【人物与思想】

论施密特的具体秩序思维

张 强

【摘 要】施密特将法分解为规范、决断和具体秩序三个基本要素,具体秩序是规范生成与适用的背景,是决断的制度性条件,因而是法的最终概念。具体秩序生成于社会内部,其形式载体是制度,实质内涵则为正常情形下的整体状态,包含功能主义秩序和伦理实质两部分。具体秩序思维可以通过概括条款得以贯彻,实现对形式主义的扬弃,但这引发了法律不确定性问题。施密特主张通过"共识性"方案解决这一问题,但却为纳粹意识形态介入法律提供了通道。尽管如此,施密特的法理论在深化对于法律本质的认识上的智识努力仍是值得肯定的,为我们提供了一个看待"法"的多元视角。

【关 键 词】具体秩序;制度;伦理实质;概括条款;法律不确定性

【作者简介】张强,男,中国人民大学法学院博士研究生,从事法理学研究(北京 100872)。

【原文出处】《求是学刊》(哈尔滨),2017.1.105~112

【基金项目】中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)项目"卡尔·施密特具体秩序思维研究及其对我国法治建设的启示",项目编号:15XNH016。

诚如哈特所言:"人类社会的问题,极少像'什么是法律'这个问题一样,持续不断地被问着,同时也由严肃的思想家以多元的、奇怪的,甚至是似是而非的方式提出解答。"[1](P1)德国著名法政思想家卡尔·施密特也曾致力于此,施密特始终认为所有的法哲学之基本问题乃是法的问题,而法的问题即是法的本质的问题。[2]他在《论法学思维的三种模式》中将法学思维模式区分为规范模式、决断模式和具体秩序思维,指出法学思维模式的区分取决于"法"究竟是被理解为规则、决定还是秩序,不同的法概念取向会导致不同的法学立场。[3](P45-49)具体秩序思维是施密特在该书中着力论述的对象,表明了他对法的本质的认识。法理学作为研究法的基本原理的学科,理应对其有所关注,然而,目前法理学界对其法学思想鲜有问津。本文拟根据施密特在纳粹倒台之前的论著对其具体秩序思维进行分析,挖掘其理论内涵。

一、具体秩序思维在施密特法概念观中的定位

施密特指出规范、决断和具体秩序已经涵盖了一切对法的理解,但法概念只能是其中之一,即法的最终概念。[3](P45)那么施密特的最终法概念为何呢?从相关文本来看,这三种法概念观有内在的逻辑关联,最终法概念为具体秩序,它制约着规范和决断,具体阐释如下:

(一)规范论的内在困境:法不自行

在1914年出版的《国家的价值与个体的意义》中,施密特坚持新康德主义应然与实然二元论的立场,主张法本质上是规范,无法从作为纯然事实的权力中导出,规范独立于个人而有效,指向于一些有上下层级的自存的意义或价值。法的世界就是由这些具有层级性的意义与价值等抽象事物所构成的世界。这些意义或价值无论是否被实现,都不会影响其完整性与独立性,因为法的"应当"只能再次由法来证成。作为规范的法不意图自我实现,也不可能自我实现。那么,如何在规范和事实两分的情况下,实现法的应然世界与事实的实然世界之间的联结,从而影响实在呢?这就是法的实现问题。为了解决

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

这一难题,施密特主张国家作为法与事实之间的中介,因为抽象的法规范不会主动与实在产生联结,必须通过国家权力的行使,根据抽象的法规范,创设具体的规范,即国家性的法,去涵摄事实,对实在造成影响。但进一步的问题是,国家作为中介的凭借是什么,国家就一定能无谬误地根据抽象法创设国家性的法吗?为此,施密特认为某种足以确定内容、但可能牺牲正确性的"主权性的决断"会是必要的,与此相伴而生的是对"某种不会犯错的主管机关"的需求。①可见,施密特以法是规范立论,主张法与事实的二元区分为开端,在解决法的实现这一难题的过程中,鉴于法不自行逐渐走向了决断论的立场。

