

中国语境中的“司法调解”

——一种非标准性阐释

单 锋^{*}

〔摘 要〕 尽管当下司法调解的实践本身比各种话语表述更富创造力,然而一种以“中国”为中心的司法方法论、以“中国”为中心的司法调解观远远未能被我们发现或发明。这至少是因为我们如何评判司法调解与如何表述它皆成了问题。分析这些问题就是在表述:我们的司法调解不是完全经由法律适用来确认权利或利益,而是主要通过实践智慧弥合了公正问题与合法问题,亦即需要解决的争议重点不在于依据哪些法律来裁断,而是借助于转变了裁判者的身份,使其在现行的法律制度内作为调解者来促使纠纷的解决,并以此来追求某种社会公正与社会和谐。

〔关键词〕 司法调解;司法公正;利益(权利);中国语境

一、问题的提出

为了表述正义与善的关系,列奥·施特劳斯在《自然权利与历史》中煞有介事地举了一个例子:“一个大孩子有一件小外套,一个小孩子有一件大外套。大孩子是小外套的合法拥有者,因为他或者她的父亲买了这件外套。可是,这件外套对他来说并不好,不适合他。”如何解决这个问题呢?施特劳斯认为,“明智的统治者因而就会从小孩子那儿把大外套拿走,给了大孩子,而丝毫不考虑什么合法所有权的问题。我们至少得说,公正的所有权与合法的所有权是完全不同的两回事。”^①关于“大小外套”,施特劳斯经由辨析——裁判若依据“合法的所有权”是否有违公正与依据“公正的所有权”是否有悖法律,来表述某种合乎自然正当的秩序。就此而言,我们需要追问:关于裁判的公正问题与合法问题为什么会产生分离呢?明智的统治者或法官又该如何至少让当事各方对裁判结果同意并

^{*} 法学博士,南京大学法学院副教授,210093。本文是江苏社会科学基金项目“解释论视域下的新民事诉讼法研究”(14FXB007),南京大学文科项目“解释论视域下的新民事诉讼法研究”(2062014273)的阶段性成果。

①[美]列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,北京:生活·读书·新知三联书店,2003年,第149—150页。

满意呢?经由(司法)裁判,我们到底意欲达致何种秩序呢?

因应于这些思考,本文将指明,源自革命根据地时期,后被新中国或彰或抑地奉行的“司法调解”,完全能够对上述问题提供某种思路:司法调解,不是完全经由法律适用来确认权利或利益,而是主要通过实践智慧弥合了公正问题与合法问题,^①亦即需要解决的争议重点不在于依据何种所有权来裁断,而是借助于转变了裁判者的身份,使其在现行的法律制度内作为调解者来促使纠纷的解决,并以此来追求某种社会公正与社会和谐。一言以蔽之,司法调解改写了公正问题与合法问题。基于这种理解,本文将主要分析以下三个问题:关于某种程度上流行的、基于利益衡量或权利思维之上的“司法公正”观念的检讨;由此来强调,司法调解在何种意义上改写了司法公正,这就是在反思如何评判司法调解更准确的问题;借助于考察司法调解是否是一种可替代性争端解决方式和其可调和性问题来描述当下司法调解所呈现的实践智慧,这主要是在分析如何表述司法调解更可行的问题。在文末,笔者通过简析“司法调解化”与“调解司法化”问题来表达对司法调解发展问题的审慎立场。

二、“司法公正”的检讨:一种以利益衡量或权利思维为例的探究

“司法公正”一般被视为是现代政治与法律文明的一种当然的价值共识。然而,吊诡的是,何谓司法公正却不仅是非自明的,而且常常会陷于诸种迷思。尽管如此,学界关于当下所推行的“大调解”司法政策,最大的担忧就是其有可能会减损司法公正。较为典型的说法是,“在很多情况下,‘调解’就是‘和稀泥’,往往各打五十大板,不能令当事人心服口服,更不能传播正义和法治的理念。”^②然而,这样的表述,往往忽视了现代政治与法律文明的合法性恰恰逆向建构着某种司法公正。更准确地说,以司法公正为依据去评判司法裁判似乎是不证自明的正确行为,而对司法公正的质疑似乎都将会变成自然不正确的行为。面对如此这般的逆向建构,我们不得不追问:司法公正真的具有自然正当的品格?以何种司法公正为司法裁判的评判标准会更贴近现实经验?在某种程度上,我们的司法实践是不是在不断进行着关于司法公正的改写或创造,亦即建构着某种司法公正的合法性问题呢?为此,需要首先检讨司法公正问题,然后再辨析它在司法调解之中的表述问题。

有关公正现代社会之所以具有令人敬仰和陶醉的品性,颇具代表性的表述是因为“现代人把社会视为大家为了自己的利益而组织起来的合作体。由于合作可以使大家得益,因此理性的人就一定会参加合作,但是推动大家去参与合作的动力,是个人的利益,因此,对于从合作中能够得到多少好处当然就是参与者最关心的问题。而公正问题就是关于在合作中,每个人所应该得到及付出的究竟是什么的问题。”^③同时,“公正所涉及的基本问题是人与人、人与社会之双重结构关系中的利益、权利、义务、责任问题。相对人来讲,权利即资格,它是配享的体现;义务乃责任,需要担当来实现。但无论是权利还是义务,都涉及利益:利益是权利和义务的实项内容和本质规定,权利和义务是

