

对我国诉讼调解制度的理性思考 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__E5_AF_B9_E6_88_91_E5_9B_BD_E8_c122_484345.htm 对于一个正向法治目标迈进的国度来说,法律是司法机构和法官必须考虑的首要因素,但法律以外的因素如道德、情理也是司法过程中所不可忽略的。中国司法机构提出了“审判的法律效果与社会效果的有机统一”问题。对正义执着追求的“理想主义”可能在一定程度上让位于解决纠纷的“现实主义”。肖扬院长在耶鲁大学的这一演讲,充分的说明了在转型期的中国,法官在司法活动中必须统筹考虑,权衡利弊得失,在原则性与灵活性之间寻求有机平衡。社会效果与法律效果的有机统一,已成为衡量司法公正的一个准则。调解是被现代各国所普遍采用的一项制度,无论是英美法系还是大陆法系,调解都是解决民事纠纷的一种重要方式。“调解是中国司法的传统,已有数千多年的历史,一直是解决民间纠纷的主要渠道,基层司法的调解率多在百分之八十以上。”正是在这种现实的条件下,我国民事诉讼活动要求着重调解,从“热”到“冷”再到“热”,强调的是调解的结果,而非过程,只要诉讼当事人能够接受,就达到了调解的目的。调解协议一经合意对诉讼当事人就产生拘束力,对调解不服,当事人不能通过上诉途径救济。然而对现行诉讼调解制度的价值利益、价值取向很多人提出了质疑,本文拟就诉讼活动着重调解的现实条件、产生的问题和发展的方向做一个浅显的探讨。

一、诉讼活动着重调解的现实条件

(一)司法为民理念对民事审判实践的基本要求 “司法为民”的主张,要求司法机构切实维护公众的合

法权益，做到优化诉讼环境，减轻诉讼负担，方便群众诉讼，增强司法的“亲和力”，树立中国司法的民主形象。司法为民不仅是我国现代民事审判权构筑的基本指导思想与最高理念，同时也是作为我国现代民事审判权实践的人民司法工作的基本指导思想与最高理念。司法为民在民事审判领域的体现与具体化就是对“两便原则”的遵循和运用。而诉讼调解制度则是便于群众进行诉讼，便于人民法院办案这“两便原则”的重要体现。我国大部分的案件是由基层人民法院审理，而基层法院面对的是广大的农村，诉讼主体法律意识淡薄，且居住比较分散，如何维护他们的合法权益，方便诉讼，增强“亲和力”，就要求法官走出去，深入到最基层。此外，中国传统儒家思想“和为贵”心理也是调解制度的深厚土壤。于是诉讼调解的功能便充分发挥作用，特别是西部一些人迹罕至的地方更是如此。如四川省阿坝州牧区流动法庭的一组数据很能说明问题，“红原县法院从1978年4月组织了‘马背法庭’，十多年来，巡回办案170余次、3000多天，就地审结各类民事案件480余次，调解简易纠纷850余起。对所受理的案件，主要适用简易程序进行审理，且90%以上的案件以调解方式结案。”

（二）诉讼调解制度的程序价值利益

诉讼调解制度的程序价值利益体现在诉讼当事人和人民法院不拘泥于通常的诉讼程序，可以简化流转环节，降低诉讼成本。加上它便利、效率的功能优势，使得案件的审结具有迅速和便利的特点，能够相对低廉和简便地解决纠纷，当事人能以较低的代价获得较大的利益。它适合于特定社会关系、特定主体和特定纠纷的解决，能以常识化的运作程序消除诉讼程序给当事人带来的理解困难，以通情达理的对话和非对抗的斡旋缓

和当事人之间的对立，既着眼于解决当事人之间的现实纠纷，又放眼其未来的合作和和睦相处；它不局限于当事人现有的诉讼请求，可以就请求之外的内容进行调解，当事人能达成一个比诉讼请求更为广泛的调解协议，尤其是在处理农村各类纠纷时更是如此，这是判决所无法比拟的。诉讼调解还能充分体现了当事人对自己民事权利的自主、自由的处分。在调解协议达成的过程中，法官不能将自己认为正确的解决方案强加给当事人，当事人有同意或拒绝这种解决方案的权利。诉讼调解还能弥补法律适用不能的不足，使当事人根据自主和自律原则选择适用的规范，如交易习惯、地方惯例、行业习惯等解决纠纷，在“法律的阴影下”协商和妥协，并可能实现双赢的结果，体现了自认的效益最大化和自治的价值取向。（三）利于化解人民法院对日益增多案件的审判压力

