

高其才 著

乡土法学探索

高其才自选集

清華法學文叢



清華



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中華法學文叢

高其才 著

乡土法学探索

高其才自选集

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

乡土法学探索:高其才自选集 / 高其才著. —北京:法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7261 - 6

I. ①乡… II. ①高… III. ①法学—文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 279466 号



责任编辑 韩满春
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 22.5 字数 353 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7261-6

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

高其才

男，汉族，1964年9月出生，浙江省慈溪市人，清华大学法学院教授，博士生导师。

独著有《中国习惯法论》（湖南出版社，1995年；修订版，中国法制出版社，2008年）、《中国少数民族习惯法研究》（清华大学出版社，2003年）、《瑶族习惯法》（清华大学出版社，2008年）、《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》（法律出版社，2009年）、《国家政权对瑶族的法律治理研究》（中国政法大学出版社，2011年）、《桂瑶头人盘振武》（中国政法大学出版社，2013年）。

合著有《农民法律意识与农村法律发展》（第二版，中国政法大学出版社，2004年）、《瑶族经济社会发展中的法律问题研究》（中央民族大学出版社，2008年）、《司法公正观念源流》（人民法院出版社，2003年）、《基层司法——社会转型时期的三十二个先进人民法庭实证研究》（法律出版社，2009年）、《乡土司法——社会变迁中的杨村人民法庭实证分析》（法律出版社，2009年）、《政治司法——1949—1961年的华县人民法院》（法律出版社，2009年）、《当代中国法律对习惯的认可研究》（法律出版社，2013年）、《洞庭乡人何培金》（中国政法大学出版社，2013年）等。

编著教材有独著《法理学（第三版）》（清华大学出版社，2015年）、《法社会学》（北京师范大学出版社，2013年）、《司法制度与法律职业道德（第二版）》（清华大学出版社，2014年）。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 重建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

代序：乡土法学的若干思考

经过学人的共同努力,近几十年的实践表明我国的法学研究有了明显的进展,法学“在中国”已经基本不是一个问题,但是法学研究仍存在“中国化”的问题。我们需要总结我国法学发展的过程,厘清我国法学进步的成绩,探讨法学研究的现实状况,思考法学发展的未来方向,明晰法学研究的中国主题,以进一步推进我国法学研究的深入发展,以养成我国法学研究的独立品性,形成法学研究的本土风格,推进中国问题的解决和民众生活的改善、中国社会的进步,并为人类法学的发展作出中国的贡献。

法学研究离不开中国社会土壤,并奠基于中国的政治、经济、文化、历史条件。费孝通先生在《乡土中国》中提出了“乡土中国”的概念,并对中国基层社会的性质进行了探讨。^①我在这些年的田野调查和研究中感到当今的中国社会本质上仍然属于乡土社会,^②中国法学的存在和发展与这一社会环境息息相关,并由此逐渐萌发出有关乡土法学的若干思考。本文仅就乡土法学的研究意义、对象、内容等作一初步探讨,以引起学界对这一论题的关注。

一、乡土法学的意义

乡土法学具有中国法学特质,为中国固有法学的接续和发展。深入进行

^① 《乡土中国》是费孝通先生在20世纪40年代后期,根据他在西南联大和云南大学所讲“乡村社会学”一课的内容而写成的,1947年结集出版。《乡土中国》围绕着中国基层社会的乡土性质,以“乡土本色”、“文字下乡”、“再论文字下乡”、“差序格局”、“系连着私人的道德”、“家族”、“男女有别”、“礼治秩序”、“无讼”、“无为政治”、“长老统治”、“血缘和地缘”、“名实的分离”、“从欲望到需要”14篇短小的论文从不同角度与层次勾画乡土社会的面貌,全面地展示了中国传统社会的社会状况,提炼出了一些至今被广泛引用的“乡土社会”、“差序格局”、“礼治秩序”、“长老统治”等基本概念。详见费孝通:《乡土中国》,三联书店1985年版。

