

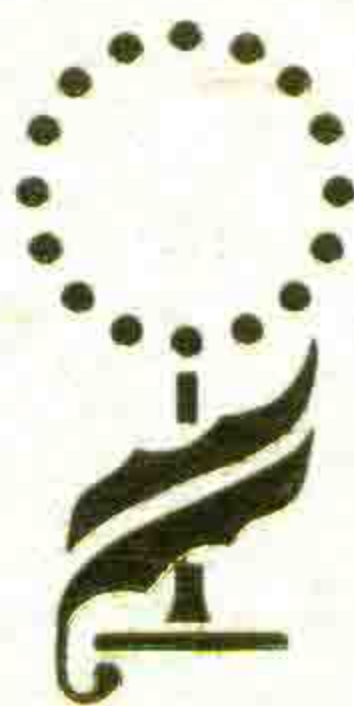
汉译世界学术名著丛书

分科本◎政法

纪念版

宪法的守护者

〔德〕卡尔·施密特 著



商務印書館
The Commercial Press

1 汉译世界学术名著丛书



纪念版

宪法的守护者

〔德〕卡尔·施密特 著

李君韬 苏慧婕 译



商务印书馆

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

宪法的守护者/(德)卡尔·施密特著;李君韬,苏慧婕译. —北京:商务印书馆,2017

(汉译世界学术名著丛书:120周年纪念版.分科本.政治、法律、社会学)

ISBN 978-7-100-13145-2

I. ①宪… II. ①卡… ②李… ③苏… III. ①宪法—研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 062301 号

权利保留,侵权必究。

汉译世界学术名著丛书

(120周年纪念版·分科本)

宪法的守护者

[德] 卡尔·施密特 著

李君韬 苏慧婕 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京新华印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-13145-2

2017年8月第1版

开本 880×1240 1/32

2017年8月北京第1次印刷

印张 8 1/2

定价:37.00 元

Schmitt, Carl
DER HÜTER DER VERFASSUNG

1. Auflage 1931

2. Auflage 1969

3. Auflage 1985

2. Auflage 1996

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

2005 年台湾左岸文化事业有限公司出版繁体字版。

本书译稿简体字版权通过汪宇先生获得。

汉译世界学术名著丛书

(120 周年纪念版·分科本)

出版说明

2017 年 2 月 11 日,商务印书馆迎来 120 岁的生日。120 年前,商务印书馆前贤怀揣文化救国的理想,抱持“昌明教育,开启民智”的使命,立足本土,放眼寰宇,以出版为津梁,沟通中西,为中国、为世界提供最富智慧的思想文化成果。无论世事白云苍狗,潮流左右激荡,甚至战火硝烟弥漫,始终践行学术报国之志,无改初心。

迻译世界各国学术名著,即其一端。早在 20 世纪初年便出版《原富》《天演论》等影响至今的代表性著作,1950 年代后更致力于外国哲学和社会科学经典的译介,及至 1980 年代,辑为“汉译世界学术名著丛书”,汇涓为流,蔚为大观。丛书自 1981 年开始出版,历时三十余年,迄今已推出七百种,是我国现代出版史上规模最大、最为重要的学术翻译工程。

丛书所选之书,立场观点不囿于一派,学科领域不限于一门,皆为文明开启以来,各时代、各国家、各民族的思想与文化精粹,代表着人类已经到达过的精神境界。丛书系统译介世界学术经典,



引领时代思想,为本土原创学术的发展提供丰富的文化滋养,为推动中国现代学术和现代化进程做出了突出的贡献。

为纪念商务印书馆成立 120 周年,我们整体推出“汉译世界学术名著丛书”120 周年纪念版的分科本,延续传统分为橙色、绿色、蓝色、黄色和赭石色五类,对应收录哲学、政治·法律·社会学、经济、历史·地理和语言学等学科的学术经典著作,既利于文化积累,又便于研读查考,同时向长期支持丛书出版的译者、编者和读者致以敬意。

两甲子后的今天,商务印书馆又站在了一个新的历史时间节点上。我们不仅要铭记先辈的身影和足迹,更须让我们的步伐充满新的时代精神。这是商务人代代相传的事业,更是与国家和民族的命运始终紧密相连的事业。我们责无旁贷,必须做好我们这代人的传承与创造,让我们的努力和成果不仅凝聚成民族文化的记忆,还能成为后来人可以接续的事业。唯此,才能不负前贤,无愧来者。

