



中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2016年秋季卷 (总第46卷)

南京大学

法律评论

Nanjing University Law Review

辉煌的失败——对哈贝马斯民主法治理论的方法论批判 泮伟江

理想理论与非理想理论之争——以罗尔斯的规范理论为中心 杨建

法院与宪法——世界经验和中国问题 赵娟

欧洲“头巾争议”与宗教自由 赵博扬

论法定公共组织的法律属性及其实现路径 刘小冰 黄欣安

法理与习惯支配下的民间破产程序——以民初商事公断处处理破产案件为例 王红梅

民国庙产所有权认定的依据——以江苏地方法院判决书为中心 王小丹

婚姻财产制度的博弈分析——基于婚姻稳定和家庭安全的视角 艾佳慧

中、法法人犯罪刑罚机制的比较性反思 陈萍

日本近现代刑法的制定、修改及其评价 付立庆

隐蔽性证据虚假补强问题研究 秦宗文

不方便法院原则在我国的发展历程与立法完善——兼评2015《民事诉讼法司法解释》第532条 彭奕

环境司法的效能、目的与个案公正的生成——兼谈当事人的正义观及对司法活动的影响 焦艳鹏

论环境民事公益诉讼中检察机关的支持起诉——从泰州环境污染纠纷案展开 李丽

美国雇佣自由规则发展进程剖析及其启示 杨浩楠



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

南京大学法律评论

Nanjing University
Law Review



法律出版社官方微信

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

一切为了思想



独角兽工作室

平面设计

上架建议 法学学术

ISBN 978-7-5197-0588-6



9 787519 705886 >

定价：65.00元



中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2016年秋季卷(总第46卷)

南京大学 法律评论

Nanjing University Law Review



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

南京大学法律评论. 2016 年. 秋季卷 / 张仁善主编
—北京: 法律出版社, 2017. 3
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0588 - 6

I. ①南… II. ①张… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 017117 号

南京大学法律评论
(2016 年秋季卷)

张仁善 主编

责任编辑 黄倩倩 张发靖
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

版本 2017 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 王沁陶

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 21 字数 460 千

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071010/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0588 - 6

定价: 65.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

主 编
张仁善

编辑委员会

主 任
叶金强

委 员

(以汉语拼音为序)

狄小华 范 健 胡晓红 金 俭 李友根 邵建东 宋 晓
孙国祥 王太高 吴建斌 吴英姿 肖泽晟 徐棣枫 严仁群
杨春福 叶金强 张 淳 张仁善 周安平 曾 洋

执行编辑
郭俊义

英文校审
焦 燕

南京大学法学院主办

· 法学理论 ·

辉煌的失败

- 对哈贝马斯民主法治理论的方法论批判 泮伟江 (3)
- 黑格尔法哲学的现实意义 [德] Gertrude Lübbe-Wolff 著 朱学平 译 (29)
- 理想理论与非理想理论之争
- 以罗尔斯的规范理论为中心 杨 建 (46)

· 宪法理论 ·

法院与宪法

- 世界经验和中国问题 赵 娟 (59)
- 欧洲“头巾争议”与宗教自由 赵博扬 (83)
- 论法定公共组织的法律属性及其实现路径 刘小冰 黄欣安 (95)

· 法律史学 ·

法官审判方式的翻译困境:19 世纪的法国和日本

- [德] Lena Foljanty 著 郭俊义 译 (113)
- 法理与习惯支配下的民间破产程序
- 以民初商事公断处处理破产案件为例 王红梅 (128)
- 民国庙产所有权认定的依据
- 以江苏地方法院判决书为中心 王小丹 (140)

· 民法法学 ·

- 论我国农村土地制度变革及其立法完善 翟业虎 (157)
- 婚姻财产制度的博弈分析
- 基于婚姻稳定和家庭安全的视角 艾佳慧 (174)

· 刑事法学 ·

- 中、法法人犯罪刑罚机制的比较性反思 陈 萍 (197)
- 日本近现代刑法的制定、修改及其评价 付立庆 (207)

· 诉讼制度 ·

- 隐蔽性证据虚假补强问题研究 秦宗文 (225)
- 不方便法院原则在我国的发展历程与立法完善
——兼评 2015 年《民事诉讼法司法解释》第 532 条 彭 奕 (247)
- 环境司法的效能、目的与个案公正的生成
——兼谈当事人的正义观及对司法活动的影响 焦艳鹏 (263)
- 论环境民事公益诉讼中检察机关的支持起诉
——从泰州环境污染纠纷案展开 李 丽 (275)

