

哈贝马斯法律商谈理论的深层困境*

——基于法律与宗教关系的视角

徐步华

(安徽师范大学法学院,安徽芜湖 241002)

关键词: 哈贝马斯; 法律与宗教; 合法性; 合法律性; 法律商谈理论

摘要: 在前现代范式下, 宗教为法律提供合法性来源。基于理性化和宗教世俗化的现代法律范式自17世纪产生以来最为核心的问题就是: “后传统(后形而上学)” 法律的合法性何以可能? 哈贝马斯拒绝将“后传统社会” 法律还原为政治权力或道德的两种解决方案, 并重点批判了第三种方案即将法律的合法性基于合法律性之循环论证的困境。为了解决后者的缺陷, 他提出了世俗社会法律与宗教关系的模式——法律商谈理论, 认为合法律性可以基于商谈原则使法律合法化。但法律商谈理论将法律的合法性基于商谈程序, 也未能使法律充分合法化, 因为其最终退回到一种类似于宗教的整全性信念之上。由此, 现代法律可以独立于宗教或形而上学世界观而合法化这一现代社会共识本身甚至都遭致质疑。

中图分类号: D90 **文献标志码:** A **文章编号:** 1001-2345(2021)06-0121-11

The Deep Dilemma of Habermas's Discourse Theory of Law—From the Perspective of the Relationship between Law and Religion

XU Bu-hua (School of Law, Anhui Normal University, Wuhu Anhui 241002, China)

Key words: Habermas; law and religion; legitimacy; legality; discourse theory of law

Abstract: Under the pre-modern paradigm, religion provides the source of legitimacy for law. Since the emergence of modern legal paradigm in the 17th century, the most important question is: how can the legitimacy of posttraditional or postmetaphysical law be possible? Habermas refuses to reduce the law of “posttraditional society” to political power or morality, and criticizes the dilemma of the third solution, that is, the circular explanation of the legitimization of law based on legality. In order to solve the defects of the latter, he puts forward the model of the relationship between the law and religion in the secular society – the discourse theory of law, which holds that the legality of law can legitimize the law based on the discourse principle. However, the discourse theory of law basing the legitimacy of law on discourse procedure, also fails to fully legitimize the law, because it finally returns to a kind of comprehensive belief similar to religion. As a result, the modern social consensus that modern law can be legitimized independently of the religious or metaphysical worldview itself has even been questioned.

法律与宗教之间的关系已成为一场持续辩论的主题。与早期神学试图将宗教或上帝作为法律的基础(法律的合法性来源于宗教或上帝)不同, 现代辩论的参与者几乎没有人主张一种神学或宗教的法律合法

*收稿日期: 2020-09-14; 修回日期: 2020-12-23

基金项目: 国家社会科学基金重点项目(14AZD135); 安徽省教育厅人文社会科学研究重大项目(SK2015ZD17)

作者简介: 徐步华(1976-), 男, 安徽庐江人, 博士, 副教授, 硕士生导师, 主要研究方向为法哲学与国际法。

性。法律学者和哲学家们似乎都有一种现代共识,即世界已经“祛魅”了。世界不能再在整全性的^①宗教或形而上学的世界观下被视为一个完整、有意义的整体,法律也不能再以其宗教或形而上学的基础而合法化。总之,当代共识假定了法律和宗教分离以及法律之世俗基础的现代范式。

哈贝马斯也投入这场辩论之中,甚至成为这场辩论的中心。然而,目前关于哈贝马斯这方面的研究分别在法律和宗教两个相互分离的领域中进行,前者以法律商谈理论和程序主义法律观为中心,^[1-5]后者则聚焦于哈贝马斯宗教观的相关观点的分析评述,^[6]而鲜有将二者结合起来的研究。^[7-8]鉴于此,本文从法律和宗教关系的视角出发,梳理分析哈贝马斯对现代法律的合法化危机和合法性证成的理论阐述,反思其法律商谈理论在“后传统”法律合法化论证方面存在的困境。

一、现代法律范式的合法化危机:哈贝马斯的批判

在前现代范式下,宗教定位法律并使之合法化。托马斯·阿奎那的法律理论构成了中世纪关于法律如何在现代范式下达到基督教标准的经典论述。基于对上帝存在的理性证明,他认为宇宙是由永恒的神的理性支配的,“所以上帝对创造物的合理领导,就像宇宙的君主那样具有法律的性质。”^{[9]106}永恒法就是主宰宇宙的神的理性。他进一步认为,人法是不合法的,除非它符合自然法的要求,而自然法只不过是理性动物对永恒法的参与。通过自然法,人类与永恒法或神的理性有着客观的联系。自然法为确定法律效力提供了标准,因此,“如果法律是非正义的,它就不能存在……如果一种人法在任一点与自然法相矛盾,它就不再是合法的,而宁可说是法律的一种污损了。”^{[9]116}总之,在前现代的法律观念下,法律的有效性最终取决于宗教真理(永恒法或神的理性)。宗教构成法律合法性或正当性的来源。

现代范式是对宗教改革后宗教多元化的一种反应,试图在启蒙理性观念的基础上为法律寻找替代性的统一基础,即以法律的世俗合法性取代前现代范式下的宗教合法性。在现代范式下,法律的世俗合法化试图将法律和宗教分离为不同的自主领域,以便一个国家内多元化的宗教传统可以共存。它以马克斯·韦伯的社会理论和法律社会学为依据,认为社会的理性化消除了法律之宗教和形而上学的合法性,并将法律与政治和道德区分开来。现在法律必须基于其法律性加以合法化。^②哈贝马斯对“后传统”法律合法性的探讨始于韦伯。但他认为现代法律存在着“合法化的危机”,因为到目前为止,实证法学派、批判法学派和自然法学派等都未能为现代法律提供充分的“后传统”合法性论证。

