

送法下乡

中国基层司法制度研究

苏力 著

中国政法大学出版社

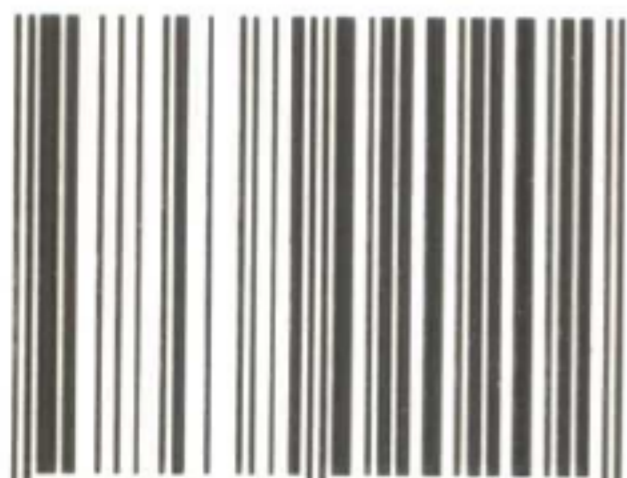
「内容提要」

本书是一部基于实证调查、运用交叉学科知识研究中国基层司法制度的理论著作。它力求开掘只有中国学者（由于其在生存环境和文化修养上的比较优势）才可能敏感察觉和提出的中国当代基层司法中具有实践意义的同时又对一般司法制度具有理论意义的问题，给读者智识的挑战和思想的愉悦。

本书分四编。第一编以送法下乡、法院行政和审判委员会三个制度为切入点，从宏观、中观、微观三个层面考察中国基层司法的制度问题及理论问题。第二编针对欧陆法系和英美法系有关司法研究之空白，集中考察基层司法中的技术和知识问题，力求将传统司法理论中看不见的初审法官的技术和知识“问题化”，纳入一般的理论分析。第三编考察中国基层司法中包括法官在内的各类法律人。第四编考察了法律实证调查中的权力问题，是对本研究的方法论反思。

责任编辑：宋 军
装帧设计：孟纪原

ISBN 7-5620-2020-5



9 787562 020202 >

ISBN 7-5620-2020-5
D·1980 定价：29.00 元

送 法 下 乡

——中国基层司法制度研究

苏 力 著

图书在版编目(CIP)数据

送法下乡:中国基层司法制度研究/苏力著. - 北京:
中国政法大学出版社, 2000. 10

ISBN 7 - 5620 - 2020 - 5

I . 送… II . 苏… III . 司法制度 - 研究 - 中国 IV . D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 53647 号

执行编辑 宋 军
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂

开本 850×1168 1/32 15.5 印张 372 千字
2000 年 10 月第 1 版 2002 年 12 月第 3 次印刷
ISBN 7 - 5620 - 2020 - 5/D·1980
印数: 8 001 - 12 000 册 定价: 29.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号
邮编: 100088 电话: 62229563 或 62228801

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

此书献给我远去了的同学和朋友邹斌，
以纪念我们的已经凝固为历史的友谊。

.....

不要前行！前面是无边的森林，
古老的树现着野兽身上的斑纹，
半死半生的藤蟒一样交缠着，
密叶里漏不下一颗星星。
你将怯怯地不敢放下第二步，
当你听见了第一步空寥的回声。

.....

何其芳·《预言》

世纪末日的交待（自序）

—

1996年我出版了第一本论文集《法治及其本土资源》，在法学界引出了一些动静。除了不少赞扬之外，也有不少怀疑和批评。对于所有这些赞扬和批评，我都真心地表示感谢；即使有些话说得很重，甚至有点儿意气用事或“上纲上线”的意味。说句很俗的话，批你也算是看得起你了：至少你的观点、论证让他/她感到有点激动，感到不吐不快，非要同你干上一架不可。而这些辩论会迫使我审视一下自己是否有什么错误、缺陷，至少也可以了解别人是怎样看这些问题的，是从什么角度、基于什么假定看这些问题的，这些实际上都对自己是一种鞭策；尽管我对自己的观点至今死不悔改。也许惟一不能原谅的只是极个别人自己承认连书什么样都没见过，仅仅听说了这个书名就开始横溢（横行？）他的才华了，这种学风和文风是任何学界都不应容忍的。

但是，我多少也还有些失望，我觉得很多批评甚至包括某些赞扬都基于一些大而化之的误解，并且往往都只关注诸如像“本土资源”这样的词。在这个过程中，我也被贴上了不少标签，“保守主义”，“后现代主义”，“法治本土化”，甚至被称为“危险思潮”等等。一些学者认为我是主张依据中国的传统文化来重建中国法治；在他/她们看来，中国文化本身不存在任何现代法治

的基础，因此我的说法只是一种美梦；也有学者认为我是主张拒绝吸收外国法治和法学经验，认为我强调法律是一种地方性知识，有可能走向封闭。这种误解也许是注定的，因为“全新的历史创举都要遭到被误解的命运，即只要这种创举与旧的、甚至已经死亡的社会生活形式可能有某些相似之处，它就会被误认为是那些社会生活形式的对应物”；〔1〕更何况我的观点并非全新也并非历史创举。

然而，我还是想在此可以对这些问题说明一下，也算是对朋友们的一个交待，甚至是一种尊重，因为“有来无往非礼也”。但为了避免人们说：“你改口了”，我还是引证原书上的一些文字，括号内是原书页码：

关于本土资源是否等于传统以及当代中国社会中是否有现代法治的基础：

“寻求本土资源，注重本国的传统，往往容易被理解为从历史中寻找，特别是从历史典籍规章中寻找。这种资源固然重要，但更重要的是要从社会生活中的各种非正式法律制度中寻找。研究历史只是借助本土资源的一种方式。但本土资源并非只存在于历史中，当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源。”

“随着生产方式的变革，人口的流动，应当说使宗法关系或变相的宗法关系得以强化的经济基础制度将不断削弱。我之所以强调借助中国的本土资源建立现代法治，正是在经

〔1〕 马克思：《法兰西内战》，《马克思恩格斯选集》卷3，人民出版社1994年版，第57页。

济体制变革这一根本前提下”。（页 14—15）

关于法律移植，我确实认为法律移植不大可能。我的观点基于字面上的法与实际的法的区分，或更大一点儿说，法学与法制/治的区分，在我看来：

“即使〔是〕紧密关注实际的法学研究对当代法制的影
响也主要是一个正当化的过程，最多只能对法制的形式结构
和正当化论证产生一些影响。而法制是从社会中生发出来
的，其实际运作可能符合、但不必然甚至不必须符合某个或
某些法学研究成果。”

“……一个民族的生活创造它的法制，而法学家创造的
仅仅是关于法制的理论。”（页 287，289；省略了着重号）。

我不想再多引证下去了，免得有骗稿费之嫌疑。但是，我想说，这些观点或思想在那本书以及此后的其他文章中都一直保持着，是其中的主要线索或边界；尽管我并不认为这些观点单独拿出来具有什么特别的重要性。在我看来，最重要的不在于如何表态，而在于作者文章中流露出来的那种分析问题的态度和方式是否与他/她的其他文字在逻辑和思路保持了一种融贯性，或是否有一种连续性发展；如果有断裂，是什么理由、什么因素造成的，都必须在适当机会有个交待；否则就有“投机”、“见风使舵”的嫌疑，或者是自己也不明白自己写的是什么，而这后一种情况，在中国法学界是经常可以发现的。

二

必须交待的另一个问题是地方性知识的问题。我确实没有在书中细细讨论这个问题，只是提了一句：“社会生活中所需要的知识至少有很大部分是具体的和地方性的”（页 18）。原以为这一点是很清楚的，只要点到，人们就都会明白。然而似乎情况并非如此。原因何在？依我之见，就在于许多人对知识有一种前见或偏见（迦达默尔意义上的，并不必然是贬义；在迦达默尔看来，所有的知识都是不可能完整的，因此都是偏见，偏见构成了求知者求知的基础和必要），一种不必要的知识神话感，即认为只有进入书本的才是知识，而且还只有进入大学甚或研究生课本的才是知识，只有能成为普遍命题的才是知识，甚或必须用某些激动人心的语词或“大词”包装起来的才是知识。但是知识是以多种形态出现的。社会生活中有许多知识是无法用言语或一般命题表达的（而只是会做），要表达也是拙劣的。请想一想你在恋爱中时的感受，你可能会用“幸福”来表达（你“知道”的幸福）；但幸福和幸福是不一样的，这种幸福绝非儿时你得了 100 分妈妈给买了根冰棍时的幸福。法律也是如此，法律的运作除了诸多命题、原则、规则、标准外，还需要其他各类知识，即所谓的实践理性或技艺，或“无言之知”，甚至还需要对当事人的某种了解和知识（请看本书第一章）。

与法律是地方性知识相关的一个问题可能是，关注并强调地方性知识是否会导致知识的封闭？我认为不会。我认为自己是很关心地方性知识的，甚至对许多细节都非常关注，也试图开掘出其中的理论意义。但是，我并不认为这就使自己封闭起来了。坦

白地说，仅仅就我在书中引证的中外书目而言，不仅是法学，而且包括其他学科，都表明对地方性知识的关注并不必然导致思想的封闭或知识的老化。而且，我在该书中也多次强调，由于法学不是一个自给自足的学科，因此思想的开放不仅应当理解为对外国的、被标记为法学的知识保持敏感和开放，而且应当对自身和周围其他普通人的知识和经验保持敏感和开放，此外，还要对其他一切相关学科的知识 and 研究成果保持敏感和开放。如果仅仅关注自己喜欢的那个学科（甚至专业内）的某个或某几个外国学者写了什么，提出了什么观点，就自以为获得了真传，而对其他普通人的知识，对其他学科的研究成果都抱一种抵制或者“于我如浮云”的态度，这不可能是开放的态度，也不是学者的风范，而很可能是一种卫道士的态度。

即使是从逻辑上看，确立地方性知识的合法性也不是要确立而且也不会导致地方性知识的霸权。因为，基于我个人的经验，如果你想关注地方性知识，你也只有在开放中才有可能理解、感受、发现甚至是看到地方性知识。理解知识的地方性是以并且必须以理解更多的其他知识（同样是地方性知识）为前提的。一个人在一个地方待久了，不注意吸收他人的视角，他会发现周围成天不过如此，似乎只有“外面的世界很精彩”。但是如果你保持一种开放的心态，不断通过了解他人和其他学科的视角和知识来改变、充实自己的参照系，你就会发现周围平淡无奇的世界或生活中其实一样充满了活力和绚丽，有许多有趣的问题，你的心将重新变得敏感而年轻，“这一个心跳的日子终于来临”（何其芳诗句）；你会感到——还是我昔日的诗——“一切都是熟悉的，一切又都是初次相逢；一切都理解过了，一切又都在重新理解之中”。如果说句太实在乃至失去学术品位的话，那就是，只有看到了别人，才能理解自己。说句有点拗口的、因此有可能提升自

己学术品位的话，那就是，地方性是在各种地方性知识相互关联中体现出来的知识的品质之一。

三

有不少人因为我用了“本土资源”一词，就把我同法治本土化联系在一起。这是一种望文生义的阅读，一种基于“本土”的误解。其实，细心的读者应当注意到，我从来没讲过法治的本土化。只是在该书收集的一篇文章中，我谈到法学研究的本土化，主要因为当时学界正在就学术规范化与本土化问题进行讨论，我的文章自然也必须围绕主题。但是，我确实主张法学研究要本土化，即像我这样留洋回来的中国学者一定要（但并不是只能）研究中国问题，且要有自己的眼光，追求（能不能得到则是另一回事）自己的发现；不能如同毛泽东同志批评过的那种留学生，“从欧美日本回来，只知生吞活剥地谈外国。他们起了留声机的作用，忘记了自己认识新鲜事物和创造新鲜事务的责任”。〔2〕

但是，我并不主张法治本土化，反倒认为这种提法没有什么实际意义，多少有招摇过市之嫌，而无实事求是之心。为什么？和我前面的第二段自我引证相一致，我认为，法治最终如何，从来不是法学家说了算的，是一个民族的生活创造其法治，法学家创造的最多是对这种法治的一种理论正当化。因此，那种仅因为自己说的什么成了流行口号就自以为很了不起的人，那种认为口号会决定法治结果的人，其实都有点把自己看得太重了，把别人看得太轻了。法治如果事实上本土化了，你想让它西化也不成；

〔2〕“改造我们的学习”，《毛泽东选集》，人民出版社1966年横排本，页756。

如果同国际接轨了，你法学家全都主张本土化也不行。我是很知道理论的局限的。只要想一想，你法学家能命令法官听你的？命令老百姓听你的？你连一个偷渡客（他/她不也在想以自己的方式同世界接轨？）都管不了！

但是，这些话还都太务实了，其实，我还有更深一些的理论上的分析和思考。这就是，我认为法治本土化的口号中隐含了一种中国天生并将永远同外国（主要是西方）不同这样一个前提预设。这是一种强调文化类型且将之固化的理论，即：由于中西文化类型不同，因此无论西方的什么东西（包括法治），到中国来都必须先变成本土的，才有效；并且还假定这种状况会永远继续下去（这种理论的前设是一个从生物学的基因中借来的隐喻）。我尊重这种理论，尊重接受了这种理论的学者（他/她们甚至也可能对，但谁对谁错，我们现在还无法验证），但尊重不等于信服和接受。我还是更相信马克思的历史唯物主义，以及与此相关或相兼容的社会学、经济学理论。我认为，所谓的文化差异更多是自然环境、生产方式等物质性因素之差别带来的结果，而不是造成这些差别之原因。因此，文化论的弱点是从总体上的结果之差异反推出原因之差异，此外在我看来，还隐含了一种将各种差异固化且永恒化的潜在危险（这个词也许太重了）；有时也不无可能地被人们用做一种标榜。从近代以来中国发展的历史来看，似乎，中国人并不那么坚持传统文化，如果一种新东西、外来的东西确实能带来实际的利益，无论是马克思主义、民主科学还是电视或盗版光盘（我相信最初的盗版光盘一定是从境外来的），他/她们都能接受。而且，随着国际间经济交往、信息交往的日益频繁，事实上中国与发达国家的相似之处已越来越多，与传统中国社会的区别越来越大。这一点已经是一个事实。因此，仅仅是为了减少交易费用，增加社会财富，也没必要以这种强调差别

的法治本土化为目标。

这并不是否认人有差别，民族有差别，各国的经济发展水平不同，各国之间的利益有时会有很大冲突等。我相信，各国的法律肯定都会有本国的色彩。但这种色彩肯定不是本土化口号的产物，而是人们（而不只是法学家或立法者）为应对自己在生活中遇到的一个个具体问题而行动的结果。也就是说，口号不解决问题，问题必须通过具体的研究和行动才能解决，法律必须针对具体问题量体裁衣，看菜吃饭。并且，我认为，由于法律本身的世俗性和实践性，法律真正要考虑的并且首先要考虑的是它是否可行（是否为人们的实际行动所接受），而不在于它是否本土（是否同别人不一样）。无论本土化还是国际化，如果不解决问题，那就不是好的法律或法治。如果在解决实际问题的过程中法治本土化了，那么这只是一个结果，也还是没必要事先把这一点拿出来作为目标。也正是在这个意义上，我认为法治本土化和法治同国际接轨的说法都一样，更像是一个招牌，而未必真能拿出或是想拿出什么货色。这些口号其实还是很有些意识形态的痕迹，即强调概念的政治正确和方向对头，而不论实际内容，不论实际效果。在这个意义上，我既反对法治同国际接轨也反对本土化的说法。因为这两种说法都忽略了法律或法律家真正要解决要关心的问题，而是把“提法”放在首位，把文化的实际上是政治的标准放在首位，是不务实的。我是实用主义者，强调法律的制度功能，而不看重它的“名份”。

也是由于这个原因，在法学研究上，我也不关心被现行的知识体制贴在各种材料或观点上的文化标签，不关心中外古今学者的“本质”或“核心”思想是什么，我关心的是这些材料和观点——在我认真阅读之后——是否拓展了我对当代中国法律制度问题的理解，给了我新的启示（因此，我不能强求别人如何理解这

些材料和观点)。我不会因为我要研究中国问题，就仅仅梳理中国传统文献；我也不会因为司法独立和专业化的概念来自西学，就忘记了孔子“不在其位，不谋其政”中隐含的智慧。学术传统的认同其实并不那么重要，更重要的是你感受到的问题和你做出的智识回应。学术是一种高度个人化的实践。认同学术传统并不使人的智慧突然增加，相反，真正的智慧是可以创造和改变学术传统的。

四

这些话其实很早就有人敦促我说出来。有家法学杂志曾提议以此为题举行学术讨论会并发专号，我觉得自己不配。也有一家报纸先是连续转载一系列主要是批评我的文字，并将这些报纸寄给我，且仅仅寄了这几期；大约见我无动于衷，后来干脆又主动表示约我写稿回应这些批评。我还是谢绝了。我怕为媒体也怕为批评者所利用——弄不好就被别人牵着鼻子走了；我还是躲远点儿好——好读我的书，做我的研究，写我的文章。但是，更主要的原因是，我觉得这种争论其实没有太多意思。在给学生的一个答辩中，^{〔3〕}我就谈到，其实本土资源这个概念本身并不重要，它的提出几乎带有一点儿偶然性；重要的是要研究中国的问题，回答中国的问题，提出一个个解决问题的具体办法。谁要是争本土资源的精确含义，那就太没意思了（也是对我的最大误解）。一旦争论起来，这个本来仅仅是用在一定语境中表达一个观点的

〔3〕 苏力：“关于‘本土资源’的几点说明”，载《北京大学研究生学刊》（1997年）。

语词就有可能实体化了，变成一个独立在语境之外的什么“东西”了。结果大家都在为这个词打仗，结果就像刘欢的歌中唱的“几乎忘了曾经不改变的初衷，几乎没了与生俱来的真诚”（《报应》）。这是我最不愿看到的（又是实用主义！）。这种现象在哲学上就叫做异化：好像大家都在说这个词，实际上是这个词把大家都给说了。我能干这号子傻事？我们的老祖师爷孔子就懂这个道理了，因此他“不语乱、力、怪、神”，对“六合之外，存而不论”。为什么不论和不语？不是说孔先生同意这些“东西”，而是他老人家精明。他知道，这种问题一旦论起来，由于没有一个确定的指涉，不但不会有什么结果（想一想，世界上有谁真正是被驳倒的？），而且会适得其反，你想收也收不回来了——乱力怪神就在人们心目中实体化了。人只有不说什么才能说些什么；人不可能在一切时候说一切的话；沉默是金，雄辩是银；“不争论”。这些都是智慧之言。

但最重要的是，争论不解决实际问题。就算我争胜了，也许有点“名气”了，但不就是落个“本土资源”的虚名吗？晴雯都知道枉担一个虚名是不好的！你要想真正说服人，让人少一点怀疑，你得拿出东西来，让人看看：在中国的土地上，只要你认真，有眼力，有能力，研究那些看上去很不起眼的问题，同样可以出好货、出真货。中国人是很聪明的，只要有好东西，他/她们是会辨认出来的；接着，他/她们就会模仿，然后还会创造。因此，最重要的不是太多（偶尔是可以的，也难免）争论或构建那些“众妙之门”的问题：诸如“本土资源”何以可能？“本土资源”是否存在？“本土资源”是否必要？重要的是你从对中国的研究中拿出显然是外国人写不了的同时还够得上是学术的东西。

三年多过去了，我现在拿出了这个东西。我认为它像是一个

中国人写的，不像抄的，也不像编的，更不像译的；它包容和体现并推进了我先前的那些思考，是我比较系统地开掘“本土资源”后的一个产品。它来自于一个生长在这块土地上的人对中国司法中的一些常见现象的探讨和思考，来自于对中国基层普通法官之经验的总结和概括。但它又不是对中国现象的罗列或列举，它有理论追求。它不仅深入了一个法学界长期关注不够的初审法院的司法实践领域，凸显出一些在现有的、不仅中国的而且外国的法学知识框架中很少或很难为法学家注意的问题；而且在理论分析上，它也没有诉诸那种强调文化不可通约的理论框架，而是力求在一个即使是普通人也可以理解交流的理论框架中对经验材料作出分析和解说。它也许还很不完美，甚至会有一些错误；但是，它只能产生于这块我深爱着的土地。在这个意义上，它是原创的，是不可替代的。

五

这是 20 世纪的最后—个黎明！

在这样一个具有象征意味的时刻结束这样一本书，无法不让人感动。尽管我知道这个日子仅仅是一个符号，并无太多的意义，但我还是感到，这是一个壮丽的时刻！（现代化已经将我们规训得够齐整的了）。

此刻，大洋彼岸，我的学生们、我的同事们、我的同胞们聚在一起吃年夜饭，怀着各种复杂的但充满憧憬的心情迎接新的一年、新的世纪和新的千年；再过几个小时，将是一片欢腾……而“独在异乡为异客”的我，将在办公室里度过这一时刻。

我思念我的祖国。

我想起了一个诗人的诗句：

“为什么我的眼里常含泪水？
因为我对这土地爱得深沉……”〔4〕

苏 力

20 世纪末日清晨 6 时于坎布里奇

〔4〕 艾青：《我爱这土地》，人民文学出版社 1979 年版。

致 谢

本书是美国福特基金会资助的《中国农村基层司法及其运作》研究项目的成果；同时也得到国家教育部跨世纪优秀人才研究基金的资助。

参加这一调查的人员先后有强世功博士、赵晓力博士、贺欣、朱晖、任煜南、杨柳、陈绪刚等；文中的许多观点都曾经和他/她们交谈过，讨论过，有些论文初稿他/她们也曾看过，提过珍贵的意见。赵晓力曾通读了全书校样。中南政法学院齐文远、李汉昌、刘茂林等教授以及该院院长吴汉东教授对我们的调查都曾给予很多帮助和照顾。湖北省基层法院培训班的法官们给予我们的调查以很多支持和协助；此外，在我们田野调查中，许多基层法院的院长、法官都曾提供了方便和支持。没有这些法官的支持和合作，这项研究是不可能的。除了合作支持外，从他/她们那里我不仅获得了研究的资料，而且有一种智识上的挑战，一种历史责任感。

我还应当感谢但如今只能追思的是我的最好的朋友，大学同学，原湖北省政法委政策研究室主任邹斌同志。他是一位有罕见才华、眼光独到且非常注重中国实际的人。同学多年，他曾对我的学术思路的形成和发展有重大影响。是他最早向我推荐了费孝通先生的《乡土中国》（一本一块钱的油印本）；并且自我回国任教以来，每年他到北京开会，或者我去湖北讲课，都往往会一谈

通宵；他讲的许多故事，许多精湛的分析，都融入了这本书和我的其他文章。如今，故人已逝，我再也不能看到他那自信的神态和纯真的笑容；令人黯然泪下。我将此书献给他和我们的友谊。

多年来，贺卫方教授一直和我有很好的合作，我有许多观点，包括与他有分歧的观点，都曾在私下交流过，同样的朋友还有中国社科院法学所的张志铭教授。北京大学老师葛云松、龚文东和韩流，研究生王晴以及其他学生也都曾给我的写作提供了资料 and 许多细致的帮助。来美国以后，同冯象博士、沈远远博士、于兴中博士等朋友都谈论过本文的一些内容，得到了他/她们的鼓励和肯定。特别是冯象博士，他通读了全书初稿，并提出了细致且很有见地的修改意见。必须感谢的还有北大法学院院长吴志攀教授，特别是他同意我来美国访问一年，集中精力和时间写作，而本应由我承担的许多工作都由他以及法学院的其他领导分担了。

我特别要感谢哈佛燕京学社及其社长杜维明教授，访问学者的身份使我得以从容写作。哈佛法学院东亚法律研究中心主任安守廉教授为了我访美曾给予了很多很切实的帮助，令人感激。美国福特基金会项目官员张乐伦女士对本研究也自始至终给予了支持和关注，并提出了不少建议。

本文的部分作为论文曾发表于《北大法律评论》、《社会学研究》、《中外法学》、《中国社会科学》、《法学》、《法律科学》、《现代法学》、《比较法研究》等杂志，还有一些论文曾在各种研讨班发表过，听取过与会者的批评和评议。还需致谢的有中国政法大学出版社编辑丁小宣和宋军夫妇；由于他/她们的“催逼”才使此书得以在 20 世纪完稿。

最后，我还应感谢我的妻子周云博士和女儿乐乐，因为她们，我这才有了家；还应当感谢北大法学院的学生们，因为他/她们，我这才有了业。

感谢了这么多的人，这已足以表明现代社会的任何产品几乎都是集体合作的产物；但是，一如既往，所有的责任都将是我的个人的。

苏 力

1999年12月31日于坎布里奇

目 录

世纪末日的交待 (自序)	(I)
致谢	(XIII)
导论：研究中国基层司法	(1)
一、为什么司法?	(1)
二、为什么基层?	(7)
三、为什么中国?	(11)
四、法律学术的意义	(14)
五、本书的结构和安排	(19)
第一编 司法制度	(25)
第一章 为什么送法下乡?	(27)
一、问题和材料	(27)
二、为什么送法下乡?	(30)
三、权力的运作与空间	(36)
四、下乡——局部支配性权力关系的重建	(40)
五、村干部——地方性知识的载体	(44)
六、知识的另一种可能和村干部的另一角色	(48)
七、结语	(51)
附录：感受中国法律的现代性	(54)

第二章 法院的审判职能与行政管理	(61)
一、问题	(61)
二、法院的两套制度及其结构	(66)
三、司法过程中实际体现的行政化审判制度	(73)
四、行政化中的集体决策	(78)
五、最后的评论	(81)
第三章 基层法院审判委员会制度	(88)
一、问题的界定	(88)
二、进路、方法和材料	(92)
三、审判委员会的构成和运作	(103)
四、法官的看法和理由	(106)
五、法官的理由是否可信?	(115)
六、另一个视角的考察	(120)
七、审判委员会的问题	(124)
八、两个例子的简析	(127)
九、结语	(136)
第二编 司法知识与技术	(147)
第四章 初审法院与上诉法院	(149)
一、作为地方性知识的司法知识	(149)
二、司法知识谱系的勾勒	(153)
三、作为初审法院的中国基层法院	(159)
四、作为中国初审法院的基层法院	(164)
五、作为开头的结尾	(171)
附录：初审法官的重要性	(172)
第五章 纠纷解决与规则之治	(176)
一、问题的提出	(176)

二、两个“案件”	(178)
三、关注的差异	(183)
四、为什么关注纠纷解决?	(186)
五、特殊主义背后的规则	(190)
六、现代化与规则	(193)
第六章 纠缠于事实与法律之间	(197)
一、引子：韦伯与秋菊	(197)
二、耕牛的纠纷与法律的纠纷	(201)
三、中国司法中的事实争议	(205)
四、事实，还是法律?	(211)
五、事件的社会格式化	(215)
六、事件的公文格式化	(223)
七、反证?	(228)
八、尾声	(231)
附录：作为格式化工具和过程的司法	(232)
第七章 穿行于制定法与习惯之间	(238)
一、从司法透视习惯的意义	(238)
二、案情始末和“法律”处置	(241)
三、习惯的弥散和认同	(247)
四、制定法与习惯的互动	(253)
五、余论	(260)
第八章 基层法官司法知识的开示	(264)
一、司法知识与法官的关系	(264)
二、法官知识生产的主要制约和资源	(267)
三、在事实争议上	(272)
四、在法律争议上	(278)
五、基层法官知识的实践意义	(283)

六、基层法官知识的理论意义	(290)
第三编 法官与法律人	(297)
第九章 乡土社会中的法律人	(299)
一、乡土社会法律人概述	(299)
二、法律工作者	(304)
三、法律文书送达人	(313)
四、作为律师的法官	(316)
第十章 基层法院法官的专业化问题	(322)
一、“复转军人进法院”	(322)
二、基层法院法官的大致状况	(327)
(一) 复转军人	(330)
(二) 大专院校毕业生	(333)
(三) 其他地方单位调进法院的	(335)
三、法学院学生都去哪儿啦?	(338)
四、“解放军是个革命大学校”	(347)
五、“一盆水洗脸,一桶水也洗脸”	(359)
六、“学校[学]的那点儿东西,我都还给老师了”	(369)
七、“化作春泥更护花”	(376)
八、“世界上的事情是复杂的”	(383)
附录:美国的治安法官和治安法院管辖	(387)
第十一章 基层法院法官的司法素质	(393)
一、问题	(393)
二、操作定义、假说和可测定假说	(396)
三、原始材料的说明和处理	(400)
四、研究结果和分析	(404)
五、关于司法不公或司法腐败	(415)

附录：刑事/经济案件一审判决上诉率简析	(420)
第四编 研究方法的反思	(423)
第十二章 法律社会学调查中的权力资源	(425)
一、问题的提起	(425)
二、权力关系分析之一	(429)
三、权力关系分析之二	(433)
四、启示	(437)
参引文献	(445)
索引	(456)

导论：研究中国基层司法

本书研究的是中国的基层司法制度。但是，为什么要研究中国基层司法制度？本文将从总体上对相关的一些基本问题作一个初步的分析和阐述。这些问题大致是，（1）为什么研究司法？（2）为什么要研究基层司法？（3）为什么研究中国？（4）这种研究具有什么社会实践意义和学术的意义？我将分三节讨论前三个问题，并在这些讨论中简单回答第四个问题的前半，而将后半问题单独作为一节。最后，我将对全书的理论框架和方法进路做一个交待，并对全书的结构进行一种阅读的格式化工作。

一、为什么司法？

中国应当实行法治，中国正在走向法治，无论当代中国人对中国社会的政治法律现状或走向如何评价、作什么样的预测，“法治”已经变成了一种公众的信仰，就如同先前中国人对“革命”、如今对“改革”的信仰一样。尽管其中已经有了某些迷信

的成份，^{〔1〕}但这种信仰和追求还是有一定道理的；并且，从历史的发展来看，似乎也将如此。^{〔2〕}

然而，法治的理想必须落实到具体的制度和技术层面。没有具体的制度和技术保障，任何伟大的理想都不仅不可能实现，反而可能出现重大的失误。即使提出一些举世公认的法治基本原则，例如，法律必须是大多数人可遵守的，法律必须是对同样的人给予同样的保护，法律不溯及既往等，也无法保证法治的可欲结果的出现。这不仅因为“原则不是研究的出发点，而是它的最终结论”，^{〔3〕}而且还因为“一般原则并不能决定具体的案件”。^{〔4〕}让我们细致地作一点儿分析。

首先，这些基本原则并非先验的原则，而是在实践中从正反两个方面的经验中逐渐概括出来的。换言之，这些原则当初并不是原则，而是人们在社会实践中逐步确认为原则的。例如，法律对同样的人给予同样的保护，或法律面前人人平等的原则，在人类历史上就不是一开始就被普遍认为是正当无疑的。各种各样的“奴隶制”、“封建等级制”之所以曾在世界各地长期普遍地实行，除了当时社会的经济基础之外，还有与之相对应的上层建筑和意识形态。亚里士多德这位认为法治即良法之治的伟大思想家就曾认为奴隶不是人，妇女是不完全的人；^{〔5〕}而写下了“人生来平

〔1〕 参见，冯象在《木腿正义》一书中的有关评论，中山大学出版社1999年版，特别是“前言”、“法律与文学”（代序）、“秋菊的困惑与织女星文明”等文。

〔2〕 苏力：“20世纪中国的现代化与法治”，载《法学研究》1998年第1期。

〔3〕 恩格斯：《反杜林论》，《马克思恩格斯选集》卷3，人民出版社1994年版，页374。

〔4〕 *Lochner v. New York*, 198 U.S. (1905), dissenting, in *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinion*, sel. and ed. by Max Lerner, The Modern Library, 1943, p. 149.

〔5〕 《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，页11—19；页39。

等”的名言的杰佛逊自己就曾拥有大量的黑奴。指出这些事实并不是为了贬低这些伟大的思想家，说他们口心不一，有意欺骗，或者说是他们的“阶级的局限性”。我只是说，所有我们今天社会认可的原则都只是对历史的一个总结，代表了我们对这个时代对先前知识的一种选择性的认可。至少从历史角度看，所有这些原则都是经验的产物，而不是先验的存在。

由于这些提炼出来的原则是后天性的、经验性的，因此它很难说就是一种终极真理。即使作为总体的我们可以确信，而且事实上许多时候我们也“不得不”确信，我们比先人视野更为广阔，知识更为广博，对“真理”有更好的把握，但从逻辑上无法令人信服地证明我们已经达到了终极真理；即使对那些我们今天将之作为或几乎作为不可动摇的终极真理的原则，也是如此。既然在我们的前面还有我们无法想像的人类生存时间，我们怎么可能设想至此为止人类总结出来的有关法治的原则已经穷尽并已经确定；我们必须假定我们的生命和知识都只不过是庄子所说的“白驹过隙”，是人类时间上的一个链条。我们又怎么可能假定，未来的社会只是今天的一成不变的延续，假定不会发生我们今天无法预想的重大的社会变化，假定我们今天的所有原则足以供未来者应付他/她们的生活，甚或是我们自己未来的生活。如果历史真的——如同我们所说的那样——不会重复，那么就必须接受这样的结论：从过去的历史中得出的原则将永远不足以应付未来。

更重要的是，一般性的原则，由于其抽象，就可能会永远是对的，但也因此可能是毫无用处的。一个原则并不能告诉我们在什么时候可以用它来检验某个法律。而且我们的原则会有很多，有时这些原则也会打架，我们无法用一个关于原则效力的结构表来解决这些冲突。例如，除一般的法律保护之外，我们是否应当

对妇女、儿童、老人、残疾人、少数民族、华侨、外商或其他分类的人们给予特殊保护？我们一方面有法律面前人人平等的原则，另一方面我们还有给予同等的人同等保护的原则。这两个原则在这些问题上就可能打架。甚至问题还不仅于此，因为这些概念本身都可能有问题。比方说，我因工伤失去了小拇指，我是不是残疾人？或者我失去了食指、大拇指或整个手掌（左手或右手）？所有这些问题，就不是原则本身或原则推论可以告诉我们的，也不是这些概念本身或其定义可以告诉我们的，必须要人们作出一种非常具体的判断，而这就是司法（英文中法官和判断是同一个词）。由此，我们可以看到，在法治中，司法具有特殊的作用。它是从书本上的法到实际生活中的法之桥梁，是从原则转化为实际规范的中介。

司法的另一个重要意义在于，它实际上是一种具有立法意义的活动。尽管如今人们习惯将立法和司法作严格的区分，但这种区分无论在逻辑上还是在实践上都不很清楚，只是一种约定俗成；其界限是专断的。如果不是把立法仅仅视为由某个贴了立法机关之标签的机构按照所谓的立法程序制作出来的法律条文，而是将立法视为为社会实际生活规定或确认规则，那么司法必然是广义上的立法之构成部分。从实践中看，司法适用、司法解释历来被认为是对立法的补充，即所谓的空隙立法。在普通法国家，在普通法领域，绝大部分法律都是通过法官创制而成的，通过法官改造的；在制定法领域，自马歇尔以来，其含义之确定断然是法院的领地和责任。^{〔6〕}即使在欧洲大陆法系国家，司法实际上也是对立法的补充，许多国家的有关法典都明确规定，当法律没有明文规定的时候，法官应当按照立法者在这种情况下可能颁布的

〔6〕 Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803).

法律或审慎的自由裁量或含义不明的自然法原则作出法律判决。^{〔7〕} 而一个司法判决，无论其是否意图作为立法，客观上都对此后的这一问题的司法构成一种约束和导向，因此在这个意义上，具有法律规则的作用。^{〔8〕}

司法对于当代中国的法治形成和发展更具有重要意义。中国是一个各地政治经济文化发展不平衡的大国。我认为，毛泽东在70年前的这个基本判断，仍然是今天中国一切社会科学学者必须直面的一个最基本的现实。并且今天的中国正处于一个令人眼花缭乱的变革时期。在这样一个时期，你可以用“中国”或“转型时期”或“法治”这样的大概念抹去一切差别，但是你不能用这些概念本身来解决任何问题。因此，要保证法律规则的统一性、普遍性、一定的前瞻性，同时又不失灵活性、丰富性、现实性，司法具有立法无法替代的优点。

〔7〕 例如，瑞士1807年民法典第1条第2款就规定，“如果不能从法律条文引出规则，法官应按照如果它是立法者将会颁布的规则来决定案件”。德国民法典则规定了如果一个法律空白不能通过类推解决，法官应当本着“审慎的自由裁量”确定适用的规则；意大利民法典则规定在缺乏明确法律规范甚至调整类推事项的规范时，法官应根据该国实证法的一般原则作出裁决。葡萄牙1867年民法典第16条则强调“如果不能依据法律文本或精神或类推来解决权利义务问题，则依具体情形根据自然法原则来解决”。法国民法典第5条尽管规定法官不得用确立一般规则的方式进行判决，但第4条又规定：法官“借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者，依拒绝审判罪追诉之”；诚如由嵘教授所言，这实际迫使“法官在适用法律时，按自己对立法精神和公正性的理解，……提出法律没有规定或规定不明确的解决办法，以填补法律的空白”。由嵘[主编]：《外国法制史》，北京大学出版社1992年版，页277。

〔8〕 罗马著名法学家乌尔比安指出：“任何东西只要为法律所采用，就会有良机通过解释或至少是裁决把它扩大适用与涉及相同社会目的的其他案件”。转引自，E·博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年，页506—507。

法官以及有关的司法人员，每天都直接面对大量、多变的现实，直接面对活生生的人和事，因此他/她更容易发现立法的不当之处、空隙和盲点；由于法定的职能，他/她又必须作出具体的决定。因此，无论我们在理论上如何论述或规定，实际生活中的法官都必然要作出一些判断，调整有关法律，来争取他/她认为比较好的结果（假定法官没有私心）。在法律没有规定的地方，一个理想的法官可能根据习惯的做法以及有关的政策性规定或原则以及多年的司法经验作出实践理性的决断，补充那些空白；在法律不明确的地方，他/她会以实践的智慧加以补充，使之丰富和细致；在法律有冲突时，选择他/她认为结果会更好或更言之成理的法律；在法律的语言具有弹性、涵盖性、意义增生性的情况下（而这是不可避免的），追求一种更为合理的法律解释。所有这些，我们可以称之为解释，但在一定层面上又是一种为社会生活“立法”的过程。通过这种司法实践，制定法获得了它的生动性、再生力和可塑性，保持了与整个社会以及具体的社会生活的贴近、相关和大致同步。

必须指出，上述的分析尽管有扩大司法权的隐含义，但我的主旨并不是主张扩大司法裁量权，以司法来改造立法。我的分析仅仅在于指出司法实际具有的特点，打破那种以法条主义的“法治观”构建起来的司法与立法的概念分离，承认司法的现实。这种反思可以使我们避免一些不切实际的空谈，力求在一种局限之内追求可能的最佳，将一个不着边际的问题化解成一些可以操作的问题。这种对人的无限创造力的否定恰恰是对人的有限创造力的肯定。对于变革中的中国，对于一个必定会具有中国特色法治国家的形成，司法研究因此具有格外重要的意义。

二、为什么基层？

至少有几个因素影响了我为什么选择基层法院作为主要的研究对象，其中既有实践的，也有学术的。我将把学术的因素留待后面论述，这里主要考虑实践的因素。

首先，我有这样一个判断，中国的问题仍然主要是农村的问题。中国最广大的人口仍然居住在农村，中国社会的现代化的最重要的任务之一就是农村社会的现代化。因此，一个真正关心中国人（而不仅仅是中国知识分子）喜怒哀乐的人就不能不关心中国最基层社会的人的生活。记得一个同学到苏南调查，回来后对我讲，一位乡镇企业家对他们说，大意是：你们这些知识分子，没有一个是替我们农民讲话的，只有费孝通先生替我们讲话。这位乡镇企业家的话，尽管在我看来有些过激，但确实有几分道理。我们这一代知识分子往往以为自己是在代表人民说话，但实际上我们往往是从自己的生活境遇出发思考问题，或美其名曰，要启蒙。我们往往依据一种所谓的普适的原则来说话，我们往往并不真正理解基层社会的普通人究竟需要些什么。例如，我在某地进行基层司法调查时，就曾看到发给或要求农民购买的由该省司法局编印的所谓的“农村普法读本”，其中汇编的第一部法律是《中华人民共和国宪法》，第二部是《中华人民共和国反不正当竞争法》！这不仅让我和其他调查者感到震惊，我更感到一种良心上的极大谴责。在乱哄哄你方唱罢我登场的所谓的法治建设和司法改革的汹涌浪潮中，我们的法律究竟在为谁服务？在各种各样的关于“权利”的话语中，我们行使的“权力”是否更多地谋求着法律界和法学界的各种巨大利益？我们怎能用这样的

“假冒伪劣”产品对待我们的父老乡亲？如果说知识还是有点儿什么用处的话，那么“为什么人的问题”就还是一个不能回避的问题，至少对于我们这些法律理论工作者来说是如此。因为，正如卡多佐所言，“法律的最终目的是社会福利”，任何法律都要在社会生活面前表明其存在的理由。^{〔9〕}如果不了解普通人的喜怒哀乐，不从他/她们的日常生活中考察他/她们的需求，而只是从法治的原则概念出发，那么由此产生的法律就不仅可能是伪劣的，而且是假冒的。

其次，现代法律在很大程度上主要适用于城市社会、工商社会、陌生人社会；由于经济的社会的和文化的原因，在各国，现代法律及其相关的制度都很难进入农业社会、熟人社会或在这样的社会中有有效运作。^{〔10〕}从中国目前的法学研究现状来看，大量的学者的研究都更着重规范性的法律研究，也都更侧重于研究城市工商业发展的需要，司法制度的研究也基本是以现代都市生活为背景的，例如抗辩制的研究、庭审方式改革等等。这当然是不错的，对于中国社会的现代化，市场经济的发展，中国的对外开放，都是必要的。但是一个健全的法学研究势必要保持研究的多样性，必须要考虑为不同的消费者提供他/她们各自喜欢的商品。而我们在这方面的许多研究，包括许多司法的研究都是与中国的基层社会无关的，或关系遥远的。在一个根本就找不到或根本就雇不起律师的地方，^{〔11〕}你如何抗辩？如果当事人连什么是辩论权都不明白，你如何让他/她们明白证据开示和互相质证？如果大量的当事人由于种种知识或能力或财力的原因而预期甚或要求

〔9〕 卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，页39。

〔10〕 参看，Donald Black, *The Behavior of Law*, Academic Press, 1976。

〔11〕 参看，本书“乡土社会中的法律人”一文。

法官“为我做主”，而你就恰恰是这个法官，你怎么在法庭审判技术上以及职业良心上“坐山观虎斗”？不错，中国最重大的案件也许都发生在中级以上的法院，但是对中国老百姓的日常生活最重要的案件却是发生在基层法院。也许陆俊是否吹了黑哨的案件引起了广大球迷的关心，也许毛阿敏的偷税案件引起了不少歌迷或艺人的关注，也许陈希同的案件引起了更多的中国人甚至外国人对中国政府打击腐败的决心的猜测；但是，这并不是全部的中国的司法，甚至不是中国司法的主要部分，甚至很难说这是当代中国司法最关键的部分。

再次，中国的基层法院是中国法院的重头。我们可以看一看有关的数字。手边可以获得的只有 1986 年的数据，^[12] 中国全国各级人民法院的总数为 3404 个，其中基层法院就有 3007 个，人民法庭 15000—18000 个（1994 年数字），^[13] 中级以上的人民法院仅仅是总数中的一个零头。就审判人员来看，总数不到 15 万人，^[14] 而基层法院的审判人员在中国全国审判人员中就大约占了 5/6。尽管由于中国的各级法院在一定意义上看都是初审法院，因此，从现有可以得到的数据，我们无法判断基层法院审理调解结案数在全国法院系统审理调解结案数中的精确比例，但是从与老百姓生活联系最直接的民事一审案件来看，这个比例至少不会低于 90%。因此，无论从法官的人数来看，还是从处理案件的数量上看，基层法院实际都是中国司法的最主要部分。

但是，我们对这些真正影响普通百姓生产生活的法院并不了

[12] 《中国法律年鉴》(1987)，法律出版社 1987 年版。

[13] “法庭管理是个大课题”，载《人民司法》1994 年第 12 期，该文(页 7)称全国有城乡人民法庭 18 000 个；1998 年《中国法律年鉴》(页 138)称全国有城乡人民法庭 15 000 多个。

[14] 同上，这个数字刨除了法医和法警。

解。除了每年报上来的审理和调解结案的数字，以及时而报刊曝光的一些司法腐败或不公的案件，基层法院和法官完全进入不了法学家的眼界。我们知道他/她们的生活环境吗？我们了解他/她们的喜怒哀乐吗？我们知道他/她们是怎样处理离婚、赡养、继承案件的吗？我们知道他/她们有什么司法的技术和技巧吗？我们知道他/她们对中国司法制度的看法、想法和判断吗？他/她们都被忽略了，在目前这个司法制度和法学知识制度中，他/她们变成了“无言的大多数”，变成了“不做数”的数字。他/她们的观点、看法和意见不仅要求统一到上级法院那里（其中有一定的合理性），而且常常被法学家们普遍认为是要予以教育和提高的。似乎司法知识与司法实践无关，而只与官职、职称、学历或充斥了各种权威说法（包括政治的和外国的）的文章有关，似乎司法知识不是从司法实践中产生的，而仅仅是从法学家头脑中产生的。

最后，法律与社会现实之间的错综复杂的关系，往往在基层法院中有更为直接、生动、鲜明的反映和体现。由于制度的分工，基层法院同最大量的初审案件打交道，它们不得不面对大量复杂的事实争议以及相应的法律争议。中级以上的（特别是高级和最高）法院则很少直接处理具体的事实争议；即使处理，由于有了基层法院的努力，其所遇到的法律争议往往也已经比较格式化（这种结果在美国往往是律师努力的结果，而在中国，由于基层社会律师很少，因此格式化更多是初审法官努力的结果）。^[15]因此，原生状态的生活同法律的遭遇，主要是在基层法院。法律在这种遭遇中，无时无刻不在接受生活的检验，接受最普通、最广大的人民以他/她们的行动作出的选择。因此，尽管

[15] 参看，本书“纠缠于事实与法律之间”一文。

大案要案似乎发生在城市，但是，如果放弃传统的道德主义和理想主义的视角，对中国当代的法治发展最具有理论意义的和最具挑战性的一系列问题却是在基层法院最突出、最显著。这些问题都是现有的教科书无法告知答案的，是现有的法律理论无法涵盖或容纳的。你可以用一套既有的概念或原则来谈论它们，甚至你可以牺牲与这些问题相伴的普通人的权利来祭奠你神圣的法治“理想”，但是你无法用这套概念或原则将这些问题打发；相反，这些问题的长期存在将注定一次次揭开我们这些法学家穿的那身皇帝的新衣。事实上，只要看一看《秋菊打官司》这部电影中所展示的基层司法，它就给我们的法学家提出了多少书本上没有的新的问题？！^{〔16〕}如果不认真面对这些具体的问题，不认真研究这些问题，仅仅靠“依法治国，建设社会主义法治国家”的口号，靠几位法学家或抄或编几本外国人的书，不可能指望法治的形成。法治是一种实践的事业，而不是一种玄思的事业。

三、为什么中国？

应当说，这本不构成一个问题。只是因为近年来强调法律移植、同国际接轨等，才似乎变成了一个问題。但是我认为，无论

〔16〕 参看，苏力：“秋菊的困惑与山杠爷的悲剧”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版；冯象：“秋菊的困惑与织女星文明”，收入《木腿正义》，中山大学出版社1999年。这其中提出的问题至少有，法律作为地方性知识，法律的普适性，乡土社会对法律类型的需求，法律概念系统的冲突，法律救济类型的比较，法治叙事与反叙事的社会构建，“法盲”的界定和形成，法律的定义，秋菊的说法以及法律与文学等的问题。这些问题在中国基本还只是提出来了，并没有真正比较系统的研究。

如何，我们都必须研究中国。

首先，当代中国的问题本身就具有正当性。这一点必须明确。我曾其他地方提到这一观点，在此我还要重复这一点。近年来，我们在司法制度上总是在瞄准他人，我们似乎忘记了，法律是实践的，是要解决问题的，是要解决我们的问题的，是要解决我们眼下的问题的。而且不论中国法治的未来将如何，我们先要解决的是当代的中国的问题。即使要移植法律，我们也必须了解我需要什么，即使拿来主义也要有眼光。因为，作为一个事实问题，我们不可能什么都移植，移植都是要成本的，因此，我们必须作出选择。而且，各国的情况也都不一样，我们同样不可能把只要是外国的都移植过来，也总还是要有一个选择。选什么，不选什么，就涉及到选择标准的问题。标准，在我看来，不是法律在其他国家如何如何，而只能是当代中国社会发展的需要、老百姓的需要。假如我是一个胖子，我就一定不能选择适合林黛玉的服装；但这里的前提就是知道自己胖。东施效颦的错误并不在于东施应不应追求和学习别人的美，错误在于她不了解自己，没有找到适合自己的美。

这并不是要放弃追求，放弃理想，放弃我个人的理性设计，放弃法学家的理想追求。我们当然可以理想，可以设计，但是，每一代人都应当首先关注他/她们面临的问题，都必须知道自己理性的限度，“儿孙自有儿孙的福”，那种“为万世修太平”的理想隐含的是一种权力意志，^{〔17〕}追求的至少是知识的霸权，隐含着对他人对后代的权利的剥夺。然而，我们怎么可以想像后代甚

〔17〕 Friedrich Nietzsche, *Beyond Good and Evil*, trans. Walter Kaufmann, Vintage Books, 1966 ch.1.; 又请参看, Michel Foucault, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings*, 1972 - 1977, ed. C. Gordon, Pantheon, 1980.

或我们的同辈都会按照我的意志去做呢？我怎么可能设想在此后的社会生活中，不会出现新的“事变”，打乱我们设计的前提呢？除非假定历史已经终结！

其次，研究中国问题，会不会使我们获得的知识失去其普遍意义呢？我认为不会。知识是否具有普遍意义，起决定作用的并不是生产者的主观意图或追求，而在于它有没有效用，能否为不同的人广泛借鉴和使用。知识的产地或知识资源的产地本身并不能最终决定知识产品的市场（尽管我不否认有其他因素会影响知识的市场），而在于产品的质量 and 效能。在这一点上，知识产品和其他产品是一样的。日本生产的电视是可以在全世界销售的。不错，作为知识发展的总体而言，针对当今世界西方发达国家的经验，中国的问题也许是地方性的。但如果不是将现代化视为一个单线的进化，不是将法治视为只有一种模式，那么，任何国家的经验和知识都曾经是地方性的（不要忘记，今天的英美法的制度就产生于英国皇室派出的巡回法官，他们依据当地普通人的习惯裁决纠纷，这是一种非常地方性的实践）。从地方性到普遍性之间从来都没有而且永远都不会有一个截然的界限。

最后，我们也不应当把中国的现代化视为现代化发展中的一个异端，而认为只有西方社会的发展才是正统。我们不当把中国的现代化过程或法治过程视为一个对正统理论的适应和改造，把中国的现实问题都视为没有实践或理论价值的问题。作为拥有世界 1/5 人口的中国，其问题本身就已经具有正当性。而且，退一万步，即使中国的问题是一个异端，但这就是我们生活的环境，我们必须认识、回答、解决我们的问题。我们总不可能老是——借用米兰·昆德拉的一部小说名——“生活在别处”吧？！

四、法律学术的意义

中国正处于一个空前的发展时期，中国的法治建设也处于一个重要的发展时期。与之相伴，中国的法学也应当有一个繁荣时期。然而法学的发展并不必然伴随着法治的发展而来，因为法治的确立是一种秩序的社会形成和确立，这主要是一个社会的公共选择和试错过程的产物，而法学却更多是一种智识性的表现，是对法律实践和法治实践的正当化和表述。因此，我拒绝那种唯心的观点，认为法学研究的发展是中国法治发展的原因或主要原因。^{〔18〕}但我也并不想走向一种相反的决定论。这两者的关系更可能是一种互动的、辩证的、互相强化的。如果其关系果真如此，那么法学研究对中国法制建设也就并非完全没有意义。即使假定法学的理论发展并不能直接对中国法制的形成和确立起决定性的作用，我还是认为，它可能产生一种间接的作用，即通过法律话语的形成而形成法律的共同体，构建一种法制和社会生活所必须的社会共识，并以此来促进法治的确立。最后，假定法学研究具有不依赖法制建设的独立的学术意义，那么作为中国学术的体现，作为中国法学工作者存在意义的依赖，我们也必须努力推动法学的发展。

问题是如何发展中国的法学。当代中国法学的发展现状，在我看来，是非常不能令人满意的。大而空的研究，从条文到条文的法条主义的研究，处处可见。好一点的也只是倚重国外或我

〔18〕 我在其他地方曾对此作了有关论述，参看，苏力：“后现代思潮和中国的法学”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，特别是第四节。

国台湾地区一些学者的著述或者是国外或我国台湾地区的一些做法。结果是，尽管在法律条文的解说上有所丰富，回答了国外或我国台湾地区是如何做的，但往往并没有回答为什么要这样做。或者是诉诸于一些无法操作的、因此也难以形成实践性共识的抽象价值，或试图发现一种在研究者看来具有先验性的永恒真理，将在一定时空中行之有效的做法或正当化方式当做永恒有效的普遍真理；一旦中国的社会法律实践与这种法学理论不相符合，学者往往就会用应然的论点替代实然的分析。因此，尽管面对的是中国当代社会的急剧变化，中国当代法制的迅速发展，法学界至今没有而且似乎目前也不可能给予有力的回应。我们的法学基本上是在炒西方学者的冷饭，没有自己的见识和洞察力，没有自己的发现，乃至在国内的其他学科中，也被讥笑为“幼稚的法学”。这种状况是中国法学家的一种耻辱，我们这些学术法律人有义务改变这种状况。

“知耻者近乎勇”，但光有勇还远远不够，我们还必须找到法学发展的突破口。从总体上看，这个问题必须通过研究中国问题来解决；从具体上看，我觉得司法研究具有很大的理论创造的潜力。

对于这个问题，我在本书的第四章中有比较细致的分析，为了行文的必要，我在此作一个简要的概括。我的基本分析是，欧陆法学是以立法为中心的，司法的知识在那个知识体系中变得看不见了（请回想一下，你能否想出一本欧洲学者写的有关法官司法的学术著作？）；英美的法学是以司法为中心的，司法的知识在这一理论体系中得到了凸显，但其司法哲学主要是围绕着上诉审法官的司法意见展开的，包括其司法制度和法学教育制度都是为这一法学形成创造了条件（请回想一下，美国司法审查制度，苏格拉底案例教学法，法律推理，法律解释，宪法原旨，程序正义

等)。因此,在这个格局中,我们看到有一块巨大的理论空白,那就是,对初审法官的实践和经验的研究总结。可以说,这种研究成果极少,正是在这种开阔的视野中我们看到了中国法学可能开拓的处女地。

中国学者有接近这一资源的条件。中国当代的司法制度就其直系血缘来说是欧陆法系的,在这一制度下,至少在1990年代初的司法改革之前,由于种种原因,^[19]绝大多数案件无论事实争议还是法律争议都是经由法官处理的。即使改革后,法官仍然要就事实争议和法律争议作出决定。因此,中国的初审法官与其欧陆同行更为相似,而与其美国同行不同。正是由于这些特点,中国初审法官积累了大量的关于如何处理事实的经验,形成了一系列处理事实问题的制度和“技巧”。制度上的例子之一就是,即使在事实争议上也大多采取合议庭审理,这就限制了独任审判中法官可能拥有的对于事实的过大裁量权。对于这种极为简单的常见的制度,我们其实都没有从道理上作出细致的分析,特别是在制度比较中进行理性的分析、讨论和批评。因此,累积在这种制度或技术中的知识,并没有得到足够研究。

必须指出,中国初审法官的这些制度和技术不仅仅由于中国的欧陆法系传统,而更多是与中国的特殊情况相联系甚至是由其决定的。首先的一个因素是,中国的疆土辽阔,民族众多;即使同为汉族,由于各地地理、人文环境的不同,经济交往的缺乏,也形成了“十里不同风,百里不同俗”的情况。与欧洲国家地域

[19] 这些原因有:刑事诉讼不允许辩诉交易;民事诉讼中,讯问制的诉讼费用对于当事人来说相对于对抗制要低,先例不具有约束作用,因此缺乏细致的规则指导,更缺乏律师居间谈判和解;目前,法院经费缺乏,因此法院有动力鼓励诉讼来增收诉讼费,并且近年的法治宣传造成了对司法某种程度的迷信等。这里列举是不完全的。

相对狭小，因工业化和商业化带来的社会同质化程度高，形成一种鲜明的对照。在中国这种社会环境中，一方面尤其需要统一的法律作为指导，而另一方面，为了保证法律的执行和有效，又不可能严格执行统一的法律，因此在中国司法中强调的不仅是合法，法官经常挂在嘴边的一个说法就是要“合情合理”。严格地按照法律办事往往被认为是教条主义。对这些问题的研究（注意，并不是简单认同，而是如同对待中外一切前人的做法那样，都一定要有一点儿怀疑的眼光，仔细分析权衡利弊），就可能发展法学的理论，推动法律的实践。

此外，我们必须看到，我们现在心目中的许多关于法官的印象都是从书面来的，很少经验性研究。因此，有许多已经被作为“事实”为人们接受的，其实未必是真实的。比方说，有许多研究都指出，由于中国的司法独立不是讲法官独立，同时有审判委员会等制度，因此中国法官的权力很小。但是，这个印象是从概念中推出来的。只要仔细研究一下，就会发现中国的法官的权力并不像许多人认为的那样很小，受到很多限制。首先，由于法官不仅审理法律问题，而且审理事实问题，法官因此就拥有了很大的裁量权。^[20]而且我在后面的经验研究也表明，这种权力过大的情况确实存在，甚至造成法官在一些案件上寻求各种制度来推卸这种审判上的责任，而不是要求权力。这种裁量权也还表现在只要审判结果符合“实质正义”，就能得到其同行甚至是社会的接受、认可和欢迎。例如，1997年，海淀区法院在法律没有任何明文规定的情况下，在一个损害赔偿案件中判决给予了精神损

[20] 关于初审法官的裁量权，特别是在事实争议上，可参看，Jerome Frank, *Court on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1973（原版1949），特别是第5、6节。

害赔偿。尽管这一判决从法理上严重违背了法律不溯及既往的法治原则，但是却得到了上级法院和社会舆论的普遍认可。没有人对这一做法从违背这一法治原则出发提出任何异议和讨论。又如，就在我写作此书期间，该法院法官就对一个学术机构的内部规则进行了司法审查，这种司法权力的巨大扩张，已经侵入到同样值得关注的民主制度和法治原则，但却由于种种原因得到了传媒甚至一些学者的认同和欢呼。法院和法官的这种实际状况，与法学家的概括描述并不完全相同。因此，必须对中国基层司法的实际状况予以系统的研究和分析，而仅仅这一点就需要中国学者至少一代人的努力。

在中国这一环境中，以一种开阔的视野认真研究中国法官，特别是基层法官在解决纠纷上所体现出来的种种知识和智慧，并且如果能够以学术的语言来予以总结，同世界各国学者进行交流，难道不可能作出一番中国人的贡献吗？

必须指出，就实际可能性而言，绝大多数中国学者也不可能在研究其他国家的司法制度上作出重大的贡献。不仅因为司法是实践的，不仅因为对于文化背景的要求，不仅因为文字表现力的有限性，最重要的是就一般而言，中国学者在研究上的比较优势只可能在于研究中国的法律和司法。如果你要研究外国法，你就不应当同中国人比，而应当同外国学者比（同国际接轨）。你觉得，就一般而言，我们有这个知识上的比较优势吗？而且如果接受了法律知识地方性的前提，你对外国司法制度的研究也并不必然比另一位学者对本国司法制度的研究在知识上拥有更高的品位。中国的法学界应当在追求理论的同时，更多地务实，从中国当代的社会变革和法治建设的实践中获得更多滋养，这是我们的根，是最贴近、最可及也最为丰富、独特的本土资源。是的，我们应当学习外国司法的先进经验，但是，作为一般而言，中国的

学者不能因此忽视现实中国社会的法律实践可能具有的学理意义，忘记了身边的学术宝藏。至少，我们是就近拥有这一资源和进入这一资源的路径，也许等待我们的是更多的开掘的行动。

五、本书的结构和安排

本书虽然是一部研究中国基层（特别是农村）司法制度的著作，但是，它的重点却不在介绍。它的关注点始终是其中具有实践意义和理论意义的问题。它力求开掘出只有中国学者（由于他/她的生存环境和文化修养上的比较优势）才有可能敏感地察觉和提出的中国当代司法的问题，不仅要给予适当的描述，而且力求作出细致的理论分析，因此能给阅读者一种智识的挑战和愉悦。

由于这种追求，本书在结构上似乎是比较松散的。它并没有追求一个形式上的完整结构，但若仔细阅读，就可以发现我的理论主线是明确的。它力求将中国当代基层司法制度放在中国 20 世纪的背景下予以考察，放在当代中国社会条件下予以考察。它的基本理论框架是马克思的历史唯物主义，即认为不能从法律和司法本身来理解法律，不是从人类的一般发展来理解司法制度，而是强调其根源于社会的物质生活关系。^[21]但在这一理论主线的基础上，我也着重汲取了社会学的研究成果，特别是费孝通先生，法国的福柯和布迪厄等显然受马克思历史唯物主义影响或与之兼容的思想，强调法律与社会生活的各个方面的相互支持和影响；同时我也汲取了制度经济学和法律经济学的一些思想。这些

[21] 参看，马克思：《政治经济学》序言、导言，人民出版社 1971 年版，页 2。

思想，在我看来，与马克思主义的基本理论是相通的，并且在对社会和法律问题的分析上，丰富了历史唯物主义的理论框架，使得历史唯物主义具有了更大的解释力。我反对历史唯心主义，把法律和司法视为知识和观念的产物，我也反对法治研究上中国传统的历史唯心主义——道德主义——的分析进路。

在方法上，我汲取了经验主义、功能主义、实用主义（这三者有其一致的地方）的分析进路，强调实践是检验理论的惟一标准，强调制度、法律的实际功能，反对形而上学的先验性，强调具有可观察的效果和可比较的效用，不尚空谈，不搞概念分析之类的文字游戏。此外，在分析过程中，我尽量采取一种“冷静又热烈”〔22〕的“同情的理解（包括批判）”〔23〕的态度，尽可能设身处地考察我所研究的对象，包括对自我以及我所在的职业的反思和批评，尽可能的公道。我在全书中努力贯彻这种理论的追求。在这个意义上，这也是一部理论的著作。但是，我追求的不是那种从生活世界中完全分离开来的抽象原则，而是力求在生活中展现理论的力量。我追求历史与逻辑的统一。

按照制度、知识、法律人以及研究方法，我将本书分为四编。

第一编主要从三个层面探讨中国当代基层司法的三个具有代表性的制度。在有关“送法下乡”的文章中，我从历史的宏观层面，考察了中国基层司法制度发生的政治历史性背景。我的分析表明，基层司法制度及其“送法下乡”、“巡回审判”的司法实际

〔22〕 关于这种态度，请看，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, 特别是“导论”。

〔23〕 这种态度，源自迦达默尔的哲学阐释学。在中国当代法学著作中，梁治平最先引入并运用了这种方法。参见，梁治平：《法辨》后记，贵州人民出版社 1992 年版，页 180。

是中国现代民族国家建设的一个重要组成部分，因此，司法在中国从一开始就具有一种政治性功能，一种独立于常规司法强调的解决纠纷与确认规则之外的功能。这一研究把有关中国基层法院置入一个新的、更为广阔的理论和政治实践层面去分析，从根本上改变了目前学者对这一问题的理解和研究进路。在中观层面，我研究了法院内审判制度与行政管理制度之间的冲突，分析了前者在当代中国法院内是如何被后者吸纳，造成法院审判功能之弱化。这个问题尽管是基于对基层法院的调查而写作的，但是我认为其给人的启发不限于基层法院。在微观层面，我集中分析了基层法院实际实行的审判委员会制度，力求公允地（尽管批评者可能会有不同的评价）指出这一制度的复杂社会功能，并予以温和地、语境化地肯定。在选择这一制度分析时，我是有更多考虑的。中国的司法制度中，有许多都具有中国特点，但是对于这些特点，很少有人进行过细致地经验性同时也是理论性的分析，往往都是用现有的从外国搬进来的理论甚或是从概念里引申出来的理论进行简单地对比。结果往往是一种意识形态化的讨论，无论是支持还是赞同。而在目前的司法改革中，不少法学家已经盯上了审判委员会，认为这没有“同世界接轨”，看来下一个就会拿它来开刀。在这样一个也许我的努力从一开始就注定会以失败告终的时代，我希望尽自己所能为这个制度作一种前人从来没有进行过的理论的和功能的分析。即使这一制度在改革的“汹涌”大潮中被革除了，我仍然相信，作为这种分析的思路也许会有助于学者分析中国的其他司法制度甚至是分析外国的司法制度。我也许会为自己的失败作证，但是我并不担心这种作证，而且，说不定也是为我们这个时代——说轻点儿——“幼稚的法学”作了证。一个理论的成功并不必然导致其社会实践的成功；同样，一个实践的失败并不必定意味其理论的失败。在这个意义上，选择

这一个具体的制度已经具有足够普遍的意义。

在第二编，我进行了一种更为艰难、且更为大胆的学术努力，我试图描述和分析中国基层法官的一些在现有的司法知识体制中无法被人看到的、或看到后也受蔑视或误解的技术和知识，并且试图发掘这些知识生产和产生的制度性条件。以当代的进化主义认识论（它认为“一切适应都是知识”）为基础，我首先分析了中国基层法院的制度空间位置（初审法院）及其社会空间位置（中国基层社会），我简单分析了西方法学发生的知识谱系，从而论证了中国基层法院的这种位置必然产生其独到的知识。随后，在第五章，我分析了中国基层法官司法的外显特点，重视解决纠纷。我的分析表明，这种特点并不是一种抽象的文化产物，而是对于社会生活环境的一种适应；我特别强调了，所谓的重视纠纷解决的做法，只是从现代社会的规则角度来看，才是缺乏规则的，而事实上，这种纠纷解决常常依据了规则，具有地方性色彩的规则；此外，我还分析了从纠纷解决到现代规则之治的某些必要社会条件。第六章讨论了现代司法的格式化特征，它在中国基层司法中带来的问题，以及法官对所谓“事实争议”的处置。我的分析表明，所谓事实争议其实有很大部分是现代司法和法律作为一种强制性格式形成的；同时展示了，现代格式化司法的前提条件是社会事件的预先格式化，而这一过程是一个社会现代化的过程。在第七章，我讨论了制定法与习惯的互动，并着重分析了习惯作为规则的强大；法官是如何处理制定法规则与习惯冲突的案件，如何穿梭于制定法与习惯之中的；以及特别重要的是，他/她们为什么会穿行于其中。我批评了文化论的解说，对法官的行为重构了一种历史唯物主义的解释，一种制度经济学的解释。在该编的最后一文第八章中，我试图概括这一编以及本书其他论文中所展示出来的基层法官在处理事实和法律问题上的知识

和技术。我的这一力求原创性的工作，非常艰难。

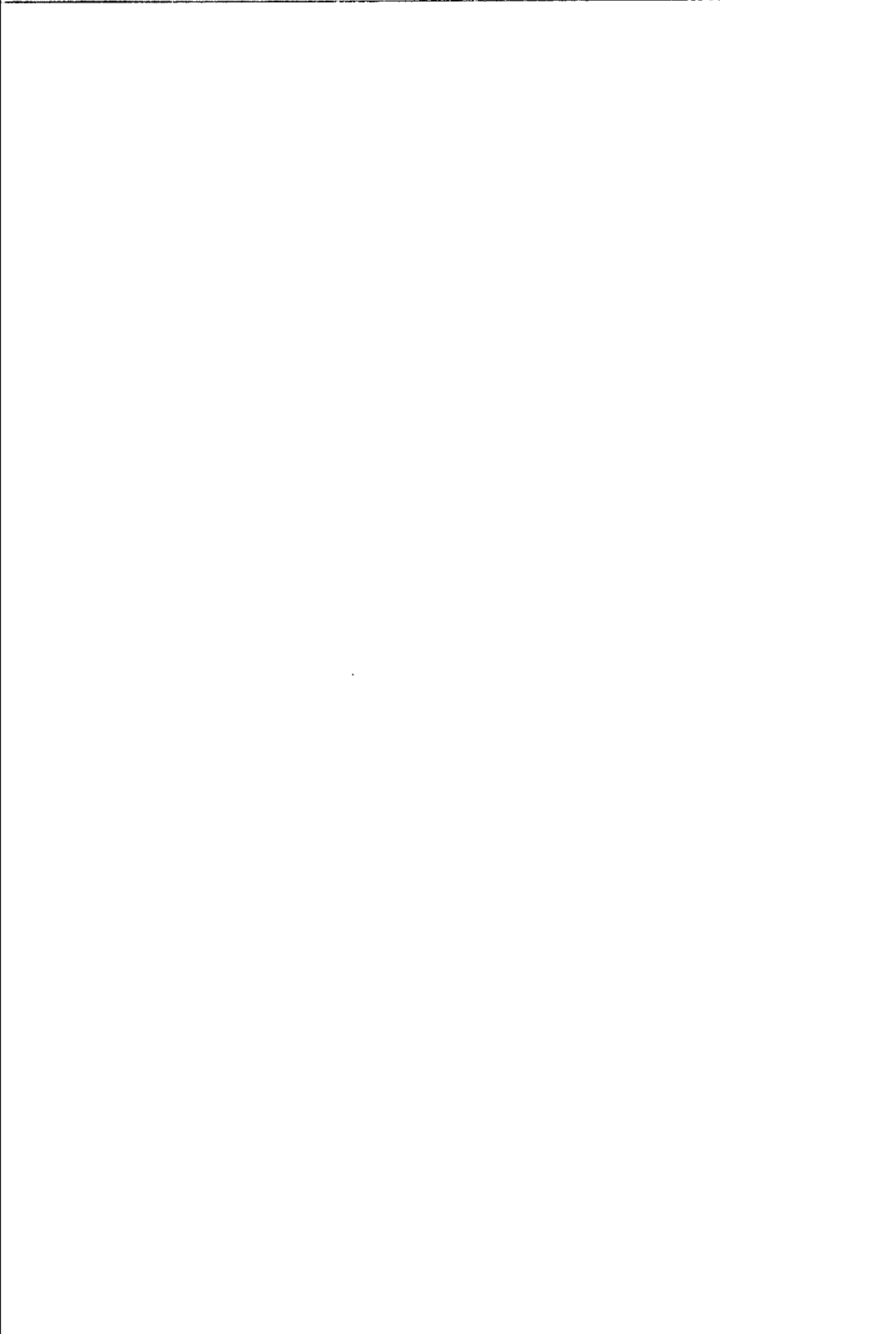
在第三编中，我讨论了有关法官以及乡土社会中的其他法律人。在第九章中，我介绍并简单地分析了乡土社会中的法律人，特别是语境化地介绍了法律工作者、法律文书送达人以及作为律师的法官的基本情况，并作了一些初步的但并不一定是浅薄的分析。这篇文章主要是为了提出问题，包括一些理论和社会的问题，同时为后两章的分析做一个铺垫。在随后的两篇文章中，我集中讨论了基层法院的法官问题。第十章把基层法院法官放在中国社会结构中和语境中进行了近乎全方位的社会生态性考察。我的结论是，尽管基层法官的文化和专业训练素质不高，但这种情况在市场经济条件下以及在短期内都难以改变，因此必须重新考虑法官专业化的进路。我的建议是将人民法庭和基层法院的部分法庭根据其现有的状况将之准司法化，这不仅符合这些法官的实际工作，而且有利于法官专业化的形成。该文还比较细致地分析了中国军队在中国社会中作为人才筛选机制和训练制度的作用，分析了法学院教育相对于司法审判实践而言存在的先天性薄弱点，以及农村需要的知识类型等相关问题。我个人认为，这些分析都是具有某种先锋性的。在第十一章中，我采取了最初步的统计分析方法，根据基本由基层法院法官审理判决的民事案件上诉率在10年内的变迁，分析了中国基层法官的专业水平。我的结论是从案件双方当事人的满意作为司法公正的标准来看，中国基层法官的司法实际素质一直在逐步提高，这种状况表明中国法治的良好发展；据此，我对目前媒体上比较流行的关于“司法不公”或“司法腐败”的说法提出了质疑和分析。

第四编仅有一篇文章，主要是对我自己在田野调查中的一些问题进行的反思。这并非对本专题研究方法的系统介绍和系统理论反思，而仅仅是其中已经完成的一个部分，一个相对完整、有

学术新意且具有一般理论意义的反思。其他的一些有关方法的理论思考，或者已经在其他文章中有比较细致的论及（例如关于审判委员会制度），有的则还需要以后进一步整理。在我看来，这篇文章加入本书没有降低本书追求的理论性、创造性和经验性，相反是一种补充和提升。它有可能促使读者从其他的角度（例如研究方法的角度）来阅读本书，注重本书的分析论证，而不是仅仅关注本书的一些结论。这篇文章实际上代表了本书作者较长时期以来在研究和写作中一直潜心努力的另一个追求，即对于方法的思考，对于思维方式的训练，以及在研究过程中对于研究者自身的考察和反诘。

1999年12月31日凌晨于坎布里奇

第一编 司法制度



第一章 为什么送法下乡？

分兵以发动群众，集中以应付敌人。^{〔1〕}

——毛泽东

战争是流血的政治，政治是不流血的战争。^{〔2〕}

——毛泽东

一、问题和材料

本章研究的是我们在农村基层司法调查中发现的一个普遍存在的现象，“司法下乡”或“送法上门”。送法上门并不仅仅限于农村，但本文的分析将限定于农村。用作具体分析的案例材料是强世功、赵晓力和贺欣 1996 年底在中国陕北农村调查时参与观察的一起法院下乡依法收贷案。对这一收贷案，强世功、赵晓力已利用了其中部分材料各自作出了相当深入和富有新意的研究，

〔1〕“星星之火，可以燎原”，《毛泽东选集》卷 1，人民出版社 1991 年版，页 104。

〔2〕“论持久战”，《毛泽东选集》（合订本），人民出版社 1966 年横排本，页 447。

提出了许多新的观点。^{〔3〕}但我的关注点并不是这一案件本身，而是“下乡”这一普遍的、习以为常的、以致无人提问的现象。借助于这一案件，仅仅是为了使本文的分析有所附着，不致过于空泛，同时也是对当代中国基层司法制度的一种反思。因此，本文还利用了强、赵二文中未予利用或公布的一些背景材料；同时，为了避免“解剖麻雀”必定具有的令人怀疑的典型性和代表性问题，我还利用了我们在湖北省对基层法院法官的一些访谈材料，^{〔4〕}以及一些社会常识。

为了便利读者阅读本文，不必寻找有关的原始材料，在此，我将此案前后经过作一大致介绍。当然，此处的介绍势必简略、概要，不可能将许多背景性材料以及材料之间的微妙联系和意义一并展示，或即使展示了，也未必能引起读者的足够注意。因此，许多细微之处将在后面的细致分析时予以点出、补充和展开。

陕西北部靠近沙漠地带的某乡农民在大约 10 年前向镇信用社贷了一笔 200 元的钱款，期限为 3 个月，但一直未还。信用社曾几次托人捎话，或见面催要，甚至上门催款，都没有结果。1996 年，在地区和县政府有关部门要求加强“依法收贷”的促动下，信用社向该县法院驻该乡的人民法庭提出诉讼请求。人民法庭庭长因此带着信用社的人下乡收贷，他们不仅从县农工部租了一辆小面包车，而且请了派出所的民警，“以壮声势”。调查人强、赵、贺三人碰巧得以随行。到了该村，法庭庭长首先找到该

〔3〕 强世功：“法律知识、法律实践和法律面目”，该文的简本以“乡村社会的司法实践：知识、技术与权力”为题发表于《战略与管理》1997 年第 4 期，页 103—112；赵晓力：“关系/事件、行动策略和法律的叙事”。这两篇文章均收入王铭铭[编]：《乡土社会中的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社 1997 年版。

〔4〕 1997 年 5 月于湖北武汉，中南政法学院法官培训班。

村干部，由村干部领到借贷人家中。不巧，借贷人已外出放羊，村干部因此去找借贷人。原籍陕北的调查人之一的强曾心存疑问：是否村干部会通知借贷人躲起来。但事实上没有。借贷人回来之后，请诸位上炕就坐，且不用脱鞋（不脱鞋显示了对“客人”的尊敬），接着烧水、泡茶、进烟；当得知调查人的身份时，声称自己“大跌面子”。随后，在炕上“开庭”。信用社和法院首先称借贷人以前另有一笔借款未归还；借贷人称已归还，并有某某人作证（后来的补充调查发现，确实已还）。法院随即对此“案”不再深究，转而追问这笔贷款为何不还。借贷人除了称无钱以及搬出其他借口外，还称民间流传：到1997年底，政府会将农民欠政府的所有贷款都一笔勾销。庭长当即批驳了这种流言，声称这一次是“依法收贷”，借贷人应交纳的金额为，本金200元加上10年的利息，共700多元，再加上这次下乡所用交通费、诉讼费各200元。借贷人声称无法还这么多钱。村干部此时发言，首先批评了借贷人借钱不还，随后在未与庭长以及原告信用社商量的情况下，自作主张地要求借贷人及时还上本息，诉讼费和交通费就免了，由他自己“给你顶这个人情”。对此，法庭庭长并无反对，反倒说，这是调解的办法，没有加15%的罚款；如果借贷人不接受，那么就到镇上法庭去，按国家法律规定办，该罚就罚；现在这样做还是为借贷人考虑。最后，借贷人出去借了钱还了贷款本息。这一“开庭”究竟是“审理”或是“调解”，事先并不清楚。但据后来的补充调查，发现案卷的“制作”是按调解进行的，所有记录都看不出场景和开庭期间的种种讨价还价，似乎一切都非常符合法定要求。^{〔5〕}

我对这一案件的关心是为什么要“送法下乡”、“炕上开庭”。

〔5〕 同前注3。

在世界上的各现代、特别是法学家眼中能看到的发达国家中，都没有这种现象。这种现象可以说是中国独特的，是一种典型的中国现象；但这在中国又是如此普通，如此常见，以致迄今为止无人对这一现象及其效用提出疑问和进行细致研究，似乎这是天然合理的。即使偶尔有所分析，也往往停留在宣传或意识形态层面，认为这是一个司法深入群众，便利群众，为民服务，或“为改革开放保驾护航”的范例。本文则试图从国家权力向社会深入的角度对这一问题提出一些新的分析，以求教于其他学者。我的解说是，由于种种自然的、人文的和历史的原因，中国现代的国家权力对至少是某些农村乡土社会的控制仍然相当松弱；“送法下乡”是国家权力试图在其有效权力的边缘地带以司法方式建立或强化自己的权威，使国家权力意求的秩序得以贯彻落实的一种努力。鉴于“下乡”在中国近代以来一直相当普遍，因此，这一研究进路之意义也许不仅仅限于农村的司法。本文的分析因此也略为超出司法下乡，而顺带论及一般的干部下乡，乃至近年的“科技、文化、卫生三下乡”活动。

二、为什么送法下乡？

这是本文的基本问题，也是本文研究的切入点。在调查基层司法制度的时候，法官经常谈到要下乡办案。这里所说的“办案”并不仅仅限于调查案情，甚至主要不是调查案情（例如本案）；不时会有乡间开庭，甚至出现上面提及的“炕上开庭”的现象。于是，我们就要问，司法权力为什么会以这种方式运作？

并不因为有案件发生，就一定会发生这样的司法权力运作。

首先，如果是一个习惯于书本上的司法理论和制度的人，或者是了解西方发达国家司法程序的人，都会首先发问，为什么有国家强制力支持的法庭不传唤“被告”呢？更何况，人们不是常常说，相对于民间的力量，中国的国家或政府的力量太强大了吗？

其次，我们也不能简单地认为国家在乡里设立了人民法庭，它就一定要下乡收贷。事实上，从《民事诉讼法》的有关正式规定来说，也只是规定了法院可以“根据需要进行巡回审理，就地办案”；〔6〕即使如此，该法仍然规定了传唤制度。〔7〕因此，下乡与否并非一项强制性的规定，而是可以根据需要斟酌取舍、变通的。而自改革开放以来，司法领域一直强调司法的专业化和职业化，与此同时，司法也确实日益制度化了、规范化了，无论是审判人员的着装，还是法庭的庭审方式；无论是审判人员的普遍学历，还是他/她们的专业训练。而为什么在基层司法上要留下这么一个明显的非规范化“口子”（尽管不是惟一的口子〔8〕）？而且，我们也不能笼统地说“根据需要”。我们必须追问的恰恰是，什么是这个“需要”？这个需要是怎样构成的？司法实践中，法官或法院是如何在行动中实际理解和处理这个“需要”的（这其实就是一个很好的博士论文题目，并且将是具有创造性的）。

再次，我们也还不能说，在中国法院与当地政府总是有一种密切的关系，司法事实上还不完全独立，因此——比如说，在这个案件中——为了协调和配合政府的中心工作，法官就一定要下

〔6〕 参见《中华人民共和国民事诉讼法》（1991）第121条。

〔7〕 同上，第144条规定：“基层人民法院和它派出的法庭审理简单的民事案件，可以用简便方式随时传唤当事人、证人”。

〔8〕 同上，第64条第2款规定，“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”。

乡。的确，我承认，乡干部经常得下乡；基层法院法官有不少人就来自乡村，或长期生活在这种环境当中，可能受到乡干部下乡办事的习惯影响。但是，这也并没有回答我的问题，相反它本身就是一个问题；我们要问，为什么这种工作作风在中国乡村相当普遍。

最后，这也不能用乡镇工作复杂、众多来解释。事实上，我们的调查发现乡镇政府的工作作风是非常稀松的。我们的调查者就发现，乡政府常常是上午9点上班，也许10点半以后就找不到人了。这就表明乡镇事务并不总是很多，其繁忙往往只是“季节性的”（季节性，在此既有自然季候的因素，有时则是由于上级机关部署的特殊工作，例如抗旱救灾）。并且，就算乡镇事务多、杂乱，其复杂和繁多的程度也不可能超过国务院或城市地区的许多机构，而国务院的工作或城市地区有关机构的工作却基本是按照韦伯的官僚制原则运作的。

一个重要的传统解释是：这是一种深入基层、为人民服务、为人民排忧解难的好作风。我并不否认这个因素。我甚至承认这是一个因素。但是，我又不能简单地接受这种解释。的确，中国政府和中国共产党多年来倡导这种工作作风和意识形态。但是，倡导并不意味着法官就一定会自觉服从。中国政府和中国共产党主张和倡导的其他一些做法在基层就常常得不到真正或切实的贯彻，例如，减轻农民负担的政策。第二个例子是，1980年代后期到1990年代前期，山东曾向全省行政机关、企事业单位派出巡回法庭、执行室，“送法下乡”，就地审判，“为改革开放服务”。这一做法一时间曾在《人民日报》上得到宣传表彰，并试图作为经验在全国推广。然而，1995年4月山东省高级法院决定将派驻的各类巡回法庭、执行室（共647个）等机构于当年6

月底统统撤销。^{〔9〕}第三个例子更为相关但又更具意味，尽管建国初期据说毛泽东同志曾多次赞赏深入群众的马锡五审判方式，^{〔10〕}并且法律界也曾试图贯彻，^{〔11〕}甚至有专门的学术论述，^{〔12〕}但是在城市地区，马锡五审判方式即使在文革之前就已基本上被韦伯意义上的官僚化审判方式替代了。^{〔13〕}所有这一切都表明，一种制度的存废固然受到领导人的偏好和流行的意识形态的影响，但是制度与社会经济生产方式以及社会组织结构可能有更深刻的逻辑关系，并不完全服从意识形态的逻辑。

自然，这也就不能用传统、习惯或习性来解释。传统、习惯或习性如果能够长期延续，至少得有某种效用。一般说来，人们并不会盲目地长期坚持某个具体的传统，完全不考虑其效果；否则的话，任何传统就都不会发生任何改变。那些不顾效用，坚持

〔9〕《山东法制报》1995年4月21日。

〔10〕参见周旺生：“中国立法改革三策：法治、体制、决策”，载《新华文摘》1996年第2期，页10。马锡五是中国共产党的高级干部，1943年在担任陇东专员时，同时兼任陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长，从事司法工作；他经常有计划地下乡，深入调查研究，进行巡回审判，及时纠正一些错案，解决了一些缠讼多年的疑难案件，在当时受到了人民群众的欢迎。人们把这种贯彻群众路线，实现审判与调解相结合的办案方法，称之为“马锡五审判方式”。大致有三点：深入调查研究；就地审判，不拘形式；经过群众解决问题（张希坡：《马锡五审判方式》，法律出版社1983年版，页41）。其实，这种审判方式更像传统中国的包公式（群众也确实称其为“马青天”）的审判方式，高级官员，集行政司法权为一体，强调个人道德品质、个人魅力和能力，关心民众疾苦，惩恶扬善。这是一种典型的人治。

〔11〕1954年，马锡五被任命为最高人民法院副院长；院长董必武曾多次要求他总结有关的司法经验，予以理论的提高。1955年，毛泽东在接见全国司法会议代表时曾对马锡五说：“你来了，事情就好办啦。”见，张希坡：《马锡五审判方式》，同上，页64、68。

〔12〕张希坡：《马锡五审判方式》，同上。

〔13〕关于韦伯的官僚制，可参看，《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆1997年版，第3、9章。尽管这个译本很难读。

“祖宗之法不可变”的人甚或生物，都必定会在生物演化过程中逐渐被淘汰。^[14]的确，中国共产党在长期的革命战争中创造了深入基层、深入农村的工作传统，但是，传统一直在顺应时代而发展，上一段文字的第二、第三个例子都是明证。此外，多年来，在农村工作的干部已经换了几代人，因此，也就并不存在布迪厄所谓个体的“习性”的问题。从事实上看，今天的干部下乡以及司法下乡已远不是当年的“红区干部好作风，自带干粮来办公”的延续和重复，至少有一些干部下乡会要吃要喝。但这也不能匆忙得出司法下乡或农村基层干部下乡就是为了鱼肉百姓的极端结论。这不仅是因为确实有不少勤勤恳恳的准焦裕禄式的干部；而且更重要的是，即使有吃喝的“好处”，有补助，许多干部也并不情愿下乡，认为下乡还是一个苦差事。^[15]从效用或便利程度上看，送法上门对于审判工作来说并不便利，在城市地区效果也并不好。^[16]最后即使假定司法下乡是一种传统、习惯或习性，那么这些语词本身也并不能回答问题，相反，需要回答的问题是：什么样的社会结构或社会需要创造了这种传统、习惯或习性？为什么中国政府和中国共产党一贯倡导深入基层的工作作风？

尽管意识形态和优良传统不足以解释“司法下乡”、“炕上开庭”这种现象，但是，考察这种意识形态和传统是如何发生的，

[14] 关于知识的在生物演化中的淘汰和发展，可参见，Henry Plotkin, *Darwin Machines and the Nature of Knowledge*, Harvard University Press, 1993。哈耶克在其许多著作中也触及到了这一点，可参见，《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店1997年版。

[15] “到法庭工作确实是对法院干部的考验，每月多给补助费有人都不愿意去。”见，戴建志：“再唱南泥湾的歌”，载《人民司法》1994年第11期，页44。

[16] 参见，前注10及相关正文。

却可能有助于理解今天的这一现象。当年，中国共产党在建立全国政权的过程中，选择了农村包围城市的战略。毛泽东同志高度重视中国农村，在农村建立了中国共产党得以发展并取得全国胜利的基地；即使在革命战争中，毛泽东同志也提出“分兵以发动群众，集中以应付敌人”的军事战略。正是在这一革命历程中，产生了这种深入群众、下乡上山的意识形态和传统。重视农村、深入农村是为了保证共产党的强有力的社会基础，保证共产党对革命的领导，因此，“下乡”从一开始就是一种权力运作的战略。^{〔17〕}

今天，尽管历史已发生了根本性的变化，20世纪末的中国与20—30年代的中国已完全不同，中国共产党已经从一个反抗国民党统治的、局部的弱小力量成为一个建国50年的全国性的统治力量，因而，已不能简单地搬用毛泽东同志的分析，但是，在保证权力深入农村并有效运作这一层面上，当年中国共产党深入农村，建立根据地所要解决的问题和当代的干部下乡和送法下乡确有一致性。正是在这一点上，本文的核心论题是，今天的司法下乡是为了保证或促使国家权力，包括法律的力量，向农村有效渗透和控制。因此，从一个大历史角度来看，司法下乡是本世纪以来建立中国现代民族国家的基本战略的一种延续和发展。

但我们还是要问，为什么国家要这样做，国家本身已经意味着对全国的统治；从理论上说，它已经拥有无上的权力（即主权），并有对暴力使用的合法垄断。那么为什么，国家为什么不能像韦伯所描述或设想的现代官僚统治那样，以“形式理性”的正式法律和程序来贯彻国家的意愿？

这就与中国社会的特点有关，与权力运作的自身的特点有关。

〔17〕 关于这一战略的形成，必须构建性地阅读《毛泽东选集》第1卷。

三、权力的运作与空间

倡导司法下乡、送法下乡与国家权力在中国农村社会的松散相关。尽管中国已经成为一个现代民族国家，在一般人看来，似乎国家已经拥有绝对的权力，特别是经历过相当时期计划经济体制的当代中国。但是，理论的辨析可能与事实不兼容。对于任何一种权力的考察，在福柯看来，应当是在微观层面，应当在权力运作的末梢，在一种权力与另一种权力交界的地方；只有在这里，我们才能真正了解权力是如何实现的。^{〔18〕}我们在考察当代中国国家权力时，不应当停留在文字的规定，或从“共产主义国家”的概念中推演，也不应仅仅看行使权力的人是否有“国家干部”的身份或是否以这种或那种方式与国家相联系；而应当看，普通人是如何同这些代表国家的人打交道的，以及代表国家的人又是以何种方式同国家权力意图治理的对象打交道的。因此，对中国农村基层司法的考察是一个可能的观察进路。

我们若分析一下此案，就可以看到国家权力在收贷案发生地的弱化。案件发生在陕北农村，一个靠近沙漠地带的地方。从理论上讲，地域特点和地理空间就有可能影响权力的运作方式。^{〔19〕}“天高皇帝远”这句老话，实际上就是说的这个道理。而强、赵、贺三人的调查材料也证明了这一点：当地政府的办公时间很不正

〔18〕 参看，Michel Foucault, *Power/Knowledge*, ed. by C. Gordon, Pantheon, 1980。

〔19〕 参看，Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1978。

规——“上午 10 点半以后可能就找不到人了”；乡民当中普遍流传着国家可能在 1997 年一笔勾销所有发放的贷款；本案贷款人 10 年未归还贷款；当地镇信用社多次索要毫无结果；以及当地此类欠贷不还的“案件”颇多；等等。这一切都表明，在这里，至少在这里，国家对乡民的权力关系并不足够强大，至少不像我们通常想像的那样强大。

由于国家权力在这样的地区的松弱，因此这可以说是国家权力的边缘地带。所谓边缘地带，并不仅仅指国家权力能力的边缘；从另一个角度来看，边缘地带也是抵制国家权力的另一种力量（例如个人的力量或社区的力量）的边缘，因为权力只有在权力与权力的碰撞中才能看见。在这样的边缘，因此，从理论上，也就意味着不存在着一贯的、独霸的权力支配关系，而很可能发生权力支配关系的流变。也就是说，总体上强大的国家可能在某一点上变得孱弱，而总体上孱弱的某个个体的力量可能在某一点上变得相对强大。在这里，必须重视空间位置对权力的实际运作可能产生的影响。由于农村的广阔空间，借贷者确实在另一种意义上可能成为强者，而放贷者（即使放贷者是国家）成为弱者。这种借贷双方强弱关系的变化，历来在民间俗语中就有所表现，即所谓的“要钱没有，要命就这一条”。一旦事情到了这一步，如果放贷人的目的是“要钱”而不是“要命”，或者有正式的或非正式的制度不允许你“要命”，那么强弱关系就发生了某种微妙的变化。近年来，这种状况似乎愈演愈烈。企业间的“三角债”是一例；银行考虑到账面上的盈利关系而不愿企业破产是另外一例；而近年的民间黑色幽默“杨白劳要挟黄世仁”固然有点儿过分，但也的确对今天信贷双方的支配和被支配关系之流变作出了一种颇有意味的概括。

并不仅仅是自然空间可能改变这种强弱关系，人文空间同样

可能改变这种强弱关系。所谓人文空间，在这里指的是乡土中国的熟人社会。相对于借贷者所在的社区来说，国家对于借贷者几乎只是一种概念上的存在，代表国家来收贷或“依法收贷”的法庭庭长和镇信用社代表固然拥有不可质疑的政治合法性并有国家暴力的支持，但他/她们或多或少是一种外来的陌生人，他/她们所代表的权力在当地没有太深的根基。并且，对现代民族国家的信仰在中国至多也是这 100 年来才开始发生的，因此，在乡土社会的生产方式和相应的社会组织结构尚未发生根本性变化之前，借贷者很容易将国家权力视为外来力量，而生活在一个熟人社会之中的借贷者与这个社区的其他人就很容易并且事实上总是会构成了一种或多或少互利互惠的“亲亲相隐”的关系。强文初稿中也显露了这一点：出生并成长于陕北的强本人就曾怀疑村干部是否会借外出找借贷人的机会通知借贷人逃跑？尽管这一怀疑为后来的事实打消了，但并没有排除这种可能性。相反，调查人强之所以在当时当地本能地产生这样的怀疑，本身反倒是一个支持性的尽管并不是强有力的例证。我们在湖北的调查也发现，同村人拒绝出庭证明货真价实、铁证如山的本村人违法犯罪行为。这种情况极其普遍，以至于 1998 年颁布的新刑事诉讼法有关证人出庭作证的规定几乎完全无法实行，^{〔20〕}这可以说是另一个极其有力的旁证。“胳膊肘向里拐”仍然是中国社会的一个普遍现象。

正是在这种自然和人文空间中，我们才可能理解借贷人何以可能欠债 10 年不还，甚至信用社上门催款也无济于事。所有这

〔20〕但这并不是惟一的原因，甚至可能不是主要原因，因为这种状况在城市地区同样严重存在，甚至更为严重。据一个报道，刑事案件审理中，上海黄浦区法院近年的证人出庭率只有 5%；江苏省某市的出庭率为不足 10%；而某县法院的证人出庭率为 25%（但受贿案件无一证人到庭）。见，武鼎之：“证人拒证，良策何在”，载《人民检察》1999 年第 3 期，页 6。

一切表明的都是国家权力在乡村的实际控制力是比较弱小的。而从这一角度看，干部下乡、法院下乡、送法上门、炕上开庭等等就都具有了另一种意味。因此，我们不能轻易接受这样一个我们通常已经习惯了的理论预设：只要是国家就必定是强大的；只要是贫苦的、可怜的农民就必定是弱者。在这样的一个地理空间和人文空间中，从中央政府散发出来的国家力量来到这似乎带有很强隐喻意味的“沙漠边缘”，势必已是“强弩之末不能穿鲁缟”。

我们还必须看到，尽管现代国家几乎已完全垄断了暴力的合法使用，但这种使用仍然必须合法。国家不能一味地使用暴力。确实，代表国家行使权力的人有可能滥用权力、鱼肉乡民，甚至在极少数情况下草菅人命，但无论是正式的意识形态、^[21]传统的儒家意识形态^[22]还是乡干部与乡民的某种程度的共栖关系，^[23]都势必对收贷者的暴力行使或威胁暴力行使有所约束。因此，我们在此案中看到，收贷人并没有威胁将借贷人抓起来，而只是威胁要传借贷人到镇上的人民法庭公开审理，该罚就罚，让借贷人在乡间丢脸。这种说法在法律意义上也许根本算不上什么威胁，而更像是“依法办事”或“依法收贷”，但在当地的社会语境中，对借贷人本人来说，或者对普通的乡民来说，这构成了一种实实在在的同时颇有份量的威胁。因此，这再一次印证了我在其他地方的分析中指出的，什么构成伤害，什么构成威胁，

[21] 例如，人民政府，人民法庭，以及既支持又限制国家使用暴力的“法治”本身。

[22] 例如传统的父母官的说法。

[23] 在包括人民法庭法官在内的乡干部中，尽管有许多都是国家的正式代理人，即拿国家工资的，但是他/她们的利益并不等同于国家的利益，他/她们有许多人生于斯，长于斯，将死于斯，绝大多数几乎没有什么提拔的指望，因此，他/她们与当地有千丝万缕的联系，这种联系往往使他/她们与乡民有某种程度的共栖关系。

什么构成制裁，在乡间与在城市并不总是一样的。^{〔24〕}事实上，庭长是在利用民间的威胁方式，一种本土的和传统的资源（对这一点我将在后面作更为细致的分析）。但是，即使如此，假如借贷人真的没有还贷能力，甚至根本就不愿借钱还贷，而情愿丢脸，那么，这种威胁也不起作用（俗话说，软的怕硬的，硬的怕不要命的，不要命的还怕不要脸的）。这也再次表明，名义上至高无上的国家权力事实上是有限度的。

因此，我们可以看到，对于权力的行使来说，无论在自然空间抑或人文空间都是重要的，权力运作的地点（locality）很重要。在这个案件中，以及在类似的案件中，正是由于这种空间的位置，使得法院和信用社所代表的国家与这位借贷者之间的具体的权力关系发生了一种令本文作者在写作之前也没有想到的换位。

四、下乡——局部支配性权力关系的重建

从上面的分析，我们也许可以大致理解中国农村基层政权的各类干部为什么要下乡，以及建国近50年以来这一方针为什么会得以延续。就其总体来看，“下乡”是一种国家权力试图在乡土社会中创立权威并使之得以真正实现的战略性选择。就这一具体的依法收贷案件来看，炕上开庭则可以视为在乡土中国的某一局部空间重建国家对于个人的具有支配性的权力关系，是权力运

〔24〕“现代法治的合理性和可行性”，载《东方》1996年第4期。

作的一种表现方式，即所谓“集中优势兵力，各个击破敌人”。〔25〕特别是考虑到，对于收贷方和法院来说，都想借助这一案件创造一个具有示范性的先例，为以后的收贷开个好头（创造先例），因此，在一个国家权力相对松弱的地方造就这种局部的权力支配优势，就格外重要。

下乡是建立局部的支配性权力关系的一种可行方式，甚至可能是在既定制约下惟一可行的方式，但这并不必然是稳操胜券的方式。我还是要重申：权力关系是可能流变的。从另一方面看，下乡也可能可能会对权力行使造成一种新的威胁，甚至有可能完全丧失那本来就已经孱弱的权力。首先，送法下乡本身就是一种权力孱弱的表现。其次，但更为重要的是，一种权力离开自己的基地或中心地区，作为外来力量进入一个相对陌生的社区，本身就有风险。民间历来有“强龙压不过地头蛇”和“关起门来称大王”的说法，军事上也有所谓“引蛇出洞”、“在运动中歼灭敌人”的战略。所有这些说法都表明权力在其据点内、在其熟悉的环境内行使往往更为有效，更少风险。在我们的访谈中，法官就经常抱怨法院判决“执行难”；但是他/她们说的难，其实是有限定的，真正难的是到外地去执行本地法院的判决，因为外地政府和法院不予配合。〔26〕一些法官称自己和公安干警解救被拐卖的孩子或妇女时的狼狈就像“鬼子”进村，“打枪的不要”，“悄悄地进庄”

〔25〕 必须指出，这种战术并不仅仅限于农村，实际在城市中也普遍存在，例如案件在法庭中审理，有一系列仪式和程式，实际上都是为了强化这种支配性关系。在日常生活中人们也会下意识地运用这种战术，例如，老师让调皮的学生“下课后到我办公室来”，以及家访；而哪怕是再调皮的孩子，到这时也会“战战兢兢，汗出如浆”或“战战兢兢，汗不敢出”。

〔26〕 有法官称法院执行有“三难”，即到河南、海南、湖南执行最难，都是指到外地执行。

(这些话都是电影《平原游击队》中日本鬼子的话),而一旦找到了拯救对象,就“连滚带爬”地跑出来。这些事例都表明,任何一种外来力量,即使有国家权力的支持和为了正义的事业,要想进入一个陌生的社区或地区时也是有风险的。上门收贷、送法上门同样如此。第三,送法下乡、炕上开庭必定缩短执法者与当事人之间的距离,由于普遍存在的“近则不逊远则怨”和“亲人眼里无伟人”的社会心理,因此,除法官本人具有特殊魅力外,一般来说,这种近距离的交往必定会降低法官和法院的威严,并进而影响法律执行上的有效性。^[27]

但是,尽管有风险,法院又不能不执行上级的决策和履行自身的职责。为保证这种权力下乡的成功,就有必要在一个有风险的自然人和人文空间中重建一种局部的、暂时的支配性权力关系。为了这一点,当然首先是可以增派人员,“人多势众”是一句老话。但是,乡人民法庭往往没有那么多的人可派,^[28]因此,我们可以理解此案中为什么要借一个民警“以壮声势”。不仅如此,其他一切可以利用的因素也都要利用起来,这也许是因为庭长在“审判”和“调解”中要明确指出我们的调查者是“从北京来的”,其意义就是让借贷者感到自己的“坏名”传得太远;这实际也是一种权力运作的策略。在这个意义上看,我甚至认为,那辆小面包车也未必仅仅是为了交通的便利,而更可能代表了一种权力的符号资本,是保证这一局部支配性权力得以实现的构成部分。由此,我们也就可以进一步理解这一开庭中所运用的一系列

[27] 参见,我在“关于法律专业化的法律社会学思考”(《中国社会科学》1994年第6期)一文中的更为细致的分析。

[28] 据我们在陕北和湖北的调查发现,乡间的人民法庭的正式工作人员一般只有2—4人。

特定的技术、策略和知识。^[29] 这里，确实像是一场战斗，庭长在“集中优势兵力”，目的在于保证这次司法下乡的成功。

由此，我们也可以理解许多相应的基层司法甚至基层工作的许多特点。例如，调解形式之所以在农村通行，就可以视为一种可用的并且是有效的技术和策略，而并非因为它如某些学者习惯认为的那样，为民众“喜闻乐见”（农民喜闻乐见的东西多着呢，例如作为一种娱乐方式的赌博，政府就不允许或予以限制）。既然乡民不愿上法庭，只要能达到收贷的目的，那么调解就可以作为一种替代方式。而在收贷案中的“炕上开庭”究竟是“审判”还是“调解”，其性质之所以不那么明确，以及“开庭”中法官对借贷人所使用的又打又拉、先打后拉等等战术和策略，都与这一点可能有关，与便于讨价还价有关。也因此，严格的法定程序势必不重要了——如果严格遵守程序可能使这一次“依法收贷”完全失败的话。由此，我们甚至可以得出结论说，后来的补充调查中发现的法庭的“案件制作术”（即事后再将“开庭”定性为审判或调解，并对文件作相应的处理）几乎是一种必然。^[30] 我们甚至还可以理解为什么在中国农村目前，这类小案件一般都以调解方式解决。调解之所以能进入中国的正式的司法制度，成为一道法定的程序，决非偶然，决非仅仅因为它是民众“喜闻乐见”的形式，更重要的原因在于它是实施权力的有效工具。

[29] 参见，强世功和赵晓力的文章，同前。

[30] 事实上，在湖北以及其他地方的法官调查中也普遍发现这种案卷“制作”的情况。

五、村干部——地方性知识的载体

我实际上已经提到了“地方性知识”的问题，例如调解形式，即因为中国人一般怕上法庭丢面子；又如，炕上“开庭”的性质之不确定性和可变性等等。但是，这些知识或多或少还是权力行使者——在本案中即法官——可以直接了解的，是或多或少已经一般化了的的知识（例如中国人爱面子，偏好调解，爱讨价还价等），或者是法官自己可以自由控制的知识（例如开庭之性质的最后界定，例如“案件制作”）。这些地方性的技术知识固然重要，但相对说来，还是比较一般化的“地方性知识”，在某种程度上是可以进入书本进行交流的知识，并且有些事实上也已经进入了书本。

然而，仔细考察一下本案，我们就会发现，对于一个具体的开庭和对于开庭的法官来说，这些知识、技术和策略还不足以保证其权力的有效实现。权力的运用还必须基于更细致的了解权力所要影响的对象，^[31]即所谓的“知己知彼，百战不殆”。因此，有关权力影响之对象——借贷者——的许多具体知识就变得重要起来。例如，收贷人的个性、品行、脾气、家境，他/她可能对法官作出的反应，他/她的实际财力，他/她向其他人借钱还贷的可能性，他/她对面子的看重程度，等等。所有这些情况对于本案的法官来说都是为有效行使权力而必须考虑的因素，在这个意义上，所有这类信息对于这个法官在这一刻都是非常有用的地方

[31] Foucault, 同前注。

性知识。^[32]

但是，这些知识并非悬浮在空中，你无法信手拈来，随取随用；这些知识也不见于书本，至少不全见于书本，因为这些知识不仅是地方性的，而且是非常个人化的，是交流起来不经济的知识，因此也往往是不值得规模化生产即进入书本的知识。因此，这些知识在很大程度上无法为正式法律制度所利用，并因此也是正式制度一般予以否认和拒绝的知识。^[33]但当一种相对孱弱的外来权力短期进入乡村时，^[34]为了保证收贷的成功，为了“集中兵力”，又必须利用这类知识。于是，就出现了一个问题，要发现可以利用的这种知识的载体。

这个知识载体，在这类案件中，常常是、尽管不必定是村干部。作为熟人社会中的一个成员，村干部长期生活在这个偏远的社区中，也许他/她没有许多如今得到大社会承认的那种上得了台面的知识，但是他/她的独特生活环境确实使得他/她拥有许多可能令外来权力行使者要想行使权力就必须予以重视和考虑的具体知识，即对当地的山山水水和社区中几乎每个人特性的深知。

[32] 注意，我所使用的地方性知识受到吉尔兹（*Local Knowledge*, Basic Press, 1983）的启发，但是有重大不同。吉尔兹的地方性知识虽说是地方性的，但他的分析脉络却也同时赋予了这种地方性知识以同质性；而我所说的地方性知识是具体的知识，是与 locality 相联系才有意义的知识，是交流不经济并因此不一定值得批量文本化的知识。

[33] 例如，法律面前人人平等的原则，在另一个意义上就是否认人实际上必定具有的许多差别。并不是这些差别毫无意义，事实上某些差别得到了程度不同的承认，并且法官拥有事实上的裁量权，但是就原则来说，如果承认太多差别，就会使“法律”无法以法律的方式运作，而成为无法之法。

[34] 注意，我强调的是短期；如果是长期进入，则可能通过其他方式，例如广泛交谈、亲身经历，来获得这种知识。这就是要求其他干部下乡“深入了解情况”的现象。但法官下乡审案不属于这种情况，他/她是短期进入，没有这种可能。

由于他/她拥有了这些知识，这就决定了他/她在国家权力下乡时可能扮演一个非常特殊的角色，起到重要的作用。当然，在乡土社会中，并非只有村干部自己独享这类知识，实际上，几乎每个乡民都拥有这种知识；但由于村干部已经被正式的国家权力机制“标记”为村干部，由于他/她在乡村中拥有某种权威，以及他/她同国家权力机制的联系，因此，村干部往往是国家权力下乡时最有迹可寻因而是便利的地方性知识库。这就决定了在各类干部下乡办事时（当然，查办村干部时除外），村干部在每一个这类具体场景中都几乎不可或缺。在我们调查人民法庭的下乡工作方式时，几乎所有的法官都告诉我们，进村首先要找村干部，获得他/她们的配合，然后再开始工作。^[35]村干部是基层法官获得这种非常具体的地方性知识的一个基点。

因此，村干部在这类场景中的频繁的和普遍的出现，绝不能仅仅视为一种方便或习惯。仅仅是方便或习惯不足以构成一种制度性的做法；^[36]在方便之外，必定有效用的因素在起作用。由于村干部拥有和代表了在这个场景下权力运作不可缺乏的一部分

[35] 在湖北访谈基层法官时，人民法庭法官几乎一致强调下乡办案首先要找村干部，村长、会计等，要让他/她们陪着一块儿去找当事人。一位法官甚至告诉我们一件事，一位新近从学校毕业的“法官”第一次下乡，因直接去找当事人，且由于言辞过于“教条”和简单化，竟被当事人打了出来，眼镜也被打碎了。