· 比较法学 ·

- 韩国财产税税制研究
——兼论对中国房地产税改革的启示 张学博 李 瑟 (293)
- 美国雇佣自由规则发展进程剖析及其启示 杨浩楠 (310)

Theory of Law

- A Glorious Failure: A Methodological Critic to Habermas' Discourse Theory of Law
and Democracy Pan Weijiang (3)
- The Significance of Hegel's Law Philosophy Gertrude Lübke-Wolff (29)
- On the Competition between Ideal Theory and Nonideal Theory—Based on the
Elaboration of John Rawls's Normative Theory Yang Jian (46)

Constitutional and Administrative Jurisprudence

- The Court and the Constitution: The World Experience and Chinese Issues
..... Zhao Juan (59)
- The “Headscarf Controversy” in Europe and the Freedom of Religion
..... Zhao Boyang (83)
- The Legal Attribute of Statutory Public Organizations and Its Implementation Path
..... Liu Xiaobing Huang Xin-an (95)

Science of Legal History

- Problem of Translation of Judge's Trial Method: France and Japan in the 19th
Century Lena Foljanty (113)
- The Civil Procedure of Bankruptcy Ruled by the Jurisprudence and Customs—take
the Handling Bankruptcy Cases of the Business Arbitration Department in the
Early Republic of China Wang Hongmei (128)
- On the Basis of Determining Temple Property Ownership in the Republic China
Period—Focusing on *Jiangsu High Court Judgment Document Excerptions*
..... Wang Xiaodan (140)

Theory of Civil Law

- On Change and Legislation about Chinese Rural Land Zhai Yehu (157)
- Game Analysis of Marital Property: Based on the Stability of Marriage and Family
Safety Ai Jiahui (174)

Science of Criminal Law**Comparative Reflection of Chinese and French Corporate Crime Punishment**

Mechanism Chen Ping (197)

The Legislation and Amendment of the Modern Japanese Criminal Law and Their

Comments Fu Liqing (207)

Litigation System**Research on the Risk of False Corroboration and the Diversified Arrangement of**

Criminal Rule of Imperceptible Evidence Qin Zongwen (225)

Forum non Convenience in China—Review on 532th Clause of 2015 judicial

Interpretation of Civil Procedure Law of PRC Peng Yi (247)

Performance of Environmental Justice, Purpose and the Generation of Individual

Justice Jiao Yanpeng (263)

On the Support Prosecution of Procuratorial Organs in the Environmental Civil

Public Interest Litigation—Expanding from the Environmental Pollution Dispute

Case in Taizhou Li Li (275)

Comparative Jurisprudence**A Study on the Korean Property Tax System and a Concurrent Discussion of**

Applications for the Chinese Real Estate Tax Reform Zhang Xuebo Li Se (293)

Study on the Development Phases of US Employment at Will Rule and Its

Enlightenment Yang Haonan (310)

法 学 理 论

辉煌的失败

——对哈贝马斯民主法治理论的方法论批判

泮伟江*

[摘要] 《交往行为理论》与《在事实与规范之间》是哈贝马斯最重要的代表作。《交往行为理论》中哈贝马斯对自韦伯以来的现代性问题做出了诊断,并提出了著名的系统与生活世界的二分,通过商谈伦理学捍卫生活世界和克服韦伯的“理性铁笼”困境。《在事实与规范之间》则进一步提出审议式民主理论,通过法律这个中介来传导规范性,改造和控制系统的自主性逻辑。但《交往行为理论》生活世界的规范性内涵是防御式的,在方法和概念上无法克服系统理性的自主性,而《在事实与规范之间》试图调和这种紧张关系,但又以牺牲《交往行为理论》整套的关于系统的概念建构为代价。《在事实与规范之间》的这种方法论层面的犹豫和模糊,导致哈贝马斯的最终方案并不完全成功。

[关键词] 商谈伦理学 民主法治理论 系统 生活世界 系统理性

一、导 论

哈贝马斯也许是仍然在世的理论家中最负盛名的一位。《在事实与规范之间》则是哈贝马斯最后一本代表作。由于哈贝马斯作品史呈现出了一种随时间展开和演变的性质,因此,我们几乎可以通过对《在事实与规范之间》的分析和回溯,来观察哈贝马斯整个学术思想的演变。反过来说,通过将《在事实与规范之间》放到哈贝马斯整个学术视野演变过程中,我们也可以更好地理解《在事实与规范之间》的成败得失。

