

# 道路通向城市

转型中国的法治

苏力著

法律与社会文丛

法律与社会文丛

  
法律出版社  
LAW PRESS CHINA

# 道路通向城市 转型中国的城市

林力著

中国社会科学出版社

ISBN 7-5097-0000-0

# 道路通向城市

转型中国的法治

苏力著

法律出版社

法律与社会文丛

 法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

道路通向城市:转型中国的法治/苏力著. -北京:法律出版社,  
2004.4

ISBN 7-5036-4876-7

I.道… II.苏… III.社会主义法制-研究-中国  
IV.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 028231 号

法律出版社·中国

责任编辑/蒋浩

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/787×1092毫米 1/16

印张/22.25 字数/307千

版本/2004年5月第1版

印次/2004年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.Chinalaw-book.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4876-7/D·4594 定价:28.00元

## 你看到了什么？（代序）

—

25年前的那个秋天，你来到了北大法律系——那时还是法律系。懵懵懂懂中一转眼，就1/4个世纪了。如今北大的绝大部分学生那时都还没有出生呢！而如今，你已经是满头华发。你是同当代中国法学的恢复、发展一同成长起来的一代法学人。

按理说，你早就不该感叹人生了，但你还是常常感叹。因为这1/4个世纪至少是近代以来中国变化最大的一段时期，尽管不是动荡最大的一个时期，却是变化最深刻的一个时期。中国经济高速发展，社会结构发生了巨大的、根本性的转型。中国的法制在发展，法律职业在发展，法学也在发展。你当年的文学梦已经远去；你也许暗自庆幸自己当年被“计划”进了法律系；你已经爱上了这个行当。

生活在这样的一个时代，不知道你有什么感觉。反正你多次说起，一个世纪之前的中国学人，他们面对当时的中国，至少有些人只有“绝望”。而你哪怕是再“愤青”，对现实再多不满，也正目睹着中国的崛起和复兴。

于是，有了这本书，你想勾勒转型时期中国法治和法学25年发展的一个轮廓，或一个当代的法律切面。

## 二

当代是难以勾勒的。身处其中，如在暗夜，何方是你的希望所在；又如在白日，周围无数景色都会吸引你，信息太多同样令你迷失方向。更何况，由于“上帝”的死去，你不知未来会如何，应如何。也许你只能如鲁迅笔下的“过客”，只是要到一个叫做“前面”的地方去，不知是茫然，还是必然。

意义和确定性都是语境的构建。因此，你在《引论》中首先勾勒了你心目中关于中国的社会变迁的基本脉络，试图以此赋予你的前后左右发生的诸多事件某种融贯的意义，同时也为后面各章节的整合提供一个理论框架。把所有的变化都与这一社会变迁相互关联，又将之视为这个社会变迁的构成部分。

你说的是“构建”，而没有说（尽管企图如此）描述或展示。发生在这片土地上的事件太多了，每个人都会赋予这些事件一些特定的意义。但是它们是否具有一个整体的意义？这个问题至少是开放的，是供人们不断解释和建构的。你和其他人一样，似乎总是需要生活的融贯意义；你试图从“零乱”的历史中整理出线索。

尽管有人说你是后现代，但即使从这一点上看，你就注定不是也不可能是一个后现代主义者。“我们这一代都是现代主义者”。你需要意义，并且你已经不会像更年轻的那代人一样，能且会从琐细的个人日常生活中寻求意义。就你们这一代人中的绝大多数而言，你们都只能，也习惯于从社会、历史和民族中发现你作为个体存在的意义。

你注定会被下一代学人嘲笑。但你不担心，因为正如霍姆斯所说，“就实践而言，人都注定是地方性的”。你“深深嵌在这个世界之中”了。但又何止是你呢？你们的前辈，你们的后辈其实都会这样。因此，你没有尼采批评的那种迟到感，也不感叹“我的青春一去不回来”。

### 三

在这样一个理论的框架中，针对着一些你所关注的问题，你追求对中国问题的思考，追求“大气且无所偏倚，……有能力批评[你]所敬重和热爱的”。

你把这部书分为上下两卷。第一卷侧重法律实践问题，分为两编。书名来自凡尔哈伦的一句诗，“所有的道路都通向城市”，一个朴素但仍然令人震撼的关于我们这个时代和社会变迁的隐喻，而你关注的正是这一背景下的法治实践。

