

洪范评论



主编 吴敬琏 江平 执行主编 梁治平

洪范评论

JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC STUDIES

第 11 辑

本辑主题

法治与获致正义



生活·读书·新知 三联书店

第11卷 第1期

ISSN 1000-0811 CN 11-2638/D

洪范评论

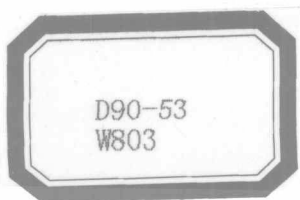
JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC SCIENCES

创刊号

创刊号

法律与经济学评论

第11卷 第1期



洪范评论



主编 吴敬琏 江平

执行主编 梁治平

洪范评论

JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC STUDIES

第 11 辑

本辑主题

法治与获致正义

D90-53
W803

生活·讀書·新知 三联书店

Copyright © 2009 by SDX Joint Publishing Company
All Rights Reserved.

本作品版权由生活·读书·新知三联书店所有。
未经许可，不得翻印。

图书在版编目(CIP)数据

洪范评论. 第11辑/吴敬琏, 江平主编. —北京:
生活·读书·新知三联书店, 2009.12
ISBN 978-7-108-03259-1

I. 洪… II. ①吴…②江… III. ①法学-文集
②经济学-文集 IV. D90-53 F0-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第126981号

责任编辑 贾宝兰
封面设计 罗 洪
出版发行 生活·读书·新知三联书店

(北京市东城区美术馆东街22号)

邮 编 100010
经 销 新华书店
印 刷 北京隆昌伟业印刷有限公司
版 次 2009年12月北京第1版
2009年12月北京第1次印刷
开 本 635毫米×965毫米 1/16 印张 19
字 数 237千字
印 数 0,001-3,000册
定 价 38.00元

编者弁言

通过法律实现正义,既是法律人固守的信条,也是人们寄予法治的期望。然而,法治的实施,或者法治名义之下的制度实践,不一定都指向这一目标。因为具体的法治是有成本的,甚至是有偏向性的。对许多需要法律帮助的人来说,法律可能是陌生的,昂贵的,高高在上的,遥不可及的,或者是冷漠甚至不友好的。在一些发展中国家,这种情形尤为突出。进入 21 世纪以后,法律与发展运动中强调自下而上的呼声日渐高涨,所针对的也是这种情形。新的概念和理论虽然重点不尽相同,但都主张法律发展应当使穷人获益,后者的需求和偏好应当成为法律改革的正当性基础。本辑以“法治与获致正义”为主题,正是想透过学者们对这一问题的研究与反思,对中国的法治现状作一个自下而上的观察。

本辑主题研讨收有四篇文章。第一篇文章《致穷人的司法》,为读者了解相关理论和研究提供了一个极好的批评性介绍。这篇文章对过去十数年间国际范围内法律与发展运动中自下而上导向的各种概念和理论作了全面的检视,对这些概念和理论产生的背景、它们相互间的关系和各自的短长,以及它们同所欲取代的法治模式的关系,有简明而中肯的论述和批评。

接下来的三篇文章都是基于社会调查写成,它们的着眼点或

在社会边缘群体,或在国家针对社会弱势群体所提供的法律援助制度,或在政府基层机构。这几篇文章的描述和分析,具体而微地向我们揭示出法治在中国基层社会运行的情形:普通人——尤其是社会弱势群体——如何看待和运用法律,他们如何解决日常纠纷,国家的法律援助制度在基层实际上如何运作,基层执法者如何理解和运用法律,等等。顺便说明的是,本辑选登的这几篇文章,其中两篇出自自由本所“小额资助项目”支持的学术调研。我们乐见更多青年学子通过这一项目在训练和提高其学术观察能力的同时,增进对于中国社会的了解。

耶鲁大学人类学系的萧凤霞教授长年在中国华南从事田野研究,她新近的论文为我们描写了一幅当代华南城市空间色彩斑斓的变动图景。这篇论文以广州南部几个城中村的民族志研究为基础展开论述,对主要是改革开放以来这些村落所经历的剧烈社会变迁,以及村民在此过程中不断调适和寻求生活意义的尝试进行了细致的观察与分析。文章标题《颠沛不流离》富有寓意,浓缩了这一社会变迁的独特意象。从本辑主题的角度观察这一意象,我们对于中国社会中法治的构想和想象又当有怎样的省思?

