

“苏力问题”中的问题

顾培东

摘要：苏力在《法治及其本土资源》一书中提出了“苏力问题”。“苏力问题”的内涵在于通过揭示法治及其本土资源之间的某些冲突，以及法治在本土环境及现实生态中所遭遇的某些窘境而提出了外引的法治或现代法治为何(如何)同中国本土中传统的治理资源及现实社会环境相协调或融合，并藉此进一步通向对“中国应当实行什么样的法治”以及“怎样实行法治”这一重大问题的思考和追问。但受历史条件以及苏力个人视野和思维方式的局限，苏力在“苏力问题”中蕴含的“问题意识”更多地诉诸个人的直感，没有深入地揭示出乡土治理的实践逻辑，同时，由于苏力偏执地捍卫本土因素，因而在分析和认识问题时其所持的立场也在一定程度上偏离了法学人所应守持的某些底线。20年后重新研究“苏力问题”，应有更加开阔的视野、更为宏观的主题，以及更为理性的心态和恰当的理论期待。

关键词：苏力；本土资源；问题意识；问题立场

中图分类号：D90 **文献标识码：**A **文章编号：**1672-7320(2017)01-0023-06

一、重提“苏力问题”的现实意义

以苏力教授《法治及其本土资源》(下文简称《本土资源》)一书初版20周年为契机，专题探讨“法学研究的问题意识与多元格局”，显然不只是为了对苏力及其书著进行一次仪式化的礼赞。在我看来，这一活动与其说是聚焦苏力及其书著，莫若说是一群法学人借机诉述对中国法学理论研究尤其是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。而之所以借引苏力及其《本土资源》，不仅是因为他提出了当下中国法学理论中仍然十分重要却未能得到很好阐释的问题，同时也在于贯穿或体现于《本土资源》中苏力的问题意识及或研究方法，具有很强的示范意义和探讨空间；并且，苏力及其书著的学术地位与价值，或多或少预示或体现着一部分法学人的学术前景与命运。

我把苏力《本土资源》一书的主旨称之为“苏力问题”。为保证论题的确定性，首先应当指出，用苏力这本书的书名“法治及其本土资源”来概括或表述“苏力问题”，并不十分准确。苏力也意识到这一点，认为用“法制的本土资源”作为书名更好(苏力，2015：Ⅱ)。但从苏力所欲表达及实际讨论的内容来看，“苏力问题”包含两个层面：一是法治与本土治理资源的关系；二是法治与本土环境或现实生态之间的关系。更确切地说，苏力希望通过揭示法治与本土治理资源之间的某些冲突，及法治在本土环境中所遭遇的某种窘境而提出外引的“法治或现代法治如何与中国本土中传统的治理资源及现实社会环境相适调”的问题，并藉此进一步引出对“中国应当实行什么样的法治”及“怎样实行法治”这一重大问题的思考和追问。正因为如此，由“苏力问题”所引申出法治领域中的问题是多维的，包括传统与现代、普适性与特殊性、法律权威与其他社会权威、法治与其建构及运行的环境和条件，甚至还包括国家意志与个人意志、一般性公正与情境化下的个别公正等。这些问题几乎囊括了当代中国法治所面临的主要关系或矛盾。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。

重提“苏力问题”的另一方面意义与法学理论尤其是法理学在面对“苏力问题”时所显示的困窘和迷惑相关。“苏力问题”在学术研究领域中主要体现为法学人所守持的法治观念、原理及知识与中国社会现实之间的关系。更直接地说，“苏力问题”所关及的是，守持特定的法治观念、原理及知识的法学人如何认知和对待法治所赖以建立和运行的中国社会现实？从近20年来法学理论研究的实际情况看，除了