2004年全国法院共计受理各类案件7886761件，结案7873745件，其中民事案件4756563件，结案4725007件，地方各级人民法院审结各类民事一审案件4303744件。而全国各级人民法院法官为21万，人均受案37.56件，但案件数主要集中在基层人民法院，特别是东部沿海经济发达地区和中部地区，那里的法官承担了巨大的审判压力，且案件呈日益增长的态势。较之以2003年，2004年刑事案件增长率为1.5%，民事案件中合同纠纷增长率为32%，权属侵权和婚姻家庭类案件增长率分别为13%和15%。“世界舆论认为，我国将成为一个经济大国，但他们忽视了另外一个问题，即我国将成为一个诉讼大国。积案过多、压力过大已成为全国经济审判工作的一大难题。”这是法院面临的审判现状，“但是，在这种情况下仅靠增加人员数量是不现实的。最有效的办法就是提高人员素质

和办案效率，而这都离不开审判方式的改革。”为化解这种压力和提高办案效率，充分运用诉讼调解制度的便利、效率的功能优势就成为民事审判工作的重要手段。为此，最高人民法院加强了对诉讼调解工作的指导，提高诉讼调解水平，制定了《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》，指导各级人民法院按照“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”的要求，不断提高诉讼调解水平。各级人民法院审结的各类民事案件中，诉讼调解结案1334792件，调解结案率31%，许多基层法院调解结案率达到70%以上。诉讼调解制度正在发挥巨大的作用，弥补了判决所无法实现的功能优势，降低了诉讼成本，缓和了社会矛盾，很好的实现了人民法院办案所体现的社会效果与法律效果的有机统一，也大大的减轻了人民法院的审判压力。

二、现行诉讼调解制度的缺陷及与司法公正之冲突

（一）调解的强制性和功利主义色彩

“调解的魅力首先在于较少的强制性与较多的合意,它化解了法律的刚性,扩展了其张力,具有高度的灵活性和变化的余地。”但在法院的审判实践中，正是基于调解这一高度的灵活性和变化余地，使得诉讼调解嬗变为强制性和功利主义色彩。当然，强制性并不是说调解制度本身带有行政强制性，只是说调解功能发生嬗变，成为一些法官追求办案结果或效果的一种工具，主要有：1、以“隐性强制”的做法促成案件结案。具体表现在“以劝压调、以判压调、以拖压调、以诱压调”等。法官的这种做法无非是利用法官和法律这一优势地位和当事人的信赖，迫使当事人接受法官的调解方案，从而达到调解结案。对法官而言，这种做法一是能减少工作量和化解风险，消除上诉改判后的错案责任追究。二是可以以当

事人自愿为托词，减少了来自人情或其他方面的社会压力。

“由此，‘以劝压调’、‘以判压调’、‘以拖压调’、‘以诱压调’等等问题均因此而生。在强制力的作用下，必然对自愿原则造成严重的破坏。”

2、以调解结案率作为审判业绩的功利主义。很多法院尤其是基层法院，对法官的调解结案率都有指标要求，必须达到一定程度的结案率才能说明该法官的业务能力与业务水平，并将此作为年度考核的依据之一。这种做法明显的带有功利主义色彩，迫使法官采取种种方式压制当事人的意愿，从而达到调解结果。

（二）诉讼调解的随意性和无序性损害了效率与公平

调解的无序和随意性，“不仅其本身具有反程序的外观，实际上，亦把其他审判程序破坏干净，从而使诉讼活动处于实质无程序的状态下，导致了实体法与程序法的‘双重软化’，以至于‘把实质的守法系于法官的职业道德，使程序的运作既不公平，亦不安定，也不经济，为法官的枉法裁判提供了可乘之机。’”

调解协议应是当事人妥协让步的结果，体现了当事人的意愿，是当事人处分民事权利的行为，但调解的无序性和随意性使之不合理、也有损效率和公平。

表现在：1、调解的滥用。民事诉讼法对调解的时限和次数没有规定，最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》规定：“可以在答辩期满后裁判做出前进行调解”，一些法院在送达、庭前、庭中、庭后的各个阶段都对案件进行调解，从而使调解处于随意和滥用的境地。在压制调解和久调解不结的情况下，使得调解的息诉、化解社会矛盾的功能发生变化，演变为法官任意利用诉讼程序损害当事人权益的工具。

