

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

2007

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、工人所有制的警诫
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。法律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？

2 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

什么方向、在怎样的限制之下能够产生变化，由此理解事物如何运作。对科学而言，把实际现象划归到有待实现的各种机遇这个广阔领域中，不是形而上学的猜想，而是不可或缺的且能付诸实践的假定。

自然科学的这一情况很大程度上同样适用于整个社会和历史研究领域。而反事实可能性（counterfactual possibility）的各种含蓄判断也充斥于我们对历史变迁的实际时序以及社会生活的现实作用的想法之中。简而言之，我们在社会和历史研究中面临的困境就是，对于结构变迁，我们无法给出一个切实可信的解释；这里的结构变迁是指各种制度安排及其相应信念的变迁，它们共同型塑着社会实践与言辞中的种种常规（routines）。

19世纪经典社会理论（例如马克思主义）就其特有信念而言，认为种种紧密相关的制度体系都是在诸如法律之类的力量推动之下确定格局的。然而这些宏大解释方案业已沦为不断增长的学术研究和令人失望的政治经验的牺牲品。即便如此，我们却仍然乞望着它们的残羹冷炙，含糊不清地运用着那些我们早已声称废弃的理论体系中的语汇。例如资本主义这一概念，它预先假定依其自身制度逻辑，存在着一种单一的、类型化的经济和法律体制；或者假定对于既有秩序，进行改良主义的人道努力与通过革命取而代之这二者之间存在着差异。与上述经典社会理论相对，实证的社会科学则已彻底摒弃了结构变迁的观点，将各种基本安排与种种前提，

不是假定为过去无数次解决问题或相互妥协的事件层累起来的沉积物，就是视为我们为获得最佳可行方案进行不断试错的结果。在这样的智识氛围中，完全不能想像对于正在形成的社会结构进行转变与创新。结果，我们发现自己退却到了将政治现实主义理解为近乎于现实中既存之物的地步。

对转型可能性进行想像的缺失，业已危及社会和历史研究的主流实践，不仅影响到规范性政治哲学，也同样浸染了政治实践中共享的语汇。⁴

二、政治哲学中的制度可能性

这种对转型可能性进行想象的阙如还催生了一种在英语世界中尤占主流的政治哲学类型。它是这样一种思维方式：将阐明正义原则与制度设计问题割裂开来；拒绝承认既有制度和实践作用于欲望和直觉时产生的效果，并把战后时期社会—民主妥协看作是实现理想过程中的不可逾越的地带。此种政治哲学的以上两点特征基于第三点又彼此建立了联系，共同形成了一个悖论：哲学家依赖历史语境，又想超越历史语境。

哲学家可以想像首先形诸于制度真空中的各种权利原则、尤其是分配正义的原则。而后，制度设计的各项技术性学科就可依据经验知识和环境变化来进行实际操作。因此，哲学家把制度设计问题看得无足轻重，不过是一种照方取药的社会工程学而已。

制度问题被哲学家用这种方法降格以后，转而通过以下

两种途径完成了对权威的妥协与迎合。哲学家可以径自将其拣选正义原则的方法，例如契约论的或功利主义的，等同于市场经济或代议制民主等熟悉的形式。这些制度仿佛是一个忠实可靠的代理人，施行着自由平等的个体们的集体选择。然而，在这一代理程序中，哲学家却疏于考虑我们继受下来的各种政治经济制度的潜在缺陷与不测例外。他没能认识到，关于一个由自由平等的个体所组成的社会的设想可以沿着不同的制度方向发展，由此使得人们之间的关系会呈现出相异的特征，而财富与权力的分配状况也各有不同。

秉持另一种思路的哲学家则透过当代工业民主社会的制度表层，触及到一个前制度时刻（a preinstitutional moment）。他可以诉诸欲望和直觉这样的原始材料，剔除它们的偏好，或是在各种偏好的冲突中求取平衡，从而使得制度框架在这些原始材料的处理结果当中呈现出来，而非体现在各种前提性主张之中。然而，这一方法若要得出确定的结果，就只有压制欲望和直觉材料中至关重要的内在辩证法：这就是我们不同倾向之间的冲突，一种倾向将已经确立的社会生活秩序视作天经地义，另一种倾向则展示着反叛那些秩序的渴望、幻想或抵抗。人类这一需求的两重性折射出来的是，在我们同自己所承袭、重建和居寓的话语世界和制度世界的关系当中，存在着一个最为根本的两面性：我们既是这个世界，而又不仅仅是这个世界。我们总是拥有一些这个世界所没有的东西。⁵

如果哲学家意欲最终得到一些与我们的制度相类似的制度,那么他就决不能仅仅预先假定,拥有同我们一样的欲望和直觉的大众是由我们生活在其中的结构塑造而成的;他还必须假定,人们所渴望的生活比事实上的生活更加单向度(one-dimensional)。他所想像的功利主义者或者假想的社会契约当事人,必定比我们更加单薄,而不是更加丰盈。

在这些学院派政治哲学幻想的核心之处,有一个问题从未被正确对待,而它将成为本书的中心议题之一。我们将之称为思考理想和利益与思考制度和实践之间的内在关系,换言之,就是二者之间的辩证关系。思考理想和利益与思考制度和实践既不是两个分离的时刻,也不是两个分离的活动:它们每一方都包含着另一方,但是也不能还原为另一方。由此,每一种社会理想和每一个群体利益都可以从我们想像出来代表这些理想和利益或事实上实现这些理想和利益的这些熟悉的社会安排中部分获得其意义。尽管如此,在我们的理想里面那种朦胧的渴求之中,在我们的利益内部那种野性的力量之中,却同时存在某种因素,急不可耐地反对着当下制度安排所强加的种种限制。当我们要在想像和实践上,修正实现理想和利益的实践形式,从而增进对理想和利益的理解时,就需要考虑到这种两重性。此种修正最重要的价值,也正是思考理想和利益与思考制度和实践的内在关系的重要性所在。

