

第15辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2007.3

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

山东人民出版社

茶座

郝铁川

法治是综合国力的重要组成部分 李

琦 法治为什么有力量：《法治在线》之非

皮艺军 以孩子的名义 苏力 知识的互惠与征

服 徐国栋 我的大学 喻中 显隐之间：现代

中国的新法家 陈端洪 公法是复杂形式的政

治话语 周永坤 寻求法律的精神家园 林来梵

宪政的风水 柳经纬 谁喜欢诉讼 王世涛 律师

与天平 曾粤兴 《黄牛》的生存空间 汤啸天

城市《拘患》的背后 廖明 一位法学教授的

人生起伏——马克昌教授访谈录 邓正来 陈仿

开放与反思：研究生教育方法谈 吕忠梅 在

南半球感受和和谐 周珂 道歉 杨叔子 在社会

转型期应重视新闻传播的功能



茶

法学家风采



邓正来 吉林大学教授

我是一个走在“小路”上的纯粹读书人。这条“小路”的选择，不仅是对一种个人性的、自主性的思想方式的承诺，而且也是对那些以各种主流形式构成的“大路”的决然批判。在我看来，那条“大路”在中国学术界的根本特征，不仅在于它所承载的各种思想取向是主流的，更在于它所承载的各种思想立场都是以一种“集体性”的方式表现出来的——而不论其思想立场是反传统的或反现代的、左派的或右派的、西化的或中国传统的。我所选择的这条“小路”，在根本上是以我最喜欢甚或最迷恋的这样一种状态为依凭的：在深秋的黄昏，独自一人坐在小池塘的边上，看着那一汪水。这是一幅什么样的图景呢？这水太小，极有限；这人太轻，生命极短暂。但是这一人一水却是一个世界，而这个世界却是安静的、无限的。我想，这就是我对自己的最好描述，或者说是我对自己思想状态的最大希望：一人一水一世界。

欢迎访问《法学家茶座》官方网站

www.fxjcz.com



知《茶座》最新动态
与名家亲密接触
同编者直接交流
赏“茶客”新鲜美文
尽在 www.fxjcz.com

欢迎各位关心《法学家茶座》的朋友来做客

无我茶与无我法

在2006年和2007年交替之际,我应邀到台湾东吴大学法学院讲授“刑事证据法”。讲学之余,主人安排我到“花东”观光。三天的时间,我们从台北到花莲,然后沿着中央山脉和海岸山脉之间的“花东纵谷”向南至台东市南的知本游乐区。一路上,我们游览了太鲁阁公园,领略了世外桃源般的关山小镇和高山牧场,体验了温泉水疗的舒适,感受了原住民部落的风俗。这一切都给我留下了深刻的印象。不过,最让我感兴趣的还是台湾同胞向我介绍的“无我茶会”。

“无我茶会”不同于一般的茶艺和茶道,不是一人泡茶供大家品饮,而是由参加者每人自备茶叶、茶具和开水,通过抽签确定每人的座位,围成一个闭合的圆圈,然后每人自行泡茶,按照约定的规则奉请若干位茶侣品饮,毫无差异,而且席间无语。据说,这种茶会倡导的是一种“无我”精神,参加者必须摒弃自私的欲念,以平等的观念和平和的心态参与。是所谓:无尊卑之分,无报偿之念,无好恶之心,尊公共之约,尽个人之力,求和谐之美。这确实是一种令人向往的群体生活境界。

