

论决断的类型化

——在政治与法律之间的考察

翁壮壮*

目次

- | | |
|----------------|--------------------|
| 一、引言 | 四、兼容性考察：我国宪法语境下的应用 |
| 二、施米特决断论的困境 | 五、结语 |
| 三、困境的化解：决断的类型化 | |

摘要 由于施米特并未准确地将其 1933 年《法学思维》中的“决断”限缩为 1922 年《政治的神学》中的“狭义决断”，并无限放大了司法裁判之中的非理性因素，最终导致了其决断论以“广义决断”侵蚀了其具体秩序论，从而导致施米特否定了自己的具体秩序论。经由对施米特“狭义决断”生成史的考察，可通过区分制宪决断、其他纯粹决断与宪制决断的方法来化解困境。政治与法律的关系是宪制决断的背景，通过对施米特与卢曼思想的比较，借鉴卢曼的组织决策理论，可将宪制决断区分为法律系统中的司法决断、政治系统中的行政决断与立法决断三种类型。在我国宪法语境下，制宪宣示可明确我国宪法中的宣示内容、宪法修改与制宪权的关系，以及明确维护国家安全决断的定位，从而被兼容地应用于我国宪法语境之中。

关键词 制宪决断 制宪宣示 纯粹决断 宪制决断

一、引言

研究决断概念，无法逃离施米特鬼魅的阴影。从理论上讲，施米特的决断论对实证法及规范宪法学所造成的根本性冲击不容忽视。从实践上看，施米特的决断论在现实生活之中存在误用、混用、滥用的潜在风险。为此，有必要考察 1912—1934 年间施米特决断论的嬗变史，明确决断论的困境。从中国的实践看，在“非典”期间，政治家的“决断”是我国成功战胜“非典”疫情不可忽视

* 上海交通大学凯原法学院博士研究生、上海交通大学中国法与社会研究院研究助理。本文系 2022 年度国家社会科学基金重点课题“系统论视野下的数字法治基本问题研究”（项目编号：22AZD149）的阶段性成果。

的重要因素。如今“新冠肺炎”肆虐全国,传播速度之快、传播范围之广、社会危害之大都前所未有,也折射出了现代复杂社会的风险社会属性。在风险社会之中,诸如气候变化、恐怖主义、算法歧视等风险无处不在。为应对风险而引发的各种决策风险、衍生风险与次生风险同样无处不在,甚至数字社会的全景监视下呈现出了例外状态常态化的趋势。因而,重新梳理“决断”概念,对决断予以类型化,兼具理论价值与实践价值。

二、施米特决断论的困境

从1912年的《法律与判决》到1934年的《论法学思维的三种模式》(以下简称《法学思维》)中,施米特在方法层面都明显受到了韦伯“理想类型”的启发。《法学思维》标志着施米特决断论思想的成熟,他通过对哲学与法学发展历程的梳理,区分了规范论、决断论与具体秩序论三种不同的思维模式。^{〔1〕}

(一) 施米特决断论的嬗变史

由于“法规范”及“法实践”之间存在断裂,施米特一直试图在其公法学理论之中,找到弥合两者的理论工具,而决断论便是其最初找到的工具。施米特早在1912年的《法律与判决》之中,就开始反思暗含决断因素的司法判决,如何被正当化为国家行为。他认为决断因素在结束争端的判决中凸显出来,法律漏洞成为他普遍批判实证主义的出发点。在1914年完成教授资格论文后,他更是将“作为纯粹价值判断的、在事实中不能申辩的法律”与“作为在经验世界中法律执行者的国家”区分开来,使得国家并非从司法判决而是从政治中获得其正当性。^{〔2〕}由此观之,早期施米特试图证明司法裁判并不是规范论者宣称的理性裁判,而是蕴含了大量非理性的决断色彩。

1922年《政治的神学》中,其决断论处于萌芽阶段,尚未得到充分的阐发与广泛的应用。此后,在1922—1928年之间,决断论被延伸至对《利维坦》和国家理论的研究。1928年《宪法学说》标志着施米特决断论的成熟,施米特重申了西耶斯的“民族制宪权”学说,指出政治共同体是由该共同体的全体人民做出的政治决断,并因此产生了该共同体的政治秩序,即绝对意义的“宪法”(Verfassung),此种“宪法”,绝非是相对意义的“宪法法律”(Verfassungsgesetz),并据此指出法的本质乃是一种来自政治权威的决断。^{〔3〕}由此观之,施米特的决断指的是最高的政治决断,并未考虑到其1912年在《法律与判决》之中提到的司法裁判的决断性因素,即不包含日常的决断。

在1934年《法学思维》中,施米特对决断论进行了深刻的反思。施米特引出决断论的最初目的,是批判规范论。通过回顾决断论的历史,施米特指出决断论者通常认为法的源头并非是“诫命”本身,而是与“诫命”一同出现的、做成最终决定的权威。在法学上,一切法效力的最终法基础,存在于一个意志过程亦即决定之中。由此,逻辑一贯的规范论会导出荒谬的推论:合于规范之决定的法效力出自规范,但是抵触规范之决定的法效力则是出自自身,亦即来自对规范的抵触。^{〔4〕}由此,施米特借助决断论之手,推导出了规范论所处的“规范效力终极来源悖论”,否定了规范论试图弥合“法规范”与“法实践”之裂隙的理论尝试。

〔1〕 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45—49页。

〔2〕 参见[德]迈克尔·施托莱斯:《德国公法史:国家法学说和行政学(1800—1914)》,雷勇译,法律出版社2007年版,第609—610页。

〔3〕 关于其早期决断论的论述,参见[德]卡尔·施米特:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2015年版,第56—65页。

〔4〕 见前注〔1〕,施密特书,第64—69页。

（二）《法学思维》中决断论的定位

在《法学思维》中，施米特主要用“决断论”来批判“规范论”和“法实证论”，后者指杂糅了规范论与决断论的法实证论。此种批判的目的，是最终证成其具体秩序论的方案。施米特认为“正常状态”联结在“具体秩序”之中，因而“具体秩序”才是实证法效力来源问题的解决之道，但施米特却并未详细论及何为具体秩序，在回应具体秩序论如何应对决断论的破坏与解构时，也并未明确给出答案。

根据施米特的归纳，规范论的前身是国家法学，即“前规范论”。经由该说发展而来的规范论，试图以“规则之治”建构起“抽象的法秩序”，取代“具体的法秩序”，并形成逻辑自洽的完满体系。在批判规范论时，施米特紧扣“法秩序”这一核心概念，反对“抽象的法秩序”对“具体的法秩序”的吞没，强调规则仅仅构成“法秩序”的一部分，甚至只是“法秩序”的一种手段，其不能取代“法秩序”这一目的本身。^{〔5〕}