^①关于公正问题与合法问题的分离以及在理论上如何凝练司法实践智慧弥合了两者等,有学者表达过如下极具代表性的观点:“然而,法官也知道,自由主义要求法治,它禁止任何人去挑战已经被正式创制的法律,除非在法律本身要求这样做的时候。那么,那些想要忠诚于正义的法官的责任又是什么呢?……迄今为止,我强烈地感到法律是一种杰出的或丰富的实践推理形式,法律的力量来自于它要求法官抹去他或她自身这一事实。司法就是通过成为法律的一个工具而促进正义。”(Anthony J. Sebok, *Legal positivism in American Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. xi.)其间所涉问题远较前述主张繁复,容笔者另文详述。

^②王建勋:《误入歧途的中国司法》, <http://www.aisixiang.com/data/45464.html? page = 1>, 最后访问时间 2012 年 8 月 30 日。

^③石元康:《公正领域的区分能造就社会主义吗?》,《复旦政治哲学评论》(第一卷第 3 辑),上海:上海人民出版社,2011 年,第 4 页。

利益的实现(展开)形态,公正则是衡量个体能否在与他人和社会的双重关系中实现利益对等的评价尺度。”^①由此可以看出,以利益衡量或权利思维来审视公正问题似乎是言之凿凿的了。事实上,尽管鲜有直接以人性自私为出发点来阐释司法公正问题的观念或学说,但是司法活动本身却与利益衡量或权利思维有着斩不断、理还乱的关系。

首先,对司法公正与否的评判能否直接与利益得失或权利衡平问题相关、与自私问题相联,这值得我们深究。正如社群主义者们所指出的那样,“奠基在公正上的社会本身就不是一个完美的社会。因为就如休谟所说,公正这种德性,本身就是以自私为出发点的”^②。那么,由此我们自然可以推论出“奠基在公正上的司法本身就不是一种完美的司法”。因为司法公正本身所着眼的不过是当事者的是非对错、利益得失或权利衡平等问题,它的要害之处在于“有是就有非、有对就有错、有得就有失”;或者说它所追求的不可能是一种双赢的博弈格局,而至多只能是“有赢有输”,有时甚至是“双损”的局面。以前述“大小外套”为例,无论是以“公正的所有权”还是“合法的所有权”来裁判,最终司法公正与否的评判标准似乎只能是权利衡平与利益得失问题。当然,司法活动与利益衡量或权利思维问题要远比我们的推论复杂得多。在学者们的相关著述中,利益(衡量)既可以被当作一种司法方法,也可以被看作一种司法的终极价值标准。^③比如,在利益法学者看来,司法审判方法的前提是:“法律规范构成了立法者为解决种种利益冲突而制定的原则和原理”^④。这样法官在援引某法律规范的过程中,必须考虑并确定立法者试图通过该规范所维护的利益,因此利益问题就成为了司法所考虑的主要因素。但究其根本,利益问题则是与法理学中的应然问题、法律目的问题等融贯在一起的。这一如庞德所指出的,在司法领域法官应如何司法这一应然问题是法理学中最为棘手的问题,因其在终极的层面上要依凭一种有关价值的理论。同时,他在论述法律目的的时候,也将法律哲学的终极问题归结为承认、界分和保障利益的价值判断。^⑤然而,将利益衡量视作司法公正的要义,这并非是没有问题的。早在柏拉图那里,他就意识到对个人利益和好处的无情追求将彻底败坏人的自然本性且会割裂生活本身^⑥;通过无情地追求个人对权力的欲望或其他愿望而试图“自然地”或“与自然法相符合地”生活是无效的、不连贯的和不理智的;个人的欲望依其本性,不管是智力上的(如对于知识和友谊的欲望)或主要是情感上的(如对于可口事物、性、权力和各种名誉等的欲望)都需要由理性的标准控制和缓和。或许可以说,古希腊的先哲们早就清醒地认识到,人性不能局限于利益,司法公正问题理应超越利益衡量问题。

其次,利益衡量及权利思维所建构的现代性话语也从根本上否定了人们的制度批判和想象能力。如果“我们被要求去将权利和资源在分配的进步改革当成是社会制度秩序为了实现理想图景而掷下的赌注。这就想象性地消除了我们对这种秩序的批判。”^⑦利益以及与此相关的权利话语对人们法学思考的支配特别容易造成一种现象,即人们都相应地专心于甚至满足于在既有的社会基本制度框架和安排下寻求本人或本利益相关群体的利益和权利争夺问题,而无暇顾及身陷其中的社会安排之正当性及合理性问题。但是基本的制度安排和人类联合的人为图景却构成了群体利益、集体身份认同以及社会可能性的既有观念形成的背景,而迄今这些背景却极少受到有效挑战。只有这些背

①唐代兴:《资格与利益:从分配公正到实践公正》, <http://www.aisixiang.com/data/detail.php?id=10024>, 最后访问时间 2012 年 8 月 30 日。

②石元康:《公正领域的区分能造就社会主义吗?》,第 4 页。

③参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,北京:法律出版社 1996 年版,第 128 页。

④[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,1999 年,第 144 页。

⑤参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004 年,第 367—471 页。

⑥See J. Finnis, “Natural law: The classical tradition”, in J. Coleman & S. Shapiro (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 4.

