

您的位置: 首页 >> 阅读文章

[阅读文章](#) Selected Articles

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 1725

## 中国现代化进程中的法制问题

朱苏力

编者按:

随着加入WTO的临近,中国的法律制度也终于在二十一世纪开始全面实现与世界接轨。在中国迈向法制现代化进程中,有许多重大的理论问题需要澄清,有许多创造性的实践需要用理论的方式凝固下来,也有许多问题需要理论上的探索 and 解决。本文作者就“中国现代化进程中的法制问题”进行的对话,不仅是重大的理论问题,而且涉及到了立法、司法、社会变革等等我们实际生活中面临的重大问题。为此,编者选择与法律实践相关的部分,分两次连载,希望引起广大读者对这些问题的思考与关注。

### 法律与治理

朱苏力:关注“真实问题”是前些年关于法律学术研究本土化讨论中涉及到的一个重要问题。这实际上涉及的是法学研究的中国化问题,即对西方理论和方法的关注必须以中国的真实问题为出发点,因为我们所接受的西方关于法治的经典理论实际上是西方思想家在解决他们的时代和社会所面临的问题时的产物,而中国的问题是有独特性的,我们只有在把握我们面临的问题的时候,才能作出我们的贡献,包括实践上的和理论上的。实践上的问题就是解决中国的问题,使中国成为法治国家,而这是不可能依葫芦画瓢就能完成的。

强世功:如果将西方的历史作为现代化发展进程的指标或维度,那么中国是一种“压缩的现代化”,因为我们要在近一百年内完成西方在近千年内完成的社会变迁。我们既要面临从传统向现代的转型,但由于我们与西方存在着同时性,也深切感受到了后现代性问题。在这些问题上,一个特别重要的问题就是法律与治理的关系。

在西方,从12世纪罗马法复兴到18世纪资产阶级法治的建立,法律在西方主要是作为一个独立的要素,以其独特的法律思维、法律知识、法律技术、法律共同体、法律机构等等这些法治的要素,对政治权力形成某种制约。从19世纪开始,法律成为解决各种社会问题的治理工具,比如人口问题、犯罪问题、贫困问题等等。而中国在向现代国家转型中面临的迫切问题首先是现代化推动的社会治理问题,比如国家政权建设、农村的土地改革、婚姻家庭问题等等。由于没有强大的法律传统,也没有成熟的法治构成要素,所谓法律就简单地变成了社会治理的工具。我们近20年来的法治建设,就是将法律逐步从这种治理工具中解放出来,将法律作为一种独立的自主性的力量。如现在强调法律的专业化、提高法官的法律素质、进行司法改革等正是如此。

如果以西方法治的发展作为参照系的话,中国的法治发展似乎是一种逆转的西方法治历史。

朱苏力:你说我们与西方相比是一个压缩的、甚至逆转的过程,我同意前一种压缩的说法,倒不一定同意是个逆转的过程,我更倾向认为是一个互动的过程。

西方现代法治的产生有很多支撑性的东西,而中国到20世纪80年代后期才可以说真正有法治的东西,以前即使讲法治还是作为意识形态来谈,没有法律职业、法律技术,只是民法、刑法上稍微有一些技术性的东西,而许多其他的部门法,比如最初的科技法、经济法,都缺乏细致的技术,更没有像反垄断法这种应用经济学分析的法律。因此,不能说80年代之前就已经开始进行治理了,那时也许只有“治”,没有“理”。因为治理需要一种专业化的能力,而那时我们缺乏这种能力。直到90年代,随着市场对法律的需求,法律的技术才开始得到更多重视,逐步发展起来了。所以,我认为这是一个反复互动的过程,会持续较长的时间。而

法律要真正成为治理的工具,需要经济学、社会学、政治学等多学科的发展,也就是说要有一种福柯讲的gaze的概念,即“对目标的凝视”:知道我们的对象究竟是什么,有什么特点,在此基础上才有可能有效地治理。