[36] 这一点是否制度性的做法，可以有争论。由于这种做法并不见于国家的正式法律、文件，人们可以说它是非正式的；但如果这种做法已经得到普遍接受，并得到国家政权的合法承认来界定，那么这种做法无疑是制度性的。事实上，这种做法在我们国家的权力运作中是作为工作程序和方式得到正式承认的，例如“上情下达”的说法，以及“密切联系群众”的要求。此外，制度性和字面上的合法性并不等同，制度性的做法有时可能并不一定具有字面上的合法性，“第一书记说了算”也许与党章规定的民主集中制不相一致，因此不具有合法性，然而，由于种种原因却可能是制度性的。因此，一种做法是否制度，不能仅仅以是否有文字规定作为标准。

知识，因此，当在一个相对陌生的局部构建一个支配性权力关系之际，村干部就并非是一个临时性的、可有可无的维度，他/她构成了这种场景下知识/权力结构的一个不可或缺的部分。他/她的在场代表了一种与国家正式法律权力不同的另一种结构性知识，这种知识支撑着国家权力和法律在乡土中国的运转。其实，任何熟悉乡间社会运作之规则的人对这一点都是很了解的，尽管未必总能清醒地意识到这一点。

但是为什么村干部愿意扮演这一角色？这也并不能用其他来解释，而必须用利益交换来解释。村干部为法官提供了这种知识，强化了法官所代表的国家权力，一般说来，法官也总是要给村干部留点情面。因此，在这一收贷案件中，村干部就敢不同法庭庭长商量，自作主张地免了那400元交通费和诉讼费，而庭长不仅未予反驳，竟然也就默许了。这种情况，如果让一位不了解中国的西方法学家或法官看见，即使不当场晕过去，至少也会目瞪口呆。但是，村干部并非无偿地提供地方性知识，村干部实际上也利用其知识获得了一种象征性利润。因为，至少在这一乡民的面前，他“露了脸”：连镇上的干部（村民们并不区分法官或政府官员，这种区分对他/她们至少在目前意义不大）都要给他面子。因此，他在乡民中的威望会更高；而且，无论该村干部的内心是如何想的，至少在外观上他是在替借贷者着想，帮借贷者解决困难，乡民因此或多或少会对他有所感激。这些情况都对这位村干部今后行使权力更为有利。村干部在这里实际上处于一个相当有利的中间人的地位。一方面他/她可以借助于国家权力对乡民行使权力，借助国家权力强化自己的地位；而另一方面由于他/她拥有的地方性的具体知识，他/她可以影响国家权力的行使，借助乡民的权力来强化自己对于国家的地位。

六、知识的另一种可能和 村干部的另一角色

但是，关于权力的分析并没有完结。正如所有的知识都具有两面性一样，正如权力有流变之可能一样，村干部所拥有的知识也具有另一种危险，即弱化国家的正式权力在乡土社会的运作。

首先，前面已经提到，村干部是有面子的人，庭长无论真假、是否愿意，都必须予以照顾，否则，以后再有问题发生，只要村干部略施小计，甚至仅仅是消极、不配合，法院的权力在这个村就难以再次进入。因此，在我分析的这个案件中，村干部可以自作主张减免 400 元从原则上说应当属于国家所有的钱，尽管这些钱属于可收可不收之间，在这里更可能是法官用来“侃价”（bargain）的筹码。

其次，现代法律及其有效运作的前提假设一般是陌生人社会或个体主义的社会。但在此案中，村干部是这一乡土熟人社会的成员，同时又在某种程度上与乡镇干部一起构成另一类型的“熟人社会”。因此，一旦村干部在场，游戏规则就势必改变，法学家所主张的法律的严肃性势必减少，因为熟人之间一般无需法律，或只需要很少的法律。^[37] 因此，我们可以看到，一旦送法下乡，送法上门，法律结果和法律程序的威严和权威势必削弱。

[37] 参见，费孝通：《乡土中国和乡土重建》，风云时代出版社 1993 年版；布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版；以及 Robert C. Ellickson, *Order without Law, How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991。

在这个意义上，我们也可以理解为什么这个“开庭”的性质让外来观察者很难界定究竟是“审判”还是“调解”。我们也可以理解，“调解”为什么至今在中国农村仍然是一种比判决更为普遍的纠纷解决方式，尽管近年来一直强调司法的正规化。^{〔38〕}究其原因，也许不是法官的司法素质不够，而是这种社会结构和国家司法权在乡村运作时所依据的权力结构决定了司法专业化这一理性愿望难以真正落实。

再次，尽管在某种意义上，乡村干部在名义上是国家权力的末梢，但村干部的真正的根还是在乡村，他/她们不拿工资，很少有什么提升的指望，有的甚至早已死了这个心；他/她们反倒是与本乡本土有割不断、理还乱的千丝万缕的联系。因此乡村干部更多属于乡土社会，而不属于国家权力系统。因此，在特定的情况下，村干部完全可以并经常运用其知识和权力来对付国家。例如，在此案中，村干部就完全可以如观察者强世功所怀疑的那样，通知借贷的乡民躲过今天，令法庭无功而返。如果放开一点儿，我们还可以看到，文革时期在中国农村曾经普遍发生过的瞒产多分的现象。特别是在一些山区，村里的土地面积实际上是一个上级政府从来也没有真正了解的谜，开荒拓耕的土地往往被村干部隐瞒下来；由于这种做法往往有利于全村，得到全村的拥护，因此这些知识就成为一个仅仅属于地方的“知识”。并且，由于村干部对国家权力运作的规则也比较了解，他/她们也就能比较有效地对付国家，并有效地保护自己。更有甚者，则可能出现严重的违法乱纪现象。而至少部分是由于这最后一点我们又可以看到，有时强调基层干部下乡了解情况又具有另一种意义。当

〔38〕 有关民事案件的庭前调解与判决的数据，见，《中国法律年鉴》，中国法律年鉴社1998年版。

然这一点已经超出了收贷案件本身所展示的。尽管如此，这一分析是可以成立的。

因此，当分析到这一点时，我们再回过头来看这一收贷案，我们发现，在这个后来为法官制作为“法庭调解”的案件中，如果从社会学意义上的调解结构来看，^[39]法院以及信用社更像是一个共同的“原告”，^[40]借贷的乡民是被告，而村干部在此扮演的倒更像是一个调解者。而整个“开庭”过程中，庭长和信用社所使用的战术：首先夸大借贷者所欠本息以及诉讼和交通费用，然后卖人情给村干部，减少400元；以及借贷者以各种方式（包括招待）作出的抵抗，以及村干部“替借贷人着想”作出的安排，这一切都表明这更像是一个由村干部主持的讨价还价的过程。国家的权力——用当年阿尔巴尼亚电影《海岸风雷》的一句流传颇广的话来说——“居然落到这种地步”，这更说明了本文的前提预设：中国国家权力在乡土社会，至少是在偏远的乡土社会，是相当松弱的。正是在这样的国家权力的边缘地带，在功能上，我们看到的村干部的角色几乎就是费孝通先生50多年前关于《皇权与绅权》中所描述的乡村绅士所扮演的那种角色，尽管

[39] 社会学意义上的调解是一个分析的空缺结构，在这一结构中，谁是调解人、谁是双方当事人是根据其实际扮演的角色决定的。而法定调解是一个规范结构，调解人被法律规定为法官。

[40] 这一点不仅在形式上成立，而且就各方利益来说也可以成立。(1)表面看来这是一个私法案件，但由于信用社属于国家，法院代表国家，以及法院依法收贷是在地区、县政府强调收贷之后进行的，这就使得信用社和人民法院有共同的利益；(2)由于法院财政困难，因此希望帮助收贷来增加法院“创收”（访谈中据不少法官介绍，在某些财政非常困难的地区，法院经常主动找到银行询问是否有“欠债不还”的案件），因此法院和信用社之间有共同的经济利益。至少在一定意义上说，它们几乎是一家。因此，这个收贷案件在我看来更像是一个以“私法”关系（公民之间的关系）掩盖的“公法”关系（国家与公民之间的关系）。

不能简单地予以等同。^{〔41〕}

七、结 语

当然，本文的分析是有点儿令人吃惊，包括笔者写到这里时都感到吃惊。但我的分析并不必然隐含着什么规范性的应然判断，例如国家应加强对乡土社会的行政或法律控制等等。我只是通过分析个案来了解中国的“国情”，而并未试图从中简单地得出一个价值判断或推导出某个政策选择。在我尚未对这种状况的利弊作出进一步系统分析之前，我不可能也不愿意提出一个简单的政策性建议。如果一定要提出点儿什么，我的观点倒不是那么直截了当；我的初步看法是，中国近代以来一直进行的民族国家的建立虽然在总体上已经完成，但在许多局部地区尚未实现，而这至少是部分造成法治未能或不能在中国农村真正确立的一个基本制约。

这个结论并非仅仅基于对这一个案的分析，而是有一些旁证的。正如本世纪初年的一些学者指出的，中国近代以前的“国”并非近代西方意义上的民族国家，而只是一个文化共同体，^{〔42〕}因此近代以来的中国的一个重要任务就是建立民族国家（State-building）。^{〔43〕}在黄仁宇看来，中国共产党领导的革命在建立起现代国家上的最大成就就在于在乡土中国的农村成功地建立起现代

〔41〕 吴晗、费孝通等：《皇权与绅权》，天津人民出版社1988年版。

〔42〕 参见，梁漱溟：《中国文化要义》，学林出版社1987年版，页18—20。

〔43〕 参见，杜赞奇：《文化、权力与国家》，王福明译，江苏人民出版社1994年版；又请参见，强世功：“法律移植、公共领域与合法性”，北京大学法律系硕士论文（1996）。

国家的基层组织。^[44]毛泽东同志很早就在《中国的红色政权为什么能够长期存在》、《井冈山的斗争》、《星星之火，可以燎原》等著作中细致地分析了为什么当时中国的国家权力无法深入农村，并由此提出了并为后来历史证明是正确的、农村包围城市的夺取政权的道路。这表明中国的乡土社会的确在一定意义上处于一种“天高皇帝远”的境况。正是这种状况使得中国共产党强调下乡，深入农村，发动群众，建立农村根据地。并且由于中国共产党的这一战略，的确从总体上改变了农村先前的状况，中国的国家政权网络开始从清代的县进入到乡和村。

但是，我们不能忘记，这一过程并不可能仅仅随着一个新政权的建立就结束了。由于中国城乡地区的经济差别（这在我看来是产生前述状况的根本社会条件），现代化、工业化的生产方式还没有深入农村，因此这种状况就很难改变。在毛泽东时代，在统一的计划经济体制下，国家的行政权力以及与国家权力紧密联系的党的组织网络非常强大，也相当深入。尽管如此，毛泽东也清醒地意识到自己并没有改变中国，而仅仅是改变了北京附近的一些地方。^[45]我们不能认为，这只是这位敢于“粪土当年万户侯”、“问苍茫大地，谁主沉浮”的伟大人物的谦虚、而没有某种程度的真实在其中。

改革开放以来，市场经济因素的发展，在一定意义上正在重新改造着乡土中国。但是，由于人民公社制度的废除，国家权力在农村地区的某种程度的退出，国家正式权力至少在某些地区对乡土社会的影响实际上是有所削弱的。即使是国家权力以“法

[44] 《中国大历史》，三联书店 1997 年版。

[45] 毛泽东晚年会见尼克松时，尼克松称赞毛泽东“改变了中国”。毛回答时说了这番话。

治”的名义或方式进入乡土社会也很困难。这也许是因为必须“司法下乡”、“送法下乡”的重要原因。司法，也因此当代中国不可避免地具有很强的政治色彩，它的功能不仅仅限于西方经典司法理论对司法的功能界定：纠纷解决和规则确定，而是现代民族国家建立的一个组成部分。也正是在这个背景下，我们也许可以理解近年来提出的“科技下乡”、“文化下乡”和“医疗下乡”以及普遍开展的“希望工程”、修建“希望小学”在另一层面上所具有的战略意义。如果从我的这一分析框架中看，可以说，它们都在一定意义上继承了毛泽东强调的深入农村的基本战略，但却是以另一种方式，一种对于建立现代国家也许是更为有效的方式。

但是，必须指出，今天与昔日的这种表面相同的深入农村，实际上有了重大的变化。如果说，那时深入是为了发动群众，以农村包围城市，因此权力运作的战略是自下而上；那么，今天的深入农村，目的似乎更多是改造或征服农村，权力运作的战略更多是自上而下，由城市渗透农村。毕竟，中国已经发生了天翻地覆的变化，尽管因现代化而出现的乡土中国的问题还没有完全解决。

这也许是对“送法上门”、“司法下乡”进行分析后的最重要启示，也是它发生和得以长期延续的根本性和社会结构性的原因。

1997年8月10日凌晨草稿

1997年9月21日凌晨二稿

附录：感受中国法律的现代性

——“为什么‘送法下乡’？”的一个注释

—

赵汀阳兄要编一部著作，专门讨论中国的现代性问题，一定要我写一章。不得已，以一篇旧作抵数。说是抵数，其实并不准确，我从来都不敢欺骗读者，也不敢欺骗自己的学术良心；“什么是你的贡献？”一直是“吾日三省吾身”的一省。说到底，我认为此文与中国的现代性还是有关的，只不过我不愿意用目前比较流行的关于现代性的语词或命题来言说这个问题而已。

为什么？因为我很痛恨在概念层面讨论诸如“现代性”之类的问题。之所以痛恨，是因为在这样一个高度抽象的理论层面，你怎么可能进行有意义的、不至发生误解的交流？何以证明你不是在自言自语、瞎兜圈子？甚至你很难发现误解是从何处发生，就如同在森林中迷路一样。更重要的是这种几乎注定的“宏大叙事”之构建会很危险，很多看上去琐碎细小然而未必是不重要的东西可能因为其于宏大叙事难以兼容而被有意无意地忽略、压制或篡改了。

也正是出于这个原因，我选择了“为什么‘送法下乡’？”一

文来首先是感受、然后是理解中国法律现代性的某些问题。我希望，通过这个个案的具体和生动，能够将中国人的某些日常实践同现代性问题联系起来，从而给那些不擅长或不习惯概念话语的人一种新的察觉中国法律现代性的可能（当然，即使是不理解这种现代性，但只要能够从生活中敏感地发现问题并予以理论分析，在我看来，也就可以了）。与此同时，我也希望本文使那些习惯于在西方创造的概念和命题层面上宏大叙事（作动词用）的学者和知识分子理解这一种或另一层面的法律现代性。

我希望读者首先阅读正文，然后再来看这一篇注释；如果觉得还有点儿意思并且愿意，可以再回头细致阅读“送法下乡”，甚至包括那个似乎是不伦不类因而当初曾被编辑删掉了的题记。并且，在阅读过程中，我希望，读者不断调动自己的日常生活经验质疑、挑战或印证本文。

二

当下很多人都习惯于将法律的现代性同“正义”或“社会正义”或“权利”相联系；或者是同某些具体的西方的法律原则（比方说，刑事被告的沉默权）或实践（比方说，辛普森审判）联系起来。但是，正义这个词太抽象了，太大了，它可以包括几乎一切，因此它才有了成为数千年人类社会的追求之可能，尽管有些人从来没有使用过甚或是没有听说过这个语词。正义，因此是一个没有时间、没有生命的概念，用霍姆斯的更为形象的话来说，是不会“摇动尾巴的”，也因此是与现代性话语难以兼容的。相反，它往往是被不同的人用来投射自己的情感、正当化自己的欲求的一个工具。律师中流传的一个故事是，新律师官司打赢

了，向老律师报告“正义获得了胜利”，老律师马上命令他“赶快上诉”。这至少表明某些律师对正义与法律之关系的看法。而“权利”，波斯纳的谱系学分析展示，其实是作为生物之人的一个常项，如果没有这种本能，人作为一个物种就无法生存下去，因此无论你是否用了权利来称呼它，其实这种生物性感觉是与生俱来的，而不是现代的。西方的法律原则或实践当然可能会浸染着西方社会的现代性，但，它毕竟还不等于中国法律的现代性；相反，至少在绝大多数中国法学家那里，这些原则或实践更多可能反证了我们的目前法律实践的“前现代性”，因此也就证明了我们无法在当下讨论当代中国法律的现代性，或至多只能在“同国际接轨”的心愿上、在畅想层面上讨论未来中国法律的现代性。果真如此，这还是作为实践之法律的现代性吗？它也许最多只是反射了当代中国法律人思维方式、情感方式以及心态的现代性。

更重要的是，在这种话语中，“现代性”变成了一个判断好坏、可欲与否的意识形态化的标准，一种意向性的概念，而不是一种描述性的概念；一种似乎是先验的必然，而不是一种感受现实的可能。于是，“生活在别处”成为这种话语的一个基本特征；与此相关的，上帝的眼光是这种话语的另一个基本特征。

三

我们必须从中国当代法律的实践，而不是从我们的情感、意愿中去考察它的现代性。而我从当代中国法律实践中“劫夺”（无特定对象的抢劫）下来的这个个案，或许有助于我们感受这种现代性。

首先，这个个案展现了中国的法律是在什么样的自然地理人

文环境中运作的。中国是一个大国，疆域辽阔，地形多样，这就使得中国各地的政治经济文化发展不平衡，中国的法律是在而且也只能在这一环境中运作，由此显现出某种程度的法律实践的“马赛克”现象。因此，本文分析的收贷案件的发生地，一个处于“沙漠边缘”的村庄，就不仅仅是纯自然的环境，它对于阅读敏感者应当具有一定的暗示或启示意义。自然地理环境在当代中国的法律运作上已深深打下了其印记。在这里，法律不是韦伯的“形式理性”的，也不是哈贝马斯的“法律实体化”的，它不是形式正义的，甚至也不是实质正义的；用这些来自西方的概念来分析感受中国社会时，你或多或少会感到力不从心。在这里，没有很多的法律概念演绎和法律推理，没有法官袍和律师，也没有直接的警察和监狱，它从政治关系的界定上是代表国家的法官与公民之间的作战，但你更多感受到的也许是具体的人与人的交涉，是各种资源（而不仅是政治权力资源）的调动，是各种自觉不自觉的策略的运用，追求着运作中的各个个体自己的一个个很不起眼的具体目的。

但是，这也并非如同有些人可能认为的那样，你显现的不过是“前现代”的法律。这种评价是有道理的，中国的司法制度、特别是中国农村的司法实践确实带有相当浓重从传统的熟人社会向陌生人社会转变的印记，这种转变在许多西方的法律社会学家的著作中都有描述和分析。如果仅仅关注这一点，那么我这里的描述就仅仅是对传统学术命题的一个重复。

然而，事实上，我的分析一直关注并在一定程度上也已显示了，“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，以及作为这一背景而由作者纳入分析的从当年的“农村包围城市”战略到近年来的文化、科技、医药三下乡在一定意义上是一脉相承的，是现代国家形成和确立过

程中的一次次战役；甚至这些就是现代民族国家的形成与确立的过程本身，因为并不存在一个过程之外的结果。

也正是在这一层面上，我们看到了，这里发生的故事与19世纪初或20世纪初由人类学家目睹并记录的荒野丛林中初民社会的“法律”故事，与学院派法律社会学家视野中的非正式法律或非法律的纠纷解决的理论模型，有深刻的不同。从这个角度看，这个故事中确实渗透了现代性。它的现代性并不在于它发生在现代；赋予它现代性的不是时间，而是一整套现代的政治实践和政治制度框架。甚至我们难以说它完全是另一种法律的现代性，它是与世界的现代性相关联的。

由此，历史也已经进入了这一图画。“送法下乡”与中国共产党在根据地时期建立现代民族国家的努力和成就联系起来，它展现出一种历史的联系。由此，我们也就可能理解今天的“依法治国”本身所具有的那种强烈的政治意向。然而，这种历史联系还不仅仅是政治意向性的或政治逻辑的，本文还在一定程度上显示了它们在知识谱系上的联系。我的那个令许多人可能感到莫名其妙的题记、文中不时出现的那些战争的隐喻以及“诉讼”各方的策略运用都提示了：革命战争年代的战略和技术是如何在当下中国以其他方式和名称并为不同的人的实践所延续和转换着。这种对当代中国法律的知识和技术谱系之开掘，也许是不深入的，但它可能从另一方面展示了中国当代法律自身的现代性。

但不要误解，我并非试图以此个案作为中国法律的一个代表或一个缩影，而是仅仅将之作为一个个案（如何理解则是读者个人的事）。这种个案很多，但也正因为多且很平常，所以往往被人遗忘和忽略，而不是给人以启发或对于自身存在和偶在予以关注。我只是试图尽可能细致然而又是拙劣地通过文字将它凸显出来，看看，什么是中国的法律！因此，尽管这个分析的个案发生

在农村，在西北，但即使在城市地区，在东南沿海地区，只要你不是过分为西方的现代法治学术话语支配并切割你对现实之观察，而是坚持维特根斯坦的“不要想，只是看”，那么我们同样可以看到西方经典法律话语无法涵盖概括的法律运作。毕竟，法律不是法条，不是机构。在这个意义上，我想，这个个案本身已经具有足够的解构各种新旧关于法治的意识形态话语的力量了。

四

我并不要求而且也不可能要求读者都接受这就是中国的法律，甚至我不要求他/她们接受本文的结论。其实中国的法律现实形态是多样的，任何描述、分析都势必受到各种挑战，尤其会受到流行的法律话语的批评。但是，它也许可以让人们感受到在我们身边的法律原来有如此精妙、微妙和巧妙之处，原来我们的生活也是这么具有理论可能性和现代意味的，由此它可能激活人们对自己偶在之关注，对自身话语之寻求，激活对现实的关注，激活学术研究的自信。

本文称不上是创造性的，但它是力求创造的。它利用了驳杂的来自西方的学术理论资源，但它不是对任何一种西方社会理论或法律理论的搬用，它也不追求推进某个西方学术理论，因此流露出一种不屑不顾（既不屑于套用西方理论来证明这一研究的学术性，也不屑于以批评或回应西方理论来验明自己的独特性）。它运用了从毛泽东同志的著作、土地革命战争的经验直至中国民间的俚语、格言以及几乎人人都或多或少感受到但通常进入不了学术的轶事、传闻；它也许是驳杂的，有很多讨论现代性或现代法律的术语，但是这些运用不是意识形态的，不为证明文章的或

文中结论的真理性。它既不猎奇式地展现社会学家眼中很容易发现的异国的或异乡的情调，也不摆出法学家的架子，以社会的裁断者身份急于对眼前的一切作出规范性评价；它甚至没有对文中的穷人或弱者展示足够的所谓的知识分子的良心（而是分析了他如何可能在这一具体纠纷中成为一个强者，因此剥夺了他在其他法律文本中本来可能获得的那种廉价的同情）。它是冷酷的，但它并不是没有立场的。

至少，中国的法律学术本身就是中国法律的一部分。如果这一点是有道理的，即使上面的理由都不能令你信服中国法律的现代性，那么，本文追求的这种对于自身（中国的）经验、情感、事件、语言乃至读者群的重视、理解和反思，这种对于自身研究的有理由的自信，这种似乎是对传统学科界限和传统知识分子伦理之无忌和无赖（“最喜小儿无赖，溪头卧剥莲蓬”之无赖），其本身也许就可以说是中国法律（学术）现代性的一个证据。

1999年5月2日于北大蔚秀园

第二章 法院的审判职能与行政管理

历史传统在法国农民中间造成了一种迷信，以为一个名叫拿破仑的人将会把一切美好的东西送还他们。于是就出现了一个人来冒充这个人，只是因为他——根据拿破仑法典规定：“不许寻究父方”——取名为拿破仑。^{〔1〕}

——马克思

一、问题

一国的法院^{〔2〕}系统的职责是完成国家赋予它的司法审判职能，这一点已是常识。但，这通常只是从政治学或宪法的角度对法院功能所作的规范性分析和规定，是法院概念的赘述。在现实中，各国法院都由人（法官以及其他辅助人员）组成，有财政预

〔1〕《路易·波拿巴的雾月十八日》，《马克思恩格斯选集》卷1，人民出版社1994年版，页678。

〔2〕这在美国一般称之为“司法”部门，即拥有司法权的政府机构。在中国，“司法”往往指政府下属的一个行政机构，而国家的司法权是由法院和检察院分享的，因此本文避免使用司法，而使用法院。

算和支出，必然也还有其他办公室的工作，因此，总是会有法院内部的行政管理事务。一般说来，这些事务性工作在各国至少有一部分是由或必须由法院自己承担；尽管由于各国的制度不同，各国法院所承担的这类工作的总量会有所不同。例如，与中国的法院相比，由于种种制度设置，由美国联邦最高法院承担的行政管理工作相对较少，美国法官的工作比较单纯。^{〔3〕}但是，即使在有关美国司法的著作中被视为纯粹司法之标志的美国联邦首席大法官和大法官们，也仍然要履行着某种行政管理职能。以首席大法官为例，除了要负责最高法院案件的上诉状清单，主持最高法院的会议、讨论案件，把握时间，以及当他属于多数意见派之际有权分配法院意见的撰写这类与司法有关但又显然具有行政性的事务之外，他还要负责最高法院的其他行政管理。此外，还有超过 50 多条法律规定了由他负责的其他与司法审判相关的管理

〔3〕 例如，美国联邦法院有行政管理局，该局“为联邦法院行使基本的管理职能。它还收集和整理联邦法院活动的资料。……另外，管理局还是联邦[法院系统]、会议、立法和行政机构之间的联系纽带。管理局代表会议向国会提出预算要求，倡议增加法官席位，提出关于改变法院活动规则及其他对联邦有重大影响和事项的建议。”此外，在美国联邦法院系统内还设有“全美司法会议”（Judicial Conference of the United States）、“巡回司法理事会”（Circuit Judicial Council）以及联邦司法中心（Federal Judicial Center），各法院近代以来还都设有一个非司法官员的“法院管理官”，专门管理法院的非司法性工作，例如草拟预算、招募法院工作人员以及管理法院案件，这些机构和人员的设置都承担了类似中国法院的某些行政管理的决策工作和日常工作。伦斯特洛姆[编]：《美国法律词典》，贺卫方等译校，中国政法大学出版社 1998 年版，页 45—47、51—52、60—61、57、84—85；又请参看，Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 4th ed. Oxford University Press, 1980, pp. 175—178。此外，关于德国法院的行政事务管理，在案件分配上的一个非常简单的介绍，请参看，傅德：“德国的司法职业与司法独立”，收入《程序、正义与现代化》，宋冰编，中国政法大学出版社 1998 年版，特别是页 28—30。

工作。^[4]作为其多劳多得的报酬，首席大法官的年薪也要比其他大法官更高一些。而每个大法官手下也都有法官助手（law clerk），这些人往往由各个大法官本人亲自挑选，听从大法官本人调遣。因此，前联邦最高法院大法官鲍威尔称，最高法院内的9位大法官及其法律助手、秘书等构成了“9个小型的、独立的律师事务所”。^[5]

正是由于现实的法院总要履行与审判相关的一些行政管理职能，因此法院内部的行政管理就有可能与法院的审判工作交叉、混合，有时甚至与司法权的行使发生某种冲突，并在一定程度上影响司法审判权的行使。一个为美国联邦最高法院的研究者们所周知的事实是，联邦最高法院的首席大法官就常常利用其行政管理的职权来谋求、并实际获得了对司法决定的某些特殊影响。例如，他会力求自己处于多数派，并且当处于多数派时，他会考虑各种相关因素，运用各种技巧，巧妙地将司法意见的撰写分配给与自己的观点最相近的法官，以此影响法院的决定和法律。^[6]

尽管法院内部的行政管理对法院的审判会产生某种有时甚至是重大的影响，但是长期以来，在传统的规范性法学研究中，这

[4] David M. O'Brien, *Storm Center, The Supreme Court in American Politics*, 2nd ed., W. W. Norton & Company, p. 178.

[5] O'Brien, *Storm Center*, p. 157.

[6] 关于首席大法官在法院意见撰写之分配上的技巧和考虑因素，可参看，David J. Danelski, "The Influence of the Chief Justice in the Decisional Process of the Supreme Court", in Sheldon Goldman and Austin Sarat eds., *American Court System, Readings in Judicial Process and Behavior*, 2nd ed., Longman, 1989, pp. 486 - 499; 又可参看，Abraham, *Judicial Process*, pp. 218 - 215; O'Brien, *Storm Center*, p. 159ff.

个问题一直没有得到重视，特别是在中国。^{〔7〕}由于中国近代以来的司法制度是从西方移植过来的，并且移植以后司法制度一直没有形成自己的独立的实践传统，而更多是理念的移植；法学界长期以来也更为注重对抽象的“司法独立”或“审判独立”这样的司法理念或对司法原则规定的注释，不很了解——严格地说是 不自觉、不反省——中国法院的运作实际。因此，中国法学界对中国司法制度的注释和批评往往是从概念出发的。

在我所见到的有限的中国学者的系统论述中，1997年贺卫方发表的“中国司法管理制度的两个问题”是一个例外。^{〔8〕}该文第一次比较系统且尖锐地提出了当代中国法院（即贺文的司法）行政管理体制的问题。贺文指出了我国法院系统具有严重的行政色彩和官僚色彩，例如法官中的等级制、审判委员会制度以及上下级法院之间的关系等等，并具体指出了这种色彩严重影响了中国法院充分履行其审判职能。在许多问题上，我都同意贺文。但在我看来，贺文的分析还可以深入，并且在分析框架上也可以作出某种调整。应当说，贺文的分析在某种程度上仍然停留

〔7〕 在美国，这个问题传统上属于行为主义政治学研究的问题；在法学领域中，尽管从事法律实务的律师也都知道这一事实，并往往在审判实践中运用了这一既定事实，但是在法学著作中，这个问题往往被忽视。这一方面是因为律师关心的法律是法官可能作出的决定，他/她们没有能力改变法院运作的制度框架，因此他/她们一般并不考虑这个问题；而另一方面，法学院的关注点更多是规范性的法律研究，因此，这种不干净的“司法政治”恰恰是传统的法学教授力求排除的。

〔8〕 原载《中国社会科学》1997年第6期，后收入，贺卫方：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版；文章改名为“论司法的非行政化和非官僚化”。相关的分析还可参见，胡健华、李汉成：“谈法院司法行政工作的自行管理”，载《人民司法》1992年第12期，页33—34；胡与李的论文基本是强调法院内部的行政工作应当由法院自己管理，而不应当由司法行政机关管理；文章也谈到国外的一些情况，但作者显然不认为审判职能与司法行政之间隐含着冲突。

于规范性研究，即更多以外国的（主要是美国的）或所谓的“国际标准”的正式司法制度同中国法律明文规定的正式制度进行比较；在我看来，这种进路影响了他对中国司法制度存在的问题作出更深入的理解和更中肯的批评。因为，如果我在前面关于法院行政的分析有道理，那么影响中国法院的审判功能的因素就不仅包括了《法院组织法》、各个诉讼法以及其他相关法律明文规定的正式的审判制度，它势必还包括与审判有关的行政管理以及其他非正式的制度。如果仅仅或过分注重正式制度层面的考察，在分析上将审判制度同行政管理制度混淆起来，这就很容易将一些本来可能是由于法院内部行政管理制度或非正式制度引发的问题或弊端都归因于法院的某些审判制度，或是容易夸大法院的某些审判制度的问题或弊端。^{〔9〕}而以所谓的“国际标准”作原则性比较，固然有警醒作用，即通过参照系的改变而唤起人们对问题的认识从而促进问题的解决，但这种原则性比较本身不能帮助人们如何着手解决面临的问题。一般说来，强调原则总是容易的，原则可以而且也总是比较单纯的。司法独立和审判独立的原则可以在概念层面、原则层面完全“清洗”或“隔离”法院的行政管理问题，但是，这种清洗或隔离无法在现实中消灭法院运作必须依赖的内部行政管理。

本文试图从中国基层法院的实际运作来进一步探讨中国法院的行政管理制度是如何影响其司法职能的。我将主要从法院系统

〔9〕 一个典型的例子是贺卫方与我对审判委员会制度的不同看法。贺的观点除了见于前文之外，还见于“关于审判委员会的几点评论”，载《北大法律评论》卷2，法律出版社1999年版，该文也收入了贺的文集《司法的理念与制度》；该文是对集中反映我的看法的论文“基层法院审判委员会制度的考察及思考”（《北大法律评论》卷2，法律出版社1999年版）的评论。当然我的论文集中讨论的是基层法院中的审判委员会。

内部的制度设置来考察。我的基本观点是，法院不可避免地会面临一系列内部的行政事务，因此，法院行政管理制度的设置具有其自身的合法性；但是法院内部的这种行政管理制度有可能侵入、侵蚀审判制度，造成正式审判制度的变形。我的分析将指出，中国法院系统现在所面临的一系列问题，包括司法独立或审判独立的问题，可能都与对这个问题处理不当或重视不够相联系。我的结论是，重要的不是排斥这种行政管理事务，而是要随着社会分工的发展，注意将法院的行政管理职能同法院的司法职能逐步分离开来。

二、法院的两套制度及其结构

我将简单叙述一下中国法院内部的两套正式制度，这两套制度从原则上讲是为了分别针对法院的宪法职能即审判工作和法院内部的行政管理工作。

首先是审判制度。从正式制度层面上看，我国的各级法院均由院长一人，副院长、庭长、副庭长和审判员若干人组成。^{〔10〕}对于院长、副院长、庭长、副庭长乃至审判员作为法官在审判职责上的差别，法律并没有作出区分。相反，依据《法官法》第6条，似乎在审判上这些“长”们同其他审判员一样，首先是法官，必须履行法官的职责。在法院内部，尽管依据《法院组织法》设立了各个业务庭和设有庭长，但是也并没有规定，在审判上，这些业务庭有什么具体功能，庭长有什么特殊的职责。对业务庭庭长之职责的明确法律规定，只有一条，即合议庭的审判长

〔10〕《法院组织法》第19、24、26条和第30条。

由法院院长或业务庭庭长指定。^{〔11〕}但严格说来,这并不是对其审判职责的规定,也不是对审判权限的分配,而只是对审判活动中不可避免的、附属性的行政管理职责的一种分配。依据《法院组织法》,具体审理案件的是合议庭或独任审判员。^{〔12〕}但在实践中,只有基层法院的一审简单案件适用独任审判,中级以上的各级法院以及基层法院审理非简单案件均适用合议庭制,即至少由三名以上的审判人员组成合议庭审理案件。^{〔13〕}依据《法院组织法》,法院内部还设有一个集体领导审判工作的专门机构,即审判委员会,对重大、复杂、疑难案件进行讨论和作出决定。^{〔14〕}这是另一个真正与审判有关的制度。然而不清楚的是,由合议庭或独任法官审理的案件究竟通过什么程序进入审判委员会讨论决定;无论是《法院组织法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》,对此均没有具体的法律规定,而仅仅规定了各级人民法院院长对本院已经发生法律效力[·]的判决、裁定,发现确有事实或法律错误,认为需要再审的,应当提交审判委员会讨论决定或讨论决定[·]是否再审。^{〔15〕}只有《刑事诉讼法》以及最高人民法院对该法的解释概括地规定了独任审判或合议庭审判之案件进入审判委员会

〔11〕 参见,《法院组织法》第10条;《最高人民法院关于审理刑事案件程序的具体规定》(1994)第94条;《民事诉讼法》第42条。但是在我们调查的基层法院事实上基本都是由业务庭庭长指定。

〔12〕 《法院组织法》第10条。

〔13〕 《刑事诉讼法》第147条;《法院组织法》第11条。

〔14〕 《法院组织法》第11条。

〔15〕 《法院组织法》第14条;《民事诉讼法》第177条,《行政诉讼法》第63条。若是严格依据这一规定,在民事、经济和行政案件的审理过程中,合议庭或独任法官的判决应当说就是生效的判决,除非发生了错误并且由院长提出,审判委员会是无权干预的。但是,我们对基层法院的调查发现,并非如此。关于这一点,可参看,苏力:“基层法院审判委员会制度的考察及思考”,同前。

讨论决定的程序，即由承办案件的合议庭或独任法官提起。^[16]

这是中国现行法律对各级法院的审判制度所做的正式的制度安排。如果仅仅从文字上看，并且仅仅就履行审判职能而言，这种制度安排虽然与西方的法院制度比较完善的国家相比有很多不同，但是，由于西方各国法院的审判组织也并不相同甚至很不相同，因此，我们很难从概念逻辑分析说，中国的这种法院的审判组织制度就一定有毛病。即使是颇受法学界非议的审判委员会制度，如果认真考究到中国社会的一系列制约因素，也不是全无道理。^[17]

如果依据这一制度安排，则我们无法说，院长、副院长、庭长、副庭长在审判上比一般的审判员具有更大的法定的司法权威，更不用说具有司法决定的正确性了。就司法审判而言，他/她们都只是法官，在审判上是平等的。^[18]当然，依据这种正式的制度安排，院长、副院长、庭长和副庭长在现行法院审判体制

[16] 《刑事诉讼法》第149条。又请参见，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》(1996)，其第115条规定对疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为有必要的，可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。该条所列举的案件有：拟判处死刑的；合议庭成员意见有重大分歧的；人民检察院抗诉的；在社会上有重大影响的；以及其他需要由审判委员会讨论决定的。该条还规定独任审判的案件，开庭审理后，独任审判员认为有必要的，也可以建议院长提交审判委员会讨论决定。

[17] 有关的分析和讨论，见，苏力：“基层法院审判委员会制度的考察及思考”，同前。

[18] 这一点在关于审判委员会制度的法律规定中也有体现。参见《法院组织法》第11条，审判委员会“实行民主集中制”，而不是如检察委员会实行“首长负责制”。又请看，《最高人民法院关于审理刑事案件程序的具体规定》(1994)第87条，“审判委员会的决定，必须获得半数以上的委员同意方能通过。”在我们的调查中，发现这一条在基层法院是普遍得到贯彻的，参加审判委员会的无论是院长、副院长还是庭长，都是一票。当然，这一普遍性结论并不排除现实中院长或某个委员对其他委员的影响。

内还是会拥有某种影响其他法官乃至影响案件判决的能力，例如通过指定审判长和确定合议庭的组成来影响判决。但是，首先，由于在一个有众多法官的法院中，这种附属于审判的管理权势必存在，因此不可能理想主义地指望在不增加其他费用或弊端的情况下完全消除这种影响；再者，假定美国法院的运作模式是可欲的，那么这种影响力也未必超过美国法院内部首席法官对其他法官的影响。

在此，还必须讨论一下法院内部业务庭的设置。依据《法院组织法》，各级法院都要设置或可以设置（基层法院）各“业务庭”：民庭、刑庭、行政庭、经济庭等等，并分别设有庭长、副庭长。^[19] 尽管这一设置为美国法院所没有，但是，如前所说，法律并没有规定这一设置在审判中的功能；如果从法院内部专业分工的角度看，特别是考虑到目前中国法官就总体而言普遍存在文化和法律专业素养相对欠缺的问题，这种分工或许可以弥补专业化不足的弱点（至于是否起到这个作用，则需要实证研究）并有利于司法专门化（尽管从另一角度看，这种分工可能会有不少弊端，而且，如同我将在后面讨论的，确实引发了一些弊端）。事实上，一些欧陆国家的法院内部也有类似的分工或者分设了各种专门性的法院。^[20] 在美国，似乎也有专门法院日益增长的历史

[19] 《人民法院组织法》第19、24、26条和第30条。

[20] 例如，法国的最高法院就设有6个审判庭，分别受理私法、经济贸易、劳资关系以及社会保险和刑事案件。见，由嵘 [主编]：《外国法制史》，北京大学出版社1992年版，页436。德国和日本法院系统中也分别设有民庭和刑庭。见，曾广载 [编著]：《西方国家宪法和政府》，湖北教育出版社1989年版，页548、625。此外，德国还设有联邦专利法院、行政法院、劳动法院、社会法院和财税法院等。参见：“德国的法院体系”，收入《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，宋冰编，中国政法大学出版社1998年版，页128—131。

史性趋势。^[21]由于分了庭，庭内必然也有一些行政管理的事务，设立庭长，也不无道理。

如果这就是中国的审判制度，虽然不能说尽善尽美，至少也无可非议。但是，法院的这套制度并非仅仅用来履行法院的司法审判职能，它还有其他职能。否则，如果仅仅从宪法学或政治哲学角度，我们无法理解现实中中国法院内部的一些制度设置。比方说，如果仅仅从审判考察，我们就完全有理由怀疑为什么院、庭都要设立许多副职；显然，中国法院内部的这种制度设置有一些从未进入规范性宪法或政治学研究者学术视野的其他的功能。^[22]其中对于本文所讨论的问题最重要的就是法院内部的行政管理。

在中国法院系统的行政管理事务，根据我的一般了解，至少要比美国法院复杂得多，也繁重得多。依据法律，院长或副院长不仅要承担许多与审判有关的行政管理工作，^[23]还必须承担与法院审判工作并无直接联系的诸如监察、甚至是统计这样的行政

[21] Richard A. Posner, *Federal Courts, Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1996.

[22] 例如，大量副职的设置就创造了许多符号性资源，便于进行人事安排。而与之相伴的还有其他政治权力和物质财富资源的分配，因此，这种制度设置又起到了资源分配的功能。但是这与本文集中讨论的问题没有太大的关系，对于讨论其他问题，则可能很重要。如果有兴趣，其他学者倒是可以从这一角度进一步分析中外的法院制度。

[23] 例如《法院组织法》第11条就规定：“地方各级人民法院审判委员会委员，由院长提请本级人民代表大会常务委员会任免；”《法官法》第11条规定“人民法院的助理审判员由本院院长任免”；第47条规定“法官考评委员会的组成人员为五至九人。法官考评委员会主任由本院院长担任。”

管理工作。^[24]此外，还有一些虽然尚无明文规定，但由于现行制度设置，因而势必要由或者事实上一直由院长、副院长承担的大量的行政管理工作。例如，各业务庭庭长、副庭长，基层人民法院的各人民法庭的庭长、副庭长，以及院机关的非业务部门的负责人的任免、调配；法官职称评定等等。至于其他非正式的行政性的、事务性的工作就更多了。据我们对基层法院的调查，这些工作包括，法院系统内部为提高法官文化和业务素质而举办的各类业余教育（函大、业大、电大），法院系统的改革，法院为解决经费不足和提供法院工作人员工资福利进行的各种事实上具有“创收”性质的工作（例如“开发案源”），各种评比、检查，同时还必须参与当地政府的扶贫、抗灾、捐献、精神文明等大量的非专业性的工作。这些工作都给法院增加了许多行政管理事务。中国的法院与中国的许多工厂、学校、机关都一样，是一个单位，甚至类似一个小型的“社区”。

不仅院这一级有大量行政工作，而且在业务庭这一级也有不少具有行政性质的工作。法定的工作，例如，案件的分配、合议庭的组成、审判长的指定，这些工作至少在我们调查的基层法院中都是由庭长、副庭长操作落实的，而不是由院长操持的。此外，上一段提到的法院的行政事务，由于往往、并且必须“落实到人头”，因此也给各业务庭增加了许多行政管理工作。

正由于中国法院是一个单位，一个社区，其内部有如此之多

[24] 最高人民法院《关于印发〈人民法院监察工作暂行规定〉、〈人民法院监察部门查处违纪案件的暂行办法〉的通知》第8条规定：“最高人民法院设立监察室，在最高人民法院院长的领导下，负责领导和管理全国法院系统的监察工作，并对本院及其工作人员，高级人民法院及其院长、副院长进行监察。”最高人民法院《关于人民法院的司法统计工作的若干规定》第4条规定了要将统计工作“作为法院的一项重要工作，由院长或一名副院长主管。”

的行政性事务，因此使得中国的法院系统从其内部就有一种对行政制度的需求；设立众多的院长、副院长、庭长、副庭长成为一种处理行政事务、管理社区、维护社区福利的必要。

但在此必须小心的一点是，法院及其内部的业务庭有行政管理的制度需求，乃至为为这一需求而相应设立了行政管理制度，并不必定导致某个法院系统具有强烈的行政官僚化色彩。如同我在前面提到的，各国的法院系统，例如美国法院系统内部，也同样有法院行政管理的工作，尽管少很多，但是美国法院并不具有强烈的行政色彩。甚至从理论上讲，行政管理性事务多也未必一定导致机构的行政色彩增加，相反，历史表明，西方国家的权力分立宪政制度恰恰是在近代以来国家管理行政事务急剧增多的历史背景下产生的。正是在事务增加的情况下，产生了劳动的分工，产生了解决不同类型问题的专门职能部门，这种分工不仅提高了效率，而且促成了各个职能部门自身的运作逻辑的形成。

如果从这一角度来考察中国的法院，可以发现，中国法院行政化的问题出在法院系统内部的这两套分别用来处理两类不同问题的制度上——即为履行国家赋予的审判职能的审判制度和从规范上看应是为保证和支持法院审判职能之实现而不可缺少的法院内部行政管理制度——在实践中发生了职能的交错和混合，而没有实现制度设置的或我们今天所欲求的那种分工。应当说，这两套制度的设置都具有其自身合理性，但就法院在社会中的基本职能而言，其内部行政管理制度从制度逻辑上看应当是为了支撑法院实现其审判职能的，并因此应当是辅助性的。但是，这两套制度既然附着于同一机构，在一个相互交叉的制度空间中运作，那么这两套制度的逻辑就有可能混淆。事实上，我们在基层法院的调查发现，这两套体制不仅经常被完全混同，甚至其主次位置在相当大的程度上也被颠倒过来了，《法院组织法》所规定的审判

制度常常溶入法院内部的行政管理体制之中，已经变成法院行政管理制度的一个有机部分。法院的行政管理体制因此在法院履行其审判职能中起了相当大的作用，其中有积极的、但更多的也许是消极的作用，具体的评价则往往取决于观察者和读者的视角和立场。并且，在这一制度变形的过程中，实际上形成了一系列尽管是非正式的、然而实际上很有影响的审判制度，并造成正式的审判体制的制度变形和功能失调。

三、司法过程中实际体现 的行政化审判制度

上面只是一个理路的清算，要真正发现这种实际起作用但又是非正式的审判制度，^{〔25〕}我们就必须回过头来细致考察法院审判

〔25〕 所谓正式制度，本文指的是由成文法律规定的法院的组织结构、运作程序；而非正式制度则是上述法律并无明文规定、但法院内工作人员通常会自觉不自觉遵守或必须遵守的习惯或惯例以及与这种习惯、惯例相伴随的观念。这些习惯或观念之所以称其为制度，是因为它们同正式的明文法律规定一样，在制约着个人行为，成为一种人们不得不遵循的社会规范。这一关于制度的定义与我们通常所说的制度（即正式的组织机构或规则）不一样。但是，越来越多的人接受了，“制度实际上就是个人或社会对有关的某些关系或某些作用的一般思想习惯，……今天的制度，也就是当前公认的生活方式”。（凡勃伦：《有闲阶级论》，商务印书馆，页138—141。）必须指出，有时，有些制度虽然是正式的，但由于种种非正式制度的制约，实际上正式制度反而是无效的，只不过是纸面上的制度；而非正式制度总是因为其在生活中起了作用，才被人们认定为制度，因此，非正式制度一般说来应当都是实际产生影响的制度。一个重要的例子就是80年代指定的《破产法》。还必须指出，在研究当代中国法院之际，什么是正式制度或非正式制度往往并不那么明确，而且取决于研究者的研究视角

决定的实际过程。*

当一个案件进入法院，并确定为——例如——民事案件之后，就转交民庭来审理。一般说来，民庭庭长指定承办法官；他/她将依据案件复杂或容易程度，确定由法官独任审判还是由合议庭审判。如果是合议庭审判，庭长还有权指定审判长。庭长的这些职权都是由法律明文规定的，即使具有某些行政管理的色彩，如果现实地考虑，也是审判活动中不可避免的附带的行政性活动。但是，就在这里，法院的行政管理体制已经开始介入了，把审判决定的过程拉入或纳入了行政管理体制。

长期以来，在法院内部，不担任行政职务的法官都习惯于认为自己是在法院院长、副院长、业务庭的庭长、副庭长的领导下工作，在一些比较重要的问题上，无论是审判的或是非审判的事务，都习惯性地要向领导请示汇报。这是一种虽无法律明文规定但实际上已经成为各级法院的审判惯例。因此，即使是独任审判的案件并无疑难问题，或合议庭意见一致已作出初步判决，案件的决定都会逐级上报民庭庭长、主管副院长审批。而有疑难或争议的且经业务庭长、主管副院长的干预之后仍没有解决争议的案件，会最后上报院长，进入审判委员会讨论。甚至院长可以直接依据有关法律或在某些情况下依据其行政管理的职权直接干预案

* 和界定。例如法院党组或党管干部是中国的一个现实，坚持中国共产党的领导_是宪法规定的基本原则。从这一角度来说，党在法院内部的影响和运作应当说是正式制度。但是，如果仅仅从人民法院组织法或各个诉讼法条文上看，党在法院内部的实际影响和运作是没有法律明文规定的，其具体的运作方式和影响是中国当代历史发展而约定俗成的，因此，就法院的制度来说，党组是法院运作的一个非正式制度。当然，究竟党组在法院中是一个正式制度还是非正式制度，这一区分并不重要；重要的是，如同我将在后文中所讨论的，我们在考察法院制度之际，不要仅仅关注法律明文规定的制度，而忘记了许多实际发生影响的、也许是非正式的制度。

件审理。^[26]

然而，合议庭和独审法官也并非如同目前法学界或法律界所批评的那样，真的是“审者不判”或“只审不判”。事实上，在把案件送交庭长、院长审判之前，一般说来，合议庭都会提出或必须提出一个结论性的意见。^[27] 业务庭庭长会审核合议庭拟制的对某一具体案件的法律意见，如果他/她同意合议庭的意见，就会将案件送交上司即院长或主管副院长审批；如果他/她不同意合议庭的意见，则会简单写出或谈出他/她自己的意见，要求合议庭重新评议。案件到了院长或主管副院长那里，则大致会碰到下面三种情况：第一，院长同意合议庭意见，签发判决；第二，不同意合议庭意见，同业务庭庭长一样，他/她会要求合议庭复议；第三，如果他/她认为案情重大、复杂，就会要求将案件移到审判委员会进行讨论。但是一般说来，庭长、院长个人也都并不具有完全的和最后决定案件的权力。他/她们的意见，对于合议庭来说，也仅仅是一种参考，尽管份量很重。合议庭完全可能仍然坚持他/她们的最初意见，并再次要求庭长、院长审批签发。这是因为，案件的判决署名公开时是合议庭的成员，而不是庭长、院长。^[28] 因此，对案件后果负责的主体仍然是合议庭。当然合议庭也可能接受庭长、院长的“批示”，重新合议案件；

[26] 有关的法律规定，可参见，《法院组织法》第10、11、14、16、37条；《法官法》第6条；《民事诉讼法》第42、47、177条；《行政诉讼法》第47、63条；《刑事诉讼法》第30、147、205条，最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》第26、112、115、120、283条。

[27] 参见，《刑事诉讼法》第149条。而在民事诉讼和行政诉讼中，调查发现，这也已经成为惯例。

[28] 《民事诉讼法》第138条规定：“判决书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。”《刑事诉讼法》(1996)第164条规定：“判决书应当由合议庭的组成人员和书记员署名，并且写明上诉的期限和上诉的法院。”

但是一般说来，庭长、院长对案件的批示也并不十分明确，相反，批示的意见往往是有意比较模糊。这一方面是便于推脱责任，如果案件错了，可以左右逢源地解释自己的意图；而另一方面是因为，毕竟正式司法制度还是有一定的制约作用，他/她们并非法定的作出案件决定的人或组织。^[29]依据法律，审判委员会是法院内部设立的最高审判机构，它不直接听审案件，不直接作出裁判；但是，一旦案件进入审判委员会，审判委员会就有权对具体案件作出处理决定，合议庭必须执行，^[30]并且以合议庭的名义发布法律文书。

于是，我们看到，法律明文规定的审判制度在实际审判过程中发生了重大变形，形成了中国法院审判的实际的、尽管是非正式的制度。

首先，审判制度和行政管理制度混同了。业务庭庭长在一定程度上成为在独任审判法官或合议庭之上的一个上级；而在法定的审判机构合议庭或独任审判法官与审判委员会之间，不仅有庭长，往往还有分管业务庭的副院长，以及院长。因此，一个案件的审理，实际上并不是承办案件的法官或合议庭作出最后决定，

[29] 我们不仅在同法官的访谈中感受到这一点，而且在一些正式文件中也可以看到承办案件的法官曾试图利用有关法律规定抵抗法院内行政权对审判权的侵蚀。最高人民法院《关于人民法院审判严重刑事犯罪案件中具体应用法律的若干问题的答复》(1983年9月20日)的第14条就留下了这种抵抗的痕迹。一个来自浙江省的问题是“目前对严厉打击和迅速审判的严重刑事犯罪案件，在法院的法律文书上，可否不签署审判员和书记员姓名，只加盖人民法院的印章？”对此，最高人民法院的答复是：“刑事诉讼法第122条规定：‘判决书应当由合议庭的组成人员和书记员署名’。目前，仍应按此执行。”

[30] 最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》第87条规定：“审判委员会的决定，合议庭应当执行。如果仍有不同意见，可以建议院长提交审判委员会复议。”

而是必须逐级上报或“请示”业务庭庭长、主管副院长，乃至院长。一旦这种做法成了惯例，具有了制度性的因素，这些行政性领导有时就会且能够直接插手、过问案件，并对案件结果产生重大影响。因此，如果不是从文字、而是从决定案件之权力的角度来看，就会发现，我们的审判制度并不是独任审判或三人合议庭制，而是四人、五人甚至更多人的合议庭。

其次，在法院机构中，不仅审判职能和行政管理职能混同了，更重要的是审判制度成了法院行政制度的附属。独任法官、合议庭和审委会都只是法院内部实现审判职能的一种组织形式，而不是独立地行使审判权的机构或个人。独任法官和合议庭，事实上是、而且原则上也必须是在庭长、院长的领导下进行审判活动。

再次，在法院内部出现了事实上的审级制度，特别是在一些疑难、复杂和重大案件上。一级法院的审判决定实际上成为一个在该法院内部逐级审判过程的产物，不仅法官的审判权被分割了，而且法律规定的这一级法院的审判权也被高度分散了。

当然，影响法定审判制度的还有其他因素。其中一个强化了这一非正式审判制度的正式制度，便是法官任免体制。依据《法院组织法》，法院内的院长、副院长、庭长、副庭长和审判员，从审判职能上看，是平等的；法院只能任免本法院的助理审判员，同级人大常委会才能任命审判员。^{〔31〕}但是，到目前为止，人大任命实际只进行程序性审查或者仅仅是一道手续，法官的任命实际由各个法院特别是法院领导决定。法官的任命首先得由其所在的业务庭的领导和院领导推荐，再由人事部门考察，然后由院党组——往往由院长、副院长组成——最终决定。一旦一个法

〔31〕《人民法院组织法》第35条。

官能否获得或能否继续获得职位在相当程度上由其所在法院内部的另外一些“法官”决定，那么，他/她在案件审理过程中也势必或难免会受到后者的影响，他/她会倾向于揣摩“领导意图”；而庭长、院长有时也会利用这种给定的权力格局对案件处理施加影响。正是由于这种权力结构，有行政职务的法官和没有行政职务的法官对案件处理的影响力是不同的，各级法院的法官有了三六九等。

四、行政化中的集体决策

但是，千万不要以为，中国法院内部的这种制度安排仅仅使得实际的审判活动具有强烈的行政色彩，或者是认为中国法院内部的案件决定方式都是行政化的。事实上，法院审判决定的行政化仅仅是法院的两套制度职能交错混合之后显现的、并且是外显的特色之一；如果仅仅以此来概括中国法院的审判制度特点，并不那么公平。如果深入到法院内，我们还可以发现，这两套制度的职能交错混合还体现出其他特色，其中一个重要的特点就是民主化的集体决策模式。必须注意，民主化或集体决策在本文中并不自然具有其在目前流行意识形态下所具有的褒义；它仅仅指决策权是分散的，参与这一过程的人都对最终决策有某种影响。这一特点在原则上似乎与前述的审判行政化的特色构成一个悖论。但是，这种悖论在现实中确实存在。因为如果是纯粹的法院的行政化，那么理应出现的是严格的首长负责制，而中国法院制度的结果并非如此，它同时具有审判行政化的特点和决策分散化的特点，是两者的混合，是两者的相互强化和支持。

审判委员会就是法院行政化审判中的一个民主化集体决策组

织，对此，我在其他论文中已有论述，此不赘述。前面对审判过程的描述也从另一个角度展现出了这一点。作为一种非正式的制度，从起诉到作出判决，在这一审判决定过程中，审判决定权的行使被分割了，审理和判决一般说来都并非集中在任何一个组织或个人手中，^[32]而是与这一过程有联系的任何一个个人都可以发言、干预。这种决定权的分散化，在一定意义上是一个民主的集体化的决策过程。而这种审判民主化的方式带来的后果常常是没有哪一个人对案件结果负最终的责任，而且也难以要求个人负责。

由此，我们也就不难理解另一种从未见于任何法律规定、但却是各个法院都普遍运作的非正式制度——庭务会。在调查中我们发现，各业务庭的庭长往往会把某合议庭正在审理的案件拿到庭务会上研究，并要求该业务庭的全体法官都参加，进行讨论。其内容有可能是业务庭庭长与合议庭意见分歧较大的案件，因此，要求更多法官参加进来以利于了解庭内多数法官的意见；也可能是由于合议庭无法拿出一个完整的结论性意见，因此希望听取其他法官的意见。甚至，由于集体办公，缺乏各自的办公室，没有思考研究案件的私隐空间，法官可以很容易地并且已经习惯性地就自己“吃不准”的案件同其他法官进行交流，征求和听取其他法官的意见。^[33]这种司法民主化的做法也与前述的法院的行政化形成了强烈反差。尽管这种民主化的集体决策方式未必能获得我们的认同。

[32] 甚至对审判委员会的决定，合议庭也可以建议提交审判委员会复议，见最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》第87条规定，“审判委员会的决定，……如果[合议庭]仍有不同意见，可以建议院长提交审判委员会复议。”

[33] 北大法学院学生凌斌在实习期间发现了这种关联，在此表示感谢。

在合议庭内部，这种民主化的集体决定方式也有体现。据我们的调查，一个合议庭一般由三名法官组成，但是，在每一个具体案件的实际办理过程中总有一位法官是此案的具体承办人，他/她对该案件的事实和法律负主要责任。一个案件从接受，到庭前准备活动的安排、证据调查和案件最初处理意见之撰写，都基本上由该承办法官独自完成。合议庭的其他成员只是在开庭前简单看一下卷，然后就参加审理，合议时凭着看卷和法庭审理中获取的印象，再加上听取承办法官的汇报，其他合议庭成员会提出自己的看法。由于在一般情况下合议庭的成员构成是相对稳定的，相互间的博弈是重复多次的，合作比不合作好，这就决定了合议庭内各位法官会比较长期地维持一种协作型的关系格局。鉴于合议庭实行的是少数服从多数的原则，^[34]承办法官一般都希望自己的意见能获得另外两位或几位法官的认可和支 持。因为，如果某个法官尤其是案件承办法官的意见在合议时总是处于少数，这就意味着他/她不称职。而作为一种礼尚往来，希望自己意见获得他人认可的法官一般也会对其他法官承办的案件尽可能地予以协调性认可。^[35]但是，这种交换，并不意味着合议庭的意见总会一致，只是说在法律允许的自由裁量的范围之内，合议庭的法官们会相互协作，尽可能取得一致意见。

[34] 《刑事诉讼法》第 148 条。

[35] 对于这一点，如果从理念层面上看，也许仍然不符合“法官独立”或所谓的“法官内部独立”。但是必须指出，这种观点实际忘记了司法判决从来都是一个法院——一个机构——的决定而不是法官个人的判决。群体的合作是必要的、应当的，因为我们谁也不知道哪个法官的个人观点是正确的，或是否总是正确，因此，法官的某种程度的合作、相互妥协，实际上是有功效的，至少可以避免走极端。事实上，为许多中国学者所羡慕的美国联邦最高法院决策模式中产生的重要的司法判决意见（即多数意见），大多是多数派法官的甚或是全体法官妥协的产物。

但是,就在这里,我们仍然可以发现合议庭决策方式和程度受到目前法院行政管理制度的影响。与国外有关法院决策的小群研究(micro-group analysis)相比,^[36]在国外研究中不曾出现然而在中国法院的合议庭中促成法官相互合作的一个最重要因素就是他/她们的行政领导。如果合议庭的意见总是不一致,那就意味着这一案件的审理决定将进入前面提到的法院内部具有行政管理性质的审判体系,这会增加业务庭庭长、主管副院长、院长乃至审判委员会的工作量,而就总体来说,这些领导或机构也并不欢迎自身工作量的增加。因此,合议庭审判案件上的内部分歧外在化其实对合议庭的各位法官本人都没有好处。相反,如果有太多的意见分歧,可能使得法院的各级行政领导对他/她们有一个业务水平低、办案能力差的印象,有可能影响他/她们的未来的各种利益。正是这一因素的制约,使得合议庭的法官们一般都会努力争取获得一致意见。这就表明,即使在合议庭的民主集体决策模式中,法院目前的行政管理制度的其他方式打下了它的印记,产生了一定的影响。毕竟,合议庭是嵌在法院内部的一个制度。

五、最后的评论

上面,我描述了中国法院内部的审判决定过程以及由此发生的复杂特点。当然,这是一种基于现实的抽象,是一种“理想

[36] 例如在美国的司法研究发现,三人审判庭发生分歧的概率明显低于由七位或九位法官组成的审判庭;审判群体越小,异议率越低。见, Richard J. Richardson and Kenneth N. Vines, *The Politics of Federal Courts*, Little, Brown and Company, 1970, pp. 122ff; 有关的解释, 请看, Sheldon Goldman and Thomas P. Jahnige, *The Federal Courts as a Political System*, Harper and Row, 1971, p. 178。

型”的描述；现实中，每个法院、甚至每个案件的决定过程都不尽相同。但是，它基本上概括了中国法院，特别是基层法院的案件审理过程的基本特征。这种概括既不同于法律规定的法院的正式审判制度，也不等同于法院的行政管理制度，而是对这两种制度在现实中实际运作的混合。

为集中论题，本文不想深入探讨这种制度的合理性和局限性，^[37]也不想追溯其历史起源或变迁，不想考察引起法院审判制度行政化的其他外部制度或社会因素，尽管这些外部因素也许是促成法院需要和有一个强有力的行政管理制度的先决条件。此外，这些外部条件也已经得到了法学界人士和法官比较多的关注。本文仅仅想就上述的描述和分析开掘出某些对策性和法理学研究上的意蕴。

就前一方面而言，尽管本文指出中国法院审判制度为法院内部行政管理制度所支配，在一定程度上成为法院内部行政管理体制的附属，并因此隐含了本文作者对此的批评，但事实上，我并不试图以鸵鸟战术来回避或排斥法院行政管理的问题，以一种逻辑的生活替代生活的逻辑。相反，本文的分析指出并强调，尽管设立法院是要其履行审判职能，但只要设立了法院，法院的行政管理事务就不可避免，因此，必须认真对待这一在中国法学家眼

[37] 尽管本文对中国目前法院内部的行政管理制度以及其对审判制度的侵蚀提出了批评，但是我并未全盘否定它在中国当今的社会环境中起到了某些积极作用。例如，由于我国法官的专业素质普遍不高，因此，层层汇报、审批使得更多的人参加到案件审理过程，这在一定程度上可能有利于发挥集体的智慧，从而防止错案；也可以在某种程度上限制个别法官的舞弊和防止司法腐败。但是以这种制度来履行审判职能从长远来看其合理性和经济性都是值得怀疑的。要支撑这样一个审判机制会付出巨大的成本；层层审批无疑会增加当事人的诉讼费用并造成诉讼延误，而目前之所以进行司法改革，很重大的一个原因就是希望提高诉讼效率。

中长期失落或被有意遗忘的问题。事实上，至少从美国联邦最高法院的经验来看，法院要能够有效履行其审判功能，首席大法官的行政管理能力，而不仅仅是他的司法审判经验或法律知识，是一个非常重要的因素。^[38]当今中国要讨论法院改革或司法改革，就不能仅限于所谓的审判方式改革，不能将法院内部的行政管理体制的改革排除在外。这一点在当代中国甚至更为重要。因为，由于种种原因，中国法院面临的行政性事务更多、更繁重。尽管作为努力的目标来看，我们应当在国家政治体制改革的总体框架内尽可能减少由于体制不顺而给各级法院带来的某些行政性事务，诸如“吃皇粮”的问题，但是，这种目标不大可能在短期内实现，法

[38] 自马歇尔就任美国联邦最高法院、因此最高法院的制度重要性得以真正确立以来的近 200 年里，最高法院共有 12 位首席大法官（将马歇尔之前的首席大法官排除在外，是因为这之前联邦最高法院并没有确立其权威），有 5 位首席大法官就任此职前没有任何司法审判的经验，有 3 位首席大法官在任职最高法院之前没有任何司法审判经验，1 位首席大法官有一年半的州法院的经验，而著名的马歇尔首席大法官也只有三年、大致相当于当今中国基层人民法庭的司法经历。而为美国法律界所公认的最具能力的 4 位首席大法官马歇尔、塔夫特、休斯和沃伦都具有很强的行政管理才能。在担任首席大法官之前，他们都担任过非常重要的行政领导职务或表现出出色的管理才能：马歇尔是国务卿，塔夫特是总统，休斯当过副总统并且曾是总统候选人，沃伦是加州州长。参见，Abraham, *Judicial Process*, pp. 56 - 58, table II。如果没有马歇尔大法官以他出色的政治家的而不是法律家的才能，今天的美国联邦最高法院甚至美国宪法都是不可思议的。卡多佐曾指出：“马歇尔大法官在美国宪制上打下了他自己心灵的印记；我们的宪法性法律的形式今天之所以如此，就是因为马歇尔在它还仍然具有弹性和可塑性之际，以自己的强烈的信念之烈焰锻铸了它。”见，《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，页 107。卡多佐的评论是客观的，同时在法条主义者看来又是不可思议的，一个个体法官，其首要的规范性职责就是遵循宪法和法律的个体法官，竟然锻铸了美国的这部号称是最具刚性的宪法。然而，这就是历史，历史是不必须且往往是不合规范和不遵循逻辑的。

院的行政事务不可能在短期内急剧削减,更不可能完全消除。因此,法院内部的行政管理将始终是中国法院必须面临的一个现实的也是长期的问题。法学家可以在三权分立或司法独立的法理学框架中消除这些事务,但却无法从生活中的法院消除它。

因此,本文的分析中所隐含的另一要点是,中国法院的问题也许并不在于它有大量的行政事务要处理(当然这是一个因素),而在于法院的行政管理制度和审判制度在职能上的混淆,没有实现职能分工,没有以法院对于其所在社会的基本功能或宪法职能为中心进而实现法院的诸多功能的分工和剥离。如果说要提高法院专业化、职业化水平,其实这种职能分离可能是更应当关注的问题。也正是在这一思想指导下,我并不赞同一些学者的观点,认为司法改革的问题主要在于要废除法院内部的审判委员会这样的与国际不接轨的制度。其实,审判委员会是我国法院内部的少数正式审判制度之一,并且作为审判制度来说在目前中国基层法院其功能至少是具有相当合理性的。如果将其废除,那么在目前的法院制度下,我的预测是只会更进一步强化法院的目前的行政化色彩(在现有的法院内部行政管理制度的支配下以及在诸如错案追究制、人大监督司法、舆论监督的种种压力下,独任审判的法官和合议庭的法官怎么可能“一步到庭”,又怎样“一步到庭”?)。我并不是否认,现在各级法院审判委员会的运作都存在不少问题,但这些问题反映的恰恰是审判委员会制度是嵌在目前的法院行政体制之中,行政管理的逻辑限制了其成员构成,限制了其在中国法院内部的作用,削弱了其司法的逻辑和功能。如果真正强化了这一制度的审判作用,使之完全从法院的现行行政管理体制中剥离出来,使之真正成为法定的、作为法院内部最高审判决策机构的功能,尽管它也许不完全符合法官个人独立审判的理念,但是至少可以大大削弱法院目前实际上浓重的“首长负责

制”的行政性特色。

如果这一分析成立,那么,法院的审判方式改革或体制改革,就可以首先从制度功能分离这一点入手。甚至在我看来,必须抓住这一点,才可能实现中国法院的职能的转换,才能建立起法院作为审判机关的制度逻辑。这一研究问题的进路,应当说,与目前法院系统流行的解决问题的进路有所交叉,也有所不同。目前法院系统内部以及法学界流行的观点是,要强化中国的司法或审判独立,一是搞审判方式的改革;另一个主要是解决法院的财权和人事权,即财政上“吃皇粮”、人事问题上法院有用人权。这两个方面确实都非常重要,但从我的分析框架中看,是很不够的,甚至没有抓住要害。其实,现在的审判方式改革也许更应看做是或应侧重于法院的行政管理制度的改革,它实际是要将目前混杂在审判制度中的具有行政管理性质的程序从审判过程中分离出去(例如,所谓的“一步到庭”)。但是,我在上一节最后一段对合议庭内求同趋势的分析已经表明,即使是在目前法学界几乎一致看好的合议庭审判,实际也已通过其他渠道受到目前法院行政管理体制的影响。因此,我们必须意识到,如果不注意法院内部这两类制度的职能分离和调整,即使有了“皇粮”和用人权,目前中国法院具有的行政色彩也难以弱化,相反,法院系统可能变得更具有行政色彩。结果可能是,法院会对行政部门具有了更大的独立性,但是审判独立的问题未必会有太多改善;因为在司法专业问题上,一个陷在高度行政化且独立于行政部门的法院中的法官未必比当下的法官具有更大的司法决定权,甚至会更没有司法决定权。

而且,本文的研究也还表明,简单地谈论司法民主化、民主参与和民主监督实际是不着边际地用流行的意识形态开药方,是试图用万金油治百病。中国法院的行政化过程实际上伴随了一种决策的民主化,尽管这种民主化的产品并非我们所欲求。

有必要指出，中国法院必须在职能分工的基础上逐渐形成其自身的制度逻辑和现代的司法职业传统。^[39] 中国在历史上，法官和行政官员一直没有区分，近代的法院是大致按照三权分立的理念人为地从“衙门”中分离出来的，因此很容易被政治领导人以及广大民众视为另一个解决纠纷的机构，而不是司法审判机构。缺少职能分工，也就难以培养出一批专业化的法官。而缺乏专业化的法官，往往又不得不借助行政管理体制和逻辑来保证法院职能的履行；这种制度和逻辑的借助最终又反过来改变了法院自身应当具有的逻辑。由此可以看出，司法独立或审判独立的形成不仅仅是甚至主要不是在法律上如何规定是否移植了或坚信某个理念或原则的问题，而是一系列综合的社会条件的集合的产物。

就法学研究的意蕴而言，首先，本文的研究展现了附着于同一机构的、本来是为了解决不同问题的不同制度如何可能相互侵蚀从而发生制度的路径转换。一个机构中的行政管理制度严重侵蚀、同化了该机构的其他制度的逻辑，这种现象在当代中国并不少见。例如大学里的行政管理逻辑压倒了大学作为教学科研部门的逻辑，企业的行政管理逻辑压倒了企业的市场营销逻辑。因此，本文的这一分析进路，或许对于当今中国社会中的许多机构的制度问题的研究可能会有启发。同时，作为副产品，它也对流行的、在某种程度上已经成为一种意识形态的严格的三权分立理念提出了某种挑战：现实中的任何机构都不可能只履行一种职能，这一点已经为许多西方国家的宪政发展史所证明。^[40] 此外，

[39] 参见，苏力：“论法律活动的专门化”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

[40] 参见，维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版。

这一研究进路还有助于理解某一特定机构的制度功能（即职能）是如何变迁的，包括其蜕变。

其次，就司法制度的研究而言，本文采用的实证研究方法有助于消除从传统法理学进路讨论法院职能或功能所带来的盲点，它将法院必须具有的内部行政管理纳入了法学研究者的视野。这一进路有可能使我们对中国法院系统实际运作的制度有一个更为公道、更为全面的理解。因此，也就有可能对中国法院系统目前存在的问题、以及法院制度改革的可能性和进路提供一种新的且比较现实的可能性，而不至于简单地参照司法原则或国际标准进行一种实际上是意识形态化的批评。

再次，对于法理学来说，长期以来，中国的法理学和法理学界都关注法律条文的研究，看不到非正式制度。不重视非正式制度，特别是在正式制度之中形成的非正式制度，尽管人们普遍感受到这种非正式制度的力量。本文的研究从分析中国法院内部的两套正式制度入手，指出了这两套正式制度交错混合之后形成的显而易见却往往为人们视而不见的非正式制度。这种无论称其为惯例还是习惯的非正式制度是大量的，在中国当代社会中的各个方面都起着实际的作用。因此，本文的研究不仅证明有必要重新对大量的具体制度进行实证研究和分析，发现（并不等于认同，发现可能是为了改造）实际影响社会生活的各种非正式的制度，而且它还表明，并未如许多法学家所设想的那样，非正式的制度（包括习惯或惯例）仅仅存在于那些尚等待着被现代化的中国农村。它们就在我们的身边，甚至就在我们自以为完全为正式制度控制和发挥作用的领域之内。

1999年2月26日初稿

3月6日改定于北大蔚秀园

第三章 基层法院审判委员会制度

致知在格物，格物而后致知。

——《大学》

一、问题的界定

审判委员会是当代中国法院制度体系中一个颇具中国特色的具体制度。近年来，随着“同世界接轨”的口号的流行，随着司法制度改革和诉讼程序法修改的推进，法学界对这一制度开始了较多的思考。就总体来看，一些已发表出来的〔1〕和学界议论的看法倾向于取消（尽管大多数并没有言明）审判委员会。持相反意见的人

〔1〕有关的几篇文章有，例如，王祺国、张狄秋：“论审判独立的双重属性”，载《法律科学》1989年第3期；吕亚中：“关于完善审判委员会工作制度的思考”，载《法学》1996年第5期；孔宪翠：“人民法院独立审判有待建立法律保障机制”，载《现代法学》1995年第5期；谭世贵：“论司法独立”，载《政法论坛》1997年第1期。贺卫方的论文“中国司法管理制度的两个问题”主要从司法官僚化角度批评了审判委员会的设置和运作，见《中国社会科学》1997年第6期。此外，还有一些文章集中以国际标准评判中国司法程序，其中也批评了审判委员会制度，如，陈瑞华：“修改后的中国刑事诉讼法典——从刑事司法国际标准角度的分析”，载《现代法学》1996年第5期；岳礼玲、陈瑞华：“刑事程序公正的国际标准与修改后的刑事诉讼法”（上），载《政法论坛》1997年第3期。

则至今尚无公开的论述。但是,这种状况未必意味着法学界或法律界是一边倒;相反可能是坚持审判委员会的人居于事实上的优势地位,并且有《法院组织法》等法律的认可,因此有一种理所当然的心态。

就实践层面而言,并且从长远看来,真正能证明一个制度的合理性和正当性的必定是它在诸多具体的社会制约条件下的正常运作,以及因此而来的人们对于这一制度事实上的接受和认可。但是,在一个需要改革、以致在某种程度上“改革”本身已经意识形态化之际,一个即使是事实上可行的制度也必须在智识上证明自己的正当性和合理性。当“同世界接轨”和“中国特色”同样可以作为论辩的杀手锏之际,一个制度仅仅声称其具有地方特色,已不具有强大的说服力。仅仅从这两个命题出发而展开论证,不论其倾向和最终的结论如何,事实上都是一种新的意识形态的话语;其论证越是充分,反映出来的倒越是思想和实践的贫困。表面的轰轰烈烈只是一种因缺乏基于实证研究和理论反思而发生的“失语症”。当然,缺乏思想和理论力量的论证未必不具有(事实上往往是更具有)强大的行动力量:当社会思潮——既包括“中国特色”也包括“同世界接轨”——一旦涌起,有时你甚至不得不作出妥协让步。但无论如何,中国法学界不应当因此放弃自己独立的实证研究和理论思考;不应当仅仅由于某个制度具有“地方特色”而简单地予以肯定,正如同不能因其“同世界接轨”而简单地予以肯定一样。因此,关于审判委员会制度的研究和思考不仅是有意义的;而且,其意义也就不限于这一制度之存废本身。

概括起来,主张取消审判委员会的根本论点大致有二。一是所谓的“世界”通例。具体说来就是,无论英美法系还是大陆法系发达国家的司法体制中均没有审判委员会的设置。二是审判委员会不利于司法、特别是法官的独立审判,因此(这个逻辑关系其实

是不必定成立的)不利于司法公正履行社会赋予其的职能。实际上,这两个论点及其依据很不相同,应当首先予以分殊,以便集中讨论在我看来最重要的问题。

第一个论点——审判委员会不符合世界通例——实际是一个归纳推理。假定这一归纳是完整的,所说不符合的真的是“世界”通例,或者即使是西方发达国家的通例,^{〔2〕}那么,我们自然应当予以重视。无论是从功能主义的角度,还是从波普尔—哈耶克的演进理性知识社会学的角度出发,一般都假定,一种制度得以长期且普遍地坚持,必定有其存在的理由,即具有语境化的合理性;因此,首先应得到后来者或外来者的尊重和理解。在这个意义上,世界各发达国家法院系统均无审判委员会这一通例确实应当引起我们的重视。但恰恰又正是这个理由削弱了这一命题作为论点的说服力。首先,我们完全可以基于同样的理由说,审判委员会在当代中国也得到了长期坚持,因此必定具有其合理性。其次,基于归纳推理得出的命题之说服力,自从休谟之后,已被公认是有限的。^{〔3〕}现有的归纳推理必定是不完全的归纳,它的基础总是过去如何如何;尽管在一定层面上这种归纳可能构建我们对于未来的预期,但它无法规定未来的进程应当如此或必定如此。特别是就制度而言,它是在解决往日的常规性问题中形成的,它的真正意义是实践意义,是指向未来的,而未来是开放的。因此,真正有说服力的论证

〔2〕 就我目前看到的,这实际是基于中国目前努力学习模仿的发达国家的实践而获得的一个经验性命题,因为我从来没有看到有谁引证马尔代夫或爱斯基摩人的“法律”来批评审判委员会。这样说,并不是为了“抬杠”,而是试图显现这个所谓的通例以及人们认为这一论点所具有的说服力的背后都隐含了当代中国人对于“现代化”的追求。但是,如果说审判委员会的有无与一个国家的现代化与否之间一定有因果关系,恐怕既很牵强,也难以令人信服。

〔3〕 《人性论》,关文运译,郑之骧校,商务印书馆1980年版。

就必须从简单的枚举走向更加深入细致的分析论证。再次,这种论证隐含了一种知识终结的观点,即把中外前人在具体社会历史时空中所创造的制度看成知识的终结、真理的化身,这实际上否认了人类实践创建和提供新的制度知识之必要和可能;它隐含了对制度和知识产生和运作之时间和空间的彻底遗忘。^{〔4〕}固然,这种观点在某些时候可能有助于我们排除妄自尊大,从而慎重从事;但另一方面,却也有可能使我们失去自信,失去对自己长期的切身经验的关注,失去我们作为学者的意义——如果我们的任务仅仅是追寻前人和外国的话。如果真理已经确立且已昭然,我们的学术还能在什么意义上称之为学术或科研呢?当然,也许真实情况就是“太阳底下无新事”,但在确证这一假定之前,我们还不能将之作为既定事实予以接受。学者的生命在某种意义上就是要不断逾越已知的界限。

第一个理由之所以缺乏说服力还在于,它并不能单独构成一个理由。事实上,“通例”无法自然而然成为一个参照的标准或追求的对象,只有当通例在人们心目中与某种公认的可欲目标建立起一种“自然”联系之际,通例才获得一种说服力,才可能成为一个参照系,才会被认为是值得追求的。比如说,假定世界通例是吃面包,这并不能证明吃米饭就应当放弃,除非你证明面包比米饭更富营养并因此也更可欲。而一旦真正证明了米饭比面包更有营养,那么也就没有必要讨论米饭是通例还是特例了。

相比之下,第二个理由更为务实,更具力量,更值得重视。因为,在一定意义上,人们真正关切的是司法独立所允诺交付的法院或法官公正、有效地履行社会职能,以及如今人们从此推设出来的

〔4〕关于知识对于时空的依赖,可参看本书,“基层法官司法知识的开示”和“纠缠于事实与法律之间”两文。

社会繁荣和现代化。所谓世界通例的那种似是而非的说服力其实也就在于此。因此,具体考察审判委员会对司法独立的实际影响,特别是考察对其背后更重要的、被假定与司法独立有直接因果关系的司法公正的实际影响,至少在论证上更具有战略性意义。此外,由于这个理由凸显的是审判委员会在现实生活中的作用,是一个经验性的命题,这就使我们有可能通过经验性研究予以考察和验证,从而避免那种充满经院哲学意味的定义之战。本文将主要考察这一反对理由的真实可靠。

二、进路、方法和材料

坦白地说,上述的第二个反对理由是有经验支持的。许多学者都举出过不少实际发生的例子来证明审判委员会有种种弊端,例如“审而不判,判而不审”,“先审后判”,“集体不负责”等等。^{〔5〕}这些意见无疑具有一定说服力。但如果仅仅据此而废除审判委员会制度,其理由显然不充分。因为历史告诉我们不可能有什么只有优点、没有弊端的完美制度。如果一旦看到一个制度有弊端,就要予以废除,恐怕世界上过去、现在乃至将来可能建立的任何制度都没有理由存在。追求完美的心态是必要的;但是,之所以有这种心态又恰恰是因为每一个现实的制度都是不完美的。完美就意味着没有改进的余地,意味着历史的终结,意味着制度将固化而不是不断发展变化的,意味着制度与其运作之具体时空环境完全无关,因此不是具体的,而是普适的。

经验研究与有某些经验支持的愿望并不等同(尽管有联系)。

〔5〕 同前注1。

它追求的是尽可能全面地了解一个制度的利和弊,以及对谁的利弊;在利弊比较的基础上作出一个结论性的判断,作出选择;而不是从现实生活中发现一些支持或强化自己已经有的经验、印象甚或是一个已经教条化的命题。后一种“研究”,即使有某些经验的支持,也只会使人们如同“盲人摸象”,各执一词,很难有相互的理解和交流,无法进行有意义的讨论。并且,在这种心态和固执的前见引导下所得到的研究结论,无论是支持还是反对一个制度或观点,实际是“一丘之貉”,因为其思维方式和论证方式都是一致的。

因此,要真正验证或发展一个可能具有或已被视为具有普遍性命题,很重要的一点是要在实证研究中关注、甚或是努力发现与某个普遍性命题或与自己已有的识见相反的例子。波普尔称此为“证伪”,而中国人的说法叫做“抬杠”。当然,人文社会科学研究中很难严格照搬波普尔的“证伪论”;而在社会生活中,“抬杠”恐怕在哪个国家也不会讨人喜欢,并且这种人之常情很容易——如果不说必定的话——进入学术圈子。但是,无论如何,如果说还算是一个经验性研究,一个起码的要求就是要尽可能将有悖于我们前设判断的事实提出来。更具体地说,如果我们要反对审判委员会,一个研究的必要就是眼中或心中都要留心那些至少看起来是有利于审判委员会的事实和证据(即所谓“有利被告”);反之亦然。这并不是没有原则,也不是人格分裂,更不是所谓的“宽容”,而是可能使我们的知识得以增长的惟一道路。求知,如果还有点儿意味的话,那就不可能是固化我们已经理解的,而恰恰是试图理解我们还没有理解的。

当然,即使发现了事实,也并不会自然而然地具有支持或反对一个观点的性质,事实的证据力和说服力都是理论的构建。对于同一个事实,不同的人会有不同的与价值相关的判断,对事实的意

义仍可能各执一词。考虑到这一因素,本研究除了不试图在一般意义上论证审判委员会是否符合司法独立的概念之外,也不试图一般性地论证审判委员会的好处或/和弊端,而是试图展示审判委员会制度是如何同中国社会的一些现实和特点相联系的,试图展现“事物的逻辑”。当然,这也还可能是理想,我事实上不可能将中国社会的特点一一展现在读者面前,并且不同的人对这些特点的有无及其合理性都会有争论。因此,还需靠读者调动自己在中国社会生活中的经验感受来理解审判委员会的制度。当然,这也不妨碍我基于这些材料提出一些结论和观点。必须注意,在提出这些现实或特点、强调和承认它们对制度运作的影响之际,并不意味着我认同或赞同这些现实(但也不必定是相反),而仅仅意味着,我将它们作为一个短期内不大可能发生太大变化的、因此法院或法官必在其中运作的环境。

说是要对审判委员会进行经验性研究,实际操作起来,却很难选择恰当的切入点。首先,我的研究并不关注文本,也不重视这一制度创立者的设计意图。就有关的权威性历史文件来看,设置审判委员会的初始目的“主要是总结审判经验,也研究重大疑难案件”;〔6〕尽管如此,由于当时的历史条件,可以说从一开始,这一制度就与如何保证刚刚获得政权的中国共产党对司法的有效领导以及改造“旧司法”相联系,实际上成为保证中国共产党和国家政权的集中统一领导、保证政权稳固和有效运作的一种制度措施。〔7〕对于中国共产党人的这一制度设计,不同立场的人显然会得出不

〔6〕董必武：“认真贯彻执行法院组织法和检察院组织法”、“在军事检察院检察长、军事法院院长会议上的讲话”，均集于《董必武选集》（《黄金书屋》光盘）。

〔7〕参见，董必武：“关于党在政治法律方面的思想工作”以及“旧司法工作人员的改造问题”等文字，同上注。

同的结论。因此,我们很难从文本材料切入展开富有成效的讨论。但是,我不关注文本和制度设计意图还有更重要的一面,这就是,我不相信一个意图就能决定这一制度在出生之后的运作以及运作中实际获得的制度性功能。审判委员会制度在建国初期的初始设计和后来的实际功用的变化就是一个典型的例子。因此,在这个意义上,制度设计者当初的目的并不重要,^[8]其起源也不重要,^[9]尽管不能完全忽视。旧瓶装新酒是人类社会制度变迁的一个普遍现象,即使在法律制度演化上也频繁可见。^[10]而正是由于这种旧瓶新酒的普遍存在,才要求我们在考察这一制度时,更加注意这一制度在今天是如何运作的,其实际的制度功能是什么。

其次,我感到困惑的是,作为一种概念抽象和理想似乎很明确的司法独立,一旦进入经验层面,就很难予以操作性地界定。一般理解的司法独立或法官独立大致是,法官自由地根据自己对案件事实的评价和对法律的理解,对案件作出公正裁决,不受任何方面或由于任何原因的直接的和间接的限制、影响、诱导、压力、威胁和干涉。^[11]但是,作为一个经验现象,每一个法官都是在各种其所处社会认为可欲或不可欲的、以及介乎其间的影响、限制、诱导、甚至

[8] “‘法的目的’应当是最后探讨的课题。……一件事的起因和它的最终的用途、它的实际应用,以及它的目的顺序的排列,都全然不是一回事;……在重新解释与正名的过程中,以往的‘意义’和‘目的’就会不可避免地被掩盖,甚至被全部抹掉。”尼采:《论道德的谱系》,周红译,三联书店1992年版,页55—56。参见,苏力:“制度是如何形成的?”,载《比较法研究》1998年第1期。

[9] 福柯:“尼采·谱系学·历史学”,苏力译,载《学术思想评论》第4集,辽宁大学出版社1998年版。

[10] 例如,英美法中的陪审团制度的演变,合同法中对价制度的演变,海商法中的对物诉讼的演变。历史将这些制度无论形式还是功能都变得面目全非了。

[11] 参见,《世界司法独立宣言》(草案)第2条。

压力之下行使其权力的。^[12]以司法最为“独立”的美国司法为例,我们就发现,在每一个诉讼中,各方律师的雄辩和经常是不择手段地举证、质证无一不是要影响和诱导法官作出有利于自己(而非作出正义的)的判决;^[13]在所有的刑事案件中和绝大多数民事案件中,陪审团对事实争议享有决断权,这不但限制了而且是根本就排除了法官对案件事实的评价在司法中的作用(即使法官同意陪审团的决定,也是如此);^[14]联邦最高法院的法官除外,几乎每个法官都会一定程度地不得不考虑自己的判决是否会为上级法

[12] 在波斯纳的分析模型中,甚至司法独立本身就可以理解为前任立法机关的成员为保证它们同社会利益集团交易之稳定(不为后来的立法机关成员取消这一交易)而形成的一种设计;换言之,所谓司法独立就是要使得司法更多地受前任立法机关成员的影响而少受后任立法机关成员的影响。波斯纳还进一步推断,一个立法的预期有效期越短,[在这一立法上]的司法独立也就会越弱。并且波斯纳还引用了一些实证研究成果支持这一点。见, Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little, Brown and Company, 1994, p. 533 及其注 4。

[13] 德肖微茨在一本书中认为司法斗争的规则之一就是“没有一个人当真需要正义”,而“具有讽刺意味的是,实际达到的结果很可能是一种大致上公允的正义”。《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社 1994 年版,页 5—12。

[14] 这类一般性的描述和实证性研究很多。例如,美国著名法官弗兰克基于自己多年的审判经验,称“陪审团是‘法律至上’的最糟糕的可能的敌人”,并认为由审判法官自己听审案件更好。而且,支持陪审团的一般说来都是审判律师,因为他/她们“有能够影响陪审团的既得利益”。参见, Henry J. Abraham, *Judicial Process*, 4th ed., Oxford University Press, 1980, 页 138、139。波斯纳认为陪审团的实际作用之一就是有一些有不同经历和不同观点的人对案件的评议抵消职业法官的专长。见, *Economic Analysis of Law*, 同上, 页 583。Kalven 和 Zeisel 在 1960 年代的著名研究则发现,在刑事案件中,有 25% 的案件的陪审团对事实争议的决定与法官的判断不同,请看, Harry Kalven, Jr. And Hans Zeisel, “The American Jury: Some General Observation”, *American Jury*, Little, Brown and Company, 1966。据许多学者的观点,60 年代美国社会的同质性还是比较高的,而进入 70 年代以后,美国社会的同质性降低了,因此,陪审团与法官之间的这种分歧应当是增加了,这就意味着法官的实质性判断受到了更大的限制。

院撤销和改判，并因此会调整自己的判决；^[15]即使是独立性最强的美国最高法院法官，他/她们相互之间也总会在一些案件的判决上进行拉票和相互投票，力求使自己的那一票具有更大的决定力；首席法官或某个更具魅力的法官都力求对其他法官的判决产生影响，并且也确实产生了影响。^[16]一个最为著名的例子是布朗诉教育委员会案，当时新上任的首席大法官沃伦为了使判决更具权威性，就做了“大量耐心的思想工作”，甚至说了诸如“最高法院在这种时候必须团结一致”这样的话，最终说服了反对派的法官。^[17]而另一个著名例子是，1936年，在罗斯福“重新包装最高法院”的威胁下，美国联邦最高法院改变了自己对新政立法的司法判决。^[18]

[15] 在分析评价霍姆斯的法律是对法院判决之预测的观点时，波斯纳就指出，大多数法官对自己判决被上级法院推翻非常敏感，因此会预测上级法院的决定并调整自己的判决，尽管波斯纳认为这种做法并不可欲。见，《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，页285。又请看，德肖微茨认为，最重要的是，法官们“不希望上级法院推翻他们的判决，……他们把上级法院推翻原判看做是个人的羞辱，事业上的失败……。”同前注，页6。在当代中国，至少是在相当多的基层法院中有这样的规定，如果判决被上级法院推翻甚或改判，判决此案的原审法官将失去奖金和其他一些可见和不可见的利益，这使得收入并不高的中国法官至少在理论上对自己的判决被推翻更为敏感和更多顾忌。

[16] 这类实证研究甚多，视角也各有不同。可参看，例如，Herbert Jacob以组织理论为基础的实证研究和理论模型，“Courts as Organizations” in *Empirical Theories about Courts* (Keith O. Boyum & Lynn Mather 编，1983)，页291以下。David J. Danelski，“The Influence of the Chief Justice in the Decisional Process of the Supreme Court”以及 David J. Danelski and Jeanne C. Danelski，“Leadership in the Warren Court”，两文均见 Sheldon Goldman and Austin Sarat (ed.)，*American Court Systems*，Longman，1989，pp.486 - 499, 500 - 510。

[17] 可参见，Bernard Schwartz，*Super Chief*，New York University Press，1983。

[18] 许多有关美国宪法的著作都记录了这个事件。可参见，David M. O'Brien，*Storm Center, The Supreme Court in American Politics*，2nd ed.，Norton，1990，页87以下。

这些唾手可得的经验性的例子和经验性的研究，^{〔19〕}并不是要否认司法独立的概念以及司法独立的可欲性，也不是为了揭露西方司法独立之虚伪，而仅仅是试图指出，司法独立在经验层面上并非指法官不受任何影响、制约和干涉。事实上，在实践上，司法独立的核心问题之一就是要有一套机制来防止法官利用其权力谋求自己的利益，甚或是要防止他/她把他/她个人的、超越社会标准的哪怕是崇高的理想强加给社会。^{〔20〕}然而，我们很难区分什么是正当的、社会认为可欲的或至少是可以容忍的、支撑了司法独立并保证了司法公正的限制、制约和影响，而什么又是非此族类的影响。

虽然难区分，但并不是完全不能区分。在理论上，比如说，我可以设计一套问卷，包容了一系列设想的和真正发生过的问题，甚至可以把我在后面讨论的许多社会背景和条件都纳入问卷，对公众进行调查；我们也还可以有其他方法。但是，这些方法不仅费用高昂，而且——在我看来——既不可能精确，也不现实。比如说，公众对法官的道德要求可能会很高（秉公执法），但公众又不可能理解有许多法律的问题其实并不是法官道德品质能解决的；又比方说，可能没有多少人会认为一个法官可以而且应当对他/她的“上级”——院长、县长或人大主任——甚或是波动不定的即时民情采取“我们不理睬他”的态度。当然，我们

〔19〕 这也许是中国法学研究在学习西方法学中引进最少的。至今为止，最大量“引进”的仍是 20 世纪版的 18、19 世纪政治哲学（广义的法律哲学）的命题和概念，而不是 20 世纪以来已经大大发展了注重经验的实证研究的方法和实证性研究的结果。

〔20〕 参见波斯纳对这一问题的分析：“如果独立性仅仅意味着法官按照自己的意愿来决定案件，不受其他官员的压力，那么这样一个独立的司法机构并不显然会以公众利益为重……。”《法理学问题》，同前注，页 8。

可以加许多限制；但是那种太绕弯子的问卷调查，恐怕不是许多老百姓能理解的，更不可能是在他/她们有时间和精力同我们的研究合作的。

我所选择的研究切入角度是法官自己对审判委员会的评价。选择这一切入角度是有比较充足的理由的。第一，尽管司法独立是、并曾首先是一个政治学的命题（在这个意义上是一个每个公民都可以发言的问题），但这个问题在近代最先是由法官真正提出来的，^[21] 并且是伴随着一个法官职业群体的出现而实现的。^[22] 因此，一般说来，法官对这个问题不仅理应更为敏感，而且由于“鞋子合适不合适脚趾头最知道”的定理，他/她们的感受也理应最真切。第二，我们还有一个从常识中来的基本假定，即没有谁愿意老被人“管”着；甚至这种管并不过分，人们也不愿意。如果审判委员会确实经常不恰当地干预、限制和影响法官独立进行判断，那么法官的反感一定比我们这些局外人的感受更为强烈，他/她们对审判委员会的利弊会了解更深，分析会更切中要害。因此，这一进路突出了法官的主观感受和主观视角，避免了以制度“通例”或理想化的逻辑作为判断标准必然隐含的且容易实际带来的强加于人。

如果将法官大致划分为初审法官和上诉法官，我们选择了调

[21] 如今为人们引用最频繁的、同时也可能是最早的关于司法独立的例子，就是英国大法官柯克抵制英王詹姆斯一世干预司法的著名轶事。可参见，萨拜因：《政治学说史》下册，刘山等译，商务印书馆 1990 年版，页 509 以下。

[22] 一般性的论证，见，苏力：“论法律活动的专门化”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，特别是第 2 节。事实上，柯克抵制詹姆斯干预司法的最重要、最核心的论点就是法官拥有司法的专门技能，即所谓的“人为理性”，而不是如今法理学教科书上流行的政治哲学和道德哲学。同前注。而实际体现美国司法独立的司法审查制度也是美国联邦首席大法官马歇尔的创造。参见，苏力：“制度是如何形成的？”，载《比较法研究》1998 年第 1 期。

查初审法官。这种选择也有一番道理。首先是因为资料的可获得性。在位于武汉的中南政法学院和湖北省高级人民法院的推动下，由福特基金会资助，自1995年以来，中南政法学院举办了湖北省基层法院和中级法院法官培训；我有幸成为这个班的授课教师之一，每年两次，到写作本文时已先后共七次在这个培训班上课。这种状况为我的项目调查和集中访谈创造了可能和便利。而若是要对中级以上法院的法官进行这种访谈，就会有时间、进入、费用等种种不便。其次是初审法院的工作更为复杂，他/她们的知识和经验对于我们的研究有可能更具意义。我这样说，理由至少有二。其一，初审要同时解决事实争议和法律争议；而一般说来，上诉审只关心法律争议（中国的上诉审更多关心法律争议），因此相对简单。两者的不同位置很可能使得他/她们对制度的要求不很相同甚至相当不同。^[23]其二，初审法官在每一个案件中的工作可以说都是白手起家，而上诉审法官除了有其他法律信息和职业训练上的优势外，至少还可以得到初审法官之判决意见作为其决定之参照；即使一审法官的判决有误，这种参照作用也无法否认。而在中国，最大量的初审案件都是由基层法院和中级法院承担的（中级法院也承担着部分上诉审工作），我们调查的着重点放在基层法院身上也就顺理成章。

[23] 参见，波斯纳有关的分析，见《法理学问题》，同前注，页261以下。必须注意，仅仅就制度层面而言，中国的上诉审比起美国上诉审甚至可能更为简单。首先是因为中国采用的成文法制度，适用起来相对简单；而美国采用的是判例法制度，法官造法或法律解释是一个非常重大、复杂的活动。其次，中国社会的同质性要比美国的同质性更高，因此，一般情况下，在中国法律适用和法律解释要比在美国更少争议，因此对上诉法官的专业智识性挑战要低；而在特殊情况下（例如，法律与民情有冲突或与地方利益有冲突时），这种高同质性对于直接审理案件的法官、即初审法官的压力显然更大于对二审法院的法官。又请参见，本文后面“两个例子的简要分析”一节的有关分析。

本文分析讨论所依据的材料主要是我们在 1997 年春秋两季和 1998 年春季对法官的访谈以及 1998 年春季对一些基层法院的实地调查。我们前后共比较详细访谈了约 100 名基层法院法官以及少量中级法院法官。这些法官的文化程度绝大多数是高中以上；^[24] 尽管接受访谈的有少数大学本科毕业生或专科毕业生，也有相当数量是进入法院工作后通过函授、电大、特别是法院系统的业大获得了法律专科甚至本科学历，但是没有一位法官是在进入法院前就已获得法律专业的本科或专科毕业生。据我们的实地调查，这种状况也大致能反映该省基层法院法官之教育水平。^[25] 这一点对于我后面的分析具有重要意义。接受访谈的法官大致在 25—45 岁之间；其平均法院工作时间大约在 8—10 年左右；大约有一半以上的访谈者是法庭庭长或曾经担任过法庭庭长以上的职务。其中有些法官本身就是审判委员会的成员，是“管人的”，因此可能与“被管的”法官有所不同；对此，我也将在后面的分析中给予适度的关照。访谈中，绝大多数法官显示出对法院情况的了如指掌，不仅对有关的法律条文相当熟悉、敏感，并且洞悉当今中国法院工作中的问题以及社会人情世故。一般说来，他/她们对法院工作都有一种职业自豪感以及相对于政

[24] 由于近年以来中国普遍有学历贬值的现象，因此其实际学历可能略低。参见，贺卫方：“通过司法实现社会正义：对中国法官现状的一个透视”，收入《走向权利的时代》，夏勇主编，中国政法大学出版社 1995 年版，页 225 以下。

[25] 原则上看，这并不能说明中国目前基层法院法官的基本职业训练状况，因为我们调查的是法官培训班，而已经获得正规法律本科学历的法官一般不会接受这样的培训。但是，我们的田野调查和访谈使我们注意到在绝大多数基层法院都很少甚或根本没有正规法律院校本科以上毕业生。即使在中国东部经济最发达的上海市郊区某县基层法院，大学本科生也只有 10%，但是可以肯定法律本科毕业的也很少。请看，王元：“法院独立及其困境”（未发表的论文）。

府其他机构或部门而言的道德优越感，^{〔26〕}但他/她们并不讳言法院系统的工作存在许多问题，有些甚至是亟待解决的严重问题。他/她们也并不缺乏自我批评和自我反思。最为典型的、也是最使我们震动以致感动的是，一位十年前率先进行某些司法改革、取得显著成绩并因此多年一直被树为典型的法官，在访谈中，对自己的被作为经验普遍推广的改革措施进行了深刻的反思和批评，甚至原则上推翻了自己的改革路子。

我们自信访谈所获得的材料是比较可靠和可信的。第一，访谈都是单个进行的，由于远离法官的工作单位，不涉及法官的同事和单位，因此一般说来法官少有顾忌。第二，我们访谈的关注点是法院的运作，一般不直接关注具体案件处理的对错，我们从他/她们的一般经验和感受入手（但我们也不拒绝了解、有时甚至是追问受访者所提及某个案件或案件细节），因此不会对他/她们构成一种上级检查工作式的威胁。第三，从我们的观察来看，访谈的法官大多数相当坦诚，他/她们不讳言问题，包括对法院系统的人事、财政制度问题的批评，对党风和社会风气问题的批评，甚至有真实可信的自我批评或自嘲。第四，本文作者与访谈者之间构成的特殊关系。本文作者是从外地短期来培训班教学的教员，与访谈的法官之间既没有潜在的或公开的、当下的或未来的利益冲突，也不可能给他/她们带来什么特别的利益。这种特殊的关系和我的特殊身份使得双方既有相当程度的信任：他/她们可以说某些话，但至少无需说假话；又有相当程度的相互尊重：值得对我们这些来自北京大学的访谈者说真话。一些法官甚至将他/她们遇到的疑难案件提出来请求我们帮助分析。第五，由于访谈的法官数量比较多，并且我们也曾在陕西等地进行过类

〔26〕 几乎所有的法官都称公、检、法三家中，法院最廉洁，群众意见最小。

似的调查研究，此后又深入到湖北省的一些基层法院和人民法庭进行了实地调查，这就使得我们可以在一定程度上用不同的访谈材料和实地调查材料作为参证。虽然，参证材料在理论上并不能说一定或总是有助于辨识由衷之言和虚伪应付，但长期的社会生活经验以及由此而产生的直觉判断力足以令我们自信：获得的材料是有把握的。

三、审判委员会的构成和运作

据我们的调查，各个县（市）基层法院审判委员会的人员构成大致相似。一般均由法院院长、副院长和主要业务庭的庭长组成，一般9人或11人。

讨论的案件范围都是有原则限定的。如果是独任审判的案件，法官个人对案件定性或法律适用拿不准，先向庭长汇报；如果庭长与主审法官的倾向性意见一致，则可以定案，如果不一致，庭长将向主管副院长汇报，副院长也拿不准的，经副院长向院长报告，进入审判委员会讨论。

如果是合议庭审理的案件，合议庭的意见与庭长意见不一致，由庭长向分管副院长汇报，副院长提出意见，要求合议庭重新审查；重新审查后，意见仍然不统一，副院长向院长报告，进入审判委员会讨论。

究竟哪些案件、又是出于什么原因进入审判委员会讨论呢？

民事案件如今进入审判委员会讨论的已经很少。^[27] 据我们了解，在一个每年审理民事、经济案件总数达 4000 多起的某县法院，每年真正进入审判委员会讨论的也就大约 20 起左右；但是，据称 1995 年以后，由于落实错案追究制度，加上新任主管副院长是从外单位调入的，专业能力稍弱，因此，进入审判委员会讨论的案件有所上升，1996 年有 30 多起进入审判委员会讨论。而另一法院也称，近年来每年只有很少的民事案件，最多 3—5 起，进入审判委员会讨论。

要讨论的民事、经济案件，基本是在定性问题上拿不准的，以及地方有关机关或领导有干预的（特别是涉及地方、部门利益的）。此外，从谈及的一些具体案件来看，有些案件实际上并不存在事实上的或法律上的疑难问题，只是依法判决之后，根本无法执行或执行起来会带来严重后果的案件。^[28] 这样的案件进入审判委员会讨论实际是要法院决定以“单位”的身份出面协调执行或落实判决。

刑事案件，每年大约有 10—15% 左右的约 20 起案件进入审判委员会讨论。^[29] 据称，凡是判拘役、缓刑、免于处分的一律要经过审判委员会。除此之外，审委会讨论的都是疑难案件。而所谓疑难案件，又可分成三类：一是社会影响大、社会反响强烈

[27] 事实上，依据《民事诉讼法》，除了对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有事实或法律错误，法院院长认为需要再审的，才提交审判委员会讨论决定。但是，作为一种非正式的制度，审判委员会仍然会对确有疑难的民事经济案件进行讨论决定。

[28] 参见本文后面“两个例子的分析”一节。

[29] 据王元的调查，1997 年上海奉贤县法院上审判委员会的刑事案件共 31 件，是这一年该法院处理的刑事案件总数的 8.2%，而历年平均比例大约为 10% 左右见，王元：“法院独立及其困境”，同前注。

的案件；二是人大、政府或其他机关有干预的案件；三是有法律上的疑惑、定性吃不准的案件。事实上，这三类案件可能是交错的，甚至是同时具备的，例如我们后面将讨论的警察依法开枪伤人案。

另外据称，绝大多数行政案件都会进入审判委员会。^{〔30〕}根本原因是，行政案件总是涉及到当地政府或政府下属机构。但总的说来，这种案件数量相当少。

据介绍，审判委员会的具体工作程序是，首先由承办案件的法官介绍案件情况，特别是介绍分歧点，并提出各方的理由；当案件本身没有问题时，则提出法庭面临的难题。从理论上讲，审委会委员都必须看案卷，但是据称，事实上不可能都看，一是因为案件较多，各个委员都仔细看不可能，而且很难评判；二是没有必要都看，因为许多案件并不是事实或法律不清楚，而是定性上有分歧或由于种种原因难以处理。案件讨论中，第一把手（院长）一般不先表态，都是其他委员先谈，特别是对这类案件比较有经验的委员，例如参加审委会的现任或前任庭长、分管这类案件的副院长或以前管过这类案件的副院长先谈。院长对这类案件总是最后表态，据说是为了保持其“一贯正确”的形象。因此，审委会委员是平等的。但并不排除在少数情况下“第一把手”或个别审委会委员会试图影响其他人，并且对其他委员也确实有影响。即便如此，也并不是哪一个人说了就能算的，会有不同的意见和争论。据称，由于争论都是为了工作，而不是针对个人，因此这种分歧本身不会引起个人之间的矛盾，当然，个人之间已经

〔30〕 这一点与法律规定有很大不同。依据《行政诉讼法》第63条，人民法院院长只有对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定认为需要再审的，才有责任提交审判委员会决定是否再审。

有矛盾或隔阂的除外。接受访谈的法官认为，这种讨论还是出于公心的（我们的调查组的一个成员曾利用法院内部的熟人关系“旁听”了陕西某县法院审判委员会的一次会议，据他报告，讨论时，委员们确实是从工作出发、坦诚争论的；尽管这个例子并不具有很大的说服力）。大多数情况下，在讨论之后，审判委员会尊重承办案件的法官提出的处理意见，或在多种分析意见中作出选择，并且常常是一致意见。但在少数情况下，审判委员会也会有较大分歧；这时则不表决，该补充材料的要求补充材料，该请示上级法院要求明确法律的也会请示上级法院的有关庭，留到下一次会议再作决定；有极少数案件甚至会多次上会讨论。但有时多次讨论意见也不一致，最后只能以投票表决作出决定。

审判委员会决策方式是少数服从多数的原则，每人一票，院长也不例外，服从多数，否定少数；但表决情况及各自意见都会记录在档。对外，由审委会作出决定的案件将由审委会和合议庭承担责任；但是在内部，实际是由持多数意见的委员对该决定负责。特别由于近年实行了错案追究制以及与此相联系的经济利益（年终奖），这种状况甚至更为严格了。例如，如果某个案件被上级法院发回重审（这在目前许多法院都被视为办了“错案”），那么多数意见的委员将对这个“错案”负责。负责的具体方式在各地法院并不相同。在某县法院，据称，每个办了“错案”的委员都会被扣50块钱奖金，算办了一个错案。

