



法律之上的智慧——诉调对接

刘慧萍

法律就是伸张正义,这似乎是一条颠扑不灭的绝对真理。但正义之上还似乎应该有些什么?按西方文艺复兴后的观点,正义之上还应该有智慧。许多时候,真的很难分清是非,问题的解决需要靠智慧。

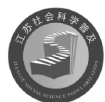
一、关于法律之上的智慧

(一)生活常理

有一个古老的传说,所罗门国王遇到疑难案件,两位妇女都说自己是一个婴孩的生母。那时医学还不发达,还没有亲子鉴定。国王没有办法,故作沉吟,表示自己技穷,只能将孩子一劈两半。其中一位妇女当即表示,自己不是孩子的母亲,请国王一定不要刀劈孩子。国王立即说,这就是孩子的母亲,孩子归她。当然这只是传说,但却演示了一个运用常理,运用智慧判案的例子——生母肯定不忍看自己的孩子死去。

(二)程序正义

著名法学家边沁曾讲过这样一个故事:两人分一块饼。只能用刀来切,没有任何尺子、天平什么的测量工具来保证一刀下去饼能公平地被分成平等的两份。也就是说,两人都有可能在这次利益的分配中吃亏或者占到便宜,这次分割,将注定是难以达到实质公平





的。那么,怎样做才能让两人心服口服呢?边沁给了一个答案:一人切,另一人先拿。

法理曰:法的正义包含实体正义和程序正义。但两者不能兼顾的时候,我们要如何作出取舍?康德曾就此有过精彩的阐述,他说:“一次不准确的判决污染的只是水流,而一次不公正的判决污染的却是水源。”实体正义和程序正义,无论哪一个,都不比另外一个距离真正的正义更近。但是,程序正义,却离法律的正义更近。

(三)举轻以明重

瑞士境内的阿尔卑斯山下有一条美丽的小溪。这里水流湍急,是大马哈鱼一年一度溯游而上,回到河上游产卵的必经之地,同时,这里也成为了钓鱼爱好者的理想渔场,每年因钓鱼给大马哈鱼群带来的灾难性损失,据说是自然损失的好几倍。于是瑞士政府在河边立了块牌子,上面用各种文字写着“禁止在此钓鱼”。可是,问题来了,不可以钓鱼,是不是可以用其他方法捕鱼呢?于是就有当地居民在浅滩处设网捕鱼,据说每天都能满载而归。政府不依了,说这违反了法令,可捕鱼者也振振有辞。说你只说不可以钓鱼,没说不能捕鱼啊。官司一直打到瑞士的最高法院,法官认为:禁止钓鱼是为了保护大马哈鱼群不受自然力以外的侵袭。而捕鱼对大马哈鱼群的威胁远甚于钓鱼,故禁止了一切对大马哈鱼的捕捞活动。捕鱼者还被判了监禁。

“法无明文规定不为罪”,这是所有法律的一个基本法理。但是,什么叫“明文”?是一定要写清楚罪名、犯罪构成、主客观要件等犯罪各个方面的条文才叫“明文”吗?法官只能依据这样的法条来判决案件吗?不!“明文”是指那些透露着立法者意图的条文,在欧





美法官的职权范围内,有一些诸如“自由心证”和“类推”的判案方法。说的是法官可以直接依据自己的正义观念和对立法意图的理解来判决案件。“法无明文规定不为罪”并不是叫人因循守旧,而是为防止司法权力的膨胀。试想,假如法律只规定了不准盗窃,那么就标志着你就可以去抢劫吗?

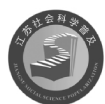
(四)审判者的地位

金庸小说《射雕英雄传》有这样一个情节。铁掌帮帮主裘千仞作恶多端,终于被几大高手围于华山绝顶,眼看就要性命不保了。他情急生智,提出了一个著名的法学命题:你们今天要打我杀我,说我罪该万死,可是作为审判者的你们,难道就没做过什么该死的事吗?如果做过,还好意思来审判我吗?于是那些正派高手一时都傻了眼。

前面我们讲的都是被裁判者的故事,这里说的却是裁判者的事。西方法理有云:任何人都不能做自己的法官。意思是裁判者应该保持中立,与双方利益无涉。说到底,是一个裁判者地位的问题。

以上讲的几个小故事应该对大家有所启发。许多时候,矛盾摆在面前,真的很难分清是非。所以法律上的事通常也没有这样简单,没有这样泾渭分明。个人因看问题的角度不同,也因其利益不同,同一件事会有截然不同的看法。所谓事无两样人心别。

那么谁是智叟呢?谁能找到法律之上的智慧呢?中国封建社会,老族长是所有问题一人扛。现代文明社会中,这个任务由法官来完成。法庭上有律师会问“你现在是不是不打老婆了?”法官会当场喝令其住嘴,否则以蔑视法庭论处。这个问题是与不是都是承认自己有罪。智叟也有犯混时候。1957年,美国最高院便以判例肯定





