

湖北法官论丛

第六辑

法官论司法和谐

主编/吴家友

执行主编/吕忠梅



法律出版社
LAW PRESS

《湖北法官论丛》第六辑

法官论司法和谐

主 编 吴家友
执行主编 吕忠梅

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官论司法和谐/吴家友主编. —北京:法律出版社,
2007. 12
(湖北法官论丛. 第6辑)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7948 - 3

I. 法… II. 吴… III. 司法—研究—中国—文集
IV. D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 179946 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉 刘 辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/19 字数/570 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

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/010-63939659

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 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7948 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《湖北法官论丛》第六辑编委会

王 晨	汪习根	赵 钢	林莉红	蔡 虹
张德森	黄汉桥	郭卫华	刘 勇	裴 镇
余平安	徐贵兰	杨源俊	刘春彬	陈维红
魏开发	李玉高	董伟威	李小菊	陈 旗

卷首语

这是《湖北法官论丛》第六辑,收入了湖北省法院系统第十六届学术研讨会的优秀论文,本卷的主题是和谐司法。

构建和谐社会已经成为当代中国的主题,司法作为社会矛盾与纠纷的调节器,在构建和谐社会中的重要地位与作用不容置疑。我们知道,和谐社会并不是没有矛盾和冲突的社会,而是所有的矛盾和冲突都能够得到公平、公正解决的社会。因此,纠纷解决机制的建立以及运行状况直接关系到矛盾和冲突的控制、人民合法权益的实现和社会经济秩序的稳定。如果说纠纷解决是法律从静态到动态、从条文到生活转化过程的具体呈现,是法律的执行力及其社会效果的充分展示,是对立法决策和司法制度的现实检验,那么,作为纠纷解决机制最重要内容的司法,其合理配置与有效运行对于维护社会经济秩序稳定、促进社会和谐至关重要。不可否认,在构建和谐社会的历史进程中,人民法院应该也必须成为平衡利益、化解矛盾、解决冲突、维护稳定的重要力量。诚如有人所言,在社会大系统中,司法犹如清道夫,通过吸纳、疏理、控制并最终扫除各种不和谐因素,确保社会整体的和谐运行。

我们在充分认识了司法对于构建和谐社会的功能与作用后,必然产生的问题是:构建和谐社会对司法提出了哪些新的挑战与要求?或者说怎样的司法才能满足构建和谐社会的目标和任务?最高人民法院院长肖扬在第七次全国民事审判工作会议上,明确提出了“司法和谐”的理念,要求全国各级人民法院努力创建和谐的诉讼秩序,着力维护和谐的司法环境。肖扬院长指出:“无论是公正高效权威的民事审判制度,还是司法为民、司法民主、司法公开的各项措施,均需要在和谐的诉讼秩序下运行,需要和谐的司法环境提供保障。”这表明:“司法和谐”是实现司法在构建

和谐社会中的功能与作用的前提与基础。在和谐社会的大背景下,司法的过程就是化解矛盾、解决纠纷,司法的作用就是维护公正、实现和谐。司法既是和谐社会的创建者,也是和谐社会的维护者。

司法和谐可以从不同角度进行界定,但其核心无疑是司法权在和谐社会建设中运行的理想状态,它强调的是从对立走向合作的世界观、人生观,是一种全新的哲学思维,平衡、协调、价值追求与运行过程的统一是司法和谐的终极关怀。具体而言,司法和谐应包括妥善处理如下一些关系,使它们实现平衡与协调:一是法律至上与人权保障的关系;二是公正与效率的关系;三是实体公正与程序正义关系;四是司法权威与司法社会化的关系;五是司法公信力与司法约束的关系;六是法官职业化与司法民主化的关系。在这些关系的平衡与协调中,既有司法对实质性法律价值的追求,也有对司法工具性及运行机制的整合,并最终通过和谐的司法方式实现社会公平的和谐法治境界。

