

发展进程中的 国家与法律

第三世界问题的
解决和
制度变革

State and Law in the Development Process

Problem Solving
and Institutional
Change in the
Third World

Ann Seidman Robert B. Seidman ed.
[美]安·塞德曼 [美]罗伯特·塞德曼 著

冯玉军 俞飞 译



法律与发展译丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

发展进程中的国家与法律

第三世界问题的
解决和
制度变革

State and Law in the Development Process

Problem Solving
and Institutional
Change in the
Third World

Ann Seidman Robert B. Seidman ed.
[美]安·塞德曼 [美]罗伯特·塞德曼 著

冯玉军 俞飞 译


法律与发展译丛
法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革/(美)塞德曼,
(美)塞德曼著;冯玉军,俞飞译. —北京:法律出版社,2006
(法律与发展译丛)

ISBN 7-5036-6486-X

I. 发… II. ①塞…②塞…③冯…④俞… III. 发展中国家—法制—研究 IV. D902

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第081767号

© 法律出版社·中国

法律与发展译丛	发展进程中的国家与法律:	[美] 安·塞德曼	责任编辑 王旭坤
	第三世界问题的解决和制	罗伯特·塞德曼 著	肖彦伟
	度变革	冯玉军 俞飞 译	装帧设计 乔智炜

开本 A5	印张 15.875	字数 343 千
版本 2006年9月第1版	印次 2006年9月第1次印刷	
出版 法律出版社	编辑统筹 法学学术出版社	
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店	
印刷 北京北苑印刷有限责任公司	责任印制 陶松	

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6486-X/D·6203

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

中国经历了长达二十六年的经济改革和对外开放。在发展市场经济的过程中,我们愈来愈意识到,一种好的市场经济需要相应的法治环境。近年来,国际法学界对于法律在一国的经济发展中究竟起怎样的作用进行了多国度的比较研究和大规模的讨论。由洪范法律与经济研究所组织翻译的这套《法律与发展译丛》收录了从这一讨论中产生的一批成果。这些经验性的分析和理论成果将有助于我们丰富自己的知识,理解问题的实质,并通过汲取别人的经验找到我们自己的路径。这套书的优点还在于它的多样性和多视角,可以使得很多关注法律和社会经济发展的读者从中受益。

吴敬琏

二零零六年春于北京

序 二

上一世纪 80 年代改革开放一开始就包含两层重要含义,一是经济改革,一是法制建设。进入 90 年代,前者逐渐转向为市场经济,后者逐渐转向为依法治国。市场和法治成为了现今中国改革开放的两个主旋律。改革开放以来法学家研究市场和法治关系的著作论文不少,但主要偏重在两方面:一是论证市场经济需要法律制度来规范,即“市场经济就是法治经济”;另一是论证现代法治的理论应体现市场经济的精神,尤其是“私法的制度和理念亟需更新”。但法律与发展的研究,法学与经济学研究的内在有机结合,法学家和经济学家的结盟仍有极大的欠缺。

2001 年夏天中共中央邀请二十位社会科学家到北戴河休养并座谈如何发展社会科学,我有幸与吴敬琏教授作了进一步交谈,我们都感到当今中国经济学与法学是足以影响国家命运的两个社会科学部门。经济体制改革的深入有赖于政治体制改革的实施及法治的完善,而法治的完善又必须结合到经济各个领域,脱离经济领域改革的丰富,法学将是苍白的。于是吴敬琏教授和我发起设立了上海法律经济研究所(后改为洪范法律与经济研究所)。其中一项工作就是组织学术翻译,翻译的目标也是选择法律与经济相关的一些国外著作,最初定名为“法律与经济译丛”,后更名为“洪范译丛”,两个名称均与我们这个民办的研究所名称相对应。第一批九本书的主题即是“法律与发展”。

