

哈贝马斯、现代性与法

(美) 马修·德夫林 编
高鸿钧 译

清华大学出版社
北京

第一章 导论：哈贝马斯交往行为理论之法

[美] 马修·德夫林*

本书中的文章是从哈贝马斯交往行为理论的视角探讨法律和法律过程 (legal process) 问题。哈贝马斯的著作对于从理论上理解当代社会做出了卓越的贡献，因而广受赞誉，其中，他的法律理论特别引人注目，近年来日益引起了学界的关注。然而时至今日，关于哈贝马斯及其法律理论的争论一直主要限于具有批判理论传统背景的欧洲学界，多数讨论囿于道德与法律哲学层面而没有扩及经验

* 马修·德夫林(Mathieu Deflem), 美国南卡罗来纳大学社会学系副教授。作者的致谢附言如下:“本文初稿提交于1992年5月在美国费城举行的法律与社会协会的年会。我感谢与会者富有启示的发言和热烈的讨论。感谢该项目委员会主席 Austin Sarat 为准备会议所提供的帮助,感谢费城组织委员会的成员 Gary T. Marx, 会议的组织得益于他的建议。感谢哈贝马斯教授,虽然他并没有出席会议,但同意以《在事实与规范之间》(1994)的第4版的‘后记’参与讨论,本书中收入了这篇‘后记’的英译本。最后,我要感谢 Lawrence Cohen, Thomas McCarthy, Heide Natkin, David Rasmussen 以及在 Sage 出版社的 William Rehg 和 Ros Spry, 他们为本书的编辑出版提供了有益的惠助。”“我感谢 Eve Darian-Smith 和 Gary T. Marx 对这篇导言初稿的评议。”

性法律研究。^① 法律研究领域内的关注日渐与广泛的哲学的和理论

① 这并非意味着哈贝马斯的理论在欧洲以外各地的法律研究领域中没有受到关注。例如,关于哈贝马斯对法律研究的一般介绍和批评性评论可参见 Arie Brand, "Ethical Rationalization and 'Juridification': Habermas's Critical Legal Theory", *Australian Journal of Law and Society*, 1987, 4: 103~127; Klaus Eder, "Critique of Habermas' Contribution to the Sociology of Law", *Law and Society Review*, 1988, 22: 931~944; Guy Haarscher, "Perelman and Habermas", *Law and Philosophy*, 1986, 5: 331~342; W. T. Murphy, "The Habermas Effect: Critical Theory and Academic Law", *Current Legal Problems*, 1989, 42: 135~165; Ulrich K. Preuss, "Rationality Potentials of Law: Allocative, Distributive and Communicative Rationality", in C. Joerges and D. M. Trubek (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989; Koen Raes, "Legalisation, Communication and Strategy: A Critique of Habermas' Approach to Law", *Journal of Law and Society*, 1986, 13: 183~206; Bill Scheuerman, "Neumann v. Habermas: The Frankfurt School and the Case of the Rule of Law", *Praxis International*, 1993, 13: 50~67; Wibren van der Burg, "Jürgen Habermas on Law and Morality: Some Critical Comments", *Theory, Culture and Society*, 1990, 7: 105~111. 哈贝马斯的理论同时也被有关美国法律和社会传统的实证研究所采用,用于论述女权主义法律思想(David Cole, "Getting There: Reflections on Trashing from Feminist Jurisprudence and Critical Theory", *Harvard Women's Law Journal*, 1985, 8: 59~91.)、环境法问题(Rod Northey, "Conflicting Principles of Canadian Environmental Reform: Trubek and Habermas v. Law and Economics and the Law Reform Commission", *Dalhousie Law Journal*, 1988, 11: 639~662)、法律解释(David C. Hoy, "Interpreting the Law: Hermeneutical and Post-structuralist Perspectives", *Southern California Law Review*, 1985, 58: 135~176; Francis J. Mootz, "The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas and Ricoeur", *Boston University Law Review*, 1988, 68: 523~617.)、法律共同体中职业者的作用(Meir Dan-Cohen, "Law, Community and Communication", *Duke Law Journal*, 1989, 6: 1654~1676.)、立法与宪政的分析(Stephen M. Feldman, "The Persistence of Power and the Struggle for Dialogic Standards in Postmodern Constitutional Jurisprudence: Michelman Habermas and Civic Republicanism", *Georgetown Law Journal*, 1993, 81: 2243~2249; Arthur A. Felts and Charles B. Fields, "Technical and Symbolic Reasoning: An Application of Ideological Analysis to the Legal Arena", *Quarterly Journal of Ideology*, 1988, 12: 1~15; Arthur A. Felts and Charles B. Fields, "Technical and Symbolic Reasoning: An Application of Habermas' Ideological Analysis to the Legal Arena", *Quarterly Journal of Ideology*, 1988, 12: 1~15; Gary C. Leedes, "The Discourse Ethics Alternative to Rust v. Sullivan", *University of Richmond Law Review*, 1991, 26: 87~143; Lawrence B. Solum, "Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech", *Northwestern University Law Review*, 1989, 83: 54~135.)。进一步的信息参见本书后所附参考文献。

的观照内在关联起来,而这种哲学的和理论的观照在经验层面以具体社会问题为基础——事实上这也是哈贝马斯著作的主旨,有鉴于此,本书希望实现这双重目标。

首先,本书希望能够帮助那些尚不熟悉哈贝马斯理论的法律学者(广义的)了解哈贝马斯在现代社会研究方面的创造性贡献,尤其是在法律问题研究上的创造性贡献。本书希望借助一种透视,以阐明哈贝马斯的社会理论和法律理论,探讨他的理论的价值与限度,并指出哈贝马斯所采用的方法有助于从理论上理解和在经验上观察法律以及法律过程。

