

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

罗伯托·曼戈贝拉·昂格尔 著

Roberto Mangabeira Unger

法律分析应当为何？

What Should Legal Analysis Become?

李诚予 译

强世功 校

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

法律分析应当为何？

What Should Legal Analysis Become?

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

法律分析应当为何？

**What Should Legal
Analysis Become?**

罗伯托·曼戈贝拉·昂格尔 著

Roberto Mangabeira Unger

李诚予 译 强世功 校

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律分析应当为何? / (美) 昂格尔著; 李诚予译. —北京: 中国政法大学出版社, 2007. 4

ISBN 978-7-5620-2974-8

I. 法... II. ①昂...②李... III. 法学-研究-美国 IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 046553 号

书 名 法律分析应当为何?
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 9.625
字 数 180 千字
版 本 2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-2974-8/D·2934
印 数 0 001-3 000
定 价 24.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳	邓正来	江 平	朱苏力
吴志攀	何家弘	张志铭	杨志渊
李传敢	贺卫方	梁治平	

执 行 编 委

张 越 彭 江

法律分析应当为何？

What Should Legal Analysis Become?

by Roberto Mangabeira Unger

First published by Verso 1996

Copyright © Roberto Mangabeira Unger 1996

All Rights Reserved.

The right of Roberto Mangabeira Unger to be identified as the author of this work has been asserted by him in accordance with the Copyright, Designs and Patents Act 1988.

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助
中文版版权属中国政法大学出版社，2004 年
版权登记号：图字 01 - 2004 - 2121 号

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

/ 目录 /

1	第一章	本书的主题和纲要
4	第二章	自然科学和社会研究中的洞见与转型
4		一、社会理论和社会科学中的制度可能性
6		二、政治哲学中的制度可能性
10	第三章	民主和实验论
10		一、民主实验论和制度拜物教
13		二、趋同论
17	第四章	民主实验论的实践承诺：从既有的政策 辩论到缺失的规划性对话
17		一、政策辩论的形式与局限
18		二、市场经济的制度形式创新
21		三、工业民主社会的阶级结构
23		四、政治民主的制度形式创新
25		五、公民社会的制度形式创新

28	第五章 对各种替代方案的想像：民主实验论在社会和理论上的种种假设
28	一、社会生活的先天性与后天性
30	二、常规与革命
32	三、现实利益与结构变迁
34	第六章 民主实验论的学科工具
34	一、制度想像的孪生学科
35	二、并不存在的制度经济学
40	第七章 法律思想发展停滞
40	一、当代法律的精神
44	二、当代法律思想的边界
46	第八章 结构变迁起点上的复合实施
46	一、非周期的结构性干预
48	二、缺席的代理人
52	第九章 理性化法律分析的魔力
52	一、法律思想与社会民主
54	二、政策与原则的方法
57	三、理性化法律分析的扩散
59	四、理性化法律分析的反实验主义影响
62	第十章 法律意识的复合结构
62	一、19 世纪法律科学时刻
70	二、理性化法律分析时刻
76	三、法律学说策略化重新解释时刻

79	第十一章 利益群体多元论与理性化法律分析
79	一、两套不相容的法律语汇
81	二、两套话语之间变动不居的界线
85	三、令人忧烦的引申含意
88	第十二章 对类比推理的偏见：理性化法律分析的根基之一
88	一、一个顽固的偏见
89	二、类比推理的各种属性
92	三、对类比推理的偏见缺乏根据
95	第十三章 对权利体制的支持：理性化法律分析的根基之二
95	一、法治和权利体制
97	二、理性化法律分析和权利体制
98	三、法律的两个谱系
100	四、修正性权力
101	五、从相关政策和原则到理论般的概念
103	六、两个法律谱系之间根深蒂固的分歧
111	七、对修正性权力再思考
113	八、当代法律理论的论理结构
115	九、以专断为专断解毒
118	第十四章 进步的悲观改革论：理性化法律分析的根基之三
118	一、保守改革主义

121	二、进步的悲观改革论
123	三、作为社会逆势疗法的理性化法律分析
124	四、实质平等保护的理性失调
135	五、实质平等保护的效率失灵
142	六、因果怀疑论的深化与普遍化：两种政治经济体制下的法律
153	七、理性化法律分析在政治实践上的失败
156	第十五章 居高临下的法官角色：理性化法律分析的根基之四
156	一、司法幻感的历史语境
158	二、审判与理性重构
162	三、摆正司法审判的位置
165	四、法官应当如何裁判？
175	第十六章 神性放弃：舍弃当前理论的错误指导
175	一、成为障碍的理论
176	二、对不确定性的极端夸大
179	三、纯粹分析法学的理论规划
181	四、法律的功能主义进路
186	五、法律的历史——文化主义进路
188	六、神性放弃
190	第十七章 作为制度想像的法律分析
190	一、法律分析修正后的实践目标
191	二、描绘与批判

199	第十八章 扩大的社会民主：自由社会的第一种替代性未来
199	一、制度理想的替代性未来
204	二、扩大的社会民主的路向
204	三、扩大的社会民主的法律与制度形式
210	四、扩大的社会民主的精神与拥护者
212	五、扩大的社会民主的内在不稳定性
215	六、小政治，大民众？
218	第十九章 激进的多头政治：自由社会的第二种替代性未来
218	一、激进的多头政治的路向
221	二、激进的多头政治的法律与制度形式
224	三、自由—共同体主义的精神悖论
227	四、权力移转与不平等在实践上的背反
231	五、工人所有制的警戒
236	六、重构激进的多头政治
240	第二十章 动员性民主：自由社会的第三种替代性未来
240	一、动员性民主的路向
242	二、动员性民主的法律与制度形式
244	三、社会实验主义与人权
248	四、政治德性与政治现实主义

