

HUMANITIES
AND
SOCIETY



人文与社会译丛

POPULAR SOVEREIGNTY AND
THE CRISIS OF GERMAN CONSTITUTION LAW

人民主权与德国宪法危机

魏玛宪政的理论与实践

Peter C. Caldwell

[美国] 彼得·C.考威尔 著 曹晗蓉 虞维华 译

刘东·主编 彭刚·副主编



译林出版社

HUMANITIES AND SOCIETY

人民主权与德国宪法危机

魏玛宪政的理论与实践

Peter C. Caldwell

[美国] 彼得·C. 考威尔 著 曹晗蓉 虞维华 译

图书在版编目 (CIP) 数据

人民主权与德国宪法危机：魏玛宪政的理论与实践 / (美) 彼得·C. 考威尔 (Peter C. Caldwell) 著；曹晗蓉，虞维华译．—南京：

译林出版社，2017.10

(人文与社会译丛 / 刘东主编)

书名原文：Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitution

ISBN 978-7-5447-7058-3

I. ①人… II. ①彼… ②曹… ③虞… III. ①政治制度史—研究—德国1918-1933 IV. ①D751.69

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 214957 号

Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law

by Peter C. Caldwell

Copyright © 1997 by Duke University Press

This edition published by arrangement with Duke University Press

Simplified Chinese translation copyright © 2017 by Yilin Press, Ltd

All rights reserved.

著作权合同登记号 图字：10-2012-281 号

人民主权与德国宪法危机：魏玛宪政的理论与实践
[美国] 彼得·C. 考威尔 / 著 曹晗蓉 虞维华 / 译

责任编辑 陶泽慧
特约编辑 张 诚
装帧设计 胡 彪
校 对 孙玉兰
责任印制 单 莉

原文出版 Duke University Press Books, 1997
出版发行 译林出版社
地 址 南京市湖南路 1 号 A 楼
邮 箱 yilin@yilin.com
网 址 www.yilin.com
市场热线 025-86633278
排 版 南京展望文化发展有限公司
印 刷 江苏凤凰通达印刷有限公司
开 本 880 毫米 × 1230 毫米 1/32
印 张 11.375
插 页 2
版 次 2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5447-7058-3
定 价 58.00 元

版权所有·侵权必究

译林版图书若有印装错误可向出版社调换，质量热线：025-83658316

主 编 的 话

刘 东

总算不负几年来的苦心——该为这套书写篇短序了。

此项翻译工程的缘起,先要追溯到自己内心的某些变化。虽说越来越惯于乡间的生活,每天只打一两通电话,但这种离群索居并不意味着我已修炼到了出家遁世的地步。毋宁说,坚守沉默少语的状态,倒是为了咬定问题不放,而且在当下的世道中,若还有哪路学说能引我出神,就不能只是玄妙得叫人着魔,还要有助于思入所属的社群。如此嘈嘈切切鼓荡难平的心气,或不免受了世事的恶刺激,不过也恰是这道底线,帮我部分摆脱了中西“精神分裂症”——至少我可以倚仗着中国文化的本根,去参验外缘的社会学说了,既然儒学作为一种本真的心向,正是要从对现世生活的终极肯定出发,把人间问题当成全部灵感的源头。

不宁惟是,这种从人文思入社会的诉求,还同国际学界的发展不期相合。擅长把握非确定性问题的哲学,看来有点走出自我围闭的低潮,而这又跟它把焦点对准了社会不无关系。现行通则的加速崩解和相互证伪,使得就算今后仍有普适的基准可言,也要有待于更加透辟的思力,正是在文明的此一根基处,批判的事业又有了用武之地。由此就决定了,尽管同在关注世俗的事务与规则,但跟既定框架内的策论不同,真正体现出人文关怀的社会学说,决不会是医头医脚式的小修小补,而必须以激进亢奋的姿态,去怀疑、颠覆和重估全部的价值预设。有意思的是,也许再没有哪个时代,会有这么多书生想要焕发制度智慧,这既凸显了文明的深层危机,又表达了超越的不竭潜力。

于是自然就想到翻译——把这些制度智慧引进汉语世界来。需要说明的是,尽管此类翻译向称严肃的学业,无论编者、译者还是读者,都会因其理论色彩和语言风格而备尝艰涩,但该工程却绝非寻常意义上的“纯学术”。此中辩谈的话题和学理,将会贴近我们的伦常日用,渗入我们的表象世界,改铸我们的公民文化,根本不容任何学院人垄断。同样,尽管这些选题大多分量厚重,且多为国外学府指定的必读书,也不必将其标榜为“新经典”。此类方生方成的思想实验,仍要应付尖刻的批判围攻,保持着知识创化时的紧张度,尚没有资格被当成享受保护的“老残遗产”。所以说白了:除非来此对话者早已功力尽失,这里就只有激活思想的马刺。