少部分法学人坚持以理想主义法治情怀对中国法治现实持批评或批判立场和态度外,更多的法学人愿意诚恳面对并讨论主要源自于西方的一般法治理论、知识在中国特定社会中所可能出现的变异甚至挑战,愿意从中国社会现实环境和条件出发去思考法治建设的相关问题。然而,或许是因为一部分法学人不愿落入普适论、普世论与国情论、特色论之间论争的俗套之中,或许是一部分法学人刻意保持与主流意识形态的某种距离,或许是一部分法学人对法治现实中某些非理性现象怀有戚戚之心,不愿自己的研究被理解为支撑非理性现象的理据,当然,更主要是由于对中国社会现实与法治之间的相互影响的认识尚不清晰,缺少真实及全局性的把握,因而对“苏力问题”的研究和讨论大多停留在(或转换为)对法学研究方法论的阐释和论争之上。具体说,近10年中崛起的社科法学,其实质是希望打破法学理论自给自足的藩篱,从反映外部社会运行规律、原理和经验的其他社会科学中为法学或法律寻求证立的依据,而这种努力背后的真正企图既包括让既有的法治原理、知识接受外部社会的实践检验,又包括从外部社会实践中为中国法理学寻求新的理论建构。但遗憾的是,由于社科法学在概念上与法教义学存在天然的对立,因而社科法学倡导者们不得不把很大的精力投入于应对法教义学的质疑,以求得更广泛的认同(尤陈俊,2014)，“批判的武器”更多地被用于“对武器的批判”,这无疑在很大程度上限制了社科法学的实际运用。除了社科法学倡导者外,还可看到的是,高鸿钧教授力倡在中国形成社会理论之法,倡导把法学研究的视野拓展到社会理论和现实社会领域(高鸿钧、马剑银,2006:1);於兴中教授也积极主张从社会理论视野去研究法律(於兴中,2009:12);陈瑞华教授把“引入社会科学方法,将法律制度和法律实践视为一种社会现象”作为避免法学研究“殖民化”(陈瑞华,2007:1),建立法学研究者主体意识的基本方式和路径。如此等等,不一而足。所有这些主张与观点中,都贯穿着“法律”(法治)与“社会”这两个中心词以及二者之间的连接和联系。毫无疑问,这些方法论上的论证和倡导不仅体现着相关法学人对社会现实的高度关切以及强烈的现实参与意识,而且客观地说对于法学理论回应社会现实也能够起到搭桥铺路的作用。然而,方法论的论证与倡导毕竟代替不了方法的实际运用,在如何具体运用这种方法去回答“苏力问题”,甚至在以何种姿态、何种方式对待和参与中国的法治现实方面,包括苏力在内的法学人仍然显现出一定的困窘与迷惑,相应的作为也不够明显。所以,重提“苏力问题”,进一步审视“苏力问题”的主要意蕴,对纾解法学人的迷惑,无疑具有积极意义。这一点已然超越了苏力及《本土资源》本身的功过得失。

二、“苏力问题”中蕴含的苏力的“问题意识”

在当今中国法学研究的语境中,所谓“问题意识”,有其特定的涵义。提出“问题意识”,不仅在于强调法学研究应有的放矢,避免空谈泛论,更重要在于强调法学人应关注法治乃至社会现实,善于从现实中发现,并以此为研究对象,进而能够提出对解决法治实践中问题具有参考价值的意见与建议。因此,“问题意识”可以看作是法学理论研究 with 法治实践之间相互联结的主要媒介。

对于具体的学者而言,是否具备这种“问题意识”,或者“问题意识”的强烈与淡薄,不仅与其学术兴趣或偏好相关,同时也与其个人经历、知识积累、研究环境与条件、社会责任感以及思维方式等诸多要素密切联系。苏力是从社会底层成长起来的学者,社会阅历较丰富,学术兴趣广泛,知识积累功底较深,且受过西方法学理论教育,对中西方社会均有较多的了解和较深的理解。不仅如此,苏力本人还具有不入俗流、卓尔不群的鲜明个性。苏力的这些经历、知识结构乃至性格,决定了苏力通常不会在纯理论谱系中寻找自己的研究主题,即便是对传统法学理论中某些问题的研究,也往往是依据自己的知识积累及对实践的判断而进行质疑性探讨,表达其具有独特性的理解和主张。所以,苏力是具有天然“问题意识”的学者;苏力的研究始终是循着“问题”而进行的,“问题意识”伴随着苏力研究的整个过程。

