

# 查明事实、分清是非原则重述

李 浩<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**“查明事实、分清是非”是民事诉讼法规定的法院调解应当遵循的原则之一，确立这一原则是为了保障司法调解的公正性。这一原则当下正受到理论和实务界的强烈质疑。我国是以法院为中心规定诉讼调解制度的，法院调解并非诉讼上的和解。调解在性质上仍然是法院的审判行为，调解与判决一样都是完成民事诉讼法所规定任务的手段，加之当事人期待接近裁判的调解结果以及调审合一的程序模式、法院调解的经验教训，这一原则的正当性和必要性具有理论和实践的依据。法院立案调解、对事实存疑案件调解所取得的成功，均不能成为否定该原则的理由。除非将法院调解置换为诉讼上和和解，否则继续保留这一原则就有充分的理由。

**关键词：**法院调解 查明事实 分清是非 审判行为 司法公正

---

## 一、问题的提出

调解是我国法院解决民事纠纷的主要方式之一。其他国家虽然也有诉讼当事人通过合意终结诉讼的制度安排，但均把这项制度定位于诉讼上的和解。可以说，法院调解是我国民事诉讼法中最能够彰显中国特色的制度。

法院调解的对象是诉讼到法院来的民事纠纷，法院在调解中要处理的是当事人之间关于事实和法律问题的争议，法院在调解中如何对待这些发生争执的事实和法律问题，自然就成为调解制度需要明确的基本问题。对于法院调解，我国民事诉讼法不仅在基本原则中作了规定，而且还专章对调解的基本原则、调解协议与调解书、调解书的送达等作出规定。根据民事诉讼法的相关规定，我国理论和实务界把法院调解须遵循的原则概括为三项——自愿原则，合法原则和查明事实、分清是非原则。在这三项原则中，自愿原则用来保障调解的自愿性，并使调解区别于判决；合法原则和查明事实、分清是非原则，则是用于指导法院处理调解中的事实和法律问题。

法院调解的三项原则中，对于前两项原则基本上不存在什么争议。但最近十多年来，对于民事诉讼法是否应当规定查明事实、分清是非原则，法院在调解的实践中是否有必要继续遵循这一

---

\* 南京师范大学法学院教授。

本文系作者主持的国家社科基金重大招标项目“维护司法公正和社会公平正义研究”（项目批准号：10ZD&-043）的阶段  
性成果。本文的写作得到江苏高校优势学科建设工程资助项目的经费支持。

原则，却产生了相当大的争议。不仅民诉理论界不少学者对设置这一原则的合理性提出了质疑，司法实务界也有不少法官主张取消这一原则。随着时间的推移，主张取消这一原则的人逐渐增多，“取消论”正成为甚至已经成为一种主流的观点。<sup>〔1〕</sup>

2004年9月，最高人民法院发布了《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》。在答记者问中，最高人民法院领导强调在制定这一司法解释时法院遵循了自愿原则、合法原则、保密原则和灵活原则。<sup>〔2〕</sup>值得注意的是，这里新增了保密原则与灵活原则，却少了查明事实、分清是非原则。2009年7月，最高人民法院在哈尔滨召开了全国法院调解工作经验交流会，各高级人民法院均为此次会议撰写了诉讼调解的调研报告，大多数调研报告对查明事实、分清是非原则持质疑和否定的观点，只有一份报告主张法院调解应当坚持这一原则。<sup>〔3〕</sup>

2010年8月，我国颁布了人民调解法。与原先规范人民调解制度的《人民调解委员会组织条例》不同的是，该法不再要求人民调解委员会在调解时应当查明事实、分清是非，<sup>〔4〕</sup>而是规定：“人民调解员根据纠纷的不同情况，可以采取多种方式调解民间纠纷，充分听取当事人的陈述，讲解有关法律、法规和国家政策，耐心疏导，在当事人平等协商、互谅互让的基础上提出纠纷解决方案，帮助当事人自愿达成调解协议”（第22条）。人民调解法虽然不是规制法院调解的法律，但人民调解员调解的对象同样是民事纠纷，并且同样是采用调解的方式化解纠纷，更何况，该法还规定了法院对调解协议的司法确认。所以，人民调解法对事实问题的态度转变，不能说同法院调解中如何对待查明事实、分清是非原则毫不相干。

上述种种迹象似乎表明，查明事实、分清是非原则的地位已岌岌可危。我国1991年颁布的民事诉讼法正面临着第二次修订，并且这次修订预计将是全面修订，修订的内容可能会涉及到法院调解制度。法院调解应当遵循什么样的原则，是调解立法中的重大问题，是继续保留查明事实、分清是非原则，还是取消这一原则，是修订过程中势必会遇到的重大的理论问题。

取消还是保留这一原则，又是一个具有重大实践意义的问题。自我国提出构建和谐社会的目标以来，调解在法院的民事审判中越来越受到重视。自2009年7月以来，最高人民法院在调解与判决上的司法政策也由原来的“能调则调、当判则判”改为“调解优先”，法院的调解结案率也逐年上升。<sup>〔5〕</sup>在法院越来越倚重调解方式处理民事案件时，调解应当遵循什么样的原则也就有了更大的实践意义。

## 二、查明事实、分清是非原则的形成与演变

早在新民主主义革命时期，我国司法机关就非常重视和强调用调解解决民事纠纷。对陕甘宁边区乃至新中国民事诉讼制度产生重大影响的“马锡五审判方式”的主要特点之一，就是把调解

〔1〕当然，也有一些学者对“取消论”提出质疑，例如江伟教授就严厉地批评取消这一原则的观点。参见江伟：《民事诉讼法前沿理论问题》，《国家检察官学院学报》2010年第2期。张卫平教授也对放弃这一原则导致的调解结果的实体正义与程序正义均得不到保证表示担忧。参见黄秀丽、任楚翘：《调解越来越主流》，《南方周末》2011年4月28日。

〔2〕参见张守增：《开创人民法院民事调解工作新局面》，《人民法院报》2004年9月17日。

〔3〕参见最高人民法院：《调研报告汇编》（全国法院调解工作经验交流会材料之二）。

〔4〕《人民调解委员会组织条例》第8条第1款规定：“人民调解委员会调解纠纷，应当在查明事实、分清是非的基础上，充分说理，耐心疏导，消除隔阂，帮助当事人达成协议。”

〔5〕根据《最高人民法院公报》2010年第4期提供的数据，2009年全国第一审民事案件中以调解方式结案的为36.21%，以判决方式结案的为33.81%，如果再加上撤诉案件，调撤率高达61.98%。根据2011年第4期《最高人民法院公报》提供的数据，2010年全国法院民事一审案件的调解率又有所提升，以调解方式结案的为38.80%，以判决方式结案的为30.99%，调撤率则达到65.29%的新高。

与审判结合起来。在“马锡五审判方式”中，虽然没有明确地把查明事实、分清是非作为法院调解的基本原则提出，但分析该审判方式的主要内容和基本特点，我们仍然可以得出“查明事实、分清是非”是对司法调解的基本要求结论。1945年1月13日，《解放日报》曾专门刊载介绍“马锡五审判方式”的文章——《新民主主义的司法工作》。该文将这一审判方式的特征概括为八个方面：走出窑洞，到出事地点解决纠纷；深入群众，多方调查研究；坚持原则，掌握政策法令；请有威信的群众做说服解释工作；分析当事人心理，征询其意见；邀请有关的人到场评理，共同断案；审案不拘时间地点，不影响群众生产；态度恳切，使双方乐于接受判决。<sup>〔6〕</sup>在这些特点中，前三个特点反映了对司法人员处理诉讼中的事实和是非责任的要求。马锡五审理的、能够凸显其审判方式的一些典型案件，也反映了他无论是采用调解方式还是判决方式处理案件，都注重查明事实、分清是非。如实地勘察，正确解决合水县丁、丑两家争讼多年的土地纠纷案；依靠群众，细心调解王治宽企图占据王统一的场院土地案；分清是非，以理服人，耐心解决“民告官”的延安县杨兆云状告乡区政府的多年缠讼案。<sup>〔7〕</sup>

