

“调解优先”:改革范式与法律解读

以 O 市法院改革为样本

吴英姿^{*}

摘 要 最高人民法院“调解优先”司法政策引发争议,但民事诉讼法修正案还是将其写进了立法,并将法院的诉调对接、诉讼分流等改革举措规定为正式程序。关于调解政策和诉讼服务中心的实证研究表明,“调解优先”面纱下的中国司法改革表现出某种反思性,透露出司法争取自主发展空间的努力。但在实践中“调解优先”出现歧义。调解优先政策指导下的司法结构呈现“调解—判决”二元化特征,且存在内在紧张与流动性,存在寻租空间。调解优先政策缺乏外部资源的支撑,诉前分流效果不佳;双向推进式改革易走极端,脱离社会需要;改革的效果不尽如人意。这表明中国司法体制正处于变迁之中,司法结构尚不稳定,法院推动调解优先政策入法的动机具有功利性,削弱了该政策的公共性。立法者需要进一步明确先行调解规则的含义,补充和保障当事人的程序异议权。法官在调解中要保持公共理性。

关键词 民事诉讼法修正案 调解 司法结构 司法理性 公共理性

一、从“调解优先”政策入法开始

2012 年 8 月 31 日,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》^{〔1〕}(以下简称《修改决定》)。其中引人注目的一点是,将当前的“调解优先”司法政策和

^{*} 南京大学法学院教授。本文建立在南京大学法学院与常州市中级人民法院“三个分流”改革课题组调研成果基础之上,为国家社科基金“作为人权的诉权理论——从民事诉讼程序实证研究展开”(项目号:08BFX062)阶段性研究成果,受南京大学法学院 985 三期项目“社会转型与法制发展”资助。

〔1〕 2011 年 10 月 29 日第一稿,2012 年 4 月 11 日第二稿。本文以第二稿为对象进行讨论。

“诉调对接”、“繁简分流”改革举措(为论述简便,以下统称“调解优先政策”)写进民事诉讼法。具体内容是《修改决定》第27条:“当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。”〔2〕第30条:“人民法院对受理的案件,分别情形,予以处理”,其中第(二)项:“当事人争议不大的,采取调解等方式及时解决纠纷”;第(三)项:“根据案件性质,确定适用简易程序或者普通程序。”还有关于人民调解协议确认程序的规定等。全国人大法工委在《关于〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉的说明》曾解释,民事诉讼法修改工作应当“注重有效解决民事纠纷,促进社会和谐稳定”,而“当前我国处于社会矛盾凸显期,各类民事纠纷日益增多,充分发挥调解作用,尽量将矛盾纠纷解决在基层、解决在当地,对及时化解矛盾纠纷,促进社会和谐稳定,具有重要作用”。故建议从“增加先行调解的规定”和“增加民事诉讼法和人民调解法相衔接的规定”两个方面完善调解与诉讼相衔接的机制。

自最高人民法院提出“调解优先,调判结合”司法政策以来,法律界一直争论不休。苏力从司法改革中暴露出的司法能力与转型时期中国社会矛盾纠纷解决需要的不适应问题出发,解读法院提出能动司法和参与大调解的原因和社会政治意义,〔3〕范愉等则从调解的正当性角度为该政策辩护,〔4〕更多的人是基于法院滥用调解可能对司法公正和法治理想的消极作用的担忧而对该政策提出批评与质疑。〔5〕人们对该政策的评价褒贬不一,立法者却急于将其写入民事诉讼法,立法方案的成熟度令人担心。就算是坚定支持调解的范愉,在极力论证“调解优先、调判结合”的正当性,认为该司法政策是司法机关立足我国现行体制和司法环境应对社会乡土纠纷解决需求而做出的选择的同时,也承认法院还需总结调解实践经验,遵循调解的规律和原理,借鉴其他国家的成功经验,通过不断提高调解的效果和正当性获得社会公众的认同。〔6〕换句话说,调解优先司法政策能否实现司法机关回应社会需要的目的,能否获得社会的认同,还有待时间和实践的检验。虽然政策已经入法,但担忧并非多余。相反,我们更有理由关注该政策出台的经过和实践运作样态,一来探究该政策制定的背景与目的,准确把握立法精神;二来尽早发现政策实施中已经出现的问题,谨防法律在实施中走样变形。

既有讨论停留在调解的“正功能 VS. 负功能”的对决层面。其实,任何一种制度都可能有“双刃剑”的作用,故单从制度效果的角度讨论调解、判决孰优孰劣,不足以回答这个问题。范

〔2〕 值得一提的是,第二稿较之第一稿增加了“但当事人拒绝调解的除外”,顾及到当事人的程序选择权。

〔3〕 苏力:“关于能动司法与大调解”,《中国法学》2010年第1期。

〔4〕 范愉:“‘当判则判’与‘调判结合’——基于实务和操作层面的分析”,《法制与社会发展》2011年第6期;龚稼立:“审判实践中的调解优先原则”,《河南社会科学》2010年第1期;曹守晔:“法院调解:社会主义司法制度的中国特色”,《河南社会科学》2010年第1期等。

〔5〕 参见王福华:“论诉前强制调解”,《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2010年第2期;李喜莲:“法院调解优先的冷思考”,《法律科学》2010年第2期;徐昀:“‘调解优先’的反思——以民事审判结构理论为分析框架”,《学术研究》2010年第4期;艾佳慧:“调解‘复兴’、司法功能与制度后果——从海瑞定理I的角度切入”,《法制与社会发展》2010年第5期;李浩:“理性地对待调解优先——以法院调解为对象的分析”,《国家检察官学院学报》2012年第1期等。

〔6〕 范愉:“诉讼调解:审判经验与法学原理”,《中国法学》2009年第6期。

愉批评那些根据单一的价值判断和逻辑推论否认诉讼调解合理性的观点,认为应当依据其实际效果和社会需求等多种因素进行权衡和比较。但是,如果主要依据别国的一些数据或外国学者的评论来论证调解的合理性和社会需要,作为评价我国调解优先司法政策的逻辑前提,仅从“诉讼调解必然以判决作为后盾”就得出“调判结合并非选择性安排,而是司法诉讼制度的必然”的结论,^{〔7〕}不仅论据不足,而且可能从不同的拐角折向意识形态化的窠臼。因此,本文的问题意识不是延续调解与判决孰优孰劣的讨论,而是试图深入调解优先政策的背后,对政策背景和改革实践做实证考察,揭示政策提出动因与确切意涵,更想以此为切口,潜入中国司法体制与结构的深处,探究调解在中国司法结构中的地位和变化机理,以求得对讨论调解优先政策入法问题更有助益的研究结论。

从2011年10月至2012年4月,笔者带领一个课题组对S省O市法院推行的“诉讼服务中心”和“诉前分流、繁简分流、类案分流”(以下简称“三个分流”)改革进行实证调查。^{〔8〕}该法院地处经济发达省份,诉讼对社会变迁、市场变化、纠纷异动的敏感度高,加上一位兼具改革家和学者气质的院长兼党组书记,其活跃的改革思想与频繁的创新举措,堪称“改革的中国司法”的代表。O市法院诉讼服务中心改革得到最高人民法院的肯定,成为全国法院推广的模范典型,其中不单纯是O市法院领会贯彻司法政策的反映,更有自己的创造和为全省乃至全国法院提供改革经验的过程,从中可以清晰地看到中国司法改革“自下而上+自上而下”双向推进的范式。上述两个方面足以证明O市法院个案的典型性,对本文的主题论证具有标本价值。

O市位于S省南部,有着优越的区位条件和便捷的水陆空交通条件,是S省和长江三角洲重要经济中心城市,北依长江,南接太湖,在宁沪快速通道的中间,辖G市、Y市两个县级市和5个市辖区,有B区和J区两个高新技术开发区。全市总面积4375平方公里,其中市区面积1864平方公里。根据2011年第六次人口普查的结果,O市常住人口为459.2万人,户籍人口为360.8万人,其中非农业人口147.31万人。由于历史原因,O市各辖区面积、人口和经济发展差异很大,其中J区人口最多,经济最为发达,与最小的H区反差鲜明。J面积1260.72平方千米,H区只有31.58平方千米,分别占整个市区的67.64%和1.69%,二者相差近40倍。J区常住人口156.9万人口,H区仅10.52万,分别占市区的34.17%和2.29%,相差14倍还多;2011年O市实现GDP3600亿元,其中J区实现1376.96亿元,各经济指标在各市区领先,H区是68.5亿元,相差15倍有余。

