

民事审判中的调审分离

李 浩*

一、导 言

长期以来,我国法院主要采用调解方式处理民事、经济纠纷,并由此逐渐形成了颇具特色的调解主导型的民事审判方式。^{〔1〕}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巩固和强化的审判方式契合于改革开放前的中国社会,它与当时经济计划化、利益单一化、人口居住固定化、法律简约化、权利淡漠化的社会生活条件相适应。自七十年代末开始,我国对原有的政治、经济体制进行了以法制化、市场化为价值取向的改革,随着改革的步步深入,传统民事审判方式的不适应性日渐显现。

为使民事诉讼制度适应改革后新生成的社会条件,我国立法机关对法院调解制度一再作出修正,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,1991年修订试行法时,又将它修正为“自愿、合法”调解原则。对试行法作上述修正,主要是为了解决审判实务中长期存在的重调解轻判决、压服式的非自愿性调解、“和稀泥”式的无原则调解问题。然而,从修订后的民事诉讼法实施以来的情况看,这些问题并未真正得到解决,在我国大多数基层和中级人民法院为加快案件处理的速度而纷纷设立经济纠纷调解中心的那段时期,其中有的问题反变得更为严重和突出。

中共十四大明确提出建立社会主义市场经济体制的目标后,我国各项改革的节奏明显加快,整个中国社会正经历着急速市场化、法制化的过程。显然,为了使我国的民诉制度更好地服务于这一深刻的历史性变革,需要对调解主导型的审判方式以及法院调解制度本身作进一步的改革。

那么,究竟应当按照什么样的思路、沿着何种方向进行改革呢?对此,理论界提出了两种迥然不同的方案:一种是在现行民诉制度调审结合的框架内进行改革,采取一系列具体措施,进一步落实“自愿、合法”的法院调解原则,如通过强调判决与调解并重,适当降低调解结案率;通过落实自愿原则,防范和抑制强制性调解;改让凉型调解为公平型调解,以强化对民事权益的保护;改不公开的庭前、庭外调解为公开的庭上调解,以增加调解的透明度和规范法官在调解中的行为。另一种方案是将调解过程与审判过程相分离,将法院调解从民事诉讼中分离出去,作为与审判相独立的、以预防诉讼为目的的解决民事、经济纠纷的制度。通过两者的分离,纯化

* 中共安徽省委党校副教授。

〔1〕 本文所说的民事审判方式泛指我国的民事、经济审判方式。

审判程序和调解程序。^{〔2〕}

以上两种方案显然是基于对我国法院调解制度现状的不同认识而提出的。主张第一种方案的学者认为,经过对试行法的修订,从立法的角度看法院调解制度已基本完善,审判实务中仍然存在的种种问题并非法院调解制度本身所致,而是由于部分法官未正确领会民诉法的精神,未能按照民诉法的规定进行调解。因此,现在的问题不是需要再对法院调解制度作什么大的改革,而是在审判实务中如何督促法官切实遵守和执行民诉法关于法院调解制度的规定。

笔者认为,将法院调解制度中长期存在的种种难以解决的问题归咎于部分法官对民诉法规定理解不深、贯彻不力至少是把复杂的问题过于简单化了。产生这些问题有着深层次的原因,这就是民诉法将调解与判决两种性质上存在重大差异的解决纠纷的方式共同作为人民法院行使审判权的方法,将它们一同规定在民事诉讼程序中,由此造成了两者关系的紧张和冲突,^{〔3〕}冲突的结果是调解功能的扩张和判决功能的萎缩,形成了调解主导型的审判方式。这种审判方式与现代民诉制度之间存在着深刻而尖锐的矛盾,这些矛盾的存在与发展一方面使民诉法规定的法院调解原则难以得到切实的贯彻与执行,使法院调解的现实与立法者设置调解制度时预期的理想状态发生断裂;另一方面,又造成了诉讼制度的部分变异,使民事实体法与程序法对法官审判活动约束的双重软化,使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诉法预定的目标出现较大的偏差。

鉴于此,笔者认为第一种方案虽然既不致于突破现行民诉法的规定,又比较容易实施,但并未能找到问题的症结和触及问题的实质,因而并不能真正消除法院调解中长期未能克服的种种弊端。第二种方案虽然意味着要对现行法院调解制度,乃至整个民事诉讼制度进行实质性的改造,因而无论是在取得改革的共识上还是在改革方案的具体实施上都会遇到相当大的困难和阻力,但却是对症下药的、具有前瞻性的、真正有希望获得成功的改革。实行这一改革实质上是要把我国传统的调解主导型审判方式重塑为现代的判决型审判方式,以实现我国民事诉讼从偏重调解到依法判决的历史性转折。

二、法官的调解偏好与调、审并重的矛盾

尽管在现行民诉法中调解与判决已无轻重之别,调解已不再具有往日优越于判决的地位,但是,新法实施以来的民事、经济审判实务表明,调解在实践中的主导地位并未有实质性的改变。从《中国法律年鉴》提供的统计数字看,调解结案率虽有所降低,但与判决结案率相比较,仍然占绝对优势。

