

· 日常生活的哲学思考 ·

## 论复杂社会法律与道德的关系

——哈贝马斯关于破解西方法治国危机的思考

彭凤莲

**摘要:**复杂社会是指通过市场来整合各种不同信念系统和利益状况彼此竞争的多元主义社会。哈贝马斯通过论证复杂社会法律与道德的关系,试图回答合法性何以可能,并希望以此破解西方法治国危机。他在考察法律与道德既有共同的参照点又有区别的前提下,批判康德等人所指的法律从属于道德的摹本说,主张法律道德关系并列说,认为自主的道德和依赖于论证的实定法处于一种互补关系之中。他批判马克斯·韦伯的法律合理性概念,从法律的道德程序与法律的道德内容等方面来论证法律与道德的交错关系。法律与道德并列说、互补说、交错说对思考我国依法治国与以德治国的关系有启发意义。

**关键词:**复杂社会;法律;道德

**中图分类号:**B15 **文献标志码:**A **文章编号:**2095-0047(2020)02-0085-13

法律与道德的关系问题,是中外历史上人们论及的经久不衰的重要话题,是19世纪法学家所讨论的三个主要论题之一<sup>①</sup>,耶林把法律与道德的关系喻为法理学的好望角,意即这一论题是法理学家们并不容易征服的险地。到了20世纪,法律与道德关系的争论持续火爆,自然法学派与分析实证法学派在此问题上长期对立,德国著名学者哈贝马斯也加入热烈的讨论中。哈贝马斯论述法律与道德的关系有特定时代背景,即他反复提到的“复杂社会”——通过市场来整合各种不同信念系统和利益状况彼此竞争的多元主义社会。在这样的复杂社会,不管是资本主义形式

**作者简介:**彭凤莲,安徽师范大学教授、安徽师范大学法治中国建设研究院研究员。

**基金项目:**国家社科基金重点项目“依法治国与以德治国的关系研究”(项目编号:14AZD135)的阶段性成果。

① 其他两大论题是法律的性质和有关法律史的解释。

法范式还是福利国家的实质法范式都遭遇了危机——就内在而言，法律规则具有合法律性而不具有合法性，只具有事实上的强制力而缺乏规范上的有效性；就外在而言，法治国的法律只具有事实的强制性而缺乏规范的有效性或可接受性。这就是西方法治国的危机。哈贝马斯带着破解西方法治国危机的强烈问题意识，苦苦思索合法律性的合法性何以可能，期待第三种法律范式——程序主义法律范式，能超越形式法范式和福利法范式，从而真正实现社会正义与个人正义的统一。<sup>①</sup>而法律与道德之间的关系恰恰是哈贝马斯在《在事实与规范之间》中论证法律事实性与有效性之间张力的一条主线，贯穿始终。他以西方社会为场域，以德国和美国作为理论批评和反思的具体对象，以社会学为方法，以批判的眼光重新审视法律与道德的关系。这对思考我国依法治国与以德治国的关系不无启发意义。

## 一、法律与道德的共同参照点与区别

哈贝马斯首先考察了道德与法律的两个共同参照点。一是道德与法律是同时分化出来的。他从社会学角度认为，道德与法律同时从传统法和具有法规效力的伦理之间仍然交错不分的全社会精神气质当中分化出来。法律、道德和伦理生活所构成的这种网络的“神灵”基础动摇后，在文化知识层面上，法的问题同道德问题、伦理问题区分开来；在建制的层面上，实证法与被贬为纯粹惯例的习俗和习惯区分开来。<sup>②</sup>二是道德与法律涉及的是同样一些问题：人与人之间的关系如何进行合法的调节，多个行动如何借助于经过辩护的规范而得到彼此协调，行动冲突如何可能在主体间承认的规范性原则和规则的背景下以共识的方式加以解决。现代社会的道德和法律都受到了理性的洗礼，法律成了理性的法律，道德成了理性的道德，道德和法律都需要进行重新论证，而论证都应服从商谈原则——有效的只是所有可能的相关者作为合理商谈的参与者有可能同意的那些行为规范。<sup>③</sup>

“后传统的道德仅仅表达一种文化知识，而法同时在建制层面上获得约束力”<sup>④</sup>，所以二者间的区别也是明显的。第一，程序的充分性及视角不同。哈贝马斯非常重视程序主义法律观与程序主义道德观。法律程序因与建制化的、因而是独

① 高鸿钧：《通过民主和法治获得解放——读〈在事实与规范之间〉》，载《政法论坛》2007年第5期。

② Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, Cambridge: The MIT Press, 1996, p.107.

③ 高鸿钧：《商谈法哲学与民主法治——在〈事实与规范之间〉阅读》，北京：清华大学出版社2007年版，第80—81页。

④ Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.107.

