



Access to Justice

SOUTHEAST JUSTICE REVIEW

东南司法评论

(2008年卷)

主 编 齐树洁

执行主编 张如曦 陆而启

主 办 厦门大学司法改革研究中心
厦门市中级人民法院研究室



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

Access to Justice



东南司法评论

SOUTHEAST JUSTICE REVIEW

(2008年卷)

主 编 齐树洁

执行主编 张如曦 陆而启

主 办 厦门大学司法改革研究中心
厦门市中级人民法院研究室



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

东南司法评论. 2008 年卷/齐树洁主编. —厦门:厦门大学出版社, 2009. 1
ISBN 978-7-5615-3239-3

I. 东… II. 齐… III. 司法-研究-中国-文集 IV. D926-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 001758 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:33.5 插页:2

字数:638 千字 印数:1~2 000 册

定价:45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

东南司法评论编委会

- 主 任 朱珍钮（厦门市中级人民法院院长）
- 副主任 徐崇利（厦门大学法学院院长、教授）
- 编 委 陈晓明（厦门大学法学院副院长、教授）
宋方青（厦门大学法学院副院长、教授）
林秀芹（厦门大学法学院副院长、教授）
郝 勇（厦门市中级人民法院副院长）
陈国猛（厦门市中级人民法院副院长）
黄小民（厦门市中级人民法院副院长）
李志远（厦门市中级人民法院副院长）
齐树洁（厦门大学法学院教授）
- 编 辑 张如曦 崔建华 王铁玲
陆而启 卢正敏 王天民

主编简介

齐树洁，男，河北武安人，1954年8月生。1972年12月从福建泉州一中应征入伍，在新疆军区某部服役多年，1978年4月退役。北京大学法学学士（1982），厦门大学法学硕士（1990），西南政法大学法学博士（2003）。曾在香港大学、澳门大学、台湾中山大学、菲律宾Ateneo大学、英国伦敦大学、德国Freiburg大学研修和访问。现为中国法学会民事诉讼法学研究会副会长，厦门大学法学院教授、博士生导师、司法改革研究中心主任，福建省法学会诉讼法学专业委员会主任。

发 刊 词

■ 齐树洁

20 世纪 90 年代以降,基于公正与效率价值的内在要求,以“接近正义”(access to justice)为主轴的司法改革浪潮风靡全球,声势浩大。在中国,发轫于 20 世纪 80 年代末的审判方式和诉讼制度改革,先是由法院主导,继而发展为由中央统一组织协调的司法体制和工作机制改革。然而,由于法律传统、社会制度、经济基础、意识形态等不同形成的国情差异,中国的司法改革不仅要积极回应广大民众的司法需求,增强司法能力,有效解决诉讼迟延、费用高昂、程序烦琐等普遍性问题,而且要紧密围绕构建和谐社会的战略目标,对司法理念、诉讼模式乃至纠纷解决机制进行适应性的调整。而这两方面的改革实践,都必须充分考虑国情因素构成的现实制约,才不致陷入窒碍难行的困境。职是之故,中国司法改革所具有的复杂性、敏感性、艰巨性和挑战性是空前的,称之为项庞大的法治系统工程,或不为过。

司法改革的开展,既有赖于国家政策的强力推动,也需要学术话语的缜密论证。近十年来,我国学界竞趋新潮,围绕司法改革问题持续开展深入的研究,理论成果异彩纷呈,蔚为大观。司法研究借以附丽的诉讼法学也因之呈现一派繁荣景象,“忽如一夜春风来,千树万树梨花开”。回顾我国近年来司法改革的历程,不难看出,但凡经得起实践考验、至今仍在有效运作的重大举措,无一不是在充分吸收这一时期法学界相关理论研究成果的基础上稳妥出台的。

厦门大学法学院诉讼法学科自 1979 年法科复办以来,始终密切关注并积极参与我国诉讼制度建设及司法体制改革,其间参与多项立法论证,承担大量科研课题,频繁组织实证调研,推出系列学术专著,可谓不遗余力。2008 年 5 月,依托诉讼法学科的学术力量,司法改革研究中心宣告成立。“中心”以“立足本国国

