



《北大法律评论》(2008)

第9卷·第2辑·页456—477

Peking University Law Review

Vol. 9, No. 2, 2008, pp. 456—477

离婚法实践的常规化

——体制制约对司法行为的影响

贺 欣*

Routinization of Divorce Law Practice in China:

Institutional Constraints' Influence

on Judicial Behavior

He Xin

内容摘要:基于深入的实地调查和广泛的访谈,文章表明对于具有严重争议的离婚案件,判决已经取代调解和好而成为法院处理此类案件的主要方式。具体而言,对于首次离婚请求,法官通常判决不予离婚。但对于再次离婚请求,法官通常判决准予离婚。这种转变与近来法院系统的司法改革,特别是评价法院及法官的标准有很大关系。文章认为,法院系统的这种评价标准以及其他体制制约极大地影响了法官审判的决策过程,而体制制约的研究进路将开拓性地深化我国司法行为的研究。

关键词:离婚法实践 常规化 司法行为 制度限制

* 香港城市大学法学院副教授,美国纽约大学法学院海外教授。原文为英文,即将发表于 *International Journal of Law, Policy and Family*, 2009年第1期。中文初稿由香港城市大学法学院博士生(JSD)冯晓川译出。

尽管离婚法实践在我国法律制度中的地位并不显赫,却引起多个学科的中国专家的关注。广泛的共识是离婚法实践不仅例证了民事审判的具体做法,而且彰显了国家、法律与社会之间的关系。这些研究的主题之一是国家深深地渗透到这个社会生活的私人领域。^{〔1〕}比如,著名历史学家黄宗智在新近的研究中认为离婚法实践通常涉及法官进行现场调查并进行主动调解,以达到和解离婚纠纷的目的。^{〔2〕}他进一步认为在当代中国民事审判中调解和解仍然非常重要。^{〔3〕}

虽然将新中国大部分历史时期的离婚法实践概括为调解和解并无不当,但如果认为这仍是今天的情况,就很成问题了。进入21世纪,不仅社会结构发生了根本性的改变,而且司法制度本身也经历了重大变革。基于作者的实地调查和文献中现有的实证报告,本文将反驳这种认为调解和解今天仍占重要地位的观点。本文认为判决已经成为解决这类纠纷的主导方式,而这种转变是与近来的司法改革、尤其是同种种评价法院和法官的标准分不开的。当“效率”与“公正”正成为司法系统的两大主题时,上诉率和投诉率成为评价法官的标准。为了追求效率,法官常常简化这类案件的处理,只要他们的决定不会遭到上诉或投诉。具体说来,对于首次提出的、具有实质争议而法律没有明确答案的离婚请求,法官通常判决不予离婚。这样一来,法官可以在无须介入夫妻财产和子女监护权分割这些难缠的问题时就迅速结案。即使法官清楚地知道婚姻没有维持下去的可能,并且这对夫妻肯定还会再次到法院申请离婚,这种常规性的处理离婚案件的做法还是形成了。而在当事人再次提出离婚请求时,为了避免遭到投诉和上诉,法官通常会判决准予离婚。虽然这样做公正可能被牺牲,但是依循考核评价标准——在低上诉率和投诉率的同时增加结案数——法官的工作表现提升了。正是如此,法院的考核评价标准即便没有对法官的审判决策过程起着绝对的支配作用,也具有压倒性的影响。

本文将通过分析司法行为所嵌入的体制结构来加深对我国司法行为的理解。到目前为止,相关研究针对的主要是法官的社会学背景变量,试图把法官的办案方式同他们所受的训练、年龄、性别和经历联系起来。例如,有人认为,

〔1〕 Neil J. Diamant, *Revolutionizing the Family: Politics, Love, and Divorce in Urban and Rural China, 1949—1968*. Berkeley: University of California Press, 2000; Michael Palmer, “The Re-emergence of Family Law in Post-Mao China: Marriage, Divorce, and Reproduction”, in Lubman ed., *China Legal Reforms* (1996), pp. 110—134, Stanford, CA: Stanford University Press; Michael Palmer, “Transforming Family Law in Post-Deng China: Marriage, Divorce and Preproduction”, 191 *The China Quarterly* (2007), pp. 675—95.

〔2〕 Philip. C. Huang, “Divorce Law Practices and the Origins, Myths, and Realities of Judicial ‘Mediation’ in China”, 31 *Modern China* 2 (2005), pp. 151—203.

〔3〕 Id., p. 171.

有军旅经历的法官倾向于用调解的方式办案,而那些接受过法学院正规教育的法官则更有可能作出正式的判决。^[1]然而,这些基于社会学背景变量的研究忽略了一个明显但却非常重要的因素,那就是法官作出审判决定的**官僚环境**,特别是在司法改革中实施的**激励结构**。尽管有很多学者意识到与这些官僚特点相连的一些问题,并且猛烈地抨击这种行政管理方式。^[2]但是很少有人提到这些因素如何影响法官判案决策时的思维。这种忽略累积下来的结果就是让有问题的看法大行其道,掩盖了司法实践中的真实图景,使潜在的相关问题无法解决。

本文的第一部分将简要介绍有关离婚的法律规定。第二部分将论证文献中有关离婚法实践的观点的缺陷,并展示判决不予离婚和判决准予离婚大致上已经分别成为法院处理首次离婚请求和再次离婚请求的常规做法。第三部分将举例说明常规化处理离婚案所带来的后果。第四部分指出这一现象最直接和根本的原因是法院和法官的体制制约。第五部分将进一步探讨在离婚案件以外的其他案件中,体制制约如何影响司法行为。文章结束部分总结了此项研究的意义。

一、离婚法的历史变迁

贯穿整个新中国时期,关于判决离婚最重要的标准是“感情是否确已破裂”^[3]。由于这一标准非常难以衡量,并且随着各个时期的政治、社会环境和国家法律政策的变化,是否准予离婚的界限也随之发生显著的变化。例如,直到20世纪80年代末期,离婚一直是一件非常困难的事情。在夫妻双方将离婚请求提交法院之前,必须事先由他们所在的工作单位、街委会或村委会等作出一系列社区内部调解。即使在法庭上,法庭也主要着力于“调解和好”^[4]。

然而,最高人民法院于1989年颁布的“14条”,放松了对离婚的限制。^[5]这种对离婚请求限制的放松使离婚率有了明显的提高,有报告显示到20世纪

[1] 强世功、赵晓力:“双重结构化下的法律解释——对十名我国法官的调查”,载梁治平编:《法律解释问题》,中国政法大学出版社1998年版。

[2] 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版;贺卫方:“中国司法管理制度上的两个问题”,载《中国社会科学》1997年第6期;艾佳慧:“中国法官最大化了什么”,载《法律和社会科学》第三卷,法律出版社2008年版。

[3] 马忆南:《婚姻家庭法新论》,北京大学出版社2002年版。

[4] Philip. C. Huang, “Divorce Law Practices and the Origins, Myths, and Realities of Judicial ‘Mediation’ in China”, 31 *Modern China* 2(2005), pp. 151—203.

[5] 即《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》,1989年11月21日。参见,Michael Palmer, “The Re-emergence of Family Law in Post-Mao China: Marriage, Divorce, and Reproduction”, in Lubman ed., *China Legal Reforms* (1996), pp. 110—134. Stanford, CA: Stanford University Press.

