

# 中国乡土司法

ZHONGGUO XIANGTU SIFA  
XIUTZHENG YANJIU

修正研究

杨 力  
丁 冬   ◎ 著



中国政法大学出版社

# 中国乡土司法

ZHONGGUO XIANGTU SIFA  
XIUTZHENG YANJIU

修正研究

杨 力  
丁 冬   ◎ 著



中国政法大学出版社

2011·北京

## 图书在版编目(CIP)数据

中国乡土司法修正研究 / 杨力, 丁冬著. —北京: 中国政法大学出版社,  
2011. 8

ISBN 978-7-5620-4019-4

I. 中… II. ①杨…②丁… III. 农村-民事纠纷-研究-中国 IV. D925.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第175404号

---

- |      |                                                                                                                                                                                                                    |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 书 名  | 中国乡土司法修正研究                                                                                                                                                                                                         |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)<br>北京 100088 信箱 8034 分箱 yangzhongxian9@sina.com<br><a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名: 中国政法大学出版社)<br>(010) 58908252(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部) |
| 承 印  | 固安华明印刷厂                                                                                                                                                                                                            |
| 规 格  | 880mm×1230mm 32 开本 8.375 印张 195 千字                                                                                                                                                                                 |
| 版 本  | 2011 年 10 月第 1 版 2011 年 10 月第 1 次印刷                                                                                                                                                                                |
| 书 号  | ISBN 978-7-5620-4019-4/D·3979                                                                                                                                                                                      |
| 定 价  | 28.00 元                                                                                                                                                                                                            |
| 声 明  | 1. 版权所有, 侵权必究。<br>2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。                                                                                                                                                                          |

# 「目录」CONTENTS

## 第一章 中国风险社会与现代乡土司法的切入点 / 1

### 第一节 拉断的风险社会与实质判断的问题 / 1

一、乡土与现代之间的拉断张力 / 1

二、何以把实质判断纳入视野 / 4

三、进行实质判断的前见共识 / 6

### 第二节 跨越风险的立法悖论与行政困境 / 11

一、“制度风险”与立法决策悖论 / 11

二、“依附风险”与行政逆向选择 / 13

### 第三节 现代乡土司法：临对风险的“第三条道路” / 16

一、转向个人化风险决策方式 / 16

二、引入修正后的乡土司法概念 / 18

三、为什么以现代乡土司法为切入点 / 23

## 第二章 当下乡土司法理论的梳理与批判 / 30

### 第一节 乡土司法理论的两大问题 / 30

一、缺乏理论上的主流认同 / 30

二、源于传统的立场片面性 / 33

第二节 国内乡土司法研究的三大流派 / 35

一、基于本土资源的研究 / 36

二、本土资源的反证研究 / 40

三、法律史学的进路研究 / 49

第三节 国外对中国乡土司法的研究 / 52

一、面对调解和审判的研究 / 52

二、可以归纳的共识性特征 / 54

第四节 简单的结论 / 56

第三章 现代乡土司法的理念与立场修正 / 60

第一节 两大理论问题的法理反思 / 60

一、能动性：获得主流认同 / 60

二、法治化：纠正片面立场 / 63

第二节 能动性与法治化的社会学解释 / 68

一、借入一种新的分析工具 / 68

二、介于“继承”与“自致”的解释 / 71

第三节 现代乡土司法理论的修正 / 77

一、现代乡土司法的修正之维 / 77

二、作为修正兼及的协调 / 80

第四章 新能动司法：修正乡土司法之路 / 83

第一节 为何提出能动司法 / 83

一、风险社会及实质判断的契机 / 83

二、司法的积极功能扩张 / 86

三、能动司法的话语模式 / 89

## 第二节 何以质疑能动司法 / 92

- 一、一般性质疑：语义与边界问题 / 92
- 二、深刻质疑之一：整体应对与个案进路 / 95
- 三、深刻质疑之二：单边主义与多边主义 / 97
- 四、深刻质疑之三：完备理性与有限理性 / 100

## 第三节 提出什么能动司法 / 103

- 一、权衡于能动与法治之间 / 103
- 二、控因为主的个案进路 / 107
- 三、扩散互惠的多边主义 / 113
- 四、答案导向的有限理性 / 118

# 第五章 现代乡土司法的新能动语义 / 122

## 第一节 新能动的语义基础考量 / 122

- 一、反对“词的暴政” / 122
- 二、语义重新界定的风险语境 / 125
- 三、新能动语义的剧场化前提 / 129

## 第二节 新能动的语义理论流变 / 130

- 一、参照物：不可能动的概念法学 / 130
- 二、自由法理论与美国法律现实主义思潮 / 132
- 三、美国实用工具主义法学 / 134
- 四、利益法学理论 / 136

