

博观
译丛

Mark Van Hoecke

Law As Communication

法律的沟通之维

[比] 马克·范·胡克 著
孙国东 译 刘坤轮 校

大抵专门之学，非博观约取，其论说必不能详； 非极深研几，其精蕴必不能罄。
此固非积数十寒暑之功候，不能有所成就。

——沈家本·法学名篇序



Mark Van Hoecke

Law As Communication

法律的沟通之维

[比] 马克·范·胡克 著

孙国东 译 刘坤轮 校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律的沟通之维/[比]范·胡克著;孙国东译. —北京:法律出版社,2007.10

(博观译丛)

ISBN 978-7-5036-7749-6

I. 法… II. ①范…②孙… III. 法哲学—研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第149468号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/12.75 字数/314千

版本/2008年1月第1版

印次/2008年1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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7749-6

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)

著 者



马克·范·胡克
(Mark Van Hoecke)

比利时法学家,生于1949年,布鲁塞尔天主教大学法学教授,欧洲法律理论研究院联合主任,国际法律哲学和社会哲学协会比利时分会主席。1967~1972年在根特大学研习哲学和法律。1979年以法官解释的自由为主题通过博士答辩,获得根特大学法学博士学位。1972~1982年任安特卫普大学副教授,1979~1984年任布鲁塞尔天主教大学兼职教授、安特卫普大学兼职教授。1982年后任布鲁塞尔天主教大学教授,讲授法律导论、法律理论和比较法。1987~1991年及1996年至今任布鲁塞尔天主教大学法律系主任,该校比较私法理论研究项目(research project on Theory of Comparative Private Law)主任。1989年后就任位于布鲁塞尔的欧洲法律理论研究院联合主任(另一名是François Ost),1992年后主持该院法律理论硕士研究生课程。其英文代表作除了本书外,还编有Epistemology and Methodology of Comparative Law, (Oxford: Hart Publishing, 2004),等等。

译者

孙国东, 吉林大学理论法学研究中心 2006 级博士研究生, 武汉大学法学硕士。目前主要学术兴趣: 哈贝马斯法律哲学(沟通主义法律观)与现代政治哲学。

校者

刘坤轮, 中国人民大学法理学博士研究生, 中国政法大学法学教育研究中心法学教育与法律职业研究室主任。

中译本序

本书是《法律的沟通之维》(*Law As Communication*)一书的中译本。该书最初用英语、以“*Law As Communication*”为题在位于英国牛津的哈特出版社(Hart Publishing)所推出的欧洲法律理论研究院系列丛书(*European Academy of Legal Theory Monograph Series*)中出版。事实上,英文版作为一本教科书用于我在位于比利时布鲁塞尔的欧洲法律理论研究院框架内所讲授的法律理论硕士课程(Master Course Legal Theory)中的(部分)“法理学”课程。本书既旨在提供一种我自己关于法律的视角,也旨在讨论法律理论的主要论题,诸如法律的定义、法律系统、法律方法论(特别是解释方法论)、法律的合法化等等。“作为沟通的法律”(law as communication)之视角试图解决上个世纪在欧洲法理学讨论中涉及的某些问题,这些问题部分是由有关法律某些过于个人主义和/或过于抽象即过于理性主义的进路带来的。事实上,较之欧洲或西方近几个世纪的文化传统,法律的沟通进路也许在某些点上更接近中国法律文化。因此,本书可能有助于在一个全球化语境下搭建起欧洲法律文化与中国法律文化之间的桥梁——即使它最初并不是从这一视角写作的。

我想特别感谢孙国东和刘坤轮为此项译事所做的所有努力。没有比翻译该文本或以此为基础开展教学活动更能通透地阅读某个文本了。在这两种情形下,人们真正被迫地完全而又正确地理解该文本。从他们所提出的那些问题看,他们的确很好地理解了本书。这意味着读者可以信任本译本的质量。

感谢同样要给予写作代译序的邓正来教授与关心本书出版工作的朱宁女士及其所在的法律出版社。

马克·范·胡克

2007年7月

后形而上时代的“沟通主义法律观”

