

# 法律程序运作的 实证分析

王亚新 傅郁林 范愉 徐昀 著  
朱芒 吴英姿 王赢 邓轶

A POSITIVE  
ANALYSIS TO  
PRACTICE OF  
LEGAL PROCEDURES



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

# 法律程序运作的 实证分析

王亚新 傅郁林 范愉 徐昀 著  
朱芒 吴英姿 王赢 邓轶

A POSITIVE  
ANALYSIS TO  
PRACTICE OF  
LEGAL PROCEDURES

 法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法律程序运作的实证分析/王亚新等著. —北京:  
法律出版社, 2005. 11  
ISBN 7-5036-5917-3

I. 法… II. 王… III. 诉讼程序—研究  
IV. D915.180.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 125727 号

法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/17.5 字数/492 千

版本/2005 年 11 月第 1 版

印次/2005 年 11 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

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-5917-3/D·5634 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)

# 序

本书试图从实证的角度去接近我国社会转型期极为纷繁复杂的法现象,涉及的领域主要是民事诉讼,也旁及行政听证程序和消费者协会的纠纷解决等其他制度。本书的大部分内容都与法律程序实际上如何运作的问题紧密相关,运作程序的主体、影响程序运作的资源获取等制度内外的多种因素亦在考察对象范围之内。根据所涉领域的区别,本书可大致分为两个部分:前一部分四名作者的研究皆集中于民事诉讼制度及程序的有关问题;后一部分同为四名作者的论述分别是围绕行政听证程序的功能、法官在审判中的角色冲突、非诉讼纠纷解决机制和诉讼个案中的强弱关系博弈等展开的实证性研究〔1〕。

本书是一种集体努力的结果。虽然跨越了转型期法现象的多个领域,但实证的角度、实证的方法贯穿于各篇论文之中。尽管作者们在自己的研究中往往会牵涉到理论的命题、框架或应然性的主张、政策性的建言,但所有的文章首先都努力依据通过实地调查等方式取得的第一手资料,对特定的或具体的某个法现象做尽可能客观的描述。换言之,带有浓厚的“实证性”色彩应当是本书最重要的特色。

关于“实证的”(empirical)这一用语,可以说有着非常宽泛的理解。事实上,构成本书的各篇文章,在使用的实证方法上也是形形色色的。

---

〔1〕 本书封面上的作者名字也是根据各篇论文按内容在书中的顺序来排列的,即所谓排名不分先后。

不过,在以我国的法现象作为研究对象时,我们面临的一个共通问题就是:如何既能够保持实证调研一般的规范性并不断提高方法的技术水准或精确程度,同时又可能根据具体情境的特殊要求来灵活调整所使用的工具或技术呢?毋庸讳言,就我国目前的学科发展状况而言,与经济学、社会学、人类学、政治学(不过或许应限于村庄选举等特定领域)等本来就要求实证研究方法的所谓“常规的”社会科学相比,法学在实证调研方面本来就显得相当薄弱。有兴趣或有机会从事实证调查的法学研究者人数比较少,研究的积累也很微薄。在这种情况下,要对调研的方法技术等进行深入的切磋琢磨既缺乏外在的激励,也没有迫切的需要。但是,“工欲善其事,必先利其器”。调研方法技术的运用满足并符合实证研究最基本或一般的规范要求,在以法现象为对象的领域同样适用。在这一点上,自然科学中“仅仅因试管没有洗干净就能够导致整个实验的失败”的逻辑或隐喻依然十分重要。另一方面,与法律的规范、制度及程序有关的现象存在着不同于一般经济社会现象的特征,为了接近法的现象而使用的实证方法或技术必然受到种种来源于此类特征的限制。

本书中有的研究就遇到了这样的困难处境。例如,在运用定量的统计方法时,作为样本(samples)能够准确地反映总体(又称“母集团”population)的前提,严格的随机(random)抽样和足够的样本数量是必要的。同时为了解决组成母集团的所有样本不一定完全同质等现实中常见的问题,统计学上又开发出分层多重的随机抽样等更加精巧的技法。但本书中采取抽样方法的研究(以笔者自己的研究为代表)却大都未能做到严格的随机抽取样本。有的研究是先实施随机抽样,再根据具体情况选择减去某一些或增加另一些样本,而有的研究则直接就以能够拿到的部分作为可能代表总体的样本了。尽管表面上看来这确实有悖于抽样统计方法的规范性,但不得不这样做的原因其实往往正是反映了在我国对法现象进行实证调研时碰到的某些特征。例如,由于样本中包含着大量案情简单标的金额却很大的案件类型(如银行贷款纠纷),严格的随机抽样反而会使这样获得的样本难以在程序运作这方面反映总体的情况,因此不得不对此类样本进行适当删除,而对另一些比

