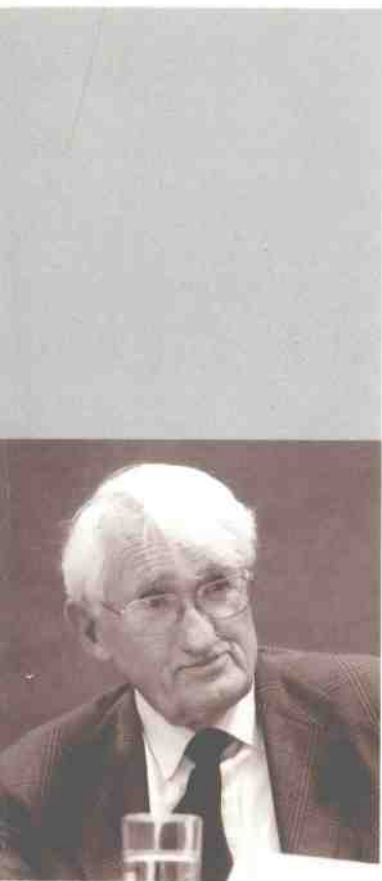


郑永流 主编

商谈的再思

哈贝马斯《在事实与规范之间》导读



法律出版社

B516.59

38

郑永流 主编

商谈的再思

哈贝马斯《在事实与规范之间》导读

法律出版社

法律门
Access To Law

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

商谈的再思:哈贝马斯《在事实与规范之间》导读 /
郑永流主编. —北京:法律出版社,2010.5
ISBN 978-7-5118-0781-6

I. ①商… II. ①郑… III. ①哈贝马斯,
J. —法哲学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第084390号

商谈的再思:哈贝马斯《在事实
与规范之间》导读

郑永流 主编

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 段非

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2010年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.25 字数 257千

印次 2010年6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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0781-6

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

经由民主商谈的合法性

——《哈贝马斯〈在事实与规范之间〉导读》的导言*

郑永流

语言的犹太人

人说读康德十个指头不够用，他的一句话中有许多从句、插入语，一个指头按住一个，十个指头用光，句子还未完。哈贝马斯也属难读之列，应无疑问，不过，不同于康德在那个专制年代有话不能直说，而是另有原因。

其一，虽然哈贝马斯是否可归于法兰克福学派的第二代传人尚有争议，因为他从批判转向了商谈，但他的语言却承袭了法兰克福学派第一代领袖阿多诺、霍克海姆的风格，即与官方、大众或知识界流行的语言相异，他们的语言是“语言的犹太人”（*Juden der Sprache*），这种反叛性的语言本身就具有批判性，是批

* 本导读所采用的中译本为童世骏译，哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的高谈理论》，生活·读书·新知三联书店2003年版。德文本为Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp taschenbuch wissenschaft, Erste Auflage 1998, Suhrkamp Verlag.

判理论的组成部分。

其二,哈贝马斯在建构自己的理论时,惯常采用与前人及同辈一一论战的方式,且所涉学科广博,哲学、社会学、人类学、心理学、语言学、政治学、法学及至自然科学尽收笔下,无疑,这在知识上挑战了读者的智力,令人倍感读哈贝马斯犹如负重爬山之苦。

其三,哈贝马斯创造性地批量生产了许多新词和新表达方式,以满足其思想的创新需求,或用此学科的行话来说彼学科的事情,让人手心转换,无以同步。

其四,绝大多数读者看的是译文,读原文尚如此,看译文更是不易。因为难以苛求译者像哈贝马斯那样兼通百科,误译、硬译不可避免,况且还有漏译、乱译,更是难为了读者。难怪伽德默尔说翻译是不可为之事。

凡此种种,不时听学生们说,这导致他们在读这本《在事实与规范之间》时,常常处在“打开与合上”之间,打开因其思想的原创,合上因其文字的艰涩。为了让有点滴兴致于学术的学生不因此而放弃哈贝马斯,借2009年2~6月在中国政法大学为2008级法理学博士生开设“法哲学和法社会学”研讨课之机,在一学期每周近4个小时的共同阅读讨论此书的基础上,决意写一本关于此书的导读。