90年代末某些地区的离婚率高达20%。^{〔1〕}“14条”于是受到了各种指责:很多人批评说过于自由的“14条”带来了很多问题,比如家庭关系不稳定和草率的婚姻等。^{〔2〕}作为回应,于2001年修正并于次年实施的新《婚姻法》把14条的规定缩成5条。现在,关于离婚的最重要的条款是这样规定的:“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。有下列情形之一的,应准予离婚:(一)重婚或有配偶者与他人同居的;(二)实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的;(三)有赌博、吸毒等恶习屡教不改的;(四)因感情不和分居满二年的;(五)其他导致夫妻感情破裂的情形。”^{〔3〕}

这一修正案再次留给法官很大的自由裁量权。由于没有对第五款中的“其他情形”给予详尽的解释,新《婚姻法》实际上只规定了四种准予离婚的情形。1989年最高人民法院颁布的“14条”中的“一方被判入狱”或者“因疾病而不能过夫妻性生活和生育小孩”等规定被删除。在新《婚姻法》的规定下,这些“其他情形”是否导致夫妻感情破裂完全取决于法官的自由裁量。甚至在法律规定的四种情况中,问题的严重程度同样交由法官来决定。虽然最高人民法院对“家庭暴力”给出了详细的解释,但是并没有对许多诸如“感情不和”、“遗弃”、“屡教不改恶习”等关键词作出明确的解释。

除了离婚标准的用语极其模糊外,修改后的婚姻法还通过保留强制性调解程序——即所有的离婚请求必须经过法官调解——给法官相当大的自由裁量空间。这种强制性的调解程序可能是我国婚姻法的最独特的规定,也长期被吹捧为我国民法实践最鲜明的特征。^{〔4〕}具体来说,在处理离婚案件时,法官必须按照法律规定促成夫妻和解,即便该调解努力被证明是徒劳的,法官还是既可判离也可判不离。这样,经必须的调解程序后,有争议的离婚请求可能得到下面四种结果之一:调解和好、调解离婚、判决离婚和判决不离。

〔1〕 Michael Palmer, “Marriage Reform and Population Control: Changing Family Law in Contemporary China”, in A. Bainham ed., *International Survey of Family Law* (2005), p. 185, Bristol: Jordan Publishing.

〔2〕 杨学明、曲直:《新婚姻法热点聚焦》,辽宁画报出版社2001年版。

〔3〕 《中华人民共和国婚姻法(2001年修正)》第32条。

〔4〕 Jerome A. Cohen, “Chinese mediation on the eve of modernization”, 2 *Journal Asian and African Studies* 1 (1967), pp. 54—76; Stanley B. Lubman, “Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China”, *California Law Review* 55 (1967), pp. 1284—1359; Donald C. Clarke, “Dispute resolution in China”, 5 *Journal of Chinese Law* 2 (1991), pp. 245—296; Michael Palmer, “The Re-emergence of Family Law in Post-Mao China: Marriage, Divorce, and Reproduction”, in Lubman ed., *China Legal Reforms* (1996), pp. 110—134.

二、当前的离婚法实践

在这种法律 and 政策的框架下,有学者认为自新中国成立以来,法院调解和好一直是离婚法实践中的主要做法。典型的情况往往是被这样描述的:首先,主管法官会多次到现场调查事实真相,然后,在双方当事人到场的场合,法官通过灌输家庭和社会稳定的道德和意识形态来批评和教育当事人。于是,在法院调集来自家庭、公社、官员的巨大压力以及物质刺激的强大攻势下,申请离婚的当事人不得不接受调解。通常他们要向另一方承认自己的错误和无知,然后在法院的安排下与另一方达成所谓的和解。^[1]更为重要的是,这些学者认为这种情况大抵上持续到今天。比如,黄宗智教授指出“即使在‘自由的’九十年代,像过去那样驳回单方请求离婚的情形依然大量持续存在;调解和好的案件虽然的确减少了,但数量仍然很大,而判决不准离婚的案件数量在2000年(89000件)同1989年(108000)相差无几。在21世纪的中国,单方请求的离婚仍然难以获准,而调解和好作为毛泽东时代的遗产仍然是中国民事法律制度的重要特征”。^[2]

本节将反驳这一观点。尽管上述概括可能非常准确地反映改革前或者改革初期的情况,但黄文并没有充分论证这种情况仍然延续至21世纪。实际上,黄文所引用的所有案例都无一例外地来自改革以前的时期。虽然有法官告诉黄,由于改革前及改革初期的审判模式——即法官到现场调查——费时费力,导致它不能适应20世纪90年代案件数量增长的压力,而法院处理离婚案件的方式已发生了显著的变化,但是黄只是简单地将这些观点斥之为法院的夸张。此外,黄文还引证了表明调解和好案件数量仍然很多的近期官方数据来支持他的观点。但正如我将在下文详细论述的那样:相关数字本身并不必然表明民事司法中改革前及改革初期的处理方式持续存在。相反,它部分地是由于案件处理的底线已经变成判决不予离婚,即调解和好是当法院几乎肯定要作出不予离婚判决时当事人选择接受的结果。即使它仍然戴着原来的标签,其实质意义发生了改变。下文将对离婚案件的统计数字进行细致考察,并以案件卷宗的考察、现场观察法庭审理以及对法官的采访等材料为依据,证明判决不予离婚已经取代了改革前及改革初期调解和好的模式而成为处理具有严重争议的首次离婚请求的主要方式,而判决准予离婚成为处理再次请求的常规做法。

这种转变首先可以从首次离婚请求的统计数字的分析中窥见。^[3]虽然全

[1] Philip. C. Huang, "Divorce Law Practices and the Origins, Myths, and Realities of Judicial 'Mediation' in China", 31 *Modern China* 2(2005), pp. 151—203.

[2] Id.

[3] 这些首次离婚的统计资料的欺骗性在于,它们没有把首次请求和再次或多次请求的案件区分统计,因为它们都是第一审而不是上诉案件。但是正如下面将要显示的,对于首次请求和再次(多次)请求这两类案件,法院的处理方式完全不同。

国统计数据清楚地显示大多数的离婚请求的结果是通过调解或判决的方式准予离婚(见表1),但包括黄的研究在内的多项研究都表明大部分的离婚结果其实是基于双方的同意。这些离婚的形成主要是因为申请离婚的夫妻往往对结束婚姻本身不存在严重争议,只是在分割夫妻财产和子女监护权的问题上不能达成一致。在这种情况下,法院除了准予离婚之外别无选择,法官的工作主要是作出有关离婚的具体安排。因而,我们所需要关注的是那些具有严重争议的离婚请求,而它们往往是法院以调解和好或者判决驳回请求的方式而拒绝准予离婚的。

表1 一审离婚案件结果(1988—2005)

年份	结案数	调解离婚	判决离婚	调解和好	判决不离	其他(主要是撤诉)
1988		325645	65690	111597	25854	
1989	747074	376729	88344	125423	34260	122291
1990	809825	388459	110889	122764	40203	147513
1991	873863	397912	131973	121834	48420	167322
1992	897771	402847	131567	128368	53555	181434
1993		436479	137719	129536	51631	
1994		477269	149417	134967	56065	
1995		516687	171018	140661	65724	
1996		544947	194693	139715	76353	
1997		542762	215820	130449	86856	
1998		501551	224039	140912	101893	
1999		488536	235513	118999	106075	
2000		478820	245198	89425	107675	
2001		464153	258316	80163	108490	
2002	1065519					
2003	1060019					
2004	973428					
2005	955643					

资料来源:《中国法律年鉴》,空白处是因为相关数据缺失。^[1]

