

凤凰文库·人文与社会系列

LAW IN MODERN SOCIETY

现代社会中的法律

[美国] R. M. 昂格尔 著 吴玉章 周汉华 译



凤凰文库
PHOENIX LIBRARY

凤凰出版传媒集团
PHOENIX PUBLISHING & MEDIA GROUP

译林出版社
YILIN PRESS

凤凰文库·人文与社会系列

LAW IN MODERN SOCIETY

现代社会中的法律

[美国] R. M. 昂格尔 著 吴玉章 周汉华 译



凤凰文库
PHOENIX LIBRARY

凤凰出版传媒集团
PHOENIX PUBLISHING & MEDIA GROUP

译林出版社
YILIN PRESS

图书在版编目(CIP)数据

现代社会中的法律/(美)昂格尔(Unger, R. M.)著;吴玉章,周汉华译.

—南京:译林出版社,2008.5

(凤凰文库·人文与社会系列)

书名原文:Law In Modern Society

ISBN 978-7-5447-0514-1

I. 现… II. ①昂… ②吴… ③周… III. 社会法学—研究 IV. D90-052

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第023784号

Copyright © 1976 by Roberto Mangabeira Unger

Chinese language edition arranged with Roberto Mangabeira Unger through Shanghai

Copyright Agency

Chinese language copyright © 2001 by Yilin Press

著作权合同登记号 图字:10-2006-340号

书 名 现代社会中的法律

著 者 [美国]R. M. 昂格尔

译 者 吴玉章 周汉华

责任编辑 府建明 陈 叶

装帧设计 武 迪 姜 嵩 顾晓军

出版发行 译林出版社(南京市湖南路47号,邮编:210009)

网 址 <http://www.pspress.cn>

集团地址 凤凰出版传媒集团(南京市中央路165号,邮编:210009)

集团网址 凤凰出版传媒网<http://www.ppm.cn>

经 销 江苏省新华发行集团有限公司

照 排 南京新博览文化发展有限责任公司

印 刷 江苏新华印刷厂

开 本 960 mm × 1304 mm 1/32

印 张 8.5

字 数 216千

版 次 2008年5月第1版

印 次 2008年5月第1次印刷

标准书号 ISBN 978-7-5447-0514-1

定 价 28.00元

图书如有印装质量问题,可随时向我社出版科调换。

出版说明

要支撑起一个强大的现代化国家,除了经济、制度、科技、教育等力量之外,还需要先进的、强有力的文化力量。凤凰文库的出版宗旨是:忠实记载当代国内外尤其是中国改革开放以来的学术、思想和理论成果,促进中西方文化的交流,为推动我国先进文化建设和中国特色社会主义建设,提供丰富的实践总结、珍贵的价值理念、有益的学术参考和创新的思想理论资源。

凤凰文库将致力于人类文化的高端和前沿,放眼世界,具有全球胸怀和国际视野。经济全球化的背后是不同文化的冲撞与交融,是不同思想的激荡与扬弃,是不同文明的竞争和共存。从历史进化的角度来看,交融、扬弃、共存是大趋势,一个民族、一个国家总是在坚持自我特质的同时,向其他民族、其他国家吸取异质文化的养分,从而与时俱进,发展壮大。文库将积极采撷当今世界优秀文化成果,成为中西文化交流的桥梁。

凤凰文库将致力于中国特色社会主义和现代化的建设,面向全国,具有时代精神和中国气派。中国工业化、城市化、市场化、国际化的背后是国民素质的现代化,是现代文明的培育,是先进文化的发展。

在建设中国特色社会主义的伟大进程中,中华民族必将展示新的实践,产生新的经验,形成新的学术、思想和理论成果。文库将展现中国现代化的新实践和新总结,成为中国学术界、思想界和理论界创新平台。