其次,本书中的文章来自不同学科的视域,提供了不同的关注视角和思考立场。我们希望,这种视角和论题的多样性不仅有助于读者接触哈贝马斯著作中所涉及的广泛内容,而且有助于读者了解他的著作在当代所引发的关于法律的争论。在这个方面,本书对于探讨法律的学术与智识提供了几种进路,并提出了一些重大的法律问题,其中也涉及哈贝马斯著作的最初形成和晚近发展的脉络。

为了易于理解本书文章的总体框架,我拟在此简要勾勒哈贝马斯交往行为理论的要旨。我讨论的内容仅限于哈贝马斯在《交往行为理论》中形成的探讨法律与社会的进路,以及直到《在事实与规范之间》一书出版时这种进路的发展。

在两卷本的《交往行为理论》^①中,哈贝马斯已经稳固地形成了颇富原创和极具影响的社会理论,但如同哈贝马斯的其他大多数著作一样,依照通常标准来衡量,该书不易读懂。其中,尤其是那种复杂的论证结构可能会使得潜在的读者缺乏通读全书的勇气,该结构寻求具体地并在元理论层面论述广泛的古典和当代社会理论,

① Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 1, *Reason and the Rationalization of Society*, Boston, MA: Beacon Press, 1984; Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 2, *System and Lifeworld: A Critique of Functional Reason*, Boston, MA: Beacon Press, 1987.

并在此基础上发展社会理论。^① 因此, 简要介绍哈贝马斯总体理论框架可能有助于阐明他探讨法律的进路, 并有助于理解他的著作中所包含的一些批判性洞见。我所论及的内容在本书其他论述哈贝马斯法律理论的文章中也有所涉及。

一、交往行为理论: 概念与命题

哈贝马斯的交往行为理论根本上基于两种理性概念的区分, 它们型塑指引人们行为的认知。^② 首先是认知性工具理性行为, 其旨在成功地实现个人界定的目标。这种行为类型要么是工具性的, 此时它们指向对于世界事态的有效干预 (例如通过劳动); 要么是策略性的, 此时它们指导人们意图成功地影响其他行动者的决定 (例如在支配关系中)。其次, 交往理性是一种指向相互理解的行为, 这种行为是指言谈主体 (speaking subjects) 之间通过协调他们关于世界的理解来达成合意 (agreement) 的过程。为了避免误解, 我们有必要注意以下一点, 即哈贝马斯的交往行为概念并不意味着主体之间只有通过言语行为 (即至少两个行动者之间互动中所使用的语言) 才能达成相互理解, 或者如同某些天真的想象那样, 交往

^① 鉴于哈贝马斯的著作具有百科全书的特征和较为难懂的气质, 学界出现了大量导读性的著述, 它们尝试为读者指出他的思想的基本要素。在这个方面, McCarthy 对于哈贝马斯著作的批判性简要评论仍是最有价值的作品, 其中特别追踪了哈贝马斯早期著作的理论基础和智识发展脉络, 参见 Thomas McCarthy, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge, MA: MIT Press, 1978. 对于哈贝马斯新近著作的介绍, 参见 Arie Brand, *The Force of Reason: An Introduction to Habermas' Theory of Communicative Action*, Sydney: Allen & Unwin, 1990; Robert C. Holub, *Jürgen Habermas: Critic in the Public Sphere*, London: Routledge, 1991; David Ingram, *Habermas and the Dialectic of Reason*, New Haven, CT: Yale University Press, 1987; David M. Rasmussen, *Reading Habermas*, Oxford: Basil Blackwell, 1990; Rick Roderick, *Habermas and the Foundations of Critical Theory*, London: Macmillan, 1986.

^② Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 1, *Reason and the Rationalization of Society*, Boston, MA: Beacon Press, 1984, pp. 8~22, 168~185.

过程必然会达成合意。几种非语言的行为形式 (姿势、符号) 也可导向理解, 但只有它们通过语言的媒介转化为互动时才会如此。还有, 交往行为达成合意的导向并不排除出现异议的可能性, 后者是扭曲变形的或半途而废的交往结果。哈贝马斯认为, 在理性论证的条件下, 只有通过语言的媒介, 社会行动者才能依照相互理解的旨向协调他们之间的行为。

哈贝马斯区分了不同的有效性主张 (validity claims)^①, 并以此为基础分析了交往行为中理性论证的条件, 这些有效性主张或明或隐地出现在言语行为中。他区分了以下不同的有效性主张: 可理解的和适宜的言语行为、可以形成关于真理性的客观性主张、关于正确性的规范性主张以及关于真诚性的表达性和评价性主张。^② 不同类型的商谈^③明确地对应不同类型的主张: 关于真理性的理论性商谈、关于正确性的道德—实践性商谈、关于真诚性的审美和治疗性商谈。^④ 在这种论证性理论的基础上, 哈贝马斯构建起生活世界和系统的双重思考进路。

哈贝马斯认为, 从日常行为中的交往行为所生发出来的主张通常不会受到质疑或批评, 因为它们发生于不容置疑的和特定人们共享的生活世界的结构之中。^⑤ 生活世界为人们提供共同的可接受的背景知识, 据此人们的行为得以协调。西方社会理性化的特征是, 生活世界业已沿着言语行为有效性主张的线路分化。由此, 交往行为业已分化成三种施为态度 (performative attitudes): 针对事件和环境

^① 国内学界有时也译为“有效性要求”, “主张”比“要求”意涵的主观意愿程度弱一些, 似乎更符合交往理性的意旨。——译者注

^② Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 1, *Reason and the Rationalization of Society*, Boston, MA: Beacon Press, 1984, pp. 319~328.

