

论 文

《北大法律评论》(2000)
第3卷·第2辑·页1—61
Peking University Law Review
Vol. 3, No. 2, 2000, pp. 1—61

权力的组织网络与法律的治理化·
——马锡五审判方式与
中国法律的新传统

强世功**

Abstract

There are two opposite kinds of approaches to the studies of mediation characterized by the *Ma Xiwu's Judicial Mode* in 1940s communist China. One, based upon historicism, maintains that importance of mediation in the legal system of communist China exhibits the continuance and extension of traditional legal culture in the history. The other, based upon functionalism, emphasizes the breakup of traditional legal culture and the modification of mediation by communist ideology.

Based upon the reflection and criticism of these two kinds of

* 本文初稿宣读于“中国乡村社会的法律”研讨会(1999年1月31日),感谢范愉和李康在会议上对本文所作的评议,感谢朱苏力、李猛和赵晓力在讨论中给予的启发。本文的写作获得“中国基层司法制度及其运作”课题组以及北京大学国家社会科学研究基金的支持。

** 北京大学法学院讲师(100871)。E-mail: jiangshg@law.pku.edu.cn; jiangshg@263.net.

approaches, with some new materials, the article brings forward a new approach of relation/event based upon ‘archaeology’ and ‘genealogy’ in the sense used by Foucault to this topic. In this way, the article put the *Ma Xiwu’s Judicial Mode* as an incidental historical event into the power relations in the transformation from traditional empire to modern nation-state in China. In the process of state-making, the state law transplanted from the West met the resistance from the indigenous customary law exemplified by marriage law. In order to settle such troubles, the Communist Party used various power techniques and constructed an ‘organizational nexus of power’ so as to put its power into the rural society. Therefore, the incidental mediation practice was integrated into the nexus of power as a special kind of governmental art. In the competition between legal discourse regarding law as autonomous system and political discourse regarding law as efficacious instrument of governance by the Party, state law was eventually subject to the governmentality as an instrument, which constructed the heart of new legal tradition. In this new tradition, the aims of law are not social justice but the Party’s policies, not settling disputes but modifying and governing the society. It is in this tradition that we could understand the difference between the rule of law in the West and the rule by law in contemporary China.

中国共产党的法律传统形成于陕甘宁边区政府时期,^①这一时期所发明的马锡五审判方式以及由此推动的人民调解成为中国共产党法律制度中影响最为深远的主要传统之一,^②这一传统直至今天依然影响着中国的司法实践。^③一般说来,对于陕甘宁时期的调解制度的研究存在两种流行的主张。一种,我称之为“文化延伸论”。这种理论认为,马锡五审判方式所推动的调解运动不过是中国传统法律中受儒家伦理影响的“无讼”思想的体现和延伸,因此,在这个意义上,中国共产党的法律实践继受了中国古代的法

① 从编年史的意义上,我们往往将中国共产党的法律制度的创生与中国共产党的诞生联系在一起。但是,如果我们将法律不是理解为一种关于法律的主张或者法律条文,而是理解为一种稳定的、常规化的、在实践中运作的制度,那么,中国共产党的法律制度实际上是在陕甘宁边区才开始形成的。

② 在中国历史上,调解往往指的是绅士或者地方精英自发组织的纠纷解决方式。但是,近年来关于司法档案的研究表明,晚清地方司法官员在判案的过程中也采用非正式的纠纷调解。(Buxbaum, D. C., 1971, Huang, Philip C. C., 1993)而在中共党的法律传统中,调解主要有两种方式,一种是人民法院在审理民事案件中依照法律(从前的《调解条例》和现在的《民事诉讼法》)进行的民事调解;另一种是基层政府专门设立的各种调解组织,比如调解委员会和乡镇司法所主持的人民调解,这是国家采取的一种准司法的纠纷解决方式,它介于民间调解和民事调解之间,司法协理员按规定要受法律专业知识的培训并要制作调解案卷。正是由于国家对民间调解的介入,使得原来所谓的家族或地方精英组织的调解成为不再受到鼓励的“私了”。因此本文中所谓的调解指的是马锡五审判中的司法调解和政府组织的人民调解,而不讨论真正的民间调解。

③ “在人民法院发展史上对审判旧模式的突破已经有三次,第一次始于抗战时期的马锡五巡回就地审判,其最终为我国诉讼法所确认;第二次是解放战争时期诉讼外调解的产生与发展,确立了人民调解的制度和组织形式;第三次是80年代初人民法院围绕‘以防为主、打防结合’的工作新思路,积极参与社会治安综合治理”。(山东省潍坊市中级人民法院研究室,1994:34—37)其实,这里所谓的三次突破仅仅是出于表述上的方便,实际上就司法工作而言,三个阶段的思路对于法院来说都是以调解为核心。历史上形成的调解制度作为一种司法构造对当下中国司法实践的影响,参见范愉,1999。

律传统。^④ 另一种刚好与此相反,我称之为“文化断裂论”。这种理论认为中国共产党所推行的人民调解制度与中国历史上的调解传统在性质、权威依据、目的和手段等方面存在着截然不同(Fu Hualing),它差不多成功地“改变了调解的过程和功能”,“政治功能强烈地渗透在调解中,以至于指导着调解人对纠纷的看法以及用来解决纠纷的标准,从而调解的政治功能遮蔽了其解决纠纷的功能。”(Lubman, 1967:1278.)调解已被发展为一种社会动员的工具,一方面是为了解决纠纷,另一方面是提高群众的政治觉悟和意识,以此来贯彻党的主张、维持社会秩序、实现对社会的重建。(Lubman, 1967;Johnson, 1982)

这两种不同的理论主张其实建立在不同的理论研究方法之上。一般说来,主张“文化延伸论”者采用文本分析的方法,尤其侧重于对法律和政策文本的分析,通过这种分析将共产党采取的调解制度区别于西方或者苏联的法律而显示了法律文化中的独特性。而主张“文化断裂论”者采用功能主义的分析方法,这种功能

^④ 在美国汉学家中,持这种观点的学者认为调解制度是中国的社会主义法律制度区别于苏联的社会主义法律制度的重要体现,因此调解制度正是“传统的文化价值”和“中国特色”的体现(Cohen, 1966; Palmer, 1989)。这些观点在 80 年代的比较法律文化的研究中也颇为流行(梁治平、齐海滨等,1988:146—156)。

当然这种看法不仅是学术界的流行观点,也是目前官方主导的法律意识形态(其实,学术界的观点往往基于这种主流意识形态)。担任最高人民法院副院长的唐德华(1999:39)指出:“民事诉讼中的调解,是我们人民司法制度的优良传统。”任建新(1997:363)在担任最高人民法院副院长时曾经对外指出:“协商和调解”是中国人解决民事纠纷的传统方式,这种解决方式在平息争纷、维护家庭和社区的和睦方面起了积极的作用。在新民主主义革命时期,解放区政府就发扬了这种传统,完善和发展了人民调解制度。新中国成立后,国家特别强调人民调解制度的重要性。

主义的方法将调解制度看做是实现中国共产党政治功能的工具,^⑤由此导致对调解的形式、调解的技术、支撑调解过程的社会组织结构以及调解的政治功能的关注(Lubman, 1967)。

但是,正如主张“文化延伸论”无法细致区分共产党的人民调解与传统调解采取的不同的策略和技术,主张“文化断裂论”亦无法解释为什么以“矛盾”和“斗争”的哲学思想为核心的共产党的意识形态尽管与儒家传统文化截然不同,竟然会采取传统的以和解为核心的调解手段?事实上,意识形态中的“斗争”哲学不是体现在调解实践中,而是体现在“批斗”这样的法律实践中(强世功,2000b)。调解制度为什么不是在瑞金时期而是在延安时期才会发展起来?这种在中国法律史上运用娴熟的调解技术,如何就变成了一种全新的发明呢?这些问题显然不能简单地归结为意识形态或者政治策略。^⑥

这些问题的提出意味着我们对“陕甘宁边区的调解制度”的研究提出了新的问题和要求。它们首先要求我们不是把它作为普遍性的法律实践来加以处理——无论是作为体现文化传统的普遍

^⑤ 许多著名的汉学家都坚持这种“功能主义”(Lubman, 1967; Lubman, 1997; Alford, 1984; Li, 1979)。Brady(1982:9—10)将美国汉学家对中国法律制度的研究分为五代主张不同的学者,其中陆思礼(Lubman)和李浩(Victor Li)就是主张“功能主义”的第四代学者的主要代表人。有关美国对中国法的研究,参见苏亦工,1996。

^⑥ 按照Brady(1982)划分,研究中国法律制度的五代美国学者分别为“合作者”、“冷战者”、“法制论者”、“功能主义者”和“马克思主义者”。尽管这些学者在对待中国的个人态度或理论态度上各有不同,尤其是“功能论者”摆脱了“冷战者”对中国的仇视和“法制论者”的西方中心主义色彩,对中国采取一种同情、理解乃至借鉴的态度来研究中国所特有的调解之类的非正式制度。但是,在理论框架上,即使是“功能主义者”也没有摆脱“冷战思维”的意识形态影响。他们将调解制度与共产主义的意识形态以及共产主义的社会制度联系在一起,将这种法律传统看做是简单的政党组织精心设计的产物,从而在理论上陷入了“政治决定论”的误区中,忽略了其他社会因素对调解制度的影响。

性,还是作为制度构造的普遍性^⑦——而是作为一个独特性的“历史事件”来对待,尽管这种特定的历史事件产生了普遍的效果。如果我们在“知识考古学”的意义上理解“陕甘宁边区的调解”,这就意味着我们要将哪些要素和它放在同一个知识地层上加以考察、分析^⑧,是把它和儒家传统下的民间调解放在一起分析,还是和共产党的意识形态、组织技术等等放在一起分析,还是和日本的调解实践或者美国的ADR运动放在一起分析,等等。其次,对这种具备特殊性的“事件”的分析不能采取一个简单的化约主义的理解,将“事件”理解为一系列更宏大的要素的产物或者结果,比如“文化延伸论”将其理解为“历史”或“文化”的产物,“文化断裂论”将其理解为“政治意识形态”的产物;但是也绝不是采取一种孤立的方法来认识“事件”,毋宁说采取的是一种“关系/事件”的分析方法,^⑨将“事件”和围绕事件、构成事件的一系列权力关系结合起来分析,这种方法具备了“谱系学”(福柯,2000a)的某种特征。正是通过对权力关系的分析,使得“事件”与总体权力关系的“配置”(dispositif)(德勒兹,2000)发生了关联。正是基于这种“考古学”和“谱系学”方法上的考虑,本文通过对一些档案和文献材料

^⑦ 这种制度构造的普遍性主要体现在将中国的调解实践与日本的调解实践、人类学研究中揭示的其他非西方社会中的调解实践、以及新近在美国兴起的ADR运动放在一起,从而在于与“审判”相对立的意义上来理解中国的调解制度。参见:季卫东,2000;王亚新,1999和范愉,1999。

^⑧ 这里所谓的“知识考古学”是指福柯的分析思路,关于对这一思路的清晰表述,参见 Deluze, Foucault。

^⑨ 关于“关系/事件”的分析方法在社会理论中的地位,参见李猛:1996;关于这种分析方法在法律社会学中的运用,参见强世功:1997;赵晓力:1997。

的考察,^⑩ 将“陕甘宁边区的调解”放在中国从传统帝国向现代的民族国家转型的过程中加以分析和理解,从而揭示它在中国的现代性意义,并试图对上述问题给出一个初步的阐释和解答。

本文的第一部分分析了从传统帝制向现代民族国家转型的过程中,随着国家政权建设在中国的展开,整个社会的权力关系的格局发生了根本性的变化。在这个过程中,新型的西方法律制度也开始深入到乡村社会,并陷入到困境之中。正是在这种困境中,以调解为核心的马锡五审判方式出现了。第二部分分析在国家政权建设的过程中,中国共产党如何利用种种权力技术塑造并构筑“权力的组织网络”以培养新式的地方精英,从而将权力的触角深入到乡村社会,并由此发动群众,试图实现对中国社会的根本性改造。马锡五审判所带动的调解运动正是和上述权力要素放在同一个“地层”上加以分析和考察。马锡五审判方式作为一种偶然的司法实践之所以取得巨大的成果,并成为共产党的法律原则或制度的象征,就在于这种司法技术与权力的组织网络结合在一起,产生了一种独特的效果,成为一种新的权力组织技术。第三部分围绕马锡五审判方式的种种话语实践和非话语实践,分析调解这种独特的权力技术如何被纳入到新的权力机器或“配置”之中,成为共产党治理社会的重要工具,从而导致了法律的治理化,创设了中国法律的新传统。第四部分着重分析了作为中国法律新传统的法律治理化问题。在此,法律的目的既不是通过审判来实现社会正义,也不仅是通过调解来平息纠纷,而是在解决问题的过程中贯彻党的路线、方针和政策,实现共产党改造社会、治理社会的目的。在最

^⑩ 需要说明的是,在对延安时期法律制度的研究中,最大的障碍就是档案材料的匮乏。尽管本文使用了一些以前没有使用过的档案文献,但是,本文并不是简单地在“历史学”的意义上使用这些材料。本文关心的不仅仅是这些材料所反映的事实,更主要的是将这些材料作为话语来研究,研究支配这些话语的权力关系和权力机制。

后的结论中,我们又回到前面所讨论过的方法问题上来,揭示出我们在理解今天中国的法律制度中,如何面对作为标准模型的西方法治理论,以及这种法治构想在法律治理化的权力配置中发生的畸变,指出只有在这种法律的新传统中,我们才可以理解中国法治建设在当前所面临的种种困境。

一、国家政权建设中法律的困境

从戊戌变法、清末新政、晚清修律直至辛亥革命和五四运动,中国在国家层面上的合法性重建基本上已完成了。马克思主义和三民主义等多元的意识形态取代了儒教一统天下的局面;移植而来的西方法取代了中华法系而实现了法律在总体框架上的现代转型;宪政基础上的政党民主政治取代了封建科举,实现了公共领域内交涉者的多元化。总之,合法性重建实现了由封建帝国向现代民族国家的转型。(强世功,1997)但是,在国家转型初具雏形的时候,无论是意识形态的合法性政治,还是官僚理性化的权力建制,都仅仅停留在国家层面上,或者说停留在“大传统”的层面上,而广大的民间社会,尤其乡村社会,仍然是由传统的文化和制度作为一种“小传统”而统治着。^①因此,国家政权如何伸入乡村,或者说现代国家如何在传统的乡村社会中建立起合法性并与此同时实现对传统社会的改造,就成为现代中国的主要问题。

