



甘肃政法学院法学文库

康 法 致 公 寓 学 售 行

XIBEI JICENG RENMIN FAYUAN
SIFA CHULUN

西北基层人民法院 司法初论

韩 宝 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



甘肃政法学院法学文库

崇法致公 笃学善行

XIBEI JICENG RENMIN FAYUAN

SIFA CHULUN

西北基层人民法院 司法初论

韩 宝 / 著



法律出版社

LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西北基层人民法院司法初论 / 韩宝著. —北京:
法律出版社, 2016. 12
(甘肃政法学院法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0489 - 6

I. ①西… II. ①韩… III. ①法院—工作—研究—西
北地区 IV. ①D926. 22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 317918 号

甘肃政法学院
法学文库

西北基层人民法院司法初论
XIBEI JICENG RENMIN FAYUAN
SIFA CHULUN

韩 宝 著

策划编辑 周 洁
责任编辑 周 洁
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 独立策划部政务工作室
开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印张 17
字数 235 千
版本 2016 年 12 月第 1 版
印次 2016 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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792

编辑电话 / 010 - 63939635

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0489 - 6

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

2013年度国家社科基金西部项目“变迁社会中的西北基层人民法院研究”
(项目批准号: 13XFX002)阶段性成果

作者简介

韩宝,法学博士,现任甘肃政法学院民商经济法学院副教授、硕士生导师,2011 国家司法文明协同创新中心兰州基地兼职研究人员。发表论文十余篇,主持国家社科基金西部项目一项,另参与国家、教育部、最高院及其他省级项目多项。主要研究兴趣在基层法院司法过程、法律地理学、纠纷的个案解决以及民事诉讼交叉问题等方面。

序

早于2012年韩宝报考我的博士时就将“西北基层人民法院司法研究”作为他博士期间的研究计划。事实上,在此之前其已极为关注我国西北基层法院的司法运作生态,并已积累了较为充分的研究素材及相当的研究成果。在厦门大学求学期间,韩宝几乎没有放过任何可以扩展和提升自己学术视野的学术讲座及学术研讨活动,并进行了广泛的阅读,而其研究的重心则始终聚焦于西北基层法院的司法问题。在我看来,将可能被忽略的西北基层法院的司法运作生态呈现出来,让更多的人关注变迁社会中西北基层法院与我国其他地区法院司法运作的差异性以及可能面临的窘境,于韩宝而言,不但是责任,亦是使命。

我国幅员的辽阔以及各地区经济发展的不平衡,在一定程度上也造就了各地治理模式及司法运作模式的差异性,就全国法院的受案情况来看,基层法院承担着90%以上的一审案件的审理工作。因此,正如学者所言,关注基层司法就是关注中国法治的前途。同时,亦如韩宝所注意到的,基层法院的司法过程呈现为一种颇为复杂的面相:一方面,基层法院的基层属性,要求其司法过程不能脱离基层,要了解并理解基层社会;另一方面,基层法院作为一级国家

司法机关,需要保持其应有的立场与身份,而不至于将自身消解在茫茫的基层社会之中。对于西北基层法院而言,如何协同这二者的关系或许更难为两全,西北的基层法院司法不但可能要更多地依赖自愿或不怎么自愿的调解,而且可能要更多地游走于法律与政策甚或风俗、习惯之间,更多地寻求政府治理的支持和普通民众的认可。但是,即便如此,我们也不应忽略西北基层法院司法在中国法治进程中的特殊价值,而应在中国社会变迁更宏观的视野下关注与理解西北基层法院的司法,进而探求一种可以更为妥实地关照地区之间差异的司法运作格局。

韩宝关于西北基层法院司法的研究是有益并有价值的,西北基层法院司法的运作模式不但值得我们深切关注,亦为我们提供了一个考察中国不同地区差异司法运作态势的样本,使我们得以更周全地领悟中国的基层司法。在我与韩宝教学相长的过程中,韩宝的许多看法都给了我诸多的启发,即便作为老师,我也非常感恩这样的师生缘分,因此欣然为序!

