

论民事司法与调解关系的定位

潘剑锋*

摘要 在我国构建和谐社会及多元化矛盾纠纷解决机制的过程中,民事司法与调解之间的关系问题具有核心的地位。近年来,由于传统和现实两个方面的原因,立法和司法实践都存在着诉外调解司法化和公权化、司法替代调解、大量调解案件进入强制执行程序等有违制度基本原理的异化现象。我们应当在明晰司法与调解各自本质属性和功能定位的基础上,遵循解纷方式与纠纷类型相适应的原则,实现司法与调解关系的科学化。

关键词 司法调解 纠纷解决 司法确认

一、问题的提出:为何事与愿违?

最近修订的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“新民事诉讼法”),不仅以司法确认程序制度确认了诉外调解的司法衔接机制,并且新增了民事案件的“先行调解”规定,^[1]以期增加替代性纠纷解决机制分流司法负担的效能。这无疑将近年来一直处于激烈争议中的司法与调解关系问题进一步推向争议的漩涡,特别是立法的粗疏为法律解释和司法实践预留了巨大的空间,如果不从基本原理上充分厘清司法与调解各自的属性和相互之间的角色界限,无论是司法解释或学理解释都将缺乏应有的基础和前提,而实践运作更将陷入一片混乱。为此,本文将从观察和揭示我国司法和调解的运行方式及其相互关系的现状和问题入手,从传统和现实两个方面剖析我国多年的司法政策为何总是事与愿违——以调解分流司法负担为初衷,却以司法替代调解为结果。本文同时通过分析二者相互混同和相互削弱等异化关系的深层次成

* 北京大学法学院教授。本文为笔者承担的中国法学会 2012 年度部级法学研究重点课题(课题编号 CLS[2012])的阶段性成果。本文的写作,北京大学法学院博士生韩静茹在资料收集、整理和观点整理方面做了大量工作,特以致谢。

[1] 《中华人民共和国民事诉讼法》增加第 122 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。”

因,探讨建立符合调解、司法两种制度本质属性的民事纠纷解决机制的路径。

调解〔2〕和司法裁判作为民事纠纷解决机制中的两大主要制度,在我国构建和谐、巩固和完善社会主义法律体系以及培育多元化矛盾纠纷解决渠道的过程中,发挥着不可或缺的重要作用。近年来,理论界和实务界针对调解的多样化以及司法与调解的衔接机制等相关问题展开了诸多有益研究。〔3〕新民事诉讼法同样对该问题给予了如上所述的相当关注和回应。应当说,无论是立法机构的制度创设或修正,还是司法机关的各类实验性尝试和创新,其共同的初衷和目标均在于最大限度地发挥诉外调解、诉讼调解和司法裁判各自的比较优势及特有功能,通过解纷资源的合理化、科学化配置,来实现民事纠纷的彻底性、全面性和高效性解决,促进各类纠纷解决路径相互之间的功能互补和衔接协作,并进而保障社会秩序的和谐稳定发展。然而,在肯定现有积极成果的同时,反观实践领域的运行状况,一些异化和扭曲的消极现象尚未引起足够的重视和反思:从司法与诉讼外调解的关系现状来看,在构建“大调解”格局以及施行司法确认程序等诉调对接机制的过程中,由于缺乏对调解之本质属性和司法之特有功能、地位的理性认识,片面强调司法对诉外调解的效力保障,导致司法与诉外调解相互间的界限模糊和功能混同,司法支持调解、调解分流司法负担的理想状态正在被诉外调解的司法化趋势以及司法替代调解等异化现象所吞噬;从司法裁判与诉讼调解的关系现状来看,调解结案率与法院绩效考核的强制性捆绑使得非自愿调解在不同程度上普遍存在,诉讼调解弥补司法裁判之局限性的预设功能正在因调解结案的案件大量进入强制执行阶段这一“旋转门”现象而削弱。

面对上述消极局面和异化趋向,值得思考并予以深入分析的是:司法与调解之间原本预设的协作、支持关系,在实践中何以呈现出相互混同、相互错位、相互削弱的背离现状?调解和司法各自的本质属性、应然功能、作用范围以及社会角色究竟如何?在我国本土语境下,如何实现调解与司法各自性质和功能的理性回归?如何通过明晰它们各自的作用界限和特有角色来实现二者关系的科学化?回答这些问题,需要首先从我国司法和调解实际运行方式的现实观察开始。