迷失于事实或规范一端中的合法性

“一切生活都是解决问题”(Alles Leben ist Problemlösen),可用波普尔这句话来描述近代欧陆学术的实践性和历史性。受哺于马克思主义的哈贝马斯同样不满足于用不同的哲学去解释世界,而致力于去改造世界。要改造世界,当从找到世界存在什么问题入手,在哈贝马斯看来,当代西方社会的问题,根本上,就是合法性问题。

自人类组成社会以来,合法性问题一直困扰着人类,历史上任一种政治统治和重大社会管理形式,都是谋求合法性的种种努力。合法性问题存在于一切命令一服从的统治关系中,它具有两个内容:对服从者而言,是一个对统治的认同问题;而对命令者来说,则是一个统治的正当性问题。对统治的认同和统治的正当性构成了统治的合法性。当在这两方面尤其是前者积累的冲突达到严重程度时,便爆发了合法性危机。

哈贝马斯也认为,合法性危机并不为现代社会所特有,在较早的文明甚至古代社会中,均可以发现合法性问题的存在。由于把合法性等同于政治统治,统治者本身拥有合法性解释权,国家自称拥有合法性并迫使民众接受。随着国家的不断异化,它日益丧失民众基础,导致起义、内战等暴力的发生,使国家陷入内乱。统治者宣称“合法”的东西,恰好为民众认定“非法”,形成“合法性冲突”。

在早期资本主义阶段,市民社会是一个独立于国家的私人自治领域,它的充分发展,使国家具有坚实的合法性基础,市民社会中公共领域的繁盛,有力地论证了国家的合法性。然而,随着资本主义的发展,奉行福利主义的国家日渐干预到市民社会各个层面,政治系统和经济系统不再彼此独立,而是交融一体。比如,国家承担起克服经济危机的任务,民众也把希望不寄托于经济系统而是政府身上,一旦国家不能控制经济失调,就不可避免地会出现民众对统治的不认同。同时,也是更为重要的,国家权力渗透于市民社会的公共文化生活中,公共文化也在不断地工业化、商业化,人的精神生活发生异化,从前的文化事务落入行政掌控之中。

总之,哈贝马斯认为,马克思主义的创始人关注因资本主义生产方式而产生的阶级对立不仅未消失,且还转移到政治、文化生活上,形成政治危机、文化危机,最终导致资本主义社会统治的合法性发生动摇,

出现合法性危机。

合法性危机是本书要解决的根本问题,这一问题虽早在本书之 20 年前在《后资本主义的合法性问题》(1973 年)中就提了出来,但未有全面的解决方案。1981 年的《交往行动理论》提出了交往理性概念,奠定了解决合法性危机的理论基础,但概念不是方案本身。1986 年,在他重回法兰克福大学 3 年之后,他获得德国科学研究会(DFG)为期 5 年经费达 300 万马克之巨的资助,一个以他为首的主要由法学学者组成的 6 人法律理论研究小组成立。也就是在这一时期,哈贝马斯才向法学全面进军,不再是法学的外行。也唯有站在法学的内部,才可能拥有全面的解决方案,因为现代国家统治的合法性是建立在实证的法律的基础上,也即合法性来自合法律性。当然,如果法律不正当,受到怀疑,意味着合法性站立的凳子被抽掉,使合法性空悬。《在事实与规范之间》一书是其一系列批判性前导和建设性理论在法治和民主上的运用,从而是哈贝马斯化解合法性危机的系统方略。

为此,他深入到法哲学和政治哲学的腹地,却惊讶地发现事实与规范被学界弄得“物我两相忘”:

“当今的法的理论和政治理论,分处在对事实与规范之间的往返辗转几无主见之境地。具有失去与社会现实联系危险的种种规范主义,淡忘了一切规范方面的各类客观主义,这两者之间的紧张,可被理解为一种警示:不要固守于一个学科视角,而要对不同的方法论立场(参与者 vs. 观察者),不同的理论目标(意义理解的诠释和概念分析 vs. 描述和经验说明),不同的角色视域(法官、政治家、立法者、当事人和公民),以及不同的语用学研究观(诠释者、批判者、分析者),持开放态度。”(第一章第 8 页)

