

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 573

诉讼调解: 时下势态的分析与思考

张卫平

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

摘要: 从我国时下的诉讼调解势态来看, 我国的诉讼调解已经呈现出一种强势作为, "着重调解"再次成为一种司法政策导向。这种态势出现和发展的一个重要原因是司法政策对政治形势的简单对应和"过度反应"。这种导向影响了法律所规定的诉讼调解所应遵循的基本原则的实施, 这种以抽象的政治要求取代个案具体情形的处理方式, 在很大的程度上偏离了诉讼调解的正确定位和运行轨道, 对我国法治的发展和民事纠纷的公正解决产生了消极的影响, 因此, 应当以实事求是的态度对待诉讼调解, 使诉讼调解回归应有的定位。

关键字: 诉讼调解 调解结案率 强化调解 审判方式

诉讼调解制度是我国现行民事诉讼中的一项重要制度, 是民事诉讼程序中解决当事人之间民事争议的一种方法, 在民事审判方式改革兴起之前就被着重加以强调。在积极倡导民事审判改革的一段时间里, 诉讼调解在相当大的程度上被淡化, 相应地, 通过判决解决争议(判决结案)的比例大幅度上升。本世纪初, 人们又开始"怀念"起调解制度, 包括人民调解和诉讼调解, 在民事诉讼领域, 由于社会和谐政治形势的加温, 使诉讼调解得到了强势反弹, 调解结案的比例已经远远超过上世纪90年代以前。这几年, 一些在诉讼调解方面走在前列的基层法院几乎是以每年5%以上甚至10%的幅度在提高诉讼调解的结案率, 调解结案率已经超过60%, 个别法院甚至已经超过70%, 从而成为诉讼调解的"先进"(当然, 有的法院调解结案率的提高不过是单纯统计数据上的变化而已)。中级法院的诉讼调解结案率也达到30%或40%以上。调解结案率、"调撤率"已经成为衡量一个法院, 尤其是基层法院工作业绩的一个"硬指标", 调解结案率高对工作业绩具有"加分"因素, 是非常重要的, 甚至是最重要的"量化"指标。调解结案率同时也是衡量一个审判员业务工作的一个"硬指标", 调解结案率高的审判员不但可以得到更多的奖金, 也可以在职务晋升方面处于优势, 各种荣誉也会随之而来, 形成一种"马太效应"。在这种激励机制之下, 诉讼调解进一步加热升温, 如何提高法院的调解结案率成为各地法院重点研究的问题, 几乎每一个基层法院都将诉讼调解以及相关问题作为最重要的调研项目(许多调研项目的设计具有明显强调调解的预设目的)和课题, 以示对调解的重视。有些法院为了激励诉讼调解的运用, 还展开了各种竞赛活动(例如诉讼调解技能比赛), 法院内部有审判员之间的比赛, 不同地区的法院也形成了追求高调解率的竞赛。可以说, 诉讼调解本身已经成为一种政治活动, 而不单纯是一种纠纷解决方式。当下诉讼调解的强势反弹实实在在地反映出我国司法和法治进程中的转型特色, 反映了转型时期司法的特点, 有许多值得我们认真分析、思考之处。

一、诉讼调解的"U"型演变及原因分析

一切现实的存在都有其历史的缘由, 诉讼调解也不例外。尽管其他国家和地区也存在类似我国诉讼调解的制度(例如和解制度), 但相比较而言, 我国对诉讼调解更为重视, 虽然在不同时期、不同阶段, 重视的程度有所差异。

追溯遥远的历史, 可以发现民间调解在解决争议方面一直发挥着十分重要的作用, 而这一传统由于契合了中国人特有的心理和行为方式, 从而延续下来, 并被吸收进司法制度中, 成为中国司法解决争议的一

种重要方法和手段。这种演变的一个重要标志是作为我们现行民事司法制度重要历史继承部分的“马锡五审判方式”的确立。著名的“马锡五审判方式”作为一种司法裁判方式被认为是对我国传统的民间纷争解决方式的直接继承和发扬。(1)这一方式最主要的特点是，纠纷解决的裁判者直接深入到纷争现场，了解纷争形成的过程，调查收集有关纷争的证据，并在此过程中对当事人双方进行说服教育，最终化解（审判与调解相结合）纠纷。马锡五审判方式虽然是当时人们对马锡五(2)在陕甘宁边区从事司法裁判工作特点的概括，但实际上是对当时司法裁判方式的概括。马锡五的裁判工作方式最典型和最集中地反映了当时这种审判方式的特点。所以人们将其称为“马锡五审判方式”。其中“着重调解”被视为“马锡五审判方式”的最基本特点之一，是这种审判方式的主要标志。这种审判方式由于与当时的社会情境和政治要求具有内在的适应性，因此成为一种模范的司法行为模式。这种模式在中华人民共和国成立以后被进一步延续下来，并在1982年的民事诉讼法中得到体现。

