

第三版

# 法治及其本土资源

苏力著

苏力——著

北京大学出版社



第三版

# 法治及其本土资源

北京大学出版社



苏力

苏力——著

图书在版编目(CIP)数据

法治及其本土资源/苏力著.—3版.—北京:北京大学出版社, 2015.1

ISBN 978-7-301-25005-1

I. ①法… II. ①苏… III. ①社会主义法制—研究—中国  
IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第241914号

书 名: 法治及其本土资源(第三版)

著作责任者: 苏 力 著

责任编辑: 曾 健 陈晓洁

标准书号: ISBN 978-7-301-25005-1/D·3699

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> <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)

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

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 12印张 260千字

2015年1月第1版 2015年1月第1次印刷

定 价: 38.00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 电子信箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 新版序

本书原是梁治平主编的“法律文化研究文丛”的一本，1996年由中国政法大学出版社出第一版，2004年简单修订后再版；多次重印，印次可能有10次之多。

北京大学出版社决定重版此书，也算是此书的第三版。感谢北大社，却也有些许感叹和不安。

还是只纠正了一些错字，调整了一些不通或是太不顺畅的句子；观点、论证以及一些先天不足，则未作改动。部分因为作者没啥长进；但还有部分因为，尽管20年了，至少有些问题，也只是换了新装，风采却依旧。在这个世界上，有些问题或许就不大可能有什么变化；即所谓“天不变，道亦不变”。也因此，即便是，甚或恰恰因为是，务实的实用主义者，他却只能死不悔改！

苏 力

2014年9月4日北大法学院

## 修订版自序

我不是很自信的人。文章写成了,往往会在计算机中待上一段时间,有时还很长;一定得下决心才能把稿子寄出去;发表之后,自己也不大愿意拾起来再看一遍,生怕自己“悔少作”。对这本书也是如此;出版以后,一直没有真正细致看一遍。多年来,这种心态一直伴随着我。也好,这种心态迫使自己认真对待学问,爱惜自己的羽毛。写作前尽可能深思熟虑,不胡言乱语;发表后,也少一点分心、后悔,只关心明天。

尽管我并未要求,出版6年之后,中国政法大学出版社和本文丛主编还是决定重版此书,这就迫使我把全书再细细看了一遍。发现这本书还能看下去,甚至有不少自我欣赏和得意的地方:我怎么想到这一点的?我当时怎么会写出这样的文字?但也更多的是“如果现在,我会……”

其实应当为这种遗憾感到庆幸;因为,这反映的是自己进步了。如果没有遗憾,反倒真的令人遗憾。

因此,我也就在这里把我认为的本书中的一些弱点和问题简单地提出来。提出来,首先是因为本书几年来一直受到比较多的关注,包括批评和赞扬。而且尽管表现出来的似乎批评居

多,有的甚至言辞很激烈,很上纲上线,甚至无中生有,但批评的问题往往与学术无关,甚至与本书无关,而与政治正确有关,或者是一些根本就无法讨论的问题;因此一些真正的甚至很明显的缺陷,反而在这场“稻草人射击比赛”或“影子拳击”中错过了。其次,毕竟还有不少喜爱本书的读者,他们也未必看到了甚或看到了也容易忽视或原谅这些问题。因此在这里提出来,也不是多余。我们非常需要细致的学术批评。

首先,本书的书名就有问题,《法治及其本土资源》这个题目其实不太通。书名源于本书的第一篇文章的题目,只是删了一个词;虽然也能说得过去,但很别扭。也许称其为《法制的本土资源》会更好一些。但这次重版,我没改题目,这也算是把自己钉在“历史的耻辱柱”上吧。

“变法”一文的论证比较匆忙,它提出了许多可能的论证进路,但没有一个进路有充分的论证。

“秋菊山杠爷”一文完全可以分析得更为细致一些,有许多问题论证不够详尽,因此有可能导致误解。例如文中说,“一个‘伊甸园’失去了”,是在一种特定的比喻意义上用的,指的是“泼水难收”,是中性的;但由于“伊甸园”这个意象的多重含义,因此在某些读者那里也许会有美化传统社会结构及其中的人际关系寓意。文中还说到村长被“逮捕”,其实应当是拘留。这个问题是偶尔相遇的一位基层法院法官指出的,应当谢谢他。表面看来,这些错失都是因行文用词过于随意、不够缜密造成的,但反映出来的更深的问题是,我还缺乏法律人应当具有的对于语词和意象的敏感和精细。这样的错误原书中还有不少。

