

我国传统民事调解制度的文化底蕴及其改造

高文盛

(武汉理工大学期刊社, 湖北武汉, 430063)

摘要: 从传统文化的视角审视, 中国的民事调解制度有其丰厚的民族文化底蕴。在现代文化和后现代文化的冲击下, 这项制度正日益面临着危机。因此, 应当充分利用这一传统的法律资源, 对其加以适度的改造, 才可建立一个适合现代中国国情的有效的民事调解制度。

关键词: 民事调解制度; 和合文化; 现代文化; 后现代文化

中图分类号: D909

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2007)06-0692-05

被西方学者誉为“东方一枝花”的民事调解制度, 是中华民族历史上的一朵奇葩, 他历经数千年历经沧桑, 至今依然焕发生机。究其缘由, 是因其顽强的生命力根植于中华民族特定的文化土壤。在当今中国构建社会主义和谐社会的背景下, 民事调解制度作为一种温和的解决民事纠纷的方式已经备受推崇。但是在世界各国推动民主法制的进程中, 民事调解制度的生存恰恰受到了法治的威胁。在现代化和后现代理念的冲击下, 植根于中国传统文化土壤的民事调解制度面临着对传统进行继承抑或变迁的艰难抉择。对以汲取传统文化营养成分赖以生存的民事调解制度进行适度的改造, 才能使其适应已随时代变迁了的现代文化环境, 摄取法治的养分持续健康地发展。

一、民事调解制度: 和合文化的产物

和合文化是对中国传统文化特质的一个概括, 也是中国构建社会主义和谐社会的重要价值源泉。“和合”的理想, 备受历代思想家们的青睐, 是历代学者们构想的一个有序、祥和、安宁的大同世界的至高境界。“和合”, 负载了太多的价值因素, 其本身就是一个内涵丰富的资源宝库, 孕育了中国独特的民事调解制度。

(一) “和合”蕴涵了多层面的文化意义

尽管中国古代思想家们对“和合”的诠释不尽相同, 但综合起来不外乎有以下几层涵义。

第一, 人与自然和谐统一的宇宙观。《老子》一书提出, “万物负阴而抱阳, 冲气以为和”^{[1](24)}, 意指万事万物背阴向阳使阴阳两气相互冲击便可以达到和谐的状态。《淮南子·天文训》指出, “阴阳和合而万物生”^[2], 《荀子·礼论》有“天地合而万物生, 阴阳接而变化起”的记载^{[3](321)}, 《荀子·天论》中亦有“万物各得其和以生, 各得其养以成”之说^{[4](267)}, 是指万物的生机勃勃取决于阴阳两气当处于平衡状态。《吕氏春秋·有始》所说的“土地和合, 生之大经也”^{[5](93)}, 《周易·乾》阐释的“与天地合其德, 与日月合其明, 与四时合其序, 与鬼神合其吉凶”^{[6](10)}, 皆明确指出了人类应当遵循自然规律与自然界和谐统一, 达到平衡状态。这些都是人与自然和谐统一的宇宙观的质朴的表述。

第二, 求同存异的价值观。孔子说, “君子和而不同, 小人同而不和”(《论语·子路》)^{[7](82)}。这里的“和”和“同”分别被赋予了不同的含义。“和”, 指相互对立的事物间的统一状态, 而“同”, 则指没有矛盾的同质事物当“和而不同”, 实际上是要求人们要正确对待多元化的世界, 要允许相互对立相互矛盾的事物共存, 从而形成一个和谐的世界。

第三, 内心和谐的修身观。《管子·内业》中有“彼心之情, 利安以宁, 勿烦勿乱, 和乃自成”^[8]的记载, 意思是说一个人的内心安宁没有烦躁之时便达到了平和的状态。《韩非子·解老》中也说, “积德而后神静, 神静而后和多, 和多而后计德, 计德而后能御万物”^[9], 这是指一个人的心神平和对其日后有所作为

收稿日期: 2007-06-30; 修回日期: 2007-11-10

作者简介: 高文盛(1950-), 男, 湖北武汉人, 武汉理工大学学报(社科版)副编审, 主要研究方向: 法理学, 编辑学。

至关重要，人的修身应保持内心和谐。

第四，人与人之间和谐的处世观。《管子·牧民》中说：“上下不和，虽安必危。”^{[10](49)}这里说的是君臣之间的和睦对于国家安定的重要性。《汉书·公孙弘传》中说的“百姓和合于下”^[11]，《礼记正义·中庸》中说的“情虽欲发，而能和合道理，可通达流行”^[12]，《论衡·宣汉第五十七》中所说的“百姓安则阴阳和，阴阳和则万物生”^{[13](284)}，《孟子·公孙丑下》所说的“天时不如地利，地利不如人和”^{[14](87)}，这些讲的是平民百姓之间应当和睦相处，告诫人们处世要以“和为贵”为准则。