新中国成立后，我国法院非常重视用调解方式处理民事纠纷。1956年，最高人民法院在《关于各级人民法院民事案件审判程序总结》中要求在审理案件前的准备工作阶段，“对那些案情已经明确而又有调解可能的案件（不是所有的案件），为增进人民内部团结以利发展生产，受理这种案件的审判人员可以实行调解，当事人也可以随时请求调解”。进入法庭审理阶段后，“在查清事实的基础上，法庭根据实际情况，对那些可以用调解方式解决的案件，可以随时向双方当事人讲解政策法律、法令，进行团结教育，在双方当事人自愿的原则下，当庭试行调解”。<sup>〔8〕</sup>1957年，最高人民法院经过调查研究，提出了民事审判的十二字方针——调查研究，就地解决，调解为主；后来，十二字方针发展为十六字方针，在“调查研究”前增加了“依靠群众”四个字。

无论是十二字方针还是十六字方针，都要求法院在处理民事案件时要“调查研究”，把“调查研究”与“调解为主”结合起来，即法院在调解时应当通过调查研究查明纠纷事实。可见，在新中国成立后直至民事诉讼法（试行）颁布前的相当长的时期内，查明事实、分清是非的要求内含在当时的司法政策中。

1982年3月，我国颁布了民事诉讼法（试行），该法把调解作为民事诉讼制度的基本原则之一，明确规定“人民法院审理民事案件，应当着重进行调解；调解无效的，应当及时判决”。该法还在第一审普通程序中用专节规定了“调解”，在这一节中，首先就规定“人民法院受理的民事案件，能够调解的，应当在查明事实、分清是非的基础上进行调解，促使当事人互相谅解，达成协议”（第97条）。这是我国法律对法院调解应当“查明事实、分清是非”的首次规定，是对新民主主义革命时期以及新中国成立后法院调解工作经验的总结和提炼。这一规定被理论和实务界称为查明事实、分清是非原则。

1991年4月，我国在全面修订后重新颁布了民事诉讼法。为了更科学地表述调解与判决的关系，同时也针对调解实务中存在的问题，立法机关对法院调解的原则进行了修订，将其修改为“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”（第9条）。同时，在第一编“总则”中设专章规定调解。<sup>〔9〕</sup>该章首条即规定：“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解”（第85条）。修

〔6〕 转引自张希坡：《马锡五审判方式》，法律出版社1984年版，第14页。

〔7〕 参见张希坡：《马锡五审判方式是人民司法工作的一面旗帜》，《人民法院报》2009年8月11日。

〔8〕 参见杨荣新、叶志宏编：《民事诉讼法参考资料》，中央广播电视大学出版社1986年版，第213页以下。

〔9〕 把调解从原来的“第一审普通程序”中挪到“总则”中，是为了表明调解不仅适用于第一审程序，也适用于第二审程序和审判监督程序。

订后的法律把“在查明事实、分清是非的基础上进行调解”改为“在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解”，根据参与民事诉讼法修订的唐德华先生的解释，是由于调解有个互相让步、相互妥协的问题，因此不能要求把事实查得那么清楚，不能寸步不让、锱铢必究，如果哪个细节、哪个问题都要打破沙锅问到底，谁都不让谁，那是很难达成调解协议的。所以法律规定只要有事实清楚这个基础，就可以进行调解。<sup>〔10〕</sup> 尽管作了上述修订，但是理论界和实务界都认为法律对调解中事实和非责任问题的基本态度并无实质性改变，所以在当时出版的一些权威教科书中，在阐述法院调解的三原则时，仍然把新法第 85 条的规定称为查明事实、分清是非原则。<sup>〔11〕</sup> 近年来，虽然有些民事诉讼法教材将这一原则称为“事实清楚，是非分明”，<sup>〔12〕</sup> 但也有不少教材保留原来的称谓。<sup>〔13〕</sup> 无论是“事实清楚”还是“查明事实”，都是立法者对法院调解时如何对待事实所提出的要求，这两种表述在语义上并不存在实质性区别。

### 三、查明事实、分清是非原则受到的质疑

上世纪 90 年代中后期，为适应向市场经济体制转型后我国社会生活条件和人们思想观念的变化，在最高人民法院的倡导下，全国法院进行了范围广阔的民事审判方式改革。在改革过程中，理论界和实务界对民事诉讼从理念到制度进行了反思性审视，彰显我国特色的法院调解制度自然也成为关注的焦点。

1997 年，景汉朝先生发表了一篇后来产生了相当大学术影响的文章。<sup>〔14〕</sup> 在这篇专门讨论我国民事经济审判方式改革的文章中，他首先注意到了将“查明事实、分清是非”作为调解的基本原则所存在的问题，从三个方面对该原则提出质疑：

第一，“调和解决纠纷”是调解的应有之义，调解本身就包含对某些界限不清的事实、责任含糊不究，互谅互让，以达到既解决纠纷又不伤和气的目的。“查明事实、分清是非”是判决的前提条件而不应成为调解的前提条件。调解与判决二者手段不同、程序不同、当事人行使处分权的范围不同，其前提条件也应有所区别。如果所有案件都强调必须查明事实、分清责任，则判决结案更为快捷、经济。因此，该原则限制了调解作用的发挥。

第二，在没有查明事实、分清是非责任的情况下，当事人双方达成了调解协议，说明当事人行使了自己的处分权，既处分了自己的实体权利，又处分了自己的程序权利，法院没有强行干涉的必要。

第三，民法允许法院在包括法庭调查结束前的各个诉讼阶段进行调解，而查明事实、分清是非则要等到法庭调查和法庭辩论结束后才能实现，法庭调查结束之前的一切调解难以做到查明事实、分清是非。因此允许在法庭调查结束前进行调解本身就意味着在一定范围内可以在事实和非不清的情况下调解。

自景汉朝先生对这一原则提出异议后，质疑之声至今未间断。范愉教授认为，我国的法院调解具有强烈的职权主义色彩，调解被规定为与审判权并列的职权，调解原则上要求在查明事实、分清是非的基础上进行，凸显了审判的功能，忽略了调解自身的特点。<sup>〔15〕</sup> 宋朝武教授和黄海涛

〔10〕 参见最高人民法院民事诉讼法培训班编：《民事诉讼法讲座》，法律出版社 1991 年版，第 121 页。

〔11〕 参见柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社 1992 年版，第 253 页；常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 208 页；王怀安主编：《中国民事诉讼法教程》，人民法院出版社 1992 年版，第 183 页。

〔12〕 参见江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社 2007 年版，第 216 页；谭兵、李浩主编：《民事诉讼法》，法律出版社 2009 年版，第 229 页。

〔13〕 参见江伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 227 页；张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社 2009 年版，第 291 页；田平安主编：《民事诉讼法原理》，厦门大学出版社 2005 年版，第 188 页。

〔14〕 景汉朝、卢子娟：《经济审判方式若干问题研究》，《法学研究》1997 年第 5 期。

〔15〕 参见范愉：《调解的重构（下）——以法院调解的改革为重点》，《法制与社会发展》2004 年第 3 期。

撰文指出,将法院调解作为法院行使审判权的方式是对调解性质的错误定位,调解是当事人处分其权利、合意解决纠纷的行为,调解与法院的审判权无关,因而规定查明事实、分清是非的原则是不正确的。<sup>〔16〕</sup>肖建华教授和杨兵认为把查明事实、分清是非作为法院调解的原则不具有科学性,要求法院调解应当查明事实、分清是非与建立在自愿原则基础上的法院调解的本质相悖,认为应当废除这一原则。<sup>〔17〕</sup>

