

“法律文化研究中心”文丛

法治及其本土资源

苏 力 著

中国政法大学出版社

1996·北京

出过珍贵的意见或提供了资料。中国政法大学出版社第一编辑室主任丁小宣先生和编辑宋军女士对本书出版所表现出的热心也使我感动。

本书中的绝大多数文章都是由中国国家教委的留学回国人员研究基金资助研究写作的。《比较法研究》、《北京大学学报》、《中外法学》、《中国书评》、《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》和《南京大学法律评论》等杂志的编辑也曾对文章首次发表付出了心血，原刊杂志许可这些文章的汇集出版也是对我的帮助。在此一并致谢。

最后，我必须感谢我的妻子周云博士，她不仅始终给予了我关怀和照顾，而且承担了许多本来应当由我承担的家务，忍受了因我的研究和写作给她带来的许多不便，本书的出版无疑凝结了她的辛劳。

苏 力

1996年3月26日深夜于北大蔚秀园寓所

图书在版编目 (CIP) 数据

法治及其本土资源/苏力著. —北京: 中国政法大学出版社,
1996. 9

ISBN 7-5620-1504-X

I. 法… I. 苏… III. 法制-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 15012 号

责任编辑 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京语言学院出版社印刷厂

850×1168 毫米 32 开本 11 印张 270 千字

1996 年 10 月第 1 版 1996 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1504-X/D·1463

印数: 1—5000 册 定价: 17.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路(原学院路)25 号

邮编: 100088 **电话:** 62015577—2563 或 2803

声明: 1. 版权所有、侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

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，相对于其它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作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。常见的作法是把“现代法制”看作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。他运用吉尔茨关于任何法律都是一种地方性知识的观点，^{〔1〕}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。

秉承福科在“什么是启蒙”^{〔2〕}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

〔1〕“法律就是地方性知识；地方在此处不只是指空间、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”。吉尔茨：“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，北京：三联书店，1994年。

〔2〕福科：“什么是启蒙”，汪晖译，载《天涯》1996年第4期，页109—117。

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着讨要的那个古怪的“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，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作法的逃避（参见本集中“法律规避与法律多元”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”（页58）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，并不意味着我们要象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）

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，但终因似乎不那么象一部法学文集，而更象一部小说、散文或杂文集的书名而放弃了。尽管如此，这个问题却不是能够选择之后就一挥即去的。

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，到下个世纪初叶，就经济总规模来说，中国将成为世界上最大的经济。^{〔1〕}中国的复兴已不可避免。这是100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。

这也许是现代中国对人类的一个最重要的贡献，因为与现实相比，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

〔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，页8—11。

“有意义”；而对于社会生活来说，从一定的视角上看，一个社会的形成其实就是在一定的社会环境中人们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，甚至就连这些学科划分本身也是进口的——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^{〔1〕}和学术传统的形成，后代中国学者必定会提出更加精美的理论。然而，后代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出这样的问题！如果一定会有人提出，那么也只能是我们自己，出于我们面对永恒的一种战栗。

二

也许，重要的问题是有可能作出我们的贡献。

回答应当是肯定的。尽管西方学者和前辈学者已经提供了大

〔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。

量的视角、理论、模式、命题和概念，但是假如没有一个全知全能的上帝，假如人类历史不是重复往返的，假如具体的现实生活具有无限的丰富性，假如每个人的体验都具有某种不可替代性，假如人的生命是有限的，那么我们就可以说到目前为止的一切知识都是阐释学意义上的“偏见”，每一种知识体系都是一种地方性知识，昔日的学者、思想家没有、也不可能穷尽一切知识。因此，从理论上说，我们这一代学者完全有可能根据我们的经验作出我们的贡献。

这种贡献并不是以我们的经验、体悟为目前主要是由西方学者提供的理论、模式提供一些脚注，充实或补充他们的理论框架；而是一种真正的无可替代的贡献。在这个意义上，我们的历史传统、我们的众多的人民（包括我们自己）和我们的变革时代给了我们一个学术的“富矿”，提供了巨大的可能性。因此关注中国当代的现实生活，发挥我们的比较优势，是中国学者有可能作出独特学术理论贡献的必由之路。

必须指出，关注本土问题并不是如同某些主张“弘扬中国传统”的学者那样，试图从中国传统或社会中寻找某些据说是具有“现代性的因素”。例如，一些学者将儒家的“仁”解说为民主，而将“恕”解说为宽容，据说这样中国的传统就得到了继承。实际上，这种做法仍然是在以西方的某些理论、观点、思想、命题甚至概念作为现代的和学术的标准，因此一切他们认为值得弘扬的，仅仅是因为这些因素符合外国的某个或某些理论或做法。这种表面看来是大力弘扬民族文化的做法，如果按其自身逻辑，其实完全是没有理由存在的。如果一切值得弘扬的中国文化中的因素，仅仅因为它们完全符合或大致符合外国的某种理论或实践，那么我们为什么不直接从外国照搬过来，有什么理由要从中国文化之中寻求那些所谓的“萌芽”呢？这种做法的背后仍然是缺乏自信；如果条件恰当（例如熟悉外国文献、精通外语），完全无须改变立场

