

送 法 下 乡

——中国基层司法制度研究

苏 力 著

此书献给我远去了的同学和朋友邹斌，
以纪念我们的已经凝固为历史的友谊。

.....

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》

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，我都真心地表示感谢；即使有些话说得很重，甚至有点儿意气用事或“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，这些实际上都对自己是一种鞭策；尽管我对自己的观点至今死不悔改。也许惟一不能原谅的只是极个别人自己承认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包括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像“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；也有学者认为我是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“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〕}更何况我的观点并非全新也并非历史创举。

然而，我还是想在此可以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。”

“随着生产方式的变革，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

〔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年版，第57页。

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，或更大一点儿说，法学与法制/治的区分，在我看来：

“即使〔是〕紧密关注实际的法学研究对当代法制的影
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都一直保持着，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，都必须在适当机会有个交待；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，在中国法学界是经常可以发现的。

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）。原以为这一点是很清楚的，只要点到，人们就都会明白。然而似乎情况并非如此。原因何在？依我之见，就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；在迦达默尔看来，所有的知识都是不可能完整的，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。但是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（而只是会做），要表达也是拙劣的。请想一想你在恋爱中时的感受，你可能会用“幸福”来表达（你“知道”的幸福）；但幸福和幸福是不一样的，这种幸福绝非儿时你得了100分妈妈给买了根冰棍时的幸福。法律也是如此，法律的运作除了诸多命题、原则、规则、标准外，还需要其他各类知识，即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和知识（请看本书第一章）。

与法律是地方性知识相关的一个问题可能是，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。我认为自己是很关心地方性知识的，甚至对许多细节都非常关注，也试图开掘出其中的理论意义。但是，我并不认为这就使自己封闭起来了。坦

白地说，仅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并不必然导致思想的封闭或知识的老化。而且，我在该书中也多次强调，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国外的、被标记为法学的知识保持敏感和开放，而且应当对自身和周围其他普通人的知识和经验保持敏感和开放，此外，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，而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，也不是学者的风范，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而且也不会导致地方性知识的霸权。因为，基于我个人的经验，如果你想关注地方性知识，你也只有在开放中才有可能理解、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的其他知识（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，他会发现周围成天不过如此，似乎只有“外面的世界很精彩”。但是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一样充满了活力和绚丽，有许多有趣的问题，你的心将重新变得敏感而年轻，“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、因此有可能提升自

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

有不少人因为我用了“本土资源”一词，就把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。只是在该书收集的一篇文章中，我谈到法学研究的本土化，主要因为当时学界正在就学术规范化与本土化问题进行讨论，我的文章自然也必须围绕主题。但是，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，且要有自己的眼光，追求（能不能得到则是另一回事）自己的发现；不能如同毛泽东同志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〕

但是，我并不主张法治本土化，反倒认为这种提法没有什么实际意义，多少有招摇过市之嫌，而无实事求是之心。为什么？和我前面的第二段自我引证相一致，我认为，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就自以为很了不起的人，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；

〔2〕“改造我们的学习”，《毛泽东选集》，人民出版社1966年横排本，页756。

如果同国际接轨了，你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，你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/她不也在想以自己的方式同世界接轨？）都管不了！

但是，这些话还都太务实了，其实，我还有更深一些的理论上的分析和思考。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。这是一种强调文化类型且将之固化的理论，即：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（这种理论的前设是一个从生物学的基因中借来的隐喻）。我尊重这种理论，尊重接受了这种理论的学者（他/她们甚至也可能对，但谁对谁错，我们现在还无法验证），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之差异反推出原因之差异，此外在我看来，还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）；有时也不无可能地被人们用做一种标榜。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从境外来的），他/她们都能接受。而且，随着国际间经济交往、信息交往的日益频繁，事实上中国与发达国家的相似之处已越来越多，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，也没必要以这种强调差别

的法治本土化为目标。

这并不是否认人有差别，民族有差别，各国的经济发展水平不同，各国之间的利益有时会有很大冲突等。我相信，各国的法律肯定都会有本国的色彩。但这种色彩肯定不是本土化口号的产物，而是人们（而不只是法学家或立法者）为应对自己在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，法律真正要考虑的并且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），而不在于它是否本土（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，也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一样，更像是一个招牌，而未必真能拿出或是想拿出什么货色。这些口号其实还是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，而不论实际内容，不论实际效果。在这个意义上，我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，而是把“提法”放在首位，把文化的实际上是政治的标准放在首位，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“名份”。

