

TRIAL  
STUDY

《审判研究》编辑委员会 编

2010年 第三辑

(总第四十辑)

审判研究

吴英姿 / 能动司法背景下的基层司法建设

李政辉 / 和谐视角下的法与司法

董炳和 吴 宏 / 从《商标法》第十三条看知识产权权利冲突问题

丁俊峰 / 立与不立：建立有中国特色案例指导制度的务实思考

肖 文 卢 山 / 刑事审判权公正行使的公众解读

江苏省高级人民法院民一庭 / 关于证据规则在传统民事案件中适用  
情况的调研报告



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

2010年 第三辑

(总第四十辑)

---

T R I A L

审判研究

S T U D Y

---

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2010年. 第3辑:总第40辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2010. 12  
ISBN 978-7-5118-1456-2

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国  
IV. ①D925. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第216551号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/15.25 字数/256千

版本/2010年12月第1版

印次/2010年12月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1456-2

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 刁海峰 | 马 荣 | 马汝庆 | 马志相 |
| 王世华 | 帅巧芳 | 叶兆伟 | 刘 华 |
| 刘亚平 | 刘媛珍 | 汤小夫 | 李玉生 |
| 李后龙 | 时永才 | 吴立香 | 何 方 |
| 宋 健 | 张 屹 | 张培成 | 陆鸣苏 |
| 范 群 | 茅仲华 | 周茸萌 | 周晖国 |
| 屈建国 | 胡道才 | 俞灌南 | 姜洪鲁 |
| 贺强兴 | 徐清宇 | 唐伯荣 | 蒋惠琴 |
| 谢国伟 | 褚红军 | 薛剑祥 |     |

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 辙 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 辙（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

## 专家论坛

- 1 吴英姿 / 能动司法背景下的基层司法建设
- 14 李政辉 / 和谐视角下的法与司法  
——对相邻权纠纷的实证研究
- 29 董炳和 吴 宏 / 从《商标法》第十三条看知识产权权利冲突问题

## 特 稿

- 39 丁俊峰 / 立与不立:建立有中国特色案例指导制度的务实思考

## 审判实务

- 50 茅仲华 / 沿海开发 知识创新 司法保护  
——以知识产权刑事审判为视角
- 62 曹海英 / 自由裁量权在刑事訴訟定罪环节中的行使
- 72 睦 敏 / 公益性图书馆借阅服务相关著作权问题实例探析

## 专题研究

- 81 肖 文 卢 山 / 刑事审判权公正行使的公众解读  
——以社会公众与刑事审判的互动关系为视角
- 91 冯 军 / 论民事强制执行竞合及其本土化建设
- 102 羊 震 / 从对抗到和谐:我国刑事訴訟合意制度之架构
- 120 杨馥宇 / 从单一化迈向多元化  
——知识产权纠纷解决机制的发展进路

## 会议综述

- 132 江苏省高级人民法院司法改革办公室  
/ 能动司法的实践进路与制度构建  
——中国法学会审判理论研究会司法改革专业委员会 2010  
年年会暨能动司法制度建设专题研讨会综述

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| <b>调查报告</b>                                                |     |
| 关于证据规则在传统民事案件中适用情况的调研报告<br>/ 江苏省高级人民法院民一庭                  | 141 |
| 关于推进全市法院文化建设的调查报告<br>/ 南京市中级人民法院机关党委                       | 158 |
| 关于基层担保公司运行质态的调查报告<br>——以苏北某基层法院审理的涉担保公司案件为素材<br>/ 宋长琴 徐俊华  | 173 |
| <b>各抒己见</b>                                                |     |
| 人民调解与诉讼程序衔接若干问题研究 / 陈 勇                                    | 188 |
| 当前司法拍卖中存在的问题及对策 / 贡永红 夏 冰                                  | 199 |
| 关于一部终局判决的发散研析 / 马德志                                        | 208 |
| <b>案例分析</b>                                                |     |
| 政府采购不作为的合法性审查标准初探<br>——以谐和公司诉常州市财政局不履行监管职责案为例<br>/ 许 轲 杨 剑 | 219 |
| <b>审判参考</b>                                                |     |
| 江苏省高级人民法院关于审理职务犯罪案件<br>依法正确适用和执行缓刑的意见                      | 230 |