(一) 合法性不能还原为法律性的形式程序

现代社会秩序是通过实现教会和国家的相互分离以及通过“对宗教的私人化和对世界的祛魅这一双重过程”得以实现的。^{[10]222}自韦伯以来,社会理论一直假设理性化即理性取代宗教的过程,理性化意味着去神秘化和去神圣化。韦伯认为,西方文化的特点是“特有的理性主义”^{[11]15},这导致“世界的祛魅”。在祛魅之前,宗教和形而上学的世界观对整个生活作了整全的解释;生活还没有分化为各种领域。但现代化和理性化导致整个社会分化成一系列不可通约的部分,宗教对世界的整全性解释逐步解体,并沦为私人领域的个人主观选择问题。因此,世界的“祛魅”是现代性的一个特征,意味着西方国家从宗教神权社会向世俗社会的转型。

韦伯在其理性化理论的基础上,提出了现代法律合法化的来源问题。他重点阐述了西方文化理性化在法律等不同“生活领域”内对合法性基础的作用。他区分了四种基本类型的合法化:一是基于传统;二是基于情感(尤其是信仰);三是基于价值理性;四是基于法律性。^{[12]36}然而,理性化已将前三种类型减少到最低限度。他声称,“今天最常见的合法性形式是对法律性的信念,即遵守形式正确的、以通常

^① 本文中“整全的或整全性的”对应于英文 comprehensive 一词。国内学者对罗尔斯 comprehensive doctrines 有整全性学说、全整论说、完备性学说等不同译法,笔者倾向于整全性学说这一译法。所谓整全性学说即“一个涵盖所有公认的价值和美德的相当精确阐述的思想方案”。参见 John Rawls, *Political liberalism*, Columbia University Press, 1996, p. 175.

^② 法律性(legality)和合法性(legitimacy),有学者分别译为“合法性”和“正当性”。

方式制定的法令。”^{[12]37}换言之，合法律性是根据构成实证法的公认程序产生的；不必符合任何实质性的正义标准。从这个意义上说，合法律性构成了合法性，由于它“源自于有关各方的自愿同意”和（或）“由一个被认为具有合法性、因而理应服从的权威所强加”。^{[12]36}当然，韦伯也强调，自愿同意的合法性与通过权威强加的合法性之间的区别是相对的，譬如在民主政体中，多数人往往通过多数主义原则将同意强加给持不同意见的少数人。^{[12]37}此外，合法律性，不论是否是民主决定的，都可以还原为遵守在现存政体中被认为是合法的程序。因此，在一个理性化的社会中，经济、官僚和法律的生活领域将基于合法律性而合法化，因为其他合法化基础，无论是传统的、情感的，或价值理性的（道德的、宗教的、形而上学的），都因社会理性化而大大削弱。

韦伯想要解决的问题是，当宗教和传统失去了合法化的力量，现代法律如何才能宣称其合法性。法律是否能超越道德，或者法律是否与道德有了另一种联系？韦伯认为形式理性是现代法律的基础，从而解决了这一问题。韦伯提出了一种实证主义的法律概念，并声称法律可以通过其合法律性而合法化。如前所述，合法律性仅仅意味着遵循实证法制定的形式过程（即通过在现存政体下被认为是合法的某些程序），而无需满足任何实质性的正义标准。而且，法律不能从道德或整全的宗教或形而上学的世界观中汲取任何合法化的力量。社会和法律的理性化消除了这些传统或价值理性的合法化基础。“法律就是政治立法者——无论民主与否——按照一个法律上制度化的程序而制定为法律的东西……现代法必须能够仅仅根据自己的形式特征来为以法律形式行使的统治提供合法性。”^{[13]219}法律具有自身的独立合理性，既不能还原为道德，也不能还原为政治权力。因此，韦伯将法律从道德实践理性中分离出来，并将法律等同于按照既定程序制定的实证法。

哈特等其他法律实证论者也同意韦伯的观点，认为法律具有独立于政治和道德的自主性，法律是“基于立法程序之合法律性来进行合法化”的，法律规则的规范有效性“仅仅是根据是否遵守法律所规定的立法程序来衡量的”。^{[14]202}哈特声称，法律是由承认规则确立的。承认规则“具体指明某一或某些特征，一个拟议中的规则拥有这些特征，就可以被决定性地认证为这一群体的、由它所施加的社会压力为后盾的规则”（例如，成文宪法或立法机构制定法），但它不一定包含实质性道德原则。^{[15]94}哈特认为，违背道德命题的法律命题仍然是有效的法律。尽管法律规则和道德规则之间往往存在着契合性，但法律作为一项规则是有效的，只要它是根据社会中的给定程序制定的并且符合该程序。仅仅因法律规则可能与道德标准相冲突这一事实不足以使其作为一项法律而失效。而在奥斯丁的法律实证论中，整个法律被剥夺了规范性质，仅仅被赋予工具性的特征：它被看作是主权者的命令。^{[13]263}对哈特和奥斯丁来说，法律的有效性并不取决于它的道德价值；法律的有效性来自于称职的立法者遵守适当的程序。因此，法律是一个社会事实。可见，上述这些理论家对什么是有效的法律提出了类似的形式或程序定义。他们似乎有一种广泛的共识，即法律只是一个与道德没有内在联系的实证制定问题。法律的合法化独立于道德和政治权力，合法性是通过法律规定的程序来实现的。

哈贝马斯同意韦伯关于现代法律需要新的合法化理由的分析。他说，在宗教世界观背景下，法律起先拥有一种神灵基础，被视为一个神灵天国秩序或一个天然世界秩序之一部分，但世界的祛魅使法律失去“形而上学的尊严和不可违背性”。^{[14]146}但他拒绝了实证法理论，并断言，法理型权威作为一种合法性的地位因韦伯对“信念”这一不充分的实质性概念的依赖而受到损害。法理型权威要求主体相信其“合法律性”，即“相信立法形式和执法形式的正确程序”。他担心，合法性的信念因此会萎缩为合法律性的信念，只不过是“诉诸作出一种决定的正当程序”而已。这就使得程序本身“受到要求合法化的压力”，^{[16]98}也就是说程序本身必须合法化，即理性地加以辩护。而且，仅仅基于对合法律性的“信念”不足以为法理型统治提供适宜的动机基础：在某种程度上，对现存秩序的固定不变信念类似于（并最终倾向于蜕变为）传统型或魅力型权威模式，如果追随者相信一个有魅力的领导者，那么法律作为一种政治组织模式就相对没有必要了。这是因为法律只有一个形式上的程序外壳，而没有实践道德的实质。^{[17]265}