## 第三节 新能动的语义分歧比较 / 142

- 一、能动的类型与共同点 / 142
- 二、比较美国司法能动主义 / 144

三、比较马锡五审判方式 / 148

四、比较“大调解”的法政策 / 152

五、比较政治司法 / 154

#### 第四节 新能动的语义要点分析 / 157

一、事实与规范之间的语义沟通 / 157

二、裁判波及效应中的语义锁定 / 160

三、多边的特殊正义的语义立场 / 164

四、新制度语境认可的语义变化 / 166

### 第六章 新能动司法的案件衡量原理 / 169

#### 第一节 方法、困境及论题转向 / 169

一、寻找法律之外理由的方法 / 169

二、疑难案件裁判的困境 / 171

三、走出困境的论题中心 / 172

#### 第二节 获取基本理由：标准相对性 / 174

一、多边衡量标准的相对化 / 174

二、参照性相对标准的设立 / 176

三、相对标准的内容及理由 / 177

#### 第三节 获取更强理由：类型化思维 / 180

一、类型思维是什么 / 181

二、类型思维的核心功能 / 183

三、多边衡量的优先类型 / 185

#### 第四节 从理由到共识：实践性商谈 / 187

一、实践性分歧与协商司法 / 187

二、实践性商谈的合意机制 / 189

第五节 正当性的限制：合法性论证 / 190

一、限制多边衡量的视角对比 / 191

二、合法性论证的立体维度 / 192

三、获得合法性论证的方法 / 194

第七章 新能动司法的多边主义实现 / 197

第一节 风险的新趋向及司法治理的难题 / 197

一、风险的个体化趋势 / 197

二、多边立场遇到的难题 / 198

三、克服难题的关键 / 199

第二节 多边的修复性：“去官僚化”斡旋与集团  
诉讼 / 201

一、法条主义与机会主义的两难 / 201

二、斡旋立场的朴素还原 / 203

三、群体救济机制的扩展 / 205

第三节 多边的协调性：协同审判与二次证明 / 206

一、抽象解释与具体解释的选择 / 206

二、平面化的“协同审判” / 208

三、一致性的“二次证明” / 210

第四节 一个典型领域的例证分析 / 212

一、上下级法院的多边裁决困境 / 212

二、初审法院：强化和改造陪审制度 / 214

三、上诉法院：真正转向法律审主流 / 216



## 第八章 新能动主义的自由裁量限定 / 219

### 第一节 有限理性下的能动限度 / 219

一、相对主观性与相对客观性 / 219

二、“反民主多数决”的难题 / 221

三、过程资源的相对受限 / 223

四、过于悬殊的“同案不同判” / 226

### 第二节 限制裁量的两大理论维度 / 228

一、“平等的正义”与“事理的正义” / 228

二、判决说理的双向性接受 / 229

三、新程序话语空间的建构 / 234

### 第三节 限制裁量的新的机制 / 236

一、引入法院的知识获取机制 / 236

二、案例与法律系统的闭合 / 238

三、案例与法律见解的控制 / 242

四、案例的准法律效力 / 244

## 后 记 / 249

## 第一章

## 中国风险社会与现代乡土 司法的切入点

### 第一节 拉断的风险社会与 实质判断的问题

#### 一、乡土与现代之间的拉断张力

从组织社会学角度上看，整体社会可分为互动、组织和社会系统。就社会系统而言，当今世界从能源危机到金融风暴，从气候变化到粮食短缺，从信息安全到恐怖袭击等，已经出现贝克意义上的风险社会。事实上，当下中国无论是宏观的物价上涨、食品安全、房价高企、医疗改革、失业率上升，还是微观的歧视待遇、谷贱伤农、拆迁纠纷等，市场经济和社会转型所蕴含的风险，也都让人们充满了不确定性，并承受较大的压力。社会性不满情绪正在积累，一旦超出了人们对于社会不公的容忍与接受程度，就可能发生比较严重的危机事件。显然，风险社会离中国并不遥远。

