历史解释将宪法诉讼局限于政府与人民代议机关之间的争端。时至今日，已经很难按其旧有的素朴形式继续坚持这种解释了。只有当宪法——它带有立宪君主制的典型二元结构——能够被看成是君主与各等级、政府与人民代议机关之间的协议时，这种解释才能成立。在一部由人民凭借其制宪权制定的纯粹民主宪法中，这种协议关系已经不复存在了，当然也就无所谓什么协议双方了。另一方面，应当坚持的一点是，并非任何利害关系人因为任何宪法法规而提起的任
116 何诉讼均可视为宪法诉讼；即便在这里，也必须将宪法与个别的宪法法规区别开来。因此，不应给予每个国民，甚至每个“世界公民”，以一切形式的不受限制的民众控告权。魏玛宪法第十九条并不具有如下含义：保护宪法的任务一般应交给国民来承担。

> 确有一些宪法将保护宪法和维护一切合宪权利的任务一般性地交托给国民。1848年11月14日法国宪法第一一零条规定，“国民议会将本宪法及其所认可的权利交托给全体法国人民予以保护，并委之于全体法国人民的爱国心。”当路易·拿破仑总统因在罗马共和国的问题上为了教宗的利益公然侵犯人民代表的合宪权利而受到指责时，左翼党派的一个少数派曾于1849年6月12日企图根据宪法第一一零条的规定征召巴黎市民入伍，举行武装反抗。这个计划极其可悲地失败了。[1]

（接上页）骚地方小组起诉普鲁士政府的一个部，1924年5月10日的判决（*RGZ.*, 111，第1、5页：“因此，申请人声称对其财产和家庭关系有自我立法的权利，此种权利不仅仅来源于邦政府权力的转让……关于该项权利的存在和范围的争端属于民国宪法第十九条规定的宪法诉讼”）；乡镇（DJZ. 1922，Sp. 427）；等等。

[1] 参见布儒瓦（Emil Bourgeois）和克莱蒙（E. Clermont），《罗马与拿破仑三世》（*Rome et Napoleon III*），Paris，1907，第190—191页。

魏玛宪法规定，每个国民均享有请愿权（第一二六条）；魏玛宪法又规定，国民的少数可以提议举行公民投票，并通过这一程序引致一次公民复决（第七十三条第二项），或者也可以启动人民立法程序（第七十四条第三项）。但是，魏玛宪法既没有规定以违反宪法律为依据的一般民众控告权，也没有规定个人的武装抵抗权。民主制原则并未产生出任何支持个人的一般控告权或起诉权的东西。

在宪法诉讼中，各方角色的界限很不确定，甚至可以说十分紊乱。归根结底，造成这种情况的原因是，魏玛宪法如同一切近代宪法一样，混合了自由（法治国）与民主（政治）两种成分（参见第十六章）。如果采纳一种首尾一贯的、纯粹个人主义—自由主义的解释，而这种解释又忽视了宪法的一切特殊的政治结构要素（不管是君主制的，还是民主制的，还是联邦国家的），那就必然会赋予每个人（不光是每个公民）以控告权，只要发生了违反客观法的情况，就可以起诉国家。于是，最高法院就变成了一个高于国家并针对国家而设立的法院；只要违反了一项法律，就同时违反了宪法。在这种情况下，将宪法诉讼仅仅限制于一邦内部的宪法诉讼，就显得不可理解了，而且，正如 W. 耶利内克（同上引书，第 29 页）指出的，还必定出现一个“奇怪的”现象，即没有为民国的宪法诉讼预定一个裁决争端的机构。

与此相反，必须坚持的一点是，“并非一切关于宪法条款的 117
含义的争端都是宪法争端。是不是宪法争端，这要根据争端的主体而定。”[1] 负责裁决宪法争端的最高法院只应裁决那些涉及宪法而非涉及宪法律细节的争端。因此，只有宪法的“主要机关”(Hauptorgane)[2] 才能作为这种争端的当事各方予以考虑，也就是说，只有那些直接负责组织和实施宪法的根本政治决断的最高机关——从迄今为止的情况来看，主要是议会和政府——才能成为宪法诉讼的当

[1] 托马，载 *AöR*. 43，第 283 页。

[2] 黑内尔语，参见上引书，第 92 页。

事各方；除此而外，其他的最高机关能否成为当事各方，这要根据政治组织的特点而定。只有这些主要机关才有可能直接违反宪法，也只有在这些机关之间才有可能发生真正的宪法争端。如果最高法院迄今为止的实践进一步扩展了当事人的行为能力，尤其是将邦议会的少数人作为宪法争端的当事人予以承认，人们就可以让这种扩展作为宪法习惯发生效力。相反，1924 年 5 月 10 日的判决[1]将先前直属皇帝和中央的帝国贵族的一个地方小组当作宪法争端的一方来对待，大概就走得太远了。

4. 另外一个问题是，对宪法律解释的怀疑以及相关的意见分歧在多大程度上最好按司法形式的程序予以解决。为了裁决这类疑难问题，尤其是为了裁决一项法律或法规是否与宪法法规相符的问题，可以设立一种司法形式的特殊程序，让一个被称为“最高法院”甚或“宪法法院”（Verfassungsgerichtshof）的机关据此作出裁决。[2]

118　就德意志民国而言，也许会很自然地，而且是以宪法修正案的形式作出如下规定：任何国家机关、社团甚至个别国民都可以让法院对

---

[1]　参见 *RGZ.* 111，第 5 页。

[2]　1921 年 3 月 9 日捷克斯洛伐克的一项法律规定，“宪法法院专门负责裁决一项法律或紧急命令是否与宪法相抵触。”1920 年 10 月 1 日奥地利联邦宪法第一三九、一四零条规定设立一个“宪法法院”。有关德意志民国的情况，参见特里佩尔在第三十三届德国法学家代表大会上所提的建议，*Verhandlungen*，Berlin，1925，第 64 页；另参见耶利内克的文章，载 *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehre*，1925，Heft 2，第 38 页及以下；以及刊于格劳论文中的民国法律和法令合宪性的审查法草案，载 *AöR.* N. F. 11，1926，第 287 页及以下。据该草案第一条，若在“民国法的法规是否与民国宪法相抵触”的问题上发生了疑义和争执，由德意志民国最高法院（根据 1921 年 7 月 9 日最高法院法第十八条第一项）予以裁决。国会、参议院或政府可以对最高法院的裁决提出上诉。格劳对真正的最高法院与宪法法院进行了区分：委任最高法院的目的是要让它凭着司法独立性在不同的政治要素之间作出裁决，后者“必须作为宪法的受托者、在宪法的问题上一般性地代替其他法院作出裁决”。

一项法律或法规是否违反了魏玛宪法的宪法法规作出裁决。魏玛宪法的个别宪法法规引起了许多的疑难情况。在遇到这种情况时，人们显然会赞成设立一个负责解释宪法的法院。在第三十三届德国法学家代表大会（1924）上，多纳和特里佩尔就提出了这种主张；在第三十六届德国法学家代表大会（1926）上，安许茨和蒙德（Mende）再度提出了这种主张。事实上，针对先前的立宪君主制宪法的含混性，格奈斯特早就提出了相同的要求，而在当时，这是作为法治国的要求提出的。[1] 不过，负责裁决宪法律的一切解释争端的法院其实是一个具有高度政治性质的机关，原因在于，它还必须裁决——而且必须首先裁决——那些因延迟性的形式妥协（参见第三章，III，第 31 页）的特点而发生的疑义和争执，实际上还要作出已用妥协的办法推迟了的实质性决断。因此，在当今的德意志民国，为了设立这样一个法院，就不可避免地要根据魏玛宪法第七十六条走宪法修正案的道路。

在这里，将法律问题与政治问题分开，设想可以将国家法事务非政治化（实际上是非国家化），这是一种模糊的向壁虚构。安许茨想让德意志民国最高法院来裁决涉及民国宪法的解释和适用的一切争端，不过，他又认为，法院只能裁决法律问题（不同于政治问题），这是“不言而喻的”。他说，“我不认为，对此还有其他什么可说的。”[2] 我担心，在这一点上问题才刚刚开始。因此，政治机关而非徒有司法外表的法院才能作出更诚实的决断（像拿破仑时代的宪法设立的那种“元老院”，就可以作为这种政治机关的例子；这些宪法规定由一个所谓的元老院来维护宪 119

[1] 参见《法治国》（*Der Rechtsstaat*），1872。

[2] 参见 *Verhandlungen des Deutschen Juristentages*，1926，Berlin，1927，第 13 页。

法）。[1] 否则，就存在这样一个危险——即不会出现政治的司法化，而会出现有损于司法声誉的司法的政治化。

IV. *在涉及叛逆罪时，作为攻击对象和保护对象的宪法*。从根本上看，有关叛逆罪的刑法规定旨在维护宪法。叛逆罪在刑法上的构成要件首先涉及对宪法的“攻击”，除此而外，其他的攻击对象（如君主的人身或国家领土），就一般意义而论，则退居次要地位。在一个建基于君主制原则从而以君主为制宪权主体的国家，只要攻击了君主的人身，就直接等于攻击了宪法本身。不过，最重要的叛逆罪是狭义的宪法叛逆罪，在今天，其构成要件大多有如下的限定：这种叛逆罪是“用暴力手段更改宪法”的行为。[2]

有关“更改宪法”的构成要件的刑法文献表明，不能将个别的宪法律全都归入宪法的范畴，所谓的形式宪法概念会导致不折不扣的荒唐后果。事实上，唯有“国家的根本制度”或“政治生活的基础”才能称为宪法。有人正确地强调说，“并非一切攻击宪法原本和违反宪法法规的行为”都构成了宪法叛逆罪，“宪法叛逆罪要比一切宪法原本都更为古老，我们的宪法包含着具有不同程度重要性的各种法规”（宾丁语）。因此，即便在较早的有关叛逆罪的刑法规定中，也包含着构成要件的各种限定条件，它们比“更改宪法”这个意义模糊的词语
120 更好地说明了这是怎么一回事。普鲁士民法典（第二编）规定，一切

---

[1] 例如，可参见共和八年（1799）宪法第二编第十五条及随后各条；共和十二年（1803）元老院决议第八编第五十七条及随后各条；1852 年 1 月 14 日宪法第四编第二十九条；1867 年 3 月 14 日元老院决议第二十六条。

[2] 1871 年帝国刑法典第八十一条第二款：“凡试图以暴力手段更改……德意志联邦或某邦宪法者”；1917 年国会草案第八十六条：“凡凭借暴力或暴力之威胁更改帝国或某邦宪法者”；1926 年国会草案第八十五条也有相同的内容（参见舍费尔［Leopold Schäfer］对德国的几个刑法草案的对观性描述，Mannheim，1927，第 62—63 页）。

“旨在以暴力手段推翻国家宪法”的行为均构成叛逆罪，这为以后的界定提供了一个蓝本。其他刑法规定用了这样的词句：宪法被压制，整个地或部分地被推翻，或者宪法的主要因素被弃置，如此等等。但是，即便在这里，显然也处处有必要将实定和实质意义上的宪法与个别的宪法法规区别开来。[1]

因此，叛逆罪仅限于对实定宪法[2]的攻击。此外还有一个问题：由于对废弃宪法和废止宪法这两种行为作了必要的区分[3]，这是否会在叛逆罪的构成要件内部产生出进一步的区分？按照叛逆罪在当今刑法理论和实践中的通常定义，这些重要区分只有在刑罚裁量中才会产生效果。但是，在这里，它们必然会非常明确地突现出来。原因在于，如果一项行动只是要激活人民制宪权，因而实际上只是对人民——其制宪权有可能被一个组织和权力系统扼杀——发出的吁求，那是一回事；但是，如果一项行动是要废除人民制宪权本身，并且此种叛逆行动旨在恢复君主制原则或实行无产阶级专政，那就是另一回 121

---

[1] 有关的刑法文献在这个问题上的观点完全一样：卡尔克（F. van Calker）对刑法的比较性描述，Besonderer Teil，1906，第 19 页；李斯特（v. Liszt），20. *Aufl.*，第 551 页；弗兰克（Frank）对第八十一、八十二条的评注二；尤其是宾丁，《德国普通刑法教科书》，Besonderer Teil II，2，第 435 页；多纳，*Deutsche Jur. Ztg*，1922，Sp. 81/82（论一项对应法律的草案）：“只有当人们断定，叛逆罪旨在改变国家的法律结构，才能有把握地将作为自足的事实构成的叛逆罪与不应这样描述的对国家机关的攻击区别开来。”进一步的文献，可参见 H. 安许茨提交给海德堡大学的博士论文，《宪法关于叛逆罪之构成要件的概念》，1926，第 28 页及以下（手稿）。最高法院试图作出正确的区分（参见 *Sächs. Arch.* III，第 366 页）：“必须认为，如果法律（刑法）所涉及的是宪法，它指的就是宪法原本。并非宪法文本中的一切规定都能成为违宪行为的对象。并非一切旨在颠覆合宪机关的尝试都是对宪法的攻击。事实上，攻击对象仅限于那些奠定了国家政治生活之基础的宪法要素，根本无须考虑其规定是否恰好出现在宪法原本中。”

[2] 参见第三章提出的这种宪法概念，第 23 页。

[3] 参见第 99 页。

事了。对民主宪法而言，这两种行动显然有着天壤之别。同样，从君主国方面来看，是否应当用民主制原则来取代君主制原则，抑或在君主制的框架内发生了一起也许有利于君主政策的政变，这当然会引出完全不同的判断。

所有这些区分的实质在于，不能将“宪法”一类的概念分解成规范或规范要素。一个民族的政治统一体在宪法中有其具体的存在形式。对叛逆罪或叛国罪之类的不法行为作出规定，是为了维护政治存在，而不是为了维护修宪程序，也不是为了维护任何其他形式的有效性或规范性。因此，如果发生了叛逆罪或叛国罪之类的事实情况，也绝不能用下述理由来证明攻击宪法的行为的正当性：国家或国家机关未履行某项国际法义务，不遵守某项国际法法规，因而犯有过错。一个具有政治统一性的民族的具体存在优先于一切规范。

第二部分
近代宪法的法治国要素

第十二章　国民法治国的原则

I. 在这里，近代国民法治国宪法是指一种包括了当今大多数宪法的宪法类型。只是由于这个缘故，这种类型的宪法才被称为“近代的”。因此，这个词丝毫不含有进步、合乎时代或其他类似的价值判断。

1. 就其原则而言，近代国民法治国宪法符合资产阶级个人主义的宪法理想，而且其相符程度超乎寻常，人们经常直截了当地将这些原则与宪法等同起来，将“立宪国家”与“国民法治国”当作同义词来使用（参见第四章，第 36 页及以下）。这种类型的宪法首先包含一种涉及公民自由——人身自由、私有财产、契约自由、贸易和营业自由等等——的决断。国家仿佛是一个受到严密监督的社会服务机构，它要受制于一个完整自足的法规系统，或者干脆与这个规范系统等同起来。结果，除了规范或程序外，国家什么也不是。事实上，尽管强调合法性和规范性，但法治国从来都是一个国家，因此，除了特殊的国民法治国要素外，它还始终包含另外一个特殊的政治要素。[1] 有鉴于此，宪法不单是一个旨在保护个人免遭国家侵害的法规系统——这样的宪法根本就不存在。政治（das Politische）[2] 不能与国家——即一

---

[1] 关于这种结合和混合，参见第十六章，第 200 页。

[2] 【中译者注】施米特在谈论“政治”（das Politische）时经常使用名词化形容词，以与法国大革命以来的近代“政治”概念形成对比。参见斯特朗（Tracy B. Strong）（转下页）

个民族的政治统一体——分开，如果让国家法非政治化，那就不过是让国家法非国家化而已。毋宁说，法治国只是一切近代宪法的一个要素。因此，施塔尔（F. J. Stahl）针对法治国说的一段话至今还十分中
126 肯："它绝不是国家的目标和内容，而只是实现这些目标和内容的方法。"国民法治国理论的杰出代表格奈斯特在解释这句话时说，就连一切反对施塔尔观点的人也会"完全赞同他的说法"。[1]

不过，这一法治国要素对近代宪法具有重大意义，是近代宪法的典型特征，而且还构成了一个完整自足的原则系统。因此，有理由，也有必要对它进行个别描述和讨论。

2. 从其历史发展和至今仍占主导地位的基本模式来看，近代国民法治国宪法首先是一种自由宪法，而且这里所说的自由是特指公民自由而言。这种宪法的意义和目标（τέλος）首先不在于国家的权力和荣光，不在于孟德斯鸠在划分自由和荣誉时所说的"荣誉"（gloire）（参见第四章，第 38 页），而在于自由（liberté），即保护公民免于国家权力的滥用。正如康德所言，国民法治国宪法"首先是按作为人的社会成员的自由原则"而设立的。

> 康德说，"因此，公民状态作为一种单纯的法律状态，先验地建立在某些原则上：（一）作为人，每个社会成员都享有自

（接上页）为《政治的概念》英译本撰写的前言，Chicago，1996，第 xiv 页。乌尔门（Ulmen）在施米特《罗马天主教与政治形式》（*Römischer Katholizismus und Politische Form*）英译本说明中提到，施米特习惯于使用名词化形容词，例如"the political"（das Politische）、"the economic"（das Ökonomische）、"the religious"（das Religiöse）等，因为这些词语具有概念上的区分，被用来表示思想或实践活动的领域。参见乌尔门导言，Westport，Conn.，1996，第 xli 页。

[1] 参见施塔尔，《国家学说和法律学说》（*Staats- und Rechtslehre*），II，第 137 页；格奈斯特，《法治国》（*Der Rechtsstaat*），1872，第 60 页。

由；（二）作为臣民，每个社会成员都与其他社会成员平等；（三）作为公民，国家的每个成员都是独立的。”[1]在这里，康德的说法很值得注意，因为它极其清楚而又决定性地表达了资产阶级启蒙运动的这些原则性概念。时至今日，也没有新的思想基础来取代这些概念。

3. 公民自由的基本观念引出了两个结论，它们构成了一切近代宪法的两项涉及法治国要素的原则。首先是分配原则（Verteilungsprinzip）：个人的自由领域被预设为一种先于国家存在的东西，而且个人自由原则上不受限制；相反，国家干预这个领域的权力原则上要受到限制。其次是组织原则（Organisationsprinzip），用以贯彻这一分配原则：（原则上受到限制的）国家权力由几个机构共同分享，并被纳入一个受限定的权限系统。分配原则（原则上不受限制的个人自由和原则上受到限制的国家权力）通过一系列基本权利或自由权利体现出来；组织原则包含在权力分立的学说中，而所谓权力分立是指行使国家权力的几 127
个不同部门的区分，主要涉及立法、行政、司法的区分。这种划分和区分的目的是要让几种“权力”能够互相监督、互相拘束。因此，基本权利和权力分立构成了近代宪法的法治国要素的主要内容。

因此，前面引述过的1789年人权与公民权宣言第十六条完全有理由宣称，一个不规定基本权利、不实行权力分立的国家没有宪法，也就是说，没有与国民法治国的理想宪法概念相符的宪法。在康德看来，一切国家都拥有三种权力，也就是说，“共

[1] 参见康德，《论永久和平》，II，1；另参见《论国家法中理论与实践的关系》，Ausgabe Vorländer，Phil. Bibl. 47，第87页。

同意志具有三重人格：立法者、执政者和法官。”[1] 国家必须实行权力分立，才有“唯一合法的宪法”，才是一个“真正的共和国”，因为只有将立法者与法律的适用分开，与司法分开，“**法律的统治**”（与人治和专制相对）才能得到贯彻实施。一旦取消了这个区分，那就意味着“专制暴政”。[2] 就连黑格尔也坚持这一区分，尽管他不赞成那种机械的、抽象的划分。[3] 黑格尔在讨论德国宪法的早期著作（1802）中将专制政体称为无宪法的国家，这大概是因为1789年人权与公民权宣言第十六条给他留下了印象。

早在1789年宣言以前，这种思想就在北美的一些宪法中表达出来。弗吉尼亚权利宣言（1776）第五条以及宪法本身的条文规定，三种权力的每一种都必须由一个特殊的、独立的部门来行使，任何一个部门不得行使另一个部门的职能，任何人不得担任一个以上部门的公职，如此等等。其他的北美宪法也有类似的规定，尽管自始至终贯彻这一原则的1787年联邦宪法并不包含任何明确的宣言。1791年法国宪法重申了人权宣言第十六条，要求实行分权。1793年雅各宾宪法没有提到权力分立或分离；吉伦特派的宪法草案（孔多塞）也同样没有涉及这个问题，而只是在其权利宣言第二十九条提到“通过法律限制公职”的必要性，以及确保全体公职人员承担责任的机制。相反，1795年宪法（共和三年督政府宪法）再次明确宣布（人权与公民权宣言第二十二条）：“如果不实行分权，如果不确定权力的限度，并保证公职人

---

[1] 参见《法学理论》（*Rechtslehre*），第二部分，国家法，第四十五节，Ausgabe Vorländer，第136页。

[2] 参见《论永久和平》，II. Abschn., 1. Definitiv-Art., Ausgabe Vorländer，第129页。

[3] 参见《法哲学》（*Rechtsphilosophie*），第269节，Ausgabe Lasson，第206页；另参见第220、357页。

员承担责任，就不可能有社会保障。”1848 年 11 月 4 日法国宪法第十九条宣告，分权是自由政府的首要条件。第二帝国宪法（1852 年 1 月 14 日宪法第一条和 1870 年 5 月 21 日宪法第一条）宣称，“本宪法承认、确认和保障 1789 年宣布的伟大原则，这些 128
原则是法国人民之公法基础。”1849 年 3 月 28 日法兰克福宪法虽不包含同样的教条原则，但也明确规定（第一八一条）：司法与行政彼此分离和独立。人们仅仅考虑到针对君主政府的保护机制，所以就满足于这种分离。他们没有想到针对立法的保护机制，因为他们认为，在立法过程中，这个问题已经通过人民代议机关的参与而获得了解决。此外还宣布了德国人民的基本权利。

4. 即便一部近代法治国宪法没有明确表述或宣示基本权利和权力分立，它们也必须被看成是国民法治国的原则，并且属于一切选择了国民法治国的宪法的实在法内容。[1]

5. 魏玛宪法第二编列举了德国人民的基本权利和基本义务，因此，国民法治国的基本分配原则受到了承认。当然，出于政治上的原因，人们想把形形色色的个别规定写进宪法律文本；这些规定，再加上一系列社会改革纲领和其他方案，被突兀地、毫无条理地插在真正的基本权利中间，与之相并列。于是，这种承认的印象就被减弱和冲淡了。然而，即便如此，国民法治国的分配原则还是受到了承认。魏

---

[1] 尽管现行的 1875 年法国宪法律不再列举各种基本权利（1789 年宣言中的人权和公民权），但它们显然仍被视为具有实在法意义的法国国家法。关于这一点，参见勒邦（A. Lebon），《法兰西共和国宪法》（*Das Verfassungsrecht der französischen Republik*），1909，第 174 页；1789 年 8 月 26 日人权与公民权宣言的各项原则深深扎根于法国人民的意识中，因而已经没有必要在宪法中对它们作出规定了。另参见埃斯曼－内扎尔，I，第 561 页；狄骥，《宪法》（*Droit Constitutionnel*），第二版，II（1923），第 159 页，III，第 563 页。

玛宪法没有明确宣示三权分立，但该法治国原则却为第一编的组织规定提供了根据，而且这一点也可以从各章的标题（民国立法、民国行政、民国司法）中见出。民国的联邦国家组织也同样预设了三种权力的区分，因为从内容上看，民国与各邦之间的权限分配不是一般性地按内容加以规定的，而是针对立法、行政和司法分别加以规定的。民国行政机关的组织结构建基于立法与政府的通常区分；然后，在政府
129 内部，又以一种特殊方式在民国总统与民国政府之间划分了行政权。民国参议院最终没有被组织成一个国家院，这样一来，它就取得了行政上的参与权。倘若民国参议院被组织成一个国家院，即一个立法机关，按照那种始终如一地区分立法和行政的原则，它就不能参与行政事务了。[1]

> 对其他宪法而言，分权原则也被视为法治国的一个必不可少的要素。瑞士联邦法院以最高法院的身份宣示了这一原则："每个公民都有权要求各项国家权力不越出其权限范围"，不管分权原则是由邦宪法明确宣示的，还是从立法权、司法权和执行权的区分中自动产生出来的，这都无关紧要。[2]

II. 法治国概念。当今的法治国概念是从公民自由的视角来界定的，这样，"法治国"（Rechtsstaat）这个多义词就获得了一种特殊含义。

1. 根据这个词的一般含义，我们可以将一切无条件尊重现行客观法和现有主体权利的国家称为法治国。这意味着，现状被合法化和永久化了；各种"既定权利"，无论是个人权利，还是社团权利，被认为要比国家的政治存在和安全更加重要。在这个意义上，旧德意志帝

---

[1] 参见普鲁斯，*Prot.*，第 120 页。

[2] 弗莱纳在《瑞士联邦国家法》中提供了证据，第 447 页，注 21、23。

国——德意志民族的神圣罗马帝国——在解体时期是一个理想的法治国；其法治国性质不过是其政治崩溃的表现和手段而已。任何等级或封臣的既定权利都有可能妨碍政治行动。在这种情况下，一旦帝国的政治存在被取消了，所有这些既定权利当然也就同样被取消了。

> 因此，布伦奇利（Bluntschli）就可以说，采邑国是一个法治国。[1] 马克斯·韦伯（Max Weber）也可以说，中世纪法治国是主体权利的法治国，是“一大堆既定权利”，而近代法治国则是客观的法秩序，即一个抽象的规则系统。[2] 就连格奈斯特在他那本讨论法治国的书中也谈到德意志帝国内部的这种法治国，但仅仅是因为当时的司法权分得很细，对这种司法权作出规定，是 130
> 为了保护一切人的权利不受他人侵害，尤其是为了保护臣民不受国家权力机关的各种违法命令和法令的侵害。但是，他承认，正是这种制度导致了国家的崩溃，因为它的立足点是私权与公权的混淆（参见第 52 页）。

2. 当这个词被用来指称国民法治国时，它首先是通过一系列对立面而获得其意义的。正如这类描述中的某一些表明的，这个词首先带有论战的意味。法治国是强权国家的反面，代表着前面多次提及的公民自由（liberté du citoyen）与国家荣誉（gloire de l'état）的对立。另外一层含义是，法治国与警察国（Polizeistaat）、福利国家（Wohlfahrtsstaat）或任何其他类型的不满足于维护法秩序的国家相对立。与此同时，法秩序被理解成公民的法秩序，它以私有财产和人身自由为基础，将国家视为对这种公民秩序、安定和安全的武装保障。

3. 人们并不满足于公民自由的一般原则和对权利的一般性保护，

---

[1] 参见布伦奇利在其《国家百科辞典》中的“法治国”词条。

[2] 参见《经济与社会》（*Wirtschaft und Gesellschaft*），第 745 页。

而是提出了特定的组织标准，将其提升为真正法治国的标记。这样，国民法治国概念便获得了更精确的含义。毫无疑问，组织的一般基础始终是权力区分的原则。不过，在自由市民阶层进行政治斗争的过程中，这项原则衍生出各种各样的其他结论，从而强调和突出了一些个别的特殊要求。

（1）一个国家若欲成为法治国，它对个人自由领域的侵犯就只能*以一项法律为根据*，因而其行政就受制于迈耶（O. Mayer）所说的法律“保留”（Vorbehalt）和法律“优越”（Vorrang）的原则。只有这样的国家才被视为法治国。法治国概念的这种专门化带有论战的意味，其锋芒指向行政，从政治上说，指向君主政府的统治手段，即军事和公职人员。国家的全部行政活动，尤其是警察必须受制于法律保留和法律优越的原则，对个人自由领域的侵犯只能以法律为依据。只有这样，才谈得上法治国。依法行政的原则成为法治国的标记。因此，公
131 民自由的保障机制是法律。在这种情况下，针对法律的滥用有一些什么样的保障公民自由的机制，就成为一个进一步的问题了。不过，19世纪的德国市民阶层较少意识到这个问题，因为反对君主政府和君主行政的斗争占据了全部的理论兴趣和实践兴趣（参见第十三章）。

（2）一个国家若欲成为法治国，其全部活动就必须彻底纳入一系列严格限定的权限。只有这样的国家才被视为法治国。*国家权力的一切表现都具有一般的可测度性*，权力的分立和区分即包含着这种可测度性原则。可测度性要求来源于国民法治国的分配原则；按照这项原则，个人自由原则上不受限制，相反，一切国家权力原则上都要受到限制，因而具有可测度性。一般可测度性是一般可监督性的先决条件。一切国家活动，甚至包括立法和行政在内，都变成了一种按部就班的可预见职能。一切权力都被纳入一张权限之网，就连某些极端权限，就连“管辖权 / 管辖权”也绝非原则上不受限制，绝非“国家全权”，而始终是一种可监督的权力。为了超越这种权力，可以启动一种司法形式的程序（justizförmiges Verfahren）。这样，合法性、合权

限性、可监督性、司法形式（Justizförmigkeit）就产生出一个完整自足的国民法治国系统。宪法看上去像是这个法律系统的根本法，由此而造成了一系列错觉：第一，宪法不外是一个法规系统；第二，这个系统是完整自足的；第三，这个系统“拥有主权”，也就是说，绝对不能出于政治存在的原因和必要性而打破它，甚至不能对它有所影响。

（3）法官的独立性被视为国民法治国的一个非常重要的组织标记，魏玛宪法第一零二条确保了这种独立性。不过，仅仅确保法官能够独立审理私人讼案和刑事案件，还远远不够，因为这是惯常的做法，在所有运行良好的君主制国家中，大抵都是如此。为法治国斗争的自由市民阶层最关心的一件事也是用司法来监督君主政府的主要统治手段，即行政公职人员。由于这个原因，另外一个法治国概念仅仅 132
将用司法监督行政的国家称为法治国。有一段时间，反对“全能官僚系统”的热情极度高涨，人们要求将全部行政权置于民事法院的裁决权之下。“法和法律必须有一个判决将其付诸实施，才能获得真正的意义和效力。”黑森上诉法院法官贝尔（Bähr）在其名著《法治国》（*Der Rechtsstaat*，Cassel，1864）中表述了法治国思想的这项基本原则。贝尔的这部著作颇为独特，其特殊之处在于：唯有普通民事法院才被视为这种类型的法院；这样一来，全部国家生活都有可能被置于地区法官和上诉法官的监督之下。因此，法治国就变成了所谓的司法国（Justizstaat）。

相比之下，在政治生活更为显著的各邦内部，尤其在普鲁士，人们一直都认识到，必须有一种特殊的行政诉讼管辖权。最值得注意的是，就连格奈斯特在其讨论法治国的著作（1872）中也支持一种特殊的行政裁判权要求，而在他之前，施泰因在其《行政学说》（*Verwaltungslehre*，Stuttgart，1865）中已经驳斥了私法的设想，阐明了执行权的种种特征。于是，行政诉讼管辖权就变成了法治国的组织标记。格奈斯特提出自治（Selbstverwaltung）的概念，这是有财产、有教养的公民的名誉性活动。格奈斯特以独特的方式将这个概念与法

治国概念联系起来，其主导思想是，有必要将社会（即有财产、有教养的市民阶层）整合到国家中去。这种思想的系统前提必须追溯到施泰因的著作。下面这几句话最清楚地表露出格奈斯特的意图："在一个立宪国家中，行政裁判机关再也不能完全由职业公务员组成了。毋宁说，这类机关需要一种产生于社会内部的有机形态（这是指不担任公职、受过教育的公民的名誉性活动）。这种新形态正是当今法治国的阿基米德点。"[1]

133 这样一来，国民法治国的组织标准就越来越趋于专门化。大体上说，按照当今的解释，尤其在行政法领域，只要拥有独立法官并依照司法形式的程序判案的法院被组织成行政法院，就足够了。果真如此的话，1883 年 7 月 30 日普鲁士邦行政法的有关规定也算满足了这种最低限度的法治国要求——尽管该行政法并没有规定像民事审判权那样的一般诉讼可能性，而是实行所谓的列举原则。也就是说，只有在法律明确许可的条件下，有关事项才能提交给行政法院予以裁决（这经常被描述成一个诉讼系统）。

4. 国民法治国的完美理想在全部国家生活的普遍司法形式（Justizförmigkeit）中达到极致。只要发生了分歧和争端（不管是最高国家机关之间的争端，还是国家机关与个人的争端；在一个联邦国家，也不管是联邦与成员邦的争端，还是成员邦相互之间的争端），就必须为了这个法治国理想而规定一个程序，按照司法形式的程序予以裁决，而不用考虑冲突和诉讼标的的类型。但是，在这种情况下，人们经常忽略了一个事实：有效的一般规范是这种程序的最重要的前提。只有当一项规范有效时，法官才是"独立的"；事实上，法官必须更加无条件地依赖规范，而这里所说的规范仅仅是指一项事先制定好的一般规则（参见第十三章）。法官判决的效力仅仅取决于这项规

[1] 参见该书，第 159—160 页。

范的有效性。在缺乏这类规范的地方，最多可以引入一种调解程序，其实际结果取决于调解者的权威（Autorität）。如果调解方案的意义取决于调解者的权力（Macht）[1]，就不再有真正的调解了，而只会有大体上公平的政治决断。法官本身永远不可能拥有一种不依赖法律的有效性的权力或权威。调解者或调停者即便没有政治权力，也很可能享有不同程度的个人声望，但有两个条件：第一，争执双方有共同的公平观和公道观，或者有某些共同的道德前提；第二，双方的矛盾尚 134
未达到极端的紧张程度。这是一切司法形式和调解活动的限度所在。国家不只是一个司法组织，还是一个不同于纯粹中立的仲裁员或调解者的组织。国家的本质在于，它要作出政治决断。

5. 政治司法的问题。有些诉讼按其构成要件或诉讼标的必须由普通法院——民事法院、刑事法院或行政法院——负责裁决，如果普遍司法形式得以实施的话。在遇到这类诉讼时，有争执的问题的政治性或者对诉讼标的的政治关切可能会十分鲜明地突现出来，结果，即便在一个国民法治国里，也必须考虑到这些案例的政治特性。这是政治司法的真正问题所在。这个问题的关键并不在于，人们根本不用考虑公认的决断规范，纯粹按司法形式的程序来解决政治上的利益冲突，也就是说，人为地将这类冲突变成法律诉讼。恰恰相反，由于某些特殊类型的真正法律诉讼具有政治性，因而就要为它们规定一套特殊程序，设立一个特别法院。在私法的司法领域里，这一点自然并不十分突出，但在刑事案件中，在遇到涉及公法诉讼标的的争端时，这就很可能成为一个突出的问题。在这里，关键之处始终在于法治国司法形式的独特转向，在于通过组织特性或其他特性来考虑政治性，而这些特性削弱了普遍司法形式的法治国原则。

下面是一些最重要的实例：

---

[1] 【中译者注】参见本书第 116 页注 [1] 关于权力和权威的区分。

（1）刑事法官对政治犯罪——尤其是叛逆罪和叛国罪——的特殊处置。按照德国法律（例如法院组织法第一三四条），在遇到针对帝国的叛逆罪、叛国罪和军事叛国罪时，在遇到违反1914年7月3日《反泄露军事机密法》第一条和第三条的犯罪行为时，最高法院有一
135 审权和终审权。1922年7月21日《保卫共和国法》[1]第十三条宣布由一个特别最高法院负责审理和裁决一系列政治犯罪。不过，自1926年4月1日起，如果所涉及的是刑事案件，该法院的权限被重新交还给普通法院。[2]

其他一些国家效法英国上议院的榜样（不过，这个上议院在今天已经变得多余了），将第二个议院设立为最高法院，负责裁决特殊的政治诉讼。1875年2月24日法国宪法律第九条规定：根据一项总统令，参议院可被设立为法院（Cour de justice），负责判决众议院对共和国总统或政府部长的弹劾案，此外还负责判决有损于国家安全的行为（attantats commis contre la Sûreté de l'Etat）。参议院以这种身份处理过几个著名案例（布朗热［Boulanger］案、德鲁莱德［Deroulède］案）。法国的另外几部宪法针对这类情况设立了特别最高法院，参见共和三年（1795）宪法、1848年11月4日宪法和1852年1月14日宪法。

（2）对部长或总统的弹劾：这类诉讼由人民代议机关提起，要么由第二个议院负责裁决，要么由一个特别最高法院负责裁决。在此预设了一种法律责任。

魏玛宪法第五十九条规定："民国国会对于民国总统、民国

---

[1] 参见 *RGBl.* I，第585页。

[2] 1926年3月31日的法律，参见 *RGBl.* I，第190页。

总理或民国各部部长，如认为他们犯有违反民国宪法或民国法律之罪行，得代表民国向最高法院弹劾之。弹劾之动议须有民国国会议员百人以上之连署，并须有为修改宪法而预定之多数之同意。”1921 年 7 月 9 日的最高法院法对进一步的细节作出了规定。按照 1875 年 2 月 24 日法国宪法律，对政府部长的弹劾由参议院负责裁决。这是第二个议院作为最高法院所拥有的权限的实例（参见前面的（1））。

人们强调部长对议会“负责”，从而取消了弹劾部长的国家法意义。这种对议会的责任经常被当作一种“政治”责任，而与“国家法”责任（向最高法院控告部长）形成对照。但在这里，“责任”(Verantwortlichkeit) 一词很不精确，具有多种含义（参见第二十五章，第 320 页及以下）。最重要的是，“国家法的”（staatsrechtlich）并不是“政治的”（politisch）的对立面，因为只要涉及国家，没有任何事情是非政治性的。针对部长或总统的诉讼程序以议会弹劾开始，又以最高法院作出具有法律效力的判决而告结束。这一诉讼程序要么是一种特殊的刑诉程序，要么就根本不涉及司法问题。上引魏玛宪法第五十九条的规定极为模糊，充满矛盾。该条的措辞是：犯有违反民国宪法或民国法律之罪行；于是，人们误解了宪法的性质，将它与随 136
便“一项民国法律”等量齐观。由此产生的后果——至少对民国部长而言——是，“责任”越来越多，让人不知所措。除民法责任和一般刑法责任（例如因叛逆罪和叛国罪而引出的责任）外，民国部长还要根据宪法第五十四条承担“对议会的责任”，同时还要承担宪法第五十九条规定的责任。这种责任在今天已经没有什么特殊意义了；在魏玛宪法中，如同其他某些规定一样，它不过是立宪君主国的宪法状态的余波而已。较之刑法程序，如果这种责任还有什么实际效果的话，它最多有助于激发政治热情，或起到展示的作用。对总统的弹劾就是另外一回事了，它并不因为“对议会的责任”而以同样的方式变

得多余。但是，除对叛逆罪或叛国罪提起的刑事诉讼外，就连对总统的弹劾也没有独立意义。它要么是一种真正的政治司法行为——在这种情况下，就必须排除其他法院的权限，不能在违背ne bis in idem[一事不再理]原则的情况下对同一罪行提起两次刑事诉讼，要么就根本不是司法行为——在这种情况下，就不应该动用司法形式的程序。

(3) 真正的宪法诉讼从来都是政治争端（关于宪法诉讼的解决，参见第十一章，Ⅲ，第112页）。

(4) 如果在法律、法规的合宪性问题上发生疑义和争执，可由特别法院（最高法院、宪法法庭、宪法法院）予以裁决（参见第十一章，Ⅲ，4，第117页）。这种裁决并非真正的诉讼裁决，但在这里仍然十分重要，因为它涉及对一般的法官审查权的限制。

法院必须审查其所适用的法律的合宪性，这经常被看成是法治国的一项要求。普鲁斯在魏玛国民议会宪法委员会的一个发言中说，1850年普鲁士宪法第一零六条排除了法官审查权，这是"反动势力对1848年法治国取得的一次明显的胜利"。在这里，普鲁斯征引了格奈斯特的观点。[1] 但是，这一观点过分预设了（宪法）**法与政治**的分离，其实，这种分离根本就行不通。就连法官也不能自外于政治的"整合过程"（斯门德语）。正是在这一
137 整合过程中，政治统一体才得以形成。尤其重要的是，对"合宪性"的裁决从来都不是非政治的裁决。"由立法机构之外的机构来复审法律的合宪性，这实际上是一个具有特殊意义的政治问题，涉及立法者的声望、声誉。法学不能解决这类问题。"[2] 因此，那些将审判权授予特别法院的法律经常都有一条规定：只有特定的最高行政机关或政治组织才能向这个法院起诉。例如，奥

[1] 参见 *Prot.*，第483—484页。

[2] 参见霍法克（Hofacker），Der Gerichtssaal，XCIV. Bd.，1927，第221—222页。

地利联邦宪法第一四零条规定，只有联邦政府或邦政府才能向“宪法法院”起诉。根据前面提及的1921年3月9日捷克斯洛伐克法律（参见第十一章，III，4），只有最高法院、最高行政法院、选举法院、众议院、参议院或喀尔巴阡俄罗斯邦议会才能提出裁决申请。魏玛宪法第十三条第二项规定，如果在一项邦法律规定是否符合民国法律的问题上发生疑义和争执，民国或各邦的中央主管机关可以向最高法院起诉。[1] 根据1926年的民国法律草案（民国法律和民国法规的合宪性审查），民国国会、民国参议院或民国政府可以请求最高法院作出裁决，不过，与外国签订的协议和受协议拘束的法律除外。就这一德国法律草案而言，需要注意的是，它并没有排除法官审查权。[2]

（5）在司法领域里，对政府行为或特殊政治行为的特殊处理。在一些允许法院或行政法院对行政机关的行为进行一般复审的国家，尤其在法国和美国，这种做法导致了一个后果：政府行为或政治行为被排除在法院监督之外，不接受法官或行政法官的一切复审。不过，政治行为与其他行为的划界尚有争议；在这种实践中，迄今为止还没有产生出一种可靠的、自然而然的“政府行为”标记。[3]

---

[1] 根据1920年4月8日的民国法院法，*RGBl.*，第510页。

[2] 关于这一草案的文献，除已经提及的格劳的论文（*AöR*，N. F. 11，1926，第287页及以下）外，主要有莫施泰因·马克斯（F. Morstein Marx）的《法官审查法律的合法性的权限的各种变化形式》（*Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes*），Berlin，1927，第129页及以下。马克斯的论述包含着原则性的法治国论证，因而具有特殊的意义，并且（参照贝尔和格奈斯特）从法治国思想中引申出充分的法官审查权（第150页）。不过，建立一个裁决法律的合宪性的特别法院，这表明了由于政治原因而造成的法治国逻辑的转向。

[3] 参见热兹（Jèze），《行政法的一般原则》（*Les principes généraux du droit adminis-tratif*），I，3，Aufl. 1925，第392页。热兹认为，这种区分只是一个（转下页）

138　(6) 对政治上至关重要的选举（议会选举或国家元首的选举）的审查。就其本身而言，选举审查属于行政诉讼管辖权的范围。这些重大选举具有政治意义，只是由于这个缘故，才以一种特殊的方式来组织选举审查。由于历史的原因，议会选举经常交由议会来操作。[1] 但是，经常也设立了一个特别选举审查法院（其组成方式各不相同），其目的不仅要确保选举审查的客观性，同时还要符合这个程序的政治旨趣。

魏玛宪法第三十一条："民国国会内设置选举审查法院。议员资格之存在或丧失，由该法院判决之。

选举审查法院以民国国会本届议员及由民国总统据民国总理呈请而任命之民国行政法院推事共同组成之。"

这个为国会设立的选举审查法院同时也审查民国总统的选举结果。[2]

（接上页）"政治机会"（opportunité politique）的问题。另参见阿利贝尔（R. Alibert），《对行政的司法监督》（*Le contrôle juridictionnel de l'administration*），Paris，1926，第77页及以下。进一步的文献，可参见斯门德，《宪政国家的政治权力和政体问题》（Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform），*Festgabe für Kahl*，Tübingen，1923，第5页及以下。

[1] 参见1871年德意志帝国宪法第二十七条第一项。

[2] 1924年3月6日民国总统选举法第七条，参见 *RGBl.* I，第849页。

第十三章　法治国的法律概念

I. 国民法治国的法和法律。

1. 国民法治国建立在“法律的统治”（Herrschaft des Gesetzes）的基础上。就此而言，它是一个法律国（Gesetzesstaat）。但是，如果法治国想要存在下去的话，法律就必须与法治国和公民自由的原则保持联系。如果任何个人、任何人群的命令都一概是法律，那么，一切专制君主国就都是法治国了，因为这类国家也有“法律”，即国王的意志。在这种情况下，就连当今的苏维埃共和国和无产阶级专政国也算得上是法治国，因为那里也有立法者，因而就有法律。如果要让“法律的统治”与法治国概念保持联系，就有必要给法律概念注入一些特定的品质，以便将法规范（Rechtsnorm）与随心所欲的命令或措施区别开来。[1]

---

[1] 【中译者注】在此，施米特实际上区分了“法律的统治”（rule of law，通译“法治”）和“依法而治”（rule by law）。当代自由主义政治哲学家哈耶克认为，施米特对法治国问题的讨论具有重要的意义：“施米特在希特勒政权统治下的所作所为，并没有变更这样一个事实，即在现代德国学者讨论这个问题的文献当中，他的论著依旧是最具学识且最富洞见力的。”关于此点，哈耶克提请读者参见施米特的《宪法学说》和《宪法的守护者》（*Der Hüter der Verfassung*）。参见哈耶克，《自由秩序原理》（上），邓正来译，北京：生活·读书·新知三联书店，1997，第422页。

阿列克塞耶夫（Alexejew）和蒂玛谢夫（Timascheff）教
139 授将苏维埃共和国看成是一个拥有成文法和制定法的国家，不过，这种成文法和制定法并不具有**法律**的性质。对此，古彻维奇（Mirkine-Guetzevitch）作了非常有趣的评论[1]：阶级专政国的规范不是什么法律，因为**事实**（Faktum）先于**法**；这不是什么“合法性”（Legalität）。无论如何，如果想让法治国概念与法律的统治保持联系，那么，拥有权力的立法者的每项措施显然不可能都是“法律”。

2. 公民自由和前面（参见第十二章，II，第 129 页）阐述过的法治国的所有个别组织标记预设了一个明确的法律概念。如果“法律的统治”不能通过一个明确的对立面而获得其真正的意义，它就是一个空洞的说法。法治国的这个基本概念不仅在历史上，而且在思想上包含着对人治（Herrschaft von Menschen）的否定。不管是某个个人的统治，还是某个人群或团体（其意志取代了一项对所有人一视同仁且事先规定好了的一般规范）的统治，均遭到了否定。法律的统治首先意味着，立法者本人必须受到他所制定的法律的拘束，其立法权不能成为专横统治的手段。但是，法律必须具备某些特定的品质：正当、理性、公正等等。只有当法律是这样一种规范时，立法者才有可能受法律的拘束。所有这些品质都有一个预设前提，即法律是一般规范。如果立法者的个别措施、特殊指令、豁免权和打破法律的行为与他所制定的一般规范具有同等的法律效力，就很难想象立法者会受到他所制定的法律的拘束。对那些能够随便制定“法律”的人来说，“受法律拘束”是毫无意义的空话。

---

[1] 阿列克塞耶夫的文章，参见 Jahrb. ö. R，XIV，1926，第 326 页；古彻维奇的文章，参见 *Revue du droit public*，42（1925），第 126 页。

为自由和法治国而战的市民阶层接受了一个基于古老欧洲传统的法律概念。这个概念源于古希腊哲学，经过中世纪经院哲学，一直传到近代：法律不是一个人或许多人的**意志**，而是一种**理性的、普遍的**东西；不是 voluntas［意志］，而是 ratio［理性］。这项原则毫无分别地适用于一切政体，适用于君主制、贵族制和民主制。因此，亚里士多德将受法律（νόμος）支配的民主政体与受公众决议（*ψηφίσματα*）而非法律支配的民主政体区别开来。“在受法律拘束的民主政体中不会出现煽动家，有才能的公民占据着最高职位。但是，在法律不拥有最高权力的地方，就会出现煽动家；因为在那里，民众变成了君主，而且是长着许多个头的君主。”[1] 即便对阿奎那来说，法律也是理性的安排，与一个人或一群人的意志形成对比，因为这种意志被狂热的激情搅得混浊 140
不堪。[2] 苏亚雷斯（Suarez）认为，立法者受自己的法律拘束，因为这些法律是凭借理性从 ius naturale［自然法］中推导出来的 regula virtutis［道德准则］；有鉴于此，这种准则对立法者也有效。很显然，单纯的意志行为不足以拘束意志的主体，如果该主体有别的意旨的话。

国家**专制主义**的一些代言人对这种法治国法律概念提出了最明确的反对意见。霍布斯有一个经典公式：autoritas，non veritas facit legem［权威，而非真理创造了法律］[3]；法律是意志和命令，而不是明智的劝告；它并非凭借道德或逻辑力量，而是作为命令发生效力的。法治国的倡导者反对这种专制主义的法律概念，反对专制主义辩护士的命题：君主不受法律拘束（legibus solutus）。

---

[1] 参见《政治学》，第四卷，第四章，4。

[2] 关于这个观念在 16、17 世纪的发展，参见基尔克，《阿尔特胡修斯》，第 280 页及以下。

[3] 参见《利维坦》，Cap. 19。

在这个过程中，法治国的法律概念意识不断得到强化。暴君伐放论者坚持这种立场[1]，即便在英国，虽然议会拥有所谓的全权，法治国的区分意识也没有消失。洛克对法治国作了经典表述，阐述了先行规定好的实定法律，而一切溯及既往的法律（ex-post-facto-Gesetze）都有违正义原则。凡是发生在无规则（without a rule）条件下的事情都不属于立法的范围，因为它要取决于实际的事态。[2] 博林布罗克（Bolingbroke）认为，真正的国家是像宇宙那样建立起来的：国家秩序受一个全智者的引导和一个全能者的统治，立足于智慧和权力的结合。对博林布罗克而言，智慧和权力是指立法和行政，即议会和君主；议会制定出无一例外地有效的法律，它是国家的智慧（wisdom of the state），为国王的权力（power）设立了规则。无论是上帝，还是国王，都不得违反法律。[3] 孟德斯鸠也以类似于洛克的那种方式来奠定他的分权学说的基础。他说，如果制定法律的团体同时拥有行政权，那么，这个团体作为立法机关就有可能通过其公意（volonté générale）而毁灭国家；除此而外，它作为行政机关又有可能通过其个别意志（volonté particulière）而消灭每一个公民[4]；一旦将立法与行政分开，就能够防止一般规范与特殊的个别命令的这种结合；如果政府“不受一般的、固定的、永久性的法律拘束，并且能够在这种条件下作出特殊的个别决断”，它就是一个专制政府。政府必须受到一般的、能够产生实实在在拘束力的、“牢不可破的”（迈耶的用语）规范的拘束。这种观念是全部法治国思想真正的核心要点，它在1793年吉伦特派宪法草案的法律

[1] 参见基尔克，《阿尔特胡修斯》，280页。

[2] 参见《论专政》中的有关证据，第41—42页。

[3] 参见《哲学著作集》，V，第147页。

[4] 参见《论法的精神》，第十一卷，第六章。

定义中透露出来（第二编，第四条）：les caractères qui distinguent les lois sont leur *généralité* et leur *durée indéfinie*［法律的显著特征就是其**普遍性**和**无限期性**］，而法令则通过局部、个别的运用，通过定期或临时更新的必要性而确定下来。与此同时，该宪法还对各种措施（measures）作出了规定；尤其值得注意的是，第七条将非常状态的处置行为列为这种措施。 141

18、19世纪德国国家法学说只要没有丧失对国民法治国原则的意识，就紧紧抓住这个概念不放。在康德看来，一个同时兼具立法职能的政府，或者一个同时实施政府行为的立法机关，都属于“专制独裁的”类型。康德的构思完全处于权力分立的法治国框架内，在这个法治国中，“居于支配地位的是法律本身，而非任何个别的人”。[1] 黑格尔也认为，法律是采取普遍形式的实在[2]；立法权表达了普遍性，行政权表达了特殊性。[3] 法治国的政治斗士和法学理论家都同样无条件地预设了普遍的法律概念。因此，莫尔说：“法律的本质在于，它是一种长期的、永久的规定；在所有这些类型（宪法律、普通法）中，命令的**普遍性**乃是一个本质特征”；“只要涉及既成事实，而已有的原则又具有权威性，就不能用一项特殊法律来处理一个特定的诉讼案例。”施泰因在《行政学》中说：“按其更高的本性来看，法律总是产生于国家生活的总体意识，因此，它总是要达到两个目标：它要囊括所有事实情况中的**相同要素**，并且针对一切不同情况中的这种相同要素确定国家的意志。”因此，法律必须“以统一的、相同的方式确定其所有的对象”；相反，法令首先起因于**事实**，“随

---

[1] 参见《论永久和平》，2. Abschnitt，1. Definitivartikel，Ausgabe Vorländer，第199页；《法学》，II. Teil，“公法”，Beschluß，Ausgabe Vorländer，第186页。

[2] 《法哲学》，第210页。

[3] 同上，第358页。

之也就起因于事实的特性和变化”。[1] 格奈斯特是法治国理念的自由主义斗士，他在《法治国》(1872) 和其他著作中也始终将法律概念预设为一个普遍的、固定的规范，完全不同于个别规定和破规行为——不管是出自专制君主的旨意，还是出自议会的多数决议。

3. 因此，法治国的法律概念处于一个特定的传统中；刚才只引证
142 了少数几个例子，实际上，还可以轻而易举地举出更多的例子。[2] 法律的各种特征（公正、理性）现在都变得很成问题了，因为自然法已经丧失了它的自明性。“诚信”是一般的法律原则。[3] 但是，如果遇到政治上和经济上的困境，就连对诚信原则的诉求也无法补救这些自然法信念了。不过，有一个特征却是不能放弃的，一旦放弃，法治国本身就荡然无存了。这个特征就是法规范的普遍性，它是对法律与命令、理性与意志这一系列古老的法治国区分的最后保证，因而也就是国民法治国的理念基础的最后一点残余。特里佩尔曾对国会滥用立法权的行为提出批评，他指出：“法律（Gesetz）不是神圣的，唯有

---

[1] 1865 年第一版，第 78 页。

[2] 耶利内克在《法律与法规》中提供了一个概要，参见第 113 页及以下。这里有关于法律概念的许多条摘记，不过，耶利内克的引文极易引起误解，甚至是错误的。例如，第 113 页引用了普菲斯特（Pfister）的一段话，这段话恰恰表明，普菲斯特紧紧抓住了法律的普遍性。耶利内克完全误解了普菲斯特的论旨，竟然在第 30 页上将 without a rule [没有规则] 翻译成 ohne spezielle (!) Vorschrift [没有特殊规定]，关键的地方恰恰在于，这几个词意指“没有一般规则”。“规则”(Regel) 和“意志”(Wille) 这个词也被不加区别地乱用（第 35 页）。最令人吃惊的是，在第 45 页上，霍布斯看上去像是亚里士多德的法律概念的维护者。

[3] 参见民国最高法院法官联合会理事会反对立法机关的绝对命令的公告，*Jur. Wochenschrift*，1924，第 90 页。

法（Recht）才是神圣的。法凌驾于法律之上。”[1] 这句话表明了对古老的法治国传统的意识。但是，真正的对立并不是法与法律的对立，而是正确的法律概念与无可救药的形式主义之间的对立。这种形式主义将一切按立法程序形成的东西统统称为法律。因此，戈尔德斯密特（J. Goldschmidt）为反对立法权滥用的斗争造了一个词：Nomomachie［法律斗争］，这在事实上有根据，但在表达上却容易产生误解。[2] 这里所缺乏的恰恰是 Nomos［法律］。立法权之所以被滥用，是因为人们未能认识到那个必须保留下来的最低限度的古老的、理性的法律概念——关于真正法律的概念，未能认识到法规范的普遍性。如果抛弃了这种普遍性，如果随便什么个别命令、随便什么措施都被算作“规范”或“法律”，那么，所有关于法律之治或规范之治的说法，所有涉及“规范性”的习用语都会流于自相矛盾，莫名其妙。

II. *所谓的形式法律概念*。对一部宪法而言，光有法治国要素还远远不够；除法治国的法律概念外，还有一个*政治*的法律概念。这就使法治国的法律概念问题变得更加复杂了。 143

不过，在讨论法律概念的这种双重性之前，有必要先弄清楚形式法律概念的特点。法律和法治国概念非常模糊，因为人们出于政治上的原因和必要性，将立法程序和立法机关的权限转移到其他并非立法行为的国家行为上去，这样便产生出“形式法律”概念，然后，这个概念又成为“实质法律”的对立面。

1. 形式法律概念获得了如下定义：法律是立法机关根据立法程序制定出来的东西。就其本身而言，这种权限和程序的转移、延伸并没有什么不同寻常之处，概念的形式化也并非有害。例如，完全有可能

---

[1] 参见 *Festgabe für Kahl*，1923，第 93 页。

[2] 参见 *Jur. Wochenschrift*，1924，第 245 页及以下。

将法律争端的裁决程序转用于其他事项，例如选举审查或谥圣。在这种情况下，就可以谈论“形式意义上的法律争端”，就可以说，选举审查或谥圣是法律争端。人们还可以更一般地将法官在司法独立的庇护下处理的一切公务称为“司法”。在法律实践的各个领域里，这样的形式规定已经足够了。这类定义在一个非常狭窄的范围内具有某种实用价值，是非常有用的技术辅助工具。例如，对刑事法官或林业官员来说，有可能出现一个问题：哪些动物可称为“野生”动物？如果像这样来回答这个问题，就有可能非常实际：狩猎权人行使其狩猎权而在法定禁猎期以外的时间有权猎杀的动物就是野生动物。负责公共粮食配给的官员可以这样来界定面包：面包是面包票持有人凭其面包票有权领取的东西。这样就有了一系列形式定义，这些定义具有特定的技术—实用价值；据此，人们可以在一个专业的实践领域内将事情
144 做到某个特定的限度。实际上，这类定义并不是概念定义；它们部分是省略，部分是虚构，具有这种省略或虚构的相对、有限价值。但是，如果有人在这里发现了一种特殊的法学方法，并且相信，严肃的法学问题可按这种方式得到科学的处理，那是十分荒谬的。

2. 形式法律概念最多适用于宪法法规。立宪君主制结构的特点是，只有通过人民代议机关的参与，一项法律才被制定出来；人民代议机关为扩大参与范围、尽可能参与一切政治上重要的行为——批准税收、估定年度预算、宣布戒严、宣战、任命官员、赦免、给重要项目颁发许可证、将某地并入较大的行政区、领土变动等等——而斗争。在这种情况下，如果宪法律明文规定，这类政治行为“以法律的形式”予以实施；或者，如果习惯上承认，应当为这类行为选择立法程序；那就不过是玩了一下语言技巧的空把戏。“形式”概念的意义仅仅在于，虽然这类行为不是立法行为，但人民代议机关（议会）就像在实施立法行为时那样，仍能同等地参与其中，对它们拥有相同的权限。正如对一切事情均能予以“司法形式的”（justizförmig）处理一样，对它们也能予以“法律形式的”（gesetzesförmig）处理。在这

里，形式性本身毫无意义，它不能在任何特殊的或突出的意义上被视为“形式”，而只是以省略的方式解释了某些机关权限的极度扩张。

因此，通过宪法律的明文规定或习惯法实践，立法程序可以扩展到立法行为以外的其他事项上去。魏玛宪法提供了一系列实例，它们一方面符合通常的法律规定，另一方面又是崭新的、独特的。

> 魏玛宪法第八十五条：“预算于会计年度之前，以法律定之。”第八十七条：“民国于预算外及为充生产企业经费时，得以信用方法筹集款项，其筹募方法，民国之义务及保证品唯依据民 145
> 国法律行之。”第十八条第一项第二句：“在民国内变更各邦及组织新邦，应依照民国法律修正宪法之手续行之。”
>
> 第四十五条第三项：“宣战媾和，以民国法律行之。”
>
> 第五十一条第一项：“民国总统因故不能行使职权时，由民国总理代理之。如事故有延长之虞时，则依照民国法律规定其代理。”
>
> 第一五六条第一句：“民国得依据法律，照公用征收之规定，将私人经济企业之适合于社会化者，予以赔偿收归公有。”

但是，这种扩展和转移只能造成如下后果：宪法律或习惯法上规定的行为由立法机关按立法程序予以实施。或许有人会由此而得出一个进一步的结论：立法机关可按法律形式处理随便什么样的可能事务，立法机关用立法程序的魔杖触碰过的一切东西都变成了法律；于是，所谓“法律的统治”就不过是受托立法的机关的统治而已。不过，这一结论极欠考虑，也不合逻辑，就好像一个人想按同样的方式使用形式意义上的司法概念，让法官在其独立性的庇护下拥有无限权力，使他免于任何监督，而这样做的原因仅仅是由于这里也有一个形式意义上的司法概念，法官也负责处理诉讼裁决以外的其他事务（例如非诉事件的管辖行为），为此也享有司法独立性。不言而喻，尽管

法官的权限确实有了这样的扩展，但法官所能处理的事务十分有限。这些事务要么实际上属于司法行为，要么就处于有明确的正当理由施用法官权限的范围之内。没有人会认为，法官可按诉讼程序实施一切政府行为，只要他认为一件事情具有政治上的必要性，就可以凭借其独立性做这件事情。但是，就形式法律概念而言，看来人们几乎还没有察觉到这个简单的事实。G. 耶利内克说："一个人借以对另一个人产生影响的所有形式都供国家支配。"[1] 拉班特的几句话说得还要明
146 确，反映出法治国意识的缺失："法律可以裁定一个悬而未决的讼案，宣示一项政府行为的有效或无效，认可或拒绝认可一次选举，给予赦免或大赦……一句话，全部国家生活的一切对象，甚至可以说一切思想，无不能够成为一项法律的内容。"[2] 这种说法很容易产生误解，如果将它解释成立法机关能够以法律的形式强占一切东西，那是完全错误的。遗憾的是，人们时常轻率地作出这样的解释。除了刚才提及的须列入一个专门的宪法律条款的转移而外，立法手续仅适合于法治国意义上的法律。

III. *政治的法律概念*。形式法律概念有可能变成一团乱麻，其原因首先在于，除了法治国的法律概念之外，还独立地存在着一个政治的法律概念。所谓"政治的法律概念"（politischer Gesetzesbegriff）并不是法学的法律概念的对立面。从法学上看，亦即对法律学尤其是宪法学来说，这两个法律概念都同样是学术讨论的对象。两者均为近代宪法学的组成部分，因为一切近代宪法都有两个不同的要素：法治国要素和政治要素。涉及两种法律概念的二元论正好与这两个要素相符。在这里，"政治的"一词与法治国相对，指的是从国家的政治存在形式和统治结构的具体构成方式中产生出来的法律概念。从法治国的视

---

[1] 参见《法律与法令》，第 232 页。

[2] 参见《国家法》，II，第 63 页。

角来看，法律本质上是规范，而且是具有某些特定品质的规范：它是一种具有普遍性的*法规范*（正当的、理性的规范）。从政治的法律概念来看，法律是具体的*意志*和命令，是主权行为。因此，在一个实行君主制原则的国家里，法律就是国王的意志，而在一个民主制国家里，法律就是人民的意志：lex est quod populus jussit［法律是人民的命令］。一个首尾一贯、完整自足的法治国力图压制政治的法律概念，目的是要用“法律的主权”（Souveränität des Gesetzes）来取代一种具体存在着的主权。也就是说，它实际上不想回答主权的问题，将下面 147
这个问题悬搁起来，即哪一种政治意志将正当的规范变成了实在地有效的命令？如前所述（第 108 页），这必然导致各种掩饰和虚构，只要遇到严重的冲突，又会重新引出主权问题。因此，必须要有这样一个出发点：除了法治国的法律概念而外，进而言之，除了形式法律概念的法律—技术辅助手段而外，还有一个政治的法律概念，这是法治国要素取消不了的。

1. 在 19 世纪，自由市民阶层力图实施其法治国方案。当时，自由市民阶层不能满足于针对绝对王权主义提出法的原则和规范，它必须将矛头对准以君主制原则为基础的具体存在着的国家制度，要求确立一系列同样具体的、以另外的方式构成的政治制度。因此，自由市民阶层不仅在为抽象的法治国而斗争，而且首先在为“人民代议机关”的权利——亦即为议会权力和权限的扩张、延伸——而斗争。这场斗争的最终结果和政治上的成果就是民主制。在人们眼里，可以通过形形色色的制度来为法治国提供组织上的保证。但是，就连这些保证也统统导致了如下结果：人民代议机关尽可能广泛的参与成为一项基本要求。这一点符合反对强大的君主制国家的政治斗争的自然倾向。在这种政治形势下，就必须将这两项不同的要求——法治国概念和人民代议机关尽可能广泛的参与——互相结合起来。只要君主政府还十分强大，因而其权力对法治国构成了威胁，人们就几乎不会意识到这两项要求的差别。在这种情况下，两个不同的法律概念就混合在

一起了：一个是法治国的法律概念，将法律视为具有某些特定品质的规范；另一个是民主的法律概念，将法律视为人民的意志。在当时，一旦将法律视为人民的意志，就导致了一个不言而喻并且通常是隐含的后果：人民被人民代议机关——议会——的意志取而代之了。毫无疑问，人民代议机关的参与只能被看成是一种从政治—民主的法律概念派生出来的法律概念标记。

148　2. 就连一种由于不是“形式”法律概念、因而就被视为“实质”法律概念的法律概念也具有政治性：法律是一种法规范，也就是说，通过这项规定，国家求助于其臣民，“以便在臣民与国家之间划定权利和义务的界限。”“因为一切实质意义上的法律都有一个特征：从一般方面来看，它要为人身自由划定界限；从个别方面来看，它要为财产划定界限。”[1] 在安许茨看来，“当时，即 1848 年，如同往常一样，也如同今天一样，只有一种实质意义上的法律概念……它要确定而且实际上也确定了‘自由和财产’定则。”1850 年 1 月 31 日普鲁士宪法第六十二条（“立法权由国王和两院共同行使”）预设了这个法律概念，因而规定，必须要以在人民代议机关的参与下制定出来的法律为根据才能侵犯自由和财产，光是国王的法令不足以构成这种侵犯的根据。为了理解这个法律概念（法律 = 对自由和财产的限制），有必要考虑它由以产生的政治状况。在反对强大的君主政府的政治斗争中，必须日益明确地强调，人民代议机关的参与是法律的权威标志，这种参与最终必须成为决定性的标准。如果法律在政治上首先需要人民代议机关的参与，那个政治上十分简单——虽然逻辑上存在谬误——的颠倒说法就可以理解了：凡是在人民代议机关的参与下形成的东西都是法律。于是，法律的统治就意味着人民代议机关的参与，或者最终

---

[1] 参见安许茨为施滕格尔（Stengel）和弗莱施曼（Fleischmann）编辑的《国家法与行政法词典》（*Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts*）撰写的“法律”词条，II，第 215 页。

意味着人民代议机关的统治。市民阶层力图保护自己的人身自由和私有财产不受侵犯，提出了一个具有法治国性质的要求：对自由和财产的侵犯必须“以法律为根据”。这种意义上的法律一定要有人民代议机关——即受侵犯者的代表机关——的参与。相反，一项仅由国王颁定的法令——不管它在其他方面有多么公正、合理、正当，尽管它符合真正的法规范的一切特性——则不被视为法律。“自由主义运动在政治上谋求双重目标：一方面，它力图让市民阶层对整个国家政治意 149
志的形成过程产生决定性影响；另一方面，它还力图将公民——仍旧是国家行动的对象——的个人自由领域有效地保护起来。当这个运动取得了对立法过程的相应的影响力时，它就相信这两个目标均已实现。”[1] 因此，法治国文献的主要关注点就在于法律和法令的这种政治上的区分。格奈斯特早已正确地认识到，法律与法令的界限在很大程度上是偶然的，还没有哪个国家纯粹用法律来规范对人身自由和财产的一切侵犯。[2] 尽管如此，人们还是试图用法律来“调节国家与个人、国家与私有财产之间的一切冲突”。政治形势要求用一个简单的公式来确定法律和法令——即人民代议机关的权力和国王的权力——的界限。由于人们关注一种次要的、但在政治上颇为实用的标记，法治国的法律概念就失去了根本的、定性的标准。前面提及的 G. 耶利内克的《法律与法令》一书就是一个例子，说明理论兴趣被延搁了。

因此，在 19 世纪的宪法斗争中，关键是要确立如下原则：对自由和私有财产的侵犯必须“以法律为根据”。就连在这里，也再度出现了一个政治上十分简单但逻辑上存在谬误的颠倒语式：法律是对自由和私有财产的侵犯。例如，安许茨对“实质”法律概念的全部解释

---

[1] 参见荷尔斯泰因（G. Holstein），《论法国和比利时行政法中的法令》（Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht），*Bonner Festgabe für E. Zitelmann*，1923，第 362 页。

[2] 参见《法治国》，第 159 页。

都基于这个视点。这些解释立足于一个正确的认识：有关立法机关权力的一切宪法法规都预设了一个实质法律概念。但是，它们没有将真正的法治国法律概念——即具有某些特定品质的规范——当作预设前提，而是将刚才提及的政治概念当作预设前提。当然，对自由和私有财产的侵犯不可能是法律的本质，因为一切其他行为——允许的和不允许的——都会侵犯自由和私有财产。在当时，即 1848 年，这个法
150 律概念的唯一重要作用是要从宪法律上确保这种侵犯必须有人民代议机关的参与，防止君主政府在没有人民代议机关参与的情况下通过法令侵犯自由和私有财产。真正的法治国保障是，这种侵犯必须以一项法律为依据，而该项法律又具备某些特定的实质性品质。在当时的政治斗争形势下，政治民主保障就与这种法治国保障结合在一起了，而政治民主保障是一种完全不同的机制，立足于人民代议机关的参与，其矛头直指君主的专制主义。法治国的保障机制乃针对一切专制主义而设，它要防止将立法机关——即负责颁定法律的机关——侵犯自由和财产的一切行为都视为法律，而是始终预设了一个具有某些特定品质的规范。这样，法治国的保障机制就对每个政治法律概念——不管是君主制的还是民主制的——施加了实质性限制。但是，在实际的政治斗争中，矛头始终仅仅指向当时的专制主义。因此，反对当时——1848 年——的君主专制主义的斗争就是一场旨在实现民主制的斗争。

3. 法治国的理想是将国家的一切行动能力彻底纳入一个规范系统，借此对国家加以约束，但在现实中却发展出一系列假主权行为（参见第十一章，II，第 108 页）。时至今日，这种做法在所有的国民法治国中已获得普遍承认，但原因并不在于有意识的宪法法规，而是在于，相对于法治国的法律概念，政治的法律概念被证明是一个更强大的概念。例如，只要人民代议机关能够毫无矛盾地与人民等同起来，它就采取了这种主权行动，这在民主宪法的意义上是首尾一贯的。于是，人们就力图通过遵守宪法修正案的形式程序（魏玛宪法第七十六条）来表示对法治国法律概念的尊重。但在这里，必须从宪法

理论的层面上作出区分，而且从实际的层面上看，这个区分也很有意义。主要原因是，若要首尾一贯地实行民主制，就必须逐渐意识到各种真正的关系；很显然，并非议会，而是全体选民才被承认为政治意志的拥有者。

IV. 法规范的普遍性的意义。 151

从组织的层面上看，法治国的实施取决于如下条件，即始终保持法规范的普遍性。格奈斯特曾论及“法治国的阿基米德点”，这个词语所能描述的不是组织上的细节，而是法规范的普遍性这一重要前提。

1. 只有当法律被视为一种普遍规范时，权力分立——即立法、行政和司法的区分——才有意义。由某些特定的国家机关依照宪法律的规定并按一套特殊程序颁定法律，这显然已经预设了一个法律概念。如果颠倒关系，将立法机关按立法程序制定出来的一切规则都简单地称为法律（“形式意义上的法律”），这在政治上是一种无端滥用，在逻辑上是玩弄戏法。如前所述（参见 II），形式意义上的法律概念有其相对的、有限的合理性。但是，如果因此而忘记了立法、行政、司法的权限分配这个实质性前提，这无论如何是不能允许的。如果说宪法律规定了应该由谁来制定法律，这显然并不意味着该立法者应利用立法程序来裁决诉讼，或实施行政行为和政府行为。在一个法治国里，法律应居于统治地位，全部国家活动都必须在法律保留的原则下进行。因此，恰恰应当防止如下情况的发生——即立法机关将一项个别命令、措施、指令与“法律”混为一谈，从而用其自身的统治来取代规范的统治。按照单纯的形式法律概念，法律是立法机关按立法程序作出的规定。这一法律概念有可能将法律的统治变成立法机关的专制主义，取消立法、行政和司法之间的一切区分。假如这就是今天的现行宪法的话，那么，反对君主专制主义的整个法治国斗争就不过造成了如下结果：党派政治多数的“多头”专制主义取代了君主专制主义。 152

2. 法治国的独特保护机制立足于一般法律规定与法官或行政机关对这类规定的运用之间的区分。对自由和财产的侵犯并非通过法律，而是依据一项法律进行。对私有财产的保障是国民法治国的根基之一，它在国家实践中发展成一种征收法。如果一般的法律与特殊的法律适用之间的区分被取消了，征收法的意义也就荡然无存了。征收法对征收财产的条件和程序作出一般规定；行政机关（区别于立法机关）通过一项行为将一般规范运用于具体的征收个案，实施公用征收。法律是侵犯的根据，即一般前提条件，而不是侵犯的工具。因此，个人自由权利的保障条款经常包含这样一种措辞：对受保障的自由领域的侵犯必须以法律为根据。魏玛宪法第一一四条规定："人身之自由不得侵犯。凡用公共权力以妨害或褫夺人身之自由者，唯依法律始得为之。"第一一五条规定："德国人民之住宅为其自由居处，不得侵犯，其例外应依法律为之。"同样，第一五三条规定："公用征收仅在有法律根据时，始得行之。"这样就使具体的侵犯，例如征收行为本身不会采取法律的形式，排除了通过形式意义上的法律实施公用征收的可能性。如果这种法律受到例外的许可，就有理由使用"通过法律"（durch Gesetz）一词。例如，魏玛宪法第一五六条从宪法律上对个别经济企业的社会化作出规定：民国可通过法律将征收的私人经济企业收归公有（参见 II，2 中的例子，第 144—145 页）。

153 关于征收法，莱尔（M. Layer）在《征收法原理》（*Prinzipien des Enteignungsrechtes*）[1] 中指出，"专制主义也使征收法达到了这种程度（即公共利益是征收行为的法律根据）。但是，现在它是法律规范，这已经有很大的区别了。"关于法律与法律适用在法治国层面上的这种区分，有一个在理论和实践上都十分有趣的实

[1] Leipzig（Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen，herausgegeben von G. Jellinek und G. Anschütz），1902，第 177 页。

例，见于1865年6月24日和1907年6月18日的《普鲁士矿业法》第二条第四项。[1] 众议院想选用“转让须通过法律行之”的措辞。根据德恩堡（Dernburg）的提议，上议院将这一措辞改为：“转让制度须通过法律行之”，因为通过法律来规范每次转让行为，并以这种方式干预国家行政权的权限，这不仅会引起实际的顾虑，而且会引起宪法上的顾虑。[2] 对法治国的征收法安排而言，“依据法律”（区别于“通过法律”）这个词语具有本质的意义。1849年3月28日法兰克福宪法第一六四条的措辞很有代表性：“只有出于公共福利的考虑，只有以法律为依据并作出适当的赔偿，才能实施公用征收。”一旦国民法治国意识瓦解了，就出现了一个典型的现象：人们不再理解这种清晰明白的措辞；迄今为止，在关于魏玛宪法的所有评论中，都没有区分依据法律实施的公用征收和通过法律实施的公用征收。就连格劳这样一位有着敏锐洞察力和法治国意识的法学家也反对恢复这个古老、自明的区分。[3] 格劳反驳道，从魏玛宪法的宪法法规来看，人们甚至想为民国制定一部实质性的征收法。[4] 为此，他请读者参看《德意志制宪国民议会第八小组关于德意志民国宪法草案的报告和记录》第74页上的一段话。众议员德尔布吕克（Delbrück）的这段话只是说，在许多情况下，“例如，如果一条铁路穿越几个邦”，也许有必

---

[1] 参见布拉塞特－戈特沙尔克（Brassert-Gottschalk）对该矿山法的评论，第二版，1913，第34页（涉及第二条第四项的协商过程）。

[2] 参见 *Sten. Berichte*，1907，第294页，第341页及以下。

[3] 参见拙著，《法官的独立性、私有财产的保障、法律面前的平等》（*Unabhängigkeit der Richter, Gewährleistung des Privateigentums, Gleichheit vor dem Gesetz*），Berlin，1926。

[4] 参见《联邦权限的优位性》（Der Vorrang der Bundeskompetenz），*Festschrift für Heinitz*，1926，第403页。

要按民国立法程序制定实质性的征收法。在这个语境中，“实质性的征收法”显然不是指实施具体征收行为的权力，而是带有别的含义。接下来，德尔布吕克当然就只是谈了一下“法律规定”。拜尔勒在此提议说，“只有在需要颁布统一的民国规章时”，才应当将征收法交由民国立法机关来制定。在这里，拜尔勒（得到德尔布吕克的赞同）同样也仅仅谈到作为**立法者**的民国。施潘说：“尤其在赔偿问题上，必须无条件地统一制定征收法。”格劳混淆了实质性的征收法和具体的征收行为，正是在这一点上，他的误解颇有代表性。

3. 就魏玛宪法而言，法律与行政行为或司法行为的区分还获得了另外一重特殊含义，因为德意志民国的组织结构保留了联邦制国家的要素。魏玛宪法在民国与各邦之间分配权限，其所采取的方法是：宪法第一编首先描述了民国在立法方面有权处置的事项；相反，在行政
154 方面则坚持宪法第十四条的原则：“民国法律无其他特别规定时，由各邦官署执行之。”如果在一个联邦国家组织中，民国与各邦之间的权限分配不是一般性地按事项予以规定，而是针对同一事项按立法、行政、司法分别予以规定，那么，当主管某一事项的民国立法机关滥用法律的形式随便制定一项个别措施，实施一项行政行为，作出一项判决时，就会彻底破坏合宪系统。

根据魏玛宪法第七条第十六项，民国对矿业有立法权限。这样，民国就取得了颁布矿业法的权力；例如，民国可以颁布一项《民国矿业法》，从而废止 1865 年 6 月 24 日的《普鲁士矿业法》，但它所能做的也不过如此。民国不能以民国法律的形式并“通过法律”而在个别情况下侵犯各邦的矿山**权**，不能在一个邦内（除了第一五六条明确准许的情况之外）针对特定的矿山下令租让矿业权；它根本没有取得矿山**权**。魏玛宪法第七条第十九项规定

> 的铁路立法权也同样如此。即便在这里，对铁路业的立法权也不能成为拥有铁路权的根据；事实上，魏玛宪法第九十条才提供了这种根据。因此，在行政领域内颁布一项个别规定，这并不是在“行使”魏玛宪法第十二条规定的立法权；相反，根据实际情况，这一举动违反了魏玛宪法第十二条。[1]

4. 国民法治国建基于国民的自由和平等。公民自由的概念预设了法治国的法律概念，这一点在前面的 2 中已经提到过了。但是，就连得到正确理解的平等概念也会导致同一种法律观。在今天，几乎所有的宪法都规定，国民“在法律面前一律平等”。魏玛宪法第一零九条第一项宣示了这项原则：“德国人民在法律面前一律平等。”法律面前人人平等，这不仅意味着平等适用已颁法律，而且意味着，一个人不得以任何方式违反法律，不得享有任何形式的豁免权和特权。法律面前人人平等的原则引出了大量有争议的问题，在此，只有一点值得注意：*法律面前人人平等是法治国的法律概念的内在属性*。换句话说，法律只是一种尽可能将平等包含于自身的东西，因而就是一项一般规范。在一项个别命令面前根本没有平等可言，因为就其内容来看，命令完全由个别的具体情况决定，而法治国意义上的法律则是一种规范 155
性规定。这种规定受公正观念的支配，这里的平等意味着公正。正确的平等概念与正确的法律概念密不可分。哪里颁布了特殊命令，或采取了单纯的措施，哪里就没有法律和平等。例如有一项命令：将某人驱逐出境。人们根本不可能针对这项驱逐令合理地谈论“平等”，因为它仅仅涉及一个特定的个人，一个个别的事态，仅限于一项命令。如果有人说，德国人在这项具体的驱逐令面前一律平等，这纯属无稽之谈。在这里，无论是这项命令的当事人，还是与这项命令无关的其

---

[1] 特里佩尔反对为了监督的目的而滥用立法权，参见《帝国监督权》，1917，第 129 页。

他人都不能被称为“平等的”。一项规定必须能够影响到至少绝大多数的事情，也就是说，它必须是一项一般规定；只有在这种情况下，才谈得上平等。[1]

5. 就连一切其他的法治国安排和一切特殊的法治国保障也预设了法律的普遍性。例如，法官一方面独立于官方命令，另一方面又从属于法律，这种独立性和从属性具有本质性的相互关联。从属于法律恰恰意味着与从属于上级的命令和特殊指令完全不同的情况，甚至意味着完全相反的情况。如果立法者可以利用法律的形式向法官发出个别命令，法官就不再拥有独立性了，而是从属于主管立法的机构；如果这些机构可以利用其立法权向法官发出特殊指令和“强制命令”，它
156 们就变成了法官的上级。只有坚持法律的普遍性，法官才是独立的。再举一个例子：nulla poena sine lege［法无明文规定不为罪］这项古老的法治国原则预设了一项一般规范，如果立法机关可以作出一项多数决议，以法律的形式并“通过法律”判处某人死刑或将其投入监狱，它就变成了法治国保护的反面。一项行为之具备构成要件，这在今天一般被视为刑罚的前提条件；构成要件的概念有时甚至变成了一个刑法体系的基本概念，例如贝林（Beling）的《犯罪学说》（*Lehre vom Verbrechen*，1906）便是如此。但是，“具备构成要件”、“典型性”

---

[1] 因此，魏玛宪法第一零九条禁止真正意义上的例外法，亦即基于特殊理由并针对特定的个人或大多数特定的个人而制定的法律。就连立法者也要受到这项禁令的拘束。有关争论，参见德国国家法学家协会出版物第三册，上面有考夫曼和纳维亚斯基的报告，1927；特里佩尔，*Goldbiuanzenverordnung und Vorzugsaktien*，Berlin 1924，第 26 页及以下；安许茨，《评注》，第 304 页；莱布霍尔茨（Leibholz），《法律面前的平等》（*Die Gleichheit vor dem Gesetz*），Berlin，1925；*AöR*. N. F. 12，第 1 页及以下；阿尔达格（Aldag），《民国宪法规定的法律面前的平等》（*Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*），1925；拙著，《法官的独立性》（*Unabhängigkeit der Richter*），1926，以及对安许茨评注的评论，JW. 1926，第 2271 页；希佩尔（E. v. Heppel），*AöR*. N. F. 11，第 124 页及以下。

以及类似的概念首先意味着，某件事情可按一般规范予以处置。亨泽尔在其税法体系中就是在这种典型的法治国意义上使用构成要件这一概念的。[1] 在亨泽尔的体系中，这个概念被用来解释纳税义务人（或者按亨泽尔的说法，税收债务人）屈从于权力的原因，断定这是由于有一项（一般）规范适用于纳税义务人。国家的征税权被解释成了这样："在这里，如同在其他所有的立法领域里一样，国家有权制定规范；此外，国家还必须通过其行政机关，运用其强制权力来实施法律的意志（但只有在具备了构成要件，从而产生了具体要求时，国家才这样做！）。"一旦一般规范这个先决条件被取消了，所有这些设想也就站不住脚了。它们表明，国家机关对法律承担的义务、保护公民自由的一切组织措施、一切个别的国民法治国要求都建基于这个视法律为一般规范的观念。时至今日，法律——作为一项具有实质合理性、公正和理性的规定——的所有其他特征都已经相对化并且变得很成问题了；对理性法的自然法信念以及法律中的理性在很大程度上已经荡然无存了。如果说国民法治国尚未彻底沦为变化不定的议会多数的专制主义的话，它所依靠的不过是事实上还存在的对法律普遍性的那一点点残余的尊重。这并不是对实质意义上的法律的充分的、详尽的界定，但它确实是一般的、逻辑的、不可避免的最低要求。"法律也许 157
很糟糕，很不公正，但是，由于法律具有普遍性和抽象性，这种危险就减少到最低限度。法律的保护作用，甚至法律的存在理由都在于这种普遍性。"[2]

---

[1] "税法"，载《法学和国家学百科全书》（*Enzyklopädie der Rechts-und Staatswissenschaften*），第二版，1927，第 34 页，第 42 页及以下。

[2] 狄骥，《宪法手册》（*Manuel de Droit constitutionnel*），1923 年第四版，1923，第 97 页；《宪法论》（*Traité de Droit constitutionnel*），第二卷，1923，第 145 页及以下。

第十四章　基本权利

I. 历史概述。

1. 北美基本权利宣言。1215 年的大宪章（参见第六章，II，1，第 45 页）、1679 年的人身保护法（公民不受任意逮捕，并享有接受法官审讯的权利）和 1688 年的权利法案（参见第六章，II，1，第 46 页）通常被列为最早的基本权利宣言。实际上，它们是保护英国贵族或市民权利的协议性规定或法律规定。经过一个缓慢的发展过程，这些规定逐渐具有了近代原则的品质，但并不符合基本权利的最初含义。事实上，北美各邦[1]在 18 世纪脱离英国的过程中颁布了一系列宣言，这才真正开始了基本权利的历史。用兰克（Ranke）的话来说，这是民主——更准确地说，自由——时代和以公民自由为本的近代法治国的真正开端，尽管这些北美宣言仍按英国传统自称为“权利法案”。1776 年 6 月 12 日，弗吉尼亚颁布了第一份宣言，按照 G. 耶利内克的看法，这份宣言具有典范的意义。[2] 随后是宾夕法尼亚（1776 年 11 月 11 日）和其他一些殖民地的宣言，但是，并非联邦的全部十三个成员邦都颁布了这种宣言。1787 年的联邦宪法并不包含这种基本权利宣言，直到经过了几次增补（1789—1791 年的宪法修正案）之后，它

---

[1] 【中译者注】关于 Staaten（即英语的 states）的译名，参见第四章的译者注。

[2] 参见《人权与公民权宣言》（Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte），第 18 页。

才有了基本权利的条款。列入这些宣言的重要基本权利有：自由、私有财产、安全、抵抗权、良心自由和宗教自由。保障这些权利是国家的宗旨。

按照流行的看法，这种关于基本权利的观念是从宗教自由发展出来的。这种观点主要以 G. 耶利内克的论文《人权与基本权利宣言》为依据。W. 耶利内克的描述在历史的层面上是否正确，引起了一场争论。在此不拟介入这场争论。[1] 158

对近代法治国的系统研究涉及如下情况：基本权利的思想包含着最重要的**分配原则**，这是首尾一贯的公民自由法治国的基础。这意味着，个人的自由领域原则上**不受限制**；相反，国家的权力原则上要**受到限制**。古代国家不知道自由权为何物，因为拥有与政治共同体相抗衡的独立权利的私人领域似乎是不可想象的，个人自由——独立于人民和国家的政治自由——的思想被认为是荒谬的、不道德的，与自由人不相配。基督教出现在罗马帝国统治的世界上，出现在一个政治宇宙内，也就是说，出现在一个已经安定下来并由此而非政治化的“宇宙”（Kosmos）内。罗马帝国在民族大迁徙时期瓦解了，于是，这个政治宇宙的局面也就随之而结束了。但是，整个中世纪的理论都坚持政治宇宙的观念，而教宗和皇帝就是这个宇宙的担纲者。从 16 世纪开始，政治宇宙的观念——甚至连政治宇宙的虚构——失去了可能性，因