情、借鉴外国经验、推进司法改革”为宗旨,立足东南,面向全国,集结力量,广泛开展各类学术活动,期冀通过长期不懈的努力,为我国司法制度的改革与完善略尽绵薄之力。

有鉴于学术研究是一项恒久的事业,学术活动的持续需要自由、开放、稳定的交流平台的支撑,厦门大学司法改革研究中心发起创办定期学术刊物,并以办刊所在位于东南海疆之故,将新刊物命名为“东南司法评论”。此举得到厦门市中级人民法院、厦门大学法学院、厦门大学出版社领导的热情鼓励和大力支持。承蒙厦门中院研究室慨允作为刊物编辑出版的合作单位,本刊倡导的理论与实务结合的旨趣将得到彰显。《东南司法评论》每年编辑出版一卷,举凡司法制度一般理论问题的研究,审判实务热点难点的探析,域外司法改革动向的介绍,以及诉讼制度史事的钩沉,无论古今中西,只要言之有物,持之有故,合于规范,均在本刊用稿之列。

刊物之风格乃刊物生命之所系。进入新世纪以来,国内竞相问世的以司法研究为主题的学术刊物层出不穷,可谓各擅胜场,各具特色。有诗云:“横看成岭侧成峰,远近高低各不同。”我们由衷期待,若假以时日,持之以恒,经由作者、读者与编者之协力,本刊能够逐渐形成自己的风格与特色。倘若如此,司法研究东南视角之形成,或指日可待。

2008年12月1日

厦门市中级人民法院简介

厦门位于福建省东南部,面对金门诸岛,与台湾隔海相望。全市土地面积 1573 平方公里,常住人口 243 万人,其中户籍人口 167 万人。

厦门市中级人民法院前身厦门市人民法院筹建于 1949 年 10 月 22 日,1950 年 1 月 3 日正式成立。1953 年 6 月,在辖区内的开元、思明、鼓浪屿、禾山等 4 个行政区设立审判分庭。1957 年,根据福建省人民委员会(57)省编字第 2497 号批复,将厦门市人民法院改建为厦门市中级人民法院,另设思明区、开元区两个基层人民法院。1957 年 11 月 1 日,厦门市中级人民法院正式成立。原思明区、开元区人民法院分别改建为思明区、开元区人民法院,原鼓浪屿、禾山区人民法院分别改为思明、开元两区人民法院派驻法庭。1958 年 8 月,同安县从晋江专署划归厦门市管辖,同安县人民法院成为厦门市辖区的基层人民法院。1960 年 1 月,隶属开元区法院的禾山人民法庭改建为厦门市郊区(现集美区)人民法院。1961 年 1 月,杏林区人民法院设立;同年 11 月,鼓浪屿区人民法院成立。2003 年 8 月,厦门市进行区划调整,撤销鼓浪屿区、开元区人民法院,将开元、鼓浪屿、思明 3 个区人民法院合并为思明区人民法院,杏林区人民法院调整为海沧区人民法院;同年 11 月,翔安区人民法院成立。目前,厦门市中级人民法院内设 22 个职能处室,有干警 175 名,其中法官 117 名;下辖思明区、湖里区、海沧区、集美区、同安区、翔安区 6 个基层人民法院,11 个人民法庭。全市两级法院共有干警 581 名,其中法官 401 名。2007 年共审结各类案件 37405 件,其中刑事案件 3481 件、民事案件 22011 件、行政案件 291 件,执结各类执行案件 9767 件。

近年来,厦门市中级人民法院高举中国特色社会主义伟大旗帜,全面落实科学发展观,围绕党和国家工作大局,主动对接海峡西岸经济区建设和厦门新一轮跨越式发展,并以创建现代化法院为目标,以司法规范化建设为载体,忠实履行审判职责,提高司法保障能力,各项工作持续健康向前发展,取得了很大的成绩。中院先后荣获最高人民法院授予的集体一等功、全国法院思想宣传先进集体、全国法院调研工作先进集体、全国法院文化建设先进单位、人民法院报社优秀记者站称号等多项荣誉。

