

喻中 著

(第二版)

乡土中国的司法图景

以大量的故事、细致的描述，展示了乡土中国原生态的法治实践，描绘了当代中国人现实生活中的法律。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

乡土中国的司法图景

喻中著

(第二版)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

乡土中国的司法图景 / 喻中著. —2 版. —北京:
法律出版社, 2013. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5498 - 8

I. ①乡… II. ①喻… III. ①民事纠纷—处理—研究—
—中国 IV. ①D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 239688 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/固安华明印刷厂	责任印制/沙 磊
开本/A5	印张/10 字数/224 千
版本/2013 年 11 月第 1 版	印次/2013 年 11 月第 1 次印刷
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	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	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	西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
	重庆公司/023-65382816/2908
	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978-7-5118-5498-8	定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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》

第二版序言

这本小书的第一版自 2007 年问世以来,得到了一些学界同行的关注。我有自知之明,学界同行的关注并不是因为这本小书有多出色,而是因为它顺应了法律理论本土化这样一个学术走向。我认同这样的学术走向,所以在这个方面做了一些尝试。本书的 2007 年版,算是我研究“乡土司法”的一个阶段性小结。不过,探索是没有终点的。2007 年以来的六七年间,我在“乡土司法”这个主题上做了一些新的思考,并发表了几篇新的文章。这几篇新的文章,促成了这本小书的第二版。

第二版是对第一版进行增删的结果。删除的文字包括“法官如何维护自己的权利”、“披麻戴孝与司法判决”两篇。增补的文字包括三篇,它们分别是:“乡村丧礼的逻辑”,“被告山杠爷:国家与宗族”,以及“司法角色的历史考察”。做出这种增删的理由是,较之于删除的两篇,新增的三篇能够更有效地阐明“乡土中国的司法图景”。相应地,全书的结构、各篇的标题也做了新的调整。

从总体上说,这是一本法律社会学方面的书,强调实证性的研究,注意从真实生活中寻找法学理论或法学理论的生长点。全书主

体部分侧重于社会实证,最后两篇侧重于历史实证。不过,无论是田野调查还是历史考察,目的都只有一个:更好地解释乡土中国的司法语境、司法逻辑、司法形态。

喻 中

2013 年 8 月

于首都经济贸易大学法学院

序 言

中国很大,民族很多,历史很悠久,文化很丰富,地区差异很明显。这样一些客观事实,决定了中国的法律必然也是多元化和多样性的。因此,任何将中国法律进行简单化处理的理论模式,它的解释能力难免都会受到一定的限制。

譬如,按照正式的法律条文与主流的法律理念,法官办案子应当“以法律为准绳”,这就是说,“本本”上的法律是怎么规定的,怎么判决就是了。我相信,在很多法院,特别是在那些层级较高的法院,确实也是这样做的。但是,在数量众多的乡镇派出法庭,这个司法王国中的“天条”,未必在任何时候都有那么大的权威。因为,如果所有的案件都必须严格依照“本本”来处理,要么可能将某些诉讼当事人拒于法庭大门之外,要么司法判决无法得到讼争双方的认可。这样的结果是很不妙的。因为,判决虽然已经做出了,但问题并没有得到有效的解决,也没有实现“定分止争”的功能。单就社会效果来说,只要问题没有得到解决,无论你做出判决的法律依据如何充分,都可以说你这个案子没有办好。事实上,对于大多数法官来说,司法的目的,主要还是为了解决特定时空环境下存在的某个争议或纠纷,而绝不仅仅是为某种抽象的法律理念提供一个具体的注脚——这其实也是我们这个社会对于司法所寄予的希望。

从理论上讲,法律是整齐划一、高度一致的。但在实践中,不同

语境下的法官,他们赖以做出判决的“法律”是不大一样的。在高级法院、最高法院,法官们考虑得更多的法律,也许是纸面上的正式规则,诸如全国人大制定的法律、最高法院做出的司法解释之类。但是,在广大的乡土社会、偏远山区特别是少数民族聚居地区,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”,“怎么方便就怎么来”,否则,案子就无法顺利地办下去。

然而,在法学院的课堂上得到表达的,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”法律理念结出来的硕果,至少也是某个声名显赫的西方经典作家论述过的……,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。为了理论上的自洽,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,还有必要对于法律丛林之丰富多

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于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“乡村司法的图景”,“里心审判方式”,以及“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。本书关于“送法下乡与案件制作”的剖析,关于“法官维护自己权利之方式”的比较,关于“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,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,按照我国《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,寻求无须监督的司法界,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。本书关于“披麻戴孝与司法审判”的研究,关于“法官的第二种忠诚”的考察,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”。

