

LEGALITY AND LEGITIMACY
合法性与正当性

魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒

Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar



David Dyzenhaus

[加] 大卫·戴岑豪斯 著

刘毅 译

LEGALITY AND LEGITIMACY
合法性与正当性

魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒
Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar



David Dyzenhaus

[加] 大卫·戴岑豪斯 著

刘毅 译



图书在版编目(CIP)数据

合法性与正当性：魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒 / (加)戴岑豪斯著；刘毅译. — 北京：商务印书馆，2013

ISBN 978-7-100-10084-7

I. ①合… II. ①戴… ②刘… III. ①法律—研究—魏玛共和国 IV. ① D951.69

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 142215 号

所有权利保留。

未经许可，不得以任何方式使用。

合法性与正当性

——魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒

〔加〕大卫·戴岑豪斯 著

刘毅 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

山东临沂新华印刷物流集团

有限责任公司印刷

ISBN 978-7-100-10084-7

2013 年 8 月第 1 版 开本 960×1300 1/32

2013 年 8 月第 1 次印刷 印张 11 $\frac{1}{8}$

定价：49.00 元

Legality and Legitimacy:
Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar

by David Dyzenhaus

Copyright © David Dyzenhaus 1997

Originally published in English in 1997.

This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

Simplified Chinese edition copyright © 2013 Shanghai Sanhui Culture and Press Ltd.

Published by The Commercial Press

All rights reserved.

纪念我的祖父——路德维克·戴岑豪斯

一位波兰犹太律师

1940年在华沙的帕尔米利（Palmiry）被德国警察杀害

前言

魏玛共和国(1918—1933)的崩溃依然是当代政治论争中挥之不去的话题,而那些对自由民主体制之基本价值表示质疑的团体,则在不断获得支持的情况下再一次对前者提出了挑战。如果当代政治学和法哲学想要解决多元主义的问题,则必须直面这样的挑战。而且一旦涉及如何解决多元主义的问题,就会自然凸显出自由民主制下之法律秩序及其正当性的重要性。显然,魏玛共和国可以成为研究此问题的理论良田,因为魏玛共和常常被视为一种悖论式案例,即自由民主制的敌人居然能够利用法律制度从内部推翻自由民主制本身。

xi

在本书中,我将通过魏玛共和国最后几年的历史来透视上述问题。我的注意力将集中在三位杰出的法律与政治理论家:卡尔·施米特、汉斯·凯尔森和赫尔曼·海勒(Hermann Heller),他们深度介入了当时的政治与法律论争。

英美法哲学与政治哲学界最近开始将施米特视为一位重要的学者,而不是因为其与纳粹的关联变得臭名昭著的魏玛时代法学家。我认为对施米特著作的重新关注是应当的,他应当被视为自由主义的重要批判者之一,但是同时我要强调,我们必须彻底否定施米特的价值立场。

凯尔森被英美世界所熟知是因为他倡导一种严格的、价值无涉的或科学的法律理论。一方面我认为,如果把凯尔森的纯粹法学理论限定在政治理论的范围内——与他自己的意图相反,也与凯尔森研究者

们的理解相反——反而会使该理论得到最恰当的理解;另一方面,我又认为恰恰是凯尔森自己的理论目标颠覆了纯粹法学理论本身。

令人遗憾的是,海勒在德国之外几乎无人知晓。但是我认为,他的关于法律秩序之正当性的社会民主理论,其价值应在施米特和凯尔森之上。在我看来,海勒的理论事实上可以对发生在当代几位重要思想人物——德沃金、哈贝马斯、哈特和罗尔斯——之间的论争提供很多参考。

本书所要研讨的一些著作大多未被译为英文,也不被英美学界所熟知。因此,我必须在书中非常全面地阐释各家立场,以便为评价各家立场以及展开我自己的分析提供坚实的基础。

本书采取了一种被哈罗德·伯尔曼称为“综合法理学”模式的法哲学与政治哲学,这种模式涵括了政治、道德与历史。我的论点会体现在对本书三个主人公之思想立场的阐释,以及对其思想的历史背景以及对当代政治法律哲学论争之意义的分析之中。为了避免读者被过多的阐释所困扰,我会将问题集中在第一章至第五章所涉及的当代论题之中。

