

湖北法官论丛

第七辑

法官论审判机制

主编/吕忠梅

执行主编/李小菊



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

《湖北法官论丛》第七辑

法官论审判机制

主 编 吕忠梅
执行主编 李小菊

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官论审判机制 / 吕忠梅主编. —北京:法律出版社,
2009.5

(湖北法官论丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9590 - 2

I. 法… II. 吕… 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 080384 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/16.375 字数/490 千

版本/2009 年 7 月第 1 版

印次/2009 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939696

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9590 - 2

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《湖北法官论丛》第七辑编委会

王 晨	汪习根	赵 钢	林莉红	蔡 虹
张德森	黄汉桥	刘 勇	徐贵兰	陈 旗
余平安	裴 镇	魏开发	姚智明	张乐喜
陈维红	李玉高	董伟威	杨源俊	刘春彬

卷首语

本卷是湖北省法院系统第十七届学术研讨会优秀论文集,主题是司法机制。

党的十六大报告提出了司法体制改革的要求,十七大报告进一步明确提出“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,建设公正高效权威的社会主义司法制度,保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权”。为了实现“建设公正高效权威的社会主义司法制度”的司法改革目标,十七大报告从三个层次即宏观层面的体制改革——深化司法体制改革,中观层面的机制改革——优化司法职权配置,微观层面的行为调整——规范司法行为入手提出了改革要求。从十七大报告所要求的三个层次改革来看,优化司法职权配置具有承上启下的地位与作用,这个层次的改革对于整个司法体制改革具有决定性影响。司法机制的建立与完善正是优化司法权配置的重要内容。人民法院是宪法和法律赋予司法权的审判机关,司法权的优化配置在法院具体表现为审判权的配置,因此,最高人民法院一直将司法机制改革作为审判体制改革的一项重要任务。

由此可见,湖北省高级人民法院将审判机制作为全省法官开展司法实务理论研究和学术研讨会的主题,有着充分而且必要的理由。

“机制”一词在当今社会使用得如此广泛,以至于我们常常忘记了它的本源。《辞海》是这样来解释“机制”的:“原指机器的构造和动作原理,生物学和医学通过类比借用此词。生物学和医学在研究一种生物的功能(例如光合作用或肌肉收缩)时,常说分析它的机制,这就是说要了解它的内在工作方式,包括有关生物结构组成部分的相互关系,以及其间发生的各种变化过程的物理、化学性质和相互关系。阐明一种生物功能的机

制,意味着对它的认识从现象的描述进到本质的说明。”^{〔1〕}这表明,研究机制问题首先是对研究对象内在联系的探究,其次是对运行规律的描述,最终是对本质的把握。在我看来,所谓“从现象的描述进到本质的说明”不可能是平面的、静态的,也不应该是线性的,它必然需要考察各种基础资源的整合状态、各种因素的正面与负面影响以及这些因素所可能带来的变化,做这种考察需要有开阔的视野、开放的心态与开拓的精神。

按照语言解释,将“机制”一词在审判实务研究中加以借用,可以认为:审判机制是指人民法院的组成部分(即法院、法庭、审判委员会、合议庭、法官)之间,在行使司法权力时的相互关系(不同级别的法院、同级司法组织、法院与其所属审判组织、审判组织与审判人员之间等)、运用司法权力处理案件的过程与方式。我们所要研究的则是对这个过程与方式从现象描述进到本质的说明。

中国目前之所以将审判机制改革作为中国司法体制改革的目标和任务之一,是因为我们目前的审判机制还存在一些问题。这些问题的形成有多种原因,但现在它们都成为了中国构建和谐社会的机制性障碍。清除这些障碍并不如想象的那么简单,它涉及我们的司法体制、法律文化、审判传统、制度设计、法官素质、社会环境等,是一场从观念到行动的变革。为此,我们必须对目前审判机制中存在的问题进行全面梳理,对产生问题的原因进行深刻分析,对改革思路进行科学论证,对应对措施进行合理选择。在我看来,欲实现审判机制的改革,这些工作不仅是必不可少的,而且应该是理论先行的。

