

# 基层司法的反司法理论？

——评苏力《送法下乡》

赵晓力

## 一、《送法下乡》与“文字下乡”

《送法下乡》这个书名，总让人想起费孝通先生在《乡土中国》中讨论过的“文字下乡”。的确，苏力在书中也引用过费先生的这篇文章。在讨论一桩偏远山村发生的“卖牛案”为什么没有文字证据的时候，苏力引述了费孝通在半个多世纪前就给出的理由：“文字的主要功能是为了进行跨时空的交流”，而在乡土社会中，绝大部分交流都是面对面进行的，“卖牛案”中原被告双方就生活在这样一个社会中，从一开始到涉讼前前后后一共9年时间里，围绕那头牛有一系列安排与交易，但都没有留下任何“文字化记录材料作为司法的支撑”（苏力，2000：224）。

费先生在他的经典论述中，从空间阻隔和时间阻隔两方面考察了文字的功能。不能当面讲话的时候，才需要文字来代替，乡土社会从空间上来讲是面对面亲密接触的社会，从时间上来讲是今天与明天、这一代与下一代的生活没有多大变化的社会，用不着文字来补充记忆力的不足，这样的社会当然没有文字的需要。“中国如果是乡土社会，怎么会有文字的呢……中国的文字并不是在基层上发生。最早的文字就是庙堂性的，一直到目前还不是我们乡下人的东西”。因为这个缘故，费孝通对文字下乡的看法是：“如果中国社会乡土性的基层发生了变化，也只有在了发生了变化之后，文字才能下乡”（费孝通，1998：22—23）。

50多年过去了，费先生所描述的乡土社会的特色，在中国农村许多地方还保留着，但文字早已下乡；不但下乡，而且在乡下建立了自己的再生产机制，比如一所所乡村小学、中学。除了文字，本来是产于庙堂、城市的许许多多东西，也都纷纷下了乡，比如科技、文化、卫生，比如革命、运动、知识青年，比如广播、电影、电视。有的下来了又走了，有的

下来了再也没有回去。法律是比较晚下来的，但现在似乎也不走了，不但有时令性的“普法”运动来刷几条标语，而且还建立了自己的机构，比如派出所、法庭、司法所、法律服务所，养下一大帮人员，比如公安、法官、司法助理员，也就是，产生了所谓的“基层司法”的制度、技术、知识、人员，而这，正是苏力这本书研究的对象。

照费老先生的看法，产于庙堂的文字并不是乡土社会需要的。那么文字不顾乡土社会的需要竟然下了乡，那肯定是出于庙堂和城市的需要。乡土社会的生活是自足的，但庙堂和城市的生活却不是，庙堂和城市需要乡土社会的东西做原料，或者是粮食、土地，或者是资源、人员，于是就下了乡来改造乡土社会以适应自己的需要。庙堂或者城市要和乡土社会做跨时空的交流，要乡下人听懂他们要什么，于是便要文字下乡，乡下人不识字，便被称为“文盲”，“意思是白生了眼睛，连字都不识”（费孝通，1998：12）。同样的道理，法律要下乡，“依法收贷”之类，乡下人中不懂法的便被称为“法盲”，或者“农民没有法律意识”，意思当然是白长了脑袋，连法律也不懂。

费孝通当年为乡下人鸣不平，说乡下本无识字的需要，就像城里人只要晓得吃包谷、面粉就得了，无须搞清楚包谷是否比麦子长得高。换句话说，城里有城里的地方性知识，乡下有乡下的地方性知识，大家没有必要非要认为自己懂得的别人也得懂，不懂得便是“盲”，或者认为只有自己的地方性知识是普适的，是“大写的真理”，硬要别人来认同。这个鸣不平的工作，苏力也做过，他举的是电影《秋菊打官司》里的例子。他指出，倒是秋菊在努力理解现代法制这个地方性知识，而现代法制，却没有同情地理解秋菊所执着讨要的那个“说法”究竟是什么；他希望，“在国家制定法和民间习惯法发生冲突时，不能公式化地强调以国家法来同化民间法，而是应当寻求国家制定法和民间法的相互妥协和合作，并对法学家”沟通国家制定法和民间法”、“打破这种文化的阻隔”寄予厚望。<sup>①</sup>

不过，这本《送法下乡》的工作，同情理解的还不是乡下人秋菊的地方性知识，而是基层司法人员，尤其是基层法官的地方性知识。原因

<sup>①</sup> 这方面的工作，见苏力，1996：71—72。尤其参见其中“变法、法治及本土资源”、“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”、“法律规避和法律多元”、“再论法律规避”、“后现代思潮与中国法学和法制”。