致谢

本书的写作缘起于我最初接触到知识理念世界的时候。在大学一年级时,我开始与我的父亲亚历山大·戴岑豪斯(Alexander Dyzenhaus)讨论本书所涉及的主题。我们的话题集中在马克斯·韦伯以及卡尔·雅斯贝尔斯的意义上,我父亲认为马克斯·韦伯应该是那个充满混乱和相对主义的世纪中唯一把握住“精神”因素之重要性的哲人。因为我父亲的信念来自于他的个人遭遇,包括在华沙犹太聚居区以及在一座充满敌意的城市中作为一个犹太人度过的恐怖生活,所以我非常珍视他的观念。我与父亲之间的讨论一直持续到 he 离世的 1990 年。

xiii

我们所讨论的内容和背景部分来自于南非金山大学(University of the Witwatersrand)政治学系教师们的教诲。法律方面的特别熏陶来自 John Dugard——我在金山大学法学院的法理学老师。我要感谢他在我的学术道路上给予的指导,其中包括他在课堂上讲授的哈特与富勒的论战(见 1958 年的《哈佛法律评论》)。

本书最初的研究是于 1993—1994 学年在海德堡大学法学院开始的,这一年得益于洪堡基金会的慷慨资助。加拿大社会科学人文研究理事会同样给予持续不断的基金资助。感谢我所在的多伦多大学法学院院长 Bob Sharpe 和哲学系讲席教授 Wayne Sumner,包括他们的继任者 Ron Daniel 和 Mark Thornton 给予我方方面面的帮助。

在海德堡期间,Winfried Brugger 给我热诚之至的关照,他帮助我初步形成研究的规划并给予我各种形式的帮助,包括对我的初稿提出批

评建议。Ingrid Baumbusch 是 Winfried 的讲席秘书,也为我提供了很多建议和帮助。在海德堡我与 Heiner Bielefeldt 分享一间办公室,在此期间以及翌年 Heiner 在多伦多期间,我都从他身上受益良多。我还感到特别幸运的是,能与同事 Robert Howse 就我的研究展开广泛的讨论。

我还从以下诸君的讨论和通信中获益很多,他们中的很多人都对我的初稿提出了建议:David Bakhurst, Carl Caldwell, Renato Cristi, Neil Duxbury, Jeff Holzgreffe, Andrew Kernohan, Dominique Leydet, Neil McCormick, John McCormick, Arthur Ripstein, Bill Scheuerman, Christine Sypnowich 和 Mike Taggart。1993—1994 年以及 1995—1996 年我在多伦多大学开设了研讨课,参与该课程的哲学系和法学院的学生们给我很多启发。赫尔曼·海勒先生的两位女儿 Ruth Ingram 和 Jane Wini-kus,以及 Elaine Robson Scott 帮助我更好地了解海勒先生。多伦多大学法律图书馆馆员 Bora Laskin 一如既往地对我的研究提供方便。Paul Michell 在研究初期提供了有价值的协助,Nicholas Devlin 帮助我将终稿的版本调整至适当格式。

最后,我要感谢 Cheryl Misak,她总是能给我最细致的批评,还有最重要的是,她和我们的儿子 Alexander 使得我们一起在德国度过的一年充满了愉快。

感谢以下出版机构惠允我在其出版著作中加以引用:牛津大学出版社的凯尔森著作:《法学理论问题导论》(牛津,1992);J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 出版社的赫尔曼·海勒著作:《海勒全集》(图宾根,1992);以及 Duncker & Humblot(柏林)出版的卡尔·施米特诸著作。此外,感谢乔治·施瓦布(George Schwab)教授(卡尔·施米特的英文译介者)允许我在本书第二章广泛引用施米特的著作篇章。

目 录

前言	1
致谢	1
第一章 合法性与正当性:魏玛的返照	1
第一节 紧急状态	7
第二节 魏玛概述	21
第三节 1932年7月20日的政变	33
第四节 第48条与法院的判决	38
第二章 朋友与敌人:施米特与法律政治学	44
第一节 主权决断	49
第二节 作为人民意志的法律	60
第三节 自由主义,议会主义与法律实证主义	69
第四节 宪法的守护者?	83
第五节 自由主义的视域	99
第六节 反犹太主义及其辩解	114
第三章 实践中的纯粹理论:凯尔森的法律科学	119
第一节 凯尔森对施米特的批判	126
第二节 凯尔森对宪法第48条的评论	143
第三节 上帝、国家与民主	154
第四节 合法性原则	173

