

王利明：民事判决书应详写判决理由 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E_EF_c122_485987.htm

一、两大法系的比较 法官在判决书中所阐述的判案理由是法官的裁判活动是否合理、合法的集中体现，也是司法正义在裁判结果上的表现。在大陆法系，因制订法是判决依据，在司法方法上，以制定法为司法推理的起点，所使用的方法及是选择法，即从制定法出发而结合案例而对规则进行推理和演绎。而英美法则是以判例所形成的规则作为判决的基础，在方法上采用的是从个案到个案的推量。两大法系虽然在司法方法上有所不同，但有一点几乎都是完全相同的，即十分强调法官在判决书中充分表述判决理由。强调判决理由的充分性，可以说是自普通法形成以来的传统的做法，也可以说法官所应是应尽义务。普通法强调判决理由的充分性，一方面是普通法本身是法官创立的司法，而普通法的规则主要都是从法官的判决理由中引申出来的，正如坎普所指出的“由于法官要解释法律，因此要创造法律。我们必须注意到，司法判决本身要形成法律规则。美国联邦法和各地法院的法官在过去两个世纪所作出的成千上万的判决已经成为法律的重要组成部分。” [Ivi]正是由于判决的重要性，因此判决中要详细分析过去的先例、法律规则的含义以及特定案件的联结性等。 [Ivii]另一方面，普通法强调判决理由，也是由法官受“遵循先例”原则的拘束，必须详细阐述有关的先例对特定案件的可适用性，由于对特定案件常常会存在不同的判决理由，或者会对先例的可适用性存在不同的理解，因此需要法官在判决中

详细说明选择某一先例的理由以及对规则的解释等等。[lviii]此外，强调判决理由的充分性，也有助于限制法官的自由裁量，保障裁决公正。正如伯曼所指出的，美国人常常把法官公布的判决理由看作是抵御法官刚愎和专横行为的最主要的保障。因为详细的撰写了判决理由的文件将受到大众的审查和批评，使法官滥用权力受到公众严厉监督，从而杜绝此行为，并使法官行衡平裁判权必须受到上诉审的约束。[lix]所以在普通法国家，法院出具的判决书内容具体，推理非常严谨，法官往往从某一个具体的案件出发，通过该案件的审判，阐发或归纳出一项有普遍指导意义的解释规则，而在许多判决书中，判决理由部分常常写得十分冗长。[lx]在美国司法判决的执行并不存在执行难的问题，在很大程度上是因为“这里的司法判决经常象一篇说理及其充分的论文，”这样在大多数情况下，败诉当事人会很服气地接受判决结果。[lxi]在大陆法国家，由于成文法制度的背景，由于法官不能创制有拘束力的先例，因而其判央通常仅局限于可适用的法律条款的分析，而不必要象英法国家的法官在判决中那样全面推理，然而在大陆法国家，强调判决书的说理十分重要。正如迪德(Dewey)所指出的，“法院不只是做判决而已，他们还必须解释其判决，解释的目的是在说明判决的正确理由如何...以证明它不是武断的看法，能使当事人心服口服于法官的权威或威信，因为法官的判决是一个合理的陈述，它有充分的理由，而且显示出判决理由的相关的或逻辑的结构。

” [lxii]尤其是在现代社会，在大陆法学司法的功能和作用日益扩大，司法的能动性也越来越强，法官不仅可以解释法律并且在解释过程中填补法律的漏洞，而且司法在制衡行政权

方面发挥出重要作用，这就更需要在判决中详细阐述理由，以表明裁判的公正性和合理性，并限制司法的专横，还应当看到，用法律是十分必要的，成文法的演绎推论的方法决定了法官的判决及当事人的请求无法通过法律规范而只能借由具体的判决中的理由来阐述。加之成文法产生的历史悠久，理论基础深厚，法律规范体系编排严谨，这就更需要借助法官的判决尤其是判决书中的判案理由来达致活的、变动不居的社会生活与死的、刻板固定的法条之间的沟通。[lxiii]以大陆法国家的代表德国为例，早在1911年第二届德国法官会议上，与会的法官发表声明指出，法官没有作出具有充分的理由的判决是可耻的。第二次大战以后，德国形成固定的判决公开制度，即所有判决都要公开，每个法官都要对他的判决负责，允许社会公众尤其是法律界人士对判决理由和判决结果作出评述。而法官的裁判质量及个人素质对法官形成很大的压力，据调查，德国法官在审理一个案件中，大约用43%的时间花在判决书制作上。[lxiv]尤其应当指出，近几十年来，德国某些法院开始实行在判决书中表达法官不同意见的制度。1970年德国一个法律授权德国宪法法院可在判决中表达不同的意见。不过，德国宪法法官对此仍然持反对态度。[lxv]从以上分析可见，在判决书详写判例理由，历来是两大法系的法官所应当遵循的准则，随着社会的发展，对于充分阐述理由的要求也越来越高。

二、我国民事，经济判决书应详写判决理由

《中华人民共和国民事诉讼法》第138条明确规定：“判决书应当写明判决认定的事实、理由和适用的法律依据”。但事实上，很长的时期以来，法官只注重事实的调查与认定，不重视判决的说理。在法院内部，对司法裁判