第一编的三篇文章可以说都是宪法和立法问题。你关注实在意义的（effective）宪法，而不是规范意义的宪法。第一章讨论中央与地方关系，因为你认为，就制度问题而言，这个问题对于现代和当代中国的重要性要超过其他宪政问题，包括更流行的民主问题；现代化和民主的问题首先都需要民族国家的建立，必须在统一民族国家这一前提下才可能完成。分权当然也很重要，因此地方要有权力。但不仅如此，还必须要有对社会最底层力量的尊重，因此，你把习惯[法]的问题提出来，提升到宪政的框架中来讨论。在你看来，习惯可能是比一般的民意或舆论更持久稳定的地方性或民间力量，是更持久的民意和民情。你隐含的是，希望这个制度能更多地包纳和整合习惯，尤其是在这个转型时期。从两个极端，你获得了一种张力。

第三章似乎讨论的是司法问题，但它涉及了多个宪法问题。最高法院作为国家机构的一部分，本身就是宪法规定的；它会通过司法解释和决定实际参与构建国家的政治结构；它的活动不可避免地涉及立法权和行政权边界的界定；在转型时期，它的地位和功能决定它必须关注公共政策问题。因此，尽管许多人会认为这一章仅有关司法制度，但你还是将之纳入了这一编。你希望实现其中的宪法意义吗？

你希望通过这三个研究补充——而不是替代——如今更为流行的规范性宪政研究，希望回归一种亚里士多德时代的宪法和法律问题的研究传统。你并不排斥或贬低规范研究，但你的学术研究进路让你认为，真正

的宪制和法律必须是从一个民族的实践中生长出来的,而不可能是一纸文字规定出来的;并且,既然中国处于转型时期,法学家关心的也更应当是变迁社会中的实在的宪政问题。

第二编讨论了司法的一些非常具体甚至琐碎的问题,但你的关注仍然是理论的,当然其中也有宪政问题,因此是第一编的继续(与这一关注相联系的其实还有《也许正在发生》一书的第四章)。你分析了法院系统的制度定位和制度逻辑问题、法院体制改革中对制度的关注、当代中国法官的教育培训,特别是司法改革中的法官遴选问题。尽管针对的是诸如判决书之撰写、统一司法考试这般的细小问题,但你追求有所超越和丰富,试图揭示这些细小问题中隐含的当代中国司法改革的制度性问题,因此也是中国宪政制度发展完善的重大问题。

在结语中,你则简要分析了2003年两件轰动全国的法律事件,从另一个侧面提出了转型中国的法治问题,也是你全书的一个主题:中国的社会转型要求法学的回应,中国法学必须回应中国的问题。

#### 四

因此也就有了第二卷,集中关注的是转型中国的法学研究的问题。但是在你心中,法学研究就是中国法治实践和制度建设的一个重要组成部分。

然而,你关注的不是当代中国法学的话语层面。你没有梳理各法学次学科的文献,因为你关心的不是这些文献到底说了些什么,而更关心的是怎么说的。你关心法学的总体格局和基本走势,以及支撑这种格局的潜在制度问题和社会背景。你概括了中国法学的发展和现状,包括法学知识类型的转变、地域分布和学科现状、学术产出、学术翻译以及法学主流意识形态的变化。你追求对法学现状的一种总体把握,一种独特视角,因为只有在这样的透视中才能看出流变的格局,才能看出制度问题,才能看出社会变迁与法学发展变化的关系。当然,这也才能融入你。

你甚至把眼光放得更远,在第四编中考察了与法学研究似乎相距甚远的中国学术界的三个问题。你还是认为法学并非一个完全独立自主的



学科，而是嵌在当代中国学术制度和社会制度之中的，甚至与当代学术人的特殊生活经历以及社会对学者的预期相联系的；尽管不能等同，但这个学科必然受制于同时也反制着这个更大的制度背景。你希望从这个角度理解和发现当代中国法学的弱点和欠缺。

你关心的是宏观层面，切入点却是在实证和微观层面。你把法学研究的一些现象视为症状，试图诊断其中隐含的学术制度问题。

你把“语境论”作为附录，这是你对法学研究方法的思考，展现了你研究转型时期中国法律问题的基本思路和方法吗？也许你是想提供有关本书的另一种结构方式或阅读方式：把这一附录视作导论，而其余各编则是对你的方法的展开和实践。

你知道你的概括并非确定，不确定不仅因为中国的社会转型，而且因为你所勾勒的只是《也许正在发生》。

## 五

从总体上勾勒当代问题，很容易流于空疏，甚至大话连篇；而你不喜欢宏大话语。为了避免这一点，你总是喜欢从非常具体实在的问题，甚至非常细微的问题入手。你希望这种处理问题的方式能更好地发挥法律家的精细入微，至少使大部分文章对法律家也有点用——如果不是结论，那么至少是思路；如果不是观点，那么至少也有一些分析、论证和表述方式。同时，你又希望不局限于实务法律人的技术层面，你渴望将政治学家、社会学家、经济学家等社会科学家的关怀也或多或少地带进来；认为这不仅有利于法律人，而且也许有助于其他社科学人的阅读。甚至，你试图把人文的关怀也带进来。包括写作方式和论证方式，都追求一种个性化——因此在这个意义上是人文化——的风格。你力求把这些追求都融入一个有机的整体。

