



修订版

送法下乡

——中国基层司法制度研究



苏力



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

修订版

送法下乡

——中国基层司法制度研究

苏力



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

送法下乡:中国基层司法制度研究/苏力著. —北京:北京大学出版社, 2011.1

ISBN 978 - 7 - 301 - 18061 - 7

I. ①送… II. ①苏… III. ①基层组织 - 司法制度 - 研究 - 中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 218527 号

书 名: 送法下乡——中国基层司法制度研究

著作责任者: 苏 力 著

责任编辑: 杨剑虹 姜雅楠

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18061 - 7/D · 2731

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 23.75 印张 386 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

送法下乡

.....

不要前行！前面是无边的森林，
古老的树现着野兽身上的斑纹，
半死半生的藤蟒一样交缠着，
密叶里漏不下一颗星星。
你将怯怯地不敢放下第二步，
当你听见了第一步空寥的回声。

.....

何其芳·《预言》

献给我远去了的同学和朋友邹斌，
纪念我们已经凝固为历史的友谊。

新版序

一本 10 年前的著作重版,是好事,也是坏事。

对作者也许是好事,意味着北大出版社认为该书还有些商业或其他价值;而如果这个判断不错,那就意味着这本书对今天的中国读者也还有点价值。但这个价值是什么?是书写得好吗?而所谓“写得好”,又是什么意思?

校订之后,我发现,也许重版的主要价值在于,本书各章(有关方法的第十二章除外)集中关注和讨论的中国司法制度的所有问题,在不同程度上或以改变了的方式仍然存在;有的有所改善,有的则更尖锐了;并且不限于基层法院,甚至不限于中国的中西部或农村地区;当年研究问题的基本思路,以中国问题和经验为基础的分析 and 理论追求,至今或许仍然前沿,特别是面对概念法学和教义法学的泛滥;随着中国的和平崛起,本书中展现的对中国问题和中国学术的关注甚至变得更为急迫了。这本曾引发很多讨论和争议的书,因为不合时宜,才没过时,甚或更有针对性了。

对于一般所谓以学术安身立命的人,这好像是一个成功,一种安慰;

但由于任何文本——包括文学文本——的意义从来是社会需求构成的，对一个希望以学术研究来参与促进中国社会发展的人来说，这其实是一个失败，一个悲剧。

我渴望速朽。

二

毕竟10年了，中国社会的快速发展，包括10年来的司法改革，中国基层的司法还是有了不少变化。10年间我也曾写过其他一些文字，触及了这些变化和问题。^①概括说来，大致有：

1. 中国基层司法，特别是在农村，变得更为重要了。由于包括立法和司法自身在内的多种社会原因，目前中国处于社会矛盾的多发期和凸显期，人们诉诸司法解决纠纷更多了；人们对司法的期待高了，但失落感也更多了。经济社会的快速发展也令纠纷发生了一些重大变化。社会流动性的增加，人们交往的对象更多变化和更为多样，纠纷增加了；由于人际关系的变化，即使在农村，调解的适用性和有效性也明显下降；即使农村的案件类型也变得不再那么简单了，特别是在东部沿海地区，纠纷中有了更多城市生活的因素；即使在偏远的农村，离婚案也更多由女性提出；因车辆、机器、电器引发的各种人身伤害已经完全改变了侵权纠纷的类型；涉诉上访的问题变得很突出。

2. 尽管规则治理仍然是整个司法制度的核心问题之一，但在基层司

^① 直接或间接相关的主要有，“法官遴选的考察”，《法学》，2004年3期；“法官素质与法学院的教育”，《法商研究》，2004年第3期；“这里没有不动产”，《法律适用》，2005年8期；“透视中国农村的司法需求”，《制度是如何形成的？》（增订版），2007年（原为“中国农村对法治的需求与司法制度的回应”，《人民法院报》，2006年3月27日，版B1-2）；“中国司法中的政党”，《法律与社会科学》创刊号，法律出版社，2006年；“崇山峻岭中的中国法治”，《清华法学》，2008年3期；“读《乡土中国的司法图景》”，《法律书评》，卷7，2008年10月；“谨慎，但非拒绝”，《法律适用》，2010年1期；“关于能动司法与大调解”，《中国法学》，2010年1期；“关于能动司法”，《法律适用》，2010年2—3期；“中国法官的形象塑造——关于陈燕萍工作法”，《清华法学》2010年3期。

