

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2014.04.020

诉讼中强制契约与自愿契约之比较

——二审合同类案件调解结案实证研究

宋昭澜

(重庆大学法学院,重庆 40044)

摘要:调解与判决系人民法院民事审判制度的两个基本组成部分,各有其制度功能和价值,不可偏废。文章从调解实际运行入手,同时结合西方法律经济学理论,尝试为二审调解本身找到一个可以支撑、验证翔实的理论,通过在二审当中对调解结案案件的指标分析,从而得出已经调解案件的特征,以便在二审中“识别”具有可以调解特征的上诉案件。使此理论运用于指导法院二审调解适用工作,为调解的科学化、规范化、可操作化进行理论上的奠基。

关键词:二审;判决;调解;合同;实证研究

中图分类号:D925

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2014)04-0141-08

一、判决与调解优先顺序及其争论

围绕着判决与调解适用关系的先后,上至最高人民法院,下至各级人民法院,包括专家学者、社会大众,尤其是在权利行使中心的各级人民法院的法官,都有着以自身定位出发的适用顺序。建国以来,最高法院以判决和调解为主题下发的司法解释较多,对它们关系的理解和倡导有所不同,存在着起伏。因此,有必要从个案实证分析调解制度的功能及效果。

(一)法院裁判的两种工具:判决与调解

2012年修订的民事诉讼法承袭了2007年民事诉讼法确立的调解必须以自愿和合法为原则。因此,违反自愿与合法原则的调解是引起再审的法定理由。但是针对一审和二审调解,民诉法有不同的规定:一审针对适宜调解的案件,先行调解,即调解优先;二审可以进行调解,但不同于一审程序那样规定先行调解。审判程序分为调解和审判,调解程序与审判程序是人民法院审结民事案件的两种重要的程序,这两种程序产生出判决、裁定与调解书,它们是产生法律效力的裁判文书。由于判决、裁定是国家强制意志,与调解的柔性自治相比,应将裁定纳入判决类别进行分析。

判决有着极强的刚性,其最大特点是不基于双方当事人的意志决定案件的结果,它是依据法律、法规、司法解释等规范的国家意志的体现,目的在于维护法秩序。判决基于证据,虽然民诉法规定以事实为基础,以法律为准绳,但是在程序化的审判活动中,案件事实系基于证据所构造的法律事实。在证据缺失的情况下有可能认定的法律事实与客观真实并不一致。这种情况容易造成判决的偏差。其特点是:普适性、对抗性、裁断性、通用性、强制性、外部性、僵硬性、

调解系自愿原则在民事案件审理程序中的最大化体现,运用双方当事人在审判程序中的博弈,信息交流,构造出对当事人之间适用的“柔性的”司法结果。调解具有个案价值,即千姿百态的、形形色色的案件,不选择法院判决,而是运用争议当事人自身的智力、判断、谈判导出适应个案情况的权利义务分配结果。就

修回日期:2014-05-16

基金项目:中央高校基本科研业务费科研专项“从契约到身份:实质正义的价值回归”(CQDXWL-2013-090)

作者简介:宋昭澜(1979-),女,贵州盘县人,重庆大学法学院民商法博士研究生,贵阳中医学院医学人文学院讲师,主要从事法学研究。

合同类案件而言,当事人达成的调解在给付方向、给付义务额度、给付履行时间、迟延履行利息等方面有灵活的调整。其特点是选择性、合作性、自决性、个性化、自愿性、内部性、灵活性。

(二) 判决与调解在适用先后上的争论

1. 最高法院的态度变迁

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年发展为“依靠群众,调查研究,就地解决,调解为主”的“十六字方针”。从1949年新中国成立至1978年始终坚持这一工作方针。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)》亦坚持“十六字方针”。1979年民事诉讼法(试行)第6条规定“着重调解”原则,其实际意义是调解为主。1991年修订民事诉讼法时改第9条:“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。”^[1]2004年11月1日起施行的《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》从制度上规范了调解程序在民事审判程序中的运用,规定:“调解不成的案件,及时判决。”2007年修订的民事诉讼法承袭了1991年民事诉讼法第9条的规定,未作改动。接下来在2007年确立了“能调则调,当判则判,调判结合,案结事了”的民事审判工作指导方针^①。2008年开始确立“调解优先、调判结合”工作原则,后转变为:进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则^②。调解与判决的关系在2010年达到顶峰,在程序适用上全面优先。