其实,法律的目标也是要达到一种“无我”的社会生活境界,或者说创制一种“无我”的社会环境和氛围。一个人加入社会生活,无论是自愿的还是不自愿的,往往都带着个人的私利和个体的差异,于是就会在交往中产生各种各样的矛盾和冲突。法律作为调解社会冲突并规范人类行为的机制,其基本宗旨就是要实现社会的公平正义。“法律面前人人平等”,这是法律人喊了很多年的口号。但是,要在现实生活中实现人人平等,谈何容易!其实,无论就地区和家庭而言,还是就体力和智力来说,人一生下来就是不平等的,而且会在后天加大差异。法律当然不可能消除这种差异,但是却可以让这些生而不平等的人享受平等的待遇。在这个问题上,“无我茶会”可以提供良好的范式。诚然,法律制度下的“无我”并非绝对没有自我,而是要通过公平普适的规则淡化自我意识,均衡不同利益,达成社会和谐。倘若世人都能从内心真正做到“无我”,那法律也就该退出历史舞台了。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 无我茶与无我法 / 001
- 【法治漫谈】 郝铁川 法治是综合国力的重要组成部分 / 004
李 琦 法治为什么有力量:《法治在线》之非 / 007
蔡 虹 和谐社会与诉讼调解 / 011
李 强 吉登斯的“阶级关系结构化”与中国的“阶级关系定型化” / 015
皮艺军 以孩子的名义 / 019
- 【法学札记】 苏 力 知识的互惠与征服 / 023
徐国栋 我的大学 / 027
喻 中 显隐之间:现代中国的新法家 / 030
陈端洪 公法是复杂形式的政治话语
——2007 年上学期公法与政治理论课程开讲词 / 035
周永坤 寻求法律的精神家园 / 041
- 【法苑随笔】 林来梵 宪政的风水 / 046
柳经纬 谁喜欢诉讼? / 049
王世涛 律师与天平 / 053
刘引玲 对生命权的思考 / 058
- 【茶客论剑】 乔新生 市场博弈还是法律博弈 / 063
- 【身边法事】 曾粤兴 “黄牛”的生存空间 / 067
汤啸天 城市“狗患”的背后 / 071
董 彪 风能进,雨能进,国王不能进? / 073
李奋飞 为什么人们对“杀人狂魔”充满同情? / 076
- 【名家访谈】 廖 明 一位法学教授的人生起伏
——马克昌教授访谈录 / 080
邓正来 陈 纺 开放与反思:研究生教育方法谈 / 091

- 【名师剪影】 王玄玮 香港 2007 法律年度开启典礼见闻 / 096
魏兴荣 她温暖了一个法学家的后半生
——记何华辉与赵宗荃 / 103
- 【史海钩沉】 王立民 “三刺”与德治 / 110
费 依 “从快”吉尼斯 / 113
- 【域外法制】 吕忠梅 在南半球感受和谐 / 116
陈 伟 水门事件中的“军事政变”风波 / 122
- 【聊斋闲话】 周大伟 悲观与乐观之间:陈凯歌和黄健中的法门 / 125
周 珂 道歉 / 138
吕岩峰 “名”议 / 141
周秋田 一位交通厅长的“离岗寄语” / 144
王平原 “七出三不去”之数字化解释 / 148
- 【书城夜话】 杨叔子 在社会转型期应重视新闻传播的功能 / 152
苗同利 坚持和坚守
——读谭金土法治文学作品有感 / 154
- 【何博士信箱】 读者来信一封 / 157

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘
《法学家茶座》项目负责人 李岱岩
执行主编助理 廖 明
责任编辑 齐晓霞 麻素光
山东出版集团
山东人民出版社出版发行
网址 <http://www.sd-book.com.cn>
社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001
编辑部电话 (0531) 82098903
E-mail fxjcz@vip.163.com
发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据
法学家茶座.第 15 辑/张士宝主编
济南:山东人民出版社,2007.5
ISBN 978-7-209-04256-7
I.法... II.张... III.法学 文集 IV.D90-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 065463 号
山东新华印刷厂印刷
16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字
2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷
定价:14.00 元

