

# 司法判决是

代志鹏 著

# 如何生产出来的

——基层法官角色的理想图景与现实选择

法



人民出版社

# 司法判决是

代志鹏 著

# 如何生产出来的

——基层法官角色的理想图景与现实选择



人 民 大 学 出 版 社

责任编辑:张 旭

装帧设计:徐 晖

### 图书在版编目(CIP)数据

司法判决是如何生产出来的——基层法官角色的理想图景与现实选择/

代志鹏 著. —北京:人民出版社,2011.

ISBN 978-7-01-009835-7

I. ①司… II. ①代… III. ①法官-司法制度-研究-中国 IV. ①D926.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 066987 号

### 司法判决是如何生产出来的

SIFA PANJUE SHI RUHE SHENGCHAN CHULAI DE

基层法官角色的理想图景与现实选择

代志鹏 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

三河市金泰源印装厂印刷 新华书店经销

2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:15.5

字数:215 千字

ISBN 978-7-01-009835-7 定价:34.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

# 云南民族大学学术文库委员会

学术顾问：郑杭生 孙汉董 汪宁生 马 戎 杨圣敏 李路路  
姚 洋 文日焕 陈振明 陈庆德 彭金辉

## 学术文库委员会

主 任：甄朝党 张英杰  
副 主 任：和少英 马丽娟 王德强 张桥贵 王四代  
成 员：安学斌 尤仁林 李若青 李 骞 张建国 高梦滔  
孙仲玲 谷 雨 赵静冬 陈 斌 刘劲荣 李世强  
杨光远 马 薇 杨柱元 高 飞 郭俊明 聂顺江  
普林林 高登荣 赵世林 鲁 刚 杨国才 张金鹏  
焦印亭

# 《云南民族大学学术文库》

## 总 序

云南民族大学党委书记、教授、博导 甄朝党

云南民族大学校长、教授、博导 张英杰

云南民族大学是一所培养包括汉族在内的各民族高级专门人才的综合性大学,是云南省省属重点大学,是国家民委和云南省人民政府共建的全国重点民族院校。学校始建于1951年8月,受到毛泽东、周恩来、邓小平、江泽民、胡锦涛等几代党和国家领导人的亲切关怀而创立和不断发展,被党和国家特别是云南省委、省政府以及全省各族人民寄予厚望。几代民族大学师生不负重托,励精图治,经过近60年的建设尤其是最近几年的创新发展,云南民族大学已经成为我国重要的民族高层次人才培养基地、民族问题研究基地、民族文化遗产基地和国家对外开放与交流的重要窗口,在国家高等教育体系中占有重要地位,并享有较高的国际声誉。

云南民族大学是一所学科门类较为齐全、办学层次较为丰富、办学形式多样、师资力量雄厚、学校规模较大、特色鲜明、优势突出的综合性大学。目前拥有1个联合培养博士点,50个一级、二级学科硕士学位点和专业硕士学位点,60个本科专业,涵盖哲学、经济学、法学、教育学、文学、历史学、理学、工学和管理学9大学科门类。学校1979年开始招收培养研究生,2003年被教育部批准与中国人民大学联合招收培养社会学博士研究生,2009年被确定为国家立项建设的新增

博士学位授予单位。国家级、省部级特色专业、重点学科、重点实验室、研究基地,国家级和省部级科研项目立项数、获奖数等衡量高校办学质量和水平的重要指标持续增长。民族学、社会学、经济学、管理学、民族语言文化、民族药资源化学、东南亚南亚语言文化等特色学科实力显著增强,在国内外的影响力不断扩大。学校科学合理的人才培养体系和科学研究体系得到较好形成和健全完善,特色得以不断彰显,优势得以不断突出,影响力得以不断扩大,地位与水平得以不断提升,学校改革、建设、发展不断取得重大突破,学科建设、师资队伍建设和校区建设、党的建设等工作不断取得标志性成就,通过人才培养、科学研究、服务社会、传承文明,为国家特别是西南边境民族地区发挥作用、做出贡献的力度越来越大。

