西方法哲学文库

论法学思维的三种模式

[德]卡尔·施密特/著
苏慧婕/译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

西方法哲学文库

论法学思维的三种模式

[德]卡尔·施密特/著
苏慧婕/译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

论法学思维的三种模式／（德）施密特著；
苏慧婕译．—北京：中国法制出版社，2012.1
（西方法哲学文库）
ISBN 978-7-5093-3399-0

Ⅰ.①论… Ⅱ.①施…②苏… Ⅲ.①法学-研究
Ⅳ.①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2011）第 263345 号

策划编辑　周林刚　　封面设计　李　宁

论法学思维的三种模式
LUN FAXUE SIWEI DE SANZHONG MOSHI

著者/（德）卡尔·施密特
译者/苏慧婕
经销/新华书店
印刷/涿州市新华印刷有限公司
开本/850×1168 毫米　32　　印张/3.75　字数/60 千
版次/2012 年 1 月第 1 版　　2012 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版
书号 ISBN 978-7-5093-3399-0　　定价：20.00 元

北京西单横二条 2 号　邮政编码 100031　　传真：66031119
网址：http://www.zgfzs.com　　编辑部电话：66067024
市场营销部电话：66017726　　邮购部电话：66033288

西方法哲学文库

许章润　舒国滢/主编

Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens

By Carl Schmitt

©2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Unveränderte Ausgabe der 1934 in der
Hanseatischen Verlagsanstalt Hamburg erschienenen ersten Auflage

北京市版权局著作权合同登记号：01-2011-5858

本书译稿版权透过左岸文化出版社安排取得
北京市版权局著作权合同登记号：01-2011-6086

“西方法哲学文库”总序

国人移译西方律典，绍介西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣索法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人心；

设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润　舒国滢　谨识

孔诞两千五百五十二年，西元2001年秋

目 录

导 读(蔡宗珍) …… 1

第一章 法学思维模式的区分 …… 45

一、规则模式或法规模式(规范论)与具体秩序模式 … 49
二、决定模式(决断论) …… 64
三、十九世纪的法实证论作为决断论思维与规范论思维的综合体 …… 70

第二章 法学思维模式在法律史整体发展中的归类 …… 83

一、德国迄今的发展 …… 85
二、英国与法国的发展 …… 96
三、德国法学的当代情势 …… 101

第三章 结 论 …… 111

导 读

蔡宗珍（台大法律学系副教授）

序曲：《政治神学》中的规范论与决断论区分

卡尔·施密特有关法学思维类型的看法，可分为两个阶段，第一个阶段是《政治神学》一书中的法学思维类型的区分。虽然施密特于此书中，已经提到不同法学思维方式对政治性的影响，但当时他还只将法学思维方式分为规范论与决断论两种类型（Schmitt，1993a：39）。第二个阶段才是本书——《论法学思维的三种模式》中对于法学思维方式所为的三种类型之区分。因此，《政治神学》中有关规范论与决断论之区分，可视为是施密特讨论法学思维的序曲，也可说是《论法学思维的三种模式》的前身。

一九二二年发表的《政治神学》一书，副标题是“主权学说四论”，由此可以很清楚地看出，施密特的政治神学

理论是要处理主权的问题，而对于一个作为政治统一体最高与最终极权威的主权的探求，同时也意味着是对该政治统一体之支配正当性的探求。施密特之所以会在处理这样的探讨主题时，谈到规范论与决断论两种法学思维类型，目的其实是欲指出无法由规范论所证成、甚至可以说让法实证论几乎束手无策的主权性概念，其法理根源其实是在决断论思维，而其法的展现形式，则为一种“决定”。

施密特的论述步骤是，先直截了当地定义出主权的概念，从此一概念所蕴含的关键要素——决定的内涵以及与规范间的关系着手，清楚区隔两者后，再探求决定的法理依据。《政治神学》第二章的标题为“主权性（最高权威性）的问题作为法的形式与决定的问题”，仅从此一标题即不难看出施密特认为最高权威性之所在及其内涵，取决于终极的法究竟是存于规范，还是存于决定的问题。施密特在这一章中其实并未直接说明规范论思维模式的内涵，而是选定几位规范论思维的代表性学者，Kelsen、Krabbe 以及 Wolzendorf，针对其学说主张来加以探讨批判，除了指出欲以“规范”作为建构法学理论之圭臬所蕴藏的矛盾外，也对于规范论者欲从去个人性之（成文法）规范中得出所谓的“法”及其正当性主张深切质疑。

依施密特的看法，决断论思维是一种早于规范论所形

成，但在法实证论主张兴起后，却反遭忽视的一种法学思维。决断论所植基之“决定”本身，如同规范论所植基的法律规范，正是一种独立的法的来源，而且是较诸法规范更根本、更具实力的法源，绝非从规范中导出，且唯有此等法源，才能说明主权性的法理根源。《政治神学》一书的第一句话对于主权者的定义，正清楚揭示此一根源：“主权者，是那决定非常状态的人。”重点在于一个由个人性意志所支持的决定，不但使得正常状态翻转为非常状态，也拥有不必任何规范支持，径行冻结正常状态的全部法秩序的权力。原来支配正常状态的法——法律规范——因而退位，取而代之的是有权支持一个新的法秩序的主权者，也就是作出进入非常状态之决定的人。问题是，这种外于任何法规范而存在且可以否定法规范效力的“主权性决定”，又如何可以还是法学的要素呢？如何证成其乃属一种独立的法源呢？

对此，施密特的论述理路是，先界定规范效力的射程范围，区隔出规范与规范适用两者间的本质差异性，认定从抽象的规范中无法导出具体的决定（包括法院判决、具体的行政作用、个别的诫命等），换句话说，决定并不是来自适用规范的结果，而是一种无中生有的产物，来自虚无，决定的法效力绝非得自涵摄（Subsumtion）或法的论证结果

(das Resultat der Begründung) (Schmitt, 1993a: 38), 决定本身没有正确与否的问题, 而是个人性的意志作用。具有个人性的决定及其形式的权威性, 正是法学思维方式中决断论的特征所在。

由此来看主权与法秩序的关系, 则主权性作为一种进入非常状态的决定, 绝非由任何既有的法规范所授权, 亦非任何法规范所得加以限制, 不从属于法规范, 反而是法规范最终极的根源所在。此种决定本身, 正是法除了抽象法律规范之外的另一种——且较古老的——展现形式。决定正是一种法! 也因此, 法学思维也相应存有两种类型, 一是以法律规范为法之代表的规范论, 另一即是以决定为法之终极所在。从而, 主权的问题自然是一个法学问题, 只不过是不同于扣紧法律规范而思考的法学问题罢了。

以此方式, 施密特也将当时通行的法实证论界定为法学思维方法之一的展现而已, 并不代表法学思维方法的全部, 以法律表现的"规范", 只是法的表现型态之一, 法律并不等同于法。至此, 主权概念所代表的特有的法学思维方式也就昭然若揭, 并获得法学领域内的正当性。施密特循此主张, 因而认为威玛宪法第四十八条有关总统的紧急命令权其实是一种具有主权性质的任务性独裁权, 此等主权之存在与行使并不仰赖法律的支持, 也不受法律的约束,

由此形成他有名的论点：总统行使该条所定的紧急命令权时，并不受该条明文规定之限制。

三种法学思维类型的提出

在《政治神学》之后，施密特在一九二一年的《论独裁》、一九二八年的《宪法学》、一九三一年的《宪法的守护者》均或多或少谈过规范论与决断论之区别，基本上不出《政治神学》中的主张，决断论可说是施密特此一时期的论述重点。然而，如果称呼施密特是“决断论者”，或是以“决断论”来代表其思想类型，也许只能到一九三三年为止。至迟于一九三三年他为《政治神学》二版写的序中已明确表明，法学思维方式应进一步区分为三种，除原有的规范论与决断论外，应该再加上制度论类型（institutioneller Typus），而且自承这是受到他自己的制度性保障（institutionelle Garantie）学说，以及深入研究 Maurice Haurious 之制度理论的影响。

序文中提到，纯粹的规范论是以非个人性（unpersönlich）的规则来思考法学问题，决断论则是于一个个人性（persönlich）的决定中，贯彻那于政治处境中被正确认知到的良法，而制度性的法学思维方式则是于超个人

(überpersönlich) 的机制与组织中发展、掌握法的内涵。他认为，这三种思维方式刚好可以各自配置于其斯时所提出的政治统一体三种要素——国家、运动、人民，但均存有缺失。仰赖抽象法规的规范论思维，容易使得法矮化为功能性的法规，因而制造了国家官僚体制；决断论的法学思维藉由将“一瞬间”功能化，因此总是蕴含有错失植基于每个大型政治运作之上的实然状态的危险。而孤立的制度论思维却可能导向一种助长主权性、封建阶级性之发展的多元主义。因此，唯有以辩证方式诠释、理解“国家、运动、人民”的意涵，方得以超越三种法学思维方式各有所偏的缺失。当此之时，施密特已先行论断在法实证论的主导下，德国国家法学最终发展阶段的特征将是无法再面对、因应具体的宪政争议问题，只能逃避问题。他援用了威玛共和时期 Gerhard Anschütz 那句名言：“国家法到此为止”，[1] 来讽刺法实证论主导下国家法学自我否定的处境 (Schmitt, 1993a: 8)。至此，施密特已经逐渐将其法学建构与纳粹政权的正当性加以结合，第三种法学思维类型——

---

〔1〕 一八六二年到一八六六年之间，普鲁士国会与国王之间爆发了预算案争议，史称“普鲁士宪法冲突”(Preussische Verfassungskonflikt)，当时权威的公法学者 Gerhard Anschütz 说了这句有名的话：“国家法到此为止”，意味着该等宪法争议已非国家法学所可插手处理的问题。日后施密特常以此段历史来讽刺法实证论者逃避实际宪法争议，或置身事外的态度。

此时施密特还称之为“制度性思维”——的提出，已隐隐然有为纳粹政权进行法理论述的用意。

《论法学思维的三种模式》概观

于隔年一九三四年所发表的《论法学思维的三种模式》，施密特正式把他的法学思维类型作一完整的论述，但在内容上其实是延续《政治神学》一书第二章的内容。这篇长文是源自同年所做的两次演讲，一次是一九三四年二月二十一日在威廉皇帝学术促进会，另一次则是同年三月十日在柏林德国国家社会主义党法律人联盟的青年法学家会议，分别构成本书的两大部分。

第一部分是有关规范论、决断论与具体秩序论等三种法学思维方法的类型化分析。施密特首先讨论“规则或法规思维（规范论思维）与具体的秩序论思维”；接者则讨论决断论思维。有趣的是，施密特并未独立分析具体的秩序论，而是将具体的秩序论用来与规范论、决断论作对照、比较。在第一部分的最后，施密特以“十九世纪的法实证论作为决断论思维与法规思维的结合体”为标题，为法实证论的思维方式定性。从此一标题亦可看出，施密特并不认为法实证论是一种独立的法学思维方式，而是结合了决

断论思维与法规思维的一种法学思维的综合体罢了。

第二部分则是将此三种法学思维类型嵌入各自所属的法律史发展阶段之中来探讨其意义与影响。施密特先讨论了德国法学思维方式从古到今的发展历程；其次，则以英国与法国的发展情形作对照；最后，则是论断德国法学的当前处境。

三种法学思维类型的区分

施密特首先开宗明义地论断，法学思维方法不外三种，亦即以规范（规则或法规）为核心的法规思维方式，也就是规范论思维；其次是具体的秩序思维方式；[2] 第三种则是以决定为核心的决断论思维方式。至于盛行于十九世纪的法学实证论，施密特则认为并非独立的法学思维方式，毋宁只是决断论思维与规范论思维的结合体罢了。在这样的类型化之下，法律人所欲研究的“法”，也就不脱“法规”、“具体的秩序与形塑”、“决定”三种面貌，法律人所欲研究的对象，不外就是法规、决定、秩序与形塑，但法

〔2〕 在一九三三年《政治神学》二版序中，施密特将之称为“制度性的思维”，但本书第二章第三节谈到德国当前法学处境之时，特别说明了“制度性的思维”一词不妥之处，并代以“具体的秩序性思维或形塑性思维”。（Schmitt，1993c：48）

学终极的想法，也就是引导发展出法学内容的源头所在，则只会是规范、决定或是具体的秩序。任何法学思维主张，均可归于此三种类型之中，法学发展的各个历史阶段，也都可以依其内涵而分别归类于这三种法学思维方法之中。须注意的是，在此施密特关心的是法学思维方法的类型，而不是法学表现类型，因此，决定论或具体秩序论下当然也存在着法规，但这些法规并不是法的源头或终极形式，其地位远不若规范论思维下的法规。

施密特特别强调，本书所作的法学思维方法的类型化，是一种在法学工作之内所作的法学思维方法的分类，是一种具体的观察方法，也就是须连结到特定民族与特定时期的法学发展。他认为，一个特定的民族在一段特定的时间中，究竟是实践哪种法学思维方式的问题，极具影响性，因为不同的人民与种族可归属于不同的思维类型，且在某一特定思维类型的支配下，可以连结到一个对于该民族的精神性与政治性支配。换句话说，某一民族于一特定时期所采取的法学思维方式，足以影响到该民族于该时期的精神表现与政治支配内涵，同时也显示了其整体法秩序的基本想法，从而亦方可由此来辨识什么样的处境与方式，才是对这个具体的民族而言正常或典型的法律生活与法学思维。从这里也可看出，施密特分析法学思维方式的类型，

可不是在作纯学理性的探讨，而是有更大的企图心，想从法学思维型态导出某些政治支配的正当性，或者说，藉由清楚分辨法学思维型态，以确认“法”之所在及其内涵。从施密特一段影射犹太民族的话中不难看出此一重要端倪：“有一些民族没有土地，没有国家，没有教会，仅仅存在于‘法律’之中；也因此对他们来说，规范论的思维型态似乎是唯一理性的法学思维方式，其他的思维方式都显得无法理解、神秘的、异想天开的，或者是可笑的。”（Schmitt，1993c：9）这段话不但透露出施密特对于规范论以及他眼中之“没有国家的人民”——犹太民族的轻视，同时也泄露了他的种族主义思想，并再次显示了他早在一九二二年的《政治神学》一书中即已表露的主张，即规范论无法支援政治支配之法理需求。

以日耳曼民族法学思维的发展来看，施密特认为德国因为继受外来法学之故，因而走上法学思维取向的迷途。他认为，中世纪时期的日耳曼法学思维还是不折不扣的具体秩序论思维，但自从十五世纪首度继受了罗马法之后，国法学家便扬弃了具体秩序论思维，转而支持抽象规范论思维。到了十九世纪，德国二度继受外来的自由立宪主义之抽象规范论后，更使得德国宪法法学思维撤离具体实际的德国内在问题，而潜遁到“法治国”的抽象规范思维之

下。其结果，对于施密特来说，国家法学没有能力解决真实的宪政问题，最终将不得不宣告“国家法到此为止”，可说是无法避免的命运了。

规范论法学思维的内涵

施密特是以“法”究竟是指规则或法规（规范）、决定或是秩序，区分法学思维方法之规范论、决定论与具体秩序论等不同类型。他认为，每一种法学思维方式均有其认定何者为“法”的特别想法，并且排斥其他思维方式对于法的认知。其中，规范论法学思维的内涵可说是延续在《政治神学》一书中的探讨，但《政治神学》中，规范论是以决断论为对照组，而本书中除了进一步分析规范论内涵并加以批判外，主要是用来与具体秩序论思维作一比较。

施密特眼中的规范论

施密特认为规范论思维的重要特征，在于孤立地看待由规则或法规所代表的规范，并且将之绝对化。规范论眼中的法秩序，是由许多规则与法规所合成，是“量”的概念，法秩序本身并不具有独自的性质，具体的秩序因而被狭隘化为法规。在规范论者的眼中，“秩序”一语，毋宁是

用来说明一个具体处境是否符合抽象规范的内涵，因此，当规范稳妥地适用于具体处境时，便是“守序”（in Ordnung）；但如果相反的，规范无法展现于具体处境中时，也就是“失序”（Unordnung）时，规范仍然是抽象有效的，规范论者并不关心（或者，不必关心）那失序的状态如何解决。以刑法规范为例，犯罪行为对于规范论者来说，只不过是犯罪处罚规定之构成要件事实，是国家得以适用相关处罚规定而发动刑罚权的前提要件，至于犯罪行为对于秩序的破坏，就规范之适用而言，可说无足轻重。所有现实生活中合法与非法、守序与失序等，在规范论者的言中，均被简化为规范适用的前提。施密特进一步以一个例子来凸显规范论者眼中将事实状态中性化的态度：规范论思维下，订婚与作奸犯科这两种事实状况均属于法律适用的前提，因此根本无从区分、也不关心订婚属于守序的行为，而作奸犯科则为失序的行为。从而，规制无数个案的规范或法规从各种个案、具体处境中抽离而出，超越于现实与具体个案中的事实情状，同时也超越于人们变化万端的处境与意志。

正由于规范论以超脱于具体个案处境的抽象法规为法之所在，规范论思维遂得以主张拥有非个人性（unpersönlich）与客观性，以有别于决定论的个人性、秩序

论的超个人性（überperönlich）特征。由此，规范论者俨然成为非个人性的、客观的正义的化身，“法律便是君主”，迥然不同于决定论的个人性的恣意，以及秩序中所蕴藏的封建性、阶层性或其他多元主义特性，也呼应了人们向来所期待的法治而非人治：“仅有法律可进行统治或下命令，而不是那不断变化的各种处境或是人类的恣意。”因此，施密特认为，所有宣称“法治国”（Rechtsstaat）的人，到头来其实都是在追求“法律国”（Gesetzstaat），也就是说，“法治国”在规范论思维取向下，已然质变为“法律国”。