〔2〕 本文的调解是广义的调解,包括诉讼之外的调解和诉讼中的调解;民事司法是狭义的民事司法,指法院对民事案件的审理(不包括法院调解)和裁判。

〔3〕 该领域的相关研究成果请参见洪冬英:“论调解协议效力的司法审查”,《法学家》2012年第2期;王禄生:“地位与策略:‘大调解’中的人民法院”,《法制与社会发展》2011年第6期;廖中洪:“司法确认程序若干问题研究”,《西南政法大学学报》2011年第1期;潘剑锋:“论司法确认”,《中国法学》2011年第3期;王亚新:“《民事诉讼法》修改与调解协议的司法审查”,《清华法学》2011年第3期;艾佳慧:“调解‘复兴’、司法功能与制度后果”,《法制与社会发展》2010年第5期;范愉:“《中华人民共和国调解法》评析”,《法学家》2011年第2期;范愉:“当代中国非诉讼纠纷解决机制的完善与发展”,《学海》2003年第1期;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;张卫平:“我国替代性纠纷解决机制的重构”,《法律适用》2005年第2期;张卫平:“诉讼调解:时下态势的分析与思考”,《法学》2007年第5期;张卫平:“回归‘马锡五’的思考”,《现代法学》2009年第5期;肖建国、黄忠顺:“调解协议向执行名义转化机制研究”,《法学杂志》2011年第4期;肖建国:“司法ADR建构中的委托调解制度研究——以中国法院的当代实践为中心”,《法学评论》2009年第3期;王福华:“中国调解体制转型的若干维度”,《法学论坛》2010年第6期;王福华:“大调解视野中的审判”,《华东政法大学学报》2012年第4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;浙江省高级人民法院课题组:“关于人民调解、行政调解与诉讼程序衔接机制的调查和思考”,《法治研究》2008年第3期等。

二、司法与调解之关系现状审视：支持、协作抑或混同、削弱

当下,从我国立法和司法现状来看,调解与司法存在着如下关系:

(一) 衔接与协作:司法与调解之关系的美好愿景

调解作为我国的传统型纠纷解决机制,在社会发展进程中发挥着不可替代的作用,其合意性、自愿性、自治性、灵活性和高效性等特征,使其在民事纠纷领域一直占据着相当重要的地位。相比之下,我国民事司法的发展在法律文化积淀和历史传统等因素方面较为薄弱,但随着中国特色社会主义法律体系的建成以及现代化法治进程的不断推进,已同样成为社会管理与纠纷解决的重要制度。在我国社会转型这一大背景下,民事领域呈现出纠纷类型多样化、新颖化、复杂化等趋势,在此情景下,构建多元化民事纠纷解决机制体系的需求应运而生。因此,如何处理和定位人民调解、行业调解、行政调解、社团调解、中介组织的调解等诉外调解机制与诉讼调解以及司法裁判等不同类型的纠纷解决方式之间的关系,是发展和完善多元化矛盾纠纷解决机制体系过程中的核心问题。从法律规范和司法政策的层面来看,我国在机制构建乃至实践运作理念等方面,均预设了一种司法与调解相互配合、优势互补、功能衔接、有机协作的理想图景。

首先,在司法与诉外调解机制的关系上,最高人民法院2002年出台的《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》以及2009年出台的《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》等均强调,应当充分发挥人民法院、行政机关、社会组织、企事业单位以及其他各方面的力量,促进各种纠纷解决方式相互配合、相互协调和全面发展,做好诉讼与非诉讼渠道的相互衔接,为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式,并且充分发挥审判权的规范、引导和监督作用;2010年8月通过的《人民调解法》首次以法律的形式确立了司法确认机制,以期实现司法对调解协议之执行力的保障,并在2011年3月颁行了相配套的《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》,以进一步促进诉讼与非诉讼解纷机制相互间的衔接;现已公布的《民事诉讼法》也将司法确认程序作为特别程序中的一个具体类型纳入其中。上述规定的共通性特征在于,试图通过构建诉调对接等相关机制,来实现司法对调解的规范、引导和监督以及调解对司法资源的优化配置和负担分流,以形成二者相互配合、相互协调、共同发展的理想目标。

其次,在诉讼调解与司法裁判的关系层面上,各种规范性文件将二者作为相并列的民事案件的司法化结案方式,以期以各自的比较优势而在不同类型的纠纷中发挥着相应的功能。依据我国《民事诉讼法》的规定,诉讼调解是我国民事诉讼的基本原则之一,贯穿于民事诉讼活动的全过程。2009年7月18日召开的全国法院调解工作经验交流会指出,“调解是高质量审判,是高效益审判,调解能力是高水平司法能力”、“把调解作为案件的首要结案方式”、“打牢调解优先理念的思想基础”。〔4〕此外,最高人民法院发布的《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》等司法指导性文件以及2010年6月通过《进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》所确立的“调解优先、调判结合”的工作原则,均从司法理念或政策方面突出了诉讼调解的积极功用,希望通过明晰调解的优先地位,来发挥

〔4〕 王胜俊:“最高法院强调把调解作为首要方式”,载《光明日报》2009年7月29日,第4版。

其相较于司法裁判所具有的和谐解纷的优势。

概言之,从规范角度来说,我国对司法与调解之关系的预设模式可归纳为司法保障和指导调解、调解分流司法负担、诉外资源与司法资源合理配置的相互协作、支持和衔接的关系。毋庸置疑,这种关系模式在目标方面具有相当的正当性与合理性。然而,值得追问的是:这种体现在规范文本和司法政策中的理想关系结构是否在实践中获得了充分的体现和践行?司法与调解在实践领域的关系状况是否实现了形式和实质双重层面的协作与支持关系?

