

3

Archives for Legal Philosophy and Legal Sociology

法哲学与法社会学论丛

郑永流 主编

中国政法大学出版社

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Legal Sociology

Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

(三)

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

中国政法大学出版社

2000年

图书在版编目 (CIP) 数据

法哲学与法社会学论丛. 3/郑永流主编. —北京:
中国政法大学出版社, 2000. 10
ISBN 7-5620-2007-8

I. 法… II. 郑… III. 法哲学-关系-社会法学-研究-文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 49952 号

执行编辑 吕志红

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 中国人民解放军第 1201 工厂

开本 850×1168 1/32 11.375 印张 282 千字

2000 年 11 月第 1 版 2000 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2007-8/D·1967

印数: 0001—3000 册 定价: 19.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088

电话: 62229563 (发行部) 62229278 (总编室)

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社负责退换。

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Legal Sociology

Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

编辑委员会

Editorial Board

主 编 Chief Editor

郑永流 Zheng Yongliu 中国政法大学 China University of
Politics and Law

副主编 Vice - Chief Editor

舒国滢 Shu Guoying 中国政法大学 China University of
Politics and Law

委 员 Editors

方流芳 Fang Liufang 中国政法大学 China University of
Politics and Law

王启富 Wang Qifu 中国政法大学 China University of
Politics and Law

刘金国 Liu Jinguo 中国政法大学 China University of
Politics and Law

朱苏力 Zhu Suli 北京大学 Peking University

朱景文 Zhu Jingwen 中国人民大学 Renmin University of
China

杜钢建 Du Gangjian 国家行政学院 National School of
Administration

郑成良 Zheng Chengliang 吉林大学 Jilin University

夏勇 Xia Yong 中国社会科学院 Chinese Academy of
Social Sciences

Albert H. Y. Chen The University of Hong Kong

Ulfrid Neumann Universität Frankfurt am Main, Deutschland

Harro von Senger Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung,
Schweiz

学术秘书 Assistant

程春明 Cheng Chunming

目 录

特 稿

法的合法性 …… [德国] 于尔根·哈贝马斯 许章润译 (1)

Summarizing Statement on the Main

Topics of “Between Facts and

Norms” …… [Germany] Jürgen Habermas (11)

主题研讨：部门法中的法哲学

国家刑罚的法哲学

问题 …… [德国] 乌尔弗瑞德·诺伊曼 冯军译 (21)

Staatsphilosophie seit

Kant …… [Deutschland] Reinhold Zippelius (52)

法哲学研究

“Spirit of the People”: Savigny and Liang Shu - ming's Historical
Dimension on Law …… Xu Zhang - run (122)

中世纪欧洲的法哲学

——西方法律传统的中世纪渊源 …… 陈林林 (147)

法治理论

- 西方的法治理论 吴玉章 (173)
- From “The Justice in the Open Air”
To “The Justice in the Theatre”
——a Perspective of Semiotics Shu Guo - ying (224)
- 法律自治——法治的另一种思考 黄文艺 (242)

人权问题

- 关于人权与责任的亚洲
法理学 [韩国] 崔钟库 杨建华译 (265)
- 附《世界人权宣言》和《人类责任宣言(草案)》 (274)

法社会学研究

- 让·加尔博利埃和他的法律社会学思想 程春明 (286)
- 政府能力建设与规制能力评估
——宪政发展的一个重要方面 杜钢建 (300)
- 欧洲一体化对法律专业学习的影响
——从国家法律家到欧洲
法律家 [德国] 米夏埃尔·马廷内克 陈卫佐 (317)

CONTENTS

SPECIAL CONTRIBUTION

Habermas, Jürgen

Summarizing Statement on the Main Topics of “Between Facts and Norms” (11)

SUBJECT DISCUSSION: LEGAL DOGMATICS IN THE LEGAL PHILOSOPHY

Neumann, Ulfrid

Problematics of Legal Philosophy in State’s Penalty (21)

