

中国特色和谐司法研究 ——以能动司法为视角 (实践篇)

主 编 葛洪义 叶三方

人民法院出版社

中国特色和谐司法研究

——以能动司法为视角

(实践篇)

主 编 葛洪义 叶三方

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国特色和谐司法研究: 以能动司法为视角/葛洪义、叶三方主编.
—北京: 人民法院出版社, 2010. 4
ISBN 978-7-5109-0086-0

I. ①中… II. ①葛… ②叶… III. ①司法—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 060256 号

中国特色和谐司法研究 (实践篇)

——以能动司法为视角

葛洪义 叶三方 主编

责任编辑 陈燕华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550583 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)

网 址 [http: // courtpress. chinacourt. org](http://courtpress.chinacourt.org)

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 953 千字

印 张 40.25

版 次 2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0086-0

定 价 82.00 元

版权所有 侵权必究

《中国特色和谐司法研究》 编辑委员会

主 任：叶三方

副 主 任：潘小登 姜耀庭 刘治家
李志红

委 员：（以姓氏笔画为序）

叶三方 刘治家 余炳奎

李志红 陈玉光 陈梓东

姜耀庭 潘小登

序一：和谐社会与“柔性”司法

葛洪义*

今天的报告既是个命题报告又是即兴之作。说它是命题报告，是因为这次讲座的主题是萝岗区人民法院组织者策划的，是叶院长建议的，要求讲讲和谐司法。和谐司法，对我来说，也是个全新的命题。所谓即兴之作，是在接受任务后的准备过程中，也产生了一些不成熟的初步想法。藉此之机，向大家汇报，与大家交流，也欢迎大家批评指正！

一、何谓“柔性”司法？

关于和谐社会，已经讨论了多年，这个概念相对不那么生疏。但是，何谓“柔性”司法？这个概念是我自己最近独创的。为什么提“柔性”两字？这是因为，我们中国人提到“司法”的时候，脑海中总有一个固定的印象。这个印象和“刚性”联系在一起，即提到法官，就想到历史上铁面无私的“硬汉”包公；说到判决，则想到戏文里坏人被狗头铡斩首的情节，是非分明，正义凛然；讲到法律，也是比较刚性的一面，即总是同时想起全副武装的公安警察，联想到法律实施的后盾就是监狱法庭。这种观念长期影响着我们。在1978年召开的党的十一届三中全会上，把法制定义为“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。这四句话中的后三句，中间都有个“必”字，都是“必须的”。可见，在我们的常识中，在一般干部群众的认识中，还是认为司法和“刚性”是联系在一起的，至少与“刚性”联系得更密切，总觉得司法是种“硬汉”的事业。事实上，情况并不完全如此。我来广州4年的时间，感觉这里的法官要“和气”得多，而在其他很多地

* 华南理工大学法学院院长，教授，博士生导师，全国法理学研究会副会长。本文根据2009年1月作者在广州市萝岗区人民法院所做同名报告修改而成。

方的法院里，我们看到的不少法官脾气都很大，与人接触、对待群众和律师非常严厉。这说明，法官不一定脾气坏。我读书的时候，一位教刑法的老师曾说，不要看我脸难看，我的心很好。脸难看，是因为他在公安局当了十几年的警察和局长，总与坏人打交道，养成的职业习惯。事实上，从事公检法工作的人，往往给人一种印象：就是脸难看。民间流传的“门难进，脸难看，话难听，事难办”，就是指我们的国家机关，特别是司法机关。法院干部自己经常也认为自己必须“铁面”，这或许是长期把法院工作与对敌斗争联系起来的结果。这就是中国人生活常识中的司法，一种“刚性”的司法观念。

