



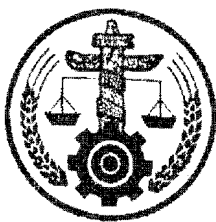
基层法院司法理念的 多维构建

主编◎靳学军



JI CENG FA YUAN SI FA LI NIAN DE
DUO WEI GOU JIAN

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



基层法院司法理念的 多维构建

主编◎靳学军

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

基层法院司法理念的多维构建/靳学军主编.

—北京: 中国法制出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4282 - 4

I. ①基… II. ①靳… III. ①法院 - 司法制度 - 研究
- 中国 IV. ①D926. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 313064 号

策划编辑 马颖

责任编辑 马颖

封面设计 李宁

基层法院司法理念的多维构建

JICENG FAYUAN SIFA LINIANDE DUOWEI GOUJIAN

主编/靳学军

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/ 19.25 字数/ 248 千

版次/2013 年 2 月第 1 版

2013 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4282 - 4

定价: 49.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

编委会主任：靳学军

编委会委员：安李超 任新民 卫一平

李洛云 安 辉

执行编辑：梅 宇 高立克



感受基层法官的勇气与智慧

吴志攀

前些时间，北京市门头沟区人民法院的同志打来电话，告知打算把近几年在法院系统学术讨论会中获奖的文章付梓出版，邀我为该书写点东西。

回想起来，与门头沟区法院结缘已经有30年了。1982年，大四上半学期，我与其他四位同学被派到门头沟区法院毕业实习，因为往返法院与学校路程较远，我们就被安排吃住在院里。

当时的门头沟区法院，有一个大院子，里面是一排一排的红砖平房，法官办案、院长办公室、会议室、宿舍和食堂等，都在这些平房里面。那时只有一两辆绿色的军用吉普车，有重大任务才使用。日常法官们办案，都是骑“大28”的自行车。给我印象最深的事就是，带我们的法官第一天上班，对我们严肃地说：“学生们，记住了，咱们到外面办案，不能喝当事人的水，不能抽当事人的烟，更不能吃当事人的饭。只有我们这样，才能做到公平执法。”我们都点头，记在心里了。当时是夏天，法官们骑着自行车在全区跑，在当事人单位不喝一口水。回来的路上，在路边有自来水时，就喝自来水解渴。我后来当了老师，在课堂上跟学生讲这些事情，同学们都不敢相信，当时北京郊区，远在门头沟区的法院，法官纪律，就是这样严明的。

每天，我跟着民事法官下乡上山进矿驻村办案，法官找当事人谈话，我的工作作记录。回来在法官指导下，整理案卷，装订案卷。在一个月的时间里，我跟着法官记录了29个完整的案子。

在法官的指导下，我接触到社会的基础情况，学到了不少书本上看不到的东西，这些是真正的“活的法律”。这对我以后留校教学与科研帮助很大。我记得当时，法院里的领导和带我的法官都非常注重做基础调查工作，都认为没有调查就没有发言权。调查的基础性东西，是一手资料，是我们进行学术研究最好的实证材料。

今天当我看到电子版的这本由门头沟法院法官撰写的论文时，我感到非

常激动，让我回想起当时在那里实习的日日夜夜。虽然时间已经过去30多年了，但是，这么多年来，门头沟区法院把重视调查研究的传统保留了下来，不管是院领导还是普通干警都把调研作为一项重要工作，通过它选拔培养了人才，利用调研成果解决了不少难题。记得在10年前，大概是2001年底，他们就出版了一本论文集。读过之后，感受颇深。今年12月中，我又收到法官们撰写的新的论文集电子版。内容不仅全面，涵盖刑事、民事、行政等各类典型案件，而且，研究的案件不限于本院，还包括全国广为关注的知名案件。对于这些全国性的带有里程碑式的案件进行分析，需要站在全国的高度，还需要有深厚的理论素养。对于门头沟法院的法官们来说，是完全胜任的。因为，全院具有硕士研究生学历的法官占了相当大的比例，并且，在过去10年内，高学历的法官数量是逐步上升的。我阅读了几篇论文，可以感到一个明显特点，这是在10多年前，不曾有过的感受，即，现在法官的话语与法学教授的话语的深刻程度已经同质化了。这一特点，我过去只在美国法院和法学院的话语体系比较中发现，现在，在我国也成为现实。这说明了一个双向的进步：法院话语体系的理论化，与法学院话语体系的实践化的成功互动。而且，我感到法官们的论文，更具有可读性、说理性和应用价值。我在阅读中还体会到，在法学院工作的教师和读书的学生们，如果能多读法官的论文，对于理解和研究法律问题，比教科书或许更有帮助。因为，法官作者是案件的亲历者，他们的感受和体验，更为直接，更为真实。法官们的辛苦与勤奋，在繁忙的办案之余，还能如此笔耕不辍，使我感动，让我更加钦佩法官们探求真理的不倦探索道义的精神。