的要求通常是：“通俗易懂、简洁明了”八个字，这在过去因法律很不健全，人们的法制观念相对较弱的情况下，无疑是不得已的做法。[ixvi]但在今天，随着经济建设和法制建设的迅速发展，人们的法制观念和权利意识普遍增加。对司法的公正和裁判的正义要求也越来越高，在此情况下，仅仅对判决书提出“简洁明了”的要求是远远不够的。而必须严格依据民事诉讼法第138条的规定，在民事、经济判决书中详细写明判决理由。从目前我国司法裁判的现状来看，民事经济判决的说理部分普遍存在着如下缺陷：第一，说理不充分且缺乏针对性。判决理由是指法院根据已经认定的事实和证据所阐述的裁判的理由。而目前的民事经济判决书中说理部分十分单薄，首先表现在未能根据特定案件的事实，进行有条理的，有逻辑性的分析，以明辩是非责任。许多判决书在阐述已认定的事实以后，便直接作出裁判结论，至于为什么从理论事实中应得出某种裁判结论，往往一笔带过。从而命名裁判结果不能令人心服口服。其次，某些裁判理由空洞无力、缺乏针对性。判决理由应当针对双方当事人所提出的请求和理由予以答复。即哪些应予以支持、哪些应予以驳回，而这些支持和驳回的意见必须建立在充分的说理的基础上。换言之，对于支持和驳回的理由必须讲出充足的道理。然而，因为判决书往往对当事人的说法虽然作出答复，但在答复的意见中不表述理由，有的判决甚至未对当事人的请求作出答复从而使判决不能以理服人。第二，缺乏对证据的分析和判断。诉讼的关键是证据，证据的认定直接影响着事实的认定，因为所谓客观事实不过是由证据证明的事实，因此证据的分析和判断十分重要，应当在判决书中详细阐述。遗憾的是

，许多判决书在证据的表述中都仅列举出证据，而缺乏具体的分析和论证，有的采取“一句话主义”，即“上述事实，有真实证据证明”或“上述事实，证据确凿”，[lxvii]从而使人们难以知道为什么法官要认定某一证据而不认定另一证据、认定该证据的理由究竟是什么，从而也想以对法官基于该证据认定的事实的真实性表现相信。

第三，对法律适用的解释。法官准确地指出法律作出判决，是依法裁判的集中体现，为此，需要法官在判决书中正确指引法律条文，并对这些条文的含义尤其是对处理的案件的可适用性，应作详细的解释和说明。如果法律规定本身存在漏洞，则应依据有关解释法律的原则解释法律，填补漏洞。然而，目前许多判决书在援引法律条文方面十分简略，有的仅引证条文，但不对条文的含义及对案件的可适用性作出解释，有的干脆仅援引名称和条款，不写出法律的具体内容，从而经常造成法官所认定的事实与其援引的法律条文之间缺乏联系，甚至毫无关系，从而使人们难以知道法律是依据何种证据对案件作出裁判的。

第四，裁判缺乏逻辑分析和推理。一项公正的裁判应当是建立在逻辑推理的基础上，即从证据的分析，事实的认定，援引的法律条文的含义，裁判结果相互之间具有逻辑的内在联系，法官的任务在很大程度上是要详尽的阐述此项逻辑联系。然而，许多判决书因缺乏必要的逻辑分析的推理，因此证据与事实的认定不能统一；认定的事实与援引的法条缺乏联系；事实、法律和裁判结果之间发生脱节，从而使人们难以十分相信裁判的公正和合理性。由于民事、经济判决书中不详写理由，不仅导致裁判质量难以提高，而且导致了某些法官缺乏责任感和进取心，甚至因判决书中不必详写理由而为

徇私枉法、贪赃枉法行为提供了极大的方便。可以这样说，判决书中不详写判案理由的问题，已经成为妨碍司法公正的一大障碍，而这个问题也到了必须引起高度重视且予以解决的时候了。要求民事经济判决书详写理由，乃是司法公正的最直接的要求，司法的公正不是抽象的概念；而在很大程度上应体现在裁判的实体公正上。那么实体公正表明在什么地方就要看判决理由论述是否充分。判决作为法院就解决案件的实体问题所作的确定，其对实体公平的形成和表现应集中体现在判决理由上。判决理由也可是公平的外在具体体现，西方有一句法律谚语，称为“不仅要实现正义，而且要让人们看到正义是如何实现的”。法律要给人以公平，则要证明公平在何处，法官要认定某人承担责任，就要讲出充足的道理，提出能使人信服的理由。彼德斯坦提出，“法律的诉讼性质要求必须有一方胜诉另一方败诉，义务是否被履行，契约是否被违反，财产是有还是无，被告是否犯了指控的犯罪行为，都必须有一个明确的答案。” [Ixviii]如果判决中不谈理由，即使是该答案正确的，也难使人相信其合理性和公正性，甚至认为它是武断的，专横的。我们认为，应大力提倡法官在判决书中说理，其理由还在于：第一，判案不说理，不仅不能保证司法的公正，而且会掩盖执法不公甚至贪赃枉法的各种非法行为。因为，在民事、经济审判中，事实的认定与如何适用法律并作出裁判，仍然是两个不同的问题。事实即便清楚，也并非必然可以推导出正确的结论。许多案件表明，法官在审理中所作的事实认定是清楚的，但法律适用却是错误的。从审判实践来看，说理透彻、令当事人心服口服的判决，基本上都表明法官执法的公正；而只认定事实，不

