

# “甩干”机制：中国乡村司法的运行逻辑

社会  
2014·5  
CJS  
第34卷

刘正强

**摘要：**由于中国乡村社会在日常生活中充满了诸多伦理性、道德性的内容，致使司法体制与乡村现实之间存在着深深的抵牾。本文借由一起诉讼揭示了乡村司法的运行逻辑——“甩干”机制。基层法院在处理案件时会按照形式理性的要求，以洁净化、纯粹化为目标，甩掉道德、习惯等诸多非法律的元素，实现对案件事实的重新建构，以一种生硬、执拗的方式对案件进行权威性的裁决。“甩干”机制源自民事诉讼程序中关于案件“受理”与“审理”的特殊制度设计，同时也是基于法律形式化要求的无奈之举，更在某种程度上体现了中国式司法的“无知之幕”特色。“甩干”机制揭示了乡村社会中法律的实际运行状态及内在张力。

**关键词：**乡村司法 “甩干”机制 运行逻辑 实践困境

## Drying Mechanism: The Operating Logic of Justice in Rural China

LIU Zhengqiang

**Abstract:** Since the late 1970s, under the context of *Sending Law to the Countryside*, China has been promoting the legal construction in rural areas nationwide, and has completed the framework of the rural judicial system. Meanwhile, the daily lives in rural China are still to some extent regulated by patriarchal clan system, which often incurs conflicts between local ethics and judicial system. By analyzing a case over divorce dispute, this article intends to reveal the operating logic of justice in rural China as a *Drying Mechanism*. It observes that the judges of the grass-root courts often take out many facts which are often considered as regarding morals, habits and experiences, in order to achieve a so-called genuine and positive justice. Aiming at a formal

---

\*作者：刘正强 上海社会科学院社会学研究所 (Author: LIU Zhengqiang, Institute of Sociology, Shanghai Academy of Social Sciences) E-mail: lzq@sass.org.cn

rationality, the judges often reconstruct the case in a rigid, even somehow stubborn but authoritative way. Originating from the special design of the accept and hearing procedures of certain cases, *Drying Mechanism* is the result of legal formalization, to some extent featuring the so-called *Veil of Ignorance* in China's courts. *Drying Mechanism* actually has combined the universality of law and the local, representing both rural life and judicial space. An inherent tension of justice in rural China has been exposed by this logic, which, however, is indispensable, as pragmatically, it prevents the judicial system from being overburdened despite the arbitrary of rationality shown in its operation occasionally. Thereby, it shapes a conception of *Rule of Law* in the rural Chinese life world. The dilemma between the court procedure and the de facto unclear course may show a limitation of the universality of justice, which actually is also local. In short, *Drying Mechanism* sheds light on a new recognition and explanation of the operation of justice in rural China.

**Keywords:** justice in rural China, drying mechanism, operating logic, practical dilemma

---

## 一、问题的提出：法律进村之后

中国乡村社会秩序的建构与维系一直是学界密切关注的问题。自20世纪80年代中期开始的全国“普法”运动，由政府强力推行，迟迟没有收官的迹象。其中，“送法下乡”是这场宏大运动的乡村版本和战略重点，旨在当作为国家权力象征的行政力量退出乡村后，把国家意志以法律化的方式回输至乡村，从而将人数众多、四散无序的乡村社会重新整合到国家确定的规则和意义体系中去，建构基于法律的秩序框架（苏力，2000）。这种努力在学界引发了对法律移植与内生秩序、司法运行与本土资源等诸多问题的持久论争。从知识论角度看，法律话语步步为营，已经在农村建立了阵地，村民们甚至有了“迎法下乡”的制度性需求（董磊明等，2008）。但是，法律的实践形态，或者说乡村的司法运行，与法律的文本体系有着截然不同的风格。作为乡村社会外生性力量的法律能否以及如何深入并扎根乡村社会尚是一个悬而未决的问题，这也是乡村秩序建构的核心。因此，我们只有将这些问题置于乡村社会

法律实践的实际过程中进行考察,才可能有新的洞见与发现。

实际上,正是在“送法下乡”如火如荼之际,关于乡村法制(治)建设、民间纠纷解决乃至乡村治理的研究与反思也日益密集起来。这些研究有一些鲜明的特点:第一,从学科背景看,有十分明显的学科综合和融合的趋势,研究视野从法学、政治学到社会学、人类学,跨学科的优势得以发挥,在一定程度上摆脱了一些对农村问题的偏见,从而使研究更加宏观和全面(陈柏峰,2007;董磊明,2008;郭星华、陆益龙,2004;强世功,1997;刘正强,2013);第二,从学术旨趣看,既有回归经典、追随费孝通足迹对乡村做艰苦细致的田野调查的学术追求,也有独辟蹊径、大力开创新的研究路径和范式以对乡村社会做同情式理解的学术努力(韩秀桃,2007;黄宗智,2009;田成有,2005;梁治平,1991;赵旭东,2001);第三,从问题意识看,尽管兴趣不一且方法各异,诸多的研究逐步聚焦到几大类关乎中国乡村社会发展与转型的重大现实问题上来,包括对当下乡村性质、特征的研究,对乡村纠纷解决的研究和对乡村治理的研究等(贺雪峰,2000,2001;冉井富,2005;赵晓力,1997;陈柏峰,2012)。

然而,在依法治国、建设法治国家的宏观背景下,对于法制(治)在乡村社会中的功能、作用和地位,学者们尽管进行了大量卓有成效的研究和探索,但仍有许多缺憾,突出表现为论者往往各执一端,落入“法律文化”、“本土资源”和“法条主义”等派别的窠臼,使问题之辩演化为主义之争。比如有学者认为,乡村司法应当完全摆脱地方化特征,走向追求普适性的法治化的轨道,甚至认为,作为地方性知识载体和司法权力运作导管的乡村干部都是“行政干预司法”的另类表达,应当被完全清除出乡村司法过程(杨力,2007);亦有学者认为,在乡村社会出现了一定程度的公共权威真空,加上现代性的话语在当下乡村社会中已有了与之匹配结构的现实情况下,“迎法下乡”成为一种结构性的需求。<sup>1</sup>更多的论者受苏力、梁治平等学者的影响,强调“本土资源”、“法律文化”

---

1. 对此观点,郭星华、邢朝国(2010)曾进行了反驳。他们认为,法律实践和法律参与的“知情祛魅”逻辑从主体角度抑制了农民对法律的需求,基层司法体制的诸多弊端和缺陷则从外在限制了农民的法律需求。“知情祛魅”逻辑下的“迎法下乡”很大程度上并不是基于对法律权威本身的信任,并且司法救济的诉诸者通常也不是以追求司法正义为目的,相反,更多的是通过私人关系网络进入司法场域,将法律作为纠纷解决过程中自己与对方谈判博弈的工具和砝码。

和“自然法”等概念的重要性,对法律现代化抱持深深的抵牾和警惕,而效果不彰的普法运动则无疑强化了这种学术定势,使之成为包括法学界在内的学术主流。这些研究丰富了乡村司法建设的内容,并建立了一个良好的多学科交流平台,但忽略了一个基础性的环节,即在乡村社会,司法究竟是如何运作的?它是如何将一种普适性、现代性的逻辑加诸某一个案的?它难道仅仅是法学意义上的一种封闭的诉讼程序的自我运转过程,或者是社会学意义上的法律文化、地方知识与乡村伦理等的混合博弈?为此,本文试图通过对乡村诉讼的事件解剖与文本分析来揭去法律的面纱,剖析和揭示乡村的司法运作逻辑与过程,并将其命名为司法的“甩干”机制。

## 二、李高之争:一个历经“甩干”运作的范本

“李高之争”系本文用于分析说明司法“甩干”机制与流程的一个婚姻纠纷案例,<sup>2</sup>其肇始于家庭琐事,终结于调解离婚,凸现了中国乡村社会中一种典型的婚姻纠纷的演绎过程。之所以选择离婚纠纷作为研究的选项,是因为婚姻关系是一种重要的初级关系,由婚姻承续和扩展而来的家庭组成社会的细胞,婚姻家庭,无论是在它的制度设计方面,还是在实体生活方面,都附载了更多的文化、道德和习俗等信息。因而,婚姻纠纷,尤其是发生在乡村社会的纠纷往往会牵动更多的社会关系,造成更大的社会震动。选择这个案例作为研究当下乡村纠纷现状的切入点,并从实体(事件)与诉讼(文本)两个层面进行分析,在自然情境下对纠纷当事人进行整体性和全程性的跟踪,通过与被研究对象的互动,旨在获得对其行为和意义建构的解释性理解,以期发现被正式制度和主流话语所遮蔽的内容,特别是把握它所体现的乡村秩序和地方知识,省思法律元素对乡村秩序及文化造成的扰动,实现对事件与文本的“互释”性理解,进而回溯至两者的交汇点。这种方法,不管名之为“关键个案研究”或“深度访谈研究”,还是“扩(拓)展的个案研究”,关键是希望从完整的叙事结构中提炼出有深度的思想内容,促使我们以另外一种眼光来打量司法过程中人们习以为常、甚至习焉不察的社会现象,从而更全面、更深刻地理解和把握“甩干”机制的运作过程,洞察司