早在二十世纪五、六十年代,“法律与发展运动”就已经在第三世界国家经历了一场轰轰烈烈的试验,结果并未达到预期目的。中国

当下的法治建设计划被认为是新一轮“法律与发展运动”的一个部分。这场新的法律与发展运动的成败尚未知晓,中国的改革尚待深化,认识尚有分歧。在此情形下,围绕法律与发展主题去认识和反思中国改革的过去,现在和未来,去认识和借鉴其他国家,尤其是发展中国家实行法律与发展运动的经验和教训,无疑是很有意义的。这九本书的翻译是一项很有价值的工作,它不同于过去大量翻译的法学名著或经济学名著。它属于经济学与法学内在交融宏观研究的著作。这也是一个尝试,但愿它能开启人们的心智,使人们能思考的更深入,视角更多元化,我们就达到了目的。洪范法律与经济研究所仅以此九本书贡献给读者并推荐给读者。

江 平

二零零六年春于北京

编者前言

20 世纪 60 年代,挟现代化浪潮之势,一批发达国家的法律学者,还有一些律师以及政治学家和社会科学家们,致力于将西方社会的法律价值和法律制度输出到发展中国家。这一在 20 世纪 60 年代中、后期颇具规模的社会实验,便是所谓法律与发展运动。然而,雄心勃勃的法律与发展运动没有取得预期的效果。因此,到了 70 年代中期,在一片批评和反省声中,这场轰轰烈烈的运动便偃旗息鼓,告一段落了。

进入 90 年代,冷战结束,经济全球化势头强劲,发展成为全球性的主题。跨国资本在全世界流动,欠发达国家通过改革和吸引外资来谋求发展,国际经济组织则以法治和良治为援助的条件。在此背景之下,出现了新一轮法律与发展浪潮。新的法律与发展运动更多着眼于经济发展,但它们同样相信正式的法律制度——尤其是产权与合同法——在社会与经济变革中的重要作用。中国的改革正好与这一浪潮相呼应。

中国始于 20 世纪 70 年代末、80 年代初的改革,一开始就包含了法律和“以经济为核心的”发展的双重目标。90 年代以后,随着改革开放的日渐深入,法律与发展之间的联系受到更加广泛的关注和承认。法律促进发展,发展离不开法律。法律要为发展“保驾护航”。这类信念不仅流行于学者、媒体和社会公众当中,也是改革时期立法、司法以及政策制定的根据。然而,令人不解的是,对于中国这样一个法律与发展的巨大实验场,汉语学术界中专注于这一主题的研究几乎阙如,对国际间相关研究的介绍也少而分散。实际上,法律与

发展运动中的各种假定在这里既未受到经验上的检验,也没有得到理论上的反思。这种情形与中国的改革在法律与发展运动中所扮演的角色极不相称。

组织翻译一套法律与发展丛书,首先是为了引起国人对这一主题的了解和关注。为此,选题主要考虑两个方面的因素。

首先是主题本身的特点。法律与发展运动自始便与第三世界或发展国家的现代化努力纠缠在一起。当下的法律与发展运动除了延续和发展早期的增长主题和法律移植主题之外,又加入了全球化和
社会转型两条线索。显然,要卓有成效地处理这一主题,任何单一学科的视角和力量都是不够的。换言之,对这一主题的研究要求多学科、多领域以及跨学科、跨领域的努力。

其次,根据中国当下的发展和需求确定其内容,下面几个方面被列为重点:(1)法律与发展运动——特别是20世纪90年代兴起的新一轮法律与发展浪潮——中涉及的基本问题;(2)法律与发展运动在比较有代表性的国家和地区如拉丁美洲国家、前社会主义国家、东亚、印度和一些非洲国家展开的情况;(3)对法律与发展理论与实践的反思;(4)与中国当下的改革密切相关的题材。

具体言之,这套译丛包括以下九种著作。

《发展进程中的国家与法律——第三世界问题的解决和制度变革》是法律与发展领域中一部雄心勃勃的著作。该书的两位作者是法律与发展运动的参与者,曾经在非洲多个国家教授法律达十一年之久,并以联合国咨询专家身份参与过中国的立法项目。他们试图透过第三世界国家法律与发展的广泛实践,发展出一套法律与发展的理论。