课题组采用的调查方式有:①文献资料梳理。调查第一阶段收集了O市法院所有关于诉讼分流与诉讼服务中心建设的工作意见、工作简报、领导讲话和宣传报道等文献资料。在梳理这些资料的基础上设计调研的重点问题与方法;②现场参与观察。2012年春节过后,调研人员分为七组进入O市两级法院进行为期两周的现场调查,观察诉讼服务中心运作方式与状态;③访谈。除对O市法院主要领导进行深度访谈外,还随机抽取部分法官、当事人、律师、人

〔7〕 同上注;范愉,见前注〔4〕。

〔8〕 调查组核心成员有杨春福、艾佳慧、郭俊义等3位老师,还有陆嫵池等14名研究生。艾佳慧老师在问卷设计、数据统计上作了重要贡献。

民调解员等进行结构性访谈;④问卷调查。调查对象包括法官、社会公众(包括当事人和律师),收集了社会公众问卷 400 份,法官问卷 491 份;⑤档案调查。采用整群抽样法,抽取 O 市中院民二庭、民三庭和 L 区民一庭改革前后案卷档案,包括中院民二庭 2002 年至 2010 年一审案卷档案,民一庭、民三庭 2006 年至 2010 年一审案卷档案,L 区法院 2008 至 2010 年民一庭案卷档案,共计 8393 卷宗,逐本查阅和统计。

二、调解优先与诉讼分流:双向推进式的改革

自审判方式改革以来,中国司法改革的基本范式是一种“自上而下+自下而上”的双向推进的方式,即上级法院通过制定规范性文件、发布指导性意见、传达指示意见和领导人讲话等方式,将中央和最高人民法院的改革思想和司法政策布置灌输给下级法院,成为下级法院改革的指导原则;同时,下级法院并非总是被动贯彻执行上级法院的指示精神,也在不断发明创新,输出典型经验,因上级法院的推广而刺激其他法院的改革,也成为上级法院丰满和修正其改革思路和司法政策的资源。在最高人民法院调解优先政策形成和 O 市法院诉讼服务中心“三个分流”改革过程中,这种双向推进的模式有充分的表现。以下先按照时间顺序梳理最高人民法院和中央政法委发布的有关调解的文件,再描述 O 市法院三个分流改革历程,以便两者对照。为了避免琐碎,笔者按照最高人民法院对调解与判决的关系的态度变化,分三个阶段对这些文件进行展现。

第一阶段:2002 年到 2004 年。如果说整个 90 年代的审判方式改革都是以弱化调解实现审判的专业化、规范化为核心的,那么法院重新开始重视调解是在 2002 年。最高人民法院于当年 9 月发布《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》,要求法院支持和加强指导人民调解。2003 年 9 月,最高人民法院发布了《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》,扩大法院调解前置程序适用范围,并将调解协议生效时间提前至当事人签字时。在 12 月发布的《关于落实 23 项司法为民具体措施的指导意见》中,强调要规范法院调解,坚持调解的自愿合法原则。2004 年 9 月发布的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》首次提及法院可以通过委托其他机构、组织调解的方式处理民事案件,并规定了通过人民调解组织调解达成协议的司法确认制度。紧接着,在 10 月出台了《关于进一步加强人民法院基层建设的决定》,提出“能调则调,当判则判,调判结合”作为处理调解与审判关系的指导意见,同时重申调解的自愿合法原则,要求法院在鼓励法官提高调解技能的同时,加强对人民调解的指导,注重利用社会力量调解。

在这一阶段,最高人民法院开始重视人民调解和法院调解的作用,但是没有将二者联系起来,只是意识到人民调解作用的增强可以缓解法院案件压力,表示要重视对人民调解的指导与规范。最高人民法院在重新重视法院调解的同时,没有放弃以判决为中心的程序规范化的审判方式改革方向,提出“调判结合”的审判方式,而且强调调解的自愿合法原则,因此“能调则调,当判则判”更多透露的是“能调才调”,不能调解的或调解不成的要及时判决。

第二阶段:2005 年到 2007 年。在 2005 年 3 月最高人民法院向全国人大所做的《人民法院工作报告》中,处理调解与判决关系原则修正为“能调则调,当判则判,调判结合,案结事了”

(以下简称“十六字原则”),并首次提出了要将人民调解与诉讼调解相衔接,探索多元化纠纷解决机制的改革思路。在2005年10月出炉的《人民法院第二个五年改革纲要》中,将法院要与其他部门共建多元化解纷机制的想法写入了“二五”改革规划。2006年5月,中共中央作出《关于进一步加强法院、检察院工作的决定》,其中明确了司法工作的目标是“推进司法改革,保障公平正义”,并将十六字原则确定为法院工作的指导思想。10月,中央作出了《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,决定要发挥和解调解的积极作用;扩大简易程序适用范围,方便群众诉讼。2007年1月,最高人民法院发布《关于为构建和谐社会提供司法保障的若干意见》,重申审判工作的十六字原则,3月颁布《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》,将十六字原则上升为民事审判工作的指导方针。

在这一阶段,最高人民法院在“调判结合”的审判原则后,加上了“案结事了”,并将这十六字原则提高到审判工作指导思想的高度。这不仅意味着民事司法目标的重新确定,而且标志着司法结构中调解与判决关系的重心转移。因为“案结事了”强调的是事实上、客观上的当事人“息讼罢访”,不仅仅是法律上的“程序终结”和既判力。这样的效果仅靠判决是不可能实现的,需要大量的调解,甚至需要法律外的手段,如行政、司法多部门协调,用经济补偿、就业安置、疾病治疗等手段换取当事人彻底放弃争议。在这个过程中法院开始反思自己在纠纷解决中的地位与作用,特别是作用的限度。多元化纠纷解决机制的理念和思路被引入法院未来工作规划。

第三阶段:2008年至今。最高人民法院将建立和完善多元化纠纷解决机制列为2008年重点改革项目。2008年6月,周永康在政法工作研讨班上的讲话中首次提出“调解优先”。同年12月,最高人民法院举办了“多元化纠纷解决机制国际研讨会”,当月公布《关于为推进才能改革发展提供司法保障和法律服务的若干意见》,明确提出法院要推动构建多元化纠纷解决机制,同时要加大诉讼调解的比重,将调解适用的范围拓宽到刑事、行政程序中,鼓励当事人在执行中和解。12月,中央政法委发布《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》,提出要推动建立人民调解、行政调解、行业调解、司法调解等相结合的“大调解”工具,探索繁简分流机制。

2009年2月,最高人民法院发布《关于进一步做好09年人民法庭工作的通知》和《关于进一步加强司法便民工作的若干意见》,将“调解优先,调判结合”(以下简称“八字原则”)确定为民事司法原则,以及“对接”司法调解与人民调解,目的是促进多元化纠纷解决机制的构建。3月的《法院工作报告》和《人民法院第三个五年改革纲要》重提马锡五审判方式在当代司法工作中的意义,将构建多元化纠纷解决机制作为司法工作的核心,按照“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的要求进行构建。同时指出法院要配合有关部门发展ADR(Alternative Dispute Resolution,非诉讼纠纷解决程序,扩大调解主体范围,加强诉前调解与诉讼调解的衔接,建立健全诉讼与非诉讼相衔接的解纷机制。7月发布《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》,扩大赋予合同效力的调解协议范围,鼓励ADR的发展,减轻法院解纷压力;规范诉讼中多方参与的调解程序,调解不成要及时立案、审判,并规定从事庭前调解的法官原则上不能参与开庭审理。8月,中共中央办公厅、国务院办公厅转发《中共中央政法委关于加强和改进涉法涉诉信访工作意见》,指出要坚持调解优先原则,建立和完善司法调解与人民调解、行政调解、仲裁等的衔接机制,减少涉法涉诉信访问题的发生。12月,最高人民法院

颁布《深入贯彻落实全国政法工作会议意见》，提出要强化诉调对接；重申八字原则，特别强调要在“案结事了”上下功夫，首次提出“全程调解”，即将调解贯穿于立案、审判、执行以及申诉、信访等各环节；全面加强各类案件的调解；强调与其他解纷机构协调配合，共同化解纠纷。