20年后的今天看待苏力在《本土资源》一书中提出的“苏力问题”,似乎并非惊世骇俗之论,所有后起法治国家都存在外源性法治原理、知识等与本土资源的关系或矛盾的问题,“苏力问题”只是表达了一个普遍性现象或经验性常识。但是,若回溯20年前人们对外源性法治原理、知识倾注很大热情,充满理

想化期待的背景与场境,我们不能不对苏力敏锐的理论思维和独特的视角付以应有的敬佩。尤其需要指出的是,苏力在对法治与本土资源的关系进行一般性论证的同时,通过轰动一时的《秋菊打官司》与《被告山杠爷》这两部影视作品所构述的故事,具体揭示现代法治的基本方式与乡村传统治理手段间的矛盾和冲突,揭示法律在乡土环境中运用所产生的某种困窘,由此提示人们在法治与本土资源或本土环境的关系中保持一种真实而不盲目的认识。这种从大众熟知的现实主义文学、文艺作品中提炼出理论性结论的方式,不仅降低了受众对理论性结论理解的难度,还大大增加了理论研究成果的社会影响力。无论苏力的某些分析及结论是否恰当,但体现于其中的问题意识及研究方法上的智慧应当充分肯定。

然而今天重新检视苏力的“问题意识”,我们有能力看到、并有理由提出,苏力的“问题意识”中也蕴含着一些不容忽视的缺陷。我认为,苏力“问题意识”中最大的问题是苏力在发现、观察及分析问题时往往较多地诉诸自己的直感。而事实上,与个人的阅历和知识相关,其直感有时正确,有时则不一定正确、甚而片面和偏执。这种状况不仅影响到苏力某些结论的合理性,也多少影响到苏力观察和分析问题的深度。苏力的某些学术观点和主张在学术界之所以有较大的争议,大概主要与此相关。

在秋菊和山杠爷的故事中,苏力看到了法治方式(或法律手段)在具体乡土场景中运用中的某种不适。但苛刻地说,这是两部文学或艺术作品的受众大致都能够感觉得到的事实;苏力的作为只是把这种现象提升到法治与本土资源这一宏大主题中,但并没有更深入地揭示两个故事所展示的我国乡村治理的实际机理与逻辑,而这一点恰恰是研究法治与本土治理资源关系所不应忽略的。

在我国广大乡村的治理中,国家、村长或山杠爷们以及秋菊所代表的村民们实际上是以一种微妙的关系而存在和互动的。现象上看,村长或山杠爷们以国家授权名义依照正式制度(如法律)对秋菊等村民们实施管理并提供服务,村民们也基于对国家权威及正式制度的认可而服从这种管理、分享相应的服务。然而,事实并非完全如此。由于国家治理资源的稀缺性(并不完全基于苏力所指出的乡村在地理上的偏远),国家及正式制度所赋予村长们的治理权威及手段远远不足以满足乡村治理的实际需求。因此,村长们(其实不仅有村长,还包括士绅、族长乃至“乡村混混”等有实际威权或势力者)往往(甚至可以说不得不)通过一些不为正式制度所认可的方式(比如对村民小打小骂、实施某些惩罚、设立各种名目收费等)去创造自己的权威资源,并藉此维系乡村秩序,实施对乡村的治理。在多数情况下,国家或法律在这种治理中是缺席的,换句话说,国家对村长们的这些“出格”行为实际上是持默认、甚而放任态度的。只有当村长们的这些行为超越秋菊们所能承受和容忍的边界、并诉诸或求助于国家或法律时,国家或法律才会出场对村长们的行为予以一定的制裁矫正,其效果,一方面显示国家力量在乡村的存在,另一方面进一步深化秋菊们对国家权威的认同,再一方面保持村长们对国家和法律的最低限度的敬畏,由此形成乡村治理中国家、村长们、村民三者之间的一种动态化的平衡。这就是现实中乡村治理的主要机理和主要逻辑。所以,在法治与本土资源关系的问题视角中,仅仅感受到法治与乡村治理方式的冲突是不够的,而必须把握相应的机理与逻辑,把握乡村社会的实际生态以及各主体之间相互依存的共生关系。唯有如此,研究中的“问题意识”才会涉及问题的本质,也才能形成更切合实际的判断。