注:很难去猜测为什么这么多年都没有相关的数据;但清楚的是自2002年以后,由于官方统计数据中民商案件合二为一,有些统计口径发生了变化。

从1989年到2001年间,在可以找到全国离婚案件的四种结果的相关统计数据的年份,上表数据都清晰地表明判决不离的案件数量有相当大的增长,而

[1] 《中国法律年鉴》各有关年份,法律出版社。

调解和好的案件数量则显著下降。正如表 1 所示,1989 年在原告首次离婚请求中未被准予离婚的案件中^[1],78.6% 的案件是通过调解和好的方式解决的。但 2001 年这一比例下降到 42.5%。2003 年广东省某法院不予离婚的案件中调解和好占 50%。三年之后,这一比例急跌到 26%(见表 2)。对湖南省西南部某市法院的调查发现,该院 2004 年至 2005 年间受理的 301 个离婚案件中,调解和好的仅有 4 件,而判决不予离婚的则是 45 件。^[2]对某区法院的实证研究表明该院 2004 年至 2007 年间审结的 100 个离婚案件中,调解和好仅有 3 件。^[3]这种情况在许多其他的实证研究中都得以证实。^[4]同时有报告指出通过调解使夫妻和好在全国上下都已非常困难^[5],而对于首次离婚请求,判决不予离婚已经成了常规做法。^[6]简而言之,这些实证的研究表明进入 21 世纪,判决不离已经取代了调解和好而成为法院处理具有严重争议的首次离婚请求的主要做法。

表 2 广东省 P 法院离婚案件的结果(2003—2006 年)

年份	调解离婚	判决离婚	调解和好	判决不离
2003	406	225	48	95
2004	280	236	36	84
2005	215	217	39	97
2006	199	231	25	105

资料来源:作者的实地调查,2007 年。

这一变化在本文作者对 2000 年后有关法院卷宗的考察中得到进一步的证实。2007 年的夏天,我访问了广东省的一家基层法院,考察了相关案卷,对相关法官进行了访谈,并旁听了案件的审理过程。我的调查是先从 2004 年、2005

[1] 共计 159690 件。这个数字来自调解和好和判决驳回请求的离婚请求之和,它们大致上可以认为是具有严重争议的离婚请求。

[2] 争鸣:“对湖南省武冈市人民法院离婚案件的调查分析”,<http://belawyer.fyfx.cn/blog/belawyer/index.aspx?blogid=113259>。

[3] 叶鹏:“对农村离婚案件的调查与分析”,<http://hi.baidu.com/lunwen518/blog/item/2b59febfc459600819d81fb9.html>。

[4] 马文俊:“对湖南省怀远县法院离婚案件的调查”,2005 年;“佛山和三水法院对离婚案件的调查”,来源:广东法院网,<http://www.gd148.cn/lovenew050530.htm>;“对离婚案件的调查”,中华资料网,<http://www.zhsl.net/article.asp?articleid=10710>;焦维维:“对海口中院受理的新《婚姻法》实施以来离婚案件的调查与思考”,引自 http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=2364。

[5] 刘建国:“关于审理新时期离婚案件的调查”,<http://www.tjlawyer.net.cn/Article/Class37/Class41/200505/1510.shtml>。

[6] 邵新功:“人民法院在处理离婚案件中的一些问题的反思”,www.cccv.cn/Article/detail/2006/11/26819.asp。

年、2006年的案件结果是调解和解或判决不离的案件中随机地抽取60件。^{〔1〕}在考察这些案卷以及找到这类非离婚案件的大致规律之后,我又通过对这些年份里判决离婚的40个案件的调查进一步补充了该数据,以便同那些不离婚的案件进行对比。^{〔2〕}在这些案件中,最重要的部分是庭审笔录,而非法院在基层的调查报告。与结果是离婚案件相比,这一模式在非离婚案件中更为明显。尽管案卷中还有其他的证据材料,但它们通常是由诉讼双方而不是由法院提供的。零散的调查报告虽然也有,但它们往往是在诉讼当事人——为了使案件的结果有利于己方——提供调查渠道和便利的情况下作出的。有时这些调查报告是由有关律师来提供的。即使在那些极少的实地调查中,案卷材料也显示调查的目的不是为调解和好铺路,而是为了收集证据来正当化判决不离的决定。

对于那些进行过现场调查的极少数案件,调查报告也非常简短,并且接受法官询问的人很少能为离婚的真实原因提供有价值的信息。这些接受法官询问的人中的大部分是居委会工作人员,但在很多情况下,他们根本就没听说过有关离婚请求。从案卷中看来,他们最多也只能提供一些大致印象,比如夫妻感情、子女、收入和性格等。显然,居委会的工作人员——其中大部分还是退休的老干部——并不了解发生在各个家庭内部的纷争。很难想象法院在这样的过程中能够确定那些对调解和好起关键作用的离婚的原因。

然而这并不是说法官不会有意无意地撞上离婚的真正原因。要点在于他们大致上并不特意去找出原因。至少从案卷看来,他们基本上没有努力去挽救这些正在破裂的婚姻。即使他们无意中撞上一些线索,也不会做进一步的调查来确定深层的原因。尽管他们可能偶尔会劝说当事人维持婚姻,但是在所有我调查过的案卷中没有一件是由法院组织相关各方并在仪式性的场合下促成调解和好的。所有这些均与黄宗智绘制的改革前和改革前期的图景形成鲜明的对比。

此外,这些案卷材料表明:绝大部分案件基本上是遵循《民事诉讼法》所规定的程序来进行的,即审判案件时所依据的证据不是依靠法官去基层收集,而是由诉讼当事人提供。虽然庭审笔录显示法庭调解是审判过程的必经程序,但事实上,这一新型的法庭调解模式完全不同于改革前及改革初期的法庭调解。如上文所示,改革前及改革初期的法庭调解方式要求法官通过深入调查后了解事实真相,然后给予婚姻双方适当的教育和物质刺激以达到和解的目的。但是,正如下面我们将要论述的那样,这种新型的法庭调解仅仅是为了遵守法律规定的程序,并通过有利和便于法官和法院的方式来处理离婚案件。然而,

〔1〕 得益于该法院的电子案件管理系统,本文作者从案件结果随机抽取了不予离婚(即调解和好和判决不予离婚)的60个案件号。然后从档案室中调出相关案卷。

〔2〕 取样的方式与上注相同。

这种新型的法庭调解也会产生大量的调解和好——一种与改革前及改革初期法庭调解表面相同但实质内容完全不同的结果。

很难从考察法院的案件卷本身知道这类司法调解是如何进行的。实际上,在绝大多数的案卷中,关于这一阶段只有简单的几个字,说明双方是不是愿意接受调解的结果。为了了解这一过程,本文作者亲自参与的几次庭审。以下是审理法官本人认为比较有代表性的一次庭审过程,生动地展示了这种将法庭调解作为审判的必经程序的审判模式。

案件的事实非常清楚:丈夫在结婚一年后向法院提出离婚诉讼,他声称他的妻子常常去外地打工而且不告诉他她的联络方式。此外,妻子与丈夫及其家庭成员之间也存在一些个人的怨恨和矛盾。庭审时夫妻双方都有8名至10名亲戚陪同,这些亲戚都是租了小客车,从老家跋涉了大约80公里赶到法院来旁听庭审。对于法官提出的问题,无论是原告丈夫还是被告妻子都不时向坐在他们各自身后的亲属寻求建议。显然两方的家庭成员都深深地卷入了这场婚姻纠纷中。所有这些情况与原告在离婚请求书中叙述的简明的现实形成了强烈的对比。几乎到了庭审的最后,原告才说出了令他难以启齿的真相,那就是他的妻子不愿和他过夫妻生活,而她的理由则是她以前得过某种病使得她不能有性生活了。顿时,整个法庭一片寂静,时间仿佛凝固了。

如果这种情况发生在改革前及改革初期,人们会期待法官立即中止庭审。法官应当去证实妻子提到的疾病的真实性。在确定离婚的真正原因之后,法官应当去批评、劝说、教育这对夫妻来挽救这场婚姻。