第五节 凯尔森思想的内在冲突	184
第四章 法律秩序的正当性:海勒的法律理论	188
第一节 国家理论的危机	196
第二节 文化、社会与国家	207
第三节 国家与法律的正当性	212
第四节 民主与同质性	218
第五节 作为人民意志之主权表达的法律	228
第六节 宪法性法律的概念	235
第七节 个人的法律良知	247
第八节 法律秩序的理念	251
第五章 魏玛的教训:合法性的正当性	256
第一节 施米特与罗尔斯论正当化问题	258
第二节 哈贝马斯论法律的民主形式	277
第三节 赫尔曼·海勒与当代政治哲学和法哲学	290
参考文献	304
索引	320

第一章

合法性与正当性：魏玛的返照

合法性与正当性的关系问题是法哲学与政治哲学中最为重要的主题之一。我第一次碰到并尝试解决这个问题是从对一个判决的案件分析开始的,即对一个服务于种族隔离观念的法律的司法解释进行研究。这种“邪恶的”法律制度似乎说明合法性与正当性之间没有联系。但是,这些南非的案例也正说明,那种非常好的法律观,即能够建设性地推进法律实践的法律观,总是认为合法性与正当性是有联系的;相反,如果以那种否认二者联系的法律观为指导,则会导致极其糟糕的法律后果。因此,我支持朗·富勒和罗纳德·德沃金关于法律的观念,他们都认为合法性与正当性之间有着密切的联系,而反对持相反观点的英美传统的法律实证主义观念。¹

富勒第一次表明他的立场是在与哈特——这个 20 世纪英美法律实证主义传统的旗手——的论战中,² 这场论战部分聚焦在由拉德布鲁赫在二战结束不久所提出的一个主张,他认为当时所盛行的法律实

1 David Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy* (Oxford, 1991).

2 H. L. A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983) 49; Lon L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review*, 71 (1958), 630.

证主义是纳粹的帮凶。³我最近的课题也是考查这一主张,而且我又一次得出结论,即法律实证主义阻碍了良好的法律实践。

2 我的第一个任务转向对法律实证主义的老生常谈式的反驳,即肯定合法性与正当性之间的联系。同时,第二项任务则更多地关注于政治哲学中不同立场之间的关系,当然,这个问题对于引起法律实证主义和纳粹主义之争论的法哲学来说是同样重要。因此,魏玛共和时期的法律与政治文化对我来说尤其重要。正是在此时期,即纳粹攫取权力之前,政治哲学与法哲学之间的关系格外值得关注。

第一个值得关注的是纯粹法学理论,其发明者为汉斯·凯尔森,欧陆传统之法实证主义的首席代表。第二个登场的是卡尔·施米特的共同体存在主义(communitarian existentialism),他主张合法性与正当性之间存在联系,但他秉持的是一个高度政治化的法律观,认为法律和道德都来源于不同群体之间为了争夺政治优势而发生的斗争。第三种立场由赫尔曼·海勒提出,他也赞成在合法性与正当性之间建立联系,但与施米特不同,他提出一种政治和伦理意义上的法律,这种法律对政治权力施以真正的约束。

以上诸种立场在德意志联邦政府 1932 年的政治决策中得到鲜明的比较。1932 年 7 月 20 日,陆军元帅冯·兴登堡(Hindenburg),也即当时的总统(Reichpräsident),签署了一项“关于恢复普鲁士邦之公共安全与秩序”的法令⁴,这项法令将德国的初次民主试验推向了面临崩溃的危机时刻。

总统之所以有权签署这项法令,来源于魏玛宪法第 48 条关于紧急

3 见 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Stuttgart, 1973) 附录中的文章,特别是‘Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht’(1946),339—350。著名的“拉德布鲁赫公式”(在德国众所周知)主张,法律中的非正义达到一定程度时,该法律就丧失了合法性。见第 345—346 页。对此关键部分的翻译,见 Stanly L. Paulson, ‘Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist” Theses’, *Law and Philosophy*, 13 (1994), 313, 317。

4 RGBI. 1932 I, S. 377.

状态下之权力的授权。该法令还任命联邦总理弗兰茨·帕本(Franz von Papen)为普鲁士——德国最大且最有势力的邦国——的长官,并授权他接管政治机器。法令是由帕本内阁颁布的,同时也构成了国防部长施莱歇尔(Schleicher)将军之战略规划中的组成部分。该法令针对的是普鲁士政府——一个由社会民主党(SPD,主要的社会主义政党)主导的联合政府——的软弱和怠惰,以平息普鲁士邦内部出现的政治骚乱和暴动。这个联合政府本来是阻止纳粹攫取权力的最重要的制度保障,却被该法令一笔勾销了。