2010年，最高人民法院包括对《法官行为规范》和《法官职业道德准则》的修订在内共发布了12项规范性文件，再加上当年的《法院工作报告》和2011年《法院工作要点》，规范性文件发布之频繁创史上之最。这些文件除了多次重申八字原则和诉调对接外，还将审判工作目标确定为“化解矛盾、案结事了、促进和谐、确保公正”。应对世界金融危机给国内经济与社会带来的冲击，首次提出了“能动司法”的概念，要求法院在审理破产、清算、兼并重组、征地、拆迁等案件时，要积极应对，快速行动，妥善施策。在大调解方面提出了构建行政—人民—司法调解“三位一体”大调解格局，化解社会矛盾，参与社会管理创新。重提司法工作的群众观点、群众路线。2011年1月，最高人民法院发布《关于进一步加强新形势下人民法院基层基础建设的若干意见》要求正确理解“调解优先，调判结合”原则，正确处理调解与判决的关系，要坚持“三个有利于”，即有利于解决纠纷、化解矛盾和实现案结事了，根据个案情况，合理选择调解或判决；坚持调解的自愿合法原则，避免脱离实际定调解率指标，不能强调硬调、以拖促调，以自动履行为核心指标，完善调解效果考核指标。

对调解优先司法政策来说，2008年是具有里程碑意义的一年。这一年中央政法委强势现身司法改革，发挥领导作用。其领导司法改革的思路是，按照多元化纠纷解决机制的框架，将司法置于党委政府主导的“大调解”格局中，而且在人民调解、行政调解、行业调解与司法的关系上，首次提出“调解优先”。最高人民法院积极响应，将审判的指导思想改为“调解优先，调判结合”。应当说，在政法委的认识中，诉讼调解与非诉讼调解的界限并不鲜明。而最高人民法院则需要考虑如何将两类不同的调解融为一体。推广“诉讼服务中心”建设经验，搭建“诉调对接”平台，就成为实现这个目标的主要举措。调解优先、诉调对接构成了2008年以来的司法走向的主要轨迹。2010年的能动司法、参与社会管理创新，都是这一思路的发展。当然，这是一个将调解的重要性逐步推向极致，将司法的政治功能（社会治理或社会控制）提到前所未有的高度的发展方向，其中把“案结事了”确定为审判工作目标，在审判方式上重提马锡五审判方式和群众路线工作方法，就是突出标志。与此同时，地方法院在调解中的不规范和滥用现象也引起最高人民法院的注意，要求正确处理调解与判决的关系，改进调解评价方式，避免片面用调解率作为评价指标等。

在中央政法委和最高人民法院推行的调解优先政策图景中，我们再把眼光转向O市诉讼服务中心“三个分流”改革的历程，同样有三个发展阶段：

第一阶段（2006年—2008年）：诉讼服务中心改革最早可以追溯到2006年B区法院改革立案工作的创举。B区法院在柜台式多功能立案大厅^{〔9〕}的基础上，划分不同的功能区域，包括诉讼服务、诉前保全、立案受理、司法救助、信访处理等，对外服务群众诉讼，对内服务审判工

〔9〕 1999年，S省D市法院受银行柜台服务模式的启发，设立了柜台式全程立案服务，将过去的立案窗口改为多功能立案大厅。

作,名曰“诉讼服务中心”。在立案大厅内设“导诉台”,置《诉讼指南》等宣传材料供当事人任取,为当事人写诉状、交诉讼费、人身损害赔偿计算方法提供指引。法官还为当事人提供立案受理、审执进度查询、判后答疑以及信访接待等咨询服务。改革的目的是方便群众诉讼,解决社会批评法院“门难进、脸难看、事难办”、服务态度差、起诉手续麻烦的问题。2008年,诉讼服务中心的做法得到上级法院的肯定,之后连续两年被O市委政法委评为优秀成果奖和创新创优二等奖。可见,在开始阶段诉讼服务中心主要的目的是“服务”,即体现便民利民的司法为民思想,为当事人提供便利周到的诉讼服务。

2007年,L区法院首创在法院内附设人民调解室,引导当事人选择调解解决纠纷,指导人民调解工作。不久(2008年),中央政法委首次提及“调解优先”,高调推进多元化纠纷解决机制的构建,要求法院积极参与“大调解”。O市法院积极响应,院长明确提出“调解优先”和“纠纷的源头治理”目标:“要跳出法院看法院,从关注现实案件转变为从源头预防、减少矛盾。”附设人民调解室的做法被视为可以发挥源头治理功能的举措,因而得到中级法院的认可。在中级法院的推动下,诉讼服务中心与附设人民调解室的经验在O市法院全面推广。诉调对接、解纷关口前移成为诉讼服务中心建设的新目标。

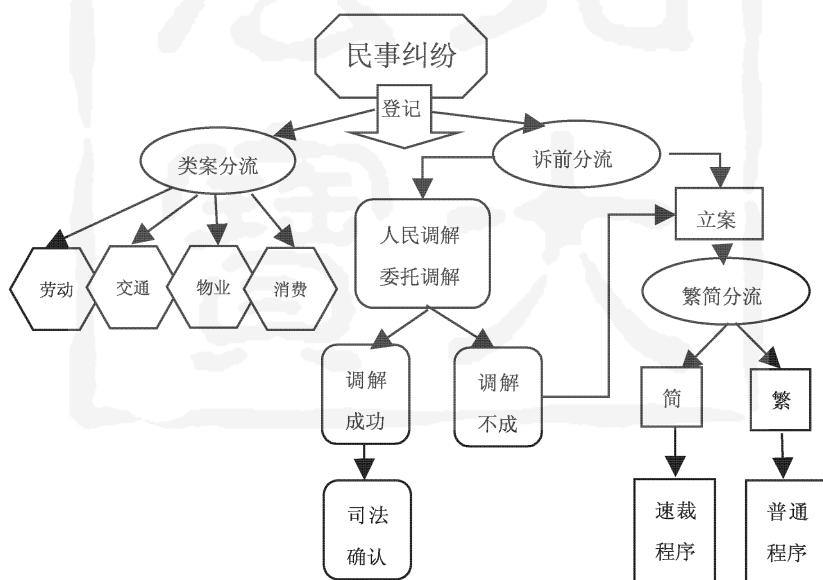
第二阶段(2009年—2010年):2009年,B区法院的诉讼服务中心改革被S省高级人民法院确定为2009年度全省法院审判经验总结项目,并得到最高人民法院的肯定,各地法院纷纷前来观摩学习。2009年,Y市法院首设速裁中心,专门处理简单的民事案件,平均结案时间为17天。这一经验很快成为“繁简分流”的样板,也被融入诉讼服务中心的范围。O市法院进一步将立案大厅建设为“一站式”诉讼服务中心,即在一个办公场所设立诉讼指导、司法救助、案件查询、材料收转、立案受理、信访接待、判后答疑等窗口,为当事人办理诉讼手续,提供联系案件承办法官、人员联系方式、开庭时间场所、案件流转进度、诉讼证据档案等基本信息的查询等“一站式服务”,避免当事人为诉讼事宜往返奔波。对婚姻家庭、诉讼标的较小、案件事实清楚等五类案件在立案环节就开展调解;对于7日内未能调解成功的案件启动速裁程序作出裁判,时间最长不超过20日。

2009年,J区法院针对交通肇事损害赔偿纠纷急剧增加的情况(2003年大约三百多件,2009年增加到了二千六百多件),在事故多发区域设立派出法庭,联合交警支队、保险公司、人民调解等机构和组织合署办公,为纠纷当事人提供“一条龙”的纠纷解决服务,收效良好。2010年4月,J区法院交通巡回法庭正式揭牌。在总结J区交通巡回法庭经验基础上,O市法院提出“类案分流”思路,按知识产权、劳动争议、消费者权益保护、医患纠纷、道路交通事故等九大类案件进行分流,联合知识产权局、劳动局、交警大队等相关职能部门或社会团体共同处理。2010年O市中级人民法院的“诉讼服务中心”工作荣获“O市政法创新一等奖”。全省法院院长会议在O市召开,学习推广O市改革经验成为会议的主题之一。这一阶段的主要发展是引入了构建多元化纠纷解决机制的思路,诉讼分流机制初步成型。

第三阶段(2011年至今):2011年,最高人民法院在《关于进一步加强新形势下人民法院基层基础建设的若干意见》中,要求推广“诉调对接中心”建设。全省法院纷纷推出自己的诉讼服务中心特色,如盐城法院推出的“一体化、规范化”的东台模式,得到省法院的肯定。O市中院