因此，在哈贝马斯看来，韦伯的合法律性理论是合法性循环。^{[7]471}他指出，“如果合法律性只意味着与

实际存在的法律秩序相一致,而这一秩序作为任意颁布的法律,又不对实践道德辩护开放,那么对合法性信念如何才能产生合法化的力量,目前仍不清楚。只有当我们已经预先假定了法律秩序的合法性时,对合法性信念才能产生合法性。”^{[17]265}换言之,相信某些程序会产生有效的法律并不能使其合法化;合法性信念本身并没有合法化。这些程序本身必须合法化。同样,哈贝马斯也拒绝上述其他实证主义理论,因为这些理论仅仅根据一套现有的正式程序来界定合法性,而没有使这些程序合法化。

(二) 法律不能还原为道德

一些自然法传统学者反对现代法律的实证主义倾向,认为法律与道德密不可分,合法性不能仅仅基于形式合法,而忽略了实质性的证立理由。哈特的主要对话者和批评者富勒在《法律的道德性》(1969年)中提出了对任何有效法律制度之道德特征的看法,即所谓的法律内部道德。他认为,通过审视任何法律体系中必须得到更充分维护的某些形式特征或程序,^①这些特征(例如法律的可理解性和法律必须公之于众)体现了法律固有的道德目的和结构。为了获得广泛的遵守,法律需要这些特征来使其得到全体公民的接受。此外,任何法律结构都必须确保尊重人的尊严,并将人作为自己行动的主体,所有这些都是道德目标。由于法律的目的是为了社会的平衡,富勒认为这个目标本身就是道德的。

哈贝马斯同意法律与道德之间存在密切关系,不过,他认为,尽管法律与道德具有同源性,但现代社会的法律与道德“已经从传统的伦理生活中分化出来”,在后形而上学的论证层次上,法律规则和道德规则“是作为两个虽然不同但相互补充的类型的行为规范而并列地出现的”。^{[14]105}因此,他认为,法律也不能还原为道德,合法性应当具有道德之外的合法化基础。他指出,将法律还原为道德的结果“不仅源于植根于意识哲学的某些前提,而且也源于从自然法继承下来的形而上学遗产,即实证法从属于自然法或道德法”。^{[14]84}法律从属于道德是一种前现代的法律观念,它消除了法律的工具维度(即伦理-政治的和实践的维度),破坏了法律与道德之间的互补关系。

尽管存在着这种互补关系,但法律是一个独立的领域,从法律和道德在社会中发挥的不同功能中可以看出这一点。在这方面,哈贝马斯强调,道德和法律尽管有着共同的参照点,但它们由于以下事实而区别开来:“后传统的道德仅仅表达一种文化知识,而法律除此之外在制度层面上具有约束力。法律不仅是一种符号系统,也是一种行动系统。”^{[14]107}他也不同意韦伯的主张,即法律和道德是完全分开的。他反驳说,即使是现代法律也离不开道德。法律实践不仅渗透着道德的观点,甚至现代法律的非道德理论也具有道德的视角。他考察了韦伯资产阶级形式法之合理性的三个维度:即规则合理性、选择合理性和科学合理性,并论证了形式理性这三个方面都得到了道德假设的支持,换言之,在韦伯的思想中,道德实际上为法律提供了合法化的力量。^{[13]224-227}在哈贝马斯看来,法律和道德是相辅相成的。虽然法律不能沦为有缺陷的道德,但它需要公正的道德观点,作为检验自身合理性的自我规制程序的一部分。他坚持法律的规范性含义,即法律必须基于其道德基础。如果不关联道德标准,法律就不可能合法化。^{[18]932}总之,法律与政治和道德有关,但又有别于政治和道德,法律需要一个不同的合法化基础或理由。哈贝马斯的理论工作旨在试图把握在宗教世界观或其他形而上学秩序中失去传统道德基础的法律的道德本质。

(三) 法律不能还原为政治权力

与实证法理论不同,第三种“后传统”法律理论拒绝在程序上或实质上理性证立法律的可能性,并将法律还原为政治。总的来说,这些理论认为,无论是合法性还是道德,都不能为法律提供合理的合法性。相反,他们认为法律不能理性地合法化;它是对政治权力的一种主张。例如,对霍布斯来说,“实证法说到底还是政治权力行使的一种组织手段”。^{[13]270}及至当代,批判法学派反对关于法律和道德可以建立在一种非政治性的证立方法或程序上,而且法律系统可以从体现一种可理解的道德秩序而客观地加以辩护的说法。法律秩序只是权力斗争或实际妥协的结果。因此,他们主张“纯粹工具性地利用法律实践和法

^① 即富勒所提出的法律内在道德之八项原则:一般性(普遍性)、公之于众、非溯及既往、清晰性(可理解性)、不矛盾、可为人遵守、稳定性、官方行为与法律的一致性。参见富勒著,郑戈译:《法律的道德性》,商务印书馆2005年版,第55-107页。

律原则来推进左倾目标”。^{[19]567}类似地，一些女性主义法律理论家声称，占主导地位的道德和法律原则反映了男性的偏见，创造了一些新的依附结构和统治形式。^{[14]420}因此，在他们看来，合法性不是一种独立的合法化形式，而是一种政治权力的主张。法律不能因其合法性（或道德有效性）而合法化；法律仅仅可以解释为被赋予权力的群体（尤其是富有的白人男性）的制度化偏见。

哈贝马斯反对任何将法律还原为政治的企图。因为这意味着法律被消解在政治之中，而且政治权力的本质也将因此被破坏：政治权力不能再发挥法律权威的作用。他强调，“一种完全受政治支配的法律将失去其赋予合法性的力量。一旦合法化成为政治自己的成就，我们就放弃了我们的法律概念和政治概念。”^{[13]267}对他来说，社会的理性化消除了作为合法化基础的宗教和形而上学的世界观，但它并没有将法律和道德还原为政治，而是同时导致了法律、道德和政治领域的分化。