阅读法官们的论文，除了享受之外，我还获得一个感受，这就是，法官作为立法与执法过程中的角色，是真正让法律成为法律的关键人。举个不太恰当的例子，立法好像是写菜谱，法官是厨师。只有菜谱，难以做出可口的饭菜，也许都做不出来可以入口的饭菜。只有经过厨师的烹调，加入了厨艺，才由生冷的材料，变为色香味齐全的熟食。这个过程，说来可能容易，但是，要真的做好，并非一日之功。如果我们参与过立法，也参与过法院办案的话，我们会感受到，后者更为艰巨，工作难度应该是前者的数倍。

我为什么这样说呢？因为，我对两者都有过粗浅的体验。例如，处理婚姻案件，《婚姻法》条文比较简单明晰。好像看法条就足够将问题说明白了。但是，对于涉嫌“婚姻诈骗”案件来说，一方以离婚获取对方的财产，这种情况之复杂，我们如果只背诵法条，就只能束之高阁了。法官的办案经验就

在这里，法官的价值也就在这里显现出来了。此时，法条好像只是要“过河”，而法条本身并不提供“桥和船”，更不提供“水文资料”，而此时的法官，就是完成“过河”任务，包括各种硬件和软件的全部措施、手段、经验和本领。

当前，我们国家正处于深刻的社会变革与转型时期，在建设法治国家的道路上，还有许多困难、弯路，甚至陷阱。其中，也包括来自左的和右的，国内的，国外的不同看法。有些是值得听取的，有些是误导，有些是不知所云。面对复杂多变的国际国内局势，法院工作就会面临许多选择困难，甚至，法院“被当作”行政部门的附属部门，作为经济和行政政策“失误”时的补偿工具。如城市征地拆迁过程中，暴露出来的许多政策问题，法院被推到前台，要法官来解决政策失误造成的所有问题。这样做的后果，可想而知。

另外，今天的信息社会和媒体发达程度，是30年前无法想象的。今天法院办案的舆论环境与30多年前的舆论环境，也大为不同了。媒体不能在法院宣判之前，就进行道德裁判，这种情况在任何国家都是不允许的。如果我们的社会允许这种情况存在，当事人一方就会利用媒体的炒作，来争取社会舆论的同情，达到“未判先决”的不公正的目的。这种做法在任何国家都是有悖于司法独立和法官独立审判原则的。在法治国家和法治社会里，法律至高无上，法官独立审判至高无上。媒体需要尊重法律的权威，大众才会服从法律的权威。我国当前建设法治国家和法治社会中首先要解决的难题之一，即是树立法律和法官至高无上的，全民信赖的权威。而法官研究成果的公开发表，让全社会公众看到这些成果，就像自然科学领域，将科研成果公布于众，就像科学家获得国际科学大奖那样，才能使社会大众对科学家产生尊重，道理是一样的。

我过去认为，现在依然这样认为，法律规则需要实践者付之以行动。立法于纸上，需要法官行之于心上。在整个法律体系来说，司法实践是灵魂，其他部分只不过是肢体。这一点，我在法学院工作深有感受。学术思辨有时表现出合理的逻辑，但逻辑并非法律。学术研究人员有时只需要数据和文献，无需行动，但，数据有时像“游戏”，文献有时也不可靠。用历史学家的话来说，所有历史都是当代史。这就是为什么，我如此看重第一手资料，如此敬重亲历亲为在第一线工作的实践者。