从事调解实务的法官们也纷纷撰文批评这一原则。如“强调调解以查明事实,分清是非为基础的规定与民事诉讼中的处分原则相悖,也不符合现代契约自由的精神”;<sup>〔18〕</sup>应当“删除民事诉讼法第85条‘在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解’的规定,‘事实清楚,分清是非’是作出公正判决的前提,而不应当作为法院调解的前置条件”。<sup>〔19〕</sup>

应当承认,“取消论”者敏锐地发现了调解与判决在正当性原理上的差异。判决是强制性的纠纷解决方式,为了使法院的强制具有合法性和可接受性,为了防止法院滥用或误用审判权,对判决提出明确、具体的要求是必要的。“以事实为根据、以法律为准绳”的判决准则将法院的强制正当化了。但调解要建立在双方当事人自愿的基础上,如果当事人拒绝参与调解程序,或者不接受对方当事人或者法院提出的调解方案,调解就不会取得成功。

自愿原则的存在使法院在调解中对发现事实的依赖程度降低了。调解最终能否获得成功,关键在于双方当事人是否同意达成调解协议。最终达成了调解协议的情况下,本案的事实究竟是什么反倒不重要了,因为调解协议的正当性可以从处分原则中获得。如果调解协议是双方当事人自己通过协商达成的,是基于双方的真实意思表示,不存在欺诈、胁迫、重大误解,当事人在调解中处分的是自己的民事权利;或者调解方案虽然是法官提出的,但法官在建议当事人接受其调解方案时并未采取强制的办法,当事人接受法院提出的调解方案真正建立在自愿的前提下,调解协议的正当性就完全能够从自愿原则和处分原则中得到说明,而不必追问调解协议的事实基础是什么。在这一点上,调解与判决呈现出明显的不同。

在调解协议的达成应当尊重当事人的意愿这一点上,“取消论”也是正确的。在法院调解实务中,的确有当事人愿意对纠纷事实作模糊化处理,同意在事实不清的情况下达成一个双方均可接受的解决纠纷的协议。在当事人主动作出这种选择之际,只要协议的内容只与他们本人相关,法院无疑应当尊重当事人的选择。

不过,能否把调解中的上述现象当作一般情形,进而推论当事人通常都愿意抛开纠纷的事实去寻求化解纠纷的方案,尤其是,能否得出查明事实、分清是非与法院调解制度的本质相悖,立法者在设置法院调解制度时规定这一原则根本就是一个错误,继续遵循这一原则不利于法院在诉讼实务中开展调解工作,会抑制法院调解制度功能的发挥的结论,则存在很大疑问。

## 四、查明事实、分清是非原则的法理基础

### (一) 法院调解行为的性质

“取消论”的一个重要理由是,法院调解实际上是在法官的主持下,由双方当事人进行协商,

〔16〕 参见宋朝武、黄海涛:《调解真实原则质疑——从程序保障看调解制度改革》,《法律适用》2005年第5期。

〔17〕 参见肖建华、杨兵:《论我国诉讼调解原则体系之重构——兼评〈关于人民法院民事调解工作的若干规定〉相关规定》,《政法论丛》2005年第1期。

〔18〕 宁杰、张传军:《论民事诉讼调解制度之完善》,载曹建明主编:《程序公正与诉讼制度改革》(全国法院第十四届学术研讨会获奖论文集),人民法院出版社2002年版,第600页。

〔19〕 冯战备等:《法院调解制度改革的思考》,《法律适用》2002年第9期。

在协商中互相作出让步，来解决双方的纠纷。既然是协商，只要当事人愿意不再纠缠过去的纠纷事实，愿意从构建将来的关系着想，法院也就没有必要一定要去查明事实。法院调解的过程实际上是当事人行使处分权的过程，调解协议体现了当事人对自己民事权利的处分，法院在调解中应当尊重当事人的处分权。将法院调解定位于当事人的处分行为，用处分原则来质疑乃至否定查明事实、分清是非原则，是“取消论”的主要理论依据。

这就涉及一个重大的理论问题——法院调解究竟是法院审理民事案件的一种方式，还是当事人自主协商解决民事纠纷的一种方式？在法院调解中，法院是否仍然在行使审判权，抑或由于是调解，法院已经被解除了行使审判权的任务，在调解过程中完全是当事人在行使他们的处分权？

在国外民事诉讼制度中，尽管也可以通过双方当事人的协商达成协议来解决纠纷，但这是通过诉讼上的和解制度来实现的。德国民事诉讼法第 279 条规定：“不论诉讼到何程度，法院应该注意使诉讼或各个争点得到和好的解决。法院为了试行和解，可以把当事人移交给受命法官和受托法官。”法国新民事诉讼法典既规定了诉讼上的和解又规定了调解制度，但法国的调解不是由法院来调解，而是在征得当事人同意后，审理案件的法官指定某个第三人来调解（第 131 条）。这种诉讼上的调解与我国的法院调解完全不同。

苏联的民事诉讼法也未规定调解制度，法律只是要求审判长在开始实体审理时询问原告人是否坚持自己的请求，被告人是否承认原告人的请求，当事人是否愿意达成和解结束案件。<sup>〔20〕</sup>在规规定诉讼上和解制度的国家，诉讼上和解都是导致诉讼终结的一种情形，和解协议记入法院笔录或者经法院审查确认后，具有强制执行的效力。

诉讼上的和解是以当事人为中心设计的一项制度。在这一制度中，尽管对和解行为的性质也存在着理论上的争议，但争议仅在于诉讼上的和解行为是私法行为还是诉讼行为，或者兼有私法行为和诉讼行为两种属性。<sup>〔21〕</sup>无论如何，学者们不会把诉讼上的和解看成是法院的审判行为。

从法院的角度来规定调解制度，把调解行为规定为法院行使审判权的方式之一，是我国民事诉讼法的特点。长期以来，法院调解都被认为是法院行使审判权的方式，调解行为也被看作是法院的审判行为。学者指出：“调解行为是人民法院审理民事案件所实施的另一种重要行为。所谓调解行为是指人民法院的审判人员主持并通过说服教育促使当事人双方互谅互让解决纠纷的行为。因为调解不是当事人单纯的和解，而是人民法院审理案件、结束民事争议的手段和方式，所以调解也就是人民法院审理行为的一种。”<sup>〔22〕</sup>

因此，我国的法院调解制度在性质上与诉讼上和解存在重大区别。“虽然和解与调解仅一字之差，但两者却是两种不同的诉讼制度。首先，两者的性质不同。法院调解是人民法院行使国家审判权的一种职能活动，而和解则是当事人双方行使诉讼权利的一种行为，和解协议是当事人双方对自己的诉讼权利和实体权利进行处分的结果。其次，和解是当事人双方自己协商，达成协议、解决纠纷的活动，并无人民法院或者其他机关的人员主持，而法院调解则是在审判人员主持下进行的，审判人员对双方当事人进行法制宣传教育和思想疏导工作，促使当事人达成协议，解决纠纷。因此，审判人员的活动在很大程度上影响着调解的过程和结果。”<sup>〔23〕</sup>

但是，随着对当事人在调解中的地位和作用认识的深化，理论界开始修正原来的观点，把法院调解制度看作审判行为与处分行为相结合的“双重属性说”逐渐成为占主导地位的学说。该说

〔20〕 参见《苏俄民事诉讼法典》第 164 条“开始实体审理”，法律出版社 1982 年版，第 58 页。

〔21〕 参见〔日〕中村英郎：《论裁判和解制度》，载中村宗雄、中村英郎：《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》，陈刚、段文波译，中国法制出版社 2009 年版，第 100 页以下。