现在,我们便可理解这种主流政治哲学将以另外的方式

保持了怎样一种自相矛盾的特征。它或多或少地试图超越其所在的历史处境(如同后文努力划分历史主义与理性主义之间的差异所提示的那样)。然而它想通过方法论的变换在争论刚开始的时刻就完成这种解放,而不通过苦苦想像在争论结束后来完成这种解放。因而它无法认识到在理想或利益与制度或实践之间的内在关系中存在着意识形态上的种种暧昧不明以及种种转变机会,从而也就使得探求真实的制度成为了遥不可及之事。这就是为什么如今大量的思辨性政治哲学回想起来不过是为既存社会民主的税收移转实践提供形而上学的注释。一种悲观的改革论指引着这些思辨的政治哲学看似抽象的运动,它怀疑替代性的制度方案,安于补救性的措施。哲学家被他的方法所背叛,脱离了他所担心的相对主义,又落入了他曾力图超越的历史语境之手。呜呼!他曾怎样地谋划着去逃离历史,却又怎样地毫无知觉地沦为历史的牺牲品!

第三章

民主和实验论

一、民主实验论和制度拜物教

社会转型的想像匮乏决非小事，这会孳生一些迷信思想，敌视民主规划这套现代历史中最强劲和最持久的社会理想。要想牢牢地把握民主规划的力量——这是自由主义者和社会主义者自上两个世纪以来相同的目标，我们对民主的理解就决不能只停留于政党多元论和对全体选民负责之责任政府的层面上。从更广阔的视野和更深刻的意义上看，民主规划一直试图通过调和以下两类价值追求（goods）来努力推动社会在实践上和道德上取得成功：即物质进步和个体解放。前者将我们从苦役与无能中解放出来，给我们的欲望装上前进的武器，插上高飞的翅膀。社会分化和等级体系这些人压迫人的体制使我们于交往中彼此对视为集体秩序中被压制的空洞符号，而非生气勃勃的个体；民主规划的后一种价值就是使

我们从中解放出来从而获得自由。19世纪时存在一种影响非常广泛的信念，认为上述两类价值尽管会经历一个长期的过程，但是最终将会自然地趋同。而今，我们也努力坚持一种更为谨慎的、更加富于怀疑精神的信念，坚信对这两类价值的追寻并不会像保守的决定论者所认为的那样相互抵触。摆脱了或乐观或悲观的教条主义的束缚之后，民主规划就致力于在物质进步的条件与个人解放的条件之间潜在的重叠区域，确定实践性的制度安排。这一重叠区域是合理的，因为无论实践进步还是个人自由都依赖于通过实践性实验主义而形成的集体知识的加速增长，二者都要求社会实践服从实验性的修补，并且激发我们迈向不断修补的实践。

民主实验论的敌人之一是制度拜物教，即认为诸如政治民主、市场经济及自由的公民社会等抽象的制度概念独有一种自然且必然的制度表达。对制度拜物教的迷信广泛渗透了当代文化，渗透入前文提及的每一个学科，充斥于日常政治语言及争辩。如今，旧式启蒙理想最应该用于驱逐这种败坏了所有社会科学之正统观念的制度拜物教。祛除制度拜物教将成为整整一代社会批评家和社会科学家的全部任务。

今天，遍布全球的民主实验论事业有着一个具体的关键点。我们所面临的关键问题在于，对于发达工业化民主国家自上次世界大战以来就开始采用的那些看似不同但实质类似的制度安排，我们应当怎样并朝着什么方向加以更新再造。国家化与私有化、计划与市场之间的旧式冲突正在消亡，正

在被一种新的冲突所取代,即在政治和经济体制多元化的背景之下各种替代性的制度化图景之间的冲突。这一逐渐凸现的争论的逻辑前提在于:代议制民主、市场经济和自由公民社会能够容纳一些显著不同的法律与制度形式(legal-institutional forms),它们会大大区别于那些盛行于发达工业民主国家的法律与制度形式。根据这种信念,在这些民主国家的政府与经济制度之间存在的各种不同代表了在更大范围内尚未实现的各种制度可能性。

以民主、市场和公民社会等形式体现出来的制度上的分歧,或许完全是有意地进行精心设计的结果。但在更多的时候,它只有一部分来自人为选择,而更多的则是在经济目标和政治竞争的压力下所采取的制度重组及变异所带来的副产品。那些在经济发展与国家自主方面最为成功的国家,通常总是在坚持不懈地从世界各地掠取各种实践经验和制度安排。前共产主义国家或现存共产主义国家在重整经济的过程中,这种非自觉的制度实验主义体现得尤为明显。位居前列的发展中国家也是如此。由下面的例子可以看到制度实验主义的迹象:东欧政治经济实践中的大规模私有化诉求,导致各国政府尝试在工业领域普遍采取股份制,并为了回应对于投资基金忽略了诸多股东分散持股的公司的批评,开始动用一些投资基金将这些分散股份转化为共同资金。当今中国,工人、经营者和地方政府共同拥有着“乡镇企业”所有权产生的剩余权利。而在巴西,劳动法将契约自由原则与结社自由原则

结合起来,既有利于工会独立于政府监管,又促使整个劳动阶层自动结成了广泛的联合。

在制度重建的过程中,实验主义冲动所遇到的最强大的精神敌人之一就是无孔不入的制度拜物教:它用一套特定的、偶然的制度安排来界定一些抽象的制度概念,例如代议制民主和市场经济体制,而这种界定既缺乏根据,又限制了人们的思考。这种对社会制度安排的拜物教心态在社会科学的大量主流话语实践中获得了鼓励;这些话语的典型特征就是缺乏想像力。这种心态同样在采用了大量假定的规范性政治哲学那里得到了支持;这些假定误导我们将规定性原则(prescriptive principle)与制度设计相分离。20世纪历史上的种种失望与幻灭,在共产主义(本世纪决意进行制度创新中最为惊天动地的例子)瓦解时到达了顶点,这似乎更验证了这样一种认识,即对于历史局限的切身感受只能激发出并表达为拜物癖好。

