



妥协与耦合：评“能动主义八四司法模式”^{*}

李亚凝

提 要：由于立法层面和司法层面的民意表达缺失，以及司法改革进程中对中国传统社会中的三层面纠纷解决模式的瓦解，使得现行司法制度关于融合与协调国家法和民间法的功能丧失。在司法机关面对日益严重的纠纷解决压力与社会对于纠纷解决的渴求的情形下，一个具有“国家法民间化”和“民间法国家化”功能的司法层面正在逐渐形成。虽然能够一定程度上符合我国当前实际情况，但是不能忽视其存在一定的负效应。

关键字：能动主义八四司法模式；民间法；人际关系

引言

改革开放以来，建立能够适合国情、推动法治进程的司法模式一直是我国法治建设的目标之一。陕西省陇县人民法院在实践过程中所总结并发展的不仅“案结”而且“事了”的“能动主义八四司法模式”在全国引起巨大轰动，并且当地的群众对于这种模式的程序设计和裁判结果认同度都要高于我国现行的法律所构建的模式。究竟这种司法模式与现行的司法模式究竟有何不同之处呢？

首先，在司法的指导思想方面，该模式在明确司法的目标——纠纷解决之后，在路径选择上抛弃了以往依赖固执的司法理念和所谓的司法流程，而是在现有法律的约束下，采取更加符合当地实际的灵活做法；其次，案件处理方面上，较之现有“当事人主义司法模式”下的司法被动性，“能动主义八四司法模式”更加注重了法院的主动性，具体到陇县法院，其

^{*} 作者李亚凝，男，山东大学法学院硕士研究生，研究领域为法经济学、司法制度，代表作有《前科制度的量刑化和区别化设计》、《土地承包经营权的税收启动》、《借款合同与赠与合同之间的司法抉择》、《法律方法下许霆案的应然进程》等。E-mail: yaneenlee@gmail.com

做法是立审执兼顾^[1]、诉调对接^[2]和一村一法官机制三大机制^[3]相结合；最后，司法依据方面，往往是地方性的伦理知识和现行法律相结合。正如陇县人民法院院长所言：“首先就要突破西方国家所谓现代司法观念的禁锢，增强法官的社会责任感，让他们真正放下架子，甘受磨难，深入群众，与群众打成一片，从国法、天理、人情的综合考量来处理案件，从源头上化解矛盾纠纷。”

由此我们不难看出，“能动主义八四司法模式”明确其司法目标不仅要做到“案结”（法律效果），而且要达成“事了”（社会效果），依托地方性知识和司法能动主义，采用灵活解决手段，实现法律效果和社会效果的统一。其结果是从2007年10月，也就是“能动主义八四司法模式”生成时起，陇县人民法院指导调解各类历史遗留纠纷1187件，驻村法官共收集民情、民意、民生信息和建议630条，帮助群众解决各类问题330件。自2007年12月以来，历年遗留的137件涉法涉诉信访案件经集中处理已全部解决，历史积案475件全部执结，2008年共立执行案件388件，执结368起，基本解决了困扰法院多年的执行难问题。2008年共收案1177件，庭外调解502件，没有发生发回重审、重大改判和涉诉信访案件。^[4]而在此前的2006年陇县上访案件积案超过400件，长期涉诉缠访案件超过60件，审理案件积压超过100件。不禁让笔者感到疑惑的是，为什么这些远离司法被动、对抗制和严格法条主义看似“反法治”的创新反而会取得如此大的成功呢？现行的司法模式究竟出现了什么问题呢？

一、现行司法模式的迷惘

理论的支撑方面，通说认为，我国现行的司法模式正在经历着从职权主义到当事人主义的转型过渡时期。也有学者指出，我国的司法模式还处于传统的纠问主义阶段，真正的问题并不是在于从职权主义到当事人主义的技术性转变，而是面临从传统型司法模式到现代型司法模式的价值理念和制度结构的全面转型。^[5]