这是一个认识上的假象和误解。这种对法官、法律、法律制度的理解是非常表面化的，也是错误的。法律是一种说理机制，与“刚性”司法没有必然联系。现代法律并不着眼于惩罚或报复。第一代社会学家，法国学者涂尔干曾指出：传统的机械团结的社会中，法律的目的是惩罚和报复性的；而现在的有机团结的社会中，法律的目的则是恢复性的。无论是研究刑法还是研究其他法律，无论从事刑事审判还是民事审判，都要把法律和单纯的惩罚、法律与简单的报复区分开来。这个区分根源于法律的特点，即法律是一种说理的规则体系，司法是一种说理的需要。而过去我们则不是这样认为的。谈到法律，总是离不开惩罚、惩戒、关押、坐牢。学习法律的人都熟悉的“法律的定义”中有句话：“法律是以国家强制力为后盾而保证实施的行为规范的总和”。这一理解虽然不能说是完全错误的，但是，给人的感觉是：“国家强制力”才是法律最主要的特征，把法律牢牢地建立在“国家暴力”的基础上，似乎离开了“国家暴力”，就不再有法律。这种判断，偏离了对法律最实质内容的准确把握。法律是用来讲道理的，如果没有讲道理的需要，也就不需要法律了。仍然以刑法为例，因为《刑法》表面上和“强制”联系得最为紧密。有一个简单的道理，足以说明“强制”并不是《刑法》的主要特征。因为在没有《刑法》的情况下，通常更容易对别人进行惩罚，更方便打击敌人。为什么列宁要说“无产阶级专政是不受任何法律约束的政权”呢？其实就是出于当时打击“敌人”的需要。有了法律，打击敌人时就会遭遇条条框框的约束，会束缚手脚。再如，如果交通违章，罚款目前一般就是两百元，一般不超过两百元。一旦没有了这个处罚规则，我们就得看交警个人的脸色，处罚多少要看他的心情。近20年前有个笑话：

违章后，交警伸出一个巴掌，意思是罚 5 元；司机分辩了几句，交警巴掌翻了一下，意思是 10 元；司机再申辩，交警就连续翻几次巴掌，每次涨 5 元，一直到司机不敢再说话。没处罚标准时，出现了处罚的随意性。“标准”实际起到“约束”的作用。生活中的法律是围绕这样一种目的建立起来的：人和人的关系存在着基本的准则。当行为越过准则时，因他人的越界行为而导致被损害、伤害的人，可以依据这个准则保障自己利益。保障的过程就是把“准则”讲清楚，以规则为说理的依据来讨说法。法律本质上就是这个准则，司法当然无非也就是以法律准则为基础的一个说理的过程。可见，司法是一个说理活动。“柔性司法”正是依据“法律是说理的”这个原理，而对司法活动特性的阐释。强调柔性司法，正是对司法说理性的概括、解释。因为法律是说理的，所以司法活动需要“柔性”的调和。“柔”不是“软”，“柔”强调和颜悦色地处理问题，但是当别人无理取闹，拒绝按照法律与规则办事的时候，司法也会呈现出严厉的一面。

我 2008 年四五月间去美国，参观了美国联邦法院巡回上诉法院和一个州的最高法院。这些法院的法官处理案件的过程很有意思。我们旁听了一位法官处理案件。他一个上午有三个案件要处理，而且全部都是贩毒的。我们旁听了一上午，感觉都是犯罪嫌疑人在说。在法官的引导下，犯罪嫌疑人好像在选择自己案子的处理过程和结果。程序结束之后，所有人都会感觉到，犯罪嫌疑人应该不会对法官有任何意见，因为所有的事情都是他自己决定的。其中一位犯罪嫌疑人提出要另换一位律师为他辩护。法官说，你已经换了好几个律师，是不是确定一定要换律师。围绕换律师的问题，法官不停地在程序上问：你知不知道换律师是什么意思？如果换了律师，你知不知道结果会怎样？你又想换哪个律师？等等。嫌疑人说我要换回第一个律师。法官说行，然后当庭拨通他的第一个律师的电话，问其同不同意，得到肯定答复后，又约定下次开庭时间，给律师一定的准备时间。这个案子审理结束，大约用时 40 分钟。另一个案子的犯罪嫌疑人，想达成一个辩诉交易，法官不断地提醒他：认罪后果你知道不知道？是不是律师已经给你讲清楚了？又光是问其知不知道辩诉交易的后果，就花费了半个多小时。我的感觉，法院做出的结论都是基于说理，特别是犯罪嫌疑人自己怎么说理，而后形成的。通过法律程序的过程，通过犯罪嫌疑人自己不断地依法选择，最后导致法官做出某种处理决定。这就成了犯罪嫌疑人自己的选择，当然也就没有理由抱怨