与判决相比,调解走过了一个U形结构,从建国到1979年以前以调解为主,1979年以后至2008年调解与判决并行。2008年至今又以调解为主。从这种变化过程可以看出,最高法院对于在审判过程当中适用调解程序的强度变化起伏很大。如果从社会变化的原因分析,1949-1979年系建国以后到十一届三中全会中国开始以经济建设为中心,与中国的社会经济不发达、人民矛盾纠纷简单有关;1979-2008年,中国经济经过30年的高速发展,在诉讼法制上的进程加速,连续两次修订民事诉讼法以适应这种经济社会的变化;2008年(全球金融危机爆发)到现在,中国城市化进程加速,转型时期矛盾纠纷凸显,纠纷内容深层次,利益纠结复杂,调解作为内化矛盾、促进社会和谐的工具,被提到前所未有的地位。

2. 学术上的争论

就调解与判决的适用关系而言,目前的观点分为三类:第一种观点反对调解作为一种法定的审判方式^[2-4]。其中,李浩认为,法院在诉讼中适用调解使实体法和程序法双重软化,不利于法院在民事诉讼中严肃执法。此外,调解自身存在以下缺点:首先,法院的诉讼活动只是调解形成的外因,在调解达成与否的过程中,当事人的意志起决定作用。其次,调解的缺陷在于不利于查明案件事实,这是由调解自身功能的局限性决定的。再次,在调解当中未严格依据制定法使法院丧失自身品格。最后,调解亦有以妥协的方式解决纠纷的问题存在,与判决结果存在差异,损害法院权威。所以,应当将调解程序从民事审判程序中分离,建立诉讼上的民事和解制度。石梅堂认为,提倡调解,是对执行国家实体法律有折扣的执行,是对公民权利和法律文化的漠视。违背民事诉讼的规律,在实践中产生了诸多弊端。第二种观点站在调解和判决对立的方面来进行分析,认为判决与调解都是审判制度不可分立的部分,至于它们的适用顺序,则持中立状态。强世功认为,国家的法律并不排斥调解,调解也不是判决的平行补充,而是实现对于社会有效管理的制度^[5]。调解系法律的冲突与妥协,系法律的折射在乡村生活当中适用的反映。刘家良认为,基于司法权的社会性,调解制度也存在社会性,是法院参加社会创新管理下的司法担当,调解制度系民事审判制度的组成部分,与判决形成二元化的审判权,相机而动和循序渐进是调解社会化的原则,对于具备“民事调解可能性”的案件,调解优先^[6]。总体看,调解与判决应当在平衡发展的基础上共同协力发展。当然,在第二类学者中也有反对调解优先的,如李喜莲^[7]。第三种观点认为,对于部分适合调解的案件,调解优先适用是适当的^[8]。

3. 判决与调解的适用先后是一种个案判断

宏观方面,判决与调解的方式并非共生共荣的关系,而是此消彼长的反比例关系(调解结案上升,判决

^①参见:2007年3月1日《最高人民法院关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》的通知(法发[2007]9号)。

^②参见:2010年6月7日最高人民法院《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》的通知(法发[2010]16号);2010年11月8日最高人民法院《关于认真学习和贯彻《中华人民共和国民事诉讼法》的通知(法发[2010]46号)》。此外,“调解优先、调判结合”还在人民法院工作年度报告(2010年)中(2011年5月24日)出现过4次。

结案下降;判决结案上升,调解结案下降),两者相互依存、紧密联系、彼此分离,具有程序上的互补价值。在民事司法领域的微观方面,判决与调解程序的适用是具体到个案的承办法官就调解可能性、案件的性质、标的的大小、当事人类型、履行可能性等方面作出的适用考量,从而决定某个程序在个案适用的强度,决定程序的先后,综合考虑得出案件的裁判结果。

进入诉讼之后,当事人与法院的选择构成博弈。当事人有选择调解和判决的两种策略。对于双方当事人来讲就是四种策略。站在法院的立场,鼓励调解问题。当事人双方自然选择调解有 25% 的机率,称之为自然调解率。另外,虽然在适用过程中,法院自身有主动性、选择性,但是这种主动性和选择性取决于当事人对于调解程序的选择。如果当事人有一方坚决不同意调解,则法院无法强制调解结案。

法院并非单一适用调解或判决,大多数情况下,两种程序交替进行。法院在先适用判决的情况下,如果对疑难案件判决困难,法院会主动寻找调解的方式来解决;在先适用调解的情况下,对于难于调解的案件,法院会被动调整到判决来裁判案件。因此,站在法院的角度,对于可以调解型案件类型的识别显得尤为重要,准确找出适宜调解的案件特征,对于具备可调解特征的上诉案件适用调解优先,以达成社会成本的节约和司法运行效率的提升。