与韦伯、批判法学派和一些女性主义者相反，哈贝马斯主张政治是一个实践理性的问题，在经过修正的古典意义上，我们可以就建立一个公正的社会所需要的规范达成理性的主体间共识（即交往理性取代实践理性）。所有的“实践问题是完全可以作公正的判断和合理的决定的”，^{[14]109}包括法律、道德和政治。而且，“实践取向之确定，如果不免于批判的宗教或形而上的世界观作为后盾，最终必须从理性商谈，也就是反思形式的交往行为本身中获得。”^{[14]98}在民主的法律生成之交往行为中，就伦理政治的理由影响着构成法律生成的理性同意而言，政治是法律的一部分。^{[7]473-474}然而，道德和实践的理由也影响着这一同意。因此，法律不能还原为政治，法律的有效性不能从其实证性或从政治中得到。

综上，哈贝马斯赞同韦伯对现代法律合法性的一些分析：合法性必须为现代法律提供合法性，因为社会的理性化消除了宗教和形而上学的合法性，并将法律与道德和政治等其他生活领域区分开来。因此，法律不能还原为道德（如某些自然法理论）或政治权力（如批判法学派），但法律的合法性并不完全独立于政治和道德，它们是对法律的一种补充。然而，哈贝马斯强调了韦伯以及其他实证法论者这一合法性定义的循环性。法律实证主义者不能使这些声称使法律有效的程序要求合法化，他们依靠的仅仅是对现有法律程序之合法性的主观信念。

二、基于商谈原则的法律合法性：哈贝马斯的法律商谈理论

为了解决现代法律范式的合法化危机，哈贝马斯认为合法性可以基于商谈原则使法律合法化。商谈原则声称，所有受法律规范影响者自愿的主体间同意为合法化提供了基础。因此，其法律商谈理论试图对合法性悖论的出现提供一种截然不同的、可以说是非循环的解释。

哈贝马斯的法律商谈理论明确基于现代共识，即法律必须独立于宗教或形而上学的世界观而合法化。他以韦伯的社会理论和法律社会学为依托，认为西方文化的日益合理化已经令世界祛魅，因此法律需要一种后形而上学的论证。社会已分化为许多生活领域（包括经济、政治、法律和道德）。这些领域的特点是基于不同的理性类型，以不同的价值观或目标为导向，需要不同的理性化基础或理由。一旦消除了宗教和形而上学的世界观作为法律的正当理由，法律就必须以一种看似自相矛盾的方式合法化：借助其合法性（即通过基于某些形式程序的实证法）来合法化。^{[7]461-462}由于在现代复杂和多元社会中，整全的世界观和具有集体约束力的伦理已经瓦解，而法律与其他领域一样，也已经分化出来，需要有自身的合理理由即合法性。因此，“在法律的实证性下，合法性问题并没有消失，它只是转移到与形而上学和宗教世界观脱钩的后传统世俗伦理的狭隘基础之上。”^{[13]268}然而，残留下来的“后传统”良知道德不再能够为曾经根植于宗教或形而上学的自然法提供足够依据，哈贝马斯的结论是，“民主的立法程序显然是合法性的唯一后形而上学的来源。”但他强调，这一结论又引出另外一个问题：“但是，是什么使这一程序具有其合法化的力量呢？”^{[14]448}因此，他敏锐地认识到，对现代社会和法律的这种描述性解释提出了一个规范性问题：现代法律合法化的根源到底是什么？

尽管哈贝马斯依赖于韦伯的社会理论，但他拒绝韦伯实证主义的合法化理论，认为它是一种循环论

证,并对韦伯的社会理性化理论进行了修正。哈贝马斯从社会批判理论的视角出发,提出了另一种后形而上学或“后传统”解释的合法性,作为理性化的社会中法律合法化的基础。与韦伯一样,法律的合法性或正当性必须来自于其本身的合理性,因为法律不能还原为政治或道德。与韦伯不同的是,法律必须通过所有受影响者的主体间同意而合法化,因为理性化的过程也使生活世界的客观、社会(主体间)和主观维度产生分化。生活世界的理性化意味着,规范和价值从整全的世界观(如宗教)中解放出来,并且越来越对不同的阐释开放。规范和价值观的合法性取决于对它们达成理解的过程。^{[20]12}因此他认为,合法性是建立在公民参与制定法律和宪法规范的基础之上的,而不仅仅是因为相信这些规范(即对法律性的信念)。总之,“在后形而上学的条件下,唯一合法的法律是从平等享有权利的公民的商谈性意见形成和意志形成中产生的法律”。^{[14]408}

一旦宗教和形而上学的世界观被消除,哈贝马斯认为,法律的合法性最终取决于一种交往安排:作为理性商谈的参与者,法律同伴必须能够审查一个有争议的规范是否得到(或有无可能得到)所有可能受影响者的同意。^{[14]104}以前以传统和稳固的伦理习俗为基础的共识正被理性的主体间共识所取代。这标志着现代生活世界的理性化,除了生活领域的理性化和分化外,还意味着(韦伯所忽视的)主观、客观和主体间的理性化。^{[17]340}“从交往行为理论的角度来看,我们可以说,法律这个子系统,作为一种已经具有反思性的合法秩序,属于生活世界的社会组成部分。”^{[14]80}在这些条件下,合法化的真正基础即理性的同意愈加彰显,并增强了对“实证法的合法化需求”。^{[14]95}换言之,世界的祛魅消除了法律“客观”合法化的可能性。假设理性仍然具有一定的非主观意义,那么主体间同意就必须成为合法性的仲裁者。合法化因而发生在达成理性的主体间同意的过程中。合法之法的内容是事先未知的。合法化的重要问题由此转变为产生理性的主体间同意所需要的程序合理性。因此,对什么使法律有效这个问题的答案取决于一个程序上的、主体间的确认过程,这个过程是内在于法律的。