立的标准相联系,故而接近于充分的程序合理性的要求。一个决定是不是符合规则产生的,根据这些独立的标准可以从一个非参与者的眼光出发来判定。道德的、不受法律规则支配的商谈,其程序合理性是不充分的。因为缺少外在的或事先规定的标准,所以某事是否从道德观点出发加以判断,这只有从参与者的眼光出发才能决定。<sup>①</sup>第二,功能不同。一种自主的道德所拥有的,仅仅是可错主义的规范论证程序。由于以对情境敏感的方式把高度抽象的规则运用于复杂的情境,是与一种附加的结构不定性相联系的,这使得高度的认知不确定性更加剧了。因此,在冲突、重大问题和社会事件等一般来说要求作出明确的、及时的、有约束力的调节的所有行动领域,法律规范都必须把纯粹道德调节产生的不确定性消化掉。法律的约束力是通过与国家进行制裁的可能性相联系而获得的。对法律的职业性执行,卸除了私的法权人在以道德方式解决行动冲突时要求个人本身所作出的努力。<sup>②</sup>因此,有些问题需要法律调节,而不能交给后传统类型的道德规则。第三,与政治的关系不同。法律依赖于政治,道德则不需要。实证法所具有的俗成的性质,在于它是通过政治立法者的决定而生效的,所以原则上是可以任意改变的。这种对政治的依赖也解释了法律的工具性。道德规范始终自我目的,对行动冲突进行公平的解决;法律规范则是政治目标的手段,除了解决行动冲突,还要实现政治纲领。

哈贝马斯在考察了法律与道德的共同参照点和不同区分的基础上,批判了法律与道德关系的模仿说、分离说与回归说,并构建了自己关于法律与道德关系的学说。其主要观点有:法律与道德关系的并列说、互补说、交叉说。

## 二、法律与道德范畴上的并列关系

法律道德关系并列说的观点是哈贝马斯批判康德等人法律从属于道德的摹本说得出的结论。

### (一) 康德等人的从属说

理性法的一个形而上学遗产,便是把实证法置于自然法或道德法之下。康德在《道德形而上学基础》中,从道德律的基本概念出发,通过三个方面的限定——法律承受者的自由选择、一个人对另一个人的外在关系和一个人在受到干涉时被

① 参见哈贝马斯:《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,北京:生活·读书·新知三联书店2014年版,第580页。

② 同上书,第581—582页。

赋予的对另一个人实施的强制力量——而获得法律规则。法律原则在这三个方面对道德原则进行限定。经此限定,道德的立法反映在法律的立法之中,道德性反映在合法律性之中,善的义务反映在法律义务之中。<sup>①</sup>康德的法权原则主张构造一种以主观权利形式出现的法律代码,其所要求的不仅是对于一般的主观自由的权利,而是对平等的主观自由的权利。每个人的自由应当根据一个普遍法则而与一切人的同等自由相共存。此普遍法则的形式对自由的分配起合法化作用,因为其所表现的是特定法律经受了理性(对法律进行审核的理性)的普遍化测试。这导致了法律对于道德的从属。对康德来说,实证法还保持着一种根本的道德性质,他从实践理性中先天地引出自然法则或道德法则,法律则为其摹本。从20世纪70年代初期开始,社会科学对理性法传统之规范主义的破坏,引起了出乎意料反应。即法哲学发生了转向,以相当直接的方式使理性法传统恢复了荣誉。以哲学家、法学家乃至经济学家都已经习惯于毫无拘束地采用17、18世纪的理论。罗尔斯《正义论》(1971年)是为代表。他在《正义论》中提出“组织良好的”社会的观念、“反思平衡”的概念、“重叠共识”的概念。罗尔斯的正义论是后形而上学的正义论,是从形式上定义的“好”的概念为基础的正义论。罗尔斯的正义论在理论建构层次上已经涉及抽象的正义原则如何在法律上建制化的问题,但是实证法与政治正义的关系在罗尔斯那里仍然有待说明。罗尔斯关注的焦点是法律的合法性问题,而没有对法律的形式本身以及法的建制向度作专门讨论。在反思的层次上,罗尔斯思考在当代多元主义社会之公共交往的文化背景下,正义原则怎样才是可行的。以罗尔斯为代表的新自然法学派诊断出了西方法治国的病症,但旧药方对新症候自然无疗效。

## (二) 哈贝马斯的并列说

康德以一种特定方式把法的不可随意支配性环节置入法律的道德基础之中,从而实证法被置于理性法之下了。<sup>②</sup>哈贝马斯批评这种法律从属于道德的观点与关于实现在法律媒介本身之中的自主性观念是不一致的。<sup>③</sup>康德从实践理性中先天地引出来的自然法则或道德法则,居于太高的位置,使法律有融化进道德的危险——法律几乎被还原为道德的一种有缺陷模态。在基督教自然法的屋顶坍塌以后,废墟上残留下两根廊柱:一是经过自然主义解魅的政治,一是成为政治性决定的法律。康德试图重建这座倒塌的建筑:宗教一形而上学自然法所留下的空位应该由自主论证

① Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.106.