法中,纠纷解决——“案结事了”——仍然是重点,仍然是基层法官的主要追求。

3. 法院体制中基层法院的制度功能(不同于其社会功能)定位,法院内部的审判和行政管理体制,包括对防止司法不公的内在外在监督、防范机制,还没有理顺。之前的问题基本没变。

4. 1990年代以“谁主张谁举证”为起点展开的审判方式和司法改革,强调抗辩制,强调坐堂办案和程序,在城市地区收获很大,但与基层司法的现实需求和制度支持还有相当的差距。由于严重缺乏司法的诸多格式化条件(律师代理和公文化的证据材料等),基层司法,特别是人民法庭主要涉及民事案件的司法,其实一直主要是特定意义上的“能动司法”,且往往调解优先。

5. 基层司法的法律专业人才总体上仍然严重匮乏。尽管在东部发达和比较发达的地区,即使是在农村,基层司法中已不时出现了有正规法学教育背景的律师的身影,但在绝大部分中西部基层社会,律师仍然罕见。统一司法考试提高了初任法官的标准,由此带来中西部和基层法官向东部沿海地区和高层级法院流动,大批老法官退休以及为了提高所谓的专业化水准而推行的强制性“离岗退养”,以及法学院毕业生由于待遇问题不愿到基层法院就业,中西部的基层法院甚至更缺乏法官了。人民法庭的总数在减少,基层法院中有法学院教育背景的法官严重匮乏,甚至难以为继。

6. 1990年代以来强调专业化和职业化令法官总体的专业和职业能力有了很大提升,但法律界、司法界和法学界对基层法官需要的特殊和综合的知识和能力关注不够,甚至有所弱化,对具体社情重视不够,对法官在这种环境下有效司法的经验关注不够,总结提升不够。甚至出现了比较刻板的法条主义倾向。

7. 社会变革带来了社会法律共识和道德共识的重新凝聚和形成,正式的法律知识、信条与比较稳定的习惯或社会的道德共识还有不少冲突。

社会和形势都变了,但一些核心问题基本没变。

三

这次新版,我没有对书的内容作任何实质性修改,即使有新的数据和材料可以对相关章节予以充实修改。例如第十一章关于民事一审的上诉率问题。我的研究历来以基本(另一种意义上的重大)问题为导向,细节上的与时俱进如果不影响分析的基本结论,则毫无意义。

我对文字做了些许调整;除了修订错别字外,我尽可能简化一些表达,去掉或尽力淡化原文中的翻译味;个别地方,因今天看来说理或注释不够,略微增加了些许文字。

作此说明,固然考虑到已有本书初版的读者不必再破费,但更想为历史留下一片化石——有关我们曾走过的20世纪末的中国社会、司法和法学。

苏力

2010年8月4日于北大法学院科研楼

世纪末日的交待(自序)

1996年我出版了第一本论文集《法治及其本土资源》，在法学界引出了一些动静。除了不少赞扬之外，也有不少怀疑和批评。对于所有这些赞扬和批评，我都真心感谢，即使是有些人说话很重，即使有点决心要意气用事或“上纲上线”的意味。说句很俗的话，批你也算是看得起你了：至少你的观点、论证让他/她感到有点激动，感到不吐不快，非要同你干上一架不可。而这些辩论会迫使我审视一下自己是否有什么错误、缺陷，至少也可以了解别人是怎样看这些问题的，是从什么角度、基于什么假定看这些问题的，这对自己实际上会是一种鞭策；尽管我对自己的观点至今死不悔改。也许唯一不能原谅的只是极个别人承认自己连书什么样都没见过，仅仅听说了这个书名就开始横溢（横行？）他的才华了，这种学风和文风是任何学界都不应容忍的。

但是，我多少也还有些失望，我觉得很多批评，甚至某些赞扬，都基于一些大而化之的误解，并且往往都只关注诸如“本土资源”这样的词。在这个过程中，我也被贴上了不少标签，“保守主义”，“后现代主义”，“法治