大量阅读苏力的作品,不难发现苏力在某些研究中的一个“套路”:苏力往往从某种直感出发或根据个人的经验性认知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,并通过旁证博引来证成这种判断。虽然苏力作出的某些分析和结论常与很多人的认知不符,但苏力广博的知识积累及出众的文字驾驭能力往往能把他的分析和结论变得“理据充分”,让人在不认同其作品中的分析和结论的同时却仍保持阅读的耐心和欲望。苏力的这种“套路”既是我们在阅读苏力作品或所应有所审视和辨识的,也是年轻学者在仿习苏力的“问题意识”过程中所应注意避免的。

三、“苏力问题”中的苏力立场

法学人持何种立场去发现问题、分析问题并提出解决问题的结论,这或许是探讨法学研究的“问题意识”中更值得重视的因素。毫无疑问,苏力在提出和阐释“苏力问题”时也不可避免地会表达自己的立

场。苏力在法治问题上的基本立场已为中国法学界所熟知:苏力始终强调从中国社会现实出发,充分利用本土资源,走中国自己的法治道路,而不是追仿或移植西方法治模式,在法治基本问题上,不唯西方理论或制度的马首是瞻(在苏力最近的一篇文章中(苏力,2016:10),这一立场更得到最直白的表露);在法治具体实践中,不拘泥于教条,坚持以目的导向,依据实际场境灵活地适用法律。“实用主义者”,这是苏力对自己所作的定性(苏力,2015:Ⅱ)。就我个人的认识而言,我认同苏力的这一立场,也认同苏力作为“实用主义者”这一定性。然而,虽然苏力具有广博的知识积累和深厚的理论素养,但苏力仍只是一个朴素的实用主义者;在对待法治理论与实践的一系列问题上,苏力所持的是一种朴素的实用主义立场。

在对秋菊及山杠爷的故事分析及认识中,不难看出,苏力对秋菊们生存和熟悉的乡土秩序及环境保持着一种认同甚至赞美;对村长及山杠爷们的“出格”举措保持着一种理解和宽容;对村长及山杠爷最后的处境以及秋菊最后形成的困惑保持着深刻的同情;对法治化手段的介入及其后果表示深深质疑和遗憾。十分显然,在法治(法律手段)与原有的乡土秩序(原生态治理方式)二者之间,苏力明显偏向于后者。因之,秋菊们的困惑事实上衍化为苏力对法治实践的困惑,村长及山杠爷们的不服也成为苏力对法治手段在乡土社会、甚而在中国本土运用的不解。

如果说在秋菊及山杠爷的故事中,苏力所体现出的姿态多少出自于情感偏向的话,那么,苏力在其所借用的“强奸私了不成”案例中则显示出立场上的偏失。苏力不仅对强奸私了不成而被法律处置的结果不予认同,而且把这种“私了”视为违法者与受害人之间的“一种充满文化意蕴的理性选择——合作规避国家制定法”。苏力甚至把这种“私了”上升到“民间法”的作用,“法律多元”,“法律规避”的层面予以肯定,进而把这种“法律规避”视为中国法治建设过程中一种可欲的制度创新(苏力,2015:44-78)。

诚然,苏力所质疑的问题并非不值得注意。法律手段的运用并不完全符合秋菊原初的真实愿望,法律手段的运用也确实会带给秋菊以及被强奸女青年在往后生活中某种窘境,但站在法学人所应有的立场上,同样应当看到并强调的是:其一,法律的实施在本质上既包含对受害人意志的尊重,更是对国家意志的一种宣示。在某些问题上(如在民事纠纷以及轻微刑事案件中),法律为包括受害人在内的当事人留下了合作或自决的空间,但在某些问题(如强奸犯罪)上,则只能以国家意志为依归,排除当事人自决的可能。这是法学人所应当认同和尊重的法律基本原理。其二,法律手段的运用意在倡导和体现一种规则,这种规则不仅是显示国家(或法律)在乡土治理中的存在,同时也在于防止更多的秋菊们、更多的被强奸女青年们出现相同的悲剧。苏力看到了秋菊们在运用法律手段后所付出的“代价”,却忽略了运用法律手段在“一般预防”意义上的收益和良性效果。不难想象,如果不对村长、山杠爷以及实施强奸的男青年处以相应的处罚和制裁,这些被处罚和被制裁的类似行为就会成为乡土生活中的常态,甚至还会进一步恶性发展。法律手段运用的这一效果应当纳入法学人在此问题上的判断。其三,尽管法治或法律手段的运用可能会给原有的乡土生活秩序带来某种冲击,但对乡土生活秩序中某些落后的、与文明发展趋势相脱节的因素或成分进行必要的改造和引导,也是法治建构任务中的应有涵义,不能把乡土生活秩序中一切内容都固化于优先地位,赋予其天然的正当性或优越性。