实践的探索方面，我国现行的司法模式经历了从“域外经验借鉴”阶段到“本土资源发掘”阶段，即从学习和借鉴国外成熟的司法经验，并移植我国到认为“现代的作为一种制度的法治……不可靠‘变法’或移植来建立，而必须从中国的本土资源中演化创造出来”^[6]的转变。

这一时期表现为诉讼过程中的例如调查取证等负担，开始由法院向当事人转移；法院逐步由“主动”变“被动”；国家司法层面开始逐渐承担绝大多数的纠纷解决任务。

毋庸置疑，这一系列努力所取得的制度变革带来了明显的司法进步。但是，正如有的学者所指出的，一些司法改革所增设的权利沦落成没有具体指涉对象的符号，司法实践很大程度上还是有“惯习”所驱使。^[7]在陇县的一些基层群众反映了他们对于现行法律的困惑，一位打过官司的山区村民说：“法官应该在打官司时调查取证。不能把举证的责任都推给我们。法官不能只使权力，不承担责任。”另一位卖水果的个体户说：“讲程序用意是好的，可是程

[1] 所谓“立审执兼顾”，陇县人民法院东南法庭庭长支会前对其这样理解：“我们是在承认立审执分立的基础上，因案、因时、因地适用立审执兼顾。”

[2] 所谓“诉调对接”，是指以基层法庭为中心，以各村法务室为依托，在各村法务室成立诉调对接服务中心，负责其他调解与法院调解及审判工作的有效衔接。

[3] 所谓“一村一法官”，是在陇县全县农村每村、每几村或城区每一社区建立一个法务庭。每个法务庭由法官、参审员、调解员三人组成。参审员、调解员通常由村支书和村长等分别担任。法务庭驻村法官走村串户化解矛盾、协助执行并宣传法治。

[4] 参见“能动司法：法治对国情县情的软性嵌入——陕西省陇县人民法院‘能动主义八四司法模式’调查之二”，登载于中国法院网，网址：<http://www.chinacourt.org/html/article/200904/24/354532.Shtml>，访问日期：2010年6月14日。

[5] 卞建林：《刑事诉讼法学》，北京：科学出版社，2008年，第32页

[6] 苏力：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社，2004年，第17页

[7] 左卫民：《在权利话语与权力技术之间：中国司法的新思考》，北京：法律出版社，2002年，第79-87页

序太复杂，群众搞不懂，只好找律师，结果律师赚得满盆满钵，法院出力挨骂。法院到底怎么想的？”^[8]普通民众在进入诉讼程序后，往往一方面对繁琐的程序不知所措，另一方面对于裁判所依据的法条深感迷惑。而出现这种现象的原因，笔者将其归结为制度不能满足现实的需要。

现实的需要究竟是什么？笔者将其概括为对于纠纷解决的渴求。对于纠纷解决的渴求如同人类所具有的其他欲望一样，可以被压抑，但是绝不会被消灭。组织行为学认为，当一个正式的组织无法为其成员提供某种“物品”的时候，那么由于对此种“物品”的需求不会消灭，那么就会产生“迭盖”，即非正式的行为方式，^[9]比如，在认为司法解决无法满足愿望的时候，人们就会采用自我解决的办法。而这种非正式的行为方式进一步发展，就有可能产生非正式组织，非正式组织的产生所带来的结果，有正有负，那么为了弥补这种缺陷，正式组织就有可能对非正式组织进行承认和合作。

笔者试图采用这一理论来解释陇县“能动主义八四司法模式”的形成。

这就要从“能动主义八四司法模式”的产生开始，与其说“能动主义八四司法模式”是陇县法院创造的，还不如说“都是现实逼出来的。”这是2009年3月27日，陕西省高级人民法院院长安东接受采访时，评价陇县“能动主义八四司法模式”的一句话。^[10]那么，为什么是“逼”出来的呢？