主持此类工程之烦难,足以让任何聪明人望而却步,大约也惟有愚钝如我者,才会在十年苦熬之余再作冯妇。然则晨钟暮鼓黄卷青灯中,毕竟尚有历代的高僧暗中相伴,他们和我声应气求,不甘心被宿命贬低为人类的亚种,遂把译作工作当成了日常功课,要以艰难的咀嚼咬穿文化的篱笆。师法着这些先烈,当初酝酿这套丛书时,我曾在哈佛费正清中心放胆讲道:“在作者、编者和读者间初步形成的这种‘良性循环’景象,作为整个社会多元分化进程的缩影,偏巧正跟我们的国运连在一起,如果我们至少眼下尚无理由否认,今后中国历史的主要变因之一,仍然在于大陆知识阶层的一念之中,那么我们就总还有权想象,在孔老夫子的故乡,中华民族其实就靠这么写着读着,而默默修持着自己的心念,而默默挑战着自身的极限!”惟愿认同此道者日众,则华夏一族虽历经劫难,终不致因我辈而沦为文化小国。

一九九九年六月于京郊溪翁庄

Nr. 32. — 82. Jahrg.
Berlin, 11. August 1929.

Kladderadatsch

Preis 60 Pf.



Das Verfassungsgelb 1919
Germania: „As ja, aber das alte Kleid aus gutem deutschen Stoff fand mir besser!“

《1919年的宪法连衣裙》

日耳曼婆娘：“嗯，还是用上等德国料子做的老款裙子更适合我！”

原载于 W. A. Coupe, *German Political Satires from the Reformation to the Second World War* (White Plains, NY: Kraus International Publications, 1985), 授权使用

谨以此书

献给

彼得·R. 考威尔

苏珊·海文斯·考威尔

感谢他们对我的倾力支持

中文版前言

我关注《魏玛宪法》及其阐释者已有四分之一个世纪。1990年秋天,我带着最新的“批判理论”——混合的马克思主义、解构理论和批判法律研究作为武器,来到德国进行我的研究。我的目标是剖析宪法,对宪政民主的重要性提出质疑。而这一研究无法找到比魏玛共和国制度更为合适的制度,因为左翼和右翼的杰出思想家们已经在质疑魏玛宪政制度的价值。许多思想家宣称,宪政制度阻碍了“真正的”民主;在之前的君主制国家中,高高在上的权力将迥然不同的多样社会团结在一起,宪政制度暗中破坏了团结的国家;同时,宪政制度关注权利和受限制的权力,从而中断了国家和人类迅速向前发展的步伐。批评者们认为,权利和规则有其本质,但是他们并没有讨论本质究竟是人民、国家、运动还是正义。这些批评意见将成为我论述的基础。

以上论述是我的起点。随着研究的展开,这些怀疑目标逐渐被祛除。第一,环境的干预:1990年,德意志民主共和国爆发革命,旧政权轰然倒塌,之后爆发的对民主、革命和宪法的激烈讨论不仅横扫了东方世界,也影响到南非等其他国家。民主立宪制的问题成为真正的问题;仅

有批评声音还远远不够。¹第二,当我细细品读他们的著作时,我发现自己被凯尔森的思想所吸引。他针对那些认为人民、国家、运动或者正义能战胜他们的说法,在规则和程序上都提供了完美的对策。更有甚者,他说明,这四个概念在本质上需要统合才是可行的;在统合之外谈论任何一个概念,比如说“国家”,都显得十分荒谬。第三,也许也是最重要的一点,当我越多地阅读那个时代关于权利、投票、联邦制和社会政策的法律作品时,我就越能清楚地明白,宪政学者们正在处理现实的困难问题,而抽象的批判理论不能简单地不予理睬。²简单来说,他们在干预现实。