四、法官的看法和理由

在我们访谈中，尽管许多法官都对审判委员会的运作提出了一些批评意见和可能的改进意见，但是没有法官对这一制度的功

用和必要提出质疑。在建立了足够的理解和信赖、交谈已相当坦率之际，我们常常会正面对审判委员会的功用提出质疑，指出许多学者认为审委会具有的那些“弊端”。但与我在前面的分析相一致，我们的问题并非审判委员会是否会影响法官自由办案，而大致是，是否（不恰当地）影响法官办案和公正决定，或者“你觉得废除审委会怎么样”这样的提问。所有的——而不是几乎所有的——法官都认为就总体来说并不存在审委会影响办案和司法公正的问题。他/她们并不否认在少数情况下，他/她们个人的观点与审判委员会的决定有分歧，但他/她们显然将这种分歧视为工作中的分歧，是可以接受的分歧，并且只要最后结果好，也不出问题，就可以了；显示了一种非常务实的态度。他/她们也不否认，审判委员会中有些委员（特别是院长和某些非业务的副院长）业务水平不够，或者在某些案件中有个别成员对审判委员会的决定有更大影响力；也不否认有时迫于地方政府部门的干预，或社会压力，审判委员会的实际作用受到了损害，甚至有违心的判决（例如后面谈到的警察依法开枪伤人案），但就总体来看，他/她们认为，审判委员会至少在目前并对于他/她们的法院是利大于弊，认为应当坚持。而且，若仔细分析，所有这些“不否认”中体现出来的态度实际是“应当加强审判委员会的作用”，而不是相反。当然，在每个北京出租车司机都可能是一个政治评论家的今天，听到人们支持什么或反对什么都没有什么了不起的；真正令我们这些调查者吃惊的是，他/她们回答的口径是如此地一致！

当然，我们并不能仅此就接受他/她们的评价和判断。从理论上说，他/她们口径一致完全有可能是因为他/她们已经在这种制度中生活得太久，且没有另一种制度作为参照系，因此接受了目前这种制度的天然合理性，完全缺乏对这种制度之合理性的质

疑和挑战的能力；就如同哥白尼之前的人们总是接受地心说那样。而另一个更大的可能是，因为生活于其中，这些法官在这一制度中有某种在学者或民众看来是不恰当的既得利益，^[31]出于维护这种不恰当的既得利益，法官们形成了一种关于审判委员会的职业意识形态。^[32]这两种可能都存在，但仅仅是这种有道理的猜测并不能证明其存在，也不足以令人信服，因为人们可以提出各种乃至无数逻辑上同样可以成立的解说性猜测，甚至是完全相反的猜测。因此，我们必须排除这两种可能。对于这两种可能，我将从两个层面予以辨析。

首先，我想概括地从理论层面分析这两个命题。我们承认，依据社会存在决定社会意识的马克思主义基本原理，制度环境必定会对人的意识形态具有构成性的作用。但是，我们又不能将这一原则上正确的哲学基本观点推演到每一个细小的问题。否则，我们就无法解释为什么在经历了长期的计划经济之后，人们仍然会自发地寻求市场的交易，农民们会自发地搞包产到户，突然焕发出一种在长期的人民公社制度下一直缺乏的工作热情。甚至，我们更无法解释许多当年亲手参与设计、建立和运作计划经济的高级干部甚至中国共产党和中华人民共和国的高级领导人——包括邓小平——都最终积极主张或不反对引进市场的因素乃至建立社会主义市场经济体制。相反，历史上有大量的例证告诉我们，

[31] 我在此之所以强调“不恰当的”，是因为有些既得利益如果不损害法院的社会职能则是恰当的，是应当保护的。例如制度的稳定性，会便利于在这个制度中生活工作的人们的工作，这就是一种既得利益的关系；并且在一定意义上，可以说，法律制度就是要保护一种预期的同时也是既得的利益。

[32] 关于职业化形成的意识形态，特别是法律职业的意识形态的形成，有关的外国学者的分析，请看，Richard A. Posner, “The Material Basis of Jurisprudence”, in *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995年版, 页33以下。

往往是那些长期生活在某种不当地限制了个人自由和创造性的制度中的人最先、最深切感受到这个制度的弊病，从而最先要求变革，并且总是会以各种日常的行动实际改变着这一制度。^[33]因此，我们无法肯定地说，这么多的法官都因为制度的内在化而使她/她们失去了对其自身所在制度的反思能力和批判能力。

这种逻辑分析需要经验上的支持才能更为有力和可信。事实上，在我们访谈的法官中，特别是担任着或担任过一定职务的法官无不对我国目前的司法制度有某种程度的、有时甚至是相当深刻的反思和批判，其中有不少思路同目前一些研究司法制度的学者的观点完全一致或基本一致，例如在有关法院的人事制度、管辖和财政制度改革的问题。他/她们普遍希望而且强烈要求司法独立，少受地方政府和其他部门的不恰当的干预。他/她们甚至提出了一系列相当具体的主张。如果我们接受法官缺乏对现行制度的批判反思之能力的命题，这不仅违背了常识和有危险（这等于说法官不懂得司法独立对于他/她们的重要性，说法官不知道自己需要什么，而只有我们才能为他/她们设计制度；而这种说法又为我们或者其他人现在或未来干预法官和干预司法创造了一个非常危险的隐含的理论前提），而且完全无法解释他/她们为什么对现行法院体系提出了尖锐的批评。我们势必面临一个无法自圆其说的悖论。

其次，法官是否在审判委员会制度中有既得利益？以及，在我看来，更重要的是有什么样的既得利益？对于这个问题，我还是要先从一般命题谈起，这就是，不能假定这些接受访谈的法官都是没有起码的社会正义感的人。我并不否认法官中有腐败分

[33] 共产主义运动的主要领袖绝大部分不是出自工人或贫农家庭。当年教会的改革者如马丁·路德本人就是教士。这些可能都是最典型的例子。

子，但是就法官总体来看，并不、而且也不可能比立法者、学者甚或普通民众更缺乏社会正义感或良心。在我看来，社会上的“好人”和“坏人”分布都是正态的，而且与职业无关。我们没有理由说法官完全不考虑社会利益，而总是为了自己的利益坚持一个法律制度。并且，更重要的是，如果一旦接受了这一假定，目前关于司法独立或法官独立的要求也都会失去其正当性——难道我们就要让这些没有起码社会正义感的人独立行使司法权吗？人们会这样问。在分析问题时，我们必须始终关注自己的命题是否能保持逻辑上的一贯性。那种僵化的、教条式的把立法者或学者或民众同法官分开、认为前者更可信赖的观点不仅无法令人信服，而且势必陷入一个貌似激进然而根本无法自治的立场。法官是一个职业角色，他/她们也是人，生活在这个世界当中，他/她们必定在一般层面上分享着我们普通人的价值和判断。

逻辑是反驳的武器，但不足以正面确立一个命题；因此，我还是必须回到经验层面来考察。所谓经验层面，在这里，我是指从法官支持审判委员会的理由中分析其在当代中国社会环境中是否合理和可信。法官们支持审判委员会的理由大致如下。

第一，他/她们认为，在目前的情况下，如果一律实行法官独任审判或合议庭多数法官决定（也就是只要有两位法官意见一致），太容易造成司法腐败或司法不公正。在基层法院，根据前一节，我们可以看到，除了行政案件外（对这一例外，我将在后面简单讨论），绝大多数案件目前已经由于案件多或其他种种可行性的原因不再进入审委会了；进入审判委员会的案件一般说来都是比较重大一些民事、经济和刑事案件或者同时重大且有疑难并因此合议庭意见不一致的案件。由于案件比较重大，一般都会有来自各方的各种影响，包括地方党政机关和部门头头的传话，熟人的求情、送礼，甚至公开的然而已并非罕见的贿赂。访谈的

法官一致认为，在这种情况下，如果都搞法官独任审判或合议庭审判，对滥用权力就缺少足够的制约和监督。当然有些案件搞得太离谱了，人们一眼就可以看出法官作了弊，事后可以查出来，予以纠正，并对舞弊之法官予以处理（但这也还是会严重损害法院的声誉）。但要注意的问题是，法官一般不会太离谱，因为绝大多数在任法官一般还不会因一些即刻的、哪怕是很大的利益而将放弃已经有的职业、前程、自由乃至性命。因此，即使舞弊，他/她们也往往要利用一些上得了台面的理由和根据，例如事实的认定、某个证据的采信与否、费用或损害赔偿的计算方式、量刑从轻还是从重等等。而在这些问题上，只要是有一点儿司法经验的人都知道：不同的法官一般都会有不同的判断，你无法获得科学上的那种可重复的确定性。^[34]这也就意味着，即使有些案件让人们感到不公正，你却很难在经验上发现法官是否做了手脚。^[35]因此，至少在我看来，法院在刑事案件上之所以采取凡判拘役、缓刑、免于处分的一律经过审判委员会讨论的做法，是很有道理的。因为在这种可出可入的案件中，特别容易出问题，并给社会留下很坏的影响。一个可判3年至7年徒刑的案件，法官判了3年，可能在旁人看来判轻了，但未必显失公平；而一个应判2年监禁的案件，即使判了2年，只要同时判了缓刑，就有可能让人感觉到显失公平。因为缓刑在当代中国普通百姓看来等于没有受到任何惩罚（注意这里的惩罚的地方性标准）。又如，在案情比较重大且复杂一些的民事和经济案件中（往往标的额比较大），个别法官只要在某个地方做点儿小小的手脚，完全可能

[34] 参见，《法理学问题》第六章。

[35] 美国法官波斯纳就曾分析过这个问题以及由此而来的例如回避制度的设置。见，《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，特别是第一章。

出现胜诉不胜、败诉不亏反大赚一把且似乎无可指摘的情况（该赔你 100 万，但判决赔 70 万，表面你还是赢了；但实际上只有双方当事人知道谁真正输、谁真正赢）。而恰恰是由于这种标的比较大、案情比较复杂的案件，诉讼各方也都更愿意通过不正当的甚至非法的手段来影响主审法官。在这种情况下，案件进入审判委员会审理虽然并不一定都能消除腐败可能带来的审判不公；在某些情况下，甚至也不排除有买通整个法院的可能，但是这种可能会大大减少。有好几位法官都说过这样的话，大意是：“你可以悄悄买通一（独任审判）两个人（合议庭审判），甚至更多一些，但是你很难买通 9 个人（指审判委员的人数，尽管原则上并不要求一致通过）”。而且法官们认为，一旦到了审委会，你也还不能仅仅说该怎么办就行了，大家都要拿出点理由；没有理由，提得又离谱，大家心里也都会有所察觉，这就形成了一种制约。

第二，审判委员会在某些地方已经起到了或有可能进一步起到在一个管辖区内统一执法标准、提高法官职业素质的作用。在我们调查过的每个基层法院，一般都有多达近 20 个法庭和派出的人民法庭。由于法律条文必然具有的一般性，不可能将所有实际发生的情况都包容在内；由于近年来中国社会的迅速发展变化，有许多传统的法律做法显然已不适应当下的需要；以及由于中国地域辽阔、风土人情不同，在实际审判和案件处理中，各个法庭的法官往往会形成一些新的具体做法。这些具体做法，有些在原则上可能符合法律规定，有些甚至在原则上也未必符合法律规定（尽管可能符合或基本符合当地实际生活之需要，又为当时的情境所要求），这就有可能造成在一个管辖区内各个法官、各合议庭以及各人民法庭之间执法标准不统一。一方面，尽管无论是对于一个各地政治经济文化发展仍然不平衡的省（乃至中国）

来说，还是对于转型时期的中国社会来说，这种不统一或灵活掌握的执法状况并不必定都是坏事，因此具有某种实践上的合理性；但是，这种做法会使得同样的案件得不到同样的甚或相近的处理，实际上造成法律的不同等保护，容易给人们留下司法不公正的印象，尽管法官没有这样的意图。而另一方面，由于中国司法不是普通法制度，没有一个遵循先例或直接引用其他同级法院的先例的传统，因此，法官除了私下交流之外，在法律上无法且不允许直接引证和借鉴先例，这就妨碍了中国基层法院对同类案件的处理形成一种共识，形成一种制度化的或习惯性的做法，也妨碍了个体法官的经验为其他法官所分享，妨碍了法官知识的积累和司法传统的形成。而审委会在这方面的的工作有助于弥补这个缺陷。访谈中，尽管法官们没有谈到什么判例法制度，但许多法官都谈到，审判委员会在一定程度上保证了本法院管辖内的司法实践统一，便于形成一些规则性的具体做法，限制了个体法官的自由裁量权；特别是在缺少明确的法律条文的情况下，审判委员会的集体协商有助于形成一些规则来解决必须即刻解决且有权即刻解决的问题。当然，这种在学界看来类乎法官于空隙立法的活动并不一定就是恰当的——即使暂时不考虑有无立法权的问题；但是，对于法官来说，他/她们的工作常常要求他/她们这样做，为履行其作为法官的义务，他/她们甚至必须这样做。而在我看来，这种做法对于转型期的中国甚至是有利的，因为这会积累一些具体的可以操作的经验，有助于未来的基于司法经验基础上的立法，改变目前我国立法普遍具有的、且法官常常谈到的过分“纲领化”缺乏操作性的特点。

第三，当然并非最不重要的是，除了规则统一的问题，这里还有一个必须提出的法官能力的问题。如果依据理想的法官标准或近年通过的法官法的要求，有相当数量基层法院法官的文化素

质和法律职业素质是不够标准的。许多基层法院的法官都是从其他政府部门调入的官员，有的是考进法院的中小学教师，有相当一部分是复员转业军人；经过系统的正规法律教育、长期从事司法审判并因此有较高司法水平的法官，在基层法院如果有，其数量也极少。^[36] 尽管中国的法院系统为改变这一状况，多年来一直进行了法律业大等教育，^[37] 但是坦白地说，我们的调查使我们确信，由于种种我必须在、也将在其他论文中详细论述的原因，中国法官的文化和职业素质状况很难期望在短期内有实质性的巨大改变，在基层法院尤其如此。^[38] 因此，基层法院面临着一个非常现实的问题，即必须主要依据现有的这些在文化和业务素质与理想法官都有一定差距的法官来处理 and 解决当代中国基层社会的最大量、最普遍的法律纠纷。除了加强在职业务训练和少量的进修、培训之外，审判委员会显然是法院内部的一个提高法官司法审判素质和水平的可能的制度设置。事实上，许多法官都明确指出了这一点，认为审判委员会起到了在县法院管辖内统一具体司法做法的作用，有助于解决难办案件、新案件，对提高和指导其他法官的办案业务水平起到了一定的积极作用。

[36] 参看，本书“基层法院法官的专业化问题”一文。

[37] 参见，贺卫方：“通过司法实现社会正义”，同前注 24。

[38] 其中最主要的一点是目前法官的收入比较低，特别是与法学院毕业生可能选择的律师或经商的报酬相比。此外，基层法院都位于小城市（镇），显然对绝大多数年轻的法学院毕业生（22 岁左右）是不具有吸引力的。参看，本书“基层法院法官的专业化问题”一文。

五、法官的理由是否可信？

法官提出的支持审判委员会制度的理由，并不容易为我们轻信。我们有两点怀疑。

第一，由于中国法院系统的组织逻辑一直受行政官僚制度（学术意义上的）的很大影响（例如法院管理类似政府机构，是一个单位，法院院长对法院人事安排有相当程度的决定作用等）；^[39] 基层法院第一把手很少直接从法院系统产生，大多是从一些党政机关调进的，他/她们自然会有意无意地将他/她们在党政机关工作的习性带到法院系统来；再加上中国传统的官本位的影响，因此，很多学者以及我们都怀疑法官给出的理由在实践中会有很大折扣。院长在多大程度上能决定或影响审判委员会的决策？我们提出了这样的怀疑。

法官们并不否认有这种影响；但同时认为，由于种种原因，这种情况并非如同外界想像得那么严重或普遍。首先，审判委员会采取的制度是一人一票制，投票及其理由都要记录在案，因此，院长并不轻易说话，而且一般是最后说话，希望保持“一贯正确”的形象；即使院长说了话，会有一定影响，但是未必能左右其他人的投票。其次，两审终审制对院长或其他想不当行使权威或影响的人都有一定约束作用，没有人希望自己的案子总是被打回来或被纠正，更没有人愿意自己的“错误”判断总是记录在案。再次，由于院长大多不是法院系统土生土长的，因此对法院

[39] 关于中国法院管理体制的行政化和官僚化问题，请看，贺卫方：“中国司法管理体制的两个问题”，同前注1，又请看本书“法院的审判职能与行政管理”一文。

和法院系统的影响力相对弱一些；又由于他/她不熟悉业务，而往往不得不倚重审判委员会，特别是倚重那些懂业务的干部。最后，审判委员会成员也未必甘心为别人操纵，以致于自己跟着犯错误。

从访谈中，我们也感到至少有一些审判委员会成员是明确意识到这一制度的要求。例如，当我们质疑院长影响审判委员会之际，某县法院副院长随口就明确地引用有关法律条文指出，检察院和法院的组织决策原则是不同的；在检察院实行的是首长负责制，当发生分歧时由检察长最后决定，而法院实行的是审判委员会民主集体制的原则，院长也仅仅是一票。^[40]

必须承认，这个例子并不具有决定性的说服力。有许多学界朋友向我讲述了不少相反的例子，我们也无法通过大量参加各地法院的审委会讨论以获得更具说服力的一般性的经验性证据。^[41]因此，我们不敢言称，这一原则在多大程度上在各法院审委会中得到了贯彻。但有一点却是明确的，即就制度原则而言，现有的关于审判委员会的规定是有比较细致的考虑的、重要的、因此是要进一步贯彻落实的问题。这至少还表明基层法院的某些法官对

[40] 参见，《中华人民共和国法院组织法》第11条：各级人民法院设立审判委员会，实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。各级人民法院审判委员会会议由院长主持，本级人民检察院检察长可以列席。又请参见，《中华人民共和国检察院组织法》第3条：检察长统一领导检察院的工作（着重号为本文作者所加）。各级人民检察院设立检察委员会。检察委员会实行民主集中制，在检察长的主持下，讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定，可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。

[41] 而且即使有这种参与观察的可能，也会因为我们在场而可能发生“测不准定理”的问题。在这个意义上，我们更可能运用的资料只能由那些参加审判委员会的人提供。

有关法律制度的熟悉程度要高于我们的想像，他/她们并非不理解自己的职责和权力。鉴于在目前中国的社会风气中，我不想天真地说他/她们都一定会大胆利用这一制度原则来维护自己的职权，但毕竟一种制度化的合法性资源已经有了。并且，在我看来最重要的是，这种制度资源已经进入了或至少开始进入了法官视野，我相信只要有条件许可，他/她们也同样会如同许多地方的改革家一样“将政策用足”，并且最终形成稳定的惯例（制度）。

第二个怀疑——同时也是许多学界人士的怀疑——是，审判委员会是否会受某个业务比较强的委员（例如某庭长，或分管副院长）的太大影响，从而使得讨论变成一种“走过场”。据我们的调查，在审判委员会的实际工作中，熟悉某类案件审判的委员的意见的确对其他委员有较大影响；一般情况下，大家也会比较尊重他/她的意见。因此，从理论上说，这往往会使得这位委员有可能左右其他委员。特别是假定法院内部，由于分工，一些委员未必熟悉与自己行当关系不大的案件和有关法律规定，这时，就特别容易出现这种情况。前面法官所提出的赞同审委会的部分论点因此可能大打折扣。同时，由于“走过场”，审判委员会作为一个制度存在的实际功用和合法性自然也就会受到挑战。

法官认为，个别委员更有影响力，这种情况确实不能排除，但这并不意味着他/她就可以操纵其他委员，或者其他委员就乐意为他人操纵。其他委员未发言，仅仅是“过一过”，表示赞同，也并不意味其他委员们就放弃了思考或没有分析问题的能力。上述关于院长影响力有限的后三点理由，同样也适用于审委会中个别有影响力的委员。我认为，这个理由还是能够成立的。我们固然希望每个法官都运用自己的思考，但是，在任何一个机构中，包括高度强调独立的法院内，事实上总会有一些相对说来更有影

响的人物。^[42] 我们不可能假定所有的人对所有的问题都具有同样的分析能力，而且都必须有不同的意见，都必须经过激烈争论，才算是有自己的头脑。事实上，不同的意见或激烈的争论仅仅是表现出独立思考的一种方式而已，而不是惟一的方式。因此，在一些问题上更多地尊重个别或少数人的主导观点，并不能证明其他人都被某个人牵着鼻子跑，失去了自身。制度的监督和约束常常凸显为冲突和争议，然而真正制度化了的约束更多地表现为一种常规。^[43] 当一个委员必须提出理由才能使他人接受自己意见时，尽管似乎是别人接受了他/她的理由，而实际上他/她已经是受到了制约。这种表面的“过场”实际上已不是过场。这也就是我们为什么强调程序的意义。

除此以外，法官还提出一个审判委员会难以为个别委员所左右的重要理由。这就是，在一个县的基层法院，法院内部的职业分工并不那么严格。一个人从进法院到退休都一直在某一个庭工作，这种状况如果有，也极少。绝大多数法官都曾任职派出的人民法庭，而在人民法庭，基本上是什么样的案件都会遇到。并且县法院不大，庭长的位置就那么多，一些有能力的法官特别是庭长常常在几个庭转来转去（法院的行政特色和非专业化特定再一

[42] 这在美国法院同样表现出来。例如，自1956年到80年代末长期任职于联邦最高法院的 Brennan 法官就被认为是自由派法官的灵魂，而大约同时任职的 Marshall 法官则常常被认为是缺乏自己的见解。90年代，Scalia 被认为是联邦最高法院保守派的头脑，而 Thomas 法官的意见则受前者的很大影响。当然，这是基于意识形态原因上发生的影响。此外，美国联邦最高法院的法官之间在一些专业问题上，也是更尊重其中的“专家”的意见，例如有的法官可能对反垄断法更有专长，在反垄断案件上，其他法官一般比较尊重他/她的意见。这种对于个别法官专业上的尊重，并不被认为法官是放弃了自己的思考。

[43] 福柯就持这种观点，有兴趣者请看，Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. By Alan Sheridan, Vintage Books, 1978。

次显露出来了；当然刑庭略有例外），并不像中、高级法院内部那样，在那里相对说来更为专业化，隔行如隔山的状况相对严重。由于各个庭都“转”，时间一长，在这样一个小“社区”中，只要人足够聪明，即使没有专门办过某类案件，但分析问题的能力已经有了。用一位法官的话来说，则是“没吃过猪肉，还没见过猪跑吗？”这里的关键是，进入审判委员会讨论的案件，往往是在定性上有难点或拿不准，或者是没有恰当的法律，或者是仅仅适用法律不能解决问题的案件，而不是对有关法律了解多少的问题。因此，熟悉所要适用的法律条文在审判委员会中并不是最重要的素质，更重要的是一种分析问题、抓住问题要害的能力和路数。在司法圈子内，这种能力是一种一般性的能力，而不是一种局限于处理刑事案件或民事案件才能享有并且只能独享的知识。此外，尽管进入县法院审委会的案件都是当地的重大案件和疑难案件，但这都是相对而言的。就总体来说，基层法院的案件毕竟比较简单，它们没有什么金融债券、知识产权、股票期货之类非常专业化、高度技术化的案件。所有这些条件就使得参加基层法院审委会的法官只要有一定审判实践，就不至于为个别“专家”所迷惑和左右。

当我们叫真地、但事后想来确实是非常愚蠢地追问：如果院长比较专断，或者地方党政机关和官员压院长，审判委员难道不会为院长所影响甚至左右吗？法官们不否认，在这种情况下，审判委员会是顶不住的。但是，他/她们认为，这种问题其实已经超出了设立审委会所要针对的问题了。正如一个法官回答我们的质疑时说，“一个制度只能解决一个问题”。如果真正遇上了这样霸道的院长，即使法官独任审判——只要法官还在他/她手下——也解决不了问题。相反，如果县里的头头要压院长，院长在一定程度上还可以用审委会的意见来抵挡一下。一些法官还举了

这样的例子。

六、另一个视角的考察

然而，上述关于审判委员会之功能的说法，似乎主要是出自审判委员会的视角（尽管我们的访谈者并非都是审判委员会委员）。而审委会（或审委会委员）与普通法官毕竟有所不同：一个是管人的，一个是被管的。这种位置差别有可能带来视角上的差异。即使绝大多数审委会委员都是一级级“熬”上来的，都曾被人管过，但也毕竟是此一时，彼一时也。因此，法官给予的理由，诸如防止法官腐败，统一司法尺度，保证法律统一，提高法官专业能力，更可能或更多地反映了他/她们从审委会角度的考虑。

但是，我们的访谈也表明，并没有法官认为作为一个制度的审委会不恰当地干预了他/她们的权力。而且——如前所述——许多时候案件上审委会讨论是主审法官自己提出的要求（例如独任审判法官对案件拿不准时、合议庭意见不一致时等）。为什么这种情况下法官不认为自己的权力被不恰当地干预了，甚至主动放弃这种完全可以由他/她们自己行使的权力，放弃了他/她们的“司法独立”和自由（特别是在那种独任审判的案件中）？我们并不简单地认为，只要受到法官的认可，这个制度就具有充分的正当性，而完全有可能，法官放弃这种权力恰恰是一种弊端（例如，我们完全可以说，并且我们在后面也会发现，审委会在某些时候确实成了法官个人不恰当地推卸责任的一种方式）。对这种放弃权力的现象作更细致地分析考察，也许会使我们发现审委会的其他功能，更深层次的功能，并且是对于普通法官的功能。

普通法官之所以要借助审委会，的确有其更深层次的功能。其中最主要的也许就是，可以以此来抵制人情和保护自己。基层法院都设在县（或县级市）城，一个县城一般也就是几万人，最多也不过10万人。在这样的县城里，几乎每个人都是熟人或熟人的熟人，“都能搭上话”；加上绝大多数基层法院法官都是本地人，土生土长，乡里乡亲，再加上工作关系、同学关系、朋友关系、部门间关系和上下级关系，以及关系的关系，可以说是千丝万缕。更重要的是，我国的政治意识形态话语一直强调法院要与人民打成一片，从中央到地方各级政府也都要求当地法院扮演一个诸如“为改革开放保驾护航”这样的角色，法院与社会之间并没有一个为保持司法不受各种干扰的隔离带。^[44]在这种种因素影响下，一个案件，特别是重要一点儿的案件，只要进了法院，主审法官的家往往会“说客盈门”（王蒙的小说名），而且原、被告双方的说客都有，令法官不堪重负。而一个法官，只要不是一个不食人间烟火或只生活在教科书世界中的人，就很难像教科书或宣传材料上所要求的那样“秉公执法、严格执法”，将一个个亲戚朋友都拒之门外。只要设身处地，我们就可以理解，法官确实需要一种制度来帮助他/她们抵制或排解这些剪不断、理还乱的关系。审判委员会对于法官在某种程度上就起到了这样一种作用。几乎所有的法官谈到这一点时都说，他/她们常常会对那些说客或送礼、而又不愿公开得罪的人说，“这个案件是要上审判委员会的，我做不了主”之类的话来予以拒绝。若遇到那些得罪不起的人（包括县里的一些头头），虽然不得不表面应承下来，给个空头人情，但也可以最后补上一句，“最后还要看审判委员

[44] 参见，苏力：“论法律活动的专门化”，同前注；贺卫方：“通过司法实现社会正义”，同前注。

会的”之类的话。事实上，在少数情况下，当有相当充足理由且不涉及本地利益时，法官们甚至以审判委员会名义抵制了县主要领导或某些机关的不恰当干预，防止了冤错案的发生。

为了凸显这一特点的意蕴，在这里，我必须将中国初审法院和美国初审法院的制度略作比较。习惯的看法是，由于种种原因，中国法官受到的限制比较多，自由裁断的权力要比美国法官小（许多中国学者强调中国司法独立不够，实际也反映出这一判断）。但是，仔细考察一下，未必如此。在中国，初审法官垄断了对于事实争议和法律争议的判断，在这个意义上看，中国的法官对案件的决定权力实际上倒比美国的初审法官更大。但是，这种更大的权力在另一层面也给他/她带来了更大的风险，同时中国的司法或其他体制还没有为他/她提供足够的制度保护来回避这种风险。因此，中国法官往往比美国法官更容易受到伤害，并且很容易成为一种社会攻击、甚至是波动的民情的攻击目标。所谓攻击的目标，我是从两个方面说的，一是容易成为说情、请吃、送礼乃至贿赂的对象；二是容易成为各种形式的报复的对象。^[45]而在美国司法中，真正进入法院审理的民事案件往往有、而刑事案件必定有陪审团。陪审团决定证据是否足以证明某人有罪，是否有过失，是否应给予赔偿以及赔偿数量；法官仅仅就法律争议作出决定。因此，陪审团分担了案件的决定权，这似乎是剥夺了法官的某些权力，但同时也使得美国法官所要承担的决策风险分散了，法官不必为而且一般也不会为案件的重大承担太多

[45] 中国报刊上表扬一位法官时往往都会提到他/她“不怕威胁，不受利诱”之类的事。这种频繁出现的语词，一方面固然可能有中国人习惯于将法律问题道德化的因素，而另一个方面也确实表明了这两种“攻击”是对中国法官的突出威胁。

的风险。^[46] 因此，在中国，审判委员会能够存在，并得到法官们某种程度的认同和支持，其原因就隐含在法官提出的理由之中，他/她们希望有一个制度在中国的特定社会环境中来分担自己的责任。事实上，他/她们也在或正面（例如抵制说情）或负面（例如在实行错案追究制后更多地将一些矛盾上交）地依赖了这一制度。如果我们设身处地地替那些绝大多数将注定在这个小县城里活下去既没有美国法官的那种收入、工作保障乃至人身安全保障的中国基层法官想一想，而不仅仅是用一种道义上永远正确的“以身护法”、“铁面无私”的原则要求这些法官，不是抽象地将中国法官和发达国家的法官作概念的比较，就可以理解尽管未必赞同这些基层法官有时会放弃那些据说是赋予他/她们的权力。我们不能仅仅从一些看起来不错的大原则出发，还必须在坚持原则的情况下找到一些可操作的同时切实可行的“中国的”制度来保护法官。在这里，审委会制度可以说是中国的，但这完全不是因为什么“中国传统文化”的影响，而是一种为解决中国具体的现实问题之必须。在这个意义上，审判委员会制度是有普通法官（而不仅仅是审委会委员）的一种并非不正当的既得利益在里面的。

[46] 例如审判 O·J·辛普森案件的刑事一审法官尽管宣布辛普森无罪释放，却没有谁对该法官说三道四。这在很大程度上就是因为事实认定是陪审团作出的。而在中国，假如出现了一个类似的案件，这个法官的命运将会怎么样呢？只要想一想 1997 年轰动全国的“夹江制假者告打假者案”——夹江县法院仅仅因为允许制假者对打假者提出诉讼就受到人大的质询以及《东方时空》等传媒报道的咄咄逼人的、然而完全没有法律根据的责难——就可以看出这一差别了。当然，这并不是说美国法官就完全没有风险了。针对美国法官的各种类型的威胁仍然有。

七、审判委员会的问题

我还是回过头来讨论一些审判委员会的具体问题和可能的改进。在访谈中，尽管一般说来，法官支持审判委员会的制度，但是他/她们在谈论本法院审判委员会时，的确提出或显露出一些问题，应当改进。这也支持了我在前面的一个假定，制度内的人并不完全接受制度的逻辑；尽管法官们往往谈不出太深的理论，但仍然反映出法官们并不盲目接受一个制度，他/她们不仅具有反思能力，而且确实进行了某种反思，尽管其结论指向未必确定，未必与关于法官独立或司法独立的经典表述相一致。

问题之一是审判委员会的专业性不够强。这表现为，一般说来，院长和副院长，无论其有无或有多少司法经验，在各法院都是审判委员会委员。而至少在某些法院，许多时候，院长或某些副院长是从外面调进来的，他/她们并不具有长期和比较丰富的司法实践经验，有的甚至根本没有任何司法或与法律相关的经验。产生这种状况的原因是，尽管审判委员会是作为业务机构设置的，而实际上审判委员会委员被当做一种行政的或准行政的职务待遇，往往同任职法院任职的官员的行政级别相联系。这至少在理论上势必降低审判委员会的作为一个专业技术制度的功用。^{〔47〕}而更深层的原因，则与下一节最后讨论的“执行问题”相联系。

我在这里不想讨论个别委员缺乏专业知识可能带来的他/她

〔47〕 参看，谢仁柱：“审判委员会要成为审判业务的权威”，载《人民司法》1994年第2期，页23。

个人决策的问题，而只想讨论这种状况给这个群体的决策带来的两方面问题，因为审判委员会涉及的是一个群体的决策。一方面，不具有专业知识的委员更有可能受其他人的诱导，而且不论他/她个性的强弱或我们习惯所说的民主作风的好坏。如果他/她的个性强，不那么“民主”，一旦接受了某个人的或某种观点后就缺乏反思和斟酌（因为一个人是不可能完全不受外来信息影响的）；而如果他/她个性不那么强，讲求“民主”，也往往会为他人所左右。而另一方面，有时为了保持一致性或为取得某种必要的多数，甚或仅仅为了不让院长或同事太下不了台，具有专业知识的委员在某些情况下也势必会迁就一些不具有专业知识的委员。尽管从理论上讲，过分专业化未必总是优点，有时反而可能造成弊端，失去了人间的常识；但是，由于中国目前的司法在我看来是专业化程度不够，而不是过度，因此，如何进一步促使审判委员会进一步成为一个更强调司法专业的委员会，是一个值得思考的问题。

但是，根据我们的调查来看，这里的主要制约可能并不一定是任命更多的有专业技术职称的法官担任院长和副院长（相比较而言，进入审判委员会的庭长一般都具有比较丰富的司法经验）。当然，能够从法院内部有经验的庭长中任命院长、副院长更好，但更重要的，在我看来，还在于改变法院类似于行政机关的组织方式。目前一个法院中，一般只有两三个副院长分管民事审判、经济审判、刑事审判、行政审判和执行的业务，同时还要与院长和其他副院长管人事、机关、后勤、法官培训、纪检、接待、福利、工会等。在目前的体制下，即使任命一个懂业务的法官担任副院长，只要是长期主管其他工作，同样会疏远司法专业，或没有精力和时间集中关注审判。因此，强化审判委员会的职能，更重要的是要在市场经济改革和机构改革的大背景下，注意研究法

院组织的特点，注意在中国社会转型这个大制度背景下推进专业化。其中，最重要的可能是将审判委员会同行政级别脱钩，强化其作为法院业务机构的职能。

问题之二是在有些法院，由审判委员会最后决断的案件数量仍然偏多。从原则上讲，只有独任审判的法官觉得有疑难问题的案件、审判庭意见不一致的案件和重大案件才需要提交审判委员会讨论。但在实践中，由于法官专业素质的限制，特别是由于中国社会转型出现的一些新的案件，或有些涉及到地方的利益和当地政府机关或涉及到上一节提到的执行问题的案件，使得法官将一些在法律上并非疑难的案件也不提交审判委员会审理。

我在这里想特别指出的是，近年来在实行错案追究制的鼓噪下，由于各级法院对错案的判断标准不统一，且有层层加重的倾向，从而给法官造成相当的压力，使得改革以来上审委会讨论的案件本来已逐渐减少的趋势发生了某种程度的逆转。一些法官一旦遇到有点疑问的案件或新型的案件，为了避免承担责任或损害自己的利益，就请示主管副院长乃至将案件提交审判委员会决定。^{〔48〕}这种状况不仅使得审判委员会负担过重（访谈中，当问及这个问题时，几乎所有审判委员会委员都不希望增加由审委会讨论的案件数量，而是希望有所减少，当然，这也表明审判委员会并不如同一些学界人士所想像的那样希望大量保持和控制案件的最后决定权），而且如同一些法官指出的，审判委员会势必无法集中精力研究决定那些真正具有普遍意义和指导意义的案件，

〔48〕 错案追究制出台的原本的制度理由是为了强化法官的责任心和审判独立，然而事实上，如果结果不是事与愿违的话，那么也可以说是很不理想，甚至使某些法官更怕承担责任，更缺乏司法独立。这一点可能是制度设计者事先完全没有设想的。这也进一步支持了我在前面关于研究进路的分析，即为什么研究制度问题时不应当过分看重制度设计或产生的目的，而要关注其效果。

不利于审委会作为专业机构的发展。

如果仅仅为解决这一具体问题，除了继续增强法官的专业素质、严格限制错案追究制的适用范围之外，一个可能的办法是参考美国最高法院关于上诉案件的选择标准。依据美国的宪法和有关司法法，联邦最高法院必须对有关上诉案件作出决定；但是，在实践上，近代以来，美国最高法院对此类案件拥有越来越大的裁量权，只是对它认为必须审查的案件才加以审理，对绝大多数上诉案件事实上都是维持下级法院的原判；^[49]换言之，它有权选择性审查上诉案件。中国的审判委员会并不是司法的一级，因此情况有性质上的不同，但还是可以借鉴这种做法。大致说来，就是可以保持现有独审法官或合议庭请求审委会讨论案件的权利，但同时要求承办法官或合议庭提出参考性判决意见，最后由审判委员会决定问题是否重大、需要由审判委员会决定。如今在实践中，许多审判委员会也大致是这样运作的，只是法官或合议庭往往没有提出书面的处理意见；另外，这种过程还没有成为一种稳定的制度。这种做法的好处是，一方面鼓励法官和合议庭尽可能独立作出决定，另一方面必要时审判委员会可以实现其作为支撑性力量的功能。^[50]

八、两个例子的简析

在本文的第二节，我曾就从法官自身对审委会的评价为切入

[49] 美国最高法院的调卷复审(*certiorari*)与这种做法在道理上有些类似，这种复审是由于问题重大而进行的，因此是裁量性的。这个来自拉丁的词的原意是“使之更为确定”或“更多地了解情况”。

[50] 比较细致的介绍，可参看，Abraham, *Judicial Process*，同前注，页183以下。

点作了正当性的论证，但是，我并不认为这一论证就完整了。法官对审委会的评价即使有道理、符合经济理性，我们也必须看到，这种道理、这种理性是基于既定制约条件下的道理和理性。而这就意味着，如果要探讨审委会的制度合理性，就不能不略为越出这种被视为既定制约条件之外来予以考察。一般说来，法官自身是难以、而且他/她们的社会角色也不要求他/她们进行这般考察。这个任务更多是需要学者、特别是法律社会学研究者来承担的。

当法律社会学研究者进行这种深入研究时，首先还是必须意识到自己的研究也是有局限的，并且这种意识不能流于口头，而必须付诸实践。他/她们必须尽可能地界定自己理性探求和思考的界限，尽管完全清楚地界定是不可能的。在这一研究中，我至少有两个基本的界定。一是，这种对制约条件的追问必须是有限度的，无限的追问势必陷入一种哲学上的“恶”无限，即对所谓的终极原因或制约的考察。这种终极原因即使能够发现，也不仅会与手头的具体问题相距过于遥远和无关，而且势必涉及更广阔的考察和知识——而那是任何一个学者甚至一个学科都无法单独完成的。因此，我将限于追问使审委会存在成为必要的直接社会原因。第二个限定，同时也是对第一个限定之补充的是，必须基于访谈法官所提供的、与审判委员会之运作相关的材料，而不是撒开大网利用其他可以利用的材料。这也是为了使本文不至于离开主题的一个必要限制。

在此，我想简单讨论一下访谈和调查中获得的两个简单的案件，一个民事的，一个刑事的。这种选择不仅是为了其具有代表性，而不在于它支持或反对了法官的理由，更重要的是使我们从一个更为宏观的角度理解中国基层法院以及法官所面临的具体问题，以及审判委员会存在的情境化合理性是如何发生的。必须告

知读者的是，这两个例子均不是在围绕审判委员会的访谈中提出的，而是在其他场合讨论其他问题时提出来的。因此，分析这种无意中得到的具体例子可能给予我们的启示就会远远超过一般性的论证所可能给予的。

第一个案件是刑事案件。案情大致如下：被告王某（警察）与派出所其他干警按照上级统一的“严打”部署，在午夜上路设卡检查摩托车情况。死者和其他两人（均为即将毕业的大学毕业生）饮酒后驾一辆摩托车驶来，拒绝停车检查，并冲过了前两道检查线。所长拔枪朝天开了两枪后，车仍不停，继续冲过了被告把守的第三道检查线。被告拔枪从后面向地面射击，击中摩托车上一人（非驾驶员）的腿部。车仍疾速行驶，至距开枪处1里多以外的路口，因躲避不及与一辆带挂汽车相撞，造成一人死亡（非受伤者，亦非驾驶员）。事后经查，这三人确实并无任何其他违法之处（但，拒绝警方的合法检查，严格说来，是违法的）。

本来此案相对比较简单，死者之死固然不幸，但警察王某开枪应当说是严格依纪律履行职务的行为，且开枪与死者之死也很难说有法律上所要求的直接的和最近的因果关系。但是问题在于，死者家中共有兄弟二人，其兄一年前大学毕业后不久即因游泳溺水身亡，这一来，等于两个儿子均死于非命。死者之母要求公安局逮捕警察王某并判刑，公安局作了妥协，同意并实际已经给予了经济赔偿（从法律上看，这已是放弃原则的很大让步），但是不同意惩罚警察王某。母亲一气之下，写下要求为儿子伸冤的遗书，上吊身亡。当地历来有“要想官司赢，除非死个人”的说法；只要死了人，原来没理的也有了理。此外，近年来确实有少数公安干警作风恶劣，欺压百姓，老百姓反映也很强烈。死者家族为此聚集了200多人围坐当地政府，县机关完全无法办公。县政府、县委均要求政法部门迅速处理此事，“保持安定团结”。

迫不得已，公安局以伤害罪将被告逮捕，检察院以《刑法》第134条第1款规定提起公诉。

如果仅仅就案情本身而言，这个案件并不复杂。任何一个有一定审判经验和常识并且考虑比较周全的人都很难说警察王某的行为构成违法行为，更别说犯罪行为。但是，如果法院就这样判了，显然不能满足即刻的民情以及不想因本地出事而受到上级批评的当地官员的要求。一个本来相当普通的刑事案件就此变成了一个疑难案件、一个重大案件（社会反响大/政府干预/难以处理），一个不得不判（刑）、而判（刑）又明显对警察王某很不公正的案件。这个案件从一开始就受到了审判委员会的关注，因而最终也进入了审判委员会。

很多人会更多地指出县委和县委政府的干预是这个案件之所以难办的一个重要因素。确实如此。但是，这种指责又不完全公正。如果悬置政府干预这个因素，我们就可以看到，无论如何，这对于主审法官仍然是一个难办的案件。因为法官就生活在这样一个社区中，法院的判决无法不受民情的影响。这里反映出中国社会转型期的一个深刻、重大的矛盾。我不想在此细致分析此案，但简而言之，现代社会法治的逻辑以及对法院的要求在很大程度上是严守“程序正义”，而在传统农业社会中形成的逻辑和对法院的预期则趋向于“实质正义”。当出现一场天灾人祸时，普通人更习惯于将问题道德化，用好人和坏人的观点来看待这个问题，并按照这一模式来要求法律作出回应。在这种状况下，一个法官，甚或是一个合议庭，即使想依法办事，也无法抵挡这种强大的社会压力，无法恪守法律要求他/她遵循的程序正义的逻辑。在这样一个小小的社区中，为了保护自己甚或家属的安全，甚至仅仅为保护自己的良心，很自然，法官们会放弃从理论上说属于他/她们自己的权利或权力，情愿将这一矛盾上交，也就是，

诉诸审判委员会这一制度来保护自己。^[51] 这里的问题，表面看来，可以套进司法独立或法官独立的概念或命题中来讨论，但是这种套用无济于事。这里涉及的已经是一个现代的司法独立或法官独立制度得以发生、发展的前提性社会条件的问题，一个社会的结构性转换的问题，因此是一个历时的过程，而不是一个概念、一个命题、一次思想教育、一次法院作风整顿或一个法官忠于职守、勇于以身护法所能解决的即时性问题了。

当然，这个案件也反映了中国社会的其他问题。这个问题在第二个案件中将显现得格外清楚。

某县农场秘书雇拖拉机扶灵回家，请同乡农民二人协助。乘渡轮渡汉水后上岸，岸陡，拖拉机下滑，三人试图以肩扛住，不成；秘书疾呼渡轮来救，渡轮驾驶员因视线有死角，渡轮前的扶岸钢板在靠岸时切断了一农民的一条腿。该农民起诉秘书，要求赔偿 15 万元。秘书无钱可赔，声称，要钱没有，要命一条。农民“滚堂”。两方都以死要挟。法院无法判决。

这个案件中的问题也不是事实或法律不明确，而是判决后无法执行，秘书没有钱支付。案件因此上了审委会。最后，法院院长亲自出面召集各有关方面共六个相关部门，首先划清是非，同时“利用各种社会力量解决问题”。具体措施包括：（1）农场有一初中，农场学校正想找个门卫，法院找到县教委，安排该受伤农民担任门卫，每月工资 250 元，保证其生活，工资随年调整；（2）法院找到受伤农民所在乡政府，将该农民的 4 亩责任田的税

[51] 据我们的跟踪调查，最后甚至审判委员会也无法抵挡这种强大的压力。审判委员会起初在讨论时，几种意见都不认为被告构成犯罪，尽管迫于社会和当地政府的压力，承认被告行为可能有违法的嫌疑（其实严格说来，这些都已经是一种让步），但最后还是无法抵制，不得不妥协，判了被告有期徒刑一年，缓刑一年。据称，“审判时，被告泪流满面……，当地全体公安干警多日拒绝执勤”。

赋、提留、出工全部减免，直到其孩子长至 18 岁成年；（3）法院找到农行，给秘书贷款 20000 元，支付致残农民，其中 6000 元订做假肢（以保证农民能活动、生活和在学校工作），其余 14000 元作为赔偿金；（4）法院找到农场，农场作为社会福利支付给农民 10000 元，又因该肇事的渡轮是由该农场职工承包的，承包人每年要向农场交 10000 元，所以，要求承包人给农民赔偿 5000 元。案件得到了解决，双方都非常满意。秘书流着泪，向受伤农民道歉，称自己先前说话过火伤人。

如果仅仅就案情本身来说，这个案件同样并不复杂，既不是责任不清楚，也不是规则不清楚。但是如果就案判案，只强调审判职能，就无法解决问题，不仅可能导致严重的社会后果（必有人自杀），而且由于判决后执行不了，法院的权威也会丧失殆尽。因此法院不得不“注意自己的判决能否得到执行，判决是否能获得社会的认可”（该院院长语）。主审法官不得不将这个案件的处理上报审判委员会讨论决定。由于这个案件的特殊性，即使假定主审法官作出的处理也如同上述措施一样，但由于其执行要涉及到如此之多的部门相互间的协调和合作，他/她或他/她们也无法落实这一判决。因此，上审委会讨论决定，并由法院出面协调几乎是惟一可能真正解决问题的途径。

这当然还涉及到前一个案件中所凸显的问题，即当代中国社会缺少解决“天灾人祸”的风险分担机制和社会保险机制，因此，仅仅靠有关的规则，无法发挥作用；而且即使有这种风险分担机制，民众也还一时不习惯以这种机制的逻辑来看待问题（例如在上一个案件中，他/她们还是要将天灾人祸道德化，要惩罚一个人），更不用说利用这种机制来解决问题了。一有问题，就要求政府来解决；即使要求法院解决，也是要求法院以一种行政部门的方式来解决。

因此，这也就提出了我想指出的第二个问题：目前，中国的法院和法官更注重实际解决纠纷，这种偏重使得它（他/她们）必须考虑法院判决的实际执行后果，这就势必出现贺卫方所指出的法院“行政官僚化”的问题。^[52]当然，任何法院在作出判决时都会考虑自己的决定是否能够得到执行，这并非中国所独有。^[53]值得注意的是，中国法院必须考虑的是它自己能否执行自己的决定。为了使问题圆满解决，它就·必须·出面·协调·解决问题所涉及到的方方面面。这在后一个案件中最鲜明地得以体现。

而我在前面提到却一直未讨论的问题，即为什么几乎所有的行政案件或某些数额大的经济案件都要上审委会讨论，其症结也就在于此：这些行政案件的解决涉及到诸多单位利益的协调问题。这里的问题完全不是某个有业务能力也有道德情操的法官如何决定更为公正的问题，而是一个决定之后如何才能得到实际贯彻落实的问题。这个任务远非任何独审法官或合议庭的能力所及，因此，他/她或它也就不得不将这些就法律规则上看并不十分复杂但实际处理起来极其复杂的问题提交审判委员会，最后由法院出面来解决。而就在以这种方式解决（包括成功地、令众人

[52] “中国司法管理制度的两个问题”，同前。

[53] 这个问题在美国同样是法院判决时考虑的因素。例如，美国的两个或许是最著名的案件——马伯利诉麦迪逊案和布朗诉教育委员会案——都在很大程度上考虑到法院判决能否得到执行的问题。在前一个案件中，这种考虑导致了马歇尔法官在抨击政府之后又否认了法院对此案的管辖权；而在后一个案件中，最高法院在宣告了种族隔离违宪后，并不要求政府立即改正，而是允许政府以自己认为是“不慌不忙的”（deliberate）速度来逐步废除种族隔离。关于马伯利案件中马歇尔大法官的考虑，中文的材料，可参看，苏力：“制度是如何形成的？”，同前注 22。但是这两个案件中考虑的能否执行的问题都更多的是其他机关能否执行的问题。

满意地解决)问题的过程中,法院又在不知不觉地或者自觉地进一步强化了自己的行政机关的色彩:要求享受副县(省、地)级机构的地位,并不断试图寻求地方政府、地方人大的支持等等。

而这又提出了更为深刻的第三个问题,法院的基本职能究竟是落实和形成规则(普遍性的解决问题),还是解决纠纷(具体的解决问题),^[54]或者在两者不可偏废的情况下以何为重、并将向哪个方向发展。显然在目前,这个问题还很少为中国法院甚至是中国学者系统阐述并在实践中意识到。^[55]人们还是习惯将法院仅仅视为另一个解决纠纷的渠道或部门。对“实质正义”甚或

[54] 许多外国学者的著作都曾指出法院的这两个功能,并特别强调规则的预期功能。尽管这两个功能在我看来不可能在法院活动中完全分离,但是,现代法院的功能确实已经从原先的解决纠纷日益转向通过具体的纠纷解决而“建立一套旨在影响当下案件当事人和其他人的未来行为的规则”(波斯纳语)。参见,Posner, *Economic Analysis of Law*, 同前注 12, 页 521。的确,如果仅仅就解决纠纷而言,当事人完全没有必要一定要找法院,事实上,民间大量的纠纷都是通过其他方式——行政的、调解的、仲裁的、自救的方式——解决的,只要其他决断机构或人与纠纷双方都没有亲疏关系,解决得未必就不如法院公正。法院也并不必然比其他解决纠纷的机构或人更具中立性或有发现事实真相的特殊通道(由此,我们也许可以判断,时下流行的关于有纠纷就上法院的说法是何等意识形态化了的一个神话,且不说这个神话背后的那些特殊利益集团——法官、律师、法学院教授和学生——的巨大利益推动)。因此,必须认识到,在现代社会中,法院的一个更重要的功能在于通过其专业化的活动来保证在日常生活中形成规则,而规则之形成与个别纠纷之解决相比,前者是具有巨大的正外在性;大约也正是在这个意义上,法院才更可以说是提供“公共品”的而不是私人产品的一个机构。

[55] 我曾在“《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”(收入《法治及其本土资源》,同前注)一文中专门讨论过这个问题。我强调了言论自由作为规则的意义,并高度评价了两个案件中我所论及的两个法院判决中体现出来的对规则的关注。

是“严格责任”的高度期盼，^[56] 强调案件的“圆满解决”，^[57] 这些都迫使法官特别是面对最大量的一审案件的基层法院无法仅仅依据规则办事（这不同于法官腐败有意不按规则办事），而必须以解决纠纷为中心，^[58] 也自然必须要有一个更有权力的机构或人物（审委会乃至院长）来真正解决纠纷。这里已经完全不是一个简单的司法独立的问题，而是一个现代司法或法官独立得以实现的社会分工之发展以及与之相伴的法院职能转变的历史性问题了，一个现代意义的法治——“规则的统治”的问题了。^[59]

我完全可以继续分析下去，但是那将更超出审判委员会的研

[56] 当代中国基层社会的民众对“严格责任”的高度预期在这两个案件中都表现出来了。但是，从法律制度上看，“严格责任”是在社会经济落后特别是科技落后乃至无法辨识过失与故意、以及社会有效的缺乏风险分担机制的社会条件下而形成的一种有效率的规则。只有在这个意义上，我们才能理解“过错责任”是一种社会生活条件进步的产物，而不是纯智力发展的产物。关于“严格责任”之分析，请参看，Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Little Brown and Company, 1948; 以及 Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, 特别是第六章。尽管由于当代一些社会条件的变化，“严格责任”在司法中有所复兴，但是，中国法学界和法律界应当对这里面的实践逻辑有更清醒的思考，不能简单认为“严格责任”一定比“过失责任”更“正义”。

[57] 甚至时下流行关于司法公正的话语中也渗入了这种因素。想一想前注 46 中提到的夹江打假案以及本文简单分析的两个案件（特别是第一个案件）就可以看出，当民情激忿时，按规则办事反而被认为是司法“不公正”。这或许反映了正在变迁中的中国社会法治形成的一个困难。

[58] 这也是为什么我要从基层法院法官切入，而不是从中级法院以上的法官切入的一个重要理由。相比起来，中级以上的法院更多的是以二审（法律审）为主，因此，如何能具体地解决纠纷相对说来就不如而且也无需像基层法院法官那么敏感、其所感受到的社会压力也不如后者那么大。

[59] 朗·富勒因此称法律为“使人类行为服从规则治理的事业”，见，*The Morality of Law*, rev. ed., Yale University Press, 1969, p. 106; 而美国联邦最高法院大法官斯葛利亚的一篇重要论文干脆就叫做“法治即规则之法”。见，Antonin Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules”, *University of Chicago Law Review*, 1989, vol. 56, p. 1175。

究主题，而且势必要有一个更宽阔的视野，那也不是本文所设定的任务。这里的分析仅仅想指出，审判委员会得以存在，并获得某种事实上的正当性，有着更深刻的社会结构性、功能性的原因；而这些原因又都是我们在考虑审委会之存废时无法以鸵鸟战术予以回避的。

九、结 语

分析到此，我大致可以得出以下结论：

首先，不能笼统地认为中国的审委会制度在基层法院、特别是在目前不利于司法独立和司法公正。如前面的分析所指出的，在理论层面上看，司法独立是一个抽象化了的概念；而在实践层面，司法独立是一套制度，是一套复杂的社会实践，是一个由各种社会条件支撑的制度实践。因此，仅仅在概念层面上研究司法独立，或者以这个或那个西方发达国家的制度规定作为标准，既难以真正理解中国的问题、中国基层法院法官所面临的问题，也难以真正解决中国的司法独立或法官独立问题。我们必须根据我们的经验和研究，借鉴外国学者本世纪以来的实证研究，重新对司法独立这个传统的政治哲学概念作出新的系统分析和阐述。

在我看来，就法官权力行使而言，司法独立就至少涉及到三个交织在一起的维度。其一，要有一套支持法官行使决断权而又不给法官本人带来太大损害的制度（例如，法官终身任职、高薪

制甚至陪审团等等^[60]；其二，要有一套有效的制约机制来防止法官利用其权力谋求自己的利益、甚或是超越社会标准过分追求他/她自己认为整个社会都应当追求的道德理想；其三，还要求裁断者必须具有一套相应的决断纠纷的专业技能。^[61]而即使有了这些，还必须要有一定的社会条件。因此，如果想务实地解决问题，就不能简单地强调法官独立审判和决断这一个方面，并把这一点视为实现司法公正的根本途径和惟一保证，更不能将之视为包治百病、立竿见影的灵丹妙药。

我们也显然可以看到，司法独立并不是要求法官不受任何制约，而仅仅是要求法官不受该社会认为是不当的、有碍于司法制度化地实现社会公正的制约。我们没有理由假定一个法官，仅仅因为他/她成为了法官，就一定会以社会正义和公正为重，并全力去实现社会公正。我们甚至没有任何理由假定而且也不应当假定担任法官的人就总体说来一定先验地比担任其他公职的官员更为廉洁（当然也不能假定，仅仅因为他/她担任了法官，就一定在总体上比民众更糟；而这两个假定时常在同一篇批评审委会制度的文章中轮流出现）。因此，制约始终是必要的，即使对法官

[60] 注意，我在这里只是分析司法独立的支撑点，并非暗示中国都应当采取这些制度。例如陪审制固然有其优点，但也有弱点。关于这种争论在美国的一个概述，可参见，Abraham, *Judicial Process*, 同前，页 136—140；更重要的是，欧洲大陆法国家就没有陪审团制。而美国联邦法官都是任命的（因此终身任职），但也有部分州采用的是选举制，因此法官并不终身任职。所有这些外国的制度都是需要在各自系统中予以细致研究的。

[61] 法官波斯纳认为后两个问题实际是司法的核心问题，他的概括是“如何防止法律专门家成为一个职业特权等级，防止他们的目的与社会需要和公众理解的目的差别太大”和“一个[法官]，在并未亲身经历引发纠纷之事件的情况下，何以查清请求[该法官]判决的案件的真实真相”。见，《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版，页 7—8（译文有改动）。

也不例外；也正是如此，司法独立或法官独立就不能从一个个人品性上予以理解，而是一个制度问题，是一套制度的问题。

强调制度，就必须摒弃那种过分强调法官个人道德品质并试图在这一基础上形成法官独立或司法独立的进路。我们经常会听到报道说某某法官不惧威胁、不受利诱等等。^[62]表面看来，这是在赞扬某位法官的优秀品质，似乎也展现了“司法独立”或“法官独立”的可能性。但在我看来，这恰恰表明我们——无论国家还是社会——其实都还未注意到如何利用制度来解决一些在传统中国社会需要个人以高尚的道德品质才能解决，有时甚至是要要求法官付出极大个人牺牲（个人或家人的人身安全）或抵制极大的诱惑才能保证司法公正运作的问题。在这个意义上，这类的宣传表扬，以及在“抓”司法系统整顿时从这里入手，在我看来，恰恰表明了我们在制度建设思路有一个重大缺陷：我们的思路仍然是传统的，即倾向于将司法独立和司法公正与否的问题同法官个人的道德品质联系起来。这实际上还是一种强调人治的法治进路。而在现代社会中，一个比较好的制度并不在于它必须有（当然有更好）道德和智慧都比较突出的人（精英）才能运作，而是只要有一些德、才、识均为中等的人就可以使之正常运转。

此外，我们也不能假定一个有实现社会公正的愿望、并且个人道德品性无可挑剔的人独立行使了其权力就一定有能力实现这种司法的公正。司法固然要求司法者具有一定的道德品质，然

[62] 例如，“为了惩治当地恶棍，维护社会治安，他的家曾被人一把火烧得精光；为了秉公执法，不阿权贵，他曾两次被人诬告陷害”。见，梁贡华、郭民贞：“‘我摆不下山区群众！’”，载《人民司法》1991年第1期，页4。更为生动的且惊心动魄的报道，见，熊益：“生死关头”，载《人民司法》1991年第8期，页45—46；此文中三位法官均被被告用刀捅了，庭长“肠子已外露”。

而，法律在现代社会已经是一门必须专门学习才能获得的知识，这也就意味着，现代司法所面临的问题已远不是只要道德品质高尚就能正确判断的问题，而必须有一种专门的技术才能实现。一个道德品质无可挑剔但不具有司法专门知识和技术的人担任了法官，不仅其决断权的独立行使事实上会受到严重损害（例如，裁决者主观意图是要公正，实际上却总是轻易为一方以某种方式牵着鼻子走；或者一个法官道德感过分强烈，但却缺乏对法律制度之功用以及自己的法官角色的恰当理解，他/她就很可能对比方说见死不救者科刑甚或科以严刑，从而构成错案），而且这种决断权的独立地乃至垄断性地行使的正当性都会受到质疑（人们为什么要请求一个总是出错、其判断力甚至不如一般人的机构或人来决断呢？仅仅是因为它或他/她分别被称为法院和法官吗？）。至今为止的中西法理学著作在谈及司法的独立时基本上还是集中于政治哲学和道德哲学的层面的论证，但是，只要真正回头看一看，就可以发现司法独立从来都是与司法专业技能的发展不可分的。^{〔63〕}因此，就可能实践的现代的司法独立而言，我们今天无论如何不能满足于那种“包青天”的理解：一个刚直不阿、敢于“为民做主”的法官依据法律（或在法律没有规定时依据习惯和个人内心确信）自由地对其审理的案件作出决断。这种理想的不可及不仅在于司法所追求的公正结果并不仅仅取决于法官个人道德，更重要的是即使有这种道德优异的法官，世界上也还没有一个一致认可且充分有效的机制将其挑选出来。

〔63〕 参见，苏力：“论法律活动的专门化”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，特别是第2节。事实上，在如今人们引用最频繁的关于司法独立的例子中，英国大法官柯克抵制英王詹姆斯干预司法的最重要、最核心的论点就是法官拥有司法的专门技能，即所谓的“人为理性”，而不是如今法理学教科书上流行的政治哲学和道德哲学。

本文中，我相信已经展示了审判委员会在实际生活中所具有的复杂的多重功能，而这些复杂的功能又与远比现有的西方发达国家复杂得多、且任何笔墨都无法完全展示的当代中国的社会现实纠缠在一起。对于绝大多数长期生活在这些地方的中国人和中国法学家来说，这些现实往往是可以感受到的，有时欣赏，有时则反感甚至厌恶，但却难以从内在逻辑上将之串起来，从而在理性上把握它。西方学者所描述的他/她们的制度经验往往是在自觉或不自觉地对于他/她所生存之环境的某些重要细节的遗忘中累积性地构建起来的。因此，即使是一个在西方已经通行的东西，也未必能在中国的现实中扎根。这已经完全不是我们喜欢不喜欢的问题，也不是我们努力不努力改造它的问题。比如说，如何防止中国的熟人社会中法律变形的问题，^[64]这就不是靠文不对题地批判一下封建文化传统就能改变的，也不是仅仅鼓励或要

[64] 对这个问题，也许会有人提出法官轮换制度；见《人民法院五年改革纲要》，《中华人民共和国最高人民法院公报》1999年第6期，页188—189。如果不考虑实际的制约，仅仅就逻辑而言，这种制度是可行的。但是，一旦放进具体社会中，其局限性就展示出来了。首先，轮换只能是少数法官，多数法官是无法轮换的，因为轮换必然受到财力的限制。其次，有效的轮换，必须是跨地域的，否则在县内换来换去都可能是换汤不换药。而越是跨地域，可能轮换的法官数量就越少。再次，轮换和不轮换都是有利有弊的，熟悉一个地区及当地的风土人情，有时也有利于法官履行职务，而未必总是相反。即使不考虑这些利弊，一个法官的轮换，也并非一个人的工作调动，而是涉及一家的搬迁，一家搬迁至少也要上万元的费用（交通以及损耗；以致于常言说，“搬三次家等于失一次火”）。这种费用如果要个人负担或即使是个人负担一部分，都将进一步降低目前法官本来就比较微薄的收入；如果由国家负担，国家每年都要增加大量的开支，社会和个人都将因此增加许多费用。而限于财力，轮换就不可能频繁，轮换人数也不可能多；而轮换不频繁、人数少，轮换的效果就不明显，甚至完全没有。如果以行政命令的方式轮换，甚至可能造成法院系统的人才进一步流失，因为法官的实际支出将因轮换而增加。因此，在我看来，特别考虑到目前法院经费普遍严重缺乏，这一乍听起来很不错的建议基本上只能是一个华而不实的空谈。

求法官铁面无私、依法办事、执法必严的意识形态教育就能解决的。从长远来看，要改变这种状况，需要市场经济的进一步发展，使社会流动起来；要想改变中国县乡一级的熟人社会结构，而不论陌生人社会是否一定可欲，在我看来，也至少还需要几十年时间。又比如，当代中国的法官中很少是法学院毕业生，绝大多数没有受过正规的或系统的大学教育；尽管《法官法》对法官的任职条件已经作出了新的规定，但是这似乎并不可能在短期内实际改变中国法官的文化和专业素质（而更可能是为某些“职业教育机构”的存在、并进而理所当然、冠冕堂皇地“收费”提供了正当化的理由）；近年来颇受社会青睐的法学教育也并未使很多法律院校毕业生进入法院，更不用说进入相对偏远的基层法院了；〔65〕即使少数进入了法院系统，也由于种种原因，未必发挥了应有的作用。〔66〕因此，基层法官的文化素质和专业素质问题将在比较长的一段时间内继续存在。所有这些问题，都不可能在短期内靠“大跃进”的方式解决。这也就意味着，西方国家中不成问题的在中国却是实实在在的不可回避的问题，在这个意义上，当代中国和西方发达国家所面临的问题一定是不同的。

显然，指出这些问题，并不意味着我们应当放弃努力、放弃司法独立或法官独立以及其所允诺提供的司法公正，而是说，努力若想有成效，就不能不考虑在中国现有的且正在变化的社会条件下如何形成中国的司法独立制度和司法公正。发现有哪些是可以通过简单的制度废立解决的，哪些不可能通过这种方式在短期

〔65〕 绝大多数——甚至有越来越多的趋势——都进入了律师界、商界或政界。例如，我的同班同学中，进入司法（法院、检察院、公安）系统的不到 1/10，最低的也是进入了省一级检察院；而做专职律师和兼职律师的数量远远超过进入司法系统的数量。又请参看本书“基层法院法官的专业化问题”一文。

〔66〕 主要一点是知识不对路的问题，参看本书“基层法院法官的专业化问题”一文。

内解决。由此，我们可以界定我们的理性和努力的限度，规划我们的有限资源的“投资”方向。尽管要考虑中国国情这个命题有时已近乎教条，甚至会令一些人反感，但我们必须明确，这个命题从其一开始提出就不是为了迁就现状，而恰恰是以改革为导向的。它并不是要求保守，要求放弃自己的社会责任感，而是说必须在实证研究的基础上，更全面地理解我们面临的问题，尽可能预见和理解我们提出的解决问题的药方可能带来的各种后果，从而作出一种可能利更大、弊更少的选择。

司法独立是一套契合于社会之中的相互配合和补充的制度，它不是靠哪一个制度就能独自完成的。它的实现既要排除我们通常意识到并最为关注的官员行政权力的干预，又要排除社会民情、传媒等其他形式的不当影响；甚至要排除学者或政治家以改革的名义、可能在一个或几个事件上有不错效果的措施的干扰。在这最后一方面，使用不当的错案追究制以及目前正开始升温的所谓人大监督司法、实际上导致了监督具体案件审理的做法，^{〔67〕}就是一个例子；尽管其愿望也许良好，在某些方面也确实可以防止并且事实上防止了司法腐败，维护了司法的公正，但就总体来看，这两种做法都更可能对法官的司法独立构成一种新的威胁；从长远来看，既不利于法官专业素质和司法荣誉感、责任心之培养，也不利于司法独立。

我们可以退一步问，如果现在就废除了审委会制度，中国的法官独立就可以进一步推进、法官的司法就能更公正吗？当然，在象征、符号的层面，那也许算得上是一个“进步”（但这还取决

〔67〕 一个新近公开报道的成功例子，请看，“正确认识人大对司法工作的监督——对江苏新沂市人大纠正一起法院错案的调查”，载《人民日报》1998年6月10日，第9版。

于你对那个象征和符号是否认同),但是,中国的百姓(其实任何人均如此)历来善于找到方法来规避强加于他/她们的制度变革——如果他/她们发现这个制度会损害而不是增强他/她们的利益。错案追究制的推行与审委会讨论案件的增加是法院中的一个例子;而“上有政策,下有对策”则是一个世俗然而经典性的概括。当然,如果话都说到了这一步,甚至我也未必不能接受审委会之即刻废除——反正“下有对策”。但是,制度的真正形成是需要长期累积的;〔68〕“而今迈步从头越”只是艰难境地中的壮怀激烈,若奉为信条,付诸实践,实践者就会成为现代的且自戕的西西弗斯。因此,我们在了解、学习西方制度时,不能照葫芦画瓢,只注意外观上“像不像”,而更要努力发现一套制度运作的内在逻辑和实际功用。这样的研究,不仅使我们有可能深入理解一个制度的利弊,更重要的是使得我们有可能深入研究和发现制度生长和发展所依赖的路径。

在一定意义上,本文确实是要为审判委员会制度作一个强有力的然而又是温和的辩护。但是,这种辩护首先并不意味着,审判委员会是一个能解决中国的司法独立和公正的所有问题的制度,更不是惟一的制度,而仅仅是强调它在目前中国社会条件下,特别是在基层法院中的相对合理性。我考虑的是基层法院所面临的具体的、并且是一时无法解决的问题,因而对其功能和合理性都作了限定。我并不是在一种基础主义的立场上为之辩护,如果谁一定要说审判委员会不能解决政府干预或院长专断的问题,或不能保证司法(都)公正,我可能也只有承认。但我认为那样的辩论是不讲道理的。那种基础主义的制度观由于在制度建

〔68〕 参见我在“制度是如何形成的?”(前注 22)一文中对美国司法审查制度形成和确立的分析。

设的现实中没有任何可能，其最终必然导致的恰恰是制度虚无主义，因为仅仅一个苏格拉底之死就可以驳倒今天人们最为坚信的民主和法治。我的辩护是，即使社会条件恰当，一个制度只解决一个或几个问题，一套制度才解决一套问题，并且也仅限于常规的情况。我是不敢相信有什么所谓的“长治久安”和“普遍适用”的制度（而不是制度类型）。

但在另一个意义上，本文其实更可以说是对审判委员会制度的一个更为深入的检讨和反思。当我指出这一制度的相对合理性时，也就是说基于目前的以及可预见的未来社会的诸多制约条件，我才倾向于认为，审判委员会对于目前中国基层法院的司法独立和司法公正就总体来说是利大于弊，是这种制约条件下的一种相对有利、有效且公正的司法制度，是第二等最好的。这一结论并不是认为，仅仅由于这种制度具有中国特色，就自然而然地应当永远坚持，是普遍真理。当前提条件发生变化时，例如，法官的文化和专业素质均有很大提高，随着市场经济的发展、熟人社会逐渐陌生化以及法院的功能发生转化等，审判委员会也许就可以废除；或者，即使不废除，其实际功能也会逐渐转化。

甚至本文也不意味着在中国目前各级法院都必须坚持审判委员会制度。由于中级以上法院所处的环境（城市相对比较大、陌生化程度更高）、所面临的问题（上诉审为多）、法官的专业和文化素质（更多法律本科甚至研究生学历的法官）以及法院内部的专业分工程度（分工更细且更专门化）都与基层法院有显著或较多不同，因此，是否需要继续坚持审判委员会制度，以及假定继续坚持又应如何强化其专业职能，这些问题都是应当而且必须深入研究的。但是，也还必须限定，尽管有这些差别，却并不意味着中级以上的法院当下就应当废除审判委员会制度了。本文的研究结论是基于对基层法院的调查材料，其研究结论的意义自然是

有限定的，无法自动延伸到对中级以上的法院。我们还是必须通过专门的实证调查和研究之后，才可能得出具体的结论。当然，我并不排除，本文的切入角度、思考分析问题的方式和进路对中级法院的类似研究也许具有某种参考的意义。

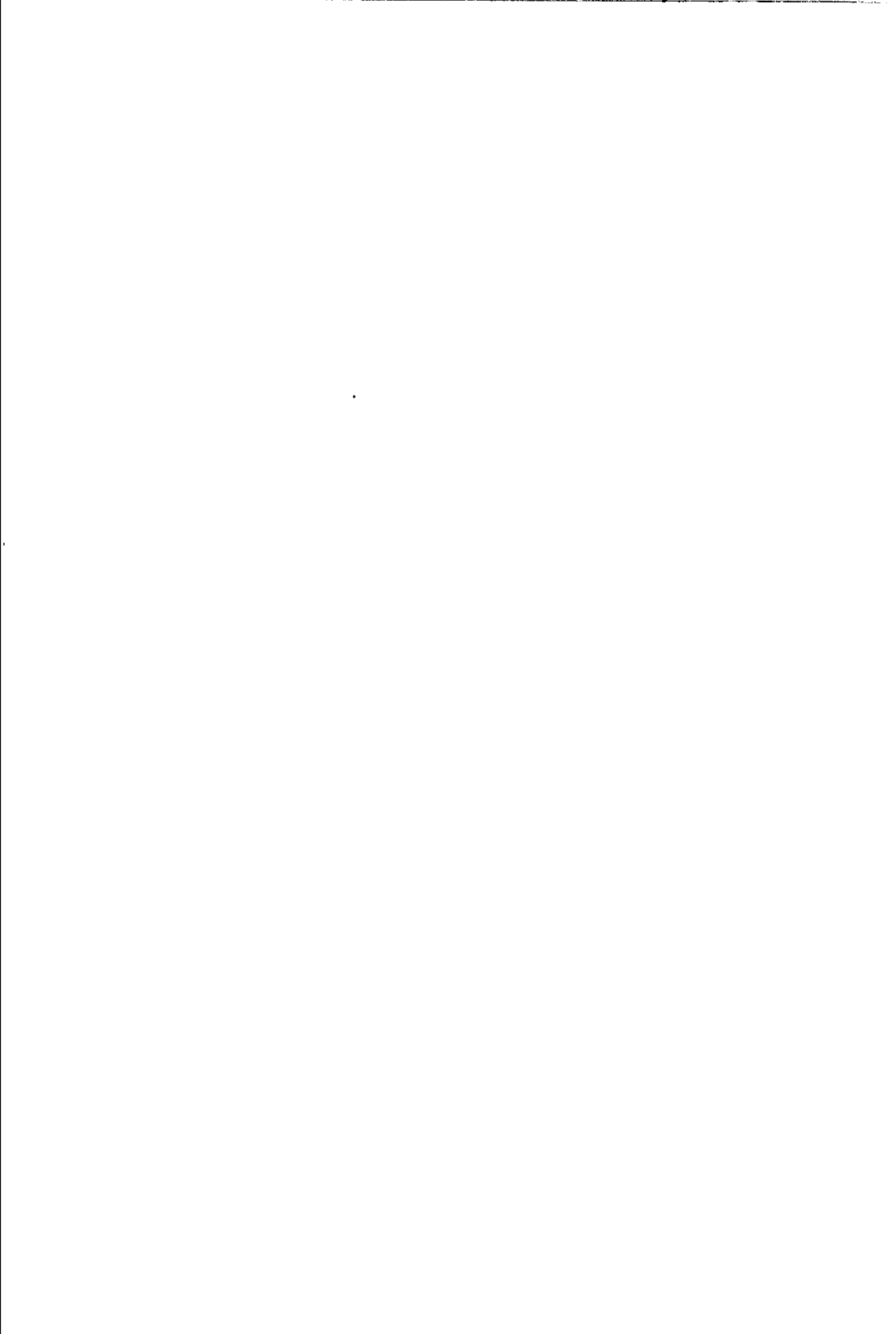
自然，本文的结论也就不是说审判委员会制度要比西方的法官独立更为优越（当然也不是相反）。这不仅因为笼统地谈论西方制度本身就是可疑的，而且因为，如果不看到西方法官独立制度得以发生的社会条件以及与之相配合的其他制度，我们就很难在有一个真正有意义的层面上讨论审判委员会的优劣利弊。说句也许会被认为太没有立场因此会两边不讨好（当然，由于并不想讨好谁，也就无所谓了）的话，我的结论是：西方人的做法有西方的道理，中国人的做法也有中国的道理，两者谁也替代不了谁。用庄子的话来说，这就是“以道观之，物无贵贱”；而“以物观之，[就会]自贵而相贱”^{〔69〕}——尽管如今的情况倒是相反！

1998年3月18日初稿

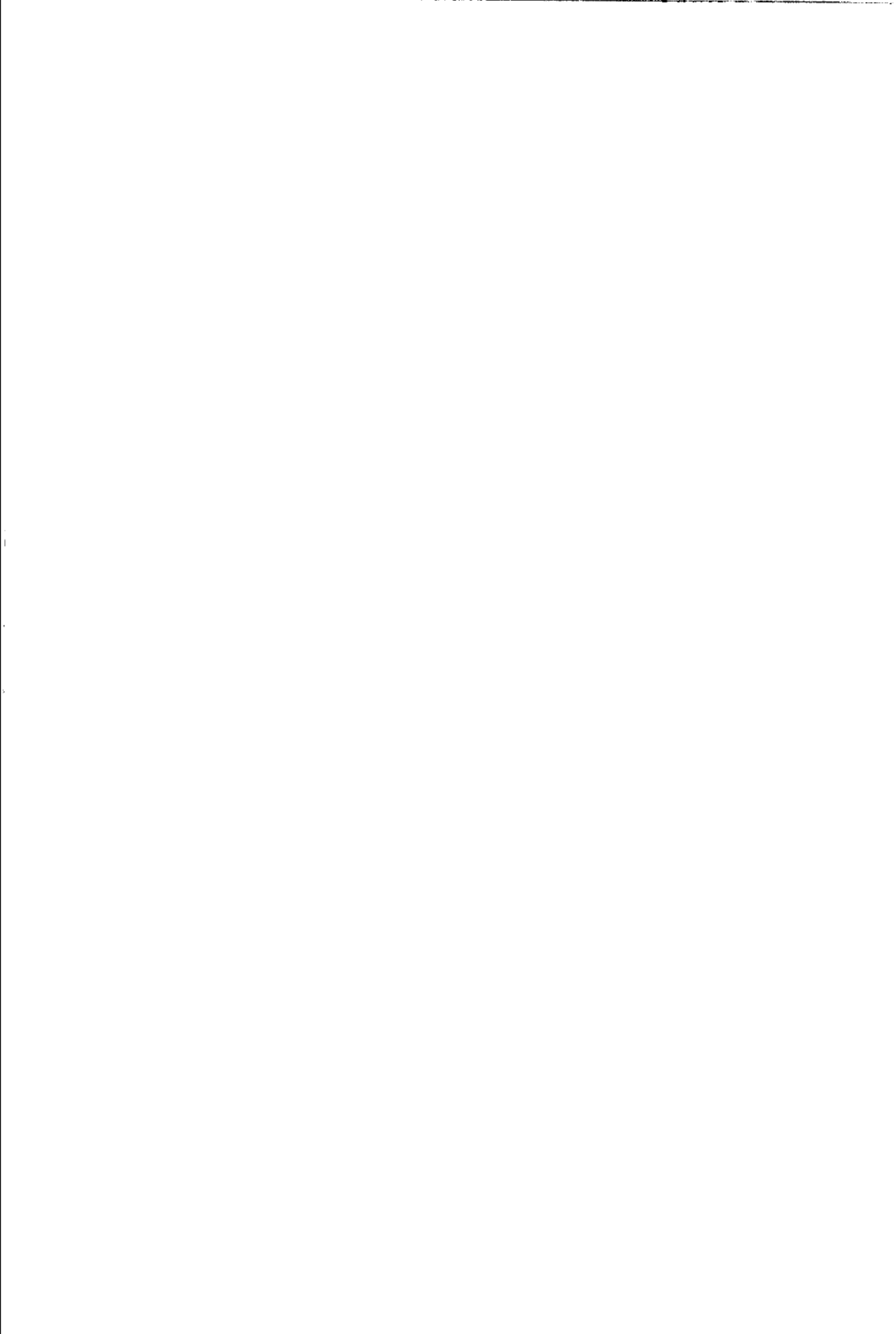
1998年6月23日二稿

1998年7月2日再改于北大蔚秀园

〔69〕《庄子·秋水》。



第二编 司法知识与技术



第四章 初审法院与上诉法院

所有的适应都是知识。^{〔1〕}

——Henry Plotkin

一、作为地方性知识的司法知识

本编主要研究基层法院法官的一些更为具体的司法知识和技术的问题。

首先，读者很容易提出的一个质疑就是，为什么一定要研究基层法院法官的司法知识和技术呢？并且，这一编的主题已经隐含了这样一个命题，世界上有一种也许更多是只属于基层法院法官的司法知识和技术。是的。在许多当代中国的法学家和法学院的学生看来，这种命题是荒谬的；因为知识必定是具有普遍性的，司法知识也应当是具有普遍性的，你看司法独立、司法公正、法律不溯及既往乃至司法审查、遵循先例等。也正是在这种对于知识的理解中，自“地方性知识”（local knowledge，也可以翻译成“具体的知识”）的概念引入当代中国法学以来，多少受

〔1〕 Henry Plotkin, *Darwin Machines and the Nature of Knowledge*, Harvard University Press, 1993, p.228.

到了某种怀疑以及某种轻视。比方说，贺卫方教授在一篇文章中就担心“夸大关于法律秩序的知识的‘地方性’特征不免使我们的态度走向封闭，而且不自觉地某些西方学者关于法律是一种‘地方性的知识’的论断普适化了”。〔2〕又比如，刘作翔和刘鹏飞在展望21世纪中国法学时，则以波斯纳在《法理学问题》一书中的命题——法理学的许多问题都是跨文化的、跨时间的——来支持一种更强调普适的法学理论，同时也隐含了对法律是一种地方性知识的批判。〔3〕我认为这两种论证都是有问题的。

如果贺卫方教授担心的是夸大，那么这种担心是有理由的；然而，这种担心也是意义不大的，因为任何夸大都是不好的，更何况中国目前法学的问题是根本就未意识到法学是地方性知识。但是，在我看来，贺卫方教授真正担心的是法律是地方性知识这个命题对近年来中国法律和法学“同世界接轨”之努力所具有的潜在颠覆力，使人们不放眼世界，闭关自锁，而中国曾吃了这种做法的大亏。贺卫方的担心是一种现实的考虑。然而在我看来，这一命题本身是一个关于法学知识性质的命题，实际与一个人的思想开放或封闭无关。因为，我们判断一个人思想究竟是开放还是封闭，从来都不是看他/她表示接受或坚持哪个理论命题，而是看他/她是否不断努力研究问题，是否研究真问题。相反，无论我接受的是什么命题，无论知识是地方性的或普适化的，如果我仅仅坚持这个命题，表明态度，而不是努力研究实际的问题，不调查实际情况，只是重复前人或外国人或其他人说过的什

〔2〕贺卫方：“中国司法管理制度的两个问题”，载《中国社会科学》1997年第5期，页130。

〔3〕刘作翔、刘鹏飞：“世纪之交中国法学研究问题前瞻”，载《法学研究》1999年第4期，页5。

么东西，在我开来，这就不是一种开放的态度。开放必定是一种对于未知的好奇和追求，甚至是“贪婪”。而任何未知必定都是具体的，都必须附着于具体的时空（地方），也因此任何知识必定是地方性的（尽管其适用可能是普遍的）。

其次，在研究任何一个具体问题、因而在追求某种地方性知识时，研究者势必要参考、比较其他的知识。比方说，我在本书中研究的是中国基层的司法制度，着重考察的是基层法官的知识，在中国的许多大法学家看来，这简直是“土得直掉渣儿”的地方性知识；但是，若不以其他法律知识、以其他国家的司法知识、以上级法院的司法知识作为参照，并细致比较，我就无从认定哪些是基层法官的司法知识，我也不可能认定哪些是中国基层法官的司法知识。知识的地方性必然是而且也必须是在同其他同样是地方性的知识的普遍联系中展现出来的一种格局和性质。相反，强调普适的知识，这种知识是没有附着的，就不可能解决大量的具体问题，或只能补充一句“具体问题具体分析”。但加上这样一个原则仍然是一种搪塞，因为它并没有告诉我们，什么是具体问题，如何具体分析。

再次，由于强调普适知识，并自认为有了普适知识（放之四海而皆准），就更可能固步自封，甚至会以真理的名义把这种自认为普适的知识强加于人。甚至，这种观点没有办法回答这种知识是从何处来的（即使是我头脑里固有的，那也首先是地方的——我头脑中的——呀！）。事实上，任何普适性知识都是而且也只能是从地方性知识中演化、发展或抽象出来的。交易费用概念就其产地而言是地方的（它研究的是现代的企业），但这一概念已经被广泛地延伸到了其他领域的研究；司法审查制度首先是美国的制度，以后才逐步以不同的方式推广到某些国家。重视研究地方性知识本身既不会造成研究者的封闭，也不会使地方性知识

失去其应具有的普遍意义。相反，意识到知识的地方性也就是意识到我们的知识和认识能力乃至生命的局限，了解到某一知识生产和使用的条件和前提，从而增强我们的反思、敏感和自我批判能力，激励我们不断超越现有的知识。因此，在我看来，贺卫方教授的“不免走向封闭”的判断只要改动一个字“不会走向封闭”就对了。

刘作翔教授的质疑则更成问题。在我看来，可能作者过于匆忙，并没有读懂波斯纳的原话。即使假定波斯纳的话是对的（我个人认为是对的），他也只是说了，法理学的许多问题都是跨文化的、跨时间的；但是波斯纳并没有说，解决这些问题的方法和知识因此就必定是跨文化的、跨时间的。事实上，波斯纳在随后的长篇论证恰恰是要论证解决问题的方法不是跨文化、跨时间的。^{〔4〕}我们可以举例，男女婚后感情不好想分手这个问题无疑是跨时间、跨文化的（如果考虑到动物，甚至是跨人类的），但是解决这个问题的办法在各个社会（物种）都不相同。即使在同为发达国家的西方也一直是多种多样的，因此其婚姻法的理论论证就有不同。准许离婚和不准离婚是两种；严格控制 and 自由离婚是两种；有过错和无过错又是两种。而最前面的两种甚至完全对立，但同样成立，你很难说出高下优劣。因此，问题相同与解决问题的方法不同这两点完全可以兼容，这就像黄猫黑猫都可以抓

〔4〕 例子很多，比方说，关于哈特和富勒之间因纽伦堡审判引发的法律定义之争，波斯纳就明确指出，这场争论在很大程度上是两个不同的司法文化之争。又如，波斯纳关于法律起源问题上的分析，共同的问题都是，寻求合格称职的代理问题，但在波斯纳看来，欧陆国家的解决办法是强调立法，而英美国家是强调司法。又比如司法中发现事实的问题，在英美是靠陪审团，而在欧洲大陆国家是靠警方、检方和法官共同认定的。这种例子在波斯纳法官的这部著作中随处可见。见，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990。

老鼠一样，就像同样讨论法治的问题，各人有不同写法，但并不是只有谁惟一正确一样。

事实上，司法的知识本身就是一种地方性知识，〔5〕这种知识是在司法活动中，特别是在近代司法职业化的进程中逐步生产并再生产出来的。〔6〕而且，我在前一编中也已经提到，为了保证法律和司法的有效运作，总是需要很多更为具体的地方性的知识（关于诉讼当事人的特点等）。〔7〕在这一编中，我将进一步展示，这种地方性知识的问题甚至存在于不同级别的司法法院。本章则可以说是这一编的引论，讨论中国基层法院的“地方性”，为讨论其产生的知识的地方性作一个铺垫。但在讨论这个问题之前，我首先要简单追寻和考察一下西方发达国家法学和司法知识产生的知识谱系及其生成的社会条件和制度条件。

二、司法知识谱系的勾勒

目前，有关法律教科书上关于司法的教训总是将其视为一种脱离特定社会环境和制度环境的产物，具有先验的真理性，普遍的真理性，并已经穷尽了司法的真谛。这种教训作为一种职业意识

〔5〕 如果我们记得柯克法官与英王詹姆士一世的故事，就可以了解这一点。柯克说，法律是理性，但不是一种一般普遍的理性，而是一种“人为”理性，只有法官和律师才知道它；因此，柯克是通过强调知识的地方性来支持了自己的司法独立要求。

〔6〕 Cf. Richard A. Posner, “The Material Basis of Jurisprudence”, in *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995; and “Professionalism”, in *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999.

〔7〕 本书“为什么送法下乡？”一文。

形态训练也许有一点儿必要,但是,从我近年来的研究来看,从法律社会学的角度来看,这种教训已经不能令人信服。在我看来,司法的知识不可能是人的理性对永恒真理的清晰发现(唯理主义的),而只能是法官的司法实践的产物(经验主义的),是特定制约条件下法官与请求其予以裁决的事实纠纷遭遇而逐渐累积产生的一种制度化的知识。由于任何司法都是附着于一定的时间和空间,并且时空总是不断变化的,由此产生的知识至少在其起源上都是地方性的,尽管其适用范围或参照意义未必限于地方。在此,我不想进入一般的认识论的哲学讨论,而只想对英美的以司法为中心累积起来的法理学知识谱系进行分析,就可以有所了解。

欧陆法理学和美国法理学相当不同。^{〔8〕}此前的许多研究者,包括我自己,往往倾向于将这种差异追溯到欧陆唯理主义和英美的经验主义哲学传统。^{〔9〕}但是,如同福柯指出的,这种对起源、传统、统一性的追溯是一种人为的虚构。^{〔10〕}事实上,一种话语实践总是同某些非话语的实践相伴产生的。用我们也许更容易理解但有可能导致误读福柯的话语来说就是,一种知识都是与一系列产生这种知识的制约条件及相应制度相伴随的。

在欧陆国家,法理学关注的核心问题一直是立法问题,是法典的编纂。法学家关心如何编制一部全国普遍适用的法典,并通过议会来颁布实施。这种立法或法典编纂中心主义使得法理学家的“形式理性”可能得以充分发挥。这种传统除了基于人类长期

〔8〕 苏力:“什么是法理学?”,载《中国书评》(1995年)总第五期。

〔9〕 例如,哈耶克在很大程度上就是这样处理这个问题的。见,哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版。

〔10〕 福柯:“尼采、历史、谱系学”,收入《社会理论评论》,苏力译,1998年;又请看,福柯:《知识考古学》,谢强、马月译,三联书店1998年版,特别是第二章第一节“话语的单位”。

对文字的迷信以及文字及其表现的事物之对应的假定外，^{〔11〕} 还有其他一系列社会条件。例如，相对说来，欧洲国家的疆域都不那么辽阔，民族相对单一，全国风俗习惯相对统一，全国工业化和社会标准化都相对容易，加之成文法的传统和罗马法的复兴，因此，通过立法或法典编纂来解决全国的秩序问题相对容易。在这样一种法律制度和社会条件下，司法所面临的问题相对说来就比较简单，法官在司法中所起的作用与英美法的法官相比要小得多。^{〔12〕} 因此，尽管中国现代法律制度继受的是大陆法系，翻译的有关著作至少在 80 年代以前远比英美法学著作要多，但是我们很少看到甚或基本看不到对欧陆法官审判实践的知识总结和理论概括。这种状况并不是由于欧陆法官没有知识，而是以立法或法典编纂为中心的欧陆法律知识制度造成了法官知识的沉默或不被人看见，自然也就无法作为一种知识进入法学家的视野。

从这一角度切入美国法学，我们就会发现，美国的法学是以司法为中心的法学，^{〔13〕} 这种传统同样是美国法官在其特定的社会政治法律制度的制约下创造出来的。与欧洲大陆国家不同，美国疆域辽阔，有很强的地方自治传统，沿用了英国的普通法制度，加之严格的三权分立和后来形成的司法审查制度，这就使得法官在社会秩序生产中扮演了任何其他欧洲国家（包括英国^{〔14〕}）的法官

〔11〕 Michel Foucault, *The Order of Things, An Archaeology of the Human Sciences*, Random House, 1970.

〔12〕 有关欧洲大陆的法官和司法，可参见，Henry A. Abraham, *The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, Oxford University Press, 1993.

〔13〕 参见，Posner, *The Problems of Jurisprudence*，同上。

〔14〕 关于美国法官和英国法官在各自司法制度中的作用，可参看，P.S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo - American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford University Press, 1987.

都无法起到的巨大作用，法官造法是一个普遍的并得到认可的现实。而与此同时，为了维护自己决定和地位的合法性，法官又必须以遵循先例（普通法）和“法律解释”（制定法）来限制和保护自身，因此，在美国形成了以法官和法院活动为中心的法理学。美国法学中争论最激烈的法学问题，无一不是司法的问题。

然而，尽管我们可以笼统地称美国法理学是美国法官和律师的产物，但是，如果更深入地予以考察，我们还可以发现，美国的这种以司法为中心的法理学实际上主要凝聚的是美国上诉审法官的经验，其要回答的最根本的法律争议是上诉审法官如何以各种方式和名义发现法律和适用法律，^[15]在这个司法体制中，很少关注有关法官如何处理事实争议的司法经验，而且其一套制度也不要求法官或律师重视这方面的知识和技术。

首先，美国一直采用的是对抗制，并在刑事和民事（部分）案件审判中坚持了陪审团制度。这种制度在知识创造上的最大限制（同时也是其最大促成作用）就是将案件中的事实争议基本上排除在法官和法学的思考之外。对抗制免除了法官自己调查取证的责任，所有的证据都由律师（包括刑事案件中的地方检察官，其按字面翻译是“地区律师”）调查并在法庭上通过交叉质证的方式提出和认定，最后由陪审团对证据作出有关事实的判断。因此可以说，在这一制度下，法官基本无须处理事实争议，甚至不管事实争议，^[16]只是在小部分事实非常清楚的案件中，才需要法

[15] “常规法律理论家头脑中都是一些法律学说，他们关注的都是上诉法院，这些学说都是从这些上诉法院中生产出来的。”Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 同上, 页 213 注 40。又请看, Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer, Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993, p. 110ff。

[16] 因此, 霍姆斯在给波洛克的一封信中说: “我痛恨事实”; “人的主要目的就是提出一些一般性命题, 而——我要说——这些命题都狗屁不值(worth a damn)”。见,

官对事实争议作出决断。*

其次，美国采用的是遵循先例制度，这种制度要求法官严格遵循本法院和上级法院的司法先例，这就迫使法官和律师（包括法学家）集中关注上级法院对有关先例的解释。即使是制定法和宪法，由于这些成文法律的实际运用也必须经过法官的解释，因此下级法官和律师最关心的仍然是上诉法院的在具体案件上对有关制定法的解释。因此才有了、并且也只有在这一传统中才能理解的霍姆斯关于法律就是对法官判决之预测的著名界定。^{〔17〕}而与此同时，大量处理日常的事实争议与法律争议的治安法官根本无法得到其他法官的认同，^{〔18〕}他们的司法知识从一开始就在这个知识体制中被忽视了。^{〔19〕}

再次，由于对抗制的费用高昂，因此，在美国大量事实和/或法律相对简单明确的司法案件都通过各种契约方式在法庭外解决。在刑事案件中，至少有 90% 的案件不经庭审，而是通过控

* *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, ed. by Max Lerner, The Modern Library, 1943, p.444.

〔17〕 Oliver Wendell Holmes, Jr., "The Path of the Law", in *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Hows, Inc., 1952; 霍姆斯在给波洛克的一封信中重申了这一定义，且明确称这是法律人心目中(in the lawyer's sense)的法律定义，见，*The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, ed. by Max Lerner, The Modern Library, 1943, p.449.

〔18〕 治安法官(justice of peace)的英文缩写 J.P. 常常被贬抑为“原告法官”(或原告的正义, justice of plaintiff),意思是法官只听原告的,没有抗辩,也没有正当程序。

〔19〕 弗兰克曾提出对初审法官要进行特别的教育和培训,但是这一主张在美国法学界和司法界一直没有得到重视。弗兰克的主张和理由,请看,Jerome Frank, *Court on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1973 (原版 1949), 页 247 以下。

辩双方律师之间以辩诉交易或辩诉协议的方式结案；^{〔20〕}而在民事案件中，90%以上的案件是通过各种方式（包括或通过律师）在审判之前达成了和解。^{〔21〕}只有在确实有比较重大且模糊不清的法律争议时——霍姆斯称之为“难办的案件”——才可能真正发生诉讼。

因此，只要对现今往往被视为具有普遍性的司法知识进行这样一个极其简单的谱系学分析，我们就可以发现这些司法知识主要是英美法尤其是美国法律制度中法官的产物，是这些法官为了解决其制度中所面临的问题积累起来的关于上诉审法官的知识。其知识的正当性和有效性都是与产生这些知识的制度和问题相联系的。它集中关注上诉审法官的法律规则选择、解释和创造。所有的美国法理学基本上都是围绕这一核心问题展开的，例如法院造法的合法性和合宪性、遵循先例、事实区分、法律解释的方法、对宪法原旨的追究等等，并同欧陆法学形成一种鲜明的反差。

得出这一结论并非试图否定英美法学具有某种超越性。例如，它对美国之外的许多国家的上诉审法官也都具有或可能具有相当大的参考意义和启示，它打破了对欧洲司法模式和立法至上的法治和法学模式的迷信。但是，看到这一点后，我们最不应当

〔20〕 Robert A. Carp and Ronald Stidham, *Judicial Process in America*, 4th ed., Congressional Quarterly Inc., 1998, p. 151.

〔21〕 “Beyond Litigation – an Interview with Robert Mnookin”, *Stanford Lawyer*, Spring – Summer 1989, p. 5; 转引自, Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Harvard University Press, 1994, p. 224; 又请参看, Kenneth M. Holland, “The Federal Rules of Civil Procedure”, *Law and Policy Quarterly*, 1981, p. 212, 转引自, Robe A. Carp and Ronald Stidham, *Judicial Process in America*, 同上, 页 197。

做的恰恰是将英美法学再次神圣化、普适化，再次落入先前导致我们对于欧陆法系迷信的那种思维模式中去。我们不应当遗忘英美法学知识生产的制度条件，从而忘记其知识不可避免具有的地方性（上诉审）的特点，忘记了美国的法学教育是以上诉审即法律审为中心的。^[22] 尽管以此为中心的美国法学已经足以支撑英美的司法制度；但是作为法律的知识，即使作为司法的知识来说，它仍然是非常不完整的。它不仅是地方的，而且仅仅是这个地方中的一部分（上诉审）。

当我们转到分析中国基层法院的特点时，我们就可以看到这种司法知识的不足。

三、作为初审法院的中国基层法院

依据中国现有的各个诉讼法，中国并没有非常严格意义上的初审法院和上诉审法院之区分。除了少数海事或铁路或军事法院按其专有管辖审理案件外，其他任何一种类型案件的初审管辖都在“级别管辖”的名号下为各级法院划分了。^[23] 尽管初审法院与

[22] “当然，法律教学也可以研究初审以及审前的法律运作，而不是如同美国法律教授那样仅仅集中研究上诉审法院的判决。但是上诉审意见有一个重大好处，它把案件中的法律争议很经济且很精确地提了出来，而初审记录，比方说，就很少能这样”（着重号为引者添加）。Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer*, 同前注 14, p. 110。

[23] 见，《中华人民共和国民事诉讼法》（1991）第 2 章第 18、19、20、21 条。《中华人民共和国民事诉讼法》（1996）第 2 章第 19、20、21、22、23 条。这种管辖制度有其合理之处，特别是在 70 年代后期中国法院系统重建之初，当时由于严重缺乏有良好专业素质的法官，制定这种级别管辖完全是可以理解的。但是，随着法院系统人员的专业素质逐步增强，为防止司法不公并保证法律面前人人平等，促进司法

上诉审法院的划分并不明晰，但无疑地，中国的基层法院是绝大多数民事案件和刑事案件的初审法院。中级法院和高级法院对一些案件乃至最高法院对极少数案件也拥有初审权，但它们的主要任务是上诉审审查。必须注意，中国的这些上诉审法院并不仅仅从事法律审，依据相关的诉讼法，它们在上诉审查时，既审查法律，也审查事实，有些甚至也要开庭。^[24]这似乎与基层法院很相似，其实两者有重大不同。

首先，这些“上诉审”法院在审查上诉案件时，可以开庭，也可以不开庭；当不开庭时，法官就主要是根据案件的卷宗，也就是基层法院法官的审判笔录以及法庭上双方出示的证据，进行审理。

其次，上诉审法院所谓的事实审，实际主要关注的是“定性”（我将在后面的“纠缠于事实与法律之中”一文中证明，所谓的“定性”并不是严格意义上的事实争议，而是一个被伪装为事实争议的法律争议），并且是根据这些公文文化的文件作出判断。一旦真有事实不清的问题，上诉审法院就会发回原审法院重审。这种对事实的审查与初审法院法官面对诉讼双方当事人以及原生状态的案情进行审理有相当大的差别。这种差别用老子的话来说，就是“道可道，非常道”。当一个生活事件一旦化作话语或文字，你很难说这些公文构建的材料与生活事件本身是等同的。当然，司法初审对于生活事件的“篡改”是必要的，也是司法运作所必需的。不应当苛求，而且我也不想苛求。但是，我想指

* 的进一步专业化，促进法学院毕业生进入下层法院，这种级别管辖制度似乎已经必须改革了。

[24] 《民事诉讼法》第 151、152、153 条；《刑事诉讼法》第 187、189 条；《行政诉讼法》第 59、61 条。

出，正是由于这个区别，即使在中国，上诉审法院其实也是不审理事实的；即使把“定性”算作事实审理，其审理也与初审法院对事实的审理不同。

第三，即使初审和上诉审审理的结果同样正确，但由于司法的等级制，各审级法官考虑的因素也不相同：初审法官必须考虑到上诉审法官的判断，而上诉审法官并非必须考虑初审法官的判断，一般也不用考虑更高审级法官的意见。美国联邦大法官杰克逊有句名言，“我们是终审并非因为我们不犯错误，我们不犯错误仅仅因为我们是终审”。如果美国联邦最高法院之上还有法院，那么，最高法院的判断有相当部分都会驳回。^[25]这种制度实际上使得上诉审法院不管怎样都“总是有理”。

第四，其他影响基层法院法官和上诉审法官的因素不同。判决人员组合不同，比方说，中国的独任审判基本都发生在初审法院。法官专业素质不同，上诉审法官的训练就一般而言，更为严格，其专业分工也更为细致。时间压力不同，上诉审的案件要比初审案件少得多。在一些可能引出社会争议的案件中，所承受的社会压力不同，由于审判时间的推延和审判地点的变化，甚或仅仅是由于已经有了一审判决（无论判决如何），都会使上诉审法官更少受当地民情的影响。此外，在许多案件中，基层法院案件的初审往往当事人不聘请律师或法律工作人员，而上诉案件中，有律师或其他有法律知识的人参与更多。

最后，还必须看到，绝大部分案件在初审判决后，许多当事人即使有权利上诉也都会由于各种原因不上诉了。因此，上诉的案件，就总体来说，大都是比较疑难的，或者是没有贴切的法律，或者是对法律的处理有争议。总之，提出上诉的案件与那些

[25] *Brown v. Allen*, 244 U.S. 443, 540 (1953), Justice Jackson, concurring opinion.

未提出上诉的案件就总体来说有很大的差别（具体的差别如何，这是另一个可以作博士论文的题目）。

由于这些区别，我们就可以看出，目前主要以美国上诉审法官的司法经验和技能累积起来的司法知识就不可能适用于中国的基层法院法官的审判实践。我们不可能设想，中国的基层法院法官对每个案件都洋洋洒洒地写出一篇霍姆斯或卡多佐或波斯纳式的司法意见。^[26]事实上，不仅绝大多数美国初审法院法官无法写出那样杰出的司法意见，而且必须指出，美国初审法官审理大多数案件，并不撰写我们如今常常看到的美国法官的那种司法意见。甚至，许多美国法学家认为，初审法官根本不应当努力撰写这样的司法意见。^[27]

必须指出，中国法学现行的教育体制乃至各国法律教育体制也没有提供多少可供初审法院法官使用的处理事实争议的知识。即使是一些最注重司法实务的课程，比如模拟法庭，也与司法实践相去甚远。我曾在某县级市法院访谈了一位1990年从中国一所比较著名的法学院毕业的学生，她就特别抨击了法学院搞的模拟法庭。她认为模拟法庭一点儿用都没有。只要仔细分析一下就可以发现，模拟法庭从其一开始就是帮助学生熟悉法庭程序和处理法律争议，而且也只能用来进行这种训练。因此，它实际更多

[26] 精通经济学的波斯纳法官在1986年的一个司法判决意见中曾这样宣布：“如果 $P \times H[p] > (1 - P) \times H[d]$ ，就应当发布禁令”。引自，Dahlia Lithwich, “Richard Posner, A Human Pentium Processor has been Assigned to Settle the Microsoft Case”, in <http://www.slate.com/assessment/99-11-23/assessment.asp>。

[27] “我不认为最伟大的地方法院法官就是那些以十年磨一剑的精神花上几个月时间来撰写一个有新观点的法律意见，而在这个问题上，这些法官的意见几乎肯定是没有最后发言权的。”Henry J. Friendly, “The ‘Law of the Circuit’ and All That”, 46 *St. John's Law Review* 406, 407 n.6 (1979), 转引自, Posner, *Federal Court*, pp. 336 - 337。波斯纳也同意这种观点。

是以上诉审模式构建的。而无论是哪一级的初审法院审理案件，从来没有谁上来就展开辩论，而总是先要出示证据，认定这些证据，只有双方对案件事实基本达成一致之后，这个游戏才能进行下去，才可能就案件的性质和法律适用进行辩论。因此，法庭辩论的前提必须是而且也只能是，事实清楚（一个基本事实都不清的案件就不成其为“案件”，更无从就案件的性质和应适用的法律展开辩论）。而事实的查证和认定从来不可能通过论辩解决，相反，辩论必须基于已经查证并认定的事实。事实要么查清了，要么没查清，辩论不可能改变某个事实，而只能通过提出一个新事实改变或修正人们的理解，或者提出一套理论对一系列事实重新予以理解。必须看到，这种认定事实的知识，在当今世界上没有哪个法学院会传授（由此，我们也许可以重新理解并真正理解什么是“法”学院）。在各国司法实践中，一旦遇到事实争议或与事实相关的问题，也一直强调法官“自由心证”，或者——在美国的一些案件中——采用陪审团制度。其原因，在波斯纳看来，就是为了避免引出法官在事实认定上说不出任何理由的尴尬。^[28]的确，事实认定是无法解释的。维特根斯坦在什么地方曾说过，大致是：我只是认定这是红色，而无法解释为什么这是红色；如果你认为这不是红色，那只能是你不接受我们的游戏，我无法通过辩论说服你相信这是红色。

因此，我们看到，现有的所谓司法知识和技术绝大部分都是围绕上诉审发展起来的知识。由于基层法院与上诉法院的制度空间不同，面临的问题不同，因而，这些知识很难为基层法院的法官所使用。

[28] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 208.

