

中国的诉讼调解：演变、制度及近期动态

张 卫平 *

引言：

由于历史、政治、文化以及法律观念等原因，诉讼调解或法院调解¹⁾在中国的民事诉讼中一直具有十分重要的地位。虽然，对诉讼调解的重视程度在不同的时期有所不同，但总体而言，中国民事诉讼十分重视通过调解终结诉讼。不仅在司法政策层面上，在法律规范和司法解释的规范方面也突出了诉讼调解的地位和作用。尤其是从本世纪初开始，由于中国执政党明确提出了建构和谐社会的政治口号，在观念上更进一步强化了调解在化解社会矛盾方面的积极作用。调解被认为是实现社会和谐的重要手段，并试图在政府主导下形成所谓“大调解”格局²⁾，以应对社会转型中出现的大量矛盾和纠纷。相应地在民事诉讼中，诉讼内的调解更被作为构建和谐社会的重点方法得以强化。强调在民事诉讼的整个过程中都可以实行调解——立案阶段、立案后开庭审理前、开庭审理中，辩论结束之后判决之前，一审、二审以及再审中也都可以调解。2012年新修改的民事诉讼法在这一背景下也明确规定了民事诉讼应当先行调解的诉讼原则。

改革开放以来，因为强调以诉讼调解方式解决纠纷，所以，中国的民事诉讼十分明显地显现出诉讼调解化或调解型诉讼的特点。虽然在理论界对于诉讼调解在中国民事诉讼中的作用和应有地位、调解与裁判的关系一直存在争论。2012年中国共产党第十八次代表大会（以下简称“十八大”）之后，中国在司法政策上显现出一定程度的转向，似乎不再像“十八大”之前那样强调“大调解”，而是强调用法治的方式、法治思维化解矛盾，重视法治对于社会治理的作用。学术界和实务界也开始反思诉讼调解的过度化或泛调解化、民事诉讼调解化的问题。

在此时机，本文欲对中国民事诉讼调解的演变、现行的制度规范、诉讼调解的新动向以及人们对此的认识或争论作一概要的介绍，以使人们对中国的诉讼调解制度有进一步的了解。

* 清华大学法学院 教授 (This paper was lectured on 21st October 2013 at Ritsumeikan University in Kyoto (supported by a grant-in-aid from the Japan Society for the Promotion of Science).

1) 在中国最高人民法院的司法解释中将诉讼调解或法院调解称为“民事调解”。因为民事调解容易与诉讼外的其他民事方面的调解混同，本文使用诉讼调解或法院调解的这一概念。

2) 有学者认为，“大调解”一般是一种由地方地方政府主导之下各级政府部门联合指导人民调解组织解决纠纷的一种机制。（参见，吴英姿：《大调解的功能及其限度》，载《中外法学》2008年第2期）。就笔者考察的情形来看，“大调解”是一个内涵不确定的概念，主要是指由党政主导、主体多元、手段多样、方式灵活、相互协调解决矛盾纠纷的综合体系，提出特点是政府主导，目的是实现局部地区的社会稳定。

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中国诉讼调解的制度（例如和解制度），但相比较而言，中国显然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。这与中国争议解决方式的历史发展有密切的关联。通常的观点认为，追溯遥远的历史，可以发现民间调解一直在解决争议方面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，从而被不断延续下来，并被吸收进司法制度之中，成为中国司法解决争议的一种重要方法和手段。尤其是在共产党革命早期的根据地，基于法治意识、法律规范缺失以及政治的需要，³⁾ 调解更成为一种司法方法。调解的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”⁴⁾ 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。⁵⁾ 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五⁶⁾ 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。”⁷⁾ 这里所指的“行之有效的经验”主要就

3) 中国共产党的一贯政治策略是团结群众，发动群众以便实现自己的诉求。当时根据地的这种司法方式，包括调解也被认为是团结群众的一种有效方式。参见强世功主编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2001年版，第120页。

4) “马锡五审判方式”就其元初的状态（而非发展了的状态）而言是当时人们对马锡五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和总结，所谓马锡五审判方式是这种审判方式的概念化和符号化。由于马锡五先生司法工作的典型性——他的司法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，并得到当时高层的认可和赞扬，——所以人们将其称为“马锡五审判方式”。马锡五审判方式的特点概括为以下几点：（1）司法干部对纠纷要全面、客观深入地进行调查；（2）实行审判与调解相结合；（3）断案由司法干部和群众共同进行；（4）诉讼程序简便利民。将诉讼简便利民加以展开，则可以扩展为巡回审理、就地审理、免除诉讼费用、受理和审理的简便和简化，不受任何形式的限制。反映马锡五审判方式以下价值导向：其一，简化纠纷解决的程序；其二，便利当事人诉讼；其三，避免直接适用法律；其三，裁判者道德积极干预。参见：张卫平：《回归“马锡五”的思考》，载《现代法学》2009年第5期。