在批判了“规范论”之后，施米特进而批判“法实证论”。“法实证论”实际上是一个“理想类型集”，是规范论与决断论这两个“理想类型”的集合。^{〔6〕} 在批判19世纪的法实证论时，施米特认为19世纪的法实证论是决断思维与规范思维的综合体，其本质是引入决断论为规范论的安定性、明确性、可预见性等优势背书，从而终止对规范的终极前提的讨论。但施米特随即指出，前述优势并非法实证论的优势，而是成熟立法国的优势。在法实证论漫长的历史演变过程之中，“法解释的主观恣意性”从未被真正克服，并一直饱受指责。法实证论的致命缺陷就在于其将决断论意义上的单纯事实，变成了规范论所不能容忍的法源，法实证论将“事实的规范效力”的“实效”，作为效力起始的尝试，这无疑是违背规范论区分“效力”和“实效”逻辑的。如果法实证论不把具体生活秩序作为自身在现实中展开的坐标，法实证论就无法从根本上区分“法/不法”，也无法从根本上区分司法裁判决策的客观性与主观恣意。^{〔7〕}

总之，施米特对法实证论的批判是深刻而富有洞见的，其对法实证论的批判，至今困扰司法裁判的正当性，即宪法裁判及司法裁判的本质，究竟是一种非理性的“决断”，还是理性的“决策”。这也引发了决断论瓦解具体秩序论的风险，因此施米特强调不能将主权者的决断纳入具体秩序之中，但带有唯意志论色彩的司法与行政决断处于具体秩序之中。“决断既处于常态秩序之外，又处于常态秩序之中”，这无疑是多少有些诡异的。因此，尽管决断论揭示出了规范论之缺陷，但无法为正常状态下的常态秩序提供有效的方法论指引。

（三）鸠占鹊巢的困境：被瓦解的具体秩序论

在遵循施米特的思路对《法学思维》进行批判性反思之后，会发现其具体秩序理论与决断论之间存在巨大的张力。通过对文本内容进行梳理，可以将《法学思维》的全书架构表示为下图：

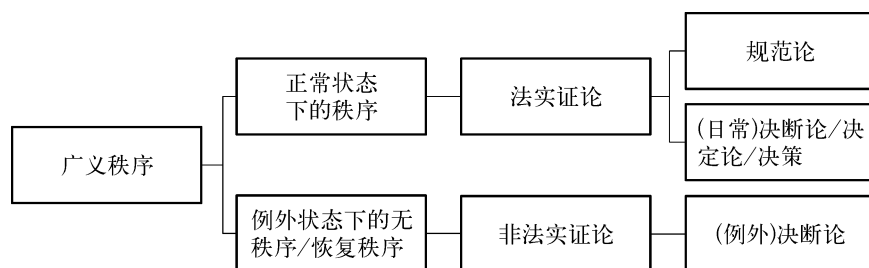


图1 《法学思维》的全书架构

〔5〕 见前注〔1〕，施密特书，第50—64页。

〔6〕 见前注〔1〕，施密特书，第70页。

〔7〕 见前注〔1〕，施密特书，第75—82页。

如图所示,施米特提供了一个“广义秩序”观念,这不是一种机械性的静态秩序,而是具有“法”的秩序,是“对正常状态秩序的维护与确认”。这种广义秩序观念可区分为“正常状态下的秩序”与“例外状态下的无秩序”,前者本质上是“具体秩序”,而后者本质上是“有待恢复秩序的无秩序状态”,是一种法律面临暂时性或永久性悬置的状态,因而也属于广义秩序。施米特力图用无序状态下的决断论,以证成规范论的局限性,用法实证论中暗含的非理性因素证成法实证论的不完善性。最终,施米特提供了崭新的具体秩序论,用以取代过往在具体秩序下占据主导地位的法实证论,并完成其试图用具体秩序论“全面接管”法实证论的理论尝试。

总之,施米特的三元论相较于早期的二元论有了较大的发展,对二元论中的诸多理论具有突破甚至违逆之处。^[8]但施米特煞费苦心提出的“具体秩序论”,面临被决断论彻底癌变的风险,形成了“鸠占鹊巢”的局面。由于施米特的具体秩序论对德国法律方法论产生了极为深刻的影响,因而不宜轻易抛弃。^[9]从词源学上看,此种张力的根源来自德语 Entscheidung 自身含义的张力。它就像一个硬币,同时有“决策”与“决断”两面,当未受约束的“决断”全面侵入“日常具体秩序”时,日常具体秩序的原原本理性的“决策”便会带有非理性化的色彩。“决断”与“决策”被以悖论的方式加以同一化,使得施米特提供的“具体秩序论”面临“决断论”的侵蚀。

三、困境的化解：决断的类型化

《法学思维》中精心建构的具体秩序论,被施米特未加约束的决断论“完全架空”并“全面接管”,这也使得“例外状态的常态化”变成了现实。^[10]如要拯救深刻影响了德国战后法学方法论数十年的“具体秩序论”,便需要对决断予以类型化。

(一) 区分制宪决断/宪制决断

为此,弄清施米特决断概念的来龙去脉就显得尤为关键。梳理本雅明与施米特的潜在对话,对此大有裨益。阿甘本在《例外状态》中,称之为“空缺的巨人之战”。^[11]两人之间的潜在对话,按照时间顺序可以归纳如下:1921年本雅明完成《暴力的批判》,同年,施米特的《论专政》发表。施米特在该书中重点讨论了专政的问题,特别是对“委任专政”与“主权专政”,以及“制宪权”(constituent power)与“宪制权”(constitutional power)这两对关系进行了详细的讨论。经阿甘本考证,施米特在完成《论专政》的写作时,可能没有读过本雅明的《暴力的批判》,但这两人在讨论“服从/不服从权威”的问题时,却不谋而合。具言之,本雅明区分了“制法暴力”与“护法暴力”,而施米特则采纳了“制宪权力”与“宪制权力”的类似区分,护法暴力与宪制权力都要求公民服从现有

[8] 关于其二元论的论述,参见[德]卡尔·施米特:《政治的神学——主权学说四论[1922]》(第二版序1933年),刘宗坤译,载刘小枫主编:《政治的神学》,上海人民出版社2015年版,第49—62页。

[9] “具体秩序思维”(konkrete Ordnungsdenken)/“现实秩序”(wirklich Ordnung)思想对朗格、拉伦茨、考夫曼、恩吉施等德国学者的“事物之本质”(Natur der Sache)、“具体之一般概念”(konkret-allgemeine Begriffe)、“抽象之一般概念”(abstrakte Allgemeinbegriffe)等学说产生了巨大的影响。相关内容详见 Rückert-Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts-von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., 2017, S. 318-367.