⑦[美]罗伯托·昂格尔:《法律分析应当为何?》,李诚予译,强世功校,北京:中国政法大学出版社,2007 年,第 263 页。

景结构遭到质疑,“人们在思考什么是自己的真正利益时,才开始明确地、前所未有地依赖于他们自己的描述,描述着自己最终可以到达的别样社会世界。”^①只有这样,人们才可能不仅仅关心利益或权利而且同时也能够拥有自己的理想,生活本身也才可能充满着各种挑战和机遇的开放可能性。

再次,在利益衡量或权利思维之下,不仅社会秩序及其制度免除了有效的检验和批判,而且就连支配社会本身的指导性原则的正当性问题也将会是逆向依赖于利益或权利概念的。如以罗尔斯为代表的西方主流自由主义关于社会制度正义的一个根本认识就是所谓的“权利优先于善”,亦即“社会由多元个人组成,每一个人都有他自己的目的、利益和善观念,当社会为那些本身不预设任何特殊善观念的原则所支配时,它就能得到最好的安排;证明这些规导性原则之正当合理性的,首先不是因为它们能使社会福利最大化,或者是能够促进善,相反,是因为它们符合权利(正当)概念,权利是一个既定的优先于和独立于善的道德范畴。”^②在这里,权利不再成为被检验和批判的对象而是成为了检验和批判的标准本身。在社会发展进程中,最要紧的是,在既有的社会制度和安排下如何争取更多的权利和利益;于是,社会俨然成为了一个最大的利益争夺战场;于是,才有了所谓的弱势群体、非异性恋群体或任何其他群体的权利保护问题等等。当然,在此笔者不是说不应当为各类人群、为社会所有人争取到更多的权利和利益,而是担忧当权利/利益成为了制度及其指导性原则正当与否、社会进步与否的最终判准时,我们是不是恰恰正在作茧自缚呢?具体就本文主题而言,难道司法公正与否的评判问题真的就没有别样的路径与逻辑?

三、“司法调解”的陈述:一个以“中国”为中心的司法方法问题

不难看出,笔者认为,司法公正问题本身值得深究,由某种司法公正(尤其是以利益衡量或权利思维为主的)逆向建构的现代政治与法律文明并非是自然正当的。但是,通常人们并未能够自觉到这一问题的存在,往往是未经反思地论述。^③需要申明的是,笔者并不是说这样的论述是不正确的或没有理论依据的,而是说将某种“司法公正”视为一种自然正当、一种放之四海而皆准的解释性框架是成问题的。这是因为与司法公正问题直接对应的——我们的司法实践经验本身包括相关历史话语等不应该被忽略、更不用说被删除了。正是基于此,笔者认为,在一定程度上,“司法调解”过程中的司法实践智慧创造性地阐发了一种司法公正。概括地说,它是以“中国”为中心的司法方法之上的公正观念之表述。

一如日本学者沟口雄三认为,中国的中国学研究者可以透过中国这个独立的世界,即戴着中国眼镜来观察欧洲,对以往的“世界”加以批判。^④例如,“自由”为何物?“国家”为何物?“法”、“契约”为何物?戴上这副中国眼镜,这些以往被看作是普遍真理的东西就能够变得个别化、相对化、地方化了。鉴于此,笔者认为,以中国为中心的司法方法论远远未能被我们发现或发明,这是因为我们似乎已经习惯于以他者的经验和理论来比照自身;经由该种方法所谓“司法公正”问题将不再会拘泥

^①[美]罗伯托·昂格尔:《法律分析应当为何?》,第265页。

^②[美]迈克尔·J·桑德尔:《自由主义与正义的局限》,万俊人等译,南京:译林出版社,2001年,第1页。

^③比如,“司法公正是法的自身要求,也是依法治国的要求,其基本内涵是要在司法活动的过程和结果中体现公平、平等、正当、正义的精神。”参见何家弘:《司法公正论》,《中国法学》1999年2期。

^④沟口雄三在讨论日本中国学时是这样表述的:“一经思考便可发现,以往——没有中国的中国学当然不在论内——以中国为‘目的’的中国学是以世界为方法来看中国的。毫无疑问,这是为使中国在世界面前恢复其地位而努力思考得出的结果,即为在世界面前恢复地位,就要以世界为目标、为基准来考虑中国的达标程度(或差距程度)……以‘世界’历史发展的普通规律为例,这种‘世界’即是欧洲。对中国来说世界是方法,因为世界只有欧洲,所以反过来说对于中国,世界能够成为方法。”参见[日]沟口雄三:《日本人视野中的中国学》,李苏平、龚颖、徐滔译,北京:中国人民大学出版社,1996年,第94页。

于权利、利益或其他表述,这是因为无论是历史的还是当下的司法实践之中均有未能被我们具体表述的法理(事理)和智慧。

司法调解之中的法理应以“中国”为中心。通常那些以“世界”或“欧洲”为中心的论述,并不能够发现合乎中国司法调解本性的道理。早在20世纪60年代美国学者科恩就表达过如下见解:“中华人民共和国法律体系的一个最显著特征是调解在纠纷解决当中占有不同寻常的重要性。在共产党的中国司法体制中甚至仲裁都不被认为是最后的诉求,因为那些方法,就其本身而言,都是在没有当事人同意的情况下终止了争议。”^①这种论述除了揭示出中国司法调解的某些外在特征之外,往往会依其自身的理据和逻辑来分析甚至批判我们的司法实践,也自然会以当事人的同意来说明在中国调解凌驾于审判之上的原因,等等。实际上,即便依据他者来认知,亦即强调调解与审判这两者之间存在实质性差异,但就差异之中的特定价值而言,我们却不能以他者的思维来简单地否定我们自身经验的表述可能。例清代名吏汪辉祖在其《学治臆说》中对“听断”与“调处”所进行的比较:“勤于听断善矣,然有不必要过分皂白,可归和睦者,则莫如亲友之调处。盖听断以法,而调处以情,法则泾渭不可不分,情则是非不妨稍措”。在这里,“以法听断”与“以情调处”并非一件物什;而归于“和睦”皆为两者之根本。但对此我们若是完全遵循且信奉“权利或利益”思维,则会误读甚至是读不懂“法”与“情”之辩;因此转而“拟置换”^②(pseudo-substitution)成某种公正为司法最终价值归宿,从而会消解掉以“和睦”为最终价值归宿的特定诉求、消解掉以“中国”为中心的表述可能。简言之,无论是司法调解还是司法审判,因缘于某种尚难完全明述的假置换,使表述的内容和方式游离于事物本性、抹平了中国与他者之间的分殊。因此在某种意义上可以说,以“中国”为中心的司法调解,至少不能也不应该以他者来消解掉“和睦”或其他司法价值诉求,尽管它在事实上尚须某种理论化的表述形式。