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

6) 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。

7) 柴发邦主编：《民事诉讼法教程》，法律出版社，1983年版，第51页。

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。

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。人们对司法最终解决寄予很大的期望。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，民事案件大量增加，⁸⁾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，加之，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，相应地，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。⁹⁾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。

进入二十一世纪后，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。实际上在上世纪八、九十年代国外已经开始关注纠纷解决的ADR，包括所谓司法ADR¹⁰⁾，强调纠纷解决的弹性化和多样化。¹¹⁾由于时滞的

8) 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。《中国法律年鉴》1982年、1987年、1994年、1996年版。

9) 参见《最高人民法院公报》1988年第3期。

10) 关于司法ADR的内涵，在中国学界，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。（章武生：《民事简易程序研究》，人民出版社，2002年版，第292页。）

11) 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。

原因, 国外的这种发展趋势在二十一世纪初期才被作为一种“西方意识”影响到中国, 引起了学术界和实务界的重视,¹²⁾ 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”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”、“惯习”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。法治的发展要求依照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, 因此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什么发展的空间和余地, 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, 诉讼调解解决结案的, 不需要法官给出明确的法律根据和理由, 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制度背景下, 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。

5、调解有利于减少法官的工作压力。(1) 从审判工作量来看, 调解可以省掉庭审中正式开庭要求, 避免了对事实的认定, 对证据的质证、认证。(2) 法官也不需要向上级如组长、庭长、院长汇报案件, 省掉请示汇报的麻烦。在中国, 没有法官独立, 审判具有很

12) 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。

强的行政化色彩。对于疑难案件要求法官请示汇报，即所谓请示汇报制度。(3)不需要像裁判那样讲究法律的正确适用。(4)调解有的不需要制作调解书，省去了裁判文书的制作，即使制作调解书也不像制作判决书那样有严格的要求。¹³⁾

2004年前后，诉讼调解随着政治形势的变化而进一步升温。基于抑制国内社会关系冲突的社会、政治需要，执政党新的高层领导人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，对这一政治要求的落实被司法高层理解为在司法领域中“复兴”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。在人们的认识当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。不仅在民事纠纷领域中诉讼调解重被提到了非常的地位，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的。

近十年来，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%以上的幅度在提高诉讼调解的结案率，调解结案率已经超过60%。根据2005年最高人民法院的统计数据，各级人民法院审结的各类民事案件中，法院调解结案的1334792件，调解结案率31%，许多基层法院调解结案率已经达到70%以上。¹⁴⁾在以后的几年里调解率还在一直攀升。有的法院已经达到90%，¹⁵⁾甚至有个别法院提出了要实现“0判决”的目标。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”，在法院“审判管理指标体系”¹⁶⁾中占有很大的权重。在法院系统中的各种机制激励了法官们提升调解率。¹⁷⁾

二、诉讼调解的制度规范

因为民事调解在中国具有十分重要的地位，因此，在制度设计上也就比较注意对民事调解的制度建构，这一点在现行民事诉讼法和最高人民法院的司法解释中都得到了明确的体现，尤其是在诉讼调解再次得以强势回归之后，人们更进一步强调通过制度细化诉讼调解的规范，使着重诉讼调解能够得到具体体现。关于诉讼调解主要的制度规范文本是最高人民法院2004年公布的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《民事调解若干规定》)。由于最高人民法院的司法解释实际上具有法律规范的作用，因此，该《规定》也就成为了关于民事调解的主要规范依据。该规定主要涉及以下几个方面的内容：