法治是综合国力的重要组成部分

郝铁川*

按照时下国内流行的看法,综合国力是指一个国家的总体力量,衡量其强弱的因素主要包括:基本实体(国土面积、人口、资源)、经济力量、军事力量、内政外交、科学技术等五个方面。又据中国社会科学院发布的《2006:全球政治与安全报告》所说,经济力、军事力与外交力是一国综合国力最显著的体现。获得或维持这些力量需要一定的国力资源,包括科技力、人力资源、资本力、信息力和自然资源等。此外,一国的政府调控力非常重要,其主要功能在于提供国力资源成长的环境,包括制度、激励机制和法律环境等。应该说,我国的官员和学者已逐步意识到了法治在综合国力中的重要地位,但与国际社会的主流见解相比,我们对法治在综合国力中的重要性的认识不仅姗姗来迟,而且目前还很不到位。

现在世界上关于竞争力的指标体系有很多种,在所有的指标体系中,法治都是一个核心要素。世界经济论坛暨哈佛大学国际发展中心发布的《2001 年全球竞争力报告》中,成长竞争力指标是由技术、公共制度和总体经济环境三大指标加权平均得出的,其中包括了政府采购公正性、法治和契约、司法独立、组织犯罪、财产权的保护、政府决策的中立性指标。相对于经济实力、科技水平等硬件指标,国家的管理属于软件指标,这一软件指标的核心就是法治。在国际竞争中,法治不仅仅是一种制度和实践,更是一种产品、一种品牌。法治环境,诸如政府的清廉程度、对财产权的保护、司法状况等等,在很大程度上都会影响一个国家的投资环境和经济增长。一个国家如果治安状况差,游客的数量就不会多;如果一个国家对私有资产保护不力,外资、跨国公司的进入量就会大大减少,已有的跨国资本也可以“用脚投票”,撤走资本;如果一个国家不能有效地限制政府权力的无限扩展,就必然

* 作者为上海市金山区区长,华东政法学院教授。

根据世界经济论坛
2006年9月公布的
《2006~2007年全球竞争
力报告》，中国排名第48
位，尚落后印度3位。

(图片及数据来自中国新
闻图片网)



损害公民的权利进而导致腐败滋生。联合国贸易与发展会议1999年的投资报告指出,政府腐败在跨国公司的投资决策因素中所占比例最高,达63%,而我们通常重视的投资优惠、税收等分别占不到10%。另据一个关于影响非洲外商直接投资(FDI)的调查报告,人们对非洲投资环境最关心的也是法律框架,高达98%。

如前所述,当下国内各种关于综合国力的内涵,都毫无例外地把军事力量列入其中。正像毛泽东同志所说的那样,决定战争胜负的关键是人而不是物。而特定的人如果不能得到法治的正常保护,必然会导致军事力量的削弱。谓予不信,请看“大清洗”对苏军在卫国战争初期严重失利的影响。

1941年6月22日,希特勒出动550万大军对苏联发动了进攻。这场战争并非敌强我弱的较量,实际上是一种势均力敌的搏斗。但历史事实却是:战争开始的第5天,德军就占领了白俄罗斯首都明斯克;7月16日,西部重镇斯摩棱斯克失守;8月,德军兵临列宁格勒城下;9月19日,乌克兰共和国首都基辅沦陷;11月底,德军先头部队进抵莫斯科城郊,它们已看到了克里姆林宫尖顶上的红星。

为什么短短几个月德军就势不可挡地兵临莫斯科城下,而强大的苏军却兵败如山倒呢?战后,苏联军界认为,20世纪30年代末期对军队的“大清洗”,使红军丧失了众多久经考验的军事领导人,严重削弱了战斗力,从而导致了卫国战争初期的惨败。

苏联“大清洗”始于1936年,1937年则开始推广到军队中。在这场“大清洗”中,被清洗的红军指挥人员和政工人员共有4万人,其中1.5万人被枪决,包括5名元帅中的3人,4名一级集团军级将领中的3人,12名二级集团军级将领的全部,67名军长中的60人,199名师长中的136人,397名旅长中的221人。苏军将领格里戈连科曾评论说:“世界上任何一支军队,它的高级指挥干部在任何一次战争(包括第二次世界大战)中都没有受到这样大的损失。甚至全军覆没的结果也不至于此。就是缴械投降的法西斯德国和帝国主义日本所损失的高级指挥干部也比这少得多。”希特勒敢于向苏联发动进攻,在很大程度上是认为苏军经过“大清洗”后已经不堪一击。他在反驳某些德军将领认为不宜进攻苏联的观点时说:“苏军将领中最有才华的部分已经在1937年被斯大林消灭了。这意味着那些正在成长的接班人还缺乏作战所必需的智慧。”(王清耀:《大清洗对苏军在卫国战争初期严重失利的影响》,载《军事史林》2006年第3期)

