



人民、权威与权利

一种普遍实践商谈哲学上的法政建构

张龔 著

上海三联书店



人民、权威与权利

一种普遍实践商谈哲学上的法政建构

张龔 著



 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

人民、权威与权利：一种普遍实践商谈哲学上的法政建构/张
龔著. —上海：上海三联书店，2017. 7

ISBN 978-7-5426-5887-6

I. ①人… II. ①张… III. ①政治学—研究—中国
IV. ①D6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 058084 号

人民、权威与权利：一种普遍实践商谈哲学上的法政建构

著 者 / 张 龔

责任编辑 / 冯 静 郑秀艳

装帧设计 / 汪要军

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海盛通时代印刷有限公司

版 次 / 2017 年 7 月第 1 版

印 次 / 2017 年 7 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 220 千字

印 张 / 16.75

书 号 / ISBN 978-7-5426-5887-6/D·354

定 价 / 42.00 元

敬启读者，如发现本书有印装质量问题，请与印刷厂联系 021-37910000

目 录

第一章 多重正确性构成的法律秩序	1
一、人民的历史角色与宪法权利	1
二、合意真理观与多重正确性	5
(一) 真理与正确性	7
1. 实践理性与真理	7
2. 正确性: 从事实到规范的桥梁	8
(二) 正确性的类型	10
1. 绝对正确性和相对正确性	10
2. 道德正确性和法律正确性	11
3. 形式正确性和实质正确性	12
(三) 君特·帕茨希的正确性图式	13
(四) 全面的正确性图式与正确性主张	14
1. 主观正确性和正确性主张	14
2. 客观正确性和正确性主张	15
3. 绝对正确性与相对正确性	17
4. 法律上的正确性与两种正确性主张	20
5. 法律世界: 一个相对客观正确的世界	20
三、法学研究的五种思维	21
(一) 秩序思维	22
(二) 类推思维	24
(三) 引导性思维	26
(四) 决断思维	28
(五) 权衡	30
(六) 小结	30
四、本书的基本命题	31

第二章 现代理性传统下的人民概念	33
一、人民：理性的伟大造物	33
二、经典理性法传统中的人民观	36
（一）从自然法到理性法——一种认知的视角	36
（二）卢梭：无“众意”基础的人民意志	37
1. 公意作为人民意志	38
2. 公意之本质	39
3. 个别意志、众意和公意	41
4. 理想的契约和美德共和国	44
5. 社会与政府——从公意到公共利益的媒介	47
6. 小结	50
（三）康德：普遍先天联合的人民意志	51
1. 概述	51
2. 普遍先天联合的人民意志	53
3. 引导性理念与客观正确性	54
4. 人民意志与代议体系：一种引导性关联	56
5. 小结	58
三、法哲学中的人民观	58
（一）格奥尔格·耶利内克：人民作为国家人民	59
1. 方法学上的前提——两层国家理论	59
2. 法学上的国家概念和对国家作为人民之观念的批判	60
3. 国家人民作为国家的一个要素	62
4. 小结	65
（二）汉斯·凯尔森：人民的意志建构与相对主义世界观	66
1. 自由理念作为民主的基本价值	67
2. 民主和意志建构	68
3. 绝对主义和相对主义	70
4. 小结	72
（三）拉德布鲁赫：人民意志作为公共福祉及其多重相对化	73
1. 概述	73
2. 三元方法论和相对主义	75
3. 正义与它的合目的性要素	77
4. 三种法律或国家观	78
5. 法学上的人民和立宪者	83
6. 一个批判与补充：共同体中的“家”人格	85
7. 小结	89

(四) 结论	90
第三章 商谈理论中的人民概念	91
一、人民概念的整合性界定	91
(一) 人民的直观与身体——家人格	92
(二) 人民的实体和根本目的——个体人格	93
(三) 人民意志作为本质——主体间人格	96
(四) 人民的三种人格与多重正确性	97
二、理想的与现实的人民意志	98
(一) 普遍实践商谈和商谈共同体	98
(二) 实践商谈的结构与证立	100
1. 商谈的主体	101
2. 商谈的规则	102
3. 商谈的目标	103
(三) 作为理念与原则的人民意志	104
1. 理想人民意志作为引导性理念	104
2. 现实的人民意志作为普遍实践原则	107
3. 现实人民意志的内容	109
三、结语	112
第四章 法律共同体中的人民	113
一、法律共同体的必要性	113
二、现实的人民意志作为立宪意志	114
三、人民之主权	116
1. 人民之对内主权与对外主权	116
2. 个体自治和人民主权	117
3. 人民主权与正确性主张	117
4. 小结	118
四、法是对现实人民意志提出的主张	118
五、人民及其代表	119
1. 政治代表和论证代表	120
2. 代表与代理	123
3. 狭义与广义上的论证性代表	124
4. 小结	125

