

# 当合法性遭遇正当性

## ——以施米特宪法思想中的对抗理论为背景

郑春燕

**提要:**合法性问题是人类进入政治社会以来的一个基本命题,现代法治国家就是合法性问题研究的产物。施米特的理论中,合法性亦扮演着重要的角色,架设起沟通宪政思想与政治学说的桥梁:他从存在论的哲学基础出发,提出“正当性对抗合法性”的理论,突破了形式合法性的束缚;但在追问正当性的实质时,为迎合当局需要却又陷入个人决断的巢穴,为纳粹的上台裁制“嫁衣”。中国的法治进程,同样呈现出正当性与合法性的两难,就让我们以施米特“正当性对抗合法性”理论的利与弊,作为反思自身和中国宪政建设的良好契机。

**关键词:** 合法性 正当性 个人决断

作者郑春燕,女,浙江大学法学院宪法与行政法学博士研究生。(杭州 310028)

有可能,一个哲学家同政治权威达成妥协是有罪过的,即使是以表面上微不足道的方式;他自己也许意识到了这一点。但是,他没有意识到这一种可能性,即他同政治权威达成妥协正是基于他自己学说的……最深刻的缺陷之中。因此,如果一个哲学家“遵从”(权威),那么他的门徒们就不得不以内在的和本质的方式来解释他本人只要从表面上就可以意识到的东西。

——卡尔·马克思:《黑格尔法哲学批判》

### 一、对抗论简介——施米特视野中的正当性与合法性

合法性问题是人类进入政治社会以来的一个基本命题。几乎所有的政治学家、社会学家或法学家,在建构国家和个人关系的学说体系时,都不可避免地陷入合法性的巢臼。现代法治国家就是合法性问题研究

的产物。施米特的理论中,合法性亦扮演着重要的角色,架设起沟通宪政思想与政治学说的桥梁。

在施米特看来,合法性意指“在大多数公民认为是合法的情况下,一个给定的秩序是合法的”。这个看似同义反复的定义招致诸多学者的批判,被认为是抛弃所有道德和哲学准则的惟一逻辑结果,是缺乏用以衡量给定政治秩序是否公正标准的必然倾向。然而这种挑战在施米特对合法性背后正当性的追问面前显得软弱无力。事实上,施米特敏锐的学术触角早已抵达实质正当性领域,揭开了形式合法性的面纱。在施米特眼中,通过制定法律规范建立的仅仅是形式合法性,是漂浮于表层的东西,真正强而有力的、稳定的社会秩序的形成必须倚赖于实质正当性的追问。实质正当性才是形式合法性的根基,离开对实质性问题的探索,形式合法性下的社会秩序就犹如水中浮萍,随波逐流。这种认识一直伴随着施米特的宪政研究,不论是为发

理查德·沃林:《文化批评的观念》,张国清译,商务印书馆,2000年,第138页。

岌可危的魏玛共和国作垂死挣扎,还是为纳粹的上台裁制合法性的嫁衣,正当性理论始终占据着施米特宪政观的重要地位。当然,为了迎合当局的口味,“何为正当”不得不与时变迁,适时修正(“投机分子”、“机会主义者”标签也正是由此而来)。根据 Hasso Hofmann 的分析,施米特的正当性理论经过了“由最初主张‘理性的’正当性理论,转向抨击魏玛自由主义宪政,主张‘政治实存主义’的正当性理论,纳粹时期转而主张‘种族的’正当性理论,战后则提出‘历史的’正当性理论”的变化历程。但是无论正当性的内容怎样转变,施米特以某种实质正当性对抗形式合法性,却是其一贯立场。