1918年至1919年的革命成为一个历史事实,它打破了德国的所有过往。《魏玛宪法》是这场革命的文献,它并不意味着革命的终止;它试图根据战后社会的运作情况来设计规则和程序,宁愿让人民自我决定;它的功能并不如当时或者是今天许多观点所宣称的叫停革命。然而,宪法在恶劣的环境下还是诞生了。极左派试图将革命推得更远,尤其是在1919年1月之后,一些国家寻求无产阶级专政,其形式是委员会或者由政党直接统治。³社会民主党领导下的政府将这些行为视为对正当宪政规则的破坏,它时不时地会通过强制力来镇压激进的委员会。政府越反对委员会的活动,极左派就越反对魏玛。与此同时,极右派反对多元主义和多党制,假定在国家统一的前提下(与当时的实际情况不相符)赞成一个强有力的、统一的国家领导阶层。⁴共和国在20世纪20年代后期陷入危机之后,它原本就微弱的支持基础进一步被腐蚀。1930至1933年间,宪法作为遭受大量批评,被绝大多数政治家所质疑,甚至被遗忘的革命的产物,⁵被各个党派、政府和总统破坏。它成为剧烈危机中的一个部分,被国家社会主义者们推上了断头台。

那么是不是可以说,这部革命性质的宪法没有改变任何事物?我

所请教的法律学者们给我提供了不同的观点。最初,绝大多数人都试图在维持君主和国家特殊权力的德意志帝国的二元宪政制度和魏玛共和国的民主宪政制度之间建立联系。诸般尝试之后,他们发现,这一转变已经彻底地改变了宪法,不仅仅更改了个别条款,而且更改了其核心概念。民主意味着民治。但是,什么是人民?它是优先于政治进程的大众统一意志吗?“阶层”或“血缘”是否体现出人民中天生具有卓越本质,超凡魅力的领导所形成的明确立场?或者用赫尔曼·黑勒的话来说,“人民的意志”是否只是出现在程序当中,在各党派中间周旋,是国家意志形成的一个步骤?⁶这些有关民主的实质问题吸引着最优秀的法律思想家。即使鲁道夫·斯门德——与革命毫无干系、反共和国的德国国家人民党党员这样的保守主义者——都发现他自己已经卷入关于“民主”的讨论当中。1930年,他反对自己的政党罔顾宪政规则,出版了一部关于宪法的重要基础读本;20世纪50年代时,他已经成为西德讨论民主最重要的法学领袖。⁷

确实,正如克里斯托弗·舍恩伯格所说的那样,即使是卡尔·施米特这样的保守革命理论家也寻求处理民主的本质问题,从这个意义上讲施米特是“民主的”。⁸从这一层面来说,我书中所写的法学家们的争论转向关于民主本身的本质问题;在这些争论中,我们可以看到革命者打破了德国的政治。基本概念发生了变化。例如说,在旧的君主立宪制语义下,权利指的是君主必须与民选议会分享立法权;法院的职责是确保这些决策的贯彻执行,而不是审查自身的立法行为。接踵而来的以“人民的意志”为基础的民主规则赋予了权利不同的含义:他们真的在设立议会吗?或者,他们是否代表约束普通立法机关的本质原则?而且,如果后者答案是肯定的:议会是否应该约束自身?又或者,宪法法院是必要的吗?宪政复审这样的难题也同样出现在像魏玛共和

国那样的民主共和国之中,虽然有着无休止的争论,但是在1949年之后,联邦共和国解决了这一难题。⁹但是,20世纪20年代开始,新制度施行下的普通法院已经努力在司法实践中解释权利的意义。最优秀的法学家们,比如海因里希·特利贝尔和弗朗茨·诺伊曼都紧跟着这一变化。不只是权利,宪法还提出了关于法律统一和国家权力等问题。这些权利被当作整个国家主权的基础,它是如何使德国人的土地得以保存的?天主教或新教的地位是什么?再者,在民主内部,各个政党的适合角色应该是什么?这也许是决定共和国命运最本质的问题。在法西斯共和国主义和自由主义民主理论之间爆发了极端的争论,法西斯共和国主义反对政党打着全体利益的旗号(卡尔·施米特),而自由主义民主理论面对不可避免的反反对意见,拒斥“全体利益”的观点,也将反政党的要求视为反民主的必然(汉斯·凯尔森)。这些话题在今天仍然能够引起共鸣。¹⁰