1979年起草《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》时，制定者就特别强调“面向实际、面向群众、充分考虑工人、农民的需要，十亿人民的需要，从便利人民群众进行诉讼，便利人民法院办案的基本思想出发，总结民事审判工作中的历史经验，把一些行之有效的经验系统化、条文化，写入民事诉讼法的条文。”(3)这里所指的“行之有效的经验”主要就是指“马锡五审判方式”。1982年《民事诉讼法（试行）》第6条规定：“人民法院审理民事案件，应当着重进行调解；调解无效的，应当及时判决。”该条规定的“应当着重调解”就集中反映了《民事诉讼法（试行）》对传统审判方式的承继。在以后《民事诉讼法（试行）》实施的几年中，诉讼调解依然被作为解决民事争议的重要方式。上世纪80年代末，随着改革的扩展和推进，与当时的政治气候相适应，在司法审判领域中的改革也开始升温，民事审判方式改革作为中国社会改革的一个组成部分在全国推广开来。同时，改革开放后民众权利意识的提高以及利益格局变化的影响，导致民事案件大量增加，(4)法院面临很大审判压力，依照原有的着重调解的审判方式审理案件，无法及时解决积案问题，此外，受外国民事审判制度和严格执法要求的影响，人们在意识上比较强调民事判决的作用，诉讼调解的运用逐渐被弱化。在民事审判方式改革中，举证责任制度的推行又为弱化诉讼调解、强化裁判解决提供了制度支持。过去对于案件事实不清的情形，通常是通过诉讼调解加以处理，以避免裁判事实依据的缺失问题。在推行举证责任制度以后，法院就可以在案件事实不清时，利用举证责任风险承担机制直接作出裁判。更重要的是在观念上，过去重视诉讼调解的审判方式被视为传统审判方式的一个特点，因此，民事审判方式改革作为一种以改革传统审判方式为己任的改革活动也就自然会淡化诉讼调解。

1988年召开的全国第14次审判工作会议正式启动了民事审判方式改革行驶的“列车”。在这次会议上，作为审判方式改革的“中心工作”，主要包括强调当事人的举证责任、调整调解与判决的相互关系等等事项。(5)所谓“调整诉讼调解与判决的相互关系”，其实质就是弱化诉讼调解在民事诉讼中的地位，强调的是“该调则调，当判则判”。民事审判方式改革的这种认识在1991年的《民事诉讼法》中得到了明确的体现。《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。”在法条表述上不再使用“着重”二字。《民事诉讼法》实施以后，民事程序得到了进一步完善，尤其是在最高人民法院《民事诉讼证据的若干规定》出台后，由于证据规则方面更加细化，民事诉讼程序的刚性特征也得以强化，基于上述综合因素，在民事诉讼中，诉讼调解结案率大幅度降低，在许多法院，诉讼调解结案率已经不到10%，二审案件诉讼调解结案率就更低。

进入21世纪后，调解又开始受到重视，诉讼调解也渐渐热起来，形成了明显的“U”型回归态势。分析诉讼调解再兴的原因，主要有以下几点。

1. 受国外纠纷解决方式变化的影响。实际上在上世纪80、90年代，国外已经开始关注纠纷解决的ADB，包括所谓司法ADR，(6)强调纠纷解决的弹性化和多样化。(7)由于时滞的原因，国外的这种发展趋势在21世纪初期才被作为一种“西方意识”影响到我国，引起了学术界和实务界的重视，(8)简化诉讼程序，强调诉讼解决的替代性方法是一种解构原有审判方式的时髦，一种期望回归传统的认识逐渐强烈起来。同时，外国法理论中的批判法学、后现代法学理论对“守法主义者”(9)对法的确定性、惟一性认识的批判也影响了中国学术界，从而强化了人们对“民间法”、“习惯法”的自然偏好，强化了对传统纠纷解决方式回归的价值崇拜。

2. 实体法、程序法的“刚性”以及实体法的缺失。法治的发展要求人们越来越多地依照法的规则实施其行为，无论是在实体法领域，还是程序法领域都日益显现出形式主义的刚性特征。这种刚性化特征与我国社会传统的行为方式和人治方式呈某种程度的抵触和对抗状态；同时，尽管立法在大量增加，但由于立法资源运用的不当以及法律运用的方式、方法的不当（例如不能正确地运用法律规定的原则和精神，而是一味追求法条的直接规定和对应），因此不能有效地使用法律资源，实体法规定的缺失依然突出，人们期望通过诉讼调解的方式灵活地处理纠纷，通过当事人的处分行为遮蔽实体法依据上的尴尬。在程序法方面，则由于存在程序规则体系的不完善、规则本身的不合理问题，一方面强化了程序规则的刚性特征，另一方面，因为法官自由裁量运用的不当或滥用，又导致程序刚性的反面——裁量的随意性，从而极大地冲击

