

一部普通中国人都能够心领神会的作品，告诉你——
当代中国人真实生活中的法律

喻中 著

乡土中国 的司法图景

很多陌生的场景转瞬
即逝，很多走过的地方难
以再度重访。一位法学学者
走在偏僻的乡村、嘈杂的县城，关
注当代中国真实生活中的“人”，理解、
阐释他们某种行为的真实依据、某种
取舍的真实原因……

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



喻中 著

乡土中国 的司法图景

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：罗洁琪

图书在版编目 (CIP) 数据

乡土中国的司法图景/喻中著. —北京：中国法制出版社，2007. 1

ISBN 7 - 80226 - 690 - 4

I. 乡... II. 喻... III. 民事纠纷 - 处理 - 研究 - 中国 IV. D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 154748 号

乡土中国的司法图景

XIANGTU ZHONGGUO DESI FA TUJING

著者/喻中

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/690 × 1020 毫米 16

版次/2007 年 6 月第 1 版

印张/17 字数/215 千

2007 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 690 - 4

定价：34.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66033393

传真：66031119

编辑部电话：66022958

邮购部电话：66033288

故圣人之为国也，观俗立法则治，察国事本则宜。不
观时俗，不察国本，则其立法而民乱，事剧而功寡。

——《商君书·算地篇》

喻中

法学博士，法学教授，现居重庆。已经出版的个人学术作品主要有《法律文化视野中的权力》（山东人民出版社，2004年）、《为市场立法》（法律出版社，2004年），等等。

序

尽管一再说没有时间，并不相识的法制出版社罗莱娜编辑一定坚持我看看两位年轻作者的著作清样，并称书稿已经寄出。本书就是其中的一本，作者是重庆行政学院相当年轻的教授喻中，刚刚38岁，此前并不相识。这本书试图在城市/乡土，国家/社会和西方/中国的三种反差下展示和考察当代中国农村的司法。这三个维度的选择本身已足以表明作者有强烈的中国问题意识，时代意识，因此有一种学术创新的自觉。

作者也较好的实现了这一点。没有过多纠缠于专业的法律术语、法学理论的抽象命题和一大堆外国学者的名字，作者用自己直接或间接获得颇有故事性的经验材料，更多借助于叙事，而不是论证，自然地展示了他试图传达的思想，展示了中国农村基层司法的图景以及其中隐含的一些法律人容易熟视无睹的问题。除了反映了作者的对学术和对生活细节的敏感外，我也很欣赏作者的融入理论思考的叙事文字。至少在一些篇章中，作者表现了一种法律人类学的表达方式；例如第一章，第三章。

这本书并不完美，存在了一些问题，包括理论，结构；即使在我欣赏的一些篇章中，也无意间流露出一些因学术追求、探索而留下的不足，甚至明显的漏洞。但这里不是苛求的地方，这是挣脱传统的规范研究、另辟蹊径的努力很难避免的。重要的并不在于是否完美，而在与是否有所创新，有所推进，有所贡献。作者面对了中国社会和司法的实际，留下了一些可供多个学科深入分析的资料，提出了规范研究很容易忽视但中国法治却不容忽视的具有学术潜力的问题。喻中教授以他的努力丰富了中国的法学传统。

我祝贺喻中教授的努力。

苏力

2007年4月19日夜于北京杭州的航班上。

地区，当地的村规民约、民间规则、民族习惯也许会被法官们看得更重一些。在一些对外开放较早的沿海商业城市，正式的诉讼规则大概会受到相对严格的遵循，但在广大的内陆乡村，诉讼过程则会倾向于“因地制宜”，即“怎么方便就怎么来”，否则，案子就无法顺利地办下去。

然而，在法学院的讲台上得到表达的，基本上就是一种法律，那就是“本本”上的法律。它们几乎也是唯一神圣的法律。这样的法律之所以神圣，有多方面的原因。首先，它们都是国家立法机构制定的，并且是由国家强制力保障实施的。所以，它们具有权威性、强制性、至上性。其次，这些“本本”上的法律都可以通过西方的某种法律理论来解释，都是某种西方的“先进”法律理念结出来的累累硕果，至少也是某个声名显赫的西方经典作家论述过的……，等等。也许还有其他方面的原因，但是，只要有这两个原因，就完全可以为“本本”上的法律戴上一道神圣的光环了。