《制度与经济发展——欠发达和后社会主义国家的增长与治理》则是一部新制度经济学论文集,出自马里兰大学著名的“制度改革和非正规部门中心”(IRIS)。收入本书意在突出法律与发展研究与近

年来成就非凡的另一种学术传统即新制度分析之间的联系。选择 IRIS 则是因为,该机构参与了世界上许多发展中国家和转型国家的改革计划,促成了这些国家政治、经济和法律制度的变革。本书集经济学、政治学、法学、社会学诸领域学者之力,对 IRIS 的经验进行了深入的理论反思。

《法律的价值——转轨经济中的评价》是 IRIS 的另一部论文集。它集中讨论了法律在俄罗斯社会转型过程中的作用,兼及东欧国家和中国。俄罗斯是经常被用来同中国比较的另一种改革和转型模式,值得特别关注。

Edgardo Buscaglia 和 William Ratliff 合著的《发展中国家的法与经济学》一书,是继其《发展的法与经济学》(1997 年)之后的另一部值得注意的著作。该书试图超越法律与发展的理论研究,通过对法律和司法领域公共政策的考察,用改革的经验资料来验证相关的政策主张。其中论及的司法改革、争议解决机制、腐败等主题,都是发展中国家的重要议题。两位作者在法律与发展方面有大量著述,尤以拉美研究见著。

《全球性解决方案——新法律正统性的产生、输出与输入》集合了一批法学家、经济学家、政治学家、社会学家、人类学家和历史学家,对全球化背景下新一轮的法律移植进行了深入讨论。本书前几章集中于理论研究,后面的章节则考察了若干个案,尤其是拉美国家的个案。本书值得关注的除了其中对国际领域和拉美国家的研究之外,还有对于所谓“新法律正统性”的反思。

《第三世界的法律与发展》针对发展中国家面临的全球化挑战,试图从发展中国家的视角提出和解决问题。循着这一思路,作者对发展的概念、法律发生作用的方式、有助于发展的国家制度与国际秩序、以及法学家在其中的作用等问题作出了清晰的界定。对非洲国家的个案研究是本书的另一个特点。

与上面提到的著作不大一样,《第三世界国家的法律与危机》是一部对法律与发展主题进行批判性审视的文集。关于本书,可以引用 Tamanaha 书评中的一段话:“‘本书’由法律与发展研究领域一些最重要的学者新近撰写的文章组成,它们论及一系列人们关注的主题,从法律理论到宪政、刑法、公益诉讼、国际贸易、债务危机,以及关于发展中国家妇女与法律的若干问题。”(consists of recent articles by leading law and development scholars on a range of topical subjects, from legal theory to constitutionalism, criminal law, social action litigation, international trade, the debt crisis, and several aspects regarding women and law in developing countries)在批判理论的视角之外,对法律与发展主题中妇女问题的关注和发掘也是本书的一个贡献。

有关法律与发展的讨论很少论及发达国家的历史,然而这并不意味着这类经验不值得重视。发达国家历史上法律与发展的问题对发展中国家的启示意义,经由 Hernando de Soto 的出色研究业已得到证明。因此,这套译丛特别选收负有盛名的美国法律史家 James Willard Hurst 的《美国史上的市场与法律——各利益间的不同交易方式》一书,旨在扩大视野,丰富对本丛书主题的认识。

这里要提到的最后一本书是《OECD 国家的监管政策——从干预主义到监管治理》。经济合作与发展组织(OECD)所属国家均为发达国家,就此而言,将此书列入“法律与发展译丛”算是一个“创举”。不过,着眼于近年来中国的改革实践,无论是制度和机构的革新(如各种监管机构的设立),还是公共政策的制定与实行(如医疗卫生领域),或者是法律的创制和实施(如《行政许可法》),无不涉及监管主题。可以说,监管问题正是中国当代法律与发展的题中应有之义。OECD 国家的监管改革为中国建立自己的监管体系提供了许多有益的经验,并在一定程度上对中国相关领域的改革具有指导意义。