了裁判的权威性，减低了裁判结果对当事人以及社会不满的吸收，影响了结果的正当性。

3. 民事审判方式改革受阻，促成了诉讼调解的回归。民事审判方式改革是以传统审判方式为对象的，但民事审判方式改革并没有取得完全颠覆传统审判方式的预期结果。受制于现行法律规定的制约和司法体制的约束而无法向纵深推进，民事审判方式改革进程受到阻碍，审判方式改革已经没有多少发展的空间和余地，改革从民事审判程序以及审判方式上转向了法院运行体制和制度方面，并逐渐虚化和概念化。人们已经对审判方式改革产生了心理上的“审美疲劳”，回归传统审判也就成了一种自然的心理状态。

4. 审判责任追究机制强化了法官的“避错”心理，使得法官在审判中尽可能回避直接通过裁判解决纠纷。裁判解决纠纷需要法官在裁判文书上明确写明裁判的事实根据和法律根据，如果法官在认定事实和适用法律上有错误时，则被认为是审判上有错误，属于“错判”。“错判”对法官的奖金、晋升、荣誉称号的获得都有消极影响。与裁判不同，诉讼调解结案的，不需要法官给出明确的法律依据和理由，因为调解处理是当事人之间的自由处分，无需明确实体权利义务。由于纠纷的处理不再根据实体法的规定，因此作为裁判基础和前提的案件事实也同样被模糊和淡化，虽然法律条文上也规定，诉讼调解要在查明事实的基础上，但实际上案件事实的清晰化必然妨碍诉讼调解的成功率，查明事实的要求就自然在实践中被淹没了。正是由于诉讼调解在本质上是当事人自由处分的结果，不是法官的裁判行为，因此，在法官责任追究制的背景下，法官当然会趋利避害，尽可能促成调解的达成，所以这一制度背景是调解结案率虚高的一个重要因素。

2004年以后，诉讼调解随着政治形势的变化而进一步升温，如同2006年我国股市一样。基于抑制国内社会关系冲突的社会需要，高层决策机构提出了建立和谐社会的政治口号。建立和谐社会成为近期基本的政治要求和策略，对这一政治要求的落实被理解为在司法领域中“复兴”民事调解，调解作为解决纠纷的一种方式被视为和谐社会实现的具体方式。在人们的认识中，似乎离和谐社会建构要求“最近”的制度就是诉讼调解制度。司法与政治形势的密切联系以及权力结构中司法的特定地位使得任何政治形势的要求都会直接在司法领域中得到反映，也必须得以反映。不仅在民事纠纷领域中诉讼调解重新被提到了非常高的地位，刑事诉讼中的调解也在这种背景下被强势推出，成为人们议论的重点问题之一。实际上，人们对民事诉讼中诉讼调解的重视不仅仅是一种解决民事纠纷的法律技术手段的需求，也是满足当下的政治需求，是一种政治行为，诉讼调解不再是单纯的解决纠纷的方式。正是由于这种特定的政治态势，使得诉讼调解在法律上的实效性和规范性问题居于次要地位，社会效果或政治效果成为人们追求的第一目标。

二、强化诉讼调解的问题点

不可否认的现实是，在时下的民事诉讼中，诉讼调解已经成为一种被强化的态势，人们在观念和心理上已经把诉讼调解率的提高和诉讼调解的运用作为一种实践中的强势命令，作为一种对司法行为的政治性要求，这种政治性要求又由于传统意识的沁润，^①进一步强化了命令的强制性。我国司法机关和法官在社会转型时期（从人治向法治转型的时期）所具有的非单一品行（行政的、政治的和司法的复合品行）也使得司法机关必须具有实现特定政治性要求的职能，法官具有完成此项任务的职责。司法机关为了满足这种政治和司法的双重要求，为提高调解结案率必然要出台相应的措施，以保证和刺激诉讼调解的贯彻和实施。这种理念上的强化和心理上的强烈暗示也导致人们在解决纠纷过程中的行为偏好和价值取向，提高调解结案率成为一种主要的价值追求。如此一来，所谓“该调则调，当判则判”就沦为一句没有实际意义的空话，案件的审理又自然回到了“着重调解”的时代，且大有过之而无不及。