施密特对规范论的论驳

对于规范论的论点，施密特在本书中是以具体秩序论的观点来加以论驳，从而导出具体秩序论的不可或缺以及其于法学思维类型中的优越性。

施密特先从文义上来加以反驳。他指出，古希腊文中所称的“法”（Nomos），如同英文的 Law 一词般，并不限于指称实定法（Gesetz）、法规（Regel）或规范（Norm），而是也包含了决定、秩序等法的表现形式在内。以此方式，施密特先剥夺了规范论者以规范——成文规则或法律——独占“法”之概念内涵的地位，也明示“秩序”本即为法

的一种表现形式，以便为具体秩序论思维建立根基。

施密特接着再从法作为统治者应有的内涵来推敲。他认为，如果法真的是统治者的话，那么法之中就应该蕴含有最高的、非个人性的、但却是具体的秩序性质，如果法只是一种功能模式或只是一个类似火车时刻表的计划，是不配当法治之主的。然而，规范论主张法只能是规范，因此，规范论思维如果要能贯彻，那么规范就只能自我证成，不可以援引非属规范的具体权威为其依据或根源。其结果，纯粹的规范论之下，一方面，所有的君主、领袖、法官、国家等等，均成了规范功能的一部分，而不是规范本身，以便保持规范的纯粹性；另一方面，就规范而言，由于所有的规范均须由其上一位阶的规范来证成，因而从最底端的规范一直上升到最顶端的规范，也就是“众法律的法律”、“众规范的规范”，而此一最高的规范本身，仍是规范或法律，不可以质变为规范以外的权威。在规范论此等法理建构下，法律因而不但可以对抗君主，且更可以在本质上凌驾君主：由于规范仅能由上位阶的规范来证成，规范与君主始终是两条绝不交会的平行线，因此规范绝不会导向君主或领袖的权威与秩序，反因规范就是“法”之所在，规范便成为统治的表现，形成“规范的统治”或“法律的统治”，藉此法律便得以摧毁具体的君主秩序或领袖秩序，

“法律之主因而降服了君主”。施密特认为，规范论的具体政治企图也正是表现在这一点上。(Schmitt, 1993c：13)

规范论思维方式下，规范或法律与君主、领袖、秩序等始终泾渭分明的结果，固然可以凌驾个人性的君主或领袖权威，但却也暴露出规范论的一大难题：抽象，而且自始自终都以去除个人化因素以保持抽象性、客观性的规范或法律，如何作用于具体事件或个人，且产生“效力”？除非规范不再是规范，否则抽象的规范或法律本身无法自行解释适用、操作或强制执行，也无法选定或任命具体的个人来解释或操作法律。仅有的一种可能性——规范论者如Kelsen，当然也看到了——是将“规范之适用”亦视为是“规范”的一种，如此一来，就不会在纯粹的规范体系中，掺杂了非规范要素。

然而，施密特指出，以法官适用法律而为审判、作出个案判决来说，仅服从法律而独立审判的法官，绝非规范性的概念，而是秩序、制度性的概念，法官之所以得以为有权的审判，并不是凭空地、抽象地代表着规范，而是源自一个由机关与公务员所组成的制度体系，法官仅是这个体系中的一环节罢了。个案承审法官之所以有权针对个案审判，并不是依据法规或规范而来，而是由具体法院组织、人事任命而来。因此，漠视制度、组织要素的规范论，根

本无法回答抽象的规范如何能对具体的事实处境产生规范效力的问题。

之所以如此，是因为规范论认为必须去除法之中的个人性（Persönlichkeit）要素，但“法”并非理所当然是非个人性的，如同施密特早在《法律与判决》中即已指出的，若欲将法具体适用于个案事实之中，让法的效力具体落实在真实处境，则必得仰赖一个由个人意志适用法律所作成的决定，决定者的主观意志才是连结抽象法律规范与具体事件的关键要素，法律适用过程中的涵摄作用，绝非事先即已蕴含于抽象规范之中。此外，个人性决定也不应与个别的诫命划上等号，因而误以反驳个别诫命的理由来反驳个人性的决定。如果考虑到所谓的“法”必须要能支配真实状态、解决实际争议，那么抽象的规范反而必须要设法于实际中加以实现。同时，规范最终是无法自我证成的，以所谓“基本规范”（Grundnorm）的假设试图让规范始终是由规范而不是事实所证成的努力，终究只是自欺欺人罢了。

施密特进一步指出，规范论者因坚持以规范适用的角度来看待事实情状的结果，即使是失序的犯罪行为也只是适用相关刑法规定的前提要件而已，犯罪行为破坏秩序的非价性被隐藏起来，甚至被淡化，无形中也使得失序的行为去除了非价性，犯罪行为因而也中性化了。这是因为只

有具体的秩序会被破坏，抽象的、外于个别事实存在的规范始终是有效的，不会因为出现犯罪行为，而就使得法规范被破坏而失效。但是，规范论却对有别于法规存在的秩序视而不见。对于规范而言，犯罪行为破坏了秩序的事实状况变成无足轻重，犯罪事实并不是因破坏了法秩序而受到国家刑罚的制裁，犯罪事实甚至并未“违反”任何一般性规范，“‘从法学角度来看’，根本没有违反什么!”(Schmitt, 1993c：16)。其结果，不论现实上发生多少与规范内容不相符合的事实，该规范的效力丝毫不会受到影响，在这同时，事实上发生的种种破坏秩序的失序行为，却被转化为法律适用的前提条件，其原具有的负面意义似乎也就被淡化了。最后，施密特几近危言耸听地论断，“规范论的合理性与客观性在此将演变成摧毁与瓦解秩序的法学谬论。”(Schmitt, 1993c：19) 施密特并未对这一个强烈论断提出进一步的理由说明，但推敲其意，似乎是因为失序行为既然质变为法规范适用的前提条件，则如果未启动法律适用程序，则在法的意义上，失序行为就就跟守序行为没什么本质的不同，换句话说，尚未启动法律适用程序加以处理的失序行为，其所带来的秩序遭破坏的状况，俨然与井然有序的状况并无差别，从而，秩序的优越性与必要性亦遭到颠覆。

秩序论思维的内涵

藉由对规范论的定位与批判，施密特逐步导出具体秩序论在法学思维类型中的优越性与必要性。施密特正是藉由论述规范论之弊病，而试图堆砌出具体秩序论的优越地位。

施密特之所以在“秩序”前加上“具体”一词，是为了表明法学思维中牵涉到的秩序，不是抽象的、空泛的秩序，而是必定连结到特定国家与人民的秩序。他指出，具体秩序论思维中所称的“秩序”，在法学意义上绝非指单一法规或许多的法规，法规只是秩序的成分与手段之一，单单规范或法规均无法创造出秩序，相反的，法规唯有立足于一个特定的秩序之内，才能发挥相对于秩序而言较小的规制功能（Schmitt，1993c：13）。问题是，具体的秩序既然不是由各个孤立的法规加总而得，那又会是什么呢？

机械性秩序概念与具有法之实质的秩序概念

施密特先检讨、定位一般习称为“秩序”的意涵。他认为，并非不能将人类互动关系中可以预测、掌握的运作，当作是一种可预设的、可预测的、一般性的规则，而“在

互动关系中，那顺畅的、依据规范或规则而行的进程，正显现为‘秩序’”（Schmitt，1993c：19）。然而，这种规则性、功能性的秩序概念，有其极大的局限性，基本上只能适用于那种不具形塑性与动态发展内涵的生活领域，因此仅凭借着一套预设的规则即可顺利完成目标。但对于那些以一套“制度”来形塑其内涵的生活领域来说，恐怕无法以这种功能性秩序概念来掌握。这类的生活领域之中，在正常情形下本即蕴含有各种内在概念，因此，其所可能存在的规范性并不是表现在一套可以预测、掌握的定型化、特定功能取向的规则之上。施密特特别强调，在此所谓的“规范性”，并不仅是在于一套预设规则所具有的可预测功能而已，而是具有一种独立的“法的实质”（rechtliche Substanz），在这种法的实质之中，必然存有若干内蕴的具体概念，毋待以一般性规则予以明文规定，且其中固然也承认有一般性规则以及合于规则的状态，但这些都是由法的实质中衍生的，而不是法的实质本身。由此，施密特的有别于规则、规范或个别具体事实的具体秩序观悄然成形。

施密特进一步以婚姻关系中的配偶、公务员、劳动场所同事、军队中的士兵等的共同生活为例，说明制度所蕴含的独立的“法的实质”。这些因特定法律规定而取得各该身份的人，他们的共同生活（的全貌）并不会被预先规定

好的、有预测可能性的法律规定所完全吸纳。不管是婚姻、公务员、军队、还是其他制度，其具体的内部秩序、纪律与荣誉等，绝无可能巨细靡遗地以法规加以规定。从而，对于立法者以及适用法律者而言，便形成了一个两难局面："要不就是全盘接受并适用那些伴随着各该制度而来的既有的、具体的概念；要不就是摧毁制度"（Schmitt，1993c：20）。例如，只要还有一个家庭存在，那么立法者与适用法律者就不得不接受"家庭"这个具体制度的具体秩序观，而不是抽象地提列出一个普遍性的概念；而如果要接受家庭制度，就必须接受其中所内蕴的"良善家父"（bonus pater familie）的概念；否则就意味着扬弃家庭制度。

法秩序与"通常概念"

此等主张，对于"法秩序"亦有适用。施密特认为，所有的秩序，包括法秩序在内，均受到具体的"通常概念"（Normalbegriffe）的制约，这些概念并非源自规范，而是源自其所属的秩序，并且是为了该特定秩序而产生，可说是该秩序所内蕴的概念。"通常概念"是法律规定形成的前提，没有这些概念，根本无法想象要如何进行法规制定的工作，也根本无从获致规范。而以内蕴有通常概念的法秩

序为根基而形成的规范，却也只能在受规范之处境并未完全变异为“异常”，且预设为正常的具体情境类型并未消失的情形下，规范才有可能继续支配某一处境。在正常处境消失之时，法律之适用也将无可预测，因而也不再有效。因此，由一个规范所制约的具体处境，以及其所预设的具体类型的“正常性”，绝非只是一个规范的外在的、法学上可加以忽视的前提，而是规范效力的法学内在本质性特征，以及规范本身的一种规范性规定。[3] 毫无情境关连性、毫无类型属性的纯粹规范，在施密特看来，根本就是一个“法学上的怪物”（Schmitt，1993c：20）！

但施密特并未明言所谓“通常概念”是指什么，推测其意，似乎是指一个制度中普遍获得肯认的法学概念，例如家庭制度中父亲照顾家庭的义务，公务员、军人等的忠诚义务等，乃秩序存在时，自然而然形成的概念。而所谓的“正常性”或“正常处境”，则应就是施密特在《政治神学》用来彰显主权者之存在之例外状态的对照组。

无论如何，施密特针对具体秩序论所欲指出的重点，应可归纳为两点。首先，对于法学思维而言，重要的不是

---

〔3〕 在《政治神学》中，施密特即已指出秩序的存在，乃规范得以有效适用的前提，毕竟规范无法适用于混乱状况。要先建立“秩序”，“法秩序”才有意义（19）。

数目不断成长的成文化法规，而是法规据以形成的根基，亦即其所植基的具体秩序，以及该等秩序所内蕴的通常概念。其次，规范得以适用于具体事态的前提，并不是——或不仅是——相关法规形式上存在，而是持续存有该法规所植基之前提条件，即受法规所约制之具体处境的正常性——至少还没到达完全异常的程度，以及正常的具体秩序的存在。

施密特的具体秩序论是要破除规范论思维以各个法规或法规之加总来穷尽法之内涵的企图，而且试图证成规范论中的抽象法规，最后必然源自一个蕴含有若干通常概念的具体秩序。这些通常概念非由、也无法由法规创设，反而是各种法规之前提。法规的效力必得仰赖这些看不见的具体秩序与概念的正常运作。一旦具体秩序不再处于正常的状态，那么法规的规范效力亦必丧失。“具体秩序”与“规范”间的从属关系确立后，接下来要问的是，秩序与规范又如何形成？这将涉及源自个人性意志的“决定”——可能是法官判决，也可能是行政机关的决定，也可能是一个个人性权威的决定——与秩序、规范之关系。

决断论法学思维的内涵

本书中有关决断论思维的内涵，大抵延续《政治神学》

一书中的主张，强调基于个人意志所作成的决定或诫命，也是“法”的一种形式，甚至是最根本的形式，唯有从这种“法”出发，方可继续衍生出其他形式的法，如法规范，并支持其法的效力。“在法学上，可于一个意志过程中、于一个决定中获致所有法的效力与价值最终的法据，只有决定方能创造出‘法’，决定的‘法效力’并非得自决定所依循的规则”（Schmitt，1993c：21）。施密特特别指出，像规范论思维般，试图从作成决定所依循的规则之中导出决定之法效力，将可能产生极其荒谬的结果：合规范的决定，其法效力由该规范支持产生；但若决定违反了其所应遵循的规范，该决定并非当然无效，则岂非得从该违反规范的决定自身导出法效力？

因此，法规范次第形成之前，必存有一个根本的决定，这个决定本身也是一种法的形式，这种法学思维类型，便是“决断论”，施密特认为十七世纪霍布斯（Thomas Hobbes）的思想，正是决断论的先驱。霍布斯的名言，“立法的是权威，而不是真理”（Autoritas，non veritas facit legem）适足以表征决断论思维的特征。决定与规范间之相对关系确立后，要问的是，在决断论者眼中，决定与秩序间的关系又是如何呢？

施密特在《政治神学》中并未直接处理这个问题，但

已经不止一次提到“正如同每一个秩序般，法秩序是植基于一个‘决定’之上”（Schmitt，1993a：16）；由主权者之决定所形成的非常状态，“在法学意义上，仍为一种秩序，即使并不是法秩序”（Schmitt，1993a：18）；“秩序必须先加以建立，从而法秩序方有意义”（Schmitt，1993a：19）。由此可推知，施密特应该自始即持主权者之决定是先于并且外于一个具体秩序的观点，法秩序的终极根源仍在于一个主权者的决定。

本书中，施密特则清楚地指明，主权者之决定乃一切法的源头，“主权者的决定在法学上既非由一个规范、亦非由一个具体的秩序所宣示……相反的，对于决定论者而言，决定证成了规范以及秩序”（Schmitt，1993c：23）。决断论思维类型的法学思维特征便是，终极的权威性或主权性决定才是所有“法”——即所有的规范与秩序——的源头，规范绝无法成为法的终极源头。“主权者的决定是绝对的开端，而一切的开端无非就是主权者的决定”（Schmitt，1993c：24）。在主权者根本性的决定之前，既无规范，也无秩序。在这个约莫相当于十七世纪决断论先驱霍布斯笔下之“自然状态”的失序状态下，唯有透过一个主权者的决定，而不是一个规范，方能将之转变成秩序状态。在秩序下，后续决定、秩序以及法律规范始可次第衍生。

因此，作为一切法之源头的主权者决定必始于一个具体的失序状态，但后续的决定（法官判决、行政决定等）则必然预设了一个“秩序”的前提，唯有在这个预设的秩序下，后续决定与规范的效力方得以证成。施密特以天主教神学中位格性上帝、教宗、教宗的谕令以及教会间的关系为例，说明秩序、决定与规范的关系。他认为，神学中具有位格性的上帝概念中，已必然是有秩序的状态，因此，上帝的诫命就不再只是纯粹的决定。而天主教神学中“教宗永无谬误论”主张，其实也已包含了法学的决断论因素，但，教宗的谕令却无法建立秩序或教会，反而是以之为前提的，“教宗永无谬误论”是建立在教宗依据其职权，而为教会之首领的前提上，绝不是教宗个人永无谬误。

十九世纪的法实证论作为决断论思维与规范论思维的综合体

辨明规范论、秩序论与决断论三种法学思维类型的内涵后，施密特紧接着指出盛行于十九世纪的法实证论其实并不是一种新的法学思维方式，而只不过是决断论与规范论的综合体，但却未体察“决定”在法学中所扮演的角色与重要性，因此，此一法学主张不但蕴藏了规范论的论理

缺失，最终也将自我否定。

由于十九世纪以来的法实证论所称的“法”，其实指的是成文化的法律（制定法），因此以制定法为中心所形成的“合法性”（Legalität）概念遂成为法实证论的重要理论支柱。因此，施密特首先探讨“合法性思想”的来源与历史发展始末，接着再指出合法性的前提要求与内在本质，借以导出“决定”对于合法性体系所扮演之必不可或缺的角色。

施密特延续他在《宪法的守护者》、《合法性与正当性》中已分析过的论点，他认为法实证论眼中的“法”其实主要只限于制定法，亦即将成文法律规定等同于“法”，排除其他非人为制定而得之法源，确立了以制定法为法学思考之依归的“合法性”思想，并以合法性思想取代一切正当性依据。这种法学思想有其学理脉络及历史发展背景。学理脉络方面，法实证论受到了孔德（Auguste Comte）的哲学实证论，以及自然科学实证论的影响。从历史发展脉络来看，十九世纪崛起的法实证论，则与当时法学处境内在的特殊性密切相关。其中，法应具有安定性、应让其规范对象得以预测的法学要求，在当时的君主制或君主立宪制下，具有相当强的说服力，而以成文法规形式表现的制定法，最能满足此一要求。同时，法律是由来自人民一方且与君主处于

政治势力之对立面的议会制定的，是出自人民领域的法源。这两点特性之下，独尊议会所制定的法律，排斥所有制定法以外的自然法法源，因此在十九世纪下半叶时形成的法实证论思想，其实具有莫大的政治权力节制意义。