两篇“法律规避”的文章问题也不少。特别是第一篇,开

头从马克思和韦伯的观点推导出法律多元的寓意。这是因为我当时考虑到读者的背景知识,希望方便读者进入这一问题的分析,但如果从学术上看,这是一种比较偷懒的办法,甚至有“拉大旗作虎皮”的嫌疑——以大学者的言辞来为自己的讨论正当化。当然,考虑到当时的社会背景和学术背景,读者可能会原谅这种切入问题的方式。后面的关于法律多元的论述,特别是对西方法律多元研究之介绍,也比较草率;关于中国当代的法律多元现实和研究这一问题的重要性,论辩多,细致分析不够,同样比较草率。这样的问题在书中的大多数文章中都有。

“法律文化”一文用了“文化”的概念,由此而来的文章论述,与全书的基本思路都有些别扭,甚至有些不契合的地方。因为,文化这个概念很含混,而且在中国社会和学术语境中,强调的是观念和价值,而在社会学传统中其外延更广,甚至主要是物质性的。显然我在撰写此文的时候,对这一概念在中国语境中的特定含义思考不清楚,把握不够;或许也有借当时法律文化热的影响推销文章主题的意图。其实文章完全不用文化这个词,也可以把这个问题说清楚,甚至会说得更深入。

“立法”和“犯罪”两文尽管提出了重要的问题,也作了一些分析,但分析比较表面、肤浅。在很大程度上,这两篇文章还是西方理论的搬用或者说“移植”,虽然讨论的是中国问题,但是对中国问题的讨论和分析都不深入。事实上,这两篇文章与上一篇都有比较强的时事评论的意味。

“法律活动专门化”一文实际上更多讨论的是司法专门化和司法独立,因此本应当更集中分析这一点。现在的处理不仅显得略为宽泛,而且也名不符实(号称法律活动,实际更多是

司法活动)。这同样反映了思维不细致、不融贯。此外,这个问题也很大,讨论因此很匆忙,许多问题都没有说透或说得更透。同样对相关文献的引证也不够,有些地方引证太随意,显然文献检索不够。

“抗辩制”一文同样有考虑不周的问题,但实际上是文献阅读、研究不够的问题。例如关于成本收益分析中,明显忽视了考察与抗辩制密不可分的“庭外和解”和“辩诉交易”对于降低社会整体的诉讼费用的效果。如果能对此进行一番分析,那么至少这一节的分析会更有说服力。因此,这次修改,我在此加了一句话,已不是论证了,只是提示读者一下。

“言论自由”一文不仅提出了权利的相对性问题,更提出了宪法司法的问题,都很重要。但由于文中没有把宪法司法中的法律技术问题提出来,并做一个适当的介绍,或至少做一个提示,因此有可能误导读者,特别是从事法律实务工作者。就法学论文而言,就文中分析的问题来看,当然可以也应当从宪法角度来讨论肖像权、名誉权问题;但这只是一个思考问题的思路。如果从司法角度来看,这种分析对具体的司法帮助不大,因为尽管所有的法律问题都可以在学术上转化为宪法问题来讨论,但是在司法实践上不能也不应当这样转化,否则的话,就会破坏法治,因为人们会忽视部门法的规定,而直接诉诸宪法条文。而我对此没有给予足够的强调和关注,有可能在这一方面误导读者,使他们误以为一般法律问题的司法处理,只要可能,就应当上升为宪法问题。