洞察施米特的宪政思想,必须关注合法性与正当性两个层面。只看合法性不见正当性,势必缩短施米特宪政理论的深度。同样,以正当性障目,否定其注重合法性的一面也只能造成对施米特的误读。施米特从来没有否定过法律在现代国家中的权威性与重要性,他在《国家的价值与个体的意义》一书中考察国家和法律的关系时,就毫不含糊地指出:“一反权力理论,法律只能从最高权力出发这条原理现在颠倒了过来,这就意味着所谓最高权力,只能是法律所给出的东西。法律并不寓于国家之内,相反,国家在于法律之中。所谓法律的优先性也就在于此。”对施米特宪政思想中缺乏法治国家必需的权力制约因素的指责因此是不全面的,以施米特政治法学主张与法西斯主义的历史机缘性联结全盘否定其整个学说体系,亦有失偏颇。合法性下秩序的建构从来没成为施米特视觉上的盲点,法律规范的整合作用也从未被施米特否决。当然,正如施米特自己所说的那样,作为一名知识分子他确实为纳粹的合法上台尽了全责。为给法西斯主义张目,施米特并没有停留在通常意义的合法性概念上,他必须为纳粹行为寻找到正当性的根基。施米特思考的结果是,在国家概念上应该存在着一种“国家伦理”或者说“国家价值理念”,它是一个国家或民族的历史沉淀,显示着独特的文化气质。一国的法律规范必须反映出本国特殊的“国家价值理念”,蕴涵着传统的文化习性。自由主义的普遍化理性设计,由于忽视了制度深层的价值因素,在遭遇国家伦理时自然不堪一击。只有带着国家意志痕迹的合法性概念,才能真正实现维护既定社会秩序的目标。这种在凯尔森看来是现代版的传统自然法理论,强调“国家伦理的首级性”,主张“国家

权力的正当性来自于保有民族的传统价值及其统一”,合法性概念必须定义在此基础上才能获得其长久的生命力。

由此,我们可以看出,施米特宪政思想中并没有彻底否定自由主义的价值,他要批判的仅仅是相信法治的合法性足矣的幼稚的自由主义;施米特的“合法性”定义也并非缺失了公正话语,正当性的追求就是其挽回 20 世纪技术统治下文化蚀空的努力。把握施米特的宪政思想,不能脱离他在政治法学上设置的前提;正确理解施米特“正当性对抗合法性”的命题,必须进入施米特整个学说体系的射程之中。

## 二、对抗论解读——对抗理论在施米特学说体系中的地位

施米特不仅是一位杰出的宪法与公法学家,更是一位现实的政治批判家和政治哲学家。为他赢得“最具学识且最富洞见力”(哈耶克语)称号的,除了他的国家和个人关系理论,更主要地还是他在政治法学上的精辟见解。“正当性对抗合法性”,不是游离于施米特学说体系之外的论断,而是他政治法学上一系列观点在宪政层面的必然归宿。把握施米特在政治法学上的建树,对正确解读对抗论无疑是有帮助的。

施米特的政治法学的根本出发点或目标是在政权统治的超验价值或秩序失效之后探究并重建国家合法性的基础。20 世纪 30 年代开始,世界处于动荡不安的状态。1929 年到 1933 年,爆发了席卷整个资本主义社会的全球性经济危机,资本主义社会初期放任式管理模式遭到怀疑,“旧的否认资本主义存在危机的传统理论开始失效,资本主义制度处于风雨飘摇之中”。由于失去了超验根基,知识分子必须重新为国家这一实体寻找到正当性的渊源。有感于魏玛共和国后期政府的软弱,施米特放弃了凯恩斯以“有效需求”为中心适度加强国家干预的方式,试图建立强大的决策力量。施米特在海德格爾的存在主义理论中挖掘到了他所想要的资源。虽然海德格爾从未蓄意发展一种政治哲学,就像他不想表述一种伦理学或美学一样,但他的“政治本质上就是为了提出存在的追问而使世界变得安全”的命题却为施米特的政治法学提供了前提和可能。当然,为了更好地构筑自己的理论,施米特