251	第二十一章 理性主义与历史主义的离解分殊运动
251	一、理性主义的衰落
256	二、历史主义的膨胀
260	三、理性主义与历史主义在哲学和社会 理论上的离解分殊
261	四、理性主义与历史主义在法律分析上 的离解分殊
263	五、理性主义与历史主义离解分殊运动 的转向
268	第二十二章 法律思想中的预言与跪拜
268	一、膜拜国家法与探寻潜在道德秩序
271	二、民主实验论反对潜在道德秩序
273	三、一个寓言：犹太人和他们的法律
278	四、现实主义者和理想主义者
280	索 引
298	译后记



第一章

本书的主题和纲要

1

就社会生活的基本条件所产生的争论与冲突，已然出离政治学和哲学的古老论域，而今桎梏于更为精密的专业领地，掩饰于愈发玄奥的专业争辩当中。我们必须由此找到这一冲突，并使之以其转化的形式回归更为广阔的社会生活。

若想在深思之后以清晰的方式自由地为社会前景构建出多种替代方案，我们必须能够对这些替代方案加以想像并进行探讨。如果要有效地想像并探讨这些替代方案，则必须进入这些专业领域的学理和实践之中。我们必须从内部改造这些专业，改变它们与民主社会的公共对话之间的关系。专家们拥有一种他们自己从未正确把握过的高级权威，我们必须让他们放弃这种虚假的权威，代之以技术专家同普通民众相互合作的新型关系。

本书提供了一个例子：尝试着深入法律和法律分析这个

2 法律分析应当为何？

技术领域，并由内部对之加以重构。它要探寻的是，我们可以怎样改变法律分析，使其实现在民主与开明社会中的首要使命——告诉我们作为公民如何设想出关于未来的各种替代性方案，并让人们就这些方案展开辩论。这个问题极其重要，但现状却不容乐观。

就像在过去诸多社会中一样，在当代西方工业民主体制中，法律和法律思想一直是某种文明理想以精细的制度形式展现自己的重要领域。其中，理想必须与利益相互妥协，且理想和利益之间的联姻必须落实在具体的实践安排中。法学说提供了表达和讨论这种实践安排的方式：它能够使这种实践安排得以维系，并随着岁月的推移、经过反复的争论而逐步发展。我们应当如何以一种承认其具有转变可能性的方式，来理解这种已经确立下来的制度与意识形态的安排，从中获取开创未来的力量，并将我们从对现状的迷信中解放出来？

这个问题现在具有更大的冲击力。在我们生活的这个时代：任何构想社会前景的替代方案，都有被贬斥为对历史灾难负责的浪漫主义幻想的风险。我们不再赋予那些斗争性词语以确定的意义。我们再也没有可能在过去一直踟躅之处找到可能的替代方案。因而，我们必须在法律思想向来关切的细微变化之中，去重新发现一些更大的替代方案的端倪。

本书的意旨决定了全书的架构。开篇阐述了一种实验主义的且民主的（experimentalist and democratic）观点，用以判断当

前智识上和政治上的各种机缘。这一部分讨论了为什么制度想像需要新的工具以及我们能够期待运用新工具去做些什么。接着，本书转向法律和法律思想，把它们作为这些工具的一个提供者。首先说明当代法律的秉赋及其没能发挥的民主化潜能，如何一直受制于各种制度结构和迷信所强加的束缚。而后，为了挑战这些结构和迷信，本书主张要探讨迅速成为世界上最具影响力的法律分析方法——在此我称之为理性化法律分析（rationalizing legal analysis）。本书采用累进、辩证的而非系统、线性的考察方法，以多重视角考察了这种分析方法的特征、后果及各种转变可能性。随着对这种分析实践的理解逐步深入，我们即可看出，应当如何重构这种理性化法律分析，从而使它可以更加充分地展现当代法律的秉赋，并更好地服务于实验主义的且民主的承诺。最后，本书考察了通过制度的累进变迁来推动民主建设的歧多进路，给重构之后的法律分析如何付诸实践提供了一些建议。

在某种意义上，本书关乎化希冀为洞见。那么，不妨从考察对社会的洞见与对民众的希冀之间的关系启程。



第二章

自然科学和社会研究中的 洞见与转型

一、社会理论和社会科学中的制度可能性

民主政治中实践的实验主义与社会科学中认知的实验主义有着显著的共同点。在给现实制度定位的时候，理论改革家和实践改革家都以压抑且埋没现实制度之可能性的方式来理解并判断制度。我们惟有将法律分析与政治体系这两者都重新塑造为制度设想，才能在今天保存这种颠覆迷信开辟自由3 的观念。在这种改造后的法律和经济研究实践的帮助下，我们才能重新思考代议制民主、市场经济及自由公民社会的既有制度形式。我们才能将新的意义和新的生命注入民主规划之中。

对自然世界进行科学研究的关键在于转型的机遇（transformative opportunity）：我们要探究事物在什么条件下、沿着