四、作为中国初审法院的基层法院

那么，美国或其他国家的初审法院法官的经验是否对中国基层法院的法官有所帮助？

首先，如前所述，由于欧陆法学是以立法为中心，至今为止我还没有看到什么欧陆法学家细致研究总结了司法的经验。在美国，由于以上诉审为中心，真正细致研究初审法官的学术研究成果同样很少，而且得不到足够的学术尊重。当我写作这篇文章时，我正在哈佛大学做访问学者，我试图寻找一些初审法官的研究资料，结果发现，这种材料很少；我想寻找一些有关美国治安法院和法官的材料，则几乎没有。^[29]这不仅说明了美国法学的现状，而且表明，美国法律学术界或出版界也都是很“趋炎附势”的。知识在任何时候、任何地方都受到权力的影响。

确实，英美的司法研究或文献中也有少量与初审法院相关。比方说，一些担任上诉审法官的学者就在他们的著作中提到了初审法官的特殊性并对一些初审中的具体问题提出了看法，^[30]还有

[29] 我查到两本集中讨论治安法官的专著。一本是澳大利亚人写的一本极薄的小册子，介绍了治安法官在英国发展的历史以及在澳大利亚的发展；另一本是对英国17—18世纪治安法官任命的政治学研究著作。

[30] 前者如，Jerome Frank, *Court on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1973 (原版 1949)；又如，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990; *Federal Courts: Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1995。弗兰克提出了初审法官的一个重要问题，例如，事实的不确定性，以及在初审审判中更容易发生的法官个人生理反应对判决的影响。这后一点受到广泛的学术嘲笑。但是这种嘲笑是不公正的。在我看来，弗

少量初审法官的信函、回忆录、学术研究都直接间接地提出了初审法官的特殊性。^[31]此外，也有极少数学者对初审法院的一些具体问题进行了比较细致的研究。^[32]这些资料对于中国的初审法院法官来说，当然有用，但又显然不够。

其次，尽管有大量的初审法院的各种记录，但是我们不大可能大规模地研究美国或其他国家的初审法官。这不仅需要大量的钱财、学者，更重要的也许是根本不值得。我们自己不也有大量的初审法官吗？为什么要舍近求远，除了有一种迷信外，我只能说是奴颜婢膝。

再次，即使研究了，可能对我们基层法院的法官用处也不是那么大。因为，我说了，一种知识的发生并不是一种纯智力的成

* 兰克提出的是初审法官的问题(迅速处理大量案件,独任审判)。而批评者都是从上诉审的司法哲学批判的(从容地有选择的审理法律争议,审判庭审判),这种视角的不同使得许多学者都未能对弗兰克的真正的洞识给予足够的评价。后者,如霍姆斯对陪审团发现事实的评论,见, Oliver Wendell Holmes, Jr., "Law in Science and Science in Law", in *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Howe, 1952 (原版为 1920), p. 237。

[31] 例如, Judge Angela Bartell, *Judicial Decision Making in the Trial Court*, Disputes Processing Research Program Working Papers Series 8, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin - Madison Law School, 1986; Judge Charles E. Wyzanski, "The Importance of the Trial Judge", Jr., January 12, 1959, in Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*, 4th ed., Random House, 1986, pp. 108 - 110; Judge Joseph A. Wapner, *A View From the Bench*, Simon and Schuster, 1987; Judge Robert Satter, *Doing Justice: A Trial Judge at Work*, Simon and Schuster, 1990; and Judge William G. Young, *Reflections of a Trial Judge*, Massachusetts Continuing Legal Education, Inc. 1998。

[32] 如陪审团的研究, Richard O. Lempert, "Uncovering 'Nondiscernible' Differences: Empirical Research and the Jury - Size Cases", *Michigan Law Review*, 1975。

果，而总是要依附一套权力机制的。^[33] 美国初审法官的知识和技术是同美国司法制度联系起来产生的。比方说，美国的司法初审总有律师的参与；比如说，在一些民事案件以及所有刑事案件审判中，都有陪审团的参与。而陪审团解决的是事实争议。因此，美国初审法官的经验在很大程度上仍然集中在法律争议上。中国不大可能引入了美国式的陪审团，而且我相信，即使引入了，也只是一个概念，或者一只“披着羊皮的狼”或“披着狼皮的羊”（一个由美国司法理论合法性包装起来的中国的陪审团）。我们是不是愿意玩这种天桥的把式呢？而且，能不能玩得起呢？

因此，中国的基层法院不仅是初审法院，而且是中国的初审法院。尽管许多人对这样的着重号可能会有一种意识形态上的反感，但是我希望，下面的分析能够证明，我的这个着重号的使用不是意识形态的，而这种反感反倒更可能出于意识形态。

如果不是用司法这个词将世界各国的司法实践都统一起来，那么中国的基层法院在这个世界中确实具有一种不可替代的独特性。这种独特性，必须要深入中国的基层法院运作的语境中，你才能真正感受到。否则，许多善良、真诚的法学家都无法想像，一些看来完全必要、完全符合道理甚至情理的司法改革都给中国的基层法院的运作带来了极大的实际困难。比方说，引入的司法抗辩制，在一个几乎没有律师的社会环境中，如何实施？在这样的环境里，也许法官对双方当事人的解释确实只能是，“你们可以吵架，但是不能骂人”。要求双方举证，在一个很少有人识字的地方，又如何举证？在一个大家都是乡亲、流动性极小的社区中，你怎么可能要求被告的邻居出庭作证证明被告割了国家的电

[33] Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1978; 又请看, 本书中“法律社会学调查中的权力资源”一文。

线？在我所调查的一个县，1997年上半年，该县法院的刑事审判传唤了31位证人到庭作证，结果没有一位出庭！^[34]即使你能把这些人强行传唤来，如果他/她们还是不愿作证，只是说“我记不清了”，法官又能怎么办？我们怎么能证明他/她记得很清楚只是有意不说？而且在如今纷纷鼓噪刑事被告都有“沉默权”的时候，你又凭什么理由剥夺一个证人的“沉默权”？^[35]如果当事人——一位面临离婚诉讼的妇女——的全部指望就是希望法官替她做主，你如何能够下狠心判她败诉，难道仅仅因为她是一个不识字、不大会说话、因此完成不了举证责任的人？^[36]如

[34] 陈光中教授最近在一次讲演中承认目前司法审判中证人的出庭率还不到1/3，“甚至更低”，“使现在的[庭审方式]改革实际上流产或半流产”。陈教授因此建议加强对证人的“拘传”（陈光中：“关于刑事诉讼法的几个问题”，1999年12月22日北京大学法学院“20世纪法学回眸系列讲座之五”）。

但我认为这只是试图用新梦圆（或重温）旧梦。拘传不可能根本改变这种状况。如果一个人不愿作证，天老爷也拿他/她没办法（请记住，刑事诉讼法学家看中的无罪假定和不得自证其罪的原则）。目前中国的诉讼制度设计有很多从一开始就是乌托邦的，没有考虑当下的操作问题；总以为美国今天能做的，我们今天不但应当做，而且一定能做到。这与“人有多大胆，地有多大产”在心态上完全一致，甚至动机也是一致，变化的只是时代和主题。

[35] 如果坚持原则的一贯性，我实在不知道中国的法学家如何能回答这个问题。在我目前看到的不少人的论文中，都是一方面鼓吹刑事被告的“沉默权”，而另一方面要剥夺证人的“沉默权”。这里面的问题可能已经不是不公平了，甚至我不认为是智力上有问题，而可能是“利令智昏”。

[36] “在全国各地一片改革审判方式、强调当事人举证责任的呼声中，[当地人民法庭]庭长只有满怀苦衷。不是不想试着改革一下，也让当事人承担举证责任，减轻一下法院的负担的（原文如此。——引者），但是，在大部分居民没有文化，更缺少基本的法律常识的条件下，要强调由当事人举证，实在是太不现实了。如果明知当事人不知举证、不会举证，却又坐等当事人举证，无异于把案子推出法庭的大门。……所以，[该]法庭的审判方式以巡回审判为主。”引自，孟天：“踏遍青山——云南省永蒗彝族自治县永宁人民法庭采访散记”，载《人民司法》1994年第8期，页39。

今喧闹的法律援助能援助到遥远的乡村吗？所有这些问题都是法学家在他/她们自己的生活环境中无法想像的，但却是现实生活中中国的基层法官必须寻求方法来对付的。

我们这些法学家不也是中国人吗？为什么我们对司法的感觉就不一样呢？可能有人会提出这样的挑战。确实，初审法官同我们这些法学家虽然是同行，但我们是很不一样的同行。想一想，我们也有解决不了的法律或司法问题，但我们至少可以不写这个问题，不讨论这个问题。我们总是可以选择我们所擅长的来充分表现我们的才情和才华，偶尔甚至还可以“横溢”那么一下。我们在这方面是自由的。但是基层法院的法官不能。他/她们不能因为这个案件难，他/她没有发现合适的法律，或者证据就是还差那么一点儿，他/她就把这个案件甩在一边，说：等我好了，再来办！他/她们不是可以从容反思的丹麦王子哈姆雷特，而是后面有督战队压阵的士兵，他/她干也得干，不干也得干。这就是初审法官的命运。还记得拿破仑法典第4条吗？“法官不得以法律无规定拒绝审判”，否则是要定罪的！在中国，至少也会被认为不称职。而我们这些法学教授都多少可以在我们的职业中掩饰一下自己，因为，我们有关司法的言行一般不会产生直接的并要求我们承担责任的法律后果。

作为中国的初审法院，另一个必须注意的是中国的以行政为主导的官僚政治文化对法院系统的渗透。中国的各级法院在一定意义上都是当地政府下属的一个部门。尽管如今各级法院都比该级政府的其他部门在定级上普遍“高半级”，但是，这种“高半级”并没有使它摆脱行政性，却恰恰证明了它的行政性而不是相反。此外，一个机构的实际权力的大小并不是级别可以规定的。美国的联邦最高法院在三权分立体制中，名义上是同总统和国会权力同等，但是早在美国宪法制定之初，汉米尔顿就指出它是

“最不危险的部门” (the least dangerous branch)。〔37〕但这也不过是一种漂亮的说法；说穿了，就是权力最小的部门。〔38〕我在这里并不打算更多讨论这一点，我想指出的是，在研究中国基层法院时，需要关注的是贺卫方教授曾尖锐指出中国法院系统的管理体制〔39〕以及我在前面的文章中〔40〕提到的法院内部行政管理上的行政性。

即使从一种比较理想的状态来看，在司法系统中，初审法院和上诉审法院之间的关系，也势必具有官僚制的一面，〔41〕即最后还得“上级〔法院〕说了算”（想一想，我在前面引用的杰克逊大法官的名言）。甚至为了效率和职业化，也必须有一定的职业等级制。〔42〕但是，初审法院和上诉审法院之间的差别——至少在法官、律师和法学教授这个职业共同体之间——应当更多被理解为一种分工的差别。在这个司法体制中，它们实际是通过各自的比较优势共同促进规则化的纠纷解决和制度的形成。因此，作为制度来说，初审法院和初审法官的知识在这个司法体制中，具有相互的不可替代性。在这种层面上，基层法院并不是“下等”法院，下级法院也不是“下属”法院。无论是基层法院法官还是上级法院法官，他们对司法的知识贡献实际上是平等的，尽管国家的政治权力体制授予它们的决策权能和范围不同，尽管一

〔37〕 参见，《联邦党人文集》第78篇，商务印书馆，页391。

〔38〕 孟德斯鸠在《论法的精神》中就曾这样坦言。转引自《联邦党人文集》，页391注1。

〔39〕 “中国司法管理制度的两个问题”，同前注。

〔40〕 本书“审判与行政管理”一文。

〔41〕 可参看，胡健华、李汉成：“正确认识上下级法院之间的关系”，载《人民司法》1992年第11期，页35—36。

〔42〕 Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999, 特别是第三章。

般说来人们通常更看重上诉审法院的决定（这是正常的，人们往往重视结果〔而未必是正义〕）。正是从这种制度和知识分工的角度出发，许多法学家和律师都逐渐认识到，上级法院必须高度尊重下级法院的判断（各国上诉审法院之所以普遍采用法律审或事实上的法律审，就体现了上诉审法官对初审法官在事实争议上的知识和判断的制度性尊重）；认为，即使有时上级法院在法律争议上推翻了下级法院的判决，也并不是因为下级法院的思考、推理或解释是错误的，而仅仅是为了保持法律的其他一些形式价值（例如，法律的稳定性或法律的普遍性或协调各个管辖区之间的法律规则的冲突）；认为，即使有时初审法官的思考、解释推理有错，上诉审法院法官也会承认其思路的贡献（至少使得上诉审法官不重复这种错误）。^{〔43〕} 这是一种需要经由长期职业训练和形成法律职业共同体才能产生的职业伦理和职业共识。

但在中国目前的法律界和法学界中，这种共识严重缺乏；不仅在法院内部，而且在法学家内部，都表现出一种其实是同样令人不快的“趋炎附势”。中国的初审法院法官很难摆脱官僚等级制影响，他/她们常常由于种种原因（例如，希望自己的案子发回重审率更低）力求同上级法院或上级法院的法官个人“保持良好关系”。而上级法院或上级法院的法官常常不恰当地运用了、有时甚至是利用了这种等级制的影响。法学家也总是轻视基层法官。由此，在司法体系中，形成了“唯上”的风气。这种情况也对中国基层法院法官的司法知识和技术的发展 and 累积形成一个制约。

〔43〕 参见，Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 同前，特别是第 2、3 章；以及，*Federal Courts: Challenge and Reform*, 同前。

五、作为开头的结尾

通过上面的分析,我已经对中国基层法院作出了一种制度空间的定位和社会空间的定位。对于学者来说,这种定位本身或许没有什么意义,它的真正意义在于它可能帮助我们看到,正是从这种空间中,伴随着人(基层法院法官)的对自身利益的追求,凭着他们的潜在的创造力,是有可能产生出一些特定的司法的知识和技术的。因为任何知识,都是同一定的时间和空间相联系的,无论是其产生还是其使用,都是对这种时空制约的一种回应。因此,以一种开阔的视野认真研究中国法官、特别是基层法官在解决纠纷上所体现出来的种种知识和智慧,开掘其中具有理论和实践意义的潜质,以学术的语言来予以总结,并同世界各国学者进行交流,在法学上做出中国当代法律家和法学家的哪怕是一点点贡献,并非是不可能的。这种知识不仅有可能凸显为欧陆法系压制的司法知识和英美法系压制的初审司法知识的现有法学知识格局,而且就拓展有关司法的知识体系而言,也都是有意义的。

本章的分析仅仅是从理论上指出了这种可能,但仅仅指出可能还远远不够。在随后的几篇文章中,我将更为具体细致地讨论这一问题。首先我将讨论,中国基层法院作为初审法院势必更注重纠纷解决,以及由此引发的相关问题。随后的两篇文章将分别依据个案分析探讨中国基层司法中是如何处理事实争议和法律争议的。我将讨论,所谓的“定性”实际更多与法律争议有关,而与事实争议无关;我还将分析当代中国的许多社会条件如何使得基层法官难以处理事实争议,以及司法本身又如何能在改变这种状况。在法律争议上,我将讨论制定法与习惯的互动,以及习惯是

如何进入司法并作为规则影响社会生活；在这个过程中，我们同样可以看到中国基层法院法官的创造性工作。在本编的最后一篇文章中，我则试图概括地总结，中国基层法院的这种特定制度位置和时空位置如何促成了中国法官在司法实践中采用和累积了一些不符合经典司法教科书规定的具体知识和技术。我试图尽可能给予某种理论的分析 and 总结，使之能够进入法学家的视野，获得学术研究的合法性。

作为本文的附录，我翻译了一位美国联邦法院系统的地区法官的一封私人通信，希望这封信能有助于读者理解初审法官的重要性；甚至，如果你有足够的敏感和移情，或许你还可以从该信最后引用的那段诗中读出，陷于且面对美国现行司法体制和司法知识体制，一位杰出的有才情的初审法官的那种坦然的悲凉。

1999年12月17日凌晨于坎布里奇

附录：初审法官的重要性

[这是联邦地区法院法官 Wyzanski 在得知自己被参议员 Leverett Saltonstall 向总统提名作为上诉审法官候选人之后写给该参议员的信。*]

* 此信见, Charles E. Wyzanski, "The Importance of the Trial Judge", Jr., January 12, 1959, in Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*, 4th ed., Random House, 1986, pp. 108 - 110.

亲爱的勒夫，

很感谢你将我的名字提交给总统和司法部长考虑，是否提名我担任美国联邦第一巡回区法院的法官……你们认为我可以承担这样高的职位，对我实在是一个很大赞赏。而如果我被任命为这一法院的法官，我会认为这既是一种光荣，也是一个为公众服务的机遇。

然而，我认为，你还是不要考虑我担任上诉法院法官的职务，这既符合公众的利益，对我也是最好不过的了……

在我看来，管辖马萨诸塞地区的联邦地区法院，就其提供法律服务的广泛程度而言，至少与联邦第一上诉法院是同样的。地区法院给了法官更大的创造和裁量的空间。在判决被告上，地区法院法官拥有广泛的选择，就是一个很典型的例子。但还不仅如此。在民事诉讼中，地区法官有机会帮助律师提出争议的问题，并展开事实，因此，在这里或许会有一个很有意思且完整的在案记录。他也许可以创新一些程序，从而促进公正、简单、经济和便捷。他通过指示陪审团以及在一些恰当的案件中通过评论证据，也许可以帮助陪审员更好理解他们自己作为公民的重要性。对于双方当事人、证人、要求归化的人以及偶尔访问法庭的人来说，联邦地区法官都是一位好老师。他主持的一个审判也许会影响并支持这一社区的一些道德准则。更重要的是，他适用的宪法、制定法和普通法的规则，他每天都在法庭上受到考察的个性和个人特点，这些都构成了正当程序的保证。

应当承认，上诉法院在司法等级制度中位置更高，国会给予上诉法院法官的职务酬劳也更多，由此表明了

国会对这两种法院的相对重要性的看法。然而，并不是所有知情者都赞同这样的评价。我所尊敬的前任首席法官，Augustus N. Hand，一直都说，他在地区法院服务时要比在上诉法院服务时更有意思，更能展现他的能力，也更快乐一些……

尽管有少量大案要案的诉讼会从地方法院一直审到上诉法院，但是，统计数据会显示，实际上，对一个合乎情理的好法官作出的决定提出上诉的，比例极小。非常经常的情况是，地区法官拥有最后的发言权。即使他没有最后的发言权，他对可信性的估计，对事实的认定，他依据自己发现的事实所做出的或予以拒绝的救济，也还是会受到重视。

地区法院与审判以及与审判争议点的关系都要比上诉法院更为直接。地区法院的恰当职能范围不仅仅是根据规则和决定，而且是根据对日程问题的知情、明智且是精力充沛的处置，来有效完成及时且无偏见的司法。支配可上诉的案件之数量，并决定上诉法院从开始某个动议到其最后判决的时间因素，更多的是地方法院的活力，而不是上诉法院的活动。并且，很有点悖论且并不少见的是，地方法院法官很敏感，他很愿意帮助律师开发一些并不确定的法律要点（即使开发这些观点会不可避免地增加初审法官出错并被上诉法院推翻的风险），由此使得这个案件在其到达终审法院时的法律进程中变得重要起来。

对一个法官来说，最高的职务就是坐在那里对其他法官犯的·错误作出判决，这也许完全不错，但是，一位法官在每一分钟都力求自己不犯·错误，这个·工作也许更

具挑战。并且这种工作的热情也得到了强化，因为，地区法官必须口头对答，他们不像上诉法官——可以根据不被打扰的阅读和写作日程，在反思之后，再做出回答。

我知道，初审法官没有机会从合议庭审判庭的讨论中获益，而上诉法官可以。初审法官与其他初审法官的关系不那么密切。因此，他很有可能变得太个人说了算。几乎没有什么人可以对初审法官的细小缺点提出温和的批评，提醒他举止文雅，或者是告诫他那种近乎普遍存在的骄傲的缺点。

然而，或许正是审判法官的相对孤独才使他更接近人类的那种悲剧境地。当华莱士·斯蒂文思（Wallace Stevens，美国 20 世纪著名诗人，法律家。——译者）写下下面的诗句时，莫非他说的就是初审法官？

“构成生命的是
一些关于生命的命题。人的
沉思就是一种孤独，在其中
我们编织着这些为梦撕碎的命题”……

忠实的，
Charles E. Wyzanski, Jr.

第五章 纠纷解决与规则之治

法治即规则之法(The Rule of Law as a Law of Rules)^{〔1〕}

——斯戈利亚

一、问题的提出

本文将细致分析我在上一编“基层法院审判委员会制度的考察和思考”一文中曾简短提及但法学界一直没有给予足够关注的一个问题：法院的基本职能(function)究竟是落实和形成规则(普遍性的解决问题)，还是解决纠纷(具体的解决问题)?^{〔2〕}或者在两者不可偏废的情况下以何为重，并将向哪个方向发展?

规则的统治是重要的，这几乎可以说是现代法治的核心。^{〔3〕}尽管进路不同，世界两大法系的主要国家都追求了并在一定程度上实现了规则的统治。在大陆法系国家，简而言之，这种规则的统治更多是以系统化的或韦伯所说的“形式理性化的”制定法规

〔1〕 Antonin Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules”, *University of Chicago Law Review*, 1989, vol. 56, p. 1175.

〔2〕 这种说法已经成为一种经典，但是在当代中国，司法还有另外一种基本的功能，即民族国家的建立。请看本书的“为什么‘送法下乡?’”一文的分析。

〔3〕 关于这一点，请参看，苏力：“现代化视野中的中国法治”（《学问中国》，江西教育出版社1998年版）一文的注4。

则为中心，法官在具体的司法判决中不断回归和确认制定法规则。^{〔4〕}在英美法系，表面看来并不那么重视规则：法官（特别是美国法官）有更大的司法裁量权，特别是在普通法案件中，他/她实际可以立法，可以在具体案件的审判中以解释的名义不断修改规则，甚至撤销原先的判决，这种判决实际具有溯及既往的效果；甚至，美国的联邦法官可以对立法进行宪法审查，宣布立法违宪。尽管如此，由于有支撑这一切的遵循先例制度以及司法等级制度，因而实际上也形成了规则的统治。换言之，英美法中的规则统治是在法官审判具体案件的过程中作为副产品形成的。因此，现代以来，对于法官来说，亚里士多德的“良法之治”的法治概念已经更多地为“规则之治”的法治概念替代了。良法恶法的问题往往由或更多由政府的其他政治性部门（立法和行政）来承担，法官对这个问题则更多的是基于“不在其位，不谋其政”的比较制度功能主义的立场，采取了“六合之外，存而不论”（或少论）的自我克制态度。^{〔5〕}

〔4〕 对这一点，欧陆法系也有一些反思，反对至少是过分形式理性，而强调形式理性和形式理性法律的“实质化”(materialization)；例如，Cunter Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review*, 1983, vol. 2, pp. 239 - 285；以及，Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, 1996。

〔5〕 也许有人会对此提出异议，特别是指出司法审查制度或宪法法院。但是这些制度也以遵循宪法为前提，宪法的权威是不容法官质疑的；而且法官不能以“良善”本身对法律或宪法提出质疑。也会有人指出所谓“自然法”的复兴，但这只是法学界学术争论的事，基本上与法官或司法无关。这种态度最典型地表现在大法官霍姆斯给友人拉斯基的信中：“如同你们知道的，我总是说，如果我的同胞公民们想进地狱，我也会帮助他们的。这就是我的工作。”见，*Holmes - Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski*, 1916 - 1935, vol. 1, pp. 248 - 249 (M. D. Howe ed., 1953)。又可参看，Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999。

但是，在本文中，我将首先展现，在当代中国农村基层法院审判（包括调解）中，仍然以解决纠纷为中心。^{〔6〕}为什么？我的研究将表明，基层法官的这种关注是有道理的。但是，我的研究目的和隐含的结论都不是为了抬高纠纷解决，否弃规则统治。完全不是。研究本身就是“乐亦在其中矣”；在这一过程中，价值判断可以说是“于我如浮云”的。我的目的更多在于，如果规则之治是重要的，那么我们关心的问题就是应如何实现规则的统治？这一规则的统治在当代中国司法，特别是在基层法院中，有多大可能？基层法院的法官为什么更侧重解决纠纷？我还想分析，当法官背离制定法的规则时，是否就没有规则了？这种不注重规则的司法特点的形成，原因究竟是法官素质的问题（如同目前中国绝大多数学者所认为的那样），或者是有其他问题的制约？这种司法特点可能带来什么问题？此外，不同审级的法院，又是否可能有统一的司法目标——例如确认和落实规则？

二、两个“案件”

还是从个案切入。

在某乡人民法庭调查时，我顺便到该法庭正对门的乡司法所/法律服务所了解情况。当我正和一位年轻的、在此实习的该地区政法学校的应届毕业生交谈、了解情况之际，一位50岁左右的乡所在地（镇）的妇女在人民法庭的一位年轻法官陪同下走进屋来，要求同20多年前离家出走、至今杳无音信的丈夫离婚，

〔6〕实际上，中国各级法院都在不同程度上都更重视纠纷解决，但造成这种倾向的原因却有很大不同，对于中级以上法院，这些原因可能有级别管辖制、社会压力、法院在审判中的经济利益等。本文将不讨论这些更具偶在性的问题。

并请法律工作者写一个状子。在来乡司法所访谈之前，我曾在人民法庭见过这位妇女。当时，她向法庭口头起诉其不肖的儿子因向她要钱不得多次殴打她，她提出的诉讼请求是“断绝母子关系”。但是，为什么，这位妇女突然又会到司法所来要求撰写离婚诉状呢？我感到怀疑。^{〔7〕}

在与陪同前来写状子的法官进行了比较细致的交谈之后，我直截了当地提出了这个疑问。这位法官说，是几位“干警”非正式地听取了这位妇女的诉说之后，大家提出了这个离婚的方案，认为这样做对解决这位妇女的实际问题更为可行。这几位法官的逻辑大致如下：尽管儿子打母亲是违法的，而且也确实多次，但这个案件却很难处理好。因为这位妇女提出的诉讼请求——断绝

〔7〕 我的怀疑是，法庭是否打算多处理一个案件，多收一笔诉讼费？我的这种怀疑不是没有理由的，因为几年来的基层司法制度调查使我发现由于两个方面的原因，至少是在中级以下的各级法院及人民法庭往往都做出种种努力，以增加法院处理的案件数量，同时增收诉讼费；“开发案源”和“创收”已经成为当今至少是中级以下各级法院工作中最重要的一项工作，成为我们访谈的法官最常使用的一些语词。首先的一个原因是，案件处理数量的增长不知从何时起，在全国从城市到乡村各地都已经事实上成为衡量一个法院的工作绩效的主要指标之一。尽管这一点没有任何明文规定，但是各方法院均已将这一点作为天经地义的标准。即使新近得到国家表彰、并被评为全国优秀法院的北京市海淀区法院在1999年初公布的法院工作报告中，也将案件增长率作为证明其工作绩效的主要指标。而最高人民法院的数字也似乎有这种倾向。在这里，法院的思考逻辑是经济的，似乎工厂、企业的产品是利税，而法院的产品是处理的案件，因此，保证法院处理案件数量的逐年增长似乎成为各级法院几乎是一个不言自明的追求方向，似乎已成为中国当代法院运作的一个难以违抗的具有政治性的制度逻辑。尽管如此，事实上，在我们的访谈中，有许多法官、甚至是法院的院长都对这种指标表示了解乃至直截了当的反感。他/她们公开表示，不知道为什么社会纠纷、案件越多，越是表明有政绩。但是在实际报告中，他/她们还不得不按照这一格式写报告或向当地人大汇报。而另一个原因，则是由于法院的经费严重匮乏，自1980年代后期以来，“在为改革开放服务”之类的口号下，法院试图通过各种手段创收，以满足法院的办案、装备经费需求，同时也改善法院工作人员的生活待遇。本文并不打算讨论这种做法的利弊，而是为了作为一个背景知识，向读者表明我的怀疑不是没有根据的。

母子关系——没有法律根据，因此法庭无法“依法”处理这一“案件”。即使不考虑“不告不理”的司法原则，〔8〕这一案件也可能难以构成刑法上的虐待罪；但是即使这一罪名可以成立，这位妇女也未必愿意将儿子送入监狱（否则这位妇女为什么只是要求断绝母子关系，而不是指控“虐待罪”或其他罪？）；即使法庭为百姓“排忧解难”，主动干预，虐待罪勉强成立，拘役十天半个月甚或两年也无法防止被告释放之后再发生类似的殴打母亲的事件；或者，这一案件也许可以构成民事侵权，但是法院又能如何处理——这个儿子没有钱，无法赔偿；当然法庭也可以依据《民法通则》第134条禁止伤害，发出禁令，但这也并不解决问题，因为乡间缺乏相应的警力来保证其实施，这样一个禁令等于是一张空头支票。正是比较了几种处理问题的可能后果之后，法官才努力促成这位妇女废除那名存实亡的婚姻关系，以便她重新找一位老伴，让新老伴来保护她；也许这可以比法律更好地保护这个妇女的权益。〔9〕

〔8〕 根据《中华人民共和国刑法》(1997)第260条规定：“虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下有期徒刑、拘役或管制。”同时又规定，此款罪“告诉的才处理”。

〔9〕 对这一番解说，许多人可能提出怀疑。事实上，我也曾将信将疑。多年的社会和学术经历使我了解到，许多冠冕堂皇的言辞背后往往掩藏着不那么正当的动机和活动，例如“司法为改革开放保驾护航”的旗号背后的种种现实。但是，这位法官的另一番解释，使我基本信服。这位法官说，这个案件并没有什么钱，最多是50块钱诉讼费，但是法官却会为此付出很多劳动，审理这种民事案件法院并不“挣钱”；更重要的是，这位法官告诉我们，由于该妇女的丈夫离家多年，无人知道其下落，这位妇女必须通过报纸发布公告，这需要200元人民币，而法院准备替这位妇女代交这笔钱。此外，案件数量对于该法院来说也并不重要，该法庭是靠近某县级市的一个乡，经济相对发达，因承包产生的纠纷相当多，且可以集中办案，收取的诉讼费会因此增加，因此该法院并不存在以开发个别案件来增加案件总量的问题。这位法官说，开发案源，主要并不是一般性地寻找更多的案件，而在于寻找更多既容易处理、收费又多的案件。确实，成本收益的问题在开发案源时同样是不能不考虑的。这位法官的回答令我信服了。

由于时间和其他条件的限制，我们并没有看到这个案件最后是如何得到解决的，获得了什么样的法律或准法律的救济。但是，请读者不要在这样的问题上过多专注，因为在我看来，此案究竟如何解决对于本文的主题其实并不那么重要。重要的是，从这一非常简单的案件中，我们已经看到：在中国，基层法院法官在处理司法问题时一个主要的关注就是如何解决好纠纷，而不只是如何恪守职责，执行已有的法律规则。只要我们理解到这一点，我们再来看法官对于这个案件的处理进路、思维方式和解决方法，就可以看到法官完全是实用主义导向的。^[10] 他/她们在当地各种条件的制约或支持下，权衡各种可能的救济（法律的和其他的），特别是比较各种救济的后果，然后作出一种法官认为对诉讼人最好、基本能为诉讼人所接受并能获得当地民众认可的选择。在这里，诉讼根据、法律规定的法官职责、有关法律的程序规定和实体规定都不是那么重要，重要的是要把纠纷处理好，结果好，“保一方平安”；有关的法律规定往往只是法官处理问题的一个正当化根据，或是一个必须考虑甚或是在一定条件下必须有意规避的制约条件。

[10] 实用主义是一个风情万种的概念。在司法上，特别是与本文介绍的两个个案相关，很容易同我们习惯说的实质正义相等同或相联系。但是，两者其实有很大不同。严格的实质正义，往往会忽视成本收益的分析。而实用主义进路是会将这类因素考虑进去，甚至会因为实质正义的成本太高，从而坚持程序正义。因此，我采用的实用主义概念并不是有用即真理的传统表述，而是在司法上，法官在制度和其他环境制约条件下，比较几种可能的解决问题的办法，力求一种在特定时空中后果相对合理的解决方案。因此，法官一般并不坚持——特别是在一些难办的案件中——有惟一正确的解决问题的方案。实用主义是“一种努力以思想为武器促成更有效行动的、以未来为导向的工具主义”。关于其在法律上的意蕴，请看，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, introduction.

仅仅通过这一个案就对基层法院的司法特点作出概括，可能会遇到两个麻烦。首先是普遍性问题，从一个个案就试图抽象出基层法院的一个共同特点，这个过程至少是值得怀疑的。对于这一点，我当然可以列举大量案件来例证，但这并非十分必要，而且任何枚举都难免遭到休谟提出的归纳问题的诘难。因此，这一点也许是无法回答的，是否接受这一不完全归纳，也许更多需要诉诸我们的常识。在我看来，更重要的是第二个麻烦，即这个案件其实还并没有构成一个严格意义上的“案件”，因为它尚未进入正式的司法审理过程，仅仅是在法律的门前徘徊；因此，人们完全可以说，在正式审判活动中，法官或许会更为注意规则，而不是或至少不仅仅是纠纷的解决。要回答这些疑问，我们必须对现实进行新的、深入的观察。

新的观察肯定了我的这一概括。离开这个法院后，我们又到了另一个大山区的乡人民法庭。在这里，我们观看了一起赡养案的开庭审理，一对老年夫妇起诉四个儿子。此案最终以法庭调解解决。与本文有关的、且给我留下了深刻印象的是，在法庭审理调解的最后阶段，法官不仅提出了狭义的赡养问题，而且考虑到老人同谁居住、口粮、生病的医疗费、死后的丧葬费、棺材等问题，甚至还考虑到老人的吃油包括荤油和素油问题，考虑到老人吃蔬菜的问题，考虑到儿子提供的粮食中是否还有绿豆和黄豆以及有几斤黄豆和绿豆的问题。这些问题在我们这些城里来的“法学家们”看来实在是非常琐细，更像是张家长李家短的“家务事”，根本不是什么法律争议，与规则更是毫不相关。并且，这些问题全都是由法官主动提出来的。尽管其中的某些问题，例如素油和荤油、黄豆和绿豆的问题，后来为争议双方协议以现金支付方式排除了（这一在我看来非常重要的细节所具有的理论 and 实践意蕴，我将在后面讨论），但是，法官在这个案件中所表现出

的那种对于世俗事务的具体细节的熟悉以及不厌其烦的关注都引出了我和另一位调查者的赞叹。在这里，我们再一次看到法官在努力解决纠纷，而不是确认法律规则（尽管其不自觉地符合了某些法律规则）；甚至，由于这种对于解决纠纷的关注，法官忘记了一些司法的基本规则。例如，法律救济的细节问题不应当由法官提出来，这在一种广泛意义上，违背了“不告不理”的基本的司法原则和法官的制度角色。

三、关注的差异

我们还可以举出，并且在其他文章中也曾提到一些类似的例子。^{〔11〕}在这些案件中，我们这些经过了多年法学院训练的调查者的前提预设关注显然与基层人民法庭的法官不同。我们关心比较多的是法律教科书告知我们的或是我们了解的国外法院和法官的职责，以及这种应然与中国基层法官在广义的司法活动中的实际角色构成的反差。如果严格依照“应然”，在我们看来，在前一案件中，法院和法官应当严格恪守“不告不理”的司法原则，而不能采取积极主动的执法部门的态度来处理纠纷；如果诉讼人没有恰当的诉因，法院就应当简单驳回诉讼；法官更不应当充当律师角色向案件当事人提供法律咨询和服务，尽管这很符合“便民利民”的通行做法和“人民公仆”的政治意识形态，但这种做法却违背了“法官中立”的司法职业伦理，对潜在的另一方当事人是不利的。就后一个案件，我们首先看到的是，依据婚姻法，

〔11〕 参见，苏力：“基层法院审判委员会制度的考察及思考”一文。

子女有赡养父母的义务，而被告没有起诉其两位出嫁多年的女儿，就在这种情况下，法官就开庭审理此案了；从法律的规范角度出发，我们认为法官完全没有必要关注、特别是不能主动提出那些荤油素油、黄豆绿豆之类的救济，而应当依据法律作出决断或调解即可。我们也相信，绝大多数受过正规法学院训练的中国人，包括许多上诉审的法官，都会得出与我们类似的观点。

我们与基层法官的关注确有不同，但这并不是说，我们根本不关心纠纷的解决，而仅仅注意规则。事实上，任何一个人都不可避免地要关注纠纷或争议如何处理，即使是以法律审为主的上诉审法官也不会完全不考虑纠纷的实际解决，而仅仅顾及规则。^[12]而另一方面，我们所调查的这些基层法官也并非不关心法律规则。在前一个案件中，法官还是从一开始就拒绝了关于“断绝母子关系”的“诉讼”请求，只是同时又建议她离婚。在后一案件的审理中，我们也亲眼看到主审法官为严格恪守民事诉讼法的规定而不厌其烦地向莫明其妙的双方当事人解释他/她们所拥有的“申请回避的权利”和“辩论权”，^[13]并告诫了（尽管后来当事人的行为证明这种告诫是徒劳的，但是法官并没有像美

[12] 例如，美国联邦最高法院都常常考虑纠纷解决和执行问题而将其司法判决温和化。在著名的1896年的承认“种族隔离平等”原则的 *Plessy v. Ferguson* 判决中，最高法院接受这一原则的一个基本理由就是法律无法消除人们之间的种族偏见。这个理由也许是错误的，但不是教条主义的。1954年推翻 *Plessy* 案的 *Brown v. Board of Education* 判决中，也只要求政府采取有节制的速度废除种族隔离，同样显示了一种司法上的审慎。

[13] 在另一个人民法庭，法官实在无法向当事人解释清楚什么是“辩论权”，因此说辩论权就是“你可以吵架，但不能骂人”。

国法官那样一面敲着法官槌一面大喊“order”) 法庭纪律。^[14]显然, 规则对基层法院的法官还是构成了一种有力的制约, 基层法院的法官在努力遵循法律规则。

但是, 即使有这些努力, 我们在这两个案件中看到的更为突出的是法官为“超越法律”(overcoming law)^[15]所做的努力。至少在法官解决这两个纠纷的努力中, 有关的法律规则似乎并没有起到法理学或法律经济学教科书上告诉我们的那种“可以节约交易费用或诉讼费用”的作用, 相反, 倒是更增加了法官在解决这两个具体纠纷中所花费的成本。我在这里当然不想就这些规则是否合理、是否就总体来说减少了交易费用或信息费用加以讨论, 那将陷入哥德尔定理。我们在这里看到的是, 有关的法律规则与案件处理是脱节的, 如果要处理问题并处理得比较得当, 法官就必须调动和运用其个人的智慧(且不对这种智慧作褒贬)在某些

[14] 这些纪律中至少某些被公开然而又是不知不觉地违反了。给我印象最深的是, 主审法官告知双方“当事人不得随便离开法庭, 离开必须得到法庭的批准”。但是, 法庭辩论中, 被告之一说着说着就站了起来, 一边向外走, 一边说, 其潇洒程度犹如美国电影中向陪审团作最后陈述的辩护律师或控方律师。出门之前, 他还向法官前面的地上吐了一口唾沫(这只是习惯动作, 绝无“亚足联”赋予使郝海东被禁赛一年的那口唾沫的含义), 然后出门上洗手间去了。没有人——当然我们这两个外来的调查者除外——包括法官、原被告和旁听席上的听众觉得这有什么奇怪、唐突或突兀。当然, 洗手间这个词用在这里实在有点不伦不类, 那是一个靠在审判庭后墙的一个用几根木棍和木板搭就的厕所, 而从厕所的木板之间的巨大空隙, 你完全可以展望远处的青山和溪流; 厕所是简易的, 但它不是我们城里人理解的那种“简易”(临时的), 它的使用实际是长期的。厕所旁边是该法庭“首席法官”的妻子——一位不识字的农村妇女——养猪糊口补贴家用的猪圈, 那里饲养了7头大小不一的猪。

[15] 这是波斯纳法官1995年出版的一本新著的书名。这些人民法庭法官试图超越的和波斯纳法官所试图超越的法律大不相同, 有人会指出; 对了, 如果读者你能看到这一点, 你也许更应当而且可能感受到同为“法官”和“法院”牌号背后的一系列支撑性差异。

法律规则之外或法律没有明确规定的地方做出努力。在这里法官关注的是解决具体问题，关注的是结果的正当性和形式的合法性，关心的是这一结果与当地社区的天理人情以及与正式法律权力结构体系相兼容的正当性。他/她们具有很强的实用理性的倾向。他/她们是结果导向的，而不是原则导向的；是个案导向的，而不是规则导向的；用韦伯的术语来说，是实质理性的，而不是形式理性的。他/她们运用的知识，如果从现有的正统的法律知识体系来看，是非规则性的知识，是相当具体的知识。

四、为什么关注纠纷解决？

在时下的语境中，我已无需为我和同仁们的关注和知识作什么正当性的辩护。尽管我常常有旁门左道之嫌疑，为一些学者所不习惯（因此被贴上了保守主义，或后现代主义，或危险的思潮之类的标签等等），但是从知识的谱系上看，我可能还是更多属于主流，即赞同现代化，赞同统一的法治，并不时地流露出对自己耳濡目染 20 年的法律知识的钟情。只是，当我看到基层司法中的这些现象时，我无法且不敢轻易否定基层法官的关注和知识；而且如果对中国社会还有所了解并对中国百姓的生活有些微同情的读者，读了并真正理解我在前面脚注 14 中的细致描述之用心的读者，也很难将这些法官的关注和知识轻易地完全否定。然而，更重要的是，我想了解为什么中国的基层法官会更关注问题的实际解决，而不是一般地关心已经得到正统化的法律规则？

按照韦伯的观点，这主要是一种法律文化影响的产物。^[16]这种观点，近年来也为许多中国学者、包括我自己所赞同。^[17]但是通过几年来的调查访谈，我日益发现，这种解释的解释力很成问题。相反，马克思主义的历史唯物主义观点，以及在某些方面与这一传统实际有（尽管有人会否认）承继关系的新制度经济学和法律经济学所提供的解释框架具有更强的解释力。

只要我们重新考察一下上面的两个例子，同时认真地想一想中国农村的社会条件，我们就不能不得出一个结论：只有考虑到这些琐碎具体的问题，并保证这些琐碎问题能够得到落实，一个案件或纠纷才可能真正解决。如果仅仅依据法律作出一纸判决，不考虑这些具体问题，那么判决或处置措施在法律上可能很正确，很有正式制度的合法性和正当性，却很难甚至根本无法得到落实；或者其执行成本很高，无法普遍地实行，以至最终还是没有实现规则的治理。

在“断绝母子关系案”中，如果法院简单地依据法律规则去办事，那么法院就会而且应当驳回诉讼请求。由此而来的结果是，在制度层面上，我们会看到少了一个案件。但是在中国农村社会中，这个纠纷依然而且将长期存在，并因此会断断续续地在这个人民法庭重复提出，直至某一天，儿子虐待母亲过重，构成犯罪，提起刑事诉讼，入狱收监。而即使如此，这个案件也还是未必能够解决。两年之后，儿子放出来了，这样的问题可能还会再次发生。在美国，这样的案件往往是由警方来处理，但是，在

[16] Max Weber, *On Law in Economy and Society*, trans. and ed. by Max Rheinstein, Harvard University Press, 1954.

[17] 苏力：“市场经济需要什么样的法律？”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

中国农村，由于财力和人力的限制，警察和其他治安人员数量很少，^[18]且其主要任务往往也不在此，而是要协助政府抓“大事”（犯罪、抓赌、催粮要款、计划生育、扶贫等），因此，这种家庭内部的纠纷往往是被执法部门遗忘或有意忽略的。如果从宏观层面上看，这再次表明中国国家，由于财力和人力的限制，对中国农村基层的统治是相当薄弱的，中国的国家力量无法将自己希冀的法律秩序和法律规则切实有效地向下贯彻落实。^[19]

“赡养案”的庭前调解也同样如此。由于执法力量的薄弱，中国法院目前的特点之一就是它“必须考虑……它自己能否执行自己的决定”。^[20]因此，至少在这类案件中，在法庭上，在法官的指导下和法律的威胁下，通过双方协商达成的协议一般要比法院的强行判决更容易得到切实执行，且法院的执行成本要低得多。但是，协商达成的协议要能够得到切实执行并且不再引起纠纷，很重要的一点就是要足够地细致，即“产权”界定一定要明确，而且这种界定一定要适合中国农村当地的经济情况和农民的生活生产状况。否则，字面的协议可能得到落实了，新的纠纷还会继续发生。例如，吃粮的问题解决了，花钱的问题却出来了；吃饭的问题解决了，吃菜的问题却没有解决；吃菜的问题解决了，吃油的问题却没能解决。而如果其中任何一个问题没有解决，整个纠纷就会再次发生，就有可能——尽管不必然——形成一个新的诉讼。对于一个平民百姓来说，这会意味着许多不便，甚至是某种苦痛。对于一个法官来说，即使是一个偷懒的但还不

[18] 在中国农村地区，一般一个乡有一个公安派出所，有的乡设有三四个警务区，每个区一般只有一名“公安”，一名治安联防队员；一个乡只有一名司法助理员。

[19] 参见，苏力：“为什么‘送法上门’？”，载《社会学研究》1998年第2期。

[20] 参见，苏力：“基层法院审判委员会制度的考察及思考”一文中“两个例子的简析”一节。

是无所顾忌的法官，他/她也不愿意一而再、再而三地陷在同一个并没有多少意趣的案件中。加之，中国基层法院尤其是人民法庭的法官与当地社区有很深的联系、且因此在一定程度上分享了该社区之情感和伦理，^[21]所以，无论从哪个角度，一般说来，他/她都不愿意这种事情在自己的周围反复发生。

因此，中国基层法院的法官面临的问题就不仅是如何决定更为公正、更符合规则的问题，而且要考虑决定之后如何才能得到实际贯彻落实的问题。他/她就不得不将这些就制定法的规则上看非常齐整但实际处理起来极其复杂的问题尽可能地以某种并不一定符合法律规则和法官的制度角色但能够“化解纠纷”的方式解决。当然，由此基层法院也经常处于一个非常尴尬的位置。在我们的调查中，许多基层法院的院长、法官告诫我们的一条经验就是，法院必须“注意自己的判决能否得到执行，判决是否能获得社会的认可”。我们不能仅仅将这条经验当做一个缺乏现代法律意识的民粹主义的标志，而更应当理解什么样的社会制约使得他/她得出了这样的经验。

当然，制约中国基层法院法官司法的条件还很多，而且由于各地的情况不同，制约条件也有很多不同。我不可能也不打算在此文中一一枚举。我认为，枚举每一个可能的或现实的制约条件并不重要，重要的是我们在研究中国的司法制度时，要有这种意识，并注意发现种种制约条件。而法官的关注和知识往往就是回应这些社会制约条件的产物，不同审级的法官的职能可能是文字规定的，但是他/她们的实际运作和功能却不得不回应这些社会的制约条件。

[21] 这是我在中国中部地区调查中的一个基本判断。关于这一点，需要另文分析。

五、特殊主义背后的规则

写到这里，很多读者会很容易以为本文的目的在于要抬高这种中国基层法官的“反智主义”或“特殊主义”的倾向，并且为之正当化。其实未必。我之所以选择了这两个不带强烈道德色彩的、中性的但确实又有点儿司法上“违法”的案件进行分析，在一个层面上是为了更为理智地理解当今中国法律中的一些看来奇怪，追究起来未必奇怪，但往往被一些因其理想主义和概念法学而平庸起来的法律人或记者过分道德化了的现象。这也许有助于我们更真切地理解中国法院的一些问题，从而寻求解决问题的办法；并且进而有助于理解中国法治的艰巨性。

表面看来，法官的这种解决纠纷的导向所表现出来的特殊主义是以牺牲规则为代价的，但这种结论只是在假定惟有制定法的规则才是规则并认同其天然合法性的前提下才可能得出。如果从另一个角度仔细观察，至少在这两个案件中，法官的思考和处置未必是没有规则指导的。就以赡养案的一些细节为例。在此案中，法官主动提出了绿豆和黄豆、荤油和素油这样非常具体的问题，如果从城市人或其他地区的人的角度来看，从一种商业社会的角度来看，或者是从全国各地具有共同性的支付方式来看，这确实是一种非常个性化、特殊化的处理。但是，如果从当地的历史来看，也许在过去相当长的一段时间内，赡养老人的支付通例或规则就是如此，且只能如此。对于长期生活在这一环境，并习惯以这种方式解决问题的法官来说，这种做法就是规则的。在这个意义上，这位法官遵循了当地的规则。我们在法庭上看到，这位法官很自然地提出了这类问题，而且双方当事人也很自然地就

法官提出的这一问题进行了意见交换，并没有任何由于意外才可能发生的那种沉默或反对，这就表明他/她们分享了这种公共知识和规则。

因此，问题也许并不像我们乍看起来那样，法官违背了“不告不理”、“救济方式由原告提出”的规则。问题在于，当一个全国性的制定法规则，一个主要以城市社会的交往规则为主导的全国性法律的规则体系被确定为标准的参照系之后，就出现了地方性规则与全国性规则之间的冲突。也正是由于全国性规则的正统化地位以及它的支配力，才使得法官判决对地方性规则的任何迁就，在我们这些主要是接受了全国性规则正统地位的调查者（因此我还是属于主流）看来，都是非（全国性）规则化的，都是注重纠纷解决的，都是特殊主义的，都是以牺牲规则性为代价的。因此，在这里，我们看到，这个遵循规则与纠纷解决的两分和冲突实际是现代化和现代民族国家之构建带来的，现代民族国家的形成要求规则的统一、暴力的垄断，地方性规则在这一过程中逐渐失去了其正统性。

我们也可以看到，在这样的案件中，法官是否严格遵守全国性规则的问题并不是一个道德观念的问题，甚至也不是一个法官素质问题。至少在这两个案件中，法官的意图从世俗意义上看完全是良善的，尽管在制定法上未必能接受。这里，我所关注的问题并不在于对法官的动机或用意如何予以道德评价，我看到的是，在这样一种社会环境制约下会促成法官养成什么样的习性、积累什么样的知识，进而形成一种司法传统和风格。而一旦这种习性和知识形成，法官就难免将其带入到其他案件的审理中，乃至带到法官谋求个人私利的案件中去。而当我们仅仅揭露了这后一类涉及法官个人道德品质的违法乱纪的问题时，并因此简单地用加强行政、司法监督和舆论监督的进路来处理这类问题时，由

于没有真正触及造成这类问题的社会原因，这些措施就不仅不可能长期有效，而且往往掩盖了对产生这种“违法”的更深层面的社会条件；而另一方面，舆论监督还可能强化这种司法风格，使得法官更为关注个案能否获得社会或社区的认同，完全忘记规则之治，从而可能形成一种恶性循环。

我因此对某些提高法官的素质的措施——比如说，重新强调并反复强调规则的重要性，强调有法必依、执法必严，将法治作为一种新的意识形态予以灌输以及法官的正规教育——的有效性（而不是其必要性）有很多怀疑。^[22]真正有用的知识必须是能解决实际问题的，因为真理总是相对于所要解决的问题而言的。如果你问我多大年龄，我告诉你我家住北大蔚秀园，而且我家也确实住在北大蔚秀园；我的回答是真实的，但是这种“真实”并没有回答你所提的问题，因此是没有意义的。对于你来说，我的正确回答和一个错误回答是一样的。^[23]因此，笼统地引介具有普遍真理性的司法原则和司法知识，而不是对症下药，那么即使有普适的真理，这个真理也会在特定语境中失去其可能具有的“真理性”。既然中国基层社会、乡土社会中纠纷具有的特定的丰富性和多样性，还没有标准化，那么，如果不是必须，那也是需要通过许多非规则的手段才能真正得到解决。这是一个常常被遗忘的问题。

当然，这并非否认法律、特别是国家强制力支持的法律活动具有塑造社会、使之标准化的作用。但是，我们必须看到，这种

[22] 这种状况几乎是普世的。在美国法学院中，职业伦理课不仅学生讨厌，甚至教此课的教授也抱怨万分。请看，例如，Thomas D. Eisele, "From 'Moral Stupidity' to Professional Responsibility", *Legal Studies Forum*, vol. 21, 1997, p. 193.

[23] 这个例子来自，詹姆斯：“实用主义的真理概念”，收《詹姆斯集》，万俊人、陈亚军编选，上海远东出版社1997年版，页37。

作用经常是有限的。因为实践中的法律并不总是以、而仅仅是最后才以国家强制力为后盾的。当我们骑自行车闯红灯被一个戴红袖标的老头儿或大妈叫住，批评我们，甚或是罚款之际，我们大多数人都会很服帖地接受批评甚至罚款。但究其原因，并不是我们打不过他或她，也不是我们畏惧逃跑后会被抓到（其实，如果真正跑了，绝大部分是不可能被抓到的，由于成本问题，甚至不会有人去抓），而是因为我们每个人都接受了他或她作为国家权力之象征的正当性。因此，并不是这位老头儿或大妈的强力，或者是他/她们可以迅速地叫来警察使得我们服从，而是因为我们的心灵和行为已经为此前的社会生活塑造了，被塑造得相对标准化了。因此，作为国家权力或法律规则可以借助这位老头儿和大妈对我们进行规则性的治理。

由此，我们就可以看到，真正要实行规则之治，一个非常重要的前提条件是规则之治的治理对象本身要具有一定程度的规则性。而这种规则性不可能通过我们制定规则，将不规则的现象纳入一个规则的条文就可以解决了。正像恩格斯当年对杜林先生的辛辣挖苦一样，你可以把鞋刷子和哺乳动物统一在思维中，但是鞋刷子决不会因此就长出乳腺来。这种统一性，本身就是需要证明的，而不是假定或想像的。^[24]

六、现代化与规则

分析到这里，我似乎陷入了一个“恶循环”：规则之治的一个前提是社会生活本身具有较高的规则化，而社会的规则化又必须依

[24] 恩格斯：《反杜林论》，《马克思恩格斯选集》卷3，人民出版社1994年版，页381。

凭规则的统治才能塑造。因此仅仅从逻辑上分析,我已经是死路一条。但情况并非如此,正是在这里,我才要重新强调法治和现代化的关系,才要将规则之治同当代社会的整体性变迁联系起来考察。这就是我在其他文章中曾强调过的一个观点,即现代的法治是现代化工程的一个组成部分,而不是历史上法治概念或理念的延续。^[25] 现代化本身就是一个重新塑造我们的生活世界和作为生活世界一部分的我们的过程,它将我们每个人都在一定程度上标准化了,将我们的生活环境、行为方式、甚至是在某种程度上的思想感情都标准化了、规则化了,只有这时,作为规则的法律才可能比较有效地起作用。在这一塑造人的过程中,法律或法律的理念作为一个因素是起作用的,但仅仅是其中的一个因素,社会生活的每个方面也在起作用,有时甚至会起更大的作用。

我们仍然可以用赡养案的一些细节来感受这个问题。法官提出了绿豆和黄豆、荤油和素油这样非常具体的实物支付,但是,诉讼双方最后却同意以货币方式这种更具普遍性、标准化和规则化的方式解决这一问题。这是为什么?在我看来,这表明,由于经济发展、市场经济带来的货币在中国农村社会中的流通增加,使得争议双方都可能且愿意以一种更规则化同时交易费用更低的支付方式来解决他/她们之间的纠纷。在先前的包括改革开放前的农村社会中,由于农民缺乏现金,大量的赡养案件就无法以这种更容易规则化的支付方式来解决,^[26] 因此,只能以诸如黄豆、

[25] 苏力:“现代化视野中的中国法治”,同前。

[26] 我真切地记得当时农民的一句话,“鸡屁股是银行”,母鸡生蛋是他/她们能获得流通货币的惟一途径。尽管改革开放以后,农民的粮食问题很快就有了根本性改变,但是流通货币欠缺的状况之改变要晚得多。农民为什么不能接受打白条、打绿条,并不仅仅因为这是强制性的,更重要的是他/她们需要流通的货币,也正因为如此,在许多地方,“白条”或“绿条”都成为了流通货币的替代。

绿豆、荤油、素油等实物完成支付。法官只能迁就现实，采取一种从全国或从现代化的角度来看是特殊化、但从当地来看却更具规则化的实物支付方式解决这类纠纷。正是在大量的这类实践中，法官形成了他/她的关注，积累了他/她的司法知识，这些社会条件构造了其知识的谱系，形成了他/她们的司法风格。

当然，促成支付方式的改变，农民手中的货币增加只是一个因素，还有其他社会因素，例如，能购买到黄豆、绿豆、荤油和素油的市场。这是一个同样重要的条件。如果没有这样一个相对恒常且容易为诉讼当事人进入的市场，那么即使有了货币，这位老人可能还是不愿以现金支付替代先前的实物支付。例如，在此案中，老人就一直强调棺材要实物给付，重要的就是因为，即使在这个大山区，由于政府多年提倡火葬以及其他因素，棺材也已经是越来越稀缺的物品，没有便利的棺材市场，至少是没有公开的市场，因此，即使他有钱也不一定可以方便地用货币随时购买。

因此，我们可以看出，在城里人看来更为简单、天经地义的赡养费货币性支付这种更为便利、更为规则的治理方式，实际与有无规则规定、规定是否明确的关系并不像我们想像得那么大，而竟然是与货币的普遍流行、农产品市场的出现和便利以及其他我在这里无法一一提及的因素关系更紧密。^[27]规则竟然是附着于这些非常细小、不起眼因此常常为我们这些学院派法律人认为与法律毫无关系的制度和因素才得以起作用。更重要的是，至少在这一案件中，我们也看到，当社会条件发生变化，当某种新的规则性成为可能之际，当事人也并不会一味坚持传统的地方性规

[27] 例如，在“断绝母子关系”的请求中，法院之所以不发布禁令，很重要的原因是缺乏警力来保证执行。

则。在赡养案中，双方当事人甚至拒绝了法官先前积累的那种知识，拒绝了他那种事无巨细都必须切实考虑的司法风格，是他们“迫使”法官采取一种更为规则化的方式处理这些问题。而且这种规则化在此案中并没有影响纠纷的解决；至少是在支付方式上，纠纷解决同规则治理获得一种新的统一。夸张一点儿说，在这里，我看到的不是法官在向民众普法，而是民众在向法官普法。

只有从这个角度，我们才能理解现代规则之治无法同现代化这个大工程发生分离。可以说，现代化的各个方面（包括法律本身的活动）都在塑造一个相对而言可能更为规则化的世界，而就在这一过程中，法律的规则之治也获得日益普遍的现实的可能性。因此，本文的分析可以说提醒我们更多地从一种实证分析角度而不是一种意识形态的角度重新理解“规则之治”是现代社会的产物。现代社会对规则的确认并不是或不仅仅是一种规范性要求，而是一个实践的问题，是一个过程。法治的建立因此就主要不是当权者或决策者如何下决心的问题，而是一个社会自身的重塑和整合的过程，一个系统的制度、机构和环境的形成。如果用福柯式的话来说，只有有了并附着于这一套非话语的机制，（法治的）话语的机制才能够活跃和运转起来。

1999年元月30日初稿

3月18日二稿于北大蔚秀园

第六章 纠缠于事实与法律之间

道可道，非常道，名可名，非常名；
无名，天地之始，有名，万物之母。

——老子·章一

一、引子：韦伯与秋菊

韦伯在上个世纪末或本世纪初，基于他对法律将不断形式理性化的推论，曾担心未来的司法会像一台自动售货机，你把写好的状子和诉讼费放进去，就会自动送出判决。^{〔1〕}韦伯的想像力显然受到了他那个时代的限制。首先，他的想像力只能是自动售货机，而如今在 windows2000 已预告上市的 20 世纪的最后一个冬天，自动售货机已经算不上什么了。其次，然而更重要的是，韦伯的自动售货式司法的想像。在这里，韦伯要么是下意识地放弃了他在其他时候一直坚持的文化相对主义，而自觉不自觉地受到

〔1〕 Max Weber, *On Law in Economy and Society*, ed. by Max Rheinstein, trans. by Edward Shils and Max Rheinstein, Harvard University Press, 1954, p. 354; 韦伯的《经济与社会》写于 19 世纪末 20 世纪初。

当时德国高度概念化、形式理性化的法哲学和法学追求以及德国的国家职权主义司法模式（特别是在刑法上）的影响，^{〔2〕}确信进入司法机器的所有法律纠纷的事实将“天然”是整齐、明晰、完整的，可以用一套干净、利落、精确的法律语言做出描述，用一套法律核心概念（关键词）组织成一个系统，因此所有的诉状都会符合“自动售货机”要求的格式，完整陈述了可以由该机器识别处理的案由和诉因、事实、可适用的法律以及救济。要么就是，韦伯认为，社会的形式理性化将最终席卷全世界，湮灭任何个人感受和社会文化的差别，因此任何案件在进入司法之前，无需律师或检察官或其他法律人的干预，就已经格式化了。否则，韦伯就不可能有这种担心。

为了说明这一点，也许我们可以再一次以秋菊为例。^{〔3〕}想一想，如果是秋菊来打官司，秋菊会提出什么样的案由？她会诉诸什么样的规则？会提出什么样的救济？这一切是否符合司法自动售货机的要求？韦伯所设想的自动售货机式的司法又会如何应对？

也许这个司法机器可以理解秋菊的案由——村长打了秋菊的丈夫，要求给予法律的救济；但是它肯定无法辨识秋菊所诉诸的明显具有地方性的规则——“不能往那个地方踢”，也不能理解秋菊所要求的那种救济——“给个说法”。在秋菊打官司的问题上，现代司法运作的规则是，打人侵犯了公民人身权利，但只有当行为有比较严重后果时法律才会对之采取行动；因此，司法不

〔2〕关于当时德国法学的理想和追求，请看，Mary Ann Glendon, Michael W. Gordon, and Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, 2nd ed., West Publishing Comp., 1994, 页 56—57。

〔3〕苏力：“秋菊的困惑与山杠爷的悲剧”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，页 23 以下。

会接受秋菊对人体各部位重要性的判断和区分，不会接受秋菊或她所在社区赋予“那个地方”的特定的文化含义。对于村长打人，司法也不可能给秋菊所要的说法，而只能给她以困惑：要么是法律不管；要么是把村长给抓了。因此，只要还有秋菊这样的要讨“说法”的“法盲”存在，韦伯关于司法理性化之结果的预言就无法实现。

但是，秋菊的存在并没有证明韦伯错了。事实上，秋菊的存在，从另一个方面，恰恰证明了韦伯并不是忧天的杞人。越来越多的研究确实表明：现代的司法（即使是中国目前的也许还不那么现代化的司法）确实已经如同一台预先设定了程序的机器。它就像是一台奔腾 III 型计算机，尽管其运算速度很快，应用领域很广，但它还是只能处理那些符合其预定程序、满足其要求的文件，用如今人们熟悉的话来说，必须是一种格式化了的文件。司法的程序化运作必须要有一个相应的格式化了的世界。或如冯象君指出的，现代法治通过自身的叙事不断创造像秋菊这样的“反叙事”来确认自己的合法性。^{〔4〕}

秋菊只是一个虚构的人物，但这并不意味着秋菊的经验就一定是虚构的。其实有类似经历的大有人在。我在上一章就曾提到一位农村妇女，儿子要钱并多次打她，她向当地人民法庭提出“断绝母子关系”的诉讼请求。^{〔5〕}但是法律上没有这样的诉因，同时这位妇女又不希望控诉其儿子虐待罪——把儿子送进监狱，因此，遵纪守法的法官只能一方面在法律上拒绝她的诉讼请求，另一方面“超越法律”，扮演起社会中律师的角色，建议她同已

〔4〕 冯象：“秋菊的困惑与织女星文明”，收入《木腿正义》，中山大学出版社 1999 年版，页 18 以下。

〔5〕 请看本书“纠纷解决与规则之治”一文。

离家出走不知去向 20 多年的丈夫离婚，另找一个老伴，防止其儿子的骚扰。这种法律机器对这种诉讼请求的“不能识别”和拒绝，不正反映了司法机器的运作要求案件有一种可以识别处理的特定格式吗？

也许，这两个例子多少都有点悲剧的色彩，似乎都要有意出“法律”的洋相，因此很容易被人扣以“反法治”的帽子。面对这样的质疑，不能不令人想起霍姆斯概括的中世纪浪漫骑士：你仅仅承认他的情人很棒还远远不够，你还必须承认她是最棒的，否则，你就得接受决斗。^{〔6〕}这种态度，如果不是为了推进法律人的集团利益，那么至少也是盲目接受了主流意识形态的法治乐观主义话语，不太情愿正视社会生活包括法律本身必然会存在某种局限性，以及由此而必然会有的法治的难堪。事实上，任何事物都是有利有弊，如果真正意识到法律的局限，完全可能有助于我们理解和完善中国当代的法治事业，而未必一定要在人治或法治的乌托邦极端之间作出选择。

本文将基于这种心态来分析一个不那么刺激人的司法案件处理。我力求在全文中展示中国基层法官如何纠缠于格式化的司法与非格式化的现实之间。以个案分析为基础，我将集中讨论两个有联系但关系并不紧密的司法中的“事实争议”问题。在微观层面，我将在第三和第四节分析中国基层法院中的“定性”问题，试图展示，中国基层法院法官如何依据司法的格式来处理非格式化的社会现实，处理那些无法用现代法律概念涵盖的“事实”。在宏观方面，我将推进上一章最后提出的问题，从经济生产方式

〔6〕 Oliver Wendell Holmes, Jr., "Natural Law", in *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, ed. by Max Lerner, Modern Library, 1943, p. 394.

入手，分析这种社会生活的非格式化问题为什么会存在、为什么会令格式化的司法难以回答。

二、耕牛的纠纷与法律的纠纷

首先，还是让我们看一个纠纷的始末；但是，请记住，由于历史是永远不可能再现的，任何描述因此都只能提供一个大致情况。

1984年，村民甲因资金不足，向自家亲戚、本村另一组〔7〕村民乙借了300元人民币，加上自己的资金300元（但没有证据）购买了一头耕牛。1987年，村民乙因同他人伙养的耕牛死亡，没有耕牛使用，向原告提出要求共用耕牛。村民甲称当时双方口头协商：村民甲无需偿还借款，所借的300元作为村民乙的“搭伙”费，村民甲将保证村民乙每年都有牛使用；耕牛所有权则归村民甲（没有充分的证据；但村民乙在法庭上承认自己“养不活牛，养一条，死一条，所以让村民甲养”）。村民乙则称，双方合伙时，曾将耕牛折价为600元（有证人，但证人是村民乙的亲戚，并与村民甲曾有过经济上的纠纷；证人也仅仅证明双方谈到过耕牛折价，至于其他细节则表示不了解）。据村民甲又称，次年倒卖这条耕牛时，其售价为1100元人民币。

在此后的近9年里，双方均承认，村民甲一直保证了村民乙有牛使用，村民乙没有在耕牛身上有任何形式的新投入；但两人

〔7〕注意，在此地，因是大山区，所以一个行政村往往由多个自然村落（每个村落可能只有两三户人家）组成，相距最多时甚至可达数里山路。

在耕牛使用的时间安排上也曾多次发生过一些小的摩擦。此外村民乙称，自己已有两年因土地已承包给他人而未使用耕牛（村民甲对此没有否认，也没有承认）。在此9年间，村民甲曾先后独自三次倒换耕牛（据村民甲称，倒卖的主要目的是为了保证耕牛“好使”，否则10多年下来，原先的牛会老得没法使了）。对这些倒卖，被告均事后知情，从未提出任何异议。1995年6月，村民甲购买的母水牛生了一头小牛，喂养了近一年之后，卖给他人，获人民币1000元；同样，村民甲事先没有告诉被告，事后也未分钱给被告（这是一个事实描述，并不隐含村民甲有义务告知或分钱给村民乙）。一个月后，村民乙到村民甲家中称要耕地，把牛牵走。数日后，村民甲得知村民乙已经把耕牛卖给他人，获款1400元。

村民甲因此到驻该乡的人民法庭提起诉讼，称自己对耕牛享有所有权，村民乙只有耕牛使用权，这个案件是一个耕牛“搭伙”，要求返还耕牛并赔偿经济损失。村民乙则称自己1987年的口头协议是一种“合伙”，要求分割财产。

经法官调查取证，初审法官认定，此案“实属耕牛合伙喂养关系”。原议定出资应均等分割。合伙期间所产生的孳息应予共同享有，但村民乙未尽耕牛喂养职责，应适当少分。据此判决，村民乙除获原出资额300元外，另获人民币360元。〔在审结报告中，初审法官提出了这种分割的具体理由，其中最主要的是，收益1800元中，首先支付村民甲9年饲养耕牛的劳务报酬（ $1080\text{元} = \text{年}120\text{元} \times 9\text{年}$ ），剩余720元两人平均分配，每人360元〕。

村民乙对这种分配不满，提出上诉。中级法院裁定认为此案的“事实不清，证据不足”，依法撤销初审判决，发回重审。中级法院致函初审法院提出两点有关事实的意见：（1）“村民乙出

资获得的是耕牛使用权还是共同共有关系”？(2) 出资时，是否对该耕牛做了价格评估，当时的市场价格应为多少？

初审法院重新组成合议庭开庭审理了这一案件。在双方均没有提出新的证据的情况下，重审法官认定，耕牛为“共同共有”的财产。原议定出资平均分割，共有期间所产生的孳息应合理享有，但村民乙在财产共有期间未尽耕牛喂养职责，应适当少分。据此，村民乙除获出资额 300 元外，分得 650 元。（重审法官未在审结报告中陈述这种分割的具体理由）。村民甲对此判决表示不服，但可能是出于收益成本的原因（值当吗？为最多再多分二三百块钱，花上一百多元的上诉费以及相应的焦躁、不安甚至可能是愤怒？）没有上诉。

这个案件，其实并不复杂。尽管此案有众多的事实没有证据，并很难证明，但是这些事实实际上并不影响纠纷的解决（比方说，当初究竟是合伙还是搭伙，是共同共有关系还是获得使用权），尽管有可能但并不必定会影响利益分配的格局。在这个意义上，我认为，仅仅就解决纠纷而言，这个案件其实并没有什么“事实不清”的问题。对解决纠纷的最关键的两点事实是双方当事人都公认的：（1）在起始合作时，双方都对耕牛有重大的投入；（2）村民甲 9 年来饲养了耕牛，而村民乙没有任何投入。因此，任何一个公道的普通人，而不是试图发现耕牛或原被告关系的法律“本质”的法学家，都会依据常识或直觉或“正义”或“情理”而认为，双方的起始投入应予以尊重，然后财产的分割应当多分给村民甲；或者干脆就一条：村民甲应适当多分。事实上，无论是初审法官还是重审合议庭，在他们的判决书中都重复了这两点，并且都把着重点放在第二点。因此，在我看来，无论是初审还是重审，这实际是指导法官作出判决的真正基础或始终未变的前提。

在村民甲应当多分的前提下，至于财产具体如何分割，只是一个裁量性的实践理性判断（在重审中，还包括了对村民乙之请求的某种妥协以及给上级法院留个面子等）；因为，具体的分割既非法律的明文规定，也无法从法律中或法律概念的定义中推导出来。在这个意义上，对于这两个判决的财产分割，也许我会说我“觉得”前一个判决可能更公道一点儿，但是，我无法论证说重审判决的财产分割一定错了——除非我是德沃金的“正确答案”〔8〕的信徒。

如果这种分析是正确的，我们就可以看到，这个案件的判断其实根本不需要什么复杂的法律分析，甚至有没有与普通的实践理性不同的法律推理，也确实令人怀疑。〔9〕此案的判断与法学院教授的那种法律知识无关，而与常识有关。无论你把此案如何分析得天花乱坠、头头是道，无论你引证霍姆斯还是罗尔斯，丹宁还是耶宁（林），似乎结果都必须如此才公平；而司法（justice）不就是要公平地解决问题吗？！然而，此案的历史又确实展示了一场与事实争议——耕牛的财产性质或原被告双方的关系的本质——有关的战斗。为什么？

〔8〕 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

〔9〕 如今，在美国各派学者都日益认为，法官所运用的司法理性其实并非如同柯克所言，是一种特殊的人为理性，所谓法律推理与其他的实践理性并没有什么差别；例如，Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986, p. 11；以及，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 459。

三、中国司法中的事实争议

习惯了中国法学理论的人，一般都认为，这个案件涉及的是一个“事实争议”，即原被告双方的关系究竟是什么性质。而且，中级法院也是以“事实不清，证据不足”为由撤销了初审法官的判决。但是，此案的司法争议其实并不是通常所说的“事实争议”。传统的所谓司法上的事实争议，通常是如何通过各种最多也是第二手报道的事实来重构过去发生的案件始末或真相的问题。^[10]而在此案中，案件始末并没有什么不清楚的，或者说有些不清楚的事实对于法官并不非常重要，因此是可以（并且事实上也被）省略了。对于法官来说，不清楚的是一个现代法律教科书或某些法律学者才关心的问题——原被告之间在耕牛上的关系究竟是什么关系，或者说这个耕牛的财产属性是什么？这个问题看起来好像是一个事实争议，似乎其答案在案件发生之前就已经在那里了，只等我们去发现；其实不然。这个争议其实是构建出来的，对这个争议的答案也是构建起来的。并且，更重要的是，如何构建这个争议及答案都与如何解决本案无关，与利益如何分配甚至分配结果是否公正都无关（见前一节的分析），而仅仅与司法要求的那种合法性有关，与司法概念术语的统一性有关。换言之，与司法的格式化有关。

为了说明这一点，我们还是必须“凝视”初审和重审判决。

[10] 参见, Jerome Frank, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1973 (1949), 特别是第3—6章。

首先是“搭伙”的概念。这并非《民法通则》上认可的一个概念，但这并不是说审理本案的法官自己完全不了解这个民间概念的意思。在此案中，考虑到其语境，它大致是^{〔11〕}指村民乙有使用权，而没有所有权，至少是不享有与村民甲同等的权利。如果仅仅从出资（推定双方出资相同）来看，似乎这对村民乙不很公平。但是，如果考虑到其他因素，我们就会感到，对原被告之间在耕牛上的关系作这一界定，并不一定是不合理的。理由一是，耕牛本来已经为村民甲所有、村民乙后来加入这一事实，以及加入时双方对耕牛饲养的安排。即使村民乙当初期望的是合伙，我们也无法想像村民甲会接受这样一种对自己显然没有任何好处而只对村民乙有利的产权安排（放弃一半产权，并且无偿养牛）。二是，村民甲自己曾多次独自倒卖耕牛，村民乙对此知情而从未提出过异议；这表明双方都认为村民甲有权独自对耕牛做出处置。三是，根据我们对初审法官访谈得知，当地的习惯是：搭伙，如果牛死了，损失将由耕牛拥有者承担，搭伙者不承担风险，所有者还是要归还搭伙费用；而合伙，则双方都要承担耕牛意外死亡的风险。并且，被告在庭审中也说过，自己之所以不想养牛，就是因为自己手气不好，养不得牛（他先前几次和他人合伙养牛，牛都死了）。因此，以300元的价格就可以获得长期的耕牛使用权，没有什么风险。这样一种产权安排，对于他来说，没有什么太多的理由不予接受。四是，我们必须从这一事件发生

〔11〕对民间概念的这种界定或套用实际是很危险的，这很像是王朔（《动物凶猛》）所说的那种“会情不自禁地把一切都擦得锃亮”的“有洁癖的女人”。这种拒绝凌乱之现实的“洁癖”，也许便于我们法条主义地分析和处理一些事实，但是却改变了被描述或指涉的事实在生活本身中具有的具体意义，并在司法上往往会带来利益分配的重大变化。在这个意义上，这种局部精确的结果往往是一种总体的扭曲。

时村民乙可能有的眼光和预期来看这种产权安排，而不是接受他此刻的重新解释。在经历了9年之后，中国的市场经济有了更多发展、获利的机会更多了，特别是目睹村民甲出售小牛获利，村民乙完全可能对历史作出新的解释。

但是，在初审中，法官几乎从一开始就拒绝了“搭伙”的说法。下面是摘自开庭前询问笔录的初审法官与村民甲的一段对话：

法官问：1987年〔你同村民乙〕搭伙时，你所喂养的耕牛实际值多少钱？

村民甲：值1000块钱。

法：你有什么根据？

甲：凭当时的市场价格。

法：有谁能证明你的牛当时可以值1000块钱？

甲：××村的×××。

法：他能把你87年的耕牛折出价格？

……87年，你们搭伙时，〔村民乙〕出了300块钱，你们当时经人折价没有？

甲：没折。当时就是〔村民乙〕夫妇和我在场。

法：〔村民乙〕入伙时，你们又没折价，你现在说你的牛值1000元，有何根据？

……你们现在发生纠纷，你提不出价值1000块钱的证据，你打算怎么处理？

甲：由你们解决。

法：你提不出你的牛值1000块钱的证据，我们就只能按600元的价格处理，因为当时你们没有折价，你也提不出任何证据。从客观上讲，合伙出的钱，应当是均等的。如果

有异议，你必须在两天内提出证据；逾期不提出证据，本院将依法判决（着重号为引者所加）。

法官从“搭伙”的概念开始，转到“入伙”，最后以确立“合伙”的合法性结束。为什么？表面看来，主要原因是举证问题，但是，这并不是最重要的原因。因为，细看一下，法官在这里推出的仅仅是“均等出钱”；但是，即使法律上规定了“合伙”出钱应当均等，也并不等于凡是均等出了钱的就一定是合伙。如前面的分析所显示的，这里的合伙可以说只对村民乙有利，而搭伙对双方都可能有利。因此，即使均等出钱，法官也并非不可以认定此案为“搭伙”。麻烦在于，“搭伙”这个概念无法与《民法通则》规定的概念联系起来。《民法通则》上只有“合伙”的概念，^{〔12〕}没有“搭伙”的概念。在当代中国强调依法办事的法治主流意识形态支配下，在与之相伴的由上诉法院监督文字执行的司法系统中，法官很难说“搭伙”在制定法上是个什么东西，他无法在制定法上找到恰当的处理根据。法官要使得自己此后的一系列决定都具有合法性，他首先就必须依据这套制定法概念系统来处理这个案件，用这一套制定法的概念来衡量面前的事实。这就意味着，他必须将“搭伙”的概念清除出去。换言之，废弃“搭伙”并不因为原被告双方的关系不是“搭伙”，而是因为搭伙概念在格式上与有合法性的现行民法理论和实践不相称，在司法所面对的事实与民法的关键词之间，法官无法建立一种无可质疑的稳定的联系。在这里，一套有合法性的法律概念排斥了另一套不具有这种合法性的概念。

初审法官选择“合伙”的概念还有其他一些便利。因为任何

〔12〕《民法通则》第5节。

一个概念，不但具有排除一些事实的能力，而且具有组构其他事实的能力。当选择了“合伙”时，法官不仅可以合法地省略1984年借钱、1987年合伙时是否折价以及1988年出售耕牛之价格如何这样一些由诉讼双方各自提出的、可能相互矛盾的、很难证明的“事实”——这些“事实”在合伙概念指导下都变得不重要了；而且还可以把另外一些事实整合进入这种话语中来。比方说，村民乙未喂养耕牛的事实。从这个事实本身并不能推出判决书中出现的村民乙“未尽喂养耕牛的职责”的结论，因为当初双方也许都没有想过要村民乙喂养耕牛，村民乙的希望也许只是每年有耕牛使用，并尽可能减少（他自己认为的）自己养牛的晦气。因此，这个职责是从来就不曾存在的。然而，一旦法官采纳了合伙的概念，就把这个可能毫不相关的事实名正言顺地整编为自己的部下，并为下一步的判决（多分少分）的合理性做了准备。

重审的情况也是如此。上诉审法官并没有认为这个案件的处理有什么实质性不合理。但是，他/她们从其职责分工（更侧重法律审）以及知识上的比较优势（对法律条文和法律关键词更为敏感）出发，也会比初审法官更注意法律条文的问题。他/她们发现，初审法官对此案的事实认定（定性）面临着法律条文上的危险。按照《民法通则》的规定：“个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动”；“合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项，订立书面协议”；“合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。合伙经营积累的财产，归合伙人共有”；以及“个人合伙的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行或监督的权利。合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员

的经营活动，由全体合伙人承担民事责任”（着重号均为引者所加）。^{〔13〕}而此案并不具备这样一些“合伙”所必备的事实。因此，无论初审法官的对此案的利益分配多么合情合理，这种分配都没有制定法上的根据，因此，只是在这个意义上，此案的事实认定发生了“错误”。但是，这里的错误并不是案件处理结果不当或不公正，也不是案情不清楚，而在于初审法官认定的事实“合伙”不符合制定法的“合伙”的定义和特征。在中国现行的司法体制内，这种差错完全可能颠覆这个判决的合法性。

因此，必须在实体法的基础上重建此案判决的合法性，上诉审法院和重审法官都明确意识到这一点。要达到这一点，法官就必须彻底回避对于原被告双方当事人之间长达近 10 年的关系的性质（无论是合伙还是搭伙）做界定，必须尽可能地削减概念的经验性特点，以便将不齐整的现实纳入法定概念之中。上诉审法院和重审庭再次回到《民法通则》上来，发现了《民法通则》第 78 条的第 1 款和第 2 款，“财产可以由两个以上的公民、法人共有”；“共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。共同共有人对共有财产享有权利，承担义务”。有了这两条，重审法官就可以仅仅处理耕牛的财产价值和双方的出资金额这一事实，通过财产的定义来规避这一财产在现实世界所经历的那些无法整齐地进入《民法通则》或其他相关条文的细节。这不仅完全回避了此案中的当事人提出的民间概念“搭伙”，回避了模糊的“经营”耕牛的事实，

〔13〕 第 30、31、32、34 条。此外，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第 50 条规定：“当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，由有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的，人民法院可以认定为合伙关系。”但这一条的要求，由于没有证人，此案也无法满足。

同时也完全可以避免讨论“合伙”的法定要求。此外，尽管这种对案件的重新界定有可能对利益分割产生影响（并在此案中事实上改变了利益的分割），但并不必定如此。^{〔14〕}

四、事实，还是法律？

中国法官常常把在英美司法中的事实争议处理称作“定性”，从上面的分析来看，这确实是更为准确的，更为精到的。在当代中国特别是基层的司法中，由于我将在下一节讨论的诸多因素，有许多社会行动无法简单地落入现有的法律理论体系。因此，中国初审司法的一个很重要的特点就是要将这些民间的不规则的行动尽量用移植过来的那些法律概念和概念系统包装起来，使它们能在这个合法的概念体系中找到自己的家园。这一点在刑法实践中最为显著。罪行法定的一个重要的理论前提就是，世界上一切应受刑法惩罚的行为都可以为一套预先设定的概念系统所包容，制定一个完备的刑法典，从而司法的任务之一就是在法典中给那些该惩罚的行为找到合适的罪名。这种格式化的思维方式在中国也延伸到民法和其他法律的司法中来了。中国法官，特别是基层法官在处理事实争议时的重要任务之一就是要在现有的制定法概念体系中为这些带刺的事实安排一个甚至挤出一个合适的位置。如果理解了这一点，我们就不难理解强世功、赵晓力在研究中发

〔14〕 必须指出，中级人民法院在给基层法院的信函中所作的暗示其实是更为精细的；它提出的两个问题（共有以及该牛在共有时的市场价格）相加实际暗示了另外一种可能——“按份共有”。但是由于取证难的问题或者干脆是重审法官没有领会上级法院的这种意思，总之，重审法官采纳了更为简单便利的“共同共有”。

现的中国法官“剪裁事实”的现象。^[15]

由此可见，所谓的法律事实确实不是天生的。吉尔兹曾经指出，“法律事实并不是自然生成的，而是人为造成的，……它们是根据证据法规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事物而构设出来的，总之是社会的产物”。^[16]这话是不错的。但是，仔细考察吉尔兹所列举的构建法律事实的那些因素时，就会发现，他的法律事实社会构建的论述还是受到了他的地方性想像力的限制。他所列举的主要是一些程序性法律因素，他的判断显然带有浓重的他所身处的美国司法制度的影子。

是的，在许多时候，法律事实，特别是借助一些证据来构建过往之案件的“真相”时，往往受到规则的限制，例如证据排除规则。也有许多时候，这种真相会受到地方性想像力的影响。例如，神明裁判对于初民社会的人常常具有强大的证据力，DNA检验则对于现代社会具有不可质疑的证据力。但是，只要将这些证据的语境置换一下，人们的地方性想像力，由于地方性的意义之网，这些证据就都在新的语境中失去了任何证据力。证据的证据力确实是在而且也只有在一个地方性的意义之网中才能获得。

但是，这里分析的这个耕牛案却表明，除了案件真相这样的事实争议之外，除了与纠纷相关的许多具体事实是否存在之外，中国的基层法官在初审中还要处理另外一类事实争议，并且被认

[15] 强世功：“法律知识、法律实践和法律面目”，该文的简本以“乡村社会的司法实践：知识、技术与权力”为题发表于《战略与管理》1997年第4期，页103—112；赵晓力：“关系/事件、行动策略和法律的叙事”；这两篇文章均收入，王铭铭[编]：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版。

[16] Clifford Geertz, *Local Knowledge*, Basic Books, 1983; 引自梁治平[编]：《法律的文化解释》，三联书店1994年版，页80。

为是更重要的事实争议。这种事实更类似于“法律拟制”。这些事实是否存在的主要根据并不是经验性证据，而是出于制定法特别是实体法的一些关键词。这些关键词首先在法学家和法官心目中创造出了一个拟制的但具有制定法之合法性的实体，法官必须在现实生活中利用诸多经验性材料构建起这样一个符合实体法概念和定义的实体，例如本文中的“合伙”或“共同共有”，以及福柯曾经分析过的“犯罪意图”，^[17]普通法中的“过失”等等，然后，这个法律才能合法地并正常地进行运转。一旦法官无法构建起这样一种词与物的对应关系，其决断在现有的法律知识体制和司法体制中的合法性就会受到极大的威胁。这是中国基层法官身处的司法制度所要求的特定的司法合法性标准造成的。这种特定的合法性就是现有的司法体制和司法知识体系对于某些概念实体的迷信，就是本本主义、本质主义，就是法条主义或概念法学。这种现象在法学界，在上诉审法官那里都不时有突出表现。

正如我的分析所展示的，这种对于事实争议的关注，其实真正关注的并不是事实，而是法律概念或关键词，关注的是法律话语的正当性。这种“事实”其实是法官在法律指导下构建的。当人们对现实世界的行为的评价基本一致时，这种“事实”认定，并不一定会影响法律的运作和权利的分割。就如同耕牛案的财产分割所表明的，无论认定为“合伙”还是“共同共有”，这些“事实”的变换都没有改变法官的基本判断，“村民甲应当适当多分”。真正指导法官作出决断的还是他/她们从那些没有被纳入法律概念体系的过程和细节（村民甲饲养了9年耕牛等）获得的那个判断。在这个层面上看，原被告双方的关系究竟是什么，这个

[17] 福柯：“19世纪的‘危险个人’”，载《社会理论论坛》1998年第5期，苏力译。

所谓的“事实”认定，对初审法官以及双方当事人都没有意义。^{〔18〕}只是，当人们对现实世界的人和事在评价上发生分裂时，例如对王海的知假买假的判断发生分歧时，王海是否“消费者”这一“事实”才对于争执的双方具有某种意义。^{〔19〕}而这时，人们实际争论的也已经不是王海是或不是消费者，而是王海是否应当做为消费者来予以保护。显然这不是一个事实问题，而是一个价值或政策判断的问题。在这个意义上，我认为，钻研这种“事实”并不能给法官多少专业或思维的训练，而只是使得法官更便于和惯于把政策或价值判断伪装成一个事实判断。

也许有人会指出，这种对于“定性”的关注，至少可以减少法官的裁量权，从而有利于法治的形成。但从本案的分析可以看到，这种限制是虚假的。因为，在耕牛案中，“定性”的改变并没有改变法官的基本判断，并没有限制法官的裁量权。如果不是出于对村民乙要求的妥协，不是出于对重审法官自身工作的评价和合法性的确认，不是出于对上级法院意见的尊重（总得给他/她们留个面子啊！），重审法官在此案中做出与初审法官做出的同样的财产分割，我看不出会有什么法律上的违法甚或是不合理之处。这样的财产分割仍然在重审法官的裁量权之内。相反，我个人认为，初审法官在财产分割上才真正体现出对于具体事实的关注：他以村民甲饲养耕牛应得的年报酬120元（草料、放养、看护甚至风险）为基础计算了双方各自应得。这种分割不仅更讲究实际，而且裁量权实际上更小，如果有争议，也更容易评判这种

〔18〕 我在这里界定的“意义”是实用主义的，一个事物或一个观念有没有意义就在于而且仅仅在于它是否对现实世界有影响。用霍姆斯的话来说，“for to live is to function”（活着就是能发挥作用）。

〔19〕 因此，对王海知假买假双倍索赔的案件，绝大多数讨论——无论支持者还是反对者——都是讨论消费者的定义，甚或是消费的定义。

分割公正与否。比方说，我们可以争议每年 120 元是否多了或少了。仅仅是给建构起来的事件贴上一个法律的标签，然后“依法”处理，这种做法是一种大而化之的做法，一种偷懒的并且要求人们偷懒的方法，恰恰是扩大了法官裁量权。也许我们应当好好想一想霍姆斯的名言，“我们想的应当是事而不是词”。^[20]也许我们应当更多一些对案件相关细节的分析，而不是流于概念分析。

五、事件的社会格式化

抱着一种温和的批判态度，上面的分析表明，目前中国基层司法中对事实处理——定性——实际更多是在法律指导下对事实的构建；分析也表明，仅仅就耕牛案作为一个纠纷处理而言，并不需要复杂的法律分析。但是，我并不想因此让人感到，我要拒绝法律对事实的构建，拒绝这种构建的其他社会意义。为了法治的统一（其中必然包括法律概念术语的统一），为了法律共同体的形成，我认为，法律必须对非格式化的现实予以某种构建。因此，给秋菊一个她所希望要的说法，与不把“不能踢那个地方”作为法律的普遍性规则，这两点并不必然水火不相容，至少可以通过制度分工获得协调。初审法院把耕牛案作为“合伙”来处理，也许不符合《民法通则》的合伙定义，但是，即使不承认“法官造法”的合法性，我认为，从法律上看，上诉审法院本来

[20] Oliver Wendell Holmes, Jr., "Law and the Court", in *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, The Modern Library, 1943, p.389.

也完全可以将之作为一个“无害之错” (harmless error) 而予以支持。这并不会损害法律要求的规则的普遍性。

我之所以采取这一立场,是因为,上面的案件和分析已经充分展示了中国基层司法(既包括对法官,也包括中国的诉讼当事人,例如秋菊和本案的当事人)的艰难。这种难处就在于中国基层和乡土社会中大量的纠纷都很难被纳入目前主要是移植进来的法律概念体系(而不是法律)中,很难经受那种法条主义的概念分析。但是,我并不是——而且从来不想——在一种抽象的文化论立场上强调中国文化或法律文化和概念系统的特殊性。^[21]事实上,我反复强调的一个限定词就是基层法院,特别是乡土社会中的人民法庭。因为我明确意识到,也看到,同样是这套法律或法律概念体系,它在中国城市地区或工商发达的地区运作时,相对说来,就更为有效和便利。为什么?我的回答仍然是历史唯物主义的,这种差别主要是因为社会生产方式以及与此相伴的社会生活条件的不同,以及在这种条件下生活的人及其行为方式的不同。只要将这个耕牛案同一个一般的商业合同纠纷相比较,就可以看出差别来了。

甲方看到乙方出售钢材的广告,向乙方表示希望以单价2400元的价格购进某种钢材50吨。经交涉,双方同意以每吨2500元的到岸价格由乙方向甲方提供钢材50吨。甲方同意先预付一半的价格,货物收到后,甲方再向乙方支付另一半。收到预付款后,乙方立即向甲方发运了货物。但是,乙方很快收到甲方的通知,称其货物不能满足其需要,已将钢

[21] 尽管不少读者有这种误解,关于我的立场,可参看,苏力:“语境论——一种法律制度研究的进路和方法”,载《中外法学》2000年第1期。

材退回，并要求将预付款归还。而乙方得知，甲方实际上已经从丙方那里以每吨 2400 元的价格购得类似钢材 50 吨。乙方拒绝归还预付款，称甲方有意毁约，要给甲方一个教训；与此同时，为避免自己可能的损失，乙方也找到了新客户，以每吨 2450 元的价格将这批钢材出售。甲方提出诉讼，要求归还预付款，并提供了相应的来往文件（电话记录、传真、电子邮件）和其他相关商业文件。

在这样一个案件中，即使没有签署正式的合同文本，法官却不难认定，这里的合同已经通过双方的行为完成了。甲方行为属于严重违约，应予以某种制裁；但是，法官也会感到（直觉判断），乙方的这种“教训”过头了。根据已经形成规则化的救济方式，并根据钢材的具体市场情况以及其他政策考虑，法官不难发现或判断，应当给予乙方什么样的救济。如果从鼓励市场竞争和投机的角度出发，法官可以仅仅补偿因甲方违约而受到损失的乙方的预期利益（ $= 50$ [吨] $\times 2500$ [元] + 乙方的额外交易费用 $- 50$ [吨] $\times 2450$ [元]）。也许，为了保证交易秩序，强化现有交易规则，法官也可以剥夺甲方因这种投机行为而获得的全部收益，并将之给予乙方；据此，乙方可以得到的救济是 $[(2500 - 2400) \text{ [元]} \times 50]$ 。法官也可以对这两个实际数字进行比较，选择一个对乙方或对双方最为有利的数额。法官甚至可以根据其他考虑因素而作出其他选择。^[22] 总之，法院在处理这个案件时，不会有什么困难。

但是这个案件之所以容易为司法处理并不完全在于事实清楚（这实际是我有意虚构的一个案件，因此无论是从本体论还是从

[22] 例如，法官可以根据市场需求情况对售方的销售损失予以救济。

认识论上看，它都不可能比耕牛案的事实更为清楚)，尽管许多读者都很容易这样认为。我要问的是，什么因素使得这个案件的事实在司法中看起来更清楚。最主要的因素，在我看来，这个或这类案件容易处理仅仅在于相关事实的意义和后果在其社会语境中从一开始有比较明确的社会界定。

首先，这个交易是甲乙双方各自进行的大量交易中的一个，他们之间的这次交往不是以往长期的、多维度交往的继续。他们之间的关系是以双方从事先看都可能获利的这一次交易为基础的，虽然有可能因为利益而持续下去，但是，并非必须持续下去；因为，在现代市场上或城市生活中，选择的机会很多。他们无须相互有太多的迁就。一旦有问题，就可以通过各种交流方式加以澄清，甚至可以通过诉讼解决，无须担心今后如何继续交往的问题。而且，即使双方继续保持关系，一般也只是一种严格限定于商业事务（单维度）的关系。

其次，由于是陌生人之间的交易，双方的产权在交易发生前就已经分别明确了或被假定明确了，双方至少不会发生“你用来同我交易的财产是否你的财产”这样的疑问。如果有这样的疑问，交易就根本不会发生。而且，即使发生了这样的问题，在法律上也与双方的这一交易无关，而只是事实上相互牵连。

第三，这种交易主要不是为了自己眼前的日常生活的需要和便利这样的难以量化的收益，而是为了某种未来的、主要是货币化的收益，便于计量，便于预算。发生纠纷，也便于法官裁决。

第四，由于交易涉及的利益比较大，风险比较大，双方的交往势必、且往往都是经过律师或有比较多的商业交往经验的人进行的。由于专业化和职业化，因此当双方行为时，各自对自己的行为的社会后果甚至是法律后果，一般都有而且也必须要有比较明确的了解和细致的考虑（这就是专业化的好处），否则，各自都将在竞争

中很快被淘汰出局。而竞争淘汰的结果是使得剩下的人更为专业化,并且要求进入市场交易的人从一开始就具有较高的专业化的能力。这种循环使得城市和社会交易日益规范化。

第五,由于商业或城市生活经验的熏陶和要求,由于长期大量地接触文字,使得行为者更细致、更敏感地理解和把握那些有利害关系的言行之意义,^[23]文字方式的交流联络也往往可以使得交流者可以更仔细地琢磨或明确所交流的语词的意义。

此外,城市生活中更为普遍的一系列相关的制度机构,例如银行、保险公司,都制度化地减少了交易风险;另一些制度则事先限定了交易的风险,例如有限责任、公司制度等。我并不打算在此对所有这些因素一一列举和细致分析,那将是一个社会学家的的工作。但是,从我所列举的这些特点,我们可以看到,尽管在城市的商业性活动是高度自由的,选择性很多,但由于这些作为社会背景的制度实际上已经将一个交易可能产生的后果预先“格式化”了。在这样一个过程中,尽管人们的意向也会(甚至更为频繁)发生流变,行为也会调整,也会有意外的不可预测的事件发生,但是司法只要扣紧这些据说是具有关键意义的时刻和言行,就比较容易将法律责任同这些关键事件联系起来。并且,也正是在这样的一个环境中,法律也不断地重新塑造自己,适应了这种更多是陌生人的和交易的社会。^[24]

[23] 对于这一点,如果从理论上讲,并非不能作出相反的论证;但是从大量的历史经验来看,文字的出现会使得人们思想感情的表达更为细致、精巧,这一点在文学流变上表现得最为典型,学习和使用文字本身就是一种训练。

[24] 这并不意味着商业上的交易必然都是陌生人之间的交易,我只是说商业交易的特点使得商业纠纷更为格式化,便于司法处理。关于商业上熟人之间的交易,请看,Stewart Macaulay,“Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”,*American Sociological Review*, vol.28,1963,p.55ff.。

而相比之下，耕牛纠纷案（以及中国基层法官最大量处理的其他案件）则具有另外的特点。

其一，导致这一纠纷发生的，并不是市场上的某一次凸显的交往（比如借贷，或联合经营），而是在平淡无奇的日常生活的一系列事件中逐渐丰满起来的。从借钱买牛、搭伙使用耕牛、倒卖耕牛，到小牛的出生和出售，最后到牵走耕牛并出售，造成关系的破裂，这一系列活动持续了10多年。虽然从事后看，也能分辨出某种因果关系，但从事前看，这些因果关系都是高度不确定的，是当事人进行交易时完全无法或几乎无法预期的。因此，这些事件的意义究竟何在，后果如何，如果放在这个纠纷发生的全过程来看，都没有一种事先就可以确定的社会界定。如果只是将其中某一段生活切下来，单独作为“一个”事件进行法律的分析和处理，尽管也会有许多含混之处，也还可以。但是，由于事先对这些行为的意义和后果都没有明确的社会界定，因此每一个后来事件在某种程度上都可以视为对前一事件的注释，然后，再想把这整个过程作为“一个”案件一揽子解决（而不只是分析），就极为困难。

其二，纠纷双方是亲戚，又是同一个行政村的村民。这些先前给定的条件，使得交易双方的身份很不确定，因为人们在交易时总是会考虑交易对象的身份来确定交易方式和明确交易条款。你哥哥向你借钱时，你可能不会要他打借条；一个同事借，就更可能要打借条。此外，农村“交易市场”的性质和范围以及交易权利的附着物（合伙使用耕牛必须是就近）本身的限制，在很大程度上限定了可供交易双方选择的交易对象非常少，甚至可能是没有什么选择。而从经济学上看，没有选择就很难估算成本收益，进而也就不需要非常严格的成本收益评算。因此，几乎从一开始，双方对耕牛产权的界定就必定不很明确，并且必定是“目

光短浅”的。由于这两点，自古以来民间就有“清官难断家务事”的说法。当然，“家务事”在这里应当做为一种学术的概念来理解。

其三，这个交易至少在当初更多是着眼双方的生产生活的便利，而不是作为一个盈利事业来经营的，因此，即使某一些具体事件的意义在法律上也就不那么确定。比方说，三次倒卖耕牛，就很难给其定性。尽管村民甲的这些倒卖并没有赚钱，相反倒贴了20元，但在一定意义上，这未必不可以说是一种具有盈利性质的经营活动。事实上，村民甲自己在法庭审理时就说，如果没有这几次倒手，他在1984年购买的耕牛早就“老得不能使了”；恰恰是他的这些行为保持和增加了耕牛的货币价值，并产生了孳息。但是，另一方面，他又确实未必有通常意义上的盈利（赚钱）目的，他的目的更多在于耕牛的长期使用。因此，我们无法把这些事实“擦得锃亮”（王朔语），用我们法律人的概念系统给它们一一贴上标签，用语言给这些事件赋予所谓的“本质”的意义。

其四，我们还必须看到，由于事件的相续性发生，以及当代中国的社会转型，也都在不断地为这个案件中在先发生的一个个事件提供了一种新的语境，促使不仅是当事人而且其他人（包括法官或本文作者）都有可能对在先事件作出多种新的并且同样合理和正当的解释，并进而要求或至少是允许对先前的关系作出修正。例如，对于此案起诉时的1996年的法官或旁观者来看，村民甲三次独自倒卖耕牛的这一事实，无论怎样，都对1987年两人之间合作关系的性质具有某种补充性的意义——村民乙获得的更像是耕牛使用权；而反过来，如果确定了原被告1987年合作之性质，这一事实又会对村民甲的独自倒卖耕牛和出售小牛的行为有新的理解。但是，问题在于，我们无法弄清楚，在这两个事

实中，哪一个事实在理解和解释上具有先在性，在法律上具有先在性。又比方说，小牛的出生和出售，以及中国80年代到90年代以来市场经济因素的增强，相关法律法规的颁布和实施，都会促使人们开始重新重视自己的获利机遇（即所谓市场观念增强），使得当事人双方首先有欲求而且也有可能从他现在（事后）的位置重新审视并自我界定自己的产权，自觉不自觉地对相关的产权争议作出更符合自己目前利益的新解释，也使得他们都更可能诉诸当年也许根本不可能存在的合法性理由和法律根据（例如法律上只有合伙没有搭伙）来正当化自己现在的欲求。因此，在这种社会变动的语境中，一个事件原先具有的社会意义都已经在后来的一系列事件发生后产生了变化和偏移，在一个更大的语境中已经具有了新的解释可能性。甚至一些本来没有什么意义的事件，在这个语境中也都有可能被解释者赋予意义，作出某种尽管牵强但并非不可能的解释。例如，农忙时期双方同样都急需使用耕牛，但因信息交流不便（不是同一个自然村，又没有便利的通讯方式预先联系安排），双方在使用耕牛上就难免发生摩擦，这种摩擦本来不具有什么意义；但在此刻的语境中，双方当事人都将这些本来难免的纠纷视为对方蓄谋已久的侵占财产之阴谋的表现。

在简单地作了这种对比之后，我们就可以看出，在司法上，一个案件事实是否清楚并不取决于人们对事实的细节有多少了解，重要的是社会对这些事实的社会界定是否明确和稳定，社会是否为理解这些事实并达成共识提供了各种必要的社会条件和制约。而这种条件和制约本身就是一种格式化，它是格式化的司法的最根本的前提条件之一。

六、事件的公文格式化

无论在生活上还是在法律上都与纠纷的社会格式化有紧密联系、并对格式化司法极其重要的另一个因素是“证据”，特别是各种在现有的知识系统中被认为是可靠的、可信的文字化的记录。韦伯早就指出，现代的法理型统治（大致相当于法治）是通过公文进行的。^[25] 这一点，在现代法律的格式化运作中非常明显。法院实际是现代社会的法理型统治的一个重要构成部分。因此，如果将文字记录的材料本身就视为一种格式化了的文件，而将法院特别是上诉法院视为一种文件处理器，那么我们就可以更加真切地感受到事件的公文格式化对于当代中国基层法院能否有效处理事实争议的重要性。

必须指出，当我说文字性质的信息记录时，我并不是简单地指中国目前各类诉讼法中规定的书证，比如证人证言、询问笔录等等，而是指在现有法律中依据现代科学技术发展的标准来看具有决定意义的、几乎很难出错的以各种文字方式展示的证据。因此，同样是书证，一个当事人的回忆记录，按照现代科学的标准来说，就不那么可靠，即使回忆者是诚实的。它可以作为诉讼法上的证据，但是未必满足我在此提出的格式化公文的要求。但是，一本有时间序列的电话记录本上的一个电话记录，甚或是电话局关于通话时间和通话人的报告，却可能是更为可靠的格式化的公文；甚至，对莱文斯基裙子上污染物的 DNA 检验报告都是更可靠的文字化记录（它最后是以文字、例如《斯塔尔报告》而

[25] 参见，韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆 1997 年版，页 245。

出现在审判人员面前的)。正如美国的一位初审法官所说的,“事件发生时的(contemporaneous)书证要比口头证词具有更大的力量”。^[26]这里的书证必须作一种广义的但是法律上的理解。

如果按照这一标准,我们就可以看到,在上一节提到的虚构的商业合同纠纷案中,司法将不会有什么太大的取证和举证的困难。即使没有双方正式签字的合同,也会有相互的传真、电话记录或电子邮件,有付款单、发货单、运单、提单、保险单或其他相关的单据或存根,也许足以支持司法的运作。但在耕牛案中,这些条件都很难满足。首先是农民的识字水平相对较低。其次,但其实更为重要的是——费孝通先生在“文字下乡”一文中指出的,^[27]文字的主要功能是为了进行跨时空之交流——在一个熟人社会中,绝大部分交流都是通过面对面的交流完成的,不需要文字。因此,在卖牛案中,我们看到,尽管一系列交易都涉及到产权问题,无论是借贷还是合伙(搭伙或其他),无论是倒卖耕牛还是出售牛仔,以及其他日常交往,都没有任何在现代社会的法律看来完全可以值得信赖的文字化记录材料作为司法的支撑。

不错,此案在审判中,当事人也提出了不少书证。比方说,村民乙提供了诉讼发生后由该村村委会出具的关于耕牛产权各自一半的证明,以及其他证人的一些书证。但是这些书证都是为了正在进行的诉讼而制造出来的,都不是对当年的场景的原始记录;最多且最好的也只是对当年日常生活中的某个常规化场景的一个回忆。这样的书证不仅不能令人信服地证明当年事件发生时的情况,甚至可能是并且更可能是对当年的生活的一个伪造。因

[26] William G. Young, *Reflections of A Trial Judges*, Massachusetts Continuing Legal Education, Inc., 1998, p. 185.