云南民族大学高度重视科学研究,形成了深厚的学术积淀和优良的学术传统。长期以来,学校围绕经济社会发展和学科建设需要,大力开展科学研究,产出大量学术创新成果,提出一些原创性理论和观点,得到党委政府的肯定和学术界的好评。早在 20 世纪 50 年代,以著名民族学家马曜教授为代表的一批学者就从云南边疆民族地区实际出发,提出“直接过渡民族”理论,得到党和国家高层领导刘少奇、周恩来、李维汉等的充分肯定并采纳,直接转化为指导民族工作的方针政策,为顺利完成边疆民族地区社会主义改造、维护边疆民族地区团结稳定和持续发展发挥了重要作用,做出了突出贡献。汪宁生教授是我国解放后较早从事民族考古学研究并取得突出成就的专家,为民族考古学中国化做出重要贡献,他的研究成果被国内外学术界广泛引用。最近几年,我校专家主持完成的国家社会科学基金项目数量多,成果质量高,结项成果中有 3 项由全国哲学社会科学规划办公室刊发《成果要报》报送党和国家高层领导,发挥了资政作用。主要由我校专家完成的国家民委《民族问题五种丛书》云南部分、云

南民族文化史丛书等都是民族研究中的基本文献,为解决民族问题和深化学术研究提供了有力支持。此外,还有不少论著成为我国现代学术中具有代表性的成果。

改革开放 30 多年来,我国迅速崛起,成为国际影响力越来越大的国家。国家的崛起为高等教育发展创造了机遇,也对高等教育提出了更高的要求。2009 年,胡锦涛总书记考察云南,提出要把云南建成我国面向西南开放的重要桥头堡的指导思想。云南省委、省政府作出把云南建成绿色经济强省、民族文化强省和我国面向西南开放重要桥头堡的战略部署。作为负有特殊责任和使命的高校,云南民族大学将根据国家和区域发展战略,进一步强化人才培养、科学研究、社会服务和文化遗产的功能,围绕把学校建成“国内一流、国际知名的高水平民族大学”的战略目标,进一步加大学科建设力度,培育和建设一批国内省内领先的学科;进一步加强人才队伍建设,全面提高教师队伍整体水平;进一步深化教育教学改革,提高教育国际化水平和人才培养质量;进一步抓好科技创新,提高学术水平和学术地位,把云南民族大学建设成为立足云南、面向全国、辐射东南亚南亚的高水平民族大学,为我国经济社会发展特别是云南边疆民族地区经济社会发展做出更大贡献。

学科建设是高等学校龙头性、核心性、基础性的建设工程,科学研究是高等学校的基本职能与重要任务。为更好地促进学校科学研究工作、加强学科建设、推进学术创新,学校党委和行政决定编辑出版《云南民族大学学术文库》。

这套文库将体现科学研究为经济社会发展服务的特点。经济社会需要是学术研究的动力,也是科研成果的价值得以实现的途径。当前,我国和我省处于快速发展时期,经济社会发展中有许多问题需要高校研究,提出解决思路 and 办法,供党委政府和社会各界参考和采

择,为发展提供智力支持。我们必须增强科学研究的现实性、针对性,加强学术研究与经济社会发展的联系,才能充分发挥科学研究的社会作用,提高高校对经济社会发展的影响力和贡献度,并在这一过程中实现自己的价值,提升高校的学术地位和社会地位。云南民族大学过去有这方面的成功经验,我们相信,随着文库的陆续出版,学校致力于为边疆民族地区经济社会发展服务、促进民族团结进步、社会和谐稳定的优良传统将进一步得到弘扬,学校作为社会思想库与政府智库的作用将进一步得到巩固和增强。

这套文库将与我校学科建设紧密结合,体现学术积累和文化创造的特点,突出我校学科特色和优势,为进一步增强学科实力服务。我校2009年被确定为国家立项建设的新增博士学位授予单位,这是对我校办学实力和水平的肯定,也为学校发展提供了重要机遇,同时还对学校建设发展提出了更高要求。博士生教育是高校人才培养的最高层次,它要求有高水平的师资和高水平的科学研究能力和研究成果支持。学科建设是培养高层次人才的重要基础,我们将按照国家和云南省关于新增博士学位授予单位立项建设的要求,遵循“以学科建设为龙头,人才队伍建设为关键,以创新打造特色,以特色强化优势,以优势谋求发展”的思路,大力促进民族学、社会学、应用经济学、中国语言文学、公共管理学等博士授权与支撑学科的建设与发展,并将这些学科产出的优秀成果体现在这套学术文库中,并用这些重点与特色优势学科的建设发展更好地带动全校各类学科的建设与发展,努力使全校学科建设体现出战略规划、立体布局、突出重点、统筹兼顾、全面发展、产出成果的态势与格局,用高水平的学科促进高水平的大学建设。

