

对人民调解协议司法确认制度的一种冷思考*

邓春梅**

A Reflection on The Judicial Confirmation to the People's Mediation Agreements

Deng Chunmei

摘要：学界通常认为人民调解协议司法确认制度符合世界潮流，它通过诉调无缝对接，提升人民调解的约束力，促进社会和谐，弘扬传统的“和合”文化，实现矛盾化解机制的多元互补，因此其正当性不证自明。然而自从中国提出法制化方针以来，人民调解相较于法院诉讼并未丧失优势地位，不需要也不可能通过司法审查来提升约束力；再者，陌生人社会的莅临、现代国家已经对私人领域形成了强大的侵蚀力，人民调解协议司法确认并不能带来“和合”文化的自然复兴，也不能实现解纷机制的多元互补；最后，法律是一种地方性知识，一种世界潮流并非必然适用于中国。总之，面对中国现实，人民调解协议司法确认制度的正当性问题非但没有不证自明，反而亟需深入探讨。

关键词：人民调解 司法确认 正当性

Abstract: The academic community usually agree that the judicial confirma-

* **基金项目：** 本文是“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新中心平台建设成果，湖南省社科基金重点委托项目“法治湖南框架下调解理论创新与规则之治研究”（项目编号：12WTB30），湖南省法学研究基地开放课题“批判法学在中国”的阶段性成果。

** **作者简介：** 邓春梅（1979—），女，湘潭大学法学院副教授，湘潭大学法学博士后流动站在站研究人员。

tion to the people's mediation agreement had self-evident legitimacy, because it was in keeping with the trend of the world and could improve the constraint force of the People's Mediation and promote social harmony and the traditional Chinese ideal of "harmony", as well as construct the multi system of disputes - solution by realizing the "seamless joint" of lawsuits and mediation. However, since Chinese society put forward legalization policy, the People's Mediation didn't need to and also couldn't be improved its binding through the judicial confirmation, as it did not lose its advantage than lawsuits. Furthermore, the developments of the People's Mediation is hard to bring about the revival of the traditional culture of "harmony" and the multi-complementary of the system of disputes - solution, since a strangers' society has turned up, modern states showed strong erosion force to the private sphere, and so on. Finally, laws is a local knowledge, a trend of the world is not certainly suit for China. In short, if facing Chinese reality, the legitimacy of the judicial confirmation to the people's mediation agreement is not self-evident, but need being deeply discussed.

Keywords: the People's Mediation Judicial Confirmation Legitimacy

一、分歧背后的共识

发端于司法实践,被盛赞为“西部法院改革创举”^①的人民调解协议司法确认制度(后文简称“确认制度”)是时下学界热烈讨论的问题之一,讨论的焦点集中在调解协议的法律属性、司法确认的适用程序、申请确认的主体资格等问题上。就人民调解协议的法律属性而言,学界主要有两种不同意见:一种认为人民调解协议是“民间和解契约”,是私权自治的特别形式;^②另一种主张人民调解协议与法院裁决、仲裁裁决等性质相近,具有公权属

① 连继民、王健:《诉前司法确认之定西样本》,载《民主与法制》2009年第20期,第5页。

② 占善刚:《人民调解协议司法确认之定性分析》,载《法律科学》2012年第3期,第141-142页。

对人民调解协议司法确认制度的一种冷思考

性。^①对于司法确认的适用程序,多数学者主张应适用非诉程序,^②但也有学者认为适用民事特别程序更为妥当。^③而对申请确认的主体资格,一些学者从契约的法律特征出发,指出“要求双方当事人共同申请才能启用确认程序”的法律规定是私权自治的当然要求,^④另有论者却认为“共同申请”不必要地抬高了确认制度的适用门槛,增加了当事人反悔的机率。^⑤

不过,凡此种种虽然充满分歧,却有着深层认识上的一致性:实际上,不管是界定调解协议的法律属性,还是争论确认制度的正当程序、申请确认的主体资格等,均是法律创制的细节问题。另一方面,与细节问题的热烈争论相比,学界对法律创制前提(确认制度于当代中国的必要性、正当性)的探讨却寥寥不多。已经发表的文献,多数径直讨论确认制度的细节,对前提问题闭口不谈;^⑥少数即便有所涉及,也多是蜻蜓点水般浅尝辄止。^⑦这种选题取向的一致性反映出一种深层认识的一致性,也就是说学界普遍认为创制确认制度是理所当然、无需论证之事。选题取向的一致性正当性问题达成肯定性共识后的逻辑使然,既然认为确认制度的正当性不证自明,意见纷争不止的唯余细节问题而已。

① 江伟、廖永安:《简论人民调解协议的性质与效力》,载《法学杂志》2003年第2期,第11页。

② 详见占善刚:《人民调解协议司法确认之定性分析》,载《法律科学》2012年第3期;潘剑锋:《论司法确认》,载《中国法学》2011年第3期;唐力:《非讼民事调解协议司法确认程序若干问题研究——兼论〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉第38、39条》,载《西南政法大学学报》2012年第3期等。

