



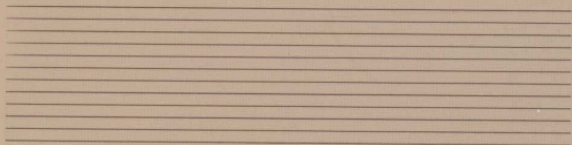
法律理论前沿丛书
FALÜ LILUN QIANYAN CONGSHU

[美] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈◎著
Brian Z. Tamanaha
郑海平◎译

A GENERAL JURISPRUDENCE OF
LAW AND SOCIETY

一般法理学：

以法律与社会的关系为视角



中国政法大学出版社

内容简介

《一般法理学：以法律与社会的关系为视角》是一部从法学理论和社会学理论的角度探讨法律-社会关系的著作。在西方的法学传统中，法律常常被理解为反映社会中的习俗和道德的一面镜子，它的功能在于维持社会秩序。以这种获得了广泛接受的理解为主线，塔玛纳哈教授在本书对西方传统理论中关于法律-社会关系的论述做了回顾，并从理论和经验的层面对这些传统的理解提出了批判。以此为基础，他试图在本书中构建一种用于研究法律-社会关系的新的、一般性的理论框架。同时，塔玛纳哈教授也阐述了如何利用这个框架对当今世界上各种情境中的法律-社会关系加以研究、理解和批判。

塔玛纳哈教授在“法律与社会”学领域做出了杰出的贡献。在这本书中，他试图为法律与社会间的关系建构一个一般性的理论框架。这一努力为一般法理学开辟了一个新的维度，意义重大。该书的出版在西方学术界产生了较大的影响，其中文版的面世也必将使更多的中国读者得以深入了解塔玛纳哈教授的理论努力及一般法理学理论。

——邓正来（复旦大学特聘教授）

这是一部对传统的西方法学理论提出挑战，并在批判的基础上建构新的研究框架的著作。传统的西方法律理论中有一种流行的观点，即法律就像一面镜子一样反映着社会生活，其使命在于维护社会秩序。塔玛纳哈教授对这种流行的观点提出了批判，因为他在非西方社会的实践中看到的完全是另外一回事：法律讲的是一套，社会的运行完全是另一套。甚至对于西方来讲，法律与社会的分离也是经常出现的现象。但作者的任务并不仅仅在于批判，他试图将法学、社会学、政治学和人类学的理论熔入一炉，从法律与社会间的关系这个角度建立一种新的一般法理学。中国正处在社会转型的过程中，在我们追求“法治国家”的目标时，认真读一读塔玛纳哈教授的这本书，是很有益的。

——朱景文（中国人民大学法学院教授）

塔玛纳哈在这本书中提出了一些新颖、激进、而且引人深思的观点……我认为这是一部非常重要的著作。

——威廉·退宁（William Twining）（伦敦大学学院法学院教授）

上架建议：法理学

ISBN 978-7-5620-4271-6



9 787562 104271 >

定价：28.00元

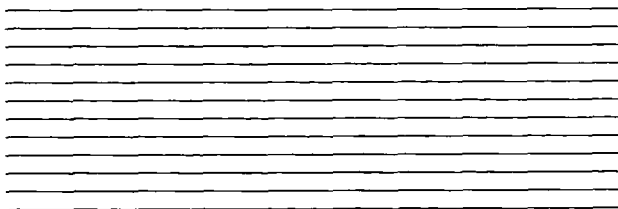


法律理论前沿丛书
FALÜ LILUN QIANYAN CONGSHU

一般法理学：

以法律与社会的关系为视角

A GENERAL JURISPRUDENCE OF
LAW AND SOCIETY



[美] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈◎著
Brian Z. Tamanaha
郑海平◎译



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

一般法理学:以法律与社会的关系为视角 / (美)塔玛纳哈著;郑海平译.
—北京:中国政法大学出版社,2012.5

ISBN 978-7-5620-4271-6

I. ①法… II. ①塔… ②郑… III. ①社会法学-研究 IV. ①D90-052

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第074197号

- 书 名 一般法理学:以法律与社会的关系为视角
YIBAN FALIXUE YI FALÜ YU SHEHUI DE GUANXI WEI SHIJIAO
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 11.25印张 290千字
- 版 本 2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4271-6/D·4231
- 定 价 28.00元

