



## 基层法院调解动因的实证分析： 一种“调解中心主义”的司法过程？<sup>\*</sup>

韩 宝

**提 要：**文章通过对我国西北地区S省三个基层法院的观察，初步得出如下结论：我国基层法院的司法过程带有明显的调解倾向性，笔者将其定义为“调解中心主义”。调解思想对我国法院的司法文化产生了深刻的影响，基层法院及其法官在“下意识”里是选择/希望调解的，调解已成为“高层次的审判”。从某种意义上而言，司法实务中所谓之“强判”，便是调解对判决生成过程的强力渗透。导致这一结果的发生，有着诸多层面的原因，本文偏重于基层法院及其法官层面原因的考察，并将这些原因划分为外部和内部因素两大部分。在文章的最后，笔者提出了一个观点，即“调解中心主义”的司法有可能将法院调解引向危机，造成法院在司法上的紧张。文章还讨论了我国基层法院语境下当事人在调解中的作用问题。

**关键词：**调解中心主义；基层法院；动因；当事人；危机；实证分析

洞见或透识隐藏于深处的棘手问题是艰难的，因为如果只是把握这一棘手问题的表层，它就会维持原状，仍然得不到解决。因此，必须把它“连根拔起”，使它彻底地暴露出来；这就要求我们开始以一种新的方式来思考。

<sup>\*</sup> 韩宝，男，甘肃政法学院民商经济法学院讲师，西北政法大学法学硕士，研究领域为民事诉讼法学、法律社会学。E-mail: shmly1023@163.com。

本文的主要思路形成于2009年寒假至2010年暑假间，并在2010年国庆完成了初稿。这期间笔者曾到S省L市N区法院、M区法院X巡回法庭观察学习；之后的2010年11月到2011年1月，笔者被派到S省Y市F区法院挂职，得以有机会对先前的研究结果进行反思和修正。文章实证考察所依赖的案例主要来自于这三个法院，在此对上述三所法院给予的帮助和支持致以诚挚的谢意。同时，感谢甘肃政法学院梁晨、蒋为群、任尔昕三位老师对实证调研的支持；感谢甘肃政法学院法学院黄荣昌老师仔细阅读了文章的初稿，并提出了许多宝贵意见；感谢匿名审稿人对文章提出中肯的修改意见。

## 引言

在我国，法院调解制度以近似传奇的方式运行了多年，并取得了很大成绩。<sup>[1]</sup>可以肯定的是，在相当时期内这一制度传统还将持续存在并继续发展，而且会以更加强势的姿态跟进，这从《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》中就可以看出。2010年6月7日最高人民法院还印发了《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》，其中指明：“这是最高人民法院为进一步推动贯彻落实“调解优先、调判结合”工作原则，深入推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作的重大举措……”。由此，我们没有理由不重视对人民法院调解制度的研究，固然政治层面的某种要求和强调<sup>[2]</sup>可以看做是法院对于调解适用的一个“顺势识时”选择，但这并不是本文所要讨论的问题。基层人民法院之所以如此重视调解有其自身深层次的原因，这些原因的内容何在，又如何来理顺它们之间的关系，这是本文所要探讨的。

文章通过对我国西北地区S省三个基层人民法院的考察，初步得出如下结论：我国基层法院的司法过程（process）带有明显的调解倾向性，笔者将其定义为“调解中心主义”。<sup>[3]</sup>我国法院向来比较重视以调解的方式来解决纠纷，其中之原因颇为复杂。在当下，这其中的一些原因，比如“上面”对调撤率<sup>[4]</sup>的反复强调、法院对司法现实的迁就等，会使人觉得法院及其法官选择调解是一种“没的选择”的被迫“选择”（这种选择往往是在“情愿”与“抵抗”之间寻找自身的位置）。但在自己看来，这固然是基层法院“不违背/服务”总体司法路线，重视调解的一条重要进路，但是若从深层次进行考察，这只是一种“表面上”的理由。司法实务中，走样以至成为具文的制度架构不在少数；但调解却不断在各地、各层面的司法实践中不断翻新式样、探索各种突破模型，并为实务所推广，这必然有其深层次的原因，亦即基层法院对调解的选择是一种主动的“自然”选择。这种主动选择的结果，便是法院不断扩展关于调解的版图和内涵，并巩固和强化这种逐渐形成的调解思维与文化，久之又会排斥与之不同的其他司法过程。

这种“调解中心主义”司法过程的形成是一个长期的过程，它有着丰富的变迁成形原因及复杂的社会文化背景。本文无力论证这些制度发展及历史推力的作用，只能就当下的一些发展情势和现象，主要是法院及法官自身的一些可能因素略作发挥，以求观察当下之基层法院，特别是我国西北地区基层法院的司法过程。在法官的语境中，如何司法，即为“如何办案”。在基层，办案很重要的一个内容就是对调解的掌握和运用。在笔者看来，“调解中心主义”是基层法院司法过程很重要的一个标志，它不仅是一种办案思路，还是法官办案的一个重要思考起点，它既能促成案件直接以调解方式结案，也能使得案件间接以调解结案，比如下文所述之“强判”。在这里，调解不但能够在法院的主导下，实现法官主持下的自足，形成完整的封闭体系；还能在法院调解失败的情况下，经由“强判”来实现自救，这后一过程可简约为调解基础上的判决，亦即调解是判决的重要参照指标，此时它又是开放的。如果考察法院调解的特点，笔者认为法院调解具有延展性、渗透性、扩张性的特点。<sup>[5]</sup>

[1] 参见最高人民法院研究室、最高人民法院诉讼调解规范化研究课题组编：《最高人民法院民事调解工作司法解释的理解与适用》，北京：人民法院出版社，2004年。

[2] 参见侯欣一：《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》，北京：中国政法大学出版社，2007年。

[3] 参见黄宗智、尤陈俊主编：《从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化》，北京：法律出版社，2009年，第428-472页。

[4] 我国民事诉讼中规定的撤诉与调解本不相同，但实践的司法统计中，往往是一并统计，统之以调撤率。盖因无论是撤诉还是调解都代表了一种纠纷的“软解决”，他们在最终的效果上是一致的。

[5] 参见韩宝：《我国〈民事诉讼法〉第85条之检讨：兼论一种调解研究思路的转变》，未刊稿。

调解思想对法院司法文化的不断冲击和渗透,使得法官的办案逻辑受到了自觉不自觉的影响,司法过程被日渐形塑为一种带有明显调解倾向的模型。这一过程,最初可能只是零星的尝试或者外力强迫下的调适,但在历史推力及制度安排的合力作用下,渐之便生长为一种制度常态。由此,作为一种研究的视角,考察基层法院的调解制度,并不全是看法院有多少案件是以调解方式结案的;而是要考察基层法院适用调解的“根/下意识(subconscious<sup>[6]</sup>)”<sup>[7]</sup>等这些思维的起点,以来解释调解为什么是“高层次的审判”。<sup>[8]</sup>

以下对文章实证观察的法院及写作思路做一简单交待。在我国,基层法院及其派出法庭承担了绝大多数一审案件的审理任务,而这些案件的相当部分是以调解而非判决的方式来结案的。由此选择基层法院作为调解考察的对象,便有很强的代表性。而在这三个特定基层法院的选择上,尽管有一定的偶然性,但主要还是基于下述原因:(1)由于时间有限,笔者只能在暑假和寒假进行观察学习,由此这些法院只能是自己很熟悉又能方便接受自己的法院,这样便会省去“进入”与熟悉的环节。N法院和X法庭正是通过熟人的介绍而展开调研的;(2)另外,我国基层法院在日常语言的使用上,差不多以方言为主,对方言的陌生,也会成为田野调查的一个障碍。而这三个基层法院中的F区法院,笔者正好熟悉当地的方言,还有挂职的方便,也因此,F区法院的工作学习使自己对基层司法的过程有了更多的观察和体会。

本文的思路是,首先阐述了解调解与判决这两种法院裁判方法之间的关联,指出为什么是“强判”,又什么是“调解中心主义”;进而重点分析了导致基层法院“调解中心主义”的诸动因,最后是文章的一个初步结论。文章在方法上主要采社会学中的案例分析法;其中可能的不足是,本文的论述上只是针对三个基层法院的个案论述。这,一方面,有过度论述之嫌疑;另一方面,个案的结论能否推而广之,尚有待更多实证数据的检验。<sup>[9]</sup>

## 一、“调解中心主义”的思维与“强判”的逻辑

调解与判决都是法院裁判的方法,在我国二者的关系相对比较特殊。在前文,笔者曾提及调解是判决的重要参照依据,由此很有必要对二者的关系做一阐述。笔者选取的角度是基层司法中的所谓“强判”<sup>[10]</sup>。

我国《民事诉讼法》第142条规定,基层人民法院及其派出法庭可以选择简易程序解决民事纠纷。实践中基层法院也多采用简易程序来办案,而简易程序中又多调解。<sup>[11]</sup>对于基层法院而言,纠纷要尽量以调解而不是判决的方式来结案,如果是判决结案,则往往意味着当事人之间冲突还很严重。判决也是所谓“强判”,无论是法官还是当事人都不会满意,特别是当事人,他可能对此结果不予认可。总之不是以当事人的“服判”,而是以“强判”的逻辑和方法来硬性解决问题,会带来无尽麻烦。下面N法院的案例就说明了这一问题,

[6] Benjamin Nathan Cardozo, the Nature of the Judicial Process, General Books LLC, 2009, p.11.

