

法律秩序 与社会改革

安·塞德曼 著
罗伯特 B·塞德曼 译
时宜人 译



**BLA
CICETE
UNDP**

责任编辑：张步勇

封面设计：杨 李

责任印制：李贻志

书号：ISBN7-5620-0747-0/D·697

定价：4.50 元

张幅大，沿点线之上用反面时对齐线撕下即可。

司法部法制局

中国国际经济技术交流中心

联合国开发计划署

《立法支持经济改革》项目研究参考资料

立法技术部分

法律秩序与社会改革

安·塞德曼

罗伯特·B 塞德曼

著

时宜人

译

中国政法大学出版社

(京) 新登字185号

法律秩序与社会改革

安·塞德曼

罗伯特B·塞德曼 著

时宜人 译

•
中国政法大学出版社出版

秦皇岛市卢龙印刷厂印刷

新华书店经销

•
787×1092 32开本 8.5印张 180千字

1992年7月第1版 1992年7月第1次印刷

ISBN7-5620-0747-0/D·697

印数：1500 定价：4.50元

《立法支持经济改革》项目简介

1992年3月19日，国务院法制局和中国国际经济技术交流中心与联合国开发计划署（United Nations Development Programme）在北京签署了《立法支持经济改革》（Legislative Drafting To Support Economic Reform）的项目。该项目以我国“八五”期间国民经济和社会发展规划为指导，旨在通过立法手段为我国经济体制改革的深化和进一步扩大对外开放创造良好的法律环境。该项目的主要内容包括在国内举办立法咨询和培训研讨班，派法律起草人员出国考察和培训，实现立法手段的现代化。通过这个项目的组织实施，将起草22个优先考虑的法律草案和行政法规草案，其中包括计划法、预算法、投资法、银行法、公司法、企业集团条例、反不正当竞争法、消费者权益保护法、商品交易管理法、农业技术推广法、农业投资法、外贸法、教育法、自然保护区条例、立法技术规则等。国务院19个部门的政策法规司将参加该项目的组织实施工作。迄今为止，这是联合国开发计划署援助我国立法工作的最大项目。《法律秩序与社会改革》就是为在国内举办立法咨询和培训研讨班以及立法理论和立法技术的研究准备的参考资料。

1992.06/09

作者简介

罗·塞德曼 (Robert B. Seidman) 是美国当代著名的法学家，他是美国波士顿大学法学院 (Boston University School of Law) 法学和政治系教授。其妻安·塞德曼 (Ann. Seidman) 是美国当代著名的发展经济学家，美国克拉克大学 (Clark University) 经济学教授。他们夫妇俩人在各自的领域中都有许多研究成果，著有许多著作。他们曾在非洲研究和讲学多年，在80年代末，他们来北京大学讲授法学和经济学。在法学方面，塞德曼教授侧重于立法的理论，在北京大学讲授期间曾发起过“立法与现代化国际研讨会”。在1991年，应国务院法制局之邀，他们夫妇俩参加了《立法支持经济改革》项目的设计和项目文件的起草工作，并且作为这个项目的总顾问。《法律秩序与社会改革》是塞德曼教授有关立法理论的著作之一。

序 言

本书是《立法支持经济改革》项目培训班的参考材料之一，作者是美国朋友罗·塞德曼教授和安·塞德曼教授。

罗·塞德曼教授在法律学、政治学方面颇有造诣，而安·塞德曼教授则擅长于经济学研究。他们二人在生活上伉俪情深、相濡以沫，在学术研究上互勉互励、相映成辉。他们同为《立法支持经济改革》这个项目的顾问，并为之花费了大量的心血。在华期间，他们与各专题项目组的成员进行了广泛的学术交流，讲授了立法理论和立法技术，给人们留下了深刻的印象。《法律秩序与社会改革》一书，就是根据他们讲授的内容和提供的材料编译而成的。担任翻译工作的是十几位年轻的法律工作者，最后由我编辑定稿。译文固然难以做到“信、达、雅”，编辑体例也未尽如人意。但雪泥鸿爪，总可为中外法学交流作一点贡献。

在编译《法律秩序与社会改革》的过程中，我觉得本书有以下几个特点：

第一，本书的基本理论构架是法律社会学。作者强调法律的目标在于解决社会问题，而社会是一个有机的整体，法律只是社会有机体的因素之一，它与其他社会要素之间互相联系、互相制约。作者反复说明，社会问题并不存在于书本之中，而在于广阔的世界中，在人们的行为中。如果政府需要通过立法改变人们的行为，就要深入社会生活研究法律是如何影响行为的；否则新法律将无助于解决社会问题，甚至会加重社会问题。作者还强调，法律是社会控制的主要工具，研究立法工作必须重视法律的实际社会效果。在我国学