^③ “discourse”在福柯的语境中译为“话语”较合适, 在哈贝马斯理论的语境中意译为“商谈”更达意。——译者注

^④ 同②, pp. 22~42.

^⑤ Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 2, *System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason*, Boston, MA: Beacon Press, 1987, pp. 119~152.

的外在世界客观化的态度、针对人群的社会世界的规范性态度以及针对个人主体性内在世界的表述性态度。这样，哈贝马斯的生活世界概念并不限于特定社会的文化传统（即关于世界的共享性解释）。生活世界除了提供一套文化价值，还确保生活其中的社会行动者受到社会规范性准则的约束（为了社会群体的团结），社会行动者以其适当的人格能够在行为上与他们的社会环境协调一致（认同的形成）。

与上述功能对应的是生活世界的三重结构性要素：文化、社会 and 人格。在文化之维，文化的生产同解释性活动的传播相关联，这种解释性活动由生活世界中成员合意地共享。在社会整合之维，社会整合（social integration）借助主体间共享的规范协调行动者的行为，形构人际关系的合法性秩序。最后，在人格之维，社会化过程旨在确保具有互动资质的人格得以形成。文化、社会和人格是理性化的生活世界的结构性要素。由此，社会理性化的过程导致了曾是一体化的生活世界分化成不同的结构性领域和专门化的社会体制。那么，生活世界就具有了双重含义：一方面是水平形成的文化、社会和人格情境，其中交往行为得以展开进行；另一方面是潜在的资源，即交往行为的参与者运用这些资源可以传播和更新他们的文化知识，形构团结和构建社会认同。

哈贝马斯认为，生活世界行为导向的进路无法说明现代社会全部的复杂性，由此带来了社会进化理论的一个重大转向。合理化的过程不应仅仅从作为符号再生产的交往秩序的生活世界的分化加以理解，而且应依照社会的“物质基础”加以理解。^①这种双重视角指明，社会必须捍卫文化价值、合法规范和社会化过程的传播，此外，社会也必须通过成功的干预有效地应对和控制其环境。因此，哈贝马斯运用系统理论补充了生活世界的视角，其中尤其关注经济

和政治系统。^①系统在历史的进程中业已从生活世界分化出来或与之“分开”，独立地发挥功能，不再基于以理解为旨向的交往行为，而是依照货币和权力的媒介发挥导控功能。通过这些导控媒介而协调人们的行为，缓解了复杂社会中交往行为达成共识的困难，这种复杂社会的特色是存在广泛的行为选择机会，因而持续受到异议的威胁。经由货币和权力导控媒介所协调的行为不同于交往行为之处在于，它们旨在成功地（认知—工具导向的）进行生产的组织和货物的交易，其基础是货币性的盈利（经济）和依照科层制的效率进行管理以便做出具有约束力决定的政府（政治）。

哈贝马斯并不认为系统与生活世界“分开”本身有什么问题。导控媒介可以最大限度确保系统中的行为协调，因为它们致力于缓解交往行为存在的异议风险，能够最大限度地提高生产力和管理效能。然而，系统也有能力渗入生活世界。由此，导向成功的协调机制进入到生活世界的领域（文化、社会和人格），而在这些领域，如欲不受干扰和避免出现危机，行为的协调本应由以理解为旨向的交往行为来确保。^②哈贝马斯将系统对于生活世界的渗透称做生活世界的殖民化（colonization of the lifeworld）：生活世界中以理解为旨向的交往行为受到来自系统指令的侵蚀，即货币和科层制的系统对于生活世界的干预。

二、生活世界、系统和法律的理性化

在《交往行为理论》中，哈贝马斯辟出一条探讨法律的新路径，这种路径以讨论社会理性化过程中的两大发展作为基础。首先，法律与道德的区分对于系统与生活世界的区分来说至关重要；其次，法律

^① Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 2, *System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason*, Boston, MA: Beacon Press, 1987, pp. 235~282.

^① Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 2, *System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason*, Boston, MA: Beacon Press, 1987, pp. 338~343.

^② Ibid. pp. 318~331.

过程有助于解释西方社会系统对于生活世界殖民化的诸种流行表象。

（一）法律与系统和生活世界的分化

哈贝马斯认为，法律在规范上的重要作用在于将货币和权力的独立导控媒介的功能予以“锚定（anchoring）”或制度化。货币和权力的法律规范化对于经济和政治系统与生活世界分化开来至关重要。^①历史上，当政治权威形成时，司法者握有了武力手段，政治系统率先同生活世界分化开来。政治职权的进一步分化增加了政治组织的复杂性，其在现代国家中达致成熟的形态。在围绕国家而组织起来的社会架构中，借助货币媒介导控的市场应运而生。为了解决诉诸交往行为进行协调的不确定性，现代国家的政治系统负责确定集体目标，并借助以权力为后盾的具有约束力的决定来实现这些目标，而经济系统则借助货币生产率（monetary productivity）来确保物品的生产和分配。这些系统是“正式组织化的行动领域……归根结底，它们不再通过相互理解的机制加以整合，完全脱离了生活世界的情境，并凝结成一种规范无涉（norm-free）的内聚力”^②。

哈贝马斯争辩地指出，为了使系统与生活世界分化开来，法律不得不将脱离生活世界的自成一体的经济和国家予以制度化。^③法律是这样一种制度，它将进入生活世界的货币和权力导控媒介从规范上予以“锚定”。换言之，系统只有将它们各自的媒介法律化，从而与生活世界重新联结起来，才能独立于生活世界而自行运作。在货币媒介中，交易关系必须在财产法和合同法中予以规定，而政治系统的权力媒介需要从规范上予以锚定，将科层制的官方组织机构予以制度化。因此，系统的分化要求生活世界达致足够程度的理

^① Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 2, *System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason*, Boston, MA: Beacon Press, 1987, pp. 161~197, 264~282.