了奴隶制的合法性。既然如此智慧从哪里来?好在美国法官有自知之明,自己立下条规矩:持不同意见的法官可保留自己的意见,并写入判决意见书中,昭示天下。

在今天的世界上,狭义的知识已经不太重要,上网查就行了。难的是判断,既然是判断就会智者见智,仁者见仁。智慧应该是个两难问题。我认为法律智慧的精髓是法官说理,法官说理与否,或者怎样说理的问题,需要放在特定的语境中,在说服者与被说服者之间的关系中加以把握。只要大家相信这种结果是公平的,就是合理化的过程。法律之上的智慧让我们不由引出调解的概念。

二、关于调解的魅力

(一)调解的渊源和基础

1. 调解的历史渊源。调解在我国有很长的历史渊源。在中华民族几千年的历史长河中,“调解”作为纠纷解决的一种方式,一直得到延续不断的运用和发展。根据史料考察,我国历史上实际存在过三种不同形式的调解:乡治调解、宗族调解、民间调解。人民调解是历史上调解的继承与发展,主要渊源于崇尚和睦团结与排患解难的民间调解。

2. 调解的文化基础。中国的儒家和墨家,都把“爱人”作为自己理论的重要原则,要求做到“爱人若爱其身”,“推己及人”,“己所不欲,勿施于人”,即要互相谦让,不要争斗,在人际关系中崇尚“和为贵”。这是调解制度之所以长久流传的深厚历史积淀。

3. 调解的社会基础。调解的顽强生命力还来源于其他特有的社会原因。国人历来诉讼意识淡漠,遇到权益纠纷,首先想到找人调停,很少想到法院诉讼。在古代,从统治者的“息讼”到百姓的“厌讼”





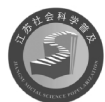
使大量的民间纠纷通过包括家族族长的定夺、亲戚朋友的化解来解决。其次,传统的“家丑不可外扬”心理,使人民调解得以盛行。

4. 调解的法律基础。2010年8月28日,人民调解法经十一届全国人大常委会第十六次会议表决通过。该法将于2011年1月1日起实施。调解协议效力可由司法确认。法律规定,调解协议具有法律约束力,当事人应当按照约定履行;双方当事人认为有必要的,可以向法院申请司法确认;经法院确认合法有效的调解协议,一方当事人拒绝履行或未全部履行的,对方当事人可以向法院申请强制执行。

5. 调解的对象广泛。按照法律规定,除当事人不同意调解或有关身份关系的案件,所有案件都可以调解。婚姻家庭纠纷和继承纠纷,劳务合同纠纷,交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷,宅基地和相邻关系纠纷,合伙协议纠纷,诉讼标的额较小的纠纷,在开庭时必须进行先行调解。一般说来,村居、社区内的民事纠纷有三大类,一是家庭纠纷,二是邻里纠纷,三是社会纠纷。这就占了法院受理案件的50%,这些事有的虽说琐碎,却关系到当事人的切身利益和社会稳定。不上法庭,通过人民调解在自家门口就能把“理”说“拢”了,何乐而不为?

(二)调解以及调解的好处

弗吉尼亚州调解公司 Mediation Works 的总裁珍妮特·图梅说,调解是解决争执的过程,这个过程的特别之处和关键所在是,有一个第三方,也就是调解人,帮助冲突双方达成都感到满意的解决办法。调解人要不偏不倚,不对双方应该怎么办做出决定,也不试图劝说任何一方,而是帮助他们交流,以尽可能达成协议。





根据专家的统计,在美国,大约 95%在法庭提起的诉讼在案子没有被审讯之前就得到解决了,其中有很多是通过调解解决的。调解程序要比诉讼程序花钱少得多,它不对外公开,不受公众的监督,这是当事人喜欢的,而且调解是出于双方自愿,因此不用承担什么风险,当事人可以随时撤出调解。调解还可以减轻法庭的负担。

(三)如何进行调解

调解员鼓励争执双方彼此讨论他们需求的性质以及可能的解决办法,调解员确定的主要不是争执双方的法律立场,而是他们的根本利益。例如如果某人被公司解雇,她以自己被错误的解雇而提出诉讼,那么从法庭的角度看,她可能是希望得到上百万美元的赔偿。但是,她真正需要的却可能是重新得到失去的工作,或者有一封好的推荐信,让她能找到另一份工作。所以调解员的工作是从法律的解决办法中找出争执双方根本利益所在,从而使他们把精力用在满足这些根本利益上,而不是法律的解决办法上。