二、静态指标的观察:假说的提出

本文以实证研究方法,选取 2011 年 Z 省 Y 市中级人民法院二审合同类 28 件调解结案的案件作为分析蓝本,从调解的各项指标包括案由、审理时间、标的额、是否申请执行等入手进行分析,其目的是为二审合同类案件的审理当中是否适用调解程序得出一个科学的依据。

(一) 主体构成

民事合同类案件是调整公民之间、法人之间、公民和法人之间财产关系的总和类型的案件。因此,从民事主体的性质在调解数据当中所占的比例可以得出一定的分析结果。

在 28 件调解案件中,双方当事人均为自然人的只占 3 件,百分比为所有调解案件的 11%;双方当事人都是法人的占 7 件,百分比为 25%;一方当事人为法人,另一方当事人为自然人的有 18 件,百分比为 64%。另外统计至少有一方当事人为法人的案件为 25 件,百分比为 89%。这说明,在涉及到一方当事人为法人的案件,调解比例较高。

(二) 调解案件的案由分类

人民法院的案由系区分纠纷性质的重要划分依据之一,从案由可以看出争议的性质,同时也可以由争议的性质找到适合解决争议的方法,案由是我们判断案件是否可以调解的重要外部特征。

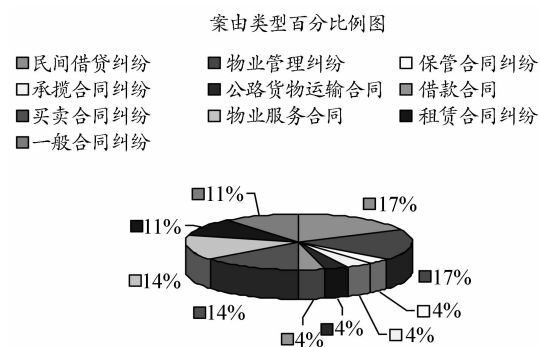


图 1 案由分类

通过图 1 可以看出,民间借贷案件作为民间非常频繁的资本融通形态,占有所有已经调解的合同类案件的 17%,与此相对的是物业管理合同,占 17%;买卖合同作为现实生活当中非常频繁的交易形态,在所有调解案件中占 14%;物业服务合同纠纷占 14%;租赁合同和一般合同纠纷所占百分比相同,都是 11%。其他承揽合同、公路货物运输合同、借款合同、保管合同纠纷相对较少。

(三) 二审调解时间消耗

通过图 2 可以看出,28 件合同类调解案件,一共消耗 1 057 天审理期限,无超审限案件,平均每件案件消耗 37 天审理期限。差不多节约二审审理期限 3 个月的近 2/3 时间。5 天以下调解审理终结的有 6 件,占有所有案件的 21%,在这些案件中,个别案件调解结案从立案开始计算只需要 2 天,而这种审理期限是传统的判决程序无法做到的;超过 40 天的案件只占 32%。这就说明,68% 的案件在 40 天内审结,节约二审审限一半以上的时间。

(四) 假说的提出

通过以上对于二审调解结案案件的观察,从主体方面看双方当事人至少有一方系法人的比例相比是自然人的案件明显占优,说明调解与判决相比,法人有选择调解优先的偏好;从案由看,调解成功的纠纷所占比例与现实生活的实际观察一致,日常生活中的交易形态频繁程度与案件数量成正比,日常生活中较少见