《在事实与规范之间》的问题意识和写作背景是:进入19世纪以来,随着整个社会日益复杂,18世纪的哲学家们(他们同时也是政治哲学家)所提出的现代规范性政治方案(其核心内容是以国家为中心的社会和以个人结合所组成的社会)已经逐渐失效。马克思对资本主义的批判,便指明了这一点。在哈贝马斯看来,18世纪规范性政治方案的此种失效,其实是18世纪哲学(其核心概念是个人主义的实践理性)的失败。由此造成了

* 泮伟江,北京航空航天大学法学院,北京:100191。本文得到了中国人民大学科学研究基金暨中国高校基本科学研究业务费专项基金(编号:11XNL007)的资助,特此致谢。

严重的后果。各种面目出现的相对主义和历史主义都是它的表现形式。^①

通过对历史处境的此种简单勾勒,哈贝马斯表明了自身历史视野的出发点:在现代复杂社会的背景下,通过在哲学和社会理论层面重新挖掘和释放18世纪启蒙哲学的规范性潜力,以全新的基本概念构造来承载此种规范复兴的事业,并最终将其落实为全新的民主法治国方案。

在哈贝马斯的这个事业中,有三个问题至关重要。首先是对现代复杂社会的描述与理解。其次则是在基本概念层次构造出足以替代实践理性概念,使之成为承担整个视野重量的概念基石。最后则是在前二者的基础上,对民主法治国方案的重新设计。

第一个问题涉及的是由马克思、涂尔干和韦伯所开创的现代社会理论的传统,即对现代社会进行描述、理解甚至批判。第二个问题则涉及对启蒙哲学所开创的现代性工程规范内涵的释放,乃是在20世纪下半期的后形而上学的知识语境下为规范性重新奠基。第三个问题则构成了对前两个问题的综合,也就是说,通过这个综合,同时克服后形而上学时代规范性事业与各种注重事实性的社会理论的缺陷,从而形成一种黑格尔式的扬弃与合题。

《在事实与规范之间》第一章,哈贝马斯提到法律的两个规范性与事实性之间的张力,即内在的规范性与事实性的张力和外在的规范性与事实性的张力。^② 如果按照本文提出的这个分析框架,可以说,内在的规范性与事实性的张力问题,其实就是在后形而上学的语境中重新对规范性进行奠基的工作,而外在规范性与事实性的张力,就是指对规范性的重新奠基工作,必须要在现代复杂社会中经受检验,具有某种现实的可能性。这既意味着对现代复杂社会的批判,同时也意味着对规范性进行重新奠基的工作,还必须以考虑到现代社会结构的事实性维度为前提。也就是说,规范性的重新奠基工作,必须要在内在地包括现代复杂社会的事实性因素。

从全书的结构来看,这一点也是很鲜明的。全书的第三章和第四章构成了本书规范性重新奠基的部分,而第六章和第七章则是检验和论证此种规范性工作在现代复杂社会的背景下的可能性问题。二者正好对应着规范性和事实性外在张力的两个方面。

例如,在该书的第二章,哈贝马斯对规范主义阵营的理论家,尤其是罗尔斯,提出了尖锐批评,批评他们的规范主义过于理想主义,而没有将现代社会的事实运作规律考虑在内,从而导致空想主义;^③而同时哈贝马斯又批评了卢曼的社会系统理论,认为他对现代社会的描述过于冷酷,从而导致将西方传统的规范主义切除得一干二净,变成了冷酷

① [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,生活·读书·新知三联书店2003年版,第1~3页。

② 同上书,第41页。

③ 同上书,第70~79页。

的保守主义和犬儒主义。^①而哈贝马斯试图左右开弓,同时在规范和事实的两个层面工作,并最终通过自己设计的民主法治方案实现二者的大和解。

之所以说哈贝马斯这部作品充满了理论的雄心,就体现在这里。这个工作的困难在于,规范主义进路和事实主义进路,在基本概念和基本的方法论层面是大相径庭的。如何弥合规范和现实之间的理论鸿沟,从而做到既不是规范主义压倒事实主义,也不是事实主义罔顾规范,是很难的。解决不好,很可能就变成了某种一厢情愿。