哈贝马斯提出的商谈原则乃是一种程序。它具体规定了在何种条件下,理性的同意才能产生合法的(主体间理性的或公平的)行动规范(法律、道德和政治的实践规范)。^{[7]475}哈贝马斯总结了这一新的有效性程序标准:“只有那些所有可能相关者都可以作为理性商谈的参与者而达成一致的行为规范才是有效的。”^{[14]107}他将“行为规范”定义为“暂时地、社会地和实质性地普遍化了的为期待”;“相关者”指的是其利益可预见地受到行动规范后果影响的人;“理性商谈”包括旨在达成理解的任何努力,只要其发生在使得“话题与建言、信息和理由的自由处理成为可能”的交往条件下。^{[14]107-108}或者说,哈贝马斯谈到一种“平等地符合所有人利益”的规范。这一规范将合理地为大家所接受,因为“所有可能的相关者都应当能够基于充分的理由接受这一规范。但是,只有在理性商谈的语用条件下,才能清楚地认识到这一点,在理性商谈中唯一起作用的是基于相关信息的更好论据的令人信服力量。”^{[14]103}

商谈原则是所有规范的证成原则,道德和法律这两个领域都分别利用商谈原则作为验证道德主张(通过道德原则)和法律主张(通过民主原则)有效性的程序。道德原则和民主原则是商谈原则分别在道德领域和法律领域的具体应用。道德原则以平等考虑每个人利益的普遍化原则为道德规范辩护。由于现代多元社会不能再依靠单一的宗教或世界观作为解决道德冲突的基础,哈贝马斯提出普遍化原则作为多元社会的道德原则。普遍化原则旨在迫使人们普遍交换角色,“约束所有相关者在利益平衡中采纳所有其他人的观点”,米德称之为“理想角色扮演”或“普遍性商谈”。^{[21]65}换言之,人类或一个假定的“世界公民共和国”是基础规范的参照系,形成这些规范的决定性原因必须是“原则上能够为每个人所接受”。^{[14]108}虽然法律商谈理论是以商谈伦理学为模型的,但“道德实践商谈的启发式优先性,甚至法律规则不得与道德规范相矛盾的要求,并不直接意味着法律商谈应该被视为道德论辩的一个子类。”^{[14]230}

哈贝马斯认为,道德原则的作用是“充当合理地决定道德问题的论辩规则”,^{[14]110}而民主原则“只适合于法律规范”^{[14]111}。民主原则基于实用的、伦理-政治的和道德的理由为法律规范辩护,而不是仅基于道德理由。与康德的实践理性论说将合法性建立在可普遍化的道德有效性的基础之上(而有使法律从属于道德之虞)不同,哈贝马斯将实践理性重建为实用理性、伦理理性和道德理性三个层面,并通过民主

原则，将实践理性的诸形式与法律商谈联系起来。^{[22]154}在他看来，道德理由并不是法律合法性的惟一证成理由。因为法律商谈还必须考虑到伦理-政治理由，这些理由为“我们各自的”政治共同体的生活形式提供了基础规范。法律规范表达了真正的集体自我理解，必须原则上为所有分享“我们的”传统和强有力价值态度的成员所接受。法律商谈也必须考虑实用的理由，因为它试图实现“彼此竞争的价值取向和利益立场之间的合理平衡”，其参照系力求考虑到“直接涉及的全部社会团体或文化团体”来磋商妥协方案。^{[14]108}归结而言，尽管道德理由为法律决策提供了不偏不倚的规范性观点，但伦理-政治理由使这些理由与历史情境相关联，而实用理由则有助于在相互竞争的立场之间达成妥协。因此，法律既有不可随意支配性或非工具性（道德）维度，也有工具性（伦理-政治和实用）维度，为其规则制定提供依据。可见，韦伯正确之处在于，“只有尊重法律的内在合理性，才能保证法律系统的独立性”。但是，由于法律一方面内在与政治有关，另一方面内在与道德有关，法律的合理性并不仅是一个法律问题。^{[13]259}法律与政治和道德“相互渗透”，但又有别于政治和道德，因此，法律需要一个不同的合法化基础或理由。

最后，回到前面哈贝马斯所提出的那个问题：“民主的立法程序显然是合法性的唯一后形而上学的来源。但是，是什么使这一程序具有其合法化的力量呢？”哈贝马斯以其商谈理论作出解答：“民主程序使得议题和建言、信息和理由的自由流动成为可能；确保了政治意志形成的商谈性质；并因而论证了这样一种可错论的假设：从正当程序中产生的结果，或多或少是合理的。”^{[14]448}概言之，哈贝马斯提出了一种法律商谈理论，来解释理性的主体间同意如何使与政治和道德有关但又有别于政治和道德的法律合法化，同时又避免了韦伯解释的循环性。其法律商谈理论的核心是建立在商谈原则基础之上的一种程序主义的合法性概念：“对法的程序主义理解强调民主的意见和意志形成过程的交往前提和程序条件是合法化的唯一来源。它（指程序主义观点）不相容于柏拉图主义观点，即实证法可以从一个更高的法律那里获得其合法性，同样也不相容于经验主义者观点，即否认任何超越立法决定之偶然性的合法性。”^{[14]450}换言之，经由商谈程序的中介，法律与道德之间的关系不仅得以勾连，而且还消解了法律从属于道德或法律臣服于政治的弊端。^{[22]205}因此，法律商谈理论试图弥合实证法学提供的对法律的描述性解释（即法律只是由威胁或制裁支持的统治者命令——观察者视角）与正义哲学提供的对法律的规范性解释（即法律是合理证立的，以致于所有公民都能接受——参与者视角）之间的缺口。

三、程序主义的法律合法性：哈贝马斯法律商谈理论的困境

尽管哈贝马斯的法律商谈理论在韦伯的基础上推进了法律合法化的现代论证，将韦伯建基于“形式合理性”之上的“基于法律性的合法性”模式改造成建基于“程序合理性”之上的“基于法律性的合法性”模式，^{[22]201}构建起一种程序主义的商谈论合法化理论，但一些学者认为他对“后传统（后形而上学）的法律合法性何以可能”这一问题的解答并未令人满意。

（一）世俗化偏见和理论框架的狭隘性

哈贝马斯的法律商谈理论，在对纳入民主立法和决策过程中的各种类型的公共商谈的讨论中，宗教话语或者宗教贡献起着关键作用的话语都未提及。^{[14]157-168}一些学者反对哈贝马斯的公共领域理论，指出他的理想言语共同体是一个单一的公共领域，而不是一个多样性的公共领域。他也倾向于过分强调协商一致（即共识）作为理性商谈之结果的重要性，而不是考虑不同和相互竞争的公共领域之间的关系。此外，他将宗教视为“理性批判话语之诅咒”的观点也遭致人们反对，因为这是建立在他的误解之上，即“宗教包含着的一套与理性无关的庞大僵化和一成不变的教条”，而且，他“否定了自我批判性的宗教话语的可能性”^{[23]290}，忽视了当代宗教和神学“将启蒙运动的批判原则纳入宗教本身和神学反思”^{[24]74}这一事实。哈贝马斯对理性和宗教的两极化立场使人们无法理解各种宗教传统中关于教义、解释和经文的理性辩论。

