



和谐社会建设是一个全面的系统工程，和谐理念、和谐思想如何贯彻到诉讼中间，是法治社会建设必须解决的重大课题。因此笔者七年来，又分别对和谐思想如何在三大诉讼中重要方面的融合与体现，分专题进行了较为详尽的探讨与研究。

诉讼与无讼

以和谐为视角

SUSONG YU WUSONG

YI HEXIE WEI SHIJIAO



姚宪弟 胡嬿茹 宋晓燕 © 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

D925
304

诉讼与无讼

以和谐为视角



SUSONG YU WUSONG
YIHEXIEWEISHIJIAO

姚宪弟 胡嬿茹 宋晓燕◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

诉讼与无讼:以和谐为视角/姚宪弟等著. —北

京:法律出版社,2012.6

ISBN 978-7-5118-3645-8

I. ①诉… II. ①姚… III. ①诉讼法—研究—中国

IV. ①D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第136706号

© 法律出版社·中国

诉讼与无讼
——以和谐为视角

姚宪弟 胡嬿茹 宋晓燕 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 汪奇峰

开本 A5

版本 2012年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京九州迅驰传媒文化有限公司

印张 10.5 字数 282千

印次 2012年6月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-63939796

深圳公司/0755-83072995

总 序

2012年,太原科技大学将迎来60周年华诞。值此六秩荣庆之际,我校的专家学者推出了这套学术丛书,以此献礼,共襄盛举。

六十年前,伴随着新中国的成立,伟业初创,百废待兴,以民族工业为先锋的社会主义现代化建设蓬勃兴起,太原科技大学应运而生。六十年来,几代科大人始终心系民族振兴大业,胸怀制造强国梦想,潜心教书育人,勇担科技难题,积极服务社会,为国家装备制造行业发展壮大和社会主义现代化建设做出了积极贡献。四万余名优秀学子从这里奔赴国民经济建设的各个战场,涌现出一大批杰出的科学家、优秀的工程师和知名的企业家。作为新中国独立建设的两所“重型机械”院校之一,今天的太原科技大学已发展成为一所
以工业为主,“重大技术装备”领域主流学科特色鲜明,多学科协调发展的教学研究型大学,成为国家重型机械工业高层次人才培养和高水平科技研发的重要基地之一。

太原科技大学一直拥有浓郁的科研和学术氛围,众位同仁在教学科研岗位上辛勤耕耘,硕果累累。这套丛书的编撰出版,定能让广大读者、校友和在校求学深造的莘莘学子共享我校科技百花园散发的诱人芬芳。

愿太原科技大学在新的征途上继往开来、再创辉煌。

谨以为序。

太原科技大学校长 郭勇义
二零一二年六月

序

本书是笔者在 2004 年就开始考虑和构思的一个课题。20 世纪末,法学论坛上有一种很流行的观点认为:中国的法律文化落后于西方的法律文化,特别是我国的儒家所倡导的“无讼”文化使国人厌讼、惧讼,极大地阻碍了我国法治的发展进程,必须批判之,祛除之。一时间,批判无讼思想的文章甚嚣尘上。笔者在为研究生讲授《法理学》和《诉讼原理》课程时发现这个观点值得商榷。笔者认为:中华五千年传统文化自成体系,博大精深,法律文化是中华文化的重要分支,而无讼思想又是法律文化中不可忽视的重要组成部分,它与作为指导国人行为的和合文化具有惊人的一致性,是和合文化在法律和诉讼中的具体体现,千百年来它已深深地沉淀于国人文化意识之中,已成为我国国情不可忽视的一个基本方面。如果否定无讼文化也就是间接否定中华文化,是无视国情的体现,其结果必然是在法律上照搬移植、全盘西化,将我们的依法治国引入歧途。

在上述思想的指导下,2005年笔者以“论无讼”作为研究生的学位论文题目,进行了较为深入的研究与探讨。以我国传统的无讼思想为切入点,在通过对无讼思想进行全面分析的基础上,提出了要为无讼思想正名的观点,重新认识和定位无讼思想。该论文2007年获山西省优秀论文。在此期间,2006年10月,党的十六届六中全会明确提出了构建和谐社会的伟大思想,正与本书的观点完全契合,更加证明了该观点的正确性,坚定了笔者将它深入研究下去的决心和信心。

