



全国法律硕士专业学位教育综合改革试点规划教材

法学专题研究

(I)

RESEARCH ON THE SPECIAL TOPIC
OF LAW SCIENCE I

康均心 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社



全国法律硕士专业学位教育综合改革试点规划教材

法学专题研究

(I)

RESEARCH ON THE SPECIAL TOPIC
OF LAW SCIENCE I

主编 康均心



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学专题研究. (I) / 康均心主编. — 武汉: 武汉大学出版社, 2012. 6
全国法律硕士专业学位教育综合改革试点规划教材
ISBN 978-7-307-09538-0

I. 法… II. 康… III. 法学—专题研究—研究生—教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 026396 号

责任编辑: 田红恩 责任校对: 刘 欣 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北民政印刷厂

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 15.75 字数: 278 千字 插页: 1

版次: 2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-09538-0/D · 1143 定价: 32.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

编委会名单

顾 问	李 龙	曾令良	周叶中	蔡守秋	莫洪宪
主 任	肖永平	康均心			
委 员	肖永平	康均心	陈晓枫	张里安	宁立志
	林莉红	陈 岚	刘学在	李新天	徐亚文
	郭玉军	张庆麟	黄德明		

总 序

我国专业学位制度始于1991年的学位制度改革，最先设置的专业学位是工商管理硕士。离我国1980年开始实施学术性学位制度（学士、硕士、博士）仅有10年之隔。换言之，中国的学位制度，不论是学术性学位，还是专业学位，都历时不长，可以说正处于改革和探索之中。

法律硕士专业学位于1995年由国务院学位委员会批准设立，并于1996年起批准了首批8所高校开始试办法律硕士专业学位教育。在15年的发展过程中，法律硕士教育进行了多次调整和改革，主要包括：1998年组建了第一届全国法律硕士专业学位教育指导委员会；1998年启动了在职攻读法律硕士专业学位工作，其性质属于学位教育而不是学历教育，俗称单证法律硕士；1999年全国法律硕士专业学位教育指导委员会组织制定了《法律硕士专业学位研究生指导性培养方案》；从2000年开始，法律硕士招生考试实行全国联考，统一命题，统一阅卷；自2000年起，法律硕士教育只招收本科非法律专业的毕业生，不再招收法律专业的本科毕业生；2006年，第二届全国法律硕士专业学位教育指导委员会再次修订了《法律硕士专业学位研究生指导性培养方案》并专门制定了《法律硕士专业学位论文规范》；2009年，在国家大力调整硕士研究生教育结构、扩大专业学位种类和规模的背景下，法律硕士招生解除了对法律专业本科毕业生的限制，法律硕士专业学位一分为二，即法律硕士（非法学）和法律硕士（法学），招生规模也随之扩大；2010年，教育部批准64所院校开展专业学位研究生教育综合改革试点工作，其中，参与法律硕士专业学位教育综合改革试点的有17所，法律硕士教育进入了一个新的历史阶段。截至2011年，先后有8批高校经国务院学位委员会批准开展法律硕士专业学位教育，高校总数已达116所；全国法律硕士招生规模也由1996年的425人扩展至2011年的10600多人。

武汉大学作为首批试办法律硕士专业学位教育的8所试点单位之一，在过去的十几年里与其他兄弟高校一起，共同经历了我国法律硕士教育探索、改革和发展的历程，并于2010年再次获批成为全国法律硕士专业学位教育综合改

革试点工作的单位之一，开始对这一专业学位教育的未来发展之路进行了新的探索。

回顾过去，我们欣慰地看到，法律硕士教育从无到有，从诞生到成长，不仅为我国民主法制建设培养了大批高层次法律专业人才，同时对法学教育自身的改革和发展做出了积极贡献，其所取得的成绩是有目共睹的。随着依法治国、建设社会主义法治国家作为宪法确认的基本治国方略，法学教育，尤其是法律硕士教育，在国家法治进程及法律职业的专业化建设方面将发挥更加重要的作用。但我们必须清醒地看到，当下的法律硕士教育离其设立时的初衷还有相当的差距，离经济、社会、法治的发展对高层次法律职业人才的实际需求还有不小的距离。找出这些差距的症结，探索消除差距的思路和措施，正是实施综合改革试点工作要着重解决的问题。