哈贝马斯的观点也反映了现代社会一种错误的偏见或者倾向：将宗教等同于信仰，而将形形色色的宗教实践排除在外。实际上，规定日常行为和仪式行为的规则在历史上构成了许多宗教传统的核心部分，

而这些规则已深入生活的公共领域,包括已经渗透进法律之中。在现代世俗社会中,一种普遍的倾向认为法律和宗教是无关的,除非它们不时地发生冲突。“世俗化理论”意味着随着社会的现代化,逐渐从宗教规范走向一个完全的世俗法律制度。从世俗法的观点来看,宗教被认为在很大程度上无关紧要,甚至被视为冲突或纷争的来源,宗教作为前现代或“原始”文化的一种非理性遗迹将逐渐消失;而宗教的延续,特别是宗教的复兴,则是对世俗法的一个挑战。然而,这种设想法律与宗教之间关系的方式是相当狭隘的,在某些方面存在根本缺陷。从历史上看,在许多社会中,法律与宗教之间有着密切的联系,在某些情况下还延伸为一种认同。法律与宗教之间的结构和历史联系继续存在于现代性之中。这些联系表明,法律作为本质上世俗的概念是非常不符合时代的,应当以更大的怀疑和批评来看待。^{[25]5325}

除了偏颇的世俗化观点之外,哈贝马斯的法律商谈理论未涉及宗教在其中的作用的一个现实原因在于其理论框架的狭隘性:宗教有效性主张既难以纳入道德商谈范畴,也难以归入伦理商谈范畴:实际上,它们似乎破坏了他对这两类商谈的区分所依据的普遍和非普遍有效性主张之间的范畴区分。宗教有效性主张动摇了普遍和非普遍有效性主张之间的根本区别。^{[26]191-192}这意味着哈贝马斯的理论框架必须进行修正,以便容纳宗教的话语和影响力,进而为现代法律的合法性提供更坚实的基础。

(二) 合法性论证的循环性

美国学者特鲁兰认为,哈贝马斯基于程序合理性的合法律性可以使法律合法化的观点也是一种循环论证。^{[7]477-478}韦伯试图仅仅通过它的实证性来定义法律,因为它是由被认为是合法的既有程序制定的。韦伯还否认道德或政治为法律制定过程提供了任何输入。然而,哈贝马斯做了韦伯没有做的两件事。他提出了两个论点:一是支持韦伯对合法律性的程序性定义(这是一种对形式上理想言语情境的实用论证,是主体间达成同意所必需的);二是找出使法律合法化的实质性理由(道德的、伦理政治的和实用的)的来源。特鲁兰认为,尽管哈贝马斯对韦伯做了修正,但他并没有解释清楚,所有的程序要求如何在一个实际的交往共识中得到满足进而获得其合法性的。交往共识这一事实似乎必须,既要证明理想言语情境得到了满足,又要证明有关法律是合法的。二者无法分开并单独进行证明。因此,我们没有办法知道,独立于从实际商谈中所产生的实际主体间同意,法律是否合法,以及理想言语情境是否得到满足。更为关键的问题是,主体间同意具有无限循环性。由于某些当事方没有充分了解所提议的法律规范的事实情况或可能后果,就产生了交往共识;而随后发生的事件和调查可能促使他们提出达成新的交往共识的要求,而新的交往共识也会有其他一些未知和可能的缺陷(即这一过程将无限地继续下去)。

哈贝马斯认为,如果在合法的立法商谈过程中得到所有公民的同意,法律就是合法的。在现代复杂多元社会中,确保所有人的利益都得到平等的考虑,不仅难以操作,而且不太现实。此外,赋予法律规范合法性的实用理由、伦理-政治理由和道德理由彼此之间存在可能的冲突。尽管法律规则可能不会违反道德规范,但我们如何知道,要求“合理平衡相互竞争的价值取向和利益立场”的实用理由和考虑到“我们的”传统的伦理-政治理由,并没有凌驾于那些在达成主体间同意的过程中需要“平等考虑每个人利益”的道德理由之上?

这些问题似乎给哈贝马斯带来了进退两难的局面。要么人们可以独立于实际的主体间同意而使一部法律合法化,因为他们知道理想言语情境得到满足以及有关法律是合法的;要么人们必须仅仅相信,商谈的程序性要求将为合法化提供一个合理的基础,而不论理想言语情境是否得到满足以及有关法律是否合法。在第一种情况下,主体间同意变得不必要,而在第二种情况下,哈贝马斯的法律商谈理论就像韦伯那样是循环的。因此,哈贝马斯的法律商谈理论未能充分解释主体间同意是如何使法律合法的。其结果是,合法律性并不能基于主观或主体间的理性理由而合法化。

(三) 程序主义的局限性

哈贝马斯认为复杂社会中的社会粘合剂是以关于合法律性和政治权力行使程序的共识为基础的。^{[27]135}他认识到韦伯所描述的社会群体的分裂及其对社会凝聚力和政治意志形成的破坏性影响,但拒绝回归宗教或自然法观念。作为对社会解体的一种补救,他主张法律程序的概念,使社会能够保护主体的权利,

实现共同利益，同时保持基本社会结构的多样性。然而，即便是哈贝马斯更为细致和全面的程序主义，最终也面临着接受有争议的实质性规范假设的必要性，以便有助于解决那些分裂政体成员的冲突。^{[28]793}换言之，哈贝马斯所阐述的商谈理论，依赖并预设了实质性和伦理性的考虑，而不是完全程序性的或形式化的，不受实质性伦理承诺的任何玷污或污染。^{[29]1129}