这套文库将体现良好的学术品格和学术规范。科学研究的目的是探寻真理,创新知识,完善社会,促进人类进步。这就要求研究者

必需有健全的主体精神和科学的研究方法。我们倡导实事求是的研究态度,文库作者要以为国家负责、为社会负责、为公众负责、为学术负责的高度责任感,严谨治学,追求真理,保证科研成果的精神品质。要谨守学术道德,加强学术自律,按照学术界公认的学术规范开展研究,撰写著作,提高学术质量,为学术研究的实质性进步做出不懈努力。只有这样,才能做出有思想深度、学术创见和社会影响的成果,也才能让科学研究真正发挥作用。

我们相信,在社会各界和专家学者们的关心支持及全校教学科研人员的共同努力下,《云南民族大学学术文库》一定能成为反映我校学科建设成果的重要平台和展示我校科学研究成果的精品库,一定能成为我校知识创新、文明创造、服务社会宝贵的精神财富。我们的文库建设肯定会存在一些问题或不足,恳请各位领导、各位专家和广大读者不吝批评指正,以帮助我们将文库编辑出版工作做得更好。

二〇〇九年国庆于春城昆明

# 序

近年来,不断听到法学界、社会学界的朋友们讨论说,中国法治社会的建设,不仅是一个法学的问题,而更是一个法社会学的问题——它是一个社会的过程、政治的过程。

可是,在具体的学术实践中,法社会学的研究该怎样展开?法律制度和司法系统所具有的高度专业性和复杂性,让社会学者无法轻易地涉入。而“法治”作为实际存在于社会之中的一套价值规范体系和广义意义上的社会制度,它浸透于社会文化深层,同时又体现在所有人的行为之中,这些对于社会学者和人类学者既充满诱惑力,又往往令人望而却步。有的时候,身处剧变的社会之中,面对高度分化的利益诉求和法律制度的实际功能,我们甚至可能对“法治”本身的价值感到困惑。就像费孝通先生曾提及的那样:当法律制度被推行到传统乡村,现代司法制度在乡间可能产生很特殊的副作用,它破坏了原有的礼治秩序,但并不能有效地建立起法治秩序(《乡土中国》)。同样,在今天,当我们面对由党政系统主导的各种“以法治理”的“制度创新”时,我们不能不为法律制度的理念与现实间的巨大差异而唏嘘。

中国现代法律制度的建设,看似高度依赖于从先行国家的制度移植,但同样的制度模本,当它们被以不同的方式植入不同的社会之中时,它实际上所形成的可能是完全不同的另一种制度。就像张静教授的研究所揭示的那样,在一些法治社会的法律衡量模式中,法律主义和政治主义被明确地区分,人们通过利益整合的政治过程,形成法律、实现法律的合法化,然后法律一经形成,便成为衡量的标准;而在另一些政治竞争模式的社会(如中国社会)中,法律的合法化本身成为一个问题,即使法律存在,人们还是会根据

序

力量对比来不定地更改、选择规则(《规则的不确定——一个法律社会学的解释框架》)。

代志鹏博士的《司法判决是如何生产出来的——基层法官角色的理想图景和现实选择》,以田野调查为基本研究方法,通过对中国西南地区基层社会(平保县)发生的一系列司法事件的调查研究,致力于解释中国司法判决如何被生产的机制。这项研究不仅要面对中国的乡村社会是如何被纳入到当今中国的司法制度之中、农民又是怎样地展开自己的法行动的问题,同时也不可避免地涉及由基层法院所主持的司法过程背后的各种力量间的政治角逐,特别是权力系统对司法系统的干预。作为一名青年学者,从事这样的研究不仅需要进行学术探索的足够勇气,还需要有强烈关注中国法制建设现状的激情,以及深入现场的实际条件和能力。