③ 朱素明:《人民调解协议司法确认制度的发展及其完善》,载《学术探索》2012年第8期,第18页。

④ 同前注占善刚文,第145页。

⑤ 详见翟小芳、张倩晗:《构建符合国情的人民调解协议司法确认制度——兼评〈最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定〉》,载《法学杂志》2011年第10期,第281页;胡辉:《人民调解协议的司法确认程序初探——以程序的启动为中心》,载《石河子大学学报(哲学社会科学版)》2011年第5期,第58-59页。

⑥ 如向国慧:《调解协议司法确认程序的完善与发展——结合〈民事诉讼法〉修改的思考》,载《法律适用》2011年第7期;邵华:《论调解协议的司法确认:效力、价值及程序审查》,载《政治与法律》2011年第10期;唐力:《非讼民事调解协议司法确认程序若干问题研究——兼论〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉第38、39条》;占善刚:《人民调解协议司法确认之定性分析》等文。

⑦ 见潘剑锋:《论司法确认》,载《中国法学》2011年第3期;朱腾飞:《调解协议司法确认机制研究》,载《江苏警官学院学报》2011年第3期等文。

确认制度的正当性真能不证自明?学界有两种简单的思路:一种立足国内,指出确认制度的正当性主要在于:(1)通过诉调无缝对接;(2)提升人民调解的威信力;(3)促进社会和谐,弘扬传统的和合文化;(4)促进矛盾化解机制的多元互补。另一种放眼国外,笼统地认定既然西方发达国家纷纷设立确认制度,那么基于调解传统源远流长的中国必然更具合理性,更有生命力。在具体的阐述中,这两种思路有时单表一枝,^①更多的则同时并进。^②一言以蔽之,学界普遍认为确认制度的正当性在于它是一种“世界性潮流与普遍的共识”!^③

笔者充分肯定细节问题的重要性——具体制度的优劣决定了法律效果的好坏,但不应忽视的是,法律创制工作取得实效的前提在于对具体规范的正当性有充分的思考与准确的把握,否则,具体制度即便精妙,仍难免产生南辕北辙、事与愿违之虞。就确认制度而言,一种世界性潮流未必就适用于中国;而未经反思的普遍共识也常常经不起细致的学理考辨。确认制度是否因为符合了既往的调解传统,又适应了今日的世界潮流,就具有适用于中国的必然合法性?这是一个需要认真探讨的重要问题。

二、诉调间无缝对接?

21世纪中国的现代化建设进入到了社会矛盾多发期,各种社会结构性矛盾凸显,群体性纠纷频发。为应对社会难题、维护社会稳定,一方面人民调解、司法调解、行政调解等非诉解纷机制蓬勃发展;另一方面将诉讼与非诉讼解纷机制“对接”,整合资源,集中多方力量化解矛盾纠纷成为主流的治理策略与司法导向。2009年7月,最高人民法院出台了《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(后文简称《若干意见》)。2010年8月,第十一届全国人大常委会第十六次会议审议通过了《中华人民共和国人民调解法》(后文简称《人民调解法》)。2011年3月,

^① 见张永进:《传统与超越:人民调解协议司法确认制度再解读》,载《实事求是》2011年第1期;刘钟琴:《人民调解协议司法确认程序的反思与建构》,载《研究生法学》2011年第5期。

^② 详见《论司法确认》、《调解协议司法确认机制研究》、《构建符合国情的人民调解协议司法确认制度——兼评〈最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定〉》等文。

^③ 同前注潘剑锋文,第43页。

最高人民法院审判委员会通过了《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(后文简称《若干规定》)。2012年8月修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》增加了对调解协议司法确认程序的相关规定。至此,运行多年的人民调解制度实现了专门立法,并与司法诉讼正式对接起来。在此背景下,确认制度备受推崇,被称之为实现了诉调间的“无缝对接”^①。

所谓“无缝对接”自然是针对之前的“有缝对接”而言的。实际上,在确认制度出台之前,我国的诉讼和调解机制并非全然脱节,而是处于学界并未明言的、与确认制度“无缝对接”形成对照的“有缝对接”状态。如1982年《民事诉讼法》第14条规定:“当事人对调解达成的协议应当履行;不愿调解或者调解不成的,可以向人民法院起诉。”1991年《民事诉讼法》第16条规定:“当事人对调解达成的协议应当履行;不愿履行、调解不成或者反悔的,可以向人民法院起诉。”可见,在确认制度出台之前,诉讼一直是人民调解的最后依托:对于调解成功的案件,法院并不过问,也无需过问;对于不愿调解、调解不成或调解协议不被履行的,法院才提供救济。这种“有缝对接”方式充分尊重私权自治的精神,让适合调解的案件尽量在法庭外解决,为非诉解纷机制的发展提供了充足的空间;另一方面,它有利于案件分流,减轻了法院的诉讼压力,为法官集中精力办好案、办要案创造了条件。但相关文献在谈及确认制度的优势时,显然对之前的“有缝对接”方式很不满意,它们将确认制度的出台欣然描述为诉调间的一种“无缝对接”,其潜台词是确认制度这种无缝对接机制明显比之前诉调间的有缝对接优越得多。因此,“无缝对接”一词并非简单的情态描摹,而是包含着一种价值判定。