事实上，哈贝马斯的程序主义法律范式最终未能产生纯粹的程序正义，也未能全面解决民主与正义之间的冲突。^{[28]793}一些学者质疑，假设从实际商谈中没有产生主体间的同意，那么，如何决定所讨论的法律是否合法？哈贝马斯认为，如果商谈原则的程序要求得到满足，就会产生一致意见。然而，很难指出一种特定情境，在其中一致和自愿的主体间同意实际发生，并且是经常性的。因此，法律商谈理论的程序要求，要么无法经常满足，要么不可能满足。例如，立法者可能会基于主观偏好或利益（实用理由）或美好生活的观念（伦理-政治理由）来选择行动方针。在任何一种情况下，商谈都不能产生一致和自愿的主体间同意。虽然理想言语情境是一种虚拟假设的调节思想，但有什么共识足以使一条法律合法化呢？堕胎问题是重大和广泛分歧的一个明显例子。分歧的两极是：一方声称堕胎权确立了妇女的自主和平等，而另一方则声称所有堕胎都是谋杀。事实上，主体间理性的同意是强者一方的意志，在一个民主国家，就是多数人的意志。因此，在实践中，哈贝马斯的理论似乎与批判法学和女性主义法学的理论相似，法律最终又被还原为政治。

在哈贝马斯理论的框架内，合法化的工作并不是由被辩护的价值的假定“来源”或“起源”来完成的（就像大多数宗教或道德理论的情况那样），而是通过从普通的道德直觉中提取这种价值的程序的独特特征来完成的。然而，它引发了这些程序本身的“来源”或合法性问题。这正是哈贝马斯的理论所显示出的局限性。^{[30]299}因为，当被迫解释该程序理性概念是从何而来时，哈贝马斯的交往理性理论最终无法避免地退回到一种被否认的教条主义形式，这种教条主义类似于它应该取代的那种宗教绝对主义。^{[30]301}换言之，为了解决程序主义的困境，他又陷入了对整全的世俗主义信念的支持。

（四）世俗主义信念的整全性

哈贝马斯明确反对对整全性的宗教作为现代法律的合法性来源，然而在一些学者看来，他对现代法律的合法性证成最终依靠于一种类似于宗教的整全性信念的支撑。因为他将其程序性法律范式一方面与广泛的社会愿景相关联，同时具有规范和描述两种成分，^{[14]437}不仅包括描述性内容（关于社会当前状况的经验主张），而且还包括规范性内容（关于社会应如何组织和公民应如何行事的规范主张）；另一方面，这种法律范式还必须“表达了对整个法律共同体的自我理解”。^{[14]223}这就使其很难与整全的或宗教的信仰区分开来，进而破坏哈贝马斯提供一个主体间理性的法律合法性的努力，并违反他对世俗化的规范理解。回顾哈贝马斯对世俗化的规范性阐述，它要求法律必须独立于宗教的或整全的信仰而合法化。

即使法律范式可以区别于整全信念，哈贝马斯的法律商谈理论也是内在不一致的，并且要求建立一个整全的或宗教的信念。^{[8]215}例如，在法律商谈中，能否就善的生活或全球幸福的整全性概念进行讨论并达成一致？如果可以的话，合法化的基础也可能成为商谈的主题。在这一点上，哈贝马斯注意到，“一般来说，个人权利为了适合于构建一个法律共同体并能够为该共同体的自我组织提供媒介，应该满足哪些条件，这必须从民主原则的角度依据商谈原则加以具体规定。”^{[14]111}然而，上述表述“一般来说，个人权利为了适合于构建一个法律共同体……应该满足哪些条件”可以说符合整全性学说的特点，即“渴望适用于任何地方，把所有的价值观都设定成一个单一的方案，并使用特定的推理方法，而这些方法通常无法说服外人”。^{[31]17}因此，与哈贝马斯对社会祛魅的看法相矛盾，其程序主义的法律观在一定程度上隐含着对类似于宗教或形而上学世界观的整全性观念的依赖。

四、结 语

哈贝马斯对法律与宗教之间关系的论述建立在韦伯所开创的现代范式的基础之上，即世界已经祛魅，

以及法律必须独立于宗教或形而上学的世界观而合法化。然而,哈贝马斯关于法律合法化必须是后形而上学的,法律因而必须独立于宗教或形而上学的世界观而合法化的主张,在美国学者特鲁兰看来,并不能成立,法律并不能独立于宗教或形而上学的世界观而合法化,^{[7]464}特鲁兰甚至对法律可以独立于宗教或形而上学世界观而合法化这一现代社会共识提出质疑,同时试图揭示现代法律如果要有任何理性的合法性就必须有宗教和形而上学的理据的可能性。

但特鲁兰可能走得太远了,而且对哈贝马斯法律商谈理论的批判也存在偏颇之处。一方面,正如有学者所强调的,法律、道德和宗教之间存在许多结构上的相似之处,因为每个领域都要求对信徒的生活拥有权威和服从,每一个领域都通过概念传统和仪式传统进行自我再生产,每一个领域都要求普遍性和整全性。^{[32]5366}宗教和道德对他们的支持者来说,仍然在对人类生活最近和最终的善的主张方面是整全性的。这种结构上的相似性一定程度上使得哈贝马斯的困境难以避免。

另一方面,哈贝马斯基于对世俗化的规范性阐述,强调法律的证成和适用必须与宗教和整全信仰隔离开来,才能保持理性。他认为,整全和宗教的信仰是不合理的,因为它们不能在主体间得到证实。尽管他的论述有类似于宗教的整全性嫌疑,但即便如此,哈贝马斯的整全性信念与宗教的整全性是有很大的不同的。因为在他的法律商谈理论中,现代社会理性化和世俗化的前提是显而易见的。毕竟,交往理性对所有参与者都施加了公共理性的附带条件;公共领域必须对那些从宗教中汲取他们的道德见解的公民开放,但人们期望这些公民以一种世俗的语言向所有公民提出支持其政策主张的论据,而不论他们私下是否坚持整全性学说。因此,关键不在于哈贝马斯是否存在或多大程度上存在整全性的观念,而在于现代法律的合法性是建立在整全性的世俗合法性还是整全性的宗教合法性之上。