凤凰文库的基本特征是:围绕建设中国特色社会主义,实现社会主义现代化这个中心,立足传播新知识,介绍新思潮,树立新观念,建设新学科,着力出版当代国内外社会科学、人文学科、科学文化的最新成果,以及文学艺术的精品力作,同时也注重推出以新的形式、新的观念呈现我国传统思想文化的优秀作品,从而把引进吸收和自主创新结合起来,并促进传统优秀文化的现代转型。

凤凰文库努力实现知识学术传播和思想理论创新的融合,以若干主题系列的形式呈现,并且是一个开放式的结构。它将围绕马克思主义研究及其中国化、政治学、哲学、宗教、人文与社会、海外中国研究、外国现当代文学等领域设计规划主题系列,并不断在内容上加以充实;同时,文库还将围绕社会科学、人文学科、科学文化领域的新问题、新动向,分批设计规划出新的主题系列,增强文库思想的活力和学术的丰富性。

从中国由农业文明向工业文明转型、由传统社会走向现代社会这样一个大视角出发,从中国现代化在世界现代化浪潮中的独特性出发,中国已经并将更加鲜明地表现自己特有的实践、经验和路径,形成独特的学术和创新的的思想、理论,这是我们出版凤凰文库的信心之所在。因此,我们相信,在全国学术界、思想界、理论界的支持和参与下,在广大读者的帮助和关心下,凤凰文库一定会成为深为社会各界欢迎的大型丛书,在中国经济建设、政治建设、文化建设、社会建设中,实现凤凰出版人的历史责任和使命。

凤凰文库出版委员会

主编序

这里收入的译著,大多来自“人文与社会译丛”的出版计划,其中有的已经问世多年,有的则还没有来得及印行,现在都被统筹到了新的系列中。

于是又要为此写一篇新序。也好!趁着这个时机,我就来交代一下这套丛书的初始动机。已经事过差不多二十年,所以不妨更加坦诚地披露:自己对于这类著作的心灵饥渴,当年是在街头的人流中突然涌现的。仿佛遭遇了大地震一样,我冷不防近乎绝望地发现,周边再没有什么可以遮风挡雨的,而头脑中更是空空如也——以往读过的那些迂远的智慧书,如今信着全无是处!

这样一来,就势必要从头读起,否则就无力去因应深重的当代危机。正是在这种发奋的心境中,这套丛书既延展了八十年代,又突破了八十年代。无论要为此陷入多少繁琐的细节,我念兹在兹的都一直在于:对于中国问题的解答,甚至对于中国问题的确认,都不能仅凭勇敢与冲动,还同样需要沉潜与周密。

为了咬定这个目标,我主动选择了一条独特的、如今看来也尤其适合我的道路。尽管身陷于官气十足的高等学府,不可能完全自外于

其名利规则,但更其吸引我的却是:由于更需要倚重读者的自由选择,所以中国的出版企业,就总是要超前于它的教育事业。说到底,正是学术出版的民间品格,才是自己长期热衷此道的真实原因。

就这样,在长达十余年的坚持与苦熬中,心血一点一滴地淌下,终于汇成了如今这一汪活水。幸赖译林同仁的通力合作,这套书居然积成了现在的规模。不过,眼下还不到庆功的时候,反而应当老老实实地承认:其实在编辑过程中,慰悦与追悔、惊喜与惊诧,至少是同样的多。无论在确定书目、购买版权方面,还是在申报选题、甄选译者方面,总会蹦出意想不到的困扰,让原有的设想不断地打折和受挫……

幸而,这些点点滴滴的心血,经年累月地流淌下来,还是在顽石上留下了刻痕。正如我的另一套“海外中国研究丛书”,早从坊间走进了北大的讲堂,开拓出了新的博士方向一样,我们这套主攻社会思想的丛书,也已开始成为北大同学的热门读本。在最好的情况下,总还是有可能不仅充当饭桌上的谈资,还会潜移默化他们的文化前理解。