较少见但又能较充分地体现程序运作的案件类型(如医疗事故纠纷等)则直接把未能抽中的个案挑选出来加进样本。总之,因组成总体的样本严重不同质,而分层多重抽样等复杂方法的使用又带来过大的负担或在当地法院档案室的具体场境下缺乏可行性,于是局部的随机抽样再加有意识的挑选不得不成为实际上频繁采用的方法。也可以说,在当时当地条件所允许的范围内,为了使样本体现的信息真正尽可能与整体情况相接近,或许这就是最切合实际的办法了。而因为种种当时当地特定情境的限制只得以可能拿到的部分或数量相当有限的样本来作为分析对象,则意味着反映整体情况的精度存在不同程度的下降。例如,有的作者所指出的在我国目前条件下接近某些信息的困难或封闭的氛围就常常带来这样的问题。对此我们在把样本信息一般化时也尽量做到保留和慎重并加以说明。不过,调查的方法技术在精确程度上要得到更加专业化的考量和切实的提高,恐怕还需等待有更多的研究者加入对法现象进行实证调查的行列,以此为基础而围绕调查技法等形成某种更为“较真”甚或“挑剔”的对话氛围及空间之后,才有可能获得实质性的重大进展。

对于构成本书的各篇论文来讲,另一个共通的问题则是:如何透过具体而数量始终有限的研究样本,在更一般的层次上去达到对我国转型期法现象某种内在逻辑或深层结构的真切理解或把握呢?本书的作者中,有的在全国范围内选取若干个法院或若干侧面的司法统计对特定程序的运作展开调查,有的则以特定的城市、特定的法院乃至具体案例为样本,深入探讨有关程序制度及影响制约其运行的因素条件。无论哪位作者,所研究的对象或样本在数量或范围上总是很有限的。如果轻易地认为或甚至仅仅是无意识地觉得自己发现的情况或信息就能够反映代表整体的话,则不得不说只是一厢情愿,常常难以避免“盲人摸象”之讥。从另外的角度来看,这也是一个在对具体而有限的的数据、事例或情境进行的描述分析中,如何才能形成或者适用一般理论的问题。在这方面,笔者的认识也有相当的变化。尽管在自己的研究中一直很注意避免“典型”或“代表”等等可能导致将样本的具体情况及其分析过分地普遍化的词汇,但在痛感确有必要把关于有限样本的认识

#### 4 序

提升到更为一般的层次的同时,又时时体会到方法上的难以把握或游移不定。

无独有偶,以同本书主题最相接近的“纠纷处理”或“纠纷解决”这一现象在英语学术圈近年来的研究动向为例,2003年在美国出版的《纠纷解决杂志》(Journal of Dispute Resolution)第2辑上有一个专题研究栏目,讨论的就是有关纠纷解决的一般理论与种种不同的具体语境(contexts)之间关联的问题。这个栏目由Georgetown大学的Carrie Menkel-Meadow教授所写的一篇基调性论文和若干篇较短的评论文章组成。Meadow教授在她的论文中从纠纷处理的结构、过程、有关纠纷及其处理的概念、参与纠纷过程的主体以及可能替代纠纷处理的办法等方面,对英语学术圈内发展起来的一般理论状况进行了较全面的综述〔2〕。虽然Meadow的论文显示了有关纠纷解决的理论在“跨学科”这方面具有相当高的普遍性或一般化程度,但其基调却是对这种植根于欧美社会的理论究竟能否有效适用于“跨文化”的不同语境表现出一种强烈的怀疑。她的结论是在研究纠纷及纠纷处理的领域,当前需要的是对具体情境更加敏感(more sentiment to contexts)的理论。

尽管上述英语文献的着眼点是既有的一般理论在当代更加复杂多元的文化冲突背景下与具体或特定情境的关系,但考虑到我国极其庞大的人口数量和广阔的地域空间中同一制度或程序可能表现出来千差万别的情形,在坚持一般理论必要性的同时,又高度地强调“情境”或

---

〔2〕 Carrie Menkel-Meadow, Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts, *Journal of Dispute Resolution*. 2003. p. 318—352. 发表在同一期杂志上对这篇基调性论文的评论则主要有: Kevin Avruch, Context and Pretext in Conflict Resolution, p. 353; Morton Deutsch, Context, Yes! And Theory, Yes!, p. 367; Bryant G. Garth, Taking Dispute Resolution Theory Seriously at Home and Abroad: Projects and Limitations, p. 377. 等等。

Meadow教授后来发表的另一篇论文则重点介绍了纠纷解决理论跨越从法学、人类学、社会心理学到国际关系等多种领域的特点。参见 Carrie Menkel-Meadow, From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in A Multidisciplinary Context, 54 *Journal of Legal Education*. 7. March, 2004.