② 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》,第605页。

③ Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.120.

的理性法来占据；法律的实证化被看作仍然处于理性之律令之下的理性法原则的实现。<sup>①</sup>在德国，康德的理性法理论的道德内容在法律理论中分别沿着私法学说和法治观念这两个平行方向而得到延续，在 19 世纪却因实证主义而逐渐枯竭了。无论在私法学说中，还是在法治国理论中，康德把政治和法律置于理性法的道德律令之下的构造都被否定了。“一方面，实证法的道德基础不可能以高高在上的理性法的形式来说明；另一方面，这种道德基础也不可能在没有等价物来替代的情况下消除掉，不然法律就会失去本质上内在于其中的那个不可随意支配性环节。”<sup>②</sup>实证法中的道德拥有一种自调性程序的超越力量，用这种力量它对自己的合理性进行审核。

“随着多元主义世界观的出现，在现代社会里，宗教以及其中的伦理便不再是一种所有人都认可的道德的公共有效性基础。”<sup>③</sup>康德设想的基础是一种柏拉图主义的直觉——认为法律秩序是“目的王国”的本体秩序在现象世界的一种模仿，同时也是一种具体化。<sup>④</sup>哈贝马斯承认实证法仍然保留着同道德的联系，但道德并不在法律之上，法律并不从属于道德。他从如下假设出发：在后形而上学的论证层次上，法律规则与道德规则同时从传统的伦理生活分化出来，实证法和后俗成的道德同源地产生于分崩离析的实质性伦理生活的库存。<sup>⑤</sup>道德与法律是作为两个虽然不同但相互补充的类型的行动规范而并列出现的。<sup>⑥</sup>他反对屈服于一种根深蒂固的偏见，即以为道德只涉及个人为之负责的社会关系，而法和政治正义则延伸到为以建制为媒介的互动领域；也反对根据行动领域姓“私”姓“公”来对道德和法律进行分而治之，因为政治立法者的意志形成也延伸到需要调节的那些问题的道德方面。<sup>⑦</sup>哈贝马斯认为，一种法律秩序只有当不与道德原则相矛盾的时候，才是合法的。借助于法律有效性当中的合法性成分，实证法仍然保留着同道德的关联。但这种同道德的关联并不意味着在规范等级的意义上道德被置于法之上。法的等级观念，属于前现代法的世界。<sup>⑧</sup>如果政治和法律被放到执行实践理性法则之工具的从属地位之上，政治就失去了它的立法能力，法律则失去了它的实证性。<sup>⑨</sup>不能把出现在宪法

① 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》，第 606 页。

② 同上书，第 609 页。

③ 哈贝马斯：《包容他者》，曹卫东译，上海：上海人民出版社 2002 年版，第 11 页。

④ Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.106.

⑤ *Ibid.*, p.84.

⑥ *Ibid.*, p.105.

⑦ *Ibid.*, p.110.

⑧ *Ibid.*, p.106.

⑨ 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》，第 606 页。

规范之实证内容当中的基本权利理解为只是道德权利的摹本,不能把政治自主理解为只是道德自主的摹本。把法律视为道德的附属品对于现代社会的现实也缺乏经验描述力,现代法正是为了弥补不堪社会整合之重负的社会秩序的功能缺口才从伦理中分化出来。<sup>①</sup>

### (三) 并列说的修正

并列说是哈贝马斯在“泰纳演讲”后在《在事实与规范》中才被明确地提出来的,有趣的是,他在之后完成的《包容他者》(1996年)中指出:“法律的调节过于具体,以致只能通过与道德原则的相容性而为自身获得合法性”,随即又话锋一转:“可是,如果实在法不是从一种较高的道德法那里获得自身的合法性,那它又该到哪里去寻找其合法性呢?”<sup>②</sup>在这里,他似乎对并列说有所修正——承认道德法“较高”于实在法,道德法是实在法合法性的源泉。这表明,他一直思考法律道德的关系问题,并随着思考的深入不断修正以前的观点。

## 三、法律与道德功能上的互补关系

道德与法律的互补关系是哈贝马斯感兴趣的一个方面,他侧重从社会整合的功能角度论证,为什么一种基于原则的道德的后传统形式要以实证法作为其补充。互补说同样是批判从属说得出的结论。

### (一) 互补说的经验论证

自主的道德和依赖于论证的实定法,处于一种互补关系之中。<sup>③</sup>哈贝马斯认为“现代法律秩序对自主化了的道德是一种同源的补充”的观点是有经验依据的,这一观点不再与把法和道德的关系看作模仿关系的柏拉图主义观念相适合。因此,不能把出现在宪法规范之实证内容当中的基本权利理解为只是道德权利的摹本,不能把政治自主理解为只是道德自主的摹本;相反,一般的行动规范同源地一分为二成道德规则和法律规则。从规范的视角看,与此相符合的是这样一种假设:道德自主和公民自主是同源的,是可以借助于一条简洁的商谈原则加以解释的。<sup>④</sup>该原则具有规范内容,但它所处的抽象层面对于道德和法仍然是中立的,它涉及的是所有行动规范——“D:有效的只是所有可能的相关者作为合理商谈的参与者有可能同意的那

① 陆宇峰:《从主观权利看法律与道德的关系》,载高鸿钧:《商谈法哲学与民主治国——在〈事实与规范之间〉阅读》,北京:清华大学出版社2007年版,第362页。

② 哈贝马斯:《包容他者》,第298页。

③ Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.106.