近年来，武汉大学法律硕士教育立足职业教育定位，以强化法律硕士教育与法律职业的有效对接为基本改革理念，突出革新办学体制和优化培养模式两个重点，对外致力于强化与法律实务部门、法学教育及科研部门的合作，整合校内外多种资源，加大协同办学力度，探索办学体制创新；对内努力增加教育基础设施建设和教学资源的投入，切实按照培养高层次、复合型、应用型法律专门人才的要求，大力加强法律硕士课程建设，着力打造一支跨学科、跨校园、跨行业的法律硕士导师队伍，注重加强制度化建设，强调规范管理和科学管理，着力提高管理队伍整体素质。实施综合改革试点工作一年多来，在观念认识、改革思路、创新举措和执行落实等方面已经取得了可喜的进展。

借全国范围内积极推进专业学位研究生教育综合改革试点工作之机，我们组织了武汉大学法学院长期站在法律硕士教学第一线的教师撰写本系列教材，在武汉大学出版社公开出版，其目的主要有三：一是希望认真反思十几年来我们在法律硕士教育教学中的经验和不足，着力提高今后法律硕士教育教学的职业针对性，提高人才培养的社会适应性；二是希望将限于武汉大学法学课堂上的学生才能接触到的专业知识和理论方法，向更广范围的学习者公开，接受更多学习者的评价和检验；三是希望以本系列教材的出版为契机，就法律硕士课程教学问题，加强武汉大学与法律实务界的专家学者、法律教育界的同仁专家之间的交流切磋，以期相互砥砺、共同促进。

是为序。

武汉大学法学院院长

肖永平

目 录

法理学专题 社会矛盾化解的法律机制创新·····	1
宪法学专题 依法治国方略和国家管理体制的变革·····	16
行政法学专题 行政侵权责任法论纲·····	25
法律史学专题 能动司法与中国法律传统·····	63
刑法学专题 开启刑法理念的再提升之门·····	71
民法学专题 法学研究常用的理由和方法·····	87
经济法学专题 权力经济向法治经济的历史变革·····	102
行政诉讼法学专题 中国转型社会中的公益诉讼·····	112
刑事诉讼法学专题 中国刑事司法改革(1996—2011)述评·····	132
民事诉讼法学专题 民事审判监督程序的修改·····	144
国际经济法学专题 晚近国际投资条约的新发展·····	165
国际公法学专题 国际能源法与中国能源安全的法律保障·····	179
国际私法学专题 中国国际私法立法的里程碑·····	214
环境法学专题 论生态人的法律人模式·····	221
后 记·····	244

社会矛盾化解的法律机制创新

主讲人：汪习根教授

世界各发达国家发展轨迹中呈现的经济水平与社会矛盾的关联性已经成为一个必然规律^①，中国也不例外^②，在经济高速发展与社会急剧转型的双重作用下正面临着日益凸显的社会矛盾与危机。在诸多矛盾中，公权力与私权利、利益关系的顶端与末端、管理者与被管理者被认为是中国社会最容易发生冲突的领域，而官民矛盾被认为是当前中国最突出的社会矛盾。^③ 法律作为社会关系的调节器，在适时地回应与解决社会矛盾中理应发挥关键作用。但是，各种突发性群体性事件和错综复杂的社会矛盾对现有的危机管理制度和法治机制提出了严峻的挑战。探讨社会矛盾化解的法律机制成为法治秩序构建的当务之急。据此，本专题立基于法哲学的辩证视角，通过审视现有法律制度，以期探寻社会管理法制机制之创新之路。

① 根据世界银行公布的最新数据，2009年中国人均GDP为4909美元。而在人均GDP超过3000美元以后，社会将处于重要的发展机遇期与矛盾凸显期。See World Development Indicators Database, World Bank, 1 July 2010.