## 专家论坛

# 能动司法背景下的基层司法建设

吴英姿\*

在社会矛盾多发,其解决难度和压力如此巨大的时期,法院提出了“能动司法”理念。法院在论证能动司法的内涵和合理性时,通常都是把西方的“司法能动主义”当作对立面来进行比较、批判的。其实,能动司法无论是语境还是内涵均不同于西方的司法能动主义。正确理解能动司法应当将其放在当代中国司法的社会政治功能层面来分析。另外,能动司法的要求在很多方面让人们联想到当年的马锡五审判方式。能动司法对处在改革十字路口的司法改革产生何种影响?会不会回归马锡五审判方式?同样需要立足当下的社会政治生活、紧扣司法的实际运作进行解读。

## 一、能动司法的语境及本质

### (一)社会控制功能转型:能动司法的语境

当代中国的社会控制机制正在经历由意识形态控制向法律控制的转变过程。<sup>〔1〕</sup>建国后的30年时间里,意识形态借助单位和村社结构,有效控制着人们的思想和行为模式,以实现社会的高度整合与稳定。<sup>〔2〕</sup>司法在整个社会控制体系中处于边缘地位,在有限的控制机能上保留了传统司法控制刑法化的特征。

\* 南京大学法学院教授。

〔1〕 如果把社会界定为人们的有序交往关系和状态,那么只有在相互交往的人群中存在一定的规范体系,并且这些规范为人们所接受,成为社会交往的行为模式时,社会才是真实的和稳定的。于是,以规范为尺度,社会的行为被分为正常行为和异常行为。社会控制就是通过对人们行为的引导和对异常行为的规制造就正常行为的社会机制。社会控制手段主要是法律(司法)、道德和宗教。

〔2〕 詹姆斯·汤森等:《中国政治》,江苏人民出版社1996年版,第311页。

改革开放的30年来,社会控制的形式出现了以法律或司法控制为主的转轨迹象。这种转向首先源于经济结构的市场化对意识形态在社会控制体系中地位的冲击。市场对参与其中的主体的一视同仁打破了身份制对人们的区隔与限制,自由流动在扩大人们的生活与交往半径的同时,弱化了单位和村社控制,金钱和利益关系成为社会生活的主导原则,这些都暗中削弱了总体性社会意识形态作为社会核心价值的根基,使其在社会控制体系的核心地位随之逐步淡化。

其次是其他控制形式没有力量替代意识形态登上历史舞台。改革之初,在农村一些地方,宗法和家族控制形式似有回潮端倪,但其毕竟与以户为单位的承包经营形式下的农村社会组织 and 权力结构不相匹配,无力改变社会组织关系,无助于民间权威的确立,更说不上对现行行政权力的制衡。<sup>〔3〕</sup>与此同时,土地承包经营制度的推行和农业税的全面取消,悄然引发农村基层社会结构和治理制度的变化:乡村体制在变,国家行政性力量撤出农村基层,撤出熟人社会;农民之间互动方式和社会关系结构也在变,明显的经济分化和激烈的社会竞争使得村庄由过去的熟人社会蜕变为松散疏离的半熟人社会,民间权威基本消失;城市化和市场经济的发展,使得村民的活动半径大为扩展的同时,村民对农村社区的认同感趋于淡化,关于村民身份及其权利义务的传统规范失效。更重要的是,现代传媒、个人主义、消费主义和以个人权利为核心的法律等现代性因素大肆侵入农村,剧烈地冲击着农民传统的价值观念,而新的终极价值观尚未形成,农民被消费主义所裹挟,金钱至上的货币理性成为行动指南。<sup>〔4〕</sup>以亲情为基础,以传统为导向的宗法礼俗已无法与经济理性抗衡。