我相信，强调这种唯一神圣的法律，将产生多方面的积极意义。譬如，有助于促成不同社会主体之间的交往与沟通，因为，“本本”上的法律已经搭建了一个相对便捷的平台；有助于建立一个知识背景、思维方式都比较接近的法律人共同体；有助于体现国家意志，并协助国家实现对于社会的治理；有助于为所有的社会主体确立一个大致稳定的预期……

强调法律的统一性甚至唯一性，具有多方面的积极意义，这是没有疑问的。但与此同时，我们也应当注意到，强调“唯一的法律”，既体现了主权者的立场与偏好，同时也是法学家理论建构的结果。为了理论上的自治，被省略了的细节实在太多太多。因此，作为法律研究者，在看到“唯一的法律”的同时，还有必要对法律丛林之丰富多彩有足够的认识。换言之，在看到出自庙堂的正式法律之外，我们还应当注意到出自其他地方的另外一些法律：民间流行的法、习惯生成的法、实际运行的法，等等。只有在充分地理解了不同地方的不同法律之后，我们对于法律的全貌，才可能获得一个立体的把握；我们对于法律的认识才可能是丰富的，而不是贫乏的；我们关于法律的知识才可能是全面的，而不是单一的。

早在1934年4月24日，沈从文先生就在他的《边城·题记》

中写道：“念了三五本关于文学理论文学批评问题的洋装书籍，或同时还念过一大堆古典或近代世界名作的人，他们生活的经验，却常常不许可他们在‘博学’之外，还知道一点点中国另外一个地方另外一种事情。”在这里，沈先生说的虽然是文学领域中的现象，而且还发生在70多年以前，但是，它对于当代中国法律研究者的警醒意义，依然不容忽视。

“知道一点点中国另外一个地方另外一种事情”，作为小说家言，给予我们的启示在于：认真地对待法律的空间性。

美国学者吉尔兹阐述的“地方性知识”，已经在当代中国的法学著述中得到了反复的引证。法律作为一种“地方性知识”的观念，已经获得了一些研究者的赞同。的确，“地方性知识”一词有助于从解释学的立场上理解法律。然而，在当代中国，法律的空间性自有它特殊的语境：那就是“乡土中国”。

“乡土中国”本来是费孝通先生的一本著作的书名。在20世纪的中国社会科学领域，这四个字几乎是与费孝通先生联系在一起的。只要提及这四个字，人们就会极其自然地联想到费先生的洞见与卓识。本书借用这个概念，正是因为它所拥有的概括力与解释力，有助于把本书中的几篇文字有效地整合起来。这就是说，本书渐次讨论的一幅又一幅的司法图景，是在“乡土中国”这个视角与背景之下展开的。当然，与费著不同的是，本书虽然也使用了“乡土中国”一词，但同时又为它赋予了多重意义。关于这些不同的意义，可以简略地分述如下。

我们首先注意到的一个事实是，在当代中国，既有相对发达的现代化的商业城市，但同时也有广袤的传统农耕地区。如果我们把前者理解为“城市中国”，那么后者就是“乡土中国”。在正式制度中，沿袭了半个世纪的城乡二元分治，也可以支持这样的划分。大致说来，这里的“乡土中国”，就是指中国的乡村地区，它与中国众多的现代化城市，足以形成某种对应的关系。单就“城市中国”来看，越来越多的陌生人聚集在一起，社会分工日益细致，商业交易日渐频繁。要解决不同利益主体之间层出不穷的纠纷，只好较多地依赖于国家提供的正式规则。然而，在“乡土中国”，乡民之间的交往规则、乡村社区的纠纷解决机制，则会呈现出另外一种图景。本

书第一章“乡村司法的图景”，第二章“里心审判方式”，以及第三章“城里法官的乡下父亲”，等等，大致都是在这种意义上的“乡土中国”之背景下展开的。在这样的语境中，法律的空间性，主要着眼于自然空间，即自然地理意义上的乡村地区。