(二) 混同与削弱:司法与调解之关系的实践反馈

我国在制度规范层面对司法与调解关系预设的理想模式在司法实践中的运行却存在着明显的问题和缺陷。

在司法与诉讼外调解机制的关系方面,最为突出和前沿的动向当属“大调解”格局的建立以及各地法院针对诉调对接机制所开展的一系列实验性尝试。所谓“大调解”,是指在党委、政府的统一领导下,由政法委综合治理部门牵头协调、司法行政部门业务指导、调解中心具体运作、职能部门共同参与,整合各种调解资源,对社会矛盾纠纷的协调处理,旨在将民间调解、行政调解、司法调解等其他各种调解资源整合在一起,把纠纷化解在基层。^{〔5〕}作为对该格局的具体践行,我国各省市都根据自身的实际情况构建起多样化的大调解制度体系,其中较具有代表性的包括浙江的“枫桥经验”、^{〔6〕}山东的“陵县经验”、^{〔7〕}江苏的“南通模式”、^{〔8〕}河北的“廊坊经验”、^{〔9〕}四川的“广安模式”^{〔10〕}和“大邑模式”^{〔11〕}以及福建的“厦门模式”。^{〔12〕}应当说,大调解机制的设立初衷在于最大限度地发挥各种社会资源,通过社会力量的广泛参与来促进纠纷的和谐化、彻底化解决。然而,上述各类典型模式或经验大都呈现出较强的政治性色彩,换言之,在调解机制的适用过程中,由党委和政府对整个大调解工作体系行使领导权,党政机关等公权力主体发挥着主导作用,而调解最本质、最核心的属性——纠纷当事人的自愿合意

〔5〕 对于“大调解”的解读见章武生:“论我国大调解机制的构建——兼析大调解与ADR的关系”,《法商研究》2007年第6期。

〔6〕 参见汤栢钧:“‘枫桥经验’与替代性纠纷解决机制研究”,《浙江警察学院学报》2011年第2期;吴锦良:“‘枫桥经验’演进与基层治理创新”,《浙江社会科学》2010年第7期;杨燮蛟:“转型期社会矛盾纠纷多元化解决机制研究——以浙江‘枫桥经验’为视点”,《西南农业大学学报(社会科学版)》2010年第5期;向春玲等编著:《加强和创新社会管理18个经典案例》,中共中央党校出版社2011年版。

〔7〕 参见刘永强、乔闻钟:“‘北川模式’与几种纠纷解决机制的比较研究”,《西南科技大学学报(哲学社会科学版)》2009年第1期。

〔8〕 参见易春:“南通大调解”,《今日中国论坛》2011年第4期。

〔9〕 参见王亚丽:“我国法院调解制度及其完善”,《法治论坛》2009年第1期;王伟海:“‘和谐社会构建与多元化纠纷解决机制——廊坊经验的启示’研讨会”,《廊坊年鉴(2008年)》,方志出版社2008年版。

〔10〕 参见张永进:“中国调解工作室研究——基于上海与广安模式的考察”,《四川理工学院学报(社会科学版)》2011年第3期。

〔11〕 参见潘伊川、洪磊:“‘大调解’行动与‘大调解’机制——以成都市大邑县为观察样本”,《西南政法大学学报》2009年第6期。

〔12〕 参见“厦门大步迈进大调解格局 两年内在各个行业覆盖”,《厦门商报》2012年7月21日;法制网:“厦门建立人民调解三项工作机制 构建大调解体系”,2011年10月17日,网址:http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2011-10/17/content_3045774.htm?node=31693,最后访问时间:2012年8月22日。