Zipplius, Reinhold

State’s Philosophy after Kant (52)

STUDIES OF PHILOSOPHY OF LAW

Xu Zhangrun

“Spirit of the People”: Savigny and Liang Shu – ming’s Historical Dimension on Law (122)

Chen Linlin

European Legal Philosophy in Middle – Ages

——Sources of Occidental Legal Tradition

in Middle Ages (147)

THEORY OF RULE OF LAW

Wu Yuzhang

Occidental Theories of Rule of Law (173)

Shu Guoying

From "The Justice in the Open Air"
to "The Justice in the Theatre"

—— a Perspective of Semiotics (224)

Huang Wenyi

Autonomy of Law —— another

Reflection to Theory of Rule of Law (242)

HUMAN RIGHTS PROBLEMATIC

Choi Chong Ko

Asian Jurisprudence on Human Rights

and Responsibilities (265)

Appendix: 《 Universal Declaration of Human Rights 》 and

《 Declaration of Human Responsibilities

(Projet) 》 (274)

STUDIES ON SOCIOLOGY OF LAW

Cheng Chun ming

Jean CARBONNIER and his doctrine

in juridic sociology (286)

Du Gangjian

Constitutional Government Capacity

and Regulatory Evaluation	(300)
Martinek, Michael & Chen weizuo	
Consequences of European Integration	
Process on the Juridic Studies	
——from National Jurist to European Jurist	(317)

法的合法性

——《事实与规则》要义(1)

(德国)于尔根·哈贝马斯 许章润 译

作者在书中并借助于书所实际言说者，不过为一种解释。聪

(1) 《事实与规则：法律与民主的话语理论》(*Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 德文原题为 *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*)，是于尔根·哈贝马斯(1929—)自《合法性危机》和《交往行动理论》后撰著的另一力作。德文版刊行于1992年，英文本由威廉·雷格(William Rehg)翻译，Polity Press 1996年出版。作为法兰克福学派的当代传人，哈贝马斯由此三部著作而被认为是继马克思和韦伯之后，最具原创性的社会批判理论家。

在《事实与规则》中，哈贝马斯着重论述民主政治中公共话语(public discourse)的作用，描绘出一幅有关法律和基本权利的广阔图景，提供了关于法治和宪政国家的“规范主义的”解说，展示了哈氏试图将有关民主的规范主义的与经验的范式两相结合起来的良苦用心。而如此用心戮力之深层原因，则在于西方近代以来的飞速发展引发了一系列的危机与悖论，导致后工业社会宪政体制下的民主政治、多元主义和福利国家诸端，均受到前所未有的质疑。而凡此以“合法性危机”一言以蔽之，要求经由“交往过程中的对话性论证民主”(deliberative democracy)程序以求得解决。因而，对于“事实”与“规则”的紧张关系的探讨，乃是构造所谓的“现代法”，从而重构全部现代生活的起点。

“事实”与“规则”的两分(dichotomy of fact and norm, 或者 duality of facticity and validity), 或者说“自然”(nature)与“律法”(law)的对立, 是西方知识论传统中的一大特色。从语源来看, 它们源于希腊语的 *Physis* 和 *Nomos*, 在西方知识传统中已然超逾两千四百年, 用唐纳德·凯利教授的话来说, 乃是“人类智慧遗产中的一对难兄难弟。”此种最为古老的二元对立的现代版本, 可以是厄恩斯特·特勒尔奇(Ernst Troeltsch)的“自然主义与历史主义的战争”, 康德的“天上的星辰与内在的道德律”的对举, 也可能是笛卡尔有关“我在”(res extensa)与“我思”(res cogitans)的厘分, 甚或斯诺(C. P. Snow)和海因里希·里克特(Heinrich Rickert)的两种文化说(以上详见 Donald R. Kelly, *The Human Measure*, at 1.)。细予分梳可以看出, 就法律与民主这一语境来说, 所谓“事实”与“规则”的紧张, 常常可以换形为“实然”与“应然”, 或“实在”与“理念”的对立, 而构成了在形上的二元分殊中追寻意义之源的智识活动的主体的基本动力和知识构架。