尽管集中关注的是中国的具体问题，但并不封闭，你隐含了跨文化的比较和参照。你感到庆幸，发达国家的历史变迁以及外国学者的许多研究已经为你研究中国的许多问题提供了一些可能的参考，其中也有某些因果性的规律总结。由于时空的变化，历史决不会如同文件拷贝，但是，

你知道,它们仍可能帮助我们预知或至少是预测某些问题。在这个意义上,中国当代社会的变迁为中国包括法学在内的社会科学提供了一个空前的检验和发展理论的实验室和观察室。中国学者理应充分借鉴这些人类的共同财富。只是根子必须是中国问题。

在一定意义上看,你写了一部研究当代中国法律史的书,但结构此书的并不是对与法律有关的各个方面的全面描述。你不可能全面描述。它也是一部法律理论的著作,但你并不从一些主导的关键词切入。与通常的法律史著作或法律理论著作的结构不同,结构此书的不是时空(法律史)或理念(法理学),而是一条理论的线索,这就是贯穿全书各章的那个社会变迁和“制度进路”。你试图论证,制度环境(包括自然和天时)如何影响和制约人;随着一些变量的改变,这些制度环境又如何需求着新的知识和现代人,包括法学人;而人又如何改造着、创造着制度,创造着与这些制度相应的新的知识。你的这一思路来自马克思的历史唯物主义,来自毛泽东的著作,也来自当代的制度经济学、法律经济学和法律社会学研究。

你追求一种社会科学的分析,但不是价值中立,而是冷酷却不冷漠的面对现实。“好的分析必定是残酷无情的”,你又提起了波斯纳。但是,我知道,你冷酷的分析和叙述之背后是你激越的热情。冷漠甚至不可能引发分析。谁会去猜测一个与己无关的人的心思呢?哪怕你在调侃,那也因为你对被调侃的人和事有一种强烈的关切。

## 六

所有这些说明都注定了这不是一本“全面”的书,因此,也必定不是一本“正确”的书。但你想过追求全面和正确吗?你记录了你对当代中国法治的一些问题的观察和思考,希望同中国的法律人和法学人分享,希望在某些问题上或许有助于人们感受和理解转型时期中国的法律 and 法学的某些寓意。因此,你的预期读者并不是那些追求“真理”的法律人或法学人。万一他们不慎碰上了,要是看完书后,骂你两声,你也接受,只希望他们别说自己上了当,受了骗。

你看到了什么？（代序）

其实，你只是听见有谁在问：“你看到了什么？”

苏 力

2004年2月10日改定于北大法学院

## 致 谢

本书的研究和写作得到了全国社科基金项目“法治与法治国家：当代中国社会变迁中的法律理论与实践”的支持，是该项目的成果的一部分。此外，本书研究的早期启动还获得了北京大学“985”项目的支持。

本书中只有《引论》一篇曾纳入一本先前出版的如今在市场上很少见到的文集。由于这篇论文大致概括了我对中国社会转型的基本问题的观点，而且我也很难对这一问题在总体上有更系统、更好的论述，因此，我将之作为本书的导论，为后来各章讨论的问题提供一个广阔的社会背景。其余各章则都是近年研究的成果，并曾经作为论文以相同或不同的题目先期在诸多刊物上发表，它们是：《法学研究》、《中国社会科学》、《法学评论》、《战略与管理》、《法制与社会发展》、《法学》、《法商研究》。我感谢这些首发刊物的编辑，感谢编辑部的授权许可。一些章节的初稿曾先后在华东政法学院、中南财经政法大学法学院、南京大学法学院、外交学院法律系、武汉大学法学院以及北京大学研究生会组织的学术报告会上讲演，不少学者和听众发表了中肯和珍贵的意见，在此表示感谢。

尽管这些论文——除了《引论》——是分别撰写和发表的，却大致是按照我的统一规划进行的，并且在最后编辑本书时，为了形成一个统一的整体，我也对许多论文做了某些文字修改，增补了部分文献。我是有意采取这种写作方式的。之所以有先期的论文写作和发表，不仅因为这些问题研究具有独立的意义，而且我希望获得更多的读者，而且我的一个最大的考虑是，以这样的方式获得的著作与中国当代法治的关系更为紧密，