第五章 立宪转型与法律权威	126
一、国家权力的理性运用	127
(一) 国家作为理念和概念	127
(二) 理性的两种思维原则	128
(三) 通过三段论的国家权力运用	130
(四) 从涵摄运用到理性商谈	133
二、法律权威作为论证性权威	134
(一) 普遍实践商谈中的正确性论证	135
1. 普遍实践商谈的超验基础	136
2. 对正确性的兴趣和效用最大化	140
3. 商谈规则的客观效力和正确性主张	140
4. 正确性主张中的三种正确性	142
(二) 正确性主张的结构和类型	142
1. 正确性主张的结构	143
2. 正确性主张的类型：制度性的和私人性的	145
(三) 法作为对道德正确性提出的制度性主张	146
1. 法的四层程序模式	147
2. 非制度性程序和正确性主张的诸层面	147
(四) 论证性权威的种类	155
1. 有缺陷的法律权威和极端不正义的法律权威	155
2. 目的论上的权威和义务论上的权威	155
(五) 结语	156
第六章 从规范主义权威到论证性权威	157
一、现代权威观的逻辑结构	157
二、规范主义权威及其限度	159
(一) 行为及其意义	162
(二) 凯尔森的内容空白的基础规范	163
(三) 基础规范在制宪过程中的逻辑功能	165
(四) 基础规范证立的主观理由和客观理由	166
三、立宪转型：契约合意与商谈合意	172
(一) 社会契约理论中的理想合意与现实合意	173
(二) 康德理论中的契约合意作为规范性基础规范的理由	174
(三) 商谈合意作为基础规范的客观理由	178
四、结语——从规范主义权威到论证性权威	179

第七章 人权与宪法权利	181
一、道术为“天下裂”——从主权理念到权力与权利的结构	181
(一) 人权及其概念结构	183
1. 人权理念及其特征	183
2. 人权作为权利及其权利结构	186
(二) 宪法权利作为现实的人民意志	187
1. 基本权利的概念特征	188
2. 从人权向宪法权利转换的理由	190
3. 引导性关联与构成性关联	194
(三) 以人权和基本权利保障为对象的正确性主张	196
三、基本权利保障和正确性主张	197
(一) 基本权利作为主观权利	197
1. 基本权利作为对某事物之权利的立场	197
2. 基本权利和主观正确性	200
(二) 基本权利作为客观规范	200
1. 基本权利作为纲要语句和约束性规范	201
2. 基本权利作为规则与原则	201
3. 基本权利作为纯粹的客观规范和关系规范	202
4. 小结	204
(三) 基本权利作为否定性权能规范	204
1. 权能的概念结构	204
2. 私权能与公权能	205
3. 民事服从与等级服从	208
第八章 公法人作为宪法权利的主体	210
一、宪法权利的主体	210
二、公法人的宪法权利资格	211
(一) 联邦宪法法院相关判决一瞥	212
1. 基本权利原则上不适用于公法人	212
2. 宪法法院判决中的例外情形	214
3. 小结	215
(二) 德国公法理论中的论证	216
1. 反对公法人宪法权利主体资格的论证	217
2. 赞同公法人的基本权利资格的论证	222
3. 小结	225
三、公法人的基本权利资格	225

(一) 批判性重述现行的各种区分标准	225
1. “穿透性”作为否定性界限	225
2. 执行公共任务作为标准	226
3. “归属”的标准	227
4. 民事服从或者等级服从作为标准	228
5. 宪法权利上典型的危险形势	228
6. 代表和代理作为区分标准	229
(二) 正确性主张作为最佳标准	230
1. 制度性与非制度性正确性主张	230
2. 该标准的优点	231
 第九章 公民的主权地位与宪法法院的人民性	233
一、公民的主权地位与宪法诉讼的沟通之维	234
(一) 公民的四种法律地位	234
(二) 人民立宪与广场政治	235
(三) 民选总统与宪法法院	236
(四) 小结	238
二、宪法法院：公民的主权地位与法律地位之间	239
(一) 宪法法院的正当性	239
(二) 宪法法院的司法民主性	241
(三) 宪法法院的司法人民性	243
1. 人民的论证性代表	244
2. 如何保障论证性代表的人民性？	246
三、结论：介于司法民主与政治决断之间的宪法法院	247
 附录	249
 参考文献	250