当然,这种互动会出现很多问题,尽管有人提出了这些问题,但社会还没有各种支撑力量(包括技术的、财政的、管理的等)来真正推进它,因此可能需要回头做补充工作,不光是知识上的,还有技术等一系列的调整。例如司法改革,我觉得不远的将来就可能会出现大的调整。如今法院案件越来越多,法院变成了解决纠纷的主要的甚至是惟一的部门,法院能不能承受这种压力就会是个问题,而且这样的话,法院也就不可能成为确认规则的部门。因此,要法院成为法院,必须要有某种制度上的调整,实现纠纷解决的分流,包括民间自行解决、行政部门解决以及其他方式解决。而法治意识形态化的做法之一就是要把一切纠纷都赶到法院去。

强世功:正是在“治”与“理”之间的互动关系中,我们可以看出中国现代治理技术的转型。80年代之前的“治理”并不是一种理性的科学的治理,但是,它有一套成型的治理技术,比如群众路线、批评自我批评、说服教育等等。这种治理技术大多是针对“灵魂”的治理,是对“思想”的凝视(gaze)。现在,我们对这种治理的技术很少使用,而发现法律是一个特别重要的治理工具,甚至无论什么都似乎想通过法律来解决。这种对法律的误解、迷信有可能最终会破坏法律,因为法律承担了它所不能承担的任务时就会发生畸变。比如,用法律来治理“包二奶”的社会问题就引起很大的争议。法律要有所节制,有所为有所不为。

尽管法律的治理会出现一些负面的效果,但是,正是在对法律的期望中,我们看到了对新的治理技术

### 特聘专家

#### 法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

的探索 and 追求。现代社会越来越复杂，而在一个复杂的社会中，无法治理人的“灵魂”，只能治理人的“行为”，这正是法律治理的特征。管理一个复杂社会，尤其是中国这么大的一个国家需要很精致的技术，只有具备了成熟的治理社会的技术，我们才能构建治理国家政治生活的技术。法治、宪政、民主也是一种技术，因此，我们不能将中国的法律治理混同于西方的法律治理，而要区分法律作为治理国家的技术和作为治理社会的技术。

我前面所说的都是法律的社会治理。在西方，法律的社会治理是在国家政治生活的法律治理完成之后进行的，也就是说，在法治、宪政和民主政治的框架内进行的。而在中国，仅仅强调法律的社会治理就忽略了对国家政治生活的法律治理。因此，我们不仅要谈作为社会治理技术的“法制”，还要谈作为国家政治生活治理的“法治”。法律不仅要在法学传统中的法律技术的意义上来理解，也要在政治学意义上的自由主义、民主宪政的意义上来理解。

法律家知识传统中的法制，与政治尤其是意识形态没什么关系，法律就是一套解决问题的技术，而这样的问题主要是社会问题而不是政治问题。在这个意义上，您的观点可以说代表了近10年来的主流观点，即法律就是法律，是一套解决问题的技术，而不必然与政治结合起来。

朱苏力：从当前法学界来看并不是这样。我只是努力在为更技术化、更治理化的法学奠定理论上的基础。在这个意义上，我作为一个社会思想者和尽可能冷静的旁观者，来反思一些法治可能存在的问题。我不愿意为了法治牺牲像当代秋菊这样渺小的愿望。我觉得法律应当更具丰富性，特别是针对中国这样一个大国，这样复杂的情况。

强世功：您刚才说的似乎是一个悖论。首先要从法律人的角度来看法律，法律就是规则，要建立专业化的知识和法律共同体。但与此同时，如果从另一个视角来看就会发现，建立法律共同体意味着知识垄断，“法盲”会更多，这种专业化知识背后又与权力、职业群体的利益联系在一起，同时，法制的进程会牺牲像秋菊这样的人的感受。这是现代法制建设的很大的悖论。

问题在于法制所带来的问题是在法制的基础上来解决，还是在非法制的基础上来解决？我想您也会主张前者，尽管不无遗憾。我倒觉得，现在问题是还没有这样一个法律共同体。社会的发展和变化很大程度上依赖于技术的积累，技术背后知识的积累以及与之相关的知识群体的积累。如果现代社会没有专业化的法律，没有法律共同体，没有良好的职业群体，那么，良好的法治不可能仅依靠政治变革或者意识形态建立起来。