就像作者在书名中开宗明义地标示的那样,在这项研究中,作者以法官群体为主要研究对象,试图通过对一系列司法案例的分析来揭示影响法官判决的诸要素,以及中国司法制度在基层法院如何运行的内在逻辑。关于法官职业、法官司法行为以及法官角色,等等,中外学术史中已有不少研究,其中也可见到对中国法官角色的实证研究。但代志鹏的这项研究区别于既往研究者,是他选择了中国乡村的一个特殊的地域社会,他对平保县法官队伍内部整体状况的勾勒,以及他将一系列司法案例置于平保县这个具体的乡村社会之中、置于平保县的司法系统和法官群体之中来加以描述和阐释,这样的视角和方法难能可贵。事实上,无论我们是将法官的判决理解为结构规定的产物,还是理解为法官个体的行为,我们唯有将对象放置到特殊的现实背景中,并透过具体的事件过程,我们才可能真正了解到具体的“情景”对于行为者所具有的意味,由此才能解释为什么在相同的结构之中,不同的行为者会作出不同的选择,又或者,为什么同样的行为者在不同的情景下会作出不同的选择?作者在这项研究中选择了一个具体的法官群体和一系列司法案例,从各个侧面描述和分析了在相同的制度背景中,经由不同力量的介入,各种不同的司法判决背后的逻辑是如何展开的。

对“法官”作为一种社会角色的多层面的分析,是这项研究另一个值得

称道的成就。法官一方面必须超越于社会诸群体之上,扮演社会正义的裁判者角色,但同时作为一个社会类别(社会范畴, social category)而存在,他们又存在于具体的社会之中,无可避免地受到社会诸系统对这一社会群体的制约。在各种社会力量的期待中、在与社会的互动中,他们的角色认同、角色扮演必然充满种种内在的紧张和角色间的冲突。对他们的角色行为,我们必须从他们的角色认同,以及他们所处的社会关系中去寻找解释。除此而外,作为行为者个体,法官们个人的社会属性,包括他们的家庭出身、性别、年龄、生命历程,等等,这些社会性因素是如何影响到法官的角色行为的?在这方面,代志鹏对行为者个体的社会属性与他们行为选择之间的相互关联的归纳和分析,使这项研究具有了其他社会角色研究和法官司法行为研究所没有的特点。

代志鹏曾是我指导的博士研究生,这本新著是他在博士论文的基础上补充修改而成的。老师对于学生,多少会抱有点薪火相传的私念,以及青出于蓝的期盼。法社会学并不是我擅长的领域,对西南地区基层法院的运行我更是缺少经验知识。但是,代志鹏在研究中所倚重的社会角色理论,是我曾经用以研究实践的重要理论,我也一直为角色理论在中国社会学界缺少相应的运用而感到遗憾。如今代志鹏不仅对社会角色的理论空间作了新的探索,他的研究实践也不乏创新性的拓展,这令我感到宽慰。

此外,在这项研究中,代志鹏自始至终在认真地探究这么一个严峻的问题:为什么在中国,有过法体验的民众对法的评价反而较低?这正是我曾经面对却一直没能解释清楚的一个法社会学的问题——2000~2001年间,受上海市行政法制研究所委托,笔者曾在上海市主持一项有关市民法意识的调查。这项调查的结果清楚地显示,围绕“行政处罚听证制度”,被调查者中有过直接、简单法体验的人,对法律的评价明显低于那些没有相关法体验的人。这是为什么?即使我们可以简约笼统地解释说这是由于中国法治制度的不完备所造成的。但一般民众对中国法律制度的不完备性多有基本的判断,且参与者都是具有能动性的行动者。那么,在法律被执行的过程中,到底是哪些力量,以什么样的方式影响了司法的判决,从而让作为参与者的

序

市民对法律普遍形成了悲观、负面的评价？由于缺少进一步的研究，笔者一直未能对这一现象作出应有的阐释。今天，学生的研究成果不仅让我了解到了中国司法系统的一个重要方面和司法判决被生产的一些重要机制，也让我多少放下了因当初未能解释自己的调查结论而感到的愧意。

当然，作为导师，我也深知，与这个调查的客观难度相类似，这样一项跨学科研究所需要的理论准备和问题探究能力，对初涉者而言，都可能存在着难以企及的高度。而对中国法治社会建设现状的了解和未来可能性的探索，更是中国学者不得不持续面对的艰难课题。愿年轻的学者在这样的领域中继往开来。