如果说司法和谐是一种理想状态,那么实现这种理想的方法就是和谐司法。由于社会生活的复杂化和多样性,社会纠纷多种多样,与此相适应的解决纠纷的机制也必然呈多元化结构。诉讼只不过是纠纷解决机制的一种,由于其以国家强制力作后盾,而成为最权威、最终的解决机制。人民法院作为国家的审判组织,以公权力为后盾对当事人之间的纠纷作出公正、高效和权威的裁决既是权力,也是义务。在司法过程中,无论是作为审判权行使主体的法院,还是作为纠纷主体的当事人抑或其他诉讼参与人,在诉讼中的目的都是一致的,那就是最大可能地求得纠纷的妥当、公正和合乎效率的解决。既如此,当事人之间的纠纷被纳入诉讼以后,如果各主体依然剑拔弩张,“互相顶牛”,则无法或者难以达到这一目的。为此,只有通过彼此间的沟通与交流(包括法院与当事人之间的沟通与交流、当事人彼此之间的沟通与交流以及法院和当事人与其他诉讼参与人之间的沟通与交流),当事人内心的“不满”或不快情绪得以宣泄,公正得以弘扬,才能使纠纷得到妥当的解决。

除此,司法所产生的成果是当事人的,更是全社会的。通过对当事人之间纠纷的妥当、公正和合乎效率的解决,使合法权利得到保护,违法行为得到制裁,正常的社会经济秩序得到维护,社会的和谐、稳定、进步与发展才能为所有生活在这个社会的主体共享。既然司法成果并不是当事人

所独占,而是为各社会主体共享的,全社会也就有义务协助人民法院妥当、公正和高效地解决纠纷。由此就应该而且完全可以在全社会形成和谐的司法环境和司法氛围,使人民法院在和谐的司法秩序下,和谐地解决当事人之间的纠纷。

实现司法和谐的过程是一个从理念走向实践的宏伟事业,要做到和谐司法,首先必须树立和谐司法的理念,引导司法者进行正确的思考和判断,有效地避免司法过程误入歧途,确保司法结论的和谐效果。其次要有和谐的司法体制,作为专门的纠纷解决机制,司法本身需要一整套既符合国情民意也体现司法规律的体制,作为司法体制构建基本单元的司法制度也应努力排除不和谐因素。最后是要有和谐的司法环境,司法环境既包括物质上的基础和保障,也包括观念上的理解和支持,司法的正常运作离不开必要的经费与物质保障,司法职能的发挥程度,更直接取决于司法环境的和谐与否。

由此可见,要真正和切实实现司法和谐,我们尚有许多工作要做。尤其是在具体实践层面,要将理念转换成制度、体制和物质保证,就需要设置更多相关的配套制度,设计更多相关的程序,制定更多相关的具体措施等。我们在这里所进行的研讨、所展示的成果,就是完成从理念到实践转化的一部分,法官们在司法和谐理念的指引下,通过对司法工作中各个方面、各个环节、各个部分的实践经验的总结,提出为实现司法和谐而配套制度、设计程序、制定措施的对策和建议,为树立和谐司法理念、改革司法体制和法院工作机制、改善司法环境而建言献策。虽然有的文章选择了司法工作的极小侧面,但正是这样一些侧面的汇聚,司法公正之光才会更加璀璨;虽然有的文章并不完美,但追求公正的过程永无止境,这表明我们正在司法和谐的道路上一往无前。

值此辑编辑完成之际,我也接到了上级通知,将赴国家重点建设工程——三峡工程挂职锻炼一年。我相信,一年以后,对国家、对社会、对企业、对法律都会有更多更深刻的理解与认识,回来后也将与大家共享新的感受与体会。

吕忠梅

2007年6月1日于武昌

目 录

基 础 类

法院调解的公正与中国社会的和谐

——以价值与功能、原则与创新为中心的法理思辨 陈 旗 (3)

司法下乡:公正与和谐的冲突与契合

——以农村基层人民法庭审判职能作用之发挥为视角

..... 杨 凯 (22)

论恢复性司法的和谐价值及其中国化的对策 张 倩 (50)

秉公允之道 谋信实于民

——论体制转型期司法公信力的建设与提升 朱建敏 (64)

冲突与和谐中诉讼机制的能动与克制

——以法律社会学为视角的思考 干朝端 柯昌洁 (77)

群众满意机关评选与司法公信力 姚继坤 (89)

法院与社会的冲突及平衡 王春晖 (100)

司法公信力的缺失与重塑 聂志军 (112)

影响司法公信力的原因分析及解决途径 占云发 罗锦骏 (123)

程序公正与司法公信力 周宜雄 黄 灿 (132)

法院·法治·和谐

——论和谐社会对法治的需求及相关司法制度的回应

..... 梅启勇 (140)

司法与权利保障

- 功能与局限 王源渊(154)

实 务 类

走在通往客观真实的道路上

- 统一举证责任分配规则研究 汪家乾 李治国(169)

偏离与回位:民事纠纷多元化解决机制之重构

- 黄金波 陈德祥 王晓方(200)