也是由于这个原因，在法学研究上，我也不关心被现行的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，我不能强求别人如何理解这

些材料和观点)。我不会因为我要研究中国问题，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”中隐含的智慧。学术传统的认同其实并不那么重要，更重要的是你感受到的问题和你做出的智识回应。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增加，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出来。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，且仅仅寄了这几期；大约见我无动于衷，后来干脆又主动表示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所利用——弄不好就被别人牵着鼻子走了；我还是躲远点儿好——好读我的书，做我的研究，写我的文章。但是，更主要的原因是，我觉得这种争论其实没有太多意思。在给学生的一个答辩中，^{〔3〕}我就谈到，其实本土资源这个概念本身并不重要，它的提出几乎带有一点儿偶然性；重要的是要研究中国的问题，回答中国的问题，提出一个个解决问题的具体办法。谁要是争本土资源的精确含义，那就太没意思了（也是对我的最大误解）。一旦争论起来，这个本来仅仅是用在一定语境中表达一个观点的

〔3〕 苏力：“关于‘本土资源’的几点说明”，载《北京大学研究生学刊》（1997年）。

语词就有可能实体化了，变成一个独立在语境之外的什么“东西”了。结果大家都在为这个词打仗，结果就像刘欢的歌中唱的“几乎忘了曾经不改变的初衷，几乎没了与生俱来的真诚”（《报应》）。这是我最不愿看到的（又是实用主义！）。这种现象在哲学上就叫做异化：好像大家都在说这个词，实际上是这个词把大家都给说了。我能干这号子傻事？我们的老祖师爷孔子就懂这个道理了，因此他“不语乱、力、怪、神”，对“六合之外，存而不论”。为什么不论和不语？不是说孔先生同意这些“东西”，而是他老人家精明。他知道，这种问题一旦论起来，由于没有一个确定的指涉，不但不会有什么结果（想一想，世界上有谁真正是被驳倒的？），而且会适得其反，你想收也收不回来了——乱力怪神就在人们心目中实体化了。人只有不说什么才能说些什么；人不可能在一切时候说一切的话；沉默是金，雄辩是银；“不争论”。这些都是智慧之言。

但最重要的是，争论不解决实际问题。就算我争胜了，也许有点“名气”了，但不就是落个“本土资源”的虚名吗？晴雯都知道枉担一个虚名是不好的！你要想真正说服人，让人少一点怀疑，你得拿出东西来，让人看看：在中国的土地上，只要你认真，有眼力，有能力，研究那些看上去很不起眼的问题，同样可以出好货、出真货。中国人是很聪明的，只要有好东西，他/她们是会辨认出来的；接着，他/她们就会模仿，然后还会创造。因此，最重要的不是太多（偶尔是可以的，也难免）争论或构建那些“众妙之门”的问题：诸如“本土资源”何以可能？“本土资源”是否存在？“本土资源”是否必要？重要的是你从对中国的研究中拿出显然是外国人写不了的同时还够得上是学术的东西。

三年多过去了，我现在拿出了这个东西。我认为它像是一个

中国人写的，不像抄的，也不像编的，更不像译的；它包容和体现并推进了我先前的那些思考，是我比较系统地开掘“本土资源”后的一个产品。它来自于一个生长在这块土地上的人对中国司法中的一些常见现象的探讨和思考，来自于对中国基层普通法官之经验的总结和概括。但它又不是对中国现象的罗列或列举，它有理论追求。它不仅深入了一个法学界长期关注不够的初审法院的司法实践领域，凸显出一些在现有的、不仅中国的而且外国的法学知识框架中很少或很难为法学家注意的问题；而且在理论分析上，它也没有诉诸那种强调文化不可通约的理论框架，而是力求在一个即使是普通人也可以理解交流的理论框架中对经验材料作出分析和解说。它也许还很不完美，甚至会有一些错误；但是，它只能产生于这块我深爱着的土地。在这个意义上，它是原创的，是不可替代的。