[7] “在1990年代中叶以来已经不被看好的调解再次成为法院的首要选择。法院的领导希望通过调解来体现政绩,法官则通过调解来实现自己的最大利益,减少政治风险……”。周永坤:“信访潮与中国纠纷解决机制的路径选择”,载汪庆华、应星编:《中国基层行政争议解决机制的经验研究》,上海:上海三联书店,2010年,第44页。

[8] 周文馨整理:“挖掘传统精髓构建‘大调解’格局”,登载于“庆阳市中级人民法院”网,网址:<http://www.chinagscourt.gov.cn/zyDetail.htm?id=153898>,访问时间:2011年4月16日。

[9] 研究方法上的选择及可能的局限,参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京:北京大学出版社,1998年,第333页;费孝通:《江村经济》,北京:外语教学与研究出版社,2010年,第35页;应星:《大河移民上访的故事》,北京:生活·读书·新知三联书店,2001年,第337-356页。

[10] 之所以用“强判”,源于法官与当事人对待这一判决结果的态度。在法官,他非常清楚当事人并不认同现在的这种裁判结果;于当事人,他是一种无所谓的态度,他要么选择上诉,要么选择上访或申诉。也就是说,这种裁判结果不是一种正常诉讼程序进行的完美状态,而是法官很无奈的一种选择。

[11] 由此也便不难理解在这三个基层法院中,适用普通程序审理并最后以判决结案的案子数量并不大。

该案中由于当事人并未达成调解协议，最终由法院“艰难”判决。

原告张三因房屋拆迁补偿款纠纷一案诉至N法院，要求被告李四返还坐落于某处21平方米自建平房拆迁补偿款16758元。原告诉称，诉争房屋原系其占有/所有，在1993年，由于李四之父（2004年去世）无房居住，其出于同乡情分而借给李四一家居住，之后他一直未向被告之父主张过返还该房屋之使用权（未声明理由，仅有原告夫妻之称述，未有其他证据）。被告李四辩称，该房系其与其母合法继承的遗产，不承认该房为原告占有/所有，是其父购买的房产，他和他母亲到N区之后，就一直在此居住，直到拆迁时止。被告还反复强调其父留有遗言：该房系其购买，留给其与其母居住（被告没有提供关于遗言内容之其他证据，仅有其称述）。法庭上，被告之母发誓该房的确为其夫所留，人穷志不短，他们绝不贪占别人便宜（被告经济拮据，约40岁，未结婚，同其母共同生活。法庭上，言之烈烈，被告之母哭诉陈词）。另有2003年当事人李四请求法院判令张三返还借款一案判决一份，其中未提及张三借房于李四之父一事，亦未言明李四之父买房于张三一节。本案另一证据为，房屋拆迁部门在先后几次丈量、确定房屋之面积，并发布有公告，原告未表示过异议。

在本案中，因原被告系老乡，承办法官L希望当事人双方能够达成调解协议，但双方意见相差甚大，于是就出现了前述所谓“强判”——驳回原告之诉讼请求。对于判决之结果，被告感激不尽，原告当即表示上诉。法官L坦言，这不是他所希望的。这种“强判”，对于法官而言，无论是作出判决前的种种煎熬还是判决后的实际效果，都是他所“不能承受之重”。

一般而言“强判”的案子都很复杂，依照法律的规定要组成合议庭审理，不能由法官独任审理，但实务中主要还是由主审法官一人来办理。下面反映的是L法官办案的一个简单经过，审理过程中，承办法官L多次做当事人的工作，也谈过几次话，亦单独约见当事人问过几个补充问题，也补充过相关证据和开过几次庭，但案件的审理进展缓慢。将届审限，L法官多次主动向庭长S汇报该案的审理情况，庭长也常过问该案的具体审理情况。由于L和庭长的意见相差较大，该案在庭务会上进行了多次讨论（这些汇报和会议，目的即在于承办法官说服庭长或其他合议庭成员接受自己的判决意见和说理理由；同时承办人还可以从其他人的意见中弥补自己思维的漏洞、修正自己判决，具体包括对事实的认定、证据的分析及法律的适用等各方面的内容）。多次庭务会后，案件仍然没有结果，S庭长向法院主管民事的副院长做了汇报，请示如何处理该案。<sup>[12]</sup>这期间，承办法官L也在寻求其他一切资源，包括L市中院法官的看法以及本院与其他法院自己好友的看法<sup>[13]</sup>。当然这后面的本院之外的咨询都是L的私人关系。除却这些看得见的熟人之间的交流，L还借助网络，寻求类案的处理方法。<sup>[14]</sup>该案最后以L法官的意见做了判决，合议庭中，G法官（副庭长）认为应该依证据和法理（举证责任）进行判决，而不能夹杂太多个人情感办“良心”案（L法官认为，法律有时候并不可靠，办案要对得起“良心”和“感觉”）。

设若，至此本案还不能有一个相对统一的结论，案件会交审委会讨论决定。如果审委会意见仍有分歧，此时法院有可能会寻求其他资源，比如高校等机构的专家。但是无论怎样，妥善处理类似案件对承办法官的压力还是非常大（因为最后在判决书的署名的就是承办法官，前面提及的其他意见提供主体，都将随结案而隐退）。

以上情形，对于一个并不是习惯于以“判决”结案的法官来说，将是非常痛苦的一个过

---

[12] “上级领导”对司法的“正常干预”，在刘思达文章中有类似描述。参见刘思达：《失落的城邦：当代中国法律职业变迁》，北京：北京大学出版社，2008年，第46-47页。

[13] 在N法院，L法官曾就本案向与其关系甚密的该院审判庭某庭长进行咨询，该庭长直接告知M法官，该案应该如何办理，如果以L法官现在的判法，必然是错案。错案对法官而言，无疑是咒语，错案追究制度不得不正视。

[14] 由此可见，在我国其实非常有必要建立规范的案例指导制度。

程；而对于那些比较认可以“判决”结案的法官来说，这样的案子也往往是劳心费神的。如此，从成本收益的角度来看，法官会倾向于选择调解；久之，在这些法官（办案人员）的思维中，自然会生出“调解中心主义”的思维，而排斥那种“强判”的逻辑。

## 二、基层司法过程“调解中心主义”的成因

导致基层人民法院司法过程上的“调解中心主义”有外部和内部两个层面上的原因。在实践中，这些外部因素与内部因素之间的界限并不是十分清晰，往往相互交错。本文中，笔者倾向于将法官与法院的因素作为内部因素，而将除此之外的其他因素划归外部因素。具体包括社会的原因、民事诉讼的目的、裁判的效果、法律的规定、法院的考核、法官的因素以及调解在法律适用上的特殊作用等。

### （一）偏重于“纠纷解决”之诉讼目的的需要

对于民事诉讼而言，当下其最主要的目的就在于纠纷的解决<sup>[15]</sup>或者说矛盾的化解<sup>[16]</sup>。“矛盾”是一个有着无限广阔涵义的语词，它具有异常宽广的包容，几乎所有的“不和谐”、“纷争”都可以看做是“矛盾”，它和“冲突”<sup>[17]</sup>有着相似的含义，但却没有“冲突”的程度那么剧烈。在自己看来“矛盾”的外延远宽过“纠纷”<sup>[18]</sup>，“纠纷”强调的是一种从法院角度的阐释，而“矛盾”却不限于法院，比如群体性事件，绝对可以说是“矛盾”，但却不一定能够用“纠纷”来解释。当下社会背景下，没有什么比解决“矛盾”更重要的，法院在整个社会中，就是解决“矛盾”的一个部门，法院在解决纠纷上遵循的是一种“案结事了”的“摆平/抹平”逻辑，特别强调“不留后遗症”。<sup>[19]</sup>

### （二）“熟人社会”的新解释

但凡讨论调解制度在我国的土壤时，总不免探讨熟人社会对调解的意义；熟人社会之纠纷解决，总少不了法官在情理法<sup>[20]</sup>中的来回穿梭，而调解是最为合适的。法院调解是民事

[15] 翁子明：《司法判决的生产方式：当代中国法官的制度激励与行为逻辑》，北京：北京大学出版社，2009年，第71、151-152页；苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第178、181页。

[16] 在当前的特殊背景下，无论怎样强调法院作为国家审判机关的地位，都无法否认一个事实，法院就是一个放大的矛盾解决机构，它同其他承担有解决矛盾的国家机关一样，都是国家（政府）的单位，他们的主要职能就是化解矛盾、解决纠纷。文章对此在后文有详细论述，见文章第二部分之“中国特色的法院工作方法：‘做工作’”。