〔2〕我国一些学者,尤其是中青年学者主张将调解与审判分离。参见季卫东:《法制与调解的悖论》,《法学研究》1989年第5期;江伟、王强义:《完善我国民事诉讼立法的若干问题》,《中国社会科学》1991年第5期;王亚新:《论民事、经济审判方式的改革》,《中国社会科学》1994年第1期;江伟、李浩:《市场经济与法院调解制度的完善》,《中国人民大学学报》1995年第3期。

〔3〕王亚新先生在《论民事、经济审判方式的改革》一文中曾对“调解型”审判模式和“判决型”审判模式作过深刻的比较,他认为这两种审判模式在正当性原理、程序结构等方面存在着显著区别,两者共存于民事审判中会给诉讼过程带来内在的紧张、矛盾以至混乱。

表一

1989—1993年全国法院民事一审案件统计表

单位:件

年份	收案	结案	结 案 中				
			调 解	占结案 百分比	判 决	占结案 百分比	其 它
1989	1815385	1808538	1253895	69.3	297999	16.5	256644
1990	1851897	1849728	1194350	62.1	353940	19.1	301438
1991	1880635	1910013	1128465	59.1	456000	23.9	325548
1992	1948786	1948949	1136970	58.3	460932	23.7	351047
1993	2089257	2091651	1224060	58.5	487005	23.2	380586

表二

1989—1993年全国法院经济纠纷一审案件统计表

单位:件

年份	收案	结案	结 案 中				
			调 解	占结案 百分比	判 决	占结案 百分比	其 它
1989	690765	669443	513484	76.7	70140	10.5	85919
1990	588143	598317	414580	69.3	88296	14.8	95441
1991	563260	583771	358558	59.1	117128	20.1	108085
1992	650601	648018	397404	61.3	135202	20.9	115412
1993	894410	883681	555585	62.9	172903	19.6	155193

(以上数字引自《中国法律年鉴》，占结案百分比是作者算的)

这里值得深思和认真研究的问题是,为什么现行民诉法已不再强调“着重调解”时,审判实务中民事、经济纠纷案件仍保持着极高的调解结案率?笔者认为,这虽然是由多方面的原因造成的,如法院面临着案多人少的压力,立法相对滞后使部分新型纠纷无可资遵循的裁判规范等。但是,这些客观方面的原因并不具有决定性意义。在诸多原因中,真正起决定性作用的,是多数法官具有的强烈的调解偏好。

日本学者棚濑孝雄竭力倡导对审判制度的研究应当从制度分析转向过程分析,他认为“分

析的重点从制度转向过程并不只是对研究审判以外的纠纷解决过程才有意义,它对于审判过程的研究也能发挥重要作用。因为通过审判而进行的纠纷解决也是具有不同利益和社会背景的当事人、律师以及法官之间的相互作用过程,是社会无数相互作用过程的一种。……但是,无论怎样精心设计的审判制度,在其中总是广泛存在着委诸于个人自由选择的行为领域,而且从规范体系来看很可能属于越轨的行为实际上也常常发生。所以,完全把视线集中在规范上而无视与审判过程发生关系的个人在实际上进行行为选择的可能性,并不能真正究明以审判解决纠纷的机制。”〔4〕这一见解对探究我国民事诉讼中调解结案率居高不下的现象无疑是具有启发性的。事实上,如果我们不深入分析法院调解过程中法官、律师、当事人对调解的态度以及决定这种态度的利益关系,不研究三者调解中所处的不同地位以及相互间发生的作用,就无法真正认识法院调解的实际运作状况,也就无从解开当偏重调解与市场经济条件下新的社会生活条件已不再相适应时,调解主导型审判方式仍得以保持高度稳定性之迷。

一旦把观察的视点集中于民事诉讼实际运行过程,我们很快就能发现大部分法官都有一种强烈而明显的调解偏好。究其原因,以往的政策、法律对调解的偏重固然与形成这种偏好有相当大的关系,但根本性的原因却在于,调解比判决更符合他们的切身利益。