五

这是 20 世纪的最后一个黎明！

在这样一个具有象征意味的时刻结束这样一本书，无法不让人感动。尽管我知道这个日子仅仅是一个符号，并无太多的意义，但我还是感到，这是一个壮丽的时刻！（现代化已经将我们规训得够齐整的了）。

此刻，大洋彼岸，我的学生们、我的同事们、我的同胞们聚在一起吃年夜饭，怀着各种复杂的但充满憧憬的心情迎接新的一年、新的世纪和新的千年；再过几个小时，将是一片欢腾……而“独在异乡为异客”的我，将在办公室里度过这一时刻。

我思念我的祖国。

我想起了一个诗人的诗句：

“为什么我的眼里常含泪水？
因为我对这土地爱得深沉……”〔4〕

苏 力

20 世纪末日清晨 6 时于坎布里奇

〔4〕 艾青：《我爱这土地》，人民文学出版社 1979 年版。

致 谢

本书是美国福特基金会资助的《中国农村基层司法及其运作》研究项目的成果；同时也得到国家教育部跨世纪优秀人才研究基金的资助。

参加这一调查的人员先后有强世功博士、赵晓力博士、贺欣、朱晖、任煜南、杨柳、陈绪刚等；文中的许多观点都曾经和他/她们交谈过，讨论过，有些论文初稿他/她们也曾看过，提过珍贵的意见。赵晓力曾通读了全书校样。中南政法学院齐文远、李汉昌、刘茂林等教授以及该院院长吴汉东教授对我们的调查都曾给予很多帮助和照顾。湖北省基层法院培训班的法官们给予我们的调查以很多支持和协助；此外，在我们田野调查中，许多基层法院的院长、法官都曾提供了方便和支持。没有这些法官的支持和合作，这项研究是不可能的。除了合作支持外，从他/她们那里我不仅获得了研究的资料，而且有一种智识上的挑战，一种历史责任感。

我还应当感谢但如今只能追思的是我的最好的朋友，大学同学，原湖北省政法委政策研究室主任邹斌同志。他是一位有罕见才华、眼光独到且非常注重中国实际的人。同学多年，他曾对我的学术思路的形成和发展有重大影响。是他最早向我推荐了费孝通先生的《乡土中国》（一本一块钱的油印本）；并且自我回国任教以来，每年他到北京开会，或者我去湖北讲课，都往往会一谈

通宵；他讲的许多故事，许多精湛的分析，都融入了这本书和我的其他文章。如今，故人已逝，我再也不能看到他那自信的神态和纯真的笑容；令人黯然泪下。我将此书献给他和我们的友谊。

多年来，贺卫方教授一直和我有很好的合作，我有许多观点，包括与他有分歧的观点，都曾在私下交流过，同样的朋友还有中国社科院法学所的张志铭教授。北京大学老师葛云松、龚文东和韩流，研究生王晴以及其他学生也都曾给我的写作提供了资料 and 许多细致的帮助。来美国以后，同冯象博士、沈远远博士、于兴中博士等朋友都谈论过本文的一些内容，得到了他/她们的鼓励和肯定。特别是冯象博士，他通读了全书初稿，并提出了细致且很有见地的修改意见。必须感谢的还有北大法学院院长吴志攀教授，特别是他同意我来美国访问一年，集中精力和时间写作，而本应由我承担的许多工作都由他以及法学院的其他领导分担了。

我特别要感谢哈佛燕京学社及其社长杜维明教授，访问学者的身份使我得以从容写作。哈佛法学院东亚法律研究中心主任安守廉教授为了我访美曾给予了很多很切实的帮助，令人感激。美国福特基金会项目官员张乐伦女士对本研究也自始至终给予了支持和关注，并提出了不少建议。

本文的部分作为论文曾发表于《北大法律评论》、《社会学研究》、《中外法学》、《中国社会科学》、《法学》、《法律科学》、《现代法学》、《比较法研究》等杂志，还有一些论文曾在各种研讨班发表过，听取过与会者的批评和评议。还需致谢的有中国政法大学出版社编辑丁小宣和宋军夫妇；由于他/她们的“催逼”才使此书得以在 20 世纪完稿。