2. 对此案例的详细描述可参见刘正强,2012。

法运作的逻辑与机理。

这个案例从华东鲁县<sup>3</sup> G 村采得。李涛(男方)、高艳(女方)同村,他们由媒人介绍,于 2003 年 8 月订婚,同年 12 月结婚。此前,李曾在东北投靠其大爷学习修车技术若干年,婚后夫妻又同去东北打工,并于 2004 年 11 月生育一女李悦。3 年后,一家三口返回鲁县,李在县城以其父名义开了一汽修店,主要进行车辆整形(东北称扳金)、翻新,高艳亦住店里,做家务、看孩子。2008 年 3 月,双方因生活琐事<sup>4</sup> 发生争执,并有轻度厮打行为,女方旋即以“被打了”为由住到距汽修店约 2 公里的姐姐高丽家,一周左右后回到娘家 G 村,后断断续续在济南打工。此后,李涛及其父母多次去女方家(包括女方的若干亲属家),“叫”高艳回家“过日子”。但女方(主要是其母亲)始终不满意男方所做的让步,高艳屡叫不回;男方(以其母亲为主导)似也没有更多作为,双方的纠纷处于发酵状态,一直持续到中秋节,李涛不得已,拿起法律武器,于 2008 年 9 月中旬向法院提起离婚诉讼,理由为女方回娘家久叫不归。当年 10 月 30 日,法院开庭审理此案,男方聘有代理人,无亲朋陪同;女方未聘代理人,姐弟陪同。庭审调解中,女方提出了与诉讼无直接关联的三项要求作为合好的条件:一是李涛今后每月给高家父母 200 元钱,二是将在其父名下<sup>5</sup> 的汽修店过户到李本人名下,三是李向女方所有亲戚赔礼道歉。李涛除了对 200 元“孝敬”钱数额有异议外,其他要求悉数接受。女方坚持不让,审理未果。11 月 6 日,法官再约当事人双方到庭进行调解,双方不欢而散。11 月 19 日,双方庭前达成一

---

3. 按学术规范,文中的地名和人名均用化名。

4. 导致李、高之间冲突的事件极其平常和微小,以至于李、高双方自始至终从没有人提起过。事发于 2008 年 3 月 18 日早晨,根据各方的叙述,李涛陪其雇佣的一个师傅去附近一个小饭馆吃早饭,去之前没有跟高艳打招呼。高安顿好孩子就做菜,等他们两个等不来,就去饭馆买饭,没有想到去的正是李涛他们正在吃饭的饭馆,便斥责“李不打招呼、自顾自,人家要给他准备饭呢,他倒自己先吃起来了”。李涛当时碍于师傅在场,没有发作。回家后开始有争执,并有互殴行为。高没有任何伤情。

5. 以其父名义进行工商登记在诉讼中对李涛是有利的。但当时这种安排,似乎一是因为李家不想“露”富,不让高家有觊觎之机;二是当时李涛的户口尚未从东北迁回。

致,调解离婚,女儿随父,女方不支付抚养费,并对共同财产进行了分割。女儿李悦先是由女方在其娘家带看,随后(大约3、4月份)转到男方父母处,并由李涛藏于县城朋友(或其妹妹)处,案件了结后,女儿才返回G村由其爷爷奶奶照看并继续在本村幼儿园上学,2010年上小学。

李家临街居住,种地兼开店卖馒头。李父老实憨厚、性格内向、说话不多。李母话稍多一些,但不张扬,家务事以她为主。高家距李家二三百米远的样子,以种地为主。高父因患脑溢血行动不便,仅能勉强自理,而且说话费事、不主家务。高母说话较冲、性格要强、家务做主。李高婚姻的缔结,就有两个家庭在生存伦理方面的综合考虑:李涛比较精明,见过世面,有手艺,也“能说会道”;缺点是个儿不高,脸色比较黑,家庭条件也一般。高艳个人条件尚可,没有心计,父亲几近瘫痪、自理困难,她的弟弟性格软弱,又据说是做了上门女婿,“扶不起来”。因此,高家对李涛有所期待,希望李涛能够多给高家帮帮工,干些农活,这是双方达成的默契。如果不是这样,高家也不会看上李涛,而李家以自身的条件,也觉得付出一些代价是必要的、应该的。但李涛是个有主见、有个性的人,高母也是比较强势的主儿。婚后不久,李涛、高艳去了东北打工,就是想摆脱这种格局,对此,高母百般阻挠,无奈高艳亦有去意,李母也因此曾给高母下跪,高母只得放人,但事后多次督促他们从东北返回。3年后他们从东北返乡,在县城开起汽修店,不在村里居住,因忙于生意,李涛对高家的农活多有怠慢,高母渐生不满。此次,高母正一肚子气没处发,高艳“被打”回家,这下掌握了话语权,便不依不饶,对李家保持高压态势,想给李涛点颜色看看,从而改变李涛对高家日渐疏远的状况。李涛的应对策略有一个变化过程,先是比较大意,没有当回事,同时也要面子,料想高艳过一段时间会自己回家。但过了一个多月未见动静,感觉事情不妙,开始频繁去高家叫人,同时也向高家的亲属们求助。高家则不为所动,一直埋怨李家的让步还不够,特别是李家父母和其他“上年纪的人”没有出面。而李母碍于面子,只是趁晚上天黑时悄悄去了

高家两三次。高家也有些下不来台：全村人都知道了，不能轻易让高艳回去，得教训和收拾一下李家。但李涛也身心疲惫到了极点，对高家充满了怨恨，在此后几个月的时间里，李涛去高家的次数日渐减少。高母时刻做好了放人的准备，甚至让儿子高朋传话给李涛，让他继续去高家“叫人”。因为事情已闹大，双方都要面子，互不相让，只能打持久战、消耗战，直到李涛愤然起诉。

离婚并非双方本意，李涛之所以提起诉讼，按照他本人的意思，就是要“将高母一军”，让她难堪。无奈双方都陷入面子困局，骑虎难下，最终导致这个结局。在调解离婚后，双方仍对复婚抱有期待，甚至一度盛气凌人的高艳也降低了姿态，私下去找李涛希望复婚。但复婚程序卡在了一个技术性的环节上：高家要求由李家父母（而非李涛本人）携一万元钱登门并提出复婚要求，3天后高家再将这笔钱如数返还；<sup>6</sup>而李家则要求高家派人到李家，只是级别可以低些，高艳的弟弟高朋即可。高母没有了先前的锐气。李母掌握了主动，她的态度有了微妙的变化，一万元钱的事让她警惕，不再刻意去促成复婚，表现在行动上就是希望对方登门（实际上是道歉）。但最终双方都没有迈出这一步。

现在，李、高两人都已另婚。直到现在，两位母亲都是对方一家人指责的对象，认为从离婚到复婚不成，都是由于对方母亲阻挠所致，特别是李涛和高艳，都指责对方看起来很有主见，但关键时候就听了他（她）母亲的。因此，在李高之争这个案例中，作为当事人的李涛与高艳，反而不能主导他们自己的纠纷，而是由两个家庭的博弈决定了他们婚姻的命运。他们的纠纷，是在一个特定的时空条件下，以中国乡村的伦理、文化和习惯等为背景的展开。

以上是对这起乡村纠纷的简单描述。李高夫妇争执的起因极其平常，以至于双方在以后的博弈中都没有将其建构进己方的叙事结构中。中国传统社会中内在包含了一套对民间纠纷的抑制与化解机制，在这

---

6. 按照高家的说法，是公开给钱，暗中返还，即李家给高家一个面子。

种结构条件约束下的李高之争,迟早要恢复平静的生活,转入常态。但李高之争陷入了面子困局,因为自始至终双方都想在保全自己面子的前提下早些结束对抗。由于法治文化的导入,尤其是司法作为纠纷解决的权威手段的确立并触手可及,以至于李涛贸然启动司法程序,将双方的纠纷置于国家管辖之下,它的结局就出乎了双方的预料。