曹卫东:《狡猾的刺猬——施米特解读笔记之一》,《世纪中国》,资料来源:<http://www.gongfa.com>。

刘小枫:《施米特与自由主义宪政理论的困境》,资料来源:<http://www.gongfa.com>。

王慎之主编《西方经济思想库》(第三卷),经济科学出版社,1997年,第543页。

理查德·沃林:《存在的政治——海德格爾的政治思想》,商务印书馆,2000年,第143页。

对海德格的存在主义作了一定程度的修正:对海德格尔而言,存在主义更多的是指个人存在主义,立足于个体实存;而在施米特眼中,则是一种国家存在主义,关注的是国家的存在。他在《政治的神学》一书中明确阐明以国家为基点的存在主义立场:国家的实存无疑证明了它对有效的法律原则的优越性。相对于个人存在主义强调个人存在的偶然性、无根性以及非理性的荒诞特征,国家也要面对并处理各种各样的偶发事件,这就是施米特政治法学中的核心概念“例外”的来源。“例外比规则更有意思。规则不能证明什么,但例外却能说明一切:例外不仅肯定了规则,而且肯定它的存在,因为规则来自于例外。”因此,施米特反对将法律秩序作为一个封闭的体系来对待,“例外”的存在使得规则的机械假定无法穷尽给定情况的特殊性。

另一方面,尽管每个时代都有与之相适应的权威内容:“在16世纪,神学拥有权威;17世纪是形而上学;18世纪是道德;19世纪是经济;20世纪则是技术”,但施米特认为政治始终是一个不变的定数。国家概念要以政治概念为前提,“政治活动必须具有高于法律的至上性”。这是因为无论是君主制政体还是代议制政体,社会秩序的维护与稳定都必须以某种同一性为基础。尤其是在现代民主国家,所谓的民主就是“政府与其被统治者,法律与大众意志之间的一种同一性逻辑”。在抛开了亚里士多德经典民主定义中“多数人统治”的精髓后,施米特终于为政治以高于国家的姿态出现找到了托词:政治的本质在于区分敌友,因此也只有政治可以排除异己,达到实现强国家自由经济的目标。也是在这个意义上,施米特对于自由主义的理性膨胀和在政治本质问题上的自欺予以毫不手软地批判,指出必须考虑政治学上的种差,注意同“他们”对立的“我们”的创造。

“例外状态”和“战争式政治观”(萨托利语)为施米特的政治决断论埋下了伏笔:不论是在对国家存在构成威胁的极端状态,还是在对敌友做出判断的关键时

刻,理性主义预设的规则都无法满足决策及时性的要求。在紧急情况下,必需要由权威人物做出决策,“主权就是在例外情形下有权做出决策的某个权威者”。自由宪政主义思想的不切实际至此暴露无疑:过分注重经验逻辑下理性主义的普适性,从而必然在实定制度的偶在性上产生盲点。也正是因为这一因素,施米特拒绝了与自由主义连接,作为对政治决断论的答复,他选择了独裁式的君主政治。“君主是对例外状态做出决定的人”(《政治的神学》)。不论决断的内容如何,也不问如何决断,关键是已经做出决断。在紧急情况下,君主的权力必须不受现有法律规范的限制,因为他代表的是国家伦理,只有他才有能力决定国家和民族的命运。“法律自身并不具有先于国家的有效性。”

至此,我们可以清楚地看到,所谓“政治的神学”只是一种“隐喻的神学”,世俗化的君主通过决断获得了“主权的准神性”地位,从而赢得了与正当性的联系。“对于施米特来说,正当性是一个历时性、历史视域的奠基关系,似乎从时间的深度中创造了秩序的神圣不可侵犯性;反之,合法性则是一个共时性、可以垂直审视的结构,这个结构通过一个规范、一个与更高规范相关的规范来验证某个发现的结果。”<sup>⑩</sup>具有不特定性的“例外”状态,否定了合法性下理性主义的发言权,赋予了正当性以凌驾于合法性之上的价值,为施米特宪政层面的“正当性对抗合法性”理论铺上了厚厚的奠基石。

### 三、对抗论反思——施米特 对抗理论的突破与瓶颈

虽然对统治合法性的维护历史可以追溯到国家产生之初,但合法性作为一个概念术语成为宪政理论的基本范畴,却是始于近代。马克思·韦伯是第一个对合法性问题进行系统研究的学者,其关于合法性的