在目前的审判实践中,有许多司空见惯的现象,但如果进行深入的思考,便会发现,这些大家都习以为常的事情,恰恰是与审判的规律不那么相符甚至有的是违背审判规律的。

例如,我们经常可以从工作总结材料和经验介绍中看到:“为了保证办案质量,我院坚持实行分级负责的办案制度,层层把关,有效杜绝了错案的发生。”这种分级负责制,有两层含义:一是不同级别法院之间的分级负责,即下级法院服从上级法院;二是法院内部的“承办法官、审判庭和法院院长三级负责制”。实际上,分级负责不仅是实践中的做法,而且

〔1〕《辞海》1989年版缩印本,1990年版,第1408页。

是现行法律规定(如法院组织法和诉讼法及最高司法机关的规范性文件)的产物。简言之,它是我们现行的一种审判机制。该机制的一个现实表现是:审判实践中常有以下级法院就个案处理问题向上级法院请示;审判人员在审理案件时,将“矛盾”上交。

如果说,在过去法制尚不成熟、司法人员还未专业化、人民法院依照宪法和法律独立行使审判权的制度环境还没有形成的情况下,分级负责机制可以弥补下级或个体的缺陷,真的把住了案件的质量关,具有一定的合理性。但是,改革开放 30 年来,各方面的情况都发生了巨大的变化,无论是法制建设水平、法官队伍的素质、还是社会制度环境都是 30 年前所无法比拟的。尤其是在党和国家明确提出实施“依法治国”战略,走建设社会主义法制国家之路的今天,我们对于发展和变化的趋势应该有更好的把握,对于过去的一些已经形成的机制需要深刻反思。

以司法理性来观察,分级负责制的制度性缺陷是明显的,它使司法机制行政化,忽视了司法有别于行政的特点(中立的自主的判断),违背了司法的规律(依照程序独立司法),使宪法规定的法院体系的上下级指导(而非领导)体制、二审终审制度、被告人拥有上诉权利和法官依法独立行使司法权力等原则几乎落空。由于下级法院内部向上级法院请示,如果上级法院就个案在一审判决之前即作出指示,则事实上形成了二审变为一审的情况,尽管案件客观上经过了两级法院把关,但是,请示是在内部封闭状态下进行的,不是按照诉讼法规定的程序在当事人参加下进行的,从而抹杀了宪法和法律设置的法定程序和审级制度的功能。同时,对一业经上级法院批示的案件,被告人再提出上诉,被改判的可能几乎不再存在,也就在事实上导致上诉权的落空。审判人员在审理案件之后,无权自主下判,还要请庭长和院长审批,这就产生了审者不判和判者不审的“审、判脱节”现象。从而使法官失去了法定的权力,也就不可能再尽到法官的责任。

与此相似的还有“集体把关式”的工作方法,“集中办案”的统一行动,提倡“××率”等。审判机制的行政化、会议式、军事化、简单化,反映了我们目前的审判工作尚未形成自己的品格,我们的审判机制的确还有许多需要改革的地方。而这些恰恰是我们的审判工作的公信力、权威性不能满足人民群众日益提高的司法需求的重要原因。

这些问题对于身处审判一线的法官们而言,是他们每天都在面对,每天都要应对的工作,他们的感受最深,思考最直接,他们提出的意见和建议也应该是最有针对性,本书中收入的这些文章,正是他们从自己的工作实践中观察、思考、分析的结果。我以为,在审判机制改革过程中,法官既是被改革的对象,又是改革的参与者,这种特殊的身份决定了他们的研究成果都是应该受到高度重视的。

开始编辑本卷时,我也开始接受组织上新的任职考核。现在已经完成了所有的考核程序,正在等待新的任命下达。即将离开法院的工作,离开法官职位,有无限的感慨。我知道,因为做过法官,因为从事过审判,不管走到哪里,不管再做什么工作,关注的目光始终会投向法院。

愿《法官论丛》这片法官学术之园更加茂盛!