立足厦门经济发展大局,有效发挥审判职能作用。厦门两级法院准确把握特区法院工作的方位和重点,主动将审判工作融入厦门新一轮跨越式发展,用科

学发展观统领法院工作全局。充分发挥审判职能作用,依法打击、震慑各类犯罪,积极推进“平安厦门”建设,维护社会治安秩序。依法审理与人民群众切身利益关系密切的各类民商事案件,努力营造公平竞争、统一有序的市场经济秩序和诚实守信、文明和谐的社会环境,有效促进品牌创新、科技进步。本着既充分保护行政相对人的合法权益,又监督支持行政机关依法行政的原则,积极受理、妥善审理好涉及社会保障类、医疗卫生类、土地征收、房屋拆迁等与民生密切相关的行政案件,有的放矢地解决“官”民矛盾,促进社会和谐。以涉及国企改革、职工安置、金融债权、重点工程建设、侨房清理等关乎发展大局的案件为执行重点,开展执行案件清理专项活动,努力破解执行难题,确保当事人的合法权益得到最大限度的保障。

积极稳妥地推进法院改革,不断完善司法管理。厦门两级法院积极落实公开审判制度,强化庭审功能;深化审判组织形式改革,发挥审判长在庭审过程中的指导协调作用;完善刑事司法领域人权保护保障工作,率先在全省法院施行注射式执行死刑,实行刑事被告人有权选择出庭时着装的规定,体现司法文明;深化执行工作改革,成立了执行局,下设三个处,分别行使执行裁判权、执行实施权;在全国率先实行执行信息管理系统,将执行过程中的重大事项输入系统,方便当事人查询、监督;实行被执行人信息公布制度,提高执行效率;不断完善法院管理,建立了以审判流程管理、审判质量管理为重点的审判管理机制,以提高素质为中心的法官管理机制,以制度建设为中心的行政管理机制,着力提高审限内结案率、调撤率、服判息诉率、执行标的到位率。

不断加强队伍建设,干警的综合素质有了显著提高。厦门两级法院以加强队伍建设、维护司法公正为目标,按照“奠定基础”、“规范机制”、“构建格局”、“落实目标”、“巩固成果”的工作规划,努力把公正与效率的各项要求落实到队伍建设中。坚持政治建院的工作方针,致力于道德的培养和理念的更新,努力推动特区法官新思维、新理念的建立。特别是发挥特区法院改革“试验田”的优势,积极推进审判改革,加强法官文化建设,传播法治新文化,使公开、平等、中立、良知等法治理念在法官中不断深入。坚持人才兴院的工作方针,致力于人才素质的提高,努力构造特区法院人才高地。全市法院研究生学历及获得硕士学位以上的有 63 人,其中中院 35 人;本科以上学历 437 人,其中中院 134 人。

厦门大学法学院简介

厦门大学高等法学教育始于1926年6月创办的法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,学校改“科”为“院”,法科也随之改称为法学院。在长达82载的风雨岁月中,厦门大学高等法学教育经历了两次停办和两次复办的艰辛办学过程。目前的法学院是2003年11月在原法律系的基础上重新组建而成的。

党的十一届三中全会以后,凭借着我国实施改革开放基本国策的强劲东风,厦门大学高等法学教育于1979年7月再次得到了恢复,并自1980年8月起正式开始对外招生,从此步入了蓬勃发展的新时代。经过近30年的励精图治,擘画经营,厦门大学法学院已汇集了一支结构合理、实力雄厚并富有创新意识的学术梯队。全院现有法学专任教师83人,其中教授36人,副教授19人,具有博士学位的教师占教师总数的62.65%。在师资队伍中,1人入选为国家“百千万人才工程首批第一、二层次人才”、1人入选教育部“跨世纪优秀人才培养计划”、3人入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”、1人入选国家知识产权局“百千万知识产权人才工程百名高层次人才培养计划”,另有9人入选“福建省高等学校新世纪优秀人才支持计划”。