② 从地域看，上海和北京突破10000美元，7个省份在5000~10000美元，已进入经济社会能在短期快速发展的阶段；10个省份在3000~5000美元，处于城市化进程的突破阶段；12个省份在1000~3000美元，仍处于现代化和工业化的起飞阶段。参见汪孝宗等：《哪个省的GDP“含金量”最高？》，载《中国经济周刊》2010年第9期，第12页。

③ 参见郑杭生：《中国社会发展报告2007》，中国人民大学出版社2007年版，第103页；李培林等：《中国社会和谐稳定报告》，社会科学文献出版社2008年版，第325页。

一、在情理法动态平衡中优化释法说理机制

如何达致情理法三者的沟通与链接一直是困扰法律界的一大难题。西方分析法学与自然法学之争延绵千余年，主要是因为在这一关节点上纠缠不休所致。中国法学界和实务界对情理法的关系早有精辟论述，但对其沟通机理的研究却不甚了了。社会矛盾的化解必须依靠法律权威，而单纯的法律规则主义因规则与社会沟通的法理缺失导致公民社会与公共权力之间的关系断裂甚至异化、酿成社会不合作以致民众暴力抗法。而单纯的法律理想主义过于倾情于法律价值的抽象命题而缺乏形式理性的现实根基，使情理因其非文本化、非逻辑化而难以步入法律的现实王国。其实，“天理、国法、人情三概念，本质上是互相沟通而又相互矛盾的。三者互相沟通或同一之处，便是发现正确妥当的法律之标准”。^①要沟通三者，首先必须科学地界定情理的法律意义、理性地确立其运行边界。与日常生活不同，法律视野下的“情”指的是反映社会大众意志而非个人利益的“情意”和表达主流法律理念的“情感”；“理”指的是被社会公认的原理、公理、定理和道理。应当摒弃的是法不容情语境下的情理，而不是作为法律意志构成的情理。而就情理与法律的关系模式而论，情理需要借助于法律的规范性与准确性加以彰显，法律则以情理为渊源与依托。对情理的外化、固化、强化是法律的合法性前提。可见，情理是法律的实质内容，法律是情理的外在形式；情理是法律的优化基础，法律是情理的实现之道。民风、民俗、民情、民意与法律判断之间的兼容性与叠合度成为矛盾化解的一个逻辑始点。从实践理性上看，情理与法律的沟通机理依存于对情理的表达、发现与转化这三个环环相扣的链条。如果立法是法律对情理的第一次官方表达，司法是在立法不能时对情理的第二次发现，那么，法律大系统对“社会人”而非“法律人”公意的还原则是情理向规则的根本转化。

情理法相互融合的内在机理预示着此三者之间进行外在沟通的制度化构建之必要与必然，而发展出一套行之有效的释法说理机制则是一个基本的去路。释法说理机制的完善应当把握以下特点：（1）交涉性。在公共参与下弘扬说理的交互性与对话性，打破“说者”与“他者”之间的非平衡性，使政府、当事人各方以及社会公众充分表达各自的道理与情感，最终形成能够证成合法性的命题。因为法理交流应当是双向多元的，释法说理的过程不只是自上而下的命令，民众也不只是被动的受众，而应当是在打破话语霸权前提下的平等交