“语境”的独特及重要确实是很有启示意义的。在我国当前对法律现象的实证研究的积累还很薄弱的状况之下,也许我们更应该强调的是对规模有限的样本或关键个案进行全面的深度描述,不急于以此为跳板试图一蹴而就地达到所谓一般的理论层面。对于这个“具体与一般”的关系问题,笔者目前达到的一种比喻性理解就是:无论是选择有选择的样本抽取还是对关键个案的深入分析,我们这样的实证研究有些类似于在广阔的地上分散地打钻抽取地底物质的样品,以便与关于广域地质构造的既存假说进行对照的过程。这种对照可能涉及两个方面的内容:一方面是使用调查取得的第一手材料来检验甚或修正相关的一般认识或主流话语的表述;另一方面则把这些一般的框架看作宏观层面的“结构”,而以通过调查了解到的所谓“实践”过程,即具体情境中实际的操作情况为基点,观察和分析两者之间相互规定和相互影响的动态过程〔3〕。对于笔者来说,这是一种较新的对“样本与整体”或“具体与一般”关系的认识,可以用来观察构成本书各篇论文各自达到的理论高度。虽然在具体样本或数据、个案情况的描述与一般层次的分析之间关联程度上有所差异,但笔者认为本书中有不少地方确实已触及到了我国社会转型期法律程序运作某些规律性、结构性的“节奏”或“韵律”,或开始进入了制度内外复杂因素相互关联的内在脉络。例如对主流话语在法院调解问题上“一波三折”式变迁的理解、从“非正式开庭”现象看到的审理结构内部张力、围绕证人出庭作证的三方博弈机制、附随于行政听证程序的纠纷解决功能及其给相关法理带来的紧张矛盾等等,都属于在某种程度上具有普遍性含义的发现。

本书对收入的各篇论文采取充分尊重作者意思的方针,笔者只是为体例形式的大致统一在少许几处地方做了些微的文字调整。全书在章节段落的划分等方面并未强求一致,但大家对引注等基本方面的学术规范都做到了自觉遵从,因此也可以说全书表现出了某种自然的统

---

〔3〕关于“结构”通过“实践”而实现的再生产,以及“实践”被“结构”所规定又促使其流转嬗变的动态关系,可参见王亚新:“程序·制度·组织——基层法院日常的程序运作与治理结构转型”,载《中国社会科学》2004年第2期。



## 6 序

一性。其中有一些论文已全部或部分地发表在学术期刊上,在这里也要对这些期刊允许本书收进已刊发的论文表示感谢。

作为本书大部分成果基础的调研活动经费来源于两个不同的研究项目。一项是美中法律合作基金的资助,为此我们要向美国东北大学法学院的 Margeret Y. K. Woo 教授致以诚挚的谢意。她作为项目的美方合作者,不仅给以了许多方便,而且也实质性参与了一部分研究。另一个项资助则来自北京市人文社会科学“十五”规划项目,课题名称为《司法体制改革与民事诉讼制度完善的研究》。在项目的审查阶段,怀效峰教授为我们提出了十分中肯和有益的建议,在此也一并致谢。其他还有许多如调查点的有关人员、同行的专家和学生等为本书中的各项研究提供了热诚的帮助。因作者大都分别在自己的论文里表明了谢意,这里就不再一一提及了。最后还要感谢法律出版社的丁小宣先生,是他的努力工作才使本书得以如此快地面世。

王亚新

2005年8月于清华大学

# 目 录

## 第一部分

- 3 实践中的民事审判(一)  
——四个中级法院民事一审程序的运作
- 49 实践中的民事审判(二)  
——五个中级法院民事一审程序的运作
- 98 民事审判监督制度的实证性分析
- 199 法院调解制度的实证性研究
- 263 证人出庭作证的实证研究
- 310 民事诉讼中的“非正式开庭”  
——历史叙事与结构分析的进路

## 第二部分

- 373 行政听证程序的运作与功能  
——以上海市行政处罚听证制度的实施为对象
- 426 转型社会中法官的角色紧张与角色认同  
——在基层法院的参与观察中看到的法官形象