二、趋同论

如今,制度拜物教通过一种非常隐秘却又极具说服力且影响广泛的观念取得了伪科学的尊崇地位,这种观念就是认为全世界都会趋近于一套最具可行性的实践方案的趋同论。根据这一观点,我们最好把现代世界的制度演进理解为趋近唯一一套政治经济制度的持续试错过程,只有这种政治经济制度能被证实有能力调和经济繁荣与对政治自由及社会安全的足够尊重。当代的成功社会的确进行了一些制度安排上的 9

变更,但这是次要的;如果一定要说这些变更有何不同的话,那就是它使得制度安排变得更加狭隘,正如惨痛的经验教训为制度重构留下的只是更加狭窄的想像空间一样。

这个隐蔽的论题所产生的多方面影响就更加值得注意了,因为这种论调代表了对19世纪晚期以来社会和历史思考的一个反动插曲——在大方向上的明显倒退。这个大方向就是摆脱社会和历史解释中的功能主义决定论和进化决定论,而逐渐倾向于其他途径,即在一个民族中让其自身的现实制度与已确立的信仰共同塑造一种独特的生活方式。针对趋同论,有两个基本的反驳。第一,我们总会拥有各种替代性制度用以实现实践目标,但制度回应并不是总能用功能需求加以说明的,这是从诸如马克思主义理论的失败解释中得来的教训。而这种趋同论的右翼黑格尔主义则隐含着一种对历史偶然性和人类自由的公然藐视。第二,正如亚当·斯密和卡尔·马克思共同看到的那样,人们在选择这一套经济制度而非其他经济制度的时候,也同时选择了一种特定的生活方式和人与人之间的联系方式。我们无法把对文明的现实塑造与精神塑造割裂开来。

这种主张全世界趋向于最具可行性的实践方案的论调,在智识上倒行逆施,强化了在当今世界、尤其在发展中国家产生了巨大影响的一种政治方案的权威性:这一方案就是新自由主义的方案,有时也被称作“华盛顿共识”(Washington consensus)。正是这个具体的方案(而非抽象的趋同论)成为

了民主实验论当下最可怕的障碍。新自由主义是一项在不损害国内外债权人利益的同时实现宏观经济稳定的计划;它是一项自由化的方案,在狭义上可以被理解为接受外国竞争并融入世界贸易体系,在广义上则可以被理解为复制西方传统中的契约和财产法;它是一项私有化的方案,意味着国家退出生产领域,转而关注社会责任;它还是一项发展社会安全网络的方案,旨在对市场活动的不公平与不稳定后果进行事后补偿。这个方案在发达的工业民主国家中具有密切相关且互为补充的两个方面:一方面,它公然拒斥政府的经济能动主义,并且敌视工人及其福利权利;另一方面它是社会民主政治的一个经过改良的(chastened)、自由化了的版本,并且正在迅速成为新的西方政治重心。这种改良的社会民主政治最显著的特征在于:首先,它许诺实行福利国家政策并投资于公众事业,将此作为它自身一以贯之的目的和经济发展的条件。第二,它企图将有计划地市场经济(regulated market economy)中的国家主义、法团主义和垄断主义清除出去;这些因素限制经济的灵活性与改革创新,尤其在向后福特(postfordist)工业组织类型过渡的时期,对地方政府及社会组织中人民自下而上的联合和参与怀有同情。第三,它是一种公然的制度保守主义,体现为对制度重建的宏大方案持怀疑态度,而只接受市场经济、代议制民主和自由公民社会等既有法律形式。

实现这个重建方案在外部限制来自政府与公司之间的伙

伴合作关系所产生的问题，即这种伙伴合作关系既不具有产权制度的法律性质，也不属于国家的法律结构以及国家与公民社会之间关系的法律结构。社会民主的改良方案必须在一种特定类型的财产体制与政治制度的框架内完成。产权制度使得资源获取途径取决于管理者或金融家的决定，他们总揽着大部分的私有财产，其中多数来自于遗产继承或预期继承权。形成规模经营所需的实际能力，自由积累和财产转让的法定权利，以产权名义实施管理纪律中的制度化习惯，三者仿佛是不可分割的天然伴侣。僵化的政治体制欢迎大众的低水平参与，并掠夺了活跃的大众自治，使其屈从于技术专家的意见，把政治选择消解为一系列关联松散且视野褊狭的政策争辩。

实际上操纵着发达工业国家民主的人们坚信，通过强化大众把政治行为集中到对各种精致的结构变迁方案进行抉择的方式来激活政治是不切实际的。这种反实用的实用主义导致了自相矛盾的后果——他们拒绝采用集体的方法去解决集体问题。政治退化为各个势力不均衡的组织群体之间一系列狭隘的派系交易。每一个群体都发现自己受困于对自身利益与自我认同的短视理解当中。结果，对结构变迁的嘲弄变成了自动实现的预言。



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 11

一、政策辩论的形式与局限

压抑制度实验论所付出的代价必须从显性负荷和无形损失两方面衡量：前者表现为造成了苦难和贫困，后者表现为没能通过对其实践形式的再创造给民主工程注入新的生命力。例如，我们可以当今欧洲和北美最典型的政策为例子以考察：有关工资水平、工作保障以及国家竞争力之间的关系的辩论。我之所以将这种典型辩论从熟知的出发点带入到一个未曾探索的领域，意在展示我们如何能够一步一步地从发达工业社会的民主体制中的当前政治对话步入到被这些对话所抑制的制度实验领域。当然，也可以从几乎其他任何一个地方出发进行同样的尝试，从种族冲突、难以改观的贫困状态、限制工业化及城市的衰落、福利国家的财政危机等等问题出发。

