

## 弱者的诉讼:过程与策略

郭星华 张 晶

**[摘要]** 运用参与观察、访谈法,对一起业主委员会诉讼开发商民事纠纷案进行了法社会学考察。在充分展现原告寻求法律、准备案件材料及庭审过程的同时,重点分析了相对弱势的原告方及其代理律师的行动策略。研究发现,在没有明确法律规定时,处于弱势的当事人在不同的法律阶段,始终维持对律师有限度的信赖感,保有自身对法律的理解和认识,并形成了两种不同的策略来实现自己的利益诉求:一是通过寻找法外力量,如借助媒体造势寻求力量平衡;二是控制出庭人员结构以及庭审情境。弱者的诉讼策略对型塑其法律意识有重要作用。

**[关键词]** 弱者的诉讼;过程;策略;法律意识

平等是法律追求的核心价值之一。著名法学家博登海默曾说过:法律平等的内涵之一为相同的人和相同的情形必然得到相同或至少是相似的待遇,只要这些人和情形按照普遍的正义标准在事实上是相同或相似的<sup>[1]286</sup>。法律平等预示了一种典型的理想图景,即法律规则的制定、实施及应用过程不存在强者和弱者的区分,法律的适用与当事人的社会背景无关。然而,这种绝对意义上的平等从来就没有真正地实现过。有关论述很多,例如,瞿同祖曾归纳,传统中国法律的差异化与阶级、家庭紧密相连,“刑不上大夫,礼不下庶人”<sup>[2]</sup>。Engels 明确指出,生产资料的拥有者具有法律上的优势<sup>[3]234-237</sup>。Rousseau 认为,“在各个国家里,法律的普遍精神是有利于强者而不利于弱者……这种烦扰人的现象是无法避免的,也是毫无例外的”<sup>[4]13</sup>。美国社会学家布莱克则利用统计方法证明了现代美国社会中法律实施应用与社会分层的密切联系:在司法的每个阶段,在每种具体法律环境中,矛头向下的案件总是比矛头向上的案件更有利<sup>[4]15-42</sup>。可见,在现实生活中,弱者在应用法律过程中,特别是诉讼中的地位总是不利、被动的,其能动空间相对有限。

一般而言,诉讼中的弱者有两个层次的涵义。一是把法律过程(主要是司法过程)看作博弈过程,那么对弈的双方或多或少存在经济地位、社会声誉和关系网络等资源或能力上的差异。一些极端情形下双方差异的悬殊就构成了“强者”和“弱者”的区分。二是在司法场域中,相对于那些具有国家公权力的法院及司法机构,普通当事人处于权力维度上的不利位置,从而成为事实上的“弱者”。

在法社会学研究中,早期以苏力为代表的“本土资源”学派对我国乡土社会中国家法与习惯法互动的研究<sup>[5-6]</sup>,以通过法律的社会治理为研究主旨,具有公权力的机构如法院、政府,乃至法律职业人员(法官)等“强者”是其研究对象,“弱者”的行动及其逻辑则被遮蔽。近几年来一些国外学者对我国城市社会中的诉讼研究<sup>[7-8]</sup>开始转向普通当事人或底层群体,如城市中的流动农民工、下岗人员,但是,对其行动的刻画仍然停留在表层的描述层面,缺乏对其行动策略和逻辑的深入分析。

**[收稿日期]** 2009-12-16

**[基金项目]** 教育部人文社科研究基地重大项目:《民间纠纷解决模式的法社会学研究》,课题负责人:郭星华,项目编号:08JJD840186

**[作者简介]** 郭星华,中国人民大学社会学理论与方法研究中心,教授、博士生导师,邮编:100872;  
张 晶,中国人民大学社会学系 2009 级硕士研究生。

笔者试图通过对发生于湖北省Y市<sup>①</sup>一起关键性个案的解读,解释在特定司法场域中,游走于法律规则与外部社会环境中的弱者在诉讼过程中所运用的,无论是发生于前台还是后台、各种公开正式的或隐秘细碎的策略,从而实现“用策略的辩证法取代模型的机械学”的目的<sup>[9][157]</sup>。本研究试图弄清楚以下问题:弱者的策略有哪些?他们的行动逻辑是怎样的?这与他们的法律意识有怎样的关系?