“法学研究的规范化”一编中的几篇文章也同样存在着种种论证问题,甚至本身也有不那么学术规范化的问题。有的与中国当代学术语境缺少足够的联系,例如关于却伯的书评,似



乎只是为了写书评而写书评。

甚至,全书的文字上也存在不少问题。主要的文字问题可能是行文风格,就总体而言太“辩论”,而不是论证,因此仍然有中国法理学界至今仍比较普遍的政论文风,当然这可能也与论文主题同“热点”问题比较接近有关,与赵晓力在序中评论我“既出世又入世”的学术立场有关。但反思起来,最重要的因素可能还是对中国法律实践欠缺了解。“饭不够,茶来凑”,当材料不充分时,“藏拙”的办法之一就是雄辩。当然,我也并不认为这一定是缺点,甚至有的就是为了转变当时法学论文缺少论辩之弊的策略,甚至也是为了发表的一种妥协,但任何妥协也都是有成本的。

也许,最重要的问题,还是我自己的发问:“什么是你的贡献?”坦白地说,尽管这些文字都涉及当代中国法治建设中的一些重要理论和实践问题,但基本上都是一些初步的探索,分析很浅,甚至谈不上什么新的思想,包括“本土资源”这个概念其实没有多少意义。此外,文字表达上也不够成熟老练。因此,我才有“如果现在,我会……”的想法。

人生没有后悔药。作品发表出来之后,就有了它相对独立的生命。在这个意义上,人其实不论自己是否愿意,他一旦行动了,就必定要且只能对自己的行为负责,尽管我们不能、有时也不愿总是这样事先地告诫和约束自己。

也正因此,在这一版,除了订正、删除了一些错别字、词,调整了极个别句子,我未对文章作其他修改。

同意新版,却不作实质性修改,其实还有另一层意思。这就是我认为这本书讨论的问题,就总体来说,6年之后仍然没有过时。事实上,本书三编集中关注的问题今天仍然是法学研

究的重要问题。不仅如今人们更关注如何建成同中国社会的市场经济相适应的法制,司法改革也已经甚至日益成为学界和社会热点,法学研究和教育本身的问题也日益受到了法学界的关注。在这些问题上我的观点也只有深化意义上的改变,没有思路和研究进路甚至结论的改变——尽管存在着上述问题,也尽管受到众多的批评。在这个意义上,不修改也许是对众多批评者的一个更有分量的回答。

当然,这样一来,有了前一版的读者也就完全不必购买新版,可以省点钱;但这会不会无意中损害了出版社重版此书的经济收益?

人不论怎样考虑周到,事都不可能做到完美,都会有外在性,就像这本书一样。那就不完美吧。

2002年10月29日于北大法学院

## 序

赵晓力

长久以来，一直在为中国的法制建设提供某种服务功能的中国法学理论，少有余暇顾及自身的理论建构，也少有余力反思自己的理论前提。这种缺乏建构与反思的状况已造成一些不那么美妙的后果，其中之一便是法学“幼稚”之名远播，其在知识上殊少贡献，其在智力上殊少挑战。进入 90 年代，相对于其他蒸蒸日上的学术产业，法学在智识上的吸引力仍然爬升缓慢，打算以法律为职业的人越来越多，而保持对理论和现实进行持续深入思考的人在本行内所占比例却越来越小。长此以往，法学院在职业培训方面的成功之日，便有可能是其学术声誉破产之时。

我把苏力的这本文集看做是提升中国法学的学术声誉的诸多努力之一。在此前提下，我将回答苏力在“自序”中提出的、其实是当下中国每个学术人都不得不面对的一个问题：什么是你——苏力的贡献。

我认为，苏力在本文集中最重要的贡献便是对盛行的法制

建设的“现代化方案”的反思和挑战。这种“现代化方案”的一个近期表述便是“市场经济就是法制经济”，其意旨乃是“主张政府运用国家强制力尽快建立一个现代的法律体系，以保证市场经济的顺利发展”，而现代的法律体系又只能取自经济发达的国家和地区，故这种现代化方案又往往是一个“法律移植”的方案（参见本文集中《变法，法治及本土资源》一文）。