④ *Ibid.*, p.107.

些行动规范。”<sup>①</sup> 哈贝马斯根据这条 D 原则提出了两个重要概念：道德原则与民主原则。道德原则的作用是充分合理地决定道德问题的论辩规则，而民主原则告诉我们理性的政治意见形成和政治意志形成过程可以怎样加以建制化——通过一个权利体系确保所有人平等地参与一个其交往预设业已得到保障的立法过程。道德原则是延伸到全部只有借助道德理由才能获得辩护的行动规范的，而民主原则只适用于法律规范。自然长成的互动功能规则只能根据道德的视角才能加以评判，而法律规范则具有一种人为的性质。因此，民主原则必须不仅确定一个合法的立法程序，而且对法律媒介本身的产生进行导向。<sup>②</sup> 接着，哈贝马斯分析了法和道德如何互补。

## （二）法律与道德如何互补

首先，通过列举道德存在的诸多弱点证明法恰好能补其不足。法律形式的构成之所以必要，是为了弥补随着传统的伦理生活的崩溃而出现的缺陷。后传统道德表达的仅仅是一种文化知识，法同时在文化和社会的层面上被确定下来，它能够抵消一种主要作为知识而出现的理性道德的弱点。<sup>③</sup> 理性道德存在哪些弱点？第一，道德判断的认知不确定性。理性道德只提供有争议问题之公平判断的一个程序，它无法标出一个义务目录，更无法标出一个规范的等级排序，但它期待主体形成自己的判断。这种认知不确定性被法律生产过程的事实性所吞并。用强制性法律对道德进行的这种补充，也是可以进行道德论证的。政治立法者对哪些规范是有效的作出决定，法院对关于有效的但有必要作出诠释之规范的运用方面的诠释争端作出决定，这种决定对各方来说既是诠释性的，又是定义性的。法律系统取消了法权人作为法律之承受者角色的确定判断合法和不合法的权能。“议会的立法程序，建制化的司法判决实践，以及法理学的精确说明规则和系统梳理判决的专业工作，对个人意味着免除形成其自己的道德判断的认知负担。”<sup>④</sup> 第二，行动的动机不肯定性。理性道德赋予个人的负担不仅是解决行动冲突的问题，而且是对其意志力量的期待。这种不肯定性被法的实施过程的事实性所吸纳。理性道德必须依赖于在撇开动机和态度情况下对符合规范行动的强制规定。强制性的法律以制裁的威胁来覆盖规范性期待，以至于承受者可以仅仅局限于结果导向的明智考虑。<sup>⑤</sup> 第三，道德的不可责成性。只有法才是内在地反思的；它包含一些次阶规则，用来服务于产生那些导控行动的初阶规则。它可以对能力加以确定、为组织提

① Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.107.

② *Ibid.*, p.111.

③ *Ibid.*, p.114.

④ *Ibid.*, p.115.

⑤ *Ibid.*, p.116.

供基础，“一句话，可以建立一个责任系统，这个系统不仅涉及自然的法权人，而且涉及虚构的法律主体，比方说公司和公共机构”<sup>①</sup>；而道德无法建立起一贯的责任系统。

其次，道德分工的问题标志着后俗成道德的限度，即后俗成道德不能解决社会整合的所有问题。这种限度对用法律来弥补道德提供了功能上的论证。但是道德本身并不提供对这些建制进行重构的操作性手段。为此目的，实证法作为一个能够代替其他建制的行动系统而处于备用状态。这是法的作用的一个方面——有助于重构那些由于失去合法性而崩溃的种种自然形成的建制。法的作用的另一个方面，是在社会现代化的过程中，还出现了一种新的组织需要，这种需要只有用建设性的方式才能加以应付。传统的互动领域如家庭、学校等的建制基础被用法律方式加以改造，而具有正式组织形式如市场、商业、行政等的行政系统，则通过法的建构而被创造出来。“通过货币而导控的经济或以能力为标准而组织起来的国家行政，最初是借助于它们的法律建制化之媒介而出现的。”<sup>②</sup>

