



您的位置：首页 > 法理之光 > 法理文稿 > 精品文萃 > 乡土社会秩序形态与调解变迁

乡土社会秩序形态与调解变迁

作者：王彬 褚晓琳



内容提要：本文以中国国家秩序和乡土秩序的二元对立作为分析框架，探讨调解在乡土社会不同秩序形态下对自发秩序和人为秩序的组合，在中国古代社会，法秩序之间的沟通依靠文化的整合，国家通过“权力的文化网络”实现对乡村社会的控制，教化式的调解达到了法秩序的沟通；在中国法律新传统中，国家通过“权力的组织网络”实现对乡村社会的控制，调解成为国家治理的手段；在当代中国法制化的进程中，对调解进行创造性的转化必须依照法治的标准。

关键词：调解 大传统 小传统 乡土社会

引论：问题意识与分析框架

中国素有调解的传统，从文化的角度分析，中国的调解传统建立在中国和合文化与无讼观念的基础之上，并与道家“无为而治”的政治理念有内在的关联，从文化解释的角度分析，调解作为中国的法律传统是与礼治和人治的社会形态紧密联系的，不符合法治社会人们权利意识兴起和审判实践发达的潮流，在这个意义上，中国调解传统不宜作为法治建设中的本土资源。然而美国ADR的兴起，使中国的调解传统倍受关注，实践已经证明调解不是与法治对立的纠纷解决方式，因此，文化解释的分析方法容易陷入文化相对主义和文化决定论的泥沼，遮蔽我们对本土资源的发现。要实现对传统调解的“创造性转化”，从本土的传统中挖掘法治资源，我们必须“暂且搁置关于调解的意识形态之争，把关注的焦点集中在调解制度的程序原理和中介系统上”，[1]才能拨开文化上的形而上学迷雾。因此，我们对调解的理解和考察不能仅仅局限于文化上的泛泛而谈，必须深入历史在具体的历史语境下考察调解的变迁，才能实现对调解传统的真正把握，因为“随着社会的变革和时代的推移，传统也不断发生蜕变，但同时传统又不断影响着社会变革的方式和效果。”[2]因此，本文的分析框架是具体分析不同历史时期中国国家秩序和乡土秩序的二元对立与冲突，以把握在不同秩序形态下，调解对国家官僚秩序和乡村自治秩序之间的结合和统一。

一 法秩序的二元构造

自秦汉建立起统一的大帝国以来，中国古代社会虽然历经朝代更迭，然而政治经济秩序相对稳定，这是因为中国古代社会律典的相对稳定，中国法典的发展总是随朝代变迁而一脉相承，并没有随朝代的更替而发生多大变化，然而，从另一方面讲，相对于中国古代变迁的社会生活，也说明了国家法对于社会生活调解的有限性，“我们无法令人满意的透过国家法观察到当时社会的变化，尤其是以日常经济活动为重要内容的民众生活世界的变化。”[3]在中国古代社会，“以执行道德为目标的国家法视‘户婚田土钱债’一类事务为‘薄物细故’从来不予重视，”[4]对乡民生活起主要调整作用的是作为自发秩序的民间法。因此，在中国的前现代社会，社会结构和法律秩序表现为两套不同质的系统，一是与国家法相联的大传统，“可以被看成是一种受到自觉维护的和更具统一性的精英知识传统，它具有很强的符号意味，并且表现出相当显著的文化选择色彩。”[5]文化“大传统”代表了精英的活动圈子，在法律秩序上，作为大传统的国家法是政治精英的理性设计，更多体现自上而下的人为秩序。一是与民间法相联系的小传统，指乡民社区所代表的草根文化传统。在法律秩序上，民间法是生长于乡土社会的社会规范，作为自生自发的秩序，它与实用理性相联，更多体现“趋利避害”的人性特征。从理论上讲，大小传统不同的文化特质，会造成文化与人性的紧张而导致法律秩序的分崩离析，因此，学界对于国家法和民间法的关系多有探讨，希求对国家法与民间法关系的内在机理做出理论说明，因学者理论趣旨和价值取向的不同，对民间法和国家法之间关系分别有互动、错位和冲突的不同说明，但是在现实中，不论是中国的古代社会还是现代社会，并没有因为民间法和国家法性质的不同而造成法律秩序的内在紧张，大小传统的裂缝悄然弥合。调解作为由第三方主持下的双方合意达成的纠纷解决方式，在法律秩序的选择上，更具有自主性，因此，从理论上讲，调解更能体现自发秩序和人为秩序的组合，大小传统的沟通与弥合。但是，随着社会变迁，作为中国法律传统的调解也发生了很大变化，所以要考察调解在社会变迁中的流变，必须从中国法律秩序的形成和特征上进行把握。

