

法律何为

梁治平自选集

梁治平 著

D920.4
201312

平

阅 览

法律何为

梁治平自选集

梁治平 著

图书在版编目 (CIP) 数据

法律何为: 梁治平自选集 / 梁治平著. —桂林:
广西师范大学出版社, 2013.1
ISBN 978-7-5495-2722-9

I. 法… II. 梁… III. 法律—中国—文集
IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 238913 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西民族印刷包装集团有限公司印刷

(广西南宁市高新区高新三路 1 号 邮政编码: 530007)

开本: 880 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 14.75 字数: 357 千字

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

定价: 45.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

自序

编自选集，在我，这是第二次了。前一次是在1995年，那时，我的文字生涯，由初次在《读书》发表文章起算，将将十年，到现在，则将近三十年了。与之前的十年相比，过去这十七年，除了马齿徒增之外，发表文字的数量递减也是显见的，而这后面的原因也很简单，那就是写字的人没以前那么勤奋了。至于其他方面，可以说，变化不大。同样的事情，同样的做法……现在还发现，编自选集时遇到的问题，要说的话，也都差不多。

翻看十七年前的旧序，觉得要交代的事情，那里都讲清楚了。比如关于拣选文章的原则，技术上的难点，应对的办法，等等。在这些方面，这个自选集并无新意，只不过，积累的文字多了，内容也更形丰富，书即分为两卷，一卷偏重于法的历史和理论，另一卷侧重于当下的法律与社会。内容上作这样的安排，并不一定表明有所谓研究上的转向，不过，比较前后两部自选集的目录，尤其是新加入文章的内容，还是可以看出某些变化之迹。只是，此种变化出于自然，而非出于计划，这也意味着，这种变化，好也罢，不好也罢，并无深意，更没有预示着何种——如一些可敬的读者经常以为和期待的那样——惊人之举。

与一般编纂文集不同，编自选集就好比作人生总结，不但要交代以往都做了什么，而且隐含自我评价之意。坦白讲，我向来不擅此道，而且认为，这就像时下的博士答辩，一律被要求自陈其“独特贡献”，根本是不当之事。所以，逢到年终考评，填报表格，我所做的，除去罗列事实，如已经完成和正在进行之事，不复

多言。不过，最近一次却是例外。这一次，涉及某部门管理系统的专家数据库，被要求填写的表格备极繁琐，令人不胜其烦。最后一项，“主要业务成就”，尤为可恨。我一向拒绝命题作文，更不用说这样的题目。想一句话对付过去，又发现其下特别注明“不得少于500字”云云。管理者出此规定，是因为对此等逃避行为早有预见？转念一想，既如此，何不依其要求，做一篇新式八股？念动之间，烦扰即去，遂“欣然命笔”，拟成五百言：

主要从事法律史及法律社会学等领域之研究，著作八九种，文章数十篇，主编法学类丛书两种，编辑社科类书刊一种，组织学术活动逾百；曾游学欧美，讲学港台，足迹至于海外，略为人知。

以读书为乐，以学术为业，研究涉乎古今，比较及于中西，惟古文不精，西文欠通，学术碍难专精。虽然，每著一书，每撰一文，必苦心孤诣，力求发人所未发。立言不求传世，但求无愧己心，不负读者。

尝追随法儒孟德斯鸠，以文化阐释法律，以法律阐释文化，创为法律之文化解释。自法学出，然素尚史学之视界广博，哲学之分析精微，群学之方法贯通，尤喜人类学之观察细致，反思深刻。治学不拘一格，凡有用之材料，可行之方法，尽皆援用，而少受制于学科界分；重意义世界、俗民生活、自生秩序；运思在史学与哲学之间；惯以解释立场，求理解之可能。

学重说理，文尚简约。善倾听，不因人废言，唯公是听，唯理是从。不变于己，无改于人。有所为，有所不为。行事在可为可不为之间。无意于事功，尤不以改造世界为务。入学界数十载，先执教鞭于大学，后专著述于研究院，以发表之文字计，年不过