谈理由或理由不清，牵强附会的判决，即使事实清楚，也不能使当事人信服，其中亦难免出现执法不公。可以这样说，判决理由是努力消除司法腐败、保证司法公正廉明的方式，是司法权合理化的标志。如果不要求法官的判决详谈理由，必然会为与腐败和裁判不公行为提供极大的方便。第二，判决不说理，公开审判的作用不能充分体现。因为判决说理要求法官就庭审过程中所提出的问题作出回答，并充分反映庭审的内容，如果判决不说理，判决必然与庭审发生脱节，公开审判的意义难以实现。第三，随着社会的发展进步，民事、经济案件大量涌入法院，案情也越来越复杂，标的动辄、上千万甚至上亿元。法官的一纸判决，有时要直接决定一个企业或公司的存亡，决定经营者一生心血的成败，即使在某个个案中标的数额不大，但判决一方当事人败诉，在接影响着对外的声誉、信誉，决定着其经营的成败。可见裁判结论的重要性不仅使得法官的权力加重，也使得其责任大大增强，对于如此艰巨的使命，如果只是在说理部分寥寥几笔就作出判决，何以体现法官应尽的责任？尤其是败诉的一方而言，令其承担成百上千万的财产责任而不对其讲请任何道理，即使理应败诉，当事人也不会服气，所在在不少案件中，当事人在二审终结后，仍然没完没了地告状、申诉、上访影响了社会的稳定和安定。第四，判决书不说理由，也不利于提高法官素质。法官作法律的专门家，其主要职责是准确认定事实、正确适用法律。如果判决书不讲理由，就无须其具有较高的学识素养和法律运用能力，长此以往，法官的素质只能是每况愈下。第五，判决说理透彻，亦会大大增强对司法审判工作的监督。事实上，我们的许多案件之所以没有公开披

露，很多是因为判决书说理不够而难以披露。要真正加强对司法审判的监督，就应该将依法可以披露的案件一律公开。说理透彻的高质量判决，自然经得起社会公众舆论的评判。

第六，判决书详写理由，也有利于上诉案件的公正和有效率的审理。因为判决理由常常是上诉或不服申诉的根据，上诉审法院可以从一审判决理由中寻找线索，发现原审判决的不足，失误和缺陷，从而找出问题的关键所在，因此有利于提高二审的效率和保证最终判决的公正。在我们看来，一份判决书，实际就是法官向社会呈现的考试答卷。在国外，一篇判决主文，往往就是一篇极好的学术论文。当然，要判决都成为学术论文，这显然是不现实也是不必要的。但一份判决至少要讲出足够的理由，这样的要求，无论如何不算过份。

在封建社会，许多朝代都规定，官吏如果不能自写述职公文，应被免职。[Ixix]在当今社会，法官在其判决中详写理由，乃是其基本职责，如果做不到这一点，很难说该法官是称职的。可以说，民事、经济判决，理由说得越多，越说明法官是忠实于法律、认真维护当事人合法权益的。凡是道理透彻的判决，也足以说明该法官是一名称职合格的法官。在当前，应把强化案件判决书的说理、尤其是强化民事、经济案件的说理作为一项基本的要求提出并予以贯彻落实。如果忽视了这一要求，审判方式改革是根本不可能取得应有成效的。

三、判决理由的内容如前所述，在判决中说理，就是要求法官详细分析证据，并根据证据认定的事实，具体阐述可以适用的法律，并依据法律作出具有逻辑性、合理公正的判决。说理充分还应包括对当事人各方的请求在充分说理的基础作出支持或驳回的答复。换言之，对当事人的请求要具说明哪

些合理，哪些不合理，为什么合理或不合理。整个说理部分应充分严谨。对理由的论证可以从多层次、多角度、多方面来论证。必要时还可以必须论述。总之，理由越充分，则表明判决书的质量越高。关于判决书说理部分的内容，两大法系的法官的判决也不完全一样，Wetter曾经就上诉审法院的审判风格加以比较，而整理出英国、法国、德国、瑞典和美国等五种各具特色的风格类型。所谓裁判风格（judicial style），通常包括段落安排、论证方法、沟通形式，乃至语体、长度等，从风格的不同，可以看出法源、法官角色和法律理性（正当性）的差异。比如法国最高法院的裁判，即以简短扼要而闻名，通常只论证法院最重要的认定，而且决不引用判决先例或学者的意见。德国法院的判决书则多引用相关法条进行解释，而后采取三段式的推论，法院也经常大量地引证学说见解。[1xx]而英美法系的判例，则注重对先例的分析以及对事实的推论，判决结果理由的阐释，但对制定法的分析解释较少，这也反映了两大法系各自不同的特点。我认为我国法官在判决理由的说理方面，应注重如下问题：第一，判决中是否需要当事人及其代理人意见都作出回答。我们说判决理由应具有针对性，即要针对当事人的请求予以回答，各项请求不营是否重要，法官都应当作出回答，并提出肯定或否定的理由。但关于当事人及其代理人的意见，法官在审判中应认真研究，并在判决中充分予以考虑，仅我认为判决理由则不一定要完全针对这些意见作出回答。这不仅是因为在民事经济案件中，双方当事人及其代理人所提出的意见常常是纷繁复杂的，法官不可能都作出回答，同时判决只是就当事人的请求予以裁定，而不是对当事人提出的各种理由进