施密特进一步指出议会制定而得之法律之所以取得法的独占地位，其理路推演其实可区分为三个步骤。首先，谈到什么是“法”的时候，先坚持“立法者的意志”；接下来，为了去除主观性要素，因此改称“法律的意志”；最后，就只谈“法律”，只有法律才是法。从立法者意志发展到法律，意味着主观性意志逐步客观化，其中意味着“无条件地服从于特定规范的意志或其内容，但仅仅限于服从该规范，以及其所规定的内容”（Schmitt，1993c：26），不及于其他，因此合法性得以确立。表面上看来，法实证论的合法性要求去除了法的主观要素，看起来似乎是很客观的，从而也具备较高的法的安定性与一致性，也就是“实证性”。为确保实证性，法实证论势必得排除法学中一切法律明文规定以外的其他法学要素独立存在的正当性，例如衡量、政治性、经济性、道德性要素等，法学只能以“纯粹法学的”来处理方法，成文法规范所预设的正常处境前提、立法者所欲追求的目的、成文法律所植基的基本原则、事物本质等等，均不是实证法，所以不得成为实证法法源的一部分，如此一

来，法实证论者的法学思维便可保持其纯粹性，只谈成文法律规定的内容，不及于其他，以此方式确保法的安定性及可信赖性，也由此建立了所谓的“实证性的正义”。

但施密特认为，法实证论所认为的实证法之法安定性、明确性、可预测性等等的特性与优点，实际上并不是制定法本身的优点，而是十九世纪当时以法律制定为重心的国家体制，也就是立法国家的合法性体系，所拥有的优点。无论法律规定再怎么明确，法律适用时还是得就个案情形进行法律解释以及认定构成要件事实时之证据评价，这些作用绝无法由一个抽象的法律规定完全取代。因此，除非法官完完全全成为法律明确文义的附属功能，不具丝毫的创造性，否则所谓的“安定性、稳固性、一贯性”等等的实证法理想状态也无法实现，但一旦真的将法官完全功能化，其结果，也就只剩下如同按照火车时刻表行事所生的“安定性、稳固性、一贯性”，法官将沦为规范执行机器，此种情形下法学专业训练也大可取消了，只消有类似转辙工人的机械训练就可以了。这意味着，“法学”也将成为多余。

施密特由这个极端的角度点出了法律规范本身其实绝无法独立支撑合法性运作。合法性体系的建立，必须先有表现出立法者意志的“决定”，唯有此等决定才能带来法律规定内容的强行性；接着此一决定必须以法律规定的形式

明确地表现出来，此时，即使为立法决定的立法者，亦须受到已成形之法律规定及后续法律解释的拘束。唯有如此，法实证论者才能宣称此一合法性体系乃“法治国”的表现，虽然其实严格来说，合法性体系并不是“法治国”（Rechtsstaa），而只是“法律国”（Gesetzesstaat）。此等法律国之法律支配形成的过程，依序是：由立法者意志转换为法律意志，再由法律意志转换为客观的法律支配，其中蕴藏着由意志到规范、由决定到规则、由决定论思维到规范论思维的发展历程。

正是这样的思维推演序列，让施密特得出法实证论根本不是一种独立的法学思维型态，而只是结合了决断论与规范论的综合性思维类型罢了。同时，因为法实证论兼具两种思维类型的特征，因而施密特认为法实证论为了满足法实证性对于法安定性、可预测性等需求，遂游走于决断论与规范论之间，时采决断论思维，时采规范论思维，但探究其实，法实证论真正的需求其实是想获得在事实上可加以强制的那种事实面的安定性、稳固性与预测可能性，不管这是针对立法者的决定、针对得自立法者决定的法律、还是由法律进一步得出的法官判决。他认为，法律的实证性效力，必然是指某种事实性的、可经由人的实力直接强行实现的效力。

问题是，事实并不会成为法源。法学所欲处理的问题，是如何将这种事实依据某种法实证论者所恪遵的标准——不管是规范、决定、还是秩序的一部分——以法学加以掌握。但法实证论者似乎一开始就想把探寻法律规范实证效力之起源的问题，界定为非法学本身的问题，借以回避此一问题。然而，法学根本无法否认法源或法效力基础源自这一事实性的时点，这一事实性的时点若非以规范论取向来理解，就是得以决断论取向来理解，其他别无选择。正因如此，十九世纪的法实证论大家耶利内克（Georg Jellinek），才会发展出他那著名的“事实的规范性效力”（normative Kraft des Faktischen）主张，赋予（或认定）规范起源的事实性要素本身具有规范性内涵，以解决法实证论有关规范效力起源之困境。即便如此，施密特认为这样的主张其实只是循环论证，并未解决问题，法律规范效力是来自“事实的决定性效力”，而不是规范性效力，只有决断论思维才能解决法实证论的法律起源问题。但无论如何，由此亦可看出法实证论其实是隐藏着决断论思维与规范论思维，并非一种新的法学思维。

另外，施密特认为法实证论的主张，与具体秩序论思维的关连性较弱。理由是，不管是规范论思维，还是秩序论思维，均无法直接连结到一个事实性的起源：规范论思

维始终探寻更高一级的规范，而具体的秩序论思维则是追溯到最终的一个秩序单位。只有决断论思维是来自规范上的一无所有以及无秩序状态下的一个主观性意志决定。因此，法实证论者引以为根基的法的安定性、稳固性与一贯性，实际上是作出主权性决定之最高意志的安定性、稳固性与一贯性，因为只有那主权性决定才能让规范成为有效的规范。

施密特最后对于法实证论的论断是，一个实证规范若失去了被法实证论所忽视的具体处境之正常性前提的话，规范适用上也就失去了安定性、稳固性与一贯性，所谓的“实证法正义”也就因而消失。基此，若非藉助于一个具体秩序的协调，法实证论根本无从区分“法”与“不法”、“尚具客观性”与“主观恣意”之不同。施密特似乎以此暗指，忽略了决断论要素，又失去与具体秩序之连结的法实证论，最终势将完全无法解决法学问题。

法学思维类型与法的发展史

具体秩序论在德国的形成与倾颓

在作过规范论思维、决断论思维与具体秩序论思维三

种法学思维类型的深入分析之后，施密特进一步尝试将这三种法学思维类型于法的发展史中加以定位。

他认为，具体秩序论思维早在中世纪时就已经产生了，中世纪的自然法就是一个秩序单元。从十六世纪起，就已经出现了国家秩序是一个吸纳了其他秩序而成的单一秩序观念，也就是主权思想。随着主权思想的出现，霍布斯国家理论与法理论的决断论思想，可说是顺理成章的发展了。他所称的“利维坦”（Leviathan，有译为“巨灵”、“海怪”），正是吞并了所有次级秩序而成的无上权威，由此产生单一的、最高的国家秩序，具有和平与安定性。十八世纪之所以发展出规范论思维取向的理性法，以规范与契约关系取代自然秩序，十九世纪进一步发展出市民个人主义之交易社会下的实证主义性的规则功能主义（Regeln-Funktionalismus），其根源其实都在十七世纪的决断论法学思想。

具体以德国法的发展史来看，施密特认为具体的秩序思维从未消失过，一直到十九世纪的下半叶才被法实证论或法律实证论思想所排除。施密特首先说明从十七世纪德国形成领土国家之后，国家的内部秩序从未始自规范上的空白，天主教会的机制，以及路德教派对于“宇宙自然秩序”的观点，自始便已为国家的内部秩序描绘了特定的形貌。虽然路德一直努力让婚姻、家庭、身份、个人与职务

等自然秩序独立于神学规范之外，但从十七世纪的理性法体系发展以来，婚姻、家庭就再也不被认为是自然秩序的表现了，而是受到自然法规范的支配。这在康德提出他那有名的婚姻定义后，可说表现到最极致。但即便如此，施密特认为一直到十八世纪末，具体的秩序论思维尚未完全被消灭，这从一七九四年普鲁士普通法典第二编的规定亦可看出，当时法典中还承认教会、婚姻、家庭等是“制度”，而不仅是法律规定的种种功能而已。此外，十八世纪末许多立足于具体秩序论思维之上的思想家与法学者，如费希特（Fichte）、萨维尼（Savigny）、谢林（Schelling）也都曾努力抗御外来的法实证论思维。但施密特认为让具体秩序论思维到达颠峰的是黑格尔的法哲学与国家哲学，可说是具体秩序论在十九世纪倾颓前最完整的思想展现。黑格尔思想体系下的国家，不是单纯为主权者的决定，不是“所有规范的规范”，也绝不是一个法律功能主义下的秩序，而是“众秩序之秩序，众制度之制度”。

施密特认为，黑格尔死后就再也没有国家学学者能强有力地支持国家所代表的具体秩序意义。他逐一短评了紧接着黑格尔时代的 Lorenz von Stein（1815－1890）、Rudolf Gneist（1816－1895）、Otto von Gierke（1841－1921）等人的学说来证实他的论断。面对兴起中的法实证论思维，具

体秩序论思想即使尚未消失，但似乎也已经愈来愈无反击的力道。一直要到了“今天”——一九三四年——施密特眼中新的共同体产生后，德国法学中“固有”的具体秩序论思维才重新恢复生气，换句话说，具体秩序论终于驱逐了连结着个人自由主义政治体制的法实证论、规范论思维取向，而具体秩序论所必然连结的政治秩序也重新掌权。问题是，什么才是这个政治秩序所应有的面貌与内涵？施密特先短短地观察了英国与法国法学对抗法实证论的努力情形后，在本书的最后，以“德国法学当前的处境”为标题，给了一个可说是为纳粹政权量身订制的答案。

德国法学当前的处境：
法实证论消逝，具体秩序论思维的具体重建之路

施密特认为，从各种法律规定中越来越常见的概括条款、不确定法律概念、将法律以外的判准与观念引入法律之中，如善良风俗、诚信原则、期待可能性、无期待可能性等等，就已经看到法实证论基础——明确、稳固、可预测的成文法律规定——已经大幅松动了。而如果诚信原则、善良风俗这些概念可以连结到人民整体的利益，而不只是连结到一个个人主义性的市民交易社会的话，那么整个

“法”实际上就已经改变了，甚至无须改变任何一部实定法。因此，施密特认为，透过概括条款就已经可以实现一套完全不同于原有之法实证论的新的法学思维方式。这一套新法学思维表现在刑法领域，是放弃了构成要件的概念建构，以及“构成要件该当性”（Tatbestandsmäßigkeit）的思维模式，而施密特认为应该取而代之的是法实证论者眼中的那些不确定法律概念，以及描述性而非规范性的构成要件要素。税法的情形也类似，必须放弃仿效刑法而来的抽象构成要件概念的建构，以及构成要件该当性的思维模式。

其他公法领域——也就是政治性关连较强的公法领域——当然更得重建具体秩序思维。但不同于刑法、税法领域的是，在这些领域中，实证法律思维模式是随着刑法、税法的法学发展，自然而然解消，但其他公法领域则是出现了许多完全摆脱十九世纪思维方式的新秩序，“国家、运动、人民”是其中最重要的三种秩序系列。透过这三种秩序系列，政治统一体方得以产生。而这些新的秩序之中，也蕴育了新的法原则与内在概念，亦即领袖原则，以及忠诚、服从、记录与荣誉等新秩序下所应内蕴的概念。

施密特甚至进一步提出一套耐人寻味的新秩序下的身

份或阶级观。他认为，依身份属性所为的组织建构，比起规范论下权力分立原则，更能强有力地贯彻领导、纪律与荣誉的要求。在依各种身份划分的人民之中，必是由多数的秩序支配，而其身份审判权都应自发地形成。以劳资关系为例，既往的薪资协约（Tarifvertarg）应该代以薪资秩序（Tarifordnung），资方与职工的关系应转变为一个企业的领导者与服从者的关系，两者均共同为了促进企业利益、人民与国家之共同利益而努力，两者均属于一个共同秩序下的两种成员，构成一个具有公法性格的共同体。基此，社会的专门职业审判制度便是秩序思维下理所当然的适用，以促成忠诚、服从、纪律与荣誉不再只是个别法规的功能而已，而是视为是一个新共同体的本质要素及其具体生活秩序与生活形塑。

纳粹政权的法学新思维？

经过以上的论理铺陈，施密特最终想要得出的结论，也就呼之欲出了。施密特最后在结语部分写道，唯有对德国法学当前处境作一整体性的归纳观察后，才能看出，“由国家社会主义运动引入德国的法律人新概念的深度与关键性意义”（Schmitt，1993c：54），这个所谓法律人的新概念，

便是具体的秩序论思维。他认为此一新思维方式是对于旧思维方法——法实证思维型态——的一个修正，类似自由法运动对僵化的法律思维所带来的活络化作用，所不同者，由于每一种法学思维均有相应的政治运作模式，所以，法学思维方式的转变，同时意味着国家组织与政治生活面貌的转变，就像十七世纪极权主义下孕育了霍布斯的决断论；而十八世纪是崇尚理性法规范论的时代；十九世纪以来则由结合了决断论与规范论的法实证论独领风骚，反映了国家与市民社会间特定的双元关系，以及——施密特所念兹在兹的——被裂解为国家与社会分立结构的、非常状态与合法性交替更迭的政治统一体。只要这种国家与社会分立的双元结构消失，其所属的法学思维方式，法实证论，也将随同消失。此其时矣！

自此，国家就不再划分为国家与社会，而是以国家、运动、人民三个秩序系列而建构起当前的国家。于政治统一体中占据特别的秩序系列的国家，也不再独占政治性，而仅仅是领导运动的领袖的一个机关罢了。对于这样一个新的政治统一体，不管是规范论、决断论，还是结合了规范论与决断论的法实证论思维，当然就都不合时宜了，而应该是具体秩序思维、形塑性思维登场的时候。施密特甚至在全文最后论断，法学新思维方式的推进，已经

不仅是对旧思维方式的修正了，而是蕴含有过渡到一个未来的共同体、秩序以及形塑所需的新世纪的法学思维新型态之意。自此，秩序论思维一词再也难以摆脱纳粹的阴影。

参考资料

张旺山

——2003，《史密特的决断论》，《人文及社会科学集刊》第十六卷二期，185—219 页。

蔡宗珍

——2004，《卡尔·史密特之宪法概念析论》，收于氏著：《宪法与国家（一）》，台北：元照，1—44 页。

Carl Schmitt

——1993a，*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*（1922），6. Aufl.，Berlin.

——1993b，*Legalität und Legitimität*（1932），5. Aufl.，Berlin.

——1993c，*über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*（1934），2. Aufl.，Berlin.

——1996，*Der Hüter der Verfassung*（1931），4. Aufl.，Berlin 1996.

论法学思维的三种模式

本人于一九三四年二月二十一日在威廉皇帝学术促进协会，及一九三四年三月十日德国国家社会主义党法律人联盟在柏林所召开之青年法学家会议中所发表的演讲，皆奠基于本书之内容。

第一章　法学思维模式的区分

每一个——有意或不自觉地——将其工作奠基于“法”（Recht）此一概念上的法律人，都必然要将“法”理解为一项规则（Regel）、一个决定（Entscheidung），或者是一套具体的秩序和形塑（eine konkrete Ordnung und Gestaltung）。据此，我们得出将在本书中予以区辨的三种法学思维模式。

所有法学思维都和规则、决定、秩序与形塑等概念密切相依。然而，用以延伸出所有其他概念的、法学理解上的最终概念，却只能从中选择其一：一项规范（Norm）（在规则或法规的意义下）、一个决断（Dezision），或是一套具体秩序。即使是在自然法和理性法的思维中（这两者都只是从逻辑上进一步推展得来的法学思维模式），法的最终概念仍然只能在规范、决断和秩序中寻求，并据此确定不同的自然法与理性法类型。举例来说，亚里士多德—托玛斯·封·阿奎那式的中世纪自然法思想，在法学上属于秩序性的思维；而十七、十八世纪的理性法则部分由抽象

的规范论、部分由决断论所组成。根据这三个特殊法学概念在法学思维中所占的位阶高低，以及某一概念系由另一概念延伸而来（或反之，系回溯至另一概念）的先后顺序，我们可以区分出三种不同的思维模式：规则与法规模式（Regeln-und Gesetzesdenken）、决定模式（Entscheidungsdenken），以及具体的秩序与形塑模式（konkretes Ordnungs-und Gestaltungsdenken）。

在某一个特定学术领域中建构类型和思维模式时，时常会与其他相关学科中——大多是更为广泛或普遍化、但也可能较为窄化——的区分标准相互连结或重叠。哲学或性格学的分类当然也对法学领域有所影响。比方说，我们也能在法学家中看到柏拉图主义者与亚里士多德主义者的差异，或是找到本体论者、唯心论者、唯实论者、唯名论者，以及逻辑论与直观论等不同思想立场的分歧。任何一个学术领域包含法学在内，都可看出人类对事物的总体观念（亦即 habitus）具有明显的普遍差异性；所以法学家中活泼者有之，冷静者有之，生性好动者有之，性格沈稳者有之，意志论者有之，智性论者有之。而法律史的发展和成长也能区隔出不同的阶段；例如萨维尼（Savigny）就区分出幼年、青少年、成年及老年四期，并将〔法律〕成文化的需求视为青少年时期终结的象征，从而拒绝为尚在青

少年阶段的德意志民族制定一部成文的民法典。因此，能否以特定的方式，将法学思维整体或特定的领域学科，归入一种特定的思维或人性类型，本身仍不无疑问；至少，在我看来，彻底的唯名论有害于、甚至会摧毁法学，因此至多能在民事交易法中占有一席之地，而真正的法学思维——至少在公法领域中——在概念上必须是唯实论的。

但本书所处理的是另一个问题。本书是从法学工作的内部——而非法学工作外部——出发，去确认并区别各自以理论、实践以及精神史为强调重点的不同法学思维模式。本书所采取的具体观察取径，与其说是对法学之纯粹逻辑可能性或纯粹形式要件的一般方法论或认识论前研究，其实更是要导出一个结论。一旦上述的一般性前研究有碰触到具体的法学客体，而非陷于完全的虚无空洞，那么在大多数的情况下，这种一般性的前研究也只能从这三种不同的法学思维模式来加以解释。因为在法学中，形式的绝对性和所谓的纯粹范畴，都只是基于——为了透视其方法论思路是否合乎逻辑、并予以正确定位时才需要的——特定法学思维类型的绝对自我宣称之上。

