



华东政法大学博士精品文库

在经验和规范之间：正当性的范式转换

唐丰鹤 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

 华东政法大学博士精品文库

在经验和规范之间：正当性的范式转换

唐丰鹤 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

在经验和规范之间:正当性的范式转换 / 唐丰鹤著.
—北京:法律出版社,2014.6
ISBN 978-7-5118-6583-0

I. ①在… II. ①唐… III. ①行政权力—法律—研究
—中国 IV. ①D922.104②D63



中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第143038号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印业有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/A5
版本/2014年6月第1版

印张/10.25 字数/275千
印次/2014年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6583-0

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“华东政法大学博士精品文库”编委会

主 任:何勤华

副主任:杜志淳 应培礼 顾功耘

刘晓红 林燕萍 杨忠孝

委 员(以姓名拼音为序):

陈金钊 丁绍宽 董保华 范玉吉

高富平 龚汝富 何 敏 何明升

何益忠 黄武双 李秀清 刘宁元

刘宪权 罗培新 马长山 孙占芳

唐 波 童之伟 王 戎 吴 弘

杨正鸣 叶 青 余素青 张明军

赵劲松

总 序

夫博士者，博学之士也。博士是中国学位层级之顶端，享有崇高的声誉和闪耀的荣光。博士生在攻读学位期间，往往能够勤于积累，乐于求思，敢于创新，志于创造。博士生的科学研究活动，往往在导师的指导下与顶尖学术研究结合在一起，博士生因此也成为知识界后续发展队伍的有力代表，体现着高度的智慧水准和深厚的学力素养。职是之故，法学博士教育作为整个法学教育的重要组成部分，也是一项薪火相传、生生不息的使命工作，意义重大，足堪旌表。对博士的培养，某种意义上决定了一所高校的学术地位和研究水平，也是衡量高校教育实力的重要指标。

近年来，依照保障研究生教育质量、提升研究生教育水平、提高研究生教育对于社会、对于未来的贡献力等理念，全国高等院校的研究生教育改革创新风生水起。在上海市高等学校内涵建设工程与研究生教育创新计划等项目的支持下，我校研究生教育也开展了一系列活动，如研究生学术论坛、暑期学校、法律助理项目、优秀学位论文培育项目、

研究生海外访学项目以及硕士学位论文系列选集《崇法集》、《缘法集》、《明法集》、《尚法集》、《鹿鸣集》等,都取得了良好效果,活跃了学术氛围,激发了创新意识,形成了一定影响力。

华东政法大学开展研究生教育 30 多年来,深知深耕特色办学的重要性,也深知切合时代需求、发挥区位优势办学的重要性。学校地处上海这座充满活力,生机盎然的国际大都市,得天独厚,享世之繁华。我们深知,面对现实物质世界的诱惑,面对纷至沓来的机遇和挑战,在熙攘喧嚣的环境中静下心来,做些实际而扎实的学问,殊为不易。我们竭尽所能,努力让学校和师生沉静下来,不务虚渺,不事浮华。踏踏实实地进行教学和科研工作,身体力行,开拓创新,努力营造华政浓郁的学术氛围,打造华政自己的学术品位、学术品牌和学术传统。我们既怀有千百年来读书人著书立说,传诸后叶的学术追求;也充满了造福神州,匡济天下的国土情怀。

在此背景下,我们组织“华东政法大学博士精品文库”丛书,每年遴选若干优秀博士学位论文出版,以期助推博士生学术发展,鼓励博士生精心治学。我们希望“华东政法大学博士精品文库”能够像一川清流,如一缕烛光,展现新时期学术青年的深思与创造,为我国的法学研究和法治实践事业注入自己的理想与力量!可以说,文库的每一本著作都满含着博士们的追求、志向与期望。这种志气和期望,体现着青年学子对我们国家法治建设的期许和信心,是博士们品德修养和科研底蕴的展现。他们将这种底蕴和情怀幻化为一种博大的向往,包含着对法治和真理的不懈追求,并将其内化为一种既定的生活方式。正如彼得·德恩里科所说:“每个人都有一个博大的襟怀:通过法治来构建并维系一个和谐社会,通过彼此努力和共同参与来解决社会冲突。这不仅是我们的襟怀,也是我们寻求的生活方式”。

我们亦希望,法治精神及其行为方式,能够在我们的社会中得到广泛而深刻的传播,在普通大众中,法治理念得到实质性的继受与发扬。个体行为合乎法律之要求,践行法治之内涵,这不仅是法律人的准则,同时也成为社会中每一位公民的生活方式和价值选择。下至民间,上