相对于法律与发展研究领域中已经出版的文献的数量,译丛目

前的规模远不足以囊括其中的精华。实际上,由于图书版权等方面的原因,一些我们认为重要的著作这次未能纳入译丛出版;而因为编辑方针上的侧重,一些能够反映最新发展的文献如一些国际机构和组织的相关报告也没有收入译丛。尽管如此,我们希望并且相信,这套译丛的出版有助于人们对于法律与发展主题的了解,进而激发人们的兴趣去对其中涉及的各种问题展开研究。最终,我们还希望,通过对世界范围内法律与发展运动经验教训的了解和反思,尤其是通过对中国改革实践切实而深入的研究,法律与发展的主题在这里得到认真对待,并成为中国改革过程中制度创新和理论创新的一个生长点。

洪范法律与经济研究所

二零零六年秋于北京



法律与发展译丛

法律出版社

LAW PRESS · CHINA

本书系国家社科基金 2005 年一般项目《全球化背景下的东亚法治问题研究》(05BFX001) 和中国人民大学亚洲研究中心项目《全球化下的东亚法治和法学研究》亚研字(2004012)的学术成果。



致我们可爱的孙子女们：
安妮·尼奥、西玛、妮卡、图米、
塞思、安尼塔、本杰以及格列高

作者简介

安·塞德曼:克拉克大学国际发展项目中心副教授 波士顿大学法学院副教授。

罗伯特·塞德曼:波士顿大学法律和政治学科教授(现已退休)

塞德曼夫妇从1962年开始,就从事与第三世界发展相关的教学和科研活动。他们曾到过大部分的非洲国家,并执教于加纳、尼日利亚、坦桑尼亚、赞比亚以及津巴布韦等国的大学。1988年至1989年,他们成为中国北京大学的富布赖特客座教授。他们夫妇两人共同讲授法律与发展理论以及法律起草研究班课程,并逐步提出本书中的理论和方法论。1991年,他们成为中国国务院法制局与联合国开发计划署援助中国立法工作,即“立法支持经济改革”(Legislative Drafting to Support Economic Reform)项目的首席咨询专家。

译者简介

冯玉军:男,1971年出生,中国人民大学法学院副教授,硕士生导师,法学博士。

2005.8-2006.9 美国哥伦比亚大学法学院爱德华基金项目访问学者、哈佛大学法学院访问学者。现任中国法学会法理学研究会理事,中国人民大学法律硕士工作委员会副秘书长,湖南大学法学院、兰州理工大学、甘肃政法学院兼职教授,兼职律师(1993年)。出版《法律的成本效益分析》、《全球化与中国法制的回应》、《法经济学应用研究》等学术著作多部,发表学术文章60余篇。

俞飞:男,1979年出生,中国人民大学法学院博士生,中国政法大学中德法学院讲师。

中译本序

张岚 陈尚坤* 译

我们很高兴看到《发展进程中的国家与法律》一书的中译本。这本书首版于1994年,反映了我们在撰写时(主要在1990到1992年间)关于运用法律促进发展进程的想法。

十多年前,也即1988到1989年间,我们以富布莱特学者的身份在北京大学讲学,教授一门名为“法律与发展”的课程。这门课建立在我们在非洲的十二年(1962-1984年间,时有间断)和在美国讲授和研究法律与经济基础的所学基础之上。除了这些经验之外,这本书也包含了我们在中国各处游历得来的新的观察和想法。

1989年,中国已经从文化大革命的阴影中走出来,呈现出崭新的面貌。邓小平的改革开放政策推动了中国知识分子重新思考他们对“发展”

* 张岚,南京大学法学院讲师,美国哥伦比亚大学法学院博士后研究学者(Post Doctoral Research Scholar),爱德华研究员(Edwards Fellow)。陈尚坤,南京邮电大学讲师。

的内涵与实践的理解。变化无处不在发生,从建设北京崭新建筑的丛林般的起重机,到农村因发展新兴工业而迅速矗立起来的烟囱,再到大学里面的学术讨论。这样的氛围激发了可能性、期待与希望。我们在中国各处游历和与学界交流以及在北大授课的这一年的经历鼓舞了我们更加投入到关于运用法律来促进发展的各种问题的研究之中。这鼓励了我们写出这一本书。

