


多元司法

中国社会的纠纷解决方式及其变革

高其才
著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

多元司法

中国社会的纠纷解决方式及其变革

高其才 著

图书在版编目(CIP)数据

多元司法:中国社会的纠纷解决方式及其变革/高其才著. —北京:法律出版社,2009.3

(中国司法研究书系)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9240 - 6

I. 多… II. 高… III. 司法制度—研究—中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 014627 号

中国司法
研究书系

多元司法——中国社会的纠纷解
决方式及其变革

高其才 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.125 字数 365千

印次 2009年3月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939840

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9240 - 6

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

高其才 男，汉族，1964年9月出生，浙江省慈溪市人。清华大学法学院教授，法学博士。

1985年7月在重庆西南政法学院（现西南政法大学）获法学学士学位；1993年8月在武汉大学获法学硕士学位；2002年5月在中国政法大学获法学博士学位。

1985年7月至1997年11月，在武汉中南政法学院（现中南财经政法大学）法律系工作；1997年12月至今，在清华大学法律系、法学院任教。

主要从事法理学、法社会学的教学和研究工作。著有《法理学》、《中国习惯法论（修订版）》、《中国少数民族习惯法研究》、《瑶族习惯法》、《农民法律意识与农村法律发展》（合著）、《瑶族经济社会发展中的法律问题研究》（合著）、《民事习惯的司法运用》（主编之一）等。发表《习惯法研究的路径与反思》、《探寻秩序维持中的中国因素——我的习惯法研究的过程和体会》、《试论农村习惯法与国家制定法的关系》等论文。

主要学术兼职：中国法学会法理学研究会常务理事；中国法学会农业与农村法制研究会副会长；中国农业经济法研究会副会长。

以“本真淳以应变幻，由笃实而达空灵”自勉。



总 序

我的法社会学研究主要集中在对中国问题的关注上,中国习惯法与中国司法是两个主要的领域。中国习惯法方面我已经出版了《中国习惯法论》、《中国少数民族习惯法研究》、《瑶族习惯法》等著作,呈现在大家面前的这一“中国司法研究”书系则是我关于中国司法思考的主要成果。

司法是运用法解决个案纠纷,将法适用于具体案件的过程。司法既是使书本上的法落实转化为具体行动中的法律的过程,同时也是一个对法进行宣示,使民众形成具体的法认知的过程。司法所担负的功能除了将社会纠纷消解在法程序之中外,还负有适用法、发展法的社会职能,对公民权利的保障具有重要意义。司法是中国法治建设中的核心环节,法治的关键在于法律的实施和实现,司法使法有了真正的意义。

随着中国法治建设的深入和法学的发展,我认为,中国的法学研究面临转向,由面向立法的法学转为面向司法的法学,法律实施、法律适用、法律效力、法律实效等日益成为法学研究的重点。中国法学不

既要关注“有法可依”问题,更要探讨“有法必依”问题,研究如何使“纸面上的法”成为“行动中的法”,真正在社会生活中发挥法律的作用。司法的地位由此凸显出来。法学研究应当适应这一变化,探讨这一变化。

本着这样的思路,我对中国司法产生了浓厚的兴趣,并进行了较长时间的关注和思考。在探讨中国司法过程中,我主要有以下基本认识:

1. 通过微观认识宏观。微观研究强调对个体和小群体的考察,关注个体的自由和活力,人们总是处在创造、改变他们的生活世界的过程中。微观研究固然存在结论的普适性、理论一般性等问题,但是微观研究范围较小、对象明确,具有较强的应用性、灵活性和单一性,微观研究有助于摆脱既有的规范信念。个体是整体的一部分,通过具体的个案样本分析中国司法的一般规律,发现中国司法的整体状况,探讨中国司法的结构,能够避免宏大研究的抽象、空泛,具有直观性、丰富性和说服力。