首先，是立法层面的参与缺失。

在日常工作当中，陇县的法官们常常会遇到这样一种情况，即依据现有的法律作出的裁判，对于当事人往往说服力不足，这是因为长期以来依附于地方性知识的而产生的纠纷在面面对体现一般性的法律的时候就会陷入困境。显然，陇县的地方性经验很难会在立法上有所体现。陇县法院经过广泛调查总结出群众对法院工作十大期盼中，其中有一条就是“盼法院在体现民意上有新途径”。陇县的一位乡镇领导说：“在建立和维护法治权威注重法条的同时要让老百姓有获得多元化解纠纷解决渠道的权利，对民间的社会规范（包括公序良俗）给予足够重视和宽容，发挥各种调解组织的作用。”因为地方性的知识由于很难在立法上得到充分体现，只能被迫在司法过程中寻求生存空间。

在司法改革的实践中，某些学者往往倾向于将一项移植制度的实行失败归结于我国“不完善”的“法治环境”，笔者认为，这种观点恰恰将问题本末倒置，《三辅黄图》中记载了这样一个故事：“汉武帝元鼎六年，破南越，建扶荔宫。扶荔者，以荔枝得名也。自交趾移植百株于庭，无一生者，连年移植不息。后数岁，偶一株稍茂，然终无华实，帝亦珍惜之。一旦，忽萎死，守吏坐诛死者数十，遂不复茂矣。^[11]制度也是如此，其需要依照合适的环境进行建构和移植的，反过来埋怨环境就贻笑大方了。而我国现阶段的立法模式恰恰存在这样的问题，其秉承的是一种精英引导型的立法思想，这种思想的前提就是民智未开，认为需要由精英来领导我们的国家法治建设。但是，这些所谓精英引导的现代立法每每在“十里不同风，百里不同俗”的中国现实社会中碰壁之时，学者的目光总是朝向国门之外，或是引进新的制度，或是把责任推给所谓的“法治环境”，却忘记了“礼失而求诸野”^[12]，解决中国问题的基础正是在于中国。所以说，在立法的层面上，普通民众的意愿在一定程度上被忽视了。

^[8] 参见“秋菊故乡：法治与乡土社会的艰难对接——陕西省陇县人民法院‘能动主义八四司法模式’调查之一”，登载于中国法院网，网址：<http://www.chinacourt.org/html/article/200904/16/354530.shtml>，访问日期：2010年6月14日。

^[9] 林志扬：《组织管理研究》，2009年度秋季学期授课记录，厦门大学管理学院

http://yjsy.xmu.edu.cn/xwbmis/yjsdsglxt/ds_dsfc.asp?ds_id=%C1%D6%D6%BE%D1%EF&usage=browse

^[10] 参见“秋菊故乡：法治与乡土社会的艰难对接——陕西省陇县人民法院‘能动主义八四司法模式’调查之一”，登载于中国法院网，网址：<http://www.chinacourt.org/html/article/200904/16/354530.shtml>，访问日期：2010年6月14日。

^[11] 《三辅黄图》。

^[12] 《汉书·艺文志·诸子略序》。

其次，是法律适用层面的尴尬。

上世纪 80 年代初，陇县的社会纠纷不多，法官们在案件处理中经常是跑村入户，露宿山乡。后来，伴着改革开放的大潮，众多的案件涌向法院。法院压力骤增，此时，中国的司法改革也开始向当事人主义模式的方向推进。像大多数法院一样，陇县法院在全国司法改革的大潮中逐步开始“坐堂问案”。因为“谁主张，谁举证”，法官一般不再到下面调查证据，而是将这部分的负担交给了当事人。法官“被动、中立”的处理案件，成了这个落后山区县法官们对司法权行使规律的共识。

虽然“案结”的速度提高了很多，但是“事了”却不那么尽如人意，特别是“用程序的表面合法掩饰程序和实体的实际错误”的问题逐步显现。以至于陇县新任的院长在找县委书记汇报工作，问及对法院工作的期望，书记回答道：“法院只要不惹乱子就行。”