至庙堂,黎元众生,皆从法治,悉受既定规则之约束,按序行事。我们想,这可能就是法治理念实践的最终境界吧。

当然,我们也深知,九层之台,起于累土;千里之行,始于足下。心怀崇高的理念,欲将之付诸实行,必须从一点一滴做起。故此,我们希望文库可以成为一个良好的起点。有言道“从来新人有新路,学术新作亦空灵”,我们衷心地希望,文库能够让法学之声在黄浦江畔唱响,亦有助于法治精神在神州大地上传扬。

是为序。

华东政法大学校长 何勤华

2014 年 4 月

本书是目前国内所见第一本从范式转换角度来研究正当性问题的著作。唐丰鹤博士以一种恢弘视野横跨哲学、政治学、法学等多个学科将正当性范式抽象为“规范—经验—合法—程序”四种类型,并分析了相应的依存条件和演变机理,特别论证了法律在其中的基础性地位。可以相信,今后但凡研究正当性的学人都会忽略这本书的存在。

华东政法大学法理学教授、博士生导师 苏晓宏

目 录

引 言 / 1

一、问题意识及其限定 / 1

二、学术前沿成果梳理 / 3

三、基本框架安排 / 8

导论：在经验和规范之间的正当性 / 16

一、合法性与正当性之译词考 / 16

二、正当性的概念、观念与范式 / 19

三、正当性与法律正当性 / 31

第一篇 规范性的正当性范式

第一章 建立在神学和哲学基础上的正当性 / 37

第一节 史诗时代的神话——伦理正当性 / 37

一、世俗秩序的基础 / 37

二、神圣秩序的基础 / 43

第二节 正当性基础向着哲学转变 / 52

第三节 古罗马的正当性基础 / 63

第四节 建立在神学基础上的正当性 / 70

一、国家的正当性 / 70

2 目 录

二、法律的正当性 / 75

第二章 正当性基础从神到人的转变 / 82

第一节 二元秩序观的崩溃 / 82

一、文艺复兴——人文主义的兴起 / 82

二、宗教改革——神权的坍塌 / 87

三、科学革命——自然的失落 / 92

第二节 二元秩序观崩溃下的正当性危机 / 95

第三节 二元秩序观崩溃下的正当性重建 / 104

一、霍布斯对正当性的重构 / 104

二、洛克、卢梭的进一步夯实 / 119

第二篇 经验性的正当性范式

第三章 现代性下的正当性 / 149

第一节 现代性下的事实与价值二分 / 149

一、现代性的含义 / 149

二、现代性下的事实与价值二分 / 152

第二节 韦伯经验性的正当性 / 161

一、韦伯价值中立的方法 / 161

二、正当性的经验视角 / 163

第三节 韦伯对现代性的诊断 / 167

第四节 法理型正当性 / 173

一、正当性统治的类型 / 173

二、现代性下的正当性 / 177

第五节 克里斯玛式的正当性 / 180

第三篇 基于合法性的正当性范式

第四章 基于合法性的正当性 / 187

第一节 事实与价值二分——法律实证主义发生的背景 / 187

第二节 基于合法性的正当性 / 193

一、基于合法性的正当性的基本理路 / 193

二、纯粹法学的法律效力论 / 200

三、基础规范的难题 / 204

第三节 法与国家的一元论 / 208

第四节 合法性的危机 / 212

第四篇 程序性的正当性范式

第五章 法律实证主义对正当性的当代重建 / 221

第一节 坚持基于合法性的正当性道路——分离命题 / 222

第二节 法律规则的有效性——系谱命题 / 224

第三节 承认规则的起源——社会事实命题 / 227

第六章 规范主义对正当性的当代重建 / 235

第一节 罗尔斯的正当性 / 236

一、罗尔斯的正义论论证图式 / 237

二、对罗尔斯论证图式的解释 / 240

三、从正义论到政治自由主义 / 243

第二节 哈贝马斯的正当性 / 245

一、重建性的正当性 / 245

二、法律的规范有效性 / 247

4 目 录

三、基于合法性的正当性的重建 / 250

第七章 程序进路的正当性 / 256

第一节 实证主义的程序内涵 / 256

第二节 规范主义的程序内涵 / 258

第三节 正当性程序转向的理据 / 262

第八章 程序进路的正当性重建 / 268

第一节 程序主义正当性内涵 / 268

第二节 程序主义正当性难题与出路 / 285

一、程序主义正当性的价值负载难题与出路 / 285

二、程序主义正当性的理想性共识的难题与出路 / 288

参考文献 / 297

后 记 / 311

引 言

一、问题意识及其限定

正当性是政治权力的根基,也是法律有效性的来源,它回答的是政治社会中人们为何负有服从义务这样的基本问题,因此,正当性的问题——无论它被称为政治正当性抑或法律正当性——可以说是政治哲学、法律哲学领域中的一个元问题。