是,苏力在实地研究的过程中发现,在送法下乡的过程中,非但国家制定法和民间法的文化隔阂依然存在,在执行送法下乡的人员和派遣他们的人员之间,也产生了文化的隔阂。法盲的范围扩大了。那些执行送法下乡任务的基层法官,又形成了他们的一套地方性知识,城里和庙堂的法学家对待这些法官,像法官们对待秋菊一样不耐烦,于是基层这帮法官便成了新法盲。苏力在这本书中的任务之一,便是努力辩明:“所有的适应都是知识”(苏力,2000:150),“各庄的地道都有许多高招”(苏力,2000:264),先把法学家沟通国家制定法和民间法的任务暂放一边,寻求基层法和高层法的相互理解。

## 二、法治、礼治和治理

费孝通先生当年在为乡下人鸣不平的时候,也分辩过,乡土社会不是法治社会,并不意味着乡土社会就是没有任何规则的“人治”社会,“法治”不过是人依法而治,而乡土社会则是人依礼而治,是“礼治社会”。“礼和法不相同的地方是维持规范的力量。法律是靠国家的权力来推行的……而礼却不需要这有形的权力机构来维持。维持礼这种规范的是传统”。“传统是社会所累积的经验”(费孝通,1998:50),“所谓礼治就是对传统规则的服膺”,“每个人知礼是责任,社会假定每个人是知礼的,至少社会有责任要使每个人知礼”(费孝通,1998:55)。使人知礼,就是教化,贯彻礼治实际成为一种教育过程。所以乡村里解决纠纷的方式是找一位长老来评理,因为这样的人最富有传统规则的知识,也会自觉维护传统规则,这就形成了所谓长老统治。

费先生当年曾亲眼见识过乡村长老调解一起因为老父亲和二儿子抽大烟而和大儿子引起的家庭纠纷。他注意到,负责调解的是一位乡绅,调解的方法是按照伦理原则把老父亲和两个儿子每个人都指出短处教训一遍,让他们认罚;保长也在场,但从不发言,因为他在乡里并没有社会地位。<sup>①</sup>如果对比一下苏力对两起家庭纠纷案件的分析,我们可以看到,最大的变化是:礼治和维持礼治的长老统治已经无迹可寻。这当然是早先革命下乡的结果。但既然礼治和长老统治不再,乡土社

<sup>①</sup> 可以对比苏力对今天送法下乡中村干部所起作用的分析(苏力,2000:44-50)。

会在秩序上的自足性也就被打破，这时轮到乡土社会央求庙堂和城市派人来维持秩序了。由此可见，送法下乡正是革命下乡之后的必然现象。

两起家庭纠纷，一起是一件大山里的赡养案。一对老夫妇起诉四个儿子，为此还请了法律工作者代理。令苏力印象深刻的是，派出法庭的法官在审理和调解过程中，不仅提出了狭义的赡养问题，还考虑了老人同谁居住、口粮、生病的医疗费、死后的丧葬费、棺材、吃多少荤油多少素油、口粮中几斤黄豆几斤绿豆等等问题（苏力，2000：182）。这里法官关心的并不是规则，不管是礼治的规则还是法治的规则，他都不关心，他关心的是这一对老夫妇生命维护的技术细节。他并没有像一位传统中的乡村长老一样，把四个儿子统统教训一遍，让他们幡然悔悟，自己回去考虑这些技术问题，而是自己扮演了赡养问题的技术专家角色，他的知识已经超越了法律，也超越了礼和传统；他的知识是地方性的，但不是关于地方性规则（四个儿子谁应该多负赡养责任<sup>①</sup>）的，而是关于地方性事实的（比如山里寒冷，老人要吃些荤油等等）。他没有诉诸乡村中长子、幼子不同赡养责任的习俗，在这方面可以说他遵循了国家法对此不作区分的做法，但他同时也没有突破乡村不追究出嫁女儿赡养责任的习惯做法。我们可以说，法官在这个个案中遵循的是一种“治理”的逻辑，也就是，尽量避免规则方面的争议，而把当事人关于规则的争议（谁应该多尽赡养责任）转化为事实的争议（谁出荤油谁出素油），在事实层面而不是在规则层面解决问题，是结果导向而不是规则导向。

结果导向而不是规则导向的治理逻辑并不意味着法官们不了解规则，实际上，基层法官们对国家法律和地方习俗都是了解的，但他们了解这些规则的目的并不是拿来适用，而是拿来作为备选项说服当事人接受自己的治理方案。在苏力调查的另一起家庭纠纷中，一位老妇人的丈夫已离家出走 20 多年，杳无音信，因为儿子老向她要钱，要不到就打，她来法庭要解除和儿子的母子关系。但法庭给她比较了几个处理

