

# 论法院委托调解

唐东楚<sup>1</sup>, 何文燕<sup>2</sup>

(中南大学 法学院, 湖南 长沙 410083; 湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411105)

**摘要:**法院委托调解是中国司法实践中为了激活调解资源、吸收社会力量解决纠纷、实现良性诉调对接而进行的一种创新,其直接的法律依据是《调解规定》第3条。法院委托调解兼具法院调解和人民调解的属性,关键要注意“四个合适”:将合适委托调解的案件,委托给合适的调解机构,采用合适的调解程序,赋予调解协议以合适的法律效力。法院委托调解具有值得信任的一面,也有不值得信任需要警惕的一面。中国当前尚不具备人民调解前置的必要性和可行性。以法院委托调解为契机,建立附设法院的调解,是中国诉前调解前置的可行办法。

**关键词:**委托调解;法院调解;人民调解;调解信任;调解前置

中图分类号:DF8

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2010)05-0079-09

中国当前,如何充分激活、盘活诉讼中的调解资源,最大程度地整合社会力量解决纠纷,最大程度地保护当事人的实体利益和程序利益,最大程度地促进社会和谐和维护社会稳定,是人民法院和全社会的共同使命。各地法院在实践中创新了形式多样的“诉调衔接”、“对接”或曰“联动”模式<sup>①</sup>。其中,法院委托调解的运用和探索,正是诸多“诉调衔接”实践的关键和“桥介”。学术研究应当对法院委托调解的实践创新进行必要的回应、梳理和展望。

## 一、法院委托调解的法律要件和定性分析

法院委托调解,是指人民法院在征得各方当事人的同意后,将已经起诉到法院的民事案件,委托给相关的单位或者个人进行调解,并对其达成的调解协议依法予以确认的一种制度。其直接的法律依据是2004年最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《调解规定》)第3条第2款。该款规定:“经各方当事人同意,人民法院可以委托前款规定的单位或者个人对案件进行调解,达成调解协议后,人民法院应当依法予以确认。”其间接的法律依据是《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第87条和《调解规定》第3条第1款的规定。之所以说是间接的法律依据,是因为这两个法律条款并没有直接规定法院的委托调解,而只规定了协助调解<sup>②</sup>。

收稿日期:2009-09-05

基金项目:湖南省社会科学基金“我国社会主义法律权威维护研究”(08YBB024)

作者简介:唐东楚(1968-),男,湖南武冈人,中南大学法学院副教授,法学博士,主要从事民事诉讼法学研究。

①其中的“三调联动”,被誉为这种诉调衔接和联动的“湖南模式”。即,以人民调解为基础和依托,实现人民调解、司法(法院)调解、行政调解的“三联动”。较为详尽的介绍见:林勇,孙浩波,陈昆仑. 实施“三调联动”促进社会和谐[J]. 人民调解,2007(1):28-30;夏国佳. 用“三调联动”化解矛盾 促进和谐社会建设[J]. 中国司法,2007(8):60-62.

②《民事诉讼法》第87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。”《调解规定》第3条第1款规定:“根据民事诉讼法第87条的规定,人民法院可以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调解工作。”

法院委托调解实质上是《调解规定》对《民事诉讼法》第87条的突破,是对《民事诉讼法》第87条的扩大性解释,扩大了民事诉讼调解主持主体的范围。因为,按照《民事诉讼法》第86、87条的规定,民事诉讼过程中主持调解的主体,只能是人民法院,其他单位和个人只能协助调解,但不能主持调解,只能是协助调解的主体,但不能是主持调解的主体。《调解规定》关于法院委托调解的规定,扩大了民事诉讼过程中主持调解的主体范围,使得有关“单位或者个人”,在人民法院的授权委托下,也可以主持诉讼过程中的调解。所谓的有关“单位”,是指“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”。所谓的有关“个人”,是指“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”。

根据《调解规定》的规定,法院委托调解必须具备三个要件。

第一,须经各方当事人同意。这里的当事人,包括原告、被告、第三人、共同诉讼人、诉讼代表人等。这个要件充分体现和尊重了当事人的选择权。但这个要件,几乎是在没有任何学术争议的情况下,成为《调解规定》中的规定的。这一方面,反映了中国近年来司法实践中对民事诉讼当事人主体地位的日益尊重。但另一方面,没有学术上的任何争议和争鸣,并不一定代表全社会在此问题上已经完全达成共识。有时,适度的反面意见反而能使一个正确的观念更加深入人心。法院委托调解必须经过各方当事人同意,如果放到以当事人为纠纷解决主体,以诉权为本位的情形下,显然是顺理成章的。但如果放到以法院为纠纷解决主体,以审判权为本位的情形下,却并非无可置疑。

第二,须经人民法院委托。人民法院是委托者,主持调解的“单位或者个人”是被委托者。但这种委托,与民法上的委托和行政法上的委托法律关系都不一样。法院委托是一种司法委托,它与民事委托、行政委托相比,更具复杂性和独特性,主要表现在:司法委托并不通过“委托合同”的方式进行,而是通过要求受托者履行司法“协助义务”的方式进行。民事委托与行政委托,则通常以“民事委托合同”或“行政委托合同”的方式进行。从民法的角度看,民事受托人在被委托的权限范围内,以委托人的名义所实施的民事行为,等同于委托人自己的行为<sup>[1]</sup>。