如果换个角度，我们还可以看到，当代中国既有一个相当强大甚至庞大的政治国家，同时也有一个广大的乡土社会。如果说，前者代表了“国家”意义上的中国，那么后者就是“社会”意义上的中国。按照传统中国的划分，也可以说，前者对应的是中国的“庙堂”或“皇权国家”，后者对应的是中国的“江湖”或“宗法社会”。在这种视角下，“乡土中国”一词，可以理解为具有“乡土本色”的“中国社会”，它既包括纯粹的乡村社会，也可以包括城市里的“市井”社会，因为它们都在政治国家的“下面”。如果说，上文的城乡二元划分强调了城市与乡村的区别，那么在这里，我们则注意到了二者的共性：无论是城市地区还是乡村地区，各自都包含了一个“社会”。这样一种主要指向社会的“乡土中国”，对应的主要是高高在上的“政治中国”。在“政治中国”的层面上，法律服务于国家的政治目标，追求“政治上的正确性”，是国家意志的基本载体与集中体现。但是，“乡土中国”视角下的秩序与规则，遵循的却是另一种逻辑：社会主体关于自身利益的考量，社会主体在所支付的成本与所获得的收益之间的权衡，特别是他们对于物质利益最大化的追求，等等。显然，这是两种截然不同的规则体系：庙堂的规则居庙堂之高，江湖的规则处江湖之远。虽然两者之间具有千丝万缕的联系，但是，它们各自孕育、生长的空间终究还是不一样的，它们分别遵循的逻辑、分别履行的功能也是有差异的。本书第四章关于“送法下乡与案件制作”的剖析，第五章关于“法官如何维护自己的权利”的比较，第六章关于“探寻私了之谜”的探寻，都是希望走出“政治中国的司法图景”，试图在“乡土中国的司法图景”这个空间维度上有所挖掘。显然，这里所要揭示的法律的空间性，主要着眼于法律的政治空间，即“国家-社会”二元划分意义上的乡土社会。

此外，当我们论及“乡土中国”的时候，还可以找到一个对应的概念，那就是“非乡土的外国”，特别是欧美发达国家。因为，如

果我们用“乡土”一词来修饰“中国”，那么，洋气扑鼻的欧美发达国家显然就处于“乡土中国”的对立面。在这样的视角下，我们又可以区分两种司法图景：在正式的法律条文与主流的法律理论中，当代中国的司法已经打上了浓厚的西方色彩。譬如，按照中国宪法第126条的规定，“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”；按照刑事诉讼法的规定，人民法院审理案件，应当“以事实为根据，以法律为准绳”；按照一些学者的设想，应当实行上下级法院之间的相互独立，寻求无需监督的司法界，等等。只是，如此勾画出来的司法图景，都是以“非乡土”的欧美国家之司法状况作为蓝本的。但是，在实践的层面上，当代中国的司法又将呈现出另外一种景观。本书第七章关于“披麻戴孝与司法判决”的研究，第八章关于“法官的第二种忠诚”的考察，第九章关于“吴经熊与马锡五”的比较，都是希望从一些相对独特的角度，描绘出“中国国情”之下的司法图景：它实际承担的使命与功能，它实际面临的困扰与希望，它的本土经验与本土逻辑，它的中国本色与中国语境，等等。如果把正式法律条文与主流法律理论中想象的司法图景，理解为西方化或欧美化的司法图景的话，那么，当代中国实践中的司法图景，则可以称为本土化或乡土化的司法图景。可见，这里的“乡土中国”主要是指“本土中国”，它所展现的法律的空间性，主要着眼于文化空间，即中西文化比较意义上的乡土中国。

无论是地理空间、政治空间还是文化空间，都可以在不同的角度上阐明法律的空间属性。在“乡土中国”这个整体性的空间背景之下生长出来的当代司法，既是鲜活的，也是真实的。写作本书，既是为了记载这些有生命的法律，同时也是为了解释它们的前因后果、内在逻辑、乡土本色、中国语境，由于这个缘故，我把这本小书题名为“乡土中国的司法图景”。

法律是由立法者创立的特殊和严密的制度；而道德和礼仪则是一个民族的一般制度。

——孟德斯鸠：《论法的精神》

目 录

引言：如何“司法”，什么“乡土”	(1)
------------------------	-----

1

第一编：“城市-乡村”视角下的乡土司法图景

目
录

第一章 乡村司法的图景：一个驻村干部 的办案方式述论	(3)
一、国家司法·民间司法·乡村司法	(3)
二、财产侵权案	(5)
三、人身侵权案	(7)
四、合同纠纷案	(10)
五、贪污案	(12)
六、驻村干部的办案经验	(15)
七、乡与村之间的“乡村司法”	(17)
八、一个法律寓言	(21)

