

法律文化研究文丛

法治在中国： 制度、话语与实践

梁治平 编

中国政法大学出版社

中国法学研究文丛

法治在中国： 制度、话语与实践

康志平 编

中国政法大学出版社

法律文化研究文丛

法治在中国： 制度、话语与实践

艾德华教授荣休纪念文集

梁治平 编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治在中国:制度、话语与实践/梁治平编. —北京:
中国政法大学出版社, 2000. 11

ISBN 7-5620-2284-4

I. 法… II. 梁… III. 法制史-中国
IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 088965 号

书 名 法治在中国:制度、话语与实践

出 版 人 李传敢

责任编辑 张 越

封面设计 沈 颀

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京博诚印刷厂

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 11.125

字 数 260 千字

版 本 2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2284-4/D·2244

定 价 26.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

法治在中国：制度、话语与实践

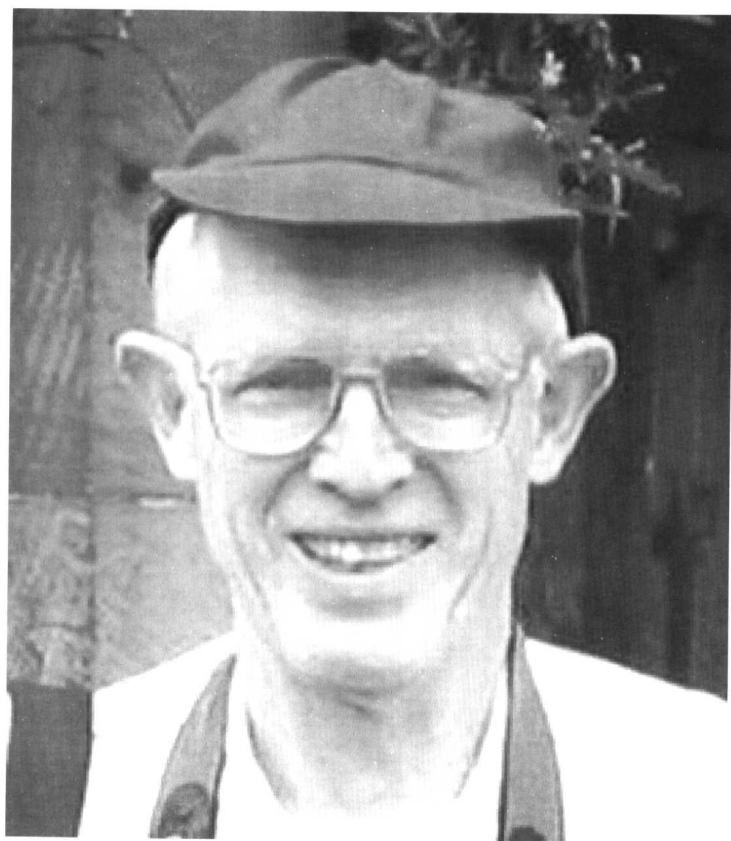
法律文化研究文丛

主编

梁治平

已出书目

- 清代习惯法：社会与国家 梁治平 / 著
法治及其本土资源 朱苏力 / 著
寻求自然秩序中的和谐 梁治平 / 著
乡土社会的秩序、公正与权威 王铭铭 王斯福 / 编
中国法律教育之路 贺卫方 / 编
法律多元 (日) 千叶正士 / 著
法治·启蒙与现代法的精神 陈弘毅 / 著
欧洲法学史导论 (葡) 叶士朋 / 著
明清公牍秘本 郭成伟 田 涛 / 点校整理
清代法制导论 (英) S·斯普林克尔 / 著
儒家伦理与法律文化 林 端 / 著
法 辨 梁治平 / 著
法治在中国：制度、话语与实践 梁治平 / 编



艾德华 (R. Randle Eswards) 教授近照

主编者言

《法律文化研究文丛》自1996年问世以来，已经出版著作十种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平