- 声 明
1. 版权所有,侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题,由出版社负责退换。

编委会

顾问委员会（以姓氏拼音为序）

布赖恩·比克斯（Brian Bix，明尼苏达大学法理学教授）

布赖恩·Z. 塔玛纳哈（Brian Z. Tamanaha，华盛顿大学法理学教授）

科斯塔斯·杜兹纳（Costas Douzinas，伦敦大学人权法教授）

大卫·戴泽郝斯（David Dyzenhaus，多伦多大学法理学教授）

劳伦斯·索伦（Lawrence B. Solum，乔治城大学法理学教授）

罗伯特·阿列克西（Robert Alexy，德国基尔大学公法学教授）

芝侬·班考夫斯基（Zenon Bankowski，爱丁堡大学法理学教授）

陈弘毅（香港大学法学院教授）

舒国滢（中国政法大学法学院教授）

颜厥安（台湾大学法学院教授）

朱景文（中国人民大学法学院教授）

主 编

许章润（清华大学法学院教授）

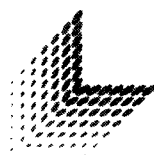
於兴中（康奈尔大学法学院教授）

学术编委（以姓氏拼音为序）

陈柏峰	陈林林	陈景辉	谌洪果	丁 利	丁晓东
范立波	高 杨	侯 猛	胡水君	柯 岚	李桂林
李 娟	雷 磊	雷 勇	毛国权	泮伟江	钱向阳
桑本谦	孙文恺	孙国东	王凌皞	王 旭	汪庆华
徐 斌	徐继强	杨 贝	岳 林	张书友	张芝梅
张 翀	张 艳	章永乐	郑海平	翟志勇	支振锋

执行编委

毕竞悦 李诚予 伊卫风



丛书宗旨

21 世纪以来，当代法理学研究已经进入了百家争鸣、平起平坐的“无王期”。一般法理学、社会 - 法律研究、法律与文学、后现代法学、经济分析法学等新兴学派极大丰富了法理学的内容和视野。这些理论不仅拓宽了法理学的研究范围，也将为法学领域的其它学科带来全新的视野。

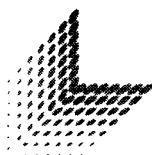
丛书力求突破学派与门户之见，全面介绍当代法律理论各种流派的前沿观点，打造具有国际化视野的法理学丛书，展示社会理论、人权理论、文化理论、环保主义、文学理论这些思潮给法学带来的全新影响，体现当代法理学中学科交叉、理论结合实践的视角，以图为当代中国的社会与法律转型提供新的理论资源。

丛书由 11 位海内外资深法理学学人担任学术顾问，负责为丛书推荐优秀选题和书目，并由中国国内 70 后的法理学青年学人组成学术编委会，计划推出国外法律理论的前沿译著和中国法理学学人的优秀专著。丛书在编务上将充分集思广益，尊重各位学术顾问和学术编委的批评建议，谨慎选择主题、书目和译者作者。译著选择认真负责、译文过硬的译者从事翻译工



作，严格把关翻译质量，力争将每本都做成精品。专著采用学术顾问和编委匿名审稿制度，纯以学术价值为选择标准，不拘一格选拔人才。

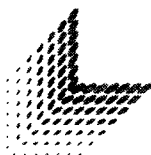
《法律理论前沿》编委会谨识



致 谢

感谢“美国法律文库”前任项目编辑、中国政法大学国际合作与交流处张翀女士为促成丛书出版和前期准备所做的出色工作，没有她的最初规划和积极协调，这套丛书不可能顺利出版。感谢香港张陈钟律师行钟国昌律师、西北政法大学校长助理汪世荣教授、教育部考试中心命题二处戴一飞博士、北京博珩第零文化发展有限公司贺维彤先生为丛书出版提供的协助。哥伦比亚大学约瑟夫·拉兹（Joseph Raz）教授、牛津大学威廉·退宁（William Twining）教授、哈佛大学邓肯·肯尼迪（Duncan Kennedy）教授、南加州大学安德雷·马默（Andrei Marmor）教授也对丛书出版表示了关心并提出了宝贵意见，在此一并致谢。

《法律理论前沿》编委会谨识



中文版序言

这本书的中文版能够面世，我感到很荣幸。同时，我也感谢郑海平先生为了翻译本书所作出的努力。

为了写这篇序言，我重读了本书。我的想法是难以用几句话说清楚的。有些观点，我现在也许可以论述得更好；有些观点，我现在则有点怀疑；还有一些本来也许应该探讨的问题，我却未能在书中加以探讨。但是，总体而言，我对本书还是很满意的。这本书对西方法律理论中的两个基本的假设——法律像一面镜子一样反映着社会，其功能在于维持社会秩序——提出了批判。它并不否认法律事实上可能常常是社会的一面镜子，或者法律常常发挥着维持社会秩序的功能。它只是主张，这些假设在许多社会情境中是不成立的；倘若能够对这些情境加以研究，将大大地丰富我们对于法律与社会的关系的理解。这就是对本书核心论点的一个简要总结。