从行政法的角度看,行政受托人(通常是没有行政管理权的有关单位和组织)在被委托的权限范围内,虽然不是行政主体,但其行为的后果由行使委托权的行政主体承担<sup>[2]</sup>。而法院的司法委托,则通常基于受托者特定的司法“协助义务”。比如,法院相互之间的委托执行和委托送达、法院对鉴定机构的委托鉴定、法院对有关单位和个人的委托调解等,都是出于这些受托机构或者受托个人对法院的协助义务。司法委托是一种法定委托,而非约定委托。司法委托都以特定的法律规范为依据,它不是法院自身审判职权的委托,是基于司法“协助义务”的履行而进行的一种司法资源和社会资源的整合。受托的机构或个人,并不以委托法院的名义解决受托事项,其本身就具有解决受托事项(如执行、送达、鉴定、调解等)的职能,并不需要像民事委托或者行政委托那样,进行“权利授予”或者“权力赋予”。被委托调解的单位和个人,其本身就具有协助调解的义务,具备调解的功能和优势。这或许正是《民事诉讼法》仅仅规定“协助调解”,而没有规定“委托调解”的原因之一。司法实践中,以上海为代表的“民事纠纷委托人民调解”尝试中的“委托”<sup>③</sup>,也并不是法院将自身的审判职权进行委托,而是在法院的引导下,当事人对纠纷解决途径的选择。这种“委托”是民事诉讼程序与人民调解程序进行衔接的程序环节,是涉诉民事纠纷进入人民调解程序的前提和条件<sup>[3]</sup>。

第三,达成调解协议后,人民法院应当依法予以确认。人民法院确认调解协议效力的方法,无非两种:一种是依当事人的要求,在对调解协议的合法性进行形式审查的基础上,制作调解书;另一种是即时履行等不需要制作调解书的,将审查确认调解协议的过程,以及调解协议的内容记入笔录。根据《调解规定》第18条的规定,如果当事人达成调解协议,要求人民法院按照调解协议的内容制作判决书的,人民法院不予支持。因为,调解书与判决书,对于事实的认定和法律效力存在诸多不同:调解书主要基于当事人各方的妥协、让步,只要不违背法律的禁止性规定,一般情况都遵从当事人之间的合意,并不需要“严格适用”法律。而判决书则主要基于法院对事实的依法认定、判断,和对法律规范的严格适用;调解书不能上诉,而判决书除法律特别规定的以外,一般没有上诉条件的限制。

《调解规定》第3条并没有明确规定法院委托调

③具体可见上海市高级人民法院、上海市司法局2006年2月出台的《关于规范民事案件委托人民调解工作的若干意见》,以及上海长宁区法院、长宁区司法局《关于涉诉民事纠纷委托人民调解的贯彻意见》。

解的对象、程序和效力。所以在法院委托调解与法院调解、协助调解、人民调解、行政调解的关系上,存在模糊之处,但同时也为司法实践中的法院委托调解提供了广阔的尝试空间。

从前述关于法院委托调解的法律要件分析中可以看出,中国现行制度框架中的法院委托调解,实质上是由法院以外的调解机构或个人来主持和进行调解,最后达成的调解协议由法院来加以审查和确认的一种诉讼过程中的调解方式。它既不是法院主持的调解,也不是仅仅协助法院调解,其主持调解的主体是被法院委托的“单位或者个人”。这些“单位或者个人”,在实践中多表现为人民调解委员会、当事人所在单位、工会、妇联、司法助理员、律师、警察等组织和个人。法院委托调解也不是一般意义上的人民调解和行政调解:一方面,法院委托调解是在案件已经起诉到法院后,再由法院委托人民调解委员会或有关行政单位和个人所主持和进行的调解,与诉讼外的人民调解或行政调解,具有诉讼阶段上的不同。另一方面,法院委托调解后并不是从此就“放手不管”,而是对调解成功所达成调解协议的案件进行审查、核实,并最终赋予其法院调解书以诉讼法上的效力,对没有调解或者调解不成功的案件,则由法院依法判决结案,以免拖延诉讼。

法院委托调解的定性,如果按照《民事诉讼法》第87条和《调解规定》第3条的字面解释,似乎仍然属于法院调解。因为,法院委托调解通常发生在法院受理诉讼之后,而且只能由法院委托,由法院审核并赋予调解协议以诉讼法上的效力。法院委托调解与法院自身主持的调解,似乎只有形式上的差异(主持调解的主体不同)没有本质上的不同。但问题是,各地法院的具体做法不同,往往导致对不同形式的法院委托调解很难进行统一的定性和把握。

重庆市法院系统的委托调解,是与即时调解、协助调解、指导调委会制度等并列的一种法院调解模式,其案件范围多集中在工程建设、医疗纠纷等领域<sup>[4]</sup>。上海和江苏地区的法院委托调解,则既有“诉前”委托调解,也有“审前”委托调解,如果一概作为法院调解来定性是不妥当的,应当依据法院介入调解活动的程度来定性。上海浦东新区人民法院的诉前调解模式,虽然主持调解的是法院聘请的诉前调解员,但法院参与了整个调解过程,定性为法院调解更为适当。上海长宁区人民法院2007年以前实行的“诉前”

委托“人民调解窗口”的调解,如果需要法院出具调解书的,应当定性为法院调解或诉讼调解,如果不需要法院出具调解书的,则应当定性为人民调解。而该法院2007年以后实行的“审前”委托调解,就应当定性为法院调解<sup>[5]</sup>。湖南“三调联动”模式中的“诉中委托人民调解”<sup>[4]</sup>,仍然采用人民调解协议的形式进行撤诉,但一方当事人不履行调解协议的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行<sup>[6]</sup>。湖南的这种法院委托调解,初看似乎可以定性为人民调解,但这种通过法院委托达成的人民调解协议却可以申请人民法院强制执行,似乎又有了法院调解的属性,这种法院委托调解的定性具有很大的模糊性。