在特定时间内盛行于特定民族之中的法学思维，类型千差万别。不同的民族和种族服膺于不同的法学思维类型；而特定法学思维类型的支配力，也可连结到对该民族在精

神及政治上的统治权力。世上有一些没有领土、没有国家、没有教会、只存在于“法律”上的民族；对这些民族而言，规范性思维是唯一合乎理性的法学思维，而其他的思维模式则全都显得不可理解、不可思议、异想天开，甚至可笑。有别于此，中世纪的日耳曼思维则是彻头彻尾的具体秩序性思维，但十五世纪以来对罗马法的继受却削弱了德国法学家的这种思维模式，并助长了抽象的规范论。而第二次——其重要性并不亚于前次——对外来法的继受，亦即十九世纪对自由主义立宪式宪法规范论（liberal-konstitutionellen Verfassungs-Normativismus）的继受，也将德国的宪法思维从德国内在问题的具体现实中抽离、扭转成为“法治国”式的规范性思维。对外来法体系的继受，本质上就具有这种效果。政治生活的形塑，与法律生活的特定思考和论证形式有着直接的相互关联。在封建体制中所产生的法律感情、法律实践与法律理论，与民事法相互性秩序（Wechselordnung）中交流式的法思维，其不同之处，不仅仅是在于个别法律举证的方法或内容。指出作为整体秩序前提与基础之概念——例如什么应该被当成正常情况、谁算是正常人，以及在法律生活及法律思维中，什么应被视为正当生活的典型具体象征——的不同，对于法律思维模式在法学上的区辨，才具有更为广大而深远的意义。如果

没有这些历时长存且绝对必须的具体推定，法学理论与法学实践都将不复存在。但因为这种法的推定（Rechtsvermutung）是直接出自于“正常状态”与“正常人类型”的具体前提，所以也会依据不同的时间、民族，以及不同的法学思维方式而有差异。

一、规则模式或法规模式（规范论）与具体秩序模式

在我看来，法学思维模式的区分，取决于“法”究竟是被理解为规则、决定或秩序而定。当然，每一种模式都会将它特有的概念——规范、决断或具体秩序——与“法”的概念本身等量齐观，并去抨击其他模式根本不是“严格法学”意义下的思维模式。因此，我们最好不要以两相对立的命题——如法与决定、法与制定法，法与秩序——等等为出发点，因为这些对立命题本身就涵盖了各式各样的预设立场。出于相同的理由，法规范（Rechtsnormen）、法决定（Rechtsentscheidungen）以及法秩序（Rechtsordnungen）等字眼的贸然使用也应小心避免，因为关键并不在于“法”与规范、法与决定或法与秩序之间的对立，而是在于规范思维、决定思维和秩序思维三者之间有所差异，且又各自宣称自己才是“法”。不论是规范、决断或秩序，每一

种思维模式都宣称它才是组成法律的固有意涵和核心；也都试着去贯彻其思维，并从本身的思维出发，在法学上决定其他两种概念。

如果我们习惯在未厘清“法”与“秩序”的关系之前就使用“法秩序”这样的用语，那么我们也只不过是用了一种盛行于十九世纪、语意不清的复合字而已。有许多的概念连结——如“北—德意志”与“拉丁—美洲”等——生动地连结了两个同样极具内涵的时下概念。因此像“国家社会主义”（Nationalsozialismus）这样的字眼是必要的，因为它为“社会主义式的”与“国家主义”（或反之，“国家主义式的”与“社会主义”）两者间的撕扯和冲突较劲画上了休止符。然而，也有些字符串，无法做出概括性的统合，其作用只是一般化后的摇摆不定，或是不专业的模棱两可。“法秩序”这个字词和概念的连结，在今天已经不能算是好的字词连结，因为它可能被用来模糊“规则”与“秩序”两种思维间的歧异。若——如同采取规范论的法学家理所当然认为的——“法秩序”中的“法”系指抽象的规范、规则或法律，那么在这种规范论式的法概念之下，所有的秩序就只会是一种单纯的象征，或只是规则和法律的加总。据此也就产生了一项教科书里著名的概念定义：（在规范论思维的支配之下）所有具体的秩序都会沦为法律

规则，而一切的法和一切的秩序，也都只能被定义为类似于“法规则之象征”的概念。但从逻辑和语言上来看，“法秩序”这个字词组合其实可以从具体秩序的角度去理解，不必将法等同于“法规则”，而能从独立的“秩序”概念中去确定“法”的概念，从而克服规范论对法概念的过度影响，以及使法秩序流于法规则的不当转化。

在具体秩序的思维里，法学上的“秩序”并不是规则或规则的加总；反之，规则只是构成秩序的一部分，或只是秩序的一种手段。因此，规范和规则的思维，只是在法学任务与活动的完善整体中，从他处导引而来的，有限的一小部分。规范和规则无法创造秩序；它们只能在现存秩序的框架中、在现存秩序的基础上，拥有——效力规模较小，且独立无涉于事物状态的——某程度的管制功能而已。反之，纯粹规范论的特征则在于，（有别于决定及具体秩序的）规范和规则被加以孤立并绝对化。每一项规则、每一项法律规范，都规制了许多个案。这些规则立于个案以及具体情事之上；并因此以“规范”的身份，超越于具体的个案以及变化万端的事实情状与人类意志等单纯事实，去进行某程度的衡酌思考。

基于此种超脱性（Erhabenheit），可以得出赋予规范论者以优越地位、并使其成为法律史上永恒类型的一项论证。

相对于必然是个人化（persönlich）的决定与超越个人之上（überpersönlich）的具体秩序，规范论者可以宣称自己是非个人化（unpersönlich）而客观的。因此规范论者可以自行运用这种——有别于决断论者之个人恣意与封建、等级或其他多元秩序的——非个人化的客观正义。在历史上的每个时期，都有人要求应由*法律*而非个人来进行统治。因此，规范论者便以规范论的方式来解读人类法律史上最古老也最美丽的词句之一——品达尔（Pindar）的“Nomos basileus”（Nomos als König，法律即君主）：唯有法律，而非本身不断浮动变迁的情势或人类恣意，能够进行“统治”或“下达诫命”。在为数众多的历史情势和不断的变化中，Nomos basileus（法律即君主〔Gesetz als König〕，*法*〔*Lex*〕乃唯一*君主*〔*Rex*〕）的说法都展现了强大的影响力。不断有人重申，唯有法律——而非个人——得行统治。根据克里希普（Chrysipp）的阐述——法律是君主、是监督者、是统治者，也是道德（Sittliches）或不道德、合法或不法的决定者[1]——这种想法在具有两千年影响力的斯多噶传统下又继续发挥其作用。某些不断被提及的对立概念，如理性（ratio）与意志（voluntas）、真理（veritas）与权威（aucto-

〔1〕 H. v. Arnim 所编纂的《斯多噶学说汇编》，第三册（1905），314 页。

ritas)，在在都支持了对——与人治相反的——法律统治的规范论要求。正是循着这样的传统，美国宪法的制定者，才会在一七八七年努力以“法治政府、而非人治政府”(government of law, not of men) 的方式来规制美国的宪法和公众生活。所有“法治国”的代表学者都使用相同的语言，并从法治国中导引出立法国的结论。[2]

但“Nomos”和英文中的“law”相同，意谓的并非法条、规则或规范，而是法（Recht）——其内容可能是规范、决定或（尤其是）秩序的法；而君主、统治者、监督者、行政官，以及法官与法院等概念，会马上把我们引入——不再只是纯粹规则的——具体的制度性秩序中。作为统治者的法（Das Recht als Herrscher, Nomos basileus），其资格并非毫无限制，而只能是实定的规范、规则或法律规定；要能够正确发挥君主功能的 Nomos，本身必须具有某程

---

〔2〕 G. Anschütz 在 *Deutsches Staatsrecht in der Encyklopädie* von Holtzendorff-Kohler，第二册（1904）第 593 页中对“法治国”的定义为：“一个完全以法为其表征，而其最高之意志并非君主，而是法律的国家；一个不仅是个人与个人之间的关系、尤其是个人与国家权力部门之间的关系，都由法律条文来确定的共同体，在这种共同体中，统治者与被统治者间的关系，是由法、而非统治者之好恶来决定。……‘即使在王冠面前’，法律秩序‘也应一体适用’（Martitz 之用语），法律，作为一种权力的展现，不但立于被统治者的意志之上，也同样立于统治者的意志之上。”这样的理论立场，同时也是——将法（Recht）与法律条文（Gesetz）等同之——实证论者的适当范例（因为“法律条文”被决断论式地理解为只是国会的多数决定）。

度最高层级、不可更易、但却又具体的秩序性格。纯粹的功能模式和时刻表，不能说它具有“君主”的地位。纯粹的规范论若想保持思维的前后一贯，就只能依据规范和规范的效力，而不能凭借具体的权力和头衔。对于总是将规范当成法学思维基础的纯粹规范论者而言，君主、领袖、法官和国家都只是规范的功能，而管辖层级中的上下等级，都只是规范位阶高低的外溢，如此可以一直回溯到最高、最深层的规范，亦即其最精纯的本质就只不过是规范及法律的万法之法、“规范中的规范”。[3] 此种理论在具体现实中只会产生一种结果：规范或法律被用来对抗与其在政治上针锋相对的君主或领袖；法律以“法律的统治力”摧毁君主和领袖的具体秩序；法律之主（die Herren der Lex）折服了君主（Rex）。以法律（Lex）对抗君主（Rex），正是规范论在政治上的具体企图。[4]

只有当 Nomos 是一个——同时涵盖了具体秩序与共同体的——总体的法概念，一个真正的 Nomos 才能是真正的君主。就像在“法”和“秩序”这两个不同的概念，会在

---

〔3〕 以 H. Kelsen 为领袖的维也纳学派，在一九一九至一九三二年间的时期内，将抽象规范论这种具有排他性的统治力要求，与特殊的“纯粹性”相互连结。

〔4〕 对于德国上一世纪的范例，请参照 G. Anschütz 在前揭注 2 书中对“法治国”所下之定义。

“法秩序”这个字词与概念的连结中相互确定彼此的意涵一样，如果“君主”在“Nomos—君主”的字词中还具有一丝意义，那么此时的 Nomos 就必须被理解为具体的生活与共同体秩序；同理，如果“Nomos—君主”的概念不仅仅只是表面的字词连结，而要成为一项真正的分类定位（Zuordnung），那么此处的“君主”就必须是一个与 Nomos 一致的，法学上的秩序性概念。不但“Nomos—君主”的解释如此，“君主—Nomos”亦然；从而我们又再次跳脱出抽象规范和一般规则的范围，而置身于具体的决定和制度之间。即使我们再怎么努力尝试把依据法律、“仅以法律为依归”的法官建构成纯粹规范下的纯粹机关，并以这种方式让规范进行统治，我们还是身处秩序与阶层化的管辖层级之中，受到具体秩序——而非纯粹规范——的操控与影响。

这是因为法律无法自行适用、操作、强制执行；也无法自为解释、定义或制裁；如果不跳脱规范的地位，法律也无法自己提名任命这些解释运用法律的具体个人。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。因为此处所涉及的具体个人是具有管辖权的法官，所以并不是产生自规则与规范，而是来自于具体的法院组织和具体的人事提名任命。因此，荷

尔德林（Hölderlin）在迻译品达尔关于“Nomos basileus”[5]之立场的注释里所说的话——“Nomos（即法律）在此处可说是一种纪律（只要它具有‘人在其中面对自己、面对神’的形态）、是教会、是国家法律、是从古代继受而来的规程；这种（比技能更为严格的）规程确定了——一个民族过去和现在在其中互动的——活跃的关系。”——至今仍然正确无误。

在所有对复合字词如“法—秩序”（Rechts-Ordnung）、“法律—统治”（Gesetzes-Herrschaft）或“规范—效力”（Normen-Geltung）的法学观察中，都可以清楚看到两种不同的法学思维模式：抽象的规则或规范模式，以及具体的秩序类型。支持前者的法学家，会在独立于具体情事之外的、向来明确的一般性规则和法律中寻找“法”，从而法律生活中的一切现象——所有的诫命、措施、契约和决定——都是规范，所有具体的秩序和共同体分解为一连串的有效规范，而这些规范的“一致性”或“体系”也都只是规范性的。对规范论者而言，秩序基本上是指某一具体状态合乎（该具体状态以之为准据的）一般性规范。然而，这种“合致性”（Entsprechen）却是一个极为难解、且被常

---

〔5〕见 N. V. Hellingrath, L. V. Pigenot 及 F. Seebass 所编之《著作全集》（*Werke*, Berlin 1923），第六卷，9 页。

加讨论的逻辑问题，因为愈纯粹的规范论思维，对于规范与实际、应然与实然、规则与具体情事，会做出愈严格的划分。所有有效的规范，只要它还具有效力，就当然“合于秩序”（in Ordnung）；但具体状态的“无秩序”（Unordnung），却又挑不起那些（只关注于规范之）规范论者的兴趣。由此看来，在规范论的观点之下，具体状态就根本不可能会有与秩序相对立的无秩序存在。

从规范论的角度来看，适用刑法将杀人犯判处死刑的行为，是对法律规章的证立；犯罪行为并不代表秩序的破坏，而只是纯粹的“构成要件”（Tatbestand）。同理，依据法规范论的逻辑，犯罪行为和国家在税法上的课税要求、或是民事法中因法律构成要件存在而引发的私法请求权无异，都一样是“构成要件”。刑罚是对犯罪者自由权的一种“干预”，就如同税捐是对财产权的干预，而兵役更是对个人生存权利的干预一般。所有的这些“干预”并无差异，要不就合法，要不就违法。在规范论上没有别种可能。所有的法都被压缩在这些和具体情事分离的规范之中；其他都只是“单纯事实”，是在“证立法律”的、合乎构成要件的事件。这些——在规范论上被压缩成适用规范之构成要件前提的——作为国家刑罚权发动基础的犯罪事实，并不比引发采办嫁妆需求的女儿订婚事实更有秩序或更无秩序。

犯罪人并未打破和平或秩序；他从未破坏作为规则的一般性规范；“从法学的角度观察”，他根本什么也不曾破坏。能被破坏的，只有具体的和平和具体的秩序；唯有从这种想法出发，我们才能掌握犯罪的概念。而抽象规范和规则的效力，显然不会因为“犯罪”受到动摇；这些规则规范位于个别具体情状与个别具体行止之上；不会因为抵触规范和法律的行为存在而失去效力。规范性（Normativität）和事实性（Faktizität）是“完全不同的两个层次”；虽然在具体现实中，法与不法、秩序与无秩序的差别，从规范论的观点来看都已经被转化为规范适用的事实要件，但应然仍然与实然无涉，并在规范论的思维中享有不可侵犯的空间。如此一来，纯粹规范论依法言法的性质和客观性，将会演变成一种摧毁并瓦解秩序概念的法学谬误。

我们当然可以把可预见的人类互动关系运作设想成一种可预先确定的、可预见的、一般性规则的运作。这种合乎规范规则的流畅互动过程，就显现为一种“秩序”。在某些人类生活的领域里，这种规律性的、功能主义式的秩序概念深具意义。例如在必须恪遵时刻表的铁路交通里，我们就可以说，此时进行“统治”的并不是人类的个人意志、而是时刻表非个人化的客观性；而对时刻表的遵守，就是“秩序”。现代大都会中管制良好的马路交通，为此种“秩

序”展现了最佳范例。在这个例子中，由交通警察所代表的最后一丝人类统治和意志，也可以透过精确运作的自动化号志来加以取代。一个以明确管制之可预见性为唯一考量的生活领域，例如个人主义式、市民式的交易社会秩序，也许还可以和这种秩序概念有所连结。但在某些人类生存的场域里，这种规律性功能主义的移植却恰恰会摧毁该具体秩序特殊的法本质。这里所指的，是那些并非以交易技术的方式、而系由制度形塑而成的生活领域。这些生活领域对于何谓正常、何谓正常类型与正常状态，本身自有一套想法，它们对正常性（Normalität）的概念，——有别于技术化的交易社会——也不局限于规范管制的可预见运作。它们本身具有一种法的实质（rechtliche Substanz），这种法的实质对普遍规则与合规则性并不陌生，但也只是将它们视为法之实质的产物，只能来自于该实质——并不等于规则与功能加总的——特殊的具体内部秩序。因此，婚姻中配偶双方、家庭中家庭成员、宗亲会中亲族成员、阶级中阶级成员、国家中公务员、教会中神职人员、职场中同僚和军队中军人的共同生活，既不能转换成预先设定之法律的功能主义，也不能转换成契约规范。

我们无法也不应以秩序内部的种种惯行、合规则性和可预见性来理解或穷尽秩序的本质；毋宁应该说，这些惯

行、合规则性及可预见性，乃是为秩序之本质而存在。只要一个制度继续存在，该制度的具体内部秩序、纪律和荣誉，就会和彻底规范化、管制化的尝试相互扞格；这会使立法者和所有法律适用者面临一个两难困境：只能接受并适用制度既有的具体法律概念，否则就会摧毁制度。只要还有一个家庭存在，立法者和法律的适用者就不能抽象地提出一个普遍性的概念，而必须接受“家庭”这个具体制度的具体秩序概念。透过“良家父”（*bonus pater familias*）的说法，法官和立法者退让于“家庭”这个具体架构的现存秩序之后。即使规范论者在过去一百年来的步步进逼、即使（包含家事法在内）各个法领域中的成文法规不可胜数，这种有别于纯粹规范论式管制的类似想法和概念，在今日仍然屡见不鲜，在实质色彩浓厚的制度秩序中也仍然极为典型。所有与身份相关的法律，都以——源于具体“状态”之秩序，也唯有从秩序的角度才能加以分辨的——具体典型形象为前提，例如强悍的士兵、尽责的官员、可信赖的同僚等等。这种身份的形象招来许多规范论者的抨击挞伐。卡尔·宾丁（Karl Binding）曾自夸可以扭转幽灵和“良家父”的脖子。波纳卡兹（J. Bonnecase）不久前对欧里乌（Hauriou）完全以秩序思维为基础之制度理论的批评，更是对所有具体形象的明显扬弃；在规范论的批评中，