和自主处分权——在相关机制中却十分淡化乃至受到漠视。

调解的特质或灵魂,是当事人之间在中立第三方的主持下,通过自愿协商、对话沟通、妥协让步并最终形成双方均自愿认可的解纷方案的自治性纠纷解决路径。这一特质决定了诉外调解区别于司法或仲裁等其他纠纷解决方式的关键性因素,就是其所具有的高度自治性、当事人处分性和民间性等特征。无论是人民调解、行政调解、行业调解、社团调解、中介组织的调解抑或法院调解,作为调解这一类纠纷解决路径的多样化表现形式,都必须具备和遵循调解的灵魂性特质。而“大调解”体系中所采用的公权力机关主导的运行模式,从根本上侵蚀了调解的灵魂和根基,使得诉外调解的民间性和自治性被极度压缩,造成了诉外调解权力化、政治化的异化趋势。诚然,由于调解主持主体的性质不同,并非所有的诉外调解机制都具有同人民调解一样纯粹的民间自治性,但这并不意味着其他类型的诉外调解就不具有自治性和处分性。以行政调解为例,行政机构或具有行政管理职能的组织在处理行政违法行为的同时,对其中所涉及的民事纠纷进行的附带性解决,此时行政机关的民事调解权虽然来源于其对行政违法行为的处置权,是一种出于尽可能高效、全面、一次性处理纠纷的目的而设立的附带性调解,但这并未改变调解本身的自愿性和自治性本质。行政机关对于民事纠纷的调解权既不同于行政机关的行政管理权,也不等于公权力主体主导调解的模式,而只是考虑到主管行政机关基于相关事项的管理职能处理相关纠纷的便捷、高效和彻底性,而设置的一种诉外调解机制。即使其调解程序的启动可能不必基于双方当事人的合意,但其最终调解结果的达成同样必须遵循当事人处分原则。同理,行业调解更应如此,行业协会在性质上与人民调解委员会虽不完全相同,但其介入调解的正当性基础,在于行业协会对纠纷症结具有较强的、特别是专业性的辨识和判定能力,而并非假借公权力的领导作用来保障调解的实现。

质言之,“大调解”格局所采行的党政机关主导调解的做法,反映出实践领域对调解之本质属性认识的偏差和缺失,使得在大调解格局中的诸多诉外调解资源无法发挥其自发秩序的自治性力量,改变了调解的性质,进而模糊了调解与司法的界限。

诉调对接机制也是近年来理论界和实务界的关注焦点,应当说,司法确认等诉讼与非诉讼相衔接机制的法律化确立,的确在一定程度上发挥了分流案件、鼓励公众适用诉外调解等积极功用。但值得反思的是,目前形式上所谓的支持和衔接,实际上大多是从调解协议的效力问题入手,为了鼓励涉纷主体选择诉外调解机制,而赋予原本以自愿合意、自觉履行为本质特征的调解协议以强制执行效力。这不仅再次模糊了司法与诉外调解之间的功能和角色界限,更为危险的是,如果控制不当,这一剑走偏锋的“支持”方式将极易形成诉外调解司法化、司法替代调解等异化现象,最终导致调解与司法之功能的相互削弱、两败俱伤——调解的自愿性和自治性被麻痹,同时司法的权威性和公信力也被减损。

在诉讼调解与司法裁判的关系方面,一个值得关注和警惕的现象是:随着调解结案率的逐年上升,以调解方式审结的案件进入强制执行的比率也在不断增加。^[13]笔者通过对各地区法院官方网站以及相关新闻报道等信息渠道中的数据进行收集、整理和列表(表一)分析后发现:一味地强调调解结案的优先地位、片面地追求高调解率,导致实践领域已经开始出现将矛

[13] 相关实证考察参见李浩:“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。

盾和问题后置的“旋转门”现象。具体来说,在案件审理阶段,全力促成当事人达成调解协议并以调解书的方式结案,以期实现“案结事了”的积极效果,然而受制于调解质量、调解之自愿性以及实际履行能力和意向等方面因素的制约,在诸多已经调解结案的纠纷中,义务人并未对调解协议予以自觉、全面的履行,无奈之下权利人不得不再次诉诸法院申请强制执行。也就是说,本应在案件审理阶段予以有效处理的矛盾,在强调调解、优先调解的大潮下,被调解书所暂时“掩盖”和“堵塞”了,但却最终积攒至执行阶段而一并爆发。这就好比酒店大厅的旋转玻璃门,在审理阶段通过调解方式暂时敷衍“转出去”的问题,又在执行阶段“转回来”了。

表一 关于调解案件进入强制执行的数据

法院	年份	调解结案数或调解结案率(%)	进入强制执行的调解案件数	调解案件占执行的收案数的比例(%)	调解案件的强制执行率(%)
北京市大兴区法院	2008—2009年	—	—	—	≥ 30%
北京市海淀区民四庭	2008—2009年	—	—	—	≅ 55.5%
北京市门头沟法院	2010年1月—5月	62.4%	—	—	≅ 43.9%
上海市法院	2008年	—	—	—	41%
广州市从化法院	2007年	2519	1732	—	68.76%
	2008年	2581	1722	—	66.72%
	2009年	862	564	—	65.43%
山东省汶上县法院	2008年1月—11月	—	246	38%	—
重庆市永川区法院	2004年—2007年9月	2533件	1089件	—	43%
黑龙江省鹤岗市萝北县法院	2010年	441	86	66.15%	19.5%
	2011	442	351	69.44%	28.49%
	2012年1月—3月	81	24	82.76%	29.63%
浙江省衢州中院	2007年	51	36	—	70.59%
	2008年	33	35(2件上年旧存案件)	—	106.06%
	2009年	12	11	—	91.67%
武汉市东西湖区法院	2006—2008年	1337	—	—	≤ 72.6%
江苏省徐州市基层法院	2008年7月—2009年6月	22724(46.52%)	7431	—	32.71%