与判决相比较,调解至少可以给法官带来三方面的益处:首先,它可以使法官在相同的时间内办更多的案件。一般而言,调解是一种快速的办案方式,调解在程序问题上具有相当大的灵活性,因此解决争讼所用的时间通常要比判决少,如果能够在开庭前说服当事人达成调解协议,则效率更高。另一方面,从制作法律文书的角度看,调解还是一种省力的办案方式。一部分案件只须将调解协议记入笔录,连调解书也不必制作,另一部分案件虽然需要制作调解书,但调解书中只需写明诉讼请求、案件事实和调解结果,不必象判决书那样对判决所认定的事实和适用的法律作出详细的分析和严密的论证。现在,各基层法院都实行工作量制度,把办案的多少作为考核法官的标准之一,并把它与法官个人的经济利益直接挂钩。这种旨在调动法官积极性,鼓励他们多办案的政策必然促使法官选择速度快的办案方式。其次,调解可以使法官回避作出困难的判断。从审判实践看,造成法官难以对争讼作出判断大致有三种情形:其一是案件事实根据现有的证据不易作出准确的认定;其二是待决案件缺乏相应的法律调整,法官找不到可适用于该案件的裁判规范;其三是法律虽然对待决案件有所规定,但只是粗线条的、原则性的规定,或者只是类型式概念及一般条款,如重大事由、显失公平、善意、恶意等。〔5〕遇到上述情形时,法官用判决解决争讼不仅需要相当高的法律水准,而且费时费力。采用调解方式处理则既方便又省力,由于民法未要求法院在调解书中说明调解所适用的法律依据,因此只要能够说明当事人谅解让步,达成调解协议,一切困难便可迎刃而解。再次,调解是一种风险小的处理案件方式。判决可能引起一方当事人、甚至双方当事人不服,当事人提出上诉后,就存在着发回重审或者改判的可能。这就意味着一审法官要承担相当大的风险,因为一旦原判决被二审法院撤销或者改判,不仅会降低一审主审法官的判决的正确率,而且会对该法官今后的升迁晋级产生不利影响。调解不存在上诉问题,调解书发生法律效力后,既不属于本院院长和上级法院依审判监督程序主动进行再审的范围,又不属于检察机关抗诉的范围,当事人申请再审的情形又极少发生。所以,相对于判决而言,调解对法官来说是一种风险小的处理案件的方式。

〔4〕〔日〕棚濑孝雄著:《纠纷的解决与审判制度》,中国政法大学出版社1994年版,第6页。

〔5〕参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第292页以下。

法官也是普通人,在作出行为选择时,也难免会象普通人那样趋利避害。出于自身利害关系的考虑,多数法官倾向于选择快速、省力、风险小的调解而回避费时、费力、风险大的判决是不难理解的。

在实践中,法官的调解偏好具体化为尽量说服当事人接受调解和达成调解协议的行为,把判决作为调解无望时不得已才动用的手段。由于法官在诉讼结构中所占的主导地位,其调解偏好一方面会对当事人的行为产生强烈的影响(这一问题稍后再作分析),另一方面又会影响到律师的代理活动。当事人信赖自己聘请的律师,对自己律师提出的建议通常会言听计从,因此,在有律师代理诉讼的情况下,法官一般是通过律师来对当事人施加影响,让律师劝说当事人达成调解协议,而律师则往往会迎合法院的调解偏好。当代西方的法社会学者通过对诉讼程序的研究指出:“在任何一种诉讼程序中,都会出现律师不是以当事人为中心,而是以法院为中心的情况。因为律师在平时处理案件的过程中与法院工作人员和其他律师逐渐形成一种互利关系,他们不愿意为自己当事人的案件‘过分热忱’从而破坏这种关系。为了维持与这些人的工作关系,某些律师甚至认为在诉讼中必须部分地牺牲当事人的利益,以维系工作中的和谐。”〔6〕这种现象在我国当今的民事诉讼中同样存在,而且可以说是相当普遍。在“打官司就是打关系”这一广为流传的说法的影响下,当事人聘请律师时,一般要选择那些与法院(最好是与承办法官)有良好关系的律师,因此,对律师来说,与法院和法官保持良好关系成了一种执业的资源,它可以为律师带来更多的案源和更多的收入。这种利益关系加剧了律师以法院而不是以当事人为中心的现象,使律师极为看重与法院的关系,并尽量维持这一关系,不愿意为当事人争取更多的利益而损害与法院的关系。所以,当法官对调解表现出很高的热情,并要求律师配合法院对当事人进行调解时,律师一般会积极配合,即便调解解决并不真正符合当事人的利益。

以上分析说明,由于在对调解与判决的选择的背后潜藏着审判者自身的利益,所以,只要法律仍然把调解与判决共同作为法院行使审判权的方式,并使两者同居于民事诉讼程序中;偏重调解与调审并重的矛盾便无法缓解,调解的扩张和判决的萎缩就不可避免。

三、强制与自愿的矛盾

自愿反映了法院调解的本质属性,通过调解解决争讼与用判决方式解决争讼的实质性区别在于,前者是当事人自愿达成的协议,后者是法院作出的强制性决定。

为了反映调解的自愿特征和保障诉讼中调解的自愿性,我国民事诉讼法把自愿规定为法院调解必须遵循的原则之一。我国民诉理论认为该原则包括程序上自愿和实体上自愿两层含义,前者是指当事人主动向人民法院申请用调解方式解决他们的纠纷,或者同意人民法院为他们做调解工作解决纠纷。〔7〕后者是指“当事人双方经人民法院调解达成的协议,必须是互谅互让,自愿协商的结果”。〔8〕