^② 在我看来,当今的中国社会虽然工业文明有了一定的发展,商业文明也有某种程度的体现,但是从社会结构、治理体系、思维方式等方面整体衡量,当代中国社会从本质上仍为乡土社会。

乡土法学研究,顺应我国法学多元发展的趋势,是中国法学主体性建设的需要,其有助于完善当代中国的社会治理结构,有助于推进国家法治建设。

1. 乡土法学具有中国法学特质,为中国法学的重要构成部分。探讨乡土法学,有助于从一个侧面丰富中国法学的研究内容,总结中国法学的研究特点,推进中国法学的学术内涵,增加中国法学在世界法学中对话的可能性,为人类法学的发展贡献力量。中国文明是循着自己的独立途径成长起来的。中国法学需要摆脱西方历史模式的笼罩,从而揭示中国社会规范和秩序变动的独特过程和方式。

2. 乡土法学是中国固有法学的接续,对于弘扬中华法系优秀内容、传承中华优秀法文化是有积极意义的。乡土法学对中国民间的乡土法、习惯法规范的研究,有助于完整理解中华社会的法规范,把握中华法文化的特质,广泛传承和弘扬我国固有法观念,全力推进中华文明的复兴。^③在一定意义上,乡土法学为汉学的组成部分,其价值主要在于阐发中国乡土法的现代意义。

3. 乡土法学有益于中国现代的社会治理。我国现代社会的社会秩序的形成离不开国家法律,也离不开乡土法、习惯法。在中国传统的乡土社会,国家行政力量对乡土社会的控制并不深入,社会秩序主要通过乡土法进行自治而形成。^④乡土法学对乡土法中集体意识的关注、^⑤对集体意识与乡土法秩

^③ 秋风认为:“我的主张就是要回到以习惯法为主的这样一套社会治理的模式中去,这是由中国特点决定的。”“在我看来,法律必须来源于生活传统,从这个角度来说好的法律都是习惯法。”“即便我们以制定法律的方式规范人们的生活,也必须要有个习惯法的思考方式,仔细去看一下现在普通老百姓的生活状态和方式,我们的司法体系都应该部分像原来固有的习惯法那样制定治理模式。”参见秋风:“‘依法治国’要恢复礼乐传统和习惯法”,载《孤读》第1期,http://www.rujiazg.com/article/id/4280/?isappinstalled=1,2014年9月15日访问。

^④ 黄宗智通过满铁资料来考察分析清代基层治理模式,认为清代基层治理进路主要表现为“集权的简约化治理”。在这种治理模式下,帝国一方面将行政权威聚集在中央,另一方面则采取一种简约化的正式官僚机构(只到县一级)。帝国的力量无法深入控制基层社会,所以不得不依赖准官员和纠纷解决机制进行治理的半正式的简约行政进路。参见[美]黄宗智:《过去与现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第78页。

^⑤ “集体意识”是涂尔干提出的一个重要概念。涂尔干认为社会成员平均具有的信仰和感情的总和构成了他们自身明确的生活体系,而这就是集体意识或共同意识。同时,如果一种行为触犯了强烈而明确的集体意识,那么这种行为就是犯罪。参见[法]埃米尔·涂尔干著:《社会分工论》,渠东译,上海三联书店2000年版,第42~43页。

序的关系的讨论,于现代社区治理、建设中国人的现代生活方式极有意义。^⑥

4. 乡土法学有助于当代中国的国家法治建设。中国法治具有移植为主、自上而下、政府主导、立法推进等特点,从一定意义上缺少社会内生动力,因此法治建设需要不断培育社会条件和社会土壤。通过乡土法学的调查、研究,对乡土法的运作机制进行全面的把握,探寻其与现代法治的共同点、相洽处,无疑是极有意义的工作。^⑦