法院	年份	调解结案数或调解结案率(%)	进入强制执行的调解案件数	调解案件占执行的收案数的比例(%)	调解案件的强制执行率(%)
内蒙古鄂尔多斯市达拉特旗人民法院	2009年	893(49.3%)	491	—	54.98%
成都市高新区法院	2002—2009	5296(45%)	2487	42%	47%
福建闽南某基层法院	2004年	30.1%	388	52.43%	71.6%
	2005年	29.1%	308	52.2%	82.2%
湖北省宜昌市远安县法院	2008年	—	143	50%	—
	2009年	—	221	51%	—
	2010年1月—3月	—	60	60%	—

(三) 形式与实质:司法与调解之关系的异化现状

通过以上分析,我们可以清晰地看到目前司法与调解之关系领域的诸多异化和扭曲现象。首先,从形式与实质的角度来看,法律规范和相关司法指导性文件均将司法与调解的应然关系模式定位为相互支持、相互协作、共同发展,然而实践中的状况却是诉外调解被司法化或公权力化,呈现出司法替代调解的倾向,诉讼调解亦无法有效发挥“案结事了”、自愿履行的比较优势。其次,从预设目标与实际收效的角度来看,规范层面希望借助于相关原则和程序机制的设立或修正,为司法与调解之间的衔接提供基础和依据,然而这些看似初衷良好的规范的实际运行效果,却是司法与调解的关系界限模糊、功能混同甚至相互削弱。我们认为,司法与调解之间的应然关系,不应当主要是效力上的支持,即将司法最具特质的元素“借给”调解,导致调解的本质属性元素模糊;司法对调解的支持和帮助更多的应当来自于过程、理念以及纠纷解决的一些共同性经验的交流,为调解提供良好的运行环境。

概言之,“大调解”格局的建立和发展、司法确认等诉调对接机制的法律化确立,以及对优先调解等审判工作原则的强调,在形式上打造了司法支持和保障调解、调解补充司法之局限性、调解与司法有机衔接并相互配合的理想框架,然而实践所反映出的“大调解”格局的政治化和公权化特征、诉调对接机制的实用主义取向,以及诉讼调解和调解执行所引发的“旋转门”现象,显然是对上述理想模式的强烈质疑和否定。现有的“大调解”机制并未给司法调解之外的其他调解以足够大的作用空间,其发挥作用所依赖的并不是各类调解方式在不同类型纠纷中发挥相应的优势,而是依赖于行政权力和司法强制执行力的支撑,这实际上已经不是真正意义上的调解机制。调解被司法化、行政化了,调解的内驱动力不再是自愿、当事人处分,而是行政权的变相施压和司法强制执行力的“承诺”,这显然与调解的本质属性存在内在矛盾,也直接导致了调解实效的最终失败和“旋转门”现象的最终发生。

三、司法与调解关系异化的深层原因剖析:传统与现实的二维视角

造成司法与调解二者关系错位、功能混同、相互削弱的原因涉及诸多方面,既有历史因素的影响,也有社会现实背景方面的作用,既有制度内部机理的成因,也有制度外部运行环境方面的因素。

(一)传统层面的成因:调解的先天强势与司法的实质弱势

从我国现有规范和实践运作的双重层面来看,无论是在诉外纠纷解决机制中还是民事司法体系中,调解始终都具有显著的优先地位。相较之下,司法制度起步较晚且发展态势差强人意,虽然在形式上借助于国家强制执行力的后盾保障而成为公力救济的核心渠道,但无论在政治架构中还是在社会文化中,对司法本质属性、角色定位的认识缺失,以及司法公信力、司法权威性频受质疑的客观现状,都使得企图依靠司法这一形式上的强者、实质上的弱者,来保障、支持和辅助调解这一实质上享有优先地位和牢固传统根基的强者,显得力不从心且缺乏客观可能性。在此情形下,司法所能够供给诉外调解的具有实用价值的元素似乎只能是其所专属的强制执行力。目前司法实践中所谓的司法指导、监督和支持调解,往往所指的就是效力上的保障,而并非过程、理念或解纷经验等方面的分享和引导。也就是说,司法通过程序性审查而赋予诉外调解协议这一民间自治解纷结果以执行力,以此来提升当事人选用诉外调解途径的意愿和积极性。这种片面化的支持方式,将专属于司法权的强制执行力有条件地强加于以自愿性和处分性为本质特性的调解之上,消减甚至吞噬了调解的根基,自然会造调解司法化的扭曲态势,不仅违背事物的基本属性和制度的基本原理,还会导致司法与调解之间本质界限的混淆和模糊,最终导致二者功能的紊乱和相互削弱。