那么,当李高之争溢出其固有的生活场域而进入公共领域,同法律碰撞时,会面临怎样的情形?现在来回顾一下李高之争的司法过程。李高之争的卷宗,内容很简单,主要包含了三份法律文件:起诉状、调解书和李涛应法官陈庆要求提供的汽修店权属证明,而高艳方面则未提供答辩状、证人证言等任何书面资料。起诉状是按法院要求的固定格式填写的,第一部分是姓氏、性别、住址、出生年月等当事人(李涛和高艳二人)的个人信息;第二部分是诉讼请求:(1)坚决与被告离婚,(2)孩子归我(李涛)抚养,被告支付抚养费,(3)诉讼费、送达费由被告承担;第三部分是事实与理由:2003年8月经人介绍与被告订婚,2003年12月8日与被告登记结婚,2004年11月10日生有一女李悦。由于经别人介绍认识,婚前无感情基础,婚后感情一般,经常吵架。2008年3月18日吵架后被告回娘家,至今未归。现与被告感情确认破裂,特向贵院提起诉讼,诉求同前。民事调解书的第一部分也是无实质内容的个人信息,差别是男方的两位代理人也列入其中。调解书中关于案由的内容如下:

原告李涛诉称:我与被告经人介绍相识,婚前无感情基础,婚后感情一般,经常吵架,现要求与被告离婚,孩子由我抚养,被告支付抚养费,诉讼费、送达费由被告承担。

被告高艳辩称:我同意与原告离婚,孩子由我抚养,被告每月支付500元抚养费,并要求分割汽修厂的一半财产。

经审理本院认定,2003年8月原、被告经人介绍相识并订婚,2003年12月18日在鲁县民政局登记领取结婚证书,原、被告双方婚后于2004年11月10日生育一女,取名李悦,现随原告生活。原、被告于2008年3月18日分居生活至今。

另查明,被告婚前财产现有单人沙发两个、茶几一个、梳妆台一个、衣架一个、衣柜一组、被子一床,上述财产均在原告处。原、被告双方婚后无共同债权债务。

上述事实有原、被告庭审陈述、原告提交的鲁县民政局婚

姻登记证明一份、被告提交的结婚证两份，均予以证实。

调解书所载达成的调解协议：

本案在审理过程中，经本院主持调解，双方当事人自愿达成如下协议：

一、原告李涛提出离婚，被告高艳同意离婚，依法应准予离婚；

二、原、被告之女李悦由原告抚养，原告自愿放弃抚养费，待孩子成年后随父随母由其自择；

三、被告婚前财产——单人沙发两个、茶几一个、梳妆台一个、衣架一个、衣柜一组、被子一床归被告所有，原告应于2008年11月21日前将上述财产过付给被告。

四、被告高艳自愿放弃其他财产，原、被告双方今后别无其他牵扯。

案件受理费150元由原告李涛承担。双方当事人一致同意在本协议书上签字或按印后即具有法律效力。

上述协议符合法律规定，本院依法予以确认。

上述所呈现的作为诉讼文本的“李高之争”与作为实体事件的“李高之争”具有截然不同的面相。“文本”所体现出的法律装订术和剪裁术令人惊叹：情节简略、人物蒸发，特别是曾几何时作为“李高之争”关键人物的高母被排除在这个文本之外——如果对事件不了解的话，我们会误以为这是另外一起案件。在起诉状中，李涛（及其代理人）按照法律格式对他们的争议所做的叙述仅寥寥数语：“由于经别人介绍认识，婚前无感情基础，婚后感情一般，经常吵架。2008年3月18日吵架后被告回娘家，至今未归”。而调解书所列的被告婚前财产和原被告双方婚后无共同债权债务，则是由法院唯一查明的内容。诚如赵晓力（1997：538）所言，“法律就是在案卷制作、整理、装订等等这样的琐事中完成了它的想象的统一性，它对生活的想象的覆盖和穿透，发现了自身被实施、被拓扑的证据。法律对案件程序、实体、证据的合法性要求，最终落实为案卷制作的合法性要求，因为这些要求实现的证据还要到卷宗中去寻找。”简而言之，“李高之争”的法律文本就是这样炼成的。

### 三、从事件到文本：“李高之争”的司法建构模式

自古以来，“清官难断家务事”，“李高之争”即便能说清楚，也很费口舌，可是法院为什么能够干脆利索地给了他们一个了断，为他们的争议画上一个句号？之后，为何李高双方对法院和法官都没有成见，认同判决结果，认可法院权威？这是因为，司法系统对纠纷的处理遵循了一种对常人来说有些陌生的格式。纠纷是与人类社会相伴而生的一种社会现象，它与人类的群体生活方式以及社会交往频度等密切相关，因而，作为因应之道，人类社会也形成了化解纠纷的自然机制。在中国传统社会中，这种自然机制突出表现为民间社会对纠纷的主动回应，以维持基本的社会秩序。纠纷解决乃至纠纷治理作为专门议题却是近现代的事情，它是人类运用理性应对自身困境的一种反应。司法机构便是应对纠纷的一种最权威的社会设置和操作装置。在“李高之争”经李涛启动进入司法程序后，法院取得了对此案的独有处断权，并在一种与现实生活相对隔离的状态下对案件进行审理。在这个过程中，法院依据国家的法律逻辑重新建构、解释“李高之争”，从而将其纳入自己的话语体系。形象地说，就是通过一个类似于洗衣机甩干水分的过程，去除掉道德、习俗等与法律不直接相干的元素，完成了对这例纠纷的具体化和操作化的控制，使之由一起具体事件转化为一例诉讼文本。

从制度规定看，“甩干”机制源自中国民事诉讼程序中的一些特殊设计，特别是关于案件“受理”的规定。自然的，“甩干”的限度及其面临的困境也与中国民事诉讼在中国乡村所面临的特殊情境密切相关。在整个司法流程中，从案件准入到审理再到判决的生成，“甩干”是其运作的核心机制之一，唯有通过法院这台“甩干机”的高速运转，一件有效的法律外衣才可以做成，一桩纠纷也才能披上这件外衣并以法律纠纷的面貌呈现。大量离婚诉讼中的事实，在被建构为一桩离婚案件的主体部分之前，乃是作为一种生活常态而存在的，当且仅当基于诉讼的需要，它们才得以成为这样一种法律事实。中国《民事诉讼法》第108条规定了起诉必须符合的条件：原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；有明确的被告；有具体的诉讼请求和事实、理由；属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。上述所规定的起诉条件，大都属于大陆法理论上的诉讼要件或实体判决的条件。按照这

个要求,当事人欲寻求司法救济,则必须弄清楚自己是不是真正的直接利害关系人、谁是真正的被告、案件事实是怎样的、该提出什么样的诉讼请求、诉讼理由有哪些、属不属于法院受理范围以及归哪个法院管辖等。由于中国《民事诉讼法》将诉讼要件等同于起诉条件,并将起诉条件作为是否立案受理(即诉讼程序开始)的标准,这就导致了在尚未开始诉讼程序时,便对一系列的实体问题进行审查。而对其他大多数国家来说,在其法条表述和诉讼理论中几乎没有关于所谓“起诉条件”的表述和议论,从法理上说,这些本当属于诉讼开始以后才能审理的内容。所以,审判程序并不因当事人行使诉权之一的起诉权而开启,当事人的起诉也并不必然产生诉讼系属的效果,<sup>7</sup>这中间要经由一种类似于“甩干”机制的作用来打通诉讼的通道。

在这些条件中,对案件事实的建构是关键性的一环,而这往往要依赖标志性事件的出现——这是司法程序得以启动和运行的必备条件。然而,生活中更多的是琐事而不是事件,即便是一桩微不足道的琐事,也是那个生活场景中不可或缺的一个组成部分,诸多琐事构成了一个有机联系、相互依赖且密不可分的整体,我们如何对其进行拆解,又以何种理由赋予某一起或数起琐事而不是其他部分以法律上的意义?正是由于“甩干”机制的存在,这就变得相对简单了。“李高之争”首先是作为一个道德事件(或生活事件)展开的,它的标的也很明确:李涛要让步及如何让步,高艳要下台阶及如何下台阶,以便在中国式的常情常理中消弭冲突。因此,不能机械地理解中国传统文化对“男尊女卑”等男权主义习惯的刻板描述。由于在传统社会中,个体并非独立的行动单位,对个体交涉乃至纠纷处理还要看到其背后家庭、家族的隐性力量,即使在冲突与纠纷过程中,家庭与家族的力量并没有实际使用。同时,由于整体上“男尊女卑”之类的男权主义文化的存在,民间自然也形成了一系列对其的平衡、制约机制,以防范男权主义对女性的过度压制。“回娘家”即是其中一种,它意味着女方“不是一个人在战斗”,舆论与文化亦赋予“回娘家”以道德正确的意味。<sup>8</sup>在“李高之争”中,高艳在冲突后回了娘家(先去的是其姐姐家,即广义的娘家),但由于高母咄咄逼人、李涛具有一定法