但是在本案中,这样的处理方式没有发生。法官似乎根本没听到离婚双方对于这个关键问题的辩论,也不向他们询问进一步的问题。法官开始就夫妻双方的婚姻财产提问。在双方都得到了最后的补充机会后,法官说:“法庭辩论到此结束。现在我们进入法庭调解阶段。请被告及其家属暂时离开法庭。”

在只有原告及其亲属在场的情况下,法官说:“正如我在开庭前给你(原告)提到的,你们夫妻双方草率地就把婚给结了,并未建立真正的夫妻感情。此外,被告方明确地表示她不希望离婚。^[1]对于这种情况,我们法院不可能准予你们离婚。我建议你与被告方和解或者自愿撤诉。”

原告立即回答:“我不想和解。我们之间的确没有任何感情了。”

法官说:“那么我建议你(自愿)撤诉,如果你坚持使离婚程序继续下去,到最后结果很有可能是判决不离。如果你撤诉,你可以避免与被告及其家属形成更直接的对抗。你们是夫妻,同时她还希望继续维持这场婚姻。判决不离将会

[1] 法官后来告诉我,妻子之所以想保持婚姻关系的原因是虚荣心——她不能接受自己在结婚一年后就离婚的事实。

在你们夫妻双方及两个家庭之间产生更多的矛盾。今天你们的家人都来了;下一次所有的同村人可能都会来。没有必要让矛盾升级。”

然后原告的哥哥问道:“自愿撤诉和判决不离的后果有什么不同?”

“一样的”,法官回答,“自愿撤诉和判决驳回请求都将给你们更多的时间去协调夫妻之间的关系。法律允许你们在六个月后再次提起离婚诉讼。到那时这六个月观察期的情况将被作为法院考虑是否准予你们离婚的依据。如果这对夫妻间仍然存在问题,那么法院就很有可能准予离婚。没有婚姻可以建立在强迫的基础上的,对吗?但是,婚姻又是非常严肃的事情:法院不可能在一方当事人一提出离婚请求就草率地判决准予离婚。如果你同意撤诉的话,我就告知被告,经过法庭的努力,你们夫妻双方还想生活在一起。”

在原告的家庭成员几经商量后,原告的姐姐说:“我们先撤诉吧。”

原告接着说道:“我撤诉。”

不同于改革前及改革初期的实践之处在于本案法官并不关心离婚的真正原因。她没有兴趣去证实被告所声称的疾病,也不想花时间去促成双方的真正和解。庭审结束后,我问法官为什么不朝那样的方向去努力。她回答:“我们没有足够的资源去核实每一件事。而且类似那样的问题基本上属于夫妻之间的隐私。更重要的是,对那些问题的进一步询问也没有必要:我需要知道的就是这对夫妻在相互交流上存在问题,这就足够了。特别是像我这样有经验的法官在庭审时就能够知道他们之间问题的严重性。只要知道夫妻之间及他们各自的家庭之间的矛盾还没有严重到不能共同生活的程度,我们就能够这样处理。”

至此,各种各样的实证报告、对案件卷宗的调查、参与式的庭审观察和对法官的访谈都清楚地表明:与改革前的处理方式不同,进入21世纪的法官在调解中扮演了不同于传统意义上积极调解的角色,而是对调解持消极的态度。判决不离已经取代调解和解成为法院处理具体实质争议的离婚案件的主要处理方式。

有人可能会问,尽管调解和好的比例下降了,为什么还是会有大量这样的结果?一个原因可能是采用调解方式对法官有利:调解不需要执行,没有被上诉的风险,甚至不用写判决书。但是以上关于案件的卷宗调查和现场观察提出了更为合理的解释:法院处理案件的方式的转变。当判决不予离婚取代调解和好成为处理具有严重争议的首次离婚请求的主要做法时,大量的调解和好结果仍然会产生。对于那些具有严重争议的、不可能调解和好的离婚请求,强制性调解已经变成了程序化的步骤,并不具有实质意义。法官遵循民事诉讼中的标准程序并告知诉讼双方这一底线——法院不会判决准予他们离婚,而这很可能会让双方接受调解的结果。重要的差别在于接受这一结果并不同于双方真正

地达成调解协议。虽然法官不会竭尽全力地去寻求调解,但当有机会得到调解的结果时,特别是考虑到调解会给法官和法院带来的种种好处之后,法官没有理由不希望得到调解的结果。

正如上面庭审过程所展示的,法官明确地向原告传达了法院的底线——判决不予离婚并建议他选择和解或自愿撤诉。她还致力于告知原告自愿撤诉的好处,比如避免和妻子方的正面冲突,并向原告保证他的选择不会影响他重新提出离婚申请时获得离婚的机会。尽管法官从双方庭审的直接对抗中非常清楚地看出这场婚姻已经结束,但是她仍然引导原告自愿撤诉。她甚至还告知原告以后提起新的离婚请求时的可能结果。断言法官操纵这个过程似乎不够公平——毕竟她明确告知原告可以作出他自己的选择。但作为法官,她的建议和对法律的解释对原告的最后决定显然产生了极大的影响。尽管法院的调解程序已经没有太多的强制性和规范性,但法官的角色也远非中立。如果她采取不同的引导方式,最后结果可能完全不同。在本案中原告选择了自愿撤诉,但是很难说这一选择是出于他的内心。他真正希望的就是离婚,这一点他已经明确地在起诉书和调解过程中表达出来;只是在他得不到离婚的情况下,他才不得不接受自愿撤诉,毕竟这不妨碍他下一步得到离婚。他的决定显然是在法院将判决不予离婚的巨大阴影^[1]下作出的。

本案的结果是自愿撤诉,但是人们能很容易想象出在类似案件中会出现调解和好的结果。这完全取决于法官如何引导原告。在很可能获判不予离婚时,起诉者往往被劝服接受所谓的调解和好。法院处理案件底线的变化在很大程度上解释了为什么在全国统计数据里仍然存在着大量的调解和好。只是调解和好的实际意义已经发生了重大的变化。需要探究的是这些变化是如何发生的以及变化产生的原因。

三、原因

很多种因素促成了这个底线的改变。第一,在社会环境已经改变的情况下,改革前及改革初期的实践方式很难行得通。作为改革前及改革初期调解方式的主要成分的社区压力,如今要想运用已经变得非常困难。今天,离婚当事人生活和工作的村庄、居委会以及工作单位对这些当事人的家事了解甚少。当人口流动大增,特别是在城市和相对发达的地区,隐私对人们来说变得更为重要,而这些机构已经大体上失去了它们原有的监管功能。大家都很清楚,即使在法院的请求下,公司老板也不愿意因为公司的员工没有正确地处理夫妻关系

[1] Robert Mnookin & Lewis Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of Law", 88 *Yale Law Journal* 5 (1979), pp. 950—997.