总体而言,苏力在坚持法治本土化的过程中,由于偏执地捍卫本土因素,多少陷入了“存在即合理”的错误逻辑中,结果一方面人为放大了法治与本土治理资源及本土环境的紧张与冲突;另一方面,也放弃或缺失了法学人所应维护和遵循的某些法治原则,一定程度上脱离了法学人所应守持的某些底线。

四、当下研究“苏力问题”所应把握的几个方面

如前所述,20年后,“苏力问题”仍然是当下中国法治建设中的重要问题,从而也是中国法理学研究的主要对象。但同样应当看到的是,20年后的今天,对“苏力问题”的研究与20年前应有重要差异。

第一,充分认知“苏力问题”的本质性寓意。在我看来,“苏力问题”的本质性寓意仍然在于:在中国这样一个特定社会条件中如何实行法治,或者说如何构建并实行“中国式”的法治。认知并接受这一寓意,牵涉到对法治形态或法治模式多样性的承认。从法理学上说,人类法治文明不仅能包容多种形态、

多种类型的法治,而且也实际孕育出多种形态、多种类型的法治。中国作为具有独特国情的国家,由其法治实践所展示的样态,应当、也必然有其一定的特异性。因此,法理学家必须在理念深处放弃对某种法治模式的追求和固守,对创造性构建中国式法治保持必要的信念并抱有一定的信心。在这方面,我完全认同苏力在最近一篇文章中所提出的“不应以西方某种法治模式航标中国法治”的主张(苏力,2016:10),尽管我很难认同苏力在该文中的另一个观点:法治在中国“古即有之”。我的基本理由是:有法律并不一定等于有法治;不以“西方法治模式航标中国”的结论不应产生于“中国自古即有法治”这一推论。

第二,面对“苏力问题”,应拓展对“本土资源”认知的视野。“苏力问题”中的“本土资源”主要是以乡村社会的实际状况为基本内容的。然而,虽然苏力视野中的“乡村社会”在当代中国仍然是一种实际存在,但其已经远远不能反映中国社会的整体面貌,以此作为分析中国法治现实的背景,势必不能形成涵括当代中国社会的正确结论。显而易见,本来乡村社会的治理方式和经验就很难照搬到现代都市和工业化社会,更何况在近几十年的发展中,包括乡村社会本身也发生了不小的变化,并且这种变化还在进一步加剧。因此,对中国法治与本土资源的关系,必须把“本土资源”放大到中国政治、经济、文化、社会以及其他各种条件以及整体环境中来认识。其中比较突出且不容回避的几个问题是:(1)中国特定的政治体制、制度及其运作方式与法治之间的关系。也就是说,在中国特定的政治生态中,法治与政治(政治权力)之间如何相互融合,共同实现有效且理性化的国家和社会治理^①。(2)社会的差异性与法治施行的关系。当代中国社会,社会发展的不平衡性很突出,地区、阶层以及社会成员之间的差异度很高,在这样同质化程度很低的社会中如何保证以普遍性、统一性以及适用的平等性为基本特征的法治恰当、有效地得到实施。(3)传统“熟人社会”与法治之间的关系。当代中国社会同时也是高度重视人脉情缘关系,而规则意识普遍比较淡漠的社会,在这样规范的约束作用很难经得起人脉情缘关系腐蚀的社会条件下,如何保证法律的基本约束力得到维持,法治的基础不被动摇。(4)“超越式”发展的现实与法治之间的关系。无论就社会发展而言,还是就法治建设而言,中国都被迫选择了“超越式”的方式,由此不可避免地会产生“历时性与共时性的矛盾”,亦即在其他国家几百年甚至更长时间内历时性出现的问题或矛盾,在我国却需要在几十年内面对和解决。借用诺内特、塞尔兹尼克的观点,我国在尚未全面完成“压制型法”建构的条件下,却要解决“自治型法”尤其是“回应型法”所要解决的问题。这四个问题集中概括并体现了法治与本土资源之间的内在紧张关系,同时也是我们在面对“苏力问题”时所应关注的焦点。