代序

对去哥大访问的学者来说，第一件令人头痛的事情便是找房子。曼哈顿的租房市场向来紧张，想要在哥大附近找到生活方便、居住安全且房租又在可接受范围内的居所，真是难乎其难。不过我很幸运。就在到纽约的前一天，Randy（熟人、朋友都这样叫艾德华教授）动用他的“关系”为我在离法学院只有两条街的Butler Hall 拿到一个单元。到的那天，他亲自去机场接我。为省去停车的麻烦，他约我在出口处等候，他会一遍一遍在大厅外兜圈子，直到我们会合。那天还算顺利，不过，在接到我之前他还是兜了十圈。

到Butler Hall之前，Randy先带我去一位朋友家。Butler Hall的寓所虽配有全套家具，但没有毛巾被褥，所以他让那位朋友为我准备了临时用具。在等朋友下楼的时候我们在街头站了几分钟。晚风吹过，让人感到一丝凉意。我想起十年前，也是九月里一个这样的夜晚，我第一次到纽约。我就是那次认识了Randy。说起来，我们是老朋友了。不过，他如此待我，令我在感动之

* 本文所依据的有关“中国法研究中心”和CLEEC项目资助中国学者的材料，部分由哥大法学院的李本教授提供，特此致谢。

II 代序

外，更觉得不安。毕竟，他已经是六十多岁的人了。

过去二十年里与美中法学教育交流项目有直接、间接关系的学者、官员、学生和其他人士，很少有人没有听说过艾德华教授的名字。中国方面的参加者私下提到艾德华教授时，习惯称他“老艾”，这部分是因为 Randy 为人随和，容易亲近，部分也是因为，除了在中国法研究方面是一个资深的学者之外，他在美中法学教育交流方面更是一个富有才能的组织者和计划实施者。他不但很早就涉足这一领域，有开拓之功，而且持之以恒、乐此不疲，把自己最具创造性的岁月都贡献给了这一事业。

最初，Randy 求学于哈佛，1956 年毕业。数年后入哈佛法学院，1964 年毕业，获 J.D. 学位。越三年，又获得哲学硕士学位。就在 Randy 从法学院毕业那一年，年轻而有才华的 Jerome Cohen 去到哈佛法学院，在那里着手创立以中国法为主要内容的“东亚法律研究中心”（East Asian Legal Studies），这也是美国历史上第一所专门研究中国法和亚洲法的学术与教育机构。在此以前，Randy 对中国历史文化的兴趣已经萌生，因此，一俟学业结束，他便正式加入了 Cohen 教授领导的中国法研究群体，研习中国法尤其是中国传统法律，并先后担任“东亚法律研究中心”代理主任和副主任，直到 1973 年他被聘去哥伦比亚大学法学院任教。

Randy 的到来不但为哥大法学院增加了有关中国法的课程，更在哈佛之外开辟了中国法研究的另一片园地。就在他转来哥大十年之后，“中国法研究中心”（The Center for Chinese Legal Studies）在法学院正式成立。此后，坐落在纽约曼哈顿西区 116 街的哥大法学院便成为不仅中国法律界人士而且全世界的中国法研究

者熟悉和时常往还的地方。过去二十年间，“中国法研究中心”每年资助和接纳约二十名中国学者、学生以及法学院里不下五十名对中国法有兴趣的美国学生，这个数字令该中心成为亚洲以外中国法研习者最为集中的机构之一。具有不同背景的学生和学者一道在哥大法学院学习，参加“中心”组织的学术交流活动，其效果远远超出单纯的法律教育所能提供者。对此，80年代以来因为开放政策而始走出国门的中国学人应当感受最深。