那么，现实中国的风险社会究竟发生了什么变化？回答这一问题，首先要确定一个语境。社会学理论认为，社会系统的核心是社会结构，因为一切社会活动都是在一定的社会结构中运行的，任何单一部分的变动都会引起社会结构的变化，同时

也受到社会结构变迁的制约。所以，择从当代中国风险社会的结构变革及其涟漪效应展开，会是一个很好的语境。置于这个语境来分析风险社会，可知当前中国的风险环境明显不同于许多国家，它带有复合的特征：一方面，随着现代化的快速推进，现代意义的风险大量出现，但是，资源集约性分配的惯性，使得传统风险依然存在；另一方面，除了伴随全球化而出现的普适性风险，中国本身的东方社会结构以及转型时期所处历史阶段的那种制度变革也存在着大量风险。

然而，关于中国风险社会的结构变化研究，仍然集中在这样一些“转向式”的简单描述：传统权威转向理性时代，身份观念转向平等观念，团体意识转向个人主义等，尚未对于上面的双重复合特征给予足够的关注，进而从某种程度上造成了社会治理版本的单一性和简缩化。事实上，随着当代中国在结构壁垒、体制改革以及地位资源含量方面所发生的变革被更为全面、深刻地理解，转型中国易于滋生风险的社会结构变迁，可以更加清晰地体现在以下两个递进的层面。

第一个层面：乡土传统与现代成份的长期并存。虽然中国的转型持续了三十余年，可是，所涉及的结构性的社会变迁因素，仍然是转型前后的乡土传统与现代成份交织在一起，而且仍可能长期存在。这种社会结构的多元化，可以表现为新的社会需求与旧的保守体制之间的冲突、意识形态领域的自由派与新左派之间的争论、正在融入经济全球化的国家治理与不少传统色彩浓郁的地方治理之间的抵牾，以及过去集中与现代分散的不同资源分配方式造成的机会不平等矛盾等。而从制度规范的角度，它所带来的直接后果，则是国家法律的统一性与五花八门的软法、社会法、地方法、民间法乃至潜规则等多元化规则之间的交合与博弈。

可以说，转型中国的这种多元性治理方式具有相当的积极意义。但是，硬币的另一面是，它也从很大程度上肢解了社会资源体系，制造了隐性社会壁垒，阻碍了社会统一认同；进一步来说，如果这些负面影响趋于扩大，可能还会与社会结构多元化缠绕起来，往复产生恶性循环，导致不同人群在心理和情绪上的对立，更大幅度地降低对包括法律在内的制度治理的认同感，从而为社会危机的产生酝酿心理基础。

那么，多元性治理方式的负面效应可能在什么情况下出现？讨论借此深入第二个层面：断裂的不同成份之间缺乏有机关联。中国社会转型不是简单以一种运行机制代替另一种运行机制，而是一个长期的过程，乡土传统与现代成份之间并不总是表现为良性博弈。尤其是当一个社会中现代成份发展的最高水平部分与所谓的国际社会标准日益接轨，就可能造成与社会其他水平部分渐行渐远。于是，“接轨”的动力反而加剧了社会结构的断裂，使得整个社会变成一个拉断结构。

拉断结构的基本特征是：不同时代的成分并存，互相之间缺乏有机联系。如果不同成份处于同一时代，相互之间存在有机关联，即使出现价值观的对立和冲突，仍然可以自成一个社会系统，这时的制度多重性一般具有正向功能。相反，如果共存一时的不同成份属于完全不同的时代，而且这些不同时代的成份所对应的差别达到无法相互理解的程度，难以自洽形成一个社会系统，那么，上面提到的多元性治理方式的负面效应就会显现出来，甚至会被不断放大。

目前，社会学研究的基本判断是，中国社会结构出现了乡土传统与现代成份之间的断裂是缺乏有机关联。不可否认，如果断裂程度较为严重，或者持续的时间过长，可能会衍生成为社会动荡和政治不稳定的诱因，变为经济和社会发展的瓶颈。

当然，对于市场原生性经济关系产生的拉断结构，制度上所起的作用相当的有限，也不在本研究的讨论之列。但是，如果中国式拉断结构中原本就是人为的制度安排造成的风险，就可以考虑通过一系列的制度变革，设法把乡土传统与现代成份的断裂转化为同一时代的并存格局。沿着这一思路，关注焦点所在就应是尽可能地消除和减少体制、政策和制度本身给不同成份造成的过大差别，有的放矢地对来自不同方面的互相矛盾而又各有其正当性的要求给予妥善安排，以缩短断裂成份的转化并轨过程。