中国二元法秩序的形成分析，离不开“乡土社会”这一分析性的概念。乡土社会是与法治社会相对应的，是以村落为单位、以土地为依附、以群体为本位、以熟人社会为模式的社会。乡土社会是“一种并没有具体目的，只是因为在一起生长而发生的社会，”[6]作为费孝通先生所描述的“理想类型”的乡土社会展现了不同于传统中国法典化的法律秩序，这种法律秩序的不同主要体现在表现形式、效力来源、实施保障等等诸方面。在表现形式上，作为礼俗的乡土社会的法律秩序具有不成文和非体系化的特色；在效力来源上，礼俗秩序主要来源于宗族和宗法的权威，而不是国家的强制力；在实行方式上，礼俗秩序并不依靠国家的司法实践，“而是从教化中养成了个人的敬畏之感，使人服膺。”[7]因此，乡土社会与国家政权因在法律秩序方面的异质性，而必然产生乡土社会与国家政权之间的一定间离。尽管随着社会的变迁，中国乡土社会的现状已经不同于费氏所描述的作为“理想类型”的乡土社会的“纯粹图景”，但是即使在现代中国的乡土社会的社区，“日常生活所固有的逻辑，与体现于一种处处以个人为单位的现代法律中的逻辑，二者之间往往不相契合。”[8]因此，中国乡土社会的法秩序的二元构造特征随社会变迁而一以贯之。如果按照调解制度的发展来划分乡土社会法秩序发展

的不同类型,可以简单模式化为:第一,中国古老法律传统的礼治秩序与国家法典秩序的二元构造,中国古代的法律传统以明清时期作为最后的定型期;第二,中国新法律传统的形成时期,从戊戌变法、清末新政、晚清修律直至辛亥革命和五四运动,国家政权合法性的重建逐步完成,在向现代民族国家转型的过程中,国家层面的“大传统”经历了从传统中华法系向现代法的转型和改造,而乡村社会则由作为传统的文化和制度的“小传统”统治着,在国家权力深入乡土社会的过程中,对小传统的法秩序进行了改造,而在乡土社会形成了中国法律的新传统。第三,70年代末以来,中国进入法制建设的新时期,随中国市场经济的逐步发展,“小传统”的社会基础逐步由“乡土社会”向“市民社会”转型,乡村社会的“蜕变过程”加剧,处于“国家‘法治秩序’与‘礼治秩序’、‘德治秩序’、‘人治秩序’、‘宗法秩序’等交错并存‘多元混合秩序’这样一种格局。”[9]在这一时期,国家权力逐步向上收缩,因此,国家法在乡土社会仍然松散,而且在国家法深入乡土社会的过程中,因国家法律逻辑不同于乡土社会的生活逻辑,仍然遭到不同程度的抵制。

二 法秩序沟通与调解变迁

在中国不同的社会时期,法律秩序沟通的中介系统具有不同的特色,在中国传统的社会形态中,法秩序的沟通是全方位的,表现在以下几个方面:第一,在立法层面上,引礼入法,实现国家法律的伦理化,借助于天理人情实现社会规范和国家法律规范的沟通,“让政治、法律的秩序模仿自生的、习惯性秩序,由此实现国家秩序和乡村秩序的协调。”[10]同时,国家法与民间法明确分工,“户婚田土钱债”等“薄物细故”不受国家法典的重视,而由民间法调整;第二,在司法层面上,明确地方政府的司法权限,州县受理案件的权限一般是“户婚田土钱债”以及处刑不超过笞杖或枷号的轻微刑事案件,这类案件通常被成为“自理词讼”。[11]在司法上,将更多受民间法规范调整的案件控制在基层,使州县官吏在审理案件过程中,能够综合情、理、法,实现三者的融通。因此,考察中国古代的立法和司法,我们会发现,中国古代的乡村社会的民间法并没有与民间法产生严重的背离,反而“界限模糊”,之所以能产生这样的效果,我们必须深究中国古代国家政权对乡村社会的法律控制方式。