[1] 有关文献，参见 W. 耶利内克为他自己编辑的前面提及的那篇论文第四版撰写的前言；哈斯哈根（Hashagen）发表于 *Zeitschr. F. d. ges. Staasw.* 上的文章，1924，第 461 页；贝克尔（Karl Becker），《独立宣言》（*Declaration of Independence*），New York，1922；舒尔策－格维尔尼茨（G. v. Schulze-Gaevernitz），《英美的世界统治权的思想史基础》（Die geistesgeschichtlichen Grundlagen der anglo-amerikanischen Welt-Suprematie），*Arch. F. Soz. Wiss.* 58（1927），第 76 页，注 19。

为当时建立的许多国家的主权受到了承认，世界明显地转入了政治多元状态。于是，基督教和基督教会的代表便处于一种全新的境况中。国家建立了新型的宗教生活组织，其所采取的是民族教会的形式。支配这种组织的思想是，人的分群标准决定于政治上的归属关系，因此，宗教不可能是一桩私人事务。这一思想基础在理论层面上经常是含糊的，但在政治实践中却非常清楚。再洗礼派和清教徒率先提供了一个全新的答案。他们对国家和一切社会义务的态度导致了一个结果，即一切宗教的彻底私人化（Privatisierung）。不过，这并不意味着宗教已经失去了价值，而是意味着国家和公共生活的相对化甚至贬值。宗教作为最高的、绝对的东西变成了个人事务，其他的一切——所有的社会形态、教会和国家——都变成了某种相对的东西，只能充当那独具权威性的绝对价值的辅助手段，并由此而获得其价值。宗教自由居于一切基本权利之首，若不考虑历史发展细节，这一点在系统的意
159 义上是绝对正确的，因为由此而提出了基本的分配原则：个体本身是绝对价值的承担者，并且在其私人领域里守护着这种价值；因此，个体的私人自由是一种原则上不受限制的东西；国家只是一种手段，因而是相对的、派生的，国家的一切权力都要受到限制，私人可对它进行监督。

2. 1789 年 8 月 26 日的法国《人权与公民权宣言》确立了最重要的基本权利，涉及自由、财产、安全和抵抗权，但没有涉及宗教自由和结社自由。尽管这份宣言与北美独立宣言有一定程度的历史关系，但它却涉及一系列完全不同的问题。该宣言预设了国民概念，延续了一个已然存在的民族国家。与北美殖民地不同，法国并不打算在一个新的基础上建立一种新的国家制度。法国的宣言，正如它的前言所宣称的，以一种庄重的形式让共同体的全体成员想起自己的权利和义务；国家权力只要与这些权利相符，就会受到更多的尊重。因此，个

人自由这项新的分配原则并不表现在它那无条件的一贯性中，而仅仅表现为现存政治统一体内部的一个缓和因素。

随后的几部法国宪法（1793，1795）以略加修改的形式重申了《人权宣言》。但是，从标题来看，1795 年宪法（督政府宪法）的宣言不仅涉及人权和公民权，而且涉及人的义务和公民的义务。1848 年 11 月 4 日的宪法援引了 1789 年的原则。现行的 1875 年宪法律不包含任何特殊的宣言。虽然未经专门宣示，但 1789 年确立的人权和公民权仍被视为国家秩序的自明基础（参见第十二章，I，4，第 128 页）。

3. 在德国，法兰克福国民议会于 1848 年 12 月 27 日在“德国人民的基本权利”的标题下宣示了一系列“权利”：居留和迁徙自由、法律面前人人平等、人身自由、通信秘密、发表意见的自由[1]、信仰和良心自由、集会和结社自由、私有财产、受法定法官裁判的权 160
利。[2] 1851 年的法兰克福联邦议会宣布法兰克福国民议会的制宪工作无效。1850 年 1 月 30 日的普鲁士宪法——在这一点上颇受 1831 年 2 月 7 日比利时宪法的影响——包含着 19 世纪逐步确立起来的一系列基本权利：法律面前人人平等、人身自由、住宅不受侵犯、受法定法官裁判的权利、禁止设置例外法院、私有财产不受侵犯、迁徙自由、宗教自由（但在与宗教活动有关的国家机构中，基督教仍被置于基础的地位上）、言论和出版自由权、集会自由、结社自由。

1871 年 4 月 16 日俾斯麦的帝国宪法没有包含这一系列“基本权利”。

1919 年 8 月 11 日魏玛宪法第二编的标题是“德国人民的基本权利和基本义务”。本编一方面包含着通常列举的一系列基本权利，另

---

[1] 【中译者注】原文作“Meinungsfreiheit”，一般译作“言论自由”。但是，施米特在下文中将它进一步细分为“Redefreiheit”（言论自由）和“Preßfreiheit”（出版自由），所以在此译作“发表意见的自由”。

[2] 参见 1849 年 3 月 28 日宪法第四编第一三零条及随后各条。

一方面又包含着形形色色的个别规定、方针条款等等。这里列出的基本权利有：法律面前人人平等（第一零九条）、人身自由（第一一一条）、住宅不受侵犯（第一一五条）、通信秘密（第一一七条）、发表意见的自由权（第一一八条）、集会自由（第一二三条）、结社自由（第一二四条）、私有财产（第一五三条）。受法定法官裁判的权利和禁止设置例外法院的规定列在第一编第一零五条。

4. 全俄苏维埃代表大会于1918年1月颁布了*劳动和被剥削人民权利宣言*。随后，该宣言又作为第一部分而被移入1918年7月5日的俄罗斯苏维埃共和国宪法。按照布尔什维克的观点，以公民自由为基础的法治国的基本权利不过是资本主义私有制的统治手段。1918年的宣言提出了一系列原则，以确立一种崭新的国家制度。它废除了土地、矿藏、水域、工厂、银行的私人所有制，庄严宣示了与资本主义列强的帝国主义作斗争的决心、全世界劳动者和被压迫者的兄弟情谊、亚洲和殖民地被剥削人民的自由。“为确保劳动人民享有真正的
161 良心自由，实行教会与国家、学校与教会的分离。全体公民均享有宗教宣传和反宗教宣传的自由。”只有工人阶级和农民才享有新闻自由、结社自由和集会自由。除此而外，还有一系列其他政治上的规定。1923年6月6日颁布的苏维埃社会主义共和国联盟宪法第一编仅仅包含“建立苏维埃社会主义共和国宣言”，声明反对世界资本主义，并没有列出1918年宣言。不过，这份宣言在各加盟共和国宪法中，尤其在1925年俄罗斯苏维埃社会主义共和国宪法中得到了重申。[1]

II. *庄严宣示基本权利的历史意义和法律意义*。基本权利的庄严宣示意味着，一个民族的政治统一体的各项基本原则得到了确立，这些原则的有效性被公认为如下事实的最重要的前提：这个统一体总是

---

[1] 参见阿列克塞耶夫，《1923—1925年俄罗斯国家的发展》（Die Entwicklung des russischen Staates in den Jahren 1923—1925），*JöR*. XIV，1926，第324、402页。

在重新确立和建构自身，国家统一体的整合（斯门德的用语）得以实现。如果通过一项重大政治行动建立了崭新的国家制度，或通过一场革命确立了全新的国家整合原则，基本权利的庄严宣示就自然而然地表达了想在一个决定性时刻改变自己的政治命运的意识。1776 年北美的一系列宣言、1789 年法国的宣言和 1918 年俄国的宣言均属此种类型。这里涉及“一种新的国家伦理的宣示”，“以庄严的形式表达了”宪法的“总体制宪目标”。[1] 在德国，1848 年革命导入了这个方向，不过，这番努力最后却以失败而告终。1871 年俾斯麦的帝国宪法——正如斯门德中肯地指出的——从组成联邦的各君主制邦国那里获得了它的国家伦理。这些邦国的宪法一般都有一系列“基本权利”条款，因此，就连颁布一份新宣言的实际意义也荡然无存了。1919 年的魏玛宪法则完全不同，其序言称，德国人民欲以本宪法共期改造邦家，“永存于自由正义之境界，维持国内国外之和平，促进社会之进化”。 162
除 19 世纪确立起来的一系列基本权利外，魏玛宪法第二编还有其他一些原则宣言。不过，相对于其他伟大的历史先例而言，魏玛宪法在多大程度上以相似或相同的方式宣示了一种“新的国家伦理”，是颇有疑问的。瑙曼有意拟定这样一份宣言[2]，因为上面提到的俄罗斯劳动和被剥削人民权利宣言给他留下了印象。他说：“当代的最新宪法，即 1918 年 6 月 5 日的俄国布尔什维克宪法，可以说是我们目前正在制定的这部宪法的直接竞争对手。”因此，他想拥护新的德意志国家——它既不应成为一个资产阶级个人主义的国家，也不应成为一个布尔什维克式的社会主义国家，而应成为一个社会福利国家——的思想前提和原则。如果不这样做，“我们想要重建的国家就有缺陷”。这一思想透露出某种政治激情，不过，魏玛国民议会并没有同样的激情，结果，它就只是将一系列完全不同的原则并列在一起，提出了一

---

[1] 参见斯门德的报告，*AöR*. N. F. 13，1927，第 105 页。

[2] *Prot*., 第 176 页及以下。

个议会党团间的妥协方案。这个方案由于具有一种“混合性质”[1]，因而根本不能与那些伟大的先例相提并论。这类宣言不能根据任何愿望和理想——不管多么美好——来“拟定”，而是必须满足一个前提：一国人民通过其宣言承担了全新政治分群——即敌友分群——的风险，决心在与一个强大的外部敌人的斗争中捍卫自己国家的全新原则。然而，魏玛国民议会尚未来得及颁布宣言，德国就已经在《凡尔赛和约》上签了字。

因此，就其历史—政治意义而言，1919 年确立的“德国人民的基本权利和基本义务”不同于 1789 年或 1919 年的宣言。但是，对德意志民国的宪法和国家法来说，魏玛宪法第二编确立的各项原则却具有
163 根本意义。这些原则蕴含着德国人民对其存在类型的总体政治决断，赋予当今的德意志民国以立宪民主制的性质。也就是说，德意志民国是一个立足于民主制原则而又受制于国民法治国原则的宪政国家。于是，立法、司法和行政便有了权威性的指针。任何德国法律的解释或适用都不能与这些原则相抵触，任何德国法律都不能否定真正的基本权利。这些根本原则既不能通过普通法律，也不能通过宪法修正案（依据魏玛宪法第七十六条规定的程序）予以废止，而只能通过德国人民的一项新的制宪权行为予以废止。

III. 基本权利的实质性划分和区分。

1. 必须将基本权利与其他由宪法律予以保障和保护的权利区别开来。在法治国宪法中，并非所有的基本权利都由宪法法规予以保障，恰恰相反，普通法提供的防止修改的保护机制并非全都意味着基本权利。魏玛宪法第一二九条第三项第三句规定，公务员有权阅览本人的人事检查簿；第一四九条第三项规定，高等学校的神学院继续存在。

---

[1] *Prot.*, 第 186 页。

这两项权利虽受到宪法律的保障，却不是基本权利。凡在人们心目中具有重要性的要求和权利都被模模糊糊地说成是基本权利，并“在宪法中确定下来”。对一个学术上有用的概念来说，必须坚持如下立场：国民法治国的基本权利只是一些可视为先于国家或凌驾于国家之上的权利；国家并非依照其法律来授予这些权利，而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护；国家只能在一个原则上可测度的范围内并按规定程序侵犯这些权利。因此，按其实质来看，这些基本权利并不是法益（Rechtsgüter），而是权利——确切地说，防御权——由以产生出来的自由领域。这一点在自由权中表现得再清楚不过了，因为从历史的角度来看，自由权标志着基本权利的开端：按照这种观点，宗教自由、人身自由、财产权、发表意见的自由权先于国家而存在；它们并非从任何法律中获得其内容，并非依照法律或在法律的限制内获得其内容，而是标志着一个原则上不受控制的个人自 164
由空间；国家的职能就是保护个人自由，也正是由于这种职能，国家才有理由存在。个人的抵抗权是最极端的预防手段，是一种不可让渡但也不可组织的权利，本质上位于真正的基本权利之列。

沃尔岑多夫（K. Wolzendorff）在《国家法与自然法》（*Staatsrecht und Naturrecht*, Breslau, 1916）中对抵抗权学说进行了出色的历史描述，但他却未能认识到个人抵抗权具有不可组织的超国家性质。沃尔岑多夫尤其赞赏孔多塞的理论和设想，因为孔多塞将个人抵抗权“转移到”一个合法组织。然而，这种组织化和“转移”仅仅意味着，个人主义的抵抗权变成了单纯的法律救济，人权和自由权变成了由国家认可、控制和配给的诉愿权。这样就放弃了“人的自由原则上不受限制，而国家原则上要受到限制”这一基本分配原则。个人不再享有基本权利和自由权，而是“依照法律”享有某些特定的起诉权。

2. 真正的基本权利本质上是享有自由的个人的权利，而且是与国家相对峙的权利。托马说过一句话，适用于一切真正的基本权利："对基本权利的保障是人面对国家（the man versus the State）这个往复奔涌的永恒过程的一系列阶段。"[1] 但是，人必须凭着自己的"自然"权利面对国家，而且，关于个体拥有先于国家、凌驾于国家之上的权利的思想也不能被彻底否定；只有在这种条件下，才谈得上基本权利。如果一项权利完全取决于专制君主的意愿，或者听凭简单的或特定的议会多数的决定，想授予就授予，想收回就收回，它就不能被实实在在地称为基本权利。因此，真正的基本权利只能是个人的自由人权。承认和"宣示"基本权利的法律意义在于，这种承认是对国民法治国的基本分配原则的承认：个人的自由领域原则上不受限制，而国家的干预权原则上是受限制的、可测度的、可监督的。这里涉及先于国家的人权，由此便进一步产生如下后果：这些真正的基本权利适用于所有的人，而无须考虑他们是哪国人。这是个体的权利，即孤立
165 个人的权利。因此，真正的基本权利只是个人主义的自由权，而不是社会要求。

真正的基本权利包括：良心自由、人身自由（尤其是免于任意逮捕的自由）、住宅不受侵犯、通信秘密和私有财产权。在涉及这些自由权时，个体被孤立地加以考虑。魏玛宪法第二编第一章在"个人"的标题下列举了这些权利（不过，在这个标题下也列举了一些并非真正的基本权利的项目），而第三章则在"宗教及宗教团体"的标题下（第一三五、一三六条）描述了原初的个人权利，即宗教自由和良心自由。

但是，就连与其他个人有联系的个人的某些权利也必须被视为基本权利，当然有一个前提条件：个人没有从单纯社会性的非政治状态

---

[1] 参见 *Festgabe für das Preußische Oberverwaltungsgericht*，1925，第 187 页。

中走出来，只有个人的自由竞争和自由讨论受到了承认。不过，这类权利很容易丧失其非政治的品质，因而就不复为个人主义的自由权了。在这种情况下，它们可能就不再符合分配原则，随着个人主义意义上的人的品质的丧失，它们也就失去了绝对的保护。于是，就有了制定规则和规范的必要性，因为这些权利不再属于私人领域，而是含有社会活动的因素。这类权利包括：发表意见的自由（言论自由和出版自由）；崇拜自由、集会自由、社团自由和结社自由。一旦结社自由产生了联盟，也就是说，产生了互相争斗、用特殊的社会权力手段——如罢工或解雇——互相反对的社团，这就与政治发生关系了，因而就不再有个人主义的基本权利和自由权了。结盟权、罢工权或歇业权不是自由法治国意义上的自由权。如果一个社会群体不管是通过宪法律的明文规定，还是通过实践中的默许而具备了这种斗争的可能性，那么，自由法治国的基本前提就被取消了。在这种情况下，“自由”就不再意味着个人的原则上不受限制的活动可能性，而是意味着 166
透过社会组织不受阻碍地实施社会权力。

3. 一切真正的基本权利都是绝对的基本权利，也就是说，它们并非“依照法律”予以保障，其内容并非来自法律，相反，任何法律干预都属于例外情况，而且属于原则上受限制的、可测度的、受一般规定制约的例外情况。国民法治国的基本分配原则要求将个人自由当作基本前提，而国家的限制必须作为例外情况而发生。魏玛宪法的措辞也经常（并非总是）与此相符。亨切尔（Kurt Häntzschel）在谈论绝对基本权利与相对基本权利的区别时阐明了这些措辞的含义。[1] 例如，魏玛宪法第一一四条规定：“人身自由不得侵犯。凡用公共权力以妨害或褫夺人身自由者，唯依法律始得为之。”第一一五条规定：“德国人民之住宅为其自由居处，不得侵犯，其例外应依法律为

[1] 参见 *Zeitschrift für öffentliches Recht*，V，1926，第 18—19 页。

之。”第一一七条规定：“通信秘密以及邮政、电报、电话之秘密，不得侵害，其例外唯依据民国法律始得为之。”相反，正如亨切尔指出的，受魏玛宪法承认的其他一些权利“从一开始就只是相对地——即‘在法律限制内’或‘依照法律’——受到保障”。例如第一五一条第三项和第一五二条涉及营业自由和契约自由。第一五一条规定：“工商业之自由，应依民国法律之规定，予以保障。”第一五二条规定：“经济关系，应依照法律规定，为契约自由之原则所支配。”若按第一五三条的措辞来看，就连私有财产权表面上也不是一项绝对权利，因为该条第一句和第二句之间存在着一个矛盾：“财产权，受宪法（！）之保障。其内容及限制，以法律规定之。”（参见第 172 页）

宪法法规的措辞并非总是清晰、明确的，这在最重要的社会自由权——即发表意见的自由——中表现得尤为突出。这项自由权引出了言论自由和出版自由的后果；它是其他一切社会自由权的渊源，是自由讨论这个自由主义理念的预设前提。魏玛宪法第一一八条的措辞容易引起误解：“德国人民，在一般法律的限制内，有用言语、文字、印刷、图书或其他方法，自由发表其意见之权。”“在……限制内”（innerhalb der Schranken）一词似乎描
167 述了一种从一开始就受到限制的权利，因此，魏玛宪法确定的发表意见的自由权好像并没有被当作一项绝对的基本权利来对待。不过，这个结果实际上是不可思议的，甚至很难归咎于模糊的措辞。该条款的形成史[1]并没有提供澄清问题的特殊可能性。从该条款的形成史来看，人们也许会据此推断说，在“在一般法律的限制内”（innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze）这个用语中，“一般”（allgemein）一词完全可以直接删掉，因为它

[1] 参见 *OVG.*，第七十七卷，第 514 页。

只是由于编辑上的疏忽才被写进了文本。[1] 果真如此的话，这个用语的意思就是说，发表意见的自由权可以通过保护其他法益的法律规定来确定自身的限度。但是，这还并不等于说，关于基本权利的分配原则的思想——个人自由原则上不受限制，而国家限制个人自由的可能性原则上要受到限制——遭到了否定。

亨切尔[2] 和罗滕比歇尔[3] 认为，不能删掉“在一般法律的限制内”中的“一般”一词。它不只是涉及刑法（如魏玛宪法第一二四条），从而使第一一八条提供的保护更受限制。但是，应当排除所有针对发表意见的行为本身的法律和行政措施。照此看来，第一一八条所说的“一般法律”就是一切旨在保护一项本身就应受到保护的法益的法律，至于具体意见为何，则在所不论。此外，罗滕比歇尔还颇有道理地强调说，“意见”是公之于众的见解的基本类型。就连斯门德（同上引书，第 107 页）也根据受保护的法益作出了区分，但又将利益权衡带进了一个很容易使自由发表意见的利益的绝对价值相对化的问题中：“第一一八条所说的一般法律是优先于第一一八条本身的法律，原因在于，受一般法律保护的社会利益比发表意见的自由更加重要。”不过，这不再符合基本分配原则的观念了。一项自由权不是能够与其他利益一道进入利益权衡的权利或利益。对基本权利的原则而言，没有什么比这种自由更重要了，问题只是要找到一个标准来限制国家的干预、法律和行政行为，使之具有可测度性，并因此而能够受到监督。

发表意见的自由权在法律的基础上受到了种种限制。按照当

---

[1] 参见基青格（Kitzinger），《民国的新闻法》（*Reichsgesetz über die Presse*），第 203 页。

[2] 参见 *AöR*. X，第 228 页，《民国的新闻法》，1927。

[3] 德意志国家法法学教师代表大会，1927，*AöR*. XIII，第 101 页。

今的主流意见，这些限制就像过去一样继续有效；必须这样来理解一般法律：它不仅包括刑法，而且包括有关警察授权的规定（如 ALR，§10，II 17）。[1] 但是，在这种情况下，就个别规定（例如 1851 年 5 月 12 日普鲁士法律第九条或帝国出版法第五条）而言，又会有例外；它们应按第一一八条予以废止。正确的理解大概是，“在一般法律的限制内”这个用语仅仅是指一般的法律保留（Gesetzesvorbehalt）。“一般”这个词让人感觉到副词的含义，相应地，它的意思就是说：“正如一般地就基本权利的情况来看”；此外，这里可能也透露出对法律的普遍性——这种普遍性恰恰是真正意义上的法律保留的属性——的认识，同时还透露出如下见解：一项针对自由发表意见的权利本身的法律不能得到允许。罗滕比歇尔论点的重要意义正在于此。

魏玛宪法第一一八条的不清晰、不成功的表述已是尽人皆知，不过，它并没有将这项基本权利作为真正的基本权利予以取消。在魏玛宪法中，这项权利应与通常的一系列基本权利一道予
168 以保障，不过有两个特殊的限制条件：（一）防止淫亵文书的发行，在公开展览及演艺时保护青年人[2]；（二）以宪法律的形式规定可对电影实行审查。[3] 对自由主义基本权利的一般发展而言，后一项限制具有特殊意义，因为它表明，随着个人的社会关系的日益加强和信息传播技术的变化，昔日的自由主义分配原则被取消了，关于个人享有不受限制的自由的观念变成了一种纯粹的虚构。一种传播信息和传达意见的特定手段，即电影技术，不被算在自由发表意见的手段之列，这似乎表明，自由发表意见的自由权已被取消了。不过，也许可以说，电影技术有别于文书和

[1] 参见 G. 安许茨，《评注》，第 323 页；托马，同上引书，第 213 页。

[2] 1926 年 12 月 18 日颁布了保护青年免于淫亵文书侵害法，*RGBl.* I，第 505 页。

[3] 1920 年 5 月 12 日颁布了电影法，*RGBl.*，第 953 页。

印刷品，并非相同意义上的发表意见的技术。正如罗滕比歇尔中肯地强调的，意见在这里是指公之于众的见解的基本类型。发表意见的自由实际上涉及自由讨论的原则，对自由主义观念而言，这种自由讨论是社会统一体的真正的整合手段。不过，讨论的预设前提是：（一）人的思想；（二）透过人的语言表达的思想。文书和印刷品（出版物）是传播思想的手段，相反，电影根本不是张贴公布的文书，而只是图像和模仿性表演，因此，它就不是语言，也不是以人的口头或书面语言为媒介的思想。电影不是真正意义上的讨论的载体。这也许提供了一个理想的正当性根据，说明为什么要将整个电影技术排除在自由发表意见的权利之外。然而，电影的这种意义也恰恰表明，对自由讨论的需要已经大大减少了。通过电影来影响大众，这已经成为一个非常重要的政治问题，任何国家都不能让这台强大的心理技术装置处于失控状态，而是必须让它与政治脱离关系，令其中立化。也就是说，即便国家不敢公然将这台心理技术装置当作社会心理同质性的整合手段来利用，实际上也必须用它来为现存秩序服务，因为政治是不可避免的。

4. 根本上具有民主性质的公民权完全属于另一种类型。就连公民权也可被描述成基本权利，不过，这种意义上的基本权利完全不同于个人主义的自由权。在这里，基本权利的二重性符合近代法治国宪法组成要素的二重性（参见第十六章，第200页）。公民民主权利的预设前提不是置身于国家之外的“自由”状态中的自由个体，而是生活在国家中的国民，citoyen［公民］。有鉴于此，这些权利本质上具有政治的性质。它们是政治身份权（G. 耶利内克语）或人民权利[1]，

[1] 参见弗莱纳，《联邦国家法》，第288页。

因此，完全有理由将它们与个人的基本权利区别开来。最重要的区别是，公民权不能原则上不受限制，不能是什么“自由权”，所以就不符合真正的基本权利的分配原则。这些公民权的实施范围仅限于国家内部，它们仅仅涉及对国家生活的一定程度的参与。公民权受民主的
169 平等思想支配，每个公民都应在同等程度上享有这些权利。当然，公民权不适用于外国人，否则政治共同体和统一体就不复存在了，政治存在的根本前提，即区分敌友的可能性，就被取消了。这些民主权利包括：法律面前人人平等（魏玛宪法第一零九条）；请愿权（魏玛宪法第一二六条），按照正确的理解，这是公民权，而非一般人权；每个公民的平等选举权和投票权（魏玛宪法第二十二条和第十七条）；按照才能被遴选担任公职的平等机会（魏玛宪法第一二八条）。

5. 个人享受国家积极给付（positive Leistungen）的权利本质上具有社会主义的性质，它是以另外一种方式构成的。这种权利不能是无限的，因为要求另一个人给付的权利会受到限制，至少所有的人要求国家给付的权利会受到限制。这类权利预设了享有权利的个体被嵌入其间的国家组织。于是，个体的权利就被相对化了。这种权利要受到制约，确切地说，要受到一个组织的制约。这个组织统摄了个体，给他指定一个位置，以定量分配和配给的形式满足他的要求。如果一项宪法律宣示了“工作权”，这不可能是指一种原则上不受限制的权利。这种“工作权”只能存在于一个系统中，涉及组织、信息、医疗检查、工作介绍、工作条例、完成所分配的工作的义务，其所采取的形式是有组织的救济，或者职业介绍或失业保险，例如 1927 年 7 月 16 日的德国法律就有这方面的规定。[1] 按其逻辑和法律结构来看，这种权利不同于真正的基本权利和自由权，因此，如果在此不加区分地谈论“基本权利”，就会使人产生误解。这种类型的权利的实例有：

---

[1] 参见 *RGBl.* I，第 187 页。

工作权；享受救济和扶持的权利；接受免费培训和免费授课的权利（1918年苏维埃宪法第五条第十七项，魏玛宪法第一四五条在广泛性上稍逊）；魏玛宪法第一一九条："儿童众多之家庭，得享受相当之扶助以减轻负担"；第一六三条第二项："德国人民应有可能之机会，从事经济劳动，以维持生计。无相当劳动机会时，其必需生活应筹划及 170
之。其详细，另以民国单行法律规定之。"

1, 4, 5 中论述的个人权利一览表

孤立个人的自由权：	与其他个人有联系的个人的自由权：	国家中作为公民的个人的权利：	个人享受国家给付的权利：
良心自由 人身自由 私有财产权 住宅不受侵犯 （通信自由）	自由发表意见的权利 言论自由 出版自由 崇拜自由 集会自由 结社自由 （结盟自由已经成为向政治的过渡）	法律面前人人平等请愿权 平等的选举权和投票权 担任公职的平等机会	工作权 接受救济和扶持的权利 接受教育、培训和授课的权利
对个人自由领域、自由竞争和自由讨论的自由主义—个人主义的保障		每个国民的民主政治权利	社会主义的（用一个缓和一点的词：社会的）权利和要求

IV. 应当将制度保障与基本权利区别开来。

1. 透过宪法法规，可以为某些特定的制度提供一种特殊保护。因此，宪法律的目标就是防止用普通立法手续来废除这些制度。在这里，人们也经常以很不准确的语言谈论基本权利，虽然这类保障的结构无论在逻辑上还是在法律上都完全不同于基本权利的结构。即便个人或社团的主体权利与制度保障结合在一起（这种情况并不具有必然性），也不会有什么基本权利。按其本质来看，制度保障要受到限制。 171
它仅仅存在于国家之内，并非建基于原则上不受限制的自由领域的观念，而是涉及一种受到法律承认的制度。这种制度本身有一个限定的

范围和界域，服务于某些特定的任务和目标，尽管任务并没有专门细分，而是允许“活动范围的广泛性”。

> 乡镇的基本权利即属此类。例如，1849年法兰克福宪法第一八四条规定，作为其宪法的基本权利，每个乡镇都（一）有权选举其行政长官和代表；（二）有权在国家的法律监督下自主管理包括地方警察在内的乡镇事务。魏玛宪法第一二七条规定，乡镇及乡镇联合体，在法律规定内，有行政自主权。这个条款包含着一种宪法律保障：自主管理的制度由民国的宪法律予以保障，因此，地区的自主管理制度本身不能予以废除，一切按其实质内容来看取消了地方自主权或剥夺了其根本存在状态的法律都有违民国宪法。相反，这项规定绝不保证个别乡镇或乡镇联合体的存在权利。因此，只要有一项邦法律可供依凭，甚至可以在违背乡镇意愿的条件下将其并入较大的行政区。而且，就过去的邦法律的自治权规范而言，其现有内容（截止到1918年8月14日）也没有确定下来；实际上，这些规范可以随时通过各邦的普通法律予以更改。在这一点上，魏玛宪法第一二七条与1920年普鲁士宪法第七十条是有区别的，因为普鲁士宪法根据普鲁士目前的法律情况确定了属于自治权管辖范围的事项，将其现状置于普鲁士宪法的保护之下。有鉴于此，只有通过普鲁士宪法修正案，才能对自治权作出种种限制。

制度保障的其他实例有：魏玛宪法第一零五条关于禁止设置例外法院的规定（受法定法官裁判的权利）；第一一九条关于婚姻是家庭生活的基础的规定；第一三九条关于星期日为休息日的规定。至于说到私有财产，魏玛宪法的措辞相当含混，充满矛盾。按照第一五三条的规定，除具体的财产权外，财产被当作一种私法制度予以保障，继承权也同样如此（第一五四条）。不过，魏玛宪法把私有财产当作

一种制度予以保障，这并不意味着，它不再把私有财产当作一项基本权利来对待，而是想把它相对化，于是第一五三条对私有财产的保障在国家法上就具有了与人身自由不容侵犯的宣言完全不同的含义。人身自由当然绝不可能是一种制度。相反，尽管私有财产可以看成是一种先于国家、存在于一切社会秩序之前的自然权利，但它也可以看成是一种单纯的法律制度。第一五三条的措辞使人产生疑 172
问：它究竟涉及对基本权利的承认呢，还是仅仅指一种制度保障？第一五三条第一项第二句的条文（“其［指财产］内容及限制，以法律规定之”）与第一句的基本权利相矛盾，因为真正的基本权利（例如人身自由）的内容恰恰并不由法律予以规定，而是先于法律已然给定的。因此，魏玛宪法不允许用法律来限定私有财产的内容，从而将基于传统财产概念的“任意处置权”（沃尔夫［M. Wolff］）变成逐条列举的个别权利的总汇。在第一句中，对财产的保障并非对一种空洞名义的宪法律保障，而是对一项原则的承认，因为离开了私有财产就不会有国民法治国，而魏玛宪法想成为一部国民法治国宪法。

相反，魏玛宪法的公务员法规定才是制度保障的真正实例。这些规定提供了维持一支职业公务员队伍的保障机制：“公务员为全国之公仆，非一党一派之佣役”（魏玛宪法第一三零条）。也就是说，即便议会那种具有分赃和扈从性质的活动造成了国家解体的后果，公务员也不受任何影响。尽管对公务员既得权利的保障（第一二九条第一项第三句）有利于每个公务员，但它也为公务员的主体权利奠定了基础。确切地说，这个条款不仅保障了公务员的财产请求权，而且——尽管权利保护的种类不同——还保障了公务员对官衔的请求权，甚至保障了公务员对符合法律和行政规范的活动的请求权。[1] 不过，所有

[1] 参见 *RGZ.*，第一零四卷，第 58 页；第一零七卷，第 6 页。

这一切并非服务于公务员的私人利益，而是有利于建立一支职业公务员队伍。在这种情况下，一项从原则上取缔了职业公务员阶层的法律就与一项废除了地方自治权、家庭或继承权的法律一样是违宪的。因此，有些制度保障带有主体权利，另一些则不带有主体权利；就连权利保护和提出请求的可能性也有各种不同的类型。不过，无论是主体权利，还是诉讼途径的保留都不是制度保障的本质。

173　对科学研究自由的宪法律保障（魏玛宪法第一四二条），斯门德所说的“德国大学的基本权利”[1] 同样涉及一种制度保障。这并不是真正意义上的基本权利，而是提供了一种宪法律保护，以防立法者采取废止行动。这种保护乃是一切制度保障的特征。魏玛宪法第一四九条的各项保障属于同样的情况：宗教课目为学校的通常学科，高等学校的神学院继续保留。

2. 在国家内部，不可能存在自然团体或有组织的团体的基本权利；这种所谓的基本权利其实是一种制度保障。家庭本身没有真正意义上的基本权利，同样，家庭成员本身也没有真正意义上的基本权利。家庭只能作为一种制度而受到宪法律保护。乡镇和乡镇联合体也同样如此。这种建制可以被赋予主体权利的性质，主体权利可以受到宪法律保障。例如，乡镇和乡镇联合体原本可以被赋予主体权利，但魏玛宪法第一二七条（有别于 1849 年法兰克福宪法第一八四条）仅仅为它们提供了一种不附带主体权利的制度保障。不过，就连这类主体权利也只是宪法律权利，而不是与国民法治国的基本分配原则相符的真正的基本权利。所有这些制度安排都存在于国家之内，而非存在于国家之前或国家之上。真正的基本权利的先决条件是，个人及其原则上不受限制的自由领域已经被给定了。一种制度安排不可能以这种方式被给定。近代国家是一个独立自足的政治统一体，它按其本质就

---

[1] 国家法法学教师大会，1927，*AöR*. XIII，第 107 页。

是一种总体状态，即一种在其自身内部将所有其他状态相对化的总体状态。国家在其自身内部不能承认先于或高于国家、因而享有平等权利的公法状态，也不能承认处于国家之上或与国家相并立、将手伸进其领域的中间环节。就这种独立于国家的状态而言，国家不可能与之发生国家法的即内部的关系，而只能与之发生国际法的关系。

国家可以将各种各样的主体权利，甚至将一种存在权利授予不依 174
赖国家而存在的有组织的团体，并且从宪法律上对这种权利予以保障。不过，就连这种权利也不是真正意义上的基本权利。如果教会，例如罗马天主教会，要求享有先于国家、超逾国家的权利，这就有可能导致国家与教会签订一项协议。在这种情况下，协议并不是国家法行为，而是国际法行为，国家作为一个独立自足的统一体与教会本身发生面对面的关系。协议的内容甚至有可能获得宪法律保障，也就是说，在协议的内容转化成国内法的情况下，它就有可能作为一项宪法律固定下来。于是，就有了这种宪法律保障的特殊保护机制。不过，这类国际法义务并不是国家宪法的组成要素，因而无论在何种意义上都不是享有国际法权利的实体的基本权利。

即便国家按国际法规定有义务以特定的方式对待一个少数民族的成员，而且这种具有宪法律性质的义务又转化成了国内法，这也并没有产生出作为一个集体的少数民族的基本权利。自从1919年以来，东欧和中欧许多国家订立了少数民族保护协议（参见第七章，IV，5，第74页），这些协议一般都为一个少数民族的个别成员的自由和平等提供了种种保障，它们以个人的普遍人权的思想为基础，就此而言是真正的基本权利。如果除此而外还确保了少数民族的广泛自治权，并且将少数民族作为少数民族组织起来，这就是一种带有或不带有主体权利的制度保障，而不是真正的基本权利。

3. 国家在国际法上的“基本权利”不在考虑之列。在一个联邦内部，每个成员邦均享有存在的权利。这同样也可以称为“基本权利”，但这种意义上的基本权利显然不同于国民法治国内部个人的基本权利（参见第二十九章关于联邦问题的讨论）。关于旧德意志帝国选帝侯和其他等级的“基本”权利或“根本”权利，在此就不必讨论了（有关的论述，参见第六章，第 44 页）。

V. 在国民法治国中，基本义务不过是宪法律义务。只有当这些基本义务受到限制时，它们才能成为实在法意义上的基本义务。原则上不受限制的义务乃与国民法治国的理念背道而驰。因此，每项义务都只能“依照法律”予以确定，法律限定了义务的前提和内容。魏玛宪
175 法规定了基本义务，但必须注意，这些基本义务在逻辑结构和法律结构上不同于基本权利。正如议员迪林格尔（Düringer）在魏玛国民议会宪法委员会的协商过程中颇有道理地指出的，按照最初的想法，个人只有基本权利，没有基本义务。[1] 对基本义务的承认使国家丧失了纯粹自由法治国的性质，魏玛宪法第二编关于基本义务的宣示恰恰有助于达成这个目标，它针对个人主义自由原则强调了德意志民国的社会性质。基本义务不是普遍的人类义务，而只是国民或臣民的义务，换句话说，是那些处于国家权力范围之内的人的义务。

实例：魏玛宪法第一三二条规定：“德国人民，按法律规定，有担任名誉职之义务。”这项规定本身还没有确立具体的义务，而是涉及具体化的法律规定。第一三三条也属于同样的情况：“每一德国人民，依据法律，有为国家及乡镇服役之义务。”第一三三条第二项第一句：“兵役义务，以民国兵役法法定之。”第

[1] 参见 *Prot.*, 第 184 页。

一四五条第一项第一句："受国民小学教育为国民普通义务。"总的说来，魏玛宪法的这些基本义务没有取消该宪法的国民法治国性质，其"混合性质"在某些条款中体现出来，例如第一六三条规定："德国人民，不妨害其人身自由时，应公共福利之需要，应照精神上、体力上之能力，尽道德上之义务。"

VI. 从针对国家的限制和干涉而设立的法律保护机制出发对基本权利的划分。

1. 绝对基本权利与相对基本权利的区分已如上述（参见 III，3）。个人的真正的基本权利从来都是绝对的，符合法治国的分配原则。按照这种分配原则，个人的自由原则上不受限制，国家的权力原则上要受到限制。

真正的基本权利是绝对的，原则上不受限制，这并不意味着干涉和限制被完全排除了。不过，干涉和限制属于例外情况。确切地说，这种例外情况是可预见的，是可按前提和内容予以测度和控制的。因此，干涉和限制只能以法律为依据予以实施。这里的法律须按国民法治国的法律概念来理解，指的是一般规范，而不是国王或立法机关颁 176
布的任何一项采取法律形式的个别法令。因此，基本权利和自由权要受到法律保留原则的限制。这种保护的关键在于，法治国意义上的法律必须具有某些实质性特征，以满足法治国分配原则的理念（参见第十三章）。

对人身自由等等的限制唯依法律——确切地说，普通法律，例如刑诉法——始得行之。在此，不应忽略的是，实际上已经形成了一个常规的干涉限度。抽象地看来，有些不确定的概念似乎提供了无限的干涉可能性，但即便如此，在实践中仍有一个限定范围。因此，行政法院对警察的监督也改塑了法治国意义上的警察的"一般授权"，从而导致了原则上的限制性和可测度性。这种"一般授权"的著例是《普鲁士民法典》第二部第十七章第十条，该条款被视为警察权力的

法律基础："为维护公共安定、安全和秩序，为防止公众或其个别成员即将面临的危险而进行必要的部署，乃警察之职责。"这里的每个词都导致了一系列先例，使警察的干预具有了可预测性和可测度性。这些先例赋予"维护"、"公共安全"和"秩序"等概念以一种可控制的规范内容，甚至为所谓公安紧急状态确立了限制性规则（例如单纯的容忍义务、不承担积极行动的义务）。有时候，这种实践的规范前提没有被给定，从而使广泛的、不可测度的干预成为必要——也就是说，出现了紧急状态。针对这种情况，宪法律规定了临时中止基本权利——即临时宣布基本权利无效——的可能性，魏玛宪法第四十八条第二项就是一个例子（参见第十一章，II，第 110 页）。

人们经常说，基本权利的实在法意义在于，它们奠定了"依法行政"（Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）原则的基础。此外，人们似乎相信，只要宪法律没有明文禁止，就可以通过法律或特别法律对以基
177 本权利的形式获得保障的自由领域实行一切干预。这样就误解了法律保留原则，因为法治国的法律概念没有得到正确认识。同样，法律的"授权"这种说法也很不准确，容易让人产生误解。考虑到基本权利的法治国意义，考虑到包含在基本权利中的基本分配原则，考虑到法治国的法律概念，必须对"法律保留"和依法干预自由领域的法治国原则作出重新表述：只有以一项法律（即一项一般规范）为根据、通过一项法律适用行为，才能对以基本权利的形式获得保障的自由加以限制。

2. 但是，通过承认基本权利而确保公民自由的保护机制并不限于这一法律保留原则，其范围还要更大一些。对国民法治国意义上的基本权利的承认意味着，立足于公民自由的近代宪法的一系列法治国原则受到承认，被当成是宪法本身的基本要素。这意味着，这些法治国原则是宪法的核心，尽管可以通过宪法法规对它们加以修正，但是，一旦彻底否定了它们，那就超出了单纯的宪法修改的范围。因此，如果以为可以用魏玛宪法第七十六条规定的修宪程序来颁布任何取消公

民基本权利和自由权利的法律，那是完全错误的。只有在忽略了宪法与宪法律的根本区分的情况下，才有可能出现这样的错误。修宪的目的不是为了废止宪法，而是为了修正宪法律。通过一项宪法修正案，可以对自由权施加广泛的限制。只要假主权行为受到许可（参见第十一章，II，第 108 页），就可以打破宪法，采取个别措施，但是，如果根据第七十六条的程序制定出来的法律取消了人身自由或另外一项受到承认的基本权利，让一个行政机关按其自身的裁量来决定不可预测的干涉行为，它就是违宪的，因为它取消了基本权利。

狄骥认为，1789 年宣布的自由权甚至不能通过宪法修正案予以废止。[1] 对一切国民法治国宪法来说，这一观点都完全适用。不过，如果采取一以贯之的思路，狄骥的观点必然导致宪法 178
与宪法律的区分（参见第二章，第 26 页）。真正的基本权利作为宪法的基本要素，确切地说，作为宪法的实在法要素，凌驾于宪法法规之上。这一原则大概也为 1849 年 3 月 28 日法兰克福帝国宪法第一三零条提供了根据："应确保德意志人民的下述基本权利。德意志各邦国应将其列为规范。德意志各邦国的**任何宪法或立法均不得取消**或限制之。"不过，在这里，基本权利高于宪法律的原则被掩盖了，因为与此同时又针对帝国与各邦国的关系制定了一项**联邦国家**规定，而基本权利与宪法律的关系——就其涉及帝国而言——表面上并没有得到界定。此外，有人发现，美国联邦宪法的基本权利也有类似的模糊之处。[2] 但是，撇开这个联邦国家法因素不论，还存在着一个问题：基本权利能否通过宪法修正案予以废除？美国宪法第十八修正案（禁酒令）就曾引发了这个问题，不过，即便在这里，它也主要是从联邦国家的方面

[1] 参见《手册》，第 486 页；《宪法论》，第二版，第三卷，第 561—562 页。

[2] 参见布特米，《研究》，第 94 页及以下。

来加以处理的。[1] 然而，在这一点上，饶有兴味的是，就连在美国的实践中，修宪权的限度这个原则问题也仍处于悬而未决的状态。

3. 因此，即便效力很不相同，一切真正的基本权利的保障机制都是针对以下机构设立的：（一）主管宪法修改的机构，这又分不同的情况，要看修宪机关是拥有宪法律赋予的修宪权，还是拥有实施假主权行为的权力（参见第 108 页）；（二）负责颁布普通法律的机构；（三）其他国家机关，尤其是行政机关。在欧洲，自由市民阶层的政治斗争的主要矛头是君主的专制主义，有鉴于此，人们就把注意力主要地甚至几乎唯一地集中在针对行政机关的措施上，其主要目标是要防止通过国王谕令的途径发生的干预和限制，用法律来拘束行政机关，尤其是警察机关，从而实施依法行政的原则。因此，可以从历史的角度来解释为什么基本权利所针对的一个特定目标会成为主要关注点。也恰恰由于这个原因，基本权利的原则性意义经常没有受到重视，作为依据的一般法律与适用法律的具体干预行为之间的核心区
179 分被完全忽略了，相应地，这种保障所针对的不同目标的不同内容也被完全忽略了。时至今日，行政，尤其是警察的依法性已成为自明之理。有鉴于此，人们很可能——错误地——认为，这些基本权利已经“空无内容”了。

托马从效果方面对“基本权利”作了如下区分（同上引书）。有些基本权利，正如他所说的，“具有宪法效力”（verfassungskräftig），也就是说，对它们的例外处理不能以一项普通法律为基础，而是凭着宪法法规，只能以一项宪法修正案为

[1] 参见马伯里，同上引书，*Harvard Law Review*，1919/20，第 223 页及以下。参见第十一章，二，第 106 页。

基础，受法定法官裁判的权利和禁止设置例外法院的规定便属于这种情况（魏玛宪法第一零五条）。另一些基本权利，确切地说，绝大多数基本权利都仅仅“具有法律效力”（gesetzeskräftig），也就是说，只要通过普通法律就可以对其作出例外处理，加以限制。这里又可以区分两种情况：（一）魏玛宪法要求必须通过民国法律才能限制基本权利（即所谓**具有民国法律效力的**基本权利，例如第一一七条：“通信秘密之例外唯依据民国法律始得行之”；第一一二条：“此项移住，唯民国法律得限制之”）；（二）也可以通过邦法律来实施这种限制和干预（即所谓**具有邦法律效力的**基本权利）。这样就出现了一个奇特的现象：最重要、最根本的基本权利，例如人身自由和住宅不受侵犯的权利（魏玛宪法第一一四、一一五条），仅仅具有邦法律效力，由于依法行政的原则已成为自明之理，它们实际上已经“空无内容”了。与此相反，应该坚持的一点是，一切真正的基本权利都具有宪法律效力，不能通过宪法修正案予以废除；通过立法程序确定的限制范围要按法治国法律的原则来测度，而不依赖于依法行政的原则，每项基本权利对立法者——民国立法者和邦立法者——也有拘束力，因此，如果撇开作为自明之理的依法行政原则不谈，它绝没有变得“空无内容”。

托马区分了“具有宪法效力的”——更准确地说，“具有宪法律效力的”——基本权利和单纯“具有法律效力的”基本权利。托马之所以会作出这种区分，首先是因为基本权利的概念以一种不能允许的方式扩展到形形色色的宪法律保障，结果，尤其是制度保障就与基本权利掺和、混淆起来。实际上，制度保障为一种针对普通立法的保护机制奠定了基础；托马使用的“具有宪法律效力的”（verfassungsgesetzeskräftig）一词在这里是非常贴切的。就具有宪法律效力的权利而言，最明显的例子莫过于受法定法官裁判的权利。魏玛宪法第一零五

条确保了这项权利，而且还使用了这样的措辞："不得设置例外法院。无论何人，不得剥夺其受法定法官裁判之权利。"或许有理由相信，
180 这两句话内容相同：第二句话是更为一般的规定，禁止设置例外法院则不过是受法定法官裁判的权利的一种特殊情形。[1] 此外，这项规定也是法律面前人人平等（魏玛宪法第一零九条）的一种特殊情形。但是，这种"受法定法官裁判的权利"实际上是一种制度保障，从这里我们可以十分清楚地看到，各项特殊保障如何在特定的历史和政治经验的基础上被写进宪法，以便提供一种保护机制来防止立法权限的滥用。这种类型的特殊保护还有另外一个例子，即禁止刑法和溯及既往的法律产生溯及力。魏玛宪法第一一六条规定："无论何种行为，非在行为之前已有法律规定处罚者，不得科以刑罚。"

这类宪法律保障有其具体的历史根源：人们因为特定的经验而担心会发生某些特定的危险。这些保障仅仅间接地服务于基本权利的原则，其本身并非"基本权利"。它们提供了特殊的保护机制来防止立法权的滥用，提供了特殊的保障手段来确保权力的区分，维护法治国的法律概念。它们禁止立法者采取主权行为，也就是说，立法者不得打破现行法秩序。因此，如果国家的安全和秩序受到异乎寻常的危害，就必须要有一种特殊类型的规定，取消宪法律的各种拘束，确立诸如战争状态、戒严状态和非常状态之类的法律制度。"法律保留"，即一项先行确定的、可测度的、一般的、可控制的规定的保留只有在涉及真正的基本权利时才有意义，它对这类制度保障来说就没有什么意义了。"法定法官"预设了一个法院组织和一项管辖权规定，而没有预设一个在法律保留原则下受到干预的不受限制的自由领域。如果一项实在的个别规定在宪法律上受到保障（例如魏玛宪法第一四九条第一项第一句："宗教课目为各学校之通常学科"；第一二九条第

[1] 克恩（Ed. Kern），《法定法官》（*Der gesetzliche Richter*），1927，第234页。

三项第三句："公务员之欲阅览其本人之人事检查簿者，亦应照准"； 181
等等），就能更清楚地见出宪法律保障的区别性特征。这类保障显然"具有宪法律效力"，但是，如果人们想为宪法法规的这些偶然细节提供比基本权利的根本原则更为强大的保障，那就误解了近代法治国宪法的实在原则。

4. 宪法律保障的区别性特征被弄得极其模糊，"基本权利"一词被随意滥用，最终给魏玛宪法第二编的宪法法规造成了若干模糊之处。必须坚持的一点是，在一个国民法治国中，唯有个人的自由权才能被视为基本权利，因为唯有这些权利才能与国民法治国的基本分配原则——即原则上不受限制的自由领域和原则上受限制的国家干预权——相符。一切其他权利只能授予原则上受限制的权利，不管这些权利在人们的心目中有多么重要，也不管它们带着多么强大的保证和誓言而被纳入宪法法规。这一点适用于所有的制度保障。魏玛宪法第一二九、一三零条确定了公务员的各项权利，对这些权利的承认十分清楚地透露出宪法律保障的区别性特征。根据第一三零条第二项的规定，"公务员之政治志向及结社自由，应保障之"。这一条款将一般的自由人权与制度保障结合起来，显得十分矛盾。公务员本身有一种特殊身份——连同这个并不限于一系列个别义务的概念的全部后果。他有忠诚的义务，有服从上级的义务，有保守秘密的义务，有在公务活动之外保持得体的生活方式的义务。这种特殊身份与一般"人"的身份有很大的区别。可以说，公务员这个概念从来都使资产阶级自由主义的激进代言人感到可疑。可是，魏玛宪法不顾政体已经发生变化的事实，恰恰想延续德国公务员国家的悠久传统，为德国人民保存公务员阶层的独特力量和价值。这样就确立了第一二九、一三零条的制度保障。即便在这里，魏玛宪法也再度将两项原则并置在一起，忽 182
略了它们之间发生冲突的可能性。这很可以说明魏玛宪法的混合性质。与普遍人权相符的原则上不受限制的自由如果要得到首尾一贯的实施，就必须抛弃公务员概念，因为公务员不能一方面要求享有其特

殊身份带来的利益和荣誉（就其主体权利和要求而言），另一方面又诉诸自由个体——即非公务员——的原则上不受限制的个人主义“自由权”（就其承担的义务而言）。如果公务员阶层应该作为一种制度保留下来，那么，在公务员的特殊身份与个人主义自由权发生冲突的情况下，就必须首先考虑公务员的特殊身份。与公务员身份相联系的义务绝对优先于对结社自由和政治志向自由的保障。因此，魏玛宪法第一三零条的宪法律保障的意义仅仅在于，某些迄今有效的对结社自由和发表意见的自由的限制被取消了。不过，保障作为普遍人权的个人志向自由和结社自由，与在公务员制度的保留条件下保障公务员的这些“自由权”是完全不同的：前者涉及真正的基本权利，其预设前提是原则上不受限制的自由领域，后者则涉及与制度保障相联系的特殊宪法法规。

第十五章　权力的区分

（所谓的分立）[1]

权力的区分是近代自由公民宪法的法治国要素的第二项原则。这是一项组织原则，对它的实施可以确保一切国家权力的可测度性和可监督性。

I. 权力区分学说的历史形成过程。

在第一次英国革命期间，英国人民在议会统治方面曾经有过一些经验，这样就促使他们从理论和实践上将国家权力活动的不同领域加 183
以区分和分离。在此过程中出现的最重要的根本区分就是法律与国家意志活动的其他分支领域的区分。法律是对所有的人——甚至对立法者本人——均有拘束力的永久规范，因而就是一般规范，任何人都不得因某一个别情况而打破它。克伦威尔于 1653 年颁布的《政府约法》（Instrument of Government）被视为这种权力分立的第一次实际尝试（参见第四章，II，第 40 页）。克伦威尔曾先后三次解散议会，总的来

---

[1] 【中译者注】此处的德文原题是：Die Unterscheidung（sog. Teilung）der Gewalten。以下将“Unterscheidung”译作“区分”，将“Teilung”译作“分立”。但需要注意的是，施米特在本章中对“Unterscheidung”、“Trennung”和“Teilung”进行了辨析，在他看来，“Teilung”一词的正确含义应该是同一项权力的内部区分，所以译作“分享”也许更恰当一些。不过，考虑到这个概念通常都用在施米特所说的“权力的区分”的意义上，故在一般情况下仍译作“分立”，仅在涉及词语辨析时才译作“分享”。

看，他力图针对议会建立一个强大的、拥有行动能力的政府。在有了这样一些经验之后，便产生出一种理论，认为有必要区分国家活动的各个分支领域，让它们相互监督。哈林顿（Harrington）在《大洋国》（*Oceana*）中试图勾勒出一个相互监督、相互掣肘的复杂系统。洛克在《政府论》中将立法权（即设立一般的、预为规定的恒久规则的权力）与执行权和对外权区别开来。对外权不受一般规范拘束，因为它过分依赖于变动不居的外交形势。[1] 关于立法与行政的区分，有一个屡见不鲜的辩护理由，实际上已经出现在洛克的著作中了：如果同一批人既制定法律，又适用法律，就会造成不好的后果，因为如果立法者能够将法律的形式用于任何个别命令和措施，法律就会立刻丧失其作为法律的品质。应当注意的是，这种辩护导致了一个“互斥”系统，一个不相容系统。与诸项“权力”的区分相联系，还有另外一个关于组织结构的想法：人们可以在经过如此区分的国家活动领域内部作出进一步划分，以便实现最大限度的监督和制约。区分的目的不只是要造成一种分离，因为若是这样的话，就会导致一系列孤立的国家活动的毫无联系的并置；相反，区分的目的是为了达到一种平衡，一种“均衡”（Equilibrium）。

自16世纪以来，对立力量的相互平衡（Gleichgewicht, Balance）一直支配着欧洲人的思想。这一观念在形形色色的平衡理论中表达出来：外交上的平衡（先是意大利半岛五国之间
184 的平衡，然后是欧洲各国之间的平衡）；商业决算中的进出口平衡；沙夫茨伯里（Shaftesbury）道德哲学中利己主义与利他主义

[1] 《政府论·下篇》，第147节；参见《论专政》，第42页。

冲动的平衡；牛顿万有引力学说中引力与斥力的平衡。[1]

在宪法理论中，权力平衡学说的真正始作俑者是博林布罗克。不过，他仅仅在政治论战文章和短篇论文中，而没有通过一部系统的论著传布关于相互监控、相互平衡的观念。博林布罗克用以表达这种观念的词语是：相互制约、相互监督、相互钳制、相互遏制等等。他提出了三重平衡、“权力均衡”（equilibrium of powers）的思想，这对英国宪法的理想设计具有特殊意义。这种均衡产生出自由政体：国王、上议院和下议院；国王与议会（上议院与下议院合在一起）之间、立法与行政之间、国王的特权与人民的自由之间应保持“平衡”。博林布罗克讨论这个问题的最重要的著述是《爱国者国王的观念》（*The Idea of a Patriot King*，1738）以及《论党派》（*Dissertation on Parties*，1733/4）。这些著述大都以文章的形式发表在《手艺人》（*The Craftsman*）周刊上（十四卷，1726—1736）。[2] 博林布罗克提出的几个颇有影响的概念是制约（to check）、监督（to control）、阻碍（to counterwork）、钳制（to arrest）、遏制（to restrain）。博林布罗克在其哲学著作和杂著[3]中还发表过其他一些意见。按照博林布罗克的设想，“爱国者国王”大体上已经是受人民信任的行政首脑了。R. 施密特认为，这个观念可以追溯到笛福（Defoe）：笛福将人民的舆论看作一种权力；面对议会，这种舆论可以为

---

[1] 关于这一点，参见《论专政》一书中的有关证据，第103页。另参见普里布拉姆（Karl Pribram），《比较古老的国民经济学理论中的平衡观念》，载 *Zeitschr. F. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*，XVII，1908，第1页及以下；他将有关人类经济的集体现象之间的静态平衡的学说看成是一切重商主义理论所特有的东西。

[2] 参见西克尔（Walter Sickel），《博林布罗克及其时代》（*Bolingbroke and His Times*），London，1901，II，第250页及以下。

[3] Edinburgh，1775，1779。

大臣们提供支持。[1] 所有这些观念对近代民主制的建构都具有重要意义（参见本书第三部分关于议会制的讨论，第二十四章，第 304 页）。

受博林布罗克的影响，孟德斯鸠在《论法的精神》（1748）著名的第十一卷第六章中勾勒了英国宪法的典范样式，里面有几句影响深远的话："每个国家都有三种公共权力，即立法权、对外执行权和内政执行权。依据第一种权力，君主或当权者颁布临时的或永久的新法律，修正或废止旧法律。依据第二种权力，他们媾和或宣战，派遣或接受使者，维护安全，防御侵略。依据第三种权力，他们惩罚犯罪，裁决民事诉讼。最后一种权力是司法权。"[2] 关于第三种权
185 力，孟德斯鸠有一句令人不解的格言：它"在某种程度上是不存在的（en quelque façon nulle）"[3]。因此，真正具有重要意义的是立法与行政的区分。从刚才引用的那几句话可以看出，行政绝不限于法律的适用，而是真正意义上的国家活动；同样，如果将今天这种迅速、批量制定法律的做法转移到孟德斯鸠所说的"立法"上去，那也是完

---

[1] 参见《作为宪法生活的实在要素的人民意愿与丹尼尔·笛福》（*Der Volkswille als realer Faktor des Verfassunglebens und Daniel Defoe*），载 *Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaft*，1924，第七十六卷，第 34 页。

[2] 【中译者注】据施米特的德译文译出。参见《论法的精神》中译本："每一个国家有三种权力：（一）立法权力；（二）有关国际法事项的行政权力；（三）有关民政法规事项的行政权力。依据第一种权力，国王或执政官制定临时的或永久的法律，并修正或废止已制定的法律。依据第二种权力，他们媾和或宣战，派遣或接受使者，维护公共安全，防御侵略。依据第三种权力，他们惩罚犯罪或裁决私人讼争。我们将称后者为司法权力。"张雁深译，北京：商务印书馆，1961，第 155 页。

[3] 关于这句话的含义，参见《论专政》，第 109 页。也许此处的意思是说，司法权本身不具有自身的政治存在，因为它把全部心思都投入到规范上去了。孟德斯鸠这句话的深刻含义不大引起人们的注意，被它那表面上的警句形式掩盖了。

全错误的。孟德斯鸠划分国家活动的不同分支领域的目的是要用一种权力钳制另一种权力（Le pouvoir arrête le pouvoir），这样就能达到权力的平衡。

1787 年美利坚合众国联邦宪法有意识地采纳了一个权力区分的系统，而且，它不仅实行权力的相互制约、相互监督，而且还在很大程度上将各项权力实实在在地予以分离。立法机关（又分成两院——众议院和参议院，它们共同组成国会，即立法机关）与行政机关（总统）彼此分离，尽可能避免了两者的直接磋商。因此，尽管法案要提交总统批准，而总统又可以对法案提出异议，并且此种异议须经提出该项法案的议院三分之二的人数议决通过，才能予以驳回，但是，总统（政府或行政机关）并没有自己的立法创制权。此外，总统也没有解散两院的权力，无须取得立法机关的信任，并且不依赖于立法机关的信任。

法国革命时期的第一部宪法，即 1791 年宪法首次提到权力的分离（注意，是 séparation des pouvoirs [权力的分离]，而非 division [划分]）。[1] 但是，正如美国联邦宪法一样，法国宪法也不能实行权力的绝对分离（即分隔）；相反，在这里也建立了一个相互制约而又相互联系、符合平衡思想的系统。

从这番概述可以看出，权力区分这项一般组织原则有各种各 186
样的表述方式和观察角度。最普通、涵盖面最广的用语大概是此处所推荐的“权力区分”（Gewaltenunterscheidung）一词。“分离”（Trennung）意指一种完全的分隔，但是，这种分隔仅仅被当作进一步组织的出发点，以后——即在其他规定中——又允许建立某些特定的联系。“分享”（Teilung）的正确含义是同一项

[1] 参见狄骥，《手册》，第 316 页及以下。

权力的内部区分，例如，立法权由两个议院——比如说参议院和众议院——共同分享。[1] 这样就产生出典型的三权组织模式：立法、行政和司法。从理论上说，也许还可以设立其他“权力”，而且也确实设立了其他“权力”。不过，这种三分法还是获得了普遍接受。无论如何，只要是国民法治国宪法，其组织规定就必定受权力区分原则的支配。

II. 权力分离和平衡。在权力区分的情况下，有两个因素开始产生效果了：首先，几个最高国家机关及其权限发生了分离；然后，这些经过区分的“权力”之间又建立起了联系，它们相互作用，相互平衡。为了使区分成为可能，一种特定的分离是有必要的。尽管在实行这种分离时不能将它彻底伸展到完全分隔的地步，但它却首先应被看成是这一组织原则本身的一个独立因素。

1. 一种严格实行的分离模式必然导致这样一个结果：立法、行政和司法成为国家活动的三个彼此分离的组织。一个职能范围内的任何机关或人员均不得同时属于另一个职能范围，因此，就存在着极端严格的不相容性，确切地说，立法机关的议员与国家行政机关的公务员（包括部长在内）是两种互不相容的职位；任何行政公务员均不得担任法官，任何法官均不得担任行政公务员；一个职能范围内的任何机关均不得行使按其实质内容来看属于另一个职能范围的权力；一个职能范围内的任何机关均不得对另一个职能范围内的机关行使职权。这种严格分离的后果是，立法机关不能对政府产生任何影响；议会制政
187 府——即必须取得立法机关多数信任的政府——可能与这种严格的分离相矛盾，因此，美国宪法避免了这种政府形式。不过，人们也可以从权力分离的必要性作出一个推论：不得对立法行为实行司法监督，

---

[1] 参见哈斯巴赫（W. Hasbach），《议会制的内阁政府》（*Die parlamentarische Kabinettsregierung*），1919，第3—4页。

因此，对法律的合宪性的司法审查——像美国最高法院针对立法实行的那种司法审查——同样违背了首尾一贯的分权模式。这些例子已经表明，“分权”系统绝不是一种在任何地方都从一切细节上得到了实施的带有历史具体性的组织形式，它不过是一个理论模式，建构这一模式的目的是为了说明组织原则。

下文试图描述这一理论模式。L 代表立法，E 代表行政（政府与行政机关合在一起，或者两者之一；政府又可以指国家元首——国王或总统——或内阁），J 代表司法。

1. 严格分离的理论后果：E 不对 L 发生影响（政府对议会）

（1）政府无召集国会之权。

魏玛宪法第二十四条规定：“民国国会于每年 11 月的第一个星期三，自行集会于民国政府所在地，唯民国总统或民国国会议员三分之一有所要求时，民国国会议长应提前召集开会。”因此，民国总统有间接召集权，民国政府本身则没有这种权力。根据 1787 年美国联邦宪法，只有在非常情况下，总统才有召集权。法国共和三年宪法（1795 年督政府宪法）也对行政作出了同样的规定。1875 年 7 月 16 日法国宪法律第一、二条规定，共和国总统有召集两院开会的权力。

（2）政府无立法创制权。

美国联邦宪法即作出了这种规定，但法案应提交总统签署，并由总统提出意见。

魏玛宪法第六十八条有所不同。按照该条的规定，民国政府决定和提出法案，与此同时，民国国会也拥有立法创制权。

188　（3）**没有共同的法律决议**。

在德国立宪君主国中，情况有所不同。例如，根据1850年1月30日普鲁士宪法第六十二条，法律由国王与两院的一致决议制定出来。

美国联邦宪法的特殊规定：总统对法案的异议须经提出该项法案的议院三分之二的人数议决通过，才能予以驳回（参见（2））。

（4）**没有授权法，不得转让立法权**。

法国共和三年宪法（1795年督政府宪法）第五章第四十五条规定：无论在何种情况下，立法机关均不得将其职能转让给它的某个或某些成员，或任何其他人。德国国家法的实践有所不同，这里有许许多多的授权法，权力的转让经常不受限制。[1]

（5）**没有行政否决权**。

魏玛宪法没有对民国总统或民国政府的行政否决权作出规定，但民国总统或民国政府能够以其他方式施加影响（参见（6））。

国王的暂停否决权的实例：1791年法国宪法。

（6）**E不得针对L的议决案下达公民投票的命令**。

魏玛宪法第七十三条第一项有所不同。按照该条该项的规定，“凡经民国国会议决之法律，如民国总统于一个月内决定交付公民投票者，得于其公布前，交付公民投票。”

---

[1] 参见特里佩尔的论述，载 *Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages*, 1921，第16页；以及珀奇，同上引书，第42页及以下；特里佩尔，*Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien*，1924，第7页及以下。

（7）E 不得编就和公布法律。

立宪君主国宪法、1875 年 7 月 16 日法国宪法律第七条（共和国总统公布法律）和魏玛宪法第七十条（“民国总统应将依照宪法制定之法律编就并于一个月内在民国法律公报中公布之”）有所不同。

（8）E 不得解散立法机关。

立宪君主国宪法、1875 年 2 月 25 日法国宪法律（自 1877 年以来已经变得不切实际了）和魏玛宪法第二十五条（“民国总统得解散民国国会，但出于同一之原因，仅得解散国会一次”）有所不同。

（9）E 无赦免权。 189

有人认为，国王的赦免权违反了权力分立的原则，干预了立法机关。[1]

立宪君主国宪法、1875 年 2 月 25 日法国宪法律第三条和魏玛宪法第四十九条（“民国总统代民国行使赦免权”）有所不同。

（10）在法院和其他官署面前，国会议员享有免责权和豁免权。

几乎所有的近代宪法都有这种规定。魏玛宪法第三十六条规定，“民国国会及各邦议会议员，无论何时，不得因其投票或因行使其议员职权而发表之言论，受司法上或纪律上之惩处，并不得于议会以外负任何责任。”第三十七条规定，“民国国会及各邦议会议员，在开会期间，非得其所属之国会或议会之许可，不得以犯法行为而受审问或被逮捕。唯现行犯当场拘捕或于犯事之翌

[1] 关于这一点，参见雷德斯洛布，《国家理论》，第 347 页。

日被捕者，不在此限。

足以限制人身自由，致使议员不能行使其职权者，须得各该议员所属之议会之许可，始得为之。

对于民国国会或各邦议会议员之一切刑事诉讼或拘留及其余一切足以限制个人自由之拘束，如得其所属议会之要求时，应完全予以停止执行。”

立法机关议员的更广泛的特权可以通过权力区分的论据予以辩护。因此，议员可免服兵役，在战争期间，议会有权将议员从前线召回。关于这一点，可参见关于阿康布雷（Léon Accambray）法案的报告[1]，里面引用了巴泰勒米的话，十分有趣：如果议员能够被动员的话，议会就不可以开会了；但是，议会是可以开会的，因此，议员就不能被动员；1793年召开的国民公会已经有了权力分立的暗示。[2] 1927年关于战时国家组织的法律草案包含着预料之中的规定：负责领导战争的政府成员，以及在战争与和平时期体现了国家主权的议会的议员，在军事动员的情况下仍继续履行其职责；但是，他们也可以按照自己的意愿入伍参战。

（11）严格实行不相容原则。

从权力分立中推导出全部的不相容学说，这尤其符合法国人
190 的见解[3]，并且已经在1791年宪法中明确地透露出来了。[4]

---

[1] 载阿康布雷，《共和国是什么？》（*Qu'est ce que la République?*），Paris，1924，第356页。

[2] 同上书，第358页。

[3] 参见皮埃尔（Pierre），《政治权利、选举权和议会的权利》（*Droit politique, électoral et parlementaire*），I，第316页。

[4] 参见第三编第一章第三节第四、五条。

就连公务员和议员这两种职位的广泛的不相容性——这在今天仍是法国的现行法律——通常也是以此为根据的。俾斯麦宪法第二十一条第二项根据1850年普鲁士宪法第七条第三项作出如下规定："如果帝国国会的议员接受了带薪的帝国职位或邦职位，或者在帝国或邦机构中担任了头衔或薪金更高的职位，他便失去了在帝国国会中的席位和表决权，必须通过选举才能重新获得在帝国国会中的职位。"在其他方面，广泛的不相容性不符合德国国家法。[1] 公务员是议会的成员（普鲁士邦议会的顾问！），人们不想没有公务员的参与；权力区分的原则通常遭到了误解。[2] 在迄今为止的德国国家法文献中，考夫曼的《俾斯麦留给联邦宪法的遗产》（*Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*）对此作了唯一系统的阐述（参见第72页）。在1871年的帝国宪法中，有一个真正的不相容性的实例，其根源是帝国的联邦国家结构；该宪法第九条第二句规定，"任何人均不得同时兼任联邦参议院和帝国国会的职务。"根据魏玛宪法，民国国会的成员身份与民国参议院的成员身份之间甚至不存在任何不相容性，这大概只能被解释成针对1871年帝国宪法第九条展开的长期斗争的后效，但在普鲁士，却规定了邦议会与邦务委员会之间的不相容性（1920年宪法第三十三条第二项）。魏玛宪法第四十四条包含着一种原则上十分重要、产生于权力区分原则的不相容性："民国总统不得同时担任民国国会议员。"现行国家法的其他涉及不相容性的规定有：1922年12月31日民国预算管理条例第一二三

---

[1] 魏茨（G. Waitz）说，"将公务员排除在人民代议机关之外，这至少不符合德国的情况。"参见《政治的基本特点》（*Grundzüge der Politik*），1862，第65页。

[2] 在截止到1927年的德国国家法文献中，克劳斯（W. Clauß）的《作为议员的国家公职人员》（Der Staatsbeamte als Abgeordneter）是关于这个重要问题的唯一一篇专题论文，参见其中所作的毫不知情的评论，Heft IX der Freiburger Abhandlungen，第5页。

条（民国国会议员不得在审计署任职）[1]；1924年8月30日德国国有铁路公司法第一条第二项附件，德国国有铁路公司章程第十二条第一项："（国有铁路公司）管理委员会委员必须是富有经验的经济专家或铁路专家，并且不得在民国国会、邦议会、民国政府或邦政府中任职。"[2]

其他基于组织和结构区分的不相容性——尤其是因政教分离而导致的神职与议员职务的不相容性——就不见于德国国家
191 法了。托克维尔认为，这种不相容性为美国的民主制度提供了保障。[3] 在议员与公务员的不相容性这个重要问题上，应当注意到维尔纳·韦伯（Werner Weber）所指出的这种不相容性的含义的重要变化。[4] 从前的目的是为了保护议员的独立性（因此，在这里，不相容性也在行政与立法相分离的语境中予以讨论）；时至今日，在议会多数居于统治地位的条件下，不相容性就有了一种相反的含义——即确保公务员具有正直诚实的道德品质，使之摆脱党派政治的影响和依从关系。

2. L不得对E施加影响（议会对政府或行政机关）

（1）一般性地禁止L实施行政行为。

法国共和三年（1795）的督政府宪法第五章第四十六条就有这样的规定。时至今日，由于议会掌握着预算权和议会监督权，已经再也见不到这样的一般禁令了。

---

[1] 参见*RGBl.* II，1923，第17页。

[2] 参见*RGBl.* II，第281页。

[3] 参见《民主在美国》（*La Démocratie en Amerique*）中的有关论述，第一卷，第358页。关于所谓经济上的不相容性，参见本书第十九章，II，2，第255页。

[4] 参见维尔纳·韦伯提交给波恩大学的讨论不相容性的优秀博士论文，1928。

（2）L 不得选举国家元首或政府官员。

1875 年 2 月 24 日法国宪法律第二条有所不同。按照该条的规定，共和国总统由“国民议会”——即一个由两院（参议院和众议院）聚在一起开会而组成的机关——选举产生。1920 年普鲁士宪法第四十五条也有所不同：邦议会不经交换意见，选出邦政府总理，然后再由邦政府总理任命其他部长（而就法国宪法律来看，国家内阁是由国家元首任命的）。

相反，魏玛宪法则效法美国联邦宪法，严格实行分权原则。第四十一条第一项规定：“民国总统，由全体德意志人民选举之。”第五十三条规定：“民国总理及由民国总理所推荐之各部部长均由民国总统任免之。”[1]

（3）L 对 E 无控告权和审判权。

与此形成对照的是针对部长和总统而设立的弹劾制度——众议院提起弹劾，另一个议院（上议院）作为最高法院行使裁决权。这方面的实例有 1875 年 2 月 24 日法国宪法律第九条（参见第十二章，II，5，(2)，第 135 页）。

魏玛宪法第五十九条规定，国会提起的弹劾，由德意志民国 192
最高法院予以裁决。就此而言，魏玛宪法符合分权原则（同上，第 135 页）。

（4）政府无须取得议会的信任（不举行不信任投票）。

这方面的实例有：1787 年美利坚合众国联邦宪法、1791 年法国宪法以及德意志君主国的几部立宪制宪法。

魏玛宪法第五十四条有所不同：“民国总理及各部部长，于

[1] 但请参见 (4)。

行使其职权时，须得民国国会之信任，其中之一员，不论何人，如受民国国会之明显决议不信任时，应即退职。”

（5）L 不得提出通过公民投票罢免国家元首的动议。

魏玛宪法第四十三条有所不同：“民国总统于任期（七年任期）未满前，得由民国国会动议，以公民投票罢免之。民国国会此项决议，须有三分之二多数赞成，始得成立。决议成立后，民国总统应即停止其执行职务，如公民投票拒绝罢免总统时，民国总统等于重新选举，民国国会应即解散。”

（6）L 无权同意对国家元首的刑事追诉。

魏玛宪法第四十三条第三项有所不同：“民国总统，非得民国国会之同意，不受刑事上之追诉。”

（7）由于议会掌握着预算权，因此，L 就能对 E 产生十分强大的间接影响。

但是，只要议会仅仅实施预算法上的监督，而不采取直接下达指示和直接干预的做法，这种影响就不被视为违反了权力分立的原则。

3. E 不得对 J 施加影响（政府和行政机关对司法机关）

法官的独立性保障，尤其是法官不受免职和调任的制度，有利于行政与司法的分离。魏玛宪法第一零二条规定：“法官独立，只服从法律。”第一零四条规定：“普通裁判之法官为终身职。唯依据法律规定之理由及形式，由司法机关决定，始得不顾本人意愿，将其免职、停职、调任或退休。法官之退休年龄，以法律定之。”魏玛宪法的这些规定没有超出典型的法治国分权保障的范围。设立一个特别行政法院的根据同样在于，必须将行政与司法予以分离（参见 4，（1））。

193

4. J 不得对 E 施加影响（司法机关对行政机关）

（1）特别行政法庭建制。

正是依靠这种建制，排除了普通法院对国家行政机关的监督，从而也就拒斥了纯粹的司法国（参见第十二章，II，第 132 页）。

（2）负责裁决权限之争的特别法庭建制。

德国法院组织法第十七条规定，如果法院与行政机关或行政法院在法律途径的许可问题上发生争执，邦立法机关可将裁决权授予特别机关。

（3）在公职人员面临刑事追诉或民事诉讼时对所谓冲突的调查。

由于这种冲突，行政机关从普通法院调回诉讼案件，导致行政机关或行政法院作出裁决或至少是（对超越职权的问题而言）先行裁决。在普鲁士，这种做法已由 1920 年 11 月 16 日的法律予以废止。[1]

5. L 不得对 J 施加影响（议会对司法机关）

（1）法官独立性的合宪保障（参见 3）。

（2）法治国的法律概念。

个别命令和议会司法不能得到许可（参见第十三章，第 155 页）。

（3）议会调查委员会不享有司法权。

1920 年但泽宪法第十九条规定："调查委员会不得干预正在进行的诉讼程序或惩戒诉讼程序。"

---

[1] 参见《法律汇编》，1921，第 65 页。

魏玛宪法没有为立法与司法的分离提供这类保障。魏玛宪法第三十四条规定："民国国会有设置调查委员会之权。有国会议员五分之一的动议时，有设置调查委员会之义务。调查委员会及提议设置此委员会者所认为必要之证据，调查委员会应公开搜集
194 之……""法院及行政机关，对于此委员会所请求搜查之证据，有遵照办理之义务。如委员会调档案，关于此委员会及受此委员会请求之机关，于其搜查证据时，得依照刑事诉讼法各规定适用之。但不得侵害书信、邮政、电报及电话之秘密。"

同一事实情况或许被司法机关和议会调查委员会（除国会调查委员会外，甚至还会有邦议会调查委员会）同时列为调查对象。尽管这种做法有损于证据，但就其本身而言，它还不能被视为侵犯了司法独立性。[1]

（4）**负责立法的议院没有司法权**。

关于部长弹劾和政治犯罪的宪法法规有所不同，在这种情况下，上议院或参议院作为最高法院行使裁决权（参见2，（3））。

托克维尔认为（同上引书，第一卷第七章），这种"政治裁决"（jugement politique）造成了"权力的混乱"。不过，只要这种司法类型并不影响到每个公民，而仅仅影响到公职人员，它就是可以允许的。

6. J不得对L施加影响（司法机关对议会）

如果针对这种情况实施分权原则，就有可能导致如下结果：法院对法律完全没有审查权。例如，1791年法国宪法第三编第五章第三条规定，法院不得干涉立法权的行使，也不得中止法律

[1] 参见雅可比的论文，载 *Verhandlungen des 34. Deutschen Jursitentages*，1926，第69页及以下。

的实施；1795 年宪法也有同样的规定。1920 年 10 月 1 日奥地利联邦宪法第八十九条规定："法院对已经以适当形式公布的法律的有效性不拥有审查权。"因此，法院不得就议会议决的普通法律是否与宪法法规相符进行复审，不得对已按修宪程序议决的法律进行复审，以查明它们是否凌越了修宪权的限度（参见第十一章，II，第 103 页）。这种司法审查权尤其遭到了法国法学家的反对，其根据就是权力分立的原则：行使审查权意味着司法对立法的干预。[1] 与此相反，在美国，法院对法律的合宪性拥有审 195
查权，其根据是，根本不存在对立法的干预，因为法官并没有废止他认为违宪的法律，而只是不将该项法律适用于当下的个别讼案。这一辩护理由并不违反法治国组织的原则，因为当法官出于某种原因拒绝适用一项形式上合规的法律时，他并没有干预立法过程，这只是一个监督和"制约"的问题。

1925 年 11 月 4 日，民国最高法院作出了一项著名的判决。[2] 自此以来，德国的法律实践就认可了司法审查权，而在此之前，其他高等法院已经拥有了审查权。[3] 这类判决乃基于这样一种考虑：法官不得适用一项违反"宪法"的法律，因为它实质上是无效的；一项普通法律不能无视"宪法"。民国最高法院的判决称，法官必须服从法律，但这"并不排除如下情形：如果一项民国法律或其中的某些个别规定与优先于它们的、必须受到法官重视的其他规章相抵触，法官可以否定其有效性。如果一项法律与

---

[1] 参见埃斯曼－内扎尔的书，第一卷，第 563 页，第 589 页及以下。还可参见雷德斯洛布，《国家理论》，第 316 页及以下；也可参见卡尔在魏玛国民议会宪法委员会上的发言，第 485 页。

[2] 参见 *RGZ*. Bd. 111，第 322 页。

[3] 参见基泽的著作，另参见 *Reichsversorgungsgericht*，21. Oktober，1924，Bd. IV，第 168 页；30. Juli，1925，Bd. V，第 95 页。

民国宪法的法律条款相抵触，而在颁布该项法律时，魏玛宪法第七十六条为宪法修改规定的种种修宪要求尚不存在，便会出现这种情况"。[1]紧接着的一句话十分有趣："由于民国宪法并不含有禁止法官对民国法律的合宪性作出裁决并将这种裁决权授予另一个特定机构的规章，因此，法官审查民国法律的合宪性的权利和义务就必须受到承认。"这种论据回避了真正的难题。诚然，宪法律并没有规定由别的什么机构来负责法律的复审，但不能由此得出结论说，法院拥有这种审查权，能够对疑难案例作出权威裁决。这里的问题依然是，谁来作出决断？民国最高法院的论据并未回答这个问题。可以说，每个国家机构都必须单独进行这种审查，如果在一个职能范围内颁布了一项形式上合规的国家法令，只有在例外情况下，才能假定有缺陷的国家法令是无效的；同样，也只有在例外情况下，不管是官署，还是个人，才能断定有缺陷的国家法律是无效的。W. 耶利内克颇有道理地指出了与这个问题相关联的情况。因此，如果仅仅强调一项违反宪法律的法律的实质违法性，那是远远不够的。这种形式上正确的法律通常
196 涉及如下情形：它是否违反宪法律，可能颇有疑问；民国国会的简单多数几乎不会冒着风险公然违反一项宪法法规的明确条文。但是，如果涉及疑难案例的裁决，整个问题就完全改变了，仅仅断定某些确实"违宪"的法律是无效的，再也不能解决问题了，因为问题并不在于违宪的法律是否无效（这是不言而喻的），而在于谁来裁决一项法律是否合宪，谁负责作出这种特殊的裁决。在遇到疑难案例时，究竟是由颁布法律的机关在其权限范围内予以裁决（正如一切主管机关通常所做的那样），还是由法院予以裁决？如果只是说，宪法没有指定一个别的机构，因而法院就是

[1] 参见 *RGZ.* Bd. 111，第 322 页。

裁决机构，那就并没有解决这个问题。

尽管如此，我还是赞成对普通法律是否符合宪法律进行司法审查，因为这种司法审查权并不违背权力分立的原则。在这种情况下，司法并没有对立法施加任何影响，它根本不能像其他国家活动那样“施加影响，进行干预”。司法要受法律拘束，就连在裁决涉及法律的有效性的疑难案例时也并未离开纯粹的规范性；它仅仅起钳制的作用，并不下达任何命令。司法不是一种“权力”，在这一点上不同于其他权力。孟德斯鸠说，司法“在某种程度上是不存在的”，大概就是这个意思。据此，我认为，对法律有效性的司法复审并不违反法治国的权力分立原则，因为这里并没有发生真正意义上的“干预”。[1]

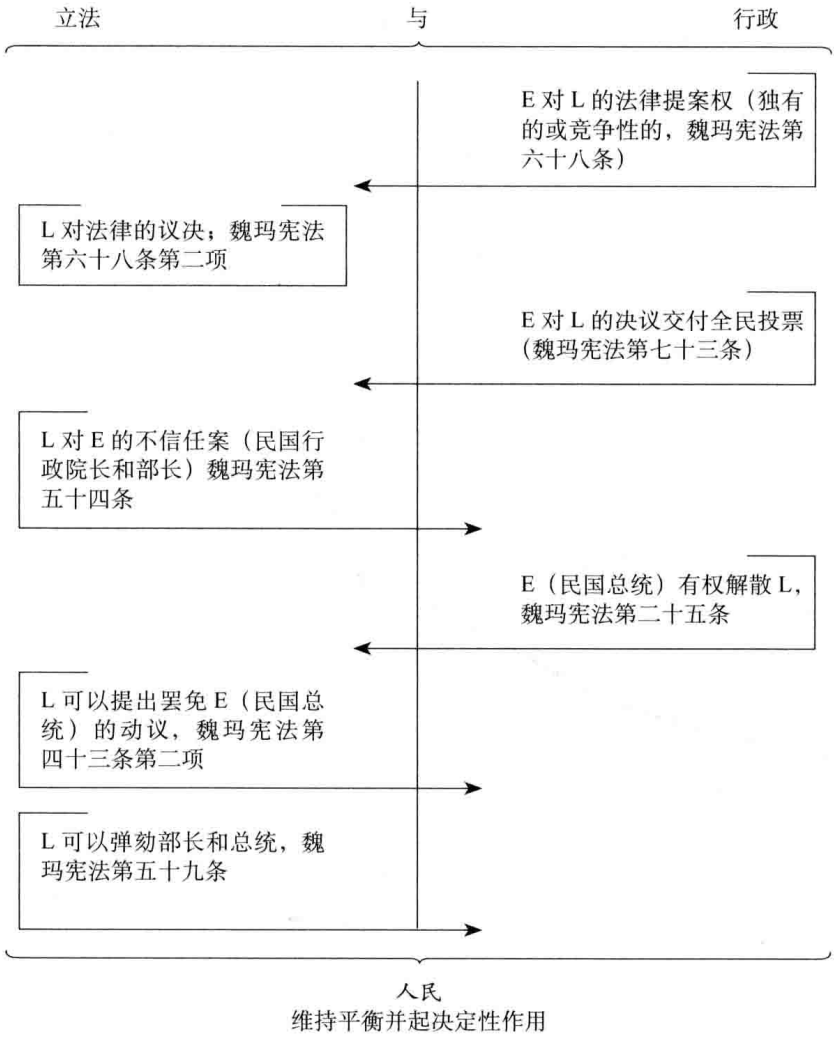
2. 相互区分甚或相互分离的权力平衡模式导致了权力之间的相互作用和相互影响。在这里，最重要的是让双方的权力相互牵制，从而达到均衡。每当一方得到加强时，都必须通过另一方予以平衡，这样，平衡的任何一方都不会占据支配地位。在当今的法治国中，这个系统面临的最主要问题就是如何抵消立法机关——议会——的优势，因为按照法治原则，立法机关本身在维护法治国的法律概念的过程中有着天然的优势。政府必须取得议会的信任，而议会又拥有预算法上 197
的权力，这两个方面共同起作用，很容易将这种优势变成一种不受约束、不受监督的专制主义。为了防止这种情况的发生，人们就试图设计一种“真正的”议会制，使议会与政府的关系达到平衡。这类平衡设计对魏玛宪法具有特殊意义，因为它的行政组织就建基于这样一些思想（参见第二十四章，第 304 页）。