[10] See Walter Benjamin, *Illuminations*, translated by Harry Zohn, Harcourt Brace Jovanovich, Inc, p.257. 此种“例外状态常态化”的观点后来直接影响到了阿甘本。See Giorgio Agamben, *State of Exception*, translated by Kevin Attell, The University of Chicago Press, 2005, p.22.

[11] See Agamben, *supra* note [10], at 52. 卢曼同样关注到“暴力”与政治系统“执政/在野”的二值符码之间的关系,参见[德]尼克拉斯·鲁曼:《生态沟通》,汤志杰等译,桂冠图书股份有限公司2001年版,第140—143页。

权威,而制法暴力与制宪权力则并不要求公民服从权威,甚至指向了公民反抗的状态。在《论专政》发表之后,施米特才阅读了本雅明的《暴力的批判》,这也对施米特的主权理论的后续发展产生了重要影响。在 1922 年《政治的神学》中,施米特用“决断”的概念取代了制宪权力与宪制权力这对区分,将讨论的重点,从对“专政”的讨论转移到对“主权”的界定上,并提出了“主权者就是决断例外状态之人”。^[12] 此处的“决断”本系最高的政治决断,在《论专政》阶段仅针对“制宪权力”而存在,却在《政治的神学》阶段,将本不属于此的“宪制权力”也囊括了进来。由此,施米特的决断悖论在于主权者同时处在法律秩序的内与外,主权者有悬置法律有效性的合法权力,同时他可以合法地将自己置于法律之外,因为限制他们行动的法律被悬置。^[13]

由此观之,施米特在《政治的神学》中的“狭义决断”,承担了统合自己的“制宪权”与“宪制权”的任务,但此种统合忽视了“真正无序状态”下代表狭义决断的“制宪权”能量,并不能为常态秩序内的“宪制权”所容纳,这也是《法学思维》中施米特提倡的“具体秩序论”不能承受之重。正是由于施米特有意忽视了此种张力的存在,才导致“狭义决断”扩张到了《法学思维》中“广义决断”的“作用域”。通过学说史的还原,要挽救其具体秩序论,需要重新依据施米特早期制宪权力和宪制权力的分类,将其广义的决断观念,对应类型化为“制宪决断”(constituent decision)和“宪制决断”(constitutional decision)。其中,“制宪决断”指依托“制宪权力”针对现有秩序的决断,例如革命产生政权更迭。“狭义决断”就是“制宪决断”,又可进一步拆分为“纯粹决断”(pure decision)和“制宪宣示”(constituent declaration),后者系对前者在宪法上的主权宣示,并非是独立类型的决断。“宪制决断”指依托“护宪权力”在现有秩序的“母体”内完成的决断。除了制宪决断和宪制决断之外,还存在第三类决断,即“制宪决断之后的其他纯粹决断”。这类决断与制宪决断都属于政治决断,它们的区别是,这类决断仍在现有政治系统的内部,其目的是维护现有的政治系统,而制宪决断则不在现有政治系统内部,其目的往往是打破现有的政治系统。可将前述类型表示为“决断类型化图 A”:

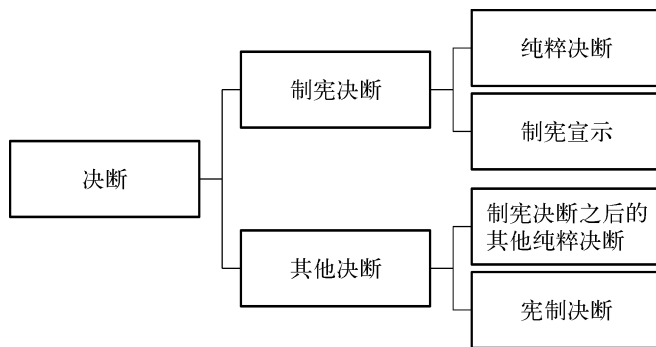


图 2 决断类型化图 A

(二) 宪制决断的背景: 政治与法律的关系

宪制决断处于纯粹的政治决断与纯粹的法律决断之间,因此只有处理好政治与法律的关系问题,才能真正恰当地将宪制决断进一步予以类型化。根据克里斯·桑希尔(Chris Thornhill)的考

[12] See Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, translated by George Schwab, The University of Chicago Press, 2005, p.5.

[13] See Agamben, *supra* note [10], at 47.

察,在德国发生的卢曼与施米特政治理论关系的激烈争论中,卢曼通常不受政治煽动性的影响,并始终刻意保持自己与施米特之间的关系,并“在他庞大的作品中几乎没有提到施米特”,但卢曼始终试图通过提出一种社会理论,来回应施米特的极端例外主义。^[14] 在1980年的采访中,卢曼曾罕见地直接声明自己并不信服施米特的理论,并认为政治系统的能力并非仅局限于决断例外状态,而是更体现为在常态秩序之内做出恰当的宪制决断之能力。^[15] 同样针对此问题,美国学者威廉·拉什曾提及卢曼与施米特的对话,并认为卢曼对此问题的理解与施米特存在深刻分歧,却可为重新理解宪制决断的背景提供宝贵的思想资源。^[16]

在施米特的脑海之中占据主导性地位的,始终是主权者做出决断的例外状态,而非是自由民主的常态秩序。在高度异质化的市民社会兴起的背景之下,政治国家的权威前所未有的衰落,政治系统失去了对其他社会子系统的宰制地位,这使得现代国家处于深刻的危机之中。植根于自由主义传统之中的法治,力图通过恢复法律系统的理性与可计算性,以对抗“一位不受约束的主权者的独断及其心血来潮的专横”。但此种非斗争性的、规则导向型的法治是一种犬儒主义的表现,是一种不切实际的幻想,并不能给国家带来真正的安全。法治意图以一种更高位阶的法律或道德秩序为名消除政治。施米特认为,主权并不是指“法律上的至高权力”(legally highest power),而是一项“事实权力”(actual power)。只有主权者这一自主性的实体,才能做出决断。施米特所要做的,就是回归政治的斗争本质,通过区分敌我来恢复政治的正当性,使得国家真正成为世界图景之中政治差异性的载体。