朱苏力：也就是说作为普及的知识，经济学已经为所有的企业家、政府官员必须考虑，比如机会成本的问题、收益最大化的问题。而法律家还没有做到这一点，因为法律职业者、政府官员和民众还没有建立起这种法律技术的共识，尤其是法律技术中程序技术的共识。

但是，我从来不认为法制带来的问题只能以法制来解决。首先，法制带来的问题也许不仅仅是法制的问题，而可能是社会的问题，因此必须眼界更开阔一些。其次，我的怀疑主义甚至会更重一点，有些问题是否一定能解决？是否存在没有问题的社会？是你的问题还是我的问题？问题对不同的人并不完全一样。对这些人解决问题的办法，可能会成为另一些人的问题，甚至对昨天的他是解决问题的办法，但对今天的他就是该解决的问题了。例如，乡镇企业是解决农民贫困的办法之一，但对他们的下一代可能就会出现污染问题。我不设想有彻底解决所有问题的一天，我们也许应先解决我们面临的问题。

## 立法与司法

强世功：后现代对现代性问题的反思有可能使我们找到解决现代性弊病的渠道。我们在迈向法治的过程中，应当关注法律现代性本身所带来的问题。

就中国的经验来看，20世纪70年代末期我们提出社会主义法制的概念，由此导致了大规模的立法，中国法制进入了一个“立法时代”，大家对法治的印象就是什么东西都要立法，要有规则。于是，法律在人们心目中的印象就是规定你可以做什么，不可以做什么。90年代中后期开始提出司法公正，推进司法改革。中国的法制进程可以说进入了“司法时代”，人们对法律的理解开始从规则转向了审判。这个转向实际上意味着将法律理解为规则本身的局限性，因为规则可能是无效的规则，也可能是不合理的规则。司法公正不仅要求法律规则在实践中是有效的，同时也必须是公正合理的。

因此，这20多年来法治的进程不仅是制度上的逐步推进，而且也是法律观念上的不断更新，对法律想象的不断更新。其实，社会事实就是建立在想象之上的，当人们的想象发生了变化，社会事实也就会发生变化。我们今天经常谈到西方的经验，谈到历史的教训，其实真正的西方是什么或者真正的历史事实是什么不重要，重要的是人们如何谈论这些东西，人们是如何想象“西方”和“历史”的。这种想象构成了我们今天真实社会生活的一部分。因此，“法律是什么”实际上依赖于法学家对法律本身的想象。

当我们围绕立法活动来想象法律的时候，法律就是一种命令，就是一种体现国家意志的工具，就是一种治理社会的工具。这时，“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”就自然成了法制的原则。当我们围绕司法活动来想象法律的时候，法律就是一种公正的判断，甚至是超越国家权力的公平裁判，它是实现社会正义的渠道。在这种意义上，法制的原则就成了要求司法公正、要求程序正义等等。

朱苏力：我觉得下一个问题可能还是要回到政府的规制，这次回去不是一般的立法，而实际上是执法，是另一部分执法。我们说司法是正义的最后一道门槛，但是为什么别的都不行了，让最后一道门承担那么重的社会责任？在法治社会中，绝大多数纠纷并不是到法院解决的，法院是确立规则，而真正的执行是在政府部门。司法诉讼要是这样膨胀下去，司法部门会被压垮。在一个比较理想的制度下，绝大部分法律的执行应该是在政府部门，绝大多数纠纷则会由社会的各种机制依据相对统一的规则来解决。

从经济体制改革、政府职能改革以来，中国就已经在解决这样的问题，即纠纷如何在政府部门解决，而不是都推到法院去。比如警察罚款、许可证、执照等问题，这些问题很可能将来不进入法院，而是在政府部门解决。

