

HOW IS AN INSTITUTION EVOLVED

增订版

制度是如何形成的

苏力 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



HOW IS AN INSTITUTION EVOLVED

增订版

制度是如何形成的

苏力 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

制度是如何形成的(增订版)/苏力著. —北京:北京大学出版社,2007.9
ISBN 978-7-301-12682-0

I. 制… II. 苏… III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 133392 号

书 名: 制度是如何形成的(增订版)

著作责任者: 苏 力 著

责任编辑: 杨剑虹

标准书号: ISBN 978-7-301-12682-0/D·1853

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 17.75 印张 234 千字

2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

增订版前言

《制度是如何形成的》1999年出版,首印3000册,据说重印过3000册,市场上却一直少见。不时有学生询问。曾托刘星师兄几次督促,但也只是督促而已。想改版,除人懒、怕麻烦外,因在版权期内,若手续不齐,没有书面证据,还怕成了被告——侵犯了出版社的知识产权。与此经历类似的还有同一年山东教育出版社出版的《阅读秩序》。

八年的版权期总算过了,于是有了这本增订版《制度是如何形成的》。除了仍有市场需求外,出版增订版主要不是因为“敝帚自珍”,而是因为这些文章——即使一些类似时评的文章——中触及的诸多社会和学术问题依然存在;甚至,八年的时光更验证了当年的一些粗陋分析和预测。它们不合时宜,却因此没有过时。

但增订版与初版还是有较大区别。首先是校订了一些明显的错误,例如“制度”一文原副标题“马歇尔(应为马伯利)诉麦迪逊案的故事”;甚至被人转到网上,真可谓“谬种流传”。其次做了某些文字修改调整,力求明白流畅,一些文章增加了相关背景介绍,也恢复了某些文章发表时省略的某些注释。但最大的改动是文章的增减。“为什么‘送法上门’?”和“法律社会学调查中的权力资源”原先是当时设想中的《送法下乡》的两章,如今让它们归队,不再收入;初版的五篇书评文章已收入书评集《批评与自恋》,本来也不打算收入,但为保持整体结构,只删了两篇。增订版因此保留了原书11篇文章,新增了14篇论文、学术随笔和读书笔记。新增文章的追求、思路和风格与原书基本一致;也仍按原书结构大致分为三编:关注社会现实、反思法学和读

制度是如何形成的

书,尽管这三方面很难严格划分。想过改书名,但还是保留了,主要怕蒙读者多花钱。这样的交代可能有利于买书人的选择。

除了初版以及各文中致谢的朋友外,我想特别提一下北京大学出版社蒋浩编辑,谢谢他的大力督促;否则,惰性会一直拖住这个增订版的。

苏 力

2007年6月6日

原版序

这本书汇集了我近两年发表的部分论文、学术随笔和读书笔记。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,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社会责任和人生关怀,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;但至少我们应知道如今不允许作虚假广告,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？我认为不会，人不可能在任何时候说一切事情，总是必须有所为有所不为，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”。而且顺序也恐怕不可颠倒，至少在我看来如此。当然，这三者从来不可分。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话、俗语或俗事中都纳入一种理论分析。固然这有追求作品的读者面最大化的考虑，但这更是一种学术的追求。因为，我认为理论不来自理论，而只能来自社会生活。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、社会条件制约下人的一些特点，因此有可能与现代学术研究成果相通，甚至表述更为凝练和富有地方特色。一个学者，如果能够从这些地方切入，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的真理，理论就在我们生活中，就像窗外雪花那样无声飘落；我更认为这可能对学者有启发：文章原来可以这样写，理论原来也可以这样表述，我们周围原来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露的那种绝对真理之化身的语调和叙述方式。请注意我的着重号。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，但他们的语调和表述方式却往往给人这种印象。由于没有对立面，没有对对立观点

的同情理解,过分强调对与错、善与恶、正与反的截然对立,言词仿佛很是有力量,却往往令人敬而远之。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可能的质疑,对自己抱一种适度的怀疑;我力求在同假想的读者诉说、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。但哪怕是假想的手,我也把他当成一个讲道理的真正对手,希望让思想的路径以及它可能误入的歧途统统展示在辩论中。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,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,都是从日常生活问题切入的。也许时代不同了,而且人微言轻,我们不可能甚或没有大师们的能力用对话方式写作。但是,至少我们可以把思想表达得更为从容一些,尽管从容也需要努力。