秉承“自强不息、止于至善”的校训,厦门大学法学院坚持以人才培养为本,走学术建院之路,形成了较为鲜明的学科建设和办学特色。法学院现拥有法学博士后科研流动站、法学一级学科博士学位授予权和硕士学位授予权资格,先后设立了国际法学、民商法学、经济法学、宪法与行政法学、法理学、诉讼法学、刑法学7个博士点,国际法学、民商法学、经济法学、诉讼法学、刑法学、宪法与行政法学、法理学、环境与资源法学、法律史学以及法律专业硕士(JM)等10个硕士点,从而形成了从法学本科到博士后的完整的法律专业人才培养格局。学院目前有博士后在站人员11人,博士研究生98人,法学硕士研究生469人,法律硕士研究生807人(其中全日制311人,在职496人),国际硕士研究生9人,高校师资硕士研究生92人,本科生640人,各类学生总数达2126人。

厦门大学法学院十分重视以学科建设为龙头,进一步凝炼学科方向,构筑学科平台,并充分利用地处厦门经济特区、毗邻台港澳和东南亚的区域优势,在发展传统法学学科的同时,不断加强新兴边缘性学科的建设。厦门大学法学院是

国内最早开展国际经济法学教学和研究的单位之一,该学科的综合实力已位居全国前列,取得了一批在海内外有重要影响的学术成果。“国际经济法与台港澳法研究”和“国际经济法与海洋法研究”曾先后获准列入国家“211 工程”第一期和第二期重点建设项目,国际法学科也先后于 2002 年、2007 年两次被确定为国家重点学科。近年来,厦门大学法学院在重点建设国际法及民商法等特色和优势学科的同时,不断充实和提升其他基础学科的教学科研力量,呈现出有梯次的均衡发展态势。目前,国际法学、民商法学、宪法与行政法学、经济法学 4 个学科是福建省重点学科。在 2004 年 10 月国务院学位办组织的全国一级学科整体水平评估中,厦门大学法学院的法学学科名列全国第八位,学科地位和学术水平得到了国内同行的充分肯定。

厦门大学法学院现设有法理学、宪法与行政法学、民商法学、刑法学、经济法学、诉讼法学、国际法学、思想品德与法律基础等 8 个教研室,此外还建立了国际经济法研究所、民商法研究所、罗马法研究所、海洋政策与法律研究中心、经济法研究中心、公法研究所、国际税法与比较税制研究中心、立法学研究中心、刑法与刑事司法研究中心、司法改革研究中心、疑难案例研究中心、知识产权研究院等学术研究机构,并成立了法律硕士教育中心和教学实验中心。为了促进实质性的国际学术交流,有关部门以厦门大学法学院为依托,于 2005 年 4 月 6 日成立了厦门国际法高等研究院,这是亚太地区唯一的自主性常设国际法学术机构。该机构旨在促进国际法领域的国际性学术研究、交流与合作,为各国特别是亚太地区国家培训国际法专业人才,并于每年夏季举办为期三周的暑期国际法讲习班,邀请世界一流的国际法专家、学者授课,直接面向各国青年外交官、涉外官员、高等院校教师、法官、律师以及研究生。法学院定期连续出版的学术刊物有《厦门大学法律评论》、《国际经济法学刊》(已入选 CSSCI 学术数据来源集刊)、《罗马法与现代民法》及《中国海洋法学评论》等。

厦门大学法学院具有良好的办学条件,法学院大楼占地 1 万多平方米,基建面积 8235 平方米。不仅拥有独立的办公楼和教学楼,而且建设有标准化的案例教学讨论室和多媒体教室以及教师工作室。厦门大学图书馆拥有丰富的法学图书资料,并引进开发了若干种重要的中西文电子期刊数据库。1998 年,学校还专门设立了厦门大学图书馆法学分馆,该分馆目前已被批准为联合国资料托存图书馆。

目 录

■ 发刊词

■ 厦门市中级人民法院简介

■ 厦门大学法学院简介

■ 司法理论

- | | | |
|----|--------------------|---------|
| 1 | 法院调解要做到“事实清楚、分清是非” | 江 伟 谢 俊 |
| 11 | 司法过程中影响事实认定之诸因素分析 | 张 榕 |
| 28 | 《民事诉讼法》新修订条文之初步评析 | 刘学在 |
| 51 | 论当事人协力义务的正当性与制度构建 | 辜恩臻 |