基于法院委托调解中,调解主体的多元化、调解方式和调解场所的随意性、调解协议效力的待定性等因素的考虑,不能将“委托调解”完全等同于法院调解。因为这种等同,不但在逻辑上行不通,而且在实践中也会降低法院的公信力。无论从调解的过程还是从调解的主体上分析,法院委托调解最多可以称之为“准司法调解”或“类司法调解”,但绝不能等同于法院调解<sup>[7]</sup>。

## 二、法院委托调解实践中的“四个合适”

法院委托调解在实践中,主要应解决“四个合适”,即:将合适委托调解的案件,委托给合适的调解机构,运用合适的程序,并赋予调解协议以合适的法律效力。

### (一)合适的案件

法院委托调解的案件,一般适用于法律关系简单、利用法院以外的调解机构更能发挥调解优势的案件。比如婚姻家庭案件、小额债务案件、邻里纠纷案件等。如果将重大、复杂、疑难的案件,委托给人民调解委员会等组织进行调解,不仅案件超出了人民调解的职责范围,而且其调解的有效性也值得怀疑。同时,还会让人觉得,法院是在“把烫手的山芋往外扔”,在甩包袱、怕麻烦。

法院委托调解的具体案件范围,根据现行法的规定,可以从正反两个方面进行界定:正面而言,法院委托调解的案件一般为适用简易程序的简单民事案件。依据最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序规定》)第14条的规定,法院委托调解的纠纷,主要包括人民法院在开庭审理时应当先行调解的六类纠纷:(1)婚姻家庭纠纷和继承纠纷;(2)劳务合同纠纷;(3)

<sup>④</sup>湖南“三调联动”模式中处理司法调解与人民调解衔接的方式是“诉前引导人民调解、诉中委托人民调解、诉后执行和解调解”的“三部曲”。见2008年4月10日湖南省“三调联动”工作领导小组办公室的《湖南省“三调联动”工作情况汇报》。  
欢迎访问重庆大学期刊社 <http://qks.cqu.edu.cn>

交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷;(4)宅基地和相邻关系纠纷;(5)合伙协议纠纷;(6)诉讼标的额较小的纠纷。反面而言,不能进行调解的民事案件,以及应当调解但过于重大、复杂、疑难的案件,不能委托调解。依据《简易程序规定》第14条的规定,“根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要”的案件,不能委托调解。依据《调解规定》第2条的规定:“适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件,婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件,人民法院不予调解。”对于应当重视调解,但因为过于重大、疑难、复杂的原因而不适合委托调解的案件,主要见最高人民法院《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义社会中积极作用的若干意见》第5条中规定的六类案件,即:“涉及群体利益,需要政府和相关部门配合的案件;人数众多的共同诉讼、集团诉讼案件;案情复杂,当事人之间情绪严重对立,且双方都难以形成证据优势的案件;相关法律、法规没有规定或者规定不明确,在适用法律方面有一定困难的案件;敏感性强、社会关注程度大的案件;申诉复查案件和再审案件。”

上海、江苏等地区的法院委托调解,一般都与前调解或者审前调解联系在一起。其中上海长宁区人民法院,在现行法律制度框架中制定的《人民调解窗口与民一庭速裁组审前委托调解工作规定》第1条规定:“凡属于速裁组法官受理的案件一般均可以由法官根据相关规定交由窗口人民调解委员委托调解。其案件范围主要包括:(1)离婚案件;(2)继承案件;(3)抚育费、抚养费、赡养费纠纷;(4)小额债务纠纷;(5)小额损害赔偿案件;(6)改变抚养关系;(7)解除收养关系;(8)电信合同;(9)其他简易案件。”<sup>[5]</sup>南京鼓楼区法院则强化诉前调解意识,将立案工作视为消化矛盾的第一道防线,并且根据不同的情形分别适用协助调解和委托调解:对于涉及面广、关系错综复杂、矛盾容易激化的案件和群体性纠纷,适合进行协助调解的,邀请有关部门和组织、专家进行协助调解;对于继承、析产、房屋使用权纠纷,相邻纠纷、一般侵权案件以及其他适宜进行委托调解的案件,尽可能地引导当事人接受委托调解<sup>[8]</sup>。

## (二)合适的机构

《民事诉讼法》和《调解规定》只笼统规定了被

委托调解的机构——有关的“单位和个人”。这些单位和个人,只要有利于调解的达成,其实并没有什么限制。实践中也一般利用工会、妇联、交警、派出所、人民调解委员会等“其企事业单位、社会团体或者其他组织”进行调解<sup>⑤</sup>。但不管如何,对中国现行制度体系中已有的人民调解委员会,进行充分利用,或者有针对性地改造后再加以利用,无疑是资源最为节约、成本最为低廉、效用最大化的稳妥办法。

