

事理、法理与社科法学

陈柏峰

摘要:《法治及其本土资源》曾给法学界带来一股清风,其写作方式与同时期的法学作品颇为不同,它着眼于“从事理讲法理”,而不是抽象地讲法理。从事理出发,走向从中国社会出发、尊重社会创造的法理,这才是真正意义上的中国法理研究。这种研究诉诸常情、常理、常识,讲述的是生活经验,而背后有理论视角,需要理论资源储备,也需要社会科学知识和方法的运用,它最终会走向社科法学。社科法学研究的重要任务之一是重建中国法理学,在一般性法律现象、法律关系之外讨论中国的法律体制、法律运行等问题,在经验基础上阐释中国法治实践。

关键词: 事理; 法理; 社科法学; 法理学

中图分类号: D90 文献标识码: A 文章编号: 1672-7320(2017)01-0018-05

一、从事理讲法理

《法治及其本土资源》(下文简称《法治》)1996年初版,距今已有二十周年,有必要重新审视这本书。苏力与同年龄同时代学者的写作方式颇为不同,这种不同曾给法学界带来了一股清风,甚至对法学摆脱“幼稚”之名作出了杰出贡献。这种不同,可以概括为“从事理讲法理”,不抽象的讲过去学者所爱讲的那一套法理(今天仍有很大市场),而是从事理切入讨论法理问题。

例如,在对一起“私了”案件的分析中,苏力(1996:43-47)讨论了法律规避和与之相关的法律多元问题。在20多年前的中国农村,妇女遭受强奸后接受“私了”安排的现象颇为常见,当时学者和主流舆论一般认为原因是农村人不懂法,故有违法律而选择私了,因此农村推进法治的关键是开展法制教育,通过普法来开启民智,走向法治。苏力驳斥了这种流传甚广的偏见和误解,认为事实上,男女双方亲属闹到派出所,无论是寻求法律介入还是希望退出诉讼程序,双方当事人其实都是知法的。而最后双方的私了也恰恰建立在对法律知晓的前提之下。私了不但不是愚昧的,恰恰是理性的。在一个社会流动较少的熟人社会中,公开被强奸的事实,对女性的名声有着重大影响,对未来的婚姻也会造成不良影响。受性侵害的事实本身可能构成二次伤害的理由,这不合理也不公平,但在较为封闭的社会中很容易如此。

苏力诉诸的其实是常识、常情与常理,而这些常识、常情与常理在当时已经被很多学者遗忘或不屑一顾。学者对“私了”愚昧的判断,其实建立在自己的生活格局和社会基础上,以现代性的城市生活为预设和基础。因此他们很容易将自己的理性当做普适的理性,从而将私了的当事人斥之为“愚昧”。然而,没有抽象的理性,只有具体环境制约下的理性。只有理解了具体环境制约下的理性,才能进一步揭示隐藏在当事人“理性”背后的理论性问题。从法律规避个案出发,梳理引申出的是对国家法实际功能的讨论,以及对法律多元现象的讨论。国家法以一种“不在场”的独特方式在场,成为“私了”的背景和制约因素之一。“私了”本身意味着国家法统治地位的削弱,民间规范在个案中取得局部胜利,背后是国家法与源自传统中国社会法律的民间规范之间的冲突。

由此引出对法律多元问题的讨论,苏力在那时就预测,中国的法律多元问题将会进一步加剧和凸显。今天,随着社会的多元化发展,法律多元在新的历史和社会条件下成为现实,多元规范既是国家治理的难题,也是国家治理的资源,法律多元问题考验着中国法治。尤其是随着党内法规作为一种规范的强化,国家越来越面临着正式规范的内部整合、法律与党规党纪的整合、国家对社会性规范的整合等问题(王启梁,2016)。如果不从常理出发,根本就不可能提出法律规避、法律多元、国家法与民间规范的关系

系等一系列对法治实践有重大影响的理论性话题。

“秋菊问题”更是如此。苏力从秋菊的困惑着手，讲了一番与当时法学家所不同的法理。当时（甚至至今）的法学家相信普适的权利和法律，走向法治就是要移植这些普适的权利和法治。秋菊的困惑恰恰表明，主要从西方移植而来，以西方法理为理论基础的当代中国法治体系无法回应秋菊的诉求，不能给她想要的“说法”，还损害着乡土社会长期以来的互惠关系，造成悲剧性结局（苏力，1996：25-28）。就像费孝通当年记叙的“奸夫的故事”一样，礼治的秩序已经被破坏，而法治秩序却未能有效建立。苏力没有像一般人那样，将秋菊建构为“为权利而斗争”的英雄模范，也是因为他从生活细节切入，讲出了诸多事理，包括村长可以踢她丈夫，但不能踢下身（赵晓力，2005）；包括熟人社会生活的长远预期所带来的一系列问题。在事理之后，进而引出诸多法理问题，如非正式社会控制问题、法治建设的路径和资源问题等。