制度的概念一概被贬低为“神祕主义”。[6]

反之，今天的法学家却认为，将种种具体的秩序身份拆解为一堆或一套规范的做法，是不切实际且可惧的。我们可以清楚地理解法学上的重要议题，并且更正确地解决法学上的任务，如果我们能够明确地剖析这些具体的形象：例如在规范论中根本不可能存在的“宪法守护者”（因为根据规范论，所有的管辖“机关”都一样是“法秩序的守护者”[7]）；或是“运动领袖”——一个在规范论的思维下，为了要纳入法治国的合法性系统中，必须被当成具管辖权之“国家机关”的概念（就像十九世纪被降格为“国家机关”的君主）；[8] 而职务相容性（或兼任禁止）的问

---

〔6〕 *Une nouvelle mystique: la notion d' institution*; *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence* (1931/1932)。除此之外，波纳卡兹的论文内容仍极为精彩，因此甚具价值及可读性。关于欧里乌的进一步介绍，请参照下文第二章的第二节。

〔7〕 Marshall von Bieberstein, *Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn* (Berlin 1911), 392 页，(语带批评地) 提到“这种伴随着法治国之胜利而来的，想将所有国家机关置于相同位阶、并将之一律视为法秩序守护者的见解”。Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 第二版，第二卷，324 页 (M. nchen und Leipzig 1917) 中提到：“只要有助于确保法和法律免于国家机关的滥用，任何想法都会受到宪法国和法治国理念的欢迎。……从而存在一种最好不要被想到的，保护法律的方式：所有的公务员，相对于其上级，也都是法律的守护者。”当然我们马上可以看出，这种独尊法律统治的方式扭转并颠倒了公务员等级的具体秩序，但我们只能以合目的性的理由，而无法从规范论上、法学上或“法治国”的理念上去加以反驳。

〔8〕 关于领袖概念因监督概念之规范论而崩解的情形，见 Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit* (Hamburg 1933), 36 页以下。

题——亦即我们以公共生活中特定具体身份的观点去追问，哪些功能和任务与之相容或不相容——更是一个只能存在于具体秩序中，而无法从纯粹规范论之角度提出的问题，因为规范论并不涉及具体的秩序身份，而只处理（万物当然彼此相容，而无法洞悉“内在”扦挌的）抽象“归属点”。[9] 我们知道，规范以正常的状态和正常的类型为前提。所有的秩序，包括“法秩序”，都受到具体的“正常概念”（Normalbegriffe）所拘束，这些具体的正常概念并非延伸自一般性的规范，毋宁应该说，这些一般性的规范系从其本身之秩序、并为其本身之秩序而产生。

法律规制以“正常”的概念为前提，但这些概念并非出于法律的规制，反之，如果没有这些正常概念的存在，规范将不可理解，甚至不能被称为“规范”。由于规则所规制的是许多、而非单独个案，普遍性的规则必须独立于具体的个案情势，并超越于具体个案之上；但这种超越的程度极为有限，必须谨守特定的框架，也只能以相当谦抑的高度超越于具体情事之上。如果逾越了一定的限度，这些

〔9〕 因此，威玛宪法下的多元的政党国家，就是一种“相容性无限大的国家”。在禁止国会议员兼任官员的自由民主国家中，因为国家和外于国家的市民社会的二元结构开始受到质疑，今日也就浮现出一种（与此种国家紧密相连的）所谓经济上不相容的问题；关于该议题，请参照 Ruth Büttner 在柏林商学院所撰，极富内涵的博士论文（Berlin 1933）。

规则就不再适合于它们所应规制的个案。那么这些规则也就会失去其意义与脉络。规则遵循不断变迁的情势，规则乃是为了这些情势而制定。规范都想如其所愿地不可撼动，但一项规范只有在受规范之处境并未完全“失常”，且预设为正常的具体情境类型并未消失的情形下，才可能继续支配某一处境。因此，（由一个规范所规制之）具体处境与（规范所预设之）具体类型的“正常性”（Normalität），并不只是一个在法学上可加以忽视、规范外在的前提要件，而是规范效力的内在法学本质特征，以及规范本身的一种规范性规定。毫无情境关连性与类型属性的纯粹规范，是一种法学上的荒谬。

桑提·罗曼诺（Santi Romano）在其著作《论法的秩序》（*L' Ordinamento giuridico*）中说得好，在讨论意大利法或法国法时，不能只想到各个规则的加总，事实上，意大利和法国这些——作为一套具体秩序之——国家的纷杂组织，才是构成“法”的主要因素，而国家权威或国家权力的诸多管辖机关与其相互间的联系，虽然产生、修正、适用并保障了法律规范，但与法律规范并不同一。这才是真正的意大利法和法国法。“法的秩序是一种具有统一的实体，是一种——像棋盘上的棋子——某部分随规则而变化、但更常去改变规则的一种实体（Entität）；因此，规则更像

是法秩序的客体或手段，而非法秩序的结构要素。"[10] 此外，他的补充也极其有理：规范的改变乃是秩序变迁的结果，而非原因。

二、决定模式（决断论）

本书所发展出来的，规范思维和秩序思维的差异，在近几十年来才开始清楚浮现并为人所知。更早期的学者如前文所引述的桑提·罗曼诺并未提出这种对立命题。之前的对立命题所牵涉的并不是规范与秩序的冲突，而主要是规范与决定，或规范与诫命（Befehl）之间的矛盾。这类矛盾与其他对立词组多有重叠：如理性（ratio）与意志（voluntas）、客观性与主观性、非个人的规范与个人的意欲。这些对立的冲突之所以较早为人所知，是因为它们触及了神学和形上学的古老议题，尤其是"上帝做出某种诫命，是因为该诫命本身为善；抑或该诫命为善，乃是因为上帝做出了此诫命"的问题。早在赫拉克里特（Heraklit）就已提出，对某单独个人之意志的服从，已是一种"规范"。[11]

在法学上，一切法效力与法价值的最终法基础也可能

---

[10] Santi Romano, *L' ordinamento giuridico* (Pisa 1918), 17 页。

[11] Νόμος καί βονλη πείδεσδαι ενός.

存在于一个意志过程，亦即决定之中。这项决定，之所以可称为决定，乃是因为它创造了“法”，且该决定本身的“法效力”并不是从“如何作成决定之规则”的法效力而来。因为抵触该规则的决定也能创造法。而这种违反规范之决定的法效力仍然属于“法秩序”中的一环。反之，逻辑一贯的规范论则会导出一项荒谬的推论：合于规范之决定的法效力出自于规范，但抵触规范之决定的法效力则是出于自身，亦即来自对规范的抵触！

对信奉决断论的法学家而言，诸“法”（即所有随之而来之规范与秩序）的源头并非诫命本身，而是与诫命一同出现的、做成最终决定的权威（Autorität）或最高权力（Souveränität）。决断论思维的悠久历史并不逊于规范论，但直至晚近才展现出精纯的理论。这是因为，在古希罗及基督教的价值秩序因近代自然科学之发展而崩解之前，秩序概念——作为决定的前提——在思维流程中一直产生影响。从而纯然“无中生有”的决定（reine Nichts-als-Entscheidung），就会再度被秩序性思维所吸收并限缩；决定，变成预设秩序的外延。当法学家兼神学家的德尔图良（Tertullian）说：“我们之所以对某事负有义务，并非因为某事为善，而是因为此乃上帝之诫命”（neque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit），这

句话听起来已经很像法学决断论；但因为此处有着预设的基督教上帝概念，所以欠缺了一种彻底的无秩序、一种无法藉助规范，而只有经由纯粹的决定才能转化为法律与秩序的混沌状态。只要人们对上帝还存有信仰，那么具有人性的上帝，祂的不可探问的决定将永远“合乎秩序”，而不会是纯粹的决断。罗马天主教中关于教宗永无谬误论（Unfehlbarkeit）的教条，同样也包含了浓厚的法学决断论色彩；但是并不是由教宗无谬误的决定奠定了教会秩序与制度的基础，毋宁教会的秩序与制度才是教宗无谬误决定的前提：教宗只是凭借他作为教会之首的职位而获得这种无谬误性，而不能倒因为果地说无谬误的原因来自于教宗。在加尔文教派的“预选说”教义中——在原罪堕落之前，上帝对每个人类灵魂的祝福或诅咒、恩宠或弃绝已经做出最终的决定——也蕴涵着某种决断论的立场，并反对任何对上帝决定的规制拘束、衡量或预先限制。但该学说也同时重建了一种（被法学或道德规范所变形的）真正的法概念与秩序概念——亦即恩宠或弃绝之纯粹概念。长久以来，法律思维一直尝试去规范并相对化恩宠的概念，但预选说将恩宠概念在法秩序中本应享有的不可预测性与不可衡量性予以归还；并将恩宠的概念从拟人化的、规范论式的秩序里抽离，重新安置回超脱于人性之上的神性秩序中。加尔文的

神学概念，同时展现在他“绝对主义”式的上帝概念（上帝不受律法羁束〔lege solutus〕，本身即为律法〔ipse sibi lex〕，是至高的权力〔summa majestas〕）和预选说之中，而这些神学理论内在所蕴涵的决断论色彩也影响了十六世纪的国家主权概念——也就是博丹（Bodinus）的主权概念。[12] 然而博丹的主权理论仍未超脱传统的秩序思维；它保留了家庭、等级和其他正当的秩序与制度，而主权者是一个正当的机关，亦即正当的君主。

决断论思维最早的典型代表人物是十七世纪的霍布斯（Hobbes）。对霍布斯而言，所有的法、规范、法律、所有的法律解释和秩序，本质上都是主权者的决定，而所谓的主权者并不代表一名正当的君主或一个具有管辖权的机关，但凡做成主权决定者，就是主权者。法即是法律，而法律是对法争议做出决定的诫命：造就法律者系权威，而非真

〔12〕 G. Beyerhaus 在其所著 *Studien zur Staatsanschauung Calvins, mit besonderer Berücksichtigung seines Souveränitätsbegriffs*（Berlin 1910）一书中认为，对加尔文而言，上帝同时也是自然秩序（ordo naturae）和自然法（jus naturae）的主宰。加尔文对国家主权概念之影响，请参见 Karl Buddeberg 一九三三年于马堡大学所撰写之博士论文，其中关于“政治神学”之章节极富内涵。

理（*Autoritas, non veritas facit legem*）。[13] 在该语句中，权威所指的并不是先于国家的秩序权威；当时仍广为其他人（如博丹）所接受的权威（*auctoritas*）与权力（*potestas*）区分，[14] 都处于主权者的决定之下。主权者的决定，集最高权威（*summa auctoritas*）与最高权力（*summa potestas*）于一身。谁能制造和平、安定及秩序，谁就是掌握所有权威的主权者。作为一个真正且纯粹的决定，秩序的建立不能来自于一项既存规范的内容，也不能来自一套既存的秩序，否则，该秩序的建立就会是（依规范论之想法）现行规范的自我适用，或是（在具体秩序思维下）现存秩序的外延，从而不能说是秩序的建立，而只是秩序的再建立。在法学上，主权者的决定不能从规范或具体秩序的观点来解释，也不能纳入既有具体秩序的框架中，因为对决断论者而言，正是决定奠定了规范和秩序的基础。主权者的决定是绝对的开端，而一切的开端（在αρχή的意义下亦然）也只能是

---

〔13〕《利维坦》（*Leviathan*），第二十六章，一六七〇年拉丁文版第133页；一六五一年英文版第143页。第二十六章对于解释的清楚论述（法律之本质，仅存在于此之中，in qua sola consistit Legis Essentia）：所有的解释都具有无法预测的可能及不确定性，而主权者由于能藉由其主权决定终结不同见解的纷争（如英文版《利维坦》中所举出，亚历山大大帝快刀斩乱麻的例子），从而是唯一的解释者；都展现了典型的“决断论”形象。在接下来的第二十七章中，则出现了对“法无明文不为罪”（nulla poena sine lege）一词的首度现代证立。

〔14〕有关“权威”和“权力”的区分，见施密特的《宪法的守护者》（*Der Hüter der Verfassung*，1931），136页。

主权者的决定。

主权者的决定源自规范上的虚无，以及具体的无秩序。在霍布斯的概念中，自然状态是不和平的状态，是充满疑忌的彻底无序和不安定，是万人对万人、既无规则亦无秩序的战争（das bellum omnium contra omnes des homo homini lupus〔彼此有如狼一般、万人对万人的战争〕）。要从完全无秩序不安定的无政府状态跨越到公民生活（societas civilis）中的和平、安定和秩序，只能经由主权者意志的形成，因为主权意志的诫命和规制就是法律。在霍布斯的学说中，决断论的逻辑结构最为清晰，因为纯粹的决断是以无秩序为前提，而此种无秩序只能透过决断的作成（而非：如何作成决断）被带入秩序之中。主权者之所以拥有决定权，并不是因为现存的秩序赋予他决定的权限。而是在自然状态无序而不安定的地位上建立国家状态之秩序与安定的决定，使其成为主权者，并让其他的一切——法律与秩序——成为可能。对决断论最伟大的代表人物霍布斯而言，所谓的主权者决定，就是在（先于国家，或是在国家体制下之）自然状态的混乱不安中（或是超越该混乱不安而）建立起法律及秩序的国家独裁。

三、十九世纪的法实证论作为决断论思维与规范论思维的综合体

因为法学教育和直接服务于法律实务的法学，倾向于只从争议案件的观点来检视所有的法律问题，并且将自身视为法院争议裁判的前阶准备，因此决断论思维在法学家之间特别广为流传。此外，法学考试和考试准备的特定模式又使情况愈形恶化，从而沦为个案裁判的粗糙提问与快速解题，以及从成文规范文义而来的规范式“证立”。在这种情况下，法学思维只着眼于个案的冲突与争议。这种思维方式乃是受到下述概念的影响，亦即一个争议或利益冲突，或说是具体情势中的失序，只能透过一个裁判来加以解决，并重回秩序之中。从而，与该裁判之法学证立有关的规范及规则，只是争议裁决的不同观点，或是法院裁判理由的法学物证。因此，也就根本不再有体系性的法学；所有的法学论证都仅仅是将在争议案件中出现的潜在裁判理由而已。

当一套封闭性的成文法典——作为“实定”规范和“实定法”——对身为国家公务员的职业法官，及以此种法官体系之思维方式为标竿的律师而言，具有决定性地位时，

就容易产生倾向于上述法学思维模式的想法。这种实证论将法律的成文化等同于“法”；即使有容忍习惯法存在的可能性，实证论也不再认识“法”，而只认识在规范上明确的合法性（Legalität）。在德国和法国这两个十九世纪法实证论盛行的大国里，法实证论——在成文法典的影响下，以及稳固的内政安定秩序基础上——只能被理解为专业司法官僚体系之国家合法性的功能模式。在法国，半世纪（1830—1880）来地位不容挑战的章句注释学派（*Ecole de l' exégèse*）表现出法与法律在实证上不予区分（亦即将法〔*Droit*〕和法律〔*Loi*〕视为同一）的法学思维，而虽然屡有方法论与哲学上的批评，章句注释学派在实务上仍有无法完全抹煞的影响力。[15] 同样地，在德国，法律规则的实证论直至今日仍然被误认为就是法学方法。不论是习惯法的学说，或是这几十年来对于法律与裁判、法律与法官、自由法运动与利益法学间相互关联的方法论研究，都无法克服法律、决断与秩序三种思维之间差异的关键对立；而只是尝试着去松动法律思维、使其更能顺应不断变迁的情势而已。

十九世纪的法实证论，是当时思想史脉络整体中的一

〔15〕 J. Bonnecase, *L'école de l'exégèsee* (Paris 1924).