或者有婚外情而批评他们。总的来说婚姻已属于私人问题的范畴。工作单位只有在离婚的夫妻双方希望他们去帮助调解的时候才会介入。法院也许可以说服双方当事人的家庭成员在调解中作出努力,但法院基本上失去了调动社区压力的能力。这同样也是为什么最近很多关于离婚案件的报告均表明已经很难采用传统方式的调解。^[1]

第二,随着国家从社会退却,法院也没有足够的道德权威和物质资源来说服或者劝诱离婚双方接受调解。曾经在改革前及改革初期非常有效的意识形态和道德说教,在幸福与金钱当道的今天已经大大地失去了它的吸引力。其他的政府部门也许愿意为一些比如影响社会稳定的重大事件而与法院合作,但它们显然不愿意在这些政治上微不足道的事情上全力支持法院。^[2] 法院单靠自身有限的财力和资源无法实实在在地给诉讼双方提供物质刺激。再者,自20世纪90年代初期以来,很多法院,特别是在城市地区的法院,面临快速增长的案件压力^[3],而且都重视提高结案率,而让法官进行耗时费力的现场调查已经不太可能了。对于那些没有过多案件压力、特别是地处农村的法院来说,改革前及改革初期的实践方式还有一些运用的空间。但是,这些法院常常资金不足,也更希望处理能够给它们带来财政收入的案件。^[4] 由于这些通常只收50元诉讼费的离婚案件一般不能对财政收入有很大帮助,法院是否愿意在这些案件中投入大量的资源自然令人生疑。

这两个因素固然非常重要,但本部分将论证法院内部的激励机制是导致这一变化的最直接和重要的原因,而这一点恰恰在现有的文献中被忽略了。本部分将阐述在法院当前的激励机制下,判决不予离婚是对首次离婚请求精心计算的结果。这种不予离婚的判决结果符合法官包括工作量和工作表现在内的各种考虑。它使得法官可以在无须处理难缠的婚姻财产和子女监护分割问题时就能够迅速结案。在离婚法实践中,这一底线的改变必须在法院的体制情景中去理解。

[1] 马文俊:“对湖南省怀远县法院离婚案件的调查”,2005年;“佛山和三水法院对离婚案件的调查”,来源:广东法院网,http://www.gd148.cn/lovenew050530.htm;“对离婚案件的调查”,中华资料网,http://www.zhsl.net/article.asp?articleid=10710;焦维维:“对海口中院受理的新《婚姻法》实施以来离婚案件的调查与思考”,引自http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=2364。争鸣:“对湖南省武冈市人民法院离婚案件的调查分析”,http://belawyer.fydz.cn/blog/belawyer/index.aspx?blogid=113259。

[2] He Xin, Su Yang, “Street as Courtroom: State Accommodation of Social Protests in Southern China”, unpublished manuscript.

[3] He Xin, “The Recent Decline in Economic Caseloads in Chinese Courts: Exploration of a Surprising Puzzle,” *The China Quarterly* 190 (2007), pp. 352—374;朱景文(主编):《中国法律发展报告》,中国人民大学出版社2007年版。

[4] He Xin, Su Yang, “Street as Courtroom: State Accommodation of Social Protests in Southern China”, 同注[2]。

正如许多学者所指出的那样,法院大致是一个行政机构。^[1] 法官在招募、管理和晋升时和其他行政机构的工作人员几乎没有分别,他们不享有职务终身制,还可能遭受各种各样的行政处罚。法官的等级制度及各级法院之间的关系都体现了这种行政特征。^[2] 因此,基于行政方面的量化标准来评价法官的表现也就不足为奇了。当然,这些标准也随着不同时期的国家目标的改变而发生变化。自20世纪90年代初到21世纪,当最高人民法院院长肖扬推行系统的司法改革,并提出司法工作必须紧紧地围绕着“公正”与“效率”两个主题后^[3],评价法院工作的重要标准也相应地变成了结案数、结案率、上诉率、二审发回重审率和投诉率。结案数和结案率是衡量“效率”的标准,因为它们被认为可以显示法院解决的纠纷总数,而上诉率、发回重审率和投诉率则是对纠纷处理的质量的评价,即“公正”。

此外,法院还面临更严格的审查。如果诉讼当事人成功地投诉法院,法院的工作表现就会被大打折扣、甚至受罚。比如,由于社会安定是执政党和政府最关心的问题,一切可能导致社会动荡的因素都将受到严惩。如果法院的某些行为引起集体静坐、示威游行、非正常死亡等“恶性事件”,不论法院在其他方面的成绩有多大,法院院长的政治前途都将会被断送。^[4]

当这些数量和比率成为评价法院和法院院长标准的时候,它们也很快被用作单个普通法官的工作评定准则。除了《法官法》^[5]对法官的一般要求外,全国的很多法院也推出了更为具体的规定,比如错案追究办法。^[6] 广东省广州市番禺区人民法院的岗位责任规定中,列举了四项评定法院干警的标准:品格、能力、勤勉和工作表现(第3条)^[7]。品格和能力是用诸如是否积极参加政治和职业教育等抽象的标准来衡量的,但对勤勉和工作表现的衡量则有很具体的规定。比如,有关勤勉的第7条第3款规定:“‘不粗鲁、不冷淡、不刻板、不推脱’;友善的工作态度;没有诉讼当事人及群众的投诉(如果出现了任何被证实的投诉,这一项将不得分,除非投诉是没有根据的或经证实是错误的)占4

[1] 贺卫方:《中国司法管理制度上的两个问题》,载《中国社会科学》1997年第6期。

[2] 同上注。

[3] 最高人民法院1999年10月20日发布《人民法院五年改革纲要》,参见《人民法院五年改革纲要》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》1999年第6期,第186页。最高人民法院2004年10月26日发布《人民法院第二个五年改革纲要》,《人民法院第二个五年改革纲要》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第12期,第11页。

[4] 《四川年鉴》,成都:四川年鉴出版社2006年版,第85—86页;《番禺年鉴》,方志出版社2006年版;He Xin, “Why Do They not Take the Disputes? Law, Power and Politics in the Decision-Making Process of Chinese Courts,” *International Journal of Law in Context* 3(2007): 15—37.

[5] 《中华人民共和国法官法》(2001年修正),第32—35条。

[6] 最高人民法院1998年8月26日发布的《审判人员违法审判责任追究办法(试行)》。

[7] 《广州市番禺区关于岗位责任的规定(试行)》,摘自《广州市番禺区人民法院规章与制度汇编》第一卷,第181—188页。

分。”在满分为100分的全面评定中,工作表现占65分。第8条第1款规定:“审判人员和执行人员的结案率必须分别达到立案庭分配案件的90%和85%(共37分)。如相应的结案率低于90%或85%,则每低一个百分点扣3分,直到这一节的37分扣完为止。”第3款这样规定:“审判和执行的质量应当达到基本要求(20分)。以下情况将被相应扣分:如被上诉的案件中有5%因审判人员的主观原因被改判,扣3分。没有在规定的时间内审结,每个案件扣1分;审判和执行文书不标准,或者有错别字,扣1分。”

这种体制环境自然对法官产生了某种激励,或者更准确地说,是令人生畏的影响。一方面,法官尽可能地简化审判程序。^[1]他们还会积极地调解纠纷和说服原告撤诉,只要那样做不是特别费时费力。但是,从另一方面来看,他们又不能仅仅关注效率。如上所述,法院建立了衡量判案质量的措施,如上诉率、改判率、发回重审率和投诉率。因此,法官要尽力降低这些比率。在审判案件的整个过程中,他们必须极其谨慎地防止投诉和恶性事件的发生。为了降低对他们投诉的可能性,他们当然要尽可能地作出使双方当事人都可接受的决定。

只有在这些评价标准的背景下,才能够理解为什么法官即使知道一些婚姻不再希望,他们仍然判决不予当事人离婚。对于这个问题,法官们是怎么说的呢?