一个假设的例子进一步说明这个问题。两家大公司为一个桔子园打得不可开交,这个园林有上千株桔子树,双方都说自己拥有这些桔子。一家公司提出诉讼、另一家公司提出反诉讼,看上去双方一定要对簿公堂不可。但是,后来双方同意在让法庭审理此案之前接受调解员调解,他们通过交谈了解到其中一家公司需要的是桔子汁,另一家公司需要的是桔子的外皮,这样他们的根本利益并没有发生冲突,因此就通过调解把问题解决了。解决办法是争执双方自己找到的,而不是别人强加给他们的,因此,双方通过调解达成的协议要比法庭的裁决更牢固和持久。当然,这也不是绝对的,是否选择调解完全取决于当事人自己。

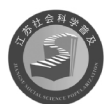




几种调解方法介绍:

1. 过错剖析法。一般说来,民事诉讼中原被告均存在一定的过错,只不过是双方承担责任的比例不同罢了,有很多原告起诉到法院,是为讨一个说法,出一口气,寻找心理平衡。在处理人身损害赔偿类纠纷时,一般是双方分担责任,很少有一方承担全部责任的案件。因此在审理过程中,法庭调查结束后,主审法官便可作一个小结,认定证据,查明基本事实后,要对责任大的一方,一般来说应是被告进行批评教育,尽管有时纠纷是因为过错小的一方引起,此后也要指出过错小的一方在本案中应承担的责任。总之要出于公心,居于中立,说公道话,尽管双方都受到批评,只要责任划分得清楚,他们内心还是服的。在此基础上,根据双方过错大小,经济承受能力等因素进行调解,一般都能达到较好的效果,标的小的案件甚至可以当庭履行。

2. 背靠背法。在很多民事案件处理过程中采用“背靠背法”会取得一些意想不到的效果。只有知晓两方的情况,才能找准调解的突破口。如在处理民间借贷纠纷过程中,通过了解双方的经济承受能力后,可以背靠背做工作,与被告谈时,可以谈到法律的规定,谈如果原告不让步,被告必须在判决生效后的一定期限内全部返还本息。否则法院采取一些必要的强制措施,被告既丢了面子,又受到经济损失。与原告谈时,可以讲一些被告的实际困难或因天灾人祸造成目前不能及时清偿债务的现状,与其“鱼死网破”不如要被告订一个切实可行的还款计划,逐步清偿债务,在双方的观点基本趋于一致时,再面对面地调解,便很容易达成协议,此中很多背靠背做工作时讲的一些道理是不能在面对面场合讲的,否则会取到





相反的效果。

3. 亲情融化法。有些家庭矛盾是因一时之气或因鸡毛蒜皮的小事引起,有的矛盾越闹越深,双方都不愿放下架子,但从双方内心深处来讲,是愿意和好的,如赡养纠纷等,有的是父母与子女间矛盾,有的实质是兄弟间的矛盾。此时,可与子女沟通,让他们回想父母十月怀胎的苦楚、把他们拉扯大的艰辛、在他们成长过程中父母所奉献无私的爱。乌鸦且有反哺之情,羔羊还报跪乳之恩,况且人乎?尊老爱幼、赡养老人是中华民族的传统美德,也是每个公民应尽的义务。血浓于水,于情于理触动子女的灵魂,情景交融,使其回顾过去亲情的可贵和目前反目成仇而带来的情感伤害,使双方能求大同、存小异,大事化小、小事化了,这样,调解便水到渠成了。

4. 冷处理法。善于捕捉调解信息,掌握调解时机是做好调解工作的重要环节。一般情况下,对民事案件的调解宜早不宜迟,对外力影响小、诉讼成本较小的案件在立案初期调解,效果会很好。但有些案件则相反,宜采用冷处理法。如离婚案件,多年的夫妻从走向婚姻殿堂到走进法庭大门,双方必定经历了激烈的思想斗争和心理矛盾过程,有的是因为与对方父母关系僵化造成,有的则是由于一时误会或一时冲动所致,双方一个“钉子”一个“斧头”,互不相让。如果在双方的气头上进行调解,必定是事倍功半,闹得不好还会两头受气,此时宜采用冷处理,叫双方回去考虑一段时间。在这段时间里,双方的亲戚朋友同事同学等身边的人必定会做一些和解工作,同时也帮助双方解开一些疙瘩和消除一些误会,有的当事人会主动来撤诉。没有完全想通的当事人也会有不同程度地动摇,主审法官这时可乘热打铁,加大调解力度,这样,和好的可能性便