旧的控制机制失效,新的控制机制没有形成,社会控制一度出现“真空”状态,亟须一种具备理性规约能力的控制机制来满足市场发展的需要。社会对新社会控制机制的渴求客观上催生和促进了法律或司法控制的发展。上个世纪80年代开始的大规模立法运动和接踵而至的司法改革都是这个历史时期的必然过程。

社会控制机制真空的另一个结果是社会整合度的急剧下降,社会纠纷频发。市场化及社会规范的片段化带来社会纠纷的常规化和高频率,给国家带来了沉重的解纷负担。解纷制度供给长期处于供不应求状态,大量的纠纷得不到及时

〔3〕 吴重庆:“经济发展与农村社会组织关系的变迁”,载《开放时代》1997年7-8月号;王铭铭:“村落视野中的家族、国家与社会——福建美法村的社区史”,载王铭铭、王斯福:《乡土社会的秩序、公正与权威》,中国政法大学出版社1997年版。

〔4〕 贺雪峰:“中国村治模式实证研究丛书总序”,载《村治模式:若干案例研究》,山东人民出版社2009年版,第2-5页。

化解,逐渐累积起来,如同高压锅的减压阀排气不畅,久而久之形成危险的社会不安定之源。近年来频发的信访潮和群体性冲突,不断给国家发出社会不稳定信号,亟须有效的化解纠纷的渠道来释放危机与压力。从纠纷金字塔形发展规律<sup>[5]</sup>和当事人寻求纠纷解决方式的选择偏好<sup>[6]</sup>来看,一个良性运作的纠纷解决机制,应当是由私力救济(民间权威)、社会救济(非政府组织)和公力救济构成的多层次、多元化解纷体系。然而,刚刚走出总体性社会结构状态的中国,民间权威和非政府组织基本上处于阙如或者瘫痪状态,不可能在一夜之间发挥作用。再加上以下两个方面的原因,社会自我消解纠纷机制短时间内无法培育起来:一是社会结构“原子化”,即社会凝聚力下降,成员缺乏“社会共同体”的认同感,社会内部调控与整合作用差,缺乏充当社会自我整合剂的解纷机构,无法为其成员提供有效的解决纠纷的渠道;另一方面是社会缺乏共同体公认的价值标准和行为规范,社会自治程度较低和失范状态。曾经在纠纷解决上发挥主要作用的人民调解委员会,也随着个人对村社、单位的依赖程度的降低而风光不再。

社会自我消解纠纷能力低下,使得社会在很大程度上更期待通过确定的法律规则和具有强制力的国家规制进行社会调控,对公力救济的需求远远大于社会自治性调整。<sup>[7]</sup>当纠纷出现时,民众倾向于向政府、司法机关等公共机构寻求纠纷解决途径。无论是“上访潮”还是“诉讼爆炸”,都表明社会纠纷解决过分依赖国家的制度供给。面对解决社会纠纷、维持稳定局面的巨大压力,国家提出了包括重振人民调解在内的加强社会纠纷解决机制建设的战略。在政权结构中被赋予解纷职能的法院与公安、司法行政等机构首当其冲,被要求担当起解纷主力军的责任。各地基层政权建设中都把“两所(司法所、派出所)一庭(人民法庭)”当作化解纠纷的前沿阵地,不惜投入财力搞基础设施建设,并被纳入地方党委政府的政绩评价指标体系。

社会在解纷方面对制度供给的过分依赖,以及人民调解等其他解纷机构解

[5] Miller 和 Sarat 认为纠纷的形成一般有一个发展过程,依次经历不满(grievance)、要求(claim)、纠纷(dispute)、民事诉讼(civil legal dispute)四个阶段。并不是产生的每一个不满都会发展为诉讼,每一个阶段都只有一部分问题(或者按照习惯说法,称为纠纷)进入下一个阶段,因此每一个阶段的问题数量是递减的,称为“纠纷金字塔”。参见郭星华、王平:“中国农村的纠纷与解决途径——关于中国农村法律意识与法律行为的实证研究”,载《江苏社会科学》2004年第2期。