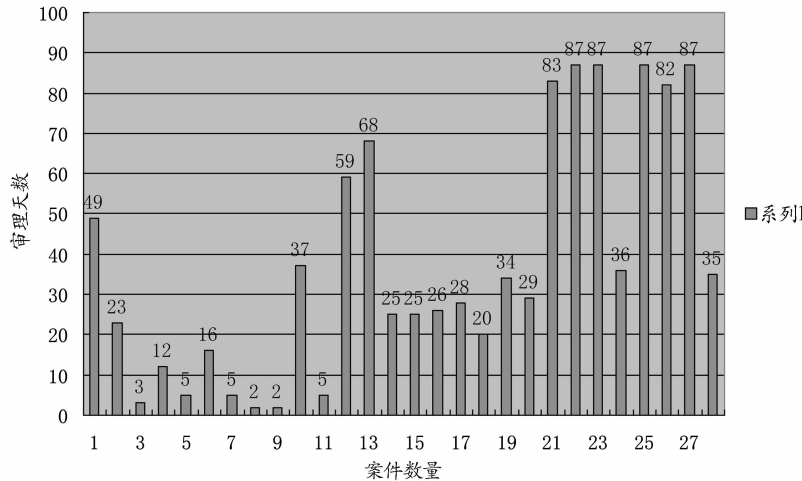


图2 二审调解结案案件审理期限对比表

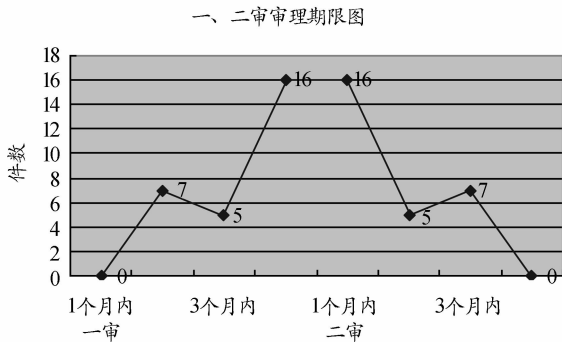


图3 一、二审审理期限比例

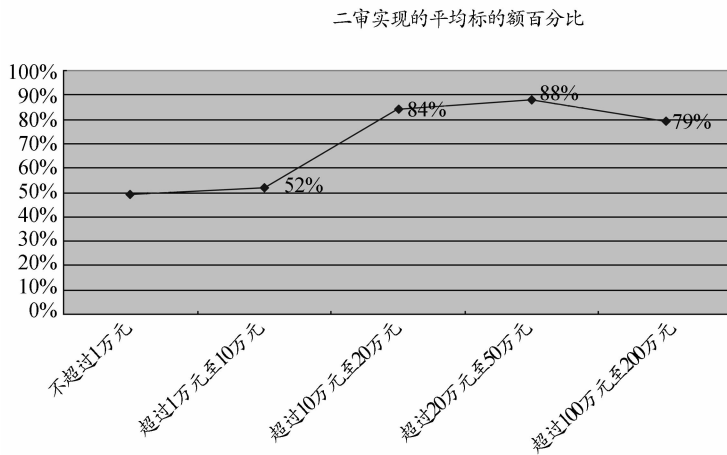


图4 调解案件诉讼标的额

出这28件调解案件花费了多少程序上的费用,用柱状比例图加上传统的表格分析各件案件每个部分费用在整个司法程序费用中的表现;

通过图5可以看出,二审诉讼费用比一审差不多节约一半左右。有的案件二审案件受理费与一审缴纳的数额相同,因为一审是按照简易程序审理,减半收取,二审是由于调解结案而减半收取二审案件受理费。

将一审、二审诉讼费用以及申请执行案件交纳的费用以及未申请执行案件节约的执行费用进行分析。一审诉讼费总额为78 755.5元,二审诉讼费总额为42 481元,二审诉讼费比一审节约36 247.5元;申请执行的案件为4件,占有所有案件的15%,申请执行交纳的执行费为6 962.17元,未申请执行的案件为24件,占

的交易形态,其产生的纠纷比例也相对较少;从二审调解消耗的时间指标看,与一审案件6个月的审理期限相比,没有一件案件超过3个月,通过案件在审限内的分布观察,如果一审判决程序呈此形态分布,二审调解审判效率比一审高。

三、动态指标的归纳比较:假说的验证与扩展

(一) 一审二审审结消耗时间对比

为了深入对比一、二审所消耗的审理期限,将一、二审的审理时间进行比较(见图3)。

从图3可以看出一审在3个月内审结率为43%,还不到所有28件案件的一半;一年内审结的占到了57%;二审在一个月之内审结的占57%,占了一半还多;2个月内审结的占25%,3个月内审结的占25%,即1/4,超过二审审理期限3个月的为0件,即没有超审限案件;如果在图3中间引入一条直线,以直线为中心对称,即一、二审如果在一审判决、二审进行调解的情况下,仅从审理期限来看审判效率成反比。从左边一审情况看,审限长,审判效率偏低;从右边二审情况看,审限短,审判效率高。

(二) 一审二审诉讼请求实现百分比对比

不超过1万元的案件占10件;超过1万元至10万元占11件;超过10万元至20万元占3件;超过20万元至50万元有2件;超过100万元至200万元有2件。从图4可以看出,与一审判决金额相比,平均实现一审判决数额的百分比,低于1万元的让步幅度较大,达到一半,随着金额的上升,让步幅度趋于稳定,在80%上下。

(三) 一审二审诉讼费及执行费对比

一件案件从最初进入一审法院进行审判,到上诉经过二审审理终结,最后进入执行程序,每一个环节都需要交费,一审缴纳一审案件受理费,二审缴纳二审案件受理费,执行阶段缴纳执行费用,为了直观地看