最后，道德对法律的补充。日益复杂化社会的越来越大的调节需要和组织需要是由法律规范的特殊功能来满足的，但法律规范的特殊功能并非仅仅用补充道德的需要所能解释的。法与道德之间存在实际的相互关系。哈贝马斯说，要认识它们之间的相互关系，只有反过来也从法律系统的角度来考察道德。“一种仅仅通过社会化过程和个人良心才获得现实性的理性道德，仍然是局限于一个狭隘的行动范围的。但是，道德可以通过一个与之由内在联系的法律系统，而辐射到所有行动领域，甚至包括那些以系统的方式自主化的、由媒介导控的互动领域，这些领域解除了行动者除普遍服从法律之外的一切道德期待的负担。”<sup>③</sup>

可见，哈贝马斯重点论述的是道德在社会整合中的种种弱项，所以需要法律补充调节，对新出现的组织需要只能是法律来应对，至于道德如何补充法律则语焉不详或论证不充分。《包容他者》中再次专门论述实在法与自主道德的互补关系，遵循的还是同样的理路，只讲法律对道德的弥补，不讲道德对法律的弥补——“法律和道德之间更多地是一种互补关系，而不是从属关系”<sup>④</sup>。“我们最好还是把法律理解为道德的功能补充。因为，法律确实有效，又是合法制定的，并且可以反复诉讼，它能使那些具有道德判断和行为能力的人摆脱纯粹基于个人良心的道德要求，主要

① Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.117.

② Ibid.

③ Ibid., p.118.

④ 哈贝马斯:《包容他者》,第297页。

有认知要求、动机要求以及组织要求等。法律能弥补高标准道德要求的不足，因为从经验效果来看，这种高标准的道德要求最终在认识上是模糊的，在动机上是不可靠的。……但法律的调节过于具体，以致只能通过与道德原则的相容性而为自身获得合法性。”<sup>①</sup> 富勒说，在法律实证主义的文献中，仔细探讨法律与道德之间的关系当然是一种标准的做法，但道德对法律之影响的探讨一般来说更加不足。<sup>②</sup> 哈贝马斯也具有同样的不足。

#### 四、法律与道德内容上的交错关系

俗成的外化的法律和内化的道德的互补关系是哈贝马斯感兴趣的一个方面，其感兴趣的另一方面是“道德和法律之间同时存在的相互交错”。道德与法律之间之所以交错，是因为法治秩序要求运用实证法手段，以便分担举证责任，把可以受到道德论辩影响的论证过程建制化。哈贝马斯主要借助批判马克斯·韦伯的法律合理性概念，从法律的道德程序与法律的道德内容等方面来论证法律与道德的交错关系。

##### （一）韦伯的法律合理性在道德上不是中立的

韦伯把现代西方社会的政治秩序理解为“法律型统治”的各种表现，其合法性建立在对于行使统治之合法律性的信念基础之上，是内在于法律形式本身之中的合理性。韦伯从规则合理性、选择合理性、科学合理性三个方面论证法的形式属性是在于一种狭义的、道德上还是中立的意义上描述为“合理的”。<sup>③</sup> 韦伯用这个命题支持了一种实证主义的法律概念——法律就是政治立法者根据一个法律上建制化的程序制定为法律的东西，它拥有一种独有的、不依赖于道德的合理性。因此，法律形式的赋予合法性的力量就不是从法律与道德的亲缘关系中得来的。此即法律与道德分离说。但韦伯诊断出了法律道德化现象，并将之描述为资产阶级形式法的“实质化”。“随着近代阶级问题的兴起，一方面来自部分法利害关系者（尤其是劳工阶级）这边，另一方面来自法的意识形态者这边，对于法律提出实质的要求，……并要求一种奠基于激昂的伦理要求（‘正义’‘人类尊严’）上的社会法。不过这意味着，对法的形式主义提出根本的质疑。”<sup>④</sup> 在社会法和劳动法中，在卡塔尔法和公司

① 哈贝马斯：《包容他者》，第298页。

② 参见富勒：《法律的道德性》，郑戈译，北京：商务印书馆2005年版，第237页。

③ 参见哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，第560—561页。

④ 马克斯·韦伯：《法律社会学》，康乐、简惠美译，桂林：广西师范大学出版社2011年版，第326页。

法中,非形式化的趋势十分明显。由此产生出这样一个批判性命题:法律和道德之间的内在联系意味着内在于法律媒介本身之内的合理性的破坏。哈贝马斯则认为,韦伯的实证法在道德上并不是中立的。他的批评从三个方面展开。