吕忠梅

2008年6月18日于武汉

目 录

关于司法调解在法治社会中的理性辨析	陈鸿翔 王东红(1)
论巡回审判制度的历史发展与现实基础	
——以形式合理主义法律观为参照	李文锋(9)
法院裁判冲突问题研究	张士勇 黄石涛(20)
案件请示制度化改造路径分析	霍 焰(31)
掀开法袍遮盖着的秘密	
——浅析司法透明的现状与推进	梅启勇(43)
阳光下的审判	
——司法透明之于司法公正的作用	刘茂仕(53)
脆弱的“精神”	
——关于精神损害客观实在性的法理解读	
.....	汪家乾 黄金波 赵成泽(60)
在规则与人性之间	
——关于司法救助基金制度的几点思考	李 军 赵立新(71)
求证判例	
——关于判例规制体系的完美性评价	
.....	赵成泽 马志军 黄金波(81)
我国公益诉讼的现状与未来	董 力(92)
法社会学视角下涉讼老户访的处理问题研究	罗德贤(100)
诉讼请求变更及其规制	朱建敏(109)

在交织中寻求平衡与融合

——行政与民事交叉案件审理模式探讨

..... 余钢益 曾 卫 桂 菁(125)

人民调解协议的效力问题探析

——以构建多元化矛盾纠纷解决机制为视角 杨晓梅(137)

略论共同抵押制度

——以价值与功能、原则与创新为中心的法理思辨 鲁 杨(147)

论一部终局判决

——兼议我国《民事诉讼法》第139条之存废 张 瑜(158)

死亡补偿费与死亡赔偿金之性质辨析

——兼评法释[2003]20号第29条 陈志伟(173)

适用《婚姻法解释(二)》第24条的前提条件

——关于夫妻共同债务的理论回应 汪家乾 王礼仁(189)

房产纠纷行政与民事交叉案件之审理对策

——兼评《物权法》实施对关联诉讼审判之影响 杨 凯(207)

董监事和高管损害公司权益纠纷问题探讨

..... 李双利 夏丽华(222)

民事纠纷非讼解决机制与诉讼解决机制的对接

..... 朱娅敏(234)

现代司法理念视角下民事裁判文书问题之探讨 鲁 靖(242)

私权救济最优化在民事审判中的应用

——兼对私权救济最大化的质疑 陈忠军 戴雄伟(254)

劳动债权人参与破产程序的若干问题研究

——以职工权益保护为视角 刘正林(269)

略论知识产权刑民交叉案件的解决机制 裴 缜(280)

宽严相济刑事政策的价值取向与实现机制

——以价值与制度为分析框架 王纳新(290)

一个充满风险且必须规范的权利

——论刑罚自由裁量权的合理行使 秦大常 吴如玉(311)

和谐社会语境下刑事和解制度之建构 杨 明(326)

刑事被害人权利保护不足的成因及对策研究 刘 莹(338)

职务犯罪原因及对策研究	胡兴儒(348)
对民事执行听证制度的反思与重构	付华峰 龚剑华(361)
论刑事诉讼非法证据排除规则及其构建	崔四星(373)
试论刑事被害人在审判程序中权利的缺失及完善	王 勤 周 霞(384)
论民事终审判决生效时间的确定	郭载宇(395)
刑事公诉案件调解、和解问题研究	刘叶静(408)
行政判决方式重置研究	王仁祥(424)
房地产案件中行政案件与民事案件交叉问题的审理与解决 ——以行政登记行为之分析为切入点	王 薇(443)
论行政与民事交叉案件的程序整合 ——以三起案例为视角	肖 杰 黄金波(451)
论“轻慢法律恣意裁判行为”之构成 ——以一起个案为例对裁判责任范围的新探索	周林波 朱友学(464)
“一步到庭”的是与非 ——民事审判方式改革之观念性反思	王源渊(480)
诉讼担保机制刍议	魏天红(491)
日照权的行政法规制与实践	蔡 斌(501)

关于司法调解在法治社会中的理性辨析

□陈鸿翔 王东红

理想的诉讼模式应当是公平正义和简便迅捷两个基本要素的和谐统一,公平正义固然应是优先考虑的价值目标,但如果过分强调实体的正义而完全忽视诉讼效益的要求,则是违背诉讼自身规律的。正因为此,司法调解在为当今构建和谐法治社会中发挥着其独特的积极作用。如今,随着“依法治国”方略的确定,法制体系的不断完善,如何使调解制度更加健全,以便更好地服务于法治社会,是立法者乃至司法者的天职。而笔者正是基于目前我国“司法调解热”的有关现象,理性地作出以下的思考,以期司法调解在法治社会里走得更长、更远。

