

全球性 解决方案

新法律正统性的
产生、输出与输入

Global Prescriptions

The Production,
Exportation
and Importation
of a New Legal
Orthodoxy



法律与发展译丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

David Mervin Bezalay and Bryant G. Garth ed.

[美]伊夫斯·德扎雷 [美]布赖恩特·加思 主编

陆幸福 王煜宇 赵明 译

全球性 解决方案

[illegible]Global
Prescriptions

1. **Introduction**
 2. **Background**
 3. **Methodology**
 4. **Results**
 5. **Conclusion**

Age Group	Percentage
18-24	10%
25-34	35%
35-44	25%
45-54	15%
55-64	10%
65-74	5%
75-84	2%
85+	1%

[illegible]

全球性 解决方案

新法律正统性的
产生、输出与输入



法律与发展译丛

法律出版社

LAW PRESS · CHINA

Global Prescriptions

The Production,
Exportation
and Importation
of a New Legal
Orthodoxy

Yves Dezalay and Bryant G. Garth ed.

[美]伊夫斯·德扎雷 [美]布赖恩特·加思 主编

陆幸福 王煜宇 赵明 译

图书在版编目(CIP)数据

全球性解决方案:新法律正统性的产生、输出与输入/

(美)德扎雷,(美)加思著;陆幸福,王煜宇,

赵明译. —北京:法律出版社,2006

(法律与发展译丛)

ISBN 7-5036-6485-1

I. 全... II. ①德...②加...③陆...④王...⑤赵...

III. 法理学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 081768 号

© 法律出版社·中国

法律与发展译丛

全球性解决方案——
新法律正统性的产生、
输出与输入

伊夫斯·德扎雷、布赖恩
特·G.加思 主编
陆幸福、王煜宇、赵明 译

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13.5 字数 294 千

印次 2006年9月第1次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939840

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6485-1/D·6202 定价:32.00 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谨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中国家的现代化努力纠结在一起。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

作者简介

杰里米·阿德尔曼:普林斯顿大学历史学教授

罗伯特·博耶:普林斯顿拉美研究项目主任、经济学家

伊丽莎白·海格尔·波义耳:明尼苏达大学社会学与法律副教授

米格尔·安格尔·森特努:普林斯顿大学社会学教授

伊夫斯·德扎雷:Centre National de Recherches Scientifiques 研究主任

布赖恩特·加思:美国律师基金会主任(伊利诺伊州芝加哥)

海因茨·克鲁格:威斯康星-梅森大学法学副教授

拉莉萨·埃德勒·洛慕尼兹:墨西哥国立大学人类学教授

约翰·W. 迈耶尔:斯坦福大学社会学教授

节雄宫泽:日本 Waseda 大学法学院法学教授

弘熙大塚:日本 Nara 女子大学讲师

罗德里欧·赛拉扎:墨西哥国立大学人类学教授

凯瑟琳·斯科林克:明尼苏达大学政治学教授

安妮·玛丽·斯劳特:哈佛大学法学院辛克莱·阿姆斯特朗教授

卡塔林纳·斯穆洛维茨:阿根廷 Universidad Torcuato DiTella 政治学教授

译校者简介

赵明,男,1966年11月生于四川省营山县,法学博士。现为西南政法大学教授,博士生导师,主要从事传统法文化和法哲学研究。

陆幸福,男,1974年12月生于江苏省溧水县,法理学博士。现为西南政法大学讲师,主要从事法理学和宪法学研究。

王煜宇,女,1977年12月生于重庆市沙坪坝区,法学博士。现为西南政法大学副教授,主要从事民商法学研究。

前 言

布赖恩特·G. 加思、伊夫斯·德扎雷 著

王焜宇 译

法治业已成为全球传教士的一项新的集体呼吁。在这一国际航班上,贩售颇具竞争力的经济分析理论的“货币医师”依然非常活跃(Drake, 1994),但是,20 世纪 90 年代也同样见证了“规则医师”的茁壮成长,在一国及国际水平上,他们拥有关乎法律改革和新法律制度的颇具竞争力的学说主张。跨国律师事务所的业务运作传播着美国模式的公司法;宪法编撰者为新近民主国家编写新宪法;非政府组织关注环境保护、抨击对妇女的暴力活动并提倡保护基本人权;改革家们在法学教育和司法改革领域非常活跃;而今,一支新的反腐队伍已经开始赢得了法学内外各学术界的