法官。我们长期接触的是我国法官自己主导审理过程，决定一切。过去，我们对英美法系的理解，觉得辩论是律师的事，法官只是主持庭审的过程。不了解他们的法官主持庭审的过程，也是引导双方把问题纳入法律轨道导向自我解决。通过观察，我感觉在这个问题上，法官依法所做、按照程序所做的事情不会导致对法官的任何意见，即使有意见也不会导致对法院有意见。这就促使我思考这样一个问题：我们法院处理案件，依法公正处理案件，是我们职业所要求的，但是，这种依法公正处理案件的方式，也是一个重要的问题，使用什么样的手段、办法处理问题，并不亚于处理结果的公正性。在公正性的实现过程中，方式起到了重要的作用。我们不仅要实现正义，而且要以看得见的方式实现正义。我觉得这是非常重要的问题，如果我们采用一种说理的方式来化解矛盾、裁判纠纷、分辨是非，就是一种“柔性”的司法。这是关于柔性司法一个大概的介绍。

二、为何要“柔性”司法？

为什么我们需要“柔性”司法？中国古代历史上，把官员分为“官”、“吏”，衙门里坐的人不是“官”，就是“吏”。老百姓通常叫他们“老爷”。这不是中国特有的，过去国外也有过。“老爷”和“法官”之间有什么区别？

我们不认为中国古代衙门里坐的那个人是“法官”，他不过是一个“县太爷”或者别的什么官员。这个官员不仅处理司法事务，还处理许许多多别的事务。这样一个人和“法官”之间显然是不一样的，虽然他们在工作职能上有相同地方，一些衙门里的官员经常也要处理案件，我们法官也要处理案件。现在看来，他们区别就在“刚”与“柔”之间。“老爷”为“刚”，包青天就是比较“刚硬”的形象，有没有他是非常关键的，如果换成别人，整个事情就办不成了；而法官不同，换成任何一个法官，这个法律制度都要起作用。所以“老爷”和“法官”之间有一个很大的区别，通常一个正派的“老爷”都是比较“刚性”的，像历史故事展现出来、告诉我们那样的，像包青天那样的人，或者海瑞那样的人。历史上，海瑞是非常孤独的一个人，不仅皇帝不喜欢他，同僚不喜欢他，老百姓也未必就喜欢他。大家看看《万历十五年》用中国大历史的观点来解读历史描述海瑞，就是在那样一个传统的中国人情社会，海瑞是一个反叛的形象，这种反叛与整个

人情社会是不相融的，以至于他在这个社会上相当孤独。皇帝只有遇到相当难办的事情时，才想到让他处理事务，处理完毕马上把他撤掉。面对这样一个刚直的官员，我们不能不反思，有那么多的法律制度，为什么还要刚直的官员冒着生命危险，破坏整个自己的社会生活环境来处理问题？整个社会心态、官场心态都是和这种“刚性”对立，但是社会上又需要这样一种人，所以这些人才能成为一个典型。一般说“狗咬人不是新闻，人咬狗才是新闻”，像海瑞、包公这样的人在历史上为什么能成为故事，祖祖辈辈传颂下来？正是因为这样的人太罕见了，完全靠自己的人格魅力来处理案件。但是，我们今天的职业法官不是这样，更重要的是维护一种制度。

这反映出“人治”社会和“法治”社会的区别。在“人治”社会中，什么样的“人”是非常关键的问题，起主导性的问题；而在一个“法治”社会中，“人”不是主要的。“人”重不重要呢？“人”肯定是重要的。在任何社会中，任何社会下，人都是非常重要的，但是，他不是一个主导性的，一个事情能不能办成，不完全是人的因素，甚至主要不是人的因素。一个案件处理错误，我们有很多程序、很多办法去改正。在一个“人治”的社会下，情况就完全不同，是不是“包公”，是不是“海瑞”，是不是某个什么人，那就可能是一个非常关键的因素。在“人治”社会中间，法律、制度和道德等经常是混杂在一起的，干部就是决定性因素。而且这个干部是“非专业化”的、“非职业化”的。考察一个人怎样，能不能做官，主要看他良心怎样，道德怎样。如果从道德角度看，一个人是公正的，能抵住强权，这个人就是一个青天大老爷。从“青天大老爷”的角度看，法律制度是不起作用的，或者说法律起不起作用，看谁在用那个法律。中国社会的这种观念，有历史形成的原因。人遇到问题，不是寄希望于法律，而是寄希望于人，寄希望于什么人呢？他就不停地向他认为能起作用的人反映情况。我们可以看到上访、告状信，特别是告状信，他经常写给的都是领导人，如胡总书记、温总理。“人治”社会里，官员就有这样的作用，作用是无比巨大的，是决定性的。而这背后呢？则是法律和制度不起作用，或不怎么起作用，因为法律能不能起作用，关键是看干部，这样法律就不那么重要了。“人治”社会的特点决定了官员不需要专业技能、知识，关键看他有没有良心，看他素质怎样。在“法治”社会下，法律与制度要发挥根本性作用，我们所需要的官员是执行法律制度的，所以他就成为了一个法官。他要严格