华东师范大学社会发展学院教授博士 博士生导师 陈映芳

2011年4月于上海丽娃河畔

# 目 录

## contents

|                   |    |
|-------------------|----|
| 序                 | 1  |
| 第一章 导论            | 1  |
| 一、问题意识            | 1  |
| 二、概念界定            | 12 |
| 三、理论框架            | 21 |
| 四、研究方法            | 30 |
| 五、研究内容            | 33 |
| 第二章 司法改革与路径依赖     | 38 |
| 一、从制度研究开始         | 38 |
| 二、百年中国司法制度流变      | 41 |
| 三、新中国成立后法院角色转换    | 53 |
| 四、当代中国法官角色变迁      | 60 |
| 五、本章小结            | 71 |
| 第三章 基层法院法官群体的社会结构 | 74 |
| 一、平保县法院内部组织的构建    | 74 |
| 二、法官群体的人口统计学变量分析  | 81 |

|                              |            |
|------------------------------|------------|
| 三、法官职业化建设的现实回应               | 89         |
| 四、本章小结                       | 104        |
| <b>第四章 法官作为司法判决的中心要素</b>     | <b>107</b> |
| 一、背景交代与问题说明                  | 107        |
| 二、案例分析：由养女抚养问题引发的故意伤害案       | 111        |
| 三、一个案件三种结论                   | 113        |
| 四、有关周围环境的探讨                  | 116        |
| 五、本章小结                       | 122        |
| <b>第五章 程序正义与实体正义纠结中的法官角色</b> | <b>125</b> |
| 一、引子                         | 125        |
| 二、狗咬人案件的来龙去脉                 | 127        |
| 三、该案的后续影响：兼论莫兆军案             | 130        |
| 四、客观真实与法律真实：两难抉择             | 134        |
| 五、进一步反思：来自传统文化场域的解释          | 136        |
| <b>第六章 权力体系内法官角色扮演的行为逻辑</b>  | <b>140</b> |
| 一、文献回顾与分析方法                  | 140        |
| 二、合同纠纷的一波三折                  | 143        |
| 三、该案的社会结构分析                  | 146        |
| 四、法官群体与个体扮演                  | 150        |
| 五、审委会讨论中的群体角色                | 152        |
| 六、本章小结                       | 155        |
| <b>第七章 法官角色冲突与调适</b>         | <b>158</b> |
| 一、角色冲突的理论综述                  | 158        |
| 二、一起刑事案件的初步分析                | 160        |
| 三、法官角色冲突的作用机制                | 164        |

|                         |            |
|-------------------------|------------|
| 四、角色距离与角色调适             | 174        |
| 五、本章小结                  | 179        |
| <b>第八章  司法行为与法律意识建构</b> | <b>182</b> |
| 一、日常生活与法律意识多样性          | 182        |
| 二、司法场域对法律意识的再生产         | 187        |
| 三、以图式和资源为媒介的建构          | 202        |
| 四、本章小结                  | 210        |
| <b>结  语</b>             | <b>212</b> |
| <b>参考文献</b>             | <b>217</b> |
| <b>后    记</b>           | <b>232</b> |

# 第一章 导 论

## 一、问题意识

法律是生活本质的呈现,它直接决定了人们的生活态度和行为方式。早在古希腊时代的城邦宪法,“就是一种‘生活的模式’而不是一种法律结构”<sup>①</sup>。在现实中,法律就像空气一样,看不见摸不着,虽然无所不在,须臾不离,但人们却很少意识到自己的生活与法律紧密联系在一起,只有当我们用法律术语来重新界定社会关系互动时,如把赡养父母、抚养未成年子女界定为法定义务,我们才对法律有了直接的认识。当然这种认识不可能完全按照立法者的意图去展开,更多的是人们通过生存境遇的种种变化来获得对法律的某种感悟和理解,因此,“不要把法律原则想象得那样十全十美、战无不胜。人类制度之所以成为永恒的和稳定的,是因为它们是日常生活中的平常事务的组成部分”。<sup>②</sup> 通过这种话语转换,人们在日常生活中逐渐建构起“对以现行法为主体的法和法律现象的认识、评价、情感体验,进而调节自己行为的各种意识”<sup>③</sup>,由此也引发了主观与客观、物质与意识、结构与能动性、个人与社会的二元对立。

法律意识作为一种社会意识,是一个国家法治的重要内容。改革开放

---

① [美]乔治·霍兰·萨拜因著,盛葵阳等译:《政治学说史》(上),商务印书馆1986年版,第33页。

② [美]尤伊克、西尔贝著,陆益龙译:《法律的公共空间》,商务印书馆2005年版,中文版作者序言。

③ 王勇飞、王启富主编:《中国法理纵论》,中国政法大学出版社1996年版,第175页。