张 榕
2016年3月

目 录

绪论 处在基层社会中的基层法院

——西北的视角 1

一、基层社会中的基层法院 4

二、被遗忘的基层:司法“中心城市主义”的省思 10

三、基层的基层:选择西北的意义 12

小 结 15

第一章 基层法院调解动因的实证分析 17

一、“调解中心主义”的思维与“强判”的逻辑 22

二、“调解中心主义”基层司法过程原因探析 24

三、一个附带问题的讨论:当事人对调解的同意与反对 43

小 结 45

第二章 基层法院调解困境的实证研究

——“司法过程”的视角 48

一、“法院调解研究”转向“过程—事件分析法”之诸因由 52

二、“过程—事件分析法”在“法院调解研究”中之初展示 58

三、基层法院调解中的“自愿”“合法”“事清责明”:

透过“过程—事件分析法”之检讨 70

四、对新《民事诉讼法》(2012年)相关内容的反思 79

附 被选择的调解及其边界

——中国语境下家庭暴力的解决 93

一、为什么不是家庭暴力:中国语境下家庭暴力案件识别上的困境 95

二、为什么不一走了之? 家庭暴力案件解决何以困难 102

三、为什么是调解:对家庭暴力案件调解的一个初步比较考察 109

四、家庭暴力案件中的调解 112

余论:家庭暴力案件的解决路径及需继续研究的问题 118

第三章 基层法院裁判过程中的“政策”解释难题

——以西北地区S省一起“退耕还林”案为例的分析 120

概 述 120

一、作为政策的“退耕还林” 130

二、案件处理过程分析:“政策”的法律/司法化解释 139

三、政策在司法过程中的展开 152

四、政策与司法关系再展开:政治威权与基层司法 158

余论:基层法院司法过程的一种思考路径 167

第四章 乡土社会秩序的沿传

——透过“打官司”的观察 171

引论:问题、思路及方法 171

一、乡土社会的“变”与“不变” 176

二、“打官司”的场景 181

三、“打官司”的展开 185

四、“打官司”的影响 189

余论:对法的理解的一点疑惑 195

第五章 基层法院司法裁判中的证据运用

——“当事人的陈述”悖论 197

引论:问题及已有主要研究梳理 197

一、数据描述及初步说明 202

二、当事人的陈述之必要及展开过程/形成机理 210

余 论 215

第六章 基层法院裁判过程的法社会学分析

——以离婚案件中的子女抚养问题切入 217

引 论 217

一、数据描述:抚养权确定及抚养费给付偏好分析 221

二、基层法院裁判过程分析 229

三、形象模糊的基层人民法院 247

余 论 259

跋

绪论

处在基层社会中的基层法院

——西北的视角

《经济学人》杂志在 2011 年 3 月 12 日的一篇封面文章中将当前的中国经济称为 *Bamboo Capitalism*,^[1] 这一表述可直译为“竹节资本主义”,意译则为“中国式资本主义”。用“bamboo”来形容经济,这既能说明经济的节节上升、欣欣向荣,也暗含这是一种很柔、很弱的经济。经济的繁荣是人所期望的,但其中的脆弱与危机更值得关注与反思。在描述中国的基层法院司法时,可否借用“bamboo”一词呢?在某种意义上,我国基层法院的司法过程也恰好符合上述特征。基层法院是最基层的司法机关,承担着绝大多数案件的一审,连接着上诉审,其重要意义如何强调都不过分,然而,它却又特别容易受到法外因素的影响。作为案件进入司法程序、形成诉讼的起点,基层法院总是设法将“生活的事实”(small business, everyday culture)^[2] 引进“法的空间”,^[3] 在这一过程中,司法

[1] China's Economy: Bamboo Capitalism, *The Economist*, March 12th - 18th, Volume 398, p. 13.

[2] Di Wang, *The Teahouse: Small Business, Everyday Culture, and Public Politics in Chengdu, 1900 - 1950*, Stanford University Press, 2008, p. 27.

[3] [美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院:美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社 2007 年版,第 4 页;张榕:《事实认定中的法官自由裁量权——以民事诉讼为中心》,法律出版社 2010 年版,第 58 ~ 74 页。

的“纯粹”难免会受到法外因素(如社会、政治、经济、文化等)的侵蚀。本章主要考察的是社会与法律两者之间的关系。基层法院司法过程的展开,不仅关涉法律正义的实现,还映照出深层的基层社会治理逻辑。

研究基层法院,不仅在于了解我国的司法,还在于理解我国的社会。对社会的理解,终究还是为了洞悉处于其中的司法,诚如有学者指出的那样,“关注基层司法就是关注中国法治的前途”。^[1]对西北基层法院司法过程的把握离不开对基层法院的一般性思考。从基层社会这个大场景看来,基层法院的司法过程呈现为一种颇为复杂的面相:一方面,基层法院的基层属性,要求其司法过程不能脱离基层,要了解并理解基层社会;另一方面,基层法院作为一级国家司法机关,需要保持其应有的立场与身份,而不至于将自身消解在茫茫的基层社会之中。也就是说,基层法院的司法过程既要代表国家,捍卫司法的权威;又要考虑基层的情状,表达出对基层的深切同情。基层法院的司法处在国家与社会之间,这种状态并未因对其作为司法机关的性质的强调而消去,这是我国的一个现实。尽管基层法院的司法已在国家制度的层面获得了正当性及权威的来源,但是司法价值的实现更依赖于社会的信任与认同。在笔者称为“基层的基层”的西北地区,这一问题愈发突出。基于各种原因,西北地区在全国的经济发展上总是处在很末端的位置,相应地其制度建构也基本处在被动接受的地步。固然制度的建构同经济的繁荣程度有着密切的关系,但因为经济上的欠发达而在制度建构上忽视这些地方的“存在”则显然是一种不太妥帖的做法。