也许有人会说，这样会不会强化政府而损害司法？其实，在一定意义上，把法院作为纠纷解决部门实际是把法院当作政府，这就表明法院还没有真正定位。将来法院的进一步定位就是要把法院作为规则的确认和调整的部门，把政府更多地作为纠纷解决部门。这就需要除了大量的严格执法的官员以外，政府内部重新调整战略，如许可制度等都会有重大变化，而且会更多受到社会科学如经济学、政策科学等影响。要考虑效率问题，把纠纷逐步分流，使实际流向法院的案件减少。

法院和法学界乃至整个社会都必须更清楚地意识到，通过提高诉讼成本，把大量案件转移到行政部门解决，不仅有利于公正，而且有利于效率。不能把过于沉重的负担压到法院，否则法院承受不起，而且必然会腐败，因为当法院变成了一个主要的纠纷解决部门，与其他政府部门差别不大时，寻租的可能性就增大。

此外，其他社会机制也应当同时发挥作用，在一些小的纠纷或不涉及基本权利或重大利益的纠纷上，

人们通过其他的机制，包括相互妥协、信用、日常生活的合作与不合作等，可以获得一种秩序。现在不少人讲“为权利而斗争”，这当然重要，但是如果把这种口号意识形态化，一丁点小事也要到簿公堂，实际上就可能是另一种方式的“斗争哲学”。

强世功：这种从规制的国家向非规制的国家转化的过程，在西方是一个相当长的过程。在中国，由于是一个压缩的现代化，西方几百年中完成的建设我们必须在几十年内完成，西方在不同的历史时期中经历的东西我们必须同一个历史时期中完成。比如，西方人权的发展经历了18世纪的经济权利、19世纪的政治权利和20世纪的社会文化权利的缓慢演进，而这些不同的权利类型以及这些不同的权利类型所需要的政治、经济、社会文化条件对当下的中国同时提出了要求。

正因为如此，中国的社会转型不可能在一个有序的过程中进行，而总是在同时进行。一方面我们在放松政府管制，另一方面我们又加强管制。问题的关键在于哪些管制应当放松，哪些管制应当加强，我们似乎不很清楚。因此，政府对于社会问题总是处于一个应急的状态中，今天基层工作出现了问题就加强基层的组织建设和民主建设，明天财政税收出了问题就加强打击走私和偷税漏税的力度，后天市场秩序出现问题就加强工商管理的工作。其实，在这一点上，西方有些成熟的经验可以借鉴，尤其是在放松国家管制的同时，应当加强社会组织自身的能力，充分依赖市民社会管理自身的能力。在这个过程中，要处理几个关系问题，比如如何处理政府与市场的关系、政府与社会的关系、社会与法律的关系等等。

在处理这些问题的过程中，要逐步确立法律在社会中的地位。原来法律是政治暴力的工具，后来提出为经济建设保驾护航，现在又强调司法公正，这些都反映了不断的寻找法律的位置。从立法的角度来讲，原来立法针对的是老百姓，现在回过头来讲到规制问题，就不仅要为社会立法，还要为政府建立规则。由此通过法律划定国家、市场、社会间彼此的界限，通过宪政这样的程序性建设为三者的互动提供支撑性基础和规则。

我同意您对法院的看法，法院应当成为确认规则的机构，而不是纠纷解决的机构。但是，我认为要区分高级法院和基层法院，前者作为规则确认机构，后者作为纠纷解决机构。我的一个比较激进的方案是：建立中央法院和地方法院两套体系来区分这两种功能。让地方法院承担起社会治理的功能，让中央法院担负起维护法律规则的功能。我们可以将最高法院、高级法院和中级法院变为中央法院，将基层法院变为地方法院。这样更主要的是可以解决司法的地方保护主义。

目前，在新一轮的改革中，正是要处理上述几种关系。在这个过程中，知识分子在提供知识和制度设想的可能性上很重要，即在复杂的关系中提供什么样的可能性，在政府、社会之间建立比较恰当的关系。