何包钢:《保卫程序:一个自由主义者对卡尔·施米特例外理论的批评》,《浙江学刊》2002年第2期。

施特劳斯:《政治的概念》评注,刘宗坤译,载刘小枫选编《施米特与政治法学》,三联书店,2002年,第19-20页。

理查德·沃林:《存在的政治——海德格尔的政治思想》,周宪、王志宏译,商务印书馆,2000年,第142页。

查特尔·墨菲:《政治的回归》,王恒、臧佩洪译,江苏人民出版社,2001年,第138页。

亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1965年,第183页。

在施米特看来,虽然马克思主义者抨击自由主义提倡的“中立”、“理性”、“普遍的权利主张”是掩盖社会不平等和经济统治实质的概念,但两者在本质上具有共通性,即“自由主义与西方的马克思主义都赋予社会凌驾于政治之上,个人超脱于公众的特权——事实上,两种理论都将社会被简单地等同于经济关系”。参见Benedetto Fontana: Notes on Carl Schmitt and Marxism,资料来源:<http://www.gongfa.com>。

也许正是因为这样的阐述,卡尔·勒维才认为施米特的决断论是“机会主义”的东西,是投身政治现实之上的某个专制的独裁权力——君主意志——自我设计。

理查德·沃林:《文化批评的观念》,张国清译,商务印书馆,2000年,第142页。

⑩ 布鲁门贝格:《施米特与近代的正当性》,吴增定、张宪译,刘小枫选编《施米特与政治法学》,第136页。

精典论断亦成为施密特正当性对抗合法性理论的起点和台阶。

韦伯认为,世界上的统治类型莫过于三种:传统型统治、魅力型统治和合理型统治(也有学者翻译为法理型统治)。但是,不论是哪种形式的统治,统治者命令能否被服从的命运都取决于是否建立并培养了被统治者对统治的普遍信仰。只有被人们认为是具有某种正当性理由的命令,才会获得被统治者的追随,从而具有合法性。因此,在韦伯看来,所谓的正当性与合法性一样,其基础都是“一种对规范的规则模式‘合乎法律’以及根据这些规则有权发布命令的那些人的权利的确信”,是指对一种现存统治秩序的信仰,以及由这种信仰指导下的对命令的自觉服从。参与制定魏玛宪法的韦伯同样担心,议会民主制度的官僚化会使得已经崩溃的德国陷入混乱,自由主义的技术理性试图通过抽象的法律体系本身建立“权威”的努力由于忽视了法律规范自身的正当性问题而必然遭遇失败。因此,韦伯强烈主张人民直选产生的政治领袖实行总统专政,以克制官僚化议会政治的弊端,达到“政治成熟”状态所要求的把握“本民族长远的经济和政治权力的利益”,而且能“在任何情况下把这一利益置于任何其他考虑之上”。

自从韦伯对合法性问题进行系统的阐述之后,“社会科学家对合法化问题的处理,大多进入了M·韦伯的‘影响领域’。一种统治规则的合法性乃是那些隶属于该统治的人对其合法性的相信来衡量的,这是一个‘相信结构、程序、行为、决定、政策的正确性和适宜性,相信官员或国家的政治领导人具有在道德上良好的品质,并且应该借此而得到承认’的问题。”当施密特沿着韦伯的合法性思路设计统治权威树立的方案时,同样反映出对否定“政治就是斗争”的技术理性的批判精神,并将斗争的矛头直接对准了纯粹法学家凯尔森和无政论主义者巴枯宁。

虽然凯尔森从未否定国家权力的存在,但与所有自由主义法学家一样,凯尔森的纯粹法学也主张法律与道德、宗教与政治的分离,并在此基础上建构“合法性”概念:“作为国家特征的统治关系总主张是合法的,而且在实际上一定要由统治者与被统治者当作是合法的。只有在统治关系根据其效力为行为人所预定的法