三十年来,中国的立法一路高歌猛进,标示出“法治”工程上最显赫的成绩。不过,要检验这一成绩,不能只看数量,更要观其质量,而衡量法律的质量,成本效益分析的方法不可或缺。席涛的文章介绍了美国、欧盟以及经合组织国家就政府监管问题开展评估分析的理论、方法和规范,并对这类经验在中国的应用提出若干建议。尽管本文的主题是政府监管,但其对改善立法的一般意义也是显而易见的。更重要的是,从多个方面、运用多种方法对政府的政策、措施和法律进行事前与事后的评估和分析,也是改进“法治”、增加法律改革正当性的重要途径。

本辑收录的最后一篇论文专论英国公司治理中的执行机制,作者是牛津大学的 John Armour 教授。对公司治理问题有兴趣的

读者自然不会错过这篇佳作,而喜欢谈论“法治”的朋友也应从中获得教益。在我们耳熟能详的学院法律的主流话语里,法治不只是人治的对立面,而且也排斥行政的和各种非正式的控制手段和解决纠纷办法。根据他们的描述甚至无需明言的设定,“外国的”法治就是这样界限分明、上下一致。在中国建立法治,亦应如此。然而,John Armour 的文章却让我们看到“外国”制度的歧义性与多样性。尽管像美国一样,英国上市公司的股份分散于众多股东中间,但是其公司治理中的执行机制却主要不是表现为股东诉讼这种正式的私人执行,而是相关机构的非正式干预,而这一特点源于英国公司发展的历史。

何为法治?法治应当如何?能够如何?这些是我们必须在复杂的社会情境中不断提出和回答的问题。

目 录

编者弁言 1

[主题研讨:法治与获致正义]

刘 本:

致穷人的司法

——自下而上的法律发展合作 1

邢朝国:

纠纷解决与农民工的法律意识图式

——对在京农民工法律意识状况的法社会学考察 37

曹志勋:

城市民事纠纷解决研究

——以云南法律援助实证考察为基础 91

吴小兵:

公安派出所与法 140

[论文]

萧凤霞:

颠沛不流离:后改革时期华南非公民的城市空间 156

席 涛:

政府监管:立法程序、分析方法与中国问题

——一个法律经济学分析框架..... 190

约翰·阿默:

英国公司治理中的执行机制:全景式展现和经验性评估..... 220

[书评]

丁 为:

吴毅:《小镇喧嚣:一个乡镇政治运作的演绎与阐释》..... 283

主题研讨:法治与获致正义

致穷人的司法

——自下而上的法律发展合作

刘本* 余履雪 译

一、导论

多年来,法治概念成为一种贯穿性的范式,它既是不同的法律过程、法律制度和实现国际性法律干预的各种目标间的桥梁,也为国际发展合作项目和项目优先性评估提供了规范性指导(Carothers,1998;Carothers,2006b;Trubek and Santos,2006;Jensen and Heller,2003;Bergling,2006;Tamanaha,1995)。20世纪90年代早期,在合作发展领域,法律重获半壁江山。世界性的捐赠组织在发展中国家大力推广加强立法和法律制度建设的项目,希望由此推进经济发展、良好的治理和人权保护。

在过去的十几年里,法律发展合作逐渐呈现出不同的趋向,一些新的观点相继出现,一言以蔽之,即主张法律发展合作中的

* 刘本(Benjamin Van Rooij),莱顿大学法学院高级讲师。

自下而上途径。这些观点中包括诸如“接近司法”、“法律助力”等概念。近来,一些学者甚至打造出一个“微观司法”的术语(Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer,2007)。这些途径的共同之处就是认为法律干预应当使穷人受益,这一部分人的需求和偏好应当成为法律干预的正当性基础。相对于目前的实践和贴着“正统法治”标签的法律发展范式而言,这些途径在某种程度上被认为是更新、更好的替代性选择(Upham,2006;Golub,2006a;Trubek,2006:92;Rittich,2006:220)。这些思想由捐赠组织和一小部分学者同时发展起来(有时这些学者本身就服务于这些捐赠实体)。有影响力的捐赠实体包括:联合国开发计划署(UNDP)、世界银行、法律扶贫高级委员会(CLEP)、福特基金会、英国国际发展部(UFID)以及亚洲开发银行(ADB)等。过去十几年,有关世界性法律干预的学术研究已经对这些途径有所涉及(Anderson,2003;Golub,2006c;Golub,2006b;Golub and McQuay,2001;Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer,2007),然而,这样的研究要么由这样一些学者来完成,他们将这些途径作为取代现有模式的不二选择;要么由那些捐赠机构自己操刀,它们本身就是基于自我立场的那些计划的参与者。