刑罚革命与司法救助措施

- 以法的目的正义性为视角 赵成泽 黄金波(216)

证据本质新解 朱友学(229)

论商标与企业名称权利冲突及解决规则 裴 镇(248)

论行政审判在构建和谐和谐社会中的作用 叶伟平 张 静(260)

对人身损害赔偿城乡差异的理性分析 叶云兰(270)

撤销权诉讼中受让人司法实务问题探讨 李文峰(279)

人权保护边际问题

- 胎儿受损害的民法保护 黄 黎(288)

道路交通事故赔偿纠纷案件适用法律的若干问题之我见

- 袁富强(295)

论我国刑附民精神损害赔偿的冲突与和谐

- 以被害人合法权利保障为视角 曹 志(306)

行政相对人权利与民事主体权利辨析 余朝晖(323)

其 他 类

论司法裁判职责的本质

- 从“法官补窟窿案”谈起 王纳新(339)

司法权威缺失的原因及对策分析 李群星(370)

法官职业化审判心理探析 余 瑾(385)

学士学位授予行为的司法审查 余翠兰(401)

法院附设 ADR 之正义价值及其运行模式选择

- 李 军 赵立新(409)

纠纷与规则的沟通

——论基层法官的司法解释艺术 余钢益 桂 菁(424)

农村纠纷司法解决路径探询 何 震(439)

职业法官、普通民众与司法的民主化

——从人民陪审员制度的视角谈起 秦大常 吴如玉(454)

让“不穿法袍的法官”真正走向司法前台

——浅议人民陪审员制度 胡 艳(465)

海事 ADR 机制价值思辨

——兼论其构建之基本进路 王建新(478)

包容·分化·整合

——关于基层民事法官引入乡土逻辑的思考 叶 蕾(493)

法官职业化与院庭长办案的制度化 肖国栋(508)

司法现代化背景下的法官职业化

——以两者逻辑关系为视角 王纳新(521)

法院调解制度研究 杨清华 赵祖发(553)

法院调解制度的重构 胡 华(568)

论诉讼调解的和谐与冲突

——兼谈诉讼调解机制的完善 陈忠军(578)

基 础 类

法院调解的公正 与中国社会的和谐

——以价值与功能、原则与创新为中心的法理思辨

□陈 旗

法院调解制度在我国的人民司法实践当中历经数十个春秋,在不同的历史时期都发挥了积极的协调作用,对解决民事纠纷、平息社会矛盾、维护社会稳定做出了重要贡献。近年来,随着经济的发展和市民社会利益的日益多元化,社会矛盾不断增多,需要法院解决的新问题层出不穷,有些问题仅仅依靠司法的强制力量无法解决或者不能取得良好的社会效果,我国特有的法院调解制度应承担起协调解决纠纷的重担。但是,我认为,由于实务界对法院调解职能的过分倚重,以及调解工具主义观念的影响,调解制度的实践出现了一些混乱。注重调解的形式与结果,忽视调解的合法性、科学性、效益性的情况较为普遍,影响了调解制度的价值实现,制度本身的缺陷又进一步阻碍了它的功能发挥。这种制度上的不周严、实践上的不规范减损了法院调解的正义性,司法界对调解制度的价值误读与方法误用在一定程度上扭曲了调解机制与社会和谐之间的对应关系。因此,我们不得不重新审视和反思现行法院调解制度,认清制度设计的理念缺失及其在审判实践中存在的弊端,思考社会主义法治理念下的法院调解制度改革新路径。本文从调解制度的价值内涵及品质的多元性入手,探索调解制度的创新机制与实践模式,研究现代调解制度平衡多元矛盾的任务和方法,对制度变革进行理论与实证分析,提出符合中国社会发展需要的法院调解制度改革构想。

一、社会主义法治理念下法院调解制度价值与功能的法理分析

任何制度的设立与健康存续都需要理论内核的强力支撑。这种理论

内核依靠制度创制的时代背景,带有所处时代的政治、经济、文化、道德、理念等社会元素的深刻印记,具有历史的必然性,又有即时性与功利性的特征;既是服务于当时当代社会治理的工具,又是传承民族文化、反映民族文化、发展民族文化的价值集合。法院调解制度的产生与发展历程适时地说明了理论内核之于制度机理的构成、促进、维护、阻滞、分解,继而再构成、再促进的多维功用。因此,当我们在构建和谐社会的历史背景下反思法院调解制度面临的困境、争议法院调解制度的改革与创新、试图重建法院调解制度的合理内核的时候,必须首先将其置于新的语境当中,考察其在现实条件下存立并发展的价值基础与功能,从中分离出制度存续的合理性并提炼制度创新的基本原则。之所以提出在社会主义法治理念之下探讨法院调解制度的价值与功能,是因为社会主义法治理念包含的“依法治国”、“执法为民”、“公平正义”、“服务大局”、“党的领导”综合代表了政治、法律、社会的意志,而“法律与政治学、社会学都密不可分”,^{〔1〕}任何时期的法律制度都不可能脱离这三者共同搭建的历史舞台独舞独秀。