在对于国家法认知的部分，陇县的民众接触最多的就是计划生育法和农村土地承包经营法，然而，即便是这些与农民切身利益息息相关的法律，其传播方式只是依靠下发传单或者村干部言传身教的形式而已。而对于民法、刑法、婚姻法、继承法等民众则知之甚少，对于诉讼涉及到的举证责任、举证期限等法律概念在日常生活中更是闻所未闻。现代化司法要求与社会群体法律知识相对匮乏的冲突，一度造成了陇县人民法司法的困境和迷茫。

最重要的是我国幅员辽阔，经济、文化差异大，各地情况千差万别，人们的生活水平、法制意识、民风民俗等差别也很大。代表一般性的法律不可能照顾到方方面面的情况。“农村民情复杂，很多案件稀奇古怪，如果死抠法条机械办案，很多问题不仅解决不了，还会使矛盾激化。”^[13]

综上，我们可以看出法律适用过程中所依据的所谓“精英立法”缺少在民间立足的根据。

其一，是“精英立法”没有很好的解决现实的问题。最明显一个例子就是新颁行的《劳动合同法》，其意在帮助弱势的工人，完善我国用工制度。但是，正如张五常教授所指出的那样，其束缚了“自由的合约”，反而伤害了弱势的群体，造成对于经济的损害。^[14]

其二，“精英立法”并非是社会各个利益团体的“合约”，这点尤为重要。社会中存在不同的利益团体，其是指是指具有相同利益并向社会或政府提出诉求，以争取团体及其成员利益、影响公共政策的一群人，大致可以分为经济利益团体和公共利益团体，前者关心的乃是成员的经济利益，这类的团体皆为功能性的组合。他们成立的目的是旨在团结该阶级或组织的力量来保障自身利益，并且为该阶级或组织提供讨论和交流的平台。如商会或工会；其次是各种专业人员所组成的团体，如医疗学会、教育协会等。后者主要是争取其成员非经济性的共同理想，他们成立的目的主要是争取公共利益或透过成立利益团体来向大众推广其理想。英国学者称这类团体为促创团体，以别于一般的经济性利益团体。如环保组织、妇女权益保护组织。这些团体通过在立法机关的观点冲突与碰撞，最终达成各方都能受益的法律。但是在我国，“精英立法”显然没有具备这种性质。

也正是由于立法层面和司法层面的问题，前述的“精英立法”在实行起来，往往会使得各方的利益不均，而且越是严格实行，对于社会的损害就越大。

二、双重压力下的制度变迁

面对上述这种情况，社会就会出现前述的“迭盖”现象，甚至出现非正式组织，一般会表现为两种反应，激烈的反应表现为诸如近年来所出现的“群体性事件”，这一点其实是由于本应在立法机关的各利益团体唇枪舌剑博弈过程的缺失，而反映在面对法律适用的过程上

^[13] 参见“老百姓可以触摸的司法为民”，登载于中国法院网，网址：<http://www.chinacourt.org/html/article/200904/26/354584.shtml>，访问日期：2010年6月14日。

^[14] 张五常：《中国的经济制度》，北京：中信出版社，2009年，第182-188页

的激烈反应，但是，这种方式往往难以形成稳定的制度结构。平缓的反应表现为是以“能动主义八四司法模式”为代表的民众与法院的互动，也就是非正式组织寻求一种制度上的正当化，从另一个方面来说，也是一种正式组织对于非正式组织的妥协。而促成这种互动的，恰恰是，司法“供给”目的与社会“需求”目的——纠纷解决——的耦合。