正是在这个关口,我个人的兴奋点,就再次转回了研究室。毫无疑问,翻译工作对于现当代中国,具有别提多大的重要性。可话说回来,就算所有的翻译计划都得以实施,甚至所有的文句都没有翻错,中华民族也不能光靠这一点,就奢言什么文化上的崛起。若无力透纸背的批注,若无激烈抗辩的对话,若无充满想象的发挥,那么,这些历尽艰辛翻译出来的著作,终不过是些抛到水面的瓦片,刚刚溅起表浅的涟漪,就要沉入冰冷的一潭死水了。

要知道,我们这项卷帙浩繁的翻译工程,以及其他性质类似、规模较小的翻译工程,之所以能时时引起心灵的骚动,那无非是因为,当代中国的种种危机,有着无可回避的世界性背景——缘此,那些令我们深感困扰的中国问题,说穿了原本就是世界性的难题。

在这种情势下,也就理应心存这样的念想:一方面,如果自身并无

内在的智慧和思力,那也就没有什么资质和根底,去真正分享别人的智慧,而只会被这些天书把心智搅得更乱;另一方面,一旦真正读懂了这些译著,则注定要发愿去激活这类智慧,并把自己的创造性运思,毫无愧色地回馈给整个世界。

最后,要特别感谢我的长年合作者彭刚,感谢他为此承受的繁难,和为此贡献的耐力——尽管若非遇到这种场合,以我们之间的默契与认同,原不必把这种感激之情说出来,更不要说当着公众的面把它说出来!

刘 东

2008年3月29日于京北弘庐

编者的话

罗伯托·昂格尔这个名字,对于中国法学界来说并不陌生。他出生于巴西,早年做过记者,也曾投身政治活动。后留学美国,以敏锐的洞察力和渊博的学识而引人瞩目,二十八岁便当上哈佛法学教授,成为有史以来最年轻的法学教授。不仅如此,他还是批判法学的代表性人物。早在1977年批判法学正式诞生以前,昂格尔就已发表了两部名著《知识与政治》(*Knowledge and Politics*,1975)和《现代社会中的法律》(*Law in Modern Society*,1976),率先提出要对正统的自由主义思想体系进行“总体批判”,从根本上揭示了自由主义法理学的内在矛盾。其中,《现代社会中的法律》在历史考察和文化比较的基础上,阐述了现代法律秩序的由来和现代法治国的必要条件,典型地代表了他早期的法律思想。这部著作因其立意恢宏、眼光敏锐,而成为当代法律社会学中的一部名著,时至今日,它已经远远超越了批判法学的代表著作的地位,成为一部法理学经典,影响深远。

通过对昂格尔的解读,人们大致可以了解批判法学的基本方法。兴起于20世纪70年代后期并强烈震撼了西方法学界的批判法学运动,根植于西方左派社会理论的土壤,得力于马克思主义、法兰克福学

派、法律现实主义、解构主义等社会思潮的组合力量。它对西方自由主义法律制度进行的攻击和批判构成了对西方社会理论的一场严重的挑战,并催生了当今在西方社会方兴未艾的后现代主义、法律解释学、后结构主义等新的社会理论思潮。

在批判法学的旗帜下汇聚了一批杰出的法学理论家,其中以邓肯·肯尼迪、皮埃尔·施拉格和昂格尔为主要代表,而昂格尔则被称为批判法学的精神领袖。与肯尼迪、施拉格倾向于解构自由主义法学并最终成为后现代法学的重要代表人物不同,昂格尔对自由主义法律制度的批判是从现代主义的角度出发的,他对自由主义法律理论批判的根本目的在于对其进行改造和重构,因此他以热心于建构宏大的理论体系而区别于批判法学和后现代法学的其他理论家。但昂格尔在其法学理论中提倡的所谓地方性的政治、社区性的构建却与后现代主义者的局部研究具有某种相似性。

作为批判法学的主将,昂格尔在本书中首当其冲批判的靶子是自由主义法学。在他看来,自由主义法学把法律看作是中立的正统的社会规范,立法的目的是建立一套中立性的规则。但由于在规则的具体化过程中,不同的价值观念必然发生矛盾,在司法过程中,形式正义与实质正义之间也会出现对立。因此,自由主义的法律观念实质上掩盖了社会矛盾,搞乱了法律与社会秩序的关系。