中国古代国家政权在乡土社会最多只是建立在县一级,因此国家对社会的控制并没有直接依靠权力和组织,国家对社会的控制更多依靠文化的整合力。杜赞奇提出“权力的文化网络”理论,认为文化网络构成了乡村社会运作的基础,而不是市场体系、地理区域和其他组织,它是地方社会中获得权威和其他利益的源泉,任何追求公共目标的个人和集团都必须在这一网络中活动。[12]“权力的文化网络”表现为:第一,依靠科举制度建立国家政权的官僚体制,以此来推行国家的意识形态,建立起国家治理的“儒家模式”。第二,依靠宗法关系和宗族关系维持乡村社会的权力运作,而作为宗法的族规与国家法律相同,都建立在儒家伦理的基础之上。第三,依靠半制度化的乡绅阶层,作为联系国家和乡村社会的中介,乡绅一方面是乡村社会的地方治理精英;另一方面,“乡绅阶层受官方意识形态的教育,恪守儒家传统,成为国家意识形态在民间的传播者和维护者,因而也成为国家法律制度的维护者和执行者。”[13]乡绅作为沟通国家政权和乡土社会的第三种力量,集教化、治安、司法、田赋等诸多功能于一甚,成为地方权力的实际代表,也成为民间调解的主要力量。“官与民疏,士与民近。民之信官,不若信士,……境有良士,所以辅官宣化也。”[14]因而,文化系统成为中国古代法律对社会的控制方式,在这样的法律控制模式中,当国家秩序和民间秩序在纠纷中发生冲突时,作为中国传统纠纷解决方式的官方调解和民间调解呈现出以文化引导人性的教谕特征。教化式的调解成为沟通大小传统之间的桥梁,这种沟通即是通过儒家伦理作为调解规范,通过儒家伦理的文化意义来教化纠纷双方,缓解文化与人性之间的紧张。这种教化型的调解特征表现为:第一,以息讼为目的,“淡化纠纷双方的权利义务关系,要求当事人忍让,通过劝和的办法折衷妥协地解决私人之间的纠纷,从而达到息事宁人的目的。”[15]第二,注重纠纷解决的社会连带效果,并不以法律上的正确作为解决的目标,即使在诉讼调解中,“在听讼程序的范围内可以说州县官吏几乎完全不受律令的约束,毋宁说,根据情理,融通无碍的寻求具体妥当的解决就是地方官的职分”。[16]第三,调解具有强制性,通过国家权力和民间权威来实现纠纷的解决,教化式的调解并不代表纠纷当事人双方的真正合意。通过总结教化式调解的特征,我们可以发现,调解在作为国家法秩序和乡村秩序的中介,并不是以一方牺牲一方式的选择规范,而是将儒家伦理作为法外之法,作为调解基本的规范,也是调解所维护的目标。传统的调解“依赖的是宗族势力和国家专制权力;凭借的是礼与法相结合的多种法律渊源;维护的是三纲五常的伦理秩序,……调处的结果体现了宗族与国家的愿望,而往往与当事人的意志相违背。”[17]因此,从古代中国调解制度的特征中,我们可以发现,教化式的调解依靠的是政权和族权的强制,体现了大传统对小传统自上而下的文化霸权,因此教化式的调解结果与国家法律具有一致性,中国传统的调解制度体现了国家法秩序对民间秩序的“威权意识形态”式的统治。谢晖先生将这种大小传统的沟通方式称之为“威权意识形态”与强控式“沟通”,他认为在依靠权威统治的“奇理斯玛”社会,“意识形态被赋予强制推行的属性,便成为一个国家自上而下的进行社会控制,强制处理社会冲突的工具”。“威权意识形态导致的是大传统的文化霸权,其可能的结果不是保护大传统所依赖的小传统,不是两者间的沟通,而是大传统对小传统的催灭,是大传统的单方面强暴。”[18]