然而,我的书不只是在讨论魏玛共和国;它讨论的是德国的概念基础,以及今天的民主立宪制。我所参考的那些学者,尤其是斯门德、黑勒、施米特和凯尔森的研究工作在西德宪法学初建时期发挥了主要作用,在今天仍然是重要的参考因素。1949年,社会民主党政治家卡罗·施密德主持召开基本法的宪政大会,在此对赫尔曼·黑勒的重新解读达到顶峰。¹¹黑勒将民主界定为意志的形成过程,鲁道夫·斯门德整合了这一观点,将民主界定为以国家整合为价值导向的过程;这两种观点在斯门德的学生霍斯特·埃姆克和康拉德·海塞的作品中都有呈现,这种研究宪政法学的方法在联邦共和国的宪法学中已经产生深刻的影响。¹²凭借最早时期的法律制裁,这些魏玛理论家们直接影响了联邦宪法法院,以吉尔哈德·莱布霍茨为甚。魏玛共和国时期,莱布霍茨已经摆脱了凯尔森、施米特和斯门德,在流亡时期进一步发展了自己的

观点。¹³更加令人惊讶的是,考虑到卡尔·施米特是阿道夫·希特勒的啦啦队长,他在联邦共和国也重获名声,这是对黑勒和斯门德以稳定为导向的方法的抗议。左派和右派的评论家们都接受施米特对以价值为导向的法学的攻击。他们也很欣赏施米特对“资产阶级宪政制度”的辛辣抨击,因为他指出了法律实证主义的缺陷。¹⁴或许,汉斯·凯尔森是唯一一个被早期联邦共和国所忽略的魏玛时期主要法律思想家。他冰冷的追寻理性、批判意识形态的特质可能让他显得过于刺目,不被当代接受;只有到最近,他的政治理论才刚刚被人们重新认识。¹⁵凯尔森这个例子同时也展现出魏玛时期德国民主立宪制的创立者们的持久力,凯尔森也是如此,他和黑勒、斯门德与施米特一样拥有持久的影响力,其作品的新版本也会在今天引起争论。¹⁶

彼得·C. 考威尔

2013年8月

前 言

本书将检讨在德国第一个民主政体，即魏玛共和国（1919—1933）时期发生的关于宪法内涵与实践的争论。它将着重考察在德国宪法争论中曾经并将继续扮演中心角色的国家法教授们：他们是国家法指南的编纂者、关于法律规范抽象意义专著的作者、培训和督导德国司法界律师和法官的学者。在新生的民主制度压力下，这些学者，再加上为数不多的几位高院法官，提出了研究宪法的一些新路子，抛弃或从根本上修订了曾经支配德意志帝国时期（1871—1918）法律界的法律实证主义范畴和方法。

本书的扉页插图形象地说明，作为宪法理论与方法争论的组成部分，（德国）宪法本身在魏玛共和国时期遭受质疑的方式。这幅漫画的标题是《1919年的宪法连衣裙》（*Constitutional Dress of 1919*），它嘲讽了《魏玛宪法》起草者雨果·普罗伊斯，嘲笑他只不过是替日耳曼婆娘缝补新裙子的犹太裁缝。这条宪法连衣裙由许多“舶来的”破布条拼接而成：英国议会制度、法国宪政制度、美国宪政制度，以及偷偷缝在日耳曼婆娘后背的马克思学说。日耳曼婆娘对着镜子自言自语：“嗯，还

是用上等德国料子做的老款裙子更适合我!”

这幅漫画传递出了很多信息。它首先暗示,同《魏玛宪法》相比,1871年《德意志帝国宪法》在一定程度上更“合身”——更得体,受到的质疑也更少。事实上,在德意志帝国时期,1871年宪法基本上没有遭到质疑。它在某种程度上是一部“非政治”的宪法,一部没有列出基本权利清单的宪法,仅仅描述了国家形式和造法程序。政治争议虽然存在,但不在宪法范围之内存在。相比之下,德国在第一次世界大战中战败之后制定的《魏玛宪法》却引发了新的难题,在政治上有争议的问题。1919年,宪法制定者们通过检讨英法议会制和美国分权制的功能,试图找到解决宪政民主问题的答案。他们也试图包容那些在帝国时期被排斥的团体,其中最引人注目的是社会民主党,为此,宪法中包含了激进的或社会主义的内容如社会权利,并且为相关立法打开了大门。在关于民主国家的功能、德国公民的基本权利、政党与总统等问题的争论中,宪法本身成为政治争论的焦点。这幅漫画带着反犹太人的腔调,将这些问题诠释为在制宪过程中对外来势力和拙劣取材技巧的指控。它既揭示了魏玛共和国时期反思宪法的真实过程,也表达了对宪法带有反民主思想特点的意识形态指控。