^② Ibid. p. 307.

^③ Ibid. pp. 164~179.

性化，而这种理性化的途径则是法律与道德的分离和私法与公法的分离。法律与道德的分离经由社会进化的后俗成（post-conventional）阶段而得以实现，此时法律与道德的表达是基于可被批评的抽象原则，而不是基于直接根系于具体伦理传统的特定价值。由此道德变成了具体的和仅仅是主体性道德实践关怀的私人事务，而法律作为一种具有外在强制力的制度，成为了全社会的抽象的规范性准则。私法与公法的分离对应于经济系统（如合同法）和政治系统（如税法）各自独立发挥功能。

就独立的系统功能在规范上的法律化而言，哈贝马斯关于法律的基本观点是，法律可以作为关于社会规范的实践商谈的制度化形态。^①哈贝马斯（与韦伯）认为，西方社会的现代法律是实在的（表达主权立法者的意志）、法条主义的（适用中偏离道德等规范）和形式的（法律不禁止即为允许）。在这种意义上，现代法被实在化，成为了功能性和技术性的体系，这种体系已经排除了任何道德慎思之需。但是与韦伯的观点不同，哈贝马斯认为，在社会进化的后俗成阶段，法律仍然基于其本身可开放讨论的道德原则：“法律秩序实在化的特殊贡献在于置换了正当化（justification）论题的论证方式，也就是说，转移了广泛的法律技术性运用所遇到的这类需要正当化的问题，但并没有克服这类难题本身。”^②全部现代法都需要正当化，并可根椐关于规范正确性的普遍有效性主张的抽象条件进行批评，以便揭示它来自系统的特征。

（二）法律、法律化（juridification）与生活世界的殖民化

哈贝马斯赋予法律的第二个重要作用，是从交往行为理论的视

^① Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 1, *Reason and the Rationalization of Society*, Boston, MA: Beacon Press, 1984, pp. 243~271.

^② Ibid. p. 261.

角出发，关注生活世界的内在殖民化命题。^① 哈贝马斯对（欧洲）历史进程中的法律化过程进行了论述，由此引申出这个命题。法律化概念通常是指形式法经由以下方式的增加：实在法的扩张，即更多的社会关系归由法律调控；法律的密度增加，即法律规定日益细密。哈贝马斯认为，至欧洲福利国家的特定时代，法律化经历了四波。

第一波出现于欧洲专制资产阶级国家形成阶段。当时，主权对于暴力的垄断和私人的契约权利和义务得到了法律规定，以便将同时存在的强悍的君主制国家和自由的企业市场法律化。法律化的第二波是，19世纪资产阶级宪政国家逐渐赋予了个人对抗君主政治权威的权利：私人主体的生命、自由和财产权受到宪法保护。法律化的第三波是，伴随法国大革命觉醒中民主宪政国家的创立，公民参与政治秩序形成的社会权利得以确立，以便使国家权力民主化。法律化的第四波是，伴随20世纪社会福利国家的兴起，各国通过了保障个人自由、社会权利以及抵制自由市场指令的立法，由此资本主义的经济系统首次受到了约束。

哈贝马斯认为，法律化的后三波表明了生活世界如何需要抵制政治国家和经济市场的自发运作。这个目标的实现，首先是由于赋予了个人对抗主权的权利，其次是借助于将政治秩序民主化，最后源于保障与经济系统相抗衡的自由和权利。然而，哈贝马斯宣称，福利国家时代的当下法律化形式明显自相矛盾，因为它对每种自由的保障同时意味着对该种自由的剥夺。哈贝马斯论述了社会福利法的四个核心特征，认为它们反映出这种自相矛盾：（1）通过对生活世界进行法律干预形式的重构导致了法律要求的个人化；（2）社会法据以适用的条件在形式上受到了限定；（3）法律权利与社会问题

^① Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, Volume 2, System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason*, Boston, MA: Beacon Press, 1987, pp. 356~373.

相关联，但它们却通过集中化的和计算机化的非人格组织以科层制的方式运作；（4）社会福利的权利要求通常以货币补偿的方式得以满足（消费主义的重新界定）。那么，生活世界的要求由此便转变成科层制的和货币性组织的指令，以致法律开始以系统的运作方式干预日常生活中的社会关系。当法律规定用于履行国家和经济指令时，生活世界由于受到作为媒介之法的这种干预也内在地殖民化了。

哈贝马斯认为，作为媒介之法仍然同制度化的实践商谈领域相联系。作为媒介之法适用于经济和国家的法律组织，也适用于福利政策对于生活世界的非正式结构的干预。关于后者的例子，哈贝马斯提及学校和家庭法，这些法律试图依照科层制和货币性控制机制通过法律的媒介扭转社会整合的情境。这些法律并不需要任何实体的法律化，而仅仅是功能性程序之物。另一方面，作为制度之法仍然与道德保持着密切的联系。诸如宪法和刑法等法律制度必然会涉及规范性价值判断的规定，因而需要根据道德实践商谈予以正当化。

（三）哈贝马斯法律理论的某些问题和前景

哈贝马斯对于法律的观察已经启发了关于法律和法律过程的理论和研究，激发出一些关于哈贝马斯进路的有趣洞见，这些洞见涉及他的进路在理论和经验上的力量及其限度。我拟简要评论其中的主要问题，即这些批判性讨论和应用所涉及的一些问题，并将具体针对本书中所关注的某些论题。