施莱歇尔同帕本内阁中的其他右翼贵族成员,都视该法令为剥夺社会民主党政治地位之计划的第一步。之后他们就能够借此镇压共产党人,同时将希特勒纳入威权主义日益强势的内阁,以便驯服和控制他。只要希特勒保持中立,上述战略就大功告成了。这个志在清除掉所有反抗和障碍的内阁,就可以凭借法令来统治德国了。

在该法令颁布的时候,普鲁士政府也可以选择武力反抗。一方面由于武力行动似乎最终难免以失败而告终;另一方面因为社会民主党宁愿诉诸合法性,即选择在最高法院(Staatsgerichtshof)——根据魏玛宪法而建立的旨在解决联邦政府与邦政府之间宪法争议的法院⁵——挑战该法令的合宪性。10月下旬,最高法院作出了基本上是维护该法令的判决,而此时的社会民主党已经丧失了政治力量。⁶

这起事件在法律和政治上的重要性在当时显而易见。最显赫的公法理论家们在法庭上吵作一团,把这件法律纠纷变成了教授间的战斗。其中就有施米特——当时右派最重要的法学家以及施莱歇尔的首席法律顾问;还有海勒,他为普鲁士社会主义者的议会党辩护。

那时的凯尔森是科隆大学的法律系主任。虽然他没有参与到法庭

5 根据魏玛宪法第19条,最高法院(Staatsgerichtshof)有权裁决一州之内、各州之间,以及州与中央政府之间的宪法纠纷。总统负责执行该裁决。

6 该判决的全文以及法庭上的辩论,见 *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof: Stenogrambericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis. 14 und vom 17. Oktober 1932* (Glashütten im Taunus, 1976)。

的审理过程,但他觉得有必要在判决书正式出版之前写一份详细的分析报告。⁷ 凯尔森多年以来一直是施米特(包括海勒)的首要批判标靶之一,在这篇判决分析之前,凯尔森对施米特主张总统是魏玛宪法之守护者的论文进行了严厉的批判。⁸

法院的判决支持了施米特的立场,他在这次教授间的战斗中获胜。尽管由于施米特在1933年后卷入纳粹,因此战后被剥夺了教学权,但他对德国公法和政治理论的影响一直持续到今天。他仍然是有影响力的公法学家、政治学者和记者们崇拜的偶像,德国宪法法院亦对他重视有加。他吸引着越来越多的信徒,在美国,在其他地方,特别是在欧洲和那些不久前有过法西斯或高度威权政府统治经历的国家。当适应多元主义诉求的宪政或法律秩序理念日渐陷入危机的时候,施米特作为这种秩序的根本反对者,就有可能赢得更多的听众。

与之相反,作为犹太民主主义者的凯尔森被迫于1933年离开他在科隆大学的教职。(值得一提的是,此前施米特也曾调入科隆大学法律系工作,他照例需要寻求凯尔森对其调动的支持,他的回报就是参与了驱逐凯尔森的阴谋。)⁹ 凯尔森取道日内瓦和布拉格,最终到达美国。尽管历尽艰辛,但他仍旧不懈地工作和写作,直至耄耋之年。但是只有为数不多的专家在研究他的实证主义法哲学,而更多注意力被吸引到由英国法学家哈特发展出来的法律实证主义上。

海勒1933年逝于马德里,年仅42岁,之前正在着手详细阐述其名为“国家理论”(Staatslehre)的法哲学。¹⁰ 当纳粹在1932年末覬覦权力

7 Hans Kelsen, 'Das Urteil des Staatsgerichtshof vom 25. Oktober 1932', ('论1932年10月25日最高法院之判决') *Die Justiz*, 6(1930—1931), 576。

8 Hans Kelsen, 'Wer soll der Hüter der Verfassung sein?' ('谁应是宪法的守护者?') *Die Justiz*, 8(1932—1933), 65。

9 见 B. Rütters, *Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich* (《堕落的法:第三帝国的法学教授与法官》) (Munich, 1989), 138—139, 引自 Hans Meyer——凯尔森当时的学生——的回忆录。

10 手稿因保存完好而得以于1934年在荷兰出版,再版于海勒的全集 *Gesammelte Schriften* (Tübingen, 1992), iii. 79。