(一)国家治理背景下的法律冲突

在乡村社会的层面上建立合法性的过程实际上就是蒂利所谓的国家政权建设(statemaking)的过程(Tilly, 1975),即国家“试图

^① “大传统”与“小传统”的概念是由 Redfield 对“文明社会”(civilized society)和“民俗社会”(folk society)的区分中引申而来的。参见 Leslie, 1968。

支配、控制或破坏相对自治的地方社会结构,试图扩大它对地方资源的支配,并且在国家的支持下发展新的建制。”(杜赞奇,1994b:348)。然而在中国,以治理为目的的国家政权建设与以发展为目的的国家现代化紧密地联系在一起,从而增加了国家政权建设的负责性。这一点尤其体现在晚清新政以来的乡村自治、乡村建设和乡村革命等运动之中。^⑫

国家通过政权建设实现对乡村社会全面治理的过程中,其首要的目标集中在治安和财政这两项根本任务之上,其次包括教育、文化和习俗的革新方面。^⑬ 在这一过程中,以解决纠纷为目标的司法制度本身并不构成一项独立的任务。换句话说,新型的西方化的法律制度在乡村的建立必须服从国家治理乡村社会这一首要任务,它只有在国家治理中找到自己的位置,才能有效地发挥自己的功能。

尽管国民党和共产党在对待法律的总体策略上存在着差别,^⑭ 但是在一定时期二者所信奉的都是现代的法律理念和法律制度,比如男女平等、婚姻自由和保护权利等观念,以及刑事与民事相区分的建制等等,从某种意义上讲,这一套法律制度和法律理

^⑫ 杜赞奇(1994a)敏锐地触及到了这种复杂性,他所提出来的“国家政权的内卷化”概念正显示了国家政权建设在中国与西方的不同境遇。

^⑬ 综观晚清以来的著名的河北翟城村村治、定县村制、山西村制等,虽然规定了村民选举村长等,但其宗旨在于“唤起国家意识”,以便有效地完成组织纳税、维护治安、平息诉讼、协助征兵、管理户籍、划定村界、丈量土地、清查人口、兴办教育等公益事业。参见杨天竞,1931;杜赞奇,1941a。由此可见,晚清的地方自治不过是在传统的保甲制观念中加入了许多现代化的内容,是保甲制的现代变型。

^⑭ 总的说来,在法律制度的建设方面,国民党的司法制度强调专业化:“坐堂办案”,这种总体策略无疑与国民党所采取的官僚化的精英主义路线是一致的,这都被共产党批评为“官僚主义”和“教条主义”。与此相反,正像我们所熟知的那样,共产党所采取的总体策略就是群众路线。

念是从西方法移植而来的,^⑩ 这与乡村社会传统的男尊女卑、亲邻先买权之类的习惯法是完全背离的。因此,在国家政权通过制度化的组织网络伸入乡村社会时,国家法也就与乡村社会的民间习惯法遭遇了,它与民间法处于一种陌生的相互隔膜之中,缺乏一种共同信守的理念或文化基础。因此,在中国法律制度的现代性问题中,不仅仅是两种不同法律制度而且是两种不同的法律知识体系和法律文化的冲突,这种冲突一直延续到当代的法律实践中(梁治平,1997b)。

由于国家法是随着国家政权进入乡村社会的,它在与民间习惯法的交涉中处于强势地位,但这种强势是逐步确立起来的,而且这也并不意味着民间法总是被动的、消极的,有时它也可能是积极的,从而抵制着国家法。在陕甘宁边区的司法实践中,这种冲突尤其体现在土地和婚姻两个领域,本文下面试图以婚姻法为例来分析这个问题。在婚姻领域中,国家法与民间法相互冲突尤其体现在买卖婚姻以及由此引起的种种问题中。1939年颁布的《陕甘宁边区婚姻条例》明确规定:“男女婚姻以本人之自由意志为原则”,“实行一夫一妻制,禁止纳妾,禁止包办强迫及买卖婚姻。”但是,在传统的婚姻习惯中,买卖婚姻如同一夫多妻制,同样是天经地义的。这种习惯和共产党所主张和倡导的婚姻自由发生了根本的冲突。

(二)买卖婚姻与彩礼

1942年,赤水县政府二届二次议员大会通过“严禁买卖婚姻”法律议案。但在该法律议案的实施中,政府发现“暗中偷卖、偷买

^⑩ 尽管共产党的诸多法律制度是在实践中发展起来的,比如刑法制度(Griffin, 1974)。但是从法律的总体框架而言,共产党的法律模式无疑是按晚清法律移植所形成的西方模式来安排的。尽管在意识形态上可能接近于社会主义法系,但是就法律技术和架构而言,无疑属于大陆法系的传统。

仍然发生”。赤水县查出几起买卖婚姻案，但买卖婚姻的得款“是否由公家没收”并没有法律上的明确规定，故上报边区政府，边区政府将呈文移边区高等法院。为此，边区高等法院在《高等法院对于赤水县询问买卖婚姻价值款应否没收问题的意见》（陕西省档案馆、陕西省社科院，1988：295—6）对此作出详细的回答：

制度的改善，是要随一般的教育文化生活的提高，方能得到实际的效果，如果文育生活，尚未达到某一阶段，而骤然绳以严峻的法律，就会发生以下的事态：

（1）公布的法律与隐蔽的事实，有完全处于相反的趋势，结果，不合法的事实，并不能减少，而法律徒成为扰民之具。

（2）尤其是在边区的环境，与顽区相接近，政府取缔检查如果过严，一般无知的人民，容易对政府引起不满，无形中发生一种远心力，逃避边区，去到顽区作婚姻买卖行为，所谓为丛驱雀，是值得注意的。

（3）婚姻上的聘礼，在法律上势难予以一定数目的限制，富家多出，贫家少出。目前边币贬值，一万元边币，合之从前现银，不过值得三、四百元，表面数目虽大，实际上不过够办衣物首饰数事，我们如果硬指为是买卖婚姻的代价，是不足以折服人的。

基于上列的事态，我们在审判上关于这类的事件，是采取以下的适应方法：

（1）是以非亲告不理为原则。

（2）如果发生纠纷，成为诉讼，法院只审查他们的婚姻本质上是否有瑕疵，如男女婚姻资格，是否重婚，年龄是否相当，女方是否同意，手续是否全事，是否威胁、抢夺、诱骗。如婚姻本质上无瑕疵，聘礼数目虽多，亦是有效。

如有瑕疵，即应宣告婚姻无效，聘礼返还不予没收。（但贩卖妇女与人做妾或婢或嫖娼妓营业的行为，这不是婚姻问题，除外。）

这是法院现时的适应办法。因此，我们对于赤水县这次提出的婚价款目应否没收问题，是主张以下列二办法为宜：(1)不干涉。(2)不没收。（着重为引者所加）

正是在该《意见》的基础上，边区政府颁布了《关于严禁买卖婚姻的具体办法》，这一“政府命令”事实上否定了赤水县关于严禁买卖婚姻案中试图将民间习惯中的“彩礼”作为买卖婚姻的封建陋习而以国家法的形式加以取缔的做法。（陕西省档案馆、陕西省社科院，1988:297）

这既是一个国家法与民间法相互冲突的例子，也是一个二者相互契合的例子。从这个事例我们可以看出，所谓国家法与民间法的相互契合实际上在于二者关注对象的角度（即规范趋向）不同。国家法总是要贯彻自己的意志和主张，而在自己意志和主张得到遵循的前提下，才给民间习惯留出自由活动的空间，而且我们可以看出，随着国家政权在村庄的建立，民间习惯的空间越来越小了。正如在土地租佃中，国家法集中关注于减租，至于契约以口头还是书面并非其关注所在；而在婚姻中，国家法关注的是“婚姻的本质”，至于是否收受财礼则由习惯法来决定。

从根本上讲，国家法与民间法的妥协实际上是在二者之间划定一条不稳定的管辖界线，而这条界线本身划在什么地方取决于国家法与民间法的力量对比中国家法的理性算计，即国家法取缔哪些封建陋习有利于国家政权在乡村确定合法性，而取缔哪些民间习惯会使“法律徒成扰民之具”，而所谓“封建陋习”本身的鉴定就已反映了国家的权衡和计算。因此，国家法允许民间娶媳妇送“彩礼”这样的习俗，也甚至鼓励“寡妇招夫”。在 1943 年 8 月 26

日陕甘宁边区高等法院批复绥德分区高等法院关于“寡妇招夫”的文件中明确指出：“关于寡妇招夫已成为各地公认之习惯，法律上亦无禁止之明文，而且在社会实际生活特殊情况下，寡妇有时实有招夫之必要……。其寡妇招夫不招夫听其自便，其寡妇愿改嫁者听其自便，不愿改嫁而愿承守其夫遗产者，听其自便。”（榆林地区审判志编纂办公室，1997：169）。但是，同样是作为习惯法的“捉奸”则受到了批评和取缔。“捉贼捉赃，捉奸捉双”一直是传统的习惯，但是，在1949年直属县审判员座谈会总结报告中，认为“扣门捉奸”是封建野蛮陋习，明确要求严格禁止，已经发生的都应严厉处罚。“通奸是非法的有伤风化，但主要是以教育方法使其自尊，有人告发，应予教育，如不以正义的告发，私行捉奸捆绑，百般侮辱，甚至逼下人命，更属犯法，捉奸的应负刑事责任。”（榆林地区审判志编纂办公室，1997：169—170）。至于传统的一夫多妻制度则更不能容忍了，由法律加以明文取缔。

当然，国家法对民间法的容忍与让步不仅仅是出于法律效果的考虑，比如上述司法解答中所提到的“不得扰民”。在司法实践中，许多时候是由于国家法本身的不足导致在实践中不得不采用习惯法。正如绥德司法处在总结材料中指出：“自新政权建立后，对司法制度方面关于民事诉讼法，没有具体的法律制度”。“我们处理案件除婚姻、土地租佃尚有条例可以遵照外，其他问题尤其刑事部分就没有根据，以致处理时无所适从，只依本地风俗处理，结果就会有轻重不一等倾向。”（绥德县司法处，1945）。尽管司法人员在司法实践中由于法律没有明确的规定而采用了习惯法，但是由于这些习惯法与立法的精神是相违背的，以至于造成司法人员在实践中的紧张，其中最集中的例子依然是婚姻问题。

（三）离婚还是不离，这是一个问题

根据共产党的意识形态，个人是一个独立的主体，个人的权利

应当受到法律的保障。因此，婚姻问题就是个人的“情感问题”。《陕甘宁边区婚姻条例》规定，婚姻的缔结与解除取决于男女双方的自愿。“感情意志根本不合，无法继续同居”构成了离婚的一个充分条件。但是，在乡村社会中，个人从来都不是一个独立的主体，他没有自己独立的财产，没有独立人格。他处在一个所谓的“差序格局”（费孝通，1985）的社会关系之中，他是家庭和家族的一分子，他的所有自由是以维护家庭或家族的利益、服从家庭或家族的共同意志为前提的。因此，婚姻对于一个人而言，并不是一个浪漫的感情问题，而是一个实实在在的生活问题，是一个谋生的问题（结婚是为了生活有所依靠），是一个经济问题（结婚之后才可以分家置产），是一个家族政治问题（比如“门当户对”），是一个生物学上的种族繁衍问题（比如，乡村社会流行的“换亲”习俗）。因此，在乡村社会中，大多数婚姻都是买卖婚姻，正如在当时司法报告中指出：

绥德、三边、神府地区当时是一块交通不便、文化落后的土地，人民生活困苦，男尊女卑的封建残余势力根深蒂固。乡间把女子当商品卖钱认为是天经地义的事。买老婆的人认为，他是拿钱买来的，家产换来的老婆，老婆就等于家产，他们买的老婆，进行虐待是应该的。和他们谈婚姻自由，格格不入，他们拒绝执行婚姻条例，破坏婚姻条例的实施，婚姻条例一度时期在乡村变成了空头口号或秘密文件（榆林地区审判志编纂办公室，1997：173）。

面对国家的婚姻法和民间的婚姻习惯以及二者不同的意识形态之间的冲突，为了避免使国家婚姻法在乡村社会成为没有任何实际效力的“空头口号或秘密文件”，如果不在立法上改变国家的婚姻法，那么就要在司法实践中创造出一些变通的办法。这对于

法官来说，究竟是鼓励离婚还是遏制离婚，如果容许离婚还要不要保护“彩礼”都是一个左右为难的问题。

尽管高等法院对买卖婚姻价值款的意见是“不干预、不没收”，但这也意味着“彩礼”不受法律的保护。如果法官在处理婚姻案件中严格按照法律的规定判准离婚，那么由于“彩礼”而形成的“缠讼”就成为司法实践中非常棘手的问题，其中一个典型的例子就是黄思成的婚姻案。

刘家沟的黄思成一直不从事生产，专门以乞讨为生。其妻刘风亭于1938年以生活无着落为由起诉离婚。当时法庭判准离婚，但由于战事紧张，双方当事人没有接到判决。刘风亭就私自与刘志温同居。黄思成一直沿街乞讨，1941年春回来，将刘风亭寻回老家绥德。刘风亭以黄思成不能为其提供衣食为由，遂于同年7月起诉于绥德司法处要求离婚。司法处没有准许离婚，仅仅责令黄思成为其提供衣食。不久黄思成依旧流落乞讨，刘风亭再次提出离婚，司法处遂于八月判决离婚。刘风亭经政府登记与刘志温结婚。黄思成回来后，不服判决，但也不上诉，一直到刘志温家纠缠不休。后来又于1942年上诉到延安高院，高院维持了原判。黄思成不服告到政府，经高院审委会于1943年3月6日第4号裁定，驳回其申请，复经高院调解不听，后又批令绥德分庭处理。绥德分庭和政府秘书一同到该村，协同地方群众调解。最后，决定黄思成与刘风亭脱离夫妻关系，由刘志温赔偿黄思成衣物等损失，才使得这一案子得到了结（绥德县司法处，1945）。

如此复杂的法律诉讼过程实际上仅仅是为了赔偿“彩礼”之类的生活琐事。正是由于法律的规定与现实生活中的实际困难之间的差距，使得婚姻法中规定的关于离婚自由的问题往往不能兑现。因此，在司法实践中，判决婚姻案件的方针就变为：“尽量不准离婚，即使裁判准离，按照男方的经济状况，女方给男方予以赔偿。”（榆林地区审判志编纂办公室，1997：173）。由于这种实际存在的