(二)决断论对规范论的解困:人格性因素的引入

施密特的决断论思想集中体现在1922年的《政治神学》中,他开篇即言:"主权者就是决定非常状态的人"②,这一理论表述直接将充满人格性因素的"决断"纳入了法学框架。非常状态是常规的界限状态,常规止于非常状态开始之处。常规代表的一般规范永远不能规制非常状态之情势,规范要求同质的中介,所有一般性规范都要求一种正常的日常生活框架,以使自己能够在实际上运用于这种生活框架,而非常状态打破了这种日常生活框架,使得规范法学根本无用武之地。此种情势下,既有的法律秩序荡然无存,所需要的是一个决定是否出现了极端紧急情况以及采取何种措施消除这种情况的决断者,这个决断者就是主权者,主权者将宪法悬置,实行宪法未规定的行动,从而建立新的秩序,结束非常状态进入常规状态。[4](P5-9)

在围绕主权对决断论的基本观念进行阐述后,施密特进一步强调了人格性因素的重要性,他指出法律观念不可能自我实现,它在转化为现实之前需要某种特定的组织和形式,在每次转化中,都存在着一种有个体人格或具体个人承担的"介入权威"。在从一般的法律规范中形成实定法以及在司法和行政机构对一般性质实定法律规范的运用中,均是如此。[4](P20-21)其实,人格性因素对于法律实现的重要意义早在施密特1912年的《法律与判决》一书中就被重点阐释过。施密特通过对法官形成判决的实践的分析,证明了任何法律实践都是以决断为基础的,并且最终都是基于那些不再能够涵摄到既有的自然法的或实证法规范下的决断。抽象、普遍的规范与具体、特殊的实在之间的鸿沟是无法克服的,法要实现则必须通过法律实践,而法律实践中能够联结规范与实在的那个点,就是决定。③至此可知,决断论的决断包含创造法律秩序的主权决断与实现法律的法官判决两个层次,主权决断开出法律秩序,优先于法官的判决,法官的判决预设法律秩序的存在,而法律规范的效力预设了国家的存在。这两个层次相互衔接,人格性因素贯通始终,决断开出规范并导引规范联结于现实。

(三)具体秩序:规范与决断的条件

决断论将人格性因素引入法律实现中后,规范的运用与实现就不再是自我证成了,规范仍然是法律的要素,但已然不是最终的法概念了。至于决断是不是最终的法概念则取决于具体秩序思维与决断论之间的角力。施密特对具体秩序思维的阐释连接于对规范论的反对,并且勾连出具体秩序思维与决断论的内在关联。

施密特对规范论的诘难体现出了具体秩序对于规范的框架性意义。他以"法秩序"这个联结词作为起点说明"规则"与"秩序"之间的界分。在规范论者眼中,法秩序中作为"规则"的法与秩序是同一的,"秩序"一词仅具有象征性意义,指规则加总后的集合体。他们将"秩序"用于说明一个具体处境是否符合抽象规范的内涵,当规范稳妥地适用于具体处境时,为"合于秩序",反之为"无秩序"。具体处境与抽象规范是分离的,所有现实生活中的合法与非法均被规范论者简化为规范适用的前提,例如,犯罪行为并不代表秩序的破坏,而只是纯粹的"构成要件",事实状态被中性化,不关注具体的现实秩序是否被破坏。在施密特看来,这肇因于规范论者将规范意义上的"规则"作为"法"的独占性内涵。然而,称之为"法"的无论是"Nomos"还是英文中的"law",其内容都可能是规范、决定或秩序。具体秩序思维是将秩序作为法的固有要素,规则只是构成秩序的一部分,是秩序的手段。规则依附于具体秩序,它们只有在现存秩序框架内才有某种程度的管制功能。[3](P50-57)换言之,规则的适用必须关注现实的具体秩序,不能脱离

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

情境性,“一切法律均是具体处境中的法”[4](P10)