的时候,作为一名犹太人和政治上活跃的社会主义者,海勒曾是纳粹的重要打击目标。应拉斯基(Harold Laski)的邀请,海勒赴英国作学术旅行。根据1933年4月7日纳粹的“重设公职人员法”,他被剥夺了学术职位。之后,他接受了马德里的一个教职,希望能在那里完成他的“国家理论”,其后芝加哥大学也曾向他发出过教职邀请。他死于心脏病,作为志愿者在一战前线服役时曾留下后遗症,再加上魏玛共和国的覆灭,以及政治生涯中所承受的巨大压力,终于使他不堪重负。海勒是魏玛时代最杰出的公法学家之一,但是比起施米特或凯尔森在德国的影响,他的声名沉寂。直到最近仍旧不为英语世界所了解。¹¹

本书第二、三、四章分别描述本书的三个主要人物。我力图使其中一人反驳另一人,建构一种贯穿始终的“隐匿的对话”。¹²第五章把前述主题汇聚在一起,将这三人的思想带入到当代政治与法律哲学的论争中。

站在海勒的角度,我认为凯尔森的法律实证主义尽管确切来说并没有为纳粹服务,却不能为阻挡纳粹的夺权提供法律上的资源。接下来我还会以海勒的立场,批评施米特的共同体存在主义为纳粹上台做出了积极贡献。我的观点是,海勒的观念能够为当代法律和政治哲学的论争提供一些实质性的参考。

弄清理论与实践之间的关联是尤其重要的问题。对于纳粹掌权的原因,不能归罪于法律实证主义,也不是诸如施米特之类的法西斯法律理论,更不是二者的结合。海勒的法律理论同样不能阻挡猖獗的法西

11 对海勒的出色研究,见 William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. (Cambridge, Mass., 1994) 以及 Ellen Kennedy, 'The Politics of Toleration in Late Weimar: Hermann Heller's Analysis of Fascism and Political Culture', *History of Political Thought*, 5 (1985), 109。

12 这个词来自迈尔(Heinrich Meier)论施米特与政治哲学家施特劳斯的一本书的副标题——《卡尔·施米特,列奥·施特劳斯与“政治的概念”:隐匿的对话》(*Carl Schmitt, Leo Strauss und 'Der Begriff des Politischen': Zu einem Dialog unter Abwesenden*[Stuttgart, 1988])。

斯主义。联邦德国前总统的话或许有些道理:魏玛的根本问题既不是宪法的问题,也不在于法律理论,而是因为缺少足够多拥护民主的人。

但是,在本章以及其他章节中,我将探寻那些不同理论指导下的实践究竟带来了什么样的结果,通过这样的方式将理论与实践联系起来。没有足够多拥护民主的人来支撑魏玛体制,就意味着没有足够多的人民选择正确的政治诉求。对这些政治诉求的阐释和辩护构成了整体的组成部分,这部分所占比例不大,但起到了十分关键的作用——保证了政治诉求的实现。

与安东尼·葛兰西(Antonio Gramsci)一样,我始终认为,准确来说,法哲学和政治哲学就是对政治诉求在理论上的阐释与辩护,它们通过这种方式对实践产生影响。¹³哲学之所以重要是因为它在理论层面上的价值,对于改变现状或维持现状来说,哲学是必要条件,但绝非充分条件。不充分的反思必然导致不充分的实践。因此,不能把理论与实践的联系视为简单的因果关系,理论与实践的联系对于评价特定的理论具有重要意义。

正如葛兰西所言,所有的政治参与者都是哲学家,因为他们的行动都以某种哲学为前提,即便他们不愿或不能详细阐述这种哲学。相反,即使他们否定了其哲学预设,专业哲学家的理论仍然构成了其思想的组成部分,并以非常复杂微妙的方式影响到他们的现实实践。理论是对实践的反思,从而决定应当维持还是改革实践。

因此,本书的主要目标之一,就是讨论上述三种重要的法哲学立场的实践影响。讨论主要局限在魏玛时代,重点说明上述三人的思想对于理解魏玛宪政之具体问题的重要性。¹⁴如果不做这样的限制,本书的

13 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks* (London, 1976), 5—23.

14 有一个明显的问题:为什么只讨论此三人而不顾及其他,例如拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)、斯门德(Rudolf Smend)、以及法兰克福学派的法学家们?原因在于,我主要讨论的是宪政理论以及法哲学和政治哲学,而拉德布鲁赫的思想主要集中在私法领域。斯门德的确是当时公法领域的一个(转下页)