问题，使得国家法律的原则实际上不可能得到有效的实施。对此，绥德司法处(1945)在总结材料中予以了详细的说明：

婚姻纠纷是最难处理的一件事，这句话不仅在绥德如此，各地都差不多。这个问题自从三九年政变一直到今天还没有一个正确的处理办法。因为在家未受压迫的女子，一旦得到解放，她们觉得把妇女提高了。于是有些女子因为意见和感情不合等，就提出离婚。本来婚姻问题是一种感情结合，感情既乖即予以判离。但陕北一般婚姻多系旧式的买卖婚姻，一般男子要娶一个女人非花一定的聘礼不可(此话固然不能一概而论，但事实上至少有三分之二的是这样办的)。若准其离婚，则男方未免吃亏太大。但有些女子受了娘家的诱惑，毫无理由来离婚，以便再得一些彩礼。在这种情况下，为了顾及双方才想出一种赔偿办法，此种办法在我们的婚姻暂行条例上并没有规定，但除此之外，想不出比较妥适的办法。因之后来的婚姻案件这样解决得很多。婚姻案件中最难的就是这些案件。我们明确的看法是：女方跳皮，毫无离婚条件，可是她主意很坚决，我们一遇到这样情形就没有很好的办法能叫她回去，仍与男人一起生活，只得等到最后男方也看没有办法了，于是调解离婚。我们认为此种办法是很不对的。

在现阶段所发生的婚姻问题大部分是贫苦人的婚姻，一般的女子提出要求离婚，离婚的理由不外因生活困难不给吃穿，就是男方虐待打骂，夫妻意志不合。所以近年来农村中婚姻纠纷太多了。基本上一般女子提出离婚条件不合事实，我们判之不离而女方死不回去，如判离则

男方坚不同意，要依我们的婚姻法规定夫妻感情不合者则离，将此类问题判离，则男方贫苦无力再娶。判不离则女方死不回去，这时政府虽不准离也没有办法使之回去，这是我们处理案件最困难的事实问题。——关于婚姻条款有些不合之处，在这种情况下，我们对处理婚姻问题中就采取了一种由女方赔偿男方之损失一项。为了解决问题只得实施这样办法。^⑯（着重为引者所加）

这种法律实践中对法律原则的变通还体现在干部的离婚问题上，尤其是军属的离婚问题。一般男子在前方打仗，妇女在家中提出离婚，如果不让离婚的话，女方到处哭闹，不生产，不回家，她们说：“花开能有几日红？”“绿叶等成红叶，红叶等成黄叶”，“不是没吃没穿，什么都不短，就是短个人。”但是，如果同意离婚，战士回来了，向县政府吵闹要老婆，住在县政府不走，说：“我们在前方流血牺牲抗战，你们在后方搞掉我的老婆。”如果得不到妥善解决的话，往往发生抢婚。比如，清涧县的战士史有才回家后发现老婆已经离婚了，已经和人家结婚并生了三个小孩。史有才就拿炸药包威胁女方跟自己回家。正是面临这种实际困难，实践中只能采取其他的一些变通办法。有的地方实行临时招夫，比如某县刘富的儿子1936年参军，其媳妇在家里常常向刘富要丈夫，没有办法，刘富只得为媳妇招了一个临时的丈夫，并明确约定，只要儿子上午回来，招夫下午就走。有的地方实行三家预定担保，如果抗属离婚改嫁，战士回来后，由战士家、原来的媳妇的娘家和原来媳妇的新婆家三家为战士另娶老婆（榆林地区审判志编纂办公室，1997：176）。这样的做法在共产党的意识形态里虽然属于封建陋俗，但是，在现

^⑯ 绥德县司法处，1945。该材料推介的两个典型的离婚调解案件都是以女方给男方赔偿损失而了结。

实的条件下,只能背离法律的原则而满足现实的要求,因此,遏制离婚自由就成了法律实践的原则。

正是由于这种现实生活条件与婚姻法原则的背离,使得婚姻自由在实践中往往得不到有效地落实。然而,婚姻法的宣传又制造了人们对婚姻自由的空前欲望,正是国家法律的承诺与实现这种承诺的条件之间的巨大差距,导致了社会内部的相互争夺,社会秩序由此不稳,由于司法机关对离婚案件处理不当发生的凶杀人命案时有发生。据统计,这类案件从1944年到1945年上半年,整个边区发生的命案202起,因奸杀及离婚未遂而引起的自杀案件106起,占命案总数的52.3%。另外女方离婚未遂而逃离边区的亦有多起。比如,郝维秀与妻子的感情不合,经常吵嘴打架。他曾经三次提出离婚,都没有得到准许,最后在一次吵架中将妻子勒死。命案发生后,边区最高法院于1944年9月30日对各分庭和司法处的指示信中指出:

夫妻感情不合,生活上不能继续同居者,向区乡政府请求离婚的案件,如双方关系实在不能改善时,应有乡政府或者区公所介绍到县司法处处理,勿得片面劝说抑制,以免发生意外事件。……今后对于此类案件如认为实在不能成全者应准其离婚。但离婚后被离婚人之生活务须设法使其家属或亲族予以维持,如无上项关系时,以应另谋其他办法给以适当安置,切不可置之不理,使其生活发生问题(榆林地区审判志编纂办公室,1997:175)。

离婚还是不离,这对于当时的司法人员来说确实是一个难题。如果容许离婚会面临许多现实的困难。如果说“缠诉”带来的仅仅是麻烦的话,那么“临时招夫”带来的却是一个自相矛盾的悖论,因为共产党政府不得不将“通奸”公开化或者合法化。如果不鼓励离

婚,这与共产党所宣传的意识形态和婚姻自由又是相矛盾的,而且实践中由此产生的凶杀人命案使得社会秩序处在不稳定之中。无论采取何种变通方式来解决这些问题,都显示出新型的国家法律在进入传统的乡村社会中面临的不仅仅是一个法律文化观念的挑战,而且面临着社会现实生活状况(比如贫困、战争等)的挑战。这种双重的挑战意味着共产党的婚姻法要深入到乡村社会得到彻底的实施,它要解决的不仅仅是一个法律问题、观念问题、习俗问题,而是一个整个乡村社会所面临的政治、经济和文化的总体性问题,它必然要求对乡村社会进行全面的革新和治理。如果不能实现对乡村社会的整体性的革新和治理,试图在法律领域有所改进和突破,这无疑于孤军奋战,最终难以取得满意的效果。

类似的问题不仅反映在婚姻问题上,也反映在刑事问题上。新的刑事制度从根本上贯穿了人道主义精神,比如取消了对犯人肉体罚,犯人在监狱里不仅可学习,而且要讲究卫生,每天洗脸一次。正是在这种状况下,“对于小偷偷盗之处理,既废除了肉罚又没有相应的处理办法,而本地的小偷均系多年的惯盗,坐几天禁闭他们又毫不畏惧。因此今年的小偷比往年的较多,而本处亦无很好的办法制裁。近年来有些民众反映说政府的政策太宽大了,主要是对小偷的处理太轻了。又说现在打死人不用顶命,至多坐几年禁闭就行了。这些都是嫌我们的表现。因之,没有法律明确规定是处理案件时的一件最困难事。”正是基于上述问题,绥德县司法处对今后提出的四点意见中,明确要求:“(一)明确规定法律制度。我们现在急需要建立的就是法律制度,有了法律之遵循又免去了个不一致之判决,则处理案件便利多弊少矣。……(四)现在刑法太轻,以后应当加重处理。我们现在的刑法似乎有点太轻了,如对于谋财害命的人,并没有顶命,只判上几年徒刑就行了,这样引起了对杀人的不畏惧。又如处理小偷盗窃等案,都觉过轻,以后对于以上各种案件对应当从严处理。”(绥德县司法处,1945)。

由此可见,正是由于现代法的精神与当地的社会生活状况和文化观念不相适应,由此导致了法律在执行过程中的困难和紧张。而克服这种困难和紧张的办法要么是改变法律,放弃某些与乡村社会的民间习惯法相冲突的法律(尤其是婚姻法、狱政管理等),要么改变现实,对乡村社会进行全面的总体化的革命和治理。在当时的情况下,尤其是在战争的紧迫状态下,共产党的迫切任务是将人民动员起来,而对乡村社会的总体化治理和建设还远未作为主要任务来予以考虑。彻底改变乡村社会的经济结构、文化意识和风俗习惯,实现对乡村社会的全面治理,只能作为一个计划或蓝图。在这种状况下,成本最小的办法或者说最容易实现的有效办法显然是改变法律,让法律来适应社会生活的具体情况,而不是让社会生活来适应法律的要求。但是,如果在立法上对法律做出改变,比如在婚姻立法中规定彩礼或婚姻买卖的合法性,在刑事立法中规定体罚或肉刑,那么这种明示的法律就与共产党所坚持的政治理念从根本上是相冲突的,这样做的后果直接动摇了共产党在意识形态上的合法性。

当然,任何一种非此即彼的解决方案仅仅具有形式逻辑上的有效性,现实生活的发展往往遵守的是辩证法或者实践理性。正是面对这两种非此即彼的悖论,共产党在司法实践中找到了一种新的出路:这就是法律调解。一方面,调解是一种实践的操作,可以在实践中背离法律的某些原则,但是它并没有改变法律政策或整个政治意识形态,因此,鼓励调解使法律实践适应当时当地的社会状况,但是,并不由此构成对共产党的政治意识形态的合法性的破坏;另一方面,在调解的过程中,法律又成为一个有效的工具渗透到乡村社会的治理当中,它不仅在解决法律问题而且同时在解决社会问题。法律正是通过调解的渠道参与到对社会的总体性的治理实践中,从而改变着乡村社会,使现实生活逐步符合现代法的规范和要求。

二、权力的组织网络与民间调解

1942年，陕甘宁边区进入了最困难的时期，为了度过困难边区政府实行“精兵简政”。司法人员的相应减少无法应付大量的纠纷诉讼，由此形成一个现实的具体困难。但是，正是这一具体的困难，这一不期而遇的现实需求，这一偶然的变化，为解决上述国家的现代法与乡村社会的民间习惯法的矛盾和紧张提供了一个契机，一个转化的节点，一个蕴含着种种可能性的尝试。正是在这里，共产党的调解政策出笼了。

1943年6月，陕甘宁边区政府颁布了《陕甘宁边区民、刑事件调解条例》。《条例》规定：“除了一切民事纠纷均应实行调解外，一些重大刑事罪以外的一般刑事罪亦在调解之列”；“不仅民间调解的范围相当广泛，而且案件若处在侦查、审判、上诉、执行程序中，均可以调解解决。”实行调解策略的目的就在于“提倡民间调解纷争，减少诉讼”（陕西省档案馆、陕西省社科院，1988b：201，着重为引者所加），“调解可使大事化小、小事化无；可使小事不闹成大事、无事不闹成有事。增加农村和睦、节省劳力以从事生产”。（谢觉哉，1996a：136）正是由于调解及时的、有效地弥补了由于“精兵简政”导致的国家法的收缩而留下的权力真空，调解政策得到了空前的推广。最高法院甚至在给下级法院的指示信中指出：“调解为主，审判为辅”，“调解是诉讼的必经程序”，“调解数字，作为干部政绩标准”（王院长，1945：19）。在这种形势下，调解成为共产党司法的一个主要政策。不仅群众自己调解，群众团体亦主持调解，政府也出面调解，就连法院正式审判也与调解联系在一起，由此产生著名的“马锡五审判方式”。

(一) 民间调解

在陕甘宁边区的司法实践中,除了正式审判中的调解外,民间调解主要有两种方式:

首先,是人民群众自己进行的调解,尤其是由村里的调解组织进行的调解。比如绥德西直沟村主任郭维德是当时有名的调解英雄,在他的调解下,这个村子几年来没有人到乡政府打官司,从而成为民间调解的模范村。“这样的村子不仅没有为争诉而费钱费时,而且大家一定很和睦、肯互助、坏人坏事不易有、生产可以提高。”因此,边区政府号召各地学习西直沟,学习调解英雄郭维德,“号召劳动英雄、有威信的老人、绅士等参加调解——不一定要当村主任、村长。会调解、调解有成绩的人,应当受到政府的奖励和群众的尊敬,要选拔调解英雄,因为他们为人民做了好事。90%以上甚至100%的争执,最好都能在乡村中由人民自己调解解决。”

(谢觉哉,1996a:136)

其次,区乡政府的调解。区乡政府的调解算不算“民间调解”呢?在这个问题上,有不同的认识。一种说法认为,除法庭的和县政府一科的调解外,其他所有的调解都属于民间调解。从司法统计的资料看,每年由乡区公署调解的案件占很大的比例,真正由群众自己调解的案件实际上很少。另一种说法认为,政府的调解并不是属于民间调解的范围。从老百姓的观点来看,他们把乡政府、区政府和县政府的调解称作“解决”,因为区乡政府的处理事实上既非调解,又非审判。和调解相比,这种解决具有半强制的色彩,和审判相比,当事人又具有更大的选择余地。由于老百姓离法庭或县政府的调解一科距离很远,“他们宁愿要求区乡政府解决,而不愿到县司法处。对于县司法处来说,假如没有区乡政府的处理,则会忙不过来。所以,区乡政府处理,公私便利,应该承认它。为了同民间调解有区别,不妨把它叫做区乡处理。”(王院长,1945:20)还有一种说法认为,区乡处理既然不属于民间调解,应给予一

定的处罚权。

针对这些不同的认识，高等法院认为，“区乡政府对民间纠纷的处理，基本上仍是调解性质。因为区乡政府不能强迫当事人服从，处理得适当，双方自愿遵守时，纠纷就算了结；处理不适当，输家还可以起诉，区乡政府不得加以阻止。”关键的问题是加强法庭对区乡调解的指导。“怎样加强指导呢？我觉得不是一个单纯的组织形式，或建立一般报告制度所能解决的。主要应着重多和他们取得密切联系，了解他们的实际情况，帮助他们解决困难，同时注意培养和发扬在这方面有经验有成绩的区乡干部。这样，就会使他们调解的更好，并把过去某些地方存在的混乱现象，慢慢地改变过来。”（王院长，1945：20—21）。

由此来看，民间调解是否可以得到有效的推行，关键在于乡村社会是否存在有效的权威人物和组织，因为调解作为纠纷解决的机制总是和权威人物和机构联系在一起的。无疑，乡村社会中原来就是由传统的士绅以及地方精英统治着，这里有一套自己的权威体系和权威组织。（Esherick, J. & Rankin, M., 1990）但是，共产党倡导的民间调解并不意味着将地方政治完全交给原来的地方精英来解决，也不意味着将维系乡村社会秩序的权力空间留给乡村习惯法和原来的地方精英。共产党为民间调解规定了一系列原则。其中“双方自愿，不许强迫”就限定了乡村精英的支配权力，而“适合善良习惯，照顾政策法令”则限定了调解所遵守的法则：“调解案件时适合善良习惯，是可以的；但对落后习惯，就不得作为根据。如像济贫恤幼，土地永佃权，开荒三年不问主等，就是善良习

