

面向中国的法学 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E9\\_9D\\_A2\\_E5\\_90\\_91\\_E4\\_B8\\_AD\\_E5\\_c122\\_485586.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_9D_A2_E5_90_91_E4_B8_AD_E5_c122_485586.htm) 我近来从事的是对法学总体历史使命和存在的现实问题研究，从较小问题入手，具体是孙志刚事件与收容遣送制度的废除和刘涌案件，从中提出问题以及解决的对策。题目有两重含义：1、法学必须面对中国，解决中国问题。2、必须直面中国的法学问题。2003年是中国法律人难忘的一年，法律人特别光荣（特别是在孙志刚事件和收容遣送制度的废除上），但也有尴尬、困惑和羞辱。如：最高院有关奸淫幼女引发的讨论，非典疫情引发的信息公开紧急状态以及问责政府的讨论，宪法第四次修改的讨论，孙大午案（非法集资的问题）、李慧娟案（法官司法审查）等。最让人关注的是孙志刚事件和刘涌案，虽然事情已经过去，但有些问题暴露出来了，有些问题在讨论中并未提出来。我试图从另外一些角度把隐含的问题重新提出来：首先，谈孙志刚案和收容遣送制度的废除由这一事件引发制度的变革，反映了转型时期许多深层次问题。经济的、社会的、法律、的，法律人在这其中似乎塑造了辉煌，表现了对特殊群体的关爱、对弱势群体的保护、对制度尤其是宪政制度的关切。但其中有一些问题。孙志刚事件和废除收容遣送是两个事件。孙志刚事件根子并不在收容遣送制度，只是收容人员干了收容制度不允许的事情。有人说收容制度是恶法，但这是安不上的，收容制度未指示他们干坏事，也不阻挠对肇事者的定罪。但也不是说与收容制度无关。那么关系如何判定：法律上有“最近因”原则：一个事件发生

会有很多原因。马加爵杀人是社会造成的？看似深刻实则肤浅。将罪责归于社会是为打死人解脱，个人应当负责。再一个例子：义务教育法要求家长送孩子上学，结果孩子发生意外，学校肯定有一定责任，但是否要因此而废除学校呢？警察打死人也是常有的，是否因此废除警察制度？因为官员贪污就要废除宪法？事实上没有哪个制度可以防止坏人干坏事。贺卫方：“这不是制度的初衷”，上书的三博士和五学者都关注了制度因素，称该法为“恶法”，这就与立法意图发生矛盾。他们的目的是寻求制度建设，不仅要废除收容遣送制度，实际上要建立违宪审查制度。问题是关心制度首先要解决实际问题，对制度的重视背后是对具体制度的漠视。三博士“我们未提孙志刚案一字一句”。为什么？为什么要转向违宪审查。三博士之一说“正如美国大法官马歇尔在马伯利诉麦迪逊案件中所说”，对美利坚合众国有深远意义的，但未必对中国有意义，问题的重要性是因人、因国而异的，这里的逻辑是混乱的，他们追求制度的时候却忘记了最根本的是解决现实问题。大家都讲社会正义，当和他没有利害时都关心社会正义，当有利益关系时可能不讲正义。理想主义者是将现实作为工具，是面对理想还是面对现实。法律人一定要对部门法熟悉。收容遣送最初是与户籍制度相联系、作为救济措施来存在，在1982年讲民主法制的时候急忙将其制度化，当时不构成问题。1992年以后问题出来了，尽管1985年也有修改，典型的是身份证制度；2002年又再次修改，将年龄下调，但为时已晚。进城工、流动人口确实带来问题，要求解决。出现“三无人员”，于是该制度发生变化：收容人员数量、构成都发生变化，与福利脱离，变成限制人身自

由的行政强制措施，有的变成控制外地人口进城的地方保护主义工具。同时收遣费成制度性做法，到此时，制度已彻底败坏。制度的正当性是由社会变迁决定的。刚才我是法律社会学、制度经济学分析。但孙志刚事件大量是宪政分析，宏大话语，遮蔽了制度存废当中的一系列技术性甚至战略性问题，如乞讨权问题。经济学家徐向阳：“无法合理确定救助对象、标准和时间等。”鸵鸟的政策是行不通的，出现了更多问题：各大城市流动人口犯罪率明显增加、乞丐强行索要现象普遍等。与此同时，各地救助站几乎无人愿接受救助。后长沙提倡市民不去救助乞丐，苏州出现禁讨区。制度变迁应找到制度替代，法律人应该理解社会复杂性。违宪审查确重要，但是否能解决中国的问题呢？可能作为法官谋取私利的工具。道德话语、情感分析能否取代具体问题的理性分析。制度真的是法律人创造的吗，法律在多大程度上可以改变社会，究竟是社会塑造法律还是法律塑造社会？辉煌仅仅是片刻，到刘涌案，法律人自己分裂了。法律人与民众在基本问题上的看法公开冲突了，例如对于废除死刑的看法。霍姆斯：“法律反映人们基本的情感”。要设身处地的想问题。死刑该不该废？程序正义应将重心放在程序上还是正义上？你也应该关心一下老百姓关心的问题。为什么偏偏刘涌案中法律人的解说就不灵光？一个法律的全部合法性最终在于老百姓的认可；制度的采纳，最终取决于老百姓。美国的证据排除规则很重要，但非法证据一定要完全排除吗？我们刑诉制度是有缺陷的，往往受害人看不到救济，证据排除在美国也是有选择的，如奸淫幼女问题上的严格责任，是我们所不能引进的。在老百姓看来，死刑与死缓是不一样的。法律的