然而，移自西方的现代法制不适宜于中国的本土环境并不是什么新鲜的发现，只是，对这一发现的富有洞察力的理论分梳尚不多见。常见的做法是把“现代法制”看做是一个有待于明天实现的理想，而把本土情境视为存在于今天的一种无可奈何的现实——从而我们面临的便是理想的不能实现和现实的不甘妥协之间的两难困境。苏力的做法与此不同。他运用吉尔兹关于任何法律都是一种地方性知识的观点<sup>[1]</sup>，把这两种制度或观念的差别转化为两种知识的差别；而在知识上，我们很难判断其优劣高低。

法制建设的现代化论者却倾向于对这两种知识之间的平面化差异进行时序化处理，他们将一种知识理想化、普适化，使其处于另一种知识的“必经之路”上，从而建立起一种知识的等级秩序。而正是这种观念导致他们对一些有价值的东西的无视和轻易抛弃。

---

[1] “法律就是地方性知识；地方在此处不不只是指空间、时间、阶级和各种问题，而且也指特色（accent），即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起”。[美]吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，邓正来译，载梁治平编：《法律的文化解释》，页74—171，三联书店1994年版。

秉承福科在《什么是启蒙?》<sup>[1]</sup>中对“现代”神话的解析,苏力认为并非所有的人都生活于或即将生活于同样的“现代”,“许多人实际上是生活在不同世界中。人们看的似乎是一个东西,但看到的却又不是一个东西,因为他们所理解的意义很不相同,甚至完全不同。”(参见本文集中《后现代思潮与中国法学和法制》一文,着重号为原文所有)生活在不同世界的人们需要的是互相理解和沟通,而不是一方对另一方的压制、曲解和征服。

拿苏力所着力分析的电影《秋菊打官司》为例。秋菊和她的乡亲们所分享的关于什么是正义、什么才算合理的看法便明显与正式的司法机关所奉行的那套认识不同(当然他们各自在内部也存在差异),但可惜的是我们在电影中(或现实中)却很少看到后者对前者的同情式理解。一个法制的现代化论者会赞赏秋菊顽强地诉诸一级级司法机关的举动,因为它可能“反映了中国农民权利意识的觉醒”,却很少能体会到这举动背后的无数屈辱和辛酸;一个法制的现代化论者会沾沾自喜于影片所叙述的法律终于得到严格实施的结局,却很可能意识不到这种结局并不是秋菊和她的乡亲们所期待的,他们也很少能意识到秋菊所执著讨要的那个古怪的“说法”,并不是现代法制的救济工具箱所能提供的。(参见本文集中《秋菊的困惑和山杠爷的悲剧》一文)

这些“错位”本身,已在“现代法制”的“普适性”上打开了一条裂缝,已经说明它所理解的正义和理性也并非是大写的,

---

[1] [法]福科:《什么是启蒙?》,汪晖译,载《天涯》1996年第4期,页109—117。

是诸多的理解中的一种,是有人称的,而不是什么四海皆准的“上帝观点”。但是,法制的现代化论者缺乏的恰恰是这样一种反思,他们希望的是把事事都纳入“法治轨道”——在我写这篇序言的时候,“市场经济就是法制经济”的口号甫歇,“依法治国”的呼声又铺天盖地而来。

然而问题是并非所有的人都甘于在这张“普罗克拉斯提斯床”上忍受剪裁。中国社会生活中层出不穷的私了现象正说明人们对这种强把多元统一为一元的做法的逃避(参见本文集中《法律规避和法律多元》一文)。苏力正确地指出:所谓私了并不是不知法(国家正式法),而正是在知法后对国家正式法的规避;规避至少对于当事人是一个合理的选择;在规避中,国家正式法并不是不起作用,但其作用的结果却可能和其规范取向不同甚至相反,等等。从这些分析中我们体会到,国家法和民间法在文化上的阻隔,最终将伤害到国家法的实施,因为反复的、经常的规避很有可能常规化,从而形成与正式法相抗衡的亚文化。正是基于这一点,苏力在《再论法律规避》一文中强调:“在国家制定法和民间法发生冲突时,不能公式化地强调以国家制定法来同化民间法,而是应当寻求国家制定法和民间法的相互妥协和合作”,并对法学家“沟通国家制定法和民间法”“打破这种文化的隔阻”寄予厚望。在阅读这些文字时,我们已隐约感觉到,苏力在对法制的现代化方案及其理论进行反思的同时,已注意到法学家自身的角色转换。