一、“司法调解”在我国的历史渊源及传统文化

我国从传统上来说是一个乡土社会,在几千年的文明史中,人们安土重迁,男耕女织,创造一种农业文明,故而,有的学者指出,“如果说到中国古代政治与法制建设的价值取向,那么,调处则是实现息诉,无讼的重要手段之一”。^{〔1〕}在中国古代的家庭,一方面将诉讼视为大逆不道,另一方面又不停地灌输“和为贵”的儒家思想,国家亦如此。在那时,“纠纷解决的着眼点并不是确定或维护什么人的权利,而是要辨明善恶,平息纷争,重新恢复理想的和谐。一种按照道德原则组织起来的秩序”。故长久以来,人们追求的就是简单意义上的和谐、“无讼”,在普通老百姓的意识里,“贱讼”、“耻讼”的观念可以说是根深蒂固。^{〔2〕}调处息诉就这样在

〔1〕 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版。

〔2〕 柴建国:《民商事案件举证要点与调解技巧》,人民法院出版社2003年版。

观念和制度的双重支持下绵延数千年而不衰。通读我国自古至今的法制发展史,可以发现,几千年来,调解的适用处处充满着家庭的温情、邻里的礼让、社会的宽容。“调解”以它不可替代的作用,支撑着“以和为贵”的中国法制发展史。但中国的法院调解真正载入史册并流传至今当是始于民主革命时期的“马锡五审判方式”。当时任陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长的马锡五同志,采取巡回审判方式,依靠群众,深入调查研究,应用审判与调解相结合的方法,及时审结了一些缠诉多年的疑难案件,减轻了人民公害,它的审判方式,受到人民群众的称赞,亦得到了毛泽东同志的充分肯定。但今日想来,“马锡五审判方式”之所以能在当时有重大的成功,是有着其深刻的司法背景的:其一,当时的司法制度、审判制度不健全,使调解能够普遍适用;其二,由于调解解决纠纷省时、省力,以及不伤和气,因而恰能迎合当时广大劳动人民对解决纠纷方式上的一种朴素的要求;其三,当时的司法人员有着一种朴素的公正意识,其调解方式近于民间的调解而远于审判的职权性、决定性和强制性。所以调解的效果多是有效的、良性的以及合理的。“这三种情况互相作用,才使调解有了广泛的适用背景和正当的适用环境。”〔3〕

新中国成立后,我国亦颁布了许多民事诉讼法律,司法审判都规定了调解原则,几十年来,调解一度在审判工作中占据着重要的地位,特别是2004年最高人民法院制定了《关于人民法院民事调解工作若干问题的有关规定》后,调解的作用在当今构建和谐社会的今天,更显得空前重要了,它通过把讲理与讲法结合起来的方式,让当事人能够接受调解结果,自动履行程度高,对于化解社会矛盾,解决纠纷,促进和谐社会构建,具有其他方式无法替代的作用。

二、“司法调解”的程序价值利益定位

司法调解是我国民事诉讼法规定的一项重要诉讼制度,也是我国各级人民法院行使审判权的重要方式。它是当事人双方在法官的主持下,通过处分自己的权益来解决纠纷的一种重要方式,即它是以当事人之间处分自己的权益为内容,实际上是公权力主导下的对私权利的一种处

〔3〕 张晋红:“法院调解的立法价值研究——兼评法院调解的两种改良观点”,载《法学研究》1998年第5期。

分和让与。从司法调解的定义中,我们不难看出,调解程序价值为参与调解的主体的内在需要所给予的满足与实现包括两个方面:“一为内在价值,即程序本身所具有的价值——公正、效率和自由等,其最主要者为公正与效率。二为外在价值,通过程序的运行导致的实体公正,秩序等具体形态”。〔4〕

诉讼调解制度的程序价值利益体现在诉讼当事人和人民法院不拘泥于通常的诉讼程序,可以简化流转环节,降低诉讼成本。加上它便利效率的功能优势,使得案件的审结具有迅速和便利的特点,能够相对低廉和简便地解决纠纷,当事人能以较低的代价获得较大的利益而适合于特定社会关系、选定主体和特定纠纷的解决,能以常识化的动作消除诉讼程序给当事人带来的理解上的偏差,以通情达理的对话和非对抗的斡旋缓和当事人之间的对立,既着眼于解决当事人之间的现实纠纷,又放眼其未来的合作和和睦相处;它不局限于当事人现有的诉讼请求,可以就请求之外的内容进行调解,当事人能达成一个比诉讼请求更为广泛的调解协议,尤其是在处理农村各类纠纷时更是如此,这是判决所无法比拟的。

