

我国司法调解制度的困惑与对策

张 莉

[摘 要] 作为司法制度的东方经验,调解对于化解纷争、实现和谐有着不可替代的价值作用。不过,一味追求调解而削弱判决,是我们必须避免的另一个极端。面对司法调解中存在的一些困惑,我们的应对之策是:强化调解的合法性基础,遵循“能调则调,当判则判,调判结合,案结事了”原则,在审判实践中准确把握调解标准的界定,加强调解的规范化建设。

[关键词] 司法调解;困惑;应对之策

[中图分类号] DF611 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)01-0094-05

调解制度在我国之所以能够生生不息、延绵数千年,是有一定的文化背景和社会基础的。从传统文化背景看,“天人合一”的哲学观下形成的“和合文化”提倡和谐、追求无诉,一旦遇到纠纷,人们自然会选择既能解决纠纷又能保持和谐的解纷机制,即调解。从现代价值取向看,市场经济是社会通过市场进行商品交换从而达到配置资源目的的经济运行方式。在商品交换过程中,交换双方之间纯粹是一种契约关系,具有独立的人格、享有充分的意思自由;同时,市场经济强调效率,每个市场主体都以获取最大利润、追求最高效率为其行动的出发点和归宿。现代调解制度因其崇尚自由和效率,符合我国现代市场经济运行规律的要求,在我国社会主义和谐社会的构建中焕发出新的生命力。诚然,我国司法调解制度也存在不少困惑,笔者拟从此入手,探求其应对之策。

一、我国司法调解制度的困惑

尽管司法调解的目的和初衷是对公平、正义的修复与维护,也尽管它是一种试图将法律效果与社会效果统一起来的重要工具,但在当代,无论是司法体系的指导思想,还是现实社会的发展实践,都使得现行司法调解制度面临着巨大的挑战与困惑。

(一)司法调解主体角色界限上的模糊性

我国民事诉讼法规定,调解必须在当事人自愿的原则下进行。但是,由于调审结合是我国司法调解制度的基本特色,调解和审判可以很方便地进行转换,而同时扮演第三方调停人和主审裁决人这两种角色的法官,可以随时主动地决定调解程序的运作与终止。特别是在一些法律依据比较含糊或者并不完备以及当事人双方证据势均力敌的情况下,这种选择行为所体现的自由裁量权就更为突出,而这时调解的“自愿”原则往往被忽视。法官利用自己的特殊身份进行劝解,是说服当事人接受调解以达成协议必不可少的前提。这种特殊的劝说形式可能在一定条件下带有某种暗示性、诱惑性甚至是威胁的成分。虽然当事人可以拒绝在调解协议上签字,但由于主持调解的法官通常就是案件的裁决人,因此,这种制度安排所带来的强大的心理压力经常造成有的当事人原本不同意某种调解方案,但最后还是不得不违心地接受调解的结果。“当法官摆出裁判者身份进行调解时,或明或暗的强制就会在调解中占主导地位,在强制力的作用下,自愿原则不得不变形、虚化”^[1](第 62 页)。调解者和裁判者二元角色的同一与重

叠导致了司法调解主体角色界限上的模糊性,造成司法调解中主体角色的缺位,从而制约了司法调解功能的正常发挥。

(二)司法调解程序上的非规范性

仔细分析我国司法调解标志性的“马锡五审判方式”,我们或许能感受到司法调解程序上的潜在规则。该审判方式最根本的经验首先是在于在调查案情时以平等的态度倾听各方面的意见,设身处地的体会群众的感情与要求;其次,在处理纠纷时向当事人说理说法,力求消除原、被告双方的对立情绪,由此得到的判决既合乎政策原则又顺乎法理人情。这种经验和原则在随后的数十年时间里,被广泛地应用。在“合情、合理、合法”的口号下鼓励当事人就案件处理进行过度的讨价还价或者互惠式交涉,以实用主义的政治性手法削弱规范以及原则,在法律秩序中,形成了所谓“双重不确定性(double contingency)”的状态”^[2](第12页),这是中国传统社会的一个重要现象。