就可以从中导出“彻底砸烂中国文化传统”的结论和做法。除了学术上、理论上、认识上没有想透之外，这种做法，往往并非出自并追求对中国文化传统本身和对外国文化的理解，而是出自一种“我们先前也富过”的阿Q精神，甚至是出于潜意识地对各种自我既得利益的维护。

真正的贡献，只能产生于一种对中国的昔日和现实的真切的和真诚的关怀和信任；相信并假定：过去的和今天的任何人（包括西方学者）都大致和我们一样具有理性，他们的选择也同样具有语境化的合理性；然后以此为基础，深入地理解和发现现实，加以学术的和理论的概括总结；对自己的研究发现抱着一种不断反思，既勇于坚持自己的观点，并又随时准备在有新的、有足够说服力的证据面前放弃自己的结论，接受更有说服力的理论、模式和观点。

三

中国的历史和现实为做学问的人准备了一个“富矿”，但我们也面临着很大的困难；也许中国法学尤为甚之。与其他学科相比，中国当代的法学研究更缺少学术的传统，缺少研究中国实际的传统。法学不仅无法与中国传统学科文史哲的深厚相比；而且与社会学相比，也缺少象费孝通先生那一代很有成就的学者，没有《江村经济》、《乡土中国》那样的富有洞察力和有学术支撑的著作；与经济学相比，也缺乏经济学的实证研究传统和较为坚实的理论和学术训练。中国的当代法学研究，尽管在一些法律实践问题上有了不小的进步，但在很大程度上仍然停留在对一些命题、甚至是政治命题本身的分析研究；仍然趋向于把法学视为一种普适的知识；仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注；仍然更多试图并习惯于用

18、19 世纪西方学者的一些应然命题来规定生活。法学研究的方法也相当落后，从应然命题到应然命题，缺少对社会的其他学科的了解，缺乏对支撑法学研究发展的理论的研究和包容，缺乏对司法问题的综合性研究，而往往从某个部门法出发把活生生的案件简单地归纳为民法案件或刑法案件。甚至连基本的学术纪律和规范都还没有普遍形成。

中国的法学的成熟还有漫长的道路。

然而，这也不能因此使我们有理由拒绝面对这样的问题：“什么是你的贡献？”

四

这里收集的是我三年来写作发表的一些大致说来算是法学的论文。是面对这样的发问而不敢松懈的结果。尽管它们还算不上什么“贡献”，却是这种追求的脚步。

当初写作时，我并没有有意要集中关注什么问题；因为我相信“君子不器”。我不认为任何学科应当、且而事实上也从来不能限制任何人的真正关怀。我们今天习以为常的、有时以为是天经地义的学科专业划分只是由于无数学者的实践关怀而形成塑造的，它们仍处于、并将永远处于不断的流变之中。尽管如此，现在回过头来整理这些文章时，却发现，以一种自己也无法说清楚的理由，我的关注可以大致划分为四个方面，这本书集中了头三个方面的文章，只有关于法学的知识演变的几篇文章，由于更多涉及一些纯理论学术问题，而且比较长，没有收入这一集子。

首先是研究中国的现实。有关这方面的论文收集在第一编中。我不主张把法律视为一种抽象的、理想化的价值或体现了这样的价值的条文，而更倾向于从社会学的角度来理解法律，把法律理解为与人们具体现实的生活方式无法分离的一种规范性秩序。因

此，在这些论文中，我讨论了我认为的中国法制建设的真正立足点——当今的社会生活，主张关注现实，主张在社会背景下全面考虑法制建设。我分析了理念化的、似乎普遍正确的法律为什么会为人们拒绝或变相拒绝，分析了法律规避的合理性和其在变革时期对制度创新的作用，我也剖析了一些流行的、然而至少可能有误区的法学的和冒充法学的命题。应当说，这一编的文字反映了我对当代中国法制建设的基本想法和我研究问题的指导思想，这种关切也体现在其他编的文字中。