依照法律制度办理、处理案件。所以，马克斯·韦伯才会兴致勃勃地说，未来社会中，司法审判就像一个自动售货机，一头放入的诉状和诉讼费，另一头出来的就是判决。换成任何一个法官都是这样一个处理结果。他对专业化的东西有着无限期望。现在看，尽管任何国家司法都没有达到他说的那种程度，但是，同事同处已经成为一个司法标准。在马克思·韦伯表述中，人的因素不是那么重要，形象、威严变得不是那么重要。这就回到了“刚”性与“柔”性，你用一种什么方式来解决这个问题，在这个问题上，无论我们个人如何看待，或者喜欢刚性，或者喜欢柔性，都不是一个决定性因素。因为这取决于我们是否走向法治。

中国社会究竟是一个“人治”社会，还是一个“法治”社会？如果我们是一个“人治”社会，我们有没有希望过渡到“法治”社会？我的观点是：“人治”与“法治”不是一个人可选择的命题，而是社会发展的一个结果，在社会发展过程中所要出现的一个必然现象。今天报告的主题是“和谐社会与柔性司法”，我们今天谈到“和谐社会”建设，很自然有一个背景，这就是我们中国出现了许多不和谐的现象。如果我们是和諧的，我们就不用特意地强调和谐。这个不和谐已经发展到相当严峻的程度。在座的法官朋友们都有一定了解。当社会冲突到如此尖锐的程度，我们不能不思考，如何促进这个社会的和谐？我想起马克思对资本主义社会的分析，即大工业情况下，整个社会迅速分裂为两个对立的矛盾不可调和的阶级，资产阶级和无产阶级。在此之前，社会层面有多重矛盾，工人、农民等等，突然一下变成了两大阶级之间的矛盾，就是资产阶级和无产阶级的矛盾。整个的马克思的历史唯物主义都是围绕这个来论述的。他的观点是这种阶级斗争必然导致无产阶级专政。我们社会工业化进行到现在这一阶段，矛盾也非常尖锐，例如，社会流动性发生了很大变化。我们刚上大学的时候，一多半都是农村来的同学，因为高考这样一个机会，使他们的社会身份发生了很大变化，这叫社会流动性，底层的人民可以流动到上层社会，上层也可以流动到下层。中国社会中，人长期只能往上流，不能往下流。古代官员告老还乡，成为地方豪绅的一部分。现在官员退休，安置到城市干休所，没有继续发挥作用，更没有起到联系底层社会的作用。这个方面，高考发挥了相当大的作用，向平民开放，使普通百姓家庭出身的孩子有机会成为党和国家领导人。解决了底层向上层的流动，还没解决上层向基层的流动。这是另一个问题。目前的情