1983年，就在哥大的“中国法研究中心”成立的同一年，主要由美国福特基金会资助的美中法学教育交流项目（简称CLEEC项目）也正式启动。至1995年该项目结束时，共有219名中国学人受其资助到美国的法学院学习和访问，这些人中的大多数现在都在国内服务，其中不乏在高位者。福特基金会资助完成的这一项目被认为取得了相当的成功，对80年代实行开放以来的中国法学教育和研究有不容忽视的影响。在这一项目中，Randy本人和他领导下的“中国法研究中心”均扮演了重要角色：“中心”先后接受CLEEC项目的中国访学者约三十名，Randy本人更担任首届CLEEC美方主席，组织、安排和协调各项交流计划，长达八年之久。1988年我第一次到哥大访问，正是通过CLEEC的项目。

那些年里，Randy经常往来于美国和中国之间，通过各种项目、会议、访问、交谈等，他接触和认识了很多中国人，从资深的学者、官员，到普通的学生，他们中间的许多人曾经得到过Randy的帮助，有些帮助甚至是私人性的，而且不必是基于某种特殊的私人关系，这一点是让我们这些对人际间“关系”颇为敏感的中国人感到讶异的。Randy为人古道热肠，而且有幽默感。

IV 代序

他善谈，反应敏捷，喜欢开玩笑，与他初次接触的人也不会感到拘束。第一次到访哥大不数日，我便在他主持的讨论课上发表异见，大约我认为，中国传统文化里并无（个人主义意义上的）“个人”，他则不以为然。事隔多年他还记得那次的争论，而且并不在意向其他人提到我们当初的争论。在那次访问几年之后，我在一篇讨论相关理论问题的文章里还提到他的观点，以为一种被我指为不恰当的立场的例证。他事后看到那篇文章，不以为杵，却告诉我也认识的一位朋友说我写了一篇好文章。现在回想起来，我们当初讨论的问题其实很复杂，三言两语说不清楚。可惜的是，我们后来虽然不乏见面机会，却没有再就相关问题作更深入的讨论。原因之一是他实在太忙。

的确，Randy总是太忙。除了参与和组织各种项目，尤其是“中心”的项目之外，他还要上课，指导学生，接待访问者，主编《中国法研究季刊》，分担院务，如外籍研究生的录取和管理等。他在办公室的多数时间是同学生和访问者面谈，一个人十五分钟，时间排得很满。不独如此，他还有家累。Randy育有二子一女，以一人之力，养五口之家，负担可想而知。不幸的是，艾夫人多年前遭罹医疗事故，身体受损，长期卧病。索赔官司一波三折，久拖不决。不过，在Randy身上决看不出生活艰辛的痕迹。虽然并不避讳家事，他也从不抱怨生活，更不曾在人前作愁苦状。他乐观开朗，而且看上去总是精力充沛。98-99学年在哥大访问时，有一次和他一道等电梯，久等不来，遂决定从楼梯走下去。哥大法学院大楼虽不甚高，每层之间楼梯却不算少，我们从七层走下去更少不了转弯。想不到Randy步态如此轻松，走得飞快，我必须抖擞精神，拿出平日在篮球场上“与人斗”的劲

头才不至大叫“等等我”。Randy 喜好单人划艇运动，在家里有一套练习的设备，每隔一段时间还要参加比赛。我没有机会看他划艇，但是跟他下一次楼却让我领教了他敏捷的身手和充沛的体能。

也是上次访问期间，听到艾夫人医疗事故官司最终胜出的好消息。在一次讨论课上，Randy 还特别提到他刚刚经历过的这个磨人的案子，用来说明美国的法律制度实际上如何运转，以及他，一个同时具有法学教授身份的受害者家属，在这场经年累月的赔偿诉讼中所扮演的角色。Randy 能够如此自然和坦然地面对这一切，令我十分钦佩。我也很高兴看到他和他的家人在经历了这么多年的痛苦和努力之后，终于得到赔偿，虽然与他们付出的代价相比，他们所获得的补偿已经是微不足道的了。的确，已经失去的无法复原，也不可复得。此刻，子女业已成人，Randy 自己也已届退休年龄。过去若干年，Randy 能够用在个人学术研究上的时间很少。每次我们见面他都会提出一些关于中国法律与社会方面的新见解，只是我们不大有时间作深入的讨论，之后他也不大可能有余力把他那些颇有见地的想法铺衍成章。不过，对于研习、讲授和思考了三、四十年的一些问题和题目，他总是念兹在兹，耿耿于怀。他告诉我，退休后打算移居华盛顿，届时不再有繁琐的教务和行政事务，正可以重拾旧业。这些，他已经做到了。因此，我想，下次见面时我们应当谈谈他手边的研究，很可能他会重提旧事，继续我们十几年前的那场争论。