除此之外,法律的适用和实现决定了我们必须置身于决定和秩序之中。如前所述,抽象、客观的规范或法律要作用于具体事件或个人产生效力,必须依赖法官适用法律所做成的决定,法官的主观意志是联结抽象法律规范与具体事件的关键要素。而只以法律为依归的独立法官,并非规范论式的概念,而是一个秩序性的概念、一个具有管辖权的机关、由官员官署所组成之秩序体系的一部分。[3](P55)因而,决断是秩序内的决断,秩序是决断的制度性条件,秩序成为更根本的法。但仅凭此尚不能断定具体秩序是施密特的最终法概念。因为在非常状态下,主权者的决断源自规范上的虚无,以及具体的无秩序。决断开出新秩序,进而形成规范,主权者的决断是最根本的法源,是绝对的开端。[5]这关系到对非常状态的理解。非常状态代表了人类生活的极端处境,是人类常规状态的对照面,相对于“一般”的常规状态而言,它属于“特殊”。施密特借用克尔凯郭尔的观点对这种“特殊”的意义进行了说明:“特殊解释一般及其自身。如果人们想正确地研究一般,就只好先找到真正的特殊。特殊比一般更清楚地揭示一切……如果他们无法得到解释,那么一般也无法得到解释。”[4](P11)可见,施密特对非常状态的阐释是以常规状态为目标的,主权者的决断就是为了从非常状态过渡到常规状态,因而,非常状态只是一种理论工具,常规状态更为根本。既然如此,正常状态下,规范、决断和秩序共存,规范依赖于决断,决断以秩序为条件,受其制约,具体秩序是最为根本的。总而言之,法是人类社会生活的具体秩序,具体秩序内的决断导引规范联结于现实从而影响实在。

二、具体秩序内涵的明晰化

尽管施密特在《论法学思维的三种模式》中多次使用“具体秩序”一词,但他从未给出明确界定。但是,他在相关论述中多次引用了莫里斯·欧里乌和桑蒂·罗曼诺的研究成果,并且曾坦言欧里乌和罗曼诺是他的导师和前辈。[6](P1)因而从他们的理论出发结合施密特的论述推断具体秩序的内涵不失为一种选择。

(一)具体秩序的形式载体:制度

在1933年《政治神学》第二版序中,施密特将制度论作为与规范论、决断论并立的第三种法学思想。然而,在1934年的《论法学思维的三种模式》中,他将制度论替换成了具体秩序或形塑性思维。尽管如此,施密特谈及具体秩序时,作为例证的家庭、婚姻、军队、教会和国家都是制度存在,因此,“制度”仍然是我们理解具体秩序的关键。

欧里乌的制度理论是法实证论居支配地位以来重建具体秩序思维的首次系统尝试。欧里乌认为真正的人类文明表现出一种只能由精神生活来解释的秩序感和组织感。社会是一种有“神秘特性”的“共同生活”,这种神秘特性通过有相同行为方式、思维方式和精神变化的团体表现出来,而团体表现为制度这种阈限实体(liminal entities)。④欧里乌对制度进行了阐释,他指出制度在法律意义上长存于社会情境中,持有实现一项工作或事业的理念,为了实现这种理念,权力就必须被组织起来赋予采取具体行动的机构;另一方面,由于权力机构的指导和程序的规制,在致力于实现这种理念的社会团体的成员中会有共享的表现(manifestations of communion),呈现出一种制度内的秩序状态。[7](P99)因而,制度由秩序性理念、构成性权力和对秩序性理念的普遍接受三个要素组成。欧里乌的理论阐明了制度是为了克服人类生活的无秩序状态,确保人类精神团结的实体,在制度内部有着分明的权力分配和等级结构。这也是国家的基本功能和结构特征,国家是欧里乌制度概念的最高表现。欧里乌还明确指出,宪法秩序不仅将国家作为整体看待,而且以国家团结为目标,所有的社会制度与国家团结相协调并构成国家,为了不抑制自由,它们受到国家主权的平衡。[6](P101)因此,欧里乌的制度主义理论是国家中心式的,国家是诸制度的制度,诸秩序的秩序。

施密特接受了欧里乌的制度概念,并指出制度概念的要素包括管辖权秩序、职务位阶、自治、对峙权力与倾向的内部平衡,内部纪律、荣誉与职务机密,以及上述一切的共同前提,亦即稳定的局势。[3](P100)施密特接受欧里乌国家中心式的制度主义理论与德国当时出现制度过剩分不开。如弗朗茨·诺依曼所言,当时,官僚机构、军队、工业和政党都在第三帝国内开拓出各自的支配领域,他们具备立法、行政和司

