

跨越国境的思考

——法理学讲演录

朱景文 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

跨越国境的思考 :法理学讲演录/朱景文著. —北京 :北京大学出版社, 2006.4

ISBN 7 - 301 - 10405 - 7

I. 跨... II. 朱... III. 法理学 - 文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 155108 号

书 名 :跨越国境的思考——法理学讲演录

著作责任者 :朱景文 著

责任编辑 :李燕芬

标准书号 :ISBN 7 - 301 - 10405 - 7/D · 1419

出版发行 :北京大学出版社

地 址 :北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 :<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱 :pl@pup.pku.edu.cn

电 话 :邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者 :北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者 :

经 销 者 :新华书店

650mm×980mm 16 开本 19.75 印张 228 千字

2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

定 价 :28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序

奉

献给读者的这本书是我的一个自选集，收录了我近十几年来一些有关法理学问题的讲演和书稿摘录，它们大致包括这样一些内容：一是自序部分，即这个期间我的一些主要著作的序言或章节；二是他序部分，即我为自己的学生的著作所写的序；三是我在国际学术会议上的讲演或在国外的讲座；四是我在国内学术会议上的讲演或发言；最后是学术批评，即对国内外一些学者的学术观点的评论。

我是学法理学、法哲学的。不满足于对法条的工匠式的解释和运用，总是寻求和追问法律现象背后的“理”，是一切研究法理学的人的共同特征。但正像法国著名学者勒内·达维德所说的：“仅仅以

本国法的考虑为基础的法哲学,其贫乏与狭隘是无需强调的。”“要研究我们的法律分类的历史根源,我们概念的相对性,我们制度的政治和社会背景,我们只有置身于自己的法律体系之外,才能看清楚。”^{〔1〕}如果能够用一句话概括我近年来的法理学研究的主要倾向的话,那就是对法理学进行跨越国境的比较法社会学的思考。这些年来,我时而在国内,时而在国外,学术和社会环境的反差,经常使我考虑这样的问题:在国外如果遇到了我在国内遇到的问题会怎样处理,而在国内如果遇到国外所面临的情况又将会如何。比如,我在比利时布鲁塞尔讲学时,遇到了地铁工人罢工,交通全部瘫痪,我到学校去上课也不得不步行。有时这类罢工会持续很长的时间,严重影响市民的日常生活。但在那里是一种习以为常的事情。我想,如果这事发生在中国,我们典型的处理方法肯定不会这样,而是未雨先筹,动用一切政治、经济、法律手段,把危险消灭于萌芽状态。这两种不同的处理方法,它们所包含的理肯定不一样。这里很难说哪一种方法就一定比另一种高明,也很难认为,在一个国家通行的法理学原理在另一个国家就一定适用。

所谓比较法社会学,实际有双重意义。一种是比较的法社会学(comparative sociology of law),即对不同国家法律制度的相同与差异的社会原因进行比较研究,为什么对同一问题不同国家用不同的方法处理,不同国家某种法律制度上的差异是否可能通过其他法律制度或社会制度得到补偿。在我近年来的法理思考中,立法、司法、法治、法制发展、人权、法律职业、法律思想的研究中都可以看到这种比较的法社会学倾向。另一种是比较法的社会学(sociology of comparative law)。在我看来,所谓比较法并不是对两个或多个不同的法律制度进行任意比较,而是研究不同法律制度之间关系的学科,而这种关系是现实生活中

所实际发生、存在的关系。换句话说,没有实际存在的关系,也就根本不存在比较法。显然,这种意义上的比较法以不同国家之间的相互交往为前提。比如,比较法发生于中国清末而不是更早的年代,恰恰是由于中国传统的法律制度在那时受到了西方列强的影响,使中国的固有法开始发生变异。自然,在当代全球化成为比较法发展的最重要的动力,各国之间的相互交往是历史上任何一个时代都无法比拟的,也是比较法乃至整个法学发展的一个社会学基础。法律和全球化是我近年来法理学研究的重心。收入到这个集子中的许多讲演和文章都是围绕这个主题展开的。

无论哪种含义,它们都代表了近年来我的一种学术追求,把法理学的事业的学术基础搞得更加宽广,立足中国,跨越国境,从比较法社会学的视野寻找法律现象之理。

(1) [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第10页。



自
序

从比较法、法社会学到比较法社会学*

摆

在读者面前的这本书,是多个研究项目的共同成果,也是近年来我的学术思想转变过程的记录。

—

1996年,当我向国家社会科学基金申请《比较法社会学:框架和方法》这一项目时,我的基本思路是:“是否能够通过某些法律指标来衡量不同国家法律制度的发达程度。如果能,通过哪些法律指标?这些指标之间的关系如何?”大家知道,在经济学中经常使用一系列的经济指标,如人均国民经济产值,

人均消耗石油的数量,居住在城市的总人口占总人口的百分比等来衡量和比较不同国家的经济发达程度、工业化水平和都市化程度。在法学研究中,比如我们在衡量和比较不同国家的立法、司法、法律职业、法学教育的状态时是否也可以建立一个指标体系,判断法制的发展程度?