2. 通过实证把握制度。中国司法研究可以采用规范研究、历史研究、比较研究、哲理研究等方法,但是采用实证研究方法更有其特殊意义。要了解中国社会的司法的状况,仅仅局限于法律条文远远不够,不能仅仅停留于制度、规范的静态研究阶段,必须掌握第一手资料,进一步对其在社会生活中的存在形式与状况,即事实问题、实效性等问题作动态的考察、实证的分析。规范的价值判断应该以实证分析为基础,实证为理论创新和制度变革提供契机,通过实证研究解释司法制度、认识中国司法发展中的问题,从而推进当代中国的司法改革和完善。

3. 通过历史观照现实。一切现实活动都是历史,从本质上来说,历史与现实是息息相关的。历史是过去的现实,现实是未来的历史。人类从事每个时段的司法实践,无不以已经具备的历史条件作基础,无不需借鉴有关的历史经验。当代中国司法是历史的产物,也是历史的一部分。研究中国司法形成和转变的历史,就在于其与现实有着复杂的关联,可以为现实提供资鉴。通过历史能够更清晰地观照当代中国司法的现实。同时,在古今关联中继承中国优秀司法传统,汲取精神营养,总结出某些规律性的认识。

4. 通过社会理解司法。认识司法不能离开中国社会,司法是社会的产物,社会发展决定中国司法的性质和特点,社会结构、社会环境制约中国司法的功能和作用。因此,应当探寻司法中的中国社会、中国文化特质,通过社会认识司法。同时,也要通过中国司法理解中国社会、认识中国社会。司法解决社会纠纷、恢复社会秩序、实现社会正义,其在当代中国社会控制中具有越来越重要的地位。

“中国司法研究”书系就是上述认识的初步体现。我和合作者们经过几年的努力,对中国司法的观念与制度、规范与运作进行了较为全面的田野调查和理论思考,希望认识中国司法更客观的事实,把握中国司法更内在的联系。

《基层司法——社会转型时期的三十二个先进人民法庭实证研究》根据2004年“中国十佳人民法庭”评选活动中各地人民法庭的事迹介绍材料,从法庭概况、外部关系、法庭人员、法庭运行等方面对全国32个先进人民法庭进行了实证研究,从面上对我国的人民法庭进行了全面研究。人民法庭主要设立在农村基层,对农村纠纷的解决、法律在农村的实施、农民的权利保障具有重要意义。《基层司法——社会转型时期的三十二个先进人民法庭实证研究》对我们认识中国司法与处于转型时期中国社会的关系有新的启发。

《乡土司法——社会变迁中的杨村人民法庭实证分析》是一部以田野调查方法全面描述和分析我国人民法庭个案的著作。我们以参与式观察获得的材料为基础,从内在视角对北方某省的杨村人民法庭进行了法庭的组织分析、法官的角色分析和法庭案件审理过程的制度运行分析,以一个个案的形式探讨了人民法庭的内部结构、外部关系、自身运行、整体特点。《乡土司法——社会变迁中的杨村人民法庭实证分析》细致展示了杨村人民法庭的全貌,有助于我们思考社会变迁对基层司法的影响以及人民法庭、司法本身在社会变迁中的功用。

《政治司法——1949~1961年的华县人民法院》以1949~1961年北方某省华县人民法院为样本,利用该时期诉讼档案、文书档案及其他资

料,结合对老法官的访谈等,考察了审判机关、司法人员、审判工作等基层司法运作因素和状况,表明司法为国家实现社会控制的手段之一。这一时期特殊的政治、经济、社会形势,以及以阶级性为核心的法的特征,司法所扮演的阶级统治工具(尤其是专政工具)角色及其承担的强政治使命决定了,政治性乃是此一时期司法的核心属性,影响深远。《政治司法——1949~1961年的华县人民法院》对我们理解当代中国司法制度的确立、完善当代中国司法制度提供了有益的观照。