回顾历史,不难看出,人们对法治的作用、力量经历了一个不断深化的过程。在中国古代,“德主刑辅”,“刑为盛世所不尚,亦为盛世所不能无”,法律始终是道德的附庸;在古希腊,柏拉图也认为哲学在治国中的分量重于法律,因而企盼“哲学王”来统治国家。进入工业社会以来,人们对法治的看法发生了大变化,“市场经济是法治经济”、“建设法治国家”已成为国际社会的共识。自然经济年代的法律、计划经济年代的法律和市场经济年代的法律,虽有一定的继承性,但扮演角色和所起的作用也不尽相同。法治如今成为综合国力的重要组成部分,实在是当今政治、经济、文化、军事、社会等各个领域共同推动的结果。

法治为什么有力量：《法治在线》之非

李琦*

何家弘教授在《法学家茶座》第十一辑卷首言：“就社会而言，‘茶盲’并无大碍，‘法盲’却很可怕，而在中央电视台的‘春晚’上堂而皇之地演绎的‘法盲’，那更是——借用‘春晚’小品创造的一句流行语——‘相当’可怕。”何教授的批评自无不妥，在我看来却也有略加说明之必要。

文人和艺人在他们的作品中有可称为“法盲”的差错，本无足轻重，至少基于社会分工我们没有理由要求他们有着良好的法律素养从而不犯这样的错——那是苛责；即使是电视台传播了属于“法盲”的作品，也是不需要惊惊咋咋的，这就如我们不会也不能要求每一部小说都具有法治教科书的功能一样。且由着他们错吧，只要“咱们法律人”不错，并有足够的内心强大来持守那些对的，法治的天空就必定会是晴朗的、清澈的。

央视之错之足虑，在于它是如此强势的媒体，而在中国几乎处于独大和垄断的地位。这使“春晚”虽观之无甚大趣却又难免有弃之可惜之感，故收视者必众（至少就绝对数而言），其弊自大，此其一。其二，在这个金字塔式结构的国度，唯“中央电视台”是“国家级”的电视台，它由此获得了一种莫名其妙的认同（至少对于普通电视观众而言），被承认为是“权威”的，这使得它所传播的节目很容易被作为各式“教科书”看待，而央视也显然在某些时候有意识地自我定位为“教科书”的提供者——诸如《大国崛起》和《探索·发现》就是很好的科教类节目，也是较为公认的好节目。这或许是导致何教授“认真对待‘春晚’”的潜在原因。如果说“春晚”中的法盲是足虑的，那么足可“大虑”的，当是央视那档已开播数年、播出频率颇高的《法治在线》。

* 作者为厦门大学法学院教授。

以2007年1月16日央视新闻频道播出的《法治在线》为例：其第一单元“第一现场”的内容为警察借助DNA鉴定技术破案，涉及三起强奸案件。从“第一现场”这一名称即可以知道它只关涉刑事案件。另一单元为“法治聚焦”，播出主题为犯罪预防的“防范攻略”系列之“防抢攻略（三）”，内容为医院中的病人为什么容易遭遇抢劫以及如何预防。从随后的节目预报得知，次日的节目则有“连环陷阱”，涉及一起刑事诈骗案件。如此，《法治在线》实际上成了“警察在线”或“刑事在线”。这几年来，虽然我并没有将《法治在线》的全部播出节目一一收看，可每次所见《法治在线》的内容均与刑事案件相关。记得《法治在线》先前的片头即为警察搜索/缉捕罪犯（容我此处不甚严格地使用这一概念）的场景，甚至连警犬都出现了。而从网上搜了一下，发现2006年10月3日的《法治在线》的内容为“左芷津——走向世界的中国警察”（这是北京市公安局的法医处处长），10月4日的内容为“打黑除恶吴干呈”（娄底市公安局刑侦支队副支队长），10月5日的内容则为“我最喜爱的十大人民警察展播之李新宝”（石家庄市消防支队特勤大队大队长）。可见，这《法治在线》确实可以等同于“警察在线”。