[27] 《乡土中国》,三联书店 1985 年版。

此，在审理这种案件中，除了双方都认同的事实之外，法官很难发现其他可信、简单、廉价的证据。事实上，此案无论在初审还是在重审时，法官定性依据的最基本证据就是一个，双方都承认村民乙出了300块钱，尽管在出钱的方式上，原被告仍有争议；至于财产分割上的依据，除了这300块钱外，法官的依据就是双方都承认村民甲独自饲养耕牛9年，小牛卖了1000块钱，大牛卖了1400块钱。这里没有使用任何一份其他书证，尽管我在阅读该案卷宗时发现，双方都提供了一些“书证”。面对大量的这类“书证”，庭审记录上都只是公式化地写着一行行“有待查实”。而紧接着这一系列“有待查实”的字样，法官就宣告辩论结束，准备开始调解和判决。这些获得了“有待查实”之山盟海誓的书证将痴情地站成三峡的神女峰！

这并不是法官不负责任，而是因为，在基层法院审理的大量案件中，大量的事实是查不清的。所谓查不清，虽然有认识论意义上的，但我在这里强调的更多的是社会学意义上的。从理论上讲，在耕牛案中，为了确定当年“合伙”时耕牛的市场价格（中级法院在向基层法院发的函件中就曾有这样的指示），我们可以去查询——比方说——1984年卖耕牛给村民甲的卖主，查询1988年从村民甲那里购买该耕牛的买主，我们还可以通过调查当年其他农民购买耕牛的价格来予以核实。并且，这种手段在现代的许多商业案件审理中就大量使用（比方调查市场上同类产品当时的价格）。基层法院案件审理是否可以借用呢？在乡土社会中，这些做法仍然不可行或基本不可行。

如果在农村进行这种调查，也仍然主要是从人们的回忆中挖掘材料；并且——即使记忆无误且诚实——由于这类交易相对少和分散，调查获得的有关数据也不一定具有广泛的代表性。而在现代城市和商业社会中，这种数据不但往往会以各种的文件的形

式长期保留，而且由于商业竞争，这种数据往往可以比较真实地反映出当时市场的价格。因此，同样是对历史的调查，在乡土社会和工商社会，作为信息载体的材料及其可靠性都是非常不同的。一个是当时的记录，一个是事后的追忆（另一种对历史的征服或重构）。

当然，即使是事后的追忆，它也会在一定限度内，展现生活的原始状态。但是，我们要记住资源的限制，以及成本收益问题。这个案件仅仅是一个标的价值 2400 元的案件，其中有争议的仅仅在 1000 元左右。作为规则，一个社会有无必要以及有无可能对基层法院面临的大量的这类案件都来一个“共产党人最讲认真”？这里的问题并不在于，我自己的道德感如何，我是否对农民有感情，而在于没有哪个社会能够为了实现这种“实质正义”而长期存在下去。从经济学上看，正义同样需要成本或有机会成本的（即使你不计成本），为实现正义所耗费的资源之效率同样会呈边际递减的趋势。因此，没有哪个社会可能为了 2000 元的纠纷解决，规则化地、普遍地以高于 2000 元的社会成本来解决这样的纠纷，除非有其他的收益。只要想一想，为什么美国民事诉讼和刑事诉讼的证据取信标准有重大不同？^{〔28〕}其最根本的原因就是不同的取信标准意味着不同的成本、不同的社会资源耗费。

也许有人会提出，你提出的这个原则是对的，但这个问题不是基层法官管的事，国家给法院发了钱，就是要法官“一丝不苟”，“以事实为根据”。因此，我们还必须在经验上了解基层法院的实际资源如何。事实是，基层法院的各种资源都非常紧张。在审理这一耕牛案的人民法庭进行调查时，我们就发现，该法庭

〔28〕 前者采用的是优势证据原则，后者采用确信无疑原则。

同几十里山路外的县人民法院的惟一直接联系方式就是电话，而电话用木头盒子锁着，显然是为了节省哪怕是当地的电话费。他们惟有的交通工具就是两条腿。在这样一个地区，要广泛收集证据不仅耗费资金，而且势必影响其他案件的审理。相比之下，发生在经济相对发达的城市地区的案件，不仅其涉及利益相对更为巨大（否则打什么官司呢？除非有其他的利益或利益集团推动），而且由于商务或其他银行、运输、通讯单位都有相对说来比较现成的记录，尽管有时调查费用总额很大，但是就成本（货币的和非货币的）和收益之比来看，其成本实际要比乡村基层法院要低得多。

由于这种生活方式和经济上的原因，我们就可以看到，为什么，制定法从来都是更关注于商业生活或城市地区，即使是打着公民权利普遍性的旗号，如今法律浪漫地自称穷人、弱者的朋友，但是其骨子里仍然时不时流露出豪门子弟甚或是纨绔子弟的气息。传统的农业经济地区，无论在任何社会，都在一定程度上是现代的“法律不入之地”。因为一个基于文字化信息处理的现代司法制度从格式上就很难处理一个主要是依赖口耳传递信息的社会中的纠纷，至少是无法有效地运作。

当然，这并不是说，在这些地区，现代法律制度完全没有进入，完全无法进入。确实，它们已经进入，特别是在刑事案件上，以及一些重大的民事、经济甚至行政案件上。但我们要注意，即使在处理这样的案件时，司法更多地也是依赖其他一些相对说来更为可靠地记录了事件发生时情况的公文化材料。比方说，刑事案件中的验尸报告、验伤报告、指纹、足迹以及其他医药费单据等其他单据凭证等。现代法治本身需要一种格式化。这

种格式化“不读”非文字化的材料。^{〔29〕}

七、反 证？

人们也许会质疑，尽管你的分析有某些道理，但是，你的这个例子是否具有代表性？这是最容易对个案研究提出的质疑，尽管我在前面的分析中，已经力求不就事论事，而是试图从个案发现一般道理。因此，我觉得有必要简单报告和分析一下在我们调查的一些基层法院的案件类型以及其所占的比例，并且，我还必须简单分析一下这些案件的类型是否与我分析的这个耕牛案有更多的相似之处。

据我们访谈的某县法院的一位副院长介绍，近年来该县民庭（包括人民法庭）审理的案件情况大致如下：每年正常的（即并非“开发案源”的案件，而是农民主动提出的诉讼案件）不超过800件；其中离婚案占40%，侵权赔偿案占25%，赡养案件约5—10%，其余的案件就是房产纠纷、继承、民间借贷、山林土地和水利纠纷。我们访问的其他法院或法官提供的案件类型与此极为类似，但由于各地情况不同，各类案件所占比例也有所不

〔29〕 这一点甚至已经渗透到了耕牛案的最后审判结果中来了。我仔细阅读了全部案卷，特别是法官的庭审记录和最后的判决。我的发现是，法官将有关两个人之间的交往却都没有纳入判决的理由。判决书所依据的基本事实是双方都承认的事实，例如，1987年的“搭伙”谈话，村民乙出了300元人民币，小牛的出售和大牛的出售。包括村委会的证明，以及其他熟人的回忆，即使是以书面形式表现出来的，只要没有其他证据的支持，都被初审法官正当地拒绝了。

同。^{〔30〕}

从这些案件类型来看,我们就可以发现,绝大多数案件都是发生在熟人之间(夫妻[离婚]、父/母子[赡养]、兄弟姊妹[继承]、隔壁邻居以及土地相邻者),其关系都是长期的,甚至是无法躲避的,并且这种矛盾纠纷发生往往都经历了一个相当长的酝酿期。关系往往是从亲密到矛盾。即使侵权赔偿案件,在农村也往往是村民之间的侵权伤害(例如,孩子打架伤了人或者是雇工受了伤,而不是城市里的产品责任或汽车事故等)。基于这种关系发生的案件势必与耕牛案相似,往往没有多少可信的文字化证据,往往不得不依靠乡邻作证。因此,我尽管无法拿出,而且由于代表性的问题也无须提出,一个证据证明,其中有多少案件与本文分析的耕牛案性质相同或相似,但是我相信,这类案件将会占有相当大的数量,因为仅仅离婚、赡养、继承这三类案件已经占了全部民事案件的一大半,并且基本都脱离不了这种类型。

据这位副院长、并有其他法官证实,自1987年法院提出“走出去办案”、“开发案源”之后,各个法院的其他类型的“民事”案件急剧增加。例如,在这位副院长的法院,1985年,全院的民事案件仅有264起,1988年则猛增到2860起,1996年总案件数更增加到4449起,此外每年还有上万件据说是“不算案件的案子”。这些增加的案件主要分为两大类:一类是追还农业贷款和信用贷款的债务案件;另一类是乡村财政和福利的三提留五统筹的债务案件。但是,这两类案件有一个共同的、明显区别于“正常”民事案件的特点,即都有明确的文字凭证,案件清

〔30〕关于民事案件的统计数据还可以参看《中国法律年鉴》公布的1987—1997年各年的民事案件一览。有关统计数据也可以在北京大学法律信息网的“司法机构”中查到,网址是<http://www.chinalawinfo.com/fljg/fltj/>。

楚、简单，规则也相对清楚。因此，据这位副院长说，他本人曾在某个村子一个星期就办了300多起“三提五统”案件，因此受到了省法院的表扬，其经验还在全省法院推广。据他说，这些案件的处理方式是，根据村里有记录的各家土地、收入、家庭成员状况，由村委会提出诉讼，由会计把账目计算清楚，然后填写起诉书，村委会盖章，交给法院；法院把被告叫来问，数字是否对，是否愿意交，什么时候交，然后或调解或判决结案。其他法院的法官也普遍提到并证实了这种类型的案件处理。

这些乡土社会的民事案件不是很简单吗？而且数量要远远超过所谓“正常的”民事案件。但是，这一事实并不能而且也没有推翻我在前面的分析。首先，这种司法审判已经是徒有其名，实际上，这更类似于“行政执法”。尽管也有所谓的法律程序，并由法官审理，但这时法官已经变成了一只执法队伍。法院之所以参与这种执法，一方面是所谓的司法围绕改革开放这一中心工作，但更大、也更实在的动力是法院的经济利益。多年来苦于经费不足的法院和生活待遇偏低的法官以这种方式增加诉讼费的收入，获得经济资源，改善自己的生存（工作和生活）环境。在访谈中，许多普通法官都对这种司法的合法性提出了根本性的怀疑和尖锐的批评，甚至是完全的否定。甚至我们提到的那位受省高级人民法院表彰推广的基层法院副院长对自己在“为改革开放服务”的旗号下曾一手创造的历史持完全否定的态度，认为“这条路已走死掉了”，因为这种做法违反了司法的基本运作方式。他沉痛地说，法官必须坚持“坐堂办案”。随着中共中央在1997年底已经明确提出司法系统一定要“吃皇粮”，我对这种状况能在基层法院持续多久，很表示怀疑。同时，要注意，即使这些法官自己，也并不把这种案件审理视为“正常的”司法。而且，即使退一步说，我们还是必须看到，这种类型的案件之所以可以为司

法高速、程序化、批量化地处理，采取流水线式的作业，很重要的就在于这些“案件”的性质在审判之前就已经获得清晰的社会界定，极其单纯（尽管未必合法或合乎中央政策），并且都有各种相关的文字性材料作为凭证。而这恰恰从另一个方面印证了我在前面的分析和论证。^{〔31〕}

八、尾 声

从冬天到冬天，秋菊的努力终于从韦伯的司法售货机中得到了一个困惑不解的“说法”。而作为这个司法售货机一部分的耕牛案的初审法官也牢骚满腹地对我们说：“就为了这个案子，我

〔31〕 本文中仅仅考察了司法格式化的两个方面，其实，还有其他重要因素。比方说，我在这里没有考察的律师。律师实际是使社会生活中的纠纷得以格式化，并进而使之能够为现代法律有效处理的一个重要因素。只要是像样的律师（而不是如今许多靠拉关系的“律师”），他/她们都会在不同程度上按照现有的法律把现实生活中复杂多样的纠纷问题格式化，例如，提出恰当的能在法律中找到的诉讼请求，在审判之前就排除那些似是而非的证据，集中讨论本案的争议，以及本案的应适用的法律，这些活动实际是对案件的格式化；由于他/她们的出现，公文也必定会更多，并且由于抗辩制的因素，也会促使证据至少在形式上具有更多的准确性，从而为司法格式化处理纠纷创造便利条件。这一点，在中国司法制度研究中，还没有得到重视，许多研究都强调法官与律师在法庭上的对抗性，而根本没看到法官与律师在司法话语和实践中是穿一条裤子的（学术语言叫，共栖性和互补性）。但是，我想，本文的分析已经足以指出这一途径。因此，聪敏的读者已不难由此出发自己得出本文隐含的这样的结论。其次，律师的问题近年来在实践中已经得到了强调，尽管论证方式和进路是不同的。因此，从本文的进路出发来讨论，更多只是一个可能有知识意味的问题，而不像多年前那样直接具有实践的意义。因此，这个问题留给学者自己去慢慢体味，也许比拿到学术市场上炒，可能更有意思。最后，我将在其他论文中讨论基层社会的律师问题，因此，也就没有必要在此节外生枝，甚或是从树枝上长出树干来了。

一年的年终奖——300块钱——没有了。说我是错案！”

而我却似乎听见这些案件在说：

“……我过上了倾心已久的体面生活。我的努力得到了报答。我在人前塑造了一个清楚的形象，这形象连我自己都为之着迷和惊叹，不论人们喜爱还是憎恶都正中我的下怀。如果说开初还多少是个自然的形象，那么在最终确立它的过程中我受到了多种复杂心态的左右。我可以无视憎恶者的发作并更加执拗同时暗自称快，但我无法辜负喜好者的期望和嘉勉，如同水变成啤酒最后又变成醋。”

我想我应该老实一点儿。”^{〔32〕}

我想我们应该老实一点儿！

1999年11月21—30日初稿

12月23日二稿于坎布里奇

附录：作为格式化工具和过程的司法

作为一篇分析中国基层司法之问题的文章，我已经把要说的
问题说清楚了。但是，对于许多中国读者来说，仅仅把这个问题
摆出来可能还是不够的。他/她们还要答案，即使不是真理；可
能还要你表态（其实，我已经表了态，“我想我们应该老实一点

〔32〕 王朔：《动物凶猛》，收入《王朔自选集》，华艺出版社1997年（光盘版）。

儿”)，即使表态不解决任何问题。道德主义的思维方式渗透并弥散在我们的日常生活中了。

然而，的确有一点似乎是应当有所交代的，这就是，尽管我在文中分析了社会生活与司法实践之间存在着格式化不相称的问题，并强调社会生产方式以及由此而来的社会组织方式的变革对于纠纷和司法格式化的重要意义；但是，我还必须强调，司法本身也是对社会生活格式化的工具和力量之一。我的这篇文章的意图并不是要否定司法格式化（道德化取向），而只是细致研究司法格式化（实证研究取向）。其实，本文分析的这个案件，无论最后的司法结果如何，是否公正，司法活动都已经从不同的方面在不同程度上塑造了中国的社会现实，为司法的下一次与生活的遭遇创造了某些新的条件。

从司法上看，这次法律的活动对于发生这一纠纷的社区具有某种示范意义。不论最后的结果如何，周围的人都会了解到一些有关法律的知识。从这件事上，他/她们会看到自己同他人的类似合作和交易可能存在的法律“漏洞”和“缺陷”，因此，会在不同程度上修改、调整、明确原先的关系。他/她们也许会进一步明确产权，制订协议，明确所谓的“搭伙”在法律上只是一种“合伙”；对于合伙的物品，搭伙人不仅有使用权，而且有所有权，这一物品在合伙期间产生的新利益会被当做“孳息”平均分配等等。他/她们可能会更清楚地、更多地想像未来，预先界定各自的潜在收益，或者补充界定自己的利益；而不是等到一些事情发生后，把这种利益的分配交给他/她们并不熟悉甚或是不很放心的政府官员或法官或其他第三者来决定。他/她们会更希望自己掌握自己的命运，把握自己的收益。为此，当涉及的利益较大时，也并非不可能，他/她们会寻找律师或法律工作者，他/她们也许不得不学会用一种自己不很熟悉甚至很陌生的语言来规划

自己本来非常熟悉的预期利益。并且，只要从这种安排中可能获得的利益足够大，大于其成本，他/她们就会这样做。法律因此就随着他/她们对利益的追求更深入地进入了乡村。

耕牛案审理结果形成的格局或多或少地也会对法官今后处理这类问题构成某种现实的制约。尽管中国不是普通法国家，没有遵循先例的法定要求，法官有时甚或常常会为了个人的便利或者由于社会或法律的压力而改变自己的做法。但是，只要社会制约没有重大变化，从生物学上看，每个人都会在一定程度上重复自己先前的行为、视角和分析理解问题的方式，否则他/她就会呈现出必定为社会所拒绝的多重人格。其实，即使是一个具有高度创造力的人在更大程度上还是一个自我重复的人，因为人们是在一个自我重复的过程中才辨认出自己是否具有创造力的，否则，这个人就会被认为是一个反复无常、捉摸不定的人。因此，即使是富有创造力的法官，他/她的多变中也会显现出某种基本的格局和态势，在一定程度上重复着自我。

对于当事人双方来说，无论结果如何，这次诉讼过程都是一种生动的法律教育。他们都不得不重新理解自己的行为和言辞，理解这些言行在法律中可能有什么样的结果。先前，他们更多地是在一种相对稳定的传统乡土生活的规范语境中理解自己和对方的言行，理解自己和对方的权利和义务。而现在或从今以后，他们就必须在这种已经或正在发生变化的语境中理解这一切了。他们不再能过多依赖乡民之间的相互谦让，不能在言行上过于率性或掉以轻心。不仅在耕牛问题上，而且在其他可能发生争议的问题上，他们都必须学会自我检查自己的言行，力求把握自己的未来，而不是为别人所把握。他们必须把自己熟悉的概念至少在某些方面同法律承认的概念勾连起来，用自己熟悉的概念去充实、补充法律的概念，甚至他们不得不摒弃一些法律不予承认的概念

(比方搭伙)。

这种概念世界的变化,并不仅仅是内在的,而且会带来一系列行为上的变化。比方说,他也许会拒绝“搭伙”这种做法,因为这种合作在法律上说不清道不明,有可能引出更多纠纷、更多扯皮。因此,只要财力足够,个人单独买牛,虽然成本提高了,但是会减少其他麻烦,并且自己的投入会更有保障。他会因此变得更强调自给自足,强调自己的责任,他会因此变得更为个人主义,更为理性,更为精明,更多算计,更多“防人之心不可无”。他会变得更考虑未来,而不是考虑过去。这就是一种对人格的塑造。

与此同时,他也是在并且不得不重新构建一个自我保护的体制,因为时代的流变已经使得传统社会中意义明确的言行如今都变得不那么明确了。他在同其他人交往中会更多强调某些法定的仪式(社会学意义上的),比方说,公证和登记。他必须作出某种动作,讲出某些他不很习惯的语言,完成这些在现代社会或法律认为具有本质意义和规定意义的活动,例如签字。他必须事先严格界定行动的意义和后果,而不是让行动或生活本身去表述自己。这些行动都将如同马克思所说的那样:他(它)们不能表现自己,而只能被表现,^[33]只能被书写的文字或法定的仪式来表现。

乡民们也已经不能如同先前的农民那样,指望法官来替他/她们做主,司法现在要求他/她们自己先完成举证的义务,他/她必须同司法合作来完成司法的任务。他/她的安全在很大程度上取决于他/她是否愿意并且有无能力同这个司法机制的合作。但是,他/她又不能仅仅用诚实或人品来合作。在传统的社会中,

[33] 马克思:《路易·波拿巴的雾月十八日》,《马克思恩格斯选集》卷1,人民出版社1994年版,页678。

他/她在乡里的一贯表现出来的人格（无论好坏）都在一定程度上得到传统司法或纠纷解决机制的承认，是一种证据；而如今这在很大程度上已经不是了。人格不再是一种证据，他/她必须收集和保留现代司法可能处理和可以辨识的证据，没有这些证据的生活是危险的。

而且，现在的证据所要证明的也完全不是乡土社会中很重要的“人格”或“人品”，而是要证明自己当初言行的“意图”以及这些意图对于社会活动的意义以及对于法律的意义。请不要看轻这一点，这意味着对传统的社会控制系统和价值系统的法律废弃，而建立一个新的非道德化社会控制系统。在法律上，世界已不再是一个由生活本身的进程修改和丰富其意义的世界了，而只能是一个事先必须确定的（尽管可以通过其他法律承认的程序予以修改）的世界。因此，在这一世界中，人们的日常行动从前台撤退了，更多只是作为一种背景，注释着那些符合法律的概念和命题，注释着那些便于司法处理的关键词。这个世界将更像是一部戏剧，法律变成了剧本或剧本梗概，每个人都将且应当按照一定的角色演出。生活不再是戏剧所模仿的——如同亚里士多德所说的那样，而是相反，生活将模仿戏剧。随着生活中的“自发性”、“随意性”的减少，法律话语的不断繁殖和不断征服新的领地和肉身，这个世界将格式化或重新格式化了。这个世界在法律上将成为一个主要是由抽象的符号、概念或命题联接起来的网络，而不是像先前那样，是一个主要由行动联系起来的网络。

在这一过程中，许多人都会逐渐获得更大的法律的自由，他/她们可以更为熟练地运用这种话语和逻辑的力量来推进自己的利益；但是，另一方面，他/她们也许会发现自己也正在日益失去自由，因为，他/她现在必须而且也只能这样行为，才能保证自己的利益或获得新的利益。甚至他/她们会发现自己已经不会

以其他方式行为了，不会说其他的话语了，就像现在他/她们不大会注意自己言行之法律后果，不理解自己言行之法律意义一样。这一过程甚至会加速度增长，出现韦伯所说的那种不断理性化的过程。特别是由于市场经济的发展，市场将不断把那些还具有某种程度的自给自足经济的乡土社会纳入自己的逻辑，这种理性化、规范化的范围和速度都将扩大和强化。

当然，我这里仅仅是一种逻辑的分析，这种逻辑过程不是在刹那间完成的，而会经过许多次类似秋菊所经历的经验教训，甚至其中也不时会有一些血和泪。如果某个人不是打算在每一次走上司法舞台时都准备受到法律的嘲弄，狼狈下台，如果他/她还打算利用法律为自己的利益争得某种地位，那么他/她就必须接受这种逻辑，他/她必须将自己格式化得符合司法的 format。并且他/她还必须注意保持版本升级换代。在一个 Microsoftoffice2000 的时代，他/她不能只是停留在 wordstar 上。

面对这样一幅图画，人们将作出各自的评价。有的人会看到它玫瑰色的美丽，法治的现代化，但，我想，也一定有人会从玫瑰色中看出血的颜色（比方说，韦伯和福柯）。我不想对此作出任何评价。如果社会发展将如此，如果社会将呈现出这种颜色，那么无论我们个人如何看，都不会改变它。我在这里想说的只是，司法上的这一次短兵相接，这一次对耕牛纠纷之法律界定不是没有超越纠纷解决之外的意义的。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，以及他/她们之间的纷繁复杂的社会关系。

1999年12月7日修改于坎布里奇

第七章 穿行于制定法与习惯之间

任何时代的法律，只要其运作，其实际内容就几乎完全取决于是否符合当时人们理解的便利；但是其形式和布局，以及它能在多大程度上获得所欲求的结果，则在很大程度上取决于其传统。^{〔1〕}

——霍姆斯

一、从司法透视习惯的意义

在一篇关于习惯的论文中，我通过统计数据指出，在当代中国，无论是立法者还是法学家都普遍看轻习惯，因此，习惯在制定法中受到了贬抑；尽管由于社会现代化的要求，这种贬抑具有一定的合理性。^{〔2〕}但是，由于近代社会以来普遍存在的词与物的分离，^{〔3〕}在任何国家，习惯在制定法中的法定地位都必定不

〔1〕 Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Little, Brown, and Company, 1948, p. 2.

〔2〕 “当代中国法律中的习惯——制定法的透视”，（未刊稿）。

〔3〕 Michel Foucault, *The Order of Things, An Archaeology of Human Sciences*, Random House, 1970.

等于其在司法实践中的实际地位。因此，在当代中国的司法实践中，习惯是否确实如同立法者和法学理论家所期待的那样为制定法所替代，不起或者很少起作用？他/她们以制定法替代习惯的理想在法律实践中是否确实得到了贯彻和实现？如果起作用，又是如何起作用的？哪些因素起了作用？等等。这些问题，仅仅研究制定法的条文，已无法回答。我们必须转而仔细地考察当代中国的司法实践。只有这样，才可能对习惯在当代中国法律中的实际状况获得一个更为切实也更为完整的透视。此外，从这一角度考察习惯和制定法，对于普通中国人也似乎更有意义。因为，对于普通人来说，他/她们心目中的法律是具体的，他/她们并不关心法学家有关习惯的言词和论文，他/她们一般说来也并不关心制定法的文字究竟如何规定，〔4〕他/她们更关心司法和执法的结果，这才是他/她们看得见摸得着、对他/她们的生活有直接影响的法律。

本文将通过我在研究中国农村基层司法制度中碰到的个案来分析、考察当代中国司法实践中的习惯。对于本文重点分析的这个案件，杨柳曾进行过初步但颇有见地的研究分析。〔5〕但针对同样的一个案例，由于关注的问题不同，切入的角度不同，因而完全有可能获得不同的但相互兼容并互补的研究结果。杨柳的论文的主要关注点是法官在案件处理中所运用的技术。而我的研究

〔4〕 这个问题很复杂，需要更为细致的实证研究。一般说来，普通人总是关心实际的法律制约，更关心与他/她们息息相关的实际的法律结果，但是，由于，从理论上讲，制定法的规定仍然可能至少为人们的主张提供某种正当性的根据，因此，制定法的规定仍然可能影响司法；也因此，人们还是有可能关心制定法的规定，前提是法律信息渠道保持畅通。

〔5〕 杨柳：“模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察”（1998年）（未刊稿）。

关注点是习惯对司法的影响。我的研究将显示，尽管当代中国制定法对于习惯采取了某种贬抑、有时甚至是明确予以拒绝的态度，但在司法实践中，习惯还是会顽强地在法律中体现出来，对司法的结果产生重大影响，实际上置换了或改写了制定法。同时，我的研究还将进一步探讨这种影响可能通过什么渠道，以什么方式，来产生影响。这后一点，对于一般只关心案件之结果的普通人乃至法律人也许并不重要，但是，我将在行文中显示，这个问题对于法学家和立法者以及关心中国法治的人们来说，具有非常特殊的意义。

这个个案是否具有代表性，从中获得的结论是否具有有效性 (validity)? 不轻信的研究者很自然地会提出这样的问题。日常生活中无奇不有，你几乎可以用来证明任何结论。正是预见到了这样的疑问，我才在前面说这个案件是“碰到”的，而不说“搜集”或“发现”的。我们在调查中并没有抱着任何“猎奇”的态度，并不想特意搜集什么意想不到的趣闻轶事，更无心寻找某个或某种特定类型的个案来印证我们事先的结论（事实是，我们事先并没有什么结论甚至没有比较细致的预想），我们甚至没有试图对某种流行的观点和命题提出质疑；我们的目的只是想了解一下中国司法的实际情况如何。在这个意义上讲，我们并没有什么具体的预定的理论目标，我们也提不出什么宏大的理论纲要，我们只是“来了，看了，想了”这样的现象和问题。至于用这些案例来分析习惯，则更在此后。坦白地说，如同本文分析的类似案件在中国基层司法中可以说是司空见惯，每个人民法庭的法官都可以虽非津津乐道也非如数家珍地信手拈来一大堆在他/她觉得平淡无奇的“事”（而不是“故事”），根本不需要什么“搜集”和“调查”；关键在于你是否抱着一颗善感的心和一个勤思的脑，以及——也许对奔忙于“依法治国”之国策之间的当代中国法学

家最重要的——你是否真正愿意到“底下”来走一走，看一看？！

二、案情始末和“法律”处置

40年代，费孝通先生在《乡土中国》一书中曾提到一件法律与民间习惯冲突的范例。大致情况是，某地乡间有某男子同某个有夫之妇通奸，被女人的丈夫抓住了，打了一顿；奸夫居然到法院告了状，要求获得法律的保护，并继续维持着同该妇女的婚外性关系。^{〔6〕}费孝通先生用这样一个例子尖锐且生动地说明了当时法律与社会生活习俗的脱节；并指出，在一个社会变革时期，法律往往更多为这样的刁民用来谋取其利益，破坏了社会生活秩序。用费孝通先生自己的话来说，即所谓“法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序的弊端却已先发生了”。^{〔7〕}

尽管如此，费先生提到的这件事，如果抽象地看起来，还确实提出了一系列复杂的法律争议：这种婚外性关系对其配偶是否构成一种伤害？国家制定法该如何以及又能如何对待这种伤害？受害者是否可以请求司法对侵犯自己婚姻关系的人予以某种形式的制裁？这种制裁的限度在什么地方？在古今的许多社会中，对于有婚外性关系的配偶的一个制裁是允许单方面提出离婚。在古代中国，“淫乱”一直是允许丈夫单方面要求离婚的所列举的七种情况之一，并且不受“三不去”的限制。^{〔8〕}在西方的许多国家，单方面提出离婚的必须是对方有过错，而通奸几乎总是首当

〔6〕《乡土中国》，三联书店1985年版，页53以下。

〔7〕同上书，页59。

〔8〕瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，页124—128。

其冲。^[9]在另一些有强烈天主教传统的国家,任何情况都不允许离婚,但是由于天主教强烈谴责通奸,宗教对于这个社会(而不是其中某个具体的人)来说实际上在某种程度上扮演了法律的角色。

但是,如何制裁“第三者”则在各国都一直是缺乏明确的世俗法律。在近代以前,或者在现代民族国家出现之前,在世界各地,似乎对“第三者”的制裁除了社区的压力之外,更多是由受伤害之配偶运用某种形式的“私刑”,抓到了,打一顿,“留个记性”,然后也就只能算了。但是,由于性冲动是人类极强烈的一种生物性本能,在极个别的情况下,这种报复闹出人命完全可能。^[10]在一个天高皇帝远,国家法律由于种种限制无力干预的时空中,这种极端事件也许不为人所见,甚至没有文字的记录,国家也就只能“眼不见,心不烦”了。但是,随着现代国家权力全面深入社会,社会日益受到中央权力和与之相伴的知识的规训,那种仅凭着本能、因此有可能失去节制的私刑报复就日益不能为国家秩序所容忍了。通奸开始被许多国家的制定法认定为犯罪或轻罪,甚至直到今天。例如,美国在包括首都所在地华盛顿特区在内的大约 1/3 的州法律至今仍然规定通奸为轻罪,尽管这些法律已经无人适用,实际已成为“死去的文字”。^[11]中国自本世纪初开始,至少在这个问题上,也开始了这样一个“现代化”

[9] 参见, Richard A. Posner and Katharine B. Silbaugh, *A Guide to America's Sex Laws*, University of Chicago Press, 1996。一般说来,过错离婚的理由有通奸、遗弃和残暴;通奸是第一位的。又请看, Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law, American Failures, European Challenges*, Harvard University Press, 1987. p. 65.

[10] 理论上的分析,请看, Richard A. Posner, *Sex and Reason*, Harvard University Press, 1992; 文学作品中,这种故事更为普遍,在沈从文的小说《潇潇》中就有这样的描述。

[11] 转引自, Richard A. Posner, *An Affair of State, The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, Harvard University Press, 1999, p. 35。

的过程，^{〔12〕}从而为费先生提出的问题提供了发生的条件。但是，如果不是考虑费先生讨论的具体案件，而将这种问题一般化，我们就可以看出，这实际上反映了民间和国家两套规范体系的剧烈冲突。在费先生撰述的时代，这种转型还刚开始不久，加上那位乡间刁民的个人人品，因此，这种规范体系的冲突显得格外激烈。

如今距费先生撰述此文已有 50 多年了。过去的 50 年里，中国社会进一步经历着自本世纪初以来一直以各种方式延续的巨大社会变革和转型。就费先生提及的婚姻家庭以及与之相关的两性关系而言，在中国农村，中国共产党和中国政府进一步推行包括离婚自由的婚姻自主，保护妇女权益，妇女的社会地位有了巨大改变，妇女能顶半边天已经成为一种常识。在中华人民共和国的刑法上，通奸早已不再是一种犯罪了，甚至不是任何违法的行为〔在这个意义上，在这一方面，中国的法律是非常自由派 (liberal) 的，也许从这里可以看出支配当代中国制定法的意识形态的归属〕。因此，如果从当代流行的主流知识话语来看，从法律条文上看，那么中国农村的家庭婚姻和两性之间的法律关系会有巨大的变化；虽然社会并不鼓励，但是至少法律不会打击成人之间自愿的婚外性关系。情况是否如此呢？

在江汉平原的某个县级市的法院里，我们看到这样一个案件，情况及背景大致如下：某村一位妇女 Q 的丈夫 M 长年在城里打工，在同村的另一位男子 W 的引诱下，妇女 Q 同 W 发生了历时一年多的两性关系（Q 称是先强奸后通奸）。其丈夫回来后

〔12〕 一个重要的例子就是清末修律时有关“无夫奸”的辩论。请看，张国华、饶鑫贤 [主编]：《中国法律思想史纲》下卷，甘肃人民出版社 1987 年版，页 457—458，468—472。

得知此事后非常愤怒，声称自己“没脸在这个村子里活下去了”，多次打骂 W，并威胁 W 及其家人特别是其儿子的生命安全。村委会首先出面调解，W 表示愿意向 M 支付 7000 元人民币作为“精神和名誉损害赔偿”，但要求 M 保证，私了之后不再威胁自己和两个儿子的安全。M 拒绝了这一出价，继续纠缠并威胁 W。W 感到自己和孩子的人身安全都受到了威胁，为寻求保护，将此事反映给本村书记，书记建议他向当地人民法院提出诉讼，要求被告 M 停止对 W 的人身威胁和财产侵害。

到此为止，这基本是费先生的故事的现代版，除了第三者的人品外，故事情节和人物都大致相似。但是问题接下去就有所不同了。面对 W 的起诉，M 异常愤怒，在没有任何可以站得住脚的法律根据的情况下，M 提出反诉，认为原告的行为对自己造成了“精神和名誉损失”，要求法院据此判决原告赔偿自己人民币 10000 元。

面对这种非常微妙的案情，法院既没有轻易接受 W 的诉讼请求，也没有轻易拒绝 M 的诉讼请求。而是模棱两可地对此案进行了调解。在调解过程中，法院一方面通过劝说，使得 W 接受了对他实行拘留的决定；而另一方面，法院又用这种拘留作为一种交换条件之一，要求 M 做出让步。经法院同双方做工作，和解协议终于达成了。协议规定：（1）W “赔偿” M 精神和名誉损害费 8000 元；（2）M 停止威胁、骚扰 W 及其家人，此后，双方均不得挑起事端（对于 W 来说，这意味着不得再去“找”这位妇女）；（3）本案诉讼费 600 元，W 承担 400 元，M 承担 200 元。协议达成的当天，在“班房”里安全且自明其妙地待了 13 天的 W 被释放了。W 对自己的遭遇没有半点儿抱怨，相反一个劲儿地感谢主持调解此案的法官。而 M 则很快携带自己的妻子离村到城里打工去了。

如果从法律上看，这个案件是非常奇怪的一个案件。尽管此案的结果在绝大多数中国人看来都颇为圆满，皆大欢喜；但是仔细琢磨起来，可以说，所有的人，包括法官似乎都完全放弃了制定法的根据，整个案件都似乎行进在一条“没有〔法律〕航标的河流上”或海洋上。

尽管 M 的愤怒几乎人人都可以理解，^{〔13〕}但是，我们必须承认，他的愤怒和由此而来的一系列行动和要求都没有任何法律的根据。在现行的中国刑法中，通奸不是犯罪，而且也没有其他法律明文规制这一行为。^{〔14〕}相反，即使是事出有因，M 本人的骚扰、威胁 W 及其家人的行为反倒是可能受《治安管理处罚条例》处罚甚至刑法处罚的行为。^{〔15〕}但是，在这个案件中，双方当事人从来就没有这样想过，在他们的心中，这从来就不是他们行为的预期。此案的法官顾忌到了这些法律争议，但也没有真正这样思考过，或没有打算认真地按照这一制定法的逻辑行事。严格依法办事，只是法官在获取他们以及其他案件当事人都能认可且接受的司法处理结果的一个“侃价”的筹码。请看下面法官与当事人 M 的对话：

法官：（宣传法律），〔W 与你妻子的关系〕是不是强

〔13〕而不仅仅是中国人。我曾就此事听取了一位美国 30 多岁的中年妇女的看法，据她称，即使在美国，这种愤怒和打人的事，也是会得到社会包括是法律的理解和谅解的（“the judge will let him go”），只要不是如同本案的主人翁 M 那样过分。

〔14〕另一个重要的旁证是，正在考虑修改的《婚姻家庭法》（草案）仅仅因为考虑对“第三者”问题作出某种法律的制约，便在中国知识界或至少是与法律相关的知识界激起了许多反对。

〔15〕例如，《中华人民共和国治安管理处罚条例》（1994）第 22 条第 2 款；《中华人民共和国刑法》（1997）第 238 条。

奸，由公安机关侦查解决，但是〔你〕向〔W〕要钱、赌狠，有什么道理？

M：我的精神压力太大了，我实在受不了，我没脸活在世上。

法官：从法律角度……你跟他要钱没有任何法律依据，原告要求你停止侵害，你要立即停止对〔W〕的无理侵害。

在这里，虽然法官讲到了“法律角度”，但是，显然其着重点完全不在于法律，也并不意味着法官打算对在 M 的案件上适用这一制定法，提出制定法仅仅是作为一种震慑 M、迫使他接受某种结果的工具。在法院另一位更为资深的法官与 M 的另一谈话中，这一点则表现得格外明显：

你的心情和一些过激行为我可以理解，……你的精神受到了打击，名誉受到了损失，……W 应给予一定的经济赔偿，……事已至此，应该想通一点儿，想远一点儿，要求不能太高，言行不能偏激，根据实际情况，要人家赔偿 10000 元偏高。请仔细思考一下，你的爱人也有过错，……〔W〕向本院提起诉讼后，你不该再找他扯皮，〔如果你〕再有过激的言行，法律会依法惩处。

显然，法律在这里不是用做处理问题的依据，而是用来迫使 M 接受协议的一个因素。而在为了保护 W 而拘留 W 之后，法官又反过来对 M 说：“人家现在已经伏法，受到了法律制裁”；这里，法官已明确将 W 的行为界定为非法的行为。固然，这种说法明显有安慰 M 的因素，但是，我们千万不要以为法官真的仅仅是在安慰 M，事实上，这其中反映出了法官的心态。

在面对挑起此事的 W 时，法官同样非常明显地表现了这种“置法律〔制定法〕于不顾”的心态。请看法官对 W 的这段劝告：

你不要指责对方，……总根子、矛盾的起源还是在你身上，你的行为违法，严重影响了他人的家庭、夫妻感情，对社会造成了严重影响……。你应该从违法的角度看〔你自己的〕情节，看后果，主要责任在你身上，你的违法情节〔更〕严重一些。

在这段很短的话语中，这位法官居然三次公然指责 W 行为违法。一个法条主义者会认为这位法官的这段言辞完全没有法律常识，这位法官本身的言行是违法的；因为 W 的行为最多是违背了某种道德律而已（在另一些人看来，这可能连他/她们确信和实践的道德律也不违反）。但是我们这位可怜的多情种子居然毫无现代的法律意识和权利意识，居然全盘接受这样的指责；甚至，他不但接受了法院作出的拘留这样一个显然违背法律的决定，并且对此表示真心感谢——“法院拘留我也是为我好”。

三、习惯的弥散和认同

从实证主义的法律观出发，此案的处理确实是无法无天（不带贬义）；但如果真的得出这样的结论，而且如果她是一个当代中国人，那么他/她就一定有毛病，太不谙世事人情，太书生气了。一般人都会觉得此案的结果总体上还是合乎情理的（也许“赔偿”的钱有点多？）。但是，为什么？为什么这个结果会让人觉得并不太离谱？

只要仔细考察一下，实际上，本案涉及的所有的人都在不同程度上认可了这样一个非成文的习惯法，即一位男子同一位已婚妇女发生性关系，就对这位妇女的丈夫构成了某种伤害。尽管在制定法上这并不构成可以提出诉讼请求的侵权行为，但是，在民间看来，这种伤害不仅是一种道德上的不公（wrong），而且至少在这个社区中，这种不公（wrong）已经使受伤害的配偶有权提出某种形式的只要是不太过分的主张，而发生性关系的男子则有义务以某种或几种方式偿还这种“侵权之债”。

我们可以依次分析一下人们的态度。

首先是这位妇女的态度。我们翻阅了此案的全部卷宗，发现这位妇女 Q 描述的所谓的“强奸”与 W 描述的“通奸”并无很大差别。差别仅在于谁先调情的，以及在男子 W 第一次“求欢”时，Q 有无拒绝（而非抗拒）的言辞。并且，双方都不否认，自第一次之后，两人有比较长期的并非强迫的性交往。因此，从双方的描述以及其他间接证据看，都可以认定，这是一个通奸行为。但是，这位女子，尽管不否认所有这些事实和证据，却一再把自己与 W 的关系标签为“强奸”。这种对行为的标签之争，并不仅仅是这位妇女在谈论自己的性需求时的羞涩；更重要的，在我看来，是她试图以这种标签来减轻自己主要是对丈夫的负疚之感。在她看来，只要这种性关系不是出于自己的要求或主动，而是被强迫的，那么自己的行为对丈夫的伤害就会小一点儿。^[16]而如果我的这一判断不错，那么，这就隐含着妇女 Q 本人把自

[16] 在这一点上，我们可以批评这位妇女“缺乏主体意识”、“缺乏独立人格”，这种批评可以成立；但是，进一步看，这在某种程度上也是对丈夫的性行为构成一种道德的制约。性忠实，无论是作为意识形态还是作为一种社会实践，在这个意义上看，其实经常渗透了性忠实者自己也不知不觉的对于性伴侣的权力运作。

愿同其他男子的婚外性关系视为对自己丈夫的一种伤害，她并不认为自己的性需求或性爱是完全独立的，相反，她认为婚姻已使得自己对丈夫承担了而且必须承担某种义务。当然，这种义务究竟应当是道德的还是法律的，我们可以长期争论；但是，我们不是从一种终极真理的地位作判断，也不是从我们的法律定义出发，而是要尽可能理解她的视角。因此，至少在她的心目中，这种义务是具有法律的性质，因为即使是道德的义务，在一定条件下，也完全有可能转化为一种法律的义务。现实生活中，在许多问题上，法律义务与道德义务都是重合的，尽管并不总是重合。

再回过头来看看本案中的两个主要当事人，W和M，他们俩的所有言行也都基于对上述这样一种道德责任和习惯的认同。尽管制定法在这一问题上并没有赋予M任何法定权利，但是，M之所以满怀委屈，敢于言行过激，提出种种要求，就是因为他感受到了一种道德上的不公，感到自己受到了伤害。而在他看来，一个真正合乎情理的法律就应当给予自己更多的保护，而不是保护那位偷人妻子的坏蛋，这是习惯赋予他的一种预期。请注意，我在这里讨论的问题并不是他是否应当有这种感受（以及上一段文字中，妇女Q是否应当对丈夫有一种负疚感），也不是讨论他的这种感受是否符合现代社会的标准。我们考察的是一个事实争议，即他为什么这样行为，什么是他这样行为的基础。抓住了这一点，我们就可以看到，他的行为同样是以上述习惯为基础的。并且，也正是由于这一点，他甚至无法接受7000元的私了。钱不仅没办法使他咽下这口气，反而可能使他在这个村子里今后更没面子。他必须看到作为正义之代表的国家司法机关站到自己的一边，必须看到偷情者受到某种他认为更像惩罚的惩罚，进了

“班房”，伏了国法，他才能感到自己找回了面子，出了气。^{〔17〕}

之后，再看第三者 W。我没有见到这位多情种子。但是，我相信，他的怯懦也并不是因为他在体力上不如 M。事实上，他在这一事件发生时，正是 40 岁上下的壮劳力；并且他没有使用任何其他钱财，也没有其他特殊的社会地位，没有使用任何暴力或以暴力相威胁，就能够吸引妇女 Q，并且敢于“吃窝边草”（他和一般人完全应当预料到：事情一旦暴露，肯定会有许多是非非），想来也不会是一个萎萎缩缩的男子。如果在其他的情况下受到这样的欺负，他完全可能会以死相争，就如同乡民在旱季里争水不惜牺牲自己的生命一样。但是，他在此事暴露后，处处怯懦。怯懦的根本点就在于他内心认同的道德律和习惯法，他实际上是认为自己做了亏心事，理亏了；这一乡土社会中的习惯已经在他的身上内化了。正是出于这种心态，他才从一开始就愿意支付 7000 元，了断这件在他自己看来也是很光彩的事；也正是出于这种心态，他对自己即使被拘留也无怨无悔，甚至说“法院拘留我也是为我好”。必须指出，所谓“为我好”，固然主要是因为这一拘留事实上保护了他的人身安全。而另一方面，但并非不重要的一方面是，在他同法院的交谈中表示，法院对自己的处理，包括拘留，对他自己也是一次“法律教育”，并表示，今后一定要严格守“法”。而他说的这个法，并不是国家的制定法，只不过是乡土社会中人们的一种习惯性的行为规则。

法官在情感上接受并真正认同的实际也是这一习惯性规则。

〔17〕 在这一意义上，我不同意杨柳的论文（见前注）以及其他调查者对此案的概括：通奸加敲诈勒索。我认为，这位丈夫的愤怒是真实的，他的所作所为并不是为了敲诈更多的钱财，而是有意要让大情人 W 丢脸，如果不能让对方受到社会中的制定法的制裁，也要让他受到习惯法的制裁。

因为，只有在这样的语境中，我们才会理解，对于威胁他人人身安全的 M 的行为，法官为什么不仅在实际行动上表示了太多的宽容（试想，如果不是有通奸这个前因作为 M 行为的背景，法院会对 M 行为有这么大的耐心和宽容吗？！他一定会马上受到某种形式的处罚），而且法官也真切地反复表示对 M 的行为和情感能够理解。更重要的是，法官确实对第三者 W 采取了某种虽然界定不明但显然具有处罚性质的法律措施，并及时告知 M，以此来安慰和平息 M 的愤怒。而在对待第三者 W 时，尽管法官完全意识到 W 有权获得法律的保护，但是，法官给他提供的法律保护只是一种无论在乡民还是法律家看来都明显具有处罚性的“拘留”（试想，如果是我们这样的普通人受到这种生命财产的威胁，法院是否会并敢提供这样一种“保护”），并且多次公开指责称其行为违法，挑起事端。法官的这些举措和言行显然不是一种偶然的处置失误或用词不当。在一段话中，三次指责 W 违法，且不自觉，这就充分显示了法官内心深处的真正好恶。当然，这也许还是一种失言，但这只是从法律实证主义或律师的角度来看的；如果换一个角度，这就根本不是什么失言，它恰恰真实地反映了法官内心信仰的法律，或康德所说的那个道德律。

因而，至此为止，我们看到，这场可能为实证法论者视为无法无天的案件处理，实际是有一个基本的严格的习惯规则作为支撑和指导的。所有这一游戏的参与者都在不同程度上首先接受了这一最基本的规则，因此，这场游戏才有可能玩下去，才使得其中的每个人都觉得这一游戏是正常的。

但是，如果我们再深入一点儿，再将分析的矛头对准我们自己，扪心自问一下，如果是我们，尽管是一些受过现代高等教育的城市人，又会如何看待他们包括法官的言行以及此案结果？事实上，至少在当时，我和其他调查者都在不同程度上觉得这一结

果基本合情合理。而且我还相信，绝大多数——如果不是所有的——话——读者都会认为这些当事人的言行大致合情合理。而这就意味着我们至少也在原则上认同这一基本的习惯性规则（这并不等于认同这一处理结果，这种分歧来自我们不同的社会经验），我们实际上也未能接受制定法的命令！当然，我并不想因此就把这种肯定是由特定社会环境制约产生的规则认同予以神圣化，赋予这种习惯规则以某种“自然法”的门第（尽管我认为其中有长期稳定的人的生物性因素在起作用）；^{〔18〕}但是，这种分析表明，至少这一规则在当代中国的根基之深厚要远远超过我们的自以为是。只是当我们在以一种外科医生的充满激情的冷酷来对当代中国的社会和法律仔细进行分析、解剖时，我们才将自己同这一习惯性规则离间开来，才发现这个案件处理得不合“法”。这恰恰说明了习惯的强大。而我之所以在本文开始引用费先生 50 多年前讲述的一个故事，目的之一也就是要显示，即使经历了 50 多年的时间以及当代中国社会的巨大变革，制定法的规则也还没有根本改变这种已经深深植入我们灵魂和躯体中的习惯。^{〔19〕}

也许，有些读者会说，你只分析了这一个习惯，也许你对了；但是，这一个习惯并不能说明很多问题。而我恰恰要指出，尽管我集中分析的是一个习惯，然而细心的读者应当看出，这里面当事人的其他行为和反应也都渗透了其他习惯的强烈影响。例如，我提到，感情受伤害的丈夫 M 在听到自己成为被告，而多

〔18〕 可参看, Posner, *Sex and Reason*, 前注。

〔19〕 必须强调, 我在此仅仅是用这个例子来强调习惯之顽强, 及其对司法处理案件的影响, 而并非对这种具体的习惯予以正当化(尽管我个人在自觉和情感上都是认同的), 甚至我会反对将这一习惯写入制定法, 而更情愿让这种习惯在民间活跃着, 默默地发生作用和流变。因此, 简单化的反封建者或激进的女权主义者如果想以我的这些文字作为抨击目标, 可能还得留点儿神: 别闪着!

情种子 W 反倒成了原告之后，格外愤怒。之所以如此，就是因为，至少在当代中国农村中、甚至在城里的某些人，都往往习惯于认为原告应当在道德上更具正当性。^[20] 又比如，妇女 Q 之所以一再强调自己同 W 的关系是“强奸”，这也是基于人们普遍认可的另一个习惯，被强迫发生性关系者没有过错，同时对其配偶的伤害也不会太大。再比如，法院对 W 采取的措施，之所以在各方看来都具有惩罚的性质，并不是因为这种处置本质上是惩罚，^[21] 而是在这种社会语境中，拘留被人们习惯性地界定为是一种“惩罚”。如果纯粹从身体和精神的压力上看，W 在拘留期间要轻松多了，并不构成一般意义上的惩罚。恰恰是由于一种习惯性的对于某种符号的认知，于是，这种拘留就成了惩罚。而正是这种习惯的存在，才使得法官可以在这一点上做一点儿手脚。因此，仅仅在这一个案件中，我们已经看到，习惯对于当代中国社会和法律的影响不仅是久远的，而且是普遍的，处处渗透的。

四、制定法与习惯的互动

上面的分析例证了习惯性规则在当代中国社会中的普遍存在

[20] 还有两个例子。80年代初，我在北京某区法院实习时，一位大学毕业的男子另有新欢，提出离婚，妻子眼泪汪汪最后同意了，但是她的惟一的一个正式要求就是要法院把自己改成原告——一位被要求解除婚姻关系的原告。这些看上去像是黑色幽默或王朔小说（其实这对写过《永失我爱》、《空中小姐》的王朔是很不公平的）的故事，只有深刻理解其中隐含的规则和规则背后的道理，才会让人无法笑出来。另一个例子见后注 28。

[21] 在西方社会，一遇严寒，就有无家可归者违个法，以获得一个御寒之地。他是明白这里面道理的。我当年当兵时，由于太劳累，很想休息，甚至觉得如果能“关禁闭”也不错；但我当时总也不明白为什么“关禁闭”会是一种处罚！

和强有力，并会强烈地影响司法实践；但这一点其实并不那么重要。在本文中，我也不打算分析这些具体的习惯规则是否正当，是否合理，因为我觉得这也并不重要。就本文而言，并且对我来说，更重要的也许是，要分析，这些习惯是怎样进入司法，然后构成杨柳所说的“模糊的法律产品”的。

诚然，乡民们依据他/她们所熟悉并信仰的习惯性规则提出诉讼，这是习惯进入司法的首要条件。法官对民间风俗习惯的下意识认同和分享是另一个重要条件。但是，如果仅仅作这样的分析，其结果有可能导致一个在我看来可能是错误的结论，即诉讼或案件当事人和法官都被锁定在一个巨大的文化结构中，他/她们完全受制于这个文化结构或受制于习惯，缺乏创造性和主动性。并且这个结论进一步会隐含：我们的一切努力都将是白费，因此，中国法治变迁的惟一可能就是自上而下地灌输我们认为是符合现代化的观念和制度。我反对这种结论，但是我反对并不仅仅并且主要不是由于我对习惯的重视，或反对现代化，而是出于我发现这个结论有可能遇到另一个无法解说的麻烦：为什么同样生活在这个社会文化结构之中，我们以及其他有权向中国社会底层灌输和施加现代观点和制度的人，就可能不受这种文化结构的影响？显然，我们不能接受这种结论。我们必须发现更有说服力的解说。

对于这一点，我在“法律规避和法律多元”一文中已经指出，其实，至少在当代中国，已经不存在这样一个单一的文化结构系统，社会中总是存在着多元的法律规则体系，或者，即使是单一的规则也可能被人们选择性地或竞争性地运用，即各个利益相关者会通过选择适用某些规则或选择适用某种规则的解释来获

得对自己最为有利的法律结果。^{〔22〕}

事实上,在本案中,只要仔细回顾一下就可以发现,即使是两位男主角,也都在不同程度上以自己的利益为导向不断选择性地或交叉地适用习惯性规则和国家制定法。比方说,当第三者 W 发现自己无法满足 M 依据习惯性规则提出的要求,同时自己或家人的安全受到了威胁之际,他就断然选择了依据制定法来维护自己的最低要求,而不是“私了”。受害人 M,或者由于长期在城里打工或者是由于电视的传播,^{〔23〕}或者是由于生活在经济文化信息交流都相对发达的江汉平原地区,则显然借用了 90 年代以来才逐渐开始在当代中国城市地区流行起来的“精神和名誉损害”来支持和正当化自己的本来是依据传统习惯提出的主张和感受。今天的乡民们并不仅仅依据自己先前熟悉的习惯性规则提出自己的权利主张,他/她们和我们一样都生活在这个现实的迅速变动的世界,同样在主动或被动地适应着这个变动的世界,他/她们同样是选择性地依据对自己最有利的规则以最具合法性的话语提出他/她本来就具有的那种愿望和要求(我们今天称之为权利)。^{〔24〕}正是通过这种选择之后,习惯逐步进入了司法。因此,传统和习惯

〔22〕 苏力:“法律规避与法律多元”,载《中外法学》1993 年第 6 期。

〔23〕 这一点如今变得日益重要。在许多地方,特别是当乡民以各种形式反抗地方的各种税费之际,他/她们往往会利用通过电视传播的具有更大合法性的中央文件或法律的原则精神;城里人的习惯做法,现代社会的信息交流的便利,已经在很大程度上改变了习惯变迁的知识来源和格局。

〔24〕 因此,王利明教授认为像“人格权”这样的权利很难从“本土资源”中生发的观点是没有进行实证调查而匆忙得出的结论。可能村民 M 没有用人格权这样的大词,但是当他称自己“在村里没法活”的时候,要求“精神和名誉损害”赔偿时,他要求的也是一种人的尊严。没有使用一个语词并不等于就没有这种情感和本能,相反,只有有了这种情感和本能的要求,一个引进的法律概念才真正能在社会中扎根。王利明的观点,见“中国民法典的体系”,“20 世纪法学回眸系列讲座”(1999 年 12 月 17 日)。

在这里,完全不是如同许多法学家所说的那样,是农民或公民权利意识成长的阻碍;相反,我们看到的是,习惯是权利意识的发展通道之一,甚至是权利获得司法保护所依赖的主要路径。

但是,我们必须小心,因为,即使农民或公民依据习惯提出了某种权利主张,这种主张也并不一定真正能够进入司法并得到司法制度的某种承认。比方说,由于种种原因,当初秋菊要的“说法”就无法进入司法的体系,尽管她曾多次诉求了司法。^[25]因为,就司法而言,法官是惟一可以通过种种手段拒绝或在一定的限度内允许或承认习惯,并允许以习惯修改、置换国家制定法的人。如果他/她们不愿意,或者他/她们无法发现方便且比较安全的入口,那么,任何一方当事人即使想依据习惯影响司法,满怀希望地提出了诉讼请求,他/她最终还是可能被法官拒绝。因此,在此案中,我们就有一个重要的问题:为什么这些法官会允许这种习惯进入司法?

一种说法是把法官的行为归结为法官个人的偏好,或如同时下流行的语言所说的那样,是由于基层法官的素质不高,缺乏现代的法律观和严格执法的习惯或精神。不错,绝大多数基层法院的法官都是土生土长,长期生活在基层,不了解“外面的世界很精彩”,也没有经过系统的法学院的训练;但是,这并不意味着法官不了解违法的后果。制定法就明摆在那里,多年的公职生涯和/或司法训练也使得他/她们知道自己与普通人的不同,作为法官,他/她们必须履行法官的公职,不能完全无视 W 的有关人身保护的请求,也不能让 M 为所欲为。否则的话,他/她们就是

[25] 苏力:“秋菊的困惑与山杠爷的悲剧”,收入《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996 年版。冯象:“秋菊的困惑与织女星文明”,收入《木腿正义》,中山大学出版社 1999 年版。

渎职，会受到各种处分。并且，我们还要看到，即使法官们分享了该案的当事人有关习惯的规则，他/她们也与当事人的境遇完全不同。就此案本身的解决来说，他/她们并没有很多利益，他/她犯不着冒这种风险。他/她无需认同或至少无需在此刻认同乡间的习惯性规则。因此，如果从他/她们自己的个人利益出发，他/她们似乎应当而且也完全可以名正言顺地依据现存制定法的简单规定来处理此案。在这个时候，严格执法实际是最简单、最没有个人风险的做法。

另一种可能的说法是把法官的做法浪漫化或把传统浪漫化，认为这种处理结果体现了法官对乡民的同情心或对文化的认同。在我看来，这也是错误的。我不否认，法官都有个文化认同的问题，也都有某种同情心。但是，我们必须看到，不仅——如许多思想家指出的——这种利他主义同情心的作用范围是有限的，^[26]因此，这种说法夸大了法官的道德感；而且，它与前一种说法同样，低估了基层法院法官对于现代文化的认同，低估了基层法官对制定法的熟悉和了解，低估了基层法院法官的精明。他/她们并不会仅仅因为对土地或乡民的感情，或是对儒家学说的认同，就默许或认同习惯来干预、修改甚或是置换国家制定法，拿自己的饭碗开玩笑。他/她们是感到 W 的行为有点儿可恶，是感到 M 多少值得同情，但这就足以促使他/她们接受乡民的习惯规则吗？那么，究竟是什么促动和推动他/她们这样做，这样充分调动了他/她们的实践智慧，努力穿行于制定法与习惯之间，力求案件

[26] 关于有限利他主义，最早指出这一点的可能是孔子，即所谓的“爱有差等”的观点。此后，孟子充分发挥了这一点，强调推恩。在西方，《圣经》中就强调要首先爱你的邻人；亚当·斯密和休谟都分别论证了这一点。请看，斯密：《道德情操论》，商务印书馆 1995 年版；休谟：《人性论》下卷，关文运译、郑之骥校，商务印书馆 1980 年版，第 3 卷，第 2、3 章。

处理得圆满，力求获得某种各方面的认可、宽容和默许，甚至不惜冒着自己违法受过的危险？

在本案中，法官其实始终都意识到制订法的存在和要求，他/她们远远要比案件的当事人更清楚另一套游戏的规则，以及不遵守这套规则对于法官自己可能具有的利害关系。在决定将第三者 W 拘留前，一位资深法官专门找到 W 谈话；在释放 W 之前，又再次进行了一次相当漫长的、看起来言不及义的谈话。而两次谈话的中心且潜在的意思是，我们对你处理可能并不合制定法的要求，但是在这种情况下，我们只能这样做；你必须理解，不要去告我们违法乱纪，非法拘禁。但是，他又不能明着这么说，而是绕了不少弯子，点到为止，以期达成一种默契；而且，这种话还不能说得太心虚。下面这段话就是一个典型的例子：

“当初对你采取措施是因为你态度不那么好，不那样办不能保证你回家后你以及你的家人的生命财产安全，[我们]确实处处为你着想，通过依法处理使你受到保护。”

在这段话中，可以说浓缩了法官的诸多策略，胡萝卜加大棒，又哄又骗，既有义正词严的谴责，也有无微不至的关心。但是，如果将这种做法仅仅视为法官居高临下的一种策略或治理术，而不思考这种策略或治理术发生的具体条件，同样也不恰当。

对于一个现代西方社会法官来说，或对一位在理想状态下运用司法权的法官来说，除了制定法明显有失公平，他/她确实根本没有必要屈服于习惯；因此，他/她也就不需要这种策略，不需要这种既“违法乱纪”又冠冕堂皇的手法或措辞。但是，问题在于，可供西方社会的法官运用的资源很多，不仅在经过长期的社会稳定发展之后，他/她们国家的制定法与社会习惯相对说来已经磨合得比

较好了,不像转型时期的中国,法律与习惯严重脱节。更重要的是,一般说来,西方社会中的法官不大会因为,比方说,对 M 严格执法、采取强硬措施,引起民众和舆论的哗然和围攻;而且即使发生了这样的骚动,他/她们也不会因此“丢官”;他/她们也没有中国目前正全面推行的那种“错案追究制”或正在紧锣密鼓地计划中的“人大个案监督”;并且他/她们也有足够的权威要求警察、并且也有那么多警力资源供他/她们调动,来保护哪怕是像 W 这样的一个人有道德污点或缺陷的人。

而在中国基层法院的法官那里,这一切条件都不具备或不充分具备。如果中国法官真的严格依据有关法律对 M 采取某种强硬措施,并同时给 W 提供某种保护(且不说,法官是否有能力调动警力,以及在基层是否有这么多的警力来保护这样一个有道德污点的原告。要知道,好人都保护不过来!^[27]),就完全有可能在当地引起哗然,甚至引出民众围攻法院,该市市委、市政府乃至市人大都可能以人民的名义指责他/她们。他/她们个人不仅可能会丢官停职(或在人代会上被免职),还可能会遭到各地媒体的诸如“通奸者享受警卫,受害者反遭监禁”或“咄咄怪事”之类的甚至更为激烈的抨击。^[28]甚至,我们无法排除法官个人或其家庭成员会遭遇人身危险。而另一方面,他/她们,甚至不能以法律没有规定拒绝接受这种案件(这将同样有可能舆论哗然,甚或闹出人命官司)。正是在这种种挤压之下,当面对这样的案件,法官们才不得不铤而走险,穿梭在制定法与习惯之间,尽量获得

[27] 参见,本书“纠纷解决与规则之治”一文,被儿子打的老母亲,也无法获得警方的保护。

[28] 这并非我的猜测,事实上,大约三年前,四川省某县法院仅仅因为接受了制假者对打假者的行政诉讼,一个并不比本案更具道德敏感的案件,就引发了中央电视台《焦点访谈》记者的惊呼:“制假者反告了打假者”。

一个双方都能接受的妥协的案件结果。

因此,这里的分析不仅表明了,法官在选择性允许习惯性规则进入司法,修改或置换制定法时,既不主要是由于他/她们没有正式法律的知识,也并非主要是出于某种文化的认同,或某种文化结构使然(文化认同仅仅在决定以什么规则来修改、置换制定法上起作用),而同样是由于种种涉及他/她们自身一系列合法利益(其中包括对职务责任的考虑)的制约条件促成的。在这一点上,他/她们与乡民们并无根本的不同。因为,至少是在某些案件中,只有运用这样的知识,法官才能使他/她们在当代中国基层社会的社会和制度环境中生活下去,并生活得好一点儿,安全一点儿。在某种意义上讲,这些法官的确是在运用策略,但这些策略并不是治国的策略,不是治理术,而更多是一种个人生存的策略。

并且,我还要强调,这里的分析更重要的是表明了,即使从法官这一方面透视,习惯性规则在中国得以进入司法、影响司法仍然是、并主要是与当代中国的经济、政治和社会等一系列制约性制度条件相联系的,而不是什么文化的因素。也正是由于这一点,我们才应进一步审视和理解中国基层法院之法官在中国当代法治形成中扮演的重要角色和在某种意义上看来尴尬的地位。

五、余 论

我在前面声称习惯具有顽强生命力,会在司法过程中顽强地表现自己,这并不等于声称习惯就不受制定法的影响。如同,我在先前的一系列文章曾经一再指出的那样,现代社会的习惯或民间法已完全不可能保持其在近代民族国家形成之前的那种所谓的“原生状态”,它已必定是在同国家法的互动过程中,不断地重新塑

造自己。^[29]在此案中,我们也再次看到类似的情况,制定法在受到习惯之置换或扭曲之际,如果换一个角度看,就发现,习惯本身也在受到制定法的挤压,并发生着改变。在本案中,第三者 W 毕竟还是得到了一种尽管是很不像样的国家权力的保护,而愤怒的 M 毕竟还是要在法官的劝说和威胁利诱下放人一马。法官在这个过程中也不能把法律完全不当回事,他们还是要指出 M 的行为过火了,还是要运用法律的权威来压制 M 的愤怒,他们还是不能让 W“自作自受”。当然,如果谁一定要从理想状态的严格执法的角度来看,我也只能承认,法官们似乎是在屈服于习惯。但是,从实用主义的角度来看,从人的创造性的角度来看,我们更应当看到法官也是正在以他们的妥协重新塑造和改造了习惯(尽管甚至他们自己也未必意识到了这一点)。所有的当事人在这一次事件中都获得了某种未必不利于国家制定法的经验。

但是,我们又不能简单地认为习惯在同制定法在这一次短兵相接之后,习惯的空间就小了,国家法的空间就扩大了;并由此推导出,习惯将逐渐消失,国家制定法将最终完全取代习惯的结论。尽管人们很容易得出这样的结论,情况在我看来却完全不是如此。如果谁坚持这种看法,那只是坚持一种本质主义和实在论的观点看待习惯,用一种固定不变的观点看待习惯,用一种必须在习惯与制定法之间作出善恶选择、非此即彼的观点来看待习惯。其实,法学上的那个习惯只是一个被实体化的词,而任何现实中的习惯从来都是在各种制约因素下形成的,其中有些也不可能完全脱离这种或那种形式的暴力和强权。因此,在现代社会中,国家权力无

[29] 请看,“法律多元与法律规避”以及“再论法律规避”,均集于《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996 年版;以及“当代中国法律中的习惯——一个制定法的透视”(1999 年)(未刊稿)。

论是以法律的形式还是以其他的形式挤压习惯,或者是否更强地挤压了习惯,或者是给习惯留下了更为广阔的空间,这都不过是制约习惯生长发展及其表现形态的一系列因素本身发生的某种格局调整。即使假定,此前,在习惯的生长中,国家的力量完全不在场(其他力量就会更多在场,例如宗法势力),那么,如今最多也只能说是增加了一个制约因素而已。习惯将继续存在,将继续随着人们追求自己利益的过程不断地重新塑造和改变自身。只要人类生生不息,只要社会的各种其他条件还会(并且肯定会)发生变化,就会不断地产生新的习惯,并将不断且永远作为国家(只要国家还存在)制定法以及其他政令运作的一个永远无法挣脱的背景性制约因素而对制定法的效果产生各种影响。

事实上,我们可以看到,即使是在西方各发达国家,至今仍然一直都将习惯作为法律的渊源之一,在许多时候都明文规定法律(制定法)无规定、从习惯,在许多商法上甚至明确规定,没有习惯时,方适用法律(制定法);^[30]不仅允许习惯在司法中扮演更重要的角色,同时也赋予了法官更多裁量性适用习惯的权力。这些都绝不是偶然的。这并不仅仅是因为制定法无法规定生

[30] 例如,《瑞士民法典》第1条:本法未规定者,审判官依习惯法;无习惯法者,自居于立法者地位时,所应制定之法规裁判之。《日本法例》第2条:不违反公共秩序及善良风俗的习惯,限于依法令规定被认许者或者有关法令中无规定的事项者,与法律有同一效力。《日本商法典》第1条:关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法。此外,在对合同的内容进行解释或者合同漏洞需要补充的时候,应当先适用习惯,在没有可以适用的习惯时,才适用法律中的任意性法律规范(注意,这种排序本身就是一个习惯,但具有某种强制性)。参见,史尚宽:《民法总论》1980年作者自版,页423,“解释意思表示的方法,以考虑当事人所希望达到的目的为第一次序,习惯为第二次序,任意性法律规范为第三次序”。而在英美法系,至少在刑事诉讼法律程序上,“制约执法程序的一些非正式的、法律之外的习惯具有[与联邦宪法和权利法案]同样的重要性”。见, Richard A. Posner, *An Affair of State*, p.59。

活的一切，或文字无法描述一切，而更多的是因为，无论你承认与否，习惯都将存在，都在生成，都在发展，都在对法律发生着某种影响。习惯将永远是法学家或立法者在分析设计制定法之运作和效果时不能忘记的一个基本的背景。

这也就是为什么我反对将习惯制定法化的最重要的理由。^[31]任何习惯一旦纳入制定法，形成文字，就或多或少地失去了其作为习惯的活力。当然，这也并不是说，制定法就一定没有活力，制定法常常会通过法官对制定法的解释获得活力，就如同美国宪法那样。但是我们必须清楚地看到，这种制定法的活力往往更多地为掌握各种权力其中包括话语权力的人（包括法学家）所控制，而习惯的活力更多地通过普通人在追求各种形式的利益的行动中展现出来。此外，即使制定法文字的含义之解释也总是要受习惯的影响。在18世纪，当初宣称过“人生来平等”的美国宪法的创制者们，在制定宪法时，其中的“人”依据当时的习惯就不包括黑人；而今天美国法官解释美国宪法时，已经不可能将黑人排除在外了。这不仅是因为法律解释变了，而首先是这个社会条件的变化引发了对“人”的概念的习惯性理解发生了改变，迫使立法者和法官不得不对“人”作出新的、符合当代习惯的解释。也正是在这个意义上，我们才应当并也才可能理解“习惯是法律之母”这句名言所隐含的更深刻的含义，而不是如同某些学者那样，将之视为一个保守主义者的信条。

1999年11月6日凌晨初稿

11月18日二稿于坎布里奇

[31] 前注19；又见“当代中国法律中的习惯——一个制定法的透视”，（1999年）（未刊稿）。

第八章 基层法官司法知识的开示

“各庄的地道都有许多高招……”

——电影《地道战》对白

一、司法知识与法官的关系

由于中国基层法院法官所处的特定制度空间（初审法院）和时空位置（中国基层社会），他/她们所需要的知识和技巧不仅与理想型法官不同，而且与上诉审法官也不同。因此，要提高中国基层法官的专业素质，必须针对他/她们的需要，进行司法知识和技能训练。

这个结论作为一个实践判断并不错。但是，从分析上看，这个结论有可能导致另一个错误判断，即法官的知识和技能是或仅仅是一种知识灌输的结果，从而几乎完全忽视了法官的能动性和创造性。在这一单向度的认知框架以及由此而来的研究框架中，法官被视为接受某种被称之为“司法知识”的消极客体，而并非司法知识生产的主体（这实际是要为法学家支配法官的知识/权力关系正当化）；是司法知识的消费者，而不是生产者。但是，我们应当问一问，法学家所传授的司法知识又来自何处？是的，

法官已经不是“神谕的宣示者”（布莱克斯东语）了；那么，法学家就是吗？他/她们又是如何获得“神谕”的呢？显然，这一看起来天经地义的知识权力关系无法回答司法知识来自何处。即使从原则上，当代中国持这种观点的人会否认司法知识的先验性，却还是很容易把目前流行的在某些特定司法制度层面（例如上诉审或外国法官的上诉审）的法官生产累积的知识普适化，〔1〕将实际是具有高度地方性的“司法知识”永恒化。而另一方面，更重要的是，从这种目前被广泛接受的知识权力关系出发，完全有可能将法官在司法实践中逐步累积起来的对司法有参考指导意义的某些经验和技能都排除在现有的司法知识体制之外。这将加剧“司法知识”同司法实践的分离，无论对法学研究还是司法实践都将是不利的。这一点在当代中国有关提高法官专业素质的努力中就已经明显表现出来了：一方面法学家正当地且必要地强调了法官的专业培训和职业教育的意义，但在另一方面，现有的中国法律教育和法学知识体制又非常不重视法官作为知识生产者的作用和角色。

事实上，自法学产生以来，特别是近代的以司法为中心的法学发展起来之后，许多法学家都以不同形式强调了法学知识的特殊性，并已经形成了一种共识，即法学主要是一种实践理性，〔2〕它无法完全通过讲授的方式传达，而必须依靠大量的实践才能逐

〔1〕 参见，本书“初审法院与上诉法院”一文中对现在流行的知识谱系的简单分析。

〔2〕 而这一传统在英美国家至少可以追溯到15世纪柯克大法官的“人为理性”的说法；另一个名言就是19世纪美国法学家霍姆斯的“法律的生命从来是经验，而不是逻辑”。当代法学家的这类论述则更为普遍，参见，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990。如果更早，则可以追溯到柏拉图，在他的由哲学王治理的国度中，法学家是没有位置的。

渐掌握。^{〔3〕}同时，哈耶克有关知识弥散性的雄辩论证，尽管其根本指向是批评计划经济，也表明知识的生产不可能而且也不应当由学者垄断；他提出的“自发秩序”尽管有点浪漫色彩，但也表明人们完全可能在其特定的社会生活环境中累积起对自己有用的知识，并逐渐形成制度。^{〔4〕}这些观点都应当对我们研究和理解中国基层法院有所启示。

基于我们对中国基层法院法官的访谈、调查和研究，本文试图初步总结一下他/她们在审判中实际形成的一些他/她们自己也未必重视却根本离不开的知识和技巧。但是，我要首先声明，这样一种工作几乎从一开始就注定是不完整的，有重大风险的，甚至是吃力不讨好的。最根本的原因在于，作为实践理性的司法知识和技术从根本上就拒绝系统的、条理化的描述。这种知识是法官同具体生活情境遭遇时“自发”产生的，而实践着的人一般都不大会对自己的日常生活的技术和知识进行反思，因为他/她们的关注并不在此，而在于生活本身；而且法律学术界目前还没有提供谈论这些技术和知识的概念和话语，特别是在中国，甚至没有正当性。这就使得基层法官的知识和技术往往是处于未被现有的知识话语征服的原生状态。本文必须在某种程度上逾越这两道屏障，同时又要保持一种法律话语的身份，以争取其合法性。为此，我将仍然主要借助现有的比较抽象的法律话语和概念，迂回

〔3〕 由此，我们可以理解，为什么以司法实务为主导的英美法学教育都更多是一种职业性教育，而更具人文教育性质的欧陆法学教育培养出来的学生只有很少人真正进入司法，并且往往还是要经过各种更强调专业技能的司法培训。可参见，季卫东：“法律职业的定位”，收入《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，页203—204。

〔4〕 Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 1, University of Chicago Press, 1973.

地进入我所要讨论的话题。同时，本文又将不断参照我先前的一系列文章所分析的个案，希望这种类似网上链接的行文方式能保证本文主题不被湮灭在过分冗长的个案描述中，同时又能重新唤醒读者对这些个案细节的学术敏感。但，这就给那些不熟悉这些论文中提及的个案的读者带来麻烦。既然世界上没有两全的事，我也只能运用我的实践理性作出某种选择了。

在下一节，我将首先讨论中国法官知识发生的基本制度条件和社会条件。随后，我将依次分析一些我认为对于基层司法非常核心的技术，并且将这些知识和技术分作解决纠纷和遵守规则这两个部分来分析。但是，请读者注意，我在此并不打算列举并描述中国基层法院法官的全部知识和技术，本文的目的仅仅是进入这个领域，而不是全面展示或勾勒这个领域。

二、法官知识生产的主要制约和资源

知识是人类在现实生活中为了对付其各种现实的问题而生产出来的。因此，时空位置的不同，人们所面临的常规性问题往往也不同。在任何具体的时空中，人们都会逐步形成一套常规性回应这些问题的知识、制度和技术，统而言之，即所谓的文化。^{〔5〕}

〔5〕 甚至在一些极端的情况下，也会产生出某种知识。“楚王好细腰，宫娥尽饿死”就是这样的一个例子。宫娥采取了节食的手段来获取楚王的青睐，这种节食的策略和具体技能，尽管对一般人也许（“也许”是因为今天在发达国家包括中国的一些发达地区，不少妇女实际上已经下意识地沿用或挪用了这种知识和技能，为了些她们心目中特定和不特定的“楚王”）不具有普遍的意义，对于宫娥来说，是一种对付特定生存环境的知识和技能。因此，在这个意义上，没有任何制度有可能完全窒息人的创造力。当然，这种创造力起初可能只是一种机会主义的行为，

法官也是如此。在回答其所在社会的常规问题上，法官作为常人^{*}与其周围的其他人，并没有什么很大的文化区别。但是，由于他/她们是法官，从事的职业不同，即他/她们每天要解决的职业性问题与社会上从事其他职业的人们不同，他/她们就会逐渐形成这个职业内所需求的各种可以或不可以言传身教的知识和技能，并由此构成了他/她与其他人的一些职业性区别。在这个意义上，使得法官有别于其他人的，并不是他/她们所从事的工作本身，而是他/她们在具体工作中逐渐形成、累积并身体化的知识以及他/她们所依赖的制度（尽管职业分工会更便利他/她们获得这种职业的知识和依赖这一制度）。〔6〕

这对我们理解中国基层法院的法官的知识生产和再生产很有一些指导意义。首先，既然任何知识和技能都是人在一定的制约条件下发生的，那么，我们就必须发现中国基层法官所面临的常规性问题和制约是什么。在我看来，对中国基层法官的职业生涯构成重大制约的主要有两个方面。

一方面是基层社会、特别是广大农村社会中具有丰富个性的、尚未格式化的并因此难以以规则化方式处理的现实世界。〔7〕面对这样一个世界，法官或法院必须实际地解决问题，否则他/她或它就丧失了作为纠纷解决者或机构而存在的理由。因为，即使在日常生活中，人们也总会自觉不自觉地寻找那些能办事、

* 但是，只要这种制约是长期的、相对稳定的，那么这种机会主义的随机应变就可能而且必须累积下来，成为一种无形的下意识的只能口耳相传的知识或技能。

〔6〕当然，应当指出的是，在许多现代社会，这种职业分工并不只是从就业才开始。取决于不同的行业，其分工训练往往是从大学或专科学校甚至更早就开始了；而以美国的法学院、商学院、医学院等以职业为导向的研究生教育在这一点上表现得最为明显。

〔7〕参见，本书“纠缠于事实与法律之间”一文。

能解决问题的人或机构来解决他/她们的问题。当法官或法院不顶事时，即使法律赋予了他/她“法官”或赋予了它法院的身份，人们也会主动放弃甚至规避司法，〔8〕力求以其他方式——例如找行政官员或上级机关或“私了”——解决问题。我们可以大致说，没有哪个法官或机构愿意就这样被社会所淘汰。

但是，对基层法官还有另一个巨大制约，这就是由于现代化发展以及现代民族国家的意识形态所要求的规则之治。在这里，必须强调现代的法官与传统社会中的纠纷解决者之间有一个很大不同（但不是惟一的，甚至未必是最重要的）。现代法官之所以有权解决纠纷，首先并主要来源于他/她在现代国家的政治制度中的地位以及附着于这一职位的授权。在这个意义上看，现代法官已经主要不是内在于其所在社区的治理机构的一部分，而主要是现代国家的法理型统治机构的一个组成部分；他/她的权力和合法性主要来源是国家垄断了暴力的使用，并以暴力作为最后支撑保证现代法官行使其解决纠纷的职能。如果他/她不按照或无法按照这个法理型统治国家机器的要求运作，那么，他/她的这种权力和身份以及相关的收益和福利就可能被剥夺〔在中国可能是撤职、停职；在美国则可能是在某种压力下辞职、弹劾或经公民投票撤职（recall）〕。然而，法官的职责又不是通常意义上的解决纠纷，国家并没有赋予法官以一切他/她个人认为便利和必要的手段来解决纠纷的权力，而是要求他/她作为现代化治理机器上的一员以某些被立法认定是规则化的合法方式，依据规则来解决纠纷。如果他/她违反了这些现代化治理的根本原则，他/她也会被剥夺作为法官的权力。

必须指出，这两种基本的制约从原则上来说是应当统一的，

〔8〕 参见，苏力：“法律规避与法律多元”，载《中外法学》1993年第5期。

并且也能够相互支持，但是在实践中，两者却不总是统一的。简单说来，这就是特殊情况与一般规则之间的矛盾。即使是在发达国家，为了解决问题，法官有时也往往不得不改变某些规则；而在另外一些时候，为了维持规则，法官也不得不牺牲当事人的利益，即所谓牺牲实质正义支持程序正义。^{〔9〕}这种矛盾和冲突对于初审法官，其感受会更为强烈，因为他/她往往是直接面对现实。而在中国基层社会，由于法治的格式化工作缺乏，这种法律与现实之间的矛盾甚至更为突出。^{〔10〕}因此，在我看来，正是这两方面要求构成的张力创造了中国基层法院法官知识生产和再生产的特定空间，并形成了其知识和技术发生的基质（matrix）。在这两种主要的制约条件下，法官努力追求的是他/她们自己的各种物质的和非物质性的收益，在这一利益追求的过程中，他/她们不经意地创造、累积了对于他/她们的生存充满意义的知识和技术。^{〔11〕}

对于这种知识，必须作出两点说明。

首先，我们千万不要仅仅因为这些知识是由长期生活在基层

〔9〕 如果一定提出一些著名的判例，那么前者的代表是 *Brown v. Board of Education*，此案推翻了长达近 60 年的“种族隔离但平等”的先例，目的在于解决种族隔离和歧视问题；后者的代表是 *Marbury v. Madison*，此案坚持宪法的规定，认定最高法院对马伯利案没有一审管辖，尽管马伯利的权利受到不法侵害。

〔10〕 最严重时，规则的制约实际上使得纠纷完全无法通过法院依据其已有力量解决。在我们的调查中，就发现有这样的情况。拖欠债款，法院很容易作出判决，但是欠债人以各种方式拒绝履行法院判决。由于法律规定不允许运用比较激烈的强制措施，实际使得法律判决书成为一纸空文；并由此，社会中就产生了一些很危险的使用极端暴力来实现法院判决的社会组织。具体情况大致是，原告胜诉后，并不申请法院执行，而是将判决书复印件交给这种具有黑社会性质组织的头头，由后者以威胁生命安全的方式，迫使欠债人缴纳欠款。

〔11〕 Cf., Richard A. Posner, "What Do Judges Maximize?", *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995.

的普通法官在解决乡土社会的纠纷过程中生产出来的，就断定这些知识就必定是乡土的或传统的。我们必须看到这个张力的存在。即使是基层法官，他/她们也是现代国家制度的构成部分，其俸禄仕途都在更大程度上依赖现代国家。正如我在前面的一些文章细致分析过的，即使法官在情感上认同乡土社会中的某些规范，他/她们一般也不会为了他人而冒受法纪制裁的风险。^{〔12〕} 这些知识更多是法官为了自己的有效生存逐渐形成、累积起来的。它们也许不符合时下的法律教科书的教训，但对于他/她们是非常有用且必要的知识。这些知识已经打上了现代性的印记。

其次，对法官做这样的定位也并不会摧毁司法的合法性。正如亚当·斯密的著名的“看不见的手”的论证所隐含的那样，每个人对于个人利益的追求（其中并不必然排除理想和正义的追求），完全有可能导致社会共同福利的提高。法官追求自我利益的最大化并不必然与司法正义相违（在一个能够有效发现并制裁法官受贿的制度内，追求自我利益最大化的法官就不会把受贿作为最大化的利益来考虑，在一个奖励无偏私的制度内，追求自我利益最大化的法官就更可能将无偏私作为值得追求的利益来追求），这就如同律师为了自己的货币利益而工作，却完全可以同司法正义相兼容一样。此外，法官的这种利益追求也并不影响中国基层法官所创造的知识之价值。市场经济的知识其实就是商人在追求自我利益的过程中累积起来的，但这并不妨碍其作为MBA课程的内容向学生传授。正如福柯所指出的，知识的发生从来不是纯粹的。^{〔13〕} 这种对法官的定位其实更符合现代法治的精神，而且一改长期以来中国司法塑造和追求的那种过分注重个

〔12〕 参看，本书“纠缠于事实与法律之间”和“穿行于制定法与习惯之间”两文。

〔13〕 “尼采、谱系学、历史学”，苏力译，载《学术思想评论》第4辑，1998年版。

人道德的理想型法官；这种法官有，但是数量很少，无法批量地生产和发现。因此，基于这一假定来分析理解中国的基层法院法官，只会导致更加重视制度性的法律（法治），而不是个人的道德高尚和智慧（人治）。

三、在事实争议上……

与上诉审法院法官的最大不同在于，基层法院的法官，特别是人民法庭的法官每天都会直接面对大量的^[14]具体案件，从夫妻离婚到山林土地纠纷，从赡养老人到轻微伤害。这些问题常常非常琐碎，诉讼额一般都很小，但对于当事人则可能有重大的意义，不仅是直接的物质的利益，而且还有甚至更重要的是其他一些非物质的利益（例如，妻子的婚外性关系会给丈夫带来一种“没法在村子里活下去”的感觉^[15]）。而且，如同我在前面的文章中指出的，这些纠纷的绝大多数都发生在熟人之间，无法或很难获得真实可信的证据，缺少律师对诉讼争议的整理和格式化，缺少可靠的公文文化的材料，当事人很不熟悉现代法律的要求（例如不懂得证据和程序正义）等。^[16]在这种情况下，法官的首要任务就是能够有效并迅速地处理这些案件，因此重视纠纷解决是基层法官的最主要的关注。尽管他/她有时会受到各种实质性和

[14] 据一个资料称，仅目前的人民法庭“审结的案件就占了全国法院的70%以上和基层法院的80%以上”。本刊评论员：“法庭管理是个大课题”，载《人民司法》1994年第12期，页7。

[15] 参看，本书“穿行于制定法与习惯之间”一文。

[16] 参看，本书“纠缠于事实与法律之间”一文。

程序性规则的困扰和制约，例如民事案件的“定性”，^{〔17〕}但是，在他/她们看来，任何时候，解决纠纷都是第一位的，必须把事干了。事实上，基层法官的一个最常用口头禅就是“为老百姓排忧解难”；法官一般也都朝着这个方向努力。这并不一定因为甚至主要不是因为法官对于社区有很深的感情，关心人民疾苦，时刻牢记“为人民服务”的宗旨，而是因为，解决纠纷是他/她们的法定工作，他/她干也得干，不干也得干；如果他/她们不能有效地履行这一职责，他/她就更有可能因为不合格而被撤职或者在工资、职称和职务问题上落在其他法官的后面，他/她可能会受到批评，至少会很少受到表扬，他/她的奖金会比他人少，甚至会在法院里“说话没有份量”，没有人尊重。

由于这些因素，基层法官一般都希望自己的案子解决得比较圆满，即双方当事人对判决或调解结果都比较满意或至少是能够接受，不就判决结果上诉。因为一旦上诉，至少从理论上，就增加了法官判决被改判甚至发回重审的可能性。这一点，在中国司法中甚至格外明显。至少就我们调查了解的情况来说，有些上诉审法院对上诉审法官规定了有关改判和发回重审的最低指标，以此表明上诉审法官的业绩甚或其存在的必要；^{〔18〕}此外，有时，即使是为了平息上诉人对结果的不满，了结案件，上诉审法官也

〔17〕 参看，本书“纠缠于事实与法律之间”一文。

〔18〕 乍听起来我感到非常荒唐，几乎无法理解；但是，我发现，这种制度在其明显的弊端背后并非没有某些道理或善良意图，它想防止初审法官与上诉审法官之间以各种正当或不正当方式建立某种默契（这是普遍存在的，据了解，许多初审或下级法院法官都会以各种方式“巴结”其直接上诉审的法官），促使上诉审法官发现问题，鼓励法官的独立思考。但是，这种制度是否能实现这种制度设计者所意图的功能，我则很怀疑，我甚至觉得上诉审法官有可能通过选择性使用来强化对初审法官的不正当影响力。但是，这需要进一步的实证调查。

会对例如赔偿金额或欠款额度这样的问题作出没有充分法律理由甚至没有任何理由的改判。而基层法院法官一般都把改判或发回重审视为对自己的智力和能力的一种基本的评价标准。甚至有些法院会把发回重审视为一种“错案”，要扣原主审法官的奖金。因此，要避免这种不测事件的发生，案件办得圆满是关键。

基层法院在解决案件上的另一个希望是，尽快结束案件，以便多办案或多一些闲暇。这方面的动力来自两个方面。一是制度上的，法院领导往往用办案数量多少作为衡量法官能力高下的标准之一，并且至少在我们调查的时候以及此前的10年里，办案数量一直都是同法官的“经济效益”挂钩的。因此，几乎所有的法官都希望能多办案，这意味着个人收益的增加。二是更为个人化的原因。日复一日、年复一年的大量琐碎的、类型极为相似的基层法院的案件对于法官来说，很容易造成一种单调重复的感觉（他/她们不可能如同我们这些偶尔到基层调查并可能有学术性收益的学者那样，对每个案件都有很大兴趣，甚至反复琢磨，精细分析，就如同我的一些论文中所表现的那样）。这种情况虽然视法官的责任心不同有所差别，但是总的说来，所有法官都会希望以更少的时间和精力投入来把纠纷都解决掉。

正是在这些因素的指导或制约下，基层法院的法官逐渐累积了一些基本的技术和知识。

第一，考虑案件处理必须结果比较公平。所谓公平，在基层法官眼中，主要不是（但并不完全排除，这一点我将在后面讨论法律争议时分析）制定法规定上的公平，而更多是社区舆论中的评价，以及当事人双方认可的标准。因此，在前面第七章的第三者案中，尽管依据制定法，法官应当给予人身安全受到威胁的第三者以人身保护，但是，法院事实上是通过拘留这种惩罚的方式予以“保护”。重要的原因就在于这种处理更符合社区的、双方

当事人的以及法官自己的法律和道德评价。而一旦双方当事人都感到结果基本公平，这个案件就不大可能仅仅因为程序而引出上诉，也就不大可能因上诉给法官带来利益损害。

第二，判断先于法律适用、法律推理和论证。这是以公平为先导的必然结果。在这个意义上，法官的司法判断往往基于常识，基于直觉，基于他/她所在社区的标准，基于多年司法经验的熏陶，基于这些因素的混合，我们可以称之为司法素质；并且这种判断往往先于司法推理和法律适用。法律适用和法律推理在基层司法层面上看，是一个司法判断后的产物，而不是相反。但是，这也并不必定意味着法官会一直坚持其先前的判断，此后在法律适用和推理中，只要对庭审的证据保持足够的敏感和自我反思，法官也会修改自己原先的判断，特别是如果法律的规则与其直觉判断有冲突的话。例如本书第六章谈及的耕牛案的定性，初审法官之所以认定其为“合伙”，就是因为《民法通则》中没有“搭伙”的规定。

第三，抓住核心争议。以公平为先导，要求案件处理得比较圆满。这就意味着法官在处理案件时，只要有可能就一定要注意解决案件的实质性争议，必须是釜底抽薪，以求“无讼”，而不是这种争议的一时缓和。因此，基层法院的法官常常不严格坚持“不告不理”的司法原则，而会主动干预一些问题，只要这些问题对于纠纷解决具有重大意义。这种解决问题的方式，对于中国的基层法院法官往往格外重要。因为，纠纷往往是发生在熟人之间，是一系列小事件累积起来的，争议本身往往是冰山之一角，一个争议之解决并不意味着两人之间矛盾的真正解决。相反，一个看上去严格依法简单容易的判决，往往只是起了一种止痛片的作用。由于双方当事人仍然会生活在一个村子甚或一个家庭里，如果矛盾不是真正解决了，问题就会重复发生，司法的“一事不

二理”的原则至少在中国社会的基层就很难严格施行。因此，乍看起来简单省事的判决，实际可能带来的是法官需要投入更多的时间和精力。而把真正的争议发现出来，不是头痛医头，脚痛医脚，对于基层法院法官非常重要。在本书第五章中，当法官无法从司法上一劳永逸地解决儿子打母亲的问题时，他们就建议这位母亲用另找老伴儿的方式来解决。这种方式看上去是舍近求远，但对于法官来说，只要抓住了这个主要矛盾，次要矛盾也就迎刃而解了。

第四，依据对案件的直觉把握剪裁案件事实，避开那些认定有麻烦的、花上时间精力也未必调查得清楚的“事实”。比方说，在本书第六章的耕牛案的审判中，法官在判决书中，对事实的叙述，仅仅扣住1987年双方的口头协议，扣住双方均以某种方式认可的事实，把其他各执一词但从理论上并非完全查不清的事实统统避开，采取了一种既不明确否定，也不予以明确肯定的态度。这一方面是由于基层法院法官可以调动的人力、物力和时间资源非常有限，在另一方面，剪裁事实也可以使得原来不规则的非格式化的案件变得比较规则起来。这样，不仅便于法律上的处理（例如，1987年的双方交涉更类似法律书上讲的即时要约和承诺），而且，这种法律包装也容易为其特定的处理方式争取法律的合法性，法官可以保护自己，少惹麻烦。^{〔19〕}

一般说来，由于至少中国目前基层社会的诉讼当事人更重视的是案件结果，重视的是诸如“判了几年”或“赔了多少钱”这样的问题，而不大关心这种结果的来历，这种来自诉讼双方的预期也往往促使法官力求判决结果使双方满意，因此，除了程序会引发对判决本身的合法性之质疑外，程序一般是不重要的或者是

〔19〕 参见，本书“纠缠于事实与法律之间”一文。

可以变通的。所以,在第五章的父母亲告儿子赡养案中,法官根本就没有考虑是否要将原告的女儿也作为被告这样一个程序法问题;在第六章的耕牛案中,法官在宣告了一系列书证有待查实之后,并不实际进行调查,而是马上就进入了法庭调解和法庭判决。

第五,防止矛盾激化。基层社会的特别是熟人之间的大量纠纷,由于种种原因,法官无法即时解决,甚至根本无法解决;这时,法官往往会运用各种方式,“急案急办”,发动社会各方面的力量认真做好双方当事人的工作,防止“矛盾转化”(这个语词的谱系学研究应当追踪到毛泽东的“人民内部矛盾转化为敌我矛盾”的说法)。^[20]正如赵晓力的研究表明,^[21]在乡土社会中,最令人担心的矛盾其实倒不是那种可见的、进入法院审理的争议,而是“矛盾激化”,由此酿成恶性事件,如杀人、自杀或大规模的冲突和械斗。一旦发现有这种可能的苗头,同时由于缺乏其他警力或治安资源可以运用,因此缓和矛盾或称“钝化矛盾”往往是法官的第一选择。^[22]“不出大事”就是好事。因此,在这里,我们就可以理解,为什么法官可能发生激烈冲突的案件处理中,往往会对双方都又打又压,甚至会铤而走险,以严格但中性意义上的“违法”的手段获得一种社会大致认可的结果。^[23]

[20] 参见,世增、悦来:“人民法庭花絮”,载《人民司法》1991年第10期,页45—46;又见,山西省长治市郊区麻县人民法庭:“推行方位化目标管理,建设规范化人民法庭”,载《人民司法》1991年12期,页4中关于方位化管理的具体目标的第5个方面。

[21] “通过法律的治理:中国农村基层法院研究”,北京大学法学院博士论文(1999年)。

[22] 见,江苏省东台市三仓人民法庭:“正确处理与辖区党政部门的关系,做好人民法庭的各项工作”,载《人民司法》1991年第12期,页7。

[23] 参见,本书“穿行于制定法与习惯之间”中分析的案例。

四、在法律争议上……

如前所说，在基层社会中，特别是基层社会中，当事人更为关心的，甚至仅仅关心的是案件的结果，而不是法律（无论是实体法或程序法），因此，基层法院的法官对于法律的关注，主要是行为的正当化问题和促使法官裁断之结果的实现。法律的正当化在这里至少起到双重作用。一方面，这种法律正当化被用来对双方当事人施加某种象征性的压力，以增强法庭调解或司法判决的威权，促成法院判决的实际执行。究其原因，主要是基层法院的执法力量非常薄弱，^[24]如果仅仅靠国家强制力执法，可能收到的效果大为降低，并且可能是束手无策。因此，充分老百姓中对“法”的传统符号性理解（主要将之理解为刑法或处罚），利用传统中国“法”概念中制定法同国家暴力的紧密联系，往往可以收到更好的实质性效果。但是，法官重视法律的作用还有另一方面，并且这一方面如今变得日益重要，即通过法律正当化来实现自我保护，无论是针对当事人对判决的不满，还是针对上级法院更为挑剔的法律审眼光。^[25]

与上一点相联系的是，法官往往有意夸大法律制裁的严厉程度或某行为的严重法律后果。这固然有传统的“刑不可知，威不可测”的因素在内，即通过这种法律的修辞术，以普通百姓对制

[24] 在某县法院，我们了解到，其执行庭的全部人力只有6人，其全部装备只有一副手铐。而在某人民法庭，法官告诉我们，在巡回开庭时，有时为了防止当事人动武，法官措手不及，法官将一把靠背椅反过来坐，以便一旦当事人动手，可以更便利地用椅子背抵挡一番。

[25] 参见，本书“为什么送法下乡？”一文。

定法的具体规定不了解或了解不多为前提，以期收到一种心理战术的效果。但更重要的一方面，这也是法官为了装扮自己，使法官自己显得非常通情达理，非常仁慈，非常具有人情味，从而给自己的司法判决留下较大的回旋余地。这种做法有很强的“公事私办”的痕迹，即把司法这种公共事务私人化、个人化，给予当事人口惠而实不至的好处。这种做法在中国这样一个非常重视人际关系并且人们总是爱从人际关系来理解公共事务的社会环境中非常重要，容易满足当事人的预期，因此也容易赢得当事人的认可。尽管容易给人以“公事私办”的印象，但在另一个层面上这种做法的实际后果又是促使当事人将法官本人同法官的判决区分开来，造成或强化法律的非个人性，避免当事人因不能接受法官的判决而与法官发生正面冲突；法官由此可以获得更多的安全感。这一点在人生地不熟的巡回审判中更为重要。例如，在本书第一章提及的法官下乡收贷案件中，我们就发现，法官对当事人反复强调这一次是“依法收贷”，是全国统一行动，如果严格依据法律，本来会有更严厉的处罚等等，但在实际处理时，却显得比较通情达理。这可以说是一种“批评从严，处理从宽”的传统“政法”战术在司法中的运用和延伸。

尽可能套用法律条文，防止创造法律的嫌疑和危险。在基层司法中的大多数案件中，如上一节所说，对于绝大多数案件，法官一般都是先有了一个基本判断，然后再去查找法律。但这并不等于通常说的“先判后审”或“先定后审”。因为查找法律是必须的，是不可缺少的一步。查找法律和理解法律过程中，有时也确实会影响或改变法官的初步判断；但是，一般说来，查找法律并不是为了规则化的处理纠纷，因此，一般不会影响法官对纠纷的基本处置，而仅仅是为了给这种具体的纠纷处理提供一个法律的根据或包装。例如，在本书第六章分析的耕牛案中，《民法通

则》中有关合伙或财产共同共有的规定对法官的判决以及权利义务的实际分割并没有什么影响，仅仅是一个案件“定性”的问题。但是，依据了一个更有法条支撑的规定，就会使得这一判决显得更像是“司法”的结果。这样的一个结果，无论对上对下都更具有合法性。类似的情况是基层法院中有关人身伤害赔偿金额的确定。基层法院会遇到大量人身伤害甚至死亡的民事案件。但相关法律都没有如何计算赔偿金额的规定，给基层法院法官依法判决赔偿金额造成了很大不便。但是，案件又不能不处理。为了使得自己判决的金额获得合法性，法官告诉我们，他/她们都是比照公安部1991年发布的《道路交通事故处理办法》的相关规定确定赔偿金额。这种做法，严格按照法学理论，无论从合法性还是可比性上看，都很牵强。但是，对于基层法院的法官来说，这种比照毕竟提供了一种可能的参照系。一方面，这种做法要比因法律无规定而不给予赔偿更为公道，而另一方面，它也为这种赔偿提供了一个替代性根据，至少不会有人指责其判决完全没有根据。在我们访谈和调查中，许多法官都对民事损害赔偿没有这样一个像样的细则性的规定感到不解，并希望国家立法机关能够制定这样一个非常细致的可以比照着来的赔偿规则。

适当地利用法律规避和法律语言的弹性和不确定性，以争取法官认为比较好的、可欲的结果，避免糟糕的、显失公平的结果。这在处理农村中的离婚案件中表现得特别明显。大量的案件往往是一方要离，一方不愿离，并且要离的一方往往事先就在财产上做了手脚，并且在当代中国社会条件下，不但另一方当事人很难查，而且法院也没有人力去查。如果严格依据现行《婚姻

法》的相关规定，^[26]夫妻感情确已破裂，在调解无效的情况下，应准予离婚。但是，就这样，准许离婚，也很麻烦，有时不仅法官自己就觉得不公平，甚至会出现人命官司。因此，法官就在“感情是否确已破裂”、“是否调解无效”的问题上做文章。因为前一个问题是不清的，是可以仁者见仁、智者见智的；而后一个问题也只有在经历调解之后才能决断。当然，这也不是说坚决不允许离婚，法官只是运用这种裁量性的手段，迫使急于要离的一方，在财产分割上做出让步，从而节省了法院的各类资源。在法官看来，至少在农村，这样处理的实际结果可能更为公平。法律规避的另一个例子就是第六章耕牛案中的初审和重审对财产的定性适用了不同的法律。如同我在前面的分析指出的，这种分析基本上没有什么实质性意义，其主要目的就是为了回避双方当事人关系之性质的问题，而将问题转移到财产的性质上来。^[27]

充分利用现有法律规则、程序和制度保护法官的自我利益。这特别典型地表现在当法律制度不适当或出现社会干扰时，法官就会主动利用既有的法律规则、制度来保护自己。例如，近年来过分的有时甚至是层层加码的“错案追究制”使得法官更多地主动将一些“自己拿不准”的案件提交审判委员会讨论决定。^[28]又如，当地方党政机关不恰当地干预司法或由于群众闹事干预司法时，法官也往往会利用审判委员会制度来分担可能的法律责任，保护自

[26] 第25条：“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。”

[27] 参见，本书“纠缠于事实与法律之间”一文。

[28] 参见，“基层法院审判委员会制度的考察与思考”，载《北大法律评论》1999年第1卷第2辑。

己。^[29]

集体研究决定法律适用。除了正式的制度和规则之外,法官还会采取法院内部的其他一些非正式制度来保证法律适用的合法性。这包括,法官遇到疑难案件会自发地相互请教和讨论,集体办公也使得集体讨论决定疑难案件成为法官司法决定的一个天经地义的组成部分。^[30]此外,还有庭长审批、主管院长审批、请示上级法院等非法定制度,这些都在一定程度上构成了法官自我保护体制的一部分。

与法律相关的一个因素是执行。尽管执行不属于法律争议,但是法官在选择法律适用或在最后判决之前,特别是一些操作起来(而并非智识上的)很难办的案件,往往都会考虑执行的因素。因此,法官常常强调**要注意法律的判决是否能够实际得到执行。**这是法官在选择适用法律救济方式时常常不得不考虑的问题。一个好的司法判决不仅要看上去公道,而且更重要的是要解决实际执行的问题。如果没有实际的执行,或者执行起来成本过高,那么,这个判决实际上就等于既不公平,也没有解决问题。因此,我们在访谈过程中,法官一直强调要考虑自己的案件能够得到执行。这就特别要考虑当事人的情况以及社区的状况。因此,我们在第五章的赡养案件中看到法官甚至会关注老人有无绿豆和黄豆、有无荤油和素油这样一些问题;在断腿赔偿案件中,法官会在判决之前首先考虑判决的赔偿金额是否能够得到实现的问题,并努力创造一些条件来解决保证法律判决得以切实执行。^[31]

为了保证执行,法院或法官都非常注意**取得地方政府或其他**

[29] “基层法院审判委员会制度的考察与思考”,同上。

[30] 感谢北京大学凌斌同学在法院实习后向我提醒了这一点。

[31] 参见,本书“纠纷解决与规则之治”一文。

相关部门的支持和配合，调动一切可以运用的资源解决问题。例如，许多法官都告诫说，到村子里办案，要事先找到村长、会计，了解当事人的情况，然后再找当事人；有村长在场，什么事都好办一些。^[32]本书第三章中提及的断腿赔偿案判决执行问题显然离不开其他部门的大力合作。

五、基层法官知识的实践意义

上面的这些归纳，并不是完整的，而且我也没有打算完整；它们也不是法官自己的语言，而只是我在研究基层司法的一些案件中的一个总结，一种知识的构建。此外，应当注意的是，我并不对这些所有的做法以及其中隐含的知识和技术都表示认同。我只是希望尽我的最大可能，将我所看到或理解的真实情况报道出来；采取鸵鸟政策，既不能看到真正的问题，自然也就不可能真正有效地解决问题。

但是，我又必须指出，基层法官在其司法实践中处理事实与法律争议上所展现出来的知识和技巧并不是完全没有道理的。至少其中有些技术和知识是可以在实践上和理论上都得到正当化的。比方说，以公平为先导，力求司法的结果双方都能接受，减少上诉的可能。尽管法官可能是从自己省事和安全的角度出发的，但是，他或她的努力结果实际上可能是既公平又有效率的。首先，从经济学上看，争议双方都能接受的交易一般说来是双赢的交易，至少是有一方的地位没有变得更坏的交易。因此，这种双方都能接受的判决，实际上是一个经过法庭背书了的关于权利

[32] 苏力：“为什么‘送法上门’？”，载《社会学研究》1998年第2期。

分配的新契约。其次，这种判决或调解结果，往往可以更可靠地得到自愿执行。这不仅对法官有好处，而且对社会资源的分配也有好处，特别是在中国目前的执行难的社会条件下。再次，这种状况实际改变了目前法学界，在误解了的“为权利而斗争”的口号下，而在我看来是在变相的“阶级斗争为纲”和“斗争哲学”的思维模式影响下，一直过分强调和推动司法诉讼的司法格局。基层法官的这种司法导向使得大量纠纷以“和为贵”的契约方式解决了，使得在美国大量采用的由律师主导的“庭外和解”的纠纷解决方式在中国转化为由法官主导的“庭内和解”。^[33]当然，必须看到，这种法官主导的“庭内和解”有利有弊，至于利大还是弊大，以及对谁的利弊，目前还很难说。^[34]

又比如，判断在前，法律适用和推理在后，这种做法尽管看起来不符合法律教科书的训导，但是，从现在的社会科学研究结果来看，这个过程可能是更为正常的，它不仅符合人的生物性，而且是符合人类认识发展的规律——阐释学循环的。对于基层法院法官来说，真正唤起他/她的注意力的首先是此刻的诉讼，而不是当事人先前的某个行为的法律性质或某个意思表示。只是由于眼前的诉讼和自身职责的要求，法官才会注意先前的某个行为的法律性质或某个人的意思表示。因此，初审法官实际是而且也必须从眼前的纠纷开始切入，而且他/她更关心的也是什么样的判决从直觉上或第一感觉上更为合理，更可能为双方当事人所接

[33] 为什么会有这种变化，一个重要原因，可能是中国没有美国那么多的律师，同时庭外和解的私人费用更高。

[34] 弊端之一就是，由于诉诸法院解决争议的费用主要由政府财政支出，这就肯定会发生经济学家常常说的“公共物品”被滥用的悲剧。事实上，近年来中国法官的数量一直急剧膨胀，除了法治的主流意识形态推动外，司法是一种廉价的“公共物品”，可能是一个重要原因；但这需要进一步的实证研究。

受，更可能为其所在的社区和社会所接受。正如霍姆斯指出，一个健全的（sound）法律，首先就应回应该社区人们的真实感受和要求，无论这种感受和要求是对还是错。^{〔35〕}

但是法官不是通常意义上的仲裁者，他/她不能仅仅给出一个专断的（但未必不公平的）判断；法官必须受到制约，他必须依据规则和程序和平地解决这个纠纷。只是由于这一要求，法官才必须在关照法律规则的前提下，将这一系列原生混沌状态的事件整理出一条法律上的因果线索。他/她必须按照现在解决纠纷之必要重新去安排以往的事件，分别赋予其法律的意义，他/她必须按照现在的纠纷解决之需要以及可用的法律规定来重新塑造双方当事人当初的意图和行为，并且所有这一切都必须符合当下的法律话语逻辑；他/她必须把那些在法律话语中看来更有意义的言行予以强调和凸显，而把那些与法律概念或定义不那么协调的言词行动压低和忽略，让这一系列事件在当下的法律话语中看上去像是从先前的事件中逻辑地演化出来的，以完成法官对于司法的承诺，以构建这样一个符合法律话语的事实流变过程。这实际是一种法律的事后追加，一种话语对历史的征服。但是，这种理路的清理并不是因为这种理路必然导致这样的判断（理性是激情的奴隶），而是因为现有的司法制度要求用这种或那种理路来制约和引导法官的判断。

应当说，几乎所有的司法审判都在某种程度上进行着这种事

〔35〕 霍姆斯继续说，如果法律不帮助人们、人们就会从法律之外的行动来满足自己的复仇激情时，法律就别无选择，就只能满足这种渴求本身，并因此来避免私人报复的更大邪恶。而在这一刻，法官，无论是作为个体还是作为造法者，所鼓励的也并不是这种复仇的激情。见，Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law, in The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, The Modern Library, 1943, p.57。

业。法官的判断从来都不首先是在制定法的指导下完成的，而是依据他/她从社区或职业训练中获得的直觉（我们常常称其为自然正义感或道德感或司法素质）作出一个基本的案件归类 and 判断，然后，他/她才有可能去发现在他/她认为是比较适当的法律，进而对自己的直觉考察和修正；^[36]当然，这个过程有时会重复多次，但是这个对案件的基本判断对于一个案件审理来说，必须是先有的。这就是迦达默尔所指出的阐释学循环。^[37]

因此，我们也可以理解剪裁事实在司法中其实是一种相当普遍的现象。“历史从来都是胜利者的历史”，波斯纳曾以此来总结上诉审法院判决对事实之概括和描述，可以说是入木三分。^[38]但是，由于信息问题，这种状况在初审法官那里，在审理像中国农村社会中非格式化案件的初审法官那里会表现得格外明显，而且也必定是格外明显。法官在理解了案件的基本情况后并对案件处理作出一个基本判断之后，为了“定性”正确，为了在法律上支持其结论，很自然且难免会对将那些法律意义不明确的事实作出不同的强调，赋予其不同的法律意义。事实上，在所有的审判中，法律事实都是剪裁后的事实。

问题是对于所有这些与传统法律理论不相符的现象，我们应当如何分析和理解呢？难道仅仅因为这些符合当代社会科学的研究成果的现象与18世纪、19世纪政治哲学中引申出来的那些从

[36] Posner, *Problems of Jurisprudence*, 同前注, 页 132—133; 又请参看, 美国威斯康星州某县法院初审法官 Bartell 对所谓司法审判中要“悬置”一切判断的经验反省和哲学批判, Angela Bartell, *Judicial Decision Making in the Trial Court*, Disputes Processing Research Program, Working Papers Series 8, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin—Madison Law School, 1986。

[37] 迦达默尔:《真理与方法》(上册), 洪汉鼎译, 上海译文出版社 1995 年版。

[38] Posner, *Problems of Jurisprudence*, 同前注, p. 210—211。

未得到经验验证的命题和假说不相符就予以否定？还是应当基于不断推进发展的社会科学研究发现来不断修正先前的一些命题呢？这个问题如果用自然科学作比喻，几乎相当于我们是应当根据观察到的太阳系行星的椭圆形轨道来提出有关行星轨道的新的理论解说，还是用理想的完美的行星圆形轨道来规定太阳系各行星的轨道的问题。在我看来，答案是不言而喻的。

而其他诸如防止矛盾激化、抓住主要矛盾、考虑司法判决的可执行性，也都可以作出正当化的分析。但是，由于本文篇幅的限制，我不可能、也不打算在此一一细致分析。

基层法官在法律争议上所展现的知识和技术同样具有合理性的一面，或具有不可避免性。比方说，夸大法律制裁的严厉性。这种做法如果从道德话语上看，确实有点令人厌恶。但如果考虑基层法官所处的环境和他/她所能调动的保证司法判决得以落实的资源，特别是考虑到一个应当落实而未得到落实的司法判决就是对另一方当事人的绝对不公正时，也许我们会理解法官利用这种技术的必要性。又比如，法官利用法律语言边界的模糊性，不准离婚，也可以算是一种“违法”，并且，我想，这种手段肯定不会仅仅用在离婚案件上，也肯定会有法官利用这种方式来搞腐败、谋求私利。但是，这种问题至少从目前看来，是没有办法彻底避免的。^[39] 并且，如果可能的话，我们真的希望法官变成一台自动售货机那样严格的司法机器吗？因为与此相伴的势必是一个没有创造力，没有想像力，没有对于法律错漏的补救能力的法官？至于法官利用现有的法律制度保护自己，你固然可以责备基层法官过于关注自己的利益，但是从另一个方面，这反映的是我

[39] 参见，苏力：“再论法律规避”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

们的现有的法律制度给予基层法官的制度性保护不够，往往要求基层法官牺牲自己的某些利益来维护社会利益。这种要求是对神或圣人的要求，不是对法官的要求。它可能成为少数法官的信条，但是一个制度主要不能依靠对广大基层法官不切实际的道德要求来长期有效地运转。又比如，法官相互间的非正式的磋商，这也许会影响了法官个人独立作出判决，但是在一个没有私隐办公空间的基层法院中，你有什么条件来提供法官在办公时间独立地安静思考呢？或者你又有什么方式阻止他/她们之间的交流呢？而且，再向深处追问，这种交流除了违反了法官独立审判的信条外，其究竟有什么巨大的危害而必须予以废止呢？当然，这并不意味着我提倡法官交流，我只是说，作为法学家，我们不能仅仅把一些做法当做信条来坚持，而不问为什么要坚持这些信条。

