

湖南省社会主义学院学术著作出版基金资助出版

# 法院调解 的实践逻辑

基于转型与治理的研究

雷明贵○著

CTS 湖南人民出版社

# 法院调解 的实践逻辑

基于转型与治理的研究

雷明贵◎著

本作品中文简体版权由湖南人民出版社所有。  
未经许可，不得翻印。

### 图书在版编目（CIP）数据

法院调解的实践逻辑 / 雷明贵著. —长沙：湖南人民出版社，  
2014.2（2015.3）

ISBN 978-7-5438-7624-8

I. ①法… II. ①雷… III. ①调解（诉讼法）—研究—中国  
IV. ①D925.014

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第029922号

## 法院调解的实践逻辑

---

著 者 雷明贵  
责任编辑 邓胜文  
装帧设计 舒琳媛

---

出版发行 湖南人民出版社 [http://www.hnppp.com]  
地 址 长沙市营盘东路3号  
邮 编 410005

---

印 刷 永清县晔盛亚胶印有限公司  
版 次 2014年3月第1版  
2015年3月第2次印刷  
开 本 880×1230 1/32  
印 张 6.625  
字 数 160千字  
书 号 ISBN 978-7-5438-7624-8  
定 价 26.00元

---

营销电话：0731-82683348 （如发现印装质量问题请与出版社调换）

# 目录

## 第一章 导 论 / 001

### 一、研究背景、缘起与问题的提出 / 001

(一) 研究背景 / 001

(二) 研究缘起 / 003

(三) 问题的提出 / 004

### 二、文献综述 / 005

(一) 关于司法及司法改革的研究 / 005

(二) 关于调解和法院调解的研究 / 010

(三) 关于司法行动者的研究 / 018

(四) 布迪厄的实践理论研究 / 021

(五) 简短的述评 / 028

### 三、研究目的、意义 / 030

### 四、研究设计 / 031

(一) 个案的选取 / 031

(二) 理论视角 / 032

(三) 研究方法及获取资料的过程 / 042

(四) 研究框架 / 045

## 第二章 制度实践的场景与效果 / 047

### 一、制度文本中的法院调解 / 048

(一) 革命根据地时期的法院调解 / 049

(二) 建国初期的法院调解 / 051

(三) 1978—2002年的法院调解 / 053

(四) 2002年以来的法院调解 / 055

### 二<sup>①</sup> 司法实践中调解的使用状况 / 059

(一) 调解结案比率的变化 / 060

(二) 合同类案件调解率变化分析 / 063

(三) 家事案件调解结案比率变化差异分析 / 065

(四) 知识产权案件调解结案比率变化分析 / 068

### 三、法院调解的微观场景 / 070

(一) C县的行政隶属、地理坐落 / 070

(二) C县地貌和县况 / 071

(三) C县法院空间布局 / 071

(四) C县法院内部组织架构及人员构成 / 073

(五) 社会变革及司法改革中的C县法院 / 078

小结：制度的螺旋型发展 / 081

## 第三章 法院调解人的资源获得 / 085

### 一、获得司法场的入场券 / 085

- (一) 1995年之前，“政治标准”的重要地位 / 087
- (二) 1995-2001年，政治水平与业务素质都要 / 088
- (三) 2002年以后：进法院要通过两项考试 / 089

### 二、场域内的日常生存 / 090

- (一) 入职后的适应 / 090
- (二) 政治学习 / 093
- (三) 法官夜校及业务培训 / 095

### 三、在司法场域内胜出 / 097

- (一) 法官考评制度的变化 / 098
- (二) “数目字化”考评的应对策略 / 099
- (三) “错案追究制”的应对策略 / 103
- (四) 司法场域的榜样 / 105