第一,法律确定性与不确定性的价值冲突必须从不同利益中可普遍化这个道德角度来选择。被理解为对生命、自由和财产之干预的可预见性的法律确定性,是一种会与其他价值发生冲突的“价值”——例如,机会平等地参与政治决策或对于社会财富的平等分配。福利国家的只有借助不确定的法律概念才能实现的政策,需要在不同原则之间进行道德平衡。“这样的冲突必须从不同利益中哪个有可能加以普遍化这个道德角度来决定。”<sup>①</sup>第二,法的形式根据充满道德内容的原则才能够被辩护为是理性的。哈贝马斯承认,规则取向的法规纲领与目的取向的纲领相比具有优势——它们由于其语义上的普遍性而与法规面前人人平等的原则相呼应。由于其抽象性,这种类型的法律甚至也适用于“平等者平等对待、不平等者不平等对待”的原则。这样,与韦伯的功能主义论据相反,抽象和普遍的法规的形式只有根据这些充满道德内容的原则才能够被辩护为是理性的。第三,法的科学合理性在道德上不是中立的。哈贝马斯批评韦伯对法律系统用科学方法进行建构,其本身也无法解释合法性所具有的合法化作用。恰恰是法律专家的系统化成就,使我们意识到法律之有效性的后传统模态。在实证法中,规范已经在原则上失去了那种习俗般的有效性。因此,单个的法条必须被作为一个特定的法律秩序的组成部分而得到论证,法律秩序总体上是根据原则而有意义地构成的。在规范性讨论层面的合理性,更接近于康德的实践理性而不是纯粹的科学合理性——“这种合理性,不管怎么样,并不是道德上中立的”<sup>②</sup>。概言之,韦伯把道德洞见理解成了主观的价值取向,认为价值是无法进一步合法化的实质内容,是同法律的形式性质不一致的,这表明韦伯没有看清资产阶级形式法的道德核心。韦伯没有把覆盖彼此冲突的价值内容的整个幅度的价值评估,与不随规范内容的变化而变化的规范之约束性或有效性的形式方面区分开来。

## (二) 法律的道德程序

哈贝马斯又批评韦伯没有对法的结构方面和实质方面作出足够区分。韦伯把现代理性法与实证化了的“形式法”对立起来,认为不可能“存在一种纯粹形式的自然法”。韦伯不对法律作结构与实质之区分,是试图把“自然”和“理性”混同于形式法急于摆脱的价值内容,他把后传统论证层次的程序属性错误地等同于实质性

① 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》,第562页。

② 同上书,第564页。

的价值取向。哈贝马斯认为,社会契约的模型可被理解为建议一种特定程序,这种程序的合理性将确保任何合乎程序地产生的决定的正确性。道德不仅与法律相互补充,而且在法律扎下根子的道德具有纯粹的程序性质。具有纯粹的程序性质的道德已经摆脱了全部特定的规范内容,而升华为可能的道德规范内容之运用的一种程序。这样,“程序法和程序主义道德可以进行相互审核”。“但另一方面,道德论辩也被作为一个公开程序而建制化,它服从自己的逻辑、控制它自己的合理性。法律框架并不干预到这种论辩的内部,以至于使这种论辩在实证法之边界上止步不前。法律本身准许并激发一种论证机制,这种机制以一种实证法所无法确定的形式超越这种法律。”<sup>①</sup>

从论辩逻辑的角度看,通过法律程序而建制化了的论证过程,仍然是向道德商谈开放的。据此,哈贝马斯提出如下的假设:“以合法律性为中介的合法性之所以可能,是因为产生法律规范的程序也是在道德实践之程序合理性的意义上是合理的,是在这意义上合理地实施的。合法律性地合法性之所以可能,是因为法律程序与服从其自身程序合理性的道德论辩之间的一种相互交叉。”<sup>②</sup>“只有以程序主义方式提出的道德理论和正义理论,才许诺一种对原则进行论证和评价的公平程序。”<sup>③</sup>规范论证和有约束力之规则的运用中的公平性观念,是通过从道德角度判断实践问题的一些程序,在现行法律、立法程序和司法程序之间确立起建构性联系。这个公平性观念构成了实践理性的核心。具有赋予合法性力量的是一些程序,这些程序把进行论证的要求以及论辩地满足这些要求的途径加以建制化。这种纯粹的、先于任何建制化的程序所具有的合理性,是根据道德的观点是否在其中得到恰当阐述而加以评价的。罗尔斯的契约协议模式、科尔伯格的角色承担模式、阿帕尔和哈贝马斯的道德论辩程序模式,都属于这种程序主义正义理论。这三种模式的出发点都是康德传统,但它们用来阐明公平意志形成过程之程序的模式各不相同。前两种模式存在一个共同的缺点:“没有充分重视道德判断要求承认的认知上的有效性。根据契约模式,道德洞见被等同于具有合理选择性质的决定;根据角色承担模式,道德洞见被等同于身临其境的理解行动”。只有道德论辩程序模式,是“把道德论辩本身理解为合理的意见形成过程的恰当程序”<sup>④</sup>。“程序主义的法律和对于原则的道德论证,是相互蕴含的。合法律性只有在如下程度

① 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》,第583页。

② 同上书,第567页。

③ 同上书,第577页。

④ 同上书,第578—579页。

上才能产生合法性：法律秩序对随着法律实证化而产生的论证需要作出反思的反应，作为这种反应的结果，一种能受到道德商谈影响的法律的决策程序获得了建制形式。”<sup>①</sup>