行裁判，在许多情况下，当事人的请求与其理由之间可能会形成不一致形象，其请求可能是合理的，但理由可能并不一定是合理的。所以，法官也没有必要对各种意见都作出回答。当然，法官在阐述自己的判决理由，可能会对当事人提出的某些观点提出不同意见，这也可能是必要的。第二，关于判决中是否应对证据的采用作出详细地分析。我认为，证据是事实认定的基础，所谓以事实为根据实际上就是以证据为根据，因此判决书中必须要对证据采用的理由进行严格的分析。如哪一项证据能够采用，哪一项证据不能采用，不能采用的理由是什么，以及采用的证据能够证明什么，为什么能够根据已经采纳的证据认定一定的事实，这都需要在判决书中作出详细的说明。第三，关于判决中是否应当对有关的法条的含义进行解释。我认为，法官裁判案件就是要将成文法运用到具体的事实之中，将抽象的法条与具体的事实有机地联系在一起，但是一个或某几个法条为什么能够适用于特定的案件，这就需要法官在判决中作出详细的说明。这就是说法官需要在判决中准确地引证法条，并且对该法条的含义作出准确的解释，如果不能够找到可供适用的法条，而需要援引有关的原则，或者需要通过公平正义的观念来作出判决，都需要在判决书中作出详细的说明，在许多情况下还需要根据法理来论证。第四，关于判决中是否应列举不同的判决意见，是值得研究的问题。在英美法国家，历来强调在判决中列出各种不同的裁判意见，特别是反对意见，而判决中列出的反对意见曾对普通法的发展起到了重要的推动作用，许多反对意见形成为普通法的重要规则并被以后的判决反复引证。在大陆法系，对此问题历来存在着不同的观点。赞成者认

为在判决列出不同意见，可以真正实行审判公开，也有利于公众对审判的监督，更何况反对意见可能是正确的，而裁判意见反而不一定是正确的。反对者认为，在判决中列出不同意见会削弱判决的权威性、妨碍判决的执行。在法国学者大都主张要列出反对意见，但法院并没有采纳这一观点。[1xxi]而在德国法院内部对此存在着不同意见，但法国最高反对不同意见公开。在日本，最高法院的判决书中要列出不同的意见，但其他法院则并未采取此种做法。我认为，在判决中列出不同意见，确有利于增强审判活动的公开性和透明度，使公众进一步相信法院是公正、无私、廉明的，同时反对意见对司法经验的总结和学术的发展都具有重要价值。然而，考虑到目前司法在公众中的权威性并不高，许多公正的裁判都仍面临着“执行难”的问题，如果其中列出不同的意见，则会削弱裁判的权威性，并有可能为拒不执法判决和裁定的当事人提供某些借口。所以我认为，目前我国法院尚不具备在判决中列举不同意见的条件。最后需要讨论的是保持裁判的大体一致性问题。法院的判决是法官对事实和法律的判定及认识所作出的决定，它体现了一定程度的主观价值判断。然而，法律和特定的案件事实又是客观的，法官应当努力寻求从客观存在的事实中寻求可适用的规则，从而使裁判的结果尽可能具有客观性。因此某一特定的案件事实应当与特定的规则相联系，法官应当根据特定法律适用出特定结果，从而使当事人对法律产生合理的预期。各个案件事实只要是相同的或大致相同的，应当具有大体相同的裁判结果，至少这些结果彼此间不应有重大差距甚至相互矛盾的。然而我们的判决在实践中经常出现相互矛盾现象。同一事实，在此法院

审理是一种结果，在彼法院审理是另一个结果。这固然有各种外来的因素如地方保护主义行政干预的影响也涉及到在法院内部如何使执法标准或尺度统一，及妥当问题。我认为保持判决大体一致性是十分重要的。判决乃是法律价值的具体体现，而法律价值体现的结果，可使人们充分理解法律所追求的价值，当这些具体化的价值逐渐累积，可使人们更确定，更明确法律所追求的价值。[lxxii]假如判决是杂乱无章的，将会使人们对法律的理解产生各种杂乱的信号，甚至无所适事，严格执法也成为一句空话。为了保证裁判的大体一致，一方面需要由最高法院树立一些判例的样版，为法官在判案时确定一些执法的具体标准，从而得出相同或大体相同的判决；另一方面，法官在裁判中也应当注重同样的或大体相同的事实，如果先前裁判是公正的或基本上是公正的，则应尽可能与这些判例保持一致，与这些裁判结果不一致，则应具有充足的理由。当然，要使法院的裁判保持大体的一致性，从根本上说，需要建立判例法制度，采纳“遵循先例”的原则。与强调判决理由相一致的问题是判决书的公开出版制度。因为强调判决理由的重要在于，加强公众对裁判的监督。如果判决书不能公开出版，则公众尤其是法律界人士不能对裁判结果作出评论、讨论，从而便不能发挥公众监督的作用。因此，在强调判决理由的同时，应当建立判决书的定期出版制度。判决书应当按月、季度、年出版，原则上所有的判决书都应当出版，而不能仅仅是有选择的出版部分案例。鉴于该项工作任务十分繁重，因此我们认为最好在各中级以上的法院成立专门的案例出版编辑部，负责各级法院的案例的定期出版工作。当然，最高人民法院应对编辑和出版的体例