^① 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社2005年版，第139页。

流和在相互制约下的理性推理。司法权作为一种判断权，其公正性是以全体“剧中人”相互交涉的程度、范围与质量为基调的。而法治下的行政在本质上是一个对话与互动的过程，如美国于1946年制定的《联邦行政程序法》明文规定了联邦行政机构在行使制规（rule making）和裁决（adjudication）权力时所必须提供的“公共信息”（public information），包括对各行政机构的组织、职能与程序所要求的描述、行政决定的程序与实体规则、机构所采取的政策及其解释以及争议终审裁决中的多数与少数意见等。只有在知晓事实、法律以及将这两者连为体的全部信息的基础上，才能进行最有效的沟通与交涉，从而确保结论依据的充分性与说理的可信度。（2）关联性。在事理上，探求法律事实与客观事实间的真理性关联，以司法艺术的独有技艺复制生活并回归到真实生活，而非囿于剧场式的法律事实求证；在法理上，谋求法律规则与法律原则的内在一体化，而非停流于法律形式主义的外在文字，而是立足于字里行间的法律精神并以作为法律要素的法律原则为一切司法的灵魂；在机理上，追求事实与规范之间的逻辑关联性，强化推理的过程性与周延度、以理服人。就司法而言，“陈述判决理由是公平的精髓”。^①而对行政行为 and 执法而言，也概莫能外。所有公共决策和判断都必须基于科学的逻辑推理才具有广义的合法性，从而达到以具体的论证来说服相对方的效果。（3）程式性。释法说理应当注重表现形式与展开过程两方面的要求。从宏观上看，它必须贯彻与法律实施的全部过程和每一个环节，但是，在程序运行的全过程中，应当强化专门的释法说理环节并讲求形式化、标准化。可以考虑建立释法说理告知书制度，并分解为事前、事中与事后三个阶段分别进行。（4）法定性。这不仅是一个学术的共识，而且应当予以制度化、规范化。其实，在一些国家已经以法律的形式确认了这一制度。法国于1810年颁行的法律规定：“不包括裁判理由的判决无效。”^②“判决必须说明理由这一原则今天极为牢固地树立了，在意大利，宪法本身就作此作了规定。”^③英国著名行政法学家威廉·韦德曾说：“没有哪一个单独的因素比公共机构不负说明决定理由的义务更为严重地阻碍过英国行

① [美] 彼得·斯坦：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第99页。

② 转引自沈达明著：《比较民事诉讼法初论》（下册），中信出版社1991年版，第246页。

③ [法] 勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，法律出版社1984年版，第132页。

政法的发展了。”^①“当事人有权知晓裁判理由”最早被英国大臣权力委员会确立为自然正义的基本原则,^②该委员会强调应当给予相对方书面的裁判理由说明书。1957年,行政裁决与调查委员会进一步主张将裁判说理当成一项法定义务,因为:“一项基本原则就是程序当事人应当在裁判的最后一天知晓某一特定裁决作出的理由。如果缺乏理由,当事人声称他是恣意裁判受害者的言论便可以理解。”^③这一要求被翌年通过的英国《法庭与调查法》第12条正式确认。(5)开放性。借助于网络平台、信息公告栏、资料索取点等硬件设施,在划定国家秘密、商业秘密和个人隐私边界的基础上,及时、准确发布公共信息,让社会公众了解并理解权力运作的过程和结果,便于在获得知情权的同时为行使公共参与权利奠定信息基础;说理的过程与结论必须是开放的而非封闭的,否则势必导致暗箱操作。英国在2003年《刑事审判法》中明确规定:法官“必须在公开的法庭上,以通俗的语言和一般的术语,说明其决定所判刑罚的理由”;在德国,“刑事诉讼上的对判决理由的宣示为强制性的规定”,^④在公开的方式上分为口头当面宣读和裁判书面说明两类,并有严格的公开时限。释法说理机制最终的结果是使当事人知晓公共权力行为的依据与理由以及其结论形成的逻辑理路,如果不告知受影响的当事方并向社会公开,便无法获得当事方的认同,也难以得到社会大众的理解,更不利于接受社会的监督。

二、依法律功能二元论构建社会风险评估法律体系

中国古代的法观念将法与刑相等同,认为“杀戮禁诛谓之法”。^⑤在实践领域中,法的功能囿于惩罚、打压和禁止,长期以来强调治患于已然,而忽视防患于未然,其结果不免导致治标而不治本的单一功能主义。从法哲学的角度看,法律具有双重的功能,既能对已经发生的事态作出评判和处断,又可对尚

① [英] 威廉·韦德著:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第192~193页。

② Cf. Martin Wasik, the Sentencing Process, Dartmouth Publishing Co. Ltd, 1997, p. 106.

③ Cf. Martin Wasik, the Sentencing Process, Dartmouth Publishing Co. Ltd, 1997, p. 107.