我不想对书中的内容作任何修改。尽管我是这本书的作者，但这本书有它自己独立的存在。此时的我，也仅仅是一个读者。

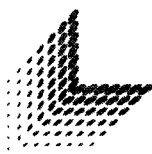
对于本书中文版的读者，我有几句简单的话要说。本书中讨论的理论家、文献，以及观点，几乎完全是西方的。本书的核心主张之一就是：这些观点是有缺陷的，因为它们是以西方人对于



法律的理解为基础的，而这种理解在许多情境下并不成立。遗憾的是，我本人也未能摆脱这个局限——对于西方理论传统之外的思想家和著作，我并不是很熟悉。对本书的一个完全合理的批判是：如果没有普适的知识作基础，就不可能构建任何普适的法理学。我不知道中国人怎么理解法律以及它与社会的关系。所以，如果我所构建的框架不能将中国人对这些问题的理解纳入其中，也完全是可能的。我希望本书中文版的读者们能够指出这些缺陷，并且提出一个更好的框架。要构建一个有着广泛的适用范围的法理学框架，其途径无疑是多种多样的。

布赖恩·Z. 塔玛纳哈

2011年11月20日



编者介绍

在探讨法律与社会的关系的各种理论中，往往包含着一些已经获得广泛接受的假设。在本书中，布赖恩·Z. 塔玛纳哈对这些假设提出了质疑。在其前一本书《现实主义的法律—社会理论》的基础上，作者在本书中进一步地检讨了当代许多学者持有的两个重要观点：一个是本书作者所说的镜像命题（mirror thesis），即“法律是反映社会生活的一面镜子”这种说法；另一个则是法律的社会秩序功能理论——通过制定和实施规则，以及解决纠纷等，法律发挥着维持社会秩序的功能。因此，本书对一些已经获得广泛接受的观点——法律反映着一个社会中的习俗和道德，并且发挥着维持社会秩序的功能——提出了质疑。

塔玛纳哈教授打破了这种传统的观点，认为这种观点建立在关于西方社会的法律的一个错误的假设之上。他认为，这种观点不仅不符合西方社会的法律制度，而且也不能解释由于全球化以及地方性法律制度的传播而引起的种种现象。他的目标就是要构建一个一般的理论框架，以便将这些复杂的情况都能容纳进来。在这样的尝试中，他不仅利用了法学理论，而且广泛采用社会和政治理论，以及社会学和人类学的理论。

这本书代表了一次大胆而且信心十足的尝试。对有些人来



说，本书的观点可能有许多值得商榷之处，甚至有些挑衅意味。但这并不足以否认它的重要性，因为它针对的是社会－法律研究中最根本的一些问题。

凯斯·哈金斯

Keith Hawkins



序 言

尽管本书从性质上来说是一部理论性著作，但最初促使我构建一般法理学（general jurisprudence）的，并不是理论研究，而是我在密克罗尼西亚做律师的经验。密克罗尼西亚的法律和我在法学院学到的法律是截然不同的。我在法学院学到的法学理论告诉我：法律是反映社会生活的一面镜子，它的主要功能在于维持社会秩序。一般而言，法律规范来源于、并且反映着特定社会的习俗和道德。这些理论的问题在于：虽然密克罗尼西亚的法律完全是从美国移植的，而且大多数法律从业者（正如我一样）也是移居国外的美国人，但一个显而易见的事实是，这些理论既不能解释也不能描述密克罗尼西亚的法律。

在那里，人们的习俗和价值观与他们的法律系统和法律规范有很大的不同。举几个例子 [这些例子主要来源于密克罗尼西亚的雅浦（Yap）州]：虽然他们保留着种姓制度（caste system），但是他们的法律却禁止歧视；他们的文化强调“合意”，但是他们的法律制度却采取了对抗的模式；他们认为，防止和打击犯罪需要社区自身作出反应，但国家却垄断了使用暴力的权力，而社区的反应则被当做是非法的；他们生活中的财产权包括占有权、使用权、社区共有（community ownership）等，但是他们的财产