和谐社会建设是一个体系庞大、异常复杂的系统工程。和谐理念、和谐思想如何贯彻到诉讼中,是法律人和法治社会建设必须解决的重大课题。本书以我国传统的无讼思想为切入点,在通过对无讼思想进行全面分析的基础上,提出了要为无讼思想正名的观点,重新认识和定位无讼思想。笔者认为:中华文化博大精深,法律文化是中华文化的重要分支,而无讼思想又是法律文化中不可忽视的重要组成部分,千百年来它已深深地沉淀于国人文化意识之中。它与作为指导国人行为的和合文化具有惊人的一致性,是和合文化在法律文化之诉讼文化中的具体体现,它们之间是一脉相承不能割裂的。诉讼与无讼就像战争与和平一样,战争的目的是和平,诉讼的目的是无讼,战争和诉讼都是实现和平和无讼的手段。事实上,和平与无讼都是和谐在不同领域的代名词。作为法律人绝不能倡导诉讼,就像军人不能倡导战争一样。无讼应当作为法律人的追求,所以,就应当将无讼思想在立法、司法和执法以及社会生活中予以充分体现,特别是要贯彻到三大诉讼以及与诉讼有关的活动中去。因此,笔者分别对和谐与无讼思想如何体现与融合在三大诉讼中的几个重要方面进行了探讨与研究,以期为建设有中国特色的诉讼制度作出些微贡献,请同行们批评指正。

姚宪弟
2012年6月

目 录

第一章 无讼——中国法律文化之瑰宝 / 1

一、无讼思想的概况 / 1

(一) 无讼思想的产生 / 1

(二) 无讼思想的发展历史及其主要派别 / 4

(三) 无讼思想产生的原因分析 / 27

二、无讼思想的影响及相关评价 / 44

(一) 无讼思想的积极影响与评价 / 44

(二) 无讼思想的消极影响与评价 / 49

三、对无讼思想的再认识 / 58

(一) 无讼与正义 / 59

(二) 无讼与秩序 / 62

(三) 无讼与效益 / 64

(四) 无讼与诉讼 / 65

第二章 和谐、无讼理念下的刑事和解制度 / 71

一、刑事和解制度概述 / 72

(一) 刑事和解概念 / 72

(二) 刑事和解的特点 / 73

(三)刑事和解的起源和发展 / 75

二、刑事和解的价值和基础 / 77

(一)刑事和解的价值 / 77

(二)刑事和解的基础 / 82

三、域外刑事和解的理论与实践 / 86

(一)域外刑事和解的理论基础 / 86

(二)域外刑事和解的模式分类 / 89

(三)域外刑事和解的司法实践 / 91

四、我国试行刑事和解的司法现状和经验总结 / 96

(一)司法机关试行刑事和解的现状与经验 / 96

(二)我国试行刑事和解的实证调查 / 97

(三)我国试行刑事和解存在的问题 / 98

五、刑事和解制度构想 / 99

(一)刑事和解适用的原则 / 99

(二)刑事和解适用的条件 / 100

(三)刑事和解适用的范围 / 101

(四)刑事和解适用的阶段 / 102

(五)刑事和解适用的运行模式 / 103

(六)刑事和解制度程序探索 / 105

第三章 和谐、无讼理念下的民事诉讼问题 / 111

一、和谐、无讼理念下的法院调解 / 112

(一)我国法院调解制度概述 / 112

(二)法院调解制度的比较研究 / 124

(三)我国现行法院调解制度透视 / 133

(四)我国法院调解制度的改革 / 144

二、和谐、无讼理念下的非诉讼纠纷解决机制 / 158

(一)非诉讼纠纷解决机制的缘起 / 158

(二)非诉讼纠纷解决机制概述 / 165	
(三)非诉讼纠纷解决机制与和谐理念的契合 / 174	
(四)我国非诉讼纠纷解决机制的构建 / 178	
三、和谐、无讼理念下的民间调解 / 185	
(一)民间调解概述 / 185	
(二)我国传统民间调解之透视 / 191	
(三)民间调解纠纷解决机制的框架再构建 / 199	
四、和谐、无讼理念下的家事调解 / 208	
(一)家事调解的基本理论 / 208	
(二)我国家事调解的现状分析 / 219	
(三)我国家事调解程序的基本设想 / 226	
第四章 和谐、无讼理念下的行政诉讼调解 / 239	
一、行政诉讼调解制度的基本理论 / 240	
(一)行政诉讼调解的概念 / 240	
(二)行政诉讼调解的性质 / 241	
(三)行政诉讼调解的特征 / 242	
(四)行政诉讼调解和相似概念的辨析 / 242	
二、域外行政诉讼调解相关制度考察及启示 / 247	
(一)域外行政诉讼调解制度考察 / 247	
(二)域外行政诉讼调解制度对我国的启示 / 254	
三、对我国行政诉讼不适用调解的反思 / 255	
(一)我国行政诉讼不适用调解的理论根据 / 255	
(二)我国行政诉讼不适用调解的时代背景 / 258	
(三)我国行政诉讼不适用调解的现状 / 259	
(四)我国行政诉讼排斥调解产生的不利影响 / 263	
(五)我国行政诉讼中排斥调解的原因分析 / 268	
四、行政诉讼调解制度适用的正当性探讨 / 271	