商务印书馆编辑部

2017 年 5 月



前言

呈献在读者面前的这本专论,是对 1929 年 3 月发表的《宪法的守护者》(《公法学论丛》(*Archiv des Öffentlichen Rechts*), Neue Folge, XVI, S. 161 bis 237) 这篇论文所进行的改写与补充。此外,发表于 1929 年与 1930 年这段期间的论文与演讲当中的某些论述,也被整合到此一主题的体系脉络中。

倘若欠缺对于具体宪政情势的图像,那么也就不可能对这样的研究对象做科学性的探讨。这其中自然隐含了一项极其困难而充满危险的课题。其并非导因于可以预见的、基于政党态度的扭曲——这应该是属于思想自由所带来的一般风险;毋宁说,该现象系导因于当前德国宪法状况所造成的极度混淆态势,这些状况只能在一个大规模的变迁范畴中被掌握。今天,若有人只想花几页的篇幅来谈论“德意志帝国之现状”(de Statu Imperii Germanici),并且尝试提出一完整的图像,他所观察到的必定是一个充满矛盾的、由各种系统、系统片段以及倾向所构成的混合体。的确,今天在世界上的大部分国家中,宪法都成了一个新的问题,即便在法国,晚近也有巴泰雷米(J. Barthélemy)认为(在对“经济利益联盟”(Union des Intérêts Economiques)的一篇演讲中),国家改革的要求已经成为当代最实际的课题,我们也应以此为探讨出发点。



不过,在德国,藉由单纯的“帝国改革”(Reichsreform)作为改变当前联邦国家体制的手段,并不能解决问题。在对当前具体宪政情势进行认知时,最令人感到棘手的问题就是,联邦主义的组织型态与其他建构国家意志的原则,同时结合并交错着。我尝试将它们分别标举为“多元主义政党国家”(pluralistischer Parteienstaat)与“多角势力”(Polykratie),并且处理由此产生的“国家在内政上中立性”问题;之所以这么做,绝非出于对“发人深省”或“引人入胜”之论题的渴求,而是完全基于探讨对象本身所给定的必然性,所不得不为者。



我的残酷命运和疑虑降于一基础未固之国家

(*Res dura et regni novitas me talia cogunt*)

我必须挺身而出

(*Moliri*)

卡尔·施密特

柏林,1931年3月

目 录

导论 保护宪法的几种方式与可能性	1
第一章 司法者作为宪法的守护者	17
1. 此种一般性的(附属的),所谓实体的司法审查权 在德国不足以构成宪法的守护者	17
2. 所有司法权的本质界限(侵害国家及宪法秩序之政 治犯罪的刑事审判权;部长诉讼[Ministeranklage])	26
3. 于宪法法律内容具有疑义时,其内容的关键决定权 乃是立法者——而非司法者——之本质任务	40
4. 德国的国事法院	51
(a) 宪法概念与宪法审判权在本质上的关联; 对德国国事法院之司法权本质界限的肯 认;宪法契约与宪法审判权的特殊关联	51
(b) 将国事法院视为特殊的联邦机关	58
(c) 国家审判权及宪法审判权是将宪法转变为 宪法契约(协议)这种趋势的表征	63
第二章 当代的具体宪政状态	96
1. 多元主义、多角势力与联邦主义	96

(a) 议会成为多元主义系统表现场所之发展趋势 ...	99
(b) 公共经济领域中的多角势力	125
(c) 联邦主义	130
2. 救济手段与反向运动	133
(a) 经济宪法之尝试	133
(b) 多元主义政党国家中关于内政上中立性之问题	137
(c) 大多数中立化尝试之不足;中立性与去政 治化(Entpolitisierung)概念之歧义性	148
(d) 合宪政府根据帝国宪法第 48 条所采取之 措施;从军事性—警察性例外状况到经济 性—财政性例外状况的发展	160
第三章 帝国总统作为宪法守护者	192
1. 关于中立权力之国家法学说	192
2. “中立权力”在多元主义政党国家中的重要性:以劳 动争议中的国家调解人作为例予以说明	200
3. 官僚阶层与从多元主义政党国家中“独立”的几种 可能性	210
4. 帝国总统地位的民主基础	216
附录:本书引用之宪法条文	234
1. 魏玛宪法	234
2. 萨克森宪法	257
3. 普鲁士宪法	257
译名对照表	259



