



逃犯条例 广场

读者来函

读者来函：与杨山商榷——我们从未宪制过

在一个没有宪制的地方讨论宪制危机是一件尴尬的事。施密特的各种论断，例如“主权者是在例外状态下做决断的人”，在中国政制脉络下就显得晦涩不明。

黎班 | 2019-09-16



2019年9月15日，示威者于湾仔烧毁一面中国国旗。摄：陈焯辉/端传媒

施密特的幽灵

1922年，当德国法学家卡尔·施密特（Carl Schmitt）出版他影响后世深远的著作《政治神学》的时候，他肯定没有想到的是，他这本书（以及前一年出版的《论独裁》，还有几年后出版的《政治的概念》）会在八九十年后的中文世界引起一番讨论，他可能更不会想到的是许多中国当代政治理论家会如此看重他所提出的问题。

我们设想一下，1922年时的施密特，他到底真正关心的是什么？是一个威权但国家能力很强的帝国或是一个民主但摇摇欲坠的共和？毫无疑问，施密特的出发点是后者，他念兹在兹的是在德意志帝国余烬中新生的威玛共和。这个共和对他而言，最大的危机就是政治权威的建立，而造成这个危机的不是别人，正是威玛共和时期的各路法学者，特别是以汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）为旗手的概念法学者。

新共和甫成立，皇帝被赶下王座，此时所有法学者都问的问题是，在共和体制下要怎么重建法律的权威？凯尔森给了一个非常体系性的答案，也就是我们熟悉的法律位阶理论，在这理论当中，宪法高于所有的法律而法律高于行政机关自己订定的规则，因为行政机关的权威来自于法律授权，而法律的权威来自于宪法，至于宪法呢？宪法来自于制宪时的人民意志。

而传统上，保证所有法律权威的主权者（也就是以往的王权）完全被屏弃在讨论范围之外。这也是凯尔森式法学最伟大的发明——将王权逐出公法学的讨论之外，而这也是现代自由主义宪法的基础。但对于施密特而言，这种法体系的概念旨在规范层次上讨论法体系的统一性以及宪法的权威性，并没有真正的处理宪法权威的政治基础。这种讨论方式在施密特眼中无疑是去政治化的谈论宪法，并且是没有办法准确的描绘当下的法体系的。

对于施密特而言，不去讨论宪法权威的真正来源——主权者——无疑是一个失败的法学讨论。也就是在这样的批判中，才出现了施密特在政治神学这本书中最著名的论断：“可以宣告例外状态并悬置一切正常法律并以法外手段来恢复秩序者，就是主权者。”对于施密特而言，凯尔森式的法学对于极端、紧急的状态是完全无能为力的，在那种状态下，没有任何法律可以解决问题，一切就只能回到主权者直接的政治判断。

在帝国升起时摇旗呐喊的新左派

当然，大部分对于施密特的讨论绝对离不开他在纳粹德国中的一面。这也让在帝国余烬中批判自由主义的施密特似乎成为了极权主义的代言人，战后的市民法传统的课程中不会再多提这位自由主义的怀疑者。诚然，作为纳粹德国国师的施密特，他在二战前不久写就的《陆地的万法》，就是更为直接为纳粹德国的陆地权力扩张提供了法学与政治哲学上的基础。而希特勒也被施密特认为是一个合适的主权者，因为经常借由法外手段来恢复德意志的秩序。

有趣的是，在中国，赤裸裸地去讨论施密特关注的生存空间（Lebensraum）与大空间（Grossraum）并不非常的盛行。相反的，在中国对于施密特的转介大多以早期的自由主义批判为主。例如在中国，无论左派右派大概都会听过的“政治的本质就是区分敌我”这种格言警句正是施密特对于自由主义政治的批判语。中国思想界的这种施密特热潮到底意味着什么，是国家主义热潮的附随现象吗？抑或是催生国家主义宪法学的一股力量？这并不是笔者有办法处理的大哉问。但笔者想强调的，是如何不要将施密特仅仅解读成国家主义。

如何在没有宪制的地方讨论宪制危机？

首先我们必须要小心的是，施密特对于宪制的批评，是植基于自由主义宪法的前提之上的。他所攻击的对象，正是把宪法看成机械化并可以在没有主权者的情况下不断运行的概念法学者们。但值得注意的是，施密特并没有直接攻击概念法学者对于法律位阶、法律权威的理解。相对的，施密特在意的是最终的权威来源，这在概念法学当中被存而不论的问题，在施密特的法理论中被提到了最重要的位置。因此，一个施密特式的宪法理解要有意义，前提必须是分析的国家、宪法已经具有一定程度的自由主义基础。对于这前提条件的判断，正是根本上，笔者不同意杨山的“宪制危机”分析的原因。

很明显的，在中国完全不存在自由主义宪制的基础。在中国法研究者间，大家会打趣的说，要如何衡量一个学者是否真的对中国法有基本理解，就看他参考文献中有多少政府红头文件。这个笑话很真确地点出了研究当代中国法的困难——研究者脑子里对于法的理解只有凯尔森式的概念法学，而中国的法律体制只有在外观上有著概念法学的壳，骨子里是一个党主导的司法体制。