7. 当然,法院的立案审查包括但不限于上述内容,它还受中国的政治制度、司法体制、审判资源等诸多“隐性”因素的影响,参见张卫平,2009。

8. 李霞(2010)对此曾有有趣的研究和精彩的论述。

律意识及环境变迁等因素的影响,“李高之争”并不能在传统文化的框架下解决,而是进入了国家司法系统。一旦进入诉讼程序,在强大的司法机器的“甩干”作用下,平常耳熟能详的法律元素真切地进入了他们的纠纷,对其争议的解释也超出了他们生活常识的范畴:法院要了解、判断他们的感情是否破裂,并围绕这个问题来演绎,关于“回娘家”等则不是法院关心的问题。如何判定“感情确已破裂”<sup>9</sup>对于李和高,感情、亲情、爱情、友情这些词汇对他们来说并不陌生,但他们并不习惯用“感情”一词来归纳生活本身,也不知道怎样才是“感情”的“破裂”,直至离婚,他们谁也没有提过这些内容,这些字眼也仅仅出现在诉讼文书中。但有了“甩干”机制的作用,尤其是诉讼代理人的引导,这个过程就有了可操作性,生活中的琐事就有了可以进行拣选的标准。

“甩干”过程的第一步是问题化,当事人要将纠纷上升到问题的高度,对日常生活中的琐事和矛盾重新解释,去除一些无关紧要的“水分”;第二步是法律化,把此问题进一步解释为一个法律问题而不是道德或者别的什么问题,从而使法院可以受理并进行审理,具体地说就是对该问题进行程序化的表述和包装(见图1)。

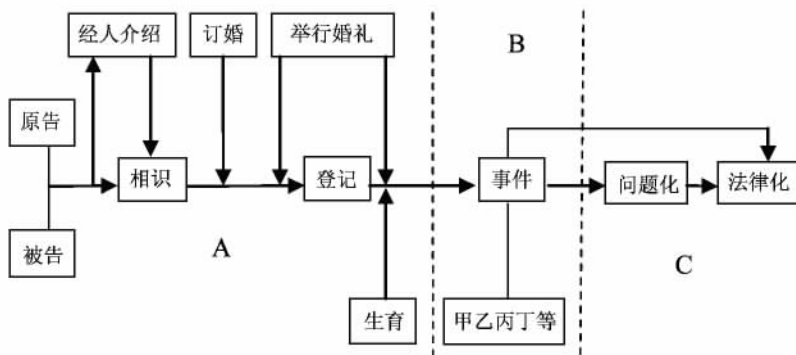


图 1: 离婚诉状的通常叙事框架

9. 对于离婚的条件,主要有“感情破裂”说和“婚姻破裂”说,中国《婚姻法》采用前者。婚姻法第三十二条将其化约为几种可以操作化的情形:(一)重婚或有配偶者与他人同居的;(二)实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的;(三)有赌博、吸毒等恶习屡教不改的;(四)因感情不和分居满二年的;(五)其他导致夫妻感情破裂的情形。

在图 1 中, A 部分是作为一种铺陈出现的, 从这里开始, 婚姻纠纷被有意识地从夫妻感情的角度进行建构; 在近几年鲁县的离婚卷宗中, 起诉状中往往有“经别人介绍认识, 婚前无感情基础, 婚后感情一般”这些雷同化的叙述; B 部分是对于婚姻关系破裂的陈述, 这种陈述的一个重要特点是, 它是事实导向而非关系导向的, 生活中的某些琐事会在这里重新排序并被赋予新的意义; C 部分则以问题化和法律化的方式提出了法律诉求, 这也是“甩干”的初始。李涛所提交起诉状的主体部分就包含了上述因素: 2003 年 8 月经人介绍与被告订婚, 2003 年 12 月 8 日与被告登记结婚, 2004 年 11 月 10 日生有一女李悦。由于经别人介绍认识, 婚前无感情基础, 婚后感情一般, 经常吵架。2008 年 3 月 18 日吵架后被告回娘家, 至今未归(问题化)。现和被告感情确认破裂, 特向贵院提起诉(讼), 诉求同前(法律化)。按照民事诉讼程序的规定, 诉讼的主体是与案件事实有直接利害关系的人。对于“李高之争”, 李涛和高艳是当然的当事人, 当事人以外包括高母在内的利害关系人则被切割并整体性地屏蔽在了司法程序以外。由于诉讼程序只处理争议演化过程因果链条的最末端一环, 而且一个不证自明的假设是纠纷的产生仅由夫妻双方导致, 这使得许多当事人言之谆谆的内容, 在法官那里可能仅落得个听者藐藐的下场。

当“李高之争”作为一个法律上的个案呈现时, 连当事人自己都很陌生: 发生什么事了? 在此前几个月的时间里, 双方不曾提出过所谓的感情问题, 也不曾使用过这类字眼, 怎么现在大谈特谈起“感情”问题了? 对于结婚时的家当, 连邻居们都清清楚楚, 也不是当事人争议的焦点, 为什么法庭上仍要一五一十地清点, 特别让高家纠结的是, 两个不知情的人(李涛的代理人)居然也在法庭上发言, 与李涛一唱一和, 而高丽、高朋作为高艳的姐弟倒成了“旁听者”, 被警告不得在庭审中言语。高母, 作为纠纷中女方的总指挥, 却因没带身份证而没能进入法庭。原来的那些问题——让李涛头痛的高艳“不回家过日子”、“光听她娘的”, 让高母闹心的李涛“今天来叫, 明天不来叫”、李母见了她“不主动说话”, 等等, 难道蒸发了? 所以, 在法庭审理时, 第一次踏入法庭这个如此庄严的地方的他们, 一如美国学者苏珊·索比所提出的那种“法律面

前的求助者”<sup>10</sup> 真诚而又疑惑地在极短的时间(18 分钟)<sup>11</sup> 内配合完成了庭审程序。在这个过程中,法院以“洁净化”为目标,舍弃掉了道德、习惯等诸多非法律的元素,以一种生硬、执拗的方式按照其固有的逻辑对李、高的争议做出了权威性的“纯粹”处理。由此可见,“李高之争”司法建构的核心环节,就是将李、高两个家庭的道德之争<sup>12</sup>

转化为李、高个人的法律之争,换言之,双方共同指向的问题、矛盾、目标由一个笼统的“道德标的”转化为了一个清晰的“诉讼标的”(见表 1)。

表 1:李高之争的道德标的与诉讼标的

	道德标的	诉讼标的
载体	(作为实体的)事件	(作为诉讼的)文本
参与者	李、高两个家庭的不确定多数人	李涛与高艳二人
内容	由女方提出(高三条): 1. 李涛今后每月给高家父母 200 元; 2. 李涛将在其父名下的汽修店过户到李本人名下; 3. 李涛给所有女方的亲戚赔礼道歉。	由男方提出(李三条): 1. 坚决与被告离婚; 2. 孩子归李涛抚养,女方支付抚养费; 3. 诉讼费、送达费由被告承担。

由道德标的到诉讼标的转化的过程,也就是生活事实被筛选与建构为诉讼事实的过程。大量离婚诉讼中的事实,在被建构为一桩离婚案件的组成部分前,是作为一种生活的常态而存在的,当且仅当基于诉讼的需要,他们才得以成为这样一种法律事实。只有通过筛除生活情境中不符合法律要求和诉讼程序的因素以及一些被认为是冗余的信

10. 美国学者苏珊·索比(2004)根据自己的研究,将人们与法律的关系区分为三种类型,即法律面前的求助者、法律游戏的参与者和法律困境的反抗者。对于法律面前的求助者而言,“人们与法律之间产生的关系被认为是远离人们日常生活的公正行为的客观领域。在这类叙述中,法律是庄严的。法律根据明确的条文在严格隔离开的空间内运行。这里,人们与法律之间的关系似乎被看做与日常生活相分离的一个领域;具有非连续性和独特性,同时又具有权威性和可预见性。法律被描述为正式安排好的明确的条文和程序的理性等级体系”。对于法律游戏的参与者,“人们与法律之间产生的关系被描述为一种游戏,被描述为一个利用已有的规则和创造新的规则以实现最大利益和价值的有边界的竞技场”,“法律的这种形式被看做是与日常的事件和欲望同时运作的,而不是存在于日常生活之外的”。对于法律困境的反抗者,“法律被看作是一种不平等力量的产物。人们与法律的关系被理解为是任意的和反复无常的,而不是客观的和公正的”。

