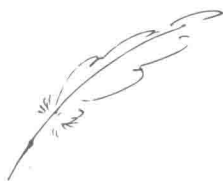


西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

施米特文集

刘小枫 ● 主编



[德]卡尔·施米特 Carl Schmitt ● 著

合法性与正当性

Legalität und Legitimität

刘小枫 ● 编

冯克利、李秋零、朱雁冰 ● 译

文
景

世纪出版集团 上海人民出版社

Horizon

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

施米特文集

刘小枫 ● 主编



合法性与正当性

Legalität und Legitimität

[德] 卡尔·施米特 ● 著

刘小枫 ● 编

冯克利、李秋零、朱雁冰 ● 译

图书在版编目(CIP)数据

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

(施米特文集 / 刘小枫主编)

ISBN 978-7-208-12519-3

I. ①合… II. ①施… ②冯… ③李… ④朱… III.
①法学—文集 IV. ①D90-53
中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第192425号

责任编辑 李 颀

美术编辑 高 熹



世纪文景

合法性与正当性

[德] 卡尔·施米特 著

冯克利、李秋零、朱雁冰 译

出 版 世纪出版集团 上海人民出版社

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.co)

出 品 世纪出版股份有限公司 北京世纪文景文化传播有限责任公司

(100013 北京朝阳区东土城路8号林达大厦A座4A)

发 行 世纪出版股份有限公司发行中心

印 刷 北京中科印刷有限公司

制 版 北京百川东汇文化传媒有限公司

开 本 890×1240毫米 1/32

印 张 8.25

插 页 4

字 数 180,000

版 次 2015年1月第1版

印 次 2015年1月第1次印刷

I S B N 978-7-208-12519-3/D·2549

定 价 39.00元

出版说明

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

“施米特文集”以编译施米特的主要论著为主，也选译有代表性的研究文献。

古典文明研究工作坊

西方典籍编译部甲组

2013年5月

目 录

编者说明(刘小枫)	1
当今议会制的思想史状况[1923](冯克利译)	5
绪论:论议会制与民主制的抵牾[1926]	7
导言[1923]	24
一、民主制和议会制	28
二、议会制原理	38
三、马克思主义思想中的专政	60
四、直接运用暴力的非理性学说	74
附录:论议会制的意识形态[1925](理查·托马)	87
合法性与正当性[1932](李秋零译)	93
引言:与其他国家类型(司法型国家、政府型国家和管理型国家) 相对的立法型国家的合法性制度	95

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

从图囿中获救——1945—1947 年间的体验 [1950]

(朱雁冰 译)	193
---------------	-----

与斯普兰格的交谈 [1945 年夏]	195
--------------------------	-----

答曼海姆的广播讲话 [1945/1946 年冬]	199
--------------------------------	-----

浅说托克维尔的历史编纂 [1946 年夏]	206
-----------------------------	-----

两座坟茔 [1946 年 8 月 25 日]	212
------------------------------	-----

从图囿中获救 [1946 年夏]	226
------------------------	-----

牢房的智慧 [1947 年 4 月]	241
--------------------------	-----

花甲之年咏 [1948 年 7 月 11 日]	250
-------------------------------	-----

人名译名对照表	252
---------------	-----

编者说明

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

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

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

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

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

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

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

刘小枫

2013 年 5 月于沐猴而冠斋

$$\frac{1}{2} \left(\frac{1}{2} \right)^{\frac{1}{2}} = \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{\sqrt{2}} = \frac{1}{2\sqrt{2}} = \frac{\sqrt{2}}{4}$$

2. *Chrysomelids* = Beetles

$$f_{\text{eff}} = \frac{\pi}{2} \left(\frac{1}{\sqrt{1 - \beta^2}} - 1 \right) \quad (1)$$
[illegible]
$$= \frac{1}{2} \left(\frac{1}{\sqrt{2}} + \frac{1}{\sqrt{2}} \right) = \frac{1}{2} \sqrt{2} = \frac{\sqrt{2}}{2}$$

当今议会制的
思想史状况

[1923]

冯克利 译

歸會為令省

處事與原

绪论：论议会制与民主制的抵牾

[1926]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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