第一章 多重正确性构成的法律秩序

道生一，一生二，二生三，三生万物

——老子《道德经》

一、人民的历史角色与宪法权利

现代以来，一个不争的制度性事实^①在于，所有国家都有意识地主张统治之合法性和正确性，从而诉诸立宪之形式。每个国家在宪法中都直接或间接地将人民(people)^②作为各自统治合法性的基础，视之为一切国家权力的来源。可是，既然人民已经成为制度性事实，探究人民岂不已走向历史终结？其实不然。且不说当下欧洲，从欧盟走向政治一体国家步履蹒跚，探寻不到“欧洲人民”，能维持联盟已属不易，谈何立宪与建国？在我国，1954年开启的社会主义法统余温犹在，改革开放以来经济蓬勃发展促生的市民社会以及生活方式的快速变迁，使得82宪法所塑造的政治秩序面临新的挑战：自由市场及其衍生的主观权利如何纳入到人民民主的宪制框架内？若没有人民主权作为合法性基础，基本权利如何获得它的法律效力？

① 关于制度性事实，参见〔美〕约翰·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海人民出版社，2008年版，第29～51页。

② 人民一词的拉丁语为 *populus* 及 *popularis*，法语为 *peuple*，英语为 *people*，德语则是 *Volk*。进入现代以来，人民作为论证统治合法性的概念有两个常常悖谬地混在一起使用的意涵，一是指共同体成员的全体，二是指共同体中的下层民众。（参见 Giorgio Agamben, *Means without end*, trans. Vincenzo Binetti and Cesare Casarino, Regents of the University of Minnesota, 1996. pp. 29～36）这种悖谬既是一种逻辑张力，构成了现代政治架构的基本结构，也是一种历史动力，即全体人民作为一种精神性表达总是要同下层民众的意志保持一致性。

面对这些疑难,一些学者习惯性地直接诉诸人权作为基本权利^①的效力基础,有的更是不问起源,直接将宪法中的基本权利作为圭臬,无视人权与基本权利的根本不同。对于人权与主权这样一种广受关注的话题,答案仍然徘徊在要么人权高于主权,要么主权凌驾于人权之上。这种理论上的懈怠进一步催生出我国宪法学界的分化:政治宪法学和规范宪法学。若是从政治宪法学的角度观察,持规范宪法立场的人忽略了基本权利的主权根据,而从规范宪法的角度来看,政治宪法学低估了宪法以及基本权利条款的规范性意义。然而,尽管两种立场各异,却有一个共同的问题需要回答,基本权利的效力来源何在。没有人民主权权威的授权,规范性就是无源之水,而人权若不能落实为基本权利,法律保护的不过是虚幻的道德理想。关键问题是,人民主权、人权以及基本权利三者是怎样一种关系。

在当代德国国家法中,人民概念经历了从魏玛时期的激情建构到第三帝国的滥用,于今已经成为一个完全定型化的法学概念。然而,这绝不意味着,特别是当我们想要对时代政治和法律现实有所回应的时候,它仅仅局限于法学思考的范围之内。事实上,人民概念首先是一个普遍实践哲学的范畴。从现代政治文明史观察,“人民”一词自启蒙以来至少扮演了三种不同的角色:

- (1) 充当反抗或颠覆君主专制统治的改革或革命的动机和动力;
- (2) 为现代世俗化的民主统治提供合法化基础;
- (3) 为未来政治和法律结构变迁保留一个理论上继续解释与认知的空间。^②

人民本身是一个不可见的事物,现代概念思维的特殊优势就在于,它是一种“显影剂”,尽管对象不可见,却仍旧有能力对其加以界定和思考。从语言分析哲学观察,每个概念的建构都是一个客观认知的历史过程,故“人民”一词的第三个历史角色具有特殊意义。因为实践上诉诸一个内涵