司法(或立法)活动之中的实践智慧不断改写着“法理”。宽泛地讲,自清末修律以来,我们一直都在追随着他者,这在一定程度上,表现为对于个人“权利”等的推崇。具体就立法方面而言,“袭西俗财产之制、坏中国名教之际、启男女平等之风、悖圣贤修齐之教”,这是张之洞针对1906年沈家本等所呈《刑事民事诉讼法》草案所作的批评,他特别提到“父子必异财、兄弟必析产、夫妻必分资”以及“甚至妇人女子、责令到堂作证”的观念违反了支配家庭关系的基本道德原则。^③ 在我们对“权利”观念已经如此熟悉的今天,张之洞的这些批评似乎很难理解也没有什么道理。而根据黄宗智的考察,在理论和正式表达层面,清末法律中没有权利这样的概念,“清代法典总的概念结构实际上不允许国家权力与个人权利或社会总体权利之间的任何对立,而那样的对立正是大多数现代民法典的基础概念”,“对清代法官而言,说国家与公民社会间的对抗就像说父母与孩子间的对抗一样不可思议。”^④ 因此,尽管是从西方的个人权利角度出发的,但是清末法律的修订在民事条例方面却仍然以禁止与惩罚的方式表达,而不是完全按西方的方式直接规设权利。与立法方面的变革相呼应,司法方面的跟进则是必然的,有时候我们甚至可以说司法变革更值得关注。这是因为,虽然司法中以禁止与惩罚的方式同样可以起到保护个人权利的功用,但是若与根据“权利”的司法相比,清末司法活动所体现的司法理念之不同却是根本性的。它有别于近现代以“权利”所彰显的他者实践经验,它试图以传统观念或概念来置换和诠释他者的理念,但是“在中国的法律推理中,儒家理想表达的显然是一种显然世界的图景,而法典中的实用条款和法官的判决行动,则回应的是这些理想难以鞭及的现实生活

^①J. A. Cohen, “Chinese mediation on the eve of modernization”, *California Law Review*, vol. 54, no. 3, 1966, pp. 1202—1226.

^②参见[英]迈克尔·博兰尼:《自由的逻辑》,冯银江等译,长春:吉林人民出版社,2002年,第106—107页。

^{③④}参见[美]黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海:上海书店,2007年,第30、24页。

情境。实际的现实决定着某些行动,恰如儒家说教持续指向一个理想世界的图景”^①;进一步来看,清末以来的司法活动,当然也包括立法活动,实际上是一个比照他者不断进行自我调适的历史进程。

当然,与当下的司法(立法)实践相比较,我们并不认为,当下的与清末的法律实践具有必然的关联。但是,从当下司法调解所诉诸的法律适用方式、社会效果和价值排序上来看,它与传统的司法理念之间又的确有着千丝万缕的联系,它也的确在改写着、创造着一种司法公正。中国传统的司法被界定为“调解型司法”,当下民事领域的司法实践倡导“调解优先”,两者之间或许存在着未被发现的“家族相似”。在一定意义上,可以说,中国传统司法以追求“无讼”社会为理念。因为传统儒学规范强调的,不是尊重个人权利而是维护群体价值与实现家国祥和;而诉讼却意味着存在于人与人之间、人与家国之间和人与自然之间“和谐”的瓦解;同时,诉讼也将导致好讼争利的心态在社会中滋长蔓延。因此,传统社会的纠纷解决或者说法律适用的目标,并不把明晰利益视为当然,而更重要的是维护某种既定的社会秩序及其价值位序。而经过变革或者说转换的当下司法实践,在很大程度上,由于不得不面对合法的与公正的(正义的)分离之困境,诸种实践方式不断发生着变化,亦即“如今,是由法律生成正义和非正义的裁断,这造成了一种对早先传统的背反,依照传统是由正义生成法律。实在法拒斥任何先在的必要性或者正义的束缚。”^②换言之,无论何种属性的现代社会几乎都要求合法的优先性,这就改变了司法调解的工作前提和工作结果,即在法律适用方式上调解须在法律规定的框架之下展开,裁判结果若不违反法律则任何可能的协议皆能被接受且被证明为正当的;在价值位序上,形象一点讲,“司法调解”所奉行并实践的公正可以看作以法律的原则和规范为圆心,以司法和调解技巧为半径的圆,只要最后的结果落在圆周上,就都是公正的、正义的。这或者说,“司法调解”的正义(公正)是一种“有弧度的正义”,其弧度的大小(即实际的社会效果)根本上仰赖于法官对法律的理解以及对审判与调解技艺的掌握和熟练程度。如此这般的当下司法调解,在某种意义上,可以说,它近似于传统纠纷解决样式,至少表现出了相类似的司法实践智慧;而从一个裁判者到一个调解者到底需要注意哪些具体实践智慧,又或如何提炼相关司法调解技艺,这至少需要我们明确地意识到不能唯他者标准是瞻。