以往的法哲学和政治哲学在法律的合法性上,或偏向事实,或依赖规范,其后果是独木不成厦,失去规范的事实是不正当的,失去事实的

规范是不牢固的,合法性都会产生危机。这表明,事实与规范在法哲学和政治哲学中的分裂,是解决合法性危机的理论障碍,克服这一理论障碍是本书的具体问题指向。于是,哈贝马斯以为,欲得现代国家统治的合法性之道,需首先认清合法性生活在事实与规范之间的紧张关系之中,然后于这一紧张关系中往返辗转,统合事实与规范。由于现代国家统治的合法性来自合法律性,从中便可推导出,法律也生活在事实与规范之间的紧张关系之中,应于这一紧张关系中往返辗转,使事实与规范统合。

质言之,法律在事实与规范之间获得平衡之日,便是合法性到来之时。正因为合法性与法律的这一关系,本书是一部法哲学著作,也是法兰克福学派及哈贝马斯本人的第一部法哲学著作。

在论辩中超越和建构

合法性危机既存,在不再诉诸起义、内战等暴力方式的前提下,如何消除危机,整合社会便成为一件颇费踟蹰之事。如前述,哈贝马斯在建构自己的理论,即游走于事实与规范之间时,采用与前人及同辈一一论辩的方式,以越过在合法性概念道路上形形色色的、大小各异的思维陷阱。而同步进行的游走与跨陷阱的工作又是在一系列重大主题上展开,这一系列重大主题分布在全书各章节之中。这一叙述进路为读者的理解制造了不少麻烦。尽管哈贝马斯本人在前言(第2~3页)和第一章(第9~10页)对全书的主体结构各作了一简介,但要把一般读者完全导入,似乎还不够。这里依据导读的本性,以全书的章节为经,以重大主题为纬,拟绘制一幅哈贝马斯的建构与论辩的简明论证路线图。

哈贝马斯开篇就认为,作为一种可追溯到亚里士多德的以个人主体能力为实质的实践理性概念,由于现代社会既不再是以国家为中心

的社会,也不再是由原子式个人组成的社会,不再具有说服力,当用交往理性来代替实践理性。交往理性着意相互理解的行为,它要创建一个在言说主体之间达成共识的程序。这既是哈贝马斯最具原创性的理论,也是全书的理论基础。

从思想理论的发展到具体的政治和社会制度的建构与实践,都围绕并困惑于事实性与有效性之间的张力问题。在第一章中,哈贝马斯提出以交往行动理论为基础的法律理论作为解决事实性与有效性之间的张力的替代方案。该方案历经从哲学到社会学,最后归宿于法律。

在哲学层面上,面对事实性与有效性之间的张力问题,康德提供的方案是严格划分本体界和现象界,然后界定出主体的先验的认识、伦理和审美能力来弥合事实与规范之间的裂缝。黑格尔则试图以对本质与现象这两个领域的辩证来解决事实性与有效性之间的张力。经验主义则对逻辑与概念关系提供了心理主义的说明,将有效性关联同化为意识过程。在哈贝马斯看来,这三种理论由于都没有注意到社会性的实践交往,从而没能解决事实性与有效性之间的张力问题。在借鉴和吸收语用学特别是皮尔斯的符号学理论的基础上,哈贝马斯提出其普遍语用学理论。

由于语用学内在地具有实践性,所以,哲学理论转变成了社会学理论。哈贝马斯认为,诠释性社会学注意到社会结构和社会运行所需前提的共识的建构性,但不可避免地缺乏规范性。而常规的经验的社会学由于严格限定于事实,从而没有可能认识到社会前提的建构性。因此,哈贝马斯借鉴吸收胡塞尔的“生活世界”概念,提出了一种重构的社会科学。