根据人民调解组织是否设置在法院以内,以及是否对人民调解组织进行改造的做法之不同,可以将适合被委托进行调解的人民调解组织分为四种模式:第一种模式是“内置不改造型”的人民调解组织。这种模式将原有的人民调解组织搬进法院,成立驻法院“民调室”或者“民调窗口”,但并不改变原有人民调解组织的人员结构,只是将原来人民调解组织的工作地点搬到了法院,更加方便当事人利用人民调解资源,更加方便法院委托、指导和监督人民调解。这种模式并不需要什么实质性的改革,没有太多的改革争议和改革成本,在许多地方颇为常见;第二种模式是“内置改造型”的人民调解组织。这种模式类似美国的“司法ADR”或者“法院附设的调解机构”。这种人民调解组织,虽然仍冠以“人民调解”的名称,但与传统的村民委员会或者居民委员会下设的人民调解委员会,已经相去甚远。其中的调解人员已经由原来村委会或者居委会干部、当地有威望的居民,变成了法院自己聘请和组织的退休法官、律师和其他专业人员。这种“旧瓶装新酒”的方法,在上海和江苏的基层法院中较为常见,是“一次悄无声息的制度创新”<sup>[5]</sup>;第三种模式是“外置不改造型”的人民调解组织。这种模式是最简单、最直接、最没有改革风险的做法,仍然利用原本存在的、法院以外的人民调解组织,将法院受理的案件在征得各方当事人同意的情况下,委托给这些法院外的各种人民调解组织(如人民调解委员会、工会、妇联等)进行调解。这种模式是最自然、最原初的法院委托调解模式,现在在一些法院仍然适用,比如报道中的南京鼓楼区法院委托调解,采取的就是这种模式。这种模式至少因为法院委托的原因,加强了人民调解与法院司法解决纠纷的互动。人民调解组织有了压力,也有了动力。人民法院对于人民调解的指导,也容易落到实处,有利于消除人民调解和法院司法老死不相往来的“两张皮”现象;第四种模式是“外置改

<sup>⑤</sup>这里蕴含了法院委托调解,其实并不排除委托交警、派出所等行政部门所进行的行政调解。只是出于委托共性的考虑和行文论述的需要,笔者在此只涉及法院委托的、针对民事纠纷的“人民调解”。

造型”的人民调解组织。这种模式将原来的人民调解组织加以集中、提升、精炼和整合,成立县(区)、乡的“联合调解委员会”,或者在县、乡两级设立由党政领导挂帅、公检法司等有关部门参与的“社会矛盾纠纷调处中心”,这种纠纷调处中心被赋予非常强大的权力,比如矛盾纠纷的分流指派权、协调调度权、检查督办权和责任追究建议权等,对辖区内的矛盾纠纷实行统一受理、集中管理、归口管理、限期办理。这种模式在湖南的“三调联动”中起到了很好的作用。湖南省2007年发生的各类群体性事件,90%以上是运用“纠纷调处中心”这一机制得以化解的<sup>⑥</sup>。

上述四种模式只是为了论述方便而进行的理论分类,实践中,被委托调解的机构,其实很难固定于其中的某一种模式,更多时候是两种或两种以上模式的交叉和融合。因为每种模式都各有优劣,而且“绝对不改造”的情形是相当少见的。对于法院外的传统人民调解委员会而言,如果不予以适当的改造,就很难胜任本已诉至法院的纠纷的调解,很难获得赋予法院调解书效力的正当性,也很难获得当事人的信赖和认同。对于“内置式”的驻法院人民调解组织而言,如果不予以适当改造,不仅难以确定入驻法院的具体人民调解组织,而且经费问题、调解人员的素质等问题也难以得到妥善的解决。相较而言,设置在法院内的、相对固定的“内置改造型”人民调解组织,更适合法院委托调解。但这种人民调解组织,在前述第一种模式的基础上,还要通过两个途径予以完善:一个途径是,赋予当事人对调解人员的选择权。这种选择权一方面是针对驻法院人民调解机构中原有的人,另一方面是针对驻法院人民调解机构以外的人员,适当时候可以允许当事人推荐或选择其他有利调解的人员,参与到驻法院人民调解机构中来进行调解。接受法院委托的调解人员有一个适当的流动和激励机制,有利于充分发挥人民调解的灵活性、民情民意性等优势,否则就会使固化的驻法院人民调解组织或调解人员,沦为法院的“编外法庭”或者“编外法官、编外工作人员”;另一个途径是,确保驻法院人民调解组织的经费独立。在驻法院人民调解组织的经费上,仍然应当保持原有的经费保障机制,发挥人民调解对于诉讼当事人的“免费优势”。人民调解员的工资、补贴以及驻法院人民组织的运转经费等,仍由司法行政部门协同有关的基层组织加以解决,以确保驻法院调解组织与法院之间,在地位上的相对独立性。通过这样两个完善途

径,既可以保证驻法院人民调解组织的相对稳定性、专业性,又可以保证人民调解员的相对流动性和调解的独立性,还可以避免上述第四种模式中“纠纷调处中心”可能带来的行政化、运动化等负面影响,实现法院审判和人民调解资源的有效整合。

### (三)合适的程序

这里所谓“合适的程序”,有三层含义:第一层含义是合适的委托程序;第二层含义是合适的调解程序;第三层含义是调解后合适的审核和回访程序。现行法对此都没有明确的规定,实践中的做法各种各样。