法院在功能上的这种异化，是一种需要正视的现象，这种功能的异化，主要表现在法院对现实的迁就与责任的转嫁上。参见高杨：“基层法院治安化的尴尬处境”，《文化纵横》2010年第4期。该文中，作者称“如果我们可以把基层法院这种处处以稳定为先，灵活运用多元化纠纷解决机制‘摆平理顺’问题的运作模式称之为基层司法的‘治安化’；那么，基层司法的‘治安化’就不仅仅是为了‘保一方平安’，拔高一点，同时也是服务于现代民族国家构建与民族崛起的‘稳定大局’——‘全国一盘棋，稳定压倒一切’”。法院超过其职能和能力而“承接”的各项工作任务，最终都将转嫁给作为其“职工”的干警，任务是否能完成，这是另外一个问题。

[17] 参见[美]Laura Nader & Harry F. Todd, Jr: “人类学视野中的纠纷解决：材料、方法和理论”，徐昕译，载吴敬琏、江平主编：《洪范评论》第8辑，北京：中国法制出版社，2007年；于建嵘：《抗争性政治：中国政治社会学基本问题》，北京：人民出版社，2010年。

[18] 参见王亚新：《社会变革中的民事诉讼·纠纷，秩序，法治》，北京：中国法制出版社，2001年。

[19] 参见吴英姿：“司法过程中的‘协调’——一种功能分析的视角”，《北大法律评论》第9卷·第2辑，北京：北京大学出版社，2008年。

[22] 王斐弘：《敦煌法论·中国传统法文化中的情理法辨析：以敦煌吐鲁番唐代法制文献为例》，北京：法律出版社，2008年，第174-213页。该文中，作者并未就情理法三者及其关系泛泛而谈，而是通过“情为何物、理有何维、法有何大”三个问题进行了详尽的分析和深刻的剖析；另可参见参见[日]滋贺秀三、寺田浩明、岸本美绪、夫马进著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新、范愉、陈少峰译，北京：法律出版社，1998年；陈会林：《地缘社会解纷机制研究：以中国明清两代为中心》，北



简易程序中化解民间矛盾最重要的一种手段,中华民族博大精深的伦理文化给人们处理日常生活中的冲突与纠纷提供了许多好的经验与范例,充分发挥传统伦理道德与现代法律规范在纠纷止争中的良性互动作用,将伦理文化引入司法解纷的过程之中,对于彻底解决纠纷、维护社会稳定、促进社会和谐进步具有非常重要的作用。<sup>[21]</sup>

“调解作为重要的纠纷解决机制,符合中国主流哲学的‘天人合一’思想,它以‘和谐’为其基础和追求的价值目标,是中国民间和司法程序主导性的纠纷解决手段,具有极强的社会适应性和纠纷处理策略的正当性,是中国社会纠纷解决机制的宝贵经验和优良历史传统。”<sup>[22]</sup>基层法院受理的绝大多数案件无外婚姻、继承、赡养,民间借贷(担保)、租赁,人身损害赔偿、工伤、交通事故赔偿等,而这些案件正好为法律所规定的强制调解案件亦即适用调解前置程序的案件。

2003年12月1日起施行的《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序规定》)第14条规定:“下列民事案件,人民法院在开庭审理时应当先行调解:(一)婚姻家庭纠纷和继承纠纷;(二)劳务合同纠纷;(三)交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷;(四)宅基地和相邻关系纠纷;(五)合伙协议纠纷;(六)诉讼标的额较小的纠纷。”将婚姻家庭纠纷和继承纠纷列入调解前置程序,主要是这类案件内含着丰富的伦理道德内容,如果单纯用法律规范去调整,用机械的、过于程式化的方式去解决,不利于纠纷的彻底和妥善处理,难以取得良好的社会效果。其次将劳务纠纷、宅基地和相邻关系纠纷以及合伙协议纠纷列入调解前置程序,主要是因为这些纠纷关系到当事人最基本的生活秩序和生活环境,如果以调解方式化解矛盾,便于当事人在未来的合作与生活中和睦相处,符合“和为贵”的民族传统。再次,将交通事故和工伤事故引起的权利义务关系明确的损害赔偿纠纷列入调解前置程序,主要是为了使受害一方的当事人能尽快获得赔偿。<sup>[23]</sup>

除却前述六类案件,据笔者观察,对于一些特殊的案件,比如非常敏感(比如拆迁、征地补偿)的案件、人情案件法官都倾向于采用调解的方法。

“熟人社会”<sup>[24]</sup>系早年由费孝通先生提出,但在改革开放以后,特别经济全球化之后,有论者称熟人社会不再,现在已是半熟人社会<sup>[25]</sup>或者陌生人社会。贺海仁先生提出了一种新熟人社会的观点,“……多年的律师实践,在实际参与或观察到的纠纷中,我经常为这样一个想象所困惑,即大多数纠纷总是发生在熟人之间。出现在法庭上的原告们和被告们大多是熟人或者‘过去是朋友’。婚姻、继承、分家析产等家庭纠纷自然不在话下,邻里不和、民间借贷、小打小闹的伤害等案件也通常发生在熟人之间,具有贸易性质的契约关系当事人在诉讼之前也往往呈现出熟人关系的性质。发生在纯粹的陌生人之间的案件虽然存在,其数量也在增长,但并没有在诉讼案件中成为多数……诉讼在无意间也都成为‘撕破了脸皮的’重要事件”。<sup>[26]</sup>传统意义上的熟人社会的确在瓦解,但取而代之的不是扩大的陌生人社会,而是新的熟人社会。新的熟人社会既包含了传统熟人社会的某些因素(通过血缘、亲缘和友爱等因素建构的社会关系依然是人们极力要维护的对象),同时有通过现代社会分工的力量扩展了传统的熟人社会。从描述意义上讲,新的熟人社会表达了一种现代社会的日常经

---

京:中国政法大学出版社,2009年。

[21] 《方便当事人诉讼 快捷解决纠纷:最高人民法院副院长黄松有就<关于适用简易程序审理民事案件的若干规定>答记者问》,登载于“中国法院”网,网址:<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=81483>,访问时间:2010年11月19日。

[22] 同注[1],第17页。

[23] 同注[21]。

[24] 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京:北京大学出版社,1998年;瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:中华书局,2003年。

[25] 贺雪峰:《新乡土中国:转型期乡村社会调查笔记》,桂林:广西师范大学出版社,2003年。

[26] 贺海仁:《无讼的世界:和解理性与新熟人社会》,北京:北京大学出版社,2009年,序言。

验和行为惯例,这意味着人们总是或是一直生活在熟人社会当中。但新的熟人社会也是被构建起来的流动的熟人社会。贺先生所指的新熟人社会包括四个方面:(1)以血缘关系为纽带的家庭、以情爱为中心的关系团体依然存在;(2)职业团体中的熟人现象,如工作单位;(3)非职业团体中的熟人现象,如各样的俱乐部、协会;(4)因长期的经济协作和利益交换而形成的熟人想象。<sup>[27]</sup>

适合于调解的相对特定、固定的案件,以及与之相适应的“环境”,这都为法官的调解提供了最佳环境。

### (三) 法律对调解的倾向性偏好

除却前文业已提及的法律对调解的倾向性、偏好性规定外,尚有如下的一些规定,亦能说明我国法律对于调解的重视。下面主要以诉讼费用的收缴和审限的扣除为例说明。

#### 1. 诉讼费用减半收取的“优惠”

2007年4月1日起施行的《诉讼费用交纳办法》第15条规定:“以调解方式结案或者当事人申请撤诉的,减半交纳案件受理费”。而这是“判决”所没有的“待遇”,对当事人而言,至少在诉讼的成本上可以省去一半的案件受理费。同法还规定,适用简易程序审理的案件减半交纳案件受理费(第16条)。众所周知,基层人民法院在审理案件多适用简易程序,而简易程序又多以调解结案,这还是法律对调解的一种变相鼓励。总之,通过调解结案,当事人至少能在经济上得到一定之实惠。

#### 2. 审限<sup>[28]</sup>的扣除与变相延长

迟来的正义非正义,过分的诉讼拖延必然成为“诉累”。我国法律对审限做了明确规定<sup>[29]</sup>,以防止人民法院及其法官在审限上的不必要拖延,也将是否超过审限作为对法官和法院考核的一项指标。但问题是,就算是法官都完全依法办事,也完全兢兢业业,并不能保证所有的案件都能在审限内及时结案。对于这些极难在审限内了结的案件,审限的压力就很大。

为理顺复杂的各样期限,规制不断出现的新情况,最高院于审限方面出台了一系列规定。细致考察这些规定,法律一方面对“判决”规定了“苛刻”的审限,另一方面又对“调解”做了留有“回旋余地”的偏向性规定:要么扣除调解的时间,要么延长调解的时间。<sup>[30]</sup>如