卢曼则与之针锋相对,指出日益增长的复杂性导致了社会系统的分化,诸社会子系统各司其职并享有平等地位。^[17] 国家不过是政治系统的自我描述,其并不享有对其他系统的宰制能力。政治系统中的主权者被分割成了国家治理内部的“统治者/反对者”,使用“执政/在野”的二元符码。^[18] 现代社会的复杂性远超传统社会,此种复杂性不可能交由任何单一的社会子系统承受,每个系统只能运用自己系统的符码,去处理自身所负责的复杂性。^[19] 现代法最典型的特征莫过于实证化,尤其表现为实证立法的激增。^[20] 法律系统拥有自身的符码,并以此区别于其他系统,法律系统具备依据自身处理复杂性的能力,不能丧失其自主性。^[21] 法律决策特别是司法决策运用条件纲要吸收不确定性,而政治决策运用目的纲要吸收不确定性。前者也会涉及目的纲要,但目的纲要必须嵌入到条件纲要中,才能对法律决策起作用,否则并非是法律沟通,而是其他社会沟通。^[22]

[14] See Chris Thornhill, *Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the Modern Form of the Political*, 10(4) *European Journal of Social Theory* 499, 499 - 516(2007).

[15] 相关声明详见 Thomas Wirtz, *Entscheidung, Niklas Luhmann und Carl Schmitt*, in Albrecht Koschorke und Cornelia Vismann (hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie. Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, 1999.

[16] See William Rasch, *Conflict as Vocation: Carl Schmitt and the Possibility of Politics*, 17(6) *Theory Culture & Society* 1, 23 - 26(2000).

[17] 参见泮伟江:《法律的二值代码性与复杂性化约》,载《环球法律评论》2017年第4期。

[18] See Rasch, *supra* note [16], at 24.

[19] 参见陆宇峰:《“自创生”系统论宪法学的新进展——评托依布纳〈宪法的碎片:全球社会宪治〉》,载《社会科学研究》2017年第3期。

[20] See Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, Routledge & Kegan Paul, 1985, p.147 - 158.

[21] 参见[德]鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版公司2009年版,第201—203页。

[22] 参见宾凯:《从决策的观点看司法裁判活动》,载《清华法学》2011年第6期。

两人的根本分歧是现代社会的政治系统是否可以取代法律系统。施米特始终强调政治系统的主导性地位,法律系统仅仅只是政治系统的补充,即使是在具体秩序之中,也必须充分考虑主权者的决断。^[23] 施米特并未接受卢曼功能分化社会的预设,而是在上下分层的社会中为政治决断保留了中心位置,由此面临政治决断进入常态秩序中打破社会功能分化的困境。^[24]

制宪决断与其他决断之间的断裂,是导致此种悖论出现的根本性原因。制宪决断的目的并非维系现有社会,而是“打破现状”,旨在建立新社会,这与宪制决断的目的相悖。制宪决断并不存在于现有的政治系统之中,并不接受现有秩序的约束。制宪决断不同于在现有政治系统之中、接受少量约束的其他纯粹决断,更不同于受到现有秩序完善约束的宪制决断。由此,施米特的失误便是夸大了功能分化社会中潜在的不安定因素。

相较于晚期施米特对功能分化社会的拒斥,卢曼更强调功能分化社会的实存性。现代民主国家的所有特征都是由政治系统本身产生的,以便满足其自身的功能需求。法律限制权力、合法性需求、党派合作等现象,实际上仅仅是现代政治制度为实现其功能必须赋予自身的表征。政治系统通过民主选举、权力分立、任期制等宪制设计,很大程度上告别了分层社会中区分“敌/我”的野蛮性。正因如此,“不受任何约束的制宪决断”不应取代“宪制决断”和“其他纯粹决断”。^[25] 虽然卢曼并未对例外状态直接展开讨论,但其对政治系统的扩张始终抱有深深的忧虑。特别是在思考福利国家问题时,卢曼认为政治系统以能动行政和积极行政之名向其他社会子系统扩张的过程,可能会导致社会“去分化”的风险,最终导致社会退化。^[26] 政治的权力基础是其对武力的合法垄断。民主政治中仍旧存在产生武力斗争的风险,其必须被约束并被纳入法律框架内处理。^[27]

由此观之,与早期的施米特类似,卢曼将制宪决断和宪制决断这两类决断严格区分开,并敏锐地意识到“其他纯粹决断”这一“第三种决断类型”的存在,从而很好地化解了政治决断充斥于常态秩序的困境。卢曼事实上将“广义决断”区分为“狭义决断”与“决策”。其中,“最狭义的决断”对应“制宪决断”,“狭义决断”对应“制宪决断”和“制宪决断之后的其他纯粹决断”,此两种决断是不受宪制约束或仅受少量宪制约束的决断,两者都属于政治决断。“公权力决策”则对应“宪制决断”,其包括“司法决断”“行政决断”与“立法决断”,三者虽是决策与决断的混合物,却更具理性色彩,并非真正不受约束的决断,都受到宪制严格约束。卢曼提供的最终方案是,严格限制制宪决断的范围,避免与其他两类决断发生混淆,将制宪决断之中潜在的武力斗争尽可能地纳入法律框架之中进行处理,将可能造成的危害降至最低,同时考察其他纯粹决断的约束性条件,并对法治国中的宪制决断进一步予以完善和类型化。卢曼曾对属于“宪制决断”的决策理论展开深入讨论,可作为对宪制决断予以类型化的宝贵资源。

(三) 宪制决断的再类型化

在《组织与决策》之中,卢曼围绕政党、立法机关、行政机关、司法机关等组织及其在常态秩序之中

[23] 相同观点参见 Rückert-Seinecke (Fn.9), S.251.

[24] See Thornhill, *supra* note [14], at 500 - 509.

[25] See Michael King and Chris Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Palgrave Macmillan, 2003, p.76 - 135.

[26] 相关观点详见 Niklas Luhmann, *Widerstandsrecht und politische Gewalt*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol.5: 1, 1984, S.40.

[27] See Niklas Luhmann, *Organization and Decision*, edited by Dirk Baecker, translated by Rhodes Barrett, Cambridge University Press, 2018, p.164 - 166.