惯；户祖优先权，为儿打沙锅^⑩等，就是落后习惯。至于调解，对政策法令不能有所违背。小的出入可不可以？可以的，所以说要‘照顾’。”（王院长，1945：19—20）。但是，问题关键在于地方精英或村庄原来的权威组织又是如何可能听从共产党的指导呢？又是如何可能自觉地按照共产党的调解原则来进行调解呢？因此，如何在共产党和地方精英之间建立有效的权力支配关系，成为民间调解是否按照共产党的要求来有效运行的前提条件。

（二）权力的组织网络

与国民党从外部植入新精英而推行自上而下的官僚化、保甲制等垂直整合不同，共产党在实现由城市向农村的转移之后，就将社会动员作为国家政权伸入村庄的有效手段。而要实现有效的社会动员，一方面要依赖一个效忠于国家的“赢利型经纪”阶层（杜赞奇，1994a），另一方面需要一套有效的动员机制。共产党正是在土地改革过程中，将地主、佃农、雇工、自耕农、无业游民等这些传统的职业划分转化为地主、富农、中农和贫农这样新的“类分体系”，由此利用阶级斗争不但找到自己的代理人，而且找到了有效的乡村动员机制（李康：1999）。当然，在村庄中的阶级成份的划分不仅仅是一套新的认知和类分体系，由于这种类分和“进步”、“解放”、“独立”、“富强”之类的意识形态的等级制的话语体系联系起来产生出一种独特的阶级观，这种阶级观使得村庄在心理产生了两极分化（polatization），共产党通过诉苦、批斗之类的权力技术使这种心理上的两极分化转化为一种阶级仇恨，这种仇恨最终推动了被

^⑩ “为儿打沙锅”，陕北风俗。下葬死者的时候，必须由他的儿子（长子）在下葬时承担打碎沙锅的仪式，因此，如果死者没有儿子，那么谁承担打沙锅的仪式，谁就被自动地看做是死者的儿子。当时的调解案件中，就出现有的人为了给富裕的死者作儿子，就抢着“打沙锅”，由此，自认为是死者的儿子，纠缠不息。——引者注

统称为“阶级斗争”的种种实践,比如剥夺地主的财产直至肉体上消灭地主,从而最终导致了村庄结构的转变。由于正是通过阶级斗争,共产党将农民紧紧地团结在自己的周围,从而使原有的地主、富农等旧式地方精英失去了统治村庄的基础。“被迫失去其农民跟随者,传统的地方精英就无法诉诸暴力抗议——例如就像他们在南京政府统治的十年间那样——以阻止政府企图实行地籍普查、集中收税、实施减租、登记村庄的武器和消除乡村迷信。”(Chen, 1986: 506)。共产党在打击地主、富农等封建剥削阶级的同时,也将宗教组织、家族组织等传统的“权力的文化网络”(杜赞奇, 1994a)皆作为“封建”典型而统统扫除掉,(Schurmann, 1968: 423—24)这样就为共产党政权伸入村庄扫清了道路。^⑩

当然,正如 Popkin(1979: 244—245)所言,农民是“理性的”,他们具有“一种统一的投资逻辑,它可以适用于市场、村庄、与乡村精英的关系和集体行动”。正因为如此,农民的利益与共产党的目标有时是不一致的。为了取得广大农民的支持,共产党就得从农民的实际利益出发,将农民组织起来,克服集体行动的障碍,使他们服从于更大的目标。因此,土地改革、农业合作化运动就与共产党政权的建立紧紧联系在一起。在这一过程中,共产党利用了三种重要的组织技术将农民组织在一个具有独立人格的共同体中,使农民自身的利益与共产党的利益协调起来。

^⑩ 黄宗智(1986, 1992)在研究了20世纪华北和长江三角洲的村庄之后,认为有两种类型的村庄,一种是以长江三角洲为典型的具有强有力的宗族集团和习惯法的村庄,一种是以华北某些村庄为典型的分裂的村庄。而第一种类型的村庄对国家政权的伸入产生了强有力的抵制。因此,要伸入村庄,共产党的策略发生了改变,即将阶级斗争与抗税、打击劣绅恶霸联系在一起。正如黄宗智所言,就第一种村庄而言,“尽管这里的租佃率很高,共产党号召进行一场反‘封建地主阶级’的农村革命却应者寥寥。相反,华北平原的租佃率很低,但农村生活的不安定却使农民较易响应革命的号召”。(黄宗智, 1992: 165)“共产党组织能够因地制宜,把抗税和保卫家园的号召加进他们的纲领之中,这是华北农村革命运动成功的重要因素”(杜赞奇, 1994a: 238—241)。

1. 组织技术,通过成立各种各样的组织将从旧体制中解放出来的个人重新纳入到新的权力组织体系中。共产党为了克服分散小农经济的不足而组织成立的以“村”为单位成立的“劳动互助社”。这种组织不仅仅是经济组织,也是地方政权组织。村中选出“社员大会”和“组织委员会”,并在“耕田有经济而不自私自利者”中选出主任一名,并配之以现代的管理、组织和动员技术,即会议制度。^⑨ 正是在农业合作化运动和土地改革中,共产党逐步建立起基层政权,农会成立了,农民苏维埃成立了,土地法颁布了。但是这些组织并不是简单地从外面强加而来的,而是在乡村社会中自下而上创造出来的新组织,尽管这种组织的产生是由于村庄外面的力量所引导的,这样的组织之所以能赢得广大农民的积极参与和忠诚是因为它能给农民带来利益。因此,共产党政府一再强调这样的组织必须从村庄内部产生,“劳动互助的组织,必须建立在群众自愿的基础上,防止以任何形式出现的强迫命令”,“对于劳动互助的领导,必须经过群众慎重选择,公举出在群众中有威信、生产积极、有办法的人出头领导”。^⑩

2. 动员技术,通过民主这种方式动员所有社会成员参与到社会生活和政治生活中。从这个意义上讲,共产党强调的民主不仅仅是我们现在所理解的人民当家作主的民主政治,更主要的是通过民主实现社会动员,将社会力量集结和凝聚起来,以便实现更大的社会目标。对于民主作为组织技术的功能和意义,谢觉哉有一段精辟的论述:

^⑨ 参见“中华苏维埃共和国临时中央政府颁布的劳动互助社组织纲要”,载史敬棠等,1957:85—87。

^⑩ 参见《解放日报》社论“把劳动组织起来”,1943年1月25日,载史敬棠等,1957:148。

大家的事，大家来议，大家来做。在大家公认的条件下（少数服从多数，个人服从全体……等），谁都能发表意见，好的意见一定能被采纳；谁都有出来做事管事的义务与权利。这就是民主的实质。要做到这样，就须有许多办法，使人民首先从自己切身利害问题的解决的经验上感到民主的兴味；其次，给人民以民主的诱导，启发、便利。“共产党真好，什么事都替我们想到了”（江西苏区民间流行语）。……这是民主的办法。列宁的苏维埃定义上说：“他（指苏维埃）是先锋队，是被压迫工农阶级中最觉悟最努力最先进部分的组织；因为被压迫阶级的全体广大群众直到而今还是避处于政治生活及历史之外的，他们的先锋队经过这个机关可以促使他们的教育，训练并领导他们。”民主就是要使从来就“避处于政治生活及历史之外”的群众，进到政治甚或及历史里面来。《查路条》剧里的刘妈妈，是生活在历史之外的，居然负起政治责任来：“朱总司令路过，也要路条子！”“谁告示你的？”“就是朱总司令告示的。”我们如尚不能把所有像刘妈妈这类的人都过问政治，那民主工作还没有到家。真正像刘妈妈一样的人都参加了政治，那民主的力量尚可以计量吗？这是民主的效果（谢觉哉，1996b:37—38。着重为引者所加）。

由此可见，在共产党的组织策略里，民主并不是一个不同阶级和群体之间的利益妥协和分配机制，而是一个使所有的在“政治及历史之外”生活的村民进入政治领域的一个有效的动员机制，也就是使国家和政党的意识形态渗透到包括穷山僻壤在内的广大农村地区的机制，是共产党发动群众改造乡村社会，对乡村社会实现治理的一个机制。因此，直接民主“做得好的，发扬了民众的积极性，

提出了而且解决了许多以及政权机关所没有想到或没有办法的问题,因而其文化经济政治进步以及抗战动员,表现出出人意想的成绩。但是,有些乡村的代表会议、群众会议,还只是形式。……边区中心区的一些乡代表会、村民大会,虽然运用民主比较纯熟,但亦只是完成动员工作,民众自动提出意见改进本乡各种建设还少。即使说我们直接民主的乡市村工作,还待努力。”(谢觉哉,1996b:39)在此,民主实际上构成了一项重要的治理技术。

3. 化解矛盾的技术,就是通过我们上面所说的民间调解来解决民间纠纷,化解人们相互之间的矛盾,从而使他们更加有效地团结起来,塑造良好的新型的社会秩序。民间调解一方面通过半强制性的权威裁判来组织群众,将共产党的主张、法令和政策贯彻到乡村社会中,另一方面,也正是借助共产党其他的权力技术(比如组织、会议、民主等等)在乡村社会中获得权威性。

当然,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,都由党组织在其中发挥作用,或者说党组织控制着这些乡村组织的运作。“我们的乡村干部和党员,要首先参加进去,或者就以党的小组为骨干,组织成‘札工’队,起模范带头作用,并利用这个机会进行群众教育、团结群众。我们的农村支部、乡政府和群众团体的工作同志,一定要把组织群众生产看做自己的工作,是自己工作中最重要的工作。某些同志以为‘这些事群众自己会搞,用不着咱们担心’,这种不正确的观点,一定要严格改正。”^②而要克服群众的“小农理性”或“眼前利益”,使其服务于党和国家的目标或利益,除了党组织参与控制群众组织外,更主要的手段是实现群众组织的功能转换,使年轻的生产队长成为“积极分子”,使地方精英成为

^② “把劳动组织起来”,《解放日报》社论,1943年1月25日,史敬棠等(编),同上,页148—149。

“调解英雄”，而最终吸收到党组织中来。正因为如此，如何改造旧式的地方精英，如何培养共产党自己的地方精英，使之成为民间调解中的一个关键问题。绥德分院在对民间调解的指导中，就抱怨或批评民间“调解英雄”杜良依在调解中没有能有效地贯彻共产党的路线、方针、策略和政策。

绥德县杜家沟岔的杜良依所作的民间调解与众不同之处在于他在调解过程中“很少带行政力量”，也就是说他的调解并没有使用当时已经发展起来的利用调解人在共产党或政府部门的位置采取政策高压式的调解，而是完全利用传统的以理服人的调解方法。比如在处理张片儿离婚纠纷案中，张片儿多次无理打老婆导致老婆闹离婚。但张片儿还不承认错误，说老婆不会过生活等等。杜良依向他说明利害关系，指出现在娶媳妇的困难，少也要十石米，而且老婆到政府提出离婚，就有可能判离婚。等张片儿稍软了一点，杜良依又用自己母亲作比喻，劝张片儿对女人要好一点。女人即使有不对的地方也不可打骂，要慢慢教育。他还利用民间谚语“人前教子，枕上教妻”来教育张片儿，直到张片儿承认了错误，请了保人将媳妇领回家。杜良依调解的一大特色就是利用“成套的民间的有利于说服人的民间惯用成语”。比如在调解一起土地买卖纠纷时，他在批评说合人串通地主欺骗佃户，因为说合人也是穷人，就使用“天下贩子一娘生，贩子看见贩子亲”这样的民间成语来责备说合人“穷人不惜穷人”反而勾结地主欺负穷人。然后，他整整一夜在作地主的工作，用“穷要本分，福要让人，让人一步自己宽，做下恩德常要当福汉”的民间成语来说服，最终说服了地主(边区高等法院，1945)。

对于杜良依的这种调解方法绥德分院的评价是：“这些话很有感动力，容易刺激当事人在思想上的转变。”但是他的调解方法“偏向于有些过于采用苦劝，揭示矛盾与利用当事人之间的矛盾不够，形成了对强者一味说好求情哀告的倾向。”在上述土地买卖案中，

他“调解时本能抓住地主说合人已经承认错误的证据，强调他的无理，却主要的用央求讨请的办法劝地主‘行好事为儿孙积德’，说地主是‘恩德财主’，反而引用‘富不和贫斗’等（杜当时还是代理乡长尤不合适）”（边区高等法院，1945）。从这些评论我们可以看出，共产党和政府所提倡的民间调解与传统的调解尽管在追求解决问题上是一致的，但他们所要达致的效果是不同的。不同之处就在于我们所提倡的司法调解并不仅仅是为了解决纠纷，“息事宁人”，而实际上是灌输共产党的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。

因此，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的问题。杜良依所采取的调解方法虽然有利于纠纷的解决，但是他对地主的态度并没有改变，或者说他并没有阶级意识，他的调解虽然解决了问题但也承认了地主与佃户之间关系的合法性。因此他的调解依然是传统的道德调解而不是共产党所期望的政治调解。正因为如此，如何让旧的地方精英转变为新的地方精英，或者说如何用新的地方精英取代旧的地方精英，培养可以执行政治调解的调解人才，就成为当时调解中的关键问题。

绥德分院的“1945年本院关于农村调解工作调查材料”将农村的调解人才根据村庄的政治状况的不同分为三种：第一种是经过彻底的土地革命的村庄，其中的调解英雄都是革命干部和积极分子；第二种是“新区域但群众社会成分好，旧社会残余势力不大的村庄”，其中的调解人物都是“新的调解人才”；第三种是新区域，社会成分不好，旧势力残余比较大的村庄，其中的调解人员属于“改造中的调解人才”。由于当时的政治条件，对不同类型的村庄的调解人才不能强求一致。“第三种类型的农村开始应将重点放在旧人才的改造上，然后再逐渐转变到培植新的成分上面去。在推动民间调解的开始，第三种类型的农村改造旧人才是绝对有利

的，可以利用现有人才，又可以争取旧的在群众中有威信的人，对他们必须给以适当的领导及教育，对他们又不能要求过高，他们的不正确的思想要在利用其工作中逐渐改造。”因此，调解工作就与利用旧的地方精英和培养新的地方精英联系在一起，而要做到这一点就要将调解工作与共产党的工作结合起来：