更为重要的是,特鲁兰并未将哈贝马斯对“后世俗社会”法律与宗教关系的论述纳入分析范畴。哈贝马斯对世俗化理论和宗教在当今社会的作用进行了反思,并在理论上进行了修正和调整,出现了所谓的宗教转向,^[33-36]提出了后世俗主义的视角,这允许哈贝马斯持更为积极和开放的态度来看待宗教在现代法律合法性构建中的地位和作用,并将法律商谈理论纳入更具包容性的理论框架之中。

参考文献:

- [1] 艾四林,王贵贤.法律与道德——法律合法性的三种论证路向[J].清华大学学报(哲学社会科学版),2007(3):67-72.
- [2] 高鸿钧.走向交往理性的政治哲学和法学理论(下)——哈贝马斯的民主法治思想及对中国的借鉴意义[J].政法论坛,2008(6):50-79.
- [3] 王明文.程序主义法律范式:哈贝马斯解决法律合法性问题的一个尝试[J].法制与社会发展,2005(6):128-134.
- [4] 闫斌.哈贝马斯法律合法性思想研究[J].政法论丛,2015(4):107-113.
- [5] 王立峰,李海滢.法律合法性的批判与超越——韦伯与哈贝马斯的法政治学思想比较[J].法制与社会发展,2008(4):109-115.
- [6] 张庆熊,林子淳.哈贝马斯的宗教观及其反思[M].上海:上海三联书店,2011.
- [7] Mark C. Modak-Truran. Habermas's Discourse Theory of Law and the Relationship between Law and Religion [J].Capital University Law Review, 1997, 26: 461-482.
- [8] Mark C. Modak-Truran. Beyond Theocracy and Secularism (Part I): Toward A New Paradigm for Law and Religion [J].Mississippi College Law Review, 2007, 27: 159-233.
- [9] 托马斯·阿奎那.阿奎那政治著作选[M].马清槐,译.北京:商务印书馆,1963.
- [10] Eduardo Mendieta. Rationalization, modernity and secularization [C]//Barbara Fultner. Jürgen Habermas: Key Concepts. New York: Routledge, 2014.
- [11] 马克斯·韦伯.新教伦理与资本主义精神[M].于晓,等译.北京:三联书店,1987.
- [12] Max Weber. Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology [M]. Berkeley, CA: University of California Press, 1978.
- [13] Jürgen Habermas. Law and Morality [C]//Sterling M. McMurrin. The Tanner Lectures on Human Values: Vol. 8. Salt Lake

- City: University of Utah Press, 1988.
- [14] Jürgen Habermas. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*[M]. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.
- [15] H. L. A. Hart. *The Concept of Law*[M]. Oxford, UK: Clarendon Press, 1994.
- [16] Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*[M]. Thomas McCarthy (trans.). Cambridge, UK: Polity Press, 1988.
- [17] Jürgen Habermas. *Theory of Communicative Action: Vol. 1*[M]. Boston, Mass.: Beacon Press, 1984.
- [18] Klaus Eder. Critique of Habermas's Contribution to the Sociology of Law[J]. *Law & Society Review*, 1988, 22(5): 931-944.
- [19] Roberto M. Unger. The Critical Legal Studies Movement[J]. *Harvard Law Review*, 1983, 96(3): 561-675.
- [20] Mikael Spång. *Emancipation, Democracy and the Modern Critique of Law: Reconsidering Habermas*[M]. London: Palgrave Macmillan, 2018.
- [21] Jürgen Habermas. *Moral Consciousness and Communicative Action*[M]. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.
- [22] 孙国东. 合法律性与合道德性之间: 哈贝马斯商谈合法化理论研究[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2012.
- [23] M. Dillon. The Authority of the Holy Revisited: Habermas, Religion, and Emancipatory Possibilities[J]. *Sociological Theory*, 1999, 17(3): 290-306.
- [24] Francis S. Fiorenza. The Church as a Community of Interpretation: Political Theology between Discourse Ethics and Hermeneutical Reconstruction [C]//Don Browning and Francis S. Fiorenza. *Habermas, Modernity and Public Theology*. New York: Crossroad, 1992.
- [25] Winnifred Fallers Sullivan. Law and Religion: An Overview [M]//Lindsay Jones. *Encyclopedia of Religion*, 2nd Edition. Farmington Hills, MI: Thomson Gale, 2005.
- [26] Maeve Cooke. Salvaging and secularizing the semantic contents of religion: the limitations of Habermas's postmetaphysical proposal[J]. *International Journal for Philosophy of Religion*, 2006, 60(1): 187-207.
- [27] Jürgen Habermas. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State [C]//Amy Gutman. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- [28] Michel Rosenfeld. Can Rights, Democracy, and Justice be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law[J]. *Cardozo Law Review*, 1996, 17: 791-824.
- [29] Richard J. Bernstein. The Retrieval of the Democratic Ethos[J]. *Cardozo Law Review*, 1996, 17(4-5): 1127-1146.
- [30] Carlo I. Accetti. Religious Truth and Democratic Freedom: A Critique of the Religious Discourse of Anti-Relativism [C]//Jean L. Cohen and Cécile Laborde. *Religion, Secularism and Constitutional Democracy*. New York: Columbia University Press, 2016.
- [31] Ulf Zackariasson. A critique of foundationalist conceptions of comprehensive doctrines in the religion in politics-debate [J]. *International Journal for Philosophy of Religion*, 2009, 65(1): 11-28.
- [32] Michael Kessler. Law and Religion: Law, Religion, and Morality [M]//Lindsay Jones. *Encyclopedia of Religion*, 2nd Edition. Farmington Hills, MI: Thomson Gale, 2005.
- [33] Jürgen Habermas. Faith and Knowledge [C]//Jürgen Habermas. *The Future of Human Nature*. Cambridge: Polity Press, 2003: 101-115.
- [34] Jürgen Habermas, Joseph Ratzinger. *The Dialectics of Secularization: On Reason and Religion*[M]. San Francisco: Ignatius Press, 2006.
- [35] Jürgen Habermas. *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*[M]. Cambridge: Polity, 2008.
- [36] Jürgen Habermas. Notes on a post-secular society[J]. *New Perspectives Quarterly*, 2008, 25(4): 17-29.

责任编辑: 张昌辉