这些思想正在缓慢扩张,大有取代现有途径和实践的趋势,但对其价值和面临的挑战,目前仍然缺乏客观的认识,此即本文的目的。首先,探讨这些自下而上的途径的内容,这些途径是如何被界定的,如何通过它们分析有待解决的问题以及将解决办法付诸实现而采取的措施。为此本文将关注两种类型的资料:第一种是主要捐赠实体的项目总结,第二种是学者们对一般途径的概要性研究。其次,阐述为何这些途径在过去的十年里出现,分析法律发展途径的变化,检讨此前的法律干预方式并关注对既有“法治范式”的反思。再次,分析自下而上途径的优点。分析为何这些途径是新的替代性选择,为何其为现有法治范式和法律合作

发展实践中凸显的问题提供了一个出路,将证明这些自下而上途径虽然并不新颖,却是既有实践的重要补充并有可能解决某些问题。同时,这些新的途径也存在不少问题,新的问题也可能随之涌现出来。此外,由于缺乏内在规范功能和容贯性,这些途径并不是取代法治模式的良好选择。最后,将集中在自下而上途径这一思潮转向中蕴涵的更为深广的意义上,探讨这一思潮为成功的法律发展合作带来的挑战。

二、什么是自下而上途径?

自下而上途径主要是通过两个名称:“接近司法”(Access to Justice)和“法律助力”(Legal Empowerment)来体现。^{①②} 尽管存在重合,但根据具体的做法,两者的主要不同之处在于,前者将接近司法本身作为主要目标,后者则旨在帮助贫弱者,认为贫困的主要根源在于缺乏力量。两者间并非泾渭分明,法律助力可能包含接近司法,反之亦然(UNDP, 2005:137-140; Asian Development Bank, 2000a:9-12)。

① “Legal Empowerment”存在两种截然不同的含义,一是指通过法律广泛地增强穷人的力量(例如格鲁博[Golub]、福特基金会和亚洲开发银行提出的做法),一是用这一术语囊括为穷人的非正式财产的正规化所做的工作(例如德·索托[De Soto]、法律扶贫委员会、世界银行和美国国际开发署[USAID]主张的做法)。第二种意义上的“Legal Empowerment”将在下一部分“法律多元主义和非国家性司法”中讨论。

② 另外一个名称即世界银行采用的“司法助贫”,这也是一种自下而上途径。参见 <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTJUSFORPOOR/0,contentMDK:21172707-menuPK:3282963-pagePK:210058-piPK:210062-theSitePK:3282787,00.html>。

(一) 定义

就自下而上途径的目标和实现方法而言,虽然存在很多重叠区域,但仍有一些不同的层面。第一个例证就是联合国开发计划署推行的接近司法,它将这一途径概括为“支持司法和相关体制,使之服务于那些贫穷的和处于劣势中的人”(UNDP,2004:3)。UNDP指出,“接近司法不仅是与贫困斗争的一条必由之路,也是一项基本人权”。UNDP提出的接近司法明确承认,司法体制不仅可以在非国家规范体制中建立,也可以在国家正规体制中建立。与之类似的是世界银行的“司法助贫”(Justice for the Poor)项目。世界银行在该项目的背景资料中指出,“‘司法助贫’是世界银行在非洲和东亚国家推进司法机构改革过程中,面对理论和实践挑战的一个大胆尝试。‘司法助贫’反映了对面向需求的社区驱动性司法和政府机构改革的必要性的认可,其重视司法制度‘使用者’的态度,尤其是穷人和妇女、青年人和少数民族这类边缘群体”(World Bank,2006:1)。