概言之，转型中国的治理方式多元性，是否能够跨越目前乡土传统与现代成份长期并存的拉断社会结构，无疑是一个必须认真对待的重大问题。

## 二、何以把实质判断纳入视野

面对当今社会结构的急剧转型，试图化解乡土传统与现代成份之间的拉断结构张力的强烈愿望，无疑将会迫使国家治理的思路有所调整。基于这一背景，目前多元性治理方式的重构是继续固守既有的核心价值，还是接纳现代文明的普世价值，何去何从的抉择问题日益凸显。不过，无论采取的是什么立场，更加关注于实质判断都成为一个核心。

毋庸置疑的是，从法律制度上推动中国治理方式走向法治的巨大动力，改变了长期以来中国传统的政治意识型的制度体系。于是，阿列克西的内部证立规则、图尔敏（Stephen Toulmin）的简单案件模型、麦考密克的推理过程证明、阿尔尼奥（Aulis Aarnio）的法律解释学说、佩策尼克（Peczenik）的语境证立理论，作为形式主义、法律方法、论证技术等舶来名词，席卷式地影响了整个中国学界。当然，或许是长期以来乡

土传统的色彩和实质正义的指向过于浓厚，所以，学界对于中国法制改革目标的期待反其道而行之，更加高度希望借助于上述舶来的理论、方法和技术，尽快推动国家治理方式的去意识形态化，强调以中立性的制度格局来重建社会的道德共识，以符合程序正义的制度规范来限制权力的任意行使等。

可是，形式上走向现代法治的这种制度生态，依然无法摆脱那种价值单一化的诟病，无法像万能钥匙那样，针对多元化的矛盾与正当交错的利益与诉求，有效解决当前中国拉断的社会结构中由于体制、政策和制度给不同成份造成的差别。同时，如果只是简单机械的法治形式进步，反而可能助长价值倾向的保守性，甚至还可能诱发新型的全能主义。它的一个直接后果就是，现实的规则治理演绎成为一个“正”高于“善”的局面。其中，现代制度所塑造的只是分不清个体属性差异的拟制人格，无法承担公共的、道德的责任和促进社会团结。现实的制度建设与实质性的价值判断区隔开来，所追求实现的是对待所有人一视同仁的均码正义。诚然，该种演绎确实做到了与国家主义无缘，与权威主义也划清了界线，可是，却无法说明制度治理旨在实现的道德共同体究竟应当如何建构，也没有回答不同的道德共同体之间的互动关系究竟应该如何处理这样的问题，所以，现实的制度运作过程中难免会出现不少的问题。

面对这一困境，理念的转向正在发生。价值同盟、交叠共识、民主商谈、实践理性、后果论辩主义、合理性证成、疑难案件讨论等“合唱般”地进入我们的视野。不言而喻，理念层面的地壳变动，重新突出了多元价值的实质判断。显然，无论是处于中国风险社会背景下乡土传统与现代成份的断裂转化，还是与之相应的治理方式多元性都应当给予不同群体的特殊需求以特殊关照；涉及对制度治理的多元价值进行实质判断，至

少可以提醒既有的制度安排被不断重新审视，使得固执于某种实质性价值的态度能够适当地相对化，以增强反思的理性。

最为明显的变化是，中国开始破除过去阶级意识一统天下的局面，提出了差别化对待强势群体和弱势群体、重新划分社会十大阶层以及赞同中国已出现利益集团，进而让整体社会的利益需要趋于割据化和碎片化。客观地说，这种趋向于实质判断的思维和意识正在成为主流思想，乃至开始左右制度设计。在这种背景下，固守价值单一化只会与防范社会风险的目的背道而驰。所以，现代制度的重新设计尤其需要以围绕不同成份的内在特质，以及对相应的多元价值加以实质判断为前提。