---

[1] 关于这个问题，主要参见前面第 137 页上引用的马克斯的书，《法官审查法律的合法性的权限的各种变化形式》，Berlin，1927。

1. L 与 E 的平衡示意图

相互影响和相互作用，优势与平衡

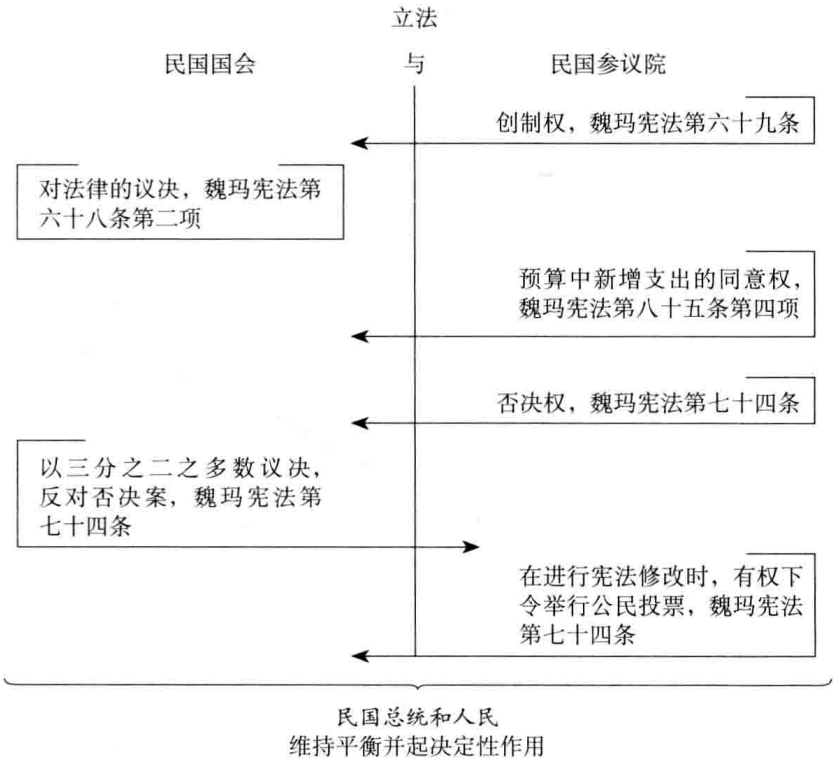


Ⅲ. 前面描述的模式（参见二）仅仅说明了抽象的一般概况。

一个具体国家的每一部宪法都必须适应政治情况，正如一幢大楼的抽象平面图必须适应地形以及其他自然条件和客观条件一样。勾画

2. L 的内部平衡（通过划分）示意图

198

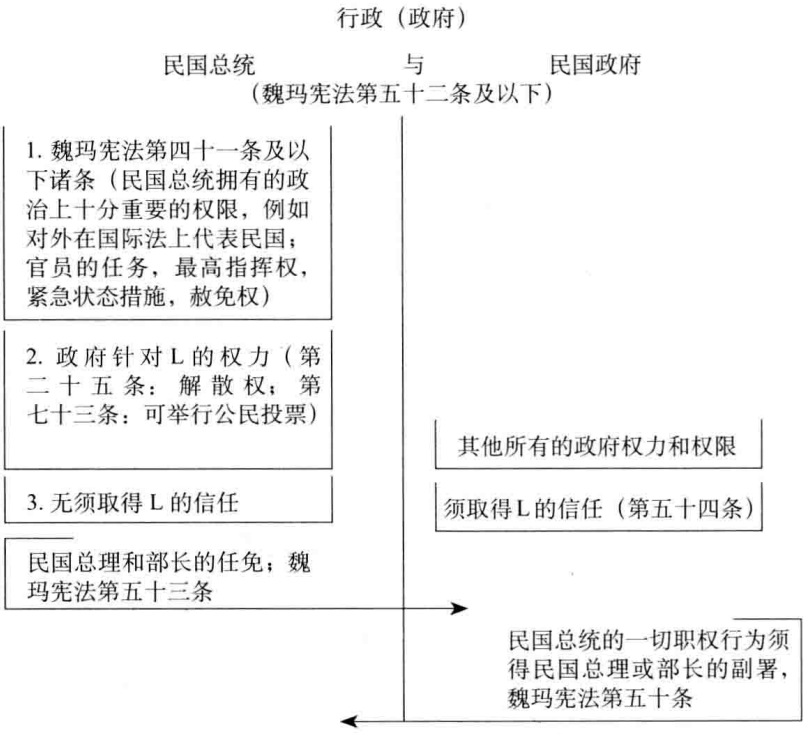


理想模式的目的是为了概略地说明一切以公民自由为本的宪法的法治国要素的组织原则。一部法治国宪法究竟在哪些方面与这一模式相符，又在哪些方面偏离了它——一旦弄清了这个问题，这部宪法的组织规定就能得到更好的理解。

因此，如果人们与康德一道引用斯威夫特（Swift）那句诙谐的格言，这并不是在对这类模式提出异议。斯威夫特说，有些宪法设计者小心翼翼地使国家组织保持平衡，就如同一位建筑师使房屋保持平衡一样。其实，只要麻雀飞落到房屋上去，就会打破平衡，导致房屋的坍塌。

3. E 的内部平衡（通过划分）示意图

199



权力区分的组织原则本质上是法治国宪法的组成部分。人们完全有理由提出如下问题：这项原则是否由于具有根本意义，因而就超越了一切宪法修改和修正呢？从法治国的观点来看，必须对这个问题作出肯定回答。[1] 但是，持这种观点的人没有看到，一个以政治方式存在的民族的宪法不能仅仅包含一系列法治国原则；事实上，法治国原则只是宪法的一个缓和性的、对政治原则起补充作用的构成要素（参见第十六章，第 200 页）。

[1] 参见兰贝特的文章，同上引书，第 120 页及以下。

第十六章　国民法治国与政治形式

I. 近代国民法治国宪法始终是混合宪法。

1. 法治国要素包含两项原则：基本权利（作为分配原则）和权力分立（作为组织原则）。如果将这个要素单独抽出来看，它并不涉及政体，而仅仅涉及一系列对国家进行限制和监督的手段，是一个旨在确保公民自由和确保国家权力相对化的系统。应当受到监督的国家本身成为这个系统的预设前提。公民自由的原则或许能够限制和约束国家，但却不能自动地提供一种政治形式的基础。正如马志尼（Mazzini）中肯地指出的，“自由并不构成任何东西。”由此而产生的结果是，在一切宪法中，法治国要素都是与另一个要素——即政治形式原则——联系和混合在一起的。

按照传统的划分方法，可以区分出三种不同的政体：君主制、贵族制和民主制。在此，不妨暂且采纳这一划分，至于其背后的政治形式原则的本质差异将留到本章第二节予以讨论。不过，公民自由原则改变了政治形式要素的地位和意义，将政体变成了单纯的立法形式或政府形式。在这种情况下，政府概念再度在一个分立和监督系统中因法律优先和司法独立而受到限制，并且被相对化了。因此，凭着公民自由的原则，可以对一切国家——不管它所采取的是什么政体或政府形式——进行限制，使之不能随心所欲地行使国家权力。只要实施了这些原则，就可以将一切君主国变成受宪法律限制的立宪君主国，而在这样的君主国里，居于支配地位的不再是君主制要素，而是立宪制

要素。同样，民主制的政治原则也可以被改变，这样就将纯粹民主制国家变成了立宪民主制国家。因此，只要对国家权力的法治国式的限
201 制受到承认，只要国家不是“绝对的”，就可以将公民自由的原则与任何一种政体结合起来。

因此，资产阶级自由主义的国家理论家无不强调说，一切国家权力都必须受到限制。当这些国家理论家承认主权时，他们就力图用“宪法主权”（即法治国原则的宪法主权）这个转移方向的概念来取代具体存在着的政治主权，或者抽象地用“公正和理性的主权”来取代这种政治主权（参见第一章，II，第 7 页）。尤其重要的是，人民主权也有其限度，即便在民主制的条件下，也不得违反基本权利和权力分立的原则。这一点一再受到强调，不仅康德在其国家理论思辨中持有这种观点，处于鼎盛时期——即 19 世纪——的资产阶级自由主义的一些头面人物更是持有这种观点。贡斯当（Benjamin Constant）说：“人民没有殴打无辜者的权利……而且也不能将这种权利授予任何人。人民没有侵犯言论自由的权利，没有侵犯良心自由、司法程序和司法防护机制的权利。”[1] 基佐将一以贯之的民主制称为无序和无政府状态。托克维尔在《民主在美国》的一个题为“民主制国家害怕哪种专制”的著名章节中阐述了“平等主义专制”的危险。[2] 穆勒在《论自由》（1849）第二章（论思想和讨论自由）中指出：“但是，我拒绝承认人民实施这种强制（针对发表意见的自由的强制）的权利，不管是通过他们自己的决议（人民决议）来实施，还是通过他们的政府来实施。最好的政府并不比最坏的政府更有资格来实

[1] 《论人民主权》，参见《政治著作集》（*Oeuvres politiques*），1874 年版，第 13 页。

[2] 参见第二卷，第二部分，第六章。

施这种强制。”[1] 穆勒的这本著作有特殊的代表性，因为它带有1848年革命的印记，揭示了自由原则与民主制原则的对立，通过社会主义与民主制度的结合，这种对立被当时的人们更强烈地意识到了。时至今日，这两项原则的区分或许已经受到了承认。[2] 像特里佩尔和戈尔德施密特这样的德国法学教师反对立法权的滥用和多数决议的专制主义，基本上也属于这种情况（参见第十三章，I，3，第142页）。在美国，尽管宪法有意识地建基于分权的法治国与民主制的对立，但迄今为止的政治意识形态一直都在毫无疑义地、乐观地谈论“民主制”，这只是因为它没有必要实际地意识到两者的根本对立。不过，即便在美国，现在也有人认识到这个区别。巴特勒（N. Murray Butler）指出：“自由与平等的斗争已经开始。未来几百年的历史必将用这场广泛斗争的符号来书写。”[3]

由此可见，近代法治国宪法既可以采取君主制形式，也可以采取民主制形式。法治国原则的首尾一贯的实施仅仅妨碍了政治形式原则 202
的首尾一贯的实施，其结果是，只要公民自由的自由主义原则确实受到承认，并且被付诸实施，就仅仅存在着节制有度的——即受法治国原则制约并为其所改变的——君主制国家或民主制国家。有鉴于此，

---

[1] 【中译者注】据施米特的德译文译出。施米特引文的中间省略了一句话：“这种权力本身是不合法的。”（The power itself is illegimate.）

[2] 关于这一点，参见拙著，《当今议会制的思想史状况》（*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*），1926，第21页。另参见滕尼斯，《民主制与议会制》（Demokratie und Parlamentarismus），载施莫勒的《年鉴》，第五十一卷，1927，第173页及以下。滕尼斯在德国社会学家大会上指出，“私有财产和权力分立是自由原则，而非民主制原则。”参见大会《论文集》，1926，第35页。

[3] 参见《美利坚国家的建设》（*Der Aufbau des amerikanischen Staates*），德文版，Berlin，1927，第253页。

国民法治国宪法之所以是混合宪法，首先就是由于独立自足的法治国要素与政治的形式要素结合起来了。

2. 近代法治国宪法之所以是混合宪法，还有另外一个原因：在这种宪法的第二个要素（即政治要素）内部，形形色色的政治形式原则和要素（民主制、君主制、贵族制）互相结合起来，混为一体。于是，当今宪法的这个政治要素便符合一个古老的传统：理想的国家秩序从来都要以不同的政治形式原则的结合和混合为基础。

> 混合政体的理想可以追溯到古希腊哲学家的国家理论，并且通过亚里士多德和波利比乌斯（Polybius）的著述产生了最强大的影响。需要注意的是，古希腊哲学家将政体划分成民主制、贵族制和君主制，同时又区分了好的政体和坏的政体，原因在于，这里所列举的三种政体中的每一种都有可能“失去节制”，只有将它们正确地混合在一起，才能产生出最好的政体。[1] 亚里士多德认为，在“共和政体”中，统治与被统治是结合在一起的。这是亚里士多德真正的国家理想，它在具体的实施过程中，必然导致不同的政治形式要素的混合。对波利比乌斯来说，罗马政体提供了一个典范样本。在他看来，罗马政体混合了各种不同的形式，因为公民大会使民主制要素发挥作用，元老院使贵族制要素发挥作用，执政官使君主制发挥作用。就中世纪的政治学说来看，首先值得一提的是托马斯·阿奎那，他将混合政体（status mixtus）视为政治共同体的最佳政体。[2]

---

[1] 参见 R. 施密特，《宪法的扩大与世界帝国的建立》（*Verfassungsausbau und Weltreichsbildung*），Leipzig，1926，第 23 页及以下。

[2] 参见《神学大全》，I，II；105，1。这方面的论述，参见德蒙若（Marcel Demongeot），《圣托马斯·阿奎那的著作中关于混合政体的理论》（*La Théorie du Régime mixte chez Saint-Thomas d'Aquin*），These Aix，1927。

自16世纪以来，专制君主的国家压制了这种混合政体的理想，而实施一种纯粹政体的理想。因此，从历史的角度来看，纯粹政体（非混合政体）理论是作为绝对王权论而提出的。马基雅维利在通常情况下完全置身于古典传统中，但他却认为，一个坚固的国家必须要么是纯粹的君主国，要么是纯粹的共和国；摇摆于两者之间的政体是有欠缺的（Sopra il reformar lo stato di Firenze）。博丹也反对混合政体，而霍布斯及其追随者普芬道夫更是坚决反对这种政体。[1]

203

与这种绝对王权主义的国家学相反，近代法治国理论以混合政体学说为起点。专制君主的反对者，即所谓的暴君伐放论者（Monarchomachen）[2]，成为这种理论的代表。暴君伐放论者的许多重要政治论题都可以追溯到加尔文的思想。加尔文在《基督教原理》（*Institutio religionis christianae*）中宣称，贵族制，或贵族制与共和制混合而成的节制有度的政体（vel aristocratiam, vel temperatum ex ipsa et politia statum）是最好的政体。[3]

对近代法治国理论的进一步发展而言，形成于英国的学说起了最重要的作用。博林布罗克将权力平衡和“均衡”的学说（参见第183页）与混合政体（mixed government，与simple government［单一政体］形成对比）的理论结合起来，并且发现

---

[1] 参见普芬道夫，《论自然法与万民法》（de iure naturae et Gentium），VII，5；§12，13，“论不合常规的共和国”，§5，Diss. Academicae，1675，第93页及以下。

[2] 【中译者注】来自法文“monarchomaque”，此译名由台湾大学政治学系吴庚教授提供。

[3] 加尔文在《基督教原理》第四卷第二十章，确切地说，在1543年版增补第七节中提出了这个观点，Corpus Reformatorum 29，第1105页。关于莱布尼茨的论点，参见基尔克，《阿尔特胡修斯》，第179页；关于流行于德意志帝国的混合政体学说，同上书，第181页及以下。

这种理想的结合已经在英国宪法中得到了实现：英国国王体现了君主制要素，上议院体现了贵族制要素，下议院体现了民主制要素；纯粹的、单一的政体意味着专制独裁，“不受监督”（without control）；如果只实行君主制，就会导致专制主义，如果只实行民主制，就会导致无政府状态。[1] 在这里，权力平衡的学说与混合政体的学说互相交织起来。孟德斯鸠在关于政体蜕变的学说中巧妙地采纳和修正了这些思路，将贵族制与君主制的混合以及一个好的节制有度的政府奉为理想。[2] 伯克（Burke）在其他方面是博林布罗克的反对者，但是，就连他也盛赞英国宪法，认为它是**节制有度的混合政体**（mixed and tempered government），是受上议院和下议院制约的君主制。[3]《联邦党人文集》（1788）——这部文集的观点曾对美国联邦宪法产生过决定性的影响——也特别针对纯粹民主制提出了混合和节制的要求。最后，曾起草过法国革命时期大部分宪法的西哀士也有这样的想法。他在1801年提出，一部好宪法的基石必须是民主制，中间部分必须是贵族制，拱顶石必须是君主制。[4] 关于德国自由主义者的宪法理论思想，不妨引用加格恩（H. W. A. v. Gagern）的一段话来作为例子：“各种力量的本性是，它们要被实施出来；权力的本性是，
204 它要寻求扩张。为了限制国家中的这些力量和权力，为了限制君主制、贵族制和民主制要素，令其相互并列、相互容忍，人凭着远见卓识设计了代议制，由此，便开始了代议制的发展史。”[5] 这段话不仅体现了冯·加格恩男爵的政治信仰，而且说明了国民

[1] 参见《杂著集》，第三卷，第206页。

[2] 参见《论法的精神》，第十一卷和第八卷。

[3] 参见《著作集》，第五卷，第229页。

[4] 参见伊斯，《近期瑞士国家法的历史》，第一卷，1920，第353页，注151。

[5] 参见《财政周期的延长和邦立法议会》，1827。

法治国的政治本质。就连达尔曼（F. C. Dahlmann）也指出："一个大国的政府形式为了具备持久性，就不能由同类的要素构成，而必须由各种各样的要素构成。"[1] 他在英国宪法中发现了这种混合和分配。

3. 国民法治国宪法实际上仅仅涉及政府形式和立法形式，据此，基于权力区分原则的"政府"作为行政机关而与立法机关区别开来。单独看来，法治国要素既不构成宪法，也不构成独立的政体。因此，这个要素不能涵括政治统一体本身，不能涵括作为整体的政治统一体。制宪权尤其不包括在法治国要素之中，无论在理论的层面上，还是在实际的层面上，都不能用单纯的法治国原则和概念来解决制宪权问题。在大多数情况下，这个问题要么干脆被忽视了，要么就在自由和民主观念的混合中，在"正义的主权"、"宪法的主权"等抽象概念中被掩盖了。不过，这里需要提醒一句：制宪权问题是无法回避的，回答了这个问题，就等于回答了政体的问题，而在国民法治国中，不同政治形式的混合是这样发生的：不同的"权力"必须按不同的政治形式原则组织起来，例如立法机关以民主制的形式组织起来，行政机关以君主制的形式组织起来；只有这样，才能对它们进行区分。

II. 政治形式的两项原则（同一性 [Identität] 与代表 [Repräsentation]）。[2]

有两个相互对立的政治构成原则，一切政治统一体都从它们的实现中获得其具体形式，这样就造成了政体之间的差异。

1. 国家是一国人民的特定状态（Status），确切地说，是政治统一 205

[1] 参见《政治学》（*Politik*），1847 年第三版，第九十九节，第 83 页。

[2] 【中译者注】施米特在本章中区分了 Repräsentation 和 Vertretung 两个概念，Repräsentation 是指代表人民的政治统一体，Vertretung 是指代表个别利益。因此，我们将前者译作"代表"，将后者译作"代理"；相应地，我们将 Repräsentant 译作 （转下页）

体的状态。政体是这个统一体的特殊构成方式。国家的一切定义都以人民为主体。国家是一种状态，确切地说，是一国人民的状态。但是，人民可以通过两种不同的方式实现和保持政治统一体的状态。它可以在其直接给定性中——凭借强大的、有意识的同质性，并由于固定的自然疆域或其他原因——具备政治上的行动能力。在这种情况下，人民作为与其自身直接同一的实际在场的实体，构成了一个政治统一体。这项同一性原则——现时的人民作为政治统一体与其自身相同一——的根据是，没有人民，就没有国家，因此，一国人民作为现存的实体，必须自始至终实际地在场。与之相反的原则以如下观念为出发点：人民的政治统一体本身从来不能在实际的同一性中直接在场，因而就始终要有人来代表它，这是一种人格化代表。真正的政体不管属于何种类型（君主制、贵族制和民主制，君主制加共和制，君主制加民主制，等等），其一切区分都可以追溯到同一性与代表的这个具有决定意义的对立。就连前面（参见第八章，第 82 页）讨论过的两个制宪权主体——人民或君主——的差异也游移于这两项对立原则之间。当人民作为制宪权主体出现时，国家的政治形式就是按同一性观念来确定的；民族就在那里，它不需要被代表，也不能被代表——这个思想赋予卢梭那些经常被征引的论断[1]以民主的无可辩驳性。绝对君主制实际上只是绝对代表制，其思想基础是，只有通过代表，通过体现，才能产生出政治统一体。“朕即国家”（L' Etat c' est moi）这句话的意思是，只有我才代表着民族的政治统一体。

在现实政治生活中，没有哪个国家能够放弃同一性原则的全部结

（接上页）“代表”，将 Vertreter 译作“代理人”。不过，在本书中，施米特在讨论魏玛宪法时经常涉及 Vertretung 和 Vertreter，如果通译作“代理”或“代理人”，似乎不符合理解的习惯，例如“人民代表”不宜说成是“人民代理人”。因此，在一般情况下，仍采用“代表”的译名，只在涉及概念区分的地方才译作“代理”。

[1] 参见《社会契约论》，Ⅲ，15。

构要素，也没有哪个国家能够放弃代表的全部结构要素。即便人们试 206
图无条件地实现绝对的同一性，代表的要素和方法也是无法回避的，反过来也一样，离开了同一性观念，任何代表都是不可能的。这两种可能性，同一性和代表，并不互相排斥，它们只是政治统一体的具体构成过程中的两个相反的参照点。在每个国家，要么这种可能性占上风，要么那种可能性占上风，但两者都为一国人民的政治存在所必需。

2. 首先，不存在不实行代表原则的国家。在完全的直接民主政体下，“全体人民”，即全体积极公民，都被实际地召集到一个地点。这也许给人一个印象：人民以其作为人民的直接在场和同一性而采取行动，在这种情况下，再也谈不上什么代表了。“因此，联合起来的人民不仅代表主权者，它就是主权者本身。”[1] 实际上，在极端的情形下，只有人民中的全体成熟人士才能采取行动，而且也只有在其作为一个团体或一大群人被召集起来时，才能像这样采取行动。但是，即便将全体积极公民合在一起，他们也不是作为总和构成了人民的政治统一体，而是代表着政治统一体，因为政治统一体超越了空间中的集会，超越了集会的那个时刻。但是，个别公民——卢梭自始至终强调这一点——并非在其“自然的”给定性中作为个人而出场，而是作为公民、作为 citoyen［公民］出场。在现代民主制国家中，由于不举行公民大会，而是让每个人以单独秘密投票的形式参加选举或表决，因而就更是不可避免地会形成这样一种局面：按理念来说，个别的投票权人不是作为私人而独自投票；个别的选区不是国家内部的一个特别行政区；在实行由各党派提出名单的比例选举制的情况下，个别的党派名单从国家法上看不是为了自身的缘故而提出的；它只是实现代表功能的一种手段，使唯一具有本质意义的政治统一体能够被代表。每个议员都被看成是“全体人民的代表”，也就是说，被看成是

[1] 参见康德，《法律学说》，II，§52。

Repräsentant［代表］。这项原则依然是当今国家的一个本质特征，尽管从现实情况看，它早就变得虚假不实了。魏玛宪法也在第二十一条
207 中宣示了这项原则："议员为全体人民之代表。"由此而产生的必然后果是，一切个别的选举人也是全体人民的代表。有鉴于此，民主选举制的全部细节都要以关于代表的思想为基础。如果拥有投票权的公民不选举议员，而是在公民投票中，在所谓的实质性全民公投中自行作出决断，用"是"或"否"来回答提交给他们的问题，同一性原则无疑就得到了最大限度的实现。不过，即便在这种情况下，代表因素也仍在发挥作用，因为即便在这里，也必须假定，拥有投票权的个别公民是以公民（citoyen）的身份，而不是以个人和有利害关系的私人的身份出现的；他必须被看成是"独立的"，"不受各种指令和请托的约束"，是"全体之代表"，而不是其私人利益之代表。无论在什么地方、什么时刻，现时在场的人民都不可能作为政治统一体而与其自身达到完全的、绝对的同一。所有想实现纯粹民主制或直接民主制的人都必须注意到民主同一性的这个限度。否则，直接民主制就仅仅意味着政治统一体的解体。

这样看来，没有无代表的国家，因为没有无政体的国家，对政治统一体的体现本质上是形式的组成部分。每个国家都必须有人能够说：吾人即国家（L'Etat c'est nous）。不过，体现未必就等于政治统一体的**确立**。政治统一体很可能是通过体现才产生出来的，如果政体接近于绝对代表制，就会出现这种情形。但是，确立和产生政治统一体的程序和方法本身还不能算是政体。斯门德建议区分作为政体的"整合"（Integration）和"代表"（参见第一章，I，3 中提到的文章，第 7 页）；他在议会制中见出了"政体本身"，因为在这里，国家总是通过公共舆论，通过选举、议会辩论和表决而不断地重新整合起来。但是，一切政治统一体都必须以某种方式达到整合，因为它并非本来就存在，而是以

人的决断为基础。因此，“整合”不是一种特殊的形式原则。整合——根据实际情况和人民的特点——既可以通过代表来实现，也可以通过源于同一性思想的方法和程序来实现。斯门德将整合视为“动态”形式，与传统的“静态”形式相对。应当承认整合概念的根本意义，只不过整合并非政体，更不与代表相对立。甚至可以说，真正意义上的代表在其运作中已成为整合过程的一个根本要素。不过，话又说回来，这是一种功能的观察视角，而不是一种形式的观察视角，我们在下面将要说明，代表恰恰不是一种功能运作。[1] 议会制不是**唯一的**整合形式，从历史上看，它 208
只是一种特定的整合方法。人们以两种方式将这种整合方法具体化了：（一）它仅仅将自由市民阶层（有财产、有教养的自由市民阶层）整合起来；（二）它仅仅将自由市民阶层整合到19世纪的君主制国家中去。

3. 同样，一切国家都有同一性原则的种种结构元素。代表这个形式原则永远不可能得到纯粹的、绝对的实施，也就是说，如果忽略了始终以某种方式存在和在场的人民，它就无法得到实施。没有公众，就没有代表；没有人民，就没有公众。仅仅由于这个原因，就不可能实施纯粹的代表原则。不过，在理解代表概念时，必须注意到它在国家法和政治上的特殊性，不要将它与其他概念——如委托、代理、事务管理、授权、信托等等——掺合在一起，否则各种私法概念和经济技术概念就会破坏它的特殊性。在这个问题上，19世纪的文献异常含糊，经常要费很大的力气，才能搞清楚“代表”一词的国家法含义。[2]

---

[1] 参见Ⅲ。关于议会制作为一种特殊的政府系统（而非政体）的问题，参见第二十四章，第305页。

[2] 格贝尔（Emil Gerber）在提交给波恩大学的博士论文中试图将这些概念置于三月革命以前的自由主义时期中来予以澄清——这个时期因为“代表”（转下页）

Ⅲ. 代表概念有以下含义：

1. 代表行为只能发生在公共领域内。从来没有在秘密的、私下的条件下发生的代表行为，代表不是“私人事务”。因此，凡是本质上属于私人领域、私法领域和纯粹经济领域的概念——事务管理、私人利益的代表和代理——都被排除在外了。议会若欲具备代表的品质，就必须让人相信，它的真正活动是在公共领域里进行的。秘密会议、秘密协定和某个委员会的协商也许很有意义，也十分重要，但它们绝不具有代表的品质。一旦人们普遍确信，在议会活动的范围内，公开进行的事情已经变成空洞的例行手续，决断是在这个公共领域之外作
209 出的，议会就不再是人民的政治统一体的代表了。尽管议会也许还能行使某些有用的职能，但它已经失去了代表的品质。

在达尔曼的《政治学》中，代表概念还是十分地道的[1]：与这种并置（各等级的并置）完全相反，代表型宪法的出发点是公众和全体人民的权利。它将君主视为国家秩序——该秩序无疑凌驾于君主之上——的理事，不过，它也更强有力地凌驾于民众之上，与人民主权毫无关系。原因在于，民众甚至有可能认识到，统治是为了人民的利益，但他们并不因此就大胆冒险，想由自己来进行统治。在19世纪，只有少数几位国家法学家仍然意识到代表概念的公法性质，其中一位就是布伦奇利。他在《国家法通论》中论述道：“国家法意义上的代表完全不同于私法意义

（接上页）与“等级代表”之间的斗争而变得非常重要和富于启发性，Bonn，1925。我从私人途径得知，莱布霍尔茨博士计划对代表概念进行详尽的研究。我没有抢先的意思；在这里，我仅仅满足于以论纲的形式列举几个对一切国家学和宪法学来说都不可缺少的区分。

[1] 参见其中的第六章，第139节，1847年第三版，第117页。

上的代理。因此，适用于后者的原则不能移用到前者上去。”[1] 相反，在譬如说莫尔的著作中，代表概念已经完全转移到资产阶级私人的层面上，被置于事务处理的视野之下。莫尔说：“代表或代理（！）是这样一种制度：部分或全体臣民对国家事务的影响由少数参与者以他们的名义、按他们的义务替他们予以实施。”[2] 私法和事务概念的掺入造成了混淆，这种混淆部分地可以从如下事实中得到解释和辩解：英国人不喜欢带有明确、尖锐区分的表达方式。如果我们考虑到，对英国典范的重视在多大程度上已经取代了国家法思想，我们就不会指望19世纪的理论家在英国人对区分毫无兴趣的地方作出区分。不仅如此，在政治斗争中，国家理论的一系列概念只是根据某种具有策略上的重要性的琐细情况来加以确定的，而这种情况之受到强调，乃由政治斗争的形势或实际政治利益使然。于是，对国家理论意识而言，像代表这样一个全面的系统概念最终已经没有太多意义了，唯一剩下的意义就是，代表不听命于其选民的指示和指令。人们不再作出进一步的努力，去系统阐明这种“独立性”及其与代表概念的特殊关联。

在社会学文献中，我只知道一项无疑非常重要的研究，对代表概念颇有意义。这就是维蒂希为《马克斯·韦伯纪念文集》撰写的文章：《歌德的小说〈威廉·迈斯特的学习时代〉的社会内涵》（Der soziale Gehalt von Goethes Roman “Wilhelm Meisters Lehrjahre”）。[3] 尽管“代表”一词并未出现在文章中，但在维蒂希对“公众”、“公共人”和“假象”所作的非常中肯的评论中，

---

[1] 参见第一卷，第488页。

[2] 参见《国家法、国际法、政治：专题论著集》（*Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, Monographien*），第8—9页。

[3] 参见第二卷，第278页及以下。

它却一再闯了进来。这个概念之所以陷入危机，是由于贵族阶层丧失了代表身份，而市民阶层又没有能力创造出一种代表形式。

2. 代表不是什么规范程序，它不是一种程序或手续，而是一种存在性质的东西。代表意味着通过公开现身的存在使一种不可见的存在变得可见，让人重新想起它。这个概念的辩证法在于，它预设了不可
210 见的东西的缺席，但与此同时又使它在场了。这并非对任何存在类型都是可能的，而是预设了一种特殊的存在类型。无生命的东西、劣等或无价值的东西、低级的东西不能被代表。它们缺乏一种能够被提升至公共存在的层面上、能够生存的存在类型，一种被提高了的存在类型。诸如伟大、主权、威严、声誉、尊严、荣誉之类的词语恰恰要传达出被提高了的、具备代表能力的存在的这种特点。仅仅有助于私人事务和私人利益的东西也许能够被代理；它也许可以有代办、代理人和代表人，但它不会在一种特殊的意义上被代表。它要么实际地现身，要么就由一个没有独立性的受托人、代办或全权代表来代理。相反，在代表中，一种更高的存在具体地显现出来。代表观念的基础是，相对于以某种方式共同生活的人群的具体自然生存而言，一个作为政治统一体而生存的民族具有更高的、被提升了的、更集中的存在。如果对政治存在的这个特点的判断力丧失了，人们宁肯选择其具体生存的其他类型，那么，对代表概念的理解也就丧失了。

因此，如果甲代表缺席的乙出场，甚至代表几千个缺席的乙出场，这也还算不上什么代表。关于代表，有一个非常简单的历史实例：国王让大使（即人身代表，而非为国王办事的代理人）在另一个国家的国王面前代表自己。在18世纪，人们将这种“突出意义上的代表”与其他的代理作用明确地区别开来。

瓦特尔在他那本广为流行、颇有影响的国际法教科书中说：“主权者之所以具有代表的品质，是因为他代表国民；由此，君

主将国民作为一个统一团体有权享有的全部尊严集于一身。”[1] 他还在另外一个地方谈到公使（Ministres publiques）的代表品质，将公使与代办、代理人区别开来，并且给出了如下定义：“典型的代表品质是，在涉及君主的人身和尊严（dignité）时，公使能够代表他。”[2] 这些定义为1815年3月19日的《外交使节级阶条例》[3]奠定了基础：唯有大使、教皇特使或教廷大使才具备代表品质。[4] 从宪法理论的角度来看，这些定义具有特殊的意义，因为它们表达了18世纪的主导观念，而这些观念被 211
直接移入了法国革命时期的宪法。1791年的第一部革命宪法的有关条款应置于这个历史语境中来理解：法国宪法是代表性的；立法机关和国王是代表（第三编第二条第二项）；另一方面，该宪法还规定，“行政官员”（administrateurs）不具有“代表的品质”（caractère de représentation）（第三编第四章第二节第二条）。

只有从代表的这种意义出发，才能理解19世纪围绕德国的代表

---

[1] 参见《国际法》（*Droits des Gens*），1758年版，第一卷，第42页。

【中译者注】施米特在此撮要翻译了瓦特尔的这段话。紧接着，他引用了法文原文：Telle est l'origine du Caractère représentatif que l'on attribue au Souverain. Il représente sa Nation dans toutes les affaires qu'il peut avoir comme Souverain. Ce n'est point avilir la dignité du plus grand Monarque que de lui attribuer ce caractère représentatif; au contraire, rien ne le relève avec plus d'éclat: Par-là le Monarque réunit en sa Personne toute la Majesté qui appartient au Corps entier de la Nation.［这是人们归诸于主权者的代表品质的根源。主权者在他以主权者的身份能够处置的一切事务中代表着他的国民。将这种代表品质归诸于他，这并没有贬低最高贵的君主的尊严；相反，再也没有别的什么东西给他增添了更多的荣耀：由此，君主将属于国民之整个团体的尊严集于一身。］

[2] 参见第二卷，第304—305页。

[3] 维也纳会议档案，第二条附件。

[4] 施特鲁普，《文件》，第一卷，第196页。

型宪法展开的争论。君主制复辟时期的政治家认识到这个概念的政治意义，试图用各等级的利益代理来取代“人民代表”。在这种情况下，自由市民阶层的要求原本会失去政治价值。维也纳邦联议定书第十三条有意不用“代表型宪法”（Constitution représentative）一词，而代之以“等级宪法”一词。倘若这并不涉及政治上真正有争议的问题，围绕用词的差异而展开的激烈争论就不可理解了。如果一个团体作为全体人民的代表而与国王相对峙，君主制原则就会遭到动摇，因为这项原则的基础是，国王唯一地、完全地代表人民的政治统一体。在过渡和中间阶段，可以并列地设立两个“民族”代表（政治上统一的人民的代表）：国王和议会。这就是立宪君主制的思想；“二元制”的根源正在于此。1791 年的法国宪法立足于这项原则，并且格外明确地宣示了这项原则。德国立宪君主制的几部宪法回避了这类明确宣言，但却含有相同的二元制。这种国家结构所产生的民主后果是，议会成为人民的政治统一体的真正代表，或者用罗特克（Rotteck）的话来说，成为人民的政治统一体的真正代表或“天然”代表[1]，将另外一个代表挤到了一边。从理论和思想上看，这意味着立宪君主制的真正衰弱。尽管“代表”一词的使用造成了大量混淆，但这个概念的核心政治意义始终都是清楚的。

212　代表属于政治领域，因而本质上具有存在的意涵，不能将它纳入一般规范的框架中来加以理解。19 世纪的君主制试图在理论和思想上以正当性[2]原则为根据，亦即立足于一种根本的规范基础之上。于是，君主制就抛弃了它的代表品质。正当性和代

---

[1] 参见《理性法》（*Vernunftrecht*），第二卷，第 237 页。

[2] 【中译者注】这里，我们按施米特的区分将 Legitimität 译作“正当性”，将 Legalität 译作“合法性”。关于这个问题，参见施米特的《合法性与正当性》（*Legalität und Legitimität*），Berlin，1993。

表是两个完全不同的概念，光是正当性并不足以为权威、权力和代表奠定基础。在其最紧张的政治存在时期，君主制自称是**绝对的**。这意味着它不受**法律**拘束（legibus solutus），因而也就恰恰等于放弃了正当性。在19世纪，人们试图在正当性的基础上复辟君主制，但这番努力仅仅从法律上稳定了现状。由于缺乏一种政治力量来创造有效的代表形式，人们就力图凭借规范来保障自己的权益，将本质上属于私法领域的概念（占有权、财产、家庭、继承权）转移到政治生活上去。在历史上仍有生命力的君主制形式原则并不取决于正当性。只要想想普鲁士王国这个政治上最强大的君主国，就可以清楚地看出这一点。无论从政治上看，还是从历史上看，一种彻头彻尾的“正当”君主制都已经消亡了。

3. 作为整体的政治统一体被代表。在这种代表中，有某种东西超越了一切委托和职能。因此，并非随便什么“机关”都是代表。唯有实施统治的人才参与了代表。统治有别于行政和事务处理，因为它体现了政治存在的精神原则，并将这一原则付诸具体实施。施泰因认为，统治树立了“原则”；统治者“以国家理念的名义”活动。[1] 这种精神存在使统治者既有别于一个指定的代理人，又有别于一个使用暴力的压迫者。有秩序的共同体的统治权不同于海盗的权力，这一点不能按公正、社会功利性以及其他规范概念来加以理解，因为就连强盗也有可能遵循所有这些规范。真正的区别在于，一切真正的统治都代表着一国人民的政治统一体——而非处于自然存在状态中的众人。

围绕代表问题展开的斗争始终都是政治权力的斗争。因此，在德意志立宪君主国中，议会是“人民代议机关”，而不是作为

[1] 参见《行政学说》，第92页。

政治统一体的人民的代表。里克尔（K. Rieker）在他的书中给德意志君主国的人民代议机关下了这样一个定义："人民代议机关是按特殊的方式由臣民组成的公会；根据法律上的假定，这个公会就是全体人民，就是全部臣民。"在这里，里克尔没有认识到，全体人民是政治统一体，相反，在君主国中，全部臣民恰恰不是政治统一体。

4. 代表是独立的，因而就既不是官员，也不是代理人，也不是特
213 派专员。1791 年的法国宪法用了一个理论上普遍有效的条款来说明行政与代表的区别："被委以国家行政权的个人不具有代表的品质，他们是代理人（第三编第四章第二节第二条）。"魏玛宪法第一三零条第一项规定，公务员是"全国之公仆"，因而也同样不是代表。

卢梭在《社会契约论》中已经谈到过有别于代表的代理人和受托人。代理人和受托人仅仅办理一件受托之事，是纯粹的公职人员。[1] 1789 年召开的国民议会对这个区别仍有明确的认识。困难仅仅在于，人们必须将代表原则与以权力分立为基础的宪法的各项原则结合起来。政治统一体不可分割，始终只有民族，即作为整体的人民，才被代表。因此，在同一个政治统一体内部，就不能出现三种"权力"被代表的情形。另一方面，一项"权力"（pouvoir）的拥有者不只是官员或公务人员，也不同于官员或公职人员，人们在谈论他时，说他代表着这项"权力"。无论在什么地方，只要某个个体或团体替整个民族代行意志，人们就认为这体现了代表作用[2]，并且说，代表不仅履行一种职能，而且恰恰拥有一种"权力"。勒德雷尔（Roederer）和罗伯斯庇尔

[1] 参见第一卷，第一章和第十八章。

[2] 参见巴纳弗（Barnave）的文章，*Arch. Parl.* XXIX，第 331 页。

（Robespierre）将“代表权”（pouvoirs représentatifs）与“委托权”（pouvoirs commis）区别开来；“代表权”“等于人民的权力”（égal au pouvoir du peuple），是完全独立的。[1] 勒文施泰因（K. Loewenstein）也注意到代表与权力分立的矛盾，他说：“代表原则不是权力分立本身的内在概念。”[2] 代表恰恰是一项**政治形式原则**，相反，权力分立则是利用对立的形式原则来服务于国民法治国的方法。有必要区分近代宪法的两种要素，将权力分立的原则从宪法的政治要素中分离出去。因代表与权力分立的结合而引起的困难只能通过这种办法来解决。就其本身而言，真正的形式原则本质上意味着**统一性**，因而就是分立和区分的反面。这两项原则的矛盾结合见之于如下事实：人们试图实行议会制政体，但又仍然将权力分立和平衡的方法运用到这种政府形式上去（参见第二十四章，第 303 页及以下）。如果代表仅仅被当作代理人（Vertreter）来对待，而这个代理人由于某些实际原因（因为全体选民不可能始终、同时集合在一个地方）代表着选民的利益，就不再有什么代表了。我也不想像巴泰勒米那样[3]谈论“不完全代表”（Sémi-représentation）；相反，为了学术上的清晰性，我试图再次赋予这个词以精确的含义，只用它来描述政治统一体本身。一个委员会并不起**代表**的作用；它是一个没有独立性的代理机构，隶属于一个出于实际的技术原因将它建立起来的更大的集合体。议会作为人民的代表，不是人民或选民的委员会。

在这里，必须避免使用 Organ［机关］一词。这个词之所以

---

[1] 同上书，第 324—325 页。

[2] 参见《1789 年法国国民公会的国家理论中关于人民和议会的思想》（*Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789*），München，1922，第 243 页。

[3] 参见《行政权的作用》（*Le rôle du pouvoir exécutif*），1906，第 41 页。

颇受喜爱，一方面是由于人们反对机械论和个人主义—私人的观念，而这种反对是很有道理的，另一方面也是由于这个词含
214 糊多义，可以让代表、代理、委托等词的复杂区分化为漆黑一团。[1] 遗憾的是，就连基尔克的法律史研究，就其涉及公法尤其是代表概念而言，也并不总是清楚的。在《阿尔特胡修斯》的相关论述中，代表、代替（vicem gerere）、委托（mandatum）、托付（commissio）、授权（Ermächtigung）、代理（Vertretung）这几个词被不加区分地随意使用。[2] 基尔克在这里处理了若干历史文献。诚然，在这些文献中也存在着类似的混淆，但这并不构成将混淆延续下去的理由，而是使澄清混乱的工作显得更有必要了。基尔克在该书第216页注15中引用了库萨的尼古拉斯（Cusanus）的一句话，作为“代表”一词用法的第一个实例：et dum simul conveniunt in unu[3] compendio representativo *totum* imperium collectum est［一旦人们在一次代表会议上聚集起来了，整个王国就都聚集起来了］。这句话已经透露出一些重要信息：代表不是某种形式的代理，而是整个统一体的体现。基尔克站在19世纪自由主义的立场上认定，绝对王权论离代表的思想相距遥远。其实，两者之间并没有那么大的距离，只不过绝对王权论将代表权保留给了君主，让君主来代表政治统一体。除此而外，绝对王权论十分清晰而有力地把握了代表思想，由此才使得法国革命和19世纪的转移（代表权从君主手中转移到经选举产生的人

---

[1] J. 耶利内克曾对这个概念的使用提出批评，参见施米特，《论专政》，第141页。另外，还可参见H. 海勒，《论主权》（*Die Souveränität*），Berlin，1927，第60页；狄骥，《国家》，I，第8页，第238页及以下；巴泰勒米，同上引书，第25页及以下。

[2] 参见该书，第214页及以下。

[3] 【中译者注】拉丁语unus（=one，single）似无unu的变格，中性夺格为uno。疑印刷有误。

民代议机关）成为可能。

5. 就连专制君主也只是人民的政治统一体的代表，他独自代表国家。正如霍布斯指出的，国家“统一于一个主权者的人格”（united in the Person of one Sovereign）。代表首先产生了统一体，但它所产生出来的从来都只是一个处于政治状态中的民族的统一体。国家的人格特征并不在于国家概念，而在于代表。

> 公共性和人格性使政治生活有了自己的品质，代表的价值正是由此而产生出来的。像“秘密外交”和“个人政权”这样一些臭名昭著的事例已经使这种制度蒙上了恶名。但是，至少有一点是不应忽略的：与秘密当权者通过其代理人推行的公开外交相比，公共当权者的秘密外交只是一种无害的游戏。

6. 总而言之，国家作为政治统一体，立足于两项对立的构成原则的结合：其一是同一性原则（也就是说，如果人民凭借其政治意识和全民意志从而具备区分敌友的能力，它就作为政治统一体与其自身达到了同一性），其二是代表原则（根据这项原则，政治统一体经由统治体现出来）。同一性原则的实施意味着最低限度的统治和个人领导。这项原则的实施越是彻底，政治事务的处理就越是“自发”，其所凭靠者，乃是最大限度的同质性，而这种同质性要么是自然给定的，要么是历史形成的。这是一个民主制国家的理想状态，卢梭在其《社会契 215
约论》中恰恰预设了这样一种状态。在这里，人们谈论直接或纯粹民主制，但在使用这个词时应当注意，实际上只有直接民主制，必须要有涉及代表的形式要素的掺和，才会出现“间接性”（Mittelbarkeit）。当人们对所有事情达成一致时，就必定在不经讨论的情况下自动作出决断，而不会发生根本的利益冲突，因为所有的人都有同样的愿望。不过，这只是一种存在于想象和幻想中的理想状态，而不是历

史的、政治的现实状态。如果彻底实施同一性原则，就会导致一个危险，即根本前提——即人民的实质同类性——有可能被虚构出来。在这种情况下，最大限度的同一性并不实际地存在，但最低限度的统治却很可能实际地发生。结果，一个民族就从政治存在状态降到政治存在以下的水平，他们过的是一种纯粹文化的、经济的或植物性的生活，为一个政治上活跃的外族效力。反过来说，最大限度的代表意味着最大限度的统治；在它起作用时，只要人民有最低限度的同质性就足够了，就可以从一些民族上、宗教信仰上或阶级认同上完全不同的人群中创造出一个政治统一体。这种状态的危险是，政治统一体的主体，即人民遭到了忽视，于是，国家——它不过是处于政治统一状态的人民——也就失去了它的内容。这样的国家是没有人民的国家。

政体的一切划分方法都可以追溯到这两项形式原则的差异。君主制、贵族制和民主制的传统划分方法含有一个正确的内核，触及某种根本性的东西，因为它可以溯源于如下事实：在这三种政体中，两项形式原则中的一项以不同的方式占据了支配地位。无疑，统治者或治理者单纯的实际数量并不是适当的划分方法；如果有人说，君主制是由一人来实行统治，贵族制是由几个人来实行统治，民主制是由许多人或所有人来实行统治，那么，并不需要有什么特殊的见识，就可以对这种观点提出批评。只有当“统治”和“治理”这两个词含有代表的要素——即对政治统一体的体现——时，这种划分才是正确的。在民主政体下，只要每个选民和拥有投票权的公民都是全体人民的独立
216 代表（参见 1），政治统一体就由许多人或所有人来代表。不过，全体国民参与国家活动，这在民主制国家中并不具有代表的意义，而是确立了现身出场的人民作为政治统一体与其自身的同一性。若按正确的理解，并且撇开数量划分方法的浅陋不说，亚里士多德的国家学说仍有其经典的意义。最重要的是，亚里士多德在关于“共和政体”的学说中已经认识到，真正的国家是统治与被统治的结合。统治与被统治、治理与被治理的同时并存意味着代表与同一性这两项原则的结

合，离开了这种结合，国家就不可能存在。

IV. 国民法治国原则与政治形式原则结合、混合在一起，这是近代宪法的构成因素。

政治原则的后果和影响通过法治国原则而受到特殊的限制和节制。因此，近代宪政国家是受宪法律制约的君主制国家（立宪君主国）或受宪法律制约的民主制国家（立宪民主制国家）。但是，正如我们马上就会看到的，近代“宪政国家”甚至还利用了贵族制的形式要素。

1. 我们不能说，在欧洲为法治国而斗争的市民阶层最终更偏爱两项政治形式原则中的一项（同一性或代表）。市民阶层反对一切类型的国家专制主义，因而就既反对绝对君主制，也反对绝对民主制，既反对极端的代表，也反对极端的同一性。市民阶层超越了真正具有法治国性质的、单纯的适度“节制”要求，力图确立特定的政治体制，就此而言，它的目标是“议会制”。这种制度是自由市民阶层真正的政治要求，其基础是君主制、贵族制、民主制的形式和结构要素的独特结合、平衡和相对化。我们在下面还会讨论各种不同的形式原则，这一点会得到更细致的说明。然而，下述事实具有重要的历史和国家法意义：正是这种制度被冠以“代表制”[1] 或“代表型宪法”的名目；结果，在 19 世纪欧洲的几乎所有国家，拥有议会制政府的自由 217
国民法治国都被说成是“代表制”国家。即便在这个语境下，康德也是国民法治国思想的典型代表；他早就说过，“但是，每个真正的共和国都是而且也只能是一个人民代表系统，以便它能够通过全体国民联合成一体，以人民的名义并依靠全体国民的议员（代表）来照看全体国民的权利。”[2] 问题是，这种国民代表型宪法是否就意味着政体？

按照这些观念，议会或人民代议机关仍然预设了全体人民（即政

[1] 【中译者注】此处的 Repräsentativsystem 通译作“代议制”。

[2] 参见《法律学说》，§52，Ausgabe Vorländer，第 170 页。

治上统一的人民）的真正代表，民族的真正代表。议会还不能被看成是由利益代理人组成的委员会。在与国王（只要可以将他作为代表予以考虑）相对峙的情况下，人民代议机关的这种代表性质得到了更明确的肯定。按照传统自由主义观念，议员是一个富有卓异的智慧和教养、只关心政治总体本身的人。宪法学大概有必要注意议员的这种理想类型，因为议会由此而获得了代表精英——一个具有代表性质的贵族会议——的意义。如果将议会看成是贵族或寡头的会议，这不仅对英国议会来说是历史事实（例如格奈斯特和哈斯巴赫就曾针对英国议会作出这种断言[1]），而且按这种观念来说也完全正确。只有在相对的意义上，也就是说，只有通过与专制君主制的对照，议会看上去才像是一个民主机构。面对君主制的权力，由于与日俱增的民主化，这种贵族式的代表性质不复存在了。议员变成了选民组织和利益组织的代理人，没有任何独立性可言。代表的思想在直接同一性原则面前消失得无影无踪了，因为对广大群众而言，同一性原则已成为自明之理。不过，若欲理解议会制和国民“代表型宪法”，就有必要回想起议会的基本贵族品质。

218　2. 斯门德将议会制看成是一种特殊政体（参见第 207 页）。我只在以下限度内同意他的观点：代表制涉及对立的政治形式原则和结构元素的相对化、结合和混合，而这种相对化、结合和混合是非常独特的，符合国民法治国的特殊利益。如果将同一性和代表这两项政治形式原则的区分运用到议会制上去，就可以看出，这里有一种特殊的代表类型。议会统治是贵族制（或其蜕化的形态：寡头制）的一种形式。贵族制在某种意义上是混合政体。在关于混合政体的学说中，它一直都被当作一种特别适宜的形式来对待，因为它处在君主制和民主

---

[1] 参见格奈斯特，《英国宪政史》（*Englische Verfassungsgeschichte*），第 709 页；哈斯巴赫，《议会制内阁政府》（*Die parlamentarische Kabinettsregierung*），1919，第 261 页。

制的中间，因而已经含有混合要素了。例如，就连前引的加尔文那句名言也表明，与其他政治形态相比，贵族制更受喜爱。贵族政体与民主制的区别在于，它以代表——不同于民主制的直接同一性——为基础。但是，另一方面，它也避免了像君主制那样的用一个人来代表的绝对、独专的代表形式。当不再由一个人来代表时，就连代表原则所要达成的人格主义也不会产生极端的后果了。因此，贵族制似乎就是位于两个极端之间的一种中庸适度的制度。即便在这里，孟德斯鸠也触及了某种根本性的东西：他将节制有度（modération）说成是“贵族制的原则”。代表包含着与同一性的民主制原则的真正对立。因此，所谓的“代表民主制”是典型的混合和妥协形式——顺便说一句，即便在其组织实施的一切细节方面，它也是如此。如果将代表民主制当作民主制的一个亚种来对待，那是很不准确的[1]，因为代表恰恰表明了这种“民主制”的不民主方面。就议会是政治统一体的代表而言，它与民主制是对立的。但是，从历史的角度来看，在具体政治现实中，这种代表制的自由主义要求首先针对的就是以政治统一体的唯 219
一代表的面貌出现的专制君主。与这个代表相对抗的是第二个代表，即议会。这个议会是“人民的代表”（虽然事实上只能有全体人民的政治统一体的代表），并经人民选举产生。作为人民的代表，议会在面对国王时仅以人民的名义说话和行动；因此，即便议会在面对人民时坚持自己是“独立的”代表，它也并非凭借自身的存在而充分独立地代表政治统一体。这显然是一种不稳定的中间位置，而且只是一种过渡。对立角色——即君主制代表——的作用越是微弱，议会代表的作用也就越是微弱；代表团体变成了选民群众的一个委员会。在议会不复为与君主相对峙的代表以后，它就面临着一项政治任务，即它现在必须更坚定地在与人民——其自身的选民——相对峙的条件下代表

[1] 托马就是这样看待代表民主制的，参见《韦伯纪念文集》，1923，第二卷，第39页及以下。

政治统一体，保持独立于人民的姿态。这里存在着一个巨大的困难：如果选举的目的是从一个精英阶层中选出最优秀者，如果选举是自下而上的，因而被选出的人就是地位更高的人，它就能够产生出真正意义上的代表；就此而言，它是贵族制原则的方法。但是，也有可能颠倒过来，选举成为单纯的委任利益代表和代理人的过程。在这种情况下，选举是自上而下的，也就是说，被选出来的人是选民手下的雇员，完全依附于选民。一旦各种常设的政党组织作为永久性的固定实体支配了议会，议会就会承担直接民主制的后果，就不再是代表了。但是，只要议会满足了真正代表的先决条件（在19世纪，大体还是如此），人们就可以将议会制看成是一种特殊的政体，确切地说——一种贵族政体。资产阶级自由主义的独特政治处境（处在君主主权与人民主权的中间位置上）在这种中间的政治形式中表现出来。

即便在这里，两项形式原则的混合和相对化也依然存在，而这种
220 混合和相对化乃是国民法治国宪法的特征。纯粹的贵族制肯定没有得到彻底的实施。贵族制要素只是若干形式要素之一，议会制并非独特的政治形式，而是对立形式的平衡，而为了权力区分的目的，这种平衡运用了民主制和君主制的形式要素。在行政方面，采用了君主制的组织形式，即设立一个国王或总统；为了“权力”的区分和平衡起见，国王或总统的权力甚至得到了特别的加强。国家元首作为行政首脑必然成为整个系统的一部分，这个职位甚至经常是针对议会而设立的，并且是作为人民代表而设立的。因此，即便在实行民主制原则的共和国里，立宪君主制的二元制（国王和议会作为民族的两个代表）也再度表现出来。就连魏玛宪法中的民国总统也应具有“代表的”品质；按照第四十一条的规定，正是出于这个原因，民国总统由全体德国人民选举产生；民国总统对外还代表德意志民国（第四十五条）。在有些宪法中，还增设了上议院或参议院，作为一个进一步的、但却是独立的贵族制要素，其根据和结构形式是多种多样的（参见第二十三章）。典型的法治国宪法，例如1831年比利时宪法（第三十二

条）是这样规定的：两个“议院”的议员均“代表国民”。民主制原则最终主要在立法中得到了运用，确切地说，其运用主要体现在下述事实中：人民，即拥有表决权的国民，不仅参加选举，而且还通过公民投票直接决定重大问题。因此，全部的形式要素都汇聚在一起了，但又被相对化了，达到了相互平衡。对近代国民法治国宪法及其议会制而言，这种结合和混合具有本质的意义。

有鉴于此，当今国民法治国的宪法学必须立足于近代宪法的第二个要素的内部，立足于政治形式要素的内部，并在这个前提下，首先对民主制、君主制和贵族制这几种形式依次逐个加以讨论，以便认识形式混合的各种要素，正确地理解它们的典型组合——即议会制——的特点。

第三部分
近代宪法的政治要素

第十七章　1. 民主制学说

（基本概念）

I. 关于几个定义的概述。

1. 民主制与共和制的关系。民主制是一种符合同一性原则（即具体的人民作为政治统一体与其自身相同一的原则）的政体。人民是制宪权的拥有者，并且自己为自己制定了一部宪法。除此而外，“民主制”一词还可以表示从事特定国家活动的方法。在这种情况下，它指的是一种政府形式或立法形式，其含义是，在权力区分的系统中，一项或几项权力——例如立法权或行政权——是按民主制原则、在国民享有尽可能广泛的参与机会的前提下组织起来的。

作为政体的民主制按今天的说法就是共和制。就政府或立法而言，民主制的结构要素有可能与世袭君主的保留结合起来。部分国家活动可按民主制加以组织，另一部分国家活动则可按君主制加以组织。在这里，国家通常仍被说成是君主国。因此，我们不妨采纳布赖斯（J. Bryce）的说法：“有不少共和国根本就不是民主制国家，而有几个君主国，例如英国和挪威，反倒是民主制国家。”[1] 但是，即便在民主制国家法的描述中，这两个概念也经常互相转化。时至今日，“共和国”已不再（像“共和政体”那样）指涉亚里士多德和托马斯·阿奎那所说的那种理想国家了。

---

[1] 参见《近代民主国家》（*Moderne Demokratien*），德文版，I，第 22 页。

事实上，自从马基雅维利以来，“共和国”一词经常被用在消极的含义上，与作为政体的君主制相对立。在国民法治国理论家的表述
224 中，在康德的著作中，共和国是指实行分权的法治国，因而就与一切“专制主义”——不管是君主制的专制主义，还是民主制的专制主义（参见第 200 页）——相对立。在这里，“共和国”仍保留了一点古典传统的理想意味。

> 常规形式经由否定（per negationem）确定了另外一种形式，这一点对国家理论的概念构成逻辑来说具有特殊意义。例如，对马基雅维利来说，一切**不是君主国**的国家都是共和国。[1] 托马的看法正好相反，对他来说，一切**不是民主制国家**的国家都是“特权国家”。[2] 康德的首尾一贯的国民法治国思想将所有的政治形式原则相对化了，使它们成为权力平衡的组织手段。

2. 大多数关于民主制的定义都涉及“多数人的统治”（Herrschaft der Mehrheit）。这个多数是所谓积极公民——即拥有选举权和表决权的国民——的多数。就其本身而言，它既不必是国民的多数，也不必是同一国土上居民人口的多数。但是，最近经常有人补充说，不能仅由多数积极公民来施行“统治”，广大居民人口也必须享有公民权。如果少数人可以支配广大无权者或奴隶，而在这个少数阶层的内部又根据多数人的意见来决定一切事务，那是远远不够的。布赖斯要求广大的居民人口——“至少占整个居民人口的大约四分之三”——必须享有公民权。[3] 托马要求全体国民必须享有人身自由。[4] 因此，人

---

[1] 参见《君主论》，第一章。

[2] 同上书，第 44 页。

[3] 同上书，第 23 页。

[4] 同上书，第 43 页。

们在谈到“多数”时，可能指的是不同类型的多数：（一）参加表决的积极公民的多数；（二）全体积极公民的多数，而不问他们是否参加表决；（三）国民的多数；（四）一个国家居民人口的多数。

3. 平等（Gleichheit）和自由（Freiheit）经常被并称为民主制原则，但实际上，就其前提、内容和作用而言，这两项原则是完全不同的，甚至经常是截然对立的。正确地说来，在国内政治的层面上，只有平等才能被视为民主制原则。国内政治自由是国民法治国的原则，这项原则被添加到政治形式原则——不管是君主制的，还是贵族制的，还是民主制的——上去，起一种限制的作用。但是，除此而外，无论是平等概念，还是民主概念，都不能在不作更细致的逻辑和历史区分的情况下加以使用（关于民主政体下的平等，参见 II，第 226 页）。关于“自由”一词，必须指出，如果自由是指每个人天生享有的个人自由，它就是一项自由主义原则。自由只是被当作近代宪法的法治国要素，而不是被当作政治形式原则来加以考虑的。在那里，所有的人都“同等自由”。 225

> 自由与平等的区分，作为自由主义与民主制的区分，构成了哈斯巴赫《近代民主制》的基本论题。[1] 这本著作用了详尽而有趣的材料来探讨这个问题，但并没有提出一个系统的国家理论。作者论战性的、反民主的倾向使这本书受到一定的损害。托马（同上引书，第 39 页）将平等与自由视为民主制原则，认为自由主义的代表民主制是一般民主制的一个亚种（关于“代表民主制”的概念，参见第 218 页），因而既没有区分民主制和国民法治国，也没有区分民主制（同一性）和代表这两项政治形式原则。[2]

---

[1] 1923 年第二版。

[2] 关于“代表民主制”的概念，参见第 218 页。

民主制还有其他一些说法："通过人民来治理人民"、"民意的统治"或以"普选权为整体之根基"的政体（托马即持有这种观点）。所有这些说法或描述仅仅列出了平等的民主制原则的一些个别要素或后果。只有通过系统地探讨民主制的基本概念，即平等的概念，才能理解这些个别要素的真正意义。

4. 最严重的含混产生于如下事实：民主制概念如同其他许多政治概念一样，变成了一个普泛的理想概念；不仅如此，这种理想概念的模糊性还给形形色色的理想提供了空间，最终给一切理想的、美好的、令人喜爱的东西提供了空间。人们将民主与自由主义、社会主义、公正、人性、和平、各民族的和解联系和等同起来。因此，来自社会民主党的民国部长大卫博士（Dr. David）在魏玛国民议会上说："为一切法律的和平制定敞开道路，这才是货真价实的民主。"拜尔勒在《德意志民国宪法》中赞同地引用了这句评论。[1]

这样，民主制的概念就被无限扩大了，变成了一个普泛的理想概念。这不仅是资产阶级自由主义者的做法，而且也是社会民主党人的做法。自由主义者如霍布豪斯（L. T. Hobhouse）
226 认为，民主制就是"将伦理原则运用于政治"[2]，实际上，这恰恰是自由主义的立场。饶勒斯（Jaurès）将民主制解释成公正、人性、万国联盟和和平；就第二国际的社会自由主义及其与日内瓦万国联盟的独特结合（考茨基［Kautsky］、伯恩斯坦［Bernstein］、麦克唐纳［McDonald］、赫里欧［Herriot］、保罗－邦库尔［Paul-Boncour］、托马、布兰廷［Branting］、王德威尔得［Vandervelde］）来看，这种观点很有代表性。这样就出现了

[1] München, 1919, 第 7 页。

[2] 参见《民主制与反动》（*Democracy and Reaction*），第二版，London, 1909，第 140 页。

一系列独特的复合观念，再也无法区分这些概念了。这种思考的一个典型例证就是马萨里克（Th. G. Masaryk）那本由托马斯（Albert Thomas）作序、题为《民主制的问题》（*Les problèmes de la Démocratie*）的论著。[1]

II. 平等的概念。对民主制的平等概念来说，并非随便什么样的普遍的、无关痛痒的平等都有意义，如果平等只是自发地存在着，而完全不考虑其实质内容或价值，这样的平等是远远不够的。特殊的民主政体只能建立在特殊的、实质性的平等概念之上。

1. 普遍的人类平等。有一种观点认为，凡是“长着一副人的面孔”的生物都是平等的。不过，这种平等既不能为一个国家奠定基础，也不能为一种政体、一种政府形式奠定基础。我们不能根据它作出特殊的区分，划定特殊的界限，而只能取消区分和界限。这种平等不能为建立一种特殊的制度提供根据，相反，它只能瓦解和取消那些不再有任何效力的区分和制度。如同人类生活和思想的一切领域——宗教、道德、法律、经济——一样，政治也有其特殊的区分。从所有的人都是人这个事实出发，并不能推断出任何在宗教、道德、政治或经济上具有特殊意义的东西。在经济中，有生产者与消费者的区分；在法律中，有债权人与债务人的区分。毫无疑问，这类区分不能通过如下事实得到说明：生产者和消费者、债权人和债务人都是人。对这种普遍人性的提示有助于缓和某些过于严厉的因素，可以起到节制的、相对化的作用，但却不能形成任何概念。相反，如果一切人共享的人类平等变成了唯一重要的、决定性的标准，就再也不可能作出任何特殊的区分了。人类平等的理念并没有提供法律的、政治的或经济的标准。这种理念对宪法学的意义在于，它属于自由个人主义，服务

[1] Paris, 1924.

于基本权利的原则。

227 如果平等不涉及其他内容，而只是一种为所有的人自动共享的平等，它就是一种非政治的平等，因为它缺乏可能的不平等这样一个关联物。一切形式的平等都从可能的不平等这样一个关联物中获得其意义。不平等所针对的是那些不属于同类的人，这种不平等越厉害，平等就越强烈。缺乏不平等之可能性的平等，每个人自动地享有、绝不可能失去的平等是没有价值、无关紧要的。

2. 民主制的平等概念是一个政治概念，如同一切真正的政治概念一样，它也涉及区分的可能性。因此，政治民主的基础不是所有的人均无区分的状态，而是一种归属关系：某些人属于一个特定的民族。这种属于一个民族的状态可以通过一系列不同的要素（共同的种族、信仰，共同的命运和传统）予以确定。因此，平等作为民主制的本质属性，其对象范围仅限于内部，而与外部了无关涉：在一个民主制国家内部，全体国民一律平等。对政治和国家法理论而言，由此便产生出如下结果：谁不是国民，谁就不享有这种民主式平等。在这里，平等绝不意味着民主的雅典人与外邦人没有区别，也不意味着民主的美国人民会接收一切外国人为国民。如果外国人受到平等对待，这并不涉及政治事务，而是从非政治领域的普通自由权（私有财产、权利保护等）引申出来的后果。

因此，根据德意志民国宪法，并非所有的人，而是“德国人民在法律面前一律平等”（魏玛宪法第一零九条）；根据1874年5月29日瑞士联邦宪法第四条，“瑞士人民在法律面前一律平等”；根据1889年日本宪法第十九条，“全体日本人民”云云。1789年8月26日法国《人权与公民权宣言》先是说，所有的人生而自由、生而平等，可是，一旦涉及国家和政治权利，就连它也不

再谈论人了，而是谈论国民（第六、十三条）。

3. 这种民主式平等是一切其他形式的平等的先决条件：法律上的平等、平等的选举权、平等的表决权、普遍服役义务、担任公职的平等机会。因此，普选权不是民主式平等的内容，而是作为先决条件的平等的结果。全体国民被预设为平等的，只是由于这个原因，他们才必须享有平等的选举权、平等的表决权等等。这类平等是民主式平等 228
的具体应用，而不是其本质。若非如此，政治民主就会沦为纯粹的虚构，就不过产生于如下情形：国民被看成好像是平等的。无疑，当今的某些民主制度或许仅以教育为宗旨，它们暂时对国民一视同仁，只是为了教育他们，使他们最终达到真正的平等。从这里不可能推导出民主制的本质。

> 在众多关于民主制的著述中，这种以教育为出发点的思想受到了强调。这表明，民主的政治形式已经不再被人们意识到了，或者变得很成问题了。即便在哈德利（A. T. Hadley）那本写得颇为机敏、老练的书中，最后一个词、最后的出路也是“教育”。[1]

4. 有鉴于此，民主式平等是一种实质性平等。由于全体国民共同分有这个实质，他们就可以被视为平等的，拥有平等的选举权和投票权。

在不同的民主政体下，在不同的时代，平等的实质会有所不同。

（1）古希腊国家理论家格外强烈地意识到，身体和道德上的

---

[1] 参见《民主的问题》，德文版，Stuttgart，1926。

同类性是十分必要的。柏拉图反对民主制，认为民主制的真正缺陷在于，它没有严格地让国民的优异才能成为区分标志，而是毫无分别地将公民置于平等的地位上，结果，“这个城邦里就会有最为多样的人物性格”。[1] 不过，显而易见的是，尽管存在着这种区别，但只有希腊的自由民才参与民主政体，其中绝不包括外邦人和奴隶。亚里士多德并不像这样反对民主制，他所认为的最佳政体，即“共和政体”，甚至与今天一般所说的民主制十分相近。在这样一个国家里，所有的人都既统治，又被统治（*πάντας ὁμοίως κοινωνεῖν τοῦ κατὰ μέρος ἄρχειν καὶ ἄρχεσθαι*）。至少在《政治学》第七卷，这种共和政体看上去像是最佳政体，城邦居民的同类性成为明确的先决条件。这个让所有人都参与统治和被统治的国家显然不是基于普遍人性的“共和政体”。外邦人天生（*φύσει*）就是奴隶。[2] 毫无疑问，奴隶没有 *ἀρετή*［德性］，没有自由的情操，他们对处于政治状态中的人所达到的更高的存在层次没有意识，也就是说，对美善的、高贵的生活（*εὖ ζῆν*）没有意识。按
229 其本性来说，奴隶的目标是“属于另一个人”（*ἄλλου εἶναι*）。外邦人的国家徒有国家之名，因为那里是奴隶统治奴隶。唯有自由的希腊人才天生拥有属于政治存在的身心素质。因此，民主政体从来都有一个先决条件：它仅由自由的希腊人组成。亚里士多德还进一步明确指出，只有在出身和权力平等的条件下，才会有法律上的平等。那些受制于法律的人必须首先是平等的，只有在这个时候，法律面前的平等才是正当的。“平等被视为正当的，它确实是正当的，但并非对所有的人而言，而是对平等者而言。就连不平等也被视为正当的，它毫无疑问是正当的，但并非对所有的

---

[1] 参见《理想国》，VIII，11，557c，Apelt 译本，第 331 页。

【中译者注】中译见郭斌和、张竹明译本，北京：商务印书馆，1986，第 332 页。

[2] 参见《政治学》，I，1，5。

人而言，而是对不平等者而言。”[1]

直到后来，在斯多葛派的哲学中，这个关于平等的区别性概念才分崩离析了。民族与部落、希腊人与外邦人之间的区别消失在所有人共有的理性面前。理性统治着整个世界，将一切有智慧的人变成了一个世界国家的世界公民。值得注意的是，这个关于世界公民的学说表现出对**君主制**的特殊偏好，抛弃了民主制的理想。[2]

（2）在中世纪的学说中，德性（ἀρετή，virtus）通过托马斯·阿奎那而被宣布为贵族制的原则。相反，马基雅维利在《论李维的前十书》中认为，这种品质是**民主政体**下公民的先决条件，否则就不可能有什么民主政体。按照孟德斯鸠的看法，德性（vertu）是**共和国**的原则。对此，他作出了一个界定：德性是“一件非常简单的事情：对共和国的热爱”[3]；它与教养和学识没有任何关系；在一个民主共和国里，它就是对平等的热爱，尤其是客观冷静、要求不过分、简朴。[4] 孟德斯鸠认为，财富会导致共和政体的毁灭，因为它会导致“美德”的沦亡。这个观点与古典传统是一脉相承的。[5] 在卢梭的“社会契约”学说中，充分的同类性是国家的真正基础。人民所意欲的事情是善的，恰恰因为人民表达了自己的意愿；所有的人都有相同的意愿，因

---

[1] 《政治学》，Ⅲ，5，8。

[2] 参见克尔斯特（J. Kaerst），《关于君主制在古代的发展和理论奠基的研究》（*Studien zur Entwicklung und theoretischen Begründung der Monarchie im Altertum*），Hist. Bibl. Bd. 6，1898，第65页。

[3] 参见《论法的精神》，V，2。

[4] 参见《论法的精神》，V，3。

[5] 现在有人持相反的观点。滕尼斯援引戈德沙伊德（Goldscheid）的观点说，民主制国家必须是或必须成为富裕国家。载 *Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages*，1926，第35页。

此，实际上就不会有任何人被多数人否决；如果他被否决了，那是因为他弄错了自己的真实的、更好的意愿。这种公意的要义并非服从当下的多数，因为就连多数人——甚或所有人——的意志也有可能是败坏的，在这种情况下，它就再也不会产生出什么公意了。人们不会因为这是多数就服从它；服从的原因在于，人民的实质同类性达到了极高的程度，正是出于这种相同的实质，所有的人都有相同的意志。因此，国家的基础并非契约，而是人民
230 的同质性，是人民与其自身的同一。这是对民主思想的最有力、最融贯的表达。雅各宾专政的实践将民主式平等的这个预设前提的意义充分展现出来。政治上的敌人没有“德性”，也就是说，他没有正确的政治思想倾向，没有“公民爱国心”（civisme），他不是爱国者，因而就无法无天（hors la loi）。在此，可以格外清楚地看到，不平等作为必要的关联物与政治上的平等是多么地对应。

（3）民主式平等的实质可以在共同的**宗教**信念中发现。在宗教社团内部，只要所有的信徒在实质问题上认真地达成一致，他们就是平等的。在所有成员都将自己视为选民、圣徒或得救者的较小的社团里，选民身份——因而就包括对外的不平等——为社团**内部**的平等提供了格外坚实的基础。

克伦威尔统治时期的英国小教派就是一个颇有意义的实例，可以帮助我们了解近代民主制的产生。按照一种广泛流行的观点，近代直接民主制的思想首先出现在平均派运动中。[1] 1647年10月28日，这些激进的小教派成员递呈了一份公约，这份公约又被转递给议会，但并未产生进一步的实际意义，因为克伦威尔将整个运动镇压下去了。这份公约要求议会隶属于人民，按比

[1] 参见古奇（G. P. Gooch），《十六世纪英国民主思想史》（*The History of English Democratic Ideas in the 16th Century*），Cambridge，1894。

例分配选举席位。它还规定了一系列天赋权利（native rights）作为立法的基础：良心自由、免除强制兵役、废除例外法庭、法律面前人人平等、人民的安乐福祉。这些原则应作为“基本原则”确定下来，并提交给人民予以通过。平均派领袖利尔伯恩（Lilburne）在《英国人民法定的基本自由权》（Legal Fundamental Liberties of the People of England，1649）中说，一个公正政府的这个“基本原则”必须提交给所有郡县的人民，以取得他们的同意。不过，毫无疑问，平等、宗教自由、人民的同意等要求原则上只适用于志同道合者，没有哪个小教派成员打算让天主教徒或无神论者也享有这些权利。除此而外，利尔伯恩还在刚才提到的那篇文章中明确指出，只有心怀好意的人才拥有选举权，“才能对这些基本原则给予同意”。[1] 即便在这里，也并不涉及普遍的人类平等，而仅仅涉及怀有特定宗教信念的信徒的平等，这些信徒与共同的敌人罗马天主教、安立甘宗和国教进行斗争。移居北美殖民地的小教派成员或清教徒建立了一些新的共同体。但是，即便在这些地方，也只有一批志趣相投的人才享有良心自由。在清教徒占统治地位的马萨诸塞，法律明文规定，每个人都有义务参加公共礼拜仪式；一个人若不是牧区的一员，就不会被 231
当作自由人来对待；如果某人因过失而被开除出牧区达整整三个月之久，他就会被处以监禁并遭到驱逐。[2] 在这里，如果谈得上民主制的话，那就涉及如下情况：一种新的宗教感情奠定了一个新的共同体的基础，而在这个共同体内部，所有成员都将自己视为平等的。不过，在这里，我们也不能谈论一种无实质的人类

[1] 参见 *The Clarke Papers*，Ausgabe von C. H. Firth，Bd. II，Camden Society，1894，第257—258页。

[2] 参见罗滕比歇尔，《教会与国家的分离》（*Trennung von Kirche und Staat*），1910，第119页。

平等。毋宁说，这种民主式平等的实质在于真正的宗教信仰的共同性。

（4）**民族性民主**。尽管1789年法国革命标榜人性和世界各国人民普遍博爱的理念，但它却将法兰西**民族**预设为一个历史地给定的实体，其宪法将国民法治国的各项原则与人民制宪权的民主制原则结合起来（参见第六章，第50页）。在19世纪，民族思想导致了新的政治形态，并且通过普遍服役义务和普选权使国家走上民主化的道路。所有这些制度都包含着平等的要素，其实质在于民族性。这种民主制的先决条件是民族同质性。

相对于人民这个一般概念而言，民族是指因特殊的政治意识而被赋予了个性特征的人民。各种因素都能促成民族统一体以及对这个统一体的意识：共同的语言，共同的历史命运、传统和记忆，共同的政治目标和希望。语言是一个非常重要的因素，但光是语言并不起决定作用。重要的是历史生活的共同性、对这种共同性的意愿、重大事件和伟大目标。即便人们不讲同一种语言，真正的革命和胜利的战争也能够克服语言上的对立，建立起休戚与共的民族归属感。

如果民族被理解成民主式平等的实质，就会产生特殊的实际后果。一个将公民的民族同类性当作民主制的先决条件的民主制国家符合所谓的民族性原则。按照这项原则，一个民族组成了一个国家，而一个国家又涵括了一个民族。于是，一个具有民族同质性的国家似乎是正常的，相反，缺乏这种同质性的国家则是反常的，并且对和平构成威胁。这样，民族性原则便构成了和平的先决条件，奠定了“国际法的基础”。

有时候，在政治现实中不存在民族同质性，因为国家由不同的民族组成，或含有少数民族成分。如果发生了这种情况，人们
232　就会想出各种各样的办法来解决问题。首先是进行和平调解；不

过，这实际上要么意味着和平讨论和分离，要么意味着将各民族逐渐地、和平地同化到主流民族中去。对少数民族的现行国际法保护（参见第 74 页）旨在确保一条和平的道路。在这里，少数民族并没有被当作一个民族来予以保护；它不应作为一个民族而享有与主流民族相对的政治权利，否则民主制国家的原则本身就连同民族性原则一道被取消了。事实上，当今对少数民族的国际法保护条例着眼于保护每个人的个人权利，确保了每个人作为个体而享有的平等、自由、财产权和使用母语的权利。在这里，公开承认的想法是要通过和平途径产生出民族同质性，这样就可以通过和平途径产生出民主制的先决条件。另外一种方法更为迅捷，更具有暴力的性质：以压迫手段清除异族成分，**强行迁走**异族人口，或采取其他类似的极端措施。这种方法的最重要的实例就是 1923 年 1 月 30 日在洛桑签署的希土协议，按照 1923 年 7 月 24 日洛桑协议第五四二条并经其批准，希土协议于 1923 年 8 月 26 日正式生效。该协议规定将居住在土耳其境内的希腊族居民迁往希腊，将居住在希腊境内的土耳其族居民迁往土耳其，而不问此种交换所涉及的居民的个人意愿。

除了这类确保或实现民族同质性的方法而外，民族同质性原则还产生出下列后果：（一）通过**移民立法控制外来迁徙**，拒绝接收不受欢迎的外来成分，例如在美国和英国的自治领（尤其是澳大利亚和南非）就实行这种政策；（二）**采取特殊的统治形式和方法来统治含有异族人口的国家**，在这里，一方面要避免公开兼并，另一方面又要将重大政治事项的决断权操纵在自己手中。这类统治形式和方法包括：殖民地、保护国、委任统治地、干涉协议（如美国与拉丁美洲国家签署的那种干涉协议）（参见第 73 页）；就这些方法而言，非常重要的一点是，被统治或被控制的国家在国家法上仍是外国，因此，其居民并没有获得管辖国的国

籍[1]；（三）反对过度外来影响的法律、保护民族工业的法律、反对外国资本的经济和社会势力的法律；战后许多国家都颁布了这类法律；土耳其的一系列法律堪称著例，按照这些法律，国家
233 将实行彻底的土耳其化；此外，1917年墨西哥宪法第二十七条也规定对土地和矿藏实行国有化[2]；（四）新近的国籍法实践，取

---

[1] 大英帝国居民人口总数：

453000000

居住在欧洲的人口…… 47000000
居住在澳大利亚的人口……7000000
居住在美洲的人口…… 11000000

65000000（主要是白种人口）

居住在非洲的人口…… 54000000
居住在委任统治地的人口……8000000
居住在亚洲的人口……324000000

法国管辖区域居民人口总数：

居住在欧洲的人口…… 39000000
居住在殖民地的人口…… 60000000
居住在委任统治地的人口…… 14000000

113000000

[2] 第二十七条颇有争议，其第一款宣布墨西哥境内的土地、水域的所有权属于国家，而国家又将其作为私有财产转让给个人。第七节：可按如下规定取得土地或水域的所有权：（一）只有出生于墨西哥或加入墨西哥国籍的墨西哥公民或墨西哥团体才有资格取得这种所有权，或者取得矿山开采权、水利开发权或可使用矿物的开采权。国家可将相同的权利授予外国人，前提是，他们向墨西哥外交部声明同意如下附带条件：他们通过这种方式取得的私有财产仍为墨西哥的国有财产，他们不会请求其政府保护这种私有财产。如果他们违反了本规定，为了墨西哥国家的利益，他们就失去了自己的权利。在距离海岸一百公里的区域内，外国人无论在何种条件下都不能取得土地或水域的直接所有权。

消国籍、剥夺国籍的可能性等等；（五）一个值得注意的个别后果：1920 年 2 月 29 日的捷克斯洛伐克宪法是由捷克和斯洛伐克各党派代表在排除了非斯拉夫族人口的情况下制定出来的。[1]

民主同质性的这些后果表明了作为政治形式原则的民主制与主张自由和人人平等的自由主义思想之间的对立。如果一个民主制国家始终不渝地承认普遍的人类平等，它就会在公共生活和公法的层面上失去其实质。

（5）苏维埃共和国的布尔什维克政策试图取消民族同质性，而代之以**阶级**（无产阶级）同质性。

1918 年 7 月 10 日宪法第一章劳动和被剥削人民权利宣言第 234
二十条规定："从各国劳动者的团结出发，俄罗斯社会主义联盟制苏维埃共和国给予为从事劳动职业而居留于俄罗斯共和国境内、属于工人阶级或属于不榨取外国劳动力之农民阶层的外国人以俄罗斯公民的全部政治权利，并且授权地方苏维埃可以不经复杂手续授予这些外国人以俄罗斯公民权。"[2]

即便这番努力真的取得了成功，即便无产阶级的概念真的能够用阶级同质性来取代民族同质性，在这里也会再度出现一个新的区分，即无产阶级与资产阶级的区分，民主制作为一个政治概念，其结构并未发生任何变化。在这种情况下，不过是用无产阶级国家与资本主义国家之间的对立取代了民族对立，从而使敌友群分获得了一种新的强度。

---

[1] 参见本书第八章，第 87 页；另参见魏尔颇有启发性的辩解，载 *Zeitschr. F. öff. Recht*，I，第 3 页，JöR.，XI（1922），第 352 页及以下。

[2] 参见波戈莱波夫（Bogolepow），《外国人在苏俄的法律地位》（*Die Rechtsstellung der Ausländer in Sowjet-Rußland*），Quellen und Studien des Osteuropa-Instituts in Breslau，Abt. Recht，N. F. 4，Berlin，1927，第 29 页，第 170 页及以下："各国劳动者的团结以其在政治权利方面的平等地位为先决条件。"

5. 民主式平等本质上是同类性，确切地说，是人民的同类性。民主制的核心概念是人民，而不是人。民主制若欲成为一种政治形式，它就只能是人民民主制，而非基于人性的民主制。对民主制而言，就连阶级的概念也不能取代人民的概念。只要阶级是一个立足于纯经济基础上的纯经济概念，它就不能为实质的同质性提供根据。如果阶级成为一个战斗组织的基础，如果它成为真正的敌友群分的基础，它就不再是一个纯经济概念了，因为真正的战斗阶级已经不再是一个经济实体了，而是一个政治实体。如果这个阶级成功地掌控了国家，它就变成了这个国家的人民。民主制的人民概念将始终存在下去，它不仅与人的概念相对立，而且与阶级的概念相对立。

Ⅲ. 民主制的定义：民主制（作为政体，也作为政府形式或立法形式）是统治者与被统治者、治理者与被治理者、施令者与服从者的同一性。

235　1. 这个定义是从作为民主制的根本前提的实质性平等中产生出来的。按照这个定义，在民主制国家内部，统治与被统治、治理与被治理之间的区分并没有表现出或产生出质的差异。在民主制的条件下，统治或治理不能建立在不平等的基础上，因而也就不能建立在统治者或治理者的优越性的基础上；也就是说，与被治理者相比，治理者并不具有质的优异性。按其实质来看，他们必须保持在民主式平等和同质性之中。一个人不能因为在进行统治或治理就超越了人民的普遍同一性和同质性。因此，统治者或治理者的权力或权威并非出自某些更高的、人民所不能企及的品质，而是仅仅出自被统治者或被治理者的意志、委托和信任——实际上，被统治者或被治理者是在以这种方式自己治理自己。于是，下面这种说法就获得了思想意义：民主制就是人民自己统治自己。一切民主趋势和制度（例如不同领域里的平等和平等权利、普选权和普遍投票权、这种权利日益广泛地扩展到男人和女人、选举年龄的降低、当选人任期的缩短、议会的解散）均发源于

那种想要实现统治者与被统治者的同一性的愿望。

"同一性"一词之所以适用于民主制的定义，是因为它描述了具有同质性的人民的全盘同一性（既包括统治者，又包括被统治者），否定了存在于其他政体中的统治者与被统治者的区别。需要注意的是，这里没有考虑代表与被代表的区别，因为被代表的不是统治者，而是作为整体的政治统一体。在纯粹民主制的条件下，仅仅存在着实际现身的人民与其自身的同一性，因而也就不涉及代表的问题。"同一性"指的是人民的政治统一体的存在状态，不同于规范的、图式化的或虚构的平等。就其政治存在的整体和一切细节来看，民主制预设了拥有政治存在意志的同类的人民。在此一先决条件下，卢梭完全有理由说，人民所意欲的事情总是善的。这个说法的正确性并非缘于某个规范，而是缘于人民的同质性存在。

为了进一步说明"同一性"一词在这个语境中的适用性，我想提请读者注意胡塞尔（E. Husserl）《逻辑研究》（*Logische Untersuchungen*）中的一段话："一切相同性都涉及一个种类，而 236
被比较的东西总是隶属于它。这个种类两侧不再是纯粹相同的东西，也不能是纯粹相同的东西，否则就不可避免地要陷入极其荒谬的无穷倒退（regressus in infinitum）……相同性是隶属于同一种类的对象之间的关系。如果不再允许从相同性发生于其间的那个方面来谈论种类的同一性，也就谈不上什么相同性了。"[1] 因此，统治者与被统治者处于同质性实质的同一性之中，这种同一性是民主制国家的本质所在。民主式平等绝不是一种数学的、数

[1] 参见 II，2，第 112 页。另参见利普斯（H. Lipps）在《认识现象学研究》（*Untersuchungen zur Phänomenologie der Erkenntnis*）第一部分中的分析，Bonn，1927，第 10 页及以下。

量的或统计学的东西。正如利普斯中肯地指出的，数量的相等“不是事物的相等，它并不表示同一性，而是一个公理的起点，这个公理是某些数学定理的最简根式”。

2. 在民主政体下，国权和统治权出自人民。在民主制国家内部，治理权的问题在于，治理者与被治理者只能在人民的始终不变的同类性范围内予以区分，因为只要还有一个被治理、被命令的问题，也就是说，只要民主制国家作为一个国家而存在，治理与被治理、命令与服从的区别就会继续存在下去。有鉴于此，就不可能取消被治理者与治理者的区分。在这里，就民主制作为一个真正的政治概念而言，这类区分远远没有溶解到伦理规范或经济运作中去。与其他政体相比，在民主政体下，只要治理和施令的个人保持在人民的实质同类性之中，治理者与被治理者的区分实际上还有可能得到极大的增强。如果他们取得了其所属的人民的同意和信任，那么，与一个家长式君主的统治和治理相比，或者与一个小心谨慎的寡头制国家的统治和治理相比，他们的统治可能会更为严厉、更为强硬，他们的治理也可能会更为坚决果断。甘贝塔（Gambetta）恰恰将民主制看成是一个异常严厉的政府的基础。即便在魏玛联合政府的民主党政治家中间，也有人提出了这种思想。1920 年 3 月 3 日曾召开国会会议讨论魏玛宪法第四十八条，国会议员彼得森（Petersen）在会上发言说：“人们毫不迟疑地将统治手段授予民主政体；在这方面，没有哪个政体能与民主政体相比，因为民主政体乃建基于全体国民的平等权利。”一种政治
237 形式根本不能按温和或严厉、冷酷或仁慈等特征予以确定。只有与宪法的民主要素结合起来的特殊的自由法治国要素才会使国家权力在一个监督和钳制系统中得到缓和。对作为政治形式的民主制来说，这种倾向并不具有根本意义，甚至可能是无关的。尤其就专政而言，它只有在民主制的基础上才成为可能，可是，专政必然意味着，专政者并没有被授予按事实情况予以限定并受制于一般规范的权限，相反，专