### 四、法官流动的方式 / 107

- (一) 法官晋职 / 107
- (二) 从“边缘”到“中心” / 109
- (三) 在法官、律师和法学学者之间 / 110

### 小结：法官的体制内生存 / 112

## 第四章 法院调解的入口：“调还是不调” / 115

### 一、法官：“看情况” / 117

（一）调：“省得麻烦” / 118

（二）不调：“当事人扯不清” / 121

（三）不调也得调：增加回旋空间 / 125

### 二、当事人：“争一口气”之后 / 129

（一）不调：“争一口气”与“怕有猫腻” / 130

（二）调：“看在法官面子上” / 133

### 三、律师：在法官与当事人之间 / 135

（一）“如果法官坚持要调，只能做做当事人的工作” / 136

（二）不调：律师被训斥 / 137

（三）当面顶撞法官的律师 / 139

### 四、法学家：调解的关注者 / 141

小结：调还是不调，是一个问题 / 144

## 第五章 如何调：法院调解中各方的策略和技术 / 146

### 一、法官：场域的主导者 / 146

（一）摸清双方底牌：“你到底要什么” / 147

（二）作为底线的法：“法律不是你想的那样” / 150

(三) 讲讲人情道理：“给个台阶下” / 152

(四) 多次开庭：“拖一拖也许能调” / 154

## 二、当事人：基于公正的想象 / 156

(一) 争取法官同情或据理力争 / 156

(二) 向对方示弱、诉苦与下保证 / 158

(三) 根本不吃法院这一套 / 161

(四) 对接受调解协议的说明：“退一步也好” / 162

## 三、律师：协助者和逐利者 / 163

(一) 对委托人：“主意还是要你自己拿” / 165

(二) 对对方当事人：“我这样‘小气’是有道理的” / 166

(三) “法官助手”或“不受欢迎” / 167

## 四、法院调解场域的隐形参与者：法学家 / 169

(一) 学理阐释：通过法学教育进入司法场域 / 169

(二) 个案参与：通过专家意见书影响司法 / 171

小结：在法律阴影下讲人情道理 / 172

# 第六章 结论和进一步的讨论 / 175

## 参考文献 / 180

一、中文文献 / 180

二、英文文献 / 192



## 附 录 / 195

1. 半结构式访谈提纲 / 195
2. 民事一审案件调解结案率变化图（1989-2009） / 196
3. 家事一审案件调解结案率变化图（1989-2009） / 197
4. 合同案件调解率变化图（1989-2009） / 197
5. 知识产权案件调解率变化图（1991-2009） / 198
6. C县人民法院司法质量评查实施细则（征求意见稿） / 198

## 致 谢 / 202

# 第一章 导论

## 一、研究背景、缘起与问题的提出

### （一）研究背景

#### 1. 从“变法”到“法治”

中国传统社会的所谓变法广义上包括变法、改制。“所谓变法，指直接改变推行于民间社会的各种制度规范；所谓改制，指改变国家政治组织及上下关系结构等。变法常人亡政息，改制常泽及后世无可逆转。”（陈顾远，2006）在思想渊源上，“儒家思想是历代变法的直接或间接精神指南，每次变法均以历史上曾经实行或倡导过的制度为参考蓝本，绝非无凭无据，也就是说变法具有理论和制度资源的‘双重不变性’。”（陈顾远，2006）从长时段来看，尽管清末以来我国法制建设的进程多有中断，但20世纪80年代初开始的新一轮现代法律运动重新在中国“扎根”，与之相关的制度、理念和原则，也重新获得了合法性。这场法制变革与清末变法具有相同的方向，（梁治平，2006）可以将它看作清末变法的延续。

晚清变法以“富国强兵”为目标，始于20世纪70年代末的“改革开放”以“现代化”为鹄的，它们都是在已经发生重大变化的世界中，通过吸纳新鲜经验，改造固有体制，寻求解决新旧社会问题的有效方案。如果说清末“变法”开启了中国现代化之

门，但因与剧烈的社会动荡相伴随而无法使法治真正得到施行的话，那么三十多年前开始的新一轮法律革新则有相对平缓的社会背景，当变法思想激战的硝烟散尽时，法治面临着如何从理念、政治文本转化为现实的问题。