喻 中
2006 年冬

目 录

第一篇 乡村丧礼的逻辑	1
一、引子	1
二、乡村丧礼中的行动者(一):临死者、操办者、亲邻长者	3
三、乡村丧礼中的行动者(二):乡村法师	6
四、乡村社会为什么排斥新式葬礼:行动者逻辑的再分析	10
五、乡村丧礼在乡村社会整合中的功能与意义	14
六、结论	19
第二篇 乡村司法的图景	21
一、国家司法·民间司法·乡村司法	21
二、财产侵权案	23
三、人身侵权案	26
四、合同纠纷案	29
五、贪污案	31
六、驻村干部的办案经验	34
七、乡与村之间的“乡村司法”	37
八、一个法律寓言	40

第三篇 里心审判方式	42
一、为什么选择里心	42
二、里心审判方式的社会背景	43
三、里心审判方式中的法官	46
四、里心审判方式的主要特点	50
五、通过里心审判方式解决的典型案例评析	55
六、里心审判方式之关键词解读	60
七、行业媒体对里心审判方式的态度	67
八、从马锡五审判方式到里心审判方式	70
九、不昂贵的司法：里心审判方式的特质	75
第四篇 司法过程的幕后参与者	78
一、背景交待与问题意识	78
二、村民眼里的一起故意伤害案	81
三、为什么求助于城里法官的乡下父亲	84
四、城里法官的乡下父亲为什么积极参与司法过程	87
五、城里法官为什么尊重乡下父亲的意见	90
六、城里法官的乡下父亲参与司法过程的若干特点	95
七、城里法官的乡下父亲在钱权交易过程中的功能	98
八、从城里法官的乡下父亲之角度看中国司法状况	103
九、城里法官的乡下父亲角色中蕴含的理论意义	107
第五篇 送法下乡与案件制作	112
一、“送法下乡”的主语	112
二、调查研究的思路与方法	115
三、一起玩忽职守案的诞生与侦查过程	118
四、检察机关为什么送法下乡	126
五、送法下乡与案件制作技术	131
六、无中生有：案件制作的另一种技术	137

七、从送法下乡与案件制作的关系看司法语境	141
第六篇 探寻私了之谜	148
一、为什么研究刑事领域中的私了	148
二、文献回顾与研究路径	151
三、私了是什么	155
四、为什么私了	174
五、国家对于私了的态度	184
六、私了与“公了”:合作与对立	197
七、私了的积极意义及其滥用	205
第七篇 法官的第二种忠诚	213
一、法官的两种忠诚与司法的两种效果	213
二、“16 字审判原则”、“万次申诉”与司法的社会效果	217
三、法官为什么要表达对民众的忠诚	227
四、法官如何表达对民众的忠诚	230
五、忠诚于法律还是忠诚于民众	235
第八篇 被告山杠爷:国家与宗族	240
一、“找乡长不如找族长”	240
二、国家对宗族的态度	243
三、重估宗族权力的价值	247
四、被告山杠爷:一个隐喻	250
第九篇 吴经熊与马锡五	254
一、从古代中国的法律传统到现代中国的法律传统	254
二、从海外归来的吴经熊与生长在陕北的马锡五	255
三、吴经熊的法律实践及其法律思想	257
四、马锡五的法律实践及其法律观念	259
五、从吴经熊与马锡五之差异看中国现代法律传统的两翼	261

六、从对峙到对话:两种现代法律传统的未来	264
第十篇 司法角色的历史考察	267
一、在“司法—行政”关系中重新理解司法的角色	267
二、“行政兼理司法”的思想根源与文化理据	270
三、“司法兼理行政”的形成及其制度逻辑	275
四、“司法兼理行政”的利弊及兴利除弊的限度	280
五、结论	285
结语	287
后记	300

第一篇

乡村丧礼的逻辑

一、引子

自 20 世纪 90 年代以来,我先后见证了多起乡村丧礼。有时作为客人,礼节性到场,略微致意,浅尝辄止;有时作为主人,深度介入,事无巨细,全程参与。时间和地点的变迁,尤其是身份的转换,让我有可能从不同的角度,切近地观察与体验发生在当代中国乡土社会中的丧礼,这实际上给我提供了一个研究乡村丧礼的契机,同时也促使我思考:能否通过这样一些礼仪性的丧葬活动,深化我们对于乡村社会、乡土中国的理解?费孝通先生的名著《乡土中国》,前后凡 14 节,都没有论及乡土中国的丧礼;其他学者针对当代中国乡村丧礼的专题研究,也极为欠缺。然而,丧礼又是乡村社会生活中的一件大事,既是特定乡村社区共同关注的一个焦点,也可以作为透视乡土中国社会状况的一面镜子。因而,立足于乡村丧礼的社会学分析,就有可能在费先生的名著之外,打开另一扇窗子,让我们看到乡土中国社会关系与秩序状况的另一个侧面。

何谓乡村丧礼?统而言之,主要是指乡村社会中由乡村法师主导的传统丧葬仪式,譬如:请法师、做法事、烧纸钱、放鞭炮、焚香烛、看风水、择日期、买棺材、披麻戴孝、晚上守夜、敲锣打鼓、挖坑土葬,