[6] 郭星华、王平:“中国农村的纠纷与解决途径——关于中国农村法律意识与法律行为的实证研究”,载《江苏社会科学》2004年第2期。

[7] 范愉:“社会转型中的人民调解制度”,载傅郁林主编:《农村基层法律服务研究》,中国政法大学出版社2006年版。

纷能力的低下(国家重振人民调解的努力并未改变民众对这种解纷方式“用脚投票”的局面),导致法院在很大程度上不得不充当本该由社会解纷机构扮演的角色——“广谱”解纷机构。在党委政府的厚望与压力之下,为了强化司法在社会政治功能方面的能力,提高司法在政治生活中的地位与社会评价,法院把化解纠纷、维持稳定、实现和谐成为当前司法的工作重心,在这样的背景下提出了“能动司法”。

## (二)能动司法的本质:司法的社会政治功能要求

能动司法无论是语境还是内涵均不同于西方的“司法能动主义”。西方司法制度语境下的司法能动主义是在司法活动意义中的,属于法官解释法律的范畴。司法能动主义的核心观念是“司法在某种意义上具有能动地发展法律的功能”;法官不仅不能回避案件审理,而且要广泛地利用他们将抽象概括的宪法保障具体化的权力,尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平,保护人的尊严,为各种社会不公提供司法救济,即有的时候法官不得不担当造法者(lawmakers),即整合、阐明、“铸造”、创制法律。<sup>[8]</sup>同时,司法能动主义者也强调,所谓“法官造法”,其实质就是法官解释法律,而不是充当立法者。实际上,无论是涉及福利权的裁判,还是涉及宪法解释的裁判,法官对于公共政策和立法的影响都是有限的,大多属于间接的推动。权力分立、公共政策所赖以形成的预算与财政能力、民主考量以及社会权的不确定性等因素,都要求法官谨慎发挥其能动性。出于对可能被误读的警惕,卡佩莱蒂严格界定了法官造法与立法的区别。他指出,基于司法程序的消极性、个案性和法官的中立性,法官永远不会成为立法者(legislators)。而且因为法官受制于信息不足、手段不科学、裁判效力的非普适性,更重要的是,决策的反民主特征,导致法官造法具有先天性缺陷。因此不能夸大司法能动性的作用,不能随意扩大法官造法的范围。<sup>[9]</sup>

中国语境下的能动司法是从司法的社会政治功能的角度来谈“能动”的,即

[8] [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第563-565页;[美]弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第195-206页;吕世伦:《西方法律思想源流论》,中国人民公安大学出版社1993年版,第32-42页;何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第394-400页;[美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第3页;[意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,清华大学出版社2005年版,第20-40页。

[9] [意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,清华大学出版社2005年版,第47-53页。

强调人民司法的人民性(或者为人民服务、密切联系群众)的特质,以及服从党的执政目标,把司法审判工作放在党和国家工作大局中加以谋划和推进,积极主动地为党和国家工作大局服务。能动司法对法院的审判工作提出了新的要求:一是能否把纠纷有效化解在基层、能否彻底消除纠纷隐患是社会评价司法的最高标准,相比之下,裁判的合法性与规范性则是第二位的;二是司法应当扮演更加积极的角色,更加主动地发现、预防、解决纠纷,而不能满足于被动受理案件;三是法院不能拘泥于“裁判”这个狭隘的职能分工,只要是有助于预防、化解纠纷的工作,法院都要积极去做,包括积极开展调研、建立纠纷预警机制,提供司法建议为党委政府决策献计献策也是司法工作的重要组成部分,法官不能只做单纯适用规则的消极的裁判者,而要充当“社会工程师”角色。<sup>[10]</sup>从近年来各地法院树立的法官典型中,可以清晰地看出对法官的这种角色要求。<sup>[11]</sup>能动司法成为当前司法的社会政治功能的主要面相,如陈燕萍们则是法官践行“能动司法”的模范。