合适的委托程序。需要解决以下三个方面的问题:第一,确定具体的委托机构和人员。法律并没有规定究竟由法院中的哪个具体机构或者哪些具体人员,来进行案件的委托和移送。实践中代表法院进行委托的主体,主要有立案庭、审务办和主审法官等。立案庭主要进行诉前委托,审务办和主审法官主要进行审前或者审中委托,比较常见的是立案庭和主审法官的委托。第二,征得各方当事人的同意。一般都采取告知、劝说的方式引导当事人同意采取委托调解的方式,并尽量采取书面的方式确认当事人的同意。上海浦东新区人民法院的做法是,事前向当事人分发、介绍三个规范性文件——《诉前调解指南》、《诉前调解收费标准》和《诉前调解流程示意图》,事后要求当事人签署同意接受诉前委托调解和选择调解员的文书<sup>[5]</sup>;第三,发出授权委托书或者委托调解函,并移送有关案卷材料。在征得当事人同意后,法院应当向确定的合适调解机构,发出授权委托书或者委托调解函,一并移交案卷材料。授权委托书或者委托调解函,应当载明必要的调解指导,比如调解组织的组成方式、调解协议的形式要求、调解协议的司法确认程序、调解不成功时的案件移转程序等。

合适的调解程序。相较一般的人民调解程序而言,法院委托的调解程序需要更多地考虑与司法的衔接,在某种程度上参照“准司法化”或“类司法化”的模式进行调解,具体表现在四个方面:第一,赋予当事人对调解人员和具体调解程序的选择权。当事人可以在法院的指导下选择主持调解的人员,可以对法院指定和委托的调解人员申请回避。当事人不仅可以选择具体的调解步骤、手续,而且还可以选择调解协议是否经过法院确认,可以选择调解费用的分摊机制。委托法院和被委托的调解机构,应当对

<sup>⑥</sup>湖南省“三调联动”工作领导小组办公室《湖南省“三调联动”工作情况汇报》,2008年4月10日。

当事人履行相应的权利告知和调解人员的信息披露义务。第二,调解一般应当保密,应当与调解不成功后的审判程序“绝缘”,以避免对后续审判程序的“成见”<sup>⑦</sup>,还应当避免对当事人在社会生活中因为调解信息的泄密而导致的不应有的不利、不便甚至伤害。调解人员不得将调解中获得的信息透露给委托的法院或法官,更不得透露给其他人。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第67条对此明确规定,“在诉讼中,当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可,不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据”。第三,对调解过程中的案外利害关系人的参与、财产保全或者行为保全、证据保全、先予执行等,都应当有具体的程序规范。第四,调解必须在一定的期限内及时完成,如果在委托的期限内不能调解成功的,经过当事人各方的一致要求或者同意,并经法院批准,可以延长一定的期限。不能在规定期限内调解成功的案件,受委托的调解机构应当终结调解,及时将案件材料退回委托法院转入诉讼程序。因为法院委托调解时一般都裁定诉讼中止,所以调解的期限并不计入审理期限,但并不能因此而没有调解的期限限制。

合适的审核和回访程序。如果调解失败,受委托的调解机构应当及时将情况反馈给委托法院,并退回相关的案件材料,使案件及时转入诉讼程序。如果调解成功,当事人即时履行或者基于相互信任不需法院予以确认调解协议效力的,就以撤诉或者诉前的人民调解协议结案;调解协议需要人民法院确认效力的,人民法院应当根据当事人的申请制作调解书,调解书除了不得上诉之外,与生效判决具有相同的强制执行效力。委托调解如果不注重调解后的回访和审核确认,则与一般的人民调解无异,委托调解的优势和正当性就值得怀疑。

#### (四)合适的效力

这里“合适的效力”,包含“以合适的方式”确认其“合适的法律效力”这两层意思。人民调解与诉讼的衔接,关键是人民调解协议的效力问题。实践中对于人民调解协议的效力认定,一般有三种方式:一是当事人不自觉履行人民调解协议时,以人民调解协议为依据通过督促程序申请支付令,要求义务人履行人民调解协议确定的义务;二是将人民调解协议经过公证,赋予其以公证债权文书的强制执行效力;三是通过法院的审核确认并制作调解书,调解书

具有与判决书同等的强制执行效力。这三种方式中,支付令一经异议就自然失效,从而导致督促程序终结,调解协议也不能作为后续审判的证据,公证证明调解协议不仅程序繁琐,而且还可能会仅仅因为公证程序的瑕疵而被推翻,仍然不能起到终结案件和实现实体权利的目的。相比而言,对调解协议进行审核确认后制作调解书的做法应该还是比较理想的做法。

### 三、法院委托调解中的信任

法院委托调解有很多的功能和优势,比如减轻法院的案件压力、充分整合调解资源、体现司法民主、提供纠纷解决效率等。但不管如何,民事矛盾和纠纷在当事人内心中的彻底解决,才是第一位重要的。关键是要从心底打消当事人的顾虑,在不损害当事人信任的前提下,使纠纷和矛盾彻底解决。

按照社会学家吉登斯的信任理论,信任结构存在两大类:一类是人格信任,另一类是系统信任或曰制度信任<sup>[9]</sup>。其中,人格信任主要存在于熟人之间,而系统信任或曰制度信任,则需要一整套的制度和程序约束。在给定的制度框架内,被信任者不得不按制度的要求去做,这种信任的来源是整个制度或专家系统。人们对法院和法官的信任,主要是一种系统信任或曰制度信任,因为法官首先得有基本的学历,还得通过司法考试,并且有法官的职级评定机制。法院和法官在审判过程中,需遵循各种法定的程序。法院和法官,是足以信赖的专家系统,人们大可信任其对纠纷解决所必须具备的法律能力和公正立场。这种对法院和法官的系统信任,已经在反复的审判博弈中被不断确证,在一定程度上已经获得了相当的信誉基础。法律制度的运行离不开当事人和执法者的信誉<sup>[10]</sup>。当事人之所以选择“进入”法院解决纠纷,就是基于对法院和法官这个专家系统的信任,基于对其司法信誉的信任。但在法院委托调解中,被当事人“起诉进来”,却又被法院“委托出去”,交给被委托的人民调解组织进行调解,这种情况下,当事人对法院的信任是否还能够得以维持,是否还能够像信任法院一样信任被委托的人民调解组织,难有定论。但是,这种信任能否仍然得以维持和继续,是法院委托调解能否获得正当性,能否调解成功的关键所在。当初当事人“进入法院”,多半是出于对其他纠纷解决机构的不了解和不信任而做出的