（一）法院与民众进行互动的原因

“就是随时爆炸的火药桶。”陇县人民法院执行局局长张晓良这样回忆实行“能动主义八四司法模式”之前法院。执行积案超过 400 件，长期涉诉缠访案件超过 60 件，审理案件积压超过 100 件。上访案件长期居高不下，大量的进京、赴省上访严重影响陇县的经济的发展，也给社会造成了不安定因素。个别闹访者得到法律规定之外的利益，又刺激更多的人效仿。“大闹大解决、小闹小解决、不闹不解决”成为许多纠纷当事人的行为预期，法律在群众心目中的形象轰然倒塌了。

当然，这时的法院就会面临巨大的压力，一方面，法院不能完成自己作为纠纷解决机构的职责；另一方面，越是按照“先进制度”所处理的案件，越是容易出现人民不满意的状况，甚至出现上访，造成当事人、法院、所在地三方利益共损的结果。也正是在这种压力下，法院深切的体会到现行的司法模式并不能很好的适应现实，并且在现有法律的约束下，开始与普通民众进行“互动”，进行符合当地情况的“司法改革”。

值得我们注意的是，在陇县“能动主义八四司法模式”下，法院所表现出来的“能动”，是与进行当事人主义改革前的法院“能动”是有区别的。前一个时期的“能动”实际上可以归入到“硬家长主义 (Hard Paternalism)”，即通过限制当事人的能力去做法律认为违反他自己利益的行为来保护承诺人自己；^[15]而当前陇县法院的“能动”则是属于“软家长主义 (Soft Paternalism)”，即只有“真实”（即那些在认知上和意志上没有欠缺）的决定才值得尊重。软家长主义之所以被认为是“软”的，是因为它不对任何真实的决定进行干预。^[16]比如，在陇县的“诉调对接”机制中，驻村法官排查出的纠纷或当事人直接找到驻村法官希望解决的纠纷，如果不是必须进入司法程序，就由法官指导，陪审员、调解员配合进行调解。如调解成功，就制定调解协议，登记备案。当事人一方反悔，另一方可以拿调解协议到法院起诉。当事人一方不按调解协议执行，可以申请法院强制执行。如果调解不成，当事人可以持法庭《立案建议书》到法庭或法院立案庭立案。法院“能动”但不“强制”。

（二）民众与法院进行互动的原因

人类自诞生至今，一直希望减少生活中的不确定性以延续生存，而建立一个人们互动的稳定结构来实现这个目的，^[17]则是梦寐以求的。值得注意的是，我们在试图建立这个稳定结构的时候，一定要注意普通民众才是司法系统所要服务的主要对象。所以法律决不能忽视了他们所珍视的价值。梁漱溟先生就曾指出“中国社会如吾人所见，却是以道德代宗教，以礼俗代法律。这既是说：在文化的比较上，西洋走宗教法律之路，中国走道德礼俗之路。……礼俗之异乎法律者，亦在其慢慢由社会自然演成，而非强加制定于国家。”^[18]日本学者滋秀贺三也持相似观点，其认为中国的情理与国法，好比大海与冰山，“有情理之水所凝结成形的冰山，恰恰是法律”。^[19]

从公元五世纪开始，中国政治思想的发展历程中就一直在探讨采用伦理规范而非法律手段来控制社会的优越性。^[20]笔者认为传统中国式的纠纷解决模式大体上是分为三个层面的：

^[15] Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*. 92 *Yale L. J.* April, 1983.

^[16] Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, in *Paternalism*. Rolf Sartorius ed, University of Minneapolis Press, 1983

^[17] [美]道格拉斯·C. 诺斯：《制度、制度变迁与经济绩效》，杭行译，上海：格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社，2008 年，第 7 页。

^[18] 梁漱溟：《中国文化要义》，上海：学林出版社，1987 年，第 305 页。

^[19] [日]滋秀贺三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等译，北京：法律出版社，1988 年，第 40 页。