第二章 里心审判方式：马锡五审判方式在 当代的延伸	(22)
一、为什么选择里心	(22)
二、里心审判方式的社会背景	(23)
三、里心审判方式中的法官	(26)
四、里心审判方式的主要特点	(29)
五、通过里心审判方式解决的典型案例评析	(34)
六、里心审判方式之关键词解读	(39)
七、行业媒体对里心审判方式的态度	(45)

故人之公为国也，观俗立法则治，察国事本则宜。不观时俗，不察国本，则其立法而民乱，上事制而功寡。

（《商君书·算地篇》）

八、从马锡五审判方式到里心审判方式	(48)
九、不昂贵的司法：里心审判方式的特质	(52)

第三章 城里法官的乡下父亲：司法过程的

幕后参与者	(55)
一、背景交待与问题意识	(55)
二、村民眼里的一起故意伤害案	(58)
三、为什么求助于城里法官的乡下父亲	(60)
四、城里法官的乡下父亲为什么积极参与 司法过程	(63)
五、城里法官为什么尊重乡下父亲的意见	(66)
六、城里法官的乡下父亲参与司法过程的 若干特点	(70)
七、城里法官的乡下父亲在钱权交易过程 中的功能	(73)
八、从城里法官的乡下父亲之角度看中国 司法状况	(77)
九、城里法官的乡下父亲角色中蕴含的理 论意义	(81)

第二编：“国家—社会”视角下 的乡土司法图景

第四章 送法下乡与案件制作	(89)
一、引言：“送法下乡”的主语	(89)
二、调查研究的思路与方法	(92)
三、一起玩忽职守案的诞生与侦查过程	(94)
四、检察机关为什么送法下乡	(102)
五、送法下乡与案件制作技术	(106)
六、无中生有——案件制作的另一种技术	(112)
七、从送法下乡与案件制作的关系看司法 语境	(115)

第五章 法官如何维护自己的权利	(121)
一、当法官自己遭遇侵权	(121)
二、法官为什么不起诉	(123)
三、为什么求助于“同学”	(126)
四、还有没有维护权利的其他方式	(130)
五、从法官维权的方式看诉讼效能	(132)

第六章 探寻私了之谜	(137)
一、为什么研究刑事领域中的私了	(137)
二、文献回顾与研究路径	(139)
三、私了是什么	(143)
四、为什么私了	(160)
五、国家对于私了的态度	(170)
六、私了与“公了”：合作与对立	(182)
七、私了的积极意义及其滥用	(189)

第三编：“西方—中国”视角下 的乡土司法图景

第七章 披麻戴孝与司法判决	(199)
一、一起故意杀人案二审改判背后的隐曲	(199)
二、披麻戴孝如何影响审判过程：一个初步的分析	(201)
三、社会现实如何修正应然的法治理念： 进一步的分析	(203)
四、如何评价社会现实对于应然的法治理念 的修正	(205)

第八章 法官的第二种忠诚	(208)
一、法官的两种忠诚与司法的两种效果	(208)
二、“16字审判原则”、“万次申诉”与	

故全人之为国也，观俗立法则治，察国事本则立。不观时俗，不察国本，则其立法而民乱，举朝而功废。

——《商君书·算地篇》

司法的社会效果	(211)
三、法官为什么要表达对民众的忠诚	(220)
四、法官如何表达对民众的忠诚	(224)
五、忠诚于法律还是忠诚于民众	(228)
第九章 吴经熊与马锡五	(232)
一、从古代中国的法律传统到现代中国的 法律传统	(232)
二、从海外归来的吴经熊与生长在陕北的 马锡五	(233)
三、吴经熊的法律实践及其法律思想	(235)
四、马锡五的法律实践及其法律观念	(237)
五、从吴经熊与马锡五之差异看中国现代 法律传统的两翼	(239)
六、从对峙到对话：两种现代法律传统的 未来	(241)
结语 走向从真实生活出发的法学理论	(244)
后记 在路上	(256)