然而,对于“无缝对接”缘何优于“有缝对接”,相关文献均未置一词——似乎这种判定是人人会意的显白事实。果真如此吗?2012年7月至2013年7月,笔者就此问题在湖南省多个地市展开调研,得到的反馈信息

^① 见王书林:《沙依巴克区就地司法确认调解协议》,载《人民法院报》2013年3月3日,第4版;乌市沙区首创法庭与人民调解无缝对接,2012-02-26. 新浪网, <http://news.sina.com.cn/o/2012-02-26/143824001321.shtml>. 访问时间:2013年12月30日;潘从武:《乌市:探索调解协议司法确认 破解久调不执难题》,法制网, http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2013-07/26/content_4701989.htm?node=20908. 访问时间:2013年7月26日。

却并非如此。接受访谈的62名基层法官、103名街道和乡镇的人民调解员虽然来自不同地市区，但他们都有“司法确认制度出台以来收效甚微”的感受。被认为明显优于“无缝对接”的确认制度在实现了诉调无缝对接后两年多的时间里为何不见明显成效呢？访谈发现，法官对确认制度认同度不高的原因主要有：（1）案多人少是摆在我国法院面前的一大难题。确认制度试图将原先在法院外解决的许多纠纷重新放回法庭，法官自然不愿办理。（2）除少数经济发达地区外，基层法院的办案经费普遍紧张。但确认制度明确规定不收取任何费用，这样一来，在案头工作堆积、确认制度费事却无利的情况下，法院自然不愿受理。（3）当前我国人民调解员文化水平、法律素养普遍不高，人民调解协议要么是口头协议，要么表述不够准确，在现阶段要将大量口头的、表述欠精准的协议转变成明确合法的书面协议并非易事。（4）人民调解大量依据民间风俗，而法庭审判的法律渊源主要是制定法。如何调和好民间法和国家法间的冲突问题是确认制度面临的一大难题。（5）确认制度如果只讲求效率，往往难以确保人民调解协议的合理合法性；但确认后的协议如果又生纰漏，将严重损害法院的权威性。总之，要保证司法确认的质量，审查程序就应相对精细，但这既有违确认制度的初衷，^①法院也力不从心。因此，笔者访谈的法官大多表示，就中国当前的司法现实而言，确认制度这种诉调间的“无缝对接”机制并非一定优于之前的“无缝对接”方式。

走访发现，不仅法官不认同确认制度，人民调解员也表示难以理解。接受访谈的100余名人民调解员普遍表示“这个制度没有多少现实价值”。一名从事人民调解工作近20年的老司法所长的话很有代表性，他说：

“我们地区人民调解协议的执行率一直很高，基本保持在98%以上。反倒是法院（执行力）让人不放心。确认制度要将（执行力）高的（人民调解）交由（执行力）低的（法院）来审查，实在让人费解，这不是脱了裤子放屁——多此一举嘛。另外，我们根本不想宣传确认制度，因为我们这里的（人民调解协议）一经达成基本上立马就执行了，有什么必要去确认呢？”

^① 《若干规定》的“起草坚持了以下原则：第一，要创新……第二，要合法……第三，要快捷……第四，要便于操作……”见卫彦明、蒋惠岭、向国慧：《〈关于人民调解协议司法确认程序的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2011年第9期，第35页。

现在倒好，有了这个制度，好像是在提醒当事人：这个协议还没有经过（司法）确认，还可以反悔。这不是添乱吗？”

既然确认制度遭人诟病，那么关于“无缝对接”优于“有缝对接”的判定缘何广为流传呢？从“无缝”、“有缝”这样的用语中或许可洞知一二。所谓“无缝”、“有缝”，本来是对物体对接处是否存在空处的一种物理描述。就有形物体而言，如果要将两件物品（如两段铁轨）对接起来，“无缝”通常比“有缝”好确实是一种简单的常识。但诉讼、调解并非有形物，诉调间的对接并不存在“无缝”必然优于“有缝”的简单判定。实际上，将确认制度描述成诉调间的“无缝对接”只是一种比喻性的修辞，而学术话语中的修辞性表达往往形象有余而准确性不足，对其限度如不重视，极易陷入自许高明却漏洞百出的尴尬。

三、提升调解约束力？

学界普遍将提升人民调解（协议）的约束力视之为确认制度的根本诉求。^① 实现这一诉求，需要满足两个条件：一，法院民事判决的约束力高于人民调解（协议）；二，人民调解（协议）的约束力能够借助法院得以提升。

就“我国法院审判的约束力是否高于人民调解”这一命题而言，不同的考察视角可以得出不同的判断。如果按照《现代汉语词典》的理解，将“约束力”一词界定为“对人的控制性影响力”，那么这个问题很难用“是”或“否”这样的语词进行非此即彼式的简单判定。从通常的社会认知来看，我国人民调解员队伍是一支来自各行各业的“杂牌军”，并不要求必须具备专业的法律教育背景；法官则多出身法律院校，是一支专业得多的国家正规军。因此，人们通常认为，法院审判较之人民调解意味着更高的专业水平、更严肃的权益处分。实际上，虽然我国并非判例法国家，但法院判决对其辖区内同类案件的控制性影响力仍然比更富灵活性的人民调解协议高。但是就处理单个案件的社会影响力而言，法院判决与人民调解的控制性影响