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

法权,是各自领域的主权者和权力主义者,对各自的支配领域进行控制并相互之间为争夺资源而竞争和妥协,国家消失于社会。多元行政体制使得整合自治区域的权力成为难题,如果没有综合性秩序将这些自治权力组织起来,制度的稳定性将被破坏。这是施密特所不愿看到的,他主张稳定的政治团结必须重现,而这需要依靠一种高度组织化的政治形式。[8]在施密特看来,欧里乌的制度理论中,国家不再是一项规范或一套规范系统,也不是纯粹的主权决断,而是诸制度的制度,其他为数众多的独立制度都在该制度的秩序中寻得保障及秩序[3](P101),这正是他所需要的。

(二)具体秩序的实质内涵:正常情形下的整体状态

欧里乌的制度理论为说明具体秩序的形式载体提供了支撑,罗曼诺的法律理论则有助于我们厘清具体秩序的实质内涵。

罗曼诺的法律理论也旨在探究法的本质,在他看来,法是其所涉团体的结构和外壳,有以下三个特征:第一,法通常呈现为特定社会情境的具体秩序。以下两条原则表达了法内在于它所处的情境:有法的地方就有社会;有社会的地方就有法。第二,法不是用以确保秩序的,法就是秩序。第三,此种秩序乃是法所涉团体的组织化框架的稳定性。这种组织化框架是通过社会交往产生的,社会主体只有在法律秩序的基础上才能实现共同的目标,从而实现其私人目标。⑤罗曼诺进一步用"制度"对法的组织化性质进行了说明,他指出任何制度都是一个自治的法律秩序,制度是有其自身纪律的社会实体,它包含一系列的权威、权力、规范、惩罚,并由有纪律惩戒权的主体通过内部规章进行治理。⑥可见,对罗曼诺而言,法律与社会不可分离,制度就是法律秩序,是人们进行社会互动的组织化空间。这必然使制度成为角色、规则和功能的网络。因为随着社会互动的展开,人们会在共同实践的基础上形成一系列社会关系。不同的社会关系赋予人们不同的角色,人们基于各自的角色进行交往互动,不断重复的交往互动会促使规则的产生。一种履行义务和完成任务的典型方式会成为制度内其他成员的行为规则,他们被要求履行同样的义务、完成同样的任务,这种约定俗成的行为规则会成为法律规则,划定人们的权利和义务,指导人们的行为,维持人们长期稳定的互动关系。因此,法律规范下的习惯、规律和可计算性都产生于这种法律秩序,规范是秩序变迁的结果。我们可将罗曼诺的制度理论称为互动式制度主义。

法律规范下的习惯、规律和可计算性,即规律性、功能主义式的秩序自然包含在这种法律秩序之中,但它们不能完全反映制度情境的基本实质,即具体的内部秩序。因为,人们在制度内不仅仅通过简单关系互相约束,人们之间还有更亲密和更根本的关系。罗曼诺将这种关系称为"社会上层结构"(social superstructure),这种社会上层结构不仅支配人们之间的简单关系,而且明确他们的"通常地位"(generic position)。⑦施密特借用罗曼诺的理论对家庭制度进行了阐释。施密特指出,只要家庭还存在,立法者和法律适用者就不能抽象地提出一个普遍的概念,而必须接受"家庭"这个具体制度的具体秩序概念。如果接受家庭制度,就必须接受它所内蕴的"良家父"的概念。[3](P60)这表明了制度中存在着产生于"更亲密和更根本的关系"的伦理实质,主要表现为一种具体的身份关系,这种关系"确立了一种永久的、涵括个人之存在的生活秩序,将个人嵌入一个总体秩序中"[9](P74)。这种伦理实质由特定的信念、惯例和价值观念构成,内含并再生于具体秩序之中,是共同体不可磨灭的基因组。[10]它们是在制度中自发生长出来的一种社会实在,不同的制度有不同的伦理实质,法律规范无法对其进行普遍抽象化的一般规定,而这些伦理实质的存在将决定人们的"通常地位",从而决定了法律规范进行功能主义式规制的方式。基于此,施密特认为将每个法律案件都归入现存规范中的规范主义方法是不合理的,他主张引进一种以特定秩序中的成员所使用的惯例为基础的正义概念。这种类型的正义不仅能克服将道德从正义分离出来的自由主义的法学功绩,也能引进一种制度正义的概念。他指出,由于这些秩序所使用的惯例不像政治制度那样容易遭受破坏,因此这种制度正义的概念在发生重大的政治动乱时也能延续下去。[11](P154)

