

例外的挑战

——卡尔·施米特的国家紧急权理论研究

THE CHALLENGE OF THE EXCEPTION

A STUDY ON CARL SCHMITT'S THEORY OF
STATE EMERGENCY POWERS

王东明
著

中国社会科学出版社

J I A N G X I N O R M A L U N I V E R S I T Y

例外的挑战

——卡尔·施米特的国家紧急权理论研究

THE CHALLENGE OF THE EXCEPTION

A STUDY ON CARL SCHMITT'S THEORY OF
STATE EMERGENCY POWERS

王东明
著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

例外的挑战：卡尔·施米特的国家紧急权理论研究 / 王东明著.

—北京：中国社会科学出版社，2015.4

ISBN 978-7-5161-5829-6

I. ①例… II. ①王… III. ①施米特, C. (1888~1985) - 政治思想 - 研究 IV. ①D095.165

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 059816 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
责任校对 周 昊
责任印制 何 艳

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2015 年 4 月第 1 版
印 次 2015 年 4 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 21.75
插 页 2
字 数 356 千字
定 价 65.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社联系调换
电话：010-84083683
版权所有 侵权必究

目 录

导言	(1)
一 论题、目的与意义	(1)
二 文献综述	(15)
三 思路、方法与结构安排	(39)
第一章 施米特的生平、著作与其例外论	(43)
第一节 生平	(43)
第二节 主要著作	(46)
第三节 例外状态、国家紧急权与施米特	(55)
第二章 例外状态与权力	(66)
第一节 例外状态下的主权者	(66)
一 例外状态与主权	(67)
二 例外状态下的机器能自行运转吗	(73)
三 认真对待例外状态	(86)
第二节 例外状态下的宪法守护者	(92)
一 法院不可能是宪法守护者	(93)
二 议会也不可能成为宪法守护者	(101)
三 只有总统才能守护宪法	(107)
第三节 例外状态下的特别立法者	(112)
一 例外状态与必要理由的特别立法者	(113)
二 例外状态下政治剩余价值的调配	(117)

三 例外状态下必要理由的特别立法者之权力	(122)
第三章 例外状态与权利	(129)
第一节 例外状态下公民权利中止的范围	(130)
一 魏玛宪法第 48 条与公民权利的克减	(131)
二 公民权利克减、宪法与宪法律	(134)
三 例外状态下公民权利、宪法是神圣不可侵犯的吗	(137)
第二节 权利与利维坦	(143)
一 个人自然权利与利维坦之死	(145)
二 社会组织的宪法权利与法制国家机器的毁灭	(152)
三 例外状态与质的总体国家	(157)
第四章 例外状态与法治	(163)
第一节 法治国概念与法律的内涵	(164)
一 法治国的两个原则	(164)
二 法治国的概念	(168)
三 法律的概念	(173)
四 法规范的普遍性意义	(177)
第二节 例外状态、国民法治国与政治形式	(180)
一 例外状态与混合宪法	(181)
二 政治形式的两个原则	(184)
三 议会制不是一种政体	(191)
第三节 法学思维模式与例外“法”治	(195)
一 对规范论的批评	(197)
二 对 19 世纪的法实证论的批评	(202)
三 例外状态下领袖守护法律	(207)
第五章 战争、国家与国际法	(213)
第一节 战争是一种始终存在的可能性	(216)
一 决断敌友的政治与战争	(217)
二 世界处于自然状态	(221)
三 人的危险性与战争	(226)
第二节 战争与帝国主义国际法	(232)

一	基督教—欧洲的国际法与战争	(234)
二	门罗主义与帝国主义国际法的新形式	(237)
三	战争与国际法意义上的中立与中立化	(244)
第三节	游击战与国际法	(250)
一	正规战与游击战	(252)
二	游击战与游击队理论	(256)
三	游击战与国际法	(262)
第六章	施米特的挑战与西方学者的回应	(268)
第一节	共和主义紧急权理论	(270)
一	罗马独裁官制度	(271)
二	罗斯特的宪政独裁理论	(276)
三	阿克曼的紧急状态宪法	(284)
第二节	自由主义紧急权理论	(291)
一	洛克的特权理论	(291)
二	戴雪的紧急权理论	(296)
三	格罗斯的法外模式	(301)
第三节	施米特国家紧急权理论的实质	(308)
一	政治的例外状态	(309)
二	国家理由学说	(312)
结语		(319)
参考文献		(330)

