

民事诉讼，能否由律师做主? PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B0\\_91\\_E4\\_BA\\_8B\\_E8\\_AF\\_89\\_E8\\_c122\\_484060.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B0_91_E4_BA_8B_E8_AF_89_E8_c122_484060.htm)

本文讨论的“做主”具有下列限制意义：发生并体现在某一具体的民事诉讼过程中；律师为当事人启动、中止或终止民事诉讼程序提供专业支持；律师认识并尊重调解制度在民事诉讼代理中的重要性，视之作为一种高效率的诉讼程序或技巧，降低进攻体系和防御体系的构筑成本，主导诉讼调解、和解并使之成为主要的执业方式。本文描述的“主导”在于强调律师参与调解、和解的主动性、创造性以及对民事诉讼过程产生积极的推动作用，而不在于否认《中华人民共和国民事诉讼法》设计的法院在诉讼调解、和解中的主持人资格。

### 一、主导诉讼调解、和解是提高律师地位的必由之路

提高律师诉讼地位具有深厚的制度背景。我国民事诉讼实践一直采用超职权主义审判模式，私人本位虚弱，审判权力过度扩张，这是当前律师地位低下的最重要背景因素。审判权过分突出的结果是当事人诉权得不到法院有效尊重，代理人话语表达不存在优势甚至缺失，实体裁判的胜负给当事人和代理律师带来了巨大的压力。传统惯性和司法先例的不合理导致法官和律师之间的不正当沟通。虽然传统的辩论主义和当事人主义原则仍然对裁判形式和法官行为具有较强的约束，法官须尊重当事人对诉请对象和理由所作的选择，不得在当事人的主张之外主动提出事实和证据，但是，裁判者消极地位的制度和裁判者越位的实践冲突非常剧烈，司法者无法自觉获得行为规范，最终导致了一系列的严重后果：司法行为围绕诉讼攻防进行，诉讼

经济成本高昂、时间周期较长等等。一些立法者、司法者开始关注这一问题，特别是英美法系国家，它们提出的民事诉讼改革目标，是要变革设置对抗制的价值理念，强调各方当事人和律师之间的合作、公正和对事实的尊重，而不是尽可能鼓励一种对抗诉讼机制，以至于使诉讼退化为胜负凹凸，从而使得有效的法律规则不能获得适用。在行业内部和外部空间压迫下，律师寻求获得诉讼地位提升的途径具有多样性，比如成为立法司法机构成员、寻求社会对于律师参与司法救济的积极响应、进行法律服务市场声誉建设等，但是这些措施均为超越某一个具体的民事诉讼活动的整体性措施。在本文立论限制下，我们认为，只有调解、和解制度，才能从根本上全面提升律师的诉讼地位。单一的诉讼攻防使得律师的执业活动不一定获得良好的诉讼预期，甚至有可能造成不符合现代司法精神的其他负面影响。诉讼攻防的成功需形成三个体系：程序控制、证据链完备、裁判者对当事人话语产生倾向性认可。但是事实状态的存在很容易遭到各种因素的破坏，任何一方当事人都很难使得三个环节的逻辑衔接呈现完美。所以，只要律师摆脱不了诉讼预期的强烈导向，律师思维就容易受到结果压迫的局限，执业行为也可能会因为利益驱使而变形。这也是目前我国以诉讼为主要业务的广大律师的困惑、为难之所在。事实上从事民事诉讼代理的广大律师，正普遍性地承受着来自诉讼的强大压力。我国缺乏行政、司法、立法和谐分工的历史传统，在攻防力量不平衡时，其他非司法力量常常谋求某种替代作用，部分律师在执业活动中希冀促成这一非合理非科学非正义的局面形成，导致设置民事诉讼的司法意义受到不良影响，甚至出现权力寻租和

诉讼的灰色地带。所以寻求其他的高效率救济途径势在必行。能够改变律师诉讼地位的模式是：改变民事诉讼传统，由律师主导进行调解、和解工作，削弱法官在审判中的直接控制作用和诉讼调解中的主动地位，弱化法官对诉讼预期结果的直接影响，尊重当事人自治和自由处分，允许代理律师主动对程序发表意见并建议实体权益的处分方案。通过弱化裁判者在审理工作中的支配地位，这无疑将提升当事人意志表达的地位，使得执业律师的技术创造力具有了前所未有的操作平台。而且当前，律师需要超越传统的当事人主义对于民事诉讼的理解，积极创造调解、和解措施，包括但不限于：促进纠纷的诉前解决，弱化法院对案件进程的直接管制，允许双方当事人及律师私下交换证据，允许双方当事人及律师私下交换对事实的认定，允许双方就诉请内容进行庭外直接谈判等等。尽管我国经济体制变革中的权利觉醒具有被动性，但作为纠纷当事人的自然人、法人和其他组织，在民事诉讼行为中至少普遍具有了尊重表达、自由处分和充分对话的愿望，律师完全可以通过非诉讼化的工作达到民事诉讼的预期值。律师主动进行诉讼调解、和解工作，使得作为整个民事诉讼核心的辩论原则得到实化，有效控制审前隐形行为和裁判者的“暗箱操作”；实现当事人对自己实体权利和诉权的处分：真正使法院置于中立，使当事人的主体地位得到体现，防止出现过去法院审判不自觉地将当事人主体身份客体化的非正常状态；防止当事人意志被公权稀释，特别是不能在司法权威的高压下以牺牲正当性和效率性获得某种救济妥协。同时律师大力主导调解、和解具有以下实际的显性后果：减轻当事人经济负担，使当事人所追求的经济利益在民事