我国的基层法院及其法官何去何从?是依照法治发达国家的完善“法治”标准建构一套可以为之努力的理想制度体系,还是继续在当下这种政治与法律的纠结体中寻求其他的可能出路。这是一个很难回答的问题,自清光绪二十八年(1902年)寄簪先生变法以来,我们至今还没实现所谓的“法治”,法官们也远不是法律帝国里的高贵帝王,我们还在为法治而奋斗。尽管我们将法治写进了宪法、摆出了高调的姿态,但现实是,我们的司法更多的还是在进行着社会的

[1] 齐树洁主编:《东南司法评论》(2009年卷),厦门大学出版社2009年版,卷首语。

管理与控制,充当着警察的角色,法治的理想、法律的尊严、司法的权威有时显得相当不重要。在外人看来,中国的法律及其司法是奇怪的,诚如一位研究中国传统调解的学者所指出的那样,中国的法律乃是一种“无须律师的法律”,它的司法也是一种“没有法庭的裁判”。^[1] 法律、法治在中国的社会中当处在一个什么样的位置,司法又该起一种什么样的作用,这些问题到现在看来都没有一个很好的答案。^[2]

近世中国的积贫积弱,让我们不得不正面对待西方先进的制度,包括其法治。我们对待西方法律及其法治的态度充满了矛盾,我们希望有法律,但又不尊重法律,也不信仰法律,更不愿意将社会生活完全交由法律来治理。然而,国内、国际的压力又要求我们采用法治的治理模式,这是一种不得不然的选择。^[3] 但一如徐中约先生所说,“(近世以来的)中国人面临着一个令人焦躁的痛苦抉择,那就是:为了使中国得以继续存在,并在国际社会赢得一席之地,旧中国的多少成分应予以抛弃,近代西方的多少东西应予以采纳”。^[4] 在当下,这种焦躁可能较之以往尤甚,建构在欧美社会文化基础上的法治理想及司法理念能回答我国的问题吗? 能解决我国法院所遭遇的困境吗? 这都是远没有回答的问题。^[5]

法治的建立、司法的独立固然需要政治的决心,但充分了解我国社会文化的特质亦非常重要。欧美的法治之路只是表明了一种制度建构的可能,并没有

[1] Bee Chen Goh, *Law without Lawyers, Justice without Courts: on Traditional Chinese Mediation*, Ashgate Publishing Limited, 2002, pp. 65 - 86.

[2] 2016年3月16日,四川阆中法院举行公开宣判大会,对八名违法讨薪农民工进行集中宣判。无论阆中法院出于怎样的一种考虑,即便是教育群众,也是与我国法律的规定是相悖的。

[3] 许章润:《论国民的法治愿景——关于晚近三十年中国民众法律心理的一个描述性观察》,载《清华大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期;《法意阑珊 不得不然》,载《读书》2001年第6期。

[4] 徐中约:《中国近代史》(上册),计秋枫、朱庆葆译,茅家琦、钱乘旦校,香港中文大学出版社2001年版,第7页。

[5] 於兴中:《法治与文明秩序》,中国政法大学出版社2006年版,第1~62页;[美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成》(第1卷),贺卫方等译,法律出版社2008年版,第1~42页;张冠梓主编:《哈佛看中国:政治与历史卷》,人民出版社2010年版,第153~186页。

提供中国法治之路的答案,也没有确定中国司法制度的模式。^{〔1〕}由此,对前文提出的关于我国基层法院及其法官发展路径选择的问题,笔者以为,应该是理顺政治与法律之关系,并充分关注社会之现实,走一条适合之路。然而,细致的制度设计更应强调包容与多元,这是最易被忽视的一点。本章以下的内容大致是对我国当下基层法院司法过程的一个总体性阐释及未来的期许。

