

# 程序的正义与诉讼

(日)谷口安平 著 王亚新 刘荣军 译



# 程序的正义与诉讼

(日)谷口安平 著 王亚新 刘荣军 译

中国政法大学出版社

**图字 01-95-858 号**

**图书在版编目 (CIP) 数据**

程序的正义与诉讼 / (日) 谷口安平著; 王亚新, 刘荣军译. -  
北京: 中国政法大学出版社, 1996. 2

ISBN 7-5620-1435-3

I. 程… II. ①谷… ②王… ③刘… III. 民事诉讼-基本知识 IV. D915. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 00529 号

**责任编辑:** 宋 军

**装帧设计:** 丁小宣

---

**出版发行** 中国政法大学出版社

**经 销** 新华书店

**承 印** 北京博诚印刷厂

---

850×1168 毫米 32 开 11.25 印张 270 千字

1996 年 1 月第 1 版 1996 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 16.50 元

---

版权所有, 侵权必究。

如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

地址: 北京西土城路 25 号 \* 100088

6206/09

## 中文版序\*

此前自己的一些作品能够被译为中文，从而使众多的中国读者能够读得到，我深感欣慰。本书中所收的文章写作于各种不同的场合，预期的读者也多种多样。不过，日本读者总是自己所期望的。除了在日本学习的中国留学生中的一两个外，我做梦也想不到有朝一日它们会被中国读者阅读。即使是在日的中国学生，我也未曾有太大的奢望，因为对于本书所涉及的特定领域而言，感兴趣的中国留学生委实很少。当然，这种情况在不久前已经发生了变化。

本书的译者王亚新教授正是对于民事程序抱有浓厚兴趣的少数中国学者之一。我想，这应当说是时代的召唤吧。为了适应和推进自1980年代以来经济生活的迅速改革和开放，中国已经开始了一场将民事司法制度加以现代化的运动。假如我的著作能够对那些正在经历这场迅猛变革的人们有所裨益，我将不仅仅是高兴而已。如果它们没有任何直接的价值，我仍然期望这个中文版对于那些希望了解日本的民事程序和程序法学的读者提供长久而有益的参考。

日本的民事诉讼程序在战后也曾经历剧烈的变化。尽管战后对于民事诉讼法典的修改规模很小，但是实质性的变化却是巨大的。由于强大的美国影响，当事人主义原则得到了强调。法官成

---

\* 谷口安平教授的这篇中文版序系用英文写成，由本书译者约请贺卫方副教授译出。——编者注

为一个消极的审视者，而当事人，也就是他们的代理律师，被设定为程序的主导者。审理过程中，不再是法官单独询问；证人由双方律师加以质证和交叉质证。这种剧烈的变化自然导致了一定程度的混乱，有时引出某些不公平的后果。若干时日以后，人们逐渐意识到，在日本的法律环境中，美国的制度并不能很好地运作，因为许多日本的当事人，尤其是被告人，常常没有律师提供代理。最高法院确认了这个问题的存在，规定法官须将释明“权利”作为义务。这意味着法官绝不能像美国传统模式所要求的那样，仅仅作为一个消极的参与者。这样，法官必须通过提问以及为澄清争端和获得公正判决提出建议而对于程序进行积极的干预。实际上，这正是战前法官所必须做的事情。最后的结果，日本的模式站在了战前的德国模式和美国模式的中间点。

我是在战后混乱年代行将结束的时候进入学术界的。那个时候，对于由三月章教授从德国引进的“诉讼对象”（subject of action, 德语 *Streitsgegenstand*）理论的争论正热火朝天。我于1962年到美国读研究生，当时争论尚在进行之中。由于我们1890年的民事诉讼法典源于德国，所以直到那时，日本的诉讼法学依旧被德国学派所主导。战后美国对于司法实践的影响并没有对学术界产生大的冲击。我是到美国去研究美国民事诉讼程序的第一批学者中的一个。

美国的一切对于我都是新奇的。陪审团，证据开示（discovery），开庭审理，管辖权，凡此种种，诸多全然陌生的问题困扰着我。但是，不久之后，我就被一个在讨论程序的每个方面时都会被屡屡提及的概念所吸引。这个概念就是正当程序。实际上，正当程序对于我们来说压根儿就不是新东西；战后受到美国宪法影响的日本宪法特别有一条对它作了规定。然而奇怪的是，没有人试图将这一原则融进民事程序的理论之中。其中的原因大