随着理性对社会规范性前提的不断祛魅,社会的重构不可避免地趋向法律。康德从主观权利出发来解释整个法律体系的有效性,他认为,强制性法律存在的合理性仅仅是因其能够阻止对于自由的妨害。

而实证法认为,法的合法性出自于法律之颁布的意志。前一观点规范性有余而事实性不足,后一观点事实性有余而规范性不足。怎样在原则上维持交往不受限制的同时,使得行动者不堪重负的理解活动摆脱社会整合任务,哈贝马斯认为,现代法以主观权利的客观化给出了答案。同时,事实性与有效性之间的张力在此最终被化解。

那么,法律上的事实性与有效性之间的关系又是怎样的呢?哈贝马斯认为有内外两方面,接下来的几章便是其展开。

社会的事实性与法律的有效性之间的外在张力是哈贝马斯在第二章中集中处理的对象。这一外在张力表现为:法律有效性的理想内容与市场经济、科层行政的功能迫令相互冲突。社会学的法律理论和哲学的正义理论分别构成了哈贝马斯展开讨论的两条线索。

社会科学对法律的祛魅,经由古典经济学家的“看不见的手”、黑格尔的作为“需求的体系”的市民社会概念、马克思的经济决定论,到了卢曼的系统论那里达至顶峰,即法律系统只能作为诸社会子系统之一来进行自我调控,这也就彻底抛弃了对法律的规范性之自我理解。要言之,这一祛魅虽然回应了现代社会的事实,但却走过了头,完全牺牲了法律的理想主义成分。

对这一祛魅运动的反动是理性法传统的回归,这尤以罗尔斯的正义论为极致,他提出了一种普遍主义的有效性主张,但又力图将之与特殊文化联系起来。德沃金为了克服罗尔斯的这一弊端,以伦理代替政治,宣称必须把个人的良善生活建立在某种道德客观性的基础之上。

哈贝马斯认为,祛魅与回归这两者都不能免于局限性,前者抛弃了对法律的规范性之自我理解,而后者脱离了现代社会功能分化的现实。在韦伯和帕森斯秉持的文化价值和利益立场相结合的建制观的启发之下,哈贝马斯引出了一种将社会学的法律理论与哲学的正义理论沟通起来的观点,这为他后面以商谈的视角展开的法律重构工作奠定了

基础。

从第三章至第六章哈贝马斯对现代法律从内部作了诸多富有创见的重新理解。这一重新理解始于规范上的“主观权利与客观法”、规范来源上的“人权与人民主权”之间的关系。一方面,现代法律以主观权利为内容,并不过问个人的主观动机,而另一方面,民主的立法程序却又要求参与者必须以共同福祉为导向,这就引致个人主观动机与共同福祉的内在的冲突。

哈贝马斯从第三章开始着手对现代法律秩序的“自我理解”问题进行理性重构。他首先要解决的是合法性源于合法律性这一悖论,此悖论的消解有赖于澄清私人自主与公民自主的关系,后者又分别体现在主观权利理论与理性法传统这两个语境中。

在(主观)权利理论问题上,不论是以萨维尼为代表的“观念论”解释,还是从耶林至卢曼的客观主义、功能主义解释,都忽略了权利的“主体间性”特点。透过康德对霍布斯权利观念的批评,更可以看出将权利建立在主体自利基础上是行不通的。经由康德的“自我立法”论,权利问题就转化为人权与人民主权的关系问题。对于二者由“意识哲学上的预设”而产生的矛盾关系,不论是康德还是卢梭都无力消解,人权与人民主权的统一依赖于商谈性意见形成与意见形成的交往形式。

以往的理论之所以没能把“主观权利与客观法”以及“私人自主与公共自主”统一起来,理性法传统的那个形而上学遗产——自然法(道德)与实证法(法律)的二元论——同样是一个重要的理论诱因。康德将法律看作道德的限缩形式,这就无法解释这样一种事实,即在后俗成社会中,法律与道德是同源地产生并相互补充的。法律与道德的合法性最终都需要指向二者之外的规范——商谈原则——才能得到解释。