13) 参见，宋朝武等著：《调解立法研究》，中国政法大学出版社2008年出版，第52页。

14) 肖杨：《最高人民法院工作报告》(2005年3月9日第十届全国人民代表大会第三次会议)。

15) 张嘉军：《民事调解结案率实证研究》载《法学研究》2012年第1期。

16) 中国法院系统内部考核各法院审判绩效的一种指标体系。其中包括调解率、撤诉率、上诉率、上访率等指数。

17) 有不少人认为，由于司法政策上对强化诉讼调解的要求，因此关于调解率的数据可能有人为的因素并不能反映其真实状况。

（一）明确规定了答辩期满前可进行调解

中国民事诉讼法尽管规定了在民事诉讼中应根据自愿和合法原则进行调解，但没有具体规定进行调解的具体阶段，在认识上，一般认为起诉之后至判决之前都可以进行调解。而根据最高人民法院《民事调解若干规定》，在答辩期间即可以进行调解。该《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。所谓“答辩期满前”应当包括了三种情形：其一，一审阶段中，原告起诉法院受理案件后至答辩期届满的期间；¹⁸⁾其二，二审阶段（上诉阶段），当事人上诉之后，上诉答辩期限届满前；其三，再审阶段，本案再审程序启动之后，再审当事人答辩期限届满前。《民事调解若干规定》这一规定的实际意义在于明确了在案件受理之后至答辩期间内都可以进行调解。在没有这一明确规定之前，人们通常会在开庭审理中才会进行调解，因为在这个时候当事人都在场便于进行调解。如果规定在答辩期之前可以进行调解，也就意味着一旦立案就可以进行调解。这也包括起诉立案后移送审判庭之前¹⁹⁾进行的调解，即所谓“立案调解”。²⁰⁾在民事调解的实务中，立案调解有的也理解为包括立案前调解和立案后的调解。所谓立案前的调解，是指在原告起诉后，立案之前法院所进行的调解。这种调解的目的在于减少诉讼，如果调解成立，其结果通常是原告撤回起诉。

在实务中民事调解通常在五个阶段进行，1、原告起诉后，法院立案之前；2、法院立案之后，答辩期届满之前；3、被告提交答辩状之后，开庭审理之前；4、开庭审理之中；5、开庭审理之后，法院裁判之前。有问卷调查显示，在被调查的人中，愿意在开庭审理中进行调解的比例最高，为50.7%；其次是答辩期满之后第一次开庭前；选择答辩期满前进行调解的仅为14.8%。²¹⁾

（二）明确规定协助调解和委托调解

1、协助调解

所谓“协助调解”是指，在诉讼中，法院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法院的调解工作。（见《民事调解若干规定》

18) 中国民事诉讼法第125条前段规定：“人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起十五日内提出答辩状。”第167条也规定：“原审人民法院收到上诉状，应当在五日内将上诉状副本送达对方当事人，对方当事人在收到之日起十五日内提出答辩状。”因此，不论是一审，还是二审，被告或被上诉人收到起诉状副本之日起第15天即为答辩期满之日。由于本案的再审程序是根据具体的原生效裁判的情形而定，原裁判为一审生效裁判，则本案再审程序适用一审程序；原生效裁判为二审的，本案再审程序适用二审程序。因此，答辩期间也按照相应规定。

19) 按照中国法院审判分工的程序，原告起诉之后首先由法院的立案庭对原告的起诉进行审查，认为符合起诉条件的予以立案，然后根据案件的性质将案件移送给相应的审判庭审理。例如合同案件纠纷案件将移送给民事审判一庭进行审理。房地产案件将移送给民事审判二庭进行审理。知识产权的纠纷案件移送给专门的知识产权庭审理。

20) 杨畅：《试论民事立案调解制度的建构》，载北京市高级人民法院编：《北京市法院立案审理理论与实务研讨会文集（2006）》，第1页。

21) 《法院调解实证分析（上）》，载宋朝武等著：《调解立法研究》，中国政法大学出版社2008年出版，第61页。

第3条)虽然在民事诉讼法第95条中有关于协助调解的规定,²²⁾但相对而言,《民事调解若干规定》的规定更加具体和明确。协助调解的制度规定其目的在于促使当事人双方达成调解。法院在调解之前通常会了解哪些人参与将有利于调解的达成。了解情况之后,法院为了促成调解通常会先向这些人介绍有关案情,说服这些参与者积极促成调解。从实证调查的情形来看,大多数人愿意协助法院进行调解。²³⁾关于协助调解,人们也存在不同的认识,主要是关于协助调解的性质问题,即协助调解是否是一种司法性质的调解。²⁴⁾

2、委托调解

《民事调解若干规定》首次明确规定了委托调解制度。“委托调解”是指经各方当事人同意,人民法院可以委托相关单位、团体、组织或者个人对案件进行调解,达成调解协议后,人民法院依法予以确认的制度。根据该规定,被委托的单位和个人包括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。