也许有人会说，既然我自己承认了“并没有将《法治在线》的全部播出节目一一收看”，那么我将《法治在线》归结为“警察在线”就是不可靠的。我的解释是：其一，这一节目的某些固定的元素（如片头、单元名称）足以表明将它理解为“警察在线”是适合的；其二，即便有某一期的《法治在线》不限于我所看到的内容，但是可以认为有许许多多像我一样只是随机性地收看的观众，被传递了“法治 = 警察”的信号。

我自然不会反对也不能反对包括中央电视台在内的任何一家媒体设置“警察在线”这样的栏目，以报道其事迹、讴歌其神圣。我所不能同意的是，这样的一个栏目取名为《法治在线》。将某一个栏目取名为《法治在线》，显然传递了媒体对“法治”的理解。而由媒体所传递的对“法治”的理解，又足以影响一般受众对法治的理解——媒体对受众的影响之大已是现代社会的基本情形。然而这里却存在着对“法治”的误解，乃至于是重大误解。这正是问题之所在。

那么，《法治在线》为什么错了？又错在哪里？

如果以专业的立场，就“法治”做一般性的理解，共识是容易的。亚里士多德早

已就法治提供了两个古典的和经典的命题：已经制定的法律获得普遍的服从，而人们所服从的法律是制定得良好的法律。姑且将“人们所服从的法律是制定得良好的法律”作为法治的内在特征，把“已经制定的法律获得普遍的服从”作为法治的外在特征。后世以“法律对权力的限制/控制”阐释法治之要义，强调法治意味着“政府守法”，则显然没有超出亚里士多德的命题，或者说是亚里士多德命题的化约。因为如果没有了“政府守法”，“已经制定的法律获得普遍的服从”是根本不可能的；而如果法律居然容忍政府的不守法，则这样的法律就不能认为是“制定得良好的法律”。

许多法治理论家致力于提供法治的标准、阐释法治的要件，尽管在这方面他们之间往往分歧巨大。这样的理论工作所隐含的一项逻辑是，法治可以也应该经由某种判据获得识别。自然，这样的判据可以很多。我以为，“司法/法院在社会生活中的地位”即是可据以识别法治的一种直观的且不可缺少的依据。这一立场需要通过“司法在社会生活中的地位”这一表达方式的两层含义的分解来做进一步的阐述。

“司法在社会生活中的地位”涉及两个方面的问题：其一，司法在多大范围、以何种方式参与/介入社会生活；其二，司法在其介入社会生活时，与公共权力中的他种要素（立法、行政）以及在更大范围上与其他社会要素存在如传媒、政党之关系如何。基于对迄今的人类文明史/法律史的归纳，可以说“司法在社会生活中的地位”因其不同情形而存在两个端点：在一端，司法只能有限地对民事纠纷和刑事犯罪适用法律，且其在适用法律时往往须得听命于他种意志；在另一端，司法甚至可以以侵入立法权的传统领域的方式介入社会生活，以对公权力的审查的方式表明它的存在，从而不仅可以独立于他种意志甚至显示出凌驾于他种意志之上的态势（它因此而陷于正当性困窘之中）。并非司法在社会生活中的任何状态都是我们乐意称之为“法治”的。法治的初始形态表现为司法独立于其他公共权力而介入社会生活（司法独立于他种公共权力），其继发的乃至其当代的形态则是司法不仅以解决私人之间的纠纷和个人与社会共同体之间的冲突的方式参与社会生活，而且以解决涉及公共权力的社会冲突的方式（宪法诉讼和行政诉讼）参与社会生活（司法以权力为对象），甚至可能以侵入传统的立法权领域的方式干预社会生活（司法分享权力）。就