大大增加。“冷处理”需要注意的是不能久“冷”而不处理,要通过各种渠道不断了解双方的思想动态,以便掌握最佳时机,同时要避免久调不结,尤其是要避免超审限的现象发生。

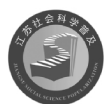
5. 法官、人民调解员、委托代理人互动调解法。对一些当事人有委托代理人的案件调解时,法官主动与代理人沟通共同商定最佳调解方案,与代理人一起做当事人的调解工作,这样当事人更容易接受,从而促成协议的达成。还可以邀请当事人所在村的村干部、有威望的人参加调解工作,他们更了解当事人的实际情况,对当事人更有说服力,增加了调解的透明度,同时在法官的正确引导下积极促成协议。另外在村委会调解时法官也可以主动参与调解,指导村委会依法调解,与村委会共同努力协调一致,利用换位思考法让当事人站在调解员的位置上思考,让当事人也感受到调解人员的诚心和解决问题的诚意,使调解工作更具人性化,在和谐的气氛中达成协议,这样会取得更好的社会效果。

民事调解工作是一项关系到人民内部安定团结的重要工作,调解的方法很多,调解成功与否,调解率的高低,可以折射一个人的综合素质。调解首先取决于审判员的责任心和责任感;其次,通过调解还可折射出一个人的业务素质 and 调解智慧。

三、诉调对接工作势在必行

(一)诉调对接的功能定位

诉调对接的首要特征就是主动服务,把群众的矛盾纠纷解决在萌芽状态,解决在基层。尽管建设社会主义法治中国是我国的根本方针,但是,这并不意味着所有的矛盾纠纷都要到法院解决,法院也不能包揽所有社会矛盾纠纷的解决。诉调对接机制的功能是





在人民法院和其他社会组织之间建立以化解矛盾纠纷为目标的沟通渠道,达到建设稳定和谐社会秩序的目的。因此,建立诉调对接机制不是仅仅为了减轻法院的负担,而是探究中国特色法治道路的需要,更好地维护人民群众根本利益的需要,建设和谐社会的需要。只有从这一高度认识和落实诉调对接机制,才能使之不被“虚化”,不被架空。

(二)诉调对接机制的完善

1. 建立点面结合的矛盾纠纷受理网络。争取党委政府充分支持,用自上而下的方式推动诉调对接框架网络的建立。把诉调对接工作开展纳入各乡镇街道、各部门(包括公安、工商、妇联、劳动局、工会、消协、建设局等)的社会综治工作考核范围。加大考核力度,把各乡镇(街道)矛盾纠纷发案率、案件调解率、调解成功率作为衡量工作业绩的工作尺度之一,制定刚性指标任务,并注重考核指标上的合理性。进一步明确相关执法部门职责,将调解率作为考核工作内容,鼓励工会、妇联等群众组织参与纠纷调解。从根本上改变各单位、部门消极不为的局面。形成“地方党委积极主导、职能部门通力合作、社会力量广泛参与”的工作格局。

2. 建立调解前置程序。对于一些典型的民事矛盾纠纷应建立固定的调解前置程序,如邻里纠纷、家庭纠纷等应当先由有关调解组织进行调解,只有调解不成的,才由法院受理,通过诉讼程序解决。需要说明的是,建立调解前置程序并不违背调解自愿的基本原则,只是把程序性调解权利与实体性调解权利区别开来,通过对程序性调解的强制性规定,有助于更好地维护当事人的权益。

3. 加强基础调解组织建设。要确保乡镇调解中心人员专职、固





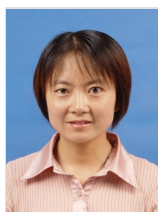
定。每个行政村配置一名综合素质较高并擅长调解的调解员,由司法局统一管理,增加诉调对接工作的社会接触面,及时聆听社情民意。

4. 加大诉调对接法院的确认、执行力度。对调解中心或其他社会调解组织达成的调解协议,实现诉调对接调解,法院依法全力支持,优先确认、优先执行,树立基础调解权威,增强吸引力。

5. 选择重点领域先行试点。对婚姻家庭纠纷、民间借贷纠纷、拆迁、交通事故等多发性纠纷,选择与妇联、部分乡镇、建设局、公安等单位部门进行调解对接试点,积累经验。

6. 加强人民法院在诉调对接机制中的话语权。也就是说,法院对各参与诉调对接机制部门的调解业绩能够给予监督和评价。主要理由是:第一,当前更多矛盾纠纷是在当事人诉至法院后才发现的,法院是社会矛盾纠纷最集中的地方;第二,从法治角度,人民法院是解决矛盾纠纷的最后防线,是人民群众寄予更多期望的部门;第三,原则上,人民法院是诉调对接机制中最后环节,只有汇总各类信息,才能对那些复杂矛盾纠纷从法律角度通盘考虑,提高审判环节的效率,增进审判的社会效果。

(本稿由宿迁市社科联推荐)



刘慧萍,宁夏人,汉族,现任宿迁市宿城区法院副院长。1998年毕业于西北政法学院法律系,后攻读苏州大学财政管理硕士,先后在司法局、民政局、政府办、法制办、法院等部门工作,具有较好的理论功底和实践经验,曾被评为省法制新闻先进工作者。