术界，过去一谈起法律社会学就嗤之以鼻。我以为，现在是应当彻底改变这种态度的时候了。

第二，作者十分重视法律与经济理论和经济政策的关系。作者用了大量的篇幅阐述了历史上的各种经济学派，分析了他们的经济理论和据此制定的经济政策，研究了各种学派不同的方法论和与之相应的规范模式。作者特别重视分析法律规范与个体行为之间的相互作用。作者的某些论点，对于我们认识法律与经济理论和经济政策的关系，对于我们如何运用法律手段去调控市场，对于在商品经济中如何规范政府的行为，都有一定的启迪作用。

第三，本书重视典型分析和案例方法。作者一再引述实用主义法学创始人霍姆斯的名言：“法律的生命从来不是逻辑，它一向是经验”。他们反对把法律原则与政治、经济、社会和历史相分离。作者曾经长期深入到非洲一些国家作过实地考察。因此，在本书中，作者对一些典型的案例进行了深入而又具体的分析。这样做无疑增强了作品的说服力。但是，由于本书列举的事例是出自不同的国度、不同的历史和文化背景，就必然使某些经验和由此概括出的理论带有一定的局限性。因此，我们一方面本着“它山之石，可以攻玉”的谦虚态度，注意借鉴外国的经验；另一方面，也要从中国的实际出发，敢于和善于对书中的某些论点提出质疑，而不能照抄照搬别国的经验。

第四，本书重视不同观点的争鸣。罗·塞德曼教授多次告诉我，他的每一部著作问世，都好像巨石入水，激起一片浪花。在商量这次培训班的外籍教师人选时，他又主张务必请某位与他经常有争论的教授来讲课。这种作风在本书中得到了充分的体现。作者在论述某个问题时，常常长篇引用不同观点

作者的文章；在某些章节后面，还用问题和提示的形式，再次提醒读者注意各种观点的分歧所在。这些作法，对于开阔读者的思路是有益处的。“奇文共欣赏，异义相与析”，与朋友共同讨论一个问题，乃是人生的乐事。对于塞德曼教授的某些观点，我本人也是不同意的。例如，什么是法律移植？法律是否不可移植？法律不可移植是不是一条规律？我认为就值得认真商榷。另外，书中罗列了各种互相矛盾的观点，也可能使某些读者感到无所适从。因此，读者应当凭着自己的眼光和学识，作出自主的判断。

记得去年十二月初，与塞德曼教授话别时，他一再要求我对他的大作提出意见。因为公务繁忙，在出版前来不及细读他的大作，就谨以这篇小序作答吧！

高 帆

1992年4月于北京

目 录

第一章 法律秩序的概念和作用	(1)
一、法律秩序的定义	(1)
二、法律秩序的主要内容	(7)
三、法律秩序的作用	(9)
四、法律秩序的本质	(12)
第二章 法律与社会	(16)
一、为什么要研究法律与社会	(16)
二、法律在社会发展中的作用	(20)
三、对法律在社会发展中作用的几种看法	(23)
四、法律家在社会变革中的作用	(27)
五、法律影响社会发展的一个案例	(28)
六、小结	(31)
第三章 法律能解决社会问题吗	(33)
一、法律失效的几个例子	(34)
二、法律对人们行为的影响	(36)
三、法律的实效	(39)
四、应该运用法律变革社会制度吗	(43)
第四章 法律秩序在第三世界国家中的作用	(46)
一、贫穷、缺乏权威的第三世界模式	(46)
二、不公平的收入分配	(49)
三、非洲双重性的法律秩序	(52)
四、为实现发展的法律的失败	(59)
五、结论	(61)
第五章 法律不可移植性和制度重复性的规律	(63)

一、仅有好的官员不能造就好的政府·····	(63)
二、制度重复性的规律·····	(66)
三、深圳能移植香港的法律吗·····	(67)
四、法律不可移植的规律·····	(90)
第六章 研究立法过程的方法论·····	(93)
一、象法律家那样去思考·····	(93)
二、目的手段法·····	(95)
三、谨慎的渐进主义·····	(99)
四、问题与解决法·····	(101)
五、摘要与结论·····	(113)
第七章 经济理论与问题解决方法论·····	(115)
一、在问题解决过程中大理论的作用·····	(116)
二、运用发展理论解决问题：对于南非的应 用·····	(118)
第八章 法律行为分类法·····	(131)
一、分类在研究中的作用、政策型调研过程中 充分解释的准则·····	(131)
二、一种法律秩序的模型及其与社会的 一般关系·····	(135)
三、人们为什么在法律规定面前如此行为·····	(138)
第九章 有关法律秩序的语词·····	(154)
一、语词在学说中所起的作用·····	(154)
二、法治说，马克斯·韦伯，和分析 实证主义·····	(156)
三、提示与问题·····	(163)
四、社会法学和法律现实主义·····	(167)
第十章 起草法案可供选择的大纲·····	(173)