1996年,我参加了由郑杭生教授主持的《中国人民大学社会发展报告》^[1]的项目,由我来主持和设计法制部分的框架。报告的主编有一个要求,所有的部分都要建立一个自己的指标体系。包括在《社会发展报告》中的其他部分如教育、科技、人口、社会问题等,以及同时编写的另一个报告《中国人民大学经济研究报告》^[2]的各部分,已经形成了固有的指标体系。但是法学的情况却不同,在国内从来没有人从事过这类建立法律指标体系的工作。这可能是由于法学固有的研究方法是规范研究,而不是社会科学所具有的经验研究的缘故。在法学领域,无论是宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法,人们进行研究的基本方法是规范分析,按照一个固定的模式,如刑法中的犯罪构成,民法中的合同要件,解析规范的结构,把案件的具体情况和规范的结构分析挂钩,把某一行为放到法律规范的框架中进行分析。如果我们按照这样一个框架建立法律指标体系,这将是一个规范性的体系,即以合法性为标准的体系,判断是否违法以有关的法律为标准,判断行政法规、地方法规的合法性以宪法、法律为标准。实际上,凯尔森的体系就是这类体系。而社会科学上所要建立的指标体系则是一种量的数据,用来作为判断某一社会现象状况的指数,能判断出所研究的客体正处在何处,正在向何处去,以及评价某项专门计划及其后果。社会指标在再现社会现象时,不能是一般化的、含混不清的,而必须是具体的、明确的、可以度量、计算、比较的数字、数据、符号。把这样一种方法运用到法学中,显然是法

学固有的规范性研究方法所不能胜任的。比如,我们现在所提出的“依法治国,建设社会主义法治国家”的目标,按照社会科学的研究方法,就需要研究建立一个什么样的指标体系,在立法、司法、法律职业、法学教育等各个方面达到一个什么样的水平才算是建立“社会主义法治国家”,我们现在处在什么水平上,其他国家又处在什么水平上。显然,这样的研究靠规范的分析是不行的,它必须建立在掌握大量的经验数据的基础上,包括历史的、现实的、国外的、国内的。同时,法律作为整个社会系统的一个组成部分,它的运作离不开社会的经济、政治、文化的发展水平。法制的发展水平必然受到它们的制约。这样,在评价一个国家法制的发达程度时,与其他国家的比较固然是重要的,但是更应该看法制的发展是否适合社会经济、政治和文化的发展状况。这就给我们提出了另一个问题:在一定的经济发达程度上,什么是与它相适应的法制发展水平,在二者之间是否存在一定的可以计量或描述的关系。在《社会发展研究报告》中,按照这样一个思路,我试着建立一个评价我国法制发展状况的指标体系。

但是,建立法律指标体系的一个必要的前提是必须有充分的资料。比如说,要反映司法的发展,每年各种审判案件的统计数字必须齐备,要反映律师的发展,每年的律师的数量、律师的文化程度、年龄、性别、文化构成等资料也要全面。这在国内的统计中就很难做到。许多统计数字,有些年份有,有些年份又没有。而且,涉及不同时期、不同国家的比较时,还要保证可比性。比如,在刑事案件中,究竟什么是犯罪,收案的标准是什么,犯罪率是根据什么来统计的,在不同时期、在各国并没有统一的标准,因此,如果不注意统计标准的差别,只是一味地比较一些同名称的数字的变化,往往什么问题也说明不了。1995年我到日本

访问时,完全被它们的资料保存和整理工作所叹服。自从明治维新以来,各种各样的司法统计资料那样完好地保存下来,研究者对这些原始资料进行了很好的整理,并且附上了各种指标变化的统计表格和发展曲线。由此我想到,韦伯把资料的保管作为科层制形式合理性的一个主要的特征,作为具有可计算性、可预测性的经济发展的必要前提,不是没有道理的。如果没有这些必要的统计资料,决策只凭长官的一时冲动和任性,这样的社会必然是充满偶然性、任意性,而缺乏可预测性、可计算性的社会。