当年，我服从导师之命和受北大法学院之恩，博士毕业时留在母校任教，没有到法院工作。（当时，门头沟法院的晁院长确实想留我在法院工作的，我

一直非常感激这位老院长。)直到今日,我还在学校上课,我经常在内心里感叹,自己不是一个真正的法律实践者,没有对真实法律问题的发言权,有的只是事后评论而已。我也经常在心里告诫自己,“能者做,不能者教”。虽然教书人中不乏能人,但我是那个不能的。我这辈子没有更多时间了,再过几年,也要退休了。所以,我只能将希望寄托在学生身上。我希望将来的毕业生,即便在学校教书,也要“心明眼亮”。即心里明白真实、鲜活的法律在生活之中。眼睛要看得见,即真的研究、真学问,也要通过实践才能完成。学者需要向实践者学习,就像毛主席老人家说过的那句:“高贵者最愚蠢,卑贱者最聪明”。我斗胆,将老人家的话,略微改一下:“脱离实践者最愚蠢,实践者最聪明。”

我看到门头沟区法院法官在论文中,表现出来的理论智慧和批判精神,看到他们在困难面前,依然独立研究的学术态度,欣赏他们能够把理论思维,转为实际行动,努力构建法律理论与法律实践的互动关系。门头沟法院法官们的这些举动,都是非常难得可贵的精神。

车尔尼雪夫斯基说,“法律就是生活”。黑格尔说,法官的活动是法律纠纷的“终点的起点”,法官对法律的续造会延续、补充和改变中国的法治进程。这本论文集集中的文章,所反映出法官们在传统与经验、规则与价值面前的认真态度,抱定对中国文化传统真挚的感情,和对世界其他优秀文化吸收学习的心态,并在此基础上进行思考和探索,成果可嘉。

在我国社会深层结构与复杂条件面前,门头沟法院的法官们借鉴前人的经验,关注制度与伦理的互动,从情理法三者结合思考问题,按法律规则独立办案,努力取得解决纠纷,维护社会和谐。我认为,只有案件的判决,让当事人个人感到公平时,我们的法律才会深入人心,司法公正,才能赢得社会公信,我们的法官才能成为公民敬重的人。

比较30年前,现在法院的物质条件,改善的程度,可谓天翻地覆。法官的理论素质和学历,更可谓今非昔比。但是,当时门头沟法院那些普通法官给我留下的深刻而美好的印象,今天依然崇高而伟大。正是因为当年打下的好基础,留下的好传统,今天的法官才能得到更进一步的发展。当年门头沟法院法官“不喝当事人一口水”的纪律,以及这种个人自律的“有底线精神”,正是今天法官职业“荣辱观”培养过程中的好教材、好范例。今天的社会,比过去30年前复杂多了,人际关系也比那时复杂多了,但是,越是在复杂的社会环境中,越是要培养法官的风清气正、公正司法的情操。法官精神

不是天上掉下来的，也不是开几次会就能树立起来的，而是长年逐渐积累起来的。积累的时间越长，基础越深厚，人民法院的司法公信力的权威性，就越是得以树立，能够持久。同时，对于法院来说，注重人文关怀，为法官人格赢得社会最大程度的认同积极付诸行动。此外，门头沟法院还在文化塑造、职业保障、思想建设、法官选任等方面做了一定的研究和尝试。这些工作，对于法官的全面培养，特别是法官秉公执法精神的培养，都是必不可少的。

靳学军院长告诉我，法院的调查研究工作也取得了不错的成绩，2003年以来的10年，他们利用法院系统论文研讨会这个平台，在全国获得了36个一、二、三等奖及优秀奖，五次获得全国法院组织工作先进奖，2003年被授予唯一一个“全国组织工作特别奖”，2008年获评“1989-2008年全国法院系统学术研讨先进单位”，同时，在北京市法院也连续17次荣获组织工作先进奖。这是一个令人羡慕的成绩。他们从中筛选出2008年以来24篇较具代表性的论文，编辑了《基层法院司法理念的多维构建》一书，这既是该院多年审判、队建等工作实践的经验总结，也凝结着该院法官们不断求索的理论研究成果，我相信读者朋友会从中得到启发。

“法施于人，虽小必慎”。当前，首都法院、尤其是基层法院的审判工作日益繁重，新类型、疑难复杂案件也层出不穷，这都考验着法院、法官的智慧和勇气。我衷心期望广大基层法官带着对公正司法的热爱与责任，去工作、去学习、去研究。2012年是门头沟区法院建院60周年，在此，我祝愿门头沟区法院在应用法学研究的沃土上不断耕耘，创造出更多、更好的研究成果；也希望该院法官们能够执守于法律精神，追源于法治信念，执着于司法实践，去探寻、去实现美好的职业梦想！