法律是由立法者创立的特殊和严密的制度；而道德和礼仪则是一个民族的一般制度。

——孟德斯鸠：《论法的精神》

第一编

“城市 - 乡村”视角 下的乡土司法图景

故聖人之爲國也，視俗立法則治，察國事本則宜。不視時俗，不察國本，則其
立法而民亂，事制而功寡。

——《尚書·呂刑》

法律是由立法者创立的特殊和严密的制度；而道德和礼仪则是一个民族的一般制度。

——孟德斯鸠：《论法的精神》

第一章

乡村司法的图景： 一个驻村干部的办案方式述论

3

第一章 乡村司法的图景：一个驻村干部的办案方式述论

一、国家司法·民间司法·乡村司法

司法是一种解决纠纷的专门活动。由于人类生活的复杂多样性，旨在“定纷止争”的司法活动也是千姿百态的。站在不同的观察视角，可以看到不同的司法类型。在法律辞典和法律教科书中，司法主要是法院执掌之事，是一种重要的国家职能。这种类型的司法，由于是由国家专门设立的司法机关来操办的，而且，它所依据的规则主要也是国家制定法，因此，我们可以从学理上，为这种类型的司法加上一个修饰词，称其为“国家司法”。但是，国家司法并非解决纠纷的唯一方式，在人类学或社会学的视野中，还存在着其他各种形式的解决纠纷的司法现象，比如，神判、宗族裁决、民间调解，等等。^① 这种类型的司法活动，作为解决纠纷的重要途径，在法律人类学或法律社会学领域，已经受到了广泛的关注，积累了相当多的研究文献。由于这些解决纠纷的行为不是由专门的国家机构作出的，它们所依据的规则也不是国家制定法，而是民间习惯法，因此，我们可以为这种类型的司法加上一个修饰词，称之为“民间司法”。

国家法与民间法的二元划分，以及由此推演出来的国家司法与民间司法之间的分野，蕴藏着较强的分析能力与较宽的分析空间，

^① 参见[美]霍贝尔：《初民的法律》，周勇译，中国社会科学出版社1993年版；以及，林惠祥：《文化人类学》，商务印书馆1991年版，等等。

是很多法学著述的理论背景，得到了广泛的接受。然而，普遍流传的划分方法依然是百密一疏。笔者通过田野调查发现，在这两种为学人所熟知的司法类型之外，司法还呈现出它的第三种图景，那就是“乡村司法”。

2004年3月中旬，京城里正在召开的全国人民代表大会还在审议宪法修正案，我却找到了一个难得的机会，前往长江上游的三峡库区腹地，进行了一次短暂而富有成效的法律社会学调查。

这次调查的地点位于三峡库区的农业大县Y县。这个县1997年之前属于四川，现在归重庆市管辖。浩浩长江从县境中穿越而过。因为三峡大坝蓄水的缘故，移民搬迁成为了这个县几年来的中心工作。长江水涨，江边人退，世代沿江而居的村民在政府的安排下，陆续迁居至全国各地。长江边上的老县城即将没入江底，而从几个荒芜的村子里刚刚拔地而起的新县城，依然在长江边上。在夜里寄宿的磐城旅馆客房的窗下，就是长江上鸣笛驶过的客船或货船，只要登上这些船只，就可西达重庆，东至武汉、南京或上海。

到达Y县后第二天上午，受Y县司法局张柱（化名）局长的邀请，我以尚未正式实施的“行政许可法”为主题，向当地律师和法律工作者做了一次演讲。中午，漫步县城街市，新式的器物、流行的趣味，应有尽有。无论从哪个层面来看，Y县县城都与现代文明保持着同步的发展速度。换句话说，我所调查的地方，并不是那种可供探寻异文化的人类学家猎奇的僻远之地，更不是各种“文明中心论”视角下的蛮夷之乡，而是长江边上一个极其寻常的当代人类生活的场景。

我此行的目的地不是Y县县城，而是离县城30公里远的一个叫做东林乡的地方。之所以选择东林，是因为在这个乡政府作公务员的彭长安曾经是我的学生，他愿意为我的调查提供一些方便。

从Y县县城到东林乡政府驻地之间，每天都有几趟公共汽车穿梭往返。午后，我登上了开往东林的公共汽车。那是一辆破旧的中巴车，一路上走走停停，随时都有当地人上车和下车。汽车在高高低低的丘陵之间穿行了一个半小时之后，终于抵达了那个寻常的农业小乡镇。下车环顾，四周都是高高的山岭，山岭上稀疏地点缀着一些农舍，一条小街孤零零地建在公路的两边，这就是本乡的政治、