知道 Randy 将于今年正式退休的消息之后，便起意编一本小书，纪念他数十年来在中国法研究、教学尤其是美中法学教育交流方面所作的重要贡献，也藉此表达我们这些从他和他致力于推

动的事业中获益的人对他的敬意。本书的作者都曾在哥大法学院访问和学习，且多数是“中国法研究中心”项目的参加者，也因此与 Randy 相熟。当然，这并不是他们成为本书作者的惟一原因。事实上，合乎上面条件的人很多，而我只是在我恰好认识的很小一群人中约稿。即便如此，对我的建议积极响应者也不止读者现在看到的几位。遗憾的是，因为种种技术性原因，最后收入本书的只有这八篇文章。

我相信，如果是谈论与 Randy 有关的旧闻轶事，本书其他几位作者讲的故事可能比我上面讲的更有趣，不过，我觉得，以另一种方式来写这本书可能更恰当。因此，我请求本书的作者们写一篇“学术文章”，一篇“与中国问题有关”的文章。在此两点之外，题目、内容和篇幅全凭作者决定。如此宽泛的要求，等于对题材没有限定。结果是，在最后确切知道各位作者讨论的问题之前，我并不了解我决定要编的这本书的实际内容，也无法确定本书的标题。应该说这是一次冒险。幸运的是，我最后得到的仍然是一本书，而不是一个大杂烩。因为所有的文章都与一个时代的主题相关，那就是：法治。

这些年来，“法治”是国内法学界最热衷于谈论的话题之一。专门讨论“法治”的会议已经开了多次，以“法治”为题目的论文集和专书也出版了不少。本书并不以“法治”为主题来组织和撰写，书中的大多数文章也没有直接去讨论“法治”，然而这确实是一本关于并且切合“法治”主题的书。

於兴中的文章着力于探讨中国语境中人权观念所包含的文化意义，这种尝试无可避免地暗含了价值普遍主义和相对主义的紧

张，不过，於文没有陷入理论上的抽象论争，而是从一系列国际人权公约业已在中国获得广泛认可和批准这一事实入手，讨论法律移植过程中产生的文化问题。这种现实的（也许可以说是实用主义的）立场缓和了他的文明类型论，使得他区分的两种原则（权利与关系）、文化（心性与智性）和秩序（道德和法律）有可能融合。另一方面，通过去除其先验性，於文将权利/人权观念放回到经验的生活世界，从而在揭示出权利/法律内在在局限性的同时，也指出了两种文明秩序的互补之道。

法治论者也遇到同样的问题。法治的概念具有普遍性，还是像人权/权利的观念一样具有特定的文化含义？或者，换一种提问方式，在众多法治理论当中，哪一种更具有普遍性，以及，为了达到这种普遍性，它需要满足哪些条件？循此思路，人们可以根据其强调的重点和抽象程度把现有的法治理论区分为程序性的和实质性的两类。本书两篇讨论法治问题的文章都从这种区分入手，而且都选择了程序性的法治论作为其分析工具。