具体而言,调解作为“东方经验”,在我国纠纷解决机制的发展历史中具有悠久的历史,是我国特定历史条件下的产物。新中国成立之前即已存在的著名的“马锡五审判方式”,新中国成立后在1956年确立的“调查研究、就地解决、调解为主”的十二字方针以及1964年在此基础上发展出的“依靠群众、调查研究、就地解决、调解为主”的十六字方针,充分显示了调解在我国所具有的深厚的文化背景和传统底蕴,而之后1982年《民事诉讼法(试行)》所确立的“着重调解原则”和1991年《民事诉讼法》所确立的合法、自愿调解的原则,反映了我国民事司法对调解传统的一贯重视。此外,自2003年以来的十多年里,最高人民法院逐步确立起了“调解优先、调判结合”的工作原则,并在本次民事诉讼法全面修订的过程中增设了“优先调解”的制度性规定。上述一系列制度和规范的演进过程,均生动彰显了调解在我国民事纠纷解决领域的绝对核心地位。相比之下,民事司法制度的建立在我国经历了坎坷且发展缓慢的阶段,客观上缺乏与司法之本质特性相契合的制度环境和文化背景,主观上缺乏对规则之治和法律专业化的内在信仰,导致司法虽然享有执行力这一国家强制力的保障,但在社会生活实践中始终未能获得足够的重视和应有的权威地位,更无从施展宣示和形成规则、循序发展法律等应有功能。我国司法制度体系并不存在西方发达国家那种已

经实现较高专业化和规范化程度并具备高度社会认同度的基础或语境,在此种背景下,欲使司法这一尚不完善的弱势机制来支持、保障、指导和监督调解这一历来的强势主体,自然难以获得预设的理想收效;加之在制度改革和创新过程中的实用主义和功利主义的价值取向,进一步强化了实践中司法与调解的角色混同和功能扭曲。

(二)现实层面的成因:认识偏差与实用主义

除了历史传统因素所造成的司法弱势而调解强势的畸形关系外,目前理论和实务界对调解与司法各自的本质属性和功能定位的偏误认识,以及现有制度规则的不合理设置,是造成司法替代调解、调解与司法功能混同等消极局面的另一重要因素。

首先,从认识论的角度来看,司法在社会运行过程中的应然功能和地位始终未能明晰,导致了司法与调解的作用界限不清,进而自然造成二者在功能发挥方面的重叠、混同和错位。分工模糊所造成的不利后果不仅仅是资源浪费或不合理配置,更严重的是其可能导致功能主体的相互削弱或阻碍。具体来说,司法的本质属性在于其主体资格的特异性、程序运行的规范性以及法律效力的强制性。与此属性相对应,司法不仅仅是一种公力救济性质的纠纷解决途径,同时还具有规则形成、统一法律适用、作为其他解纷机制的“参照系”、宣示和明晰规则等特有功能,并且正是这些特有功能使其在社会管理和公共政策形成等宏观层面承载着其他制度所无法比拟的功能。与国家强制性等司法的公权力属性相对立,调解作为依赖于自发秩序的自治纠纷解决机制,是在适应社会解决矛盾纠纷需要的过程中产生的,^[14]其本质属性在于当事人的意思自治和处分权,依循此种特性,调解协议的有效达成以当事人合意自治和自愿处分为最根本的前提基础,协议的效力也因为调解主持主体的非公权性、调解依据和过程的灵活性而自然不具有强制执行力。然而反观现有的实践做法,一方面,忽视调解的自愿性和处分性而一味地强调通过司法审查来赋予其强制执行力,使得本应依靠自愿履行来实现案件事了之目的的调解协议,变成了质量堪忧且与司法裁判结果效力混同的执行依据。结果强制是国家意志的体现,但却不是调解本质属性的应有之义,因为其特点就在于自愿,包括履行的自愿;另一方面,忽视司法在规则之治等方面的特有功能,将之作为与调解并无本质不同的纯粹的纠纷解决工具,导致在人为化提升诉讼调解结案率的同时,调解案件申请强制执行的比重畸高。诚然,构建和谐社会对于我国当下及未来的发展具有非常重要的积极意义,调解也的确在我国的发展历程提供了不可忽视的助益,但调解并非唯一的、万金油式的纠纷解决机制,司法裁判也不一定在任何情况下都不利于和谐关系的维护;调解并不等于和谐、彻底解纷,判决也并不等于关系对抗、秩序破裂。有效化解民事纠纷是调解与司法的共通目标,但这并非司法的唯一目的,且该种目标方面的共同性并不意味着调解与司法之间不存在本质上的差异和明晰的界限,二者在本质属性、功能定位、程序设置、主体能力、结果效力等方面均存在很多不同之处。“调解与判决之间是一种长期的制度互补又互相竞争,调解的好处不在于一定比判决更好、更高效、更低成本、更便捷,而在于为当事人提供了更多的选择自由,增加了他的比较和选择各种解