部分，因此它不管是和奥古斯特·孔德（Auguste Comte）所建立的哲学实证论，或是当时的自然科学实证论，都有着某程度的关系与牵连。但法实证论首先仍是要从当时法律处境的特殊性来加以理解。对十九世纪的法学而言，“实证论”最早是以攻击的姿态出现：它是对一切“外于法律的”、对一切并非人为规章之法律（如上帝法、自然法、理性法）的摒弃。这种法学思维变成了合法性的思维（Legalitätsdenken）。这种合法性实证论的法学证立是经由三个阶段而来：首先是以立法者的意志为准；然后，为了避免沦为立法者的主观和精神分析，表面上看来客观的法律意志成为法实证论的重心；最后，则只有作为一个完整个体的法律本身，才是重点所在。在这里我们可以看到对特定规范之意志或内容的无条件服从，但同时这种服从又有所限制：人们只服从于规范，及规范中能明确掌握的内容。这么一来，似乎就赋予了实证的合法性思维以最大的客观性、确定性、稳固性、安定性和可预见性，简而言之，即是“实证性”（Positivität）。在稳定的局势上，这种思维方式言之成理，看来在实际上也的确可以不必考虑“形上法学”（metajuristisch）的种种观点。从而实证论就成为一种“纯粹法学”的方法，其纯粹性在于，所有形上学以及所有“形上法学”的衡量被排除在外。

所有关于世界观、伦理、经济、政治及其他一切并非纯粹法学的观点，都属于“形上法学”的观点。对法实证论者而言，法律规则中所预设的规范情状和规范类型、立法者所追求的立法目的、法律的基础原则、事物的本质，以及条文的意义等都不重要，只有规范本身易于理解、确定无疑的内容，才具有决定性。法实证论者相信，唯有如此，才能确保他一直站在“纯粹法学式”及“实证”规范内容的“稳固立足点”之上。否则，法实证论者担心他将会陷入法学之后种种衡量的不可预测“主观性”之中。而安定性、确定性、稳固性和客观性就会再度受到危害。在一八九二年卡尔·贝尔克朋（Karl Bergbohm）所著的《法学与法哲学》（*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*）中，对这种思维模式做出了最佳的明确阐释。在此书中我们也可清楚看到规范论与决断论的连结，而这正是实证论思维的表征。对贝尔克朋来说，“法”一方面包含了规范性概念（作为抽象规则）和功能性概念（期待被遵循）（81 页）；同时也只能是“人为的规章”，任何相信法可以“独立于人为规章之外”的人，都是受到自然法的“腐化”（131 页）。一旦具有法哲学之证立，这种实证论就会导向一种个人主义式法安定性利益的思考模式，从而进一步宣称，若无法达成法律社群成员透过法律所标举出的期待（即 expectation）

和信赖，就是不正义。我们从中可以看见“实证性的正义观”（Gerechtigkeit der Positivität）。[16]

然而，安定性、明确性、确定性、严格学术性、功能上的可预见性以及其他种种的“实证”质素和长处，实际上根本不是法“规范”和人为规章的长处，而只是十九世纪——重心在立法权上之——国家（相对稳定之正常）情势的长处，换言之，只是立法国中合法性体系（Legalitätssystem）的长处。[17] 人们能够采取这种“实证”立场，并不是因为规范，而是因为（也只能是因为）以特定方式建构而成的国家体，稳定、安全而牢固。即使是在最简单的解释和证

---

〔16〕 实证之法律安定性最极端的代表人物是边沁（Jeremy Bentham）；将期待（expectation）视为法安定性基础的古典立场，可参见 John Bowring 的《边沁选集》，第二册，Edinburgh，1843，299 页、307 及 311 页以下。Erich Jung 在 *Das Problem des natürlichen Rechts*（1912）中所提出的，“实证性中的正义”这项公式，也把法安定性的要求建立在法律共同体成员的期待（Erwartung）之上。Georg Jellinek 在 *Allgemeine Staatslehre* 第三版 369 页中也曾谈到“对受法律所统治者的许诺”、和对稳定执行的“期待”（Erwartung）和“信赖”（Vertrauen）。曾提到“信赖”的，如 Max Rümelin 所着的 *Rechtssicherheit*（1924），6 页。

〔17〕 根据国家重心何在，以及何者具有最终决定权等标准，可将国家分为立法国、政府国（Regierungsstaat）、行政国及司法国。详细的区分标准，请参见施密特所著《宪法的守护者》（Tübingen〔1931〕，76 页；及 *Legalität und Legitimität*（München 1932），7 至 19 页。请特别参照 8 页：“所谓立法国，系指受具有衡量性、确定性内容、非个人性（因此具有一般性）、预先确定（即意在持续发生效力）之规范所支配的国家，在立法国中，法律与法律适用两者互相分离。”这同时也是对迄今被称为“法治国”的其中一种定义。在 H. Henkel 的论文 *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*（Hamburg 1934）中，以此种立法国的合法性体系和前述的法安定性利益，对“法无明文不为罪”一词的历史和体系脉络，作出了极具典范意义的清楚说明。

据评价问题中，我们都可以看到，就算是最审慎完备之成文法条，其确定性和安定性都极为可疑。在探求何谓“确定无疑”的法条内容时，文义、字义、沿革史、法感情和交易需求都会各自以不同的方式发生作用；而证据评价和“事实”认定的问题，也会对构成要件的“纯粹法学”探知产生各式各样的影响。从而我们也就可以理解，何以支持实证法安定性的狂热分子（如边沁），光是使用“解释”（*Interpretation*）这项用语，就招致了强烈的批评。这些批评者的动机，与霍布斯对法学者解释之恣意的批评相同：“一旦法官胆敢越界去行使解释法律之权力，则一切都将成为完全不可预测的恣意。在这种情况下，所有的安定性都将荡然无存。”〔18〕不论是英国实务上的先例拘束（即所有判例法〔*case-law*〕的实践），或是罗马法学者（*Roman lawyer*）的解释，都不能符合边沁对于绝对安定性和可预见性的实证要求。只有当法官毫无保留地作为明确法条文字和法律内容的功能，我们才可能接近“安定性”和“稳固性”的理想。但是，这么一来，就不可能再产生任何的法学理论，只有如同时刻表般运作的规范执行机器，才能凭借其安定性、确定性和稳固性占有一席之地。而规范执行机器

〔18〕英文版原文为“With this manner of proceeding there is no security”，请参见前揭注 12，325 页。

要能运作，所需要的不是法学教育，而是铁路转辙工人的专业技术训练。

实证论并不是一种独立或渊源流长的法学思维类型。实证论者——决断论式地——服膺于当时掌有国家权力之立法者的决定，因为唯有该立法者能创造出事实上的强制力；但实证论同时也要求，该决定必须继续保有规范确定而稳固的效力，因此国家立法者本身也必须服从其所制定的法律，及该法律之解释。在实证论的观点之下，唯有此种合法性的体系堪称为“法治国”，虽然这种合法性体系是以法律国代替“法治”国、以法安定性的利益取代正义的地位。[19] 然而，透过这种合法性的规范论（Normativismus der Legalität），原本为了安定性和确定性之利益必须服膺于国家权力决定的实证论，现在却可以再度超越于国家权力决定之上，并对立法者提出规范性的要求。所以，实证论者先将理论基础奠基于（立法者或法律）的意志之上，然后，又直接以一项“客观”的法律为基础，反过来与该意志相抗。从该公式的历史进程中，我们可以看到从立法者意志、法律意志，再到法律本身的顺序。很自然地我们可以推测出从意志到规范、从决定到规则、从决断论到规

〔19〕 与此有关之见解，请参照标题为“Nationalsozialismus und Rechtsstaat”之讲稿，载于一九三四年三月二十四日之 *Juristische Wochenschrift*，713 页以下。

范论的内在逻辑发展。法实证论并非产生自一种特定思维模式之内在推演，这种“从立法者意志、法律意志，再到法律本身”的顺序，只能透过实证论对决断论及规范论的特殊结合方式而来，为了满足实证论对安定性和可预见性的需求——对实证论者而言，唯一重要的也就只有这种需求——这种特殊的结合方式可以依据不同的情势，时而倾向决断论，时而倾向规范论。实证论的本质，展现在对于具实际强制效力者事实上之安定性、确定性与可预见性的重视，不管此时的强制力是来自于立法者之决定、出于立法者决定的法律，或是从法律而来的、可预见的司法裁判。相对于其他效力类型，法律的“实证”效力必然是某种事实上的、可透过人类权力直接施行强制的效力。

一个事实（Tatsache），一个“单纯的事实”（bloßes Faktum），当然不是法源，从而此时的法学问题就在于，在法学上应如何理解被实证论者视为标竿的事实点——法律的意志或发生实际效力的瞬间：是规范、决定，或是秩序的一部分。实证论者倾向于认为，规范实证效力的起始，并不是法学问题，从而不予回答。然而，即使是实证论者也无法否认，在一种法学范畴中理解与其法学活动有关之重点——即法源或效力基础——在法学上是绝对必要的。所以实证论者必须以规范论或决断论的方式，去解释实证

效力发生的事实点。从规范论者的面向出发，十九世纪的实证论者，格奥尔格·耶利内克（Georg Jellinek），提出了“事实的规范性效力”（normative Kraft des Faktischen）这项典型的理论转向。因为耶利内克是以“法的引发规范之力量”（normative motivierende Kraft des Rechts）为出发点，因此，显然具有特别引发规范之力量的事实，也就可以具备“规范性的效力”。[20] 自此之后，“事实规范性效力”的用语便被不断援引。

从法律逻辑本身观察，所谓“事实的规范性效力”只是单纯的字词组合，只是把内容空洞的套套逻辑加以改写：从实证论的规范论成份来看，事实上的实证性本来也就只能被解释成一种“规范”力。逻辑较为严谨的实证论者会说事实具有“决断性”的效力，而这种决断性效力当然至少不会小于“规范”力。另一方面，实证论者不太乐意援引事实的“实证性效力”（positive Kraft），虽然实证论者对强制力这项实证事实的服从，实在很难有其他解释。但

---

〔20〕 *Allgemeine Staatslehre*，第三版，341、360、371 页（第一版于一九〇〇年出版）；其规范论的基本命题见于 355 页：“所有的法都是裁判规范，因此绝不应与受其裁判之关系相互混淆。”因此，虽然存在“事实的规范力”，“仍应将政治排除于国家学的一般性理论之外”（23 页）。权力与法，在规范论上是相互对立的，因此，象征“权力优先于法”的国家紧急法应受驳斥，但“宪法漏洞”可透过“事实上的权力关系”来积极加以填补（359 页）。

“事实的实证性效力”这种说法本身所揭示出的内涵，却可能是一个纯粹实证论者在法学上所无法承受的。因为它意味着，实证论并不是一种具有原创性的法学思维模式。

我们也可以说事实具有“秩序形成效力”（ordnende Kraft），但具体的秩序思维，却无法像——构成实证论之法学本质的——规范论和决断论的结合一样，那么符合以功能安定性及可预见性为依归的实证论需求。纯粹的规范论必须从超实证的规范中导引出实证规范；同理，具体的秩序思维也会回溯到一个超实证的、广泛而绝对的统一秩序（Ordnungseinheit）。但与上述两者相反，决断论的思维允许对事实上的特定时点进行实证连结；实证上可察觉的制定法，一瞬间就从先前的规范虚无或是秩序虚无中蹦了出来；不过，该项实定法接下来就必须以实证规范的姿态继续发生效力。法律一旦制定之后，即使抵触制定者的意志，也应该继续生效；否则该法律就无法确保（个人所期待国家提供的）必要的安定性。然而，对实证论者而言，唯有决断论的要素，可以在某个特定时点，或在某个特定层次上，截断对现行规范最终效力基础的追问，而毋须不断回溯到“法学之后”的虚无飘渺之处；并且承认——在某一历史时点上确实存在、并且可确实执行的——主权者的意志，而不必把这种主权者的权力想象成一种制度或是某种具体秩

序，更毋须去追究法是否良善的问题。

从实证论中的决断论成份来看，实证论者引以为基础的安定性、确定性和稳固性，实际上只是意志的安定、确定和稳固，而正是这种意志的最高决定（souveräne Entscheidung），使规范成为有效的规范。如果实证论的理论基础在于国家立法者或国家法的意志，或是一个展现于确实存在之“国家机关”中、并可执行的立法者决定，那么，从法学上来看，这种实证论就是连结于源自十七世纪的决断式国家理论，并必然会随这种国家理论的消亡而逝去。但如果实证论以作为规范的法律为基础，那么法律的安定性和确定性，也就只是（在十九世纪具有支配地位的）立法国之合法性的安定和确定。如果在实证论的安定性需求背后，隐藏的是人性对免于风险及责任的普遍卑微想望，我们就能说——即使是在最低限度的意义之下——此处所涉及的是“永恒”且无法抹灭的普遍人性。然而，在法学上我们却必须正视，法实证论系彻底附丽于十九世纪的特殊国家社会情势之上。和规范论和决断论这两种不断重复出现的法学思维类型不一样的是，构成十九世纪实证论内涵的“决断论—规范论结合”，不但欠缺原创性，也谈不上是历史悠久的法学类型。

当某种实证论所谓的纯粹法学方法，将所有并非纯粹

法学的衡量都视为与世界观相关的、经济性的、社会性的、伦理性的或政治性的权衡而予以驳斥，并从而将所有本质性的衡酌排除在外，那么纯粹法学的论证内容，大概也就所剩无几。如果把与个案关联的，以及所有世界观的、经济性的、政治性的评价完全去除，那么还能留下些什么呢？如果让法学思维脱离于所有的内容意义和预设常态，则必然会造成法学思维与所有本质内涵——亦即世界观、伦理、经济或政治等等一切——的尖锐对立。从而法学与世界观、法学与经济、法学与政治、法学与伦理的区分将会尖锐化，在理路一贯的辩证法里，最后也就只有在世界观、经济、风俗和政治上不具意义的事物，能够成为“彻底”纯粹之法学思维的唯一特征。

马克斯·普朗克（Max Planck）曾经指出，因为在实证论的物理学中不存在感官错觉，所以自然科学的实证论在追求绝对的安定性时只能信赖感官印象，而无法判断感官知觉是否有欺瞒误导的情形。[21] 目的在于追求安定性及避免主观恣意的法学实证论，其命运与上述理路颇有相似之处。如果（作为实证规范之前提、但在实证法学上并不显著的）具体情状的正常性有所欠缺，那么所有规范适用的

---

〔21〕 一九三〇年十一月十二日于威廉皇帝协会所发表之演讲“Positivismus und reale Außenwelt”（Berlin und Leipzig, 1931），11 页。

确定性、可预见性及稳固性，也将不复存在。甚至连埃里希·容格（Erich Jung）所谈到的“实证性的正义观”也会随之消灭。如果没有具体秩序充当坐标系统，法实证论就无法区分法与不法，或是客观性和主观恣意。

第二章　法学思维模式在法律史整体发展中的归类

就像知识分子一样，世上也没有天马行空的法学。法思维和法学思维，只能存在于具体的历史整体脉络之中。法（学）思维也不能以天马行空的规则或裁判为依归。“自由”、“浮动”的拟制和幻想，都只是秩序崩溃状态下，随之而来的现象，而且也只能以这种方式来理解。因此，本书提出的思维类型并不是相对主义式的，不是为了恣意的筛选，而是因为它们在当代具体情势及当前法律生活现实的整体脉络中占有一席之地。

亚里士多德—托玛斯·阿奎那式的中世纪自然法，是一种——由本质阶层与存在阶层、上下位阶秩序、纳入与排除所建构出来的——秩序的统一性。自然法在上个世纪所造成的规范论误解，今日已不复存在。因为许多中世纪秩序和秩序思维的崩解，自十六世纪以来，国家秩序便大幅跃升，成为吸纳其他众多秩序的唯一秩序。霍布斯国家理论及法理论中的决断论，是对这种崭新主权思维最为一

贯、从而也在法律史上获得最大成就的法学论述。这项理论的中心，是一个将其他所有秩序都加以吞食的巨灵（Leviathan，或称利维坦）。这个巨灵排除或相对化了封建庄园、等级和教会等传统的共同体、阶级划分，以及世袭权利；排除所有从先于国家之秩序而来的抵抗权；让国家立法者拥有法的独占权；并尝试从个人的观点出发——从秩序的观点来看——亦即从如白纸般纯洁心灵（*tabula rasa*）的观点出发，从秩序和社群的空无中建构出国家秩序。这项作为国家起源的“契约”（或更精确地说：个人之间的“共识”），只能透过因此所建立起之秩序的主权保障者——亦即其权力源自该普遍共识之国家——才能存在。透过共识，主权者取得全面性的权力，而透过国家的全面性权力和决定，主权者可以产生共识，并使共识成为可能。正是在国家所创造出的，公众和平、安定及秩序的崭新基础上，一种规范主义色彩更为浓厚的理性法才能在十八世纪的稳定局势下广为流传，它不但击退了绝对的决断论，还将所有的自然秩序都解消为规范和个人主义式的契约关系，更在十九世纪汇入“个人主义—市民交易社会”的实证式规则功能论之中。

一、德国迄今的发展

在德国，具体秩序和共同体的思维模式一直不曾稍歇。在法律实践上，这种思维一直要到十九世纪（其实应该是十九世纪后半叶），才因为所谓的法（律）实证论而受到排拒。在此之前，教会秩序和国家内部的秩序一直都具有影响力。十七世纪才形成的德意志领土国家，无法真正创造出一套全新的内部秩序；与盛行于哲学圈中理性法的法理论及国家理论相较，天主教教会和由教会所形成之精神生活的严明制度，才是实际上能左右天主教国家之法律生活的力量（而路德派的“自然造物秩序”教义，在信奉新教之德国的地位也不遑多让）。理性法的法理论和国家理论，透过缓慢但确实的“理论”途径，把所有国家秩序和国家内部秩序都转化为契约式或法律式的规范，从而将其具体秩序和共同体的性质加以摧毁。路德费尽心思去捍卫婚姻、家庭、阶级、人格及职务的自然内部秩序，以便与神学、伦理和法学的规范化相互对抗。路德说过：“为人母者，则循人母所受之诫命、而行人母之权利，该权利非由基督采纳，而系受其确认。”[22] 上述语句把既存具体秩序相对于抽

〔22〕 威玛版 391，10 页以下。

象规范性的优越地位，诠释得淋漓尽致。它不但适用于为人母者，也同时适用于所有阶级的人，适用于国王、贵族、法官、军人、农人、男人和女人；路德认为，对所有人来说，法不是抽象的规范，而是具体的自然秩序，并非出自于“规则”，而只能从具体情状而来。

早在十七世纪，更加严守“把人视为个人”此一立场的路德信徒——如塞缪尔·普芬道夫（Samuel Pufendorf）——在其自然法体系中就不再把婚姻和家庭视为具体的自然秩序和共同体，而是个人与个人之间，依循理性法规范而建立的双方法律契约关系。[23] 接下来，康德更为该世纪的个人主义理性法下了最终的结语：康德认为，婚姻的基础，只是两个在性倾向上相互吸引之个人所制定的契约。[24] 但尽管如此，在十八世纪末的国家内部生活现实中，具体秩序仍未被摧毁。一七九四年《普鲁士一般邦法》的第二部分中就表现出，即使在极权国家，身为成文法制定者的立法者，也还是将教会、阶级、家庭、家族和婚姻视

---

〔23〕 特别值得注意的是，父母的权威乃是从“社会性”（Soziabilität）此项自然法规范以及子女的理性同意预设所导引而来。请参见 *de Jure Naturae et Gentium*，第四卷，第二章，第四节。在此我也要特别感谢柯尼斯堡的讲师鲁道夫·克雷莫博士（Dr. Rudolf Craemer），提供了与严格路德教派之本质内涵相关的丰富信息，而其教义不论是对普芬道夫的人格或学说，影响都甚为深巨。其对婚姻及家庭的法理论建构，更是令人惊异。