所有案件的 85%, 节约执行费用 38 777.5 元。

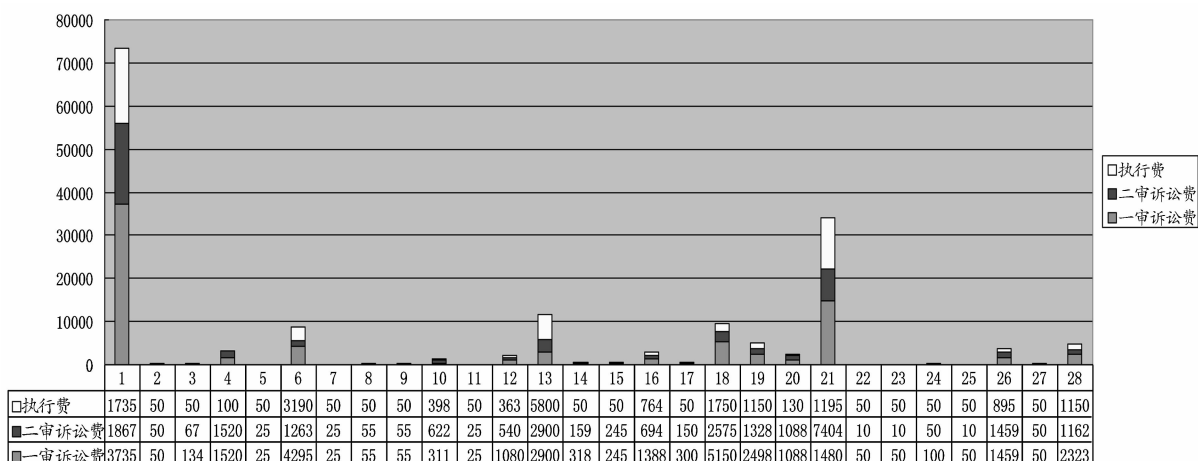


图 5 一、二审诉讼费及执行费比较图

(四) 假说的验证与扩展

从一、二审结案对比可以看出二审调解结案的效率明显比一审审判效率高, 二审调解程序效率比一审判决程序高得到了验证。与一审判决结果相比较, 二审调解结果在一审的基础上有所减少, 此种情况说明, 调解程序时间指标上的高效率是以标的额(以一审判决为基准)的让步为代价的, 因为调解条款的达成在先, 满足了双方对于条款的要求, 才会达成调解书结案。从一、二审及执行费用消耗看, 二审调解明显有优势, 在二审案件受理费用及申请执行费用上的消耗大大降低。

四、假说的评价与判断

(一) 二审判决与调解在消耗社会成本上之比较

国内有学者就调解与判决消耗的成本作出了初步研究成果^[9]。冯玉军^[10]认为, 合同的交易成本可以分为缔约成本、履约成本、救济成本, 法院审判程序的消耗可归入救济成本这一类; 周林彬^[11]认为, 法院审理制度的社会成本分为私人成本加上外部成本, 判决导致外部成本增加, 如果当事人自动履行判决书确定的义务, 则外部成本内部化, 如果不自动履行, 则增加外部成本, 而调解消除外部成本; 李才锐^[12]认为, 法院调解程序当中消耗的是错误成本(法院错判带来激励的错误对于社会的损失)、伦理成本(法官、当事人、诉讼参与人在诉讼过程当中承受的精神压力或损失)、机会成本(当事人选择诉讼解决而放弃其他争端解决方式的成本); 刘铮^[13]认为, 诉讼活动消耗的社会成本可以分为直接成本(费用支出)、错误成本(错判带来的上诉费、审判机关的成本消耗及其他诉讼参与人直接消耗的费用等)、伦理成本(与李才锐同)、机会成本(与李才锐同)。

上述学者对于诉讼活动消耗的社会成本的研究成果只局限于初步, 它并没有从实际上解释为什么调解优于判决, 究竟在哪些成本上优先仍不清晰。而且错误成本和伦理成本的划分实际上不利于对调解制度真实成本的理解, 反而容易在概念上造成混乱。实际上, 司法解决最终的成本增加了纠纷解决的社会交易成本, 这种成本不只是体现在诉讼费上, 而且还体现在时间成本上, 即诉讼结果最终达成(到判决、裁定执行完毕阶段)一个所谓的“公平交易”。达成调解意味着接受确定的合同条款而放弃对于不确定诉讼结果的期待。时间成本实际上是当事人付出的最为重要的成本, 在诉讼过程中, 当事人的权利并没有得到救济和恢复。旷日持久的等待使纠纷根植的社会关系处于不稳定状态。假定法院的诉讼结果和控辩双方的调解相比, 由于假定调解和判决的结果一致, 那么调解中的错误成本不再以判决外部化的形式体现。因此, 调解节约了社会成本。一般来说, 与诉讼结果相一致的调解行为, 减少了纠纷解决的社会成本。其实可以把成本的消耗以法院为中心进行划分, 与法院直接相关的成本系司法程序成本(一审、二审、再审、执行)。如果法院未能直接解决, 则演变成司法程序外社会成本(申诉、信访、由于诉讼导致的其他成本如恶性事件等)。所以综合分析, 进入司法诉讼的争端解决消耗社会成本的公式如下:

强制解决纠纷的社会成本 = 司法程序成本 + 司法程序外社会成本。

司法程序成本 = 一、二审程序成本(包括诉讼费、反诉费等) + 执行成本 + 再审成本。

司法程序外社会成本 = 申诉成本 + 信访成本 + 由于诉讼导致的其他社会成本(如恶性事件)。

故上诉公式可以总结为:

强制解决纠纷的社会成本 = 一、二审程序成本 + 执行成本 + 再审成本 + 申诉成本 + 信访成本 + 由于诉讼导致的其他社会成本(如恶性事件)。

像前述机会成本、直接成本可以归入司法程序成本;错误成本和伦理成本可以归入司法程序外社会成本。如此更显直观和易于比较。

(二) 调解结案案件的关键指标

二审中的调解是如何达成的?从文章第二部分对28件调解案件各方面指标的分析可以看出以下特点:(1)调解变动了一审的给付义务,给付义务以金钱债务的形式出现;(2)审理期限短,比传统二审审判节约审理期限一半以上,而且与一审审理时间相比,效率大大提高;(3)86%的案件没有进入执行程序,说明调解结案的案件在节约二审案件诉讼费及执行费用上效益巨大。

理解调解的达成及功能系深入理解法院二审调解制度的关键。因此,下面分析调解的本质。

如果二审调解是以原审被告作出一定的给付作为案件的终结,那么,原审被告向原审原告购买的是什么呢?根据中国合同法第107条:继续履行、采取补救措施、赔偿损失系被告承担违约责任的形式,对于合同类案件来说,违反合同义务则构成责任。合同违约典型表现是不履行己方义务,在外观表现上,金钱给付系原审被告(大部分情况下)对自己履行义务的回购,因为金钱给付消灭了原审原告的履行请求权。而这种权利最初的建立是以合同法当中“对价”的形式出现的,即原审原告以自己合同当中的义务作为价格购买原审被告履行合同义务。而审判过程不过是原始合同履行当中义务的反向流动,即原审被告对自己原合同给付义务的回购。

那么如何解释调解中二审金额比一审判决金额相比有相当比例的减少,这是否意味着二审调解对于当事人的权利进行“打折”而违反了法律的公平正义呢?大部分对于法院调解制度的理解都是权利人让步的观点。但仔细分析,实质上是双方在让步和谈判,如前所述,既然在审判程度中当事人自愿谈判对自己的权利进行回购,如果是权利回购的一般合同,就应当遵循合同谈判的一般准则,则必须有“对价”的存在,没有对价,单方让步的合同(即单务合同)通常是少量存在的。大部分合同则必须有对价的存在。那么作为义务人(通常是原审被告)是以什么样的对价换取权利人对权利的让步呢?如果选择判决,虽然二审诉讼费用由败诉方承担,但是二审判决系15天以后才生效,对于判决主文确定的义务,执行立案需要7天,而且在执行程序当中实现全部权利的期间不可预期;在二审调解的情况下,义务人(通常是原审被告)显著地提升了自己的收益,即调解二审案件受理费减半,另外在主给付义务上,权利人也会作出让步,作为对上述让步的回报,义务人对履行时间作出让步,即当天履行或者确定期限的履行(可以通过逾期违约金进行保护)。与法定强制缔约(二审判决)相比较,义务人显著提高了自己履行义务的程度。二审调解在时间上比起同样的判决程序节约了程序,时间的单向流动对于权利人来讲属于成本,对于义务人来讲则属于收益。而且,二审的给付义务主体在大部分情况下一审的判决方向都是相同的,只是在具体的给付金额和方式上有所不同,这说明对于二审调解结案的案件以一审的判决结果作为基础,存在某些共性,如果二审调解对于给付义务主体的判断存在根本错误,那么当事人实现调解结案的比例较低。虽然在二审调解数额上比一审给付数额有所降低,但是在对于给付义务主体的判断上是一致的,一审判决和二审调解存在相同的标准。与大部分一审支付方向没有更改的二审调解在实质上实现了正义,避免了由于法院判决而引起的错误成本的产生。实现了实质公平,与当事人内心感受的公平一致。