关于工资水平、工作保障和国家竞争力的讨论都始于这样一个观察，绝大多数欧洲国家（尤其那些由传统的法团主义政治体制所支撑的国家）中的工人，比美国工人享受更好的安全和更高的工资。相对地，美国工人在整个商业的循环起伏中维持着相当高的平均雇佣水平。为了缓和与高失业率（比如在欧洲）与工资压榨和工作风险（比如在美国）之间反复交替出现，同时保持国民经济竞争力，有人主张必须使劳动力市场更加灵活。在一个具有创新能力但不稳定的经济中，人们为了重新掌握技能所需要的经济资源和教育资源是通用的、多方面的且可以相互转换的。政府和公司进行合作的首要任务就是要一手打击严苛的岗位终身制，一手限制那些享有相对特权且有组织的劳动者的权利。于是，政府就可以负责组织起这样的国家体制，进行持续的劳动技能再培训，让劳动者在整个工作期间享受教育。

12 二、市场经济的制度形式创新

这个结论凸现了实践的改革论立场在当下工业社会民主政治中的外部局限性。要对这一已经屡见不鲜的缺点加以矫正，就需要一场更为深远的制度创新，而不只是装腔作势地对此表示赞同甚或筹划日程。除非重组能够使得公司有效地利用经过再培训的劳动力，否则就证明了教育投资的不足。除此之外，如果在以高技术为导向的公司中能大量地涌现出一批后福特主义企业家，如果经济机遇将更加彻底地民主化，那现在必定会出现比市场经济的既有形式所提供的更多的生

产资源的途径。即便是在暂时的、有条件的状况下，这些公司也必须得到资本、科技和技术的支持。它们必须能够在不为短期利益限制的组织中寻找那些资源。在市场中，它们通过利用诸如投资基金的内部增殖（internal generation）和区分长期、短期劳动雇佣等机制，保护自己免受市场的不稳定性影响。大型福特式商业组织与这样的企业进行竞争，肯定无法占据优势。在公众的支持下，通过参与合作—竞争网络，小型公司肯定能将灵活性和规模经营这两个优势结合起来。政府对这种或其他类型的工业重组支持，反过来也可以经由相对自主的社会基金和支持中心（supporting centers）的代理机构来发挥作用。这些工商业实体作为国家和企业之间的媒介，可以检验资本分散配置的各种方案，同时继续进行竞争和承担财政责任的锻炼。

反之，如果没有对传统产权的超越与变革，这样两者兼顾的制度创新则无法得以全面发展。将权力集中于所有者或其代理人的那种统一产权，将逐渐让位于一种分散的、有条件的、暂时性的产权制度；这种产权制度将生产资料产生的剩余利润的控制权和主张权，赋予给不同类型的股东，包括各种社会基金、地方政府、小企业主以及工人。

从这样一个变化累积中产生出的财产权体制，既不能够被认为是社会主义性质的也不能被看作是资本主义性质的，因为它不符合个人独有或国家独有财产权的法律逻辑。事实上，这种体制的优点之一是实现了一种不同的契约和财产制

度，即对经济权力和经济机会进行非集中化分配提供了多套不同的法律设置，并让它们共存于同一体制当中。我们可以用实验的方法对这一体制的实践后果进行评估。

这种既分散又统合的财产权体制构建出一个框架，其中对经济活动的结构与结果进行社会评价这一旧式社会主义规划的主要目标，能够与更加非集中化的——而非传统财产权体制所容许的——经济机遇和经济创新相协调。由此导致的结果就是缓和了规模经营的现实要求与保持竞争力之间的紧张，尽管无论在时间上，还是在范围上，这都以限制传统所有人的权力为代价。最有意义的是，正是这样一种改革方向，而不是传统财产权体制，为专门解决经济增长的核心问题以及一般意义上解决现实发展问题，奠定了一个前途更加光明的基础。

实践中的进步既依赖于创新，又有赖于合作。尽管成功的创新可能本身就要求有团队合作，但是它总是威胁着要去推翻现有实践所依赖的习惯和预期。为实现经济增长而进行的制度设计的中心问题就是要建构出一种最有可能迎接并经受周期性考验的创新格局，因为这一格局把合作与竞争混合起来，既要认可投身到这项共同努力中的所有人的利益，又要在变迁中确保个体的基本安全。按照这个最重要且最具实践性的标准，传统的财产体制显然太粗糙了。对这种财产体制进行历史性辩护的时代已然逝去，那个时代银行储蓄超过了消费流通（马克思主义者称之为对剩余价值的榨取），掩

盖了合作和创新，限制了经济增长。

三、工业民主社会的阶级结构

到此我已探讨了我们需要怎样去重塑公司，并重塑公司、工人和投资于民以达致所欲结果的政府之间的种种关系。通过探究政府是如何获得所需资源的，从而进行大规模的社会投资，消除某些人在经济、教育机会方面的既有优势，我们 14 也可以从另外一个方向上冲击既有制度安排的局限。马克思主义以及其他左派理论被无情消解了，这使一些人忘记了 我们仍然全都生活在阶级社会中；继承而来的特权造成了赤裸裸的不平等，削改着民众的生活机遇。马克思主义或已逝去，然而阶级却如昔留存。

计量经济学研究表明，50岁以下美国人的财产，一半以上来自对生前赠与（*gifts inter vivos*）的预先继承。再加上教育机会的不均等，二者共同产生的效果难以抵挡。大多数美国人都将自己描述为“中产阶级”。但和同时代的其他民主社会一样，美国也有一个较为分明的阶级结构，由四个主要的阶级组成：职业化的商业阶级、小规模独立商人阶级、工人阶级（包括白领和蓝领两个阶层）以及下层阶级。历史研究则揭示出：19世纪末以降，美国唯一一次大规模且持久的社会流动就是工人阶级中的蓝领阶层向白领阶层的移动，产业工人及农民家庭的子女成了办公室职员，但在财产和权势上几乎与他们的父母同样一穷二白。