〔24〕 *Metaphysik der Sitten*, *Rechtslehre*，第二十四节。

为制度，而非只是法律规则的纯粹功能。该法开宗明义指出（第一篇第一章第二条）："市民社会，乃是由众多透过其本质或法律、或同时透过两者而结合之小型社团和阶级所组成。"仆役仍是家庭中的一分子（第三、四条）。教会和邪教应予区分，前者受到"接纳"，也就是被纳入公共生活的整体秩序之中；但后者只是被"容忍"，但不被视为公共秩序里的一员。"宗教社团"这种自由主义式的概念此时尚未为人所知。一直要到法国大革命获得胜利之后，由个人主义形塑出的、全面性的"市民社会"，以及十九世纪的实证法学，才真正获得实现。

德意志民族精神与"一七八九年的自由主义理念"及随之而来的秩序思维瓦解，有着长期的对抗。费希特（Fichte）是以一种强烈的内部辩论，成功克服了一七九二年个人主义式的雅各宾统治。费希特的"自由唯心论"（Idealismus der Freiheit）不像黑格尔的"客观唯心论"（objektiver Idealismus）那样适合于具体的秩序性思维。但费希特仍然从他个人的思考方式出发，从对国家角色的低阶理解（把国家视为资本家的仆佣）进入最高也最具德意志色彩的秩序概念，亦即"帝国"——作为敌友间壁垒分明，

含具体历史性质之政治统一体——的层次。[25] 而其他思想反动的成因，则来自于浪漫主义情感对抽象理性法的反抗，或是传统保守主义的复辟。以萨维尼为首的历史法学派，及其关于习惯法的学说，一方面与努力从事法成文化的实证论幽灵缠斗甚久，并取得了可观的胜利；另一方面也凭借着新发掘出的法律史泉源，来遏阻其他外来思维方式的入侵。虽然谢林（Schellinig）[26] 关于有机体、世界观与神秘主义的杰出宇宙—自然哲学理论，在成就与影响力上都略逊一筹，但它也仍然属于德意志伟大精神整体的一部分；而当时的德意志民族，正是在这种德意志精神的概念之下，省思应如何捍卫民族尊严和民族势力不受外力的侵犯。

所有这些德国思想反动流派和轨迹的体系脉络，都在黑格尔的法哲学及国家哲学中“集其大成”。在黑格尔的法哲学和国家哲学中，具体的秩序思维，在未来几个世代的

---

〔25〕 请特别参照费希特在一八一三年夏天开设“国家学”课程中所持的立场（*Werk* IV，409 页）：“一群透过经历（他们所发展出来之）共同历史、统合起来创建出帝国的人，就称之为民族（*Volk*）。民族的独立性与自由，就在于从自身提升、持续发展成为一个帝国的过程之中。这个发展进程一旦横遭其他某种力量所中断，民族的自由与独立性就会受到斲伤；其他人想发展出一个帝国、或是消灭所有帝国和法的强烈企图，都可以吞并原有的民族。……民族——而非统治家族——的真正战争，会威胁一般的自由、特别是所有个人享有的自由；在丧失自由的情况下，若不信奉那个不值得尊敬的人，个人无法有继续生存下去的意愿。因此对每一个人而言——为其人身、无法委由他人——都是一场殊死战。”

〔26〕 Einleitung in *die Philosophie der Mythologie*（Manfred Schr. ter 版，第六册，München 1928）。

溃败之前（在十七、十八世纪的国家与法理论发展之后，很难再对秩序性思维有所期待），又再次活跃起来。“必须经过彻底地形塑，心灵、意志和智识才能成为真实；法必须成为道德，成为习惯，国家必须具有理性的组织，这些理性的组织才能使个人的意志成为真正的、法律的意志。”“想和某人结婚或建造一栋房屋之类的事情，其成败只关系到个人；真正具有神性的，是农业制度本身，是国家、婚姻、法律制度。”上述语句，只是一种以特别讽刺尖锐的方式去描述既极端又敏锐之秩序性思维的例子。所有抽象理性法下的个人主义契约理论，在此处要以主权者的思虑来彻底检视；家庭和婚姻再次被认知成自然的共同体；而康德那种“个人与个人，为满足性需求所缔结之双方契约”的婚姻概念，则被指为“下流”（《法哲学原理》，第七十五节）；经由（具有特殊阶级尊严之）社会阶级与“社团”，市民社会被整合进一个巨大的整体秩序之中，并且臣服于国家之下。从而也就有了——在十九世纪现实的许可限度内——不损及（在十九世纪市民契约社会中提出并实现之）极权主张的理论基础。国家是“完全实现实际存在之精神的形象（Gestalt）”，是一种“个体的集体化”（individuelle Totalität），是客观理性与道德性（Sittlichkeit）的王国。因为黑格尔是从腐败的神圣罗马帝国遁入普鲁士国家，

所以他在建构国家概念时，其实从帝国的概念里借来了许多要素。也因此，黑格尔所理解的，是一种从“一般国家学”观点来看极为可笑的国家：是客观道德性与理性的帝国，可立于市民社会之上，并可由上而下地将市民社会纳入帝国本身。从十九世纪的德国会被理解为帝国这一点来看，德意志式的国家概念，显然不同于西方自由主义理性法或实证论式的国家概念。后者游移于霍布斯独裁国家建制下的决断论，与晚期理性法思维下的规范论之间；换句话说，也就是游移于独裁和市民法治国之间。反之，黑格尔所称的国家，却不是具有预见性和强制力之法律功能论的和平、安定与秩序。它既不是纯然的主权者决断，也不是“诸规范的规范”，更不是在例外情势与合法性间摆荡不定、这两种国家概念的连结。而是诸秩序的具体秩序，诸制度的制度。

黑格尔在一八三一年以“国家哲人”的身份谢世。在接下来的世代里，德国国家学的重要代表人物——维也纳的劳伦斯·封·施泰因（Lorenz von Stein）和柏林的鲁道夫·格奈斯特（Rudolf Gneist）——已经不再享有思想上的主流地位。对劳伦斯·封·施泰因（1815—1890）而言，国家优越于社会的想法已经不无疑问；国家和社会，现在是像作用力与反作用力一般轮番出现。但施泰因仍然希望能

挽救国家相对于社会的独立性及其特有的法、“行政权”相对于立法权的特殊意义，以及政府相对于与议会代表之要求的独特性。虽然施泰因的尝试在学术上的确杰出，但却从未取得实践上的成就；而他以具体秩序思维为中心（并尝试从该思维出发，发展出政府〔Regierung〕之真正概念）的著作，如一八六五年初次出版的《行政学》（*Verwaltungslehre*），也无法再能对国家法的思维产生重大影响。而鲁道夫·格奈斯特（1816—1895）也一样以国家为依归；对他而言，所谓的自治，只是（具有学养与资产之）公民以国家为目标的自我教育；但即使国家的优越性在理论上受到支持，他认为市民社会无疑会是最终的胜利者。即便如此，格奈斯特在他有关“法治国”之著作中（1872）所描绘的国家与社会形象仍是全面而具体的，因为此处的法治国概念，并不是单纯由抽象法律所确定的国家，而是以国家社会和谐并存为基础的国家。一言以蔽之，这两位德国国家法学者在法学上的整体成就，可说是在国家中对市民社会做出定位的一场徒劳。在“规范论—实证论”的层次上，法学理性和具体现实、现实性和理性，仍未被清楚划分；而德国式的秩序思维（在施泰因的学说中会远较格奈斯特明显），则与自由主义的权力分立理论以及自由法治国和（归属于自由法治国之下之）规范实证论的基础针锋

相对。因此他们的著作直至今日仍具有现实上的意义；因为这些著作标记出一项——虽然功败垂成——真正的建构性尝试，而不仅仅是珍稀史料的搜集。另一方面，奥托·封·基尔克（Otto von Gierke）的“国家有机体学说”和“法人实在说理论”已经不属于具体的国家学，而更是一般性的团体理论（Assoziationstheorie）。但基尔克的理论对于秩序和团体仍然具有重大意义，对于德国法学思想的传承，影响力更是深远。只不过合作团体（Genossenschaft）和公法机构（Anstalt）在民主自由上的对立命题，却侵蚀了基尔克法律史观点的客观性。基尔克把（在精神上负隅顽抗的）十九世纪普鲁士君主制度，建构成绝对主义时代遗留下来的“机构顶端”（Anstaltsspitze），从而只好——不情愿地——加以放弃。虽然保留了有利于国家“统治”要素的部分，但第一版《合作团体理论》（*Genossenschaftstheorie*，1868）起初立意宏大的尝试，最后仍是陷入了——对十九世纪民族自由主义而言极为典型的——分裂。合作团体理论所强力聚集起来的可怕素材，使它丧失了对这些素材进行塑造的能力。基尔克在一八八三年对拉邦德（Laband）之法实证论所提出的批评，和劳伦斯·封·施泰因凭其对具体国家的广泛理解，在一八八五、一八八六年间对（自诩为“法学”之）公法法学瓦解危机所提出的警示一样，

并无任何成果。[27]

从历史演进和宪法议题所提供的实例可以看出，德国的法学思维尚未过渡到抽象规范论的阶段。首先是一八六七年建立北德联邦的尝试，和其他具有建国性格的共同行动，都不被视为契约，而是被建构成为一种有别于个人主义式契约概念的“整体行为”或“合同”。[28] 大多数深信实证规范论的十九世纪法律学者，都无法理解“契约”（Vertrag）和“合同”（Vereinbarung）两者区别的广度和影响力，从而对于如何克服自由主义—个人主义式的契约思维，也就毫无认知。第一次世界大战之后，劳工法想把劳雇双方之间的薪资契约，从民事法上的契约思维中抽离出

---

〔27〕 基尔克讨论拉邦德之国家法与德国法学的论文，刊登于《施莫勒（Schmoller）年鉴》（1883），1097—1195 页；基尔克认为，“真正的国家学理论，其首要任务”在于“法与政治的清楚划分”，但他不认为事实上有不具政治色彩的国家法存在。因为态度暧昧，基尔克对于拉邦德之国家法理论只是在表面上不具政治性的批评，也就丧失其力道。劳伦斯·封·施泰因在一八八五、一八八六年（请参见施泰因所撰写之《财政学教科书》，第五版，第一册，75 页、60 页，及第二册之序言）所提出的警告，则是以下述观点为基础：拉邦德这种对行政法在国家学与纯粹法学处理上作出区分的法实证论，会在联邦国的财政制度中，非常清楚地显现出其学术上的缺陷。“早在一八八五年，劳伦斯·封·施泰因就已经出于他对行政之意义以及税捐制度之国家形成力的深刻洞见——或者如施泰因自己所说，系出于事物之本质，而无待于学术研究——预测出未来会采取何种道路，”约翰·波皮兹（Johann Popitz）说，“这一点，实在令人赞叹。”

〔28〕 Binding, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes*（1889）. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*（1899），37 页以下、178 页以下；Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*（1902）。其他文献请参见，Meyer-Anschütz, *Staatsrecht*，第七版（1919），201 页。

来，并建构一种有别于契约之“合同”的类似尝试，也再次成为一场徒劳。在当时国家本质的整体具体情势之下，这种尝试不可能获得实现。但这种尝试仍具有独特的意义，并且证实了在浮面的实证论外表下，具体秩序思维还有延续下去的力量。

较之于法学理论中的个别论点，具体的秩序思维在国家行政——尤其是普鲁士军队——实务中能在何种程度上获得延续的问题，更具有重要意义。普鲁士军队和国家行政组织本身是太过于紧密而活跃的组织和秩序，以致于它们已经将其内部的固有法从规范论或实证论的法律思维中脱离出来。在“组织权”、“职务权”、“指导权”、“营造物警察”（Anstaltspolizei）及其他类似的国家法或行政法的用语中，在在都彰显出国家公法中牢不可破的秩序性思维，而正是这种秩序性思维，使得国家统治和行政机制成为可能。

与自由法治国的规范论宪法思维相互争夺普鲁士军队统帅权的实例，就属于上述情形。一八七二年有关军纪与军法的规定和一八七四年五月二日关于专业法庭的皇帝敕令，使冲突终于公开浮上台面。领导权、指挥权、最高命令、最高军事统帅和最高裁决者的分散，必然会摧毁普鲁士军队。在所有具体的秩序统一体和共同体中不可或缺的

领导权（Führung），在这里显现出它和纪律或荣誉之概念间的内部关联。但对规范论的宪法思维而言，所有作为“受规范严格拘束”之功能的审判权，必须与领导权清楚划分，乃是“法学上之当然”。一种完全建立在规范与诫命（法律〔Lex〕与君主〔Rex〕）之对立上的法学思维模式，是根本无法在法学上理解领袖这项想法的。从而它要求的是对宪法的宣誓，亦即对一项规范、而非对一名领袖的宣誓。而其关于权力分立的理论，区分了司法权和行政权，并使军事审判权、专业法庭审判权及军事领导权的更严格区分成为必要。反之，对普鲁士的君主来说，所有专业法庭的裁判和所有军事法官的任命，都一样延伸自君主的军事领导权，和他对专业法庭和法庭规则所下的敕令并无差异。因此，完全在普鲁士军队之具体秩序下进行思考的普鲁士君主，在法感情上认为“军事领导权、纪律的执行、军官的考核，与专业法庭的争议，在法律上不应、也不能加以区分”的想法，也就显得理所当然。

时至今日，随着具体秩序思维——与一种全新的共同体生活——的再度盛行，忠诚、纪律和荣誉无法与领导权彻底切割的法律定理，对我们而言，已经比过去个人主义那些关

于自由法治国、权力区分和规范论的思维来得容易理解。[29] 因为以国家为己任的运动承诺要对领袖提供完全的忠诚，我们现在也能够再次直接地对忠诚宣誓的法学本质进行适当的对待。反之，在规范论的法律思维中，逃兵的脱逃和叛国者的不忠只是“受到刑罚威胁的行为”，只是国家刑事裁判的构成要件前提，而无法掌握其本质上的不法，以及破坏誓约与丧失忠诚的固有罪愆。

二、英国与法国的发展

为了抵抗规范实证论，其他欧洲国家的法学有着不同的宣称和自我保护的形式。在这里，我们可以略过英国法学不谈，因为英国所谓案例法（case law）的方法论，受到规范主义之单方性的危害程度较小。这是出于案例法之本质，所以适用于所有采取案例法之国家的法律生活中——这表示美国也包含在内。但一样是案例法，其中也蕴含了极大的差异。如果判决先例——如同美国法学者时常在其

〔29〕 假设今天我们为了确保大学的具有统一性的领导方针，而将委员会的权利移交予大学校长（在普鲁士系透过一九三三年十月二十八日学术文化教育部长之公告），那么，以其所涉及者为裁判权或类似司法之职权为由，而将惩戒事项排除于移交范围之外的做法，就是错的。这样的说法，只能透过会摧毁如领导权、惩戒和专业法庭审判权等概念的、“将权力予以分立”的自由主义规范论，才能获得证立。

见解中所表现出来的——只在体现作为裁判基础之规范——该规范不但拘束先例之法官、同时也拘束后例的法官——时具有拘束力，案例法的实践也可能是一种理性法规范论或自然法规范论。那么即使案例法的实践无法轻易过渡到狭义的法律实证论之中（因为狭义的法律实证论必须伴随法领域整体的全面成文化而来），但也已经向规则思维靠拢。但依据案例法的英国式理解，先例是作为个案具有拘束力；拘束个案的并不是作为个案基础的裁判规范，也不是——依布莱克斯通（Blackstone）之建构——显现于判决先例中的习惯。[30] 有别于美国案例法的自然法规范论和理性法规范论倾向，这种理解可能蕴涵了一种纯粹的决断论。而判决先例的拘束力也就只能被理解为先例法官所做裁判的拘束力。英国的法学思维，本身就存在着极为清楚而纯粹的真正决断论范例：除了霍布斯之外，我认为还有（前文所曾提及）边沁的立法国实证论和十九世纪的代表人物奥斯丁（Austin）。但在我看来，决断论的解读也不能正确地触及案例法实务的典型特征。诚然，对于一个欧陆的法学者而言，要深入理解岛国英国之本土法学实践的精髓并不容易。但后案法官也可能并不受作为先例裁判基础之

〔30〕 与此有关之论述，请参见 Goodhart 极具重要性之著作 *The Law Quarterly Review*，第 L 册（London 1934），40 页以下。

规范的拘束、也不受作为纯粹决断之先例的拘束，而只受“个案”本身的拘束。如此一来，英国式的案例法就会成为具体秩序思维的演示，完全以特定个案内部的法为依归。从而先例——包括其裁判在内——将会成为未来所有个案的具体典范，而这些未来个案的法，系具体存在于个案本身——而非一项规范或一个判决——之中。如果我们说某一个案和先例相同，那就表示，它拥有与先例中相同的具体秩序。

与英国相反，罗马语系国家的法学，是以规范的高度成文化与随之而来的实证理论及实务为其表征。大约与德国的自由法运动同时，在这些国家里也出现了方法论上——虽然没那么极端——的批判和省思（Gény 和 Saleilles）。此外也产生了一种新的思考模式。由莫里斯·欧里乌（Maurice Hauriou，1856—1929）在一八九六至一九二六年间发展出的制度性理论，是自法实证论占有主流地位以来，重建具体秩序思维的首度体系化尝试。前文曾提及的，桑提·罗曼诺在《论法的秩序》中所提出的重要理论，就是受该理论的影响而来。众所周知，长年在图卢兹（Toulouse）担任法律系主任的欧里乌，是知名实证法学者莱昂·狄骥（Léon Duguit，1859—1928）的反对者。我们可以尝试以几组关键词来概括这两位伟大法学家的对立：形上学

对实证论、多元论对一元论、制度（institution）对法律规范（règle de droit）。[31] 然而正是从中可以清楚看出，十九世纪的自由主义对立命题，在今日是多么地不合时宜。狄骥所主张的法实证论具有彻底的形上学性格，而被称为神祕主义者的欧里乌却更为“实际”、更贴近现实，并在这种意义上，比起原则性或纯粹“学术性”之实证论的教条主义者，其实更加“实证”。