——《法律的沟通之维》代译序

邓正来 *

众所周知,在后冷战时代,各种“相对主义”、“文化多元论”和“解构主义”等流行思潮可以说是大行其道,但是哈贝马斯(Habermas)却逆潮而起,经由其沟通行动理论(the theory of communicative action)的建构而成为“现代性未竟工程”最为重要的捍卫者之一。20世纪80年代以降,哈贝马斯先后将其沟通行动理论运用于伦理学、政治哲学和法律哲学等领域,进而提出了以其商谈理论为核心的实践哲学理论体系。晚近以来,哈贝马斯本人更是将其商谈理论运用于欧洲一体化、国际人权事务和全球正义等跨国家的政治题域,进而形成了康德一脉的平等主义实质对话的“普遍主义”理论,同时也试图对文化多元背景下的全球政治秩序做出理论上的建构。在所有上述问题的理

* 邓正来,吉林大学教授、博士生导师,《中国书评》和《西方法律哲学家研究年刊》主编。

论叙述中,“沟通”和“沟通理性”都是最为重要的关键词。

比利时法学家马克·范·胡克(Mark van Hoecke)^[1]所出版的《法律的沟通之维》(Law As Communication)一书,在我看来,则是哈贝马斯法律商谈理论在法律哲学领域中的一种更为具体的运用。当然,范·胡克的法律理论也受到了法的自创生理论(*autopoietic theories of law*)等论说的影响,进而以一种相当精妙的方式处理了法律和法律系统(*legal system*)方面的一些棘手问题。^[2]但是,毋庸置疑的是,哈贝马斯在元理论层面对法律商谈理论的建构是范·胡克理论的基础。

一如我们所知,哈贝马斯通过对后黑格尔时期的时代性质给出了后形而上的哲学诊断,不再诉求形而上学的同一性和实质性,并最终迈向了一种比较复杂的程序主义的沟通范式。在这样的时代性质下,所谓的“真理”已不再是“真理符合论”意义上的真理,而在很大程度上是一种共识意义上的真理。换言之,“客观真理”已然不在了,所存在的只是“交互主体性的真理”;同理,法律中的“真理”亦应当以如此的方式予以关照。哈贝马斯的这一时代诊断在当下欧洲一体化的实践中也在一定程度上得到了证实。而本书作者范·胡克的理论出发点大体上也是当下欧洲一体化实践中法官作用的加强,特别是宪法法院和超国家法院的建立所带来的立法机关与司法机关之间、国家法与国际法之间的循环关系或沟通关系,以及这种循环或沟通对“法律真理”之线性进路的否弃。

正是以哈贝马斯的“沟通行动理论”和“共识真理论”为理论基础,以欧陆实践中立法机关与司法机关之间、国家法与国际法之间的

[1] 比利时法学家马克·范·胡克(Mark van Hoecke),系布鲁塞尔天主教大学法理学教授,欧洲法律理论研究院联合主任,国际法律哲学和社会哲学协会比利时分会主席。1987—1991年及1996年至今任布鲁塞尔天主教大学法律系主任,现任该校比较私法理论研究项目(research project on Theory of Comparative Private Law)主任。任《荷兰法哲学和法理学杂志》编委、《欧洲法律、哲学和计算机科学杂志》顾问委员会成员等职。其代表作除了本书外,还编有 *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004)等。

[2] 参见於兴中:“沟通视角下的法理学:范·胡克《法律的沟通之维》简评”,孙国东译,载本书附录。

循环关系或沟通关系为理论背景,范·胡克建构起了其“沟通主义法律观”。在本书中,我认为“沟通”在法律中的价值主要体现在如下两个方面:

第一,“沟通”是法律的存在方式。事实上,这一观点乃是隐含在本书作者的诸多观点之中的。按照法律实证主义的经典观点,“法律的存在是一回事,法律的良善则是另一回事”。因此,在法律实证主义那里,法律的存在一般限于法律的文本状态。尽管现实主义法律运动强调了“行动中的法”,进而将法律的存在方式扩展至以法官为中心的司法实践活动,但它也只是对这种活动方式的描述而已。本书作者经由众多观点的阐释而在事实上将我们的视界引向了法律的另一种存在方式,即“沟通”。本书书名 Law As Communication 的直观意义最为集中地给我们传达了这样一种信息。正是在这个维度上,范·胡克强调,在“客观真理”式微的后形而上时代,法律文本的意义(meaning)不再是“规范发出者(norm-sender)—规范接受者(norm-receiver)”这样一种简单的线性图式,而是一个以“沟通”为核心的三角关系,即“规范发出者—表达—规范接受者”。简而言之,法律文本的意义既不是单纯的“发出者意义”,也不是纯粹的“接受者意义”,而是二者的沟通之物;在很多情形下,甚至更是法律人、政客、大众传媒和普罗大众等之间持续的沟通而达成的一种具有某种限度的共识。

