

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2015.0517

论委托调解中权利与权力的关系

——兼谈委托调解的主体框架关系构建

周建华

(北京理工大学 法学院, 北京 100081)

摘要: 权利与权力的关系在调解程序中体现为调解权与调解辅助权的关系。调解权是当事人的基本权利,在调解程序中处于主导地位。调解辅助权是法官权力的体现,旨在引导和辅助调解权的实现。在委托调解中,独立调解员一方面从当事人的调解权中得到授权以引导调解,另一方面从法官的调解辅助权获得支持。当事人主导、独立调解员引导、法官辅助,构成委托调解的合理格局关系。

关键词: 委托调解; 调解权; 调解辅助权; 独立调解员; 准司法调解

中图分类号: D915.14

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2015)05-0119-06

“权利产生权力,权力为权利服务,权利制约权力”是基本的法治原理,法律制度建设应以此为出发点,建立权利与权力的有效平衡机制。现阶段,西方的诉讼理论和实践模式进入人文主义的发展时期^[1],中国的诉讼模式从超职权主义步入职权主义,继而往协同主义发展,调解在诉讼程序体系的权利与权力平衡机制中起着关键的“调制器”作用^[2]。具体指法官在审判领域中的权力扩张和当事人权利的退让,在调解领域中当事人权利为主、法官权力为辅的状态中得到补救,维护诉讼程序的整体均衡态势。

《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3条创设的委托调解,有助于分离法官的调解员和审判员这两个极易产生冲突的角色,避免法官权力对当事人权利可能产生的侵吞或干扰,纯化调解程序中当事人合意发生作用的空间,是实现诉讼程序均衡态势的关键措施。委托调解还有许多“革新性”功能:“疏减讼压”的应急性功能;“增进司法公信”的拯救性功能;“扩大司法民主”的表征性功能;“促进社会治理”的拓展性功能;“发展法律”的崭新性功能^{[3]1061-1073}。

委托调解的现有制度建设通常集中在诉权与审判权关系的讨论与调整。在事实层面引导了一种错误的认识,即默认委托调解的产生源于法院的审判权,默认当事人进行调解的“诉权”与法院审判权

的天然一体化。从本源上忽略了解调合同本性,忽略了调解当事人才是“调解权”权利所有者的基本事实。

错误认识导致在委托调解实践中,法官依然处于主导地位,受托方——第三方调解员只是协助法官,有时甚至沦为法院送达文书和传唤当事人的帮手。委托调解实践深入发展,需要探析和明确委托调解中权利与权力的关系,明确委托调解体系的核心关系——“委托人是谁,受托人是谁”,合理确定各主体的地位和作用。

一、“调解权”的权利属性

(一) 误读:“调解权”属于法官的权力

委托调解根源的合法性受到质疑。质疑者提出,法官在把当事人的纠纷转托给他人行使时,转让了自己的司法权力,具体指“调解权”;基于司法权的“统一性”^[4],司法权必须由国家特定的机关统一行使,任何其他机关、团体和个人既不能独自行使司法权,也不能与司法机关分享司法权,司法权更不能随便出让;因此,委托调解中的“委托”行为缺乏正当的法理基础。此观点存在一个错误的认识出发点,即将委托调解运作的基石——“调解权”解读为法官的一种与审判权相类似的权力。

不少学者认同调解权的权力属性,将其视为法

收稿日期: 2014-12-08

基金项目: 中国法学会法学研究课题“中国统一社会‘调解法’立法研究”(CLS(2014)D087)

作者简介: 周建华(1979—),女,法学博士,讲师,E-mail: jianhuazhoutina@163.com

官的一种权力^{[3][1061-1073][5-12]}。例如,有学者在论及调审分离的改革时,认为“裁判者的身份使法官具有事实上的强制力,当法官集调解权与裁判权于一身时,调解中的强制也就在所难免”^{[10]19-27},应考虑“分离调解权和审判权”^{[19]76-86}。在调解权和审判权的关系认定上,有学者认为,调解是法院职权的一个组成部分,无需与审判权进行分割^{[7]248};有学者认为,调解权与审判权两者存在明显差异与冲突,不能混同,调解权应当属于“审判辅助权”中的“类审判辅助权”^{[8]75-79},即有些类似于审判权,但目的在于辅助审判权实现的一种权力。