④ [德] 克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第456页。

⑤ 《管子·心术》。

未发生的事态进行预防与防范。孟德斯鸠曾言：“一个好的立法者关心预防犯罪，多于惩罚犯罪，注意激励良好的风俗，多于施用刑罚。”^①

对矫正主义之一元法律功能论偏重惩罚这种认识误区的纠偏，在社会矛盾化解领域的前提性举措就是要建立一套具有法律强制力和可操作性的风险评估法律机制。风险评估的类型除了可以通过 GDP 和成本效率量化表示的经济风险外，还应当着重包括危及社会稳定和社会秩序的社会风险、导致国家权力合法性危机的政治风险和影响国家在国际社会中形象的国际风险三大类。对于任何一类风险，都应当建立起标准——次级标准——指标三级评价体系，使评估的内容细化，具有可适用性。同时，社会风险虽然与经济风险难以完全隔离开来，但是它是自成一类的独立系统，应当构建一套单独的评价标准，并对不同的风险标的进行分门别类的评估。以征地补偿纠纷为例，除了将征地纠纷按照性质、根源、强度划分不同类型以便区别对待外，更为重要的是，应当在社会成本之下，构建次一级的标准和具体指标并分别赋值。在征地纠纷社会风险评估标准构建中，相关次级标准和具体指标参数可分解为：第一，主观标准：被征土地使用权人可能获得补偿的满意度；这一标准又可拆分为直接利益和间接利益、物质利益与精神利益两个次级标准，而直接物质上的满意度又可分解为土地补偿、劳动权与地上附着物补偿^②之认同度三个具体参数，间接精神利益则可分解为生活习惯与生活便利影响两个具体参数。第二，主体标准：利益关联方结构分析，包括利益正相关与利益负相关两个次级标准，它们又可分别拆分为利益方所涉及的范围、分布地域、人数规模、年龄与实际职业状况五个具体参数。第三，客体标准：可能引发纠纷的对象构成分析，细分为被征土地使用权人的心理预期与实际补偿之差异及其原因评价、法定补偿与实际补偿之差异及其原因评价两个具体参数。第四，比较标准：法律标准、社会标准与政府标准之比较，主要用以检测法律承受力、社会承受力与政府承受力三者之关

① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆 1959 年版，第 98 页。

② 根据《中华人民共和国土地管理法》第 47 条规定：“征收土地的，按照被征收土地的原用途给予补偿。征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。征收耕地的土地补偿费，为该耕地被征收前 3 年平均年产值的 6 至 10 倍。征收耕地的安置补助费，按照需要安置的农业人口数计算。需要安置的农业人口数，按照被征收的耕地数量除以征地前被征收单位平均每人占有耕地的数量计算。每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准，为该耕地被征收前 3 年平均年产值的 4 至 6 倍。但是，每公顷被征收耕地的安置补助费，最高不得超过被征收前 3 年平均年产值的 15 倍。”

系，并将以上因子代入经济效率之中进行比例测算，便可得知社会风险与经济效益究竟孰大孰小。

风险评估指标体系构建固然重要，但如果没有硬法的保障则不足以自行。其中的关键在于赋予这一机制以法律约束力和强制执行力。风险评估法律机制的建构主要包括三方面内容：其一，风险评估机制必须法定化。各级地方政府在项目上马前通常能够出具书面的可行性研究报告，但该报告侧重于立项依据、市场需求、应用前景、投资效益等旨在证明项目可行的内容，而忽略甚至回避项目的不可行性因素尤其是社会风险分析。因此，风险评估的指标体系和报批制度需要通过法律加以确定，使其具有法律效力。其二，法定化的风险评估机制需要高效率的执行与实施机构作为执法主体。根据地方政府的实际情况，既可以设立单独的风险评估中心，也可以在现有的项目主管职能部门内部增加风险评估这一特别的新型职责。无论采用何种方式，从事风险评估的人员必须职业化、专门化和法定化以及可归责化。这样能够防止风险评估的形式主义：当项目在实施过程中产生严重的社会问题时，如果出具风险评估报告的机构和人员没有严格履行法定评估职责，就应当承担法律责任。其三，社会风险评估是一道必经的法定程序而非选择性事项^①。非经风险评估，任何决策不得实施、任何项目不得上马。现有的项目评估往往偏重于经济风险的考量，这固然正确，但不能唯经济论，只有通过社会风险的综合评估才能实施。