综合上述两条论述线索,哈贝马斯从商谈论出发对权利理论进行了重构,化解了人权与人民主权的矛盾关系,提供了“合法性源于合法

律性”的正确途径。法律的合法性被归于一种商谈性的法律程序,这个程序并非是封闭自治的,它对“不受它随意支配的那些合法化源泉”保持着开放性。

现代法律共同体依靠法律秩序来实现其合法性,一方面是私人自主与公共自主要求法律建制化,另一方面是这一建制化的持久获得需要法律所预设的政治权力的合法化。前者在上一章得到解决,后者在第四章分三步被讨论。哈贝马斯剥去了韦伯“权力”概念中的暴力、强制的意味,代之以“交往权力”,将政治权力的合法化建立在商谈原则基础之上,从而超越了西方“三权分立”的法治国原则。

首先,法律与政治权力之间有一种构成性联系。政治权力是以国家权威形式体现出来,这种权威如果以法律形式得以确认,就获得了合法性。这样,国家作为权威的合法性,就转向了法律的合法性,并需要立法过程的合法性得到保障。在前政治社会,政治权力的合法性不存在问题,因为社会权力与事实性权力结合在一起,即神灵法律赋予权力以权威,社会权力给予法律以强制性支持。到了前现代社会,政治权力的合法性出现了问题,即理性法的实证化存在疑问:赋予最强利益以规范上不正当特权的事实,当然有可能隐藏在法律型统治的形式之中。在哈贝马斯看来,解决这一问题的出路是对行政机构(政府)的法律建制化,并给出四种策略。合法的法律的产生,需要动员公民的交往自由,这种自由作为一种权力,建立在交往权力之上,并在意见和意志形成过程中加以运用。哈贝马斯建议,把法律看作是交往权力借以转化为行政权力的媒介,其意义就在于在法律授权的框架之内赋权。法治国理念就是要调节交往权力向行政权力的转化。

其次,交往权力形成的条件。法律意见和意志的形成需要建制化,因为商谈的法律制定与交往权力之间存在着相互渗透关系,所以商谈过程的合法性就保证了法律的合法性。哈贝马斯认为,商谈的立法过

程共分三个方面,即实用商谈、伦理—政治商谈,以及道德商谈,它们分别解决法律的合目的性、善和正义三个问题。实用商谈是对各种目标所作的合理权衡,伦理—政治商谈是对主体间共享的生活形式进行勾划,道德商谈是对共同生活中利益如何无条件地加以普遍化。

最后,用法治国形式来组织的公共权威。在法治国中,法律作为行政权力的导控形式,以及作为从交往权力向行政权力的转化的中介,可以根据一些原则加以阐述。哈贝马斯认为,人民主权原则是核心,其又发展出下列原则:对个人权利的全面保护的原则、行政部门必须服从法规和接受司法和议会对行政的监察的原则,以及国家和社会的分离的原则。上述原则虽然是法治国的诸原则,但是需要作新的理解,因为古典的三权分立是用政府职能的分化来解释权力运行的,所以需要将商谈论融入到对三权分立的理解之中,即权力实施过程的合法性还需要商谈原则加以建制化。

法律的事实性与有效性之间的内在张力,在司法领域表现为司法合理性问题。所谓的司法合理性问题,即法官在种种偶然情境下所作出的法律判决,如何才能既是内部自治的又是可合理接受的,从而同时保证法律的确定性和正确性?这是哈贝马斯在第五章着力所要解决的。在这章中,哈贝马斯的视角虽然由哲学转向法律理论和狭义的法律系统,但是商谈论仍然是他的理论归宿和分析工具。

司法合理性之所以会成为问题,是由于法律判决是历史与道德的双重产物。诠释学、法律现实主义和法律实证主义的努力皆是失败的,因为这些理论最终都诉诸某种事实性因素,以消除法律的不确定性,而忽视了法律和司法判决的规范性内容。