关于魏玛宪政理论和实践的这些争论具有重要意义。首先是因为它在两次世界大战间的一个羸弱且战败的中欧国家语境中,揭示了宪政民主概念产生的可能性及其问题。但是,在德国形成后君主立宪传统的很长一段时间里(发生在1949年至1990年间的德意志联邦共和国),这些争论扮演了重要角色。这一传统虽然取得了胜利,但是在德国统一之后仍然充满着冲突和异议。在过去五年里,政治上重新统一的德国开始讨论其统一的实质性基础、政治民主的含义、德意志“民族”的概念以及经济限制时期的国家角色等问题,我的主要研究对象,尤其

是卡尔·施米特和赫尔曼·黑勒，又一次登上了德国宪法争论的中心舞台。

x 除了一个例外，若非特别注明，所有译文都由本人完成。那个例外可以在经常引用的1871年《德意志帝国宪法》和《魏玛宪法》的宪法条文中找到，除非另有说明，我都依赖艾尔玛·胡克(Elmar M. Hucko)编辑的《民主传统：四部德国宪法》译本。

一些用来描述德国政治传统特有制度的词汇仍以德语的形式保留。从字面上看，“Rechtsstaat”(法治国)是指在合法范围内运作的国家。从历史上看，Rechtsstaat概念也曾经和独立的司法制度以及一套中立且可预测的法律适用程序联系在一起。但是这个单词和英语词组“rule of law”(法治)并不完全相同。“Rechtsstaat”这个重要名词保留了国家，使之作为一个整体甚至是一个整体意志而被概念化了。我保留了德语“Rechtsstaat”这个大陆法系中的特有概念。在德意志帝国时期，专属行省被称为Staaten，相当于美国的state(州)，因此Staaten和state可以直译。相比之下，《魏玛宪法》明确将这些实体称为Länder或lands，以强调这些邦在宪法体系中的从属地位。我之所以保留德语词汇land和Länder，意在强调魏玛共和国时期德国联邦主义的特别含义。Reichstag(帝国议会)是德国大众立法机构：其含义在1919年之前弱于英国议会，但在魏玛共和国时期却强于美国国会。与此相类似的是，国土的集合被称为Landtag，这个词我也保留了下来。帝国时期邦代表的集合是Bundesrat，或Federal Council(联邦议会)；在魏玛共和国时期，该议会相当虚弱并且被Reichsrat(帝国议会)——重新命名为在字面上是Imperial Council(帝国国会)，但更准确的说法应该是Federal Council。保留这些德语名词可以突出各种制度之间的区别。最后，统一之后的德国最高民事和刑事法院被称为Reichsgericht(联邦法院)。正如许多

作者指出的那样,作为最高法院的替代品,它模糊了德国和美国司法审查传统之间的重要区别。Imperial Court(帝国法院)同样未能传达魏玛共和国时期该制度的恰当含义。因此,我保留了Reichsgericht这个词。

另外一些词则根据语境的不同而给出了不同的翻译。在1871年宪法的语境中,我将Reich翻译为“帝国”(empire)。1871年Reichsverfassung因此译为“帝国宪法”(Imperial Constitution)。但是Reich也可能仅仅意指联邦中更高级的政治实体——联邦政府,或者指中央政府的一个机构,例如《魏玛宪法》中的国家经济委员会(Reichswirtschaftsrat)。Regierung在德语中指执行机构,例如,皇帝和大臣。我在不同的场合将它译为“政府”(government)或“行政部门”(executive)。

致 谢

本书研究计划的实现得益于许多机构的慷慨支持。德国学术交流中心(DAAD)为我在比勒菲尔德和柏林的研究提供了1990年至1991年共15个月的研究资金。康奈尔大学塞奇研究生院在1992年春通过吉尔默奖学金资助我另外半年的资金。梅隆基金会奖学金提供了一整年的资金使我能够完成这篇论文。莱斯大学为我1995年夏天提供研究资金,使我能够在柏林和法兰克福搜集资料。最后,我要感谢乔治城大学的德国与欧洲研究中心,1995年至1996年,我作为博士后研究助理,获得了充裕时间和其他资源,使稿子能够完成。康奈尔大学、比勒菲尔德大学、密歇根大学法学院、莱斯大学和乔治城大学的图书馆员帮助我找到了很多资料,对此我非常感谢。

在康奈尔大学做博士论文期间,多米尼克·拉卡普拉、伊莎贝尔·V.胡尔、戴维·萨宾,以及米歇尔·施泰因伯格等人是杰出且有帮助的建言者、批评者和审读者。在比勒菲尔德大学做研究的日子,联邦宪法法院的迪特·格里姆法官和比勒菲尔德大学法学院是友好且乐于助人的东道主。在1991至1992学年中,柏林自由大学法学院的克里