总之,可以确信的是,当下司法调解深处于法律实践和未来法律图景这两者之间互相牵制与校正的张力结构之中。因此,以“中国”为中心的司法方法之上的公正观念之表述尚未真正被我们发现或发明,我们也只能提供某种非标准表述。这其中的深层社会原因,或许如张旭忧心重重表达的那样:“我们在‘变’、‘改革’、‘接轨’方面走得是很快的,但在‘不变’的领域就处在一种漂游或飘零状态,不但在生活目的和文化认同上没有决断力,连有没有价值、认同这种问题,需不需要有价值判断和文化认同都吃不准或根本不愿意去想了。”^③

四、“司法调解”实践的辨析:关于调解的表述与实践之间的背离问题

在这里,我们试图去表述关于司法调解如何公正的一种理解,然后去甄别司法调解所坚持的与改变的是哪些,其表述困境又是什么。对“司法调解”的认识以苏力的论述最有代表性:“在大调解

①[美]黄宗智:《经验与理论——中国社会、经济与法律的实践历史研究》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第318页。

②[美]玛丽安·康斯特布尔:《正义的沉默:现代法律的局限和可能性》,曲广娣译,北京:北京大学出版社,2011年,第17页。

③张旭东:《全球化时代的文化认同:西方普遍主义话语的历史批判》,北京:北京大学出版社,2006年,第145—146页。

中,法院和法官始终以司法身份出现,于其中扮演核心角色,积极主动解决纠纷,因此不仅与传统的调解不同,甚至与外国法官以非司法身份展开的调解也有重大区别。”^①苏力具体指出了我国当下大调解语境之下的“司法调解”的一些重要特征,他并非反对或否定“司法调解”,而是意图强调法官不能只调解不司法。笔者颇有同感,但禁不住还是要追问:如何表述“司法调解”将更为可欲?经由考察司法调解是否是一种可替代性争端解决方式?其可调和性所涉及的问题指什么?

(一) 可替代的与不可替代的

我们可以发现,在西方“对法律实践和争端解决的讨论经常由一种看待世界的“或者……或者”语式所支配并由此发生歪曲。大众读物和学术出版物总是被如下对比占据着,即正式的和非正式的,竞争的和合作的律师风格,委托人的权利和需要,律师和委托人对判决的控制,如此等等。无论它对于勾勒出法律改革的修辞学问题有什么功用,这样一种二元的思考方式与法律实践更为复杂的现实并不和谐一致,法律实践经常并不位于截然对立两极的一端或另一端而是处于两者动态的相互作用之下。”^②这也就是说,依此方式来看待的话,调解只能作为一种替代性的争端解决方式而存在,即调解充其量也就是一种非正式的争端解决程序。在美国,虽然自上个世纪六七十年代起越来越多的学者在不断发掘调解优于司法的理据,^③而且事实上调解在“小额索赔法院”^④也得到广泛的应用,但是调解作为非正式制度的定位始终没有改变。

在中国,无论是历史上的还是今天的调解,将司法调解视为一种“替代性争端解决方式”的表述,在笔者看来都是有问题的。这首先是因为调解和司法诉讼所追求的根本目标不同而导致两者能否互相替代颇成疑问。司法诉讼的主要目标是依据法律裁断纠纷,至于当事人在此项争议解决之后能否和好如初、如何继续相处的问题则不是法律也不是司法所关心的。换言之,司法所追求的是“法律”的正义或“权利”的正义。而调解则不同,调解所主要着眼的并非权利义务如何明晰、责任如何具体分担等问题,调解员在调解过程中致力于完成的并不完全是查清事实、分清是非,而主要是针对当事人对待他们之间纠纷的基本认识和态度、当事人对于解决相互间争议的意见和倾向等。如果就争端具体解决的功能来说,这两种争端解决方式是可以相互替代的,但是如果就争端具体解决的效果而言,替代之后似乎很难达成它们本来所追求的那种社会目的或社会价值。其次,即便我们暂且承认了调解与司法诉讼的相互替代性,但是因为调解一直以来就是中国民间最为青睐、使用也最为广泛的一种争端解决方法,尤其在民事领域,与其说调解是司法诉讼的替代纠纷解决方式,还不如说司法诉讼是调解的替代纠纷解决方式。因为,不仅在历史上能够进入正式司法程序的民事纠纷就很少,而且在今天,即便是进入司法程序的民事纠纷,有数据显示绝大部分也是以调解的方式结案的。^⑤再次,司法诉讼这种解决纠纷的方式除了与调解、仲裁及其他的纠纷解决机制具有同样的功用外,我们还可以从执行国家法律和政策之工具的意义上来理解它,与这一视角紧密相关的则是司法与其他

①苏力:《关于能动司法与大调解》,《中国法学》2010年第1期。

②C. A. McEwen, L. Mather & R. J. Maiman, “Lawyers, mediation and the management of divorce law practice”, *Law & Society Review*, vol. 28, no. 1, 1994, p. 149.

③See C. A. McEwen & R. J. Maiman, “Mediation in small claims court: Achieving compliance through consent”, *Law & Society Review*, vol. 18, no. 1, 1984, pp. 11—13.

④按照《元照法律辞典》上的解释,“小额索赔法院”在美国通常指对不超过500美元的小额索赔案件有管辖权的地方法院,有时也被称作市政法院或治安法院。小额索赔法院主要受理房东与承租人之间的纠纷以及生产经营者与消费者之间因提供的商品和服务而发生的纠纷。它一般不是存卷法院,诉讼程序不正规,由当事人直接将案件提交法官,通常不需要有律师参加,也无陪审团。当事人对裁决不服的,还可以请求具有一般管辖权的州地区法院或县法院重审。

⑤在1990—2000年法院审理的一审民事案件的结案统计情况表明,一审民事案件以调解方式结案的在这几年都占到60%左右至少50%以上,而判决和裁定的结案率虽然由前几年的20%左右上升到后来的40%左右,也仍然没有超过调解结案的比例。这还不包括没有进入诉讼阶段的纠纷以及虽然已经进入诉讼,但是当事人主动撤诉的案件。

政府部门之间的关系,而不是司法与其他纠纷解决机制之间的关系。就司法执行国家法律和政策此一功能来看,能够在一定范围内、一定程度上替代它的恐怕只有立法、行政等这些部门的职能之发挥,又岂是调解等可以担当得了、替代得了的呢?