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

从前文可知,具体秩序包含规律性、功能主义式秩序与特定秩序内的伦理实质两部分,这两部分的结合就是具体秩序的整体状态。非常状态下无秩序,因此,整体状态必须以正常性为前提。施密特多次提及“正常性”,但他并没有阐明“正常性”的内涵。诚如罗曼诺所言,“有法的地方就有社会,有社会的地方就有法”,法有其社会根源,那么,法所倚赖的正常性,是一定社会内的正常性。正常性是社会多数成员认同的通常行为方式、认知态度和事物状态,是人们在制度框架内通过长期重复交往产生的一种规范性机制。人们认同的正常性可以作为标准来评判特定主体的行为是正确还是错误,从而为人们的日常生活提供规范性指引。[6](P38)综合上述,具体秩序的实质内涵乃是正常情形下的整体状态。

综上,具体秩序是形式与实质的统一,指的是制度在正常情形下的整体状态。对于规范的适用而言,它构成其社会情境,反映生活脉络之具体现实。

三、具体秩序思维的贯彻及其亲政治性

施密特在《论法学思维的三种模式》中结合德国法学当时的发展对具体秩序思维在德国法中的贯彻做了阐释,具体秩序思维集中体现在概括条款上,成为勾连于政治的通道。

(一)具体秩序思维的贯彻:概括条款及对形式主义的扬弃

在20世纪日益扩展的福利国家的条件下,法实证论®在德国日渐式微,其所秉持的法之安定性的信条被冲击殆尽。其中,概括条款在民法中的广泛运用对法实证论构成直接威胁,并且在自由法治国思维下的两个核心领域——刑法及税法——中表现得最为显著。施密特认为只要“诚实信用”“公序良俗”等概念不再联结到个人主义式的市民交易社会,而是联结到民族整体利益,那么可以在这些概括条款中贯彻一套新的法学思维。[3](P102-104)

施密特对概括条款的肯认反映出具体秩序思维鲜明的反形式化倾向。韦伯在《经济与社会》中对法律进行研究时将形式主义分为两类:第一类中,事实之与法律相关的特征具有可感知性,对表达某些语词、签字或实施某种有确定意义的象征性行动这些事实的外部特征的遵守表现出最严格的法律形式主义;第二类中,事实之与法律相关的特征通过对含义的逻辑分析得以显露,相应地,确定的法律概念以高度抽象的规则的形式表达并被应用到这些事实中。[13](P657)第一类中,职位的或者法官的行动对法律的意义起作用,某种仪式的具体活动——言语的或身体的——某种程度上体现一种实质意义,并将这一意义给予法律。[14](P189)第二类中,“逻辑理性”使外在元素的意义缩小并因此使得形式主义的刚性得以强化。[13](P657)正因如此,麦考米克将这两种形式主义分别命名为实质地理性的形式主义和逻辑地理性的形式主义。[14](P189)其中,后一种形式主义是现代法律的基本特征。以凯尔森为代表的规范论主张规范的效力来源于规范层级的内部回溯,排除伦理、政治、经济等方面的考量,即有效性是被从抽象形式逻辑地演绎出来的,应归属于第二种形式主义的阵营,其所使用的术语是空无“内容”的,不会就法律的相关伦理实质做出任何判断,是价值无涉的。但是需要说明的是,施密特并不否定规范本身,他所反对的是规范论为了形式而形式的法学立场。

至于其为了法律的实现而发展的决断论,之所以被他扬弃,则是因为决断本身也是空洞、形式化的。从本文第一部分对决断论的阐释可以知道,施密特只强调了主权者做出决断结束非常状态,并未言及如何做出决断以及根据什么标准判断决断是否充分合适等问题,在这个层面上决断并不涉及与具体生活现实的关联性。至于司法裁判层面,施密特看重的只是法律实现所需要的决断中蕴含的意志因素。然而,决断的形式之举却并非毫无意义,它是具体秩序中实质要素得以激活的条件,因为在概括条款的司法适用中,法官的决断直接使得具体秩序中的伦理实质在规范的适用中得以彰显。可见,施密特并不是单纯否定形式,而是对形式主义进行扬弃,因为,具体秩序中既包括形式化的规范,也包括伦理实质。