由法院委托单位、社会团体个人进行调解从制度的目的实际需要来看,主要是为了解决因大量案件需要调解所导致的法官资源紧张的问题。改革开放以来,民事案件一直呈现不断增长的态势,法院的法官数量虽然也一直在增加,但在一些经济发达的地区,法官依然处于很大的审理压力之中;²⁵⁾另一方面,因为调解工作无需法律专业技能和知识,更多地是说服工作,因此,其他非法律人士就可以胜任调解工作,使得委托调解成为可能。一些学者更从ADR体系建构的角度认识委托调解,认为委托调解是司法ADR的一个有机组成部分。²⁶⁾一些基层法院近些年来专门成立了“调解中心”,例如,南京市鼓楼区人民法院。该调解中心的一项职能就是委托单位、团体或个人进行调解,协调调解工作的展开。

对于委托调解,人们也存有质疑。主要问题是委托调解,在性质上是否还是法院调解或诉讼调解。法院调解是利用法官的法律专业技能和法律专业知识促成调解,并保障调解的合法性和正当性,而委托调解并没有这一优势。同时,被委托人调解的费用及支付标准都是问题。

(三) 先行调解

在着重调解的司法政策指导下,民事诉讼实务中实际上已经贯彻了先行调解的原则。在原告起诉立案之后法院通常都要进行调解。但2012年之前的民事诉讼法典中并没有明确规定先行调解的原则。2012年修改民事诉讼法时,基于对着重调解的强调,民事诉讼法也相应规定了先行调解原则。修改后的民事诉讼法第122条规定:“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。这里先行调解包括当事人起诉到人民法院之后尚未立案之前这一阶段。因此,实际这一规定就突破了原来人们关于法院只能在诉讼系属之后才能介入的调解的一般法理。如此规定也是为了避免纠

22) 民事诉讼法第95条规定:“人民法院进行调解,可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人,应当协助人民法院进行调解。”

23) 《法院调解实证分析(上)》,载宋朝武主编:《调解立法研究》,中国政法大学出版社2008年出版,第67-68页。

24) 同上。

25) 肖宏:《全员审判:应对案多人少的好机制》载《人民法院报》2010年4月30日第二版。

26) 肖建国:《司法ADR建构中的委托调解研究》载《法学评论》2009年第3期(总155期)。

纷案件进入审理程序，希望在进入诉讼程序之前化解纠纷。这一规定也受到一些学者的批评。有学者指出，在完成立案以前，不管是域外大陆法系国家所实行的“起诉登记制”下的立案，还是我国迄今为止所实行的“审查受理制”下的立案，法院或者法官都是不能实施这些职权行为或者审判行为的。²⁷⁾

(四) 和解与调解的对接

在中国，无论在民事诉讼法中，还是民事诉讼实务中，都存在着和解这种解决纠纷的方式，只是因为法院的主动介入使得民事调解的适用率远远高于和解。但由于毕竟存在着和解的情形，因此在强调调解的态势下，也就存在如何将和解与调解对接的问题。对此，《民事调解若干规定》第4条第1款规定：“当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。双方当事人申请庭外和解的期间，不计入审限。”²⁸⁾ 该条第2款规定：“当事人在和解过程中申请人民法院对和解活动进行协调的，人民法院可以委派审判辅助人员或者邀请、委托有关单位和个人从事协调活动。”

(五) 超诉讼请求的调解

超诉讼请求的调解，是指在诉讼中，法院调解可以超出当事人的请求范围达成调解协议。司法解释允许调解超出当事人诉讼请求的范围，目的在于能够更广泛地解决当事人之间的纠纷，使得纠纷获得一次性解决，有助于提高纠纷解决的效率。超请求范围的调解通常是在诉讼中，一方当事人提出了在诉讼请求之外的争议，并寻求通过调解加以解决。基于法院的消极裁判地位，一般不会主动提出超诉讼请求范围纠纷的调解。虽然司法解释认可超诉讼请求范围的调解，²⁹⁾ 但人们对超诉讼请求范围的调解存有争议。主要的质疑在于诉讼调解是基于诉讼请求，没有诉讼请求就没有本案民事诉讼，如果调解超出了当事人请求的范围就意味着调解不再是诉讼调解，而且实际上也违反了不告不理的原则。