调解权“权力”属性的定位引发两个重要问题:一是造成法官在调解中的主导性强势地位。法官在实施调解时,调解权的权力强制特征会渗透于调解过程中,可能产生调解恣意化或强制调解。二是阻碍诉讼调解社会化(包括委托调解)的发展。当诉讼调解社会化被认为是法院将自己的权力出让时,按正常的逻辑推理,出让者具有随时收回的权力。同时,基于权责统一原则,纠纷调解的责任依旧在法院方面,法院自然就对委托调解的运作进行控制,委托调解无法获得独立发展的空间和动力。

根据诉讼调解社会化的理论构思,调解应从法官的掌控中分离,由社会调解机构和调解员独立承担,实现调解和审判的平行运作,调解成为有效分流纠纷的渠道。调解权的权力定性却从根源上阻断了调解程序中权利和权力作用领域的明确划分,成为矛盾的起源。调解权属性的论证因此成为现代调解发展的关键。

为论证委托调解根源的合法性,有学者寻求从“司法权的社会性原理”推断出“民事诉讼调解权力属于社会权力的范畴”^[13]。“司法权的社会性”是指在社会发展的最高理想状态中,市民社会融入国家,司法权的集中、强制化特征逐渐消失,纠纷解决的权力回归至市民。目前,纠纷解决机制的多元化发展使得诉讼审判不再是唯一的纠纷解决手段,纠纷解决的主动性正逐渐回归至当事人手中。受到此观点的启发,可以直接从司法权的源头出发,即一切权力源于权利,调解权应当定性为当事人的一种“权利”。

(二)“调解权”权利属性的解读

源于目前有关诉讼调解的“结合说”,通常会以“私权”概括当事人在调解程序中的权利。但是,私权这个概念太过笼统和宽泛;于是乎,再细化点,便是采用“诉权”。正如学者在论及“民事审前调解”

时,提及“调解是诉权与审判权博弈的结果,尤其体现了对私权自治的尊重”^[14]。当事人权利在诉讼程序的审判领域和调解领域会遭遇不同的保护环境,如都概括为一个概念——“诉权”,将引起调解和审判混同。调解领域中的当事人权利应当寻求一个单独的概念——“调解权”。

对调解合同性质的认同,自然应当承认调解权的权利属性。基于调解的合同性质,当事人拥有调解程序的决定权。调解员的作用是引导当事人进行沟通、交流和协商,保障程序的公平与公正。当事人的合意始终处于调解程序的核心和主导地位。在委托调解中,做出委托决定的应是当事人,法官所为只是去落实当事人的决定,调解员的介入实际来源于当事人“调解权”的授予。

调解权作为公民寻求纠纷解决的一种基本权利,与诉权、和解权等共同构成纠纷解决机制中的基础权利^[15]。调解权是指当事人在民事权利受到侵害后或者与他人发生争议时,以公平、自愿、自主的方式进行解决的可能性和必要性。调解应视为当事人之间受法律保护的“二次契约”,从发起到当事人合意形成,均属当事人的权利。调解权,亦如公民所具有的自主签订契约的社会经济权利,也是公民所拥有的自主解决契约纠纷的基本社会经济权利。

二、法院的调解辅助权

(一)“调解辅助权”概念的提出

调解与审判有着诸多不同点。调解是以当事人合意,而非以法官的强制性判断为核心。两者解决纠纷的目的完全不同^{[16]46-64};审判的职责在于“通过适用法律来确认和保护实体请求权,其工作重点在于回顾过去”;调解的功能则在于“实现持续的法和平,其着眼于解决未来潜在的争议、挽回关系受损之局面、重塑个人或商务关系以及共同策划未来前景”。此外,在既判力理论逐渐完善中,调解书能否产生与判决书相同的法律效力日益遭到质疑,而在西方国家的理论中,已开始认同调解书虽然可以成为执行的依据,但是不具备判决的既判力^{[17]273-274}。