导 言

一 论题、目的与意义

本书的论题是卡尔·施米特（Carl Schmitt, 1888—1985）的国家紧急权理论。

之所以选择施米特作为研究对象，不仅因为他是20世纪德国著名的、最具影响力的公法学家和政治思想家之一，^①而且是因为施米特对自由主义与20世纪的德国尤其是魏玛自由民主政制固有的问题及所面临的危机的极具洞察力的诊断以及为解决危机与问题所提供的方案、思路与为此提出的挑战，对于当今的国家紧急权理论、公共危机治理、自由主义、政治哲学、法律哲学、宪法学、国际法学、国际政治理论等方面的讨论所产生的影响与意义。

当今的世界正进入一个全球化背景下的风险社会，突发事件随时

^① 施米特是一位颇具争议的学者，欧美学界的评论为：“纳粹的桂冠法学家”，“保守主义者”，坚定的“反自由主义者”，“威权自由主义者”，“反犹主义者”，“20世纪的霍布斯”，“知识的冒险者”，“德国学界在宪法和公法领域最重要的人”（阿伦特语），其论著“最具学识且最富洞见力”（哈耶克语），“如今甚至开始盖过韦伯的光芒”（《法兰克福汇报》，1997年7月11日）。See Julien Freund. “Schmitt's Political thought”, *Telos*, No. 102 (Winter, 1995), pp. 11—42; see Peter C. Caldwell. “Controversies over Carl Schmitt: A Review of Recent Literature,” *The Journal of Modern History*, Jun. 2005, 77, 2. pp. 357—387, at 357, 387. 也参见〔德〕扬—维尔纳·米勒《危险的心灵：战后欧洲思潮中的卡尔·施米特》，张龚、邓晓菁译，新星出版社2006年版，封底；刘小枫：《现代人及其敌人——公法学家施米特引论》，华夏出版社2005年版，第10页。

随地可能发生。在非常状态下, 国家应该集中与扩张什么样的权力以既能迅速、有效地处置突发事件, 又能防止或最小化权力滥用风险的同时, 最大限度地确保公民权利与维护法治, 这是一个挑战。^①

“9·11”事件就是这样一个挑战。这一事件不仅是美国历史上而且也是世界历史上的重要事件。它对美国与世界都产生了广泛而又深远的影响。“9·11”事件及之后美国发动的“反恐战争”使得紧急权这样一个一度沉寂、潜伏于法学、政治学、国际关系学等领域边缘的问题急遽凸显出来, 并成为政治家与学界共同关注与讨论的焦点论题。^②在后“9·11”时代关于紧急权问题的理论之争中, 主要有两个理论流派:^③一是共和主义紧急权理论, 耶鲁大学法学院的法学与

① Ferejohn, John and Pasquale Pasquino. “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 2, 2004, pp. 210—39, at 210; The Editors. I. CON, Vol. 2, Num. 2, 2004, pp. 207—209, at 207; William E. Scheuerman. “Emergency powers,” *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2, 2006, pp. 257—277, at 257.

② Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press. (2006), pp. 1. Scheuerman, William E. “Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11”, *Journal of Political Philosophy*, Vol. 14, No. 1, 2006, pp. 61—84, at 61.