不可否认,我国司法调解所潜在的规则和认知方式,并非基于现代法律中严格的司法程序。法官更多的是在政治、文化、习俗以及其他各种特殊背景影响下,以自身内藏的某种规则和伦理方式来处理调解与审判之间的复杂关系,并且,在苦口婆心地劝说当事人相互谅解、相互妥协,寻找解决纠纷的折衷方案里,试图将某种伦理方式与法律方式等同起来。这样,司法体系中的程序原则及其规范性就常常被疏忽,甚至是被牺牲掉了。虽然法治的前提是良法之治,离不开法律的良善道德,但是它与道德伦理的方式仍然有着本质的区别。合情、合理、合法只是社会道德与良知对司法调解做出的理想化预言,而真正要实现这种预言,需要依靠一整套规范性的操作程序,包括从司法调解的启动直至最后达成的结果。

(三)司法调解标准的不确定性

司法调解面临的困境还体现在执行标准上的含混和不确定性。首先,司法调解的适用标准不够明确。在审判实践中究竟什么情况下应该进行调解、什么情况下应该进行直接判决?现行法律上的规定并不明晰。这使得一些纠纷的解决方式从一开始就可能变得不知所措。原本在事实和法律上都一清二楚的案件,由于在调解和判决之间缺乏明确的选择标准而越来越多地采取了调解方式来处理,容易混淆权利与义务之间的法定界限,违背法律本身讲求公平正义的初衷。其次,恶意调解的处罚标准没有规定。例如“当事人之间恶意串通,隐瞒事实,到法院走程序,欺骗审判人员,得到合法的调解书,以此转移财产、规避法律责任、获取非法利益,损害了第三人的合法权益及集体、国家的利益”,“一些当事人在调解过程中一再要求对方当事人让步,对方做出让步并达成调解协议后,在执行阶段却拒不履行或消极履行调解书规定的义务,使对方当事人的合法权益遭到损害”^[3](第57页)等,当出现了以上转移财产、规避法律责任、据不履行的情形后,我国相关法律却缺乏相对应的预防和补救措施。第三,当事人利益的补偿标准缺乏依据,调解结果的弹性过大。调解当事人利益平衡的标准可能并不完全是来自于司法体系内部,它应该是基于社会系统的精细分工与价值评价制度,基于各社会成员共同认可并遵守的利益分配原则。因此,以司法体系内部或者当事人主观意识为主导的有关司法调解权利处置标准,可能会因为过大的弹性而造成“让步息诉”与“权利保护”之间矛盾的进一步加剧。

(四)司法调解评价机制的片面性

调解一度几乎成为司法的主旋律,调解率的多少成为衡量司法价值的重要标准。当“逢案必调,逢调必成”成为法官共同认定和倡导的普遍原则之后,司法体系内部评价机制的局限和片面,就显得更为突出。的确,调解体现了一种高超的司法技艺,具有不可替代的价值和理性,但是,对其价值评价不可失之片面。从责任风险来看,法官进行司法调解降低了其追责风险。很显然,真正承担司法调解对错结果的是当事人而不是法官,即使是这个结果有可能是来自于法官的迫使或者施压。在重调轻判原则的鼓励和人类趋利避害的本能驱使下,法官的选择是显而易见的。从职业上的精神价值取向来看,司法体系内部的行政评价机制对法官职业荣誉感和职业价值取向的影响超过了职业本身。在这种行政评价的基础上,其结果是,越来越多的法官努力而认真地去扮演充满亲情、友情的情感角色,并以此为荣。于是,司法调解有可能成为人民调解的变种,法官在进行调解时并不是基于法律本身的权利义务原则而是