我国民诉理论将法院调解应当遵循的原则概括为三条——自愿原则,事实清楚、分清是非原则和合法原则。笔者认为,这三条原则虽然都对法院的调解活动具有指导作用,但它们并非处于同等重要的地位,在三原则中居核心位置的,应当是自愿原则。自愿原则的特殊重要性在

〔6〕 朱景文:《现代西方法社会学》,法律出版社1994年版,第194页。

〔7〕〔8〕 王怀安主编:《中国民事诉讼法教程》新编本,人民法院出版社1992年版,第184页。

于:首先,诉讼中的调解虽然是在合议庭或独任法官的主持下进行的,但从本质上说,仍然是一种自律型解决纠纷的方式,诉讼系属法院后,双方当事人均有获得判决的权利,选择判决还是调解,完全是当事人处分权范围内的事,即使法官认为调解解决对双方当事人更为有利,只要一方拒绝,法院也不得强行调解。在双方当事人都同意调解的情况下,能否达成调解协议以及达成何种内容的调解协议,也都取决于双方当事人的意愿;其次,由于在自愿的前提下,调解结果与案件事实和实体法规定在一定程度上的可分离性,自愿原则对事实清楚、分清是非原则和合法原则的具体实施具有一定的支配作用,并且往往是衡量调解结果是否真正合法的标尺。

因此,法院调解制度能否健康地发展,能否真正有效地发挥作用,很大程度上取决于自愿原则能否在审判实务中得到贯彻。鉴于民事诉讼法试行过程中,强制或变相强制调解是法院调解制度中一个较为突出的问题,立法机关修订试行法时,采取了一系列措施突出、强化自愿原则。修订后的民事诉讼法把根据自愿和合法的原则进行调解,作为民事诉讼法的基本原则之一,在第一编“总则”中设专章对调解作出规定,该章总共7条,其中涉及自愿原则的就有3条(第85、88、91条)。不仅如此,在“审判监督程序”中,违反自愿原则还被规定为对已经发生法律效力调解书申请再审的法定情形之一。

从法律上采取这些措施是完全必要的,这也表明了民事诉讼法规定的法院调解较之于试行法更为合理和完善。不过仅凭这些规定能否保障自愿原则切实得到贯彻实施仍然是有疑问的。我国目前实行的是调、审不分的审判模式,调解和判决结合在同一诉讼程序中,而调解是以自愿为根基的,判决则是以强制为特征的,它们原本是性质上完全不同的解决纠纷的方式,但我国民事诉讼法却将两者相结合,作为法院处理民事诉讼的两种基本方式。立法者将调解纳入诉讼程序是基于这样的构想——通过法院调解既可以获得与判决相同或者相近似的法律上正确的处理结果,同时又可以避免判决所具有的高成本和强制性。

以上构想反映的是法院调解的理想状态,但这种理想状态能否转化为诉讼现实则大有疑问。妨碍理想状态实现的重要原因之一是,在现行调、审结合的审判模式中,自愿原则往往难以得到落实。这一模式使法官在调解中具有双重身份,或者说扮演着双重角色。一方面,他是调解者。作为调解者,他只能帮助双方当事人澄清争议中的实质性问题,搞清楚案件的基本事实,向双方解释与本案有关的法律、法规,对双方当事人进行疏导,以软化彼此的对立情绪,消解双方的分歧,并通过引导双方就解决争议的方案进行协商或者向双方提示解决争议的方案,促使、帮助当事人达成调解协议。另一方面,他又是诉讼的指挥者和案件的裁判者,在与当事人形成的民事诉讼法律关系中居主导地位。作为诉讼指挥者,他可以尽量选择调解方式处理纠纷,即使当事人本来不愿意调解,在法官的不断劝说和要求下,通常也会转变态度。作为裁判者,他可以认定或者否定当事人主张的事实,支持或者反对当事人提出的诉讼主张,批准或者拒绝批准当事人自行达成的和解协议,并在调解失败的情况下作出判决。

双重身份的存在既使得法官较之于诉讼外的调解者易于获得调解成功,但同时又常常使得调解中的自愿原则不易真正得到贯彻实施,使调解协议的达成并非真正建立在自愿的基础之上。尽管法官在调解中具有双重身份,但主导性的身份无疑应当是调解人,在是否选择调解以及是否同意作出让步以达成调解协议问题上,不得对当事人进行强制或变相强制。但是,法官在调、审结合的审判模式中要想始终正确地把握住自己的身份是相当困难的,为了使固执于自己主张的当事人作出妥协,往往会有意无意地从调解人滑向裁判者。裁判者的身份使法官具有潜在的强制力,当法官摆出裁判者的身份进行调解时,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。