^① 见冯伟、舒秋菁：《“诉调对接”的理论透视及制度建构——司法救济与社会救济的互补性研究》，载《中南大学学报（社会科学版）》2008年第1期，第77页；张永进：《传统与超越：人民调解协议司法确认制度再解读》，第87页；潘剑锋：《论司法确认》，第43页；向国慧：《调解协议司法确认程序的完善与发展——结合〈民事诉讼法〉修改的思考》，载《法律适用》2011年第7期等。

力孰高孰低应当视情况而定。对于陌生人社会出现的大多数民事纠纷，法院审判明确公正，效率更高。而对熟人社会的家庭矛盾、邻里纠纷等，人民调解具有法院审判不可比拟的优势，往往能做到法院判决难以企及的便利结案、案结人和。此外，对一些错综复杂、年代久远的群体性纠纷、因体制问题导致的结构性矛盾，相关的法律规定要么很不完备，甚至出现空缺；要么政出多头，各种规范间彼此矛盾。这时，“胜诉者全得、败诉者全失”式的法院判决往往失之简单、不够公允；而人民调解却能依具体情状的不同帮助达成恰当的处理，真正实现案结事了。20世纪中叶以来，调解实践之所以能在以美国为代表的西方国家得到广泛运用，正是因为其在实现纠纷解决方案的自主化、多元化，促进当事人“向前看”、实现纠纷双方共赢^①等方面取得了法院审判无法比拟的功效。21世纪以来，我国人民调解的勃兴，主要原因也在于其表现出良好的社会矛盾化解力，最大限度地做到了社会复杂矛盾的案结事了、案结人和。

若将“约束力”界定为“法院审判或人民调解协议对社会纠纷的适用力”，自1979年重视法制化建设以来，人民调解的适用率虽然有所下降，但与诉讼相比依然拥有优势地位。季卫东在《调解制度的法律发展机制》一文中写道：

“尽管在社会主义中国的法律体系中，调解为主曾被视为是一种过渡现象或社会控制中的一种非法制化模式，但自1979年提出法制化方针以来，调解的绝对优势地位仍然没有动摇。全国的人民调解委员会处理的案件数量与法院民庭受理的第一审案件数量之比，1980年是10.8:1，1988年是4.9:1，虽然有所下降，但前者依然居高不下。”^②

21世纪以来，两者的比值虽然进一步下降；但根据《中国法律年鉴》的统计数据（见下表），从2000年到2011年，两者之比除2008年降到0.92:1以外，其余年份前者均高于后者。加上当前我国仲裁的调解化趋势，行政纠纷、轻微刑事案件往往也通过调解解决，以及法院诉讼的高调解结案率，可以说调解、人民调解的适用率仍然非常高。总之，21世纪人民调解

^① 廖永安：《如何当好调解员：中美调解培训启示录》，湘潭大学出版社2012年版。

^② 季卫东：《调解制度的法律发展机制》，载强世功：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2005年版，第10页。

对人民调解协议司法确认制度的一种冷思考

的适用率依然比法院诉讼高，因此意图倚靠法院审查来提升人民调解的适用力，这种想法是不得要领的。

近年来全国人民调解委员会处理的案件数量与法院民庭第一审受理的案件数量对照表

(单位：万件)

	2000年	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年	2011年
人民调解	503.0	486.1	463.6	449.2	441.4	448.7	462.8	480.0	498.1	767.6	841.8	893.5
法院	341.2	345.9	442.0	441.0	433.2	438.0	438.6	472.4	541.2	580.0	609.1	541.3

若对“约束力”一词作通常的解释，将其仅仅理解为“法院判决或人民调解协议的执行力”，那么执行难一直是困扰我国法院审判的一个棘手问题。^①从新闻中屡见不鲜的“叫卖民事判决书”的“黑色幽默”^②，到学界实务界老生常谈的“民事判决书为何变成法律白条”、“赢了官司只是赢了一纸权利书”，所有这些无不直观地揭示出我国法院审判的一种尴尬境地。而人民调解协议的执行率却基本保持在很高的水平。根据《中国法律年鉴》提供的资料，2000年到2011年间“执行难”一直是法院工作着力解决的重点问题之一；而人民调解中当事人达成书面协议不执行的还不到1%。因此，就执行力而言，确认制度——希望借法院的执行力来提升人民调解

^① 见王春旭：《克服民事执行难的法律思考》，载《政法论坛》2008年第4期；胡伟：《从强制到激励：民事执行难的法经济学分析》，载《人民司法》2011年第19期等。有关法院审判执行难的具体情况可参见中国法学会编辑的《中国法律年鉴（2000-2012年）》中“审判工作”之“执行工作”中公布的有关资料与数据。

