



当代法学名著译丛

现代社会中的法律

原著 昂格尔

翻译 吴玉章 周汉华

中国政法大学出版社



当代法学名著译丛

现代社会中的法律

原 著

昂 格 尔

美国哈佛大学法学教授

翻 译

吴玉章 周汉华

中国社会科学院法学研究所助理研究员

中国政法大学出版社

1994·北京

(京) 新登字185号

现代社会中的法律

Xiàndài Shèhuì Zhōngde Fǎlǜ

原 著 昂格尔
翻 译 吴玉章 周汉华
出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路41号 * 100088)
责任编辑 丁小宣 张志铭
承 印 国家统计局印刷厂
经 销 新华书店
版 次 1994年4月第1版
印 次 1994年4月第1次印刷
开 本 850×1168毫米32开
印 张 9.375
字 数 240千字
印 数 3000册
定 价 11.50元
ISBN7-5620-1305-5/D·1257

Translation of: LAW IN MODERN SOCIETY

by Roberto M. Unger

Translated by Wu Yuzhang & Zhou Hanhua

Published by China University of Politics and
Law Press

41 Xue Yuan Road, Beijing 100088, China

The original copyright informations as follows:

Copyright 1976 by Roberto Mangabeira Unger
All rights reserved.

The Free Press

A Division of Macmillan Publishing CO., Inc.

866 Third Avenue, New York, N. Y. 10022

Library of Congress Cataloging in Publication

Data

Unger, Roberto Mangabeira.

Law in modern society.

Includes bibliographical references and index.

1. Sociological jurisprudence. I. Title.

Law 340. 1'15 74-27853

ISBN 0-02-932860-8

本译本的翻译和出版已获许可
中文版版权属当代法学名著译丛编委会



当代法学名著译丛

“当代法学名著译丛”的翻译和出版得到了日本国冈松庆久家族基金的赞助，特此铭记，以表谢意

“当代法学名著译丛”编辑委员会

编 委 (以姓氏拼音为序)

程 远 高鸿钧 贺卫方 季卫东

梁治平 刘广安 齐海滨 申政武

王 晨 王亚新 王志安 夏 勇

张志铭 朱苏力

主 编 季卫东

副主编 张志铭 贺卫方

丛书编辑 丁小宣 宋 军

“当代法学名著译丛”

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知识界崇尚

法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译译和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到1839年，当时，林则徐出于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于1864年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针措施。从1877年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到20世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的的心灵，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制的时代大业。在中国政法大学出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：(1) 有代表性的理论流派的主要著述，(2) 有典型性的政法制度的精辟评介，以及(3) 有实用性的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是1970年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量）；不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿1970年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融会贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们，都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为

限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

“当代法学名著译丛”编辑委员会 谨识

现代法治国的条件（代译序）

季卫东

昂格尔 1949 年出生于巴西，在美国留学期间以敏锐的洞察力和渊博的学识而引人瞩目，28 岁便当上了哈佛大学法学院教授。主要著作有《知识与政治》（1975 年）、《现代社会中的法律》（1976 年）、《批判法学运动》（1983 年）、《可塑性权力：关于经济和军事成功的制度条件的比较历史学研究》（1987 年）等。他在对古典自由主义社会内在矛盾进行深刻的分析和批判的基础上，提出了“超级自由主义”的共同体导向的社会模式。这种思想在美国年轻一代的知识分子中引起强烈的共鸣，成为自 1976 年以来影响日隆的批判法学运动的原动力之一。例如阿克尔曼（Bruce A. Ackerman）的重要著作《自由主义国家中的社会正义》（1980 年）就反映了昂格尔的观点。

对于法学界、特别是中国读者来说，在昂格尔的所有著述中，《现代社会中的法律》最为重要。因为这本书从历史的演变和现代社会的转折两个层次上透视法律秩序和法学理论的本质，以极其明快的语言阐述了法在复杂社会中的地位，并为东西方法律体系的比较研究提供了方法论的基础。昂格尔在思考现代法治的形成时非常重视中国的历史教训，他说：把近代西欧“与作为对照实例的中国进行比较，可望深化人们对于社会组织的不同模式、思想意识的不同类型以及规范秩序的不同形态之间的复杂关系的理解”。同样，正在致力于现代法制建设的中国人也可以从这种比较研究中得到启迪。