阶级结构的韧性涉及我所主张的制度会以多种方式深化

惯常的政策思考。充满活力的民主化市场经济许诺了灵活性、创新以及资源获取途径，这很难与无情地预置下来的个人阶级命运相调和。从公共政策的财政基础这个立场来考虑问题，我们同样无法奢望会有足够的资金投向民众，除非法律得以重新安排，使得从社会中继承财产的公共权利可以代替从家庭中继承财产的私人权利。更为一般的情况是，阶级等级的顽固性使我们拒绝反思，正是既有经济和政治制度支撑着这种等级，且其本身也已打上了这个等级的烙印。如果制度保守主义默认用阶级特权的再生产来束缚民主实验论，那么它也就走向末路了。

15 因此，应当用社会为每个人建立的社会资助账户（social-endowment accounts）来逐渐地取代私人继承。在这类账户中，一部分代表着为了满足普遍的最低需求而向国家提出的无条件的权利主张，一部分与个人境况相适应，还有一部分则可能仍被视为对成就和兑现承诺的嘉奖；部分用于传统福利国家模式中的公共机构统一提供的服务，另外则由本人（或者在征得信托人的同意后）支配，消费于服务性行业。这个账户优先用于教育，致力于使每个人在一生中都能获得实践和观念上的能力。学校将要在民主社会中承担起首要使命，把孩子和成年人从家庭、阶级、国家、历史阶段，甚或他们自己的个性中拯救出来，为其获取与固有经历全然不同的经验开拓崭新道路。

建立这种账户的理由在于实验主义民主体制下的基本权

利本身。如果我们要去有效地拓宽短期政治（short-term politics）的议事范围，促成小的持续革新和大的结构变迁，那么我们就必须取消议事日程上的一些事务。人们必须在涉及某些关键利益之处得到安全保护，或者感到自己是安全的，以免危险感迫使他们放弃新发现的自由。他们还须确定进行自决和集体自决的经济、文化手段。基本权利和社会资助与其可能促进的实验主义之间的关系，就像是父母的爱与孩子试图塑造并重塑自己的意愿之间的关系一样，尽管这种塑造与重塑有可能会冒些道德风险。

但是，这一方向上的变化只有通过人们对人们已接受的关于自由主义和社会民主的制度形式进行批判，才能兑现有关自由主义和社会民主的承诺。因此，社会资助对于私人继承的取代意味着将会出现一种有别于传统财产体制中盛行的那种资本积累、储蓄及投资的机制。它也促使我们利用对财产权的分解与重组，来创造更为多样的手段对资本进行非集中化的竞争性配置。

四、政治民主的制度形式创新

前面集中讨论了经济制度变革。然而，如果在民主制度和市民社会的制度形式上缺乏创新，我们就不可能实现也不可能维持这种经济制度变革。民主化市场经济要想建立并保持其制度的完整性，政府的宪政结构就必须能支撑而非抑制持续的改革实践，政党政治的法律纲领就必须能维持对大众的高水平政治承诺，公法结构必须能去鼓励公民社会进行自

我组织，并能获得超过私人合同法和公司法所提供的更加丰富的资源。

西方民主政治的胜利指南包括两个主要组成部分：倾向于采用使改革基于共识的各种宪政方式来组织政制；用鼓励人民在政治上沉默的方式来组织政治，这种政治组织方式很少（即便有也难以预料）通过间歇性的社会危机和集体热情打破。宪政主义故意埋伏下了政治僵局，削弱了政府推动改革的权力；这种宪政主义最显白的表达就是美国式总统制的制约平衡机制。而议会制政体也毫不逊色地体现出这种减缓改革的宪制，将政治行为集中到职业政客阶层，在不进行大众政治动员的背景上，支持那些以不平等方式实现的特权利益。在现代政治的发展中，这种敌视大众政治动员的实践和制度安排在对投票资格的限制中继续承接下来，大众代表要通过许多中介阶层体现出来，这套制度设计在19世纪早期被原初的民主自由主义（the proto-democratic liberalism）用来抑制大众的狂暴、保护财产安全。激进分子和保守派都没有料到，这种取代原初民主机制的敌视大众动员的制度安排，居然保证了普选制与阶级等级的调和。这种制度安排继续塑造着这样一种政治史：反制度的大众改革虽然风起云涌，但并没有相对改变国家和经济的基本形式，或者仅仅在极端危机的压力下才有所改变。

前面勾勒出的经济制度变化方向不再能够与这些承继下来的对民主的阻抑相协调。尽管我们可以在这个不那么民主

的民主体制界限内着手经济上的改革，但我们不可能在这些界限内完成或维持这种改革。改革需要时刻警惕经济活动的社会后果，以及从未预见到的、新出现的种种特权与僵化。除此之外，重建这些公认的政治制度，其本身就应当成为关注的焦点，它把政府重组纳入民主实验论的纲领，把政府权力划进竞选计划。若不从经济改革开始，在经济改革的推动下进行支撑性政治改革，我们还可以在既不连续也不平衡的发展逻辑内，朝相反的方向努力。这种次序的选择是依环境而定的。

在迅速解决政府各部门对峙时，应当用一种有利于对全体选民做出承诺的宪政，来取代一种有意放慢政治脚步的宪政。这样一种作为替代方案的宪政，其制度设置可以由公民个人行使投票权与议会权力结合产生，另一方面诉诸公民表决和全民复决，另一方面方便政府各部门在进行立法提案时就进行预选。在法律结构上，一种有利于不断提升大众政治动员水平的选举政治，也将取代那种将选举变成一种偶然、很少被现实事务打断的政治。其手段可以包括：义务投票规则，为了组党、参与社会运动而与大众自由沟通的手段，竞选活动公共财政支持，以及政党强化措施。

