

法治的中国经验如何书写？

——二十年后再次谈《法治及其本土资源》

于明

上世纪90年代，苏力基于他在中国生活的经验而发生的表达冲动，写作了《法治及其本土资源》一书。此书另辟蹊径，用法理学、社会学的视角去分析一些生活中或研究中遇到的问题，把一些具体的部门法问题或社会热点问题提升到理论的层面来讨论。这在当时是一本“和别人的文章都不一样”的书，引发了学界讨论。在不久前召开的“法学研究的问题意识和多元格局——《法治及其本土资源》初版二十周年学术研讨会”上，与会学者围绕此书再次展开讨论，并以此为契机探讨了今天的法学研究所面临的困境和机遇。

“苏力这本书的意义，我想至少有四个方面。第一是问题意识，尤其是在中国法治的进程中如何对待本土资源的问题；第二是反思意识，是对百余年来中国大规模法律移植的一次系统反思；第三是实证意识，是较早运用实证研究方法解读中国法律实践的著作，对于当时法律注释学一统天下的局面是重大的突破；第四是使命意识，苏力有鲜明的使命感，试图对中国的法治发展中的难题给出自己的回答。”对于1996年出版的《法治及其本土资源》，华东政法大学何勤华教授做出如上评价。

在不久前召开的“法学研究的问题意识和多元格局——《法治及其本土资源》初版二十周年学术研讨会”上，何勤华在开幕致辞中说道：“作为一位中国法学的研究者，我长期关注法学各领域的作品，在我所阅读到的当代中国法学作品中，同时具有如此鲜明的问题意识、反思意识、实证意识和使命意识并形成独特学术品格的著作不多，苏力的作品无疑是其中的佼佼者，在当代中国法学史上占有重要地位。”

本次会议由“社科法学连线”和“华东政法大学法律史研究中心”共同举办。对此，清华大学冯象教授认为，由两者携手举办会议，“本身就极有象征意义”，因为“中国法学的优秀作品应当上升为史学而承载民族精神”，而本书无疑代表了这个方向。冯象强调：“学术的开拓与转向，往往连着特殊的历史机缘。比如上世纪90年代，苏力回国前后，对于中国法学，现在回过头去看，就是这样一个机遇。当时中国经历了风波、加之苏联解体，国际上空前孤立，亟需回应西方各领域的批评。90年代法学的大踏步前进，理论上开始摆脱80年代粗陋的教条主义的束缚，以及新世纪社科法学的兴盛，是得益于这一历史机缘的。”

“贴着中国社会生活的经验写”

“现在回想起来，这种写作方式是被逼出来的。”在谈到写作《法治及其本土资源》的初衷时，北京大学苏力教授说，“当时我刚回国，一方面不喜欢像传统法理学一样去讨论法律要素、法律本质这样传统的题目；但另一方面又做不到像部门法学者那样直接讨论部门法的问题，因此就尝试了另外一条路，用法理学、社会学的视角去分析一些生活中或研究中遇到的问题，把一些具体的部门法问题或社会热点问题提升到理论的层面来讨论。”

“书中所有主题都是基于我在中国生活的经验而发生的表达冲动，现在回想起来，这就是一种问题意识。”苏力指出，“无论是法治与变法、秋菊的困惑、市场经济与法治、法律规避、司法专业化、抗辩制改革，所有这些问题都来自当时中国的现实，而不是来自书本。我的分析和回答，尽管借助一些理论视角和学术资源，但一直力求贴近中国社会，贴近中国社会的普通大众。我不关心某些学者或学派的理论怎样回答某个问题，而是看一个合乎情理的普通中国人在知情的条件下会怎样看这个问题。这违背了当时比较流行的先看外国法条或法理，然后反省中国、找出差距、努力达标的写作方法。概括地说，这种写作方式就是贴着中国社会生活的经验写，或者如同当年沈从文先生说的，贴着人物写。”

苏力坦言，对于这样的写作方式，他最初并不自信。“看到和别人的文章都不一样，总觉得自己写的不是文章，感到很沮丧。”在当时，赵晓力的序言和冯象等朋友的书评，给了他很高的评价和鼓励，也逐渐建立起学术自信——“一些年后，我发现我写的其实也是文

章，而且可能是比传统的一些写法更好的文章”。这些文章的贡献，“我认为最重要的，还不是法社会学、法经济学这些新领域的拓展，而是它的写作方式，它拒绝居高临下的教诲，力求以普通人可理解的日常语言展开对话，细密分析、论证甚至诡辩”。现在回头看来，“任何时代的学术体制都不可能是完美的，很多时候需要我们个人去坚持、去挑战”。