[14] 参见潘伊川、洪磊:“‘大调解’行动与‘大调解’机制——以成都市大邑县为观察样本”,《西南政法大学学报》2009年第6期。

决纠纷方式的机会,因此实际上增加了他的‘自由’,可以降低他和社会解决纠纷的费用。”〔15〕如若始终不能理性认识司法的特有功能和调解的处分性、自愿性本质,势必难以消解司法与调解二者之间的异化现象。

其次,从具体制度设计和安排的角度来看,理念认识的偏差必然导致在此指引下的制度设置存在不同程度的有违基本原理之处。从司法与诉讼外调解的关系角度来看,由于片面地将司法对诉外调解的支持等同于执行力的赋予,导致“大调解”格局的不合理发展以及诉调对接机制中仅仅关注调解协议的结果效力,而不重视司法在过程、具体运行机制、解纷理念以及人员培训等方面的指导和资源分享。从司法裁判与诉讼调解的关系角度来看,由于过分夸大调解在和谐解纷、实现“案结事了”效果等方面的比较优势,在法院系统内部将调解结案率作为考核法官个人工作绩效以及法院整体评优的重要指标,导致忽视甚至侵蚀调解的自愿性和处分性特点而一味追求调解结案的作法普遍存在,最终造成了大量调解案件进入强制执行程序的旋转门现象。此外,“零判决”、“零上访”等目标口号的提出,同样是偏误理念的产物,并进而引发诸多有违事物发展根本规律以及民事司法之基本原理的实践做法和现象。“世界上从来没有万能的工具或知识或制度,所有的知识、工具和制度都只有在对症下药的基础上才真正有用和有效”;“审判和调解解决问题所需要、所依赖的社会条件是不同的,带来的社会收益也不同”。〔16〕当前法院调解反悔率较高的事实,恰恰说明调解的自愿性不足,体现了司法效率的低下。此外,社会整体诚信机制体系缺位等一些潜在的外部环境因素,也在一定程度上进一步催化了司法与调解之间的不合理关系。

四、调解与司法关系之科学化:合理定位与功能归位

与问题成因相对应,实现司法与调解关系之科学化的路径在于,修正各自的角色定位、回归各自的本质属性;并在此基础上,从制度层面上明晰二者之间的角色界限、从实然层面上落实二者各自的职能分工。

(一) 调解与司法各自本质属性的回归

如前所述,造成目前调解与司法之间关系异化的最核心成因在于对二者各自的本质属性和作用界限的偏误认识,进而导致功能配置和角色划分时的标准混乱。因此,欲遏制并矫正关系的扭曲态势,必须首先对调解和司法之各自的本质属性予以理性回归,从认识论层面确立起科学化的理念,从而为之后具体制度和规则的设计提供正确的导向与目标。

调解所具备的自愿性、合意性、处分性、灵活性等特质,决定了其属于一种民间自治性的解纷途径,其核心功能就在于和谐、低廉地解决民事纠纷;与此相对,司法虽然同样承载着有效处理民事纠纷的任务,但这并不是其唯一的功能,司法所具有的强制性、严格且刚性的程序规则、

〔15〕 苏力:“关于能动司法与大调解”,《中国法学》2010年第1期。

〔16〕 参见徐昕:“‘调解优先’的司法政策应当调整——从彭宇案的调解说起”,《中国社会科学报》第74期。

高度的专业性等特征,决定了其在发挥公力救济功能的同时,还具有形成规则、发展制度并引导相关主体之后行为选择等独立功能。正如有学者所言,我国“法院的角色定位和运作机制始终走不出工具主义的怪圈,社会纠纷的解决过分依赖于法院,民间纠纷解决机制发育不良,导致法官与民间、诉讼与诉外、裁判与调解之间角色混同、浑然一体,高成本却低效率。”^[17]简言之,不能因为调解和司法都具有解决民事纠纷的功能和目标,就无视二者在本质属性上的差异和功能划分上的界限。无论是诉讼调解还是诉外调解,不过是调解的不同方式而已,都必须始终遵循调解的本质性特征,即当事人合意、自愿处分;而司法作为公权力的纠纷解决机制,亦须坚守其公权性、国家强制性的本质特征以及诸多特有功能。只有在对调解与司法之各自本性予以科学化反思和归位的基础上,才可能寻找到最为适宜的协调二者关系的方案,也才能够为司法外调解之积极功能的发挥提供相对宽松和独立的空间,进而在此基础上加强司法与调解之间的衔接、协调、支持、协作和互补,而非相互混同、替代或削弱。