的决策行为,对决策的资格、动机、前提、程序以及不确定性的吸收等问题,都专门进行了详细的讨论。可见,在卢曼看来,尽管日常生活中的决策不可避免地带有决断色彩,但决断并不能取代日常生活中的决策,否则便没有必要耗费巨大资源,为决策详细设定一系列限定条件。与此同时,尽管卢曼为“决策”设置了诸多限制,但卢曼与施米特一样,从未否认“决策”的“决断”属性。^[28] 卢曼指出,决策必须指向其自身,同时也指向决策的选择项,因此,决策必然涉及这样一个悖论:选择项是一个待选项,否则决策就不是一个决策。同时,选择项不是一个待选项,否则决策也不是一个决策。^[29] 实际上,卢曼仅仅认为“决策”是一种应当“被约束的决断”,是“被宪制约束的决断”。由此观之,可以借鉴卢曼的系统论思想,将施米特论述空白的宪制决断领域,进一步予以类型化。

采纳“合法/非法”符码的法律系统,在实证法的框架中运转,而采纳“执政/在野”符码的政治系统,在现代民主政治的框架中运转。政治系统无法像在传统社会中那样发挥整合全社会的中心力量,政治系统的决断并不能取代法律系统的法律决断,反过来法律决断也不能取代政治系统中的决断。因此,需要对两者进行分别评价。与更多的正统自由主义者一样,卢曼认为法治国通常会促进法律系统与政治系统之间的高度相互依存,权力借助法律获得了权力行使合法性的基本形式。作为政治系统的国家,可以再分化为“政”(politics,即“政治领导部门”)、“治”(administration,即“治理运行部门”)和“民”(publics,“民众意见反馈部门”)这三个子系统,三者协同配合负责生产“具有集体拘束力的决策”。^[30] 其中,政治领导部门对应的组织是政党,政党主导的决断可归入政治决断,即制宪决断之后的纯粹决断。但在不同国家的政治现实之中,政党主导的政治决断地位存在些许差异,因而不宜放入决断类型化的一般理论之中探讨。治理运行部门对应的组织是立法机关和行政机关,两者对应立法与行政决断。民众意见反馈部门对应各种处理舆论的组织,吸收意见反馈给政治领导部门和治理运行部门,处理舆论的政治组织,可以归入治理运行部门之中讨论,这使得三者形成了“沟通闭环”。^[31] 由此观之,除了“制宪决断之外的其他政治决断”,即“其他纯粹决断”,只是政治系统的一种决断类型。政治系统之中,既有政党主导的政治决断,也有治理运作部门主导的立法决断和行政决断,区分两种不同组织主导的决断,特别是政治决断与行政决断便非常重要,这也是党政分离的应有之义。

桑希尔认为,卢曼的社会系统理论中,政治系统的功能是“做出具有集体拘束力的决策”,这就产生了权力跨越政治系统边界弥散到其他社会系统造成“权力泛在于全社会”的景观,这预示着,权力有可能重新膨胀并再度升级为全社会的中心,因此卢曼的政治系统理论很难有效回应施米特的政治中心论。^[32] 但此种观点很难完全成立,遵循卢曼的思路,通过区分政治决断(纯粹决断)与宪制决策,可以有效地实现对“权力泛在于全社会”的法治约束,继而有效回应桑希尔的批判。具言之,“政治决断”与“行政或立法决断”存在根本性差异。政治决断更强调“总揽全局、协调各方”的“总指挥”作用,它往往最终体现为政党意志,政治决断通常不像行政或立法决断那样有明确的法律约束,对政治决断的约束通常是宪法约束。政治决断对“灵活、适时、高效、准确”四项决断指标的要求,也远远超过了行政决断与立法决断。要区分开政党的“政治决断”与“宪法秩序下其他的政党活动”,其他政党活动除了接受宪法约束之外,还需要遵循相应的法律约束,这也是依法执

[28] 见前注[22],宾凯文。

[29] See Luhmann, *supra* note [27], at 110.

[30] See Thornhill, *supra* note [14], at 500 - 505.

[31] See Niklas Luhmann, *Political Theory in the Welfare State*, translated by John Bednarz, Walter de Gruyter, 1990, p.47 - 50.

[32] See Thornhill, *supra* note [14], at 514 - 515.

政的应有之义。因此,政治决断的范围是有限的,并非所有的政党活动都是政治决断,更不能将“政治决断”与“行政或立法决断”混为一谈。这些方面的不同,为判断某个具体的决断究竟属于“真正的政治决断”还是属于“行政或立法决断”,提供了参照的标准。

综上所述,可以对决断以四条标准进行划分。第一,按照决断是否受到现有宪制的普遍约束,可将决断区分为“非约束性的决断”与“约束性决断”。第二,按照做出决断的时间要求,又可以将决断区分为“迟延决断”与“即时决断”。即时与迟延是相对而言,为方便讨论,将时间要求相对紧迫的决断称为即时决断,将时间要求较为宽松甚至并无明确时间要求的决断称为迟延决断。第三,按照宪制权力分立的格局,可将“决策”即“宪制决断”区分为“立法决断”“行政决断”与“司法决断”。第四,按照正常状态和例外状态的区分,可以产生正常状态下的立法决断、行政决断、司法决断与例外状态下的立法决断、行政决断和司法决断。但例外状态真正来临时,有资格和能力做出应对的只能是政治组织,即立法机关与行政机关,而不是法院这样单纯的法律组织。故而无需探讨例外状态下的司法决断。

需要补充说明的是,例外状态下的行政决断与立法决断,都回归到了纯粹决断之中,唯一的区别仅在于做出决断的主体不同。值得注意的是,此种回归后的“纯粹决断”,与建立政治共同体那次独一无二的“制宪决断”并不相同,例外状态下的行政决断和立法决断,尽管也是做出了主权决断,但却从未“创设”新的“制宪宣示”,而只是对那次独一无二的制宪决断的制宪宣示的“再确认”。因此,不能错误地认为对一部宪法而言,可以存在多次不同的制宪决断,而只能认为,对于同一部宪法而言,可以存在多次不同的纯粹决断,其中也包含了逻辑上“建立了政治共同体的第一次纯粹决断”。无论如何,“制宪宣示的创设”只能有一次,而不能有多次。“第一次纯粹决断之后的其他纯粹决断”只是对此种制宪宣示的实践确认。

由此,按照分类简洁且不重复的要求,将四条标准最终排列组合,可将“决断类型化图 A”进一步类型化,表示为“决断类型化图 B”:

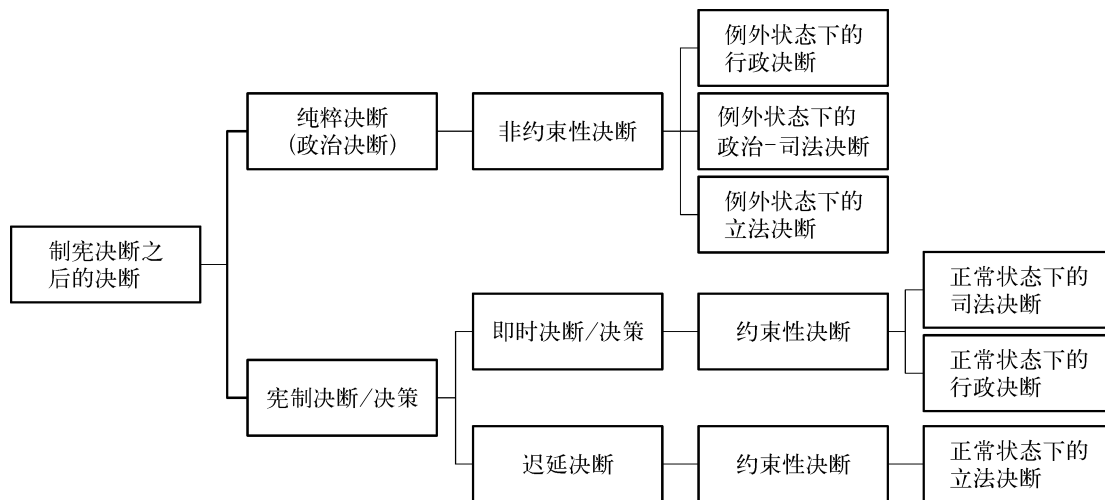


图3 决断类型化图 B

(四) 法律系统中的司法决断

法律系统中的司法决断涉及“正常状态下的司法决断”与“例外状态下的政治-司法决断”两种类型。

第一,就“正常状态下的司法决断”而言,法律系统承担“稳定规范性预期”的特定功能,社会调

控、冲突解决等功效(Leistung)并非其功能。^[33] 司法决断依托条件纲要,根据“构成要件+法律后果”形成裁判。^[34] 在数量占据大多数的简易案件之中,司法决断主要依靠法教义学论证,无需求助于道德、政治等外部要素,因而其决断属性并未被放大,表现出了司法决策的外观。在数量较少的疑难案件之中,司法决断陷入到了“决断不可决断之事”的司法悖论之中,暴露出了决断性。后果主义论证可在“事实—证据”进路,帮助法教义学论证掩盖此种司法悖论,但其必须同时受到立法约束,进而掩盖其带来的新的决断属性。不论是在何种案件之中,司法的决断属性从根本上来源于法院依据案件事实而非是真实事实对案件进行裁判,此种决断属性需要通过法律论证重新被掩盖起来,以维系司法系统的正常运行。^[35] 在此种掩盖过程之中,司法决断接受宪法与法律的双重约束,使得其可能的恣意性在法律系统内部得到限制,从而获得其正当性。

第二,就“例外状态下的司法决断”而言,考虑到决断例外状态的政治属性,此项任务并不适合交给司法机关,因而不需要考考虑此种逻辑类型。但现实之中可能存在“具备政治机关与司法机关双重性质的机关”做出最终决断的情形,比如法国的宪法委员会、德国的联邦宪法法院、美国的最高法院的决断。因而有必要将“例外状态下的政治—司法决断”作为一个特殊的现实类型,纳入决断的类型化框架内。此种“例外状态下的政治—司法决断”属于非约束性的“政治—司法决断”,虽然可能具备司法决断的形式,但又与传统的法律系统中的司法决断有所差异,其处于法律系统与政治系统的结构耦合地带。

(五) 政治系统中的行政决断

政治系统中的行政决断涉及“正常状态下的行政决断”“正常—例外状态下的行政决断”和“例外状态下的行政决断”三种类型。

第一,就“正常状态下的行政决断”而言,在现代社会内部,针对来自环境和技术的风险,在政治系统中产生了控制和规划未来的决策活动。政治系统无力解决现代社会的所有重大问题,其功能是做出“具有集体约束力的决策”。^[36] 现代社会之中,相较于立法机关主导的立法活动,行政决断通常有较为严格和明确的时间要求,因而属于即时决断的范畴,需要接受宪法和法律的双重约束,以获得其决断的正当性。

第二,就“正常—例外状态下的行政决断”而言,延续卢曼的逻辑,政治系统的权力媒介有时也会将自身扩展到其他系统,尤其当一个系统的扩张混淆了诸系统的边界(比如早期资本主义社会中经济符码的扩张),或者系统间的沟通产生混淆从而构成对某一子系统自足性威胁(比如司法腐败)时,权力为了防止“去界分化”的发生,避免例外状态的发生,就会应用到其他社会子系统,并将这些问题纳入政治系统,使其被界定为“政治”。^[37] 在现代风险社会之中,福利国家和应急行政作为新的行政领域开始兴起,这对社会分化而言,是一把“锋利的双刃剑”。就福利国家和应急行政积极方面而言,应急行政和福利国家均能对除自身之外的其他社会子系统的恶性扩张予以有效遏制,以缓解贫富差距、社会不公等现象。就福利国家和应急行政的消极方面而言,尽管政治系统准确充分地认识到了其他社会子系统造成的去分化的危机,但政治系统自身不当扩张也会导致其主导的去分化危机。但由于福利国家和应急行政仍旧并非真正的例外

[33] 相关内容详见 Niklas Luhmann, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? In: ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Suhrkamp 1999, S.73.

[34] 见前注[22],宾凯文。

[35] See Luhmann, *supra* note [27], at 357.

[36] 参见宾凯:《政治系统与法律系统对于技术风险的决策观察》,载《交大法学》2020年第1期。

[37] 参见李忠夏:《宪法学的系统论基础》,载《华东政法大学学报》2019年第3期。

状态,并非真正意义上的“例外状态下的行政决断”,因此其仍旧需要接受宪法的约束。

第三,就“例外状态下的行政决断”而言,卢曼本人并未直接论述此种情况,但可沿袭其思路继续推导。此种情形涉及诸如内战、暴乱等危及国家安全的情况,这体现主权者决断的逻辑,关系着国家的生死存亡。“主权便是决定紧急状态”,^[38]也“只有如此定义才适合这个边界概念”,以说明主权之于政治的重要性。此时的行政决断,是就其主体是行政机关而言的,本质上回复到了纯粹决断的范畴,成为“非常之时,行非常之事”的不受约束的政治决断。当国家在生死存亡的危急关头时,主权者会打破一切束缚,例外状态下的行政决断属于非约束性的政治决断。事先为此种决断设定约束的做法并不可能发挥作用,亦不合理。当然,决断在事前与事中不受约束,未必在事后评价上全然正当,特别是完全剥夺公民基本权利的极端情形。毕竟,纯粹决断的逻辑是为在极端状态下维护公民的基本权利特别是生存权,在事前、事中便将其完全剥夺,显然超出了合理限度。