^② 见拍卖合同纠纷民事判决书：（2009）南民商终字第283号（3），http://china.findlaw.cn/info/wenshu/msssws/234487_3.html；拍卖《民事判决书》，<http://tieba.baidu.com/p/1813297898>；原告拍卖《民事判决书》，http://club.china.com/data/thread/1011/2745/59/33/0_1.html。

(协议)的执行率——既无必要,也不现实。^①

退一步说,如果法院的约束力确实高于人民调解,确认制度就能实现人民调解(协议)约束力的顺利提升吗?实则也很难。诚然,我国法院审判确实意味着比人民调解更高的文化素养、更专业的法律水准,但人民调解员整体上文化素质偏低的局面不可能通过确认制度的运行得以根本性改观。特别在当前“诉讼爆炸”时期,基层法院案多人少、经费紧张的局面尤为紧迫,希望借基层法官的司法审查来提升人民调解文化法律水准的期盼其实并不现实。再者,我国法律的现代化转型并未完成,西方“舶来”的国家法与人民调解倚重的民间习俗究竟该如何融合,即制定法的真正本土化问题是一个需要在实践中反复摸索、认真总结的重大疑难问题。从这个意义上说,确认制度可以看成是试图调和国家法民间法龃龉的一种制度性尝试。这种尝试使得确认制度的具体适用将遭遇经验和理论上的“空白地带”,如何填补空白、弥合分歧、消除冲突往往没有成例可依,这对于具体适用确认制度的基层法官而言显然极富挑战性。因为我国基层法官知识储备、应对能力、重

^① 当然,实践中确实可能存在人民调解协议一再遭到反悔的个案,有的甚至陷入了“调解—反悔—再调解—再反悔”的怪圈。根据《诉前司法确认之定西样本》一文的报道,确认制度正是基于这种现实才应运而生的(见连继民、王健:《诉前司法确认之定西样本》,载《民主与法制》2009年第20期,第4页)。然而,笔者不禁疑惑:任何制度均有其限度,人民调解也不例外。既然一例纠纷总调解不好,为何不通过其他途径来解决;当人民调解不好使时为何硬要徒然地一再组织调解?个中原因,该文后面的文字提供了一种答案:某些案件调解不好时,如果提起诉讼,往往又会陷入另一个怪圈:“达成调解协议——反悔——诉讼——执行难”(见连继民、王健:《诉前司法确认之定西样本》,载《民主与法制》2009年第20期,第5页)。这样两个“怪圈”反映了我国当前司法实践中许多引人深思的问题,受文章主题所限,兹不赘言。但笔者纳闷:人民调解协议一再遭到反悔后,如果提起诉讼极可能遭遇“执行难”问题,为何司法确认后的人民调解协议到法院就独独不会遭遇“执行难”问题呢?诚然,2009年《若干意见》、2010年《人民调解法》、2011年《若干规定》颁布以后,人民调解确实显露出一些“振兴”迹象——这从表1提供的数据可见一斑:2000—2007年,全国人民调解委员会处理的案件数量虽然比法院民庭一审受理的案件数量多,但前者的优势呈现下降趋势。2008年,后者甚至比前者多出40余万件。但2009年以后,前者大幅提升,相对于后者的优势明显增强。2011年前者更是接近后者的2倍,比后者多出350余万件。但笔者认为,人民调解的此次“振兴”并不能归功于确认制度,它主要受21世纪以来“维护社会稳定、构建和谐社会”的国家政策与2009年以来“调解优先、调判结合”等司法政策的影响(范愉:《“当判则判”与“调判结合”——基于实务和操作层面的分析》,载《法制与社会发展》2011年第6期)。

视程度、投入精力等方面的不足，这种尝试极易导致失之轻率而舛误丛生的局面；由此引发的次生性矛盾与纠纷，无论对法院权威性还是对人民调解的约束力而言都将是一种损害。

实际上，随着中国现代化进程的加快，市场逻辑、消费主义对中国传统的人际纽带与生活理念构成了巨大的冲击，出现了大量个体化的农民、疏离了的村庄、流动中的城镇居民。乡土中国正从过去的“熟人社会”过渡到“半熟人社会”^①，并进一步向“陌生人社会”发展。在这种大背景下，若要进一步提升人民调解的约束力，单凭外部政策或个别法案的推动肯定是治标不治本的，因为人际关系的疏远、法治观念的普及必将带来人民调解约束力的下降；^②而如何配合陌生人社会关系距离变远的变化，走程序化、法制化的发展道路，^③才是提升人民调解约束力的根本所在。

四、弘扬了和合文化？

一方面，人民调解无需借确认制度来“重整山河”——相较于法院诉讼它并未丧失优势地位；另一方面，确认制度也难以担当进一步提升人民调解约束力的重担。退而言之，即便确认制度确实促成了人民调解约束力的大幅提升，“促进社会和谐，弘扬传统的和合文化”就是顺理成章之事吗？

众所周知，人民调解产生于新中国建立前解放区的司法实践，它与我国古代的民间调解虽然都以“调解”命名，却存在着意识形态与价值诉求上的根本差别。传统的民间调解是古代社会伦理政治德化的理想治道。中国古代的政治文化坚持认为，在国家与个人及社会之间存在着本质上的和谐，因此极力排斥法律的作用，尤其是排斥刑罚的功用。“如果任刑，势必弱化伦

