



『巨嘴鸟』学术之林



“巨嘴鸟”学术之林

# 制度 是如何形成的

制度是如何形成的

苏力 著

中山大学出版社

我和你  
都深深嵌在  
这个世界之中  
法律如何被信仰  
为什么  
“送法上门”  
“法的故事”  
《自由秩序原理》  
读书笔记

中山大学出版社

版权所有 翻印必究

图书在版编目(CIP)数据

制度是如何形成的/苏力著. —广州:中山大学出版社,  
1999.9

(“巨嘴鸟”学术之林)

ISBN 7-306-01583-4

I. 制… II. 苏… III. ①法律—研究—中国 ②社会问  
题—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 46199 号

中山大学出版社出版发行

(地址:广州市新港西路 135 号 邮编:510275)

电话:020-84111998、84037215)

广东省新华书店经销

广东省番禺市市桥印刷厂印刷

(地址:广东番禺市市桥环城西路 201 号 邮编:511400 电话:020-84881937)

850 毫米×1168 毫米 32 开本 8.625 印张 213 千字

1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—3000 册 定价:16.00 元

如发现因印装质量问题影响阅读,请与承印厂联系调换

## 致 谢

谢谢几年来许多朋友的鼓励和批评，没有他/她们的各种方式的支持和督促，这里的许多文字或现在以文字表现的思想都最多只可能在私下交流。除了感谢丁小宣、方流芳、冯象、葛云松、贺卫方、梁治平、刘星、刘燕、强世功、舒国滢、宋军、张志铭、赵晓力、郑戈以及法学界其他一些无法在此一一提及的朋友外，我还必须感谢邓正来、黄平、盛洪、沈元、孙歌、汪晖、王铭铭、杨念群、张曙光、赵汀阳等其他学界的朋友，感谢许多杂志的编辑，因为这里许多文章都是他/她们“逼”出来的。我要感谢我的许多学生，这里的许多内容都曾以讲课或讲座的方式讲授过，受到他/她们的评论和质疑，其中有些对我是有启发的。我还必须感谢杨苗燕女士，没有她的再次“逼迫”，这些当年被“逼”出来的文字，也许还得等两年才会变成一本书的。谢谢了。

我得感谢我的母亲，我的妻子，我的兄妹和我的女儿。然而，我已经无法表示谢意的是对我的父亲，他不久前已去世了。除了其他影响之外，父亲对我走上学术之路也几乎起了决定性的作用。这里的许多文字他都曾细细地读过，甚至

是在他病重住院期间，用着放大镜；也许他并不都能理解儿子的专业，但我知道，他曾为此感到自豪和骄傲。写到这里，我不禁泪水盈眶……。中国人的习惯是，有许多感情话是从不对最亲近的人说的，而等到想说的时候已经晚了。但用当下中央电视台的一个关于下岗再就业的公益广告中的话来说，正是为了这些“爱我的人”和“我爱的人”，使得我不敢停止自己的努力。

苏 力

1998年12月30日于北大蔚秀园

## 序

这本集子汇集了我近年发表的部分论文、学术散文和笔记。其中有两篇曾收入早该出版但因出版社拖沓至今尚未出版的《阅读秩序》一书中。文章大致分成三编。书名则取自集中的一篇文章。

第一编主要是关注一些社会 and 法律的热点问题，诸如言论自由和隐私权、婚姻法修改、刑事诉讼法修改、送法下乡、科技与法律以及司法审查和制度形成的问题。当然都只是“攻其一点，不及其余”，试图从一个角度切入进行学理的然而有可能对社会实践有影响的讨论。写作这些论文，我寻求的不是以上帝的眼光，而是带着普通人的常识以法学家的冷酷眼光来考察。可以说，这些论文反映了对现实的关注。

对现实的关注当然应当包括对自己所在的学科和学术活动的关注和反思。特别是在目前“依法治国，建设社会主义法治国家”的口号已成为流行话语，法律和法学行当非常热门的今天，这种反思甚至格外必要。正如一些清醒的经济学家所言，中国的经济改革的成功并非经济学研究的功劳一样，我也一直很怀疑法学家是否有能力担当起建设法治的任务。我还是坚持自己的观点，法治是一个民族的事业，法学