《伦理司法——中国古代司法的观念与制度》从观念与制度两方面对中国古代社会最主要的人判形式——国家审判进行了系统的探讨。严格执法、经义决狱、屈法伸情等中国古代审判观念明显受到中国社会固有伦理观念的影响;中国古代的国家审判制度的审判机构、审判官吏、审判管辖、证据制度、普通审判程序、复审与死刑复核制度、判决的执行等也以伦理思想为指导而形成和发展。《伦理司法——中国古代司法的观念与制度》对我们把握中国古代审判的具体内涵进而从更广阔角度认识当代中国司法有一定意义。

《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》从社会事实出发,对中国古代汉族的神判进行了探讨;对中国古代汉族人判形式之一的社会审判形式如宗族审判、村落审判、行会审判、秘密社会审判等进行了全面的讨论;分析了少数民族的纠纷解决方式;讨论了近代中国的司法改革思想、领事裁判权与近代中国法制变革;对中国律师执业中的关系因素、法官法律适用中的关系因素进行了具体分析,并总结了当代中国法律适用的平衡性问题。《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》对我们完整地了解中国社会的多元解纷机制及其发展、认识中国司法中的文化因素提供了新的视角。

这五本书构成的“中国司法研究”书系,呈现了这样一些特点:

第一,大司法。这五本书视野开阔,对国家、社会的各种解决社会冲突的方式进行了探讨,以发现不同形式的“司法”;“神判”、“人判”、“社会审判”、“国家审判”全景式地展示了中国司法,民间性解纷机制与以国家

暴力强制为后盾的官方行为同在研究范围之内,体现了我们尊重事实、尊重生活和开放、包容的学术姿态。

第二,真司法。这五本书立意鲜明,描述了人民法庭、基层人民法院的真实运作状况,分析了影响当代中国司法的关系等社会因素,旨在寻求中国司法的实际面目,探究中国司法的“活水之源”,揭示中国司法的内在联系。这五本书是我们求真问题、寻真现象、思真答案的体现,求真务实是我们的学术追求。

第三,中国司法。这五本书主题明确,集中讨论了中国司法。“乡土司法”、“政治司法”、“伦理司法”、“多元司法”反映了中国司法的特质,揭示了中国司法的多样性和复杂性。我们致力于中国司法与中国社会关系的探讨,为中国司法的发展和完善进行基础性的建构,表现了我们对于生于斯、长于斯的这块土地、这个社会的一种学术责任和情怀。

我认为当代中国司法是中国社会政治、经济、文化发展的产物,有其自身的内在规律和基本价值,具有明显的中国特点。基层司法为中国司法的典型形态,代表了中国司法的具体实貌,体现了中国司法的基本特征,反映了中国司法的主要内涵。由于中国社会变迁的阶段和特点所限,中国司法生长于乡村社会并扩展至城市社区,总体上具有乡土司法的特质。当代中国司法是中国古代司法的延续和发展,仍然受到伦理观念、伦理思想的深刻影响,承继了中国古代伦理司法的核心理念。中国司法反映出浓厚的政治色彩,全面表现了政治司法的功能和特性。

在我看来,中国司法在司法理念、司法目的、司法功能、司法体制、司法技术、司法效果等方面具有明显的中国特色。中国司法重视当事人的诉求,强调当事人之间的合意,突出协商性正义的追求。中国司法承担着重要的社会功能,在维护社会秩序、实现社会和谐方面具有积极作用。中国法官是社会的普通一员,本身即为民众的组成部分之一,而不是法律贵族和职业精英;他们积极参与社会生活,充分运用社会经验解决纠纷。中国法官的管理制度、考核制度、奖惩制度、福利制度亦独具特点。

中国司法适应中国社会需要、解决具体中国问题,然而当代的中国问

题具有世界背景,因而我们应当具有国际视野,需要思考与外国司法的沟通,注重外国人的理解和接受,注意在全球交流中的一致与共识,为解决全球问题贡献中国司法的力量,为外国司法、人类司法提供中国经验、中国智慧。中国司法需要重视制度的竞争力,在现代社会的实践中加强中国司法制度的传播和推广。