此而言,所谓“法治”,几乎可以说是“法官之治”了——法官在社会生活中有着独特而突出的地位和作用。假使没有了如此这般的“法官之治”,期待“政府守法”是不可能的。行政诉讼和宪法诉讼正是直接地针对公权力而设计的机制。

我不能期望所有的人都同意我对法治的理解,我甚至得准备没有一个人愿意赞同我对法治的理解。但是我坚信我对法治的理解中已经明显地包含了一个关于法治的核心性共识,对此任何一个在今天赞成“法治”的人都不会也不能加以反对:法治意味着最低限度的暴力,意味着社会秩序的非暴力化(切不可将这“非暴力化”等同于完全地去除暴力),意味着和平而公正地解决纠纷(包括涉及公权力的纠纷)。法治之所以有力量,不是因为警察,至少首先和主要的不是因为警察;法治的力量首先和主要来自于法律内在的正当性而能够由此赢得普遍的尊重,首先和主要来自于公权力不能逾越法律的制度设计。法治之矢的首先和主要的不在于防治个体之恶,而在规制公权力之恶。

因此,《法治在线》所表达的对法治的理解,就颇可商榷了:它冷落了法官,忽略了更应该得到强调的“政府守法”;它无意中强化了法治和警察的关联,甚至可能让受众误以为“警察即法治”,渲染着经由暴力手段的社会秩序;它将“防范攻略”作为“法治聚焦”,也正显示此“法治”以防治个体之恶为矢的,足成误导。这样的偏颇或许并非偶然。中国自古以来的政治即是暴力政治,“成王败寇”几千年了。非经暴力无以为治的观念大抵已是根深蒂固的。先秦时期法家倡言并力行“以法治国”,却也依然是暴力之治:不过是刑赏二柄,且是“刑多赏少”、“刑九赏一”。不论法家之法还是儒家之礼,皆以“个体为恶”为预设。荀况称圣人“制礼做法”乃在于“化性起伪”:人天生性恶,“其善者伪也”——由后天的教化和约束而来。

我们这个转型中的社会,这个包含了法治化进程于其中的转型社会,有理由要求面对大众的传媒在对“法治”表达其见解的时候,不至于存在明显的、重大的误解——除非我们认为大众传媒可以不承担它的社会责任而可以在言说中自娱自乐。我们期待着,《法治在线》以法官代替警察,以法槌和裁判文书代替警车和手铐。如此,我们就有理由说,作为一档电视节目的《法治在线》表达了中国社会的进步,并以它自己的方式参与和促进了中国社会的进步。

若将《法治在线》改称为《警察在线》,也勉强可以算是些许的进步呢。

和谐社会与诉讼调解

蔡虹*

自2004年党中央在十六届四中全会决议中第一次提出“构建社会主义和谐社会”，尤其是去年十六届六中全会公布《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》以来，“和谐社会”已成为中国政治生活中出现频率最高的“关键词”。构建和谐社会这一社会发展目标，得到了社会各界的广泛认同，各部门结合自己的工作实际积极承担起这一历史责任。法院作为审判机关，在贯彻中央部署、解决社会矛盾、保护合法权益、维护良好秩序等方面具有独到的作用，是构建和谐社会的一支重要力量。但是，在“和谐”之风扑面而来之际，法院的某些做法也引起了笔者的一些注意和思考。

在法院的民事审判工作中，与“和谐”关系最为密切的制度当数诉讼调解制度。为充分发挥调解在纠纷解决过程中以及在矛盾化解后的和谐化功能，不仅最高法院颁布了关于法院调解工作的新的司法解释，而且在法院系统内部鼓励调解的政策导向明显，以调解的成功率来考评法院及法官工作实绩已成普遍现象，有的法院更是以奖金来刺激法官的调解积极性，似乎只有以调解结案才是和谐的。