## 一、背景

E小区成立于2004年,为Y市较早成立的商品房小区,坐落于Y市东部WJG区。WJG区为Y市传统的工业区,居民多为企事业单位职工及外来流动商贩。E小区现有居民294户,仅有60%的适龄(18~60周岁)人口工作,其余的适龄人口多为内退、买断(下岗)、失业人员。小区的居民构成比较混杂,居民收入在Y市处于中等偏下水平。

2006年,在全部业主入住不到一年的时间内,业主们陆续发现小区内的栏杆、电梯和监控设备出现毁坏、缺损的现象,严重影响了正常使用。为了维护这些设备,小区居民不得不采取各种办法筹钱,长远来看,设备维护资金数额超出了小区居民的负担能力。按照H省规章、Y市地方规范性文件和其他小区的惯例<sup>②</sup>,应由业主和开发商各出工程造价数额的2%建立专项维修基金。业主们试图通过与开发商交涉求取后者应交的2%款项。开发商以无法律依据,且未就此事在购房合同中进行约定为由,拒绝给付维修基金。随后E小区业主委员会向WJG区法院提出诉讼请求,要求开发商迅速交纳维修基金。简言之,这是一起由于国家法律没有明确规定引起的业主集体维权案件。

本案中,业主委员会代表原告方业主参与案件筹备及出庭。业主委员会常务主任、副主任分别为M主任(女)、L主任。此二人作为原告方的关键人物,在推动案件的进展上发挥了至关重要的作用。

被告方为E小区的开发商F公司,注册资金1000万元人民币,在Y市有多项已开发商品房项目。此案中,F公司法定代表人仅仅在未进入诉讼程序前与原告方业主有过初期接洽,此后,均由其代理律师C处理此事。

此案的特殊之处在于:(1)诉讼双方在经济、信息和活动能量上有较大的差距:居住于中下层社区的业主们收入普遍偏低,受教育程度不高,绝大多数没有诉讼经验;被告F公司作为一家经营时间较长,且具有较高营业资历的开发商,在经济偿付能力、社会影响力以及社会网络等方面要明显强于原告。原告方成为相对意义上的弱者。(2)国家法律并无对于商品房小区维修基金事项的明确规定,这也意味着法官在适用法律方面有一定的难度,同时也给法官的自由裁量留下了操作空间。(3)从形式上来看,该诉讼是一起集团诉讼案件,业主委员会代表的是294户居民的共同利益。由于原告人数众多,实际上在案件开庭前的筹备和开庭过程中,真正参与的只是业主委员会的部分委员,M、L主任则成为原告利益的直接代理人,重大的决策基本上是由这两人和律师商议后提出的。

作为一项法社会学范畴的探索性实证研究,笔者无意也不可能将案件的所有参与方及整个过程在本文中展现出来,而是试图聚焦于相对弱势一方——原告方业主委员会,特别是M、L两位主

① 下文所有涉及具体人物、地点和机构之处均用字母指代。

② 湖北省《住宅共用部位共同设施维修基金管理实施条例》(第九条)规定由开发商提取维修基金;Y市《关于加强房屋共用部位共同设施设备维修基金工作的通知》规定业主交2%,开发商交2%。2005年以前,湖北省Y市的绝大多数商品房小区维修基金都由业主和开发商共同承担。

任的行动<sup>①</sup>。此外，特别考察作为原告代理人的律师在这个过程中的行动。一方面，作为法律专业人员的律师，在与几乎没有任何实际法律经验的弱者群体互动时，具有显著的教化、引导作用；另一方面，不同于握有国家公权力的法官，作为市场独立主体的律师，其行动取向可能会嵌入政治、经济的双重逻辑——这种双重逻辑驱动和制约下的行动对案件的最终走向至关重要。在此基础上，将分析在案件过程中被建构和型塑的弱者的法律意识。