在法律规定上，诉讼调解的基本原则是当事人自愿，其基本法理是当事人对自己权利的自由处分，没有当事人的自愿，任何调解的达成都是非正当的。当然，我们不能说现在民事诉讼中的调解都是在违背当事人意愿的情形下达成的，但十分清楚和不可否认的是，在目前这样的司法环境中，强制调解的情形必然会高频率发生，强制调解难以避免。如同在“文革”时期，尽管在表面上谁也没有否定“不重出身，重在个人表现”的提法，但在当时的形势下“重出身”是无法避免的。虽然在最高人民法院《关于法官的行为规范》第37条第2项中明确规定：“坚持自愿、合法原则，能调则调，当判则判，判调结合，案结事了”。但该条第1项也同时规定：“增强调解意识，坚持将调解贯穿于民事诉讼全过程，充分发挥诉讼调解在解决纠纷中的作用”。“增强”和“充分”在特定的语境下都可能成为强化诉讼调解的“指令”，在强调诉讼调解的形势压力下，该条规定很容易被“意会”为尽量调解，而背离“言传”的“能调则调，当判则判”。该条第3项规定：“讲究方式方法，提高诉讼调解能力”，在同样的语境下也同样容易成为一种补强性“指令”，“讲究方式方法”可能被误认为是规避强制调解的“艺术”处理。尤其是在强化诉讼调解具有了政治意义时，其他的限制都会形同虚设。再加上我们已经给定的其他制度（如法官责任追究制），强制调解就是一种“高度盖然性”的结果，而一旦调解成为一种强制性的处置纠纷的方式，也就导致这种方式正义性的丧失。

现在的问题在于，调解结案成了一种民事司法的目的，而不是解决纠纷的手段，调解率成了一种外在的衡量审判工作的一项指标，在这一指标的驱动之下，审判人员自然会营造出一个有利于实现这一指标的

环境。比较典型的是,审判人员通过“背靠背”(这种方式通过司法解释得到了法律上的认可)的方式促成调解。在背靠背的情况下,为了促成调解,审判人员通过向当事人分别传递不同的信息,从而形成一种“囚徒困境”。例如在被告不在场时告知原告,“被告拥有相当的理由,如果直接裁判,你所主张的权利未必能够实现”;相反,原告不在场时,会告知被告,“你不应该坚持你的抗辩,应当适度承认原告的主张,如果不如此直接作出裁判将对你更为不利”。这也可能是案件的实情,但也可能是一种“艺术处理”。“背靠背”的最大问题在于人为地形成了一种诉讼中“囚徒困境”,在这样的“囚徒困境”中,当事人博弈的“纳什均衡”就是让步,让步,①因为给定原告让步的情况下,被告的最优战略是让步(被告的让步,表现为对原告权利主张在一定程度上的承认);给定被告让步的情况下,原告的最优战略也是让步,在审判人员营造出来的“囚徒困境”中,当事人选择让步总比不让步好。在“囚徒困境”的经典范例中,警察抓住了两个嫌疑犯,并将其分别关押进行审讯,两个嫌疑犯的行为选择是:抵赖或坦白(其组合是以下四种情形:甲抵赖,乙坦白;甲坦白,乙抵赖;双方抵赖;双方坦白),他们之间博弈的“纳什均衡”是(坦白,坦白),在这一范例中,警察制造这一困境的目的就是希望两个嫌疑犯能够坦白。但民事诉讼的目的并不是当事人的让步,审判人员与原被告之间的关系也不应当是警察与嫌疑犯的关系,民事诉讼的主要目的就是确认和实现当事人之间的权利义务。当事人之间的和解应当是在没有附加外部条件的情况下,当事人根据案件情况和当事人之间既有的关系所进行的博弈选择。时下的调解成了人为营造出来的一个只能将让步作为最优战略的“囚徒困境”。“背靠背”作为一种手段是以促成调解为目的,只要以促成调解为目的,“囚徒困境”也就是其必然结果。

强化调解态势的直接后果之一是导致人们法律虚无主义意识的扩展和蔓延。司法实践中存在的这种强化调解的态势,使得法官不得不尽量想办法提高调解结案率,使自己能够在审判工作的“业绩”上得到有利的评价。调解技术的强调也就成了如何将“强制”转化为“自愿”的技术和艺术。调解结案也就成了一种具有高度可能性的预期结果。众所周知,调解结案的一般结果是权利人的权利“打折”。强化调解的结果必然给义务人无需充分履行义务这样的有利预期,即不充分,甚至不履行义务,却不会导致因此而带来的法律后果,通过调解总能够免去部分义务不履行的责任。这样一来,这种强化调解的态势必然极大地挫伤权利人的维权意识,消解义务人充分履行义务的意识。在我国,原本法律就难以得到严格执行,时下由于诉讼调解的强化,法律规定被进一步“软化”和“虚无”,也就必然导致法律虚无主义的蔓延,对于刚开始强调法治的国家而言,其消极面是显而易见的。