正是因为苏力眼光向下，看到了以西方法律和法治为理想模型的中国建构主义法治实践的种种悖谬之处，他提出要重视“本土资源”。而这一论点或者说“本土资源”这一词汇，曾给苏力带来了不少误解、嫉恨和“帽子”，如“反法治”、“保守主义”等。甚至黄宗智先生（2009）也给了一顶“本土东方主义”的帽子，认为它只是借中国的本土资源来否定简单的法律移植论^①，可见误解之广泛。“本土资源论”确实是对占主流地位的法律现代化范式的否定和挑战，它并非是很多学者理解的那样，通过借助“本土创造的具体法律制度”来达成这种否定和挑战。主流学者对“本土资源论”的反对，多因本能反感或望文生义，很少是真正在学理层面的讨论。不妨引用一段苏力（1996：14）原话：

寻求本土资源，注重本国的传统，往往容易被理解为从历史中寻找，特别是从历史典籍规章中寻找。这种资源固然重要，但更重要的是要从社会生活中的各种非正式法律制度中寻找。研究历史只是借助本土资源的一种方式。但本土资源并非只存在于历史中，当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源。

苏力所说的本土资源其实并非某种本质上属于“中国本土”的法律制度。否则，除了典权制度外，几乎没有某种法律制度能够说是西方法律所没有而专属于“本土资源”的，甚至典权制度也几乎可以被西方用益物权制度所替代。在苏力借以展开分析的《秋菊打官司》影片、破产法实践等经验材料中，其实没有任何“本土创造的具体法律制度”。“本土资源”实际上强调“本土的法律实践”，不是简单复制西方法律制度，而是重视中国社会中那些起作用的规则，尤其是人们反复博弈被证明有效的规则。

而从事理出发，苏力通向了中国社会出发，尊重社会创造的法理，这才是真正意义上的中国法理。至今，法理学界在这点上做得仍很不够，不少人依旧仅关注那些抽象的“理论”，在西方理论的观照下谈论法律的应然品格，仅从中西比附、以西附中批判中国实践，用先入为主的价值预设评论法治实践个案，从而将个案评论变成价值表态的宣泄口，而很难从中提炼出有价值的理论问题。

二、从事理走向社科法学

从事理讲法理，诉诸的是常情常理常识，讲述的是生活经验，看起来比较简单，没有任何看起来深奥的、玄乎的理论。与之相反，那些抽象讲法理的论述和写作，看起来却是复杂的、深奥的，其中有不少晦涩难懂的词汇和术语，不但一般人听不懂，就是行业内专家理解起来也颇为费劲。这种现象自有其原因，抽象的法理，其实本来也是具体的，之所以让人感觉到抽象，是因为它并非从中国法治实践中提炼出来，而来源于西方法治实践。从事理去讲法理，之所以简单易懂，是因为人们在见到词时，能将词与物迅速关联起来。而抽象的法理之所以晦涩难懂，就是因为这些法理并非从中国社会自然成长起来，而是源自对西方法治实践的抽象，讲述这些法理的词汇和概念所指代的物，与我们的生活有一定距离，从而很难快速还原成生活经验。造成这种状况，讲述抽象法理的人，应负有一定的责任，因为他们无法将抽象的法理还原为与受众生活经验更接近的词汇，从而让受众更容易理解和接受。

^① 笔者曾与黄宗智先生邮件讨论过这一问题，指出“本土东方主义”这顶帽子并不适合苏力。最后，黄先生接受了笔者的看法。

从上述意义上说,从事理讲法理,比讲抽象的法理难得多,尽管后者看起来更晦涩且“有深度”。讲抽象的法理,某种程度做的是“搬运”工作,尽管这种工作也有一些技术含量,“搬运”之前需要转译,搬运之后还要思考如何摆布比较合适。但这种工作更多类似于宣传。而从事理讲法理,看起来是日常生活中司空见惯的现象的解析、日常道理的陈述,背后需要经验,但更需要理论视角。显然并不是生活经验越丰富,就越能讲述事理和法理。没有理论视角,根本就无法从事理讲到法理。所以,从事理讲法理,看起来是诉诸日常生活经验,诉诸常情、常理、常识,其实背后需要理论视角。日常生活经验只有经过理论反思之后,才能以事理的方式呈现出来,进而才可能提出相应的法理问题。