总之,在当时申请这个项目时,我的目的是“试图把有着不同社会经济文化背景的国家或地区的法律制度放在一个框架中,通过某些法律指标评价它们在一定时期所达到的水平”。

二

1996—1997年,我正是带着这样一个目的到美国的。这次我是作为富布赖特项目的访问教授到了威斯康星大学法学研究所。威斯康星大学法学研究所是美国法社会学研究的中心,美国当代一批蜚声国际的法社会学界的精英都出自这里,像弗里德曼(L. Friedman)、马考利(S. Macaulay)、楚贝克(D. Trubek)、格兰特(M. Galanter)、塞德曼(B. Seidman)、基特尔(R. Kidder)。选择威斯康星大学,一是由于楚贝克,威斯康星大学法学研究所前任所长、国际研究中心主任,他从法律与社会研究走向批判法律研究,而我在到美国之前一直在从事一个有关批判法律研究的项目,他给了我很大的帮助,他的宽广的思路、深邃的思想至今都令我钦佩。另一个是由于格兰特,威斯康星大学法学研究所现任所长,多年来他一直从事民事诉讼方面的法社会学研究,1995年

他访问人民大学时,给我带来了近年来他写的一系列法社会学的论文,其中许多涉及我最关心的如何用一系列法律指标研究法律发展趋势的问题,他关于北大西洋国家法制发展“越来越多的法律、越来越多的诉讼、越来越多的律师、越来越多的法律消费”的描述,着实坚定了我的研究思路。但说实在话,在威斯康星大学期间对我的学术思想影响最大的是马考利的法社会学课,是他与弗里德曼、斯图基合编的那本《法律与社会:法的社会研究读物》。^[3]马考利曾任美国法律与社会协会的主席,早在20世纪60年代就以一篇《商业中的非合同关系:一个初步的研究》的论文而成名,为人谦和,充满长者的智慧。许多与他有接触的人无不留下美好的印象。特别令我难以忘记的是,在上课期间我和他通过email的方式就一系列法社会学问题进行的讨论,这些通信前后共有18封,涉及法的概念、法社会学和比较法社会学的方法论、法律、自由裁量和交易的关系、服从法律的原因、全球化、法治与关系、法律的正规化与非正规化、法律现代化的评价等一系列问题。^[4]我向他谈到中国的情况,他向我介绍了美国人的看法和各种不同的理论解释。其中涉及我对比较法社会学项目设计的是这样一次通信。我向他提出了两个问题:一是用经验研究的方法进行比较法社会学研究的可行性,二是对依据法律指标研究的评价。

对于第一个问题,他提出,比较法社会学不能单凭理论,而忽视经验研究。就经验研究而言,由于掌握材料的有限性,即使像美国这样法社会学研究已经开展30年的国家,研究的范围也仅仅限于美国、英国以及大陆欧洲的少数国家。而且,就现有材料而言,一国的学者感到有兴趣的问题,另外一些国家的学者不一定感兴趣。因此,在现有情况下,由于有太多的东西不知道,不可能做完善的比较法社会学研究。但

是,就现有的材料,完全可以写一种临时性的比较法社会学。其他国家在这方面已知的材料足以对现有的理论提出真正的挑战。这就是他的“临时性的比较法社会学”的主张。也就是说,在现有的研究状况下,不可能进行完善的、包罗所有国家、所有问题的比较法社会学,只能就现在掌握的问题,在了解情况的国家进行经验的比较法社会学的研究。

对于第二个问题,对依据法律指标研究的评价,马考利似乎更持否定的态度。在美国法社会学界,马考利以“不喜欢数字”而著称。他说,他对社会指标有疑问,因为他非常不信任它们。其理由是,无论是官方的指标,还是学者的指标,都是有缺陷的。老百姓有理由隐藏真实的事实,而官方出于自身利益的考虑有理由把统计编造得好看些。他给我举了一个美国的例子:警察部门需要足够的犯罪数字,这样他们就能够向上级提出他们所面临的现实问题,从而要求更多的预算。但是他们又不能把犯罪数字编造得太多,以至于上级认为他们不能胜任自己的工作。当我回过头来想中国的问题时,我们前些年“浮夸风”吃虚假数字的亏还少吗?近年来,一些地区为了显示各种各样的政绩,适应各种各样的“一票否决制”,上面要什么样的数字,下面就能给你什么样的数字。面对这样得来的数字,谁还敢把它们作为一项严肃的研究的根据呢?但是马考利不是完全否定指标的作用。他认为,正常地、小心地、合理地收集的统计资料能够具有参考价值,它应该促进研究,而不应该作为决策的根据。这样的建议,无疑是经过深思熟虑而提出的。

马考利的这些意见,使我陷入了沉思。我原来对于比较法社会学的设想是建立在法律指标体系的基础上,试图把各个国家的法律制度放在一个框架中,用这个法律指标体系去衡量它们所达到的水平。而马考利的意见是:第一,各国的材料不完善,因此在现阶段不可能建立

一个包括所用国家的比较法社会学,只可能是一种临时性的比较法社会学。第二,根据各种统计数字所建立的法律指标不可靠,不能作为研究的根据。这不是意味着我原来的设想要全部泡汤了吗?