律秩序来实现时,这种统治关系都是合法的;而这个秩序就是其机关为“国家的统治者”的那个共同体的法律秩序。”这就意味着凯尔森视野中的国家权力仅仅是由实在法组织起来的权力,是法律之下的权力,由法律规范代替国家对社会进行统治,从而剥夺了国家对政治的垄断地位。自由主义法学试图建立的中立化法律体系,在施密特看来,不过是想让国家主权消亡在法律秩序的规范之中的努力。然而,中立化的技术无法否定“政治是命运”的事实,法的形式中必须带有政治的色彩,即通过国家主权确立的民族性,否则,作为形式规范的法律体系至多只能维持现有的社会秩序,无法产生真正的裁决与约束力。在凯尔森以保障人的自然权利为由从法律体系中剔除出政治实质时,实际上法律的正当性也被排除出去。施密特因此推论说,“基本规范要么是同语反复、要么是严酷的社会政治现实,法学根本不可能是纯粹形式的,只会是政治的。”

施密特叩响了通往正当性的大门,却在价值林立的森林里迷失了方向。他犯了两个致命的错误:其一,选择了“政治实存主义”的正当性立场,认为国家的存在就证明了其自身的正当性,作为存在体解决各种突发事件的“例外”理论具有比法律规范更生动、更重要的意义。但是,正象16世纪伟大的君权理论家让·博丹所指出的那样,宣告处于紧急状态的政治决定只有当“例外”出现时才会产生,这仅仅是处理危机的一种反应,无法比拟为上帝制造的奇迹。更何况,“例外”从来就不是普遍的,就如施密特自己所说的那样,它具有“偶在”性。以应对突发事件的方法建立一个具有普适性的主权理论,正如施密特批判理性自由主义者以预先设定的统一模式应对各种具体情况尤其是“例外”情况一样,都使某些现象脱离了现行秩序,从而破坏了秩序的整体性和稳定性;其二,由于君主占据了“主权的准神性”地位,因此他的决断便成为先验的正当性渊源。君主只要在“例外”状态下做出决断,无论该决断怎样做出,内容如何,被统治者就应该服从,并以此作为统治合法性的根基。然而施密特过份强调了政治决定刚强的一面,而完全忽视了明智决定与愚笨决定之间的差别。施密特忘记了自己对人的预先假定——赤裸裸的权力追求者。君主作为“人”的一份子,也不能摆脱对权力的嗜好,他不可能真正做到像上帝那样的

[挪]朗内·斯莱格斯塔德:《自由立宪主义及其批评者:卡尔·施密特和马克思·韦伯》, [美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德编《宪政与民主——理性与社会变迁研究》, 潘勤、谢鹏程译, 三联书店, 1997年, 第144页。

刘小枫:《施密特论政治的正当性》, 载舒炜编《施密特:政治的剩余价值》, 上海人民出版社, 2002年, 第38、89页。

[德]尤尔根·哈贝马斯:《交往与社会进化》, 张博树译, 重庆出版社, 1989年, 第206页。

[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》, 沈宗灵译, 中国大百科全书出版社, 1996年, 第210页。

公正(只是“准神”而非“真神”)。换句话说,这一引起施密特想象的类比,是错误的。因此,君主决断的做出,必须受到一定的外在限制。正当性不能简单地理解为是大众对统治的盲目信仰,但同样不是君主凌驾于法律之上的个人意愿。

我们承认施密特视野中“例外”状态的现实存在,我们亦服膺紧急状态下应迅速决策的观点。但是,即使危害国家安全的特殊情况出现,即使确实需要高效的决策,也不能使毫无拘束的决策正当化。对于“例外”,有必要区分原则和规范两个概念。所谓原则,即用来建立规范的元规范。它的特点就在于没有为例外和特权留下空间,有效性领域也没有限制。也就是说,即使是国家处在危难之中,决策的做出也不能违背原则所保障的基本价值,更遑论在和平时期赋予统治者高于法律的地位。“例外”针对的只能是规范层面,“例外”情况下调整或超越的也只能是具体的规范,原则的底线不能冲破。对此种基本分类,施密特却视若无睹,决断及时性的要求充斥着他的大脑,使形式合法性完完全全处于臣服的地位。尤其是在施密特将“例外”视为绝对的普适状态下,君主的个人权威就彻底地凌驾于法律体制之上,不受法律的任何拘束。如果碰到的是一位“仁君”,也许制度的弊端会长期潜伏。但是,统治德国的恰恰是铁腕人物希特勒,决策上的垄断就不可避免地不受约束的法西斯统治铺平道路。