第二,与此紧密勾连的是,“沟通”是法律合法性的渊源。这是本书作者所强调的另一个非常鲜明的观点。范·胡克经由对卢曼式的程序合法化等形式合法化理论与自然法或人权等实质合法化理论的批判,明确提出了一种试图将形式与实质统合起来的沟通合法化的理念,即强调沟通是法律合法化渊源的理论。一如哈贝马斯所认为的,“从法律理论的角度来看,现代法律秩序只能从‘自决’这个概念获得其合法性:公民应该时时都能够把自己理解为他作为承受者所要服从的法律的创制者”。^[3]或者套用本书作者的话来说,“规范接

[3] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律与民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第685页。

受者”必须同时成为“规范发出者”。而要达致这个目的,唯一的途径便是诉诸民主的激进化,即公民积极广泛地参与公共政治辩论,通过无主体性或无人格性的沟通过程,实现市民社会公共领域的意见形成(opinion-formation)和政治制度中的意志形成(will-formation)。换言之,立法者与公民之间、法庭与诉讼当事人之间、立法者与司法者之间、契约当事人之间以及某一审判中的沟通乃是法律合法化的渊源,而法律人之间的一种合乎理性的对话则是“正确”地解释和适用法律的最终保证。

显而易见,在后形而上时代,范·胡克主要立基于哈贝马斯法律商谈理论而提出的这种沟通主义法律观乃是值得我们认真对待的。与任何其他有价值的理论一样,这种沟通主义法律观的意义绝不仅仅在于它给我们提供的那些观点本身,而更在于另外两个方面的意义。一方面,这种法律观的提出要求我们进入“形而上对勘后形而上”的框架之中或者“康德—哈贝马斯”的理论脉络之中对范·胡克的理论本身进行审查,而这意味着我们必须做出如下追问:范·胡克所提出的这种法律学说相对于传统西方法学(特别是法律实证主义和法律形式主义)有何“知识增量”?这种法律学说相对于卢曼法律哲学乃至哈贝马斯法律哲学究竟有何“知识增量”?这种法律学说在为人们审视法律提出新视角的前提下本身又有何种限度,亦即在“现代性未竟工程”的基础上而对各种立基于现代性而产生的法律哲学做出的回应,究竟是否有可能对这些法律哲学做出颠覆性的批判,或者说,它是否有可能因为无力对现代性本身构成任何批判而与那些法律哲学仍处于同一逻辑层面?

另一方面,范·胡克法律学说的提出要求我们对中国法律哲学的建构进行认真且严肃的思考。第一,“沟通主义法律观”的提出构成了我们重新审视中国法学发展的重要参照之一,因为它在一定意义上“命令”我们对中国法学的研究论题、研究方式和研究预设进行反思,更是“命令”我们对中国法学在没有自己哲学依凭的境况下如何发展以及往何处发展的问题进行审查和追问。第二,具体而言,这种法律观的存在更是“命令”我们不再把我们的视界局限于以“客观

真理”为基本依凭的只强调法条文本及其内在逻辑的那种封闭的“法律内部视角”,而是去关注那种以“沟通”为核心的“规范发出者—表达—规范接受者”之间就法律文本之意义所展开的反复博弈过程,进而去关注由这个过程而非由立法者一己凭“强力”或“意志”或“代表”所形成的法律合法性的问题。

当然,范·胡克“沟通主义法律观”的意义并不是当然有效的,它之于我们的效用在根本上还取决于中国法学论者自己在中国法律哲学的建构过程中的“思想操练”和研究实践。

二〇〇七年八月于北京北郊三一斋

自治性与合法性之间

——《法律的沟通之维》译者导言*

孙国东**

正如范·胡克(Mark van Hoecke)在中译本序言中说的那样,我也愿意把本书看做是沟通欧洲法律文化与中国法律文化的一座桥梁。但作为一篇译者导言,我更愿意将它看做是沟通哈贝马斯法律哲学与西方法学传统的一座桥梁,因为它试图从法律理论的层面将哈贝马斯元理论层面的理论建构更加深入地推进至法律领域,并使我们能更明晰地把握哈贝马斯法律哲学的问题意识。

因此,本文将着重分析它与法的商谈理论之间的关联,并指出它(可能)存在的一些问题。但我并不想重复作者的论述,而是以我的理解来重构作者的问题意识与内在理路。我将按照以下思路组织这