德沃金的理论试图避免上述三种理论的缺陷,他一方面通过建构性诠释,实现法律融贯性和判决的自治性,另一方面则诉诸整体性,追求司法判决的规范性理想。哈贝马斯认为,德沃金的理论为法律商谈

的主体间性理论提供了思路,但遗憾的是,德沃金理论中的整体性理想仅仅是法官的“独白”,而将其他参与者排除在外。

哈贝马斯提出,司法合理性问题只有在一种程序主义的法律商谈过程中才能获得解决。但哈贝马斯并不赞同阿列克西等人将法律商谈视为道德商谈之“特例命题”。他主张法律商谈独立于道德商谈。哈贝马斯赞同贡特尔的观点,将商谈划分为论证性商谈与运用性商谈,又进一步认为法律商谈虽然是采取语用学进路的运用性商谈,但却将论证性商谈中所有参与者的普遍视角纳入运用性商谈之中。

法律的事实性与有效性之间的内在张力在程序主义法律商谈过程中获得解决,这也为哈贝马斯后面提出的程序主义法律范式铺平了道路。

现代民主国家不可回避的问题是,如何在三权分立间维系平衡,既满足公平正义之需要,又不危及现代国家之民主合法性基础,这一两难选择在事实层面集中体现之一就是宪法法院的定位。面对宪法法院承担的多种职能——审查立法和行政行为、实际上补充立法的功能,传统理论进路并没有给出令人信服的解释。在第六章中哈贝马斯试图运用商谈理论解决这一难题,德国和美国的学术讨论以及司法实务为哈贝马斯提供了丰富的讨论资料。

哈贝马斯首先考察了利用国家模式转换视角来分析这一问题的代表性观点。在其看来,无论是伯肯弗德对自由主义法律范式的辩护,还是康德对福利国家的向往,实际上都混淆了法治国原则与对其的某一解释范式,没有解决这一难题。反而是桑斯坦的“背景规范”理论为我们提供了一些有益的思考。

德国宪法法院在为其自身进行辩护时采纳了价值秩序学说,然而,这一学说没有正确认识到基本权利的两个层面,并带来了诸多消极后果。因此,哈贝马斯认为,必须转向程序主义宪法观,埃利的观点是一

种正确的进路,然而,他走向了极端,忽视了民主程序依然需要某种前提。

美国语境下的争议主要围绕对立法过程的不同解读,这里存在着自由主义和共和主义两种进路。在哈贝马斯看来,米歇尔曼等共同体主义者强调“共和的宪法学”,宪法法院的监护人角色实际上是一种宪法伦理理解,而这种理解忽视了政治与伦理之间必要的分化,也与现代社会的多元主义背景不契合。

哈贝马斯认为,民主立法过程的合法化力量只能来自民主立法过程本身。也就是说,在程序主义宪法观下,民主立法过程的合法性依赖于程序条件的内在合理性质。

第七章转向了事实性与与有效性之间的外在关系。在这一章中,哈贝马斯将讨论定在民主过程,他要回答的根本问题是人们为什么愿意参与民主,并且愿意受到该过程所产生的法律的制约,即什么样的民主过程能够产生合法之法。对此,哈贝马斯提出了以程序为核心的商谈性民主理论,并一如既往地 from 规范性和事实性两个面向展开说明和回应。规范性与事实性之间的外在张力表现为民主的规范性与政治过程的社会事实性之间的张力。

由于观察者视角与参与者视角之间无法进行转译,所以,以贝克尔为代表的经验主义民主理论最终无法说明人们为什么愿意参与民主过程,即民主的规范性问题。哈贝马斯转向规范性民主理论,他抛弃了自由主义和共和主义所采取的主体性哲学,而对民主过程进行主体间性的诠释;同时,在对社会与国家关系的描述上,他抛弃了以国家为中心的社会观,采取非中心的社会观。基于此,他提出了以程序为核心的商谈性民主理论。与这样一种重构性民主理论相比,鲍比欧的理论显得规范性不足,他没有把握住民主的程序核心,而科恩的理论没能注意到取向于决策的协商与公共领域中非正式的意见形成过程之间的相互作