三、以公权力特质为基点创构区隔与融贯互动的调解制度

调解在现代中国的命运可谓一波三折，充满艰辛。在新中国成立初期，民事纠纷的解决实行“依靠群众、调查研究、调解为主、就地解决”的方针^②；到20世纪末，特别是1991年《民事诉讼法》的修订删去了“着重调解”一词，调解日渐式微；2004年最高人民法院确立“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”的审判原则，2009年进一步确立为“调解优先、调判结合”的工作原则。无论是作为正义实现最后保障的司法判决，还是作为东方经验理

^① 对评估程序法定化问题，以征地为例，《中华人民共和国土地管理法》第46条规定：“国家征收土地的，依照法定程序批准后，由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。”但是，并没有规定这一法定程序必须包含风险评估环节。不过，可以以此作为风险评估的间接或概括式法定依据。

^② 谢觉哉：《最高人民法院工作报告》，1964年12月16日，参见 <http://www.chinacourt.org/html/article/200302/17/37285.shtml>。

性回归的司法调解，其目的都在于化解社会矛盾，恢复社会正义。其实，要化解社会矛盾，仅仅强调司法调解还远远不够，要构建“大调解”的非诉讼纠纷解决体系，具体包括司法调解、社会调解、行政调解、综合调解四个层次。之所以将这种非诉讼纠纷解决体系称为“大调解”，是因为其整合调解资源的力度之大，调处矛盾类型的范围之大，推进建设覆盖的范围之大，以及采纳运用时间的跨度之大。^①但是，在实践中和理论上尚存在两个问题亟待厘清：一是如何对待司法调解？司法调解是否有度？要科学地回答这一问题，首先必须正视不同类型调解的法律性质与价值功能，在理论上认清不同种类调解的基本属性和价值偏好是不尽一致甚至完全不同的。社会调解以人民调解委员会和其他纠纷解决社会组织为依托，通过劝说、疏导、协调，促使当事人在平等协商基础上自愿达成协议，解决民间纠纷，是体现民间自治的调解形式；行政调解即依托政府的职能部门，以行政机关的公信力为基础，主要解决公共行政过程中发生的纠纷，是体现政府管理的行政权运行形式；综合调解即由各级党委政法委员会负责，对重大、疑难、典型的社会矛盾进行集中调处，是体现党政联动的政治权力运行形式；而司法调解则是基于审判机关的严格法律程序所进行的调解，是一种司法活动而非像社会调解具有民间性、行政调解具有行政性，也不具备综合调解的政治性或政党性。因此，应当将既有利于社会和谐、实现公正、维护人权，又遵循司法运行客观规律作为选择调解还是判决结案的最根本标准。这绝不是空谈，就司法本质特征与形式要件分析，司法对社会正义的实现主要仰仗于一套完整规范的程序与专业精致的技艺，所以，对社会矛盾的调处，不可只局限于司法调解，而是应当因时制宜、分类处理，在不同时期对调判关系进行不同定位并及时进行调整，比如在社会矛盾激化与尖锐期，就可以强调调解优先。而就司法资源总量而言，司法实现其使命的最基本方式依然是判决；站在法治长远发展的历史进行观察，亦应以判决作为司法解纷的基本方略。因为，司法调解在本质上是商谈理论的法律实践形式之一，作出和兑现有关命题的合理共识之诺言的是理论商谈，而作出和兑现有关规范的合理共识之诺言的是实践商谈；在实践商谈中，“具有有效性的，只是所有可能的相关者作为合理商谈的参与者有可能同意的那些行动规范”。^②没有对规范合理性

① 参见吴志明主编：《大调解：应对社会矛盾凸显的东方经验》，法律出版社2010年版，第30~31页。

② [德]尤根·哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于民主和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2003年版，第132页。