（二）和合文化孕育了民事调解制度

调解制度作为中国一项特色的制度，其历史源远流长，可以追溯到西周。西周官府设有“调人”一职，专门负责处理人与人之间的纠纷。根据《周礼·地官司司徒》记载：“调人，掌司万民之难二谐和之。凡过而杀伤人者，以民成之。鸟兽亦如之。”^[15]自此，民事调解制度便成为中华民族历史上一轮“永不落的太阳”，其形成以及绵延至今的生命力主要源自于博大精深的和合文化。

正是受和合文化的影响，中国人铸就了一种隐忍谦让、宽容豁达、安命不争的民族性格，正如胡适先生所说，“东方人与西方人相比，一边是安分、安命、安贫、乐天、不争、认吃亏；一边是不安分、不安贫、不肯吃亏、努力奋斗、继续改善现成的境地。东方人见人富贵，说他是‘前世修来的’；自己贫，也说是‘前世不曾修’”^{[16](100)}。这种民族性格决定了中国人喜欢采取中庸的处世哲学和折中调和的处理事情的方式。鲁迅先生就曾坦言：“中国人的性情总是喜欢调和的、折中的。譬如你说，这屋子太暗，须在这里开一个窗，大家一定不允许的。但如果你主张拆掉屋顶，他们就会来调和，愿意开窗了。”^{[17](6)}以和谐为核心的和合文化积淀而形成的中国人的独特的处世方式，在解决纠纷时习惯于采取中庸的方式——调解。因而调解制度的形成也就顺理成章了。

二、民事调解制度的传统文化基因

调解作为一种解决纠纷的方式，表达的是一种关于社会秩序的安排，体现的却是一种特殊的文化价值的趋向^{[18](248)}。民事调解制度表达了中华民族和合文化追求的和谐有序的理想，与传统文化的“无讼”“息

讼”的思想是一脉相承的。仅透过中国历史上学术思想最为活跃的春秋诸子百家学说，我们不难寻找到民事调解制度所包含的这一传统文化基因。

（一）墨家的尚同

墨家对诉讼持消极的态度。墨子在《墨子》一书中提出，“天下之异义，是以一人一义，十人十义，百人百义”，这种各持己见的状况会导致“天下之乱也，至如禽兽然”^{[19](607)}。于是墨家主张自天子至百姓均应统一是非、统一观点，即所谓的“尚同”，“一同天下之义，是以天下治”^{[19](610)}，当每个人连自己的思想都没有了，就不会有纠纷发生了。所以，墨家主张“兼相爱，交相利，此圣王之法，天下之治道也”^{[20](628)}，而不赞成诉讼之事。

（二）道家的无为而治

道家亦不提倡诉讼。道家主张，“人法地，地法天，天法道，道法自然”^{[21](15)}。那么何谓“道”呢？尽管老子在《道德经》开篇中指出，“道可道，非常道，名可名，非常名”^{[21](3)}，但是“道法自然”，则指出了人类应该像自然那样和谐有序，并且指出了人作为天地万物中的一物，应遵循自然界的规律，与自然界融为一体，达到“天人合一”。在这里，“天人合一”的思想体现了人与自然和谐的秩序观，将这种思想运用到人类社会，便是强调人与人的和谐。而讼争则是一种极端的解决纠纷的方式，会破坏社会的和谐有序，这与“道”是相背的。那么，人类怎样效法“道”达到“天人合一”呢？当然是“无为”。“无为”并不是要求人们无所作为，而是要求人们淡泊名利、与世不争。老子认为，不争是人生的三大法宝之一，即“我有三宝，一曰慈，二曰俭，三曰不敢为天下先。慈，故能勇；俭，故能广；不敢为天下先，故能成器长”^{[21](37)}。“无为”要求人们在面对纠纷时学会调和，能够化干戈为玉帛。因此，道家自然不提倡诉讼。

（三）儒家的礼治

儒家则旗帜鲜明地对诉讼持否定态度。早在《周易·讼卦》中，就有争讼有凶险之说，“讼，有孚，窒，惕，中吉，终凶。利见大人，不利涉大川”^{[22](27)}。这一思想对儒家产生了深刻影响。所以孔子直言：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎？”^{[7](77)}孔子希望没有诉讼发生。这种“无讼”的思想与儒家的“礼治”观是息息相通的。儒家极力推崇礼治。孔子提出，“为政先礼，礼其政之本也”^[23]，因为“礼，经国家，定社稷，序民人，利后嗣者也”^{[24](27)}。儒家对“礼”的崇