第十一章 执行机关的选择.....	(185)
一、ROCCIPI方法的解释.....	(186)
二、作为输入——输出决策机构中的 执行机构.....	(199)
三、法律的运作.....	(203)
四、创设新的还是利用现有的机构.....	(217)
第十二章 法院执法与政府官吏执法.....	(232)
一、关于法院作为执法机构重要性的 神话与事实.....	(233)
二、政府官吏执法地位的提高.....	(235)
三、官吏执法中的目标替换.....	(243)

第一章 法律秩序的概念和作用

一、法律秩序的定义

我们的研究范围是法律秩序。文化(culture)给一些词提供了一个普遍的定义。所有讲汉语的人都知道“大象”这个词是指一个运动着的灰色的庞然大物。理解“大象”这个词的定义可以详细描述一下这个灰色的庞然大物。其它的词,如“真理”、“美丽”和“上帝”,却只有含糊、约定的意义。这些词只能用约定的定义;每个人所表达的都只是他对该词的理解。“法律秩序”就是这样的—个词,这意味着当我们用这个词的时候首先要约定一下我们所理解的含义。

法律秩序一词是指人们的这些行为:法官作出裁决,立法者立法,官僚们实施法律,警察进行逮捕、寻找丢失的孩子以及有时非法打人,等等。按照我们的定义,法律秩序是一套依照国家所制定的规则进行管理的社会秩序。它的主要行为者包括国家雇员、律师、诉讼当事人、以及法律被送达人。有些制度,例如监狱和法院,与外界隔离得比较严密,但不管怎样,法律秩序在相当大程度上影响着那些常常似乎只是与法律秩序较为相关的人的行为。要研究法律秩序,我们当然要研究那些对它进行运转的行为者——法官、立法者、检察官、警官以及行政人员。无论如何,我们还必须要研究法律被送达人的行为。我们应该广泛撒网。

作为我们研究的范围,法律秩序正如我们以上所描述的,它使我们回到了美国法律现实主义的传统,该学派产生

于1881年,那时奥利弗·温德尔·(霍姆斯高级法官后来成为最高法院大法官)写道:“法律的生命从来不是逻辑,它一向是经验。”现实主义者坚持道,我们不但要研究书本上的法律,还必须要研究行为中的法律;不但要研究法律规定本身,而且还必须要研究在那些法律规定之下所发生的行为。他们的论辩非常成功地获得了胜利,美国法学者基本上接受了这一观点——要认识法律秩序,我们就要对行为中的法律进行考察。劳伦斯·弗里德曼将现实主义者的观点表述如下:

结构(法院、警察等)与规则(法律)在纸上是一个样子,而在生活中却是另一个样子。几乎所有的人都会承认法律在某种程度上是一种社会产品,因此书本上的法律与行为中的法律绝不会是始终一致的。单单只是规则与结构不会告诉我们该“机器”的实际运转情况。它们没有办法分列出死法律(dead Law)与活法律(Living Law)。它们不会告诉我们规则是如何及为什么被制定出,以及是什么影响着它们对人们生活起作用。

法律是如何制定出来的,它们是如何被实施的,以及什么影响着他们对人们生活起作用,对此进行的研究叫做法律与社会之研究。

其他一些作者提出了他们看待法律的方法。有时他们用语言学的外衣来擅自对我们所应研究的做出实体判断。威廉·B·哈维(William B. Harvey)采用了一种或许是最普遍的法律定义,他建议道法律秩序(他用“法律”一词,而我们用“法律秩序”来表示同样的意思)必须有“一种调整社会秩序的技术,这种技术的本质特征最终来源于在政治有序化社会中对系统的威胁力及适用力的预先判断”。这一定义意味着,如果我们将法律秩序及法律运用于那些社会的社会控制

系统中去——在这些社会中缺乏对权力的集中垄断以及缺乏一种官僚结构对违反法律现象做出决定并进行制裁，那么我们就误用了法律秩序及法律这两个词。这种定义对那些拥有一种国家结构的社会中的法律秩序的概念进行了限制。按照这一观点，许多人类学家所研究的种种社会并没有一种法律秩序，并且按照这种定义这些社会也就没有法律。

美国人类学家E·A·霍贝尔（Hobell）努力地寻找着无论是对简单的还是复杂的社会都可以进行比较的研究，他形成了一种更宽的“法律”定义。他认为“由社会所组织的机构对物质强制的合法使用”是任何社会（简单或复杂的）中法律的“基本的绝对必要条件”。然后他将法律定义如下：