## 二、司法的政治功能与审判功能交错

能动司法把有效解决纠纷(或者说“把纠纷解决在基层”)作为司法,尤其是基层司法的功能定位。像陈燕萍那样的法官事迹之所以得到上上下下的一致认可与推崇,就是因为他们的做法在有效化解纠纷、争取社会理解与支持方面成效显著。如果说解决纠纷本来就是基层司法在审级制度中的固有功能,那么强调个案中解决纠纷的“有效性”则体现了法院对其所承担的社会政治功能的强调。

基层司法的功能定位是审级制度的一部分。审级制度是在不同层级的法院之间进行权限和职能的纵向划分的分层制度。诉讼制度的功能定位要兼顾个案

[10] 公丕祥:“应对金融危机的司法能动”,载《光明日报》2009年9月9、10、11日。

[11] 如江苏省法院树立的典型陈燕萍法官以及根据她的工作方法总结的“陈燕萍工作法”就是典型的代表。陈燕萍是江苏省靖江市人民法院的一名法官。她长期在人民法庭工作,摸索出一套贴近基层社会实际、有效化解纠纷的工作方法。陈燕萍工作法包括以下几个方面:对当事人“温情接待、耐心倾听、换位思考”;为查明案件事实“指导举证、深入调查、严格审核”;在适用法律时“转换法言法语、把握法律精神、引入情理风俗”,追求所办理的案件让“原告放心,被告信服,群众满意”。陈燕萍工作法被概括为:“真心贴近群众:用群众认同的态度倾听诉求;深入调查研究:用群众认可的方式查清事实;注重释法析理:用群众接受的语言诠释法理;真情化解纠纷:用群众信服的方法化解纠纷。”十四年来,她办理了3100多件案件,无一错案、无一上访、无一投诉,近70%的案件调解解决,获得了社会的高度认同,包括基层民众的广泛赞誉和党委政府的高度认可。摘自江苏省高级人民法院陈燕萍工作法课题组:《陈燕萍工作法》。

当事人的目的和社会公共目的要求,而且不同层级的法院的审判职能也有不同的侧重点,这是设计审级制度的基本出发点。当事人利用诉讼制度的目的包括解决纠纷、维护自身权益,国家设立司法制度的社会公共目的则包括解决纠纷和实现社会秩序。从当事人个体目的和社会公共目的的交叉点来说,诉讼制度的一般目的应当定位为解决纠纷,但在如何兼顾当事人保护个体权利的目的和实现社会公共目的上,需要对不同层级的审判程序确定以不同的职能来实现。就法院数量而言,基层法院数量庞大,越到高层级的法院数量越少,形成金字塔型结构。分层设计的一般原理是:越靠近塔基的法院,其服务于直接解决纠纷和服务于私人目的的功能越强;越靠近塔尖的法院,其服务于公共政策和社会控制方面的功能越强。<sup>[12]</sup>

强调个案解纷的有效性,则超出了司法固有的功能,属于政治功能范畴。因为司法解决纠纷的原理是“通过程序实现正义”,即以充分的程序保障为当事人提供一个对话和表达不满的平台,当程序结束裁判生效时,在法律上视为纠纷已经解决,哪怕当事人私下依然存在纷争。但是,有效解决纠纷要求的是纠纷的彻底解决,即案结事了、“解决当事人的问题”,因此要求法官在个案审理中追求个案当事人各方都满意,达到息讼的状态。对于长期信访的非常案件,或者在所谓的“非常时期”,当事人的各项要求(不限于法律意义上的诉讼请求)都会得到考虑。比如有的当事人因长期上访,失去工作和经济来源而生活困难,在解决纠纷的诉求中掺杂了要求安排工作、落实政策、帮助治病、给予经济帮助等等要求。于是,法院在审判工作之外还要多方努力,从心理上、思想上多“做工作”,平复当事人激动的情绪,软化尖锐的对立。个别案件还有可能在法律和诉讼程序之外通过“协调”等非常途径,争取有关部门的协助与配合,从根本上解决当事人的问题,让当事人彻底从纠纷和困顿中解脱出来,以此达到“化解”当事人的纠纷的目标。