三十岁出头的李法官说:

对于大部分的首次离婚请求,除非当事人自己已经把一切相关问题都处理好了,否则不管感情是否确已破裂,我们都不会准予离婚。为什么呢?如果我准予离婚的话,还要继续分割双方的夫妻财产,有时还要处理孩子监护权的争议。财产分割是特别棘手的问题。有时候你得分割从房子到茶壶的所有财产。完成一个判决离婚的过程所花的时间是作出一个不予离婚判决所需时间的5至10倍。而且,不管法律的相关规定有没有,这些东西都很难分清楚。无论我们怎样分割,或者我们花了多少时间,双方当事人都可能不满意。从我们的角度来看,准予离婚只是提供给他们一个上诉的机会。因此,夫妻财产关系越复杂,法院就越有可能不予离婚。没有理由进入到这一程序里面去。

虽然减少准予离婚的比率确实有助于提高效率,但这样处理案件不是太草率了吗?法官是如何保证他们自身不被上诉或投诉的?当从法学院毕业就直接进入法院工作,处理离婚案件达六年之久的张法官被问及这些问题的时候,她答道:“除了效率,诉讼当事人能否接受我们的决定是另一个主要考虑。对

[1] 这种情况发生在司法机构首次建立速裁处来处理事实相当清楚的案件。

于首次请求,被告很难接受离婚的结果。有的诉讼当事人带着农药来参加庭审。如果他(她)自杀了怎么办?如果他(她)杀了另一方当事人或者其他家庭成员或者作出其他过激行为怎么办?但当这对夫妻在第一次不予离婚判决之后还没有和好,再次提起离婚请求时,情况就有所不同了:到那时被告就更有心理准备。”

在效率之外,张法官的看法还引入了法院判决的社会接受程度和后果^[1],但是这种观点同李法官的看法在法院的体制情境下其实是相互补充的。因为当一方当事人对法院的决定不满意时,他(她)通常才会投诉,对效率的追求也就难以实现。确保法院的决定能够被双方接受是避免被投诉的有效方式。对首次离婚请求判不离使被告得到了满足。但是对于原告而言,这也不是绝对的失败。原告可以用这个不予离婚的判决作为以后申请离婚的证据材料,而对于再次来法院申请离婚的夫妻,法院则很有可能准予离婚。当双方当事人对该决定都没有什么不满时,法官被投诉的风险也就降低了。换言之,在“效率”和“公正”的压力下,对于法官,判决不予离婚是最好的策略,因为它在当事人之间找到了平衡点。

可能有人将张法官的观点理解为纠纷解决的实用主义方法,即法官通过运用地方性知识和法律分析来平衡相关当事人的利益。^[2] 这种看法不无道理,但同样不能忽视的是法官对自身利益考虑的重要影响。法官显然把自身利益放在非常重要的——如果不是首要的——位置。虽然他们可能会考虑到诉讼当事人的利益,但是他们最关心的还是为了避免可能产生的对他们自身的不利后果。

可能有人会问,原告是否会对没有真正考虑“感情是否确已破裂”这一法律标准而不予离婚的判决提出上诉呢?有两点理由使得法官在这个问题上通常是安全的。第一,在判定感情破裂程度这个问题上,法官有相当大的自由裁量权。因此,只要没有违反法律的明确规定,就很难证明法官判决不予离婚是错误决定。此外,判决不予离婚有利于维持家庭稳定和社会和谐,并符合国家和社会的期望。俗话说得好:宁拆十座庙,不毁一桩婚。第二,司法实践中长期确立的一个法律原则使得大部分原告在这种情况下不会起诉:应当给当事人两审才终局的机会。即使上诉法院认为一审法院不予离婚的判决不适当或错误,它也不能直接判决准予离婚,否则就会让有关财产子女分割方面的问题失去二审的机会。这是因为当上诉法院认为初审法院不予离婚的决定有误而应当准予离婚并直接判决离婚时,它必须分割夫妻婚姻财产和确定子女监护权,因为

[1] Richard A. Posner, "What Has Pragmatism to Offer Law?" 63 *Southern California Law Review* (1990), pp. 1653—1669.

[2] 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版。

这是一个初审法院在判决不予离婚时不会处理的问题。但由于上诉法院的决定具有终局性,所以一旦上诉法院作出准予离婚的决定,当事人也就不能再提出上诉。这样一来,当事人就失去了就夫妻财产和监护权进行上诉及二审的机会。所以,当初审法院判决不准予离婚而上诉法院认为应当准予离婚时,上诉法院也不能推翻这个决定并直接准予离婚,而只能将这类的案件发回初审法院或指定不同法院重审,保证有关夫妻共同财产和子女监护权的分割有机会得到二审。这样造成的结果是,尽管一个发回重审的决定对负责该案初审的法官无益,但这个过程通常超过6个月。因此,这种做法不值得提倡,因为原告在原审法院判决驳回请求之后只要再等六个月,就可以再次提出离婚,并且对于再次请求法院很可能会准予离婚。毕竟,原告所期待的结果就是离婚,他或她没有理由和法官作对。

考虑到以上的所有这些因素,就可以明白为什么判决驳回请求是法官精心计算的结果了。可是如果法院对他们再次提出的离婚请求总是僵化、固执地不予离婚,这样的结果就不会出现。而尽管驳回请求的判决可能提高法官的工作效率和改进工作表现,但是他们也不能永远这样出牌。否则,原告迟早会投诉该法官或者对不予离婚的判决提起上诉。这也是现实中为什么再次或多次离婚请求通常获准。^[1]虽然此时判决离婚的表面理由是经过法院的审判和教育后双方仍未建立真正的夫妻感情或者夫妻感情未复合,但是更根本的原因在于法官希望降低投诉率和上诉率。这是关键的自我保护的退出战术。这也是为什么在审判过程中,就像在上文的庭审中看到的,法官常常暗示或明示地告知原告再次离婚请求时法院将判决准予离婚。通过让原告知道该怎样做可以得到他们想要的结果,法官成功地避免了被上诉的风险。换言之,法官可以从有利于他们的角度控制上诉或投诉率。在这个意义上,法律不仅仅是审判的依据,同时也是法官自我保护的工具。

在当前的体制环境下,所有的这些行为都是可以理解的。法官对自身缺乏足够的保护。他们一旦被投诉或上诉,特别是当这些事件被传到法院以外的時候,会给法院院长带来麻烦。毕竟,不管法官有没有出错,院长都要花很多的时间和精力来处理这些投诉。“麻烦制造者”会给院长留下负面印象,进而影响到他们的职业前景^[2],法官因此必须防止这类事件发生。再者,法官要处理各种复杂的社会关系,但却缺乏相应的权威性和正当性。^[3]他们因而有理由采

[1] He Xin, "The Recent Decline in Economic Caseloads in Chinese Courts: Exploration of a Surprising Puzzle", *The China Quarterly* 190 (2007), pp. 352—374.

[2] 艾佳慧:“中国法官最大化了什么”,载《法律和社会科学》第三卷,法律出版社2008年版。

[3] 傅郁林:“民事审判监督的实证分析”,载王亚新等编:《司法过程的实证研究》,中国政法大学出版社2005年版,第199—262页。

取各种方式来自我保护。当美国的法官宣布判决的时候,所有的人都在聆听:即便认为决定是错误的,当事人和普通民众都会接受法院的决定。^[1]但在我国,法官和法院普遍得不到尊重。无论是诉讼当事人还是广大民众随时都准备向法院的决定“挑战”,而且他们不光通过司法系统内部正常的上诉制度“挑战”,而且还通过其他外部机制,如信访和个案监督等形式发起“挑战”。^[2]这些外部的机制可能是上级政府和官员收集信息和防止司法腐败的有效渠道^[3],但是它们的确影响了法院的权威性,因为它们的存在本身就表明法院并不是案件的最终裁决者。考虑到这些因素,法官在审理案件过程中运用各种合法的或者非法的策略也就不足为奇了。

因此,就像调解和好一样,判决不离的实质含义也发生了重大的改变。在改革前及改革初期,不予离婚是国家不提倡离婚的结果。而今,判决不予离婚已经成了法官最大化个人利益和保护自己而采取的策略。而所有的这些改变都是与它们所处于的体制结构有直接的联系。

所以,今天司法实践中对首次离婚请求越来越多地作出驳回请求的判决与改革前及改革初期传统的延续无关,与新《婚姻法》限制过于自由地离婚的定位无关,与所谓的国家对私人生活的干预无关。否则即使原告一而再、再而三地提起离婚请求,法院也不会准予离婚,而21世纪的情况就应当同20世纪80年代的一样,因为当时法院就是固执、僵化、非理性地判决不予离婚。^[4]但实际情况是,在其他的情况一样时,一旦原告又一次提出同样的离婚请求时,判决准予离婚已经成了常规做法。对首次离婚请求判决不准予离婚和对再次离婚请求判决准予离婚同样服务于同一个目的——增加结案数和降低对法官的不利风险。尽管“感情是否确已破裂”的法律规定可能被忽略、操纵甚至是牺牲,这种常规化的处理还是形成了。

四、后果

上文已经证明由于有关离婚的主要标准必须由处于特定体制下的法官去

[1] Tom Tyler, *Why People Obey the Law*? New Haven: Yale University Press, 1990.