的共识,就不可能在司法上商谈成功。而要较之于调解,判决对规范的依赖性以及判决本身的规范性显然要强得多。可见,规范适用的最基本方式是司法判决而非调解。从法律价值上讲,调解的核心价值在于秩序,而司法的最核心价值在于正义;调解与司法在定纷止争的秩序价值上是一致的,但在对正义与公平的司法价值追求上则发生了一定程度的错位。从法律实效上看,调解与司法的实际权威性与强制性这一本性存在某些不尽暗合之处。如果以调解取代判决,只会损害法律的威严。因此,司法调解应该有一个刻度和限度,而不能毫无节制或被当做司法行为之优劣评价标准。但是,这绝非意味着对司法调解地位的贬低或轻视,而是要实现司法调解与非司法调解的对接与融通,将司法调解置于社会矛盾处理大系统中进行科学定位,以便于更好更有效地发挥调解的作用。

二是如何对待非司法调解?非司法调解的理论价值和实践意义应如何发掘?从本质上看,非司法调解是社会组织体自我维系与自我修复的有效方式,具有类似于环境的“自净”价值意义。社会组织的自治性、社会性和大众化,与纠纷的调解解决在社会心理、自治模式和行为方式上不谋而合。所以,如果司法调解应该有度,那么,非司法调解则是无度的。细言之,非司法调解消除了司法对规则的高度依赖性,而植根于参与者的共识之中。但是,当事人往往由于主观利益或客观理解上的不同而存在种种“判断的负担”(the burdens of judgment),进而造成了“合理分歧”(reasonable disagreement),所以我们经常只能满足于“重叠共识”(overlapping consensus)而不是“受束共识”(qualified consensus)^①,即哈贝马斯所称的“基于理由的共识”(begründete konsensus)^②,亦即基于论辩各方所认可的同样理由的共识。而后者正是司法调解而非民间社会调解的基础。既然不同的人基于不同的理由可以达成重叠共识而非基于对规则理由的一致共识达成基于理由的受束共识,而社会矛盾各方的利益分歧又是如此的尖锐,那么,单靠立足于受束共识的司法调解就显得过于单薄。恰恰相反,非司法调解尽管不能违反法律,但可以动员不同利益主体

① [挪威]哈罗德·格里门:《合理的退让和认知的退让》,载 G. 希尔贝克、童世骏编:《跨越边界的哲学——挪威哲学文集》,童世骏等译,浙江人民出版社 1999 年版,第 385 页,注 3。

② [挪威]哈罗德·格里门:《合理的退让和认知的退让》,载 G. 希尔贝克、童世骏编:《跨越边界的哲学——挪威哲学文集》,童世骏等译,浙江人民出版社 1999 年版,第 135 页。

对同一纠纷事实进行不同价值理解，并且在不同理解的基础上达成一致。而这种“相同对象——不同理解——共同结论”的模式较之于“相同对象——共同理解——共同结论”模式，虽然并不理想，但更为大量地存在着且更为实际。可见，非司法调解具有基础性。如果说司法是正义的最后一道防线，那么，社会调解则是第一道防线，可以把矛盾化解在激化之前；而且社会调解程序简便、灵活多样，无须当事人交纳费用，有利于节约社会成本和提高矛盾化解的效率；再则，它具有预防性与和谐性。除了承担化解纠纷的职能之外，还能够促进社会共识的形成和道德情感之维系，从而实现“调解一件、教育一片”的功能，有利于防止群体事件、恶性刑事案件、上访缠讼事件，防止因为矛盾扩散导致的经济、社会风险政治化，政治风险国际化。