中国法治实践的复杂性在于它必须同时面对和解决其他社会在不同历史阶段分别遇到和处理的某些问题：既要实现真正的法治，又要在缺乏法治经验的情况下适应当代社会的复杂性；既要清算全能政治的遗产，又要充分肯定现代国家在社会发展过程中的重要性。其面对的是“后法治”时代的“前法治”危机，更难为人所意识到的，是法治在文化层面上遭遇到的挑战。（梁治平，2006）

法治在中国是如何被实践着的？类似的矛盾和问题在司法中是否有所体现？司法实践的各方又是如何应对危机的？作为整个国家治理结构的组成部分，司法的这种实践是否能够为我们提供中国国家转型方案的信息？

## 2. 司法改革的悖论

起自20世纪90年代的我国司法改革可以看作是“国家权力合理化”的伴随物，（季卫东，1994）这场改革以法院为主体，以加强案件流程管理提高办案效率、提升法官专业化水平以及法院管理的正规化为主要表现形式，目的是建设一个廉洁、高效、公正的司法体制。全国范围内均实行的改革措施有进行司法统一考试、案件流程化管理等，而各地进行的司法创新则是花样翻新。然而其中有些改革措施并没有法理依据，是不合宪法的改革；既有的改革措施之间也常存在理念的冲突。（苏力，2002）

但这种以法院运作正规化、法院内部管理流程化、法官职业化为特点的司法改革，并没有带来司法效能的提升，司法的公信力反倒受到挑战。专业化不仅没有能够提高司法的可接受度，也

没有防御司法腐败频发的问题，现实中涉诉信访居高不下。这至少说明司法改革是不充分的，司法改革的“专业化主张”可能面临着“社会适应性”的难题，是否有什么方式来化解专业化所带来的疏离感？司法实践力图采取什么方式来化解专业化主张的社会适应性难题？采取的这些方式与整个司法改革及社会政治改革的方向是否是同向的？

### 3. 法院调解制度发展的U形曲线

在司法改革的各项措施中，较受关注也备受争议的就是法院调解制度的存废、改革之争，甚至在立法的表达上，法院调解制度也几经沉浮，建国后颁布的几部民事诉讼法，都对法院调解作出了不同的规定。与法律层面变化相适应的是实践中的法院调解地位转变。

20世纪80年代末以来，调解是基层司法的主要运作方式；自从20世纪90年代初期开始，以审判方式改革为要点的改革成为司法改革的重点和热点，调解被视为“和稀泥”而备受轻视，这种状况持续到2002年之前。2003年前后，由于涉诉信访比率过高、判决执行率低，司法的公信力受到挑战，对司法“可接受性”的强调使得法院调解的作用被发掘。有学者甚至提出法院调解的“U形曲线”之说（即法院调解恢复到20世纪80年代中期时的状态），“复兴”的法院调解以什么方式被实践着？推动其实践的动力机制、结构因素各是什么？它是“法治之中国特色”的实现形式吗？

#### （二）研究缘起

引发我对“法院调解”好奇的因素主要有三个。一是在调查中发现法官在某些案件中对调解的偏好。在基层法院调查和实习的时候我发现，民一庭（主要处理自然人之间的财产、人身关系案件，如家事案件、交通事故案件、劳动关系案件等）的数位法

官都感叹“现在没有好案子”、当事人“扯不清”、“案件难得调”……在他们心目中，“好案子”的标准似乎是那些法律事实没有太多争议、法律关系清楚、可以从法律上分出是非曲直，能够“一判了之”的案件。我接触的那些法官要么是接受过正规法学训练、要么是有数年司法经验，要么二者兼而有之，但他们接到这些“不好的案子”后第一反应仍然是这个案子不可调，怎么调？如果调的可能性不大，再去看案件的法律关系怎样理清。为什么调解会成为法官办案时的第一选择？

二是诉讼人（包括当事人和律师）对法院调解的态度。就常识而言，普通民众将案件提交到法院，往往是穷尽了其他的处理措施（比如民间调解、行政调解）都无法得到满意的解决之后才会选择的救济方式。上法院的双方通常都“撕破了脸”，希望得到一个黑白分明的处理结果。为什么他们最终要接受法院的调解（或者称之为“法官的说和”）呢？从当事人的角度来看，法院调解的相对优势何在？