第三,进一步调校法理学研究的心态及功能定位。在我看来,过去的30多年中,中国法理学界在完成各种版本的法理学教材编写后,即进入到研究力量(主体)原子化、研究主题碎片化、研究内容虚玄化、研究动力功利化的状态。对很多学者来说,一方面找不到恰当的参与重大法治现实问题研究和讨论的正确姿态与方式;另一方面,又无足够的能力在传统法治理论谱系中取得重要的突破。难以选择理想的研究主题,感受不到自己研究的学术或社会价值,无法形成自己满意的研究成果,这些成为不少法理学者学术研究境况的真实写照。基于这样的状况,我认为,首先,法理学家应调校自己的研究心态。应当看到,在非私有制经济条件下实行法治,无疑是法治文明发展中的一个探索性主题,而当代中国则为此提供了具体的实践样本。作为法理学研究者,不应一味地为某些现实的不堪而悲悯自己遇世不淑,而应当庆幸这个复杂世界带给我们的研究机遇。与其为不能改变现实而焦虑,倒不如务实地从这个样本中获得鲜活的素材,对这样一种特定的法治形态给予全面、系统的概括,揭示其内在机理,分析其存在的问题及成因,进而表达自己的建设性意见与见解。还应提到的是,苏力对待法治现实问题上,往往持一种乐观的态度。但仔细分辨,可以看出,苏力的这种乐观态度中多少透露出一种基于宿命而产生的从容。能使苏力保持乐观的基础是“法治本身即是如此”,中国如此,美国也如此(苏力,2016:10),故对现实中某些非理性现象不必过于讶异。依我之见,苏力的这种乐观同样很难说是一种健康的心态。其次,应调校

^①在最近召开的2016年《法学研究》秋季论坛中,围绕“法治建设三十年回顾与反思”的主题,诸多学者提交的论文对我国政治、政党与法律、法治以及政法体制进行了探讨,反映出这一问题已经引起了学术界的关注。

法治理论研究的功能定位。应当明确,法理学人本质上只是一个理论研究者,其社会贡献体现于务实地奉献理性研究成果,渐进地、潜移默化地影响外部社会,而不只是对具体现实简单化地表达自己的主张,并期待这种主张和态度能够匡正现实或立竿见影地改变法治的走向。同时,面对丰富而复杂的中国法治现实,我们既不应做放纵的实用主义者的附庸,也不应以偏执的理想主义者的立场一味地对现实持批判态度,而应在理性的理想主义或理性的实用主义者之间作出抉择,力求形成和保持理性的理想主义与理性实用主义在当代中国法治意识形态中的必要张力,推动健康的法治意识形态氛围的形成。这也是对“法学研究的问题意识与多元格局”讨论所应得出的结论。

参考文献:

- [1] 陈瑞华(2007). 社会科学方法对法学的影响. 北大法律评论,1.
- [2] 高鸿钧、马剑银(2006). 社会理论之法:解读与评析. 北京:清华大学出版社.
- [3] 苏力(2015). 法治及其本土资源. 北京:北京大学出版社.
- [4] 苏力(2016). 如何讨论法治中国. 探索与争鸣,10.
- [5] 尤陈俊(2014). 不在场的在场:社会法学和教义法学之争的背后. 光明日报,2014-08-13.
- [6] 於兴中(2009). 社会理论与法学研究. 清华法治论衡,第十二辑.

■收稿日期:2016-10-27

■作者地址:顾培东,四川大学法学院;四川 成都 610207。Email:gpd@canwaylaw.com。

■责任编辑:李 媛