〔22〕 柴发邦主编：《中国民事诉讼法学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 169 页。

〔23〕 前引〔11〕，柴发邦主编书，第 247 页。

认为,应当从法院的审判行为与当事人的处分行为两个方面去认识法院调解的性质。“我国的法院调解制度,是建立在当事人行使处分权基础上的,但法院调解是在人民法院主持下进行的,所以它是人民法院行使审判权的一种方式。……可见,我国的法院调解制度,是当事人行使处分权与法院行使审判权相结合的产物。”〔24〕“双重属性说”虽然重视当事人在调解中的作用,但并没有否认调解也是法院行使审判权的一种方式。事实上,当事人有权决定是否参与调解、是否接受法院提出的调解方案,并不能淡化法院行使审判权的属性。

法院调解与诉讼上和解在制度设计的理念上也存在明显区别。在法院调解中,主体是法院,法院是进行调解活动的一方,当事人则是法院调解活动的对象,是处在被动地位、接受调解的一方。法院调解强调和突出的是法院,要求法院主动地去做当事人思想教育的工作,引导当事人在事实和法律的基础上进行协商,促使当事人放弃不合法、不合理的诉求,作出妥协和让步,以达成调解协议。而在诉讼上的和解制度中,当事人毫无争议地成为主体,即使法官在必要时可以促使当事人和解,和解也被看成是当事人自己的事。诉讼上的和解,重点在当事人,强调的是当事人主动与对方沟通,通过协商来解决纠纷。既然和解只是当事人的行为,并由当事人对和解的后果承担责任,法官无需对和解的结果负责,如何对待引起诉讼的争议事实,就完全是当事人自己的事情,在逻辑上当然也就不会对法官提出事实方面的要求,不会要求法官在查明事实、分清是非的基础上促使当事人和解。

由于把和解定性为当事人自主协商解决纠纷的制度,德、日等国在民事诉讼法中只在一些零散的条文中提到和解。我国则不同,调解被定位为法院行使审判权的一种方式,是法院替代判决的处理民事案件的方式。既然是法院行使审判权的方式,就理所当然地需要在民事诉讼法中详加规定。我国民事诉讼法不仅在第一编总则部分规定了法院调解的基本原则,还在“总则”中专章规定了法院调解中的共同问题。在第一审程序、第二审程序和审判监督程序中,也有关于调解的规定。2002年以来,最高人民法院还针对法院调解问题发布了多个司法解释。〔25〕

总之,虽然从纠纷的解决要得到当事人的同意看,把这样一种解决纠纷的制度设计为诉讼上的和解可能更为合理,虽然我国民事诉讼法也突出地强调了法院进行调解应当遵循自愿原则,但是,我国的立法者仍然是以法院为中心来设计这项制度的,将诉讼中的这一制度定位于法院调解而非当事人和解。既然调解是法院处理诉讼案件的一种主要的、优先的方式,那就不能脱离法院所具有的审判权来看待调解制度,把法院调解作为我国法院行使审判权的一种方式也就有了逻辑上的合理性。在我国的法院调解制度中,审理案件的法官同时又是调解人,调解活动是作为审判活动的有机组成部分而存在的,调解行为是法院从受理案件到审理然后再到作出裁判整个审判活动的一个环节。〔26〕在这样一种制度背景下,把查明事实、分清是非作为法院调解应当遵循的一项基本原则可以说是一种逻辑的必然。

## (二) 法院调解与民事诉讼法的任务

在考察查明事实、分清是非原则的依据时,还需要把法院调解制度与民事诉讼法的任务联系起来分析,需要回答法院调解是否也是完成我国民事诉讼制度任务的手段,调解与判决在完成民

〔24〕 前引〔11〕,常怡主编书,第200页。

〔25〕 如《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(2004年)、《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接矛盾纠纷解决机制的若干意见》(2009年)等。

〔26〕 比较法上可兹对比的是,2005年以来,德国的许多法院都引入了调解制度,但德国法院的调解是建立在调、审分离基础上的,“即在法院内部设立一个特别的调解庭,通常由2到3名经过特殊训练的法官组成,他们被称为调解员。当主审法官认为案件适合于调解时,他会将案件交给调解庭调解,前提是双方当事人同意调解,而且基于武器平等的考虑他们也都有律师代理。在调解过程中,调解员必须保持中立和不偏不倚;他们不参与案件的审理,也不向当事人提供法律上的建议”。参见周翠:《中国与德国民事司法的比较分析》,《法律科学》2008年第5期。

事诉讼法任务上是否有本质的不同。

民事诉讼法第2条规定了我国民事诉讼法的任务：“保护当事人行使诉讼权利，保证人民法院查明事实、分清是非，正确适用法律，及时审理民事案件”是民事诉讼制度的程序性任务，“确认民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益”是民事诉讼制度的实体性任务，而“教育公民自觉遵守法律，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业顺利进行”则是宏观层面上的拓展性任务。应当认为，上述任务是针对整个民事诉讼制度而言的，不仅法院的审判行为旨在完成这一任务，法院的调解行为也应当服务于上述任务。

判决需要“以事实为根据，以法律为准绳”。法院在作出判决时，是采用三段论的逻辑推理方式，即以法律为大前提，事实为小前提，然后将本案的事实涵摄于相应的法律规范之下，得出裁判结论。在采用判决方式解决纠纷时，确定当事人之间存在争议的案件事实十分重要，因为事实是适用法律的基础，事实不同，所应适用的法律也不同，裁判结论也相异。那么调解是否也像判决那样要“以事实为根据、以法律为准绳”？毕竟调解是建立在当事人处分权基础上的，调解协议的达成主要取决于双方当事人的意愿。

笔者认为答案是肯定的。首先，从立法者的本意看，是把调解和判决共同作为完成民事诉讼任务的方式来看待的。要求法院“在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解”，是“查明事实、分清是非”的任务在调解这一具体纠纷解决方式中的表现。立法者在此处强调，不仅判决要查明事实是、分清是非，调解同样也要查明事实、分清是非。其次，立法者要求法院在调解中也应当查明事实、分清是非，表明调解并不是“和稀泥”，不能无原则地调和双方的纠纷。调解虽然不同于判决，但同样应当服务于民事诉讼法的任务，有助于民事诉讼制度目的的实现。再次，从法院调解的实践看，当法院主要采取调解方式处理民事案件时，如果调解可以在事实不清、是非责任不明的基础上进行，那么如何实现确认民事权利义务关系、制裁民事违法行为、保护当事人合法民事权益的目的？民事诉讼法规定的任务又如何完成？

“取消论”的最大问题在于，他们把法院调解等同于当事人的和解，完全从处分权来解析法院调解，仿佛在调解中，从事调解的法官只是消极无为的调解人，他们仅仅为双方当事人提供商谈的场所，创造协商的气氛，至于如何解决纠纷，则完全由当事人自己去磋商。对双方争议的事实和法律问题，从事调解的法官也不闻不问，不表明自己的态度和看法。这种认识既偏离了立法者对调解制度的设计，又与我国法院调解的实践相背离。

其实，立法者是把调解与判决共同作为法院完成民事诉讼法任务的手段来看待的。立法者要求法院能够调解的，尽量用调解方式解决，实际上反映了立法者希望用调解这一更具柔性的手段来完成民事诉讼法的任务，期待法院积极主动地做当事人的思想工作，充分利用法官所具有的专业知识和程序法赋予法官的权力帮助当事人解决纠纷，期待法官根据查明的事实和相关法律提出调解方案并劝导当事人在该方案基础上协商，从而使纠纷在法院的调解下得到公正解决。

### （三）当事人对法院调解的期待

传统的民事诉讼理论侧重于从国家、法院的视角来解读民事诉讼制度，把民事诉讼制度解释为为维护国家的私法秩序而存在的制度，把民事诉讼法看成法院的操作规程。日本新堂幸司教授对传统理论进行了反思，提出了“民事诉讼理论为谁而存在”的问题，倡导从当事人的视角对民事诉讼法和民事诉讼制度进行研究和阐释。他认为，民事诉讼制度是一个向国民提供解决纠纷服务的体系，这种体系的存在价值取决于，现实的利用者乃至潜在的利用者，也即一般市民，是否更理解、更愿意利用以及更为信赖这种制度。<sup>[27]</sup>