况是，由于教育资源的不均衡，导致农村孩子上学越来越困难。流动性发生了问题。谈到经济领域，在各个城市，个体户都是被打击的对象。整个社会产生了一种分裂，在分裂过程中形成一种对抗，中国有个很直接的表现就是“官”和“民”的对抗非常厉害，政府千方百计想多收税，老百姓千方百计想保住自己的钱。农村征地问题、城市拆迁问题，都是如此。最近发生的三鹿奶粉事件，石家庄市政府通知各个经销商先替生产厂家还钱，但是还钱之后怎么办？还通知各个医院必须无偿为结石婴儿治疗，治疗完之后又怎么办？政府不想掏钱买单，也没有理由为企业买单，但是企业又没有钱，破产了。怎么办？“利”字当头，其中没有什么高尚的东西，典型地反映了社会发展过程中出现了尖锐矛盾。过去我们姿态很高，说我们是为人民服务的，我们是公仆，小平同志说我是人民的儿子，当然谁也不把他当儿子看待，尽管我们都很尊重他。我们生活在这样一个社会中，一个平等的社会，我们不能再用老观点看待问题。在自己家里，一家人谁吃点亏是无所所谓的，而现在不是这样的社会，而是市场经济社会。这是中国社会发生的一种最深刻的变化，它由一个温情脉脉的人情社会转变为世俗社会。当然，这是中国人民必须要站起来的情况下，生产力必须要发展起来的前提下，而导致的社会变化。发展是必须的，对中国人民而言是不可选择的，谁不选择发展，在这个社会中就不能做领导者，没有领导力。所以，邓小平在十一届三中全会中，把人民群众日益增长的物质文化需要与落后的生产力之间的矛盾，作为社会的主要矛盾，作为当时社会的根本矛盾，这是相当敏锐的。但是，在解决矛盾的过程中，生产力的发展又导致另外一个情况，就是这个社会的分化，人和人之间的亲密联系发生很大变化，这种变化在中国不同地区产生不同变化，北方人情关系更重，理性化水平不高；南方人情关系淡些，理性化水平比较高。人际交往也是如此，过去有问题有矛盾，有人出来说句话，调解调解就摆平了，占了别人的地还给别人，杀了人出来道歉，今后不再发生，这个事情解决了。过去解决矛盾就是这样，领导出来解决矛盾也是这样。我领导的面子在这里，我提出一个解决方案来，你认不认我的面子？敢不敢不给领导面子？中国今天相当多地方，还是用这样的传统方式来解决矛盾，但是，中国也有相当多的地方解决矛盾的方式发生了变化，领导的面子不再那么重要了。为什么发生这样的变化，同样生产力发生了变化，导致了整个社会产生了分裂。在这样一个分裂的状态下，人和人之间靠领导、有威望的人

来调解纠纷这种方式，逐渐退出历史舞台。在人治社会，人和人之间存在亲密联系的社会，道德是非常重要的，而在人与人之间缺乏亲情联系、以利益为纽带的社会，道德逐渐被法律取代。现在，学校里的学生越来越不好管，因为过去那些管学生的手段，比如分配，现在不管用了。过去，管学生非常有效的手段就是分配，老师掌握分配学生的权力，掌握决定你下半辈子在哪里过的权力，你能不听话吗？现在的学生，自己找工作，不需要分配了，师生之间发生变化。需要依靠各种规则组织在一起。当社会发生变化，调整人们之间关系的规则发生了变化，如何把利益分清，必须靠大家共同商量产生的新的规则来管理而不能再依靠过去的老规则。在不同的社区，涉及家庭、婚姻有不同处理方式。但是让完全不熟悉的人坐在一起的时候，你给他讲那些习俗没有用，讲不同国家的方法也没有用。因为习俗只对熟人有用。社会的变化导致新的处理模式。

中国社会的转型有深刻历史渊源，这场社会转型必然导致“法治”的结果。十一届三中全会的时候，大家讨论究竟是要“人治”还是“法治”，还是“人治”“法治”并重。今天回过头来，“人治”或“法治”的结论早已形成，这个结论的形成不取决于这个讨论而取决于中国社会的发展需要，取决于社会发展对法治的需求。为什么中国社会的发展会导致对法治的需求？是因为社会发展过程中必然导致的巨大的社会分化，阶级和阶层的分化，阶级阶层根本利益的对立迫使推出新的调整办法，新的调整办法不应该是加剧这个矛盾，而应该缓和矛盾。古代一位“老爷”可以靠“面子”管理社会，维系整个社会团结的东西是人情。社会分化时，传统道德威望下降，需要新的制度取代它。新的制度带来治理方式的很大变化，法治社会执法者自身的权威性并不是很重要，关键是他要维护的法律制度的权威性。只有当法律制度有权威性的时候，“职业”才会有权威性。古代社会“老爷”要用各种手段形成自己权威，使自己有面子，因此，他一定要加强“刚性”手段，不惜使用各种手段。法治社会中，法官不过是执行法律。美国有句谚语，“法官是法律的嘴”，你不过是在表述法律。法官在现在社会，无论地位多么重要，实际上是隶属于法律和制度的。当法律和制度有权威性的时候，我们这个职业的群体才会有权威性。