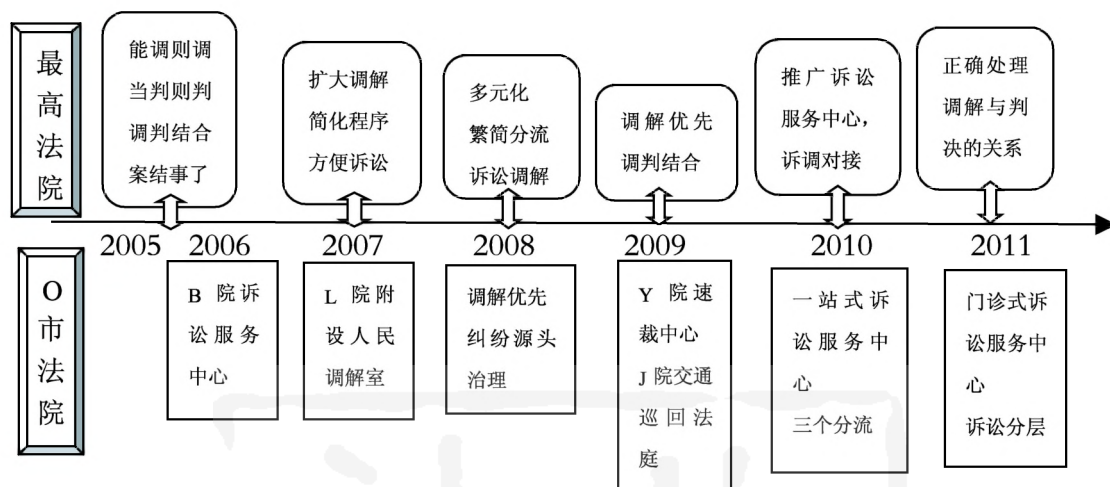
发誓夺回改革领先地位,遂挖掘新思路、提出新概念,让改革“提速升级”。受医院门诊与住院分流的模式启发,O市提出“一体化门诊式”综合服务中心的建设思路和“三个分流”概念——诉前分流、繁简分流、类案分流。具体做法是对当事人前来起诉的纠纷不马上立案,而是进行立案登记,也叫“预立案”。法院认为适合调解的就分流到人民调解,或委托有关解纷机构解决;调解不成而适合速裁的简单案件,即分流到速裁组审理,采取“立、审、执”一体化的快速解决方式;发现纠纷属于特定类型的案件的,分流到专门的诉讼管道处理(如交通事故损害赔偿纠纷统一归入设在交通管理部门的交通巡回法庭,劳动争议类案件归入设在劳动部门的巡回法庭审理等)。法院如此描述诉讼分层的运作方式:诉讼服务中心既有立案“初诊”,又有速裁“门诊”,既有重大群体性纠纷及矛盾激化的纠纷诉前多元联调的“会诊”,又有如追讨农民工工资这种急事急办的“急诊”,还有根据纠纷特点深入社区的“巡诊”。诉讼服务中心的目的是将大量简易的矛盾纠纷通过“门诊看病”的方式得到快速解决,让需要“住院治疗”的“疑难杂症”进入审判业务庭,保证业务庭法官投入足够的精力进行高质量的审理,即“简案快审,繁案精审”。在这一阶段,诉讼服务中心进一步发展为集诉讼服务、纠纷分流、诉讼分层为一体的综合机制。

“三个分流”流程简图



上述梳理展现了一幅“自上而下+自下而上”双向推进的改革范式:中央政法委和最高人民法院提出“调解优先,调判结合”的指导思想和工作原则,O市法院基层法院据此创造“三个分流”的改革举措和典型经验,获得上级法院和最高人民法院的肯定并推广,各地法院学习、领会、落实再创新……既是自上而下的决定改革方向、提供指导意见与组织推广模范典型的过程,也是自下而上落实改革方案、主动创新和提供成功经验的过程,双向推动,循环往复。

双向推进式改革简图



三、“调解优先”面纱下的中国司法

在双向推进的改革历程中解读“调解优先，调判结合”提出的背景和目标，可以发现该原则有两个关键的意涵：第一，“调解优先”是置于构建多元化纠纷解决机制的目标下提出的。其中的“调解”主要是指非诉讼调解。“调判结合”的“调”则是指“诉讼调解”。“调解优先”意指对于纠纷的解决，应当优先考虑通过人民调解、行政调解、行业协会调解、社会团体调解等非诉讼途径解决。法院通过构建诉讼与非诉讼调解相衔接的机制，引导纠纷在进入诉讼前可以获得非诉讼调解的妥善化解。第二，尽管在法院公开的言论和正式文件中越来越强调调解，却始终没有放弃“调判结合”的底线。从最高人民法院的文件中可以看出，“调判结合”四个字浓缩了“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”十六字审判原则，而且多次重申调解的自愿合法原则，反对片面追求调撤率的考核方式；为防止以判压调、以拖促调等滥用调解的行为，还提出了“调审分离”的要求；强调规范诉讼程序。^{〔10〕}从这个角度看调解优先政策，或许可以透视中国司法面相中一些深层次的东西：

（一）司法改革的反思性

按照最高人民法院前副院长王怀安的回顾，肇始于上个世纪 80 年代末的审判方式改革，其直接动因是改革开放、社会经济发展、公民权利意识的增强以及传统体制的变革，使得民事法律关系日趋复杂化、多样化，民事案件的数量大幅上涨。传统的审理民事案件的

〔10〕 最高人民法院在推出各种有关调解的指导性意见和规定的同时，也在不断出台有关程序规范化的文件，诸如完善审判公开、落实回避制、加强合议庭职能、发挥人民陪审员功能以及证据规则等，其数量甚至超过有关调解的文件。

方式不适应新的纠纷解决需要,引发审判方式改革。^{〔11〕} 改革目标是司法的专业化与程序的规范化。^{〔12〕} 改革的深入对法官运用证据进行判断提出了新的要求。最高人民法院 2001 年颁布《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》),按照当事人主义和程序原理确立民事诉讼证据规则。但是,随着 2002 年 4 月《证据规定》的实施,司法改革的合法性危机逐步显现。追求“通过程序实现正义”的改革超出了社会的理解和承受能力。本来意在防止诉讼突袭,构建当事人公平对抗机制的举证时限制度、举证责任分配规则,没有能够获得当事人和社会乃至党委政府和人大的理解,涉法涉诉信访数量急剧增加。与此同时,经济体制改革进入“深水区”,一些因体制改革和政策变化引发的结构性矛盾纠纷也涌向法院,比如农村征地、城市拆迁、企业改制、金融危机引发的纠纷,以及环境污染、损害消费者权益、股市欺诈、侵犯公共利益行为等引发的群体性纠纷、现代型纠纷,或者包含着非现实性冲突因素,单靠法院的力量难以解决;或者超过了法律调整的范围,触及司法机能的边界。司法改革陷入困境,促使法院开始反思这样一些问题:诉讼在纠纷解决机制中的地位与作用,司法与政治的关系,法院在社会治理中的定位等。

法院开始意识到司法不是万能的,而转型时期的中国司法更不敢说是解决纠纷的“最后防线”。司法只是多元化纠纷解决机制中的一部分,司法必须与其他纠纷解决机制共同发挥作用,才能应对纷繁复杂的社会纠纷。处理涉法涉诉信访问题给法院的教训是,法院工作必须获得党委政府的支持,争取人大、政协和社会组织的理解,才能获得政治合法性,争取良好的工作环境。因此,法院不仅积极响应党委政府提出的开展大调解号召,还借此机会宣传 ADR,呼吁党委政府扶持推动人民调解、行政调解、行业调解、仲裁等非诉讼纠纷解决方式的发展。中央政法委在沟通党委与法院、司法与政治方面的地位作用也因此得到彰显。

法院的反思性还表现在反思 20 年来程序主义的改革在价值取向上脱离社会的问题,通过改变工作方式争取社会认同。宋鱼水、陈燕萍等一批优秀法官的事迹被深入挖掘、大力宣扬。这些优秀法官都是“调解高手”,他们处理的案件大多以调解结案,很少发生上诉、再审或信访,当事人满意度高。于是,提倡和鼓励调解成为学习推广优秀法官经验的主要内容。从社会认同角度分析,法院之所以采取这样的策略,是由于法律和司法与变化了的社会结构不相适应,法律和司法要发挥社会控制功能仍有很多障碍。通过调解促成当事人的合意成为弥补司法功能障碍的替代选择,法官的人格魅力与调解技术也是司法获得社会理解与支持的重要手段。^{〔13〕}

〔11〕 郭士辉:“民事审判方式改革回眸”,载《人民法院报》2008 年 10 月 20 日。

〔12〕 96 年全国审判方式改革工作会议提出的改革指导思想是:以宪法和诉讼法等法律为依据,以保障裁判公正为目的,以公开审判为重心,以“三个强化”(即强化当事人的举证责任、强化庭审功能、强化合议庭职责)为内容。这些后来写进了最高人民法院 98 年发布的《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》中。

〔13〕 更为详细的论证参见吴英姿:“自我塑形中的中国基层司法——以陈燕萍工作法为个案的研究”,公丕祥主编:《人民法院能动司法制度建设初探》,人民法院出版社 2011 年版,页 175—187。