在法律概念上，引发最多争论的是哈贝马斯的商谈伦理学^①公

^① “ethics of discourse”国内相关著作通常译为“商谈伦理学”，“ethics”具有“伦理学”、“道德学”、“道德体系”和“道德准则”等基本含义。实际上，哈贝马斯从交往行为理论中提炼出的是一项原则或公式，不具有“学”的含义；更重要的是，他对伦理和道德做出了明确的区分，“ethics of discourse”显然不属于伦理向度的原则，而是超越伦理边界的、形式主义的道德原则，因此译为“商谈道德原则”更符合原意，但国内学界已流行并大体接受了“商谈伦理学”的译法，译者仍然沿用这种译法。——译者注

9 式。^① 基于这种道德哲学的前提，哈贝马斯阐释了程序性道德概念如何更为可取。在《交往行为理论》中，哈贝马斯争辩地指出，现代法并没有理性化为地道的功能实体，而是需要根据涉及规范正确性的实践商谈获得道德正当化。那么，问题是这种商谈如何能够确保理性论证？哈贝马斯指出，从后形而上学的视角，哲学不再能够提供无可争议的和可诉诸理性证明的正确的道德规范（作为法律规范的实体基础）。相反，哲学追问至多能够勾画出理性的程序性条件，根据这种条件人们才能依照生活世界的情境把这种规范加以落实。据此，商谈伦理学的原则是：“仅仅那些得到（或能够得到）作为实践商谈参与者的全部相关者同意的规范才是有效规范。”^② 哈贝马斯虽然认识到，任何关于规范的这类商谈只能在特定伦理生活方式的边界内展开，但是他仍然主张，他所建议的原则从严格意义上讲是程序性的，并在这种意义上是可普遍适用的。^③

① 哈贝马斯对早期提出的商谈伦理学最近在对有关批评的回应中加以阐释，参见 Jürgen Habermas, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1993. 对哈贝马斯道德哲学富有价值的概要性阐释，参见 Alessandro Ferrara, “A Critique of Habermas’ Diskursethik”, *Telos*, 1985, 64: 45~74; Agnes Heller, “The Discourse Ethics of Habermas: Critique and Appraisal”, *Thesis Eleven*, 1984~1985, 10: 11; 5~17; David M. Rasmussen, *Reading Habermas*, Oxford: Basil Blackwell, 1990; Kaarlo Tuori, “Discourse Ethics and the Legitimacy of Law”, *Ratio Juris*, 1989, 2: 125~143. 关于哈贝马斯所提出这个原则的价值和限度的讨论，参见以下评论：Seyla Benhabib and Fred Dallmayr (eds.), *The Communication Ethics Controversy*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990; Michael Kelly, “MacIntyre, Habermas and Philosophical Ethics”, in M. Kelly (ed.), *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

② Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

③ 按照哈贝马斯的思路，法律中所涉及的伦理性规范可以在特定伦理生活方式的边界内进行实体性商谈；道德性规范由于适用于所有的人，按理应由所有人进行实体性商谈，但这在实践中无法做到，因而只能由人们运用交往理性采取普遍化的视角，进行虚拟性商谈，以保证一项道德规范能够得到所有人的同意（如尊重人格就属于这类规范）；商谈伦理学的原则本身属于可普遍化的形式主义道德。哈贝马斯的具体论述参见[德]哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，第4章，北京，生活·读书·新知三联书店，2003。——译者注

关于哈贝马斯商谈伦理学的讨论涉及的主要是其程序性的地位，而不是它与法律的关联。例如有的学者指出，哈贝马斯的道德哲学实际上包含着实体价值。^① 哈贝马斯的理论中只是隐含地吸收了民主、自主和平等的观念，这导致他低估了具体生活方式对商谈可能施加的扭曲性影响，而正是在这些生活方式中实践商谈得以展开。另一方面，也有人认为，哈贝马斯并没有真正发展出道德理论，他提出的形式主义的前提在规范上是一个“空壳”。^② 有人指出，商谈伦理学是内容模糊的方法论，它没有提供任何实体的道德原则，也未能指出通向理想社会之路。这种商谈原则富有意义的运用，最多不过是遵守和审视其程序性要求，因为只有符合这些要求才能形成诸如人权、团结、关怀、自由或正义等实体性原则。

① 有人已经指出，哈贝马斯的商谈伦理学虽然具有严格的程序性特征，但是其中已经包含了实体性规范前提。参见 Michael Kelly, “MacIntyre, Habermas and Philosophical Ethics”, in M. Kelly (ed.), *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990; David M. Rasmussen (ed.), *Universalism vs. Communitarianism: Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

② 一些学者论述了哈贝马斯道德哲学的内容不确定的形式主义特征及其在实践中难于操作，参见 Rainer Döbert, “Against the Neglect of Content in the Moral Theories of Kohlberg and Habermas”, in T. E. Wren (ed.), *The Moral Domain: Essays in the Ongoing Discussion between Philosophy and the Social Sciences*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990; Ingrid Dwar, “Application Discourse and the Special Case-Thesis”, *Ratio Juris*, 1992, 5: 67~78. Klaus Günther, “A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification”, *Ratio Juris*, 1989, 2: 155~166; Klaus Günther, “Impartial Application of Moral and Legal Norms: A Contribution to Discourse Ethics”, in D. M. Rasmussen (ed.), *Universalism vs. Communitarianism: Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990; Agnes Heller, “The Discourse Ethics of Habermas: Critique and Appraisal”, *Thesis Eleven*, 1984~1985, 10: 11; 5~17; Philip Pettit, “Habermas on Truth and Justice”, in G. H. R. Parkinson (ed.), *Marx and Marxism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982. 两位学者对这个问题相关的法律研究，参见 Robert Alexy, “A Discourse—Theoretical Conception of Practical Reason”, *Ratio Juris*, 1992, 5: 231~251; Robert Alexy, “Justification and Application of Norms”, *Ratio Juris*, 1993, 6: 157~170; Klaus Günther, “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special Case Thesis’”, *Ratio Juris*, 1993, 6: 143~156; 关于哈贝马斯法律理论中有关人权的讨论，参见 T. Mullen, “Constitutional Protection of Human Rights”, in T. Campbell, D. Goldberg, S. McLean and T. Muller (eds.) *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, Oxford: Basil Blackwell, 1986.