调解工作要和行政工作很好地结合起来才能走向积极的教育群众改造农村的方面，它也能使调解纠纷得到有力的帮助和保证。如西直沟、杜家沟岔便是因为能配合行政工作的积极改造和教育，所以改造了二流子，宣传了团结息事，使纠纷减少。发生了纠纷也易于调解。阎家沟因不能这样做，便形成消极应付的形势，头痛医头，脚痛医脚，对农村改造的积极作用便看不出来（边区高等法院，1945。着重为引者所加）。

正是在共产党与乡村社会建立联系的领域中，各种各样的权力技术和组织发明出现了，它们相互支持、相互配合、相互促进、相互强化，民间调解也正是在这一领域中，正是在于其他权力技术的配合中发挥了自己独特的功能。一方面，调解技术促进了共产党的在乡村社会中的权力网络的建设，另一方面，正是各级组织所构成的权力的组织网络为民间调解提供了施展的舞台。生产队长成为“积极分子”，旧式精英成为“调解英雄”，家庭主妇成为“妇女主任”，他们既是从村庄内部产生的公认的村庄领袖，又是党的一员，或党的潜在的成员。共产党正是利于围绕在政党周围的各种各样的组织这种新型的、取代旧式科举制的合法化途径实现了村庄与国家的沟通。一个农民、一个小贩、一个绅士，任何人只要认同党的意识形态，只要忠诚于党和国家，就可以通过权力的组织网络进入到国家的政权组织中。因此，新兴的国家政权对新式乡村精英

就具有强烈的吸引力。正是通过全面开放权力的组织网络，共产党政权在乡村社会中建立起合法性。

由此我们可以看到，共产党在打击旧的地方精英和传统的“权力的文化网络”的同时，也在塑造新的地方精英，形成新的乡村社会的动员机制和治理乡村社会的有效机制，这就是互助组、农业合作社、生产队、民兵组织、调解组织、贫农协会、妇女协会、儿童团等等正式的和制度化的组织体系，由此形成了“权力的组织网络”：

农民、工人、士兵、商人、自由职业者、青年、儿童、妇女，都有他特殊的要求，因此，必须由个别群众自由的组织，研究并满足他们的要求。……“边区各级政府工作人员是由各级参议会选出，而各级参议会之议员，则由选民根据生产与区域单位——农村中以村为单位，工厂以厂为单位，学校、机关则以学校、机关为单位，部队以部队为单位等——直接选举出来。这就使群众能够选出自己所爱戴的人来参加政权”。同时，各种民众都由他自己的组织，讨论并解决他自己的利与害的问题。两口子吵嘴，家婆虐待媳妇……等属于妇女的，去找妇委会；唱歌、游戏、读书，……等属于青年儿童的，有青救会儿童团；工人的事找工会；农民的事有农会（……）。那些应兴应革的事，群众团体已讨论烂熟，而各群众团体的领导者由直接参加各级政府委员会，把他们的意见随时反映到实际政治中来。这正是列宁说的：“他（指苏维埃）在各项职业间实现密切联系，所以没有官僚主义而能促进种种深入群众的改良”（谢觉哉，1996b:40）。

“权力的组织网络”最终整合到正式的国家政权组织体系之中。传统的“文化网络”如果没有遭到彻底的破坏而存活下来，那

它也在权力运作中服从于“组织网络”，而这些“网络”又控制在党的手中。通过灌输依赖于阶级斗争而达致国家独立、解放和富强这种意识形态和这些新式的“权力的组织网络”，共产党政权在伸入村庄时摆脱“国家政权内卷化”(杜赞奇, 1994a)的陷阱，有效地实现了社会动员和对乡村社会的治理，由此完成了从保甲制度以来历代统治者都想实现而未能实现的制度创新：“创造一个忠实于国家的组织，而这一组织又牢固地扎根于自然村之中”(Schurmann, 1968:416)。而权力的组织网络又恰恰是共产党所发明的一种全新的组织和动员技术，它是一套权力技术的组合，民间调解正是由于处在这种的技术组合中，才具有了特别的意义，也正是在这种技术组合中，共产党的法律开始逐步形成了自己的新传统。

三、围绕马锡五审判方式的 司法话语与政治话语

(一) 民间调解与马锡五审判的悖论

1943年，马锡五出任边区高等法院陇东分庭庭长，审理了一系列上诉案件，其中最著名的就是华池县封棒的婚姻上诉案。封棒的父亲为贪“聘礼”而将封棒许给朱家，而封棒本人愿意嫁给张柏，于是张柏带张金才等人深夜抢亲成婚。封棒父亲起诉张柏，县司法处以“抢亲罪”判婚姻无效。封棒不服，上诉于马锡五。马锡五了解事实后，专门召集群众，听取他们对本案的意见，群众一致认为：“封彦贵屡卖女儿，违犯政府婚姻法令，应予处罚。张金才黑夜聚众抢亲，既有伤风化，又有碍社会治安，闹得四邻以为盗贼临门，惊恐不安，故也应受到惩处。……大家认为这件婚事合理合法，绝不能断散。”(张希坡:1983:27—28)。马锡五基本上依照这些意见进行裁判。还有一个比较著名的案例就是马锡五召集干部

群众,调解解决了丁、丑两家多年的土地纠纷案(张希坡:1983)。

马锡五审判方式的重要特点是深入群众,召集当地的群众或地方精英来反复做当事人的工作,最后是当事人之间达成妥协。但是,就民间调解和马锡五审判之间我们发现一个有趣的悖论。一方面国家、政府和法律千方百计地试图将诉讼和纠纷从自己的领地中划分出去,交给民间社会来处理,甚至希望100%的诉讼和争执都由民间来调解解决。通过鼓励民间调解,甚至鼓励民间习惯法的运用,国家希望以此来弥补国家法有限的能力,给民间习惯法留下了更大的运作空间。但是,另一方面,国家和法律又不惜血本,将争诉案件全部包揽到自己的身上,亲自到争诉的地点进行调查研究,召集各方的力量,想方设法一而再再而三地做双方当事人的工作,反反复复进行调解,直至在司法实践中导致了种种不利的效果:

这一时期内,法庭怎样处理案件呢?从大家所反映的是:先调解后判决,调解不通,然后再判决;双方服从的都调解,一方不服的再判决;判决不通的再调解。从乡到区,从区到县,从县又到区,三番五次的调解。为了达到调解的成立,有的司法人员强迫调解,硬调解或者向当事人央告乞怜地说:“看我的面上,算了吧,好你哩!”或者像当牙子^②一样,像双方当事人讨价还价,拦腰一贯^③。总之,合理不合理不管,但求调解的成立。……

由于发生了这些现象,老百姓误会我们司法人员不解决问题,吃了贿赂,不然,为什么这个门儿进,那个门儿出(指县一科到司法处),伙同是一个人一个地方,仅早晚时间不同,条件马上就变了呢?“一棵树能开两样花吗”?

② “牙子”,指中介人。——引者

③ “拦腰一贯”,陕北方言,这里指正确与错误对半分。——引者

他们说：“或长或短，圪里麻差^②”，“不怕硬脏官，单怕缠青天”，“你们不打不骂是好，就是把事情给窝住了^③”（指因调解拖延了时间）。有的批评我们说：“乡到区，区到县，县到分区，高等法院，边区政府，是六送六审六调呀”！

重要的是我们一部分司法人员在观念上模糊了，分不清调解与审判的区别。或者说：“它们的区别是形式上的”，“是解决问题的两方面”，或者说：“调解可以解释，审判可以不作解释”，“调解是合乎政策，违背法律。”（王院长，1945：19—20）。

由此可见，国家法一方面力图通过鼓励调解来节省司法成本，另一方面国家法又通过调解来投入巨大的成本。如果我们仅仅从单纯的司法成本来计算，为什么共产党在鼓励民间调解的同时，不采取“坐堂办案”、“就法律适用法律”这种理性化的司法方式，来节约司法的成本呢？为什么共产党在司法力量极其有限的处境中，反而要反复批判“坐堂办案”，强调费时、费人、费事的司法调解呢？因此看来，司法调解的引入固然是由于“精兵简政”导致司法力量的弱化，或者说是由于国家的现代法在传统的乡村社会中陷入了困境，但是它所发挥的作用，它的政治功能或社会效果可能远远不止于此。由此就需要我们对司法调解或者说“马锡五审判方式”进行进一步的研究，尤其是围绕马锡五审判方式所产生的不同评价和理解。

（二）审判与调解的区别

就前面提到的这两个著名的案例而言，马锡五的办案方法在

② “圪里麻差”，陕北方言，指以很快的速度解决问题。——引者

③ “窝住了”，陕北方言，指找不到解决的办法。——引者

技术上与民间调解并没有实质性的区别。比如说，二者都是亲自到案发地点来解决问题，二者都采取说理的方法，批评教育的方法，二者都是采用社会群体的强制力(比如，邻里、亲戚和地方精英等)而不是国家的强制力来解决纠纷。正因为如此，司法实践中将审判和调解的界限模糊起来了，不少地方“将调解作为审判的必经程序”，甚至“把不应调解的杀人案件也调解，如庆阳十四件命案，到法庭的只三件；赌博案件也调解，如志丹有些赌博犯说：‘不要紧，浪赌吧，犯了法可以调解。’有的是烧香纸，披麻戴孝，报灵牌，阴阳看坟，和尚念经等一套旧办法都出现了，使当事人之一方破家伤产(子长县一过失杀人案)，还有因打了沙锅，硬要给人家当儿子，几年纠缠不清，还有租佃纠纷，佃户失了法律上应有的权利。还发生调解人想骗着吃，大事小事叫人家先杀羊”(王院长，1945：19—20)。

我们暂且不谈调解所采用的民间习惯与共产党的法律理念所发生的冲突，单就技术而言，“审判”和“调解”毕竟是两种不同的司法技术，我们现在赋予二者在司法类型学上种种区别(棚瀬孝雄：1994)，当时的人们也已经意识到了，他们认为二者的区别在于：一个是“法庭了”，一个是“私下了”，“一带强制。一本自愿”，“在某种意义上讲，调解是含有妥协性的，判决则不然”。(王院长，1945：20)但是，这两种不同的司法技术，两种不同的法律原则又是如何在马锡五审判方式中协调一致的呢？我们看到一种巧妙的解决办法：

在司法政策上说来，无论“调解为主”或“审判为主”均不妥当。至于审判与调解是否可以结合呢？我们认为新的审判方式之所以不同于旧式审判，其具体意义之一就是新的审判应该包含调解因素在内。我们的法庭对当事人有教育责任。无论审讯或宣判，都需要经过一番说

服解释的工夫。使人家心悦诚服。这是很自然而又很明白的道理。有人说我们的法庭，是教育家的施教的场所，是不无理由的，照这样说，也就无所谓“审判与调解结合”了（王院长，1945：20）。

审判和调解这两种技术之间的矛盾和冲突只有在技术的“外面”才能得到解决。^⑧ 调解与审判的区别或矛盾正是在法律的外面、在这些技术发挥功能的社会领域中、在法律与政治或社会的关系之中，才可以得到协调和解决。正是在解决这种技术矛盾的过程中，法律越出了自己的自主的领地，进入了政治、经济、社会和文化之类的其他领地中，在“外面的世界”里寻求援助的过程中确立了法律与其他领域的关系，或者说正是“外面的世界”在不断扩张的过程中，将法律纳入其视野之中。换句话说，正是由于法律的不断扩张，使得法律丧失了自己的原来的独特性与自主性，或者说“法律之外的世界”产生了不可克服的问题，为了解决这些问题才将法律纳入其“里面”。如此复杂的说法正是要表明，正是在如此复杂的现实关系中，我们无法给出一个简单的、单向度的、可以还原的因果关系作为一劳永逸的解释。我们既不能说采用调解制度是由于当时的政治、经济和社会文化的结果，也不能说调解制度是一种独立存在的制度事实。毋宁说，调解作为一种法律的技术已经和法律之外政治经济和社会文化紧紧地联系在一起，形成一个纠缠不清的关系之网。此刻我们正处在这种关系之网的一个节点上：围绕着马锡五审判方式，一种力图在法律与法律“外面的世界”之间建立关系的尝试出现了，围绕马锡五审判的话语出现了。尽管今天看到的史料仅仅留给我们那些被认可了的理论，或者说进

^⑧ 在下面的关于“外面”与“里面”的分析中，我主要借鉴了福柯分析权力技术的思路，参见 Deleuze(1988: chapter 3)对这一问题的分析。

入主流的话语，但是从这些记载中，在这些回答、解释中，我们依然能感受到当时不同的看法甚至争论。

由于马锡五审判方式所带来的问题，司法人员对“调解为主”的政策产生了疑惑和误解：“调解为主是不是对？或者审判为主吗？审判与调解相结合吗？”对于这些疑问，高等法院的回答是：

我们认为，如果指的民间纠纷，实际上大量的可以经过调解了结，因此说是“调解为主”那是可以的。但如果指的司法机关，尤其是狭义的司法政策说也是“调解为主”，就不妥当的。因为法庭不是“调解为主”，也不应该以调解为主，这是很明白的。过去法庭内先调解再审判，显然是一种偏向。但有人提议改为审判为主，我认为法庭本身的职责在审判，“审判为主”对法庭来说，没有实际意义，并可能产生误会。

法庭要不要调解呢？根据大家发言，过去法庭的调解，实际多是判决，或者全是判决，法庭本身是不进行调解为好，法庭本身不进行调解是否就是说法庭不需要调解呢？不是的，某些可以调解的纠纷，虽然官司打到了法庭，在可能时，法庭尽可能指定公正人员或群众团体进行调解，或让其在群众自行调解，双方当事人都要求和解时，更可允许其和解。

这里附带提到一个问题，就是今后县政府一科也可以不再负担调解责任。过去一科在调解方面是有成绩的。但是一科的调解常常和司法处发生重复现象，同样问案，笔录，讲道理，所有不同者无判书而已。而且一科工作很忙，对调解纠纷不可避免的发生拖延，如像一个老百姓对人说，县政府把他的案子放了几个月不处理，司法

处尚未收案。现在高等法院和民政厅都同意一科不再负责调解责任(王院长,1945:21)。

从这些回答中,我们发现高等法院的基本立场是“审判是审判”、“调解是调解”,“审判与调解之间不存在结合的问题”。它认为“调解为主”所说的是整个司法政策,而并不是指正式的审判机关,或者说“狭义的司法机关”,从而主张是将调解排除在正式的司法之外,留给政府、群众团体或其他公正的人,同时,将属于审判机关审理的案件从政府的调解组织中接管过来。这样一种思路显然是要建立一种具有独立逻辑的司法机构。这种独立性除了要坚守区别于“调解”的“审判”的司法逻辑外,还包括两方面:

一方面,司法在制度上要独立于行政,从而依法办事,不受权力机关或行政机关的干涉。高等法院认为:“制度问题内关于审判独立及检察制度等,虽然意见很多,但因其带有法制上的根本性,这里不详提及,只把些材料整理起来,留待下届参议会决定。”但是,可以确定的是:“高等分庭,县司法处对民刑案件之处理,不必经过专署政务会议、县府政务会讨论,如认为有商讨之必要时,由司法机关召集各有关方面研究,但决定权属于司法机关。”对于来自法律之外的干涉,“我以为应该从两个方面看,首先我们自己应该检查自己处理的案子有无毛病。别人向我们提意见,我们不仅不应该拒绝,而且应该表示欢迎,作为判决的参考。事情究竟怎么办,应依法办事,不受影响;但另一方面,为了不使审判制度受到紊乱,其他非司法机关人员,对于法庭判案,应该是只建议不干涉。”(王院长,1945:21—27)。

另一方面,司法人员具有独立的素质或者说具有独立的福柯(2000c)所谓的“自我技术”或布迪厄(1997)所谓的“惯习”。“司法工作既不同于其他工作,司法干部也应该有它的特殊的标准”:

- ①学习掌握法律，熟悉社会风俗习惯。
- ②弄清是非轻重，不冤屈人。
- ③执法公正无私，做事勤劳慎重，勇于改正错误。
- ④切实为人民解除纠纷，对犯错误的采取治病救人态度，切实教育改造（王院长，1945:27）。

如果我们将这些标准和我们后来要求法官的标准相比较的话，^② 就会发现“阶级”、“人民”之类的政治标准，“克己奉公”、“为人民服务”之类的共产主义道德，“配合其他部门”、“组织联系群众”之类的工作方法，在当时并没有进入司法人员的视野，司法人员所信守的职业伦理实际上是法律的标准。

总之，就高等法院的上述理解来看，它对马锡五审判这种调解方式并不是持完全推崇的态度，而是认为当时“对调解有些过分强调”，认为“调解为主，审判为辅”和“调解是诉讼的必经程序”以及将“调解数字，做干部考核标准”等等，这些做法“更是不适合的”（王院长，1945:19）。我们必须认识到，这种对调解的质疑，对审判的独立性的强调，仅仅是来自法律内部的看法，仅仅是从纯法律的立场来建构法律与“外面的世界”关系。然而，更为强大的来自法律外面的力量重新建构了法律与“外面的世界”的关系，在这种建构中，马锡五审判方式作为共产党司法的精髓而得到推崇与推广。

（三）民主、群众路线与共产党的新司法

“马锡五审判方式”这个概念的提法首先出现在 1944 年 1 月

^② 1944 年 9 月 12 日边区直属县审判员座谈会会议制定对审判人员的要求包括：“1. 要有坚定的阶级立场；2. 要有克己奉公的廉洁品质；3. 要有真正为人民服务的观点；4. 要有虚心学习的精神；5. 要有绝对负责任的态度；6. 要有联系配合其他部门工作的方法；7. 要有组织联系群众的能力；8. 要有与封建恶习斗争的办法。”（榆林地区审判志编纂办公室，1997:38）。

6日林伯渠在陕甘宁边区政府委员会第四次会议的《边区政府一年工作总结》中，其中指出“诉讼手续必须力求简便，提倡马锡五同志的审判方式，以便教育群众”。同年3月13日《解放日报》发表题为“马锡五同志的审判方式”的社论，总结了马锡五审判方式的经验，使得马锡五审判方式作为整个边区司法工作的经验加以推广。在对马锡五审判方式的种种政治话语的阐述中，作为一种纠纷解决技术的马锡五审判方式被赋予了全新的意义。

首先，马锡五审判方式被理解或阐释为民主原则的运用。作为共产党的法律意识形态的代言人，谢觉哉主张马锡五审判方式的好处是“政府和人民共同断案，真正实习了民主；人民懂得了道理，又学会了调解，以后争论就会减少。”（谢觉哉，1996a：136）正因为如此，马锡五审判重要的并不仅仅在于其解决纠纷的有效性，而在于它产生的特殊的政治效果。如此弊端重重的司法技术之所以被赋予如此的重要性而广为宣传，就是由于一种简单的调解技术被概括为一种民主的原则。因此，它就成为陕甘宁边区实行民主政治，人民实现当家作主的象征和典型。这一象征为共产党与国民党在统一战线进行争夺合法性提供了充分的资源。正因为如此，刘巧儿一案不仅出现在重庆《新华日报》介绍解放区政治生活面貌的专栏文章中，也出现在上海地下党出版的《光荣归民主》一书中，马锡五审判也就为各种不同的解释提供了素材或原型。^②

其次，马锡五审判方式被理解或阐释为共产党的“从群众中来，到群众中去”的群众路线在司法中的具体体现。正如马锡五所讲的，“办案要走群众路线，如果离开群众，任何所谓‘天才家’也不可能把工作做好”（张希坡，1983：46—79）。因此，马锡五审判方式

^② 有趣的是，我们发现马锡五审判的封椿儿婚姻案在50年代的《婚姻法》宣传运动中，不再作为人民民主的典型来宣传，而是被改编为戏剧《刘巧儿》成为反对封建包办婚姻、宣传婚姻自由的典型。

的精髓或者精神实质就是群众路线：

什么是马锡五的审判方式？我们认为它有三个特点：一、深入农村调查研究；二、就地审判，不拘形式；三、群众参加解决问题。三个特点的总精神就是联系群众。调查、审讯都有群众参加，竭力求得全面正确，是非曲直摆在明处；然后把调查研究过的情形在群众中进行酝酿，使多数人认识上一致，觉得公平合理，再行宣判。既合原则，又近人情，不仅双方当事人服判，其他当事人也表示满意，此即“马青天”之所由来。我们提倡马锡五审判方式，是要求学习他的群众观点和联系群众的精神，这是一切司法人员都应该学习的；而不是要求机械的搬用他的就地审判的形式。因为任何形式是要依具体情况和具体需要来选择的。对有些同志认为马锡五审判方式“只能使用于落后地区”，“只能负责人使用”，“只能使用于很少的案子上，尤其是在法庭内就不合宜”，“苏维埃时代已经有过的”等等。这些说法，都是或多或少的拘泥在马锡五当时的形式方面，而不是接受它的群众观点和联系群众的精神。至于群众观点和联系群众的精神，那么，不管是农村或城市，不论是上级人员或下级人员，都完全可以而且应该充分的运用之。如果说这种观点和精神是苏维埃时代有过的，那就更应该加以发扬才对。（王院长，1945：22—23。着重为引者所加）。

在此我们发现，具体的调解技巧已经不重要了，重要的是要遵循群众路线，遵循党的路线方针。正如我们前面所说的，调解技术只有放在权力的组织网络中才能发挥作用，现在，我们只有将调解放在贯彻党的路线方针这一总体的政治背景之下，才能理解为什么

么如此推崇调解制度。

最后，马锡五审判方式成为批判旧司法、确立新司法的象征，成为共产党的司法制度决裂于国民党的司法制度的标志。尽管马锡五审判方式所使用的调解技术类似于中国传统的司法技术（比如都为了“息事宁人”），但是它并没有被理解为传统司法技术的自然延伸，而是被塑造为新司法的形象，它所反对的恰恰是国民党所采取的西方化的现代司法：“程序至上”、“独立审判”、“依法审判”。正是在马锡五审判方式这束强光的照射下，国民党的司法自然成了脱离群众的“坐堂办案”；脱离实际的“本本主义”；“不利于人民”或“与人民隔离”的“主观臆断、故弄玄虚、繁琐不堪”（谢觉哉，1996c:157）。马锡五审判方式成为区别共产党的司法与国民党的司法、区别人民大众的司法与资产阶级的司法、区别新法与旧法的标志，正如 1945 年绥德县的司法工作总结的“司法方针——政策”一节这样写道：

在以“调解为主，审判为辅”的口号下，我们就响应了政府的号召，制定了新的政策与方向。自去年开始，我们就改变了旧一套的作风，实行了新的方针。在这一年半当中，所有受理的民事案件及轻微的刑事案件大部分采用调解的方法，先予以调解，万一不行才用判决。凡经调解的案件，都是取得双方的同意而后调解之。为了息事宁人，首先解释双方所争之点及消除过去一切成见，要在互谅的原则之下，问题才得以解决，收效很大，同时调解的案件没有一件上诉的（绥德县司法处，1945。着重为引者所加）。

正是在这些关于马锡五审判方式的政治话语中，我们发现关于马锡五审判方式的种种述说不再关心这种审判技术本身，它们

围绕着这一非常具体的司法技术或司法实践,滋生出一种话语酶,这种话语酶在不断地发酵、孳生、繁殖、蔓延,以至形成一个独立的话语空间,这个话语空间越来越远离它由以产生的母体。马锡五审判方式不再是针对“精兵简政”这一具体环境的一次积极的司法尝试,而是针对共产党和国民党争夺合法性的一次政治实践;马锡五审判方式不再简单地作为调解这样的非话语实践,而是成为批判旧司法、确立新司法原则的一次尝试性的话语实践;马锡五审判方式不再是一套独立的司法技术,而是成为共产党贯彻其政策和政治原则的一套普遍使用的组织技术。正是“新”、“进步”、“革命”、“人民”、“群众”、“无产阶级”、“社会主义”等等这些来自马克思主义的神圣话语为历史久远但出身卑微的司法调解技术打上了七彩的光,才使得这一实践不断地被沐浴、修饰、培育、训导、锻炼,宛如一个新生婴儿,她的血统被斩断了,她的历史被遗忘了。

正因为如此,共产党从来没有将马锡五审判方式与中国传统的调解方式联系起来,尽管这种技术应该说是中国法律传统中最古老、最成熟的一项技术,而是将它完全看做是共产党的一个全新的发明。正是在这里,共产党找到了自己的区别于所有旧司法的新的司法形象。不可否认的是,这的确是一个前所未有的发现,一个全新的发明,一种全新的实践。正是在这个地方,我们发现历史突然被激活了,它发生了断裂、折叠、分岔和重组,各种各样的权力技术和权力关系,新的与旧的、成熟的与刚刚萌生的、刚性的与灵活的,法律的与政治的、经济的与文化的、社会的与历史的,展开了搏斗、厮杀,围绕司法调解的种种话语正是这战场上的呐喊声,而那七彩的光正是惊魂动魄的刀光剑影。最终,一门古老的司法技艺被一种新的权力关系所捕获和驯服,被一种新的意识形态所笼罩和消弭,被一种新的文化传统所吸纳和消化。

我们可以说传统消失了,也可以说传统获得了再生,甚至可以说传统发生了“创造性转化”(林毓生,1992),但这种软绵绵的说法

到底想要说明什么呢？这种说法又有什么意义呢？如果我们不理解这场战争的激烈与残酷；不理解旧的权力机器在崩塌的时候如何被拆散为各种各样的零件，有的被彻底砸碎了（也许它很珍贵），有的被破坏了（也许它本来最结实），有的被完好无损地保留下来（也许被蒙上灰尘、弃之不用）；不理解新的权力机器如何按照新的操作规程进行组装各种已有的、刚刚购买的或者自己发明的配件；不理解这些配件在组装和运转的过程中如何磨合、如何修正甚至如何被放弃，或者这些配件在运转的过程中如何偏离、修改既定的操作规程，我们又是如何在日复一日匀速运动的物理时间中发现历史，发现历史的断裂、分岔、转轨呢？我们又是如何在缓慢平静的历史长河中发现激起浪花飞溅的潜流呢？也正是在这个地方，我们发现不仅调解这一旧权力机器上的配件被重新打磨之后安装在新权力机器上，而且刚刚从西方购进的法律这一操作配件在与其他配件的磨合中发生了畸变，它在新权力机器中发挥了一种全新的功能，由此形成了新的“配置”。不同的权力技术在不断地重组、磨合，新的权力机器被组装起来了，并不断加速地运转，在原野上奔驰而过，天空中弥漫着新机器烘烤后散发出的气息。

四、中国法律的新传统

无疑，马锡五审判方式的出现可以说是一个偶然的事件，但是这种司法技术由于与共产党在进行社会动员以便对社会施以治理的其他技术（比如诉苦和开会等等）之间的亲和性，再加之共产党在乡村社会中有现成的、庞大的权力的组织网络，刚好为司法调解提供了潜在的表演的舞台。所有这些因素都使得司法调解成为共产党可资利用的一种社会治理技术。于是，法律溢出了自身的领域，进入到整个社会的治理实践中。就在古老的司法调解技术被新的权力机器所吸纳和消化的同时，法律在其中的功能和作用也

发生了转化。共产党正是将司法审判或调解看做是对社会进行治理的最有效的场所或管道。通过司法调解,共产党将自己的政治意图或者意识形态有效地传达给了人民大众。在这一新的权力配置中,司法技术或者说法律这一配件的运作必须符合整个机器的操作原理,司法必须服从于共产党治理社会的目的。法律的治理化构成了中国法律的新传统,之所以说这是“新”传统,就在于这种法律传统既不是中国古代的法律传统的简单继承,也不是对苏联的马克思主义法律传统的简单模仿(事实上对苏联法律传统的模仿是在 50 年代才开始的),也不是对西方的法律传统的简单抛弃,而是在法律治理化的原则下,对中国传统的、苏联的乃至西方的法律传统进行全面的改造和重新组合,对各种不同的法律技术(包括中国古代调解技术、苏联的组织技术和西方的程序化技术等等)的重新组装,由此构成国家治理机器——即福柯所谓的“配置”(德勒兹:2000)。这种新型的法律的治理化原则主要体现在以下几个方面。

(一) 司法审判作为直接的政治体现形式

在共产党的意识形态里,法律与国家的政治统治紧密联系在一起。“国家是一个阶级压迫另一个阶级的工具。法律是行使国家权力的一个工具。哪个阶级当权,就有哪个阶级体现本阶级利益的一套法律。我们建立人民民主专政的国家。就得有我们的一套新的法律。”“我们的法律是反映绝大多数人的意志的,是绝大多数人都能够了解和掌握的。我们社会的主人是人民大众,主要是工农群众。因此我们的法律是人民大众的,人民大众一行实际上掌握了。法庭是人民的工具,法律是群众自己创造出来的,掌握在自己手里,群众自己也必须执行。”(谢觉哉,1996c:154—5)。这种法律观实际是共产党所总结的“马克思主义的法律观”。