今天谈和谐社会建设，面临这样一个问题，和谐社会是怎样一个和谐法。有这样一个观点，是牺牲法律的和谐来实现社会的和谐。这不奇怪，社

会矛盾不是极端尖锐的情况下，人们就想、也可以互相退让一步。大家凝聚在一起，互谅互爱，非常大气，形成人人有饭吃，人人敢说话的世界。但是，现在这个社会的矛盾是根本利益的矛盾。举个简单的例子，比如买房，买房就会评估房价，觉得经济不景气，房价肯定要降，但是开发商也有苦衷，单是房子的地价就已经达到五、六千块钱，你想让他三千块钱卖出去？那是不可能的，除非他急于变现，只赔不赚。那有普遍可能性吗？那钱到哪里去了呢，政府这里。土地出让金、各种税费等，房价中的一半左右是政府收了。政府然后拿这个钱来给大家建地铁、修公路、办教育。这就有矛盾了。农民不开心了，我的地每亩才五万块钱，你卖给别人每平方米就几千块钱，我不干。所以，利益争端就在这个地方产生了。这种情况下，光靠讲为建设社会主义的大局需要请大家牺牲自己的利益，这个可能性有多大？社会上是有这种觉悟的人，我们国家从来不缺少先进人物，但多数人呢？所以，利益需要制度来保障和维护。这就要搞法治，也就带来柔性司法的问题。

任何法律的存在都是为了促进社会和谐。如果不是为了促进社会和谐，我们建立这个制度干什么呢？就没有意义了。因为法律和制度的存在，我们执行法律的人，个人威望不再是第一位重要的东西，而是从属于法律和制度。只要法律和制度有权威，我们这个职业群体就会有自己的权威。从事这个职业就会有威严，所以，我们在执行法律过程中用什么方式来保证法律和制度的尊严，就成为下一步要讨论的问题，如何才能做到柔性司法？

三、如何才能“柔性”司法？

如何才能柔性司法？分为两个层面的问题。第一层面就是宏观层面，国家制度层面问题，这是一个前提。第二个层面就是国家机关执法过程中，如何做到柔性司法。

首先，宏观层面，专业化的各级国家政权是司法的前提。这里面有一个非常重要的观点，所谓和谐社会，一方面和法治联系在一起，一方面和国家政权联系在一起。过去我们一直把国家与法律联系在一起谈，后来政治学产生之后，国家就分出去了。因为分出去，我们容易忽视国家政权问题。任何法律都存在依靠什么力量实施的问题，现代法治社会，法律的实施都依靠专业化的各级国家政权，所有人治社会都有一个特点，是否定和削弱各级国家政权的权威和力量。和谐社会法治建设，首先面临靠什么力量推进国家法治

建设,靠什么力量推进国家现代化建设。有许多人认为,我们可以用直接诉诸于人民群众的办法推进法治建设。当然,现在一些案件办理过程中存在着错案,也会有人说,出现了不公正的司法,面对这样的问题,自然产生我们应该怎么解决的问题。存在两种根本不同的思路,一种是加强各级国家政权来解决,一种是削弱各级国家政权来解决。加强国家政权,就是完善国家各级政权机关的工作机制,充分发挥各级国家政权在解决问题中的主导作用;另一种思路则是不断监督、修正各级国家机关的决定,用监督、修正的方式在客观上导致削弱国家政权力量这样一个结果。马克思主义有个观点,就是国家和法律最后一定是要消亡的。他们为什么提出这个观点?是因为,他们认为国家和法律不可能最终实现社会公正。一个社会的公正问题不可能由国家与法律解决的,这是马克思转向历史唯物主义的一个认识起点。在之前,他信的是黑格尔,黑格尔认为法律和国家是社会公正的根本保障。黑格尔的《法哲学原理》认为,最高伦理理念的实现,就是国家。马克思一度信奉黑格尔,大学毕业后去实习,到国家机关一看,议会里参与辩论的人,代表的都是各自阶级的利益,并没有代表黑格尔所说的公共利益,所以,他开始琢磨这个问题,最后得出一个社会的公正不公正不是国家导致的,而是国家赖以形成的经济基础造成的,所以,必须对市民社会进行政治经济学研究。这样一个转向,得出历史唯物主义结论,经济基础决定上层建筑。在经济不发达的情况下,当然是相对不发达,这个经济的冲突最终要靠经济的发展来解决,生产力达到各尽所能,各取所需,国家和法律就不再存在了。社会公正问题才能解决。如果不能提高生产力,公正都只是表面上的。马克思历史唯物主义非常重要的一点,就是社会公正不能靠国家和法律来解决。这不是一个纯粹理论上的观点,而是给实践带来了重要影响的观点,各个社会主义国家几乎一开始都是不要“法治”的,不仅不要法治,统统都走过削弱国家政权的道路。列宁时期对国家政权本身就不是特别重视,都是人民委员会,以示自己是直接诉诸于人民的。不依靠国家机关,最后发展出需要特务组织来监督国家机关,完全是对国家机关的不信任。这个体制导致斯大林上台后把列宁时期的整个国家机关都颠覆了,把他的干部70%以上都枪毙了,这是苏联的一个实际情况。在社会主义建设中,我们遇到一个现实的困难,即各个社会主义国家都不是由发达国家出现的,而且是比较落后的国家。列宁提出苏联不再是国家,而是“半国家”;南斯拉夫领