例如,在法院案件审理过程中,法官了解乡土法,理解乡土法学的有关内容,将乡土法意识融合到国家法律中,对恰当解决纠纷、实现司法公正、确立司法公信力是有积极意义的。例如,2013年3月11日早上,广西壮族自治区蒙山县人民法院夏宜法庭庭长温建松早早带领全庭法官到瑶乡村寨开展普法活动。经过一个多小时的山路颠簸,法官们来到了夏宜瑶族乡六洛村六杉组。“做好村民的矛盾化解工作,不能照本宣科讲法律,还要讲究‘草根’智慧,用群众信服和感受得到的‘草根语言’、‘草根做派’,解决当事人之间的心结。”离开的路上,温建松对记者说。蒙山法院院长张勇说:“法官‘接地气’,百姓才能顺气。法官要熟悉瑶族同胞风土人情、生活习惯,提高排查化解民间纠纷的能力,更好地维护瑶乡的和谐稳定。”蒙山法院院长、庭长的这一认识是有感而发、经验之谈,符合我国社会的实际状况。^⑧

二、乡土法学的对象

乡土法学以乡土法为研究对象,乡土法是乡土社会的成员在日常的生

^⑥ 最高人民法院院长周强走进陕西富县直罗镇当事人家中走访时表示,“群众说事、法官说法”机制把法治思维、法治手段和村民自治结合起来,把法律和道德、乡规民俗结合起来,有利于矛盾纠纷的化解,是通过法治手段加强乡村治理的有效形式,要大力推广这种做法。参见宁杰:“扩大司法民主促进公正司法”,载《人民法院报》2014年7月19日版。

^⑦ 费文彬、桂西、覃奇峰:“沉下身 沉下心 沉下力——广西蒙山法院深入一线对接群众司法需求见闻”,载《人民法院报》2013年4月3日版。

^⑧ 虞城县人民法院的做法也与此类似。虞城县人民法院新一届领导班子在开展司法为民和党的群众路线教育实践活动中,正确引导法官下基层,虚心学习老百姓常说的方言,通过消化运用到办案之中,使破译后的“方言密码”成为定分止争的金钥匙,并使得许多冲突激烈的纠纷在法官们言法法语与方言土语的有机融合中得以化解。虞城县人民法院通过引导法官对农村方言的学习、转化,使法官们“接地气”实足。参见陈金华:“虞城‘方言密码’的破译效应”,载《人民法院报》2014年2月23日版。作为“全国法院办案标兵”的安徽省涡阳县人民法院何允芝法官也认为,人民法官要学会用脚步丈量司法审判与乡土传统习俗之间的距离,要不断挖掘符合中国国情和社情民意的审判方式,真正做到案结事了人和。参见何允芝:“正确对接群众语言”,载《人民法院报》2013年11月22日版。

产、生活过程中,逐渐内生形成的权利、义务规范,依赖社会成员的信守和一定的社会强制力保障实施。

乡土法具有这样一些特征:(1)乡土法是内生的,在乡土社会共同体内部萌发、生成并发展、完善。乡土法的产生与成长是一个长期而缓慢的过程,因而民众具有更为持久的内心确信和实际遵从性。^⑨(2)乡土法是农业文明的产物,与自给自足的小农经济密切相关。乡土法对乡民的日常生产、生活进行全面的规范,满足乡民生存、安全、发展的需要。(3)乡土法基本为非国家法意义上的习惯法,通常表现为不成文法的形式,但成文性的乡土法也占有重要地位。(4)乡土法具有地域特色,表现了某一乡土区域的历史特点、地理特征、生产状况和文化样貌。^⑩(5)乡土法为身边的法。乡土法为乡土社会成员的最近距离法,具有极强的拘束力,为乡土社会成员最为优先选择的行为规范。(6)乡土法具有文化性,体现了某一乡土区域的民情、社会特质,为这一群体、组织的成员的智慧累积。^⑪

乡土法的表现形式十分多样,既有成文形式的,也有不成文形式的,包括村规民约、自治规章、社区惯例等。格言、谚语、警句等也可能表达了乡土法的某种观念、规范。

三、乡土法学的内容

乡土法学的内容较为广泛,包括乡土组织法学、乡土民事法学、乡土调处法学、乡土处罚法学等。

^⑨ 农村订婚送彩礼规范即为例证。例如,重庆市石柱土家族自治县崔某与冉某经人介绍认识,并于2011年4月11日按当地农村风俗订婚。订婚时,崔某给付冉某彩礼3万元,同时还给付衣服2套、手机1部和400元红包(当地俗称“打发钱”)。参见何福贵:“未婚同居彩礼可酌情返还——重庆市石柱土家族自治县法院判决崔诉冉某返还彩礼案”,载《人民法院报》2013年11月20日版。