或格式要求作出统一的规则，尽快编辑出版案例也是当前司法改革的一项内容，并且应尽快提到议事日程。第八节 调解应充分尊重当事人自愿原则 调解制度以及调解主导型的民事经济审判方式曾被认为是中国审判实践中最重要的特色之一和主要经验，有学者认为这一肇始于新民主主义革命时期并在新中国成立后的数十年间不断得到强化的经验，实际上是与改革开放前中国社会经济计划化、利益单一化、人口居住固定化、法律简约化、权利淡漠化的社会条件相适应的。这一观点不无道理，但时至今日，调解制度仍然是我国民事诉讼法中的一项重要制度。从民事审判“十六字方针”中的“调解为主”到1982年的民事诉讼法规定的“着重调解”，调解的功能被强调到十分重要的地步。1991年的民事诉讼法第9条规定：“人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解，调解不成的，应当及时判决”。从目前各级法院情况来看，调解仍然是解决民事权益争议的重要的结案方式。在许多法院，调解结案数已超过了判决结案数。法院重视调解方式，不完全是因为传统习惯的原因，更重要的是来源于如下几方面的原因：第一，调解结案对法官而言风险很小。[lxxiii]因为判决不公，法官将可能承担错案追究的风险，判决也可能会导致当事人的上诉，而上诉后又有可能使案件被发回重审或判决被改制。生效的判决也可能会引发检察机关的抗诉或其他审判监督程序的发动。而判决一方当事人败诉也有可能因该当事人的不服而无止无休地告状。然而，调解结案则避免了这些风险，因为调解不发生上诉问题，而且调解结案后很难适用审判监督程序，当事人也很难针对调解的结果提出申诉，因此调解对法官而言是风险很小的结案

方式。第二，调解结案有利于案件的执行。调解是通过当事人自愿达成协议以解决纠纷，调解的后果既然当事人所自愿接受的，因此当事人应当自觉地执行调解协议，而不必过多依靠法院采取强制执行的方法。从实践来看，调解结案较之于判决结案，确实更能减少法院的强制执行，对调解书申请强制执行的确少于判决^[1xxiv]，尤其是通过调解解决纠纷，可以避免当事人之间因诉讼而大伤和气，增加当事人之间的和睦团结。第三，调解结案较之于判决结案更为省时、省力。如果在开庭前达成调解，则不需要这个，调解书的制作也较为简单，不必要判决书那样对所认定的证据、事实作出分析及需要谈出判决理由。尤其是法官不必对案件的定性，证据的判断，法律的适用、规则的解释等复杂的专业问题作出回答，这在当前法官的业务素质普遍偏低、某些法官习惯于依经验办案的情况下，无疑是十分有利的，尤其是对较为复杂的案件，调解结案方式十分简便和方便。正是由于调解可以给法官带来许多益处，因此调解结案成了许多法官的偏好，尽管调解结案在许多案件中效果是很好的，对于迅速及时地解决争议、化解矛盾、维护社会的安定团结等发挥了重要作用，但是实践中法官的调解仍然存在着诸多问题，最突出的仍然是违背当事人的自愿进行调解的问题。1982年制定民事诉讼法(试行)时，将“调解为主”的方针修改为“着重调解”的原则，1992年修订试行法时，又将其修正为“自愿、合法”的调解原则，上述修正，主要是为了解决审判实务中长期存在的不尊重当事人自愿而进行调解的问题。但从新法实施以来的情况看，这些问题并未真正得到解决，以致于发展到某个时期许多基层和中级人民法院纷纷成立经济纠纷调解

中心从而完全背离调解宗旨。在现行的审判方式中，调解的问题一是“背靠背”地进行，即双方当事人不见面，由法官分别在当中穿梭斡旋，这种办法在实践中被认为是最行之有效的办法，既可避免双方当事人面对面地吵架，从而提高调解成功率，又能使双方当事人都摸不清对方的意图，使法官手中留有余地，便于“斡旋”；但在实践中，这种方式常导致法官与当事人讨价还价，甚至对当事人哄骗、说好话、以说服当事人接受调解，法官的中立地位与尊严也难以得到维持。二是存在完全违背当事人的自愿，强压一方或双方当事人接受调解的情况，个别审判员为提高调解结案率，甚至以查封、扣压或以判决后果不利相威胁，迫使一方被迫放弃部分权利和利益而接受对其明显不公正的调解。三是为了一方或双方接受调解意见，经常反复做工作，久调不决^[lxxv]。上述特点反映了目前施行的调解制度中所存在的重调解、轻判决、压服式的非自愿性调解、“和稀泥”式的无原则调解等问题。由于调解中严重存在着违反当事人自愿的现象，从而使许多调解的结果明显对一方不公，且由于调解结案不能上诉，甚至使审判监督程序难以发挥作用，因此利益受到损害的当事人几乎很难找到补救的途径，从这一点说，对受害人而言，不公正的调解比不公正的判决更为糟糕。在某些地方，调解结案甚至成为了一种地方保护主义的手段。^[lxxvi]由于“久调不决”，久拖不判的现象的存在，使案件长期不能结案，导致调解所应有的效率作用也难以发挥。当前的审判方式改革集中于庭审方式的改革，虽不无道理，仅却忽视了对调解制度的改革，则是不妥当的，庭审方式的改革必须与调解制度的改革结合起来，方能使改革获得应有的、预期的