“一种社会规范受到否定或违反时，无论是威胁还是事实上就会有个体或团体行使社会所承认的特权来运用物质力量对此进行打击，那么这种规范即为合法的”。

霍贝尔在现代中央集权社会的法律种种属性中做出了选择——选择了其有力制裁方面——并用定义的幌子将他的选择伪装起来。他断言法律必定含有暴力。只有当法律的概念是某些绝对的柏拉图理念式的虚幻世界本质或者在法律所诉诸的现象间存在着普遍协议时，暴力才是法律的绝对必要条件。但是这两种情况中没有一种是靠得住的。总之，根据其定义霍贝尔声称他有兴趣去研究使用社会所认可的暴力来实施制裁规范。这似乎是正确的研究领域。然而，为什么偏偏一定要选中法律的绝对必要条件或法律的本质？社会控制制度其他的许多方面都可以作为研究的重心，却不一定是法律秩序的“本质”；争端解决机制、裁决机制、决策机制、事实发现机制、规范的内容、规范间的相互关系，还有很多很多。

系统分析是另一个方向。这一原则告诉我们系统与环境
的差别。对于系统工程师来说，系统与环境在何处分离的是一
个现实的问题。环境构成了影响我们的不变条件。系统是在我
们控制之下所出现的事物。飞机工程师不能改变地球周围空
气的性质，他只能设计飞机。飞机外部与大气层的接触面即
为系统与环境的交界处。

对于工程师来说，这是一个实际问题。对于政府来说，
它是一个规范问题。农业部要不要将降雨量少视为环境的一
部分，并且集中力量帮助干旱地区的农民种植适合在干旱地
区生长的农作物呢？或者它要不要将此视为系统的一部分，
并且集中力量来形成水利系统？这些决策包括规范性判断：
政府应当将资源应用在什么方面，以及哪些方面优先？

我们常常过于轻易地落入这一陷阱——只问实际问题：
什么法律制度与社会似乎不太关连？在我们的社会中，一眼
看去在各种法律制度中似乎只有法院对社会来说是不太关连
的，如果将法院等同于法律制度，那么法律与社会的问题
就成为了法院与社会的问题。许多法律家及社会学家严格
地采用了这一研究范围，却不考虑立法机关、行政机关以
及国家权力的其它方面。我们认为这种狭隘的观点是错误的。

即使认为法律制度一词并无真实的内涵，似乎也多属异
端邪说。但不管怎样，语言也会造成本身的专横。因为我们有
法律制度这样一个词，我们就会假定存在着这样一种制
度。毕竟，我们有椅子这样一个词，而椅子也确实存在。而
为什么法律制度就不能存在呢？通过使用这个词，我们做出
了代价昂贵的决断：将法律制度与其环境分离开来。我们自
身的专业知识将我们错误地引向假定法律制度与社会的其它

部分是不关联的。我们中有一些人是律师。对于那些非同行人的人，我们成功地用一种我们所假定的、未知的神秘气氛将法律包了起来。其他人却接受了我们的专业知识主张——律师在三年的学徒期内（我们称为法学院）毕竟还学了点东西。单词与专业知识结合起来使我们确信法律制度是独立的，不关联的。事实上，政府不仅只通过立法机关及法院来作为，它还披上了全套复杂的其它制度的“甲冑”（人民代表大会及其常务委员会、政府各部门，等等）。如果我们想要了解如何使用政府用来解决社会困难的那些工具，那么我们的研究范围就应包括规则、规范、这些制度的行为、以及法院和立法机关。

通过对比，富勒教授将有关这些制度的规则排斥于法律这一定义之外，因此也就排斥于我们的研究范围之外。他说道，如果将法律与“各种可以想象得出的政府行为”混淆到这样程度，以至于“当一个人发现有人谈到按庞德的话即为‘有效法律行为的局限’时，那个人却不能保证试图用法律来抑制同性恋或政府在某地将潮水的动能转化为电力的失败是否即为此课题，那么这就糊涂之至了”。

我们更喜欢形成自己对法律秩序及法律的定义，对此就需要考察一番。正如我们所说过的，我们所关心的具有一种鲜明的政策导向倾向。我们的目标是形成一种能够解释法律、法律秩序、与社会之间关系的理论，这种理论有助于解决出现的社会问题。在这个时代，政治有机体都会使用为此目的服务的国家官员。他们的工作一般都是通过制定法律、颁布法令或行政法规——即对国家官员及普通市民都适用的规范性规则。因此，正如我们以前说过的，我们所关注的是规范性秩序，国家及其官员、立法者、法律实施者、或者仅