(1)《最高人民法院关于民事调解工作若干问题规定》(以下简称《调解规定》)第6条规定:“在答辩期满前,人民法院对案件进行调解,适用普通程序的案件在当事人同意调解之日起15天内,适用简易程序的案件在当事人同意调解之日起7天内未达成调解协议的,经各方当事人同意可以继续调解,延长的调解期限不计入审限”;(2)在确定“继续调解的期限”上,2007年3月7日发布的《最高人民法院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》在第13条做了更便于审判实际操作的规定。“当事人愿意进行调解,但审理期限即将届满的,可以由当事人协商确定继续调解的期限。经人民法院审查同意后,由办案法官记录在卷。案件有达成调解协议的可能,当事人不能就继续调解的期限达成一致,经本院院长批准,可以合理的延长调解期限。”

法官在审限上的另一压力来自法院受案数的绝对增大。对于审判人员来说,一方面过多的案件使审判人员疲于对付;另一方面,有得时刻担心案件超过审限。以简易程序为例,3个月的审限,对于当事人而言是一个不算短的时间;但对法官来说如果要走完正常的开庭程

[27] 同上,第120-126页。

[28]关于审限之细致论述,可参见王亚新:“我国民事诉讼立法上的审限问题及修改之必要”,《人民司法》2005年第1期,第51-54页。

[29] 最高院发布的有关审限的司法解释主要有:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、2000年9月28日起施行的《最高人民法院关于严格执行案件审理期限制度的若干规定》、2002年1月1日起施行的《最高人民法院关于案件审限惯例规定》等。

[30] 尚可参见2006年8月1日起施行之《江苏省高级人民法院关于规范民事案件和解和调解扣除审限制度若干问题的意见》。

序、写出有理有据的判决书和各样报告，就成了比较短的时间。但如果案件能够顺利以调解结案的话，则会相对短的一个时间，尽管法官可能要做不少当事人的“工作”，但与判决比起来就好很多，这既保证了纠纷解决的质量，也省去了撰写判决书的复杂过程。<sup>[31]</sup>

### 3. 多样的调解方式：协助调解与委托调解

我国《民事诉讼法》第 87 条规定，人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。《调解规定》第 3 条规定：“根据民事诉讼法第 87 条的规定，人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。经各方当事人同意，人民法院可以委托前款规定的单位或者个人对案件进行调解，达成调解协议后，人民法院应当依法予以确认。”依权威解析，该条充分体现了调解开放性的原则，这里主要是指调解主体的开放性，本条规定的精神是倡导各级法院认真执行民事诉讼法第 87 条的规定，转变调解观念，充分发挥社会力量的优势，尽可能促成当事人之间达成调解协议。<sup>[32]</sup>

尽管我国并没有制定单独的调解法，调解程序亦非民事诉讼的必经程序，但却是民事诉讼的经常程序。将调解和诉讼两种不同的纠纷解决模式进行比较，从中可以发见，固然由于调解的特点，而有吸收具有“专门知识”、“特定社会经验”、“与当事人有特定关系”的人参与调解的必要，但是如果同诉讼相比，这些“外人”不仅仅只是加入，他们可以直接或间接决定案件裁判的结果。诉讼中尽管也可以有人民陪审员<sup>[33]</sup>参加，也可以邀请专家辅助人<sup>[34]</sup>参加，但无论如何，人民陪审员及专家辅助人对裁判结果的影响并不如协助调解人、委托调解人作用大，在裁判结果的达成上，陪审员<sup>[35]</sup>等的意见仅有参考意义。

### 4. 调解协议生效的特殊方式

调解协议如何发生法律效力，《调解规定》第 13 条的规定，“当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效，经人民法院审查确认后，应当记入笔录或者将协议附卷，并由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。当事人请求制作调解书的，人民法院应当制作调解书送交当事人。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执行。”尽管法律规定了调解书生效的前提——当事人的同意，但是据笔者的观察，法官并不去征求当事人的意见，而是直接告知当事人核对调解笔录（含调解协议<sup>[36]</sup>）签字，协议生效。X 巡回法庭受理的某离婚案，即

[31] 绝大数的调解书都非常简单，法律也规定调解书可以简写。如《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 32 条规定：适用简易程序审理的民事案件，有下列情形之一的，人民法院在制作裁判文书时对认定事实或者判决理由部分可以适当简化：（1）当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的；（2）一方当事人在诉讼过程中明确表示承认对方全部诉讼请求或者部分诉讼请求的；（3）当事人对案件事实没有争议或者争议不大的；（4）涉及个人隐私或者商业秘密的案件，当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容，人民法院认为理由正当的；（5）当事人双方一致同意简化裁判文书的。

[32] 同注[1]，第 47 页。

[33] 依照 2005 年 1 月 1 日施行的《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》第 2 条的规定，人民法院只有在审理某些第一审案件时才由人民陪审员和法官组成合议庭进行审理。而对于适用简易程序审理的案件，因为是审判员独任审理，所以并不存在陪审的问题。但是调解是适用于所有的审判程序的。

[34] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 61 条规定，当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。

[35] 尽管法律规定，陪审员在履行执行陪审职务时，同审判员具有同等的权利（《民事诉讼法》第 40 条第 3 款），但在绝大多数案件中，其象征意义大于实际意义，即其很少参与或者根本不参与案件的评议，自然在案件结果的最后确定生成上，陪审员是隐去的。与此相反的是，在 X 法庭 Z 法官讲到，陪审员有时候会依其身份，造成司法腐败（“说情”“托关系”）。

[36] 之所以使用“调解笔录（含调解协议）”这样的表达方式，在于笔者不清楚其他基层法院是如何处理文中论及之程序的。在 X 巡回法庭和 N 法院，普遍的做法是如果当事人双方能够在法官的主持下达成调解协议，该协议就直接记在调解笔录里，不再单独制作调解协议书，法院最终送达给当事人的是依据该笔录中的协议内容制作的调解书。

调解书并不是法律规定的需要当事人向法院申请，而是法院主动送达给当事人。如果很顺利的话，法官会



以此方式结案。第二日，一方当事人前来查看当日的调解笔录，埋怨法官没有告知清楚自己签字的后果，让其多付出几万住房补偿款。

《简易程序规定》第15条规定，调解达成协议并经审判人员审核后，双方当事人同意该调解协议经双方当事人签名和捺印之日起发生法律效力，在签字捺印后即生效。对于判决之生效，我国《民事诉讼法》在第141条对此作了严格规定：最高人民法院的判决、裁定，以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定。可见调解协议的生效与法院判决、裁定的生效有很大不同，前者有一种类似于二审法院判决的效果，作出（签字捺印）即生效<sup>[37]</sup>。尽管前述《简易程序规定》第15条是关于简易程序的规定，似乎调解协议的这种签字即告生效的方式只适用于简易程序，但是《调解规定》第13条却是普遍性的规定，亦即这种调解协议的生效方式同样适用于普通程序。

仅就以上关于“判决”与“调解”之对比，即可窥见我国法律对调解之鼓励与偏好。略作延伸，我国法律禁止在诉讼中法官单方面的接触当事人<sup>[38]</sup>；而对于调解，法律也没有明确规定法官可以单方面接触当事人，但法律至少是默认的，作为一种经验与技巧实践的“背对背”或“背靠背”式的调解便是明例。“背对背”的调解是相对于“面对面”的调解而言的，是指法官分别对当事人做工作，是“面对面”方式仍然存在差距的情况下所采取的调解方式<sup>[39]</sup>。据笔者在X巡回法庭和N法院的观察，这种方式一般在当事人双方对某一问题，比如离婚案件中子女的抚养权、探视权，争议较大，且关系又比较紧张无法沟通，但有希望能够沟通时法官所采用的一种调解策略。一般而言，通过这一程序，法官会评估最终达成协议的可能性，这也是其作出中和意见的一个重要参照系。常说的调解时机的把握、僵局的破解也正是在这个时候。从积极的层面讲，通过这一方式，法官和当事人都可以在一定程度上敞开心扉，充分阐述自己的观点，进而迅速缩短法官和当事人之间的距离。这一过程中，法官可以指出当事人所提出的调解方案上的一些不切实际的要求，摆明利害，指出一个较为合理的方案。背对背的形式是多样的，既可以直接在庭审阶段运用，也可以由法官事先通过谈话、信函、电话等方式来分别征求当事人的意见，并反馈对方当事人的意见，进而提出自己的看法和意见，并促成双方当事人达成一致意见。<sup>[40]</sup>

#### （四）年度考核的“发条”：调撤率的重要

法院的考评主要包括上级法院对下级法院的考评和法院对全院干警的考核，无论是N法院还是X法庭，还是F法院，考核都是全院年末的大事。考核的程序非常复杂，要求也很高。以F法院为例，其上级法院Y中院转发了《S省（Y市所在省）高级人民法院关于全省中级法院绩效考评办法（试行）》，文件指出：“各个基层法院党组要高度重视，认真组织学习，也要成立相应的组织机构，围绕本办法及时调整工作计划，且将本办法规定的项目分