## 二、情境逼迫：“我们在法庭上见！”

“纠纷金字塔”模型表明，一般而言，在遇到不满(grievance)问题时，人们有较高(80%~95%)的申诉率(claim rate)，相当低(6%~16%)的律师雇用率(lawyer emoloyment)以及更低(2%~4%)的诉讼率(courting filing)<sup>[10]</sup>。麦宜生对北京城市纠纷的调查<sup>[11]</sup>表明，仅仅有15%的要求或纠纷进入正式的法律渠道，包括雇佣律师和诉至法院。那么，本案中的业主们为何选择诉讼解决的途径？在此之前，他们是否有别的选择？

M主任承认，最开始并没有想过走诉讼解决这条路。其主要顾虑是担心诉讼成本高，“业主委员会没有任何收入”，尽管业主们高度支持业主委员会的维权行动，但一旦落到现实层面，大数额的诉讼费和律师代理费就不是每个业主都愿意承担的了(尽管平摊的数额并不大)。M主任的解释如下：“业主们恨不得业委会把所有的事情都承担，都办好，最后他们享受公共福利。这个维修基金本来就是应该开发商来缴纳的，业主们不想因为追讨这个钱再投进去钱。”这里，再一次凸显了集体行动的困境，那么，为何业主委员会在资金短缺、明知道通过诉讼解决将会导致费用困境时，还是毅然决然地走上法律诉讼途径呢？

这时想要去和开发商要钱，他们的态度很蛮横。我们去了3次，开发商的老总就是不见我们，后来见到了，他就很吊儿郎当的样子，直接说，“我凭什么把钱给你们，又没有什么依据”，后来我就说了：“我们在法庭上见。”那个老总倒是很痛快：“法庭上见就见呗。”这个开发商一共在Y市有3个楼盘，其他的两个楼盘在我们楼盘之前，都交了这个维修基金，等我们要(他们)交这个的时候，他们就不认了。(M主任)

当看到F公司老总无比神气而对此事满不在乎的样子时，M主任脱口而出的“法庭上见”不过是运用了法律的“象征性权力”<sup>[12][17]</sup>——法庭审理的威严和正式性，以实现对强势开发商的某种威胁。令人意外的是，F公司总经理的“痛快”接招将这种威胁的力量瞬间化为虚无。处于被动的M主任面临“情境逼迫”<sup>②</sup>的压力，对她而言，如果否认刚才的“法庭上见”就等于自我否定，也暴露了其弱势的本来地位；如果同意总经理的说法“法庭上见”，这与她的初衷相违背。两相比较，她只能顺着原来的话语，选择“法庭上见”。

其时，同为业主委员会负责人，L主任坚决的态度也起到了强化的作用。

“不能便宜开发商了，我有的是时间，我不怕和他们耗。一定要有个结果。”

可见，在尚未进入诉讼程序之时，业主委员会就已经预见到法律途径可能存在的种种问题，然

① 笔者采取了参与观察和半结构化访谈的方法。2009年7月13日，笔者获准参与观察该案在WJG法庭的一审判决，并通过做笔记等方法记录业主委员会和小区业主代表的各种言行。此外，在案件审理期间及开庭前后对原告方(M、L)两位意见领袖、原告方业主委员会委员X及原告方代理律师Q进行半结构访谈。

② 情境逼迫出自“情境建构”。在加芬克尔看来，在存在博弈的情境中，人们通过自觉的建构过程，不仅获得自身的能动性，而且首次获得超越对手效益的优势地位。这就是“情境建构”的最初含义。孙立平等在对订购粮收购事件的分析中扩展了“情境建构”的意涵，指出情境建构是在既定情境存在的前提下，情境中的行动者努力改变和重构情境的过程。即博弈双方可以通过情境建构来反复争夺情境中的主动权，获得优势的一方对另一方实施“情境逼迫”。

而,此时 M、L 主任没有查阅相关依据,对诉讼程序亦不了解。这种意识与本案案情本身没有直接联系,而更多的是普通人对法律的一种既有、累积的印象——通过法律维权注定是耗时、棘手的。另一方面,L 主任的话语又隐约地透露出对法律的信任,认为法律最终一定会给他们想要的结果。