(二)政治理性与司法理性的博弈

执政者面对转型时期维持社会稳定的压力,希望法院在解决纠纷方面发挥主力军的作用。法院主动将司法置于“大调解”格局中,是一种积极参与社会管理、服务大局的姿态。法院对党委政府期待的积极回应,为其在政治上赢得了高度的合法性,也将司法重新拉回政治的轨道,在司法的政治功能(社会治理与社会控制)凸显的同时,司法的政治理性也空前高涨,具体表现在:

1. 以政治目标为司法目标

在这样的目标指引下,司法的中心工作被确定为服务国家政治大局。法院的工作思路是围绕加快转变经济发展方式主线,为促进经济社会又好又快发展提供司法保障。“保增长、保民生、保稳定”是司法的使命,“社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法”是法院工作的重点。^{〔14〕}

2. 把“有效解决纠纷”作为诉讼目的

如果说解决纠纷本来就是司法天生的目的和固有功能,那么强调个案中解决纠纷的“有效性”则体现了对司法所承担的社会政治功能的强调,是司法的政治功能与审判的固有功能交错的产物。因为司法解决纠纷的原理是“通过程序实现正义”,即以充分的程序保障为当事人提供一个对话和表达不满的平台,当程序结束裁判生效时,在法律上视为纠纷已经解决,哪怕当事人私下依然存在纷争。但是,有效解决纠纷要求的是纠纷的彻底解决,即“息讼罢访”、“案结事了”。对于长期信访的非常案件,或者在所谓的“非常时期”,当事人的各项要求(不限于法律意义上的诉讼请求)都会得到考量,个别案件还有可能在法律和诉讼程序之外通过“协调”等非常途径“化解”。^{〔15〕}比如有的当事人因长期上访,失去工作和经济来源,生活困难,在解决纠纷的诉求中掺杂了要求安排工作、落实政策、帮助治病、给予经济帮助等要求,法院在审判工作之外还要多方努力,包括从心理上、思想上“做工作”,平复当事人激动的情绪,软化尖锐的对立,也包括多方协调,争取有关部门的协助与配合,从根本上解决当事人的问题,让当事人彻底从纠纷和困顿中解脱出来。

3. 司法的内涵向社会管理延伸

能动司法的核心就是司法积极参与社会管理创新:法院不能仅仅满足于消极被动地受理案件,而是要主动地发现、预防、解决纠纷;法院不能拘泥于“裁判”这个狭隘的职能分工,而要积极开展调研、建立纠纷预警机制、提供司法建议,为党委政府决策献计献策;法官不能只做单纯适用规则的消极的裁判者,而要担当肩负治理社会、维护社会和谐稳定责任的“社会工程师”,有普法宣传、教化民众、消除纠纷隐患、预防新纠纷的意识,结合案件的审理开展调查研究,发现社会管理方面存在的问题,研究解决对策。^{〔16〕}

4. 司法过程中的政策考量

表现在法官的裁判理由有明显的政治和政策思维,或者以政策为法律漏洞填补的工具,或

〔14〕 最高人民法院2010年、2011年、2012年《人民法院工作要点》。

〔15〕 吴英姿:“司法过程中的‘协调’——一个功能主义的视角”,《北大法律评论》2008年第2辑。

〔16〕 公丕祥:“应对金融危机的司法能动”,载《光明日报》2009年9月9—11日。

者作为判断争议事项(比如具体行政行为合法与否)的依据,或者用政策来解释法律目的,或者以政策为裁判结论(包括量刑)的直接依据。^{〔17〕}“能动司法”则更直白地要求法官积极运用政策考量审理涉及经济发展的民事案件,即要求法官在审理案件时要发挥主观能动性,根据特定时期社会经济条件,注重考虑政策取向,兼顾民间情理要求,以纠纷的彻底解决为目标,鼓励法官“创造性”地解释法律和运用法律程序。比如江苏省高级人民法院院长公丕祥指出,在国际金融危机这样的特殊时期,法院要求人民法院在解决纠纷的过程中保持适度弹性,“不能简单套用法律条文”,而是“把依法保障企业发展稳定,作为依法服务‘三保’工作的重心所在,正确解读法律原则和政策精神,慎重把握审判尺度,充分运用弹性司法方式,最大限度地化解矛盾纠纷,避免刚性裁判带来的负面影响。”^{〔18〕}

不过,在政治理性充斥的话语间隙,细心者仍然可以扑捉到司法理性的挣扎。以实现法律理性规约力和程序规范化为目标的审判方式改革,不仅改变了法官的审判方法,更是在持续塑造中国司法的现代司法理性,包括以法律为裁判的唯一依据(价值理性),注重司法的专门技术,如程序规则、证据规则、法律解释、法律论证、逻辑推理方法等(司法技艺理性)。客观地说,审判方式改革的20年是中国司法理性大发展的20年。“曾经沧海难为水”,20年的努力与积淀不可能在一夜之间冰消瓦解。法院在高调声称其服务政治大局的同时,多方强调审判的规范性和维护司法公正的决心。比如在能动司法方面,法院宣称是在承认和遵循司法规律下的能动,强调依法司法、公正司法和维护司法权威。^{〔19〕}再比如,在历年的最高人民法院制定的《法院工作要点》中,除了强调调解优先政策、落实诉调对接外,都会用单独的一个部分,表明要“坚持深化司法改革,切实加强体制机制保障”,具体包括加强法官队伍建设,完善审判管理机制,健全完善司法公开、司法民主机制,健全完善执行工作机制,理顺上下级法院关系等。^{〔20〕}在强力推行调解优先政策的同时,坚持“调判结合”的底线,反复强调调解的合法自愿原则,反对片面追求调撤率的考核方式,以“调审分离”防止以判压调、以拖促调等滥用调解的行为。O市法院三个分流改革举措中一个秘而不宣的目的是:设置一个案件过滤机制,将既无技术含量,又无经济价值(简易、小额)的案件分流给调解、速裁方式,将涉及法律和司法无法解决的非现实性纠纷、政策性纠纷引入党委政府主导的大调解解决机制中,让有限的司法资源用在真正值得通过司法途径解决的案件上,让法官有充足的时间精力从事精细化的审判,即所谓“简案快审、疑案精审”等。

这表明法院既要将司法融入政治大局,又要保持司法的自主空间,试图在公正裁判与发挥政治功能之间保持某种平衡。尽管这种努力常常被更为响亮的政治诉求所淹没,但不管怎样,法院的政治理性与司法理性的博弈关系是隐约可见的。这种博弈状态让司法体制——政治与

〔17〕 参见王旭:“解释技术、实践逻辑与公共理性——最高人民法院行政法解释考察”,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第6辑),法律出版社2010年版,页116—142;李友根:“司法裁判中政策运用的调查报告——基于含‘政策’字样裁判文书的整理”,《南京大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期;陈珊珊:“量刑的计量化与政策导向评析——以交通犯罪中最高院《量刑意见》的适用为例”,《法学》2012年第2期。

〔18〕 公丕祥,见前注〔16〕。

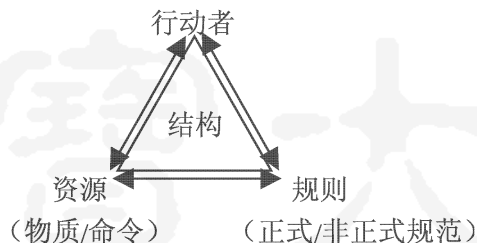
〔19〕 王胜俊:《最高人民法院工作报告》(2010年);公丕祥,见前注〔16〕。

〔20〕 参见最高人民法院《人民法院工作要点》(2009年、2010年、2011年、2012年)。

司法的关系——处于微妙的变动之中。

四、“调解—判决”二元结构及其内在的紧张

“调解优先,调判结合”政策的一个后果是强化了中国司法结构的二元化特征。在社会学理论中,“结构”的基本要素是行动者、规则和资源。结构的形成是行动者在一定的时间与空间内,反复运用规则与资源,实现社会关系稳定再生产的过程。吉登斯将结构理解为“不断地卷入到社会系统的再生产过程之中的规则和资源”。规则是行动者“知识能力”的一部分,包括明确规定的规范,也包括那些不能轻易表达和说明的、在人与人的“互动的行动流”中逐渐感受和理解的规范。行动者运用自己对互动规范的知识 and 理解去采取适当的行动,测试和确认其行动所牵涉的规则。资源是行动者用来处理事务的能力,包括物质分配(配置性资源)和命令(权威性资源)。所谓权力就是行动者对资源的支配能力,是改变周围既成事实的能力。吉登斯强调:社会结构与结构中的行动是互为作用的,社会结构使人的行动成为可能(构成行动的前提、制约和中介),而人的行动则维持和改变着结构。行动者理解和遵守规范的能力越强,其拥有和获取资源的能力也越强,其适应结构并用影响结构朝有利于自己需要发展的能力也越强。行动与结构之间这种相互依持、互为辩证的关系反映在处于特定时空的社会实践中。由规则和资源以及利用之的行动构成的结构是社会关系的纽带。^[21]