(六) 明确规定履约责任

通常认为调解在解决纠纷方面的作用取决于当事人是否能够遵守调解协议，即使双方当事人达成了调解协议，但一方当事人不履行协议就不能有效解决纠纷，反而会影响纠纷解决的效率。一般情形下，一旦达成调解协议，法院会根据调解协议制作调解书。调解书一经送达即将产生与判决书相同的法律效力。因此，为了制约当事人的事后反悔权，《民事调解若干规定》首次明确规定，人民法院对于调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的，应予准许。（第10条）也就是说当事人可以在调解协议中约定不履行调解协议的民事责任，相当于合同违约责任。不过这里的问题是，如果一方当事人真的在调解协议达成后，不履行调解协议的，如何追究其当事人的违约责任呢？在合同的情形，如果合同一方不履行合同的，另一方可以通过诉讼追究违约人的违约责任。在调解协议的情形是否也

27) 赵刚：《关于“先行调解”的几个问题》载《法学评论》，2013年第3期。

28) 在中国，为了缩短诉讼周期，民事诉讼法中专门设置了审限制度，即规定一审和二审的审理须在一定的时间内审理结束。需要延长时，可以向法院院长或上级法院申请延长一定的审理期限。例如一审的审理期限为六个月，经法院院长批准可以延长六个月，还需延长的经上级法院批准。（民事诉讼法第149条）二审的审理期限为三个月，需要延长的经法院院长批准。（第176条）

29) 《民事调解若干规定》第9条规定：“调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。”

要通过诉讼追究不履行调解协议的责任呢？有实证调查报告提到在问卷调查中发现法官们对履约责任的现实性多持怀疑态度，认为与其规定履行责任，还不如直接适用调解书，因为调解书一旦生效同样具有强制执行效力。³⁰⁾

（七）调解担保制度

《民事调解若干规定》第 11 条规定：调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的，人民法院应当准许。案外人提供担保的，人民法院制作调解书应当列明担保人，并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的，不影响调解书生效。当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效。

上述规定由此确立了调解担保制度。调解担保的目的也依然在于保障调解协议的履行。通过调解担保扩大了责任主体范围。在性质上，调解担保与民事实体法上的担保相同。关于调解担保的法律根据是担保法。与其他担保不同的是，调解担保具有直接执行的效力，其效力来源于法院的审判权。³¹⁾ 实务中，一般是在诉讼调解中的一方担心虽然达成调解协议，但却不能履行，因此，希望他人能够担保履行义务。实务中调解担保已有实例，表明确有这种制度需求。³²⁾

三、诉讼调解的新动向及争论

中国共产党第十八次代表大会之后，政治层面显现出了执政党对法治的重视。“十八大”报告明确提出了要以法治思维、法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的观点，再次强调任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权，绝不允许以言代法、以权压法、徇私枉法。执政党领导和政府领导人的更替也对中国的司法政策导向发生了一定影响。理论界和实务界也开始反思过去的司法政策导向。普遍认为，因为政策导向的问题导致存在诉讼调解泛化和滥用的倾向。调解的泛化和滥用实际上折射在司法政策导向上对有法必依、执法必严的误导和解构，影响了司法裁判的功能，导致了司法权威的贬损，最终使得法律权威不断贬损。笔者认为，这一问题的发生有其特定的中国语境。

对诉讼调解的积极作用和意义，人们是持肯定态度的，批评者主要针对强制性调解、泛调解化的政策导向和相关的制度规定。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了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、观念的契合³³⁾，进一步强化了命令的强制性。中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

30) 《法院调解实证分析（上）》，载宋朝武主编：《调解立法研究》，中国政法大学出版社 2008 年出版，第 63-64 页。

31) 王杏飞：《法院调解担保制度探析》载《石河子大学学报（哲学社会科学版）》，2006 年第 2 期。

32) 北京市西城区法院案例（2011 西民初字第 26107 号）转引自黄冠猛：《民事调解担保条款中的常见问题及解决思路》载《人民司法》2012 年第 6 期。

33) 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。

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”实际上已流于形式,案件的审理又自然回到了“着重调解”的时代,甚至超越了“着重调解”时代。

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。虽然在最高法院《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。³⁴⁾

在民事诉讼中,是坚持调解中心主义,还是裁判中心主义,一直是学术界争论的问题。近些年来,无论是法律规定,还是司法政策都坚持了调解中心主义。对此,有学者指出,中国正处于法治的初创阶段,需要建立法律规则意识,建立普遍的守法意识,人们需要更多的了解法律的内涵,尤其是实际运用中的法律。但是强化调解和泛调解化必然因为弱化裁判功能,模糊法律对权利义务的规定,弱化了人们的法律意识,导致守法意识、规则意识的淡漠。在西方国家,法治状态与中国完全不同,不处于同一个层面。纠纷解决的应有方式与该特定的社会和法治状况应当一致。中国需要司法裁判强化法律规范,解释法律规范。