法律文本本身只是纸面上的法律,法律所规定的权利义务只是一种抽象的权利义务,只有在现实冲突和纠纷解决中才能真正显现它的实在性。诉讼裁判具有使法律规范具体化、明晰化的作用,强化调解的消极后果在于降低了裁判使法律规范的具体化、明晰化的作用,其更大的消极后果是淡化了人们行为规范化意识和交易行为的规则化。在法治社会中,法的规则强调的是人们行为的规范化。在人们的交往尤其是交易关系中,大量的法律规范就是为了规范人们的行为,保障和保证交易安全和稳定。交往主体没有按照法律的要求实施行为时纠纷就可能发生,交往主体行为的实施(作为或不作为)也许是主体对法律规范认识的偏差或故意违反或规避法律,裁判的作用就在于判定该行为的合法性或违法性,正是通过若干裁判的结果使抽象的法律规范具体化,成为具体行为的规范要求。一味调解的结果必将是模糊裁判的具体化作用,淡化人们行为的规范意识。我们知道,诉讼调解本身具有模糊证据的作用,因为证据最主要的功能就是作为裁判的事实依据,通过调解解决纠纷,自然会减低证据在明晰事实方面的作用。而在民事交往中许多证据就是行为规范的反映,轻视证据的结果也将导致人们漠视民事行为的规范化。如在借贷关系以及其他诸多民事合同关系交往中,为了保证交易安全要求某些特定的行为具有法律规定的形式,并要求人们有意识地保留证据,例如借条、欠条、各种合同文本(合同成立、变更、中止、撤销等),如果不强调裁判,不强调通过证据规则来解决纠纷,人们交往行为的规范意识也必然淡化。法治社会的一个特征就是规则化和形式化。诉讼调解可以柔化法律规则化和形式化所带来的一些弊端,但这种作用依然只是一种次要的和补充性的,强化调解并将其上升为主导方式是其主要问题之所在。

强化调解也将影响裁判水平的提高,由于可以通过调解将事实认定和法律适用的问题模糊化,因此也就导致法官无需在诉讼中努力地查明事实,追究事实的真相。在法律适用方面也不需要探究法律规定的精神、法律适用的最佳状态和法律适用的科学性。很难想象,在没有了追求法律适用最佳状态动力的情况下,法官的司法水平还能提高。这种情形也将反过来影响我国的立法水平,因为立法的完善总是通过实践中对公正的不断追求来推动的,没有了实践的要求,法律规定被虚无化以后,法律的完善也将受到影响。其连锁反应当然是法学研究,尤其是法解释方面的理论研究会受到极大的影响,因为法学研究的其中之一就是探讨法律规则本身的正义性和法律规则适用中的正义性,即实体正义和程序正义的问题。在实体正义被模糊以后,法学研究也将失去动力。

三、回归应有状态的思考

诉讼调解的应有状态应当是不言自明的,即诉讼调解应当是根据每一个案件的实际情况,充分尊重当事人的意愿对调解处理和裁判处置予以选择,而不是违背当事人的意愿强制调解。在实践中由于促成调解

已经成了一道强势命令，因此尽管法律有自愿调解原则的规定，法官也会通过各种变相的强制实现这一命令。调解主体和裁判主体的一同性使得这种强制变得更加容易，拟制的裁判结果成了一种法官与当事人讨价还价的砝码。可以认为，我们现在的诉讼调解的势态不是一种理性的状态，因此，必须回到理性所要求的状态。

要回归到诉讼调解的应有状态和定位，最重要的就是消解诉讼调解的意识强制，并进而解构满足这种强化意识形成的相关制度。要做到这一基本点，就必须充分地认识到诉讼调解与社会和谐并不能直接划等号，社会和谐的达成与诉讼调解的结案率之间并没有直接联系。社会和谐的实现不能成为强势调解的直接命令，因为任何强制达成的调解都是对社会和谐的破坏。社会和谐要求的是人与人之间社会关系的正常化和合理化，而法律和伦理道德规范是衡量、规范这种社会关系正常化、合理化的基本尺度。法律规定既是社会和谐的尺度，也是社会和谐的保障，因此实现法律的规定，也就有利于社会和谐的实现。从这种意义上讲，裁判处理纠纷是实现法律，使法律实在化的基本方式，而且是主要的形式和手段。因此裁判解决纠纷是实现和谐社会的重要方法和手段，而不能说只有诉讼调解才是实现社会和谐的方式。将调解结案与判决结案对立起来的二元认识本身就是一种错误的认识。