但是,我们必须认识到,这里所说的法律是指立法实践中所产

生的法律条文。用法律社会学的术语来说，这种法律是指“书本上的法律”。正是在这个意义上，法律才和国家主权或统治阶级的意志建立了联系。但是法律一旦制定并进入司法领域的时候，法律实际上已经脱离了与统治阶级的直接关系，成为一种普遍的规则，“法律面前人人平等”成为一个普遍的原则。为了保障这一原则的实现，司法（尤其是法律的审判）就成为一个专业化的技术，成为克服政治恣意的一种人为地屏障，由此才出现所谓的三权分立，尤其是司法权要保持自己的独立性。这正是西方法治理论的基本观点。

然而，马锡五审判方式正是在这一点上产生了畸变。马锡五审判实际上主要针对的是民事纠纷，用我们现代法律术语来说，这种纠纷属于“私法”范畴。在私法领域，当事人根据自己的意思自治来解决其纠纷，法庭进行司法调解无疑是合理的，也具有积极的效果。但是，当我们把马锡五审判方式理解为“人民民主”的体现形式时，实际上将它原来在私法领域中的效用扩大到整个司法领域，尤其扩大到公法领域。这实际上在民主政治与司法审判之间建立了一种全新的关系。法律不是通过司法审判这种独立的、理性的、专业化的、保障不受偏见的技术来捍卫民主政治的最后成果，而是将民主政治中的利益争夺直接带到法律实践中，它意味着阶级政治从立法领域不加改变地直接地延伸到司法审判的领域。立法与司法之间的区分不见了，司法成为立法的新形式，是阶级斗争的新形式。正如谢觉哉所言：“我们的政策的制定，是依据人民的意见与要求，叫做从群众中来，又到群众中去。是集中了人民的意见，是民主的，又是集中的。这样立法的群众路线，也必须贯彻到司法工作中去。”（谢觉哉，1996c:157，着重为引者所加）。

法律就是政治，司法程序的操作技术等同于民主政治的技术（比如投票）。这样在司法过程中，利益的随机、直接分配取代了利益的普遍性分配，随机的政治权力策略取代了法律知识的推理和

判断。当法庭作为人民行使民主权利的场所时,当群众路线贯彻到司法审判中的时候,一种“大众司法”出现了,“批斗”这种人民审判的方式出现了。在这里,无需法律的逻辑推理,只需要满足大众的常识就够了;无需法律的理性判断,有效的裁决只需诉诸大众的情感;犯罪人不可能有权利保护,因为他是人民的公敌;法律不需要程序,因为人民的眼睛是雪亮的。这正是我们司法的逻辑,法律不能成为约束政治恣意的工具,法律必须是贯彻政治意图的工具。统治阶级的政治意图无法通过一种理性化的方式均匀地散布到社会中,而必须通过裹挟着情绪和仇恨的赤裸裸的暴力施加到社会中。我们此后的司法实践事实上已经隐含在这种体现“人民民主”和“群众路线”的司法审判方式之中。

当然,马锡五审判方式并不能为此承担全部的责任。正是由于我们缺乏其他一些司法技术,比如对当事人的权利保护,尤其是对“犯罪嫌疑人”(这一概念在中国也是在半个世纪之后才引入的)的权利保护,还比如在公法和私法之间划定严格的界限等等,才使得马锡五审判方式这种出现在私法领域中的大众调解通过政治治理的管道弥散到整个司法领域,在不经意中演变为一种新的司法风格:“大众司法”。尽管这种大众调解和大众司法在后来产生了种种问题,但是,不可否认的是它在当时获得了巨大的政治效果和成功。一方面,大众调解将群众团结在共产党的周围,使共产党的政策和方针获得了人民群众的拥护。正如马锡五调解了丁、丑两家的土地争议案后,当事人和群众都说:“民主政府处理案件,真是深得人心。”(张希坡,1983:36)。绥德县司法处调解了小商人徐虎山起诉的假币案后,老百姓对政府的反映很好,都说:“要是以前的政府决不会这样办,只有现在的政府才能这样的办哩。”(张希坡,1983:46)。另一方面,大众司法有效地发动了群众,对地主恶霸、土豪劣绅实行革命的法律审判,本身所固有的公正性实现了群众的偏见性,例如被革式对音的制,酒食王...

(二) 司法审判作为改造社会的工具

正是由于法律越出了它本来固有的领域，成为共产党对整个社会进行治理的工具，因此，在法律的逻辑发生转化的同时，法律的功能也发生了转化。正是在“批判旧司法”、“改变旧一套的作风”的过程中，我们的法院树立了全新的形象。这种形象既不像西方化的国民党的旧司法那样，宣称是保障权利、捍卫正义的审判机关，也不像传统的衙门那样，体现为神圣君权的绝对权威，而是在“打击敌人，保护人民利益”的同时，成为教育人民、改造犯罪进而改造整个社会的工具。

当然，无论教育还是改造，这一过程实际上是在共产党的意识形态与民间的文化观念之间建立沟通和支配关系。就司法审判而言，首先要通过司法审判使群众了解共产党的政策和方针，然后通过司法审判的强制力使人民群众接受共产党的路线、方针和政策，其前提就是司法人员要了解事实的真象，了解群众的观点态度。正如马锡五所言：“革命的司法工作者，必须面向群众，随时征询群众的意见，倾听群众的呼声，设身处地地体会群众的心情与要求。”（张希坡，1983：46）。正是通过司法审判，群众也了解了共产党的法律主张和国家所提倡的价值趋向，由此群众也受到了教育。比如在封棒的婚姻上诉案中，群众认识到买卖婚姻有悖政府法令，而在丁、丑两家土地争议案中，群众就了解了《陕甘宁边区地权条例》的内容与原则。

因此，教育群众就成了法律的一项重要功能。1944年边区政府关于促进婚姻自由的方案中规定：“1. 坚持进步的方向，经过教育，逐步提高。2. 照顾落后，但不迁就落后，逐渐达到克服落后。3. 照顾将来的利益，尺度放宽，使多数人可归于引导范围内，依据具体情况，处理具体问题。4. 概括落后，需经过相当一段时间，发展经济，发展边区文化教育，逐步达到大致法律要求。”（榆林地区

审判志编纂办公室, 1997: 177)。1949 年《边区政府一年工作总结》中提到“改善司法工作”在于“提倡马锡五同志的审判方式，以便教育群众。”正是在教育的基础上，随着国家政权在边区的巩固，国家法在婚姻问题上的妥协逐步被强制所取代，1949 年陕北人民法院在本年工作中信心百倍地写道：“打击不合理的买卖婚姻，坚持男女婚姻自由，婚姻案件一、二年内会进一步增多，买卖婚姻制度自然会削弱，因奸杀人的案件也会减少。”(榆林地区审判志编纂办公室, 1997: 178)。

为了教育群众，高等法院要求各级法庭和司法处应“建立批示牌。一面批给当事人，一面教育其他人。批示不应采取旧式简单几个字的‘八股’，如‘碍难照准’、‘着即驳回’等等，也应该是和我们的审判情形一样，带有说服解释性质，把道理向人家说清楚。有的判决书，也应该在批示牌上公布。另外，关于对判处死刑之犯罪，一定要有布告，布告内容，亦应着重于对人民的教育。”正是基于此，高等法院一再强调，判决书的书写要“通俗化”(王院长: 1945: 26)。对人民的教育不仅体现在对参与民事纠纷中的当事人，而且体现在对刑事犯罪分子的教育上。教育的场所不仅在法庭，而且也在监狱。正是将这些过去被排除在正常社会之外的“异常者”重新纳入到社会中，将他们改造为“正常者”，才从根本上实现了共产党改造社会的目的：

什么叫做犯人？这就是普通的人犯法了，但“犯”字下面还是个“人”字，因此说，犯人也是人。我们司法工作者不能不把犯人当人看待。假如不当人看待，这个观点就是错误的。……为什么社会上会有小偷？因为这个社会制度还有毛病，一部分贫穷的人迫于饥寒，偷拿东西。所有这些社会原因的根源，一是旧社会遗留下来的，二是受国民党统治区黑暗社会制度所影响的。……我们

司法工作者，是要以治病救人的态度，把人家头上带的“犯”字帽子脱掉。经过教育，改造以后，能继续在社会上做一个有用的人，我们的责任就算尽到了。我们的刑事政策是“教育改造主义”，……如何使其(犯人)出监以后，等于从学校内毕了业，受过了教育，不再有犯罪行为，我们的目的就算达到了。(王院长：1945:29，着重为引者所加)。

正是由于法律的目的不仅仅是审判，而是又实现改造社会的目的。我们的司法工作者就“不但要办理案子，而且要把那案子发生的原因，以及对社会各方面的影响，加以注意和研究，求出诊治社会的方法。……我们一面办案子，一面要考察社会原因，就可得出哪是治标的，哪是治本的。”(谢觉哉，1996c:160)如果把治理社会、改造社会作为自己的根本目的，那么司法工作就不能仅仅限于正式的司法组织中，它必须把自己的触角伸到更广泛的领域，其中最主要的就是将触角深入到治理社会任务最主要的承担者——权力的组织网络，司法机关要担负起对民间调解的指导。我们从前的绥德分庭对民间调解的指导和批评中就可以看到这一点。

(三) 司法机关的一体化

正是由于法律越出了自己的领域，直接进入了社会治理领域，使得法院的工作时时刻刻需要行政工作的支持，审判机关的功能也就逐步治理化了。法庭的审判工作与行政工作和基层群众工作的分工与相互独立性也就抹杀了。正是在这种背景下，法院的性质与行政和公安的性质并没有根本的区别，它们之间也没有必要的分工，司法审判也不会有自己独立的运作逻辑，不会有自己独特的专业化要求。法庭承担的任务远远超出了审判，甚至要承担属于公安机关的侦查工作。“绥德县司法工作总结材料”中就介绍这

样一个典型事例：

沙区清水沟村民刘生发于去年八月初在榆林买的双将军煮青四桶驼毛娃娃鞋一双，在一顺子内装着，攬给脚户马志芳运回绥德交货。不料于八月十七日在经米脂孟家岔时，该脚户因发困即在河滩睡下，天明醒来不见了顺子，在临近寻找未获。到绥德后，刘生发向马志芳取货说没了。因之刘报告到政府，政府绍介来本处，由本处开始调查究系何人盗去，还是脚户昧心盗藏。经查访不过十数天后，有一旅招待所一士兵拿一桶将军青在南关出卖，被本处查获。切系所盗之颜料（因盖内有刘之私章）。当将该士兵带回即讯。据说：我们买的是二十军逃兵的颜料，现逃兵已去了延安。后经我处调查逃兵尚在招待所住着。于是我们将该逃兵张存问等三人传来。据供：我们路过孟家岔河滩时，见脚户睡觉，我们就把顺子偷来，内装有颜料四桶，驼毛斤半小鞋一双，拿到米脂十里铺卖了一桶，价法洋三千一百六十元。后到绥德又卖了两桶，法洋一万三千七百元，下余一桶于昨天拿的卖时被我们查出。现在除花过只剩法洋一万二千二百元了。本处现将未卖出的一桶和所剩的法洋追回存案，又将米脂十里铺卖给安雨来的那一桶价法洋三千一百六十元，由安转卖给杜一炳，杜又转卖与绝某，安杜二人从中赚了六千七百六十元法洋的利，复把这些款也追回存案。于是该案判决：小偷犯逃兵张存问管押三天，教育释放。所盗颜料四桶作价四万元法币。除归还××××（原文不清——引者）的一万元及由逃兵手扣回的一万二千二百元，安杜二人交出的法洋六千七百四十元全部交还货主外，下短的一万一千零六十元由脚户马志芳负责赔偿。此案若非

耐心调查与研究,很难找出线索而能得到适当之处理。

由此来看,我们的法院所作的不仅仅是审判工作,它的职能远远超出了对法律的适用。他要做的事实上包括了我们今天所说的公安机关的工作。在这个意义上,法庭与公安、检察甚至军队没有实质性的区别,都是国家的暴力机关,因此都是相互配合的“兄弟单位”,它们统统地被称为“司法”。在西方,“司法”一词主要指专门化、职能化的审判机关,主要指的是法院,它所对立的是立法和行政机关。但是在中国,“司法”一词的宽泛含义混淆了这些不同机构和不同功能之间的区别,将公安、检察、法制教育、律师公正、监狱管理等业务统统归入“司法”之内。这样一种法律的治理思路在当代发展为“社会治安综合治理”的思路,由此将“工商”、“税务”、“质量监督”、“土地管理”等行政机关与原来的“司法机关”统合起来,一律称之为“执法机关”。

在这种状况下,就要求各部门在党委的领导下密切配合,一旦侦查、审判和行政工作的脱节,就会给法院的工作带来了困难。法庭“对于处理的案件往往一时搞不清,因既没有呈状,又区乡来的材料非常简单。非经详细的询问与研究,不能了解案情。但是本处来的案件又多,绝无闲暇之势,在询问时往往一问数案,直问的头昏眼花而后已,此亦为困难之一。”(绥德县司法处,1945)。也正是这种原因,反过来加强了法律的治理化。法律的治理化往往是在审判机构不断地扩张自己的功能或者领域的过程中不知不觉地完成的。

四、结 论

著名的中国法专家陆思礼(Lubman)在研究中国法律制度中指出,研究中国法律的一个重大的困难就在于如何理解一种在西

方法律概念的框架中不存在的法律制度,由此他提出了跨文化的比较理解的方法,从宗教观念、国家与社会关系、权利义务观念、国家权力与纠纷解决、法律职业和法律多元等方面比较了我们所熟知的那些中国和西方法律制度的不同,以此作为理解中国法律制度及其运作的出发点。(Lubman, 1999: 11—39)这种比较法律文化解释的方法在梁治平(1997a)关于中国古代法律制度的研究中得到了充分的运用,并上升到了哲学认识论高度(梁治平, 1994)。如果说我们可以在比较法律文化的意义上来理解中国法律与西方法律传统的不同,那么这种方法在理解共产主义法律的新传统的时候就显得力不从心,正因为如此,陆思礼提出的研究方法实际上是跨文化比较、功能主义和法律社会学方法的一种奇特的混合,它在理论路径与研究方法上陷入了困境(强世功, 2000a)。正是由于陕甘宁边区的司法实践开启了以法律的治理化为特征的中国法律的新传统,从而为我们提供了一种新的理论上的可能性:从治理的角度来理解中国法律的新传统与西方法律传统的不同。