导论 保护宪法的几种 方式与可能性

对于宪法守护者或维护者的呼声经常是宪法状态危急的一种 1
表征。因此,在近代宪法史上,是在英国、而且是在 1658 年克伦威尔过世之后——也就是在当第一次尝试制定成文宪法之后,或者说是处在国会没有能力做成实质决议、而君王复辟又尚未发生的共和政府内政垮台年代里——第一次产生这种宪法守护者之设计与提案的事实,也就不但深具启发性,同时也值得我们仔细观察。举例来说,当时提出了一种以斯巴达五长官制(spartanisches Ephorate)之方式来维护邦联(Commonwealth)现有秩序、阻止君主复辟发生的特殊组织设计。而特别在哈林顿(Harrington)的圈子里则更产生了一些诸如“自由维护者”或“宪法维护者”的概念^[1]。从上述的叙述中我们可以看到,对于这些制度的设想已经超越了宾夕法尼亚宪法的范畴,而进入法国大革命的层次。然而在第一共和国成立后第 8 年(1799 年)所制定的宪法里,是以参议院作为宪法的守护者。这项制度正产生于政治反对运动(亦即拿破仑一世时期)的前夕^[2]。因此,这个参议院守护者(Sénat Conservateur)在拿破仑战役失利后才扮演起宪法维护者角色,并以侵害宪法及人民权利(Volksrechte)为由,通过 1814 年 4 月 3 日之政令宣告拿破 2



仑及其家族丧失王权的行为,也就具有双重的意义^[3]。

虽然 19 世纪的德意志宪法奋斗史不能与这种大型革命相提并论,但德意志君主立宪的宪法也一样没有忽略如何保护宪法的问题。在这些宪法当中,又以巴伐利亚宪法(1818 年公布)与萨克森宪法(1831 年公布)的规定最具代表性。这两部宪法在“宪法之维护”(Von der Gewähr der Verfassung)的标题下谈到:1. 君主、公务员(Staatsdiener)与国民在宪法上的宣誓(Eid)^[4];2. 等级会议(Stände)在宪法受侵害时之异议权(Beschwerden);3. 等级会议于宪法受侵害时提起诉讼之权利;4. 宪法修改(Verfassungssänderung)之要件。在这个标题之下,1831 年的萨克森宪法还另外涉及国事法院在宪法解释具有疑义而政府与等级会议间亦无合意存在时的审判权限^[5]。但在普鲁士宪政冲突时期之历史经验与俾斯麦政策的卓越成就之后,宪法维护的问题却在概念的层次上被沉默地忽略了,而在接下来的几个世代里,出于对一般宪法理论的漠然,人们也不再意识到这个问题。G. 耶利内克(Georg Jellinek)在他的《一般国家学》(*allgemeine Staatslehre*) (初版,1900)的最后一章中是在这样的标题“公法的保障”(Die Garantien des öffentlichen Rechts)之下处理(宪法的维护)。他在这里所举出的保障手段(政治宣誓、对国会所负之责任、部长诉讼)符合了 19 世纪德国的政治局势及氛围。而奥图·梅耶(Otto Mayer)则在他的《萨克森国家法》(*Sächsischen Staatsrecht*, 1909) 3 中谈到了保障宪法不受侵害或误解的规定:“很清楚地,这些规定应尽可能不予适用,而实际上也的确不曾适用过。”

也许人们在当时是出于对政治安定与维护公益的想法,才将



宪法守护者的单纯议题视为“政治”问题而不予讨论。但从那时起我们已经得到教训,知道宣称自己的见解不带政治色彩、而把反对者的质疑和意见都打上政治标签的做法只是一种政治伎俩。我们还知道,国家学和宪法学的问题不会因为我们的否认或拒绝正视就获得解决。而魏玛宪法的制定再度引发了人们对于宪法特别保障的兴趣,也引起谁是宪法守护者或捍卫者的疑问。德国国事法院自称是“帝国宪法的守护者”(Hüter der Reichsverfassung)^[6]。而帝国总统西蒙斯博士(Dr. Simons)也称帝国法院为帝国宪法的“捍卫者及守望者”(Wahrer und Wächter)^[7]。许多人提议要求国事法院或宪法法院担负起宪法守护者、维护者、捍卫者或信托管理人(Treuhänder)的责任。而在法学界,这个问题也再度引起人们的重视。我在1929年3月发表于《公法学论丛》(第16卷,第161页以下)(*Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. XVI, S. 161 ff.)关于《宪法的守护者》的论文不但获得广泛的支持,也特别造成近年来德意志帝国总统就其宪法地位而言更常被视为宪法守护者的结果^[8]。