本土化”，甚至被称为“危险思潮”等。一些学者认为我是主张依据中国的传统文化来重建中国法治；在他/她们看来，中国文化本身不存在任何现代法治的基础，因此我的说法只是一种美梦；也有学者认为我主张拒绝吸收外国法治和法学经验，认为我强调法律是一种地方性知识有可能走向封闭。这种误解也许是注定的，因为即使“全新的历史创举都要遭到被误解的命运，即只要这种创举与旧的、甚至已经死亡的社会生活形式可能有某些相似之处，它就会被误认为是那些社会生活形式的对应物”^①；更何况我的并非全新也并非历史创举的观点呢？

然而，我还是想在此对这些问题说明一下，也算是对朋友们的一个交待，甚至是一种尊重，因为“有来无往非礼也”。但为了避免人们说：“你改口了。”我还是引证原书上的一些文字，括号内是原书页码：

关于本土资源是否等于传统以及当代中国社会中是否有现代法治的基础：

寻求本土资源，注重本国的传统，往往容易被理解为从历史中去寻找，特别是从历史典籍规章中寻找。这种资源固然重要，但更重要的是要从社会生活中的各种非正式法律制度中寻找。研究历史只是借助本土资源的一种方式。但本土资源并非只存在于历史中，当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源。

但随生产方式的变革，人口的流动，应当说使宗法关系或变相的宗法关系得以强化的经济基础制度将不断削弱。我之所以强调借助中国的本土资源建立现代法治，正是在经济体制变革这一根本前提下。（页14—15）

关于法律移植，我确实认为法律移植不大可能。我的观点基于字面上的法与实际的法的区分，或更大一点说，法学与法制/治的区分，在我看来：

^① 马克思：《法兰西内战》，《马克思恩格斯选集》卷3，人民出版社，1994年，页57。

即使[是]紧密关注实际的法学研究对当代法制的的影响也主要是一个正当化的过程,最多只能对法制的形式结构和正当化论证产生一些影响。而法制是从社会中生发出来的,其实际运作可能符合、但不必然甚至不必须符合某个或某些法学研究成果。

……一个民族的生活创造它的法制,而法学家创造的仅仅是关于法制的理论。(页 287,289;省略了着重号)。

我不想再多引证下去了,免得有骗取稿费之嫌疑。但是,我想说,这些观点或思想在那本书以及此后的其他文章中一直都保持,是其中的主要线索或边界;尽管我并不认为这些观点单独拿出来具有什么特别的重要性。在我看来,最重要的不在于如何表态,而在于作者文章中流露出来的那种分析问题的态度和方式是否与他/她的其他文字在逻辑和思路保持了一种融贯性,或是否有一种连续性发展;如果有断裂,是什么理由,什么因素造成的,必须在适当时候给个交待;否则就有“投机”、“见风使舵”的嫌疑,或者是自己也不明白自己写的是什么,而这后一种情况,在中国法学界经常可以发现。

二

必须交待的另一个问题是“地方性知识”的问题。我确实没有在书中细细讨论这个问题,只是提了一句:“社会生活中所需要的知识至少有很大部分是具体的和地方性的”(页 18)。我以为这一点是很清楚的,只要点到,人们就都会明白。但情况似乎并未如此。原因何在?问题在于许多人对知识有一种前见或偏见(迦达默尔意义上的,并不必然是贬义的;在迦达默尔看来,所有的知识都不可能完整,因此都是偏见,偏见构成了求知者求知的基础和必要),一种不必要的知识神话感,即认为只有进入书本的才是知识,而且还只有进入大学甚或研究生课本的才是知识,只有能成为普遍命题的才是知识,甚或必须用某些激动人心的语词或“大词”包装起来的才是知识。但知识是以多种形态出现的。社会生活中有许多知识是无法用言语或一般命题表达的(而只要求会做),要表达也是拙劣的。请想一想你在恋爱中的感受,你可能会用“幸福”来表达(你“知道”

的幸福)；可是幸福和幸福不同，这种幸福绝不是你小时候得了100分、你妈给买了根冰棍时的幸福。法律的知识也是如此，法律的运作除了诸多命题、原则、规则、标准这些可以抽象概括的知识外，还需要其他各类知识，既所谓的实践理性或技艺，或“无言之知”，甚至还需要对当事人的某种了解(请看本书第一章)。