一、中华帝国为什么没有走上法治之路？

昂格尔在研究风格上深受韦伯（Max Weber）的影响。韦伯的着眼点是为什么中国没有产生出资本主义。他认为，就资本主义的发展特性而言，传统中国与西方社会在物质条件上并没有重大差异，但在精神条件上却大异其趣——与基督新教相比，儒家的价值体系缺乏资本主义发展的有力动因。昂格尔的着眼点是：“中国的导致帝政统一的各种现象与西方的产生民族国家的各种现象之间存在着许多共同之处，但是两者的法制结果却很不一样”。中国形成了主要表现为行政命令方式的官僚法（管理型法），而西方形成了自主的、普遍适用的法律体系和法律至上的观念。为什么中国没有产生出法治精神呢？昂格尔认为，主要原因在于缺乏形成现代型法秩序的历史条件——集团的多元主义、自然法理论及其超越性宗教的基础。

集团多元主义意味着不存在一个永恒的统治集团，领导权的归属带有概率性，社会犹如不同利益的竞技场。因此，为了公平地分配权力、调整各种利益关系，必须制订一套中立的、具有普遍性和自治性的法律规范。在欧洲封建制后期，国王、贵族、第三等级（特别是商人）鼎足而立，既斗争又妥协，结果出现了法治的格局。而中国的封建制（它的含意与欧洲封建制的概念有所不同）后期，贵族（君子）与庶民（小人）是统治者与被统治者的关系，商人从属于贵族而不具有自治共同体，结果人治成为社会秩序的基本方式，法律仅仅被当作驭民之具。

自然法观念起源于强调上帝和世界的二元性和紧张关系的超越性宗教以及文化多样性的体验。具有不同文化背景的人们为了生活的和谐而需要共同的规范，超越性宗教认为这种规范就是自然法——上帝的计划和指示。在文艺复兴时代的欧洲，自然法的

存在得到广泛的承认。实证法被认为是自然法的具体化，因而也就具有超越于各个社会的普遍性和自治性。而在中国，一方面上帝与世界的关系是与世俗的统治关系相对应的，另一方面上帝被称为“天”，与世界浑然一体。这样的宗教经验，只能产生出“道法自然”的观念，而不能产生出自然法的观念；只能产生出侍奉权力的律令，而不能产生出控制权力的法体系。

昂格尔把中国法的发展分为三个阶段：1. 从西周到春秋中叶，权力开始集中，但法既不是实证的也不是公定的，而是采取以习惯法为中心的礼制；2. 从春秋中叶开始，经过战国时代到秦始皇统一中国，国家形态从封建制转变为郡县制，出现了实证的、公共管理的官僚法；3. 两汉时期的儒法之争，一方强调非工具主义的合意交涉，另一方强调工具主义的强制管理，各持一端而不能进行制度性的统合，结果现代意义上的法治理论无从成立。儒家强调习惯法和自然的差序结构，使权力的效用过份仰仗传统。法家的权术势思想则无视权力和社会组织的正统性问题。悠久帝国世代的法律实践没有找到兼顾强制与合意的制度形态，只好通过实质性的妥协来混淆儒法两家的主张。

昂格尔关于中国历史的描述和分析手法并不完全正确。例如，他把古代的礼看作自发的秩序的典型——既不是实证的又不是公定的，甚至算不上规则，这是不准确的。古典文献和考古学的研究表明，在许多场合礼是正式的明文规范。更严重的错误是他断定礼没有包含君子对小人的责任，但正如安守廉（William P. Alford）教授所批评指出的那样，强调在任何关系中当事人双方的义务正是礼的核心。关于这一点，杨联升教授在他的论文《报——中国社会关系的一个基础》中也有精辟的分析可供参照。安守廉教授还批评昂格尔忽视了天命观、大同的理想以及神学体系具有类似社会契约和自然法的功能，并指出古代中国商人曾利用法律性手段实现自己的利益。这些看法虽然有些夸张，却也言之成理、