在中国司法的调查和研究中,我们秉持尊重和理解立场,将纠纷解决、司法审判视为中国人生活方式的组成部分,追求认识社会控制和社会秩序的内在规律,重视民众和法官的自我创造,避免以有限的知识评判具体的中国司法制度和实际的中国司法运作,防止学术研究中的过于自信现象,提醒自己作为知识分子的使命和局限性。

我希望我们的调查和研究能够促进知识增量,“中国司法研究”书系能够增进对中国社会司法、审判的了解和理解。在我看来,学术的发展以知识增量为基础,一项研究如果在知识上没有提供新的内容就属重复劳动,就缺乏学术意义和创新价值。学术研究应当解决一定的问题,作出一定的贡献,成为以后相关研究的基础和前提。

在“中国司法研究”书系中,我们提出了一些核心性的概念,进行了理论方面的初步思考,但这离全面的理论创新和系统的理论建构还有相当大的距离。我们需要持续的努力和长期的积累。可以自豪的是,我们在不断前行。

当然,我们的努力是初步的,我们对中国司法的探讨并不系统,认识也可能是片面的,需要进行进一步的更为宏观和深入的思考。不过,从另外角度考虑,或许有局限才真正有价值。

高其才 谨识

二〇〇八年十二月六日

目 录

导言 / 1

上 卷

第一章 中国古代汉族的神判 / 13

一、神判 / 15

二、天谴 / 17

三、冥助 / 24

四、结语 / 30

第二章 中国古代汉族的社会审判 / 34

一、中国古代汉族的宗族审判 / 34

（一）宗族的审理机构 / 36

（二）宗族的审理程序 / 42

（三）宗族的处罚方式 / 44

二、中国古代汉族的村落审判 / 52

(一)村落的审理机构与人员 / 52

(二)村落的处理程序与惩罚方式 / 58

三、中国古代汉族的行会审判 / 64

(一)行会的审理机构 / 65

(二)行会的处罚方式 / 67

四、中国古代汉族的秘密社会审判 / 79

(一)秘密社会的审理机构 / 80

(二)秘密社会的处罚规则 / 81

第三章 中国古代少数民族的纠纷解决方式 / 91

一、概述 / 91

(一)少数民族 / 91

(二)少数民族的纠纷解决方式 / 94

二、调解处理审理 / 97

(一)调解处理审理的原则 / 97

(二)调解处理审理的机构和人员 / 101

(三)调解处理审理的程序 / 107

(四)调解处理审理的效力 / 121

三、神判 / 131

(一)神判的条件 / 133

(二)神判的种类 / 136

(三)神判的结果 / 150

四、械斗 / 155

五、结语 / 161

中 卷

第四章 近代中国的司法改革思想 / 167

一、近代中国司法改革的必要性 / 167

(一) 刑狱的黑暗、腐败与司法改革 / 168

(二) 收回领事裁判权与司法改革 / 171

二、通过司法改革确立中国的司法独立制度 / 173

三、近代中国司法改革的具体建议 / 175

(一) 司法官吏制度改革思想 / 175

(二) 诉讼制度改革思想 / 176

(三) 审判制度改革思想 / 177

(四) 刑罚执行和狱政改革思想 / 178

四、近代中国的司法改革思想评述 / 179

第五章 领事裁判权与近代中国法制变革 / 182

一、领事裁判权的确立 / 182

二、收回法权直接促使近代中国法制变革 / 191

(一) 修订法律 / 195

(二) 司法改革 / 197

(三) 仿行宪政 / 200

三、近代中国法制变革后收回法权历程 / 204

(一) 巴黎和会、华盛顿会议上提出取消领事裁判权 / 205

(二) 法权调查委员会建议改良在华领事裁判权制度 / 210

(三) 重订新约以取消领事裁判权 / 213

(四) 收回租界内的会审公廨 / 221

(五) 订立新约彻底废除领事裁判权 / 224

四、结语 / 232

第六章 庞德对 20 世纪中叶中国司法制度改革的建见 / 234

一、中国继受何种法系与司法改革 / 235

二、司法的组织形式 / 237

三、法律教育与司法改革 / 240

四、结语 / 244

下 卷