(二)具体秩序思维的亲政治性:法律不确定性问题勾连于纳粹政治

在世俗化的政治社会里,价值多元主义盛行,概括条款的内涵是不确定的,如学者所言,概括条款是一把双刃剑,它一方面使得法官能够不被机械的实

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

证法所束缚,可以灵活地结合生活现实进行裁判,另一方面,它又为法官行使自由裁量权开放了空间。[15](P20)法官援引概括条款进行自由裁量可能得出极为不同的判决,那么,概括条款如何提供可靠的指引?其体现的具体秩序思维是否具有任意性?这些问题起因于法律的不确定性。施密特早已意识到这一点,他在1933年的《国家、运动、人民》中曾指出:"立法者的语词或概念在何种程度上能以可预测的方式约束适用法律的人?如我们所见,如今每个词语和概念在不同的精神和利益试图利用它们时,都变成充满争议、不确定、含混和摇摆不定的。"[16](P49)其实,施密特多年来一直关注法律不确定性这个问题,并将其作为反对自由主义法学的一个阵地。

传统自由主义法学认为法律是没有缝隙的,能覆盖所有案件,每个案件都能毫不含糊地被归摄于一系列明确的一般规范,法官在司法裁判中的角色就如韦伯总结的是一台自动机器,在顶端投入法律文件和费用,机械套用法典条文进行说理的判决就会自动从底端出来。[13](P79)自由主义法学机械地坚持法律确定性的立场受到了施密特的批判,他认为只有在极少数的案件中法律规范足够明确去决定相关行为,归摄模式只适用于这些不同寻常的案件,而大部分案件都属于疑难案件,自由主义法学掩盖了司法裁判的复杂性,夸大了简单案件的数量。[17]施密特还进一步地批评了自由主义法学对法律确定性主张提出的补强性观点:对于主张法官在裁判时不应固守于条文的字面意思,而应集中于立法者的意图,判决以符合立法者的意图为依归的观点,施密特认为它们混淆了国家机关与个人,同质的、统一的立法者意图只是一种虚构,是对国家行为进行的引入误解的人格化,忽视了立法政治的复杂性,立法者意图只是法律解释的结果,而非它的起点。施密特之所以如此认为,是因为他认为裁判者进行自由裁量的解释行为首先会确定一些构成判决基础的主张,然后将符合这些主张的所谓的"立法者意图"归于立法者。⑨对于主张通过富有弹性的法律标准来补充传统的法律概念拯救法律判决的确定性的主张,施密特认为这种策略过于简单化,并未改变将行为归摄于法律规则的基本模式,范围更广的模糊的法律标准反而会使"归摄"的实质被侵蚀殆尽,因为模糊标准不可避免地会为特定案件提供多种替代性的或相互矛盾的答案。⑩也正因如此,在施密特看来,概括条款不但拯救不了法实证论,反而恰恰是对具体秩序思维的贯彻,自由主义法学坚持的法律确定性根本不可能存在,自由裁量在所难免。