由是观之,将调解作为司法诉讼的替代性争端解决方式,这在某种程度上是有表述上的疑问和实践中的问题的。既然司法和调解在前述意义上是无法相互替代的,那么我们是否有理由认为,如果将二者结合起来就能够实现它们在目标和功能等方面的互补呢?或者说我们是否能够以此为我们现在推行的“司法调解”正名呢?关于司法和调解或“法律调解”问题,强世功表达过如下见解:正是因为面对着改变法律和改变社会生活的两难,“共产党在司法实践中找到了一种新的出路:这就是法律调解。一方面,调解是一种实践的操作,可以在实践中背离法律的某些原则,但是他并没有改变法律政策或整个政治意识形态,因此,鼓励调解使法律实践适应当时的社会状况,但是,并不由此构成对共产党的政治意识形态的合法性的破坏。另一方面,在调解的过程中,法律又成为一个有效的工具渗透到乡村社会的治理当中,他不仅在解决法律问题而且同时在解决社会问题。法律正是通过调解的渠道参与到对社会的总体性的治理实践中,从而改变着乡村社会,使现实生活逐步符合现代法的规范和要求。”^①公允地说,尽管强世功上述讨论直接着眼的是为什么“马锡五审判方式”能够在当时的司法实践中成功地将审判与调解结合起来,但是讨论本身却表明了中国式司法调解是一种特定历史与现实相结合的、政治与法律相关联的产物,中国式司法调解真正克服了某种二元对立非此即彼的思维方式。换言之,在司法调解的可替代性问题上,或者说在看待正式的和非正式的解纷机制等之间关系时,较为妥当的方法并非断定二者孰优孰劣,而是要透过它们在理论上与实践中的不同关联并在不同关系中考察它们发生作用的具体方式。因此,我们认为,将司法调解表述为一种“替代性争端解决方式”是误置入了他者的话语系统,也是对我们自身司法实践经验的不尊重;在某种程度上我们一直以来都在试图坚持发挥“东方法宝”——调解之于稳定社会秩序、达成社会价值共识的功能与意义。这正如范愉所指出的那样,“司法调解在中国绝不仅仅是一种解决纠纷的技术或方法,而是社会治理的一种制度性或体制性存在,因此,研究调解绝不能仅仅着眼于程序的层面,而必须将其视为社会治理中的一环,结合社会转型的背景展开。”^②

(二) 可调和的与不可调和的

基于但同时又不局限于当下的司法实践,比照但同时又不迷失于他者的司法实践,这样的做法将有助于克服某些司法调解观念的束缚,也将有助于在调和折衷的意义上创造崭新的司法文化。这一如昂格尔所言,“我们必须确保我们的司法实践既是开放的又是可欲的,既符合现实又有能力进行想象。只有在这样一个空间中,才可能产生社会改革的真正任务。”^③以美国为例,在其过去的三四十年来非诉讼纠纷解决方式发展很快,出现了“先调后裁”和“先裁后调”这样一些结合形式。^④ 可以看到,这些结合形式打破了人们将各种纠纷解决方式看作是彼此独立、不可逾越这样的一些固有认识,为人们的制度想象预留出了足够的空间,更为解纷机制改革和实践开辟了思路。

具体就我们的“司法调解”而言,如果说承继传统调解文化这样的表述是成问题的、须具体的分

^①强世功:《权力的组织网络与法律的治理化》,强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,北京:中国法制出版社,2001年,第221—222页。

^②范愉:《调解的重构——以法院调解的改革为重点》,《法制与社会发展》2004年第2、3期。

^③[美]罗伯特·昂格尔:《法律分析应当为何?》,李诚予译,北京:中国政法大学出版社,2007年,第166页。

^④“先调后裁”——双方先进行调解,调解不成,中立者改变角色,成为仲裁员,替双方决定处理结果。“先裁后调”——双方请仲裁员听取案件情况,作出决定后将结果先密封,然后作为调解员为双方协调。如果调解不成,再将仲裁员先前密封的决定公开,该决定即成为具有约束力的仲裁裁决。