概是人们总认为宪法是一种政治宣言，而不是长远的实在法规则，并且宪法只是与公法相关联。民事程序在过去以及当时都是被当作私法的一个门类来对待的。但是，考虑到民事程序作为一种国家制度的公共性质，拒绝将宪法规范直接适用于民事程序是无法自圆其说的。事实上，日本最高法院在1960年的一项判决中已经率先示范，宣布在民事案件的处理过程中，某些程序安排（所谓“强制调解”）是违宪的。不过，完整的正当程序观念渗透到民事程序法学之中尚有待更长久的时间。

在一篇论述美国的多方当事人问题（the multi-party problems）的论文——这是我从美国回国后于1970年前后撰写的第一篇论文——中，我写到，“在日本的民事程序研究中，正当程序依然沉睡不醒，学者对此并不觉察。”此后，学术界的注意力逐渐投向民事程序中名为“程序保障”的正当程序问题。很快，它就成为所有的程序法学家们关注的焦点问题。今天，民事程序方面的无论怎样的具体选题，研究者都必须首先对程序保障问题加以关注。当然，对于程序保障的谈论本身并不解决任何问题。程序保障是一个难以精确定义的模糊概念。这是一个情景概念（a situational concept），因为我们需要依据问题所处的具体情形确定它的含义。举个例子，就诉讼进程中的一项临时救济所给予当事人的程序保障较之正式的民事程序中的保障在重要程度上就要低得多，因为除非通过一种简易程序迅速地判给，否则临时救济将没有效用。无论如何，在我们的讨论中有了一个关注焦点是重要的，因为它提供了一个稳定的显示口，从那里，我们可以审视各种类型的程序细节。本书所收的大多数论文都直接或间接地涉及这个问题。

1960年代以来，日本程序法学家们关注的核心问题从诉讼对象转向既判力（res judicata）或曰判决的一般效果，又转向证据特

别是举证责任，更晚近又转向听审前准备的集中化以及听审方法这类实践性问题。时至今日，我们仍然要讨论所有这些问题，不过学者们集中讨论其中某一个问题的情况已经很少出现了。研究民事程序的学者的数量已经显著地增多了。日本民事程序协会的六百名会员中，大约有一百五十名是不同层次的学者，其余的是法官和律师。这么多的学者在一个领域之中，自然是各有各的兴趣。一些程序学者更关注程序的社会意义而不是学理意义。另外一些学者对于纠纷的非诉讼（英文缩略语所谓ADR）更有兴趣。还有一些学者专注于涉及破产条件的法律（insolvency law）。这是一个值得欢迎的趋势，程序法学的根基将因此更坚实，研究将因此而更具深度，依此为基础，进一步的突破是可以期待的。

我的著作只是所有这些努力中微薄的一部分。如果它能够为中国民事程序和程序法学的发展作出些许贡献，多半应当归功于王亚新教授的才华与劳作。王教授不仅精通中日两国的民事程序，而且对于日语的细微之处有娴熟的把握。他最近出版的关于中国民事程序的著作在这个领域的日本人中间很引起了一番轰动。我确信，他的译文是目前这个领域中可以读到的最佳文字。在向他表达我最诚挚的感谢并向我尊敬的中国读者表达最美好的祝愿的同时，我还要说：“中国的民事程序万福。”

谷口安平

1996年1月25日

时在纽约大学任访问教授

# 民事诉讼的程序、实体和 程序保障（代译序）

王亚新

本书尽管是由作者在不同时期就不同问题写作的多篇论文而组成的，由于作者思考的体系性和译编者的目的意识，本书的主题却具有明显的一贯性。贯串全书的主题可以说就是以下三个：程序与实体法的关系、程序保障、以及诉讼制度各个领域程序中程序的技术构成。“他山之石，可以攻玉”，从比较法的角度来看，相信关于这些问题的讨论对于发展我国民事诉讼法学、深化对现行民事诉讼制度的研究以及促进民事、经济审判方式的改革等方面都是有参考价值的。关于诉讼程序在不同阶段、不同领域的技术性问题，考虑到本书中已经有较详细的说明，以下着眼于作为程序的具体技术构成前提的一般法理背景，主要就程序与实体的关系以及程序保障的问题进一步作些解说和讨论。