Gallagher 曾经指出,中国城市人的法律意识可以分为两个维度,第一个维度是“我能够在多大程度上有效地运用法律”,第二个维度是“法律能够在多大程度上发挥作用”。她认为,在这两个维度上,中国人存在明显的不一致,一方面,个体对自身运用法律的效能感在提升;另一方面,个体对法律的公正性和有效性的负面评价/认知在降低<sup>[14]</sup>。

在诉讼尚未开始之前,M、L 主任的话语至少印证了第一个维度的结论,在他们的想象中,法律不再是高高在上而难以被普通人所接近的,相反,随着“依法治国”理念的宣传,“公民以法律为武器依法维权”确实成为普通人耳熟能详的话语,积淀在日常生活中的情境里,一旦被情境逼迫,“争一口气”的需要迫使这种潜意识跃升到意识层面,为人们所用。

在通过熟人网络寻找并经历一番“口头考察”<sup>①</sup>之后,Q 律师成为原告方的代理人,从此原告方弱者的行动与律师行动紧密联系在一起,并表现出某种矛盾的态势。一方面,原告与律师在根本利益上是一致的,律师可以通过自己的专业技能为弱者提供知识和智能上的支持,从而增强弱者的力量;另一方面,原告也可能并不认可律师的建议,而是坚持自己固有的理解、策略和逻辑。律师的参与为弱者的行动增添了变数,在弱者认可、接受或不认可、拒绝律师的建议之间存在某种张力,正是在此种张力作用下,弱者行动的逻辑得以更为清晰地展现出来。

### 三、法律的空白:法律也好,政策也好,都是为了百姓的切身利益

本案的争议焦点是法律没有对维修基金进行具体明确的规定。对于案情的商议主要围绕这个问题展开。在这一问题上,以 M、L 为代表的业主委员会与 Q 律师发生了严重的分歧。

在第一次碰头会上,Q 律师说道:“本案的核心问题是国家法律没有明文规定,按照地方规范性文件和省厅级规范性文件,只能算得上是一种政策的适用。政策在法律的效力上是有缺陷的。”L 主任愤然回应:“法律也好,政策也好,都是为了百姓的切身利益。政策也是政府定的。为什么不能用?”Q 律师说道:“从法律的效力的层次上看,宪法、法律、行政法规、省级、部级规章、政府规范性文件是不同的且逐级降低。最高层次是宪法,最低是体现政策的地方规范性文件。我省建设厅的文件和本市的文件均作出了开发商应交的明确规定,但因其效力层次较低,法院有可能不予适用。”L 主任强烈反驳:“地方上有相应的法规,建设部要求业主要交,各地方情况都不同。你也不可能指望国家出一个统一的标准吧,沿海地区、发达地区情况都有很大差异的,就比如说,工资不可能由国家统一标准吧,是一个道理的。如果什么都要让国家出一个标准,都只遵守国家的标准来看,这个世界是不是要乱套了?那还要地方单位、地方政府干什么?”

毋庸置疑,Q 律师和 L 主任都是在同一个框架内即法律的框架内沟通。在他们的话语中,反复出现了“规则”“规定”等法律话语,但是双方坚持点或者意义有明显的不同。Q 律师从规则的适用性来谈,本质上为法条导向,因此在他的语句中,频繁出现“等级”“效力”,将法律置于规则体系的顶端。L 主任的理解则是功能主义的,从法律的外部或功能来分析,他并不看重究竟哪条规则更重要,甚至在他的概念体系中,法律、政策、文件都是一体的,不存在实质性的差别。

Q 律师和 L 主任的分歧充分体现了在一个法律框架下的意义分歧。Q 律师的诉求是通过既定程序实现有限正义并展现律师的知识垄断——利用法律语言构建自己的权威;L 主任则显然试图