在福柯(1998)对西方治理历史的精湛分析中,我们看到在17世纪、18世纪,公共福利和人口安全等等一系列问题成为国家关心的重要对象,由此导致国家的治理从基督教的牧领权力发展为围绕国家理性(reason of state)治理术。在这个过程中,国家的治理与主权法律密切关联。一方面,国家的治理并不依赖法律进行,而是开拓了新的领域,比如经济学从原来的家政问题转化为国家问题,统计学是针对人口的治理,政治经济学更是国家治理的科学;但另一方面,社会契约论和主权法律又构成了治理的普遍原则,治理又要围绕法律展开。之所以出现这种围绕法律的治理,就是因为在这种国家对社会展开全面治理的时候,自主性的法律传统已经形成了。这种以法律自主行为为特征的西方法律实际上经历了12世纪以来教会法的系统化、罗马法的复兴、普通法的发展和商法的出现等等,形成了一个强大的知识和制度传统(伯尔曼,

1994)。与此同时,市民社会的发育、强大的民主共和传统以及由此发展起来的自由主义对国家无所不在的治理构成了限制,自由主义作为国家治理的一部分成为“对国家理性的批判”,法治构成了西方现代社会的治理形式(Gordon, 1991: 15—20),由此使得西方国家的治理呈现出一种不同的面貌:一种基于自由主义的效率原则的节省的治理(赵晓力:1998)。这种基于法律的治理使得西方的治理传统不过是在法律的形式理性和实质理性之间来回摇摆(诺纳特,塞尔兹尼克,1994),并发展出新的法律形式(图依布纳,2000)。

如果从治理的角度来思考中国法律的新传统,我们会发现在全球世界体系(沃勒斯坦,1998)形成过程中,由于中国没有一个强大的法律传统,没有成熟的制约强大利维坦的市民社会,没有民主共和传统,更不用说有自由主义的思想,由此在世界“经济话语”的背景下,以民主富强或现代化为目标的国家治理构成了理性化过程中的惟一向度。从西方移植的或者传统中发现的那些薄弱的法律技术,轻而易举地为国家治理所驯服。正是由于缺乏现代抽象社会所必须的多元理性化的内在张力(李猛,1999),国家治理的欲望会随着革命扫荡传统羁绊而无限制地扩张,并最终导致集权主义(托克维尔,1994)。20世纪的中国政治就从传统的权威主义政治系统转变为现代的“全能主义”政治系统(邹倪,1994)。如果说西方的法律传统塑造了西方有节制的治理的品格,那么全能主义国家的宏伟治理目标和复杂治理技术塑造了中国法律的新传统。如果说西方的法律现代性问题是在解决共和传统中政府腐败的问题以及市民社会的兴起所导致的民主政治问题和防止国家过度治理的问题中走向了法治的道路,那么在中国法律的现代性则首先和以国家现代化为目标的治理问题联系在一起。

我们的法律裹挟到国家治理的实践中时,确实起到了其他权力技术所无法替代的作用。正是借助马锡五审判所推动的调解运

动以及其他权力技术,共产党有效地将自己的路线方针和政策贯彻到乡村社会中,完成了国家政权建设,为国家对社会的全面治理打通了渠道。但是,就法律而言,由此带来的后果自然是法律无法建立独立于政治、道德和经济的自身逻辑,无法确立其内在的自主性,而这种自主性恰恰是现代法治的必须条件(昂格尔,1997)。由于调解所带动的非法律主义,任何行政机关、社会团体和群众都和法院一样有效地解决纠纷,不需要任何专业化的知识,也不需要正当的法律程序。法律与道德、政策和习惯之间并没有泾渭分明的分界线。与此同时,法官与干部、村长、村中有威望的人也没有根本上的不同,大家都是共产主义事业的“螺丝钉”。司法人员的职业特征并不是对法律知识的掌握和法律思维的认同,而是“懂政治,不懂的政治决不会懂得法律”(谢觉哉,1996c:156)。在提倡司法大众化,批评法条主义和废除伪法统的法律意识形态下,法律知识的专业化、法律思维的内化、法律运作的独立化,这些现代法律所要求的基本的形式要件在法律的治理化中彻底地丧失了。法律不仅未能建立起专业化的知识体系,也没有培养出职业化的法律阶层(如法官、律师等)。于是,以党的政策、政府的文件来代替法律,以党支部的书记、乡村干部、和行政首长来代替法官,那是再自然不过的事了。由此导致“司法的政党化”和“法律的惩罚化”构成了当代中国法律治理化的两个重要主题(强世功,1999)。

随着70年代以来全能主义国家的解体,市民社会在中国开始逐步形成,国家与社会的关系处在一个转型的过程中(邓正来,1997)。80年代以来出现了大规模的法制运动乃至依法治国目标的确立,都暗示了自主性法律的不断成长。但是,法律并没有从政治权力的母体中摆脱出来(Lubman, 1999),并没有从根本上摆脱法律的治理化倾向,反而成为“社会治安综合治理”的一部分,使法律的治理化以更为法律化的面目呈现出来,从而加深了这种治理的效果(强世功,1998;强世功,1999;应星,2000;赵晓力,1999)。

参考文献

Alford William P., 1984, "Of Arsenic and Old Laws: Looking Anew at Criminal Justice in Late Imperial China", 72 *Calif. L. Rev.* ..

昂格尔(Unger), 1997:《现代社会中的法律》, 吴玉章译, 北京:中国政法大学出版社。

边区高等法院, 1945; "1945 年本院关于农村调解工作调查材料", 陕西省榆林地区中级人民法院档案, 卷 45—7。

伯尔曼(Berman), 1994:《法律与革命——西方法律传统的形成》, 贺卫方等译, 北京:中国大百科出版社。

Brady James, 1982, *Justice and Politics in People's China: Legal Order or Continuing Revolution* .

布迪厄(Bourdieu), 华康德, 1997:《实践与反思——反思社会学导引》, 李猛、李康译, 北京:中央编译出版社。

Buxbaum D. C., 1971, "Some Aspects of Civil Procedure and Practice at the Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1895", *Journal of Asian Studies*. XXX, pp. 255—279.

Chen Yung-fa, 1986, *Making Revolution: The Communist Movement in Eastern and Central China (1937—1945)*, Berkeley: University of California Press.

Cohen Jerome Alan, 1966, "Mediation in the Eve of Modernization", *California Law Review* Vol. 54(1966) pp. 1209—1211.

德勒兹(Deleuze), 2000:“什么是配置”, 吴飞译, 打印稿。

Deleuze Gilles, 1988, *Foucault* (tr. & ed. by Sean Hand), Minneapolis: University of Minnesota Press.

邓正来, 1997:《国家与社会——中国市民社会研究》, 成都:四川人民出版社。

杜赞奇(Duara), 1994a:《文化、权力与国家——1900—1942 年的华北农村》, 王福明译, 南京:江苏人民出版社。

——, 1994b: “中国近代史上的国家与公民社会”, 汪熙、魏斐德(编):《中国现代化问题——一个全方位的历史探索》, 上海:复旦大学出版社。

Esherick J. & Rankin. M, 1990, *Chinese Local Elites and Patterns of Dominance* (ed.), Berkeley: University of California Press.

范愉, 1999: “简论马锡五审判方式——一种民事诉讼模式的形成及其历史命运”, 《清华法律评论》第二辑, 北京:清华大学出版社。

费孝通, 1985:《乡土中国》, 北京:三联书店。

Fu Hualing, 1992, “Understanding People’s Mediation in Post-Mao China”, *Journal of Chinese Law*, vol. 6

福柯(Foucault), 2000a: “尼采、谱系学与历史学”, 苏力译, 李猛(主编):《福柯文选》, 北京:三联书店, 即出。

——, 2000b: “伦理的谱系学”, 李猛译, 李猛(主编):《福柯文选》, 北京:三联书店, 即出。

——, 1998: “治理术”, 赵晓力译, 《社会理论论坛》, 总第四期。

Gordon Colin, 1991, “Governmental Rationality: An Introduction”, in *Foucault Effect: Studies in Governmentality* ed. Graham Burchell, Colin Gordon and Peter Miller, University of Chicago Press.

Griffin Patricia, 1974, “Prison Management in the Kiangsi and Yenan Periods”, in *China Quarterly*, No. 59, pp. 310—331.

Huang Philip C. C., 1993, “Between Informal Mediation and Formal Adjudication: The Third Realm of Qing Civil Justice”, in *Modern China*, Vol. 19, No. 3, 3 July, 1993, 251—198.

黄宗智(Huang, Philip), 1992:《长江三角洲小农家庭与乡村发展》, 北京:中华书局。

——, 1986:《华北的小农经济与社会变迁》, 北京:中华书局, 第三编。

Leslie Charles, 1968, “Robert Redfield”, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, ed. by David L. Sills, New York: Macmillan.

季卫东, 2000: “调解制度的法律发展机制——从中国法制化的矛盾情境谈起”, 易平译, 打印稿。

强世功, 2000a: “笼中鸟:法律制度还是法律理论——评 *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*”, 《中外法学》, 第三期。

——, 2000b: “从‘批斗’到审判”, 李陀、陈燕谷(主编):《视界》, 第2辑, 石家庄:河北教育出版社。

——, 1999:《惩罚与法治:中国刑事实践的法社会学分析(1076—1982)》, 北京大学法学院博士学位论文。

——, 1998:“‘法律不入之地’的民事调解:一起民事调解案的再分析”,《比较法研究》, 第3期。

——, 1997:“‘法律’是如何实践的——一起民事调解案的分析”载王铭铭、王斯福(编):《乡村社会的公正、秩序与权威》, 北京:中国政法大学出版社。

——, 1996:“法律移植、公共领域与合法性——国家转型中的法律(1840—1949)”北京大学硕士研究生毕业论文。

Johnson Elmer, 1982, “Mediation in People’s Republic of China”, in *Comparative Criminology*, Barak-Glantz & Johnson (eds.)

Leslie Charles M., Robert Redfield, *International Encyclopedia of the Social Science*, Vol. 13, pp. 350—353.

李猛, 1996:“日常生活的权力技术——迈向关系/事件的社会学分析”, 北京大学硕士研究生论文。

——, 1999:“论抽象社会”,《社会学研究》, 1999。

Li Victor, 1979, *Law without Lawyer: A Comparative View of Law in China and the United States*.

梁治平、齐海滨等, 1988:《新波斯人信札:变化中的法观念》, 贵阳:贵州人民出版社, 1988年, 页146—156。

梁治平, 1994:《法律的文化解释》, 北京:三联书店。

——, 1997a:《寻求自然秩序的和谐——中国古代法律文化研究》, 北京:中国政法大学出版社。

——, 1997b:“乡村社会中的法律与秩序”, 载王铭铭、王斯福(编):《乡村社会的公正、秩序与权威》, 北京:中国政法大学出版社。

林毓生, 1992:《中国传统的创造性转化》, 北京:三联书店。

Lubman B. Stanley, 1967, “Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China”, *California Law Review*, Vol. 55, No. 5, 1967, p. 1278.

——, 1997, *Dispute Resolution in China after Deng Xiaoping: “Mao and*

Mediation" Revisited, *Columbia Journal of Asian Law*.

——, 1999, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Standford University Press.

诺纳特(Nonet), 塞尔兹尼克, 1994:《转变社会中的法律与社会》, 张志铭译, 北京:中国政法大学出版社。

Palmer Michael, 1989, "The Revival of Mediation in the People's Republic of China: (2) Judicial Mediation", in W. E. Bulter (ed.), *Yearbook on Socialist Legal System*, pp. 145—171.

棚濑孝雄, 1994:《纠纷的解决与审判制度》, 王亚新译, 北京:中国政法大学出版社。

Popkin Samuel, 1979, *The Rational Peasant: The Political Economy of Rural Society in Vietnam*, Berkeley: University of California Press, pp. 244—245.

Ren Jiangxin, 1977, "Mediation, Conciliation, Arbitration and Litigation in the People's Republic of China", in Tahirih V. Lee (ed.), *Contract, Guanxi, and Dispute Resolution in China*, Garland Publishing, Inc..

山东省潍坊市中级人民法院研究室, 1994:“审判领域的特色服务——人民法院拓宽服务领域的理论与实践”(上),《人民司法》, 1994 年, 第 11 期页 34—37。

陕西省档案馆、陕西省社科院(合编), 1988a:《陕甘宁边区政府文件选编》, 第六辑, 北京:档案出版社。

——(合编), 1988b:《陕甘宁边区政府文件选编》, 第七辑, 北京:档案出版社。

史敬棠等(编), 1957:《中国农业合作化运动史料》(上), 北京:三联书店。

Schurmann Herbert Franz, 1968, *Ideology and Organization in Communist China*, Berkeley, University of California Press.

苏亦工, 1996:“当代美国的中国法研究”,《中外法学》, 第 5 期。

绥德县司法处, 1945:“绥德县司法工作总结材料”, 陕西省榆林地区中级人民法院档案, 卷 45—1。

唐德华, 1999:《民商审判——唐德华文集》, 长春:吉林人民出版社。

Tilly Charles (ed.), 1975, *The Formation of national States in Western*

Europe, Princeton: Princeton University Press.

图依布纳(Tuebnet), 2000: “现代法的实质要素和反思要素”, 矫波译,《北大法律评论》, 第二卷, 第二辑。

托克维尔(Tocqueville), 1992:《旧制度与大革命》, 冯棠译, 北京:商务印书馆。

王亚新, 1999:《民事诉讼与发现真实——法社会学视角下的一个分析》,《清华法律评论》, 第一辑。

王院长, 1945:“边区推事审判员联席会议总结”(1945年12月29日报告), 横山县人民法院档案, 卷6。

沃勒斯坦(Wallerstein), 1998:《现代世界体系》, 尤来寅等译, 北京:高等教育出版社。

谢觉哉, 1996a:“关于调解和审判”, 王定国等(编):《谢觉哉论民主与法制》, 法律出版社。

——, 1996b:“民主政治的实际”, 王定国等(编):《谢觉哉论民主与法制》, 法律出版社。

——, 1996c:“在司法训练班的讲话”(摘要), 王定国等(编):《谢觉哉论民主与法制》, 法律出版社。

杨天竞, 1931:《乡村自治》, 大东书局, 民国二十年。

应星, 2000:“从‘讨个说法’到‘摆平理顺’——西南一个水库移民区的故事”, 中国社会科学院社会学研究所博士论文。

榆林地区审判志编纂办公室, 1997:《榆林地区审判志》(第二稿), 第一册, 打印稿。

张希坡, 1983:《马锡五审判方式》, 法律出版社。

赵晓力, 1997:“关系—事件、行政策略和法律的叙事”, 载王铭铭、王斯福(编):《乡村社会的公正、秩序与权威》, 北京:中国政法大学出版社。

——, 1998:“评邓正来《自由与秩序》”, 打印稿。

——, 1999:《通过法律的治理:中国基层法院研究》, 北京大学法学院博士学位论文。

邹谠, 1994:《二十世纪中国政治:从宏观历史与微观行动角度看》, 香港:牛津大学出版社。