11. 正式审理的时间只有 18 分钟,但法官用于调解的时间则数倍于审理时间,这主要表现在庭审前后法官在走廊里和楼梯口等处分别对当事人进行背对背的撮合、劝解。

12. 这里(包括本文其他一些地方)使用的道德是一种“泛”道德,即李高之争的议题充满了价值判断,即使是利益之争和理性算计的部分,也是以道德作为最终的解释标准。

息,对生活事实进行合法(律)化的修正,对适格的当事人进行确认,才能为司法运行提供合格的事实,并为运用法律逻辑创造条件。在这里,法律不再追问当事人的思想与动机,不再过问事件的来龙与去脉,而只把焦点聚集在人们外在的行为举止上。寻求司法途径解决离婚纠纷并不单纯意味着一种路径选择,更重要的是,这种解决方式需要当事人相应地对法律情境进行一次临时性的建构,想象一种使私人问题“经官动府”的处理方式,然后进行一些技术化的操作,或者说是一种编程,把自己的问题用法院可以接受和识别的文字表达出来。这一点通过自助就可做到,倘嫌麻烦,请他人捉刀即可,李涛的诉状就是出于代理人<sup>13</sup>的手笔。于是,当跌宕起伏、旷日持久的“李高之争”以法律事实呈现时,被凝固成了寥寥数语:“由于经别人介绍认识,婚前无感情基础,婚后感情一般,经常吵架。2008年3月18日吵架后被告回娘家,至今未归。现和被告感情确认破裂……”,实现了“去道德化”、“去生活化”的过程。代理人作为法律文本建构活动的重要参与者,他们(特别是原告方的代理人)充当了这套“甩干”程序的辅助者,协助当事人实现了叙事方式的转换,这好比在把衣服投入甩筒甩干前先拧一拧,去掉一部分水分,以减轻甩筒的负载,便于甩干。但“拧水”与否对“甩干”机制无碍,法院自身的程序运作才是决定性的。

“甩干”机制最终导向的是一种不同于民间的纠纷处理模式。“李高之争”在原有的争议解决模式下,处理的进程是由他们双方来确定的,双方都有相同程度的心理预期,只要他们有足够的耐心,争议就可以按照某种预期持续下去。比如李、高双方都认识到中秋节这个节点的重要性:高母有所期待,希望李涛在节日到来时有所行动;而李涛故意按兵不动,以不作为的方式蔑视高母。将争议提交法院处理则意味着离婚纠纷解决主导权和场域的转移,进入一种民诉法所规定的固定、刻板和僵硬的流程:当事人双方都必须遵守同一时间和时限的要求,听从法院对于案件审理过程的安排,由其作为第三方来主导这场诉辩交易,“当法院的确把一个案件定义在法律范畴之内的时候,诉讼人就失去了对问题解释的控制权,失去了对所提供的解决方式的控制权”

---

13. 鲁县离婚诉讼的代理人一般是法律服务所的人员,他们基本没有获得律师资格,但皆以“律师”自称,他们许多人是退休人员,包括与公检法系统有各种关系的人员。法官们戏称他们为“二律师”。“二”在某些场合下是一种贬称,如二鬼子、二杆子等。

(萨利,2007:“序言”3)。相对于僵硬的国家权力,中国的传统、文化、习俗、道德是韧性的、持久的、弥漫的和浸透的,司法在这些情理面前往往显得苍白无力,因为它的运作常常背离了人们所理解和接受的生活意义。然而,当面对一个个的个案时,司法则具备绝对的优势,它的逻辑与机制——也就是“甩干”机制——往往就变得无法抗拒了。

#### 四、司法的“无知之幕”:“甩干”的制度设计与价值意蕴

从总体上讲,中国法制现代化是清末回应“三千年未有之变局”的整个现代化进程的内在组成部分。若从清末修律算起,这个过程已延续了一个多世纪。而这其中的一条主线就是对国外法律的大规模的引入,即以“移植”作为法制建设的主题,直至新中国成立。从20世纪70年代末开始,中国进入快速转型期,法制建设也一路高歌,以政府为主导推行法治的进程已经持续了三十多年。从法制到法治、从器物到文化、从制度到观念,权利意识、自由精神、尚法理念等逐渐成为民众的共识,法律对社会事务的支配,无论在广度和深度上,还是在数量和质量上都有了革命性的变化——特别是在立法层面上,作为文本的、静态的法律已日臻完备,对法律的供应走出了短缺的时代。2011年“中国特色社会主义法律体系”宣告形成,<sup>14</sup>从理论上解决了有法可依的问题。而在执法和司法层面上,法律话语也逐渐由官方渗入民间,不断形成话语高峰。对于乡村社会而言,各级政府长期的“送法”努力尽管至少包含了在乡村重建权力关系的目的,但“法律不入之地”确实受到了围剿。

尽管中国不具备现代意义上的法律制度,但却拥有源远流长的本土性的法律文化,又兼处于快速转型的特殊的历史境遇中,关于法律普适性与地方性的论争伴随了中国的法制(治)化进程,二者的矛盾与张力一直是一个绕不过的话题。马克思·韦伯曾提出关于法律的四个理想型态,以说明法律的内在特色及法律形式的历史变迁过程。按照韦伯(2011:320)的逻辑,由理性与非理性(rational/irrational)以及形式

---

14. 中共十五大、十六大都提出要在2010年形成有中国特色社会主义法律体系的立法目标;十七大提出要完善中国特色社会主义法律体系。2011年3月10日时,任全国人大常委会委员长吴邦国在向十一届人大四次会议作工作报告时宣布:“一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成”。

与实质(formal/substantive)这两对概念的两两组合,构成了四种不同的法律“理想型”,即法律形式依循着形式不理性→实质不理性→实质理性→形式理性的不同阶段进行演化,也就是一个经由“祛魅”而逐渐理性化(the rationalization of law)的过程,即“法律与诉讼的一般发展,按照理论上的‘发展阶段’整理的话,是从‘法先知’的卡理斯玛法启示,发展到法律名家的经验性法创造与法发现(预防法学与判例的法创造阶段),进而发展到世俗的公权力与神权政治的权力下达法指令的阶段,最后则为接受法学教育者(专门法律家)体系性的法制定与奠基于文献和形式逻辑训练的专门的‘司法审判’阶段。以此,法的形式性质的发展阶段,则是从原始的诉讼里源于巫术的形式主义和源于启示的非理性的结合形态,时而途经源于神权政治或家产制的实质而非形式的目的理性的转折阶段,发展到愈来愈专门化的法学的、也就是逻辑的合理性与体系性,并且因而达到——首先纯由外在看来——法之逻辑的纯化与演绎的严格化,以及诉讼技术之越来越合理化的阶段。”因为韦伯坚持区分事实命题与价值命题,坚执社会学方法论“价值中立”的立场,贯彻到法律领域,即认为形式理性具有缜密的法律体系、一般化普遍的原则,以及法律意义的逻辑解释不受任何外在在实质价值(政治、伦理或宗教的规范)的干扰等等(陈聪富,2003:33—61)。中国的法律体系属于大陆法系的范畴,特别是深受德国法律的影响,因而,关于形式理性法律的特点在中国法律体系中亦有明显的体现。

罗尔斯在《正义论》中关于“无知之幕”(veil of ignorance)的设论与“形式理性”的内涵异曲同工,也为理解“甩干”机制提供了政治学视角。罗尔斯认为,为了达到正义的原则,人们必须处于“无知之幕”的背后,达到一种无偏见的状态,即不应该知道有关他个人及其社会的任何特殊事实,将所有能够影响人们进行公正选择的事实、知识和信息都过滤出去。被“无知之幕”遮住的东西包括:(1)每个人的社会地位、阶级出身、天生资质和理智能力等;(2)每个人自己关于善的观念、合理的生活计划以及心理特征等;(3)每个人存在于其中的社会之政治和经济状况,以及这个社会所能达到的文明程度和文化水平等。“无知之幕”假设的成立,必须有赖于正义观即正义原则对于客观事实的甄别与过滤选择。罗尔斯(2009:105—106)所主张的乃是程序正义的观念,“其目的在于用纯粹程序正义的概念作为理论的一个基础”,即无论是立法、

司法、执法抑或法律监督或法律遵守,如果能设计出一种正义的程序,并用这种程序去筛选、甄别什么是可以引导社会走向正义、公平的事实,而这种事实的取得又是符合法律规定要求的,那么,社会正义以及法律正义才能得到实现。“无知之幕”的假设起点被理解为一种用来达到某种确定的正义观的纯粹假设的状态。司法的过程,就是当我们无法追求到实质正义时,通过对形式正义的最合理、科学的制度化设计,排除法律以外的伦理、政治或宗教上的考虑,从而以纯粹的逻辑方式、机械式地适用,让法在接近真实、过滤筛选并证明事实的基础上去追求现实而不乏理想的正义。在这种法律体系下,法律判断的规则与程序均于法律体系中可以寻得,只要以意义的逻辑分析,运用高度抽象的法律概念,即可获得法律判断而无假外求(陈聪富,2003:33—61)。