我们不否认诉讼调解解决纠纷有其柔性的特征，能够避免特定情形下情理与法律规定之间的不协调，甚至存在法律规定的的不合理，尤其是当事人之间在资源分配、机会获得不平等，知识占有不均衡的情况下，通过权利人的让步化解纠纷，有助于当事人之间关系协调发展，实现长期的互利局面，从而达成社会局部关系的稳定。但司法裁判的原则是坚持司法的公正性，司法公正性的本质就是充分实现实体法和程序法规范，这些规范是每一个民事主体行为的尺度。在私法领域中，只有在当事人自愿的前提下对自己权利的处分才是正当的；只有充分实现和尊重当事人的权利才能满足法律的要求，才能真正地实现社会局部的和谐，从而促成社会整体的和谐。忽视案件基本事实，抛弃法律的规定而一味追求调解结案无疑是对法治的伤害，以事实为根据，以法律为准绳的司法基本要求将成为一句空话。要回归诉讼调解的应有定位，必须首先坚持法院在民事诉讼中的基本定位，即中立、消极地进行事实认定和裁判，这是法院作为司法机关的基本定位和应有的性质。法院没有必要，也不能将自己的意志强加给当事人，法院没有自己的意志和利益，只有法律。法院可以引导当事人实施诉讼行为，告知当事人诉讼行为的利害关系，但法院不能代替当事人作出价值判断，当事人行为的后果是由当事人自己承担的，当事人有自己的理性思考，有自己的理性预期和利害考量。“司法能动主义”^{①②}是现在西方法学和实务中时髦的理念，但我们应当看到这种意识的特定语境，脱离西方司法的语境来看待所谓司法能动的积极意义是有害的。尤其是在我国容易受到外界政治形式影响的情况下强调司法的能动性更是有害的。

要实现诉讼调解的正确定位，一个很重要的方面就是防止和消除司法政策对政治口号的简单对应，将宏观的政治要求简单化和庸俗化，从而防止进一步扭曲司法的应有特性。将某一时期的政治要求简单对应，忽视特定领域运作规律，以满足特定的形势要求是我国长期存在的问题。由于司法过于依附于政治，因此在变化频繁的政治情境下，也就必然发生司法领域中的“跟风现象”，凸显司法的不稳定性。在当下司法人员司法职业化品格“稀薄化”，而政治化品格强化的情况下，进一步使司法活动变得很容易泛政治化，成为“形势秀”的牺牲品。作为调整司法活动的司法政策当然要考虑社会形势的发展，例如，在存在大量拖欠农民工工资的现实情况下，司法机关应当考虑如何更有效地使农民工的权利得到救济，从司法技术方面对其权利救济给予关照。但也应当注意的是，司法政策的考量必须首先坚持司法的基本要求，坚持法治的基本要求，而不是盲目地跟随、简单对应政治形势的要求。这样才能真正发挥法治对社会稳定和发展的基本作用，在正常的外部体制环境下，只要坚持了司法的公正性，农民工的权利救济在司法制度上是没有问题的，问题出在外部体制环境上。现在的外部环境限制了司法在权利救济方面的实效性。

司法应当与政治形势保持一定程度的隔离，因为法的稳定性以及法与政治的区分，要求司法也必须具有以法为中心而不是以易变的政治形势和社会意识为中心。虽然任何司法都不可避免地受到政治形势和社会意识不断变化的影响，不可能与政治形势和社会意识完全隔离，也不应该完全隔离，但司法应当尽可能保持相对的隔离或分离，法律价值体系与政治形势的要求和时下的社会意识是有差异的，正是因为法律保持了与社会环境的相对独立性，才使法律形成了一种对社会变异的制约，使社会的发展和运行维持在法律给定的轨道和框架之内。虽然“批判法学”和反守法主义的理论批评“守法主义”，总是把法与政治、法与道德严格区分开来，是一种简单化的做法，是画地为牢，^③但这种批评依然不能否认法与政治、法与道德之间的区别，以及必须区别的重要意义。尤其是在我国过去强调人治的时代，政治意识形态替代了法律对社会的规范作用，虽然现在我国社会正在逐步地向法治转换，但过去人治中的强烈政治意识约束依然十分浓厚，依然影响着社会转型中法治观念的形成。在这种情况下，司法更应该强调与政治形势和社会意识保持相对的隔离，从而推动法治社会的发展。也只有保持了司法与政治形势、政治活动的这种相对隔离，才能够保证法律的实施不至于受后者的影响，导致社会运行的不稳定状态。如果我们没有注意到这一点，除了诉讼调解以外，我们还有可能在司法的其他方面受到外界政治形势和社会意识变动的影响，导致司法制度的变形。

如果做到了司法活动与政治形势非简单的对应，不把调解解决纠纷这种方式简单地对应为达成社会和谐的手段，那么我们自然就不会将诉讼调解和调解结案率的高低作为一种硬性的指标来要求，也将大大降低强制调解发生的概率。现实中，诉讼调解的强化完全是因为我们错误地理解了诉讼调解与社会和谐的关系，从而发出了错误的指令，而这种指令又形成一种普遍的强势要求，导致我们不得不满足这种要求。即使知道这种强调调解的非理性，也依然无法摆脱，现代心理学的试验已经证明，指令对人们理性认识的扭曲作用是非常明显的。