棚濑孝雄在观察了日本法院外解决纠纷机构的调解过程后得出结论说,“在调解者对具体纠纷的解决持有自己的利益时,往往可以看到他为了使当事者达成合意而施加种种压力的情况。这种‘强制性合意’之所以成为可能,是因为调解者对当事者常常持有事实上的影响力。”〔9〕该结论有助于解释我国法院调解中为什么时常出现强制性调解以及法官的强制性调解为什么容易奏效。事实上,正是由于调解比判决更符合法官的切身利益,才使得一些法官不顾当事人的不满压他们作出让步,也正是由于法官所代表的法律权威和所拥有的裁判权,才使得他们能够较容易地强制当事人接受其提出的调解方案。

当然,法官强制调解一般不会以纯粹的形式表现出来,而会采用尽可能隐蔽的方式,如审判实务中的“以劝压调”——反复劝说(反复劝说实质上也是强制)当事人接受调解并作出让步以达成调解协议;“以拖压调”——在当事人不愿调解时,故意将案件搁置起来,使当事人为求得纠纷的早日解决,不得不接受调解;“以判压调”——暗示当事人如果不同意调解解决,判决结果必定对他不利;“以诱促调”——利用法律上的优势地位和当事人对他的信赖,故意向当事人发出不真实的信息,使当事人误认为调解比判决更符合自身的利益。这些隐蔽性的强制不易被发觉,因而也就难以防范和纠正。

从当事人方面来说,由于法官是大权在握的裁判者和法官判决案件时有一定的自由裁量权,所以都希望能与法官搞好关系,都害怕得罪法官,在诉讼中一般都会尽量避免与法官的意见发生冲突。因此,当调解与判决结合于同一程序时,当主持调解的法官同时具有对案件的判决权时,当事人会自觉或不自觉地迎合法官的调解偏好,因为任何一个当事人都会合乎情理地担心,如果一味地拒绝调解,法官将来作出判决时,可能会使他承担某种不利的后果,特别是在对方当事人已接受调解的场合。实际上,这种担心正是当事人违心地接受法官提出的并不真正符合其本人利益的调解方案的主要原因。

可见,在调、审结合的审判模式中,强制与自愿的矛盾和冲突是无法避免的,尽管法律已明确赋予当事人对不满意的调解说“不”的权利,但当事人行使此项权利时常常会顾虑重重,这就不能不使自愿原则的实现大打折扣。

四、严格依法解决纠纷与适用法律的 流动性、随意性的矛盾

如果在调、审结合的审判模式中,调解仅仅是在使当事人接受调解的问题上具有一定的强制性,而调解结果能够与判决结果保持一致的话,那么,这种偏重调解的审判模式也许不会发生多大的问题,因为,法官在调解中强制当事人接受的,毕竟是法律上正确的处理结果。然而,由于诉讼中的调解在合法性问题上也面临着深刻的矛盾,那种认为通过调解能够达到与判决相同的处理结果的想法是不切实际的。

法院调解是诉讼中的调解,是人民法院行使民事审判权的一种方式,因此,调解的运作应当服从于我国民法设定的“保护当事人行使诉讼权利,保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件,确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序,经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行”

〔9〕前引〔4〕,棚濑孝雄书,第13页。

的民事诉讼的任务。这意味着,法院调解不同于诉讼外的调解,它也是运用法律处理民事案件的一种方式,同样应当严格依法进行。但另一方面,调解又是双方当事人在法院的主持下通过协商解决纠纷,协商过程中法院和双方当事人虽然也都要援引特定的法律规范,但是经过协商达成的协议则往往是当事人妥协让步的结果,与法院严格依照法律作出的处理结果几乎总是存在着或大或小的差异。因此,法院调解在合法性问题上不得不发生分裂,出现严格依法解决纠纷与适用法律的流动性和随意性的矛盾。

以上矛盾既表现在对程序法的适用上,又反映在适用实体法问题上。从程序法方面说,由于通过诉讼解决纠纷的典型方式是由中立的法院对当事人双方的争议作出强制性的判决,而为了保证法院判决的公正性,各国民诉法无不为之作出设计了一整套复杂而严密的程序。在诉讼中,程序合法具有独立的价值,依法进行诉讼首先就意味着各诉讼主体严格依照法定程序进行各种活动。对法院来说,严格遵循诉讼程序不仅是作出正确判决的保障,而且对于表征诉讼过程的公正性也是不可或缺的。然而,当法官采用调解方式处理民事、经济纠纷时,程序法便不再具有原先的重要意义,严格遵循程序规则进行操作的状态就会发生变异。这一变异是调解制度本身引起的,因为即便是诉讼中的调解,它在正当性原理上也与判决截然不同,调解解决的正当性并非来源于解决方案严格基于法律而形成,而是来源于当事人双方对解决方案的认同。