家的工作大致只是对这一事业的正当化和理解。因此，在社会实践中特别是中国社会变迁中反思法学的特点，反思中国近代法学形成，乃至反思法学研究及其方法，就不是多余的，而是法学家必须经常扪心自问的。这并不是说法学家可以放弃自己的学术责任和人生关怀，而是说我们必须知道我们知识的界限。这是康德的问题，可能太哲学化了。但是至少我们也应知道如今法律不允许作虚假广告，声称自己有包治百病的宫廷秘方呀！否则，就有乘机攫取私利或推销假药的嫌疑。这种“自我审查”是否会对法学“研究”的“蓬勃发展”产生不良影响呢？我也认为不会，人不可能在任何时候言说一切事情，总是必须有所为有所不为，而也只有有所不为才能有所为。不能因为市场销路好，就萝卜多了不洗泥；假冒伪劣产品盛行，不仅害人，而且最终也只会砸掉自己的饭碗。第二编的文字就是这样一类对于法学自身的反思。

最后一编的五篇是读书笔记和读后感。

关注现实、反思自我和认真读书，大致构成了我认为一个法学家的“应为”。而且这种顺序也恐怕是不可颠倒的，至少在我看来如此。当然，这三者从来是不可分开的。因此，这里的分编似乎又有点多余，恐怕只是为了把书编得更像书一样罢了。人要脱俗是很难的，因为，“俗”就是一种约束人的制度。

说到“俗”，就应当多写几句。在这些文字中，我或多或少地追求了一种通俗，尽量从常人的一般感觉出发，试图将一些普遍流行的俗语、谚语或俗事纳入一种理论的分析。

固然这难免有追求自己作品读者面最大化的考虑，但这更是一种学术的追求。因为，我认为理论不是从理论中来的，而是从社会生活中来的。市面上流行的俗话、俗语甚至俗事之所以流行是因为它们集中概括地反映了人的一些特点、局限，反映了人所在的特定社会的一些特点，或者是反映了特定自然、社会条件制约下的人的一些特点，因此，其中有许多可能是同现代的学术研究成果相通的，甚至其表述更为凝练和富有地方特色。因此，一个学者，如果能够从这些地方切入，或者将它们纳入理论分析，就有可能赋予这些世俗的东西以理论的意义。这不仅对普通人会有启发：喔，原来那些高深的理论离生活并不远，并不是只有在象牙塔才能瞥见真理，理论就在我们的生活中，就像窗外的雪花那样无声地飘落着；我更认为这也可能对学者有启发：原来文章也可以这样写，原来理论也可以这样表述，原来我们的周围还有这么多理论思考的素材。

为了追求这种“俗”，我也力求摆脱法学理论文章习惯表现出来的那种绝对真理之化身的语调和叙述。请注意我的着重号。我认为许多作者实际上并不把、也未必想把自己的言述当作绝对真理，但是他们的语调和表述却往往给人这种印象。由于没有对立面，没有对对立面观点的同情理解，由于过分强调对与错、正与反的截然明晰的界限，言词仿佛很是有力量，但往往令人敬而远之。毛泽东同志早就批评过这种“洋八股”、“党八股”的文风“语言无味，面目可憎，像个瘪三”（《反对党八股》）。我试图以自己的文字改变这种状况。我精神分裂似地不断同自我论战，不断对自己的立场和

论点提出某种可能的质疑，对自己也抱一种适度的怀疑；我力求在同我假想的读者诉说、对话、辩论中展开和开发自己。这并不意味着我“谦虚”或缺乏自信；事实上，我坚持我的观点，且相当顽固。但是，哪怕是假想的手，我也把他当成一个讲道理的真正的对手，我希望让思想的路径以及它可能误入的歧途统统展示在叙述中。同时，这也是对自己思维的一种训练——您读过茨维格的小说《象棋的故事》吗？

这种努力，其实并不是一种新的尝试，而是一种对传统的回归，尽管并非为了回归。无论是中国古代的《论语》、《孟子》，还是柏拉图的《对话录》，都是对话体，都是从日常生活的问题切入的。也许时代不同了，而且人微言轻，我们不可能或者没有大师们那样的能力用对话的方式来写作。但是，至少我们可以把我们的思想表达得更为从容一些，尽管从容也是需要努力的。

也许有人会认为我这种努力是一种“启蒙”，确实，就有人善意批评我写的东西类似“启蒙”读物。我敝帚自珍，并不认为自己的努力是在启蒙。除了坚持对现实问题作理论的思考之外，我只是在寻求另一种思想的表述方式而已。同时，我从来也不认为有谁能启他人之蒙。启蒙从来都是个体的自觉过程，是自我的超越，是别人无法替代的。读书与其他社会生活事件一样，都只不过可能成为激发人们对经验自觉的触媒之一而已。一个人如果没有自己人生的体验和反思，哪怕读再多的书，经再多的“沧海”，也永远不可能有“启蒙”之悟的。在启蒙这个问题上，其实读者永远是比作