第七章 中国律师执业中的关系因素——社会资本理论视角的分析 / 247

一、引言 / 247

二、律师接案与关系 / 252

(一) 律师接案与关系 / 252

(二) 律师接案的关系类型 / 255

(三) 社会资本视角下的律师接案 / 256

三、律师办理案件与关系 / 261

(一) 律师办理案件与关系 / 261

(二) 关系在律师办理案件中的作用 / 262

(三) 社会资本视角下的律师办案 / 268

四、律师办理案件主要依靠法律与主要依靠关系 / 273

(一) 律师办理案件应主要依靠法律 / 273

(二) 律师应如何处理国家法律与关系两者的关系 / 274

(三) 社会资本视角下的法律与关系 / 276

五、结语 / 281

第八章 中国法官在审判中的关系因素——文化视角的实证分析 / 284

引言 / 284

- 一、中国法官的审判与关系 / 291
- 二、法官在审判中的具体关系因素 / 294
- 三、关系在法律适用中的作用 / 304
- 四、关系在法官审判中发生影响的原因 / 310
- 五、法律适用中的关系与国家法律 / 318
- 六、总结与思考 / 322

第九章 民事习惯法的司法运用探析 / 329

引言 / 329

- 一、民事习惯法司法运用的意义 / 330
- 二、民事习惯法司法运用的依据 / 333
- 三、民事习惯法司法运用的条件 / 335
- 四、民事习惯法司法运用的方式 / 337
- 五、民事习惯法司法运用的效力 / 339
- 结语 / 342

第十章 当代中国法律适用的平衡性问题 / 343

- 一、问题的提出 / 343
- 二、平衡与法律适用的平衡性 / 345
- 三、当代中国法律适用的平衡性 / 348
 - (一) 法律适用目标的平衡 / 349
 - (二) 法律适用内容的平衡 / 351
 - (三) 法律适用依据的平衡 / 354
 - (四) 法律适用角色的平衡 / 357
 - (五) 法律适用技术的平衡 / 359
 - (六) 法律适用权限的平衡 / 361
 - (七) 法律适用保障的平衡 / 365

四、法律适用的平衡性与当代中国的司法改革 / 368

附录一 我们时代的律师职业——武汉律师访谈综述 / 373

一、律师执业动机与社会使命 / 374

二、特邀律师与兼职律师 / 377

三、律师案源和收费 / 380

四、律师工作与职业道德 / 383

五、律师收入和福利 / 387

六、律师培训 / 389

七、律师管理 / 391

八、律师与法官 / 393

九、律师看司法体制 / 397

十、律师与当事人 / 399

十一、律师执业感受 / 401

十二、承诺制度及其他 / 403

(一) 承诺制 / 403

(二) 女律师 / 404

(三) 法律援助 / 405

(四) 律师标志 / 405

附录二 程序、法官与审判公正——上海等地法官访谈综述 / 406

一、程序与审判公正 / 407

(一) 公正、程序及其在诉讼中的作用 / 407

(二) 程序公正与实体公正 / 408

(三) 程序公正的“局限” / 410

(四) 程序公正的标准 / 411

(五) 审判实践现状及对策 / 411

- 二、司法独立及受非法干预 / 413
 - (一)司法独立与人大的监督 / 413
 - (二)司法独立与行政干预 / 413
 - (三)来自法院内部的干预 / 414
 - (四)法院独立和法官独立 / 415
 - (五)保障司法独立的先决条件 / 415

三、法院组织 / 416

- (一)法院内部结构与合议庭的职权 / 416
- (二)如何发挥合议庭的作用 / 417
- (三)上下级法院的关系 / 418

四、法官素质 / 418

- (一)法官素质现状与原因 / 418
- (二)法官素质的内容和提高 / 420

五、几点感想 / 423

- (一)感性与理性 / 423
- (二)实践与理论 / 424
- (三)学术研究与司法实践 / 425

主要参考文献 / 426

后记 / 432