[27] 参见 [日] 新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第2页。

新堂幸司教授这一新的理论视角对于我们认识查明事实、分清是非原则也很有益处，它提醒我们必须从诉讼当事人出发来思考这一原则。原、被告之间发生了纠纷，到法院来寻求解决，当事人其实是希望法院依照法律的规定来解决他们的争议，告诉他们在本案中在法律上的权利义务究竟是什么，对造成的损害，究竟应当由一方当事人承担责任还是双方当事人分担责任。

由于大多数民事案件都源于事实方面的争议，而事实的认定又直接关系到法律的适用，关系到权利、义务和责任的确定，所以，当案件事实存在重大争议时，当事人会非常在意作为裁判者或调解人的法官是如何理解和看待本案事实的，当事人（尤其是认为自己有理的一方）会强烈地要求法院查明事实、分清是非，在这一基础上解决他们的争议。即使是通过调解来解决，当事人也会要求法官在搞清楚本案事实的前提下进行调解，而不愿意接受一个案件的基本事实还处于混沌状态的不明不白的调解协议。2009年，有人对部分中级人民法院和基层人民法院民事调解制度的实际运作状况作过一次调研，调研采用发放问卷、开座谈会方式进行。调研的内容之一是当事人为什么选择调解，调研者对这道题给出了五个选项：A是有利于执行；B为不伤和气；C是法官的解释说理为我们分清了责任；D是效率高；E是可以退一半诉讼费。对这五个选项，被调查者需要做一次单项选择和一次多项选择。结果是，无论是单项选择还是多项选择，选择人数最多的都是C。<sup>〔28〕</sup>这也印证了笔者的观点。

在分析诉讼中的调解时，我们还应当清醒地认识到，当事人到法院来诉讼，是希望通过法院寻求正义。而在当事人的心目中，法院是最讲事实和法律的地方，与那些诉讼外的纠纷解决机构相比，法院也最有能力满足当事人的以上要求。如果法院在调解中不去查明存在重大争议的案件事实，可以在事实不清的情况下进行调解，也许在法官的一再调解下，认为自己有理的一方当事人会勉强接受一个让他承担一定责任的调解协议，但在该当事人的心目中，司法的公正、法院和法官的形象、司法的公信力却彻底丧失了。如果查明事实、分清是非不再作为一项原则，如果大量的调解都是在事实不清、责任不明的情况下进行的，我们又如何能够指望通过司法实现社会的公平正义呢？

也许有人认为，调解不像判决，调解可以立足于未来，可以从当事人将来的关系出发来说服当事人捐弃前嫌。但是，当事人进行诉讼是为了解决已经发生的纠纷，并且原告通常是在自行协商失败以及寻求诉讼外的纠纷解决机构帮助失败后才不得不到法院来主张权利，到法院来“讨个说法”的。未来关系的重构和改善需要建立在合理、合法地解决眼前纠纷的基础之上。

#### （四）作为判断型调解的法院调解

日本学者棚濑孝雄在《法治化社会的调解模式》一文中从消除对立型调解的功能出发，把调解分为四种类型——判断型调解、交涉型调解、教化型调解和治疗型调解。判断型调解是一种接近审判的调解，“把发现法律上是正确的解决作为调解应当贯彻的第一目标，同时在与审判比较的意义上把降低发现正确解决所需要的成本作为调解的固有的长处，就得到了近似于判断型的调解类型”。<sup>〔29〕</sup>在这一类型的调解中，一方面，当事人尽管是通过接受调解来解决纠纷，但仍然强烈地期待解决结果接近审判的结果，另一方面，作为调解人的第三者需要负担起发现法律上正确解决的任务，要对提交解决的纠纷的是非进行判断，并把自己的判断展示给当事人，劝说当事人在这一判断的基础上达成调解协议。

为了使当事人能够接受调解人提出的法律上正确的调解方案，调解人需要有一定的机制来使

〔28〕 孙海龙、高伟：《调解的价值是如何实现的——以部分中、基层人民法院为研究样本》，《法律适用》2009年第10期。

〔29〕 [日] 棚濑孝雄：《纠纷解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第54页。

当事人采取合作的态度。棚濑孝雄认为：“调解中提示的解决如果与审判所能得到的结果十分近似的话，即使当事者对此加以拒绝，到审判的场合仍有很大可能受同样的解决所强制，则当事者将不得不采取合作的态度，倾向于对调解时提出的方案予以接受。确实，调解即使不发挥自己特有的强制能力，只要以审判的强制性为后盾，在审判的利用可能性和审判结果的预测可能性这两个条件下，总存在着使当事者接受与审判结果近似的解决方案的潜在力量。”<sup>〔30〕</sup>

棚濑孝雄先生的这番分析是以诉讼外调解为对象的，但实际上我国的法院调解最符合这种“判断型调解”的模型。我国的法院调解是诉讼中的调解，法律要求法官在事实清楚的基础上，分清是非后依照法律的规定（发现正确的解决方案）进行调解。即使是进行调解，法官仍然是以审判者身份出现在诉讼程序中，当事人仍然会把进行调解的法官看作是审判官，而不会把他看作是纯粹的调解人。在调解不成的情况下要及时地以判决的方式解决纠纷。如果在调解时就已经查明了事实，分清是非，接下来的判决自然会以已经查明的事实为依据。作为判断型调解，我国的法院调解应当在查明事实、分清是非的基础上进行。

#### （五）调审合一的程序模式

我国民事诉讼并没有独立的调解程序，调解是作为诉讼程序的一部分而存在的。调解由于发生的诉讼阶段不同，而被冠以不同的名称，如立案调解、审前调解、庭审中的调解等。

调解被内置于诉讼程序这一特点，使查明事实、分清是非原则的实现有了程序的支撑和保障。对那些基本事实存在争议的案件，法官完全可以通过诉讼程序所提供的手段和方法来对案件事实进行调查。如对一方当事人所主张的作为诉讼请求或者反驳诉讼请求根据的案件的主要事实，另一方当事人予以否认的，法官可以要求主张事实的当事人提供证据，在必要时，还可以根据当事人的申请甚至依职权收集证据。在充分收集证据的基础上，法院可以用诉讼程序所提供的质证、辩论等手段来查明案件事实。

质疑查明事实、分清是非原则的人担心，法院采用诉讼程序来调查事实，可能损害诉讼的效率。这种担心是不必要的，因为法院查明了事实，调解就有了前提和基础，调解的成功率会大为提升。即使最终未能促使当事人达成调解协议，为查明事实所花费的时间和精力也不会浪费，法院可以迅速转入判决，根据查明的事实对案件作出判决。

在我国民事诉讼中，不仅调解程序与审判程序合二为一，调解人与审判者在身份上也不作区分。案件一般由负责审判的法官进行调解，法官同时具有审判官和调解人两种身份，即使是在调解中，法官也是以审判官的身份从事调解活动的。这种身份上的重合使从事调解的法官具有事实上的强制力，或者说潜在的强制力。

法官在调解中对当事人具有的潜在强制力既然是一种客观存在，程序的设计就需要防止调解者的恣意对当事人的诉讼权利和实体权利造成侵害。要求法官在调解中遵循查明事实、分清是非的原则，就是立法者给出的办法。查明事实、分清是非原则指引、约束着法官的调解行为。只要法官在调解中认真对待纠纷事实，在查明案件基本事实的基础上，依据相关实体法的规定明确当事人之间的权利、义务和责任，即便调解人同时具有的裁判者的身份会使当事人不得不慎重考虑法官提出的调解方案，潜在的强制性也可期待发挥正面的作用。

那些主张取消事实清楚、是非分明原则的学者，其立论的前提是调审分离，“在调审分离制度设计的前提下，法官已经无利用审判者的地位强制当事人接受调解的可能”。<sup>〔31〕</sup>应该承认，我国在改革中确实出现了一些调、审分离的尝试，如在立案调解中，由立案庭的法官进行调解，如

〔30〕 前引〔29〕，棚濑孝雄书，第55页。

〔31〕 参见前引〔17〕，肖建华等文。

调解成功,纠纷得到解决,调解不成,案件移交审判庭审理。<sup>[32]</sup>然而现实是,在大多数情况下调和审并未分离,无论是由速裁庭进行的调解,还是由常规的审判庭进行的调解,均为调审合一。既然调与审并未实现分离,又怎能乐观地断言通过法院调解达成的调解协议完全建立在当事人自愿的基础之上,无论调解协议的内容是否反映了案件事实的真实情况,都属于当事人对自己权利的处分,因而可以放心地取消事实清楚、是非分明原则呢?