#### 四、正当性与合法性的两难——中国历史的简单回顾及对现状的反思

伯尔曼在总结西方法律传统经历的六次伟大革命反映出来的模式和规律时指出:“每次革命最终产生了一种新的法律体系,它体现了革命的某些主要目的,它改变了西方的法律传统,但最终它仍保持在该传统之内。”中国近现代历史上的每一次革命或变革,都在某种程度上反映出类似的趋势,同时也修正着这些模式和规律。

与中国两千年的“仁治”传统一脉相承,到清朝末年封建统治者仍然对法律规范在社会生活中发挥的作

用掉以轻心。虽然光绪三十四年(即1908年),迫于内政外交的压力,清政府颁布了由宪政编查馆制定的《钦定宪法大纲》,成为中国法制史上第一部具有近代宪法意义的法律文件。但是,成文宪法的颁布非但没有使中国政府注意到统治的正当性问题,也没有改变中国无宪政的现状。从清政府随后制定的《改革官制谕》、《结社集会律》、《违警律》、《各学堂管理通则》等单行法规的内容看,“在清廷存续的最后几年中,在‘变法’、‘新政’的旗下,实际上却在变本加厉地加强对全社会的控制和思想、文化专制”,现实中发挥作用的仍然是皇上的圣旨,慈喜的密令。

当然,清末变法对中国社会的影响是不可否认的,至少它为中国注入了统治合法性的观念,唤起了民众的觉醒。之后的各种社会变革或革命,掌权者为维护其统治,总是千方百计寻求合法性的支持。1911年的辛亥革命推翻了在中国统治长达2000多年的君主专制制度,建立中华民国后着手操作的重大事项中就包括《中华民国临时约法》的制定和法制局下法典编纂会的设置。1912年,辛亥革命的成果被袁世凯篡夺,袁世凯急于称帝,但对《中华民国临时约法》的规定仍有所顾忌。为给自己不受约束的权力披上合法化的外衣,他于1913年制定了“天坛宪草”,1914年颁布施行了《中华民国约法》,取消了《中华民国临时约法》中对总统任期和权力的限制,从而名正言顺地宣布自己为“终身大总统”,并为日后称帝作好准备。与合法篡权同时进行的,是以法律的途径维护革命的胜利果实。1913年,国民党取得了国会中的多数议席,宋教仁受到鼓舞,希望能用立法的宪法手段限制袁世凯的权力,希望把他作为一个傀儡。随后,孙中山发动了意在维护《中华民国临时约法》的护法运动,矛头直接指向袁世凯修宪的违法性。护法运动阻止了袁世凯的违宪行为,却没有终止中国宪法形同虚设、变更频繁的多舛命运。1923年曹锟炮制了《中华民国宪法》,紧接着段祺瑞于1925年颁布了《中华民国宪法草案》。蒋介石更是利用孙中山“军政、训政、宪政”的三阶段分法,长期以党治国,拒绝实施宪政。这一切都根源于形式合法性下实质正当性的缺乏。在各军阀眼中,维护统治

[德]尤尔根·哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社,2000年,第112页。

[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社,1993年,导论,第22-23页。

曾宪义主编《中国法制史》,北京大学出版社/高等教育出版社,2000年,第250页。

[美]费正清:《伟大的中国革命》,刘尊棋译,世界知识出版社,2000年,第207页。

孙中山对形式合法性的重视有诸多表现,如1924年他在起草“国民政府建国大纲”时,将“国民政府本革命之三民主义、五权宪法以建设中华民国”作为首条内容加以规定。参见曹锦清编选《民权与国族——孙中山文选》,上海远东出版社,1994年,第248页。