政者的受权范围和内容取决于专政者的自由裁量（Ermessen），因此，根本就不存在法治国意义上的权限。光是考虑到这一点，专政就与自由法治国的各项原则相矛盾。

对一个民主制国家而言，最重要的是，不能将治理与被治理之间的不可避免的客观差异转变成治理者个人与被治理者之间的性质上的差异和分离。在民主制国家内部，治理者之所以行使治理权，并不是因为他具备一个性质上更优秀的上层社会的素质，而这个优秀的上层社会又与低劣的下层社会相对。如果出现了这种情况，民主政体的同质性和同一性无疑就被取消了。更出色的才能和更丰富的专业知识自然会促使人民将领导权授予人民中间的某个才能卓著的行家里手。不过，这个人之所以行使治理权，只是因为他取得了人民的信任。他并不拥有源于特殊存在的权威。如果最优秀、最有才能的人取得了人民的授权，那就更好；不过，在民主制国家中，这种遴选才俊的方法绝不会导致一个特殊阶层的形成，因为这样一个阶层会危及所有人性质上和实质上的平等，也就是说，会危及每个民主制国家的全部先决条件。治理者是通过人民区分出来的，他们并不与人民相区分。西哀士曾于 1789 年对贵族提出责难，其要旨是，贵族不想通过其他公民将自己区分出来，而是想把自己与其他公民加以区分。

3. 民主同一性以如下观念为基础：在国家内部，凡是有关于国家权力的实施和有关于治理的事情都保持在实质的同类性之内。一切民主思想都明确地、必然地在内在性概念中展开。只要从内在性中走出来，那就否定了同一性。无论将什么样的超验性引入一国人民的政治生活，都会导致高与低、上与下、被挑选者与未被挑选者之间的实质 238
性区分，而在一个民主制国家中，国权必须出自人民，而不能出自一个处在人民之外、凌驾于人民之上的人或机构。它也并非出自上帝。至少，只要另外一个不同于人民的实体能够对什么是上帝的具体意旨作出权威性裁断，那么，对上帝意旨的诉求就包含着一个非民主的超验要素。“一切权力出自上帝”这句话可能是说，国家权力甚至可

以在违反人民意旨的条件下予以实施；就这层含义而言，这句话恰好与民主制相矛盾。如果这句话的意思是说，可以根据上帝的意旨否认人民意旨的权威性和有效性，它也同样与民主制相矛盾。如果假借上帝的名义来实行统治，而这个上帝并不就是人民的上帝，那么，对上帝意旨的诉求就有可能导致如下结果：人民的意旨与上帝的意旨是两种完全不同、相互冲突的意旨。于是，按照民主制的逻辑，就只能考虑人民的意旨，因为政治领域里的上帝不能是与人民的上帝不同的另外一个上帝。这就是“人民之声即上帝之声”（Volksstimme ist Gottes Stimme）这句话的意思。[1] 这一说法——在美国民主政治中，由杰斐逊晓之于众；在欧洲，则由马志尼晓之于众——不只是空洞的陈词滥调。它直接诉诸上帝和神恩之国，实际上带有一种论战的意图——即反对任何其他的、外部的主管机关假借上帝的名义将自己的意志强加给人民，因而也就否定了一切并非源于人民的实质同质性的政治势力和影响。

[1] 【中译者注】这是德语中的一句谚语，亦译作“民意即天意”。

第十八章　人民和民主宪法

I. 宪法之前和宪法之上的人民。

在民主政体下，人民是制宪权主体。按照民主观念，一切宪法都出自拥有政治行动能力的人民的具体政治决断，就连其法治国要素也不例外。一切民主宪法都预设了这个拥有行动能力的人民（参见第十章，第 91 页）。

II. 人民在宪法的框架内行使宪法律规定的权力。在宪法的框架内 239
和基础上，人民可以作为选民或拥有表决权的国民行使宪法律规定的某些权力。

1. 选举。选民选定了履行一项国家职能的人。选举可以具有双重意义：或选定一个代表，或委任一个不具有独立性的代理人。

（1）选举政治上统一的全体人民的代表。例如，魏玛宪法第四十一条规定，民国总统由全体人民选举产生。在这里，拥有选举权并参加选举的国民的多数决定了选举结果。

> 拥有选举权却没有参加选举的人通过如下方式影响选举结果：他们的缺席减少了所需的票数。拥有选举权却没有参加选举的人越多，所投的票就越少，这样，决定选举结果的全体选民的百分比也就越小。在这种情况下，所投的票的多数就被认为体现了全体人民的意愿。因此，这种意愿（一）应视为遭到多数票否决的选举参加

者的意愿；（二）应视为拥有选举权却**没有参加选举**的人的意愿；（三）应视为全体**不拥有选举权**的国民的意愿。在一个民主制国家中，不言而喻的是，遭到多数票否决或没有参加投票的国民不能对选举结果表示异议，声称自己没有投当选人的票。

（2）选举整个国家的立法团体（人民代议机关、议会、国会、邦议会）的成员。即便在这里，按照当今的宪法，代表也应该以选举为基础。不过，人们实际上已经不再意识到这一层意义了，选举（尤其是通过由各党派提出候选人名单的比例选举制的方法）具有了委任党派工作人员和利益群体工作人员的性质。

在一个选区的特定候选人选举中，议员由该选区拥有选举权的选举参加者的多数来决定。但是，通过这种方法选出的议员却被视为全体人民的议员（魏玛宪法第二十一条）。因此，一个选区的多数选举参加者的意愿就不仅被视为该选区遭到多数票否决和没有参加投票的选民或国民的意愿，而且被视为**整个国家**所有其他国民——不管是拥有选举权的国民，还是不拥有选举权的国民——的意愿。任何其他设想都是不可能的，因为它将选区变成了一个独立的地区，从而抛弃了政治统一体。

在采取各式各样的比例选举制方法的情况下，从表面上看似乎已经不存在这个危险了。这种选举制的最重要的正当性根据是，人们将它描述成这样一种制度：选民并非从个人和地方的观点出发，而是根据**理念**来投票（饶勒斯）。鉴于当今政党生活的现实，这种看法未免过于乐观了。不过，在实行这种选举制的情
240 况下，选区变成了投票表决的纯技术手段，地方选区的特殊意义也就荡然无存了。而且，也有可能将那些在特定地区占少数的选票在全国范围内合并起来，令其产生效力。这样一来，**二次投票**就没有必要了，并且在今天这种由各党派提出候选人名单的选举

制度下，追加选举也没有必要，甚至没有可能了。毫无疑问，在这种制度下，关于全体人民的政治统一体的思想在地区的层次上就会变得更加强大。不过，如果以为比例选举制要比其他选举制更民主，那就大错特错了。这种选举制度下的分配虽然不是地区性的，却更强有力地贯穿于整个国家。如同其他选举制一样，赞成一份选举名单的选民的意愿应视为所有其他选民的意愿；每份名单上的议员（即每个党派的议员）均应视为全体人民的议员。因此，就必须假定，每个德意志民族党选民共同选举了获得议席的共产党议员，反过来说，德意志民族党议员也代表着共产党选民。如果说举行特定候选人选举的选区的划分会危及整个国家的休戚与共感，这种选举制也会危及同质性。不同的选举群体已经不再意识到，而且也不可能意识到，它们并不是在选举自己的议员，而只是在选举全体人民的议员。

（3）地方选举。这里的讨论没有考虑到地方选举，原因在于，地方选举不涉及作为整体的政治统一体，因而从国家理论的角度来看，必须被视为一种不同性质的选举。

2. 实质性表决。投票表决的国民对一个实质性问题表态，并以某种形式对这个问题作出实质性回答。

（1）这种表决包括公民复决（Referendum）、全民公投（Plebiszit）、公民投票（Volksabstimmung）等方法，所有这些方法都被归在一个总的名目下，即“公民投票”（Volksabstimmung）（参见第二十章，第 259 页）。

在这里，通常以所投的票的多数作为最后决断，也就是说，大多数表决国民所作出的回答的内容被视为对所提出的问题的回答。人们马上就可以清楚地看到，在逻辑、心理学和表决技术上，回答的价值完全取决于问题的提法。也就是说，只有那些简单、明确的实质性回答才能算数，而所回答的是一个同样简单、明确的实质性问题。在一般情况下，问题的提法必须适合于用简单的“是”或“否”予以

回答。问题究竟得到了一个“是”的回答，还是得到了一个“否”的回答，由所投的票的简单多数来决定。这个回答被视为全体人民的决断，因而就被视为遭到多数票否决的表决者的意愿，并且还被视为那些没有参加表决和没有表决权的国民的意愿。

241

> 如果规定了参加选举的人数，那些在表决中弃权的投票权人就可以通过不参加表决起到决定性作用，而且这种作用要比在通常的表决或选举中更大。例如，魏玛宪法第七十五条规定：“民国国会之议决案，须有投票权人之多数参加表决，始得变更之。”因此，如果参加表决的投票权人没有达到多数，提案即视为被否决，也就是说，所提出的问题得到了一个否定的回答。这样一来，决断就是由那些没有参加表决并以此表明自己不想作出决断的人作出的。这里有一个奇怪的现象：起决定作用的不是那些表达了意愿的人的意愿，而是那些没有表达意愿，甚至可能根本就没有意愿的人的意愿。于是，他们的“意愿”（毋宁说“无意愿”）就被视为那些表达了意愿的人的意愿。[1]

（2）公民创制权（人民动议）。在此，只需一个少数就可以提出举行公民投票的动议（魏玛宪法第七十三条第二项规定的比例是投票权人的二十分之一，第三项规定的比例是投票权人的十分之一）。这种由少数投票权人提出的动议被称为人民动议[2]，不过，与刚才讨论过的情形不同，我们不能说，参与提出动议的投票权人的意愿应视为所有其他人的意愿。这种假定是多余的，会使人产生误解，因为如

---

[1] 关于这一点，参见利普曼（Rud. Liepmann）对1926年6月20日的公民投票所进行的分析，*Zeitschr. für öff. Recht*, Bd. VI, 1927, 第609页及以下。

[2] 【中译者注】原文是“Volksbegehren”，一般译作“关于举行公民投票的提议”，但施米特欲在下文辨明其中所包含的“Volk”［人民］概念，故译作“人民动议”

果作出这种假定，那就仅仅意味着，在民主制国家的框架内，一切依法从事的活动（包括一切个别的司法判决和一切个别的行政行为）均应视为全体人民和每个国民的意愿。事实上，就这种少数人动议而言，很重要的一点是，它甚至有可能是在违背多数人意愿的情况下提出的。这里的“人民”[Volk] 与“公民投票”[Volksentscheid] 和“公民直选”[Volkswahl] 这两个复合词中的“人民”有着根本不同的含义。对这个词可作如下的说明：即便在一个民主制国家内部，创制权一般也属于国家行政机关的活动范围；我们可以同意施泰因的说法：没有哪个政府不拥有创制权，即便它只能与立法机关分享这种权力。[1]“人民”一词除其他含义而外，还有一个特殊含义：它是一切行政机关的对立面。人民就是那些不统治、不代表、不行使按行政机关的要求组织起来的各项职能的人。在这种情况下，如果拥有投票权的国民的一个没有组织的部分仍被授予了按其本性属于国家行政机关 242
的权力，那么，“人民”一词的特殊性就在于，这里活动着的恰恰不是行政机关。一群没有组织的人提出动议，这始终是前提条件。倘若一个拥有足够多的在册党员人数的政党成立一个办事机构来不断提出人民动议，那就歪曲了这项宪法法规的意义；在这种情况下，就不再有什么“人民”动议了，而只有“政党”动议。在这里，“人民”概念的特殊性在于，人民是一个无定形，也不可能获得完全定形的实体。

III.1. 并立于宪法法规之旁的人民（民意）。按照有关人民制宪权的民主学说，人民作为制宪权的拥有者处于一切宪法法规之外和之上。宪法律将某些权限（选举和表决）授予人民，但这并没有穷尽人民在一个民主制国家中的行动能力和意义。在所有这类规范之旁，人民一直作为直接在场的——不以先前的规范、有效性和假定为中

[1] 参见《行政学说》，第 92 页。

介——活生生的实体而存在着。即便直接民主制的宪法律安排被嵌入国家组织，这也并不意味着，对其他关系而言，人民已经被排除在外了；将个别的宪法律权限指派给选民和拥有投票权的国民，尚不足以将人民变成一个主管机构。恰恰在一个民主制国家中，人民不能变成一个官署和单纯的国家“机关”。人民始终不只是一个履行公务的官署，除了履行宪法律安排的活动（公民直选和公民投票）之外，它本质上主要是作为一个无组织、无定形的实体而存在下去。

在这里，人民的概念是从否定的方面予以界定的，确切地说，它是按职权组织起来的官署和行政机关的对立面。除了这种对官方性的否定之外，人民概念在其他方面也有同样的特点，即它可以从否定的方面予以界定。当人们以这种方式从否定的方面来界定人民时（例如将剧场里的观众界定为不参加演出的那一部分在场者），这不只是一般性地触及一个在社会学上具有根本意义的问题；事实上，在政治理论的学术探讨中，这种独特的否定
243 性也不容误解。就“人民”一词的特殊含义而言，凡是没有特出之处、没有差别的人，凡是不享有特权的人，凡是不因财富、社会地位或教养而出类拔萃的人，都是人民（叔本华还说：“凡是对拉丁语一窍不通的人都属于人民”[Wer kein Latein versteht, gehört zum Volke]）。在1789年法国革命中，资产阶级之所以能够作为第三等级将自身与民族等同起来，资产阶级之所以就是人民，恰恰因为它是贵族和特权阶层的对立面。西哀士提出了一个著名的问题：什么是第三等级？他的回答是：第三等级就是民族。第三等级什么都不是，却应成为一切。但是，一旦资产阶级本身成为一个因财富和教育而出类拔萃并统治着国家的阶级，这个否定就继续流转下去了。现在无产阶级成了人民，因为它成了这种否定性的载体：它是不占有财富、不分享剩余价值并且在现存秩序中没有地位的那一部分人口。因此，与有产阶级相比，无

产阶级就在一种格外增强的意义上成为人民，在今天，一次无产阶级大会要比实业界或知识界的大会更具有国民议会的性质。民主制变成了无产阶级民主制，消灭了有财产、有教养的资产阶级的自由主义。

2. 如前所述，人民这个实体是从否定的方面予以界定的。不过，这种否定性并不减少它对公共生活的重要意义。人民是一个只在公共领域里才存在的概念。人民仅仅出现在公共性的框架内，正因为有了人民，公共性才得以产生出来。人民与公共性是并存的关系，离开了公共性，就没有人民，离开了人民，就没有公共性。更确切地说，人民通过其在场而产生出公共性。唯有在场的、实实在在地聚集起来的人民才是真正的人民，才确立了公共性。这个事实是支撑着卢梭的著名论点的那个正确思想的依据；按照卢梭的看法，人民是不能被代表的。人民之所以不能被代表，是因为它必须亲自在场，只有不在场的东西才能被代表，在场的东西是不能被代表的。作为在场的、实实在在地聚集起来的人民，它出现在具有最大限度的同一性的纯粹民主制中：它是希腊民主政体下在集市广场上召开的 *ἐκκλησία* [公民大会]，是罗马广场上的民众，是聚集起来的全体人员或众人，是瑞士一个州的全体选民集会。即便人民不按有组织的程序集合在特定的地方，其特殊意义也在如下事实中彰显出来，即一个公开聚集起来的人群活生生地在场。只有实实在在地聚集起来的人民才是真正的人民，也只有实实在在地聚集起来的人民才能行使专属于人民的行动范围的职能：它可以喝彩，也就是说，它可以通过简单的叫喊表示赞同或不赞同，可以高呼万岁或打倒，可以对一位领袖或一项提议报以热烈欢呼，可以向国王或其他任何人三呼万岁，可以通过沉默或小声咕哝对喝彩表 244
示拒绝。即便在一个君主制国家里，人民也不可避免地要在这种活动中露面，只要这个君主制国家毕竟还是一个有生气的国家。如果人民被实际地聚集起来（不管出于何种目的），那么，只要它并非作为

有组织的利益集团而出现（例如在街头游行中，在公众庆典中，在剧院，在赛马场上，在体育馆里），这个喝彩的人民就至少是一个潜在的政治实体。一切民众集会——就连刚开始时表面上并不具有政治性的民众集会——都包含着难以逆料的政治可能性，这一经验已反复得到了证明。

只有从这类简单的基本现象出发，这个相当晦暗，但对一切政治生活尤其是近代民主制来说，具有本质意义的公共性概念才再度被赋予了权威性，由此可以见出近代民主制的真正问题所在。原因在于，对当今资产阶级民主制的宪法法规来说，真正意义上的民众集会和喝彩是完全陌生的。集会权仍是受保障的公民自由权（魏玛宪法第一二四条），仍是有关结社和集会的法律规定的对象。如果一个人将民主制国家的宪法与这类规范混为一谈，他就会轻易地否认这里存在着一个问题，因为民主制的组织——按照当今拥有国民法治国宪法的国家所实行的那个样子——不只是忽略了集合起来的人民，正如我们已多次提到的，国民法治国宪法的一个特征就是忽略主权者，不管这个主权者是君主，还是人民。集会自由或许是存在的，在选举和投票期间，也要举行“民众集会”。在这种情况下，从宪法律上看，集会者并非人民，也并未履行一项公共职责。当人民出来履行宪法律规定的职责——选举和表决——时，法定程序恰恰并不包括集会。事实上，选举或表决是单独秘密投票。这种投票方法并不具有民主的性质，而是表达了自由个人主义的原则。在 19 世纪，就连这种方法的
245 始作俑者边沁（Jeremias Bentham）也是一个典型的自由主义者。政府对选举的影响是不能允许的。在与这种影响以及其他形式的滥权进行斗争的过程中，单独秘密投票的要求确实有意义，也有其相对的合理性。但是，必须对这种方法的本质有一个正确的认识；必须清楚地看到，它原则上属于自由个人主义的思想框架，与民主制的政治原则背道而驰。原因在于，如果始终不渝地实行秘密的特定候选人选举和单独投票，就会将国民（Staatsbürger，citoyen）——从而也就将具有

特殊民主性格的角色，即政治角色——变成一个私人，这个私人从私人事务——不管是私人的宗教，还是私人的经济利益，还是两者合而为一——的角度去表达自己的私人意见，去投自己的那张票。单独秘密投票意味着，参加投票的国民在一个关键时刻被孤立起来了。在这种情况下，直接在场的人民的集会、喝彩是根本不可能的，集合起来的人民与投票的联系也被彻底割断了。民众不再作为人民去参加选举和投票。在现代民主政体下，当今的公民直选和公民投票的方法并不包含真正的公民直选和公民投票的程序，而是安排了一种将个别选票累加起来的单独投票程序。这种程序在今天已成为绝大多数民主制国家的通行程序。因此，魏玛宪法除保障选举自由外，也保障选举秘密（第一二五、二二和十七条）。国家根据选举法和投票条例，通过一系列的保护设施（票箱、信封、投票间等等）来确保每个选民的选举秘密，确保每个选民“不受监视”。在美国和其他一些英语国家，人们发明了配有记录器和按键的复杂机器，不仅从制度上确保选举和投票秘密，而且还为它提供机械的保障。可以想象，将来会有那么一天，通过一些精巧的发明，每个人足不出户，就可以利用一台机器不断地对政治问题发表意见，所有的意见都由一个中枢系统自动记录下来，人们只需从上面读取就可以了。这绝不是一种格外强化的民主制，而是提供了一个证据，说明国家和公共领域已经彻底私人化了。这种意见也不是什么民意，因为千百万私人的意见不管多么协调一致，也不 246
能产生出民意，其结果只能是私人意见的总和。这样就不会产生出共同意愿、公意（volonté générale），而只能产生出所有个别意愿的总和、众意（volonté de tous）。[1]

---

[1] 关于美国人用机器来进行秘密记录的方法，参见埃斯曼－内扎尔，《宪法》，II，第323页及以下。按照德国有关现行法律的规定，必须要有“保护设施”来确保“不受监视的单独投票”，参见1924年3月14日德国联邦选举和联邦投票细则第（转下页）

始终不渝地施行选举秘密的制度，这种办法并不具有民主性，因为它将每个国民从公共领域中抽取出来，使他成为一个私人。这一点也可以从选举秘密的国家法特征中见出。从国家法的角度来看，当今的选举秘密和投票秘密**绝不是真正意义上的秘密**。事实上，选民可以自行决定是否揭开和公布这个秘密，对它的维护只是国民的权利，而不是国民的义务。尽管个人不能不使用旨在保护选举秘密的管理—技术手段[1]，但是，之所以如此，只是因为对涉及选举秘密的各项法律规定的施行属于官方事务，而不属于个人事务。除此而外，并没有人阻止选民告诉别人他是如何选举、如何投票的，选民想把这个秘密处理成什么样子，完全是他私人的事情。只要将选举秘密与公职人员的公务秘密进行一番比较，就能看出这两种秘密在国家法上的巨大差异。这一点是十分显著的，更何况按照民主的观点，参加选举或投票的国民并非私人，而是在履行公共职责。然而，按照目前这种有关秘密的单独投票方法的规定，国民恰恰在一个关键时刻变成了私人；选举秘密是这种转变的契机，也是民主制拐弯的地方：民主制变成了对私人性的自由式保护。也许，这里隐藏着近代资产阶级民主制的一个奥秘。

3. 按照这种关于人民与公共性的关联的解释，似乎有理由将民主制描述成民意的统治（Herschaft der öffentlichen Meinung, government

---

（接上页）四十一、四十二、四十三条（*RGBl.* I，第 173 页，1924 年 11 月 3 日的修改见 *RGBl.* I，第 726 页，1924 年 4 月 6 日的修订见 *RGBl.* I，第 646 页），尤其是第四十三条（投票保护设施）："各区当局于每间投票室安放一张或几张带有保护设施的桌子，俾使每个投票权人能够不受监视地处理其选票，并将选票放入信封。"

[1] 关于这一点，参见德拉特（Martin Drath），《国会选举中的选举审查法》（*Das Wahlprüfungsrecht bei der Reichstagswahl*），Berlin，1927，第 69 页及以下。

by public opinion)。如果采取单独秘密投票的办法，如果只是将孤立个人的意见累加起来，就不可能产生民意。所有这些记录方法都只是辅助手段，就其本身而言是有用的、有价值的，但是，它们绝没有吸纳和涵括全部的民意。民意是现代喝彩方式。或许，这是一种松散的喝彩方式，其问题既没有在社会学上，也没有在国家法上获得解决。 247
但是，民意的本质和政治意义恰恰在于，它能够被解释成喝彩。不存在没有民意的民主制和国家，正如不存在不喝彩的国家一样。民意产生并存在于“无组织的”状态下；如同喝彩一样，倘若民意变成了一种公务职能，它就失去了自己的本质。这并不是说，民意以一种隐秘的方式从虚无中产生出来。它要受到各党派和群体的影响，甚至是由各党派和群体造就出来的。但是，这一点绝对不能受到法律的认可，不能具有官方的性质，在某种意义上只是处于未经控制的状态下。在一切民主政体下，都会有政党、演说家和煽动家，从雅典民主政体下的 προστάται［领袖］到美国民主政体下的党魁，再加上报刊、电影以及其他控制大众的心理技术方法，可谓应有尽有。所有这一切都摆脱了彻底的规范化。因此，就始终存在着这样一个危险：民意和人民意志受到无形的、不负责任的社会力量的支配。不过，即便在这里，问题的答案也在于一切民主制的根本前提。只要还存在着民主的实质同类性，只要人民还有政治意识——也就是说，只要人民还能区分敌友，这个危险就不算太大。一旦民主制的实质前提不复存在了，任何组织和法律规范都毫无用处。如果超越选举和投票的技术功能，承认政党是法定组织，将其变成官方机构，并通过这个办法来克服当今政党生活的困难和弊端，那也不会产生什么效果。在这种情况下，必定会出现另外一些政党，因为政党本质上处于一切官方组织之外。诚然，不存在没有政党的民主制，但这只是因为任何民主制都必定伴随着民意，必定伴随着人民的始终在场。正如民意不能变成一种官方权限，政党也不能在不失去其政党性质的条件下变成一个官署，因为就连人民本身也不能变成一个官署，否则它就不再是人民了。在今

天，相对于议会而言，政党组织占有优势。因为政党组织就如同人民
248 一样，可以在什么也不代表的情况下始终在场，始终存在，并且在这个限度内符合民主制的同一性原则；相反，议会原本只能从其代表功能中获得意义，但事实上，它已经失去了它的代表性质（参见第319页）。因此，很自然，真正的同一性（即便只是人民的一个部分的同一性）就压倒了虚假的代表。

魏玛宪法没有对政党作出规定，只有第一三零条在否定的意义上提到这个词一次："官吏为全国之公仆，非一党一派之佣役。"这样就将公务员国家这个特殊要素嵌进了宪法，并为它提供了制度保障。政党（派别）在宪法中没有受到承认，而是在议会民主制的议事规程中受到了承认。按照1922年12月12日德国国会议事规程[1]，党派之成立须通报民国国会议长；党派成员之最少人数为15人；"民国国会提出"之法律案（魏玛宪法第六十八条）被视为一个党派的法律案，因为该法律案须有15人签名始得成立（1922年议事规程第四十九条）。这样一来，国会的法律案就变成了一个党派的法律案。不过，这并不意味着，党派超出了议事规程的范围，变成了国会的一个根本的宪法律要素；也不意味着，个别议员的党派活动因此就必须被看成是在"行使议员的职责"。如果持这样一种看法，那就无异于将议员变成了政党官员，将政党变成了官方承认的组织，即官方机构，而按其本质来看，政党恰恰不是官方组织。因此，魏玛宪法第三十六条规定的豁免权（免责权）不能扩展到这种政党活动，也不能扩展到在政党会议上发表的意见。毋宁说，免责权的限度

[1] 参见 *RGBl.* 1923，II，第101页。

> 与议长维持纪律之权的限度恰相重合。[1] 特里佩尔讨论了选举法对政党的承认："选举法偶尔半遮半掩地将各政党描述成'选民联合会'或'选民群体'。但是，在多数情况下，它们已经以一个完整的名称出现了，偶尔（例如在图林根）甚至出现在宪法中。现在，已经完全没有必要罩上一个外壳了，因为有组织的政党争取竞选获胜，已成为整个制度的支撑点。"[2]

尽管民意不易把握、不易组织，但自从18世纪以来，它在政治和国家理论文献中却被视为国家生活的一个特殊要素。18世纪的启蒙哲学家拥护启蒙的专制主义，但他们却看到，启蒙的民意能够对一切国家活动起到监督的作用，从而为防止国家权力的滥用提供了可靠保证。这样一来，发表意见的自由和新闻自由就变成了政治制度，并 249
因此而具有了政治权利的性质，而不像在美国，仅仅源于个人主义的良心自由和宗教自由。新闻自由和发表政治意见的自由不只是私人自由领域的内部活动，而是一种公共活动，是在行使一种特定的公共职能，即公共监督的职能。

> 德·洛尔梅在他那本探讨英国宪法的书（1771）中说，人民通过民意行使一种特殊权力，即"审查权"（Zensurgewalt）。[3]

---

[1] 不同的观点，可参见G. 安许茨，《评注》，第145页；正确的观点，可参见特罗伊奇（W. Troitzsch），《司法与议员的豁免权》（*Rechtspflege und Immunität der Abgeordneten*），Rostock，1927，第84页。

[2] 参见《国家宪法与政党》（*Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*），柏林大学演讲，1927，第20页。关于法国对政党的承认，参见巴泰勒米－迪埃，《宪法》，1926，第444页；关于一般的问题，参见克尔罗伊特（O. Koellreutter），《现代国家的政党》（*Die politischen Parteien in modernen Staat*），1926，尤其是第62页及以下。

[3] 参见该书第二卷，第十二章。

按照19世纪的自由主义要求，自由主义的自由观念与这种民主思想结合了起来。这种结合主要出现在自由主义时期，亦即从1815年至1848年这段时间，当时产生了自由主义的真正的国家法构想。贡斯当认为，议会（人民代议机关）“代表着民意”。夏多布里昂（Chateaubriand）在有关新闻自由的著名论述中指出，就连内阁也必须从民意中产生出来；在一个立宪君主国里，民意是内阁的原则和源泉（Prinzip und Quelle, principium et fons）。[1] 在德国，民意的这层含义不太明显，但在此不妨提一下黑格尔那句简明扼要而又“模棱两可的”名言：在民意中，一切皆亦真亦假。总的看来，在19世纪的德国，批判占了上风。布赫尔（Lothar Bucher）发表于1854年的题为《议会制的目前状态》的论著（1881年第二版）就很能说明问题，而这部论著恰恰因其对民意的价值的论述而受到哈斯巴赫的称誉。在20世纪，出现了一批从社会学和政治的角度出发对民意进行更详尽的讨论的论著，但它们都未能将**公共性**概念的特点及其与在场的、实实在在地集合起来的人民之间的关系清晰地呈现出来，因而就恰恰未能将政治清晰地呈现出来。滕尼斯的《民意批判》（*Kritik der öffentlichen Meinung*, Berlin, 1922）也有同样的缺点，尽管在其他方面，这是从社会学的角度出发对这个主题进行讨论的最重要的论著。

布赖斯在《美利坚联邦》第三卷第76—86章中详细讨论了民主制与民意的特殊关系。在他看来，民意的统治乃是真正的民主制。确定民意的方法还不十分可靠，民意经常都是某种神秘的东西，而且仅仅出现在关注政治、具有同质性的民族中间。人们经常说，英语国家与其他许多民主国家不太一样，那里有真

[1] 参见《文集》，第238、247页。

正意义上的民意。戴西（Dicey）在《英国的法律与民意》（*Law and Public Opinion in England*，1905）中对立法与民意之间的直接的、牢固的关系大加赞扬，认为在这方面，任何其他国家都不能与英国相媲美。但是，从几年前开始，有一批英语国家的学者在其论著中也发出了相当激烈的批判声音，其中有一本比较有趣的书：洛厄尔（Lawrence Lowell）的《民意与民众政府》（*Public Opinion and Popular Government*，1913 年第一版，1921 年第四版）。这些论者提出的问题是，如果“阶级”之类的概念与“人民”的概念严肃地相互竞争，从而使同质性受到威胁，统一的民意能否继续存在下去？在这种情况下，民意的主体——这是一个始终有点神秘、但正因为如此就不失为重要的角色——就丧失了自己的本质，变得很成问题了。从前，人们可以谈论“普通人”（der Mann auf der Straße，the man on the street）；一旦这个普通人变成了具有阶级意识的无产者，其本质也就发生了变化。这个概念世界的其他类型——“简单工人”、“雅克·包洛姆”（Jacques Bonhomme）[1]等等——也同样如此。除此而外，这些形象很容易带上某种浪漫的田园色彩，并由此而与政治、与民主脱离关系。因此，法伊勒（Arthur Feiler）在 1927 年 6 月 23 日的《法兰克福报》上发表文章（《民族与政治家》）说：“普天之下，各民族想从生活中索取的无非是一点点阳光、一点点自然风光。”无疑，这样的民意主体本质上是一个私人，面对政治问题，他的唯一愿望就是不与政治发生任何关系。这确实是一种真诚的、令人愉快的愿望，只可惜这个愿望的实现并不能抹杀政治，也不能回答任何政治问题。

250

[1] 【中译者注】古时法国农民的绰号。

这类民主的民意观念不易把握、不易组织，这个特点可从如下事实中见出：宪法法规采用一些不具有法律的确定性的概念，有意回避精确的、规范的界定。因此，魏玛宪法第五十四条规定："民国总理及各部部长，于行使其职权时，须得民国国会之信任。"1920 年普鲁士宪法第五十七条甚至规定：政府须取得人民的信任。从其他方面来看，尽管法律制度和程序不能完全把握和组织民意，但它们却有助于将民意表达出来，使之发生效果，并超出其官方内容，产生一种征候价值。选举或公民投票的结果除具有直接的内容方面的意义（选定议员或回答所提出的问题）外，还始终具有这一附加意义；不过，由于采取单独秘密投票的方法，由于存在着对所推荐的选举名单和问题提法的依赖性，这一附加意义也就大打折扣了。事情甚至有可能发展到这种地步：民意最终只能通过选举和投票弃权表达出来。法律方法始终只能挑出一个个别要素。无论如何，真正民主制的本质在于，对选举和公民投票的征候价值也必须始终不渝地加以重视。只有在偶然的情况下（尤其在涉及明显的不法行为和政治腐败时），人民意愿才会全体一致地表达出来，而这种表达本身乃是一目了然的，具
251 有真正的喝彩性质。德国人民于 1920 年抗议引渡所谓的战犯，就是一个典型的例子。在某些情况下，宪法律方法有碍于喝彩。1926 年 6 月，德国人民曾就没收前王室财产的事项进行投票。在此期间，一次本来已十分明显的喝彩并未发生，因为魏玛宪法第七十五条的规定使反对没收财产的人能够待在家里，甚至鼓励他们待在家里（参见第 241 页）。在英国的实践中，补选、新选举和较大规模的地方选举的结果已成为公认的、必须认真重视的征候。德国实行的是由各党派提出候选人名单的比例选举制，因而就不再举行补选和新选举了，结果，这一重要的监督机制就不复存在了；一些较小的邦的议会选举以及地方选举也不能为此提供任何补偿。这里所说的对民意的尊重，其最重要的国家法后果涉及解散议会的法律制度，因为这种制度由此而具有了常规制度的性质，不再是一种非常手段了，与冲突甚或政变的

概念失去了联系（不过，作为不民主的立宪君主制时代的遗迹，这种联系至今还留存在人们的记忆中）。当人们从实在法的观点来解释像魏玛宪法第二十五条（民国总统解散民国国会的权力）这样的宪法法规时，最关键的问题就是，这种解散究竟应被视为非常情况呢，还是相反？

IV. “人民”一词对近代宪法学的意义概要。

1. 人民作为无定形、不具有宪法律意义的实体：

（1）人民是制宪权主体（参见第 77 页，第 238 页）；

（2）人民是民意的载体和喝彩的主体（参见第 242 页）；

（3）人民是那些不统治、不当权的人（在复合词“人民动议”中）（参见第 241 页）。

2. 人民作为在宪法律上获得定形的、有组织的实体。必须注意的是，并非人民有定形、有组织；在此实际上仅仅规定了选举或投票的程序，而人民的意志只是作为一个有效性系统甚或虚构系统的结果而得以实现（参见第 239 页）。在这种情况下，人民 = 参加投票的选民或选举权人的简单多数或特定多数。

252 在这里，就不必讨论“人民”一词的其他含义（人民 = 人口，人民 = 全体国民，人民 = 民族 = 国家）了。黑尔德（J. Held）在其《宪法体系》中列举了该词的九种含义。[1] 这种罗列方式（相对于其他罗列方式——例如利尔曼［Hans Liermann］《目前民国国家法中作为法律概念的德国人民》［*Das deutsche Volk als Rechtsbegriff im Reichsstaatsrecht der Gegenwart*, Berlin und Bonn, 1927］中的罗列方式——而言）的有趣之处在于，黑

[1] 参见该书第一卷，Würzburg，第 186 页，第 109 页及以下。

尔德认识到“人民”一词的独特含义，亦即其中所包含的否定因素：那些不行使治理权、不是当权者或官员的人属于人民（参见本书，第 241 页）。

第十九章　从民主制的政治原则中得出的结论

I. 可从实现民主同一性的努力中得到解释的一般倾向。

1. 尽可能多的投票权人和选举权人、选举年龄的降低、妇女的选举权和投票权。

2. 最大限度地获得表决参加者的多数，使之成为最后的权威；也就是说，尽可能地接近全体一致的理想。不过，这个观念包含着一种误解，可以主要从如下事实中得到解释：由于采取了自由个人主义的方法，即单独秘密投票的方法，由于（自孔多塞以来）采取了一种数学的思维方式来对表决结果进行单纯的计算，民主制这一特殊的政治概念就被纯粹定量的、算术的观念弄得晦暗不明了。

这样，凯尔森的观点也就容易理解了。[1] 在他看来，民主制是公正的，因为在一百个人当中，九十个人统治十个人要比十个人统治九十个人更加公正。在这里，民主制的政治含义已经荡然无存了，人们再也不会提出什么是民主式平等的实质这样一个问题了。相反，在卢梭那里，对这种区别的意识还相当强烈；他仍然知道，如果由九十个腐化堕落的人来统治十个高尚正直的人，那就根本谈不上民主；如果民主制的实质——对卢梭来

[1] 参见《民主制的本质和价值》（*Wesen und Wert der Demokratie*），1920。

说，就是德性（vertu）——荡然无存了，即便所有的决定都取得了全体一致，那也毫无用处。一百个具有奴性倾向的人的意志即便取得了全体一致，也不会产生自由意志；一千个对政治漠不关心的人的非政治意志加在一起，并不能产生应受重视的政治意志。

3. 尽可能扩大各种直选方法的应用范围，用它们来遴选官员，确定行政机构，尽可能频繁地重复举行这种选举，加快选举周期，缩短当选人任期，可以解除当选官员的职务，可以轻易地解散经选举产生的团体（关于选举的双重意义，参见第257页）。

4. 尽可能扩大由拥有表决权的国民来作出直接的实质性决断的方法（公民投票）的应用范围。

253　II. 民主政体下的国民。

1. 国民概念属于政治领域。民主政体下的国民是公民（citoyen），而不是私人或资产者。

在德语中，Bürger一词有两层含义：公民（citoyen）和资产者（bourgeois）。这两层含义很不相同，其差别之大，不亚于伦理—经济自由主义与民主制的差别（前者具有非政治的性质，后者则是一个纯粹的政治概念）。资产者是与政治领域里的国民相反的概念，关于这一点，青年黑格尔在《论自然法的科学探讨方法》（*Schrift über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*）中发表了最早的、最重要的意见："因此，这个阶层（资产者）的力量乃决定于如下因素：它一般地占有财富，并享有因财富占有而成为可能的公正；……鉴于每个人都有能力占有财富，他就作为一般，或作为Bürger（资产者意义上的）来对待所有的人。这个阶层的成员均为私人个体，因而在政治上无

足轻重，但他们却在和平与收益的果实中，在绝对安全地享受这些果实的过程中得到了补偿；不仅个人，而且整体都享有这种安全。不过，整体之享有这种安全，是为了每个个人，因为个人再也没有必要表现自己的勇气了，再也没有必要让自己遭受横死的危险了（第一等级，即自由人和贵族，才有这种必要，其职业便是 *πολιτεύειν*［作为公民而生活］）。对个人来说，这种危险使一切享受、财产和权利都变得绝对不安全了。”[1] 这些话与康德之后二三十年的德国哲学有很深的关系，为了说明这一点，不妨再引用费希特的一段论述：“人类分成了两个基本族类：所有者与非所有者。”前者不是国家，却操纵着国家，“后者实际上是其仆役”。“对所有者而言，只要受到保护就行了，至于谁来保护他们，那是完全无所谓的；其唯一的注意焦点是：接受保护的成本越低越好。国家对所有者来说是无可逃避的祸害，必须让一切祸害越小越好。”[2] 施泰因对资产阶级所下的判断也基于同样的思想（参见本书，第 309 页）。勒文施泰因（J. Löwenstein）写过一本讨论黑格尔国家理念的很有价值的书[3]，认为德国社会主义运动的根源在于文化批判和时代批判（不在于群众的社会苦难，更不在于财富的生产和分配之类的经济问题）。我赞同他的意见，只是要加上从政治意识——以资产者为敌人——的角度所作的这点补充。

2. 法律面前人人平等，也就是说，废除和禁止给个别国民或特定阶层和等级带来好处或负担的特权。这些特权甚至不得通过法律途径予以确立，就连“宪法修正案”也不能为其提供根据。国民“在法律

---

[1] 1802，Ausgabe von Lasson，第 383 页。

[2] 参见《国家学》（*Staatslehre*），1813，*Werke* IV，第 404 页。

[3] 《哲学研究》（*Philosophische Forschungen*），herausgegeben von K. Jaspers，Heft 4，Berlin，1927，第 127 页。

面前一律平等”（魏玛宪法第一零九条）这个条款的根本意义正在于此。这尤其说明了以下几点：

254 （1）政治地位的平等。只要涉及整个国家，全体国民均享有参加选举和表决的平等权利，因而就享有平等的选举权和表决权。这种选举权的一系列亚种和方法——直接选举权、比例选举制、选举秘密——并非从民主制原则中产生出来，而是基于其他一些考虑：一方面要考虑到一般的公正，另一方面又要考虑到自由个人主义意义上的公正。

（2）选举权和表决权不是受个人自由支配的权利（不同于选举秘密；从这种对照中可以格外清楚地看出，选举秘密含有不同的成分）。然而，选举权和表决权也不是宪法律的“单纯”反映，而是一种公共职能，并且从一以贯之的逻辑来看，同样也是一种选举义务和表决义务，因为这种权利并不由作为私人的个体来行使，而是由国民——因而就是凭着公法地位——来行使。不过，大多数民主国家的选举法都没有一以贯之地引申出选举义务和表决义务。[1]

（3）普遍的、平等的兵役义务，更准确地说，针对内部骚乱和外部入侵，每个国民都有按自身的能力武装保卫国家及其秩序的权利和义务。正如一切真正的民主制国家都要实行普选权制度，一切真正的民主制国家也同样要实行普遍的义务兵役制。有鉴于此，魏玛宪法第一三三条（“兵役义务，以民国兵役法法定之”）就维护了一项根本原则，因为它保留了这样一种可能性：每个德国人依照法律都有服兵役的义务。不过，根据魏玛宪法第一七八条第二项，《凡尔赛和约》的各项规定具有优先性（《凡尔赛和约》第一七三条废除了德国的普遍义务

---

[1] 选举义务的实例：比利时宪法第四十八条第二项（据 1893 年宪法修正案）规定，投票表决乃公民之义务（Le vote est obligatoire）。公民若不履行此种义务，将受到惩处。参见埃雷拉（Errera），《比利时王国的国家法》（*Das Staatsrecht des Königreichs Belgien*），第 99 页。进一步的实例有：埃斯曼 – 内扎尔，I，第 367 页；哈斯巴赫，《近代民主制》，第 329 页。相关文献：Stier-Somlo，《概论》，I，第 546 页。

兵役制）。因此，这项民主制度的实施就受到了妨碍。不过，正如前面已经解释过的（参见第 72 页），这一国际法条约并没有改变德国宪法。

（4）担任名誉职务、提供个人服务的平等义务（魏玛宪法第一三二、一三三条）。

（5）平等的纳税权。魏玛宪法第一三四条规定："国民不分差别，应依据法律，称其资力，负担公共费用。"

（6）被选举权不受限制，不存在不相容性。在民主政体下，国民 255
在法律面前一律平等。这项原则所导致的必然结果是，不得剥夺一切个别的国民群体担任特定公职和职务的机会，尤其不得剥夺其被选举权。就连真正意义上的议员不相容性（不同于无被选资格）也是不能允许的，因为它意味着，尽管某些国民有被选举权，但他们一旦当选，就必须要么放弃已经担任的职位或一直从事的职业，要么就必须放弃议席。不过，如果一般国民身份内部的某种特定身份受到了承认（军人就属于这种情形），被选举权就有可能受到限制，不相容性的问题也会出现。这一原则甚至同样适用于公职人员，因为就连公职人员也有一种特殊身份，尽管如前所述（参见第 181 页），在德国，似乎恰恰缺少对这种后果的意识。相反，在一个民主制国家，或许不大可能对所谓经济的不相容性作出法律规定，不大可能针对某些特定经济行业的从业者——银行主、法律顾问等等——作出禁止其同时担任议员的规定。诚然，当今确有一些国家试图这样做，其宗旨是要让议员拥有社会和经济上的独立性，再度赋予议员在宪法律上的"独立性"（魏玛宪法第二十一条）以一种意义。不过，这种做法会遇到一些实际困难，人们可以采取许许多多的办法来逃避此类规定。姑且撇开这一点不说，其理论上的困难首先在于，如果通过一项法律来对经济不相容性作出规定，那就违背了法律面前人人平等这一民主制原则。[1]

---

[1] 民主政体下有关经济不相容性的规定遭到了反对，这方面的重要思想，参见巴泰勒米的文章，*Revue du droit public*，Bd. 1922，第 125 页及以下。在德语（转下页）

3. 按照民主制原则，每个人都享有私法上的平等，不过，这种平等仅仅具有如下含义：同样的私法性法律适用于所有的人；它并不意味着，每个人在私人财富、财产或收入方面享有经济上的平等。就其后果和运用情况来看，民主制作为一个根本政治概念，首先仅仅涉及
256 公法。民主制具有根本的政治性质，由此而产生的必然后果是，公共性凌驾于私人性之上。一旦政治平等因经济上的不平等或私有财产的社会权力而受到妨碍或威胁，从政治上看，就有必要制定法律或采取措施以消除这些妨碍或威胁因素。面对这种必要性，如果诉诸私有财产的神圣性，那就不符合民主制原则，而是符合国民法治国原则，因为国民法治国原则的宗旨就是要约束政治原则（民主制就是这样的政治原则）的后果，将民主制变成受宪法律制约的立宪民主制。

III. 官署（确定官署和官员的民主方法）。

1. 国民一律平等，都有均等的机会被准予担任所有公职。如果担任公职的国民必须具备某种实际资格，必须接受过特定的职业培训或技术训练，那么，平等就只是以相同的才能为先决条件的平等（魏玛宪法第一二八条）。职业培训和技术训练的情况要通过必要的审查程序予以查明，但是，在审查过程中，不得考虑阶级特权或等级特权，甚至不得掺入通过定额或其他办法掩盖起来的不平等因素。由于每个国民都有均等的机会担任公职，职业公务员制度就不再是一种不民主的制度了。但是，如果分成不同层次的公务员系统的最高职位无一例外地产生于职业公务员本身，这个系统的安排就有可能与国民的民主式平等相抵触，导致一个等级的形成，而这种情况恰恰是不能允许的。相反，如果一批可以撤换的、并不担任这个机构的职业公务员的受托人占据了最高职位（不管他们是不是专业部长），那就不存在任

（接上页）文献中，迄今为止唯一对这个重要问题作了学术探讨的著作是 W. 韦伯提交给波恩大学的博士论文（1928）。

何矛盾了。对一个民主制国家而言，最重要的是，政府的领导工作必须始终依赖人民的意志和委托。魏玛宪法第一二九、一三零条对职业公务员予以宪法律上的保护（参见第 181 页），这些制度保障与民主制原则是能够互相吻合的。

2. 个别领导人、公职人员或官员的确定。 257

（1）抽签方法。

> 抽签方法最大限度地保证了平等，但却排除了根据实际才能作出区分的可能性。时至今日，这种方法已经很不实用了。在雅典民主政体下，抽签方法得到了极其广泛的运用，柏拉图甚至在这里发现了民主制的定义："如果贫民得到了胜利，把敌党一些人处死，一些人流放到国外，其余的公民都有同等的公民权及做官的机会——官职通常抽签决定。一个民主制度，我想就是这样产生的。"[1] 菲斯泰尔·德·库朗热（Fustel de Coulanges）在《古代城邦》（*La cité antique*）中认为，通过抽签决定官职的方法并非基于民主平等的思想，而是出于某种宗教的动机。但是，就连亚里士多德也认为，抽签不同于选举，它是民主制的方法，而选举则是贵族制的方法。[2]

（2）选举方法。相对于抽签决定的方法而言，选举——正如柏拉图和亚里士多德正确地指出的——是一种具有贵族制性质的方法。但是，相对于上级任命或世袭继承而言，选举似乎又是一种具有民主性质的方法。在选举中，存在着两种可能性：它既可以具有贵族制的意义，即推举贤能和领袖，也可以具有民主制的意义，即指定代理人、

---

[1] 参见《理想国》，Ausgabe von Apelt，第 313 页。

【中译者注】中译文采用郭斌和、张竹明译本，北京：商务印书馆，1986，第 331 页。

[2] 参见《雅典政制》，22，5。

全权代表或公仆；在当选人面前，选民既可以是下属，也可以是上司；选举可以是代表原则和同一性原则的手段（参见第 219 页）。在 19 世纪，由于选举不同于君主制的王位继承权，也不同于上议院或贵族院的成员资格，它就被视为唯一的民主方法。这就是为什么直到今天民主制仍被界定为一种以普选权为基础的国家形态（托马就是这样界定民主制的，参见第 218 页）。但是，选举在现实中究竟具有哪种含义，是必须加以区分的。如果选举确立了真正意义上的代表制，它就是贵族制原则的手段；如果它只是指定了处于从属地位的代理人，它就可被视为一种特殊的民主方法（关于以选举为基础的所谓代表民主制，参见第 218 页）。民主的一贯性会导致如下结果，即废除选举，让人民在当下的同一性中进行实质性表决。

（3）由上级机关任命公职人员或官员的方法通常被视为一种不民
258 主的方法。有些工作涉及专业指导和技术安排，出于这样的需要，并根据职业官员的原则，任命的方法是不可避免的，但与此同时，也出现了另外一些方法，它们按民主制的思路缓和和改进了这种独断方法：例如，一切职能部门的最高官员——即部长——均须取得人民或人民代议机关的信任；聘请业余人士担任名誉职务（法院的陪审员、行政委员会和行政法院的业余人士）以完善任命制。业余人士的参与就等于人民的参与，而在这个过程中，人民具有前面讨论过的否定含义，即人民主要包括那些不是职业公务员的人。

格奈斯特有一段关于自治的著名论述。他认为，自治是属于名誉职务范畴的活动，完全不同于职业公务员的活动。[1] 当格奈斯特提出这种看法时，他心里所想的并非民主，而是自由。担任名誉职务的人应来自有财产、有教养的阶层，这样就可以将社

[1] 参见格奈斯特，《英国的地方宪法和行政法院》（*Kommunalverfassung und Verwaltungsgericht in England*），第三版，1871。

会整合到国家中去。不过，并非人民本身应通过担任名誉职务而参与国家管理，这一举措的真正目的是要保障国民法治国。对格奈斯特来说，名誉职务是“法治国的阿基米德点”。

第二十章　民主制的政治原则在国家生活各领域中的运用

I. 民主制与立法。

1. 民主制的法律概念是政治的法律概念，而不是法治国的法律概念，其出发点是人民主权。这个概念意味着，法律是人民所意欲的一切；lex est quod populus jussit［法律是人民的命令］（参见第十三章，第 146 页）。民主制原则使人民的意志不受任何钳制。不公平甚至不平等是完全可能的；只有在专制主义的意义上理解平等，认为平等就是所有的人以同样的方式服从这种意志（而这种情形也同样出现在专制君主政体下），才有可能否认不平等的存在。只有法治国的法律概念才提供了一系列防止不公平和不平等的保障机制，因为这种法律概念将民主制变成了立宪民主制。与此同时，它也使法律与其他国家法令之间的区分成为可能，因为在绝对民主政体下，人民意志是至高无上的；它不仅是最高法律，而且还是最高司法判决、最高行政机关的法令，等等。

259

2. 直接民主制的立法程序。法律决议是在全体拥有投票权的国民的直接参与下通过的。参与的直接性可能有不同的程度和范围。因此，就有必要将直接民主制的各种立法程序区别开来。

（1）真正意义上的人民立法程序：立法程序由人民动议启动起来，法律决议经公民投票得以成立。人民立法程序的标志是，国家机关和人民代议机关不参与这种程序，或只是作为辅助机关参与这种程序。

魏玛宪法第七十三条第三项规定了真正意义上的人民立法程序，即由人民动议引起的公民投票。不过，针对人民立法程序，宪法又有**转入**普通立法程序的规定：经人民动议而提出的法律案首先由民国政府提交给民国国会议决，若国会毫无更改地接受了此项请愿法律案，就不按人民动议举行公民投票。针对民国国会的这种法律决议，其他由宪法律予以规定、但不属于人民立法程序的举行公民投票的可能性被继续保留下来。因此，即便在这种情况下，民国总统也可以决定举行公民投票（魏玛宪法第七十三条第一项）；国会以少数票否决法律案、随后用公民投票办法来决定是否举行公民复决的情况也是完全可能发生的（魏玛宪法第七十三条第二项）。[1] 但是，如果民国国会不接受通过人民动议提出的法律案，就必须举行公民投票，而此时此刻的公民投票乃是**根据人民动议举行的公民投票**。因此，尽管法律案通过民国国会的议决而转入普通立法程序（魏玛宪法第六十八条），但是，这里却存在着真正意义上的人民立法程序——即便这种程序要受到限制，并且可转入普通立法程序。

在现代国家，这种人民立法程序实际上不可能成为常规立法程序。在当今拥有民主宪法的法治国，因而在立宪民主政体下，人民立法程序即便在理论上也必须被视为一种非常程序，因为立宪民主制的基础是，纯粹民主制的后果得到了缓和，受规范制约的权限取代了直接的、绝对的人民意志。但是，人民却不能行使普通权力，否则，它就不再是人民了。实际上，就连经人民立法程序制定出来的法律也只是宪法法规意义上的法律，即立法权的行使，而不是一项人民制宪权行为。因此，有关人民动议和公民投票的宪法法规预设了国民法治国的法律概念（参见第十三章，

[1] 【中译者注】根据魏玛宪法第七十三条第二项，“法律之由民国国会三分之一之动议，展期公布者，如得有投票权之人民二十分之一之提议，应交付国民表决。”

第 138 页），人民动议只适合于这种意义上的法律，而不适合于
260 任何主权行为。然而，正是在这里，征候价值产生了格外强烈的效果（参见第十八章，第 250 页）。如果一项法律经人民立法程序而获得较大多数甚至压倒多数的国民的认可并被制定出来，它就赢得了人民的喝彩，就可以是一项真正的主权行为，并且凭借政治力量突破法治国规范的框架。

(2) 根据政府的动议举行公民投票，并由此而作出法律决议。

依赖于人民信任的政府可以将一项法律草案直接交由公民投票，无需作为立法机关的人民代议机关介入其事。不过，在现代民主政体下，这种程序并不多见。魏玛宪法完全没有这方面的规定。在纯粹民主政体下，这是一种常规立法程序，因为在那里，执法官与实际聚集起来的人民发生面对面的关系。例如，按照罗马国家法，执法官在公民大会上直接提出问题（vos rogo, quirites［罗马公民们，我问你们］），被提问者用“是”或“否”作出回答。莫姆森对此论述道：“因此，无论是全体公民，还是个别公民都完全没有创制权。他们只能回答问题，而不能从自己的方面向执法官提出‘同意与否’的问题。因此，即便在采用这种程序时，实际上也不能超出简单的‘是’或‘否’的回答，不能超出个别提名的范围。在法律上，大概也可以问公民‘想要什么’，而非‘是否想要这个’，但只有在非常情况下才会这样做。”[1]

(3) 真正意义上的公民复决（Referendum）：这是就是否批准立法机关的决议举行的公民投票。“公民复决”一词适用于如下情形：

---

[1] 参见《罗马国家法》（*Römisches Staatsrecht*），Ⅲ，1，1887，第 304 页。另参见本书，第 277 页。

人民代议机关的决议被提交给拥有投票权的公民，由他们来作出最后决断。最好不要将各种各样的公民投票（人民动议、全民公投等等）一概称为公民复决。事实上，公民复决的概念带有如下含义——即决定是否批准决议。

公民复决的各种情形：

(a) 一般强制复决（allgemeines obligatorisches Referendum）。

按照这种程序，先由一个负责确定草案的协商机关作出决议，然后将决议提交给投票权人予以批准，由此而形成法律。

由于种种实际原因，这种程序并不常见。即便它被承认是一种原则上十分重要的始终一贯的民主方法（例如在1793年的雅各宾宪法中），它也由于种种实际原因而必须依赖于某种创制程序，如果没有启动创制程序，那就假定了拥有投票权的公民的同意。因此，1793年宪法第五十九条规定：在法律草案送达一半以上省份的各区四十天以内，如果十分之一的初选选民大会未提出申诉（réclamation），该草案即视为获得通过，并成为法律。

(b) 对特定类型的法律——尤其是宪法修改——采取强制复决的 261
办法，对其余法律则采取任意复决（fakultatives Referendum）的办法。

例如，1874年5月29日瑞士联邦宪法第一二三条对宪法律的强制复决作出了规定："经过修改的联邦宪法，或经过修改的联邦宪法部分条文，如获得多数表决公民和多数州的通过，即发生效力。"相反，对普通法律则仅仅采取任意复决的办法（第八十九条第二项）："除此而外（即除必须有两个联邦委员会——国民院和联邦院——的同意外），若三万名拥有选举权之瑞士公民或八个州提出要求，非紧急类型的联邦法律和具有一般约束力的联邦决议应交由人民予以通过或否决。"第八十九条第三项规定，与外国签

署的无限期或为期十五年以上的国家条约亦属此类（第三项经人民动议，在1921年1月30日举行的公民投票中获得通过）。

(c) 任意复决。

任意复决涉及一个问题：谁有权提出公民复决的**动议**？这种动议权的拥有者包括：需要将其决议交由拥有选举权的选民予以批准的**立法机关本身、政府、国家总统、立法机关的少数议员**、拥有选举权之**国民的一部分**（最后一种情形涉及举行公民复决的人民动议，不同于前面提及的旨在启动人民立法程序的人民动议）（参见（1））；若是联邦国家，还包括各邦或各州（参见（b）中所举的瑞士联邦宪法的例子）。

魏玛宪法规定了公民复决动议的几种可能性：民国总统决定举行公民投票（第七十三条第一、三项）；如果民国国会至少三分之一的议员提出展期公布法律之动议，而又有二十分之一的**投票权人**之提议，应举行公民投票（第七十三条第二项）；如果民国国会不顾民国参议院之抗议而议决一项宪法修正案，应**民国参议院**之要求，可举行公民投票（第七十六条第二项）。就民国总统下令举行公民投票的权力来看，民国总统不仅有针对国会议决的一切法律举行公民投票的一般决定权（第七十三条第一项），而且有裁决民国国会与民国参议院之分歧的特殊决定权（第七十三条第三项）。因此，1921年6月27日颁布的公民投票法列举了公民投票的五种情形，其中包括应人民动议而举行的公民投票。[1] 不过，按照该法律（它修改了宪法）第三条，还可以加上第六种情形：如果应人民动议举行了公民投票，不仅动议

[1] *RGBl.*，第790页。

所涉及的法律成为公民投票的对象，而且民国国会议决的背离人民意愿的法律也成为公民投票的对象。

(4) 限制和例外。有些民主宪法将特定事项排除在公民投票之外，或者对公民投票的决定权作出限制。

> 按照魏玛宪法第七十三条第四项，关于预算、赋税法及俸给条例，唯民国总统有提交国民投票之权。这一限制必须适用于一切财政法律。[1]

262

3. 国民选出一个人民代议机关，这个机关的意志被视为全体人民的意志，法律即通过它的决议而制定出来（魏玛宪法第二十一条、第六十八条第二项）。在这里，代表原则取代了民主的同一性原则。投票权人只能间接地参与立法过程。

(1) 尽管所谓的命令式委任（即议员必须听从选民的旨意）有可能取消人民代议机关的代表性质，但它却不是实施民主制原则的合适手段。它甚至有可能与关于民主制的政治思想本身相抵触，因为议员必须服从他的选民当下的意志，这样一来，他所服从的就不是全体人民的意志，而是部分选举权人的意志。于是，这种命令式委任所产生的进一步后果是，必须采取一种让各选区或全邦（在实行由各党派提出候选人名单的比例选举制的条件下）经常性地举行选民投票的特殊程序。在这种情况下，尽管选民不断地投票，但投票者却并非作为统一体的人民。这也表明，正如卢梭正确地强调的，谁也不能代表人

---

[1] 关于这一点，参见拙著，《公民投票与人民动议》(*Volksentscheid und Volksbegehren*)，1927，第 14 页及以下；关于邦宪法律限制，同上书，第 15 页；关于公民创制权受到的限制，参见本章 4，(3)，第 264 页。如果宣布某项法律属紧急法律(魏玛宪法第七十二、七十三条)，那也会构成限制，参见第 278 页。

民。人民要么完全在场，要么就根本不在场；被代表的不是人民，而是整个政治统一体。民主的同一性原则意味着在场的人民作为政治统一体与自身相同一，代表概念显然与这个原则相抵触。中世纪的命令式委任（即议员必须听从等级的和其他类型的组织或党派的旨意）不仅与政治统一体的观念相抵触，而且与民主制的基本前提相抵触，因为民主制预设了一个民族的实质同质性，这个民族的自然的、政治的统一性被视为同一的。

（2）如果代表机关（因而就独立于选民的旨意）是普通立法机
263 关，就可以将立法机关的解散权变成国家组织的常规要素，从而使选举权人的直接意志发生影响并受到尊重。

立法机关可通过如下几种方式予以解散：

（a）国家元首下令解散立法机关，在实行分权原则的法治国中，则由行政首长行使解散权。因此，魏玛宪法第二十五条规定："民国总统得解散国会。"君主政体下的解散权有所不同，在此不予考虑（参见第 353 页）。

（b）内阁通过一项决议解散立法机关（而在其他方面，内阁须取得所要解散的立法机关的信任）。这是英国的做法，不过，形式上还要由国家元首下令——即通过国王的谕令——解散议会。1919 年 6 月 17 日奥尔登堡宪法第五十五条（内阁解散邦议会之权力）规定，政府拥有正式的解散权。

（c）应部分拥有选举权的国民要求、通过公民投票解散立法机关，因此，这里就涉及通过公民投票解散人民代议机关的人民动议。在德国，有不少的邦宪法——例如 1920 年 11 月 30 日的普鲁士宪法第六、十四条——作出了这一规定。[1]

（d）人民代议机关通过一项决议自行解散。在德国，有些邦宪

---

[1] 进一步的实例，可参见克尔罗伊特，《德国各邦宪法的议会制》（*Das parlamentarische System in den deutschen Landesverfassungen*），Tübingen，1921，第 7 页，注释 2。

法——例如普鲁士宪法第十四条——作出了这一规定。[1]

4. 民主政体下的立法创制权（Gestzesinitiative）。即便在民主制国家，立法创制权按其本质也属于政府的事务（参见第 241 页）。尽管政府可与其他机构分享立法创制权，尤其重要的是，尽管存在着公民创制权和立法机关的创制权（例如，魏玛宪法第六十八条），但没有哪个政府不拥有创制权。

（1）人民代议机关与君主政府进行斗争，其结果是确立了人民代议机关——即立法机关本身——的创制权。魏玛宪法第六十八条即与此相符，按照该条的规定，法律案由民国政府或民国国会提出。一旦 264
反对君主政府的动机不复存在了，人民代议机关的这种立法创制权就会再度受到限制。其所以如此，是因为每个议员的个别创制权都要受议事规程或法律的限制。因此，鉴于 1922 年 12 月 12 日民国国会议事规程第四十九条的限制，必须要有十五名议员（一个“议会党团”的人数）才能行使魏玛宪法第六十八条规定的“民国国会”的创制权。除此而外，还有针对财政法律的种种限制。在这里，可以清楚地看出一条发展线索，其所导致的结果是，在制定财政法律时，至少人民代议机关在支出方面的创制权要受到限制。

> 魏玛宪法第八十五条第二项规定：“民国国会，非得民国参议院之同意，不得增加支出金额或新设项目于预算草案中。”这一限制不仅适用于一次性预算法案，而且也完全有理由适用于一切财政法律。[2]

（2）为了让拥有投票权的选民有直接参与的机会，就产生了所谓

---

[1] 进一步的实例，可参见克尔罗伊特的书，同上书，第 9 页。

[2] 参见本章，2，(4)。进一步的实例，可参见拙著，《公民投票与人民动议》，1927，第 27—29 页。

的公民创制权（Volksinitiative），即部分拥有投票权的国民的立法创制权。

公民的这种法律创制有以下几种情况：

（一）它启动了人民立法程序（魏玛宪法第七十三条第三项便是如此）（参见第259页）；

（二）或者启动了普通立法程序；在这种情况下，法律案是向立法机关提出的。魏玛宪法第七十三条第三项的规定只在表面上涉及法律创制的这种情形。出于各种各样的实际原因，法律案其实转入了普通立法程序。

（三）它是公民复决动议。[1]

（3）限制与例外。在民主宪法中，某些特定事项，尤其是财政法律，被排除在公民创制权之外。魏玛宪法第七十三条第四项规定的例外情形（关于预算、赋税法及俸给条例，唯民国总统有提交公民投票之权）同样也适用于要求举行公民投票的人民动议。

在德国，有几部邦宪法将某些特定事项（尤其是财政问题）排除在“公民投票”之外，因而也就将其排除在公民票决和人民动议之外；另外一些邦宪法则仅仅将此类问题排除在人民动议之外。[2] 无论如何，公民创制权与公民投票有很大的区别，将特定事项排除在公民创制权之外是一回事，将其排除在公民投票之外则是另一回事；在一个民主制国家，没有任何推定表明，应该尽可能地扩大公民创制权的范围。

---

[1] 将其称为“法律创制”不太准确，参见本章2，(3)，第260页。

[2] 有关实例，可参见拙著，《公民投票与人民动议》，第15页。

II. 民主制与政府。 265

1. 经选举产生的人民代议机关（议会）与政府的关系。

民主制原则导致了最低限度的代表，其结果不仅影响到议会（即经选举产生的人民代议机关），而且还影响到政府。这样就出现了如下情形：时而议会居于从属地位，时而政府居于从属地位。

（1）第一种可能性：政府是议会的下级。

只要经国民选举产生的议会作为“人民”（即政治统一体）的代表与国王（作为第二个代表）相对峙，将国王的政府置于议会之下，就是一种民主后果和要求。在19世纪德国立宪君主政体下，大体上就是这种情况。于是，对议会制政府的要求便成为一种民主要求；由于这样一种政治局面，民主制与议会制就被混同起来了。世袭君主代表政治统一体，相形之下，由一个民选的团体来代表政治上统一的人民，似乎更具有民主的色彩。人们没有意识到真正的、原则性的对立，即代表与同一性的对立。

> 在这种情况下，就出现了一系列的等同：政府应取得议会即人民代议机关即人民的信任。于是，取得议会的信任与取得人民的信任就毫无分别。要求政府受议会监督的呼声越强烈，议会制与民主制的这种等同就越明显。在世界大战期间，德国终于出现了这种情况；自1916和1917年以来，在一些要求帝国政府受议会监督的党派中间，这一点尤其明显。[1] 前面提及的1920年普鲁士宪法第五十七条规定：“内阁本身以及各部部长在履行职务时须取得人民的信任，而人民则通过邦议会表示这种信任。”这整个思路实际上预设了如下情形：政府与拥有投票权的国民没有直接关系，这种关系的建立只能以议会为中介。不过，一旦政府

[1] 哈斯巴赫在《议会制内阁政府》中引用了报纸上的一些言论，并且在引用时加上许多惊叹号表示不满。参见该书，1919，第265页注。

不再是反民主的君主政府，一旦政府在不依赖议会的情况下与人民发生直接关系，或者能够与人民建立起直接关系，因而就直接取得了拥有投票权的国民的信任，这一思路就必然站不住脚了（参见2）。

266 只要反对非民主政府的斗争支配着全部国家法和政治观念，对民主观念而言，政府自然就被视为某种必须隶属于人民代议机关的东西。在这种情况下，通常就确立了双重的上下级关系：人民（拥有投票权的选民）凌驾于人民代议机关（议会）之上，而人民代议机关则凌驾于政府之上。将这种结构视为一个委员会系统，符合一个普遍流行的观念：人民代议机关（议会）是人民（拥有投票权的选民）的委员会，而议会制政府则是人民代议机关（议会）的委员会。国家组织是一个三级委员会系统：人民、人民代议机关和政府。

因此，布伦奇利将“立法机关”称为“按比例组成的精英机构”，尽管在其他方面，他仍然理解代表概念的特征。[1] 不过，应当注意的是，布伦奇利所谈论的不是拥有投票权的选民的精英机构或委员会，而是“全体人民”的精英机构或委员会。因此，代表概念还没有被放弃。在这里，他引述了米拉波（Mirabeau）在1789年1月31日发表的演说中的一句有名的话：等级代表之于全体国民，就如同地图之于土地的实际大小；图画展示出与原物的相同的比例关系。就连这幅图画也不仅涉及单纯的委员会和代理人，而且还包含着一点点有关真正意义上的代表的思想。

相反，在后来的文献中，这样的认识渐渐地不见踪影了。在此不妨举几个涉及魏玛宪法的例子。吉泽在《民国宪法评注》

[1] 参见《普通国家法》，I，1868，第490页。

（*Kommentar zur Reichsverfassung*）中认为，“议会制原则将内阁视为人民代议机关的执行委员会，尽管这个委员会不一定从人民代议机关内部产生出来。”[1] 在该书的以后几版，“委员会”一词显得不那么重要了[2]；在1927年第七版中，不仅在涉及魏玛宪法第五十四条的地方，而且在涉及第五十三条的地方，这个词都杳无踪影了。在魏玛国民议会的协商过程中，委员会这一概念遭到了明确否定。科赫颇有道理地宣称，民国政府不能成为国会多数的一个委员会。[3] 但是，也有人认为这一点毫无问题，纳维亚斯基的观点就是一个典型实例。他认为，人民、人民代议机关和政府构成了一个三级金字塔：塔基是人民，其上是“代议机关”，这个机关“在缩小的规模上呈现出人民的意志，并由此而使之具备了行动能力”。“这就是人民代议机关，我们这座金字塔的中间一级”；再往上是一个核心委员会，“一个受人民代议机关信任的委员会。这就是政府；它处于金字塔的塔尖”。[4] 就连“比例制政府”（Proporzregierung）——内阁成员由议会根据比例选举制的原则予以确定——也符合委员会这一概念。[5] 有些邦（萨克森、符腾堡、巴登等）的宪法规定，每次新选举后都必须重新组阁。这种宪法法规也基于类似的思路。

---

[1] 参见该书，第二版，第161、191页。

[2] 参见赫尔法特（H. Herrfahrdt），《依照魏玛宪法的组阁》（*Die Kabinettsbildung nach der Weimarer Verfassung*）中的分类一览表，Berlin，1927，第10—11页。

[3] 参见 *Prot.*，第302页。

[4] 参见纳维亚斯基，《政府在现代国家中的地位》（*Die Stellung der Regierung im modernen Staat*），Tübingen，1925，第7页。

[5] 参见特里佩尔，《国家宪法与政党》（*Staatsverfassung und politische Parteien*），1927，第22页，其中举了1920年奥地利法律作为例子。

267 毫无疑问，从民主制的同一性原则的视角来看，委员会是一个融贯一致的概念。但是，它却否定了代表的观念，实际上也间接否定了政治统一体。

（2）第二种可能性：政府是议会的上级。迄今为止，英国内阁制政府的实践一直呈现出相反的图景：多数党领袖以首相身份组阁，即组织领导议会的政府。在这里，委员会的概念让位于*领袖*和*领导*的概念。因此，在国家法文献中，英国首相偶尔甚至被称为“上司”，议会多数必须服从他。这种上级关系可从如下事实中得到解释：政府直接依赖于“民意”，就连议会也不过表达了“民意”而已。

（3）第三种可能性：*平衡*。在这种情况下，议会和政府并不发生主从关系，两者都既非上级，亦非下级。如果政府能够随时与拥有投票权的国民建立直接关系，平衡就是完全可能的。平衡的载体是人民；人民*维持着*平衡，是与议会和政府这两个平列机构相对的更高的第三方。这一观念被魏玛宪法的制定者理解成“真正的议会制”（参见第二十四章）。即便在这里，也出现了一个组织问题，即如何在政府与拥有选举权或投票权的国民之间建立直接关系（即不以人民代议机关为中介的关系）。

2. *人民与政府的直接关系*。这种直接关系可按如下方式建立起来：

（1）拥有选举权的国民*直接选举*政府。魏玛宪法规定，对重要的政府机关必须实行直选。按照魏玛宪法第四十一条，民国总统由全体德国人民选举产生。除此而外，当然还有一个必须取得议会信任的民国政府，其在宪法理论上的建构因而造成了特殊困难（参见第二十七章，第 340 页及以下）。民选总统与议会制政府的联系通过如下方式建立起来：一方面，魏玛宪法第五十三条规定，民国总统拥有*任免权*；另一方面，第五十条又规定，民国总统的一切职务行为均须得到
268 民国总理或主管部长的*副署*。全体人民用直选的办法选出民国总统，从概念上说，这应该产生出一种*代表*作用，尽管魏玛宪法第四十三条第二项规定的民国总统的可罢免性（经民国国会三分之二多数之动

议，以公民投票罢免之）又削弱了这一思想。从概念上说，民国国会也同样是一个代表（魏玛宪法第二十一条）。因此，正如在立宪君主政体下一样，这里再度出现了两个互相抗衡的代表；不仅如此，代表原则与民主制的同一性原则也重新结合了起来。

> 杰出的社会学家和国家理论家滕尼斯提议民国政府（即民国总理和部长）也由人民直选产生。[1] 问题是，这种直选究竟有利于民主同一性思想呢，还是有利于代表思想？如果我的理解是正确的话，滕尼斯在这里是想加强民主制原则。

（2）政府下令解散国会。

如前所述（参见第 263 页），国会的解散必须被视为这个系统的常规制度。如果要让这种解散权具有宪法意义的话，它就恰恰必须适用于如下情形：议会多数对政府提出不信任案。在这种情况下，就有可能针对议会多数的不信任决议建立与人民的直接关系，人民作为更高的第三方对政府与人民代议机关之间的冲突作出裁决（参见第二十九章，第 358 页）。

（3）针对议会的议决案，由政府机关一方下令举行公民投票。魏玛宪法第七十三条规定："凡经民国国会议决之法律，如民国总统于一个月内决定交付公民投票者，得于其公布前，交付公民投票。"

在（2）和（3）两种情形下，所采取的是"诉诸人民"的行动。国会一方也同样可以针对政府机关（在德国，可以根据魏玛宪法第四十三条第二项提出罢免民国总统的动议）采取诉诸人民的行动。这样一来，双方的机会就重新达到了平衡（参见第 197 页上的图表）。 269
人民维持着平衡。在这种情况下举行的新选举或公民投票有裁决最高

---

[1] 参见 *Schmollers Jahrbuch*，Bd. 51（1927），第 185 页。

国家机关之间的政治冲突的特殊作用。在这里，人民超越了法律规定的宪法律权限，以主权者的身份采取行动。

III. 民主制与国际法往来。

如果将民主制的同一性原则运用到与其他国家的关系上去，就会导致这样一个结果：代表原则退居次要地位，其运用受到了限制。然而，在这里，我们可以十分清楚地看到，根本不存在没有代表的政治统一体，就连一个纯粹的民主制国家在其他纯粹的民主制国家面前也必须被代表。因此，尽管各国都发生了很大的政治和社会变化，但在过去一百年间，支配着外交往来的公认国际法准则几乎没有什么变化；尽管许多国家已发展成民主制国家，但即便在今天，纯粹君主制时代的协定和惯例仍像过去一样继续有效（参见第 210 页）。

民主制原则的运用表现在，就国际法条约的签署而言，或者就国际法宣言而言，代表的意志不再发挥唯一的决定作用，“批准”（Ratifikation）概念被完全搞乱了，因为“代表”概念遭到了误解。为了让国际法协定具有国际法效力，宪法律要求必须有人民代议机关（议会）的参与，甚至要求必须举行公民投票。这个要求可通过两种方式之一来满足：（一）除国家元首（代表）批准外，还必须加上人民代议机关的参与或公民投票，以此作为国际法效力的特殊要求；在这种情况下，并没有将代表排挤到一边；（二）人民代议机关的行为或公民投票直接相当于国际法行为，结果，国家元首的代表作用就丧失了一切独立的意义，而只是互换批准书的一道手续；另一方面，在外国面前，人民代议机关甚或参加表决的人民究竟在多大程度上代表政治统一体，并不十分明确。

魏玛宪法第四十五条包含着三种不同的可能性：国家元首的充分代表权；国家元首的有限代表权；国家元首代表权的取消。
270　按照第一项，民国总统在国际法上代表德意志民国；他以民国的

名义与外国缔结同盟，订立条约，授受使节（充分代表权）。按照第二项，宣战媾和以民国法律行之（也就是说，国家元首的“批准”只是国际法上传递信息的一道手续，尽管由于国际法上接收信息的需要，这种批准是有国际法意义的）。按照第三项，与外国缔结同盟，订立条约，有涉及民国立法事项者，须得到民国国会的同意（在这里，批准是代表所采取的具有实质意义的行动，但除此之外，还必须有人民代议机关的参与）。

按照1871年的帝国宪法，皇帝是德意志帝国在国际法上的代表。第十一条第三项规定，帝国与外国的协议有涉及根据第四项属于帝国立法范围之事项者，须经帝国参议院同意方能签署，且须经帝国国会核准方能生效。按照通行的解释，这种限制仅仅具有国家法意义，因而并不影响皇帝充分的对外代表权。[1] 按照另外一种解释，皇帝的代表权确实受到了限制。[2] G. 耶利奈克认为，国际法条约须经人民代议机关同意，这一要求给协议附加了一个（解除）条件，因为“从法律效力上看，代表只能作出自己有能力兑现的承诺。”[3]

从历史上看，对国家元首代表权的限制可以追溯到1791年的法国宪法。该宪法第三编第二章第一节第三条规定：“立法机关对和平条约、同盟条约和贸易条约有批准权；条约须经此种批准方能生效。”除此而外，1793年宪法第五十五条、1795年宪法第三三三条规定一切条约均须取得立法机关的批准；1848年宪法第五十三条规定一切条约均须取得国民议会的批准。按照1875年7月16日宪法律第八条，条约由共和国总统批准，但是，若遇和平条约、贸易条约、使国家承担经济义务的条约、涉及海外

[1] 参见拉班特，I，第230页，II，第137页及以下；迈耶－安许茨，第818页。

[2] 赛德尔，《评注》，第163页。

[3] G. 耶利内克，《法律与法规》，第349、354页。

法国人之个人地位及私有财产的条约，须经两院议决，才算“正式批准”。领土的割让、交换及获得以法律行之。

1831年比利时宪法规定，国王对外代表国家。但是，若遇贸易条约以及国家因之而承受负担，或每个比利时公民因之而承担义务的条约，须得到两院的同意（assentiment）；若遇领土更改事项，须以法律行之（第六十八条）。1850年普鲁士宪法第四十八条效法了这一规定：“国王有权宣战媾和，有权与外国政府订立其他条约。后者若为贸易条约，或者令国家承受负担，或令每个国民承担义务，须经两院同意方能生效。”按照通行的解释（甚至按照格奈斯特的解释），普鲁士宪法第四十八条并未限制国王的代表权，而是国家法的内部要求；相反，比利时宪法律体现了“两院强制性批准”的要求。[1]

瑞士联邦宪法在1921年经过了部分修改（第八十九条第三项）。这是一个饶有兴味的例子，从中可以看出直接民主制的渗入。如果三万拥有投票权的国民或八个州提出动议，与外国签署的无限期或为期十五年以上的国家条约必须（除联邦议会“核
271 准”外）提交给拥有投票权的国民（人民）予以通过或否决。在这里，条约甚至经过了三重批准：国际法上的代表的批准、联邦议会的核准（也被说成是批准）、人民的批准（或对批准的否决）。[2]

这种民主制取消了代表权，其所产生的一个重要的实际后果是，在过去，对批准的否决被视为某种反常举动，几乎相当于对外国的侮辱（1841年法英两国签署了压制黑奴交易的协议，尽管协议已经签字，但在法国，对协议的批准却遭到了否决[3]）。

---

[1] 埃雷拉，同上书，第49页。

[2] 参见弗莱纳，同上书，第756页。

[3] 参见基佐于1843年2月1日在众议院发表的演说。

现在的情况正好相反，协议须经国家立法权主体的核准，已成为理所当然的保留条件，对已经签字并获得批准的协议的否决不再是什么反常举动了（法国与瑞士于1921年8月7日签署了萨瓦省免税区协议，但这项协议在1923年2月18日举行的公民投票中遭到了否决，并且也未获瑞士的批准）。[1] 关于“民主制与外交政策”这个一般问题，迄今为止只有一部比较全面的专题论著，即巴泰勒米的《民主制与外交政策》（*Démocratie et Politique étrangère*，Paris，1917）。

IV. 民主制与行政。

1. 按民主制的同一性原则实施行政实际上是不可能的，而按照民主制原则，这在理论上甚至不是什么问题，因为行政不同于政府，并不涉及代表的问题。将一切公共事务交给拥有投票权的公民来定夺，这种做法至多在规模适中的地方自治的范围内才是可行的；在这种情况下，它只是地方（州或省）自治，而不是国家行政。可是，民主制是一个政治概念，其各项原则旨在将政治统一体确立为一个整体，即涉及立法和政府。

行政的“民主化”（Demokratisierung）仅仅意味着，符合基本民主观念或各民主政党纲领的一系列个别改革得到了实施，例如公务员不由上级任命，而是通过选举产生，官员由行政管辖区的全体选民予以确定。在一个议会统治的国家，行政民主化的要求往往具有如下意义：行政官员由现时的多数党予以确定。这样一来，国家和地方两级公务员都变成了政党的扈从，而担任领导职务的公务员则变成了政党 272
官员和选举代理人。魏玛宪法力图避免这些后果，因此，第一三零条规定，公务员不得成为党派的扈从，或者按照通常的说法，公务员被

[1] 弗莱施曼，*Deutsche Juristen-Zeitung*，1923，第643页及以下。

“非政治化”了（在这里，“政治”一词应按贬义理解，即“党派政治”）。通过魏玛宪法第一三零条的规定，借助于宪法律的制度保障机制，关于国家的政治统一性的思想可以不受党派政治的瓦解力量的侵害。不过，德国国家法还没有达到将公务员和议员两种职位加以分离从而确立起不相容原则的地步，也就是说，它没有宣布议员（即党派政客）与公务员这两种职位是互不相容的。魏玛宪法没有将公务员国家的逻辑贯彻到底。

2. 聘请业余人士参与国家行政事务的做法经常也被视为民主行政的标记；于是，这些业余人士的名誉性活动就被解释成民主行政了。在此，人民这一概念或许是从否定的意义上规定了语言的用法。业余人士属于人民，因为他不是公务员；有鉴于此，聘请业余人士就可被视为一种民主的做法（关于“人民”一词的这种否定含义，参见第 241 页）。

3. 人们经常将地方、州或省的自治与民主行政等量齐观。按照普鲁斯的解释，在一个议会统治的国家，国家活动只是“全国性的”自治。国家与地方具有相同的本质，对国家的义务与对地方和其他协作团体的义务本质上并无区别。[1] 这样一来，公法就变成了社会法，国家也由特殊的政治统一体变成了社会联合体，从而被非政治化了。这一思路实际上是自由式的，而非民主式的。民主制是一个政治概念，因而就导致了明确的政治统一体和主权。对行政而言，其后果不光是自治，也同样可以是最严厉的集权。例如，法国的集权行政就与如下
273 情形相符：关于绝对的民族统一性的思想得到了彻底的民主实现。反对这种集权主义的运动——联邦主义、地方主义、等级组织——大都具有君主主义和反民主的性质。当然，民主的联邦主义也是存在的，但是，如果以为民主制的同一性原则与最广泛的地方自治（与国家行政截然相反）的理想具有相同的意义，那就大错特错了。在一个民主

[1] 参见《作为区域性公法团体的地方、邦国和帝国》，1889，第 189 页；《政治手册》（*Handbuch der Politik*），I，第 198 页及以下。

制国家中，人民始终是政治统一体的全体人民，而不是一个地方或专区的全体选民。作为一个同质的、独立自足的整体，政治统一体与其他属于内政范畴的群体和组织有着特殊的区别，这一点构成了政治民主的根本前提。

默克尔在《民主制与行政》（*Domocratie und Verwaltung*，1923）第16页上论述了民主行政（与“专制”行政相反）。在此，民主行政“是从流行意义上讲的：在民主行政中，行政机关通过选举产生，而在专制行政中，行政机关则通过任命产生。不过，采用这类术语，只是为了方便理解，我们必须充分意识到，这些特征甚至不足以大致涵盖或穷尽一种制度的民主性或专制性。仅在此一前提下，这类术语才有用处，这一点再怎么明确强调也不嫌过分。”于是，第44、45页上就有这样一个定义：“但是，即便在其他方面（即撇开下面一点不谈：‘官僚’并不比党派政客更不属于人民），通过人民实施行政的幻想也很难支撑下去。民主行政意味着，行政乃由特定政党的代表予以实施。”第45页上又说：“实际上，就其一切真正的历史实现来看……自治既不像理想化的政治神话所宣称的那样，是通过人民实施的行政，也不像已经变质的政治批判所宣称的那样，是一种专制行政，而是通过一个多数党的当选代表实施的行政——这个结果乃由区域自治的本质所决定。那些无缘参与行政的少数党多少不太舒服地感到，这是政治性的‘异己行政’。在这种情况下，很难用自治的意识形态让一个不受政治废话或幻想迷惑的人改变立场，去推动渐进的行政民主化。”

V. 民主制与司法。

1. 法官受法律拘束，其活动从根本上取决于规范，因此，法官不是政治统一体本身的独立代表。以政治的视角观之，这种完全受法律

约束的“司法”在某种程度上是不存在的（en quelque façon nulle）。但是，即便在国民法治国里，政治司法的问题也因为特殊权限和组织
274 而从普通司法的框架中突现出来（参见第十二章，第 134 页）。如果说民主制本质上是政治形式，司法就正好相反，本质上是非政治的，因为它受普通法律约束，这样就无法针对司法而从民主制原则中得出明确的、必然的结论。人们可以用政治的法律概念来控制司法。此外，人们还可以要求司法必须“大众化”，并出于这种愿望而作出某些特定的安排（参见 V，2）。但是，这在很大程度上仍然有赖于政治形势和氛围，有赖于对法官的现时政治评价，而并非以系统的、宪法理论上的联系为根据。

即便在一个民主制国家，如果法官想成其为法官，而不想做政治工具，他也必须是独立的。但是，法官的独立性绝不意味着他不依赖于法律，在法官身上，独立性与依赖性并非两件截然不同的事情。正因为如此，在法官的独立性与立法机关议员的独立性——例如魏玛宪法第二十一条规定的国会议员的独立性——之间存在着巨大的差异。魏玛宪法第二十一条规定的独立性奠定了代表的基础，因而具有特殊的政治意义。另一方面，法官的独立性是一种保护机制，使法官不必听从官方命令和指示，尤其是来自政府——因而也就来自政治当局——的命令和指示。因此，这种独立性的目的正好相反：它是对政治的否定。法官以其法官身份所做的一切均受规范制约，有别于政治的存在性（Existentialität），尽管这些活动如同一切国家活动一样，必须发挥一种“整合”的作用。