总之,把“有效解决纠纷”作为基层司法的功能定位,是司法的政治功能与审判的固有功能交错的产物。

---

[12] 金字塔型的法院层级结构,也与不同层级审判程度的职能相适应:解决纠纷、保障私权,需要投入大量的时间和人力来查明案件事实,因此基层法院需要根据地域幅员大小和人口数量多少而设置,在数量上有基本保证。而实现司法的社会控制功能的主要手段是形成规则并保证规则的统一适用,因此越是高层级的法院越要进行数量控制,避免地域和人的差异对法律的统一适用造成损害。参见傅郁林:“审级制度的建构原理”,载《中国社会科学》2002年第4期。

### 三、权宜之计中的反思理性

能动司法把司法的柔性运作,即柔性司法当作另一个重要内涵。所谓柔性司法,就是要求法院在解决纠纷的过程中,不能简单套用法律条文,而要重视当事人利益的衡平,善于寻找法律与情理的结合点,强调针对特殊情形的政策考量,倡导减少冲突和对抗的“和谐司法观”等。<sup>[13]</sup> 能动司法要求的司法柔性化运作,使得当前的司法在很多方面令人回忆起马锡五审判方式。比如:司法的弹性化——在一般意义上强调坚持法律原则的同时,不妨碍个案中的变通处理,即所谓原则性与灵活性相结合,或者黄宗智所说的中国式的法律方法——“实用的道德主义”;<sup>[14]</sup> 在审判方式上推崇调解;在价值取向方面,选择的是改造社会取向下的回应社会需要,强调沟通、协调,争取社会的理解、支持;注重寻找法律与情理的结合点,移风易俗,教化民众;司法的正当化机制较多揉进了法官人格魅力的成分,等等。柔性司法深层次的原因与当年马锡五时代也有许多相似之处:一是法律的合法性不足要求司法具有一定的弹性空间;二是社会纠纷的复杂性要求司法更多人性化;三是司法的理性化的规约能力差强人意,司法的正当化更多依赖法官个人素质与技术。换句话说是因为法律和司法与变化了的社会结构不相适应,司法要发挥社会控制功能仍有很多障碍,柔性司法就是法院为克服这些功能障碍而提出的权宜之计。但是,从陈燕萍等当代法官的具体司法行为中,法官日渐浓厚的程序规则(包括证据规则)观念、对司法特有规律的尊重,以及越来越强烈的法官职业角色意识等等,都显示出 20 年的司法改革给中国司法制度留下的深刻印记。从这个意义上讲,能动司法的提出在一定意义上显露出当代中国司法的反思理性,<sup>[15]</sup> 柔性司法审判方式并不是马锡五时代司法模式的简单回归。

[13] 前引[10],公丕祥文。

[14] 黄宗智认为,中国的法律方法可以称之为“实用的道德主义”,它既强调道德观念(后来又引进了外来抽象原则),又优先考虑事实情形和解决实际问题。它立足于一种从事实到原则再回到事实的认识方法,允许法律在运作过程中考虑到实用性的因素,灵活使用(也导致含糊使用)。参见黄宗智:“中国民事判决的过去和现在”,载黄宗智:《经验与理论——中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社 2007 年版。

[15] 所谓反思理性,是指行为主体借助内省式的研究,不断探究与解决自身理念、目的、行动工具方面的问题,以提升行为的实践合理性的能力。自主性、经常性的反思能够帮助主体从盲从的、冲动的或者惯性的行为中解放出来,以审慎的意志方式行动,从而成为更理性、更有效率、更富有创新的行家。