① 实际上这四个儿子之所以不赡养老人，并不是他们否认子女有赡养老人的责任，而是认为这种赡养责任分配不公。乡村习俗中儿子和女儿、长子和幼子的赡养责任是不同的。关于解放前乡村习俗长子和幼子的赡养责任的不同，参见费孝通，1998：253—254。解放后到 1980 年代初江村的情况，参见费孝通，1999：38—56；近年的状况，可见郭于华，2001：221—254。早先清代和民国时期的习俗和司法实践，参见黄宗智，2003：第 8 章。

方案后,发现都不能解决她的问题。解除母子关系在国家法律上没有依据,刑事上治儿子的虐待罪,是国家法律的思路,但不符老太太的本意,民事上判儿子赔偿损失,这个儿子没有钱,没法赔偿,判停止侵害没有警力保证实施。最后,派出法庭的法官想了一个办法,建议老妇人提出离婚诉讼,解除与离家出走的丈夫的婚姻,这样她就可以找一个老伴保护她,她的儿子也就不敢再殴打她了(苏力,2000:178—180)。

这种纠缠于事实与法律之间、穿行于国家制定法与民间习惯法之间的本领,是基层司法的特有技术。在苏力调查到的这个个案中,这一点表现得更明显。某村一妇女Q的丈夫M常年在打工,在同村一男子W的引诱下,Q与W保持了一年多的两性关系(Q的说法是先强奸后通奸)。M回家知道后,非常愤怒,多次找W的麻烦,并威胁W的家人特别是他两个儿子的安全。W找到村委会调解,说愿意支付7000元给M作为“精神和名誉损害赔偿”,但要M保证以后不再威胁他和儿子的安全,M不答应,行动升级。村干部调解失败,建议W到法院起诉M(苏力,2000:245)。

费孝通先生当年也遇到这样的问题。按照乡村的习俗,本夫因为妻子偷汉而殴打奸夫,本夫理直气壮,奸夫罪有应得,但按照新式的法律,通奸没有罪,殴打却有罪。国家新法律和乡村旧习俗在这里水火不容。国家法律不能容忍殴打他人不管,但如果按照国家法律治了本夫的罪却让奸夫逍遥法外,不免造成“法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了”(费孝通,1998:58)。

在苏力调查的那个案件中,法院非常明白,如果按照国家法律只处理M不处理W,将造成M和W之间的矛盾激化,甚至有可能出人命;而如果按W强奸立案,又会面临证据不足的巨大障碍,最终的结果仍然可能不了了之,白辛苦还没法向M交代。无奈之下他们想了这么一个办法,将W拘留,一方面是避免M要了他的命,一方面要做给M和乡民看,W受到了惩罚,同时让W把赔偿额增加到8000元,这下M才保证停止威胁、骚扰W及其家人。协议达成当天,在班房里安全地呆了13天的W被释放,他不但没有抱怨,还一个劲地感谢主持调解的法官:“法院拘留我也是为我好。”而M在出了气了下了台阶并拿到8000元赔偿之后,也很快携带妻子到城里打工去了。一场风波就这样“皆大欢喜”地过去了。

法治主义者和礼治主义者看到这样“无法无天”的处理都会瞠目结

舌。但对于基层司法来说，上级下达给他们的任务就是维持秩序，而不管它是否符合“法治”还是“礼治”的理想；实际上，不管是“法治”还是“礼治”，都与维持秩序这个目标格格不入：像礼治论者那样容忍本夫毆伤奸夫破坏这个秩序，像法治论者那样只治毆伤的罪不管通奸这等“私人道德”领域的事也破坏这个秩序。为此，他们在事实争议和法律争议上采取了一系列实用主义甚至机会主义的做法（苏力，2000：272—283）。并努力将其套用到“着重审判的社会效果”、“防止矛盾激化”、“保一方平安”、“司法为民”等流行的政治意识形态口号中去，以应付来自法治论者的批评。

### 三、基层司法的反司法理论？

在《法治及其本土资源》一书中，苏力曾经说过，“一个民族的生活创造它的法制，而法学家创造的仅仅是法制的理论”（苏力，1996：289）。<sup>①</sup> 在《送法下乡》中也说：“中国法官的司法经验，对于当代中国学者来说，必定是、也应当是提炼中国司法理论甚至法学理论的最主要的资源。”（苏力，2000：295）<sup>②</sup> 但倘若我们发现中国基层司法的主要运作逻辑既不是法治的逻辑，也不是礼治的逻辑，而是治理的逻辑；不是规则导向的，而是结果导向的，是实用主义甚至机会主义的，我们如何在这样的逻辑上提炼一套关于规则的理论——因为实用主义和机会主义本来就不是遵守规则，而是利用规则。如果这样的司法理论或者法学理论不是关于规则的，而是关于反规则或者潜规则的，那它还是司法理论或者法学理论吗？