事实上,正是这种调审合一的模式,使一些学者担心调解的自愿原则受到侵蚀,担心建立在自愿原则基础上的法院调解异化为强制调解。在当前法院实行“调解优先”的司法政策的新形势下,这种担心变得更为强烈。这也正是当前一些学者质疑和批评“调解优先”的主要原因。<sup>[33]</sup>不难想象,一旦取消了查明事实、分清是非原则,我国的法院调解制度会面临学者更为严厉的批评。

## 五、查明事实、分清是非原则的实践依据

是否坚持查明事实、分清是非原则,关系到法院的调解工作在什么样的指导思想下进行,关系到法院调解的正当性和合法性,关系到法院调解的质量。如果偏离这一原则,放松了对“查明事实、分清是非”的要求,无原则的、机会主义的、和稀泥式的调解就难免会大行其道,法院调解就会偏离正道。

我国法院调解制度的发展历史上,历来反对无原则的、和稀泥式的调解。无论是在新民主主义革命时期,还是在新中国成立后,这样的调解都受到了严厉的批判。1946年的一份太行区处理民事诉讼的基本经验的总结报告用相当长的篇幅谈民事诉讼中调解工作的经验,在谈到调解纠纷中应当注意的几个偏向时,无原则的调解就是其中之一。报告批评道:“调解不掌握原则,而是采取折中主义,打浆糊的办法调解。有的地方,调解地主和农民的一个案子,对农民说:‘你吃个亏吧!要不你怎么陪得起人家打官司。’对地主说:‘你让个步吧,不让步可是不行。’这就是无原则的和解。”<sup>[34]</sup>

在新中国成立后的法院实践中,事实不清、是非不明的调解是影响法院办案质量的一个主要因素。“在实践中,有的审判人员对当事人的起诉状、答辩状及所附的证据材料,不认真研究,对当事人不询问,‘先调解,后调查’,在事实不清,是非不明的情况下,急于调解,以至于双方当事人虽然对案件的解决达成协议,但缺乏事实依据;有的审判人员,在主持调解当中谁是谁非,心中无数,一味‘和稀泥’,无原则调解,当事人思想反复,久调不决。大量事实证明,民事案件中的质量问题,往往都发生在用调解方式解决的案件上面,而调解的质量问题,则集中在事实不清,是非责任不明。”<sup>[35]</sup>

在事实清楚的基础上进行调解,符合调解的规律和法院调解工作的实际需要。我们不妨想一想那些基本事实存在重大争议的案件,如借款纠纷中原告主张被告向其借款并提供了被告亲笔书写的借据,被告则否认借款的事实,主张借据是在被告的胁迫下写的,或者主张自己与原告原来

[32] 即使是由立案庭的法官进行调解,能否解决法院调解中潜在的强制性问题仍然存在疑问。因为虽然立案庭的法官对案件并无审判权,调解不成无权作出判决,但在当事人本人诉讼的场合,当事人可能并不清楚其中的区别,在当事人看来,同样是由法官来进行调解。

[33] 参见周永坤:《论强制性调解对法治与公平的冲击》,《法律科学》2007年第3期;周永坤:《警惕调解的滥用和强制趋势》,《河北学刊》2006年第6期;张卫平:《诉讼调解:时下势态的分析与思考》,《法学》2007年第5期。

[34] 参见《处理民事诉讼的基本经验——徐(平)处长在太行区司法会议上之总结报告》,载中国社会科学院法学研究所民法研究室民诉组、北京政法学院诉讼法教研室民诉组合编:《民事诉讼法参考资料》第1辑,法律出版社1981年版,第332页以下。

[35] 前引[11],王怀安主编书,第183页。

是恋人，所谓的借款是自己提出分手时在原告一再要求下不得已而答应给原告的“分手费”。再如，在侵权纠纷中原告主张被告实施了加害行为，造成了自己的损害而请求赔偿，被告则否认加害的事实，或者否认原告所受的损害是自己的行为所致。对法官来说，如果不去查明案件的基本事实，就无法开展调解工作，就难以劝说当事人作出妥协和让步，引导当事人达成调解协议也就缺乏必要的前提和基础。

棚濑孝雄先生在研究审判外的纠纷处理机关和纠纷处理过程时，对调解人帮助当事人确定纠纷的事实基础作过很精辟的分析：调解人“发现合意点的第三种根据是纠纷本身的事实关系。一般说来，包括诉讼在内的大部分纠纷都发端于当事者在什么是事实的真相这一点上发生争议。尤其是在当事者自行交涉的场合，一旦关于事实是否存在发生了尖锐的对立，如果不通过第三者来加以确定，就可能出现各说各的理，使纠纷陷入僵局的情况。纠纷处理机关介入时，看从别的方面是否有达到合意的途径是一种可能的手法。但在发生争议的事实对纠纷解决本身具有决定性意义，或者当事者对该事实是否存在有某种感情上的强烈执着时，第三者就不得不先想法来解决当事者之间在事实关系上的意见分歧”。〔36〕

对调解需要在“事实清楚”的基础上进行，一些法官有深切体会。他们从自己的工作中体验到，“分清是非、明确责任是调解成功的基本前提。只有让双方当事人分清了是非，明确了各自的责任，调解才有基础，调解的理由才有说服力，当事人才会自觉地接受法官提出的调解方案。否则，有时即使无过错的一方一再让步，过错一方也不会接受对方提出的调解意见”。〔37〕“事实乃是非的基础，也是责任的基础。准确的事实，或者说尽可能准确的事实，不仅是诉讼调解顺利深入的基础，也是情理与法理应得的部分。就是说，事实被显现得越清楚，调解的理由就越充分，方案就越立体，选择就越机动，质量就越可靠，成功率及威信度就越高，可能的后遗症越少。”〔38〕

## 六、查明事实、分清是非原则适用中的问题

### （一）争议的类型与原则的适用

查明事实、分清是非原则包含了两个方面的要求，一是要求法院在调解时查明有争议的案件事实，二是分清当事人的是非责任，这两个方面既有联系，又有区别。案件事实是适用法律的前提，法院适用法律之前首先需要查明案件事实，但有些案件当事人对诉讼前究竟发生了什么样的事实并无争执，存在争执的仅是事实的法律性质或者对事实所应当适用的法律的理解。例如，在道路交通事故人身损害赔偿案件中，对于由于司机操作不当，车辆失控，致使乘坐在车内的原告跌出车外并被该车碾压至重伤这一事实，原、被告并无争议，但对该情形属于机动车第三者责任险的理赔范围，还是属于车上人员责任险的理赔范围，存在争议；〔39〕在劳动争议案件中，原、被告对双方已经签订合同并无争议，原告认为双方订立的是劳动合同，依据该合同已经与被告形成了劳动合同关系，而被告则认为，由于订立合同时原告仍是大专院校的学生，不具备签订劳动合同的主体资格，因此所签订的合同名为劳动合同，实为实习合同，双方并不存在劳动合同关系。〔40〕在事实并无争议的案件中，法院原则上无须查明事实。