第二种自下而上途径使用“法律助力”或“法律扶贫”(Legal Empowerment of the Poor)的名称,其包含两类模式。第一类是由包括福特基金会和亚洲开发银行在内的捐赠实体牵头的途径,格鲁博最先对其进行了描述。在这种途径中,“法律助力就是启用法律服务,并经常与相关的发展项目进行合作,从而加强弱势群体对其生活的掌控能力”(Golub,2006b:161)。格鲁博进一步指出,“这既是对问题丛生的国家主导型的正统法治模式的替代,也是将权利本位的发展观付诸实现的一个途径,将法律作为在更大范围内推进经济社会发展的支点”(Golub,2006b)。在美国国际开发署的一份报告里,约翰·布鲁斯(John Bruce)等人用简洁的笔触写道,“当贫穷者及其支持者和政府通过法律或者其他手段创造一系列权利、能力和/或机会,为他们脱离贫穷和边缘化提供

法律和法制工具时,我们就会看到致力于贫穷者的法律助力。它是一个过程,内含着自身的目的,并且是脱离贫困的一种途径”(Bruce, et al., 2007)。第二类法律助力模式主要基于秘鲁经济学家德·索托的理论。他认为,在非正规的(非国家)规范体制下,绝大多数穷人的财产和交易不能被资本化,也被排除在经正式(国家)认可的、更大的市场交易之外(De Soto, 2000)。根据他的理论,法律扶贫高级委员会得以建立,旨在“使穷人能够使用法律,并且使法律制度能够充分实现他们的作为人的潜能”(CLEP, 2006)。尽管CLEP的“法律助力”与UNDP和世界银行的“司法扶贫”有许多共同之处,并与格鲁博的法律助力替代理论在很多方面并无二致,它的关注点却不同。CLEP主要是想借助接近司法和法律助力的加强来实现私人财产权的资本化,由此,它主要关注非正规企业实体和非正规土地所有制形式的正式化(CLEP, 2006)。

对自下而上途径的最新补充要属巴伦莱希特(Barendrecht)和范·尼斯本(Van Nispen tot Sevenaer)提出的“微观司法”。这一术语暗示他们致力于这样一种途径,“将第一世界的法律制度彻底改头换面来适应第三世界的大环境和财政预算”,并且建立起“具有经济持久力的(既能够吸引作为使用者的穷人,又对提供者具有吸引力,同时,不需要来自国家或赠与机构的进一步资金援助)、有助于穷人接近司法的各种渠道”(Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007)。“微观司法”与“接近司法”有诸多相同的特点,它们都致力于排除司法和争议顺利解决中的障碍。这种模式所采取的措施的不同之处是,它在很大程度上建立在重视司法提供者和使用者的成本收益的市场原则之上,努力克服发展中国家的司法市场失灵(Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007)。

(二)共同目的和面临的问题

自下而上途径被认为与减少贫困的努力相辅相成。例如, UNDP 指出,“接近司法与减少贫困之间有着紧密的联系,因为陷于贫穷和边缘化意味着同时被剥夺了选择权、机会和获得基本资源的权利,也无缘决策权。”安德尔森(Anderson)持同样的观点,他认为在接近司法制度方面,穷人尤其受到羁束,并且“无法无天”(lawlessness)的国家更容易对穷人产生负面的影响(Anderson, 2003: 1-3)。格鲁博和亚洲开发银行认为法律助力一度对缓解贫困作出了贡献(Golub, 2006b: 163, 166-168; Asian Development Bank, 2000a: 17-19)。

与其他分析相同,自下而上途径致力于探讨穷人在寻求司法救助中遇到的障碍,或者哪些法律障碍导致了穷人失利。它不仅关注正规法律体制,有时也关注其他非国家性的规范体系。不同的研究采取了不同的分析路径,但却多有重叠。综合看来,穷人在寻求司法以及通过法律获得救助的过程中主要有两块绊脚石:一是司法供应方面的相关问题(例如正规的和非正规的规范和制度),二是与寻求司法救助的贫穷的当事人自身相关的问题。

自下而上途径指责司法提供者疏于为穷人说话。这些司法制度往往从与穷人相对立的规范出发,这不仅体现在其内容上,也体现在这些规范蹩脚、正规和复杂的形式上。正如德·索托在那篇著名的论文中指出的那样:国家法未能认可穷人的非正规财产权(De Soto, 2000)。由于司法制度难脱与穷人对立的窠臼(Anderson, 2003; UNDP, 2004; Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007: 5)并且依赖于精英阶层,致使法律规范中存在的上述问题进一步恶化(Anderson, 2003)。自下而上的支持者指出,司法的滞后性(Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007; Anderson, 2003; De Soto, 2000),司法过程的成本(Houtzager, 2001: 15;