鉴于调解和审判的“不同面相”^[18]，“法官调解是一种不包含审判权的核心要素——‘争讼裁判’——在内的独特的法官活动”^{[16]46-64},因此不能直接套用“审判权”概括法官在调解程序中的权力。有学者针对法官在调解中的权力,提出一个新概念——“类审判辅助权”^{[8]75-79}予以概括;但是,“类审判辅助

权”概念的着眼点依然是突出法官的强制性权力,容易混同于法官在审判程序的权力。从着眼于调解程序中当事人权利为主、法官权力为辅的角度出发,应当将法官在此阶段的权力命名为“调解辅助权”,意即辅助调解实施的权力。

当事人的“调解权”是法官“调解辅助权”产生的基础。当事人的诉权进入诉讼程序后,面临两条路径的选择:一是进入审判领域,诉权启动审判权的介入,审判权介入后以主动取代被动,掌握审判程序的主动权,通过诉辩程序、证据开示、审前程序、开庭审理等一系列活动指挥当事人诚信及时参与和配合,最终引导以辩论和处分原则为基础的强制性裁判的产生。二是进入调解领域,诉权转化为调解权,启动法官的调解辅助权。在调解程序的进程中,当事人的调解权占据主导地位,有对实体和程序的决定权;法官的调解辅助权则处于引导、配合和服务的地位,当然这种引导、配合和服务会随着法官在调解中具体角色的变化而有不同的体现。

(二)调解辅助权在各调解类型中的作用范围

基于调解的原始属性——“合同性”和可能附加的从属性——“司法性”,调解有3种类型的划分:(1)非司法调解,即民间调解(包含人民调解),停留在合同属性;(2)司法调解^①,即法院调解或诉讼调解,调解进入法院控制的诉讼程序中附属司法属性,从而具备合同性和司法性双重属性;(3)准司法调解,介于(1)和(2)之间,具备合同性和准司法性。司法调解和准司法调解的区别在于法官的调解辅助权发生作用的范围有所不同。调解辅助权可能作用于下列3个阶段:调解程序的启动、调解协议的形成和调解协议的审查。如果法官在这3个阶段都有介入,则属于司法调解;如果只是介入其中的部分环节,则属于准司法调解。依据上述标准,对实践中调解的具体操作方法进行归类。

1.民间调解

由人民调解委员会等民间调解组织直接接受

当事人提交的纠纷,然后由调解员进行调解,调解协议达成后,由当事人自觉履行。此类调解属于“非司法调解”。

2.民间调解达成协议后申请司法确认

当事人双方共同将(1)中达成的调解协议向法院申请进行司法确认。法院经过审查后,赋予调解协议强制执行效力。此类调解呈现混合的特征:在申请进入司法确认之前,属于“非司法调解”;在进入司法确认程序之后,调解辅助权得以在调解协议转化为确认书的审查过程中介入,属于“准司法调解”。

3.民间调解组织在接受法院委托后“独立”进行调解,协议达成后当事人申请司法确认

“从一开始把案件交付给其他人员来主持调解起,法院的司法权就已经发生作用,它不能是完全独立于司法领域的事物”^[20]。法院对于调解的介入包括协议达成前和协议达成后的介入。法官在协议达成前的介入绝对是一种辅助性质的,即“辅助”调解员完成其调解工作。介入的形式体现在:将纠纷交付给民间调解组织进行调解;在调解员的调解工作开展过程中,依据调解员的请求或当事人的请求适当采取某些措施辅助调解员,保障调解的顺利进行,例如送达文书、通知当事人参加调解、采取保全措施等。此为真正意义上的委托调解,从调解的类型上划分,应属于“准司法调解”。

4.民间调解组织接受法官的邀请协助其调解工作或在接受法院委托后“依附性”进行调解,协议达成,法院审查后直接制作民事调解书

这里包括两种做法。第1种,即“接受法官的邀请协助其调解工作”,此为传统的协助调解,法官为主、调解员为辅,属于“司法调解”。第2种,即接受法院委托后“依附性”进行调解,法院和部分学者倾向于把它纳入到委托调解的阵营中,但这应是协助调解的一种改良版,因为法院对调解的全过程,乃至调解协议的内容都实施了实质性控制和审查。因此,从调解的类型上划分,属于“司法调解”。