用。哈贝马斯阐述了自己的双轨商议性民主理论,并在埃克曼和拉尔默尔所作辩护的基础上,对程序中立性展开了进一步论证。在他看来,程序的中立性保障了结果的公平性和可接受性。

在说明了民主的规范性之后,哈贝马斯对“现代的、动态的、多元的”社会中,社会复杂性对商谈性民主理论的挑战进行了回应,而这是在对民主的社会学转译中完成的。一方面,面对知识专门化对民主的挑战,与达尔“小型民众”的乌托邦设想不同,哈贝马斯的双轨商议性政治理论,对生活世界中已经起作用的、可以被民主过程加以吸收和利用的合理化资源和潜力,给予了足够的关注和重视;另一方面,哈贝马斯认为,法治国原则和民主程序的建制化具有降低社会复杂性的作用,能够有效地抵制社会复杂性对民主规范性的瓦解作用。当然,他并不否认这种瓦解作用在一定范围和程度上的继续存在,并在以下的章节对此展开了进一步的讨论。

第八章是第七章的深化。哈贝马斯在本章要解决商议式民主(政治)对现实的解释力问题,即论证该民主模式具备协调理想的法治国建制与具体的当代西方社会现实之间张力的能力。

既有的“社会学的民主理论”在社会整合功能上都是有缺陷的:多元主义理论建立在“多元化”这个虚构的事实假定基础之上;精英理论无法保证精英们的民主性;理性选择论陷于“理性选民悖论”之中;系统论则面临着无法克服的“系统孤独症”。埃尔斯特与韦尔克分别对理性选择论与系统论进行了修正,以试图将“规范性”要素囊括进来。但埃尔斯特在“理性选择”的框架内并不能把规范性要素(共识)与该理论中原有的经验性要素(利己行动)协调起来,其修正目的之达成,必须转向商议性民主(政治)理论。

韦尔克提出了“监督国家”论,这是一种以“社会整合”(总体性系统整合)为目的的、以社会中自创生的功能子系统为出发点的、民主的

权力运作模式。但一方面,该模式并没有真正地治愈“系统孤独症”,系统间的“商谈”只能停留在比喻意义上;另一方面,该理论也没有充分、准确地描述当代西方社会现实。通过批判前述诸理论,在彼得斯的启发下,哈贝马斯提出了商议性政治的、能够连接法治国的规范理想与当代西方社会现实的“政治权力的循环模式”。

“政治权力的循环模式”的成功运转依赖于一种经验上的先决条件,其预设了一种充满活力的、扎根于生活世界、具有提出和提炼问题能力的公共领域的存在。通过对当代西方社会的考察,哈贝马斯对这一点给予了肯定。

在前面数章的理论历程中,哈贝马斯对基本主题分别进行了法律理论和社会理论思考,在第九章也是最后一章中,哈贝马斯则致力于两种理论思考的结合,进而形成一个程序主义法律范式的概念,对法的危机——权利如何实现和民主治国如何扩展——作一个总体性的解决。相应地,如何通过程序性法律范式解决这两方面的难题,就构成了本章的论证线索。

法的危机是历史的产物,卡恩-弗罗英德、维亚克和韦伯描述了其初貌;库伯勒和施泰讷则带来了法律范式的具体变化,雷泽还进一步对这种由私法实质化引起的变化进行了梳理,但是这种梳理以及当前学界沉溺于自由主义法律范式与福利国家法律范式之争,并没有解决普遍的私法实质化导致的法的危机。程序性法律范式要跳出前两者的窠臼。

在权利如何实现的问题上,存在着海伯勒提出的主观权利的可诉性进路,以及与维特霍尔特相关的程序参与者的社会自主进路。但这两条路径都忽略了法律平等与事实平等的辩证法,而兼顾公共自主和私人自主的程序性法律范式则做到了这一点;在普罗伊斯和杨奠定的权利论证基础上,哈贝马斯继续以女性主义政治为例阐述了程序性法