③ 早在1989年, 劳贝尔 (Jules Lobel) 根据国家紧急权与宪法的关系将国家紧急权行使模式分为绝对主义 (Absolutist)、相对主义 (Relativist) 和自由主义 (Liberal) 三种框架模式。See Jules Lobel. “Emergency Power and the Decline of Liberalism”, *The Yale Law Journal*, Vol. 98, No. 7. (May, 1989), pp. 1385—1433, at 1386—1392; 这一划分对后来的学者产生了重要影响。基于劳贝尔的划分, 印第安纳大学政治科学教授舒尔曼 (William E. Scheuerman) 将后“9·11”时代国家紧急权理论划分为宪法相对主义模式 (Constitutional relativism)、普通法模式 (Common law emergency oversight)、法外紧急权模式 (Extralegal emergency power) 和法律形式主义模式 (Emergency legal formalism)。See William E. Scheuerman. “Emergency powers”, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2, 2006, pp. 257—277. 在另一篇文章里, 他将参与论争的学者划分为民主形式主义者 (democratic formalist) 和自由主义普通法学者 (liberal common lawyer) 两大阵营, See William E. Scheuerman. “Emergency powers and the Rule of Law After 9/11”, *Journal of Political Philosophy*, Vol. 14, No. 1, 2006. pp. 61—84, at 74—75; 明尼苏达大学教授格罗斯 (Oren Gross) 则主张分为常规模式 (Business as Usual model)、调适模式 (models of Accommodation)、法外模式 (the Extra-legal measures model) See Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 9—14. (转下页注)

政治科学教授布鲁斯·阿克曼 (Bruce Ackerman) 是主要代表人物; 二是自由主义紧急权理论, 明尼苏达大学法学院教授奥伦·格罗斯 (Oren Gross) 是主要代表人物。

共和主义紧急权理论主要承续了共和罗马的独裁官制度通过宪制与法律规制紧急权的理论传统与实践经验, 主张通过启动事先在宪法里设置的紧急状态权力条款与紧急状态法律、事中发挥立法机构的有效监督、事后辅之司法机构的作用来约束与控制紧急权的运作, 以达到既迅速有效处置危机又最大限度地捍卫法治与维护公民权利之目的。^①

自由主义紧急权理论则秉持洛克以来的不可知论思想和特权理论, 认为人及立法者的理性是有限的, 有许多事情法律是不可能加以预见与规定的, 对通过宪法、法律等方式来规制紧急权的共和主义理

(接上页注) 德沃金的学生, 加拿大多伦多大学教授戴岑豪斯 (David Denzenhaus) 的划分和上述几位学者的划分差异不大, 他的划分是: 紧急状态宪法 (The Emergency Constitution)、法外模式 (the Extra-legal measures model)、立法模式 (The Legislative Model) 三种, See David Denzenhaus. "state of Exception", in Robert E Goodin, Philip Pettit, and Thomas Pogge, eds., *A companion to Contemporary political philosophy*. (Oxford: Blackwell's, 2007)。上述学者主要是从法学的角度对国家紧急权理论主张进行划分的, 有其合理性与优点, 都把阿克曼和格罗斯这两位本书后面要重点讨论的两大最有影响的理论主张包括在内。但是也有其局限性, 比如难以反映各种国家紧急权理论主张的历史渊源。鉴于此, 本书则从政治思想史的角度将当今的国家紧急权理论主张主要划分为共和主义与自由主义两个流派。当然此种划分也有不足之处, 不能概括所有的理论观点。

① See Bruce Ackerman. "The Emergency Constitution", *Yale Law Journal*. Vol. 113, 2004, pp. 1029—1091; Bruce Ackerman. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. (New Haven: Yale University Press. 2006); John P. McCormick. The dilemmas of dictatorship: Carl Schmitt and constitutional emergency powers. pp. 217—251, in D. Dyzenhaus (ed); *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. (Durham: Duke University Press, 1998.); Gabriel L. Negretto and Jose Antonio Rivera. "Liberalism and emergency powers in Latin America: reflections on Carl Schmitt and the theory of constitutional Dictatorship", *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1797—1824; Andrew Arato. "The Bush tribunals and the specter of dictatorship", *Constellations*, 9, 2002, pp. 457—476; Kim Scheppele. "Law in a time of emergency: states of exception and the temptations of 9/11", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 6, 2004, pp. 1—75.; John Ferejohn and Pasquale Pasquino. "The law of the exception: A typology of emergency powers", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 2, 2004, pp. 210—239.