以这样的机制最终形成的著作会更为实在,更为凝练,有更多的“干货”,防止为了一个预先构想的体系甚或仅仅为了“像一本书”而增加水分,或自我重复某些先前的观点和论证。我不认为这就一定是一个好的写作方式,但是对于我来说,这是一种自我约束、自我提炼的机制。

本书的研究和写作得到了许多朋友的支持和帮助,包括许多法学界以外的朋友的启发,无论是偶尔的学术交流,还是通过学术阅读。我要特别感谢北大法学院的一些同事,他们是陈端洪、陈瑞华、陈兴良、邓峰、丁利、傅郁林、葛云松、贺卫方、强世功、梁根林、刘燕、沈岍、王锡铤、吴志攀、张谷、张建武、张骐、张守文、张文、赵晓力等。我还要感谢我的学生滕彪、许志永、王晴、成凡、侯猛、凌斌、刘忠、王蓓、李国庆、吴航斌、邓友平等,他们曾以各种方式有助于我的这些研究和写作,许多文章也曾经首先得到他们的批评。谢谢了。

2004年是北大法学院建院100周年,因此可以算是中国现代法学教育和研究开始100周年。我将此书献给中国法学的这个日子,献给北大法学院——不是为了过去,而是为了未来。

苏力

2004年2月10日于北大法学院

# 目 录

你看到了什么(代序) .....	I
致谢 .....	IX

---

## ■引 论

现代化视野中的中国法治 .....	3
现代法治解决的是什么问题? .....	6
乡土社会的秩序和“法治” .....	6
现代化与现代法治 .....	14
20世纪中国的现代化和法治 .....	20
悖论之一:变法和法治 .....	22
悖论之二:法律与立法 .....	25
悖论之三:国家与社会 .....	29
悖论之四:理想与国情 .....	31
悖论之五:普适性和地方性 .....	35
中国法治的前景 .....	37

---

## ■第一编 宪政与立法

第一章 中央与地方的分权 .....	45
--------------------	----

统一与建国 .....	47
革命政权常规化 .....	54
“两个积极性”:一种宪政策略 .....	62
成就 .....	66
问题及出路 .....	71
转型时期的中国宪政研究——方法的反思 .....	78
<b>第二章 当代中国立法中的习惯 .....</b>	<b>84</b>
问题、方法和材料 .....	84
当代中国制定法中的习惯及其特点 .....	90
为什么制定法轻视习惯 .....	95
习惯进入制定法的其他可能途径 .....	101
结语 .....	106
<b>第三章 最高法院、公共政策和知识需求 .....</b>	<b>109</b>
问题及问题的界定 .....	111
法理分析 .....	115
国外的做法及其理由 .....	116
其他可能受影响的利益 .....	124
隐舍的宪法制度越位 .....	129
选择性执法以及社会公正 .....	133
最高(上诉)法院与法学理论 .....	137
对主流犯罪构成理论的反思 .....	138
公共政策和社会科学 .....	144
重新理解上诉法院及其知识 .....	148
<b>附录 1:相关的三类建议 .....</b>	<b>154</b>
<b>附录 2:世界 210 个法域有关性交意思表示法定年龄的资料 .....</b>	<b>157</b>

---

■第二编 司法制度

<b>第四章 司法的制度定位 .....</b>	<b>167</b>
引论 .....	167

法条主义的分析 .....	171
后果主义的分析 .....	176
中国司法改革的趋向 .....	183
深入思考司法的制度逻辑 .....	188
<b>第五章 制度进路</b> .....	<b>196</b>
制度改革的制度进路 .....	196
先例制度与判决书写作 .....	200
其他制度性因素 .....	204
政治社会制度 .....	209
中国问题再分析 .....	212
写给谁看? .....	214
反思与小结 .....	219
<b>第六章 法官素质与法学教育</b> .....	<b>224</b>
问题的界定 .....	224
如何讨论合格的法官? .....	226
中国法官素质问题之发生 .....	232
法学院能传授什么知识? .....	237
法学院教育的其他问题 .....	242
几点说明 .....	245
<b>第七章 法官遴选制度的考察</b> .....	<b>249</b>
统一司法考试作为筛选机制? .....	251
法官助理问题 .....	258
从下级法院遴选法官 .....	264
法官交流和轮岗 .....	270
理解市场经济条件下的法官遴选 .....	275
以法官退休制为例 .....	279



---

■ 结 语

面对中国的法学 .....	289
孙志刚事件和收容遣送制度的废除 .....	290
刘涌案 .....	297
面对中国的法学 .....	303
主要参引文献 .....	309
索引 .....	324