诉讼调解还能充分体现当事人对自己民事权利的自主、自由的处分。在调解协议达成的过程中,法官不能将自己认为正确的解决方案强加给当事人,当事人有同意或拒绝这种解决方案的权利。诉讼调解还能弥补法律适用不能的不足,使当事人根据自主和自律原则选择适用的规范,如交易习惯、地方惯例、行业习惯等解决纠纷,在“法律的阴影下”协商和妥协,并可能实现双赢的结果,体现了自认的效益最大化和自治的价值取向。

三、“司法调解”在促进社会和谐方面的作用

司法调解自身的独特作用及功能,作为人民法院促进社会主义和谐社会构建的重要手段,其积极意义是多方面的,肖扬同志曾从多个视角阐述了调解工作的重要性。概括起来,主要包括以下几个方面:

1. 司法调解有利于在更大范围、更广大的领域内维护社会稳定。〔5〕

〔4〕 张晋红:“法院调解的立法价值研究”,载《法学研究》1998年第5期。

〔5〕 肖扬:“充分发挥司法调解在构建和谐社会中的作用”,载《中国审判》2006年8月期刊。

在我国,民商事案件已占人民法院审理案件的90%以上,而近几年的涉诉上访案件增多,所反映出来的问题绝大多数与民商事审判有关。民商事案件数量多,涉及范围广,与人民群众的衣食住行息息相关,与百姓的生活紧密相连,与社会经济秩序和社会稳定更是密不可分。人民法院审理好民商事案件,特别是在审理民商事案件中运用司法调解的方式解决纠纷、化解矛盾,有利于在更大范围、更广大的领域内维护社会稳定。

2. 司法调解更有利于促进人民内部团结,维护家庭、社会、社区和邻里关系的安定,有效地防止“民转刑”案件的发生。在审判实践中,大量民商事案件的当事人之间有着千丝万缕的联系,解决纠纷后仍然要在一起生活、工作。司法裁判虽然解决了一时一地一案的矛盾和纠纷,但新的矛盾和纠纷很可能产生,胜诉者往往并不一定就是胜利者。从实践看,不少刑事案件都是因为民商事案件未得到妥善处理导致矛盾激化而成的。通过司法调解方式结案,有利于把当事人的思想工作做通、做透,彻底消弭矛盾,理顺社会关系,有效地减少“民转刑”案件的发生。

3. 司法调解更能体现当事人平等主体的地位,发挥平等协商、平等对话的功能,创造和谐的气氛。司法调解作为重要的诉讼机制,具有其他解决纠纷的方式所无法替代的独特优势,它使诉讼更加人性化,更能体现当事人的平等地位。更重要的是,调解结案更符合司法公正的实质要求。当事人对纠纷的真相和自己的利益所在十分清楚,经过自愿选择的处理结果,应当最符合他们自己的利益要求,也最接近当事人追求的实体公正。

4. 司法调解更能体现法官居中的作用,体现公平、公正的职能作用,体现司法公开、透明的特点。法官通过依法分别做双方当事人的思想工作,促使双方互谅互让,从而实现当事人利益最大化。司法调解同时也是一种具有开放性的纠纷解决机制,表现为调解协议的内容可以超出诉讼请求范围,有利于促成当事人一并解决纠纷的相关事项,彻底化解矛盾。

此外,在司法实践中,司法调解也更有利于提高司法效率,切实减轻群众的诉累和法院的审理负担,从而节约司法资源,最终为党和政府节约社会资源。

四、对“司法调解”在当今法治社会中的理性思考

司法调解工作对于化解社会矛盾、彻底解决纠纷具有其他方式无法

替代的作用。特别是在当今矛盾多发的社会转型期,更需要充分发挥司法调解的作用,平息纠纷,促进和谐社会的创建。将调解贯穿于法院审判工作,始终是一种明智的、正确的选择。但是,步入新世纪后,司法调解却有被各级、特别是基层法院滥用甚至被强制适用的现象,不少法院还将调解率作为考核法官业绩的一项重要指标,这一方面容易引发违法调解、强迫调解、盲目攀比调解率等现象的发生,另一方面也与倡导调解的初衷背道而驰,严重侵蚀着刚刚起步的法治机体制定调解制度的目的和初衷。在此,笔者认为极有必要对我国当前的司法调解制度在立法结构、基本原则等方面尚存的缺陷作出分析,以期各级法院对司法调解制度重新作出理性的思考。这些缺陷主要表现在以下方面:

第一,同一民事诉讼程序中规定性质不同的调解制度和判决制度不科学。^{〔6〕}我国《民事诉讼法》既规定了调解制度,又规定了判决制度,而这两种截然不同的解决民事争议的方式属于不同的机制。有着严密的制度设计的判决程序和随意性较大的调解程序,一刚一柔,性质完全不同,却将其规定在同一程序中,必然造成任意性和规范性的冲突,表现了我国现行调解制度在立法结构上的不科学。

第二,调解者与判决者归于同一体不科学。现行《民事诉讼法》将法官设计成兼具审判者和调解者双重身份的诉讼主体,既是疏导、消解当事人之间矛盾的调解者,又是诉讼活动的指挥者和纠纷的裁判者,这种身份上的竞合,使调解者具有潜在的强制力。在当前司法实践中普遍重视、甚至片面追求调解率的情况下,法官出于趋利避害的考虑,在处理案件时自然而然地选择调解结案,在法官摆出裁判者身份进行调解时,当事人违心达成协议成为必然。

第三,调解自愿原则与有关规定相矛盾。自愿是我国《民事诉讼法》确定的调解基本原则,但现行《民事诉讼法》却又规定了若干应当调解的情形,如规定了离婚案件必须进行调解,并规定了六类案件开庭审理时应当先行调解等,这些强制性规定显然与自愿调解原则相冲突,客观上形成了无须征求当事人同意即可调解,使“强制调解”成为了一种合法的行为。

〔6〕 陈文刚:“重构我国司法调解之意见”,载《人民法院报》网司法研究栏。

第四,现行《民事诉讼法》将“事实清楚、是非分明”作为调解的基本原则有失妥当。调解贯穿于民事审判的全过程,可以在庭前、庭中、庭后的任何时候进行。而在庭前、庭中调解时,要求做到“事实清楚、是非分明”显然是不科学的,因为只有对证据进行举证、质证,经过庭审中的法庭调查和法庭辩论阶段,才能认定事实,在事实清楚的基础上才可能“是非分明”。从另一个角度上讲,调解要求“事实清楚、是非分明”,在时空结构上混淆了调解与判决的界限,无疑扼杀了调解固有的属性,抑制了调解功能的发挥,还不如直接判决更为快捷、经济。

此外,调解的成功往往是权利人作出让步的过程,而且大多是合法有理的当事人向违法无理的当事人让步妥协才达成的协议,这虽然是权利人的自愿处分,但这种处分的结果却会在客观上造成不利于营造诚信善良、公平正义的社会氛围,不利于和谐社会的构建。^[7]

正因为司法调解制度尚存在以上种种问题,故对其进行改革和完善已成为立法者、学者以及司法者的共识,笔者以为,在对司法调解制度进行改善前,应充分考虑我国的文化背景,历史、政治及经济条件等因素,着重从以下几个方面予以考虑:

第一,法院可考虑设立专门的调解庭,负责适用调解案件的处理。实行调审分离,案件应当由法官负责调解,调解过程中应充分体现当事人主义原则,法官只从程序上保障当事人的权利,审查当事人主张的合法性,对当事人达成的协议的合法性进行审查,但不能对案件证据以及案件的事实作出认定。法官应向双方当事人列举出案件所使用的法律,因为就当事人和法官而言,法官比当事人能少时省力地了解法律的适用。当事人可根据法官提出的法律适用问题,判断案件的后果。调解成功后,及时制作调解书,调解不成功,向当事人告之诉权,而不是直接转入审理程序。因为经过调解过程,以及在这一过程中法官的释法,当事人对自己的主张以及证据等会有一个基本的判断,是否起诉或者何时起诉应由当事人自己决定。这样有利于减少当事人的成本,同时也有利于案件的处理。

第二,调解程序应依当事人的申请启动。当事人申请法院就案件进

[7] 庾向荣:“‘莫给调解定指标’彰显司法理性”,载《长江商报》2007年1月22日第2版。