程序与实体、或者程序与实体法的关系直接牵涉到作为司法根本性原理的“依法审判”原则。以前一般所理解的“依法审判”原则往往导致一种观点：即实体法才是目的，而诉讼或审判的程序不过是实现实体法内容的手段而已，规定程序的诉讼法也



只具有辅助性质。然而从罗马法和英国法的早期历史来看，不存在实体法或实体法规范很不清楚的时期却已经存在诉讼和审判。实体法规范的发展和体系化其实正是长期的诉讼审判实践积累的结果；诉讼法也决不只是所谓的“助法”，而具有左右甚至决定实体法内容的重要位置。这样的理解自从50年代东京大学教授兼子一发表《实体法与诉讼法》一书（这本著作是战后日本民事诉讼法学界最重要的文献之一）以后，就得到了广泛的支持。不过，这种理解与“依法审判”原则是否抵触？实体法与程序及程序法究竟具有什么样的关系？围绕这些问题日本民事诉讼法学界一直有所争论。本书作者作为在法哲学、法社会学方面也极有造诣的法律解释学者，对上述问题作出了很有说服力的回答，读者可以自己去玩味和消化本书中有关的论述。但为了帮助进一步的了解，可以再展开一点，联系日本法学界所理解的司法机制或法治概念这一层次来介绍一下作者的论述所具有的思想理论背景。

“依法审判”原则就其历史渊源而言可以说是西欧近代资产阶级革命的产物，尤其在大陆法系中被明确地表达出来。作为一种意识形态，这一原则的根本要求在于人民通过民意代表所制定的法律以及反映在法律中的民意必须得到尊重和实现。诉讼、审判及其具体的程序只要达到这一要求也就得到了正当化。从这个角度看，确实能够说实体法及其反映的实体正义是目的，而程序的程序法都不过是手段。但是，这只是诉讼、审判制度的一个侧面。从另一个方面看，实体法条文总表现为一般的规范命题，其具体内容必须通过一个个具体案件的处理才能显示出来。一般规范命题在每一个具体案件里表现为什么样的内容、怎样表现，在相当大的程度上依存于程序与程序法的样式。换言之，实体法的内容往往不是事先被确定了的不变的价值，而必须通过诉讼程序的进行在一般规范命题框架内逐渐形成。只有在积累了相当数量的具

体案件处理经验之后，才能说实体法的某项条文具有什么样的内容。事实上，在当今日本的民商法学界，离开了民事审判所提供的大量判例，几乎没有办法就民商法本身的内容展开任何实质性讨论。日本的六法全书经常以同判例结合的方式来加以编纂也是出于同样的理由。以下是从这类出版物中引用的简单一例。<sup>〔1〕</sup>

《日本民法典》第 570 条：买卖合同中卖方的瑕疵担保责任……。

#### 1. 关于瑕疵的范围。

根据样品而进行的特定物钩销过程中，发现所交付的标的物与样品不同的情况，应认定该标的物存在瑕疵。<sup>〔2〕</sup>

在广告上以“脱谷器”的字样所表示的标的物，实际上并不具备脱谷性能，应认定存在瑕疵。<sup>〔3〕</sup>

买方为了建筑住宅而购入的土地，其 80% 的部分位于城市规划准备修路的地段内，即使买主建筑了住宅早晚也将被拆除。因该城市规划公布于本案买卖合同成立的十多年以前，虽然卖方不知该规划的公布且无过失，也应认定标的物存在本条所规定的瑕疵。<sup>〔4〕</sup>

#### 2. 关于瑕疵担保责任和相抵。

买方于卖方缔结了单价为 65 日元的草袋买卖合同，在卖方交货共 12.81 万张草袋后，买方用书面向卖方具体指出了草袋所存

〔1〕 《有斐阁·判例六法全书》，有斐阁 1995 年版，页 356。

〔2〕 参见最高裁判所 1926 年 5 月 24 日判决，《民事判例集》第 5 卷，页 433。

〔3〕 参见最高裁判所 1933 年 1 月 14 日判决，《民事判例集》第 12 卷，页 71。

〔4〕 参见最高裁判所 1966 年 4 月 1 日判决，《民事判例集》第 20 卷，页 649。

在的瑕疵，并要求每张减价 20 日元，全额只支付价款 256.2 万日元。此情况应解释为买方将自己享有的、根据瑕疵担保责任而产生的损害赔偿请求权与对方的买卖价款请求权进行了相抵。〔5〕