三是在理论梳理中的发现。在做文献的过程中我发现，对法院调解研究已经有大量的成果，但主要集中在法学领域，做的是规范性研究，即从制度应然角度提出见解，较少进行相应论证。人类学、社会学、政治学也有对调解的研究，但其研究的对象是广义上的调解（包括法院调解和民间调解），并侧重于民间调解，对进入司法程序的法院调解较少涉及。这种状况促使我关注法院调解的独特价值，其不仅对于已有的调解研究有重要意义，而且对司法研究有特别的意义。

### （三）问题的提出

法院调解作为中国司法的特色由来已久，但关于它的争论也从未停止过。不赞成法院调解的学者认为，在司法过程中进行调解是一种人治的表现，因为它建立在情理运用的基础上、不讲究

序、以法官的人格魅力为条件。而赞成或主张法院调解继续存在的学者则认为，法院调解在解决纠纷的效用方面，与法院审判具有同等的价值，仍然是法治的有效组成部分，合乎法治的发展趋势，但对这个问题并没有进行论证和说明。我的研究就是从这里着手，用布迪厄的实践理论，对法院调解的实践逻辑作出描述和说明，试图去理解这种特有的司法模式及其在当下的价值：法院调解这种“在法律阴影下的交易”，可以增加司法的可接受性，能够有效化解“法律职业化主张”的“社会适应性”难题。法院调解这种司法运作方式，是在特殊情况下重构司法（法治）信任的一种方式，尽管它以“超越法律”的方式实现。因此它的目标是指向法治而非与法治精神背道而驰。基于以上判断，提出以下小问题：

1. 作为司法辅助方式的法院调解怎样成为法官司法中的首要选择？促使其作此选择的机制是什么？作为法院调解的主持者和主导者，法官如何作出选择、制定策略、实践制度？他们的行动逻辑是什么？

2. 司法场域的行动者是怎样在结构制约下作出司法行为选择的？这种选择是如何体现为法院调解（作为一种“法律阴影下的交易”）的常规化外观的？而这种常规化处理的实效性又怎样促使类似司法行为再发生，进而型塑司法场域惯习的？法院调解作为基层人民法院的主要运作方式之一，支撑其变和不变的动力机制、制度基础和结构条件是什么？

## 二、文献综述

### （一）关于司法及司法改革的研究

#### 1. 基层法院及其司法运作的研究

苏力的著名研究开创了对基层法院运作研究的先河，他的分析显示出，送法下乡是同近代以来中国民族国家之建立相联系的。因此，法律下乡、法律上门以及作为这一背景，从当年的“农村包围城市”战略到近年来的文化、科技、医药三下乡在一定程度上是一脉相承的，是现代国家形成和确立过程中的一次战役。甚至这些就构成现代民族国家形成与确立的过程。（苏力，2000：序言）他通过对基层法院运作机制及司法过程的观察后认为，法官的活动或通过法官表现出来的司法程序正在对中国社会进行着格式化，首先是格式化着双方当事人以及法官，并由此间接地格式化着其他人。而这一格式化的过程与民族国家建立过程是一体两面的关系。

赵晓力通过分析20世纪80年代以来中国基层司法中有关农村承包合同纠纷解决的经验，认为司法的着眼点并不是解决纠纷，而是试图通过对合同纠纷的处理，帮助党和政府改进和加强对农村和农民的治理。在这个意义上，法院的裁判只是治理环节之一。（赵晓力，2000）

杨柳观察基层法院两个案件处理过程后发现，虽然“依法治国”这一提法已经广受认同，现代法院的职能应兼具解决纠纷与重述规则，但现有的制度至少在基层法院的实际运作中仍然将解决纠纷作为中心职能。“法院着力于履行作为基层政权建设分支机构的职能——解决纠纷保平安，微妙地用政治的、道德的规则统治代替了法律规则的统治。”（杨柳，1999）