朱苏力：其实，我们一直在借鉴外国，但是外国并不是铁板一块，也是多种多样。因此，究竟借鉴什么，这就不是一个提倡不提倡的问题，而是要具体地借鉴。这就有一个判断问题。判断不可能通过借鉴完成，而必须具体细致地研究问题。因此，问题又回来了，要梳理问题，研究现实，需要社会科学知识，而不是价值判断，至少不仅仅是价值判断。比方说，社会自治的问题。仅仅说政府放松规制让社会自治，从长期看无疑是对的，但是在短期可能出问题。广州潮汕地区，政府不管市场，假货到处都是，结果商店甚至打出“本店没有潮汕货”，外资撤出，结果政府不得不进来干预。又比如公民权利保护的问题，如果政府不保护或没有能力保护，那么许多人就不是“公民”，而是社区成员，他享有的权利就不是“公民权利”，而是随社区而变化的“权利”，甚至有时就是没有权利。

因此，不能把“社会”本身神话，也必须具体分析。美国内战、战后修正案以及20世纪60年代的民权运动在一定意义上就是要消除社会对人的“公民”权利的限制和剥夺，要建立一个更强大的保证自由、正当程序的联邦政府，就是要建立一个统一市场和政治框架的国家。中国现在也有这个问题。因此，不是笼统地讲减少规制，其实法治的一个维度就是增加规制，但必须是清醒的，必须基于具体的分析，一旦当成运动来搞，就会出问题。

我不赞同建立两套法院体系，尽管我曾经看到这个问题，从这个角度思考过。因为当我们看到两套体系之好处时，也必须看到其坏处以及成本。两套法院，机构增加、人员增加，而且在目前的条件下，很难保证增加的人员都严格遵守法，国家和地方财政上能否支持，司法是否会进一步行政化等等。而且更重要的是会出现两套规则体系，也就是两套法律，会发生冲突法的问题，更多的程序法问题，律师的知识也都要整个发生变化。这甚至不是一个成本问题，而是民众的预期问题，法律依赖问题，还有防止腐败的问题，因为两套体系有法律衔接问题，给人更多腐败可能。应当看到，规则统一化是大趋势，欧盟比较典型，还有北美经济区。其实最

重要的就是规则体系逐步统一。如果我们仅仅看到两套法院体系的好处，有可能出问题。没有相当把握，社会不应当轻易进行大规模的试验。是，这个思路不错。我以为应当在司法系统内部进一步分工。

#### 审慎、知识与司法独立

强世功：对于西方的理论，我们不仅要在理论的意义上来考察，也要在制度的意义上来考察，比如司法独立。如果仅仅从思想史来考察，之所以实行司法独立是因为司法是一种理性的判断，是一个最不危险的部门，司法独立是通过分权来制约王权的重要机制，这些说法都是我们耳熟能详的。但是从制度来考察，司法独立实际是在绝对主义国家兴起的时候，是加强中央集权的重要手段。

如果我们考察今天司法公正、司法独立，除了司法腐败的原因，很大程度上是改革开放以来，中央的权威或者国家能力不断削弱，尤其是地方保护主义妨碍了经济的发展和秩序的稳定。现在，我们都知道法院体系越来越变成地方政府的一部分，“地方法院”成了“地方的法院”。只有实行司法独立，才能摆脱地方政府的干扰，使得司法的力量成为执行法律的力量。如果我们不进行社会史的考察，就看不清某些制度的真实变迁。

我认为，应当将司法独立放在中央与地方的关系框架中来思考。改革开放以来，实际上是中央“放权让利”，在这个过程中，中央的权威和能力越来越受到地方的制约，尤其国有企业面临困难的时候，中央就出现了财政困难，由此导致司法机关甚至军队为解决“吃饭”问题卷入到经济领域中去，或者更加依赖于地方财政的支持，由此产生了种种问题。因此，如果要树立中央的权威，中央就必须有必要的汲取财政的能力，其实税制的改革和金融体制的改革很大程度上就是为了这个目的。现在，司法改革不仅应当以司法公正为目标，而且应当以强化中央的权威为目标。在现代化进程中，没有中央的权威是不可能完成的。