■ 司法调研

- | | | |
|-----|------------------------|----------------------|
| | 关于医疗纠纷案件相关法律问题的调研报告 | |
| 71 | | 厦门市中级人民法院、思明区人民法院课题组 |
| 93 | 东莞法院构建多元化纠纷解决机制的调研报告 | 厦门大学法学院课题组 |
| 113 | 厦门市劳动争议多元化解决机制调研报告 | 厦门大学法学院课题组 |
| 129 | 临夏市回族民间纠纷多元化解决机制的调查与思考 | 拜荣静 冶生俊 |
| | 关于未成年刑事审判工作问题与对策的调研报告 | |
| 147 | | 厦门市中级人民法院课题组 |

■ 司法改革

- | | | |
|-----|-----------------|------------|
| 163 | 司法体制和工作机制改革问题研究 | 厦门大学法学院课题组 |
| 218 | 论我国强制执行制度的改革与完善 | 童兆洪 |

244	我国群体诉讼制度之检讨与重塑	章武生
255	论“赔钱赎刑”之正当性和合法性	郑金火
	论我国初任法官遴选制度的重构	
273	——以审判职权的配置和运行为视角	朱 玮
286	试论我国执行救济制度的完善	庞云龙
	■ 多元化纠纷解决机制	
299	挑战与机遇:当代中国多元化纠纷解决机制的建构	范 愉
316	关于推行多元化纠纷解决机制的实践与思考	周内金
329	论我国仲裁协议制度之完善	马占军
	■ 审判实务	
	寻找公平正义的支点	
349	——厦门市中级人民法院构建案例指导制度的探索与实践	张如曦
373	以刑议罪:刑事司法裁量的逆向思维路径	李 隽
383	股东出资瑕疵之法律责任与救济	尤冰宁
394	论“三元结构模式”视野下刑事被害人地位的反思与重构	赖华平
407	试论我国犯罪被害人损害救济诉讼模式的完善	黄冬阳
419	探望权行使若干法律问题研究	张庆东
427	对一起医疗服务合同纠纷案之评析	郑光辉
	我国民事诉讼举证时限制度之反思	
435	——以证据失权为中心	陈基周
	解读“彭宇撞人案”的一审裁判	
445	——“家犬之法”抑或“野马无缰”?	陆而启

■ 域外司法

	谁是宪法的守护者	
455	——美国联邦最高法院史及其对中国司法改革的启示	周刚志
475	法国民事诉讼当事人主义模式的变革	倪 静
486	美国和解集团诉讼与集团诉讼和解	杨严炎
497	英国人权保障制度的新发展	梁开斌
507	英美德日破产法的新发展	陈国奇

司法理论



法院调解要做到“事实清楚、分清是非”

■ 江 伟 谢 俊 *

一、问题的提出

法院调解作为我国现行民事诉讼中的一项重要纠纷解决制度,近年来得到重视。在审判实务中,许多民商事案件以法院调解的方式得以解决,法院调解成为我国民事审判最富特色的制度。随着20世纪80年代末开始的审判方式改革的推进,法院调解结案数量尽管出现了逐年下降的现象,^①但是,调解撤诉率依然保持较高的水平,如2003—2007年间,在审结的民事案件中,有50.74%的案件经法院调解诉讼双方当事人和解,或达成和解协议,或撤回起诉。^②在“和谐司法”理念的指导下,法院调解热潮再次扑面而来,司法经历了从重调解轻审判到重判决轻调解再到目前重调解轻审判的不断反复的过程。受实践的驱动,理论界也刮起对法院调解制度研究的旋风。在众多的话题中,实务界和理论界对人民法院是否应当在“事实清楚、分清是非”的基础上进行调解的争论激烈,大

* 江伟:中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国法学会民事诉讼法学研究会名誉会长;谢俊:中国人民大学法学院诉讼法博士研究生。

① 有关调解和判决结案数量的对比,参见《法院调解:司法史上一个永恒的话题》,载《人民法院报》2007年7月16日。

② 参见《第十一届全国人民代表大会第一次会议关于最高人民法院工作报告的决议》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2008年第3期。