在这前提下，我们必须对套用施密特来理解中国宪政的尝试非常小心。在一个没有宪制的地方讨论宪制危机是一件尴尬的事。施密特的各种论断，例如“主权者是在例外状态下做决断的人”在中国脉络下就显得晦涩不明——在一个法律框架范围自始不明的地方，可能没有人可以认知到哪些状态是例外哪些又是秩序常态。

警治作为理解中港危机的方法

相对于宪政危机这种自由主义式的讨论，笔者认为回归政治非常古典、基本的意义或许才是理解香港管治危机的方法。

政治（politics）有一个古典的意义是警治（policing），也就是如何在被统治者间安排、分配暴力。随著自由主义宪法的胜利，这种警治已经被视为在特殊、紧急状态中行使的权力（也就是施密特所说的主权者的权力）。但在中国的政治脉络下，警治从来没有被约束过，公安、国保随时可以调查人口，检察官可以因人设事随口先糊弄一个妨害国家安全把你关个两个礼拜，这种警治无所不在的地方，政治就变成了纯粹的力量间的对抗。

而香港的管治危机正是在于，这种警治模式扩张到了香港的日常生活中。从元朗白衣人夜袭到太子站警察关门打人，这两个多月来，香港市民感受到的是宪制的全面溃堤以及警治的全面掌权。以往被法律所划定的秩序/例外的界线消失了，取而代之的是警察不断地使用暴力。而正如同笔者前述的，在警治下，政治就成了纯粹的力量对抗。

这种警治，对于香港人来说当然是《基本法》的例外，是一个法外的紧急状态。而如果施密特的分析有意义的话，面对这种例外状态，主权者只能用法外的力量解散警队、解散立法会来重塑宪政秩序。而谁被期待可以承担这个角色？是在中南海焦头烂额的习主席？躲在礼宾府没办法做头发的林郑特首？抑或是承担起香港命运并且无时无刻都在展现道德勇气的香港市民？

（黎班，在法学院与政治系打混的不成熟研究者，专注于中国政治与美国政治）

如果你喜歡
就分享給更多人吧



热门头条

1. 抢滩越南，大陆商人被台商抛在身后
2. 早报：路透社公布林郑闭门会议录音，林郑称自己无法辞职，中央不会出军
3. 刘锐绍：林郑的“撤回”与辞职传闻都只是缓兵之计
4. 831晚太子站内发生了什么？还原警察无差别追打乘客事件
5. 早报：习近平要求领导干部主动投身到各种斗争中，敢于斗争、长期斗争
6. 萧仁豪：反修例运动中，卧底策略的三大得失
7. 老年人公园相亲角：性、户口、房子与无处安放的爱情
8. 9.8美领馆请愿：集会提早结束，示威者破坏多个港铁站，4站关闭，多区警民对峙延至午...
9. “人民币台币港币都想赚”，当台湾奶茶遇到政治表态
10. 猪哪儿去了？非洲猪瘟一年后

编辑推荐

1. 香港人是中华民国的什么人？港人赴台寻求“政治庇护”的两种模式
2. 叶静伦：香港街头的“阵地社工”，如何突破“社工只是做爱心”的刻板想像？
3. 第76届威尼斯影展探讨：“小丑”夺狮，影展的功能被消解了吗？
4. 伤感的点唱机 – 再看Robert Frank镜头下的另类美国图腾
5. 古巴粤伶百年浮生录
6. 美呔烤鸡串：矿业小镇上，串不尽的过往岁月
7. 专访刘细良：中港是命运共同体，是我们那一代最错误的信念

8. 丘伟荣：宗教遭遇民主化，希盟时代马来西亚伊斯兰政治的博弈
9. 香港困局——北京的一场宪制危机
10. 外援介入才可自救？他们为何争取《香港人权民主法》

延伸阅读

陈文敏、布颖琪：一国两制下，国家宪法是否适用于香港？

《中国宪法》的某些条文在某一层面可说是适用于香港，因为它们所涵盖的是国家的管理架构，代表了“一国”的概念，但所谓适用亦只限于这一层面。相反地，宪法内关于国家机构的权力，在涉及香港事务时，行使这些权力时便会受制于香港《基本法》。

廿年未衰的中国学界施米特热潮，从何而来？剑指何方？

施米特的所有重要著作，均已在2005年年底译成中文。这股施密特热为何会出现呢？当前中国学界为何会如此关心一个生于19世纪末的德国法学家呢？

李宇森：香港法治的最大迷思——少谈自治高举法治，可能吗？

中联办法律部部长王振民公开表示“凡是《基本法》没有规定的问题，（国家）宪法的有关规定自动适用于香港”，激起政坛和法律界一些反响。到底法治能否，甚至应否脱离自治的讨论？

专访刘细良：中港是命运共同体，是我们那一代最错误的信念

分离意识是被逼迫出来的，而民主制度可以消解这种分离意识。

香港困局——北京的一场宪制危机

北京急需政治决断，但这个决断会带来什么？