### （三）法律的道德内容

一种以有义务进行论证的实证法的形式来行使的统治，其合法性始终来源于法律的形式属性中隐含的道德内容。哈贝马斯在“泰纳演讲”中说，道德不再像理性法理论所设想的那样作为一套超实证规范高悬在法律之上，它进入了实证法之中，但并没有与之重合。<sup>②</sup>他赞同德沃金将现代法律分为规则和原则两个层次，许多法律原则，“同时既具有法律性质，也具有道德性质。自然法的道德原则在现代立宪国家中已经成为实证法”<sup>③</sup>。

20世纪90年代初期他再次强调，法律与道德内容上可以重叠。他在一篇附记中论述了法律的道德内容，并把法律规范分为三类，不同类型法律规范的道德内容有较大差别。第一类，在压制性、补偿性的命令和禁令中，各种规范的道德内容的相对分量体现为公民对于相应的违规现象的反应——公民方面的非正式的非议或谴责和法庭所施加的制裁——的强度。对违规和犯法进行分类惩罚，可以被理解为对道德内容的法理学权衡。诸如杀人、伤害、偷窃等基本犯罪现象，被认为是道德上应谴责的。第二类，在与奖赏或转让有关的法律——诸如同再分配性质的赋税和资源指派的政策有关的法律，以及同集体物品之再分配和提供的政策有关的法律，则是以一种道德上中立的方式指向那些被认为主要取向于成本—收益计算或干脆是“需要”的人们的。未能做到立法者意图中的行为控制在道德上并不是“可谴责的”。但是，奖赏或转让类法律规范不一定缺少、通常确实不缺少道德内容，因为它们是道德上得到论证的法律纲领的组成部分。<sup>④</sup>第三类，诸如赋予像社团、大学、专业协会等准公共性团体以具体权能的中间性程序规范，是介于充满道德内容的规则和很大程度上非道德化的规则之间的。行使这些权能要遵守的程序和形式要求，有时候也扩展到与道德有关的行为，比如，提供信息和关怀的责任，排除不恰当斗争手段的责任，等等。<sup>⑤</sup>在哈贝马斯看来，“作为正确法律的标准，道德的作用首先在于立法者的政治意志形成过程，在于公共领域的

① 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治的商谈理论》，第580页。

② 同上书，第583页。

③ 同上书，第567页。

④ 同上书，第254页。

⑤ 同上。

政治交往”<sup>①</sup>。法律中的道德，说明道德内容被转译成法律规则，并且被提供另外一种有效性模式。“内容上的重叠，并不取消在后俗成论证层次上、在现代世界观多元主义条件下不可逆转地分化开来的法律与道德之间的界限。”<sup>②</sup>道德内容移入法律之中并不意味着任何对法律的直接的道德化。“以同一条商谈原则作为基础的法律基本规范和道德基本规范，在内容上是相互交叉的。”<sup>③</sup>他主张：“植入实证法之中的道德拥有一种自调性程序的超越力量，用这种力量它对自己的合理性进行审核。”<sup>④</sup>

为破解法治国危机，哈贝马斯长期思索复杂社会法律与道德之间的关系，在对康德、卢曼、韦伯、德沃金、哈特、罗尔斯等人观点或吸收或批判的基础上，提出了法律与道德范畴上的并列说、功能上的互补说、内容上的交错说等观点。他所提出的程序主义道德观、法律的道德程序等观点不易理解但又令人印象深刻。尽管其商谈理论与交往理论有近似乌托邦的性质，但他关于法律与道德关系的思考及其主要观点颇具启发意义。法律与道德之并列说、互补说、交错说对我们理解法治中国建设中提倡的法治与德治相辅相成、相得益彰不无助益。哈贝马斯是为破解西方法治国危机而思考法律与道德的关系，我们今天是为建设法治中国思考法律与道德的关系，足见法律与道德关系问题在不同国家、不同发展阶段中对国家治理而言都是不能回避的重要问题，需严肃认真对待。

（责任编辑：韦海波）

① 参见哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，第254页。

② Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, p.207.

③ Ibid.

④ 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》，第609页。

An early form of this concept is found in the ancient Indian literature of Veda. Upaniṣads have put forward the thought of Brahman and Ātman. Buddhism has put forward the concepts of dharma and consciousness. Vaiśeṣika has put forward the concept of padārtha. Sāṃkhya has put forward the theory of prakṛti and puruṣa. Vedānta has put forward the theory of advaita, etc. All these involve the concept of “substance”. These concepts of “substance” have shown the views of the ancient Indian philosophers on the essential problems of the phenomena of nature and life, and to some extent, they reflect the ideological tendency of some social strata.