20世纪70年代以来,中国快速的法制化过程沿用了“举国体制”的模式,它在使中国用尽可能短的时间获得与西方国家在表面上一样完整的法律体系的同时,也在这个法律体系与现实社会之间留下了深深的鸿沟。西方法律制度大都是社会发展与变迁的产物,法律制度是建构社会的基础,法律本身与社会理性高度吻合。但在中国社会现实中,一方面,既有的法律体系具有浓厚的移植色彩;另一方面,传统的法律文化亦在现实生活中烙下深深的印痕。而中国社会变动不居,尚未定型,不能奢望法律制度在与社会生活充分磨合的过程中自然形成。中国司法的特殊性在于,法治建设是在原有的政治架构中,由来自法治之外的力量(政党、政府)推行和主导的。高鸿均等(2002:97)将此归纳为“实质法治社会”,即在这样的法治中,虽然也是在一定程度上或常态上依照法律治理社会、管理国家,但法律本身还不是一个自足的系统,需要特定政治、经济、道德、宗教等价值的指导;为体现个别公正,法律的一般性与普遍性常常被打破;司法者可以依据法律之上的价值,如经济或政治等,作出变通的裁决;不满足于程序公正,致力于追求实际结果的公正,或者说将追求实际结果的公正置于优越的地位。这导致中国的司法体制必然采取另外一种折中的非纯粹的“法治”样式,司法制度中这种“甩干”机制的存在,就是这种状态的现实缩影,展示了其特有的具有中国特色的实际运行状态。

由于“甩干”机制在一定程度上体现了形式法治乃至“无知之幕”的要求,从某种意义上说,在奉行形式法治主义的国家中,比如美国,人们

要打官司,同样需要进行类似于“甩干”的操作,以符合司法机器运转的要求。因而,“甩干”具有一定的普适性,尽管这其中存在着“甩干”的有无、多少、强弱等差异。但一旦问题发生在中国乡村(尤其是被现代化侵入程度较小的地域),其便有了不同的意义。在可以作为形式法治典范的美国,社会已充分分化,人们的关系已充分理性化,法律成为建构社会关系的基础性要素,诉讼活动与现实生活不会有过大的落差。但在中国社会,尤其是乡村熟人社会中,伦理、习惯等仍然是支配人们的主要力量,法律只是蛰伏于后,以应对人际关系失衡的极端状态。一般来说,诉讼只是对当事人原有生活方式的一种扰动,在诉讼后,他们还要回复原有的生活状态。在韦伯提出的关于法律的四个理想型中,或许中国农民所秉承的往往是一种实质不理性与实质理性的混合体,从而与司法制度的形式化要求格格不入。“无知之幕”于司法运作中也更具现实性和情境性:它的背后是一整套个体主义的方法论,即个人是道德原则选择的原点和核心。但在中国乡村这种礼俗和熟人社会里,罗尔斯计划用“无知之幕”遮蔽的内容,恰恰是村民们生活的根本,反而是需要不断彰显的内容。在乡村社会中,司法的制度构建既已完成,对形式理性的要求就不能不顾及。比如,近几年,基层法院的派出法庭不断收缩、撤并,以与乡村社会保持距离。其初衷,除了基于对交通、通讯等成本方面的考虑外,更多的是为了摆脱乡镇政府的影响,树立司法独立的形象。这最终导致了一种悬浮式的乡村司法体制的形成,司法机构与乡村社会形成了一定的区隔。

在这种情况下,“甩干”机制就成为一种勉为其难又不可或缺的装置。中国的司法并不具备终极性的权力,以其有限的司法能力和司法资源,它实际上无法成为维护社会公正的“最后一道防线”,也不可能闸门大开,任由当事人启动司法程序。在乡村社会中,对于道德性、情感性、意气性的且无法化约为法律问题的纠纷,由于已超出其职能范围,客观上也需要一种前置程序加以过滤。另外,司法本身也有一种“形式化”的内在冲动,以捍卫其自身的价值与地位。于是,乡村司法体制尽管是悬浮的,但它又有一定“磁性”,并将符合要求、具有一定“磁性”的法律案件吸附过来。由于“甩干”机制主要在诉讼程序开始前非公开、非正式发挥作用,这就可以避免未经“甩干”的案件在进入诉讼程序后可能导致的冲突与碰撞。因而,从某种意义上说,“甩干”机制是必要

的,通过“甩干”机制,司法制度在乡村社会体现出理性的专横的同时,也防止了司法机器的过载,更借此管道在乡村型塑了一种法治理念。

## 五、“甩干”困境:无法纯粹的司法过程

“甩干”机制的存在,司法运行中对案件的变通、改造、建构,从侧面证明了现代法律所具备的普适性价值,即法律的运行的确要服从于一些跨地域的共通性、普遍性准则;而“甩干”机制运作中的困境,其实际上无法纯粹的过程也暗示了法律普适性的限度,即法律又具有本土性的品格。“甩干”机制实际上链接了法律的普适性和本土性两重价值、乡村生活和司法体制两重空间,它的并非纯粹的运作模式,形成了中国特色的司法风格与类型。<sup>15</sup>多年来,由政府推行的法制(治)建设具有很强的工具主义和实用主义的色彩,而这实际上又为法律在乡村社会的变异埋下了伏笔。乡村社会是最无法用一种纯然的理性制度加以规制的领域:中国传统文化注重宗法血缘、讲究伦常关系,在日常生活中充满了许多伦理性的、道德性的内容。那种冥冥之中的力量是如此坚固,当“法律”这种异质性的元素被加入时,人们反而徒增更多的烦恼和迷茫,法律未必给他们以庇护,反而常常为屡遭变迁之痛的“很受伤”的乡亲们再加上了一道“法律”的伤痕。法律关系作为契约关系的一种高级形式,如果不是建立在社会充分分化和理性化的基础上,它就不可能触动人际关系的组合方式,也无法进入人们日常生活的深处。从建立一个理想化的法律“文本”体系,到深入中国乡村生活的深处需要一个漫长的过程。

诉讼是法律的运行状态,它通过一系列的程序安排和制度设计,先天性地赋予争议双方以一种对抗性质,迫使他们各执一端、锱铢必较,陷入一种零和博弈的境地。这在婚姻领域表现得更为明显。在乡村社会,婚姻是伦理、道德、利益等的坚固载体,不管历经多少次政治改造、法律建构和社会变迁,依旧体现着它坚韧的道德品性,保留着诸多传统文化影响的烙印。道德与日常生活是一体的,它的源头就是生活,是人之常情、人之常理,是一种“地方性知识”,亦是大家公认的、不容置疑的生活原则——这些原则构成了一个道德共同体。

---

15. 国内已有学者跳出传统的二分法,将当前中国的法律价值体系归为“混合型”,以示与“内生型”、“植入型”的区别(郭星华、黄家亮,2007)。

金观涛、刘青峰(1993:235—249)认为,中国文化中的合理性标准是常识和人之常情,毋庸置疑的常识和人的自然感情(人之常情)一起作为论证道德伦理、社会制度(行动)正当性的基础,“在这种推理方式中,常识(人之常情)首先被认为是天然合理的,是不能怀疑、不必深究的东西,然后用它们来类比、外推产生出高层观念”,他将其称为常识理性结构。中国文化的终极关怀是道德,而常识理性构成道德的基础。“中国文化中,一直存在着由道德价值向政治、经济领域投射,以证明某一种社会制度合理与否的深层结构”。在普通人的生活世界里,道德远远高于法律,只能用道德来证明法律而不是相反。这可能是导致“甩干”机制面临困境的一个深层原因。

由于在现实生活中,道德与习俗、传统等依然缠绕在一起,其混合的力量非常强大。在婚姻领域,早婚、换亲、包办等婚嫁形式依旧普遍,订婚、收受彩礼等习俗更是岿然不动。《婚姻法》是新中国制订的第一部法律,60多年来各级政府不遗余力地宣传和推行《婚姻法》,试图将法律文化引入家庭生活以解决社会问题或建立新型的家庭关系,但收效甚微。在婚姻纠纷的司法处理过程中,当将婚姻生活中的对抗转化为法律上的对抗时,因有国家强制力的象征符号和“面子”伦理的存在,人们往往各不相让。毕竟,在现实生活中,道德与法律并非泾渭分明,婚姻生活与社会生活亦没有一条清晰的边界。“李高之争”就向我们展示了法律文化与地方知识二者内在的矛盾与张力,以及“甩干”机制这种制度化设置对当事人所造成的“制度化”伤害。与中国传统社会乡村纠纷处理的模式不同,现代司法机关对人际关系的处理建立在理性人假设的基础上,注重法律的普适性价值,排斥地方性知识。在普通中国人(比如李涛、高艳、李母、高母)的认知结构中,具有中国特色的情理法结构是一个内部层次分明又不可分割的整体:理是法的原始状态,法是理的理性概括,一切善法背后蕴藏的都是被大众普遍接受的道理(公序良俗)。也就是说,这种理是建立在毋庸置疑的人之常情的基础上的;而审判的最高境界,就是合情合理合法,达到情、理、法的交融。但“农民们秉有很强的实用理性,他(她)们善于灵活地运用各种可以利用的资源去追求自己的目标”(梁治平,1997:466),实际上情理常常既为我所用,亦为我所累。中国乃人情超级大国,“天理无非人情、王法本乎人情”,镶嵌在民事诉讼中的调解制度之所以得到普遍推广与提倡,就是