- (一)对行政诉讼不适用调解的理论批判 / 271
- (二)行政诉讼调解适用的可行性分析 / 276
- (三)行政诉讼调解的独立价值 / 282
- 五、我国行政诉讼适用调解的法学基础 / 285
 - (一)我国行政诉讼调解的法文化基础 / 285
 - (二)我国行政诉讼调解的法社会学基础 / 286
 - (三)我国行政诉讼调解的行政法基础 / 294
- 六、我国行政诉讼调解制度的构建 / 301
 - (一)我国行政诉讼调解的模式选择 / 301
 - (二)我国行政诉讼调解的基本原则 / 302
 - (三)我国行政诉讼调解的案件范围 / 307
 - (四)我国行政诉讼调解中应赋予法院适度控制权 / 311
 - (五)我国行政诉讼调解中的制度保障 / 312
- 第五章 无讼与构建和谐社会 / 314
 - 一、无讼的价值分析 / 315
 - 二、无讼与和谐社会构建 / 320
- 后 记 / 326

第一章 无讼——中国法律文化之瑰宝

中华民族在悠久的发展历史中,积淀和形成了自己独特而伟大的民族性格和民族精神。中华文化的基本精神,表现了自强不息、厚德载物、居安思危、乐天知足、崇尚礼仪等特征。中华文化的核心和精髓,就在于“和合”二字。就词义本身而言,“和”,指和谐、和平、祥和;“合”是结合、合作、融合。“和合”是实现“和谐”的途径,“和谐”是“和合”的理想实现,也是人类古往今来孜孜以求的自然、社会、人际、身心、文明中诸多元素之间的理想关系状态。崇尚“和谐”社会的价值取向是“无讼”理念产生的思想文化根源。本章主要介绍无讼思想产生存在的各种因素、发展历史、主要派别及古今学者对无讼的评价,为构建和谐社会提供理论支撑。

一、无讼思想的概况

(一)无讼思想的产生

“讼”字最早起源于《易经》,《易经》中的《讼卦》

卦辞曰：“讼，有孚，窒。惕，中吉，终凶。”即，如若把争讼进行到底，无论胜诉败诉，皆凶。由此可知，我国古代文明伊始对诉讼的行为就持有不予赞赏的态度，甚至持否定的态度。《说文解字》中对“讼”的解释是：“讼，争也。”可见，诉讼起源于争夺。因为利益的客观存在，就会因利益分配而产生冲突，也就产生了纠纷，而诉讼是解决纠纷的一种重要途径。

从中国人的传统思维来看，没有诉讼存在的社会，才是一个理想的社会。无讼的本质是对和谐秩序的崇拜，这是中国无讼思想产生的基础。传统中国人所憧憬的理想社会正如《礼记》中所描绘的美好世界：“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子。使老有所终，壮有所用，幼有所长，鳏寡孤独废疾者，皆有所养。男有分，女有归。货，恶其弃于地也，不必藏于己；力，恶其不出于身也，不必为己。是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作。故外户而不闭。是谓大同。”^①和谐状态历来是中国人所推崇并追求的。因此作为和谐社会的表象的无讼，自然也就成为了人们的一种愿望。

“无讼”一词源于孔子语：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。”^②意为：在怎样处理诉讼案件方面，我和别人并没有什么不同，目的都在于通过道德教化来化解纠纷，使人们不再相互争讼。儒家思想在中国古代社会处于绝对的支配地位，“贵和持中、贵和尚中”的文化理念已经成为中国传统法律文化的特征。在历史上，孔子是儒家思想的创始人，也是“无讼”论的奠基人和倡导者。同时，他也曾经宣布其执政目标：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。这一思想也是孔子论证‘德治’的重要理由，后来被人们归纳为‘以德去刑’。”在历史上最早明确提出无讼思想的学派是儒家，但实际上“无讼”的目标却并非只有儒家一家在追求。事实上，建立和维护和谐的社会秩序也一直是法家和道家等流派的目标，在此方面，这些学派的思想与儒家思想几乎如出一辙。虽然法家、道家并未明确地提出“无讼”概念，但他