**Key words:** substance; Brahman; Brahmanism; Indian philosophy; oriental culture

- Guo Xiang's Theory of “Being” and Its “Self-generation” and “Self-transformation”: A Study under the Visual Field of Traditional Time View *HUANG Shengping*

**Abstract:** Being, self-generation and self-transformation are the core categories of Guo Xiang's philosophy. In his *Annotation of Zhuang Zi*, the subject of self-transformation is not only individual objects, but also components of them, or even each instantaneous points. The self-transformation of individual things is based on the movement of the primordial matter, and the primordial matter itself can also become the main subject of self-transformation. Guo Xiang's view of time has the characteristics of tradition and classicality, which constitutes a basic theoretical background for the development of his theory of self-transformation. From the perspective of time, not only the process of the self-transformation of individual objects (and their parts and instantaneous points) but also the course of constantly changing of all things will be revealed more deeply.

**Key words:** being; self-transformation; self-generation; self-identity; universal identity

- Spirit, Phenomena and Normative: On Methodology of Wittgenstein's Philosophy of Psychology *HE Minnian*

**Abstract:** Philosophy of psychology is one of the most essential parts in the process of Wittgenstein's “transition”. The awareness of the spiritual-limited nature of philosophy impels him to conduct the transformation on researching purpose from describing objectively on logical structure to investigating normatively on our everyday speech acts. He tries to, with back to phenomena and everydayness, reveal the intrinsic semantic nature of spiritual order including the normative aspects in its personal-transition by means of the grammatical investigation on our ordinary perceptual expressions. This is one of critical backgrounds of his late philosophy.

**Key words:** Wittgenstein; spiritual locality; perceptual order; pragmatics-normative

- Relationship Between Law and Morality in Complex Society: Jürgen Habermas on Solving the Crisis of Western Methods of Governance *PENG Fenglian*

**Abstract:** Complex society is a pluralistic society in which there is integration and competition of different belief systems and interests through the market. Jürgen Habermas tried to answer the problem “how is legality possible” through demonstrating the relationship between law and morality in complex society, and hoped to solve the crisis of the western rule of law. There are common reference points and differences between law and morality. He advocated parallel legal and moral relationship through criticizing Kant's copy theory of the subordination of law to morality. The morality of autonomy and the practice of relying on argument are of complementary relationship. He demonstrated the interlaced relationship between law and morality from the

moral procedure of law and the moral content of law, through criticizing Max Weber's concept of legal rationality. His parallel theory, complementary theory, interlaced theory inspire the relationship between the rule of law and the rule by virtue of our country.

**Key words:** complex society; law; morality

• **Foucault's Bet: The Economic Discourse of the Production of Power-Knowledge** *LI Qiankun*

**Abstract:** The key to Foucault's research on production of power-knowledge lies in his "genealogical bet": what is the relationship between power and economy, and whether power can be reduced to the commodity model. The consistency of Foucault's research on power-knowledge and social critical theory tradition is not only in the theoretical task, but also more important in the methodological creative inheritance. The research on power-knowledge production is based on the methodology of political economics; it is an important addition to the capitalist reproduction process. The three themes of punishment system, population and sex are typical examples of Foucault's research on power-knowledge production. Both the punishment system and the population problem are related to the production of labor under the discipline of power, while sex constitutes the combination of body and population issues, and thus becomes the center of analysis of production of power-knowledge. Bio-politics is the logical completion of power-knowledge production, and its analysis is also closely related to political economy. When the subject under the production of power-knowledge is completely dispelled, Foucault focuses on the relationship between the subject and the truth. This is essential to explore the possibility of subject. Although Foucault wants to transcend Marxist framework of interpretation of power and economy, he must always rely on the resources of economics and even return to the Marxist view.

**Key words:** Michel Foucault; genealogical bet; power-knowledge production; economic discourse; social critical theory

• **Phenomenology of Forgetting: Oblivion and Amnesia** *TANG Man-to*

**Abstract:** Neurosciences or cognitive sciences discuss forgetting, while phenomenologist Paul Ricoeur also discusses forgetting in terms of *oubli*. This article draws resources from Ricoeur to argue for the difference between the neuro-scientific and the phenomenological discourses of forgetting. In the former discourse, forgetting is nothing other than amnesia, whereas in the latter discourse, forgetting refers to the pre-reflective experiences of oblivion in our daily life. I conclude by sketching that the ancient Chinese character *wang* expresses both meaning.

**Key words:** forgetting; oblivion; amnesia; Ricoeur; phenomenology

• **The Consciousness Myth** *Galen Strawson*

**Abstract:** There was no significant increase in the discussion of consciousness in philosophy after Chalmers published a paper on "the hard problem" in 1995. In fact, since modern times, especially since the establishment of materialism in natural science as a dominant metaphysics nearly 400 years ago, the interest in "mind-body problem" in philosophy has never gone away. On the contrary, the discussion of the crux of this problem has never stopped. Actually, as most of the best (most vivid, insightful) work lies in the further past, the idea that an explosion of interest in the problem of consciousness in the philosophy world since the phrase "hard problem" became famous is a myth, although the interest in the problem of consciousness in science world (psychology and