(二) 调解与司法之间功能界限和角色关系的科学化

明晰性质是功能定位和界限划分的基础与依据,而职能分工亦是具体制度配置的前提。在对调解和司法各自本质属性进行了理性认识后,就应当以其相应的性质特征为标准,来合理分配与其特性相吻合的制度功能。具体到民事纠纷解决的场域中,就是要遵循制度功能与制度属性相适应、纠纷解决方式与纠纷类型相适应这两项原则。一方面,依据司法和调解各自的性质,使其分别承载与其本质特性相契合的制度功能,并据此明确二者作用场域的界限,以避免其承载超越属性范围的功能或造成职能划分时的重叠;另一方面,以纠纷性质和特点为依据,对实践中的具体民事纠纷予以类型化,并依此使之与不同的纠纷解决机制和轨道相匹配,从而扭转一味地强调调解的优先性而无视纠纷之实际情况的偏颇作法,即避免一概化地认定调解或司法的优劣地位。

为了有效实现上述的两项原则,需要在采取类型化进路的基础上,具体分析哪些案件类型更适宜调解方式处理、哪些类型的纠纷更适宜司法机制解决。受制于管辖制度和法院内部分工的约束,不同级别的法院、同一级别不同地区的法院以及同一法院内部不同的民事审判庭,其受理案件的数量、类型等均有所不同,因此其运用调解的可能性及调解结案率随之有所差异;加之不同层级法院所承载的职能不同,在选择调解结案抑或裁判结案时也需要依据客观需求来考量不同的因素。这也从另一个角度再次论证了所谓“零判决”、“零上访”等目标的盲目性和有违事物发展的基本规律或制度基本原理之处。

从纠纷的具体类型方面来看,在民间借贷合同纠纷、金融借贷合同纠纷、侵权损害赔偿纠纷、买卖合同纠纷、农业承包经营合同纠纷、房地产纠纷等较为传统或常见的民事纠纷领域,适用调解的可能性通常较大;但是在公司纠纷、知识产权纠纷、现代贸易或金融纠纷中,由于相关的实体法已经将穷尽其他救济机制作为相关主体诉诸司法的前置性条件,因此经过其他非司法解决机制的尝试处理和过滤而到达诉讼阶段时,涉纷主体之间通常已形成较强的对抗性,适用调解的可能空间也就相应较小。而从涉纷主体相互间的关系来看,存在熟识关系或长期合

[17] 傅郁林:“‘诉前调解’与法院的角色”,《法律适用》2009年第4期。

作关系时,通常具有较强的合意解纷的意愿,调解的达成也就相应更为可能;而那些初次合作等缺乏了解或其他关系纽带的涉纷主体之间,由于不具备合意自治的信赖基础,因此达成调解的可能性就相对较小。此外,一些复杂疑难案件、新型案件或具有规则形成、制度发展或公共政策解读等意义的民事案件,由于其价值不仅限于个案本身的处理,还可能牵涉到之后的权利判定以及主体行为选择,因此更适宜通过司法裁判的途径来解决,以发挥司法所承载的权利界定和规则形成等特有功能。对于这类案件,虽然调解通常也能实现化解个案矛盾的目的,但调解所具有的自治性、灵活性、不公开性等特征使得其无法明晰和宣示法律规则,对于之后同类型案件的处理难以提供指引和预测,亦不利于法律制度规则的进步和完善。

最后,需要特别说明的是,我们并不否定司法确认等诉调对接机制在民事纠纷解决领域所发挥的积极作用,相反,是在肯定其所具有的诸种比较优势的同时,必须强调对调解协议本身质量的重视和保障。“为了恢复调解的优势,我们必须作出调整 and 改变,必须从注重调解的量改为注重调解的质,必须把注意力从调解结案率转向调解案件的当庭履行率和自动履行率。”^{〔18〕}换言之,司法为诉外调解机制提供效力上的支持和保障并非不具备正当性和必要性基础,但是,无论通过哪些路径来实现二者的衔接和互补,都必须首先保障调解的过程和调解结果符合调解的本质属性和应然功能,并且应当以自愿履行作为调解协议内容获得实现的常规方式和重要的评价标准。自愿性作为调解的核心和灵魂,不仅指调解启动、调解协议达成时的自愿,还应当包括履行协议时的自觉自愿,因此自觉履行调解协议是调解这一解纷路径的应有之义。如果无视调解本身的特性和调解协议自身的质量,一味的鼓励适用司法确认制度,则实际上是削弱了诉讼外调解的解纷能力,导致原则例外化、例外常态化的不正常局面。更为严重的是,如果强制执行成为了调解协议获得履行的常态,从而出现类似诉讼调解中的“旋转门”现象,则恰恰反映了调解实际上并未发挥其应有的功能。倘若如此,所谓的调解解纷实质上不过是司法确认等效力供给机制的表象而已,而调解的实质机能已经被削弱,所谓的衔接和保障也就沦为了替代和吞噬。

(责任编辑:傅郁林)

〔18〕 李浩,见前注〔13〕。