对情、理、法这种文化状态的一种制度性因应和妥协。调解的理论基础,除了当事人意思自治外,无外乎情与理。前述“本土资源派”、“法律文化派”等对中国民间纠纷研究的启示在司法体系内部也有反应:最高法不断倡导审判要努力实现“法律效果与社会效果的高度统一”,一些政治理念也被植入司法所追求的目标中,要求不能机械地使用法律、表面地解决纠纷,而是要重视审判行为可能带来的各种社会后果,最大限度地通过适当的审判行为增进社会的和谐,办出让当事人满意、让社会接受和公众认可的案件,实际上就是推行革命年代盛行的马锡五审判方式。<sup>16</sup>

但“马锡五审判方式”的土壤已不具备。尽管调解被不断加以强调,其与司法之间并未实现有效衔接,也没能绕过法律的公共性与地方性(或曰现代性与本土性)这对矛盾。马锡五审判方式,是融法律、政治、文化等于一体的混合操作,法官是“法”与“官”的混合,甚至集“传统型”、“魅力型”与“法理型”于一身,它自然更适合于过去“总体性社会”的状况,更接近于韦伯所言“实质理性”的法律发展阶段。但这种司法模式已经随着现代化、职业化和专业化而日渐式微。改革开放前,中国社会是高度道德化、泛道德化的,道德、理想也构成了社会整合的重要手段,但三十多年过去,道德的大旗已经褪色,“去道德化”的急速进程改变了普通人的价值取向和行动规范。在社会结构方面,按照梁治平(1997:466)的说法,“国家一方面力图使自己区别于社会,另一方面又试图深入并且控制整个社会”,以及基于上述原因造成的“正式制度与非正式制度、大传统与小传统之间在知识上的分歧和对立”。但这个分化过程又不太流畅,主要表现在社会各部门演化、分化的程度、速度并不同步。因而,司法运作既要保持自己的品性,实现自身内部的自洽,又要与社会保持某种兼容,向社会做出某种妥协,不游离于“司法为民”这种语境。

在这种背景下的中国乡村社会,一旦纠纷进入诉讼程序,按照“法律”的要求,其解决就要依赖于外在的强行性规定,就要依从于第三方的游戏规则,必须用其他的事实来建构、替代他们的矛盾与冲突,道德、

---

16. “马锡五审判方式”是抗日战争时期,马锡五同志任陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长时创造的群众路线的审判方式,是抗日民主政权创立的一种将群众路线的工作方针运用于司法审判工作的审判方式。

伦理等传统力量在这种情境下就会暂时变得软弱无力，甚至不合时宜。按照形式理性的法律所须遵循的假设，“任何无法以法律术语合理阐释的事物，均为法律上不相关的事物”（陈聪富，2003：33—61），而为了从形式上达到这个要求，就不得不在他们之间制造出一些实际上并不存在或者并不必要的麻烦来，以实现司法实践对日常叙事的规训。这样，在一个缺少对现代法律充分信仰的乡土社会里，法律更容易凸现其工具性的一面，被当作一种权势或压制他人的手段，“甩干”机制无法不蜕变为一种机械的、冷冰冰的设置。但“打官司”即使能实现从“打关系”到“打证据”的偏移，人们也只是更换了一种方式（比如从技术角度）对社会关系进行再动员，仍然习惯于从司法外部寻找力量，而唯独不相信法律本身的力量。这种司法与生活的间隙，更适合于乡村“律师”的发育，他们在乡村诉讼中的微妙作用为“甩干”机制的运作提供了脚注，即一方面，基于他们的乡土色彩和对地方知识的掌握，他们更易于理解当事人的个中因由，因而能游刃有余地在当事人与司法机构之间建立起沟通机制，对法律作常识化、常情化的理解，传递一些朴素化了的法律理念；另一方面，基于他们自身的利益，加上他们相对于当事人在法律知识、诉讼技术等方面的优势，他们常常会制造、夸大讼争，法律常常会被塑造成技术性、策略性的工具，其普遍性受到质疑，其情境性得以放大，甚至法律知识亦可被整合为关系社会的组成部分。当法律程序终结，道德性的内容会重新浮现，人们会重新以实质正义的眼光来打量这一切，包括诉讼过程本身，那些已向法庭提交的“法律事实”也会被重新解释，“甩干”的效果被迅速解构。因而，司法实践也有吸纳日常实践和关系网络的一面，以免其运行过于干瘪。在中国的法治语境和司法实践中，“甩干”机制的运行困境是我们不得不面对的一个现实，或许这是司法制度在乡村社会的不得不承受之重。

## 六、小结与讨论

本文旨在提出一种重新认识和解释中国乡村司法运行状况的方法或视角，以期对乡村司法含混、模糊的运作态势有一个清晰的透视。由于中国乡村社会在某种程度上仍然注重宗法血缘、讲究伦常关系，在日常生活中充满了诸多伦理性、道德性的内容，致使司法体制与乡村现实之间存在着深深的抵牾。在这种情势下，乡村社会的司法究竟是如何

运作的？它是如何将一种普适性、现代性的逻辑加诸某一个案的？本文以一起乡村离婚纠纷作为典型个案，从实体事件与诉讼过程两个层面对其分别作了刻画，并将这个过程与逻辑命名为“甩干”机制。

从法理上讲，“甩干”机制源自中国民事诉讼程序中关于案件“受理”与“审理”的特殊制度要求与设计，是一种勉为其难又不可或缺的过滤装置。由于我国民法将诉讼要件等同于起诉条件，并将起诉条件作为是否立案受理（即诉讼程序开始）的标准，这就导致了在尚未开始诉讼程序时就需要对一系列的实体问题进行审查。自然，这种审查还会受中国政治制度、司法体制、审判资源等诸多“隐性”因素的影响。因而，审判程序并不因当事人行使诉权之一的起诉权而开启，这中间要经由“甩干”机制的作用以打通诉讼的通道。“甩干”也是基于法律形式化（现代化）要求的无奈之举：在乡村社会中，司法制度既已建立，就不能不顾及形式理性的要求，以凸显自身价值，树立司法独立的形象。因而，司法本身也有一种“形式化”的内在冲动，以捍卫其自身的价值与地位。从情理上讲，在乡村社会中，对于道德性、情感性、意气性诸多无法化约为法律问题、已超出司法受案范围的纠纷，客观上也需要一种前置程序加以过滤和排除。由于“甩干”机制主要是在诉讼程序开始前发挥作用的，这样就可以避免未经“甩干”的案件在进入诉讼程序后可能导致的冲突与碰撞。在审理过程中，基层法院会继续过滤道德、习惯、经验等非法律的元素，并在对案件事实重新建构基础上做出生硬、执拗的权威性裁决。在某种意义上，“甩干”机制是必要的，通过这个过程，司法制度在乡村社会体现出理性专横的同时，也防止了司法机器的过载。在当下情境中，“甩干”机制实际上链接了法律的普适性和地方性两重价值、乡村生活和司法体制两重空间，展示了乡村社会中法律的实际运行状态及内在张力，是一种勉为其难又不可或缺的机制。

“甩干”机制是立足于中国乡村实际对其司法运作所做的一种假说。中国乡村仍然是一个由礼俗、人情、关系等主导的社会，注重宗法血缘、讲究伦常关系，在日常生活中充满了许多伦理性的、道德性的内容。相对于僵硬的国家权力，中国的传统、文化、习俗、道德是韧性的、持久的、弥漫的、浸透的，司法在这些情理面前往往显得苍白无力，因为它的运作常常背离了人们所理解和接受的生活意义。大量诉讼中的事实，在被建构为一桩民事案件的组成部分前，是作为一种生活的常态而