当然，有一种说法认为，多元性的实质考量存在于私法领域，而不适用于公共决策的公法领域。显然，这是把宪政的公私两分法作为处理价值冲突的基本手段。这一说法的理论基础来源于社会契约的重建理论，就是主张制度治理的目标在于如何排除力量对比对缔约的影响，以及如何通过反复的试错达成关于价值判断的合意，着力强调的是达成合意的条件和手段以及强制的正当性根据。可是，这一路径倾向于从人们对于社会制度的基本规则应当互相承认的角度来理解正义，所以难免容易把现实存在的传统当成正义的标准。近年来，这一说法不断遭受挑战，人们开始认识到，不把个人的价值权衡引入公共决策领域是脱离现实的，因为制度本身从很大程度上被理解成诸多个人价值的法典化。可以说，正是这种公私法领域皆有的实质判断，使得单一化价值本身不至于膨胀到不容许社会进行自由选择的地步。

### 三、进行实质判断的前见共识

在中国风险社会背景下，解决乡土与现代之间的拉断张力，

需要从公私法领域引入实质判断。随之而来，各种不同的价值判断之间的关系应该按照什么标准来处理，以及作为共同体不同部分（强势与弱势群体、不同的阶层、不同利益集团）之间的理解和尊重应该如何实现？

第一，新修辞学说的正当性标准。有别于建立一个法律职业共同体的理想王国，新修辞学说的代表人物佩雷尔曼（Perelman）把制度的正当，理解为一个论证能够为论辩者所指向的听众接受。在他看来，制度建构的受众不仅包括处于争议之中的当事人、作出立法和裁决的法律职业者，还包括检验标准是否合理的虚构公众意见。同时，论辩基于两类起点：一是涉及真实的起点，涵括了事实、真理和推论等；二是针对特殊听众的偏好，诸如价值、位序和论题等。<sup>①</sup>可见，新修辞学中的论辩者所建立的，是一个面向混合听众的关联论证，所做的是把先前被认为是独立实体的各个要素置于一个特定的“树结构”，从普遍接受的共同起点出发（比如先例），依据获得认同的价值链条（比如乡土与现代的优位性考虑），再运用论证技术在行为人和行为之间建立一种偶然的联系（比如裁决）。显然，此处所强调的是，制度建构要想说服听众，就必须适应被普遍接受的起点和论证方案。

第二，新程序主义的正当性标准。与传统的程序正义理念不同，程序主义学派代表人物季卫东提出的新程序主义，已不拘泥于过程的控制和程序公正的一般性判断指标（比如当事人在法律武装上的平等，判断者的中立性，决定的参与，直观的公正以及恣意的防范等），而是更加关注程序正义普遍化的社会

---

<sup>①</sup> See Chaim Perelman, Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, translated by John Wilkinson and Pursell Weaver, University of Notre Dame Press, 1969.



心理（与此相应，结果的满足度和程序正义本身的妥当性问题被纳入考察范围，程序结果的执行力、对违背的威慑效果以及异议的容纳和适当处理继而成为程序设计改进的核心要素）。<sup>①</sup>实际上，无论是谈判、调解、立法、民会式裁判、仲裁、审判，新程序主义正在抛弃那些只与个人权利有关的传统观点，转向主张对于程序公正判断的集体认同，更加强调程序价值的社会化。这样，程序公正的意义，就不只是供应那种为排除偶然性干扰而加以程序限制的形式合理性，而是也包括从行动与社会结构互动关系的角度去接近正义的实质合理性。

第三，新对话理论的正当性标准。为了与形式向度的纯粹逻辑学区别开来，法律论证理论普遍移向那种交流了诸方面的对话方法。哈贝马斯重点对于在理性商谈情境中必须履行的条件进行了理论描述，比如某人支持法律论辩中的一个规范，需要主张加入法律秩序的每个人也接受该规范；<sup>②</sup>在此基础上，阿列克西提出了所谓的合理性规则，即任何人可以参加论辩、进行质疑、发表任何主张以及表达立场、期望和需求；<sup>③</sup>菲特丽丝更是提出不应局限于理性论辩，还需要借助普遍经验、特定背景知识和隐性的要素等，来建立分析和评价法律论证的模型。<sup>④</sup>这些新对话理论的核心，就是明确合理地解决争议需要经过的各个阶段、参与者能够完成的任务以及阐明在这些阶段促进上

① 参见季卫东：“法制重构的新程序主义进路”，中国法学创新讲坛第4期主题报告。

② See Habermas, J., *Moral Consciousness and Communicative Action*, The MIT Press, 1990, p. 48.

③ See Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation, The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, 1989, p. 193.

④ 参见〔荷〕伊芙琳·卡·菲特丽丝：《法律论证原理：司法裁决之证立理论概览》，张其山等译，商务印书馆2005年版，第209页。