2、限制了当事人权利的行使。在诉讼当事人并非自愿基础上达成的

调解协议，只有牺牲一方当事人的合法权益为代价。法官通过种种方式促使当事人接受调解协议，即使当事人感到权益受到损害，但他无法通过上诉途径得到救济。当事人的实体权益在受到侵害的同时，诉讼权利也受到限制。最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》规定：“调解时当事人各方应当同时在场，根据需要也可以对当事人分别作调解工作”，这样一来，法官在调解工作中，不是采用面对面的方式进行，而是通过代理人或法官亲自出面“背对背”的方式，分别与当事人进行调解，双方当事人不见面，都摸不清对方的意图，只知道法官的个人意思。这不仅违背了公开原则，剥夺了当事人的知情权与程序参与权，也使法官的尊严受到损害。上述规定第二条规定：“对于有可能通过调解解决的民事案件，人民法院应当调解。”这说明了在诉讼调解中，法官可依职权主动介入，对可能调解的案件应当进行调解。然而在实践中没有那个法官能把握每一个案件都有可能调解，要做到这一点只有对所有案件都主动介入进行调解，使法官处于一个积极、主动的地位，对法官消极、中立、被动的地位弃之一边，限制和损害了当事人对程序的选择权。以上都造成调解协议在实质上的不公平，是一定程度上的历史倒退。（三）弱化了程序规则的运用，淡化了裁判文书的宣教作用“法官在对民商事案件进行调解时，必须针对个案的特点和当事人的心理，耐心说服教育当事人，细心关注矛盾的发展变化，随时启发当事人在诉讼的各个阶段达成和解。”说明调解可以在诉讼的各个阶段进行，并不要求当事人遵循程序规则，且“一方面儒文化的积淀作为调解的道德基础，不断的教化着纠纷者，因此在双方的合作态度

中，真相的恢复显得简单，而另一方面调解过程本身更多的依赖经验，凭借道德、良心，倚重感情、感化，往往通过在情理上取得共识的方式达成双方利益上的妥协，因此真相的考察显得并不那么重要，如有必要则不惜忽略甚至隐瞒真相。”调解对客观真相的恢复并不显得重要，强调的是结果，而非过程。对当事人来说，事实真相，证明责任分配及证据规则的适用都无关紧要了。经法官揉和后达成了调解协议，当事人经历了一场诉讼，事后对诉讼是怎么一回事，程序规则在法庭审理案件的作用依然模糊，对旁听群众和社会公众而言更是雾里看花。诉讼是通过过程和结果的公正性来说服案件当事人和社会公众，而结果的公正性通常是通过裁判文书的说理性来实现，从而达到说服教育的作用。这种未查明事实真相，只通过情理的沟通、压制式的调解方式不能起到应有的宣传和教育工作。三、“现实”至“理想”的回归?诉讼调解制度的发展 诉讼调解制度不是中国所特有，但它在中国表现和运用的最有特色，诉讼调解制度还和人民调解制度一起构成了具有中国特色的调解体系，成为化解社会矛盾、维护社会安定的有力工具，体现了人民法院办案追求社会效果与法律效果的有机统一的目标。对法院和法官来说，法律是司法的唯一依据，法律效果是评判司法公正的唯一标准，为追求社会效果而采用各种方式促成的调解，破坏了法律的公平与正义的最高准则，有必要对诉讼调解制度进行规范和改革，逐步从“现实”回归至“理想”，以达到调解正当性的必然要求，主要从两个方面体现：（一）对诉讼调解制度重新衡量其利益价值，规范其运作程序“利益衡量是一种法院判案的思考方法，这种思考方法和概念法学三段论式的传统

思考方法不同。它不是进行简单的法条对照，而是对法条背后的利益进行评估、衡量。??正如边沁所说，立法者的职责是在公共利益和私人利益之间造成调和。”“利益衡量涉及到价值问题。价值问题是一个困难的问题。但它是法律科学所不能回避的。法官在相互冲突的利益之间，根据一定的价值标准进行判断取舍，取舍的一般原则是‘两害相权取其轻，两利相较择其重’。”利益衡量是司法和法官对案件互相冲突的利益之间的一种取舍，体现一种价值观念的取向，它不仅是对案件实体处理的利益衡量，也是对案件适应程序的一种利益衡量。“而现代民事诉讼制度的一切功能都只有在程序的运行中才能得以发挥，其一切价值追求也只有在程序的不断完善中才能得以实现，因此只有‘程序保障’才能作为民事诉讼制度设计的核心理念。”为了实现调解，各地法院在审判实践中已将诉讼程序抛弃，在送达、庭前、庭中、庭后都实行调解，这种为追求诉讼成本低、诉讼效率高，追求结果而不是过程忽视整体程序价值利益的价值取向具有一定危险性。它将法官的消极、被动、中立的地位转变为积极、主动的地位，导致法官自由裁量权的空前膨胀，为法官滥用调解、枉法裁判提供了便利，创造了条件，损害了法律的公平与正义，破坏了诉讼调解制度本身的合理性。通过“两害相权取其轻，两利相较择其重”的利益衡量对比，笔者认为，应将诉讼调解制度回归置于“程序保障”之下，对现行的诉讼调解制度加以改革，一是将法官的调解行为限定在事实查清后庭审结束前这段时间内。法官只有在“事实清楚，分清是非”的情况下才能进行调解，确保调解的自愿和合法。不论法官还是当事人，在这个阶段对案件的事实已有认识