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,并不认为这种努力是在启蒙。除了坚持对现实问题作理论思考外,我只是在寻求思想的另一种表述方式而已。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,别人无法替代。读书与其他社会生活事件一样,不过可能成为激发人们经验自觉的触媒之一。一个人如果没有人生的体验和反思,即使读再多的书,经再多的“沧海”,也永远不可能有“启蒙”之悟。在启蒙这个问题上,读者永远比作者更有权利。

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,如此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,或在所有的文章中都坚持。一些善良的朋友会谴责我,甚至“骂”我:不作系统性理论努力,不写专著,不对概念作精确的界定,乃至“媚俗”等等。但是,我常常感到今天中

制度是如何形成的

国的学术界特别是法学理论界缺乏常识,而任何强烈实践性的理论,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,是今年的第一场雪。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

致 谢

谢谢几年来许多朋友的鼓励和批评,没有他/她们以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最多只能私下交流。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,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。我还必须感谢本书的编辑杨苗燕女士,没有她的二次“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作用。这里的许多文字他都曾细细读过,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,他曾为此自豪和骄傲。写到这里,我

制度是如何形成的

不禁泪水盈眶……中国人的习惯是,许多感情话不对最亲近的人说;等到想说的时候,却已经晚了。

借用当下中央电视台一个关于下岗再就业的公益广告中的话,“爱我的人”和“我爱的人”使我不敢停止努力。

苏 力

1998年12月30日于北大蔚秀园

作者简介

苏力

蘇力

北京大学法学院教授、院长。祖籍江苏，生于1955年愚人节。少年从军，又当过工人。1978年恢复高考后，复转军人进了法学院。1984年读硕士期间赴美留学，获硕士和博士学位。1992年回北大任教。有《法治及其本土资源》、《送法下乡》、《道路通向城市》、《法律与文学》等独著，《法理学问题》、《超越法律》、《无需法律的秩序》等译著，以及论文、书评百余篇。

目 录

增订版前言 I

原版序 III

致谢 VII

深深嵌在这个世界中

- 为什么“朝朝暮暮”? 3
- 我和你深深嵌在这个世界之中 24
- 罪犯、犯罪嫌疑人和政治正确 36
- 制度是如何形成的? 45
- 把道德放在社会生活的合适位置 58
- 这里没有不动产 68
- 家族的地理构成 82
- 法律与科技问题的法理重构 91
- 透视中国农村的司法需求 110
- 阅读中国市场经济中的秩序 120

“法”的故事

- “法”的故事 131
- 反思法学的特点 149
- 法学知识的分类 158
- 法学教育随想 165
- 知识的互惠与征服 170

曾经的司法洞识	175
悼念费孝通先生	187
社会转型中的中国学术	192

阅读秩序

法律如何信仰？	203
认真对待人治	210
从政法的视角切入	222
民主与法治的张力	226
社群主义的挑战？	237
经济学帝国主义？	246
《新乡土中国》序	254
超越“不过如此”	260

深深嵌在这个世界中

为什么“朝朝暮暮”？*

没有任何制度有可能建立在爱之上。

——尼采^[1]

在时下的城里人，特别是受过一些教育的人看来，结婚基本是，因此也应当是，男女双方个人感情上的事。男女相爱了，然后就结婚了；似乎是，基于性的爱情引发了个体的结合，也就引出了作为制度的婚姻。他们又从此反推，婚姻制度应当以爱情为基础。^[2] 没有爱情的婚姻是不道德的婚姻^[3]，恩格斯的这句话，往往成为论战者一个屡试不爽的武器。

理想状态的个人婚姻当然是感情、性和婚姻的统一，这是许多爱恋中的男女梦寐以求的。但是，如果睁眼看一看，就可以发现，爱情和婚姻在现实生活中似乎总是不能统一。最极端但仍然流行的表述就

* 原文以“‘酷’一点”为题载于《读书》1999年第1期。

[1] Friedrich Nietzsche, *The Will to Power*, trans. by Walter Kaufmann and R. J. Hollingdale, ed. by Wlateral Kaufmann, Vintage Books, 1967, n. 732, p. 387.

[2] 如果作恰当的理解，这话其实并不错。但许多人在理解这话时有两个可能相关的错误，一是将基础理解为唯一的因素，二是将基础这个隐喻作一种实体化的理解，因此基础不存在，其他也就不考虑了，这实际还是把感情作为唯一的因素。

[3] 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》卷4，人民出版社，1972年，页78。