我并不想一味对基层法官所展现出来的知识和技能表示理解和欣赏，尽管这是必要的。其实，只有在、而且也正是在这种逐步的理解和欣赏中，我才看到了这其中隐含了一些可能是巨大的问题。

比方说，动员各种资源来保证司法判决得以落实，这就很容易使得法院变成更像是地方政府的行政机构之一，不仅会为地方各类机关干预法院开通了渠道（凭什么你法院要我帮忙，而你法院不帮我的忙？），而且会使法院从一个依据规则解决纠纷的机构蜕变为一个纯粹的纠纷解决机构，从而不仅会增加法官的非专业化活动，而且会限制法官的专业化知识的累积和提供；并进一步使得法官更不大可能高度专业化、职业化。

再比如，在法律适用上强调套用法律条文，固然可能有（但不必定有，参见本书第六章）一种约束法官、训练法官的作用，但如果不是由此提高一步，而是继续为法官提供更为细致的分类表或细则之类的制定法，这对基层法官的法律推理和分析能力的

提高极为不利，这会使得司法活动更缺乏智识性挑战，法官更少独立地思考；同时，这种套用法律，还会限制司法体制有效吸纳基层法官对司法问题的思考，限制法官的创造性。从法律制度上看，还会使得中国的司法制度更具有有一种行政性官僚机构的特色。从社会层面上看，这也许不利于更多的渴望智识性挑战的法学院毕业生进入法院系统。

即使是一些我在前面予以肯定性论证的知识和技术，也同样隐含了一些巨大的问题。比方说，以个案公平结果为导向的技术。即使每个基层法官都坚持这个原则，也必然会出现全国法律不统一的问题。因此，一个从局部看来更为公道的司法技术完全有可能导致一个从全局来看缺乏规则性和可预期性的法律制度。因此，即使是这种在基层具有普遍合理性和必要性的技术和知识也必须受到限制，而且实际上也受到了上诉审特别是法律审的制度性限制，法律审试图解决的问题正是保证法律规则的普遍性。

然而，也正是在这里，我们才可以真正理解，初审和上诉审之间的制度分工并不应如同目前绝大多数法学家理解并在实践中贯彻的那样，这是多一道司法公正的保险，或一种司法公正的监督。其主要功能，更多的是一种司法制度的分工，是一种基于知识上的比较优势发展起来的必要分工。这一点因此是具有重大理论意义和实践意义的。至少，这将打破官僚行政性司法制度中的初审和上诉审之间的那种上下级关系的定性，那种权力关系的定位；我们完全可以而且也应当从另一个维度在概念上和规范上重构初审和上诉审之间的关系，不是权力分配的问题，而是劳动分工问题，其中也包括知识创新的分工问题。

因此，我想，细心的读者应当明白，我在这里想说的已经远不仅仅是对任何问题都要采取两分法、要从两面看，既要看到其优点、又要看到其缺点之类的老生常谈。完全不是。我并不否认

这是我希望达到的第一步，但这仅仅是第一步。下一步则是要看到，在当代中国基层法院法官身上展示出来的知识和技术对于中国法治建设并非可有可无，或不得已才借用的，这些知识和技术是一个国家的其他法律机构不能提供的，也是很难替代的，因此，必须以此为基础逐步地发现、设计、建立和完善起相互配套、相互补充的制度，就如同初审和上诉审的制度分工一样，但又不仅仅限于此。甚至，即使在基层法院，也可以并应当逐步完善起其他的制度。此外，从这里我们还应当看到法院制度与社会中其他制度的相互配套和逐步完善的问题。

这一点是非常重要的，因为我们是法学家，法学家与道德家或传统的政治哲学家和道德哲学家的最大不同也许就在于，前者信赖制度，而后者相信各种理念和信条；或者说，前者不把制度的基础基于所谓的理念、道德化批判和训诫，而后者往往仅仅诉诸这类东西。

六、基层法官知识的理论意义

写到这里，我想我已经基本完成了本文的任务，即：展示中国基层法院的法官在他/她们特定的制度空间和社会空间中所累积和形成的知识和技术。但在分析本文的学术意蕴之前，有两个注是不可少的。

首先，尽管我在这里称其为知识、技巧或策略，强调法官的创造性的活动，但这并不意味着这些知识都是法官清醒的意向性的产物。而知识、技巧或策略这些术语，按照传统的理解，本身都隐含了某种选择的可能；因为只有在有选择的地方，才有可能谈得上什么技巧或策略。我称其为知识、技巧或策略，只是从这样一个知

识分子的概念和从我的知识分子立场的考察作出的判断。事实上,我更相信,这是一种在解决基层社会的纠纷中自发产生并逐步获得的技能,它的出现和再生产都是与基层司法实践分不开的。对于基层法官来说,这几乎是一种本能,更多是一种生存的技能。^[40]

其次,我在这里勉强展示的,仍然只是基层法官司法的知识、技术和策略的一部分,是从我分析过的案件中展示出来的一部分,并且是我可以勉强用法学界或其他学科还可以接受的话语予以描述和分析的一部分。大量的知识还是在那里,等待我们的有心人去考察,寻求语言的表述,获得其作为普遍性知识或便于交流之知识的品格。因此,在这个意义上,这个研究也许仅仅是一个“此路可以通行”的路标,是对于基层法官知识、经验和技术的的一个总结而不是终结。

本文的意义在一定程度上是对我在其他论文中阐述过的命题的一种展开和补充。比方说,从本文的分析中,我们就可以进一步看到,中国基层法官的那种以解决纠纷为导向的司法风格并非缺乏对规则之治之理解的产物,不是如同我们在确认教科书上的司法理念和做法之正统性之际很容易得出那个结论:这是缺乏知识、理念、观念和信念的产物。这是由于制度空间和社会空间不同所要求的以及生产出来的另一类知识。^[41]这一分析也进一步正面阐明了我将在下一编中分析的一系列问题。比方说,为什么中国法学院的学生不愿到基层法院,这就是知识上的一个原因。^[42]为什么一位正规法律院校毕业但长期在人民法庭工作的现任庭长

[40] 关于知识的性质的讨论,请看, Henry Plotkin, *Darwin Machines and the Nature of Knowledge*, Harvard University Press, 1993。

[41] 参见,本书“纠纷解决与规则之治”一文。

[42] 参见,本书“基层法院法官的专业化问题”一文。

几乎是有些不屑一顾地说，他已经把当年学校学到的知识“全还给老师了”。为什么，一方面我们应当从司法专业化和中国社会长期发展的角度批评复转军人进法院的政策，但同时又不得不看到，大量复转军人至少在基层法院和人民法庭是可以履行其解决纠纷的职能的，有时甚至是相当出色的。我认为，本文都隐含了一些回答。

最后，也许我应当回答一下应如何看待这套知识的问题。这个问题从长远看，严格地说，不是一个通过评介或理论论证而能确定的问题。其命运如何，将最终由知识的效用和市场来决定。^[43] 如果它注定要被淘汰，我在此的研究也不可能予以挽救；而如果它有效用，能办事，那么就会有人去使用它，正如你不能通过论证让一个人喜欢上喝啤酒，你也不可能通过论证使这些知识和技术在实际生活中失去效用。我们必须意识到语词的局限，尽管这并不应使我们放弃分析。

如果仅仅就法治（规则之治）而言，我认为，这套知识是有很大的局限性的。中国的法治不大可能主要依据这套知识来完成，它甚至在一定程度上并在一定范围内与法学界期望的规则之治有冲突。但是，又如同前面的分析以及相关文章显示的，这些知识至少在当代中国的某些时候和某些层面仍然是有效的。至少在目前的社会变革时期，它也并不必定是与规则之治的追求不兼容的，而是应当总结提升的。

但是，如果中国进一步现代化了，现代化的社会生活将人们“训诫”了，生活世界和人们对规则之治具有更多的要求，是否这种司法的知识就不具有意义了。我认为，也并非如此。首先，

[43] 有关知识对于人的生存效用以及社会选择问题，可参见，Henry Plotkin, *Darwin Machines and the Nature of Knowledge*, 同上，特别是第4—6章。

生活世界将永远是丰富复杂的，永远不可能为规则完全涵盖，特别是社会的发展变化就难以为已有的规则所涵盖（请想一想互联网的出现给现有法律规则带来的诸多挑战！）。因此，现代化之训诫只会限制、而不会根除世界和生活的非规则性一面。美国初审法院至今仍然在许多案件中坚持陪审团制度，包括许多民事审判，这并不能仅仅从法律规定上来理解，而是因为这些制度在很大程度上有助于解决初审法院法官难以对付的事实争议。因此，即使中国社会现代化了，中国基层法院或审判法院的法官也必然还会在一些案件上需要现在的基层法院法官在司法审判实践中形成的某些知识，或予以改造、蜕变，以顺应新的需要。因此，我并不认为现今基层法院法官的这些知识必定会湮灭或应当湮灭。相反，只要社会需要，它就将继续存活下去。

如果更进一步来看，假定知识和技术本身并不会自动造成过错，那么，我们也还是有必要将这种特定的司法知识予以总结。甚至，即使它可能会在运用中产生错误，了解它，也可以作为前车之鉴，同样可能有利于规则之治的形成。西谚云，熟悉的恶魔要比陌生的恶魔好对付。不了解现有基层法院法官的那种司法知识，采取鸵鸟政策，只会增加危险或困难，而不是使之减少和得到控制。

而且，我在前面已经提到，从基层法院法官中展示出来的某些司法的知识和技巧实际也是在不同程度上为其他法官（上诉审或外国法官）所分享的。这就意味着基层法院法官的某些经验就产地而言是地方性的，其市场却未必是地方性的。这正如科斯研究的交易费用问题是从厂商开始的，但这个概念的适用性却未必限于厂商一样。我们不应将中国基层法院法官的知识同其他法官的知识作一种价值上的截然区分。中国基层法院法官的那种司法审判知识未必不具有某种超越其产生之具体情境的意义。在一定层面上，它可能与美国上诉审法官总结的经验一样，是一种地方

性的知识，同时又在一定限度内具有启示性的普遍意义。

是的，上诉审法官的知识往往更具普遍性，上诉审作出的决定往往更有权威，并因为这种权威而被认为更正确。但是，我们并不应当由此简单地得出结论，上诉法院的知识就一定更具有道德上的或真理上的优越性，从而轻视、忽略甚至取消基层法院法官的知识。我的观点恰恰相反，这两套知识在其各自语境中各有用处，各有其不能相互替代且互不隶属的重要性，二者没有任何高下精拙之区分。^[44]如果真正是尊重知识，并且为了解决中国社会的问题，我们就必须创造一种可能性，使这两类知识能够在中国的司法制度中得以兼容，使真正的知识得以生长，而不是用一种知识压迫另一种知识，用知识的产地来将知识定级。

事实上，这种知识压迫的状况是非常严重的。在目前中国许多“下级”法院的报告中，基本上都是按照“上级”法院的口吻（或称“上级讲话精神”）说话，都按照流行的法治话语说话，千人一面，千人一辞，似乎是高度统一，很有纪律；而你到基层看一看，根本不是那个情况。当然，偶尔也有人“胆大”说出一些实话，但也往往是面对面，会场上“说了就完”；或者是利用主流话语的空隙流露出来，没有基层经验的人根本看不出其意义何在；或者是用一种道德化的语言说出来，以争取其实践的合法

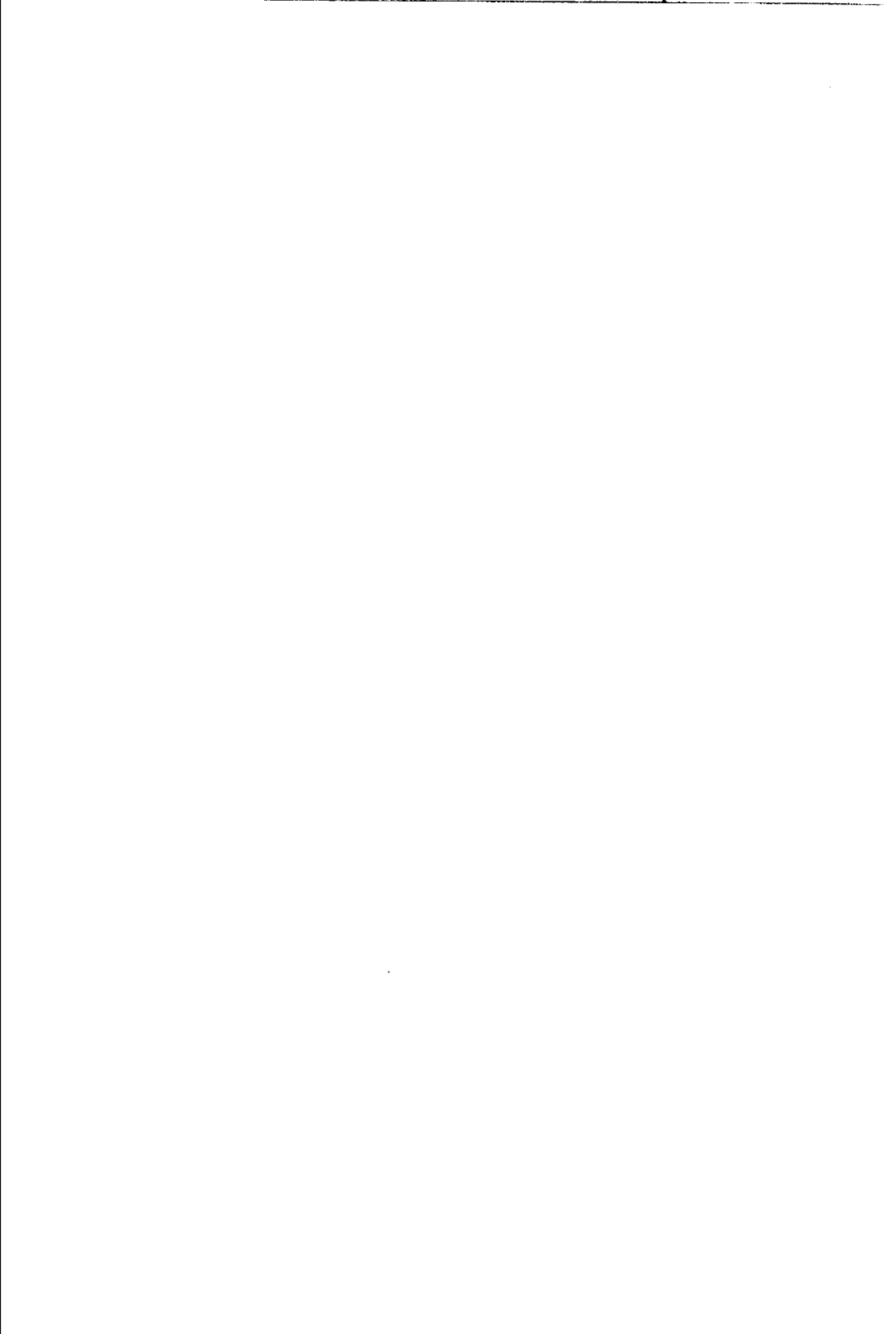
[44] 1959年1月12日，美国麻省地方法院法官韦赞斯基在得知自己被提名为上诉法官候选人之后，给其政治支持者和提名者联邦参议员萨尔通斯坦写了一封著名的信，不但谢辞了这一提名，而且雄辩地提出了初审法官的重要性及优点。见，Charles E. Wyzanski, Jr., "The Importance of the Trial Judge", in Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*, 4th ed., Random House, 1986, pp. 108 - 110。尽管中国的基层法院的法官与美国联邦地方法院法官有很多不同，但是，同为初审法官，也许，我们可以从中受到某些启发，看到某些研究中国司法问题的新可能。

性。例如，本书第五章中提到的法官对“断绝母子关系”一案的处理，在一个强调为民排忧解难的时期，就很可能作为法官的“好人好事”加以宣扬。这种知识压迫、“人微言轻”的状况在法学界同样严重存在。法律知识的原产地（进口高于国产，北京高于地方，城市高于农村）几乎成为我们这些法学家判断法律知识真假、精拙、优劣的惟一标准。我就曾坦白地对许多朋友和学生说过，如果我当初不是留美回来，回来后不是到了北大，而是到了，比方说到了新疆，我就没有今天。请注意，我说的这话，并不是出于洋洋自得，而是告诫自己不要洋洋自得。

话语的艰难固然反映了主流话语的强势地位，但是也更反映了我们中国法学家还没有为那些弱势话语提供一种话语的空间，没有为它们提供基本的命题、概念和术语，没有提供一种“天经地义”的理论和语言框架。这是我们这些中国法学家应当深刻检讨的。但是，更重要的是要通过我们的创造性工作改变或改善这种状况。如果没有这样的一种——也许与目前流行的不同——尊重知识的局面，让那些也许是最底层的、最具原生性的地方性知识进入我们的视野，我们的司法研究就不可能有真正的生命力和原创力。也许，我们这些法学教授、法学家可以为已经编织成网的语词世界而沾沾自喜，靠引用几句霍姆斯、波斯纳或哈特的话（这都是我最经常引用的），也许会为我从那些刚进大学校门的学生那里赢得几声赞许或拥戴。但是，下一步，怎么办？“什么是你的贡献？”这个问题仍然不可逃避。中国法官的司法经验，对于当代中国学者来说，必定是、也应当是提炼中国司法理论甚至法学理论的最主要的资源。

1999年12月3日初稿于坎布里奇

第三编 法官与法律人



第九章 乡土社会中的法律人

“我们要做的第一件事，就是把律师杀光。”〔1〕

——莎士比亚

研究中国基层司法制度，当然不可能脱离对法官的研究，甚至有必要以法官为中心。本编就是这样的一个努力。但是，中心化不应导致对边缘的遗忘，用法官的概念置换了“基层司法制度”的概念。因此，作为本编的第一章，本文想介绍在以法院（或者加上检察院）为中心的传统的规范性司法制度研究中容易忽略甚或根本看不到的中国基层司法中一些人和事，以及这些人和事的意义，同时为下两章专门讨论法官做铺垫。本文并不想集中讨论某个专门的司法问题，只是希望这些介绍会引出读者思考一些其实是很值得深入研究的问题，为此后的司法制度和法律理论研究提供一个尽可能宽阔的研究视野或框架。

一、乡土社会法律人概述

我在前面的论文中已经说过，现代的司法其实是一种很强调

〔1〕 *Henry VI, Part II, 4.2.63.*

并日益强调“格式化”的纠纷处置过程。^{〔2〕}一个民间的纠纷，要变成一个可以由法院处理的（judicialable）案件，并且能够实际通过这一司法的过程，并不是理所当然的。它需要法官，但是仅仅有法官——一个适用规则、裁决纠纷的人——是不行的。现代的司法已经不可能像马锡五审判那样，由一个有足够个人魅力的集裁判官/政治家于一身的人依据其个人的美德和智慧作出符合天理人情国法的决定。^{〔3〕}无论你喜欢还是不喜欢，这种理想的司法人物已经随着现代化、职业化和专业化而逐渐失落了，^{〔4〕}作为一种司法范式，甚至有可能被永远地拒绝了。如今的司法，即使是为无论中国还是西方法学家视为还很不完善的中国司法，从根本上看也属于一种现代型的司法。所谓现代型司法，我是指一个由多种法律人相互合作、协作完成的职业化的工作流程，这一过程更像是一个工业流水线；法官的工作仅仅是这一流程中的一个部分，而初审法官的工作也只是法院系统职能中的一个组成部分。在这个意义上，法官只是现代司法运作中的一颗“螺丝钉”，尽管是不可缺少的一颗。

假如不考虑中国共产党获取政权以前的近现代中国，这个司法的转变过程实际上从1949年以后就已经开始了，^{〔5〕}尽管“文革”中断了这一过程。70年代末以来，中国的司法已日益强调

〔2〕 本书“纠缠于事实与法律之间”一文。

〔3〕 参见，张希坡：《马锡五审判方式》，法律出版社1983年版。这不仅是中国老百姓的理想法官，而且也是或曾经是美国人心目中的理想法官，裁判者同时具有法律人/政治家的风范。关于美国的理想律师法官，请看，Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer, Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993。

〔4〕 Kronman, *The Lost Lawyer*, 同上注。在柯隆曼教授看来，这种丧失在美国也仅仅是近30年的事。

〔5〕 参见，本书“为什么送法下乡？”一文的注10及相关正文。

专业化；特别是到了90年代以后，中国进行了重要的庭审方式改革，对专业化的依赖和要求都更高了。对于基层司法而言，其中最重要的也许就是“谁主张，谁举证”的原则以及相关的一些庭审程序的改革，法院的审判甚或调解均日益变成一个专业化的叙事，在程式上变得更为普通百姓接近，而必须有一些知晓法律的人员协助。也正是在这一背景下，一系列与法律相关的职业（例如律师、公证）在城市地区开始兴盛起来。研究当代中国的司法制度如今已经不可能不——哪怕是附带地——讨论一下这些制度。同样，研究中国乡土社会的司法，即使是民事司法，不可不关注的方面就是在乡土社会中保证这个司法体系运作的一系列相关的人。

在1980年代甚至1990年代以前，所有与这一体系相关的人都基本属于政府系统，当时且至今为中国人熟悉的一个概念就是“政法系统”。这个系统包括了公检法司等机构，其人员则包括了法官、检察官、警察、公证员以及后来日益脱离政府色彩而变成个体职业者的律师等。但是，“政法系统”的概念是一个政治性范畴，其基本视角是政府社会控制的视角。由于律师和我在下面将讨论的法律工作者的出现，以及这些人的社会认同的变化或转变，以及由于司法活动的专业性增强，如今用政法系统的概念已经很难有效且恰当地理解和分析中国司法制度的结构和运作了。从社会生活的角度看，法律已经如今更多是一种社会职业，对这一职业的要求已经日益从先前的政治性转向专业性。因此，从社会研究的视角来看，一个替代的但是可能更具涵盖性且更具分析力的概念可能是“法律人”。这个概念强调这些人的工作的职业性质。在这个意义上，尽管大多数原先的政法口的专业工作人员可能落入法律人的范畴，但是许多在政法委工作的机关干部以及在公检法工作的司机、文秘也许就不能称为“法律人”。而另一

方面，有时可能会被视为同政法机关作对的律师如今到成为法律人中的天经地义的核心成分之一。

如果仍然从政府政法系统的角度考察，在当代中国社会，在县这一级，公检法司（有的地方将民政和移民局也归在政法口，我们将看到，这种分类，至少对乡这一级的民政工作是有道理的）都有自己的延伸，有比较完备的体系。但是到了乡这一级，就有了一些变化。

检察院到了乡这一级，根据不同的情况，有不同的设置。在我们调查或了解的绝大多数县、乡这一级都就没有检察系统的工作人员；在有些县（市），则按“片”（涵盖几个乡）设立检察所。这种制度设置应当说还是符合实际的，因为从有关法律关于检察院和检察官工作职责或职权的规定〔6〕来说，检察院的最基层的工作至少主要是与县法院打交道，而与乡这一级的人民法庭

〔6〕《中华人民共和国检察官法》第6条规定了检察官的职责为：

- （一）依法进行法律监督工作；
- （二）代表国家进行公诉；
- （三）对法律规定由人民检察院直接受理的犯罪案件进行侦查；
- （四）法律规定的其他职责。

《中华人民共和国人民检察院组织法》第5条规定了各级人民检察院的职权为：

- （一）对于叛国案、分裂国家案以及严重破坏国家的政策、法律、法令、政令统一实施的重大犯罪案件，行使检察权。
- （二）对于直接受理的刑事案件，进行侦查。
- （三）对于公安机关侦查的案件，进行审查，决定是否逮捕、起诉或者免于起诉；对于公安机关的侦查活动是否合法，实行监督。
- （四）对于刑事案件提起公诉，支持公诉；对于人民法院的审判活动是否合法，实行监督。
- （五）对于刑事案件判决、裁定的执行和监狱、看守所、劳动改造机关的活动是否合法，实行监督。

无关；设立检察所，仅仅是为了有关的调查、监督更为便利，而其公务仍然集中在县检察院。

公安系统，在各乡的镇上都设有公安派出所，有常驻的公安干警。在乡下面，一般设有几个管理区，据我们调查，每个管理区都有至少一名正式的拿国家工资的“干警”，持枪。在有些地方，还有少量从当地农村招聘的“治安联防队员”，他们不是国家公职人员，但也从乡政府那里拿“工资”；工资由当地老百姓出，交到镇上，再发给个人。联防队员穿着购买的警服，在外人看来，和普通警察一样。他名义上是协助正式干警保证社会治安，有时也参与解决纠纷，但经常作为正式干警使用。因此，就总体而言，检察院和公安系统的这些人在乡这一级，虽然也可以算是乡土社会中的“法律人”，但是其主要职责是维护社会治安，与乡土社会中的大量日常纠纷的司法解决关系并不大。

第三种属于政府系统的乡土社会法律人也许是民政干事。民政干事是民政系统的最基层的工作人员，在乡这一级，其职责包括了结婚登记和协议离婚手续、社会福利和救济、减灾救灾、五保户、复转军人安置、烈军属抚恤金发放以及近年来的社会保险工作。这种工作绝大部分与行政有关，仅仅在离婚案件上，民政干事的工作与司法有点关系。大致是，当夫妻要求离婚时，经村级调解委员会调解失败，村里就会写出调解意见，让双方到乡里先找司法助理员继续调解；如果司法调解还不行，就会同意其离婚，要找民政干事办离婚手续，其中最主要的是离婚财产协议以及子女抚养协议，并领取离婚证。如果协议离婚不成，一方就会到乡人民法庭“打离婚”。在这个意义上，民政干事的工作实际是具有准司法性质的。就其依据规则解决纠纷而言，他也可以算得上乡土社会的法律人，但与法院司法并没有直接关系。

属于政法系统的，除法官外，与司法关系最为密切、且日益

密切的乡土社会法律人是司法助理员（在有些地方则设立了司法所或司法办公室）。他/她是基层政权中的司法行政工作人员，在乡镇政府和县司法局的领导和基层人民法院的指导下进行工作，主要担负管理调解委员会和法治宣传教育的工作；〔7〕具体说来，其最实质性的工作是调解纠纷，除了离婚调解外，他/她还调解其他各类纠纷，从打架斗殴到山林地界纠纷等。纠纷化解后，要制作司法协议书，然后为协议书办公证。但是，如今，司法助理员的最重要工作之一已经转向为乡民提供法律服务，称为“法律工作者”，实际已经成为乡间的“律师”。

下面，我将细致介绍一下与司法过程更直接相关的一些“法律人”。

二、法律工作者

随着“文革”结束，司法部的重建，到1980年代初期，中国的律师制度逐步恢复起来了。但是，律师的主要服务范围是在城市地区，因此，如何为农民提供解决纠纷的良好机制、提供法律服务，就成为一个问题。〔8〕1970年末，首先在广东、福建、辽宁等东部经济比较发达的地区出现了乡镇法律服务机构，1985

〔7〕《当代中国的司法行政工作》，当代中国出版社1995年版，页59；《司法行政年鉴》1996年卷，法律出版社1997年版，页20—21。

〔8〕“中国现有的律师事务所和公证处，都设在市区和县城，而且人员普遍不足，任务繁重，很难主动深入基层，为乡镇企业和群众提供法律服务，农村群众请律师难、办公证难、寻求法律服务难的矛盾十分突出。”见《当代中国的司法行政工作》，页463—464。

年2月起正式在全国推广。^{〔9〕}1993年司法部又对基层法律服务工作进行了一系列改革,并开始从乡镇扩展到街道。^{〔10〕}到1997年底,全国已经建立了乡镇(街道)法律服务所近35 000个(其中至少32 000个是乡镇所),法律工作者近115 000人(其中有10万多人是乡镇法律工作者)。^{〔11〕}法律服务所的主要工作范围是:(1)提供法律咨询,代写法律文书,担任民事诉讼或非诉讼代理人,应聘乡镇企事业单位和农村承包经营户的法律顾问;(2)代当事人办理公证;(3)调解经济纠纷;(4)法制宣传;(5)协助乡司法助理员调解民间纠纷,指导/管理本地区的人民调解工作等。法律服务所实行“有偿服务,适当收费”的原则。^{〔12〕}此后,依据有关制定法的规定,法律服务所不属于政府系统,是一种事业性机构,在业务、人事、财务上都实行“自主经营、自负盈亏、自我约束、自我发展”的机制。^{〔13〕}我们的调

〔9〕 关于乡镇法律服务所的早期历史,请看,《当代中国的司法行政工作》,同上,页457—462。又请参看,李明:“全国乡镇法律服务工作会议”,载《中国法律年鉴》1988年卷,法律出版社,页715。

〔10〕 具体内容,请看,金觉明:“基层法律服务工作改革座谈会”,载《中国法律年鉴》1993年卷,中国法律年鉴社,页141—142。

〔11〕 韩立慧:“基层法律服务工作”,载《中国法律年鉴》1998年卷,中国法律年鉴社,页180—181。其中关于乡镇所和乡镇法律工作者的人数,可参看,许锡福:“人民调解和基层法律服务”,载《中国法律年鉴》1993年卷,中国法律年鉴社,页141;以及《司法行政年鉴》1996年卷,法律出版社1997年版,页18。

〔12〕 《关于乡镇法律服务所的暂行规定》(1987年),载《中国法律年鉴》1988年卷,法律出版社,页586—587。1991年司法部颁布的《乡镇法律服务业务工作细则》第3条将这5项工作细化为7项:担任法律顾问、代理民事经济行政诉讼、代理非诉事务、调解纠纷、提供法律咨询、代写法律文书和协助办理公证,与先前大同小异。

〔13〕 司法部《关于基层法律服务工作改革的意见》(1992),转引自,刘广安、李存捧:“民间调解与权利保护”,收入《走向权利的时代》,夏勇主编,中国政法大学出版社1995年版,页291。

查也证实了这一点。

法律服务所是一种不增加国家编制和行政经费的事业性机构；但是，在乡这一级，它从一开始就同乡政府有很密切的关系。在我所调查的各乡，法律服务所和司法所都是“一套人马，两块牌子”，法律服务所所长都是由乡司法助理员担任。司法所是设置于乡镇人民政府的国家司法行政机关，是县司法行政机关的派出机构，司法助理员则是基层政权的司法行政工作人员，是中国的司法行政机关的神经末梢。因此，在乡间老百姓的心目中，甚至在这些法律工作者自己的心目中，首先是法律服务所的所长，然后是他/她聘用的法律工作者，这些人的定位和身份都不那么清楚，往往是半官半民，亦官亦民。如果农民遇到各种的纠纷，告到乡里，一般都由司法助理员来调解解决，这时，他/她的身份是乡政府的干部，说话是算数的；有时，司法助理员/所长指定所里聘用的某个法律工作者来“处理”一下，这个主持调解的法律工作者的法定身份就不明确了。但是，这对接受调解的双方并不很重要。法律工作者至少在老百姓心目中还是有某种官方色彩的，就如同“联防队员”在老百姓心目中就是“公安”一样。

但是，当这种调解工作无效时，法律工作者的角色就会发生变化。他/她可能在收费的基础上提供一些相关的法律服务，包括法律咨询、撰写起诉书；当人民法庭接受起诉，经当事人请求，这些法律工作者，包括司法助理员就会作为一方当事人的“律师”出庭参加诉讼。此外，在日常生活中，法律服务所也总是如同机关一样按时办公，农民如果有个什么不快的事，趁赶集或因其他什么事到乡上来时，就会顺路到法律服务所“咨询”一下。

就我所调查的乡来看，每个乡的法律服务所都有两至三人。

其中一人是司法助理员，算是乡政府的组成人员，拿工资。其他的人则是所长聘用的人，不是乡政府的工作人员。他/她们的收入靠法律服务所自负盈亏，但工资也是固定的；在这个意义上，也可以算是拿工资的人。此外，至少有些法律服务所是要向乡财政承包缴纳一定的法律服务的收入。

由于同驻乡里，乡法律服务所的法律工作者与人民法庭的法官或其他工作人员都很熟，他/她们之间的关系相当密切，相互非常了解，虽然看不到他/她们之间相互联系和通知，但是，我感到，似乎他/她们都知道谁在不在家，人到哪儿去了，什么时候会回来。这儿完全是一个熟人社会。在某个乡，法律服务所就在法庭对门，两家人常来常往。常有人直接到法院打官司，然后法官听了其告诉之后，指派他/她到法律服务所去写状子，并告诉他/她起诉的案由。^[14] 据报道，在有些地方，巡回法庭“在审判案件的同时，把很大一部分精力投入到指导、培训司法助理员上。巡回法庭坚持利用各种机会、各种场合，对司法助理员进行系统的培训。一是在审理案件时请司法助理员参加旁听或参与调解，在调解技巧、审判程序等方面言传身教；二是每年召开两次联席会议，组织司法助理员学习新法律规定和司法解释，使他们能及时掌握发展动态；三是借行政会议之机，将司法助理员集中到一起，利用业余时间交流情况，研究疑难案件”。^[15] 而另一个报道中则谈到，某新上任的人民法庭法官由于一直收不到案子，“看到司法所人手忙不过来，就主动要求到司法所帮忙”。^[16]

在我调查的法律工作者中，都没有法学院训练的经验；他们

[14] 参看，本书“纠纷解决与规则之治”一文的第一个案例。

[15] 见，春森、孟天：“踏浪而行”，载《人民司法》1994年第9期，页35。

[16] 见，陈海发：“‘水壶庭长’”，载《人民司法》1991年第1期，页3。

的从书本上学习法律的经验，如果有，也就是到县里司法局办的班上培训半个月或十天，或上级办的普法训练班。但是，这并不意味着法律工作者没有法律的经验。在我们调查的某县级市，在离该县县城仅4公里的一个乡上，我们就遇到（也许应当说是听到？）一位被当地农民、法官和乡政府官员称作“刘大律师”的姓刘的司法助理员。他本来是一位学兽医的中专生，回乡后，不知如何当上了司法助理员。在任期间，他从事法律服务工作并自学法律，在我们访问该乡的几个月前刚通过了全国律师统考，已成为一名正式的律师。他不仅在本乡办案，也在县城里办案，收的案子早已超出本乡甚至本县。当我访问这个法律服务所时，我被告知，他正在新疆办案，几天后才能回来。但是，我又被告知，这位“刘大律师”已经同县城的某个律师事务所谈妥了，很快就要辞职离开乡政府，加入这家律师事务所，到城里去办公了。这是我在乡这一级遇到的惟一一位律师。看来，莎士比亚的名言在乡土社会是多余的了；在这里，不需要杀，所有的律师都会自动地自我消失。

在该所我还遇到了一位是本县但非本乡的、刚满18岁的本地政法学校（中专）毕业生，他目前在该法律服务所实习，并准备毕业后到这里工作。他工作挺认真，对待来访的农民也很细心和热心。他对我说，他的（最现实的）理想和榜样就是这位“自学成材”即将离开此地的“刘大律师”，他希望自己将来也通过自学实现这一梦想。如同我在后面分析基层法官的文章所说，乡土社会留不住法律人才，即使是中专生这样的年轻的中小知识分子。

但是，与我将在后面的文章中分析的基层法院留不住法学院

毕业生的情况并不完全一样，^{〔17〕}乡村留不住这些有一定法律知识的青年的最根本原因是现在的市场经济为年轻人创造了更多的机会，而不是他们的知识用不上，或者说，基层司法不需要或排斥这样的知识分子。至少在我们同当地的一些法官聊天中，法官都表示，他/她们都希望自己的法庭审理或法庭调解有这样的法律工作者或律师参加。法官的理由很简单，就是有这样的法律工作者参加，法官的司法审理（包括调解）都会相对简单一些，更容易按法律程序办事，即更为格式化。

首先，法官可以更多地使用制定法的概念以及其他法言法语同法律工作者进行交流。然后，由这些法律工作者同他/她们的当事人交流，这样有很多方便。至少法官不需要频繁地向许多当事人用过分通俗乃至有点不雅的语言（“辩论就是可以吵架，但不能骂人”）来解释诸如像“辩论权”这样的在我们看来人人天生都应明白的概念。

其次，法官可以避免职业要求和社会道德的冲突。有一位法官说，法官有时必须有点儿偏心，否则得出的判决是伤天害理的。例如，在离婚案中，可能有一方当事人不同意离婚，他/她并不了解法律的具体规定，他/她只是指望并相信法官帮他/她做主。从心里，法官可能在提出调解离婚方案中已经偏向这一方，比如说多分一点儿财产，但当事人还是死活不同意离。按道理说，法官必须硬判，但结果可能是对这一当事人更为不利。这时，法官就非常为难。因为法官毕竟还不能完全放弃目前对法官的法律意识形态要求，保持“中立”，法官无法把法律上的利害关系对这个当事人都讲清楚，过于帮着一方。在这种状况下，法官说，如果有律师或法律工作者在场为当事人谋利益，帮他/她

〔17〕 参看，本书“基层法院法官的专业化问题”一文。

把利害都说清楚，法官就可以解脱自己面临的法律与良心或情与法之间的矛盾。

再次，法官说，有律师或法律工作者在场，也可以避免法官同当事人发生直接的矛盾。现代的法律并不完全是而且也不能完全按照乡土社会传统的是非曲直来决定，因此，法官司法的结果就很可能同当事人的预期发生冲突。还是以上一段的离婚案为例，只要一方始终坚持要离，法官还只能判离。尽管在判离时，法官已经运用其裁量权为“秦香莲”多分割了某些利益，但“秦香莲”可能还是会认为法官被“陈世美”买通了，因此迁怒于法官。因为她/他心目中的法律还只是乡土社会的道德规则，她/他心目中的好法官还是包公、海瑞那样的凭着个人权威惩恶扬善、眼里容不得半点儿沙子的道德楷模。如果法官走的不是包青天的路，而是居然允许让“昧良心的”离了婚，那就只能表明法官也昧了良心。在这种情况下，法官说，如果有法律工作者或律师作为其法律顾问，就可以向这位愤愤不平的当事人解释法官为什么只能这样判，从而减少了法官与当事人的矛盾。

我觉得，法官的这些道理都是真实的。而且从我参与观察的法官审判过程中，我也深切地感受到这些法律工作者确实对保证司法的格式化进行起到了巨大的作用。无论是从写状子本身，还是关于提出救济方式，无论是在法庭程序还是法庭辩论，我可以这样说，没有这些法律工作者，依据目前的民事诉讼程序，简直没法进行审判，至少不可能像目前这样有效率地进行。我目睹的一个例子是，法官问当事人（一位大约70岁的老人）你是否申请回避，当事人还根本没有理解什么是回避，马上习惯性地回答说“申请”（在他的乡土生活的记忆中，我想，“申请”二字大约总是同“救济款”、“救济粮”相联系的。这是布迪厄所说的那种“习性”的表现）。律师马上在旁边说“不申请”，接着又三言两

语把当事人给打发了（我相信，当事人可能还是没有懂回避是什么，但是他有一点相信，他的“律师”不会蒙他）。于是，庭审得以继续下去。又如，法庭辩论常常确实变成了一种“吵架”，连法官几次想插话都插不上。这时，我看见法律工作者就会告诫他的当事人不要抢话；等等。

但是，我们不应当将法律工作者的工作效果仅仅理解为保证审判的正常进行；从一个更为宏观的角度来看，这还是一种真正的“普法”，一种现代社会文明的教育，一种对人的训练，一种关于说话的场合、方式、口气、语词、态度的指教，一种关于权威、证据的辨认，一种新的生命和人格的操练，一种单兵教练式的规训。^[18]这种影响将远远超过一次以某种奖励作为支撑的“普法”讲座。

还必须注意，这种法庭和司法程序的规训不仅对当事人产生影响，而且对这些法律工作者也产生影响。据我们调查，绝大多数乡司法助理员（法律工作者）都是从一些有一定文化的农民中产生出来的，大多是农村的基层干部或农村知识分子。这些人没有受过法律的训练，甚至没有受过现代的官僚制教育，只是长期在农村中生活，不断地解决纠纷，逐渐培养了一种依据天理人情国法政策判断是非处理纠纷的能力。其中有少数司法助理员后来通过各种形式进入乡人民法庭担任法官。特别是在大山区或非常贫穷偏僻的地区，县法院很难从县城里派出长期驻扎在乡间人民法庭的法官，^[19]往往不得已从当地的司法助理员或其他乡政府

[18] Cf., Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1978.

[19] 这在全国是一个相当普遍的现象。“到法庭工作确实是对法院干部的考验，每月多给补助费有人都不愿意去。”见，戴建志：“再唱南泥湾的歌——南泥湾人民法庭见闻”，载《人民司法》1994年第11期，页44。

的正式工作人员中招聘法官。而乡政府的工作人员，比方说，司法助理员，有时会因为厌倦乡里没完没了的杂事，也情愿当法官，比较清静，因此通过考试进入法庭。对于司法助理员来说，这种参加审判的经验就成为他/她在进入法庭之前了解和学习司法知识的主要渠道之一。^{〔20〕}

即使这些司法助理员或法律工作者没有进入人民法庭，司法程序也对他/她们在调解纠纷甚至在代表乡政府作出行政决定时产生了巨大的影响。在访问某乡时，我从某乡的司法助理员处理纠纷的卷宗中随便抽了几份看了看。本来也只是为了过过目，但是一看，就让我感到有点吃惊。整个纠纷处理的程序与法院的卷宗极为相似。卷宗中包含了类似诉状的“我的请求”，类似法官询问笔录的“调查笔录”、“座谈笔录”，类似传票的送达文书和回执，类似庭审记录的“调解笔录”，类似判决书的“处理决定书”；此外还有其他有关的证据材料，包括口头证词和其他书证。比法院的卷宗更多一点儿的是一些实地调查的笔记和座谈笔录，一些地界划分的简图。这些多出来的部分反映的是这种具有行政性的决定要比法院更注重现场勘察，更注重“实质正义”，更少强调“谁主张，谁举证”的程序规则。这种状况，确实令我和同行的调查人感到吃惊。显然，司法的程序为乡土社会的行政性纠纷处置提供了一种新的基本格式；而这种格式又反过来对司法起到了支持的作用。这表明作为一种治理术的“法治”模式确实在向基层渗透，而乡人民法庭是一个重要的渠道或窗口。同时，我也格外感到韦伯的公文化法治在现代社会中的力量。而这也使得我进一步理解了一位曾长期担任司法助理员的法官的话，他对法官与司法助理员的工作特点差别的概括是：“一个有程序，一个没程序”。

〔20〕 参见，本书“基层法院法官的专业化问题”一文第二节的有关文字。

三、法律文书送达人

在江汉平原上一个相对比较富裕的地区，我们考察了几个人民法庭，都发现法庭的工作人员人数似乎明显多于他们告诉我们的人数。经过询问，法官告诉我们，每个法庭都聘用了两个或三个这样的年轻人，专门替法院送达各种法院的文件，此外，还帮助做其他一些与法庭工作相关的事情，例如协助案件的执行等。这些法律文书送达人一般都是近年的退伍军人或一些农村知识青年，他们的“工资”都由法庭从自己的“创收”中支付。遗憾的是，我忘了，这些人是本来就没有正式称谓呢？还是我忘记将法官对这些人的称呼记录下来？因此，我只好在此杜撰一个词，称他们为“法律文书送达人”。

法庭为什么要聘用这样的人？首先，法官告诉我们，在他们地区，由于经济相对发达，人口流动也比较大，纠纷相对比较多，因此，工作比较紧张，法官常常不能自己送达相关的法律文书。其次，由法官或书记员亲自送达法律文书，然后过两天又上台审案子，似乎也不很是那么回事（记住，距离会创造权威和美感的道理）。再次，我认为最重要的是，由于这里的经济相对发达，交通也比较发达，法庭也有自己的车，因此绝大部分法官已在各方面生活条件都更好的县城安家了。他/她们或者早出晚归，或者工作日驻在乡间法庭，周末回县城。这种生活状况使得这些法官对农村的具体情况开始陌生起来，他/她已经无法像以前的法官或像那些仍然长期生活在乡间的法官那样非常熟悉其所在的乡以及乡民。这些法官告诉我，农村不像城市，这里的村民居住没有街道，没有门牌号码，送达文件就很麻烦；加上通讯不便，

甚至有时你去送达，人家“铁将军”把门，赶集去了，甚至有可能你在路上曾跟他/她擦肩而过也不知道。由于这种变迁，法官说，法庭的工作也就需要有非常熟悉当地情况的人来帮助送达法律文件。你只要告诉他某某村某某组的某某某，他就肯定可以送到，而且他一般会把全乡的成人都认得差不多，路上碰到了，也不会错过。有了这样几个人在法庭工作，司法审判包括执行工作运作起来就更正规化，更有效率。

这一点，至少令我很有点意外，有不少收获。其一，我感到的是，社会经济发展对于司法专业化的要求。纠纷的众多要求一个更有效率的司法组织结构。因此，就在这一社会发展过程中，即使是人民法庭的工作也正在发生某种静悄悄的革命性变化，更加强调专业分工和科层制，社会的发展正在重塑着乡村的法庭和法官，包括他/她们的生活方式和知识，塑造着司法的运作方式。其二，尽管我早就从迪尔凯姆和福柯那里了解到空间对于现代社会组织的政治意义和司法意义，^[21]但只是在这里，我才真正感到了中国经验的验证：空间组织确实对政治生活有影响（我想这又是一个很好的博士论文题目）。当然，这些法官从来没有听说过而且也不会关心迪尔凯姆或福柯，但是，他/她们对农村司法问题的直觉和经验分明让我感受到了一种也许会被人讥笑为“后现代”的分析，看到了空间在社会控制中的意义。的确，如果不是生活在这种环境中，你无法感受到司法要进入农村乡土社会的难处。这种难处不仅仅是一个知识、一种观念的问题，甚至不仅仅是钱的问题，它涉及到社会的全面的重新组织、结构和整合，

[21] 参见, Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, trans. by W.D.Halls, Free Press, 1984; Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1978。

关系到像门牌号码、街道区划这样的事，关系到诸如公路网络或电话或其他通讯方式的变革。在这里我看到了福柯所说的，法治的话语机制必须依赖的一系列非常具体的非话语的机制。我感到我们这些常常关在书房里“作（做作？）学问”的法学家常常把许多问题都看的简单了，都看成是一个观念问题。

必须指出，除了这种有效的“社会控制”的需要外，这些送达人在法院中还扮演了其他角色。例如，类似法警的角色。如果要下乡执行案件，法官往往会领着这些人参与司法的强制执行。这些人还在法院扮演了卫兵的角色。当周末法官回县城之后，乡人民法庭就由他们看守。他们的存在使得这个法庭的分工更为细致了。相比起来，这里的法庭显然要比大山区的仅有两三个法官常驻乡间的人民法庭更像一个法庭，更具有司法的味道。

由于这些人的出现，也促使法官进一步发生变化。最主要的变化是促使法官与乡土熟人社会进一步陌生化，使得司法更为独立。表现为，第一，法官将更多地作为一个外来者（而不是社区内的一员）来处理乡民之间的纠纷，他/她们会更多地受城市生活方式的影响，更少地受乡土社会生活规范的影响，司法可能更多地转向程序化、规则化，而不再像以前那样注重解决纠纷。第二，法官对乡政府的依赖程度也逐步降低。第三，乡民也有可能逐步把法庭同乡政府区分开来，这也有利于司法独立的社会认知。第四，由于“外来的和尚会念经”的社会心理，法官同当事人之间距离的增加有可能增强法庭和法官的权威。第五，从可能性上看，这种变化在未来可能会使得一些进入基层法院工作的法学院毕业生愿意到乡一级法庭工作，尽管目前县法院还几乎没有或很少有法学院毕业生。必须注意，尽管我这里的分析似乎都是正面的变化，但是结果未必都好，这些变化同样可能带来一系列新的问题。究竟结果如何，我们还需要细致长期的观察。

但是，即使假定这些变化是可欲的，要能够做到这样，人民法庭就必须有自己的小金库和足够的资源，它必须能从各种收费中或国家拨款中保证这些“送达人”的工资。目前，这些法院的这些变化仅仅是因为当地的经济相对发达，诉讼较多，诉讼或执行的收入也较多，才保证了法庭能用得起这样几个“送达人”。

那些在遥远偏僻的比较贫困的乡村人民法庭怎么处理像送达这样的问题呢？在另一个大山区的人民法庭，我发现，尽管很穷，雇不起“送达人”，法官却以其他方式同样解决了这种非格式化的空间问题。首先，在这些地区，或者因为社会更为闭塞，人口密度低，纠纷本身就比较少；或者因为穷，因为交通不便，纠纷上法庭的就相对减少了。其次，这里的法官基本都是长期驻在本地，因此，他们对当地的情况和居民非常熟悉。听他们讨论当事人，往往不是称名字，而是驻在某村的某某家隔壁，或某个山脚的某某某（这种“定位系统”只有在人口密度很低的地方才可能）。再次，法官往往利用当地的行政系统来传送法庭的有关信息。比如，我们到达的那一天，法官就打电话到村委会，要村委会主任通知有关当事人来法庭参加诉讼。而由于人口流动性相对小，村委会一般都可以找到人。最后，才是由法官或书记员送达。这种状况都再次表明，甚至司法的专业化、独立性都直接或间接地同社会经济发展水平有关。同时，我还看到一个重要的问题，这种经济生活条件对法官所累积的知识和法院工作方式的影响。

四、作为律师的法官

尽管我将在下面两篇文章详细讨论基层法院的法官，在这里，我却想简单讨论一下，在乡镇人民法庭，法官实际经常扮演

的但至今一直为所有的研究者都忽略了的另一种社会职能——律师的职能。

我在前面已经初步显示（虽然不是因为莎士比亚所说的原因），首先，基层法院，特别是人民法庭的管辖区^{〔22〕}内往往就没有一个真正的律师。城里的律师不仅很难为普通农民接近（可能会有几十里路到县城），并且其费用也是普通农民支付不起或不愿支付的。但是，农民又有许多纠纷需要法律的服务，因此，在中国广大农村，就出现了一种对法律咨询的制度性需求。正是这种需求导致了乡间的法律服务所的产生和生长。但是，在普通百姓心目中，他/她们并没有一种关于法院和乡政府或司法助理员的严格区分，在他/她们心中，这些机关都是说理的地方。其次，法律服务所也会收费，因此，至少常常有些农民会不经法律服务所，就直接到法院起诉，特别是一些在农民看来“天经地义”的诉因（比如离婚，赡养等。有心者可以就制定法规定的诉因和农民心目中的“诉因”进行一个很好的分析研究，那也会是一个很好的博士论文题目）。在这种状况下，人民法庭的法官在很大程度上实际就起到了第一律师的作用。

我曾在“农村基层法院的纠纷解决与规则之治”^{〔23〕}一文中就提到这样一个“案件”。儿子想要母亲的钱不得，多次殴打母亲；母亲到法院起诉，要求“脱离母子关系”。在这种情况下，

〔22〕 在我们调查的县，大致是一个乡一个人民法庭；在中国东部和中部地区，80年代后期已经基本上都实现了一乡一庭。在中国的一些相对贫困的地区，由于财政、人员以及其他的原因，也有数个乡设一个人民法庭的（见，李健华：“理一方案情，保一方平安”，载《人民司法》1994年第12期，页41）；有的地方由于缺少办公条件，也有两个甚至更多法庭合署办公的（戴建志：“再唱南泥湾的歌——南泥湾人民法庭见闻”，同前注19，页44。

〔23〕 《北大法律评论》卷2，法律出版社，1999年。

法官首先告诉她法律没有规定这种诉因，因此是不许可的。这是第一个有关法律问题的咨询回答。随后，法官又考虑了这位母亲的实际情况，为她提供了在法官看来最好的法律建议，建议她同离家出走 20 多年杳无音信的丈夫离婚，另找老伴，以此来保护自己。这是法官提供的第二个法律咨询——为当事人从法律上设计安排一个更为安全的未来。然后，法官告诉她到对门的法律服务所写状子，并告知如何写、什么案由等等；甚至最后领着她到了法律服务所来办此事。这是第三个法律服务。

至少头两个服务严格说来都是律师或法律工作者应当承担的责任，但是，在中国农村，这些工作往往都由法官承担起来了。严格说来，法官不仅没有义务承担这些事务，而且从法律上看是不应当甚至应当禁止的。因为，比方说，就这个案件而言，法官真正是“先定后审”了——如果这位妇女真的听从法官的建议向法院提出了诉讼，这些法官还会作出其他判决吗？当然，这个案件还不那么严重。设想一下，如果这位妇女听取法官的建议，对其儿子提出虐待罪的起诉（当然，法官没有提这个建议，只是曾考虑过这种可能），那么这个案子将从一开始就是有很大偏见的，就是对其儿子不利的。因此，无论依照什么诉讼法或传统的法理，法官的这种做法都是与司法职业道德有冲突的。

法官不仅在起诉前常常扮演了律师的角色，而且在当事人没有聘请律师或法律工作者出席的庭审（包括调解中）也常常实际起到了律师的作用，甚至同样是被迫起到了律师的作用。在访谈中，许多法官对我们讲的自己办的案子，都表现出这一点。比方说，还是离婚案，丈夫要离，甚至愿多给些钱，以表示自己的内疚，而妻子就是不愿离。由于妻子缺乏相关法律的信息，又没有律师替当事人出谋划策，如果法官保持司法的“中立性”，妻子往往会为自己的信息不完全的决策所误。在这个时候，法官往往

会告知妻子，如何解决对她最好，有时甚至不无越俎代庖替当事人作决定的嫌疑。这种状况实际也是法官扮演了律师的角色。我在其他文章中的一些例子（例如，在老人赡养案，法官关于生老病死之安排，粮食、油料的安排；^[24]在断腿案，法官关于损害赔偿金的安排^[25]）以及一些有关人民法庭法官的报道^[26]也都说明了法官在很多时候起到的是律师（甚至更多）的作用。

我不想举更多的例子，而想从这种现象来探讨其中的社会意蕴和法理学的意蕴。

首先，这表明，中国农村对法律服务乃至对律师或法律工作者确实有巨大的需求。这是一个巨大的潜在的法律服务市场。中国的法治能否建立，一个重要的方面就是农民的这种服务能否得到满足。

其次，我们又必须看到，这个潜在的市场还没有转化为甚至在短期内还不大可能迅速转化为一个现实的法律服务市场。因为一方面，这种需求还是一种消费者没有支付能力或没有足够支付能力支持的需求。坦白地说，律师不下乡，很大原因就是农民支付不起律师的费用；农民为什么常常直接找法官，而不是到法律服务所咨询，在我看来，除了农民对于这两者的制度差别无知外，一个很重要的原因是，法官听取其诉求之后提供的法律服务是不收费的，这是一种免费的午餐。法院要直到你把起诉状提交上

[24] 同前注 23。

[25] 苏力：“基层法院审判委员会制度的考察与思考”，载《北大法律评论》卷 1，法律出版社，1999 年，第 7 页。

[26] 参见，陈海发：“‘水壶庭长’”，载《人民司法》1991 年第 1 期，页 3；陈念华：“‘庄户法官’张开弟”，载《人民司法》1994 年第 1 期，页 42。在第一个报道中，这位庭长刚上任时，因无案可审，又“看到乡司法所人手忙不过来，就主动要求到乡司法所帮忙”。

来，同意立案时，才收取费用。农民在这些方面也是很精明的，他/她们知道如何节省他/她们那不多的现金。而另一方面，现有的法律知识体系还难以提供有效的法律服务供给，即现有的法律知识生产厂家生产的产品还很少足够细致考虑是否切实适合农民的需要。目前中国的法学院所提供的法律知识更多是适应工商社会和都市生活的，是强调规则性，因此在农民看来是比较大而化之的。而农村生活由于受到其生产生活条件和社会组织形态（熟人社会）的限制，其需要的法律知识有很大不同。农民需要的法律救济往往格外具体、细致，往往具有地方性的色彩，并且一定要是对方当事人有能力履行的或是司法机关有能力执行的。比方说，为了某个伤害，律师可以要求很高的赔偿金额，法院也许可以这样判决，但是对方当事人如果完全没有能力支付，那么这个律师所做的一切努力、提供的一切服务最终都是一纸空文。因此，农村需要法律服务，这个概念实践起来一定要语境化，予以细化，而不能用我们这些法学家头脑中的法律概念来替代。

正是由于有这两个限制，我们看到目前中国农民的法律服务需求是得不到制度性满足的。同时，也正是在这两个限制下产生的农民对法律服务的制度性需求，迫使基层法院特别是人民法庭法官的职业角色发生了微妙的变化或位移。他/她不仅是法官，而且也是另一种传播农民关心的法律信息、提供相关法律服务的法律工作者（也正是由于基层法官这一实际的社会职能，我才感到有必要把至少是履行这一职能的人民法庭的法官也列入乡土社会中的法律人，并纳入本文分析。这种分类，并不仅仅是出于一种便利，而是有盘算且有比较充分的理由的）。

从基层法院特别是人民法庭法官的这一职能我们还进一步可以理解他/她们在中国乡土社会中扮演的特殊角色。许多人都曾指责基层法院特别是人民法庭法官的专业素质比较低，缺乏理想

法官（法律家/政治家）的气质和能力，没有理想法官的那种中立性。我承认，这些批评都是对的，但又都是不太讲道理的。只要到中国的乡这一级，看看基层法官每天的工作，他/她们接待的当事人，他/她们所面临的问题，他/她们必须在教科书上讲的职业道德与生活实践中的职业道德之间作出选择，就可以发现，他/她们的这种角色偏离的不可避免甚至正当性。甚至，我这里的表述方式都太知识分子化了。在他/她们的这个环境中，他/她们甚至必须、也只有这样行为，才是公道的。

因此，我们也许应当重新审视一下法官这个概念的内涵的丰富性。当然，法官这个概念应当涵盖像柯克、霍姆斯、卡多佐、汉德这样的法官，但是法官却不仅仅是柯克和霍姆斯等人，它还包括中国的人民法庭法官或者美国、英国、澳大利亚的治安法官。一个优秀的人物不应当成为一个概念的标准定义。否则，在霍姆斯、波斯纳面前，我们中国的法学家都别叫法学家了，而且我们中国的法学院教授又有谁敢称自己是法学院教授？！

最后，从作为律师的法官这一现象还表明，在当代中国，至少在中国基层法院，法官的专业化不可避免地要同中国的经济和社会发展水平相联系。甚至，考虑到前面谈到的其他法律人的状况，也许，我们可以说，在目前这些地方，也许需要的法律人就不能太专业化了，太专业化也许对这些“客户”来说是弊大于利。还是那句话，要实事求是，具体问题具体分析。尽管这是一句老话，但是如果你看了上面这些介绍和分析，你是否真正在智识上有一些的触动呢？

现在，该让我们对基层法院的法官进行更细致地考察了。

1999年12月29日于坎布里奇

第十章 基层法院法官的专业化问题

——现状、成因与出路

世界上的事情是复杂的，是由各方面的因素决定的……〔1〕

——毛泽东

一、“复转军人进法院”

1998年新年伊始，我的同事贺卫方教授在《南方周末》上发表了题为“复转军人进法院”的杂感，〔2〕对中国法官选任制度，特别是这种做法背后隐含的社会和政府对于法院和法官工作的一般看法提出了批评。其基本观点，在我看来，完全是正确的，即今天的法院已经不同于新中国前30年时期的法院（“无产阶级专政的工具”），今天的法院是依据普遍的规则解决具体纠纷（实

〔1〕“关于重庆谈判”，《毛泽东选集》（合订本），人民出版社1966年横排本，页1055。

〔2〕贺卫方：“复转军人进法院”，《南方周末》1998年元月2日。

现司法/正义)并在解决纠纷中确认规则的一个具有很强专业性的制度机构;仅仅强调军人作风、军人气质和军人的严格的组织纪律性,这反映了我们的社会对法官和法院的理解已经落后于时代的要求,已经不能适应当代法院工作乃至整个中国法治发展的需要。如果中央和地方政府的一些决策官员仍然坚持传统的观点,把安置转业军人进入法院作为一项有利于法治建设的政策推行,有可能不利于法院和法官的专业化发展。

一篇 2000 字的短文,并且要求标题引人,文字生动,观点鲜明,自然很难把该说的话都说到。而且,我自己也认为,贺文中确有一些甚至可以说是“硬伤”的地方(例如,他含混地认为复员军人和军转干部都是由国家安置的)。尽管如此,我仍然认为,贺文的基本思路是对的,他是在借事说理,而不是完全就事说事。

但是,恰恰是由于借事说理,就可能惹得与这“事”有关的人或一些人不高兴。特别,一方面,当时中国政府已宣布将再次裁军 50 万人,不少军官面临着“下岗再就业”的问题;而另一方面,中国的改革已经使得劳动力供求日益市场化。因此,这个本来可能很简单的问题和道理在这种情势下就变得很敏感。很快,一篇题为“复转军人缘何不能进法院”的文章首先在《中国国防报》随后又在《南方周末》上发表了。^{〔3〕}作者曹瑞林,一位受过法学教育的现役军官,某军报记者,与我也曾有过一面之交。

严格说来,这篇文章集中关注和讨论的与贺文完全不是同一

〔3〕曹瑞林:“复转军人缘何不能进法院”,《中国国防报》1998年2月10日。

个问题，仅仅是一个在某些地方有交叉或钩连的问题。大致说来，曹瑞林认为，现代社会的工作样样都要求专业化，那么转业军人回到社会，回到哪儿去呢？同时该文又称，“军人经历是[……]一笔无形的财富。加上他们刻苦学习，锐意进取，顽强拼搏的精神和实践，完全可以成长为一名称职的人民法官”。曹瑞林的前一个问题，军人的就业问题，并不是贺文要讨论的问题。在社会主义市场经济日益发展的今天，在我看来，这个问题势必更多由广义的市场和市场活动的参与者本身来决定，而将来，则应当完全由市场来决定，尽管，在目前来说，还不可能且也不应当仅仅由市场来决定。而曹文的后一个说法，则必须假定复转军人“刻苦学习，锐意进取，顽强拚搏”。而一个人如果能做到这些，又有谁不能成为法官呢？为什么只有军人有优先权呢？因此，这种论证，在我看来，并不具有说服力和反驳力。此外，仅仅声称军人经历是一笔无形的财富，也并不能说服人。因为每个人只要活着，都会有经历，至少对于其本人都是一笔无形的财富。敝帚自珍，这是一种常识。这并不能得出军人经历就一定在司法实践上是一种无形的财富。

至此为止，我的结论似乎都明显偏向贺卫方：军人不等于法官；如果要加强法制，以法院作为安置军人的主要场所作为一项长期政策是明显有偏差的。但我这样说，既不是对献身国防、保家卫国的军人的一种冷漠（其实，我本人就曾是一位军人，如今虽然没有——但并非不能——进法院，却如同贺卫方教授所戏言的“复转军人进了法学院”），也不是说军人一定要一锤子定终生，退伍转业后就不可能从事法院工作，一定不可能成为一位称

职的法官。^{〔4〕}因此,问题并不在于,中国的转业军人能不能进法院,而在于凭什么进,或进去干什么。

这个问题从逻辑上讨论很简单,军人不等于法官。但是,本文并不想仅仅停留在这个层面上探讨问题。对于我来说,重要的是理解中国的法官状况,这种现状是如何构成的,然后在此基础上可能提出什么样的改进方案。我们有一系列问题要了解。比方说,中国当代基层法院法官的状况究竟如何?究竟有多少复员转业军人或——说开一点儿——没有受过法学教育的人进了法院?他/她们能否履行司法审判工作的职责?能或不能,原因都何在?而且,他/她们履行的是什么样的审判职责?就其承担的审判工作而言,是否法学院毕业生一定能比他/她们履行得更好?为什么?是否有相当数量的受过现代法律训练的大学生希望进入法院工作?希望进入什么样的法院?复转军人以及其他非科班出身的人进法院是否挤占了法学院毕业生的位置?挤了什么位置?司法

〔4〕事实上,美国历史上首屈一指的著名法学家、大法官霍姆斯,就曾从军多年,担任过军职,是一位著名的战斗英雄,他曾三次受伤,至死身上还带着一颗子弹。但他对美国法学和法律的贡献是举世公认的。并且,重要的是1902年,当西奥多·罗斯福总统挑选霍姆斯出任联邦最高法院大法官时,一个重要的因素就是霍姆斯有“出色的军旅生涯”(参见,Max Lerner,“Holmes: A Personal History”, in *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, The Modern Library, 1943, p. xxxi)。即使当下任职美国联邦最高法院的9位大法官中,也有3位曾先后在军队(国民警卫队)中担任过各种军职,如果抛除现任的两位女性大法官,有过军人经历的比例竟高达43%。而这还不是最高的,我统计了在过去35年左右的时间里在联邦最高法院担任过大法官的全部21位男性,有过军人生涯的竟有11位,这个比例甚至超过了50%(资料和数据来源,<http://oyez.nwu.edu/justices/justices.cgi>)。此外,英国著名法学家丹宁勋爵也曾经当过兵。但所有这些人进法院,都不因为他们曾是军人,他们或此前或此后都曾进入过法学院学习并一般都是成绩比较优异的。即使如此,这至少表明,军旅生涯的知识并不与法律或司法的知识不兼容。这一点,我在后面还将论述。

审判所要求的知识是什么类型的知识？是否被现有的学科体制标签为“法学”的知识就一定是司法审判的知识，或是对司法审判有用的知识？目前中国法学教育传授的是什么样的知识？对审判工作在哪些方面有用，在哪些方面不够？如果没有足够的称职法官，复转军人进法院是否可以作为一个替代？有没有更好的替代？军人生涯以及其他社会生活经验与法院的司法审判工作是否不兼容？在哪些方面不兼容，哪些方面可能兼容？甚至，我们还要提问，是否所有的法官所需要的知识都是同样的？以及，在当代中国社会条件下，从现实到相对理想的法治状态，我们如何可能作出一种比较好的选择？所有这些问题，都是必须细细考察和分析的，而不可能简单地从逻辑上推论出来，并且也不可能依据逻辑推理或概念分析来解决所发现的问题。

这里的问题已经很多了，有的还很大，具有所谓的哲学意味，但是，本文作者并不是为了追求哲学意味而研究这个问题，而是为了研究问题而不小心或不得不触及这些哲学的问题。必须指出，实证问题研究并不只是收集资料；在我看来，它至少应当同样（如果不是“更”的话）具有智识的挑战。但是，鉴于种种制约，我又不可能对所有这些问题都作出清楚的或自信的回答。因此，本文将着重考察当代中国基层法院法官的现状，所运用的材料仍然是我近年来在湖北省进行的基层法院研究和访谈获得的。通过对这些材料的研究，我们也许会对中国基层法院和法官的状况以及相关的一些法学实践和理论问题有更深刻的认识；甚至对中国的法学教育和法学理论研究也未必不无启示。但是，我清楚但读者未必清楚因此要强调的是，正是由于我的研究材料的局限，本文得出的一些可能具有政策意味的结论大都只能限于基层法院，有些结论可能对其他层面的问题或其他法院有所启发，但绝不能无限扩展。

二、基层法院法官的大致状况

首先我从中国当代基层法院法官的现状开始。这里，我必须界定一下本文中所使用的“法官”。在本文中，法官，我指的是法院内部有书记员以上职称的在法院工作的人员。为什么这样界定？

理由之一，在基层法院的调查中，我发现，书记员在许多时候扮演的实际是助理审判员的角色，他们往往会参加案件讨论和决定，审判员或助理审判员不但会听取他们的意见，而且往往会要求书记员提出自己的看法。这种做法，固然有中国昔日的“民主”因素，但是也不无一定的“师徒”因素。事实上，至少在基层（我相信在上层法院或多或少的也会如此，因为如同我在后面将讨论的，司法经验是无法在学校教授的，用时髦的哲学概念来说，那是一种“实践理性”〔5〕），绝大部分（如果不是所有的）法官都是通过这种方式训练出来的；包括法学院毕业生，要想真正成为一个法官，也都在不同程度上必须经过这种真正意义的实习。

理由之二，至少到目前为止，大部分书记员，只要继续在法院工作，不出太大的问题，都会逐步提升为助理审判员或审判员，正式参与和主持审判。相反，有些有审判员职称的法院人员却可能从来没有参加审判，而且也没有能力参与审判。例如一个有审判员职称的人可能仅仅是因为他/她“打恢复建‘院’就在

〔5〕 参见，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990。

这里工作了”。

理由之三，在基层社会的许多普通老百姓看来，书记员与审判员的区别也是模糊的；甚至在目前法院工作人员自己眼中，这种区别也是不重要的，仅仅是一个“级别”问题，而不是“职业”问题。因此，考察基层法院法官的状况，仅仅因为职称而把他/她们这些人排除在视野之外，显然是从标签、从概念出发，而不懂中国的“行情”。

在同 100 多位法官访谈中，以及依据我们实地调查的两个县级法院的情况看，我们发现，在文化水平上，现有的法官确实与理想状态的法官（这个理想状态的法官是怎么来的？值得知识谱系学的研究。转述冯象君的话，“美国直到帝国主义初级阶段，考律师也不要求法学院学历”〔6〕）相距甚远。尽管很多法官已经以各种方式（自学高考、函授、法律业大、电教、党校学习等）获得了大专甚至大学本科文凭，但是，除了少数通过自学高考获得学历的法官外，绝大部分法官自己都不把这种学历当回事，他/她们公开称自己是“水货”。因为这些学历都是为了满足各种要求，在上级领导和法官本人合谋下批量化生产出来的。其中，在他/她们看来，最不值钱的就是由法院系统自己办的法律业大。

就法律专业训练状况而言，基层法院的法官更是极少有经过正规法律本科以上的法学教育。在经济相对发达的江汉平原的某县级市，我们被告知，该法院只有两个正式法学院毕业生；而在经济相对落后的鄂西山区某县法院，我们了解到，到目前为止，没有一位正式法学院毕业生，甚至没有一位普通高校的毕业生。

如果一定要做某种划分（我将在后面对这种分类作出批判），

〔6〕 冯象：《木腿正义》，中山大学出版社 1999 年版，前言，页 7。

目前中国基层法官队伍大致有下面三个来源：一是正规院校来的学法律的或非法律的毕业生，包括大学本科和专科，但这些人数量很少，在绝大多数法院，这类人数都不到10%；二是从当地招考或政府其他部门调入法院的，这些人数量大约有30%；其他的则是本文一开始说到的复转军人，大约超过50%。据某县级人民法院的一位副院长（他本人也是一位复员军人，但已从事法院工作近20年了）告知，在他们法院，甚至70%—80%的人都有某种军人的经历。

必须指出，这种分类其实并不具有什么意义，除非我们采取某种本质主义的立场。例如，军转干部中如今已有少量具有正规大学学历的军官；许多复员军人是先在地方法院工作，以后通过各种途径自愿或非自愿地（组织分配）进入法院的；也有一些大专院校的非法律专业的毕业生先从事其他工作，然后从当地政府或其他部门或外地调入法院。至少在我们的访谈中，我感受不到有哪位法官是依据这种分类划分阵营的。在法院内，和如今各个行业的游戏规则已没有什么差别，重要的并不是这种“家庭出身”或“门第”，而是专业能力。这种区分是法学界人士创造的至少在中国基层法院没有多少分析性使用价值的一个概念。此外，进入法院的人，即使有审判员或助理审判员的职称，也未必都从事审判工作。有许多人调入的人，无论是军转干部还是地方干部，一辈子就是干机关，当司机、法警，或者当收发，或者搞业大、纪检、基建、后勤、接待、工会，甚至搞的也算是法律业务的告申、执行或法医鉴定之类的工作。但是，我们又必须指出，只要进了法院，无论是干什么工作，只要不是太笨，只要自己努力（主要指强烈要求；而不是指努力学习审判业务），也并不是没有可能，某一天法院院长会同意让你去搞审判。因此，我们也还可以暂时借助这个分类来更细致地讨论一下法官的情况；目的却是

为了“过河拆桥”，否定这种分类。

(一) 复转军人

首先，我们必须注意，复员军人与军转干部进法院完全不是一回事，将两者归为一类完全是一种误解。复员军人一般是十八九岁或更大一些人伍，在部队上履行义务少则二三年，多则五六年之后，退伍回到地方。如果是农村兵，国家没有任何义务安排他/她们工作。只有少量所谓“城市户口”的兵，在90年代以前，国家才有某种责任安排他/她们就业，但一般也并不进法院，因为他/她们的身份是工人而不是干部。即使有少数复员军人进入法院，也是作为工人或职工身份（比方说，司机、打字员）进入的，不会直接成为法官。当然，一旦进入法院后，其中有不少人后来成为审判人员了，但这往往要经过招干，或通过某种形式的自学高考然后转干，成为审判人员。例如：

法官甲，女，1960年出生，高中毕业后，下乡1年，18岁当兵，2年后退伍，到了法院，搞“内勤”（收发文件、打字、保管档案）10年，这期间，自修大学毕业，后转搞审判，在刑庭任审判员，现正在考大学本科学历。

法官乙，男，1961年出生，1979年当兵，在部队当驾驶员，1983年复员，因法院刑庭需要司机，招考进入法院开车，1995年起转干，在刑庭参加审判，先当书记员，现在是助理审判员。

法官丙，男，苗族，1958年出生，1978年当兵，1982年复员，到司法局工作，几年后调到法院政治处，1996年后到法院办公室，搞法制宣传、档案和收发。

法官丁，男，1954年出生，16岁当兵，19岁因父亲去世，自己是长子，要照顾母亲和弟妹，要求退伍（本来在部

队是干部苗子)，回到地方，到法院工作。从书记员干起，担任过人民法庭庭长、民庭庭长，现任县级市法院副院长。此人对法院工作极为熟悉，对历年的法院审理的案件数字如数家珍（例如，在访谈中未看任何记录就谈到“民事案件，1985年全年法院民事案件264件，1988年2860件，增长了10倍。”），对法院现行体制的弊端分析很透彻，批评很尖锐、深刻。1986年、1987年他曾率先提出法院改革，提出走出去办案，开发案源，并因此被评为全省优秀法院；但在访谈时他自我批判，认为这条路已经走死掉了，法院必须“坐堂办案”。他是一个极聪明的人。

应当说，这些人——我将在后面分析——与进入法院并逐步成为法官的其他审判人员实在没有什么差别。在经历了多年甚至长达20年的法院工作之后，已经很难用他/她们的数年的军旅生涯来界定他/她们，把他们本质主义（作动词使用）了。正如，你很难用“连长”来概括霍姆斯一样；也正如我今天常自嘲为军人，但我想中央军委绝对不会考虑是否该授予我少将军衔一样。

因此，所谓的复转军人进法院的问题实际上更多地是军转干部进法院的问题。这些人都是有各种职务的军官，转业到地方，一般是回自己的故乡或妻子的故乡（这往往视哪个地方的生活条件以及其他条件更好而定）。国家对这些人有安置的责任，而且一旦进入法院后，一般都要比照原先在部队的行政级别，在法院安排或不安排某个行政职务（过去10多年来，一般都是高职低就）；并且——对我们的研究更为重要的是——往往会相应地给予助理审判员甚至审判员的业务职称。据了解，在基层法院，一般是排长“套”书记员，连长“套”助理审判员，营长以上“套”审判员。如果说法院系统感到有负担的，也只是这类军人。

但是，如果仔细分析一下，法院系统感到的负担主要也并非因为这些人曾经是军人，无法承担法院内部的工作（因为，中国法院内的工作也是很多种多样的）。首要的负担是，这些人来了之后，必定会分享法院系统内部已有的各种本来已非常稀缺的资源，其中最主要的又是行政职务、业务职称这样一些符号性资源以及与之相伴的物质资源。其次，才是军转干部占有这些业务职称却无法履行相应的职责（比方说，有审判员的职称却无法独立审理案件）。因此，如果有某个法院院长公开表示不欢迎军转干部进法院，完全不意味着他/她开明，欢迎法学毕业生进法院。他/她可能不欢迎一切要分享法院已有资源的人进法院。对这一点人情世故，我们必须要看透。

转业军人是否希望去法院呢？我们曾访谈了几位法官，都涉猎了这个问题。基本上没有什么定论。主要原因是当代中国的情况变化很快。一位在70年代中期、“文革”尚未结束时就到法院工作的法官说，他们那时没有什么选择，就是分配到“政工组”〔7〕工作，以后就转到了法院工作。80年代中期之后，随着中国裁军100万，大批军队干部转业到地方，军转干部才成为一个问题。当然，转业干部如果本来有专业，选择工作基本不成什么问题，一般都可以到原来熟悉的工作岗位，如少量的技术干部。问题是绝大部分军转干部都没有可以在地方对口的专业（而并非如同我们习惯想像的那样“没有专业”），只有部队带兵的经验。在这种情况下，据说，军转干部愿去企业的不多。在他们看来，效益好的企业不会分他们去；不好的企业去了则意味着工作

〔7〕 政工组是文革时期地方政府被夺权、建立“革命委员会”（相当于政府）后，下设的一个主要办事机构，其管辖权很大，包括如今党委的组织部、宣传部以及公安和法院系统。

不稳定；而且，到企业，自己的工作能力也很难发挥。因此，至少到 90 年代初，军转干部的首选都是党政机关，特别是组织部这样的管人事、有实权的单位；其次是工商税务这样的行政执法机关，既有一定的权力，同时待遇也比较好；公检法机关一般排名靠后。即使在“政法系统”的公检法中，法院仍然一般不是首选，而是最后，因为法院被视为不那么有权，且业务不如公安和检察院与部队更为相近。因此，在一些访谈者看来，至少到 90 年代初，进法院的军转干部实际上一般都是当地熟人不多、关系不硬的人。当然，这种状况可能近年有所变化，也许会有更多军转干部愿去企业或法院这样的单位了。

（二）大专院校毕业生

大专院校毕业生进入法院工作的，在 90 年代初以前，基本全是国家分配来的。近年来，由于大学毕业生的工作实行双向选择，往往是毕业生自己同法院联系，由法院接受的。还有少量是从其他工作转行到法院工作的大学或大专毕业生。但是，这些大学或大专毕业生中，极少有人是法律专业的毕业生。

在经济文化发展水平不同地区的基层法院中，这些人所占比例也很不相同。例如，前面提到的江汉平原上的某县级市法院中，法律专业毕业的本科生只有两人。一人是 1983 年毕业于某政法学院刑侦系，现担任某人民法庭庭长。我们到该法院调查时，院长大力推荐我们到他所在的人民法庭看看；这表现出，院里对他的高度重视。当我们到该法庭调查时，在同他的交谈中，我们也明显可以感到他在法院内是正在上升的明星。另一位是个女同志，1992 年毕业于某政法学院法律系；1998 年春，我们调查时，她已经担任了该法院民庭的副庭长，而在基层法院，民庭是最重要的（而不是之一）庭，因为民庭承担着指导所有派驻各乡的人民法庭审判的责任。民庭庭长在访谈中称其为本院的“才

女”，因为只有她发表过两篇“论文”。显然，她也是受到法院重用的人物。

在这些法院，我们都没有调查从其他专业转行来大学本科以上的毕业生。但是在我们访谈的在中南政法学院培训的法官中，有数位是从其他行当转过来的。下面列举四位的情况，可以大致看到基本情况：

法官 A，现任副院长，审判员，1951 年出生，工农兵大学生，1975 年入学（参加工作），1978 年毕业回乡，一直在县委机关工作，从办事员到秘书到县委办公室主任。1997 年 2 月由县委办公室主任调任县法院副院长，主管财务、机关、人事。调动的原因：“从来没有人能在县委办公室退休”，据他自己说，到这个年龄在县里一般已经没有什么升迁的前途了，要为自己退休做准备，同时法院也有点真正的业务。

法官 B，1972 年出生，1995 年某大学政教系毕业，按原则应到县教委报到，分配到乡镇中学教书。但他自己找到法院，进了法院；1997 年春我们调查时，他已担任助理审判员（不到两年）。其父是在任县委副书记，他自称与父亲谈不拢，其父也没有为他的工作讲话；但他不否认，自己能进法院可能与其父在任有关，甚至提职也可能有关，至少“他人可能这样看他”。他不认同其他法官，在同我们交谈时，反复称其他法官为“他们”，而认同我们这些调查者，多次称“我们”；并称自己在法院很寂寞，无人谈话，多次强调自己的“人格”。进入法院的原因：不想教书。

法官 C，助理审判员，1966 年出生，1989 年毕业于某海运学院，到某大城市的远洋运输公司工作；因家中需要人照顾（但据我估计可能个人婚姻问题更重要，因为海员结婚极难，并且他也自称“调回家乡后不到两个月就结婚了”），1992 年

调动回乡。先在镇政府工作,1995年通过县法院的招干考试,进入法院,1997年任人民法庭副庭长,实际负责该庭工作(庭长即将退休)。此人麻利,聪明,诚实,至少对乡土社会所要适用的法律已非常熟悉了,并对乡土民情熟悉。据称,本来,凭他现有的业务水平,培训没有他的份,“是我争着来的”。为什么进法院:法院工作是业务,单纯,而镇上的工作很杂。

法官D,1962年出生,1980年参军(考入军校),毕业后到了某海岛工作,1990年底转业回家,进法院,搞行政审判,现任行政庭副庭长。为什么转业:长期两地分居,在海岛工作,升迁路仄。为什么到法院,没有直接回答,但称“[当时]转业干部愿去企业的不多,不稳定,部队的工作经验用不上”。

从这些大学生的情况看,除了有较高的学历之外,他们对法院和审判业务在熟悉程度上并不比其他复转军人有任何优势,有的本人同时也是转业军人。

此外,还有一些也可以列入这一系列的中专毕业(司法学校)的学生。他/她们现在还很年轻,大部分如今都是书记员或助理审判员,人数也不很多。他/她们对自己能到法院工作一般感到相当满意,同时也充满相当现实的理想。其中有些人之所以能进入法院,往往也有某种关系。

(三)其他地方单位调进法院的

这似乎又可以分为两类,一类是慢慢经由其他与法律相关的岗位逐渐转入法院工作的。下面两位法官就是比较典型的例子:

法官W,1955年出生,高中毕业后,回乡务农;1976—1979年在生产队 and 大队先后任生产队长,大队党支部书记;1980年招干,在公社干了一年司法助理员(主要职责是调解各种纠

纷),此后在公社和乡里干了8年半的民政干事(其主要职责是登记结婚、协议离婚的有关手续、农村社会保险等。在中国,至少在地区和县一级,民政部门有时划归公检法司民移[在与三峡库区或接受移民的地区,都有移民局]系统,因此与法院也有点沾边),1990—1995年在乡里担任组织委员(相当于乡里的组织部长,只是不这么“叫”而已)。1995年6月起人民法庭上班,10月份正式调进法院系列,任命为审判员,在原来所在乡人民法庭工作,保持了其原来的行政级别,但是在法院没有行政职务。为什么要调法院:法官职业有威严;政府工作太杂,下乡太多,完全受工作支配,没有自己的时间;法官工作比较单一,想学点专业,办点实事。

法官X,1962年出生,高中毕业后,在家务农,当选为村委会主任,1985年参加招聘考试,在本乡当干部。1990年转到本乡所在人民法庭工作。法律业余大学毕业。几度迁任,现任某人民法庭庭长。

另一类则是作为领导调入法院的,担任法院院长或副院长。前面提到的法官A就是一个例子。还有两个例子:

法官Y,1958年出生,1976年高中毕业后考上公安学校,毕业后干公安,“什么都干过”,直至担任预审科长;后调到市委(县级)党校当教员,1987年调司法局任副局长,搞“二五”普法,1989年调检察院任副院长,1994年调法院任副院长(第四把手),审判员,主管行政审判庭、执行庭和审判监督庭。此人对从公安到司法局、检察院、法院的工作都非常熟悉,对相关的法律规章制度非常熟悉,信手拈来,对许多问题也都很有看法和想法,且非常坦率,极聪明。

法官Z,1950年代出生,一直在基层工作,从生产队长干

起,一步步到了乡党委书记,该乡是全县最富的乡,据称,连县里有时花钱都要求他,是全县最有威望的乡党委书记;没有任何狭义上的法律或司法工作的经验,1994年调任法院院长(副县级)。所访谈的人一致认为他很能干;认为他的到来,大大提升了法院在县里的地位,要钱、要人都更容易了,在每年一度的人大会上,对法院的报告最满意,其他单位不大敢来干涉法院的案件了;包括一位法学院毕业生也对我们称,大意是,“法院第一把手是外行未必不好”。

除了这两类人外,其实还应当有一类从地方其他单位调进来的人,这些人用一些法官的话来说,是以各种名目硬“塞”进法院来的,这些人往往在地方有比较硬的关系,甚至在法院内部也有比较硬的关系。这些人或者是由于“水平太低”在原来单位待不下去了,或者是原来单位福利待遇较差,或者是残疾人,或者是某个领导的亲戚子女。法院由于其在人事上、财政上都不能独立,或有求于人,不敢得罪其后台,不得已而接受下来的。这种人,每个法院都有几个,但谁也不愿说出究竟是谁,因此我们也无法访谈。

应当承认,我在此介绍的法官,并没有严格的方法论依据,没有严格的抽样;尽管如此,我认为,他/她们大致代表了湖北省基层法院目前的状况;就中国全国的情况来看,由于各地区经济文化发展不平衡,在东部沿海地区,基层法院法官的文化和专业素质可能相对会高一些,西部会更低一些。但是,大致说来,情况不会有太大的差别。因此,我认为这种描述甚至对中国基层法院的状况也是有代表性的。并且,鉴于我将在下面谈到的原因,这种状况在近期甚至20年内都可能难有多大改观。因此,我觉得是可以作为进一步分析问题之基础的。

三、法学院学生都去哪儿啦？

如果把上面的状况同我们目前基本是依据近年对西方法官和法院并非全面的理解而构建起来的理想型的法官和法院〔8〕标准相比，我们不能不承认，中国当代基层法院的法官状况在文化素质 and 专业化程度上是不能令人满意的。〔9〕这种状况是怎么造成

〔8〕 见后面，注 16、17 及其上下文。

〔9〕 注意，尽管我不能排除文化素质 and 专业化水平与廉洁可能有关，但是到目前为止，我都没有看到有任何国内外的研究表明前者与后者之间有因果性关系。因而，不能由此得出中国法院系统的腐败问题与法官文化水平有关的结论。而在当代中国，道德似乎总是被当做一个知识的问题。事实上，已有的经验（例如钱锺书、王朔的小说中对知识分子虚伪道德的挖苦）以及大量实证研究表明的结论都是相反的，“了解道德理论更可能导致文化人行为起来比受教育少的人更缺乏道德。……道德反思事实上从根本上削弱了道德行动的能力”（Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999, p.7, 原作者的着重号）。波斯纳在书中以相当的篇幅（页 68—85）分析了例证这一点的诸多相关实证研究。其中一个也许最令人有所触动的研究发现是，哈佛法学院的一年级学生中有 70% 表示要从事与公共利益相关的法律，而到了三年级只有 2% 的学生还有这个愿望（Robert Granfield, *Making Elite Lawyers: Visions of Law at Harvard and Beyond*, 1992, p.48）。波斯纳因此认为我们通常所说的那种道德思想教育就提高学生的道德来说是完全无用的。道德与知识无关。

至于美国的司法职业道德实际是一种法律或准法律，是一种制度，与道德基本无关；相反，这种职业道德只是告诉律师、法官如何合法地从事某些不道德的行为。我们可以从克林顿总统的多次答记者问或电视讲话中看到这种职业道德的实践。当有人问克林顿是否吸过大麻，他的回答是我从来没有违反过美国的法律（但后来，证明他在英国留学时吸过），后来他又说“我没有吸入”（inhale），只是尝了一尝；面对全美国的电视观众，他宣称“从来也没有同莱文斯基发生过性关系”，从技术上讲，确实如此，因为制定法对性关系之界定是异性性器官的接触，而他只是同莱文斯基有多次的口交等在普通人看来明显属于性的行为。

的？我们可以把原因追溯到改革开放前的中国政府和执政党对于法律一直重视不够，对法律人才训练不够。但是，中国改革开放已经有 20 年了，全面恢复法学教学也已经 20 多年了，为什么基层法院法官的素质还不令人满意呢？

据一个官方的但显然是很不充分的统计数据，自 80 年代中期以来，中国每年从普通高等院校毕业的法律专业的本科和专科毕业生都已经超过万人，90 年代以来，中国的法学教育更是一一直以空前的速度发展，从普通高校法律专业 1996 年的招生数字推测，到 2000 年毕业生估计将接近 37000 人。^{〔10〕}普通高校的法学函授和夜大的毕业生自 80 年代中期以来，也在急剧增长，到 80 年代末已经每年有 10000 人左右毕业，如今每年的毕业生估计在 20000 人左右。^{〔11〕}此外，这个统计数字似乎还不包括隶属诸如司法部、公安部的高等政法院校毕业生每年平均一直在万人左右。^{〔12〕}如果以过去 20 年里平均每年法律专业的本科和专科毕业生约 30 000 人记，那么仅在过去的将近 20 年里，中国法学院培养的学生估计也应当在 50—55 万之间。假定其中有 1/4 进入法院（其余 3/4 进入其他与法律相关的行当），那么在中国目前约 25 万人左右自书记员以上（不包括法警）的被笼统称之为“法官”队伍中，^{〔13〕}就至少应当有一半以上具备高等院校法律本科和

〔10〕 中华人民共和国国家教育委员会计划建设司[编]：“普通高等学校法律专业学生统计”，《中国教育事业统计年鉴》（1988—1996），人民教育出版社，转引自北大法律信息网“法律教育”栏目，<http://www.chinalawinfo.com/>。

〔11〕 “普通高等学校法学函授部、夜大学学生统计”，同上。

〔12〕 “高等政法院校一般资料统计”，同上。

〔13〕 没有确切的最新统计数据，据《中国法律年鉴》1991 年和 1992 年统计，1990 年和 1991 年全国人民法院书记员以上的审判人员分别是 18.2 和 18.8 万人，助理审判员以上的人数分别为 14.4 万人和 15.1 万人。即使考虑到种种因素，目前中国

专科的学历。基层法院的法官人数，根据我的推算，至少应占了*全国法院总法官人数的 2/3，约 16 万人。^[14] 假定中级法院以上的 8 万左右法官中 2/3 有正式的法律专业“学历”（其他人则有其他专业的学历或没有正式学历），那么至少也应当有约 6—7 万法律本科和专科毕业生进入中国的基层法院，这就意味着，在基层法院，至少应当有 1/3 的法官是法律本科和专科毕业生。如果情况真的如此，那么中国基层法院法官的法律训练和专业素质将远不是这个状况。

我曾多次听到这样的指责，法院之所以是目前这种状况，是因为现在受过正规法律院校训练的人进不了法院、检察院系统，复转军人挤了法学院毕业生的工作岗位。真是这样吗？当然，偶尔的情况总是存在，但这是否一种普遍情况？或者在基层法院这

* 法院的“法官”应大致在 25 万人上下（资料转引自，北大法律信息网“司法机构”栏目）。另一个更为大胆的推算，是到 1995 年底，法院系统的人数将达到 29.2 万人；请看，贺卫方：“通过司法实现社会正义”，收入夏勇[主编]：《走向权利的时代》；这个数字大致得到了印证，1999 年 10 月 26 日《广州日报》公布的一个数字是 30 万法官。但贺的推算包括了法警，强调的是“法院系统的人数”。如果仅仅计算书记员以上的人数，贺的推算大致和我的推算相差不多。

[14] 据“全国行政区划分地区统计表（1994）”（<http://www.chinalawinfo.com/>），全国目前有县 1740 个，县级市 414 个，共 2154 个。假如，平均每个县有 10 个人民法庭，每个法庭有 2 名审判员或助理审判员，2 名书记员，加上县法院有大致 40 名左右的审判员、助理审判员和书记员（3—5 位院长、副院长，民庭、刑庭、经济庭、告申庭、执行庭、行政审判庭各 4—7 名，加上法医鉴定、业大、纪检、办公室各 1—2 名），那么，基层法院的“法官”总数就可能有 15 万人。据我们调查和访谈的各县和一些法院领导，各基层法院的人数大致在 100—150 人之间，除去一些工人、法警，应当说我的这个估算不会差很多。可参看，“法庭管理是个大课题”，载《人民司法》1994 年第 12 期，页 7，此文称当时全国有 1.8 万个人民法庭，法庭的“干部”占了全国法院“干部”（总数约为 25 万人）的 1/4 强；1998 年《中国法律年鉴》（页 138）称全国有城乡人民法庭 1.5 万多个。

是否一种普遍情况？这些都是我们必须考察的。据我了解，发生这种情况的往往是比较大的城市，比较富裕的地区；并且是城市越大、地区越是富裕，这种状况越是普遍；并且至少是发生在中级以上的法院。^{〔15〕}至少在我们访谈调查了解的基层法院，没有一个属于这种情况。在访谈中，至少有一些法院的副院长，表示要“找秀才”，非常希望有法律专业的毕业生到他们法院去工作，并且为没有正规的政法院校毕业生而头痛。因为在日益强调领导班子专业化、知识化、年轻化的今天，领导班子中要进年轻的有较高学历的成员，这是一项从中央压下来的政治任务；否则，换届的班子，上级就不批。而我们在前面也看到了，我们所调查的法院中惟有两位政法学院的毕业生，实际上得到了重用，至少在这些法院内部与他/她们同龄的没有受过正规法律训练的人——这个限定很重要——看来是如此。因此，所谓现在法院排挤政法学院的毕业生的情况，至少在基层法院，作为一种一般状况，是不存在的，是虚构的。

那么，法学院毕业生都上哪儿去了呢？

对于这个问题，我们必须有更深刻细致的分析探讨。我的基本观点是，由于种种广义的利益原因，政法学院的毕业生，除非不得已，一般都拒绝进入法院系统，特别是拒绝进入基层法院系统。我的基本分析逻辑是，随着劳动力市场的日益开放，计划经济分配毕业生的制度已经废除；在这种情况下，法学院毕业生，以及其他先前已经进入法院的法学院毕业生，都面临着更多的选

〔15〕 如今，连原籍在外地的博士毕业生进北京海淀区法院或检察院都很难了。1998年，北大法学院的一位硕士毕业生若留京只能去京郊的某乡政府就业。但是，绝对不能以此作为透视全国的棱镜，尽管人们常常会从身边发生的事推断全国的情况。

择，这些选择在各个方面都要比去基层法院收益更多，而且收益的差距不是一点点，而是相当巨大。正是这种巨大的收益差别，促使法学院的新老毕业生一般都更趋向于向收入相对更高、职业前途相对说来更为广阔的大中城市、地区和行业流动。在这一过程中，广大的基层法院丧失了任何优势，不仅无法吸引新的法学院毕业生进入，而且，如果没有其他原因，甚至无法留住已经进入法院的法学院毕业生（注意，我们在县级法院找到的两位法学院毕业生都是在提出社会主义市场经济之前进入基层法院的）。

我们可以比较细致地分析一下。

首先是收入。同样是法学院毕业生，如果进入大中城市的法院就要比在基层法院的收入要高。这种高，主要差别可能还不是来自国家档案工资，更重要的是来自法院内部的福利和奖金，以及“下级”法院以各种方式表现出来的“进贡”。“上级”法院法官个人有时也会收到“下级”法院法官的个人的礼品。此外，我没有听说过省级以上法院拖欠法官工资的事，但是在我们调查和访谈的法官中，由于有些县的地方财政非常紧张，不时会听到拖欠工资的抱怨。有的县的法官甚至一年中有9个月没有发全额工资。

其次，从当官的角度看，也是如此。同样是法学院毕业生，两个人的能力也大致相当，如果进入高级以上的法院，由于中国的行政级别制度，也比进入基层法院更有发展前途。进入最高法院，很快就可以定为“科级”，5—10年后就可能定为“处级”；而在基层法院，即使忙了一辈子，当了院长，也不过是一个“副处级”，而这几乎是进入基层法院的法学院毕业生的事业顶点了。不仅如此，升迁的机会也完全不同等，在基层，这种符号资源更为稀缺，竞争也更为激烈，在我们看来一个连芝麻官也算不上的“法庭庭长”，在基层法院都可能需要工作5—10年时间，而且还

要看机遇。因此，一些法官就对我们抱怨，说上级法院的法官不过是“投胎投得好”，投成了高级法官。与职务相联系的，接踵而来的就是经济上的收益。面对这样两种选择，很自然，法学院毕业生会选择留在升迁更有望的首都、省会城市乃至地市所在地；或者在同样的条件下，选择那些经济更为发达的地方，哪怕是基层法院。

再次，在现代市场经济条件下，法院并非法学院毕业生的惟一就业路径。学生可以进入从中央到地方的各级党政机关，从事无论是相关的政策法律研究或是其他专业工作，无论就升迁还是收入而言都要比到基层法院要好；或进入大学科研机构（近年，法律教学很热，到处都在办法律系，且一般都在相对中心的城市），在那里，虽然没有很高的收入和升迁前景，但有相对来说更多的闲暇和自由，搞点兼职律师什么的，其货币的或非货币的收入都要高于进入基层法院的法学院毕业生。如果不当律师，也还有一份孤芳自赏的清高和不用“坐班”的自由。如果不喜欢从政或教学，法学院毕业生完全可以进入企业；在许多经济比较发达的地方，还可以进入外企，其月收入相当于到基层法院工作收入的5—10倍；即使扣除消费水平的影响，高出3—5倍则是正常的。法学院毕业生如今还更多地可以个人开业，无论是从事律师实务还是经商，尽管工作可能很累，总是要“求人”，但相对说来比较自由，收入要比当法官、特别是比到基层法院担任法官更要高出甚至上百倍。

此外，还有许多其他非货币、非升迁的因素。例如，中等以上城市地区和经济发达地区的文化生活，结婚生孩子之后的教育和上学的问题。这些无形的收益都是吸引法学院毕业生流动的引力。

而另一方面，基层法院也没有任何足以吸引法学院毕业生的

地方。理想主义的因素如今在法学毕业生中如果不是急剧减少，也在相对减少。请注意，我并不是说，现在的学生没有理想，以前的毕业生更多理想；我更不是在赞美先前学生的那种理想。在我看来，其实，在前一代或两代人的理想中，除了少数的浪漫主义外，也仍然有世俗的利益驱动，比方说，要干一番轰轰烈烈的事业，改变××的面貌等，这在某种程度上也是一种个人利益的驱动和谋划。但是，这种个人谋划，在客观上可能一度曾有利于法律毕业生或其他人才向中国社会基层流动。而如今，甚至这种为理想而献身的利益驱动机制也几乎没有了，或已非常弱了。目前的利益分配机制几乎都不利于法学院毕业生去基层法院，并留在基层法院。而且，在后面，我还将从知识的角度分析，分析法学院毕业生为什么即使偶尔到了基层法院，大多也留不住。

我在这里的分析，并不仅仅是一种粗鄙的功利主义推论，而是有大量的尽管是不系统的经验事实支撑的。比方说，我的同学中，就没有一个在基层法院，只有一个人如今在中级检察院担任检察长，其他的所有人都在北京和其他省会城市或深圳这样的地区，或者在国外，绝大部分从事律师、经商的职业，或在政府机关工作，或者从事教学科研。根据1996年和1999年北大法学院参加就业（其余的都上了研究生或出国学习了）的毕业生来看，1996年有59%、1999年有52%的毕业生留在了北京，1996年没有一个人去地区以下的法院工作，1999年有7人去了地区以下的法院，80%甚至更高比例的毕业生都去了中央和地方政府机关，国有、私有和外资企业，或律师所。进入法院系统的1996年有3人（仅占3%），1999年有9人（也仅为9%）。^[16]而在我们调查的两个县，我们同样发现这种情况。在江汉平原上的一个

[16] 感谢龚文东和韩流老师为我提供了这些相关资料。

县级市的市区，我们被告知有 40 多名律师，其中有 8 位据说是正规的政法院校毕业生；其中一位就是担任民庭副庭长的女法官的丈夫。据这位女庭长说，她丈夫原来也在法院工作，后来辞职当律师了。而在她看来，一个“在外边”工作，比较不安定，但收入高；一个在法院工作，比较安定，可以顾家，这样比较好。在鄂西的一个县里，虽然全县只有 8 名律师，但据说还是有一位中南民族学院法律系毕业生。还有其他一些法院的副院长告诉我们，即使 80 年代后期 90 年代初期分到基层法院的法学院毕业生甚或是非法律专业的毕业生，到了 1992 年以后，随着改革开放，建立社会主义市场经济，也都纷纷辞职到深圳、海南或武汉或其他大一点儿的地方“闯码头”去了，而且不少“混得还不错”。

这些情况告诉我们，目前的根本问题似乎不在于法律院校的毕业生少了（当然可能还是少），进入不了县法院；而是即使进入了基层法院，这些法院也没有足够的资源来留住这些法律院系毕业生。这种状况如今甚至在许多中大城市，包括北京市的法院或其他政府机关都存在。据我所知，许多北大法学院的硕士、博士毕业生如今要进入北京市甚或其下属的区法院、检察院，竞争也很激烈。但是，更重要的，他/她们当中的许多人从一开始就不打算真心实意地从事司法审判职业，而更多是将这些工作作为留京、转行的一个过渡，一个跳板，同时又作为毕业后的法律实务实习的一个最好场所。这种状况在其他许多经济相对发达的地方也都普遍存在。这些毕业生的打算是，在法院干几年，了解了法律实务之后（这其中的意蕴我将在后面还要分析），用他/她们的话来说，就是要“出去”，自己干律师，或另找单位。也正是由于多次吃了这种亏之后，北京和各地的法院、检察院乃至如今许多国家党政机关都对申请工作的法律院系毕业生也更多甄别，条件也更苛刻，以致给许多申请工作的法学院毕业生造成一种不

要“法学院毕业生”的印象，得出了复转军人挤了法学院毕业生的错误判断。但是，只要这些毕业生设身处地地替法院或其他政府机构想一想，再考察一下自己的动机，也稍微公允一点儿，就会发现这种状况实际在某种程度上是他/她们自己造成的。

我这样说，并不是指责这种动机，在市场经济条件下，每个人都有权利作出职业的选择；从长远来看，这种自由选择对于这个社会是好处多于坏处的。但是，我们也要理解，市场经济的选择应当是双向的，学历从来也不是而且也不应当是惟一的选择标准，忠诚、守信、热爱职业、有稳定的预期、有用人者需要的知识和技能，所有这些都是市场选择劳动力的重要标准，甚至会日益成为重要的标准。这些话都说远了。我想强调的是，法官在目前中国对于绝大多数法学院毕业生来说，并不是一个很具吸引力的工作，^{〔17〕}更不用说基层法院的法官了。在当代中国，法官并不是官，不过是另一种公务员而已。

法学院的毕业生都去哪儿了呢？答案是，在当代的市场经济改革中，法学院毕业生都追逐对于自身的发展和幸福更为有利的工作和机会去了。要让法学院的学生回到法院去，或进入法院，也许我们需要采取一系列动作，即使如此，我估计，这种状况不大可能在短期内得到缓解。

〔17〕 一个多少可以说明这一点的是1998年最高法院作为一种改革姿态，向社会公开招聘10名高级法官，尽管在北京地区够资格的律师和法律教授，少说也有千名以上，但是到预定的报名期结束时，据说，只有三人报名，且均为外地人士（因此，尽管不能肯定，但是，也不能没有这样的准备，其中有人想以此作为进京的跳板），以致最高法院不得不将报名期延长。这件事虽然成为一个笑话，但它足以尖锐且强有力地说明，法官，即使是最高法院的高级法官，对于当代中国法学院毕业生的吸引力究竟如何。“富不及贵”的时代正在过去，如果还不是已经过去了的话。

四、“解放军是个革命大学校”

正是在这一背景下，我们似乎发现复转军人以及其他并无司法经验的人进入基层法院就成了一种不得已的替代；而且，我将论证，在没有大量更高质量的法律/司法训练的人可以接替这些人之前，对于当代中国的基层法院，这种替代至少不是一种糟糕的选择。

在我们同一些法院领导访谈过程中，他/她们表示，希望有更多的受过正规法律训练的大学生到基层法院来工作（我并不清楚这是否对我们这些人所作的一种姿态？但我认为不是，如果考虑到他/她们如今常常面临的上级下来的几乎具有命令性质的培养梯队和班子调整的问题）。但是，当没有的时候，并且在其他条件大致相当的情况下，他/她们更情愿要军转干部或复员军人，而不是那些从县委、县政府或其他乡镇机关里过来的人。

为什么？一位访谈者（副院长）几乎是随口说了三条：一是军转干部组织性强，各种地方的老关系少，不容易出问题；二是素质比地方干部要高；三是一般来说，更愿意学习业务，爱钻研，并且一般来说，一年半就可以胜任工作了。

这样的回答，多少使我有感到意外。至少有一点，我原先多少有的一个前设是，乡土社会中出来的人可能更熟悉乡土社会的规则，无论是解决纠纷还是规则适用都可能更为实际，更多考虑当地的情况，而不是生搬硬套；而军旅生涯，强调组织纪律性，强调军人以服从为天职，这些特点也许在严格执法上会有某点好处，但是，就解决日常生活的纠纷而言，他/她们不可能比乡土社会出来的干部更有优势。但是，在仔细考察、思考、分析

之后，我发现，这三条中其实有很大的学问。

第一条，中国的军转干部和复员军人绝大多数离开部队都会回到故乡，因此都是本地人（基层法院的法官几乎全都是土生土长的，这可以部分地说明为什么地方保护主义在中国法院目前会比较盛行，此外，我还将在后面讨论这一点的弊端），在地方也有各种关系。但是，他/她们毕竟出去闯荡了几年，有的甚至10年20年，这就使得他/她们同本乡本土的熟人社会比较长期地分离开来，多少拉开了一点儿距离。尽管中国军队内部并不是完全不讲熟人、同乡关系，但是，至少从我从军的经验以及治军的要求看，当代中国军队一直坚决反对士兵内部过分强调同乡关系。新兵到了连队，在分班时，总是会考虑将来自不同地区的士兵混合起来，目的就在于要改变士兵的狭隘地域观念。所以，在部队，以及在部队驻地，军人总要学会同外地人交往。这就促进了信息的交流，在一定程度上改变了那种乡土社会狭隘的地域观念和人情观念。这是一种非常重要的现代性的训练。因为我们知道，非个人化（impersonal），这是现代法治的一个最基本的特征，同时也是现代法治得以运作的一个重要的前提性社会条件。

地方干部的情况就要复杂得多了。尽管许多干部也是在现代政府制度中待了很久，不知不觉中接受了这种现代性的训练；但是我们知道，在当代中国社会，越是到基层，干部流动性越小，熟人关系越是重要，越是难以摆脱，越是抹不开情面。在一个县城里，几乎每个人之间都可以拉上关系；而在一个乡镇上，则更是如此。所以，就一般而言，基层干部的地方观念非常强，关系网络非常绵密。而我们知道，现代法律一旦进入了熟人网络，就很难运作。^{〔18〕}而相比起来，复转军人，特别是军转干部

〔18〕 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社1994年版。

比调进法院的地方干部在人际关系上要简单得多，不容易为人情所累。这就使得他/她们至少是显得“组织性”更强，更有原则性，更有政策法律水平。请注意我的着重号，我并不是说，军转干部一定在道德品质上更优人一等，或真的是组织观念强，完全不是，我只是说，由于他/她们较少这种关系，所以，求他/她们的人相对要少；即使有，由于关系不深，他/她们也比较便利抵抗。

另外一方面，如前所说，进入法院的军转干部，往往关系不那么硬，他/她们毕竟离开故乡多年，也缺乏足够的人际关系资源来行动，因此，他/她们也往往会更多依靠法院的领导。即使对法院院长来说，这样的法官或干部也要比起那些有各种地方关系甚至很有后台的人好领导，不容易出事，即所谓的组织性强。这种强其实与通常理解的军队内拔正步、走队列、强调令行禁止有关系，但关系并不那么大。在我看来，与之关系更大的是部队的那个“我们都是来自五湖四海”（毛泽东语《为人民服务》）的环境以及在这种“陌生人社会”中人际互动。在这种环境中，他/她必须学会一种不同于熟人社会的交往方式，正是在这种潜移默化的熏陶中，军人或多或少地要比地方干部更多一点儿福柯所说的那种现代性。

第二条，素质高，这也仍然与上面提到的军队环境很有关系。在乡土社会中，长期待在一个地方，为了适应地方的生活，很容易使人只关心小地方的人与事；那些发生在收音机或电视机中的事都是遥远的，与本地生活很少关联。因此，许多知识分子在基层都会觉得很寂寞。这并不是因为基层社会真的很寂寞。寂寞是寂寞者的自我创造；是与周围他人的文化和经验隔膜。其实，无论是乡民还是小镇上的市民甚或是基层干部，都有自己的整套地方新闻传播系统，有他/她们的关注点。他/她们会成天

议论某人和某人“好了”，昨天晚上谁家夫妻又吵架了，等等。这些知识分子的寂寞仅仅在于他/她所关心的世界不是乡民或基层干部关心的世界，他们的生活世界不同。知识分子可能关心的是黛安娜之死与私隐权以及言论自由的问题（而对于农民来说，黛安娜又是谁？）；是诸如中国改革的新举措，是“中国向何处去”（而对于乡民和基层干部来说，可能是今年“三提五统”该缴或能收多少钱）。