者更有权力的。

当然，正如任何事都有机会成本一样，我的这种努力同样要付出代价。因此，作这种追求并不意味着我认为这种努力在绝对意义上最好，也不意味着我一定会坚持下去或者在所有的文章中都坚持这种追求。我知道，一些善良的朋友会谴责我，甚至“骂”我，不作系统性理论研究的努力，不写专著，不对概念作精确的界定，乃至“媚俗”等等。但是，对于今天中国的学术界特别是法学理论界，我常常感到常识的缺乏，而任何带有强烈实践性的理论，都不能忘记常识。常识是我们生存的，然后是学术的出发点。

此外，正如博尔赫斯所言：“每个人总是写他所能写的、而不是他想写的东西”。

窗外，正下着今年的第一场雪，无风的天空中，雪飘洒得如此缠绵悱恻、缱绻动人，昨日的潇潇落叶已被覆盖……。冬天了。当江南草长、燕子归来之际，这本书就会来到这个世界。

苏 力

1998年11月21日上午于北大蔚秀园

如果它们不是同样地属于我和你，  
它们就毫无意义或近于毫无意义，  
.....

如果他们不是同样地既接近又遥远，  
它们就毫无意义。

—

——惠特曼《自我之歌》

# 目 录

序 /1

我和你都深深嵌在这个世界之中

——从戴安娜之死说起 /1

为什么“朝朝暮暮” /15

罪犯、犯罪嫌疑人和政治正确 /44

为什么“送法上门” /56

制度是如何形成的

——关于马歇尔诉麦迪逊案的故事 /83

法律与科技问题的法理学重构 /100

“法”的故事 /127

反思法学的特点 /152

知识的分类与法治 /164

法律社会学调查中的权力资源

——社会学调查过程的一个反思 /174

制度是如何形成的

发现中国的知识形态

——《儒学地域化的近代形态》读后 /195

《自由秩序原理》读书笔记 /207

认真对待人治

——韦伯《经济与社会》的一个读书笔记 /227

法律如何被信仰

——《法律与宗教》读后 /244

经济学帝国主义 /253

# 我和你都深深嵌在 这个世界之中\*

——从戴安娜之死说起

---

\* 原载于《天涯》，1997年第6期。

制度是如何形成的

一切都已散了，再也保不住中心……

——叶芝·《基督重临》

1997年8月30日午夜，倍受公众和传媒（或者应改为传媒和公众？这是一个问题）关注的英国王妃戴安娜魂断巴黎；一个星期之后，英国举行了据称是继邱吉尔之后本世纪最隆重的葬礼。在备享哀荣之后，戴安娜的灵魂将得到安息。然而留在她身后的这个世界却仍在为她和她的死而不安，以致远在东方的《天涯》杂志要为此发表一个专论，以致我这个只能算是知道戴安娜名字的法律教授也居然要开“机”而不是提笔为她之死写下这篇与法律似乎关系并不大的短文。

—

许多人将戴安娜之死归罪于传媒，戴安娜之兄查尔斯·斯潘塞更明确指责报界手上染有戴安娜的血。但是，这种情绪化的语言不应影响我们对这一不幸事件本身的考察，以致于迷失在语言构建的迷宫之中。只要仔细看一看看有关报道，就会发现，即使是那几位追逐戴安娜的摄影记者，也并没有造成戴安娜的死亡，最多只是引起戴安娜死亡的一个因素。司机体内的过度酒精（超过“正常”范围两倍多），超高速行驶的行车（每小时160公里），以及死者未系安全带（唯一系了安全带的保镖活了下来），我想，如果不为感情所迷惑，

任何人都可以判断，这些才是造成车毁人亡的真正的和最根本的原因。酒后驾车和不系安全带与记者的追踪毫无关系，也是为法律甚或是现代公共道德所不容的；高速行驶也许与试图摆脱记者有关，但这也不足以构成在市区违章超高速行驶的一个充分理由或借口，毕竟，可厌的帕帕拉齐式记者的亮闪闪的镜头并不是匪徒的黑洞洞的枪口。因此，就戴安娜之死而言，我认为责任应当由酗酒的司机和要求或至少是默许了（对于这一点，我们也许已永远无法知晓）高速驾驶的多迪和戴安娜来承担。说记者杀死了戴安娜，如果不是非常不公平，至少也是一种修辞。事实上，法国警方也仅仅宣布对这些记者是否构成“非故意杀人”或“见死不救”进行调查，至于能否真正提出指控，乃至即使提出指控后能否最后成立，都还是个问题。如果事实真的大致如新闻报道所言（我们的判断还是将不幸地取决于传媒），那么，我敢预言，对这些记者将不了了之，他们最多只会受到一些象征性的处罚。