朱苏力：现在越来越可以看出，司法是一个独立的确认、执行普遍规则的部门，它既脱离了立法部门，也脱离了行政部门。立法部门确立规则，行政部门执行规则。当然我不是说三权分立学说是错误的，但我们至少要知道，法院的最主要的职能是在个案中判断执行哪一个普遍规则，在普遍规则与特殊规则发生冲突时，在绝大部分情况下，应当重申并坚持普遍的规则，而非特殊的规则。如果起不到这个作用，司法独立就没有意义。因为我们不能想象独立的法院就一定比独立的政府更清廉，而且即使清廉公正，这个法院或法官也只是一个“清官”，是政务官，而不是现代意义上的法官。

强世功：我们在理解三权分立时，即使从观念史意义上讲，还漏掉了重要的共和传统。共和传统的一个重要前提是承认社会由不同阶层所构成，不同的社会阶层不仅代表了不同的生活方式，也代表了不同的品德或德性。一个稳定的社会或者良好的政体不是一个阶层对其他的阶层的统治，而是混合政体，不同的阶层、不同的德性都要体现在政治生活之中。

所谓的三权分立不仅是根据社会功能对权力的划分，而且是根据不同的德性进行的划分。比如，立法代表了大众的流行意见，这些意见是易变的，所以才有所谓“媚俗”的说法；行政代表了权威，代表了追求荣耀；而司法代表了均衡权利冲突中的一种审慎。所以，政治家的德性与法官的德性是不同的。这种共和的思想不仅体现在政治权力结构的安排上，而且体现在司法实践中。比如，陪审团与法官的区别，就是要让法官代表专业化的知识和真理，而让陪审团代表普通人的健全的常识和理智。

朱苏力：许多人认为要让最优秀的法学院学生当法官。而波斯纳就说过，不应当让最优秀的法学院学生当法官，因为最优秀的学生常常都有些怪癖（比如知识上的怪癖），因此距离普通人的生活远一些，更可能做出不合情理的判断。美国在70年代任命Blackman法官时，曾经提名过两名法官，其中一个在法学院的成绩较差，水平一般，因此许多人反对他，说他很笨。一个参议员替他辩护说：“是，他是很笨，但是美国也有很多很笨的人需要在法院里有代表。”美国联邦最高法院从上个世纪初始终有一个犹太人的代表（法官），持续了很长时间，60年代后有黑人代表，80年代开始有妇女代表。这至少表明法院不是像我们理想的

那样完全是一个智力性机构，而是一个政治机构，而政治智慧未必就是法学院的学业的好坏。对美国政治最有影响的法律家恰恰不是法律上最优秀的，而都是政治家出身，比如马歇尔、沃伦、塔夫特等。

强世功：我想其中的关键在于区分理论理性与实践理性。司法裁判面对的不是普遍的一般情况，而是面对具体的案件，要面对具体的人和特殊的事，而且在许多案件中，并不是对错截然的判断，而是“公说公有理，婆说婆有理”，这就是经常所说的“疑难案件”。在诉讼中，当两种同样重要的权利发生冲突的时候，就需要均衡、判断、裁量。因此，法官需要具有实践理性和实践智慧，需要敏锐、有洞见，而不是纯粹的书本理论能力。我说过，优秀法官应当是一个历史学家，他能够倾听时代的声音，感受时代的变迁，把握时代的精神，从而推动社会的进步；他同时应当是一个社会学家或经济学家，能够分析社会力量和社会结构的变化，通过社会利益的分配与均衡来维持社会秩序的良性运行。

如果说议会或者政府中的政治决策是一个公共选择的过程，是通过直接的投票来反映不同社会阶层的利益的话，那么，法院是通过司法判决中的法律推理来表现的。通过司法推理，不同的政治主张、社会理论、意识形态和社会利益进行公开的、理性的辩驳和推论。这种辩论不同于议会或者政府决策中的辩论，后者很大程度上借助于修辞的技术，追求在很有限的时间中打动人心，而司法判决中的辩论很大程度上是建立在一个理性的法律知识的基础之上，比如概念法学的传统或者普通法的传统。