① 根据国际人权律师委员会的一份报告,世界银行、美洲发展银行自 1997 年开始,发起并批准的资金总额超过 3 亿美元的贷款,主要用于 25 个国家为期 5 年的司法改革项目(阿姆斯特朗,参见梅西克 1997)。

关注。关心经济发展的世界银行^①和其他一些主要机构,如美洲发展银行、亚洲发展银行(Metzger, 1997),以及欧洲重建与发展银行都开始招募更多的律师和社会科学家来规划他们旨在强化法治的项目(卡罗瑟斯, 1996, 1998, 1999; 德扎雷和加思, 2002; Hamnergren, 1998; McClymont 和 Golub, 2000; Pistor 和 Wellons, 1998; Quigley, 1997; Rose, 1998)。^①

这已不是我们第一次在国家转型的对策处方单上发现法律的优势了。20 世纪六七十年代,国家转型被称为现代化,这一时期的“法律与发展”运动是一次类似于引进一系列制度和经验以建设法治的努力。然而,这些试图改变法律地位的努力在当时都显得不那么成功。这些努力当中最重要的部分——变革法律教育和法律研究的允诺并未发生。法学院继续被那些活跃在政治、诉讼、司法、商业和其他领域的兼职教授所垄断,而法学教育则因循其本质上作为一种被动的和无法让人振奋的经验的特质,它更多地旨在教会学生订立合同而非培养他们获得法律技术的渊博知识。作为一种结果,法律与发展这一回合的“挫败”,很快便得到承认(Gardner, 1980; Trubek 和 Galanter, 1974),并融合到有助于发展的传统智慧当中。引进美国法律模式的努力失败了。

而时至今日,国内的以及国际的机构在法治上的投入远较早些时候丰厚。在政策订立者之中以及研究发展问题的学者之间,对这一发展战略的支持业已达成更大共识。这一共识通过来自南方的政策订立者以及来自南方的成千上万的个人活动得到进一步

^① 正如卡罗瑟斯所言:“现如今如果人们不将法治作为解决世界危机的方案的提议,人们将无法通过一项对外政策的辩论。”

深化。作为第一次法律与发展运动的一部分,前者在美国研习法律,而后者则将一纸美国大学学位作为从事政治、法律、商业以及学术职业不可或缺的“敲门砖”。不仅如此,即便在全球化的支持者和反对者之间,也存在一种明显的两种意见并行不悖的迹象。当异议双方之间的意见分歧激烈时,世界贸易组织和世界银行的众多突出批评者们的行为具有建设性,他们倾向于用改变程序的方式表达其批评,并为未加入的集团拓展其法律请求的机会。譬如,在世界银行,通过检查组“给那些自认为被世界银行伤害过的人们一个机会以主张世界银行为自己的营业政策承担责任”(O'Brien、Goetz、Sholte 和 Williams, 2000: 31)的过程,改革者们业已推行了一种更为透明化的依法问责制度。

即便如此,法治尚不能宣称在最近的运动中成效斐然。堪称法治领域领军性评论人物的托马斯·卡罗瑟斯在其最近新著中指出“这些项目大大落后于它们的目标”(1999: 170)。^①与之相似,人权律师委员会正连续不断地提出报告,指出促进司法改革的议案的局限性(例如:人权律师委员会, 2000)。这些令人失望的评估让人难以说明其原因。到目前为止,改革的拥趸者们所提出的解释包括:国内匮乏的政治意愿,享有既得利益的权力以及无处不在的腐败(Carothers, 1999: 165—177; Hamnergren, 1998: 270—280)。其他人则就本国及全球非政府组织更多的参与需求做出提醒(人权律师委员会, 1996)。这些批评和建议似乎都得到了世界银行内部曾致力于这些努力的大多数人的支持(世界银行, 1998)。这是一种以期避免沉疴的对“最优经验”的探寻,而改革

① 胡安·门德茨认为:“司法系统及其领导者抵制变革。”