尚必然会使他们用礼来治理社会的方方面面,即使人们之间的细小纠纷也要用礼来调整,而“礼之用,和为贵”,“知和而和,不以礼节之,亦不可行也”^{[7](37)}。可见,“礼”是儒家构建和谐社会的重要手段。“礼”对社会的规范作用必然会减少诉讼的发生,而“无讼”也必然是“礼”追求的目标。同时,儒家主张重义轻利,认为“君子喻于义,小人喻于利”^{[7](47)}。所以,当人们之间发生纠纷时必然会首先选择通过调和的方式互谅互让以做“喻于义”的君子。由此,儒家主张中庸之道,认为“中庸之为德也,其至矣乎!民鲜久矣”^{[7](54)}。在中庸之道的影响下,人们当然不会轻易采取诉讼这种被认为极端的方式来解决纠纷。

(四) 法家的以刑去刑

法家一直主张运用法律手段来定纷止争,并没有明确表示对“无讼”理想的向往。但是法家却主张通过极端的严刑峻法来达到消弭纷争的目标,正如商鞅所言,“行罚,重其轻者,轻其重者……轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑,刑去事成;罪重刑轻,刑至事生,此谓以刑致刑,其国必削”^{[25](53)}。可见,法家同样认为诉讼是有害的,主张通过间接的方式达到“无讼”的目的。这可能是因为法家认为“儒家的教化方法太迂阔,道家的说法太恍惚,墨家的方法太神秘,只有用重刑威吓民众才可以‘以刑去刑’”^{[26](207)}。

不难看出,不论是法家的“以刑去刑”,墨家的“尚同”,还是道家的“无为而治”,儒家的“礼治”,所追求的都是“无讼”的理想世界,正如梁治平先生所言,“所有这些都表明一个基本的立场:理想的社会一定是人民无争的社会;争讼乃是绝对无益之事,政府的职责以及法律的使命不是协调纠纷,而是要彻底的消灭争端。为做到这一点,刑罚是必要的,但更重要的是教化。”^{[27](217)}但事实上,“无讼”并不能消除纷争,仅只是直接左右了人们处理纠纷的方式,在纠纷发生时,人们更愿意采取调解的方式平息纷争。所以“中国人一般是在不用法的情况下生活的。他们对于法律制订什么规定不感兴趣,也不愿站到法官面前去。他们处理与别人的关系以是否合乎情理为准则。他们不要求什么权利,要的只是和睦相处与和谐”^{[28](487)}。

三、现代文化和后现代文化背景下 民事调解制度的改造

(一) 现代文化的价值取向与民事调解制度

文化是随时代变迁的,作为传统“和合”文化产物的民事调解制度不可避免地会受到影响。“现代文化和传统文化的根本区别在于:传统文化是以群体和非理性为本位和核心的,而现代文化是以个人和理性及其结合为本位和核心的”^{[29](286)}。具体而言,现代文化的价值观主要有以下表现。

第一,理性至上。理性主义是现代文化最主要的价值追求之一。理性一语涵义丰富,但在解决人们之间的纠纷时则表现为采取更为理智的方式。具体说来,人们不会再像传统习惯那样采取道德的、情感的非理性解决纠纷机制,而会寻求理性的法律来解决问题,就像亚里士多德所说:“法律是远离激情的理性。”人们对理性的追求尽管不排斥以道德说教为宗旨的民事调解制度,而实际上诉讼的途径往往是最有效的解决纠纷方式的首选。于是,现代文化的理性追求直接对传统的民事调解制度提出了挑战。

第二,个人本位。现代文化以个人为本位是学者们的共识。梅因将传统文化到现代文化的演进概括为“从身份到契约”,即一种群体向个体的转化。黑格尔将传统文化向现代文化的过渡视为从“家庭”转到“市民社会”;家庭以团体为本位,而市民社会以个人为本位。个人本位的价值诉求在处理纠纷时表现为不会为了他人利益而牺牲自己的正当利益,人不会只为纠纷的解决而放弃公正的追求。个人本位的价值追求同样唤醒了人们的权利意识,人们不愿再漠视自己的权利,不会拘泥于一味选择调解机制,可能更多地选择诉讼这种对抗式的解决纠纷机制。可见,现代文化的个人本位使得生存在非对抗性文化土壤上的民事调解制度面临着巨大冲击;但是,个人本位在私法领域又体现为“意思自治”的以人为本思想,即要求尊重当事人通过协商一致的方式来解决纠纷,这一点又为民事调解制度在现代社会的生存提供了某种契机。