论观点表示质疑。因而,这一理论主张,在紧急状态下,如果公共官员相信对于保护国家与公共秩序是必要的,他们可以超越法律规范甚至宪法秩序,通过采取法外行动与措施应对与处置危机,但事后需由“人民”(行政机关、议会、法院、普通公民、国际社会等)对紧急权的行使者作出决定(可能批准,由此嘉奖、赞扬;可能拒绝,由此处罚、谴责),以此试图主要通过事后的、民主的、社会的等对紧急行动检控的手段而可能导致法外行动的成本与不确定性的增加来使公共官员谨慎行事,从而达到消除或尽可能地降低法外紧急权滥用之风险,保存法治与宪政之目的。^①

综观参与讨论者的竞争性解释,一个值得玩味的现象是,施米特及其国家紧急权理论是一个绕不开的论题,几乎每一学者都言必及施米特及其国家紧急权理论,都声称其提出的理论模式既能够有效解决紧急权与公民权之间关系的困境,从而应对例外的挑战,也回应了施米特提出的挑战,然而,几乎参与论争的学者都被批评要么接受了施米特理论的前提假设,要么可能导致施米特理论的结论,从而染有施米特紧急权理论的色彩。^② 据此,笔者认为,要走出这一困境,回到施米特,重新检视、重构施米特的国家紧急权理论,不失为一条较可行之路径。

施米特不仅以提出“政治乃区分敌友”的论断而得享盛名与声

① See Oren Gross. “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?” *The Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003; Oren Gross. “The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the ‘Norm-Exception Dichotomy,’” 21 *Cardozo L. Rev.* (2000); Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006); Oren Gross. “Stability and flexibility: a Dicey business”, in Victor V. Ramraj, Michael Hor and Kent Roach., ed., *Global anti-terrorism law and policy.* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005); Posner Richard A. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency.* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

② William E. Scheuerman. “Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 14, No. 1, 2006, pp. 61—84, at 61—62; David Dyzenhaus. *The constitution of law: legality in a time of emergency.* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006), p. 40.

名狼藉,^①同时也以解释魏玛宪法第48条的总统紧急权条款而广为人知和恶名昭著。^②面对例外状态或紧急状态,在第一次世界大战后的魏玛德国背景下,施米特的基本主张是:为处置一种对国家的存续构成严重威胁的例外状态,必须赋予魏玛总统以不受约束与限制的权力,即公民权利、法治、国内法与国际法等规范都不应该构成障碍。换言之,为应对紧急状态,国家需要不受任何约束与限制的紧急权力,否则国家不足以捍卫自身的独立与存续;自由民主政制注定无法应对例外的挑战,因为它不能胜任这样一个任务,即在为行政特权提供充足的可能性的同时又保存其核心特征。^③从布什政府发动“反恐战争”而采行的政策与措施被许多人猛烈批评为弥漫着纳粹公法理论家施米特的“幽灵”与“阴魂”就足以看出,施米特的挑战是严峻的。^④

如上所述,声称能够回应施米特的挑战的共和主义理论、自由主义理论均陷入了困境。我们认为,这一困境与对施米特的政治法学理论的理解密切相关,而施米特的例外论(紧急权理论)是理解其政治法律理论即政治法学的关键。由此,回到施米特本身是一条回应施米特挑战的可能路径。因而,本书的目的在于,试图在通过重新检讨、梳理、重构施米特紧急权理论的基础上,把握其紧急权理论的基本观点与成就,揭示其理论的本质与问题所在,从而为回应施米特的挑战

① [德] 迈尔:《施米特、施特劳斯与〈政治的概念〉》,汪庆华译,载迈尔《隐匿的对话:施米特与施特劳斯》,朱雁冰、汪庆华等译,华夏出版社2008版,第11页。

② [英] 戴维·米勒、韦农·波格丹诺主编:《布莱克维尔政治学百科全书》(修订版),邓正来译,中国政法大学出版社2002版,第735页。

③ 不少学者发现,施米特的这一主张一直延续至联邦德国时期,比如米勒就认为,“对于很多其他施米特的追随者来说,联邦德国一直是‘否认紧急状态’的化身。他们责备自由主义大多数时候看不见自己的敌人,认为对‘例外状态的压制’起到的恰恰是适得其反的效果”。参见[德] 扬-维尔纳·米勒《危险的心灵:战后欧洲思潮中的卡尔·施米特》,张葵、邓晓菁译,新星出版社2006年版,第266页。

④ 库特兹(Christopher Kutz)断言,布什当局的行政权力的管理理论就呈现出一种与施米特的政治理论明显的相似性;与施米特一样,主张在国家安全受到攻击的情况下需要一种超越法律的权力。See Christopher Kutz, “Torture, Necessity and Existential Politics”, *California Law Review*, Vol. 95, 2007, pp. 235—276, at 238, pp. 271—272.