[2] 关于对个案监督制的经验研究,参见 Randall Peerenboom, “Judicial Independence and Judicial Accountability: An Empirical Study of Individual Case Supervision”, *The China Journal* 55 (2006), pp. 67—94.

[3] He Xin, “Why Do They not Take the Disputes? Law, Power and Politics in the Decision-Making Process of Chinese Courts”, *International Journal of Law in Context* 3 (2007): 15—37. Cai Yongshun, “Managed Participation in China”, *Political Science Quarterly* 119 (2004), pp. 425—451; Carl Minzner, “Xinfang: An Alternative to Formal Chinese Legal Institutions”, *Stanford Journal of International Law* 42 (2006), pp. 103—179.

[4] 表明这种经验的文献很多。具体的例子可参见高尔泰:《寻找家园》,花城出版社2006年版,“杏花春雨江南”。

适用,许多法律之外的考虑不可避免地介入进来。这种体制的分析角度可以准确地看到什么样的后果会产生。最显著的后果是大量的原告会再次提出离婚。重复起诉的原因很简单:当夫妻中的一方决定提起离婚诉讼时,他们之间的冲突肯定已经非常严重了,因此仅是提供6个月的观察期很难使他们和好。一个已经决定离婚的丈夫或妻子不太可能改变他或她对婚姻本身的看法。由于缺乏这方面系统的统计资料,很难知道原告重复起诉的准确比例。但许多我访谈过的法官估计这个比率可能高达85%。最保守的法官也认为这个比例至少有50%。

重复申请离婚无疑使法院要受理更多的案件。虽然大多数发达地区的法院想从沉重的案件负担中解脱出来,但现在的处理方式最终导致许多重复申请案件的出现,而如果对这案件在一审中就按法适当地判决准予离婚的话,它们就不会存在了。但从另一方面来看,因为处理案件的过程已经变得常规化,这些额外的案件并非所有都有实质性的争议,增加的案件数量未必需要法院花费更多的精力。

对于当事人,尤其是那些受家庭暴力威胁的人而言,不予离婚的判决会导致一些不良后果。一封再次申请离婚的诉状这样写道:

如果上次申请离婚能够被准予,以下的事情就不会发生:2000年12月28日,另一方(丈夫)的情人在我外出之际进入我家。他们把我的女儿锁在门外,而他们则在屋里做男女之事,全然不顾冬夜的严寒和我们仍是合法夫妻的事实。当我第二天到他工作单位指责他的所作所为时,他用木板打我。我的脖子、腰部和脊背都受到了严重的损伤,我几乎无法站立。甚至在花了两到三万元的医疗费之后,我还是几乎瘫痪了,丧失了工作能力。我现在只想离婚。

当然,很难确切地知道在多大的程度上不适当的不予离婚判决会导致这些事件的发生。但在很多案件中,法官一眼就能看出该婚姻不会因为法院提供6个月观察期而破镜重圆。尽管如此,只要有证据证明夫妻双方仍然能够在一个屋檐下生活,他们就作出不予离婚的判决。虽然其中的一小部分会因为法院的判决得到挽救,但在大多数情况下,这种判决只会进一步恶化已经紧张的夫妻关系,使夫妻间的冲突逐步升级。^[1] 毕竟,当原告决定把离婚的问题诉诸法庭解决时,他们之间一定已经进行了很长时间心理斗争。当他们最终克服自己的踌躇,并决定与另外一方对簿公堂时,他们的婚姻几乎没有复原的可能了。正

[1] 争鸣:“对湖南省武冈市人民法院离婚案件的调查分析”,<http://belawyer.fyfz.cn/blog/belawyer/index.aspx?blogid=113259>。

如一份实地调查所显示的,原告在得到不予离婚的判决后对被告更加丧失了信心。^[1] 被告因原告提起离婚请求而报复原告的事例并不少见。有些原告故意加剧他们之间的冲突,以便用作再次请求时获判离婚的证据材料。

另一个后果是“会哭的孩子有奶吃”。如上所述,为避免被投诉或防止恶性事件的发生,法官总是试图在相关当事人之间寻求平衡。当一方诉讼当事人有过激的或情绪化的行为时,法官就会更多地考虑他或她的意愿,即使某些法律规定因此未被遵守。我访谈过的一个法官就明确表示如果被告有自杀或者杀人倾向,不论原告提出多少次离婚请求,他都不会准予离婚。与此相似,那些表现强硬或抱怨更多的当事人更有可能获判更多的财产。这样的结果会鼓励当事人的策略行为,因为采取这种行为的人将获得更多的利益。但是更多的策略行为只能增加双方庭内或庭外和解的难度。^[2]

五、不仅仅是离婚案件

看来体制制约深刻地影响着当代法官进行审判决策的过程;其实,这个论断不仅限于对离婚案件的处理。在其他类型的案件中,法院决定也同样受体制制约的影响。逸闻证据已经表明这种“会哭的孩子有奶吃”的现象在法院判决中很普遍。^[3] 比如,在处理医疗事故纠纷的案件中,即使证据证明医院完全没有责任,法官也会让医院至少承担部分责任。毕竟,受害方在治疗的过程中遭受了痛苦,很可能成为哭闹的孩子:如果他们在诉讼中什么都得不到,他们就很有可能上诉或投诉。另一方面,医院通常拥有更多的资源:要求其承担部分责任还不至于使它们上诉或投诉。因此,作出令双方都能接受的判决就在双方的利益之间找到了平衡。当然,法官也从中获益:因为他们不仅解决了纠纷,还避免了可能出现的责任。这种解决问题的方式还常见于以下的纠纷解决中:涉及交通事故的纠纷、拖欠工人工资引起的纠纷以及涉及农村妇女向原村委会要求土地补偿的外嫁女纠纷等。^[4]

尽管法律影响和社会影响相结合已经成了司法系统的陈词滥调,但是它向我们传达的真正信息是这与体制制约有很大的关系。在我访谈过的法官中,有的甚至明确地表示控制上诉率的一个有效方式就是提高上诉的成本。即使没有任何法律依据,也要判给败诉方一些好处。当败诉方得到某些利益后,其上

[1] 争鸣:“对湖南省武冈市人民法院离婚案件的调查分析”,<http://belawyer.fyfz.cn/blog/belawyer/index.aspx?blogid=113259>。

[2] Robert Mnookin & Lewis Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of Law”, 88 *Yale Law Journal* 5 (1979), pp. 950—997.

[3] 来自作者在2007年夏天对广东地区几位法官的访谈。

[4] He Xin, “Why Do They not Take the Disputes? Law, Power and Politics in the Decision-Making Process of Chinese Courts”, *International Journal of Law in Context* 3 (2007): 15—37.