(二) 后现代文化的价值理念与民事调解制度

随着20世纪60年代西方后工业社会和信息社会的到来,后现代文化便应运而生。后现代文化是后现代主义在文化领域里的体现。后现代文化的价值观是对现代文化价值观的公开宣战,具体表现在:

第一,反理性主义。后现代主义作为一种对现代主义否定和超越的思潮,首当其冲地把矛头指向现代文化的“理性主义”追求。这种反理性主义在解决纠纷机制的选择上便表现为反对诉诸于理性的法律来解决问题。后现代主义对非理性主义的鼓吹必然导致了

传统文化中“和合”思想的复兴，这便使得温和的、富有人情味的调解制度再次成为人们处理纠纷时的首选方式。在后现代文化中，民事调解制度似乎有“勃兴”的机会。

第二，反中心主义。首先，反中心主义体现在反对一元决定论。后现代主义认为世界是多元化的，倡导多元主义，这在纠纷解决机制上便体现为提倡多元化的纠纷解决方式，反对诉讼主义的一元解决方式。西方国家近年来ADR运动的兴起便是后现代文化在法律领域的体现。其次，反中心主义还体现在反对人类中心主义。古代人们以自然为中心，现代人们以人类为中心，而后现代主义反对无限膨胀的人类中心主义，提倡人与自然的和谐统一，这一思潮实际上是和合文化理念的复苏。最后，反中心主义就是反对自我中心主义，即反对在人与人之间的关系中以己为中心，提倡采用相互交流的“对话”机制，这在处理纠纷的问题上，更倾向于采取非对抗性的“谈判”方式解决纠纷机制。

很显然，传统文化以道德义务为本位，现代文化以个人权利为本位，这使得流淌着传统文化血液的民事调解制度在现代社会陷入困境，被西方法学家们誉为“东方经验”的调解制度似乎已成了明日黄花^[30]；而具有“复古主义”倾向的后现代文化思潮的涌现再次使民事调解制度处于某种张力之中。民事调解制度将何去何从呢？是全面继承传统文化保持原貌呢？还是全盘吸收现代文化彻底革命呢？抑或对传统文化和现代文化兼收并蓄进行局部改良呢？

实际上，传统文化铸就的中国人谦让不争的性格依然是一个不争的社会存在，传统的民事调解制度更符合中国人的民族心理，更能促进人际关系的和谐。但是传统民事调解制度以牺牲个人权利为代价以道德教化手段，最终不可避免地会沦为人治的工具，这与现代法治社会强调的保护人权的观念是格格不入的。现代文化注重的是保护个人的权利。但是在一个人口众多又有着特定民族心态的国度，如果事无巨细，事事都依靠诉讼，高昂的诉讼成本必然会导致新的社会关系的紧张。随着我国市场经济的长足发展，民事纠纷的大量增加，民事诉讼的程序烦琐、耗时、费力等先天不足的缺陷就逐渐暴露出来。面对突如其来的“诉讼爆炸”，法院必然显得应接不暇，难以招架，这便又加剧了诉讼过程的拖延，逐渐形成恶性循环。这些，显然与当事人在纠纷解决过程中所追求的最大效

率的愿望相悖，也很难适应市场经济高速发展的需要。既要解决纠纷又要促进社会和谐，而且又符合法治理念的处理纠纷方式，当然还当首推调解制度，但却不应是传统的调解制度，而是在兼收传统文化和现代文化精华的基础上强化了诉讼中的调解改良机制的民事调解制度。传统的民事调解制度必须进行自我改造。笔者认为，民事调解制度在改造过程中应当遵循以下几个原则：

第一，意思自治原则。调解必须建立在双方当事人合意的基础上。这不仅表现在双方当事人在选择调解来解决纠纷上达成一致，还表现在调解协议内容亦是当事人完全一致的意思表示。法院不能强行要求当事人选择调解的方式定纷止争，也不能在调解内容中渗入法官的个人意志。这一点，是“以人为本”的民本思想的体现。

第二，调审分离原则。法院应分设调解庭和审判庭，当事人可以在不愿意调解或调解不成时自主选择进入审判程序。这种调审分流的模式，主要是为了防止法官以判压调进行变相的强制调解；也是为了保障当事人的意思自治不受审判权的干涉。