<sup>⑦</sup>法国的诉讼调解不成后,审判继续按照普通的方式进行,“就像什么也没发生过一样”。澳大利亚联邦法院法也明确规定,不允许在任何法庭使用调解人在调解过程中所说的任何话或承认的任何问题作为证据。见何文燕. 民事诉讼理念变革与制度创新[M]. 北京:中国法制出版社,2007:288.

“司法最终选择”。而现在法院委托调解,似乎又将当事人“抛回”到了当初。维系信任并进而取得当事人的认同是法院委托调解必须面临和解决的问题。前文所述的“四个合适”的努力,就是尽量将当事人放在“中心主体”的位置,将法院放在“服务主体”的位置,尽量用“准司法”或“类司法”的调解服务,以获得当事人的信任,使当事人感到,除了比法院判决更具效率和合乎情理之外,法院委托调解与法院判决或法院自身进行的调解,一样是完全值得信赖的。而且,比起相对僵硬的法院判决或法院自己主持的调解,法院委托调解更加“温暖而富有人性”。赋予当事人足够的程序选择权,为当事人保密,赋予调解协议以司法上的强制执行效力等,都是维持和促进当事人认同感、信任度的有力途径。

法院委托调解需要以信任作为基础,包括对调解人的信任、对方当事人信任、对法院委托的信任。倘若处理得好,法院通过委托调解不仅可以维持当事人的信任,而且还会增进和加强当事人对法院委托调解的信任。法院和法官的可信性,主要在于法律适用方面的专业素养和公正立场。对于一些法律以外专业性很强的疑难、复杂问题,法院和法官就不一定擅长。在征得各方当事人同意的情况下,通过法院委托调解,可以充分发挥人民调解组织中调解人员的人情优势和专业优势。当事人基于对自己选择的调解人员的人格信任、专业信任,相比没有多少选择余地的法院审判或者法院主持下的协助调解<sup>⑧</sup>而言,法院委托调解确实存在着增进和加强信任的契机。但这种信任的增进和强化,也要与法院委托调解的良性循环形成互动,以达致法院委托调解的良好信誉基础。这个信誉包括法院的信誉,也包括受托调解机构的信誉。处理得好,法院委托调解确实可以实现人格信任和系统信任的“双赢”,或者人格信任、专家信任、制度信任和信誉信任的“多赢”。处理不好,就有可能加剧人们对法院和调解的“双重不信任”<sup>⑨</sup>。学者的经验研究表明<sup>[11]</sup>,中国司法实践中存在某种程度上的“逆向选择效应”。中国的合同纠纷案件大多数案情比较简单,被告基本上没有什么需要辩护的理由,而且多数案件都以调解结案。起诉到法院的合同纠纷,一看就知道是被告不讲信用所致,根本就谈不上什么“争议和纠纷”,原

告也根本没有“败诉”的可能,只是被告赔多赔少的问题。那些真正“有争议和纠纷”的案件当事人,因为对法院缺乏信心或者担心诉讼成本过高,往往并不到法院解决争议和纠纷。原告高胜诉率的背后,其实隐含着法院对于复杂疑难案件的无能和不可信任。被告的违约甚至可以看作是一种被用来提高其在调解中讨价还价地位的策略性行为:如果在诉讼中最后达成调解,被告当然可以在讨价还价中获得利益,即使败诉,被告的损失也不大,何况达成调解的可能性非常大。这样的逆向选择,往往使那些原告胜诉率低的、真正存有争议而又不能由当事人自己解决的、相对复杂疑难的案件,游离于法院大门之外。如此一来,法院和法律在最应该发挥作用的场合,反而起不到应有的作用,好比只有病症轻微者才来医院求医问诊,而真正的重病人反而不能来,或者不愿来医院就诊一样。这不能不说是法院的悲哀。过于滥用或者有失妥当的调解,又不能不说是这种悲哀的导因之一。这是法院委托调解尤其需要加以注意和警惕的。

#### 四、法院委托调解对调解前置的契机

《调解规定》规定的法院委托调解其实与当下人们讨论的人民调解前置并没有什么关联,笔者的界定也是如此。但实践中,往往不分诉前、诉中,甚至诉后的执行阶段,都有法院委托调解的做法,其合法性姑且不论,但法院委托调解与人民调解前置的关系,有必要在这里予以梳理和澄清。不少法院往往在立案阶段征得当事人同意后,采取“补办”立案手续的方法,以法院调解书确认达成诉前调解协议。比如上海长宁区人民法院在2007以前出具调解书的诉前调解<sup>[5]</sup>。对于法院委托调解的过于迷信,会导致实践中变相地实行人民调解前置。