数万言,若以申领课题之数量论,则一无可陈。惟平生所为,率皆无违乎己心,故亦足自满也。

所谓自满,当然不是指“业务成就”。要讲“业务”,我可以呈上这两卷小书,至于它们能否称得上“成就”,或者,可以算是何种“成就”,那只能由读者去检验和判定了。

治平

2012年7月19日

西山忘言庐

新民说·书目

王人博：《孤独的敏感者》

许章润：《坐待天明》

吴稼祥：《公天下》

梁治平：《法律何为》

梁治平：《法律史的视界》

秋 风：《儒家式现代秩序》

王人博：《宪政之道非常道》

许章润：《转型中国：法律与政治》

陈弘毅：《从法治到宪政》

萧功秦：《我的思想日记》（上、中、下）

于建嵘：《农民维权的逻辑及其困境》

王人博：《“共和”在中国——意义的翻转与再生》

程燎原：《中国法家思想的现代际遇》

崔卫平：《民主之前：我们如何学习讨论》

申晓云：《图说北伐》

盛 洪：《宪章文武》

王人博：《中国宪政史（讲义）》

胡适：《中国哲学史大纲》（卷上、卷中）

……



目 录

自序.....1

转型时期的法律与社会公正.....3

乡土社会中的法律与秩序.....19

法治:社会转型时期的制度建构

——对中国法律现代化运动的一个内在观察.....93

“民间”、“民间社会”和 Civil Society

——Civil Society 概念再检讨.....164

申冤与维权

——在“传统”与“现代”之间建构法治秩序.....203

被收容者之死

——当代中国身份政治的困境与出路.....217

名誉权与言论自由:宣科案中的是非与轻重.....242

立法何为?

——对《劳动合同法》的几点观察.....275

在中国,法律是什么?

——以《劳动合同法》为中心展开.....290

关于“进步”观念的几点思考.....	333
规范化与本土化:当代中国社会科学发 展面临的双重挑战.....	343
法治进程中的知识转变.....	354
“一国两制”与中国的宪政制度建 设.....	363
谁来保护非物质文化遗产?.....	370
“中国特色”的法治:是什么,为什 么,以及如何可能?.....	385
再续传统,重拾法的公共性 ——以中国当代公益法运动的兴 起为例.....	398
走出“名义法治”的困境.....	404
答法学院同学 20 问.....	413
大学、学人与学科 ——对“外国法制史”学科发 展的几点思考.....	428
整体法学与具有规范和证成意义 的历史 ——《法律与宗教》增订版译 者前言.....	443
《法治十年观察》自序.....	453
学术简述(代跋).....	457
致谢.....	462

D920.4
2013.12

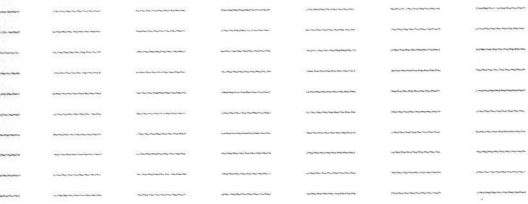
P2

阅 览

法律何为

梁治平自选集

梁治平 著



转型时期的法律与社会公正^①

公正不是德性的一个部分，而是整个德性；相反，不公正也不是邪恶的一个部分，而是整个邪恶。

——亚里士多德：《尼各马科伦理学》

今天，在中国社会里面，社会公正问题正越来越引起人们的关注。不但报章杂志和广播电视里充斥了这方面的报导和讨论，上至决策者讲话、下至街头巷尾的议论也往往与此有关。一句话，社会不公正所带来的种种问题正深深困扰着我们社会中的几乎每一个人。

什么是社会公正，或者，问得更直接更确切些，现今困扰着中国社会的所谓公正问题主要是什么？这个（或这些）问题与法律有何关联？单凭立法能够消除社会不公正现象吗？如若不能，靠法官可以吗？显然，对这类问题的讨论不能够脱出现阶段中国特定的历史和文化情境。本文标题中“转型时期”这一限定词就是为了提示这一点。