由于纠纷的解决是以当事人的合意为基础的,所以调解在程序问题上不必象判决那样严格按照诉讼法的规定按部就班地进行,有时候为了谋求迅速、便捷地解决纠纷,允许法官根据案件的具体情况自由地选择和组合程序反倒是必要的。这说明,调解具有某种非程序化的特征,当法官采用调解方式处理纠纷时,程序上的规范性便会减弱,流动性和非正规性就会相应增加。对调解的这一特点,学者们早有认识,如我国的杨荣新教授曾指出:“法院调解的实质,是进行法制宣传教育和思想政治工作,其目的是促成当事人达成协议,解决纠纷。因此,方式是多样的,形式是灵活的,一般没有严格的要求。”^[10]美国学者戈尔丁也认为,“显然,调解需要一种高于‘运用法律’能力的特殊技巧。尽管我们期望坚持公正标准,但调解过程比起我们所习惯的民事诉讼还是有一种更大的流动性和非正式性的特征。”^[11]

从实体法方面看,无论是在事实的认定还是在法律的适用上,调解都与判决存在着较为显著的区别,如果说判决要求的是严格的实体合法性的话,调解则可以是相当宽松的实体合法性。

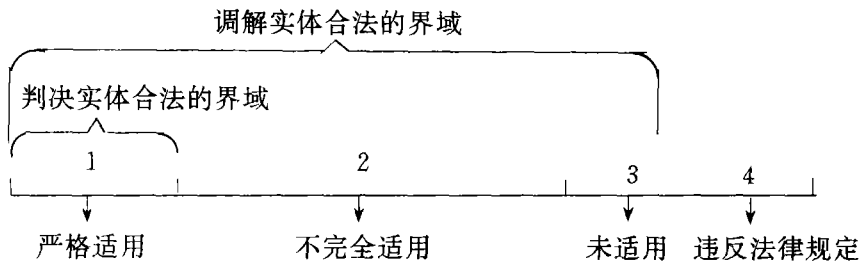
当法院用判决方式处理民事诉讼时,判决结果与案件事实之间存在着紧密的依存关系,查明有争议的案件事实是作出正确判决的前提,而当法院通过调解方式处理纠纷时,尽管查明事实、分清是非后才有利于开展调解活动,但另一方面,只要能够说服当事人达成调解协议,即便案件事实的某些部分并不那么清楚,对调解结果的合法性也不会产生什么实质性的妨碍。并且,调解结果并不一定要完全与已查明的案件事实相一致,出现一定的偏离是允许的,例如,在查明被告未履行合约且单方有过错的情况下,调解结果也可以是被告同意立即履行合约,原告则同意放弃违约金请求。这表明,调解结果与案件事实之间具有一定的可分离性,这种可分离性虽然有时候可以提高办案的效率,但也具有较大的负面效应。它使一些法官误认为,只要能

[10] 杨荣新:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第293页以下。

[11] 戈尔丁:《法律哲学》,三联书店1987年版,第223页。

说服当事人达成调解协议,案件事实是否清楚无关紧要,实践中少数法官把调解作为处置事实难以查清案件的灵丹妙药或者采用先调解后调查的办案方式,盖源于这种认识。

在实体法适用问题上,调解也具有相当大的灵活性,从严格依照实体法规范达成调解协议到协议内容虽然并不符合实体法的规定但也并不为法律所禁止都是允许的。因此,调解实体合法性的范围要比判决宽得多。^[12]这可以用下面这张适用法律的图来说明:



调解之所以需要宽松的合法性,是由于调解协议的达成常常需要当事人作出妥协让步,而调解之所以能够具有宽松的合法性,是因为处分原则的作用,当事人在调解中自愿作出的或大或小的让步,只要未逾出处分权的界域,法律都没有干预的必要。我国民事诉讼法未从正面规定调解协议的内容应当符合法律的规定,而是从反面规定“不得违反法律规定”,并且不要求调解书写明适用的法律依据,正是考虑到宽松合法性的要求。

调解实体合法的宽松具有正负两面效应:其积极意义在于使法官在调解中有相当大的回旋余地,可以根据案件的实际情况,相当灵活地促使当事人达成比判决更符合双方利益的协议;其消极意义在于使一些法官对调解采取机会主义的态度,使他们在调解中不是按照法律的要求在事实清楚、分清是非的基础上努力促使当事人达成基本上符合实体法规定的调解协议,而是抱着只要能使当事人达成调解协议,其余都无关紧要的态度。并且,实体合法的宽松性和适用法律的流动性不可避免地会造成调解结果的多元化,使事实相同或者基本相同的案件在调解中出现差异很大的调解结果。这肯定不利于我国民事、经济法律秩序的形成和巩固。

以上分析表明,当法院采用调解方式处理民事诉讼时,程序法与实体法对法官行为的约束都被软化了,在当前道德滑坡、社会风气不好,一些法官在经济审判中积极利用审判权寻租,对法官行为的监督力度不足的情况下,法律约束的双重软化不能不使民事诉讼中严格依法解决纠纷与适用法律流动性、随意性的矛盾变得更为尖锐,不能不加利用审判权交换经济利益这一司法活动中的腐败现象,给审判的公正性抹上一层浓厚的阴影。