现代的人民调解制度肇始于土地革命战争时期,调解制度伴随着国家的合法化重建而逐步确立。因此,分析现代的新法律传统,也必须着眼于对国家合法化重建过程中的法秩序分析。在合法化重建的过程中,体现在国家政权、乡土社会两个层面。在国家政权层面上,通过法律制度的移植逐步实现法律制度的合法化重建,达到对大传统的改造。从戊戌变法开始,国家层面的法律移植就已经开始,这一过程一直在共产党统治下的革命根据地都得以延续,比如对婚姻自由和权利的保护以及民刑分立的法律建制,都体现了一种不同于民间习惯的文化理念,因此中国古代法律传统中所特有的大传统和小传统的弥合,合法化重建的过程中出现了裂缝,国家对社会的儒家治理模式也被打破,“党派政策”成为沟通大小传统的方式。[19]在乡村的合法化重建过程中,共产党通过阶层划分实现对乡村社会的重新组织化,通过创建忠实于国家的组织来达到国家对乡土社会的控制,在打破旧的地方治理精英的“权力文化网络”的同时,对地方精英进行重新改造和重建,建立其“权力的组织网络。”[20]这一时期作为中国法律新传统的调解,以“马锡五审判方式”为代表,这一时期的调解是国家法与民间法交涉的结果,这体现了国家法向民间法的妥协,因为国家法在向乡土社会深入的过程中,地方尤其是婚姻等民事的习惯与国家法律存在内在的冲突,国家法律非此即彼的解决方案仅具有形式逻辑上的有效性,不符合现实生活中辩证发展的实践理性,也不符合战争时期维护秩序稳定的需要。但是这一时期的调解更多体现国家对民间的控制,而体现出治理色彩。第一,从调解方式的产生来看,共产党将其作为自身法律传统的创新,以此区别于国民党旧法统依赖程序的审判和“教条主义”,这本身意味着政治话语在民间社会的争夺。第二,从对调解组织的控制来看,在民间社会,“无论是组织各种各样的组织,还是实现生动活泼的民主政治,还是当事人心悦诚服的民间调解,都不是自发产生的,都有党组织控制着这些乡村组织的运作。”[21]第三,从调解的运作来看,以“马锡五审判方式”为例,调解过程中将民主作为社会动员的方式,民主原则作为一种政治话语贯穿于司法实践过程中,利用政治的群众路线使司法成为为大众司法,共同体对于调解的结果影响颇深,并不重视纠纷双方当事人的合意,从而不注重双方权利义务的分配,在这里,民主运用于司法是政治话语的体现,是社会动员的方式。第四,从调解的技术来看,“调解中所使用的语言、策略

和手段都要服务于共产党治理社会的总体要求，调解人员的政治素质、政治觉悟和政策水平就成为一个关键问题。” [22]因此，“调解实际上是灌输共产党意识形态的主要渠道，其目的是教育群众，改造群众，进而改造整个社会。” [23]

通过对中国古代传统的调解制度和作为中国法律新传统的调解对比分析，我们可以发现，中国古代的调解以教化特征，通过具有“亲民之责”的地方官的官方调处和作为地方治理精英的乡绅主导的民间调解，运用“法外之法”的伦理规范进行调解，达到“息事宁人”的目的；而作为中国法律新传统的调解在国家转型时期，出于合法化重建的需要，调解演变成了国家治理乡村社会的手段，但是，这时期的调解仍具有说理一心服式的教化特征，作为治理的调解教化是传播党派意识形态的工具。本文姑且将这两种调解方式称为“教化式调解”和“治理型调解”，在这两种调解方式中，都渗透着权力的运作，要理解这种权力运作，必须重新借用“乡土社会”这一分析性概念，费孝通先生认为，在乡土社会的权力结构中，存在着“横暴权力”、“同意权力”、“教化权力”三种权力形态，而且“凡是文化性的，不是政治性的强制都包含着这种权力。……凡是被社会不成问题的加以接受的规范，是文化性的；当一个社会还没有共同接受一套规范，各种意见纷呈，求取临时解决办法的活动是政治。文化的基础必须是同意的，但文化对于社会的新分子是强制的，是一种教化过程。” [24]在中国古代社会，社会生活依靠传统来规定，社会具有文化上的稳定性，因此社会秩序的维持依靠“为政以德”、“为民父母”式的教化。在新法律传统形成的新时期，国家的转型同时伴随着文化的更新，国家的治理需要意识形态自上而下的传输。