如何解决这些问题呢?昂格尔在书中提出了超自由主义(Super Liberalism)的概念。他认为应该重新研究法律与社会秩序的关系,建立一种人人自由得到伸张、个个能够参与改变社会结构、社会资本能够得到有效控制、社会团体和个人能够和谐相处的社会体系。这种近似乌托邦式的政治宣言,也说明了昂格尔还没有在现实社会找到自己理论的理想落脚点。

在昂格尔的笔下,法治是被作为社会组织的一种模式来研究的。

他认为,法治的形成不是主观塑造的结果,而是历史和文化演进的结果,它不仅同一个社会中人们所熟悉的社会规范方式有关,也同民族的思维习惯有关。在昂格尔看来,西方主流的自由主义法律理论存在不可避免的深层矛盾,自由主义法律理论首先坚持价值主观性的原则,却试图证明立法有相对客观的价值秩序作指导,或是在无可奈何地承认立法的非客观性之后,又坚持审判可以使用客观的、非政治的推理工具,以为可以避免价值判断对于裁判公正的不良影响,但实际上根本的立场是无法回避的。“自由主义就是最依赖于非人格化规则的社会生活形式,然而,它也是最不能形成和适用这类规则的社会。”相应地,法治作为自由主义社会的法律意识形态,其产生并不是必然的,而是特定文化背景下的偶然因素合力作用的产物,法治本身是用来维护自由主义价值的工具,而绝不是价值中立的。在晚期资本主义,随着社会经济结构的变化,自由主义价值丧失其普适性,法治也开始走向没落。

昂格尔的法治理论特点鲜明、见解深刻,极具批判性和建构性。他对自由主义社会的内在矛盾的批判和对法治危机的揭示,并非意在否定西方法治的价值,而是在于重构法治的理想,促进法律与社会发展的进步。他对自由主义的批判可以从反面引导我们更深入地认识西方法律传统的形成、发展及其在晚期资本主义社会面临的危机;他对法与社会形态的比较研究,尽管带有西方中心主义的立场,但对于当代中国的法治建设仍具有较高的借鉴意义,有利于我们重新审视我国传统的立法观念,认真思考“以德治国”的现代内涵。他至少使我们认识到,在我国建设法治,必须首先建立和完善能够产生法治的一系列条件,且从一开始就应注意克服导致法治解体的矛盾和弊端,因国制宜,在高扬法治理想价值的前提下,建设有中国特色的法治国家。因此,昂格尔鞭辟入里的批判和怀疑精神以及旨在重构人类美好前景

的努力,无论对于西方的法治的重建还是对于中国的法治实现来说,都具有很强的现实意义。

目 录

主编序 1

编者的话 1

第一章 社会理论的困境 1

 社会理论的“历史包袱” 1

 社会理论与政治哲学 3

 社会理论的统一和危机 5

 方法问题 7

 社会秩序问题 19

 现代性的问题 30

 人性与历史 33

 法律 35

第二章 法律与社会形态 38

 问题 38

 三种法律概念 39

 官僚法的产生 48

 国家与社会的分离 48

 社会共同体的解体 50

分工与社会等级制	52
官僚法内部的紧张关系	53
法律秩序的出现	54
多元集团	55
自然法	62
自由主义社会与高级法观念	69
中国问题:一种比较分析	71
假说	71
早期中国的习惯和“封建主义”	72
改革时期:从习惯到官僚法	79
儒家和法家	87
中国经验的局限性:其他文明形态的经验	91
古代印度、伊斯兰教和犹太教的神法	91
古代希腊—罗马的变形	102
法律——对秩序瓦解的一种回应	108
第三章 法律与现代性	115
关于现代化的观点	115
社会形态的比较:一种初步的理论框架	117
要件	117
部落社会	120
自由主义社会	122
贵族社会	125
社会的变革	130
法律与欧洲贵族社会	131
封建主义与自由主义之间	131
等级国家中的法律	134
自由主义社会及其法律	141
共识	141
等级制	144
法律与国家	149
法律、官僚政治和自由主义:德国问题	153