五、公民社会的制度形式创新

公民社会的构建恰与这一政治上的活跃和复苏相对应。一个紊乱的或者组织不平衡的社会不可能进行自我改造。对其替代前景的讨论不啻为纸上谈兵而如死水一潭，根本缺乏

26 法律分析应当为何？

在真实的运动和结社中进行局部试验和辩论所产生的那股活力。

无视公民社会自发的构建要求，而仅仅将之视作私法的传统工具，无异于默许了赤裸裸的不平等组织。契约以及私法的这种技巧设置是为某种意义上已组织起来的人们所使用的。这些人在其联合得以法律认可之后就巩固了他们的既得利益。

举例来说，当一个社会的劳动力依然按照等级分割，那么契约论式劳动法体制呈现出来的传统联合，最可能在相对有特权的工人——他们在资本密集型工业中拥有稳定工作——手中变得活跃起来。这种联合内部的特权工人与其雇主分享共同利益，因而压制那些没有组织起来的多数工人。特权工人可以同老板们进行在工作上的合作实践，这使得联合看似也成了多余之举。这种局部联合必然最终走向这样一个局面：特权工人不再需要联合，而无特权工人却从未建立起任何组织。在这个具有警示意义的假设中，问题不在于合作性联合战胜了敌对性冲突，而在于以传统私法设置构建公民社会的方法在不平等背景上投射出巨大阴影。

为了矫正该问题，公民社会可以获取一些公法结构中的要素。这样的结构可以在邻里、工作或者共同关心和责任的基础上组织起来。它能够创造出群体生活的规范和网络；这些规范和网络外在于国家，平行于国家，并且完全不受政府的监管和影响。各类群体和派别可以为了在公民社会的多样

化秩序格局中占据一个位置而进行竞争，就像政党为了在政府中争夺一席之地相互竞争一样。因此，两次大战期间欧洲法律思想的雄心终将被我们成功地赋予实践和进步的内容，创制出一种既区别于公法又区别于私法的社会法。正是在这样的法律中，自主联合的授权性实践将会找寻到一个宜人家园。

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

一、社会生活的先天性与后天性

这些民主实验论的例子表明，从政治的常规辩论和利益的惯常冲突出发，我们是如何被驱使着在相互联系的各种层面上对制度进行重新想像和重新建构。在既定制度安排的限制下，这种驱动力若不能满足各种切实利益，要么可能遭到挫败，要么可能在民主理想与现实的鲜明对照中失去耐心。无论这种驱动力源自何处、动用何种手段，它在每一步发展上都迫使我们重新塑造我们的利益，并重新解释我们的理想。在思考利益和理想与思考制度和实践之间的内在关联上，它不只是一种研究方法或者一种话语策略，也是历史转型的特性。

让制度朝特定方向变迁，也就暗示了对某些（类）个体

和社会经验的优先选择。这是对经验的差异性相对保持普遍开放的一整套制度体现出来的优点，也是民主派或者实验论者尤其应予关注的。然而没有一种制度秩序能在面对种种生活方式时保持中立，它总是朝一个方向倾斜。一旦对那些本应被视为会出错的且暂时的制度安排产生不能自拔的顶礼膜拜，那么苛求中立性就会妨碍我们去追寻实验的差异性这个真正的目标。

如果政治是命运，那它就是通过强加给社会一种后天性质（second nature）、强加给社会各种稳定的制度和特定的信仰，来赢取这一掌控命运的力量。由是，我们忘记了这些制度和信仰原本源于冲突与偶然。社会思想的认知工作与民主实验论的工作已经在近现代历史中，联手抵制了这种宿命论。然而目前，这种结盟的努力举步维艰。我们发现有人从我们手中夺走了一套智识工具，我们曾用它来理解和重新想像对社会具有型塑作用的制度性和想像性结构。同时在现时政治中，我们也已到达这样一个历史时刻：民主工程已经陷入了制度妥协的泥沼，这种妥协背叛了公之于众的社会理想，阻碍了普遍认可的集体利益。启蒙与解放事业中这一双重阻断，使我们面临这样的危险：忘记了后天性本身就是后天的（the secondness of our second nature）。举例来说，在美国，低水平的政治承诺被归咎于美国文化难以把握的前政治特征，而不是被归结为有政治选择性的制度安排，这种制度安排导致的集体习惯又反过来强化了这种制度安排。

现实制度安排关联着千百个相互松散联系的问题。对之进行回答，就可以描绘出一个社会的模样。为什么这些问题在特定地点和特定时间中是这样作答的而不是那样作答的，这是有其理由的。然而，这些理由却并不能揭示民主、市场和自由公民社会的唯一且必然的法律制度形式，也不在于发现那些宣称的社会理想和被认可的群体利益所需要的唯一可行的制度载体（institutional vehicles）。它们表明了一些解决方案取得了对于其他方案的局部胜利，但并没有否定继续重新想像、并重新安排其他方案的自由与需要。它们重申了后天性的后天性，所以也就是在提醒我们后天性是可以改变的。

二、常规与革命

一些人可能会提出反对，认为结构变迁乃是那些我们无法期望予以驯服或引导的力量的副产品；我们难以预料和憎恶的危机导致了政治动员与政治冲突，结构变迁就产生于这样的准革命时期。推而论之，这一观点无非是说：特定的法律制度变迁与一般的社会变迁均发生于非常时刻，由危机促发的、躁动的变革时刻。在法律思想上或者政治经济学上展开的制度想像所能期待的最好情形，就是在这个不可思议的时刻之后，能够用几代人的时间将这种混乱无序的创造性工作加以完善和系统化。那么，最晚近的例子就是经济大萧条和二战时期以来的社会民主重建，在美国则是众所周知的“新政”。