(六) 政治系统中的立法决断

政治系统中的立法决断涉及“正常状态下的立法决断”和“例外状态下的立法决断”这两种类型。

第一,就“正常状态下的立法决断”而言,当面对不能决断之事时,立法机关并不需要像司法机关那样,必须在审判期限之内做出决断,也不需要像行政机关那样,必须在固定的行为期限内完成其活动,恰恰相反,对于存在争议,特别是争议较大,立法时机尚未成熟的事项,立法机关可以采取回避立法的态度。即使是不存在争议,争议较小或立法时机已经成熟的事项,立法机关也没有责任必须在法定期限之内完成此项立法,而是可以为自己留下充足的时间,去仔细雕琢相关的法律草案。有限理性的立法机关也不可能及时地对特定事项做出恰当的反应,甚至存在对相关事项并未察觉的情况。立法活动必须遵循《宪法》,不能将《宪法》规定的只能由法律进行规定的事项,授权给法律的下位规范,也不能彻底逃避此种立法义务。除此之外,如果立法机关向民众公布了其在规定期限内要完成的立法计划,那么其应当受到自身创设的立法计划的约束。因此,正常状态下的立法决断虽然是一种迟延决断,但仍旧需要受到《宪法》规定的立法义务与其公布的立法计划的双重约束,这也是此种决断的正当性基础。

第二,就“例外状态下的立法决断”而言,在例外状态下,面对突如其来的威胁国家安全或社会秩序的危机,立法机关不能回避决策悖论,需要及时做出是否进入例外状态的判断。根据危机事件的严重程度,为了维护公共秩序和公共利益,立法机关需要选择和确定一切必需的应急措施。但即使是面临需要立即做出决断的场合,由于立法机关议事规则与程序的烦冗性和法定性,必然导致其存在时间迟延。立法活动本身相对于社会生活之中的立法事项,总是存在着一个有意或无意的迟延。在此种意义上,不论是正常状态还是例外状态下的立法决断,都可以认定其为迟延决断。例外状态下的立法决断属于非约束性的政治决断。

通过理论考察,明确了例外状态下的行政决断、“政治-司法”决断以及立法决断的本质都是一种非约束性的政治决断。由于现实的宪制权力安排不同,三种决断在例外状态之中,均有用武之地。由于立法机关议事规则的烦冗性和迟延性,使得其最不适合做出此种即时性决断。由于兼具政治和司法双重属性,类似于宪法委员会的机构需要一定时间回应司法论证负担,同样可能出现决断迟延甚至僵局的情形,尽管其比立法决断更有效率,但并非最能满足即时性决断的要求。实行行政长官负责制的行政决断具有即时性,使得其天然地具备效率优势,因而更适合决断例外状态。同时由于其权责清晰,这也为事后评价留下充分空间。

[38] See Schmitt, *supra* note [12], at 5.

（七）非约束性决断不受约束吗？

尽管例外状态下的行政决断、政治-司法决断以及立法决断都是非约束性的政治决断，但并非是“不受约束的决断”，真正“不受约束的决断”只有制宪决断。这三类决断都受到“不可完全剥夺公民基本权利”的约束，都可通过事先制度设计与事后评价机制^{〔39〕}，来为其提供“前理解”和“后评价”，从而实现对决断的双重约束。^{〔40〕}事实上，任何决断都会潜在地受到此前决断的影响，特别是受到“决断的因果关系链条”和“对应组织运行机制”的影响。^{〔41〕}即使是“不做出决断”这一决断本身，同样也会受到前述约束的影响。决断始终处于不可决断的悖论之中，只能通过吸收不确定性的方式，去化解决断所需要处理的复杂性。^{〔42〕}由此观之，非约束性决断并非真的不受任何约束，只是不受到普遍而广泛的硬性宪制约束，但需要接受“不可完全剥夺公民基本权利”的硬性宪制约束与宪法习惯等其他软性宪制约束。

四、兼容性考察：我国宪法语境下的应用

决断的类型化构造及其评价理论，至少可以在中国宪法学的以下问题之中，展现出理论潜力。

（一）明确制宪宣示的内容

过往理论大多从政治性事实的角度对此加以理解，而缺乏对新中国成立的宪法学意义的深入探寻。新中国的制宪权源于中共领导人民进行革命斗争、推翻“三座大山”的胜利成果，新中国的宪法与国民党的宪法之间不存在任何渊源关系，新中国的制宪权并不来源于国民党宪法的授权，而是宪法史上一种新的开端。在法统上，新中国宪法与国民党宪法没有丝毫联系。这代表了传统理论的普遍看法。

此种看法并无错误，但近乎历史描述的解释，对制宪决断的理解也仅停留于表面，似乎并未展现出这一政治性事实的规范意义。运用决断的类型化理论，中国共产党领导中国人民获得抗日战争、解放战争胜利的事实，完成了此次制宪决断。此次制宪决断的初步产物便是《共同纲领》，正式产物便是后来的“五四宪法”，尽管存在两个宪法性文本，但制宪宣示仅有一次，即宣告“中华人民共和国的一切权力属于人民”。只要制宪宣示的规范意义不发生改变，从形式层面看此种制宪宣示乃至现有秩序就一直得以维持。由此观之，决断类型化的贡献就在于，明确了中国宪法制宪宣示的内容。

至于究竟是《共同纲领》还是“五四宪法”单独完成了此次制宪宣示，或者是两者共同完成了这独一无二的制宪宣示，则是理论上可以进一步探讨的问题，这并不妨碍决断的类型化构造及其评价处理此问题的理论潜力。

（二）明确宪法修改与制宪权的关系

这一问题得到了有限探讨，但是对此结论的深度论证理由则长期阙如。新中国成立后，虽然在基本政策和治国理念上有一定的变化和发展，但在政权性质上没有任何变化，即制宪权在根源上没有发生变化。新中国的宪法都是社会主义性质的宪法，都体现了中国共产党的领导和以人民为中心，均属于宪法的全面修改。因而，新中国成立后制宪权没有发生变化，后几部宪法都是对前

〔39〕 See Luhmann, *supra* note [27], at 210 - 229.

〔40〕 See Luhmann, *supra* note [27], at 181 - 209.