做些工作，同时为后“9·11”时代紧急权理论与实践的进一步发展提供一些可能的启示。具体地说，本书探讨施米特国家紧急权理论主要基于以下方面的考虑。

首先，本书以为，“例外论”（紧急权理论）是理解施米特文本与思想脉络乃至其整个思想结构的起点、基线与关键。^①施米特是20世纪德国政治思想史上最富争议的人物。对其同一文本与材料，不同的论者会得出截然相异的结论，如就施米特对魏玛宪政制度来说，有人认为施米特是魏玛宪政的掘墓人，而有论者则认为他是魏玛宪政的捍卫者；有的认为施米特是法西斯主义理论家、反犹主义者、保守主

① 关于理解施米特政治法学理论的关键，有不同的看法，主要有以下几方面的观点：（1）政治的概念。这是国内外多数学者所持的立场。比如德国弗莱堡大学（University Freiburg）的波肯费德（Ernst-wolfgang Bockenforde）教授认为政治的概念是理解施米特宪政理论的关键，see Ernst-wolfgang Bockenforde. “The Concept of Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory”, in David Dyzenhaus, ed., *Law as politics: Carl Schmitt's critique of liberalism*. (Durham: Duke University Press, 1998), pp. 37—55；国内的陈建洪认为政治概念是施米特政治法学的根本，参见陈建洪《论施米特的政治概念及其严肃性》，《政治思想史》2010年第1期；（2）法律。William E. Scheuerman认为法律尤其是法律的不确定性在施米特思想中居核心地位。See William E. Scheuerman *Carl Schmitt: the end of law*. (Lanham, Md: Rowman & Littlefield, 1999), p. 2；主张法律是理解施米特理论的关键的著作还有：Peter C. Caldwell. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. (Durham, N. C.: Duke University Press, 1997)；David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. (Oxford: Clarendon Press, 1997). （3）政治的神学。从这个角度解读的主要是慕尼黑大学的迈尔，其在《隐匿的对话》和《古今之争的核心问题——施米特的学说与施特劳斯的论题》两部著作里对施米特的思想从政治的神学角度所作出的解释产生了相当大的影响，乃至出现了一种施米特研究的“政治的神学”的转向，但是也有不少论者持批评态度，因为如此就不能理解施米特大多数无涉神学方面的论著。（4）技术。代表人物是耶鲁大学的麦考米克的《施米特对自由主义的批判：反对政治作为技术》，他该书中指出，“德国人对技术的批判对于理解施米特的著作（尤其是他对自由主义的批判）非常重要”。参见〔美〕约翰·麦考米克《施米特对自由主义的批判》，徐志跃译，华夏出版社2005年版，第2页。（5）价值的僭政（the tyranny of values）。格特弗里德（Paul Gottfried）就认为施米特对价值的僭政的理解事实上是他攻击自由主义和自由民主的关键。See Paul Gottfried. *Thinkers of Our Time: Carl Schmitt*. (London: The Clardge Press, 1990), p. 57. 尽管上述学者的理解都受到其他学者的批评与质疑，但无疑有助于施米特的研究者更全面客观理解施米特其人其论，从而最终给施米特一个定位提供基础。本书从例外论的角度解读施米特也是试图为更好、更全面理解施米特政治法学理论做些工作。