〔36〕 前引〔29〕，棚濑孝雄书，第93页。

〔37〕 彭家明等：《法院调解的策略与技巧》，《人民法院报》2003年12月19日。

〔38〕 李文：《博弈与取舍：柔中有刚的诉讼调解》，《人民法院报》2011年3月25日。

〔39〕 参见郑克宝诉徐伟良、中国人民财产保险股份有限公司长兴支公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案，《最高人民法院公报》2008年第7期。

〔40〕 参见郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议案，《最高人民法院公报》2010年第6期。

不过,如果法官在调解中有充分理由怀疑原、被告之间互相勾结,虚构诉讼,恶意进行调解,那又另当别论,仍然需要查明案件事实。近年来,当事人虚假诉讼,恶意调解已经成为一个突出的社会问题。<sup>[41]</sup>一些当事人为了追求不法利益,手拉手地到法院来进行诉讼,然后在法院的调解下,达成一个表面上看似自愿合法,其实严重损害案外人利益的调解协议,并使这一实质上违背法律的调解协议通过法院的调解书具有了法律的约束力。对可能存在虚假诉讼的案件,法官应当依职权查明案件事实。

虽然有一部分案件属于法律争议型案件,但多数甚至大多数民事案件仍然是事实争议型案件。所谓事实争议型,是指当事人之间的争议主要表现为对案件事实的争议。产生争议的事实可能是与法律要件事实相对应的主要事实,也可能是用来推断要件事实的间接事实,甚至是与证据能力相关的事实。

事实存在争议的案件可以进一步区分为争议不大型和重大争议型。所谓争议不大型,是指原、告之间虽然对事实的认识存在分歧,但是对案件的基本事实并无歧见,有争议的是基本事实以外的案件事实。如当事人对是否存在违约行为并无争执,仅是对原告主张的违约金数额有争议。重大争议型是指当事人对那些据以确定权利义务的案件的基本事实存在争议。如侵权诉讼中,原告认为被告实施了加害行为,要求被告赔偿损失,被告则否认自己是侵权行为人,主张原告的损失与自己无关。在原告请求退还已经交付的加工费的诉讼中,原告主张被告交付的物品存在重大的质量瑕疵,被告则称自己交付的标的物完全符合合同约定的质量要求。

对于争议不大型案件,由于基本事实是清楚的,仅仅在一些非根本性的问题上存在争议,所以即使有争议的事实未能查清,法院根据基本事实对双方当事人进行调解也是可行的。但对于那些事实存在重大争议的案件,法院如果不能把握案件的基本事实,就很难对当事人进行调解,即使硬要调解,也会丧失公平性和正当性。

当事人关于事实的争议还可以区分为实体法事实的争议和程序法事实的争议。实体法事实关系到当事人之间民事权利义务的发生、变更和消灭,是法官判断当事人实体权利义务关系的基础,如果这样的事实存在争议,法官在调解中当然需要查明。不过,由于当事人对其民事权利享有处分权,如果当事人确实出于尽快从诉讼中脱身、与对方当事人修复关系等考虑,不再坚持在事实清楚的基础上达成调解协议,法院在调解中应当尊重当事人的意愿。程序法事实是引起民事诉讼法律关系发生、变更、消灭的事实,由于程序法所具有的公法属性,且一些程序法事实关系到诉讼程序的合法性,所以法院在遇到这类事实争议时,更有必要去查明事实,甚至采用职权调查的方式去查明事实。<sup>[42]</sup>例如对原告提起的合同诉讼,被告抗辩说关于该合同双方当事人曾经约定进行仲裁,或者提起该诉讼之前已在另一法院进行了诉讼,并已经达成了调解协议。

## (二) 诉讼的阶段与原则的适用

1991年的民事诉讼法将调解规定在“总则”中,这一立法体例表明法院在民事审判的全程都可以进行调解。就第一审程序而言,调解不仅适用于法院开庭审理的过程中,而且适用于受理案件后进入庭审之前,甚至进入审前准备之前。不同的诉讼阶段,不仅案件事实处于不同的状态,而且查明事实、分清是非原则的适用也会呈现出不同的情形。以下仅就第一审程序作些

[41] 近些年来,虚假诉讼已经成为一个全国性的问题,并且有愈演愈烈之势。为了应对和遏制虚假诉讼,浙江省高级人民法院于2008年12月发布了《关于在民事审判中防范和查处虚假诉讼案件的若干意见》,广东省人民检察院于2010年12月出台了《关于对民事诉讼欺诈加强法律监督的指导意见》。

[42] 根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第15条第2款,涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项的证据,属于民事诉讼法第64条规定的应当依职权调取的法院认为审理案件需要的证据。

分析。

立案调解是诉讼起始阶段的调解，在民事司法改革的过程中，我国一些地方的法院积极探索立案调解。<sup>〔43〕</sup>实务中进行的立案调解主要有两种模式：一是立案后将案件交给负责立案的法官进行调解，如能调解成功，由法院制作调解书，纠纷由此快速得到解决；调解不成的，再将案件移送审判庭，由审判庭的法官进行审理。二是原告起诉到法院后，法院暂不立案，在征得当事人同意后，引入人民调解、专业组织、律师等社会力量进行调解，法院对调解活动进行组织协调。调解成功后当事人要求法院出具调解书确认的，法院再立案。立案调解的尝试取得了积极的效果，那些实行立案调解的法院，有相当数量的纠纷通过立案阶段的调解得到了解决。

但是，立案之初，法院甚至还未收到被告的答辩状，对那些事实存在重大争议的案件，要求立案庭的法官去把握案件的基本事实，肯定是强人所难，更何况在那些实行立审分离的法院，就立案庭法官的职责而言，他们也没有对案件进行实体审理的权力，因此也无法查明事实。而如果法官在不清楚案件事实的情况下匆忙调解，调解的正当性就会受到质疑，调解一般也很难取得成功。在实践中，尽管立案庭的法官希望进行调解，但相当一部分当事人对立案调解很不理解，他们认为“案件没有经过审理，事实没有查清楚，损失不确定，责任大小没有进行划分，就进行调解缺乏严肃性”。<sup>〔44〕</sup>所以，对于事实存在重大争议的案件，立案后就进行调解是不适合的。

立案后就调解的案件应当是那些事实清楚的案件，或者说当事人对事实基本上不存在争议的案件。最高法院的一份调研报告将立案调解的范围界定为“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件”，因为这类案件不必经过审理程序来解决。<sup>〔45〕</sup>东莞市中级人民法院是广东省高级人民法院指定的在全省率先开展立案调解的试点法院，为了做好试点工作，该院制定了《东莞市中级人民法院立案调解工作规定（试行）》。该《规定》确定的立案调解的适用范围是事实清楚、争议不大的十类民事商事案件，而“事实争议较大，证据材料须经质证、司法鉴定等程序，基本事实不能在立案调解期限内查清的案件”，则明确排除在立案调解的范围之外。<sup>〔46〕</sup>

在质疑查明事实、分清是非原则时，有的学者以立案阶段可以调解为例说明该原则的不科学性。但立案阶段的调解并不能成为否定该原则的理由，因为立案阶段所调解的案件恰恰是那些基本事实清楚、双方争议不大的案件。

除了立案阶段的调解外，一些法院还积极尝试立案后开庭审理前的调解。如北京市朝阳区法院从2005年开始全面推出由法官助理进行庭前调解。在开庭审理前，由法官助理审查诉讼材料，组织当事人交换证据，对当事人进行调解。<sup>〔47〕</sup>庭前调解实际上是在审前准备阶段进行的调解。在这一阶段进行的调解，法官助理往往需要适用查明事实、分清是非原则来确定案情，因为他们在调解时可能会遇到包括事实问题在内的各种争议。在审前准备程序中，通过审查诉讼材料，听取双方当事人陈述，组织双方当事人交换证据，法官助理基本了解了案件事实，当事人对自己的主张能否成立、对自己的优势和不足也有了较为清醒的认识，所以进行调解也就有了基础。