三 调解的创造性转化

通过上文两种法律传统中的调解制度的对比分析，我们发现在不同的法秩序，调解呈现的特色不同。因此，在我国当代的法治化进程中，实现对调解制度的创造性转化，不能仅仅因为调解不符合法治的程序理性而横加批判，也不能仅仅因为调解符合传统中国“无讼”、“厌讼”的社会心理而大为褒扬，我们必须结合具体的历史语境、具体的法秩序状态对调解进行创造性的转化，使之符合法治的目的，并对之进行理性的制度设计。“所谓调解的创造性转化，是指需要在对法治的现代理解的基础上，对关于调解的传统认识及实践做出修正。” [25]因此，对中国当代的调解制度，也须以法治的视角加以审视。在法制化社会，“调解的作用是有合意这一调解的本质要素所决定的。” [26]在法制化社会，调解具有弥补审判不足的功能，并且“调解置于审判的影响下并使其权威化的倾向相对抗的、力图把调解置于当事者自主交涉的延长线上从而使其真正成为当事者自己解决问题的对话过程的努力。” [27]在法治社会，更为强调调解合意的本质，确保调解是非强制性的，并且确保当事人在调解过程中不会受到任何社会或其他制度性的压力。

对当代中国调解制度考察必须联系中国的法治发展模式，才能对中国的调解制度有清晰的定位，中国经历了“法制”向“法治”的转换，中国由强调法律制度的建构到强调法律的统治与遵守，但是中国的法治道路仍然是以政府主导的，这是因为中国市民社会不发达，民间的力量仍然十分弱小。在这种法治发展模式下，一方面，中国由乡土社会向市民社会转型，乡土社会的权威走向没落，传统的礼治秩序逐步瓦解，人民权利意识逐步增强，另一方面，国家法作为精英的理性设计在向乡土社会的深入的过程中，国家法与民间法作为两套不同的逻辑在乡土社会碰撞，不符合“地方性知识”的国家法往往在乡土社会失效，人们对国家法律解决纠纷的审判期望值不高，而将纠纷往往诉诸于调解作为解决方式。但是，调解经过制度化后，作为理性设计的产物，处于“大传统”与“小传统”的夹缝之中，“基层人民调解工作一方面基于国家期待和权力网络的驱使负有宣传国家政策、法律的职责；另一方面受抽象的社会文化传统实际生活场域支配，又趋向于地方性、习惯性的方式使纠纷按照当事人及其共同体满意的方式得以解决。” [28]经过制度化的调解组织由于“受法院或地方行政机关的领导”，在一定程度上是国家权力的代表，作为制度化的实体权威有可能强迫诉讼当事人接受调解方案，影响纠纷双方合意的达成。这表现出调解组织受国家权力的约束，从而帮助营造一种多元权威并存的格局。另一方面，调解组织的本土化使其能够熟练的穿梭于法律与习俗、实用和理性之间，软化了国家法律与乡土“内部规则”的冲突。在这种状态下，调解趋于政治化、功利化，这一方面妨碍了国家法律向乡土社会的渗透，不利于国家法秩序在乡土社会的确立，造成了地方知识的垄断，另一方面，也会造成行政权的膨胀，部门利益的分化。因此，在目前的调解制度中，我们可以感觉到权力（国家）和大众（个人）的内在紧张，但是目前的调解不符合法治的目的，“问题在于中国的调解过于倾向于官方的非正式主义，而缺乏作为其对立面的市民的非正式主义，即自治的个人主义。” [29]

在对传统调解制度的批判分析中，我们发现教化式的权力在调解中的运作，使调解表现为伦理规范的教化和国家意识形态的传输，而当代中国调解制度的法制化因侧重于“官方的非正式主义”，使调解的平衡功能时时不能发挥作用，因此，季卫东先生认为，建立法治社会的“自治型调解”，必须依靠程序保障和中介系统，所谓中介系统，即国家权力对调解系统间接影响，因此，我们在调解的制度设计上，国家权力应和调解的运作保持适当的距离。