如文章第一部分所述,法律的实现问题贯穿于施密特的法概念观,既然在施密特看来法律的不确定性是固有的,那么法律如何真正实现呢?在《法律与判决》中,施密特放弃了自由主义的归摄模式,主张将法官及其同行"共享的职业实践"(shared professional praxis)作为引导判决的客观而严厉的标准,具体而言就是司法判决需要遵循以下原则:如果一项判决可被设想为其他法官会以同样方式做出,那么这项判决才是正确的。所谓的"其他法官"并不是思想实验或理想类型,而是司法这一具体秩序内的实际成员。总之,凡是在一定文化中可以指望法官共同体就某特殊案件达成一致的原则,就应该被采纳来指导法官的具体意见。⑪这是一种通过法官的同质化来对抗价值多元从而确保法律确定性的方案,较为平和中立,无关政治。到1933年,施密特在《国家、运动、人民》中指出法律不确定性的主要根源是在不同种族的嘴里法律的发音是不一样的,当时的司法判决不再是基于共同种族的智识,法律不确定在所难免。法律确定性取决于法官和公职人员的"类型",因此,不是要对司法进行改革,而是要对法律人进行改革,对德国法律的阐述、解释和适用应委托给那些具有种族认同的人。[16](P50)将种族同质性作为标准建立"精神上"同质的法学非常符合纳粹领导人的政治需求,法官和律师接受的法学教育使其免受其他种族智识的影响,也正因如此,法官成了纳粹领导人的忠实助手或同事。在1933年到1936年,德国所有的法律解释必须与纳粹主义内在的种族和智识"精神"相一致,连施密特本人都承认模糊的、开放式条款容易被解释成与纳粹基本原则一致。[18]这使得纳粹将其世界观打扮成了一种新的裁判依据、一种最高的法律渊源,将建立在意识形态之上的、法律之外的、具体的价值混入现行法秩序之中,司法判决为统治者的政治偏好披上了合法外

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

衣。正因如此,具体秩序思维被人指责是为纳粹政权量身定做的理论。⑫

结语

施密特将法的概念分解成规范、决断和具体秩序,其实是从三个角度回答了"法是什么"这个元问题,为我们提供了一个看待"法"的多元视角。虽然具体秩序是施密特的最终法概念,但他并不否定规范和决断的作用,非常状态下,决断开出秩序,创造规范,但是进入更为普遍的正常状态下,决断内在于秩序之中,规范的适用依赖于决断,且规范必须以具体秩序作为社会背景。这对于矫正"法"就是法律规范或规则这种片面的认识无疑具有很强的对照作用。此外,强调规则的抽象化、普遍性无可厚非,但如果过于强调规则体现的抽象法的作用,挤压具体秩序内基于特定的伦理实质产生的正义观,则会造成法治发展的断裂。因为毕竟抽象法"不考虑个体的特殊利益、好处和幸福,同时也不考虑个体的特殊动机、见解和意图"[19](P47),无实质的形式只会流于空洞,必须追求形式与实质的统一。施密特试图通过具体秩序思维在概括条款中的贯彻来实现这一点,却引发了法律不确定性的问题,而他给出的"共识性"方案,从法官共同体到种族认同,最终成了纳粹政治的法学注解,遭人唾骂。尽管如此,施密特思想中的智识却不容否定。

注释:

①See Carl Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, pp.26-82,转引自何明諠:《法作为具体秩序:论史密特的法概念》,台湾清华大学哲学研究所2014年硕士学位论文,第14~20页。

②本句中译本为"主权就是决定非常状态",参见卡尔·施米特:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2004年版,第5页。文中根据英译本进行了调整,参见carl Schmitt, Political Theology: Four Chapters on the Concepr Sovereignty, trans. George Schwab. University of Chicago Press,2005, p.5.

③See Carl Schmitt, Gesetz: und Urteil. Eine Untersuchunq zum Problem der Rechtspraxis, Munich: C.H. Beck, 1968, p49,转引自张旺山:《史密特的决断论》,载《人文及社会科学集刊》2003年第2期,第202页。

④ See Hauriou, La Science sociale traditionelle(Paris, 1898), 5, p.363, cited from David Bates, Political Theology and the Nazi State: Carl Sehmitt´s Concept of the Institution, Modern Intellectual History, 2006(03), p.426.

⑤See S. Romano, L´ordinamento giuridico, 2nd revised and enlarged edition, 1977, pp.26- 27, cited from Mariano Croce, Andrea Salvatore, The legal theory of Carl Schmitt, Routledge, 2013, pp.111-112.

⑥See S. Romano, L´ordinamento giuridico, 2nd revised and enlarged edition, 1977, p.126, cited from Mariano Croce. Does legal institutionalism rule out legal pluralism? Schmitt´s institutional theory and the problem of the concrete order, 7 Utrecht L. Rev. 42 2011, p.55.

⑦see s. Romano, L´ordinamento giuridico, 2nd revised and enlarged edition, 1977, p.67, cited from Mariano Croce, Andrea Salvatore, The legal theory of Carl Schmitt, Routledge, 2013, pp.113-114.