① 贺雪峰：《乡村治理的社会基础》，中国社会科学出版社2003年版。

② 富勒指出，调解并非对所有纠纷类型都适用。在陌生人间非固定的关系中它往往很难发挥作用。（Lon L. Fuller. *Mediation — Its forms and functions*, *Southern California Reviews*. vol. 44.）

③ 美国法社会学家布莱克指出，社会主体间关系距离的远近决定着他们对法律与诉讼的使用频率。一般而言，关系距离远，使用率则高；反之则低。费孝通也指出，乡土社会基本上不需要法律。（〔美〕唐纳德·布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社2004年版，第47-56页；费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1998年版。）

理功能”，^①而力求和谐的“伦理感化，只能在润物细无声的状态中才能达到”^②。具体到个人，“一个儒家道德君子不应该自降身份卷入纠纷，而应该以‘让’和‘忍’的态度超然其上”^③。总之，古代的民间调解力求实现谦让隐忍的“和”文化，它“关于纠纷和诉讼的立场并不关心谁是谁非的问题，而是强调通过折中妥协化解于无形”。^④从这种视角来看，人民调解则是一种现代性的产物，它以阶级斗争为纲，在区分敌我矛盾和人民内部矛盾这种二元对立的思维下运作。与对待敌人的革命斗争方式相对，人民调解被用于处理人民内部矛盾：一方面，“所有革命中的敌人都被合并成阶级敌人这个单一范畴，他们代表了旧社会所有的罪恶”^⑤，应被严惩不贷。另一方面，通常来自社会底层，往往受教育程度不高，对传统文化大肆鞭挞的革命积极分子取代了传统调解中遵奉孔孟之道的地方乡绅，成为人民调解倚重的新的政治与道德权威。虽说与对待阶级敌人的严酷斗争不同，人民调解宣扬“批评教育相结合”、“以理服人”的工作方法，但与古代调解追求的“忍”、“让”精神迥然不同，它被“输入了正确与错误的绝对标准，而不是像以前一样允许通过调解达成不扰乱狭窄社会情境中微妙的人际关系之网的和解”^⑥。因此，虽然人民调解与古代民间调解在对诉讼的排斥态度、倚重地方权威化解纠纷等方面存在文化上的承继性，但从功能主义的视角来看，前者用马克思主义的斗争哲学取代了儒家的和合文化，用敌我二分的对立思维颠覆了传统的谦让中庸之道，“在儒家劝导和解之处鼓励斗争”^⑦。简而言之，革命年代浓烈的斗争精神冲淡了人民调解与古代民间调解和合观念间的文化血脉。

20世纪80年代重视法制化建设以来，法庭诉讼渐成气候；人民调解则相对低落。这段时期，“以阶级斗争为纲”的斗争哲学迅速退隐；依法办

① 任剑涛：《伦理政治研究》，吉林出版集团有限责任公司2007年版，第165页。

② 任剑涛：《伦理政治研究》，吉林出版集团有限责任公司2007年版，第163页。

③ 黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第354页。

④ 同上注。

⑤ 见上注，第106页。

⑥ 陆思礼：《毛泽东与调解：共产主义中国的政治和纠纷解决》，载强世功：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2005年版，第120页。

⑦ 同上注。

事、法律权利、诚信经营等新兴观念冉冉兴起。当然，在小农经济依旧发达的农村地区，尤其是革命战火没有炙热燃烧过的边陲山区，^① 讲究“和合”精神的人民调解始终占据重要的一席。即便是商品经济相对活跃的城市地区，人民调解对邻里纠纷、家庭纠纷等的处理或多或少也脱不开和合文化的影响。整体而言，在革命斗争的滚滚洪流退去之后，作为人民调解一度受压抑、被掩盖的文化底色，和合观念重新显露出来。但是很快，它又被改革开放所亟需的另一套话语体系所侵蚀与覆盖。总之，20世纪80年代的人民调解，和合文化在具体实践中虽说仍然活跃——它是化解熟人矛盾的一种“强力胶”，但它并不是人民调解的一种正式“官方表达”^②。

20世纪90年代以来，改革开放进一步扩大，以和合精神为指引的人民调解方式面临着已然到来的“陌生人社会”的巨大挑战。在东部沿海城市，随着市场经济的高速发展、国际贸易与交流合作的日渐普遍，人口流动越来越频繁、越来越常态化。当新城区建设全面启动，老城区改造基本完成时，城市里中国传统的乡土结构基本消失，陌生人社会已经到来。就人民调解而言，其处理的越来越多的是发生在素昧平生的当事人之间的矛盾纠纷，这时劝人隐忍谦让的做法渐渐显得不合时宜；而引导双方理性考量、权衡利弊，并参照法律规定进行调停的新方式受到青睐。即便是内陆城市的农村地区，人民调解如果仅仅宣扬“以和为贵”，也越来越难以奏效——因为商品经济的发展，法制观念的普及，外出务工求学带回的新思想新观念的冲击等，无不加剧了和合文化昔日赖以凭藉的乡土社会结构的分化瓦解。