诉讼活动中得到现实体现；节约当事人时间成本，使得当事人获得较高的市场效率并可以在更短的时间内通过其他救济途径达到诉讼期待目标；节约法院的人力资源成本消耗；减轻律师讼累，提高工作效率；大量的事实和结果也表明，调解、和解的结案方式有助于财产执行，减低法院执行的压力，有助于恢复涉讼当事人之间的互信和继续合作，缓解互相攻击带来的心理压力，降低对争议的最终救济成本。所以说，改变诉讼方式处理民事纠纷的主要途径就是由律师主导推进调解、和解工作。从国外来看，美国95%的民事案件，经过法院内附设的仲裁或调解等代替诉讼解决纠纷程序得到解决，只有不到5%的案件最终进入审理阶段；日本通过调停解决的案件占总数53%到54%，且审理中经和解的案件也达到35%；德国民事案件的和解率很低，但也有近25%的民事纠纷是通过诉讼调解完成救济的。这几个国家中，原告和被告的律师在调解中均处主动地位，由他们启动整个诉讼调解程序并主控调解发价、还价。虽然各国的问题常有特殊性和偶然性，但从西方法律实践中得出的共同规律，尤其是诉讼程序和制度的安排，通常具有指导适用的可行性，也不会对不同司法制度国家的正义规则产生否定性冲击。我国民事诉讼法没有涉及代理人或律师如何具体操作诉讼调解、和解的规定，但是，如果包括律师在内的司法人员的只是局限于这种现实，则很可能加剧民事诉讼代理服务市场的恶性竞争和诉讼地位的继续恶化。从我国民事诉讼法对于调解程序启动者的理解，法院和法官将不得不考虑审判和调解的兼容，可能会出现审主调辅、调主审辅的情形；我们知道，司法的效率在于以独立的思想、判断、程序完成对某种权益的分配或

再分配，互补的救济方式可能符合相对合理主义原则，但是却势必弱化相对应的另一种救济途径在司法实践中的适用；另外我们还要斟酌司法权力对于私人自治意思的可能发生的突然侵犯。在司法资源紧缺的现实前，律师更应考虑主导诉讼调解、和解的现实迫切性，这样可以获得多赢效果。所以，律师主动启动诉讼调解、和解程序，不仅在某一个具体诉讼中可以创造性地建设解决纠纷的框架，以最小的成本化解当事人之间的冲突，也可以减少司法权力寻租与黑幕交易产生的可能性，净化执业环境，树立良好形象，从根本上提高律师在民事诉讼中的地位。

二、只有律师主导调解、和解才可能改变传统诉讼攻防结构

首先，律师是改变传统攻防模式的最核心要素。传统观点认为，诉讼是当事人的攻防互动，与案件有关的事实和理由均为启动民事诉讼程序的源动力，辩护理由则可以视为若干道防御体系，每一项主张、诉请和抗辩都是诉讼中不可或缺的要素。那么制度修订最好的方式，就是建立改良的当事人主义审判模式，赋予律师独立的诉讼地位。1959年国际法学家会议《新德里宣言》把法治归纳为四个方面：立法机构的目的是为了创造和维持个人尊严得到严格保护的各种条件；建设政府对法律实施的有效维护，委任立法应得到控制；正当程序；司法独立和律师自由。在这里，司法独立和律师自由是并列的，律师不仅是社会法治的主体，其地位和作用也被法学家们推到了与司法机构共举的高度。在改变诉讼机制的过程中，律师具有其他诉讼活动参与者无法同时具备的天然优势：话语表达的宽泛性和谐性、代表诉讼启动者和终结者意志、具有专业操作能力、对抗司法公权。所以，律师需要被赋予特殊的不为他人所控制的