在我国逐步完善法治国家和法治社会的进程中，学习鲜活的法律最好的地方，不是立法机关，不是法学院，而是基层人民法院。因此，在我心目中，门头沟法院永远是我终生学习活的法律和法官精神的家园。

是为序。

吴志攀

2012年12月30日

|| 目 录

第一部分 规范司法：规范与逻辑

反思与重塑：强制证人出庭制度之构建

——以证人拒绝出庭作证的现状为视角

熊寿伟/ 3

未成年人与成年人共同犯罪分案审理制度的程序规制

——兼论公正与效率的价值平衡

赵学军/ 16

非诉行政执行和解制度探微

——一种功能分析的视角

吕彤儒/ 24

民政部门“代诉”现象的反思与法律应对

——兼论我国原告资格制度的瓶颈与突破

吉 萌/ 36

门里门外的徘徊：证据失权制度省思与完善

马逸群/ 49

对确立我国客观预备合并之诉的思考

——以纠纷的一次性解决为目标

梅 宇/ 61

第二部分 能动司法：固本与创新

从“单线执行”到“双线参与”：执行公信力程序化的构建

——基于程序理念、功能的考量与应用

卫一平 高 旭/ 77

审判权、行政权与村民自治之冲突与协调

——以涉农土地承包纠纷为切入点

梅 宇/ 91

矛盾中的平衡：论能动司法在行政诉讼中的具体应用

——以欠缺行为能力人的婚姻登记案件为实例

郝 莉/ 103

试论法官在诉讼竞技中的平衡作用	安 辉/ 113
试论法院在监督中的能动司法机制构建	
——以接受人大监督的能动作用为视角	裴凌晨/ 125
冲突与制衡：民事诉讼中当事人“隐性诉求”的应对	
——基于审判权与诉权的实证分析	章晓卉/ 138

第三部分 和谐司法：本土与多元

民间规则在司法实践中的甄别、采纳与应用	徐康平 高立克/ 153
司法裁判吸纳民意机制之构建	毕芳芳/ 163
论被告人品格证据在刑事审判中的适用	彭 璐/ 175
法院对公众舆论建构之能动作用探究	韩继先/ 188
转型社会与司法伦理的构建	
——以女性法官司法伦理与乡土社会纠纷解决需求之契合为研究视角	
	毕芳芳 张永健/ 201

第四部分 人本司法：内生与人文

胜任素质理论视阈下基层法院初任法官选任制度的评析与完善	
——以宋鱼水、陈燕萍先进事迹为视角	李洛云/ 215
困境与途径：对基层法院青年法官司法能力的分析与研究	
——从一个社会文本开始解读	李洛云/ 227
当代中国法官多重角色期待的冲突与调适	
——兼论司法中心型法官职业角色的重塑	胡 羽/ 238
现代性语境下法院思想政治教育面临的困境与破解之策	杨立娟/ 249
在探索中前行：我国法官职业保障机制的实证研究与完善路径	谢耀宗/ 263
改革中的法官绩效考评指标体系	
——以任务绩效与周边绩效二维层次化体系为导向	姜巍巍/ 274
回归与重塑：当代中国法院精神文化建设	
——基于 SWOT 分析法	陈 颖/ 288

第一部分

规范司法：规则与逻辑

反思与重塑：强制证人出庭制度之构建

——以证人拒绝出庭作证的现状为视角

熊寿伟*

【论文提要】针对我国证人普遍拒绝出庭的现象，修正后刑事诉讼法确立了强制证人出庭制度。作为一名司法实务工作者，笔者认为强制证人出庭制度的确立对查明案件真相、维护被告人质证权、促进刑事审判的科学化合理化、建设公平正义和谐社会具有重要意义。本文期望通过实证调查和分析研究，为强制证人出庭制度在司法实践中的贯彻落实及后续出台的司法解释和相关规定，提供有益的数据材料和措施建议。