出于伦理道德、传统习俗以及经验,这时,司法调解也就失去了它之所以存在的自身属性和真正价值,毕竟司法调解本身有着与其它调解方式截然不同的特质。从法官所具有的社会角色的独立性来看,司法体系内部行政评价机制导致了法官在社会生存关系上的世俗性。法官作为维护社会秩序的最后防线,应该具备公正独立的属性,而不应该被带有倾向性的因素比如世俗与功利的社会关系所干扰。但要做到这点很难。美国现实主义法学家弗兰克提出“ S (stimulus, 刺激) $\times$ P (personality, 个性) = D (decision, 判决)”,“各种刺激对不同的人会产生不同的反应,这要由每个法官的特点、性情、偏见、习惯”^[4] (第 645 页)等泛称为法官个性的因素来决定,即法官的决定(反应)取决于外界的各种刺激和法官的个性特点。所以说,法官是现实社会中的法官,他不可能将其自身完全置于包括司法系统内部行政评价机制的世俗之外来做出决定。

二、我国司法调解制度困惑的应对之策

(一) 强化司法调解的合法性基础

韦伯通过其对社会史的研究,发现“由命令和服从构成的每一个社会活动系统的存在,都取决于它是否有能力建立和培养对其存在意义的普遍信念,这种信念也就是其存在的合法性。有了这种合法性,这个社会活动系统中的人们就会服从来自这个系统上层的命令。”^[5] (第 63 页)而哈贝马斯从合法性的价值追问上提出“合法性意味着某种政治秩序被认可的价值”^[6] (第 188 页)。新自然法理论则通过规范和行为的证明,在形式条件上阐释了合法性。由此看来,合法性包含了事实合法性、规范合法性和价值合法性三个层面的内容,以此解决游走在法律与社会传统之间的司法调解所带有的随意与摇摆性,不断拓展和强化司法调解的功能和合法性基础。

1. 必须承认在中国的地域性文化传统中,司法调解具有有效解决民事纠纷冲突的良善色彩以及悠久的本土特点。这种合法性基础并不仅仅是指某种历史或现在的法律条文,而是包括合乎历史制度的传承,合乎社会和谐发展的事实基础与客观律。而且我们还必须承认,司法调解在世界各国的发展历程中以各种不同方式存在的必然性。它并不是一种一夜之间突然发生的新兴形态,而是一种与不同的社会历史发展阶段、不同的社会意识形态有着天然共生性质的社会行为,我们必须尊重和研究司法调解传承及发展的历史、现状和发展趋势,寻求真正符合中国传统文化与现实国情的调解制度。只有如此,才能巩固和完善司法调解的事实合法性基础。

2. 司法调解必须以法律的规范形式将其固化下来,以解决其本身法律效力位阶过低的问题。从各国相关司法调解的规定看,日本的《民事调停法》,韩国的《民事调解法》,美国兴起的“替代性纠纷解决程序”ADR (Alternative Dispute resolution) 以及挪威等北欧国家的调解立法,都对司法调解进行了法律程序的规范化工作,而我国作为“东方经验”的发源地却至今仍没有对司法调解进行专门立法。如前所述,我国有关部门已经制定了关于调解的一系列法律、司法解释及有关规范,为调解实践奠定了良好的制度基础。但是,从立法上看司法调解的法律规范本身存在着效力位阶总体上偏低需要提升法律位阶以突出司法调解,从而使调解的立法与其在司法实践中的重视相称。通过制定“调解法”,对司法调解制度的性质、地位、组织结构、操作过程、调解协议效力等诸多问题进行统一的确定,从而提高司法调解的法律位阶。

3. 强化司法调解的合法性基础,还必须摆脱形式主义法学对法律模式刻板的痼疾,充分认识司法调解在现代民主生活的发展以及和谐社会的构建中所具备的重要社会功能。司法调解必须符合当代社会的情理要求,只有这样,才会让其真正拥有牢固而坚实的合法性基础。“片面地将法与情绝缘,那不是对法的无知,就是对法的曲解。其实法是最有情的,法条与法理是建立在对情,一种对社会关系的最为和谐与圆满状态的描述与概括之上的,是情的载体与结晶。”^[7] (前言第 5 页)因为,司法本身必须是合乎人文精神、人性关怀、人格尊严与人权保障的法律活动,奉行以人为本的和谐理念。