① 基本权利一词取自德语世界的表达 Grundrechte,在英语世界中一般表达为宪法权利,在本书中,宪法权利与基本权利同义,主要使用基本权利一词。

② 一般来说,每个类概念(Gattungsbegriff),譬如人民、人权等,所指称的对象通常都是经验上不可见的。这种不可见性固然使得概念建构成为一个艰难的事情,但就现代理性乃是一个无休止的思考和接近真理来说,它又为理性论证预留了认知进步的空间。这样一种空间,确切说是语词与对象之间的尚未澄清的关联性,在时间上(历史上)可被描述为一种客观的认知过程,通过这一过程,每个语词可以最大可能接近地方式被建构成为一个纯粹的概念。就此而言,每个规范性的类概念都是一种认知的原则,内含一种优化命令,要求它的建构必须是一种客观的商谈和认知程序。类似的说明参见博肯费尔尔德(E.-W. Böckenförde):《政府领域的机构权力》(Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964),第91页。

不清、确切说“本质争议”^①的概念固然常引发混乱,却也为面对时代变迁,从概念上解释和重建该语词打开大门、开放空间。这一开放性要求,对人民概念的解释和重构远非简单地从针对某一政治对象进行普遍实践哲学上的观察出发即可,还应如此努力,正如拉德布鲁赫的相对主义知识学所指出的,知识的确定性可通过尽可能穷尽哲学理论上所有认知之可能性而获得。^②

起源上来看,人民概念首先同民主观念联系在一起。通常所言的人民统治实质就是民主的同义反复,因为 Democracy 在语源构词学上正是此义,作为统治(-cracy)的主体,人民同民主政治的主体(demo)相互一致。^③可是,如果说人民与民主间的密切关联毫无争议,那么,人民是否和在多大程度上可被视为基本权利的主体和基础,则很少获得人们的关注。^④此种认知上的忽略难免就导致一种理论倾向,以为探析和安顿人民和统治之间的关系仅仅是民主理论的任务。德国早期宪法学说中的基本权利理论即是仅将基本权利视为公民对抗国家的防御权,^⑤而人民主权所涉无他,不过是国家权力的基础何在、结构如何安排而已。依照这种过去一直以来属于主流的国家法观点,人民在概念上并不同个体自由和权利紧密相关。然而,事实并非如此。从这种思考方式中,同样也无法直接得出结论,人民同宪法上的基本权利关系疏远。在客观的人民意志和主观的个体意愿之间,

① 关于“本质争议概念”,参见〔英〕W. B. Gallie:《本质争议概念》(Essentially Contested Concepts, in: Proceedings of the Aristotelian Society, Vol. 56(1956)),第167~168页。

② 参见〔德〕拉德布鲁赫(Gustav Radbruch):《法哲学》(Rechtsphilosophie),Ralf Dreier und Stanley L. Paulson 主编,Heidelberg 1999,第16页。在拉德布鲁赫看来,法哲学的一个根本任务就是穷尽法律价值在哲学思想上的所有可能性,通过这一方法,可以避免相对主义的随意性。也是由此或可判定,现代西方主流的价值尚未穷尽,在人民概念上留有开发空间。除了从神学角度,如卡尔·施米特和埃里克·沃格林的政治神学,所提出的超越性价值之外,至少在作者看来,还有“家”价值是同个体价值、集体价值以及作品价值相区别又并列的价值,虽然这一价值很少受到西方法学一般理论的关照。此外,对于人民概念的开放性在国家学上的一个主要例证是“世界帝国”与“民族国家”的区分,一个开放的人民概念是一种世界尺度意义上的概念,而民族国家观念下的人民观走向实证化和封闭性就在所难免了。

③ 参见〔德〕博肯菲尔德(E.-W. Böckenförde):《民主作为宪法原则》(Demokratie als Verfassungsprinzip),J. Isensee/P. Kirchhof 主编:《国家法手册》(Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1(1987)),第9页。

④ 关于将人民主权同人权与基本权利之间非常有参考意义的衔接,参见〔德〕哈贝马斯(J. Habermas):《事实与规范》(Faktizität und Geltung),第124页。

⑤ 宪法上的基本权利的客观维度思想形成其早期和重要的影响始于1958年德国联邦宪法法院的判决。参见BVerfGE 7,198;关于更早的、却较少获得发展的基本权利的客观维度理论,参见BVerfGE 6,55(72)。