在强化诉讼调解的司法政策形成的过程中，被人们抽象出来的所谓中庸文化心理成了这一司法政策非常重要的理由，诉讼调解的强化被认为契合了国人普遍的文化心理状态，也就自然地被认为符合中国国情。这种以非常抽象的一般概括作为具体案件中具体当事人心态的做法是很有问题的，在心理学和行为经济学的理论上。中庸和单极化都是人们的一种行为心理。^⑭从总体上看，国人可能更偏好于中庸，但这只是非常抽象的概括和比较，根本无法对应具体案件中的当事人心态。案件的审理总是具体的，以这种抽象的文化心理描述作为具体指令的依据显然并不妥当。

另外，我国高度行政化的司法体制也强化了司法行为非司法化的特征。作为非行政化的司法应当是保持法官司法的独立性，法官只服从法律，正是法官在司法活动中的独立性，才使得法官能够按照法律的要求，根据每一个案件的具体情况作出正确的事实认定，并正确地适用法律。而行政化的司法体制要求按照行政化运作方式，遵循的是上下级之间命令与服从的规则，忽视了法官在个案审判上的独立性，使法官成为自上而下的抽象指令的贯彻者，从而偏离适用法律的基本要求。行政化的体制很容易调动组织因素强化指令的执行，例如各种考评和组织评价机制的建立。其中所谓的法官“错案追究制”就是与司法行政化密切联系的一种制度，这种制度错误地将一般意义上的“对”与“错”的对应关系运用在了司法活动中，限制了法官按照司法活动的规律进行司法活动，^⑮也因此强化了法官通过调解规避“错判”的心理趋势。所以，弱化司法的行政化，实现司法体制的非行政化依然是我国司法体制改革的十分重要的内容。

前几年在民事诉讼法学领域，理论界强调民事诉讼体制转型，强调民事诉讼体制应当树立当事人主导的观念，不断弱化法院的职权干预，这无疑是一条正确的思路。民事诉讼体制这一转型思路反映了体制对民事诉讼应有特性的关照。但由于民事诉讼法尚未修改，体制转型基本处于观念层面。在特定的环境中，由于我们对国外不同情境下民事诉讼发展趋势的错位理解，使得现行体制中的干预意识又有所抬头和强化。目前的调解强势已经使法院对当事人处分的干预几乎走到了极端，民事诉讼的基本原则之一——处分原则再次面临被架空的风险。毫无疑问，这种强势干预与民事诉讼的基本特性也是背离的。这充分反映了我国司法体制和民事诉讼体制在社会转型中的过渡性特征，虽然这种过渡性无法避免，但过渡性不是我们的积极追求，我们所追求的依然是司法体制和民事诉讼体制与其基本特性的一致性和契合。过渡性所反映的毕竟只是特定环境下的扭曲形态，尽管是现实的，但并非现实的就一定是合理的。因此，坚持民事诉讼体制的转型，是防止诉讼调解非自愿性的体制作业；同时，也只有消除了调解的非自愿性，才能表明民事诉讼体制转型的成功。

诉讼调解的强化与我们的司法技术、司法观念也有一定的关系。如本文前述所言，诉讼调解的强化与人们认为纠纷解决中依据的缺失——法律依据的缺失和事实依据的缺失——有直接关系。从逻辑上讲，裁判不能没有法律依据和事实依据，为了避免必须裁判和裁判无依据之间的尴尬，调解结案无疑是一个好的选择。但我们也应当意识到，法律依据的缺失和事实不清只是相对的，在许多情况下，或者说绝大多数情况，纠纷的解决都是有法律依据的，对于事实不清的状态也有许多能够实现相对正义裁判的法律技术。只不过人们对法律依据的认识存在偏差，还不能正确理解法律和运用法律，还没有能够掌握处理和应对事实问题的法律技术。

在法律适用方面，从我国的情形来看，属于法院审判权管辖的争议案件，理论上都应该有裁决该案件的法律依据。因为既然是法律上的争议，就应当有解决该法律上争议的法律根据，但实际情况却并非如此简单。法律上的争议是一种抽象的表述，从民事诉讼的角度看，只要涉及民事权利义务的争议都应当属于法院民事审判权行使的范围，而裁决是一种具体的司法行为，需要找到能够直接运用的法律根据，抽象的、原则性的法律是没有说服力的。但现实情形是，我们在司法中过于僵化和教条地看待法律的根据，要求法律适用必须要有非常明确具体的规定，否定法官对法律规定的逻辑推理引导出裁决的法律根据。法律不可能对社会上发生和没有发生的每一种情形加以规定，否认法官适用法律的逻辑推理是不合理和不现实的。当然，加强法律适用的统一性是必要的，要保证法律适用的统一性，公开案例并通过案例促成法律适用的统一性应该是一个有效途径。