领导人铁托甚至搞了“半国家”的实践。从中可以看出一个趋势，不信任各级国家机关。十一届三中全会，其实不仅是一次阐释经济发展的大会，更是恢复民主和法治，恢复国家政权的大会，使各级国家机关，能够健全正常地开展工作。邓小平非常强调国家政权的建设，1980年专门发表了《关于党和国家领导制度改革》的文章，强调要靠国家机关正常工作，依靠法律和制度而不是领导人个人的意志，维护国家和谐，促进国家经济发展。要建立制度，就是要建立信任各级国家机关政权的制度，当然这也是我们将来要做的事。提出社会主义初级阶段理论，加强国家的政权建设，是改革开放以来，中国共产党人对马克思主义的重要发展。

现在有一种思路，又想回到老的解决问题的思路上去。比如出现错案时，总是认为应该发动群众监督，应当多听网络监督意见。当然，这里边很多想法是正确的，但必须建立在牢固维护国家政权的基础上。如果动摇国家政权，就可能带来破坏国家机关、特别是基层国家机关权威性的问题。监督要加强，但更重要的是制约，因为监督本质上是加强中央集权，制约才能保证各级国家机关合法行使权力。什么时候监督，是由监督者来决定的，而且监督是选择性的，每年选择几个有代表性的问题进行监督。希望通过加强监督来保障人民权利，完全把问题搞乱了，因为加强监督的目的不是保障群众权利，而是保障上级权威。我们必须要靠一个更靠得住的东西，来保障群众利益，就是权力制约。制约建立在职权界限明确的基础上，我们必须要让各级国家机关承担起自己的责任，而不是有理由推卸责任。

建立职业化、专业化的国家机关，包括建立职业化、专业化的司法机关，是政权建设的根本。只要是上级，谁都有权改变下级国家机关的决定，国家机关何谈权威呢？在政权建设上，我们的思想至今并没有统一起来。在削弱国家机关的情况下，上级官员的形象都是“刚性”、“硬汉”的形象，完全靠自己的意志来做事。不断被削弱的国家机关并不能保证国家的长治久安，因为并不是所有的官员、法官都能像海瑞、包青天那样来考虑问题。从宏观来看，一个国家司法存在的前提就是国家政权建设，很重要，如果这个前提没有了，我们司法本身的界限就不存在了。

从微观角度看，首先当然就是依法办案，第二就是依法说理，第三就是建立和完善制度性的民主法治体制。我们是国家机关，是专业化的国家机关，我们是有专业知识的法官，我们需要有专业知识的法官是因为要实施国