一如既往地存在着理论上很难逾越的断裂。此种断裂实质就蕴含在人民概念之中,它至少表现在两方面:一方面,在一个人民统治的政治体中,只有政治参与权作为基本权利应该获得保护,从以往的经验来看,肯定远远不够,尤其是就为了创设和维持一个长治久安的政治秩序来说;^①另一方面,在德国《基本法》中,基本权利不仅具有自由权利的主观维度,还有社会权利的伦理维度,以及规范的客观维度。^②对于伦理维度来说,人们必然要问,自由的个体如何有规范义务去友爱共同体的其他成员,对于客观维度来说,基本权利作为客观规范的理论基础在哪里,是否国家机关以及其他公法人都可同个体以及其他私法人一样,享有宪法上基本权利的保护。这一问题就此激励我们重新反思人民概念,在一个法律秩序中,人民及其代表除了作为民主的主体之外,是否还有可能以及如何转变成为自由权以及社会权等宪法权利的主体。^③

如果说人民统治,如德国宪法长期以来所建构出的政治结构那样,指向的不单单是一个政治上民主的,而且还是一个保护自由和守护尊严的社会法治国,那么,学理上就非常有必要去追问,人民作为主权者与实定法律体系之间是否确实存在着必然的关联;如果存在的话,这一关联可否在一个内在不仅包含法律权威而且还包含主观自由的法律秩序中获得证立。至此,人民的第二个历史角色就进入本书的观察。

代替上帝与君主,人民成为现代政治体的新统治者,这一历史事实和精神事件的背后实则是现代世俗社会的理性觉醒:人民概念起源上是从寻求统治的合法性中产生的。这种对统治合法性的追求与探索可以描述为:

凡言及人民总涉及到一个正确性主张,主张统治的合法性或正确性。

① 一个典型的例子是科学自由。每个在研究共同体(Forschungsgemeinschaft)中的科学工作者都必然会提起正确性主张,主张直接或间接指向共同体的公共利益或者说客观正确性。在这个意义上,可以说他们实际上自觉或不自觉地充当起公共意志或者说客观正确性的代表,因为每当他们从专业上作出断言,从而提出一个正确性主张,就意味着,他们参与到了广义上的人民意志建构的程序当中。

② 就此可以避免将基本权利上的自由简单视为“排除法律强制的自由”,参见〔德〕格奥尔格·耶利内克:《主观公权利体系》(System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905),第103页。

③ 人民作为权利的主体是一种形象的表达,意在表明,人民除了作为民主正当性的神性之物外,同时也是一种具有存在属性的事物,它必然会提出主张,鉴于公共理性的有限性,法律共同体必须为个体私人自治保留空间。

任何人断言,人民,只有人民,而非他人,才应成为政治统治的主体,即便对于何为人民尚存很大争议,肯定是提出了一个正确性主张(claim to correctness/Anspruch auf Richtigkeit),主张人民的自我统治才是合法正确的统治,从而就此需要担负起对此主张的论证义务。正是在这一点上,现代民主政治同传统政治发生了决裂,凡未直接或间接地提出这样一种主张的政治类型都不属于现代类型。当然,仅靠是否提出这种主张还不足以细致识别现代政治的类型。

正确性主张——当代法学商谈理论和正确性论证理论中的核心部分,是一种内涵多重维度的主张。在这些维度当中,正确性主张的性质根本上取决于它的主体以及提出这种主张的方式。现代以来那些以客观人民意志为对象而提起的正确性主张,所基于的并非都是理性的理由,譬如特定集团利益的或者种族上的理由。显然,单凭这些理由无法从客观上对该正确性主张加以证成,有的甚至引发了政治悲剧。然而,此种失败尚没有触及正确性主张的理论内核。因为每个正确性主张既可能是私人性自愿被提起,也可能是基于制度上的法律义务而被提起,前者依赖于内在道德心,后者则需要外在法律制度的支持。更为关键的是,不管持论者以何种方式提起正确性主张,只要其提出这一主张,并对这一主张受到其他人的接受怀有期待,就必然要背负上证立的义务。只有在满足这种证立义务的情况下,才可以说,针对客观人民意志所提出的正确性主张参与到了理性商谈和人民意志建构当中,也才可以说,该政治形态属于现代民主政治形态。而且,无论提出主张者以何种理由进行证立,只要合乎商谈规则,就都算是踏入到正确性论证的商谈世界当中,都会或多或少有助于人民意志和公共理性的建构,进而实现统治合法化的任务。就此而言,借助商谈哲学——近几十年来国际学界最受关注的理论之一,提炼出人民概念的内在结构,重构人民、权威以及规范等概念之间的关系,可以为我国思考和构建现代人民民主与公民权利之间的关系提供一种新范式。