法体系和担保法却建立在诸如不限定继承的不动产 (fee simple)、终生所有权 (life estate)、承继所有权 (remainders) 等普通法的概念之上；他们采用了民主政治体制，但在大多数竞选中，不会有人投票反对候选人，因为任何一个候选人实际上首先需要经过权威领导的批准；他们的官方法律文本使用的是英语，但许多人根本不会说英语（更不用说那些更为复杂难懂的法律语言了）；法院判决中充斥着以美国的普通法和宪法分析为基础的论证，但这些论证对密克罗尼西亚的大多数人来说却是难以理解的；许多人不懂法律，并且害怕法律、规避法律；国家法律在维持社会秩序方面并没有发挥多大的作用 (see Tamanaha 1993b)。对于那里的人们来说，法律好像是一个与自己没有多大关系的、异己的存在；法律关心的主要是政府的运作，只是在偶然的时候才以某些不受欢迎的方式干涉他们的生活。

xii

有了这样的经验，当我重返学术界时，才发现我原来以为很特殊的现象其实并不奇怪。法律移植，无论是通过殖民的方式强加还是自愿地接受，其实都是很普遍的现象。我在密克罗尼西亚所遇到的情况，在世界上其他地方也存在。虽然各地的情形千差万别，但它们有一个共同点：西方关于法律与社会的“标准”理论并不能解释那里的现象。有人可能认为，因为这些极端的例子只存在于非西方的社会中，所以不值得重视。但是，我们不应该忘记，无论从人口还是从地域上来说，西方只占这个世界的相对较小的一部分。

目前，没有一种理论能够以一种令人满意的方式解释这些现象。事实上，这些现象在很大程度上被法学理论家们忽视了。造成这种现状的原因很明显：这些理论是西方法律学者们创造出来的，而这些法律学者（正如我一样）是通过观察他们自己的社



会中的现象而得出结论的。

但是，如果我们进一步细究，如果我们去观察那些由移民构成的社区、“血汗工厂”，以及西方大城市存在的那些无法无天的“黑社会组织”，我们就很容易发现：这些“标准”的理论甚至不能解释西方社会自身的情形，尽管它产生于西方社会。如果考虑到全球化的影响，以及在地方的和跨国的层面不断涌现的各种形式的法律，西方法学理论的这种不足就更为明显了。虽然法律社会学以及法律人类学等研究领域的学者们已经注意到了这些现象，但是他们并没有利用法学理论来解释这些现象，而他们自己也未能提出一些可以解释这些现象的可行的理论。与此同时，法律理论家们仍然重复着那种使他们感到满意的陈词滥调——法律是社会的一面镜子，它的功能在于维持社会秩序。他们无视复杂的、支离破碎的现实，而将不符合他们的理论的现象统统当做微不足道的例外情形或者变体。

问题（同时也是挑战）在于：我们能否将所有这些复杂而多样的现实纳入一个统一的框架。如果没有这样一个框架，我们永远无法理解密克罗尼西亚、西方以及介于二者之间的种种情形，也不可能通过比较它们而得出一些有益的成果。这就是我们需要一般法理学的原因。我们没有理由认为，只有一种适合于西方社会的基本理论，而没有（或者有无数的）理论可以解释其它地方的情形。在xiii没有一般法理学的情况下，我们却不得不接受这样的现状。

一般法理学的特点及问题

“一般法理学”是对**现实**法律的研究。它的正当性在于这样一种理念：“法律是在所有社会中都可以发现的一种社会机制，它体现为一系列类似的特征”（Gavison 1987：28）。其基本的观



点是：在所有的法律制度之间存在着一些共同的要素和概念，这些共同点是它们之所以成为法律体系的内在要求；而一般法理学的任务就是发现并分析这些要素和概念。一般法理学对于理解、比较和改善世界各地的法律具有重要的意义。大约在两个世纪前，实证主义者杰里米·边沁（Jeremy Bentham）和约翰·奥斯丁（John Austin）首先发起了构建一般法理学的尝试，此后这种尝试被诸多学派继承。但遗憾的是，尽管学者们为此作出了种种努力，但这一目标迄今尚未实现，而且许多学者事实上已经放弃了这种努力。^{〔1〕}

除了 H. L. A. 哈特（H. L. A. Hart），以及近来的威廉姆·退宁（William Twining），晚近以来很少有法学理论家试图构建一般法理学。“在英语国家，虽然存在着一些例外，但传统的实证主义、规范法律哲学、批判法学研究、后现代主义以及法律的经济分析，似乎都经历了一个狭隘的、向内看（inward-looking）的阶段”（Twining 1996：119）。造成此种近乎“自恋”的现象的原因之一，就是传统西方法理学者们热衷于构建一个普适的一般法理学的做法往往包含着一些令人难堪的言外之意：这种做法似乎有点像过去的帝国主义。当前很流行的文化相对主义和后现代主义都强调地方性，而认为不存在什么具备普遍性的东西，对建立普适标准的做法也保持怀疑。“当前，‘宏大叙事’的方式已经不合时宜了，人们更倾向于考虑某些具体的语境”（Marcus and Fischer 1986：8）。特别是后现代主义，更是坚决地反对任何企图构建一般标准的尝试：

xiv

〔1〕 对于“一般法理学”的历史及主要组成部分，退宁做了非常精辟的阐述。见 Twining（2000：chap. 2）。