欧里乌不从法学理论、更不从方法论出发。他用四十年的工夫去观察、评论、注释法国行政法实务（尤其是行政法院〔*Conseil d'Etat*〕的判决），并且在学术上加以拓展。法国的行政法，本身是从国家委员会（Staatsrat）的实务慢慢发展而来；欧里乌是以一种真正“有机体”的方式，从行政实务的观察中发展出这项制度理论，从而与其理论对象的本质极为贴近。从每天对观察客体的直接研究中，[32] 而非透过规范实证论那种将孤立的法律条文加以抽离的做法，欧里乌对活跃的法国行政有机体（der lebendige,

〔31〕 请参见 J. Bonnecase 于前揭注 15 书中 246 页以下，对 Waline 与 A. Mestre 所引述之部分，Bonnecase 的立场（262 页）也深具意义。

〔32〕 这项研究，在 A. Hauriou 于一八九二至一九二八年间所编的三册《行政法院与权限争议法院（Tribunal des Conflits）判决评释汇编》中，立下了法学生产力的重大里程碑（第一版之标题为“Notes d'Arrêts”〔1928〕），第二版则是“Jurisprudence administrative”〔1930〕）。

französiche Verwaltungsorganismus，régime administratif）获得了清晰的法学见解，欧里乌将法国的行政有机体视为一个依据固有法律与内部纪律而存活的统一体，从而有别于政府、民事法院，及存在于所有国家之中的个别行政功能。他的“制度”理论，就是源自这种对具体秩序的具体理解。

如同德国行政学大家劳伦斯·封·施泰因所指出的，从阶层分明之国家行政的具体观察中，最能得出一般“制度”理论的要素：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（stabilisierte Situation，*situation établie*）。这些就是制度概念的要素；这项概念被运用于各种不同型态的公、私法制度架构之中，并且增进对这些公、私法制度在法学上的理解。我并不打算在此一一引述欧里乌的理论内容；其制度性理论的不同阶段和修正，彰显了一段持续发展演变的过程，本身在法学上就具有极为重大的意义。[33] 在这里，只要指出下列主旨就已足够：光是“制度”概念的重建，就克服超越了当前的规范论、决断论，以及结合了以上两者的实证论。在制度

〔33〕 最重要的三个时点分别是一八九六年（*La Science sociale traditionnelle*）、一九一〇年（*Principes de Droit public* 第一版）及一九二五年（*La Théorie de l'Institution et de la fondation in la Cité moderne et les transformations du Droit*; *Cahiers de la Nouvelle Journée* 第四册）。

论思维中，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。

三、德国法学的当代情势

对我们德国人来说，“Institution”（制度）这个字，具备了外来语的所有缺点，而好处则寥寥无几。它不能被翻译成“Einrichtung”（建制）、“Anstalt”（机构）或“Organismus”（有机体），虽然这些意思它多多少少都有一些。“建制”这个用语太过广泛，而且只强调事物表面的组织层面。而“机构”这个用词无法使用，因为它在十九世纪时被当成合作团体（Genossenschaft）的对立概念，会让人联想到十九世纪的内政乱象，从而具有政治挑衅的意涵。最后，“有机体”这个字则一直无法摆脱与“机械论”（Mechanismus）的对比。但就如同其他拉丁字源的外来语，“Institution”也在不知不觉间变得僵化。从而“制度性思维”[34] 的形成也就背负了过于沈重——针对规范论、决断

〔34〕 我经常使用这项——无疑与我在宪法上“制度性保障”之理论（Berlin, 1931）有所关联的——用语，最近一次是在我的著作《政治神学》第二版的前言里（München und Leipzig, 1934, 8 页）。

论与结合两者之十九世纪实证论——的保守反动标签，并且招致许多误解及抨击。例如欧里乌的制度性理论就被其弟子勒纳尔（G. Renard）融入新托玛斯主义（Neo - Thomismus）之中，从而看来像是典型的罗马天主教理论。[35] 然而，为当代各民族之法学思维所采行的，朝向具体秩序与形塑思维的有力尝试，如果因为这种误解和窄化而受到阻碍，实在令人遗憾。不同的国家，依据历来的思维，自然会在用语、概念与形式上有所分歧，以求顺应其国家型态与历史传统。这是一种我们将之归功于国家社会主义运动的伟大观点。出于上述的原因，我不把第三种、也就是当代的法学思维称为“制度性”思维，而建议将之命名为具体的秩序与形塑性思维。从而可以避免那些出于——想利用该思维来重提旧事或保存旧制之——政治企图的误解及误读。

在当前的德国，我们可以非常清楚地看出，法实证论是如何走向末日。概括条款的大举入侵，在法律生活的所有层面和所有领域中，都已经到了危及实证论之“安定性”的程度：各式各样的不确定法律概念、对法外措施的指示，

---

〔35〕 Georges Renard, *La Théorie de l'Institution, Essai d'ontologie juridique* (Paris, 1930); *L'institution, fondement d'une renovation de l'ordre social* (Paris 1933); 另请参见 Ivor Jennings 的论文 “The Institutional Theory,” 载于 *Modern Theories of Law* (London 1933), 68—85 页。

以及善良风俗、诚实信用、可支持性及不可支持性、重大事由等概念。概括条款意味着对实证论基础——亦即包含于规范之中，可抽离的立法者决断——的扬弃。现在的立法者和司法权，无一能幸免于此。一年多以来，这已经成为德国法学论述中的一项重要议题。它们的出现以及壮大，被认为是对法安定性及可预见性的危害，从而被加以警示。[36] 因为实证论者相信，唯有立法者决定与规则的结合——这项结合构成了实证论——才能保障法安定性之存在，所以从实证论者的立场来看，这些警示和担忧言之成理。本身完整无缺漏的法律，或说“确定性的基础”，不复存在。但另一方面，朗耳（H. Lange）却认为概括条款是自然法的动力、全新法学思维的推手、全新思维的突破点，以及“占据自由主义法学体系鹊巢的班鸠”，并将之解读为跨越十九世纪实证论法学思维的象征。[37] 只要“诚实信用”、“善良风俗”等概念不再连结到个人主义式的市民交易社会，而是连结到民族整体利益，那么毋须更动任何一项“实证”法律，法学整体实际上已经全盘改变。因此我相信，可以在这些概括条款中贯彻一套新的法学思维。但它

---

〔36〕 J. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln* (Jena 1933).

〔37〕 H. Lange, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht* (T. bingen 1933).

不能只是历来实证论的单纯修正，而必须作为通往全新法学思维的特殊手段。

作为全新法学思维推手的概括条款，不只出现在民法中的债权法，以及物权法、亲属法及继承法。实证论的全面溃败，以及十九世纪当道思维的永久消逝，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。在构成要件上以描述方式去形成概念，这种看来确定的方法，及其“法定主义”（Tatbestandsmäßigkeit）的理想，已经冰消瓦解。由达姆（Dahm）、沙夫施泰因（Schaffstein）及亨克尔（Henkel）重新思考其概念与思想基础的刑法，[38] 会勾起我对于——从旧有概念的观点来看——全新的“不确定”构成要件（如背信、泄露国家及业务机密等），以及以规范性构成要件取代描述性构成要件的想法。[39] 如同在一九三三年秋天由普鲁士司法部长克尔（Kerrl）统筹领导的《国社党刑法备忘录》中所采纳的，刑法典总则与分则间关系的转变对体系的影响更为广泛。

---

〔38〕 G. Dahm & Fr. Schaffstein, *berales oder autoritäres Strafrecht?* （Hamburg 1933）; H. Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*（Hamburg 1934）.

〔39〕 此处的关键字眼，“规范性”的构成要件特征，只是用来与所谓价值中立的、“确定”的描述性概念相互对照；这是——由规范论及决断论所组成之——实证论内部分裂的典型特征，并显示出，纯粹的规范论者不可能有纯粹的实证论思维；请参照前文 74 页以下。

在该备忘录中，刑法规范不是从总则，而是从个别犯罪行为开始。把罪责、帮助、着手等“一般性”概念独立于具体犯罪类型如内乱外患、偷窃、纵火之外的做法，对现在的我们而言，已经不再是概念的阐明，或更高法律安定性及明确性的保障，而是与自然现实生活脉络相左的、与直觉有违的人为抽象概念。同样地，在其明确性于法学思维中占有同等关键地位的税法领域中，与经济或社会现实直接相关的概念，也取代了源自私法领域、法学上看来确定、完整之概念的地位。此种情形具有远远超出税法领域的重要意义，因为税法——与宪法领域中的预算法相当——称得上是某种自由法治国实证论的圣殿。从一九一九年德国赔偿法与税法开始发展之后才产生的税法法学体系，在有意识地类推刑法理论之下，体系性地发展出了国家税捐征收的“法定主义”。[40] 然而正是在税法领域中，我们最早发觉到，公正而有意义的规制，无法透过纯粹实证论中毫无关联性可言的概念获得实现。公布于一九一九年十二月十三日的《帝国税捐规则》，在具有划时代意义的第四条中指出，在解释税法条文时，应同时将立法目的、经济意义以及各种关联的发展纳入考量。这抹煞了实证论的“安定

〔40〕 Albert Hensel, *Steuerrecht*, 第一版（Berlin 1924）；第三版（1933）。

性”基础，以及法律本身明确内容的权威性。这最早出现在税法中的认知，在一九一八年七月二十六日之营业税法到一九二六年五月八日之修正法的演进中，以法学体系性的方式呈现了出来。德国营业税法刻意切断与（以交易法方式思考之）传统民事法法律关系及契约类型的关联；它刻意不谈及买卖、租赁、薪资及和物权的移转，而只处理运交和付款等等。

我们不能以这些新的概念，去推导出像契约类型那样的抽离、一般性概念。反之，它们创造了直接去合理看待生活脉络之具体现实、以求在税务上公正地理解经济流程的机会。而老式的规范论和实证论，面对形式法学在逻辑上无边无际的标签化可能性，却只会束手无策。就像在刑法领域中，透过“法无明文不为罪”（*nulla poena sine lege*）这句法谚的帮助，老式的规范论和实证论会激发富有想象力也愿意铤而走险的罪犯一样，在税法领域中，旧有的规范论和实证论也会以同样的方式使“法治国”一词显得可笑。德国新税法的代表性权威如约翰尼斯·波皮兹（Johannes Popitz）和埃诺·贝克（Enno Becker），已经意识到这种危机，并且以最高度的法学与方法论自觉来加以处理。他们因此使全新的德国税法学免于沦为单纯的避税学

(Steuerumgehungskunde)。[41] 这些无涉于——出于规则思维与决断思维之结合、在规范上与生活现实脱节的——法律实证论，而直接连结到生活关系具体现实的概念，必然会导引出一种能合理对待现存或新兴生活秩序的思维模式。因此，在税法学中，即使是在微不足道的税法问题里，都会立即直接显现出国家、社会与民族等生活和共同体秩序的内部秩序关联。举例而言，对家长或特定子女数目的税捐减免、对特定生活支出与费用的承认、对公务员所得的课征，以及广告费用计算等问题，在每一个细节之中都会牵涉具体的生活秩序和制度，如婚姻、家庭、阶级及国家，从而迫使我们必须采取一个基本的立场。[42]

随着实证论式之规则与法律思维在刑法和税法的发展中逐渐式微，在公法的其他领域里，也产生了许多完全摆脱了十九世纪法学思维的新兴秩序。新的国家法与行政法

---

〔41〕 J. Popitz, *Einleitung zu dem Kommentar zum Umsatzsteuergesetz* (1929), 91页；E. Becker 的著作在这里只举出他一九三三年在莱比锡于德国法学家年会所发表的演讲（载于由施劳特博士所编汇的《德国法学家年会致词与专业演讲集》〔Berlin 1933〕, 300 页）。

〔42〕 普鲁士法务部长波皮兹在讨论德国国家经济学者 Gottl-Ottlilienfeld 之伟大成就的论文“Recht und Wirtschaft”（*Jur. Wochenschrift* 〔1933〕, 第一册），对于此种学术思维再次普遍化的性格（如果我能这么说的话），具有特别重大的意义。这位柏林学者的经济理论，并未朝抽象而孤立的概念与关联性迈进，反而走向制度和结构。就像所谓古典国民经济学属于市民法治国下之资本主义思维和实证规范论，Gottl-Ottlilienfeld 的经济理论也可加以类推，从而对法学这项新的秩序思维有所帮助。

贯彻了领袖原则（Führergrundsatz），以及随之而来、唯有出于具体的秩序和共同体才能理解的概念，如忠诚、服从、纪律及荣誉。政治的统一体，建立于国家、运动（Bewegung）、人民的秩序三步骤之中。等级架构的建立更能够实现领导、纪律和荣誉间不可分离的关联，从而超越迄今仍以“权力分立”原则为基础的规范论。在一个等级上有所区分的民族里，总是由许多的秩序进行统治，而每个秩序的等级审判权——“有多少等级，就有多少审判席”——都必须由自身形成。但国社党的立法者，在一九三四年一月二十日所公布的《国家工作秩序法》（*RGBl.* I p. 45）中，却清楚表达出一种全新的秩序思维。如果大家还记得，前文曾提及（93 页），劳工法上藉助合同概念去克服私人契约概念的失败尝试，至少在“薪资契约”的领域中获得了成功；而《国家工作秩序法》这项新兴法律，更可说是一瞬间将个人主义式的契约与法律关系思维抛诸脑后的一大进展。这项法律刻意不去谈论劳工与雇主；原先薪资契约的地位，由薪资秩序取而代之；企业主、职员和劳工是企业体的领导者和随员，一起为促进企业目标、国家及全民的共同利益而奋斗；两者都是共同秩序、具有公法性格之共同体中的一份子。因为在秩序思维的影响下，忠诚、服从、纪律和荣誉不再是孤立规则规范的功

能，而是一个新兴共同体及其具体生活秩序与形塑的本质要素，从而社会的专业审判权就会是秩序思维的合理适用。

第三章 结 论

只有透过对德国法学当代情势的简短总览，我们才能理解，由国社党运动引入德国的全新法律人概念，其深层而关键性的意义。德国法律人在德国法学阵线中的阶层式组成，是以一种——扬弃并跨越了长久以来实证论者对法与经济、法与社会，以及法与政治之撕裂的——法律人概念，作为其组织的基础。每一个职在研讨德国法在公众生活中、在国家中、经济中或自治中之适用或续造，并以这种方式植根于德国法律生活中的德国人民，都属于这个全新德国法律人阶层结构的一员。德国国家社会主义党法律人联盟（der Nationalsozialistische Deutsche Juristenbund）（在涉及德国法之特殊意义下，亦属国家社会主义运动之一环），以及在一九三三年秋天成立的德国法学会（Adademie für Deutsches Recht），都是以这些法、法律人及法律阶层的全新概念为基础。身兼德国法学阵线领袖及德国法学会之创立者与主席的帝国司法委员（Reichsjustizkommissar）汉斯·弗朗克博士（Dr. Hans Frank），将符合德国精神的“合

乎事物本质的塑造”（Sachgestaltung）视为德国法学家最首要的任务。[43] 在这个由他所创造出的字词中，最能表达出这项崭新“秩序与形塑思维”的本质特征。

对传统的实证论思维类型而言，一项新兴法学思维模式的产生，可能只是对旧有实证论之方法的一种修正，一种与先前自由法运动有关的，对思想僵化的松动，一种纯粹为了延续或保存既有思维类型，而对全新情势所为的适应。但今日法学思维模式的转变，与国家整体结构的转变紧密相连。如同前述，所有法学思维类型的演变，都处在历史与体系的巨大脉络之中，这项脉络，将思维的演变安置进政治共同体生活的各该情势之内。如同霍布斯的决断论属于贵族能贯彻其专制权力的十七世纪、而理性法规范论属于十八世纪一样，结合了决断论与规范论、在十九世纪开始占有主流地位的法律实证论，也只能从国家与市民社会的特殊二元关系、从当时分裂为国家与社会、交错于例外状态与合法性间之政治统一体的二元结构来加以解释。一旦“国家”与“外于国家之社会”的二元结构不复存在，相应的法学思维也应随之消灭。当代的国家已经不再区分为国家和社会两者，而是建立于国家、运动、人民的秩序

---

〔43〕 *Juristische Wochenschrift*（1933），2091 页。

步骤之中。国家，作为政治统一体内部的特殊秩序步骤，不再具有政治上的独占权力，而只是运动领袖的一个机关。迄今的决断论、规范论或结合两者的实证论法学思维，对于以此种形式建立的政治统一体而言，已经不再适宜。我们现在需要的是一种能够达成国家、民族、经济与世界观情势下之种种全新任务、并形成全新共同体形式的具体秩序性与形塑性思维。因此，这项新兴法学思维模式的产生，并不是对现有实证论方法的单纯修正，而是包含了一种朝向——能够顺应新世纪之共同体、秩序与形塑的——法学思维全新类型的过渡。

西方法哲学文库
许章润　舒国滢/主编

Carl Schmitt

Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens

卡尔·施密特关于法学思维类型的思考，可分为两个阶段。第一个阶段以其《政治的神学》为代表，在该书中，施密特区分了决断论与规范论两种对立的思维类型。第二个阶段则是本书有关法学思维三种类型的划分。他认为，所有的法学思维都必然从规则、决定与具体的秩序这三个最终概念中选择其一，并延伸出所有其他的概念。不过，施密特的目的不只是阐明一种法学方法论。他认为，特定的思维模式与特定的政治处境相关联。换言之，法学思维模式的问题不只是一个法学观的问题，它还是一个政治观和世界观的问题。

本书著于1934年，施密特在纳粹政权之下，正处在其个人政治生涯的巅峰。那么，三种模式的论说是否构成纳粹政权的法学新思维？或者两者最多不过是貌合神离？这些问题必定充满争议。为此，我们必须透过那些与纳粹思想有亲缘性的文字的表面，去探测它们自身的深层逻辑。