五、让步息讼与权利保护的矛盾

调解的本质在于当事人在调解人的斡旋下,通过谅解、让步、平息争执,消弥纠纷。即便是诉讼中的调解,谅解和让步对于调解协议的达成仍然是必不可少的,如果每一方当事人都固执

[12] 尽管调解实体合法的界域相当宽广,但从我国法院调解的实践看,调解协议内容完全符合实体法规范的情形并不多见,属于完全脱离实体法规范但又未违反法律这一中间状态的以及违反法律的亦为少数,大多数情形属于图中线段2所代表的不完全适用实体法规范这一形态。

于自己的主张,坚持自己的权利要求寸步不让,调解一定不会成功。因此,为了获得调解的成功,法官一定要做当事人的工作,要求当事人在调解中保持谅解和克制的态度,要求当事人对调解方案表现出足够的灵活性。

过去,民诉理论界一直把法院调解中的让步说成是双向让步,即双方当事人互谅互让,并以此论证调解是一种对双方都有利的解决争讼的方式,因为既然每一方都从对方得到了某种让步,那么双方的利益和感情便都得到了满足。然而,一旦对此作深入思考和对法院调解作实证分析,我们很快就能发现这种互谅互让的理想状态在大多数情况下不过是一种“神话”。

法院调解不同于商务活动中的谈判,在商务谈判中,没有预设的正误标准和客观的参照物,因此每一方都可以根据自己的预期和交易的具体情况,在谈判开始时提出一个对自己最为有利的方案,然后再根据对方提出的方案和态度,对原先的方案作出修正,降低自己的初始要求,经过讨价还价和妥协不断地交替,最终形成双方都能接受的意见。与谈判开始时双方的意见和要求相比,最终意见确实是双方妥协和让步的产物。

诉讼中的调解则不同,它有判决作为参照物,判决结果预定了特定案件的正确处理的标准,衡量在调解协议中是否双方都作出了让步要和依法形成的判决结果加以对照。如果案件事实是清楚的,适用于该事实的实体法规范对双方当事人权利、义务和责任的规定也是明确的,那么,我们就获得了一个正确处理该案件的客观标准,当事人在调解中是否作出了让步,如果作了,究竟是单方面的还是相互性的,必须对照该标准来确定。

如果按照以上标准来检验诉讼中的调解,那就不能不得出调解中的让步大多数是单向让步的结论。在合同案件中,假如是被告单方违约,并且过错完全在违约一方,则判决结果应当是被告履行合同义务并支付违约金。如果调解结果是原告同意减免或放弃违约金来换取被告立即履行合同义务,那显然是单方面的让步,因为对被告来说,履行合同是他本来应承担的义务,而不是对另一方的让步。假如合同未履行造成的损失是双方的过错引起的,调解结果让双方当事人承担了相应的责任,由于双方当事人承担了依法本来应当承担的责任,所以同样也不发生互谅互让的问题。对侵权诉讼中调解的分析也会得出相同的结论。

也许有人会反驳说,即便是一方放弃部分权利,也同样是一种互谅关系,因为放弃部分权利可以换取对方放弃上诉和自动履行义务。在笔者看来,这种认识并非正确。首先,如果判决中确定的义务是对方当事人应当承担的,受到不利裁判的一方未必会提起上诉。再说,案件经调解解决后双方都放弃了上诉权,因而不能把一方的不上诉看作是一种让步;其次,调解协议中确定的义务虽说是义务人同意履行的,但义务的实际履行在时间上往往迟于调解协议的达成,因此,调解成功并不能等同于权利的实现。从诉讼实际看,近年来向法院申请执行调解协议的数量增多,不少权利人在调解中作出的让步并未换得义务人的自动履行,到头来仍不得不申请执行。况且,尽管存在执行难问题,判决无论如何也不等于权利的落空。

如果以上分析是正确的话,那么可以认为,在案件事实已经清楚,是非责任已经分清的情况下,就权利义务本身而言,调解中的让步基本上只能是一种单方面的让步,是合法有理的一方向对方作出的让步。由此看来,把单方让步仅仅归咎于法官在调解中未能严格执法或者有意偏袒一方是不公允的。单方让步具有必然性,是内生于调解制度的,因而也是无法避免的。

从事经济审判的法官对调解中让步的单向性有着深刻的体会和认识,刑威法官在《人民司法》1990年第10期上撰文提出:“凡属调解结案的案件,均属原告作出了或多或少的让步。在某种意义上说,调解就是促成原告让步。”项建新法官则把原告让步称为调解的实质,他认为,“经

济纠纷案件的调解的实质,就是让有理的一方当事人(一般来说是原告)放弃某些权利,作出让步,以求得案件的解决,概言之,就是原告让步。”^[13]对此,虽然也有不同的看法,但大多数法官从工作实践中得出调解中的让步一般由原告单方面作出的结论却是不争的事实。这无疑从实证层面上为调解中让步的单向性提供了有力的佐证。