〔41〕 See Luhmann, *supra* note [27], at 122 - 146.

〔42〕 See Luhmann, *supra* note [27], at 98 - 147.

一部宪法的修改而非重新制宪。这代表了传统理论的论证理由,但其并未严格区分“制宪决断中的纯粹决断”“制宪决断之后的纯粹决断”“宪法性立法决断”(宪法的修改)。“制宪决断中的纯粹决断”是对新宪法秩序的创设,而“制宪决断之后的纯粹决断”,只是施米特意义上的“宪法的暂时停止”,“规范可以被悬置但仍然有效,因为悬置只是一个具体的例外”,^[43]“例外状态悬置的不是法的效力而只是法的适用”^[44],即当国家处于紧急状态时,宪法当中的一部分条文被暂时停止适用。

“制宪决断之后的纯粹决断”,并非是“宪法的废弃”与“宪法的废止”。尽管“宪法的废弃”与“宪法的废止”都属于宪法的全盘变动,但含义有所不同。前者指向了宪法被废除而且制宪权的主体也被改变的制宪决断,例如,新中国成立之后,中国共产党废除了国民党制定的宪法,这属于宪法的废弃。后者指向了宪法被废除但制宪权的主体没有被改变的制宪决断。例如英国内战期间,克伦威尔大权在握,违反宪制罢黜了反对派的议员,使国会变成残缺议会,但制宪权的主体却并未改变。^[45]

“宪法的修改”是对宪法的部分内容进行改变,其本质是“宪法性立法决断”,是特殊的立法决断。中国宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。只要满足宪法要求,即可在现有宪制的正常状态内完成修改。由此观之,修宪权处于宪制框架内因而其行使具有界限,不能从根本上违背“中华人民共和国的一切权力属于人民”这一新中国独一无二的“制宪宣示”,此项制宪宣示最终必须落实为对公民基本权利的切实保护。

事实上,无论是宪法的全面修改还是部分修改,都是对从属于第一次纯粹决断的制宪宣示内容,即“中华人民共和国的一切权力属于人民”的重新确认,并非是进行了创设新的制宪宣示,故而从始至终,新中国只存在一部“宪法”。由此观之,决断类型化的贡献在于明确宪法修改与制宪权的关系。当然,第一部宪法文本究竟为何?是现实中的《共同纲领》还是“五四宪法”,这都是理论上可以进一步探讨的问题,但并不妨碍决断的类型化构造及其评价处理此问题的理论潜力。

(三) 明确维护国家安全决断的定位

过去对此问题的回答,大多是含糊其词的“政治决断”“制宪决断”“决断”等语词,将宪法学问题转化成了语词游戏,但并未真正给出能够令人信服的答案。事实上,维护国家安全的决断,既可能是使用武力的纯粹决断,也可能是立法、行政、司法机关做出的宪制决断,对此并不能一概而论。此框架对解释当下的现实问题具有很强的理论潜力,例如贯彻党的十九届四中全会精神,制定《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》,这就是“日常状态下的立法决断”,其本质是一种“迟延决断”。^[46]此种立法决断,则为将来“例外状态下的行政决断”提供了“正当性依据”和“行动参考”。

(四) 余论

受制于篇幅,仅列举前述三个问题。事实上,决断的类型化构造及其评价理论,具有巨大的理论潜力,其同样可以为司法裁判中的自由裁量权、裁判的非理性化、数字时代的行政自动化与司法

[43] See Carl Schmitt, *Dictatorship*, translated by Michael Hoelzl and Graham Ward, Polity Press, 2014, p.118.

[44] See Agamben, *supra* note [10], at 36.

[45] 施米特将宪法的变动归纳为“宪法的废弃”“宪法的废止”“宪法的修改”“宪法的打破”“宪法的临时停止”五种形式。参见林来梵:《宪法学讲义》(第三版),清华大学出版社2018年版,第117页。

[46] 参见陈端洪:《论港澳基本法的宪法性质》,载《中外法学》2020年第1期。

自动化等问题提供理论坐标。但必须承认,这一坐标并不完美,必须始终结合中国语境不断进行反思与修正。对政党组织的决断,以及对宪制决断的子类型及其约束性条件和评价标准再进行细化,是这一框架今后需要完善的方向。

五、结 语

本世纪的第三个十年,对并不太平的世界和正处伟大复兴的中国而言,都是极为重要的时段。“新冠肺炎”的肆虐,不仅是横亘在依宪治国面前的挑战,也是对国家治理能力的严峻考验。恰当区分正常状态、例外状态以及处于两者之间的福利国家和应急行政,并采取相应恰当类型的决断,是提升国家治理能力的必然要求。在例外状态下,也应当尽可能切实地贯彻保障人权的宪法理念。因此,主权者需要为其纯粹决断提供符合具体生活秩序的实践理由,并对严重侵犯人之尊严与公民基本权利的行为进行事后追责。至于对主权者最好的褒奖,便是公民对其治理发自内心的信服。在超大规模的现代社会,人民的利益诉求乃是全面、多元而现实的,需要能够被长久、细腻而具体化地满足,简单粗暴的管制模式已被淘汰,新的“助推”模式被呼唤。唯其如此,人民方能发自内心地信服服务型权威,经由制宪决断而来的正当性,也才能被宪制决断所接续。政治系统才能降低因动用纯粹决断造成的社会不稳定性,最终实现社会的长治久安与国家的富强民主。

Abstract Schmitt did not accurately limit the “decision” in his “On Three Models of Jurisprudence Thinking” in 1933 to the “narrow decision” in “Political Theology” in 1922, and he magnified the irrational factors in the judicial judgment indefinitely, which eventually led to his decision theory eroding his specific order theory with “broad decision” and led Schmidt to negate his own specific order theory. By examining the history of Schmitt’s “narrow decision”, the dilemma can be resolved by distinguishing among constituent decisions, other pure decisions, and constitutional decisions. The relationship between politics and law is the background of the constitutional decision. By comparing Schmitt’s and Luhmann’s ideas and drawing on Luhmann’s theory of organizational decision-making, the constitutional decision can be divided into judicial decisions in the legal system, administrative decisions in the political system, and legislative decisions in the political system. In the context of Chinese constitution, the constituent declaration making can clarify the content of the declaration in Chinese constitution, the relationship between constitutional amendment and constituent power, and the position of safeguarding national security decisions. It can be applied in the context of Chinese constitution in a compatible manner.

Keywords Constituent Decision, Constituent Declaration, Pure Decision, Constitutional Decision

(责任编辑: 宾凯)