① M 曾经给出了选择 Q 律师的理由:“小区物业的 H 经理知道我们要找律师,就说他们公司的法律顾问 Q 不错,很厚道,专业素质还可以。后来觉得他的谈吐啊、思路啊、人品啊都不错……有点儿一见如故的感觉。”

通过一种“泛规则观”来获得实质正义。前者是规范取向的，后者则是工具主义取向。律师在对案件意义的解释和争夺过程中，尽力使得话语的主动权掌握在自己手上。然而，值得注意的是，L主任最终也没有认可Q律师的说法，他并未就此服从律师的权威，而是始终坚持自己观点的合理性，并认为律师没有真正明白他的意思。这种介于律师和当事人之间的互动从一个侧面印证了权力是在一种流动的潮流中而不是单一维度的、非循环的<sup>[15]</sup>。

#### 四、弱者的策略：联系了四家媒体……

在双方实力存在明显差异的情况下，作为明显弱势一方的业主代表们是怎样撬动利益的杠杆，从而实现自己利益诉求的？M、L主任早在起诉前就想到了求助于媒体。为什么要找媒体？M主任回答：“媒体把事情捅出去了，就可以给法院一点压力。再加上这是个房地产案子，现在媒体不就喜欢搞这个么？……它能播就播，播出去总是好的。”

M主任对通过媒体直接解决问题并不报太大的希望。他不过是想找媒体对法院施加点压力。但是其话语也隐约含有某种对媒体筛选新闻标准的判断：“这是个房地产案子，现在媒体不就喜欢搞这个么？”他认为，在房地产民事纠纷大量上升的现实情况下<sup>①</sup>，“房地产—开发商”触动了社会的神经，其性质决定了这是个不用“制作”就能进入媒体建构视野的热点问题，绝对能引起媒体的兴趣。果然，如M主任所料，记者们纷纷而来。

“我当时联系了四家媒体，一个是SX电视台，一个是SX晚报，一个是CT报（原话如此）。这些电视台来了，一共来了八九个记者，把这个案子当作一个非常大的事情来做。毕竟在Y市这个还是第一起因为维修基金而发生的纠纷。他们拍了不少东西的，大概有二三个小时。”（M主任）

借助媒体发声是中国弱势群体常用的手段。尽管这一策略多少有些通过媒体干涉司法独立的嫌疑，但正如俗语“会哭的孩子有奶吃”所言，秉承“先发制人”观念的业主们坚信，在正式审判之前实现“媒体轰炸”将引起社会的广泛关注，从而对法官构成极大的压力<sup>②</sup>。另一方面，294户业主同时起诉开发商的新闻效应也确实吸引了地方媒体。就在媒体即将发稿之时，Q律师忽然表态了：“这个案子现在还没有宣判，前景还不好说，媒体自己容易越界，到时候反而容易出问题，起负面作用。”这种语焉不详让M、L主任难以明白，为什么Q律师要在关键时刻反对消息的播出。在Q律师的坚持下，消息最终还是没有发布出去。

私下里，笔者曾与Q律师就这一问题有过交流，Q律师说：“还是案件前景很模糊，毕竟法院究竟是什么态度，什么想法，没有宣判前很难讲。如果放手让他们（业主们）去媒体上闹，到时候惹出一丁点事情就麻烦了。”

Q律师的话语中隐含着这样一种预设，即法院的态度与政府的态度具有某种一致性或至少是内在的关联性。因此，在通过媒体把事态扩大化一事上，Q律师的态度是相当审慎的。作为弱者的代理人，他必须借用媒体造势，但也必须小心不去触碰政治的红线。这种让弱者接受律师的知识和行动中的法律的努力，实际上是律师对弱者一种微观权力的规训，它使得律师对弱者的控制不仅仅停留在对于法条、法律事实及其意义的界定和争夺上，也确定了其法外操作的边界和技巧，而法律本身的神圣性和独立性却被消解了。

① 据最高人民法院资料统计，仅2009年1月至6月，全国法院受理房地产民事案件67294起，同比上升10.58%（见文献[16]）。

② 在以往的一些案件中，网络及现实层面的激烈舆论能导致案件出现戏剧性变化，并最终导致审判结果改变。参见 <http://www.xici.net/b6775/d102049414.htm>。