^⑩ 例如,甘肃省夏河县作为藏族同胞聚居的县区,其辖区内8万人口的近八成都是藏族同胞。当地产生了一种独特的纠纷解决方式:有声望的族中长者聚拢冲突方,从中调停,达成共识后献上哈达。这种方式还一直被沿袭至今。这一乡土法纠纷解决方式具有地域特色。参见潘静、曾哲扬:“才让旺杰:草原上架起的桥梁”,载《人民法院报》2014年3月20日版。

^⑪ 例如,内蒙古自治区四子王旗尹氏兄弟二人在未征得赛某同意的情况下,将自己逝去的父母悄然安葬在赛某承包经营的草场上。赛某在知情后遂将尹氏兄弟告上法庭,要求尹氏兄弟停止侵权、恢复原状,并赔偿经济损失2万元。入土为安是对逝去亲人的安慰和祭奠,一旦下葬就不可轻易搬迁。这里的农村土葬规范就体现了我国传统的孝道观念,具有明显的文化性。参见纪勇:“贸然下葬惹事端 调解和好化纷争”,载《人民法院报》2013年11月20日版。

具体而言,乡土法学的研究内容包括乡土法规范、乡土法行为、乡土法观念、乡土法人物等方面,涉及应然、实然各层面。

1. 乡土法规范。乡土法规范为乡土社会内生形成的各种规范,它以乡土习惯法为主要表现形式,包括家法族规、村落规范、交易惯例、民间交往规则等。例如,广西金秀瑶族自治县六巷乡大岭村《村规民约》规定:“二、讲道德,不做坏事,不偷东西。1. 进屋、挖谷仓偷东西的除退回原物外,每次罚40斤米,40斤酒,40斤猪肉,共120斤,给全村村民吃。三、不嫖娼,不乱搞男女关系,违犯者罚款肉、酒、米各40斤,钱50元,男女各方一半,限期5天内请全村村民吃,并向全村村民认错。”

2. 乡土法行为。乡土法行为表现为民众在生产、生活活动中创制、实施、遵守乡土法的各种行为、活动;既包括各种立法、立约性的行为,还包括具体实施行为;既有民事性的法行为,也有违法性的各类法行为,还包括私了、和解、调解等形态各异的解决纠纷的行为。例如,广西壮族自治区阳朔县葡萄镇水岩门村发生一起相邻通道纠纷,法庭巡回办案来到现场时,双方你来我往,反复多次后,被告妻子脸色铁青,冲进家里拿出一大把香说:“我烧天香!让天作证,吃亏你莫怪我!”香被点燃之际,法官赶紧上前一把握过香火灭掉,避免了矛盾进一步激化。^⑫烧天香为农村发毒誓、断来往的一种方式,这一行为为典型的乡土法行为。

在国家执法、司法过程中,乡土法行为常常也有明显的表现。例如,浙江省乐清市人民法院的一位副院长曾经提到在去偏远的小山村送达妻子王某诉丈夫刘某的离婚诉讼案的应诉通知书时,四十开外的朴实农民刘某急忙将法官推搡地请进屋里,生怕我们被人看见似的。法官懂刘某的心思,家丑不想外扬。因是农历二月初一,当事人不肯签收法律文书。又如,在审理一起标的额不大的普通民间借贷案件时,被告因为原告在农历十五时上他们家讨过债,让被告感觉很晦气,而致双方对抗情绪特别大,矛盾无法调和。当地村民最忌讳农历初一、十五触“霉头”,这一天行事需格外谨慎小心。^⑬ 这里反