一、基层社会中的基层法院

(一)作为社会治理之“一块”的基层法院:基层与治权

当基层法院司法的目的主要是为社会的治理服务时,司法的一些可贵价值便有可能随之丧失。司法需要与社会保持一定的距离,能在社会秩序失范时提供最终的权威解决。反之,当政治对社会形成强大的控制力,进而对司法施加巨大的压力,以致司法无法抵抗时,这时的司法便可能演变为一种畸形的司法。被社会和政治绑架的法律其主体性是丧失的,所谓“通过法律的社会控制”也不过是一个美丽的幻影。

在我国,基层法院的司法不仅仅在于维护法律的秩序、解决纠纷,还需为基层社会的治理服务。^{〔2〕}司法本来能够达到对社会的较好治理,但当社会治理所指向的目标与法律所坚守的正义不尽一致时,二者就有可能背离。法治社会崇尚司法的权威,法治也是各种社会治理的正当性及合法性来源。然而,当司法不再是监督而是服膺于社会治理时,法院则有丧失其应有立场的极大可能,久之这会影响到司法机关作为争议最终权威解决的正统及正当地位。这种以司法权威的减损来达到某种统一的社会治理的做法,不仅会造成司法的有名无

〔1〕 关于这方面的研究已相当丰富,可参见有关法律移植、继受及中西法律文化比较方面的相关文献。Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School*, Oxford University Press, 2008; 张中秋:《中西法律文化比较研究》,中国政法大学出版社2006年版;刘思达:《法律移植与合法性冲突:现代性语境下的中国基层司法》,载《社会学研究》2005年第3期,等等。

〔2〕 高其才、左炬:《“为中心工作服务”:基层司法机关“专政工具”角色的确立与强化——1949至1956年华县人民法院实证研究(上)》,载《清华法学》2009年第2期;高杨:《基层法院治安化的尴尬处境》,载《文化纵横》2010年第4期。

实、失去社会对法律的信仰及期待,还会导致政府社会治理上的饮鸩止渴。

上述这种法律、政治格局,对司法机关自身的定位造成了极大的影响。以“定分止争”的司法观念来看,司法不但要回复当事人受损的“权利”,还要营造一种理想的社会大秩序。然而,这种“井然”“太平”的秩序非理性法律秩序的自然衍生,而是一种刻意的制造。可见,在这里,司法被赋予超过司法的功用,有了政治理想的预期,即所谓的“治权”。

在这一过程中,法律经由司法过程的展开而规制了社会生活,^[1]这是一种建构性的社会秩序,而不再是原初的自发性社会秩序。同时,法作为工具的作用也得到了体现。之所以是法律的作用得到了体现,而非法律的价值得到了张扬,是要表明,法的价值、司法的价值这些问题,被法律的有用性这样的问题所遮盖。法的价值并不单纯体现在有用性上,其还有更加核心的价值。法律有其自身的运行逻辑,并且这种逻辑有可能同当事人朴素的正义观念产生冲突。在某些情况下,法律价值的维持,可能会牺牲在当事人看来是他利益的内容。

在理想状态下,社会治理的目标与司法的目的应是一致的,但是通常二者又处在一种紧张的关系下。^[2]以“维稳”为例,这其中产生了不少司法难题。由于司法无法完全依循自身的规律做出中立的裁判,这既造成了社会对司法的不信任,也导致了法律职业群体的变异。这一背景下的基层法院更加类似于通常意义上的普通基层机构。基层法院同其他的基层单位一样,基本处在同一个平面,它们共同构成了庞大的基层社会治理系统。这些机构除了与基层社会的正面对接外,还要对其上级负责,并对来自各方面的支配表示服从。从经典的法治逻辑来看,这是一种极其不正常的现象,司法机关并没有处在一个中立的地位,然而只有这样才能理解我国特殊的基层司法。作为一种可能的理论探索,笔者以为这大致可以从传统地方司法中的“行政兼理司法”中找到一些制

[1] 刘昕杰:《实用型司法:近代中国基层民事审判传统》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2011年第2期。

[2] 俞可平主编:《中国治理变迁30年:1978—2008》,社会科学文献出版社2008年版,第167~168页。

度的根源。^{〔1〕} 我们不得不承认,无论立法及理想要赋予基层法院怎样的职能,也无论“上面”期求怎样规制它,它终归还是要回到自己最普通、最平常的事物上来。^{〔2〕} 尽管如此,基层法院还是应回归其应有的司法逻辑及规律。

(二) “基层社会”“基层治理”“基层司法”“基层法院司法过程”

1. 对基层法院的理解及其西北的例子

在笔者阅读到的文献中,针对“基层法院司法过程”的研究总是从“基层司法”这一更为基础的研究开始的。何为“基层”?这是一个很难界定的概念。基层既可以是地理意义上的,也可以是政治意义上的,无论是哪一层面上的基层,其外延都很模糊。这是一种无法用语言进行确切描述,而只能在具体的实践中体验的知识。一般意义上的基层,大致等同于通常所说的“乡村”,但这是有局限性的。