该文系哈氏对于《事实与规则》一书基本内容的概述, 由作者用英文写出, 专寄中国政法大学郑永流教授, 请发本刊。现由清华大学法学院许章润博士译出, 以飨读者。标题为编者所加。——译注。

慧的读者几乎总是较作者本人所知更佳。作者仅仅知道其所“欲”言。在《事实与规则》中，笔者私揣所具体着力者乃此六大论题：

1. 现代法的形式与功能；
2. 法律与道德的关系；
3. 人权与人民主权的关系；
4. 民主的认识功能；
5. 大众民主体制下公共交往的极端重要性；
6. 有关法律的各种争短论长、瑕瑜互见之范式（paradigms）的论辩。

第一个论题：现代法的形式与功能

——从有关现代法的功能的社会学歧见而引出的问题

这个问题就是：现代法是否仅为行政或政治权力的运作工具，抑或法律依然乃社会整合的媒介。有鉴于此，我赞成埃米尔·杜尔海姆（Emile Durkheim）和塔尔科特·帕森斯（Talcott Parsons），而迥异于马克斯·韦伯（Max Weber）。现今的法律规则实为分崩离析的社会关系之残存者；如果一切其他的社会整合机制均告穷竭，则法律尚为维系纷纭复杂而离心离德，倘无法律即将分崩离析之社会提供某些手段。作为其他整合机制——市场、行政或价值、规则和直接的沟通（communications）——已然无效的一种替代，法律遂奋身而出。法律规则在将各种蔚成型制的所有权有意义地联结方面之特殊有效这一事实，说明了其整合能力。现代法乃是根据主体的权利而制定的。它是强制施行的或具有强制性的法律，而且是正式制颁的或确定的法律；虽然从现代法的受体（守法者）（addressees）来看，其所要求者不过行为之

合规则性 (norm-conformative behavior), 但是, 它仍然必须满足实质合法性 (legitimacy)^[2] 之预期, 以便至少人们除了对法律保持敬意外, 倘若愿意, 得遵从规则。显而易见, 这种法律形式之能适应现代社会的要求, 其原因在于:

第一, 现代法被预设为乃将主体性权利 (*subjective rights*) 平等赋予每个人。凡此自由, 对于每个人之追求其之所好和价值取向, 从而, 适合非中心化的决策模式 (此市场社会所特别要求者), 均为保护性的安全屏障。

第二, 现代法由一个政治性的立法者所制颁 (*enacted*), 并赋予其一定形式的具拘束力的权威, 以适应具体情境及其施行。因此, 其与现代行政国家运作的特定模式若合符契。

第三, 现代法恃国家之赏罚二柄而施行 (*enforced*), 从而在对于法律之一般奉守的意义上, 构成行为之形式“合法性” (*legality*)。职是之故, 它适应多元社会之情形, 在此社会中, 法律规则不复植根于为全民所分享之基本社会与国族的特质中。

第四, 不过, 现代法仅在当人民同时接受立法者制颁并具强制力, 而值得为主体所共同认可之规则的条件下, 始赋予行为预期以稳定性。由此, 法律遂与除非理据充足, 否则不再与必得服