第二部分关注的是中国的司法，包括制度设计和过程。在关于司法专门化的一文中，我实际提出的是一个“审判独立”的问题，但是我把这个问题放在转型期中国的大背景下，着重从社会分工这一社会学角度来讨论这一本来更多带有政治哲学色彩的问题；针对中国的现实，我还分析了审判独立在中国具有的司法与社会适度隔离的问题。在关于抗辩制一文中，我没有过分关注抗辩制自身，而是关注抗辩制改革背后引起的或可能引出的一些法学和法制的实际问题。在关于电影《秋菊打官司》和邱氏鼠药案一文中，我更努力试图从个案分析司法问题的复杂性和世俗性，力图在宏观的法学理论与微观的司法实践之间寻求一些契合点。我之所以关心司法的制度和过程，是因为我认为从法制建设来看，司法是一个最有可能有所作为并产生实际影响的途径，其影响力可能远远超过立法；而且，由于司法是具体操作的，法官所面临的各种社会因素将是安乐椅上的法学家难以想象的，因此司法实践更可能是法学理论发展创新的基础，而不是相反。

第三部分的关注焦点可以说是中国法学研究的规范化，其中包括学术批评和法学教育。规范化之所以重要，是因为只有在一定的规范（也就是制度）约束下，才可能形成有活力的法学研究共同体，才能有真正的学术交流和批判，从而形成良性的法学研究传统；并进而影响法学教育，影响法律实务，促成法律职业共

同体。

应当说，这几个方面，可能是中国当代法治建设和真正形成的要点。之所以关注中国的实际，是因为就总体来说不存在普适的法治模式；而法治是否存在在于实践，在于如何做，而不是懂得如何做；因此，法律职业共同体和法学共同体的形成又是极为重要的。关注这些问题，研究这些问题，在实践上改进这些方面存在的问题，就能促进法学的发展，法治的形成。也正是这个原因，我选择了《法治及其本土资源》作为本书书名。

五

在收入本书前，我对许多文章都作了一些修改和补充，有的甚至作了较大调整。尽管如此，我自己仍然感到在许多方面有不足。例如，尽管文章强调了对当代中国现实的关注和研究，但许多文章还主要是进行了理论论证和逻辑分析；文章的许多观点当然也不无争议，至少许多结论都与教科书或流行的观点或命题不一致；中国的法治实践和公共选择也许最终会否定文章的许多甚至全部结论。因此，我希望读者不要过分关注文章的具体结论。“所谓结论”，按照 Matz 的“定理”，“就是你懒得继续思考下去的地方”。正是从这个意义上讲，结论并不重要，结论只是人们为了退出某一具体研究时一个比较有效又体面的战术或策略。不会有最后的结论，许多问题都可以继续争论下去；就如同多年前我在一首抒写春天的诗中所说的：“一切都是熟悉的/一切又都是初次相逢/一切都理解过了/一切又都在重新理解之中”。

如果可能，我倒是希望读者能更多地注意这些文章的角度、思路、方法或论证方式；注意文章对其他社会科学和人文学科的知识利用，对那些人人都知道而传统法学往往视而不见的、现实的人和事的关注和分析，对于我们的日常切身经验的提炼和感悟。

这是我的一种学术追求，追求对法律制度的学术研究和哲学思考，追求对法律的交叉学科的研究，追求消除笼罩在法律上的理念性光环，使它成为一种“世俗但并不卑俗的事业”。

1996年3月20—25日于北大蔚秀园寓所

致 谢

编完这本书，想起回国后这三年多来的日子里许多朋友和同事的帮助、关心和支持，心里非常感激。

三年多以前，我刚从美国留学归来，曾一度感到学术上的孤寂。当时执教于中国政法大学现已成为我的同事的贺卫方先生、中国社会科学院法学所的张志铭先生和中国艺术研究院的梁治平先生的先后出现，使我有找到了学术家园的感觉，使我逐渐结识了许多法学界和其他学界潜心作学问的朋友。几年来，他们的帮助和关心使我感到一种朋友情谊和真正的学术氛围。《中国社会科学季刊》主编邓正来先生在这方面也对我有很大帮助，这里收集的一些文章就是由于他的督促而完成的。

我要感谢张文教授，在这几年里，他作为北大法律系党委书记和我的同事，对于我的学术和生活都给予了很大的关心；我生病时，他甚至开了化验单亲自送来让我去医院检查，令我非常感动。我的同事王哲教授、由嵘教授以及教研室和法律系的其他同事在这几年里都给了我不少关心和照顾。

北大法律系93级研究生强世功、赵晓力和郑戈同学的令我赞叹的学术能力对我一直是一个鞭策和挑战，他们对本书中的许多文章都有过相当珍贵和有见地的建议。

湖北省政法委的邹斌先生、北大法律系的吴志攀教授、中国社会科学院法学所的高鸿钧先生、深圳大学法律系的朱苏人博士以及本书文章中提到的许多朋友，都曾分别对本书的一些文章提