在有关乡村、乡村治理的研究中,一个很显眼的问题便是对乡村法律秩序、乡村纠纷解决方式的考察。^{〔3〕} 在乡村固有的治理实践中,作为国家正式制度的基层法院并没有显现出足够的影响力。尽管在现代工商业文明不断地冲击下,乡村原有的解纷方式正在快速地消亡、变为遥远的回忆;^{〔4〕} 但是,传统解纷方式的势弱并没有必然带来以基层法院司法为代表的现代解纷方式的繁荣。现代司法主要是以体现当事人双方平等对抗的诉讼作为其主要的解纷样式的,这种解纷方式目前主要还是在一些传统习惯无法调整的新型纠纷中发挥着作用。传统的纠纷类型依赖的还是沿袭至今的解纷思维,这就不难理解为什么现代法院却操着过去的旧经验。亦正是在这一逻辑下,才会发生所谓的法院解纷回溯现象。有研究称:“今天基层的调解风格与古代仍然相似,其真正的原因并不在于通常

〔1〕 瞿同祖:《清代地方政府》,范忠信等译,法律出版社2011年修订版,代译序。

〔2〕 基层司法工作需要了解基层的实际情况,这种了解甚至是主动的。比如,依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的规定,人民法院除非依照法律规定之事由或当事人的申请,不得主动收集证据,但是基层法院及其法官在不少的时候在并不属于前述法律规定的情形下,还在做着现场调查的工作,并通过这些现场调查来掌握案件事实。

〔3〕 汪公文:《从边陲到中央的“自生”秩序——对中国乡村法律秩序的整体性阐释》,载《法制与社会发展》2009年第3期。

〔4〕 一个有关农村纠纷解决机制的文献评析可参见刘思达:《割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析》,上海三联书店2011年版,第37页。

所说的中国古代司法传统对今天的什么影响,而在于社会经济、政治变迁并没有如我们想象的那样导致社会生活法则的沧海桑田式的变革。”^{〔1〕}

在这种“变”与“不变”的剧烈博弈中,现代制度期望能够实现对传统的快速招安,然而,深层次的制度建设又涉及文化的改变。既然文化不能快速转变,这便会招致当事人对现代文明的强烈不满,甚至排异。这种激烈对抗的结局,要么是制度充分关照传统演变的规律及其现实,要么是制度对过去不惜一切代价的强力改造(革命)。历时性和共时性问题交结在了一体,这正是当下所谓抗争政治产生的一个根源。^{〔2〕}基层社会中的任何一个小问题在进入基层法院后,都会产生蝴蝶效应般的连锁反应。^{〔3〕}在这一过程中,作为一个整体的全部基层治理机构都有可能被动员起来,这种起初对基层法院的解围,演变至最后便成了一场基层社会政治机构、司法机关合力的作用场。在多次的实践后,这种作用场便演化成为一种较为常见的正式制度形态,即所谓的“联动模式”“一盘棋思维”。这一情形下,基层法院作为司法机关的角色慢慢就淡化、稀释了,带上了厚厚的基层社会的底色。久而久之,基层法院便失去了自己的角色,渐渐将自身混合在茫茫的基层中。也正是因为如此,在其他基层社会治理机构遇有司法问题时,基层法院也能设身处地从大局出发,考虑问题的恰当解决。

从前文论述可以看出,乡村纠纷的解决是复杂的,其显示的问题也是多维的。在这些复杂面相的背后,我们意识到,基层司法的过程不总是严格、纯粹的现代司法作业,而是一种多种因素综合作用的混合场,掩藏在平静的表面下的是深深的“忧思”。这些描写多数情况下不是一幅和谐的美丽画卷,而是一种随时都有可能引发的危机与不自在。这种危机有农村自身的失范问题,也有城市工商业文明带给它的冲击的影响。在这一情形下,乡土司法面临传统与现代的双重压

〔1〕 尤陈俊:《“不变”的中国基层司法风格及其社会经济背景》,载《河南政法干部管理学院学报》2005年第2期。

〔2〕 许章润:“以优良政体承载国家理性——在复旦大学哲学院人文智慧讲堂‘新年文化论坛’的演讲”,载 <http://www.21ccom.net>,最后访问时间:2012年6月2日。

〔3〕 徐忠明:《小事闹大与大事化小:解读一份清代民事调解的法庭记录》,载《法制与社会发展》2004年第6期。