在卢梭的理想民主政体下，人民的同一性和同质性达到了极高的程度，就连法官与当事人也有相同的意愿。卢梭在《社会契约论》（第二卷第四章第七节）中指出，公意（volonté générale）是共同利益，这一点导致了利益与正义的“奇妙的一致性”，而这种一致性不可能从关于私人利益和特殊利益的讨论中产生出

来。共同的利益和好处使“法官的准则与当事人的准则达到了完全一致”。这一节提供了一个很好的例子，说明在民主政体下，一切区分和困难都在普遍同一性和同质性中烟消云散了。但与此同时，它也清楚地表明，绝对的同一性和同质性是不可能的，卢梭的论证陷入了同义反复的怪圈，因为在所有的人达到了绝对同一性的条件下，在利益与正义达到了绝对同一性的条件下，就不再有人需要提起诉讼了。如果所有的人都有相同的意愿，那么，不仅法官与当事人之间的区分（卢梭讨论的那种区分）不复存在了，而且原告与被告之间的区分也不复存在了。于是，就连这种 275
区别也成为“同一的”，司法问题终于获得了解决，因为再也没有人打官司了。

2. 在一个民主制国家中，如果要求司法必须是“人民司法”(Volks-Justiz)，人民的意志就变成了诉讼裁决的权威标准。如果人民的意志只是在法治国的一般法律规范中表达出来，这就是一种简单的情形。但是，在一个民主制国家中，人民是主权者，能够打破整个宪法法规体系，对诉讼作出裁决，正如专制君主国的君主能够对诉讼作出裁决一样。人民既是最高立法者，又是最高法官。如果人民司法被理解成一种以民主方式作出权威裁决的实践，这个词就仅仅是指一种民主化的、多头的（vielkörpfig）内阁司法（Kabinettsjustiz）。在一般情况下，它并不表示这层意思。人们通常满足于提出如下要求：必须由受人民信任的法官来作出判决。不过，在这里，人民不是指全体国民（在民主制的条件下，它应该是指全体国民），而经常是指个别行政管辖区的居民。信任可以通过两种方式之一来表示：（一）法官由辖区居民选举产生，有一定的任期，或履职到辖区居民对他表示不信任为止；（二）居民可以要求通过“罢免”程序撤销不受欢迎的法官的职务。由此而产生的结果是，判决取决于辖区居民的舆论。从全民民主制的视角来看，这根本不是什么民主要求。

除此而外，人民司法还可以具有如下含义："人民中"的男男女女应该参与司法事务，尤其应该参与审判工作。在这里，"人民"一词又具有了否定含义（参见第241页），它仅仅意味着，一些并非职业公务员、训练有素的法律家、法学家的人参与了司法审判，因此，这是业余人士的司法，有别于（一）职业法官的司法；（二）法学家（法律家）的司法。刑事陪审法庭制度符合这个要求。对民事诉讼的裁决而言，这个理想或许很难具备同等程度的实用性，它仅仅意味
276 着，一些有经验的业余人士（这是一个不无矛盾的概念）以商事法官等身份被请来参与司法活动。

人民司法最终有可能一般地意味着大众司法，其含义是，司法判决与人民的正义感相一致。只要法官受法律拘束，立法者就必须首先制定出大众化的法律，从而为大众司法提供根据。在解释法律时，尤其在运用法律的一些含糊概念时，法官应当与其所处时代的正义观、与人民的正义观协调一致。在正常的年代，如果人民保持着信仰上、文化上和社会上的同质性，这并不是什么艰巨的任务。然而，一旦这种同质性不复存在了，仅仅诉诸人民的正义观，就不能解决问题了。无论如何，在这种情况下，将裁决冲突这项高度政治性的任务交给司法机关，是完全错误的。政治裁决是立法机关和政治领袖的事情。最近几十年的自由法运动提出了大众司法的要求，但通常并不重视宪法理论上的各种联系，因为它未能清楚地认识到：法官是独立的，但又受到法律最严格的拘束，这两个方面互为条件；法律必须是能够产生真正拘束力的法律，而不光是一张有待填写的空白票据，必须诉诸不确定的规范和法官的自由裁量（这种诉求将司法政治化了）。

第二十一章　民主制的限度

I. 民主制的同一性原则的绝对实施是有限度的，因为根本不可能单方面地、纯粹地实施国家的两项形式原则——同一性和代表——之一，没有哪种国家制度能够完全抛开一切代表因素，只按同一性原则确立起来（参见第十六章，II，第 204 页）。尽管在民主政体下，同一性原则的理论后果会一再表现出来，看上去似乎是显而易见、不言而喻的，但是，没有哪个民主制国家能够彻底放弃一切代表因素。这是民主制遇到的第一个自然限制。 277

II. 民主制遇到的另一个限制产生于人民的本质。在此，“人民”一词有各种各样的含义：

1. 人民作为未经正式组织的实体（参见第 242 页），只有在个别时刻并以喝彩的方式——在今天，也就是通过“民意”——发挥作用。

2. 人民作为按规定程序参加选举或表决的国民（参见第 239 页），能够——

（1）选出自己信任的人；但与此同时，人民在许多方面又要依靠各种各样的建议；它必须将决断权委托给当选人士，让他们按其权限对一切实质性问题作出决断。

（2）以表决方式对一个问题作出实质性决断（所谓实质性全民公投）；由于采取的是单独秘密投票的方法，人民完全依赖于问题的提法；在这里，人民只能回答“是”或“否”。

这一点也适用于人民动议。准确地说，这种提议的产生过程是这样的：个别的提议者呈递一份法律案，因而就提出了如下问题：是否应该提出这个动议？然后，部分拥有选举权而又赞同这个提议的国民对所提的问题作出“是”的回答。因此，魏玛宪法第七十三条第三项规定，此种旨在启动人民立法程序的人民动议，应备缮拟精备之法律案。毫无疑问，任何法律案都不可能按表决方式拟定出来。在确定是否有十分之一（魏玛宪法第七十三条第三项）或二十分之一（魏玛宪法第七十二条、第七十三条第二项）的投票权人赞同人民动议（按照1921年6月27日公民投票法第三十一条及随后各条规定的登记程序）的过程中，“是”的回答实际上只是针对所提交的法律案以及所提的问题（公民投票是否应当以该法律案为基础）而作出的。如果更仔细地观察，就会发现，通过单独秘密投票的程序，人民甚至连提问的机会都没有，而只能回答所提出的问题。前面曾提及莫姆森的评论，他认为，被召集起来的人民在回答行政官的问题时要依赖于问题的提法（参见第260页）。在当今的大众民主体制下，这一评论更是千百倍地适用于单独秘密投票的程序。

总而言之，人民可以喝彩；在单独秘密投票中，人民只能选举提交给他们的候选人，只能对提交给他们的、经过精确表述的问题作出“是”或“否”的回答。

III. 现代民主实践借助于分权原则将民主制原则相对化了，使之变成了立法的组织手段（参见第260页）。除此而外，某些特定的事项
278 和事情，尤其是财政问题，经常被排除在直接民主制的程序和方法之外，或者，在涉及这类事情时，这种程序要受到限制。最后，直接民主制的程序经常可以通过紧急决议予以排除。

魏玛宪法第七十三条第四项提供了一个实例，可以说明这类

限制："关于预算、赋税法及俸给条例，唯民国总统有提交公民投票之权"（参见第二十章，I，2，(3)，第262页；I，4，(3)，第264页）。

按照魏玛宪法第七十三条第二项，法律之由民国国会三分之一之动议展期公布者，如得有投票权之人民二十分之一之提议，应交付公民投票。但是，按照第七十二条，如果民国国会和民国参议院宣布民国国会三分之一的议员要求展期公布之法律为紧急者，民国总统得不理此要求而公布之。这样一来，第七十三条第二项规定的公民投票就被排除了。按照瑞士联邦宪法第八十九条第二项，可以要求对具有一般约束力的非紧急性质的联邦决议进行公民投票。1874年6月17日颁布了一部联邦法（"公民复决法"），规定了针对联邦法律和联邦决议举行公民投票的有关事宜。按照该法律第二条，"联邦议会有权决定，一项联邦决议……应当作紧急决议来处理"。因此，在瑞士，某些重要事项，例如联邦土地登记处（1911）和联邦社会保险处（1912）的设立，可以通过附加紧急条款的方式免于公民复决。[1]

IV. 对"多数决断"论的批评。

瑙曼认为，这句话表达了民主制原则和民主思想。他想把这句话写进宪法，因为他将宪法设想成人民的问答手册。魏玛宪法的文本没有包含这句话，不过，也许可以提醒一下，这句话是模糊不清的：

1. 在"多数决断"（Mehrheit entscheidet）这句话中，"决断"一词在实质性表决中仅仅意味着从形式上作出了实质性选择，在选举中则意味着确定了当选的个人。在实质性表决中，多数人以如下方式作出决断：他们对提交给自己的、已经表述好的问题作出"是"

[1] 弗莱纳，同上书，第403—404页。

或“否”的回答。在这种情况下，“多数决断”这句话的意思是说，人们一致同意，对问题的回答最终与所投的票的多数相符。至于实际上是否作出了决断，那要取决于简单的选择性提问的正确性和可能性。

2. 对问题提法的依赖性导致了这样一个后果：实际上，所投的票数量上的多数只在例外情况下才作出了决断。实质性决断经常已经包
279 含在提问方式中了。如果说人民的意志偶尔在压倒性的喝彩中，在明确的、无异议的民意中表达出来，那也与单独秘密投票和用统计学方法确定多数的程序没有任何关系。在这些情况下，事后举行的单独秘密投票能否产生与人民意志的直接爆发和表达相同的结果，并不总是确然无疑的，因为一般说来，在人民中间，只有少数积极的、关注政治的人才是民意的载体，绝大多数拥有投票权的国民未必对政治感兴趣。如果让那些没有政治意志的人（与另外一些有政治意志的人相对）作出决断，这就根本不是什么民主，而是一项古怪的政治原则。

3. 如前所述，提出问题的人通过提问的方式控制着作出实质性决断的条件，不过，这并不只是就人的心理而言。提问方式的影响力不只是产生于表决时机的选择，也不只是由于人们有可能发现一些带有暗示性的措辞，其中已事先包含着问题的答案了。这是群众心理学的技术问题，姑置不论。在此，我们也不想说，广大选举权人经常不能获得足够的信息，他们缺乏必要的专门知识和判断力，如此等等。在一个民主制国家，恰恰不能将这个因素作为主要理由提出来，因为民主国家制度的先决条件是，人民有能力作出一切政治决断。在遇到与全体人民有关的具有特殊政治意义的问题时，尤其在面临事关存在的敌友区分时，涉及专门技术知识的技术上的特殊信息和细节在关键时刻必须由主管的、负责的技术专家予以解决。这类技术信息和细节不能由广大选举权人来处理，不过，它们也并非这个问题的真正涉及政治的方面。实际上，对提问方式的依赖性的真正原因在于，绝大多数

选举权人一般都千方百计对决断采取消极态度，尽量逃避决断。由于这个原因，不仅出现了经常让人悲叹的很高的弃权率，而且最重要的 280
是，所投的大多数票都有一个明显倾向，即它们给出的答案包含着极少的实质性决断。

这一点与迄今为止的全部历史经验和政治经验相符。我们可以在公民投票的结果中发现几个表面上的矛盾，不过，一旦我们注意到哪个结果实际上包含着极少的决断，这些矛盾马上就不复存在了。我们已经注意到，在法国，革命政府和拿破仑政府的全民公投总是产生出“赞成”的结果（参见第86页）。下面是法国公民投票结果的有关数据（据狄骥和莫尼耶）：

	赞成	反对
1793年雅各宾宪法 ……	1 801 918	11 610
（未生效）	（在44 000个乡镇中，只有一个乡镇对共和制投了反对票）	
1795年督政府宪法 ……	916 334	41 892
1799年执政府宪法 ……	3 009 445	1 562
1802年拿破仑为终身执政 ……	3 568 885	8 365
1804年拿破仑为法国皇帝 ……	3 574 898	2 569
1815年（百日王朝期间）补充法令 …	1 532 327	4 802
1851年对路易·拿破仑政变的批准 …	7 439 216	640 757
1852年路易·拿破仑为法国皇帝 ……	7 824 189	153 145

相反，瑞士的公民复决似乎更容易产生出“不赞成”的结果，至少针对进步法律举行的公民复决是这样。例如，1890年联邦立法机关议决了疾病保险和意外伤害保险法，但这项法律在1900年举行的公民复决中被否决，直到1912年举行了另一次公

民复决，才最终得以通过。[1] 人们由此得出结论说，直接民主制的方法是保守的，甚至是“反动的”。实际上，在单独秘密投票中回答问题的多数国民既不是反动的，也不是进步的，而纯粹是非政治的，他们力图回避实质性决断，因而就必然给出一个含有极少决断的答案。法国公民在拿破仑时期的历次全民公投中都回答“是”，这与政府对选举施加的影响毫无关系，而是因为既成事实已经摆在那里了，决断已经作出了。如果他们回答“否”，就会导致一种新的政治决断，其后果难以逆料，回答“是”更简单一些，因此，大多数人都回答“是”。瑞士公民复决的情况正好相反：大多数人对立法革新的建议作出“否”的回答，而在这里，恰恰是这个“否”的回答包含着极少的实质性决断，因为一旦回答“否”，不管怎么说，那就等于维持了现状，换言之，情况依然如故。就其“决断”内容来看，这个决定显然不能与作出某种改变的决定相比。

4. 单独秘密投票的方法将拥有选举权的国民变成了孤立的个人，
281 使他们能够在不离开私人领域的情况下表达自己的意见。将个人私下的想法总合起来，既不能产生真正的民意，也不能产生真正的政治决断。期待个人作出这类决断，甚至有可能是不公平的。

在那些关心生意的公民中间，只要不涉及其直接经济利益，至少大多数人不想白白地受政治决断的烦扰。眼下（1927年）还有一个例子：每当德意志民国居民挂旗时，这种对决断的反感情绪就明显地、公开地表现出来。魏玛宪法第三条规定：“民国旗色为黑红金三色，商旗为黑白红三色，旗上内角镶国旗。”这一

---

[1] 参见柯蒂，《瑞士公民复决的结果》（*Die Resultate des Schweizerischen Referendums*），2.Aufl., 1911；哈斯巴赫，《现代民主制》，第154页。

规定包含着一种妥协，并没有在黑红金与黑白红之间作出内在的抉择，对此，德国人民还没有发出压倒性的、决定性的喝彩。单独秘密投票的结果很可能被党纪所决定，不会产生出在被多数票否决的一方看来是压倒性的多数。就目前来看，这种解决办法也许还不是作出这类决断的合适手段。很大一部分人口，尤其是商人，通过如下方式公开表明了不想作出选择的态度：他们要么干脆不挂旗，要么挂一面“中立的”旗，例如邦旗、城市的地方旗、教皇旗或特制的商旗和私家旗——这是“多数决断”原则的生动写照。

5. 即便从数量上看，也不能简单地说，如果所投的多数票起了决定性作用，那就等于“多数决断”了。毋宁说，起决定作用的实际上经常是少数票。假定总共有 100 人参加投票，48 票赞成，48 票反对，这两部分票在算术上就正负抵消了，而作出决定的就是剩下的四张票。在人口分裂成许多党派的情况下，这一点具有重要的实质性意义，因为并非所有的党派都关心某个提出来决断的问题。例如，关于教会学校的问题可以由一个致力于租户保护的小党派来决定，这个党派的成员出于策略上的考虑投票支持这个或那个关心教会学校的党派；关于外交政策或经济政策的问题也可以由一个主要关心教会学校的党派来决定；如此等等。因此，“多数决断”实际上仅仅发生在所有表决者完全属于同类的条件下。

6. 如果多数只是单独秘密投票中所投的票相加的结果，那就同样可以说：“多数并不决断”。这种从统计学上确定多数的方法实际上只 282
具有如下意义：它在有限的范围内是一种合理的、有效的政治手段，可以调动全体国民参与国家生活。但是，我们应当认识到，有一种民主制——尤其是议会民主制——希望将各种矛盾隐藏起来，不对它们作出决断。在这里，确定多数的程序有可能变成一种合适的、理想的手段，用以回避或推迟政治决断。不作决定，并以这种方式利用所谓

的多数决断，或许在政治上更为明智一些。在这种情况下，“多数决断”原则就属于某些政治系统的隐秘（Arcana）了，而对这种隐秘的讨论已经超出了“宪法学”的范围。

第二十二章　2. 君主制学说

I. 君主制与民主制的对立以代表和同一性这两项政治形式原则的对立为基础。

君主制的政治原则是，君主代表着政治统一体。除此而外，君主制还有许多正当理由和根据。不过，撇开种种实际的、合理的经验原因不说，这些理由和根据可以归结为几种简单类型。

1. 君主制有宗教上的根据。从一种特殊的意义上说，君主“出自上帝”，是“上帝的肖像”，具有神的品质。

君主制的一个习惯语式是：“出自神恩”（von Gottes Gnaden）。从近代思想观念来看，这个语式仅仅具有一种聚讼纷纭的消极含义，它不过是说，除上帝以外，君主的权力和权威没有别的来源，换言之，这种权力和权威既非出自教会或教皇，亦非出自人民的意志和同意。不过，君主与宗教观念的联系还不止于此。从观念史上看，统治国家的君主一直就类似于统治世界的上帝。从中世纪直至近代，对广大人民来说，国王即便在身体上也具有一种超自然的品质；君主制的活力完全有赖于国王施行奇迹，尤其是以摸顶的方式治愈病人。布洛克（Marc Bloch）在《演奇术的国王》（*Les rois thaumaturges*）中举了许多例子来

283 说明这一点。[1] 1825 年，这些以宗教为基础的君主制观念被最后一次付诸实践，当时的法国国王查理十世还想再次以摸顶的方式治愈病人，不过，这种做法让人觉得只是一种尴尬的浪漫式模仿。[2] 相反，在一个国王施行奇迹的时代，国王乃以其全部人格而被视为神圣不可侵犯，被视为主的祭司和受膏者。国王的权力具有神性的即宗教上的根源，他本身就是神的代理。[3]

君主制的这种宗教根据后来逐渐变成了一种不太明确的、历史的或一般的非理性主义。最后的、直率的神学论证可能出现在博纳尔（Bonald）的国家学说中。博纳尔将君主嵌入一系列的“统一体”：一个上帝、一个国王、一个父亲；一神论、君主制、一夫一妻制。施塔尔将这种神学构想与其他反理性主义的、传统主义的和正统主义的论证结合起来。

2. 另外还有一种根据（尽管这种根据容易变成有关上帝—圣父的宗教观念）：君主是父亲。父亲在家庭中的权威和权力，patria potestas［父权］，被转移到国家，于是，国家就被视为一个扩大的家庭。

丰克-布伦塔诺的书中有许多实例和细节描写。[4] 尤其值得一提的是，波舒哀（Bossuet）在《根据经文论政治》（*Politique tirée de l'Ecriture*，1790）中除提出宗教论证外，主要就提出了这

---

[1] 参见《被归于王权的超自然品质（尤其在法国和英国）研究》（*Etudes sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale, particulièrement en France et en Angleterre*），Straßburg，1924。

[2] 参见布洛克，同上书，第 404 页。

[3] 参见基尔克，《阿尔特胡修斯》，第 177 页；丰克－布伦塔诺，《国王》（*Le Roi*），Paris，1922，第 166 页及以下。

[4] 同上书，第 52 页及以下。

种父权主义的论证。“王权具有父权的性质”（L'autorité royale est paternelle），“君主制的基础和模型是父权”（La monarchie a son fondement et son modèle dans l'empire paternel）。菲尔默（Filmer）在《父权政治》（*Patriarcha*，1680）中提出了一种父权主义的君主制学说，这一学说至今仍为人们所熟知，因为卢梭在《社会契约论》（第一卷第二章）中对它开了几个诙谐的玩笑。实际上，菲尔默的理论至少涉及一种在社会心理学上十分有趣、应当认真对待的转移现象。

3. 与宗教或父权主义根据相比，其他的君主主义观念并不具有同等程度的特殊性。有一种家产君主制，在这种制度下，君主拥有重要的永久财产，掌握着经济权力。他是全国最大的地主，是主人，亦即是财产所有者。这在现实政治中有可能成为君主地位的一个非常坚实的基础，但却并非君主制学说的独特论证方式，因为与一切巨额财富相伴随的社会声誉都有可能导致一种领主地位。封建君主制也同样如此：在这种制度下，国王是一批对他表示了个人忠心的扈从的首领。这些人至死不渝地为国王效力，作为交换，国王则以各种形式为他们提供保护和生计（例如将其接纳到王室家庭，令其担任受俸闲职，或为其提供其他形式的照顾）。这些扈从群体是以各种完全不同的方式形成的，但只要君主没有获得神的庄严品质或父权的地位，
284
我们就不能在政治形式原则的意义上将这种制度说成是君主制。君主制的其他一些历史类型也同样不能作为君主制的思想根据予以考虑。从16世纪到19世纪，在某些欧洲国家形成了一种公务员君主制（Beamtenmonarchie）。在这种制度下，君主位居公务员系统之首，是这个组织的首席长官（premier magistrat）。于是，独特的君主制要素就来自关于非公务员国家的传统历史观念。除此而外，在波拿巴帝国时期，还实现了恺撒式君主制（cäsaristische Monarchie）。在这种制度下，君主只是民主前提下的独裁者。这种类型的君主制有可能发展成

真正的君主制，不过，就其本身而言，它立足于民主制原则，将君主变成了政治统一体的代表：这个代表以人民的意志为依托，其本身是通过人民的制宪权行为设立起来的。

这里列举了君主制的六种类型：神权君主制、父权君主制、家产君主制、封建君主制、公务员君主制和恺撒式君主制。从君主制的实际历史形态来看，这些类型以完全不同的方式结合在一起，结果，在君主制的每一种具体形态中，都同时并存着若干这类要素。在18世纪，德意志地方君主的君主制，例如，威廉一世治下的普鲁士君主制，就因国王拥有巨大的领地财产而含有家产要素，又因与贵族的关系而含有封建要素；除此而外，它还含有公务员君主制的要素，因为从17世纪的全权代表中已经产生出一种形式化的官僚行政机构；鉴于它与邦教会结合在一起，它还含有宗教要素。这种君主制所缺乏的只是所有的恺撒要素，而这些要素是在实行了普遍义务兵役制、确立了普选权之后才得以出现的，也就是说，是在19世纪才得以出现的。瑙曼在其论著《民主制与帝制》（*Demokratie und Kaisertum*，1900）中试图将20世纪的德国君主制变成恺撒式君主制，但这番努力并未产生任何实际结果，而且其理论根据也是错误的。原因在于，一种具有正当性的君主制不能将另外一种思想基础强加给自己，王朝正当性原则与民主正当性原则是相互冲突的，这里必须作出非此即彼的选择，而且这种选择是无法回避的（参见第58页，第88页）。一旦正当性变成了一种制度的思想基础，具有正当性的权力就再也不可能成为新的政治理念的载体了。在1789年革命爆发前不久，一些法国人也作过类似的努力，想把现存的君主制与恺撒主义结合起来；他们提议让国王实行以人民的信任为依托的

独裁。[1] 但是，即便路易十六将恺撒或拿破仑的全部品质集于一身，他也不可能担当这种角色，因为他是拥有正当性的君主，光是这一点就使他不可能实行以人民的信任为依托的独裁。在历史上，新的政治原则总是与担当该原则的新人一道出现的。

4. 在19世纪，真正的君主制观念退居次要地位了。人们要么基于历史的—传统主义的理由，要么基于情感上的理由来证明尚存的君主制的正当性。施塔尔的法哲学和国家哲学将各种不同的视角结合 285
起来，但即便如此，这一思路所涉及的独特的君主制要素也十分欠缺，有关论证就像是一份巧妙的辩护词。施塔尔指出，君主制是历史形成的制度。他将君主与位格上帝进行类比，并且还令人印象深刻地提出了一个要求：人必须有虔敬之心。不过，所有这一切实际上仅仅涉及正当性（Legitimität）问题。基于历史的理由，人们可以为各种各样的制度进行辩护。但是，如果只是为了替正当的内政现状进行辩护，那就与君主制的政治形式原则没有任何关系。如果像诺瓦利斯（Novalis）和缪勒（Adam Müller）那样用浪漫诗意的笔调来描绘国王，那就更不是什么君主制国家理论了。这类诗意化描写将国王变成了情绪和情感的汇聚中心。这样一来，君主制不仅失去了政治上的意义，而且还失去了制度上的意义，甚至失去了正当性的意义，因为不仅国王或女王，而且一切可能的人或物——不管是人民还是君主，也不管是革命者还是忠心耿耿为主人效力的仆役——偶尔都可以引起情绪上的好感，成为诗意美化的主题。君主代表国家的思想——这是君主制的政治形式原则——完全消失了，取而代之的是如下观念：国王是一个象征、一面旗帜。关于代表的思想失去了古老的力量，变成了浪漫情感和情绪的单纯诱因，在这种情况下，人民代议机关就作为

[1] 参见《论专政》，第112页。

“人民的”——即人民的政治统一体——真正代表而粉墨登场了。

5. 具有正当性的君主制不是君主制的一种类型，而是正当性的一个实例。

II. 君主制的各种辩护理由在宪法理论上的意义。

1. 君主制的一切原则依据都仅仅包含两个核心观念：位格上帝和父亲。这两个观念在一种特殊的意义上恰恰导致了君主制。从根本上看，它们都不属于政治领域。如果君主制获得了宗教上的正当性根据，君主变成了一个神性的或与神有特殊关系的实体，这种思想就不
286 是在政治领域里展开，而是在神学或世界观的领域里展开。如果世界作为一个统一体被唯一的上帝所统治，而君主统治下的国家统一体又被视为某种相同的或类似的东西，首要的概念显然就是上帝和世界，而非君主和国家。如果君主被视为国家这个大家庭的父亲，并且由此而引申出关于世袭君主制的王朝概念，首要的概念就是家庭，而非国家。由此可见，这一论证的核心始终是一些非政治概念。神学或宇宙论概念必然导致世界君主制（Weltmonarchie），从而取消了君主与一个特定国家和民族的特殊关系，因而也就恰恰取消了政治，因为在那种视世界为绝对统一体的思想面前，众多的国家和民族是不可思议的。然而，家庭是通过血缘关系和共同家庭生活而建立起来的统一体，它所缺乏的正是公共性。家庭不是像人民一样的政治实体。君主制的这类根据只是统治和权威的一般根据，而不是一项独特的政治形式原则的根据。

2. 自从 18 世纪以来，人们开始为君主制提供理性主义的根据。这类根据属于完全不同的类型。对启蒙哲学来说，国王不过是首席长官，是最开明的（如果事情沿着理性的轨道发展的话）首席公务员，他能够最好地照看那些不那么开明的臣民的福利。不过，这样一来，就既没有产生出君主制的世袭性，也没有产生出君主制的正当性；如果君主缺乏开明的素质，这个根据就站不住脚了。

在19世纪，对君主制的理性主义和经验式的辩护有一个特点：这些辩护将君主嵌入分权的法治国系统，君主制变成了一种单纯的政府形式，君主则变成了一个多少有些影响力的行政首脑。在这里，辩护根据是多种多样的，但它们都旨在证明君主制的有用性和合目的性。以下论点就是一个典型的例子[1]：世袭君主制使国家的最高职 287
位免于政治竞争，这样就巧妙地排除了国内政治斗争的最大危险，各种争吵也趋于缓和和理性化。鉴于国家的最高职位被永久地占据了，政客们追求权力的欲望就受到了限制。“这后一种功能本质上是消极的，它附着于国王本身的单纯的存在，而国王又是按固定规则指定的。因此，纯粹从政治上考虑，这也许是最具有实际重要性的功能了”（马克斯·韦伯语）。

因此，君主职位的最重要的基础是，君主超越于一切党派之上。如果国家通过议会监督制和民主化变成了一个政党国家（Parteienstaat），这也就成为一种特殊的、颇有意义的职位。在几种不同权力的组织中，面对立法权和行政权，国王取得了一种独特的地位。他体现了中立的权力（pouvoir neutre），如果不同的国家活动、职能之间发生了冲突和摩擦，他在无形中可以起到平衡、调节、缓和的作用，他是invisible modérateur［无形的缓冲力量］。这种设想对议会君主制的法治国自由主义来说是十分典型的，其源头可以追溯到贡斯当；从历史的角度来看，路易-菲力普的市民王国（Bürgerkönigtum）也许完全符合其理想。不过，有关中立权力的整个思路对共和政体下总统职位的构想也有直接意义。

就其本质而言，中立权力或缓冲力量所起的作用避开了正式

---

[1] 这个论点已经出现在马布里（Mably）和德·洛尔梅的著作中了，而在马克斯·韦伯的著作中则获得了更为明确的表述。参见马克斯·韦伯，《社会经济学概论》（Grundriß der Sozialökonomik），《经济与社会》（*Wirtschaft und Gesellschaft*），Ⅲ，第649页。

的宪法法规（参见有关德意志民国总统所起的这种作用的论述，第二十七章，三，第351页）。不过，偶尔也有明确的宪法法规，例如，1824年3月25日巴西帝国宪法第四章对立法权（pouvoir législatif）作了规定，第五章（第九十八条及以下诸条）又在“关于缓冲权力”的标题下对皇帝的职能作了规定：“缓冲权力是一切政治组织的关键所在，它被无一例外地授予作为国家元首的皇帝及其首席代表。”

3. 关于君主制的合目的性和有用性的一切论点，以及从历史经验中推断出来的一切论证，不管是由贡斯当和基佐等自由主义理论家提出的，还是由莫拉（Charles Maurras）等反自由的君主主义者提出的，都必然是相对的，并且从历史经验的角度来看，都依赖于一个重要前
288 提：它们只适用于一个已经延续了若干代人、不间断地在位的王朝。君主可以在保留其政治影响力的情况下彻底退出权力中心，而将政治领导权和一切权力（potestas）授予议会或一个强有力的政党领袖；他可以在很长一段时间内不复为政治权力要素了；但是，如果他还想履行那些为其提供了正当性的职能（超党派的中立权力、在紧急关头体现国家的连续性），他就必须维持王位的连续性。一旦连续性被打破了，所有这些论证就再也不起作用了，因为在这种情况下，君主卷入了党派之争，他的事业变成了党派的事业。

因此，理性主义的合目的性理由仅仅适用于政治安全未被动摇的君主制，仅仅适用于“旧”君主制，而不适用于“新君主”（principe nuovo）。马基雅维利为“新君主”写下了《君主论》，他在这本名著中强调指出，如果一个人在和平时期作为受广大民众尊敬和爱戴的君主而握有统治权，王位是很容易维持的；相反，如果要为新的君主统治提供辩护理由，那就完全是另外一种政治情形了。一旦由于王朝的垮台而导致了链条的碎裂，这些辩

解和论证就全都不起作用了。它们也不适用于君主复辟的情形，因为迄今为止的全部君主复辟均以失败而告终：1660—1688 年英国斯图亚特王朝的复辟；1815—1830 年波旁王朝的复辟；在某种意义上，还有 1852—1870 年拿破仑三世统治期间波拿巴王朝的复辟。莫拉指出，一切民主政治都会导致如下结果：由于国内政治中的党派对立，一些党派会求助于外国政府，在这种情况下，外国政府就干涉了民主国家的政治。莫拉举出希腊民主国家的典型发展过程作为一个经典例子：贵族派求助于斯巴达人，民主派则求助于雅典人。在 16 世纪，意大利半岛诸国经历了同样的发展过程：在佛罗伦萨，一个党派与法国人结盟，另一个党派则与西班牙人或德意志人结盟。这一历史经验无疑是十分有趣的，不过与之相对的还有另外一种经验：复辟的君主制也同样离不开外交政策的支持，离不开外国的支持。例如，站在英国的民族立场上看，斯图亚特王朝与法兰西国王的结盟简直就是叛国行为。从 1815 年至 1830 年期间，神圣同盟的君主主义政治也同样导致了经常不断的干预。从历史经验中恰恰无法获得一种毫无矛盾的政治制度，如果仅仅从历史的角度为君主制提供根据，那就缺乏任何确凿的证据，缺乏任何原则。在这种情况下，我们就只能说，如同历史上的一切事物一样，君主制产生而又消失了。

Ⅲ. 近代宪法中君主的地位。

1. 立宪君主制的基础是，君主制原则受分权原则的抑制，君主作为独立的、无所依傍的行政首脑代表着政治统一体，而行使代表职能 289
的人民代议机关（议会）则作为第二个代表与之相抗衡，这样就实现了与国民法治国原则相符的区分和平衡。不过，主权问题并未获得最后决断，仍是一个有待解决的问题。在 19 世纪德国立宪君主制条件下，君主制原则在立宪规范的背后保持着有效性；在这里，君主制是真正的政体，而不仅仅是政府形式和行政组织要素。

普鲁士立宪君主制理论家施塔尔替德意志的几部宪法成功地阐述了立宪君主制——不同于议会君主制——的特点。按照他的观点，立宪君主制的本质在于，立宪君主仍有实权，其个人意志仍起一定的作用，并没有完全消融于议会中。“由于君主的权力获得了有力的保障，他仍是国家权力的一个有别于其他要素的独立要素。”[1] 这个区分很有实际意义，但它原则上只承认了国民法治国要素，承认了能对君权的行使起缓和作用的自由主义。我们可以将这种君主制称为“立宪君主制”，也可以将它置于与“议会君主制”相对立的位置上，尽管议会君主制同样具有立宪的性质。不过，我们必须认识到，这种原则性的**政治**对立是君主制与民主制的对立。立宪君主制不是特殊的政体，而是国民法治国与君主制的政治原则在保持君主主权条件下的结合，每当发生了冲突和危机，这种主权马上就会重新表现出来（参见第55页，第88页）。采用“立宪君主制”一词，并没有解决一个决定性的问题：君主制是否已不再是政体了，而变成了一种单纯的政府形式？抑或君主制原则继续得到了维护？

在欧陆国家——1830—1848年路易－菲力普统治下的法国市民王国、以1831年宪法为基石的比利时——的议会君主制条件下，君主仍是行政首脑，但政治领导有赖于议会多数的同意。在这里，政体不再是君主制了；毋宁说，君主制已成为自由法治国的权力平衡过程中的一个组织要素。施塔尔将这种君主制称为“自由宪政”，它与德国立宪君主制（按施塔尔的表达方式）的区别在于，君主制原则被放弃了。因此，如果政治统一体还想继续存在下去的话，民主制原则就必然成为它的基础。“立宪”要素——即国民法治国要素——作为一

[1] 《革命与立宪君主制》（*Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie*），2. Aufl.，1849，第33页，第76页及以下，第93页及以下。

种独立要素被添加到两项政治形式原则上，试图对它们加以利用和平衡，并与它们结合起来。

比利时宪法第二十五条规定："一切权力来自国民，并按宪 290
法确定的方式予以行使"（Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution）。施塔尔对激进宪政、自由宪政和真正的立宪君主制进行了区分。1791 年的法国宪法是激进宪政的一个实例。在施塔尔看来，这部宪法的激进性质表现在，国王对立法只有暂停否决权，因此，国王不是立法机关，而是被严格限制在行政的范围内。自由宪政是包含如下几个方面的立法形式：两院制、国王否决权、须取得议会信任的大臣。关于真正的立宪君主制，1850 年 1 月 31 日的普鲁士宪法提供了一个实例。按照该宪法，治理权仍掌握在国王手中，法律必须取得他的同意方能生效，他有权召集议会开会，宣布休会，推迟开会，解散议会。这个区分如同施塔尔的整个设想一样，完全取决于德意志君主制的特殊政治状况。其根本要点在于，宪政——即一项自由主义原则——得到了正确认识，被看成是附加到君主制或民主制的政治原则之上的一项原则，而另一方面，正如前面已经指出的，核心的政治问题——究竟是君主制还是民主制——尚未获得解决，尚未通过对"宪法"的承认而予以决断。

2. 比利时式的议会君主制同样是立宪君主制，但这种君主制放弃了君主制原则，也就是说，它把作为政体的君主制变成了行政（政府）的一种组织形式。在这里，出于历史原因，"君主制"这个名目保留了下来。虽然君主也许丧失了一切权力（potestas），但他能够作为权威（Autorität）继续存在，因而就能够很好地行使"中立权力"的各种特殊职能。就此而言，保留"君主制"这个名目是有道理的。政治领导权掌握在大臣手里，而大臣又对人民代议机关负责，并且必

须取得人民代议机关的信任。关于这一点，有一句非常有名的成语："国王统治，但不治理"（Le roi règne mais il ne gouverne pas）。德国重要的国家法学家赛德尔（Max von Seydel）提出过一个问题：如果抽掉了"治理"（gouverner），"统治"（règner）还剩下点什么呢？这个问题可以这样回答：我们区分了权力（potestas）和权威（auctoritas）（参见第 75 页），使人意识到权威相对于政治权力的独特意义。

IV. 共和制宪法中的国家总统。

1. 在 19 世纪法治国的发展过程中，人们以一种独特的方式利用传统的君主制安排。国王作为"行政首脑"被纳入分权系统，他有各种不同的权限范围，但总是位居一种特殊权力之首。于是，君主制就
291 从政体变成了单纯的政府形式，但又继续保持着它的代表性质。通过设立一个议会（立法团体），用另一种代表权来与这种代表权相抗衡，从而让主权者（按照民主制原则，这个主权者就是人民）待在幕后，暂时不走上前台，这符合法治国的平衡思想。民主制原则（人民作为政治统一体的自我同一性）与代表原则达到了平衡，另一方面，由于代表原则有可能得到绝对的实施，因而就采取了让两个代表——君主和人民代议机关——互相抗衡的办法来排除和抵消这个危险。

这种设想以一种理想的方式将国民法治国与混融在一起的两项政治形式原则（君主制和民主制）结合起来。因此，它是国民法治国的典型特征。在一个地方，如果君主制甚至不成其为政府形式了，共和制已获得了普遍承认，这种设想就保留了下来。就此而言，19 世纪法国宪法的发展轨迹是十分清楚的。由于连续性被不断打破，由于法国人民在 19 世纪经历了多次王位更迭，君主的权威几乎不可想象了。不过，关于权力平衡的法治国构想还是继续保留了下来，在这种情况下，关于一个具有代表性质的独立行政首脑的构想也随之保留了下来。这个国家总统是议会君主制下的共和君主。由于分权的原因，国

家总统必须保留下来，并且被赋予了特定的权限（例如议会解散权），以便让政府与议会达到平衡，使政府取得一定程度的独立性。

普雷沃-帕拉多尔（Prévost-Paradol）在好几篇论文中，尤其在《新法国》（*La France nouvelle*，1869）一书中阐述了关于这种制度的国家理论构想，其思想曾对1875年的法国宪法律产生了重大影响。当时的法国人不想让人民直接选举总统，因为他们对以前的一个危险先例仍有印象：1851年，全体法国人民选出的总统路易·拿破仑成功地发动了一场政变。除此而外，1875年宪法律的制定者有一个政治目标，那就是要重新恢复君主制；他们在制定宪法法规时想尽量减少恢复君主制的困难。不过，权力平衡的构想仍是相同的。

2. 魏玛宪法采纳了这种制度，不仅将纯粹的议会制要素引入宪 292
法，而且还将总统制要素引入宪法。民国总统由全体德国人民选举产生，拥有一系列重要的政治权限，例如在国际法上代表民国（第四十五条），任免民国文武官员（第四十六条），掌握民国一切国防军的最高命令权（第四十七条），对一个邦实行武力强制（第四十八条第一项）[1]，采取紧急状态措施（第四十八条第二项），代民国行使赦免权（第五十条[2]）。民国总统还拥有针对议会的权力：他有权解散国会（第二十五条），有权下令就国会议决的法律举行公民投票（第七十三条）。这些权力使他取得了与国会相抗衡的地位（参见第197页上有关权力平衡的一览表）。

按照魏玛宪法第一七九条第一项，依据1919年2月10日的民国

[1] 【中译者注】此处的“武力强制”是指，民国中的某一邦，如不尽其依照民国宪法或民国宪法所规定之义务时，民国总统得用武力强制之。

[2] 【中译者注】此处疑有误，有关总统赦免权的规定应为第四十九条。

暂行政权法和1919年3月4日的过渡法，民国总统大体上（也就是说，只要法律未作另外的规定）取得了皇帝的权力；尤其值得注意的是，他取得了组织权，也就是说，他有权在皇帝的组织权范围内调节各民国官署的建制、权限和公务活动。我们不能将这一点称为权利的继受，也不能像安许茨那样将这一点称为权利的间接继受[1]，因为法律依据并不相同。但是，鉴于总统接管了类似的权力，承担了总的职责，我们可以看到，他的地位与君主政体下行政首脑的地位确实是极其相似的。在这里，如同在其他情形下一样，政治形式原则的各种要素被相对化了，变成了一系列组织手段。这些要素与国民法治国原则以及各种相反的政治形式要素结合起来，被用来产生国民法治国宪法特有的混合宪法形态。

[1] 参见《评注》，第435页。

第二十三章　3. 近代国民法治国宪法中的贵族制要素

I. 贵族制的政治形式以代表思想为基础。但是，由于起代表作用的并非唯一的一个人，而是多数人，这个形式原则的后果就削弱和缓解了。因此，贵族制本身含有某种“缓冲要素”（参见第十六章，IV，第 218 页）。 293

近代国民法治国宪法以两种方式利用了贵族制原则的形式要素。首先，议会统治即便不是贵族制，也是寡头制（参见第二十四章）。第二，贵族制的形式和结构要素可被用作权力平衡的组织手段，以便让民主制要素和君主制要素更好地互相平衡。君主制要素尤其适合于行政的建构，并且也被用于这个目的（参见第二十二章，IV，第 288 页），而贵族制要素则被嵌入分权的立法组织，在立法机关内部，人们用或多或少具有贵族性质的上议院来与符合民主精神的下议院相抗衡，这样就出现了近代法治国宪法的两院制。

II. 两院制的观念和正当理由。

1. 在多数欧陆国家，英国为引进两院制提供了一个标准的蓝本。这种制度特别有助于说明 19 世纪的自由主义思想，因为它与权力区分的原则完全一致。不仅如此，这种制度还能保护某些特定等级或阶层的社会权力，使之不受激进民主制的侵害。因此，它既迁就了自由主义的要求，又迁就了保守主义的要求。这大概还可以说明，为什么这种制度会如此广泛地流行。在德国和法国，大多数自由主义者都

认为两院制是合理的、明智的制度，并且以不同的方式设计了这种制度。

2. 贡斯当奠定了两院制的基础，并对它进行了表述。对19世纪的资产阶级自由主义而言，这些思想已具有了经典意义。贡斯当将上议院看成是一个特殊的代表机构，试图通过建构不同的代表对象，从而划分不同的代表权。民选的下议院是变化无常的民意的“代表”，
294 世袭的上议院则是“恒久性和连续性的代表”（“恒久性”与“民意”相对）。贡斯当不再将“王权”（作为“中立的”权力）（参见第287页）、行政权（作为执行权）和司法权看成是“代表性的”。他用各种不同的、略有变化的措辞反复重申了如下思想：下议院被变化无常的意见和多数所支配，其立足点是数目和数量，必须设立一个立足于稳定性和质量的特殊代议机关来与之相抗衡。就连德国的自由派也明确承认这种关于上议院的构想。[1]

3. 两院制必然与民主制的政治逻辑相抵触，因为民主制的先决条件是统一民族的同类性和同一性。一旦设立了第二个独立议院，而这个议院又有一定的政治意义，就会对全体人民的这种统一性构成威胁，而且恰恰会导致立法权——这种权力在一种特殊的意义上被认为表达了公意——的二元制。无论在什么地方，只要宪法想特别强调一个单一的、完整的民族的主权，只要人们还对贵族制的社会权力怀有普遍的政治担忧，一院制就会得到严格的实行。

1791年和1848年的法国宪法便是如此。针对1848年宪法，托克维尔赞成实行一院制，因为按照该宪法，法兰西共和国总统由全体法国人民选举产生，而一个由全体人民选举产生的总统只

[1] 参见布伦奇利，《普通国家法》，I，第512页；格奈斯特，《英国宪政史》，第675页及以下。关于贡斯当的论述，参见他的《政治著作集》，第18页。

应面对一个统一的、由全体人民选举产生的立法机关。[1]

民主制对两院制十分反感，这是由于民主制预设了充分的同质性和统一性。对民主宪法来说，两院制的问题可以简化为一个明确的选择：要么人民内部的某些显著的实质性特征——特殊教育、特殊经验、年龄、财产、地产——在第二个议院中体现出来，在这种情况下，两院制就有违一切国民的民主平等和同类性；要么这里并不涉及本质性的差别和特征，在这种情况下，就很难理解，为什么这些差别和特征会导致一个特殊议院的设立。法治国关心权力平衡本身，自由 295
主义要保护有价值的少数，这两种关切很容易与民主制原则的逻辑相抵触。晚近以来，人们试图通过两院制来平衡其他社会差别，尤其是劳资对立，这番努力同样会与民主制原则的逻辑相抵触。这种对立太尖锐了，通过两个立法机关来对它加以组织，只会使社会对立更尖锐地暴露出来，对政治统一体形成更大的威胁。

III. 两院制的历史类型。

1. 英国上议院。

从 14 世纪（1332 年）开始，贵族会议就作为上议院定期召开，参加贵族会议的是高等贵族：公爵、伯爵、高等男爵，他们均为国王封臣，组成大会议（Magnum Concilium），即封建扈从会议。这个上议院与低等贵族即骑士相分离，而骑士又与各市镇的代表一起组成下议院（House of Commons）。两个议院与国王一道组成议会。每个议院都经历了一个特殊的历史发展过程。上议院直到今天还是一个贵族院（Pairskammer），主要由一批国王

[1] 关于瑞士人对两院制的反感，参见埃斯曼 - 内扎尔的书，I，第 126 页。

任命的世袭成员组成。迄至1832年，两个议院之间存在着事实上的同质性，因为一个议院的多数与另一个议院的多数完全相符。只要下议院尚未按照近代民主制原则选举产生，而是在中世纪的、被许多偶然因素决定的地方选举权的基础上选举产生，就会出现这种相符的情况，因为在这个过程中，上议院的贵族完全操纵了下议院的选举。1832年开始了一个新的发展过程，下议院变成了符合近代民主制的议院，相反，上议院则继续保持了它的贵族性质。不过，由于1911年的议会法案，上议院丧失了作为立法机关而享有的与下议院完全平等的地位。现在，如果在一段特定的时间内，下议院在连续三届会议中原封不动地通过了一项法律，国王就可以不经上议院的同意公布该法律，而上议院只有“暂停否决权”。除此而外，1911年议会法案还完成了另一个与财政法相关的发展进程：一切财政法律均由下议院单独予以决断，即便上议院要对它们进行讨论；在有疑义的情况下，什么应被视为财政法律，这个问题由下议院议长定夺，上议院没有参与权。

眼下（1927年夏），一系列改革计划已经出台，目的是要将上议院从前拥有的部分权力重新交还给它。这番努力的政治意义在于：在下议院中，工党因民主选举权而成为持久的权力要素，因此，保守的上议院就被当作一种有效的平衡手段来与之相抗衡。在这里，权力平衡有助于维护现存的资产阶级秩序。

2. 在多数欧陆国家，两院制都是仿效英国的典范而予以采纳的。
296 在这里，对英国宪法状况的理想化起了一定的作用。这种理想化从孟德斯鸠开始，贯穿整个19世纪，甚至在20世纪的某些学者那里延续下来。

孟德斯鸠在《论法的精神》第十一章第六节中说：“在一个

国家里，总是有一些人以出身、财富或荣誉著称。不过，如果他们和平民混杂在一起，公共的自由就会成为对他们的奴役，而且他们不会有保卫这种自由的任何兴趣，因为大多数决议都是和他们作对的。所以，他们参与立法的程度应该和他们在国家中享有的其他利益成正比。”[1] 因此，设立这种特殊议院的理由是，一个对国家有价值的少数不应依照民主制原则而被多数票否决。

这一系列思路导致了贵族式的 Pairs-Kammer［贵族院］[2]的产生，它与真正的人民代议机关并肩而立。

因此，1814 年法国宪章第二十七条和 1830 年市民王国宪法第二十三条对“贵族院”（chambre des pairs）作出了规定。1850 年普鲁士宪法第六十二条规定：“立法权由国王和两院共同行使，一切法律均须取得国王和两院的同意。”第六十五条规定：“参议院的议员由国王任命，为世袭或终身职。”

3. 以联邦国家组织的种种特点为基础的两院制。在这里，除了由全体人民普选产生的众议院而外，还有一个由成员邦组成的特殊议院，即联邦参议院。这样，就出现了一个“由结盟各邦组成的议会”（布伦奇利语），与企求统一的民主众议院并肩而立。

---

[1] 【中译者注】参见《论法的精神》中文版，上册，张雁深译，北京：商务印书馆，1987，第 159 页。施米特的引文在“如果他们与平民混杂在一起”后缺“并且如果他们和其他的人一样只有一个投票权”（et s'ils n'y avaient qu'une voix comme les autres）一句。

[2] 【中译者注】施米特在这里还用了两个词来解释“贵族院”，一个是法文词 corps de nobles［贵族团体］，另一个是德文词 Herrenhaus［贵族院］。

在美国，除众议院外，还设立了一个参议院，两者共同组成“国会”。在瑞士联邦，除国民院（Nationalrat）外，还设立了一个联邦院（Ständerat）来代表各州，两者（作为“两个部门”）共同组成联邦议会。1849 年法兰克福宪法第八十五条规定，国会由两院组成：联邦院和国民院。

魏玛宪法（第六十至六十七条）中的民国参议院，就其权力和活动来看，实际上接近于第二个议院，但却没有被设立成一个特殊的代表机关，而只是在民国的立法和行政过程中代表德意志各邦。确切地说，民国参议院是由各邦政府的代表组成的议会，而这些代表要接受各邦政府的指示。由于民国参议院有权参与立法（魏玛宪法第六十九条规定的立法创制权和第七十四条规定的异议权），它就能够在分权系统中履行第二个议院的职能，但它并不与国会一道组成议会。

297　4. 在一个民主的单一制国家里，基于单纯的分权理由而设立的两院制：第二个议院作为参议院而与众议院相抗衡，以便在立法机关内部对权力作出某种划分，并由此而形成一种监督和钳制的格局，为法律的制定提供更充分的讨论和协商机制。除此而外，还要加上博林布罗克已经表述过的一个思想：上议院必须在国王与下议院之间，亦即在行政首脑与人民代议机关之间履行仲裁职能，发挥居间调停的作用（参见第 297 页）。

在一个以民主制原则为基础的共和国里，如果这些理由导致了第二个议院的设立，就会出现一个问题：这个议院在构成上究竟有一些什么样的特点，从而使自己能够与另一个议院区别开来？如果设立一种世袭的甚或只是选举终身议员的制度，并用这种制度来取代定期选举的方法，那就会造成不民主的后果。按照 1875 年的法国宪法律，参议院应由 75 名终身参议员组成，他们均由当时的国民议会——后来又通过补选——任命。可是，没过几年，这一制度就被废除了（据

1884 年 12 月 9 日颁布的法律）。在采取世袭制甚或终身任职制的情况下，参议员有可能获得相当大的独立性和代表权，从而使民主制的同一性原则受到侵害。因此，人们必须满足于一系列相对次要的细微差别：选举年龄、选民或议员人数的差别，间接而非直接选举，定期增补（在这种情况下，只有少数议员离职，也只有少数议员经重新选举而当选，这样做是为了保持议院的连续性），选区或选举制度的差别。不过，这些差别显然不足以为一种独立的、具有政治意义的制度安排提供理想的基础。

5. 最近以来，人们试图将两院制变成经济议院与政治议院的结合，甚或经济议会与纯粹政治议会的结合。结果，在后一种情况下，就出现了两个议会（不只是两个议院）。

> 如果说上议院与下议院的对立意味着劳资对立，两院制就不过是阶级对立的展开。但是，如果人们力图在回避这一对立的情 298
> 况下将政治与经济予以分离，并且在这一分离的基础上建立两院制，这种努力可能毫无希望，因为决断始终产生于政治。这一点也同样适用于两个议会的构想。经济议会可能要求与政治议会平起平坐，在这种情况下，如果两个议会不是绝对同质的，因而其双重性就是绝对多余的，那么，在关键时刻，冲突就在所难免。一旦发生了冲突，哪个议会证明自己是决定性的一方，哪个议会就必然变成了**政治**议会，因为它掌握了领导权，从而也就承担了责任，不管它此前是按政治议会组织的，还是按经济议会组织的。这个反对意见不仅适用于韦布先生和韦布夫人（Mr. and Mrs. Webb）的提议，而且适用于某些德国人的提议，可谓击中了这类提议的要害。韦布先生和韦布夫人主张并列设置两个权力相等的议会（一个是政治议会，另一个是社会议会），而某些德国人则要求设立一个经济议会，以便让经济彻底摆脱“政治”（这里

的“政治”是指目前这种党派政治)。[1]

魏玛宪法第一六五条设立了民国经济委员会，它被设想成一个联合组织，将劳工和雇员的代表团体与各区经济委员会——雇主代表和雇员代表人数相等——结合起来。不过，到目前为止（1927年秋），它仅作为民国临时经济委员会，依照1920年5月4日的一项法令[2]，由经济生活中的不同经济行业和部门的代表组成。按照第一六五条第四项，民国政府的一切涉及社会福利政策和经济政策的重要法律草案均应提交给民国经济委员会予以审核。最终的民国经济委员会甚至有权自行提出这类法案（也就是说，它拥有创制权），并且可以委派一名成员作为法案的代表出席民国国会。除此之外，它在民国立法过程中没有参与权，基本上只履行审核职能。我们很难从分权的角度来看待魏玛宪法第一六五条所设立的这一制度，因为民国经济委员会不是一个特别议院，尽管它的成员（依照1920年5月4日颁布的法令第五条）被视为全体人民的经济利益的代表，不接受任何请托。同样，我们也不能将它看成是一个独立的经济议会，因为议会必须对经济法律及其他事项拥有独立的议决权。民国经济委员会基本
299 上只履行审核职能，这一点也导致了如下结果：现在，协商只在委员会里进行，人们不再遵循议会的公开讨论程序。行政法上的个别权力（例如给予生产火柴的许可[3]）丝毫不能改变这一结果。在这里，或

---

[1] 参见塔尔塔兰－塔恩海顿（Tatarin-Tarnheyden），《职业阶层》（*Die Berufsstände*），Berlin，1922，第238页，*Schmollers Jahrbuch*，49（1925），第185页，*Ztschr. F. Politik*，XV，第120页；另参见布劳魏勒（H. Brauweiler），《职业阶层与国家》（*Berufsstände und Staat*），Berlin，1925，*Preußische Jahrbücher*，Oktober，1925，第64页；布劳魏勒是两院制的反对者。

[2] 参见*RGBl.*，第858页。

[3] 1927年5月28日民国法律，*RGBl.* I，第123页。

许出现了一种独特的重组形态的苗头，而这种重组形态不能按国家组织的传统概念予以把握。但是，直到今天，我们也只能认为，魏玛宪法设立的这个民国经济委员会既不是第二个议院，也不是经济议会。

IV. 上议院的权限和权力。真正的权限在立法领域，不过，受英国样板的影响，这个议院也被授予了其他权限，尤其是司法权（确切地说，主要是政治司法权）。

1. 立法。

（1）在法律决议案的形成过程中，上议院拥有积极的、平等的参与权。

按照两院制的原初含义，一项法律须经两院的一致决议才能成立，在立宪君主制的条件下，还要加上国王的同意。据此，若欲赋予一个团体以立法机关的性质，光是否决权或异议权还远远不够。就连绝对否决权也不是立法参与权，而是一种作为钳制手段从外部干预立法权的特殊权力；设立这种权力的目的不是为了参与，而只是为了限制和防止立法权的滥用。至于那种仅起延迟作用的暂停否决权，就更不能视为参与权了，就更不能说明某个团体具有第二立法机关的性质了。不过，就实际结果来看，经常都不能对这种异议权与参与权进行区分。如果异议权的拥有者同时还拥有独立的立法创制权，就尤其不能这样做。很显然，光是这种创制权本身还不能说明某个团体具有第二立法机关的性质。其他的钳制可能性，例如一个议院针对另一个议 300
院的一项法律决议案要求举行公民投票或解散议会的权力（因而就包括诉诸人民的可能性），同样不能为积极的立法参与权提供根据。

如前所述，由于1911年的议会法案，英国上议院的参与受到了限制，因此，就有人认为，英国上议院只有纯粹的暂停否决

权。[1] 其实，撇开财政法律不谈，上议院仍然主管法律决议案的协商。无论从实际上看，还是从理论上看，“纯粹否决权”一词都是很不精确的。

就立法权而言，法国参议院基本上是与众议院并立的第二个议院。按照1875年2月25日宪法律第五条，参议院有权参与解散议会：共和国总统须经参议院同意方能解散议会；在这里，参议院的参与权起到一种平衡作用，使参议院在众议院与总统之间占有一种仲裁的地位。

按照魏玛宪法第七十四条，德意志民国参议院有权对国会议决的法律提出异议。在这种情况下，法律被退交国会再次议决。因此，民国参议院仅就针对一项法律决议案提出的异议进行表决，其异议决议案并非法律决议案。国会通过再次议决程序（按照正确的理解，仅需一读就足够了）对异议案表态，但并没有对异议案作出最终裁决。裁决权实际上掌握在总统手中，主要看总统是否下令举行公民投票。如果国会的再次议决仅仅产生出一个简单多数的决议案，国会的法律决议案就不能成为法律。在这种情况下，如果总统不下令举行公民投票，参议院的异议案就产生了效果，法律的制定就受到了阻碍。如果国会在再次议决过程中以出席议员三分之二的多数通过其决议，而总统又不下令举行公民投票，参议院的异议就被取消了。

按照魏玛宪法第七十六条，参议院可以要求总统下令就国会提出的修改宪法的法律决议案举行公民投票。这一权力可从宪法律对参议院异议权的处理方式中得到说明。第七十六条对宪法修正案作出了规定：国会欲议决此类法律，须有特定多数之出席和赞成（法定人数三分之二之出席和出席议员三分之二之赞成）。

---

[1] 例如，可参见埃斯曼－内扎尔的书，I，第209页。

相对于首次议决而言，再次议决中的三分之二多数只是一种重申，而不是一种特殊的先决条件，它在这一重大情形下否决了参 301
议院的异议案——如果总统不下令举行公民投票的话。如前所述，参议院在这类情形下还有权要求举行公民投票，于是，这个结果又因参议院的这种权力而被再度纠正了。

(2) 即便就立法创制权而言，两个议院通常也有同样的权利。不过，就财政法律的创制权而言，几乎处处都有一些特殊情况。在这里，与作为真正的“人民”代议机关的下议院相比，上议院（贵族院或参议院）不是那么重要，因为下议院被看成是那些必须缴纳税金因而就必须批准税金的人的代议机关。

下议院在制定财政法律时享有特殊地位，这一点可溯源于英国的发展历程：王室特别津贴由议会批准。按照美国联邦宪法，凡涉及税收的法律草案必须由众议院提出，但参议院可对其作出修改决议，正如参议院可对其他一切法律草案作出修改决议一样。按照 1831 年比利时宪法第二十七条，一切涉及国家税收的法律都必须首先由众议院表决通过。1850 年 1 月 31 日普鲁士宪法第六十二条规定，财政法律案和国家预算必须首先提交给众议院，而在涉及其他法律时，政府有权选择将法律首先提交给两院中的任何一院。1875 年 2 月 24 日法国宪法律第八条第二项规定，财政法（lois de finances）必须首先提交给众议院，并由众议院表决通过。在这里，有一系列引起争议的问题：参议院是否根本就没有修改财政法的权力，因而就必须按众议院议决的形式，要么原封不动地采纳这类法律，要么对它们作出否决？参议院能否像美国参议院那样提高或降低个别款项？参议院在修改这类法律时是否必须受如下条件的约束：政府运用其立法创制权，而参议院则只能应政府的提议对议院的决议作出一切修改？参议院的独立

修改权也许最符合1875年宪法律制定者的宗旨，因为这些制定者心目中的典范就是美国的参议院。

按照魏玛宪法第六十九条，德意志民国**参议院**有权议决**法案**。除此而外，它对民国政府的法案还有**同意权**。不过，如果法案是由民国国会提出的，参议院就不拥有这种同意权，因此，只要法案改由国会的某个议会党团提出，就很容易避开政府法案须经民国参议院同意这一要求。如果民国参议院与民国政府未就政府的一项法案达成一致意见，民国参议院就有独立的提案权。在这种情况下，民国政府有义务将民国参议院的法案提交给国会。

按照魏玛宪法第八十五条第二项，民国参议院对财政法律拥
302 有同等的参与权，因为国会须经民国参议院**同意**，才能决定在政府提议的预算案中增加支出和减少收入。按照正确的理解，这种同意权（不同于单纯的异议权）适用于一切财政法律，对这个重要的领域而言，它表面上将参议院变成了第二个议院。不过，我们不可忽略如下事实：在这里，参议院只有与民国政府一道合作的共同决定权，而没有反对民国政府的共同决定权；而且，经国会三分之二多数的决议，还可以使这种共同决定权归于无效。[1]

2. 上议院（贵族院、参议院等等）作为**最高法院**。某些宪法法规按英国的样板（现已空无内容了）设立了上议院或参议院主管政治诉讼的特殊权限。魏玛宪法没有对立法机关的这种政治司法作出规定（参见第十二章，第135页）。

3. 上议院或参议院作为“**宪法的守护者**”（Hüter der Verfassung）。

---

[1] 参见魏玛宪法第八十五条第五项。关于魏玛宪法第八十五条第四项的实施情况，参见珀奇，*Jahrb.ö. R.* XIII，1925，第221页；黑克尔（Joh. Heckel），*AöR*，N. F. 12 [1927]，第467—468页。

在这种情况下，上议院或参议院是宪法诉讼法院，是裁决法律和法规是否合宪的法院，是裁决宪法诉愿的法院（参见第十一章，Ⅲ，第 112 页）。

在此基础上，出现了“保守参议院”的制度。参议院可以宣布法律和法令违宪，这种制度是法国几部宪法的典型特征，例如：共和八年宪法（1799）、共和十二年宪法（1802）、1852 年 1 月 14 日宪法第二十六条及随后各条。在这最后的一系列规定中，参议院被明确说成是“基本公约和公众自由权的守护者”（gardien du pacte fondamental et des libertés publiques）。

4. 上议院（贵族院、参议院）与议会制政府。在两院制中，两个议院共同组成了议会。因此，在政府对议会承担政治责任的情况下，政府必须依赖两个议院，要么每个议院分别使这种责任发生作用，要么就需要有两个议院的一致决议。实际上，民主的发展进程已经导致了如下结果：上议院或相当于上议院的议院失去了影响力，对议会的依赖性转变成了对下议院（众议院）的依赖性。

在英国，这种情况在 19 世纪才变得非常明确。[1] 在法国，按照 1876 年 2 月 25 日宪法律第六条，各部部长共同对两院负责（solidairement responsables devant *les chambres*）。政府对议会负责，实际上主要是对众议院负责，尽管两院理论上拥有平等的权力[2]，而且信任或不信任的决议要由参议院作出。[3] 303

在德意志民国，议会制政府的要求仅仅意味着，政府必须取得民国国会的信任。因此，1918 年 10 月 28 日的宪法修正案规定：“民国总理于行使职权时须取得民国国会的信任。”同一宪法

[1] 参见第 321 页。

[2] 参见埃斯曼－内扎尔的书，I，第 234 页及以下。

[3] 参见希佩尔，*JöR.* XV，1927，第 180 页。关于参议院和解散的问题，参见第 300 页。

修正案还进一步规定："民国总理及其代表于行使职权时对**民国参议院**和**民国国会**负责。"魏玛宪法第五十四条提及民国国会的信任，但民国参议院不在考虑之列。德意志联邦参议院或民国参议院的组织包含着第二个议院的要素，不过，这些要素仅仅以德意志民国的联邦国家结构为基础，并不意味着真正的两院制（参见第 296 页）。

V. 两院制对立法权进行了划分，因而必然导致如下结果。

两个议院的议员身份是互相冲突的。在这里，肯定存在着不相容性（参见第 190 页）。

第二十四章　4. 议会制

I. “议会制”一词的多义性。

人们在使用一系列不同的词语时往往不给出明确的、统一的界定。这些词语包括议会制（Parlamentarismus）、议会制政府（parlamentarische Regierung）、责任制政府（verantwortliche Regierung）、党派政府（Parteiregierung）、多数派政府（Mehrheitsregierung）等等。这几个词涉及议会——即立法机关——与政府的几种不同关系。不过，与此同时，它们也涉及不同类型的政治领导权、不同类型的“统治权”（ruling power）。“议会”一词的使用可从如下事实中得到说明：以议会为核心的英国宪法状态被奉为理想模型和典范。不过，尽管有一个共同典范，但明显的矛盾却无处不在。因此，“议会制”的最重要标志就是，它有许多完全不同的特征。一项宪法法规可以选用任何词语来说明政府对议会的依赖性，来说明“责任”或“信任”，但这些词语在不同的国家、不同的时期具有完全不同的含义。 304

1. 从欧陆国家的情况来看，在19世纪，最重要的是，经选举产生的人民代议机关扩大了对君主制政府的政治影响力。议会作为立法机关力图超越立法领域，将其权力的触角延伸到政府。为了做到这一点，人们扩大了“形式法律”概念（参见第134页），或者对政府活动实施监督，尤其是对政治领导人的遴选施加决定性的影响。这样就形成了一个观念：议会制意味着议会（即人民代议机关）对政府的控制。在这种情况下，权力区分的原则就让位于议会专制主义，议会制

政府的要求变成了纯粹的民主要求：政府必须服从人民代议机关的意志；政府纯粹是人民代议机关——即议会——的一个委员会；议会纯粹是人民的一个委员会（参见第 266 页）。

2. 面对此一概念的民主化，权力区分的思想再度导致了国民法治国的议会制。雷德斯洛布的《议会制政府的真假形式》（*Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form*，1918）一书强调了这一思想，使之对魏玛宪法的制定者产生了影响。据此，“真正”议会制的本质恰恰在于，行政不是屈从于议会意志的工具，相反，这两种权力之间存在着一种平衡。这种平衡通过各种不同的方式（政府解散议会的权力、举行公民投票的可能性）产生出来（参见第 197 页上的图表）。无论如何，这一解释触及了某种本质性的东西，因为议会制不是民主制的同一性原则的结果和运用，而是近代国民法治国宪法的一部分，是其真正的政府体制。议会制的基础是，它运用和混合了不同的甚至相反的政治要素。它利用了君主制思想来加强行政（即政府），使之与议会保持平衡；它利用了关于代表机关
305 的贵族制思想，在某些国家，还利用了关于两院制的贵族制思想；它还利用了关于人民决断权的民主思想，这里的人民不是被代表的人民，而是直接投票的人民。运用民主思想的主要目的是，如果议会与政府发生了冲突，就由直接投票的人民来对冲突作出裁决。于是，相对于议会和政府而言，人民就成为更高的第三方，成为平衡的载体。这种制度因而首先完成了典型的、独特的混合——如前所述（参见第 216 页），这种混合乃是国民法治国的本质所在。议会制不是独立的政治形式，它既非特殊的政体，亦非特殊的政府形式，而是将不同的政府形式和立法形式付诸运用并加以混合的系统，其宗旨是要维持不稳定的平衡。

因此，我只能在如下限度内同意斯门德关于议会制是一种特殊政体的论点：议会制意味着各种政体要素的平衡和相对化，而

> 这种平衡和相对化正是国民法治国的特征。议会制可以是一种动态的制度，与静态的制度截然相反，因为它力图实现各种政治要素的不稳定的平衡。不过，这里所说的动态制度并不意味着，议会制作为政治统一体的“整合”机制包含着一个与其他国家形式原则相对的特殊形式原则。议会制的特殊性在于，不同的形式要素结合起来，互相平衡，以满足国民法治国原则的要求，满足将市民阶层整合到君主制国家中去的要求（参见第 207—208 页）。

这种制度使不同的政治形式保持着不稳定的平衡，它同时运用了同一性要素和代表要素，运用了君主制、贵族制和民主制这几种不同的结构要素，因而就以一种特殊的方式符合自由市民阶层和国民法治国的政治趋向。通过混合和平衡，这种制度遏制了一切形式的专制主义——不管是君主制的专制主义，还是民主制的专制主义，抑或是议会本身（即贵族制或寡头制）的专制主义，由此而形成了它与国民法治国的特殊关系。在这一点上，它也适应了法治国理念的担纲者——自由市民阶层——的政治处境。因此，这种制度是国民法治国最适合的政治制度，它只有一个缺陷，即它想回避政治形式原则最终的、不可避免的政治决断和后果。这是法治国理念特有的缺陷。因此，毫不奇怪，这种制度被视为“自由”国家除法治国组织的其他特征之外的又一个要求，甚至像埃斯曼这样一位出色的宪法学专家也说：“在欧 306
洲，议会制政府几乎是充分政治自由的唯一形式，是一种值得赞赏的制度。”[1] 从国民法治国的观点来看，这种制度确实是值得称道的，因为一切政治形式要素的相互平衡才使近代宪法的国民法治国要素达到了圆满，并且只要可能，就使国民法治国要素避免了一系列由于政治要素的缘故而不断威胁着它的后果和用途。这种政治要素的统一性

---

[1] 参见埃斯曼－内扎尔，上引书，第 243 页。

解体了，个别的形式要素互相平衡、互相混合，失去了政治专制主义的可能性。

3. 议会制运用了不同的政治形式要素。与此相应，不同类型的政治领导权（“统治权”，“施政方针”的确定）也通过议会制得以实现。如果君主制要素和由一个人来代表政治统一体的想法占了上风，议会制就为总统制敞开了可能性，而在实行总统制的情况下，国家元首——行政首脑——独立地参与政治领导权。如果关于议会统治的贵族制或寡头制思想占了上风，这时的议会制就是严格意义上的议会制，而在这种条件下，施政方针就由立法机关的多数来确定，政治领导权掌握在这个多数手中。不过，政治领导权也有可能掌握在这个议会多数的领袖手中，这时就形成了总理制，而在实行总理制的情况下，一个强有力的代表因素再度起作用了。最后，我们还可以设想，政治领导权并不掌握在个别的政党领袖和总理手中，而是掌握在部长委员会手中。在这种情况下，部长委员会一般是由不同的党派组成的联合内阁。这种制度可称为内阁制。在下面的历史描述中，议会制的这四个属类还会更明确地呈现出来。它们并不互相排斥，而是构成了
307 一个富有弹性的总系统。然而，若想了解议会制的一般情况，就必须对它们作出区分。对魏玛宪法的异常复杂而又有欠明确的规定来说，这种区分就更有必要了。

II. 议会制的思想基础。

无论是个别宪法法规的特点，还是国民法治国与议会制的独特的、历史的和系统的结合都只能从这种制度的思想基础和根据出发来加以理解。

1. 历史境况。在欧陆国家，尤其在法国和德国，自由派和民主派在反对君主制政府的斗争中要求将“议会监督制”作为纲领予以实施。在英国，议会制内阁政府通过议会与奉议会之召君临天下的王朝的关系发展起来，它在各种先例的基础上无计划、无意识地经历了一

系列渐次的过渡和转折。相反，在法国和德国，不可能放弃一个有意识的目标。直到19世纪，这两个国家的君主制政府还拥有独立的、以军队和公务员阶层为后盾的权力，因此，必须通过市民革命强迫政府限制并最终放弃其统治权。有鉴于此，在这里就必然出现了议会制的原则纲领和关于议会制的政治理论。所谓的“议会制”不是单纯的实践，而是一种学说、一种观念。因此，无论是民族性格的差异，还是政治形势的差异，都同样产生了如下结果：尽管英国议会制可以成为实际的典范，但议会制的思想根据却必须到法德两国的自由市民阶层的代表人物那里去寻找。直到很久以后，在20世纪，德国人在谈论议会制时才可以说，议会制涉及实际的“游戏规则”（马克斯·韦伯语）。此时此刻，原来的斗争早被忘得一干二净了。对1815—1870年期间的德法市民阶层而言，最重要的不是游戏规则以及类似的有意识的相对方法。这个市民阶层严肃地将议会制当作一个政治系统来对待，并为它提供思想上的根据。离开了这种思想根据，这个系统无论作为一个整体，还是就其个别制度和规范而言，都是无法理解的。 308

人们动不动就把英国典范搬出来，这实在是一件很简便的事情，因而就一直成为一种流行的、被经常援用的证据。无论在当时，还是现在，这种做法在许多政治家和理论家那里都取代了思想和政治理论。不过，尽管有英国的典范可供效仿，但却形成了一种有意识的制度，因为欧洲大陆的政治和思想史状况完全不同于像英国这样的岛屿国家。不仅在德国，而且在法国，都有人提出了独立的、系统的论证，而且这是在1815—1848年期间。这个时期必须被视为议会制思想的鼎盛阶段。在法国市民阶层的代表那里，这一思想比在德国得到了更明确、更具本质性的表达。只要考虑到这两个国家不同的国内政治状况，就很容易说明这一点。在法国，有财产、有教养的自由市民阶层经历了革命时代和拿破仑时代，他们在1815—1830年期间被迫与君主制原则，与旧思想、旧制度的复辟展开斗争。在这场斗争中，他们必须意识到自己的政治地位。于是，从1830年到1848年，一种

政治制度在法国、在路易-菲力普的市民王国得到了实现，与此同时，通过 1831 年的宪法，这种制度也在比利时得到了实现。许多人——包括像施泰因这样一位内行学者——都将这种制度视为国民法治国的理想类型（Idealtypus），因为自由市民阶层独特的中间状态——介于战败了的君主制与步步进逼的、激进的、已部分地具有无产阶级性质的民主制之间——在温和政治和中庸政府（juste-milieu）的理想中反映出来。尽管某些自由主义者的宪法理想完全不同于法国的市民王国或 1831 年的比利时宪法，例如格奈斯特对自治和法治国就有一套自己的想法，但就连他们也一直将如下论点作为自己的出发点：只有温和的政党才算是真正议会制的载体。因此，格奈斯特认为，自治的价值恰恰在于，它产生了这样一种温和的制度。[1]

309 我们多次提到自由主义与民主制的对立。在这里，这种对立呈现出它的最重要的含义：国民法治国原则被用来对抗政治构成原则的种种后果。自由市民阶层处于专制君主制与步步进逼的无产阶级民主制之间的位置上。资产阶级自由主义的一切观察者，不管他们是站在科学观察者的客观立场上作出判断，还是站在政治家的保守的或激进社会主义的立场上作出判断，都注意到市民阶层的这种中间地位，并将其作为自己的构想的基础。在 1848 年这个关键年份，这种情况极其清晰地呈现出来：面对一个强大的君主国的政治要求，市民阶层伸张了议会——即人民代议机关——的权利，因而就提出了民主要求；面对无产阶级民主制，它又寻求一个强大的君主制政府的保护，以便挽救市民自由和私有财产。面对君主制和贵族制，市民阶层诉诸自由和平等的原则，面对小资产阶级或无产阶级的大众民主制，它又诉诸私有财产的神圣性和法治国的法律概念。

---

[1] 参见《英国宪政史》，第 672 页。

施泰因在出版于1848年的《当今法国的社会主义和共产主义》(*Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs*)附录中指出，资产阶级渐渐地对革命原则感到沮丧。“但我们不要把这一点弄错了。这种沮丧情绪完全是消极的，它不要任何特定的东西，不要王国、专政、市民统治——它不要任何不安全的状态。王国对它来说是一场新的革命的开端，因此，它不要王国。专政意味着不自由，因此，它不要专政。市民统治要么是软弱无力的，要么就是贵族统治，因此，它不要市民统治”(Leipzig und Wien，1848，第36页)。卡尔·马克思在论述1848—1850年间法国阶级斗争的一系列文章(载《新莱茵报》)中，以及在论述路易·波拿巴的雾月十八日的文章(1852)中描绘了法国的国内政治和社会情况，并且嘲笑资产阶级政党，说它们“从其联合力量的唯一可能的形式，从其阶级统治的最强大、最完备的形式即立宪共和制逃回到次要的、不完备的、更软弱的君主制形式。”施塔尔在关于教会与国家中的党派的演讲(作于1850—1857年，出版于1863年)中谈到自由党：“如果最关键的问题是积极实施人民主权的思想，让全体人民平等地行使统治权，并且在人民内部不将一个阶层置于另一个阶层的权威之下，那么，自由党实际上已经抛弃了这一思想，因为它只让中产阶级行使统治权，只让有财产、有教养的人——也就是它自己——行使统治权。同样，自由党也针对贵族、针对一切等级本身而主张一种平等思想，因为按照革命的基本原则，它不能允许任何有机的划分。自由党本该积极实施平等原则，让无财产阶层与它一道获得同样的权利，但它却放弃了这一思想，并且朝着有利于有产者的方向作出了政治权利方面的区分。自由党要的是用于确定代表人数的人口普 310
查，要的是压力机的定金，只让时髦人物进入沙龙，不让穷人享有与富人相同的尊严，不像对待富人那样客气地对待穷人。自由主义者只将革命原则实施了一半，这是其党派地位的一个特征。”

施泰因在讨论复辟和七月革命时对自由市民阶层的处境作了一般的系统概述。[1] 施泰因试图从一切生命体的一般对立的角度出发阐明这个系统的各种矛盾，但他的最终结论是，这个系统有可能达到和谐。施泰因的描述将矛盾和平衡清楚地呈现出来，在此有必要详细引述："公民宪法原则承认人格性的国家权力（即国王的权力），这样，它就宣布，这种国家权力具有人格品质和独立意志，是一种独立的行为。另一方面，公民宪法原则又将国王变成了执行权的单纯的拥有者，使国王的一切行为都依赖于内阁的同意，这样，国王就恰恰**被剥夺了**这种独立的人格要素。公民宪法原则要求王权（或其他任何形式的独立国家权力）凌驾于社会各派之上，引导各派的斗争，阻止各派的过火行动，这样，它就使王权**凌驾于**人民代议机关之上，将王权视为一个独立于人民代议机关的共同体要素，而这种独立性是按王权的概念和更高使命予以确立的。另一方面，公民宪法原则又在法律上规定，国王必须执行多数人的意志，这样，它就将国王变成了那些能够赢得多数的社会分子的工具。公民宪法原则将王权设立为绝对不容侵犯的权力和一切国家权力的源泉，这样，人民代议机关就失去了对滥权行为实施制裁的权利，因为王权的不容侵犯使侵犯权利的行为变成了并未侵犯权利的行为。公民宪法原则要求国王对宪法起誓，承认宪法是人民的一项权利，这样，它就用宪法的不容侵犯来对抗王权的不容侵犯。这是一项不容侵犯的权利，但是，一旦侵犯了它，对侵权者而言，这种行为又不应作为侵权行为予以追究。因此，立宪宪法的这一原则且不说是一种绝对的矛盾，至少也是一种完全没有得到澄清的思想。人不可能具备如此敏锐的见识，竟能从概念上解决这个矛盾，并且在法律上划出一条完全

---

[1] 参见《社会的概念》（*Der Begriff der Gesellschaft*），Ausgabe von Gottfried Salomon，Bd. I，第498页。

不矛盾的界限。”

2. 自由市民阶层的中间地位有两个不同的前提条件：教养和财产。这两个条件共同造就了议会制，并且为它提供了支撑。如果从历史的角度来看，教养和财产已不再相互结合，而是相互解体了，关于不稳定的平衡和诸种政治形式的混合的精心构想就站不住脚了。从宪法理论的角度来看，这两个特征会导致不同的后果，它们在国民法治国宪法中都会发生作用。

（1）教养是一种个人素质，因而可在代表制度中加以利用。按其理念来说，19 世纪的资产阶级议会是由有教养的人组成的会议，代 311
表着教养和理性，确切地说，代表着整个民族的教养和理性。就连民族概念也是一个涉及教养的概念。只有具备人的意志、人的自我意识等素质的有教养的人民才是民族，完全没有教养因而就完全没有历史的人民不是民族。议会是一般的民族代表。这是一个非常贴切的词，冯·施泰因男爵在 1809 年 2 月 24 日的辞职信中确切地使用了它。直到 19 世纪后半叶，国民法治国和议会权利的捍卫者还十分清楚地了解这一特征的意义。“全体代表的最重要的要求就是精神教养，因为只有有教养的人才能仔细区分个人利益与全体人民的利益，使个人利益服从全体人民的利益。”

布伦奇利论述过“有教养的中间阶层”的统治。[1] 黑格尔在分析符腾堡邦等级的文章中说，“因此，人民中最好的人并不足以充当人民代表，人民代表应该是一批最有智慧的人，因为人民并不了解其真正的、实际的愿望，即什么对自己有利，代表

[1] 参见《人民与主权者》（*Das Volk und der Souverän*），1831，第 62 页；另参见《普通国家法》，I，第 432 页。

才应该知道这一切。”[1] 魏茨说（《政治的基本特征》，1862，第64页），出于选举目的而举行的人口普查可以成为“正确了解外在身份的手段，而这种外在身份乃是独立性和教养的条件。不过，必须始终把目标对准中间阶层，而不仅仅是富人。”基佐认为，市民“中产阶级”是政治生活的真正担当者，而议会则将分散于人民中间的理性微粒汇聚在一处，并公之于众。基佐是市民自由主义的典型代表，其全部政治激情都来源于对议会的信念：他相信议会是理性的代表。事实上，就连他的《论欧洲代议制政府的起源史》（*Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe*，1851）也以这一信念为基础。勒南（Renan）在《科学的未来》（*L'Avenir de la Science*）中也十分明确地指出，“如果多数人并不代表理性和最开明的意见，那么，就没有理由强使人们接受多数人的意见。唯一拥有神权的君主是理性。”对理性的正当性和规范性的信念（参见第201页）恰恰包含着对教养的信念。

(2) 财产不是一种可被代表的品质，但财产占有者的利益可以被
312 代理。基于人口普查的选举权就要设法让这种利益代理得以实现。但是，这样一来，议会除具有全民代表的性质外，还具有了利益委员会的特征。就这一特征来看，议会显然不是独立的，而是要听从利害关系人的意愿。议会掌握着税收批准权和预算权，它在采取行动时不仅是一个全民代表机构，而且还是一个利益代理机构。占有财产的市民阶层诉诸如下原则的正当性：税收须经纳税人批准，其使用须受纳税人监督。这样一来，只要市民的私有财产观和个人财产观居于支配地位，就必定会有一种基于人口普查的选举权。具体的人口统计数字也许会有差异，但有一点似乎是公正的、理所当然的：只有纳税人

---

[1] 参见《政治和法哲学论文集》（*Abhandlungen zur Politik und Recthsphilosophie*），Ausgabe von Lasson，第219页。关于格奈斯特，参见第313页的引文。

才能在议会中拥有自己的代理人，相反，在议会中没有自己的代理人的人无须纳税。在 18 世纪，英属北美殖民地在宣布独立时援引了“无代理，不纳税”（Keine Abgaben ohne Vertretung）这一原则（在英语中，Vertretung［代理］与 Repräsentation［代表］没有分别，“代理”被说成是“代表”：no taxation without representation［无代表，不纳税］）。像伯克这样一个自由主义者也将该原则当作一项公理来看待。如果一个团体不再是代表机关，而只是利益的代理机构，那些没有被代理的利益就必然会以某种方式——合法的或不合法的——表现出来，不是被接受，就是被压制。因此，民主制原则的逻辑是不可抗拒的，在 19 世纪，至少就下议院而言，它导致了普选权的扩大，取消了基于人口普查的选举权。从那时起，议会再也不代表一种特定的教养了。它部分地变成了一个利益委员会，部分地变成了民意的表达工具，于是，它在功能上就陷入了对选民的依赖性。正如人们在谈论最近几十年的英国议会时所说的，议会变成了选民与内阁制政府之间的一台单纯的记录器。

3. 市民阶层仅仅站在经济利益的立场上展开政治斗争，对议会的代表性质的信念已经荡然无存。在这种情况下，市民阶层就满足于凭借其经济力量来施加它所需要的政治影响，只要私有财产不受威胁，只要经济利益对人民代议机关的组成继续产生影响，它就能够容忍各种各样的政府形式：波拿巴主义、德国式的立宪君主制、民主共和 313
制。这样就可以解释一个奇怪的现象：自 1848 年以来，实际上再也没有人为议会制提出系统的思想根据了，时至今日，这种根据已显得陈旧而庸俗不堪——托马甚至用了“发霉”一词。在 1848 年以后的法国，这种论证部分地变成了千篇一律的陈规老套，部分地被人们满腹狐疑地放弃了。在德国，自由主义的重要理论家们的思想主旨是通过议会制将社会吸纳到国家中去[1]，并且“在一种总体意识中化解

[1] 格奈斯特认为，这只能以真正的自治为基础。参见《英国宪政史》，第 673 页。

社会矛盾”。这一思想促使斯门德将特殊意义上的议会制当作一种起整合作用的政体来对待（参见第 305 页）。不过，当格奈斯特要求将“社会”吸纳到国家中去时（例如《法治国》，第 153 页），他仍旧还在谈论有教养、有财产的阶层。他认为，如果要将社会吸纳到国家中去，就必须以名誉职为基础和先决条件，而实际上，一个人必须拥有市民阶层的教养和财产，才适合于担当此职。因此，如果议会确实在一种特殊的意义上整合了全体人民的政治统一体，它也是在市民阶层的财产和教养概念的前提下和基础上这样做的。至于这个整合系统是否适合于一个拥有庞大产业工人大军的国家，那就很成问题了。

在 1848 年以后的德国，还有人——尤其是莫尔——对议会制提出了另外一个更具政治内涵的论证。在德国立宪君主政体下，人民代议机关与政府之间存在着二元制的格局。不过，久而久之，这种二元制就不可能维持下去了，对它必须作出一劳永逸的决断，因为它不断产生出各种各样的冲突。莫尔的出发点正是这种二元制。尽管人们也可以在有利于君主制政府统治的情况下取消二元制，但在莫尔看来，这只有通过“腐败”才能办到。因此，对莫尔来说，就只剩下另
314 外一种可能性了，这就是议会制政府。[1] 这一思路的出发点是完全正确的。二元制导致了各种各样的冲突，对这些冲突必须作出决断。但是，决断是以另外的方式作出的，并不像莫尔设想的那样是在简单的理论层面上作出的。俾斯麦的巨大成就导致了一个结果：对这个问题的决断不利于议会制政府，而有利于君主制，从而使德国式的立宪君主制又维持了半个世纪。因此，自 1866 年以来，德国再也没有主张实行议会制的强大意识形态了。君主政府在反对议会的斗争中造就了民族统一体；面对这一政治上的成就，那种认为议会比君主更是民族

[1] 参见《代表制及其缺陷和对付的办法》，这是写于 1850 年的一些政治书信，载于《国家法、国际法和政治论著集》（*Monographien zum Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*），Tübingen，1860，第 347 页及以下，尤其是第 395 页。