持之有据。尽管如此，我们还是应该承认，昂格尔关于中国法发展的论述的确省察症结所在，是耐人寻味的。

与中国的历史经验相对应，昂格尔建立了分析法与社会关系的类型论的概念框架，即“习惯的或相互作用的法”、“官僚的或管理的法”以及“法秩序或法体系”。关于法的形态的这些概念还不够洗炼，但却洞烛先机，为后现代主义法学思考提供了支撑点。例如美国的诺内特（Philippe Nonet）和塞尔兹尼克（Philip Selznick）所提示的“压制型法”、“自治型法”和“回应型法”的分类，日本的田中成明的“自治型法”、“普遍主义型法”和“管理型法”的分类，德国的图依布纳（Gunther Teubner）的法的“实质合理性”、“形式合理性”和“反思合理性”的分类，与昂格尔的分类之间可以说是“心有灵犀一点通”。这种分析方法为东西方法制度和法文化的比较研究以及相互理解创造了基本条件。

对于昂格尔来说，中国的历史经验不仅是个案研究的对象，而且具有典型和范例的意义。他认为，如果以法治的有无为坐标轴，那么古代中国居其负极，现代西欧居其正极，其他大多数文明都不过在这两极之间各得其所而已。尽管他对中国传统的官僚法、特别是法思想中缺乏个人主义和集团多元主义的要素的问题持批判态度，但是需要注意，在这里不必采取非此即彼的思维方式。根据他的观点，法与社会的发展及理论的革新带有周期性，是呈螺旋型发展的。因此，对立的要素可以和解或调整（reconciliation），变革往往表现为与现状反其道而行之（但并不是开倒车）。由此可以发现，在现代法制面临所谓自由主义社会的“正统性危机”的情形下，福利国家和法团国家着重于社会的实质正义，官僚法和法政策不断增殖的趋势十分明显；但是另一方面，与法条主义的形式性和官僚的法律工具主义相抗衡的公道（equity）和团结（solidarity）也获得了新的重要意义。在当代西方社会中这两种对立的倾向若即若离，与中国历史上的儒法关系相映成趣。

然而，当代西方法体系并没有因为有这样的对峙而土崩瓦解，法治精神依然健在。为什么古代中国解决社会正统性危机的以礼入法的改革的结果是德治和人治，与当代西方解决社会正统性危机的法制改革的现状有那么本质的差别呢？一言以蔽之，因为在西方，官僚法与习惯法没有进行短路式的接合，两者之间通过程序、法解释学技术以及职业法律家等的媒介作用而统一成为有机的整体。其实，昂格尔在韦伯关于法的“形式性”和“实质性”的分类之上特意增加“程序性”这一中间范畴的理由正是在这里。帕森斯(Talcott Parsons)指责昂格尔没有对程序的重要性给予更高评价的理由也在这里。从这里，我们还可以悟出中国法制现代化的一个关键问题，即通过形成和强化法的中介机制来扬弃行政命令与民间调解的苟合，其中最重要的工作是建立和健全一整套公正而合理的法律程序。否则，我们就不能超越历史上儒法之争而步入更高的理论境界，依法治国的目标也就无法真正达成。

二、法与社会的深层结构及研究方法论

昂格尔把法看做解读其所在社会人与人之间结合方式的深层奥秘的暗码体系。在他看来，17世纪形成的近代西欧社会的深层结构是起源于霍布斯(Thomas Hobbes)的自由主义世界观，而自由主义包含着深刻的矛盾和悖论：在心理学层面上，表现为欲望和理性的纠葛；在认识论层面上，表现为理论与事实的二律背反；在政治实践层面上，表现为规则与价值的区别和紧张。近现代西欧社会的深层结构中的矛盾在自由主义法中反映得最突出。在立法上，矛盾以自由的形式保障和实质保障的对立的方式出现。从形式保障的方面说，立法的目的是通过制定中立性的规则，使每个人都可以不受他人意志约束地实现自己的愿望。但问题是在规则具体化的过程中，有损于中立性的价值抉择根本无法回避。从