如果没有足够的理论储备,苏力不可能从通奸“私了”的案件提炼出法律规避这一现实的理论性问题,也不可能引申出更多的法律多元、制度创新等理论问题,同时代的学者还停留在批评“私了”不知法懂法、不符合法治的层次。甚至,没有足够的理论储备,根本就不太可能从学术上去分析“私了”事件中各方行动者的态度、行动及其理由。在讨论法律活动的专门化中,如果没有“社会分工”的理论视角,分析可能也没有那么细致、生动(苏力,1996:132-137,148-153)。而分析事理背后的理论,大多是社会科学理论,既有的法学理论并不能提供多少力量资源。这在某种程度上意味着,讲事理需要走向社会科学,社科法学也因此成为中国法理学发展的必经阶段。

在社会科学理论视角下讲事理,苏力的另一本著作《送法下乡》中表现得更清晰和连续。大概是因为《送法下乡》的主题更为集中,写作规划性更强。在《送法下乡》中,对格尔茨、福柯、吉登斯等人的社会理论的运用、变用随处可见。在社会理论视角下,“送法下乡”这个日常司法现象与中国现代民族国家的建构联系起来(苏力,2000:35),《送法下乡》也因此占据了根源于中国的法学理论高地。与此同时,经典的“炕上开庭”案例,在不同学者、不同理论的视角下,呈现出不同的侧面(强世功,1997;赵晓力,1997;郑戈,1997;杨柳,1999),没有社会科学理论的基础,这种多面的呈现是不可能的。同样是诉诸常识、常情、常理,不同理论视角下讲出来的事理是不同的。从事理中追求法理,一定会走向社会科学理论。

不仅仅是社会科学理论,社会科学知识和方法在从事理通向法理的路途中也极为重要。不过,在《法治》一书中,这一点表现得并不突出。其中一个主要的原因是苏力在《法治》一书中处理的问题还不那么复杂,可以诉诸日常经验和前人记叙(如《乡土中国》)来展开讨论。《法治》一书中最吸引人的主题,可能是法律在熟人社会的实践问题,某种意义上《送法下乡》一书也处理这一问题。而熟人社会的理论模型和机制,在《乡土中国》有较为成熟的阐释,苏力以及那时整个社会也有相应的生活经验。用理论去分析既有的生活经验就可以做出不俗的学术成果。即使在复杂社会中,从生活和工作经验切入的研究,往往限于研究者的工作范围。苏力的另外两本著作《道路通向城市——转型中国的法治》(苏力,2004a)《也许正在发生——转型中国的法学》(苏力,2004b),就是如此。这两本书处理的问题,要么是苏力拥有足够生活和工作经验的,如《也许正在发生》讨论的法学学术问题,苏力作为“局中人”自然经验丰富,也有足够的条件去观察“局中事”;要么处理的是法治实践中的热点问题,可以通过媒体和日常新闻资讯获取足够的信息,如《道路通向城市》中讨论的法治实践问题。

相对简单的社会可以通过日常生活获取经验,在一个复杂社会越来越难以如此,社会科学知识和方法就变得举足轻重。现代社会是个复杂社会。现代社会分工发达而细微,因此绝大多数人局限在自己的工作和生活范围内,对工作范围之外的知识大多来自媒体,而媒体信息往往是极简化的。媒体人可能基于多种原因处理专业领域的信息,包括媒体人自身的知识水平和偏见,对受众的知识水平和理解能力的考虑,基于政治和经济利益等。因此,研究生活和工作领域之外的问题,就需要依赖社会科学的知识和方法。苏力不太可能以《法治》一书的研究方式去研究一个证券律师业务运转的问题,如果要研究这一问题,就需要去律师事务所做人类学式的调查。讨论网约车的规制问题,依据直觉的判断很有可能出错,可能需要依赖网络大数据的科学分析。这些都需要社会科学知识和方法,越是复杂的社会越是如此。要提炼有意义的法理问题,就必须弄清楚事理;要弄清楚事理,就需要走向社会科学。