一些受到交往行为理论启发的法律研究已经指出，哈贝马斯程序性商谈伦理学应扩充包含实体性规范。在这方面最显著的是德国法学家罗伯特·阿列克西。他运用哈贝马斯的商谈理论对法律进行分析，认为将实践商谈模式适用于法律商谈无论如何都是具体规范的情境化，而这些具体规范总是存在于任何特定的法律结构中。^①由此，法律总是构成实体性伦理，而依据商谈模式的分析须服从这种伦理。因此，基于商谈伦理学的法律研究应考虑更基本的原则，而不是法院中的规范性主张，这些基本原则可用作解决所面对问题的准则。这能够使得人们揭示和批判诸如指导宪法和程序法运作过程的基础性规范原则。最后，关于商谈伦理学具有内容不确定性的批评，有人认为，哈贝马斯商谈伦理学进路的研究意味着，只有根据程序性要求来评价法律是否符合实体规范原则，才富有意义。那些远未被认作理所当然的人权尤其应经受法律程序的检验。

在哈贝马斯与批判法学运动的争论中，相关论述一直关注程序性道德概念。^②在法律与道德密切联系这一点上，批判法学视角的

^① Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Clarendon Press, 1989; Robert Alexy, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, 1989, 2: 167~183; Robert Alexy, "Problems of Discursive Rationality in Law", in W. Maihofer and G. Sprenger (eds.), *Law and the States in Modern Times*, Stuttgart: Franz Steiner, 1990.

^② 关于批判法学观点的介绍性论述，参见 Peter Fitzpatrick and Alan Hunt, *Critical Legal Studies*, Oxford: Basil Blackwell, 1987; Robert M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986. 哈贝马斯有时评论批判法学关于法律的研究，参见 Jürgen Habermas, "Law and Modernity", in S. M. McMurrin (ed.): *The Tanner Lectures on Human Values*, Volume 8, Salt Lake City: University of Utah Press, 1988, p. 257; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1992, pp. 261ff. 哈贝马斯的有些评论集中在他的研究与批判法学研究的关系方面，参见 Raymond A. Belliotti, "Radical Politics and Nonfoundational Morality", *International Philosophical Quarterly*, 1989, 29: 33; David C. Hoy, "Interpreting the Law: Hermeneutical and Post-structuralist Perspectives", *Southern California Law Review*, 1985, 58: 135~176; Christine A. Desan Husson, "Expanding the Legal Vocabulary: The Challenge Posed by the Deconstruction and Defense of Law", *Yale Law Journal*, 1986, 95: 969~191; David Ingram, "Dworkin, Habermas, and the CLS Movement on Moral Criticism in Law", *Philosophy and Social Criticism*, 1990, 16: 237~268; David M. Rasmussen, "Communication Theory and the Critique of the Law: Habermas and Unger on the Law", *Praxis International*, 1988, 8: 155~170; David M. Rasmussen, *Reading Habermas*, Oxford: Basil Blackwell, 1990.

分析虽然与哈贝马斯不谋而合，但持批判法学立场的学者通常反对这样的观点：根据可普遍化的商谈程序可以理性地重建法律的道德基础。为了揭开法律的道德性和作为专断“拼凑物”的决策的神秘面纱，他们拒斥法律的道德正当化的进路。哈贝马斯通过指出以下的观点对其做出了回应：虽然批判法学阵营的学者在批判法律所预设的功能方面发挥了重要作用，但是他们没有能够为其批判提供任何正当化或理性的基础。由此他们陷入了自相矛盾，即以某种隐含预设的理性基准来从实质上支撑其道德立场，而同时又质疑法律中存在这种理性基准的可能性。^①

法律的道德基础问题（或法律区分于道德的程度问题）也是哈贝马斯著作中最鲜明反对尼克拉斯·卢曼法律理论的核心问题。^②

^① 哈贝马斯批判的核心问题针对的是其所谓“表述上的矛盾”，即论证内容与该论证行为的预设无法避免的矛盾，参见 Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990, pp. 80~82. 哈贝马斯对于解构主义和后现代主义通常运用类似的批判模式，参见 Jürgen Habermas, *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*, Cambridge: Polity Press, 1987. 在对福柯著作的批判中也运用了这类模式，参见 Ibid, pp. 238~293; Jürgen Habermas, *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historians' Debate*, Cambridge, MA: MIT Press, 1989, pp. 173~179; Martin Jay, "The Debate over Performative Contradiction", in A. Honneth, T. McCarthy, C. Offe and A. Willmer (eds.), *Philosophical Interventions in the Unfinished Project of Enlightenment*, Cambridge, MA: MIT Press, 1992.

^② Niklas Luhmann的理论值得进一步论述，关于他的法律思想，参见 Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge & Kegan Paul, 1985; Niklas Luhmann, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", *Cardozo Law Review*, 1992, 13: 1419~1441. 哈贝马斯批判了 Luhmann 基于系统论的观点和法律理论，参见 Jürgen Habermas, *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*, Cambridge: Polity Press, 1987, pp. 368~385; Jürgen Habermas, "Law and Modernity", in S. M. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Volume 8, Salt Lake City: University of Utah Press, 1988, pp. 251~260. 对于他们两人理论的一般比较，参见 Robert C. Holub, *Jürgen Habermas: Critic in the Public Sphere*, London: Routledge, 1991. 关于他们两人探讨法律的不同进路，参见 Klaus Eder, "Critique of Habermas" Contribution to the Sociology of Law", *Law and Society Review*, 1988, 22: 931~944; Gunther Teubner, "Substantive and Reflective Elements in Modern Law", *Law and Society Review*, 1983, 17: 239~285; Günther Teubner, "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", *Law and Society Review*, 1989, 23: 727~757.