与法律是地方性知识相关的另一个问题可能是，关注并强调地方性知识是否会导致知识的封闭？我认为不会。我自认为是很关心地方性知识的，甚至对许多细节都非常关注，试图开掘出其中的理论意义。但我并不认为这就使自己封闭起来了。坦白地说，仅就我在书中引证的中外书目而言——不仅是法学，而且包括其他学科，都表明对地方性知识的关注不必然导致思想的封闭或知识的老化。而且，我在该书中还多次强调，由于法学不是一个自给自足的学科，因此思想的开放不仅应当理解为对外国的、被标记为法学的知识保持敏感和开放，还应当和必须对自身和周围其他普通人的知识和经验保持敏感和开放，还要对其他一切相关学科的知识 and 研究成果保持敏感和开放。如果仅仅关注自己喜欢的那个学科(甚至专业内)的某个或某几个外国学者写了什么，提出了什么观点，就自以为获得了真传，对其他普通人的知识，对其他学科的研究成果都抱一种抵制或者“于我如浮云”的态度，这不可能是开放的态度，不是学者的风范，而很可能是一种卫道士的态度。

即使是从逻辑上看，确立地方性知识的合法性也不是要确立，且不会导致地方性知识的霸权。因为，基于我个人的经验，如果想关注地方性知识，思想就必须开放，因为只有^①在开放中你才有可能理解、感受、发现甚至是看到地方性知识。理解知识的地方性是以并且必须以理解更多其他知识(同样是地方性知识)为前提的。一个人在一个地方待久了，不注意吸收他人的视角，他会发现周围每天不过如此，只有“外面的世界很精彩”。但如果你保持一种开放的心态，不断通过了解他人和其他学科的视角和知识来改变、充实自己的参照系，你就会发现周围平淡无奇的世界或生活中其实同样充满了活力和绚丽，有许多有趣的问题，你的心将重新敏感而年轻，“这一个心跳的日子终于来临”(何其芳诗句)；你会感到——还是

我昔日的诗——“一切都是熟悉的,一切又都是初次相逢;一切都理解过了,一切又都在重新理解之中”。如果说句太实在乃至失去学术品位的话,那就是,只有看到了别人,才能理解自己。说句有点拗口的、因此有意通过包装来“提升”自己学术品位的话,那就是,地方性是在各种地方性知识相互关联中体现出来的知识的品质之一。

三

因为我用了“本土资源”一词,就有不少人将我同“法治本土化”联系在一起。这是一种望文生义的阅读,一种基于“本土”的误解。其实,细心的读者应当注意到,我从来没讲过法治的本土化。只是在《本土资源》书中收集的一篇文章中,我谈到法学研究的本土化,主要因为当时学界正在讨论学术规范化和本土化问题,我的文章自然必须扣紧主题。而且,我确实主张法学研究要本土化,即像我这样留洋回来的中国学者一定要(但并不是只能)研究中国问题,并且要有自己的眼光,追求(能不能获得则是另一回事)自己的发现;不能如同毛主席批评过的那种留学生,“从欧美日本回来,只知生吞活剥地谈外国。他们起了留声机的作用,忘记了自己认识新鲜事物和创造新鲜事务的责任。”^②

但我并不主张法治本土化,或认为这种提法没什么实际意义,多少有招摇过市之嫌,无实事求是之心。为什么?首先,和我前面的第二节的自我引证相一致,我认为,一国的法治最终如何,从来不是法学家说了算的。是一个民族的生活创造其法治,法学家创造的最多也只是对这种法治的一种理论正当化。因此,那种仅因为自己说的什么成了流行口号、或被政府采纳了就自以为了不起的人,那种认为口号会决定法治结果的人,其实都有点把自己看得太重了,把别人看得太轻了。法治如果事实上本土化了,你想让它西化也不成;如果同国际接轨了,法学家全都主张本土化也不行。我是很知道理论的局限的。只要想一想,法学家能命令法官听你的?命令老百姓听你的?你连一个偷渡客(他/她也不也正想以自己的实践

^② 毛泽东:《改造我们的学习》,《毛泽东选集》,人民出版社,1966年,页756。

方式同世界接轨?)都管不了!