，其利益的取舍也考虑成熟，在诉讼的其它阶段法官不主持调解，但当事人自愿达成的调解协议可交法官审查与确认。二是法官不依职权主动调解，调解应由当事人提出申请。因为调解行为是当事人的行为，而不是法官的行为，是否调解是当事人意愿的表现，属于当事人自己对民事权利的一种处分行为，法官不应以职权介入，充分尊重当事人的程序选择权。对当事人申请调解的，法官在征询各方当事人意见后主持进行调解。三是调解公开、当事人平等参与。调解工作必须在各方当事人都在场的情况下进行，并进行公开调解，充分保障当事人的知情权和平等参与权。（二）法院审判活动应以裁判为主，调解为辅“正义观念的核心是消除任意性，特别是消除任意权。”诉讼调解制度在法院的审判实践中，任意性与无序性是法官长期以来的一种做法，使诉讼无程序和规则而言。“法官应当对法律负责、对证据负责和对法律事实负责，但是，在理想与现实当中，法官更应当起一个协调的作用。在现实还不具备的理想条件的时候，法官应当在理想与现实当中求得平衡。”忠实于宪法和法律是法官的天职，法官判案的依据是法律和证据，法官审理案件的过程就是运用证据规则查明案件事实或合理的推断出案件事实，理顺法律关系，并就所适应的法律、责任的分配、权利的行使通过裁判文书向当事人阐述。但是在法律至上的“理想”难于实现的情况下，在理想与现实当中，法官应寻求一个平衡。在现实情况下，充分发挥诉讼调解的功能，化解社会矛盾，减少诉累与缠诉，寻求社会效果与法律效果的统一，也是法官天赋职责中的平衡点。但这并不代表司法的发展方向，恰恰相反，目前以调为主，着重调解的观念应当改变，转变

为让裁判行为在案件审理当中居以主要地位。从现代各国民事审判模式的创设来看，无不以“判决型”审判模式作为民事审判的主导模式。在“调解型”的审判模式中，“当事人以及社会上的一般人总可能怀疑纠纷的处理因审判人员的能力、素质或人格方面的问题而遭到扭曲，并因此感到不安，而这种怀疑和不安很难得到证实，也很难消除”。而裁判行为则不同，裁判文书是一个法官法律专业知识水平、认识能力、逻辑思维能力、良知、审判经验和价值观念及价值取向的综合体现，而经最高人民法院公布的优秀裁判文书则反映了最高人民法院甚至是最高立法机构对该事物或现象法律适应的态度，反映了一定的价值观念和价值取向，代表法治的一种发展方向。我国是成文法国家，判例不具有先例的约束力，但不管承认与否，经最高人民法院公布的判例对下级法院类似案件的处理已经形成一定的约束力，其作用不亚于司法解释。“法律一旦制定就要保持其相对的稳定性,但是在千变万化的社会中,法律时常感到捉襟见肘,成文法的抽象性规则往往会显得苍白无力,这是根源于‘成文法的局限性，具体表现为不合目的性，不周延性，模糊性，滞后性’”。裁判行为能将法律的抽象性在个案的处理中具体化、明确化，通过个案的影响力来引导社会行为的方向，而这是诉讼调解所无法达到的效果。诉讼调解制度应充分尊重法治发展的客观规律，体现法律的公平与正义，一是逐步的过渡到以裁判为主，调解为辅。法院不能为了体现工作业绩，制定调解率，强行要求法官对案件进行调解，更不能违反自愿、合法的原则违法调解。二是改革调解书的制作。将案件的事实和法律关系、审理及调解经过、相关的法律依据、法律责任的分配和

权利的行使予以阐述和说明。这与裁判文书“繁简分流”并不相悖，事实清楚的案件在调解书中的表述跟简单的判决书一样明确、清楚，这为调解程序是否自愿、合法提供了有效的监督途径。在一个法治社会中，司法权威（Judicial Authority）是司法公正的前提，没有权威的公正是短暂的，甚至是无法实现的。而司法权威的树立在于法律被信仰，法律要被信仰需要法律的客观性和稳定性，保证社会秩序的良好运转，“法律运作的可靠性及可预测性，可以为社会主体提供相对而言最大的自由空间，提高社会主体预测行为为法律后果和机会的可能性，促进整个社会的高效率运行；法律的权威性和普遍适应性，为所有社会主体提供一个‘人人平等’的游戏规则，在最大的程度上实现整个社会的公正与公平。”在中国的法治化建设过程中，正经历着一个从无到有，逐步完善和健全的过程，做到有法可依、有法必依是必然的发展趋势，而这一切需要司法的公正与权威。司法权威的树立，需要法院通过对个案审理的裁判行为使法律的客观性和稳定性得到体现和确认。司法活动的公正，会让社会公众对法律产生信仰，使之成为人们头顶“灿烂的星空”。（作者单位：江西省南康市人民法院）

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