尽管司法部门仍然需要用政治主流意识形态和道德话语来证明自己的政治立场与道德上的正当性,争取党委政府的信任与社会的理解,但其内部反思理性色彩也在日益浓厚。这种反思理性在观念层面上体现在法院坚持不懈地开展学术活动(如持续了二十二年的法院系统学术论文比赛活动),鼓励法官围绕司法实践出现的问题展开理论研究,与学界对话,同时努力保持思考与结论的独立性;在制度创新层面则表现出越来越多的谨慎与及时纠错的勇气;在角色意识层面是在扮演好时代赋予自己的政治角色的同时,小心而执著地凸显自身独立的职业角色(例如在提出能动司法的同时,法院宣称是在承认和遵循司法规律下的能动,强调依法司法、公正司法和维护司法权威<sup>[16]</sup>),力求在遵循司法规律与发挥政治功能之间保持平衡。

#### 四、在反思中重构基层司法

上述反思理性集中表现在近几年的基层司法改革中。在能动司法的要求下,法院不仅旗帜鲜明地以“有效解决纠纷”作为基层司法的新功能定位,而且将满足民众获得便利、廉价、高效的司法救济界定为“司法公正”的新内涵,在人民法庭建设和民意吸纳机制等方面进行探索性建设,努力拉近司法与社会的距离,这些改革都已经显现出某种“重构”的迹象。

##### (一)基层司法的新价值取向:便利、廉价、高效

转型时期社会矛盾的特殊性以及社会自我解纷能力的低下,使得大量纠纷因得不到及时解决而积压在基层,社会稳定面临严峻挑战;同时,大量本该通过自力救济或者民间权威等社会救济途径解决的纠纷直接涌入法院,使得法院需要占用大量司法资源来解决这些简单的、小额(所谓“既无技术含量,又无经济价值”)的案件。因此,当地方政府通过“诉调对接”将基层司法纳入“大调解”机制时,获得了法院的积极响应,人民调解得以顺利进入法院,尽管办公条件有限,法院还是慷慨地为人民调解开辟空间,设立专门的调解办公场所。“诉调对接”的本意是兼采司法的强制执行力与调解的灵活、温和与便利的优点,不过无形中却导致司法与其他调解之间的界限有些模糊(至少在当事人眼里)。那些适合调解、当事人也愿意调解的案件被推荐到人民调解。经调解当事人达成协议,没有执行内容,或者当事人当即履行义务的,法院不收诉讼费用;如果当事人

[16] 前引[10],公丕祥文。

要求法院出具调解书的,法院减半收费。这样在实现案件的分流、减轻诉讼压力的同时,实际上降低了诉讼费用,有效地节约了当事人的诉讼成本和国家的司法资源。另外,面对大量简单、小额的民事纠纷,人民调解提供的简便、灵活、快捷、免费的解纷方式,客观上与司法形成某种竞争关系。为了避免两相对比再一次削弱司法的亲合力,基层法院以投入更多司法资源为当事人提供诉讼服务和进一步简化程序作为应对措施,如设立诉讼服务中心,简化立案、咨询、缴费等手续,推广速裁庭、假日法庭、巡回法庭、远程立案和远程审理,设置各种免、退费机制等等,以便利民众诉讼,降低诉讼费用,提高诉讼效率。常州市两级法院的诉讼服务中心的实践便是一个典型。

2006年3月,常州市新北区法院在全国率先设立诉讼服务中心,经《人民法院报》等媒体深入报道后,被形象地称为“新北样本”。2009年6月29日,常州两级法院全面建成诉讼服务中心。全市法院诉讼服务中心紧紧把握群众对“便利”的需求,划分诉讼引导、立案受理、法官联系、材料收转、案件查询、法律咨询、诉讼费收退、司法救助等功能区域,设立相应窗口,为当事人提供诉前、诉中、诉后的全方位服务;在诉讼服务中心扎口设立“诉调对接”办公室,推行诉前调解前置程序,充分利用社会矛盾纠纷“大调解”机制,最大限度地 will 社会矛盾化解在初始阶段、解决在基层当地;把握群众对“低成本”的需求,使群众“少跑一次腿、少等一分钟、少费一点心、少误一次工”,努力让群众满意。截至2009年8月底,常州两级法院诉讼服务中心已接待引导群众7万余人次,收转诉讼材料8000余份,查询案件1.5万余件次,立案咨询、诉讼指导6000余件次,诉前成功调处矛盾纠纷2500余件,判后答疑500余件次,此外还办理了大量的诉前保全、司法鉴定、评估、拍卖等事务。<sup>[17]</sup>