二、合意真理观与多重正确性

历来欧陆学界对人民意志的讨论都有着极强的神学和形而上学的背景与预设:人民意志内嵌在一个“神-人关系”的存在结构中,是一个神学意义上和绝对真理(Wahrheit)意义上的概念。任何人发现、把握和宣称人民意志,往往就等同于主张,自己所谓的人民意志就是真理,就是绝对正确

的。如此意义上使用的真理观,固然表达了人民意志所具有的神学的、形而上学的面向,由此揭示出人民作为主权者必然无法避免面对决断的、专政的现实情势。但是,这并非人民意志的全貌,若将此视为人民意志的核心特征,就难免在实践中导致人民意志成为一种绝对的、专断性的专制者意志。也是看到这一点,康德直言不讳,正确理解的人民民主政体实践上必然是理性的专制。^① 缘何如此。一个根本的原因在于,真理的绝对特征导致其对立面只能是否定性的“谬误”。特别是传统形而上学和主体哲学意义上的真理观尤甚——要么是真的人民意志,要么不是真的人民意志,二者之间缺乏中间环节的过渡。相比起来,对应于效力(validity/Geltung)概念的正确性(correctness/richtigkeit)则比真理诉求更为广泛,它不仅追问真假,而且还是一种具有不同尺度的相对表达,也就是说,即便在不能完全和彻底地把握和达致真理的情况下,我们仍然大有可为,通过某种相对正确性来构建人类自己的生活秩序。于是,从绝对真理向相对正确性的转变,就产生一个关键的疑难,如果相对的世界不是一片流沙,法律帝国因而不过是一个建筑其上的沙堡而已,那么,法律世界当中的确定性究竟何在?

思想史上观察,从绝对真理观向多维度正确性的转型是形而上学大厦崩塌以来的大势所在。在这个相对化的现代思想洪流中,建立在语言分析哲学基础之上的商谈哲学于此转折点上可谓独领风骚。商谈法哲学理论中的正确性论证(Richtigkeitsargument),正如新一代欧洲法哲学代表人物乔治·帕夫拉克斯所言,已经成为一个理论上的传奇,它为个体主观意志向客观的公共理性提供了有效通道。^② 这也为我们重新诠释和构建德国魏玛以来的人民意志与人民代表、人民主权与宪法权利、法律权威与公民自治之间的关系开启了新的思考空间。因此,在探讨“人民概念”的诸多理论之前,非常有必要先行深入到商谈哲学理论当中,对正确性的多重意涵与类型加以分析和重构。下面首先简要描述商谈理论中涉及到的各种正确性类型;然后,通过援引 20 世纪德国知名哲学家君特·帕茨希(Günter Patzig)的正确性分类,并结合正确性主张的学说,总结出现有正确性理论以及正确性主张的全面图谱;最终,以此为基础力求绘制出一幅尽可能完整的正确性和正确性主张图表,以为全书论证之线索。

① [德]康德(Kant):《永久和平》(Zum ewigen Frieden),VIII 352。类似也可参见[美]乔万尼·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,上海人民出版社,2009 年版,第 315 页。

② George Pavlakos, "Correctness and Cognitism", Ratio Juris, 25(1):15-30(2012).

（一）真理与正确性

1. 实践理性与真理

现代以来,哲学认知的一个基本趋势就是从整全性的绝对真理观滑入怀疑主义,继而从怀疑主义提升为相对主义。于此趋势中,康德地位显赫,他的理论理性与实践理性的区分,对于将认知确定性从怀疑主义泥淖中拯救出来意义重大,但与此同时,也彻底扼杀了整全性的真理观。如此区分之后,追问真实/真理的认知任务似乎就只是交由理论理性处理。康德之后,秉承理论理性的新康德主义思潮兴起,深受新康德主义影响的凯尔森就此主张,凡是主张实践理性是可能的且在特定意义上存在的人,都首先面临着一个困难,实践理性在极大程度上是不确定的。因此,实践理性对于真理的追求是不可靠的,法学研究只能是一种理论理性的研究。类似反对和质疑实践理性的观点也可在尼采以及福柯的理论中发现共鸣。