但是，这个观点却在内在关联上存在一些缺陷，而其中

每个缺陷都暴露出由那些自诩为民主思想拥护者组成的制度拜物教所产生的有害影响。首先，危机与重建的关系在历史上经常发生变化。正像可以设计一些组织和话语的形式去约束挑战和变化，并在它们被扭曲之前就被破坏一样，我们同样可以运用它们自身的微小修正达到同样的效果。民主实验论者不会株守下一个奇迹时刻的到来，他坚持依靠自己的努力获得成功，而不是让历史把我们推向辉煌。

第二，制度重构的经验并非诘屈聱牙的天书。它历练成了某种理念，并在其中得以扬弃。如果不努力争取有关实现理想与利益的现实制度形式的替代性理念，我们将会发现在转型机会到来之时，自己仍被周遭那些简单易得的观念束缚着。

第三，克里斯玛式的革命间奏曲之后按理来说应该是常规的压轴剧目，但它绝不像看上去那样具有常规性。奠基时期明显已经解决的问题又不断地显露出来；就算曾有一个不完善的契约，那也是征服者在安排新制度时与被征服者签订的。针对种族和性别而不是弱势群体的纠正歧视行动（affirmative action），既确保资本跨国流动又强化国内劳动限制的国际贸易谈判，将公共福利的责任转嫁给私人出资者，所有这些困扰着当代美国的公共政策和法律辩论的问题，也很难说是代表了对“新政”制度安排的实现还是背叛。在这样的背景下乞灵于原初契约也是徒劳无益。

21 三、现实利益与结构变迁

根据另外一种反对意见,关注于持续累积的制度修补(institutional tinkering)以服务于民主实验论,不啻为给人类强开一副总是换汤不换药的唯理主义药方。当民主实验论不再倾力为生存、消费和偏好进行日常斗争,就会被吸收进族群认同与国民认同的冲突当中。但是这个观点没能理解,群体认同的政治与民主实验论失败之间存在着微妙而又悖谬的联系。

我们最好在民族主义的背景下来探讨这种关系。相对于民族主义早期表现出来的集体差异意识,当代民族主义各种形式的自我主张(self-assertion)都有一个显著的特点:在实际差异缩小之时,更多地表达了追求差异的意愿,但这并不代表对于某种独特生活方式的忠实自信。当一个民族的习俗和信仰与其邻族实际上相类似时,它憎恶邻族是出于二者的相同而非不同,它自责是因为没有强大的集体经验来创造出一种与众不同的文明。经济与文化的无情斗争在全世界范围内震颤了并重新构造着各种制度化实践与权威化信仰:任何实验在任何时刻都有可能从一处移植到另外一处。最成功的社会就是最优秀的掠食者与消化者。

结果,集体认同被抽空了,被耗尽了。确切地说,这些集体认同表达了趋向差异的意愿而不是反映实际行动的不同,因而就不会像是一套真实的习俗与信仰那样,可以被不断渗透,可以讨价还价而达成妥协,甚至可以被修改;它们反而

成了一种不可妥协的信念的目标。虽然这种认同与差异性的倒置可能在民族主义上表现得更为明显,但是它同样见诸民族内部的族群认同政治,这种政治将对社会进步的现实诉求与表达和尊重弱势族群文化的诉求结合起来。这种族群主义(groupism)政治的强度往往与它准备支撑的文化差异的独特性相匹配。

悖谬的是,若想安抚源于无力表达集体差异的激愤,就必须加强制造实际差异的集体能力。一种独特的生活方式必须最终以制度的形式表现出来——不在实践中活,就在想像中死。反过来,政治、经济及社会的制度特性也会在面对集体原创性的制度表达时做出或者支持或者反对的选择。这种集体表达能力倚赖结构上的反复改革,由此获得的经验也更有希望能去维持文化上的宽宏大量与兼容并蓄,而非恪守那些茫然失意的追求差异的决心。而且,由此产生的习俗和信仰之所以能够相互妥协且产生影响,恰恰是因为它们是实实在在的。基于所有这些原因,国民认同和族群认同的政治就不是对民主实验论的工作的替代方案或者矫正手段了,反而是通过它所误导的方向阐明了民主实验论的工作为何是重要的。



第六章

民主实验论的学科工具

一、制度想像的孪生学科

民主工具论 (instrumentalism) 的发展要求制度想像付诸实践, 从而诞生了政治经济学与法律分析这一对孪生学科, 它们作为制度想像的实践并蒂而生。目前, 这两门学科还不成熟, 尚处于初步发展阶段。不过, 用以推动它们发展的观念性材料俯拾皆是。况且, 二者的发展需要回应目前经济和法律既有理论中的知识混乱与潜在机遇。物质进步的价值 (the goods) 与个人解放的价值 (the goods) 之间可能存在着周期性的但并非无法克服的矛盾。然而, 深入探究法律和经济与服务于民主实验论并不冲突。与实验论遭遇到的一样, 对这一探究构成威胁的同样是制度拜物教。

制度想像的这一双重实践能够得以繁荣的最佳时机存在于如下社会思潮之中: 社会关切与不懈探索被视为天然同盟;

思想者尝试踏上一条小径, 既不屈从于占支配地位的主流学问, 也不去缺少挑战、自我陶醉的异教港湾中寻求庇护。自 19 世纪早期哲学激进派的智识实践开始, 这样的思维习惯就已经有规律地加入到了对社会的研究和批判之中。一种消极服从的教理 (a passive-submissive doctrine) 开始在知识领域中占领一个又一个学科的中心位置。这种教理披挂着伪科学 23 几近透明的伪装, 暗示了在工业民主社会历史上占据主导地位种种社会安排都是自然的、必要的也是合理的。同时, 反科学观仿效着 19 世纪的马克思主义和黑格尔主义, 通过运行不同的规则去参与不同的对话, 然而现在它也不再可信了。对话的世界最终只有一个, 正如制度实验的世界最终只有一个一样。无论如何我们必须努力坚持一种批判的文化, 向各种占支配地位的正统理论开战, 决不让其对求知与辩论的议程指手画脚。