本文的重点不在于描述哈贝马斯的成功,而在于指出哈贝马斯的失败,尤其是在方法论层面的前后矛盾,进退失据。因此,本文首先承认哈贝马斯以商谈伦理学为代表的规范性重构事业是相对成功的。在此前提下,通过仔细对照分析《在事实与规范之间》和《交往行动理论》,却可以发现,哈贝马斯的此种弥合规范与事实鸿沟的努力也许仍然是失败的。但这并不意味着哈贝马斯的事业因为被判定为失败就没有价值。事实上,哈贝马斯的这种勇敢的尝试,尽管整体上是失败的,仍在很多方面取得了重要进步,是值得高度肯定的。

二、生活世界的殖民化

商谈伦理学中的理想的言谈情境既然是理想的,也就意味着此种言谈情境在社会现实生活中很难完美地实现。哈贝马斯当然考虑到了这一点。但哈贝马斯通过“生活世界”的概念表明,此种理想的言谈情境,确实近似地存在于生活世界之中,并且构成了生活世界的背景性意义关联的规范性内核。通过生活世界概念对“交往理性”的补充,哈贝马斯又将他的规范性事业重新放入20世纪后半期以来的复杂社会的语境之中。

通过借鉴科尔贝格(L. Kohlberg)的儿童发展心理学理论,哈贝马斯通过历史演变的视角,将整个西方社会的演变分成了三个阶段,即前俗成阶段、俗成阶段和后俗成阶段。现代社会显然已经进入后俗成的社会发展阶段,其特征是每个人都具有高度的个人自由,因此可以依据自己的理性来决定自己的行为。而在俗成阶段,个人尚不具有此种独立的理性判断能力和空间,被各种习俗性的外部社会规则所约束。在后俗成社会,社会要形成有效的整合,就必须依据交往伦理学的理想言谈情境的设计来达成共识,形成约束自我的规范。

与“后俗成社会”概念相联系的是另外一个概念,即“生活世界的理性化”。这两个概念结合在一起,构成了哈贝马斯对现代社会的诊断基础。之所以说这两个概念是联系在一起的,首先是因为二者都暗示了现代性的主题,因此都指向了西方社会发展的同一个阶段。无论是俗成社会与后俗成社会之区分还是生活世界与生活世界理性化的区分,其中都暗含着现代社会与前现代社会的区分。根据哈贝马斯的描述,在前俗成阶段,整

^① [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,生活·读书·新知三联书店2003年版,第54~69页。

个世界图景是由原始宗教提供的,原始宗教通过仪式的神圣性与神灵惩罚的恐怖性,将规范有效性和事实性杂糅起来,形成了一种特殊的社会交往的背景性规范结构。^① 随着前俗成社会向俗成社会的转变,宗教权威所造成的内心恐惧不再是人们遵循规则的基础,规则的有效性更多地依靠传统的惯性和力量获得维持。但是在后俗成社会,整个世界日渐除魔,人们越来越多地拥有理性反思的能力。人们对交往规则的遵守,不再是理所当然的,而是日益拥有对规则提出质疑的能力。人们对规则的遵守,建立在通过理性的反思和证立的基础之上。^②

科尔贝格儿童道德心理学的历史唯物主义运用,更多的是在规范层面的工作,而生活世界的理性化,则更强调社会学的事实层面工作。就此而言,生活世界的理性化,乃至“生活世界”与“系统”的二分,都是规范层面“后俗成社会”概念在社会学的事实层面的对应者。

“生活世界”的概念最早是由德国现象学哲学的奠基者胡塞尔提出的,针对的是西方历史日益科学化和客观化所造成的“意义丧失”的危机。^③ 胡塞尔的学生,同时也是韦伯的追随者舒茨进一步将这个概念与韦伯的行动理论结合在一起,将这个现象学的概念社会学化,从而提出了一种完整的“生活世界”的社会学理论。^④ 在胡塞尔和舒茨那里,生活世界主要是指个人身体在场的面对面交往的世界,乃是一种直接经验的世界,是由拥有共同历史的小型共同体的人们所经历的世界。这是一个前理论的世界,很多日常生活中所要用到的知识,都是未经科学论证过的“直接上手的”背景性知识。因此,在胡塞尔和舒茨的“生活世界”中,既包含哈贝马斯所强调的交往行动,也包含着哈贝马斯所着力批评的“策略性行动”,甚至也包含着“工具性的行动”(可以考虑海德格尔在《存在与时间》中对器具的分析)。