可是,法学毕竟不是一门纯理论之学,而是一门关涉实践的学问。若因实践理性之不确定而断然否弃之,岂不是说,主体完全可以无视客观规范而随意行动?为此,辩护和强化实践理性成为法政研究的目标。回顾历史,为了捕捉住实践理性最一般的特征从而获取客观确定性,思想家们常常诉诸一致性、融贯性、可证立性、经验真理、效力、最优化以及反思性等概念。不可否认,这些努力确实在一定程度上被成功地标识为实践理性概念的一般性特征,但就探求实践理性与真理关系来说所获无几。^①针对这些特征所发争议的根本之处在于,在商谈理论看来,“太阳底下没有新鲜事”,重要的不是关注什么是最具普遍性的实践理性特征,而是针对实践理性特征已然展开的各种争议。

思想史上,总体上有两个方向、三种最具代表性且互相竞争的实践理性观念。两个方向是指形而上学理念引导下的实践理性与经验主义归纳出的实践理性,三种代表性观念分别为:亚里士多德之实践理性、霍布斯之实践理性、康德之实践理性。前两种属于是经验主义之归纳,后一种则属于形而上学理念引导下的实践理性观。这些理论流传演变至今,不同时期有着不同的学术代表,在当代又有着新的代表和倾向。

亚里士多德之实践理性的当代主要代表是阿拉斯戴尔·麦金泰尔。在他看来,康德以来的超验意义上的启蒙方案已然失败,自由主义观念下

① [德]罗伯特·阿列克西:《商谈理论上的实践理性概念》,张奠译,《法哲学与社会哲学论丛》第9期,北京大学出版社,2006年版。

的各种版本的个人主义都应被抛弃。普适道德与人权有如凶神恶煞,对之的信仰不异于古代巫师的再现。相反,他从传统的共同体(Gemeinschaft/community)和地方性中看到了希望,认为从这里提炼出的善好生活观念和价值才更为关键。

霍布斯实践理性在当代的代表是布坎南和高希尔。他们继受了马克思·韦伯的目的理性,进而将霍布斯的思想拓展为个体效用最大化,力图在经验意义上的理性选择和理性行动的现代框架里重建古典契约理论。不过,这一理论有一个要命的缺陷,一旦失去了道德理念的指引,这种单纯以利益互惠,而非主体间的承认为内容的契约很容易沦为一种主奴契约。

当代商谈理论继承的是康德实践理性观,尽管不同的代表对康德的理解各有差异。^① 康德在理论理性与实践理性区分的基础上指出,如果理论理性仅致力于回答何者为真,那么实践理性对应的则是何为自由,确切说如何可以合乎自由法则的行动。当一个行为合乎自由法则,它就是合法有效的。问题在于,单一主体想要可以合乎规则的实现自由之道必须具备足够的理性,这一点论证起来最为艰难,所以成为反启蒙和反实践理性者批评和质疑的炮火最猛烈之处。商谈理论沿着康德实践哲学的道路,方法上从主体独白转向主体间商谈与论辩,内容上提炼出主体间实践的理性行动规则的法典。在这个法典里,理论理性的知性与实践理性的自由之间的裂缝就得以弥合,而担当此弥合功能的正是每个个体对真理与正确性的关切——既是知识兴趣又内含利益选择,这一点是任何意义上的民主和公共理性建构的前提。

2. 正确性:从事实到规范的桥梁

迄今为止,共有三种真理理论存世,它们分别为真理符合论、真理融贯论以及真理共识论。同商谈理论相关的是真理共识论——一种通过商谈理论对传统真理符合论加以重建的范式。^② 目下观之,商谈理论有着多种不同的研究方向,权威性的代表有以卡尔-奥托·阿佩尔为代表的超验语

① 如哈贝马斯认为康德实践政治哲学、伦理学和法哲学是对基督教神学的翻译(Übersetzung),而阿列克西从不认为康德实践哲学包含基督教的邻人之爱的道德观。参见〔德〕哈贝马斯(J. Habermas):《世俗化的辩证法》(Dialektik der Säkularisierung, Freiburg im Breisgau, 2005),第28页,第32页。

② 真理共识论首要地是由哈贝马斯所深入发展和代表。然而,在他的著述中,实际上所提到的仅仅是绝对意义上的客观正确性。参见〔德〕哈贝马斯(J. Habermas):《真理理论》(Wahrheitstheorien), Helmut Fahrenbach 编:《现实与反思——瓦尔特·舒尔茨 60 岁寿辰纪念文集》(Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schultzzum 60. Geburtstag, 1973),第211~266页。