强化诉讼调解与人们对维护社会稳定的政治需求有关。由于社会矛盾加大,维护社会稳定成为最大的政治任务。但如果简单地将强化调解与和谐社会简单对接,认为强化调解就有利于社会稳定其实是误识。裁判具有解释法律、细化法律、激活法律、使法律实在化的功能,因此,对于和谐社会的建构具有更大的意义,而不是相反。因为和谐社会的形成和维系关键在于社会秩序的完善和遵从。法律规范是社会秩序的核心和最重要的组成部分,司法裁判能够保证法律规范作用的活性化,从而有助于和谐社会的建构和维系。司法机关通过自己的司法裁判实现法律对国家和社会的管理和控制,这也是法治基本要义。从法治国家的经验来看,通过实在的法律稳定社会,通过司法裁判稳定社会,不仅比“压制型维稳”更有效,更有可持续性,其成本更低。

人们还质疑强化调解的实际功效和作用。通常认为调解结案有利于义务的自动履行,但由于强化调解的结果,实际上调解并没有提高义务的自动履行率,相反大量调解的案件

34) 张卫平:《诉讼调解:时下态势的分析与思考》载《法学》2007年第3期。

进入执行领域，完全颠覆了调解的比较优势。³⁵⁾ 有学者的地方实证调查也支持了强化调解并没有提高自动履行率的观点。³⁶⁾ 调解的比较优势的另一个方面在于周期短。因为通过调解可以减少许多程序，如果在开庭审理前达成调解，则避免了开庭程序；一审调解结案也就避免了上诉程序。但实际上，实务中诉讼调解也同样花时间，费周折，尤其反复调解的情形下，此种情形并不比直接裁判节约诉讼成本。³⁷⁾

在着重调解、强化调解正当化认识中，认为着重调解更符合中国纠纷解决的传统，更符合人们的传统观念。对此，有学者认为，实际上在重调解方面并非就是中国传统。有历史资料表明在清代，知县听讼一般并不进行调解、而是当庭断案裁决。³⁸⁾ 着重调解的传统应该起源于革命根据地时期的法庭调解传统，是在缺失裁判实体法依据，只能按照情理和乡规民约的大背景下的产物，因此，不能从中国纠纷解决的历史传统中获得正当性。

结语

2012年中国共产党的“十八大”以后，随着人们对泛调解化政策以及大调解政策的批评和反思，从媒体宣传来看，“大调解”已经不再像过去那样为当下政府所重视，在法制类媒体中对调解的宣传和报导也有所降温。在主流意识开始强调以法治思维和法治方式治理中国社会的今天，诉讼调解有可能恢复到当调则调，当判则判的应有轨道。人们的共识是诉讼调解只有坚持自愿原则，调解才能发挥其应有的功能和作用。单纯从所谓“案结事了”而不顾及纠纷解决的公正性和正当性的认识和做法必然损害法律和法治。

诉讼调解之所以为法院重视与中国特有司法体制有密切关联，由于司法不独立，法院在司法时难以发挥依法裁量的作用。又因为司法裁判不能发挥其应有的功能，使得司法裁判不能成为解释现有法律，具体指引人们行为规范的工具，导致大量民事纠纷涌向法院，导致法院难以承受审理的巨大压力。因此，要使诉讼调解回归应有的轨道，发挥裁判的功能，司法体制的改革是关键。

中国正处于社会转型时期，笔者认为，在这一时期强调裁判的作用有助于全社会法律观念和意识的形成。在诉讼程序中，裁判是中心和重点。对于转型中产生的大量纠纷，更好的方法是建立ADR体系加以应对。这种应对也不应当是那种政府主导的所谓“大调解”格局，这种政府主导方式必然导致政府更广泛的干预，不利于社会、法治的发展。

35) 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载《法学》2012年第1期。

36) 李力在撰写的《民事调解高反悔率及其解释》（载《法律适用》2010年第7期）一文中对某地法院8年间审理案件的结果调查发现，合同案件反悔率高达60%；权属类案件反悔率52%；婚姻类案件反悔率23%。

37) 《法院调解实证分析（下）》，载宋朝武主编：《调解立法研究》，中国政法大学出版社2008年出版，第95页。

38) 黄宗智：《中国封建制度的经济史、社会史、文化史研究》载《比较法研究》2000年第1期。