作者简介：王彬，男，山东邹平人，山东大学法学院2002级法律硕士；褚晓琳，女，山东省临沂市人，山东大学法学院2002级法学硕士

E-mail: yutso@126.com

参考文献：

- [1] 季卫东：《调解制度的法律发展机制》载《调解、法制与现代性》中国法制出版社2001年版，强世功编，第4页
- [2] 季卫东：《中国法文化的蜕变与内在矛盾》，载《比较法研究》，1984(4)
- [3] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》中国政法大学出版社1996年版，第15页。
- [4] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》中国政法大学出版社1996年版，第15页。
- [5] 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》中国政法大学出版社1996年版，第128页。
- [6] 费孝通：《乡土中国 生育制度》北京大学出版社1998年5月版，第9页
- [7] 费孝通：《乡土中国 生育制度》北京大学出版社1998年5月版，第51页
- [8] 梁治平：《乡土社会中的法律与秩序》载《乡土社会的秩序、公正与权威》，王铭铭、王斯福主编，中国政法大学出版社1997年版，第431页。
- [9] 田成有：《乡土社会中的国家法与民间法》载《民间法》第一卷，第1页，2002年3月版，谢晖、陈金钊主持
- [10] 季卫东：《调解制度的法律发展机制》载《调解、法制与现代性》中国法制出版社2001年版，强世功编，第15页。
- [11] 瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第443页。
- [12] 杜赞奇：《文化、权力与国家》，江苏人民出版社1994年版，第13页
- [13] 强世功：《法制与治理—国家转型中的法律》中国政法大学出版社，2003年9月版，第28页

[14] 李燕光：《清代的政治制度》，载《明清史国际学术讨论会论文集》，天津人民出版社1981年版，第257页

[15] 刘敏：《论传统调解制度及其创造性转化——一种法文化学分析》载《社会科学研究》1999年第1期

[16] 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》载[日]《明清时期的民间审判和民间契约》王亚新、梁治平编，法律出版社1998年版，第220页

[17] 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》法律出版社1997年4月版，第293页

[18] 谢晖：《大小传统间的沟通理性》载《法的思辨与实证》谢晖著，法律出版社2001年12月版，第304—305页

[19] 谢晖：《大小传统间的沟通理性》载《法的思辨与实证》谢晖著，法律出版社2001年12月版，第305页

[20] 强世功：《法制与治理——国家转型中的法律》中国政法大学出版社，2003年9月版，第63页

[21] 强世功：《权力的组织网络与法律的治理化》载《调解、法制与现代性》中国法制出版社2001年版，强世功编，第229页

[22] 强世功：《权力的组织网络与法律的治理化》载《调解、法制与现代性》中国法制出版社2001年版，强世功编，第231页

[23] 强世功：《权力的组织网络与法律的治理化》载《调解、法制与现代性》中国法制出版社2001年版，强世功编，第231页

[24] 费孝通：《乡土中国 生育制度》北京大学出版社1998年5月版，第67页

[25] 陈弘毅：《法理学的世界》中国政法大学出版社2003年1月版，第206页

[26] 棚赖孝雄：《纠纷的解决与审判机制》王亚新译，中国政法大学出版社2004年1月版，第48页

[27] 棚赖孝雄：《纠纷的解决与审判机制》王亚新译，中国政法大学出版社2004年1月版，第51页

[28] 翁开心：《乡土社会中的国家法与民间法》载《民间法》第一卷，第183页，2002年3月版，谢晖、陈金钊主持

[29] 季卫东：《调解制度的法律发展机制》载《调解、法制与现代性》中国法制出版社2001年版，强世功编，第78页。



文章来源：本站原创 阅读次数：210 更新时间：2004-7-28

▶ 相关文章

没有相关文章

[投稿窗口](#) | [网站地图](#) | [管理登录](#) | [关于我们](#) |

浙江大学法理与制度研究所主办 浙江泽大律师事务所协办

Copyrights © 2002 All Rights Reserved. 版权所有：中国西溪园法理与制度研究小组