(二) 完善司法调解的实施标准

司法调解并不是纯粹地通过证据演绎的方式去推导纠纷产生的客观过程与事实,这就使我们很难

要求司法调解中所发生的客观真实与法律真实的一致性。因此,明确司法调解的司法标准,就成为体现其本质属性以及维护其法律效力的重要依据。

1.明确司法调解的适用标准。传统调解制度所确立的某些原则和标准,有的过于宽泛,比如“逢案必调”可能消耗了太多的司法资源却没有树立相应的司法信仰;有的会让法官处于两难境地,比如“事实清楚、分清是非”,在以当事人主体自愿为基础的司法调解过程中,这一原则以其潜在的干预性影响了当事人的意思自由。那么,究竟哪些案件适用调解,哪些不宜适用调解呢?根据我国民事诉讼法、合同法的基本原则及司法解释的有关规定,司法调解案件必须是不适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件;不适用确认婚姻关系、身份关系的案件;不是当事人无标的处分权的案件;不损害国家、集体、公众利益或第三人合法利益的案件;不违反法律禁止性规定的其他案件;不属于其他依案件性质不能进行调解的案件等。尽管2007年3月最高院就司法调解进行了适用范围的有效补充,强调对于“涉及群体利益,需要政府和相关部门配合的案件;人数众多的共同诉讼、集团诉讼案件;案情复杂,当事人之间情绪严重对立,且双方都难以形成证据优势的案件;相关法律法规没有规定或者规定不明确,在适用法律方面有一定困难的案件;敏感性强、社会关注程度大的案件;申诉复查案件和再审案件”,法院要重点做好司法调解工作,然而,这些重要的适用原则,在具体的实践工作中仍然会遇到执行标准和范围上的困难。因此,笔者认为,在这些原则基础上,应该尽可能对其进行更为具体的研究、完善和限定,整合不同时期有关司法调解的司法解释,细化刑事附带民事诉讼案件、刑事自诉案件、行政诉讼案件以及执行案件中的和解规定等。

2.明确司法调解的利权补偿标准。司法调解的利益补偿实际上直接影响着当事人最终调解结果的成败,而这一补偿标准因争端主体、争议事实、社会价值倾向等因素的不同很难做出精确的认定。笔者认为可以从两个大的原则方面来考虑:一是法律对所有公民和各利益主体自身权利的界定和认可;一是现行社会生活对各社会阶层及其成员所做出的实际利权的价值认定。这种利权补偿标准,既要考虑调解双方中权利方的利权要求,同时也要调动义务方参与司法调解的积极性,不能为了追求司法调解效果而牺牲权利人的诉求,也不能为了满足权利人的诉求而忽视司法调解的价值根本。当然,利益补偿标准肯定不是精准的,但是,如果这种标准存在和界定的确能够被大多数社会成员所接受,那么它也就能为更多司法调解的成功提供依据。

(三)加强司法调解程序的规范化建设

“正义不应当只是被实现,而且应当以被看得见的方式实现”,这句古老的英国法谚强调了司法所必须具有的程序公正价值。无论是在司法审判中,还是在司法调解中,这种“看得见的公正”都应当被充分地体现出来。这就是要求加强调解程序的规范化建设。

1.尊重司法调解启动主体的唯一性。从尊重当事人“自愿”选择开始,贯彻实现当事人主体处分原则,这是体现程序公正最有力的开端。只有当事人自身启动司法调解程序,才能真正赋予双方当事人以程序选择权,在合意解决争议过程中当事人与法官的角色界限也才能理清。这样,法官就能真正实现第三方主持调解的中立作用以及为调解双方创造条件、提供帮助恢复对话等一系列重要的斡旋功能。