义者、知识的冒险者与机会主义者，但有的却认为他是权威自由主义者、杰出的宪政民主理论家、现实主义的政治家、严肃的现代性诊断师，到底是一个还是多个施米特，学界仍在论争。^①下文（文献综述部分）将进一步简述学界的争论。对于施米特这样一个人物，存在争论实属正常，各种解释都有其合理性，随着研究的纵深发展，超越这种不是辩护就是批评的状况是研究进一步发展的合理的选择。笔者认为，研究一个思想人物，更科学合理的路径应该是，在把握其本人文本脉络与思想结构的基础上，将其问题意识与观点置于其思想家本人的时代背景下进行分析与研究。

从施米特生活于魏玛时期前后的历史背景看，罢工、骚乱、叛乱、起义、革命等可以说是此起彼伏、接连不断，魏玛政权真可谓处于内外交困、“前后左右”夹攻的困境。^②为此，当时魏玛民国^③首任总统艾伯特经常利用魏玛宪法第48条关于紧急权的规定来宣布时局处于“例外状态”，并使用特别措施应对、化解危机和问题，比如艾伯特总统曾有效地启用了魏玛宪法第48条去平息1920年3月的卡普暴动和1923年11月的希特勒的啤酒馆暴动。^④在魏玛共和国的14年里，魏玛宪法第48条的启用次数超过250次，^⑤单单在魏玛宪法实施

① [美] 彼得·考德威尔：《关于卡尔·施米特的论战：近年来文献的回顾评论》，刘擎、张浩译，载许纪霖主编：《现代性的多元反思》，华东师范大学出版社2008年版，第140页。See also Peter C. Caldwell. "Controversies over Carl Schmitt: A Review of Recent Literature", *The Journal of Modern History*, 77 (Jun. 2005), pp. 357—387, at 387.

② 内有前述罢工、叛乱等，外有苏维埃政权的威胁与第一次世界大战后的战争赔款等问题；“前”是指德国传统的极端保守派，“后”是指由尼采开启的对现代性批判的初露端倪的后现代思潮，“左”是社会民主党极左派和共产党，“右”是德国纳粹法西斯。

③ 关于魏玛德国时期的国名 *Deutsches Reich*，学界的译法有：“魏玛共和国”、“莱希 (Reich)”（钱端升）、“魏玛民国”（刘小枫）、“德意志帝国”，等等，本书从刘的译法，但是在引用其他学者的译文时保持原译者的译法。

④ See Gabriel L. Negretto and Jose Antonio Aguilar Rivera. "Exception and Emergency Powers: Liberalism and Emergency Powers In Latin America: Reflections on Carl Schmitt and The Theory Of Constitutional Dictatorship", 21 *Cardozo L. Rev.* (2000), p1797—1823, at 1813.

⑤ Clinton Rossiter. *Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies.* (New Brunswick, N. J. : Transaction Publishers, 2002), p. 33.

的第一年里就超过 130 次。^① 施米特的很多著作都是情境之作，与当时的现实有着密切关联，并非纯粹的思想史研究或学术兴趣。比如 1921 年的《论专政》就是针对当时艾伯特总统经常启动魏玛宪法第 48 条的现实而思考、写作的一部论著。从施米特的文本脉络看，魏玛时期前后直至冷战时期的很长一段时间思考的主题就是对法律的不确定性、规范与例外、例外状态下的国家权力问题，尤其是对非常状态引发的总统紧急权、元首独裁权力、国家主权等问题的思考。如：施米特早在 1912 年的著作《法律与判决：法律实践问题研究》里就谈到了规范与例外的问题，法官自由裁量即决定的问题；1914 年的《国家的价值与个人的意义》中指出，个体仅仅是“本质的手段，国家才是最重要的东西”，法律领域的自主性只能服从“国家理由”；^② 1916 年的《独裁与围困状态》一文探讨第一次世界大战背景下德国军事管理当局的权力与立法机构、司法机构的关系问题；1921 年的《论专政：从现代主权思想的肇兴到无产者的阶级斗争》从思想史的角度论述例外状态下专政权力问题；1922 年的《政治神学：主权学说四论》是施米特论述例外状态与紧急权关系最著名、最具争议的著作，批评自由主义无能应对威胁国家存亡的危机；1923 年的《当今议会制的思想史状况》则是延续了《政治的神学》的论题；1926 年的《论魏玛宪法第 48 条紧急命令法——所谓的“独裁法”——的立法问题》讨论紧急状态下总统的权力与角色问题；1926 年的《司法独立、法律上的平等和〈魏玛宪法〉中对所有财产的保护》在区分法律的一般规范与个别措施的基础上分析危机时刻财产的征收问题；1926 年《评梅内克的〈国家理由观念〉》则联系史学家梅内克的著作《近代史上的国家理由观念》一书阐发他关于例外状态与国家理由的关系问题；1928 年出版的对德国公法与宪法学产生重要影响的《宪法学说》里有专门章节讨论例外状态与公民权利、例外状态与法治、