的合法性需求仅仅在于成文宪法的颁布和相关法律的制定,至于法律本身是否反映了人权的基本要求和民主的普遍内涵,则或者是实现形式合法性以后的事情,或者根本未纳入统治者的视野。他们搁置或忽视的恰恰是合法性不可或缺的根基。离开了道义基础,合法性就犹如无根之木,随着暴力与政变跌宕起伏。施米特正是有感于魏玛共和国后期形式合法性在应对战争等“例外”状态时的无力,才强调指出以实质正当性对抗形式合法性。

从重视实质正当性的角度来看,毛泽东与施米特具有某种程度的相似性。尽管当时的革命根据地制定了一系列的法规规章,但通过宪政手段体现统治的合法性从未成为理论的核心。“谁是我们的敌人?谁是我们的朋友?这个问题是革命的首要问题。”毛泽东在《中国社会各阶级的分析》(1925年)一文中提出的观点与施米特“政治就是区分敌友”(1927年)的论断竟然有异曲同工之妙:在施米特看来,政治的本质就在于区分敌友,否则政治就失去了生命力;对于毛泽东来说,为达到打击敌人的目的,一切手段都是在所不惜的。因此,当蒋介石在“元旦文告”中提出“神圣的宪法不由我而违反,民主宪政不因此而破坏,中华民国的国体能够确保,中华民国的法统不致中断”的要求时,毛泽东断定这个声明是为了“确保中国反动阶级和反动政府的统治地位,确保这个阶级和这个政府的‘法统不致中断’”。为彻底地剿清国民党的残余,必须废除国民党时期的“伪法统”。但中共对“伪法统”的理解却走上了极端的道路,将其等同于国民党时期的一切法律体系和法律传统,于是在废除“伪法统”的同时也

就宣告了与传统法律资源的绝裂。伯尔曼意义上的“传统之内保持的新的法律体系”与中国失之交臂。毛泽东轻视形式合法性的行为阻却了中国法治进程迤邐的脚步,其将实质正当性归结为个人主观意断的倾向却导致了长达十年的文化大革命。“在那个真理被抹上泥灰的日子里”,法律规章被“高高挂起”,一切行动以毛泽东的讲话和《毛主席语录》上的内容为准,“法律已失去作用”。对实质正当性的错误理解,给中华民族带来了一场灾难深重的浩劫。

在厘清文化大革命的失败和教训后,法律体系的重建工作日益提上日程,1999年宪法修改时明确规定“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”。但在拨乱反正的同时,我们的法治建设却依然存在着诸多重形式轻实质的作风:成文宪法的颁布是早在建国初的事情,但直到现在宪法仍然不能成为司法审判的依据。“宪法是最高法和基本法”的规定至今只是一句形式口号,更不能奢谈对宪政本质的追问。形式合法性与实质正当性,在中国从不曾完美结合,成为历史性的两难话题。我国正处于社会的转轨时期,正当性根基的日益世俗化使统治的合法性问题重新进入人们的视域。如何建构中国政府的统治权威,知识分子在社会转型的关键时刻,究竟应该扮演什么样的角色将成为中国式的“西蒙问题”。就让我们以施米特“正当性对抗合法性”理论的利与弊,作为反思自身和中国宪政建设的良好契机。

责任编辑:王 莉

《毛泽东选集》第1卷,第1页。

《毛泽东选集》第4卷,第1382页。

毛泽东对法律资源的轻视一直延续到建国后,由于其在党内的领导地位,这种倾向在很大程度上影响了中国的法治建设。比如,毛泽东在北戴河时的讲话,无疑悬置了中国宪法。

顾准:《顾准文集》,贵州人民出版社,1994年,第1页。

理查德·伊文思:《邓小平传》,武市红等译,上海人民出版社,1996年,第264页。

参见王怡:“自由主义、世俗化和合法性危机”,资料来源:<http://www.chinapublaw.com>。