在理论层面,正当性是政治思想史、法律思想史上一个具有提纲挈领性质的概念,对正当性问题进行研究,不仅可以帮助我们看清政治哲学、法律哲学的整个发展过程中的脉动,透视历史关头的每一次重大转折,理解其内在动因,而且有助于我们看清未来社会发展的方向。在实践层面,正当性对于现实的权力运行和法律运行也是一个本质重要的概念,它是权力和法律权威的来源,从而也是它们有效运作的保障。汉娜·阿伦特(Hannah Arendt)不无精当地指出,权力和暴力的区别,就在于前者

是具有正当性的力量,而后者是没有正当性的力量;〔1〕安提戈涅的神圣抗辩亦指出一个同样的事实:只有具备了正当性的法律才是法律,不具备正当性的法律根本不是法律,称不上有效,谈不到服从与违反。〔2〕显然,缺失正当性的权力和法律要得到人民的遵从是不可能的,而没有人民的自愿遵从,则任何权力和法律都不可能稳定地持存下去。明白了这一点,我们就会发现,在现代社会,任何一项权力和法律,都面临一个不可取消也不容忽视的任务:它必须证立它的正当性——这一点在一个动荡的社会中更显迫切。

正是因为正当性问题是如此重要,所以它才是思想史上经久不衰的话题,并在人们的日常生活中被广泛使用。为了避免宽泛或缺少中心,本书将问题限定在“正当性的范式”上加以讨论,本书所设定的任务:

一是要提出四种正当性范式:规范性的正当性范式——该正当性范式认为政治权力和法律的正当性来自于自然或神意;经验性的正当性范式——该正当性范式认为政治权力和法律的正当性来自于人民的经验性的同意;基于合法性的正当性范式——该正当性范式认为政治权力和法律的正当性来自于符合实证法的规定;程序性的正当性范式——该正当性范式认为政治权力和法律的正当性来自于经由程序审议达成的共识。本书还将对这四种正当性范式的具体演变历程进行细致的分疏。

二是要解决正当性范式演变的内在原因问题。具体包括:(1)正当性为什么会从规范性的正当性范式转向经验性的正当性范式,本书认为背后原因是现代性下的事实与价值二分,本书要解决的就是要说清楚事实与价值二分是如何具体影响正当性观念的演变的;(2)正当

〔1〕 Hannah Arendt, *Crises of the Republic: Lying in Politics; Civil Disobedience; On Violence Thoughts on Politics and Revolution*, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, p. 151.

〔2〕 罗念生:《罗念生全集》(第2卷),世纪出版集团、上海人民出版社2004年版,第307~308页。

性为什么从经验性的正当性范式转向基于合法性的正当性范式呢?这里要具体澄清的是法律实证主义者所做的工作的内涵,也就是要解释正当性、合法性、有效性的关系问题;(3)在当代,正当性的重建工作吸引了最杰出的理论家的注意,但是他们选择的重建道路不约而同地呈现程序主义的特点,这背后的原因是什么?本书必须系统地从程序本身的特点来回答这个问题。

三是要回答在一个价值多元的社会里,人们合理地持有各种价值观,也就是说,价值观的分歧本身是允许的并且是合理的,但是人们对于许多问题必须作出统一的答案,比如立法和政治权力所要求的合意,正当性也必须建立在合意或者说共识的基础之上,如何从合理的分歧中得到合理的共识?这就是现代社会不得不回答又难以回答的核心问题,本书最初的旨趣即在回答这一现代社会的元问题。鉴于这一问题极为重大又极为根本,本书不一定能够提供一个可行的答案,但是通过双轨制审议程序,我们起码会作出尝试。

二、学术前沿成果梳理

(一)国外的相关研究综述

1. 本书主要是关于正当性的范式研究,“范式”(paradigm)一词是托马斯·库恩(Thomas Samuel Kuhn)提出来的,意指某一个历史时期为大部分共同体成员所广泛承认的问题、方向、方法、手段、过程、标准等。^[1]西文中直接使用“正当性范式”术语的论著目前尚没有见到,但是与正当性范式具有直接相关性的著述则有一些。比较重要的首推哈贝马斯(Jürgen Habermas)的《交往与社会进化》和《重建历史唯物主义》,这两本著作都辟有一章(这两章的内容雷同,可以视为一章)讨论政治正当性问题,在这两本著作里,哈贝马斯总结了古今的正当性范式,包括以苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等为代表的伦理学和政治学解释传统所提出的规范主义的正当性范式和以韦伯、麦基弗等为代表