没有保障的权利是“裸体”的权利，没有强制的义务是“死亡”的义务。^① 缺失了强制到庭的证人作证制度，犹如失落了宝剑的正义女神一样软弱可欺。长期以来，由证人自己决定是否出庭，直接导致了证人出庭率低的现状，为确保证人出庭，修正后刑事诉讼法既注重从正面加强鼓励和保障措施，更注重从反面强化法律规范——确立了强制证人到庭制度，这将对查明案件真相、维护被告人质证权、促进刑事审判的科学化合理化、建设公平正义和谐社会产生重要积极影响。

* 熊寿伟，门头沟区人民法院书记员。

① 王德新：《强制证人出庭作证的法理研究》，载《中国石油大学学报（社会科学版）》2006年第3期，第56页。

一、问题切入：证人出庭现状与法律认知

（一）证人出庭现状：出庭案件比例低、出庭证人数量少

据调查数据^①统计，北京市某区检察院2010年与2011年共起诉刑事案件312件，其中证人出庭案件19件，占起诉案件总数的6.1%。某区法院2010年与2011年共审理刑事案件382件，证人出庭案件35件，占审理案件数的9.2%；涉及证人^②2109人，法院通知190名证人到庭，出庭证人43人，占通知出庭证人数的22.6%。拒绝出庭的证人^③为147人，占通知出庭证人数的77.3%。由此可见，实践中证人出庭的案件和出庭证人的数量和比例都比较低。

证人不出庭，被告人、辩护人即使对书面证言有意见，也难以与证人对面对质，不利于法庭查明事实，可能导致冤假错案的发生，危害实体公正与程序正义。而且，被告方由于未充分行使辩护权，一旦案件裁判结果对被告人不利，被告方很可能通过上诉、申诉、上访等途径维护自己的程序权利。这不仅不利于案件的妥善处理，而且还造成了司法资源的浪费。

（二）证人、法官对强制到庭制度的认知

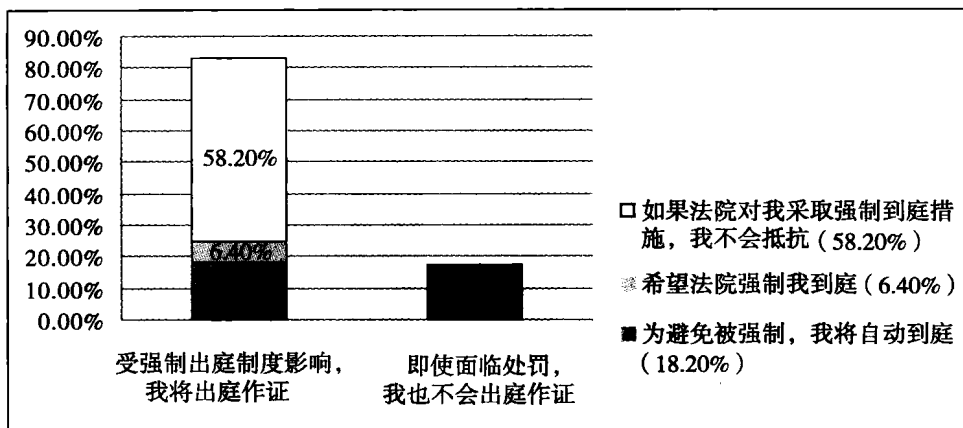
强制证人出庭制度的确立对现实问题的解决在多大程度上有积极作用呢？证人和刑事法官又是如何认知强制证人出庭制度呢？笔者针对证人与法官两类主体进行了调查研究。

1. 强制到庭制度对证人的积极心理干预

① 为使本文的分析更加科学、更加贴合审判实际，笔者针对证人拒绝出庭的司法现状进行了一系列调研。本次调研对本市5家司法机关（包括一个中级法院、两个基层法院、一个市检察院、一个区检察院）、62名刑事法官发放了108分书面调查问卷（回收76份），共向48名证人进行了书面调查问卷或口头谈话。

② 本次调研将证人的资格界定为：“在案卷中可以查阅到的、知道案件情况的人”。

③ 本次调研将“拒绝出庭证人”界定为接到法院出庭通知后仍未出庭的证人；与之相区别的是，“未出庭证人”界定为法院未通知到庭的证人与接到法院出庭通知后仍未出庭的证人之和。