析,那么强调“马锡五审判方式”与当下司法实践之间的调和可能,这或许会改变我们关于司法调解本身的表述方式和表述内容,笔者将之概括为,从裁判者到调解者的司法实用性问题。首先,裁判者与调解者的融合。产生于中国本土、闻名于陕甘宁边区、津津乐道于现今的“马锡五审判方式”,是革命根据地时期的司法工作者对当时的社会、政治、经济、文化和法律等限制性条件进行创造性实践的结果。以马锡五亲自调查审理过的“刘巧儿”婚姻上诉案为例,新的调整婚姻关系的法律法规不健全,而且婚姻自主的原则与在广大农村颇有生命力的父母包办婚姻习惯做法也格格不入,各种程序性的法律规定也不完善,等等所有这些现状对于解决纠纷似乎都是不利的。但是马锡五却翻山越岭,穿越于田间地头,一改坐堂问案的旧习,深入人民群众当中,了解民情案情,依靠人民群众,能调解的案件就调解,不能调解的就判决,打破各种条条框框的束缚和限制。不仅成功审理判决了“刘巧儿”案为代表的许多经典案例,而且还开创了“马锡五审判方式,使审判与调解结合于一,是边区司法的新猷。”^①“马锡五审判方式”不仅是边区司法的新猷,而且以历史的眼光来审视也是新中国司法的新猷。实际上,原本“汉语中调解一词的根本含义在毛泽东之前的时代实际上与英文中的 mediation 是相同的——也即,通过第三方的协助或介入自愿地解决分歧——而且主要是指社会调解。然而,根据毛泽东的司法观,随着国家控制的扩张,法院调解和行政调解变得非常普遍而社会调解急剧地缩小。”^②换言之,以“马锡五审判方式”为代表的司法调解与中国历史上的和现代西方所谓的调解都是不同的,差别的重点在于作为调解者的第三方解纷的依据与有无官方身份。在“马锡五审判方式”之中法官具有多重身份,他融合了依法裁判与据事调解的职能特征,亦即司法调解实际过程之中充斥着调和色彩,同时以某种实用理性为行动指南。其次,裁判者与调解者的分离。历经了诸多可以明述的与只能默会的发展和变化,我们的司法调解,在一定程度上,又把纠纷解决过程当中的法官身份按纠纷解决进程作出了分离。1982年《民事诉讼法》第97条规定,“人民法院受理的民事案件,能够调解,人民法院应当在查明事实、分清是非的基础上进行调解,促使当事人相互谅解,达成协议。”这是在之前有关司法调解的法律法规中从来没有提及过的,也就是说司法的原则和方法被要求适用到司法调解之中。“而和1949年前相比,改革时期仍然显示比较高度的国家法律和政策本位倾向,和传统的调解原则和方法颇不一样。它不是在息事宁人作为主要目的和妥协为主要方法的前提下(也可以说是以人情关系为主的前提下),兼顾到国家法律和农村道理中的是非对错,而是在卫护国家法律和政策的前提下,兼顾到人情和道理。”^③也就是说,在以“马锡五审判方式”所标识的司法调解与当下的司法调解之间,虽然法官本身的官方身份依然如故,但是其在调解过程中所应该和需要关注的侧重点、其进行调解时的主要依据已经发生了改变。换言之,司法调解中的法官已经从马锡五时期的以“情、理”为工作主轴转移到1980年代以降的以“法律”为工作主线;在具体司法调解实践当中,如果调解不成,往往是主持调解的法官直接转换为审判法官并依据调解阶段调查和了解到的证据和事实情况等依法作出判决。

如何来表述裁判者与调解者的融合和分离问题,亦即司法调解以实用理性为指南的含义作何种解释的问题。它所涉及的首要问题是,既然无论是何种司法调解实践都应运用司法的原则和方法,为什么不依据法律关于权利义务等的规定直接判决了事,而要调解结案呢?有学者认为,这在很大程度上,与我们坚持奉行的人民民主专政紧密相关。“普通民事纠纷无疑属于人民内部的非敌我矛盾的范畴。不过,由于法律和对敌对阶级专政强制的传统上的一致性,人们还是很难接受法院和法律是处理这种纠纷的适当的机构的观点。由此,就可以理解下述的现象,即在民事纠纷中人们广泛

①张希坡:《马锡五审判方式》,北京:法律出版社,1983年,第59页。

②P. C. C. Huang, “Court mediation in China: Past and present”, *Modern China*, vol. 32, no. 3, 2006, p. 275.

③[美]黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,北京:法律出版社,2009年,第48页。

求助于非法院的纠纷解决机构,以及处理普通民事纠纷的机构不愿意真正地强加或执行强制性的惩罚。同时,也可以由此理解被称为‘调解’的程序如何显示出与具有强制力的审判通常相关的特征。”^①这也可以说,新中国对民事纠纷解决的方式、态度等,除了可能延续了厌讼等思想传统外,关于敌我矛盾和人民内部矛盾等观念,一段时间以来左右了法官身份的融合与分离问题。尤其当与西方学界所谓的形式主义法律司法倾向进行比照时,这些传统和思想观念在司法实践中的表现就显得格外突出,“形式主义法律坚持以各种抽象的权利原则为前提,要求所有的法律决定都必须通过演绎逻辑归入这些原则范畴之中,因此在这种制度下,几乎可以将所有的纠纷都置入一种侵权或过错问题上的对抗式结构。即使是双方都无过错或双方都宁愿协议解决时,由于律师的推动和对抗性法律文化的影响,案件也会被推入某种对抗式模式中从而不得不分出法律上的谁是谁非。由于这样的法律文化,甚至一些正在经历所谓的非诉讼纠纷解决模式处理的案件,也会自然陷入对抗式的争议。”^②对此,笔者认为,重要的不是表述“差异”或司法调解运作的根由,因为裁判者和调解者二者的融合与分离的问题,既是一个实践问题,同时也是一个可以进行思考的理论问题;最关键的问题也不在于他们的官方身份或民间身份上的差异或者他们解决纠纷依据方面的不同,而在于那些能够促使一个人成为好法官的品质是否能够同时帮助他成为一个好的调解者,或者说当我们在各种司法诉讼(当然主要指民事诉讼)中如此经常地要求法官扮演调解者的角色时,是否有悖于其法官角色的履行?也就是说,我们如何在实践当中摸索出二者之间的恰当平衡点,从而能够使这两种角色互相取长补短而不是互相拆台方是根本。就此而言,更可贵的问题,或许是找到如何表述司法调解更贴近经验现实的方法问题以及如何具体表述我们能够直觉到的司法调解的实用性问题。这些问题不仅能够使我们从具体的司法实践当中不断获得新知,同时也会有助于我们在制度上给予实践本身以更积极肯定的供给和保障。