成效。因为一方面，如果许多法院仍然追求调解结案率、法官为达成调解可以久调不决、甚至不考虑当事人的意愿，则许多案件根本不可能进入庭审阶段，或庭审以后因必须以调解结案而使庭审流于形式，因而继续沿袭那种不尊重当事人自愿的调解方式，庭审方式改革的成果必将大打折扣。另一方面，如果大多数案件都要通过漠视当事人的自愿方式结案，必将使正当的法律程序难以获得遵循，同时在审判方式改革中建立和完善的正当程序也难以发挥应有的作用。此外，过度重视调解结案方式也会严重制约法官的素质，使法律职业的专业化制度很难形成。据此，我认为，在审判方式改革中，应当将调解制度的改革问题提到重要的议事日程。我认为，调解本身作为当事人在司法审判人员的主持下通过平等协商、自主自愿地解决其民事权益争议的方式，无疑是解决冲突的有效率的方式，在完全尊重当事人自主自愿的基础上进行调解，确实有裁判的方式所不可比拟的优点。所以，在两大法系，采用自愿调解方式结案越来越受到法官的高度重视，美国民事诉讼程序在修改后，要求法官注重在庭审的会议中推动当事人达成和解，说明调解结案方式本身是合理的。然而，如果调解程序被不正当地适用甚至被滥用，则调解制度根本不能发挥出立法者预期的作用，甚至如一些学者的所指出的，此种做法将造成了诉讼制度的部分变异使对法官的民事审判活动的制约降低到最低程度，一些地方的民事诉讼出现较为严重的无序现象，使民事诉讼的实际情况与我国民法预定的目标出现较大的偏差。[lxxvii] 如何既保持调解制度作为中国民事诉讼制度特色的地位，同时又努力克服其存在的诸多问题是一个需要花相当时间和精力去解决的问题

。首先需要明确的是，尽管调解制度在实践中存在诸多的问题，而不能据此否认调解的功能。那种认为改革的思路应当是否定法官主持调解，或认为应坚持“判决为主、调解为辅”的观点也不完全妥当，因为这一思路极易导致审判人员忽视调解或不愿意从事调解，这不仅不能发挥调解的作用，而且也与现代司法制度重视调解的趋势是不符合的，调解制度改革的目标应当是充分贯彻落实当事人自愿的调解原则，在自愿原则的基础上达成的调解，是最有效的解决争议的方法。调解的本质特征是始终尊重当事人的意志，使当事人在自愿的前提下参加调解过程，在相互理解的基础上达成共识，从而使纠纷得到圆满解决，调解的自愿原则包括尊重当事人在程序上的自愿和实体上的自愿两方面，具体来说也包括如下几点，第一调解程序的发动，应尊重当事人的自愿，我们认为在案件的审理过程中的任何一个阶段都可以实行调解，但调解程序的启动都必须得到当事人双方的同意，如果有任何一方不愿意实行调解，或者不愿意由法院实行调解，则不应当实行调解，这就是说，当事人愿意实行调解就进行调解，只要有一方不愿意调解，法院都不得进行调解，更不得以任何形式直接和变相地向当事人一方或双方施加压力，迫使其进入调解程序，第二调解方案由当事人提出，而不能由法官来确定，因为一旦由法官提出调解方案，都会给当事人形成一种必须接受调解否则会在判决中吃亏的压力，由于法官操有审判大权，当事人因害怕得罪法官而难以拒绝法官提出的方案，所以由法官提出调解方案是违背自愿原则的，第三调解过程必须尊重当事人的自主自愿，这就是说，双方当事人必须在平等的基础上自愿进行协商，充分表达其真实意

思，法院主要是起主持和召集当事人进行协商的作用，当然，法官也可以鼓励当事人达成调解，但是在调解过程中，法官不得采取任何言行妨碍当事人自由表达其真实意思，法官主持调解时应当努力引导当事人和睦协商、互谅互让以达到既解决纠纷由不伤和气的目的，但绝不能采取与当事人讨价还价、哄骗、言语威胁等方式促使当事人接受调解，这些做法不仅违背了自愿原则也有损法官的独立和公正。第四调解程序的终结应尊重当事人的自愿，在调解进行过程中，一方当事人明确提出不愿接受调解，则法官应立即终止调解程序，不得继续拖延，或以其他形式向当事人施压，使其继续接受调解，由于在很多情况下，当事人因害怕得罪法官或出于其他方面的考虑，而不敢明确的表示不愿接受调解，在此情况下，法官也不能进行无止无休的调解，当然，为防止法官久调不决的现象，法律应当对调解的期限作出明确的规定。第五调解协议的达成应尊重当事人的自愿，在协议达成过程中，法官不应当发表个人的意见，以防止协议的内容受法官意志的影响，如果当事人未达成协议，或者在调解书送达以前，便反悔的，法官应及时的作出判决，总之自愿原则是调解所必须遵循的基本原则，由于目前这一原则未能得到很好的遵守，因此调解应有的作用未能体现，反而成为某些司法审判人员借调解而办“关系案”、“人情案”，故意损害一方当事人的利益的手段。有一种观点认为，由法官主持调解，难免使调解过程具有一定的强制性使调解协议受审判人员意志的影响，因此，应当实行调审分离，使调解程序与判决程序分离[^{lxxviii}]，也有人甚至认为法官不应当主持调解。我认为，实行调解程序与判决程序分离是必要的。这就是说，