然而,正是在这儿我们看到了苏力自身的矛盾。在《后现代思潮与中国法学和法制》一文中,苏力清醒地意识到“一个民族的生活创造它的法制,而法学家创造的仅仅是关于法制的理论”(着重号为原文所有),并指出不能把法学研究和当下的

法制建设过于紧密地联系在一起。但是,在本集中的部分文章里,关于法制的理论陈述和政策建言却不加区分地同炉冶之,使人明显地感觉到一种逻辑上和风格上的断裂。比如从法律多元的理论并不能直接推出“国家法律必须保持一定的震慑力和权威性”这样的观点,而利用本土资源推进法治的建议也和对传统进行创造性转化的典型现代化话语在立场上无法区分开来。这里,苏力本人所自陈的他那种“既出世又入世”的为人学为学的品格已经不经意地流露于纸面上了。

当然,持法律多元和相对主义的观点,并不意味着我们要像现代化论者把自己打扮成普适的一样,也把自己装扮成无偏的。但是,理论的品格却要求我们把自己作为学者和公民的身份分开——这也是提升中国法学品位的题中应有之意。从苏力这里我意识到,我们不仅需要对中国法制建设的进程及其理论进行反思,反思还必须及于我们自身;我们需要的是在反思中前进,而不是在一味的高歌猛进中迷失方向,迷失自我。

1996年10月17日于北京大学

## 什么是你的贡献？

(自序)

苏 力

这是近年来我常常思考的问题。一度我甚至想以此作为这一文集的书名,但终因似乎不那么像一部法学文集的,而更像一部小说、散文或杂文集的书名而放弃了。尽管如此,这个问题却不是选择之后就能够一挥即去的。

—

中国目前正处于一个社会变革、经济高速增长的时期,很有可能,到 21 世纪初叶,就经济总规模来说,中国将成为世界最大的经济体。<sup>[1]</sup> 中国的复兴已不可阻挡。这是一百多年来中华民族一切仁人志士为之奋斗的理想,而作为生活在这一时代的一个中国知识分子,我感到一种诗人所说的“历史的多情”——尽管历史完全无所谓有情还是无情。

---

[1] 参见林毅夫、蔡昉、李周:《中国的奇迹:发展战略与经济改革》,上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版,页 8—11。



这也许是现代中国对人类的一个最重要的贡献。与这一贡献相比,任何理论学术都会黯然失色,都不过是一种解说,而且永远不会是最后的解说。尽管如此,解说却是重要的。对于一个人来说,解说使他能够把本来是无序的世界化为有序,从而似乎“有意义”;而对于社会生活来说,从一定的视角来看,一个社会的形成其实是在一个确定的社会环境中,人们所秉持的诸多解说相互冲突、磨合、融合的过程,并进而获得一种关于生活世界的相对确定的解说,因此影响了人们的习惯性行为方式,构成“制度”,形成文化的共同体。

就过去的一百多年来说,中国无论在自然科学、社会科学还是人文学科(特别是前两个学科),都主要从外国、特别是从西方发达国家借用了大量的知识,甚至连这些学科划分方式本身也是进口的——尽管它现已成为我们无法摆脱、也不想摆脱的生活世界的一部分。然而,在借鉴了这一切外来的知识之后,在经济发展的同时或之后,世界也许会发问:以理论、思想和学术表现出来的对于世界的解说,什么是你——中国——的贡献?

当然,我们这一代知识分子可以回避这一问题,我们可以找出种种理由;而我也相信,随着经济实力的增长<sup>[1]</sup>和学术传统的形成,后来的中国学者必定会提出更加精美的理论。然而,未来的中国学者也同样会发问:什么是你的贡献?

也许这个问题完全是虚构的,也许永远不会有人向我们提

---

[1] 从经验上看,我始终认为一个国家的学术理论的影响力在很大程度上是与一个国家的经济实力相联系(尽管不一定成正比)。儒家学说近几十年来的命运就是一个最典型的例子。