当代中国的大多数军人显然还不可能像知识分子那样或以那种方式关心国家、社会乃至世界的“大事”。但是，他/她们毕竟脱离了原先的熟人环境。由于周围都是陌生人，以前自己熟悉的事，没法子再谈了（谈话总得有共同的知识背景和话题；分别多年没有联系的老朋友，除了介绍分别后的经历外，大多只能靠回忆往事来维系）；或者不敢轻易谈论。就这样，新的、陌生的环境不仅堵塞了他/她们先前的交流渠道，更剥夺了他/她们的谈话资源，仿佛陷入了某种无法交流的“囚徒困境”。也正是在这个地方，这个时刻，中国当代军队中的一系列更具现代性的话语机制和非话语机制（包括它的军事、政治、文化学习）开始发挥作用，逐步使他/她们跨越了“从老百姓到军人”（毛泽东语）这样一个鸿沟。

在这一过程中，许多人往往特别强调当代中国军队中的政治学习、思想教育这样一种话语机制；然而，在我看来，就塑造现代人而言，这并不是最重要的。最重要的是一系列与现代性相联系的军队内非话语机制的作用。比方说，在部队来说，依据军人的标准，一种相对平等的竞争机制开始发挥作用了。它在某种程度上把对于生活在具体社区中之个体非常重要的一些特点或身份都留在各自的家乡了。原来在家乡很可以作为资本并可能很吃香的大队支书的儿子或乡长的儿子的身份在部队里会变得一钱不

值，至少也是大大贬值了。你们张家可能是李家庄的少数，因此你父亲曾一直告诉你不要惹是生非，遇事要让着点李家的人；但到了部队，也许极少数非常高级干部的子女除外，这一切都不再有效了。部队的一套制度规则开始起作用了。在这里，虽然几乎没有商品，但在强调个人的能力这一点上却与马克思恩格斯在《共产党宣言》中分析的那种斩断束缚人们的形形色色封建羁绊的资本主义商品社会非常近似。^{〔19〕}在这里，强调的是军队规则下个人的能力和专长的竞争（枪打得是否准，投弹是否远，队列是否整齐，行动是否迅捷，计算机操作是否熟练等）；而且，这里的规则是普遍的，实行的是现代的严格的科层等级制，而不是传统中国社会中的“差序格局”（费孝通语）。这是一种全新的制度和社会环境，进行的实际是一种现代法律素质的培训。或者说，在这里，按照军队的标准，正在以一种集体主义的方式培养着一种实际与个人主义（强调个人本身的能力）更为近似的人格和品质。正是在这种过程中，对于当代许多中国人而言，当代中国军队，确实如毛泽东同志所言，“是一所革命的大学校”。

军转干部素质好的另一个重要原因是，在当代中国，参军以及军队内部的提干制度多年来一直都是很重要的人才筛选机制，尤其是在军队中下层干部中。在文革时期，由于其他的出路都被堵塞了，参军无论对于城市知识青年还是农村知识青年都是当时最好的出路之一（如果还不是最好的出路的话）。这种特殊的社会地位使得军队当年获得了一大批至少在文化上和智识上都相对

〔19〕“资产阶级在它已经取得了统治的地方把一切封建的、宗法的和田园诗般的关系都破坏了。它无情地斩断了把人民束缚于天然尊长的形形色色的封建羁绊，它使人和人之间除了赤裸裸的利害关系，除了冷酷无情的‘现金交易’，就再也没有任何别的联系了”。《共产党宣言》，《马克思恩格斯选集》，人民出版社1994年版，页275。

说来更为优秀的人才。改革开放以后，由于高考制度的恢复，军队对于城市知识青年的吸引力已大大减弱；但它对于许多农村特别是经济相对落后中的中西部地区农村中那些还充满理想、但考不上大学甚或无经济能力上大学的中小知识分子仍然是一个相当重要的可能改变自己命运的出路。在这个意义上，它仍然是当代中国社会中一个重要的人才筛选机制。到了部队以后，由于军队必须随时准备面对的严酷战争环境，至少是基层干部的选拔机制基本是一种严格的 merit-oriented 的制度。其选拔的干部，如果仅仅从智力上看，也许未必是最佳的，但相对于军队的综合需要，一般来说是最佳的。他们往往又有一定的文化，比较聪明、灵活，有组织能力和办事能力，有一定的感召力，同时具有一定的口才和震慑力，身体健康甚至在相貌上也都比较英俊。而所有这些特点，我将在下一节中分析，其实与基层法院的审判法官所需要的某些素质确有某种相通或兼容的地方。

我这样说，并不是否认军队内部也有不正之风，甚至有时也还很严重。但是，比起乡土社会的熟人社会来说，军队基本还是一个可以依据规则公平竞争的地方，这在野战部队中尤其如此。正是由于这一点，在实行军校制选拔干部之前，一般说来，选拔出来的干部，虽然不是人人都认为公道，但就总体而言，就军队的要求而言，还是要普遍要高于一般复员军人的素质。这并不是说军队的选拔机制和标准对于其他行当也普遍适用（事实上，我本人可以说是在这一过程中被淘汰的人，尽管这种淘汰如今看来，可能无论对于我还是对于我所从事的法律研究来说，都未必是一件坏事）。军队选择的干部，一般来说，依据的是军队的标准。但是，正是经历了这样的筛选，因此，我们必须在一一般意义上承认，至少当学业学历相当时，军人、军转干部确实要比一般人更具有某种优势。这种情况，在“文革”刚结束的时期，就已

相当明显。当时，考上大学的文科学生中，军人或有过军人经历的远要比一直在城里当工人的或下乡知青在比例上要大得多。记得我们班，60余人，其中有超过1/3的人是退伍军人或现役军人。这并不是要为军队评功摆好，而是要分析为什么军旅生涯的环境有可能将社会中一些比较出色的青年选拔出来。而80年代乃至90年代初转入地方的营连级干部，可以说绝大部分都是文革中后期进入军队的。

即使再退一步，假如我是法院院长，当面对我同样不熟悉的军转干部和同样不熟悉的县里某个单位调来的干部时，我会如何判断？我至少可以肯定，军转干部肯定不会有什么严重的残疾，不会有什么太乱七八糟的事（如果有，我拒绝也更拉得下脸面，也更有理由），至少不会有话都说不清楚或汉字都认不全的人吧！因此，仅此一条，就减少了法院收集确证这些干部素质之信息的费用。

第三条，军转干部一般要比地方调入的干部更愿意学习法律业务。军转干部进入基层人民法院的，绝大多数年龄都在35—45岁之间。在部队工作多年后，他/她们深知自己将进入一个新的、陌生的环境，在那里，人生地不熟，除了有很硬的关系外（但这样的人，至少在90年代中期以前，一般就不会转业到法院来），无人或很少人可以依靠或借助；相反，他/她们多少有种寄人篱下，要看人家脸色过日子的感觉。而且军转干部也都知道“地方复杂”。地方领导在欢迎会上讲的那些热情洋溢的话，好听，但当不得真；县官总是不如现管；要想靠国家对“军转干部”的政策照顾在地方混，是不行的。而且，军转干部一般也都明确知道，自己多年在部队上已熟悉的那一套在地方是不管用了，必须重打锣鼓另开张，必须要有业务能力，才能“混”得下去。因此，绝大多数军转干部比地方调入法院的干部在思想准备

上要充分得多。最后，军队转业使得这些干部大都有了一种重新开始生活的感觉。因为，以前在部队上，流动性比较大，家往往不像个家，也知道不可能在部队上待一辈子；现在总算有了安定的窝，而且肯定不大会挪窝了，因此，即使在部队上最后混得不那么顺心，现在也算是有了一个重打锣鼓另开张的机会了。而且，35—45岁之间，虽不年轻，但年龄也还不算太大，努力也还来的及，也有了比较多的社会经验。正是基于这种迎接人生大转折的心态，使得军转干部更愿意甚至急于迎接生活的挑战。

我们在访谈一位法官时，就集中体现了这一点。这位法官1972年底入伍，长期在部队搞政治工作，曾参加过“普法”并组织了部队上的“普法”，1997年转业时回到故乡，决定到法院工作；能分到法院，感到很高兴。

问：你知道，地方实际上并不那么欢迎军转干部？

答：不受欢迎，我知道。这总要有个过程。但是，现在“混”到这个程度也已经不容易了。

问：讲有个过程，你是怎么过来的呢？

答：本来我在部队做政治工作，到法院后，法院要我待在机关，还是搞本行。但是，在部队，我有了经验，一定要懂业务，才能站得住，才有提拔的希望。因此，到地方后，我一定要学业务，[在法院]站不站得住，就看有没有业务。所以，我坚决要求到下面的人民法庭工作，虽然，到[人民]法庭，回家机会少，但是在人民法庭里，什么案件都有，有一年下来，[实体]法律、程序[法]都熟悉了；待在机关里，一辈子都学不到。

问：到人民法庭，你不懂法律办案不难吗？

答：就从最基本的事学起呵。比方说，有个案件是关于

土地纠纷的，要把开庭通知送达当事人，这种事一般都是年轻人干的，我也抢着去；然后，我又到实地看了一下，一看，处理问题时心里就有个数了，上了法庭，讲证据就蒙不住我了。

问：就靠这样学，行吗？

答：当然要看书，参加法院系统的业余大学学习。这次来这里培训也是我争来的。此外还经常问人，什么不懂，就问，甚至问书记员。现在问，不丢人，再过几年，还问人，那就真丢人了。有了业务能力后，即使在法院待不下去，也还可以去当律师（着重号为引者所加）。

坦白地说，听到这些话时，我多少有点儿感到心酸：一个40岁左右曾带过几百号士兵的军人，有这样一种近乎破釜沉舟、鱼死网破的悲壮心态，即使我不曾是一位军人，也会有某种兔死狐悲的感觉。但这并不是我的关切，我关切的是这种心态会导致什么样的行动和什么样的结果。

必须承认，不可能所有军转干部都具有这种或者说这么强烈的创业心态和开阔的气度。但是，也必须承认，相比之下，从地方各机关调入法院的人大多没有这种心态和气度。主要的原因是，地方的人员流动，人容易“疲”。如果是正常的工作调动，那么就不可能有什么大的思想波动；如果是因为升官来了，那么可能更多为升迁而感到欣喜，并且这也只是一个过渡（不可能在法院系统长待）；如果是被排挤到这儿来的，在人家的眼皮子底下，换这样一个单位，也并非一个重新开始事业的地方。在县级机构这样一个非常熟悉的环境系统中，人们对自己的命运基本上已经有了比较确定的预期，因此不大可能产生发愤图强的勇气和决心；因为，在这样的地方，即使努力也不大可能有重整旗鼓的

可能。请想一想，人们常常说“在哪里跌倒，从哪里爬起来”。这句话有什么特别？其特别就在于一般人很难在一个熟悉的环境内做到这一点。只有在一个虽属于自己预期之内但仍然是非常剧烈的变动面前，在完全摆脱原来的熟人网络（军队）、并因此可能重塑他人对自己的预期之际，才是有勇气改变自己命运之际，人们才有可能产生一种强烈的创造自身的欲望。

当然，这还仅仅是军转干部的个人意愿，而“意志是无限的，行动起来就会受到众多的束缚”（莎士比亚语）。因此，我的分析，不能停留在对军转干部的心态上，还必须看看他/她们的实际状况。据我们调查，几乎所有的法官都认为，军转干部只要努力，有一年到一年半的时间就完全可以承担起一般的审判业务。一位政法学院毕业生也承认，有一年多的时间，军转干部就完全可以办案了，“他/她们有他/她们的优势”，这句话也是对绝大部分军转干部表示的认同。

尽管这一节谈的主要是复转军人进法院，但是，我们还必须对其他党政部门进入法院的人做一个简单的分析，这样才可能是对基层法院法官状况的分析，而不是流于仅仅对复转军人法官的分析。

从上面第二节中我们已经可以看到，从外单位调入法院的人，一部分是长期从事与法律有紧密关系工作的干部。例如前面提到的法官 Y，高中毕业后进公安学校，多年从事公安工作，以后又担任过司法局副局长、副检察长，再调到法院管行政审判等。尽管没有法院工作特别是没有审判工作的经验，但由于长期在“政法口”工作，应当说，他不算是外行，而是一个内行。这样的人，即使在非常强调法官资格的美国，担任法官也是理所当

然的。^[20] 同样的例子还有法官 W，高中毕业后，先后担任过生产队长、大队党支部书记，招干后干了一年司法助理员，此后在公社和乡里干了 8 年半的民政干事，5 年的组织委员，对农村的纠纷处理极为熟悉，然后进入人民法庭。这样的人，虽然没有任何正式的法律学历，但是他长期从事的工作确实有许多同纠纷解决、规则适用是一致的。实际上，可以说，乡村生活经历以及工作经历已经训练了他作为一般民事案件审判者的能力和经验。因此，当我们问他现在的工作与他以前的工作有什么差别时，他简单地回答说：“一个有程序，一个没有 [无需。——引者] 程序”。

还有一些调任的法官完全没有任何与法律有关的经验，例如前面提到的法官甲和法官 Z。前者在县委办公室工作了多年，对司法审判工作完全不了解，来法院仅仅是因为“平调”，因为有人在县委办公室退休。后者则是一个在当地大名鼎鼎的乡镇党委书记，也是从来没有任何司法经验。对于这些人如何看？我自己认为，这些人的调入，确实不利于法院业务素质和专业化水平的提高，而且这些人一旦调入，由于其职务以及由于目前的审判委员会委员总是（而不是往往）同职务相联系，实际上对审判工作会有重大影响。

当然，这些人到法院也并不都是弊端。为了现实工作的需要，这些人也会学习一些法律的和审判的知识，时间长了，耳濡目染，也会对审判业务有所了解，他/她们以前的工作经验和政策水平也会有助于他/她们对案件的一些把握；甚至，如同某些

[20] 美国联邦大法官有不少是从检察官起家的，在联邦地方法官、州法官，有许多也是从检察官起家的，是靠“法律与秩序”严厉惩罚犯罪获得人们和政治家的关注的。当然，如今美国的所有检察官都必定是法律院校毕业生。

法官所说的，这些不懂业务但是在县里关系比较硬的人，说话算数的人，要比专业行里出来的人更“敢顶”，更有能力动用各种权力资源来抵抗各种外来干扰，或者协调关系，促成一些问题的解决；^{〔21〕} 由于其不懂业务，反而更“爱才”，尊重懂业务的干部（这种情况其实是相当普遍的社会现象，即人们对有自己缺乏的能力的人往往特别欣赏）。在这个意义上，这些人也并非对法院的发展完全是消极的。

但是，即使将所有这些好处加起来，并给予适当的考虑，我也认为弊大于利。原因在于：第一，这些人不懂法律业务，就不可能很好履行法官和作为法院领导的责任，他/她们缺乏自己的见解。即使“爱才”，其结果也有可能是偏听偏信，更对法院的长远发展缺乏设想和推动。即使他/她们在地方的个人威信有可能强化法院在地方的地位，但这毕竟是暂时的。因为，对于我们访谈的那些地方法官来说，他/她们关心的是现在的外来压力小一点儿就可以了。而我们这些学者关心的则不是某个人敢不敢顶住压力，而是法院作为一个制度性机构是否能够保持独立审判，能不能更多排除外来的干涉，哪怕是有些似乎很有道理的正当的干涉。这才是法院制度建设的关键。第二，这些干部，由于其身份、地位和经历，即使年龄与军转干部相似，往往也不像军转干部那样有很强烈的学习专业的愿望。即使在法院待的时间较长，他/她们也不大可能改变其固有的知识结构和工作方式，不大可能让自己适应法院工作的需要，而可能是按照自己先前的工作方式塑造法院。从长远看，这些干部进法院不利于法院的制度建设。

〔21〕 参见，“基层法院审判委员会制度的考察及思考”，载《北大法律评论》1998年第1卷第2辑，特别是“两个例子的简析”一节。

其实这些干部的情况还不是最糟糕的。最糟糕的是由于各种原因总会有一些“根本就不行”或“什么也不行”的人进了法院。我们没有访谈到这样的，因为能到法官培训班来学习的，至少是还可以塑造或提高的法官；即使到了县法院调查，我们也不大可能访谈到那些一事无成的“审判人员”。尽管没有人禁止我们这样做；但问题在于，不会有人提醒我们访谈这种“法官”，也不会有人向我们“指点”这种法官（这是很得罪人的）。这种人也会自动地躲得我们远远的，不想丢丑。不少法院的法官或领导都曾不指名地说，往往都不得不接受一些这样的人，其中有的是在各个机关工作都不行，而“弄到”法院来的。但这也并不是说，在县里，只有法院才是安置这种人的地方。其实，在中国几乎每个“单位”中，从中央到地方，从工厂到学校，都或多或少地会“养”这样一些人。此外，还有一些是因为有比较硬的后台或关系，法院为了工作方便，不得不接受。这两类人，往往是法院最头痛的。中国的所有党政机关乃至学校、科研机构目前实际上都没有真正的“用人权”，特别是没有解雇或解聘的权利，所以，这种人一旦进入了某个单位，除非你有什么办法将他/她“挤”或“赶”到其他某个机关去，你没有任何办法处理。因此，真正的问题，似乎是铁饭碗的干部制度。这些人无论到哪里都是麻烦，不仅干不了工作，往往还会带来各种麻烦，往往成为各种人情进入法院的重要渠道。

五、“一盆水洗脸，一桶水也洗脸”

很多读者读到这里，很可能会表示某种怀疑：你是否过于抬高了现在这些基层法院法官本人的能力？法律真的能那么简单

吗？一个外行，真得一年半就能胜任基层法院的审判工作吗？〔22〕法律和其他基层农村社会的纠纷处理的差别真的仅仅在于一个有程序、一个没有程序吗？如果没有经过正规法律学习的人都能搞好审判，大学法学院还有什么必要办呢？法学院不就该撤销了吗？对于这些可能产生并完全正当的质疑，我将在下面两节予以回答。同样，这些问题都不能坐在家中从概念中推论出来，而必须调查；我相信“不调查就没有发言权”。这一节，我将考察基层法院的特点以及基层法院司法所需要的特殊知识。而在下一节，我将考察中国当代法学院实际提供了什么知识。我相信，在考察了这些问题之后，只要不是教条主义，不是坚持从概念出发，那么就会对上述问题至少有一点儿新的理解。

我们现在许多人思考中国的司法制度时，在很大程度上都是从一些很大的概念出发的。诚然，概念的产生可以使我们生活的更简单一点儿，但是，你不能不承认王朔的话很对，“从概念出发〔思考问题〕划出的曲线是一路向下，最终到达下流”（这里的下流不是道德意义上的，而是智力上的）。〔23〕比方说，在研究法院和法官时，我们的许多研究者往往是从一个概念化的法院和法官出发，似乎只要是法院和法官，所做的事和所要求的标准都是一样的。然而现实生活中，由于环境和各方面条件不同，同样有法官的头衔，但他/她所面对的问题有时甚至会很不相同。因此，各级法院的工作状况和关注重点并不相同，对各级法院法官的知识和技能要求也有所不同，并且，由此产生出来的职业知识

〔22〕事实上，由于法律知识的特殊性，在美国，近年来已经有学者建议将三年制的法学院改为两年制。参见，Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999, pp. 281 以下。

〔23〕《王朔自选集》“序”，华艺出版社 1997 年版。

和技能也不相同。

例如，在美国初审法院和上诉法院，初审法官和上诉审法官就很不相同。上诉审法院的法官不管事实争议，只管法律争议，他/她们一般也有更充分的时间来思考和分析案件。此外当法律争议不清楚时，上诉审法官要对自己的判决作出论证性法律支持（大多数上诉审案件实际上是没有判决意见之表述和论证的，而仅仅有一个判决，即使对一些有争议的问题，如果法官认为不那么重要，也可以不予回答，仅仅签署一个法院的意见）。特别是联邦最高法院的大法官，更是有很大不同。他/她们不仅有很大的权力选择案件进行复审，甚至可以在一定程度上完全不考虑案件结果的对错对于当事人的意义。美国著名法学家、联邦最高法院大法官弗兰克福特称：“只是对那些对我们的联邦制度之运作有重要意义因此要求裁决的案件，[联邦最高法院]才承担起予以复审的责任，仅仅是案件结果对于当事人很重要，这还不够”（着重号为引者所加）。首席大法官文森则宣称，联邦最高法院“并不主要关心，而且从来也不关心纠正下级法院决定的错误……。因此，[它的]职能是根据美国宪法、法律和条约来解决在联邦问题上具有广泛重要意义的意见冲突，并对下级法院行使监督权”（着重号为引者所加）。〔24〕

而美国的初审法院，一般是地方法院的法官，则必须同时面对事实争议和法律争议。由于事实争议往往不那么容易搞清楚，有些证据对于不同的人完全可能——且完全正常——有不同的认定，因此，事实争议一直相当麻烦，也因此，陪审团制度建立起

〔24〕 转引自，Henry J. Abraham, *The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Court of the United States, England and France*, 6th ed., Oxford University Press, 1993, p. 176.

来了,以此来处理法官很难处理且很容易引发争议的事实争议。^[25]同时,初审法院的法官还必须用相对简单的规则来处理这些纷繁复杂的实施问题。由此,带来了一系列不同。此外,初审法院的法官要想有效地履行其职责,在波斯纳看来,就需要一种“尽管并非不可缺少的”但非常重要的“当机立断的判断反应能力,居高临下的风采以及主持审理的经验”,而这些特点对于上诉审法官就“并非至关重要”。^[26]此外,波斯纳还指出,这两种审判,受众或法官所关心的受众也不同。对于美国联邦系统的初审法官来说,他/她们就不大关心规则的问题,判决“看上去公平合理、维护法官的权威以及保证各项事务进行得井井有条”成为初审法官的审判目的。^[27]而上诉审法官则不大关心自己在法庭上的举止做派是否得体(高龄的联邦最高法院大法官不时有

[25] “事实上,我认为我们把是否有过失的问题留给[陪审团]这种做法的一个理由恰恰是从他们的理论上的职能看来最为严重的缺陷:即他们会在他们的裁定中引入一定量的——就我看来,非常大量的——民众偏见,并因此保持法律的施行与该社区的希望和感受相一致。”Oliver Wendell Holmes, Jr., *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Hows, Inc., 1952, p. 237。

[26] Richard A. Posner, *Federal Courts, Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1996, p. 35.

[27] 同注 26, 页 36。此外,波斯纳在同书的另一个地方引证另一位美国著名法官给初审法官所定的“工作要求”,初审法官要“公平地并将及时的决定同结果的正确最佳混合起来,通过审判或和解处置案件;他们还有责任向普通公民——当事人、证人以及陪审员——展示联邦司法的质量”。“因此,看上去,也许会令人震惊,这意味着永远都不要想做得尽善尽美。但是,初审法院的任务特性限制了法官实现这一点的限度。在是否认可证据上的决定就是最明显的例子,在这里,最至关重要是迅速作出决定。除此之外,我不认为那些最伟大的地方法院法官就是那些以十年磨一剑的精神用几个月时间来撰写一个有新观点的法律意见,而在这个问题上,这些法官的意见几乎肯定是没有最后发言权的。”Henry J. Friendly, “The ‘Law of the Circuit’ and All That”, 46 *St. John's Law Review* 406, 407 n.6 (1979), 转引自, Posner, *Federal Court*, pp. 336 - 337。

在庭审期间打瞌睡甚至打鼾的情况), 因为其最主要的受众是其他法官(特别是下级法院的法官和其他同级法院的法官)和其他律师, 对上诉审法官来说, 最重要的是判决的质量如何(案件的结果以及支撑这个结果的推理)。

在中国, 审判法庭和上诉法庭的界限一直不很明确。可以说所有的法院在一定意义上都是初审法院^[28](这一点很糟糕, 如果有机会, 我将撰文论述), 但是, 基层法院是无可争议的初审法院。因此, 我们不能简单地用我们理想中的美国联邦最高法院大法官的格式来套中国基层法院的法官: 熟悉各种法律, 并且创作出无论在文字还是推理上都出色的司法意见、多数意见、附和意见、反对意见,^[29] 而必须实事求是地考察研究中国初审法院的特点, 特别是基层法院的特点; 不仅不能简单地搬用美国上诉法院法官, 而且不能简单地搬用中国的上诉审法官的要求, 甚至不能套用美国初审法院法官的模式, 而必须从中国初审法院所面对的问题、所处的社区、它在社区中的地位、它的行动能力以及其他制约或支撑条件来分析它的特点。

如果依据这一点, 我们发现, 在中国的基层法院, 其首要特点就是“办成事”, 这一点实际上在任何国家的初审法院都是不可避免的, 因此, 英文中也有类似的说法(“get things done”)。

[28] 见,《中华人民共和国民事诉讼法》(1991)第二章第18、19、20、21条;《中华人民共和国刑事诉讼法》(1996)第二章第19、20、21、22、23条。

[29] 我反省自己, 就曾有这种倾向。长期在美国学习, 读的都是上诉审法官的意见, 并且都是教科书从几万件最高法院判决书中精心挑选出来的, 并经过编辑者某种编辑的, 一些最著名的司法判决, 我就很容易把这当做所有美国法官, 以为各级美国法官均有这种能力。这种以偏概全的状况不仅在我身上有, 不少受过美国法学院训练的人都有; 而且, 我们也不排除在当代中国, 人们有时为了推进某种观点或利益, 有意利用这一点。

这是因为，法律是一个非常实用的学科，任何法律，不论讲起来有多么天花乱坠，它必须得出一个在普通人看来、在当事人看来合情合理的结果（而不仅仅是判决），这是任何法律的合法性之最终所在。这种合法性不在书本中，不在什么第一原则中，也不在什么“正义”、“公平”这样的大概念中，而在现实的人们心中。因此，在基层法院，面对着千奇百怪的事，法官很重要的一点就是在了解基本法律原则的情况下，以各种可能的办法获得各方均能认可的结果。首先，这个结果必须双方当事人基本能接受，其次，这个结果还必须大致符合当地人们的道德价值判断，再次，法官还要考虑这个结果是否符合法律的要求，是否符合上诉审法官可能提出的其他苛刻要求。^[30]因此，所有的审判法官实际总是要在这样一个夹缝中施展自己的才华，把事情了结。这就是我在其他地方讨论过的“纠纷解决”与“规则之治”之间的矛盾。^[31]这就意味着在基层法院、人民法庭的法官的知识与上诉审法官的关切，与我们这些土洋法律博士或教授的知识和关切并不相同。对于我们这些受到法学院知识体系格式化了的学者来说，关注的是规则性知识，是规则的正当性和合法性，是这些规则在法学知识体系和法律权力结构体系中的正当性，是某种做法是否符合我们的概念和知识体系。而初审法官更关注的是能够解决具体问题，关注的是结果的正当性和合法性，关心的是这一结果与当地社区的天理人情以及与正式法律权力结构体系相兼容的正当性。而这种关注点的差别会导致心态上的巨大不同。例如，

[30] 因此，霍姆斯认为法律就是对法官会如何决定的预测，这一点对初审法官尤为重要。参见，Oliver Wendell Holmes, Jr., "The Path of the Law", in *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Hows, Inc., 1952, p. 167 以下。

[31] 苏力：“农村基层法院的纠纷解决与规则之治”，载《北大法律评论》1999年第2卷第2期。

易斯特布鲁克的研究就认为,纠纷解决是向后看的,是要根据已发生的事件来分配收益和损失;而规则确认是向前看的,目的在于诱使人们知情,并因此改变他/她们的未来行为。^[32]

尽管各国的初审法官似乎都有这样一种“把事办成”的倾向,但是,必须看到,中国的情况还有很大的不同。我在此前的一系列文章中已经对此进行了比较细致的分析,此处不再赘述。正是由于这些原因,我们看到,为什么基层法院那些并没有受过系统法律训练的法官,无论他/她们是来自部队、基层或是政府的其他部门,他/她们的丰富的社会经验有可能为他/她们解决案件提供有利的条件。他/她们对于世态人心的把握,他/她们作为本地人对于当地民心民情的了解,他/她们作为30—40岁左右的成年人对于当事人所具有的信服力,^[33]甚至军转干部在军队中

[32] Frank H. Easterbrook, "Foreword: The Court and the Economic System", 98 *Harvard Law Review* 4 (1984).

[33] 冯象曾说过,假如你是一位神童,13岁进大学,你敢学法律?17岁法律系毕业,谁愿意(谁放心)聘你去讨债、取证、陪法官吃喝?见《木腿正义》“前言”,中山大学出版社1999年版,页6。

尽管我们一直强调专业知识,实际上,至少对于审判法官来说,年龄一直是一个可能更为重要的因素。从世界各国来看,担任法官或扮演这种裁决者角色的人一直至少是中年人或壮年人,“嘴上没毛,办事不牢”是一种典型的概括。因此,司法审判并不仅仅是智力的活动,而且需要一种人生经验。当然,一个年轻人也可能会很有经验,但是,人们一直都为了节省信息成本,用年龄作为经验指标之替代。一位院长讲了一个故事:一位刚毕业不久的大学生在人民法庭做婚姻调解,说了好半天,也不能打动年轻的妻子;而一位陪审员,60多岁的老妇女主任,也说了一通话,最后只说了一句,“姑娘哎,你不听奶奶[我]的,听谁的?”就这一句话,两人就和好了。让年轻的法官很是感叹。当然,这个故事,并不能太当真,最后这一句话的作用可能是一个累积的结果,其实,那位年轻的妻子心里也许早已有所松动;但是,这最后一句话的艺术仍然很重要,它使得一个飞跃得以顿然发生,从而节省了大量的时间。而决定的迅疾是对初审法官审判的主要要求之一。

更容易养成并总是强调的麻利、泼辣，那种对于普通人容易产生影响的口才和更为通俗的语言，^{〔34〕}以及由于部队的筛选机制导致的军转干部相对说来比较英俊的相貌和健壮体魄，这些因素都显然要比一般的刚出校门的学生更具优势，在基层的一般案件审理调解中更容易发挥正面的作用。当然，基层法官的这些特点到了上诉法院就不必然是优点。上诉法院可能更需要政策的头脑，更要考虑规则的一般性、协调性，要更多的反思。

而且，我们还必须看到，中国基层法院，特别是到了人民法庭这一层面，纠纷往往是既复杂又简单。说简单，是因为从规则上看，并不复杂。比方说，一个男子在外面打工，有了新欢，要离婚；如果从法律上看，很简单，一方坚决要离，就可以允许离，^{〔35〕}这还有多少要学的吗？这种法律又有什么难的（因此我不明白，我当年在法学院学习时，教授为什么要用那么多时间来讲授“感情破裂”这样一个非常简单、却无法精确界定的原则）。正如我们访谈的法官所说，都到这一步了，如果说感情还没有破裂，那是假话；但是你就这样判了，那个离异的妻子怎么办？孩子怎么办？财产又如何分割？又如何查获这个男子为了离婚做的一系列准备，包括资金转移等？而离婚案件在中国基层法院占了40%甚至更高的比例。此外，据称，人身伤害赔偿案件占了25%；赡养案件占了5—10%；其他的都是有关房产、继承、山

〔34〕 调查中还听到过一个故事：法官告知当事人有辩护的权利，当事人并不明白；法官的解释是“就是你可以吵架，但不能骂人”。这种语言虽然不准确，但至少大致有效地传达了一种信息；而这种语言，即使受过10多年语文训练的大学生恐怕是说不出来、也很难想出来的；甚至正是因为受了多年一直强调生动性的语文训练之后而想不出来了。

〔35〕 《中华人民共和国婚姻法》第25条第2款：“人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。”

林土地纠纷案件。而这些案件在法律上都不是非常复杂的，但是要处理得不出或少出意外，尽量能协调霍姆斯所说的“社区的希望和感受”与法律条文上的潜在冲突，这就必须有很多的非法律课本上的知识。

在县法院民庭、经济庭也会有少量的经济案件，但是数额也不大，因为数额稍大一点儿的目前都被上级法院收走了（这样，按诉讼标的收费，实际上就可以把更多的诉讼费收到上级法院去）。据称，某县法院只能审理 30 万元以下的经济案件，30—100 万元的案件都归了中级法院，而诉讼标的超过 100 万元的一审都归省高级法院。因此，就在基层法院所面对的这样一个初审管辖被严重瓜分的法律世界中，坦白地说，一个具有中等文化程度的人，只要还有点责任心，不贪，有点常识，注意点调查研究，加上一些法律的训练，完全是可以成为一个不错的法官的。毕竟，司法不是一种纯粹理性的活动，而是一种实践理性的活动。一位在法院已工作了 20 多年的老法庭庭长说，现在做法官最基本的就是要有良心。尽管我并不完全同意他这种泛道德主义的、推开来有可能贬低专业知识的话，但是，若放到他实际生活的法律世界中看，就基层法院面对的许多案件来说，确实，规则问题并不是一个最重要的问题。

我们还必须看到，这种案件在基层法院是大量的，是常规化的，是平淡无奇的。在这一点上，中国基层法院的法官与美国的初审法院法官甚至治安法官的任务都有一个重要的不同。在美国，真正能进入法院审判的案件多少还有那么一些有意思的法律争议。因为大部分案件，约 90% 的刑事案件，^[36] 90% 以上的民

[36] 参见，伦斯特洛姆[编]：《美国法律词典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社 1998 年版，页 190“辩诉交易”词条。

商事诉讼，^[37]只要事实清楚，在进入法庭之前就会分别通过辩诉交易和庭外和解等方式解决了。这种机制实际将绝大多数的一般性案件都过滤了，剩下来的、需要审判解决的案件多少都还会有点儿新的法律争议，这就使得美国的即使是审判法官在审理案件时多少还会感到有点新的东西，有那么点智识的挑战，有点公务的意趣。而且，由于其初审管辖是一般性的，即审理一切其有管辖权的案件，这种管辖不能随便由上诉审法院剥夺，因此，不排除这些法官偶尔也会碰上个把全国瞩目的案件。而在中国，几乎所有的案件，只要到法院立了案，都是审理或庭前调解解决的，稍大一点儿的、稍有点儿复杂的因此可能有点意思的案件又都归上级法院管了，并且不允许法官根据情况裁量性地创造法律，因此基层法院的法官就很难面临什么新奇的案件和有意思的问题。特别是在人民法庭，情况更是如此。因此，有一年多的徒弟跟师傅的实际工作经历，加上自学，加上他/她们先前积累的其他方面的人生经验，已足以对付他/她们生活中的问题了。由此，我们才可以理解，为什么前面提到的法官 W 对法院工作与其先前担任的乡镇司法助理员或民政干事的工作区别仅仅在于“一个有程序，一个没程序”；我们也才可以理解，为什么不仅是军转干部，而且以前从事其他专业的大学生也就只需要年把就可以独立办案了。

因此，在这样的一个环境中，也许要求基层法院法官的素质就是这些。正如一位法官说的，你懂多一点儿也很好；然而，

[37] “Beyond Litigation - an Interview with Robert Mnookin”, *Stanford Lawyer*, Spring - Summer 1989, p.5; 转引自, Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Harvard University Press, 1994, p.224。

“一盆水洗脸，一桶水也洗脸”。这种说法实际上与著名的法学家弗里德利法官对美国的那种“十年磨一剑”的初审法官的嘲笑很相似。这都是对初审法官司法经验的总结和洞识。也许，我们这些吭哧了一辈子书本的法学家觉得这话不中听，但是“敢取笑哲学者，方为真哲学家”！^{〔38〕}对司法知识也许同样要有这种从容的态度。而且，更重要的是，问题也许并不在于法官有什么或有多少知识，而在于乡土社会和基层社会需要什么知识。世界上的知识如果有用，它就必须是有针对性的；^{〔39〕}许多数学的知识如今已经成为定理，但是如果要解决的问题是化学，那么即使有正确的数学知识，这种知识也是没有用处的。也许有一天，现有的基层法官的知识必须更新，必须换代，但首先是因为乡民们需要的不仅仅是“洗脸”，而是要“洗澡”。

六、“学校〔学〕的那点儿东西， 我都还给老师了”

这是一位政法学院毕业生对我们关于法学教育的知识在司法审判实践中的用处的提问所作出的一个简单回答；回答时，眼神里还流露出某种轻蔑。

他的这种回答不能全然当真。他是一位在法院中地位正在上升的法官，十多年在人民法庭的审判实践确实可能使得他对书本上的那一套感到非常浅薄，非常脱离实际。尤其是1979年进入政法学院读书的，那时的法学院的教育课程确实非常糟糕，大

〔38〕 Blaise Pascal, *Pensees*, trans. by W.F. Trotter, sec. 1, § 4.

〔39〕 詹姆斯：“实用主义的真理概念”，收入《詹姆斯集》，万俊人、陈亚军编选，上海远东出版社1997年版。

量的课程是所谓的理论，有许多内容不过是当时流行的政治话语，像样的法律知识很少，与司法相关的知识更是少得可怜。例如，法理学，当时一个争论不休的问题是“法律的本质”或法律的阶级性和社会性的关系，这样的内容对于一个现实生活中要“办事”的法官有什么意义？难道，我不知道其本质或定义上少了两个字（老师会判错），判案就会错吗？尽管对于那些法哲学的研究者来说，这也许还算是一个有意义的问题。又比如，经济法当年的一个（也许至今仍然是）最重要的理论问题是经济法的调整对象。这种高深的学问与现实的法律世界实际上可以毫不相关。因此，许多当初在学校积极参加这种“法学讨论”的学生一旦进入社会，进入生活世界，特别是进入司法实践或律师事务这种俗务，都往往会有某种受欺骗的感觉。自然，他/她们会很快将这些东西物还原主。但是，坦白地说，这位法官的这种回答，也未必不隐含着，面对我们这样一些调查者，北大的博士、教授，他有某种不自信。尽管如此，我们还是不能轻易将这样一个回答放过去。因为在同许多如今做着律师或法官的当年同学或校友交谈时，他们也时常表现出或流露出这种态度，尤其是对像我这样的搞法律理论研究的人。^[40]

也许另一位政法学院的女毕业生的评价更为公允一些。在她

[40] 其实，这种状况在美国法官中也很普遍，波斯纳在《法理学问题》中就谈到这个问题，在美国近代法学教育成为法官的常规条件之一以来，一些最著名、最伟大的法官例如霍姆斯、卡多佐、汉德、杰克逊都不是法学院的好学生，只有弗兰克福特例外；另一个例外就是波斯纳自己（耶鲁大学最优秀学生，哈佛法学院年级第一名，《哈佛法学评论》主编）。波斯纳多次强调，法官并不必须从法学院最优秀的学生中挑选，而应当有平庸的学生，因为司法不是比智力（智力过于优越者往往不近人情），而司法更多要理解普通人的喜怒哀乐。细致的分析，见，Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990; Posner, *The Federal Courts, Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1996, pp. 16ff.。

(民庭副庭长，我们应当看到，这个身份很重要)看来，学校里教授的民法学、民事诉讼法、法理的某些原则还是挺有用的，其他的则用处不大；她还特别强调学校搞的模拟法庭特别假，不实用。尽管这些话在我们这些从学校来的调查者听来比较中听，但是，她的这番话也同样值得分析。

她是1992年从政法学院毕业的，这时的法学教育已经恢复发展10多年了，而且民法、民事诉讼法都是本来学术根底就比较扎实，改革开放以后的发展属于恢复性发展，因此学科知识相对来说比较成熟。更重要的是，她目前从事的是民庭审判工作，并且在县法院负责审理相对复杂多样的民事案件的民庭，对全县人民法庭还负有业务指导的职责，因此无论从她所面临的案件还是从她工作地点乃至她的法定责任，都使得民法、民事诉讼法至少对她来说比较有用。而且她的这种地位，已经具有某种上诉审的意味，要为人民法庭的疑难案件之处理提供法律指导，要协调各人民法庭的法律实践，这就使得原则性的知识变得重要起来。这就进一步表明我在上一节提出的问题，知识有没有用，很大程度是要与使用这一知识的人的需求以及她/他所要解决的问题相称，否则再好的知识也只能“待价而沽”。好比高射炮打蚊子，并非高射炮出了问题，而是知识不配套。

模拟法庭为什么没有用呢？重要的在于，模拟法庭的基本设计就是用来提高学生的运用法律的能力，包括运用法律知识对已经无争议的事实给案件“定性”，而不可能用来提高学生处理事实争议的能力。如果事实有争议、不清楚，模拟法庭就无法开庭。试想，如果连一个人是否杀了人、怎么杀的都不清楚，这个案件又如何辩论？而在基层法院中，如前所述，最重要的争议可能恰恰是事实争议，比如村民打架，打群架，伤了人，赔偿的法律争议很简单，难就难在如何查清和认定事实。而查清事实和认

定事实与读了多少书无关，它与社会经验有关。同时，模拟法庭注重的是程序训练。但是，在基层社会或农村，由于没有律师或请不起律师，就很难使设计的举证和质证运作起来；举证人的举证经常不着边际，举证的都是许多在法律上看来无关紧要的小事，但这些问题在农民看来却可能很重要，一遍又一遍地重复。由于诉讼直接涉及自己的利益，当事人对事实的争辩都有意牵强附会，不像模拟法庭上，双方都已经对事实有了一个基本的认同，只是要从法律上争自己的正确答案。这可以说为什么法学院的模拟法庭训练对于基层法院的法官没有用。在这种情况下，据法官介绍，靠双方举证来查清案件，根本不行，越查越不清楚，越查越复杂，因果关系可以无限追下去，追几年，甚至上一代。法官的惟一办法是，直接接触了解案件，而不是纯粹靠举证，这样法官就有了自己的洞察力。此外，查清事实，分清责任，实际上主要都是为了解决问题，而如果能解决矛盾（医药费赔了，就没有争议了），有时并不一定要把责任说得那么清，而且也说不清（清官难断家务事）。

一些法官还强调，在基层法院，有许多农民的预期就是希望法院为他/她们做主，特别是在那些离婚案件中离异的妇女。在这种场合下，你的所谓的“不偏不倚”，让当事人自己辩论，就是将那些明显受到伤害的人遗弃了，不仅自己的良心过不去，而且也违背了农民的预期。而法学院教的恰恰是“不告不理”。

这些话，尽管看上去很简单，然而在我看来，却是一个基层法官从实践中来的经验。这些法官尖锐地提出了，基层法院必须面对的特殊问题及其所需要的特殊知识和技能。而这些东西，恰恰是法学院不教、而且确实是无法教的、只能通过实践学习的技

巧。^[41]

此外，还必须看到资源对基层司法审判的限制。例如，举证，这在现代发达国家的法院中可以说是最重要的一个诉讼步骤，但是，在中国乡土基层社会中，这就很困难。我就亲眼看见诉讼双方提供的证人证言出自同一个人，但是证明的事实完全相反（甲先动手或乙先动手打人），而且两个“证据”上都有证人鲜红的手印。我没有调查，其中是否有一份是伪造的，或者为什么法官不追究伪证。这些问题在这里是无关紧要的。我相信，这两份证据可能确实是出自同一人的手。但是，我们还要想一想，难道这个证人能拒绝同村人要他/她作证吗，都是乡里乡亲的？也许他/她不识字，别人写好了证词，让他/她摁个手印，他/她能拒绝吗？法院难道真的要为这样一件“伪证”而去查证吗？这需要大量的时间和人力、财力，法院有这些资源吗？就算查清了，你又能怎么办？能把这些不识字、不知道作“伪证”之法律厉害的人关起来，却丢下手上的这个案件不管吗？也许，唯一的办法，只能是将眼前的这个纠纷按照某种不那么出格的方式基本公平地解决了。也许，这样做不那么符合“事实清楚、证据确凿、适用法律准确”的司法基本要求，但是，如果符合这一切的结果也不过是如此，那么法官有什么动力、有什么资源、又有什么必要将本来就极为有限的资源花在这上面？如果世界本来就很不规则，那么过分强调规则是否有点“削足适履”呢？

当然，在我们这些法学研究者、甚至上诉审的法官看来，认

[41] 参见，苏力：“知识的分类”，载《读书》1998年第3期。因此，美国学者、法官弗兰克曾提出对初审法官予以特殊的职业教育。请参看，Jerome Frank, “Special Training for Trial Judges”, in *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1973(1949), pp. 247 - 253。

真对待这些小问题将对中国的法治有益，法治和一切事一样，也都要从小事上做起，一点一滴，累积起来；但问题是，我们不可能越俎代庖。我们需要的是建立一种机制和社会环境，使得这些法官们愿意且能够认真“查清事实”，一丝不苟。而这一切仅仅通过告诉他/她们“严格执法”的重要性就能解决吗，通过解释几个原则和概念就能解决吗？

必须指出的是，除了要注意这位女法官提到那些法学院课程重要外，我们还要注意她没有提到的课程，我们要考察那些不在场的东西。^{〔42〕}例如，尽管是在民庭，她根本就没有提及公司法、金融法、票据法、证券法、知识产权法或消费者权益保护法之类目前在法学院喜好民法的学生中比较热门的法律。为什么？其实很简单。在这样的小地方，这种问题几乎没有，如果不是根本没有的话。

由此，我们就可以看出现代法学院教育的另一个问题。尽管法学教育近年来有了很大发展，但是说实话，目前法学院的教育基本上是为了现代工商社会，为城市培养人才。学校内开设的那些所谓最前沿的课程，在很大程度上不是为了中国基层社会的生活秩序准备的，而更多是为了大都市的生活甚至是为即将到来的更为开放的中国发达地区的社会生活秩序准备的，或者说，确实是在为“深化改革开放”做准备。因此，学生学习的知识在很大程度上是脱离目前中国基层及乡土社会需求的。甚至，我们应当清楚，有着法学牌号的知识也并不等于司法的知识。但读者更应清楚，我这样说，并不是甚至也不隐含一种批评。我并不是说中国的法学教育要在“关注实际”的旗号下放弃对于正在逼近整个

〔42〕 福柯：“尼采、谱系学、历史学”，苏力译，载《学术思想评论》第4辑，1998年，页380。

中国的重大法律实践问题的关注。我仅仅是指出一个事实，仅仅是为了看到我们的法学教育的特点和优点（同时也可能是一个弱点），并进而重新理解中国法治建设的艰巨任务，适当调整我们对待基层法院法官的素质和专业的要求。

也正是在这里，我们就可以看到，为什么当面对基层或乡土社会的问题时，法学院毕业生未必比那些乡土社会出来的人，或者比那些曾暂时脱离过乡土社会然后又回到乡土社会的复转军人更具有优势。法学院毕业生的优势也许在于：（1）擅长处理法律争议，而不擅长纠纷的解决，不擅长在复杂的熟人圈子里“摆平”各种关系；（2）全面了解甚至是提前了解了对于中国现代化社会或即将到来的现代化社会的游戏规则，而这些知识至少有相当数量在一个相对还不那么现代化的基层社会中目前用处不大，甚至根本无用。

因此，尽管许多法学院毕业生可能身怀绝技，也可能有为国为民做一番事业的理想和抱负，但是如果他/她们的知识无法发挥作用，那么基层社会和中国农村的广阔天地对他/她们来说仍然是狭小的。他/她们的满腹经纶如果不是屠龙术，那么也是一种大材小用。更何况，知识从来不是在记忆中使用的，而是在使用中记忆的。因此我们也就不难理解，为什么那位法学院毕业生会说：“学校[学]的那点儿东西，我都还给老师了”。

也正是由于这个原因，我们才看到，许多法学院毕业生即使进入中级、基层甚或是高级或最高法院后，当初也满怀激情和理想，但数年后，也往往先后辞职去做律师或经商。固然，货币是一个诱惑，但这可能并不是全部的更不是惟一的原因，一个重要的原因就在于这些学生所拥有的知识在这些法院没有买主。“士为知己者死，女为悦己者容”，如果在这里自己的优势不但不能发挥，反而成为短处，甚至可能成为笑柄，而同时又有其他地方

更可能发挥自己的长处，那么，有谁一定要在这一棵树上吊死呢？在这个意义上，许多法学院毕业生选择离开基层法院，进入城市，进入经济相对发达富裕的地区，从事律师，并往往从事商事法律，这并不仅仅是嫌贫爱富，而是希望在现代社会中充分发挥自己所学知识的作用，迎接更大的知识性和智识性的挑战。这也恰好是市场经济的要求，是市场在发挥作用。正是在这个意义上，我又要说，在一定意义上看，并不是法学院毕业生拒绝了基层法院，而是中国基层法院的经济文化社会发展水平拒绝了法学院的毕业生。

七、“化作春泥更护花”

——复转军人进法院的再反思

说到这里，我也就不得不重提 50 多年前费孝通先生提出的“损蚀冲洗下的乡土”的问题，并对中国的现代法学教育略加反思。^[43] 在费先生看来，在传统中国，传统的士大夫作为乡土社会中培养的人才，一旦被科举选中，到外乡任职多年后，毕竟还会叶落归根。回乡后，这些退休的士大夫，会用无论是他积蓄的或搜刮来的金钱置田置地，兴办乡学，在某种程度，他又回报了乡村，为乡村的下一代的知识（尽管有些知识是很陈腐的）传播创造了条件。他们的修身养性，齐家治国平天下的知识是当时社会的“全国通用粮票”。

但是，近代以来，随着各种新学科、新知识的引进，一批批聪明好学的农家子弟进入了城市。但，即使满怀报效乡亲的理想和激情，在学习数年之后，他/她们就成了费先生所说的“回不

[43] 费孝通：《乡土重建》，上海观察社 1948 年版，页 65 以下。

了家的乡村子弟”。^[44]这不仅仅因为城市的生活富裕和文化诱惑，也不仅仅是他们的文化修养和情趣的改变，一个常常被人们忽视的但在我看来更为重要的是他/她们的知识越是高深，越是广博，越是前沿，就越可能对乡村或基层社会没有什么直接的用处。这一点，请对比一下不同时代同为儿童启蒙读本的第一页就可以看到一点儿端倪了，“我爱我的祖国，我爱首都天安门”，这种知识与“人、手、口，猪、猫、狗”，哪一个对中国基层和乡土社会更有直接的用处呢？答案是明显的。因此，在中国近代化过程中，乡村不仅在经济上受到城市工商经济的挤压和剥削，而且，在我看来，最沉重、也最具悲凉意味的也许是这种人才的掠夺，这种悄无声息的“壮士一去不复还”。

当然，我的这种评论仍然只是指出一个事实，我并不想简单地“反其道而行之”。从我个人的、也许会被证明是错误的判断来看，中国如果要保证繁荣独立，人民生活逐步富裕起来，就必须走现代化的路，必须坚持改革开放。因此，在这个意义上，这种风潇潇易水之寒也许不可避免。但是问题在于，现代化的宏大叙事不应当完全遮蔽或淹没许多小人物的初步的和基本的需求，现代化并不意味着向一个尚未通电的地方提供免费上“网”。在司法和法律问题上，当代中国基层特别是乡土社会所面临的一个主要问题几乎与费先生50多年前所说的没有多少差别（也许只要换几个字），即“怎样把现代知识输入中国经济中最基本的生产基地乡村中去。输入现代知识必须有人的媒介。知识分子怎样才能下乡是重建乡土的一个基本问题”。^[45]也正是看到了这一点，也许我们应当重新审视基层法院法官的素质和专业问题，重

[44] 费孝通，同前，页70—73。

[45] 费孝通，同前，页163。

新审视基层法院的人才问题，甚至有必要重新审视中国基层法院的设置问题。

首先，我不赞同硬性将法学院毕业生分配到基层法院去“锻炼”（当然，如果他/她们自愿去最好）。这不仅将违背市场经济的人才配置方法，更重要的可能是造成人才和资源（教育资源）的某种浪费。在今天实际上也是不可行的。如果说，过去50年里的正反两方面的经验告诉了我们一些什么，那么最重要的一条就是，必须给人们以更多的选择，让市场去选择。人才的需求和流动最终都要通过人们的自愿选择，通过市场交易来实现。当然，政府可以通过提高基层法院法官的收入来刺激法学院毕业生的流向。但是，即使不考虑这种政府干预市场是否合理和必要的问题，鉴于我国政府的财力和法官人数太多（相当于美国的八九倍甚至十倍），^[46]以及法官与其他政府公务员的工资收入必须保持相称等原因，这也不大可能，至少在短期内不大可能。而且，我在上面的分析也已经指出，法学院毕业生不愿去基层法院还有一个其知识能否用得上的问题，能否有一种“成就感”的问题。因此，即使工资提高一倍也未必能吸引多少法学院毕业生进入基层法院特别是人民法庭〔目前一个北大法学院本科在校学生任在律师事务所实习（每日半天）的月收入也会远远高于基层法院资深法官的月工资〕。而太多的提高，可能会带来另一种或几种副作用（更多滥竽充数的法官挤入法院、其他公务员的忿忿不平）。

另一个政府可能做并且正在准备做^[47]的是，改变法院法官

[46] 美国联邦和州法院法官（包括治安法官）总数大约为 29 000 人，见，Richard A. Posner, *The Federal Courts, Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1996, p.37。关于中国法官的人数，见前注 10。

[47] 《人民法院五年改革纲要》，《中华人民共和国最高人民法院公报》1999 年第 6 期，页 188. § 32。

的选拔制度，使得基层法院的法官有可能因其良好司法绩效而被选任到上一级法院担任法官，避免基层法院法官所说的那种“投胎投得好”的弊端。但是，这种制度调整的实际效果也可能有限。至少有两点，我在前面已经分析过了，一是基层法院绝大多数法官所面对的问题以及由此养成累积的知识与中级以上的法院所面临的问题并不完全相同，如前所述，初审法官与上诉审法官的关注点和知识、技能要求不完全重合。一个在基层社会“发挥”很好的法官离开了他/她的舞台，完全可能显得很“土”，缺乏上诉审法官所需要的那种开阔视野和政策水平。^[48] 这正如一个农学院教授离开其讲台可能因不能辨识小麦和韭菜而闹出洋相来的情况一样。二是，这种绩效之考核会很困难，因为，同样如前所说，现有的基层法院的管辖制度以及中国的一切纠纷都上法院（审理或调解）使得基层法院的法官处理的大量案件都是相当常规化的，很难以什么简便、廉价且准确的方式考察出他/她们的审判水平和潜力。由于至少这两个限制，我把丑话说在前面，这种制度实际可能发挥的影响将会很有限。

似乎这样一分析，我们就走进死胡同了。但是未必，有时，有效的改革措施可能是在我们习以为常的视野之外。刚才提到的那些改革措施实际都是在承认现有的司法体制结构基本合理的前提下进行的调整；仿佛动作很大，实际上，仍然不过是在结构内的调整。实际上，我在前面的分析已经透出的更深的意蕴是，也许，我们无需将人民法庭、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，既然他/她们所面临的问题以及所需要和运用的知识都主要不是狭义上的法律规则的问题和法律规则的

[48] 波斯纳也有这样的看法，请看，Posner, *The Federal Courts, Challenge and Reform*, p.350.

知识?

我在其他地方已经分析过，现代法官和传统县太爷，现代法院与传统衙门在解决社会纠纷问题上的一个重要区别就是“纠纷解决”与“规则确认/运用”，尽管这两者并非截然不同，尽管这两者往往有千丝万缕的联系。如果看到了这一点，那么重新思考中国基层法院，特别是人民法庭的许多工作，就会发现，我们现在的许多基层法院的法官做的工作大多实际是“纠纷解决”的工作（想一想，法院与司法助理员的工作差别在于“一个有程序，一个没有程序”的说法）甚至是“法律咨询”的工作。^[49]这种工作当然很重要，特别对于乡民们来说。但是，即使在英美这样的发达国家，这些工作也并不都是由法院或法官来完成的，而是由一种介乎法官和平民之间的治安法官（justice of the peace, magistrate justice）来完成的。这些法官都是普通公民，没有任何正式的法律训练，有许多甚至只有高中学历或没有完整的本科学历，更不用说法律的学历了；^[50]但是他/她们为人比较正直、公道、有常识、通民情；在“案件”审理中，他/她们综合运用了各种知识，有较大的裁量权，没有细致严格的程序，以解决纠纷为目的。在我看来，这与中国基层法院法官，特别是人民法庭的法官所做的主要（并非全部）工作实际非常类似。而且，从法官的专业和文化素质上看，也有许多类似之处。

[49] 参看，本书“乡土社会中的法律人”一文的最后一节。

[50] 关于美国治安法官的情况，可参见，Henry J. Abraham, *Judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, 6th ed., Oxford University Press, 1993, pp. 138 - 140 以及 Robert A. Carp and Ronald Stidham, *Judicial Process in America*, 4th ed., Congressional Quarterly Inc., 1998, pp. 67 - 68, 68 - 69。关于英国的平民法官的情况，中文资料可以参见，王强华：“英国的‘平民法官’”，载《民主与法制》1999年第7期，页21—23。

当然，还是不能照搬外国的例子，还是要针对中国的基层社会的具体情况，作出一些制度的调整。比方说，在英美国家，这些治安法官完全都是从社区中产生的。但是，要在中国进行这样的司法体制调整，我则反对完全从社区中产生，无论是以选举的方式，还是以任命的方式。我的主要理由是，在英美这些国家，由于种种社会条件，即使是生活在同一社区中的人们，其利益并不完全与其所生活的社区联系那么紧密；在这些社区中，尽管大家也是熟人为多，却不是社会学意义上的“熟人社会”，而是一个高度个体化了社会，生活在这个社区的每个个体实际上在更大程度上分享的是一个更大的社会利益，认同的是一个更大的社会，因此，一般不大会出现欺压外来户的问题。而当代中国的基层社会——乡村或村镇甚或某些县城——在我看来，还是相当封闭的，无论是信息上还是人员上。这种封闭性，在我看来，实际是当代中国基层法院的亟待解决的问题，所有的地方保护主义、法官的素质不高等问题都与此有密切的关系。我们国家目前那种基层法官选拔完全从地方产生的制度则容易强化目前地方法院的人员和信息的封闭性。因此，如果我们仅仅从抽象的原则出发或仅仅模仿外国的做法，就有可能强化这种法院的封闭性。为了逐步减少这种封闭性，为了促使信息和人才的进一步流动，促进中国的统一大市场的发展和形成，必须注意从有更为开放的视野的人当中选任基层法院法官和人民法庭的法官。

但是，这也会出现问题。首先，谁会愿意离乡背井到外地担任这种最基层的法官？法学院毕业生，如前面分析，在现今这样一个机会越来越多的时代，而且在其知识未必能在基层社会充分发挥作用的情况下，不大可能大量地自愿来到基层。外地的其他专业的大学生也未必愿意来（如果同样到基层，为什么要远离家乡呢？）；他/她们不仅缺乏法律的知识，而且对这些他/她们不熟

悉的基层社会也缺乏了解；即使愿意来，他/她们可能也难以有效地履行基层法官的责任。我们再次面临着一个似乎不能两全的选择。

我们并没有走进一个死胡同。恰恰在这个当口上，我发现，从本乡本土出去上学然后由于各种原因回到家乡的各种大中专学校的学生，以及具有高中以上文化程度的复员转业军人，有可能填补这个似乎难以填补的空缺。一方面，他/她们是从本乡本土出去的，对本地的情况比较了解，如果归来，一般会比较安心在本土生活；而另一方面，他/她们又都是在比较年轻、可塑性比较强、渴望学习的年龄段离开了这个熟人社会，至少是部分地或暂时割断了同这个熟人社会的联系，进入到一个“陌生人的社会”，他/她们都在一定程度上在不同的现代制度化机构^{〔51〕}中接受了现代化的熏陶和训练，扩展了他/她们的视野，了解了“外面的世界很精彩”。这种训练和经历哪怕仅仅是几年，也将对他/她们产生一定的甚至是深远的影响，改变他/她们对世界的看法，改变他/她们同陌生人交往的方式，培养了他/她们同陌生人交往的能力和经历。即使她们再次回到乡村或基层的小城镇，重新回到熟人社会，也毕竟有所不同了。“有一种进入永远无法退出”（旧作）。他/她们必定会给这个熟人社会带来某些新鲜的可能。这就是为什么在当代许多农村，往往是一些退伍军人回乡以

〔51〕 可能有许多法学家或在校学生都会对我将大学和军队混为一谈表示愤怒，不屑与之为伍。但是，如果还有些许历史知识的话，那么就应当知道，现代的军队在各方面都与传统的军队或湘军、淮军不同，在中国近代史上，军队至少也是最先实现现代化的制度（新军）之一，如果不是最先的话；它要比政府的其他机构和大学都更具现代性，而且也一直更同世界接轨。更为系统的令人难以接受但又不得不接受的理论分析，可参见，Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1978。

后，会给村里带来一些新的因素，新的气象，无论是搞乡镇企业，还是搞个体承包，甚至在打官司上，或反对旧式婚姻上，均如此。

分析到这里，坦白地说，我觉得，复员转业军人甚至有可能在这一层面的乡村司法上发挥更大的作用。因为他/她们没有很高的学历，所以，学历化的城市生活会在一定程度上歧视甚至拒绝他/她们，他/她们的知识更多是社会经验给予的，可能比大中专学生学习的知识对于处理基层社会的纠纷更有用；他/她们的年龄至少可能比出去读中专的高中毕业生更年长一些，因此，可能更容易在基层社会得到某种信任。

在一个更为宏观的层面，这种制度甚至有可能改善中国基层社会的人文生态环境，至少部分地解决我在本节一开始提出的那个尖锐的问题。从基层社会出去，在外面的世界闯荡几年，又回来了，一些新的知识随着承载着这些知识的肉体和社会实践又回来了。这种循环，这种树叶对于土地的回归，不仅具有社会生态学的意义，而且很具有美学的意味。我想起一句著名的诗：“化作春泥更护花”。也许，这有点太浪漫了！

八、“世界上的事情是复杂的”

从一种真心的认同开始，也许有些读者发现，我的苦苦追求竟然以背叛朋友的结论而告终。尽管如此，我还是要重申我在其他地方曾经说过的话，就总体而言，中国目前法官的文化和专业素质都还偏低。因此，我还是表示不赞同作为一般政策的“军转干部进法院”，而主张法官要进一步地专业化。但是，问题在于专业化并不仅仅如同我们想像的那样，只是多上学。从人类历史

上看，专业化的最根本的途径是根据社会发展的需要实现进一步和细致的劳动分工；^[52]美国近年来的司法历史更凸显了这一点。^[53]因此，将中国目前的人民法庭半司法化或准司法化，与司法的专业化并不矛盾，而是兼容的，甚至可能是一种促进。事实上，在中国的一些中级法院目前也正在进行着性质类似的改革，例如将书记员专职化，将审判员与法院的其他工作人员分离开来。这些做法实际就是把那些即使是在中高级法院工作的、即使是有法律学历的非审判人员也非司法化。通过这样的方式，促进真正的法官职业群体的形成，促成他/她们的职业荣誉感和责任感，同时也会提高工作效率。物以稀为贵。如果像前几年的一个黑色幽默所言，一块砖头掉下来，砸死六个人，其中五位总经理，还有一位副总经理，那么谁（包括他/她们自己）还会把总经理这个一度曾很有意味的符号当真呢？法官（以及教授、博士）的情况也同样如此。所以，细心的读者更应当从本文中看到，本文结论表面上与开头的判断似乎不一致，但是目标是一致的。在这个意义上，我与贺卫方教授所提出的核心观点也许是异工同曲。我绝不会仅仅因为自己当过军人，并一直且终身将为此感到自豪，“青春无悔”，就想为那些从未“谋”面的战友“谋”一份差事，拉帮结派，要在中国的司法事业中分一杯羹。对于我来说，谁进法院都没关系，问题在于谁办事，谁对中国的长远发展有好处，以及更重要的，是否可能以及何以可能。

因此，在我看来，本文的真正重要之处已经完全不在于我的

[52] 苏力：“论法律活动的专门化”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，页129以下；Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, 特别是导论。

[53] Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 同上, pp. 190 - 206。

关于基层法院法官的某个具体结论以及由此产生的一系列也许会被视为纸上谈兵的极其粗略但并不是不能细化的建议。通过这一系列基本不是从概念本身而是从经验出发的分析，我想，我已经提出了，并至少是试图逻辑融贯地回答了，一些我认为在中国当代法学界和司法界并没有得到足够重视的问题。至少，我们再次发现了“世界上的事情是复杂的”这样一个现实，从任何概念或命题出发，都完全无法解决甚至是无法真正理解中国的问题。

坦白地说，我自己更重视本文分析中逐渐呈现出来的一系列问题。比方说，中国基层司法体制的设置问题，是否一定要将人民法庭纳入正式司法审判体制，是否也必须采用正式的法官？或者对他/她们也一定要坚持那在 20 年甚至在 50 年间如果不采用计划经济手段我也很难想像得以实现的法官资格要求？即使在形式上实现了，是否利大于弊？以及对于谁的利大于弊？我还隐含地提出了中国现行司法体制中的其他一些问题。例如，我认为，目前的法院的级别管辖不利于基层司法审判人员专业素质和水平的提高，中国现有的法官选拔体制容易强化其对地方政府之依赖，造成法官共同体的封闭性。甚至，我对当代中国的法学教育本身提出了质疑或者是某种新的可能，包括它的课程设置、它的培养目标，以及它在现代社会中实际起到的正面或负面的作用。这些问题都是在常规化的并因此得到全面正当化了现代化法治理论框架中不可能提出的。尽管这些问题都需要更为细致的辨析和讨论，我并不肯定也不坚持自己目前的回答或隐含的回答都是正确的，但是，我肯定会坚持提出这些问题予以深入讨论的正当性。并且，我认为，只有这样针对具体问题讨论，法学研究才有可能自己给自己出题目，而不是领导人出题目；才可能提出真问题，而不是空泛地讨论一些大而无当的问题。

而且，从理论上讲，我的分析，在某种意义上，实际上重新

在一个更为宏观的现代化的社会层面上考察了中国的复转军人这个特殊群体在中国当代社会中的作用或可能的作用。这种分析尽管是初步的，但是角度是全新的，得出的一些结论是我在写作本文之初时也没有想到的。比方说，中国军队以其相对与社会隔断的方式创造的陌生人社会以及这个社会对人的塑造，它以集体主义的行动塑造了现代个人主义或个人主义的某些方面。这些分析，尽管非常初步，完全有可能为此后对这一问题的社会学研究开辟一个新的研究领域并提供一个新的研究视角。

当然，我的这些分析以及许多结论，对于那些喜欢你给个态度、给个结论的读者来说，也许再一次的不合时宜，特别是在目前的司法改革的“汹涌”（我是在一种贬义上使用的）浪潮中。许多观点似乎都已经成为法学界或法律界的定论，而我似乎又是在制造一些不和谐的声音，令那些胸有成竹的官员和学者们不禁对自己的染有一切流行的正当性色彩之决定多一丁点儿反思。我是常常反思自己的不合时宜的，且没有结论。也许我应当避免哈姆雷特式的反省，而应当从霍姆斯大法官的话中获得一份自信：

“我知道我不是上帝，因此，当人们……要干一些我从宪法中找不到任何东西明确禁止他们这样做时，我就说，不论自己是否喜欢，‘去他妈的，让他们折腾去吧！’”

1999年11月7日—12日初稿
18日—20日二稿于坎布里奇

附录：美国的治安法官和治安法院管辖

1. Henry J. Abraham, *The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, 6th ed. Oxford University Press, 1993, pp. 138 - 140.

除了极少的例外，在州这一级，最低的法院是治安法官（Justice of the Peace，又译作太平绅士。——译者），它源自14世纪的一种盎格鲁/撒克逊的官职，有些人会给这句话中的法院这个名词加上括号。人们常常称其任职者为——并且有时不那么恭敬地称其为——“J.P.”（在有些人心目中，意思是“原告的正义/司法”）。有时，治安法官也称作“绅士”（squire），在许多城市（例如，纽约）日益被称作“治安官”（magistrate）。这种官员并不必须是律师，在一些县、镇以及小城市，这些官员通常由选举产生，任期2—6年；但有时也由城市行政长官任命，任期长短则差不多。这种官职有很光荣并且事实上也很古老的传统，它是从英国传到美洲殖民地的。起初，它是为了在一些不很重要的问题上协助地方一级的司法行政。今天，治安法官——通常也是公证员（notary public）——仍然履行少量的法院工作，但是，其许多职责都是准立法、准司法和准行政的工作，其中包括、也是最典型的是主持世俗的婚礼。许多工作的履行都要收费，这种做法，从其与分配正义的密切联系来看，也许很令人遗憾；然而，在一些较小的民事和刑事问题上，治安法官至少还保持着初审法院的形象。就民事案件而言，其管辖通常只涉及金额不到300美元的案件；而在刑事案件上，其管辖几乎完全限于轻罪。

治安法官缺乏法律训练和资格要求，这一点很突出，但也有一些明显的例外，而且通常也仅限于某些城市地区（例如，纽约市，那里的治安法官就有法律教育的背景，由任命产生，任期为10年，每年的收入大约86 000美元，就这一职务而言，这个数额高得异乎寻常，因为这个职务的报酬通常要低得多）；比这一点更突出的特点只能是他们非常喜欢认定罪错（conviction），在民事案件上平均是96%，在刑事案件上是80%。^[54]1956年对北卡罗莱纳州治安法院系统的一个研究发现，该州的治安法官中没有一位拥有法律学位，75%的人从来就没有读过大学本科，并且甚至有40%的人从来就没有上过中学！^[55]10年之后，在弗吉尼亚州有一个类似的研究表明，该州治安法官协会的过去和现在总共有411位成员，其中只有4位是律师，有71%的治安法官从来就没有读过大学本科，有29%的人读过本科，但只有5%的人完成了本科学业，有18%的治安法官甚至没有从中学毕业。^[56]在俄勒冈州，1966年，在70位治安法官中，只有9位有法律学位。^[57]甚至在费城这样的现代大都市中，1968年，在它的28位

[54] 1962年，宾夕法尼亚州总共有63040件刑事案件由当时的4305位治安法官处理，其中有51997件或大约83%的结果是认定有罪；另外6375件或10%的案件交给了法院审理；有4668件或大约7%的案件被撤销了（*XI Horizons for Modern Governments* 5, May 1963, p.4）。有关在密西根、密苏里和田纳西州各县的定罪率，从95%到99.2%不等，请看，Mitchell Dawson, “The Justice of the Peace Racket”, in Robert Morlan and David L. Martin, *Capitol Courthouse and City Hall*, 6th ed. (Boston: Houghton Mifflin, 1981)。（脚注编号是原书中的。——译者）

[55] Isham Newton, “The Minor Judiciary in North Carolina” (unpublished Ph.D. thesis, University of Pennsylvania, 1956).

[56] “Justice of the Peace in Virginia: A Neglected Aspect of the Judiciary”, *52 Virginia Law Review* 151 (January 1966), 描述了弗吉尼亚大学政府研究所的Weldon Cooper所做的一个普查。

[57] *The Christian Science Monitor*, May 9, 1967, p. 5.

由选举产生的治安法官中，也只有6位有法律学位。所有这些表现出来的都是一些很不幸的状况；尽管如此，由于有一些颇为适当的正直特点以及恰当资格，治安法官还是为审理和了结司法程序中较小的法律争议提供了称职且不昂贵的服务。但是，费城的首席治安法官，Joseph J. Hersch，在1961年的一个访谈中坚持认为，1968年，他的继任者John Patrick Walsh也赞同，治安法官的工作“更多是社会工作而不是法律工作”；他坚决反对那种日益要求治安法官有法律学位的说法，他指出：

有一个法律学位并不能使一个治安法官更符合资格。生活在民众之中要比上法律图书馆寻找答案更为至关重要……，如果你把他们〔律师们〕的波尔东（Purdon）法律书都搬走的话，他们就都得回家种田去。^[58]

但是，有关司法资格问题以及法庭上行为不当的证据不断出现，而且情况颇为相似，要求结束由未受过法律训练之法官充任这一职务的努力不可阻挡。然而，如同前面提到的，1976年美国联邦最高法院在肯塔基州的一个案件中判定，^[59]只要被告有机会经上诉获得机会由一位是律师的法官进行重审，那么，即使在一个可能判徒刑的刑事案件中，也可以由非律师的法官主持审判。这个案件中的争议是，这位非律师的市政法官，C. B. Russell，不仅表现得不称职，而且不称职得令人无法容

[58] 与作者(Henry J. Abraham)的访谈,1961年12月18日。

[59] North v. Russell, 427 U.S. 328 (请看,第2章,第21段,注1)。

忍。^[60]但是，紧接着美国联邦最高法院的这一判决，有某些州的最高法院（例如，新罕布什尔、华盛顿、爱达荷和佛罗里达州）都判定，可以在各种案件中使用非律师的法官。^[61]而另一方面，北卡罗莱纳州颁布了一个制定法，要求所有的法官都要具有法律学位。

2. 州初审法院管辖。Robert A. Carp and Ronald Stidham, *Judicial Process in America*, 4th ed., Congressional Quarterly Inc., 1998, pp. 67 - 68, 68 - 69.

1) 有限管辖的初审法院

在这个国家里，每年有大量诉讼由有限管辖的初审法院处理，它处理的案件在美国的所有法院处理的案件中大约占了90%。^[62]它们的名目繁多，有 justice of the peace courts, magistrate courts, municipal courts, city courts, county courts, juvenile courts, domestic relations courts, 以及 metropolitan courts 等，这里列举的还只是比较常见的。

这些法院的管辖都限于不那么重要的案件。例如，在刑事问题上，通常认为州法院处理三类违法（我将在第六章中给予更为广泛的讨论）：违法（infractions）（最不严重的）、轻罪（严重一些）以及重罪（最严重的）。有限管辖的初审法院处理前两类案件。它们只可以判有限的罚金（通常不超过1000美元）以及监禁（通常不超过一年）。在民事案件中，这些法院通常处理的争

[60] 请看 Allen Ashman and Pat Chapin 的描述，“Is the Bell Tolling for Non - Lawyer Judges?”，59 *Judicature* 9 (April 1976)。

[61] 因此，新罕布什尔州最高法院，根据诺斯案，支持对该州的一个类似的制度设置，允许在下级一个非律师法官的法院决定之后在上级法院重审此案。

[62] Harry P. Stumpf, *American Judicial Politics*, Harcourt Brace Jovanovich, 1988, p. 75.

议都限于一定的金额数量，比方说，500 美元。此外，这些类型的法院通常还限于审理某些类型的问题：违反交通规则、家庭关系问题或涉及青少年的案件。与一般管辖的初审法院的另一个差别在于，在许多案件中，这种有限管辖的初审法院都不保留记录。因为它们的程序都不记录在案，对这些法院的判决提出上诉，结果一般都是直接上诉到一般管辖的初审法院进行所谓的“重审”（新审）。

但是有限管辖的初审法院的另一个突出特点是对这些法院的主审法官常常没有任何正式的法律训练资格要求。事实上，其中许多人都是打半工的法官，他们有时甚至连最基本的法律概念也不熟悉。^[63]

这些法院中，有许多都很缺乏资金。常常，他们没有固定的审判庭，只能在杂货店、餐厅或私人住宅里开庭。它们也常常没有助手来做充分的记录。结果就是非正式的程序，以及批量化地处理案件。很少有从头到尾完完整整的审判，案件处理都很迅速。

最后，我们应当注意到，有些州用有限管辖的初审法院来处理重罪刑事案件的初步问题。这些法官常常主持传讯、提出保释、为贫困被告任命律师并进行初步审查。如果是要听取诉求、主持审判和判决，这些案件就会转到一般管辖的初审法院中了。

2) 一般管辖的初审法院

大多数州都有一套主要的初审法院，处理更为严重的刑事和民事案件。此外，在许多州还有一些特别类型的案件，诸如青少年刑事违法、家庭关系案件以及缓刑案，都归一般管辖的初审法

[63] 请看, Allen Ashman and Pat Chapin, "Is the Bell Tolling for Non Lawyer Judges?", *Judicature* 59, 1976, pp. 417 - 421。

官管。

在大多数州中，这些法院也都还有一种上诉审的功能。它们听取从有限管辖初审法院审理的某种类型案件的上诉。如同我们前面提到的，这些上诉经常会重新听审，或者在一般管辖的法院中再审。

一般管辖的初审法院通常划分成审判区或巡回区。尽管各州的做法不同，但一般规则都是以现有的行政边界诸如某县或某一些县的行政边界来确定审判区或巡回区。在农村地区，法官巡回那可是一点儿不假，他根据一个事先确定的日程在巡回区内的不同地方开庭。在城市地区则不同，法官一年到头都在一个规定的地方开庭。在更大的一些县，这群法官也许会按专业划分。有些法官只审民事案件；而另一些只审刑事案件。

在这一层面，法院的名字多种多样。最常见的就是，地区法院、巡回法院和上级法院。如同图 3—1 所显示的，俄亥俄州和宾夕法尼亚州仍然坚持“共同诉求法院”的老名字。而这其中，纽约州无疑最令人困惑，它居然称其一般管辖的初审法院为最高法院。各州法律对这一层次的法官都要求有法律学位。这些法院也还会有一些助手，因为这些法院都要保存记录。换言之，在这一层次的法院中，有一定程度的职业性，而在有限管辖的初审法庭则没有。

第十一章：基层法院法官的司法素质

——从民事一审判决上诉率透视

要想改进，第一步就是要看看摆在面前的事实。^{〔1〕}

——霍姆斯

有过这样的时代吗？公众认为社会道德水准正在提高？^{〔2〕}

——博克

一、问 题

在上文中，我对基层法官的专业素质以及基层司法所需要的

〔1〕 “Law and Social Reform”, in *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, ed. by Max Lerner, The Modern Library, 1943, p.401.

〔2〕 Derek Bok, *The State of the Nation, Government and the Quest for a Better Society*, Harvard University Press, 1996, p.314.

知识状况进行了分析，我得出结论认为，由于种种原因，目前法学院毕业生未必愿意到基层法院工作，并且从社会资源的有效分配和鼓励人才自由选择职业的理路出发，至少在目前，中国的基层法院也许只能更多地从未经法律专业训练的人才中培养法官，承担起基层司法特别是人民法庭的审判工作。我甚至认为，这样的做法有可能改善中国农村的社会生态。从理论逻辑上看，这种论述基本没有什么问题。但是，人们很容易提出两个很有道理的疑问。一是司法公正的问题，这种未经现代法学院训练的法官，长期待在基层的熟人社会中，是否会影响司法的公正，甚至是否使得基层司法变成压迫普通百姓的工具。特别是近年来，司法不公已经成为中国的媒体和民间相互影响的一个颇为热门的话题。这种怀疑更是不能不回答的。另一个疑问是，大量使用未经法学院训练的人担任基层法院法官，他/她们是否有能力履行国家权力机关赋予他/她的司法职能。如果不能回答这两个问题，“化作春泥更护花”的说法也就是你朱苏力的理论设想，如果不是有意为既得利益者评功摆好，为司法改革制造杂音，那么也是你太天真烂漫！

的确，我必须回答这两个问题。

要回答这两个质疑，我必须有新的方法，更直接、更强有力的材料和逻辑分析。先前我大多使用的方法是理论分析，个案分析，试图从中获得一般的理论和命题，用于回答上述质疑，因而会很令人信服。当然，我还是可以作个案分析，指出某个或某几个未经法学院训练的法官不仅廉洁无私，而且精通专业。但不会有任何人接受这是充分的证据，而最多证明了一个未经法学院训练的法官也可能是好人和聪明人。怀疑者完全可以提出一系列从上到下的未经法学院训练的法官贪污腐败、昏庸无能的例子。在这种有关普遍性的命题上，个案研究、枚举法无法令人信服。

我必须要有这样的材料，首先，这些材料对于我的研究来说必须是无可挑剔的，是无从编造的，其中的误差在任何意义上也不可能危及我的研究结论的可信性和可靠性。其次，这些材料还必须是非常容易得到的，因此，普通人只要有一定的分析和算术能力，严格依照逻辑，就可以重复；这些材料的使用和分析还必须是一般具有高中以上文化水平和有一定逻辑思维能力的人都能理解和看懂的。以及，第三，最重要的，这些材料必须不是反映某一个县、市甚或是省的法官，它必须或最好是能反映当代中国全体基层法官的情况，甚至，最好还不只是反映了某一个比较短暂时期的情况。

这可能吗？这种苛刻的要求几乎是硬要把自己往长坂坡上逼，自己要自己的好看。但是，置之死地而后生；敢立下军令状者，未必只能在华容道上留残兵余身，也敢于百万军中取上将首级。思考和浏览的结论是柳暗花明，研究的结果更令我大吃一惊（我相信绝大部分读者也会非常意外，甚至会本能地拒绝）。但如果仅仅因为研究结果与自己的预期或直觉不一致，就拒绝实证研究的结果，那就如同当年的天主教大主教拒绝伽利略的望远镜一样；这是一种宗教心态，而不是科学心态。我反复考察了我自己的理论前提，逻辑分析、方法和材料，说实话，我无法发现在我所研究的基层法院的这一问题上，有任何足以颠覆本文结论的毛病。因此，我将研究公之于众，并不是希望人们能接受（接受不接受一个结论，常常并不是一个知识或智力的问题，这就如同大主教拒绝接受伽利略的理论不是因为前者的知识或智力有问题一样），而是希望其他学者能帮助我指出，如果我的分析错了，可能在哪里失足了。我真心地准备接受令人信服的智识挑战，但不会轻易认输；目的只有一个，进一步推进我们对中国司法制度的实证研究和切实理解。

二、操作定义、假说和可测定假说

为了便于读者理解进而进入问题，首先让我们设想一下，假如你或我是某个案件的当事人之一，面对什么样的司法判决我会提出上诉？我想每个人都会说，“判决不公正时”。〔3〕由此，我们就可以提出一个用做测度某个判决是否公正的指标。这个指标看起来很简单，不符合形而上的正义定义（而且这种定义很多，因此你不知应当符合哪一个），但它却是一个可以操作的定义，并且符合经济学上关于交易公正与否的理论。从经济学上看，任何一个交易，如果对于交易双方都是可以接受的，这个交易就是公正的。你拿 10000 元人民币自愿买了一张“全国山河一片红”的邮票，你父母亲甚至你的一切朋友都认为你上当了，但是你若觉得“值”，这个交易在经济学上看就是公正的。贸易就是这样发生的，否则你怎么可以设想比尔·盖茨能在十几年内成为世界首富、大家还觉得他应当如此呢？如果你不接受这个公正的操作性界定，我就再退一步说，你是否可以接受这样一个关于判决是否不公正的操作性界定：当人们对初审判决提出上诉时，这就意味着他/她（而不是其他的外在的人）认为这个判决不公正。如果你连这个关于不正义的操作性界定也不能接受，那我们只能“道不同，不相为谋”〔4〕了。如果你接受了这个界定，我们就可

〔3〕思维更细密的熟悉法律的人，比方说，律师，还可能说，即使判决公正，我也会上诉，假如我有超过 50% 的可能获得更大利益时。其实律师的话更可能对，但是用律师的条件来分析我所研究的初审法官没有多大影响，相反会使得我们的分析复杂化。但是律师的话对考察上诉审法官的情况有意义。

〔4〕《论语·卫灵公》。

以继续下去。

但是，我们必须注意，任何一个案件，一般都至少有双方当事人，如果判决只对一方有利，这一方会接受这一判决，但另一方就可能不接受，会认为这一判决不公正。而且由于判决案件并不是一种增加财富的活动，而仅仅是就已经确定的有争议的财富进行分配，因此仅仅对一方有利的判决，就往往会对另一方不利，也就更可能引起另一方上诉。因此，我们可以说，任何一个案件，判决只要不是让双方都感到比较公道，就有可能引出上诉。

有可能，并不是必定。有不少人会考虑到上诉的各种精力、财力、时间的耗费，因此，即使心里愤愤不平，也还是没有上诉。但这种情况在任何司法制度下都会有，不会突然间急剧增多或减少，因为这种制约上诉的因素不大可能有突然的巨变。根据数学上的大数原理，一般的情况是，感到判决不公平的人总是要比感到判决公平的人更有愿望和欲望提出上诉。^{〔5〕}因此，从原则上看，我们可以根据在一个司法制度中上诉的多少来判断人们对判决的公正程度的感受。当其他条件相当时，就两个不同的年份而言，判决不公平案件多的年份上诉人就会增加，判决不公平案件少的年份上诉人就少。

但是，简单地用上诉案件数量来衡量初审判决公正程度还是有问题的。因为不同的年份，初审判决的案件数量有时就会有很大不同。中国在过去的20年里，法院审理的案件急剧增加，很自然上诉的案件会有很大增加。又比如，同样是国家，中国和新

〔5〕 一些初审法官就有这样的观察，请看，Charles E. Wyzanski, "The Importance of the Trial Judge", in Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*, 4th ed., Random House, 1986, pp. 108 - 110.

加坡，就不一样。新加坡是一个小国，每年初审的判决案件数量肯定少于中国，其上诉案件就肯定少。而大国，由于纠纷多，其上诉的案件数量就肯定多。因此，我们必须寻求其他更为准确的方法来衡量诉讼人对初审判决公正性的行为性评价。

要解决这个问题实际很简单，就是用上诉率，而不是用上诉案件数作为测定标志。上诉率是上诉案件在全部判决案件中所占的比例。用这个换算了的数量来衡量，从统计学上来看更具可比性。

有了这样一个基本的假说，我们可以进一步构建一系列可测定的有关初审判决公正性的假说。比方说，以年为单位，计算每年的上诉率，我们就有可能通过这种上诉率的变化透视这个社会诉讼当事人对初审判决公正性的评价：

如果上诉率持续上升，那么就意味着对于诉讼当事人来说初审判决公正性不断降低；

如果上诉率持续下降，那么就意味着对于诉讼当事人来说初审判决公正性不断提高。

注意，我在这里强调的是诉讼当事人的感受和评价；也许有人会对此提出质疑，但问题是，如果诉讼当事人都不觉得判决不公正，我们作为外来人又如何判断，而且我们每个外来人的判断标准都不可能一样。我们必须记住“鞋合适不合适，脚趾头最清楚”的常识。

但是，在这里，我们还要注意，影响判决公正的因素是比较多的，既有制度的（法律本身的）因素，也会有法官个人的因素。如果从法官个人因素上看，又可以大致分为两个方面。一方面，法官是否廉洁。拿了人家手短，吃了人家嘴软；如果一个法

官接受了别人的好处，他/她自然会在司法上偏向一方，造成司法判决的不公正（我们在这里暂时不讨论所谓的“徇私枉法”的情况，这种情况一是很少，二是这种情况产生的结果不是“司法判决”不公，而是法官的行为不端）。我在本文中称这种因素为偏私。但是，另一方面，世界上的坏事、错事并不都是由于人良心坏了，有许多时候，好心也同样办坏事，比方说法官的专业水平太低，也同样可能造成司法判决的事实上的不公。因此，完全有这样的可能，尽管法官自己并没有想不公，甚至自认为很公正，比方说，对“陈世美”施以重刑，但结果是不公。由于我们在这里只能用行为主义来判断，而没有办法深入法官的心智中看，而且就是进去了也未必看得到什么东西，〔6〕因此，我不打算区分这种不公正因偏私而造成的不公。就司法而言，公不公，看的是结果，而不是法官的主观动机。但是，在分析导致司法公正程度变化时，我还是认为“专业水平低”的因素有可能导致司法不公。

如果承认这两个因素都可能造成事实上的司法判决不公，那么就可以进一步推出下面一系列可测定的假说：

专业水平稳定不变时，司法人员偏私增加会导致上诉率上升；

当偏私程度稳定不变时，司法人员专业水平下降也可能导致上诉率增加；

当专业水平稳定不变时，司法人员偏私降低会导致上诉率下降；

〔6〕 参见，Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990年版。

当偏私程度稳定不变时，司法人员专业水平上升有可能导致上诉率下降；

当上诉率上升时，有可能是司法人员的偏私程度增加了或专业水平降低了或两个因素齐备；

当上诉率下降时，至少这两个因素中的一个起到了正面的作用。

依据这些假说，我们可以考察一下中国基层法官的一审判决的情况。

三、原始材料的说明和处理

我使用的材料来自《中国法律年鉴》公布的 1989—1997 年的各年民事案件初审判决案件数和二审收案数。这些数字不仅可以在相应的《中国法律年鉴》中查到，也可以在中国北京大学法律信息网的司法机构中查到，网址是 <http://www.chinalawinfo.com/fljg/fltj/>。我使用的材料就来自这个网址。

第一点要说明的是，为什么我只使用了民事案件的统计数据。这首先是与我的研究有关，我首先关心的是基层法院的法官，而不是研究一般的法官。因此我选择的数据必须能够反映出基层法院法官的能力和素质。在所有公布的统计数据中，只有民事案件的数据能够满足这一要求。

对这一点，我要细致地分析一下，以免读者疑惑。现在公布的数据中，与一般的（非专业法院）基层法院有关的只有四大类案件，即民事、经济、刑事和行政。这四类案件分别适用三部诉讼法，前两类均适用《民事诉讼法》。在这些诉讼法中都有级别

管辖的规定，并且文字似乎也没有很大的差别；但是在司法实践中，这种级别管辖对基层法院在这四类案件上的一审管辖的影响非常不同。在刑事案件上，可以说基本是基层法院和中级法院分享了对刑事案件的一般管辖权，比较重大的刑事案件都是由中级法院初审。在行政案件上，由于中国的行政级别制，尽管基层法院偶尔也可能会审理极少数涉及更高行政级别的政府机关（我头脑中最著名的就是四川省夹江县制假者到县法院告了省厅的打假人员的案件，但是没有落个好下场），但是据我了解，这种情况很少；基本的管辖都是涉及到哪一级行政部门就由哪一级法院审，因此基层法院对行政案件也没有近乎独享的初审管辖权。基层法院经济案件的管辖权也是被瓜分的，案件的管辖往往是按照诉讼标的的大小被各上级法院瓜分了。因此，在这三类案件中，从公布的初审判决案件数字中，我们无法了解，究竟有多少案件是由基层法院初审判决的，其中又有多少提出了上诉。现有这些公布的数字只能用做评判各级法官的初审判决公正性的指标，而不能用来做评判基层法院法官的初审判决公正性的指标，尽管基层法院的法官都是初审法官。

在民事诉讼法中，关于民事案件的级别管辖规定与其他案件的级别管辖规定在文字上大同小异，但是由于民事案件的社会意义对于立法者和司法者相对说来都不那么重要，并且审理这些案件的可预期诉讼费收入相对很低以及工作量的巨大，因此各个上级法院都不想管，基层法院实际上拥有了对普通民事案件的几乎全部的初审权，只有少数重大的涉外民事案件和对地区或省或全国来说重大、复杂的案件除外。尽管法律上有这样的但书，但事实上中级以上的法院很少对普通民事案件进行初审。我调查过的某地区法院民庭，好多年都没有一起民事案件初审，该庭实际审理的是经济案件；中级法院的民庭基本都是审理上诉案件。因此

据我估计，有 90% 到 95% 甚至更高比例的民事案件都是由基层法院或其派出的人民法庭初审的。^{〔7〕} 据此，可以说，只有民事案件最能全面反映并基本是独自反映了基层法院法官的能力和素质。对这些初审判决提出上诉，几乎可以说惟独反映了诉讼当事人对基层法院法官初审判决公正性的评价。

第二点要说明的是，网址上提供的数据是从 1987 年到 1997 年 11 年间的一审和二审案件数，但是 1987 和 1988 两年提供的一审案件数仅仅是法院收案和结案的数字，没有一审案件的判决数。而我们知道，中国法院审理的一审民事案件中有至少超过 2/3 都是以法庭前调解结案的。没有判决案件数，仅仅有二审的收案数，我无法计算上诉率。为了保持数据的统一性和可比性，我舍弃了这两年的数字。我认为，后 9 年的数字已足以表现出一种基本的态势或趋势。

第三点要说明的是，我所采用的这些统计数据的精确性、可靠性及其对本研究所要验证的命题是否具有统计学意义上的影响。如同任何统计数据一样，这个统计数据不可能是完全精确的。在各级统计过程中都难免出错。但是我认为这种统计数据会如同地方向中央公布的某些产值或增长率之类的数字那样，有“楚王好细腰，宫娥尽饿死”的问题。这些数字一般说来不可能给领导脸上增光，并且目前似乎还没有谁好过这种“细腰”。这些统计数字都是作为一般档案保留下来的，在许多人眼中，甚至在我写此文的前一天都是不很重要的数字。此外，这些数据的存在早于我的学术研究，统计人员不会为了或预料到我今天的使用

〔7〕 我没有非常权威的引证，但是一个比较有权威的说法可供推测的是，全国审结的案件中有 70% 是由人民法庭审理的；见，本刊评论员：“法庭管理是个大课题”，载《人民司法》1994 年第 12 期，页 7。

而预先修改数字。更重要的是，如果说案件总数还可能出点错的话，而我使用的一审判决案件数和二审收案数则很难出错，因为这些案件不仅有一般的记录，而且有卷宗，有判决书，有严格的公文交接手续。现代官僚制度中的公文制度化使得这种数据无法造假，也很少可能出错。

当然，我不排除这些数字还是会有些小的出入，比如说汇总，又比如说上网时的输入。但是，我认为前一种差错对于我的研究所要求的精度来说，没有任何统计学上的意义，不会影响任何结论。事实上，我在计算处理数据时，将小数点4位之后的数字都给省略了，这种省略大约相当于几百个案件的出入。上网输入的错误如果出在低位数，无关紧要，最怕是出在高位，但是这种可能性仍然不大。因为从各年的统计数据来看，已经形成了一个大致格局或态势，一旦态势反常，就会引起我的注意，而我没有发现什么不规则的变化。

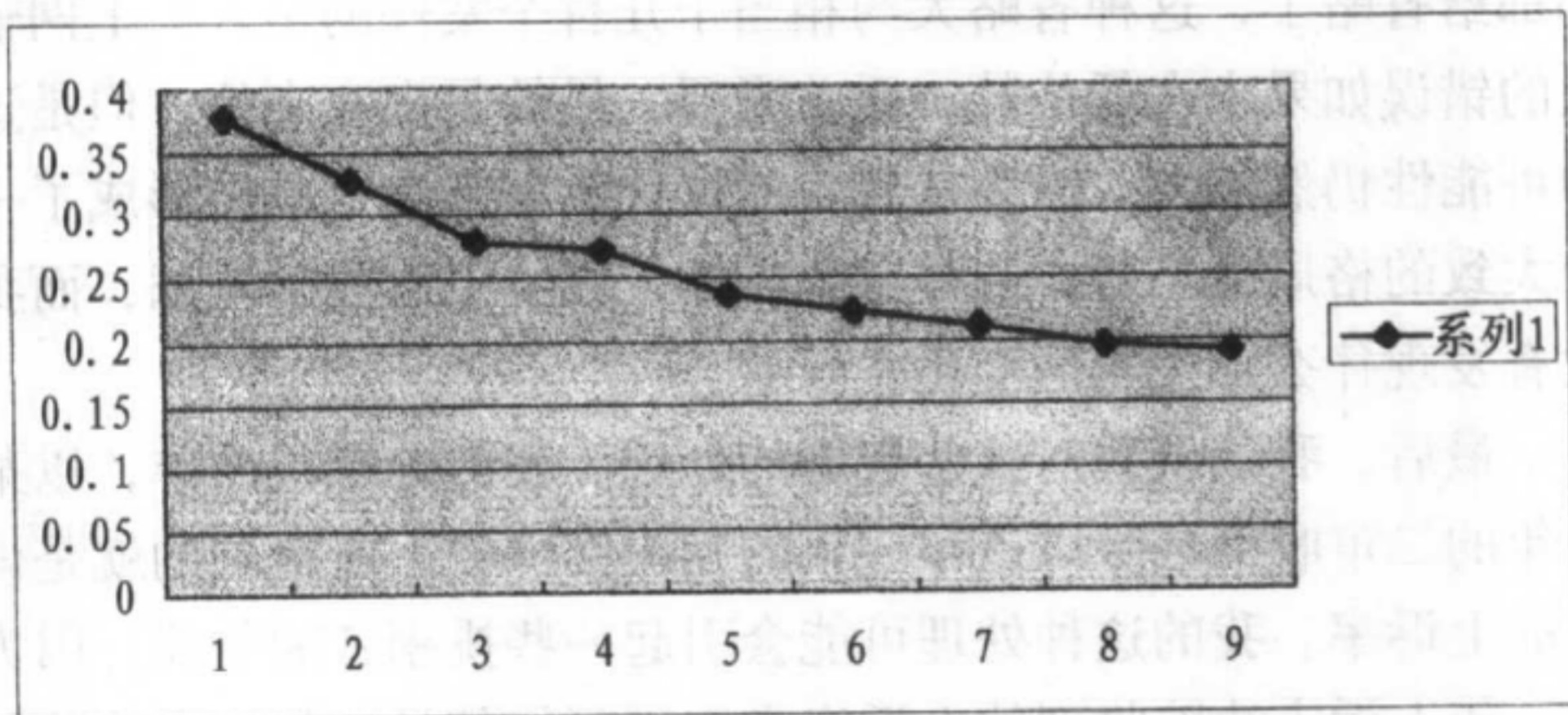
最后，我谈谈我对这些数据的处理。我的处理很简单，以某一年的二审收案数除以该年一审的判决案件数，所得到的就是该年的上诉率。我的这种处理可能会引起一些挑剔者的争议，因为这一年上诉审法院收到的上诉案肯定不可能都是该年初审法院判决的案件，甚至会有相当一部分不是。所以，跨年度的案件比较有可能影响数据的精确性。但是，这种有道理的挑剔一遇到我要解决的问题就会败下阵去。我有两点理由应对。一点是，如果严格按照年度区分案件，就目前的技术和资金上看，都是不可能完成的，即使可能，也无人保证不会有区分的错误。但是，更重要的一点是，这种区分在统计学上是没有意义的。我们都说中国有12亿人，但是我们都知道还有几千万人在这个数字中被省略了。精确是要有针对性的，没有意义的精确只是累赘，甚至是笑话。对于我的问题，现有的统计方式提供的精确性已远远超出了我的

要求。

四、研究结果和分析

下面就是根据我计算的上诉率绘制的图表。纵轴代表的是上诉率，横轴自左至右是从1989年到1997年。图中点分别代表了该年度的上诉率，从点与点之间的连线，我们可以大致看出上诉率的变化和趋势。

图1：民事案件初审判决上诉率之变迁（1989—1997）



资料来源：<http://www.chinalawinfo.com/>

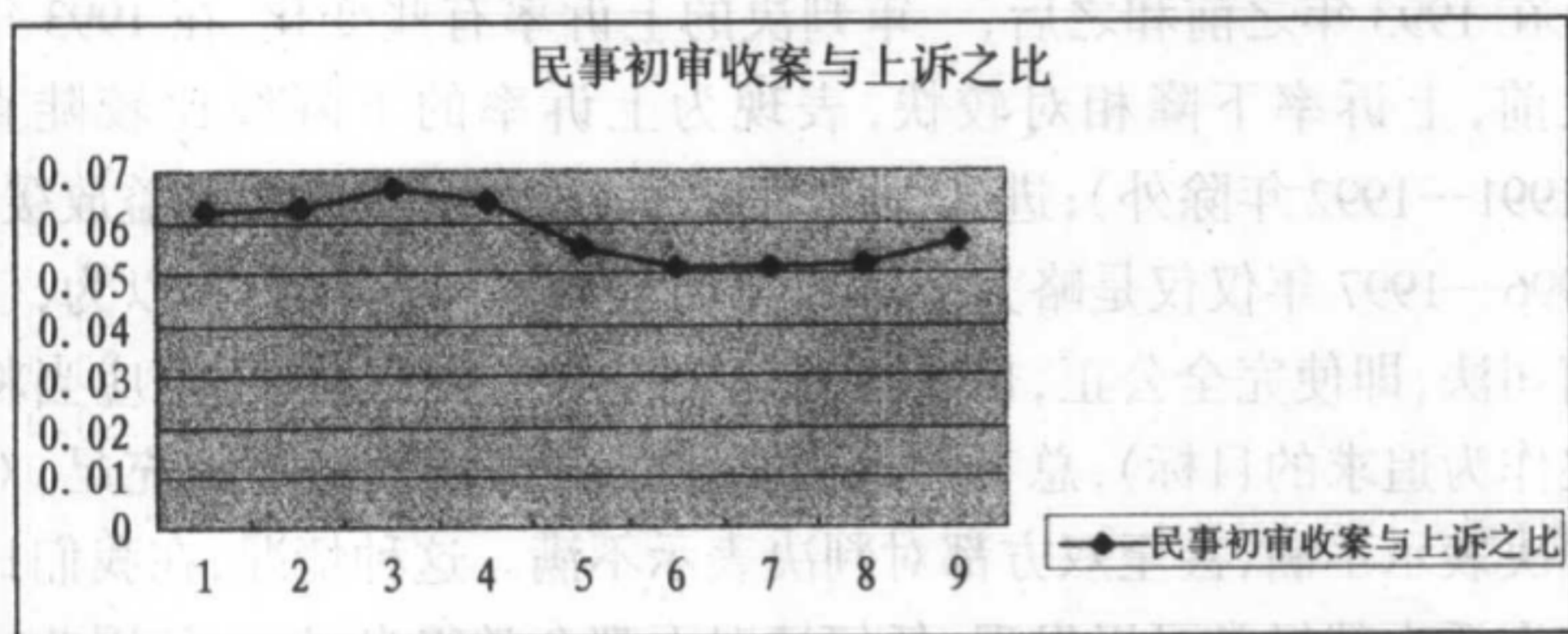
从这张图上，我们可以明显看到自1989年以来，民事诉讼一审判决的上诉率一直趋于下降。如果前面的分析和可验证假说不错，那么这足以证明，就民事案件而言，诉讼当事人对法院一审判决的满意度在上升；而并非如同我们在有关“司法不公”的声浪中可能直觉感受、并可能推测的诉讼当事人对法院的一审判决日益不满。由于——如同前面分析的——民事初审的案件基本上都是由基层法院法官审理判决的，那么，仅仅根据这一点推断，不论出

于什么原因,至少在过去的10年里,以当事人的满意程度为标准,基层法官的司法公正程度有了稳定的提高。在这个意义上,我们还可以说,尽管基层法院的法官文化水平不高,绝大多数都没有经过法学院的训练,但是他/她们不仅基本完成了民事案件的审理,而且他/她们还在不断改善自己的司法绩效。

从这张图上还可以看出,尽管一审判决的上诉率一直下降,但是在1993年之前和之后,一审判决的上诉率有些变化,在1993年之前,上诉率下降相对较快,表现为上诉率的下降线比较陡直(1991—1992年除外);进入1993年之后,这种下降曲线日益放缓,1996—1997年仅仅是略为下降。如何理解这一变化?我以为,任何司法,即使完全公正,也不可能完全没有上诉(而且也不应当将之作为追求的目标),总有一些人会认为自己的理由更为充足,对判决表示不满,甚至双方都对判决表示不满。这种情况,在我们日常生活中就经常可以发现,任何情况下都会觉得自己亏了,因此提出上诉。这种“认死理”的情况未必是当事人不讲道理,在我看来,这更多是表现了不同的人有时并不能对同一件事作出同样的评价,个人的偏好很难通约。正是由于这种情况的存在,判决才是必要的。也正是由于这种情况,任何社会的任何一层的司法判决,都会有一个大致稳定的最基本的上诉率。我以每年的民事案件一审结案数与一审判决上诉数计算,获得图2证明,我的这一判断是可靠的。在过去的10年中,这两个数之比稳定地徘徊在6%上下,最高和最低相差仅在1.5个百分点之内。如果同上诉率的下降同列一图(图3),我们就可以看出,这个波动幅度几乎是一根直线。这就表明,一审审理的全部案件(而并非判决案件)中,总是大约有6%的案件当事人会就判决提出上诉。这就意味着无论法官多么努力,如何提高一审司法判决产品的质量,这些产品也永远不可能令所有的当事人满意。因此,上诉率趋缓意味着中国民事案件初

审的上诉率已日趋接近、但可能还没有到达这一底线(这还需要新的数据)。而这一判断的实践意义在于,民事案件初审判决的质量还有可能进一步提高,但已相当有限;如果这种可能性之实现在很大程度上取决于基层法院法官自身,^[8]那么这也就意味着基层法院法官还可能做些什么。

图 2: 民事案件受理案件上诉率 (1989—1997)



资料来源: <http://www.chinalawinfo.com/>

初审判决的上诉率下降了,但我们还不能简单地将之归结为法官的司法公正程度的提高或/和法官的司法专业水平的提高。对这一点,我们还是要更有更精细的分析,特别是尽可能排除其他可能影响上诉率下降的因素。

一个重要的怀疑是初审司法不公正造成了诉讼当事人放弃了上诉,因此在这种怀疑看来,上诉率的下降就意味着司法不公正程度的增加。的确,一个人如果发现司法诉讼并不能给自己期望的结果,由于对法院和法官失望,因此放弃了诉诸司法的途径,

[8] 有可能,这不取决于法官本身,而取决于社会 and 法律的稳定。

也就不再上诉。生活中并不缺乏这种情况，一个青年学生，哪怕非常希望上大学，但如果多年考不上大学，他/她最后也会放弃这一梦想。世界上很少有一棵树上吊死的人。但是，我认为，这种怀疑就总体来看不能成立。首先，如果确实感到司法不公（而不是上面说的一般的对结果不满意，因为司法是对利益的重新分配，不增加参与分配的利益，皆大欢喜的结果不可能），所涉及的利益又足够大，人们就更可能针对初审提出上诉，而不是相反。因为这毕竟是他/她第一次感受司法。其次，一般人对任何事的失望都不大可能仅仅由于一次失败的或不快的经验。一个渴望进入大学学习的青年，只要他/她对自己的实力有足够的确信，那么只会在多次失败后，才会放弃；如果他/她一次就放弃，一般说来，如果不是有其他机会，那么就是他/她自己感到自己的实力不足。就诉讼来看，这也就是说，诉讼当事人认为自己的案子（包括证据）或主张不那么有力才会放弃上诉。第三，与青年学子考大学不同的是，上诉不是由同一法官或法院审理（而考大学则年年要全国统考，统一出卷），而是不同的法官和法院审理，这种状况一般说来都是更鼓励人们再试一试的（即提出上诉），而不是相反。当然，第四，我不怀疑原、被告中有少量特别敏感、容易心灰意懒、从一次失败的经验就得出“天下乌鸦一般黑”的人，而且我也相信能找出不少这样的例子来。但请注意，我们不是谈论某个人、某一类人，我们分析的是中国的基层法院的一审民事诉讼的诉讼双方当事人；那种特别敏感的人在人群中的总量是相对稳定的，分布也是均衡的，不会在一个不长的时间内突然增多或减少，或逐渐集中到诉讼中来，因此发生在统计学上有意义的变化。这一点从这些年来比较稳定的民事一审收案总数与上诉之比也可以证明，即提出诉讼的原、被告中，总是有5%到6%之间上诉率。

另一种怀疑与上面的怀疑类似或有联系，但设想了一个更复杂的模型。大致说来，这种说法认为，首先人们已经从社会各种信息渠道中了解到司法不公，但是还不完全相信，经过初审，就相信了，因此，就不再上诉了。这种说法很难成立。首先，这仅仅是一种猜想，猜想的意义在于提出新的研究进路，但猜想本身并不具有证明力。其次，即使假定这种猜想成立，它也有无法自圆其说的自我矛盾以及与经验事实的矛盾。这种假说认为信息会影响人们行动，这一点我完全同意；但是，它在强调信息会影响人们提起上诉的意愿之际，恰恰没有考虑信息更首先会影响人们提出诉讼的意愿。而我们现有的证据表明，自过去 20 年来，民事诉讼案件的受理数量一直在急剧上升。因此，这种怀疑就要面对一个无法回答的矛盾现象，一方面，从民事案件受理数上升来看，人们的对民事案件初审的信任增加了，而另一方面，从民事初审的上诉率下降来看，人们对民事初审的信任降低了。这两个命题不可能同时成立。当然怀疑者可以说，民事初审案件受理数量上升是社会生活变化的产物，是社会生活的复杂化、经济交往的增加造成了纠纷的增加，因此，收案率增加与对初审的信任无关。但这还是说不通，因为社会纠纷解决机制从来就不只是法院一家，遇到纠纷——特别是民事纠纷——找谁不找谁总是涉及到对其是否信任的问题。特别是考虑到我所使用的材料跨越了 10 年，如果中国老百姓 10 年了还不能理解这一点，还是“明知山有虎（司法不公），偏向虎山行”，这恐怕也太蠢了吧？中国百姓对政策特别是实际落实的政策敏感度仍是很强的，经济体制改革的历史就证明了这一点；改革开放之后，老百姓对司法的诉诸日益增加也证明了这一点。进一步否认这一怀疑的是民事一审案件的判决率（见图 3），也在逐年增高。即使假定有些人在听到司法不公的说法之后还将信将疑，因此病急乱投医，进入了民事