我并不试图为这几位摄影记者开脱责任。就这一事件而言，他们有“责任”。他们的令戴安娜讨厌但无法逃避和躲藏的镜头；车祸发生后他们没有首先救人（尽管这仍并不一定是他们的法律责任，而只是作为一个普通人的道德责任，因此不是强制性的），却抢着摄下可以赚钱的照片；他们甚至可能妨碍了救援人员的及时救助活动；这些也许都是他们应承担的责任，甚至应当受到某种行政和/或职业的惩处，但这毕竟不是对戴安娜之死负责。

## 二

如果上述分析成立，那么，我们就要问一问，为什么人

们会谴责这些记者，甚至称传媒杀死了戴安娜，称他们或它们对戴安娜之死负有法律和道德的责任？而与此同时，却没有任何人称这些记者要对司机和多迪之死承担责任。公众为什么会有这种明显的厚此薄彼？又为什么会对上一节所述的这些明显于他/她们眼前的“事实”视而不见呢？

显然，我只能结论说，公众谴责传媒并不是因为它造成了戴安娜之死——尽管是因为戴安娜之死。只有在这一点上，我们才可以看到公众对传媒的谴责何以可能。

在过去的不到 20 年间，人们几乎是看着戴安娜如何从一个美丽、青春和清纯（这两个词居然同音，也许这意味着两者在现实世界的联系和语词上的同源？）的平民少女成为高贵的英国王室公主，成为两个可爱的孩子的母亲，成为一位在全世界的慈善事业都有影响的公众人物。她身上拥有一切可能被人们视为与幸福相联系的“东西”，几乎每个男人和女人都可以从她身上发现自己的某些憧憬和梦想。然而，人们又几乎是看着这位有一切理由得到幸福的女子的幸福是如何烟消云散的：夫妻反目，丈夫“不忠”，本人承认与他人“有染”，婚姻破裂；当命运似乎开始转机，爱情重新降临之际，在一个青春已逝、美貌犹存的中年，却突然死亡。这一切已不仅是她的不幸，而且足以使她成为一个关于人类个体命运无常的象征。

更重要的是，这一切都是通过媒体展示在人们眼前的。当传媒创造了可爱和令人怜爱的她的时候，实际上是创造了大众与他/她们所钟爱的形象之间的一种难分难解的情感关系。因为所谓“可爱”和“令人怜爱”并不是一种由某人占有或天然具有的“物”或“品质”，而是意味着一种关系，一种诉诸于情感的关系。因此，在传媒中，当人们看到戴安

娜的青春和爱情均在逝去，婚姻在破裂，在媒体和公众面前承认“有染”，为记者所纠缠和困扰，并且是“即使你在那里苦苦挣扎，我也只能默默地注视”，<sup>[1]</sup>以及当她最后在突如其来的灾难中香消玉陨——这一切都是任何人都不愿意看到的美与善的逐步毁灭，人们愤怒了。他/她们不仅需要保持自己心目中的形象（因此，戴安娜对自己的死可能具有的责任势必成为这些人的盲点），而且需要某种情感的排解。人们是无法苛责死者的（司机和多迪），因此，与戴安娜之死有某些哪怕是微乎其微的关系，同时也确实有某些道德缺失的记者以及他们所代表的传媒就很“自然地”成为受谴责的对象。

因此，在这一层面上看，我感到，戴安娜之死引出的对传媒的指责似乎更多是因为社会失去了一个他/她们所喜爱的人物，而必须寻找几只替罪羊。这只羊，一方面掩盖了本文一开始就指出的死者本人的过错，使其死显得更为无辜；另一方面，更保持了一个由传媒和大众合谋创造出来的完整的美丽、善良甚至是“被侮辱和被损害的”形象，以满足社会的失落。在这一点上，我甚至要说，人们并不是在为戴安娜伤悲，而是为他/她们失去的这一个偶像而伤悲，为他/她们自己并不意识到的残酷的善良或善良的残酷而伤悲。当然，我并不是说有公众有意这般行为（但也不排除有人利用这一事件），而是说社会本身会作出这样一种集体的下意识的反应。这就是戴安娜死亡之地的法国著名社会学家迪尔凯姆在一个世纪之前就指出的一种普遍存在的现象：当社会遇到某些人们难以接受的突发事件时，社会会通过寻找替罪羊来调整和巩固自身。<sup>[2]</sup>只要看一看，人们的所有悲伤都倾给了戴安娜，而不是倾给同样无辜甚或是更为无辜的多迪，就