无可否认，法院调解作为我国民事诉讼中的一项重要制度，确实与判决具有不同的功能，在和谐社会构建方面大有可为。它以当事人之间私权冲突为基础，以当事人一方的诉讼请求为依据，以司法审判权的介入和审查为特征，以当事人之间处分自己的权益为内容，具有平等对话、互谅互让、纠纷解决彻底、自动履行率高等好处。因此，充分发挥诉讼调解的制度功能是十分必要的。

但是，根据以往的经验教训，结合我国现阶段法院在调解实践中存在的问题，笔者认为有必要提高警惕，防止三个方面的倾向：

* 作者为中南财经政法大学法学院教授。

第一,要防止强制及种种变异形式的强制调解之风卷土重来。在我国诉讼调解发展演变的过程中,因为过于追求调解率而发生过许多强制或变相强制调解的现象。为了抑制这种现象,在民诉法制定和修改中,将调解的指导思想由“调解为主”改为“着重调解”,之后又发展为“自愿合法调解”,强制或变相强制调解的现象曾一度得到了扭转。调解在民事诉讼中的确立,源于私权自治原则和处分原则,法律允许当事人对自己的民事权利和诉讼权利自由处分,这为双方当事人的协商、交涉、讨价还价以及自主达成解决纠纷的协议提供了可能,而这一切必须建立在双方自愿的基础上。在调解的整个过程中,作为调解主持者的法官,应根据需要和可能,尽量为当事人协商解决纠纷创造条件,营造和谐的气氛,但能否调解以及调解最终能否达成协议,应取决于当事人的自愿。

坚持和贯彻自愿原则是诉讼调解制度的生命线,也是调解制度的正当性源泉。只有在双方当事人自愿的基础上达成的调解协议,才是意思自治和处分原则的真实体现,才能将调解制度的优势发挥出来,才能实现真正的和谐。否则,如果当事人是在强制或变相强制的情况下达成调解协议,尽管表面上纠纷解决了,调解率上去了,但却埋下了隐患。实践中,调解后当事人不能履行协议、向上级法院或其他部门上访的,多半都是因为调解违反了自愿原则,当事人之间的纠纷并没有真正得到解决。为了追求调解率,一些法官通常是“劝说”主张权利的一方当事人放弃部分权利,而负有义务的当事人却只是象征性地承担点责任,以此作为向对方作出的让步,当事人称之为“守法的吃亏、违法的占便宜”。如果法院常常以这种方式解决纠纷,势必造成对合法权益的保护不足,这种现象的普遍存在也不利于维护市场经济所要求的良好经济、法律秩序。调解是诉讼制度的一部分,是法院行使审判权的一种方式,因此它不应当是无原则的“和稀泥”或“各打五十大板”,调解不应是没有是非、没有道德、没有底线的。在任何时候,自愿原则如果不能得到很好的贯彻,即使靠强制或变相强制的方法调解结了案,也是不具有正当性的,这不仅会损害当事人的处分权,而且也伤害了法制,伤害了调解制度本身。

在诉讼调解中,法官的作用举足轻重,因为自愿还是强制并不取决于当事人。事实上,完全依当事人自愿达成调解协议的只是少数,多数的调解需要法官或浅或深的介入。只要尊重当事人的处分权,坚持和贯彻自愿原则,法官为促进调解协

议的达成所做的说服、提示、建议,对当事人过分要求的批评以及提出调解方案供当事人参考等等,就都是正当的,也是必要的,有利于帮助当事人克服协商中遇到的障碍和打破僵局。在自愿的前提下,当事人一方或双方作出让步,不论其幅度有多大,也不论与判决的结果相差多远,都是正当的;相反,如果让步并非出于当事人的自愿,而是在法官强制或变相强制的情况下作出的,则调解的正当性立即就会发生问题。失去了自愿这个前提,调解不能勉强进行,法官必须依法判决。但是,如果法官将调解的成功率作为追求的目标,强制调解就在所难免。由于法官在调解中具有主导地位,拥有决定当事人命运的裁判权,法官可以使用各种隐蔽的方式对当事人施加压力。如今,审判实务中“以劝压调”、“以拖压调”、“以判压调”的做法又呈卷土重来之势,这是要特别引起重视并加以防范的。