迄今的法律提案与草案几乎都是从相同的立足点出发,也就是应该由**法院**通过司法程序来解决宪法争议以及帝国法律之合宪性疑义和适用上之争议。但是这些不同的提案也造成众多最高裁判机关并立的混乱结果:国事法院、宪法法院、帝国法院(根据帝国宪法第12条第2项)、帝国裁判法院(Reichsspruchgericht)(根据芮莱尔[Zeiler]的意思,系指“其法律解释具有拘束力之帝国法院”^[9])以及帝国行政法院全都以一种不明确的对等关系成为帝国与各邦众多最高裁判机关的一员。对于这种现象格劳(R. Grau)说得好:“是一大堆互相竞争、时而还会彼此冲突的宪法守护者”^[10]。整体而言,



当前对于这个宪法难题的普遍对待方式,愈来愈受到从事司法实务的法律人这种倾向的影响,也就是将所有问题交由司法程序来解决,而完全忽略诉讼裁判与宪法规定内容疑义及适用争议之决定的基本差异。而因为人们首先感受到的是保障(宪法)免受立法者(也就是国会)(侵害)的迫切需求,所以也就恣意地将保护宪法的问题限缩为保护宪法免受违宪法律或命令侵害的问题;不仅如此,因为人们另外还希望在司法权领域中寻找宪法守护者,因此如同鲁道夫·斯麦特(Rudolf Smend)在一个附带提出、但十分适切的评论里指出的,应该由谁来担任宪法守护者的问题在“没有多加思索”的情况下又被进一步扭曲了^[11]。在战后初期的论者中,维特迈尔(L. Wittmayer)是一个值得称许的例外,因为他基于帝国参议院(Reichsrat)的异议权(Einspruchsrecht)而将帝国参议院视为宪法的守护者,并且藉此再次呈现出保护宪法(Verfassungsschutz)与提高修宪难度(Erschwerung der Verfassungsänderung)之间久已为人遗忘的关联^[12]。然而大多数的设计与提案都主张法规(法律与命令)合宪性的疑义与适用争议应交由法院(帝国裁判法院、德国国事法院)决定。第三十三届(1924 年在海德堡召开)与第三十四届(1926 年在科隆召开)德国法学家年会(Deutscher Juristentag)的提议更认为,宪法守护者的问题,应该通过德国国事法院管辖权的扩张——从帝国宪法第 19 条中“邦内部之宪法争议”扩张到“帝国内部之宪法争议”——来加以解决^[13]。也许是人们对战前期的印象还在,也可能是受到当时经常被提到的“奥地利方案”^[14](österreichische Lösung)影响,人们在战败后心神俱疲的第一个 10 年里很少论及这种司法权扩张的实质意义,而以抽



象的规范论(Normativismen)和形式论(Formalismen)为已足。

德国国事法院从 1925 年以来,特别是通过帝国宪法第 19 条之实践而获得的管辖权大幅扩张,很快地就引发了政治和宪法上的疑虑,从而阻碍了这种截至目前似乎是理所当然的司法化浪潮。帝国宪法第 19 条是通过判决先例(Präzedenzfall)之方式去确定“宪法争议”(Verfassungstreitigkeit)——这个无法以一个毫无限制之字眼“定义”(宪法争议是所有关于宪法规定之争议)来界定——的概念、何谓“邦内部之宪法争议”,以及国事法院之当事人能力的关键问题。我们必须注意到,现在的政党、国会党团(Parlamentsfraktion)以及议员的个别团体、宗教团体(Religionsgesellschaft)、地方自治团体(Gemeinde),甚至贵族的结社(Adelsgenossenschaft)都已经能够在高度政治性的案件中向国事法院要求传唤邦或邦政府^[15],而我们似乎也无法预见,哪些社会实体(soziale Größe)和团体(职业代表、利益团体、公法人)有朝一日也能循着这种模式成为诉讼当事人^[16]。不过大概在一年之前,这种倾向又再度趋缓,因为本文之后还会再仔细讨论的 1930 年 2 月 17 日普鲁士选举法争议判决^[17]标示出了一种抑制的趋势。