[2] “实质合法性”与下文的“形式合法性”, 系对应于英文的 *legitimacy* 与 *legality*, 对应的德文分别是 *legitimität* 和 *legalität*, 亦即卡尔·施密特 (Carl Schmitt) 著名的同名论文 *Legitimität und Legalität* 所一再用意者。而马克斯·韦伯氏之力作“统治形态论” (*Die Typen der Herrschaft*) 于论述“合理型统治” (*Rationale Herrschaft*) 时强调 *Legitimitäts Glaube* (实质合法性信仰或正当性信仰) 与 *Legalitätsglaubigkeit* (形式合法性信仰或合法性信仰) 之二元, 用意亦正在此分梳。中文世界亦有以“合理性”与“合法性”, 或“道统”与“法统”, 以及“正当性”与“合法性”, 或“合法性”与“法律性”对译的, 以辩明前者主要强调实质意义上的正当、合理及其道义基础, 后者则表明实在法意义上对于形式与程序的奉守无违; 前者多诉诸自然之“法”或道德之“法”, 后者则依准乎俗世的实在之“法律”。一译注。

从法律的公民的后传统 (posttraditional) 道德良知契合无间。

第二个论题：法律与道德的关系

——从有关如何解释具体的法律效力的

法律实证主义和自然权利理论的争议中引出的问题

两大阵营均遭遇众所周知的瑕瑜互见之困难。概而言之，一方面，实证主义者将法律规则视为政治权威中占优势地位的意志之具约束力的表达。如同将法律规则当作政策决策结果之法律现实主义者，实证主义者无法解释何以实质合法性源于纯粹的形式合法性。实证主义者和现实主义者双方（包括批判法学运动中人），均拒绝承认任何对于实质合法性之诉求超过对于法律效力的追求，后者要求并表现为法律的制颁程序合法并执行有效。另一方面，自然权利理论中人则将实在法之实质合法性直接溯源于更高之道德律令。实在法在此乃处于法律阶梯中之最低一级，其顶端乃为明谕于形而上与宗教之自然法。即便我们撇开原旨主义 (fundamentalism) 不谈，如此将法律与道德混为一谈，实遮蔽了二者之重要差异。道德规则首要在告戒吾人应当做什么暨吾人彼此间之义务，而现代法则首重确定个人自由之厘分——在确定的私人领域 (private spheres)，每个人可行其所欲行。另一方面，道德权利源于他人对于我们的义务，而在法律上，权利优先于义务，因为法律义务不过为平等授予的自由间互相钳制之结果。

凡此双方瑕瑜互见、相反相成之弱点，使吾人得出了这样的结论，即法的实质合法性既不得与道德效力混为一谈，亦不应将法律与道德绝然割裂。法律最好被理解为对于弱势之后传统道德的一种有效补充与配合 (complement)，该种道德超越制度化设

定，仅仅植根于个体之良知。因而，从研究者的角度来看，现代法乃是对于道德良知之不确定性的补偿，此种道德良知通常只在直接交往的境域始运作良好，而强制性法律的影响则远逾于此。同时，实在法亦并非全无道德内涵之诉求，至少，在其满足实质合法性之要求时并非如此。

第三个论题：人权与人民主权的关系

——从有关实质合法性渊源之长久争议中引出的问题

因着法的实在性，这里我们须将法律的制定（和执行）者的角色，与作为既定法律之主体的守法者的角色严予区分。个人的自治，在道德领域意味着个体之绝对自治，而在法律领域，可以这样说，仅在私人自治与公共自治对举之二元形式上始得成立。凡此两项——私法主体之自由与公民之政治自治——必得以一种形式的自治且并不妨害他种形式的自治之方式而协和。就是说，只有当法律人在行使民权时，将其自身理解为那些他们必得作为接受者而遵奉之规则的制定者时，他们才可能是自治的。然而，政治理论对此却从未作过令人信服之确解。

共和主义传统，其之渊源可溯至亚里士多德和文艺复兴的政治人文主义，总是认为公民之公共自治优于私人之“前政治”（prepolitical）自由。另一方面，自由主义则总是提醒人们多数专制的危险，指认法治的优先地位，因为法治毕竟受到了消极自由的保障。而人权则为预防人民的主权意志侵犯神圣之个人自由领域提供了合法屏障。不过，两种观点其实并行不悖。以人权之理念表达的法治，既不可能作为一种外在的屏障强加于主权立法者，也不可能作为民主程序之有效条件而被工具化。准确说明了这一觉解，则有助于从话语理论的视角省视民主程序。