⑧施密特认为19世纪的法实证论是决断论思维和规范论思维的综合体,详细阐释参见[德]卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,中国法制出版社2012年版,第70~82页。

⑨See Carl Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchunq zum Problem der Rechtspraxis, Munich: C.H. Beck, 1968, p.27, cited from William Scheueman, Decisionism and Legal Indeterminacy—The Case of Carl Schmitt. Crso Working Paper. 1996, p.131.

⑩See Carl Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchunq zum Problem der Rechtspraxis, Munich: C.H. Beck, 1968, pp.20-21, pp.40- 41, cited from William Scheueman, Decisionism and Legal Indeterminacy—The Case of Carl Schmitt. Crso Working Paoer, 1996, p.132.

⑪See Carl Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchunq zum Problem der Rechtspraxis, Munich: C.H. Beck, 1968, pp.71-79, cited from Mariano Croce, Andrea Salvatore, The legal theory of Carl Schmitt, Routledge, 2013, p.148.

⑫参见陈林林:《法律方法与法治:以对纳粹司法的反思为中心》,载《法学家》2010年第1期。

参考文献:

[1]H.L.A.哈特《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,北京:法律出版社,2006.

[2]张旺山:《史密特的决断论》,载《人文及社会科学集刊》2003年第2期.

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

[3]卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,北京:中国法制出版社,2012.

[4]卡尔·施密特:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海:上海人民出版社,2004.

[5]Sylvie Delacroix. "Schmitt´s Critique of Kelsenian Normativism", in Ratio Juris, 2005(1).

[6]Mariano Croce, Andrea Salvatore. The legal theory of Carl Schmitt. Routledge, 2013.

[7]Albert Broderick. The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1970.

[8]David Bates."Political Theology and the Nazi State: Carl Schmitt´s Concept of the Institution", in Modern Intellectual History, 2006(3).

[9]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海:上海人民出版社,2005.

[10]Mariano Croce, Andrea Salvatore."Ethical Substance and the Coexistence of Normative Orders: Carl Schmitt, Santi Romano, and Critical Institutionalism", in Journal of Legal Pluralism, 2007(56).

[11]乔治·施瓦布:《例外的挑战——卡尔·施密特的政治思想导论(1921-1936年)》,李培建译,上海:上海人民出版社,2011.

[12]Mariano Croce."Does legal institutionalism rule out legal pluralism? Schmitt´s institutional theory and the problem of the concrete order". 7 Utrecht L. Rev. 42, 2011.

[13]Max Weber. Economy and society: An outline of interpretive sociology. Edited by Guenther Roth and Claus Wittich, Berkeley · Los Angeles · London: University of California Press, 1978.

[14]约翰·麦考密克:《施密特对自由主义的批判》,徐志跃译,北京:华夏出版社,2005.

[15]Thomas Krebs. Restitution at the Crossroads: A Comparative Study. London: Cavendish Publishing, 2001.

[16]Carl Schmitt. State, Movement, People: The Triadic Structure of the Political Unity. trans, by Simona Draghici, Corvallis, OR: Plutarch Press, 2001.

[17]William Scheueman. Decisionism and Legal Indeterminacy——The Case of Carl Schmitt, Crso Working Paper, 1996.

[18]William Scheueman."After Legal Indeterminacy: Carl Schmitt and the National Socialist Legal Order, 1933-1936", 19 Cardozo L. Rev. 1743, 1997.

[19]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆,2010.

Specific Order Idea of Schmidt

Zhang Qiang

Abstract: Schmidt divides law into three elements such as regulation, decision and specific order, which is the generative and applicable background of the regulation, the systematic condition of decision and the ultimate concept of law. Specific order originates in society, the carrier is system, theconnotation is the holistie state in normal condition, including functional order and ethical nature.Specific order can be carried out with general articles, and sublate formalism, which incurs the indefiniteness of law. Schmidt advocates tackling the problem with "common view", which provides Nazism with legal path. Nevertheless, Sehmidt´s legal theory provides a plural "legal" perspective, which is an intellectual effort of deepening the recognition of nature of law worthy of affirmation.

Key words: specific order; system; ethical nature; general article;l egal indefiniteness

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/