关于问题意识，苏力以最近有关白恩培判决的争论为例。对于终身监禁的判决，目前的讨论都是围绕一些刑法原则展开的，但在苏力看来，法律人还应从终身监禁的后果去考虑。犯人年纪大了，不可能排除保外就医，事实上不可能终身；而且还将带来巨大的医疗和养老成本，甚至超过一般工人的收入，加重纳税人的负担。此外，还有一个“谁的问题”的问题。学者和律师在看待这个问题时，立场和观点就不一样。比如，终身监禁可能导致律师辩护的空间变小，难以收取更多诉讼费，因此律师可能更反对终身监禁。然而，这些具体的问题都不是法学原则可以解决的，“还必须从实践层面以及可能的后果层面来思考，这才是务实的学术思考，才是有实践意味的问题意识；这不仅是法官的问题，还是立法者的问题”。

“苏力问题”中的问题

对于今天重新讨论苏力著作的意义，四川大学顾培东教授认为，“这与其说是一次仪式化的礼赞，不如说是一群法学人借机诉述对中国法理学研究现状的困惑和焦虑，表达法学人对自身学术命运和学术研究价值的关切”。

在顾培东看来，所谓“苏力问题”包含两个层面：一是法治与本土治理资源的关系；二是法治与现实生态环境的关系。他指出，这其中的问题是多维度的，“传统与现代、历史与现

实、普适性与特殊性、正式制度与非正式制度、法律权威与其他社会权威、法治与其运行环境等等，这些问题几乎集中了中国法治所面临的主要矛盾”。在某种意义上说，“对苏力问题的探讨就是对当代中国法治基本问题的探讨”。

但苏力的“问题意识”也蕴含着一些不容忽视的缺陷。顾培东直言，“苏力问题”的最大问题，是苏力在发现和分析问题时往往较多诉诸自己的直感，并且对自己的直感有充分的自信。但事实上，这种直感有时正确，有时不一定正确、甚至片面和偏执。比如在秋菊的故事中，苏力看到了法治方式在具体乡土场景运用中的某种不适。但苛刻地说，这是多数观众都能感受到的事实，苏力的作为只是把这种现象提升到法治与本土资源的宏大主题之中，但并没有更深入揭示故事所展示的乡村治理的实际机理和逻辑。

在乡村治理中，由于国家治理资源的稀缺，村长们往往通过一些不为正式制度认可的方式（如小打小骂）去创造自己的权威。在多数时候，国家默许这些“出格”行为，只有当村长们的行为超越秋菊们所能承受的边界时，国家才会出场对村长们的行为予以制裁，从而进一步显示国家的存在和深化秋菊们对国家的认同，也保持村长们对国家法律的敬畏。这就是乡村治理中国家、村长、村民的动态平衡和真实逻辑。所以，在看待类似问题时，仅仅感受到法治与乡村治理方式的冲突是不够的，还要深入把握这种内在机理和逻辑。唯有如此，“问题意识”才会融及到问题的本质，也才能形成更切合实际的判断。

同时，顾培东也提及了苏力的论证风格或“套路”：他“往往从某种直感出发提出某个问题并形成结论性判断，然后根据这种判断的要求展开逻辑论证，并通过大量的旁征博引而证成这种判断”。“虽然苏力作出的某些分析和结论常常与很

多人的认知不符，感觉其突兀，但苏力广博的知识积累以及出众的文字驾驭能力往往能够把他的分析和结论变得头头是道，让人在不认同其结论的同时却仍然保持着阅读的耐心和欲望。”但顾培东也提醒，对于年轻学者，尤其是苏力的学习者，对这种“套路”应当保持足够的警惕。

“法理背后的事理”

“苏力与同时代的写作方式不同，给当时的法学界带来了新的风格。这种不同，在我看来，就是‘从事理讲法理’，他不抽象地讲过去学者爱讲的那一套法理，而是从事理切入讨论法理问题。”中南财经政法大学陈柏峰教授指出：“比如，苏力对私了案件的分析，他不是一上来就讲抽象的法理，而是很细致地把每个人的过程当中他面临什么具体的问题、受到什么制约、可能怎样理性地思考这个问题，很细致地解释出来，然后在此基础上再去提炼法律规避、法律多元这样的法理学问题。”

“讲常情常理比讲那些玄而又玄的法理更困难。”陈柏峰说，“很多时候，那些玄奥的东西我们之所以听不懂，是因为没有办法理解词对应的物。那些词来自于西方，背后真正的东西没有办法用经验化的方式呈现出来，所以听的人没有办法接受。然而讲法理背后的常情常理，我们一听就懂，就好像一层窗户纸一点就破，不点破怎么都理解不了，点破了一说就通。”在陈柏峰看来，中国的法理学应在讲“事理”的基础上重构“法理”。“比如我最近几年研究执法，教材上都讲执法是强制性、单方面的，但事实上中国的执法实践一定是协商的过程，不可能是单方面的；没有当事人的同意，无法真正执法，反而造成群体性事件。类似的