2.理顺司法调解运作过程中的程序性。这其中实际是含有两方面内容,一方面是程序上的相对分离,实行调解前置,这样可以减少司法调解的随意性,防止反复调解,浪费司法资源。这种方式还可以同时预防当事人对其“处分权”的过分放纵。另一方面,实行调解法官与审判法官相分离,避免调审角色的错位和先入为主所造成的不公。笔者认为,司法调解应当由专门的调解法官来主持并达成调解协议,而一旦进入庭审程序,就应当交由审判法官来处理,调解法官不再参与审判。调审程序、调审法官上的相对分离能保证这两种司法程序上的独立与完整,避免互相干扰,确保审判的程序公正与实体公正。

3.加强司法调解结果执行的严肃性。1991年颁布的民事诉讼法规定“调解经双方当事人签收后,即具有法律效力”,给予了当事人因不签收调解书所“享有”的任意反悔权,造成了调解结果执行上的随意性。2004年最高人民法院制定的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第13条确认了“当

事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效,……当事人拒收调解书的,不影响调解协议的效力。一方不履行调解协议的,另一方可以持调解书向人民法院申请强制执行。”2007 年,最高人民法院在《关于进一步发挥司法调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》中,再次确认调解协议的执行效力。这些规定否定了反悔权,有利于提高司法效率,维护司法权威。当然,在实际工作中,要体现司法调解结果在执行过程中的严肃性,应该着力解决“执行难”的问题,这需要通过担保信用制度在内的保障机制的进一步完善。

4. 完善司法调解的相关救济和评价机制。从一定程度上说,司法调解协议的最终签订和执行,并不意味着司法调解程序的全部终结。如,调解协议存在欺诈等恶意情形时该如何弥补受害方的损失?所以,无论是针对当事人还是法官,还需要有后续的救济机制和评价机制,才能实现调解程序的完整与规范。一方面可以依据现行民事诉讼法、合同法等相关法律条文和司法解释,对调解协议进行无效认定;另一方面,将调解纳入法官职业的监察范围,必要时可以启动相应监察程序对司法调解过程进行优劣的双向审核,以此降低法官对司法调解进行随意运作的可能性。

总之,对于司法调解的研究与探讨的确是一项复杂而系统的工作。无论是东方还是西方,作为有着悠久历史和传承意义的司法调解,在当代,都被赋予了更为深远的社会功能和法律寄托。因此,对于司法调解的理论探讨和实践还远没有结束。

[参 考 文 献]

- [1] 李 浩:《民事审判中的调审分离》,载《法学研究》1996 年第 4 期。
- [2] 季卫东:《法治中国的可能性——兼论对文化传统的解读和反思》,载《战略与管理》2001 年第 5 期。
- [3] 杨育林:《对当前民事诉讼调解工作情况的调查分析》,载《人民司法·应用》2007 年第 4 期。
- [4] Frank, J. N. 2005. “What the Court Acts as in Fact,” *Illinois Law Review* 26.
- [5] 张康之:《合法性的思维历程:从韦伯到哈贝马斯》,载《教学与研究》2002 年第 3 期。
- [6] [德] 哈贝马斯:《交往与社会进化》,张博树译,重庆:重庆出版社 1989 年版。
- [7] 陈兴良:《刑法疏议》,北京:中国人民公安大学出版社 1997 年版。

(责任编辑 车 英)

Judicial Mediation in China: Confusion & Resolution

Zhang Li

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: As the experience of the judicial system in the East, mediation plays an irreplaceable role in value for resolving disputes and realization of harmony. However, we must avoid another extreme—the blind pursuit of conciliation but weakening judgment. Faced with some confusion of judicial mediation, we find out the following resolutions: strengthening the legitimacy base of mediation, following the “combining mediation and trial flexibly in the use of mediation and trial in order to conclude the case and quell conflicts” principle, accurately grasping the boundary of mediation standards in the trial practice, reinforcing standard construction of mediation.

Key words: judicial mediation; confusion; resolution