^[20] [美]吉尔伯特·罗兹曼主编：《中国的现代化》，比较现代化课题组译，南京：江苏人民出版社，1988 年，

(1) 纠纷发生层面。统治中国传统文化的“礼”的内涵：“夫礼者，自卑而尊人”。^[21]这与“慎独”的思想要求个人德行的修养是项符合的，如果每个人人都以谦卑的态度来对待他人，那么冲突和纠纷就会在发生层面上被最大化减弱了。

(2) 宗族纠纷处理层面。即使发生了纠纷，较之国家司法，民间的或是宗族内的经验对于本区域的纠纷解决更具有适应性和可操控性。正如武陵熊氏族谱中所言：“家乘原同国法，家法章足国宪。况国法远，家法近，家法森严，自有以助国法所不及。”^[22]

另外，这种非国家的纠纷解决，在依靠社会生活中公共知识的同时，采取和缓的纠纷解决方式，所以不会对个人或是社会造成负效应，或很少造成负效应。清代著名理学家冯桂芬指出：“牧令所不能治者，宗子能治之。”^[23]族中的尊长能有效的化解纠纷，因为“牧令远而宗子近。”

这个层次承担着融合国家法和民间智慧，并采用这种结合体处理纠纷的任务，其产生原因，汪辉祖曾这样概括：“词讼之应审者，什无四五。其里邻口角，骨肉参商，细故不过一时竞气，冒昧启讼，否则有不肖之人，从中播弄，果能审理，平情明切，譬晓其人，类能悔悟，皆可随时消释，间有难理，后亲邻调处，吁请息销者，两造既归辑睦，官府当予矜全，可息便息，宁人之道，断不可执持成见，必使终讼，伤同党之和，以饱差房之欲。”^[24]所以，清代诉讼制度中最有特色的便是调处制度，^[25]即由熟悉国法和知晓民间的地方绅耆对当事人双方的纠纷进行处理。

(3) 国家处理层面。即由国家裁判机构对于上述两个层面解决不了的纠纷进行国家公权力处理。但是及时到达这一层面，国家法的运用也不是绝对的，比如，清代地方官在处理民事纠纷时，更多地是依据情理来对当事人之间的关系进行全面的调整，而非运用法律对事实作单方面的判断。但这并不意味着法律就被轻视或无视，因为法律本是基于情理而定的。而在法律条文的适用中，还要通过情理加以解释或变通。^[26]

在实行改革开放和计划生育前，作为传统社会占主导地位的陇县也存在这样的纠纷处理系统，其一大优点就是最大限度保卫了我们这个东方社会最重视的一项价值——人际关系。并且这个影响因素在今天仍然具有意义，有学者这样描述道：“在中国，人们之间先前的交往经历和关系会继续赋予交换过程以意义和价值，这种替代参考框架使得中国市场经济不同于美国”。^[27]人际关系在上述传统社会纠纷解决的前两个层次中起着至关重要的作用。虽然纠纷会在和谐（哪怕是貌似和谐）的人际关系下暗流涌动，但通常情况下纠纷会在这种和谐的人际关系的沐浴下得以解决。因为从博弈论的角度看，这样的纠纷解决的优点主要在于，一方面不会使双方当事人丧失再次合作的机会，这类似于博弈论中的多次博弈，因为双方的这次纠纷所带来的损失，在下次博弈的时候还会得以补偿，这样当事人就不会产生短期收益权衡，而采取不合作的态度（比如坚持鱼死网破式的纠纷），导致互损结果的发生；另一方面在此次纠纷解决过程中当事人积累了信息，“学习”到了未来应该如何对待对方，在下次博弈过程中其就会表现的更加理性，而且也会减少纠纷产生的几率，更容易达到双赢，当然也产生了“润滑”社会的作用。^[28]而借鉴西方的诉讼模式则会破坏人际关系，双方从多次

第 120 页。

^[21] 《礼记·曲礼上》。

^[22] 《武陵熊氏四修族谱·宗规十则》。

^[23] 《显志堂集·复宗法议》。

^[24] 《佐治药言》。

^[25] 那思陆：《清代州县衙门审判制度》，北京：中国政法大学出版社，2006年，第103页。

^[26] [日]滋秀贺三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等译，北京：法律出版社，1988年，第20-37页。