概念体系与老百姓的概念体系是有区别的。再如缓刑，老百姓认为就是逍遥法外。如秋菊打官司中，可以打人但不能骂断子绝孙，可以踢他但不能往那地方踢。要理解老百姓的话语，老百姓可能错，法律人也可能错，要真正的自由主义，就要允许申辩，不要总是以启蒙来暗示自己的正确。法律人不能总以米兰达、辛普森的尺子衡量中国，为什么你不能跟着老百姓走？要让民众看到好处。有些网民在网上说：“我们不反对程序正义，但为什么从刘涌开始”，对老百姓来说，这个问题太重要，他们就是要找一个让自己信服的说法。声称程序对所有人有同样意义，但生活中真的如此吗？老百姓的谩骂不也是以他们的方式为权利而斗争吗？中国法律人的知识更多从书本上来，他们对理念坚定，对民意摇摆，在孙志刚案上站在民意一边，而刘涌案则相反，你必须给个说法！列举不能证明什么东西，引证外国人学说不就是因为是外国人说的嘛，要更注意引证我们自己的情感，我们的感受；他们自称讲信仰，隐含着他们不讲道理！启蒙和信仰本身是矛盾的。刘涌案中最严重的问题都在法律人身上。田文昌自称最反对行政干预，却在该案中给诸多领导写过许多信！……先定后审的情况都反映司法的不独立，不是说法律人不能提意见，但专家意见只是陪审团意见，不是法官有可能忽视的问题，不需要专家意见，这样做只是为法官拿专家作挡箭牌提供可能。法官主动放弃司法独立，主要是中央干预、舆论干预，输家是整个法律系统。我能够理解甚至宽容中国法官的处境，但并不意味着这些问题不是问题，他们亟待解决。如果二十年前刘涌案能引起这么多变迁吗？社会变迁、时空变迁，更要用中国自己的视角审视问题。我们目前经历

的这场变革只有春秋战国时期可比拟：经济上废井田开阡陌；政治上从血缘到地缘，从分封到郡县制，形成封建国家；文化上也是礼崩乐坏、百家争鸣，文化与意识形态重建的时代。我们现在经济迅速增长，信息激增，人员流动带来社会的陌生化和匿名化，产生巨大变迁，民族国家想象共同体产生，对国家有认同。为什么骂中国国奥而不是骂马来西亚，这里有一个想象共同体，因为我们认同它。民族国家为主体构成的国际秩序，文化的日益普及和传媒的日益发达，政党体制以及从上到下官僚为主的科层制，这些都表明中国在发生巨大的变化。现在也是一个礼崩乐坏的时代：传统社会信用体制的崩溃，学生考试作弊，官员腐败。学术腐败，对政府官员普遍的不信任，包二奶，宰熟以及对农民工的社会性的歧视；各种思潮、流行和尝试：快餐文化、痞子文化、大话西游等等。一切都被重估，如尼采所说“重估一切价值”。因此“忠厚是无用的别名”，同性恋出现了。一切都是社会变迁的反映，文化上更是彻底，现在谁能用仁义礼智信写一篇文章？这个转变在整个人类历史上也堪称空前绝后，要回应这个挑战，不是由法律人来独立完成的，应由民族完成。要扎根于我们的时代，不要总谈五十年以后的，我们的答案是要在这个时空中作出的，我们一定要避免当留声机和肉喇叭。所有法律问题都必定是地方性问题，当代中国已与世界紧密联系，要在世界背景下研究问题。要在中国的现状考虑问题，就不得不考虑农民问题，中国的农民毕竟占了整个人口的61%以上。因此送法下乡的成本加大，历史的必然、时代的潮流湮灭不了这样的问题，如法学院作弊的程序正义之辨，这就是中国的法治问题。这些问题仅仅依靠纯粹法条