判决与调解所需要的信息不尽相同。双方的预期法律诉讼价值之所以会有不同,乃是由于私人(或不对称)信息的差异。所谓私人信息,是指一方拥有而另一方不清楚的信息。当最初的相对乐观主义阻碍了双方达成庭外和解时,他们也许能够在审判之前纠正这一态度,从而达成和解^[14]。对于民事诉讼法的开庭程序来说,在法庭上的攻击和防御都是强制性的信息交换。为了使这种信息交换符合民事诉讼法和证据规定的规定,当事人会在法庭上以诉讼结果为导向进行举证、质证。当事人会隐瞒对于自己在证据认定上不利的信息,而突出地展示对自己有利的信息。这也是为什么判决存在前述的错误成本的原因。通过在一审过程中的博弈,双方当事人选择判决,一审作出判决,即已经造成了判决结果,双方当事人已经就此次博弈的收入情况有了明显的认识,如果一审判决结果建立在正确判决的基础上,那么原审被告就会在二轮博弈当中选择对自己有利的策略即调解。

一审判决实质上是当事人进入诉讼程序的首次博弈。如果一审对当事人之间的权利义务关系作出了正确的判断,则有利于二审调解的达成,原审原告(权利人、接受给付人)在二审中由于风险厌恶(由于法律程序的冗长、原审被告最初违约的干扰、判决执行结果的不可预期性等),在选择具体可以预见的风险时,即确定性的调解给付金额及支付方式时,一部分二审调解的案件还得加上迟延履行金的违约条款。二审判决实际上是在法律上进行的一种强制性的权利交易,这种交易的成本、程序是由法律规定的,当事人之间没有灵活性予以变动(指直接给付义务而言,当然不排除在执行程序当中进行和解)。其以事实为基础,以法律为准绳。

(三) 二审调解的功能

从二审调解的内部功能看,一审判决的功能在于确定合同纠纷案件的支付方向及支付额度,这种额度是法律规定的额度,也就是法律上强制交易的价格;如果支付方向是正确的(即判决正确或者基本正确的情况下),则在二审调解时只需要对支付金额、履行期间及超期支付的罚息作出约定。从文章第二部分的分析可以看出,调解在节约二审诉讼费用、执行费用、审理期限上有相当大的作用。如果把判决看作是强制法律上的强制缔约,则二审调解就是约定缔约,在缔约成本上,二审调解比二审判决节约,从这个意义上说,二审调解(约定缔约)相比起二审判决(法定缔约)节约了缔约的社会成本。

理性的人都追求属于自己最大的利益。因此,在诉讼过程中,当事人会就自己的最大利益进行衡量。如果认为调解的结果比判决的结果更加有利,则会趋向于选择调解解决纠纷。传统认为,调解是权利人的让步,比如民间借贷类案件,一审根据借条金额全部支持了原审原告(被上诉人)判决,上诉人(原审被告)上诉了以后,双方达成调解,原审原告实际上是通过本金或者利息上的优惠来换取付款,或者一次性付款的合同条款,并非单方让步,因为对于二审判决期待的时间成本及判决结果的不确定性亦属于原审原告(被上诉人)考虑的范围。其以谈判为基础,以协议为准绳。

从二审调解的外部功能看,法院在适用调解时,站在实用主义的角度,无论是判决还是调解,其目的是解决实际问题时,能够尽量减少法院在社会当中扮演的角色:审诉再审者、接访者、维护稳定者。在二者的适用关系上,大部分情况下是依靠法院基于微观对个案的判断,找出最佳适用的方法。而不是预先设定适用的顺序,这种适用的顺序要在实践中得出。在实践中的价值系内化当事人之间的纠纷,以外部效应最小消耗的方式来解决争端。

调解书是审判过程中形成的有强制执行力的合同。调解书与一般合同的区别是合同的给付是否有强制执行力。达成调解的过程通常是重新达成新的合同的过程。合同的案件通过合同协商来解决,这也是经济学上外部化效应重新内部化的过程。因此避免因外部化效应^③而引起的纠纷消耗的社会成本的增大系法院适用调解制度考虑的首要目标。所有调解结案的案件再审率为0%,申诉率为0%,信访率为0%。所以,调解减少案件纠纷的外部化效应效果明显,从而减少了由于其纠纷外部化带来的司法程序成本及社会化成本的消耗。