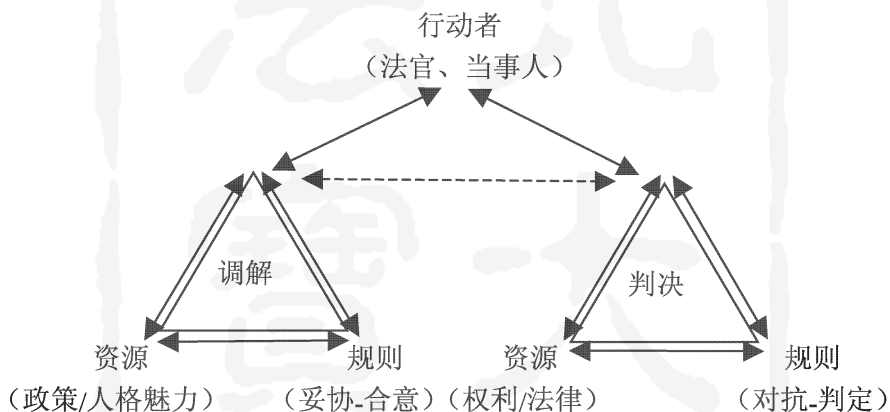
特纳进一步归纳到,规则可以转化为两类基本的调节过程:①规范性的规则,即创造特定情境下的权利和义务的规则;②解释性的规则,即提供特定情境下被认为是绝对正确的知识的规则。资源则转化为两类基本的调节社会关系的工具:①权威性资源,即在特定情境下控制和引导互动模式的组织能力;②配置性资源,即在特定情境下控制和引导互动模式中对物质的使用能力。规则和资源被不同的行动者理解与运用,可以产生权力(行动者控制他人的能力)、合法性(社会根据行动者的行为是否符合规范的评价)、意义(行动者用于与他人沟通的解释框架)。行动也因此具有意义、合法性和权力三种相互交织的特性。^[22]

如果说司法过程是一个由当事人和法院开展互动的结构,构成这个结构的基本要素的规

[21] (英)安东尼·吉登斯:《社会学方法的新规则——一种对解释社会学的建设性批判》,田佑中等译,社会科学文献出版社2003年版,页273—275。

[22] (美)乔纳森·特纳:《社会学理论的结构》,华夏出版社2001年版,页170—172。

则就是实体的和程序的规范(包括成文的、不成文的规范),资源就是诉讼主体可资利用的各种物质与权利(力)。审判方式改革前,我国民事司法结构属于“调解型”司法。审判方式改革的目标之一就是调解型结构改革为判决型(或王亚新所说的“对抗—判定”型)的司法结构。^[23]但结构的变革毕竟不是一夜可成的,新旧规则与资源的更迭需要一定的时间和空间来完成,行动者也需要时间和空间来适应和再创造新的规则与资源。换句话说,新的结构需要一个漫长的积淀过程。适合判决型司法结构的稳定再生产不仅需要配套规则的成熟和资源的保障,而且需要参与其中的行动者的理解、对资源的调配,以及行动对结构的再构成等无数个循环往复的过程。20年来的司法改革的趋势是调解结构逐步弱化、判决结构逐渐增强,民事司法结构出现了同时具有调解和判决两种特征的二元结构。但是从理论上讲,调解与判决不可能完全融合为一个稳定的结构。因为调解和判决展开所依赖的规则与资源不同,行动者在调解和判决过程中互动模式迥异,以及因此导致规则与资源的组合机理亦各有千秋。只是因为民事诉讼法和司法政策把调解与判决并置于一个诉讼程序,供法官和当事人选择适用,导致我国的司法结构出现了调解结构与判决结构并存的二元结构特征。“调解优先,调判结合”的审判指导方针使得“调解—判决”二元结构得以持续再生产。



“调解—判决”二元结构是改革中的司法制度的过渡性特征,要断言这就是未来中国司法的结构模式还为时尚早。所谓“制度”,用吉登斯的概括就是“在社会中历经时空而深层次地沉淀下来的结构”。换句话说,如果在相当长的时间和特定的空间内,规则和资源被反复持续地再生产,制度就形成了。不同规则和资源的互动关系(发挥作用的顺序与分量)导致不同类型的制度:当结构的再生产首先是依赖解释性规则,随之而来的依次是权力(配置性资源和权威性资源)和合法性(规范性规则)的作用时,形成的是一种符号的秩序;当结构的再生产主要是权威性资源的使用时,结合解释性规则和规范性规则的作用,其结果是政治的制度化;当配置性资源为第一位,其次是解释性的作用,然后是规范性规则的,再生产的结果是经济的制

[23] “调解型”与“对抗—判定”司法结构的概念受王亚新教授相关论著的启发。参见王亚新:《对抗与判定:日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版。

度化;当规范性规则发挥主导作用,联合权威性与配置性资源,再加上解释性规则,即产生法律制度。^{〔24〕}就调解的再生产主要依赖调解者的德行、技巧和魅力而言,调解形成的是典型的“符号的秩序”;而判决的权威性则来自法官严格依据法律作出裁判,保障其再生产的主导力量是规范性规则的作用。可见,虽然同属于纠纷解决制度的范畴,但二者在本质上是两种制度,存在相对独立性。虽然共存于中国司法结构中,但其间的连接机制是松散的,制度化程度很低。

二元结构的司法存在结构上的内在紧张:首先,司法结构的资源是有限的,而调解与判决获取维持再生产所需要的资源都要从中分一杯羹,势必发生争夺。所以从改革的历史来看,二者总是呈现此消彼长的关系——强调判决即导致调解边缘化,而调解的复兴又带来判决的削弱。其次,无论是规范性规则还是解释性规则,调解与判决之间都存在天然的轩輊。换句话说,调解和判决遵循的规范和获得社会认同的合法化机制都存在很大差异,导致司法结构的流动性或不稳定。表现为司法同时认可两套规则,法官同时遵循法律技术逻辑和常识化操作逻辑。于是当事人可以在两种逻辑之间恣意游走,任意选择更有利于己的一套方案;法官也会根据自己的目的选择调解或判决的资源,意外地创造了审判权的寻租空间。所以调解的消极作用反复出现,法院始终在推动调解和提防调解的滥用之间左右为难。最后,二元结构下的双重行动结构在破坏司法结构整体稳定性的同时,增加了各结构维持再生产的成本。因为当事人和法官都有可能根据个案情境和自身偏好选择适用调解或诉讼的规则和资源,所以诉讼中的机会主义很容易大行其道。其结果必然是无论调解的规则还是判决的规则都有流动性。与此同时,对于诉讼主体而言,单凭调解的资源或判决的资源都可能是不足够的,而不得不同时在正式制度和非正式制度中寻求资源,包括在法律之外再寻求政策的支持,在法律与情理之间寻找结合点(为的是案件处理结果既合乎法律又合乎情理)。法官在作出判决之前要小心地做当事人的思想工作,在写出判决书之后还要大费口舌向当事人做判后释明,^{〔25〕}更有利用判决来影响调解或者利用调解来改变判决的滥用权力(利)的行为,迫使法院不得不设计更多的规范,投入更多的人力物力督促、检查、纠偏。

五、“调解优先”实施中的问题

“调解—判决”二元结构表明司法与政治分化程度不高,司法仍然对政治有很高的依赖度,政治因素几乎可以毫无障碍地对司法施加影响。因为调解一直被当做推行贯彻党的政策、实现国家治理目标、争取政治合法性的有效手段,司法结构中调解的兴衰就成为政治因素强弱的风向标。换句话说,政治对司法影响力决定了司法结构中调解与判决的关系。从陕甘宁边区时期至今,当代中国司法演绎了一个从“调解强判决弱”到“判决强调解弱”,再到“调解强判决

〔24〕 特纳,见前注〔22〕,页175。

〔25〕 如法院要求案件承办人根据“属案管理、全程负责”的原则,承担释法息诉工作。这一负担必然对法官处理案件的思路与方案(规则与资源)产生影响。

弱”的轮回式(或至少是螺旋式)发展历程。这种结构的流动性一方面说明司法结构自身的不成熟、不稳定,会随着内部结构各要素力量对比的变化而变化,另一方面表明司法与政治的关系即司法体制正处在“欲变还休”的僵局中,未来会怎样变化还难以预见。