还有一部分案件，尽管经过了审前准备程序，争点已经明确，需要调查的证据的范围和种类

〔43〕 对立案阶段的调解，民事诉讼法并无具体规定，但由于法院调解的原则适用于诉讼的各个阶段，并且根据民事诉讼法第143条的规定，对简单的民事案件，双方当事人可以同时到基层人民法院或者其派出法庭，请求解决纠纷，法院和法庭可以当即审理，也可以另定日期审理，法院在立案阶段进行调解是法律所允许的。

〔44〕 马式存、薛月琴：《纠纷的立案调解机制研究》，载冀祥德主编：《协商性纠纷解决机制比较研究》，中国民主法制出版社2010年版，第596页。

〔45〕 参见江启波等：《多元纠纷解决机制的重要环节——人民法院立案调解调研报告》，《人民法院报》2009年6月4日。

〔46〕 参见《东莞市中级人民法院立案调解工作规定（试行）》第7条，载张卫平主编：《民事程序法研究》第3辑，厦门大学出版社2007年版，第373页以下。

〔47〕 参见李飞等：《一个基层法院的司法调解样本》，《人民法院报》2009年10月27日。

也已经确定,但事实方面的争议并未消除,一些证据也需要通过质证来确定其真伪或证明力的大小,这样的案件就要进入开庭审理阶段,法官需要运用庭审程序来查明案件事实。

法官对争议事实的了解是随着诉讼程序的推进不断深入的。在经过开庭审理中双方当事人的陈述、举证、质证、辩论这些环节后,法官的心证逐渐形成,对有争议的案件事实形成了自己的判断。在庭审结束时,法官可以根据案件审理的情况对当事人争议的焦点和各方当事人举证、质证、辩论的情况进行小结,然后再就是否同意调解征询当事人的意见。<sup>[48]</sup>法官在此阶段进行的调解,一般可以说是在案件事实清楚、是非分明的基础上进行的调解。

### (三) 事实疑难案件与原则的适用

如何对待那些事实存在重大争议,法院即使通过证据调查也无法查明事实的案件,是调解实务中遇到的问题。关于这个问题,最高人民法院2007年在一份司法文件中要求法院应当重点做好六类案件的调解工作,其中一类便是“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”。<sup>[49]</sup>双方都难以形成证据优势的案件,从民事证据理论的角度说,就是由于本证和反证的证明力互相抵触,法官难以形成心证,待证事实陷于真伪不明状态。最高人民法院在这里的意思似乎是,既然事实查不清楚,判决哪一方败诉都有可能与事实的真相相抵触,所以最好采用调解的方法处理。

尽管最高人民法院强调对这类案件尽可能采用调解方式处理,但这也不能成为否定查明事实、分清是非原则的新的理由。对这一要求应当作这样的解读:对存在重大争议的案件事实,法官首先应当努力地去查明事实,而不是一开始就放弃对事实的调查,用调解来解决这类案件。调解只是在事实调查失败后不得已退而求其次的办法。所以,如果法院在一开始就采用调解方式处理这类案情复杂、当事人之间情绪严重对立的案件,仍然应当遵循查明事实、分清是非原则。

在事实无法查明的情况下用调解处理这类纠纷,其效果如何也是值得研究的。在全国产生重大而深远影响的彭宇案就是例证。在彭宇案中,原告徐某并无直接证据证明是彭宇撞了她,彭宇称自己见徐某被他人撞倒在地后前去救助也无证据证明。此案一审法院认定原、被告相撞,徐某负主要责任,判决彭宇赔偿部分医药费。彭宇上诉后,二审法院调解结案,调解的结果未公开。<sup>[50]</sup>案件虽然调解解决,但社会效果似乎并不好,反而使人们见到倒在地上的老人不敢轻易去救助。如果采用判决,即使无法查明徐某究竟是否与彭宇相撞后倒地,法律对这类案件也还是有明确的处理规则的。法院在经过证据调查后,如果案件事实由于双方提供的证据不相上下而处于真伪不明的状态,就需要适用证明责任规则处理,哪一方当事人对该事实负担证明责任,法院就判决哪一方败诉。证明责任的规则要求主张被告撞了自己的原告方负担提供证据的责任和将这一主张证明到具有高度盖然性的程度的责任。在本案中,如果二审法院认为徐某提供的证据不足以证明自己是被彭宇撞倒,或者说从双方提供的证据来看事实真伪不明,就可以驳回徐某的诉讼请求,由此实施救助行为的人不必担心会受到诬告。从这个意义上说,法律是保护实施救助行为一方的。如果二审法院根据对案件的审理,查明徐某确实是与彭宇相撞后跌倒受伤的,由此判决彭宇承担相应的民事责任,同样不会造成人们不敢轻易去帮助倒在地上的老人的后果。无论判决结果如何,法院既向社会宣告了处理此类纠纷的法律规则,又向社会昭示了司法的公平正义。

[48] 参见最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第25条。

[49] 参见最高人民法院2007年3月1日发布的《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》第5条。

[50] 据称二审法院是根据双方当事人的意愿未将调解结果公开。从媒体的报道看,在调解协议中彭宇仍然承担了一定的赔偿责任,只不过赔偿的数额比一审判决的数额要少。参见张锐、扬洋:《彭宇案喧嚣尽散,惟有真相不可调解》,《南方周末》2008年4月10日。

## 结 语

我国的法院调解制度以审判权为中心设立，而调解的进行和达成调解协议又取决于当事人的自愿，在这一制度设计中，确实存在着审判权与处分权、强制与自愿、依法解决与依合意解决的内在紧张关系。为了彻底解决这一内在冲突，有人主张对法院调解进行根本性改造，将其重塑成为以当事人为中心构建的诉讼上的和解制度。一旦用诉讼上和解取代法院调解，查明事实、分清是非原则也就失去了其容身之地。

虽然上述大胆的改革方案在理论上不乏合理性，但这一实质上意味着取消法院调解制度的方案不难预料会遭到多方面的反对。可以预见，富有中国特色的法院调解制度还会在我国长期存在。只要我国依然实行法院调解制度，只要调解仍然是法院行使审判权的一种方式，为了保证民事司法活动的公正性，查明事实、分清是非原则就有充分的理由继续保留。

---

**Abstract:** “Ascertaining the Facts & Discerning between Right and Wrong” is one of the principles guiding the court mediation in the Chinese Civil Litigation Law, which is established to guarantee the impartiality of the court mediation. But nowadays, the principle is challenged severely by the civil litigation theory and practice field and the voice to eliminate the principle is growing louder.

However, the principle has profound theoretical foundations. The court mediation, which is different in nature from conciliation, is one of the main patterns of the court executing its civil judicial authority. The legislature has provided that mediation and judgment are both the patterns for the court to accomplish the tasks provided by the Civil Litigation Law. The parties' expectation of justice, the mediation being based on judgment, mediation being part of the civil litigation procedure, and the potential compulsory nature implied in the system of the unification of mediation and judgment have provided sufficient theoretical foundations for this principle.

This principle is also supported by sufficient practical foundations. Only by conforming to this principle, can the court mediation be correctly directed and the result of the mediation be impartial and acceptable. Otherwise, the court mediation will be deviated from the right way and as a result, opportunist and unprincipled mediation will prevail. The history has proved repeatedly this conclusion from the Revolutionary Base Area mediation system to the current mediation system.

In litigation practice, the courts have mediated successfully certain types of cases and even those cases in which the facts cannot be ascertained, and some courts have adopted interim filing mediation. But these phenomena cannot constitute the reasons to negate or eliminate this principle. So far as the court mediation is not deconstructed and rebuilt into conciliation in civil litigation, the principle should still be insisted on in order to guarantee the impartiality of the court mediation.

**Key Words:** court mediation, to ascertain the facts, to discern between right and wrong, trial act, judicial justice

---