代表的思想再也不能获得普遍赞同了。自由派和民主派仍然要求建立一个议会制政府，但却无力透过一个完整的、坚定的思想体系将这种要求表达出来。后来的德国自由主义者如瑙曼、韦伯和普鲁斯——他们被不加区分地归入民主派——主张，必须将新兴的社会阶级，即工人阶级，吸纳到国家中去。在他们那里，这一思想在某种程度上具有决定性的意义。于是，议会这一专属于自由市民阶层的整合方法就被转移到一个新兴阶级身上，原因在于，议会的理念结构遭到了误解，人们不知道这种结构本质上是由教养和财富之类的特征决定的。另一方面，在民主派那里，有一个政治观念起了很大的作用：必须创造出民族代表的新形式。这一思想被认为是一个“遴选领导人”的问题。人们经常以英国为典范，并以如下论点来为议会制政府提供根据：按照英国的经验，议会造就了政治精英。这样就放弃了特殊的自由主义和国民法治国理念，而代之以民主制与社会改革的结合。在这种情况下，就再也无法说明议会制的特征了，因为议会越来越不是政治统一体的代表了，而是变成了广大选民的利益和意见的代理机构。遴选政治领导人的思想并没有证明由几百个党派官员组成的议会的正当性，而是促使人们去寻找直接受群众信任的政治领导机制。如果成功地找 315
到了这样一种领导机制，那就创造出了一种新的、强有力的代表形式。不过，这是一种与议会相抗衡的代表形式，由此，议会自居为代表的那种传统要求也就宣告完结了。

3. 按其理念来说，国民法治国的议会是政治意见的公开辩论场所。议会中的多数与少数、执政党与反对党对正反论据进行辩论，以达成正确的决议。只要议会代表着全民的教养和理性，将人民的全部智慧集于一身，在这里就可以展开真正的辩论。也就是说，在公开演讲和辩驳中，人民真正的总体意志作为“公意”（volonté générale）获得了表达。人民不能亲自参加辩论（孟德斯鸠认为，这是民主制的一个严重缺陷），它只能喝彩，参加选举，对提交给自己的问题作出“是”或“否”的回答。就连行政机关也不应参加辩论；它应该采取

行动，实施法律，根据形势的需要采取相应的措施；它不能制定理性的、受正义观念支配的一般规范，不能制定法治国意义上的法律。资产阶级议会处在人民（即直接民主制的方法）与政府（即以军队和公务员系统为后盾的国家权力）的中间，其优势在于，它是理性辩论的场所。君主制的专制主义意味着纯粹的权力和命令、专断和暴政；直接民主制是与受狂热和利益驱使的群众联系在一起的，按自由主义者伯克的说法，这是“天下最厚颜无耻的事情”——另一位自由主义者伯伦知理对这句话表示热烈赞同，并引述了它。[1] 议会处于两者之间，并超越于两者之上，占据着真正的中间地位，力图在公开辩论中达成理性的真理和公正的规范。辩论是友善、温和的，是向前推进的，与一切类型的独裁和权力正好相反。这种自由主义议会制的世界观基设是，通过理性的辩论，不管什么样的矛盾和冲突都能得到和平的、公正的解决；人们可以谈论一切问题，也可以作出让步。[2]

316　III. 从议会制的基本思想中得出的结论。

1. 议会代表着全体国民本身，并以此身份颁布经公开辩论和议决而成立的法律——亦即支配着整个国家生活的理性的、公正的一般规范。

（1）议事过程的公开性是整个制度的核心，这个要求由宪法法规予以保证。魏玛宪法第二十九条规定：“民国国会之议事，须公开之。”议事过程是公开的，因而，其全部结果都要以文字的形式刊印和发表。“凡民国国会、各邦议会及其议会内之委员会，于公开议事中之

---

[1] 参见《普通国家法》，I，第315页。

[2] 因此，议会制经常被正确地说成是“辩论而治”（government by discussion）。参见拙著，《当今议会制的思想史状况》，第43、57、61、62页。马克思在《路易·波拿巴的雾月十八日》中说，“靠辩论生存的议会制度怎能禁止辩论呢？在这里，每种利益、每种社会措施都变成了一般的思想，并被当作一种思想来解释。”关于真正的、理性的、有教养的辩论与商业谈判和利益代理之间的区别，参见拙著，上引书，第9页。

言论、记录及正确报告，不发生责任问题”（魏玛宪法第三十条）。

（2）国会议员不受刑事追诉，其人身自由不受限制（魏玛宪法第三十七条）。这是整个议会的权利，而不是个别议员的权利。就连这一特权也只是个别地产生于议会的代表特性。光是诉诸这种特殊地位的历史诱因（君主任意逮捕议员），再也不能为这种令人惊异的特权提供充分解释了。

（3）议会的各委员会只做一些外在的技术性准备工作。除此而外，它不得具有其他任何意义，不得与议会的本质——议会是在公开辩论的基础上作出决议的会议——发生抵触。

> 布伦奇利认为，中世纪等级原则与近代代表原则之间的差异尤其在于，中世纪的各等级组成了一些常设委员会。“在近代国家，一般只能见到代表团体本身的会议；只有公开的全体会议才能代表人民。”[1]

（4）不允许将议会的立法权授予各委员会或政府，不允许以委托或授权的形式让各委员会或政府颁布法律。只要对公开辩论的意义有 317
正确的认识，所有这一切都是不可想象的。

> 刚刚提到，布伦奇利列举了等级原则与近代代表原则的一些差异。在同一本书（第485页）中，他又指出，在实行等级代表原则的情况下，可以有个人代理，而在议院中，则只有在“整个”议院作出决定的情况下才能有这样的代理。个别的议员不能让其他人来代表他；议院作为一个整体，不能将其权力委托给第三者，因为它是代表，而不是职能机构，它是公开辩论的舞台，

---

[1] 参见《普通国家法》，I，第488页。

不能像一个单纯的办事或执行机关那样采取措施。在采取措施时，显然有必要、也完全可以设立辅助性机构。但是，即便在这里，法治国意义上的法律与措施之间的对立也具有根本的意义。

2. 个别的议员也同样具有代表的性质。

(1) 他独立于选民，不受任何请托和指示的约束（魏玛宪法第二十一条）。

(2) 他不对自己在行使职权时发表的任何言论承担任何责任（魏玛宪法第三十六条）。

议员不像基于政治原因而取得了豁免权的护民官那样享有这种免责权。实际上，即便在这里，真正起作用的也是如下观念：议员是一个超越了利益对立的独立的、无私的、有教养的人，为了能够自由地参加辩论，他需要且理应取得这种豁免权。**议员的言论自由保障有一个前提条件：他确实在自由地议事**；也就是说，他在发表自己的意见，不接受任何命令或指示，不接受任何危及其自由的影响。一个接受指示的代表或一个接受报酬的利益代理人不应享有这种言论自由；只要刑法上对维护正当利益的一般规定有利于他（《刑法典》第一九三条），那就足以保护他了。

(3) 议员不能让其他人代他行使委托权；相反，就利益代理人而言，我们看不出他为什么不能随时被他的委托人撤换，也看不出他为什么不能雇用助手和下属代办。

(4) 如果一个人按其整个身份来看是不独立的，或者被认为属于某个特定的组织，他就不能成为议员。许多国家的国家法都特别针对公务员和神职人员设立了特定的不相容性规则，其根据正在于此（除分权或联邦制国家组织的理由外；参见第 190 页）。这种不相容性的
318 另外一个根据是，议会应成为一切政治生活的承担者，因此，议员本

质上是政治家，而公务员则不应介入党派政治。魏玛宪法第一三零条明确承认了这一点，但与此同时，第三十九条（担任公职的议员的假期）又特别加惠于担任公职的议员。

（5）议员在实施委托权时不得从选民和国家那里领取报酬，因此，他必须名誉性地行使其职权，只能根据支出的费用获得补偿。这一要求符合资产阶级自由主义标举的议员和名誉职的理想。

前面提到，布伦奇利概述了等级制原则和代表原则的差异。在这里，他列举了下面一点：各等级的议员要对委托人负责，也要从他们那里领取津贴；国会议员只对国家负责，因而就从国库领取必需的津贴。[1] 俾斯麦宪法第三十二条规定："国会议员本身不得获取薪金或补偿金。"按照在实践中和理论上居于主导地位的解释，这一禁令涉及由公家和私人支付的薪金和补偿金。[2] 1906 年 5 月 21 日帝国法律第一条对这一规定作了如下修改："国会议员本身不得领取薪金，但可按法律获取补偿金。"[3] 自 1873 年以来，帝国国会议员可以免费乘坐火车（为了对私有铁路作出补偿，就需要给政府追加拨款。[4] 在就此问题进行协商时，国会议员松内曼［Sonnemann］宣称，批准这种要求是违宪的！）。魏玛宪法第四十条规定："凡民国国会议员，在德国所有铁路，有免费乘车之权，及依照民国法律标准，领受补偿金。"在法国，议员早在大革命期间就已经从国库领取补偿金了（共和三年［1795 年］宪法第六十八条）。相反，在 1817—

---

[1] 参见该书，第 486 页。

[2] 参见莫尔，拉班特和措恩（Zorn）的解释，自该条评注第二版开始，还可参见赛德尔的解释。

[3] 参见 *RGBl.*，第 467 页。

[4] 参见 1874 年 2 月 18 日的法律，*RGBl.*，第 15 页。

1848 年期间（立宪主义的鼎盛时期），议员因其职务活动而领取补偿金，被认为是违宪的。自 1875 年以来，众议员和参议员每年领取一笔固定的年金作为补偿。1911 年以前，英国的国会议员从不领取津贴。英国法院作出判决：即便用工会的钱给工党代表支付津贴，也是不能允许的。从 1911 年开始，国会议员才从国库领取一笔固定津贴（每年 400 英镑）。由于议员通过法律途径给自己批准了一笔固定收入，他们就可以不依附于委托人。但与此同时，如果议员在现实中还继续依附于利害关系人的组织，因而就仍是一个受雇的利益代理人，甚至连经济利益协会的代表、法律顾问和秘书都出现在议会中，就会导致这样一个结果：这些利害关系人谋取的是自身的经济利益，而国家却要专门为此支付费用；除此而外，他们的律师和代理人还白白取得了在所有铁路上免费乘车的特权。

3. 在当今民主政体下，议会制的思想前提已经荡然无存了。

319　（1）辩论被取消了。时至今日，大多数国家的议会都不再是以理服人的场所了（在某些情况下，法国的众议院可以算是一个例外），而在以理服人的情况下，一部分议员有可能通过辩论使另一部分议员信服，公开举行的全体会议的决议正是辩论的结果。事实上，固定的党派组织建立了一个常设代理机构，它由广大选民中的极少数人组成。每个议员的立场都是按党派确定的，派别压力是当今议会制实践的组成部分，没有人能够标新立异、另辟蹊径。各个派别均有按其议席数予以精确计算的代表人数，并以此而相互对峙，公开的议会辩论再也无法改变它们对自身利益的追求和对所属阶级的承诺了。议会各委员会或议会外——在所谓议会党团间的会晤中——的磋商并不是辩论，而是事务性的算计和讨价还价。在这里，口头讨论旨在互相算计权力或利益的分配。这样一来，言论自由的特权就失去了它的前提条件。

（2）公开性被取消了。公开的全体会议已经不是在公开辩论的基

础上作出决断的场所了。议会变成了一个官署，它通过秘密协商作出决议，然后召开一次公开会议以表决的形式公布决议结果；按照源于其他时期的做法，在表决前，各党派要先发言。实际作出决议的是一些更小的委员会，它们甚至并不总是议会本身的委员会，而是党派领袖的会晤，议会党团间的秘密磋商，与党派委托人、利益协会之间的磋商。

（3）议会和议员的代表性质被取消了。因此，议会就不再是作出政治决断的场所了。实质性决断是在议会外作出的。与此同时，议会起的是技术转接机构的作用，它连通了国家的行政办事机构。

第二十五章　议会制发展的历史概况

I. 英国议会制的历史发展大事记（政党政府、责任制政府、轮流制政府和内阁制政府）。

1. 从13世纪开始，由于御前会议（Curia Regis）添加了伯爵领地管辖区和城市的代表，因而就从中发展出大会议（Great Council）。大会议分上议院（贵族院）和下议院（众议院），后者是由拥有选举权的伯爵领地、选举区等等组成的聚议院（参见第295页）。低级贵族——即有别于高级贵族的骑士——与城市市民的代表一起开会。这一点对下议院的发展具有重要意义。

另一方面，在大会议内部形成了一个由国王亲信组成的**更为核心的顾问委员会**，即一个大的枢密院（Staatsrat），从中又形成了一个**最核心的圈子**，即枢密院或内阁（Privy Council［枢密院］）。这类名称并不总是一致的，当然，其国家法意义就更没有从形式上予以确定了。随着英国的君主政体日益接近于专制主义（16世纪），在斯图亚特王朝时期，内阁十分类似于专制国王的枢密院。国王可以随心所欲地任命内阁成员，他既不依赖也无须依赖议会的两院。

后来，内阁与议会在政治上必须互相协调的原则开始发挥作用了，与此同时，按照司法形式的程序追究政治责任的办法（下议院对大臣提起诉讼，上议院则充当最高法院作出判决，这就

是所谓的弹劾［impeachment］）则退居次要地位。从这个时候起，真正的议会制内阁政府才开始发展起来。内阁和议会必须互相协调的原则最初是随着奥伦治的威廉即位、在没有人作出刻意安排的情况下不知不觉地形成的。职是之故，1689 年经常被视为议会制发展的开端，因为很自然地，新国王威廉三世在组建自己的内阁时任用了那个将他推上王座的党派的成员。直到 1695 年，内阁才按党派与议会多数完全一致了。由于这个缘故，哈斯巴赫认为 1695 年是“第一个内阁的诞生年份”。[1] 1700 年和 1701 年，另外一个政党托利党再度取得了议会权力，国王又任命托利党人为内阁成员。在这里，第一次出现了如下情形：内阁依赖于在议会中居于支配地位的政党，执政党与反对党处于轮流交替的状态中（这即是所谓的“轮流制政府”）。就此而言，这一年也可被视为议会制政府的开端。不过，国王继续握有随意任命和解聘内阁成员的权力。他参加并主持所有的内阁会议，确定大政方针。从 1715 年开始，这种情况发生了变化，因为乔治一世不再出席内阁会议了。据说这是由于乔治一世不懂英语；实际上，真正的原因也许是，乔治一世不太关心英国政务，他完全将自己看成是德意志的选帝侯了，他觉得自己的实际影响力还没有大到足以参加内阁会议的地步。[2] 休谟在 1742 年发表的政治论 321
著中写道，国王的同意“不过是走走形式而已”。但是，政府仍是君主政府；从法律上看，国王（直至今日）继续拥有政府的一切权力，只不过被迫通过其大臣来实施这些权力。按照安森的说法，从前是国王通过大臣进行统治，现在则是大臣通过国王进行统治。

---

[1] 参见《议会制内阁政府》（*Die parlamentarische Kabinettsregierung*），1919，第 45 页。

[2] 参见米夏埃尔（Michael），*Ztschr. für Politik*，1913，Bd. 6，第 577 页及以下。

> 在整个18世纪，内阁对议会的依赖性并没有完全地、牢固地确立起来。沃波尔（Walpole）在1741年还在抗拒要他下台的呼声。直到1782年，才发生了整个内阁的集体更迭。真正意义上的首相制（多数党领袖以首相身份挑选该党的拥护者组成内阁）要到1830年才由皮特（Pitt）予以明确表述。在整个18世纪，就连内阁究竟由议会哪个机关的成员（上议院议员还是下议院议员）组成的问题也尚未获得解决。直到19世纪，才出现了如下情形：如果下议院的多数对内阁提出谴责，表示不信任或不赞成，该届内阁要么必须辞职，要么就必须寻求解散下议院，公布新选举的日期，力求取得一个新的多数。就连解散议会、举行新选举的做法也是在19世纪才确定下来的；自1867年以来，人们才提出了如下观点：政府若欲推行重大改革方案，必须通过新选举取得选民的同意。

到目前为止，这一历史发展进程最终导致了如下结果：议会变成了单纯的民意表达手段。因此，议会必须倚靠这种民意，而面对议会，内阁可以与民意建立直接联系，也就是说，可以通过国王敕令解散议会，将有关事务交由拥有表决权的选民予以决断。这样一来，在安森看来，倒阁权就从国王手中转移到下议院手中，又从下议院手中转移到人民（即选民）手中了。

2. 要想从政治上和国家法上对这一发展进程作出判断，就必须注意，无论从政治的层面上看，还是从社会的层面上看，下议院（在这方面，它是议会的最重要的机关）在过去几百年间（从1700年至今）都是一个区别甚大的议会机关。

在1832年实施选举改革以前，就连下议院基本上也由统治阶层的两个政党——托利党和辉格党——组成，是沿袭中世纪制度的以贵族占绝大多数的会议，是“众议院”。伯爵领地、城寨、社团、选举区拥有一种往往由奇特的历史偶然因素决定的选举权。1832年的选

举改革废除了大多数小乡镇的选举权（贵族和王室干脆指定这些地方的候选人），使拥有财产的市民阶层（地产占有者、房主、工商业者） 322
分享了选举权。拥有选举权的人数从大约 50 万增至 100 万。下议院仍有为数众多的贵族，但除此而外，从现在开始，律师也决定了议员的类型。不过，即便在这个时候，下议院也还不是现代民主制意义上的人民代议机关；投票仍是公开的，议员一定是德高望重的人，而且通常不依赖于自己的选民。但是，很快就出现了一个重要征兆：选民迫使议会辞职。19 世纪 50 年代以后，议员对民意的依赖性被视为一项基本原则。经过 1867 年的选举改革（迪斯累里 [Disraeli]），城市下层人士也取得了选举权（拥有选举权的人数增加到 250 万）；1884 年，农业工人取得了选举权（如今，拥有选举权的人有大约 500 万）；根据这两项法律，凡是为其住宅缴纳一定租金（通常为 10 英镑）的成年男子均享有选举权。直到 1885 年，才出现了现代意义上的选区划分；直到大战期间，才通过 1918 年 2 月 6 日的法律确定了民主普选权。所谓的民主普选权包含以下内容：年满 21 岁的所有男子和年满 30 岁的自立女子享有选举权，而不考虑地产或住宅情况。

因此，就连议会中的“党派”在不同的时期也有不同的含义。1832 年以前，在统治上层的内部主要有两个党派，它们之间的分离源于政治上和其他方面的意见分歧，以及诸如地产、资产方面的区分，而不是源于深刻的社会对立。于是，托利党人与辉格党人的区别就被一般地概括为保守党人与自由党人的区别。后一种区别在刚开始时并不意味着真正的阶级对立。通过不言而喻的、包括两党在内的完整的民族统一体，这种区别被相对化了，因而就仅仅成为一种意见分歧，而并不代表敌友分群。后来成立了爱尔兰民族党，从而形成一种阻碍力量。直到这时，才出现了更深刻的对立和真正的异质因素。不过，这个政党并不强大，根本不足以颠覆保守党人和自由党人的两党制，并作为具有同等分量的第三党登上舞台，而且，随着爱尔兰自由邦的建立（根据 1921 年 12 月 6 日的协议），它又被淘汰出 323

局了。直到1900年以后，随着独立工党的崛起，才出现了完全意义上的第三党。于是，就产生了一个新的社会要素，甚至潜在地形成了一种真正的阶级对立；除此而外，简单的两党制——多数（执政）党与反对党轮流执政——也受到了干扰。1923年12月的保护关税选举（Schutzzollwahlen）形成了保守党、自由党和工党的三党制，并导致了工党政府（麦克唐纳任首相）的成立。1924年10月29日的选举临时取消了这种状态，保守党取得了下议院的绝对多数，新政府再度与两党制传统相吻合了。然而，不应忽略的是，这一选举结果的出现是由于当时的选举制度使议席数与选民人数很不相称。在选民本身中间，三党制还没有被动摇。[1]

3. 我们很难从英国的这一发展进程中抽取出一个关于议会制政府的固定概念。一系列先例是存在的，根据不同的政治形势，对它们

---

[1] 特定候选人选举制导致了选民意愿的“虚假表达”，关于这一点，参见K. 勒文施泰因，《英国的少数派政府》（Minderheitsregierung in Großbritannien），*Annalen des Deutschen Reiches*，1925，第61页，第52页及以下。以下是相关数字：

	1924	1923
选民总人数	19 949 000	19 174 000
所投的票数	16 120 735	14 186 000
保守党	7 385 139	5 360 000
工党	5 487 620	4 348 000
自由党	2 982 563	4 252 000
	议席数	
保守党	413	258
工党	151	193
自由党	40	158
其他	5	6

根据比例代表制协会的计算（参见勒文施泰因书，第54页），保守党以20 000张选票获得一个议席，工党以39 000张选票获得一个议席，而自由党却需要90 000张选票才能获得一个议席。在苏格兰，工党获得的选票比保守党多，但其议席却要少10个。

的解释也有所不同。对此，我们只能说，从19世纪的大体情况来看，尽管一个拥有主权的议会被视为决定性的，但政治领导权实际上掌握在内阁手中，政治决断权则掌握在选民手中。在这一发展过程的不同阶段上，英国和其他国家的学者针对英国议会制提出了许多见解，各 324
种各样的设想、概括、理想化描述和解释层出不穷，在欧陆市民阶层反对君主专制主义的斗争中起了很大的作用。孟德斯鸠在18世纪根据英国宪法状态树立了分权宪法的理想——顺便说一句，他对历史和政治方面的不准确性是有充分意识的。[1] 实际上，政府与议会之间存在着密切联系，而这恰恰是一种与“分权”相悖的情况。孟德斯鸠本人已经列举了这一制度的两个基本要素，但不是在后来非常有名的第十一卷第六章，而是在另外一个地方（第十九卷第二十七章）：一方面，应实行两党制；另一方面，君主又有义务从执政党中遴选大臣。顺便说一句，在这里，就连两党制的设想也过于简单化了，因为经常存在着若干个政党，会出现过渡和联合的情形。在19世纪，人们往往机械地理解代议制政府，认为议会制政府就是让政府听命于议会；实际上，按照英国的首相制，议会多数要由首相来领导，如果议会拒不服从，就可以将它解散。自1876年以来，议会不再作为民意的载体而发挥决定性作用了，取而代之的是选民。内阁（一个日益扩大的内阁的核心大臣会议）领导政治，并行使立法创制权。议会最终不过是选民与政府之间的一个联系环节，既没有政治领导权，在冲突情况下也没有政治决断权。

4. 英国议会制被理想化、简单化了，在欧洲大陆成为效仿的对象。针对这种情况，一批杰出的学者和著作家强调了英国制度的前提条件。[2]

---

[1] 参见《论法的精神》，XI，6。

[2] 参见施塔尔，《政党学说》（*Parteienlehre*），第144页及以下；布赫尔，《议会制》（*Der Parlamentarismus*），第二版，第144页；巴泰勒米，《法国议会制引论》（转下页）

这类论断无疑是正确的，不过，总的看来，其作用微乎其微，因
325 为在19世纪，英国议会对自由市民阶层的很大一部分人来说已经变成了一幅虚构的图景，其关键并不在于历史层面上的准确性和正确性。尽管如此，在此必须稍稍提一下英国议会制的几个最重要的思想前提。

（1）两党制是第一个前提条件。多数党领袖承担组阁的工作，如果他失去了多数的支持，就改由反对党领袖来组阁。如果出现了第三个有实力的政党，如果必须将几个政党联合起来才能形成多数，这种多数与少数、执政党与反对党的简单交互更替就宣告结束了。按照在英国广为流行的观点，联合政府是反常的，1915年的联合政府以及随后几届政府的正当性仅仅在于，那是在战争和战后时期，情况特殊。1924年10月，保守党取得了意外的胜利。人们经常认为，这一胜利的原因在于，英国人民有一个愿望，想重新回到原来那种以简单议会多数为基础的两党制。

（2）从两党制产生出另一个前提条件：当下的多数派和内阁的同质性。

（3）政党是掌握在德高望重的政治家（领袖［leaders］）手中，并追随他们的领袖型政党。这些政治家能够在自己负责的前提下确定大政方针，挑选该党的支持者组成具有同质性的内阁。这样就可以解释全体内阁的团结一致：如果首相辞职，全体大臣也跟着辞职。一旦官僚化的政党机关——拥有一批职员、秘书、幕后资助者等等——取代了政治领袖，大臣就像每个党员一样或多或少具有了依赖性，他变成了一个组织的代理人，而不再是领袖了，因而就不能承担政治责任了。

（接上页）（*L'introduction du régime parlementaire en France*），Paris，1904，第146页及以下；施莫勒发表在《年鉴》上的文章，1917，卷41，第1123页及以下；考夫曼的文章《帝国和普鲁士的政府组成》（Die Regierungsbildung im Reich und in Preußen），Die Westmark，1921，第208页及以下。

(4) 选举是特定候选人选举。所有选区都以相对多数选出候选人，不举行二次投票。在这种情况下，选民人数与议席数有可能异常地不相称，上面提到的1924年10月的选举便是如此。特定候选人 326
选举使选民能够与公认的领袖发生个人关系。即便选举要以实际问题——例如保护关税或自由贸易的问题——为导向，选民与领袖的个人关系也总会起作用，因为选民可以通过选举向领袖喝彩。相反，比例选举制取消了个人关系；政党组织的权力变得更为强大；政党提出候选人名单，而选民只知道这个名单上的几个名字，他们投票赞成一个政党和一份名单，或者按照乐观的解释（参见第239页），他们投票赞成一种理念；少数派和小派别在很大程度上受到了重视。因此，尽管选民人数与议席数很不相称，但英国选举法还是坚持特定候选人选举的原则。在这种选举制度下，还有可能通过追加选举控制民意的变化，而在实行由各政党提出候选人名单的比例选举制的条件下，根本不举行追加选举，这样就丧失了一个有助于查明民意的重要征兆。

(5) 政党是真正意义上的政党，换句话说，是以自由招募为基础的组织形态，而不是以利益或阶级为基础联合起来的群众的稳固组织。无论从何种意义上说，政党与政党之间的对立都不能是绝对的，这种对立绝不能打破民族和社会统一体的框架。只有存在着共同的前提，政党与政党之间才有可能展开辩论。就连两党之间的明智的妥协和诚实的交替也必须满足一个先决条件：它们不想消灭或除掉对方，而是按公平竞赛的规则采取行动。不过，一旦出现了绝对对立的情况，一旦宗教信仰、阶级、民族等方面的差异决定了政党的意志，这一先决条件就不复存在了。保守党在1924年10月的选举中获得很大的成功，这一点大概可按如下方式予以充分解释：当时存在着一种需要，必须针对社会主义的阶级概念明确表达英国议会制的基本前提，即以民族为基础的政治统一体。

II. 议会制在法国和比利时的发展情况。议会制的这一发展过程与

英国的情况有所不同，最重要的区别在于，人们用特定的语式来说明
327 议会制，通过宪法律将其确定下来。不过，这种确定方式根本不能抓住政治生活。因此，在欧陆国家，除成文的法律条文外，还出现了一种国家法实践和习惯，正是这种实践和习惯首先赋予一系列的成文程式以具体内容，并且表明，尽管存在着宪法法规，这一系统却不断生发出新的、偏离常规的形态。

1. 法国革命时期的几部宪法还没有对议会制政府作出规定。1789 年的宪法以分权原则为基础，因而就有意识地站在议会制政府的对立面；共和三年宪法（1795 年督政府宪法）也同样如此。共和八年宪法规定政府法令须有一位部长副署；它还明确规定，部长和议员这两种职位不存在任何的不相容性，这样一来，政府与议会之间就有可能发生密切联系了。不过，议会制宪法的这些可能性和萌芽在拿破仑的专制统治下未能得到进一步展开。

2. 相反，随着拿破仑统治在 1815 年的结束，一个按英国典范设计的议会制方案马上就被提了出来，其文学上的先导是夏多布里昂和贡斯当。1814 年宪章规定，大臣如犯叛国罪和贿赂罪，须承担相应的责任。这样，该宪章就仅仅为司法形式的责任提供了依据。然而，司法形式与直接政治影响的本质是互不相容的。夏多布里昂在 1816 年提出了议会制原则：单一的内阁（清一色的内阁）集体对众议院多数负责，因为众议院是“最重要的民意机关”；内阁必须对众议院的质询进行答辩，如果不能获得多数的支持，就必须辞职。路易十八的做法照顾到了众议院的多数，其继任者查理十世则被 1830 年的七月革命推翻了。

1830 年宪法没有对政府对议会的依赖性作出新的明确规定，而是仅仅重申了 1814 年宪章。尽管如此，必须始终尊重议会多数的原则还是产生了出来，而且，路易－菲力普的政府被视为议会君主制的一个范例。尽管如此，在国王权力的问题上还是出现

了激烈的意见分歧。在基佐看来，如果有内阁大臣负责，如果国王继续保有实施其政治意见的可能性，这对议会制来说就足够了。可是，梯也尔早在1829年就宣示了一项原则（他在1846年的一次著名的议会辩论中又重申了这一原则）："国王统治，但不治理"（le roi règne et ne gouverne pas）。换句话说，国王必须放弃对政治的一切实质性影响。这场争论毫无结果，直到1848年 328
革命推翻了市民王国，它才终于获得了解决。值得一提的是，这场争论即便对当今德国的议会制状况来说也颇有相关性，它透露出"责任"一词的多义性。

3. 就其**宪法律条文**而言，1831年的比利时宪法与德国式的立宪君主制几乎没有太多区别，然而，它却被看成是一部议会君主制宪法。"区别并不在于它的法律规定，而在于它在国民的公共生活中的运用。这是一种习惯性准则，存在于宪法的精神中；光是死抠字眼，是无法说明它的。"[1] 按照宪法法规（第六十三、六十四条），内阁大臣必须"负责"，因为国王颁布的法令须有他们的副署，这样他们就承担了责任。这一点足以构成议会制政府的法律基础。不过，这里所说的"负责制"不同于那种须通过司法形式的程序而起作用的"负责制"（按照第九十条，众议院可以向审议庭提出控告），它意味着一种政治上的依赖性。宪法没有对这种依赖性的先决条件和作用方式作出更详细的规定，但人们却从中推导出内阁与议院多数相互协调的必要性，推导出国王的如下义务：如果众议院"在一个具有一定重要性的问题上提出了不信任案"，如果选举结果表明了民意的骤变，国王就必须成立新内阁。从总体上看，一切都是按习惯做的。

4.1848年的法国宪法设立了独立于议会的总统职位，它要求

---

[1] 参见埃雷拉，《比利时王国的国家法》（*Das Staatsrecht des Königreichs Belgien*），1909，第58页。

总统在履行职责时必须取得部长的副署，但与此同时又宣示了总统“负责制”。我们可以从这种直接的总统负责制中得出一个结论：总统拥有自主的政治权力，因为只有这样，他的责任才会有实质性内容。议会制特有的这种含糊性引起了激烈的辩论，其核心问题是，总统在多大程度上拥有政治领导权？总统的“责任”究竟意味着什么？国民议会力求支配“政治系统”，其依据是，这构成了议会制政府的本质。在立法会议对部长提出斥责后，总统就将内阁予以免职，但与此同时又强调说，他在政治决断方面是完全自主的，因为这要由他来负责。这场有趣的争论没有产生任何结果，而是通过一场政变获得了解决：路易·拿破仑于1851年12月2日解散了国民议会，尽管这一举动为宪法律所禁止。
329 1852年1月14日颁布了经公民投票批准的新宪法，按照该宪法，拿破仑三世先以总统身份，然后以皇帝身份掌握法国的政治领导权。1852年宪法明显是反议会制的，大臣只对国家元首负责，内阁作为一个整体缺乏连带性。不过，慢慢地也对议会作出了让步：在刚开始时，允许以议会“呈文”的形式来答复皇帝每年的议会演说。1869年9月8日的元老院决议规定：“大臣仅仅听命于皇帝，他们要承担责任，只有参议院才能控告他们。”很明显，这几句话是非常含糊的。在1870年战争爆发前不久，1870年5月21日的宪法承认了内阁的完全负责制（第十九条）。有人认为，这一条文引入了议会制政府，尽管皇帝的自主责任——皇帝“对法国人民负责”——再度受到了强调（第十三条）。即便在这里，争论也没有获得解决；在法国遭受军事失败后，帝制终于在1870年9月4日寿终正寝了。

5.1871年召开的法国国民议会委任梯也尔为“行政长官”。梯也尔实际上是对议会负责的内阁总理，他出席议会，却促成了1873年3月13日的法律，目的是要用内阁负责制来取代直接的总统负责制。这一原则被纳入1875年宪法律，后者规定，总

统是共和国的总统，由国民议会选举产生，但要受部长副署的约束。1875 年 2 月 25 日宪法律第六条以这样的词句承认了议会制政府："内阁部长在两院面前共同对政府的一般政策负责，个别地对其个人行为负责（Les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du Gouvernement et individuellement de leurs actes personnels）。"总统只对叛国罪负责，他任免内阁部长，有权向议会发布文告，可以实现法律的二次协商。1875 年 2 月 25 日宪法律第五条授予总统议会解散权，经参议院同意，他可以解散众议院。不过，总统的这些权力已经失去了政治意义，不能使总统对"一般政策"产生实质性影响。有四位法国总统任期未满就宣布辞职，他们是麦克马洪（1879）、格雷维（1887）、佩里埃（1895）和米勒兰（1924）。他们中的多数人之所以辞职，在一定程度上是由于他们的职位缺乏政治影响力，这一点令他们不堪忍受。

然而，在众议院面前，不光是总统的自主政治领导权要受到限制，内阁本身也同样如此。在法国，无疑有一种强烈的操纵议会制政府的倾向，一切重要的表态都由议会多数为内阁部长事先规定好了。在这种情况下，政治决断经常是由议会的一个委员会 330
作出的，这个委员会实际上相当于内阁。宪法法规恰恰不是固定的模式，因此，议会制政府不仅有可能意味着议会的政治统治，而且有可能意味着内阁总理的政治领导。在 1924 年 5 月 11 日的选举中，普恩加莱（Poincaré）总理的政策遭遇了失败，选民表示反对普恩加莱，支持激进社会党。不过，普恩加莱仍于 1926 年 7 月 23 日在未举行新选举的情况下组成了新内阁。这届内阁虽有几个激进党人加入，但仍处于他的政治领导之下。普恩加莱毫无顾忌，敢于经常提出内阁信任案，这样，他就得以在一个优柔寡断、被许多政党弄得四分五裂的议院中贯彻他的意志。即便就法国的议会制政府而言，无论是成文的宪法律条文，还是固定

习惯的明确内容，都不足以使“议会制政府”这一概念获得明确的含义。虽然人们想通过一项宪法法规引入“议会制政府”，但还不能据此回答如下问题：大政方针究竟由总统决定，还是由总理决定，抑或由议会多数决定？

III. 议会制在德国的发展情况。

1.1815—1848 年间的几部德国宪法符合 1815 年维也纳邦联议定书（Wiener Bundesakte）和 1820 年维也纳最后议定书（Wiener Schlussakte）提出的君主制原则（参见第 211 页）。各“等级”拥有立法参与权乃至税收批准权，但君主政府并不对这些等级负责，与它们根本没有依赖关系。内阁大臣不过是君主的仆役。由于发生了 1848 年革命，德意志的多数邦国要么以宪法律的形式确定了立宪君主制（普鲁士便是如此），要么就对宪法进行增补或修改（如果已经制定了“宪法”的话），从而为大臣负责制提供了依据。1848 年的革命运动虽取得了这样一些成果，却并未导致议会制政府的产生。在德国式立宪君主政体下，国王继续拥有政治领导权，即便议会拥有某些权力（立法参与权和预算权），那也不能将国王从这种地位上排挤出去。如果议会不起作用了，他可以“退而行使其国家权力”（赛德尔语）。施
331 塔尔区分了立宪君主制和议会君主制（参见第 289 页）。反对这种制度的自由主义者将其称为“假立宪制”。不过，在 19 世纪的德国国家法文献中，大概只有莫尔一人试图证明议会制政府的正当性（参见第 313 页）。

在巴伐利亚，1818 年的等级宪法无疑还没有规定大臣对各等级负责的制度。1848 年 6 月 4 日颁布的一项法律对宪法作了补充，引入了大臣负责制，规定国王的法令必须取得大臣的副署：“大臣或其代表，若因其作为或不作为违反了国家法律，须对帝国各等级负责。”不过，大臣仍是国王的仆役，必须取得国王的信任。

新引入的负责制仅仅涉及**违法行为**，因而就与政治领导权本身无关。它是这样规定的：必须让大臣承担责任，如果大臣违反了国家法律，两院可向最高法院提出控告。[1] 1850 年 3 月 30 日的一项巴伐利亚法律规定了最高法院的审理程序。萨克森（1831 年 2 月 3 日宪法和法律第一四一条及以下各条）和符腾堡（第十章）仅仅针对违宪行为确定了这种司法形式的责任。在巴登，1868 年 2 月 20 日的一项法律规定，大臣若故意或因严重失职违反了宪法，或侵犯了公认的合宪权利，或对国家安全和福祉造成了严重危害，须承担相应的责任。这最后一个构成要件已经转入了政治领域，但诉讼程序仍是司法形式的，从而也就丧失了它的政治威力。

在普鲁士，1850 年 1 月 31 日宪法第四十四条规定："国王的一切政府法令均须取得一位大臣之副署，方能生效。大臣由此而承担相应的**责任**。"这种责任被描述成不同于刑事责任的政治责任。不过，它并不意味着大臣对议会的依赖性，大臣仍是国王的仆役（第四十五条）。两院（贵族院和众议院）的任何一院均可要求大臣到场（第六十条）；两院中的任何一院均可作出决议，对"犯有违宪罪、贿赂罪或叛国罪"的大臣提出控诉，而且是向君主国的最高法院提出控诉。不过，"责任的具体情形"、诉讼程序和处罚须由一项特殊法律予以规定（第六十一条第二项）。由于这项法律并未制定出来，所以两院就无法行使其控告权，这种责任实际上也就失去了意义。[2] 在这种情况下，就连司法形式 332
的责任也没有落实下来。不仅如此，国王的全部指挥权都无须取

---

[1] 关于这一点，参见赛德尔，《巴伐利亚国家法》，第二版，I，1896，第 517 页及以下。

[2] 关于这一点，参见俾斯麦于 1862 年 4 月 22 日在众议院的演讲，*Sten. Ber.*，II，第 952 页；另外还可参见 1863 年 5 月 26 日的最高公告，同上书，第 1322 页。

得内阁大臣的副署。议会对政府的政治影响还只能以拒绝批准预算和贷款的方式体现出来。从1862年到1866年，普鲁士众议院与政府发生了冲突，在此期间，就连这种拒绝的尝试也未能取得成功。众议院拒绝批准预算，但政府却在没有预算的情况下继续运转，并且宣称，无预算的状态虽不正常，但也并不违宪，因为宪法在这里恰好有一个“漏洞”。这一“漏洞理论”，尤其是俾斯麦在邦议会协商过程中阐述的“漏洞理论”，在俾斯麦获胜后被普鲁士和帝国的国家法学说所采纳。正如安许茨指出的，“只有一点是确然无疑的：宪法不希望也不能希望国家生活因为正在发生的无预算情况而陷于停顿。”但是，如果国家的最高机关不能就预算问题达成一致，“在这里就不仅存在着一个法律（即宪法条文）漏洞，而且更准确地说，还存在着一个**法的漏洞**。法学的任何概念运演都不能填补这个漏洞。**国家法在这里终止了**；在没有预算法的情况下如何保持政府的运转，这不是一个法律问题。”[1] 事实上，这里已经牵扯到主权的问题了，对这个问题的回答就这样被绕开了。

2. 就1871年4月16日俾斯麦宪法中的德意志帝国而言，第十七条第二句规定：“皇帝的命令和敕令以帝国的名义颁布，须取得帝国宰相的副署方能生效，帝国宰相由此而承担相应的责任。”帝国宰相作为唯一的帝国大臣成为这种责任的唯一承担者。自然，这种“责任”本身并没有奠定议会制政府的基础。帝国国会有权向联邦参议院或帝国宰相递交请愿书（第二十条），但这种权利并没有为“责任”的安排提供根据，正如国会的质询权和向皇帝提交呈文之权没有为“责任”的安排提供根据一样。最后提到的这些权力原本可以通过

[1] 参见迈尔－安许茨，同上书，第906页。

习惯而成为政治影响的有效手段，但却被半官方的国家法学说判为“假权利”，有人甚至讥诮地将它们与“高呼皇帝万岁”的权利相提并论。[1] 就连国会有可能表示的信任或不信任（1908 年以后）也不被视为“国家法职能”。除此而外，帝国宰相对帝国国会负责的问题被 333
搞得混乱不堪，因为重要的帝国职位（帝国宰相和帝国国务秘书）均由普鲁士大臣和联邦参议院委任的官员兼任，这种做法一方面矫正了帝国与各邦国的极其复杂的权限分配系统，另一方面又使它进一步复杂化了。在制定预算法时，只有帝国参议院才会面对帝国国会，帝国宰相不会与帝国国会打照面。[2]

1871 年的帝国宪法甚至没有对大臣的司法形式的责任作出规定，而在通常情况下，立宪君主制宪法均有这方面的规定。本尼希森（Bennigsen）提议列入一个附加条款，“用一项特殊法律来对责任以及为落实责任而必得遵循的程序作出规定”，但这一提议在国会协商宪法的过程中遭到了否定。[3] 俾斯麦认为，宪法第十七条及其所规定的“责任”的意义在于，尽管帝国宰相最初仅被视为“普鲁士外交部负责处理德国事务的次长”，但从今而后，他“被推到了帝国首席大臣的地位上”。赛德尔在其《帝国宪法评注》第一版中将宰相负责制说成是“毫无内容的废话”，但在第二版中又更正了这种说法，因为第十七条涉及的主要不是帝国宰相与议会的关系，而是帝国宰相与皇帝的关系：它使帝国宰相在皇帝面前取得了大臣的独立性。[4]

德意志帝国国会中的自由派和民主派试图赢得对帝国政府的政策的影响力，但人们却有可能提出一个特殊的论据——这一论据在德意

---

[1] 参见拉班特，同上书，I，第 309 页。

[2] 参见考夫曼，《俾斯麦在帝国宪法中的遗产》（*Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*），1917，第 63 页。

[3] 参见 *Sten. Ber.*，第 342 页。

[4] 1897 年版，第 178 页。

志各邦国根本就不具有实际重要性——来反对那些想让“政府受议会监督”的哪怕是最有节制的努力：议会制政府与德意志帝国的联邦国家结构互不相容。“议会制与联邦制互不相容”经常被视为一个普遍
334 有效的原则，就连美国也没有建立议会制政府，这似乎证实了这种不相容性。[1] 议会制与联邦制之间是否真的存在着绝对的“不相容性”，对这个问题无须在这里作出明确的回答。事实上，各成员邦的国家独立性之所以被取消了，这大概不是议会制的结果，而是民主的同一性原则的结果（参见第 390 页）。不管怎样，就俾斯麦宪法中的德意志帝国而言，不相容性被视为官方学说。普鲁士于 1884 年 4 月 5 日在联邦参议院发表的一份声明和德国皇帝于 1885 年 11 月 30 日向国会发表的公告 [2] 表明，如果政府由一个经选举产生的议会来监督，它就不适合于领导一个伟大的民族，对一个以协议为基础的联邦国家则尤其危险。如果让帝国政府受议会监督，经全体德国人民选举产生的帝国国会就有可能对政治领导产生决定性的影响，联邦权力就不再是几个结盟的君主政府的权力了。人们看到，在这种情况下，德意志帝国就有分崩离析的危险。即便考虑到联邦的君主政体的同质性，一个议会制帝国政府似乎也是十分可疑的。从两方来看，围绕普鲁士选举法展开的辩论和斗争同样也是围绕同质性的实质展开的斗争，离开了这种同质性，任何联邦——无论是联邦，还是邦联——都不可能存在。

3. 直到世界大战期间，德意志帝国国会才日益对政治领导产生了影响，而且军事和外交形势越是恶化，这种影响就越大。事实证明，立宪君主制的二元制大概能够存在于和平、安定时期，并且很可能导致一个想法：重大问题可以长期悬搁起来。然而，事实同样证明，一旦遇到危急情况，这种二元制就保不住了。在过去，帝国国会偶尔也发起了攻势（1908 年威廉二世的“个人统治”危机，1913 年的察贝

[1] 参见考夫曼，上引书，第 69—70 页。

[2] 参见《德意志帝国编年史》，1886，第 350 页。

恩事件）。这类攻势虽然没有产生什么效果，但作为征兆却意味深长，因为它使人认识到，议会监督的自然倾向始终存在着，只是由于俾斯麦的非凡业绩及其影响，它才受到了遏制。相反，政府在外交政策方 335
面越是没有成效，并最终被战败，对这种倾向的抵制就越是减弱。德国尤其是普鲁士的君主制固然不能与拿破仑三世的君主制相提并论，但在这两种情况下，立宪制却引起了相同的内在后果。这个后果就是，每当独立于议会的政府在军事或外交上遭到了失败，在国内政治方面，议会的权力就会相应地扩大。

直到 1917 年，在德国才重新开始了一场在理论上十分有趣、并且有望取得实际成果的关于议会制的讨论。[1] 马克斯·韦伯在《法兰克福报》（1917 年 5、6 月）上发表了几篇后来颇为著名的文章。他在这几篇文章中提出了一系列建议：废除俾斯麦宪法第九条（该条规定，一个人不得同时担任国会议员和帝国参议院里的全权代表，这两种职位的不相容性导致了如下结果：国会议员不得担任普鲁士首相、帝国参议院里的全权代表和帝国宰相，除非他放弃自己的议席）；进一步完善国会的调查权，建立由国会议员组成的枢密院，以便国会议员能够亲自为皇帝出谋划策。当时的韦伯不希望建立一个有赖于国会（即国会多数）信任的议会制政府，更不希望废除君主制。这几篇文章（1918 年汇集成《革新后的德国的议会和政府》一书）对魏玛宪法的制定者产生了很大的影响，是从国家法理论的层面上对这部宪法进行评论的一个值得注意的根源。韦伯要求建立以英国政治家型的政党领袖为楷模的政治领袖制。考虑到德国政党的实际情况，考虑到德国政党的分裂状况，这个理想马上就很成问题了。进一步的理论讨论绝没有低估这一困难。皮洛蒂（R. Piloty）在《议会制》（1917）中宣称，议会制的主导思想是，“每次只能让一个政党掌权”。“如果一视

[1] 参见安许茨，迈尔－安许茨书中的有关文献，第 1027 页。

同仁地让所有的政党掌权，从而也就让所有的对立派别掌权，那就完全否定了议会制。”不过，就连皮洛蒂对议会制的解释也旨在让有实
336 力的政党的领袖取得执政权，以便将政党纲领变成施政纲领，并且在领导政务的过程中通过行动考验自己（连同其纲领）。

1917年7月19日，国会对政府实行政治监督的要求在所谓的“和平决议”中公开表露出来。国会多数（中央党、进步党、社会民主党和民族自由党的左翼）通过了一项著名的决议：“国会谋求各国人民之谅解和持久和解这一和平目标。强占领土，在政治、经济和财政上实行暴力压制，不符合这一和平目标。”在此之前，已经有人提出，普鲁士人应享有普选权。这个要求表明，宪法律上的限制和顾忌在这里几乎没有什么意义，因为若按帝国的联邦国家结构来看，帝国国会以这种方式介入普鲁士的事务，大概在国家法上是不能允许的。帝国首相贝特曼·霍尔维格（Bethmann-Hollweg）于1917年7月14日被解职，其继任者米夏埃利斯（Michaelis）由皇帝任命，而皇帝在作出这项任命时没有事先征询国会的意见，也没有事先与国会取得联系。不过，新首相于1917年8月建立了一个由七名有影响的国会议员和七名经联邦参议院全体会议选出的代表组成的委员会。在刚开始时，成立这个委员会的目的只是为了商议如何回复罗马教皇的和平照会。有些人已经看出，这实际上接受了韦伯提出的成立枢密院的建议。不过，国会与日俱增的影响力仅仅触及民政方面，至于指挥权和最高统帅部——战争期间最重要的权力和机关——则理所当然地继续控制在皇帝本人手中。接下去的一任首相赫特林伯爵（Graf Hertling）是在征得国会各党派同意的情况下任命的，他在就职前与占统治地位的政党联盟就施政纲领达成了一致意见。其继任者、帝制德国最后一任首相巴登亲王马克斯（Prinz Max von Baden）由皇帝任命，但皇帝没有完全按议会君主制的习惯和规矩来作出任命决定。赫特林被解职后，皇帝于1918年9月30日发布公告称：“朕期盼德国人民作出比以前
337 更积极的努力，共同决定祖国的命运。因此，让深孚众望的人士广泛

分享政府权力，分担政府义务，此乃朕之意愿。”接下来的一段话是恳请赫特林伯爵为其继任者提建议。巴登亲王马克斯在《回忆与文献》（*Erinnerungen und Dokumenten,* Stuttgart，1927，第328、329页）中评论了这一程序。他说，按照正确的程序，在任命新政府领导人之前，皇帝必须邀请议会一道商议新政府的组成方式。“在所有按民主方法治理的西方国家，总理和首相都可以自主选择其合作者。由于这一自上而下的革命，领袖思想就被抛弃了。”1918年10月3日，巴登亲王马克斯被任命为帝国首相。10月5日，他向国会通报了自己的政策方针，并提出了信任案。

1918年10月28日，在最后一刻公布了对宪法律所作的一系列修改，帝国正式、明确地引入了议会制政府：“帝国首相于行使职权时须取得帝国国会的信任。”[1] 同时还扩大了帝国国会的权限范围，使之有权参与宣战媾和，并且要求在任命、提拔和调动各邦军队最高长官及海军军官时须取得大臣的副署。皇帝在一份公告中明确表示赞同，他说，德国人民“在战争结束后可以享有足以确保其自由、幸福的未来的一切权利”。这一系列法律保留了联邦参议院和单一首相制，但联邦参议院与帝国国会的不相容性（俾斯麦宪法第九条）被废除了。

这些宪法律没有遇到太大的阻力就获得了通过，它们再也无法遏止革命、挽救帝国了，正如1870年5月21日的议会监督制方案（参见第329页）无法遏止拿破仑帝国的倾覆一样。不过，这些法律的措辞即便对魏玛宪法来说也是很有意义的：“帝国首相于行使职权时须取得帝国国会的信任”这句话被纳入魏玛宪法第五十四条。在法国和比利时，就其政治和宪法的发展情况来看，议会制是在政府“责任 338
制”的基础上建立起来的，而在德国，政府之必须取得国会信任，已

[1] 参见 *RGBl.*，第1273—1274页。

成为议会制的一般原则。

在1848年，以及在1862—1866年冲突期间，德国自由市民阶层提出了各种各样的要求。经过半个世纪的发展历程，这些要求终于成为现实了。俾斯麦政策的巨大成功曾遏制了这些要求，将其推迟了整整两代人。现在它们终于实现了，不过，在这期间，政治和社会情况已发生了根本变化，因此，这种实现的意义也就不同于五十年前了。对手——强大的君主制——已不复存在；德国市民阶层在德国引入议会制，确实取得了很大的成功，只不过这种成功来得太迟了，算是给后人留下的一笔财富。

第二十六章　议会制的构成可能性概述

I. 决定性要素。议会与政府相协调，政府再与议会相协调，这样就取消了莫尔所说的“二元制”（参见第 313 页）。这种协调在具体现实中可能具有不同的含义。它有时正像普鲁斯在魏玛宪法协商过程中所指出的那样，是一种“稳定的关系”[1]，有时又只是总的政治倾向的一般协调。除此而外，如果或多或少明确地将政府置于议会之下，或者将议会置于政府之下，也有可能产生出这种协调。所有这些不同的甚至互相矛盾的政治可能性都是用“议会制”这个概念来加以描述的。

II. 达成协调的手段。就其本身而言，可以考虑到如下几点：

1. 议会有向政府递交呈文的权利，有质询权，有将部长（大臣）召到议会的权利；有让部长（大臣）作出解释的权利。	一般说来，这些权利还不足以使政府“受议会监督”。
2. 运用宪法律规定的其他权力施加间接影响的可能性，例如： (1) 拒绝通过政府的法案； (2) 预算法上的可能性，尤其是拒绝通过年度预算（宪法律规定年度计划必须取得议会的同意），拒绝批准政府的贷款要求； (3) 设立调查委员会的权利。	在德国，这同样是不够的。

339

[1] 参见 *Prot.*, 第 300 页。

（续表）

3. 用宪法律确定副署部长（大臣）对议会的责任。	这在法国、比利时和意大利已经足够了，但对于德国立宪君主制就不够了。
4. 用宪法律规定政府必须取得议会的信任。	德国议会制的有关规定：1918 年 10 月 28 日的法律；1919 年 1 月 3 日魏玛宪法草案一（第六十五条，特里佩尔，《原始资料汇编》，第 9 页）；1919 年 1 月 20 日草案二（第七十条，特里佩尔，同上书，第 16 页）；1919 年 2 月 17 日草案三（第七十五条，特里佩尔，同上书，第 25 页）；魏玛宪法第五十四条，第十七条。

III. 政府向议会负责的各种“情形”。即便宪法律确定了政府对议会的责任，或者政府对议会信任的依赖性，这种责任和依赖性的后果——即辞职的义务——所由产生的事实情况也各不相同。这些事实情况始终有一个核心要素：议会作出正式决议，对政府表示不信任。这种情况不妨名之为“导致内阁倒台的情形”。在这里，“情形”（Fall）的含义类似于“交战理由”（casus belli）或“履约要件”（casus foederis）中 casus（Fall）的含义。这个词（尽管并不十分准确）被用来强调政治的事实情况：一旦发生了这种事实情况，就会导致特定的政治后果。

这类“情形”（从最明显、最明确的情况到最微弱的迹象）包括：

1. 通过议会的决议直接解除职务；

340　2. 明确敦促政府辞职；

3. 若有宪法律上的规定，明确拒绝对政府表示信任；

4. 明确的整体性斥责（谴责投票）或不赞同（不同于对个别行为的斥责或不赞同）；

5. 与宪法律规定的辞职义务相联系的明确不信任决议（魏玛宪法第五十四条）；

6. 宪法保持缄默情况下的明确不信任决议（法国和比利时的

做法）；

7. 拒绝作出政府所需的信任表示；

8. 拒绝作出某个党派所要求的信任表示；

9. 对政府的个别行为或不作为明确表示不赞同；

10. 否决关于个别行为或不作为的批准提案；

11. 否决政府的法案（如同在英国一样，这种否决有一个前提条件：政府唯一地行使立法创制权。魏玛宪法第六十八条的规定有所不同）；

12. 否决政府的任何一项提案；

13. 议会作出的其他暗示出不信任或不赞同的决议，如设置调查委员会、要求出示档案资料、对“政府行为的诚实性或合法性”表示怀疑[1]；

14. 在未经议会作出特殊决议的情况下：

（1）举行新选举（参见第 266 页）；

（2）解散迄今为止支持政府的政党联盟；在当今德国的议会制实践中，这是最常见的情形。

除此而外，内阁的一切事务都有可能被弄成“信任案”，于是，议会不得不对此表态。由于议会的表态不是统一的、一致的，政府也许就有了一个对付议会的武器，结果，依赖性的手段就变成了独立性的工具。[2]

---

[1] 参见魏玛宪法第三十四条草案一，政府提案。

[2] 参见上文中政府的实例，普安卡雷（Poincaré），同上引书，第 330 页。

第二十七章　魏玛宪法下的议会制

I. 在魏玛国民议会的协商过程中，人们故意不对议会制作出更精
341 确的表述。一方面，议会与政府应保持“稳定的关系”；另一方面，正如普鲁斯指出的，这种关系又要有“灵活的余地”。[1] 但是，长达几十年的反对政府的斗争首先显出了后果；很显然，在许多人的心目中，议会制政府就是一个由议会多数组成的委员会的政府，它要接受议会本身的政治领导。与此同时，马克斯·韦伯的思想也起了很大的作用，这是尚存的关于议会制的唯一强大的意识形态。韦伯主张以民主方式遴选领导人，这一理想成为他的思想的基础。沿循韦伯的思路，魏玛宪法第五十六条确立了总理制：“民国总理规定政治大纲”。总理被视为政治领导人，但人们不愿坚持俾斯麦宪法的单一首相制，因为这种制度过于强调帝国的各种情况以及俾斯麦的个性，从而几乎不可能继续实行下去了。于是，人们就将民国政府设立成以民国总理为首的委员会。一方面，尽管委员会有一个首席职位，但共同决策的原则并没有被放弃；另一方面，委员会又不应居于主导地位，不应拥有政治领导权（“规定政治大纲”）。这种同僚关系应是“政治上的同僚关系”[2]，而不是全体公务员的那种同事之谊，一如总理的首席地位并不意味着，他是科层制意义上的上司。尽管民国总

---

[1] 参见 *Prot.*，第 300 页。

[2] 参见普鲁斯、策菲尔（Zöphel）和科赫发表的意见，*Prot.*，第 301 页。

理应规定政治大纲，并确立“总体目标”，但他并不干涉行政。国会议员科赫的观点很有代表性，他认为民国总理类似于一位市长，后者并不干涉市政府的具体事务。除此而外，魏玛宪法还采纳了总统制，民国总统可对议会权力起到平衡作用。于是，政府就分成了两个部分：民国总统和狭义的民国政府（参见第 198 页上的图表）。随着总统制的引入，议会制的四个子系统全都在魏玛宪法中获得了潜在的承认。按照魏玛宪法，各种可能性的关系是德意志民国的议会制政府的真正问题。

II. 概述。 342

1. 议会制（狭义）	2. 总理制	3. 内阁制	4. 总统制
（议会多数的权威性政治领导）可依据于 魏玛宪法第五十四条 （政府须得民国国会之信任） 魏玛宪法第五十条 （连同第五十四条一道）	魏玛宪法第五十六条 （民国总理规定政治大纲） 魏玛宪法第五十三条 （有权推荐各部部长） 魏玛宪法第五十五条 （民国总理领导民国政府；与这种首席地位相联系：第五十八条第二句：民国政府之决议如遇表决票数相等时，由主席投票决定之）	可依据于 魏玛宪法第五十三条 （民国总统任命民国总理和各部部长） 并结合 魏玛宪法第五十四条 （内阁须得民国国会之信任），此为联合政府之实际后果 魏玛宪法第五十七条	总统的政治领导权可能依据于 魏玛宪法第四十一条 （总统由全体人民选举产生） 魏玛宪法第二十五条 （有权解散国会） 魏玛宪法第七十三条
（一般的副署要求） 相反，几乎不能依据于 魏玛宪法第五十九条 （对部长和总统的弹劾，司法形式的责任）	按照 1922 年 12 月 31 日民国预算管理条例第二十一条第三项，民国总理可与财政部长一道不顾多数其他部长的意见阻止在预算草案中列入一项开支或一条附注。不过，这并不是决定性的	（共同作出决议，尤其在制定法律草案时） 魏玛宪法第五十八条 （民国政府以多数票作出决议；若遇票数相等时，由主席作出决定）	（有权下令举行公民投票） 并结合 魏玛宪法第五十三条 （有权任免民国总理及各部部长，后者由民国总理推荐）

343 Ⅲ. 魏玛宪法的议会制实践。

1. 国会的信任。魏玛宪法第五十四条为该宪法的议会制提供了宪法律依据，其中包含两句话："民国总理及各部部长，于行使其职权时，须得民国国会之信任。其中之一员，不论何人，如受民国国会之明显决议不信任时，应即退职。"究竟是强调第一句，还是强调第二句，会导致不同的实际后果。

（1）第一句所说的"民国国会之信任"似乎是指民国国会多数之信任。在这种情况下，显然不能允许成立少数派政府。不过，当今德国国会的政党情况已经导致了如下结果：尽管第五十四条第二句在刚开始时仅被视为第一句的结果和更详细、更精确的描述，但它却比第一句更为关键。"民国国会之信任"应该是指在国会中占多数的执政党的信任。然而，在德国国会中，根本就不存在这样一个多数党；就连政党联盟也是不牢固的，而是根据外交政策、国内政策、文化政策、社会福利政策等完全不同的需要而形成的一些群体。

鉴于议会是按政党组成的，议会制实践就不得不倚靠第五十四条第二句。按照该句的规定，只有当议会作出毫不含糊的、"明确的"不信任决议时，有关人员才有辞职的义务。政府有时让执政党提出一项议案，要求国会对政府表示信任。[1] 就连政府就职时的信任表决也有一句套语："民国国会批准民国政府之声明，对民国政府表示信任。"[2] 如果经常举行明确的信任表决，当今这种建立少数派政府和联合政府的做法就必然行不通了。相反，只要不要求通过明确的信任
344 表决，而只需对个别的声明或行为表示同意（有限的同意声明），就完全可能成立少数派政府，联合内阁即便在联盟不稳固的条件下也可以接管政府。在这种情况下，一个未取得国会（即国会多数）信任的政府就可以建立起来，并履行其职权。1926 年 1 月 28 日，针对路德

---

[1] 1923 年 11 月斯特来斯曼政府，1926 年 1 月路德政府。

[2] 参见珀奇，*JöR*. XIII，1925，第 168—169 页。

政府的信任案，国会只投了160张票，反对票就占了150张，信任案被明确否决了。剩下的议员投了弃权票，因而至少没有对政府表示信任。除此而外，不妨想象，在国会多数默认——即便这种默认可随时收回——的情况下，完全可以抛开信任决议或不信任决议，直接建立一个纯粹的官员内阁。在这里，德国国会的实践产生了一个既不包含信任声明也不包含不信任声明的同意概念。无论如何，魏玛宪法第五十四条第一句（“民国总理及各部部长，于行使其职权时，须得民国国会之信任”）再也不具有与其字义相符的含义了。

（2）但是，就连第二句的含义也发生了变化。建立联合政府的做法导致了一个结果：国会根本不会作出明确的不信任决议。由于民国政府建立在政党联盟的基础上，而政党联盟破裂之日，就是民国政府垮台之时。正如珀奇中肯地指出的[1]，内阁危机实际上是联盟危机，亦即取代了拥有执政能力之政党的政党联盟的危机。这种做法极其清楚地表明，权威性的政治决断完全可以在议会的公开场合之外作出。魏玛宪法的制定者以之为出发点的那些最初想法未能落实，第五十四条获得了另外一种意义。最重要的实际上不是第一句（政府须取得民国国会的信任），而是第二句（政府仅在遇到明确的不信任表决时才须辞职）。可是，第二句事实上仅从反面起作用：它根本不被运用，也就是说，政府不会遇到明确的不信任表决。

不妨假定，第二句的规定确实被运用了，国会多数通过了明确的不信任表决。如果出现这样的情况，就必须注意，最初的想法实际上 345
被进一步改变了。从当今的国会组成方式来看，对政府表示不信任的国会多数包含多种不同的成分，在外交政策、国内政策、文化政策和社会福利政策等问题上，这个多数并无一致意见。因此，从根本上说，这个多数从来都是偶然的。诚然，就连支撑着政府的联盟多数也

[1] 同上书，第165页。

并不统一，而是取决于哪个目标——外交政策、国内政策、文化政策或社会福利政策——居于首要地位。不过，这至少是一个积极的、准备采取共同行动的多数，相反，对政府表示不信任的多数则只是达成了消极的意见一致。众所周知，从逻辑、法律、政治诸层面来看，这种意见一致在绝大多数情况下都毫无价值，但在这里，它却获得了决定性的国家法意义。就第五十四条第一句而言，我们可以看到，国会的信任并非国会多数的信任，既然如此，国会的信任还剩下什么呢？就第二句而言，则出现了这样一种情况：不信任表决按规定必须有一个正式决议，因而就必须有一个多数决议；有鉴于此，它就从来都是国会多数的不信任，而不考虑这个多数是如何组成的。于是，就出现了一个问题：这个多数的组成方式以及不信任的动机是否在任何情况下都是无关紧要的，只要将不信任票累加起来，达到一个数量上的多数就足够了？不同的党派在投票赞成或反对一项决议时，其动机永远都是各不相同的。因此，一旦我们开始注意不同党派的不同动机，我们就不得不担心会陷入各种实际上难以对付的琐碎细节中去。但是，如果动机公然相互抵触，而比方说德意志民族党和共产党又都投票赞成一项不信任案，动机的不同显然就排除了不信任决议的必要的、合理的关联物，即组织一个受到信任的新政府的可能性。在这种情况下，不信任决议就是一种纯粹的阻碍行为。在这里，根本谈不上辞职义务，无论如何，如果同时下令解散国会，这种义务就没有存在的余地。

2.“民国总理规定政治大纲”（魏玛宪法第五十六条，总理制）。

346　在此提出的第一个问题是，民国总理针对谁规定了政治大纲？这项规定只在第五十六条的脉络下，亦即只在与内阁的关系中才有效吗（如果是这样的话，它就不过是说，民国总理针对其余部长规定了政治大纲）？抑或这项规定具有一般的有效性（如果是这样的话，它所针对的还包括政治领导的其他可能性，因而也就包括民国国会和民国总统）？按其最初的涵义来说，这项规定具有一般的有效性，其目的是要让民国总理成为对议会负责的政治领导人。国会可通过一项不

信任决议让他下台，使他的政策化为泡影，但国会本身却不能领导政治。民国总理即便相对于总统来说也是领导人，因为他要对议会负责；相反，总统的责任只能间接地体现出来：国会可按司法形式的程序控告他（第五十九条），或提出动议，以公民投票罢免他（第四十三条第二项）。民国总理居于领导地位，同时又对议会负责，这两个方面有着极为密切的关系。不过，由于混入了总统制要素，总理与总统的关系并不具有一贯性。关于这一点，我们在下文还会有所论述。无论如何，“民国总理规定政治大纲”这一条款具有确立总理制的宪法律意义；它不应单纯地提供一种内部的议事规程，以指导内阁内部的公务活动。

魏玛宪法第五十六条设想的民国总理的政治领导权不能理解成一种命令权，其所涉及的不是下级服从上级的问题。规定政治大纲并不是命令，而是领导。在这里，不能确立一种与公务员法相符的上下级关系，也不能诉诸诉讼法的规范性。有时候，领导人可能不顶事，遇到这种情况，政治领导权事实上就落入了议会多数或全体内阁，甚或民国总统手中。在这里，宪法法规只能从形式上确定一个广阔领域的几个点，然后，人们就必须从形式上对其加以尊重。将这几个点连接起来，甚至不能形成一个完整的轮廓，在它们之间存在着各种各样的可能性，留下了广阔的回旋空间。如果在此提出违宪、修宪等问题，这在方法上是完全错误的。政治的发展进程偏离了魏玛宪法制定者的初衷。但是，如果有人断定，民国总理在今天并不起政治领导作用，另外一个因素才是决定性的，这就不是在断定违宪或修宪的问题了。一位有魄力的首相或许会领导君主，例如威廉一世的宰相俾斯麦便是如此，但君主制并不因此就不复为君主制了。同样，如果民国总理由于种种实际原因或个人原因不能履行其政治领导职能，这也并没有修改宪法。此外，魏玛宪法甚至没有系统地实施总理制，而是将它与其他制度结合、混合在一起。四种制度全都可以用于政治实践，不管从什么意义上说，这四种制度中没有哪一种是违宪的。第五十六条预设

347

了民国总理的政治领导权，如果由此出发，我们就可以发现，当今的总理职位已经远远偏离了韦伯心目中的政治领袖的理想。但是，必须看到，魏玛宪法的法律规定确立了两个这样的政治领袖：民国总理和受全体人民信任的民国总统。目前的这一规定是由众多因素共同造成的结果：议会制的四个子系统的妥协，还有另外一些相互矛盾的愿望和目标的妥协。一些人想实现韦伯心目中的政治领袖的民主理想；国会议员和一些有牢固组织的政党，尤其是社会民主党对直接民主制的一系列制度安排深表怀疑；还有一些人从自由法治国的立场出发，试图创造一种权力均衡的格局，并通过一位有政治影响力的国家总统保存立宪君主制的最后一点残余。在政治现实中，所有这些倾向都可以在不同的时期以不同的强度表现出来，根本无须修改宪法律条文，就可以让同样的条文获得一种新的解释。在这里，甚至谈不上词义的变
348 化，因为许多不同的词义从一开始就已经尽可能地包含在宪法法规中了。纵观各国宪法，还没有哪条宪法法规能够以规范的方式，用封闭自足的诉讼条例来处理政治领导权的问题。前面这番概览已经表明，同一个词——例如“责任”或“信任”——包含着哪些不同的可能性。这类问题既不能以命令的方式，也不能以诉讼的方式来解决。因此，如果有谁向法院起诉，想借司法形式的程序来处理政治领导权问题，并确定政治大纲，那是十分愚蠢的。

3. 内阁制。前面的论述十分必要，有助于从宪法上对魏玛宪法的议会制作出判断。之所以如此，是因为目前实行的联合政府似乎已经废除了总理制。当今的民国政府不是按如下方式组成的：政党领袖提出一份明确纲领，取得多数的支持，并在此基础上领导民国政治。相反，政府纲领乃由各派共同商定，这些派别决心参加政府，并对此提出了自己的条件。于是，各派之间的协议就产生了“政治大纲”。1927 年 1 月组成政府时，拟定并笔录了“未来政府方针”。这一方针是在 1927 年 1 月 24、25 日和 26 日由民国总理马克斯（即中央党）与其他联盟政党（尤其是德意志民族党）共同商定的，包含着外交政

策、社会福利政策等方面的详细规定。这样，就在决定总理人选并根据总理的推荐决定其余部长人选之前规定了政治大纲。民国总理若欲继续任职，就必须按大纲的要求施政。对大纲的任何偏离都须有各联盟政党的同意，这样就以内阁决议的形式达成了政府各派的团结一致。于是，人们就认为，这种做法取消了魏玛宪法第五十六条和总理制，从政治大纲的制定来看，内阁本身已成为比民国总理更高的机构。[1]

这一看法的错误首先在于，它没有认识到魏玛宪法的宪法法规在 349
什么程度上使议会制的所有四个子系统成为可能并保持开放。说当今的联合政府相当于内阁制，或许是正确的，但这并不违反宪法法规。同样地，如果任命一位有着自己的明确纲领的总理，而这份纲领事先并未经过各派的协商和约定，如果这位总理在被任命后才努力谋求国会多数对其纲领的支持，如果总统在这份纲领未取得国会多数支持的情况下宣布解散国会，这并不是什么违宪的举动。总理制与其他制度并置在一起，继续保持着它的意义，魏玛宪法的宪法法规的唯一积极内容就是让议会制的四个子系统取得了不稳定的平衡。宪法法规有广阔的活动空间，其中包含着各种不同的可能性，而这些可能性又有许多不同的利用方法。实现一种可能性，而没有实现另一种可能性，这并不涉及违宪和修宪的问题。时至今日，我们只能断定说，魏玛宪法的制定者奉为理想的总理制暂时还没有发挥作用。但是，宪法律并没有将总理制当作一项绝对命令（因为我们不能命令说，必须有一些政治领袖），而只是让总理制作为议会制的一个要素——与其他要素相并列——而具备了可能性。1924 年 12 月，如果当时的政府坚决果断的话，它原本可以第二次解散国会，以形成一个拥有当事人行为能力的多数。这样做完全符合宪法，在这里，一位政治领袖原本可以让总

[1] 参见格鲁姆（Glum），《民国政府的国家法地位以及民国总理和民国财政部长在民国政府中的国家法地位》（*Die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung sowie des Reichskanzlers und des Reichsfinanzministers in der Reichsregierung*），Berlin，1925。

理制发挥作用。这种情况没有发生，但这并不违宪。尽管有的党派政治家由于政党组织和各派协议的机械作用而被推到总理的位置上，但他也许根本就没有领导政治的兴趣，他想让自己的政党免受动荡之
350 害，不想承担政治活动的风险，而真正的领导始终都有这样的风险。在这种情况下，起作用的当然就不是总理制了，而是议会制的其他一些可能性。

4. *总统制*。现代法治国宪法利用君主制要素来取得立法与行政的平衡，民国总统的职位就以这个要素为基础（参见第 290 页）。除了用法治国方法来建立平衡外，直接民主制的思想在确立总统制的过程中也发挥了作用。民国总统由全体德国人民选举产生，他有权解散国会（魏玛宪法第二十五条），也有权针对国会的立法决议案下令举行公民投票（第七十三条）。这样，他就有可能“诉诸人民”，与拥有投票权的国民建立直接联系，从而与国会相抗衡。在这里，“人民”不仅对议会来说是更高的、决定性的第三方，而且对政府来说也同样如此；相应地，总统与人民有一种直接联系。按照这一观念，总统超越了政党组织、政党系统的限制和框架，将全体人民的信任集于一身，其身份不是某个政党的党员，而是全体人民的受托人。一个民主制国家要举行许许多多的选举，但任何选举都比不上与宪法法规的这层含义真正相符的总统选举。这是德国人民漂亮的喝彩，具有与民主制国家的这种喝彩相宜的不可抗拒性。建立在这种基础上的总统职位除具有政治领导的意义和宗旨外，还会有其他什么意义和宗旨呢？如果全体人民的信任实实在在地集中在一个人身上，这个人就不能在政治上无关紧要，仅在节庆的时刻发表几句祝词，在别人的决定上署个名字。有鉴于此，民国总统显然是一个政治领导人，而且这也完全符合魏玛宪法第四十一条的主导思想。宪法赋予他重要的执政权：他掌握着国防军最高指挥权，拥有紧急处分、恩赦等权力。尽管总统在行使
351 这些权力时必须取得部长的副署，但它们却同样表明，总统不是一个非政治的职位。结果魏玛宪法就确立了两个政治领袖：民国总理和民

国总统。总理规定政治大纲，但这只是因为他取得了国会——即变动不居的、不可靠的联盟——的信任。相反，总统则取得了全体人民的信任，这种信任不以被各个政党弄得四分五裂的议会为中介，而是直接集于总统一身。这样，一国人民就有了两个政治领袖。如果他们都是实实在在的政治领袖，却又没有相同的政治方针，这种两个政治领袖并存的局面就会导致危险的冲突。这是一种二元制，其后果可能比立宪君主政体下的二元制更为糟糕。由此而产生的冲突不能简单地让人民来作出裁决，因为这会导致经常性的实质性全民公投，这种做法既不民主，也不可能。人民选出自己的领导人，是为了让他们发挥领导作用，而不是为了让自己没完没了地裁决他们的麻烦事和意见分歧。

但是，如果民国总统不是领导人，而是一个不偏不倚的、中立的人物，一个“客观的人”，他就拥有了中立的权力，成为一个调解机关、一种缓冲力量、一个调停者。他并不作出任何决断，而是让不同的政党聚在一起，并且利用他从这些政党那里赢得的声誉和信任来营造一种谅解的气氛。例如，艾伯特总统——虽然他还不是由全体德国人民选举出来的——就曾在一些关键时刻担当过这一重任，最明显的一次大概就是 1922 年夏天，当时发生了巴伐利亚与民国的冲突。另外，这种活动按其本质就是不起眼的，甚至是隐而不显的，其先决条件是，总统成功地摆脱了一个政党的要求。在一般情况下，君主很容易保持中立的姿态，不会卷入无谓的政治漩涡，因为他是作为一个稳固的古老王朝的一员，并按王位继承程序占据其职位的。相反，一位经选举产生的总统要么确实是由全体人民选出来的，要么就是在当事方约定的基础上由一个政党联盟推选出来的。就前一种情况来说，由于全体人民必然是一个政治实体，总统就将成为明确和严格意义上的政治家和政治领袖，而不只是中立的第三方；就后一种情况来说，总 352
统不太容易扮演特殊的中立角色。政党组织不是推举一个政党追随者来担任总统，就是推举一个不妨碍自己的无害的人来担任总统。于是，总统所从事的中立、调解和调停的活动就失去了价值和作用，他

既没有政治决断权，也没有真正的中立权力，而只是议会或政府的附庸。如果真的出现了这种情况，我们也可以认为这并不违宪，因为按照魏玛宪法的宪法法规，就连这种可能性也是完全开放的。选民经常是按政党方式组织起来的，现任民国总统兴登堡的例子根本不能证明，民选总统就一定能够逃脱由此而产生的种种后果。兴登堡总统超越了一切政党界限，他在广大德国人民中间享有崇高威望，受到他们的普遍信任。但是，这种威望和信任必须追溯到某些在目前的宪法状态之前已经形成的习惯和印象，必须追溯到战争和帝国崩溃时期。相反，在正常的议会党派政治时期，一切在公开政治场合露面的人很快就顺应了党派政治的要求。

按照魏玛宪法，总统只能与政府联合行使权力，因为他的一切命令均须取得总理或部长的副署（魏玛宪法第五十条）。一旦总统与政府达成了一致意见（无论是总统顺从政府，还是政府让总统来领导自己，抑或双方基于共同的看法而采取联合行动），那就排除了行政的二元制，出现了一个强有力的政府与国会相抗衡的局面。倘若总统国会发生了冲突，双方仍有“诉诸人民”的各种机会：总统可以解散国会，下令举行公民投票，国会也可以提出罢免总统的动议。只有
353 通过这样一些可能性，关于政府及其与议会的关系的全部宪法法规才获得了真正的内容。因此，就不能孤立地看待这些规定，而是只能在整个系统的脉络中来看待它们。有鉴于此，议会解散权及其实际运用方式在今天不仅对一般的议会制来说具有决定意义，而且对如下问题也具有决定意义：在政治生活现实中，究竟哪一个子系统在起作用。

第二十八章　议会的解散

议会解散权是当今议会制的关键所在。这一点具有一般的适用性，而对魏玛宪法来说则具有特殊的适用性。

I. 议会解散权的类型。在不同的宪法系统中，议会的解散具有不同的意义。

1. 君主的解散权。在非议会制的君主政体下，解散议会的目的通常是为了保持君主制政府对人民代议机关的优势。在这里，议会解散权是对付议会的武器；这种权力的行使一般都有一个先决条件，即发生了冲突。但是，解散议会并不等于诉诸人民，新选举也不意味着最后的决断，因为国王可以随心所欲地反复行使其解散权。从 1862 年至 1866 年，普鲁士的君主政府与邦议会之间发生了一系列冲突，邦议会多次被解散。这段历史便是君主解散权的最著名的实例。这一过程留下了深刻的印记，甚至在魏玛国民议会中还能见出它的后果，其表现是，魏玛宪法第二十五条明确添加了一条规定：民国总统“出于同一原因，仅得解散议会一次”。普鲁斯指出：“这一规定（‘出于同一理由’）的含义大概是非常明确的。总统和政府不得因同一问题——我请大家回想一下冲突时期——反复行使解散权，并试图用这

种办法逐步地让国会和选民屈服。”[1] 这种“冲突”盘桓在普鲁斯的脑海里，显然影响他考虑问题的出发点：解散国会的举动始终意味着冲突，因而就具有一种反常的、甚至危险的、令人想起政变的性质。这一点也许切合德国式立宪君主制的情况，但无论如何，对民主共和国的议会制而言，情况就不是这样了。

2. 总统的解散权。魏玛宪法第二十五条规定：“民国总统得解散民国国会。”

在这里，解散权是维持平衡、向人民发出民主吁求的必要手段和常规方法。魏玛宪法第二十五条规定，民国总统“出于同一原因，仅得解散国会一次”。这一规定仅仅涉及如下情形：解散国会的举动导源于真正的冲突，导源于两种不同意见的明确对立，人民通过新选举要么赞成国会的观点，要么赞成政府（连同总统）的观点，从而对冲突作出裁决。向人民发出的吁求具有终极的性质，因此，总统不能出于相同的原因——即针对相同的意见分歧——重复采取这一行动。不过，议会的解散须有一个先决条件，即发生了真正的冲突。

> 法兰西共和国总统的议会解散权以 1875 年 2 月 25 日宪法律第五条为依据：“共和国总统经与参议院协调，得于众议院任期结束前解散之。”尽管自 1877 年以来，法国总统的解散权已经不切实际了（参见第 29 页），但总统解散权的这一实例对宪法理论来说仍有十分重要的启发意义。它可以回溯到普雷沃-帕拉多尔的典型的自由法治国理念和设想，只能根据一系列政治形式要素的法治国式的混合和相对化来加以理解，因为正是这一点使君主制的组织形式得到了运用（参见第 291 页）。

---

[1] 参见 *Prot.*，第 233 页。

3. 内阁的解散权。这种解散权的本质在于，如果议会多数不再与议会制政府——无论是总理，还是内阁——协调一致（因而就出现了第 339 页上列举的导致内阁倒台的情形之一），议会制政府可以“诉诸人民”，解散议会，公布新选举日期，以争取一个新的多数的支持。这里有一个先决条件：议会多数与内阁部长发生了冲突，而人民则通 355
过新选举对这一冲突作出最终裁决。因此，就不能针对同一冲突重复行使解散权；冲突乃由新选举予以裁决。这种内阁解散机制尤其在英国的实践中已作为一种特殊方法确立起来，尽管内阁本身并无正式的解散权。从形式上看，议会是由国家元首下令——在英国，则由国王降旨——解散的。

4. 议会的自行解散。自行解散已成为解散的另一种方法；时至今日，这种方法尤其在德国的一些邦宪法中受到了承认（例如 1920 年普鲁士宪法第十四条、1919 年巴伐利亚宪法第三十一条）。在这里，一次性和同一原因的限制毫无意义，因为每届议会显然只能自行解散一次。

5. 应人民动议解散议会。这是解散议会的最后一种方法；时至今日，这种方法在德国的一些邦宪法中同样受到了承认（例如普鲁士宪法第十四条、巴伐利亚宪法第三十条），但民国宪法没有这样的规定。

6. 特殊情形。参议院参与解散议会（参见第 300 页）；一个特别“委员会”决定解散议会（普鲁士宪法第十四条）；如此等等。

II. 民国总统的解散权。

1. 魏玛宪法只规定了一种解散方法：民国总统得解散民国国会（第二十五条）。这种总统解散权在形式上是始终如一的，但实际上，它的行使可以起到不同解散方法的作用。在正常情况下，民国总统下令解散议会时不光是在行使形式上的总统解散权，而且是在行使实质上的总统解散权。因此，解散议会的目的是要在国会面前维护总统的独立地位，尤其是要依靠人民来裁决国会多数与总统之间可能发生的

冲突。但除此而外，形式上源于总统、实则源于内阁的解散行为也具有特殊的重要性。由总统下令解散议会，有助于维护政府的独立性，等于限制了政府须取得国会多数信任这一原则。但是，如果国会希望
356 自行解散，它也可以利用总统解散的形式来达到这个目的。最后，我们还可以想象，民国总统通过解散议会顺应少数人的意愿，虽然议会实际上是应人民动议而解散的，但这一解散行为却采取了总统解散的形式。尽管只有总统解散权可供利用，尽管总统不能被迫在违背自己意愿的情况下解散议会，但在解释魏玛宪法第二十五条时，不同解散方法的区别具有十分重要的意义。

2. 民国总统的全部职务行为，包括依照魏玛宪法第五十条下达的解散国会令，都必须取得总理或主管部长的副署。由此就产生出另外一个问题：这两种最具有实际重要性的解散方法——总统解散权和内阁解散权——是如何起作用的？因为只有总统才能下令解散议会，而且必须要有总理的副署，总统才能下令解散议会。这意味着，这两种彼此独立的解散方法是不可分割地联系在一起的。若欲行使内阁解散权，就必须取得总统的支持；反过来说，若欲行使总统解散权，就必须取得总理的支持。如果不能做到这一点，两种解散方法都不会有任何用处。

迄今为止的事例：1924 年 3 月 13 日民国总统令[1]；“民国政府认为，根据 1923 年 10 月 13 日、12 月 8 日的授权法[2]颁布的法令极其重要，希望这些法令在目前的条件下不加变更地继续有效。在政府断定此一要求未获国会多数同意之后”，国会即被解散。此外还有 1924 年 10 月 20 日的民国总统令：“鉴于议会制造的种种麻烦，已经不可能在迄今奉行的对内对外政策的基础

[1] 参见 *RGBl*，I，第 173 页。

[2] 参见 *RGBl*，I，第 943、1179 页。

上维持现政府，组建新政府了。”

两种解散方法均为魏玛宪法的议会制所采纳，这样就有可能产生一系列困难。政府必须取得国会的信任，我们只有首先认识到这一要求的正确意义，才可望解决这些困难。诚然，政府在行使职权时必须取得国会的信任（魏玛宪法第五十四条），但总理及其所推荐的各部部长要由总统来任命（第五十三条）。如前所述，只有明确的不信任决议才会导致政府的垮台，魏玛宪法第五十四条正是从这里获得其真 357
正意义的。因此，政府很可能在没有取得国会多数信任的条件下行使职权，所有的少数派政府都属于这种情况。如果总统任命一位总理，在国会通过明确的不信任决议之前经总理的副署下令解散国会，这并不违反魏玛宪法第五十四条，否则所有的少数派政府都违反了这一条款。在德意志民国，从迄今为止的组织政府的做法来看，这是无可争议的。

一旦国会通过了明确的不信任决议，按照魏玛宪法第五十四条第二句的条文，内阁就有义务辞职。遇到这种情况，问题就更棘手一些。此时可按如下方式行使总统解散权：现任内阁辞职，总统任命一个新内阁，在国会通过新的明确不信任决议之前经新内阁的副署解散国会。相反，在这种情况下，内阁解散权似乎完全被排除了，尽管它恰恰适合于这种情况。由于德国的国家法学说带有形式主义倾向，人们很可能会坚持第五十四条的条文，使政府无法针对明确的不信任决议采取诉诸人民的行动。但是，人们至少需要分辨一下，看看这个以不信任决议的形式收回对政府的信任的多数究竟属于哪种类型。如果这是一个准备以明确的政治方针组建政府的强有力的多数，那么，拒绝行使内阁解散权就并非不智之举（即便不是绝对必需的），尽管议会解散权恰恰适合于这种情况。但是，如果作出不信任决议的多数不是一个统一的多数，而决议的政治动机又有明显的矛盾；如果比如说民族党、共产党和德意志人民党一起投票通过了不信任决议；那么， 358

下述举动就是不明智的，即宣布不能行使内阁解散权，要求总统等到组建了新政府后才解散议会——这实际上是要求将国会无控驭能力或意愿的状态当作一种受宪法律保护的法益来对待。

3. 不仅在解释与当今德意志民国的议会制有关的宪法法规时，而且在评价魏玛宪法所规定的解散权时，我们都必须考虑到这两种制度安排的关系，不能将不同的宪法法规孤立起来，然后过分地、绝对地加以强调。毋宁说，所有这些规定互相补充，构成了一个容有无穷多样的可能性的不稳定系统。民国总统的解散权位于这个系统的中央，是支撑着整个系统并缓和了其他宪法法规的常规安排。这一安排的目标是，即便面对一个议会多数，也要让人民的意志起决定作用。1925年4月25日，奥尔登堡最高法院判决了一起涉及邦议会解散的案件，这次解散是在邦议会拒绝了一项信任声明后发生的。该判决刻意强调了一个民主标准："正是通过这一解散行为，人民才得以在冲突中让自己的意志发挥了作用。"[1] 魏玛国民议会宪法委员会报告人阿布拉斯博士（Dr. Ablaß）十分清楚地表达了同样的思想："这种权力（即民国总统的解散权）无疑是非常广泛的，但我们必须无条件地认可它。如果民国总统确信国会的决议是错误的，与人民的看法相抵触，他就有权呼吁人民反对国会。这一点符合民主制原则，一个好的民主主义者不能反对这种诉诸人民的做法。"[2] 按其精神实质来说，同样的原则也适用于下述在政治上具有特殊重要性的情况：总统下令解散议会，但实际上，这一举动的真正根源是内阁解散权。在这种情况下，解散议会的目的恰恰在于，一旦政府失去了议会多数的支持，它
359 还可以通过新选举让选民作出决断；这样一来，面对单纯的议会多数及其偶然的、变动不居的党派群集，它就可以让拥有表决权的选民的多数作出决断。内阁解散权是魏玛宪法的系统组成部分，如果我们在