第二,应警惕急于使用判决、回避矛盾的做法被和谐的外衣所掩盖。判决和调解同为法院行使审判权解决民事争议的手段,不存在孰优孰劣之分。法院处理民事案件优先采用调解方法是可以的,但在当事人不愿意调解或调解不能达成协议时,应及时转入审判,依照事实、证据和法律作出判决。判决虽不像调解那样以当事人的协商和合意解决纠纷,但这并不意味着只要是判决就一定不如调解结案和谐。实践中,有的法官对矛盾棘手、证据不足、事实不易认定、牵涉面广、案外干预多、社会关注度高的案件往往不愿轻易下判,即使双方当事人明确表示不愿调解仍拖着不判,试图回避矛盾。有一起群体诉讼案件,原告方6100多位村民)诉被告承包合同无效,并扬言只要败诉就群体上访。法院明知合同有效,事实和证据也很清楚,但支持原告于法于理无据,不支持原告又担心其上访,不利于“和谐”,所以就迟迟不肯下判,结果反而产生了负面影响,群众反映“法院不讲法,谁闹谁有理”,此案现仍在调解中。如此片面理解和谐其实也是对调解制度的误读。“调解不成应及时判决”,这是调解制度的应有之意。况且,一份说理透彻和论证充分的判决书同样能够定分止争、化解矛盾、实现和谐。相对于调解而言,判决更能够体现法律上的公平正义。通过充分的说理和论证,让当事人明白自己的法定权利义务是什么,什么是合法的,什么是违法的,什么是法律应当保护的,什么是法律应当制裁的,从而从根本上让当事人服判息讼,使当事人以及社会遵守并服从法律。构建和谐社会的的确应充分发挥诉讼调解的独特作用,但也要防止走极端,一定不能

忽视判决的作用。毕竟,和谐社会是“民主法治、公平正义”的社会。

第三,应警惕和谐被泛化。和谐被泛化的典型表现是将和谐形式化、表面化、绝对化。这种形而上学的思维方式把和谐与矛盾对立起来,害怕矛盾、回避矛盾,因此常常选择压制和控制矛盾的方法并致力于哪怕放弃原则也要调解结案。然而这种和谐是暂时的、脆弱的,是以牺牲当事人的合理利益为代价的,也是以牺牲调解制度的正当性基础为代价的。和谐应当是辩证的、科学的、相对的,应以“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会”为基本内涵和特征。这种和谐观从法律上讲承认并关注人的权利、利益、机会的合理公正分配,承认并保障人们的物质利益,鼓励人们为物质利益而奋斗。法院在解决民事冲突的过程中,首先应承认并保障当事人的合法权益,尊重当事人的处分权,尤其在进行调解时,要注意权衡和调整当事人的各种利益关系,而不能一味地要求当事人发扬风格、妥协让步,更不能压抑当事人的权利主张,姑息违法者。

和谐被泛化不仅表现在调解中,也表现在很多方面。在一些地方,本来再正常不过的日常工作硬是要被冠以“和谐”二字,言必称“和谐”。笔者的一位同行应邀为某监狱管理局讲法制课,课毕,监狱领导恳请这位教授为其设计一条标语。见教授不解,领导说,对面小区有“构建和谐社区”的标语,隔壁公安局有“构建和谐警民关系”的标语,我们一直发愁,总不能说“构建和谐监狱”吧?类似这种不能深刻理解和谐的内涵和本质特征,而一味地让和谐泛化,热衷于概念炒作的情况,这可不太和谐啊!