

法理學經典導讀

Carl Schmitt, 論法學思維的
三種模式

鍾芳樺

文本

- Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Berlin: Duncker & Humblot, 1934/ 2. Auflage. 1993.
- 英譯本: **On the Three Types of Juristic Thought**, Translated by Joseph W. Bendersky, Santa Barbara: Praeger, 2004.
- 中譯本: 《論法學思維的三種模式》, 蘇慧婕譯, 台北: 左岸出版, 2007。

作者

- Carl Schmitt(1888-1985)
- 威瑪四大家之一
- 格言式的思想家
- 知名的反法實證主義者
- 糾纏於反尤與納粹陰影
- 帶動戰後德國國家中心的公法思潮: Schmitt學派及其他

文本的脈絡I

- 1910-1920年代初決斷論：超越Sohm/Weber之概念法學(?)與自由法學的對立
- 制度與決斷
- 1920年代初-1933：制度論，憲法作為具體秩序，反議會主義體制
- 1932 《正當性與合法性》：民主的權威國家論

文本的脈絡II

- 1933-1935: 反對犹太人的法律中心思想、肯認領袖原則，領袖是最高法官
- 1933-1945: 比較法下肯認德國法的獨特性(雖不妨礙歐洲法的共同性)
- 1933-: 大空間、土地與海洋、Nomos der Erde，等書，共同展現的具體秩序思維在德國法秩序表現的內容。

本書文本的三大主軸

- 1. 批判了決斷論與規範主義之不足，進而批判結合此二者之法實證主義(法律實證主義)
- 2. 具體秩序思維的明確提出與比較法、哲學基礎的證立
- 3. 具體秩序思維對於現實法問題的解決之道: 不確定法概念、稅法與刑法的問題(不可類推適用的問題)、國家法上領袖原則等等。

具體秩序思維

- 有學者(H. Hoffmann)認為，Schmitt在本書中，並未清楚定義
- 不過仍可由本書的內容中，依據Schmitt對具體秩序的相關描述，找出其意義
- 具體秩序在本書中，與下列觀念密切相關：
- 格式塔式(Gestaltung)，整體性的發展形成
- 民族的/種族的
- 常態(normal)情境
- 典型的(typisch)
- 生活秩序

- 這種觀點弱化了規範與現實的對立區分，但並非完全否認兩者的差別，重點是現實本身可能存在特定的規範要素，成為規範的真正基礎
- 純事實規則不等於法

本書的影響

- 具體法秩序成為法學方法論的重要引導概念：戰後的事物本質思維與其他
- 無界限的解釋？

本書的不同詮釋

- 三大方向：
- 1. 純Carl Schmitt學說分期上的討論
- 2. 政治的詮釋：反尤與納粹，政治的投機
機運論的解釋
- 3. 純方法論的詮釋：去除政治意義，只重視具體法秩序
可以帶給方法論的貢獻

- Rüthers從其1968出版的教授資格論文《無界限的解釋：論納粹時期的私法秩序變遷》„*Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*“, 一書開始，陸續出現許多著作，指出Carl Schmitt方法論與納粹政治的關聯，進而批判德國法學方法論忽視民主(議會民主)的層面。

一個不同的詮釋方向

- 具體秩序：
- 並非是無根基的，純機運的思維。而是歷史只有一次。
- 生活秩序，而非生命秩序
- Carl Schmitt對市民法治國(法律中心、規範主義、法官依法律裁判)等觀點的批判，可以看出他試圖指出存在另一種法治國：
- 以權威為中心的法治國

法安定性與正義的問題

- 先決與一般性: 法安定性與普遍性的衝突
- 形式，只確定法制定機關與程序的規定，如何導出規範內容能符合正義？
- 另類的法安定性: 具體秩序

法之基礎

- 規範可以給出規範的基礎嗎？
- 決定/決斷可以是無中生有產生規範嗎？

以權威為中心的法治國

- 法不等於法律(議會制定的抽象規則)，法不等於規則或原則等抽象規範
- 具體秩序: 以生活中存在的規範因素，導出一切問題的答案
- 秩序的正確性由人民的生活秩序來決定
- 領袖成為人民代表/人民生活秩序的直接呈現者
- 領袖作為權威，是人民生活秩序的最高法官

人、生活與規範

- 反機械式的法治觀
- 反技術
- 人不能為規則、技術所支配，變成純粹功能思維的變數。
- 生活才是規範的基礎，而非顛倒。

反思

- 但納粹可說是最把人當工具來看的國家
- 領袖呈現了人民，但是人民的哪一面？哪一種想法？