构建大调解的非诉讼纠纷解决机制，其实最重要的问题不在于也不应当过度扩张司法调解，而是如何完善和拓展非司法调解。为此，首先要重新进行价值定位。调解的价值不能局限于息事宁人的工具理性层面，而应当转变到保障公民权利的本体论上来认识。调解通过重新划定引起矛盾的各方利益的合理界限，最终使受到侵害的权利得以归复，从而区别于“和稀泥”和应付式执法。而调解的执行力来源于对调解员及其调解活动的制度保障，而现有社会调解或非司法调解的立法效力位阶低下，有的调解形式的法律依据尚付之阙如。仅就调解员的任职条件看，1989年国务院发布的《人民调解委员会组织条例》第4条规定：“为人公正，联系群众，热心人民调解工作，并有一定法律知识和政策水平的成年公民。”2002年司法部发布的《人民调解工作若干规定》第14条对此补充为：“担任人民调解员的条件是：为人公正，联系群众，热心人民调解工作，具有一定法律、政策水平。乡镇、街道人民调解委员会委员应当具备高中以上文化程度。”而2010年8月28日通过的《人民调解法》第14条规定：“人民调解员应当由公道正派、热心人民调解工作，并具有一定文化水平、政策水平和法律知识的成年公民担任。”将“高中以上文化程度”修改为“一定文化水平”。其实，对不同区域和背景下调解员的文化程度不可也不必作出千篇一律的硬性规定，对那些确实德高望重、调解水平高的人士，即使文化水平没有达到高中毕业程度，也可以选聘为人民调解员。但是从总体趋势看，人民调解员的文化水平应该有所提高。关于这一点，从该法第22条可以看出：“人民调解员根据纠纷的不同情况，可以采取多种方式调解民间纠纷，充分听取当事人的陈述，讲解有关法律、法规和国家政策，耐心疏导，在当事人平等协商、互谅互让的基础上提出纠纷解决方案，帮助当事人自愿达成调解协议。”可见，调解员既要具备良好的道德、心理素质，又要知晓法律政策、

掌握明法析理的技巧。而不达到较高文化水平和专业知识程度的人员显然是难以胜任的。而且,调解组织规模与人员数量的确定也应当与不同地区或组织的实际需要相结合,其职能分工也应该增强,逐步改变人员数量与素质结构,实现调解人员的正规化、规模化和年轻化。而从对调解的组织管理上分析,《人民调解法》第5条规定:“国务院司法行政部门负责指导全国的人民调解工作,县级以上地方人民政府司法行政部门负责指导本行政区域的人民调解工作。基层人民法院对人民调解委员会调解民间纠纷进行业务指导。”这里只是在宏观上确定了司法行政机关和人民法院对调解委员会分别进行行政和业务双重指导的组织构架。在这一抽象性法律原则下,必须着力研究解决好下述问题:司法行政机关对人民调解委员会进行指导的原则与方式、范围与手段究竟有哪些?人民法院与调解委员会之间的权力/权利配置与指导/协作模式以及具体操作机制究竟如何构建?两者之间的关联度与关联程序与效力究竟如何确立?这是在该法中没有具体规定而在调解实践中又不可避免、亟待解决的前提性问题。为此,应当根据《人民调解法》这一上位法从制定行政法规和地方性法规两个层面入手,因地制宜地进行细化规范,强化非司法调解的法律效力。而人民调解与行政调解协议书并无直接向法院申请强制执行的法律效力。但根据《人民调解法》的规定,经人民调解委员会调解达成的调解协议,当事人可以共同向有管辖权的人民法院申请司法确认。经人民法院确认合法有效的调解协议书,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,他方当事人可以向人民法院申请强制执行。事实上,有两个问题尚需解决:一是对综合调解的法律效力与实际执行问题,应该明确规定为与社会调解一致;二是对非司法调解的法律效力之确认与续接问题,可以打通公证与司法两个渠道供当事人选择,而不是仅限于司法确认。对经过公证确认的有实体内容的社会调解协议,应当赋予其可以申请强制执行的效力。

四、在程序理念创新下构建协作型法律实施关系模式

任何正义的实现都不能无视程序,程序与实体一样也具有实质意义而非仅有工具性价值。但是,单纯的独立的程序正义不应仅仅囿于西方那种“看得见的正义”,还应当在“看得见”的基础上使法律行为人为人“看得懂”和“看得透”,从而达到最佳的认同效应。此所谓“三位一体”的程序正义新思维。其内在根据在于,一切法律适用都应当同时达致形式正义和实质正义的统合效应。基于社会公平的正义观强调社会全体成员在机会、过程、规则和结果上获得公正、平等、均衡的对待,从而促进主体间的协调发展。尤其是在面对社会