^⑫ 黄星航、韦金存:“‘一号法庭’悉心化纠纷”,载《人民法院报》2014年7月8日版。

^⑬ 范道敏:“尊重民间习俗 办案更接地气”,载《人民法院报》2014年5月16日版。

映了乡民“农历初一、十五不能涉官司、不能讨债”等乡土法行为。^⑭

3. 乡土法观念。乡土法观念包括乡土社会成员有关乡土法的常识、知识；对待乡土法的态度、情感；乡土社会民众的规范观、价值观。湖北有民谚：“官司打一台，争气不争财。”这就体现了乡民的某种法观念。

在现代社会，乡土法观念是客观存在的。例如，山东省日照市东港区人民法院立案一庭的法官曾收到84岁的张大爷于2014年4月12日上午委托大女儿告小儿子不赡养的立案要求。张大爷独自含辛茹苦将三个儿女抚养长大，然而等到孩子们需要尽孝的时候，家里却冷清异常。张大爷的小儿子将老人安置在老年房，经常不给饭吃，日常起居也无人照料。当天下午法官专程赶到了张大爷家，准备对其儿女做诉前调解工作。几番电话联系，小儿子始终不肯露面。两名法官便径直来到了其所经营的门面房，对其释明法理、人情，进行苦口婆心的说服教育，同时也教育老人的两个女儿，虽然按照习惯由儿子养老，但依照法律规定，赡养父母是每个子女的义务。经过整个下午，老人的儿女都幡然醒悟，老人的小儿子十分愧疚。在法官的主持下，儿女们达成赡养协议：老人今后由女儿们轮流赡养，小儿子定期看望老人并按月支付赡养费。^⑮在这一案件中，法官指出由儿子养老为传统习惯。显然，这一习惯体现的是乡土法观念，与“赡养父母是每个子女的义务”的国家法律观念存在某种矛盾。

4. 乡土法人物。乡土法人物为在乡土法生成、有效过程中的关键性人物。这些村组干部、民间精英、乡绅长老、地方领袖、权威人士在乡土法的创

^⑭ 浙江省玉环县曾经出现一起赴城隍庙献祭赌咒行为。张某是卖猪肉的屠户，向郑某购进生猪。郑某于2012年8月一纸诉状将其推上了被告席，称其尚欠货款25万元。法院审理时，张某坚称已全部清偿，但却无法提供任何证据佐证。宣判前期，法官召集双方征询最后意见。郑某喜色暗露，要求法院支持其诉讼请求；张某则如热锅上的蚂蚁，不仅要求驳回郑某诉请，而且当场要求法院成全其与郑某对天赌咒。法官顺水推舟，询问郑某是否愿意赌咒。郑某颌首。张某和郑某立即约定当日下午某时，各提猪头一个赶赴城隍庙献祭赌咒。法官临下班时，张某一个人匆匆赶来，口里不停地抱怨郑某毁约，致其苦等了一个下午，不得已只好先在城隍老爷面前发誓赌咒了。第二日，郑某竟然前来申请撤诉。当问其为何爽约时，此君顾左右而言他。参见孔庆周：“‘猪头断案’记”，载《人民法院报》2013年11月12日版。

^⑮ 王晓、焦婷、范苇苇：“案未立事已结，情暖毫厘”，载《人民法院报》2013年4月22日版。

制、实施过程中有着积极作用和重要地位。^⑩ 乡村社会有着自身固有的社会规范,其秩序维持依赖有公心有能力的杰出人士。这些人数量不多,作用却巨大,在社会秩序的维系、乡土社会的接续、中华文化的传承中担当了不可或缺的角色。“他们现在或生活在农村,或生活在城镇,正直、热心、善良、能干、自信是他们的共同特点。他们非常熟悉乡土规范,广泛参与民间活动,热心调解社会纠纷。他们是乡村社会规范的创制者、总结者、传承者,是草根立法者、民众法学家。他们作风正派,办事公道,能力突出,影响深远,口碑良好。这些人是一些有着独特个性、富有担当、充满活力的人。”^⑪