第三，依法调解原则。这里的“依法”不仅要求调解程序依法，而且要求调解手段依法；既不能像传统调解制度那样采取道德说教的泛道德化方式，也不能一味地要求一方忍让去换取息事宁人的结局，而应当秉承从法的原则和理念予以实质性的调解。

第四，讲究效率原则。民事调解制度备受现代社会青睐的一个重要原因是节省时间和成本，易于执行，权利及时兑现。所以在调解过程中一旦发现当事人不愿再调解或调解协议很难达成时，可终止调解程序，告知当事人可以进入审判程序；或者在调解协议发生效力后应当立即执行，确保当事人权利及时实现。这些，都有利于社会关系尽快趋于稳定。

参考文献：

- [1] 钟雷. 老子庄子大学中庸尚书墨子·老子：42章[M]. 哈尔滨：黑龙江人民出版社，2004：24.
- [2] 淮南子·天文训[M]. 北京：中华书局，1954.
- [3] 荀子·礼论[M]. 安继民译注. 郑州：中州古籍出版社，2006：321.
- [4] 荀子·天论[M]. 安继民译注. 郑州：中州古籍出版社，2006：267.
- [5] 严华英. 吕氏春秋·有始[M]. 北京：中国戏剧出版社，2002：93.
- [6] 周易·乾[M]. 北京：华侨出版社，2003.
- [7] 施忠莲. 四书五经鉴赏辞典·论语[M]. 上海：上海辞书出版社，2005：82.

- [8] 管子·内业[M]. 北京: 北京燕山出版社, 1995.
- [9] 韩非子·解老[M]. 北京: 北京燕山出版社, 1995.
- [10] 申笑梅, 王凯旋. 诸子百家名言名典·管子·牧民[M]. 沈阳: 沈阳出版社, 2004: 49.
- [11] 汉书·公孙弘传[M]. 北京: 中华书局, 1962.
- [12] 礼记正义·中庸[M]. 北京: 华侨出版社, 2003.
- [13] 申笑梅, 王凯旋. 诸子百家名言名典·论衡·宣汉第五十七[M]. 沈阳: 沈阳出版社, 2004: 284.
- [14] 么俊洲. 孟子说解·孟子·公孙丑下[M]. 济南: 齐鲁书社, 2003: 87.
- [15] 周礼·地关司徒[M]. 长沙: 岳麓书社, 2001.
- [16] 沙莲香. 中国国民性[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1989: 100.
- [17] 鲁迅. 三闲集[M]. 天津: 天津人民出版社, 1999: 6.
- [18] 强世功. 法制与治理——国家转型中的法律[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 248.
- [19] 钟雷. 老子庄子大学中庸尚书墨子·墨子·尚同[M]. 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2004.
- [20] 钟雷. 老子庄子大学中庸尚书墨子·墨子·兼爱[M]. 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2004: 628.
- [21] 钟雷. 老子庄子大学中庸尚书墨子·道德经[M]. 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2004.
- [22] 钟雷. 老子庄子大学中庸尚书墨子·周易·讼卦[M]. 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2004: 27.
- [23] 孔子·礼记[M]. 陈秉才译注. 北京: 中华书局, 1983.
- [24] 左传·隐公十一年[M]. 北京: 华侨出版社, 2003: 27.
- [25] 商君书·靳令[M]. 沈阳: 辽宁人民出版社, 1975: 53.
- [26] 郭建. 獬豸的投影——中国的法文化[M]. 上海: 上海三联书店, 2006: 207.
- [27] 梁治平. 寻找自然秩序中的和谐[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1984: 217.
- [28] 勒内·达维德. 当代主要法律体系[M]. 漆竹生译. 上海: 上海译文出版社, 1984: 487.
- [29] 刘进田, 李少伟. 法律文化导论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 286.
- [30] 孙玉芹. 做好民事审判调解工作 促进和谐社会建设[J]. 黑龙江生态工程职业学院学报, 2007(5): 77-78.

Cultural comprehension of China's traditional civil mediation system

GAO Wensheng

(Wuhan technical University periodical society, Wuhan 430063, China)

Abstract: Carefully examines from the traditional culture angle of view, China's civil mediation system is rich in national culture, however from the modern culture and the latter modern culture angle, it is not actually difficult to discover that this system is facing the crisis. Therefore, we should make full use of this traditional legal resources, perform the moderate improvement to it. Only in this way can we establish effective civil mediation system to suit the modern China national conditions.

Key word: Civil mediation system; with gathers the culture; Modern culture; Latter modern culture

[编辑: 汪晓]