所有问题的处理,都必须从国家与宪法情势的具体脉络去观察。因此,为了证明这样的必要性,在我们急着将第一个找到的答案抽象化之前,必须先对这些曾在宪法议题之长远历史中出现过的、各式各样的“宪法守护者”作一番回顾。斯巴达五长官制的古典模式一直到 19 世纪还时常被提及,在大多数的时候是提到“谁来监督守护者”(quis custodiet ipsos custodes)这一无法回避的问题,以及“这种守护者容易变成宪法的主宰并有成为第二个国家元



首(Staatshaupt)之危险”的警告性附注;然而有时却是在批评这些不良后果——享有身份保障、不负政治责任且依其裁量而做出
8 决定之机关——时才会提及**五长官制**^[18]。其他的提案及建制,诸如**护民官**(Tribunen)^[19]、**监察官**(Zensoren)^[20]及法律顾问(Syn-
9 dici)^[21]也都属于这第一种宪法守护者类型。而第二种宪法守护者的形式则是以罗马**元老院**(römischer Senat)这种通过其屏障与守护之职权而成为罗马宪政状态之真正捍卫者的原型为基础,而元老院的“权威”(Autorität)——在这里是以精确之含义与“权力”(potestas)相对照^[22]——必须对公民决议(Volksbeschluss)加以确认,以防止宪政秩序或国际法上之义务不受侵害^[23]。而罗马元老院这样的典型对于欧洲宪法思维的发展也具有深远的影响。是在这种基础之上才有以**第二院**(eine zweite Kammer)作为宪法守护者的制度产生。例如在1799年法国宪法第21条之下,所有护民官或政府认为违宪之行为,参议院守护者都有权加以确认或使其失效;而根据1852年1月14日之宪法第29条,参议院对于所有经由政府或人民请愿(Petition der Staatsbürger)而提出违宪主张之行为,也有类似的权力。而在现行法国共和宪法中(1875年2月24日公布之宪法第9条),参议院(第二院)将自己塑造为部长诉讼(Ministeranklage)与其他政治审判权(politische Justiz)案例中的**高等法院**(Haute Cour de Justice)。在国家与宪法理论的讨论里,这种以“参议院”来保护宪法的典范一直具有影响力。因此布鲁塔斯(Junius Brutus)在他关于暴君伐放论(monarchomachisch)最著名的论文中就主张应该建立一个参议院,以审查、监督君主对法律所为的解释和执行^[24]。我们在之前曾经提到哈



林顿,而从哈林顿开始我们也可以拉出一条通往西哀士(Sieyès)和 19 世纪的脉络^[25]。

而即使是人民代表机关(Volksvertretung),也就是由人民选举而产生的议院,在特定的宪法情势下也会具有宪法守护者、至少是与政府对抗之“人民权利”(Volksrechte)守护者^[26]的地位;而一个由人民代表机关“为了保障人民代表机关权利免受政府侵害”而设立的监督委员会^[27],也具有相同的功能。在这里我们可以特别清楚地看到,这种制度永远只能在宪法架构的具体整体关联下来加以观察。如果像盛行于 19 世纪的见解所说,宪法是奠基于一个介于贵族与平民、政府与人民代表^[28]间的契约,那么每一个契约当事人就都能成为每一个涉及其自身权利或权限(Befugnis)之宪法片段的守护者,并且也容易将有利于其政治要求的宪法规定就当成是“这部”宪法。但“代表这个统一体(Einheit)”的政府,根据它的定义也可能被视为是“官署的守护者和国家制度的捍卫者”^[29]。梅耶在他的《萨克森国家法》(1909 年,第 214 页)中这么说:“宪法的最高守护者是国王。”而也就是在这样的体系关联下,会涉及本文在后面还会再详细阐明的、关于君主或帝国总统之中立与斡旋权力的理论^[30]。

如果 19 世纪的德意志宪法在其他的保护机制之外也将一个特别的国事法院规定成“宪法的司法保障”(gerichtlicher Schutz der Verfassung)^[31],那么我们就可以看到一个单纯的事实:宪法的司法保障仅仅只能是组成宪法之保护与屏障的一部分,而如果我们这样的司法保障之外不另外讨论所有司法权都应谨守的严格界限和保障宪法的其他方式与手段,那么这种论述也就只是蜻