## 五、庭审计谋:挑家境不好的中年妇女

2009年7月13日,该案在WJG法院一审开庭,原告方一下子到了20多人,全部是小区居民,大多数是4050人员<sup>①</sup>,除了三四个中年男性外,其他都是内退、下岗在家,没有什么工作干的中年妇女。经过询问得知,业主到庭参与旁听的积极性都很高,经过业委会的筛选,确定了参与旁听的业主人数。那么,如此整齐的旁听阵容是否显示,其后可能存在某种筛选标准或技巧?

Q律师反复强调,原告诉求在法律上的依据并不充分,存在败诉的较大可能。对此,M、L主任即使内心并不认同,但也不能不从现实层面考量如何尽可能影响法官的决断。果然,M主任在庭审后的一次访谈中谈到了筛选的技巧:“工作的人要上班来不了,剩下的人要挑家境不很好的中年妇女……”我们不妨分析背后的逻辑。

首先,不上班的中年妇女本身具有大量的时间,可以旁听的可能性较大,家境不太好的妇女作为典型弱者在庭审现场出现,目的就是引起法官的同情心。在这种情势下,法官很难纯粹地考虑法律条文,而将她们的社会背景、境遇等因素完全排除在外。

其次,更重要的是,她们多半没有受过高等教育,所谓法律意识“淡薄”,更多地保有传统社会中“情理”层面的诉求。滋贺秀三指出:“所谓‘情理’,简单说来就是‘常识性的正义平衡感觉’。……概言之,比起西洋人来,中国人的观念要顾及人的全部与整体。也即是说,中国人具有不把正义的标准孤立起来看而将对立的双方——有时进而涉及周围的人们——的社会关系加以全面和总体考察的倾向。”<sup>[17]13-14</sup>这些妇女更执着于自身对“理”——哪怕于“法”无据——的解释:既然别的楼盘维修基金由开发商偿付,既然是开发商建的房子,那么房子出现维修问题,理应由开发商负责。更何况,开发商的经济实力要显著强于业主。“强者救济弱者”——这种朴素的正义平衡观念体现得淋漓尽致。在这种观念指导下,她们更可能奋力争取维修基金。

第三,一旦庭审过程出现不利于己方的局面,她们更可能突破既有的法庭秩序的条条框框,用激烈的方式对法官及对方律师施压。下面的过程验证了这种判断。

在庭审过程中,一旦C律师反驳原告方意见,旁听的L主任就小声指责C:“不是东西,不是东西”。笔者旁边的业主X小声说道:“国家政策没有这样的,没有这样不讲理的。”庭审结束后,业主代表们涌到被告席,大声说道:“这个案子要是输的话,我们就上政府去闹,我们就不怕,一定要弄个说法出来。”其实,几个法官这个时候早就不在场了,C律师也已经离开,弱者的表意似乎没有特定的对象,而变成一种自我宣扬和彰显。这种彰显并非没有意义。作为弱者常用的一种计策,很多时候它确实起了作用。例如,笔者在另一项关于法律援助制度的调查中发现,北京市的一位申请人王某与单位发生了劳动合同纠纷,生活困难,但案件已经过了诉讼时效且证据不足。王某使出了“寻死觅活”“硬撑到底”的绝招,最后成功地受到了法律援助机构的受理<sup>[18]141-42</sup>。此类计策成功的关键在于,必须使己方的诉求以极端的方式与他方的利益发生勾连。在本案中,类似“去政府闹”,“就不怕”的宣告似乎预示着一种对抗的可能,即利用情绪化或通过政治权威否定法律的权威性,脱离法律框架进入到政治稳定的框架内——而如此指涉正是基层法官最为担心的。

## 六、小结与讨论

布莱克曾总结弱者起诉强者以及法律组织化运作的诉讼规律。在司法的每个阶段,在每种法律环境中,矛头向下的案件总是比矛头向上的案件更有利。对社会学因素较弱的案件,在有其他组