### 3. 关于瑕疵担保责任和债务不履行。

在不特定物（涡轮式水泵）的买卖合同履行过程中，尽管卖方交的货存在瑕疵，买方既然接受了交货，应认定合同已得到了不完全的履行。买方只能在危险转移的期限内追究对方的瑕疵担保责任，而不能追究债务不履行的责任。〔6〕

当然，实体法一般命题的解释适用与判例的关系首先可以从法律的一般性和具体性这一角度来把握。这里牵涉到的问题包括法律解释学尤其是判例批评的发达、面向诉讼审判实践的法学教育、最高裁判所统一判例的作用（日本民事诉讼法规定下级审判决违反判例是能够向最高裁判所上诉的要件之一）等等，诉讼程序本身只是使一般性的实体法命题得到具体化的因素之一。但是这里想强调的恰恰是，只有在一定的程序结构下才存在实体法的一般性规定向具体内容转化的过程和机制。换言之，并非具有任何程序样式的诉讼都需要以实体法的一般性规范命题为前提，并不“依法”进行的审判不仅存在于历史上，在今天也完全可能。相反，真正可以称为“依法”的、或“适用”一般性规范命题的诉讼审判却必须以一定的程序结构为前提才能成立。可以认为日本民事诉讼法所规定的程序样式就包含着具有这种性质的内在结

---

〔5〕 参见最高裁判所 1975 年 2 月 25 日判决，《民事判例集》第 29 卷，页 168。该判决否定了将本案上述情节解释为买方对买卖价款提出减额请求的下级审判决。

〔6〕 参见最高裁判所 1925 年 3 月 13 日判决，《民事判例集》第 4 卷，页 217。

构。这个结构具体表现为：首先，诉讼请求必须以实体法上的权利为单位提出，且请求就规定了判决的内容；争执之点只能在能够作为判断实体权利存在与否的根据（即民商实体法解释学上所说的“要件事实”）范围内由当事者自行确定；当事者围绕争点进行的举证活动是否成功以实体法的内容为根据来加以判断，换言之，举证责任的分配基本上是通过实体法条文的解释而进行的；最后，法官作出的判决在理念上只意味着关于实体法上权利是否存在判断，而且必须引用特定的法律条文并在判决理由的部分就自己是怎样解释适用的作出说明。

总体来说，事先存在实体法的一般性规范命题与具有上述程序结构的具体诉讼过程是互为前提的。一方面，为了实体法通过诉讼中每一个案件的处理得到实现，程序结构必须按适用实体法以及体现实体性正义的要求来加以设计或构成；但另一方面，从只有在具有一定程序结构的诉讼过程中实体法的一般规范命题才能获得具体内容这一意义上讲，尽管在必须以一般规范命题为前提的意义上实体法仍然是目的，但程序过程及程序法已不仅仅作为手段来实现实体法的内容，而且可以说是在不断地形成乃至创造实体法本身了。考虑到存在实体法的欠缺以及实体法规范与现实生活变化发展的不平衡等现象，诉讼审判的程序和程序法远远超出手段或辅助性质的重要性就更容易得到理解。因为在这样的情况下，程序过程本身创制或发展实体法规范的机制表现得更为明显。

综合上述两个方面来看，可以说前一个方面是实体法的一般规范命题通过诉讼过程中的程序展开得到贯彻实现；后一个方面则是诉讼审判程序不断地形成实体法的具体内容并累积性地反馈到一般规范层次上去。整个过程显示出一种方向相反却周而复始的往返循环运动。把这两个方面结合起来，才构成对“依法审

判”原则或适用实体法规范的完整理解。当然，在这样的观点下，程序和作为程序规范的诉讼法所具有的重要意义是不言而喻的。

## 二

可以认为，这种把“依法审判”原则和强调程序的重要性结合起来的看法对我国的法学研究很有参考价值。在我国长期存在重实体而轻视程序的传统，这一点已有不少学者予以指出。与此相关，我国法学界还往往有一种倾向，就是把所谓“依法审判”或法规范的适用仅仅理解为法官按照法律条文的规定推出对纠纷处理的结论，从而只是把法官是否愿意或是否能够这样做视为问题之所在。同时，最近经常被提及的判例问题，也被简单地视为法院在“依法审判”的原则之外创制法律的现象。