^① Clinton Rossiter. *Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies*. (New Brunswick, N. J.: Transaction Publishers, 2002), p. 38.

^② [美] 理查德·沃林：《文化批评的观念：法兰克福学派、存在主义和后结构主义》，张国清译，商务印书馆 2000 版，第 142 页。

例外状态与宪法等问题；1931年的《紧急命令的宪法意义及其法律效力》和《宪法的守护者》等则专门论述危机状态下的宪法问题；1932年的名文《合法性与正当性》专门讨论了例外状态下的特别立法者的权力问题。1933年施米特加入纳粹党，此后的许多论著更是延续了其在魏玛时期论著的有关例外状态与紧急权的主题，并且将其激进化，如果说魏玛时期其鼓吹的例外状态的决断者是主权者、总统，是总统独裁，那么在纳粹时期无疑是领袖作决断了，领袖守护法律，是领袖独裁了。这样的著名著作有1933年的《国家、运动、人民：政治统一体的三个肢体》、1934年的《国家架构与第二帝国的崩溃：市民战胜士兵》、《论法学思维的三种模式》以及臭名昭著的《领袖守护法律》等。1936年施米特被逐出纳粹政权之后，第二次世界大战期间至60年代他逐渐开始探讨战争与国际法等问题，^①其中最著名的论著有1932年的《政治的概念》，该文论述战争、国家、国际法等问题；1936的《关于立法授权问题最新发展的比较性概观》一文则阐述当时英国、法国、美国、德国等主要国家在战争状态下的授权立法问题；1938年的《霍布斯国家学说中的利维坦》是施米特在非常时期的论述例外状态下的国家权力、公民权利等问题的一部著作，1963年的《游击队理论》从游击战、游击队理论的角度阐述他对国际法与国际秩序的理解，该文“准确预示了2001年的国际政治环境”，^②成为后“9·11”时代人们分析恐怖主义问题的重要参考文献。可见，如何应对与处理例外状态下的国家权力与政治、道德、法律等问题是施米特一直思考与研究的起点与基线。本书将在第一章第二节和后面的章节进一步论述。

无疑，例外论（紧急权理论）也是理解其政治法学理论的关键。施米特在《政治的神学》中写道：“一种关注现实生活的哲学不能逃

① 这些问题其实自第一次世界大战后他发表大量的政论性的文章就开始探讨了，如《作为国际政治客体的莱茵兰》（1925）、《现代帝国主义的国际法形式》（1932）等，参见〔德〕卡尔·施米特《论断与概念——在与魏玛、日内瓦、凡尔赛的斗争中（1923—1939）》，朱雁冰译，上海人民出版社2006年版。本书将在五章详细讨论。

② 〔德〕卡尔·施米特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社2004年版，刘小枫：《编选说明》，第3页。