① 《礼记·礼运》。

② 《论语·颜渊第十二·听讼章》。

们所追求的理想之中“无讼”思想却深深包含于其中。他们与儒家的差异仅仅在于各自的出发点与实现途径不同。“讼”即因“争”而生,法家主要主张以成文法“定分止争”,道家则是主要主张“无为”、“不争”、“法自然”,这是他们各自实现“无讼”理念与构建和谐社会的途径。法家主张的“以刑去刑”与儒家倡导的“以德去刑”形成了鲜明的对比。两者的对立仅仅在于手段之上的对立,法家强调通过制定严刑峻法,施行残暴的统治来禁绝犯罪,达到无讼的境界。但此种做法没有充分考虑到重刑主义所具有的负面作用。通过汲取秦朝由于实行重法迅速崛起而又骤然灭亡的历史教训,我国统治阶级在西汉时逐渐确立了以儒家思想作为封建统治的核心思想。道家也强烈抨击“礼治”和“法治”,认为统治者所推行“有为”政治,不能也无法实现社会的和谐,反而导致了天下纷乱。正所谓:“我无为而民自化;我好静而民自正;我无事而民自富;我无欲而民自朴。”^①道家主张“道法自然”,“无为而治”。“无为”在法律意义上也就是“不争”,“不争”则体现了“无讼”的思想,无为应当是自上而下的。老子就曾公开质疑法律,认为“法令滋彰,盗贼多有。”^②其所崇尚的“法律虚无主义”与儒家的“无讼”有相通之处。道家主张应该取消一切道德和法律,认为“绝圣弃智,民利百倍;绝仁弃义,民复孝慈;绝巧弃利,盗贼无有。”^③老子对“无为”提出的具体措施是:“不尚贤,使民不争;不贵难得之货,使民不为盗;不见可欲,使民心不乱。是以圣人之治,虚其心,实其腹,弱其志,强其骨,常使民无知无欲。”^④显然依据此种治国策略,所需要的代价和风险是极大的,因而不可能得到当时统治者的响应与支持。实际上这种极端的做法也明显是与社会发展规律相违背的。

无讼所鼓励的是利用传统的伦理道德观念来调节与协调,而不提倡利

① 《老子》,第五十七章。

② 《老子》,第五十七章。

③ 《老子》,第十九章。

④ 《老子》,第三章。

用诉讼来解决问题。孔子把无讼视为审判活动所追求的价值目标,他认为争讼是人们所不齿的坏事,在中国古代无讼理念是有着极大影响力的法律诉讼理念,并且时至今日它还在很多的乡村社会中普遍存在。简言之,人们在发生纠纷时往往倾向于无讼,并不愿意动辄诉诸法律,因为法律只是用于平息争讼的“必要的邪恶”。无讼思想还会继续存在于当前的社会中。

(二) 无讼思想的发展历史及其主要派别

1. 无讼思想的发展历史

西周春秋时代的土地分封、世卿世禄、嫡长继承等制度为无讼的产生和发展提供了丰富的养料。春秋后期,“王纲解纽”、“礼崩乐坏”,贵族之间的“田讼”、“水讼”不绝于书。有些贵族为了胜诉,不惜采用贿赂法官或颠倒黑白等各种不法手段,甚至因争讼而酿成家破人亡的惨案。在这种情况下,以孔子为代表的儒家力倡“无讼”,其目的在于维系君臣上下的礼治秩序。“无讼”主张构成了孔子“克己复礼”理想的有机组成部分。

如前所述,真正说来,无讼境界原本不独为儒家所追求,它亦为道、法其他诸流派所向往,差异只在于各自的出发点与实现途径不同。以孔子为代表的先秦儒家心中崇尚的只是一个“仁”字,“仁”与道家的“道”自然有着不少的差别,但儒家所说的“仁世”(即“仁政”)实与道家的“自然之世”颇有类同之处。老子曰:“不尚贤,使民不争。不贵难得之货,使民不为盗。不见可欲,使民心不乱。”^①这就是道家推崇的“无为而治”。老子认为,自然宇宙的原初状态才是最美好、最和谐的,德、礼、仁、义、刑的相继出现,标志着自然界原初的和谐状态渐次受到破坏,因此,人类若要回复到原来美好的状态,就必须摒弃仁义道德和法令刑条,效法自然,道本无为,原因是:“天下万物生于‘有’,‘有’生于‘无’。‘道’常无为而无不为。侯王若能守之,万物将自化……”“以正治国,以奇用兵,以无事取天下……‘我无为,而民自化;我好静,而民自正;我无事,而民自富;我无欲,而民自朴’。”^②