诉讼，那么他/她也未必一定要吃完了梨子才知道梨子的滋味，一定等完全经历了不公才对司法失望；他完全可以及早抽身，在判决之前通过和解或其他方式解决纠纷，撤出初审判决。特别是民事诉讼当事人对案件有更大的控制权和自主权。而他不撤出诉讼，就表明在当事人看来，诉讼的结果还是可能比其他方式获得的结果更为公道一些，尽管他并不一定十分满意，而我前面已经说过，司法裁决从来不可能让双方都十分满意。因此，这种精致的猜想其实并不精致，仅仅是加了更多的预设而已。但是只要综合考虑一下现有的数据，就可以证明这种猜想不能成立。

还有一种怀疑，同样与上面有联系，但更精致。简单说来，这种说法就是由于司法不公造成人们有“上诉没用”的感觉，所以上诉率逐年降低；因此，在这种怀疑中，前一或几年的上诉率下降影响了后来者的预期，上诉率下降既是自变量也是因变量。这种怀疑也很难成立。因为，它如果成立，它质疑的更多是上诉审是否公正，而不完全是本文讨论的民事初审，因此，不在我讨论的范围之列。其次，我们并不能假定上诉就一定应当改判或发回重审，只有改判或重审才证明了上诉是公正的。如果这样推论，上诉率就应当越高越好。但是，因此而来的上诉率高证明了上诉审公正的同时，就势必证明了初审日益不公正。而这又恰恰回到了本文的基本假定，上诉率高，证明了诉讼当事人对初审判决满意度低，上诉率低，证明了诉讼当事人对初审判决满意度高。因此，这种怀疑并不能颠覆本文的进路和猜想。当然，也还有一种可能，初审法官与上诉审法官串通好了，因此上诉没用。这种情况肯定会存在，但是问题在于是否那么普遍，以致足以影响全国的统计数据？我非常怀疑，这是一个太大的阴谋理论，全国的民事初审法官都与上诉审法官“勾搭成奸”，这种异想天开，令人无法接受。从理论上讲，这样做对两审法官的交易费用会极高，因此不大可能。更重要的是，

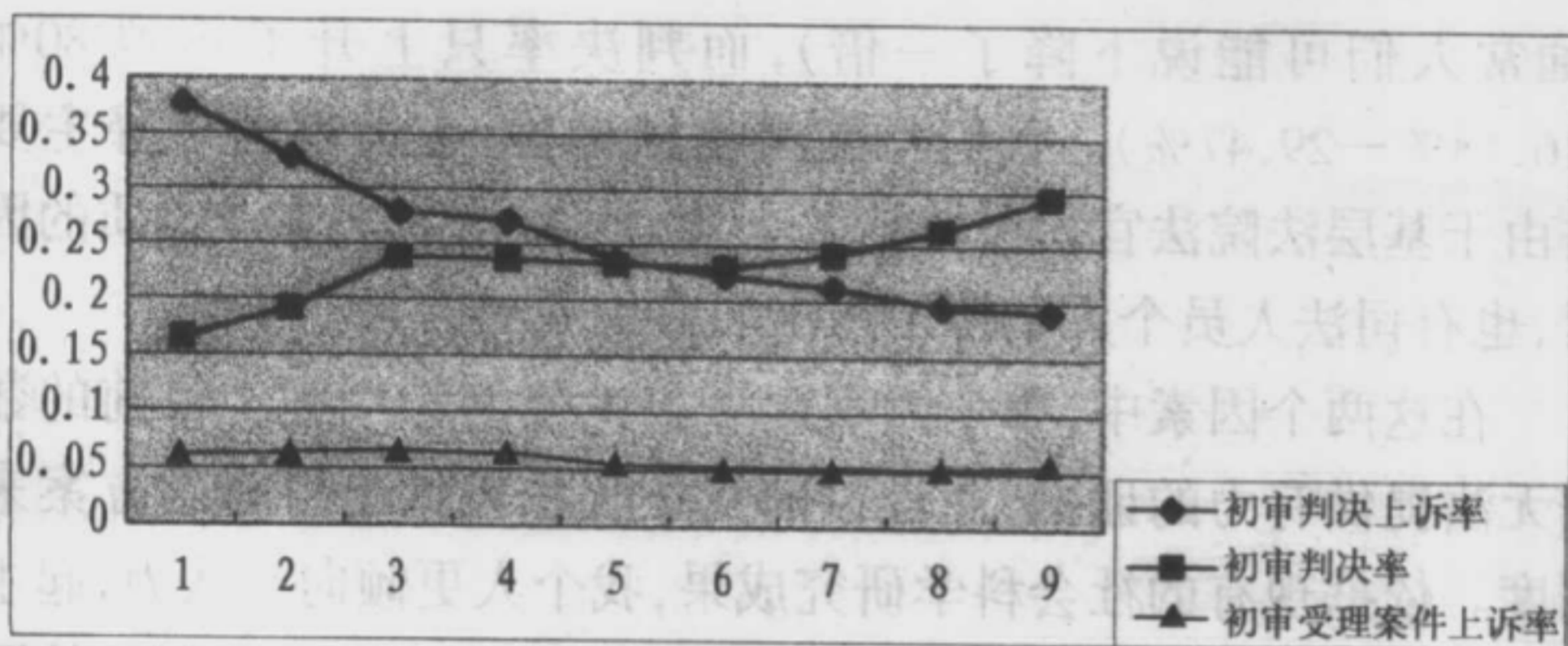
我调查发现的制度似乎也否证了这种猜想。我调查和听到的一些中级法院民二庭(管上诉)的法官都说,中级法院内部实际是鼓励上诉审法官发现基层法官的错误,并有一定的改判或发回重审的指标,能发现基层法官司法上的错误是上诉审法官的最重要、最基本的工作业绩之一。因此,上诉审法官有更多自我利益的激励来证明自己的优越,自己的优秀,自己的工作绩效,为了自己的奖金,为了自己的提拔,甚至为了自己在初审法官中的权威。相反,如果同初审法官沆瀣一气,上诉审法官则会有一定的风险。一般情况下,如果说在某些时候包庇初审法官的某些小错误还有可能,掩盖初审法官的司法不公的可能性极小。因为,一个人一般说来不会为了与自己关系不那么大的人冒那么大的风险。这种说法在这个意义上不能成立。

但是在另一种意义上,这种说法还是有意义的,即它强调了法律制度稳定性会减少上诉的发生。但是,这种影响实际是正面的,我将在后面讨论制度稳定性时再分析。

还有一个重要的怀疑是判决率的上升是否造成了上诉率的下降。80年代以来,中国先是法学界随后是司法界一直反对过分强调民事调解,认为法院应当重视司法的判决。同时,由于判决显然要比调解更能节省法院的各种资源,因此,民事案件的初审判决率自80年代中期以来一直呈稳定的上升趋势(参见图3)。因此,人们可能从这里推出,上诉率的下降是由于判决总数量的增加而降低了,并非由于法官司法公正的因素而下降了。

这种怀疑也是站不住脚的。确实,判决意味着法官依据法律(或更多是以法律包装起来的常识)将自己的判断强加给当事人,在这个意义上,可能会使当事人对判决不满,增加他/她们上诉的可能性。但并不必定如此。因为从司法(法庭调解)的实践上看,许多本来应当可以调解成功的往往会因为双方当事人纠缠于枝节

图 3: 民事案件初审判决率、判决上诉率、收案上诉率合图(1989—1997)



资料来源：<http://www.chinalawinfo.com/>

问题而受挫；特别是在中国，调解往往是当事人面对面协商，而不是通过律师来进行，因此有时仅仅为了不愿认输而无法达成调解。在这种情况下，判决实际上给双方都保留了面子，节省了协商一致所需要的过高的交易费用。在这种情况下，快刀斩乱麻，不仅更有效率，而且对于双方好处都更大，〔9〕是当事人可以接受的，一般不会提出上诉。在这种情况下，判决总量的增加确有可能降低上诉率。但是，这种可能性并不大，因为这些增加的判决首先必须是公正的，否则，人们同样会对自己感到不公正的判决提出上诉。并且从理论上讲，如果判决比调解更不公的话，那么判决案件数量的增加，只会提高上诉率，而不是降低。我们从图 3 看到的情况是，判决案件的比例就趋势来看是稳定增加（只是在 90 年代前期有一段稳定的时期），而上诉案件的比例稳步下降。因此，完全可以排除，上诉率下降是由于判决率提高之结果的可能性。并且统计数

〔9〕 参见，盛洪：“公共选择与法官裁决”，收入《盛洪集》，黑龙江教育出版社 1996 年版，页 219 以下。

据还表明,同期,上诉率下降数值接近 50% (37.75%—19.12%) (通常人们可能说下降了一倍),而判决率只上升了不到 80% (16.48%—29.47%)。我们只能得出结论说,上诉率的下降主要是由于基层法院法官司法的绩效。其中可能有司法专业素质的因素,也有司法人员个人坚持了司法职业伦理的因素。

在这两个因素中,哪个因素起了更主要的作用呢?目前的数据无法提供有力的证据,而且目前我还无法设计出可靠的方案来测度。依据现有的社会科学研究成果,我个人更倾向于认为,起主要作用的可能是由于法官司法专业素质的提高,而法官廉洁的因素所起的作用会相对较小。我的基本理由是,一个社会或一个特定的社会群体的道德水准不大可能在短时期内有很大的变化,无论是坏的社会风气还是“正确的”道德教育,都不大可能对一个成年人的行为产生很大影响,^[10] 因为道德是基于人们的内心确信和人的自然情感而产生的,现代的生物学特别是社会生物学研究表明,道德甚至受到基因的限制,而并非道德教育的成果。^[11] 因此,一个社会的所谓的道德变化,尽管有时人们听到的和看到的似乎是社会道德的急剧变化,其实在很大程度上都是一种边际性波动。如果不是各种社会的制约因素有重大变化,任何社会的道德都既不可能存在所谓的“严重滑坡”的倾向,也不可能出现道德水准大幅度提高的可能。

中国在过去的 20 年里,经历了重大的社会变化,社会流动

[10] 参看波斯纳的分析, Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999, 特别是第 1 章的第 4 节。

[11] 有关的讨论,可参看, Ernst Mayr, *This is Biology, The Science of the Living World*, Harvard University Press, 1997, 特别是第 12 章;又可参看波斯纳的分析, Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 同上, 特别是第 1 章的第 2 节。

性提高了，陌生化程度高了，同时也有不少制度的变革，这些社会变迁在一定意义上看，会使得中国人的行为带有更多的“机会主义”色彩，道德水平可能有所下降。^{〔12〕}但是，必须指出，受这种由于经济转型而带来的社会变迁影响比较大的仍然主要是东部的大中城市以及部分地区，对于基层法院所在地区的影响相对较小。在我们调查的基层法院发现，绝大部分基层法院的法官都是本乡本土的人。熟人社会的环境往往会对人的行为构成某种制约，因此不大可能造成行为上的道德突变。

而从另一方面看，中国的过去 20 年里，社会毕竟没有经历前 30 年那样巨大的波动，法院制度尽管在不断地改革，但大致是稳定发展的，各种制度都在恢复、试验和完善之中，这些制度也会对法官构成某种制约，未必有很多法官敢拿自己的饭碗开玩笑。毕竟还有庭长、院长、审判委员会以及上诉审乃至纪检、监察等制度的制约。我并不是说，这些制度性制约对司法产生的都是正面的效果，它们确有不利于司法专业化和司法独立或程序正义的问题；但是，它们在某些方面还是具有防止法官徇私舞弊的效果的，特别是对基层法院的法官。与中高级法院的法官相比，基层法院的法官由于其学历偏低，由于其所在城镇较小，工作机会少，加之这些城镇的社会同质性强，社区压力大，丢不起人，因此法官职务对基层法院的法官来说，还很是回事，而在中高级法院至少有一部分法官有比较大的职业回旋余地（可以当律师或经商）。因此，就总体来说，基层法院法官搞司法不公的机会成本要比中高级法院法官的成本大得多。在这种社会制度的制约下，因此我不能说基层法院法官的职业伦理素质提高了，但是我

〔12〕 苏力：“把道德放在社会生活的合适位置”，载《阅读秩序》，山东教育出版社 1999 年版，页 49 以下。

大致可以说基层法院法官的职业伦理素质不大可能降低。

与此同时,基层法官的专业技术水平却有了较大的提高。因为,本来中国法官的专业水平就比较低,现有的法官绝大部分都是文革以后逐年进入法院工作的,并且其中绝大部分都没有受过专业的训练,因此,在经过几年的司法实践之后,完全有可能在司法上更有经验,更有分寸感。而且,这一时期也是中国社会比较重视专业知识和学历的时期,尽管这造成了大量虚假的学历(“水货”),但是毕竟促使了许多比较年轻的人通过各种方式获取知识,特别是专业的知识。越来越多的基层法官都感到,要在法院待下去,专业业务很重要。这些都在客观上促进了法官的专业水平的提高。

甚至,我们不应当仅仅在法官身上找原因(从人身上找原因),而是再放开一点儿看,着眼于制度,那么我认为,促成上诉率下降的一个更重要的制度性因素是司法的稳定性和规范性,这本身就会减少上诉率。举例来说,在一个习惯于双方同意才允许离婚的社会和司法传统中,法院若采纳一方强烈要求离婚就准予离婚的原则并作出判决,肯定会引起不愿离婚一方的不满,并对初审判决提出上诉。但是如果这种格局坚持下来,形成了规则,那么此后不愿离婚的一方也会接受这种判决的合法性和合理性,他/她有可能感到委屈,甚至对法律不满,但是他/她不会认为判决不公或法官不公,因为这是法律。因此,我们可以看出,法律适用的稳定格局本身就是一种值得追求的价值,这种稳定本身就可能增加民众的信任感和法律的权威性,减少诉讼当事人的不满,减少“司法不公”的指责。

尽管这种稳定的格局必定要通过法官来实现,但这既与法官自身的廉洁关系不大,也与法官的专业素质高低关系不大,而是与人们(包括法官)喜欢驾轻就熟的自然倾向(因此是一种司法的素质)有关。这一点,甚至法官自己也未必清楚地意识到。尤

其，我们应当注意，中国是 1985 年才颁布了统一的《民法通则》，其他相关的法律也大都在 80 年代颁布，因此，从理论上说，这种由于司法稳定格局而对一审诉讼当事人产生的影响力必定要经过一段时间才能显现出来。

因此，我有理由相信，民事诉讼案件一审判决上诉率下降主要是由于基层司法质量提高、法官的司法素质提高造成的。

五、关于司法不公或司法腐败

这个结论又似乎是与我们的直觉相违背的。近年来，人们(包括我自己)似乎普遍感到司法不公和腐败在加剧，案情似乎越来越复杂(这一点很重要)。因此，必须对这种矛盾感受提出一种解释。

尽管当代的社会生物学研究日益证明，所谓的道德问题可能更多受生物性的影响，^[13] 因此，从一个比较长的时期看，人类的道德并没有什么大的变化，但是，人类却长期以来一直有一种根深蒂固的倾向，总是认为世风日下，人心不古，道德沦丧。^[14] 这可能是一个重要的因素。除此之外，就司法而言，我觉得，可能还有几个因素造成了这种错觉。

首先，由于法学家的努力，中国人对法治的预期大大提升了。这种现象在许多国家的改革时期都出现过，托克维尔在《旧制度与大革命》一书中就有过描述，大意是改革初期措施会扩大

[13] 参看, Edward O. Wilson, *On Human Nature*, Harvard University Press, 1978, 特别是第 7、8 章; Ernst Mayr, *This is Biology, the Science of the Living World*, Harvard University Press, 1997, 特别是第 12 章。

[14] Bok, *The State of the Nation*, 页 314 以下。

人们的预期的进步与社会的实际进步之间的落差，而不是缩小，因此，更容易引发社会和民众的不满。^{〔15〕}而且，必须指出，我们的许多法学家在允诺司法之正义时也确实有许多乌托邦的色彩，神话了法治，同时由于司法不公在目前流行的话语中具有某种正当性，因此，人们往往把许多与司法不公无关的问题也归在其名下。例如，在以前，某地方的公安局长出身的法院院长作风很粗暴霸道，老百姓也可能就忍了；而如今，这种粗暴霸道的作风很可能被人们用其便利的概念或语言来概括，将之上升到司法不公或腐败的层面。但是，说实话，这种粗暴霸道未必就会带到司法判决中来谋求个人利益或徇私枉法；这种人只是不太文明（uncivilized），而未必是不道德（immoral）。

其次，在我看来，这种感觉与传媒的发展分不开，与近年来言论自由范围的实际的有限扩大和信息交流的相对畅通分不开。在改革开放前，传媒不发达，政府对有关信息的报道控制比较严，因此，人们听到的这些坏消息也比较少，传播渠道有很大的局限。而现在，活跃的传媒相对说来更为自由，许多记者也希望成为“人民喉舌”，以获得自己的政治合法性以及各种商业上的利益（收视率、广告收益）。中国新闻实际上已经在很大程度上商业化了，更倾向于多报道生活中的坏消息（尽管受到一定限制），人们的关注力也在向这个方向转变（但是这其中的因果关系是不确定的）。甚至媒体常常会抓住一些司法不公的现象甚至仅仅是媒体不理解司法的现象进行带有商业意味的炒作（例如所谓的制假者告打假者的案件）。“三人成虎”，这就很容易造成一

〔15〕 托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆1992年版。

种到处司法不公、腐败的印象。^[16]

第三，与此相联系，中国民众确实已不再像以前那样相信政府官员和其他政府公职人员了，不再天真地把自己的命运交给政府安排。这种转变对中国社会转型有很大的积极意义。但是，不能否认，这其中也有许多臆测的因素，特别是由于缺乏科学求实的传统，在这些问题上，许多人都有一种小市民的“见风是雨”、“好事不出门，坏事传千里”的习惯，甚至有某种“幸灾乐祸”、“添油加醋”的心理。

第四，法学界和律师界作为一个正在形成的利益集团希望推动司法制度的改革，强化自己的利益（这种说法是中性的。所以谁要是神经过敏，是他/她自己的事），因此，他/她们往往更看重或着力针砭现行司法制度中的一些制度弊端和丑恶现象，有意无意地攻其一点，不及其余。并且，他/她们也同样喜欢利用现有的流行的政治话语来谋求政治合法性和指出问题的严重性，同样喜欢把许多未必是腐败或司法不公的问题，甚至是工作难免的失误都用这种具有政治正确和政治合法性的大词来包装。例如，庭长或院长审批案件的做法或审判委员会制度，尽管有种种弊端，其实对防止腐败还是起了一定作用的；然而，为了推动司法制度的改革，不少学者往往拒绝承认其好处，夸大其弊端，甚至将其都笼统地归为“司法不公”；甚至把中国司法面临的历史性的司法转型（从实质正义转向程序正义）中或道德评价多元之社会中不可避免的问题都视为司法不公。比方说，老百姓可能认为目前的司法制度过分强调了程序而不公，而法学家可能认为同一个制度因为对程序强调得还不够而不公；而法律家心目中的这种司法不公与普通民众心

[16] 参看，苏力：“我和你深深嵌在这个世界里”，收入《制度是如何形成的》，中山大学出版社1999年版。

目中的司法不公有根本的取向性的差异。而也未必没有人就利用这种“大词”的一致,来推进自己的私利。

第五,最重要的问题,在我看来,目前的强调“司法公正”的倾向表面看来是一个重视法治的标志,但是在这种法治中隐含的仍然是德治的习惯性思维方式。由于传统中国社会的诸多特点,中国社会是一个长期以来都更注重德治的社会,从上到下,从学者到百姓,都习惯把社会的各种问题包括技术性问题都从道德上来切入,上纲上线,强调道德的重要性和绝对的优先性,强调法官个人品性的重要性;并且一旦出现了问题,很容易不做实证调查就从道德上找根源(甚至对皇帝也是如此,地震可能引出皇帝的“罪己诏”,一种道德化的自我谴责)。这种思维方式成了一种屡试不爽并容易获得社会认同和回应的分析问题的进路,一种不用望闻问切就可以开药方的进路。因此,当中国司法甚或中国社会遇到任何本来需要扎实细致认真地研究才能解决的实际问题时,从这种道德主义进路中,人们不但可以以这种方式来获得自己道德上的优越感,甚至还可以获得自己智力上的优越感,而且可以作为一种在中国社会可分享的谈资。从这个意义上看,在这种似乎日益强调法治的社会思潮中,我实际感到的更多的是一种人治和德治的话语和色彩。^[17]

[17] 当然,还有一种可能,即法官的个人行为确实更腐败了,但在司法上并没有判决的不公。这就是所谓的“徇私不枉法”、“吃了原告吃被告”的现象。在这种情况下,原、被告可能都在某种预期下以各种方式影响法官,但是,他/她们的预期也许仍不过是一个公正的判决,法官“吃”了双方之后,由于各种制度的限制,他/她们还是给了双方一个本来就应如此的判决;而在双方看来,却都会认为这是自己收买法官的效果。我的这个研究无法排除这种情况,并且我也承认肯定会有这种情况(甚至最近我还听说有人花了1万元人民币托一个据说在公安局有关系的“熟人”去办她自己完全可以办得了的护照,这种对于熟人之迷信,对于现代国家的理解不信任,令人吃惊)。但是,这种状况,究竟有多普遍,是否足以引起初审判决上诉率的改变,我则很怀疑。

注意，我并不是否认有司法腐败，也不是说应当对这个问题掉以轻心；我只是说，这个概念不应当滥用，不应把什么问题都归到其麾下，也不应一说司法腐败或不公，就普遍地指责法官或基层法官或没进过法学院的法官。用句已经不太时髦的法学术语来说，这叫“有罪推定”。尽管我已经失去信心，但是，如果法学界有谁还想实事求是地研究一点儿问题，而不是通过一些大词的感情渲染来推动改革，那么，就应当更深入地研究有关的可靠的实证材料，分析中国过去20年来司法的成绩和问题，问题出在什么层面上，法学界和司法界之间的分歧在什么地方，作出更具实证性的研究，而不是仅仅凭我们的感觉或直觉说话。这应当是本研究给我们的更重要的启示。而且，我认为，这种初步的实证性研究，即使以现在积累的资料和数据的基础上，也是完全可能的。^[18]

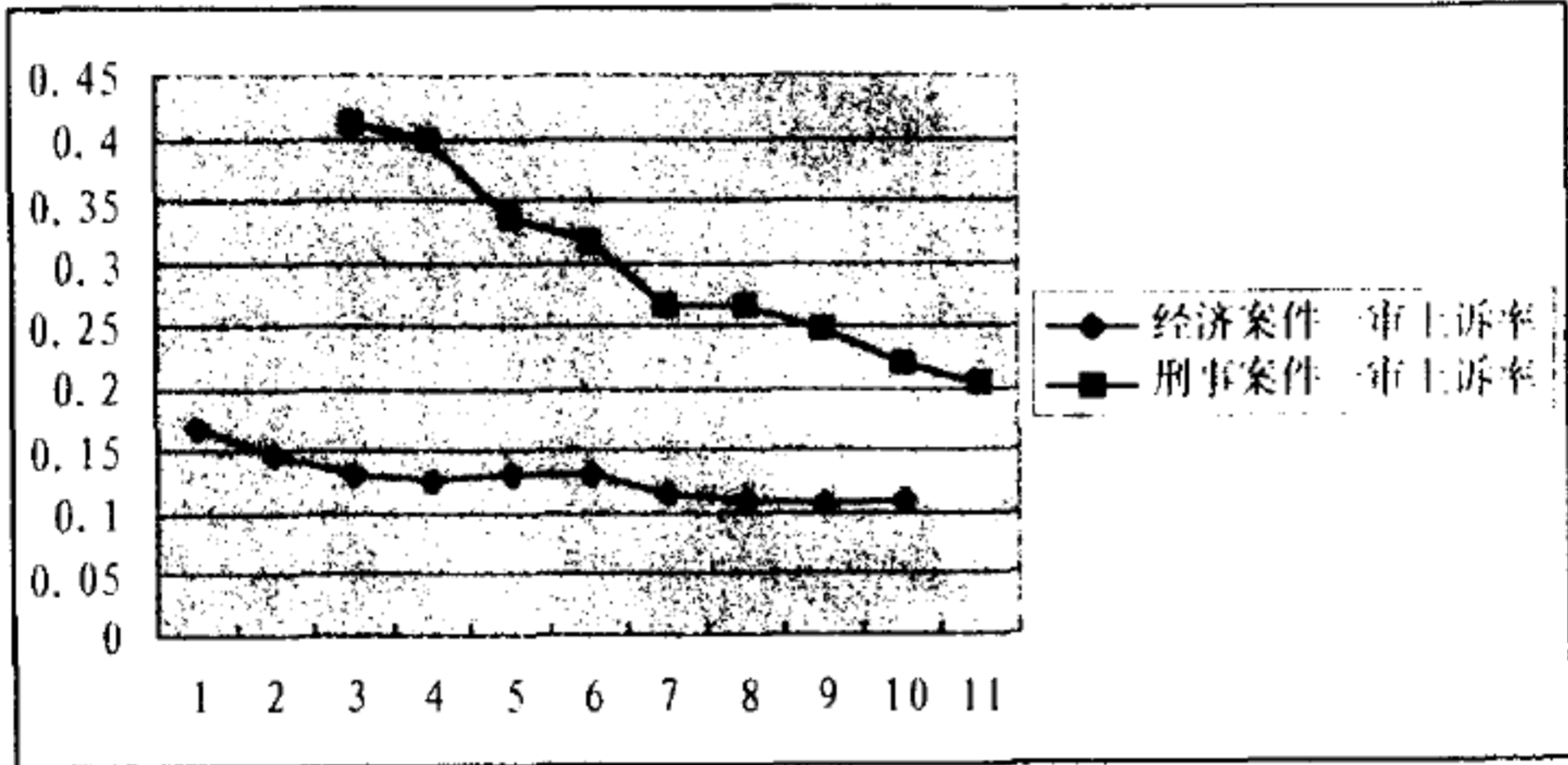
1999年12月26日二稿于坎布里奇

[18] 我的这一分析，会得罪很多人，无论是普通百姓，还是政府官员；无论是法学家，还是新闻传媒。但是，中国的许多学术问题也被“要得民心”这一条害了。这实际上是另一种“政治正确”，不愿意用科学实证的眼光看我们的问题，而是习惯用传统的道德和政治的眼光看学术，而且加上了近代被滥用的“民主”，这不仅是政府、官员、法官这些在朝者的问题，而且往往是法学家、律师甚或普通百姓这些在野者合作的问题。我希望本文的这种分析是错了。但是，我必须把研究的成果公布出来。

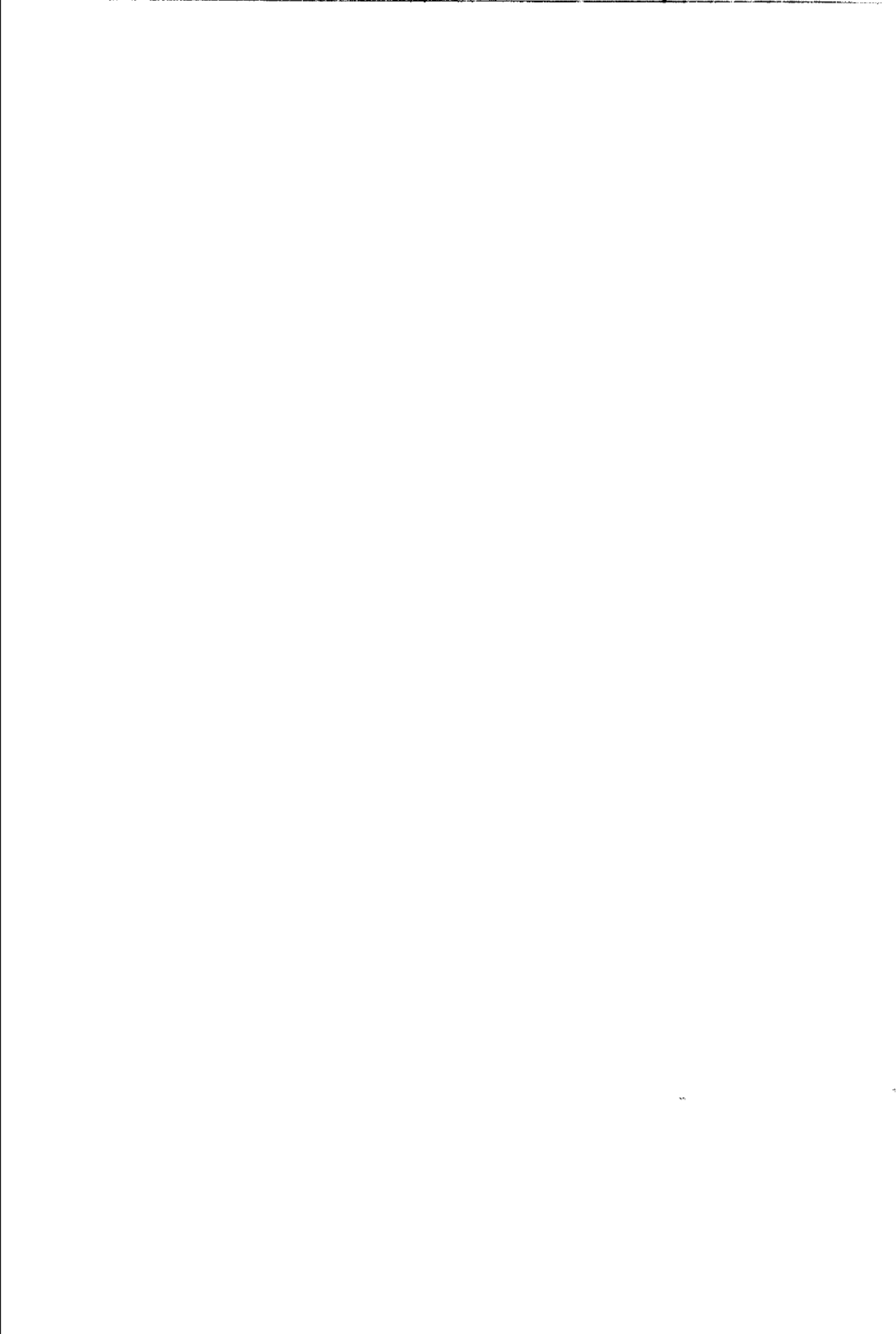
附录：刑事/经济案件一审判决上诉率简析

依据本文的思路和方法，我还对大约过去 10 年来中国刑事（1987—1996）和经济案件（1989—1997）一审判决上诉率进行了整理和计算，制图如下（见图 4）。这个图表表明，其他类型案件的一审判决上诉率也在逐年下降，虽然趋势不像民事案件那样稳定。为了本文的集中，也为了有一分材料、说一分话，我在此不对数据做细致介绍，不对这些趋势做细致的分析和阐述。但是，会同对民事案件一审判决上诉率的分析，这里的情况可以表明，如果以诉讼当事人的接受程度作为根据（这个根据在这两类案件上是可以质疑的，我在此提醒读者），那么中国司法的总体状况是在改善，而不是在变糟（而且也表明，我仅仅使用了民事一审案件，并不是有意避重就轻，避难就易，有意掩饰）。因此，对目前颇为轰轰烈烈的从道德入手的司法改革，尽管有些地方有合理之处，但就总体看来，我认为，实际上反映了一种对法治（制度）的不信任，对法治原则（制度的稳定性本身的价值）的一种违反，与主管者的好大喜功、注重公共关系的心态有关，因此实际上还是有很强的人治色彩；同时，这无意中也不加区分地对广大法官的工作成绩和个人品性也构成了某种侮辱。也许我们应更细致地分析有关的数据，更准确地定位，在哪一级法院，在哪一类案件，为什么容易发生司法不公或腐败。这种实证研究将不仅有助于发现问题，更有助于具体地、有针对性地解决问题，有助于更有效率地运用资源，完善我国的司法制度。

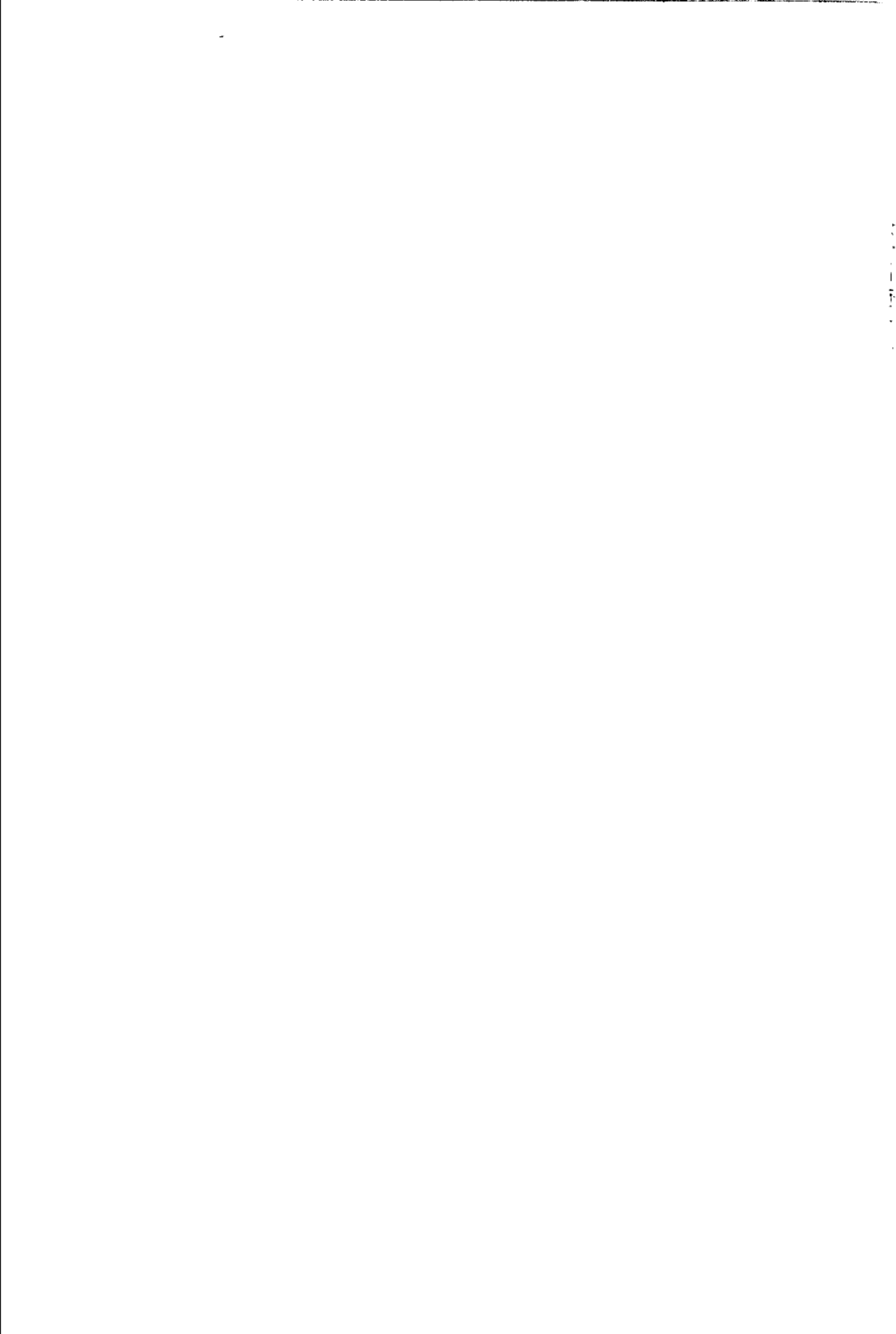
图 4：刑事、经济案件一审判决上诉率



资料来源：<http://www.chinalawinfo.com/>



第四编 研究方法的反思



第十二章 法律社会学调查中的权力资源

——社会学调查过程的一个反思

“权力”基本上是指一个行为者或机构影响其他行为者或机构的态度和行为的能力。^{〔1〕}

——《布莱克维尔政治学百科全书》·权力

一、问题的提起

题目很大，引起这篇文字的却是一件小事。

一年多以前，我外出调查，见到在H省任职的一位大学同学。闲谈中，老同学谈到了他所随从的一位省政法委书记、公安局局长的一些逸事。这位公安局局长是一位忠诚的、富有责任感的、关心人民疾苦的共产党人，他经常微服私访，调查社情民情，一丝不苟。例如，在微服私访期间，他几次命令我的这位朋友到当地公安派出所报告无中生有的“案子”，以此考察当地公安干警是否真正关心人民的疾苦，以及他/她们的服务态度等等。报案后，直到公安干警随同我的“谎报军情”的朋友一同走出派出所大门，我的这位朋友才亮出他们的身份，并对公安干警表示感

〔1〕 邓正来[主编]:中国政法大学出版社1992年版,页595。

谢。这些被考察的公安干警并没有任何被愚弄的感觉。有时，在类似的不说明自己真实身份的电话报案后，这位公安局长会掐着表，看公安人员是否能在规定的时间赶到所谓的“发事”（例如抢劫）地点，以此了解公安的常规反应能力；如果不能按时到达，这位局长会严厉批评当地的公安部门。这些在新闻记者或电视剧编导笔下肯定是“主旋律”的绝好素材，说实话，也令我赞叹和感动。但是，也就仅仅如此而已；对于我的调查和学术，这似乎是一件无关的事。

一年多之后，我偶然又想到了这些逸事，却突然发现这件事其实很有些学术的意味。我的兴趣是：这位公安局长用这种方法不也是在获得他所关心的——尽管他可能不称其为——“知识”吗？我们是否可能采用这种调查研究的“方法”呢？

至少在一定意义上讲，这位公安局长也是在获得一种真正的知识（我将在后面对此有更多的展开），而这种知识同样是我——关心当代中国社会生活的法律社会学研究者——希望获得的。而且，比起我下乡调查法院、公安干警的文化水平、收案率、破案率，或听取他/她们的介绍，观察他/她们的案件审理，这位公安局长的做法显然更有效、更直观；至少在某些问题上，他获得的知识更准确，更有说服力。但是，又很显然，我不可能使用这种方法来获得知识。为什么？人们会说，你要是这样做了，就会有麻烦了。的确如此，我们可能会轻者受到警告：报假案是妨碍公务；重者，我也许会受到拘留，甚至——如果遇到个别“横”一点儿且“手痒”的警察——会受一点儿皮肉之苦。好在我不曾这样做。但是，我没有这样做并不是出于对后果的考虑，而是——坦白地说——是因为我从来就没有想过。我的社会生活经历、地位以及我所经历的关于如何进行学术研究的教育塑造了我的习性，塑造了、同时也剥夺了社会调查研究中我的——

如果不是听说了这个故事的话——想像力。在这里，同样的对于特定知识的关切和渴望——尽管出于不同的职业旨趣——却不能获得同一知识；同样的对于了解真实情况的真诚，并不能使我逾越这里的获取知识的障碍。在一定意义上讲，我们可以说，这一知识“就在那里”；但对于我这个特定研究者来说，这个知识超越了我的能力，并且在这个意义上，是确确实实不存在的。

因此，我要问的是，我和这位公安局长的区别在哪里，是什么构建了我和他各自对于知识之路径和方法的存在和不在。很明显，是权力（power）。这个非常简单的例子至少点明了一点，权力以及在此基础上形成的求知者对于求知对象的支配性关系是获得知识的一个重要条件。如果没有这一关系，至少在这一点上，知的关系就无以存在，最多只有一种求知的意愿，而无法成为行动的知。

由此，我看到了，我们所能获取的知识势必是有局限的。但是，我在这里说的局限又不是通常意义上的，不是出自个人努力程度、个人聪明和敏感程度的限制，也不是其他我们通常所经常谈论的文化差异、语言差异、性别差异或个性差异的限制，而是出自权力和权力支配关系上的差异。

这个结论，其实在社会学研究中是“至今已觉不新鲜”了。福柯在一系列著作中，特别是在《惩罚与监禁》的讨论中提出了一个关于知识产生的激烈的、后现代的命题——简而言之——知识是权力的产物。^[2]赛义德在《东方主义》一书中汲取了福柯的思想，探讨了东方学发生的历史的、社会的政治性条件。他们都将一种权力支配关系视为一种知识产生的——至少是——根本条

[2] Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1978.

件之一。^{〔3〕}这实际上对传统的社会学研究的一些方法论命题提出了根本性挑战。他们将知识形成的过程客体化，成为社会学研究反思的对象；这一点与布迪厄主张的反思社会学或“社会学的社会学”在原则上是一致的，尽管所使用的概念、术语和进路有很多不同。如果依据布迪厄的观点，我们可以将社会学调查研究视为一个场域，在这个场域中，知识的产生则取决于至少是三种资本——经济资本、社会资本和文化资本——的调动和运用；^{〔4〕}那么，拥有资本的多寡以及某一种资本的多寡就有可能影响了调查者的知识权力，因此影响他/她可能获得的“知识”的种类、数量。

开头的故事以及这些随想，如果要真正对社会学调查研究具有某些意义，还必须进一步予以分析、精制和阐述。一方面，可能会有人从一种规范的观点论辩说，社会学和人类学研究所追求的知识具有特殊性，它所关心的仅仅是学术、是真知，社会学和人类学的调查研究恰恰是要排除这种权力和权力支配关系。因为权力和权力支配关系——至少按照传统的观点——往往（即使不总是）扭曲了学术的发展，妨碍了真知的获得。但是，上面的故事本身就是对这一观点的否弃。这位公安局长凭着其权力获得的既非一个谬误，也并非对学术无关紧要（例如，如果我们希望了解某地正式法律机构的反应能力，了解干警的对普通百姓的服务态度和质量的的话）。而另一方面，更可能有人会从实证的观点论辩说，即使从分析上述例子中得出权力和权力关系是获得知识的

〔3〕 Edward W. Said, *The Orientalism*, Penguin Books, 1978.

〔4〕 皮埃尔·布迪厄、华康德：《实践与反思——反思社会学导引》，李猛、李康译，中央编译出版社 1998 年版；以及，包亚明〔主编〕：《布尔迪厄访谈录——文化资本与社会炼金术》，包亚明译，上海人民出版社 1997 年版。

重要条件甚至前提条件的结论，但权力和权力支配关系也许只是某些知识获得的前提条件之一。这个例子还不足以显示这种支配性关系在社会学或人类学的田野调查研究一定存在并总是存在。同时，事实上，许多、特别是优秀的人类学家在他/她们出色的研究报告和反思中一贯强调的是要尊重求知对象、尊重异文化，要抱着一种谦卑的求知态度等等。因此，这种权力支配关系至少在一个善良、真诚、科学和公正的研究者那儿是不存在的。并且，社会学家和人类学家也确实不存在与上述的公安局长的那种权力。因此，人们可能论辩：这个例子所能说明的问题缺乏一般的意义。这就意味着，要真正使得这个例子对于我们自己的研究具有相关的和贴切的警醒意义，我必须进一步考察自己的田野调查，反思类似的权力支配关系是否总是存在，依赖着什么以及如何在我们的调查研究中构建起来的。由此，我将转向反思我们的田野调查。

二、权力关系分析之一

我们的研究是美国福特基金会资助的中国基层司法的运作。在这里，我首先要提出的就是，是福特基金会的这笔资助支撑了我们与我们所关注的对象之间这种研究关系的建立。坦白地说，如果没有这笔钱，或者只有所谓的国家的或省市的社科项目那少得可怜的钱，我们就根本无法进行目前的田野调查。注意，我并不是说，没有钱，就根本不能研究；而只是说，正是靠了这笔钱——当然并不仅仅是钱，这一点我将在后面讨论——我们才可能到田野去。我们可以支付有关人员的费用，我们可以尽可能地减少我们所访谈的法院、公安、司法单位的负担，无须他/她们在

经济上花费或至少花费少一些（同时也摆脱“骗吃骗喝”的嫌疑，赢得一点儿在实地我们会变得格外敏感的知识分子的自尊心），进而可能赢得他/她们的合作，至少使得这种合作更为容易、更多一些。^{〔5〕}在这个意义上、并且在一定层面上看，我们是依据了我们拥有的资金才使得这一研究关系得以建立和维持下来，使得我们享有了获得关于中国基层司法状况之信息的可能。事实上，没有钱，许多研究就根本无法进行，这一点，在几乎所有的社会学、人类学甚或所有的学科研究——而不论是自然科学还是社会科学或者人文学科——中都为研究者所承认。尽管有了钱并不意味着研究成功，但有了钱，对于那些愿意做一点儿切切实实的实证研究的学者来说，至少是拥有了一种对你希望研究的问题或对象建立起支配关系的可能，一种获得某种或真或伪的知识的渠道，一种就此问题的可能的发言权。在这里，钱既是权力，也是权利。在这里，可以说是另一种“权钱交易”。^{〔6〕}

诚然，没有钱是万万不能的；但是，又正如今人所言，钱并不是万能的。钱并不足以保证这种支配关系的稳定，有时钱甚至可能损坏这种权力支配关系。例如，给受谈者支付“工钱”，有时可能会使他或她合作过分“积极”；有时则可能使他或她感到自己仅仅是被当做获得信息的渠道，因此自尊的受访者反而会拒

〔5〕 我们访问的基层法院的经费相当困难，不仅办公经费极为缺乏，而且许多法院的法官都只发80%的工资。在一个贫困县，一位法官告诉我，在去年12个月中，有9个月每月只发了不到200元，其余的100多元由于各种费（例如扶贫、集体组织的“自愿捐款”，抗洪抢险费等）而暂时不发或扣除了。

〔6〕 在这个意义上，许多本来似乎更应强调实证研究的学科，在中国目前其“研究成果”产出为什么会大量抄袭、包括利用古籍，除了中国文史哲的学术传统的范式、缺乏实证研究训练之外，一个很重要的原因也许就是没有钱进行实证研究。如果这一猜测成立，那么从这一角度看，钱甚至会影响了一个民族的学术发展的总体格局。

绝合作。而在某些领域，钱更是难以保证被调查者真诚有效的合作；这一点在我们进行的有关司法的社会学研究中就很显著，如果不是更为突出的话。

司法是国家权力运作的一套系统，有它自己内在的正式和非正式的制度。这些制度使得这一系统外的人难以进入，使得系统之内的人对外来者往往会保持一种戒心、疑心，并因此会拒绝合作。对于我们来说，这实际上就是抵抗我们试图建立的那种支配性关系。因此，要保持一种影响力，要使他/她去做在没有这种影响力时即使我们不给其增加经济负担也有充分的制度性或个人性理由拒绝做的事，〔7〕我们就必须有其他资源来保证这样一种作为我们调查了解情况之前提的支配关系。

我们的研究就遇到这种障碍。为了打破这种障碍，为了获得信任和合作，我们调动了其他类型的资源。我们利用上级机关向我们将来去调查的、其下属基层法院打了“招呼”，开出了相应的介绍信。除此之外，我们还根据中国社会目前颇为流行的所谓有些事情往往必须“公事公办，私事公办”才能办成的“规矩”，借助了同学、师生、同乡等熟人关系，向有关法院的一些人打了招呼。事实上，即使在选择调查哪些法院时，我们就考虑到诸如此类的因素。我们选择调查的法院都有我教授过的学生，〔8〕并且还考虑到这些学生在当地法院都担任一定职务或至少是有一定的活动能力（也就是有一定支配能力）。尽管我们运用这多种关系所了解的仅仅是一些极其平常的情况，没有任何窥探国家机密

〔7〕 请注意，这里实际上隐含的就是政治学上对权力的最常见的定义：行为者或机构影响其他行为者或机构的态度和行为的能力。

〔8〕 在我们访问的一个法院中，其中有我教过的居各种职务的四名学生，此外，还有担任了相当领导职务的北大老校友，以及熟人的同学在此担任第一把手。也就是在这个法院的辖区内，我们的访谈获得最大的收获。

或单位隐私的企图，但是我们都本能地知道，如果没有这些关系，我们完全可能会受到冷遇。因为这些法院及其工作人员没有任何必要同一些与他/她们没有丝毫关系、不可能给他/她们带来任何直接利益而惟有可能带来麻烦的人交往。这也就是说，在这里，我们至少利用了两种保证他/她们与我们合作、并为我们获得知识提供便利的资源，一种是正式的、上级法院系统或政法系统的权力，一种是由于我们在先前的社会交往中累积起来的非正式的权力资源，当然这后一种权力资源也许只有在传统的和处于转型期的中国才有可能甚至更为必要。这两种资源，从反思层面上看，都在客观上强化了我们对于求知对象的支配关系。

当我们所调动和使用的这些权力资源数量不同时，我们调查访谈的收获也有明显不同。当然，我不敢声称，这两者之间一定有齐整的因果关系甚至对称的关联关系。即使调查者自身的因素保持不变，资源运用之多寡也并不是决定收获多寡的惟一因素；因为受访者本身的习性（有些更开朗、坦然一些，有些则总是交谈相当慎重）的影响，以同样的资源运用所形成的支配关系及其深浅、稳定程度并不总是相等（此中的意蕴我还将在后面讨论）。但是这种资源运用之多少确实与获得有关信息的难易程度有相关关系。例如，在某县法院，我们没有运用正式法院系统的资源（没有从上级法院或政法委开介绍信或打招呼），除了我教过的一个学生在该法院任职外，没有或者是没有动用其他多种熟人关系。当我们到此地访谈时，尽管受到了礼貌的、适当的接待和配合，但是当我们向他/她们提出，比方说，希望查看一个他/她们介绍过的案件卷宗，我们就遇到了一些麻烦。而且，如果我是对方，我也同样可能如此行为，因为这种情况是完全可以理解的。但也因此，我们所希望了解的情况，有时也就无法获得或无法补证。而在另一法院，我们动用了几乎是一切可能的乃至后来看起

来有些过于充分的关系，^{〔9〕}我们则得到很好的全面的合作，尽管我们要求了解的情况并不比前一地法院的更多或更深入。

三、权力关系分析之二

我们既直接借助了机构的上下级关系，也通过私人启动了机构的上下级关系，但是，机构关系的影响力在非常具体的层面有时是相当有限的，特别当我们以访谈和参与观察为手段时。例如，下级法院可以接受上级法院或有关机关关于协助我们进行学术研究的指示，但这并不能保证下级法院中每个具体的受访者都顺从。具体的受访者总是可以应付，而不是以积极的态度接受访谈。他/她没有必要谈自己心里的感受，他/她会感到这并非自己的职责；他/她甚至会对这种来自上级的指示有反感——即使不一定而且也不必公开表示或流露。而这时，我们调动的正式权力资源，实际起到的作用反倒可能是相反的。特别是当我们调查人民法庭时，这距离我们起先运用的省一级机构的权威已经隔了好几级，情况更可能如此。不仅中国自古以来有“将在外，君命有所不受”、“县官不如现管”、“强龙压不过地头蛇”之说，而且只要这种“给予协作”的指示不是来自现管，人民法庭的法官几乎完全可以不理，而只是应付。确实，许多人民法庭法官的根子更主要是扎在乡里，他/她们对上级机关几乎没有什么太多的指望（提拔或其他），就理论上说，他/她们对我们这些调查者们更可以无所顾忌。从这个意义上看，依赖机构上下级关系而建立的、

〔9〕 仅举一例，当我们抵达该城时，我们发现竟然有两个机关派了轿车接站，令我们这些调查者内心极其不安。

获取知识所必要的支配关系不可能是长期稳定的，而必定如同任何其他机构的上下级关系一样，是流变的。^{〔10〕}在这样的情况下，反思起来，我发现，为强化我们所借助的这种自上级来的支配关系，很重要的一点就是要层层建立一种私人的关系，特别是在我们与受访者之间。

建立这种私人关系当然仍然可以诉诸其他资源，但是，一个可能是更重要的资源就是对受访者个人可能直接发挥作用的一些因素。回顾起来，我们的调查实际上大量利用了这一资源，特别是我作为北京大学法律系教授这种身份。例如，在某法院进行访谈调查时，一些受访者都多次强调这可能是第一次中国最高学府的学者来此调查，甚至称这将在他/她们本地历史上记上一笔（这种言辞在言者方面可能是真诚的，但对我们是一种痛苦）。又如，我个人在先前的教学期间，都曾给这些学生留下了很好的印象：务实、懂得且理解法官苦衷、讲课生动、理论联系实际等，加之了解我是在美国留学多年的博士，所有这一切都使得他/她们觉得我对他/她们的实际工作情况和困难的调查是对他/她们的真正关心。尽管我们明确告诉了他/她们，我们的访谈并不打算也不可能给他/她们带来任何物质上的利益或环境的改善，但他/她们却还是感到自己平平常常的、日复一日、年复一年没有什么理论的实际工作能得到“学者”特别是“北大学者”的重视，这本身就是对他/她们工作的一种承认。当我们住在乡里8元一夜的“宾馆”时，他/她们甚至说让我们吃苦了；尽管我们指出，他/她们年复一年在这里工作，而我们仅仅是在此待两天而已。坦白地说，我们主观上并没有试图利用受访者的这种心

〔10〕 福柯，同前注2；又见，苏力：“为什么送法上门？”，载《社会学研究》1998年第2期，特别是第三、四、五、六节。

理，但是我们确实感到，由于“文化资本”上的悬殊，我们这种在受访者看来是“深入基层”的姿态使我们获得了大量的布迪厄所言的“象征性利润”。这实际上就大大增加了我们可以利用的资源，并且因此建立的关系更多是个人性的，而不是凭借机构权力关系的，因此，更加便利了我们的调查和访谈，实际是强化了求知上的那种支配关系，尽管是一种自愿合作的支配关系。

但有时，北大教授、留美博士的身份也并不总是有效，并不是所有的人都会“睬”你的这种身份。尽管社会地位的差别在一般情况下更有可能带来象征性利润，但是对于一些有个性的人来说，这种差别反而会使他/她们更不愿合作。中国有些普通人还是很有些名士风度的，而且在中国与我同龄的这一代人中可能更多一些，或者说残存的（令我遗憾地！）更多一些。例如，各地法院的法官中都有一定数量的军转干部和复员军人。其中有些人，就他/她们个人的能力、智识本来都是相当不错的，但由于中国各地以及城市与农村的社会经济发展不平衡，他/她们当年往往只有从军才能获得某种出路；特别是在十年“文革”期间，甚至从军成为当时最好的出路。恢复高考之后，他/她们由于未能考上甚或是根本就不能考大学，以后陆续退伍转业到地方，安置在法院或进了法院。尽管他/她们的工作能力甚至学识都不弱，但是既没有文凭，专业也是半路出家，他/她们多少有些失落感，因此，有时自尊心也比较强。同时，他/她们也毕竟是见过世面、甚至本人曾指挥过“千军”（但不是万马），已经不是那么容易为某个人的身份即使是名人所左右。如果仅仅了解我现在的身份，他/她们很容易将我这样的人视为一种“幸运儿”，归入另一范畴，采取一种“敬而远之”的态度。在同这些人交往时，我发现，我的另一重经历——1970年入伍服役5年——或者加上留美博士的双重经历，反而更容易打破他/她们的“范畴”

隔阂，使得我们的“深入基层调查研究”在他/她们眼里不仅是一种姿态，而且有一种真实的亲切感。事实上，在多次访谈中，我都听到诸如此类的话，“你们不一样，你们务实”。我们不仅因此获得更多的象征性利润，而且更容易听到一些他/她们对于法院工作的真切感受。当然，我的这一经历并不仅仅对法院中的军转干部有效，事实上，对我们这一年龄层的许多法院干部都相当有效。

必须注意，首先，绝不能将这种在求知上的支配性关系等同于个人人际关系上的支配性关系，前者是由一种因社会结构以及人们的社会预期不同而构建起来的限于求知上的支配性关系。事实上，只有在人际关系上建立了一种常识意义上的平等关系，才可能建立一种更为稳定的、可靠的这种求知上的支配关系。

其次，这种关系的建立也并非仅仅靠个人的某种表示或努力就可以完成。如同我的从军生涯的例子所例证的，这种关系的建立要有一定的可信性基础，例如类似的或相近的生活经历。这（指类似的经历，而不是指有从军的经历）至少在当代中国的社会学的深入调查、特别是心态调查中是非常重要的。没有多少人会“对牛弹琴”的；虽然谈不上“士为知己者死”，但是“酒逢知己千杯少”在中国目前社会中，大致还是普适的，而有类似的经历往往是“知己”的先决条件之一。

再次，这种人际关系是双方在日常行动中构建的，而不是一方精心策划操纵就可以实现的，因此这种关系能否建立并不是确定的，总是存在各种被颠覆的可能。例如，当我们调查行将结束、要离开某法院时，一位法官说，大意是，“我们看得出来你们不能喝酒，但是你们喝的时候，还是很实在；都喝了下去，没有耍滑头，你们都是实在人”。我们也因此得知，我们自己的一言一行实际上也都在别人的观察之下。在这种意义上，我们也成

为了他人的研究和调查对象。假如我们不是那么坦诚，不是所谓的“性情中人”，那么很有可能，我们的调查就不会有那样的便利。当然，这里的坦诚或其他都并不意味着我们付出了什么额外的努力，我们都基本上只是按照我们日常的为人处事准则行为。但恰恰因为这一点，我才有这番感慨，甚或是一种内疚？！由于社会的结构性和认知性因素，我们的这些本来是天经地义的行动都使我们获得了至少在我们看来是更多的“象征性利润”，并进而在客观上保证了我们对于知之对象的支配性关系。

四、启 示

一位人类学家反对我的这种他认为是“后现代”的分析。^{〔11〕}他的理由是，有相当的人类学研究不是如此，并以他自己当年在台湾山地的研究为例。他细致描述了自己如何长期生活在“田野”，熟悉了当地人们的各种习惯，懂得了他/她们的语言，特别是如何装作睡着了，而实际在聆听当地小伙子评价和议论女孩子；又如何假装有事出去，在一个避人的地方将所见所闻记录下来。而这里，据说是没有支配性权力关系的。

这里实际有两方面应当予以分殊。一方面是一般性的命题，即权力资源并不是研究的惟一条件，这是我同意的。权力资源是知识生产的必要条件；但这也并不意味着，仅仅有了一些权力资源就可以获得知识。事实上，有些研究项目的资金并不少，有的也有有关国家机关的支持，而其获得的研究结果往往是惨不忍睹，简直是对“研究成果”一词的亵渎（假如研究成果还有“本

〔11〕 这是李亦圆先生在评论此文时的观点。

质”的话)。而另一方面,一些领导干部甚至无法了解真实情况,尽管他拥有很大的权力,有专门的研究机构,他可以利用这种权力、动用诸多资源且真心希望了解真实情况,也不行。因此,确实,获取知识并不仅仅要求拥有上面分析所提到的各种资源;保证知识的产生还必须有传统意义上的知识和知识能力。^[12]

但是,我不能同意他的用来支持前一命题的对那些实例的分析和定性。在我看来,这些“调查技术”的运用,在一定层面上,也都是一种权力资源的运用——请注意,权力的经典定义是“行为者影响其他行为者的能力”。正是通过这些方式,他将自己变成——实际是在某种程度上伪装成——所调查研究的群体的一员,研究者增加了其获取材料和知识的能力。因为“堡垒是最容易从内部攻破的”。而且,只要熟知《智取威虎山》故事的人,就会发现至少在获取不对调查者开放的知识这一层面上,下乡调查的人类学家与假扮胡彪深入虎穴大智大勇的杨子荣先生并没有什么区别。当然,这种类比丝毫没有一点儿贬低或抬高社会学或人类学研究者的意思,而仅仅是因为在原来似乎没有关系的两个现象之间建立一种隐喻,更有可能使我们产生一种反思的震撼。

[12] 但这一点也还是可以论辩的。因为,我们的知识能力是从哪里来的呢?我们的许多观察和分析能力,特别是用来分析的理论框架,并不是因为我们身体长大了,就自然而然获得了,而是我们在长期受教育、学习、训练的过程中获得的。而另一方面,并不是所有的人、或有同等智力潜能的人都能获得这种学习、训练的机会,实际上是与许多个人的家庭的富裕程度,社会生活环境(请想一想“穷人的孩子早当家”以及“培养一个贵族需要三代人”这些俗语中所隐含的财富对于人的不同能力的塑造)相联系的。因此,如果将这种能力的一部分视为一种已经沉淀了的财富,那么,这个关于权力资源之调度的命题——至少在逻辑上——对于知识能力的形成甚至仍然是成立的,尽管我还不那么确定。相关的问题,但是在美学趣味上的研究和分析,可参看, Pierre Bourdieu, *Distinction, A Social Critique of the Judgment of Taste*, trans. By Richard Nice, Harvard University Press, 1984。

在我看来，关键可能并不在于研究中有没有权力资源的介入，而在于这种权力行使是否对所调查研究的人具有伤害性。不知什么缘故，在汉语世界中，我们已经赋予了权力（power）这个概念一种道德上的贬义，似乎权力总是很糟糕的、很坏的东西，甚至与恶等同（尽管，在现实生活中，很多人包括我自己的行为可能都显示出对权力的追求）；似乎一旦学术研究中介入了权力资源的问题，学术本身就必定有了道德的耻辱。但事实上，权力并非如此，它可以是建设性的，关键看你如何使用；即使是政治性的权力也是如此。这一点许多学者的研究已经展现了这一点，^{〔13〕}而日常生活中也有大量的例证（那位公安局长的权力行使就是一例）。因此，我不想多说。

同时，传统的权力观不仅往往——如福柯所言——从法律上界定，而且习惯于将权力实体化了，视其为一种物，一种特权，往往为某些人所特有，因此，无法更复杂地分析权力的运作，无法将权力视为一种结构关系，一种网络，一种综合效应。本文的分析指出，在社会学、人类学调查研究中，也有，甚至必须有权力资源的介入和调动。我们不能因为自己不是官员，似乎研究的目的纯粹是为了知识，就否认了研究中所具有的甚至是必定具有的权力的因素。社会学、人类学研究中有无权力资源的运用，这并不是研究者研究时主观上是否有伤害被调查研究的对象这样一种道德或不道德的动机所能规定的。

那么本文指出了这一点，又有什么意义呢？

首先，这种反思也许有助于我们对所谓研究方法的反思。关于社会学或人类学的田野调查，学者已经写了大量的著作。其中

〔13〕 除了前面提到的福柯之外，又请看吉登斯：《民族国家与暴力》，胡宗泽、赵力涛译，三联书店1998年版，页9。

有许多著作，特别是教科书，往往都是将田野调查作为一种方法，作为一种获得“就在那里”的知识的方法，作为一种进入既定知识宝藏的路径。我们被告诫了种种调查时的注意事项，但往往都是一些技术性的指导，例如通晓当地语言、注意参与性观察、尊重当地的风俗习惯、不要给调查者带来不利后果、也不要给调查者带来不合理的“获利”预期、要有可信赖且熟悉当地风情的“内线”等等。当然这些都是重要的、必不可少的经验，但是这种经验的累积，似乎形成了一种关于社会学或人类学的调查方法。尽管也有对这些方法的反思，甚至不时也有严格的批判，诸如关于价值无涉的讨论等等。但是，比如说，这个价值无涉问题讨论的一个基本假定或前提假定就是，遵循这些原则，就可以获得可靠的、肯定的乃至完全的知识。本文的分析，至少是对这种方法论的一种质疑。它显示，至少在一定层面或针对某些问题，由于可以调动的权力资源不同，人们可能获得的知识是不同的。我没有公安局长的权力资源，我就无法获得他可以获得的知识。因此，那种抽象的容易被或已经被普遍化的社会学或人类学调查方法是可疑的。

其次，我的反思也显示，在我们的社会学调查中，我们为求知而建立的支配性关系更多的不是如同本文一开始提到的公安局局长所运用的那种正式的和法定的权力，而是一种基于多种资源（但也包括正式的权力资源）而形成的支配性关系。这种支配性关系是必须存在的，简单说来，就是要把握一个尽可能稳定、“真实”的对象。只有这样，你才可能获得某些你认为重要的信息和知识。正是在这一支配性关系形成之中，你求知的对象得以逐渐呈现，泄漏其信息，你获得一种称之为知识的东西。知识的获得在这里实际上是一个对求知对象的支配性权力形成和发生影响的过程，是一种征服的过程，是一个突破障碍和开拓进路的过程。

程。当然，由于是在同具体的人打交道，并且在这个场域，并不是只有社会调查者拥有资本或拥有绝对优越的资本，被调查者也或多或少地拥有某种资源，因此，这也就意味着任何社会学的调查都势必是一种双方基于各自所拥有的资本的博弈，甚至是一场没有硝烟的战争。而在另一个意义上，它又是一种双方参加的游戏（在英文中博弈和游戏是一个词），一种合谋。由于获得知识的过程就是这个进入场域和研究对象的实践过程，是这种支配性关系形成的过程，因此，在实践中，就不存在一个先进入、再获知的先后秩序。也正是在这个实践的意义上，我甚至怀疑有什么独立于社会学知识产生过程之外的方法或方法论，知识论和方法论在这里是一致的。并且，从这一结构的角度来看，无论人文、社会或者是自然知识的形成都具有高度的相似性，如果不是同一的话，其差别也许仅仅在于研究者所面对的分别是文本、人的活动和自然。

如果这一结论成立，那么，我们就必须重新理解我们可能获得的知识之边界。由于基于资本的权力支配关系并非如同我们想像的那样只要注意某些事项、只要有真诚的求知欲望就可以建立起来，由于赋予我们权力的资源无论类别还是数量都是有限的，而且各种资源都会消耗（当然也会有增补），因此，拥有资本的多寡乃至某一种资本的多寡势必决定了而不仅仅是影响了调查者可能获得的“知识”的种类、数量。我们往往不能有效地建立对于求知对象的全面的支配性关系，我们只能在我们的权力资源的范围之内构建这种关系，因此，我们绝对不能由于作出了一个出色的研究而以为获得了真理。在我目前看来，我也许永远不能获得本文第一节中提到的公安局长所能够获得的知识，而同样，这位公安局长也由于他的权力资源构成的限制而不能获得我所能获得的知识。

此外，正因为指出了社会学调查研究中有权力资源的调度和运用，有被调查者对于调查者之权力的抵抗，我们才更应当对于如何调度和运用我们的权力资源持谨慎态度，对于通过这种方法获得知识的运用更加慎重，尤其要充分考虑到可能产生的后果。这不仅因为目前至少有一些研究或调查是采用了不那么光彩的手段获得的，并且也确实给那些无害于他人或不严重损害他人的被调查者带来了种种不便和难堪，而给调查者自己带来巨大的、不同形式的收益。^[14]而且，更重要的是，如果遗忘了调查研究者自身对权力资源的调度和运用，仅仅关心所谓的“真实”，所谓的“为了知识而知识，为了学术而学术”，那么就会为自己不恰当、甚至是不正当地运用权力资源而找到一种正当化的理由。真实，有时是致命的（对于他人）。

最后，本文又不仅仅要得出这样一个似乎是道德主义的提醒。如果前面的分析能够成立，并且推向极至，那么这种关于权力资源的分析甚至可能有助于我们重新理解许多学科的研究特点。自然科学中物理化学的研究，由于其研究对象一般是没有生命的，因此其研究所需要的支配性关系之建立往往不很需要支撑权力的社会资本或文化资本的运用；即使偶尔调动这些资本也往往是转化为经济资本（例如一位博士生导师会更容易获得或获得更多的研究经费），社会资本和文化资本并不能直接对其研究对象起作用（一个分子不会因为是一个博士生而不是一个本科生在做实验而表现得更为合作）。又如，在人文科学中的文学或历史学研究，其研究对象实际主要是文本（广义的），因此，就对文本研究而言，建立支配性关系也并不需要赋予研究者权力的社会

[14] 最突出的表现在一些有关真人真事的新闻和文学报道，例如《马家军调查》所引起的争议。

资本或文化资本；但是由于文本的意义是社会确定的，而不是文本所内含的，^[15] 因此研究者的社会资本或文化资本将扮演相当重要的、但往往是间接的作用。同样的研究成果，如果是由一位终身研究李白的教授提出，就会比一个无名小辈提出更为社会重视，也更可能影响社会其他读者对李白的阅读，并在一定程度上改变社会生活中这一文本的常规含义。而社会科学，特别是社会学和人类学，其研究对象往往是、尽管并不必定是活生生的人和人的生活；相比之下，这是一种更不容易支配并要求合作的对象，因此，就需要更多的社会资本和文化资本来保证和支撑支配性权力关系的形成和持续。在某些情况下，甚至所有这些资本都不足以保证这种获得知识所必须的支配性关系，不能保证研究对象给予合作。因此，对于这些学科来说，田野工作也许是不可避免的。在这个意义上，田野工作未尝不可视为另一种通过解除研究对象之警惕与抵抗，保证支配性关系之建立，保证研究对象的合作的手段（请回想前面的智取威虎山的隐喻）。当然，许多研究并不会整齐地落入某一个学科领域。例如法学，它既要同文本（法律、判例）打交道，又要同人（法官、律师、原被告等）打交道；而且即使是同文本打交道，法律文本也不同于文学文本。^[16] 因此，这里的分析仅仅还是初步的、大略的。但是，这

[15] 这类著作很多，可参见，Stanley Fish, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, 1980；中文材料见，斯坦利·费什：“文学在读者中：感受文体学”，钱彦译，盛宁校，集于王振逢、盛宁、李自修[编]：《最新西方文论选》，漓江出版社 1991 年版。相反的观点，可参见，赫施：《解释的有效性》，王才勇译，三联书店 1991 年版。

[16] 参见，苏力：“解释的难题：对几种法律文本解释方法的追究”，载《中国社会科学》1997 年第 3 期。又请看，Richard A. Posner, *Law and Literature, A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988, 特别是第五章。

种分析或许可以作为对不同学科特点研究的一个补充性进路，尽管不是而且也不应当是一个替代性的进路！

1998年7月16日二稿

7月25日三稿于北大蔚秀园

参引文献

一、中文

包亚明[主编] (1997) 《布尔迪厄访谈录——文化资本与社会炼金术》，包亚明译，上海人民出版社。

本刊评论员 (1994) “法庭管理是个大课题”，《人民司法》。

博登海默 (1987) 《法理学—法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社。

布迪厄，皮埃尔、华康德 (1998) 《实践与反思——反思社会学导引》，李猛、李康译，中央编译出版社。

布莱克 (1994) 《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社。

邓正来 [主编] (1992) 《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社。

波斯纳 (1994) 《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社。

曹瑞林 (1998) “复转军人缘何不能进法院”《中国国防报》2月10日。

陈海发 (1991) “‘水壶庭长’”，《人民司法》。

陈念华 (1994) “‘庄户法官’张开弟”，《人民司法》。

陈瑞华 (1996) “修改后的中国刑事诉讼法典——从刑事司法国际标准角度的分析”，《现代法学》。

春森、孟天 (1994) “踏浪而行”，《人民司法》。

- 戴建志 (1994) “再唱南泥湾的歌”, 《人民司法》。
- 《当代中国的司法行政工作》(1995), 当代中国出版社。
- 德肖微茨 (1994) 《最好的辩护》, 唐交东译, 法律出版社。
- 董必武 (1985) 《董必武选集》, 人民出版社。
- 杜赞奇 (1994) 《文化、权力与国家》, 王福明译, 江苏人民出版社。
- 恩格斯 (1994) 《反杜林论》, 《马克思恩格斯选集》卷 3, 人民出版社。
- 费孝通 (1948) 《乡土重建》上海观察社。
- _____ . (1985) 《乡土中国》, 三联书店。
- _____ . (1993) 《乡土中国和乡土重建》, 风云时代出版社。
- 冯象 (1999) 《木腿正义》, 中山大学出版社。
- 傅德 (1999) “德国的司法职业与司法独立”, 《程序、正义与现代化》, 宋冰编, 中国政法大学出版社。
- 福柯 (1999) “尼采·谱系学·历史学”, 苏力译, 《学术思想评论》第 4 集, 辽宁大学出版社。
- _____ . (1998) 《知识考古学》, 谢强、马月译, 三联书店。
- _____ . (1999) “19 世纪的‘危险个人’”, 苏力译, 《社会理论论坛》。
- 汉米尔顿、杰伊、麦迪逊 (1980) 《联邦党人文集》, 陈逢如译, 商务印书馆。
- 哈耶克 (1997) 《自由秩序原理》, 邓正来译, 三联书店。
- 贺卫方 (1985) “通过司法实现社会正义: 对中国法官现状的一个透视”, 《走向权利的时代》, 夏勇等编, 中国政法大学出版社。
- _____ . (1997) “中国司法管理制度的两个问题”, 《中国社会科学》。
- _____ . (1998a) 《司法的理念与制度》, 中国政法大学出版社。
- _____ . (1998b) “复转军人进法院”, 《南方周末》元月 2 日。
- _____ . (1999) “关于审判委员会的几点评论”, 《北大法学评论》卷 1, 法律出版社。
- 赫施 (1991) 《解释的有效性》, 王才勇译, 三联书店。
- 胡健华、李汉成 (1992) “谈法院司法行政工作的自行管理”, 《人民司法》。
- 黄仁宇 (1997) 《中国大历史》, 三联书店。
- 吉登斯 (1998) 《民族国家与暴力》, 胡宗泽、赵力涛译, 三联书店。

- 江苏省东台市三仓人民法庭（1991）“正确处理与辖区党政部门的关系，做好人民法庭的各项工作”，《人民司法》。
- 迦达默尔（1995）《真理与方法》上册，洪汉鼎译，上海译文出版社。
- 卡多佐（1998）《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆。
- 孔宪翠（1995）“人民法院独立审判有待建立法律保障机制”，《现代法学》。
- 李健华（1994）“理一方案情，保一方平安”，《人民司法》。
- 梁漱溟（1987）《中国文化要义》，学林出版社。
- 梁治平（1992）《法辨》，贵州人民出版社。
- 梁治平 [编]（1994）《法律的文化解释》，三联书店。
- 刘广安、李存捧（1995）“民间调解与权利保护”，《走向权利的时代》，夏勇主编，中国政法大学出版社。
- 刘作翔、刘鹏飞（1999）“世纪之交中国法学研究问题前瞻”，《法学研究》。
- 吕亚中（1996）《关于完善审判委员会工作制度的思考》，《法学》。
- 伦斯特洛姆 [编]（1998）《美国法律词典》，贺卫方等译校，中国政法大学出版社。
- 毛泽东（1966）《毛泽东选集》（合订本），人民出版社。
- _____（1991）《星星之火，可以燎原》，《毛泽东选集》卷1，人民出版社。
- 马克思（1971）《〈政治经济学〉序言、导言》，人民出版社。
- _____（1994a）《法兰西内战》，《马克思恩格斯选集》卷3，人民出版社。
- _____（1994b）《路易·波拿巴的雾月十八日》，《马克思恩格斯选集》卷3，人民出版社。
- 马克思、恩格斯（1994）《共产党宣言》，《马克思恩格斯选集》卷1，人民出版社。
- 孟天（1994）“踏遍青山——云南省永蒗彝族自治县永宁人民法庭采访散记”，《人民司法》。
- 孟德斯鸠（1961）《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆。
- 尼采（1992）《论道德的谱系》，周红译，三联书店。
- 强世功（1996）《法律移植、公共领域与合法性》，北京大学法律系，硕士论文。

- _____. (1997) “乡村社会的司法实践：知识、技术与权力”，《战略与管理》。
- 瞿同祖 (1981) 《中国法律与中国社会》，中华书局。
- 萨拜因 (1990) 《政治学说史》，刘山等译，商务印书馆。
- 《司法行政年鉴》1996年卷，法律出版社。
- 斯密 (1997) 《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆。
- 山西省长治市郊区雇县人民法院 (1991) “推行方位化目标管理，建设规范化人民法庭”，《人民司法》。
- 盛洪 (1996) “公共选择与法官裁决”，《盛洪集》，黑龙江教育出版社。
- 史尚宽 (1980) 《民法总论》，作者自版。
- 世增、悦来 (1991) “人民法庭花絮”，《人民司法》。
- 宋冰 [编] (1999) 《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社。
- 苏力 (1993) “法律规避与法律多元”，《中外法学》。
- _____. (1994) “关于法律专业化的法律社会学思考”，《中国社会科学》。
- _____. (1996a) “现代法治的合理性和可行性”，《东方》。
- _____. (1996b) 《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社。
- _____. (1997a) “关于‘本土资源’的几点说明”，《北京大学研究生学刊》。
- _____. (1997b) “解释的难题，对几种法律文本解释方法的追究”，《中国社会科学》。
- _____. (1998a) “20世纪中国的现代化与法治”，《法学研究》。
- _____. (1998b) “制度是如何形成的？”《比较法研究》。
- _____. (1998c) “为什么‘送法上门’？”《社会学研究》。
- _____. (1998d) “知识的分类”，《读书》。
- _____. (1998e) “现代化视野中的中国法治”，《学问中国》，江西教育出版社。
- _____. (1999a) “基层法院审判委员会制度的考察及思考”，《北大法学评论》卷1，法律出版社。
- _____. (1999b) 《阅读秩序》，山东教育出版社。
- _____. (1999c) 《制度是如何形成的》，中山大学出版社。

- _____. (1999d) “农村基层法院的纠纷解决与规则之治”, 《北大法律评论》卷2, 法律出版社。
- _____. (2000a) “语境论——一种法律制度研究的进路和方法”, 《中外法学》。
- _____. (2000b) “当代中国法律中的习惯——制定法的透视”(未刊稿)。
- 谭世贵 (1997) “论司法独立”, 《政法论坛》。
- 托克维尔 (1992) 《旧制度与大革命》, 冯棠译, 商务印书馆。
- 王铭铭 [编] (1997) 《乡土社会的秩序、公正与权威》, 中国政法大学出版社。
- 王祺国、张狄秋 (1989) “论审判独立的双重属性”, 《法律科学》。
- 王强华 (1999) “英国的‘平民法官’”, 《民主与法制》。
- 王朔 (1997) 《王朔自选集》, 华艺出版社 (光盘版)。
- 王元 (1998) 《法院独立及其困境》, (未刊稿)。
- 王振逢、盛宁、李自修 [编] (1991) 《最新西方文论选》, 漓江出版社。
- 韦伯 (1997) 《经济与社会》, 林容远译, 商务印书馆。
- 维尔 (1997) 《宪政与分权》, 苏力译, 三联书店。
- 武鼎之 (1999) “证人拒证, 良策何在”, 《人民检察》。
- 吴晗、费孝通等 (1988) 《皇权与绅权》, 天津人民出版社。
- 夏勇 [主编] (1995) 《走向权利的时代》, 中国政法大学出版社。
- 休谟 (1980) 《人性论》, 关文运译, 郑之骧校, 商务印书馆。
- 亚里士多德 (1965) 《政治学》, 吴寿彭译, 商务印书馆。
- 杨柳 (1999) 《模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察》(未刊稿)。
- 由嵘 [主编] (1992) 《外国法制史》, 北京大学出版社。
- 岳礼玲、陈瑞华 (1997) “刑事程序公正的国际标准与修改后的刑事诉讼法(上)”, 《政法论坛》。
- 曾广载 [编著] (1989) 《西方国家宪法和政府》, 湖北教育出版社。
- 张希坡 (1983) 《马锡五审判方式》, 法律出版社。
- 张国华、饶鑫贤 [主编] (1987) 《中国法律思想史纲》下卷, 甘肃人民出版社。

- 赵晓力 (1997) “关系/事件、行动策略和法律的叙事”，集于，王铭铭 (编)：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社。
- _____ . (1999) 《通过法律的治理：中国农村基层法院研究》，博士论文，北京大学法学院。
- 詹姆斯 (1997) “实用主义的真理概念”，《詹姆斯集》，万俊人、陈亚军编选，上海远东出版社。
- 《中国法律年鉴》(1988—1998)，法律出版社，中国法律年鉴社。
- 《中国教育事业统计年鉴》(1997)，人民教育出版社。
- 周旺生 (1996) “中国立法改革三策：法治、体制、决策”，《新华文摘》。
- 最高人民法院 (1999) 《人民法院五年改革纲要》，《中华人民共和国最高人民法院公报》。

二、英 文

- Abraham, Henry A. 1993. *The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, 6th ed., New York: Oxford University Press.
- Atiyah, P.S., and Robert S. Summers. 1987. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, New York: Oxford University Press.
- Bartell, Angela. 1986. *Judicial Decision Making in the Trial Court*, Disputes Processing Research Program Working Papers Series 8, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin—Madison Law School.
- Black, Donald. 1976. *The Behavior of Law*, Orland, Fla.: Academic Press.
- Bok, Derek. 1996. *The State of the Nation, Government and the Quest for a Better Society*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Bourdieu, Pierre. 1984. *Distinction, A Social Critique of the Judgment of Taste*, trans. by Richard Nice, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Carp, Robert A., and Ronald Stidham. 1998. *Judicial Process in America*, 4th ed.,

- Washington, D. C. : Congressional Quarterly Inc. .
- Danelski, David J. 1989. "The Influence of the Chief Justice in the Decisional Process of the Supreme Court", in Sheldon Goldman and Austin Sarat eds. , *American Court System, Readings in Judicial Process and Behavior*, 2nd ed. , New York: Longman.
- Danelski, David J. , and Jeanne C. Danelski. 1989. "Leadership in the Warren Court", ed. by Sheldon Goldman and Austin Sarat, *American Court Systems, Readings in Judicial Process and Behavior*, 2nd ed. , New York: Longman.
- Emile Durkheim. 1984. *The Division of Labor in Society*, trans. by W. D. Halls, New York: Free Press.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press.
- Frank H. Easterbrook. 1984. "Foreword: The Court and the Economic System", *Harvard Law Review*, vol 98.
- Eisele, Thomas D. 1997. "From 'Moral Stupidity' to Professional Responsibility", *Legal Studies Forum*, vol. 21.
- Ellickson, Robert C. 1991. *Order without Law, How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press.
- Fish, Stanley. 1980. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press.
- Foucault, Michel. 1971. *The Order of Things, Archaeology of the Human Sciences*, New York: Pantheon Books.
- _____. 1978. *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, New York: Vintage Books.
- _____. 1980. *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972—1977*, ed. C. Gordon, New York: Pantheon.
- Frank, Jerome. 1973. *Court on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton: Princeton University Press.
- Friendly, Henry J. 1979. "The 'Law of the Circuit' and All That", *St. John's Law*

Review vol.46.

Fuller, Lon L. 1969. *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven: Yale University Press.

Granfield, Robert. 1992. *Making Elite Lawyers: Visions of Law at Harvard and Beyond*, New York: Routledge.

Geertz, Clifford. 1983. *Local Knowledge, Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York: Basic Press.

Glendon, Mary Ann. 1987. *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

_____. 1994. *A Nation Under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Glendon, Mary Ann, Michael W. Gordon, and Christopher Osakwe. 1994. *Comparative Legal Traditions*, 2nd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Comp..

Goldman, Sheldon, and Thomas P. Jahnige. 1971. *The Federal Courts as a Political System*, New York: Harper and Row.

Habermas, Jurgen. 1996. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. by William Rehg, Cambridge, Mass.: MIT Press.

Hayek, Friedrich A. 1973. *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 1, University of Chicago Press.

Holland, Kenneth M. 1981. "The Federal Rules of Civil Procedure", *Law and Policy Quarterly*.

Holmes, Oliver Wendell, Jr. 1946. *The Common Law*, Boston: Little, Brown, and Company.

_____. 1952. "The Path of the Law", in *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace and Hows, Inc..

_____. 1952. "Law in Science and Science in Law", in *Collected Legal Papers*, New York: Harcourt, Brace & Howe, Inc..

- _____. 1943. "Natural Law", in *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, ed. by Max Lerner, Boston: Little, Brown, and Company.
- _____. 1943. "Law and the Court", in *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, ed. by Max Lerner, Boston: Little, Brown, and Company.
- _____. 1943. "Law and Social Reform", in *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, ed. by Max Lerner, Boston: Little, Brown, and Company.
- Howe, Mark De Wolfe. ed. 1953. *Holmes—Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916—1935*, vol. 1, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Jacob, Herbert. 1983. "Courts as Organizations", in *Empirical Theories about Courts*, ed. by Keith O. Boyum and Lynn Mather, New York: Longman.
- Lempert, Richard O. 1975. "Uncovering 'Nondiscernible' Differences: Empirical Research and the Jury—Size Cases", *Michigan Law Review*.
- Kalven, Harry, Jr., and Hans Zeisel. 1966. "The American Jury: Some General Observations", *American Jury*, Boston: Little, Brown, and Company.
- Kronman, Anthony T. 1993. *The Lost Lawyer, Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Lithwiche, Dahlia. 1999. "Richard Posner, A Human Pentium Processor has been Assigned to Settle the Microsoft Case", in <http://www.slate.com/assessment/99-11-23/assessment.asp>
- Stewart Macaulay. 1963. "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", *American Sociological Review*, vol. 28.
- Max Lerner, ed. 1943. *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinion*, Boston: Little, Brown, and Company.
- Mayr, Ernst. 1997. *This is Biology, The Science of the Living World*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Nietzsche, Friedrich. 1966. *Beyond Good and Evil, Prelude to a Philosophy of the*

- Future*, trans. Walter Kaufmann, New York: Vintage Books.
- O'Brien, David M. 1990. *Storm Center, The Supreme Court in American Politics*, 2nd ed., New York: W. W. Norton & Company.
- Pascal, Blaise. 1931. *Pensees*, trans. by W. F. Trotter, New York: E. P. Dutton & Co..
- Plotkin, Henry. 1993. *Darwin Machines and the Nature of Knowledge*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Posner, Richard A. 1981. *The Economics of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. 1988. *Law and Literature, A Misunderstood Relation*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. 1990. *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. 1992. *Sex and Reason*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. 1992. *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Boston: Little, Brown, and Company.
- _____. 1995. *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. 1996. *Federal Courts, Challenge and Reform*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. 1999. *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- _____. 1999. *An Affair of State, The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Posner, Richard A., and Katharine B. Silbaugh. 1996. *A Guide to America's Sex Laws*, Chicago: University of Chicago Press.
- Richardson, Richard J., and Kenneth N. Vines, 1970. *The Politics of Federal Courts*, Boston: Little, Brown and Company.
- Said, Edward W. 1978. *The Orientalism*, New York: Penguin Books.
- Satter, Robert. 1990. *Doing Justice: A Trial Judge at Work*, New York: Simon and Schuster.

- Scalia, . Antonin. 1989. "The Rule of Law as a Law of Rules", *University of Chicago Law Review*, vol.56.
- Shakespeare, William, *Henry V*.
_____. *Troilus and Cressida*.
- Schwartz, Bernard. 1983. *Super Chief, Earl Warren and his Supreme Court: A Judicial Biography*, New York: New York University Press.
- Teubner, Gunter. 1983. "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review*, vol.2.
- Unger, Roberto. 1986. *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Young, William G. 1998. *Reflections of a Trial Judge*, Boston: Massachusetts Continuing Legal Education, Inc..
- Wapner, Joseph A. 1987. *A View From the Bench*, New York: Simon and Schuster.
- Weber, Max. 1954. *On Law in Economy and Society*, trans. and ed. by Max Rheinstein, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Wilson, Edward O. 1978. *On Human Nature*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Wyzanski, Charles E., Jr. 1986. "The Importance of the Trial Judge", January 12, 1959, in Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process*, 4th ed., New York: Random House.

三、案 例

- Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803).
- Brown v. Allen, 244 U.S. 443, 540 (1953).
- Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)
- Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

索引

A

昂格, 204 注, 455

B

保守主义, i, 186, 263

本土化, i, vi, viii

本土资源, i, ii, vi, ix 注, x, xi, 18, 86 注, 99 注, 134 注, 139 注, 187 注, 198 注, 255 注, 261 注, 287 注, 384 注, 448 注

毕业生, 101, 114 注, 129, 141, 178, 308, 315, 325, 327—329, 333—335, 339, 341—346, 356, 369—370, 375—376, 378, 381, 394

辩诉交易, 16 注, 158, 367 注, 368

波斯纳, 20 注, 56, 70 注, 96 注, 97 注, 98 注, 100 注, 108 注,

111 注, 134 注, 135 注, 137 注, 150, 152, 153 注, 155 注, 156 注, 162, 163, 164 注, 169 注, 170 注, 177 注, 181 注, 185 注, 204 注, 242 注, 252 注, 262 注, 265 注, 270 注, 286, 295, 321, 327 注, 338 注, 360 注, 362 注, 370 注, 378 注, 379 注, 384 注, 399 注, 412 注, 444 注, 445, 454
布迪厄, 19, 34, 310, 428, 435, 445, 450
布莱克, 48, 348, 445, 450
布莱克斯东, 265,

C

裁量权, 6, 17, 44, 113, 127, 177, 213, 310, 380
策略, 26, 41—43, 57, 58, 212 注, 258—259, 290—291, 450
产权, 188, 206, 218, 220, 222,

224, 233
 阐释学, 20 注, 284, 286
 沉默权, 55, 167
 陈光中, 167 注
 陈瑞华, 88 注, 445
 程序正义, 15, 130, 181 注, 270, 413, 417
 初审法院, xi, 9, 22, 100, 122, 149, 159 - 170, 202, 215, 264 - 265, 293, 361 - 364, 367, 387, 390 - 392, 403
 传统, i, ii, vii, ix, 16, 32 - 33, 39, 57, 86, 112, 115, 130, 138, 154, 155, 156, 191, 195, 234, 235, 238, 242, 255, 257, 269 - 271, 278, 286, 290, 323, 351, 380, 387, 418, 428, 432
 传统社会, 234, 269
 纯粹理性, 367
 村干部, 29, 38, 44 - 51
 错案追究, 84, 104, 106, 123, 126, 127, 142, 259, 281

D

丹宁, 204, 325 注
 单位, 71, 102, 104, 115, 133, 333, 335, 337, 353, 356 - 357, 359, 429, 432

道德, 95 注, 99 注, 102, 122 注, 130, 132, 133, 137 - 139, 173, 190 - 191, 226, 233, 236, 247, 248 - 252, 257 - 259, 272, 275, 286, 287, 290, 294, 309, 310, 318, 321, 338 注, 349, 364, 367, 393, 412 - 413, 415, 418, 420, 439, 442, 447, 448
 道德主义, 11, 20, 233, 367, 418, 442
 德沃金, 204, 451
 德肖微茨, 96, 97, 446
 迪尔凯姆, 314, 451
 地方性知识, ii, iv, v, 11, 42 - 46, 149 - 152, 293 - 295
 定性, 42, 103, 105, 119, 160, 200, 205 - 214, 273, 286, 371
 董必武, 33 注, 94 注, 446
 独任审判, 16, 67, 74, 76, 84, 103, 110, 119, 120, 126
 杜赞奇, 51 注, 446

E

恩格斯, 193, 446

F

法官, 处处

法官轮换, 140 注
 法理学, 82, 87, 139, 150, 152, 154, 155, 158, 185, 370
 法律, 处处
 法律工作者, 23, 179, 233, 304 - 312, 318 - 320
 法律解释, 6, 15, 100 注, 155, 158, 263
 法律界, 7, 33, 75, 89, 170, 386
 法律经济学, 19, 185, 187
 法律人, 8 注, 23, 56, 190, 195, 198, 200, 221, 240, 296, 299 - 304, 320, 321
 法律移植, iii, 11, 51 注, 447
 法律争议, 10, 16, 100, 122, 157, 158, 160, 162, 169, 170, 241, 245, 278, 282 - 283, 287, 361, 362, 368, 371, 375
 法学界, iii, xi, 7, 15, 18, 64, 68, 75, 82, 88, 89, 135 注, 157 注, 170, 176, 177, 212, 284, 292, 295, 329, 385, 386, 410, 417, 419
 法学院, xiii, xiv, xv, 23, 64 注, 134 注, 141, 149, 162, 183, 192 注, 204, 268 注, 291, 315, 320, 325, 327, 328, 333 - 334, 337, 338 - 356, 360, 369 - 376, 378, 381, 394
 法治, 处处

费孝通, 7, 19, 48 注, 50, 224, 241, 351, 376 - 377, 446, 449
 冯象, 2 注, 11 注, 199 注, 256 注, 328, 365 注, 446
 弗兰克, 17 注, 96 注, 157 注, 164 注, 205 注, 373 注, 451
 弗兰克福特, 361, 370 注
 福柯, 12 注, 19, 36, 44 注, 95 注, 118 注, 154, 166 注, 196, 213, 237, 238 注, 271, 311 注, 314, 349, 374 注, 382 注, 427, 434 注, 439, 449, 451
 腐败, 9, 10, 23, 82 注, 110, 120, 135, 142, 287, 338 注, 394, 415 - 419
 复转军人, 292, 303, 322 - 325, 329 - 333, 335, 347 - 356, 375, 376, 383, 386, 445, 446
 富勒, 135 注, 152 注

G

改革, 1, 7, 8, 16, 21, 29, 30, 31, 51, 71, 82, 83, 84, 86, 88, 89, 102, 109, 117, 121, 125, 126, 142, 159, 165, 166, 179, 180, 194, 229, 300, 305, 323, 331, 339, 345, 346, 347, 350, 352, 371, 374, 377, 378,

379, 384, 386, 394, 413, 416, 417, 419, 420, 449, 450

概念, viii, ix, 4, 5, 6, 8, 11, 17, 20, 21, 35, 37, 54, 55, 56, 57, 61, 64, 65, 68, 94, 95, 98, 123, 131, 136, 149, 151, 165, 177, 181, 190, 192, 194, 197, 200, 203 - 210, 212 - 215, 220, 234, 236, 255, 263, 266, 278, 285, 289, 290, 293, 295, 299, 301, 309, 320, 321, 326, 327, 329, 360, 364, 369, 374, 385, 391, 416, 419, 428, 439, 450

高级法院, 32, 119, 160, 367

格兰登 (Glendon), 158 注, 198 注, 242 注, 368 注, 452

格式化, 1, 10, 22, 198 - 200, 205, 215 - 228, 231 注, 232 - 237, 268, 270, 272, 276, 300, 309, 316, 364

公安, 40, 129, 141 注, 188 注, 303, 306, 332 注, 333, 336, 339, 357, 416, 425 - 429, 439 - 441

公道, 87, 204, 280, 282, 289, 352

公文, 160, 223, 227, 230, 312, 403

功能, viii, 20, 21, 50, 61, 65, 66, 70 注, 72, 83 - 86, 90, 95,

120 - 121, 127, 134 注, 136, 140, 143 - 144, 177, 224, 273, 289, 391

关键词, 198, 208, 209, 213, 236

官僚, 32 - 35, 64, 72, 88 注, 115, 133, 168, 169 注, 289, 311

管辖, 112, 114, 133 注, 159, 170, 178 注, 270, 317, 367, 368, 379, 385, 387, 390 - 392, 401

规则, 处处

规则之治, 22, 135, 176 - 178, 192 - 196, 199 注, 259 注, 282 注, 291 - 293, 307 注, 317, 364, 449

国家, 处处

过错责任, 135 注

H

哈耶克, 34 注, 90, 154 注, 266, 446, 452

汉德, 370 注

合法性, 38, 46 注, 51 注, 117, 156, 158, 172, 186, 187, 190, 199, 205 - 209, 213 - 215, 222, 229, 255, 266, 271, 276, 280, 295, 364, 417 - 418, 447

合议庭, 16, 66 - 68, 71, 74 - 80, 84, 85, 103, 106, 110, 112, 120, 127, 130, 133, 203

和解, 16 注, 244, 284, 368, 409
 贺卫方, 62 注, 64 注, 65 注, 88
 注, 101 注, 114 注, 115 注, 121
 注, 133, 150 - 152, 169, 322 -
 324, 340 注, 367 注, 384, 446,
 447
 后现代主义, i, 186, 437
 黄仁宇, 51, 446
 霍姆斯, 2 注, 55, 97 注, 135 注,
 156 注, 157 注, 162, 165 注, 177
 注, 200, 204, 214 注, 215 注,
 238, 265 注, 285, 295, 321, 325
 注, 331, 362 注, 364 注, 367,
 370, 386, 393, 452, 453

J

基层法院, 处处
 吉登斯, 439 注, 446
 吉尔兹, 45 注, 212 注, 452
 级别管辖, 159, 179 注, 385, 400 -
 401
 集体决策, 77 - 79
 技术, 2, 10, 16, 23, 43, 58,
 125, 139, 149, 156, 162 - 163,
 169 - 170, 212 注, 223, 239, 265
 - 267, 270, 274, 283, 287 - 293,
 332, 403, 418, 438, 440, 448
 检察官, 156, 301, 302, 357

交易费用, vii, 151, 185, 194,
 293, 409, 411
 杰克逊, 161, 169, 370 注
 进化, 22
 经济资本, 428, 442
 竞争, 217, 218, 226, 254, 342 -
 345, 351 - 352
 纠纷解决, 22, 49, 53, 58, 133 -
 134, 169, 176 - 196, 199 注,
 235, 237, 259 注, 268 注, 269,
 272 - 275, 282 注, 284 - 285,
 288, 291, 307 注, 317, 357,
 364, 380, 408, 449
 举证责任, 166
 军人, 114, 292, 303, 313, 322 -
 325, 329 - 335, 341, 346 - 352,
 355 - 356, 375 - 376, 382 - 386,
 435, 445, 446
 军转干部, 323, 329 - 332, 347 -
 349, 352 - 356, 359, 365, 368,
 383, 435

K

卡多佐, 8 注, 83 注, 162, 321,
 370 注, 447
 开发案源, 71, 179 注, 180 注, 228
 - 230, 331
 抗辩制, 8, 166, 231 注

柯克, 99 注, 139 注, 153 注, 204 注, 265 注, 321
 柯隆曼 (Kronman), 156 注, 159 注, 300 注, 453
 科学, 93, 287, 395, 419 注, 430, 442, 444
 空间, 22, 36 - 41, 72, 79, 91, 154, 171, 261, 264, 288, 290, 314
 孔子, ix, x, 257 注

L

老子, 160, 197
 离婚, 10, 152, 167, 178, 179, 184, 200, 228, 229, 241, 253 注, 280 - 281, 287, 303, 304, 309, 310, 317, 318, 336, 366, 372, 414
 历史唯物主义, vii, 20, 215
 立法, 4, 5, 6, 15, 33 注, 96 注, 113, 152 注, 154, 158, 164, 177, 240, 262, 263, 269, 450
 梁漱溟, 51 注, 447
 梁治平, 20 注, 212 注, 447
 刘广安, 304 注, 447
 刘作翔, 150, 152, 447
 律师, 8, 10, 16 注, 23, 55, 57, 63, 96, 114 注, 141 注, 153 注,

156, 157, 161, 166, 169, 183, 198, 199, 218, 231, 233, 271, 272, 299, 300 - 301, 304, 306, 308 - 310, 316 - 319, 321, 338 注, 343 - 344, 346, 355, 370, 372, 375, 378, 387 - 391, 396 注, 411, 417, 443

M

马克思, ii 注, vii, 2 注, 20, 61, 108, 187, 193 注, 235 注, 351, 447
 马锡五, 33, 300 注, 450
 马歇尔, 4, 82 注, 99 注, 133 注
 毛泽东, vi, 5, 26, 31, 32, 33 注, 35, 52, 59, 277, 322, 349, 350, 351, 447
 美国联邦最高法院, 62 注, 63, 80 注, 82 注, 97, 118 注, 135 注, 161, 184 注, 325 注, 363, 389
 孟德斯鸠, 169 注, 447
 孟子, 257 注
 民庭, 69, 73 - 74, 331 - 333, 340, 345, 367, 370 - 371, 374, 401
 民主, vii, 18, 45, 68, 78, 79, 81, 85, 116, 125, 144, 227, 327, 380, 420, 449
 模拟法庭, 162, 371

陌生人社会, 8, 47, 141, 349, 386

N

尼采, 12 注, 95 注, 154 注, 271 注, 374 注, 446, 447

O

欧陆法, 15 - 16, 154 - 155, 158, 164, 176, 266 注

P

判断, 4 - 7, 9 - 10, 49, 56, 93 - 96, 100, 103, 107, 110 - 111, 115, 122, 126, 134, 139, 150 - 151, 156, 160, 169, 189, 198, 203 - 204, 211, 213, 216, 248, 264, 275, 279, 284 - 286, 291, 295, 311, 346, 353, 362, 364, 377, 384, 397 - 399, 405, 410

判决, 5, 17, 24, 40, 47, 67 - 68, 73 - 81, 84, 96 - 97, 101, 104 - 107, 112, 127, 130 - 134, 137, 156, 158, 160, 161, 164, 169, 172 - 173, 176, 184, 187 - 189, 191, 197, 202 - 209, 224, 227,

229, 244, 270, 273, 275 - 279, 282 - 284, 286 - 288, 302, 309, 312, 318, 320, 361 - 364, 390 - 393, 395 - 411, 415 - 416, 419 - 421

判例法, 100, 113

陪审团, 95 注, 96, 122 - 123, 137 注, 152 注, 156, 163, 166, 173, 185 注, 293, 361

偏好, 33, 256, 405

偏见, iv, 173, 318, 362 注

普通法, 4, 113, 155, 177, 212

Q

强世功, 28 注, 43 注, 51 注, 212 注, 447

秋菊, 2 注, 11, 134 注, 197 - 199, 215, 231, 237, 256

权力, 7, 12, 17, 26, 29, 34 - 52, 57, 70 - 72, 75 - 77, 96, 98, 111, 117, 120, 122, 131, 135 - 138, 142, 163, 165, 167 - 168, 186, 193, 211, 242, 248, 260 - 262, 264, 269, 289, 333, 358, 361, 364, 394, 425 - 442, 446, 448

瞿同祖, 241 注, 448

R

人大监督司法, 84, 142
 人类学, 58, 428 - 430, 437 - 443
 人民法庭, 9, 23, 27, 29, 38, 41, 44 - 45, 49, 70, 82, 103, 112, 118, 166, 178 - 189, 199, 202, 215, 226 - 227, 240, 272, 277 - 278, 291, 302 - 303, 306 - 307, 311 - 317, 319 - 321, 331, 333, 335 - 336, 340, 355, 357, 364 - 371, 378 - 381, 384 - 385, 401, 433, 447, 448

S

赛义德, 427
 三权分立, 84 - 86, 155, 168
 上诉法院, 149 - 172, 208, 223, 265, 294, 361 - 363, 366
 上诉率, 24, 393 - 421
 上诉审, 15, 100 注, 144 注, 156, 158 - 159, 160 - 164, 169, 171, 184, 209 - 210, 214, 215, 264 - 265, 273, 286, 289 - 290, 293 - 294, 361 - 364, 368, 371, 373, 379, 392, 409
 社会结构, 23, 33, 49

社会学, vii, 50 注, 58, 128, 154, 386, 425 - 428, 430 - 443, 445, 448

社会资本, 428, 442

深入基层, 32 - 33, 304 注, 436

审判, 处处

审判长, 66 - 74

审判独立, 64 - 65, 84 - 88, 449

审判委员会, 17, 21, 24, 64 - 70, 74 - 78, 81, 84, 88 - 94, 99, 102 - 136, 140, 143 - 145, 176, 183, 188, 281, 319, 358, 413, 418, 446, 447, 449

审判职能, 61, 64, 68 - 72, 76 - 82

生物学, vii, 412

盛洪, 411 注, 448

实践理性, iv, 204, 265 - 266, 327, 367

实用主义, viii, x, 20, 181 注, 192 注, 214 注, 261, 369 注, 450

实质理性, 186

实质正义, 17, 130, 134, 226, 270, 312, 418

市场, 13, 52, 86, 108, 125, 144, 187 注, 194 - 195, 207, 216 - 221, 224 - 225, 237, 271, 293, 309, 319, 323 - 324, 342 - 346, 376, 378, 381

事实争议, 10, 16, 17 注, 96, 100, 122, 156, 160, 166, 200, 205,

211 - 222, 272, 361 - 362, 371
 熟人社会, 8, 38, 45, 48, 57, 140
 - 141, 144, 224, 307, 315, 348,
 349, 352, 381, 382, 394
 司法, 处处
 司法不公, 23, 113, 394, 399, 404
 - 409, 414 - 418
 司法独立, ix, 17, 62 - 66, 84 - 86,
 88, 92 - 99, 109 - 110, 120 - 126,
 131, 136 - 139, 141 - 145, 149,
 413, 449
 司法腐败, 10, 23, 82 注, 110,
 142, 415, 419
 司法知识, 10, 22, 91, 146, 149,
 151, 153, 157 - 158, 161 - 163,
 169 - 172, 195, 213, 264 - 266,
 293, 312, 369
 司法制度, 处处
 斯密, 257 注, 271, 448
 诉讼法, 31, 65, 66 - 67, 73 - 76
 注, 80 注, 88 注, 104 注, 105
 注, 159 注, 167 注, 184, 223,
 318, 363 注, 371, 400 - 401,
 445, 449

T

调解, 9, 29, 42 - 43, 49 - 50, 134
 注, 182, 188, 225, 244, 281,

301, 303 - 309, 312, 318, 365,
 368, 380, 402, 410 - 411, 447
 庭务会, 79
 同国际接轨, vii, viii, 11, 18, 88
 托克维尔, 415, 449

W

王利明, 255 注
 王朔, 206 注, 221, 232 注, 253 注,
 338 注, 360, 449
 王元, 101 注, 104 注, 449
 威尔逊, 415 注, 455
 韦伯, 32, 33, 35, 176, 187, 197 -
 199, 223, 231, 237, 312, 449,
 455
 维特根斯坦, 58, 163
 文化类型, vii
 文化资本, 428, 435, 442, 445
 文森, 361
 沃伦, 83 注, 97

X

习惯, 6, 22, 73 - 74, 155, 238 -
 241, 247 - 262
 习性, 33, 191, 310, 426, 432
 下乡, 20, 26 - 58, 153, 176, 223,
 278 - 279, 300, 315, 319, 377,

426, 438
 夏勇, 101 注, 305 注, 340 注, 449
 现代化, xi, 13, 53, 191 - 196,
 199, 237 - 238, 242, 254, 269,
 292, 300, 377, 382 注, 386
 现代性, 54 - 60, 271, 348 - 351,
 382 注
 乡土社会, 8, 11 注, 23, 38 - 39,
 46 - 51, 192, 216, 224 - 225,
 230, 235 - 236, 250, 271, 277,
 299, 303, 308, 310 - 315, 320,
 347 - 349, 352, 369, 374 - 377,
 380
 刑法, 130, 180, 198, 211, 243,
 245, 278
 刑事诉讼法, 38, 67, 75 注, 76 注,
 80 注, 88 注, 159 注, 166 注,
 445
 刑庭, 69, 119, 330
 行政管理, 21, 61 - 86, 115, 168
 行政化, 64, 72 - 85, 115
 形式理性, 35, 57, 154, 176, 177
 注, 186, 198
 休谟, 90, 182, 257 注, 449

Y

亚里士多德, 2, 177, 236, 450
 严格责任, 135

杨柳, 239, 249 注, 254, 449
 业务庭, 66, 69 - 71, 74, 76 - 80,
 103
 易斯特布鲁克, 365, 451
 英美法, 13, 89, 95 注, 154, 158,
 171, 177, 262 注, 265 注, 266 注
 院长, 32, 66 - 71, 74, 76 - 80,
 94, 99, 103 - 107, 115 - 119, 124
 - 126, 131 - 135, 143, 179, 189,
 227 - 229, 282, 329, 331 - 337,
 340 - 342, 344, 347, 353, 416

Z

张国华, 243 注, 450
 张希坡, 32 注, 300 注, 450
 赵晓力, 26, 43 注, 211, 277 注,
 450
 真理, 3, 15, 60, 91, 144, 151,
 153, 181 注, 192 注, 232, 286
 注, 369 注, 441, 450
 正当性, 12, 13, 89, 110, 136,
 139, 158, 186, 239 注, 321, 364
 正式制度, 45, 65, 66, 73, 87,
 187
 正义, 2, 17, 55, 57, 110, 130,
 134, 137, 199, 203, 226, 249,
 270, 271, 312, 323, 364, 396,
 416, 446

- 证据, 8, 93, 111, 122, 156, 160, 163, 167, 201 - 204, 212, 222 - 230, 235, 248, 272, 311, 312, 355, 373, 394
- 证人, 30 注, 37 注, 166, 201, 372, 373, 449
- 政治正确, viii, 418, 420
- 支配性权力关系, 39 - 45, 437 - 443
- 知识, 处处
- 知识谱系, 22, 58, 153 - 154, 265, 328
- 职能分工, 83 - 85, 385
- 制定法, 4, 6, 23, 155, 156, 170, 172, 176, 178, 189, 190, 191, 208, 209, 211, 212, 226, 238 - 262, 271 - 272, 274, 277 - 278, 285, 288, 305, 309, 317, 339, 390, 449
- 制度, 处处
- 制度经济学, 20, 23, 187
- 治安法官, 157, 163, 321, 367, 378 - 381, 387 - 389
- 中级法院, 100, 101, 135, 145, 202, 204, 224, 340, 367, 384, 400, 401, 410
- 周旺生, 31 注, 450
- 专业化, ix, 23, 69, 83, 86, 114, 119, 126, 218, 288, 291, 292, 300, 312 - 316, 321 - 323, 341, 383 - 384, 413, 448
- 庄子, 3, 145
- 最高人民法院, 32, 66 - 68 注, 71 注, 75 - 76 注, 179 注, 378 注