---

趁热打铁，在非常短的时间内——或一两小时、或半日，最长不超过一个礼拜都会给当事人送达。在法官看来，调解协议的达成，并不代表最终案件的结束，只有在调解书向当事人送达后，该案才算结束。

[37] 二审判决之生效时间，较为复杂，有作出即生效说，有宣判即生效说，有送达生效说，本文采作出生效说。

[38] 如《最高人民法院关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第2条第1款第（1）项之规定，“未经批准，私下会见本案一方当事人及其代理人、辩护人的”，当事人可以依照《民事诉讼法》第1款第（8）项的规定提起再审；二审法院应《民事诉讼法》第153条第1款第（4）、《民诉意见》第181条第1款第（1）项之规定裁定撤销原判，发挥重审。

《中华人民共和国法官职业道德基本准则》第8条规定，法官在审判活动中，不得私自单独会见一方当事人及其代理人。显然上述法律规范中所指“会见”应作广义解释，而不能做狭义的字面解释，这里的会见可以理解为一切形式的单方接触。

在同样是当事人合意选择解决纠纷的方式——仲裁中，有着更加严格的规定，依据《仲裁法》第34条、38条的规定，仲裁员私自会见一方当事人的，情节严重的，除依法承担法律责任，仲裁委员会应当将其除名。

[39] 吴庆宝等主编：《民事裁判标准规范》（基层法院、法庭版），北京：人民法院出版社，2008年，第31页。

[40] 同上，第31页。

解到各部门，完成和超额完成本年度各项目标任务，确保全市两级法院的考核排名不低于全省（Y市所在的S省共辖12个地级市、2个自治州，86个县（市、区）前五名。”F法院开展此项工作大概是在2010年12月初，而该结束已是2011年1月下旬。

具体的考核指标很多，其中很重要的一项为调撤率。从某种意义上讲，无论怎样强调调撤率都不为过，达到的一定调撤率，近似于完成一项重要的政治任务。对于F区法院来说，其政治意义就更浓了，一则该法院的所在地是著名的“马锡五审判方式”的发源地，所以F法院的调撤率必须是高标准的；同时F区法院还是“天子脚下”（Y市中院在F区）的法院，由此它还要做好其他兄弟法院（Y市辖7县1区）的模范工作。然而对于F区法院而言，最大的问题就是调撤率可能不达标。F区法院每年办理约2000件民事案件，这相对于那些收案数比较小的法院来说，要达到既定的调撤率目标就很困难。一方面，对于很多案件其调解的难度都很大，当事人不是拒绝调解就是阻碍调解；另一方面收案的基数太大，一两个调撤的案子，对全院的调撤率基本没有贡献。这后一点，在Y市的林区法院表现得就很明显，林区法院的案子很少，每年约20件左右，这样如果林区法院调解20件，那么调解率就接近于100%。而F区法院如果调解20件，那么调解率就1%，F区法院只有办理2000件案件，才能达到100%，而要调解2000件案子，这显然是不可能的。F区法院的领导也抱怨这样的统计方法不科学，本院很“吃亏”。

对于业务庭的法官而言，调撤率是评估其工作表现的重要指标<sup>[41]</sup>。如果稍微放大一些“调解中心主义”的辐射效应，可以将调撤率看做整个考评的核心。案件如果能被调解或者撤诉，带来的不仅是法官顺利结案——没有上诉、很少上访，也意味着错案率<sup>[42]</sup>的降低。法官个人考核成绩的好坏，会间接影响到个人的晋升。基层法院法官的晋升并不容易，基本是一直在“等”和“熬”。<sup>[43]</sup>尽管由调撤率和其他指标组成的法官个人考核评价体系并不一定必然影响法官晋升，但是相对于“小心翼翼、自我抑制和职业上的溜须拍马”，调撤率的提高这些的“客观活计”还是法官个人努力所能达到的。所以在这样的一根指挥棒下，审判员们自然会选择调解结案。由此，调撤率便像法官工作钟表上的发条，而且是一直旋紧的发条。

收案数及结案率也是法官考核很重要的一个方面，几乎所有的法官出于效率（任务）的考虑，都会同时交替办理很多件案件，以完成既定的任务量。这种滚动交替办案的模式，使得法官可以在甲案件被告人答辩的间隙开庭审理乙案件，在乙案件当事人庭外和解的空隙撰写丙案件的文书。这种模式可以让法官较为自由地管理和安排自己所审理的案件，这一模式不但大大提高了法官的办案效率，也能保证法官在审限内“报结”。设若某法官月需结10件案件，除去节假日、各种学习及其他时间花费，大概须每两日办结一件案件。而以“判决”结案，无论是6个月的普通审还是3个月的简易审，显然都很难达到这一要求。相反，调解就会有很大的不一样——法官在收案后，大致阅读过诉状后，很有可能在送达答辩状期间就已经调解结案了。<sup>[44]</sup>

[41] 范愉：《纠纷解决的理论与实践》，北京：清华大学出版社，2007年，第424页。

[42] 最高人民法院《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》（1998.08.26）；另参见《法院错案责任追究制度的法理思考》，登载于“中顾法律”网，网址<http://news.9ask.cn/Article/tq/200708/58353.html>，访问时间：2010年10月12日。

[43] 在F区法院，一位法警队L副队长（50多岁）对F区法院最近的一次干部调整非常不满，觉得自己该“升”了。在L队长看来，他在F法院就等于是一个“寒窑事件”（取秦腔《五典坡》，王宝钏苦守寒窑18年），他是有审判资格的，是能够“升堂问案”的；N区法院的L法官显然也对自己目前在年轻庭长、副庭长领导下的工作很不满，论条件和资历，他不该只是一个普通的审判员。

[44] 法律允许在开庭前进行调解。《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第1条规定：人民法院对受理的第一审、第二审和再审民事案件，可以在答辩期满后裁判作出前进行调解。在征得当事人各方同意后，人民法院可以在答辩期满前进行调解。

### （五）中国特色的法院工作方法：“做工作”

在我国，政府、工商局、税务局等都可以被称作“单位”，“单位”这一术语在我国具有特殊的含义。

“1949 年以后……一种党政军一体化的序列化结构和单位体制在中国建立起来。所谓单位，指的是建立在劳动分工关系基础上的经济社会运作的组织体。当公有制作为这个国家的深层制度化结构被确立起来后，国家通过控制一切资源、机会、信息，把它分配给每一个单位，而控制了每一个单位；单位有通过控制资源、机会、信息，把它分配给每一个人，而控制了每一个人。个人和单位由于分别是单位和国家政体的组成部分，而失去了独立性；单位则又因其成为权力体系和党政机关的附属物，而弱化了自身的专门功能，强化了政治功能和社会保障功能”。<sup>[45]</sup>

而法院也是单位，工作于其中的干警就是它的职工。职工就要服从安排，要完成交办的任务<sup>[46]</sup>。这些干警中的一线工作人员——那些有审判任务的各业务庭审判员，他们的工作主要是审理案件。审理案件，就是在完成工作任务。如何才能妥善解决纠纷，前辈的经验教训、思维的惯性直觉都会告诉他，调解才是最为稳妥的“一劳永逸”的好方法。调解，在一定程度上又会简化为一个具有特殊意义的语词——“做工作”。“做工作”差不多是“背对背”调解的必经环节，这既包括法官对当事人“做工作”，也包括了其他人对当事人的“思想工作”。总之，最终的“工作”都是要达成某种理解和配合，并能使当事人之间的矛盾能够化解。在笔者看来，“做工作”就是一种目的性极强的说服。

一如“背对背”的调解，“做工作”这种解决纠纷的特殊方法是法律没有规定的，是要法官自己“灵活”掌握的。由此，“做工作”的范围就不一定必然地限定在法律的范围之内，只要合法、只要能够最终化解当事人的矛盾便能被默认采用。这里可能甚至是一些灰色地带，但语词在含义和理解上的无限弹性和丰富可能性，包涵、吸收了“做工作”过程中的种种内容。由此便能看到，一方面法官出于对调撤率、纠纷和谐解决的追求，“做工作”的方法成了其最有效的选择；另一方面，作为单位存在的法院对其干部（法官）一再强调“要多做当事人思想工作”，这也使法官倾向于选择调解。

### （六）基于法官自身的考量：个人素质

#### 1. 法官对基层纠纷的理解及对待调解的态度

一个无容忽视的现象是，基层法院的法官差不多都土生土长于此，偶尔外来的法官，也在经年的基层地方性生活中被同化了。他们早已和当地的生活融为一体了，他们对当地的生活也十分熟悉，自然基于本地生活而生发的纠纷，法官也能明晓当事人希望的处理结果和所能接受的纠纷解决过程。也就是说，共同的生活“小环境”，使得解纷的过程<sup>[47]</sup>显示出一些