---

[1] 参见 *AöR.*，第九卷，1925，第224页及以下。

[2] 参见 *Prot.*，第233页。

解释第五十四条时毫不顾及第二十五条，如果我们坚持认为，当今的民国政府只是与每天都在变化的党派群集相联系、并随之而自动变化的附属物，这一解散权的政治目标和国家法目标就荡然无存了。有鉴于此，我认为，当国会作出明确的不信任决议收回对政府的信任时，政府本身可以副署总统的国会解散令。毫无疑问，魏玛宪法第五十四条规定了辞职义务，但在这种情况下，必须等待人民来决定国会的组成。如果新选举没有使政府取得国会多数的支持，如果新国会不再对政府表示信任，政府就应该辞职。

第四部分
联邦宪法学

第二十九章　联邦宪法学的基本概念

I. 国家间关系和联系的类型概述。

1. 无论在什么地方，只要政治统一体并存于和平或敌对状态中，就到处存在着国与国之间的关系。国与国之间的纯粹共存关系由一系列按习惯或协议获得承认的法规予以调节，这些法规的总和就是国际法。如果若干国家之间仅仅发生国际法关系，那么，即便这些国家有一种休戚与共感，那也还不足以确立它们的联盟关系。如果有人说，国际法[1]——实际上，它包含众多的法规，因具体情况和关系的不同而不同——确立了一个“国际法共同体”（Völkerrechtsgemeinschaft）或“各民族大家庭”（famille des nations），那就仅仅描述了国与国之间的共存关系的逻辑关联物。如果有人进而谈论“国际法秩序”，这个秩序概念就不能理解成一个完整自足的规范体系，而是必须理解成某种存在性的东西。这一国际法共同体并非协议，也不以协议为基础。它也不是联盟，更不是联邦。国际法共同体没有特殊意义上的宪法，而是政治多元形态——即众多政治统一体的并存状态——的反映，通过一系列公认的个别法规表现出来。

我们不可能在随便什么样的一般家庭规范——例如“汝当孝

[1] 【中译者注】原文是“das” Völkerrecht，意指单一的、统一的国际法。

敬父母”或“应当互爱”——中发现家庭的“宪法”；同样，也并非随便什么样的一般规范和抽象规范都能够作为“国际法共同体”的“宪法”予以颁布。如果将诸如“权利先于权力”之类的一般原则或协议的神圣性当作宪法予以公布，硬说一般的“国际法共同体”具有真正联邦的性质，这尤其是毫无希望的举动。费尔德罗斯将 pacta sunt servanda［应谨遵协议］确立为国际法共同体的“宪法”，这一原则极不适合于建立一个超越了单纯的共存关系的共同体和秩序。国家间订立的协议具有国际法效力，但是，一旦超出具体的协议内容，另外再提出“协议有效”的原则，这第二个抽象原则就不具有国际法效力了。这种虚幻的双重
364 规范在逻辑上是错误的，在实践中也毫无价值（对这一原则的进一步批评，参见第 69 页）。

在今天，关于国际法的原则性讨论充斥着大量误解和错误，其中的很大一部分都可以溯源于如下事实：“国际的”（international）一词具有多重含义，人们可以用它来描述政治上对立的各种关系。按照德语的表达方式，可以将“**国家间的**”（zwischenstaatlich）与“**国际的**”予以明确区分，为了科学的诚实性起见，有必要重视这个区分。与“国际的”相反，“国家间的”意味着，不同的国家——即政治统一体——相互对峙，它们以其固定的疆界对外封闭，不可穿透，“不可渗透”，拥有对自身的存在问题的决断权（也就是说，它们“拥有主权”，其政治问题不由某个外国人来决断）。另一方面，“国际的”（按照正确的德语表达方式）则恰恰意味着，民族区分被取消和抛弃了，这是一种越过国家疆界的渗透和联系。罗马天主教会是一个国际组织，而不是一个国家间组织；国际矿业联合公司、国际卡特尔越不是国家间组织，就越是国际组织。

这一区分早已是人所共知的自明之理了。[1] 可是，由于日内瓦万国联盟[2]的缘故，它即便在法学讨论中也经常遭到忽视。日内瓦万国联盟是一个国家间组织，而和平主义则是一场国际运动。如果我们不断地将和平主义与 Völkerbund［在国际和平与谅解这一含糊的意义上］混为一谈，又将 Völkerbund 与 Genfer "Société des Nations"［日内瓦"万国联盟"］混为一谈，我们就很容易得出一些离奇的结论。维格纳（Arthur Wegner）在《刑事不法行为、国家不法和国际法》（Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht）[3]一文中讨论了一个问题：如果向外国告发本国政府或政府官署违反国际法，这在刑法上是否属于不法行为（如叛国罪）？维格纳认为，"毫无疑问，每个人都有与政府的不法行为作斗争的权利。可是，按照我们的文化观，斗争的手段不是祈求外国，而是诉诸本国人。"第 11 页上说，如果某人泄露了一项违反国际法的国家机密（不得"泄露"的机密），他将受到刑法处置，正如雇员不得向竞争对手泄露商业秘密一样。这种解释将国家——即一个民族的政治统一体——化约为"商事企业"了。紧接着的一句话是："不过，如果向比如说（按字面即是：比如说）万国联盟告发本国政府，裁断就肯定要困难一些。"确切地说，这是因为目前有成千上万的人"在万国联盟与祖国之间"举棋不定。这位德国刑法学家似乎认为日内瓦与莫斯科是相似的，于是，他就将一个国家间组织变成了一个"国际"组织。

---

[1] 例如，参见 G. 耶利内克，《普通国家学》，第 116 页及其他各处。

[2] 【中译者注】原文作"Völkerbund"（英语"League of Nations"、法语"Société des Natio-ns"），通译作"国际联盟"。在这里，我们根据施米特的区分采用了"万国联盟"这一旧译名。

[3] 载《汉堡刑法学论文集》，Hamburg，1925，第 11、78 页。

2. 协议规定的旨在促进国家的个别目标的个别关系。许多不同类型的国际法协议都属于这个范畴，如贸易协议、引渡协议；此外还有旨在长期规范这类个别目标的协议性联系，以及各式各样的同盟，如邮政联合会协议、关税同盟、商业同盟等等。这种类型的协议关系或联系有一个特征：它用一种可测度的内容确立了一系列强制性义务
365 （这些义务通常是非常重要的），但却并没有径直将国家的政治存在本身一锅端了。换句话说，它绝非关乎生死存亡的联系。

> 经济或其他联系很可能变得十分重要。不过，只有当这类联系触及国家的政治存在时，它们才能起决定作用。单凭经济联系还不足以确立政治存在的共同体，这一点可从钱币和货币同盟的例子中见出。虽然存在着这样的“联盟”，但是，如果各成员国的政治命运不同，这些国家的币制就会走上不同的发展道路。只要回想一下两个联盟（1865 年 12 月 23 日成立的拉丁货币联盟，以及 1873 年 5 月 27 日和 1875 年 10 月 16 日成立的斯堪的纳维亚货币联盟）的命运，这一点就一目了然了。如果经济联系（如关税同盟）导致了政治共同体的形成，政治就会起决定作用。在这种情况下，一种涉及国家存在的进一步联系就取代了受协议规制的个别关系。

3. 同盟（Bündniss，Allianz）：基于这种协议关系，一个国家在特定情况下有义务参战。由于战争触及整个国家的政治存在，是特殊政治性——即敌友群分——的最终的决定性表现，因此，这种义务就具有特殊性质，有别于任何其他的协议规定或联系，不管这些规定和联系多么有价值、多么重要。但是，在其他方面，一个国家的政治状态及宪法并不因同盟的订立而有所改变。在特定的情况下，有关 jus belli［战争权］的决断要受协议的约束，但是，对战争权本身并没有放手，并没有将它交给第三方来决断。由于签订了同盟协议，战争权

的实施和运用就以协议的形式固定下来了。为了国家的具体政治生存起见，就需要国家自己对自己的政治问题作出决断。如果一个国家最终放弃了自救权，或者将这种权利交给了另一个国家或另一个权力机构，它就没有自身的政治存在。也许有人会问，应该如何描述各种“拥有不完全主权”的中间形态？如果在此依旧谈论国家，那么，出于各种各样的考虑，这是不是一件寻常之事？不过，这并非问题的关键所在。无论如何，为了国家的政治存在起见，国家必须保有自己的决断权，能够决定捍卫自己的存在。因此，订立同盟是一种外交行为，惟有以政治方式存在着的国家才能实施这一行为。在这种情况下，并没有修改宪法，而只是实施了被国家宪法明确地或隐含地当作先决条件的那种权力。

宪法律可以禁止订立同盟，也可以规定，必须经过特殊程序 366
才能订立同盟。魏玛宪法第四十五条第三项规定，“同盟……须经民国国会之同意。”因此，个别的、具体的同盟条约并不具有修宪意义，而只是实现了宪法规定的某种可能性，是外交独立性的结果。毫无疑问，同盟的形式可用来改变一个缔约国的地位，强迫它永久放弃对战争权的自主决断权。在这种情况下，同盟条约的形式实际上确立了一种保护国关系（参见第七章，第 73 页）。

4. 联邦是以自由协定为基础的永久联合体，它以各成员邦的政治自保为共同目标，并且从这一目标出发改变了各成员邦的总体政治状态。

这个联邦概念的特征及有关结论应该在不考虑邦联（Staatenbund）与联邦制国家（Bundesstaat）的区别的情况下予以阐明。在德国，关于联邦问题的理论探讨一直有一个毛病：它过于关注邦联（具体地说，1815 年成立的德意志邦联）与联邦制国家（1871 年成立的德意志帝国）的对立，用尽可能简单

的对立来解释这一区分。拉班特和迈尔－安许茨的德国国家法教科书就是典型的例子。这类教科书将邦联和联邦制国家视为两种截然相反的选择方案：邦联是纯粹的国际法关系，联邦制国家则是纯粹的国家法主体；邦联立足于国际法**协议**，联邦制国家则有一部具有国家法性质的**宪法**；邦联是法律关系，联邦制国家则是法律主体；如此等等。从表面上看，这种对立是明显的、令人信服的，但实际上，它在逻辑上是古怪的、不可能的。人们沉湎于这类图解的、安逸的公式中，完全不顾整个问题的共同的基本概念，将一切对当下政治形势具有重要性的个别细节提升为概念标记。1871 年以后，德意志帝国的国家法学说用这类简单化的标语口号来强调该帝国与先前的、成立于 1815 年的德意志邦联的区别，这样，对当时的国家法学说来说，一般的联邦问题似乎就获得了解决。从历史的角度来看，这种做法是可以理解的，但时至今日，若想继续采取这样一种简单办法，就再也不能奏效了。

这个时期仍有强大的影响。虽然德国加入了日内瓦万国联盟，虽然在这个过程中出现了一系列国家法问题，涉及魏玛宪法第四十五条的解释，但这并没有唤起人们以科学的态度来关注联邦概念。在这方面，席勒的文章颇能说明问题。[1] 席勒想把德国加入万国联盟的问题当作一个纯粹的“法律问题”来讨论，完全忽视了“联盟”一词。[2] 他把我以前写的一篇讨论“联盟”概念的文章（《万国联盟的核心问题》，Berlin，1926）抛到一边，说了这样一句话：对他本人来说，重要的是“非政治”研究。席勒未能科学地认识宪法理论的基本问题（因为真正的联邦协议是一种制宪权行为）。

---

[1] 参见 *AöR*，NF，Bd. 11，1926，第 41 页及以下。

[2] 【中译者注】在德语中，“万国联盟”中的“联盟”与“联邦”是同一个词（Bund）。

联邦使每个成员邦获得了一种新的身份。对每个成员邦而言，加入联邦这一举动实际上相当于修改了自己的宪法。即便没有修改任何一条宪法法规的条文，实定宪法——亦即对国家的总体存在方式所作 367
的基本政治决断的内容——本质上也被修改了，而且这种修改要比单纯的条文修改重要得多。因此，联邦协议是一种特殊类型的协定。只要一个成员邦出于自身的愿望加入联邦，从而在签署协议时是完全自由的，联邦协议就是一种自由协议。联邦协议不同于可自由终止、仅仅调节可测度的个别关系的协议，它根本不是这种意义上的自由协议。毋宁说，一个国家在加入联邦后被纳入到一个总体政治系统中去。联邦协议是国家间的身份契约。

II. 联邦的定义引出了如下结论。

1. 联邦在其作为政治统一体的总体存在中涵括了每个成员邦，将其整个地嵌入一个以政治方式存在的联合体。因此，联邦协议并不仅仅产生出个别的责任和义务。如果说联邦宪法设定了联邦的“权限”，使它的主管范围仅限于明确列出的事项（例如1849年法兰克福宪法第五条），这实际上涉及一个权限推定的技术问题，规定了现存联邦内部权限分配的组织上的实施。这种限制并不涉及联邦的基本前提这个完全不同的问题，并不涉及主权的问题（关于这个问题，参见三）。

2. 联邦协议旨在确立一种永久秩序，而不只是一种暂行规定。这一点同样是从身份概念中引申出来的，因为一项可终止、可测度的纯粹临时性的个别规定不能确立任何身份。职是之故，一切联邦都是“永久的”——即打算长期存在下去的——联邦。

> 因此，从有关的历史实例来看，联邦协议总会用某种措辞来宣示联邦的永久性。据1815年德意志邦联议定书，各成员邦“联合为永久邦联”。1820年维也纳最后议定书旨在加强“令全德意志永臻于和平与和睦之境的联系纽带，使之牢不可破”。这个

最后议定书还规定，“邦联是作为不可解散的联盟而建立起来的，因此，各成员邦不得随意退出联盟（第五条）。”1867 年 7 月 26 日北德意志联邦宪法言及“永久联邦”（序言）；同样，1871 年 4 月 16 日德意志帝国宪法也宣称，普鲁士国王以北德意志联邦之名义与南德各邦君主缔结“永久联邦”。

在一些著名国家理论家的学说中，永久性也是联邦的本质特征，并因此而受到强调。[1]

368　3. 联邦协议是一种特殊类型的协议，即宪法协议。订立联邦协议是一种制宪权行为，其内容既是联邦宪法的内容（参见第 62 页及以下），也是每个成员邦宪法的组成部分。

因此，1815 年成立的德意志邦联的不少邦国都将如下条款列在各自宪法的首位：它们是邦联的组成部分。例如，1818 年 8 月 22 日巴登大公国宪法第一条规定：“大公国为德意志邦联的组成部分。”1820 年 12 月 17 日黑森大公国宪法第一条、1831 年 9 月 4 日萨克森王国宪法第一条也有同样的规定。若以详尽和确当而论，1819 年 9 月 25 日符腾堡王国宪法第三条尤其值得一提：“符腾堡王国为德意志邦联之一部分；是故邦联议会之一切组织决议，凡涉及德意志之合宪状况或德意志公民之一般状况者，对符腾堡亦有约束力。但是，为履行由此而确立的各项义务，须有各等级之合宪参与。”如果说在当今的德意志民国（1919 年魏玛宪法下的德意志民国）这类条款还被列入各邦宪法的话（例如，1920 年 11 月 30 日普鲁士宪法第一条规定，普鲁士为德意志民国的一个共和国和成员邦），它们在此并不具有相同的意义，因为

[1] 参见普芬道夫，《论自然法与万民法》，Ⅶ，c. 5，18。

当今的德意志民国已不复为联邦了（参见第 388 页及以下）。

4. 联邦的宗旨是要在联邦的框架内维护每个成员邦的政治存在。正因为如此，联邦宪法——即便未曾明言——包含着对每个成员邦的政治存在的保障。也就是说，面对所有的成员邦，每个成员邦的存在都得到了保证，而且是由所有的成员邦针对每个成员邦以及合在一起的所有成员邦予以保证的。职是之故，在联邦内部，政治存在意义上的政治现状无论如何必须得到保证。在正常情况下，这还包括对领土占有状态的保障。因此，不能在违背一个成员邦意愿的情况下夺走其领土的一部分，更不能在违背其意愿的情况下取消其政治存在。这并不是说，对政治存在或占有状态的一切保障已然构成了联邦协议。但是，也许可以反过来说，每个联邦都要确保各成员邦的存在和占有状态。这种保障不仅出于自我保存的目的，而且也是从对联邦来说具有根本意义的永久性概念中产生出来的。

5. 联邦对外保护其成员邦免遭战争危险及一切攻击，对内必然 369
意味着长治久安，正如 11 世纪以来的许多古老联邦协议已经载明的，意味着“国家安宁”。“每个成员邦都负有绝对义务，只能按联邦宪法规定或允许的程序依法解决成员邦之间的一切纷争。”黑内尔针对俾斯麦宪法第七十六条第一项所说的这句话[1]在一切联邦内部（不管是邦联，还是联邦制国家）均属有效，其出发点是联邦的内部安定，而这种安定对联邦来说具有根本意义。

这样一来，各成员邦总体状态的根本改变就会牵涉它们的战争权。联邦协议不同于联盟协议，它并非针对一种特定情形、针对 casus foederis［履约要件］而以协议的形式确定了战争权的实施，相反，在联邦内部，自救权被永久地放弃了。在联邦内部，在各成员邦

[1] 参见《国家法》，第 577 页。

之间，再也不能发生战争了。只要联邦存在着，在联邦内部，就只能由全联邦对一个成员邦行使联邦强制权（Bundesexekution）。如果发生了战争，联邦就破裂了，其迄今为止的存在就被取消了。

1815年成立的德意志邦联因1866年的普奥战争而告解体。1866年5月28日，奥地利政府中止了与普鲁士的谈判；1866年6月10日，普鲁士军队在曼陀菲尔（Manteuffel）的率领下开进了荷尔斯泰因。随后，奥地利于6月11日向邦联议会提出了动员邦联军队（除普鲁士军团而外）的动议。尽管普鲁士宣布这项议案违反了邦联协议，但它还是在1866年6月14日获得通过。在奥地利动议获得通过的当天，普鲁士马上发表了一份声明[1]；不管人们如何看待“责任”问题，普鲁士的这份宣言包含着对如下问题的有趣讨论：邦联内部的动员和战争究竟意味着什么？宣言称，“针对各成员邦，邦联法仅仅规定了强制程序，并且为这一程序规定了特定的形式和先决条件。根据邦联战时紧急状态法针对一个成员邦集结军队，这不符合该紧急状态法，正如邦联议会在强制程序的规定之外对一个成员邦政府采取干预措施不符合该紧急状态法一样。”“邦联旨在确保每个成员邦的安全。如今，邦联最强大的成员邦……对普鲁士扩军备战以求自救，严重动摇了普鲁士对这种保护的信赖。……有鉴于此，王国政府必须认为，邦联议定书第二条列为邦联之主要宗旨的外部和内部安全已遭到了严重危害。”

“根据邦联法，对一个成员邦宣战是不可能的。……因此，王国内阁认为邦联已经破裂。”黑内尔在《帝国宪法的类似于协议的要素》（*Vertragsmäßige Elemente der Reichsverfassung*，1873）

[1] 刊载于《条约新编》，XVIII，第310页及以下；以及施特鲁著，《文献》，1，第324页及以下。

中对普鲁士的这一见解提出的批评（它“是毫无道理的”）忽略了一切联邦的根本问题。

有时候，尽管爆发了战争，联邦却并未解体。这只有在如下 370
情况下才有可能发生：交战的一方坚持将战争视为单纯的联邦强制手段，并且成功地实现了这一主张。例如，在1861年至1865年的美国南北战争中，北方各州取得了对南方各州的胜利，从而维护了联邦。我们不妨想象，倘若普鲁士在1866年战败的话，奥地利大概也会成功地让邦联继续存在下去。[1]

6. 不存在不干预成员邦事务的联邦。由于联邦具有政治存在，它就必须拥有监督权，能够决定维护、保护、保卫联邦的手段，必要时甚至可以采取干预措施。

7. 一切联邦都拥有战争权，能够以联邦的身份交战。因此，没有哪个联邦不拥有发动联邦战争的权利。至于联邦对外——即对非成员邦——是否拥有垄断性的战争权，这就是另外一个问题了。诚然，联邦要保护其成员邦免遭外部的进攻，但这未必就意味着，各成员邦已失去了与一个非成员邦交战的权利。从事实和实际情况来看，成员邦与某个非成员邦的战争很容易对联邦构成威胁。但是，放弃针对一个非成员邦的战争权，这绝非出自联邦的本性；相反，各成员邦的政治存在的本质导致了这样一个结果：自救权和战争权之所以被放弃，只是由于这种权利要受到联邦成员邦身份的制约。

III. 联邦在法律和政治上的几个二律背反，以及通过同质性要求对这些二律背反的扬弃。

1. 二律背反。(1) 第一个二律背反：联邦的宗旨是自我保存，即

---

[1] 正是成员邦之间的一场战争导致了邦联的解体，关于这一点，参见普芬道夫，同上引书，第21章。

维护每个成员邦的政治独立性。另一方面，联邦成员邦身份又减少了这种独立性，因为这种身份使每个成员邦放弃了战争权这一基本的自保手段，放弃了自救权。因此，这个二律背反关系到每个成员邦的自保权（Selbsterhaltungsrecht）。

（2）第二个二律背反：成员邦试图依靠联邦维护其政治独立性，确保其自决权。另一方面，联邦为了自身的安全，又不能置各成员邦
371 的内部事务于不顾。一切联邦都会导致干涉。一切真正的联邦强制手段都是一种干涉，取消了被施以强制手段的成员邦的充分的独立自决权，取消了它的对外自足性和不可穿透性（Undurchdringlichkeit，Impermeabilität）。因此，这个二律背反关系到每个成员邦的自决权（Selbstbestimmungsrecht）。

（3）第三个（最普通的）二律背反：每个联邦，无论是邦联，还是联邦制国家，其本身都具有总体意志和政治存在，正是这一点使它有别于联盟。因此，在联邦内部，就同时并存着两种政治存在类型：联邦的总体存在和成员邦的个别存在。只要联邦存在着，这两种政治存在类型就必须同时并存。联邦的总体存在不得取消成员邦的个别存在，成员邦的个别存在也不得取消联邦的总体存在。成员邦并不单纯地从属于联邦，不是联邦的属国，联邦也不从属于、隶属于成员邦。联邦仅仅处于这种存在关系和平衡中。这种关系可以朝着两个方向区分出不同的层次，最极端的情形是：要么联邦解体了，唯有组成联邦的个别国家还继续存在着；要么组成联邦的个别国家不复存在了，唯有单一的国家还继续存在着。联邦的本质在于政治存在的二元性，在于以下两者之间的联系：一方面是以联邦为基础的共在性和政治统一性；另一方面是多数状况的继续存在，是个别政治单位的多元性。这种居间状态本身肯定会导致许许多多必须加以解决的冲突。

于是，主权问题就在于，必须对事关存在的冲突作出裁决。有些方法被用来和平调解争端，但是，如果局势要求人们作出决断（而

且，只有在涉及这种情况时），政治冲突就不能按司法形式的程序予以解决，因为这里涉及的并非规范性和法律解释。一旦用有效的、公认的规范来处理这种情况，它就恰恰不会导致真正意义上的冲突。但是，如果不存在这样的规定，相关程序实际上就不是司法形式的程序，法院也只是表面上的法院，因为它没有固定的、预定的一般规范 372
可供依凭，纯粹按自身的裁量来裁决政治冲突。这一法院要么是联邦机构，要么就是一个或数个成员邦的机构；它永远都是当事方。面对真正的政治冲突，就连“混合法院”也是不可想象的。若想票数相等地组成这样一个法院，每一方所任命的成员人数就必须恰好相等；由于缺乏法律的约束，这些成员就听命于每一方，接受每一方的指示。于是，裁决就只能在一个或几个受指派的成员并未满足任命他们的先决条件的情况下作出。或者，我们也可以设想另外一种情形：这一法院凌驾于各方之上，但这并非由于对法律的依赖性（事实上，只有这种依赖性才能确立法院的独立地位），因而就不是由于有一项对双方都同等有效的规范，而是由于法院的存在。在这种情况下，这一法院自身便拥有主权。它已经不再是法院了，而是一种存在着的、因而就关心自身的自我保存的政治权力。尽管许多争执、意见分歧和争端均可由一些明智的、有正义感的人凭着良好的意愿予以解决，但我们却无法用这种方法来消弭事关存在的冲突。只要一个民族以政治的方式存在着，它就必然会自己对自己的政治存在问题作出决断，并且会自己承担由此而引起的一切责任；就连是否有一个存在问题的问题也只能由它自己来作出决断。

只要同时并存着多个独立的、以政治方式存在的实体，这种事关存在的冲突就随时可能发生，因此，主权——即最后的存在决断——问题就始终处于悬而未决的状态。在这里，或许有人想首先求助于主权国家与非主权国家的区分，然后求助于邦联与联邦制国家的区分，

并在此基础上与德国的主流国家法学家[1]一道认为，在一个邦联内部，个别的成员邦拥有主权，而在一个联邦制国家内部，各成员邦组成的整体才拥有主权。不过，这种说法只会造成混淆，并没有解决上述复杂问题。如果正确地理解事关存在的冲突的意义以及主权决断的本质，就可以发现，这根本不是对问题的回答，因为它只是说，如果
373 遇到冲突情况，邦联就解体了，而联邦制国家则没有解体；邦联被以这种方式剥夺了总体的政治意志，它只是一种国家间“关系”（但奇怪的是，其本身又能像德意志邦联那样交战！），相反，联邦制国家则变成了一个主权国家，它失去了联邦性质，因为成员邦被剥夺了自主决定其政治存在的权利，现在只剩下“自主立法权”了。然而，联邦的本质恰恰在于，只要联邦本身与成员邦本身同时并存，联邦与成员邦之间的主权问题就始终处于悬而未决的状态。如果在一个联邦中，拥有主权的并非成员邦，而是联邦本身；如果在一种国家形态中，唯有“联邦”——即整体本身——才具有政治存在；那么，这实际上就是一个拥有主权的单一制国家了。这样一来，联邦的真正问题就完全被回避了。

归根到底，造成这第三个最普通的二律背反的原因是，只要若干个独立政治统一体并存于一个同样以政治方式存在的总体框架内，就必然引起矛盾。赛德尔以热烈赞同的口吻引述了一位法国人的话：“不可能有两个统一体，因为统一体的本质就在于，它是单一的。”（Il ne peut y avoir deux unités, car l'essence de l'unité c'estd'être une.）[2]对冲突情况而言，这句话是完全正确的，尽管主权“国家”与非主权“国家”之间存在着细微的区别。只要一项政治决断尚未抛弃真正的联盟平衡，这一矛盾就表现在联邦内部的一切根本性冲突中，表现

---

[1] 参见拉班特，同上引书，I，第91页及以下；黑内尔，同上引书，I，第221页。另参见迈尔－安许茨，同上书，第48页。

[2] 这是莱昂（Léon）的名言，参见《论文集》，第19页。

在联邦法的一切众所周知的有争议的问题中。因此，早在美国南北战争之前，人们就针对宪法讨论了这些真正的根本问题。当时，卡尔霍恩（John C. Calhoun）提出了一系列著名的论题（其文集出版于 1851 年），它们后来被赛德尔明确地当作其学说的根据。[1] 即便到了今天，这些论题对联邦宪法学概念仍有巨大的理论意义。尽管南方各州输掉了南北战争，尽管在以俾斯麦宪法为立国之本的德意志帝国，主流学说仅仅满足于将国家与主权、邦联与联邦制国家对立起来，并对它们 374
作了虚假的区分，但这种理论意义并不因此就彻底完结了。卡尔霍恩和赛德尔的学说涉及联邦宪法学的一系列基本概念，这些概念对于认识特定政治形态的特征是颇有帮助的。即便提出这些概念的人在政治上站在被打败的一方，它们仍有其科学价值。因此，关键并不在于，我们必须证明采取今日政治形态的美国或以魏玛宪法为立国之本的德意志民国无论在何种情况下都是“联邦”；恰恰相反，我们必须抛开各种事先想好的概念和习惯用语，直接提出如下问题：美国和德国即便在今天还确实是联邦吗？抑或它们只是昔日联邦的残余（这些残余被当作组织要素运用于国家结构，或者已由真正的联邦要素逐渐变成了辅助性的组织要素）？

卡尔霍恩的基本论点涉及各州的独立主权——即 State Rights［州权］——的理论。在他看来，州权只能在宪法明确规定的范围内予以限制，而州权不受限制的推定表明，组成联邦的各州应享有这种独立主权。在此，这种推定——即一州拥有“国家全权”——并不起特定法律的解释规则的作用，而是起主权的逻辑表述的作用，正如在处理君主制原则的问题时一样。有鉴于此，这一理论是错误的，因为它认定，组成联邦的各州拥有主权，而联邦本身则不拥有主权。如同相反的论点一样，这一论点未能正确地评价联邦的特点。但是，除此而

[1] 参见《论国家联合的学说》，1872，载 *Abhandlungen*，第 15 页。

外，卡尔霍恩还让各州享有宣布联邦法律和法令无效的权利。据此，各州可按自身的决断拒绝承认和实施一项联邦法令，只要按照各州的解释，这一法令越出了宪法律规定的联邦权限范围。在这种情况下，各州议会可作出临时决议，直至联邦议会以四分之三的多数承认了法令的合宪性为止。然而，就连符合修宪要求的多数也不能废除联邦的协议基础。如果各州发现自己的安全和存在受到了威胁，如果按照各
375 州的主权决断，联邦权力遭到了滥用，各州就有权解除联邦协议，即有权脱离联邦。卡尔霍恩的上述论点为南方各州脱离联邦的行动提供了理论根据，正是这一行动导致了1861—1865年的南北战争。由于战争以南方各州的失败而告终，该理论对美国来说也就彻底完蛋了。“从此以后，一切试图摆脱全国（即联邦）政府的支配权的举动都必须被视为叛乱。由于这个原因，在合众国的政治制度下，任何一州均不得宣布联邦法律无效，也不得脱离联邦。……从此以后，就由最高法院来作出各种裁决了。……立法机关、法院，尤其是人民曾被各式各样的难题弄得喘不过气来，这种状况持续了整整两代人的光阴，没想到战争这么快就解决了所有的难题。”[1] 不过，靠战争来解决问题，这仅仅意味着，宪法已经改变了自身的性质，联邦本身不复存在了，而这一点是由战争决定的。现在，联邦与一邦或数邦之间的事关存在的冲突已失去了可能性，宪法的联邦要素不再涉及各邦的自主政治存在，而仅仅变成了一系列组织要素，它们确立了各邦广泛的立法自主权和自治权。脱离联邦使联邦的这一根本问题昭然若揭：如果联邦按其本质就应具备永久性，加入联邦就等于永久性地放弃了脱离权；另一方面，如果联邦同时是一种协议，如果联邦的各成员邦并未丧失其独立的政治存在，这些成员邦就必须继续保有决断能力，能够自行决定这一协议可能的不适用性、可适用性和可废除性，而这恰恰就是

---

[1] 参见巴特勒，同上引书，第219页。

脱离权。要么联邦是永久性的，也就是说，各成员邦既不能脱离联邦，也不能宣布联邦法律无效；要么各成员邦就具有独立的政治存在，也就是说，它们有权宣布联邦法律无效，也有权脱离联邦（即便只在极端的情形下）。但是，如果我们设想，各邦共同组成了一个并未离开其协议基础的永久政治统一体，那么，这一概念看来是极端自相矛盾的。

2. 若欲解决联邦的这一系列二律背反，就必须将一切联邦建立在 376
一个根本前提之上，即全部成员邦必须具有同质性。也就是说，各成员邦具有实质的同类性，这种同类性确立了各成员邦具体的、基于存在的一致性，使极端的冲突情形不至于发生在联邦内部。即便在这里，如同在民主同质性的情形下一样（第 228 页），同质性的实质也属于不同的人类生活领域，存在着各种各样的同质性：民族同质性、宗教同质性、文明同质性、社会或阶级同质性，以及其他类型的同质性。撇开苏维埃社会主义共和国联盟这一事例不说，在今天，同质性的实质或许经常在于人口的民族同类性。不过，除了人口同类性而外，还要加上政治原则（君主制、贵族制或民主制）的同类性，以此作为同质性的另一个要素。有时候，在某些原则问题上会出现偏差或分歧，例如在美国南北战争期间，北方各州与南方各州对奴隶制就有完全不同的判断。如果不想让同质性因此而受到威胁，就必须对这些偏差或分歧作出决断。

即便在这里，孟德斯鸠也表现出他在国家理论方面的睿智。他阐明了联邦的根本前提：Que la constitution fédérative doit être composée d'états de même nature, surtout d'états républicains［联邦应由具有相同性质的国家组成，尤其应由共和国组成］。[1] 原因在于，君主国的精神（esprit）是战争和扩张；共和国的精神

[1] 参见孟德斯鸠，《论法的精神》，IX，2。

是和平和宽厚（在此，孟德斯鸠心里想的是贵族制共和国，在他看来，这种共和国的原则就是节制有度）。无论如何，在一个联邦制国家中，对立的国家原则和政治信念不能同时并存。

因此，大多数联邦宪法都包含着**对同质性的明确保障**。同质性的真正实质在多数情况下都是隐含的先决条件，对它的明确保障通常涉及政体。因此，1787 年美国联邦宪法第四款第四项确保了共和政体。1815 年德意志邦联议定书第十三条已经含有这种保障了，按照它的规定，各成员邦实行邦等级制度。1820 年维也纳最后议定书第五十七条明确宣布，君主制原则是所有成员邦的统一政体（如同在涉及 1867 年北德意志联邦和 1871 年德意志帝国时一样，在此也不考虑自由市的细微特性）。关于第十三条，根茨（Gentz）写于 1818 年（或 1817 年）2 月 16 日的一封信具有特殊的重要性。[1] 根茨在信中说，在联邦内部，如果邦等级制度与纯粹的代表制同时并存，就会出现混乱与不和："在起草邦联议定书时，人们肯定既不打算也不愿意让这种事情发生，甚至并不认为它是可能的。这种事态显然与有关德意志的统一、秩序及和平的观念相矛盾。"1848、1849 年法兰克福宪法"基本权利"
377 编第十二条规定了基于立宪政体的同类性，这种政体确立了人民代议机关的某些最低限度的权利。第一九五款规定，各邦对政体形式所作的任何变更都必须经过帝国政权机关的认可；第一三零款将基本权利确立为各邦制定的所有宪法的规范。

1871 年宪法下的德意志帝国没有提供这类明确保障，但它却同样建立在联邦基础之上：它是由一批君主制邦国组成的联邦。[2]

1874 年 5 月 29 日瑞士联邦宪法第六条规定："各州有义务

---

[1] 维蒂希，同上书，Ⅲ，第 384—385 页。

[2] 这样，帝国的议会制政府就面临着种种难题，参见第二十五章，第 333—334 页。

请求联邦政府保障其宪法。

如有下列情形者，联邦应给予此项保障：

（一）各州宪法，不违背联邦宪法之规定者；

（二）各州宪法，依据共和政体（代议制或民主制）确保政治权利之行使者；

（三）各州宪法，经人民认可，并得因绝对多数公民之请求予以修改者。”

魏玛宪法确保了以实行议会制政体的立宪民主制为基础的同质性，因而就既排除了君主制，又排除了无产阶级的苏维埃制。第十七条规定：“各邦须有自由邦之宪法，其人民代表应以有德国国籍之人民，不分男女，依照比例选举之原则，用普遍、平等、直接、秘密选举方法选出之。各邦政府应得人民代表之信任。”[1]

(1) 第一个二律背反的解决办法是，在具有同质性的联邦共同体内部，各邦可以在不否定或减弱其自保意志的情况下放弃战争权和自救权。因为交战的目的是为了对付一个实实在在的敌人，以求自保；战争的意义正在于此。按其概念来说，敌人是他性的、异己的存在，是他性存在的极端增强形式；在冲突情况下，这种他性存在会否定我们自己的政治存在类型。因此，如果根据某些国家的情况来看，敌对的可能性已被永久地、最终地排除了，就可以对它们永久地、最终地放弃战争，而且也只有针对这样的国家，放弃战争的做法才是可能的、有意义的。不过，这并不单纯取决于人们的良好意愿。具体的现实情况是，存在着不同的民族、冲突的利益和信念。这一具体现实的基于存在的特性在国家中找到了它的政治形式，面对它，再好的愿望

[1] 德意志民国现在已不再是联邦了，参见第 388 页及以下。

也无济于事。仅当存在着实质同类性，即一种基于存在的亲缘关系时（例如，当一些国家的人口具有民族同类性且意气相投时，就有可能
378 出现这种情况），才有理由认为，敌对状态已被永久地排除了。只有在这种情况下，才能一方面永久放弃战争权，另一方面又并不放弃国家的独立性，并不放弃维护和确保自身的政治存在的权利。尽管每个成员邦都放弃了与非成员邦进行战争的权利，唯有联邦才拥有这一权利，但这里有一个先决条件：每个成员邦的敌人都必须同时是其他所有成员邦和整个联邦的敌人，反过来说，联邦的敌人也必须同时是每个成员邦的敌人。

（2）第二个二律背反的解决办法是，一切政治存在所固有的自决意志只有在遇到异己存在的干预时才会被否定或受到威胁。因此，如果联邦干涉其成员邦的事务，这就算不上异己存在的干涉。无论在政治上，还是在法律上，这种干涉都是可能的，也是可以忍受的，因为联邦的基础是各成员邦的基于存在的实质同类性。例如，对成立于1871年的德意志帝国的某个君主制成员邦而言，要求它不得变成民主共和国，这并没有削弱它的制宪权，而是确保了它的制宪权。

（3）第三个二律背反的解决办法是，各成员邦的实质同质性排除了存在层面上的重大冲突情况。联邦并不缺少主权，但是，由于政治存在的问题可以出现在不同领域里，尤其在外交和内政方面能够以不同的方式表现出来，因此，对某些特定问题——例如对外政治存在的问题——的决断就可能由联邦负责，相反，对其他问题——例如成员邦内部公共安全和秩序的维护——的决断则继续由成员邦自行作出。这并不是主权的分割，而是由联邦和成员邦的双重存在造成的。主权分割的情况并不存在，因为决定了主权问题的冲突情况涉及政治存在本身，个别情况下的决断权始终要么完全属于联邦，要么完全属于成员邦。因此，主权所固有的简单的非此即彼关系就维持了下来，而这
379 种关系不允许按内容进行分割，不允许限制和对分。有些论者——如赛德尔——在讨论这个问题时强调主权的不可分割性，他们完全说对

了。不过，正因为存在着这种实质同质性，联邦与成员邦之间就不可能发生严重的冲突，结果，无论是联邦对成员邦，还是成员邦对联邦，都不会扮演主权者的角色。在联邦内部，重大的冲突情况在存在的层面上被排除了，而联邦的存在就完全建立在这一基础之上。不过，这种局面不能通过任何协定、愿望和誓约而形成，因为如果缺乏基于存在的同类性和亲缘性，这类东西就是空洞的、虚假的，即便不是欺骗性的话。但是，只要存在着同质性，联邦在法律和政治上就是可能的，一切个别的宪法条款都必须以实质同质性为先决条件；相反，如果缺乏实质同质性，“联邦”的约定就是一桩假买卖，这样的买卖毫无意义，只能让人感到迷惑。

第三十章　从联邦宪法学的基本概念中得出的结论

I. 每个联邦本身都是拥有独立战争权的政治存在形态。但是，联邦没有自己的制宪权，而是建立在协议的基础上。联邦有可能对联邦章程行使修改权，但这种权力不是制宪权（参见 IV，4，(1)）。

II. 每个联邦本身都不仅是国际法主体，而且是国家法主体。

1. 每个联邦都必然拥有战争权，各成员邦为了联邦而整个地或部分地放弃了自己的战争权。仅仅由于这个原因，联邦就具有独立国际法主体的特点。各成员邦在放弃自己的战争权时并非一无所求，而是为了联邦的利益。

因此，联邦拥有国际法上的行动能力，至于由此可以得出哪些进一步的结论，这就是一个组织问题了。

联邦可以拥有独立的遣使权（例如 1815 年的德意志邦联），也可以以联邦身份宣布给予外国政府以国际法上的承认（例如
380 1830 年 9 月 23 日德意志邦联关于承认路易－菲力普国王登基的决议，或 1832 年 10 月 4 日关于承认巴伐利亚的奥托亲王为希腊国王的决议）。各成员邦不得单独承认外国政府；就连英帝国也

实行这一原则。[1]

如果日内瓦万国联盟是真正的联邦，其本身就应当拥有战争权。即便在这里，我们也可以看到，联邦特征的问题是万国“联盟”的核心问题。如果不弄清这个有关联邦的问题，所有的讨论一涉及根本问题，就会陷入恶性循环。许金（Schükking）和韦贝格（Wehberg）著有《万国联盟章程评注》（*Kommentar zur Völkerbundsatzung*），其中有一句话很能说明问题：“作为国际法主体，联盟无疑也拥有宣战权和媾和权。”实际上，应该颠倒过来说，如果日内瓦万国联盟拥有战争权，它就是充分意义上的国际法主体；它必须首先是真正的联邦，才能拥有战争权。

2. 联邦之所以作为国家法主体而存在，是因为相对于各成员邦而言，它拥有自身的国家法权力，联邦与各成员邦的关系具有国家法性质。每个成员邦的地位通过成员资格而以特殊的方式予以确定，但却不只是对外予以确定，因此，联邦的成员邦身份就产生了直接的国家法后果。一切联邦都不能局限于各成员邦的国际法上的对外关系。在此，只要指出两项对所有的联邦都具有根本意义的安排，就足以说明联邦作为国家法主体的特征了。这两项安排分别是联邦强制权和联邦干涉权。

（1）联邦本身必然拥有联邦强制权。在这种情况下，联邦作为国家法机关与成员邦相对峙，它针对成员邦实施强制权，直接对成员邦当局下达命令，尽管联邦组织通常总是小心翼翼地避免动用直接的联

---

[1] 例如，英国政府对俄国苏维埃政府的承认对所有的自治领均有效；关于这一点，参见黑克（Heck），《英帝国的建立》（*Der Aufbau des Britischen Reiches*），1927，第35页。此外，一旦英国向外国宣战，或外国向英国宣战，整个帝国都将处于战争状态；关于这一点，参见米肯伯格（B. Mückenberger），《英国的帝国会议和宪法问题》（*Die britische Reichskonferenz und das Verfassungsproblem*），Leipzig，1927，第73、94页。

邦命令权。联邦强制权是国家法行为，而不是国际法行为。这一点构成了联邦的本质，因为强制通常属于战争范畴，但战争却与联邦的本质相抵触，并瓦解了联邦。因此，关于联邦强制权的概念就需要一种国家法关系。

381 （2）联邦干涉权也同样导致了这种直接的国家法行为。即便这种干涉只是针对整个邦国，它也直接涉及内政事务，在联邦内部并不具有国际法性质。废除黑奴制度的问题在美国联邦内部出现时，如果还想让联邦实实在在地继续存在下去，南方各州就不能说，这是“各州的内部事务”，是“本州”事务（domestic affairs），并简单地以此为由拒绝讨论这些问题。南方各州可以——有无理由，这是另外一个问题——坚持其脱离权，宣布联邦协议无效，而且它们也确实试图这样做。按照一般国际法准则，一个国家可以拒绝外国的干涉，但这里的情况有所不同，只要联邦存在着，南方各州就不能以同样的方式拒绝联邦的干涉。在国际法上，至少在今天，各独立国家还是作为对外封闭的形态而互相并立，它们相互间是不可穿透、不可渗透的，或者用美国人已经用滥了的一个词来说，是“不透水的”（wasserdicht）。至于在联邦内部，就不会有这种封闭的不可穿透性了。

3. 每个联邦都具有这种国家法性质，由此而造成的逻辑后果是，只要联邦对成员邦还有权力（哪怕只是在一个严格受限的领域里），联邦法就始终高于邦法。当今的德意志民国已不再是联邦了（参见第 388 页）；在魏玛宪法的语境中，第十三条是通过第二项（对意见分歧的裁决）获得其特殊意义的。撇开这点不说，第十三条第一项的规定（“民国法律得废止各邦法律”）恰恰说明了联邦国家法的一个自明之理。第十三条的奇特表述方式可以从德国法制史的角度来加以说明：人们将一句表述了地方和区域法律与普通法之间关系的法谚转移到联邦与成员邦之间的全然不同的国家法关系上去，用一个老生常谈
382 的说法来表述某种根本不同的东西，即对成员邦主管官署和下属机构有效的联邦法律不需要任何特殊的转换手续（Umschaltung），只要在

联邦法的层次上生效，就必须马上作为法律而在成员邦内部适用并得到遵循。这句话的联邦法意义在于，它回答了如下问题：是否颁布了对各成员邦的全部主管官署和下属机构均有直接效力的联邦法律？抑或这些法律还需要经过一道特殊的转换手续，才能在各成员邦生效？按照魏玛宪法第十三条，这种特殊的转换手续是不需要的。但是，即便需要这种转换手续，无疑也至少存在着合宪的转换义务（先决条件是，法律是按规定颁布的）。不过，按其法律本质来看，这种联盟内部的转换不同于根据个别的国际法协议、为履行国际法义务而采取的“转化”（Transformation）行动。为了在本国实施国际法义务，就必须将国际法协议转化成国家法行动。出于贯彻实施的目的而采取的转换行动有不同的类型和情况，联邦内部的转换只是其中之一。即便在一个国家内部，也有可能对某些自主团体——例如宗教团体——下达命令，对于接受命令的团体的内部雇佣关系来说，转换手续是不可或缺的。在一个大的行政机构中，由于组织上的原因，一项命令往往并不直接下达给最终的执行官员，而是按公事程序首先下达给执行官员的上级。在这种情况下，出于技术上的必要性，可能就经常需要做转换的工作。国家法状况往往是这样的：某个机构并不发布命令，而只能请求发布命令，并不废止一项法律，而只能请求废止一项法律。例如，按照魏玛宪法第四十八条第三项第二句，民国总统采取的紧急状态措施得应国会的请求予以废止。民国总统根据国会的请求发布命令废止这些措施，这种总统令同样是一种转换形式。国际法转换是实实在在的“转化”，因为它使法律性质发生了根本变化：对承担义务的国家来说，国家对国家的国际法义务变成了采取国内行动、确立国内义务的动机。在此，我们只能不太精确地使用“转换”一词，因为在国际法义务与国内实施之间毕竟缺乏同一性和连续性。“转化”手续并没有将一项国际法义务转入国家法关系，而是建立了一个新的基础，正如特里佩尔在讨论国际法与邦法的重要著作（1899）中阐明的，导入了一个新的法律源泉，通过它，某种性质上不同的、新的东 383

西得以在没有法律连续性的情况下产生出来。

相反，联邦内部的“转换”来源于成员邦的合宪义务，因而就直接来源于它的国家法地位。此外，这种转换并不涉及一批以其封闭性和不可穿透性而相互对峙的国家之间的关系，而是涉及一批不仅结成联盟而且结成“联邦”的国家之间的关系。因此，就“经过转换的”法律关系而言，这种转换并没有带来任何性质上不同的新东西，也没有抛弃同一性。成员邦中央机关为履行联邦义务而向下属官署或机构发布的命令与联邦向成员邦的中央主管机关发布的命令完全相同。在这里，并不存在质的差异，而是存在着一般的连续性。

III. 凡是联邦都有一个联邦领土范围。

联邦始终有一个领土界限，与其他同样有着领土界限的政治统一体互相分隔。联邦的领土范围由联邦的各个区域——即成员邦——构成。除此而外，可能还要加上一个受联邦管辖的区域（如联邦殖民地）。这后一种领土也是“联邦领土”，但它却完全不同于成员邦领土。只有由成员邦的邦国领土构成的联邦领土才必然属于联邦；相反，尽管一个受联邦管辖的区域（联邦管辖地、帝国管辖地、联邦殖民地）是联邦领土，但它却不一定属于联邦。几个国家共同管辖一个区域，还不足以使它们成为一个联邦，在这种情况下，所辖区域就不是“联邦领土”。否则，只要几个国家共管一个地区，就等于建立了一个联邦。毫无疑问，实际情况并非如此。

例如，尼德兰联省共和国（直至统一成一个国家为止，1579—1795）的“公地”，还有美利坚邦联（直至成立联邦为止，1778—1787）管辖的地区都是这里阐述的第二种意义上的联邦领土。帝国管辖地阿尔萨斯-洛林在德意志帝国（1871—1918）的框架内不只是受联邦管辖的区域，而是真正意义上的联邦领土，该地区的人口在联邦内部拥有帝国国籍。不过，这种帝国管辖地

采取的是模糊的中间形态。

日内瓦万国联盟不是联邦，各成员国的领土不是万国联盟的 384
领土。万国联盟对这些领土并不拥有领土主权，也不对它们行使联邦权力。万国联盟甚至并不管辖第二种意义上的联邦领土。根据《凡尔赛和约》，萨尔区在其政治命运得到最终确定前按临时规章治理，并且该临时规章由一些国际会议和组织（如万国联盟理事会）负责实施。不过，这并不意味着，万国联盟对萨尔区拥有主权。萨尔区不是万国联盟的领土，正如萨尔区居民并未取得万国联盟的国籍一样。**委任统治地**（据万国联盟章程第二十二条）并不由万国联盟本身管辖；它们中既有保护国，又有受任统治国治下的殖民地（参见第七章，第 71 页）。我们不能说万国联盟是“主权者”，因为它不是联邦，而是一种国家间关系。有鉴于此，万国联盟就不可能是主权的主体和拥有者，尽管这个国家间组织的机构和会议被赋予了一系列的国家间职能和权力。韦贝格试图将委任统治地描述成由万国联盟行使领土主权的地区，其目的是要以这种方式构想出一种独特的联邦领土，并由此而构想出国家存在的概念标记。[1] 韦贝格用上面所举的那几个例子来说明，邦联“完全”拥有自己的领土；他想把委任统治地设计成类似于“公地”的东西。这一思路明显陷入了一种循环：如果万国联盟是真正意义上的联邦，它当然本身就可以管辖自己的领土（在这种情况下，还须注意上面提到的不同类型的“联邦领土”的区别）；然而，问题恰恰在于，日内瓦万国联盟究竟是不是联邦？如果万国联邦不是联邦，它对受任统治国在委任统治地的统治的监督（其本身又是很成问题的）就不能被设想成联邦的领土主权。即便在这里，关于真正联邦的标记问题也被证明是日内瓦

[1] 参见《万国联盟有自己的领土吗？》，载 *Völkerbundsfragen* 杂志，1926 年 6 月 1 日，第 92—94 页。

万国联盟的核心问题。

IV. 联邦代表、联邦机构和官署、联邦权限。

1. 作为政治统一体，联邦必须被代表。联邦的代表当然就是联邦议会，即组成联邦的各个政治统一体的代表会议。如果一个小型合议团具有代表作用，这就已经过渡到单一制国家了。

联邦官署和权限的组织通常符合一个简单模式：所有成员邦的全体会议，再加上一个小型合议团（“参议会”或“委员会”，起领导甚至代表的作用），以及一个负责从行政技术上准备和实施联邦决议的部门或机构。

只要联邦存在着，其意志就直接——即不需经过真正意义上的转换
385 程序——成为每个成员邦的意志。即便联邦决议经由所有成员邦——不只是参加表决的所有成员邦——的一致决议而成立，没有一项决议能够被多数票否决，联邦决议与某一国际法会议的一致决议之间也存在着本质的区别，因为联邦决议无须经过各成员邦的特别批准，相反，每个成员邦在宪法上（因为联邦宪法是它自己的宪法的组成部分）都直接受联邦决议的约束，它在国家法上要受联邦决议的约束。[1]

2. 我们必须将两个问题区别开来：（1）联邦对成员邦官署和下属机构的直接命令权；（2）成员邦在宪法上——即在国家法上——所受

---

[1] 日内瓦万国联盟通过的符合章程的决议无须经过特殊的批准程序便直接对所有的成员国生效。在这里，万国联盟有一个真正联邦组织的要素，而在其他方面，万国联盟又不是真正的联邦，这样就造成了极大的混淆。关于日内瓦万国联盟的这些决议，可参见雅赖斯（H. Jahrreiß），《万国联盟的成员国资格和民国宪法》（*Völkerbundsmitgliedschaft und Reichsverfassung*），1926，这本书的论述能够帮助人们正确认识一切联邦的国家法特点；申德勒（D. Schindler），《万国联盟决议的约束力》（*Die Verbindlichkeit der Beschlüsse des Völkerbundes*），Zürich，1927。这就更明显地暴露出这些日内瓦机构的自相矛盾的组织形式，从而也就更有必要澄清联邦概念了。

到的直接约束。直接命令权的问题仅仅涉及联邦内部的转换类型，在这方面，是否引入了联邦当局对成员邦当局的直接命令权，这并没有太大的关系，只是联邦内部的宪法律组织问题。即便没有直接命令权，所需的转换也不是从国际法转换为成员国法律，而是联邦内部的国家法程序（参见第 381 页及以下）。

3. 联邦始终拥有某些基本权力：对外拥有自主战争权，对内拥有联邦监督权（必要时可行使联邦强制权，实施联邦干预）。联邦的其他权限来源于透过宪法律予以规范化的联邦章程，而这种规范化的联邦章程始终都是成员邦宪法的组成部分。在这里，一种推定究竟有利于还是不利于联邦权限，或者究竟有利于还是不利于成员邦权限，这同样取决于联邦宪法的宪法法规，是具体的个别联邦的组织问题。 386

有一种观点认为，联邦仅仅拥有明确授予它的那些权限，而其余权限则全部保留在成员邦手中，因此，就始终可以作出有利于成员邦权限的推定。这一点经常被视为联邦宪法的一般原则。[1] 不过，这种笼统的说法并不符合实际情况。“不受限制的权力的推定”具有双重意义，能够发挥不同的作用：（1）可以用它来对主权问题作出决断（参见 4）；（2）**在宪法法规的框架内**，可以通过它取得一项解释原则；不过，正因为是在这样一个框架内，所取得的就不是主权的解释原则，而是真正意义上的——即被限定了范围的——权限的解释原则。后一种情形涉及联邦宪法法规。只有就这种情形而言，才会出现一个进一步的问题：对所列举的权限的明确分派是否应该作出限制性解释（因为按照 enumeratio ergo limitatio［列举造成限制］的原则，一切列举都造成了限制）？或者更确切地说，所分派的权限是否不能**内在地**生

[1] 参见凯尔森（H. Kelsen），《奥地利联邦宪法第十五条第一项评注》，第 80 页。

发出其他权限？[1] 特里佩尔说，“在联邦制国家中，虽有成文宪法以外的权限，却从来没有联邦以外的权限。”[2] 这表明，普通的联邦宪法学多么需要对宪法和宪法律作出区分呵！很显然，联邦宪法是关于联邦和成员邦权力界限的一切进一步讨论的基础，不存在联邦宪法之外的权限，不过，在这里，特里佩尔大概只是从宪法律这一相对意义上来理解“成文宪法”的。只要翻检一下关于俾斯麦宪法的国家法文献，就可以发现，这一对立贯穿于全部的争论（关于宪法的协议基础和要素的争论，关于中央集权制和联邦制的争论）。斯门德认为，成员邦“对协议的忠诚和对联邦的友善态度”是**不成文**的联邦法的法律规范[3]，他在论证这个问题时将宪法置于宪法律之上。只有凭借一个正确的宪法概念，才能将整个争论搞清楚，并对它有所推进。[4] 问题的关键并不在于，俾斯麦“宪法”是“不完备”、“有缺陷”的，而在于这样一种认识：宪法（实定意义上的）与宪法律的对立实际上为“成文宪法与不成文宪法”的区分提供了根据。

---

[1] 关于这一点，参见特里佩尔，《联邦制国家的权限与成文宪法》(Die Kompetenzen des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung)，载 *Festgabe für Laband*，1908，II，第 249 页；格劳，《论联邦制国家中联邦权限的优先性》(Vom Vorrang der Bundeskompetenzen im Bundesstaat)，载 *Festschrift für E. Heinitz*，1926，第 326 页。

[2] 特里佩尔，同上书，第 335 页。

[3] 参见斯门德的论文《君主政体下的联邦制国家的不成文宪法》(*Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*)，载 *Festgabe für Otto Mayer*，Tübingen，1916，第 260 页及以下。

[4] 关于这场争论，参见比尔芬格在《各邦对民国意志的形成所产生的影响》(*Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*) 中的论述，1923，第 52 页及以下。

4. 联邦的 Kompetenz-Kompetenz[1] 这个词具有几种不同的含义：

（1）Kompetenz-Kompetenz 可以指修改宪法——更准确地说，修正宪法法规——的宪法律权限。这种权力并非不受限制，它要受宪法的拘束（参见第 102 页及以下）。在历史的发展过程中，通过对修改宪法的各种可能性的利用，联邦的权限有可能获得极大的扩展，最 387
后，各成员邦已不再拥有任何值得一提的权力了，完全丧失了自身的政治存在。于是，联邦就变成了一个单一制国家。但是，如果这种 Kompetenz-Kompetenz——即宪法律修改权——被用来有计划地取消各成员邦的自主权，这无疑就违反了联邦宪法。

（2）Kompetenz-Kompetenz 可以指单纯附加到一种权限上的权限，即一切主管机关在遇到疑难情况时进行推定的一般权力；这种权力被用来裁定如下问题：主管机关权限的先决条件是否存在？由此看来，法院可以拥有 Kompetenz-Kompetenz，因为它有权自行裁决一系列事项，例如法律途径能否得到许可，讼案是否应当由它来审理。海牙常设国际法庭章程第三十六条第五项规定："若常设国际法庭之权限引起争议，法庭得自行作出裁决。"这种自己决定自己权限的权限在实践中也许是十分重要的（常设国际法庭就是一个例子），但它却仅仅服务于以它作为单纯的附加权限的那种权限。

（3）Kompetenz-Kompetenz 可以指对一切类型的主权行为所享有的不受限制的权力。德意志帝国时期的德国国家法学说正是从这个意

---

[1] 【中译者注】施米特在此辨析了 Kompetenz-Kompetenz 的三种含义：（1）联邦制国家通过修改宪法扩大自身权限范围的权力，这种权力削弱甚至取消了各成员邦的权力；（2）国家机关，尤其是法院确定自身权限的权限；（3）对各种主权行为所享有的不受限制的权力。此词通常译作"管辖权／管辖权"，亦译作"权限／权限"或"自裁管辖权"。

义上来理解 Kompetenz-Kompetenz 一词的[1]，并且按照俾斯麦宪法第七十八条将这种权限与修改宪法的权限混为一谈了。不过，从“主权”意义上说，Kompetenz-Kompetenz 这个概念是自相矛盾的。主权不是权限，也不是 Kompetenz-Kompetenz。若想让“权限”一词保持其意义，若想用它来表示一种由规范预先规定、按事实情况予以限定、因而就是受限制的权限，就根本不存在不受限制的权限。Kompetenz-Kompetenz 一词要么表示一种真正的权限，要么就是一个口头禅，用来表示主权。在前一种情况下，Kompetenz-Kompetenz 与主权没有任何关系，因而就不能用来表示主权；在后一种情况下，我们很难理解，为什么要在这里谈论“权限”。

V. 针对联邦本身的叛逆罪行为在每个成员邦内部也必须以叛逆罪论处。叛国罪以及类似的构成事实也同样如此。

388　前面提到的 1836 年 8 月 8 日关于德意志邦联叛逆罪的德意志邦联决议在此显得极其清晰明了而又合乎逻辑。因此，这份决议远远超越了它的历史动因和具体政治目标，而对联邦宪法学具有普遍意义。其第一条内容如下：“德意志邦联的目标是，维护德意志各邦的独立性和不可侵犯性，维护德意志内部及外部的安定和安全。不唯如此，邦联宪法与各邦宪法有着根本的联系，因而必须被视为后者的不可缺少的组成部分。因此，对邦联或邦联宪法的攻击就意味着对每个邦国的攻击。鉴于上述情形，**凡针对德意志邦联的存在、一体性、安全或宪法采取的敌对行动，在各邦中**，均依照其现行法律或今后生效的法律予以判决或惩处。按照各邦法律的规定，针对各邦采取的同样的行动须按叛逆罪、叛

[1] 参见迈尔－安许茨，同上书，第 692 页；黑内尔，《研究一》，第 111 页，《国家法》，第 771 页及以下。

国罪或其他罪名予以审判。”[1]

VI. 民主制与联邦制。

1. 不光是民主制要以同质性为先决条件，联邦也同样如此（在这一点上，关于民主制问题的讨论，参见第十七章，第228页；关于联邦问题的讨论，参见第二十九章，第376页）。如果若干民主制国家组成了联邦，就必然导致民主同质性与联邦同质性的汇合。人民的同质统一体不顾各成员邦的政治界限，为了整体的统一性而取消了联邦与具有政治独立性的成员邦并肩而立的悬疑状态，这是民主制的自然发展的一部分。

在19世纪和20世纪，大部分联邦——尤其是美国和德意志帝国——的发展都可以由此而得到解释。民主制越是向前推进，成员邦的政治独立性就越是减弱。在美国，一旦各州人民（不同于这些州本身）对联邦宪法表示了赞同（关于这一过程，参见第86页），这一发展过程就已经开始了。联邦宪法序言中的“我们美国人民”（We the people of the United States）给卡尔霍恩造成了特殊困难[2]，而南北战争则最终给这一发展过程划上了一个句号。在德意志帝国，1918—1919年的民主化产生了类似的效果，将德意志帝国的联邦各成员邦变成了Länder（邦）。这样，卡尔霍恩的联邦国家理论（针对美国）与赛德尔的联邦国家理论（针对德意志帝国）就一败涂地了。不过，之所以如此，并非因为他们两人的理论从联邦法的正确概念来看是完全错误的，而是因为民主发展进程必然导致国家的统一性。尤其重要的是，人们

[1] 载于施特鲁维，《德意志联邦的公法》（*Das öffentliche Recht des Deutschen Bundes*），I，1856，第247页。

[2] 参见《著作集》，I，第132页及以下。

认为，在一个具有民族同质性的联邦内部，人民是统一的、完整的，这种观念的民主融贯性必然引出国家统一性的后果。一旦认识到这一点，就可以不带偏见地评价残存于这两种联邦理论中的一系列正确思想，并利用它们来发展宪法学说。

389 2. 民主制与联邦国家组织的结合导致了一种特殊的、独立的国家组织类型，即没有联盟基础的联邦制国家。从表面上看，这是一个自相矛盾的概念。不过，这种联邦国家性质涉及这样一个宪法成分：新的政体吸纳了先前联邦组织的某些要素。像美利坚合众国或魏玛宪法下的德意志民国这样的政治结构已经不再是联邦了。如果这类国家仍须称为联邦制国家，那要以它们的宪法为依据：凭着对政治存在类型的实在决断(魏玛宪法第二条)，宪法意欲保持联邦国家的性质。

制宪权掌握在全体人民手中。这一民主概念取消了国家的联盟基础，从而也就取消了国家的联邦性质。无疑，联邦国家的组织形式仍能保留下来，但在这种情况下，它却是整个国家宪法组织的一部分，确立了一种特殊的国家类型。这种组织形式通常与法治国的组织原则联系起来，对一个权力区分和分权的复杂系统很有用处；美国宪法对此已有明确意识了。联邦党人说，美国联邦宪法既不具有完全的单一制国家性质，也不具有完全的联邦性质[1]；在这里，各州的独立性被用来为国民法治国的组织原则提供一系列新的保护和保障机制。

3. 一个没有联盟基础的联邦制国家只有单一的人民，因此，先前成员邦的国家性质就被取消了。国家是一国人民的政治统一体，其政

[1] 参见《联邦党人文集》，第四十九篇，1788。

治存在的类型和形式取决于全体人民的制宪意志。在这样一个国家，只能有唯一的政治统一体，第二个政治统一体没有容身之地。特殊的存在决断——例如从自身政治存在出发确定的敌友分类——只能由整个政治统一体作出，对其他政治概念——例如公共秩序和安全——的决断也同样如此。因此，就只有一个政治统一体，而在一切真正的联邦——无论是邦联，还是联邦制国家——中，除联邦以外，还继续存在着众多的政治统一体。如果有人问，在当今的德意志民国，除了政治意义上的德意志人民之外，是否还有政治意义上的普鲁士人民、巴伐利亚人民、汉堡人民等等，我们必须对此问题作出断然的否定回答。魏玛宪法序言不说德意志各邦人民的联合或统一，而是采用了另外一个贴切的说法——“德意志国民团结其种族”，这是颇有道理的。

在这种联邦国家组织中，人民是单一的、唯一的，这样就导致了 390
如下后果：先前的成员邦已不再是互相隔绝、不可穿透的统一体了。相反，全体人民有着共同的国民身份（例如俾斯麦宪法第三条，以及范围更广的魏玛宪法第一一零条）；不仅如此，我们还能将各成员邦的居民，甚或居民的某些部分与成员邦本身区别开来。当成员邦还具有自身的政治存在时，这种区分是不能允许的，从民主制的观点来看，甚至是自相矛盾的，因为在一个按民主方法——即同一性原则——组织起来的国家中，国家的意志与居民的意志是相同的，根本不允许对两者作出区分。

4. 魏玛宪法第十八条规定了德意志民国内部重组各邦领土的程序。如果第十八条使各邦居民——无论是全邦的居民，还是各邦某些个别地区的居民——的意志具有了国家法意义，并且将这种意志与各邦本身的意志区别开来，那么，本条规定的关键就在于，民主制产生了单一制的后果。尽管如此，我们不能简单地将魏玛宪法第十八条视为当今德意志民国实行单一制的标志，也不能认为它提供了不得再谈论联邦国家组织的证据。正如安许茨正确地指出的，“第十八条究竟属于哪个武库，它是否确实属于单一制的武库，而不属于联邦制的武

库”，这实际上还是很成问题的。[1] 原因在于，联邦主义的观点和倾向导致了种种现行规定及其措辞。第十八条有可能被当作解散普鲁士的依据，因为普鲁士拥有远远大于其他各邦的不成比例的领土范围，从而显得太大了。另一方面，第十八条也使一些缺乏生存能力的小邦和碎片领土面临被撤销的可能性，因为它们实在太小了。这样就可以建立一批拥有生存能力的、大小相当的邦。这种调整符合关于真正联邦制（更准确地说，均衡联邦制）的思想（弗朗茨［K. Frantz］），后者不同于比尔芬格讨论和辩护过的“霸权”联邦制。[2] 魏玛宪法第十八条具有各种不同的、实际的适用可能性，这些可能性会导致一系列意想不到的结果。抛开这点不说，原则上可以将以下几点列为这一
391 规定的宪法律内容：

（1）魏玛宪法第十八条规定了改组德意志各邦和组织新邦的程序，授予民国极大的支配权，但却没有授予它撤销各邦、将德意志民国变成单一制国家（不管是凭借第十八条，还是依照第七十六条的程序）的权力。

（2）特定的、个别的邦能够通过“宪法修正”案（即依照魏玛宪法第七十六条的程序）、在违背其意愿的情况下予以撤销吗？对这个问题的回答是肯定的，但有一个先决条件：这种撤销有利于各邦的领土重组，而不是为了以单一制的方式废除联邦国家组织。1919 年 2 月 10 日颁布的帝国暂行政权法第四条规定，只有在征得各自由邦（各邦）同意的情况下方能改变其领土状态。时至今日，这一规定已经失去了意义。之所以如此，不仅因为该法律已由魏玛宪法第一七八条无条件地予以废止，而且主要因为它实际上仅仅相当于一种议事规

---

[1] 参见 Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer，Bd. I，1925，第 19 页。

[2] 参见 Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer，同上书，第 38 页。

程。这一议事规程是制宪国民议会自己为自己制定出来的，它根本不能为领土现状提供宪法律保障。魏玛宪法既没有为1919年各邦的领土现状提供保障，也没有为1919年现存各邦的存在提供保障。民国可以在违背一个邦的意愿的情况下将其并入另一个邦，或对其进行划分——无论是根据居民的意愿（如果在一个民主邦内部，“居民的意愿”与“邦的意愿”发生了分歧）这样做，还是按照魏玛宪法第七十六条的程序、用“民国宪法修正案”的方法达成此一目标。

(3) 魏玛宪法第十八条有助于领土的合理重组，因而就有助于维护各邦。但是，如果用它来取消魏玛宪法的联邦国家元素，那就是违宪的。只有通过德国人民的制宪权行为，才能将当今的德意志民国变成一个单一制国家。

附录　魏玛宪法[1]

（1919年8月11日）

德意志国民团结其种族，一德一心共期改造邦家，永存于自由正义之境，维持国内国外之和平，促进社会之进化，爰制兹宪法。

第一编　联邦之组织及其职责

第一章　联邦及各邦

第一条　德意志联邦为共和政体。

国权出自人民。

第二条　联邦领土，由德意志各邦构成之。其他地方，如其人民照自决原则愿归属者，得依联邦法律接受，使归入于联邦版图。

第三条　联邦旗色为黑红金三色，商旗为黑白红三色，其上内角镶国旗。

第四条　已公认之国际法上各法规，得视为德意志联邦法律，有裁制力。

第五条　国权之关于联邦事务者，由联邦之机关，依照联邦宪法行使之。

关于各邦事务者，由各邦机关，依照各邦宪法行使之。

第六条　下列各立法权为联邦所专有：

一、外交。

二、殖民制度。

---

[1]　选自肖蔚云等编，《宪法学参考资料》（下册），北京大学出版社，2003。

三、国籍、自由移住移民，引渡。

四、兵役法。

五、货币制度。

六、关税制度，关税及贸易区域之划一，以及货物流通之自由。

七、邮政、电报及电话制度。

第七条　联邦对于下列各项，有立法权：

一、民法。

二、刑法。

三、诉讼法及刑罚执行，又官署间之互助法。

四、护照制度及外事警察。

五、救贫制度及游民之救护。

六、出版、结社、集会制度。

七、人口政策，孕妇、婴儿、幼童及青年之保护。

八、公众卫生制度，兽医制度及对于植物之病害及摧残之保护。

九、劳工法，工人及佣工之保险与职业介绍。

十、全国职业代表机关之设立。

十一、军职人员及其家属之保护。

十二、公用征收法。

十三、天然宝藏，经济企业之社会化及公共经济货物之生产、供给、分配、定价，与其按照集体主义之组织。

十四、商业，度量衡制度，发行纸币，及银行与交易所制度。

十五、饮食品，享乐品及日用必需品之交易。

十六、营业法及矿业法。

十七、保险制度。

十八、航海法，大海及沿海之渔业法。

十九、铁路，内河航业，陆上水上空中自动机交通及关于国防道路之建筑。

二十、戏院及电影制度。

第八条　联邦除上述之立法权外，对于租税以及其他之全部或一部为充实国库而取

得之收入，有立法权。如联邦欲将以前归各邦受辖之赋税及其余收入归诸自用时，对于各邦之生存能力，应先予考虑。

第九条　在有发布统一法规之必要限度内，联邦对于下列各项有立法权：

一、公共福利之维护。

二、公共秩序及安宁之保护。

第十条　联邦对于下列各事项，得以立法手续规定其章则：

一、宗教团体之权利及义务。

二、学校制度，包括高等学校制度及学术图书馆制度。

三、各种公共团体之公务员法规。

四、土地法，土地分配，居住地及家园制度，土地所有权之限制，住宅制度及人口分配。

五、埋葬制度。

第十一条　联邦对于各邦赋税之征收与征收之种类，如认为必要时，得以立法手续，以章则规定其性质及征收方法，使得保持重要之社会利益及免除下列弊病。

一、有害于联邦税源或联邦商业者。

二、两重赋税。

三、苛税，或使用公共交通孔道，及足以增加运输负担之不应有捐税。

四、各邦间或同邦各地间贸易之捐税，其足以使输入货较土制货物难销售者。

五、输出奖励金。

第十二条　对于联邦有立法权之事，在联邦不行使其立法权时，各邦得保留之。但对于联邦专有立法权之事，不在此例。

关于第七条第十三项各事，如各邦法律有损害联邦全体利益时，联邦有抗议权。

第十三条　联邦法律得废止各邦法律。

各邦法律与联邦法律发生疑义或有冲突时，联邦或各邦之中央主管官署得依照联邦法律之详细规定，请联邦最高法院判决之。

第十四条　联邦法律无其他特别规定时，由各邦官署执行之。

第十五条　联邦政府对于联邦有立法权事项，行使监督权。联邦法律，由各邦官署执行时，联邦政府得发布通令，联邦政府为监督各邦中央官署及其下级官署，执行联邦

法律起见，有派遣委员于各邦中央官署之权，并在取得各邦中央官署同意时得派遣委员于各邦下级官署。

各邦政府对于执行联邦法律有缺点时，经联邦政府之请求，有除去此缺点之义务。彼此意见不同时，不论联邦或各邦，除联邦法律已特别指定由其他法院判决外，得要求高等法院判决之。

第十六条　在各邦内执行直接联邦任务之行政官吏，应以该邦人民充任之。

联邦行政上之官吏、雇员、工役，在可能范围内，并与此等人员之教员及职务上所需条件不相冲突时，应依照各人志愿，留在本籍服务。

第十七条　各邦须有自由邦之宪法，其人民代表应以有德国国籍之人民，不分男女，依照比例选举之原则，用普遍、平等、直接、秘密选举方法选出之。各邦政府应得人民代表之信任。人民代表之选举章程得适用于地方团体选举。但各邦法律得以居住本地方一年以上为条件，以限制选举权。

第十八条　联邦区分各邦应顾虑各该地人民之意见，以求发展其最高经济及文化能力为目的。

在联邦内变更各邦领土及组织新邦，应依照联邦法律修正宪法之手续行之。

如直接有关系之各邦均同意时，得依照极简单之联邦法律行之。

如有关系之一邦，对于各邦领土变更或组织新邦不同意时，得由民意之要求，或因对于联邦有极大利益，仍得依照极简单之法律行之。

民意以投票方法征求。如行将划分区域之居民，其有联邦国会选举权者三分之一以上要求时，联邦政府应即下令举行人民投票。

对于领土变更或组织新邦之决议，应有五分之三之投票并代表有选举权者之过半数之赞同，始得决定之。其仅关于普鲁士行政区之一部分巴威亚邦之一部分或其他各邦相当行政区之一部分之划分，亦须征求各该区全部人民意见。划分之区域若与全区域不相关联者，得依照特别联邦法律，根据划分区域居民之意见行之。

人民表决之后，联邦政府应提出各该法律案于联邦国会解决。

领土之合并或分裂，对于财产分割有争执时，得由当事者一方之动议请求德意志联邦高等法院裁判之。

第十九条　在任何一邦内，有宪法上之争议而该邦无该管法院足以解决此争议者，

又各邦间或联邦与某一邦间为争议时，除关于非私法问题外，得由当事者一方请求联邦高等法院判决之，但以不归其他联邦法院管辖者为限，高等法院之判决，由联邦大总统以命令执行之。

第二章　联邦国会

第二十条　联邦国会，以代表德国人民之议员组成之。

第二十一条　议员为全体人民之代表，唯服从其良心所主张，并不受其他请托之约束。

第二十二条　议员由年满二十岁以上之男女，依照比例代表选举制，以普遍、平等、直接、秘密之选举法选出之。选举日须为星期日或公共休息日。其详细办法另以选举法定之。

第二十三条　联邦国会以四年为任期。每届任期满后，其新选举最迟应限于满期后之第六十日举行。联邦国会第一次集会，最迟应限于选举后之第三十日行之。

第二十四条　联邦国会于每年十一月之第一星期三日，自行集会于联邦政府所在地，唯联邦大总统或联邦国会议员三分之一有所要求时，联邦国会议长应将联邦国会提前召集开会。

联邦国会决定其闭会及重行开会日期。

第二十五条　联邦大总统得解散联邦国会，但出于同一之原因，仅得解散国会一次。

新选举最迟应限于联邦国会被解散后之第六十日行之。

第二十六条　联邦国会自选议长副议长及秘书长，并自定议事细则。

第二十七条　在休会或闭会时，由本次会期之议长及副议长继续执行其一切职务。

第二十八条　国会之议场权及警察权，由议长行使之。国会之内部行政，属于议长。议长并掌管国会内依照预算之一切收支，并在其行政上之一切法律行为及诉讼事件代表联邦。

第二十九条　联邦国会之议事，须公开之。唯有议员五十人以上之动议并得三分之二之多数赞成时，可改为秘密会议。

第三十条　凡联邦国会，各邦议会及其议会内之委员会，于公开议事中之言论，记录及正确报告，不发生责任问题。

第三十一条　联邦国会内设置选举审查所。议员资格之存在或丧失，由该法庭判决之。

选举审查所以联邦国会本届议员及由联邦大总统案据联邦行政法院院长呈请任命之。

联邦行政法院推事共同组织之。

选举审查所依照公开口头辩论原则，以联邦国会议员三人及法官人员两人宣告判决。

选举审查所，除口头辩论外，其诉讼程序，由联邦大总统所任命之联邦委员一人主持之。此外一切程序，由选举审查所规定之。

第三十二条　联邦国会之表决，除宪法规定其他投票比例外，应以过半数行之。

但联邦国会内所行之选举，得依照议事细则为例外之规定。

决议能力，由议事细则规定之。

第三十三条　联邦国会及其委员会，得要求联邦行政院长及各部部长出席。联邦行政院长，各部部长及其所委托之人员，均得出席于联邦国会及其委员会之会议，各邦亦得派遣全权代表出席此会议，以陈述各该邦政府对于某议案意见。

各邦政府代表得于会议时请求发言。联邦政府代表并得于议事日程以外之事要求发言，联邦及各邦政府代表应服从主席之秩序权。

第三十四条　联邦国会有设置审查委员会之权。有国会议员五分之一的动议时，有设置审查委员会之义务。审查委员会及提议设置此委员会者所认为必要之证据。审查委员会应公开搜集之。如审问委员会有三分之二以上人数之赞同时，得将公开辩论停止公开。至该委员会之审理程序及委员人数，由议事细则规定之。

法院及行政官署，对于此委员会所请求搜查之证据，有遵照办理之义务。如委员会调档案，应即送交。关于此委员会及受此委员会请求之官署，于其搜查证据时，得依照刑事诉诸法各规定得适用之。但不得侵害书信、邮政、电报及电话之秘密。

第三十五条　联邦国会设置常任外交委员会。此委员会虽在国会闭会期间，或在国会任期届满，或国会被解散以至新国会集会之期间，仍照常执行职务。此委员会之会议并不公开，但有该委员会三分之二以上委员之多数决议时，准其公开。联邦国会为保持人民代表机关对于联邦政府之权利起见，得在国会闭会期间及国会任满期间设置常任委员会。

此委员会有审问委员会所有之权。

第三十六条　联邦国会及各邦议会议员，无论何时，不得因其投票或因行使其议员职权而发表之言论，受司法上或纪律上之惩处，并不得于议会以外使负任何责任。

第三十七条　联邦国会及各邦议会议员，在开会期间，非得其所属之国会或议会之许可，不得以犯法行为而受审问或被逮捕。唯现行犯当场拘捕或于犯事之翌日被捕者，不在此限。

足以限制人身自由，致使议员不能行使其职权者，须得各该议员所属之议会之许可，始得为之。对于联邦国会或各邦议会议员之一切刑事诉讼或拘留及其余一切足以限制个人自由之拘束，如得其所属议会之要求时，应完全予以停止执行。

第三十八条　联邦国会及各邦议会议员以议员资格受人委托，或因执行议员职务而以事委托他人时，对于该人及该事，有拒绝作证之权。关于没收书证，法律上允许某人有拒绝作证之权者，议员亦如之。

凡欲在联邦国会或各邦议会，无论任何搜索或没收，非得议长之许可，不得行之。

第三十九条　一切官吏及国防军人（或译作防御力所属员），因欲被选为议员时，为准备选举所需时期之假期，应照给之。

第四十条　凡联邦国会议员，在德意志国所有铁路，有免费乘车之权，及依照联邦法律标准，领受损害赔偿，并得支领岁费。岁费由联邦法律定之。

第三章　联邦大总统及联邦政府

第四十一条　联邦大总统，由全体德意志人民选举之。

凡年满三十五岁以上之德意志人，皆有当选权。其详细，另以联邦法律定之。

第四十二条　联邦大总统于就职时，应对联邦国会作下列之宣誓。

余誓竭余力，谋人民之幸福，增进其利益，祛除其弊病，遵守宪章大典，依照良心，尽忠义务，并用正义以临万民，谨誓。

宣誓时，得附加宗教宣誓。

第四十三条　联邦大总统之任期为七年。如再当选，得连任。联邦大总统于任期未满前，得由联邦国会动议，以国民表决罢免之。联邦国会此项决议，须有三分之二之多数赞成，才能成立。决议成立后，联邦大总统应即停止其执行职务，如国民表决拒绝罢免大总统时，联邦大总统等于重新选举，联邦国会应即解散。联邦大总统，非得联邦国会之同意，不受刑事上之诉追。

第四十四条　联邦大总统不得同时为联邦国会议员。

第四十五条　联邦大总统，在国际上，代表联邦，并得以联邦名义，与其他国家缔结同盟，订立条约，授受使节。

宣战媾和，以联邦法律行之。

对外国缔结同盟及订立条约，有涉及联邦立法事项者，应得联邦国会之同意。

第四十六条　联邦大总统，于法律上无特别之规定时，得任免联邦文武官吏，并得命其他官署行使此项任免权。

第四十七条　联邦大总统掌握联邦一切国防军之最高命令权。

第四十八条　联邦大总统，对于联邦中某一邦，如不尽其依照联邦宪法或联邦法律所规定之义务时，得用兵力强制之。

联邦大总统于德意志联邦内之公共安宁及秩序，视为有被扰乱或危害时，为回复公共安宁及秩序起见，得取必要之处置，必要时更得使用兵力，以求达此目的。

联邦大总统得临时将本法一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四及一五三各条所规定之基本权利之全部或一部停止之。本条第一第二两项规定之处置。但此项处置得由联邦大总统或联邦国会之请求而废止之。

其详细，另以联邦法律规定之。

第四十九条　联邦大总统代联邦行使恩赦权。联邦大赦。应依联邦法律行之。

第五十条　联邦大总统之一切命令、处分及关于国防军范围内之一切命令、处分，须得联邦行政院长或该管部长之副署，才发生效力。副署发生责任。

第五十一条　联邦大总统因故不能行使职权时，由联邦行政院长代理之。如事故有延长之虞时，则依照联邦法律规定其代理。

联邦大总统，于任期未满去职及新总统未选出前，得依前项办理。

第五十二条　联邦政府以联邦行政院长及各部部长构成之。

第五十三条　联邦行政院长及由联邦行政院长所推荐之各部部长均由联邦大总统任免之。

第五十四条　联邦行政院长及各部部长，于行使其职权时，须得联邦国会之信任，如其中之一员，不论何人，如受联邦国会之明显决议不信任时，应即退职。

第五十五条　联邦行政院长领导联邦政府，依照由联邦政府制定及经联邦大总统认可之处务章程执行职务。

第五十六条　联邦行政院长规定政治大纲，并对联邦国会负责。在此政治大纲之范围内，各部部长独立执行其所任职务，并对联邦国会自行负责。

第五十七条　各部部长得将一切法案及宪法或法律所规定应行公共讨论之事务，以及关于与多数部长有关系而各内部意见不能一致之问题，提出共同讨论。

第五十八条　联邦政府之决议以多数取决之。表决之票数同等时，由主席投票决定之。

第五十九条　联邦国会对于联邦大总统，联邦行政院长或联邦各部部长，认为违背联邦宪法或联邦法律时，得代表联邦向高等法院控告之。控告之动议须有联邦国会议员百人以上之连署，并须有与为改正宪法而预为规定之人数之相等之同意。其细则，以关于高等法院之联邦法律规定之。

第四章　联邦参政会

第六十条　为代表德意志各邦参加联邦之立法行政，特组织联邦参政会。

第六十一条　各邦在联邦参政会，至少应有一票。大邦每人口七十万（一百万）有一票，其超过之余数（最少须与最小邦之人口数相等），最少有三十五万人口，作为（满一百万）七十万算。无论何邦，不得有总票数五分之二以上之投票权。

奥地利国，在合并于德国之后，其参加联邦参政会之权利，亦得按人民数目，得同等之票权。未合并前，奥地利之代表，只有被咨询之权，票数于每次普遍调查人口后，由联邦参政会重新改定之。

第六十二条　联邦参政会中所组织之各委员会，无论得有一票以上之投票权。

第六十三条　在联邦参政会中，各邦以其政府之人员为代表。但普鲁士票数之一半，得按其邦法律，由普鲁士地方行政机关任命之。

各方得按照参政会所得之票数派遣代表。

第六十四条　联邦政府应联邦参政会会员三分之一之请求，应召集联邦参政会。

第六十五条　联邦参政会及其各委员会之主席，由联邦政府之各部部长充任。联邦政府之各部部长有列席联邦参政会会议之权。如得联邦参政会之要求，有出席之义务，且在会议之中，得要求临时发言。

第六十六条　联邦政府及联邦参政会之会员，在联邦参政会中，有提案权。联邦参政会，依照议事章程，定其议事程序。

联邦参政会之会议为公开，但得依照议事章程，于个别之会议事件，停止公开。

在表决时，以投票之简单过半数为准据。

第六十七条　联邦参政会接受联邦政府各部关于日常执行政务之报告。讨论重大事件时，联邦政府各部应使联邦参政会之该管委员会参与之。

第五章　联邦立法

第六十八条　法律案由联邦政府或联邦国会提出之。

联邦法律，由联邦国会议决之。

第六十九条　联邦政府提出法律案时，须得联邦参政会之同意；如联邦政府及联邦参政会对于法律案之意见不一致时，联邦政府得将法律案提出，但须将联邦参政会之意见附加说明。

如联邦参政会议决之法律案联邦政府不同意时，联邦政府应说明其立点，将此法律案提交联邦国会。

第七十条　联邦大总统应将依照宪法制定之法律编就并于一月内在联邦法律公报中公布之。

第七十一条　联邦法律，除有特别规定者外，自公布于联邦国都所出版之法律公报之日起，经过十四日，即发生效力。

第七十二条　如有联邦国会议员之三分之一要求时，联邦法律之公布得展期两个月。但如联邦国会及联邦参政会认为紧急者，联邦大总统得不理此要求而公布之。

第七十三条　凡经联邦国会议决之法律，如联邦大总统于一月之内拨定交付国民表决者，得于其公布前，交付国民表决。

法律之由联邦国会三分之一之动议，展期公布者，如得有投票权之人民二十分之一之提议，应交付国民表决。

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。此项国民请愿，应备已缮拟精备之法律案，然后由政府附加意见，提交联邦国会，若联邦国会对于此项请愿法律案毫无更改而接受时，不必再付国民表决。关于预算、赋税法及俸给条例，唯联邦大总统有提交国民表决之权。

关于国民表决及国民请愿，以联邦法律定之。

第七十四条　对于联邦国会所议决之法律案，联邦参政会得否决之。

此项否决案，应于联邦国会投票议决后之两星期内，提交联邦政府。最迟限于再下两星期内，将否决理由书，送交国会。

否决案应重提联邦国会表决，如联邦国会及联邦参政会对于是项法律意见仍不一致时，联邦大总统得将该法律案交付国民表决。如联邦大总统不行使此权时则此法律案视为不成立。如联邦国会以三分之二之多数议决，反对联邦参政会之否决时，则联邦大总统应在三个月内，按照联邦国会所议决者公布或交付国民表决。