避非常状态和极端处境，而是必须在最大程度上关注它们。对这种哲学而言，非常状态比规范更重要，之所以如此，不是因为对这个悖论的夸张反讽，而是因为这种观点的严肃性比那种从人云亦云中得到的清晰概括更加深刻。非常状态比规范更加令人感兴趣。规范证明不了什么，而非常状态却能证明一切：它不仅确认规范，而且确认规范的存在，因为规范只能来自非常状态。在非常状态下，现实生活的力量打破了那种经过无数次重复而变得麻木的机械硬壳。”^①显然，施米特赋予非常状态“能证明一切”这样相当重要甚至是根本的地位，在施米特看来，“主权就是决定非常状态”，“非常状态最为清楚地揭示了国家权威的本质”，^②“在所谓的非常状态中，每一种国家的核心领域就会明显浮现”。^③所以，非常状态不仅能推出其国家主权理论，而且也是其有关政治、道德与法律理论的逻辑前提。1924年，第二次世界大战后曾任柏林自由大学校长的史学大家梅内克（Friedrich Meinecke, 1862—1954）出版了其研究国家理由学说的经典著作《近代史上的国家理由观念》^④。1926年，施米特发表了题为《评梅内克的〈国家理由观念〉》的书评，针对梅内克书中存在的为二元论所主宰的张力现象，提出了他对国家理由的理解。他在文中写道：“在我看来，具体情况之正常或者不正常的问题似乎具有根本性意义。谁的出发点是一种不正常状态的存在——不论他从一种极端的不正常状态看到世界，还是将一种特殊情况看成是不正常的——他解决政治、道德和法律问题的方式便不同于那种深信世界只为小小的干扰所遮蔽，但却基本属于正常性的人。”^⑤类似的论述还可发现在其他著作里。

① [德] 卡尔·施米特：《政治的概念（1932）》，刘宗坤译，载卡尔·施米特《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社2004年版，第10—11页。

② 同上书，第10页。

③ [德] 卡尔·施密特：《宪法的守护者》，李君韬、苏慧婕译，商务印书馆2008年版，第159页。

④ 中文版参见[德] 弗里德里希·迈内克《马基雅维里主义——“国家理由”观念及其在现代史上的地位》，时殷弘译，商务出版社2008年版。

⑤ [德] 卡尔·施米特：《论断与概念——在与魏玛、日内瓦、凡尔赛的斗争中（1923—1939）》，朱雁冰译，上海人民出版社2006年版，第39—40页。

可见,上引施米特的论述表明,施米特的例外论实际上是理解其政治概念、道德理论、法律尤其是宪法学说、主权理论、政治神学、国家与社会、国家与个体、权力与道德、权力与法律等概念和理论即其政治法学学说的关键,“施密特的政治哲学赋予例外以某种万能的魔力”,^①“‘例外状态’的概念在施米特建立其宪法和政治的理论中起着关键的作用”,^②同时“施米特攻击自由主义的主要武器也是无可避免的、无处不在的例外状态”。^③

从下文阐述的当前国内外研究施米特的论著看来,许多论者都不同程度地涉及了施米特的紧急权理论,但总的来说,都没有给以较全面系统的梳理,也没有给以充分重视。基于此,本书考虑从例外论(紧急权理论)这样一个视角来解读施米特,梳理其例外状态与紧急权、例外状态与公民权利、例外状态与法治、战争状态与国际法等方面的观点与理论,并揭示其在施米特整个政治法学理论中的关键地位,进而将其紧急权理论置于整个欧洲或西方紧急权理论史来考量,并审视施米特紧急权理论给后“9·11”时代的紧急权理论、自由主义理论、民主理论等政治法律哲学领域带来的挑战,应该能够进一步促使人们更深入的讨论与研究。

其次,历史与现实表明,这是一个变动不居的世界,任何人、组织、社会、国家乃至整个人类在任何时候都面临着诸多不确定性因素。因而,如何预防与减少不可预测因素可能给我们带来的“天灾”、“人祸”以及尤其是在突发事件爆发后如何迅速有效地集中与扩张权力应对与处理,同时又防止或最小化权力的滥用,以最大程度地捍卫与维护公民权利与法治,成为自“9·11”事件之后及中国2003年“SARS”事件后包括美国与中国在内的世界各国需认真思考与对待的重要问题。

① [美] 理查德·沃林:《文化批评的观念:法兰克福学派、存在主义和后结构主义》,张国清译,商务印书馆2000年版,第145页。

② Carlo Galli. “Carl Schmitt's Antiliberalism: Its Theoretical and Historical Sources and Its Philosophical and Political Meaning”, 21 *Cardozo L. Rev.* (2000), pp. 1597—1617, at 1605.

③ Ibid., pp. 1825—1867, at 1827.