关于马考利的意见,我思考了很久。

关于法律指标的有限性,也许这只是马考利的一家之言,我这样想。因为美国法学界毕竟还有那么多人以这种或那种方式运用法律指标进行研究。最明显的就是20世纪80年代末阿贝尔和刘易斯主持的、有12个国家的法学家参加的那个大型的国际合作项目《社会中的律师》(3卷本)^[5],其中运用了各国提供的大量统计数字,没有这些指标,这个研究根本就不可能。当然,马考利的意见是值得充分注意的。但是,正像法律指标的方法难免具有主观性、虚假性,其他任何一种社会科学的经验研究方法,如调查、实验、观察也都不能完全避免主观性和虚假性。一个好的研究者就在于运用某种技术尽量避免研究中可能带有的这样或那样的缺陷。这正像量子物理学中所说的“测不准原理”一样,研究对象的客观性受到研究工具的限制。但是,科学家们正是通过一次又一次的努力来改进研究的工具,使其尽量不干扰研究的对象,从而达到尽可能的客观、真实。对于社会科学的研究者来说,问题的复杂性在于研究的对象,以及研究者个人的价值观念和利益的影响。因此,无论运用何种研究方法,都必须保持清醒的头脑,了解它的长处和局限。

关于临时性的比较法社会学,在我们没有世界各国的充分的经验材料的基础上,建立一种能把各种不同经济、文化和政治背景的国家的法律体系包括在内的框架确实有些冒失了。正像马考利说的,我们有太多的事情不知道,所以我们不能做完善的研究。在现阶段,确实应该

把研究建立在我们已经了解情况的基础上。但是,由此我又想到了比较法研究中关于比较法研究对象的一个有争论的问题。一些比较法学家认为,比较法的研究对象是对不同国家的法律制度的比较。而另外一些比较法学家认为,单纯的比较并不是比较法学的研究对象。如果两个或两个以上的法律体系在历史上或现实中没有实际的联系,把它们放到一起,比较它们的相同点和不同点,这样一种比较是任意的,没有任何科学性可言。^[6]这里我无意指责马考利关于临时性的比较法社会学的主张,而且在本书的第二篇实际上都是在进行这种临时性的比较法社会学研究。但是,这种研究也只是把不同国家的法律社会学的经验材料放到一起来比较它们的异同,如果它们之间缺乏历史的或现实的联系,这种临时性的比较法社会学有科学的根据吗?如果说要建立比较法学必须找到把不同法律体系联系起来的实际的法律纽带,那么,建立比较法社会学的关键就在于找到把不同法律体系联系起来的实际的社会—法律纽带。

三

这个把不同法律体系联系起来的法律纽带和社会—法律纽带是什么呢?

在比较法学建立的初期,曾经有的学者认为,比较法的目的就是建立“文明人类的共同法”、“世界法”。但他们所谓的“文明社会”只不过是白人社会、欧美社会的代名词,第三世界国家根本不配称为“文明社会”,而是“野蛮社会”。第三世界国家的法律制度长期被排斥在比较法的研究范围之外。后来,有的比较法学家提出,比较法必须建立在不同法律体系之间的实际联系的基础上,没有实际的联系,不同法律制

度的比较就是任意的。在这种意义上,比较法是研究法律移植的。当时,法律移植的研究主要集中在历史领域,西方两大法系是如何把自己的法律制度移植到它们的势力范围内的?实际上,它们都伴随着不同形式的殖民扩张。世界法律地图的后面是一幅世界政治、经济、文化历史的地图。然而在当代,世界法律体系之间的联系的性质毕竟不同于殖民时代,也不同于世界分成相互对立的两大阵营的冷战时期,全球化已经成为影响世界经济、政治、文化和法律领域变化的一个重要因素。

全球化是我在威斯康星研究期间获得收获的重要领域。

马考利虽然提出在现有研究状况的基础上,只能建立一种临时性的比较法社会学,但他充分看到了全球化对于建立一种全球范围的比较法社会学的意义。在他与弗里德曼、斯图基合编的《法律与社会》一书中指出,“目前还没有多少研究是用经验的、社会科学的方法比较不同的法律制度或它们的组成部分,这样做绝非易事,存在着理论和实践的障碍。但是在一个全球交往的时代,即一个全球经济时代,世界的法律制度越来越多地相互联系在一起。这一趋势可能继续下去。因而,法律和法律研究也可能变得较少地方性。法的社会研究也是如此。”^[7]