在完成了这本书的写作之后,部分的因为我们在中国的经历,我们的事业发展显著的改变了方向。中国国务院法制局安排我们出任联合国开发计划署顾问,帮助他们起草 1989 年的五年计划中列明的 22 项优先立法。在和法制局以及其他部委^①的同事们的共同工作中,我们得以应用并且进一步发展了在这本书里概述的理论和方法。在继续教学的同时(在波士顿大学),我们还担任了

① 这个项目有几百位法制局和其他部委的工作人员参加,有三个全国性的研讨班,都在中国进行。这些研讨班旨在教会这些法律起草者们在本书中讨论到的立法理论和方法,并向他们介绍法律起草的技术。在这些研讨班中,学员们组成最多十个成员的组,分别负责 22 个法案。每个组都在他们的法案后面都附上一份研究报告,提供逻辑组织良好的事实来展现该法案将被证明能够有效的实施,并且有助于解决他们所希望解决的社会问题的可能性。此外,50 多名中国起草人前往波士顿大学(BU)举办的为期四个月的培训项目,参与一个践而知之的过程——依照约翰·杜威和比利时教育家保罗·费拉利(Paolo Freire)的设想设计——借此完成提交给中国的立法者的草案报告。在 BU,他们两两一组,在比较法和他国经验,以及他们自身对于既有的与中国特定的环境相关的证据的更深层理解的基础上修改草案的细节,并借此深化他们对于立法理论、方法和技术的理解。

与我们的中国同事在 1992 到 1997 年间为这个五年计划而做的工作给了我们自己意义重大的新的领悟,我们更加意识到理论对起草有效的立法的指导作用有多么重要——无疑,从这些参加项目的人身上我们学到的最多。在这个经验的基础上,我们创建了波士顿大学民主社会变革立法起草项目(Boston University Program on Legislative Drafting for Democratic Social Change)。这些年来,这个项目邀请了很多其他国家的法案起草者来参与类似的学习过程,并最终为国际法律与发展联盟(ICLAD, International Consortium for Law and Development)打下了基础。相关的历史和参与国家请参见:www.ICLAD-law.org。

为加强印度尼西亚、斯里兰卡、越南、南非、哈萨克斯坦、不丹、尼泊尔、巴基斯坦以及其他很多国家的立法起草能力而设计的项目的顾问。在所有那些国家里,我们不再仅仅教授作为一门大学课程的法律与发展。相反的,我们和那些关心立法工作的人——法案起草者、立法者、社团以及大学里的人——见面,和他们谈话并且一起工作。在一种实在的意义上,在大量不同的背景中,我们和他们一起实践了法律与发展。

约翰·杜威^①主张人“践而知之”。我们已经认识到获知的过程永无止境。本书旨在展示制度主义立法理论和方法如何可以作为一种有效的向导,来指引在法律和法制秩序下,成功运用政府权力,实现对旧有的、传承而来的制度的有效转型,这些旧制度正是发生在世界上大部分人口中的低效统治、贫穷和缺乏保护得以长期存在的症结所在。今天,基于这个理论,我们和我们的同僚们正在世界范围内共同努力,以增进我们在实践法律与发展中所获知的东西。

旧制度限制了世界上如此众多的人口追求建立人本政府和发展的共同努力,在起草旨在改变这种旧制度的法律立法过程中,法律与发展的学术理论与实践彼此交汇。本书的目的是让法案起草者们了解我们从学术界所获知的有关法律与发展的成果。而为从事法律工作的人将这些学术的建议转换为具体的实践规则的过程,也不可避免地改变和深化了我们所运用的制度主义立法理论和方法。

在我们与来自世界上许多国家的同僚(从本书第一次面世之

^① 在北大,我们了解到杜威也曾于1920年代早期在中国待过三年,其时他与中国科学与民主运动的奠基人们相识,并曾和他们一起工作。