卢曼认为，现代社会的进化已经达到了如此之高的分化程度，以致法律成为一个自创生（autopoietic）的系统，它不再需要根据道德观点进行任何的正当化。自创生法律观意味着，法律系统在运行上是封闭的，以致它仅仅按照自身的二值代码（合法/非法）发挥功能。包括道德在内的其他社会系统以同样的方式是封闭的，不同系统之间虽然可能交换信息，但是系统之间的不可穿越性阻止任何一个系统干预其他系统的自主运行。由此，卢曼认为，法律不能且不必基于道德来保证其内在功能。

11 显然，卢曼的观点与哈贝马斯的法律概念截然相反，在有关法律的道德正当化问题上尤其如此。基于系统和生活世界的双重视角，哈贝马斯阐释了正当化的过程，认为这个过程应是生活世界抵制政治和经济系统指令宰制的结果。哈贝马斯认为，虽然根据目的功能可以理解货币和权力对于法律的干预，但是对于生活世界的法律之维应从以理解为旨向的交往行为的视角加以分析。哈贝马斯认为，法律是一种制度，它需要从道德角度加以正当化，它同时也是一种媒介，一个脱离道德实践关怀的系统，而这双重法律观恰好表明了“法律理性化”过程中的中心“模糊性”。^①

这种争论引发了关于哈贝马斯法律理论的最后一个问题，而他在晚近的法学著作中对这个问题颇为关注。这就是法律的功能（作为媒介之法）与法律持续地需要道德正当化（作为制度之法）之间的关系。这个问题的缘起是，在《交往行为理论》中，关于法律在现代社会进化中的作用，哈贝马斯虽然认为它至关重要但有些语焉

未详，模糊不清。^① 作为制度之法与道德相联系，并作为生活世界的组成部分，但是法律在功能上却颇似政治系统和经济系统。这种表述的模糊性在于，似乎严格将法律一分为二：有些法律具有规范的正确性，并开放接受批判，而另一些法律则纯属系统指令（根据效率和生产力）的产物。此外，哈贝马斯原先认为，作为媒介之法与作为制度之法相互联系，但它们却依循颇为不同的理性化（前者为认知—工具理性，后者为交往理性）路径。按照这种思路，生活世界法律化和殖民化的命题似乎忽视了以下可能性，即作为生活世界制度综合体的法律可由系统加以重构，从而导致法律的殖民化，而并非法律就是殖民化媒介的自身。这种表述将会导致这样一种立场：坚持法律与道德的密切关联，而同时并不否认系统指令干预法律的可能性。实际上，哈贝马斯指出，在他一些新近的著作中，现代法律的位置处于系统与生活世界之间，因为就某种程度而言，法律的合理性恰恰在于民主宪政国家中所确立和保障的法律程序。^② 换言之，现代法虽然难免受到正式组织化的政治系统和经济系统的

^① 对于哈贝马斯在《交往行为理论》中这些研究法律进路的批评，参见 Koen Raes, "Legalisation, Communication and Strategy: A Critique of Habermas' Approach to Law", *Journal of Law and Society*, 1986, 13; 183~206; Wibren van der Burg, "Jurgen Habermas on Law and Morality: Some Critical Comments", *Theory, Culture and Society*, 1990, 7; 105~111.

^② 在《交往行为理论》(德文原版 1981 年)出版后，哈贝马斯发表了几篇文章阐释他关于法律思考的变化，参见 Jürgen Habermas, "Law and Modernity", in S. M. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Volume 8, Salt Lake City: University of Utah Press, 1988; Jürgen Habermas, "Towards a Communication-Concept of Rational Collective Will-Formation: A Thought-Experiment", *Ratio Juris*, 1989, 2: 144~154; Jürgen Habermas, "Remarks on the Discussion", *Theory, Culture and Society*, 1990, 7; 127~132; Jürgen Habermas, "Morality, Society and Ethics: An Interview with Torben Hviid Nielsen", *Acta Sociologica*, 1990, 33: 93~114. 也见哈贝马斯关于公民不服从问题的讨论，该讨论预示了他的法律理论的重新调整，Jürgen Habermas, "Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitutional State", *Berkeley Journal of Sociology*, 1985, 30: 96~116; Jürgen Habermas, "On Morality, Law, Civil Disobedience and Morality", in P. Dews (ed.), *Autonomy and Solidarity: Interviews with Jürgen Habermas*, revised edn., London: Verso, 1992.

^① Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Volume 1, *Reason and the Rationalization of Society*, Boston, MA: Beacon Press, 1984, p. 270.