制度思想的孪生学科将进入本书于开篇处所描绘的那一由最低纲领所型塑的智识空间。它们必须辨识出基本制度与信仰的塑造性影响, 同时承认尽管这些构成性背景通常具有弹性, 却是可以替代的, 且已然摇摇欲坠。它们还必须承认思考利益和理想与思考制度与实践的内在关联性, 并将之转变为知识与政治上的机遇。

二、并不存在的制度经济学

本书旨在提出一种能使法律分析有助于民主实验论的进路。为此, 我将详细讨论一种在全世界范围内愈渐发挥影响

的法律分析形式的特点及局限。我们理解了这一法律学说，就能获得一种改变法律分析的工具，进而把法律思想变成社会现实主义与社会预言之间的联姻。由此通过建议我们应当如何运用这种改造过的法律分析实践来进行关于社会可替代性方案的想像，至此本书就可以结束了，也遵守了我先前的承诺。在着手这一任务之前，先要考察制度想像的另一大学科——政治经济学——面临的困境。

制度经济学并没有真正存在过。19世纪德国和20世纪初美国的经济学中的制度主义消失了，它没有引出任何智识实践去对一般均衡分析（general-equilibrium analysis）提起严正质疑。19世纪五六十年代出现的经济发展理论，努力从结构上来理解经济变迁，但是从来没有解决其自我主张含糊不清的问题，不是把自己视为从属于主流经济学的一个分支，就是把自己看作是对主流经济学的批判性替代品。所有这些
24 从一开始就产生于制度经济学，都过分囿于其筹划模式，即有意识地以这种或那种方式抵制对市场经济制度的常规性定义。从它们的失败当中可以得出以下教训：在社会和历史研究中，有意筹划可能刻舟求剑；除非它能够同时注重一种有影响力的视角与一种可重复使用的方法，一方面去考察事物何以可能以及可能如何，一方面按照可能性来理解现状。这一失败的后果就是各种主流经济分析都已将制度要么庸俗化，要么神秘化。对于制度问题，目前有三种处理方法首先应予考虑。

纯粹的经济理论迄今仅仅影响了对经济制度在因果性和规范性上采取一种不可知论的姿态，其制度性前提尚待描述性和说明性的替代实践从外部来加以规定，才能为理解特定背景下的经济行为提供某种分析工具。科斯定理认为，追求行为效用最大化除了要考虑交易费用这个面目可憎的弹性范畴，还要将制度安排看作类似于现实背景的东西来加以考虑，并围绕着它进行交易。这似乎是要将制度性行为有效地驱逐到一个以边界为规定条件、使市场行为完全可以依据经验变化的阴暗世界当中去。

还有一些政治经济学在意识形态上更为保守且更具侵略性，它们只承认一种特殊的市场制度体系，并且把私法确认为市场经济天然且必要的形式，甚至是市场经济不可或缺的支撑，以及在各种市场机制之间调和矛盾的完美框架。法律思想史家将这一观点认定为一种向19世纪法律科学倒退的典型观念。该观念认为一个自由社会拥有着一个明确的、预设好的法律制度形式，且是由分析所揭示的、为观察所证实的。现代法律思想史在很大程度上是在对这一观点进行颠覆和自我颠覆，因而它将对于这一观点竟然继续存在于经济学中而颇感讶异。但事实确实如此，而且它已经潜入了当今最具影响力的市场经济制度史观念，将经济运动的历史描绘成了一个聚合的过程，通过创建、追随与试错，向着市场经济真正需要的各种制度实践和法律规则迈进。财产体制就是这一进化的典范成果。对此制度秩序进行政治干预很有可能是代价

25 高昂的、自我挫败的以及颠覆自由的，所以应加以怀疑性的抵抗。但是问题在于人们恰恰忘了，每一个此种秩序所具有的独特制度和社会特征，这本身正是实践的和意识形态的冲突导致的令人吃惊的唯一产物。

在凯恩斯（他通过架空自己学说的政治意涵而使之显得合乎政治口味）的美国信徒的理论实践中，以及在权威的经济分析的公共政策运用上，我们发现了压抑制度重要性的最为隐秘的方式。它机巧地搜寻了各种大规模经济聚合体中类似法律这样的相关关系，例如储蓄水平、雇佣水平以及投资水平，以此仅在原则上承认这些关系的稳定性依赖于具体的制度境况，而在经济分析和政策辩论的现实实践中全然不顾这个陈述。

只要政治远离制度实验和结构变迁，在政治实践中拒绝让步就获取了一个障人耳目的伪饰。经济现象聚合体之间的相关关系保留着决不该保留的类似法律的（lawlike）外观。制度安排开始看起来就像是现代管理下市场经济的一个自然形式。

举凡上述所有形式的规避与迷信，并非经济学史晚近以来的偶然插曲。它们切近问题的要害。对它们表示眷恋就能赢来尊敬和荣誉。

真正的制度经济学不是研究经济行为的学问，不是在一个既定的、未经检验的制度背景下研究经济聚合体之间种种稳定联系的学问；它也不是密涅瓦的猫头鹰，在真正的市场

经济朝向全世界胜利进军的历史时刻展翅高飞。制度经济学必须研究以下课题：经济制度自身，经济制度的产因与后果，它们之所以成为它们自己，而又各有不同，它们现有形式所隐藏的多样性，以及现存的这些变化所提供和隐蔽的转型机会。这样一种制度经济学力图在形式分析、经验描述与因果推导之间寻到的关系，远比主流经济理论在分析实践中所能允许的更为密切而持久。虽然这样会部分地削弱不同学科在社会结构研究上各自方法论的独特性，但却拓展了经济理论的解释范围，而仅仅付出了一些形式自足性上的对价。与这种经济学最合拍的搭档是一种以制度为导向的法律分析方法，一种作为制度想像的法律分析实践。