(一) 法院调解制度的民主价值与政治导向功能

法院调解内置于法院诉讼体系,具有司法权力的属性。但是,源于边区民主政权体制的调解机制最初还只是一种解决纠纷的工作方法,“其功能一方面是利用传统资源解决纠纷,另一方面又在积极地补充法律的空白。同时,在发展和运作中又被赋予了种种政治和意识形态功能,包括动员组织教育民众,宣传普及政策法律等”。^{〔2〕}这种主要由附属于政权机构的基层组织、民间团体以及稍后一些的司法机关主持的调解兼具政策性与法律性,并由朴素的民众感情、乡规民约、道德观念予以连接和修补,在一定程度上强化了边区政权的继受性,极大地巩固了新政权的民主基础。法院调解制度从根源上坚持了早期调解工作的便民方针,反映了调解观念的平民取向,继承了行为方式的大众参与,这种根本的制度性格

〔1〕 Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, Vol. 1. 转引自本杰明·N. 卡多佐:《法律的成长·法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第69页。

〔2〕 范愉:“调解的重构(上)——以法院调解的改革为重点”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

并没有随着时间的推移而失落。经过历史选择,法院调解反映民意、尊重自由选择、鼓励协商与自治的民主价值透过公权限制的屏障成为了制度生命力的源泉。

此外,法院调解机制的解决纠纷功能具有合意性、相对性、可变通性,区别于诉讼判决机制的强制性、绝对性、不可交易性,在很大程度上宽容自由意志与私权自治,是一种司法亲民、权力让渡的制度设计。调解制度天生的民主价值有效地减弱了诉讼过程的职权主义色彩,附和了民事诉讼机制的整体私法性。一般认为,凡是性质上能够交易、让渡、自我限制的权利,都允许当事人在一个预设的法律框架内达成共识,通过权衡与独立判断、质询与利害分析作出选择。这种微观层面的民主实践反映到政治生活的大局,不仅是一种价值、观念的渗透,其实践的结果是私利妥协被政治意识所认同与尊重,民主作为一种自主意识与习惯在政治格局里占据了日益广阔的空间。而社会主义法治理念的“执法为民”^{〔3〕}将服务民主、尊重民权、司法大众化的观念予以强化,为法院调解制度民主性质确立了政治导向,使法院调解从一种制度实践深化为价值实践,从一种民事权利的分配方式演化为民主权利的实现方式,其意义不仅是保留了诉讼当事人自我认知、自我决策的纠纷解决方式,而且是维护了一种民主态度与价值观念。

(二) 法院调解制度的公平正义价值与法律规范功能

法律的根本价值在于确定代议机关认同的正义标准,司法的基础功能在于实现利益的公平分配;“法律是正义和善的艺术,司法是和谐社会生活的公平正义之术”。^{〔4〕}

法院调解作为诉讼机制的组成部分,与诉讼判决一样是实现法律目的的工具。尽管法院调解的制度基础是私权自由,对实体公平与程序正义的要求具有次严格性,但是,调解的目的、调解的方法、调解的程序、调

〔3〕“为民”可阐释为“民意”、“民本”、“民情”与“民权”,“人民司法”被认为是中国法律制度的一大特色。参见汪习根主编:《司法权论——当代中国司法权运行的目标模式、方法与技巧》,武汉大学出版社2006年版,第5页。

〔4〕汪习根主编:《司法权论——当代中国司法权运行的目标模式、方法与技巧》,武汉大学出版社2006年版,第2、4页。

解的意义都无一例外反映明确的法意。法律规定的调解原则为法院调解活动划定了明确的法律界限,自愿、合法的要求以及对调解终局性的维护表明民主、秩序与安定是法院调解制度的公法目标。而调解包含的公平与正义价值是其实现秩序与安全的基础条件。