在裁决的事实依据方面，事实不清、事实难以认定是司法实践中经常遇到的问题。但这些情形下并不能实现裁决的公正性，在法律技术上，通过经验法则的事实推定、正确适用证明责任规则和证明标准都可以实现民事裁判的公正性，而不是一味使司法裁决让位于诉讼调解。自由裁量本身是裁判实现实体正义的必需，没有自由裁量，裁判便不能做到根据个案具体情况具体处理，但自由裁量必须是有条件和有限制

的,经验法则就是一种限制,法官的自由裁量必须遵循经验法则。法律上的推定之所以可以免除当事人的证明责任,就是因为某一经验法则反映了前提事实与推定事实之间的高度盖然性联系。由于经验法则作为一种人们对日常生活现象的一般认识和惯习,不可能也没有必要予以明文规定,因此需要法官正确地理解经验法则并加以运用。现实中,司法腐败以及法官素质的问题导致了对法官的不信任从而影响了自由裁量的运用。证明责任规则是解决当案件的主要事实真伪不明时法官如何裁判的一种法律技术规则,但由于司法实践中人们对证明责任规则适用条件的误识,导致证明责任规则也同样存在被滥用的情形。证明责任规则适用的一个基本条件应当是:在法官对所有的证据方法都已经穷尽以后,仍然不能做出该事实的存在与否的判断时,才能适用证明责任的规则。然而许多案件并没有穷尽证据方法,法官没有对事实进行充分的证据调查,便简单地适用证明责任规则,这自然会引发当事人对裁判结果的不满。因此,正确适用证明责任规则,完善证明责任规则的体系和证明责任分配的合理性对于提高裁判的正义性具有重要的意义。

注释与参考文献

(1)参见张希坡:《马锡五审判方式》,法律出版社1983年版,第22~25页。

(2)马锡五,生于1899年1月8日,陕西省保安县人。1935年参加中国共产党,1943年任陇东专员时兼任陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长,1946年任陕甘宁边区高等法院院长。

(3)柴发邦主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1983年版,第51页。

(4)人民法院一审民事案件受案数:1981年673926件;1986年989409件;1993年2089257件;1995年2718533件。参见《中国法律年鉴》1982年、1987年、1994年、1996年版。

(5)参见《最高人民法院公报》1988年第3期。

(6)关于司法ADR的内涵,人们有多种认识。一种观点是,司法ADR是以法院为主持机构或者受法院指导,但与诉讼程序不同的,具有准司法性质的诉讼外纠纷解决的一种制度。参见章武生:《民事简易程序研究》,人民大学出版社2002年版,第292页。

(7)参见范愉:《非诉纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第18~27页;章武生:《民事简易程序研究》,人民大学出版社2002年版,第292页;张卫平:《探究与构想》,人民法院出版社2003年版,第327页以下。

(8)我国在20世纪80年代也曾有过类似国外司法ADR的做法,即一些法院设立的“经济诉讼调解中心”,但没有得到学界的认可,运作不久便被取消。

(9)在一些国外的学者看来,守法主义(Legalism),是指一种伦理态度,把是否遵行规则当作判断道德行为的标准。将道德关系视为由规则确定的权利义务关系。法律职业者,包括法官和律师也将“守法主义”作为政治意识形态。守法主义强调法与政治、道德的分离,强调法律规则自身的逻辑性。在批评者看来,守法主义者过于僵化地看待法律实现与政治环境的关系。参见[美]朱迪丝·施克莱:《守法主义--法、道德和政治审判》,彭亚楠译,中国政法大学出版社2005年版,第1~24页。

(10)在我国的传统意识上,政治性任务往往具有高于其他任何任务的性质,往往被视为最高命令。

(11)关于“囚徒困境”以及博弈论,参见张维迎:《博弈论与信息经济学》,上海三联书店、上海人民出版社1998年版,第14~17页。

(12)关于“司法能动主义”,参见[美]克里斯托夫·沃尔夫:《司法能动主义--自由的保障还是安全的威胁》,黄金荣译,中国政法大学出版社2005年版,第1~14页。

(13)参见前引(9),朱迪丝·施克莱书,第2、3页。

(14)参见董志勇:《行为经济学》,北京大学出版社2005年版,第49~51页。

(15)对于一般的工作,我们可以使用“错误”与“正确”这样一对概念范畴予以评价,但对于司法审判这种特殊的具有专业技术性、程序性的法律适用活动,就应当使用“违法”与“合法”这样的对立范畴来加以评价,而不是采用含义模糊、不确定的“错误”、“正确”这样的概念。

来源:法大民商经济法律网(原载于《法学》2007年05期)

相关文章:

课题申报:何种需要?

课题申报:何种需要?

民事再审事由研究

“错案”:一个应当慎用的概念

民事诉讼体制转型分析(西南政法大学五十周年学术讲座)

日本民事司法制度的改革

民事诉讼体制转型分析
司法的主动与被动
民事审判与事实探知的相对性
司法统一：实然与应然

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