哈贝马斯接过了这个概念,并用交往行动的概念对这个概念进行了激进的改造。于是,在哈贝马斯那里,生活世界的范围被严格地限定,从人类一般行动和一般经验的前理论性背景,被严格限定为“交往行动概念的补充”。^⑤ 也就是说,哈贝马斯是从“交往行动理论”的视角来理解和改造生活世界理论的。所以,在哈贝马斯那里,生活世界中人们的交往,主要是通过协调双方的目的和意图,达成共识的方式进行着。^⑥ 另外,在舒茨那里,

① [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律 and 民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 28~30 页。

② 同上书,第 30~32 页。

③ [德]胡塞尔:《欧洲科学危机和超验现象学》,张庆熊译,上海译文出版社 2005 年版,第 58~63 页。

④ Alfred Schutz, *The Phenomenology of the Social World*, trans. By George Walsh and Frederick Lehnert, Northwestern University Press, 1967.

⑤ Habermas, *Theory of Communicative Action*, Volume 2: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason. Trans. by Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press, 1987, p. 119.

⑥ Ibid., pp. 121, 126-127.

历史的累积性知识,在哈贝马斯那里成了“文化传统”。^①除了文化传统之外,人们在生活世界之中,还进行着结社等活动,同时完善着自己的人格,形成自我认同。因此,哈贝马斯参考了帕森斯提出的文化/社会/人格的三层结构,将其定义为生活世界的三个结构性要素。^②这三个结构性的要素,既是行动者在生活世界中进行交往和沟通赖以进行的资源,同时也是哈贝马斯用以说明生活世界自我维持和自我生产的方式和途径。哈贝马斯用两个带有强烈马克思主义特征的词汇,即“象征性生产”和“物质生产”来说明生活世界的此种自我维持和自我生产的方式。象征性生产是指生活世界中的文化传统、社会制度和人格能力的再生产和持续,而物质生产则是指生活世界赖以存在的基质的再生产和持续。^③其中,对生活世界来说,“象征性生产”更为本质和关键。例如,其中的文化再生产使各种历史传统累积而来的知识能够得到传承、转化和更新,从而维护了历史知识的延续性和与时俱进,对个人的当下生活提供帮助和指导。社会制度的再生产则通过共享的规范和价值实现个人之间的社会性整合,从而为个人提供各种日常生活的能力,使个人能够与历史协调,与集体协调,在这种协调关系中实现个人自我的认同和集体认同。最后,生活世界的这三个结构性要素的再生产,相互之间是紧密关联的,一个结构性要素的再生产,将大大地促进另外一个结构性要素功能的发挥。反过来说,其中一个结构性要素的再生产出现了问题,另外两个要素的再生产和功能发挥也要受到影响。但这生活世界的这三个结构性要素的再生产和功能发挥都出现问题时,就出现了总危机——哈贝马斯曾经在《合法性危机》一书的开篇所指出的,危机是一个借自医学的概念,预示着对时代的诊断。^④

根据哈贝马斯进一步的描述,生活世界的危机,起源于生活世界的理性化,从历史的视野来看,中世纪的晚期,生活世界的理性化即已启动。如果说,危机的概念来自马克思(如马克思对资本主义经济危机的揭示),则理性化的概念来自韦伯。通过理性化和危机这两个概念的奇妙结合,哈贝马斯继承了法兰克福学派将马克思主义“韦伯化”的传统,同时也完成了将韦伯的社会学理论“马克思化”。所谓的将马克思主义传统韦伯化,就是将韦伯对现代社会的理性化批判传统引入到传统的马克思主义的批判传统之中,从而替换马克思对资本主义的政治经济学批判。例如,哈贝马斯的老师霍克海姆和阿多尔诺的《启蒙辩证法》就不是对资本主义经济基础的批判,而是借鉴了韦伯的概念和方法,对资本主义的文化工业进行了批判。^⑤同样地,哈贝马斯虽然继承了马克思的批判传统,但通过交往行动与劳动的区分,哈贝马斯也放弃了马克思的剩余价值学说和政治经济学的方

① Habermas, *Theory of Communicative Action*, Volume 2: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason. Trans. by Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press, 1987, p. 134.

② Ibid., pp. 133, 138.

③ Ibid., p. 138.

④ [德]哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版,第1页。

⑤ [德]哈贝马斯:《交往行为理论》(上卷),曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第326~347页。