调解前置是指法院对法律规定的某些特定类型的民事纠纷,将先行调解置于诉讼或者审判之前,只有在调解不成时才能转入诉讼或者审判途径解决纠纷的一种做法或制度。调解前置是一种强制发动的调解,但调解的结果仍然必需取得各方当事人同意。中国《婚姻法》和《民事诉讼法》唯一对离婚案件规定了“应当调解”的强制性规定。后来的最高人民法院有关司法解释对此有所突破,比如《简易程序规定》第14条就明确规定了六类庭审时应当先行调解的案

⑧至少在现行的制度框架内,法院的协助调解并不需要征得“各方当事人同意”,更谈不上当事人对协助调解人员的选择和申请回避。当然,实践中并不排除有这样的做法,但缺少明确的法律依据。

⑨这种“双重不信任”主要基于法院委托调解在程序上可能存在的“双重化”。因为,调解相对审判而言,人民调解组织相对法院而言,是没有必要也不太可能更加注重程序的。而人们对于纠纷解决机构的信任,往往基于一种“程序信任”,即:如果程序被遵守,其结果是值得信赖的。但法院委托调解,却使当事人原本指望的审判变成了调解,原本指望的法院变成了人民调解组织。

件。2003年起,上海等地法院开展的诉前人民调解和审前人民调解的试点,被认为是人民调解前置制度的有益探索,而且这些观点一般都以日本、美国、中国台湾等法律中的调解前置为借鉴。殊不知,这些国家和地区调解前置中的调解组织,是附设于法院的,是一种被司法化了的调解,具有司法解决纠纷的部分属性,已经不同于传统的、纯粹没有司法因素的人民调解。这种附设法院调解,其实还是法院调解,其功能是中国传统人民调解组织所不能承担的。只有在人民调解员素质较高的地区,可以考虑在简易程序强制调解的案件中,通过法院委托的方式实现法院调解与人民调解的有机结合,这种法院委托调解前置是目前较为妥当可行的调解前置模式<sup>[12]</sup>。这种调解前置的实质,仍然是法院调解前置,而非人民调解前置。

如果不分案件性质,一律将纯粹的人民调解程序前置于诉讼程序之前,无论在理论上还是在实践中都行不通。这样无异于将纠纷挡在法院的大门之外,构成了对当事人诉权的侵犯,违背了“法院不得拒绝纠纷”的基本法理。人民调解并不具备司法调解的程序要素和保障机制,达成的人民调解协议并不具备强制执行的效力,中国现行法律仅将人民调解协议定位为“民事合同”<sup>⑩</sup>。凡此种种,人民调解前置在中国目前既没有必要性也没有可行性。纯粹法院调解的前置,在前几年的法院立案改革实践中就已初现端倪。山东寿光市、上海浦东新区、长沙雨花区的立案庭前调解组(速裁组),对简单的民事案件先行调解,解决了30%以上的民商事案件,对提高诉讼效率发挥了巨大作用,但也招致了诸如“立审不分”之类的许多非议和批判<sup>[13]</sup>。如果以法院委托调解为契机,在前文所述“内置改造型”委托调解机构的基础上,将社会和法院的调解资源加以整合,成立类似“法院附设ADR(court-annexed Alternative Dispute Resolution)”<sup>⑪</sup>的附设法院的调解,可能不失为一种较为可行的办法。

附设法院的调解,不仅可以从人员配备和权威性两个方面获得法院的支持,是一种难度较小的改

良办法,而且还可以借鉴日本的经验,从社会人士中选任一定数额的民间调解员,备成名册置于法院,以供申请调解的当事人挑选<sup>[14]</sup>。从某种意义上说,诉前调解本来就应当归入法院附设ADR或曰司法ADR的范畴,而非纯粹的、没有司法因素的人民调解。诉前调解达成的协议经法院确认后,具有判决一样的强制执行效力。法院可以与当事人商议参与诉前调解的人选,也可以在征得各方当事人同意后,将案件委托给有关的单位和个人进行调解<sup>[15]</sup>。如何协调好法院调解或曰司法调解与诉讼外调解,尤其是与人民调解的关系,对于整合调解资源,充分吸收和利用社会力量进行调解,在和谐社会构建中既是一个老问题,也是一个新问题,要常讲常新,不断赋予新内涵,注入新活力<sup>[16]</sup>。

建立附设法院调解,并赋予当事人程序选择权,似乎在当今学界和司法实务部门,都达成了共识。《调解规定》对于法院委托调解的规定,正好在某种程度上迎合,或者表达了这种共识。但是,在法院委托的程序、附设法院调解机构与法院外人民调解组织的关系、法院常驻调解人员与当事人合意选荐的临时调解人员之间的关系、附设法院调解机构的经费保障、法院委托调解达成调解协议的认定等诸方面,还都需要专门的法律规范予以明确。

综上所述,中国目前不宜实行人民调解前置,但可以以法院委托为契机,建立附设于法院的调解组织,在充分尊重当事人程序选择权的基础上,实行法院委托调解前置:(1)法院委托调解前置,分为诉前调解前置、审前调解前置和判决前调解前置。诉前调解前置又可以分为“任意性的诉前调解前置”和“强制性的诉前调解前置”两种方式。只有强制性的诉前调解前置,法院委托调解的发动并不需要征得各方当事人同意,其他所有类型的法院委托调解前置,都应当征得各方当事人同意。任意性的调解前置,因为要各方当事人同意,所以只要不违背法律的禁止性规定,并没有调解案件范围上的限制。强制性的诉前调解前置,其“强制”只能针对调解的发动而言,而且只能限定于法律明确规定的少数简易案

⑩最高人民法院2002年《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》第1条规定,经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容,并由双方当事人签字或者盖章的调解协议,具有民事合同性质。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除调解协议。

