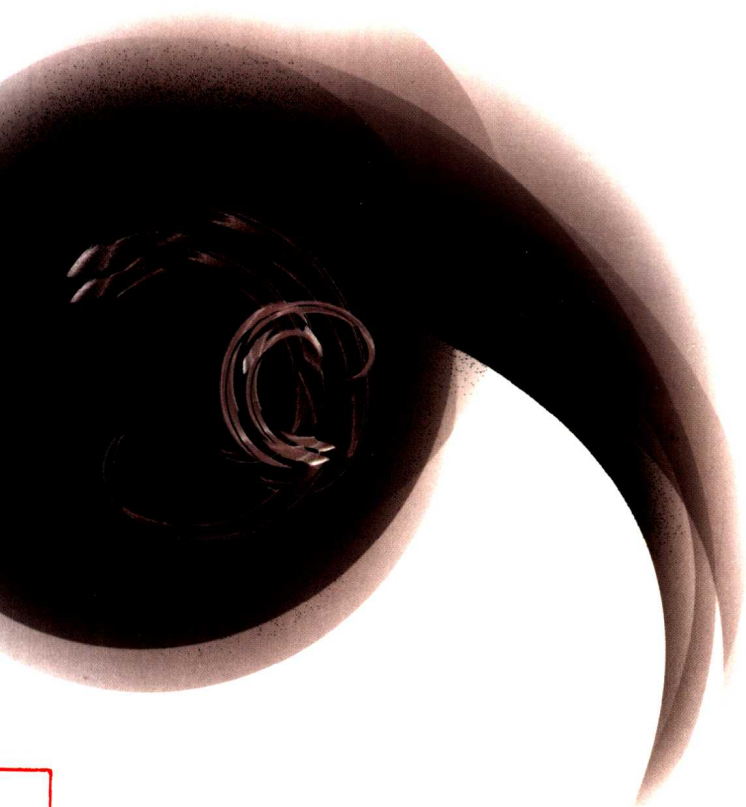


也许正在发生

转型中国的法学

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

也许正在发生

转型中国的法学

苏力 著

法律与社会文本丛

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

也许正在发生:转型中国的法学/苏力著. - 北京:法律出版社,
2004.4

ISBN 7-5036-4875-9

I. 也… II. 苏… III. 法学-中国-文集
IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 028251 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/19.5

字数/266 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/010-63939804

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 7-5036-4875-9/D·4593 定价:26.00 元

也许正在发生

献给中国现代法学 100 周年
献给北京大学法学院 100 周年

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，不知道你是什么感觉。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

也许正在发生——转型中国的法学

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足的

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会科学人的阅读。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，历史绝不会如同文件拷贝，但是，

也许正在发生——转型中国的法学

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?你记录了你对于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和法学的某些寓意。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教育部“社会变迁中的中国法制理论与实践”项目的支持,并且是该项目的成果的一部分。此外,本研究的早期启动还获得了北京大学“985”项目的支持。

本书各章节都是近年研究的成果,并大都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《比较法研究》、《南京大学法律评论》、《中国法学》、《中外法学》、《清华法学》、《社会学研究》以及北京大学《走向未来的人类文明:多学科考察(第二届北大论坛论文集)》(北京大学出版社,2003年)。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南京大学法学院、南京师范大学法学院、陕西师范大学法学院、西南政法大学法学院以及北京大学学生会组织的学术报告会上讲演,“公共知识分子的社会构成”一文曾在华东师范大学现代思想文化研究所许纪霖教授组织的“公共知识分子与现代中国”研讨会上发表,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,不仅因为这些问题的研究具有独立的意义,我希望获得更多的读者,而且我的一个最大考虑是,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,更为凝炼,有更多的“干货”,防止为了一个预先构想的

也许正在发生——转型中国的法学

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、沈岿、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、吴航冰、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

目录	1
图表目录	1

■ 引 论

也许正在发生	3
引子：美国的法学变化	4
当代中国法学的变迁	9
三种范式？	16
法学研究的前瞻	20
小结	22
附录：可别成了“等待戈多”	26

■ 第一编 法学研究

第一章 从法学著述引证看中国法学	39
法学引证和法学引证研究	39

资料库情况简介	44
操作处理及理由	46
初步的分析	53
其他问题	58
小结	60
附录:他引最多的教科书型著作(1998—2002)	64
他引最多的研究型著作(1998—2002)	65
他引最多的学术性译著(1998—2002)	66
第二章 法学论文的产出	67
必须考察法学研究的产出	67
什么是学术产出?	71
搜寻结果	74
分析之一:宏观态势	78
分析之二:产出质量	84
分析之三:产出模式	87
结语	92
附录:各主要法律院校的核心期刊论文产出情况 (1998—2002)	95
各学术机构发表于《中国社会科学》、《法学研究》 和《中国法学》三杂志上的论文(1998—2002)	96
第三章 法学著作的翻译	97
概况	98
问题之一:译什么?	104
问题之二:谁来译?	110
问题之三:如何译?	115
制度视角及其他	120
第四章 法理的知识谱系及其缺陷	122
问题和进路	122
“黄碟案”及其争点	125

自由主义(或个体主义)的法理分析	128
社群主义的法理分析	132
最低限的女权主义法理分析	136
教条主义	141
疏于事实	145
陌生于执(司)法	149
几点说明	152
附录:关于警方干预方式和程序问题的几点说明	155

■第二编 学术环境

第五章 社会科学与人文底蕴	159
什么是人文底蕴?	162
如何看前辈学者的人文底蕴?	167
人文底蕴未必能推进社会科学研究	173
道德、人格作为人文底蕴?	177
“人文底蕴”背后的可能危险	180
两点说明	184
第六章 公共知识分子的社会建构	187
界定与特点	190
社会转型与社会热点	193
天时与社会经历	198
自我认同和社会期待	204
结语	212
第七章 学术产出的制度问题	214
天分,以及什么是天分?	215
教育与训练	218
基本制度:市场与分工	220
学术制度:传统与批评	224
小结	228