家的法律，我们是为了实施国家法律而存在的一个法律精英群体。在严格贯彻国家法律问题上是不容怀疑的，用法律处理问题必须清晰无误，一个判决书出来谁也看不懂怎么行。当然必须依法办案。判决从结论来说是刚性的，但是这个结论形成的过程中，要依法说理，法律本身就是说理的机制，我们司法工作是国家政权的重要组成，是国家各项工作的一个组成部分，是国家机关的一个组成部分。一个偌大的国家怎么保障它的统一，必须所有的国家机关都按相同的法律来办事，从这个意义上说依法办事是必须的。但是办事过程中，必须是说理的，我们没有必要把自己弄成一个矛盾的焦点。很多案子判完后，当事人和法院搞得紧张得不得了，跟法官搞得紧张得不得了。有时候，是当事人胡搅蛮缠，这不是一般的问题，是挑战法律的问题，藐视司法的问题，对这样的问题我们却长期没有一个严厉的措施去处理它。有时候，更多的时候，则是法官的问题，说理不够，说理办法不多。说理活动解决的问题就是，要告诉当事人，法官为什么这样做，而为什么不能那样做。在内地，很多地方的法官会与当事人说，你这个案子之所以能赢，都靠兄弟我。同志们，这样不就把自己变成了矛盾焦点吗？本来法庭上是当事人之间的矛盾，现在变成了法官和当事人之间的矛盾。一旦说理不够，就把自己弄成了矛盾的焦点。法官在法律规则内严格办事，当事人你就不应该跟我闹，因为这不是我法官说的，而是这个法律规则说的。这个规定是哪里来的呢？规定是通过人民代表大会的多数人意见形成的。民主法治这个东西是一连串东西的整体，我们司法机关不过是依法办事的一个机构，所以，说理很重要。道理这个东西没有绝对正确的，同样的法律，也会有不同的理解，怎么才能说明白并让当事人不埋怨法官呢？这就涉及第三个方面，建立和完善制度性的民主法治机制，包括让人充分说话的制度。和谐司法的核心内容之一就是让每个人充分表达自己的意见。有学者研究，在刑事案件审判中，法官最容易打断的说话人是律师；民事案件中，法官容易经常打断的那个说话人通常会胜诉。如果在法庭上说话管用，说理充分才能赢，法官与当事人的矛盾还会那么大吗？“柔性”司法就是让你们当事人、律师自己说话。如果该说没说，该举证没举证，责任在你自己。在中国，只要案子错误，好像责任都在法官，这是不正常和不公正的。要建立民主制度，让每人发表意见。还有就是说什么话的问题。应该在自己职责范围内说话，形成少数服从多数的体制。国外只有最高法院采用少数服从多数，巡回法院都是独立负责。在中

国是司法民主，采用少数服从多数。民主的实现，基本前提是充分发表各自的意见，使大家在做决定前充分听取别人的意见。这些方面能做到，我们就能形成制度性的民主体制。制度性的司法民主体制的一个重要内容，涉及到我们对“法治”的理解。制度性的法制是法律和制度的组合，只有法律和制度是不行的，可能成为暴政或施行暴政的工具，所以要建立“法治”。但没有法律和制度，不可能形成“法治”，必须要有法律和制度。比如交通违章问题，违章了怎么交罚款，交通法里没有规定，但是各地政府都创造了一些制度性的东西来规范它。在广州很方便，在附近的邮局交罚款，然后我就可以回家了。有了“便利”，法律就能实施了。交两百，我能承受，就交；如果说要交两千，我就想找交警队的朋友，设法逃避；如果说一定要去芳村交，或者我在河源违章了非得回到河源去交，我可能想着不是如何交款，而是如何让别人把我的违章记录取消。所以，一个制度的设计和法律的实施实现是结合在一起的。没有一个好的制度，这个法律实现的成本过高，就难实现了。

柔性司法，就是要着眼于制度设计、制度建设，这是我们能做到的事情。制度建设的过程中，通过我们说理的活动，通过民主的方式，通过充分为当事人着想的方式来实现国家的法律。不是说国家法律是柔性的，而是说我们实现国家法律的方式是柔性的。国家法律实现的过程中，说到底是法律的功劳不是法官个人的功劳，我们只不过是去实现法律，法律和老百姓有矛盾也好，当事人之间有矛盾也好，都不应该转化成执法者个人与当事人的矛盾，或者法院群体和百姓之间的矛盾，我们仅仅是执行法律的一个群体和组织。要想消除矛盾，我个人认为相应的制度建设非常重要。必须把法律和实现法律的制度加以区别，同时重视法律的实施工作，也要重视配套的制度建设，有了一个“柔性”的司法活动制度，相信中国的法律会更容易实现，法律也就更有权威性，我们司法机关就能够实现和谐司法。

今天就讲到这里，谢谢大家！