裴文睿把“中国关于法治概念的争论”归入四个不同的类型，即国家社会主义、新权威主义、社群主义和自由民主派，并从制度、实践、规则、结果等方面对这四种类型的法治主张逐一加以描述。值得注意的是，上述分类是裴文睿根据中国的实际情况提出的“理想类型”，而非对现实的简单描述。因此，他向我们展示的其实是一幅经过理论重构的图景，富有新意。对于裴文提出的分类的妥当性，人们或许有不同意见，但我们必须承认，裴文揭示出法治理论的多义性和社会现实的复杂性，从而有助于人们去除教条甚至意识形态化的法治观念，在理论问题上保持一种现实的和反思的立场。

梁治平将中国目下的法治运动视为一个具有开放性的制度建设过程，并力图从他所谓的内在视角去理解和认识这整个过程。为此，梁文一方面强调历史理解的重要性，另一方面则指出现代法治建立过程中国家中心主义倾向的不足。在他看来，民众的参与和社会的重构是在中国实现法治的重要环节。这里，采取程序性的法治概念并没有导致某种法律形式主义的主张，相反，它在使法治概念更具有包容性与开放性的同时，又揭示出现代社会中法治的有限含义，并促使人们去了解作为一种制度的法治与其他政治、经济与社会制度之间的复杂关系。

把法治视为一系列制度，自然要注意司法的状况。事实上，司法制度的建设与改造是过去十年里面法律改革的重点，也是国内外法治论者特别关注的所在。范思深的文章以简洁的方式勾画出中国法院体制的基本架构，包括它近年所经历的改变、现在所面临的主要问题，以及下一步的改革方向。如果说，范文所勾勒的基本是一个静止的法院体系的话，那么，接下来由强世功所撰写的有关“宪法司法化”问题的文章则把我们引入一个充满变化与矛盾的生活世界之中。

尽管中国今天还没有宪法诉讼，也没有完整意义上的司法审查制度，对这些问题的关注和讨论不但久已存在，更因为近年发生的几起讼案的刺激而格外地引人注意和激动人心。不过，强文并未直接参与对相关案件的讨论，而是对围绕这些案件而产生的讨论本身作了一个话语分析。通过对“违宪审查”和“司法判断”、“法律政策学”和“法律解释学”等范畴加以区分，强文层层深入地揭示出“宪法司法化”讨论中所包含的内在矛盾，并试图在转型时期的社会特征中寻找产生上述矛盾的根源。有趣的

是，强世功对“宪法的缺场”这一现象的批评，正好强化了前面裴、梁两位所主张的程序性法治观，从另一方面表明中国语境中这种主张的相关性。

本书的最后两篇文章都以公司法为主题，不过，它们所取的角度相当不同。江平和虞政平合写的文章主要以中国1994年的《公司法》和美国1996年由统一州法委员会制定的《统一有限责任公司法》为基础，系统比较了中美两国现行的有限责任制度。这种比较立法的研究虽然不能深入法律以外的其他领域，但对我们了解制定法的异同优劣和改善立法却属必不可少。比较起来，方流芳关心的问题更多是在法律之外，不仅如此，正像上面一组关于公法的文章一样，这两篇有关私法的文章也是一静一动，恰成对照。

中国的公司制度为什么不能够成功？这个问题早在一百年以前就已经被人提出，现在仍然被人追问。方文就从这样一个问题开始，通过追溯中国公司制度百年来的发展，尤其是1980年代以来和《公司法》制定前后围绕国有企业改造所进行的各种尝试，试图对这一“谜局”提出令人信服的解答。方文的结论是，公司法与国有企业是两种全不相同的制度，二者遵循不同的逻辑，试图借公司法改造国有企业，通过制定一部《公司法》“打造现代企业制度”，这种尝试注定不能够成功。方文还指出，公司源自民间社会自生秩序，而非出于立法者设计，公司法不过是公司历史的总结，“因此，任何行之有效的公司法都不能无视民间社会的自治传统”。这种看法与前面梁治平讨论法治的文章中对“社会”的强调正相呼应。

其实，本书各篇文章之间相互补充、呼应的地方远不止上面