## 2 目 录

- 473 | 功能、组织与关系网络  
——对一个市级消费者协会纠纷解决的实证研究
- 526 | 民事诉讼与弱者的博弈技术  
——对弱势当事人诉讼策略运作个案的理论解读

# 第一部分



# 实践中的民事审判(一)

## ——四个中级法院民事一审程序的运作\*

王亚新

### 一、研究的出发点和调查方法

目前,我国民事诉讼法学领域的大多数研究似乎主要采取的是两条途径:一条途径是介绍外国民事诉讼制度的理论与实务,为我国审判方式改革与民事诉讼法学的发展提供参照;另一条途径则是从立法论及解释论的角度来论述我国民事诉讼“应当”实现的制度设计与程序运作。无论从确立改革的方向及指导制度建设的一般框架,还是从诉讼法学本身作为法解释学的规范性质来讲,这两条研究途径都非常重要,今后还需进一步深化发展。但满足于在立法及政策和司法体制等宏观层面上提出一般的改革主张这种普遍存在的倾向,也带来了类似研究及观点的低水平重复等无助于深化认识或积累知识的资源浪费。另一方面,民事诉讼法学领域中绝大部分研究所据以立足的对我国民事诉讼程序在司法实践中运作状况的认识,可以说大都建立在一般观察或片段性的数据资料之上,较为系统的实证调查还未真正得到开展<sup>〔1〕</sup>,法院内部进行的调研也因强调服从实际工作需要而存在许多局限。当

---

\* 本稿的调研得到了美中法律合作基金(U.S.-China Legal Cooperation Fund)和北京市哲学社会科学研究基金的资助。

没有作为调查对象的四个中级法院从领导到一般法官们的热情支持和鼎力协助,本研究课题的实施是完全不可能的。在此谨致诚挚的谢意。

〔1〕 作为法社会学领域最近在这方面出现的一项重要成果,参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版。

#### 4 法律程序运作的实证分析

通过比较民事诉讼法研究而引进的理论及制度框架作为新的观察视角逐渐为本国学术界所熟悉,更加系统深入地了解本国民事程序的实际运作状况就成为当务之急。同时,作为法律解释学的民事诉讼法学要得到进一步的发展深化,从实践中取得更为系统的实证性资料数据也是一项重要的方法论支撑〔2〕。而且在我们看来,在一定理论视角引导下进行实证性调研的主要功能与其说在于直接为审判方式的改革及司法实践提供即刻可资采用的方案或建议,还不如说是在获得大量具体数据资料的基础上,通过与占据学术界主流地位的规范研究或法律解释学进行建设性的对话,以期刺激诉讼法学的理论想像力并拓展新的研究领域。同时,立足于法学界既有的实证研究成果,高度重视并始终注意保持调查技术以及用来整理材料的理论框架在方法上的学术规范性,摸索和逐渐地改进适合于对中国社会中的法现象做实证性调查的方法技术,也是这种调研更有可能起到的作用之一。总的来讲,我们希望通过这样的工作在法学界为建构学术的共同体做出自己的一份贡献。

基于以上认识,我们把研究的焦点对准我国中级法院的民事经济一审案件〔3〕,首批选择了若干有一定代表性的法院作为样本,就其如何处理这类诉讼案件进行了较为系统全面的调查,力图在获得具体的数据资料基础上掌握并描述其运作程序的一般状况。之所以选择中级法院的民事案件一审程序作为调查研究的对象,主要是出于下列几点

---

〔2〕 作为法律解释学的民事诉讼法学要得到进一步的发展深化,在体系性的理论指导下获得更为系统的实证性资料数据也是一项不可或缺的方法论支撑。美国及日本等外国民事诉讼法学界在对诉讼程序运作状况进行实证性调查这方面就取得了较大成果,有很好的经验可资借鉴。例如可参见 Maurice Rosenberg, *Civil Justice Research and Civil Justice Reform*, David M. Trubek, *Studying Courts in Context*, etc., *Law & Society Review*, Vol 15, No 3-4, 1980-81。日本民事诉讼实态调查研究会(代表为竹下守夫)编:《民事诉讼的计量分析》,东京:商事法务研究会 2000 年版。

〔3〕 大约从 2001 年后半年开始,因最高人民法院提出有关“大民事”格局的方针,全国法院的经济庭都已开始改换名称为民事庭。我们调查的案件尽管还大都区分为民事与经济两类,但以下的表述除非确有必要,暂时都统一称为“民事案件”。

考虑:

第一,我国有三千余个基层法院,三百多个中级法院和三十余个高级法院,它们都不同程度地承担了审理一审民事案件的任务。确实,大多数民事一审案件都是由基层法院审理的,中级法院的功能则更多地向上诉审倾斜,受理的民事一审案件相对较少。但从中级法院所处理的民事一审案件相对而言与经济活动的联系更紧密,标的都较大,当事人往往是法人组织,且一般都有律师代理等性质来看,通过比较法研究及审判方式改革实践所表现出来的、而且似乎正在成为我国民事诉讼发展方向的程序模式可能更适合于中级以上的法院用来处理民事一审案件〔4〕。与基层法院相比,中级法院通常处于一定地域的中心城市,具有通讯交通便利,容易向内外获得并交换各种信息等环境条件,因此更有可能采用不同于我国民事诉讼传统的纠纷处理方式而更集中地发挥诱导规范及市场秩序形成的功能。所以,如果比较系统地了解到中级法院究竟怎样处理一审民事案件的实际情况,就可能为民事诉讼法学界关于审判方式改革方向或民事诉讼模式的讨论提供某种切实的事实基础。

第二,普通程序一般被视为民事诉讼最常规或标准的程序,民事诉讼的基本立法和学说体系都是以这种程序作为主体而构成的。尽管我国民事一审程序在理念上首先指的是普通程序,但实际上基层法院审理大多数一审民事案件适用的却都是简易程序。根据我们在调查中了解到的情况,许多场合下基层法院只是对发回重审等立法有明确规定

---

〔4〕 在某种意义上,中国的中级法院可以同德国的“地区法院”(Landgericht),日本的“地方裁判所”,美国的联邦及州具有“一般管辖权”(general jurisdiction)的地区法院(district Courts)相类比。着眼于中级法院与基层法院的区别,一位学者主张可以把我国基层法院改造为简易法院,以中级法院作为普通案件的初审法院和简易案件的上诉法院。参见章武生:“基层法院改革的若干问题研究”,载张卫平主编:《司法改革论评》(第二辑),中国法制出版社2002年版,第204页。此外尽管完全是出于另外的理论视角,朱苏力教授提示的关于“无需将人民法庭,甚至是基层法院某些部分纳入国家的正式司法审判制度之内”这一思路,在笔者看来与章教授的上述观点有“异曲同工”之妙。参见苏力,上引注〔1〕,第379页。



## 6 法律程序运作的实证分析

的案件适用普通程序,或者根据需要才把部分适用简易程序的案件中途转化为普通程序。从这种相当普遍的状况看来,要对普通程序的运作状况做比较完整准确的了解,基层法院未必是合适的调查对象。与此相对,中级法院审理的一审民事案件则必须从开始就采用普通程序。而我们的调研首先着眼的就是这种程序,这不仅因为民事诉讼的立法和法学理论主要建立在普通程序的基础上,而且要进一步对简易程序等“非常规的程序”进行调查,考虑“繁简分流”或程序分化的问题,都需要获得关于普通程序运作状况的知识信息来作为出发点或参照系。出于这样的思路,中级法院的一审程序运作就构成了我们眼下更为恰当和完整的调研领域。

第三,尽管目前法学界已经开始有了关于基层法院如何处理民事案件以及相关问题的实证性研究成果〔5〕,但其大都是围绕经济发展水平相对不高或农村地域的基层法院,尤其是其派出法庭的制度及其运作等情况而展开的调查研究,针对中级法院民事一审案件程序运作的研究则似乎完全付之阙如。考虑到这样的研究状况,即使作为一项填补空白的工作,在牵涉到所谓国际上通行的民事诉讼结构是否能够在我国社会里找到确实适合的土壤并真正地扎下根来这一重大问题的领域,对中院的民事一审案件程序运作进行某种具有理论支撑性质的系统性、实证性研究就显得十分必要。相信这样的研究将有助于与现有的实证研究成果在理论上进行深入的对话并促动调查技术及分析方法的改进。

通过研究调查,我们想探索的问题包括:经过一段时期以来的改革实践,一种高度强调程序保障的纠纷处理方式是否已经开始在中级法院层次上形成?抑或目前在法律界占据了支配地位的应然性话语与中级法院处理民事一审案件的审判实践之间也仍然存在严重的错位?在案件情况可能因地区和纠纷类型的不同而千差万别,案件的审理操作

---

〔5〕例如可参见杨柳:“模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察”,载《北大法律评论》第2卷第1辑,1999年;王亚新:“围绕审判的资源获取与分配”,载《北大法律评论》第2卷第1辑,1999年;苏力,上引〔1〕。