王亚新在考察几所基层法院资源获取的途径和过程后试图回答：法院获取和分配资源的现实情况及其背后的机制究竟会给民事审判带来什么影响。他的结论是，法院通过民事经济审判收费向当事人获取资源的过程，包含着抑制其最大化倾向的机制，而这种主要依靠当事人负担来支撑审判的制度，也能够给审判本身

带来正面的影响，不过这些机制及当事人负担费用本身具有“双刃剑”性质。如果审判的功能从单纯解决纠纷走向秩序框架的提供，并能够发展为重构社会正统性基础的关键，那么主要依靠当事人负担来提供支撑审判的资源这样的制度安排就会显示出不合理的一面，甚至会妨碍正当秩序形成。（王亚新，1999）

刘思达通过一个基层法院的个案说明，法律制度的移植使中国的法院在运作过程中呈现合法性冲突。这种冲突使法律的外观与实践背离：一方面，这些法律制度的外观具有强烈的符号化功能，它们的存在意味着中国已经建构起了类似于西方的法律制度体系；另一方面，在司法实践中这些法律制度通过非正式的司法运作方式被重新建构，以满足本土的政治、社会与组织秩序多元合法性的要求。（刘思达，2005）他的研究注意到了法律与民众生活之间的非契合性，而这导致法律制度的符号化后果。

贺欣研究了法院拒绝受理特定类型纠纷的行为，认为此类行为的出现质疑了以往关于法院完全受强势政治权力控制的传统观点，并将此种行为归结为法院的自主选择。也就是说，法院通过策略性地解读法律，同其他强势政治权力谈判，从而有能力精心盘算和改变他们自身的状况。虽然这并不能使法院的行为摆脱特定的政治和权力背景。（贺欣，2008）

## 2. 对其他各级法院司法运作的研究

### （1）对最高法院司法运作的研究

侯猛的研究指出，中国共产党在执掌政权后面临的主要任务是现代化、国家政权建设和社会经济革命。为达到这些目的，在建国初期及以后的三十年间所采取的主要手段是：通过意识形态调动全国人民的积极性；通过政治来改造国家，实现经济现代化。在此背景下，造就出最高法院特有的“政法治理”方式，这种治理方式在今天仍发挥很大作用。他的研究指出，在计划经济



体制下，最高人民法院的主要任务不是进行具体的经济决策，而是以不同形式为政治服务，而且由于最高人民法院在中央各机关中处于被边缘化的位置，其审判活动与行政权力并无严格的界限。（侯猛，2005a）

在80年代以来，“法院为社会主义市场经济服务”是最高法院提出并践行的口号，但其实践的方式并非单单通过审判个案，也通过司法解释包括批复加以落实，因此最高法院具有对市场利益进行再分配的功能。侯猛的研究批判了从司法信条出发所进行的结构—功能分析，认为这样的研究忽视了中国经验。转型期的最高法院是在传统政治体制和市场经济的双重压力下寻求权力运作空间的行动者。一方面它努力成为“法院”，即坚持法院独立、被动、中立的地位；另一方面它又带有强烈的政法体制色彩，是一个科层制式的能动性司法机关，作为中央政策的执行机构，还要对市场活动作出较快的反应，与不同利益集团直接打交道，因而成为另一个“最高立法院”。（侯猛，2005b）法院体制的官僚化、法官的公务员化还体现在最高法院大法官的流动上，大法官流动破坏了上诉审司法知识的分工，以及司法与其他部门知识的分工，强化了上级法院对下级法院的控制，以及法院与其他部门的同质化。并认为，对于此类问题政治逻辑比司法制度逻辑更有助于问题的解决……因此“必须关注制度与人事、与传统的关系，关注制度变迁的路径依赖以及各个制度之间的相互制约问题。”（侯猛，2006）

在考察了最高法院在“中福实业公司担保案”的处理后，侯猛认为，最高法院已经具有并增强了其规制经济的功能，即不仅仅限于民商经济个案纠纷的解决，更具有形成新的经济规则（即进行公共政策制定）的意义。尽管最高法院没有意识到这一点，从而导致其在规制经济的过程中，没有协调好与立法权、行政监