实质保障的方面说，立法的目的是在价值交错组合以及按轻重缓急排列价值顺序的基础上制定中立的规则，但是按照自由主义的原则，是非取舍是个人的选择问题，取决于各自的欲求关系。既然选择是任意的，那么中立性的规则的基础就是不安定的。另外，在司法上，矛盾以形式正义和实质正义的对立的方式出现。前者强调严格遵守法律条文，后者强调为了正确地适用法律有必要考虑一定的目的。但是，考虑目的意味着进行价值判断，而自由主义的原则不承认判断一定欲望和意愿的善恶的标准（参阅《知识与政治》）。

自由主义法的特征及其存续的条件是什么？本书认为现代西欧法秩序的固有特征在于法的普遍性和自治性。所谓“普遍性”，指的是法律的形成和适用中的统一性和一贯性。所谓“自治性”，包括四个方面：1. 实体的自治性——存在一套独立的法律规范体系；2. 制度的自治性——存在独立的司法系统；3. 方法的自治性——具有与科学解释和道德的、政治的、经济的讨论不同的法律推论技术和特别的正当化方式；4. 职业的自治性——具有经过特别训练的法律专家。正如前面所述，这种法秩序的前提条件主要有两项：一项是集团多元主义，任何集团都不能永久地垄断支配性地位；另一项是自然法论，承认一种用以肯定或批判国家实证法的更高级的标准——普遍适用的神圣的法的观念。作为自由主义法秩序产生的必要条件，这两者缺一不可。

自由主义法的目的是防止权力行使的恣意性。因此，法一旦成为某种势力的恣意的表现，法治就无从谈起。然而，自由主义法是否彻底解决了克服权力恣意的问题呢？昂格尔以及批判法学的其他理论家的回答是否定的。他们认为，由于规则和价值、形式正义和实质正义的对立，自由主义社会中的法包含了许多恣意的成分，不能通过明确的规范指示特定的结果。此外，自由主义的法意识实质上掩盖了社会矛盾，它是现代阶层制的一种正统化

装置。昂格尔与其他批判法学者相比具有以下显著的特点：第一，他把法的矛盾上升到自由主义原则本身的内在矛盾的高度加以分析；第二，他把法的问题放在社会理论的背景下来考察；在反思和批判中摸索新的理论方向。

昂格尔认为，过去的社会理论的缺陷主要是决定主义方法论的问题、社会秩序的问题，以及所谓“现代性”（modernity）的问题。在方法论上一直存在两种倾向，或者采取普遍主义、合理主义的逻辑说明的方法，或者采取特殊主义、历史主义的因果说明的方法，它们都有片面性。昂格尔提出的替代方法是把社会现象作为有一定含意的整体来把握，以意识和行为的对应关系作为研究的焦点，强调信念文化与组织制度的不可分割的属性。在社会秩序方面，过去的社会理论可以分成两种主要立场：或者以个人及其目的为出发点，提倡个人利益论和工具主义；或者以社会和共同体的统一准则为出发点，提倡社会有机体论和合意主义。前者既不能解决个人利益的调和问题，也不能很好地说明社会安定和结合的原因，而后者则不能解释社会的冲突和变化。昂格尔认为解决社会秩序问题的关键是寻求能够有效地调整个人自由和集体组织的关系的条件，这样一来，社会秩序问题归根结底成了政治性的问题。关于“现代性”的见解也有两种，或者基于自由主义政治思想，或者基于阶级统治结构论，它们也都不能充分说明现代社会的本质。总之，昂格尔的社会理论试图采取辩证法把一系列对立面统合起来，进而扬弃自由主义法的内在矛盾。

昂格尔关于现代西欧法与社会的论述受到了广泛的关注，也引起了激烈的争议。例如，帕森斯在1977年的书评中称赞《现代社会中的法律》是一本重要的和高质量的著作，但是他不同意把法体系看做特定的现代社会结构的一部分，认为关于法治强制性的悲观主义是言过其实的。法律家们的抵触情绪更为浓厚，在哈佛大学甚至出现了围绕人事安排的内纷，一时闹得沸沸扬扬。应