五、结论:假说的价值

对价是构成合同的基本要件,二审调解并非权利人单方面让步,而是给付义务人放弃法律上的期限利益(判决生效期15天、义务履行期、执行期间),以换取权利人对于案件标的额的部分请求权,即作出一审判决金额的部分让渡,从而在二审当中达成有强制执行力的协议。从这个意义上说,二审判决由于有判决生效期间、履行义务期间、执行立案期间、执行完毕期间的限制,从权利的实现上看,二审判决性质上为强制交易合同;二审调解程序由于确定了给付义务、给付期间、违约责任等,性质上为自愿交易合同,只不过这种合同与现实生活中的合同相比,多了强制执行力。

民事诉讼法的自愿原则是民法自愿、处分原则在诉讼程序中的体现。没有谁会认为在执行发生效力的判决书的过程中,当事人达成执行和解对于执行标的额的减少、对于生效判决书权利义务的更改是不正义的,都会认为是当事人进行正当处分的过程。因此,在一审判决尚未生效的二审审理过程中,充分尊重当事人意思自治,让其作出自愿性的权利交易(调解)而不是被动接受强制性的权利交易(判决)亦是协商正义的

^③参见:Robert E. 《Hall Marc Liberman, Microeconomics Principles And Applications》[M] South-western College Publishing, 1998, P428。外部化效应是指由于影响交易以外的第三人行为和活动产生的副作用(原文:An externality is by-product of a good or activity that affects someone not immediately involved in the transaction.)。

体现。此种选择首先可以避免不当的社会成本的消耗,如司法程序成本,司法程序外部化成本;其次,当事人可以在当前确定利益和将来不确定的执行利益中进行选择。因此,二审过程中,在自愿、合法的前提下,在局限条件符合的情况下,对案件适用调解优先是正义的,有助于法院在二审适用法律过程中准确选择判决或调解程序对个案进行判断,以最小成本、最高效率对案件进行处理。

参考文献:

- [1] 江伟,李浩.论市场经济与法院调解制度的完善[J].中国人民大学学报,1995(3):87-92.
- [2] 李浩.论调解不宜作为民事审判权的运作方式[J].西北政法学院学报,1996(4):68-74.
- [3] 李浩.论法院调解中程序法与实体法约束的双重软化——兼析民事诉讼中偏重调解与严肃执法的矛盾[J].法学评论,1996(4):11-16.
- [4] 石梅堂.民事调解制度背离民诉规律[J].法学,2002,12:53-55.
- [5] 强世功.“法律不入之地”的民事调解——一起“依法收贷”案的再分析[J].比较法研究,1998(3):47-59.
- [6] 刘加良.民事诉讼调解社会化的根据、原则与限度[J].西北政法大学学报,2011(3):151-159.
- [7] 李喜莲.法院调解优先的冷思考[J].西北政法大学学报,2010(2):12-20.
- [8] 田平安,吕辉.“调解优先”质疑论[J].河南大学学报:社会科学版,2013(1):54-60.
- [9] 吕世伦,陶菁.审判前夜的调解——调解与审判关系的法经济学思考[J].求是学刊,2012,39(5):66-71.
- [10] 冯玉军.合同法的交易成本分析[J].中国人民大学学报,2001(5):100-105.
- [11] 周林彬.法院调解制度的成本分析[J].国家法官学院学报,2001(12):21-23.
- [12] 李才锐.民诉案件法院调解的法经济学分析[J].惠州学院学报,2007(4):25-29.
- [13] 刘铮.法院调解兴衰的经济学分析[J].经济论坛,2010(8):221-224.
- [14] 罗伯特·D.考特,托马斯·S.尤伦·法和经济学[M].史晋川,董学兵,译.上海:格致出版社,2010:391.

Empirical Study on the Second Trial Mediation about Contract Cases

SONG Zhaolan

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 40044, P. R., China)

Abstract: comparing with the judgment, the mediation plays an important role in dealing with the civil cases for people's court; most of the people still know little about the basis, reason, factors and mechanism about mediation in the second trial. To analyze the contract case through empirical study, this paper lists and charts the symbols of the contract cases which is mediated in the course of second trial, demonstrates the constitution of the social cost on mediation, and concludes that the cost consumption of mediation is less than that of judicial procedure. So the second mediation judgment is more efficient. Because the second judgment or mediation system is based on reviewing of all the facts and the law application, so it is very important to the judgment in the first trial. This paper proves that the existence of causal relation instance in the success of mediation cases and a judgment result helps judge recognize the second-trial contract cases which can be prior tried by mediation way process. It also proved that mediation is optimum solution when the contract cases with some special characteristics.

Key words: the second trial; judgment; mediation; contract; empirical research

(责任编辑 胡志平)