* 本文是译者对本书内在理路的一个重构,关于本书主要观点的介绍,可参见本书附录1。

** 孙国东(1979—),湖北随州人,吉林大学理论法学研究中心2006级博士研究生。

篇导论:首先,我将以哈贝马斯的问题意识为参照,结合西方法学传统论述法律自治性或自主性(autonomy)与合法性(legitimacy)之间的张力,并论述将其作为哈贝马斯法律哲学,特别是范·胡克沟通主义法律观之问题意识的必要性与意义。接着,我将着重分析范·胡克沟通主义法律观回应这种张力的智识努力,并以法律适用为例,进一步分析范·胡克沟通主义法律观的具体运用。最后,我将以哈贝马斯法律哲学为参照,分析范·胡克沟通主义法律观对待系统(理论)的暧昧态度及(可能)由此带来的问题。

一、法律的自治性与法律的合法性

众所周知,哈贝马斯法的商谈理论依赖于他对内在于语言和法律中的事实性与有效性、是与应当(*Sein and Sollen*)之间张力的深刻把握。而如果我的理解没错,本书作者则是在此洞见启发下隐而不显地看到了这种张力在法律哲学中的另一表现,即潜藏于法律(哲学)中的自治性与合法性(legitimacy)之间的张力;而这种张力不仅将哈贝马斯的问题意识明确化,而且也让我们更清晰地看到了哈贝马斯法律哲学与西方其他主要法学流派的知识关联。

哈贝马斯将其法律哲学专著命名为《在事实与规范之间》,其深意在于揭示出内在于法律之中的事实与规范之间或者说事实性与有效性之间的张力。一如其沟通行动理论,哈贝马斯法律哲学的起点仍是形式语用学。在他看来,事实性与有效性之间的张力内在于语言这一人际沟通必不可少的媒介之中。语言使用的目的(*telos*)是达致理解,而要达致理解,就要求言说者采取施为(*performative*)态度,并承诺一些语用学前提,即要求陈述客观上真实、规范上正当、主观上真诚等三种有效性主张。也许是此种语言使用更直接地反映了事实性与有效性的张力,在《在事实与规范之间》一书的第一章,哈贝马斯集中论述了语言的断言式使用即涉及客观世界的描述性使用。在他看来,语言的断言式使用所描述的真实性或真理性(事实性)预设了听者对陈述事态有效性的承认,即“有效性必须以认知术语被理解

为‘向我们证明了的有效性’”。〔1〕在这里,哈贝马斯不再将“真理”建立在主体—客体模式之符合论意义上,而是受皮尔斯(Peirce)启发将其建基于主体—主体模式之交互主体性共识之上。但哈贝马斯的用意显然不在无理论旨趣和实践关照的语言哲学游戏上,而毋宁在于要将这种无所不在的事实性与有效性之间的张力转译至实践(哲学)领域。“哈贝马斯假定栖居于语言核心之事实性与有效性之间的张力也影响着社会秩序。”〔2〕按照 James L. Marsh 的总结,哈贝马斯在社会秩序领域中谈到了这种张力的四种表现:其一,某一共同体对一套规范、法律、政策的事实同意与在沟通行动的无强制践习中的有效性理想之间的张力;其二,生活世界的共识与现代社会沟通和策略语境的问题性之间的张力;其三,具有事实性强制服从力的法律与在沟通行动中被合法化的法律之间的张力;其四,以语言为媒介的社会整合(social integration)与以金钱和权力为媒介的系统整合(systematic integration)之间的张力。〔3〕这种论述不无道理,但 Marsh 没有更明确地看到哈贝马斯在通篇所强调的法律有效性的两个向度,即法律的社会或事实有效性亦即得到接受与法律的合法性或规范有效性亦即合理的可接受性。而在我看来,这才是哈贝马斯能将法律哲学中的法律合法化论题与政治哲学中的民主理论融合为一种程序主义的法律商谈理论之关键所在。在《在事实与规范之间》全书的行文中,哈贝马斯间或也以“法律的实证性与合法性”、“合法性(legality)与合法性”、“强制与自由”、“事实性强制与合法的有效性”、“客观法律秩序与主观权利”等分别代之,并明确指出事实性与有效性的张力在司法领域的表现是“法律的确定性原则”与“法律的合法使

〔1〕 J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. William Rehg, (Cambridge: Polity Press, 1996), p. 14.

〔2〕 David M. Rasmussen, “How is Valid Law Possible? A Review of *Between Facts and Norms* by Jurgen Habermas”, in *Habermas, Modernity and Law*, ed. Mathieu Deflem (London: SAGE Publication, 1996), pp. 23 ~ 24.