当然，作为对中国近代变革，尤其是改革开放十年来西化倾向的一种反证，20世纪90年代初开始，中国社会出现了呼唤传统文化回归的保守主义思潮。文化保守主义在政治层面体现为“以德治国”、“构建和谐社会”等政策的先后出台。在这种大背景下，希望将新中国的各种调解机制与古代的

① 因为受现代革命的冲击较小，传统的生活模式、风土人情保存尚好，边远山区的人民调解主要沿袭了古代调解的精神风貌——虽然其间也掺杂着现代调解的些许影响。

② 在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》一书中，黄宗智先生探讨了清代法律的“官方表达”（清代对自己法律制度刻意营造的意识形态宣告）与“具体实践”（清代法律如何运作的实际过程及其反映出来的价值诉求）间既背离又统一的关系。（黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版。）

民间调解接集起来，弘扬传统的“和合文化”成为“和谐社会”建设的题中应有之义。至此，和合文化第一次从新中国人民调解的一种“具体实践”上升为正式的“官方表达”。但是，经历了纷飞的革命战火，当下的人民调解正浸淫于市场逻辑与权利话语之中，它与传统的民间调解早就貌合神离。况且，在熟人社会渐行渐远，陌生人社会日益逼近，消费主义、拜金主义、实用主义甚嚣尘上的当代中国，单凭确认制度一己之力想要弘扬东方传统的“和合”文化，人民调解的此番回归几乎是一条积重难返之路。

五、实现了多元互补？

确认制度无益于“弘扬传统的和合文化”；仔细想来，它同样无助于“实现矛盾化解机制的多元互补”。

要实现不同解纷机制的多元互补，首先要实现解纷机制的多元化，也就是说要求不同的解纷机制各具特色、个性鲜明。我国目前规范化程度较高的解纷机制主要有三种：诉讼、仲裁与调解。依据调解主体的不同，调解又大致可区分为诉讼调解、行政调解、仲裁调解与人民调解四种类型。与其他三种调解相比，人民调解最显著的特点在于它是由群众自治性组织主持的调解。依据《人民调解法》的规定，人民调解是由“依法设立的调解民间纠纷的群众性组织”即人民调解委员会“通过说服、疏导等方法，促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议，解决民间纠纷的活动”。由此可见，相对于法院独立行使裁判权的诉讼而言，人民调解的特色主要有两点：解纷机构的民间自治性与纠纷解决的当事人自主性。因此，要实现矛盾化解机制的多元化，就要保持并发展人民调解的“民间性”与“自主性”。

显而易见的是，确认制度不利于人民调解“民间性”特色的发展。民间自治的发展须有相对宽松的自主环境与相对充裕的发展空间——我国古代调解的繁荣兴盛离不开国家治理的“简约主义”。^①如清代大多数纠纷都是由社区或亲属调解来解决，国家在此过程中主要通过宏观的意识形态灌输，微观的“衙门意见”影响^②来间接引导纠纷双方达成不扰乡土社会中微妙的人际关系之网的和解。只有在民间救济无法应对时，国家权力才会出面介

^① 黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，中国人民大学出版社2007年版，第415-435页。

^② 见上注，第148页。

人，并按照国家法律（而不是民间调解依循的风俗人情）来裁决纠纷。现代社会虽然不同于古代社会，但更需要民间自治。然而，与古代社会的“简约治理”不同，确认制度通过法院对条款细节的一一审查，来重新确认民间协议的法律效力。它所展现的是涵盖很广、渗透很深的公权力形象；于人民调解的民间自治性发展而言，很难说不是是一种侵扰。

而且，确认制度很可能造成对人民调解“自主性”的戕害。确认制度虽然表示要尊重协议双方的自主意志，规定要由当事人双方共同申请法院方才受理；但在法院诉讼不堪重负、法院执行是个“难”问题、人民调解一直占据优势的现实面前，其出台本身即源自国家理性一种“致命的自负”^①，它清晰地显示出公权力向私域空间一种非理性的强势渗透及对私权利自治的习惯性不信任。公权力的扩张性本能，如不仔细规范与严格监控，极易影响人民调解的自主性。

司法审查后即便对协议全部条款“予以确认”，即使增益良多，从私权自治来看审查背后透出的依然是国家犀利的审视眼光。而法院“不予确认”时则是对“自主性”的直接否定。诚然，“不予确认”或许能揭示出人民调解协议的某种纰漏或错误——如个别协议（或条款）明显违法、公然侵权或伤风败俗^②，但与此而言直接求助于“错误救济机制”更可取，而不必费时费力求个悬而未决的“不予确认”——因为“不予确认”后矛盾仍在，仍要化解。而对于那些处在法律规范的“边缘地带”^③、难有共识的侵权领域，或道德评断的两可之间的调解协议，“不予确认”是用办案法官的意志取代了协议双方的合意。从宏观层面来看，目前我国法律本土化进程尚未完成，国家法与民间法的冲突广泛存在，这种“不予确认”将导致正式的法