^① 原载《东方》，1995年第3期。

给每个人以其应得之物,使各得其所,这就是公正。这种古典的公正(或正义)观相当形式化,因此,它一方面可以帮助人们了解“公正”概念的真实意思,另一方面却又很难被直接用来解决特定社会中具体的公正问题。比如,一个人(或一群人)奴役另一个人(或另一群人)公正吗?因为性别、财富、种族、肤色、信仰等原因而压制和歧视某些人公正吗?过去人们曾认为这样公正,今人则否。而且,现在这种不公正被认为是显而易见和无可怀疑的。与此相比较,另一些情况显得要复杂一些。比如,每个人的所得应当与其功绩相称,还是与其需要相当?前一种分配主张与功过赏罚的概念有关,后一种则关乎平等。在当代,与此有关的争论以比如公平与效率一类题目表现出来。它们涉及的不简单是公正与否的问题,而首先是不同价值之间的冲突,以及在往往是“鱼与熊掌不可兼得”的两难之中如何选择的问题。讨论中国现阶段的社会公正问题,当然不能回避这类棘手的课题。不过,本文针对的毋宁说是另外一种情形:社会公正被严重地破坏,但是这种牺牲既未带来效率,也无助于实现任何其他社会价值。对于这种不公正,社会已经无法继续忍受。

根据所涉社会关系的性质和特点,可以将公正大体区分为交换的、分配的和矫正的三类。

分配公正所关注的乃是社会群体及其成员之间权利、义务、权力和责任的分配问题。就是因为这一性质,分配的公正乃成为经济改革过程中的核心问题。恰如人们已经认识到的那样,经济改革同时也是一种利益的再分配。在此过程中,有人得利,有人受损(相对地和绝对地),有人承担风险。而实质性问题就

在于谁人得利、谁人受损、谁人承担风险以及这些利得、损害和风险的分配标准和比例。着眼于这些问题，我们可以粗略划分出若干社会范畴，比如城市居民与农村居民、沿海居民与内地居民、公有制从业人员与非公有制从业人员、在职者与退休者、脑力劳动者与体力劳动者、汉民族与少数民族、妇女与男人、老人与青年、富人与穷人、权势者与普通民众等。就中国社会现阶段的分配不公问题而言，这些范畴有着或大或小的重要性。限于篇幅，这里只谈最后一类，即基于权力关系产生的分配不公。

中国经济改革的一项基本内容，即是将原有的计划经济逐步转变为市场经济，与之相应，国家行政权力以往对社会资源的全面控制也将随政府职能转变而部分取消、部分经改造而合理化。然而，这一进程极其艰难且代价高昂。事实是，利用公共权力对经济活动直接和间接的控制、影响（如批条子、定额度、发放许可证、行使审批权、设立垄断和办公司等）去谋取部门利益、行业利益和个人利益，乃是改革以来极其普遍的现象，也是人们谈论最多的“腐败”问题中的主要内容，尽管这些并非“腐败”的惟一表现，也不是分配不公的全部内容。权力不受监督、权力被滥用、权力能够减免责任、权力可以逃脱惩罚。所有这些都是“腐败”，都是不公正。

改革引进了市场机制，也因此扩大和丰富了交换的范围和形式。随着这一进程，交换的公正也日益成为严重的社会问题。这方面最典型的例子之一也许就是令国人不堪其扰而又防不胜防的“假冒伪劣”问题。今天，“假冒伪劣”问题早已从服装鞋帽发展到食品医药、肥料种子，从生产、经营部门发展到监督、检测部门，从私人物品发展到公共物品，从物质产品发展到精神产品，成为危害全社会、危害每个人的“公害”。此外，在那些收购部门给农民“打白条”的地方，在那些教育部门拖欠教师工资的

地方,在那些邮政部门为取款人开“绿条子”的地方,交换的公正同样荡然无存。

上述诸多的社会不公正需要法律予以纠正,于是就有矫正的公正。广义上说,矫正的公正既包括立法,也包括司法。对于前者,它要求公正的法律,对于后者,它要求公正的裁判。而在狭义上,矫正的公正可以被限定在司法领域,这似乎更合乎“矫正”一词的原意。矫正是对于业已发生的不公正的补救,所以人们有理由对它提出某种特殊要求。关于中国现阶段立法和司法诸问题,下面还要比较详细地讨论,这里只想简单指出一点,即狭义上矫正的公正,如今同样成为一个令人忧虑的社会问题。在很多时候,司法屈从于行政权力和其他社会压力;在许多地方,庭审只是形式,胜负早在幕后活动中就已决出。最近引起公众注意的一起某地方法院扣押外省人质以追还债务的事件尤其让人怀疑矫正的公正究竟在多大程度上得到实现。法律乃是公共的合法强力,但是这个法院的举措却更像是施用私刑。

二

现在转到本文开始提出的第二个问题:法律与社会公正问题有何关联?也可以进一步问:依靠法律能够解决上述种种社会不公正问题吗?