然而，法的适用实际上涉及一系列关于思维方式、诉讼程序设计以及审判制度安排上的问题。例如在思维方式上法的适用以严格区分法律问题和事实问题为前提，其哲学基础在于把法的空间视为本质上完全不同于现实生活空间的“人工理性”领域。在诉讼程序方面，正如上面所说明的，不仅是得出最终结论的阶段才需要适用法律，而且必须按照适用法律的需要设计或构成从提起诉讼到终结的整个程序过程。在审判制度安排上，最值得一提的是所谓“纯粹的法律审”制度，即原则上不管事实问题而只审理法律适用本身的上诉审级。存在这些思想基础和制度上的安排才有可能使“依法审判”原则脱离法官本身意愿或素质这一层次的拘束，使法的决定获得“客观性”的外观从而更易得到正当化。判例问题其实与上述理解紧密相关。受英美法影响，国内法学界关于判例的讨论主要集中在要否从制度上确认判例具有与立法同样的性质或要否承认“判例法”的问题上。然而判例的大量出现

并发挥日益重要的作用在成文法系国家也是一个明显的现象。这是因为判例更具有普遍意义的作用在于，抽象的成文法规范通过包含着类型化案情和具体法律推论的判例积累，能够逐渐地明确可以被适用的范围、边界以及适用的内容。从这一角度来讲，判例首先是一种权威性的法律适用和解释技术，通过这项技术，司法可能以一种更具“客观性”外观的方式来发挥“划线”和“澄清”的功能。

与此相关，这里存在的另一个问题是怎样看待法官的作用。古典的法治理想并不希望法官在诉讼审判中起到什么创造性的作用。孟德斯鸠提出的所谓“自动售货机”式的法官形象就反映了这样的理想。法官只要像一架生产判决的机械就行，从一个口里塞进纠纷事实和法律条文，从另一个口里吐出来处理结果。而整个过程就是一种三段论式的机械推论，不要求任何创造或主动性。值得注意的是，这个命题一方面以法律不折不扣的实现和制约法官随意性的法治要求为背景，另一方面却暗示着法官并不需要为自己所作出的决定负责，从而使审判过程以及作为其结果的判决更易获得正当性。作为一种广为流传的意识形态，这里所隐含的悖论直到今天仍继续潜在地影响着人们对审判制度和法官的看法。然而，尽管这种影响仍然存在，孟德斯鸠的命题本身今天却一般地被视作既不可能也无必要的一种“神话”，已不能再得到支持。上述对“依法审判”原则或实体法规范适用过程的理解就表达了对这个命题的批评，而通过诉讼审判程序形成实体法的观点实际上意味着对法官发挥主动性创制法律的承认。事实上，日本的法官不仅通过诉讼实践创造出了“日照权”这种实体法条文上并不存在的新的权利，他们的审判活动还给行政和司法带来了直接的冲击或促进。但是，这既不意味着法学界对法官创制法律的无条件承认，也不意味着法官的审判活动是缺少制约或限制的。当

然，日本的法官能够在诉讼中发挥创造性作用和通过审判活动给社会带来重大影响，与他们在制度上的崇高地位和在一般社会意识上得到了较广泛信任等事实密切相关。例如，最高裁判所长官的工资高于内阁总理大臣；多次民意调查都反映了社会上一般人相信裁判所的公正远远高于对其他国家机关的信任程度，等等。但是应当看到，司法部门之所以享有崇高地位和得到广泛信任的事实恰恰是以在制度和程序方面受到严格限制为背景的。为了说明这个问题，有必要从法治秩序以及司法在其中的位置和功能的角度来进行讨论。

### 三

日本法学界一般认为，“法治”的概念来自于近代西方。然而这一概念却有两个来源，一个是渊源于英美法的所谓“法的支配”（the rule of law）概念，另一个则是来自于大陆法（尤其是对此进行了精致的理论化、体系化的德国）的“法治国”或“法治主义”（Rechtsstaat 思想。尽管在违宪审查制度、市民的司法参加以及基本人权的保障等方面这两个体系曾经存在过相当的差异，但第二次世界大战后这两种法治思想已基本实现了实质意义上的趋同。有学者认为，法治的这种趋同性实质内容可以从宪法的最高法规性、基本人权的尊重、法院特殊作用的承认以及认正当程序的要求等四个方面来加以归纳。而趋同的结果则是更加强调司法在法治秩序中的地位和作用。<sup>〔7〕</sup>