在这一点上，笔者无法就有关人权与人民主权之互为倚赖关系的复杂争论作出简扼综述。请允许我只作出两点评论。第一个建议是将人权看作为自我立法（self-legislation）的民主程序之法律制度化（legal institutionalisation）所必需者。不过，显而易见，对于那些赋予公民实行其政治自治的民权——即交往与参与的权利而言，此说颇有道理，而就保障公民私人自治之古典人权而言，则理据稍欠。职是之故，笔者进而建议分析法律语言的确切的语法，此乃公民欲像公民般行事时所必得奉守者。换言之，如果我们希望将民主程序法制化，则须具备可循依之法典。不过，吾人从对于法律形式的分析中可知，倘不能给作为个体权利——无论这些权利可能是什么——的享有者之法律人以确切的社会定位，我们就不可能建立起任何法律秩序。然而，对于主体权利之规定，本身即意味着为私人自治提供了保障。由此，争论的核心乃是没有保障公民私人自治的基本权利，也就没有任何将公民可得利用而实现其公共自治的诸项条件的法律制度化之中介。这样，私人自治和公共自治乃在既非人权，亦非人民主权可得宣称其超越对方之情况下，互为条件，彼此依存。

第四个论题：民主的认识功能

——从为什么吾人得要求法的实质合法性
应源自民主程序这一问题中引出的问题

话语方法/理论解释了经由民主程序所达成的过程本身，即具有实质合法性之效力，此种民主程序确立了对于（可能发生的）结果将会理智地（rational）予以接受的预设。规则的合法性有待于认可，而此认可奠立于理智驱动的合议基础之上。这一假设为此话语原则所阐明：“只有所有那些受其影响的人，均可能

以理智的话语，同意作为缔约者而加入之规则，才是有效的。”溯至卢梭和康德的契约论传统，同样将“理性”（reason）作为法律秩序和政治秩序的后形而上（post-metaphysical）基础。不过，理性（reason）这一唯心主义概念现已转换成实用主义辞藻，并在“赋予”理性（reason-giving）这一实践的意义上，即作为交往过程中的对话性论证（deliberation）的条件，详予阐明。理智的话语被认为是公开的，具有一定的包容性，赋予参与者以平等交往的权利，要求真诚，并拒绝除了充分论辩的无力之力外的一切压力。这一交往结构可望为对于最为相关论题的最佳讨论的交流，创造出—个思索空间。

此处对“交往过程中的对话性论证”的理解是广泛的，涵括广泛的理性范畴。凭藉实验理性、技术理性、谨慎从事的实践理性，以及伦理、道德和法律理性，我们可将理性话语及其相应之交往形式的不同类型，作出清晰的厘别。对于法律规则的理智接受不仅仅依赖于，甚至主要的不依赖于人们的道德考虑，毋宁乃其他类型之推理，包括公平辩诉程序。毕竟，妥协构成了政治的核心。不论如何，“交往过程中的对话性论证”这一集合概念，为程序意义上“证明为合法”（legitimation）概念的形成开辟了道路。“证明为合法”取决于上述理智话语和公平辩诉之法律制度化，而凡此种之理智话语和公平辩诉，构成了对于可能发生的结果之理智接受这一预设的基础。如此这般，交往过程中的对话性论证政治（deliberative politics），遂与程序合法性这一复杂概念牵连交结在一起。在民主过程中，存在着三种不同的程序：第一，（各种形式的）交往过程中的对话性论证之纯粹认知程序（purely cognitive procedures）；第二，将决策与（通常情形下实行多数裁定规则的）此前之交往过程中的对话性论证连为一体之决策程序（decision-procedures）；最后，以一种具有拘束力的方式，具体落实在其调节“意见—意志”形成过程之物质、社会和