体上形成了“支持说”和“否定说”两种泾渭分明的对立观点。^①

“查明事实、分清是非”作为法院调解的前提被 1982 年《民事诉讼法(试行)》确定下来之初理论界和实务界形成较为统一的认识,认为只有在查明事实、分清是非的基础上,当事人才较易达成协议,也只有建立在该原则之上的协议才具有较高的正当性和权威性。^②然而,随着“调解热”的不断升温,法院调解进入复兴和改革并存的阶段。法院调解的大量运用,引发人们对“事实清楚、分清是非”的思考,越来越多的文章对“事实清楚、分清是非”表示质疑。

法院调解制度的灵活性为人们讨论“事实清楚、分清是非”提供了足够的空间,概括起来,对“事实清楚、分清是非”的各种观点主要出于以下两方面的考虑:

首先,法院调解大量使用,当事人利用法院调解实现非法目的(即实务上所称的“调解陷阱”)以及调解协议义务人不履行债务导致申请执行调解协议的现象日益增多,人们开始重视“事实清楚、分清是非”在防止调解陷阱、真正做到纠纷解决方面的作用。在司法实践过程中,一些别有用心当事人,利用调解程序的灵活性的特点,恶意利用法院调解程序,意图实现规避法律、恶意逃债、侵害他人合法权益等非法目的。如果法院不查清事实、分清是非,那么法院很可能就对当事人达成的“协议”予以确认,民事调解反而成为实现当事人非法目的的工具。这往往是司法实务工作者支持“事实清楚、分清是非”的主要论据。

其次,司法实务部门和法学界往往出于对法院调解“替代”诉讼功能的偏爱,过度强调“法院调解”与“诉讼”之间的差异。为了突出当事人自愿原则和处分原则,否定说者更多地从理论的角度对“事实清楚、分清是非”与自愿原则的关系进行阐述。他们认为“事实清楚、分清是非”意味着所有的调解都必须在查明事实、分清是非的基础上进行。这样与调解自愿原则和当事人处分权产生冲突。许多案件当事人宁愿不清不白进行调解而换得纠纷迅速解决,如果坚持查清事实、分清是非,那么这部分人的利益诉求将受到钳制。否定说者一再强调,调解的正当性和合理性在于当事人双方的真实合意,如果调解协议中的案件事实、是非责任认定是在双方真实意思表示一致基础上作出的,即使其中内容与案件本来面目有不一致之处,其正当性和合理性也不应质疑。同时,从程序保障的角度而言,查明事实、分清是非必须经过法庭调查和法庭辩论才能完成,否则就无从谈起,因此,如果坚持查清事实、分清是非,那么调解适用的时间范围将大大压缩,只能

^① 肯定观点参见李杰:《为法院调解的“事清责明”原则辩护》,载《法律适用》2006 年第 12 期。否定观点参见肖建华、杨兵:《论我国法院调解原则体系之重构——兼评〈关于人民法院民事调解工作若干问题的规定〉相关规定》,载《政法论丛》2005 年第 2 期;宋朝武、黄海涛:《调解真实原则质疑 从程序保障看调解制度改革》,载《法律适用》2005 年第 5 期。

^② 江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 262~263 页。

在法庭辩论结束后进行,这有违调解制度的本意。

针对肯定说和否定说的分析路径,我们认为,要回答“事实清楚、分清是非”的存废问题应当结合法院调解的实践情况,分析“事实清楚、分清是非”与调解的自愿、合法原则的关系,缺少其中之一都不能充分地论证“事实清楚、分清是非”的正当性。

二、“事实清楚、分清是非”的历史来源

现行《民事诉讼法》关于“调解”的规定直接来源于1991年《民事诉讼法》第8章的规定。我国《民事诉讼法》第85条规定,人民法院审理民事案件,根据当事人自愿的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解。这是1991年针对《民事诉讼法(试行)》“着重调解原则”所作的修改。

在新民主主义革命时期,各边区和革命根据地的法院着重以调解方式处理民事案件。“马锡五审判方式”将调解作为审理民事案件的一种主要方式,实行审判与调解相结合。后来,陕甘宁边区政府提出了“调解为主,审判为辅”的方针,虽然在后来的民事审判工作中,不再提“审判为辅”,只提“调解为主”。1956年最高人民法院提出了“调查研究,就地解决,调解为主”的民事审判工作方针,1964年这一方针又被发展成为“依靠群众,调查研究,就地解决,调解为主”的“十六字方针”。从1949年至1978年,我国的民事审判工作始终以调解作为主旋律。最高人民法院于1979年2月制定的《人民法院审理民事案件程序制度的规定(试行)》再次肯定了“十六字方针”。^①