主义很难解决实际，不是简单照搬西方，不是简单的制度化演绎。我们要理解“空前”的含义，要求我们有更多的创造、想象；要求具体、认真论证而不是概念的法治；不是附带的研究法律问题；不是为印证某个理论的实践材料，我们必须生活在生活之中。必须借助现代科学研究方法、工具和发现，而不是空谈“法学是人类古老的学科”，多学科的知识方法不是因其新，而是它能否解决问题（举迁徙自由为例）。这种空前，为我们提供了历史性机会，我们是有幸的，可能做出某些发现。空前使任何前人表述都不足以解决现实问题。法治实际是一个没有目的地的过程，永远只有前方的跋涉。有一个类似的比喻：热闹的婚礼不过是婚姻的开始，真正的婚姻是长期的、平凡的、历经艰难的过程，婚姻只是另一种生活方式的开始，这种理解可以使人们更好地面对问题、解决问题。这其中隐含了中国法治的另外一种复杂性，也会遇到两难，所以现代的法治只是现代生活方式而已。我们要依据现代规则而活着，在时间的流逝当中塑造我们每一个人，进而重新塑造整个民族。这就是信仰法治的经验状态，因此我们一定要重新理解法律的空前性和中国社会变革的空前性，就像中世纪骑士决斗时扔下的白手套一样（象征挑战），这是时代和社会给我们的白手套！谢谢！范愉教授点评：我的学术立场和方法与苏力接近，最近也完成了一篇文章，是关于中国法律职业与共同体的问题，也是以刘涌案为依托的，结论是：大家对中国法律职业共同体的期待在以往法学家眼里是难以实现的，没有达到广泛认同，不可能照搬西方法律职业在整个社会和法治中的作用；同时中国的法律共同体实际上更多的是一种利益共同体，基本上为社会所批判

，所以期待它完成整个法治的进程包括司法独立是有点过高了，随着社会分工的明确，法学家的位置应该摆正。由我做这次评论可能不大合适，应由观点不同的人来进行；朱的后半部分有点像他自己所反对的那种宏大叙事，他自己也说：‘正如尼采所言’……这并不是批判，只是反映了法学家的一个定势，不自觉地要找一些形而上学的东西来支持自己的观点，这个过程中就容易暴露出他的破绽，下面几个仅供大家参考。首先，他时不时地用一些标签的话语来描述我们的社会，如熟人社会到陌生人社会；这些描述类似于从身份到契约的表达，可能有非常重要的规律性价值，但也有着不完善、不准确、不能涵盖所有内容的地方。在新的社会发展中会形成新的社会结构，很可能形成新的熟人结构，匿名化会使消息传递和人们的情感沟通便捷化。另外苏力提到了“空前”，但又说到社会的特定性和固有的文化，那么这种特定性为什么没有发生根本性的变革呢，如果没有具体的分析的话，仍然不能得知到底这种变革会给我们的社会和民众带来什么，所以我的结论是：应回到具体制度、具体问题的分析上。苏力回应：“正如”的两种用法是不一样的，谈的是具体事件，我们的时代和尼采的时代有共相似性的，而孙志刚事件和马伯利诉麦迪逊却没有相似性。“熟人和陌生人”不是指真正的熟人和陌生人，而是指人际关系发生变化，是按陌生人的规则办事，所讲的是两种不同的社会结构和人际交往规则。我也不是讲中国现已完全进入陌生人社会，至少农村还是熟人社会。但更少依赖熟人奋斗，求助的资源不同，我是从这个角度来用这两个概念，是一个分析概念。为什么谈宏大？法学要放在一种语境中理解，不放在社会变迁中，

就看不到刘涌案、孙志刚事件的变化，意义是在语境中产生。我们感受到的是时代促进理论的变迁，即使谈宏大，我也是谈细节，从经验、感观中让人感受到这种变迁。我希望让大家切身感受这种变迁，让宏大概念经验化，让人感受，而细小的东西也必须与宏大问题联系起来。范愉教授：我给大家提供了展示苏力学术魅力的机会。提问环节：有两点我们可以共享。刚刚谈到宏大话语，苏力无宏大话语我们不会去看他的作品；另外关于违宪审查，胡锦涛评论说三博士是无理取闹，制度不应如此建立，应该穷尽救济手段才能运用宪法。两个问题：苏力老师主张知识分子要对流行观点进行批驳，但你所批驳的那些自由知识分子也是有假想敌的，只是假想敌不一样。另一个是死刑存废问题。苏力：死刑出错的问题不是废除的理由，现在实际上是基于人道的理由来废除死刑，有可疑的地方，应慎重，但不是废除的理由。苏力：关于南都案，有些问题不能总往政治上靠。有人认为政法委的存在违宪，你认为其存在是否有合法依据，其存在是不是中国法治的障隘？苏力：我并不这么认为，不能说宪法上没写就无合法性，关键要看在社会中的作用，要用宽容的心理对待新事物。中国现在处于从训政到宪政的过程当中，宪政是政治结构而不具规范意义。政法委确实有问题，但批评政法委者是否真的了解政法委。原则不是讨论问题的出发点，而是其结论，所以要进行研究和调查。提到建立自己的理论内壳，中国传统理论是实行“边走边唱”。但思想观点有总括性，您能否把自己的观点简要概括？苏力：我不想为了理论而理论，而是针对问题出发，我希望在探索过程中寻找，但我还是有一贯性的：我分析思路一贯，语言风格一贯，注