然而，司法究竟占有何种地位、发挥什么样的作用呢？首先应当指出，司法在政治及社会体系中占有的是一种可称为“平衡

〔7〕 佐藤功：《日本国宪法概说》，学阳书房 1993 年版，页 66。

器”的特殊位置；或者说，司法作为维持政治及社会体系的一个基本支点发挥着正统性的再生产功能。这一功能集中表现于作为司法系统中心的裁判所及其进行的诉讼、审判活动。社会中发生的几乎任何一种矛盾、争议，尽管经过各种各样的决定仍不能得到解决并蕴含着给政治、社会体系的正统性带来重大冲击的危险时，最终可以被诉讼、审判所吸收或“中和”。诉讼、审判在任何其他决定都可能成为其审理对象而终审判决却一般不再接受任何审查这一意义上具有终局性。通过诉讼、审判，尽管争议或矛盾本身未必真正得到了解决，但由于司法所具有的诸如把一般问题转化为个别问题、把价值问题转化为技术问题等特殊的性质和手法，因发生争议或矛盾从而可能给政治及社会体系正统性带来的重大冲击却得以分散或缓解。使司法发挥这一功能成为可能的因素包括两个方面。一个方面是包含着从严格区别法与政治的理论及审判的客观性、中立性等观念形态，一直到对诉讼程序和审判主体采取的一系列制度性限制等在内的社会机制；另一个方面则是以此社会机制为背景的社会上一般人对裁判所及其审判活动的信任。应该强调的是，司法的特殊位置并不意味着在社会及政治体系中享有至高无上的地位，也不意味着法律万能。相反，通过诉讼审判活动而发挥的上述特殊作用以及人们对裁判所的信任，在很大程度上正是以司法的消极性或自我抑制性为前提的。

当然，这里所讲的诉讼、审判既包括刑事诉讼，也指行政诉讼和宪法诉讼。然而无论从历史渊源来看，还是从在程序结构上以当事者主义为基调这一共通性来看，这些不同性质的诉讼、审判制度都是以民事诉讼为蓝本的。还有，值得注意的是日本的民事诉讼制度在范围上与我国有相当大的不同。一方面在我国民事诉讼中占有很大比重的婚姻家庭案件在日本是由家庭裁判所通过特殊的家事审判程序来处理的，因此狭义上的民事诉讼审理范围



并不包括家庭婚姻案件；另一方面日本的民事诉讼处理着许多在我国可能会成为行政诉讼或只能由政府部门来解决的案件，如空港、新干线等公共交通的噪音诉讼和由于水灾而追究有关行政部门管理责任的损害赔偿诉讼等。本书中经常提到的所谓“现代型诉讼”，就属这样的案件。从这些方面看来，可以说民事诉讼既是司法发挥上述功能的主要场面之一，也是表现司法特殊性质的最基本的原型。

其次，如果既把法治作为一种政治体制或国家制度来把握，又将其视为一种社会秩序，就可以看到司法在这中间占有极为特殊的位置并发挥非常独特的作用。一方面，裁判所是国家机关之一，司法权力作为国家作用的一种被行使；但另一方面，以裁判所进行的诉讼、审判活动为中心，包含着法的规范、法的程序、法的解释以及从事这些“法的生产”活动的法律家主体等要素，司法又意味着一个有独立性的、自律的所谓“法的空间”得以形成和维持。这个法的空间既相对独立于国家和社会，同时又将这两者有机地结合起来，发挥着一种媒介的作用。在观念形态上，这样的作用往往被表达为保障权利或人权、制约或制衡政治行政的权力。但从更深一层的功能形态来看，法的空间可以被视为社会生活中为了缩减复杂性或不确定性的一种言说或“话语”（discourse）装置。我们日常生活中的任何言说活动都是为了使具有无数侧面和层次的事物得以对象化并使其可能被“捕捉”的行为。法的言说也不例外。但因为有法的空间存在，法的言说就成为制度化并具有权威的“划线”或者“澄清”的装置。无论“权利”还“权力”，经这个装置过滤后就更易获得普遍性和正统性。通过这个连接国家与社会的装置，政治和社会本身在获得更为安定的秩序同时，还可能动员和发展更强的自省能力。

从上述讨论可以看出，法治的含义与其说在于所谓“法的权