一方面判决结果不应当与调解过程发生任何联系，绝不能因为一方不愿意接受调解便使其在判决中处于不利地位，即使是由一方当事人提出的调解协议，也不应该成为判决的参考。另一方面，调解不应当成为判决的必经程序，我们要充分发挥调解的作用，但更应当充分尊重当事人的自愿，当事人不愿接受调解，则不能认为在判决以前必须要经过调解程序而强迫当事人进入调解程序。尊重调解的自愿原则与法院主持调解并不是矛盾的，在任何一个国家的民事诉讼中，法官都有职权也有义务推动当事人达成和解，只要当事人没有明确拒绝法官的调解，则法官的调解是必要的，在许多情况下也是行之有效的，如果在诉讼过程中不由法官主持调解，而由其他人如专门的调解员等主持调解，不仅将使程序变的极为复杂，使诉讼造成迟延，会给当事人造成不必要的费用，如果当事人自愿接受其他人的调解，则这种费用是当事人愿意承担的，如果当事人没有提出这种请求而由其他人主持调解也是违背当事人自主自愿的。为了落实自愿原则必须要尽快的完善我国程序法，我国民事诉讼法虽然规定了调解的自愿原则，但缺乏一套具体的可以实际操作的规则以保障自愿原则的实现。民事诉讼法的某些规定也不完全合理，需要作出修改和完善。如关于调解是否需要在事实清楚的基础上分清是非的问题。民事诉讼法第85条规定：“人民法院审理民事案件，应当根本当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解”这一规定显然有值得商榷之处，因为，一方面，法官主要是主持和召集当事人进行协商，而不能对调解协议提出任何意见，这就完全不必要在调解过程中由法官分清是非，而关于案件的是非问题完全应当由当事

人自己去理解、自己去认识。另一方面，调解程序与判决程序是不同的，判决是要在事实清楚的情况下作出，而调解可以在任何一个阶段进行，所以不必要在事实清楚的基础上进行调解，例如在庭审前的阶段，法官也可以进行调解，加强法官在庭审前的促进当事人达成和解的作用，是现代民事诉讼法发展的重要趋势，庭审前如能达成调解，也是极有效率的。但在庭审前，因没有进行开庭审理，不可能作到事实清楚，如果在这个时候要求法官必须在事实清楚的条件下进行调解，则法官只能通过阅卷自己调查取证来了解事实而由此得出的对案件事实的认识很难保证客观准确，如果法官把这种认识带入判决过程也更为危险。为了落实自愿原则还必须坚决纠正法院内部下达调解结案率的做法。尽管调解结案率在逐年下降，但在许多地方的法院，仍然向法官下达调解结案率，把调解结案率作为考核法官的工作业绩的一项指标，这是完全违反民事诉讼法关于调解的基本原则的，因为追求调解结案率的结果必然是促使法官违反自愿原则强迫当事人接受调解，所以这种做法必须尽快得到纠正。【注释】 [i] 参见景汉朝：《审判方式改革实论》第5页。 [ii] 陈桂明：“民事诉讼中法院职权的弱化及其效应”，《法学研究》1992年第6期 [iii] 陈旭：“审判方式改革的目标和内容”，载《政治与法律》1998年第1期。 [iv] 彼德·斯坦：《西方社会的法律价值》第97页，中国人民公安大学出版社，1989年版。 [v] 参见景汉朝：《审判方式改革实论》第25页。 [vi] see Miller, *The Formative Principles of Civil Procedure*, 18 Ill.L.Rev.1,9-24(1923) [vii] 当事人主义最早起源于古代社会私力救济中所采取的决斗方式。在12世纪英国首先采用了这一

制度，以后为美国完全接受。 [viii] David Luban: Lawyers and justice-an Ethical study,1988,pp56-57 [ix] see:Henry J.Abraham, Judicial Process,pp147-150 [x] see Judith Resnik, Managerial Judge, 96 Harvard Law Review,1982,p8 [xi] 赫伯特 杰克伯：《法官法律与政治：比较的眼光》第3-4页，原载汤维建：“美国的对抗制审判方式”载 比较法研究 。1996年第4期。 [xii] see Judith Resnik, Managerial Judge, 96 Harvard Law Review,1982,p7 [xiii] see Benjamin Kaplan, Arthur T.von Mehren, and Rudolf Schaefer, Phases of German Civil Procedure,71 Harvard Law Review.1193(1958)at1199 [xiv] see Judith Resnik, Managerial Judge, 96 Harvard Law Review,1982,p8 [xv] John H.Langbein, The German Advantage in Civil Procedure,52 Chicago Law Review.1985 [xvi] see Judith Resnik, Managerial Judge, 96 Harvard Law Review,1982,p8 [xvii] see Monroe Freedman, Lawyers ’ ethics in an adversary system,1975 [xviii] 丹宁勋爵著：《法律的正当程序》第52页，群众出版社，1984年中文版。 [xix] John H.Langbein, The German Advantage in Civil Procedure,52 Chicago Law Review.1985 [xx] Roscoe Pound, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice,29 A.B.A.Rep.395,1906. [xxi] 汤维建：“美国的对抗制审判方式”载 比较法研究 。1996年第4期。 [xxii] 参见贺卫方：“对抗制与中国法官”载《法学研究》1995年第4期。 [xxiii] Kaplan,Von Mehren 2), 71 Harvard Law Review,1193,(1958) [xxiv] Marvin Frankel,The Search for Truth,123 U.PA,L.Rev,1031(1975) [xxv] 汤维建：“美国的对抗制审判方式”载 比较法研究 。1996年第4期。 [xxvi] 李浩：“法官素质与民事诉讼模式的