诉的动机就会减少。^[1] 毕竟,上诉的目的通常就是为了获得某些利益。如果这一目标提前达到,他们也就不会进一步提起上诉。从这个意义上讲,在当代中国,“有权势者”可能不是总占上风。^[2] 同菲律宾^[3] 和以色列^[4] 的情况类似,我国法院处理纠纷的平衡手段与合法性和意识形态的考虑有关,但与体制制约有更为直接的关系。

当面对法律规定中没有明确答案的重大和复杂的案件时,法官常常向上级法院寻求指示,对这种现象的传统解释是国家和上级法院想完全地控制司法系统,大都不加批判地把它的注意力放在来自法院内外的不当影响上。他们往往认为,在各种各样的压力下,法官在决策过程中是被动的。但是,从体制制约的角度看,下级法院法官寻求上级法院指示的原因是为了避免解答这些法律上的疑难问题而可能引发的责任。同样的道理,当近年来单个法官开始独立审判案件,法院和法官却更多地采用内部指引的方式:把法院、执政党或政府领导的讲话,甚至高层官员参加的会议记录当作决定法律疑难问题的依据。当法官无法获得这些资源时,他们甚至试图依赖上级法院的判例^[5],或者依赖其他地区法官的判决^[6],即使他们知道这些判例不具有任何正式的法律效力。他们认为这些判例能提供某种庇护,使他们可能避开批评或审查。出于同样的原因,法官倾向于刻板地解释和适用法律条文来处理新情况而不考虑立法意图,即使这样做是有很大疑问。他们也不倾向于适用抽象的法律原则,因为这样做没有明确的法律条文的支持,因而可能被认为是错案。很难知道在拥有更多独立审判权和自由裁量权后,法官是否会依照法律的规定更加独立地适用法律;但非常清楚的是他们会采用各种各样的自保措施。在法院工作人员的行为模式中根深蒂固的是体制制约的逻辑:法官享有越大的裁量权,他们就越有可能屈服于来自体制评价标准的压力。

法院的许多地区性差别进一步强化了这个论点。比如,在案件数量不多,也就是在不以“效率”作为当地法院的迫在眉睫的目标的地区,高调解率再次成为评定法院干警表现的重要标准。于是,这些地区的法官和法院调动了一切

[1] 来自作者在2007年夏天对广东地区几位法官的访谈。

[2] Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", 9 *Law & Society Review*, (1974), pp. 95—126.

[3] Stacia L. Haynie, "Resource Inequalities and Litigation Outcomes in the Philippine Supreme Court", 56 *Journal of Politics* (1994), pp. 752—772.

[4] Yoev Dotan, "Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Courts of Justice", 33 *Law & Society Review* 4(1999), pp. 1059—1080.

[5] Id.

[6] Benjamin Liebman, & Tim Wu, "China's Network Justice", 8 *Chicago Journal of International Law* (2007), p. 257.

可能的资源,采用各种策略一而再、再而三地促使离婚的夫妻达成和解。^{〔1〕} 离婚请求的底线又回到了调解和好:除非这对夫妻达成和解协议,法院不愿作出判决。法院用这种方式处理离婚案件不是因为他们真的关心这对夫妻的将来或者社会和谐,最根本的是为了追求他们自己的利益:调解有助于降低被起诉、审查、上诉或投诉的风险。^{〔2〕} 此外也有逸闻证据表明在预期的工作作风是“忙碌”的法院,法官倾向于作出更多的离婚判决,因为离婚判决涉及更多的工作,会使他们很忙碌,至少看上去很忙碌。^{〔3〕} 在某些法官工资待遇低同时又缺乏有效遏制腐败的途径的法院,判决准予离婚也成为许多法官的一个选择,因为判决离婚给了他们分割夫妻财产,从而获得更多寻租的机会。^{〔4〕} 因此当“公平”和“效率”成为官僚化的司法系统的两大主题时,法院判决成为很多因素的函数,而这些因素中结案数、结案率、上诉率和投诉率均扮演着重要的角色。这些地区差别进一步印证了在某些激励结构下,个人私利支配着法官的行为,自我保护或自我保存是司法系统的一大主题。

六、意义

通过考察现实中法官如何处理具有严重争议的离婚请求,本文证明了传统的调解和解已经大大地失去了影响力;取而代之的是,判决不离和判决准予离婚分别成为处理首次和再次请求的常规做法。传统认识的缺陷很大程度地是由于对法官和法院的体制制约关注不足。这些制约对处理离婚的影响尤其显著,而这只是因为在这个领域内法官享有广泛的自由裁量权。它在处理其他类型的案件中同样存在,尽管可能是通过一种更微妙的和更不引人注意的方式存在。

通过体制制约的视角,本研究有助于加深对司法推理过程的理解。它为美国宪政中的制度保障的重要性提供了一个反证:只有在分权的制度结构下,才能认为理性行动理论在预测司法判决的作用是有限的。^{〔5〕} 当这些激励机制被废除或改变时,个人私利支配行为就变得再清楚不过了。因此本研究对个人私利的理论提供了进一步的支持:当外部的制约不适当地加到法官身上时,法律

〔1〕 高其才、周伟平:“司法调解的方式与方法”,载《法制与社会发展》2006年第1期。

〔2〕 同上注。

〔3〕 来自与西南政法大学徐昕教授的交谈。

〔4〕 来自作者在2007年夏天对广东西部地区某法官的访谈。

〔5〕 Richard A. Epstein, “The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice Theory”, *Brigham Young University Law Review* (1990), pp. 827—856; Gregory C. Sisk, Michael Heise, & Andrew P. Morris, “Charting the Influences of Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning”, 73 *New York University Law Review* 5 (1998), pp. 1377—1500; Mark A. Cohen, “Explaining Judicial Behavior, or What’s Unconstitutional about the Sentencing Commission”, 7 *Journal of Law, Economics and Organization* (1991), p. 183.

判决即使不被歪曲,也会受到影响。而通过这种方式,法官会最大化他们自身的利益。此外,更多的司法独立和自由裁量权并不能保证法官像某些经济学家预测的那样,会依照法律的原旨或原意来审判案件。^{〔1〕}

除了增进对我国法官和法院的运作逻辑和行为模式的理解,本文还对我国法律和法制建设的未来发展提出问题。我国法院的体制制约是如何影响法制改革?在过去的十年里,专家们讨论了应当通过移植西方法律、借鉴本土资源^{〔2〕}或是将两种方式结合起来^{〔3〕}进行法制改革。但无论是从西方引入的还是从本土资源提炼出来的法律原则或规则,很快就被深受某些体制制约的司法体制吸收同化了。这些法律原则和规则可能变得面目全非。如果不考虑法院的体制约束及其对司法判决的影响,关于法制发展长达十年之久的争论很可能会迷失。本文的研究表明,为了确保法律原则或规则达到预定的结果,首先应当考察法院的体制制约。现在看来,那些过于简单的“效率和公平”激励标准似乎用错了地方:它们导致法官常规化地处理有争议的离婚案件。重温这一争论并从新的研究视角出发,本研究提出更现实和有效的研究议程:简化这些司法系统的激励机制是否会带来更多的社会利益?这种评判机制会带来什么样的后果?在法官问责性^{〔4〕}和各种评价标准所带来的压力之间寻找平衡?国家是否有足够的兴趣在依法行政的浪潮中建立一支精英的法官队伍?依照司法系统的激励机制而作出的平衡判决是否就不符合国家的利益?如果国家对法律改革的最高目标是维持社会稳定,国家是否有足够的兴趣去大修司法系统现有的体制制约?对这些问题的回答肯定会开拓性地加深对我国司法及其发展的认识。

(初审编辑:艾佳慧)

〔1〕 Richard A. Posner & William Landes, "The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective", *Journal of Law and Economics* (1975), p. 875.

〔2〕 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

〔3〕 Philip C. Huang, "Whither Chinese Law?" in 33 *Modern China* 2 (2007), pp. 163—194.

〔4〕 Ting Gong, "Dependent Judiciary and Unaccountable Judges: Judicial Corruption in Contemporary China", 4 *China Review* no. 2 (2004), pp. 33—54.