后自由主义社会中法治的解体	162
后自由主义社会	162
福利国家与法治的衰落	163
合作国家及其对实在的、公共性的法律的冲击	169
形式、公平和协作	171
从合法性的后退:再谈德国问题	182
超越自由主义社会	185
现代性的不同形态	187
现代社会比较	187
传统主义的社会	189
革命的社会主义社会	194
现代主义的统一性	197
超越现代社会的法律:两种可能性	200
第四章 再谈社会理论的困境	205
再谈社会理论	205
方法问题	206
社会秩序问题	220
现代性问题	223
社会理论、形而上学和政治	224
索引	226
附录:现代法治国的条件(季卫东)	247
译后记	257

社会理论的“历史包袱”^①

伟大的人物让后继者背上包袱是常有的事。每当政治、艺术或思想领域取得显著的成就时,随之而来并从中受益的一代人,可能会有一种没有什么真正重要的事情值得再去做的无所作为的感觉。他们可能觉得最宝贵的机会已经为前人所把握并转化成了成功的契机。因此,后来者总像是处于困境之中:或者仅仅是伟人们留下的遗产的看管人;或者虽希望独立,但由于对成功缺乏信心,只能将抱负大大压缩,并开始以技术上的熟练性在狭小的领域内进行耕耘。

在理论思想史中,这种困境呈现出一种特殊形式。一方面,即使因为失去独立性而充满内疚,后来者仍成为古典文献的注释者。另一方面,他们也可能谎称以前的时代属于可以不受学科划分的限制进行探索的科学

^① See W. Jackson Bate, *The Burden of the Past and the English Poet* (New York, Norton, 1972), pp. 3—11.

发展的前历史蒙昧时代,并以指责其前辈永远是知识分子中的少数为代价,把专门性的研究作为一种摆脱困境的选择,这种选择可以保护他们,使之避免与他们的前辈进行比较。

这两种对待伟大时代以后问题的态度,都是智力与心力的失败。它们意味着不愿直面伟大的事物,也不敢勇敢和诚实地模仿他们所钦佩的前辈。这种怯弱付出了沉重的代价,它致使学者们陷入一种以对一般理论持防御性的怀疑态度为面具的内在自卑之中。在这种情况下,人们不得不证实其个性的唯一方法是对名家著作的细枝末节进行争辩——寻找出现在黄道带上的巨蟹座光彩,因为它咬住了海格立斯的脚踵^②。

在某些环境下可以或难或易地避免这些倾向。一旦伟大的时代过去很长一段时间以后,人们就比较容易自立。人们在其影响下生活的思想家可能被界定为经典作家。这种把与人们最直接相关的名作界定为经典著作的行为,可能有一种难以理解的解放效应,因为它意味着人们已经能够承认并仿效过去时代的理论家,而同时又保持一种对于自己环境的独特意识以及那些有待完成的任务的尊严。这样,他就不再害怕承认那些经典著作中还没有解决的问题就是他自己的问题,而且可以自由地进入一种与大师比肩的合作关系。

3 前文有关伟大人物与其后代关系的所有陈述,也适用于我们对 19 世纪后半叶和 20 世纪前几十年创立了后来以社会理论著称的那些人的态度,尤其是马克思、迪尔凯姆和韦伯。从他们时代以来的大部分社会思想或者是对他们的学说进行评论,或者是在他们创立的传统内进行专门化的工作。这些专门化的领域离创立者的原始抱负越远,它们越假装具有科学独立性,它们就变得越没有启发作用。

当然,从许多方面来看,我们似乎应该能够开始将马克思、迪尔凯姆和韦伯视为经典作家,并将他们所创立的学说视为经典社会理论,以区别

^② See Joao Mangabeira, *Rui. O Estadista da Republica* (Rio de Janeiro, Olympio, 1943), p. 15.