① 《老子》,第三章。

② 《老子》,第五十七章。

庄子则继续深入地发展了老子“无为而治”的理念,并猛烈地抨击了儒、法及名家,他提出:“赏罚利害,五刑之辟,教之末也;礼法度数,刑(形)名比详,治之末也。”^①庄子认为“天地虽大,其化均也;万物虽多,其治一也;人卒虽众,其主君也;君原于德而成于天,故曰,玄古之君天下,无为也,天德而已矣。”^②老子之所以赞美原初状态是想回到“小国寡民”的世界,而庄子追求的“至德之世”,实际上则是一个原始性的“浑沌时代”,这种幻想并非源于历史。但需要指出的是,他们的幻想包含着对当前乱世现实的厌恶和对美好理想(自然、和谐、无讼)社会的向往。道家实现无讼的方案可以总结为:通过“法自然”的无为来实现和谐状态的无讼,法自然即为本道,和谐状态即为复归自然。法家为“以刑去刑”或者说“刑期无刑”。法家虽以严刑少恩著称,但和谐的“至安之世”仍是它的理想,不过法家走的是一条特殊的道路,所谓“以刑去刑”、“杀刑之反于德”。商鞅说:“治国刑多而赏少,故王者刑九而赏一,削国赏九而刑一……刑不能去奸而赏不能止过者,必乱。故王者刑用于将过,则大邪不生;赏施于告奸,则细过不失。治民能使大邪不生,细过不失,则国治。国治必强。一国行之,境内独治;二国行之,兵则少寝;天下行之,至德复立。此吾以杀刑之反于德,而义合于暴也。”^③

韩非通过评论商鞅之法明白无误地阐述了法家的治世之道。他写道:“公孙鞅之法也。重轻罪。重罪者人之所难犯也,而小过者人之所易去也。使人去其所易,无离其所难,此治之道。夫小过不生,大罪不至,是人无罪而乱不生也。一曰:‘公孙鞅应曰,行刑重其轻者,轻者不至,重者不来,是谓以刑去刑’。”^④这就是商鞅所说的:“以刑去刑,虽重刑可也。”^⑤可见,先秦法家在“以刑去刑”的治世之道上立场是一致的,即以刑罚(重刑)的手段

① 《庄子·外篇·天道》。

② 《庄子·外篇·天地第十二》。

③ 《商君书·开塞》。

④ 《韩非子·内储说上七术》。

⑤ 《商君书·画策》。

来达到去刑(无讼)的目的。

从上述分析可以看出,儒、法两家实际是相辅相成,殊途同归的。就“以德去刑”与“以刑去刑”而言,两者的分歧源于他们对人性和社会现实的不同理解,但仅限于手段上的“以德”与“以刑”的不同罢了,摒除手段上的分歧即可看出,儒、法两家“去刑”的目的是毫无二致的。因此,在法家看来,法律的首要作用就是“定分止争”,这何尝不是儒家所企盼的呢?只是由于法家远比儒家务实,他们更注重实践履行,虽然没有明言“无讼”的理想,但是取消刑杀、从而取消诉讼的“无讼”境界实质上也是他们的理想追求。

至于道家,其态度则更为彻底,如果说孔子思想中还只是理想的“无讼”,那么到道家这里便转化成为现实的坚定要求了。老子公开鄙薄法律,抨击一切“礼治”和“法治”,以为最理想的治国方法是无为,是顺应自然,是使“天下莫能与之争”^①;其后来者庄子又比老子更加激进,他呼吁取消一切法律和道德,回到人、物无别而“民不争”的“浑沌时代”,无愧于中国历史上最著名的法律虚无主义者。在法律层面,道家的基本主张就是虚无主义,这与儒家所追求的“无讼”不谋而合;这种不谋而合又对双方产生强化反作用,因而,传统中国儒、道互补的思想在法律文化领域便具备了相当重要的影响。

由此可见,儒、道、法等各派之间,虽然其他很多学说互相争论,异说纷呈。但由于受中国社会的原始条件的共同影响,在诉讼观上,道家、儒家、法家三家却表现出惊人的一致。“无讼”传统在中国古代思想史就有其历史渊源。

历史上无讼不仅仅在理论上得到了很大发展,而更重要的是在历代的司法实践中都体现着无讼的思想。如果认为无讼在中国古代是法制建设与政治的价值取向,那么调处的方式则既体现了上述价值,又可作为一种

^① 《老子》,第二十二章,二十八章,五十七章。