该承认，昂格尔对于自由主义法的内在矛盾、不确定性、非客观性以及意识形态性的分析的确是鞭辟入里的，这种怀疑和批判的精神也是有益于法和社会的进步的。但是关于法怎样才能提供解决社会纠纷的客观标准、自由主义法的矛盾能否从根本上克服、法的非意识形态化应该如何进行等问题，昂格尔在这本书里并没有给予回答。为此，我们有必要概略地探讨一下作者的其他著述以及后来批判法学的主要成就和未完成的课题。

三、法与社会变革中的批判与建设

有人认为批判法学存在着一种“破字当头”的过激倾向，有人说昂格尔是打破法和社会理论传统的“勇敢的超人”，还有人从巴西的历史背景中寻找他那急进的政治信念的根源。无论如何，有一点是确实的——昂格尔不单纯是书斋里的学者，他曾作为巴西的政治活动家参与组织工会和政党，并担任过政府要职。因此，他的理论没有虚无主义的色彩，也并非不顾现实可行性。在考虑法与社会的变革时，批判是完全必要的；但是如果没有建设性的工作，批判就可能最终变成无谓的。昂格尔完全意识到这一点，所以他很重视对社会和法的新模式的探索，并把一本近著的标题定为《政治学：建设性社会理论的作品》。让我们来看看他的社会改革设想及其法律制度方面的计划。

昂格尔最初试图用“以个人自由为基础的共同体”来克服自由主义的矛盾，即克服个人的自我分裂（理性和欲望的冲突）和科层制之下官僚的不正当统治。这种共同体的基本模型是以能够维系各个成员之间的直接关系为基准的小规模集团。它与日本著名政治学家丸山真男的“小集团”论有惊人的不谋而合之处。显然，他们都想通过这样的自发的结社关系，一方面使个人独立于国家和旧的共同体（自由主义的功能），另一方面在自立的个人社

会化过程中促进个人与社会的内在的相互结合（民主主义的功能）。这种观点的实质在于防止自由主义带来个人的原子化（散沙状态）以及原子化的个人无力抵制国家权力的长驱直入的问题，进而追求一种有秩序的自由。但是，对于这些小规模集团之间具有什么样的关系、国家和小集团之间具有什么样的关系等问题，昂格尔慎重地存而不论（参阅《知识与政治》）。后来他又提出了先用“超级自由主义”（super liberalism）来克服自由主义的主张，至于超级自由主义与共同体论的关系则未作交代。也许因为他意识到小集团的共同体构思与作为自由主义社会前提的集团多元主义的界限很难划清，因而觉得并不能用它来克服自由主义的矛盾吧？我们只知道丸山毫不讳言他的小集团概念与近代西欧社会的“多元的中间势力”的表述在本质上的一致性，而卢威（Theodore J. Lowi）对自由主义国家和法的批判甚至是矛头直指“利益集团自由主义”的，但却无从判断昂格尔的真意。

所谓“超级自由主义”是要把关于自由和解放的自由主义的前提伸张到极限，通过发掘自由主义尚未实现的潜在价值物的方法来重新构筑自由主义的制度。这个设想在《批判法学运动》一书中得到了明快的阐述。它包括两方面：第一，批判传统的自由主义法理论的中立性和自立性，把围绕社会生活条件的争端再一次引导到法律的议论中来。换言之，不是把法本身孤立起来进行分析，而是着重研究法与社会秩序的相互关系。这样做并非使法溶解到社会之中，恰恰相反，是要让法通过吸收现实的因素、填补理想与现实之间的距离、根据新的实践目的修正理想等方式而获得内在的发展。第二，昂格尔提出了代替自由主义法的新的制度建设方案。它的基本目标是松弛社会的阶层制，使人从结构的重负下解放出来。它的内容包括作为社会生活可变性的制度保障的民主主义、控制社会资本的市场以及把个人和社会结合起来的权利体系等方面。值得注意的是昂格尔提出的四大权利范畴——