所以，在政治设置上，尽管法院也是一种政治，但它是一种不同的政治，它更多依赖知识上的精英化。行政是一种上级命令下级，但是，法院上级就不能命令下级，只能通过判决来否决下级。美国联邦最高法院的大法官无论是否受过法律教育，无论具有什么样的政治背景，但是要想成为著名的大法官必须通过司法判决做出法律上的贡献。大法官马歇尔尽管是一个政治家出身，而且在马伯里诉麦迪逊案件中体现出法官避免将法院卷入到政治斗争中的明智之举，但是，马歇尔之所以成为著名的大法官，并不是因为这种政治上的明智，而是因为他的一系列判决确立了司法审查、合同自由等法律原则。

朱苏力：但这种判决也是一种政治力量的运作。比如，一个法官知识很高，但是很孤傲，不能调动其他法官，那他就无法获得判决。因为这时知识上的优势并不一定特别重要，重要的是一个判断，比如是否到了需要废除种族隔离的时机，这种判决是否会获得国会的支持，做出这个判断以后，能否获得其他法官的支持等等，这些考虑就非常重要。而这些东西往往被人们忽略了。

强世功：的确，一个好的司法判决是因为它适应了社会或者时代的要求，而不仅仅在法律知识上是正确的。在这个意义上，司法判决尤其需要法官的明智与判断。由此，我们可能触及到司法理论中的一个核心问题。

一方面，司法建立在独特的知识基础上，而且必须以强大的、成熟的法律知识传统为依据，正是基于这种知识的独特性，司法独立才是可能的。也就是说，司法独立实际上是司法运作逻辑的独立，是一种独特的解决问题的方式，比如必须进行辩论、必须遵守程序等等。因此，我们才能将司法诉讼区别于上访、行政命令等这种解决社会问题的方式。如果没有这种独立的、专业化的法律知识和法律制度的话，司法机关即使在制度上是独立的，但是，在司法的运作过程中无法起到司法本身的作用。另一方面，法过程绝不是一个“不食人间烟火”的孤立过程，司法过程是一种社会实践，而不是书本上的理论推理。因此，书本上的法律知识必须要符合社会的要求。司法过程中的知识运用要成为社会发展的一部分，甚至司法过程本身就是推动社会进步的重要部分。

强调前一个方面往往被称为司法保守主义，强调后者往往被称为司法能动主义。社会的发展实际上往往是在二者之间来回摇摆的。在一个社会稳定的时期，强调司法保守，而在一个社会变化的时期需要强调司法能动。

对于中国目前的状况而言，的确是两面为难。一方面，由于我们没有强大的法律知识传统，因此，特别需要强调司法的专业化和知识化，强调司法逻辑的独立性，由此为司法独立建构一个成熟的法律知识和法律技术的基础。但是，另一方面，中国的社会处于急剧的变化之中，立法的滞后使得法官必须具有适度的发现甚至创造法律规则的可能性，因此，需要法官对社会的发展作出直接的反映。

文章来源：中国民商法律网

---

## 相关文章：

当代中国的中央与地方分权  
中国农村对法治的需求与司法制度的回应——从金桂兰法官切入  
社会变迁中的法理学问题  
公共知识分子的社会建构  
你得是有出息的孩子——在北京大学法学院毕业典礼上的致词  
当代中国法理学的谱系及不足  
中国传统文化与法治现代化——朱苏力教授北京农学院讲座纪录  
面向中国的法学  
面向中国的法学  
从历史的意义来认识梁祝悲剧——朱苏力教授在耶鲁大学的讲演（节选）  
从法学著述引证看中国法学——中国法学研究现状考察之二  
从法学著述引证看中国法学  
解释的难题——对几种法律文本解释方法的追问  
中国法官教育培养和遴选的几个问题  
当代中国法理学的普性及不足  
制度是如何形成的

当代中国法律中的习惯——一个制定法的透视  
当代中国法理学的普性及不足  
当代中国法律中的习惯—— 一个制定法的透视  
制度变迁中的行动者——从梁祝的悲剧说起

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)