苏力对美国司法知识谱系的考察发现，“这种以司法为中心的法理学实际上主要凝聚的是美国上诉审法官的经验”（苏力，2000：156），是一种上诉法院的法理学。它之所以是规则导向的，是因为事实争议已由律师和陪审团在初审法院解决，法官不用考虑事实争议，只需在遵循先例的过程中发现和解释规则。法官解决法律问题，当事人的问题由律师们在庭外协商解决。美国也有类似于中国基层司法的治安法官，

① 着重号为原文所有。

② 着重号为原文所有。

但他们的司法知识在这个体制中一开始就被忽略了。换言之,美国之所以能够出现一种规则中心的司法理论,恰恰是因为它在实践中就把那些无关规则的事实问题和治理问题排除在法官的考虑之外了。

按照韦伯的说法,问题的关键不在处理事实问题和法律问题的分工,而是在理性处理理性问题、非理性处理非理性问题的分工。韦伯认为,在英国法中,“那种认为陪审团决定事实问题,法官决定法律问题的流行观点是完全错误的。法律人尊重陪审制度,尤其是民事陪审制度,正是因为陪审制度是在不创设任何对未来有拘束力的‘先例’的前提下,决定某些具体的‘法律’问题,换言之,是因为陪审团决定法律问题的‘非理性’(irrationality)”(Weber, 1978: 762)。正是陪审团处理了非理性的法律问题,才可能把理性的法律问题留给法官去处理,正是陪审团的决定不会成为先例,法官的决定才可能成为先例。用波斯纳法官的话说,美国之所以保留陪审团,“或许是为了使司法的角色看上去比实际情况更为客观,这就是把疑难问题分派给普通人解决,从而减少了法官必须决定的其中有不稳定性问题的案件数量。如果事实问题很容易(即一切理性的陪审团都只能给出这种答案),法官就会……从陪审团那里夺走此案”(波斯纳,2000: 261)。对于法官来说,陪审团其实是一个推卸责任的机制,这是法律人尊重陪审团的原因。陪审团的决定是非理性的,而陪审团恰恰被整个司法体制分派去处理一些无法用理性解决的问题。在辛普森案之中,认定辛普森无罪的是陪审团,而陪审团的审议却是典型的“黑箱操作”,不公开,无记录,且陪审团来自人民,代表人民,审完案件就解散,不负责任,也无法追究。司法体系正是用这种卸责装置保全了自己的合法性,也保全了法治的面面。如果辛普森案无罪是法官作出的决定会怎么样?我们只要想一下辽宁高级人民法院在对“刘涌案”作出死缓判决时天下汹汹的局面就知道了。

回过头来看苏力研究的基层司法,作为一个治理机构,它在整个法律体系中的作用,正是要解决无法用形式理性法解决的实质理性问题,即治理问题。而治理问题的解决本来就是反理论的,就是反对概括、抽象、总结这套理性处理方式的;如果说它需要理论,它需要的也是一种反理论。

在我看来,苏力《送法下乡》的研究,与其说从基层司法中提炼了什么司法理论,倒不如说,他从基层司法的实际运作中提炼出了一种反司法理论。这种理论告诉我们,如果我们要在非基层建立法治,我们首先

必须安排好基层的治理问题——比如荤油素油问题，绿豆黄豆问题。乡村的、基层的、下面的治理难题只能用一种非司法甚至反司法的方式来解决，只有在这些棘手的麻烦事被解决之后，只有在这些麻烦事、麻烦人不再烦我们的时候，城市的、高层的、上面的漂亮法治大厦才可能建立。如果高层的法学家和知识分子能从苏力的研究中理解到这一点，苏力所做的这一点沟通基层和高层的工作也算没有白费。

#### 参考文献：

- 费孝通，1998，《乡土中国·生育制度》，北京：北京大学出版社。
- ，1999，《家庭结构变动中的老年赡养问题》，载《费孝通文集·第九卷·1983—1984》，北京：群言出版社。
- 郭于华，2001，《代际关系中的公平逻辑及其变迁：对河北农村养老事件的分析》，《中国学术》第4卷，商务印书馆。
- 黄宗智，2003，《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海：上海书店出版社。
- 波斯纳，2002，《法理学问题》，苏力译，北京：中国政法大学出版社。
- 苏力，2000，《送法下乡：中国基层司法制度研究》，北京：中国政法大学出版社。
- ，1996，《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社。
- Weber, Max 1978, *Economy and Law*, Vol. 2. Berkely: University of California Press.

作者单位：清华大学法学院  
责任编辑：沈 杰