五、结语:司法调解发展问题的审视

对于司法公正、司法形式、司法方法、法院和法官、律师和代理人等等的认识和想象,我们应该既有能力克服西方为代表的法治思维模式的宰制,也有能力从我们自己历史上和现实中的司法智慧中破茧成蝶。换言之,对于司法调解的定位及其未来发展规划等问题,如何摆脱旧观念对“新事物”的束缚是为根本。回观我们的“司法调解”,可以说很大程度上是一种特定的历史与现实相结合的产物,即其上承中国调解传统,尤其是革命根据地时期“马锡五审判方式”并应对当下已经在一定程度上西化了的现实法律实践。同时,在看待司法和所谓替代性的解纷方式等之间关系时较为妥当的方式并非断定二者孰优孰劣,而是要透过它们在理论上与实践中的不同关联,并在不同关系中考察它们发生作用和可能存在的问题。由此,为了寻求恰当的司法调解,我们将分别考察“司法调解”极端化后可能出现的两种倾向:亦即“司法调解化”和“调解司法化”的倾向,因为在二者的结合过程中很容易产生“两手都要抓,但只能一手硬”这样的情形,来表述一种关于司法调解发展问题的审慎立场。

首先就“司法调解化”来说,不管我们愿意承认与否,如果对民事纠纷的解决,在当事人看来选择司法审判不仅程序上无法获得充分的保障,而且最终的结果只是比调解多了一份判决书而已,那么当事人对调解的选择就很难说是自愿的。换个角度来思考,如果民事纠纷的司法审判仅仅是法官在

^①郭丹青:《中国的纠纷解决》,王晴译,强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,第420页。

^②[美]黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,第227页。

法庭上以判决书的形式所作的调解而已,那么多元的纠纷解决机制实际上是在慢慢趋向一元。

其次,同样的情况也适用于“调解司法化”。季卫东指出,通过调解发展法律的原理和法律试行的原理之间明显具有相当的近似性和亲和性。“调解作为非正式的解纷方式,只能在有限的范围内创造规范,不能将私人纠纷处理中的个人合意,简单地提升到一般法律规范的高度。然而,如果充分考虑到调解和正式法律体系间的交流渠道,尤其是将调解作为法制实现过程中的一环而予以制度化,一旦通过归纳形成法律的重要性有所提高,则调解在创制法律规范过程中所发挥的作用就不可忽视”,“但如果我们的分析仅仅集中于调解在法律形成和发展中的作用这一个侧面,容易招致误解,故为慎重起见,应预先提醒,不能把经由调解创制法律,或调解的可替代性过分夸大。”^①从中,我们还是可以认识到,他强烈盼望调解能为我国正式法律规范的发展贡献力量,这在一定程度上就是一种将调解司法化或普遍化的倾向。既然调解是作为司法外的纠纷解决机制必然是因为其具有不同于正式司法的一些优点,如果将司法外的纠纷解决机制司法化,那么其不同于司法的解纷功用不仅非常存疑,而且大有被吞没的风险。

实际上,学者归纳的“司法调解”所存在的问题非常多,^②但是这些都可以被上述两种倾向所涵盖:“和稀泥”,即是法院和法官的调解压力都倾向于使司法调解化,因为强制手段的运用利于纠纷的最终解决;而调解和裁判不严格分开,则极有可能在某一点上滑向这两极当中的任何一极。因此,如何在“司法调解化”和“调解司法化”这两极之间保持适度平衡是“司法调解”的发展关键。这多少有些类似于黄宗智所谓的清代民事领域中的“第三领域”,即“只有在第三领域,正式的和非正式的纠纷处理才在几乎平等的关系下相互作用。知县基于法律的意见当然具有官方的威严,但官方的统治思想是民间调解优先,只要它没有越出法律所容许的范围”,“在理想的情形下,第三领域的司法活动却能兼顾息事宁人的需要和法律条规的制约,将两者结合起来,成功地解决纠纷。”^③总之,笔者愿意相信,尽管当下司法调解的实践本身比各种话语表述更富创造力,然而一种以“中国”为中心的司法方法论、以“中国”为中心的司法调解观是完全值得且有待我们去发现或发明的。

(责任编辑:王永贵)

Judicial Mediation in the Chinese Context: A Nonstandard Interpretation

SHAN Feng

Abstract: Although the current practices of judicial mediation are more creative than relevant discursive representations, there is no China-centered judicial methodology or China-centered view on judicial mediation. Such a situation is partly attributable to our inability to judge and describe judicial mediation. The process of analyzing these issues actually reflects that our judicial mediation mainly makes use of related practices to resolve the conflict between justice and legitimacy, rather than solely depend on the application of law to identify rights or interests. The controversy at issue does not focus on what laws we should take to make judgments, but aims to convert the identity of a judge into a mediator to settle disputes within the current law system, in the hope of pursuing social justice and harmony.

Key words: judicial mediation; judicial justice; interests (rights); Chinese context

①季卫东:《调解制度的发展机制——从中国法制化的矛盾入手》,《比较法研究》1999年第3、4期。

②譬如“调解和裁判并不严格分开”、“可以对纠纷‘和稀泥’”、“法院往往采用强制的手段”、“官僚体制生成的迫使法官调解的压力”、“由日益增长的工作负担产生的迫使法院调解的压力”,等等。参见陆思礼:《邓小平之后的中国纠纷解决——再谈“毛泽东和调解”》,《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,第303—308页。

③[美]黄宗智:《清代的法律社会、社会与文化:民法的表达与实践》,第110、111页。