三、通过社科法学重建法理学

社科法学就是要用社会科学方法研究事理,从事理去展开法理问题的分析。在转型中国背景下,这种研究尤其必要,不可或缺。作为后发现代化国家,中国的法治建设进程,往往由中央先行立法,然后通过政权体系贯彻法律。中央政权先行所立之法,虽然会考虑中国社会现实,还会开展一些调研,但总体上主要是学习西方国家的法律制度。立法过程虽然也有公众参与,但总体上主要由法律精英设计并操作,法学家在其中起到很大作用。因此,法律制度与社会现实之间必然存在巨大的张力。因此,法律在实践过程中就会遇到各种问题,理解这些事理,提炼背后的真正法理问题,就十分必要。

当前,不少问题仍然可以从日常生活感受触发,基于常、情常、理常识展开研究。从生活经验出发阐发事理,仍然是很需要做的工作。例如司法信任问题,通常大家都觉得中立、公开的司法才可能得到当事人和社会公众的信任。“大头帽,两头翘,吃了原告吃被告”,这是对法官腐败的嘲弄。然而,曾有法官对我说,办案时常常巴不得有人打招呼,尤其难办案件,有人打招呼就好工作了。当事人说不通,可以通过打招呼的人作为中介去做工作。中间人可能联结法官与当事人之间的信任关系,打招呼成了处理难办问题的平台。这种现象实际上挑战了通常认知的那种有关司法公信力、独立司法的理论模型。公正有效的司法,在当时至少有时候是通过关系来实现的,这背后有独特的心理基础。可以说,有时候司法缺少公信力,与司法机关本身的关系可能并不大,而是社会流动化、复杂化、陌生化带来的。基于常情、常理的分析,显然有助于提出问题,提炼真正的法理意识。当然常情、常理的分析,往往是不够的。前述“事理”是全面存在,还是局部存在,典型程度如何等,可能需要更深入的研究,需要合适的社会科学方法的运用。类似的研究才能展示中国社会转型的复杂性,也才能展示社科法学的必要性和功用。

更多的问题,可能需要社会科学方法的研究,即使是一些与日常生活密切相关的问题,比如网约车问题,每个在城市生活的人多少都会有自己的感受,而一旦在公共政策上讨论这个问题,个人感受就极易局限。而作为公共政策判断基础的论据,更需要社会科学的研究,例如网约车对现有交通产生了何种影响?可能需要在大数据前提下做关联性分析。而那些与日常生活相对较远的领域,更需要借助社会科学理论和方法。例如,传媒监督问题牵涉传媒内部运转机制,其实难以靠常情、常理、常识判断,需要对媒体和受众进行专业的分析,还需要用组织学知识对媒体内部的组织结构进行分析。

对法学问题的社会科学研究,根本意义上需要走向理论,或者说,社科法学研究的重要任务之一,在于重建法理学。目前,学术界乃至社会上对中国法治存在诸多不同甚至分裂的认识和期许(顾培东,2016),而中国法治到底应该向何处去,以及如何去,法理学所提供的智识资源其实远远不够。以法理学教材为例,它反映的是法理学最基本也最权威的知识体系。目前法理学教材的知识体系对法的本体、法的运行、法的价值、法与社会等法学基础理论领域作出了基本说明,主要基于西方法治经验所作的理论概括,往往被认为具有一般性。这一理论体系在很多方面并不能准确描述中国的状况。

例如,近年出现的党内法规问题。执政党长期执政,党员是中国社会的精英,对党员的规范无疑会影响全社会的方方面面。在西方国家,政党法规并非法律的正式渊源,但是在中国,党内法规已经被正式纳入法治体系建设之中,简单排斥其作为正式法律渊源恐怕不合适,但简单纳入也有不衔接之处,党内法规的执法体系与国家法律毕竟有所不同。再如执法,按照权威文本的说法,执法指国家行政机关和法律授权、委托的组织及其公职人员,依照法定的职权和程序,贯彻和实施法律的活动。执法具有权威性、主动性和单方面性,对相关法律关系具有主导权,执法机关单方面的认识、认定、动机、目的具有决定性意义(张文显,2011:208)。然而,中国的执法实际状态,其实挑战了这种认识。基层执法在执法者一直遭遇障碍时,常常不是以国家强制力来保障执行,而是执法者与执法对象反复的沟通、讨价还价,在协商的基础上完成执法行为。执法过程的权威性、单方面性未能得到鲜明体现。

权威的法理文本不能描述现实,以这种权威文本教育出来的法律人要么脱离现实,空谈理论,要么只能抛开理论重新认识实践,当然也有在错误理论指导下犯错误的情形。因此,通过社科法学的研究,