[45] 李楯：《法律、司法制度与法律社会学》，北京：社会科学文献出版社，2007 年，第 187-192 页。

关于“单位”的另一经典研究，可参见李猛、周飞舟、李康：“单位：制度化组织的内部机制”，载谢立中主编：《结构-制度分析，还是过程-事件分析？》，北京：社会科学文献出版社，2010 年，第 23-61 页。

[46] 张千帆教授曾经把这一制度下的法官形象地比喻成一个官僚系统里的办事员，他的决策要经过一个权力金字塔里各层的批准才能产生法律效力。参见 The People's Court in Transition: The Prospects of the Chinese Judicial Reform, *Journal of Contemporary China*, 2003, 12 (34), pp.69-101。

[47] 在笔者的论述中，很少使用“程序”（procedure），而主要是使用“过程”（process）这一表达，在于二者有本质上的不同。基层司法也普遍使用“法律程序”这一表达，但自己看来，大多数情景下，这些“程序”强调的主要是一种时间意义上的自然经过，而不包括“法律程序”意义上的一些必然因素。亦即，这里的程序，至多就是“程序”与“过程”范畴之间的一个值，其严格于“过程”，宽松于“程序”。很明显的一个例证即为基层法院在程序上的反复与不确定，而这却是法律程序所反对的。比如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）规定有举证期限（参见注[51]第 2 段），但至少在笔者所观察的三个基层法院，这一条文是肯定没有适用的。套用时髦的话，采信不采信、举证时限超过没超

不同于法律文本规定的特点，比如对“地方性知识”的普遍承认，由此，这一过程中往往存在一些不说自明的内容。以调解为例，这一过程可以化约为内涵极其模糊有相当丰富的“理解”（一种对异见的包容与接受。我要强调的不是 *Comprehension*，而是 *Acceptance*，后者更加强调法官与当事人及他们相互之间的“感同身受”）。<sup>[48]</sup>

法官对裁判结果性质的定位可能多少有异于法律的期望。在法官看来，最后的裁判结果，只是法院给当事人的一个“说法”<sup>[49]</sup>，仅此而已，只不过是这个结果有国家强制力来保障实施而罢了。同其他的纠纷解决途径一样，法院的裁判并不总是十全十美，有时候可能还会让双方当事人都非常失望。在法官看来，“套”法条（适用法律）的判决是呆板的，并不能考虑的实际的真实情况，而调解可能会更加符合当事人的心理预期<sup>[50]</sup>。另者，调解的结果在当事人达成调解协议的时候就已经知道；而判决的结果，需要读过很漫长的评议阶段才能最后知晓。<sup>[51]</sup>

## 2.法官的职业认同

在我国的法律语境下，缺少对法律人职业伦理<sup>52</sup>的强调，而代之以个人的自律及自我觉醒。职业伦理被简单定义为职业的清廉，司法腐败固然是职业伦理的一个层面，但其还有更为广阔的内容，比如职业的认同。很难想象一个对自己的职业充满牢骚与不满，当一天和尚撞一天钟的法官对自己的职业能充满热情、不断进取，发挥自己的智慧。对于调解亦然，缺乏职业认同感的法官自然会将包括调解在内的任何司法行为都简单随意处置。

## 3.法官的个人素质：经验、态度\策略（情理法<sup>[53]</sup>的运用）

法院的法官有经院派和实践派两分。实践派的法官更重视对调解的运用，N 法院的 L 法官属于典型的实践派法官，他自己办案的标准就是做到对得起“良心”，他觉得调解会更符合多年执业中形成的“感觉”。一般而言，由年长、社会阅历丰富的法官主持的调解，普

---

过，证据都“客观”存在着，只要在判决作出前提交，都是可以的，这显然是无法满足“法律程序”之“德”的。参见富勒：《法律的道德性》，郑戈译，北京：商务印书馆，2005 年；孙笑侠：《程序的法理》，北京：商务印书馆，2005 年。

[48] “理解”是基层法院庭审中经常出现的一个语词，法官希望当事人能够“理解”他们，反之亦然。“理解”的内涵极其丰富，在调解的场景意味着当事人一方是“需要”让步的和妥协的，而对另一方而言，这种让步和妥协是可以接受的；而对于法院，当事人这一做法是“配合”的，法院也是很为难的，法院也希望能够同时满足当事人双方的请求。如在赔偿案件中，原告请求 10 万，最后在被告“理解”原告的损失“惨重”，原告“理解”被告的难处，并且双方都“理解”法院，最终达成被告赔偿原告 6 万元协议。这种当事人和法官之间心照不宣的一些“共感”似乎也可看做是基层司法的一个特点。

[49] N 法院的 G 副庭长这样告诉笔者。

[50] 最明显的例子就是人身损害赔偿里关于交通费、误工费的赔偿数额的认定。依照法律的规定而做的认定，决计是当事人无法接受的。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 22 条之规定，交通费根据受害人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭；有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。比如在交通事故中，为及时抢救受害人，在城镇，受害人家属基本会包车或搭乘出租车，但是法院在裁判时，对于包车的费用，一般不会支持。而当事人会认为这的确是其实际支出，法官也会明白这是当事人的支出，但是囿于法律的规定，包车的费用并不会被支持，至多就是事故发生地往返于医疗机构之间的公共交通费用。而这二者之间的差距极大。

另一个例子是，《证据规定》中规定的证据失权效果，基本是无法实现的，法官也并不会以当事人超过举证期限而提供证据而不予以质证与认证；而在某些情况下，当事人一方坚决认为有某一事实，但就是没有证据。这种情况下，当事人很可能会采取一种“赌咒发誓”的行为，而不是以“证据”这种法律认可的方式来证明事实的存在。依照法律的规定，“赌咒发誓”并不是证明自己主张存在的合理方式，但是作为本地的法官，你是不可以无视这种“赌咒发誓”的行为的。在 F 法院，某人身损害赔偿案中，原告（一 70 多岁老人）发誓自己的手指是被被告铲断的，是被告挑衅在前，他的防卫在后。而被告的答辩却是原告率其子女追入其家，破门而入，情急之下，迫于自卫，他抡起自己的铁锹自保，当时失去了意识，什么都不知道。而原告则再次强调，其一次 70 多岁的老人，断不会说半句谎话，若有假言，自己便如何如何不得好死。

[51] 在三家基层法院，笔者都不同程度听到法官这样的描述：“有的案子放一放，纠纷就解决了”，或许正如当下的网络流行语，时间是化解矛盾的最好良药。而在这里，法院正好提供了这样一个时间空间。

[52] 参见[英]Richard O'Dair：《法律伦理教程》，朱力宇、袁刚编著，北京：中国人民大学出版社，2007 年。

[53] 参见刘馨珺：《明镜高悬：南宋县衙的狱讼》，北京：北京大学出版社，2007 年。

遍效果较好好，当事人也很愿意接受和认可调解的结果。除此之外，调解还与法官的性格特点有很大的关系，很难想象一个性格极其暴躁的法官能有多大的耐心去认真调解一起案子。限于篇幅，本文不再做论述。

## （七）调解同判决效果的比较

### 1. 判决与调解效果的比较

调解的良好效果会激起法官在调解上的积极性和热情。“基层司法的最终效果只有在能够维持原有的社会关系并且有助于对未来的关系的继续甚至改善时，才是符合基层司法中的当事人对司法功能想象和期待的”。<sup>[54]</sup>在一些案件，比如家事案件中，棱角分明的法院判决可能不但没有解决问题，反倒会带来新的麻烦。无论是在 X 法庭还是 N 法院，法官们在处理离婚案件的时候，都告诉过笔者，这个案子不能说判了就判了，还要考虑“他们”以后的生活，这些精神在结案时之多的调解书中体现得非常明显。在笔者所见到的离婚调解书中，事实和理由都阐述地极其简单，大致为“某某与某某，某年认识，婚后感情尚可，但由于双方性格不合或婚前了解不多，致使婚后夫妻感情不好，经常因家庭琐事发生争吵，现某某诉至法院，请求离婚，某某亦同意/不同意离婚，本院认为双方婚姻感情确已破裂，准予离婚或夫妻之间应以家庭为重、相互尊重云云，本院对某某要求离婚的诉讼请求不予支持”。若调离，会附有其他如子女、财产等事项。而如此千篇一律的调解书，也鲜有当事人要求在该调解书中补充清楚他们千奇百怪的各样离婚理由。笔者并不认为这是当事人权利意识的淡薄和法官的懒惰，也不认为依照法律的规定调解书的事实理由可以简写。最主要的是，如法官们所言，当事人一段婚姻结束，并不是其所有生活的结束，他们还要开始新的生活（婚姻），有可能他们还会复婚。而将这些千奇百怪的离婚理由写入调解书，对当事人并没有什么好处，相反有可能影响他们以后的生活。这一超出裁判本身的“多余”考量，显然是以形式性及普适性为标准的“判决”所无法考虑的，实质上也是其不应该考虑的。但是在“调解”这一裁判技术下，裁判者既可以充分搜索纠纷发生的过去、现在，也可以对纠纷解决后的未来做力所能及的估量，这种估量，甚至超出了当事人的预想。这样的一种父亲对子女关怀式的裁判方法，决定是棱角分明的“判决”所达不到的，而这在“调解”的语境下却可以是一种经常行为。