在调解机制的运行过程中,法官通过比对具体的事实与抽象的法律,对当事人的争议进行预测。事实与法律成为法官判断调解基础、参与私权协商的两个基点,透过对事实的理性分析以及对法律的正确理解,法官的主观倾向得到抑制,法官的调解努力将朝着最公平的方向运行,而当事人对公平与正义的朴素理解与法官对公平与正义的规范性理解之间并没有鸿沟,背离基本公平、不以分配正义为目的的调解并非调解制度的本意。同时,与判决不同,在调解的背景下,正义包含情感、道德、诉讼成本、诉讼风险等非法律因素,是对法律正义的另一种诠释与解读,既反映法律适用的规范性价值,又反映其他社会要素的需要,体现的是一种经过调整的、当事人各方都能接受的个案公平。^[5] 因此,法律在调解过程中的规范作用与其在判决机制中的规范作用没有实质差异。

(三) 法院调解制度的社会和谐价值与秩序协调功能

调解是一种结案方式,一种司法方法,更是一种协调工具。在过去的观念中,顺利结案与裁判终局是司法重视调解工作的实用主义出发点,对调解的功能认识往往只能到达功利的层面。实践的结果是职权主义色彩浓厚,违反了调解制度遵循的自治、自愿、自力的运行规律,破坏了法院调解的民主基础与正义含量,虽然能够做到个案息讼,但遗漏了关怀民心、协调民意的重要环节,没有在局部的让步息讼与全局的社会秩序之间架起桥梁,影响了法院调解制度发挥其整体的社会功能。

无论是法官还是法院,都不应将视野局限于案件裁断。而且,“正如许多研究者共同指出的,调解在中国绝不仅仅是一种纠纷解决的技术与

[5] 当事人在参与调解时会考虑诸多因素,传统的“厌讼”心态使当事人将“诉讼伤害相互关系”也作为一项重要的诉讼风险,所谓“词讼之兴”除“荒废本业,破坏家财”外,“与宗族诉,则伤宗族之恩;与乡党诉,则伤乡党之宜”,长期诉讼的结果使乡邻将诉讼当事人看成是好争好斗的小人而不愿与之交往。这也是进行诉讼所要付出的成本,甚至超出了物质上的支付。参见徐金锋、李燕燕、周伯煌:“社会文化与理性选择——对传统调解制度的法社会学与法经济学分析”,载《学术论坛》2005年第3期。

方式,而是社会治理的一种制度性或体制性存在”。〔6〕在中国特有的国情之下,司法的社会治理功能与民众的认同以及整个社会的法律意识紧密相连。司法的先进性并不意味着法官可以独立于社会利益和文化的发展阶段,司法的现代化需要和谐社会里民众的理性态度作为支撑。而民众意识的自觉只是法律得以顺利实施的一个方面,法官在法治观念创立与巩固阶段无疑负有艰巨的教化责任。法官正确运用调解机制的协调功能是承担这一责任的方式之一。

法院调解的协调工具是道德与法律,“道德是获取内在安宁的理性手段,而法律是获取外在安宁的理性手段”。〔7〕其功能体现在:构建和谐的社会治理环境,限缩法律与民意之间的现实差距,扩大法律实施与法律信仰的民主基础,展现法律工具温和的一面。这些功能并非社会强加于司法、司法又强加于调解制度的附产品,只不过对比诉讼判决机制的强制性与专制特征,调解机制表现出的妥协、模糊、弹性的风格强化了它的社会安抚功能,淡化了它的法制导向功能,使人产生调解结案、裁断终局、无上诉与申诉就是实现和谐的误解。因此,在调解制度的运作过程中,将传播法意与贴近民意连通起来,重视当事人内心对法律实施的认同与尊重,坚持在公正的基础上调解并充分利用调解程序进行道德、良知的感化,是调解制度协调社会利益、稳固社会秩序、促进社会和谐的作用通道。

(四)法院调解制度的文化传承价值与发展创新功能

调解介于民间私力救济与诉讼公力救济之间,既汲取了民间救济的部分方式与理念,又置身于司法体系,这种占据两种机制优势的制度设计经历了一个渐进发展的过程,从最初的民间调解、宗族调解、乡绅调解逐渐走向规范化的公力调解。调解在形式上有了变化,但以和合文化为表征的儒家思想以及由此凝聚的人文性法律传统仍然主导着人们的情感,

〔6〕 范愉:“调解的重构(上)——以法院调解的改革为重点”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

〔7〕 [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈琳琳译,中国政法大学出版社2003年版,第184页。