^[27] [美]罗宾·保罗·马洛伊：《法律和市场经济——法律经济学价值的重新诠释》，钱弘道、朱素梅译，北京：法律出版社，2006年，第15页。

^[28] [美]阿维纳什·迪克西特、苏珊·斯克丝：《策略博弈》，蒲勇健译，北京：中国人民大学出版社，2009

博弈模式变为一次博弈，难免会产生“囚徒困境”的结局。^[29]简而言之，民众的需求是在不破坏人际关系的前提下来完满的解决纠纷。

进入到现代社会，由于维系“宗族纠纷处理层面”的载体大家族已经消融，而且加之国家法对民间法所调整范围的“侵占”，现行的司法模式只存有两个层面——“纠纷发生层面”和“国家处理层面”，即当纠纷在发生层面无法解决后将直接进入国家处理层面。但是，“农村纠纷标的额往往很小，村民觉得不值得去打官司。但是问题不解决，矛盾又会慢慢激化……”^[30]当民众纠纷解决的愿望在遭遇到立法层面的利益团体博弈的缺失以及因此而导致的司法层面上的尴尬后，开始出现了运用传统民间智慧进行纠纷解决的信仰回归，并且由此开始试图形成“非正式组织”^[31]抛开现有司法系统，来进行类似于“宗族纠纷处理层面”的重新构建，但是由于上述原因，这种自足模式很难建立起来。但是对于纠纷解决的需求不会自行消失，所以民众只能寻求法院对于这种民间智慧的承认，并且给予其一定压力，比如，甚至出现像陇县民众缠闹法院、上访率高等情况，从深层次看，这其实体现了社会对于纠纷解决的迫切要求。而法院也正是在这种压力下意识到了民众对于这种民间智慧的信仰，并且在吸收这种民间智慧后，能够较好的完成作为纠纷处理机构的任务，树立司法权威。最终，吸纳民间智慧的，以“国法、天理、人情”为依据的“一村一法官”的办案方式为代表的新的司法模式诞生了。

“……驻村法官定期排查矛盾纠纷，在审判员和调解员的配合下，依据法律、人情和当地的风俗习惯，可以及时将矛盾化解在基层。”^[32]陇县曹家湾镇驻村法官周兴国的一席话道出了“一村一法官”在基层维稳方面的作用。曹家湾村审判员曹浩民说：“我们村干部对人熟悉，对法不熟悉。驻村法官来了之后，指导我们依法办事，没有连锁反应，没有后遗症。我们从法官的处理过程中学到了许多法律知识，对以后的工作也有指导作用。”^[33]在陇县的一则涉及亲兄弟间财产问题的案子中，办案人员认识到人际关系在其中的重要作用，在调解中一句“……啥能比同胞兄弟之间的血肉亲情贵重？”^[34]化干戈为玉帛，不仅解决了纠纷，而且没有损坏到“亲情关系”，其中一位当事人这样说到“多亏咱法务庭的驻村法官，一句话换回了咱的骨肉情啊！”

我们可以发现，新的司法模式无论对于司法机构还是民众都是有益的，在民间法与国家法、乡土社会与现代社会之间建立起一个“缓冲地带”（笔者认为其功能上相似与传统纠纷解决模式中的“宗族纠纷处理层面”），在这个“缓冲地带”中，民间法与国家法融合，正式的司法制度与民间模式交汇，笔者认为这是一个“国家法民间化”和“民间法国家化”的过程，在这个层面上，原本关系紧张的国家法的目的与民间社会的呼声得到了在耦合的前提下相互妥协，实现了双方的和谐结合，进而凝结出兼具国家权威性和地方适应性特色的司法模式。较之现行的司法模式，其有效的解决了纠纷，主观方面民众对于这种解决模式的内心信