同时,国家法律的实施也有赖于这些乡土法人物的积极配合。例如,2013年3月26日,广西壮族自治区金秀瑶族自治县人民法院巡回法庭的法官冒雨来到长垌乡镇冲村大进屯,开庭审理一起损害赔偿案。案件开庭后,原、被告对抗情绪稍有缓和。村委会主任出庭作证。办案法官和人民陪审员经与原、被告背靠背工作,又请出族老出面调和,最终双方当事人各自退让,案件和解结案。按当地风俗,合议庭法官买了酒菜,自带饭锅炉具,案结后专门答谢族老,并请当事双方入席真正握手言和。族老一时性起,举杯反敬法官说:“这杯酒你不喝,出不得村的!”^⑫在这一案件的解决过程中,族老的作用不可小看,是族老与法官的互动使得纠纷顺利解决。

四、乡土法学的思考

进行乡土法学研究,需要我们转变观念、开阔视野、立足本土、注重调查。

进行乡土法学研究需要对我国法学进行批判性反思。乡土法学不是一个简单的概念提出,而是在反思我国法学基础上对未来法学发展方向的思考。我国的法学需要多元发展,既要求“洋”,更要立“土”,且需要回应我国

^⑩ 关于农村村组干部的角色、功能,徐勇认为村干部群体扮演着政府代理人和村民当家人的“双重角色”。吴毅认为村干部的现实角色是村庄秩序的“守夜人”和村政中的“撞钟者”,充当村庄秩序的消极守望者和村政的维持者。贺雪峰认为村干部扮演的角色更加复杂:保护型经纪、盈利型经纪、撞钟者、动摇于代理人与当家人之间。但无论村干部是何种角色定位,都与国家政权有着亲密关系。参见徐勇:“村干部的双重角色:代理人与当家人”,载《二十一世纪》1997年第4期;吴毅:“村治变迁中的权威与秩序”,中国社会科学出版社2002年版,第219~225页;贺雪峰、阿古智子:“村干部的动力机制与角色类型——兼谈乡村治理研究中的若干相关话题”,载《学习与探索》2006年第3期。

^⑪ 高其才:“‘乡土法杰’缘起”,载高其才:《桂瑶头人盘振武》,中国政法大学出版社2013年版。

^⑫ 黄星航、刘晓霞:“冒雨巡回进瑶村”,载《人民法院报》2013年4月4日版。

社会的需要、分析我国法律实践提出的问题。法学的发展需要树立“本根”观念,因此,我国法学的发展必须建立在固有文化、传统文明的基础上。我们需要认真思考学科发展与文化、历史的关系,从而使我国法学具有坚实的价值支撑,具有明晰的主体性。

进行乡土法学研究要求研究者眼睛向下。乡土法学要求研究者进一步认识乡土法的客观存在和重要意义,正视乡土法的实际社会意义和价值。法学研究应当眼睛向下,从生活中寻求研究的动力。当代中国进行现代化建设,需要理解历史的中国,准确把握国情和民性,从中国社会的发展中把握中国社会的特质和发展趋向。特别是中国基层社会,对当代中国社会的发展具有真实、潜在、深刻、广泛的影响。乡土法学能够更恰当地理解我国法律与社会的关系,关注社会生活中的乡土法。

进行乡土法学研究需要丰富法学研究方法。法学界应该加强田野调查,了解乡土法的实际状况,努力总结乡土法的特质,探讨和概括乡土法的内在规律,不断提升乡土法学的理论概括性和指导力,逐渐形成乡土法学的概念和理论体系。这是一个长期的过程,需要学界持续的努力。

目 录

代序:乡土法学的若干思考	001
--------------------	-----

一

法理学发展值得思考的几个问题	003
马克思主义法社会学研究对象初探	012
异常行为和异常行为社会学	016
法社会学中国化的若干思考	027

二

法的权威性论纲	
——依法治国的基本观念依据	039
当代中国法治建设的两难境地	046
略论公民参与法治的积极性	055
法治与党的地方领导干部的产生方式	063
地方保护主义与制度创新	074
现代立法理念论	091
瑶族区域自治立法探析	102

三

程序、法官与审判公正	
——上海等地法官访谈综述	139