楚贝克是较早投入这个领域研究的学者之一。近年来,他发表的一系列论文都涉及全球化问题。他认为全球化对法律领域起码提出了三个挑战:

(1) 当一个国家的既定模式受到国家之外的(地区的或全球的)经济、政治机会和力量的刺激和新创造的市场的影晌和挑战时,是什么力量推动着一个国家法律制度内部的运动?

(2) 国际影响和机会所创造的新逻辑怎样影响国家法律领域的运

作,而这一领域的性质又如何影响“国际化”的性质和程度?

(3) 当律师的活动超越“国家领域”而进入全球关系和跨国领域时,他们如何对待,他们采取什么策略?⁽⁸⁾

也就是说,随着全球化的进程,我们观察影响一个国家的法律变革的力量时,再也不能仅仅局限于国内的社会经济、政治的力量,而必须具有全球的观点,必须与国外的、地区的和国际的力量相联系。

桑托斯的《走向新常识:范式转变中的法律、科学和政治》⁽⁹⁾是一部构思更加宏伟的著作。他认为,对法律领域的分析存在于三个时空:一个是主权国家、一个是亚国家即地方,一个是超国家即跨国领域。在他看来,自从16世纪欧洲列强签订《威斯特伐利亚合约》以来,一方面,国家取得了对封建领主的胜利,另一方面,以领土为基础的国家主权观念成为国际政治的核心原则。这样,以国家为中心的法律秩序就取得了对亚国家和超国家领域的霸权。但是,亚国家和超国家的秩序始终存在。20世纪60年代以来,一个明显的趋势就是超国家领域法律秩序的发展,与此同时,出现了主权国家把原来属于自己主权范围内的领域一步一步地向超国家领域的转移,跨国公司的兴起则标志着私的秩序向国家主权的挑战。读者不难发现,实际上,本书的基本框架,法制化、本土化和全球化,就是来自桑托斯关于主权国家、亚国家和超国家三个时空的构想。

全球化研究中,第三世界与发达国家的关系是其中一个突出问题。威斯康星大学是美国在20世纪60年代法律与发展运动的发源地,楚贝克、格兰特、马考利、弗里德曼、塞德曼等都曾经作为富布赖特学者被派到拉丁美洲、亚洲和非洲国家,作为“和平队”的成员帮助那里的法律改革。特别值得一提的是,楚贝克和格兰特是最早对法律与发展运

动提出质疑的美国学者。1974年,他们发表的“异化中的学者:对美国法律与发展研究危机的某些反应”^[10]一文成为对法律与发展运动批判的先声,后来有人把20世纪60年代的法律与发展运动看做是“法律帝国主义”。在威斯康星研究期间,我选择了索姆(Joseph R. Thome)教授的“拉丁美洲的法律与社会变迁”课程,他多年从事拉丁美洲法律研究,充满了正义感,当我问他怎么看待20世纪90年代以来国际货币基金组织和世界银行发起的新一轮对第三世界国家法律改革的援助时,他毫不犹豫地说:“当然是法律帝国主义的继续!”他的课给我提供了大量有关拉丁美洲国家法律改革的资料,大大开阔了我的眼界。美国教授们的这些法律帝国主义的指责也使我近年来中国所接受的西方法律援助陷入了思考。说实话,自己以及现在活跃于国内法学界的许多同仁都是这些援助的受益者,但从世界体系的角度如何分析这个问题呢?不管怎么说,我想学者是有自己的独立见解的,不能把学者的态度和政府的立场看做是一回事。否则,你也不可能解释这些美国教授的反思。在一次会上,我亲眼看到楚贝克与国际货币基金组织的代表争得面红耳赤,一次又一次地大声说:“Law and Development did die!”(法律与发展运动的确死了!)

1997年从美国回国后,我发表了“关于法律与全球化的几个问题”,引起学界的注意。作为一个多年来从事法理学研究的人,我深切地意识到这一问题的重要性,也深感这一突破问题的理论意义。但是,另一方面,我也深深地感到自己知识的贫乏。这种贫乏表现在我原有的国际公法、国际经济法知识的不足,对于世贸组织、欧盟、跨国公司、非政府组织等一系列新现象的法律问题知之甚少,对于在这些领域中特别是在实践中出现的一些新的现象不了解,对它们与传统的主权观