^①法律界通常将法院调解和诉讼调解等同使用。有学者提出“有关法院调解之概念的通说因为委托调解的出现到了进行适当修正的时候了……应该对法院调解与诉讼调解区别对待,应使诉讼调解成为法院调解的上位概念,诉讼调解与法院调解之间应构成包含与被包含的关系。”“诉讼调解”是指案件处于诉讼状态后,在法院审判人员或委托调解人的主持下,发生争议的当事人双方自愿协商、依法达成协议进而解决纠纷的活动。“法院调解”则依然保留符合社会公众见文知义的认识习惯并已经被广为接受的含义,即“法院调解的主持者是法院的审判人员”^[19]。笔者认为,“法院调解”和“诉讼调解”这两个概念均不准确,容易引起歧义。一方面,法院调解过于强调法院的主导性,例如委托调解,我们也习惯说“法院委托调解”,让人认为法院是委托调解的主导者,而根据前面所述,委托调解的主体是当事人,是当事人同意法院将调解转交给他人完成。另一方面,诉讼调解是说停留在诉讼程序中的调解,但调解协议确认案件包含在非讼程序中。“司法调解”的名称则可避免上述弊端,凸显出调解的初始属性——合同性质在附加调解辅助权的司法性质后产生的一种结合产物,即“司法+调解”。

5.法官自己承担调解员的角色,调解成功后制作民事调解书

此为传统意义上的法院调解。曾占主导地位的调解型审判方式使得调解和审判产生混同的局面。现在虽强调调解职能和审判职能的区分,但审判思维的习性使得他们在调解中无意识地带有审判的影响因子。

在4和5的司法调解中,法官的行为更多体现为一种“类审判”的司法行为。而在2和3的准司法调解中,法官由于比较脱离于调解工作的具体展开,在尊重调解员独立调解工作的前提下,呈现的是一种辅助型的“准司法行为”。

三、委托调解的合理格局:当事人主导,调解员引导,法官辅助

(一)委托调解实践运作的异化

实践中,委托调解的两方合作者——法院和司法局之间进行了一场“司法化”和“去司法化”的博弈^{[21]135-144}。在这场博弈中法院目前占据上风,委托调解的司法化倾向日渐明显,发展成为协助调解的一种改良版,从而步入司法调解的阵营。

目前法院系统广泛采用的委托调解方式是“人民调解进法院”(或称“法院附设人民调解”^{[12]19-26})^①。“人民调解进法院”是指基层法院与当地区县司法局进行联动,由司法局选任人民调解员进驻法院内部设立的人民调解窗口或人民调解室,负责对法院转交案件的调解工作;调解成功的案件可依法提请法院予以司法确认,后演变为经法院审查后直接制作法院调解书;调解失败的案件将快速进入审判程序,启动调解和审判之间的绿色通道。在地方法院的实践中,“人民调解进法院”经历了从“立案前委托调解”向“立案后委托调解”的转变。

起初,法院附设的人民调解室承接立案庭转托的案件。凡是没有经过诉外调解程序的案件,立案法官在收到当事人的立案请求且未立案之前,积极引导当事人通过人民调解室解决纠纷。然而,由于法院有时片面强调自身的积案压力和案多人少的困难,片面追求调解率,容易无视当事人的裁判请求权,像甩包袱一样将纠纷转移给其他机构、个人调处解决,自身“变成了纠纷处理的最大中转站而非实现司法正义的最后堡垒”^{[21]135-144}。

随后,地方法院的运行重点逐渐从立案前转

移至立案后,着重于审前委托调解的实施。审前委托调解的实践却日益呈现出类同于协助调解的依附性,欠缺独立性特征。一方面,法官对进驻调解员的调解工作要时刻把好关,全权负责;对调解协议审查后并非制作司法确认书,而是改为直接制作民事调解书。另一方面,本应是“独立调解人”的调解员在工作中体现出对法官的依附性。这种依附性产生的现实因素是:由于缺乏经费和财力的保障,难以吸收到合适的调解员,因此调解员整体素质不高;于是,在调解工作中,调解员面对复杂的法律纠纷,无法单独胜任工作,必须需要法官的指导和帮助。