从字源上考辨,法与公正概念的联系可以说再密切没有了。从拉丁词衍生出的英文“公正”一词,同时兼有公平、正义、司法、法官之义。在中国,古汉语中的法、律二字也同样包含平、均、中、正等义。事实也是如此,古罗马法学家认为法学乃研究正义与非正义的科学,罗马法亦可以恰当地被看成是古罗马法律学的制度化。在中国,虽然历史发展不同,但是古代法典一样要求

法官不偏不倚、罚当其罪，一样禁止暴利和高利贷，也一样惩处以次充好和缺斤短两行为。总之，法律包含乃至体现公正的观念，这是相当久远且普遍的传统。而在法律的重要性日益显明的今天，通过法律寻求和实现公正的要求和努力愈发地增强了。

自 20 世纪 70 年代末以来，从要求“民主与法制”到主张“市场经济就是法制经济”，国人对法律的信赖与热诚似乎有增无减。公民权利要法律来保障，交易规则靠法律来确定，管理活动要求制度化和法律化，腐败和不公正要法律来消除。总之，有什么样的问题，人们就要求制定什么样的法律。于是，我们有了大量新制定的法律，有了更大数量的法规、条例和规章。在这些变化的后面，有一个模糊的认识和同样模糊的预设，那就是，法律主要是立法，甚至主要是国家立法，而一部及时推出的法律一定能够对治现实中的各种问题。

完善立法对于中国现在和未来的法律发展固然甚为重要，通过立法合理分配社会资源、确立公平的交换尺度和规定合理程序等有助于实现社会公正，这一点也无可怀疑。但是，立法（更不用说只是国家立法）远非法律的全部，制定一套哪怕是“完美”的法律也并不意味着法律秩序能够实现。“法治”这个大题目实包含了丰富的历史、社会和文化内涵，非仅关乎法律与政治。因此，要了解中国法的现状，弄清它在实现诸如社会公正一类基本目标方面能够发挥的作用，提出我们对于中国法未来发展的要求，就一定要批判地考察立法活动、司法活动和法的概念，自然，也要批判地考察法律实施之历史的、文化的和社会的环境。

三

现代社会中,立法涉足的领域甚多,不但交换的标准与分配的比例要法律来规定和保障,司法方面的程序安排、罪刑确定和补偿标准等,也多仰赖于立法。而事实上,公正亦非法律应当保护和促进的惟一价值。因此,立法者在制定法律时首先要考虑相关的价值问题,并且在不同价值可能互相冲突的场合,考虑如何使之协调。在此意义上,立法者可以被视为伦理学家。在另一方面,任何一部法律都涉及众多技术问题,比如概念须要明晰、确定;概念与概念之间、概念与规则和原则之间、此一条款与另一条款之间,皆须合乎逻辑,不能自相矛盾。而且,不但一部法律内部要求如此,一个法律体系的各个部分和各种规范之间也应当如此(想想我们有多少地方立法,有多少法令、法规,又有多少法律实施条例和细则。据说,现在一个部委每年发布的各种规定、规章成千上万)。要做到这一点,立法者又非是出色的逻辑学家不可。再进一步说,制定法律不是为了供人欣赏,而是为了给行为提供指导,为社会确立秩序。这意味着,法律不但要根据主权者意志产生效力,更要按照立法者意图发生效用。效用是实际的,它与程序无关,亦不受主观意愿左右。法律是否产生实效取决于诸多因素:法律本身的合理性(形式的和实质的)、法律规定的可操作性、执法者的状况、法律受相关人群拥护或接受的程度、它与其他制度之间的相谐程度,等等。因此,成功的立法者一定也是优秀的社会科学家。

从以上三个方面去考察立法,对每一部法律都追问其是否公正、是否合理、是否可行,则我们对于立法就会提出更合理的要求,对近年来高速增长立法产出可能产生的实际作用会有