意细节、喜欢理论、喜欢多视角，在别人研究过的领域发现别人未发现的东西。对我影响较大的有：1、马克思、毛泽东对我影响较大，历史唯物主义还是我的始终观点，这也是费孝通观点；2、韦伯，对现代化的悲观情绪；3、尼采、霍姆斯、波斯纳对我影响较大；4、中国对我影响较大的是费孝通先生。您的演讲像胡适的《多研究些问题，少谈些主义》，我的问题是：非法证据排除为何首先发生在刘涌身上，我了解审讯中确实出现违法采证的情况，这样是否教育意义更大？到底是启蒙还是革命，是一揽子解决问题还是一个一个解决？从刘涌开始不是更有教育意义吗？苏力：这样可能让人民对法律失去信心。如果没有刘涌花几百万，十个刘涌都被毙了，如何取信于民？即使老百姓看法错了，但他们有权利错，我们要耐心等待他们接受，这是中国政治和法律全部合法性所在。如何看待司法解释的造法性，在法治上如何面对？苏力：司法解释和重要，但容易太过。如关于奸淫幼女罪，解释说如果行为人不知道是未满14岁，而对方自愿，则不定该罪。这实际上混淆了立法性事实和司法性事实。什么叫立法性事实？公民必须满18岁才有公民权，不同于司法性事实，最高法院经常混淆两者，如齐玉苓案。所有问题都可归结为宪法，防止以宪政名义摧毁法治。正如美国的“穷尽原则”：宪法是最后遇到，而非首先提出，不能光看善良意图，这是中国法学中缺少经验层面的东西。法科学生存在法律信仰缺乏，这是法学教育的最大障隘，有何看法和解决办法？苏力：信仰和怀疑是一个问题的两个方面，怀疑恰恰是信仰的表现。真正的不信仰是无动于衷，提出问题也是信仰，信仰是过程。如何看待本土化和全球化问题 苏力：我不关心本

土化还是全球化，而关注解决实际问题，强调能否使人信服，能否是中国富强。中国从训政到宪政有什么具体问题，从台湾方面有什么可借鉴的地方 苏力：台湾问题我不太清楚，但我相信中国可以从台湾汲取经验和教训。能否对我的学习和研究如何落实到实际提供一些建议？ 苏力：找到一本自己真正信仰的好书，对我启发最大的是《科学是什么》，它对法学研究影响最大，让我重新理解了法学；还有一本是《乡土中国》，能真正理解当今中国法治的问题。中国民主化对外国制度的移植 苏力：许多欧洲国家试图引进美国司法制度，但都不成功，对民主问题要从经验上研究，千万不要相信现在的答案是终极真理。法律的合法性必须基于社会的认可，问题是如果确定社会标准应由谁来确定，对刘涌案来说，你认为你和你的观点一定代表民意吗？ 苏力：我不认为我一定代表老百姓的民意，尤其在边缘问题，其实我不认为任何人可以代表民意，我是基于常识，如果没有常识则没有法律。“道可道，非常道”，理解中国社会必须理解你自己，反思一下，理论很可能出问题。不要追求真理，真理在竞争中产生，出错了，不要急，大家迟早会知道什么是对的，我不想做真理的代言人。谢谢！ 朱景文教授：苏力提出的话题是沉重的，要面对的也是我们大家，他所提出的一些反思2003年以来我们经历的事件，大家可能同意也可能不同意其观点，但苏力教授提倡的这样一种研究方法，即：我们要从中国实际出发，不要认为真理在国外。马克思在《资本论》前言中说：科学上没有平坦的大道，只有沿着小路攀登的人才能达到光辉的顶点；另外是但丁的一句话：这里有玫瑰，就在这里跳舞。真理就在你脚下，并不在彼岸！谢谢苏教

授！ 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)