存在的，当且仅当基于诉讼的需要，他们才得以成为这样一种法律事实。罗尔斯计划用“无知之幕”遮蔽的内容，可能恰恰是村民们生活的根本，反而是需要不断彰显的内容。中国人所秉持的实质正义理念极其强劲，人际间富于特殊主义、情境主义。福尔克马尔·格斯纳和尼克拉斯·卢曼曾将纠纷分为与人相关的冲突、与角色和规范相关的冲突。与人相关的冲突建立在紧密的、经常性接触和共同经历的关系上，参与方情感上相互联系，并且各自对对方抱有多种多样的和复杂的行为期望。如果在这样的群体内出现冲突，则它往往会超越特定的冲突内容，波及相关方之间的其他互动，最终会对整体关系投下阴影。若冲突内容演变成相关方之间的全部，需要解决的不仅是他们之间特定的冲突，而且他们之间的关系也要重新定义（托马斯，2008：256—257）。在高度发达的西方法治社会尚且如此，惶论中国。20世纪70年代以来，在“送法下乡”的语境下，中国以“举国体制”推进乡村法制（治）建设，基本建构起乡村的司法制度框架。但作为乡村社会外生性力量的法律能否以及如何深入、扎根乡村社会尚是一个悬而未决的问题。“甩干”机制作为乡村司法的运行逻辑，其实是一个历久弥新的问题，早在20世纪40年代，费孝通（1985：58—59）就表达了对法律下乡的忧虑：“现行的司法制度在乡间发生了很特殊的副作用，它破坏了原有的礼治秩序，但并不能有效建立起法治秩序。法治秩序的建立不能单靠制定若干法律条文和设立若干法庭，重要的还得看人民怎样去应用这些设备。更进一步，在社会结构和思想观念上还得先有一番改革。如果在这些方面不加以改革，单把法律和法庭推行下乡，结果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。”70年过去了，中国乡村社会的变化可谓翻天覆地，然而，在历史的深处，这个问题依旧坚如磐石。法治的价值在于它是构建一个现代社会的基础，“法治正确”必须坚持。但法律强行下乡，就类似于现在对农民的强迁，逼农民上楼。农民的院落，宽敞、通达，有炊烟、牲畜，富有温情；而楼房亦有若干优点，卫生、舒适、隐秘，是“现代生活”的象征，农民对此并不天然排斥。问题是，如同农民往往被强拆，在住上哪怕比较满意的楼房前要有一段时间需要租房过渡一样，法治下乡是否意味着要强拆掉他们固有的道德、习惯和文化结构？即使“法律是个好东西”，在法律这片栖息地建成之前，他们的心灵又栖居何地？在一个缺少对现代法律充分信仰的乡土社会

里,法律更容易凸现其工具性的一面,被当作一种权势或压制他人的手段,“甩干”机制无法不蜕变为一种机械的、冷冰冰的设置。因而,从根本上讲,乡村司法中的“甩干”是一个无法纯粹的过程,由司法所体现出来的价值理念难以完全辐射、渗透、贯彻到日常生活中去。

司法制度中“甩干”机制的存在,尤其是其运作中的困境,展示了乡村社会中法律的普适性与地方性的内在张力,以及具有中国特色的实际运行状态。“法治”是建构乡村秩序的核心与主导理念之一,但一种有效的制度安排应该不会和乡土伦理有大的冲突,并且又能在同社会总体的演化趋势保持一致的基础上实现对既有状态的超越。其实,在世界范围内,不乏因对法治的过分推崇与拘泥而引发的警惕和反省,以及对与法治化相伴而生的技术和工具理性可能带来的巨大风险所导致的普遍忧虑。然而,中国乡村仍旧徘徊在现代化的门槛上,面临着传统治理方式失效、新的治理结构阙如的困境。在这种情况下,就有必要将乡村司法运行当作一个植根于社会现实生活土壤的载体和平台,借此将反映社会生活要求的因素,如地方性的知识伦理、风土习惯、行为取向等内容充分吸纳到这个结构中,从而将不同价值体系安顿于同一法律架构的不同板块中,形成一种包容性的司法运作机制。同时,司法的运作也要减轻其恣意的程度,有所为,有所不为。对争议事实的法律判断,司法具有指引性的作用,特别是涉及合法与违法等问题时,设计者既不当单纯依赖增高诉讼的门槛来降低诉讼率,也要防止大门大开、鼓励讼争的倾向。明乎此,不但有助于我们洞察乡村司法运行的机理——“甩干”机制,而且也会为未来的司法改革提供新的借鉴。

## 参考文献(References)

- 陈柏峰. 2007. “气”与村庄生活的互动——皖北李圩村调查[J]. 开放时代(6): 121—134.
- 陈柏峰. 2012. 乡村司法[M]. 西安: 陕西人民出版社.
- 陈聪富. 2003. 韦伯论形式理性之法律[G]//许章润, 编. 清华法学(第2辑). 北京: 清华大学出版社.
- 董磊明. 2008. 宋村的调解——巨变时代的权威与秩序[M]. 北京: 法律出版社.
- 董磊明、陈柏峰、聂良波. 2008. 结构混乱与迎法下乡——河南宋村法律实践的解读[J]. 中国社会科学(5): 87—101.
- 费孝通. 1985. 乡土中国[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店.
- 高鸿均, 等. 2002. 法治: 理念与制度[M]. 北京: 中国政法大学出版社.
- 郭星华、陆益龙, 等. 2004. 法律与社会——社会学和法学的视角[M]. 北京: 中国人民大学出版社.

- 郭星华、黄家亮. 2007. 社会学视野下法律的现代性与地方性[J]. 中国人民大学学报(5):117-123.
- 郭星华、邢朝国. 2010. 从送法下乡到理性选择——乡土社会的法律实践[J]. 《黑龙江社会科学》118(1):129-133.
- 韩秀桃. 2007. 明清民间纠纷的解决及其现代意义[G]//和谐社会与纠纷解决机制. 何兵, 编. 北京大学出版社.
- 贺雪峰. 2000. 论半熟人社会[J]. 政治学研究(3):61-69.
- 贺雪峰. 2001. 缺乏分层与缺失记忆型村庄的权力结构——关于村庄性质的一项内部考察[J]. 社会学研究(2):68-73.
- 黄宗智. 2009. 调解与中国法律的现代性[J]. 中国法律(3):2-14.
- 强世功. 1997. 乡村社会的司法实践:知识、技术与权力——一起乡村民事调解案[J]. 战略与管理(4):103-112.
- 金观涛、刘青峰. 1993. 开放中的变迁——再论中国社会超稳定结构[M]. 香港:香港中文大学出版社.
- 李霞. 2010. 娘家与婆家[M]. 北京:社会科学文献出版社.
- 梁治平. 1991. 寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究[M]. 上海人民出版社.
- 梁治平. 1997. 乡土社会中的法律与秩序[G]//乡土社会的公正、秩序与权威. 王铭铭、王斯福, 编. 北京:中国政法大学出版社.
- 刘正强. 2010. 新乡土社会的事件与文本——鲁县民间纠纷的社会学透视[M]. 上海社会科学院出版社.
- 刘正强. 2013. 缘“分”的时代:异变中的初级关系与民间纠纷[J]. 社会学评论(2):84-93.
- 罗尔斯, 约翰. 2009. 正义论[M]. 何怀宏、何包钢、廖申白, 译. 北京:中国社会科学出版社.
- 韦伯, 马克斯. 2011. 法律社会学[M]. 康乐, 等, 译. 南宁:广西师范大学出版社.
- 冉井富. 2005. 当代中国民事诉讼率变迁研究——一个比较法社会学的视角[M]. 北京:中国人民大学出版社.
- 萨利, 安格尔·梅丽. 2007. 诉讼的话语——生活在美国社会底层人的法律意识[M]. 郭星华, 等, 译. 北京大学出版社.
- 苏力. 2000. 送法下乡:中国基层司法制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社.
- 索比, 苏珊. 2001. 为什么美国人相信法治[G]//法律与社会——社会学和法学的视角. 郭星华, 等. 北京:中国人民大学出版社:146-153.
- 田成有. 2005. 乡土社会中的民间法[M]. 北京:法律出版社.
- 托马斯, 莱塞尔. 2009. 法社会学导论(第4版)[M]. 高旭军, 等, 译. 上海人民出版社.
- 杨力. 2007. 新农民阶层与乡村司法理论的反证[J]. 中国法学(6):157-165.
- 张卫平. 2009. 起诉难:一个中国问题的思索[J]. 法学研究(6):65-76.
- 赵晓力. 1997. 关系/事件、行动策略和法律的叙事[G]//乡土社会的公正、秩序与权威. 王铭铭、王斯福, 编. 北京:中国政法大学出版社.
- 赵旭东. 2001. 习俗、权威与纠纷解决的场域——河北一村落的法律人类学考察[J]. 社会学研究(2):74-84.

责任编辑:李 聆