第七十五条　联邦国会之议决案，须有投票权者之多数参加表决，始得变更之。

第七十六条　宪法得用立法手续修改之，但联邦国会欲议决修改宪法，必须有法定人数三分之二之出席及出席议员三分之二之赞成，其决议案始得成立。又联邦参政会对于修改宪法之议决，亦须有所投票数三分之二之多数赞成。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。

如联邦国会对于联邦参政会之修改宪法议决提出抗议时，则联邦大总统如于两星期内，不受联邦参政会之要求，不得将此法律公布。

第七十七条　关于联邦法律实施上所必要之普通行政规条，除法律有特别规定外，由政府颁发之。

但如此项法律施行属诸各邦官署之权限者，则须得联邦参政会之同意。

第六章　联邦行政

第七十八条　外交事务，专属于联邦。

凡属于各邦立法范围内之事务，各邦得与外国缔结条约，但此项条约须得联邦之同意。关于与外国协定变更联邦国境事件，须得有关系之各邦之同意，由联邦缔结之。国境变更，除限于整理无居民地方之境界外，须依联邦法律行之。

各邦与外国有经济上特殊关系或境地相接关系而发生利益问题者，关于此项利益之保护，联邦应得各邦之同意，采取一切应需之处置。

第七十九条　国防事务，专属于联邦。德意志人民兵役制度，应根据各地居民特殊情形由联邦法律统一规定之。

第八十条　殖民事务，专属于联邦。

第八十一条　一切德意志商船合组为一商船队。

第八十二条　德意志国在关税及商业上为单一领土，以公共之边界环绕之。

关税境界与国界同。其在海上，以大陆海岸及所属岛屿为关税界。海上及其他水上之关税界，得设例外之规定。

外国领土或领土之一部，得用条约或协定加入于德意志关税界内。有特别必要时，得将某一部分摈于关税界以外，至于自由港之处于关税界外者，仅得以变更宪法之法律撤销之。

处于关税界外之区域，得由于条约或协定加入外国之关税区。

一切天然物产工业品，美术品，在联邦内可以自由交易者，得在各邦境内，各地方团体境内，输入输出或通过之。但得以联邦法律规定例外。

第八十三条　关税及消费税，由联邦官署管理之。

联邦官署，于管理联邦赋税时，应设置各项设备，俾各邦能保障其农工商范围内之本邦特别利益。

第八十四条　下列各项，由联邦以法律规定之：

一、各邦财政机关之组织，务使联邦税法在各邦均有划一及一平允之执行。

二、执行联邦税法之监督机关之组织及其职权。

三、与各邦之清算。

四、执行联邦税法所需行政费之拨还。

第八十五条　联邦之收支，应于每会计年度预先估计，并编入预算案。预算于会计年度之前，以法律定之。

支出之承认，在原则上，以一年为限，但遇特别情形，得稍为延长。此外凡超越会计年度及无关于联邦之收支或其管理者，不得规定于联邦预算法内。

联邦国会，非得联邦参政会之同意，不得增加支出金额或新设款目于预算草案中。

联邦参政会之同意，得照第七十四条各项所规定以补充之。

第八十六条　关于联邦一切收入之用途，应由联邦财政部长于下次会计年度提出决算于联邦国会及联邦参政会，以减轻联邦政府之责任。决算之审核，由联邦法律规定之。

第八十七条　联邦于预算外及为充生产企业经费时，得以信用方法筹集款项，其筹募方法，联邦负担之义务及保证品惟依据联邦法律行之。

第八十八条　邮政、电报、电话事业，专属于联邦。

邮票全联邦一律。

联邦政府得联邦参政会之同意，得颁布交通规则及使用交通设备应纳之费，并得将此权委托于联邦邮务部。

关于邮政、电报、电话之交通事务及其价目表，联邦政府如得联邦参政会之同意，得酌设顾问机关。

关于与外国订立交通上之条约事件，专属联邦。

第八十九条　联邦得将普通交通上所需要之铁道，收归联邦所有，并统一管理之。

各邦获得私有铁道之权利，如得联邦之要求，应即转让于联邦。

第九十条　铁道转移于联邦所有时，其公用征收权及关于铁道上之一切公权，概由联邦接受之。

关于此项权利范围有争议时，由高等法院裁判之。

第九十一条　联邦政府得联邦参政会之同意，发布关于铁道建筑，经营及车务之命令，并得以联邦参政会之同意，委托此项职权于联邦之主管各部。

第九十二条　联邦铁道之预算、决算，虽包括于联邦总预算、决算内，但当视为经济独立之企业办理支付利息偿还铁道债务及筹铁道公积金，均在其内。此项偿金及公积金之多寡及公积金之用途，另以单行法律规定之。

第九十三条　联邦政府得联邦参政会之同意，可设置铁道顾问机关以备关于铁道建设及运价之咨询。

第九十四条　如联邦将某一特定区域内之公用设备之铁道收归管理时，在此特定区域内，如欲建筑公用设备之新铁道，应由联邦自行建筑，或由他人得联邦之同意而建筑之。若建筑新铁道，或改变已成之铁道，与各邦警察权有抵触时，联邦铁路管理机关在未决定前，应先咨询各邦官署之意见。

在联邦尚未将铁道移归管理各地，联邦得根据联邦法律，筹设经费，建筑交通或国防所必需之铁道，或委托他人建筑，于必要时，并得与以公用征收权。该铁道所通过各州之抗议，可置不问，唯以不伤及该邦之权为限。

各铁道管理机关应许其他铁道与本路接轨，唯接轨之设备经费，由其他路线负担。

第九十五条　公用设备之铁道尚未归联邦管理者，应由联邦监督。

在联邦监督下之铁道，应按照联邦规定章则，为划一之建筑及设备，且应维持其营业状况，及按照交通需要扩张之。客运及货运之设置，应适合需要。

关于运价之监督，应以达到全国一律及低廉之额为目的。

第九十六条　一切铁道，不论为公用设备者与否，遇联邦为国防需用时，均应听从联邦征发。

第九十七条　联邦得将供公用设备而可以航行之水道，收归国有，并收归联邦管理。

此项水道收归国有后，其公用设备，须由联邦或得联邦同意，始得建设或扩张之。

管理扩张或新游航行水道时，应得有关系各邦之同意，俾地方文化及地方水利得以维持，其改良时亦然。

水道管理机关，遇其他国内水道自备经费请求连接时，应许可之。遇铁道与水道相连接时，水道管理机关准予连接之义务，仍旧存在。

水道收归国有后，其公用征收权，厘订运价权，水上及船舶警察权，均属于联邦。

河流建设会掌建设莱茵河、韦沙河及爱尔河各流域天然水道之职权，属于联邦。

第九十八条　联邦政府得以联邦参政会之同意，另定规章，设置联邦水道顾问会，以资协助一切水道事务。

第九十九条　在天然水道上，唯限于为图交通便利所设施之工事建筑物及其他设备，始得征收规费。

此项规费之征收，其在国家或地方之设备方面，不得超过建筑及维持必需费。若其设备不专为图交通便利，而另有其他目的者，则其建设费及维持费，仅就其便利通航之部分，由航行规费收入项下支用。利息支付及偿还债务之支出，均属建设费。

关于人造水道以及人造水道上之设备及水岸等之税则，得适用前条之规定。

国内水道之航行捐税，得以一航道一河流或一支流所需全部费用为计算基础。

前项规定，关于可通航之水道上的漂流木筏亦适用之。

外国船舶及货物之捐税，比较德国船舶及货物之捐税或不同，或较高，唯联邦规定之。

为筹集德国航道之维持及扩充费，联邦政府得以法律及其他方法，会与航行有关系者分担之。

第一〇〇条　为筹措内河航路之建设及维持费，联邦政府得以法律令因修理堰堤而获通航以外之利益者纳捐，但此项规定，以水道之通过数州或由联邦单独负担建设者为限。

第一〇一条　一切海上标志如灯塔、灯船、浮标瓶、浮标、礁标等，得由联邦收归国有管理之。

此项标志收归国有后，其设立及整理由联邦经办，或须得联邦之同意。

第七章　司法

第一〇二条　法官独立，只服从法律。

第一〇三条　普通裁判，由联邦法院及各邦之法院行使之。

第一〇四条　普通裁判之法官为终身职。唯依据法律规定之理由及形式，由司法机关决定，始得不顾本人情愿，将其免职、停职、调任或退休。

法官之退休年龄，以法律定之。

因法律而生之暂行停职，不受前项规定限制。

在法院组织及其管辖区域有变更时，各邦之司法行政部得不顾法官之情愿，将其调任他处或令其退职，但须维持原俸。

商事法官、参审员及陪审员，不得适用此等规定。

第一〇五条　不得设置特别法院，无论何人，不得剥夺其受法定法官裁判之权利。但法律所定之军事会议及戒严法院，不在此项规定之内。

名誉军事法庭，应撤销之。

第一〇六条　除战时及在军舰内外，军事审判权应撤销之。其详细，另由联邦法律规定之。

第一〇七条　联邦及各邦应依据法律，成立行政法院，以保护个人对于行政官署之命令及处分。

第一〇八条　联邦应依照联邦法律，设立德意志联邦高等法院。

第二编　德国人民之基本权利及基本义务

第一章　个人

第一〇九条　德国人民，在法律前一律平等。

原则上，男女均有同等之公民权利及义务。

公法特权及不平等待遇由出生或阶级来看，概行废止。贵族之御称，仅视为姓氏之一部，以后不得再行颁给。

御称，仅限于表示官职及职业者，始得颁给，学位不在此限。

国家不得颁给勋章及荣典。

德国人民不得领受外国政府给与之御称或勋章。

第一一〇条　联邦及各邦人民之国籍，得依照联邦法律规定而取得或丧失之。

凡有一邦之国籍者，同时亦有联邦国籍。

凡德国人民在联邦内务邦所有之权利义务，与各该邦之原籍人民相同。

第一一一条　一切德国人民，在联邦内享迁徙自由之权，无论何人，得随意居留或居住于联邦内各地，并有取得不动产及自由营生之权。唯根据联邦法律，始得限制以上之规定。

第一一二条　德国人民有移住国外之权。此项移住，唯联邦法律得限制之。

在联邦领土内外之联邦人民，对于外国，有要求联邦保护之权。

德国人民不得被引渡于外国政府受诉追及处罚。

第一一三条　联邦居民有操外国语者，不得以立法及行政手续，妨碍其民族性之自由发展。在教育上、内政及司法上使用其母语时，不得干涉。

第一一四条　人身之自由不得侵犯。凡用公共权力以妨害或褫夺人身之自由者，唯依法律始得为之。

凡被褫夺自由之人，最迟应于翌日受通知，由何官署，以何理由下令将其自由褫夺，并应立予其人以机会，使对于被夺自由提出抗辩。

第一一五条　德国人民之住宅为其自由居处，不得侵犯，其例外应依法律为之。

第一一六条　无论何种行为，非在行为之前已有法律规定处罚者，不得科以刑罚。

第一一七条　书信秘密以及邮政、电报、电话之秘密，不得侵害，其例外唯依据联邦法律始得为之。

第一一八条　德国人民，在法律限制内，有用言语、文字、印刷，图书或其他方法，自由发表其意见之权，并不得因劳动或雇佣关系，剥夺其此种权利。如其人使用此权利时，无论何人，亦不得妨害之。不得施行检查。唯对于电影，得依据法律，酌设相当规

定。又为防止淫亵文书之发行及于公开展览及演艺时为保护青年起见，得以法律处置之。

第二章　共同生活

第一一九条　婚姻为家庭生命及民族生存增长之基础，受宪法之特别保护，并以男女两性平权为本。

家族之清洁康健及社会之改良，为国家与公共团体之任务，其有儿童众多之家庭，得享受相当之扶助以轻负担。

产妇得要求保护及扶助之。

第一二〇条　教育子女，使之受身体上、精神上及社会上之美格，为父母之最高义务及自然权利。关于其实行，由政治机关监督之。

第一二一条　私生子之身体上、精神上及社会上之进展，在立法上，与嫡生子同等待遇。

第一二二条　应保护青年，使勿受利用及防道德上、精神上及体力上之荒废。

国家及公共团体对此亦应有必要之设备，以达其保护之目的。

出于强制之保护处置，唯依据法律始得为之。

第一二三条　德国人民（原文系无武器装备）不必报告官署及得特别许可，有和平及无武器集会之权。

露天集会，依据联邦法律，有报告官署之义务。其直接危害公共治安者，得禁止之。

第一二四条　德国人民，其目的若不违背刑法，有组织社团及法团之权。此项权利不得以预防方法限制之。

宗教上之社团及法团，得适用本条规定。

社团得依据民法规定，获得权利能力。此项权利能力之获得，不能因该社团为求达其政治上、社会上、宗教上目的而拒绝之。

第一二五条　选举自由及选举秘密应受保障，其详细另以选举法规定之。

第一二六条　德国人民有以书面向该管官署或议会请愿或抗告之权利。此权利得由一人或由多人行使之。

第一二七条　自治区及行政区，在法律规定内，有行政自主权。

第一二八条　市民，不分差别，均得依法规定，按其才能及其劳绩，准予充任官吏。

反对女子服官之例外规定，应完全废止。

官规大纲，以联邦法律定之。

第一二九条　官吏之任用，除法律有特别规定者外，皆为终身职。养老金及遗族抚养金，另以法律定之。官吏既得之权利，不得侵害。关于金钱上之权利，得向法院起诉。

唯依法律规定及程式，始得将官吏暂行免职、停职或退职，或降任于薪俸较低之他职。

官吏职务上之惩罚判决，得上诉可能时，应予再审。其在官吏人事检查簿中，拟登记不利于该官吏事实时，应先予该官吏发表其对于此事实之意见之机会，而后始登记之。官吏之欲阅览其本人之人事检查簿者，亦应照准。

既得权之不可侵犯及得向法院请求金钱上权利之救济两种权利，职业军人一律享受之。

职业军人之地位，由联邦法律规定之。

第一三〇条　官吏为全国之公仆，非一党一派之佣役。

官吏之政治志向自由及结社自由，应保障之。

官吏得依据联邦法律规定，设立特别之官吏代表机关。

第一三一条　官吏行使所受委托之公权时，对于第三者违反其职务上义务，其责任应由该官吏所服役之国家及政治机关担负，不得起诉官吏。

但第三者对于该官吏之求偿权，保留之。通常诉讼方法，于此亦可以适用。

其详细，以法律规定之。

第一三二条　德国人民，按法律规定，有担任名誉职之义务。

第一三三条　每一德国人民，依据法律，有为国家及自治区服役之义务。

兵役义务，以联邦兵役法法定之。兵役法为贯彻军人任务及维持军纪起见，得规定国防军人之各个基本权利及其受限制之程度。

第一三四条　国民，不分差别，应依据法律，称其资力，负担公共费用。

第三章　宗教及宗教团体

第一三五条　联邦内居民得享完全之信教自由及良心自由。凡清静之宗教演习，应由宪法保障及由国家保护之。但一般国家法律，不受本条拘束。

第一三六条　民事上及公务上之权利义务，不以宗教自由之行使而附条件或受限制。

民事上及公务权利之享受及就任公职之认许，与宗教信仰上无关。无论何人，皆无

宣告其宗教上信仰之义务。但为隶属某种宗教团体之故而有权利义务之关系，或为法定统计上调查之必要，官署得在此范围内，有权询问人民属于何种宗教团体。

无论何人，皆不受强迫，使参加宗教仪式或宗教大典，或参加宗教演习，或强用宗教宣誓仪式。

第一三七条　不立国教。

宗教团体设立之自由，应保障之。

在联邦领土内，宗教团体之联合不受限制。

宗教团体，在对一般适用法律限制内，得独立规定管理其事务，并不必受国家或人民自治区之干涉，得自行委用职员。

宗教团体得依据民法规定，取得法律能力。

宗教团体有公法上之性质者，仍为公法团体。其他宗教团体，若其组织及社员人数，有确能永久继续之希望者，得依其请求，给予同样之权利。

其多数之公法上宗教团体联合为大团体时，则此团体亦为公法社团。

宗教团体之为公法社团者，有依据人民税册，遵照联邦法规规定标准，征收租税之权。

凡结社以从事共同世界观念为任务者，得以宗教团体待遇之。

此项规定之施行细则，由各邦法律规定之。

第一三八条　根据法律契约或特别法律名义由国家付给之宗教团体资助金，以各邦法律废止之。其章则，由联邦规定之。

宗教法团及宗教社团之为文化、教育、慈善各目的而设立之机关、财团及其他财产之所有权，应保障之。

第一三九条　星期日及由国家所认许之休假日为工作休息日及精神修养日，以法律保护之。

第一四〇条　国防军人，应给予奉行其宗教义务之休假时间。

第一四一条　在军营、病院、监狱及其他公共机关，有举行祷拜及精神修养之必要者，准各宗教团体在内举行教礼，但不得强制执行。

第四章　教育及学校

第一四二条　艺术、科学及其学理为自由，国家应予以保护及培植。

第一四三条　青年教育，由公共机关任之。其设备，由联邦各邦及自治区协力设置之。

教员之养成，依照高等教育一般适用之原则，须规定全国一致。公共学校之教员，有国家官吏之权利义务。

第一四四条　教育事务，在国家监督之下，国家亦得令自治区参与之。学校之监督，应由以教育为主要职业及有专门学识之官吏担任之。

第一四五条　受国民小学教育为国民普通义务。就学期限，至少八学年，次为完成学校至满足十八岁为止，国民小学及完成学校之授课及教育用品，完全免费。

第一四六条　公共教育制度为有系统之组织。在为全民而设之基本教育制度内，设置中学及高等学校。此等学校之设置，以生活所需各种职业为标准。对于儿童之入一种特定学校之取录，应视其才能及志向而定，不得以其父母之经济及社会地位或宗教信仰为准据，定其去留。在一地方团体内，得依据享受教育权利者之动议，设立其所信仰宗教或世界观之国民小学，但以不妨害已经规定之学校课程及本条第一项之意义者为限。然受教育者之志愿，应顾虑及之。其详细，由各邦立法机关遵照联邦法律原则规定之。

联邦及各邦及自治区，应于预算内准备公款，以资助穷困无资入中学及高等学校者。适合受中学及高等学校之贫乏儿童之父母，应受奖学金之资助，至其儿童毕业为止，使其儿童得终所学。

第一四七条　以私立学校补充公立学校时，须得国家之认可。在各邦法律上，如私立学校之教育目的及设备与教员学问不亚于公立学校者，又其待遇学生一律平等，不以学生父母之富贫而强分轩轾者，国家始得准许其设立。若其教员之经济及法律条件无充分保证者，不得准予设立。

私立国民小学必根据本宪法第一四六条第二项所规定。顾虑受教育权利者少数之意志，而在该自治区内无合乎彼等宗教信仰或哲学观念之国民小学，或教育当局认为有特别教育上利益时，始得准予设立。

私立预备学校，概应废止。

私立学校之不补充公立学校者，仍照现行法律规定办理。

第一四八条　各学校应致力于道德教化，国民节操，使人民在德意志民族精神上及国际协和上，能造就人格及发展职业才能。公立学校授课时，当注意侵犯怀抱他种思想者之情感。国民常识及劳动课程为学校科目之一。学生于其就学义务完毕时，各得宪法

印本一册。

国民教育及高等国民学校，应由联邦、各邦及各自治区振兴之。

第一四九条　宗教课目为各学校之通常学科。

但无宗教信仰（哲学观念）之学校，不在此限。

关于宗教课程之教授，在学校立法范围内规定之。宗教课程，于不妨害国家监督权内，依各该宗教团体之典义教授之。宗教课程之教授，宗教仪式之演习，由学校教员之意见定之。宗教课程、宗教仪式之参与，由管辖儿童宗教教育者之意见定之。高等学校之神道科，依然存在。

第一五〇条　美术、历史及博物之纪念品与天然风景，受国家之保护及维持。防止德国美术品转移于外国之事务，属于联邦。

第五章　经济生活

第一五一条　经济生活之组织，应与公平之原则及人类生存维持之目的相适应。在此范围内，各人之经济自由，应予保障。

法律强制，仅得行使于恢复受害者之权利及维持公共幸福之紧急需要。

工商业之自由，应依联邦法律之规定，予以保障。

第一五二条　经济关系，应依照法律规定，为契约自由之原则所支配。

重利，应禁止之。法律行为之违反善良风俗者，视为无效。

第一五三条　所有权，受宪法之保障。其内容及限制，以法律规定之。

公用征收，仅限于裨盖公共福利及有法律根据时，始得行之。公用征收，除联邦法律有特别规定外，应予相当赔偿。赔偿之多寡，如有争执时，除联邦宪法有特别规定外，准其在普通法院提起诉讼。联邦对于各邦自治区及公益团体行使公用征收权时，应给予赔偿。

所有权为义务，其使用应同时为公共福利之役务。

第一五四条　继承权，应依照民法之规定受保障。国家对于继承财产所应征收之部分，以法律定之。

第一五五条　土地之分配及利用，应由联邦监督，以防不当之使用，并加以监督，以期德国人均受保障，并有康健之住宅，及德国家庭尤其生齿繁多之家庭，得有家产住宅及业务之所需规定章则时，尤应特别注意参战人员。

因应住宅之需要，奖励拓殖开垦或发展农业，土地所有权得征收之。家族内之土地财产（或译作个人赠遗）应废止之。

土地之耕种及开拓，为土地所有者对于社会之义务。土地价值之增加非由投资或人工而来者，其福利归应社会。

土地宝藏及经济上可以利用之天然力，均在国家监督之下。私人特权，得以法律转移于国家。

第一五六条　联邦得依据法律，照公用征收之规定，将私人经济企业之适合于社会化者，予以赔偿收归公有。各邦或自治区得参与此类经济企业或组合之管理，或以其他方法，保持其一定之势力。

联邦得于紧急需要时，为公共经济计，依照法律，使经济企业及组合相结合，立于自治基础之上，俾得保持一切生利之阶级共同协力。雇主及劳工参加管理经济财务之生产、制造、分配、消费、定价、输出、输入，依公共经济原则规定。生产组合、经济组合及其联合邦团体，如其自行提出要求时，得审查其组织及其特质，使并入于公共经济中。

第一五七条　劳力，受国家特别保护。

联邦应制定划一之劳工法。

第一五八条　智识上之工作，著作权，发明权，美术权，同享受国家之扶持扶助。

德国科学上、美术上、技术上之创作品，应依照国际条约，使其在国外亦享受保护。

第一五九条　为保护及增进劳工条件及经济条件之结社自由，无论何人及何种职业，均应予以保障。

规定及契约之足以限制或妨碍此项自由者，均属违法。

第一六〇条　无论何人，或为雇员，或为劳工，在服务或劳动中，应有尽公民义务之余暇。如职务不受重大妨害时，并应有余暇尽名誉公职。

所受之赔偿及报酬，以法律规定之。

第一六一条　为保持康健及工作能力，保护产妇及预防因老病衰弱之生活经济不生影响起见，联邦应制定概括之保险制度，且使被保险者与闻其事。

第一六二条　关于工作条件之国际法规，其足使世界全体劳动阶级得最低限度之社会权利者，联邦应赞助之。

第一六三条　德国人民，不妨害其人身自由时，应公共福利之需要，应照精神上、

体力上之能力，尽道德上之义务。德国人民应有可能之机会，从事经济劳动，以维持生计。无相当劳动机会时，其必需生活应筹划及之。其详细，另以联邦单行法律规定之。

第一六四条　农工商业之独立中流社会，应由立法行政机关设法发展及保护之，使不负担过重及被吞并。

第一六五条　劳动者及受雇者，得以同等权利会同企业家制定工金劳动条件及生产力上之全部经济发展之规章。双方所组织之团体及其协定，均受认可。

劳动者，受雇者，为保持其社会上及经济上之利益起见，得在企业工会及按照经济区域组织之区工会与联邦工会，有法律上之代表。

区工会联邦工会，为履行其全部之经济任务及为执行社会化法律之协助起见，得与企业家代表及其余有关系之人民各界代表集会于区经济会议及联邦经济会议。区经济会议及联邦经济会议之组织，应使全国之重要职业团体，视其经济上、社会上之重要关系，派选代表出席。

关系重大之社会或经济法律草案，应由联邦政府于未提出议会前，提交联邦经济会议审核之。联邦经济会议亦有自行提议此项法律之权。联邦政府不同意时，联邦经济会议得说明其立场，提出于联邦国会。联邦经济会议得派会员一人，代表出席联邦国会。

劳动会议及经济会议，在该管辖范围内，有监督及管理之权。

关于劳动会议及联邦会议之组织及任务，及其对于他项自治团体之关系，专由联邦规定之。

过渡规定及终结规定

第一六六条　在联邦行政法院未设立以前，关于选举审查所之组织，以联邦大理院代行联邦行政院职务。

第一六七条　本宪法第十八条第三项至第六项，于本宪法公布两年后始施行。

普鲁士之上斯来西州，于德意志官署将临时占领地区之行政权收回两个月内，应即依照本宪法第十八条第四项第一句及第五项举行投票，以解决应否组织上斯来西邦问题。

如投票可决，即上斯来西邦得于其他联邦法律颁布前组织之，并适用下列各规定。

一、选出之邦议会，于所投票结果经官署确定后三日内召集之，使任命邦政府及议决邦宪法。此项选举规则，由联邦大总统按照联邦选举法颁布之，并指定选举日期。

二、联邦大总统得上斯来西邦议会之同意，规定该邦何时成立。

三、上斯来西邦之邦籍，得依下列条件取得之。

1. 成年之联邦人民，于上斯来西邦之成立日，在该邦有不动产或永久之居所者，自此日起，取得邦籍。

2. 成年人有普鲁士邦籍而在上斯来西州出生，及于该邦成立一年内而向邦政府声请欲取得该邦邦随者，自声请到达之日起，取得该邦籍。

3. 联邦人民，由于出生，嫡出或婚姻，因随从甲乙两项所记之人之一而取得国籍者，取得该邦籍。

第一六八条　在本宪法第六十三条所规定之各邦法律未颁布前，但最迟限至 1921 年 7 月 1 日止（一年为期），在联邦参政会之一切普鲁士投票，由政府各部部长行使之。

第一六九条　本宪法第八十三条第一项之规定，其施行日期，由联邦政府规定之。在相当过渡时期中，关于消费税及关税之征收及管理，得依各邦之请求，交各邦自行办理。

第一七〇条　巴燕及韦登堡之邮政及电信管理，最迟限于 1921 年 4 月 1 日转移于联邦。如接收条件至 1920 年 9 月 1 日尚未解决时，由高等法院判决之。在未接收以前，巴燕及韦登堡之旧有权利义务照旧保留之，但与邻邦及外国有关之邮电事务，应专由联邦规定之。

第一七一条　铁路、水道及海上标帜，最迟限于 1921 年 4 月 1 日转移于联邦。

关于接收条件，若至 1920 年 10 月 1 日尚未解决时，由高等法院判决之。

第一七二条　关于高等法院之联邦法律，在未发生效力以前，高等法院之职权以用七人组成之评议会行使之。此评议会之组织，由联邦国会选出四人及联邦大理院选出三人共同组织之，其诉讼程序，由该评议会自定之。

第一七三条　在依本宪法第一三八条应发布之联邦法律未发布前，所有从前依旧法律契约及依据权利名义而给予各宗教团体之政府资助，仍旧有效。

第一七四条　在本宪法第一四六条第二项所指定之联邦法律未发布前，其已有之法律地位仍继续维持。此项法律对于联邦内，并无依宗教派别而设立之学校之各区域，应特别注意。

第一七五条　本宪法第一〇九条之规定，对于1914年至1919年战争时期中所发给之勋章及荣典，不适用之。

第一七六条　一切公务人员及国防军人，应对本宪法宣誓。其详细，以大总统命令定之。

第一七七条　按照现行法律宣誓，应有宗教宣誓形式时，宣誓者得不用之，并得以代“余誓”语，但法律规定之宣誓内容，仍不更改。

第一七八条　1871年4月16日之德意志之帝国宪法及1919年1月10日之帝国暂行政权法，均废止之。此外帝国之一切法律及命令仍有效，但以不与本宪法抵触者为限。1919年6月28日在凡尔赛签订之和平条约，不得以宪法抵触之。参照关于取得黑尔哥兰岛之谈判与为优待该岛之人民起见，得颁发本宪法第十七条第二项不符之章则。

官署之命令根据从前法律以合法手续颁发者，在未用他项命令及法律以废止之前，仍属有效。

第一七九条　法律及命令所定之规定及机关，虽经本宪法废止而仍提及之者，以本宪法所定之相当规定及机关代替之。如国民会议，以联邦国会代之。各邦委员会，以联邦参议会代之。依据帝国暂行政权法所选出之行政元首，以依本宪法所选出之大总统代之。依照像章，属于各邦委员会之命令发布权，此后应转移于联邦政府。唯联邦政府应依照本宪法之规定，须得联邦参政会之同意，始得发布命令。

第一八〇条　在第一次联邦国会未集会以前，以国民大会代联邦国会。第一次大总统未就职以前，其职务以依据关于临时联邦权力于法律所选出之联邦大总统行使之。

第一八一条　德意志国民以其国民会议投票表决及制定本宪法。本宪法自公布日施行。

1919年8月11日于黑堡

联邦大总统　爱尔白

联邦行政院各部部长　鲍　伟

爱慈皮格　爱尔满米勒

大伟博士　恼斯格　斯米特

斯力克　杞斯白尔慈

马得博士　皮尔博士

分析目录

第一部分　宪法的概念

第一章　绝对的宪法概念（作为统一整体的宪法）

一、宪法作为具体统一体和秩序的整体状态，或作为政体（“诸形式的形式”），或作为政治统一体的构成原则

二、规范意义上的宪法（诸规范的规范）

第二章　相对的宪法概念（作为众多个别法律的宪法）

一、宪法分解成宪法律

二、成文宪法

三、作为宪法律的形式标记的繁难修改程序

第三章　实定的宪法概念（宪法是关于政治统一体的类型和形式的总体决断）

一、作为制宪权行为的宪法

二、作为政治决断的宪法；魏玛宪法的各项决断；宪法与宪法律的区分的实际意义（宪法修改，宪法不容侵犯，基本权利，宪法诉讼，对宪法宣誓，叛逆罪）

三、魏玛宪法的妥协性质，真妥协与假妥协（在学校和教会问题上的妥协）

第四章　宪法的理想概念（在一种突出的意义上、因一种特定内容而被称为宪法的“宪法”）

一、理想概念的多义性，尤其是自由

二、国民法治国宪法的理想概念

三、近代宪法的两个要素

第五章　“根本法”、根本规范或 lex fundamentalis 的含义（概述）

一、“根本法”一词的九种含义

二、不同含义的结合

三、在本书中，宪法是指实定意义上的宪法

第六章　宪法的起源

一、一部宪法是通过单方面的决断或相互间的商议产生出来的

二、近代欧洲宪法起源的历史概况（1. 中世纪的封建和等级制国家，尤其是《大宪章》；2. 直到 1806 年的德意志帝国；3. 专制君主的国家；4.1789 年的革命；5.1815—1830 年的王朝复辟；6.1830 年的七月革命；7. 德国的立宪君主制；8.1867 年的北德意志联邦和 1871 年的德意志帝国；9.1919 年的魏玛宪法）

第七章　作为协议的宪法（真正的宪法协议）

一、所谓的国家契约或社会契约与宪法协议的区别

二、作为联邦协议的真正宪法协议，一个政治统一体内部的假宪法协议

三、作为身份契约的真正宪法协议（对“应谨遵协议”原则的批评）

四、宪法与国际法协议

第八章　制宪权

一、作为政治意志的制宪权

二、制宪权主体（上帝，人民或民族，国王，一个有组织的群体）

三、制宪权的动用，尤其是民主实践（国民议会，会议，全民公投）

第九章　宪法的正当性

一、宪法正当性的类型

二、宪法的正当性并不意味着，宪法是根据先前有效的宪法律制定出来

三、王朝正当性和民主正当性

第十章　从制宪权学说，尤其是人民制宪权学说中得出的结论

一、制宪权的常在性（恒久性）

二、在宪法被废止和打破的情况下，只要制宪权还跟原来一样，国家就保持着连续性

三、制宪权主体发生变化（宪法被废弃）时的连续性问题，尤其是 1918—1919 年德意志帝国（民国）的连续性

四、人民制宪权与一切根据宪法而产生的权力（即宪法律权力）的区别

第十一章 从宪法概念派生出来的诸概念（宪法修改、宪法的打破、宪法的临时中止、宪法诉讼、叛逆罪）

一、概述

二、依据宪法律的宪法修改（宪法修正，修正案），宪法修改权的限度，宪法的打破和假主权行为，宪法的临时中止

三、宪法诉讼

四、在涉及叛逆罪时，作为攻击对象和保护对象的宪法

第二部分 近代宪法的法治国要素

第十二章 国民法治国的原则

一、近代宪法的法治国要素与政治要素的区别；国民法治国的两项原则：基本权利（分配原则）和权力区分（组织原则）

二、法治国概念和个别标记（依法行政，行政诉讼管辖，一切国家权力的可预测性，法官的独立性，司法形式，政治司法的问题）

第十三章 法治国的法律概念

一、国民法治国的法和法律

二、所谓的形式法律概念

三、政治的法律概念

四、法规范的普遍性的意义

第十四章 基本权利

一、历史概述

二、庄严宣示基本权利的历史意义和法律意义

三、基本权利的实质性划分和区分

四、应当将制度保障与基本权利区别开来

五、在国民法治国中，基本义务不过是宪法律义务

六、从针对限制和干涉而设立的法律保护机制出发对基本权利的划分

第十五章　权力的区分（所谓的分立）

一、权力区分学说的历史形成过程

二、权力分离和平衡；权力的严格分离示意图；几种平衡方式示意图

第十六章　国民法治国与政治形式

一、国民法治国宪法始终是混合宪法；政体变成了被区分和分享的权力的形式（立法，行政）

二、政治形式的两个原则（同一性与代表）

三、代表的概念

四、近代宪法是国民法治国原则与政治形式原则的结合和混合

第三部分　近代宪法的政治要素

第十七章　1. 民主制学说（基本概念）

一、关于几个定义的概述

二、平等的概念（普遍的人类平等，实质性平等）

三、民主制的定义

第十八章　人民和民主宪法

一、宪法之前和宪法之上的人民

二、宪法之内的人民（选举和投票）

三、并立于宪法法规之旁的人民（民意）

四、“人民”一词对近代宪法学的意义概要

第十九章　从民主制的政治原则中得出的结论

一、一般倾向

二、民主政体下的国民

三、官署（确定官署和官员的民主方法）

第二十章　民主制的政治原则在国家生活各领域中的运用

一、民主制与立法（尤其是公民投票和人民动议）

二、民主制与政府（尤其是政府与人民的直接关系的建立）

三、民主制与国际法往来

四、民主制与行政

五、民主制与司法

第二十一章　民主制的限度

一、同一性原则的限度

二、因人民的本质而产生的限制

三、当今民主实践中的限度

四、对“多数决断”论的批评

第二十二章　2. 君主制学说

一、君主制的根据（神权君主制，父权君主制，领主君主制，公务员君主制和恺撒式君主制）

二、君主制的各种辩护理由在宪法理论上的意义

三、近代宪法中君主的地位

四、共和制宪法中的国家总统

第二十三章　3. 近代国民法治国宪法中的贵族制要素

一、作为权力区分的手段的贵族制原则

二、两院制的观念和正当理由

三、两院制的历史类型（上议院，贵族院，参议院，联邦参议院）

四、上议院的权限和权力

五、两个议院的议员身份的不相容性

第二十四章　4. 议会制

一、“议会制”一词的多义性，尤其是它的四个属类（总统制，严格意义上的议会制，总理制，内阁制）

二、议会制的思想基础（市民阶层的历史境况，教养和财产，公开辩论）

三、从议会制的主导思想中得出的结论（代表，公开性，辩论）

第二十五章　议会制发展的历史概况

一、英国议会制的历史发展大事记

二、议会制在法国和比利时的发展情况

三、议会制在德国的发展情况

第二十六章　议会制的构成可能性概述

一、决定性要素：议会与政府相协调

二、达成协调的手段

三、政府向议会负责的各种“情况”（“内阁情况”）

第二十七章　魏玛宪法下的议会制

一、四个亚系统的结合

二、概述

三、魏玛宪法的议会制实践 1. 国会的信任（魏玛宪法第五十四条第一句和第二句）；2.“民国总理规定政治大纲”（魏玛宪法第五十六条）；3. 内阁制；4. 总统制

第二十八章　议会的解散

一、议会解散权的类型（君主的解散权，总统的解散权，内阁的解散权，议会的自行解散，应人民动议解散议会）

二、民国总统的解散权

第四部分　联邦宪法学

第二十九章　联邦宪法学的基本概念

一、国家间关系和联系的类型概述（国际法共同体，个别关系，同盟，联邦）

二、联邦定义引出的结论（安定，保障，干涉，强制）

三、联邦在法律和政治上的几个二律背反，以及通过同质性要求对这些二律背反的扬弃

第三十章　从联邦宪法学的基本概念中得出的结论

一、每个联邦本身都是拥有独立交战权的政治存在形态

二、每个联邦本身都不仅是国际法主体，而且是国家法主体

三、每个联邦都有一个联邦领土范围

四、联邦代表，联邦机构和官署，联邦权限

五、针对联邦的叛逆罪行为

六、民主制与联邦制（尤其是魏玛宪法第十八条）

魏玛宪法条款索引[1]

序言　10，23，25，97，162，389

第一条　12，19，23，27，60，104

第二条　24，389

第三条　281

第四条　72，73

第七条　154

第十二条　154

第十三条　137，381—382

第十四条　153

第十七条　24，169，245，339，377

第十八条　144，390—391

第十九条　27，114，115，116

第二十条　98

第二十一条　206，239，255，262，268，274，317

第二十二条　169，245

第二十四条　187

第二十五条　188，197，199，251，263，292，342，350，352，353及以下

第二十九条　316

第三十条　316

第三十一条　138

第三十四条　60，193

第三十六条　189，248，317

第三十七条　189，316

第三十九条　318

第四十条　318

第四十一条　98，104，191，199，220，239，267，292，342，350

第四十三条　192，197，268，346，352

第四十四条　190

第四十五条　144，220，269，292，366

第四十六条　292

第四十七条　292，350

[1]　索引中数字均为原书页码，即中译本的边码。后文同此。

第四十八条　27，100，111，112，176，236，292，350，382
第四十九条　189，350
第五十条　199，268，292，342，352，356
第五十一条　144
第五十三条　191，199，268，342，356
第五十四条　136，192，197，199，250，303，337，339，340，342及以下，356及以下
第五十五条　342
第五十六条　341，342，345及以下
第五十七条　342
第五十八条　342
第五十九条　135，136，192，197，342，346
第六十条　296
第六十一条　74
第六十八条　187，197，198，248，259，262，263，264，340
第六十九条　198，296，301
第七十条　188
第七十二条　262，277，278
第七十三条　98，104，109，116，188，197，199，241，259，261，264，268，277，278，292，242，350，352，355
第七十四条　116，198，296，300
第七十五条　241，251
第七十六条　17，18，19，20，24，25，26，72，98，101，103，104，108，109，118，150，163，177，261，300，391
第八十五条　144，198，264，301，302
第八十七条　144
第九十条　154
第一零二条　131，192，193，274
第一零四条　192，193
第一零五条　160，171，179
第一零九条　154，155，160，169，180，227，253
第一一零条　390
第一一一条　160
第一一二条　179
第一一四条　27，101，111，152，165，166，179
第一一五条　27，101，111，152，160，165，166，179
第一一六条　180
第一一七条　27，101，111，160，165，166，179
第一一八条　27，101，111，160，165，166，167
第一一九条　19，169，171
第一二三条　12，27，101，111，160，165
第一二四条　27，101，111，160，165，

167，244
第一二五条 245
第一二六条 116，169
第一二七条 171，173
第一二八条 169，256
第一二九条 12，19，27，163，172，180，181，256
第一三零条 172，181，182，213，248，256，272，318
第一三二条 175，254
第一三三条 175，254
第一三四条 254
第一三五条 19，165
第一三六条 165
第一三七条 33
第一三八条 33
第一三九条 33，171
第一四二条 173
第一四三条 12，19
第一四四条 12，34
第一四五条 169，175
第一四六条 34，35
第一四八条 28，72
第一四九条 12，19，33，34，163，173，180
第一五一条 166
第一五二条 166
第一五三条 27，101，111，152，160，165，166，171，172
第一五四条 171
第一五六条 144，152，154
第一五九条 165
第一六三条 169，175
第一六五条 298
第一七六条 27—28，72
第一七八条 28，72，254
第一七九条 292
第一八一条 85

人名索引

Ablaß, Abg. 阿布拉斯 358

Accambray 阿康布雷 189

Adler, Frz. 阿德勒 87

Aldag, H. 阿尔达格 155

Alexejew 阿列克塞耶夫 138，161

Alibert, R. 阿利贝尔 137

Althusius 阿尔特胡修斯 68，77

Anschütz, G. 安许茨 25，33，73，89，93，95，96，98，115，118，148，149，155，167，248，292，332，335，390

Anschütz, H. 安许茨 120

Anson, W. R. 安森 46，321

Aristoteles 亚里士多德 4，6，139，202，216，223，228，257

Arumaeus 阿茹迈乌斯 48

Bähr, O. 贝尔 132，137

Barnave 巴纳弗 213

Barthélemy, J. 巴泰勒米 8，29，189，213，214，255，271，324

Barthélemy-Duez 巴泰勒米-迪埃 15，248

Beck, James 贝克 86

Becker, Karl 贝克尔 158

Beling 贝林 156

Bennigsen, v. 本尼希森 333

Bentham, Jerem. 边沁 244

Bernatzik, E. 伯尔纳茨克 21，40

Bernstein, Ed. 伯恩斯坦 226

Beyerle, K. 拜尔勒 86，97，153，225

Bierling 比尔林 66，91

Bilfinger, K. 比尔芬格 108，386，390

Binding, K. 宾丁 44，119，120

Bismarck, O. v. 俾斯麦 331

Blackstone, W. 布莱克斯通 26

Bloch, Marc 布洛克 282

Bluntschli, J. C. 布伦奇利 129，209，266，294，296，311，315，316，317，318

Bodinus 博丹 5，49，203

Bogolepow 波戈莱波夫 235

Bolingbroke 博林布罗克 140，184，203，297

Bonald 博纳尔 283
Boncour, P. 邦库尔 226
Borgeaud, Ch. 博尔若 62
Bossuet 波舒哀 283
Boulanger 布朗热 135
Bourgeois, E. 布儒瓦 116
Boutmy 布特米 46，76，178
Branting 布兰廷 226
Brassert-Gottschalk 布拉塞特－戈特沙尔克 153
Brauweiler, H. 布劳魏勒 298
Bryce, J. 布赖斯 223，224，249
Bucher, Lothar 布赫尔 249，324
Burckhardt, W. 布尔克哈特 89
Burke 伯克 203，312，315
Butler, N. M. 巴特勒 201，375

Calhoun, J. C. 卡尔霍恩 373 及以下，388
Calker, F. van 卡尔克 120
Calvin 加尔文 203，218
Castberg, F. 卡斯特贝尔格 106
Chateaubriand 夏多布里昂 249，327
Glauß, W. 克劳斯 190
Clermont, E. 克莱蒙 116
Condorcet 孔多塞 127，164，252
Constant, B. 贡斯当 24，201，249，287，293，327
Cromwell, O. 克伦威尔 40，42，183，230
Cusanus, N. 库萨的尼古拉斯 214

Dahlmann, F. C. 达尔曼 204，209
David, Abg. 大卫 225
Delbrück, Abg. 德尔布吕克 153
de Lolme 德·洛尔梅 26，249，286
Demongeot 德蒙若 202
Deroulède 德鲁莱德 135
Dicey 戴西 249
Dohna, A. Graf zu 多纳 109，118，120
Dose 多泽 115
Drath, M. 德拉特 246
Duguit, L. 狄骥 128，157，177，185，214
Düringer, Abg. 迪林格尔 31，175

Ehrenberg, V. 埃伦贝格 75
Erich, R. 埃里希 106
Errera, P. 埃雷拉 254，270，328
Esmein-Nézard 埃斯曼－内扎尔 38，94，128，194，246，254，294，300，303，306

Feiler, A. 法伊勒 250
Fichte, J. G. 费希特 253
Filmer 菲尔默 283
Fleiner, F. 弗莱纳 62，105，113，129，168，271，278
Fleischmann, M. 弗莱施曼 271

Frank, R. 弗兰克 120
Frantz, K. 弗朗茨 390
Friesenhahn, E. 弗里森哈恩 28
Funck-Brentano 丰克－布伦塔诺 283
Fustel de Coulanges 菲斯泰尔·德·库朗热 257

Gagern, H. W. A. v. 加格恩 203
Gambetta 甘贝塔 236
Gelasius 圣基拉西乌斯一世 75
Gentz 根茨 376
Gerber, E. 格贝尔 208
Gerber, H. 格贝尔 74
Gierke, O. 基尔克 68，76，77，107，140，203，214，283
Giese, F. 吉泽 73，97，115，266
Glum 格鲁姆 348f.
Gneist, Rudolf 格奈斯特 6，46，47，118，126，129，132，136，137，141，149，151，217，258，270，294，308，311，313
Goldscheid 戈德沙伊德 229
Goldschmidt, J. 戈尔德斯密特 142，201
Gooch, G. P. 古奇 230
Grau, R. 格劳 27，111，117，118，137，153，386
Grotius, H. 格劳秀斯 5
Guizot 基佐 8，201，271，287，311，327

Hadley, A. T. 哈德利 228
Haenel, A. 黑内尔 6，16，103，112，114，117，369，372，387
Häntzschel, K. 亨切尔 166，167
Harrington 哈林顿 183
Hasbach 哈斯巴赫 186，217，225，249，254，265，280，320
Hashagen 哈斯哈根 158
Heck, K. 黑克 380
Heckel, J. 黑克尔 302
Hegel 黑格尔 6，39，47，127，141，249，253
Heinze, R. 海因策 75
Held, J. 黑尔德 252
Heller, H. 海勒 69，214
Hensel, A. 亨泽尔 156
Herrfahrdt, H. 赫尔法特 266
Herriot 赫里欧 266
Hildesheimer, W. 希尔德海默 16，18，98
Hippel, E. v. 希佩尔 155，303
Hobbes 霍布斯 5，49，68，140，142，203，214
Hobhouse, L. T. 霍布豪斯 225
Hofacker 霍法克 137
Holstein, G. 荷尔斯泰因 149
Huber, E. R. 胡贝尔 33
Hubrich, E. 胡布里希 25
Hume, D. 休谟 320

Husserl, E. 胡塞尔 235

Isokrates 伊索克拉底 4
Isräel 伊斯雷尔 33

Jacobi, Erwin 雅可比 67，100，194
Jahrreiß, H. 雅赖斯 385
Jaurès, J. 饶勒斯 226，239
Jefferson 杰斐逊 238
Jellinek, G. 耶利内克 4，16，19，36，48，141，145，149，157，158，168，214，270，364
Jellinek, W. 耶利内克 5，58，115，116，117，158，194
Jèze, G. 热兹 137

Kaerst, J. 克尔斯特 229
Kahl, W. 卡尔 25，97，115，194
Kant, I. 康德 39，62，126，127，141，198，201，206，217，223，224
Katzenstein, Abg. 卡岑施泰因 30，31
Kaufmann, E. 考夫曼 60，155，190，324，333
Kautsky 考茨基 226
Kelsen, H. 凯尔森 8—9，55，252，386
Kern, E. 克恩 179
Kitzinger 基青格 167
Koch, Abg. 科赫 266，341
Koellreutter 克尔罗伊特 248，263

Laband 拉班特 6，16，114，145，270，318，332，366，372
Lambert, E. 兰贝特 106，199
Lassalle, F. 拉萨尔 6，13
Layer, M. 莱尔 152
Lebon, A. 勒邦 128
Leibholz, G. 莱布霍尔茨 155，208
Leibniz 莱布尼茨 203
Lenel 莱纳尔 70
Léon 莱昂 373
Liepmann, R. 利普曼 241
Liermann, H. 利尔曼 252
Lilburne 利尔伯恩 230
Lipps, H. 利普斯 236
Liszt, v. 李斯特 120
Locke 洛克 140，183
Loewenstein, K. 勒文施泰因 213，323
Lowell, L. 洛厄尔 249
Löwenstein, J. 勒文施泰因 253

Mably 马布里 286
Machiavelli 马基雅维利 202，223，224，229，288
Mac Donald 麦克唐纳 226，323
Maine, H. Summer 梅因 68
Marbury, W. L. 马伯里 106，178

Marsilius v. Padua 帕多瓦的马西利乌斯 68
Marx, K. 马克思 309，316
Masaryk, Th. G. 马萨里克 226
Maurras, Ch. 莫拉 287，288
Max v. Baden，Prinz 巴登亲王马克斯 337
Mayer, Otto 迈耶 130，140
Mazzini 马志尼 200，238
McKechnie 麦基奇尼 46
Mende 蒙德 118
Merkl, A. 默克尔 273
Meyer-Anschütz 迈尔-安许茨 25，56，270，366，372，387
Michael 米夏埃尔 320
Mill, J. St. 穆勒 201
Mirabeau 米拉波 266
Mirkine-Guetzevitch 古彻维奇 139
Mohl, R. v. 莫尔 6，53，141，209，313f.，318，331，338
Mommsen 莫姆森 75，260，277
Montesquieu 孟德斯鸠 38，76，126，140，184，185，203，218，229，296，315，324，376
Morgenstierne, B. 莫根斯蒂尔纳 106
Morstein Marx, F. 莫施泰因·马克斯 137，196
Mückenberger, B. 米肯伯格 380
Müller, Adam 缪勒 285
Naumann, F. 瑙曼 97，162，278，284，314
Nawiasky, H. 纳维亚斯基 97，155，266
Newton 牛顿 184
Novalis 诺瓦利斯 285
Perny 佩尔尼 81
Petersen, Abg. 彼得森 236
Pfister 普菲斯特 142
Pierre 皮埃尔 189
Piloty, R. 皮洛蒂 335
Pitt 皮特 321
Plato 柏拉图 228，257
Poetzsch, F. 珀奇 86，115，188，302，344
Polybius 波利比乌斯 202
Premerstein，v. 普雷默施泰因 75
Preuß, H. 普鲁斯 39，73，86，92，97，109，129，136，272，314，338，341，353—354
Prévost-Paradol 普雷沃-帕拉多尔 291，354
Pribram, K. 普里布拉姆 184
Pufendorf 普芬道夫 47，48，49，203，367，370
Ranke 兰克 157
Rauschenberger 劳申贝尔格 96
Redslob, R. 雷德斯洛布 62，80，189，194，304
Renan 勒南 311
Rieker, K. 里克尔 212

Robespierre 罗伯斯庇尔 213
Roederer 勒德雷尔 213
Rothenbücher, K. 罗滕比歇尔 35，167，168，231
Rotteck 罗特克 211
Rousseau 卢梭 62，68，77，95，205，206，213，214，229，235，243，252，274，283
Royer-Collard 鲁瓦耶－科拉尔 8

Sander, F. 桑德尔 96
Schiller, F. 席勒 366
Schindler, D. 申德勒 385
Schmidt, Richard 施密特 46，75，184，202
Schmitt, J. 施米特 73
Schmoller 施莫勒 324
Schopenhauer 叔本华 243
Schücking und Wehberg 许金和韦贝格 380
Schulze-Gaevernitz, G. 舒尔策－格维尔尼茨 158
Seydel, Max v. 赛德尔 55，102，114，270，290，318，330，331，333，373f.，379，388
Shaftesbury 沙夫茨伯里 184
Sickel, W. 西克尔 184
Sieyès 西哀士 77，78，79，80，92，203，237，243
Smend, Rudolf 斯门德 6—7，136，137，161，167，173，207，218，305，386
Sonnemann, Abg. 松内曼 318
Spahn, Martin，Abg. 施潘 31，153
Spinoza 斯宾诺莎 22，80
Stahl, F. J. 施塔尔 125—126，283，285，289，290，309，324，330
Stein, Frhr. vom 施泰因 311
Stein, Lorenz v. 施泰因 6—7，55，132，141，212，241，253，308，309，310
Stier-Somlo, F. 施蒂尔－索姆罗 96，254
Struve, G. v. 施特鲁维 114
Stubbs 斯塔布斯 46
Suarez 苏亚雷斯 140
Swift 斯威夫特 198

Tartarin-Tarnheyden 塔尔塔兰－塔恩海顿 298
Thiers 梯也尔 327
Thoma, Richard 托马 35，117，164，167，179，218，224，225，257，313
Thomas von Aquin 托马斯·阿奎那 5，6，139，202，223，229
Thomas, Albert 托马斯 226
Timascheff 蒂玛谢夫 138
Tocqueville 托克维尔 8，191，194，201，294
Tönnies, F. 滕尼斯 68，201，229，249，268
Triepel, H. 特里佩尔 44，72，108，109，

117，118，142，154，155，188，201，248，266，383，386
Troitzsch 特罗伊奇 248

Vandervelde 王德威尔得 226
Vattel 瓦特尔 43，210
Verdroß, A. 费尔德罗斯 69，73，363
Vermeil, E. 韦尔梅伊 32，97

Waitz, G. 魏茨 190，211
Wallenstein 华伦斯坦 48
Walz, G. A. 瓦尔茨 73
Walpole 沃波尔 321
Webb 韦布 298
Weber, Max 韦伯 129，286—287，307，314，335，336，341，347
Weber, Werner 韦伯 191，255
Wegner, A. 维格纳 364
Wehberg, H. 韦贝格 380，384
Weyr, F. 魏尔 87，233
Wittich, Werner 维蒂希 68，209
Wittmayer 维特迈尔 40，72，97
Wolff, Martin 沃尔夫 172
Wolgast 沃尔加斯特 106
Wolzendorff, K. 沃尔岑多夫 164

Zachariae, H. A. 察哈里埃 114
Zöphel, Abg. 策菲尔 341
Zorn, Ph. 措恩 318
Zweig, Egon 茨威格 16，49，62，81，85，98
Zweigert 茨威格特 115

内容索引

Abänderbarkeit der Verfassung 宪法的可修改性 12，16，17f.

Abgeordnete 国会议员

Diäten 津贴 318

Immunitäten 豁免权 189，248，316，317

imperatives Mandat 命令式委任 262

Unabhängigkeit 独立性 255

参见 Inkompatibilitäten 条

Abstimmung 投票，表决

参见 Volksabstimmung 条

geheime Einzelabstimmung 秘密的单独投票 244，280

Absolutismus 专制主义，绝对王权主义，绝对王权论 48，202 / 203

Adresse des Parlaments an die Regierung 议会给政府的呈文 329，332，338

Ägypten 埃及 74

Akklamation 喝彩 83，243，246，250，260，277

Allianz 联盟

参见 Bündnis 条

Amerikanische Erklärungen der Menschenrechte 北美的人权宣言 157

Arbeit 工作

Recht auf A. 工作权 169

Arbeiter- und Soldatenräte 工人士兵委员会（1918—1919 年的临时政府）57

Aristokratie 贵族制 81，229

A. im Parlamentarismus 议会制的贵族制要素 220

aristokratische Elemente in modernen bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassungen 近代国民法治国宪法的贵族制要素 292

Auflösung des Parlaments 议会的解散 188，251，263，268，353f.

A. des Reichstags 国会的解散 251

A. in Frankreich 法国的议会解散 29

Mitwirkung des Senats 参议院的参与 300

Ausfertigung des Gesetzes 法律的编就 188
Ausnahmezustand 紧急状态，例外状态 110，176，180
参见 Diktatur 条
Ausschuß 委员会，小组 213，266
A. des Parlaments 议会的委员会 316
参见 Regierung 条
Aussiedlung heterogener Bevölkerung 异质人口的迫迁 232
Autorität 权威 9
im Gegensatz zu Macht（potestas）不同于权力的权威 75 注

Balance von Parlament und Regierung 议会与政府的平衡 267
Balancierung der Gewalten 诸项权力的平衡 183，197
Beamte 公务员，公职人员 172，181，272，317
Status des Beamten 公务员的身份 181
Ernennung 任命 257
Berufsbeamtentum in der Demokratie 民主国家的职业公务员阶层 256
B. im Parlament 议会的公职人员 190
Konflikt bei gerichtlicher Inanspruchnahme von B. 在对公职人员提起诉讼时的冲突 193
Begnadigung 赦免，恩赦 189
Behörden in der Demokratie 民主国家的官署 256
Belgische Verfassung 比利时宪法 290，328
Bildung und Besitz 教养（教育）与财产 310
Bill of Rights 权利法案 157
Bill of Rights von 1688 1688 年的权利法案 47
Bourgeois 资产者 253
Bourgeoisie 资产阶级 309
Budgetrecht 预算法 192
Bund 联邦
Begriffsbestimmung 定义，概念规定 366
Antinomien des B. 联邦的二律背反 370f.
Homogenität des B. 联邦的同质性 376
Souveränität im Bund 联邦的主权 371f.，378，387
Jus belli des B. 联邦的战争权 369，379
B. als völkerrechtl. u. staatsrechtl. Subjekt 作为国际法和国家法主体的联邦 379
Gebiet 领土 383
Exekution 强制权，强制手段 369
Bundesrecht und Landesrecht 联邦法与邦法 381
Sezessionsrecht 脱离联邦的权利 375
Nullifikationsrecht 宣布联邦法律无效的权利 374
B. und Garantie 联邦与保障 368

B. und Intervention 联邦与干涉 113，369—370
Hochverrat gegen den B. 针对联邦的叛逆罪 387
B. und Volk der Gliedstaaten 联邦与各成员邦的人民 86，389
Bund，Norddeutscher 北德意志联邦 56，64
Bundesrat 联邦参议院 333
Bundesstaat ohne bündische Grundlage 没有联盟基础的联邦制国家 389
Volk in einem Bundesstaat 联邦制国家的人民 388—389
Bundesstaatliche Organisation 联邦国家组织 153
Bündnis 联盟 365
Bürgerkönigtum（Louis Philippe）市民王国（路易－菲力普）55，289，327—328
Bürgertum，liberales 自由市民阶层，自由资产阶级 308
Bürgerlicher Rechtsstaat 国民法治国 31
参见 Rechtsstaat 条

Caisse autonome 集团库存资金 18
Citoyen（im Gegensatz zu bourgeois）公民（不同于资产者）253
Contrat social 社会契约 61，95，213，228
Cuba 古巴 74

Danzig 但泽 74
Dawes-Plan（Londoner Protokoll）道威斯计划（伦敦协定）72
Delegation 委托，委任 316—317
Democratie 民主制，民主国家，民主
Begriff 概念 223—224
Idealbegriff 理想概念 225
Homogenität in der D. 民主政体下的同质性 228—229
demokratische Gleichheit 民主的平等 228—229
Klasse als Substanz der Demokratie 作为民主制的实质的阶级 233
Grenzen der D. 民主制的限度 276
arithmetische D. 算术式的民主 252
nationale D. 民族性民主 231
repräsentative D. 代表民主制 218
D. und Bundesstaat 民主制与联邦制国家 65
D. und Föderalismus 民主制与联邦制 388
D. und Liberalismus 民主制与自由主义 201，225，233，309，315
D. und Rechtsstaat 民主制与法治国 201
D. und Diktatur 民主制与专政 236—237
D. und Parlamentarismus 民主制与议会制 265
Parteien in der D. 民主国家中的政党 247
D. und Regierung 民主制与政府 265

Behörden in der D. 民主国家的官署 256
D. und Justiz 民主制与司法 273
Berufsbeamtentum in der D. 民主国家的职业公务员阶层 256
D. und völkerrechtlicher Verkehr 民主制与国际法往来 269
D. und Erziehung 民主制与教育 228
D. und Reichtum 民主制与财富 229
Deutscher Bund 德意志邦联 369
Deutsches Reich im 18. Jahrh. 18 世纪的德意志帝国 47
Diäten
参见 Abgeordnete 条
Diktatur 专政，专政权 82
D. und Demokratie 专政与民主制 236—237
D. der verfassungsnormierenden Nationalversammlung 制宪国民议会的专政权 59
D. des Reichspräsidenten 民国总统的专政权 27，111
Diskussion 讨论 315，319
freie Diskussion 自由讨论 166—167
Dringlichkeitserklärung eines Beschlusses 决议的紧急声明 262，278

Ehrenamt 名誉职 313，318
Eid auf die Verfassung 对宪法的宣誓 27—28
Einberufungsrecht der Regierung 政府的召集权 187
Einwanderungsgesetzgebung 移民立法 232
Enteignung 征收 152，166，169，172
Ermächtigung 授权 188，237
Erziehung 教育
Demokratie und E. 民主制与教育 228
Exekution 惩办 48

Fascismus 法西斯主义 81—82
Federalist, Der 联邦党人 78，203，389
Flagge（Reichsflagge）国旗（民国国旗）281
Föderalismus 联邦制
Föderalismus und Demokratie 联邦制与民主制 65，388
F. und Parlamentarismus 联邦制与议会制 66，333
hegemonischer F. 霸权联邦制 390
Gleichgewichts-F. 均衡联邦制 390
Frankreich 法国
Verfassung von 1875 1875 年宪法 15
Freiheit 自由
bürgerliche Freiheit 公民自由 126
Freiheitsrechte 自由权利 126，157f., 163
Freiheitssphäre des einzelnen prinzipiell unbegrenzt 个人的自由领域原则上不受限制 163

Friedensresolution des Reichstags 帝国国会的和平决议 336
Führer 领导人，领袖
politisches Führertum 政治领导人 336，341，346，350
politische F. nach der Weimarer Verfassung（Reichspräsident und Reichskanzler）魏玛宪法规定的政治领导人（民国总统和民国总理）347，350
Fundamentalgesetze 根本法 42，48
Fundamentalsätze der Levellers 平均派的基本原则 230

Garantien 保障
verfassungsgesetzliche Garantien 宪法律保障 18，180
institutionelle G. 制度保障 170
Bund und Garantie 联邦与保障 368
Gegenzeichnung 副署 352
Geheimdiplomatie 秘密外交 214
Geistliche 神职人员 191，317
Geldgesetze 财政法律 261，264，301
Gemeinden 乡镇，自治区（魏玛宪法中译本译名）115，173
Gesetz 法律
Gesetz als Wille oder ratio 作为意志或理性的法律 139
rechtsstaatlicher Gesetzesbegriff 国民法治国的法律概念 138—139，193
G. als generelle Norm 作为一般规范的法律 139，151—152
G. als Eingriff in Freiheit und Eigentum 作为对自由和财产的侵犯的法律 148
politischer（demokratischer）Gesetzesbegriff 政治的（民主制）的法律概念 146，258
formeller Gesetzesbegriff 形式的法律概念 143—144
Gesetz und Verordnung 法律与法令 148—149
Gesetz und Gesetzesanwendung 法律和法律的适用 177
“auf Grund eines Gesetzes”“依据一项法律”152
Herrschaft des Gesetzes 法律的统治，法治 127，138
Gesetzesinitiative 立法创制权 248，264，301
G. der Regierung 政府的立法创制权 187
demokratische G. 民主的立法创制权 263
Gesetzgebung 立法
Oberhaus（Zweite Kammer）上议院（第二个议院）299
Gesetzgebungsverfahren der unmittelbaren Demokratie 直接民主制的立法程序 259
Gewaltenunterscheidung，-trennung，

-teilung, -balancierung 权力区分，权力分离，权力分立，权力平衡 126—127，182—183，185—186，197
Gewissensfreiheit 良心自由 158，230
Gleichgewicht（Balance）der Gewalten 权力平衡 183
Gleichheit 平等 228—229
Begriff 概念 226
allgemeine Menschengleichheit 普遍的人类平等 226
demokratische Gl. 民主的平等 228
Substanz der demokrat. Gl. 民主平等的实质 228—229
Gl. vor dem Gesetz 法律面前的平等 113，154，180，253
privatrechtliche Gl., 私法上的平等 255
Grundgesetz（Grundnorm）根本法（根本规范）3—4
Übersicht über die Wortbedeutungen 词义概述 42
Grundpflichten 基本义务 174
Grundrechte 基本权利 27，128，157—158
Einteilung und Unterscheidungen 划分和区分 163
echte G. des bürgerlichen Rechtsstaates 国民法治国的真正基本权利 163
absolute und relative G. 绝对的和相对的基本权利 166
gesetzeskräftige G. 具有法律效力的基本权利 179
individualistische G. 个人主义的基本权利 164
polizeiliche Eingriffe in G. 警察对基本权利的干预 176

Habeas-Corpus-Akte 人身保护法 110，157
Herrenhaus 贵族院 296
Hochverrat 叛逆罪 28，72，119，121
H. gegen den Bund 针对联邦的叛逆罪 387
Homogenität in der Demokratie 民主政体下的同质性 228—229
H. des Bundes 联邦的同质性 376
H. des Kabinetts 内阁的同质性 325
H. im Sowjetstaat 苏维埃国家中的同质性 234

Identität 同一性 204 及以下
I. von Regierenden und Regierten 统治者与被统治者的同一性 235
Immunität der Abgeordneten 国会议员的豁免权 189，248，316—317
Ineligibilität 无被选资格 255
Initiative 创制权
参见 Gesetzesinitiative 和 Volksinitiative 条
Inkompatibilitäten 不相容性 183，186，189，

255，272，317
wirtschaftliche I. 经济的不相容性 255
Integration der politischen Einheit 政治统一体的整合 6—7，161，168
Interpellationsrecht 质询权 332，338
Intervention（Bund）干涉（联邦）369—370
Interventionsverträge 干涉协议 73，232

Jus belli des Bundes 联邦的战争权 369，379
Justiz 司法
Demokratie und Justiz 民主制与司法 273
politische J. 政治司法 134
Volks-J. 人民司法 275—276
参见 Richter 条
Justizförmigkeit des ganzen staatlichen Lebens 全部国家生活的司法形式 133

Kabinett 内阁 320
Homogenität des K. 内阁的同质性 325
Kabinettsfall 导致内阁倒台的情形
Verantwortlichkeit 责任 339
Kabinettsystem（Unterart des parlamentarischen Systems）内阁制（内阁制的亚种）348
Kirche und Staat 教会与国家 33
Kirche im Staat 国家中的教会 174
Klasse als Substanz der Demokratie 作为民主制的实质的阶级 233
Klasse und Volk 阶级和人民 234，249
Koalitionsrecht 结盟权 165
Kolonie 殖民地 71，232
Kompetenz-Kompetenz 管辖权／管辖权，权限／权限，自裁管辖权 102，131，386
Kompromiß 妥协
echte und dilatorische Formel-K. 真正的和延迟性的形式妥协 31—32
Formel-K. 形式妥协 118
Konflikt，preußischer 1862 1862 年普鲁士冲突 56，314，331，353
Konflikt（bei gerichtlicher Inanspruchnahme von Beamten）冲突（在对公职人员提起诉讼时）193
König
参见 Monarchie 条
K. als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt 作为制宪权主体的国王 80
Konstitutionalismus 立宪制 55，289
参见 Verfassung 条
Konstitutionelle Monarchie 立宪君主制 114，313，314
Kontinuität des Staates bei Verfassungsänderungen 修改宪法时国家的连续性 93—94
K. des Deutschen Reiches 1918/19

1918/19 年德意志帝国的连续性 95
Konvent 会议，公会 85

Laien in der Verwaltung 行政中的业余人士 272
in der Justiz 司法中的业余人士 275
Länder 各邦
deutsche L. nach der Weimarer Verf. 魏玛宪法所规定的德意志各邦 86，390—391
Landesverrat 叛国罪 72，121，387
Legitimität 正当性 49，212
dynastische und demokratische L. 王朝正当性与民主正当性 90
L. der Verf. 宪法的正当性 87—88
Levellers 平均派 230
Liberalismus 自由主义 7—8
L. im Gegensatz zur Demokratie 与民主制相对的自由主义 201，225，233，390，315
Londoner Protokoll《伦敦协定》72
Lücken in der Verfassung 宪法的漏洞 56，77，331—332

Macht 权力
potestas im Gegensatz zu auctoritas 与权威相对的权力 75 注
Machtspruch des Gesetzgebers 立法者的绝对命令 142
Magna Carta 大宪章 45—46
Mandat des Abgeordneten 对议员的委任
imperatives M. 命令式委任 262
参见 Abgeordneter 条
Mandatsgebiete（Art. 22 der Völkerbundsatzung）委任统治地（根据万国联盟章程第二十二条）71
Mehrheit 多数
Herrschaft der M. 多数人的统治 224
“M. entscheidet”“多数决断”278—280
Meinungsäußerung 发表意见
Recht der freien M. 自由发表意见的权利 166—167
Menschen- und Bürgerrechte 人权与公民权 157
Erklärungen 宣言 157，159
Menschheit 人类 226，234
allgemeine Menschengleichheit 普遍的人类平等 181
Minderheit 少数人 296
Minderheitenschutz 少数民族保护 174，232
-verträge 少数民族保护协议 74
Minister- und Präsidentenanklage 对部长和总统的弹劾 135，191
Ministerverantwortlichkeit 部长负责制 327，331—332，337，339
Mischung der politischen Formen 各种政治

形式的混合
参见 Status mixtus 条
Mißtrauensbeschluß 不信任决议 192，332，340，345
M. und Auflösung 不信任决议与议会的解散 358
Monarch als Repräsentant 作为代表的君主 205，211，214，270，282，288
als Gott 作为上帝 282
als Vater 作为父亲 283
als Chef der Exekutive 作为行政首脑 286
als pouvoir neutre 作为中立的权力 287
als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt 作为制宪权主体 80—81
Monarchie 君主制
Lehre von der M. 君主制学说 282—283
rationalistische Rechtfertigung 理性主义的辩护理由 286—287
Arten der M. 君主制的各种类型 283
absolute M. 专制君主制 48
konstitutionelle M. 立宪君主制 53，55，114，211，313—314
konstit. M. in Deutschland 德国的立宪君主制 330—331
parlamentarische M. 议会君主制 55，289
legitime M. 具有正当性的君主制 284，285
Monarchomachen 暴君伐放论者 77，140，203
Nation 民族，国家，国民 231
N. als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt 作为制宪权主体的民族 77
N. und Demokratie 民族与民主制 231
Nationalversammlung 国民议会 85
französ. N. 1789 1789 年法国国民议会 87
Weimarer N. 1919 1919 年魏玛国民议会 58
Nicaragua 尼加拉瓜 74
Nomomachie 法律斗争 142
Normativität 规范性 8—9，69，70，76，89，133，142
另参见 Souveranität der Verfassung 条
Norddeutscher Bund 北德意志联邦 56，64
Nullifikation 宣布联邦法律无效
参见 Bund 条

Oberhaus 上议院 295
O. als Staatgerichtshof 作为最高法院的上议院 302
Öffentliche Meinung 民意 246
Öffentlichkeit 公开性 208—209
Ö. der Parlamentsverhandlungen 议会议事的公开性 316
Ö. und Volk 公开性与人民 243
Oligarchie 寡头制 81

Organ 组织 213
Organisationsgewalt 组织权 76，292
Organismus 有机体 56，213

Pacta sunt servanda 应谨遵协议，应严守契约 47—48，69
Pairs-Kammer 贵族院 296
Panama 巴拿马 74
Papst 教宗，教皇 75 注
Parlament 议会 218
repräsentativer Charakter 代表性质 319
Zweikammersystem 两院制 297
Ausschuß des P. 议会的委员会 316
Untersuchungsausschüsse des P. 议会调查委员会 193
Öffentlichkeit der P. -Verhandlungen 议会议事的公开性 316
Auflösung des P. 议会的解散 188，251，263，268，353—354
Parlamentarismus und Demokratie 议会制与民主制 265
P. und Föderalismus 议会制与联邦制 66，333
P. als Staatsform 作为政体的议会制 207—208，305，313
echter P. 真正的议会制 267
Parlament und Regierung 议会与政府 265，267
parlamentarische Regierung in England 英国的议会制政府 320
in Frankreich 法国的议会制政府 327
in Deutschland 德国的议会制政府 330
Parlamentarisierung der Reichsregierung 帝国政府受议会控制 337
parlamentarische Verantwortlichkeit 对议会的责任 135
Parlamentarisches System 议会制 303
vier Untersysteme 四个子系统 306
Gestaltungsmöglichkeiten 构成可能性 338
geschichtliche Übersicht 历史概述 320
sogenannter echter Parlamentarismus 所谓真正的议会制 304
parlament. System der Weimarer Verf. 魏玛宪法下的议会制 340—341
Parteien 政党 219
P. in der Demokratie 民主政体下的政党 247
Führerparteien 领袖型政党 325
P. im englischen Parlament 英国议会中的政党 321，326
Petitionsrecht 请愿权 116
Plebiszit 全民公投 86
Politie 共和政体 202
Politischer Bestandteil der Verfassung 宪法的政治要素 110，116，125，146，200

Polizeiliche Eingriffe in Grundrechte 警察对基本权利的干预 176
Potestas im Gegensatz zu auctoritas 与权威相对的权力 75 注
p. constituens und p. constituta 制宪权和根据宪法而产生的权力 77，80
Pouvoir constituant 制宪权
参见 verfassunggebende Gewalt 条
Pouvoir neutre 中立的权力 351
Präsidentielles System（Unterart des parlamentarischen System）总统制（议会制的亚种）350
Premierministersystem 总理制 345—346
Privateigentum 私有财产 171，255
Privatmann 私人 158，245，253
Privilegien der Abgeordneten 国会议员的特权 189
Proletariat=Volk 无产阶级 = 人民 243
Protektorat 保护国 232
-vertrag 保护国协议 73
Prüfungszuständigkeit 审查权
richterliche 司法审查权 117—118，137，194 及以下

Ratifikation 批准 269—270
R. von völkerrechtlichen Verträgen 国际法条约的批准 269
Rechtsstaat, bürgerlicher R. 国民法治国
Begriff 概念 129
Prinzipien 各项原则 125
bürgerlicher R. und politische Form 国民法治国与政治形式 200
R. und Demokratie 法治国与民主制 201
burgerlicher R. und Sozialismus 国民法治国与社会主义 35—36
rechtsstaatlicher Gesetzesbegriff 法治国的法律概念 138 及以下
echte Grundrechte des bürgerlichen R. 国民法治国的真正的基本权利 163
Referendum 公民复决 260，280
Regierung 政府
R. als Repräsentation 作为代表的政府 212
R. als Ausschuß des Parlaments 作为议会委员会的政府 341
Demokratie und R. 民主制与政府 265
R. und Volk 政府与人民 267
R. -Akte 政府行为 137
R. -Exekutive 政府行政 187，199
R. und Initiative 政府与立法创制权 187，241，263
Reichsflagge 民国国旗 281
Reichspräsident 民国总统 292
Inkompatibilität 不相容性 190
Absetzung 免职 192
R. als politischer Führer 作为政治领袖的

民国总统 350
Diktatur des R. 民国总统的专政权 27，111
Auflösungsrecht 解散权 155
Reichsrat 民国参议院 198，296，300
Reichsrecht bricht Landesrecht 民国法律废止邦法律 381
Völkerrecht und R. 国际法与民国法律 72
Reichswirtschaftsrat 民国经济委员会 298
Religion 宗教
Privatsache 私人事务 158
christliche R. 基督宗教 33
Religionsunterricht in den Schulen 学校的宗教课目 33，158，173
Repräsentation 代表，代表作用 80，204 及以下，293—294，310—311
Begriff 概念 208 及以下
R. der Nation durch Parlament und König 通过议会和国王代表民族（国家）211
Parlament als R. 作为代表的议会 217
R. durch Reichspräsident 民国总统的代表作用 268
völkerrechtliche R. 国际法上的代表 210，269
repräsentative Demokratie 代表民主制 218
Repräsentativverfassung 代表型宪法 216—217
Republik 共和国，共和政体 24，223，220
Restauration (1815—1830) 复辟时期（1815—1830）51
Revolution 革命
französische R. von 1789 1789 年法国革命 49
Julirev. 1830 1830 年七月革命 53
R. in Deutschland 1848 1848 年德国革命 53—54
November 1918 1918 年 11 月革命 57
Richter 法官
gesetzlicher R. 法定法官 179
Unabhängigkeit 独立性 131，155，192，274
Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen 法律的合宪性审查 117—118，137，194 及以下
Richterliche Autorität 法官的权威 76 注
Romantik 浪漫派 285
Rußland 俄国
参见 Sowjetstaat 条

Saargebiet 萨尔区 71，384
Schule und Staat 学校与国家 34
Selbstverwaltung 自治 272
institutionelle Garantie 制度保障 174，173
Senat
参见 Oberhaus，Zweikammersystem 条

S. conservateur 保守参议院 118，135，300
Sezession 脱离联邦
参见 Bund 条
Sonntagsruhe 星期日休假 33，117
Souveränität 主权 146
S. der Verfassung 宪法的主权 7—8，54—55，107，131，147，201，244
S. von Fürst oder Volk 君主主权还是人民主权 8
S. im Bund 联邦的主权 371—372，378，386—387
S. des Deutschen Reiches unter dem Versailler Vertrag 凡尔赛和约下德意志民国的主权 74
Souveränitätsakte 主权行为 108—109，150，177—178，260，269
Sowjetstaat 苏维埃国家 160
Homogenität 同质性 234
Erklärung der Rechte des werktätigen Volkes 劳动人民权利宣言 160
Sozialismus und bürgerlicher Rechtsstaat 社会主义与国民法治国 35—36
Sozialistische Rechte des einzelnen 个人的社会主义权利 160，169
Staat im Sinne von Verfassung 宪法意义上的国家 3—4
Staatenhaus 联邦参议院 296
Staatsbürgerrechte 公民权 168
Staatsformen 政体 200，204，215
Mischung der Formen（status mixtus）混合政体 202
Staatsgerichtshof 最高法院 115，117—118，302
Staatspräsident 国家总统 290
Verantwortlichkeit 责任 328
Staat und Kirche 国家与教会 33，174
Staat und Schule 国家与学校 34
Staatsgewalt 国家权力
“Fülle der St.”“国家全权”374
Staatsverträge innerhalb des Staates 国家内部的国家契约 68
Ständestaat 等级制国家 45
Status 地位，身份，状态
-vertrag 身份契约 66—67
St. des Beamten 公职人员的身份 181
St. und Staat 状态与国家 49
Status mixtus 混合政体 47，216，305
Status quo 现状 33—34，71
Legitimität 正当性 49
Streikrecht 罢工权 165
Symptomwert der Wahlen und Abstimmungen 选举和表决的征候价值 250，260

Tatbestandsmäßigkeit im Strafrecht und Steuerrecht 刑法和税法中的具备构成要

件性 156
Theologische Fakultäten 神学院，神道科（魏玛宪法中译本译名）12，163，173
Transformation(des Völkerrechts) 转换（国际法的转换）72，382
Trennung der Gewalten 权力的分离
Gewaltenunterscheidung usw. 权力的区分等 126—127，182—183，185—186
Trennung von Kirche und Staat 教会与国家的分离 33
Tschechoslowakei 捷克斯洛伐克 232
Verfassung 宪法 87
Minderheitenschutz 少数民族保护 74—75

Unabhängigkeit der Abgeordneten 国会议员的独立性 255
U. des Repräsentanten 代表的独立性 212
U. der Richter 法官的独立性 131，155，192，274
Unantastbarkeit der Verfassung 宪法的不容侵犯 26—27，111
Untersuchungsausschüsse des Parlaments 议会调查委员会 60，193，335，340

Verantwortlichkeit der Minister 部长的责任 135，327，331—332，337，339
Fälle der parlamentarischen V. 政府向议会负责的各种情形 339—340
V. des Staatspräsidenten 国家总统的责任 328
Verfassung 宪法
positiver Begriff 实定的宪法概念 20—21
als Entscheidung des Subjekts der verfassunggebenden Gewalt 作为制宪权主体的决断 23
als einheitliches Ganzes（absoluter V. -Begriff）作为统一整体（绝对的宪法概念）3 及以下
formaler Begriff 形式的宪法概念 11—12
geschriebene V. 成文宪法 13—14，39
starre und biegsame（rigide und flexible）V. 刚性与柔性的（刻板与灵活的）宪法 17
Idealbegriff（=ein bürgerlicher Rechtsstaat）理想概念（= 国民法治国）36—37
V. =ein System von Garantien der bürgerlichen Freiheit 宪法 = 公民自由的保障系统 38
V. =Teilung der Gewalten 宪法 = 权力的分立 39
V. =Staatsform 宪法 = 政体 5
Staatsverfassung und Staatsordnung 国家宪法与国家法规 6
V. =konkrete Ordnung 宪法 = 具体的秩序 4—5
V. =Form der Formen 宪法 = 诸形式的形式 5

V. als Wille 作为意志的宪法 9—10，15
V. =dynamisches Prinzip staatlicher Integrierung 宪法 = 国家整合的动态原则 5—6
V. =Norm der Normen 宪法 = 诸规范的规范 7 及以下
V. =Kodifikation 宪法 = 法典化 19
Entstehung der Verfassung 宪法的起源和产生 44
V. als Vertrag 作为协议的宪法 13—14，21，39，61—62，64
V. als Gesetz 作为法律的宪法 13—14，21，40，64
V. =Verfassungsgesetz 宪法 = 宪法律 11—12
V. und Verfassungsgesetz 宪法与宪法律 19，22，25—26，76
Legitimität der V. 宪法的正当性 87—88
Souveränität der V. 宪法的主权 7—8，54—55，131，201，244
Abänderbarkeit der Verfassung 宪法的可修改性 12，16 及以下
Unantastbarkeit der V. 宪法的不容侵犯 26—27，111
V-Änderung 宪法的修改 17，92，99，101，102—103
V. -Beseitigung 宪法的废止 99，104
V. -Durchbrechung 宪法的打破 99，106
V. -Suspension 宪法的临时中止 99，100，109
V. -Vernichtung 宪法的废弃 93，94
V. -Wechsel 宪法的更迭 99，93
Eid auf die V. 对宪法的宣誓 27—28
Weimarer V. 魏玛宪法 60
“Hüter der V.”“宪法的守护者” 135
Verfassungsbeschwerde 宪法诉愿 112
Verfassunggebende Gewalt 制宪权 76—77
Betätigung 动用 82
Unterscheidung von verfassungs-gesetzlicher Zuständigkeit 制宪权与宪法律权限的区分 98
Verfassungsgerichtshof 宪法法院 117，136
Verfassungsgesetz 宪法律
unterschieden von Verfassung 与宪法相区别 11—12，15
Verfassungsstaat 宪政国家 36，125
Verfassungsstreitigkeiten 宪法诉讼 27，112—113，136
Versailler Vertrag 凡尔赛和约 72，74，254
Versammlung 集会，会议 241
Vertrag 协议，契约
freier V. und Status-V. 自由契约与身份契约 61，67
Staats-（Sozial-）V. 国家（社会）契约 61
Verfassungsvertrag 宪法协议 62—63
Bundes-V. 联邦协议 63

Verträge 条约
völkerrechtliche 国际法条约 269
另参见 pacta 条
Vertrauen des Reichstags 帝国（民国）国会的信任 337，339，343—344
V. des Volkes 人民的信任 250，265
Veto der Exekutive 行政否决权 188
der Z. Kammer 第二议院的否决权 299
Verwaltungsgerichtsbarkeit 行政诉讼管辖 132，193
Virtus（vertu）德性 229
Volk 人民
Begriff 概念 277
Bedeutungen des Wortes V. 人民一词的各种含义 251
V. negativ bestimmt 从否定方面予以界定的人民 83，241—242
V. =Proletariat 人民 = 无产阶级 243
Volksstimme，Gottestimme 人民之声即上帝之声（民意即天意）238
V. und Verfassung 人民与宪法 238—239
V. in einem Bundesstaat 联邦国家中的人民 388—389
Volk und Regierung 人民与政府 267
Appell an das Volk 诉诸人民 268
V. kann nur Ja oder Nein sagen 人民只能回答“是”或“否”84
Volk kann nicht repräsentiert werden 人民不能被代表 205，247—248，262，265
Volksabstimmung 公民投票 244，277，279
Symptomwert 征候价值 250，260
Volksbegehren 人民动议（举行公民投票的提议）241
V. auf Parlamentsauflösung 解散议会的人民动议 355
Volksentscheid 公民投票，公民票决 188
参见 Referendum 条
Volksinitiative 公民创制权 264
Volksgesetzgebungsverfahren 人民立法程序 259
Völkerbund 万国联盟（国际联盟）74，75注，226，364，366，380
Völkerrecht 国际法
allgemein anerkannte Regeln d. V. als Reichsrecht 作为民国法律的公认国际法法规 72，73
Transformation 转换 72，282
Demokratie und völkerrechtlicher Verkehr 民主制与国际法往来 269
Nationalitätsprinzip als Grundlage des Völkerrechts 作为国际法基础的民族性原则 231
Völkerrechtsgemeinschaft 国际法共同体 69，73，363

Wahl 选举 239，257
doppelte Bedeutung der W. 选举的双重意义 219
Symptomwert der W. 选举的征候价值 250，260
Wahlgeheimnis 选举秘密 245
Wahlpflicht 选举义务 254
Wahlprüfungen 选举审查 138
Wahlrecht 选举权
gleiches W. 平等的选举权 253
Einzelwahl 特定候选人选举 325
W. in England 英国的选举权 322
Wehrpflicht 兵役义务 254
Weimarer Verfassung 魏玛宪法
Entstehung 产生 58—59
als Verf. im positiven Sinn 作为实定宪法的魏玛宪法 23—24
Kompromißcharakter 妥协性质 28—29
Mischcharakter 混合性质 30，162，175
politische Substanz 政治实质 23—24
als bürgerlich-rechtsstaatliche Verf. 作为国民法治国宪法的魏玛宪法 31
Wille 意志
Verfassung als Wille 作为意志的宪法 9—10，15

Zweikammersystem 两院制 293
Zweiparteiensystem 两党制 323，325

修订译本附记

《宪法学说》中译本初版于2005年。该书发行以来，译者在研习过程中陆续作过一些文字校改，随记于书眉页角，锱铢积累，无虑二三十处。借再版之机，复依德文原著逐字核对译文，纠正舛谬，汰去芜杂，调整有碍达意的文字表述。今次修订，于英译本（Carl Schmitt, *The Constitutional Theory*, Jeffrey Seitzer 译，杜克大学出版社，2008年）多所参照。中英两个译本相符程度甚高，少数不一致的地方，若英译本有胜义，则直接刺取，不避剿袭，若遇疑惑之处，则未肯遽从，经反复沉潜，大多仍存原译，或仅作字词微调。承蒙刘小枫兄联络书局，商定再版事宜。修订工作时辍时续，前后近一年，迁延失期。古人云，“校书如拂尘，旋拂旋生。”自是书译竟，全盘覆校，已历三番，小眚大舛，犹恐未尽，亟盼学界先进指瑕为幸。

译者

2014年3月

世纪出版

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES
施米特文集

既是法制思想史，又是比较宪法论，更是民主政治论
无论“共和”还是“宪法”，都不可能一劳永逸地解决人类的政治问题

共和和革命之后，古典的“国家学说”已经无法应对现代民主政治问题，需要另立“宪法学说”。施米特从公法学角度审视魏玛宪法，指望魏玛民国的政治家们的“智识力”有所提高，为捍卫新生的自由民主共和国保持清醒的警觉，果断采取必要的措施。

——刘小枫

上架建议：政治哲学

ISBN 978-7-208-13656-4

9 787208 136564 >

定价：68.00元