Anderson, 2003; UNDP, 2004; De Soto, 2000)^①, 无法对法律规范和法律实践提供充足的信息, 以及穷人居住地与法庭所在地的地域差异性 (Abregú, 2001: 60; Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007), 这使得穷人面临的境况更加令人沮丧。滋生蔓延的腐败和滥用权力, 加之法律职业和职业性监控的责任缺位都是一些负面因素 (Malik, 2001)。自下而上途径的支持者们进一步强调, 由于缺乏有效率的判决执行, 穷人在不公正面前往往束手无策 (UNDP, 2004)。他们进一步发现, 法律援助模式的欠缺, 以及缺乏足够的处理相关案件的人手, 这些状况使穷人接近司法受到了限制 (Anderson, 2003; UNDP, 2004; Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007: 5)。纠纷解决替代机制 (ADR) 的欠缺也进一步削弱了穷人寻求司法救助的能力 (Houtzager, 2001: 15)。

自下而上途径也批评穷人由于自身的一些特点, 削弱了他们有效利用司法制度的能力。如研究发现, 穷人弱小的资金实力, 加之欠缺与正式司法制度打交道的经验, 导致他们无法成功地寻求司法救助 (Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007; UNDP, 2004; Anderson, 2003)^②。法律意识的欠缺、对法律知识和自身权利的无知对此更是雪上加霜 (UNDP, 2004; Barendrecht and Van Nispen tot Sevenaer, 2007: 6; Abregú, 2001)。亚洲开发银行在对亚洲法律助力工作的评论中进一步指出, 经济上的从属地位阻止了贫弱者行使其权利以及在对抗雇主和土地所有者的过程中寻求司法救助。^③ 在运用法律寻求司法救助的过程中, 当有可能对企业社会声誉造成负面影响时, 对法律制度的认知和诉讼启动

① 这里, 有些人提到 Galanter 的著作。见 Galanter (1974)。

② Anderson 在这里受到 Galanter (1974) 以及 Cappelletti 和 Garth (1979) 的影响。

③ Asian Development Bank (2000a: 30 - 31), for this point see also Abregú (2001: 61)。

也可能成为一种阻碍力量。^①此外,穷人对正规制度和法律容易表现出不信任的态度,这种怀疑往往与他们坚信在法律体制中很难或不可能寻得正义相伴相行(Anderson, 2003; Dick, 2007: 54 - 55)。很多贫穷者在住房、缴税、登记等问题上存在不符合法律的情况,这就进一步阻止了他们在正规的法律制度中寻求司法救助,他们或者惧怕敲开法院的大门,或者不能将司法途径作为第一选择(Anderson, 2003; CLEP, 2006)。

(三)共同的解决方案

自下而上途径需要一系列的改革和干预措施来改善接近司法的状况并加强贫穷者的力量。尽管这些途径之间存在差异,然而,实际采取的不少措施却是相同的。大部分途径都包括促进法律意识的提高,尤其是借助教育途径和培养权利意识;加强对贫穷者的法律援助力度,包括法律诊所以及公益律师和律师助理的培养;发展纠纷解决替代机制,支持地方已有的纠纷解决机制,强化一般市民社会并帮助社区巩固其组织(UNDP, 2004; Golub, 2006b; Asian Development Bank, 2000a)。大部分途径需要在一种参与模式下开展(包括贫弱的股东),并以参与者的需要和偏好为根据(Golub, 2006b; UNDP, 2004: 8 - 9; Asian Development Bank, 2000a: 85)。此外,一些学者呼吁将法律领域内的活动“吸纳”到包括“接受国”和“赠与方”体制中的其他发展领域中(UNDP, 2004: 8; Golub, 2006b: 170, 174 - 176; Asian Development Bank, 2000a: 120 - 121)。自下而上途径进一步认可了非国家的传统性

^① Anderson(2003); Asian Development Bank(2000a: 36)。在对西方贸易团体的合同使用和履行的研究中,经常可以看到这一观点。此类的贸易实体几乎不使用正式合同,也极少为了合同履行而求助法院,因为这样可能会使他们长期的贸易关系泡汤。参见 Moore(1973); Macaulay(1963)。