在简化程序方面,法院主要着眼于尽可能地扩大简易程序的适用范围和对普通程序和简易程序作更进一步的简化两个方面,确立了繁简分流、使“简案快审、疑案精审”的简化诉讼程序改革目标。具体改革措施包括:第一,除了少量案件外,一般直接适用简易程序。据某市法院抽样统计,该市基层法院在受理案件之初直接选择适用简易程序的案件占总收案数的比例不到2%。第二,严格控制简易程序转为普通程序,通过时间限制、领导审批、指标控制等手段防止法官以此为“审限延长器”。第三,设置速裁程序。速裁程序在不同法院做法不

[17] 参见常州市中级人民法院:“构建‘便利、有效、低成本的司法救济途径’课题调研报告(征求意见稿)”。

一:有的在业务庭内部实行分工,指定部分审判人员成立速裁组,专门办理案情简单的案件;有的是在立案庭设立速裁组,立案时发现案情简单的案件就直接移交速裁组审理;有的是将城区基层法庭设为速裁法庭,在院本部的民事、商事审判庭审理普通程序的案件;有的是单独成立速裁中心,等等。<sup>[18]</sup> 这些做法得到社会的高度支持,刺激基层法院更加鲜明地把高效、廉价、便利作为其追求的价值目标。从理论上讲,这也与基层法院在审级制度上的功能定位是相匹配的。

## (二)派出法庭运作新特点:在司法专业化与大众化之间

经过多年的建设,基层法院派出法庭的建设无论在数量上还是在硬件设施上,都获得了长足的发展。尽管近几年城市化的发展和交通便利情况的改善,许多地方的派出法庭被撤并调整,主城区基层法院取消了派出法庭,导致派出法庭的数量有所削减,但是,其深入农村偏远地区的地理区位和遍布各主要乡镇的布局,仍然成为国家司法制度供给的不可缺少的网络终端。如果说国家设立派出法庭的初衷仅仅是为了方便偏远地区民众利用司法制度,那么在目前的情势下,派出法庭的角色和功能定位正在被重新思考。当前社会矛盾中包含现实性与非现实性因素交织的特点,导致许多纠纷不单纯是利益争议,而是包含了断裂社会两极分化的阶层之间的价值对立和利益诉求,相互之间很难对话和妥协。这就要求司法在处理当事人纠纷时,不能简单地根据西方法律中的“权利”、“义务”等概念来评价当事人之间的法律关系,而要采取更加柔和、灵活的方式促成对立双方之间的沟通与谅解,从而缓和社会矛盾,维持和谐关系。调解因此被重新赋予重要的历史使命,基层司法更是背负起衔接社会各种纠纷解决方式,构建正式制度与非正式制度共同作用的多元化纠纷解决机制的重任。作为司法向基层社会特别是农村和偏远地区延伸的“触角”的派出法庭,被期待发挥更重要的功能。“大调解”运动开始后,为满足“诉调对接”、“公调对接”等大调解工作机制建设的需要,派出法庭的建设再次得到重视,很多地方党委政府把法庭建设与派出所、司法所建设一起纳入基层政权建设的规划中,在财政、人事上给予倾斜政策,法院乘势积极推进派出法庭的建设。调查表明,许多地方的法庭建设已经超出《民事诉讼法》立法时确立的“两便”的目的,成为法院积极参加大调解的方式。撇开其中可能存在的政绩工程的成分,法庭建设基本上还是顺应基层解纷

[18] 上引文。