“人民调解进法院”模式的短期效果是不错的,能很好帮助法院分担部分任务;长期而言,则不符合诉讼调解社会化的理念。诉讼调解社会化,强调由调解员独立承担调解任务,避免法官不应有的干预和影响。在改革诉讼调解的同时,诉讼外调解也呈现新方向的发展,即加强人民调解员和其他民间调解员的社会化、专业化、职业化。委托调解的独立性发展与民间调解的新方向发展是相呼应的:前者独立性的加强有助于加强调解员的自身能力培养和人们对调解员的信任,促进民间调解组织的专业化和职业化发展;相应,民间调解组织愈加职业化和专业化,更会增加对调解员的信任和对委托调解的求助,扩大委托调解发挥作用的范围。委托调解目前呈现的“过度司法化”倾向,与协助调解产生混同,无法凸显自身的新功能和意义。

(二)委托调解主体关系的合理框架定位

委托调解在坚持当事人的主导地位之时,必须特别关注调解员和法官的关系,促使两者形成良性互动的关系。

第一,调解员和法官应互相尊重彼此工作的独立性。

调解员的介入源于当事人调解权的授权,法官只是履行了委托行为的实现形式。从调审分离的机制来说,调解员不介入法官的审判,法官也不应介入调解员的调解。法官在委托调解中的介入特征必须弱化,给予调解员足够的独立工作的空间。法官的介入是被动的,只有在当事人和调解员提出请求后才能发生。根据调解保密原则,调解员在调解中的意见和认识,如未获得当事人同意,不能在之后的诉讼程序中披露,也不能将调解程序的内容向法

^①例如,2010年9月,北京市法院系统集体部署了“人民调解进立案庭”制度,参见《积极引导当事人通过人民调解解决纠纷,北京法院全面推行人民调解进立案庭》,http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-09/04/content_2274155.htm(2014-10-30访问)。

官进行披露。

第二,调解员和法官基于共同目标追求下应互相配合和帮助。

实践中,调解员的工作限于办公室调解,不能单独勘验现场、调取证据、制作调查笔录等。法院方面已经意识到调解员工作的局限性,提出加强进驻法院的调解员与法院内部组织的衔接。例如,调派经验丰富的干警专门指导调解员的工作,或形成一名法院干警搭配一名调解员的工作方式,共同参与到调解中,对调解员在调解过程中遇到的问题适时进行指导;调解员也可与法院工作人员一起参与到送达、现场勘验、调取证据等工作中去,更全面地了解案情,推动调解的进行。为保证调解的顺利进行,调解员确实需要借助法官的帮助,例如请求法官对纠纷中疑难问题的法律咨询和解答,申请法官采取先予执行、保全等措施,申请法官帮助核查事实和原因等。在立法构建时,应考虑对调解员可向法官提出请求帮助的范围进行规定,同时规定法官负有提供此类帮助的义务。

第三,应当改变委托调解中法院直接制作法院调解书的做法,完善调解协议和司法确认程序之间的有效衔接。

目前,由法院直接制作民事调解书的操作方法容易将调解员误认为法官的助理,同时非常不利于委托调解独立性的加强。在发展委托调解的同时,应当注重宣传和推广司法确认程序的适用,

例如在向当事人建议采用委托调解时,应向其说明司法确认程序的功能和意义^[2]。同时,建立委托调解和司法确认程序之间的绿色通道。在调解员帮助当事人达成调解后,制作协议时必须告知当事人可直接申请司法确认;如果当事人同意,调解协议便由调解员直接转入法院,启动司法确认程序。

四、结语

西方国家调解的发展史表明,从“国家依赖型”调解向“社会自治型”调解的转化,是调解现代化发展的基本方向。“国家依赖型”调解无法完全实现调解的合同性特征。只有实现社会自治生长时,才能确保调解自愿原则的彻底实现。委托调解的发展,既能剥离诉讼程序中备受诟病的调审合一机制,又能促使民间调解组织从“外生型”向“内生型”^[23]转化,完成调解社会自治机制的形成。

缺乏立法层面的指引,委托调解在地方法院的“百花齐放”适用状态引发的差异和分歧,无法终结;没有获得立法层面的支持,委托调解在地方法院的实践中逐渐出现减弱和消退迹象。新世纪初调解复兴后的“运动化”状态,使得调解的态势是“来也匆匆,去也匆匆”。如果不通过立法对现有的改革经验予以确立,调解的改革成果可能不久就销声匿迹了。