⑪ADR是美国20世纪30年代从劳动争议解决中发展而来的一个法律概念,原本特指美国现代的代表性纠纷解决方式,现已引申为对世界各国普遍存在的、民事诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决方式或机制的总称。法院附设ADR,是一种以法院为主持机构,但与诉讼程序中的审判和判决所截然不同的诉讼外纠纷解决制度,它在某种法定条件下可以作为诉讼程序的前置阶段。比如日本的民事和家事调停、美国各种法院附设的ADR等。中国20世纪80年代曾在法院设立的经济纠纷调解中心,大抵也可以归入此类法院附设ADR。近年来,法院附设ADR发展迅猛,已经成为各国民事司法制度不可或缺的部分,其与民事诉讼程序的关系也出现了许多新的问题和动向。参见:范愉.非纠纷解决机制研究[M].北京:中国人民大学出版社,2006.

件,调解的过程和结果不能“强制,仍然需要尊重当事人的选择权,达成的调解协议仍然需要各方当事人同意。(2)调解人员分常驻和临选两部分。常驻调解人员一般由资深的退休法官、律师以及相关领域的专家组成,临选调解人员则由当事人从社区或法院外的其他组织(如工会、妇联、消费者协会、商会、人民调解委员会等)合意选荐。(3)调解机构的运转经费以及调解人员的费用,仍然沿用原有的经费保障机制,对当事人不收费。这样才能保证附设法院调解机构对于法院的经济上的独立性,发挥附设法院调解对于当事人的“免费优势”。但如果需要法院加以确认调解协议效力的,法院将收取当事人减半的诉讼费用。(3)调解庭的组成、调解的程序、调解的效力等,都要以当事人的合意为基础。从信任的角度看,当事人享有的自治权越高,纠纷解决成果的可信度、认同感就越大。仲裁如此,法院委托调解也是如此,尤其是任意性的法院委托调解前置,更是如此。

#### 参考文献:

- [1] 崔建远. 合同法[M]. 第3版. 北京:法律出版社,2003: 454-455.
- [2] 赵华强. 行政法原理[M]. 上海:华东理工大学出版社, 1996:73.
- [3] 赵明霞,吴孝卿. 浅议民事纠纷委托人民调解[J]. 中国司法,2007(6):53-60.
- [4] 易守华,刘洁. 法院推行委托调解制度[EB/OL]. [2006-07-14]. <http://www.cqwb.com.cn/web-news/htm/2006/7/14/204607.shtml>.
- [5] 李浩. 委托调解若干问题研究[J]. 法商研究,2008(1): 133-140.
- [6] 林勇,孙浩波,陈昆仑. 实施“三调联动”促进社会和谐[J]. 人民调解,2007(1):28-30.
- [7] 丁干. 委托调解不等于法院调解[EB/OL]. [2006-11-15]. <http://www.dffy.com/sifashijian/sw/200611/20061115184557.htm>.
- [8] 娄银生,陈志明. 太阳照在秦淮河上——南京鼓楼法院协助调解和委托调解工作调查[EB/OL]. <http://www.lunwen.lawtime.cn/sifazd/2006102658261.html>.
- [9] 郑也夫. 中国的信任危机[C]//郑也夫,彭泗清. 中国社会中的信任. 北京:中国城市出版社,2003:308.
- [10] 张维迎. 法律制度的信誉基础[M]//张维迎. 信息、信任与法律. 北京:三联书店,2003:27-62.
- [11] 张维迎,柯荣柱. 诉讼过程中的逆向选择及其解释——以契约纠纷的法院判决书为例的经验研究[J]. 中国社会科学,2002(2):31-43,205-206.
- [12] 闫庆霞. 人民调解前置制度之反思——以民事程序选择权为讨论的出发点[J]. 法学家,2007(3):118-123.
- [13] 姜启波,李玉林. 案件受理[M]. 北京:人民法院出版社,2005:29.
- [14] 章武生,吴泽勇. 法院调解制度之重塑[M]//司法现代化与民事诉讼制度的构建. 修订本. 北京:法律出版社,2003:426.
- [15] 刘敏. 论民事诉讼前调解制度的重构[J]. 中南大学学报(社会科学版),2007(5):512-518.
- [16] 肖扬. 充分发挥司法调解在构建社会主义和谐社会中的积极作用[J]. 中国审判新闻月刊,2006(10):6-8.

## On the Court Request Mediation

TANG Dong-chu<sup>1</sup>, HE Wen-yan<sup>2</sup>

(1. School of Law, Central South University, Changsha 410083, P. R. China;

2. School of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, P. R. China)

**Abstract:** The court request mediation is a kind of innovation in China's judicature practice to activate the mediation resources, absorb society strength to solve dispute, and realize the harmonious of action and mediation. Its direct legal basis is "Mediation Stipulation" 3rd. The court request mediation has both the attribute of the court mediation and people mediation. It's important to pay attention to "four suit" i. e. entrust the appropriately case, entrust the appropriate mediation organization, uses the appropriate mediation procedure, entrust with the mediation agreement by the appropriate legal effect. The court request mediation, has one side which is worth trusting, also has another side which is not worth trusting. Our country current still hasn't both necessity and feasibility to give priority to mediation before suit. Taking the court request mediation as the turning point to establish a mediation organization in the court is a feasible method for the priority of mediation.

**Key words:** request mediation; court mediation; people mediation; mediation trust; give priority to the mediation

(责任编辑 胡志平)