① [英] F.A 哈耶克：《致命的自负》，冯克利译，中国社会科学出版社 2000 年版。

② 《若干规定》第七条规定：“具有下列情形之一的，人民法院不予确认调解协议效力：（一）违反法律、行政法规强制性规定的；（二）侵害国家利益、社会公共利益的；（三）侵害案外人合法权益的；（四）损害社会公序良俗的；（五）内容不明确，无法确认的；（六）其他不能进行司法确认的情形。”

③ 哈特认为法律规范由法律语言的“意思中心”与“开放结构”两部分组成。“意思中心”指法律语言具有一个确定的无争议的中心区域，它决定着法律的确信性与客观性。而“开放结构”存在于法律语言的“边缘地带”。在此地带，道德取向、政治立场、主观偏好等的差异导致不同个体对法律规范的不同理解。（[英] 哈特：《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社 1996 年版。）

律渊源对人民调解倚重的民间习俗的恣意侵蚀、国家的权力意志对协议当事人自主性的粗暴宰制。

总之，就人民调解的“民间性”、“自主性”发展而言，司法审查是一种权力扩张，极易构成妨害。实际上，如果没有了独立的个性，人民调解即便进一步壮大，可能也只是法院增设的一种“派出法庭”。这种单向度的发展模式短期或许能取得效果，但肯定不会带来解纷机制的多元化，更谈不上“互补”问题。况且，长远而言，过于单一的解纷机制发展模式必然无法满足现代社会复杂的治理需求。^①因此，就“实现矛盾化解机制的多元互补”而言，确认制度或许是背道而驰的。

六、一种世界性潮流？

综上所述，确认制度虽然实现了诉调间所谓的“无缝对接”，但它并没有优于之前的“有缝对接”：它既很难增强人民调解协议的适用率执行力，亦无以提高人民调解的约束力与权威性；既实现不了传统和合文化的现代复兴，也无法促成矛盾化解机制的多元互补。那么作为“一种普遍共识”的确认制度，其“毋庸置疑”的正当性到底何在呢？所余的可能只在于它是一种世界潮流。

20世纪中叶以来，调解从一种传统的东方经验发展成一种世界性的普遍实践。在实用主义哲学、批判法学运动等后现代思潮的影响与启发下，主张个体自主抉择，基于当事人合意、注重谋求纠纷双方共赢，意图实现具体情境下的实质正义的各种调解机制在美国、英国、法国等主流西方国家得以

^① “诉调对接”是当前我国民事诉讼领域的热门话题之一。今天，法院委托的人民调解，诉讼内调解，仲裁调解，行政调解，整合全社会力量共同参与的“大调解”等对接机制蔚为壮观。这些机制在应对当前中国突发性事件、群体性纠纷等社会新型矛盾时产生了一系列的正面效应，但应清醒地看到，就促进社会矛盾化解机制的多元化发展而言，这些“调解”虽名称各异，参与人员不尽相同，但运作逻辑、处理方式是基本一致的。此外，在诉调对接理念的有力触动下，法院审判也日益远离“一种纯粹的判断权”，这从2013年《民事诉讼法》第93条“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则……进行调解”，第95条“人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助”等规定中可见一斑。应该说，当调解结案率成为考核法官业绩的主要参数，当审判、调解、仲裁间的分界线日趋模糊，多元化的矛盾化解机制就无从谈起，代之而起的是解纷方式越来越单一化贫瘠化的发展——即便“审判”、“调解”、“仲裁”等称谓仍在广泛使用中。

对人民调解协议司法确认制度的一种冷思考

蓬勃发展，并随着后殖民文化的全球扩张而得到普遍推广。调解制度及其实践的勃兴，对西方法治社会过于泛滥的程序主义、法条主义等构成了有益的纠偏与矫治。对西方社会而言，借法院权威来提高调解的公信力，通过法院的司法审查确认调解协议的法律效力，是促进调解制度生长、提高其适用率与执行力的应有之义。在此背景下，对调解协议的司法确认制度也发展成为一种世界性潮流。

然而，一种世界潮流并非必然就适用于中国！“法律是地方性知识而非无地方界限的原则”。^①对于西方社会而言，确认制度确实能借法院之手提高调解协议和调解机构的权威性，或多或少地矫治法治主义的顽疾。但就中国社会而言，一方面尚不存在一只强有力的“法院之手”；另一方面，调解的优势地位并没有发生根本性动摇，因此不需要也无法通过司法确认来拔高人民调解。

确认制度的初衷是借法院的执行力与法律素养来为人民调解的合法性背书，促进人民调解的良性发展，这是一种“看上去很美”的理论设想，但当其置于中国现实时，就不得不面对法院在人力、财力、智力、执行力等方面的各种窘迫状况。法院对人民调解协议的审查与确认极可能蜕变成国家法对民间法、权力意志对私权自治的恣意宰制。这种宰制不仅不是对人民调解的提升，反而对法院本身的专业性、权威性构成损害。面对现实，这种论断不免悲观，但并未言过其实。

^① [美] 吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，载梁治平编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第130页。