提炼符合实践的法学理论,重建法理学就十分必要和迫切。重建中国法理学,应当成为社科法学的重要任务。社科法学的研究,要充分理解中国法治展开的宏观背景、资源条件、制约结构、社会基础等,理解这些方面给法治发展带来的空间、制约和限度;理解中国法治各具体环节的实践过程、机制、后果、制约条件等,理解不同因素在具体环节中的作用以及通过何种机制起作用;在意识形态、政法构架、法治策略、治理技术、话语模式等方面为法治发展提供具体的选择方案。这些工作既要有足够的经验基础,也要有恰当的提炼和足够的理论化程度,而不至于陷入经验细节的表述。简言之,社科法学研究最终应该走向中国法理学,为理解、解释中国法治实践贡献智识,为中国法治建设服务。

按道理说,法理学应是普遍的,是对所有法律现象的一般规律的提炼和概括,应适用于所有的法律关系和法律现象,而不应区分所谓的中国法理学、美国法理学。例如,法理学讨论的法律行为、法律关系,不会因为国别而有所差别。但中国的法律体制、法律运行等具体实践又确实与西方社会表现出较大差异。基于西方法治经验的概括不完全适用于中国,而在西方、中国经验基础上进行总体概括,目前还做不到。也即,同时照顾西方与中国经验,建构普遍化的法学理论体系困难很大。因此,退而求其次,通过社科法学的研究,重建中国法理学,对目前带有一定普遍性的法理学进行一些中国化修正。

中国法理学,需要直面中国法治实践,在社科法学研究的基础上精当的概括出“事理”,对法治具体环节、过程进行具体概括,揭示出重要的结构、因素和机制,并有相当程度的概念化、体系化、理论化。中国法理学应当能够理解中国法治实践。目前的法理学体系与实践是隔膜甚至背离的,理论概括与实际运作两个样,法理权威文本学习对于理解实践的作用不显著。经由社科法学重建的法理学应当改变这种状况。例如,对执法体制、过程、程序等描述,应当与实际运作一致,能够让人学习后对中国的执法实况、模式和机制至少有粗线条的理解。中国法理学还应当能够指导法治改革和发展。目前法理学知识体系基本不履行这方面的功能,如司法改革,背后牵涉到的往往是组织内部管理、外部机构协调、资源配置等方面的知识和理论,例如人、才、物省级统管的改革,涉及资源结构、条块关系、政法体系等。而与这些相关的知识和获取知识的方法,法理学权威文本体系均未提供。中国的法理学应当改变这种状况。

参考文献:

- [1] 顾培东(2016). 当代中国法治共识的形成及法治再启蒙. 未刊稿.
- [2] 黄宗智(2009). 过去和现在:中国民事法律实践的探索. 北京:法律出版社.
- [3] 强世功(1997). “法律”是如何实践的. 王铭铭主编. 乡土社会的秩序、公正与权威. 北京:中国政法大学出版社.
- [4] 苏力(1996). 法治及其本土资源. 北京:中国政法大学出版社.
- [5] 苏力(2000). 送法下乡. 北京:中国政法大学出版社.
- [6] 苏力(2004a). 道路通向城市. 北京:法律出版社.
- [7] 苏力(2004b). 也许正在发生. 北京:法律出版社.
- [8] 王启梁(2016). 国家治理中的多元规范:资源与挑战. 环球法律评论,2.
- [9] 杨柳(1999). 模糊的法律产品. 北大法律评论(第2卷第1辑). 北京:法律出版社.
- [10] 张文显(2011). 法理学(第四版). 北京:高等教育出版社、北京大学出版社.
- [11] 赵晓力(1997). 关系/事件、行动策略和法律的叙事. 王铭铭主编. 乡土社会的秩序、公正与权威. 北京:中国政法大学出版社.
- [12] 赵晓力(2005). 要命的地方:《秋菊打官司》再解读. 北大法律评论(第6卷第2辑). 北京:法律出版社.
- [13] 郑戈(1997). 规范、秩序与传统. 王铭铭主编. 乡土社会的秩序、公正与权威. 北京:中国政法大学出版社.

■收稿日期:2016-10-27

■作者地址:陈柏峰,中南财经政法大学法学院;湖北 武汉 430073. Email: chbfeng@163.com。

■基金项目:国家社会科学基金重大项目(16ZDA062)

■责任编辑:李媛