### 2. 执行难度的考量<sup>[55]</sup>

如果讲求效果，讲求纠纷解决，特别是以后的执行难度（这个也是算在绩效里的，进入执行程序的案子的数量），都会影响法官的判断。<sup>[56]</sup>以下以 N 法院受理的王某诉何某民间借贷一案来说明执行是如何影响法官的调解选择的。

被告何某曾借原告王某 6 万元用于做生意，由何某之妹做“担保”（何某之妹与王某熟识，皆系某市出租车司机，也是老乡，也住在同一个小区的院子里）。本案唯一的证据为，何某在一张广告纸的背面写给王某的借条一张，上有何某之妹的签名，并在签名前列明“保

[54] 武红羽：《司法调解的生产过程》，北京：法律出版社，2010 年，第 87 页。

[55] 一般而言，审判庭的法官是可以不关心执行的，只要能够结案即可。但出于本院审判质量和执行率的考虑，法院都会在内部的审判工作会议上特别强调业务庭在裁判时要注意执行的问题。F 区的审委会成员中，就有该院执行局的 W 局长，每次在谈到审委会中讨论的案子时，该委员都会分析该案在执行中有可能遇到的难度，其他委员也一般会充分考量该委员的意见。有如，F 法院在其内部的一份审判指导意见中，明确要求民庭法官在裁判有关抚养费时，尽量让当事人一次性付清，而尽量不要以月/季度等时间段而分期履行，已绝日后执行之患。

调解是否一定比判决更能使得法院裁判文书得以执行，尚有待进一步的数据验证。但有一点是明确的，法官在调解时，肯定都会考虑到案件的执行，也往往以保证能执行的效果来说服一方当事人作出让步。

[56] 参见唐应茂：《法院执行为什么难：转型国家中的政府、市场与法院》，北京：北京大学出版社，2009 年。

证人”字样。庭审中，主审法官多次通知其出庭应诉，被告均已生意繁忙为由，一直未出庭。另据原告与被告之妹称，被告生意赔本，资金困难。

在N法院的G法官看来，被告的还款能力很差，最主要的就是如何让被告尽快还钱。由此，案子要尽量以调解结案，如果判决，很有可能因找不到被告而无法执行。由于被告一直未到庭，法官在与被告电话联系的同时，主要一直通过被告之妹来“传话”——来给被告做工作，让被告尽快筹款。审理过程中，法官也一直给被告之妹施加压力，讲明如果其兄不能还款，将由保人来承担还款责任等严重后果。调解过程中，法院依原告的申请，作出了财产保全的裁定，扣押了被告妹夫的在某车行的一辆营运出租车。该裁定显然有问题，法官也承认这一程序存在错误，但法官解释说完全是为了能够让被告及时还款，不得已而为之<sup>[57]</sup>。法官很清楚，被告真的不还钱，法院的生效裁判文书将没有办法执行，由此，法院也将错就错，一再给保证人讲明被告不还款的后果，在这个案子中，法官发挥了非常积极的作用，最终的还款方案基本是法官一人所定，经商量原告，法官希望被告能在15日内分三次还清借款<sup>[58]</sup>。对于三位基本没有法律知识的当事人，法官在大致听清了当事人的各自陈述后，作了一份调解笔录，并让当事人签字确认<sup>[59]</sup>。好在这个案子中，被告在15日还请了所有的借款。可见裁判的效果，特别是最后的执行，对法官是否选择影响也很大。

#### （八）棘手案件之处理：“去法”还是“超法”

此处，“棘手案件”取自德沃金《法律帝国》中所述“Hard Case”的概念<sup>[60]</sup>。对于Hard case的理解，中文并不统一，在这里，笔者倾向于做“棘手案件”<sup>[61]</sup>解，在范围上既包括“难案”、“疑案”，也包括“人情案”。特别要强调的是，这里不涉及对法律漏洞的填补<sup>[62]</sup>。依基层司法的普遍做法，在此一情况下，法院一般会在立案之际，自动过滤这些案件而不予受理，如果立了案也会想法让当事人撤诉或驳回起诉。这里的“难案”主要是指哪些司法无法解决但有需要司法解决的案件；“疑案”指事实无法查清，但有不能以证明责任分配理论进行解决的案件；“人情案”涉及对司法独立之干涉。

某种意义上，法院调解成了消解审判资源不足的案件处理手段。对于这些案件的处理仅靠法官的解释远为不足，更是功夫在法外，法官往往是穿越于法律之内外，以修补法律调整

[57] 在这里完全是法官“欺骗”了当事人。一者，当事人对于财产保全的范围并不是很清楚，另一方面，绝大多数的当事人对待法院和法官还是非常配合，或者说他们还是认为法院是有力量的。在这个案子中，法院先是去了原告申请的欲保全的出租车车行，发现车主并非被告、亦非保人，而系保证人之夫，但是法官还是觉得有必要冒险，这样至少可以起到一定的威慑作用。在后来的程序中，法官一再对被告之妹讲，“让你哥赶快还钱，这样我们就给你们下裁定（解除财产保全的裁定），你们就可以跑车了（营运出租车）”等等。

[58] 案子中，原告并不太愿意被告在半月内分三次还清，而是希望一次当庭付清，最后基本是在法官的“强迫”下在调解协议上签了字，对于原告的不情愿，法官在背对背的调解中，批评原告“不懂事”。

[59] 前已提及，被告在庭审与调解中并没有出现，一直都是法官的电话遥控。由于被告的缺席，诉讼程序几乎停止。但法官还是通过对被告的遥控，“征求”其调解的意见，并将调解的协议“写在”笔录里（此处涉及法院的笔录记录技术）。在被告最后出现前，制作后调解书，待送达时让其一并补签前面早已达成的调解协议上的被告签名。当然对于这一被告缺席的调解协议，还是很担心，毕竟这是违法的。为了避免可能发生的问题，法官一面督促被告尽快还款，一方面叮嘱原告出去“不要乱说”，也委婉告诉被告，这是对他的“理解”和“照顾”，希望他能够“配合”法院的工作。

[60] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

[61] 於兴中：《法治与文明秩序》，北京：中国政法大学出版社，2006年，第135页。

[62] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2004年；吴庆宝主编：《法律判断与裁判方法》，北京：中国民主法制出版社，2009年；董皞：《司法解释论》（修订版），北京：中国政法大学出版社，2007年；[英]蒂莫西·A.O.恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，北京：北京大学出版社，2010年。



不及的细节，弥合法律整合不到的空隙，平衡法律关系不能涵盖的“关系”<sup>[63]</sup>。由此并不排除法官通过调解的方式部分回避、隐藏或者软化、遮盖问题的存在，即所谓的“打擦边球”<sup>[64]</sup>，亦有学人使用“协调”<sup>[65]</sup>来定义这一司法过程。在笔者看来，这一过程，法官经由调解在解决纠纷的同时，依然进入了另一领域，即其所实施的行为有“去法”、“超法”的嫌疑。“去法”即规避法律，“超法”即超越法律规定“造法”。无论是“去法”还是“造法”都是危险的。我国需要发展适合的 Hard Case 处理机制。

### 三、一个附带问题的讨论：当事人对调解的同意与反对

将当事人对待调解的态度——同意或反对，作为一个附带问题，在于尽管其是文章第二部分的一个继续，但又和第二部分所阐述的各理由不同。前述各点都可以抽象到法官、法院的层面，是从法院、法官的角度来对待调解，它有一个明确的指向：即如何达致成功的调解。然而当事人并不全然是希望调解成功，他有可能是阻碍调解的。因为调解协议的达成，是在当事人和法官之间制造合意——法官希望案件能够以调解的方式结案，同时当事人也顺应了法官的思路，最终在当事人和法官之间“制造了同意”<sup>[66]</sup>。就当事人制造同意而言，同前述各点基于法院、法官出发的理由相比，表现出一定的不同。当事人在调解结果的最终生成方面既可能是被动的又可能是主动的，但无论是主动还是被动都有可能使最终的调解失败。当事人在调解中处于被动，是指在调解程序的启动上，主要还是法院、法官在起作用。一般而言，纠纷进入到诉讼阶段，当事人双方之间已经很难通过和解、调解来解决纠纷。但如果双方有调解的意向，碍于“面子”或其他原因，任何一方都不愿回到谈判桌前，这时就需要法官的适时介入。言其主动，意指调解是否启动，并不必然取决于法院、法官的态度与姿态，当事人对此可以直接或间接反对。间接反对是指当事人尽管在表面上同意调解，但是对整个调解过程采取消极的态度抵消法院、法官在调解结果达成上的努力。