参考文献:

- [1] 周建华. 从程序法定主义到程序人文主义——法国民事诉讼法典的发展述评[J]. 四川大学学报:哲学社会科学版, 2013(3): 138-150.
- [2] 周建华. 司法调解的契约化[J]. 清华法学, 2013(6): 147-158.
- [3] 刘加良. 论委托调解的功能[J]. 中外法学, 2011(5): 1061-1073.
- [4] 姜小川. 司法权基本属性之探析[J]. 法学杂志, 2007(5): 78-81.
- [5] 陈旗. 论法院调解制度的创新——基于价值与功能的法理思辨[J]. 法学评论, 2007(5): 34-42.
- [6] 陈亚平. 我国诉讼调解制度完善研究[J]. 法学杂志, 2008(1): 42-44.
- [7] 范愉. 法院调解制度的实证分析[C]//王亚新, 傅郁林, 范愉, 等. 法律程序运作的实证分析, 北京: 法律出版社, 2005: 199-262.
- [8] 韩波. 诉讼调解的实证分析与法理思辨——对最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》的实施调查[J]. 法律适用, 2007(4): 75-79.
- [9] 胡道才. 调审适度分离:“调解归调解, 审判归审判”的另一路径——以南京两级法院改革试点工作为研究对象[J]. 当代法学, 2014(2): 76-86.
- [10] 李浩. 调解的比较优势与法院调解制度的改革[J]. 南京师范大学学报:社会科学版, 2002(4): 19-27.
- [11] 王建勋. 关于调解制度的思考[J]. 法商研究, 1996(6): 74-78.
- [12] 毋爱斌. 法院附设型人民调解及其运作——以“人民调解工作室”为中心的考察[J]. 当代法学, 2012(2): 19-26.
- [13] 刘加良. 民事诉讼调解社会化的根据、原则与限度[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2011(3): 151-159.

- [14] 曾令健. 迈向集约型司法的民事审前调解[J]. 安徽大学学报:哲学社会科学版, 2013(4):103-110.
- [15] 杨继文. 调解权的价值、性质与实现[J]. 行政与法, 2012(6):94-98.
- [16] 周翠. 调解与审判的关系:反思与重述[J]. 比较法研究, 2014(1):46-64.
- [17] 周建华. 司法调解:合同还是判决? ——从中法两国的比较视野出发[M]. 北京:中国法制出版社, 2012.
- [18] 李浩. 调解归调解, 审判归审判:民事审判中的调审分离[J]. 中国法学, 2013(3):5-18.
- [19] 刘加良. 委托调解原论[J]. 河南大学学报:社会科学版, 2011(5):67-72.
- [20] 范愉. 委托调解比较研究——兼论先行调解[J]. 清华法学, 2013(3):57-74.
- [21] 肖建国. 司法 ADR 建构中的委托调解制度研究——以中国法院的当代实践为中心[J]. 法学评论, 2009(3):135-144.
- [22] 周建华. 论调解协议的司法确认程序[J]. 民事程序法研究, 2013(9):122-135.
- [23] 徐昕. 迈向社会自治的人民调解[J]. 学习与探索, 2012(1):87-89.

The Relationship between Right and Power in Entrusting Mediation

—On the Main Relationship Frame of the Entrusting Mediation

ZHOU Jianhua

(School of Law, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081, China)

Abstract: The relationship between right and power in the mediation embodied the relationship between mediation rights and mediation assisted power. Mediation right is the basic right of the parties, and occupies the dominant position in the mediation procedure. Mediation assisted power embodies the power of judges, aimed at guiding and assisting the realization of mediation right. In entrusting mediation, on one hand, the independent mediator gets the authorization from parties' mediation right to guide the implementation of mediation. On the other hand he gets the support from the judge's power for the mediation. Therefore, the parties playing a leading role, the independent mediator as a guide, the judge as an assistant, constitute a reasonable pattern of the relationship in the entrusting mediation for reaching a mediation agreement.

Key words: entrusting mediation; mediation right; mediation assisted power; judicial mediation; quasi-judicial mediation

[责任编辑:箫姚]