程序权利，比如请求组成合议庭、请求开庭审理、申请再审等，这样不仅可以从制度实践的高度监督法院的程序公正，也使得律师不会成为当事人意志的附庸，同时避免在司法权力面前失语。其次，律师可以通过主导调解、和解改变攻防框架的具体内容，从诉讼结构设置来看，目前我国民事诉讼的基本构造采取进攻与防御的严格对立体系，裁判者从积极主动的第三人变更为民事诉讼法修改后的消极第三人的地位，都无法回避一个事实：法官们几乎是在费尽心思地寻找、确立最终的诉讼结果和裁判意义。事实上律师也是在围绕这一体系整理自己的工作思路、方法，积极发现、提炼和发表每一条有利的事实和理由，并竭力使之对己方预期的有利结果发挥倾向性影响。由此可见，诉讼三方结构和律师都在围绕攻防开展较量。这一结构最大的优越性在于尊重了中立者的权威，不合理的地方在于，它迫使诉讼三方以及律师把各自固定在某一个具体位置，攻击性色彩过于强烈，而且严谨的分工也破坏了可能存在的合意表达的基础。律师在操作进攻、防御的同时，对于迅速出现的非诉讼化处理转机可能会出现角色反应钝化。同样从这一个结构，我们也可以反证律师在诉讼化解活动中的缺位，也就是说大力提倡律师主导调解、和解具有现实紧迫性。再次，律师主导调解比法院主导诉讼调解更具有公正和效率意义。我国目前的调解主要为诉讼调解，民事诉讼法将法官设计成了裁判者和调解主持人双重身份兼具的主体，身份竞合标志着调解人的行为具有潜在的威胁性，也就是说，当法官以裁判者身份主动导入、主持诉讼调解时，或明或暗的威胁、强制、控制就可能会在调解中发挥作用，在强制力作用下，调解自愿原则有可能变形、

虚化。调审合一模式的天然缺陷使得法官很难在实践中绝对地尊重调解自愿原则。在西方国家，无论是美国“附设在法院的调停(mediation)”还是日本的“民事调停制度”，都强调诉讼调解的两个基本点：基于当事人个人意志发生，调解人具有律师身份。应该说，我国立法者已经认识到调解、和解的积极作用，民事诉讼法“第八章”整章设置了有关法院调解的内容共计7条，法律对于执行和解也有明确表述，认为调解、和解贯穿民事诉讼活动的始终。但问题不在于制度缺位，而在于制度设计和制度执行，在于如何科学调整调解、和解在整个司法体系中的位置。律师主导进入诉讼调解程序，既可以避免法官权威的潜在威胁，也可以弥补当事人专业判断的先天缺陷。在目前状况下，科学设计执业律师对诉讼调解的主导制度，有利于民事诉讼的立法设计达到预期效果，比法官主动调解的模式更具有效率和公平意义。

三、做好调解、和解工作，有利于律师地位的提升 律师应主动通过各种途径成为诉讼调解、和解活动中的主体，充分尊重调解、和解在民事诉讼代理中的实践意义，研究庭前调解可行性，避免法官在庭外时间、场合对案件形成实体判断。同时律师也可以积极试行“辩论兼和解”的调解方式，也就是审理前在法官主持下非公开地与对方当事人针对争议焦点、证据进行整理、评价。这种情况下即使不能形成最终调解、和解结果，却可以高效率地整理争议焦点和证据，也避免了法官产生对实体问题先入为主的想法。当事人缺乏专业判断，律师需向当事人宣讲法的价值，冷静分析各种涉案关系，对诉讼、调解、和解可能出现的结果作出客观判断，同时将信息传递给当事人。律师应同诉讼对方当事人、代理律师讨论调解

、和解的可能性，避免产生审判对双方的负面意义，力争以最小的成本博弈最佳的预期结果。也可积极建议法院调解结案，甚至忽略“事实清楚，分清是非”这样的刚性前提，避免因非禁止性规范的适用而破坏私人合意。在调解、和解过程中，各参与主体可能出现前后不一致的观点、立场，所以主导调解、和解活动也需要律师具有持之以恒的心态、坚定不移的意志、机敏灵活的技巧、耐心不倦的品质。事实已经表明，强制性裁判并不能解决所有的问题，就法律本身来看，它仅仅是若干社会治理工具中相对重要、相对可靠的一种；单纯依赖司法裁判企图实现社会的良性运行，成本高昂且结果不明朗。就目前存在着广大诉讼律师的困惑而言，单纯的官方力量已经体现出自身的局限性。如果在律师的努力主导下，调解、和解成为制度并在某种强行机制下获得有效遵守，则可以在民事诉讼中建立一种良好的司法传统，迫使权力寻租和审判黑幕交易退出法律服务市场，那么律师执业地位的全面提升也指日可待。

#### 四、调解、和解制度化，律师主管部门责无旁贷

基于调解、和解的司法效用，司法行政机构、律师协会需要建立对诉讼调解、和解工作的有效维护，为提高律师的诉讼地位创造和谐的外部空间。笔者建议中华全国律师协会制定相应的操作规范，要求律师在民事诉讼代理过程中，并且强调调解、和解在律师业务操作规范中具有强制性。同时，司法部、地方各级司法行政机构、律师协会应向全国人大及其常委会提出立法建议，建立调审分离的法院调解模式：在民事诉讼中，将调解从审判程序中分离出来，与审判程序并列为救济的有效途径；建立审前调解制度，调解程序成为诉讼前置；辅以诉讼和解制度；通过立法建立起



律师参与诉讼调解的主导地位。如果调审制度改革成功，实行调审分离制度，那么律师就可能自然地形成了一种良好的执业传统和习惯。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)