[1] [美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版。

的社会学解释传统所提出的经验主义的正当性范式。^{〔1〕} 德恩特维斯(D'Enterve)的《正当性与民主审议》一文则比较了三种规范性的正当性论证模式:以罗尔斯(Rawls)、拉莫(Larmore)和内格尔(Nagel)为代表的中立模式,以拉兹(Raz)和格尔斯顿(Galston)为代表的至善论模式和由哈贝马斯、科恩、古特曼、费希金等人倡导的审议民主模式,他认为审议民主模式最优。^{〔2〕} 美国学者法隆(Richard H. Fallon)在其论文 *Legitimacy and the Constitution* 中提供了一种不同的思路,他将正当性分为法教义学上的正当性、社会学上的正当性,以及道德哲学上的正当性。^{〔3〕} 除此之外,汉娜·阿伦特、约翰·西蒙斯对正当性与证成性^{〔4〕} 和卡尔·施密特对正当性与合法性的区分^{〔5〕} 对我们的研究也富有教益。总体来说,国外对正当性范式的研究有得有失,哈贝马斯对正当性规范性范式与经验性范式的区分是具有启发意义的,他的主要失误是没有考虑法律实证主义的独特的正当性范式,而这一点法隆则隐晦地提到了。本书将在哈贝马斯研究的基础上,结合法隆的思考,将正当性范式划分为规范性的正当性范式、经验性的正当性范式、基于合法性的正当性范式,以及程序主义的正当性范式。

2. 本书主要涉及四种正当性范式。就规范性的正当性范式而言,目前似乎尚无论著对此进行正面论述,遑论是对规范性的正当性的自然和神意的模式向规范性的正当性的人权模式的转换进行细致地分疏

〔1〕 [德]哈贝马斯:《重建历史唯物主义》,郭官义译,社会科学文献出版社2000年版;

[德]哈贝马斯:《交往与社会进化》,重庆出版社1989年版。

〔2〕 Maurizio Passerin D'Entrevies, *Legitimacy and Democratic Deliberation*, *Paper for the Political Studies Association: UK 50th Annual Conference*, 2000, London.

〔3〕 Richard H. Fallon, Jr. *Legitimacy and the Constitution*, *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 6 (Apr., 2005).

〔4〕 Hannah Arendt, *Crises of the Republic: Lying in Politics; Civil Disobedience; On Violence; Thoughts on Politics and Revolution*, Harcourt Brace Jovanovich, 1972; A. John Simmons, *Justification and Legitimacy*, *Ethics*, Vol. 109, No. 4 (Jul., 1999).

〔5〕 [德]卡尔·施密特:“合法性与正当性”,载《政治的概念》,刘坤轮等译,上海人民出版社2004年版。

的论著。虽然哈贝马斯在《交往与社会进化》和《重建历史唯物主义》中粗线条地描绘过规范性主义的正当性概念,但却不曾深入细致地刻画规范性的正当性的具体演化过程,也缺乏对演化之动力因的考察。就经验性的正当性范式而言,马克斯·韦伯在《以学术为业》和《以政治为业》这两篇演讲中,表达了他“价值中立”的研究立场;^[1]从这种立场出发,在《经济与社会》中,韦伯研究了三种类型的正当性统治:传统型正当性的统治、魅力型正当性的统治和法律—理性型正当性的统治;韦伯认定,现代社会的统治是一种法律—理性型正当性的统治。^[2]韦伯的政治社会学总体上表达了一种清晰的经验性的正当性范式。法国学者J. G. 梅奎尔(J. G. Merquior)在《卢梭和韦伯:两种正当性理论研究》中,将卢梭的民主正当性作为一种“内在”的正当性模式,而将韦伯的经验性正当性作为一种“外在”的正当性模式,进行了并置研究。^[3]就基于合法性的正当性范式而言,由于基于合法性的正当性范式是法律实证主义的观点,早已落在传统政治哲学的考察范围之外,所以它不曾被重视似乎也是顺理成章的;不仅如此,传统的政治哲学一直努力把正当性与合法性加以区分,认为它们分属两个范畴,却没有注意到合法性实是现代性下正当性的一种特殊表现形式;虽然基于合法性的正当性范式一直被忽视,但是大卫·戴泽豪斯(David Dyzenhaus)对于凯尔森、施密特与赫勒的比较研究著作《合法性与正当性:魏玛时期的施密特、凯尔森、赫勒》还是为我们提供了一些线索,作者以1932年魏玛共和国著名的宪政诉讼案(普鲁士邦政府告民国中央政府违宪)为个例,分析当时分别代表保守主义、自由主义和社会民主主义的政治思想家对这场宪政诉讼案的不同评价,由此解释施密特、凯尔森、赫勒

[1] [德]韦伯:《学术与政治》,冯克利译,生活·读书·新知三联书店1998年版。

[2] [德]韦伯:《经济与社会》(第1卷),阎克文译,上海世纪出版集团2011年版。

[3] J. G. Merquior, Rousseau and Weber, *Two Studies in the Theory of Legitimacy*, Routledge & Kegan Paul, 1980.