图一：证人对强制出庭制度的认知^①

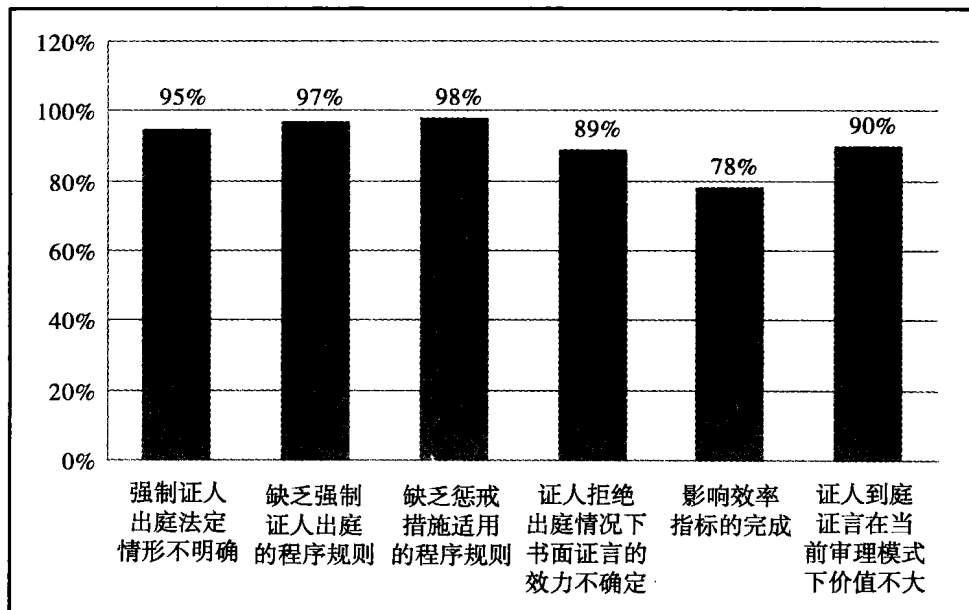
本次调查中发现，共计有 83.3% 的原拒绝出庭证人，受强制到庭措施的影响，转而选择出庭；只有 16.7% 的拒绝出庭证人不受强制证人到庭制度的影响，仍然选择拒绝出庭。由此可见，相较于强制证人到庭制度确立前的 22.6%^② 的比率，强制证人出庭制度确将在很大程度上从心理上积极干预证人的选择，推进证人出庭现状的改观。

2. 刑事法官认为适用强制到庭制度存在困难

修正后刑事诉讼法第 187 条、188 条的规定明确了法院在强制证人到庭方面的决定权、规定了强制到庭证人的范围和例外情况、法院可采取的训诫和拘留的处罚措施以及证人的救济方式。但是大部分参与调研的法官认为立法仍存在有待完善的地方，比如“必须出庭证人的范围不明确”、“强制证人出庭程序缺失”、“强制证人出庭和适用惩戒措施的程序规则规定模糊”等问题（具体参见图二）。

^① 参与“证人对强制证人出庭法律制度认知”项目调研的证人皆为接到出庭通知的人。三家法院在本次调研期间，共通知 56 名证人到庭，笔者对其中 48 名证人进行了书面问卷或口头谈话。

^② 数据参见本文第一部分“证人拒证情况调查”。

图二：刑事法官认为适用强制出庭存在的困难^①

二、制度探因：立法不完善与司法实践之检讨

（一）强制到庭法律制度：立法的不完善 vs. 实践的迷茫

依据法经济学的“成本收益理论”分析，所有证人出庭作证的成本太大，任何一个国家的司法资源都不能承担对案件从“一无所知”到“无所不知”的全部资本。要利用有限的社会资源成本最大限度地发现事实真相，只能是推行关键证人出庭制度。实行关键证人制度，首先是对“关键证人”进行识别。修正后刑事诉讼法规定了“证人证言存在异议+对定罪量刑有重大影响+人们法院认为有必要”的递进标准。调研发现，由于刑诉法对何为“对案件定罪量刑有重大影响”、何为“人民法院有必要出庭”，没有明确规定，多数法官表示实践中很难对此准确把握。^②修正后刑诉法亦未对强制到庭程序进行规定，强制证人到庭的程序、方式、救济途径都是亟待明确的内容，这些内容的缺失将导致强制到庭制度流于书面。对于没有正

^① 本调研项目选项可多选。

^② 参见图二。