目的不明和结构流变使得司法目的总是在“实现公正”与“保持政治正确”之间摇摆不定,不仅暗中削弱了司法的社会政治功能,而且常常导致司法的发展迷失方向。具有良好初衷的改革一旦大面积推行即存在走形变味的风险。O 市法院改革已经显现出来的问题就是很好的证明。

(一)“调解优先,调判结合”含义似是而非,隐含歧义与矛盾

如前所述,从大调解运动和构建多元化纠纷解决机制的角度理解,“调解优先”的“调解”主要是指司法程序外的调解,“调判结合”中的“调解”则指诉讼中的法院调解。法院提出这个八字方针的目的(至少是隐含的目的)在于推动多元化纠纷解决机制生成,让一部分案件在诉前即分流到人民调解、行政调解、行业调解等解纷渠道中去,减轻法院案件压力,缓解“案多人少”的矛盾,同时实现调审分离、难案精审的理想。但是,政法委在使用这八字原则的时候,没有区分诉讼内与诉讼外调解,给人以“在诉讼过程中也要贯彻调解优先原则”的理解空间,于是在政策解读中存在歧义,^[26]导致法院将调解在诉讼中的地位拔高到极致,提出法院要全面、全员、全程调解的所谓“三全调解”的要求。这不仅背离了调审分离的初衷,而且大大提高了审判过程调解的难度——因为经过诉前分流的案件往往是当事人不愿意调解,或者经过诉前调解、立案调解当事人仍然无法达至合意的“骨头案”,其难度可想而知。在审判庭法官看来,法院要求法官在诉讼过程中仍然“调解优先”,而且与立案庭法官一样用调解结案率来考核评价审判庭法官,显然是不公平的。结果引发了审判庭法官的抵触情绪。调查显示,对于诉前调解,有 29.1% 的被调查法官评价“效果一般”,25.5% 认为“效果不太好”,还有 8.6% 选择“效果很不好”。同时,过度调解、强迫调解、不调不立,以及以判压调、以拖促调、以调促执的现象再度泛滥。调解的负功能已经在消减改革的功效。

(二)调解优先政策缺乏外部资源的支撑,诉前分流效果不佳

法院委托其他组织和部门调解的效果不好,纠纷分流不出去。主要原因一是当事人不愿意采用委托调解的方式,认为这种方式达成的协议没有法律上的强制力;二是受委托的组织和部门没有积极性,以没有专人负责、纠纷本来就应该由法院处理等理由消极对待委托调解工作;还有一个可能的原因是适应新形势下解纷需要的专门人才匮乏,各种调解组织、行政职能部门、行业协会、社会团体解纷能力不足。^[27] 委托调解、协助调解情况不理想,影响了纠纷分流效果。调查显示,对诉前分流的效果评价,34.4% 的被调查法官认为“效果一般”,27.7% 认为“效果不太好”,7.9% 认为“效果很不好”。

[26] 最高人民法院法官的解读中也存在这样的误区。参见龚稼立,曹守晔,见前注[4]。

[27] 在转型时期矛盾复杂以及社会价值多元的情况下,纠纷解决需要一批受过专门训练的,懂得法律、政策,有心理学、社会学知识,洞悉社会风俗习惯,具有沟通、谈判、斡旋技能的专门解纷人才,而这种复合型专门人才是各个部门都亟需的。

(三)双向推进式改革易走极端,脱离社会需要

当改革处于基层法院自发的工作创新阶段时,其动机和目的都是针对具体问题、结合本地实际需要和内外资源而确定的,其目标具有微观性,其举措具有针对性,其改革在局部取得一定成效是顺理成章的,当然其作用也是有边界的。但是,这种本土性经验一旦与法院的政治目标偶合而被树为典型样板,加上法院领导“政绩欲”的浸淫,学习推广往往演变为声势浩大的运动,并逐渐脱离社会需要而变成纯粹的政治作秀。例如B区法院首创的“诉讼服务中心”、L区法院首创的“附设人民调解室”,以及Y市法院的“速裁中心”,其创立之初均有自己特殊的历史背景,也的确是基于社会需求。其中Y市法院速裁中心的产生,是因为其设在城区的一个派出法庭被撤销,原在派出法庭工作的法官、书记员共9人的岗位安置有矛盾的情况下,迫使领导另辟蹊径。而L区法院的附设人民调解室,则是法院缓解案多人少的需求与本区司法局提高人民调解质量的需求一拍即合的产物。L区法院院长说:

很多民事纠纷都不至于闹上法庭。毕竟对于普通百姓来说,打官司费时、费钱、费精力,更有可能伤感情。在发生纷争时,如果有个双方信服的“老娘舅”出面调停,提出公平、公正、公道的解决办法化干戈为玉帛,那无疑能节约司法资源,减轻群众讼累,促进社会和谐。

L区司法局则指望借助法院的力量促进人民调解。司法局局长说:

目前我们在各街道(镇)以及各村、居委会都建立了完善的人民调解员制度,可以说,调解网络覆盖全区。但是,现行人民调解员制度也面临着不少制约因素。在很多百姓眼里,这种身边的调解缺乏法律效力,他们之所以要花钱费力打官司,往往是为了求得一个“铁定说法”。另外,部分调解员法律知识的缺失也阻碍了大调解的推广。一桩离婚诉讼中,原、被告双方7年前经人民调解达成离婚协议,但由于人民调解员对法律理解有误,在指导双方签署了离婚协议后竟然没有告知他们去民政部门办理手续,导致二人“离婚”后仍稀里糊涂做了七年“合法夫妻”。〔28〕

再比如J区法院的交通巡回法庭。据该院研究室主任介绍:

交通巡回法庭成立之前,道赔案件平均审理周期是4个月。到交通法庭成立一周年时,审理周期为75天。如果除掉调解的时间,巡回法庭结案时间平均为22天。之前交通案件调解率低,原因在于保险公司不配合,积极性不高。因为对于他们来说,案件拖到最终法院强制执行是有好处而没有坏处的;另外,他们自身行业也有一些共同的做法,就是不主动参与调解,等法院判决。现在巡回法庭的工作机制有利于调解,调动了保险公司调解的积极性,每年调解和自动撤诉案件300件。去年只有2起案件申请强制执行。

B区诉讼服务中心的设立,其初衷主要是强化立案庭的服务意识,改变社会对立案法官服务态度不好、起诉手续复杂等不良印象。而这些改革很快被上级法院“慧眼”相中,总结提炼为“司法为民”、“和谐司法”、“多元化纠纷解决”等政治话语。这不仅与最高人民法院的政治目的

〔28〕 “‘人民调解工作室’在钟楼区法院正式挂牌运作”,人民法院网2007年4月3日,最后访问日期:2012年5月5日。

相吻合,而且对急需典型模范来推行其改革思想的法院领导来说,无异于一场及时雨。结果,B区法院等个案成功经验就被嵌入政法委“大调解”的战车和最高人民法院的“能动司法”轨道,其命运已经不由自主。当最高人民法院作出推广诉讼服务中心的决定后,建设诉讼服务中心就成为自上而下推进的普适性改革举措,配以考核指标的激励与控制,成为每个法院必须贯彻执行的命令与任务。2011年,O市中级人民法院要求全市基层法院必须开展“门诊式”诉讼服务中心建设,并提出达标要求:诉前化解35%以上,力争40%;立案调解、速裁45%以上,力争50%;速裁人员人均办案数原则上不低于业务庭人均办案数的1.5倍;诉讼服务中心工作人员总数应当不低于全院审判、执行人员总数的25%等。这样的改革已经脱离具体法院所处社区的真实需要,完全是用法院自身的需要来确定目标与手段,很容易导致改革背离初衷。调查表明,各种改革举措在不同法院实施的效果不一,能够产生良好效果的基本上是各法院特色或亮点工作。比如L区法院法官承认人民调解室在分流案件中发挥了极大的作用,3名调解员每人每年可以处理掉300—400个案件。但是调查发现,O市两级法院法官对附设人民调解室作用的评价是,38.9%的人认为“效果一般”,25.3%认为“效果不太好”,5.7%认为“效果很不好”。