年，第 275-302 页。

^[29] [美] 尤文·韦伯 约翰·摩根：《心理操纵术：人际关系中的心理策略》，黄慧、曾君剑译，北京：中央编译出版社，2009 年，第 71-87 页

^[30] 参见“一村一法官：走近农民的法官与走进民心的法——陕西省陇县人民法院‘能动主义八四司法模式’调查之三”，登载于中国法院网，网址：<http://www.chinacourt.org/html/article/200904/24/354535.shtml>，访问日期：2010 年 6 月 14 日。

^[31] 组织能够行为学上的非正式组织指的是经过精心设计、计划而建立的个人地位和权责关系；其是正式组织的副产品亦为必然现象。非正式组织是由于人员间相互行维之下所产生的认同关系所形成的结果，凡是共同点愈多者其非正式组织的关系也愈密切，只要具备任何一项相同点即可促进人员之间的认同，而共同点愈多非正式组织成员愈团结。

^[32] 参见“陇县模式综治维稳的生力军”，登载于陕西省陇县人民法院网，网址：<http://www.sxlxfy.gov.cn/tynews.asp?id=667>，访问日期：2010 年 6 月 14 日。

^[33] 参见“法官在平安大局中站位何在陕西陇县人民法院参与综治维稳调查”，登载于搜狐网，网址：<http://news.sohu.com/20090705/n264988010.shtml>，访问日期：2010 年 6 月 14 日。

^[34] 参见“纠纷割不断亲情”，登载于陕西省陇县人民法院网，网址：<http://www.sxlxfy.gov.cn/tynews.asp?id=441>，访问日期：2010 年 6 月 14 日。

仰和客观方面这种解决模式对于现实的适应性是其深层次的原因。“一事物群众认可了、接受了，他就是好的，就是有生命力的，反之你就是说得天花乱坠，那也是空谈。”改革过程中总是会遇到各种各样的质疑，陇县法院院长冯华最爱说的一句话就是：“群众最有发言权。”^[35]

三、能动司法的负效应分析

虽然这种非制度性的供给，一段时间内是可以满足我国目前社会对于纠纷解决的需求，但是其中的不稳定因素是需要引起我们注意的。

首先，由于民意的表达并没有经过严谨的立法程序，其意味着各个利益团体并没有经过充分的利益博弈与整合，所以，社会中利益团体利益合理分配的问题并没有得到根本的解决。

其次，在一些社会认知趋同的案件中，民意可以集中，但是在分歧较大的案件中，就不能保证民意的集中体现，这时如果冒然进行“互动”，有可能会产生由于团体利益冲突而产生社会动荡。

最后，法院在采用关注这种民间经验的时候，一般情况下会注意加大团体的利益，但是小团体的利益，或是某些单个利益人要怎样保护呢？是否会产生忽视个人人权的状况呢？这仍然是有待解决的问题。

虽然存在着上述负效应问题，但是我们要认识到任何一种制度的形成都是从幼稚走向成熟的，因噎废食是不理智的。至少在目前的环境下，陇县“能动主义八四司法模式”的出现意味着我国的司法改革从外部借鉴到内部发掘的重大转变，其是值得肯定的。无论如何，笔者期待的是，通过这种非制度的妥协与耦合，能动司法层面能够得以形成与完善，不仅国家法可以经过其整合而契合民间要求，而且民间智慧在经过这个层面的甄鉴后能够继续上升到立法层面，使得公信力和权威性获得提升，进而成为我国法治建设的动力和源泉。因为最好的制度不一定是最先进的制度，但是一定是最合适的制度。

（初审编辑：谢进杰）

^[35] 参见“良性循环：行进在专业化与大众化结合的路上——陕西省陇县法院‘能动主义八四司法模式’调查之四”，登载于中国法院网，网址：<http://www.chinacourt.org/html/article/200904/24/354536.shtml> 访问日期：2010年6月14日。