这些话都太现实了,一点理论都没有;有人会说。其实,我有更深一些的理论分析和思考。这就是,我认为法治本土化的口号中隐含了一种中国天生、并将永远同外国(主要是西方)不同这样一个前提预设。这是强调文化类型且将之固化的一种理论:由于中西文化类型不同,因此无论西方的什么东西(包括法治),到中国来都必须先变成本土的,才有效;并且还假定这种状况会永远继续下去(这种理论的前设是从生物学的基因中借来的一个隐喻)。我尊重这种理论,尊重接受和主张这种理论的学者(他/她们也可能对,但谁对谁错,我们目前还无法验证),但尊重不等于信服和接受。我还是更相信马克思的历史唯物主义,以及与此相关或相兼容的社会学、经济学理论。我认为,所谓的文化差异更多是自然环境、生产方式等物质性因素之差别带来的结果,而不是造成这些差别之原因。因此,文化论的弱点是从总体上的结果(现状)之差异反推出历史文化的原因之差异,在我看来,它隐含了一种将各种差异固化且永恒化的潜在危险(这个词也许太重了);有时还不无可能被一些人用作标榜。从近代以来中国发展的历史来看,似乎,中国人并不那么坚持传统文化,如果一种新东西、外来的东西确实能带来实际的利益,无论是马克思主义、民主科学还是电视或盗版光盘(我相信最初的盗版光盘一定是来自境外),他/她们都能接受。而且,随着国际经济交往、信息交往的日益频繁,事实上当代中国与发达国家的相似处已越来越多,与传统中国社会的区别越来越大。这一点已经是一个事实。因此,仅仅是为了减少交易费用,增加社会财富,也没必要以强调差别的法治本土化为目标。

这并不否认个体有差别,民族有差别,各国的经济发展水平不同,各国之间有时会有很大的利益冲突等。我相信,各国的法律在不同程度上肯定会有本国的色彩。但是这种色彩不是本土化口号呼喊程度和音高不同的产物,而是人们(不只是法学家或立法者)为应对自己生活中遇到的一个个具体问题而行动的结果。也就是说,口号不解决问题,问题必须通过具体的研究和行动才能解决,法律必须针对具体问题量体裁衣,看菜吃饭。并且,我认为,由于法律本身的世俗性和实践性,法律真正并首先要考虑的是它是否“可行”(是否为人们的实际行动所接受),而不是它是否

“本土”(是否同别人不一样)。无论本土化还是国际化,如果不解决问题,那就不是好的法律或法治。如果在解决实际问题的过程中法治本土化了,那么这只是一个结果,还是没必要事先把这一点拿出来作为目标。也正是在这个意义上,我认为法治本土化和法治同国际接轨的说法都更像是一个招牌,而未必真能拿出或是想拿出什么货色。这些口号其实很有些意识形态的痕迹,即强调概念的政治正确和方向对头,不大关心实际内容,更少关心实际效果。在这个意义上,我是既反对法治同国际接轨也反对本土化的说法。因为这两种说法都忽略了法律或法律家真正要解决要关心的问题,而把“提法”放在首位,把文化的、实际是政治的标准放在首位,因此是不务实的。我是实用主义者,强调法律的制度功能,而不看重它的“名分”。

正是由于这个原因,在法学研究上,我不关心被现行知识体制贴在各种材料或观点上的文化标签,不关心中外古今学者的“本质”或“核心”思想是什么,我关心的是这些材料和观点——在我认真阅读之后——是否拓展了我对当代中国法律制度问题的理解,给了我新的启示(因此,我不强求别人如何理解这些材料和观点)。我不会因为我研究中国问题,就仅仅梳理中国传统文献;我也不会因为司法独立和专业化的概念来自西学,就忘记了孔子“不在其位,不谋其政”中隐含的类似智慧。学术传统的认同其实并不那么重要,更重要的是你能否感受到问题和你能否作出智识的回应。学术是一种高度个人化的实践。认同学术传统并不使人的智慧突然猛增,相反,真正的智慧是可以创造和改变学术传统的。

四

这些话其实很早就有人敦促我说。有家法学杂志曾提议以此为题举行学术讨论会并发专号,我觉得自己不配。也有一家报纸先是连续转载一系列主要是批评我的文字,并将这些报纸寄给我,也仅仅寄了这几期;大约见我无动于衷,后来干脆主动约我写稿回应这些批评。我还是谢绝了。我怕为媒体也怕为批评者利用——弄不好就被别人牵着鼻子走了;我还是躲远点好——好读我的书,做我的研究,写我的文章。但是,更主