与此同时,被全面推广的诉讼服务中心在O市不同的法院利用率极不均衡。由于人口、辖区面积与经济差异,不同法院案件数量很不均匀,案件分流的必要性参差不齐,使得各法院建设诉讼服务中心的成本与收益比相差很大。在人口和辖区面积均居全市第一的J区法院,因为案件数量多,诉讼服务中心利用率较高,其所在区政府财政每年有专款用于支持诉讼服务中心的人员与物资开支,还批准J区法院专门盖了一栋诉讼服务中心大楼。该中心大楼为建筑面积4375平方米的六层建筑,分为案件受理中心、接待服务中心、快速审理中心、诉调对接中心、司法鉴定中心五个区域,2011年底投入使用。而辖区面积最小的H区法院的诉讼服务中心则显得没有多少必要。调查人员在现场观察了2周,第一周只有一名法官在值班,第二周是两名,而前来起诉的当事人始终寥寥无几。其他法院的情况也好不到哪里去。不少法院的速裁中心名存实亡。有的法院没有固定的人员配备,由民庭法官兼任。在实际操作中,简单案件还是由各业务庭按照简易程序处理。为了达标,有的法院将部分简易程序的案件纳入速裁进行统计。为获得高调解率,对于经调解达成协议并即时履行的案子,法院仍要制作调解书。B区法院立案庭庭长表示,当事人对调解书的申请执行率为25.35%,并且因为没有财产保全等措施的保障,其执行比判决书的执行还要难。^[29] 吊诡的是,几乎所有的法院都很羡慕J区法院的诉讼服务中心大楼,都在积极设法争取经费新建或改造现有的办公用房。在我们开始调研的时候,Y市法院建筑面积1065平方米的服务中心大楼刚刚落成,立案庭乔迁新居。^[30]

第一,改革目标主要基于法院的需求。“三个分流”改革的目的主要是围绕法院解决案多人少的需要和提高司法效率,几乎没有考虑当事人的想法和需要。对法官的调查发现,在“您认为O市两级法院司法改革的动因在于什么?”的问题上,选中频率较高的选项依次是:①提

[29] 调解协议进入强制执行的比例居高不下属全国性问题。参见李浩:“当下法院调解中一个值得警惕的现象——调解案件大量进入强制执行研究”,《法学》2012年第1期。

[30] 根据Y市政务公开系统公布的信息,该大楼预算350万元,资金来源为自筹。

高司法效率(62.7%);②案多人少(54.7%);③领导的司法理念(49.8%);④顺应全国司法改革的大方向(48.0%);⑤减少上诉和上访(44.4%);(6)当事人和群众的不满(29.3%)。看来当事人和社会需要只是法院捎带考虑的因素。这与法院公开宣称的“司法为民”的改革目标相距甚远。

因为不是立足于当事人的需要,所以改革方案中始终欠缺保障当事人诉权与程序权利的制度安排。O市法院“三个分流”改革在分流标准和程序上都没有明确规定,基本是法官单方决定。于是会出现这样的情况:有的案件被分到速裁中心,审理之后才发现案件事实不清、关系复杂、争议较大,不适合速裁程序,但是,一方面是流程管理软件的不可逆性设计,另一方面是法官追求数据达标,因此案件并没有被转到民事审判庭,还是在速裁中心处理。J区法院立案庭庭长介绍说:诉前调解一般是20天,可以延长10天,满30天当事人要求的话必须立案。但调查中有律师和当事人抱怨,有的法院立案时间更长了,法官不说任何理由就将案件移送到人民调解室调解,把律师晾在一边,有的案件几个月都立不上案,法院也不给任何解释。G市法院负责“预立案”的法官也承认:

由于法院对应该进行预立案的民商事案件有个30%的指标,而法院为了数据好看,也尽量做到40%,这使得有时明显不适合走预立案程序的案件也被预立案,最后调解不成又转到正式立案,白白耗费了当事人和法院的精力。

第二,改革中的目标置换,即法官以自身目标置换改革的目标,导致改革举措走样变形。一个表现是,有的法院将分流机制变异为风险案件的过滤器,通过诉前分流、类案分流和需要与其他机构“会诊”为由,将有可能引发群体性诉讼、当事人矛盾激化或执行难的案件挡在法院大门之外。还有一个表现是,上级法院用调解撤诉率等数量化的指标来考核法官,导致法官更多关注数据的达标,而不太关心改革的目的。在调查中,基层法院多数法官表示不了解“三个分流”改革的意义,一些法官甚至表示没有听说过。而为了达标,争取评奖评优机会,不仅滥用调解的行为再度泛滥,而且虚报数字乃至作假现象亦十分普遍。在调查法院案卷档案过程中,我们发现了“洗澡案”(当事人虽然起诉过,但因某种原因没有真正形成诉讼案件)、“克隆案”、“拆分案”等假卷宗;有的法院为了提高调解率,将人民调解解决的案件制作成诉讼案件,计算到自己的数据中;有的法院将进行过预立案再转入正式立案的案件分装两本不同的卷宗,使用两个不同的案号;有的直接在上报的数据中作假等。

六、结语:“先行调解”规则的理解与适用

有关调解优先、诉讼分流改革的实证研究表明,调解优先政策是法院应对转型时期社会纠纷解决的特殊需要而提出的。如果说政策“与时俱进”的性格使之在及时应对社会问题方面具有明显的优势的话,那么其固有的应时性、变动性则与法律的安定性、可预测性存在轩輊。此外,法院推动调解优先政策写入民事诉讼法隐含功利性目的:首先是减轻法院案多人少的压力,其次是有助于预防那些含有非现实性冲突因素的纠纷进入法院,减少申诉信访风险,最后正是由于委托调解没有得到相关部门的积极响应,分流效果不明显,法院才特别希望将这些政

策和相关举措上升为法律,以获得一种普遍约束力。可见,法院从自身需要出发提倡“调解优先”,更多体现的是法院的政治理性和本位考虑,公共理性不足。如何正确理解修正案中有关“先行调解”和“诉调对接”的规定,防止立法在司法实践中走样变形的问题就显得十分紧迫。为此,立法者和司法者需要在以下几个方面作出努力:

首先,准确界定“先行调解”的含义,避免歧义。从最高人民法院提出“调解优先,调判结合”司法政策的背景和有关政策文件的前后文来分析,该原则前后两个“调解”的含义是不同的。《修改决定》第27条并没有对“先行调解”究竟是指诉讼调解还是非诉讼调解做任何界定,很有可能引发歧义。建议立法者对此进行解释,区分诉讼调解与非诉讼调解的情形,明确相关的程序。

其次,保障当事人的程序异议权。第30条第2款规定了法院的立案调解,但启动立案调解的条件仅仅为“当事人争议不大的”,而对什么样的案件属于“争议不大”语焉不详,又没有赋予当事人选择权与异议权,这意味着由法官单方面来认定。调解本身的程序规定性极低,对调解人的约束力几乎为零,调解是否能够达到立法者追求的目标,几乎完全依赖调解人的自律与能力。这显然是靠不住的。如果法官滥用“先行调解”的规则,极可能损害当事人的诉权。实际上,一些地方法院已经发生为追求所谓“诉(庭)前化解率”或“调撤率”,对符合条件的起诉实行“不调(成功)不立(案)”的现象。有学者说完全可以通过诉讼制度上的设计纠正这些不规范行为,^[31]笔者却不敢苟同。调解滥用问题周而复始的发作并非调解本身的错,其病灶来自司法结构。而结构性的痼疾是无法用外用药膏来根治的。但是,既然已经成为立法,我们也只能尽最大的努力减少问题发生的可能性。立法者应当尽快通过立法解释明确相关程序,包括明确“争议不大”的含义与判断标准、限制调解时间、增加当事人的异议权等。

最后,也是最重要的,先行调解规则能否发挥积极作用,实现立法目的,关键取决于法官的公共理性。公共理性是公民的理性,是那些共享平等公民身份的人的理性。公共理性的目标是公共善和根本的正义,是公民在事关支配公民社会立场的基本观点之间寻求相互间重叠的共识面。^[32]如果说法律是一个社会公共理性的集中体现,那么“用法律来判断”的司法理应成为公共理性运用的典范。司法公正的评价标准就是裁判是否能够体现公共理性。法官的工作重心应当是专研法律解释与司法技术,让裁判理由体现公共精神。法官须足够重视调解优先和诉调对接改革实践中公共理性不足的问题。法官应当认识到,调解的公共理性对法官个人的公共理性有很强的依赖性,需要法官保持高度的公共意识,基于公共理由提出调解方案,用公共理由说服当事人妥协让步、达成合意,不能杂糅法官个人目的或审判权本位主义的需求。

(责任编辑:傅郁林)

[31] 范愉认为民事诉讼法的基本原则、制度制约、当事人处分权与法院职权的结合、相应的救济机制等可以保证调解的正当性和效益。参见范愉,见前注[4]。

[32] 参见(美)约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000版,页225—226;(美)约翰·罗尔斯:“公共理性理念新探”,谭安奎译,载谭安奎编:《公共理性》,浙江大学出版社2011年版,页122—123。