12 干预，但能够在道德上获得根基。法律可能根据道德实践商谈而保障合法性，这不是因为它融入了具体的和在实体道德上正确的价值，而是因为由于它基于在程序上可接受的合理性观念，立法、法理和法律运行中的民主原则保障这种观念得以实现。

三、对于哈贝马斯理论贡献的总体评价

在哈贝马斯的法律理论中，关于法律的合法性问题在他新近的著作中占据了重要位置，我将在本文的最后部分讨论有关这个问题的争论。我注意到，如果主张生活世界内在殖民化的观点，同时坚持全部法律需要在道德上予以正当化的立场，那么，在法律功能性与道德性之间做严格的区分就成问题。这些关于合法性（legality）^①的合法化之必要性和可能性的思考使得哈贝马斯得出了消极的结论，认为“不应坚持在《交往行为理论》第2卷中所做的区分，即关于媒介之法与制度之法的区分”^②。在新近的《在事实与规范之间》一书中^③，哈贝马斯从头到尾都针对这个问题进行论述，细致地阐述了法律的合法性问题，尤其是民主宪政国家中的法律合法性问题。按照这种视角，合法之法或有效之法构成了该书论述一以贯之的主题。

在戴维·拉斯穆森对于《在事实与规范之间》一书的评论中，

① “合法性（legality）”只考虑法律的事实性而不顾及法律的有效性，所谓有效性，在哈贝马斯的理论中，是指法律产生的程序具有合理性，理由具有可接受性，内容应与伦理和道德相一致；“合法性（legitimacy）”的概念则包括法律的事实性与有效性双重意蕴。哈贝马斯的相关具体论述参见[德]哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，第4章，北京，生活·读书·新知三联书店，2003。——译者注

② Jürgen Habermas, “Remarks on the Discussion”, *Theory, Culture and Society*, 1990, 7: 127~132.

③ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

他富有意义地探寻了新近法学理论中所体现的批判主题。哈贝马斯的这部著作无疑会引发关于合法之法可能性的广泛争论。该书原著出版一年之内就有四个德文版本问世，这个事实就足以证明了这一点。这部著作的内容相当丰富和复杂，以至我们只能就其主题予以简要评论，作为富有助益的介绍。在该书中，哈贝马斯关注的核心问题是法律的规范有效性问题，他论述这个问题的一般语境是交往行为理论，依赖的知识背景是广泛的法哲学和法社会学传统。事实上，在哈贝马斯的著作中，他把法哲学与法社会学的区分——或从黑格尔到韦伯的转变，仅仅作为论述法律事实性与有效性的策略。拉斯穆森指出，这种至关重要的二元进路转而表明了哈贝马斯视角的独特性，在自由主义的社会，这种视角尤其独特。这种立场与其他进路形成了鲜明对照，后者包括罗尔斯、德沃金和法律解释学的进路，也包括批判法学、法律现实主义和卢曼的进路。

13 在本书中，皮埃尔·古本提夫的文章也从针对法律的二元性——哲学的与社会学的或理想的与现实的二元区分——进行了论述，但采取的是不同的视角。古本提夫所采取的穿越二元性的进路并不是典型的哈贝马斯那种进路，他把对于法律生产的探索作为一种穿越以下两者的路径，一方面是基于阐释合法性立场探讨法律的进路；另一方面是着眼于型塑法律的社会力量的互动论视角。为此，他回顾了哈贝马斯早期观点的形成过程，由此追踪了他的法律理论的发展历程，这些观点主要是关于理论与实践之间关联的观点以及关于政治与法律哲学区分的观点，他还追溯了交往行为理论中语言转向的观点和关于有效性问题至关重要的观点。

在本书中，彼得·巴尔在其关于人权和刑事诉讼程序的论文中，把哈贝马斯的商谈伦理学运用于刑事诉讼程序，论述了法律与道德之间关系的问题。如上所述，形式主义或隐含的实体主义问题是关于哈贝马斯道德哲学最有争议的问题，巴尔从争论的一个侧面考察了哈贝马斯有关理论对于刑事法律领域的意义。在法院的刑法

案件中,广泛道德正确性的诉求占据核心位置,这些诉求为适用哈贝马斯的论证理论提供了重要的场域。但是,巴尔认为,哈贝马斯的程序模式需要改进,应以人权作为实体内容或终极标准,据此可以决定法律判决的合法性。

最后,伯恩哈德·彼得斯在重构性的尝试中追踪了法律的二元性,这种二元性是内在的或意义导向的进路与外在的或系统理论的视角之间的对立。这种对立承认了哈贝马斯关于生活世界与系统的区分。彼得斯选择了重构的视角,这种视角从参与者的意义之维进行分析,把法律分为想望(aspired)之法与实际之法。他论述了哈贝马斯新近怎样阐释了这种重构的可能性,并指出,哈贝马斯倡导通过民主程序实现制度保障(“集体自由”),这种主张狭隘地将重点放在程序性要求,其代价是牺牲了对于某些权利和原则的实体性诉求。当转顾经验进路的法律思考时,彼得斯进一步指出,哈贝马斯关于生活世界与系统之间的区分,以及伴随这种区分而来的在理论上对于规范之维和经验之维的糅合(conflation),事实上导致了无法分辨的具体的二元性。所以,彼得斯提出一种新的分析进路,他尝试把法律视作一种综合体,其中包含着人们意向性的和非意向性的机制和过程。

第二章 有效之法如何可能

21

——评哈贝马斯的《在事实与规范之间》

[美] 戴维·M. 拉斯穆森*

德国文化产生了关于法律的理论话语,这就是在黑格尔和韦伯著作中各自所表述的不同话语。^①现在,伴随着哈贝马斯《在事实与规范之间》^②一书的问世,出现了第三种理论话语。黑格尔从有关主体间在法律上承认的进路具体阐释了他的反思性哲学,而韦伯之所以研究法律,是因为他把法律作为通过法律统治(domination)实现社会整合的一个关键因素。哈贝马斯不仅借鉴了他们的法律思想,而且实现了对两者的超越。他从黑格尔那里借鉴的是,法律在社会哲学中所具有的核心地位这一特征,不仅在某种程

* 戴维·M. 拉斯穆森(David M. Rasmusen),美国波士顿学院哲学系教授。——译者注

① 实际上远不止这两种进路,在其他各种进路中,其中最具有影响的是马克思关于法律的理论进路。——译者注

② 中译本见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治的商谈理论》,童世骏译,6页,北京,生活·读书·新知三联书店,2003。