<sup>①</sup> 当地对40、50多岁提前退休、失业或下岗在家的中年人群体简称。

织或有同样情况的受害人加入之后,就成为所谓的集团诉讼。集团诉讼可以增强案件的社会学因素<sup>[19]44-48</sup>。

按照这一分类,本案聚集了两个典型要素:(1)集团化或组织化诉讼组织;(2)相对弱势群体诉讼强势组织。本文中展现了原告弱者一方进入法律途径、商讨案情、庭审等三个阶段的过程,反映了弱者是如何进入法律诉讼、理解并争夺法律意义并运用“弱者的武器”的。

此案中,弱者的诉讼策略可以分为两种类型:第一种是力量的平衡——即通过引入法律之外的力量,如通过援引政策制度、寻找并利用自身与社会强势群体直接或间接的关系、制造舆论场等手段,使弱者与强者之间形成对抗、拉锯的态势,或至少形成两种力量大体平衡的局面。本案突出地表现为原告寻找媒体的过程。原告方从一开始就试图引入媒体力量对法院施压,尽管最终因为律师干预而作罢,但从这一几乎“下意识”的行为中可以发现媒体对司法实践的渗入性。更为重要的是,媒体追求新闻效应与商业利益最大化的原则将弱者引入法外力量的诉求结合在一起,在个别成功案例<sup>①</sup>的示范作用下,使“媒体的权威”得以再生产,而“法律的权威”却形成了某种与之对立甚至对抗的关系,受到诸多贬抑<sup>②</sup>。这种策略不独为弱者所用,却在弱者身上得到最为典型的体现。第二种是斯科特“弱者的武器”意义上的计谋:比如,在本案中,可以看到弱者有意识地限定出庭人员结构、营造法庭情境等隐秘谋略,这是只有弱者才会使用的手段。在复杂的司法场域里,弱者必须通过对有形和无形力量的双重应用,才能改变自身在资源权力结构中的不利位置进而获取关系权力结构中的有利地位。吊诡的是,无论是哪种手段或力量,都超越了法律本身的框架行动——尽管目标直指“公平和正义”。这种手段和目的不相称的背后,反映出弱者诉讼的边界:弱者可以尽自己所能调动一切法律之外的社会资源(包括求助于专业法律人员如律师),却不能控制法律规则的适用;弱者可以影响甚至营造舆论,却必须在有限合理的范围内,避免踩踏政治的红线;弱者诉讼的力度似乎是有限的,却并非毫无意义。事实上正是这些策略无时无刻不在反映和型塑着弱者的法律意识,从而为法律的发展和变迁提供某种自下而上的可能。或许,这正是法治的核心要旨和重要路向。

以M、L两个主任为例;弱者尽管没有与法律直接接触的经验,但并不意味着他们是无能为力的。在与律师的互动过程中,他们甚至在庭审后仍然保有自身原来对法律和政策看法,与律师商议策略时,对其权威亦不是绝对服从。一旦试图通过法律手段解决的努力失败,他们便将会迅速转向政治途径(上访、静坐)。在这个过程中,既没有看到想象中的城市普通人对法律的神圣化倾向,即敬畏法律的意识(before the law),也没有看到西方成熟法治社会普通人对于律师的依赖感,只看到了一种工具主义(instrumentalism)逻辑——无论是对律师还是法律本身,他们都持有一种强烈的利用法律(with the law)的倾向:他们较少关心法律程序的合法性,较多地关心法律对于实现其愿望的有效性。值得注意的是,与西方成熟法治社会不同,在梅丽笔下,尽管底层民众可能以通过各种方式与伎俩实现自己的诉求,却始终不会逾越法律系统<sup>[8]228-230</sup>。反观本案,一旦诉讼途径未能实现其要求,弱者对抗法律(against the law)的行为便迅速地僭越了法律系统,转向行政途径。这种背离法律独立的纯粹理想,却又在客观上增进了人们的法律认知和理解的现象——中国普通人法律意识上的“内卷化”——究竟会给中国法治带来怎样的影响,这是一个更加沉重却必须得到关注的问题。