〔3〕 See James L. Marsh, *Unjust Legality, A Critique of Habermas's Philosophy of Law* (Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.), p. 18.

用”之间的张力或者“裁决的自治性与合理的可接受性”之间的张力。同时,哈贝马斯还用客观主义 VS 规范主义、卢曼 VS 罗尔斯、实证论(哈特等)VS 自然法(康德)、资产阶级形式法 VS 福利国家实质法等对立模式以分析论者们对事实性与有效性或者社会有效性与规范有效性的分别排他性关注。

了解了这些,我们不难从事实性与有效性的张力中推导出自治性与合法性之间的张力,因为正如下文将要指出的,法律的自治性涉及法律的实证性、合法律性、确定性等事实性层面,而法律的合法性本来就与法律有效性密不可分。^[4]

法律自治性强调法律是一个“自我指涉”(self-reference)的“系统”,法律本身具有内在确定性,法官可以依凭自己的理性独立“理解”和适用法律,无须求助于其他力量就可依据形式正义原则和形式逻辑规则作出“正确”的判决。按照韦伯对现代性的分析,世界祛魅化的过程也是社会合理化或社会发展的过程,而现代法律的合理化就是从实质不合理发展为形式合理的过程。经此过程,法律的自治性,“以及日益把各种适用的法评价为一种理性的、因此随时都能怀着理性的目的加以改造的、内容上没有任何神圣性的技术机构,这都是法的不可避免的命运”。^[5] 因此,法律的自治或自主是现代法律的基本特征。换言之,现代社会讲求“区分的艺术”,“领域的区分不仅是现代社会的主要特征,而且也是现代道德发生剧烈变化的主要原因”。^[6] 而正是“领域的区分”成就了法律的自治品格。但是,法律的自治性却会与法律的合法性产生紧张的一种价值。自治性与合法

[4] 不仅哈贝马斯常常将合法性与有效性互换,而且学界公认,合法性与有效性密切相关。大体而言,法律系统有效性的探讨主要有三个向度:形式的或系统化的有效性、实效(efficacy)和价值有效性或可接受性。而这三个向度都与合法性有关,尽管只有第三个向度才真正进入了合法性所内在要求的规范性论域。参见 *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, Vol. 3, ed. Christopher Berry Gray (New York: Garland Publishing, Inc., 1999), p. 494。

[5] [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第215页。

[6] Agnes Heller, *General Ethics* (New York: Basil Blackwell, 1988), p. 148。

性之间的吊诡在于:过于强调法律的自治性,必然导致法律的精英化与系统封闭性,从而割裂与丰富的生活世界之间的联系,使法律的合法性受到挑战;而法律的合法性对法律而言又非常重要:人们对教会和体育规则等不满时可以随时退出这些组织,但人们却不能因对法律系统不满而自由地离开某个国家,因此,法律系统的这种较强的影响及其垄断的地位决定了相对非法律系统而言,人们对法律系统的合法性有着更迫切的要求。^{〔7〕}用韦伯的话言之,法律的自治性与法律的合法性之间的这种张力“是形式的法律思想具有的逻辑一致性与追求经济目的,并以此为自己期望基础的私人之间不可避免的矛盾造成的”。^{〔8〕}

从法律理论的层面看,法律自治性与合法性间的张力源于博登海默所谓的秩序与正义这两大可能冲突的价值需求,即一方面社会是以秩序为表征的,我们需要法律的自治性和“可计算的”规则来确保社会生活的可预期性;另一方面,法律的“可计算性”也会导致法律的保守与僵化,既会带来非正义结果,也会造成法律本身的合法性问题。正是在这个意义上,博登海默强调,“法律旨在创造一种正义的社会秩序”,“一个法律制度若要恰当地完成其职能,就不仅要力求实现正义,而且还须致力于创造秩序”;^{〔9〕}也是在这个意义上,“回应型法”论者提出的从“自治型法”迈向“回应型法”的理论认为,“在开放性和忠于法律之间存在着某种紧张关系,这种紧张关系构成了法律发展的一个主要问题”;^{〔10〕}也是大体在同一个意义上,庞德强调“法律必须稳定,但又不能静止不变”,“所有的法律思想都力图协调稳定

〔7〕 See Mark van Hoecke, *Law As Communication* (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2002), p. 187.

〔8〕 [德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第308页。

〔9〕 [美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国大百科全书出版社2004年版,第330页。

〔10〕 [美]诺内特·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第84~85页。