1979年9月,在起草《民事诉讼法(试行)》的立法过程中,立法者对“调解为主”的提法作了检讨,认为,“调解为主”在一定程度上意味着“审判为辅”,而且,由于实践过于强调调解,一些法院常常超额规定调解率,这种背离纠纷解决理念的规定导致调解的自我破坏,强制调解不但不能解决纠纷,反而加深纠纷当事人之间的矛盾,法院调解的优势没有充分发挥出来。立法机关因此在《民事诉讼法(试行)》第6条中将“调解为主”的方针改为“着重调解”的原则,即“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”。“着重调解”要求人民法院受理民事案件后,主要应当立足于调解解决,可以用调解方式结案的,就不用判决的方式,就是需要判决的案件,一般也要先进行调解。只有在审理离婚案件时,法院调解才是法定的必经程序。^②虽然“着重调解”克服了“调解为

① 江伟、李浩:《论市场经济与法院调解制度的完善》,载《中国人民大学学报》1995年第3期。

② 曾昭度、赵钢:《对着重调解原则的若干思考》,载《法学评论》1988年第5期。

主”在提法上片面性的缺点,但是诉讼实践表明,立法者良好的愿望并未成为现实。学者指出,一方面,审判人员长期以来形成的“调解情结”不可能因为立法者的意愿而有所改变;另一方面,“着重调解”的表达本身与“调解为主”并没有本质的区别,两者均强调调解,在逻辑关系上调解的运用优先于判决。

由于“着重调解”的提法并未改变现实中强迫调解问题的实质,1991年修订《民事诉讼法(试行)》时,立法机关对着重调解原则修改为: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。学者据此认为法院调解应以自愿和合法为原则。

除了在调解原则方面作改变外,1991年《民事诉讼法》第85条规定:“人民法院审理民事案件,根据当事人自愿的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解。”这与《民事诉讼法(试行)》第97条“应当在查明事实、分清是非的基础上进行调解”的规定相比稍有改变。有学者认为,立法者的修改意图无疑是明显的,《民事诉讼法(试行)》第97条要求对案件事实要一一查明,除了调查取证之外,当然也包括开庭调查事实;而1991年《民事诉讼法》第85条规定的事实清楚就不一定要求审判人员把事实一一查清楚。这样,1991年《民事诉讼法》在“事实清楚、分清是非”的规定上更为灵活——即使不经过开庭质证,只要案件事实清楚、是非分清,那么审判人员也可以进行调解。^①因此,如果说《民事诉讼法(试行)》第97条强调的是实现“事实清楚、分清是非”的途径的话,那么1991年《民事诉讼法》第85条强调的是“事实清楚、分清是非”这一状态,也就是说,无论是调解的启动、进行和调解协议的达成还是人民法院对调解协议的审查都应当“事实清楚、分清是非”。

事实上,无论是最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《适用意见》)还是《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《调解规定》),“事实清楚、分清是非”都得到了体现。例如,《适用意见》第91条规定的径行调解规定,人民法院认为法律关系明确、事实清楚,在征得当事人双方同意后,可以径行调解;《调解规定》第12条规定人民法院对调解协议的合法性审查必然要求事实清楚,分清是非。^②

从历史轨迹来看,无论是《民事诉讼法(试行)》的“查明事实、分清是非”还是

^① 参见梁书文主编:《民事诉讼法适用意见新释》,中国法制出版社2001年版,第161~162页。有文章指出,与《民事诉讼法(试行)》第97条相比,1991年《民事诉讼法》第85条对事实清楚、是非分清的要求更低。参见王杏飞:《“调解可能性”之学理构成》,载《探索与争鸣》2006年第2期。

^② 参见《开创人民法院调解工作新局面——最高人民法院副院长黄松有答记者问》,载《人民法院报》2004年9月17日。有文章认为《调解规定》否认了“事实清楚、分清是非”原则,参见肖建华、杨兵:《论我国法院调解原则体系之重构》,载《政法论丛》2005年第1期。