法院调解中的让步基本上是单向的,调解的成功往往是以权利人放弃部分权利为代价的,所以,即便是调解中的让步都是当事人自愿作出的,也仍然存在着对权利保护不足的问题。当法院主要采用调解方式处理民事、经济纠纷时,这一问题必定会更加严重和突出。可以说,偏重调解与强化民事权利的保护是一种逆向关系,法院愈是倚重调解解决民事纠纷,偏离民法确定的保护当事人的合法权益的目标就愈远。这正如徐国栋先生所言“调解的本质特征即在于当事人部分地放弃自己的合法权利,这种解决方式违背了权利是受国家强制力保护的利益的本质,调解结果虽然使争议解决,但付出的代价却是牺牲当事人的合法权利,这违背了法制的一般要求。”^[14]

当然,这并不是说调解中的单方面让步不具有任何合理性,如果我们把它置于调解所追求的总体目标看,就不难发现其仍然有合理的一面。必须看到,判决与调解在目标上存在着较大的差异。判决追求的目标相对来说较为单一,它仅限于通过严格依据事实和法律对纠纷作出一刀两断式的裁判,来实现保护合法权利和维护既定法律秩序的目标。因此,法官在作出裁判时,只需考虑与本案有关的事实和法律,只需要考虑如何对纠纷本身作出正确、合法的判断,而不必顾及那些外在于争讼本身的因素,既不必担心判决一方败诉后会不会加剧当事人双方因诉讼而引起的人格上的紧张关系,^[15]也不必顾虑当事人之间的合作关系会不会因此而破裂。调解的目标则更广泛得多,它不满足于就事论事,不把眼光局限于解决眼前的纠纷,而把防止矛盾激化,恢复当事人之间的和睦友好关系,保持社会的安定团结等与争议本身并无直接关联的价值作为自己的目标。调解目标的广泛性有时反而淡化了对争议本身的依法解决,只要能够实现防止矛盾激化等目标,调解结果是否与实体法的规定相一致,对民事权利的保护是否充分,反倒无关紧要了。这就是说,从调解的视角看,牺牲部分权利换取和睦关系的恢复是合理的和值得的。然而,法院调解毕竟是诉讼中的调解,从诉讼的角度看,这种作法的合理性就大可质疑了,恢复和睦关系等肯定不宜作为民事审判的首要任务,弱化权利保护也肯定不符合国家设立民事诉讼制度的本旨。

六、结 语

以上,通过对我国现行调、审结合审判模式中四组矛盾的分析,笔者试图支持以下命题:

1. 调解在欲达到的目标、正当性原理、受程序法和实体法约束的程度等方面与以裁判方式解决纠纷存在着重大区别。民事诉讼是典型的以裁判解决纠纷的方式,是通过司法手段解决争议,它的目标是按照司法解决设定的,它的程序也是按照司法解决设计的,法院依据既定的诉

[13] 项建新:《浅谈经济纠纷案件的附条件调解》,《人民司法》1993年第1期。

[14] 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第123页。

[15] 日本学者小岛武司将因诉讼引起的当事人之间感情上的紧张和对立称为“人格诉讼”。参见龚刃初:《现代日本司法透视》,世界知识出版社1993年版,第152页。

讼程序和实体法规范对争讼作出裁判,正突出地展示了司法的本质特征,使司法解决鲜明地区别于各种司法外解决纠纷的方式,因此,如果把调解与判决并列为法院行使审判权的方式,并且在实务中主要运用调解而不是判决处理民事、经济纠纷,那么,其结果必然是模糊司法解决与司法外解决的界线,致使纠纷虽然得到了解决,但法律的公平与正义无论是在解决过程中还是解决结果上均未得到充分体现,并最终可能使司法迷失本性。

2. 将调解与判决作为人民法院行使审判权的不同方式,共同规定在民事诉讼程序中是欠科学的。这两种程序在目的上存在着重大的差异,正如赫曼博士所指出的:“调解同其相反的程序(指诉讼与仲裁——作者注)之间的主要区别在于它们的目的不同。调解的目的是使争议双方在第三者的协助下友好地解决他们的争议。第三者的建议只有在双方当事人采纳时才对他们有拘束力。另一方面,相反程序的目的是通过强制性的条件,即有拘束力的裁决,使争议得到解决。在相反的程序中,友好地解决当事人之间的争议也不是罕见的,但正如该程序中仍存在有争议的体制与规则所强调的那样,和解并不是该程序的目的。”^[16]所以,将两者统一规定在民事诉讼程序中必然会引起程序不和谐与紧张,法官们的调解偏好又必然使我国的民事诉讼制度仍然继续保持着“调解为主”的传统格局,使民事诉讼的实践在一定程度上偏离了民法确定的目标和市场经济的要求。要从根本上解决上述问题,就必须对现行调、审不分的民诉制度进行重大改革,将调解从审判程序中分离出去,使它们按照各自的特点、规律、程序和方式运行。

[16] 施米托夫:《司法外解决争议的方法》,载《国际贸易法论文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第664页以下。