限于文章主题，本文不再讨论其中的具体细节，仅就法院、法官对待当事人及其当事人的态度进行必要分析。

#### （一）当事人的身份与态度

经年的司法经验，法官习惯于将当事人依一定的标准做一定的分类，比如偏执型当事人、通达型当事人等。在法官看来，对于那些非常偏执或者“一根筋”的当事人是很难调解成功的<sup>[67]</sup>。法官亦重视当事人的身份（公务员、农民工、下岗职工、企业职工、打工仔等），在法官看来不同职业的当事人在对待调解的态度上不尽相同。在 X 法庭，M 法官坦言那些街头的痞子、混子、是非精，都是“特别难缠”的当事人；反之，他觉得公务员、在“单位”上班的、文化教育程度较高的当事人，在对待“钱”这些利益时并不是特别计较，反倒比较温和，多数情况下都能顺利和平调解。M 法官还称，那些生活相对安定和殷实的中产相对好处理一些。

---

[63] 同注[19]，第 478-496 页。

[64] 陈统奎：“‘能动司法’天折记”，《南风窗》2010 年 9 月 3 日。

[65] 吴英姿在其文章中指出：“协调通常发生在……虽然可以使用调解，但案件的处理结果可能超越法律规定，或者法律对案件的处理无能为力的情形。换句话说，法官是在不得不采用调解手段处理案件，但不能获得正式制度认可的情况下，出于避讳，转而使用‘协调’一词来指代‘调解’。这就是该词的来源。”同注[19]，第 478-496 页。

[66] 参见[英]迈克尔·布若威：《制造同意：垄断资本主义劳动过程的变迁》，李荣荣译，北京：商务印书馆，2008 年。

[67] 在法院，会听到法官与书记员讲到很多关于当事人的故事，而不少一部分当事人便是那些在法院看来很“神经病”的当事人。这些当事人大多都可以划到缠讼、上访户一类。他们或是由于法院判决不公，或是自己认为处理不公，常年处于“诉讼之中”，即其主要的的生活便是“打官司”“伸冤”。对于这样的当事人法院大都采用“躲”的办法。

## （二）代理人的作风或者职业道德修养

越来越多的当事人倾向于聘请专业人士，主要是律师与法律工作者，来解决自己所遇到的法律纠纷。而这些代理人对于调解结果的是否达成，也起到了很大作用。

（1）有代理人（含法律工作者<sup>[68]</sup>）的参加，特别是有“特别代理”权限的代理人，可能并不喜欢调解。一种可能的情况是基于当事人的特别授权，代理人完全架空委托人。即当事人失却了自己当事人的地位，失却了对诉讼进程的控制，完全被代理人所“代理”<sup>[69]</sup>。另一种情形是，选择调解则意味着对一定法律关系的承认，而这又是一方当事人所不希望的。如F区法院处理的任XX申请确认其夫高XX与XX房地产开发有限公司存在劳动关系一案中，房地产开发公司的诉讼代理人坚决不同意调解，因为他认为高XX与其公司之间根本就不存在劳动关系。

（2）在涉及财产的案件中，如果当事人聘请有代理人，对于债权人而言，大多数情况之下都会申请财产保全。如果正好债务人有足够的财产来偿还债权人的债务，多数情况下，债权人会拒绝调解。因为比起可能会使债权数额“大打折扣”的调解来，债权人如果能够“坚持到”判决，最后获得的债权数额会更加符合当事人的诉讼请求。

（3）特殊类型的案件，可能使调解的难度加大。在N法院Z法官办理的一起离婚案件中，原告（女方）聘请了律师，被告并没有聘请代理人。开庭时，被告明确告知Z法官，如果女方的代理律师出庭，其将坚决不同意法院调解，也坚决不同意离婚；法院如果判决不准离婚，他将继续上诉，去到政法委投诉等等。审理中，被告声称原告之代理律师职业素质很差（Z法官告诉笔者原告的代理律师其实非常不错），一直在“教唆”原告图谋其房产，他对此非常气愤和反感。就笔者的观察，被告生气的是这样的涉及隐私的事情，根本就不应该有律师的参与，律师的参与是女方有意图谋其财产。可见，这里深层次的问题似乎是当事人对律师本身还没有承认，对其并没有好感。<sup>[70]</sup>

在遇到类似上述三类案件时，有正好有当事人代理，则法官在选择调解上就会比较慎重，因为有可能其选择通过调解解决纠纷的途径从一开始就会遭遇抵抗。从中不难看出，当事人及其代理人对法院调解的反对有可能是法官所不希望的。这也说明当事人在对调解的选择上是“不自由”的，这从另一个层面也揭示了文首所提及的基层法院司法的调解出发型思维及“强判”逻辑。

## 四、结论

经由前文，可初步得出如下两点结论：调解倾向性思维或者“调解中心主义”的思路，已然对基层法院解决纠纷的方式产生了重大影响。从中不难看出，其中的某些因素促进了法院调解的良性发展；但更应注意的是，这些因素中某些成分有可能将法院调解引向危机，带来法院在司法上的紧张。在这后一情形下法院调解蜕化成了一种为调解而调解的扭曲调解，这已与正式的立法产生了一定的冲突。

文章的另一个结论是，基层法院法官采用调解作为其办案的最主要的方式，这是一个合力的过程。对其深层次的理解，需要从更广阔的背景来考量。尽管法院调解规定在法律的框架内，但其存在的基础与理论来源却不止于法律。由此带来的问题是，当事人想象中的应然

---

[68] 同注[14]。

[69] 一种较常见的表现形式是，代理人凭借自己的专业知识、甚至其他知识（如人脉资源），以“建议”的名义完全使当事人丧失对诉讼的思维和评价能力。See Carrie Menkel-Meadow, Transformation of Disputes by Lawyers: What the Dispute Paradigm Does and Does Not Tell Us, Mo. J. Disp. Resol. 25, 1985.

[70] 相似论述可参见：Donald Black, Sociological Justice, Oxford University Press, 1993, p14; [美]博西格诺等：《法律之门》（第八版），邓子滨译，北京：法律出版社，2007年，第703-717页。

“调解”与法官具体操作中的实然“调解”都没有完全依照法律的规定。这种背离，既反映了我国司法技术的粗糙不足，也暗含了法官隐形裁量权制约上的困难。对于后者，这是一种随性个人英雄主义的体现，尚无法成为一种体系化的成熟司法技术。

在前文，笔者曾提及，若不对这种调解模式进行必要之规制，则有可能造成法院调解的危机，并引致法院司法上的紧张。结合前述各项法院选择调解之动因，在笔者看来，这里涉及两方面的问题：是否存在对调解理念的绑架和对调解人主观自觉的过度自信。这两方面问题处理上的不当便有可能引发前述紧张，原因在于，如果对前述问题的回答是肯定的，那么在这里，调解已经偏离了自身的正常发展轨迹，已然在种种外力的挟裹下丧失了自主性，亦即，在有关调解话语权的争取上，调解当事人完全或大部分让位于了调解人。在这一情势下，法院调解的开始、发展、结束，甚至最终结论的确定，调解当事人都失语了，而变换成了调解人的“一厢”意志力。这是危险的，其中体现了强烈的法官中心主义，而失却了调解最重要的协商与妥协个性，成了一个近似于绝对的决定，即变向的判决。也就是说调解人担当了一个判决人的身份，用一个调解的程序作出了一个判决的结果。这本没有什么不妥，但是问题是，这里存有理念的差异，法律对判决的过程的作出有严格的诉讼程序和详细的证据规则来做保障，而调解则简单许多，这些并不是其强调的重点。

如前所述，调解已成为法院在解决纠纷上的第一考虑，形成了一种调解依赖，司法过程变成了以调解而展开的“调解中心主义”。在这种情况下，调解的过程正当性便有可能是要让位于调解结果的达成，调解人具有了获致“欲求”结果的潜在思考。这固然对于纠纷解决效率的提高有一定效果，但是在极端情况下，就极有可能牺牲调解当事人一方甚至双方利益的可能。而对于这种牺牲，完全超出了当事人的可妥协范围和底线，则会引发更大的问题。依照当下之制度，对于调解结案的案件，当事人并不能上诉，尽管当事人可依违背自愿合法原则而要求启动再审程序<sup>[71]</sup>，但此种情形下再审程序的启动是有困难的。制度内救济的失败，在当事人不能忍受时，对这种结果不满的发泄和救济便是制度外的极端解决，诸如上访、以“生命”作为抗争<sup>[72]</sup>的展示的自杀等。限于篇幅，此处所做的论述，仅为文章提出的一个观点略作回应，毕竟这只是一种理论假设，尚有待实证资料的进一步验证和深入阐述。

（初审编辑：谢进杰）

---

[71] 参见我国《民事诉讼法》第182条。

[72] 有关该方面的论述，可参见汪庆华、应星编：《中国基层行政争议解决机制的经验研究》，上海：上海三联书店，2010年；应星：《“气”与抗争政治》，北京：社会科学文献出版社，2011年；于建嵘：《抗争性政治：中国政治社会学基本问题》，北京：人民出版社，2010年；等等。