① 如近期具有轰动效应的“邓玉娇案”“许霆案”“钓鱼执法”等案件。

② 有学者利用CGSS(全国综合社会调查)2006数据对不同权威类型的效力进行了系统比较,发现在政府权威、媒体权威、知识权威、法律权威、民间权威等五种权威中,媒体权威排在第一位,法律权威排在第四位(见文献[20])。

## [参考文献]

- [1] 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:286
- [2] 瞿同祖. 中国法律与中国社会. 北京:中华书局,1981
- [3] Engels. *Ludwig Feuerbach and the End of Classical German Philosophy*. Edited by Lewis S. Feuer. Garden City:Anchor Books,1958:234 - 237
- [4] 美布莱克. 法律的运作行为. 唐越,苏力,译. 北京:中国政法大学出版社,1994
- [5] 强世功. 法治与治理国家——国家转型中的法律. 北京:中国政法大学出版社,2003
- [6] 王铭铭,王斯福. 乡土社会中的秩序、公正与权威. 北京:中国政法大学出版社,1997
- [7] Gallagher M E. Mobilizing the Law in China: “Informed Disenchanted” and the Development of Legal Consciousness. *Law & Society Review*,2006,40:783
- [8] Michelson, Ethan. The Practice of Law as an Obstacle to Justice: Chinese Lawyers at Work. *Law & Society Review*,2006,40(1)
- [9] 布迪厄. 实践感. 蒋梓骅,译. 南京:译林出版社,2004:157
- [10] Miller R E, Sarat A. Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture. *Law & Society Review*,1981,15:3/4
- [11] 麦宜生,王平. 纠纷与法律需求——以北京的调查为例. 江苏社会科学,2003(1)
- [12] 梅丽. 诉讼的话语. 郭星华,等译. 北京:北京大学出版社,2007
- [13] 孙立平,郭于华. “软硬兼施”:正式权力非正式运作的过程分析——华北B镇订购粮收购的个案研究//清华大学社会学系清华社会学评论:第一辑. 鹭江出版社,2000:35
- [14] Gallagher M E. Mobilizing the Law in China: “Informed Disenchanted” and the Development of Legal Consciousness. *Law & Society Review*,2006,40:783
- [15] Granfield R. Lawyers and Power: Reproduction and Resistance in the Legal Profession. *Law & Society Review*,1996,40(1)
- [16] 最高法:妥善审理房地产纠纷案,避免群体事件发生. 民主与法制,2009(16):62
- [17] 滋贺秀三. 中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材//滋贺秀三. 明清时期的民事审判与民间契约,北京:法律出版社,1998:13 - 14
- [18] 郭星华. 实践中的法律援助制度. 开明出版社,2008:141 - 142
- [19] 布莱克. 社会学视野中的司法. 郭星华,译. 北京:法律出版社,2002:44 - 48
- [20] 参见杨龙森. 失落与重构——转型期中国社会权威关系模式研究. 北京:中国人民大学出版社,2008
- [21] 西尔贝,尤依克. 法律的公共空间. 陆益龙,译. 北京:商务印书馆,2005:72

## The Procedure of the Weak: Process and Strategy

Guo Xinghua Zhang Jing

**Abstract** In this paper, the author observed a civil case about a proprietor committee prosecuting the developer in Hubei province from a legal sociology standpoint through participant observation and interview. This paper presented the whole process of the case, including seeking legal help, preparing materials of the case and courting, while at the same time, the author concerned in the acts and strategies of the plaintiff—the relative weak groups. They insisted on their understanding and recognition about law, relying on lawyers limitedly in every single period of the case. The weak groups were found to develop two patterns of strategies. Firstly, they tried to resort to medium for balancing their force against the strong group. Secondly, they controlled the structure of representatives' composition when courting and built a context which was favorable for them. Such kinds of strategies were quite important for development of the weak's legal consciousness.

**Key words** The procedure of the weak; Process; Strategy; Legal consciousness

(责任编辑:连丽霞)