选择”载《法学研究》1998年第3期。 [xxvii] 张卫平：“民事诉讼基本模式：转换与选择之根据”载《现代法学》1996年第6期。 [xxviii] 参见哈罗德·伯曼：《美国法律讲话》第199页，三联书店1991年版。 [xxix] 参见柴发邦主编：《体制改革与完善诉讼制度》第516页。 [xxx] 参见徐显明：“论法治构成要件”载《法学研究》第18卷第3期。 [xxxi] 参见景汉朝：《审判方式改革实论》第119页， [xxxii] 参见蒋惠岭：“初谈法官中心论”。 [xxxiii] 参见王怀安：“关于审判方式改革的几点思考——在最高人民法院咨询委员会第四次会上的讲话”。 [xxxiv] 参见程味秋：“论审判公开”载《中国法学》1998年第3期。 [xxxv] 景汉朝等：《审判方式改革实论》，第409页。 [xxxvi] 参见张玉来：“以人民满意为根本标准”，载《人民日报》1999年11月9日。 [xxxvii] 《中华人民共和国民事诉讼法》第116条。 [xxxviii] J.Skelly Wright: The Pretrial Conference in American Court Systems, Readings in Judicial Process and behavior, Sheldon Goldman and Austin Sarat, 1978, p120 [xxxix] Friedenthal, Kane and Miller, Civil Procedure, p380 [xl] 见最高人民法院副院长唐德华1994年10月21日在第三次全国经济审判工作会议上的工作报告《全面加强经济审判工作，为经济建设和社会主义市场经济体制的建立提供司法保障》。 [xli] 参见程味秋：“论审判公开”载《中国法学》1998年第3期。 [xlii] 参见“民事司法的公正及其制度保证”载《法学前沿》第三辑，第29页。 [xliii] 参见晓林：“建议建立案卷公开查阅制度”载《政治与法律》1998年 [xliv] Wigmore on Evidence, Textbook, sec447.1. [xlv] 日本最高裁判所昭和二十三年，八月五日判决。 [xlvi] Robert A.Carp: Judicial Process in

American,199 [xlvii] “民事司法的公正及其制度保障”《法学前沿》第三辑第32页。 [xlviii] 参见张卫平：“民事诉讼基本模式转换与选择之根据”载《现代法学》1996年第6期。

[xlix] 参见景汉朝：《审判方式改革实论》第39页。 [I] 参见刘兰芳等：“关于庭审方式改革的思考与实践”载《中外法学》1996年第4期。 [ii] 参见黄双全：“论公开审判制度的完善”载《中国法学》1999年第一期。 [iii] 参见罗书平：“法院裁判文书质量令人堪忧”载《四川审判》1998年第3期。

[liii] 景汉朝：《审判方式改革实论》第63页。 [liv] 参见徐功勋：“试论地方国家权力机关的司法监督及其权力界限”，载全国人大第379页。 [lv] 肖扬：“人民法院开展集中教育整顿的情况汇报”载《人民日报》1999年2月1日。 [lvi] Robert A Corp Ronald Stidbam, Judicial Process in A merica, P4. [lviii] Stone, The Province and Function of Law , P275, 1950. [lix] 哈罗德·伯曼：《美国法律讲话》第20?23页，三联书店，1988年版。 [lx] 如在弗吉尼亚的一个州法院，一位法官在判决书中花了好几页的笔墨阐述为什么对一个不愿意埋葬已死的臭鼠的囚犯进行惩罚，不违反囚犯的民事权利。另一个在Pennsylvania的联邦法官，在判决书中对一个涉及拍摄照片的不当行为，宪法第一修正案是否应予以保护问题长篇大论。参见Robert A Corp Tunc, Pour une motivation plus explicite des decisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation, 72 Revue trimestrielle de droit civil 487, 506 (1974). [lxxii] 参见吕荣海：《法律的多元性》第173页，台湾1987年版。 [lxxiii] 参见李浩：“民事审判中的调审分离”，载《法学研究》1996年第4期。

[lxxiv] 参见张晋红：“法院调解的立法价值探究”，载《法

学研究》1998年第5期。 [lxxv] 参见李浩“民事审判中的调审分离” [lxxvi] 参见杜钢建、李轩《当代中国的律师业》第360页。 [lxxvii] 参见李浩：“民事审判中的调审分离”，载《法学研究》1996年第4期。 [lxxviii] 参见李浩：“民事审判中的调审分离”载《法学研究》第18卷第4期。 【出处】 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