

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2020.02.014

民事调解中的法律家长主义 若干问题研究

杨翔, 奉鑫庭

(湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411105)

摘要:主动调解、强制调解背后蕴含着法律家长主义的理念,但迄今为止,民事调解中的法律家长主义仍然是一个在理论上尚未有过专门探讨的重要命题。有鉴于此,有必要在阐明法律家长主义基本立场的前提下,揭示、还原并肯定其作为分析工具的重要意义,以此深化对民事调解中的法律家长主义问题的探讨。调解中的法律家长主义有其存在的积极意义,但需以必要性为限,防止对个人自由造成不当干涉。

关键词:民事调解;法律家长主义;调解自治;限度

中图分类号:D925.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2020)02-0087-09

作为一种旨在解决各方当事人之间的私权争议,但是在实体法和程序法上存在双重软化现象的纠纷解决方法^①,民事调解的过程和结果之所以不失其正当性,就在于民事调解以遵循和贯彻调解自治为前提,遵循调解自治堪称调解领域的基本教义。可以毫不夸张地说,一旦失去调解自治,调解的意义和价值也将不复存在。民事调解应当遵循调解自治,这就意味着,当事人是否选择或接受调解^②、如何调解、是否达成调解协议^③、是否接受根据调解协议的内容制作的调解书^④、是否履行调解协议^⑤等诸多事项,原则上都应当交由当事人根据其自主意志自由决定,任何他人不得横加干涉,以免构成对调解自治的妨碍,损及调解的正当性基石。

然而,尽管主流意见均不否认调解自治在调

解领域教义般的存在,但无论是当前的学理还是当下生机勃勃的调解实践,却也并非在任何情况下都将之奉为圭臬。出于保护而非损害当事人利益的需要,在一定程度上对调解当事人的意思自治或自主决定权予以限制的理论学说、立法以及实践,亦有很多。学理上,将这种为了保护行为人的利益,而在法律上对行为人的自由加以限制的做法,称为法律家长主义。

然而吊诡的是,虽然调解领域的研究者们秉持着法律家长主义的立场,提出了法律家长主义的主张,但却几乎无一例外地止步于该主张本身。至于作为其观点理据的法律家长主义理念,则只字未提。因此迄今为止,调解中的法律家长主义问题仍然是一个理论上的空白区域^⑥。我们

收稿日期:2019-10-22

基金项目:国家社会科学基金重大项目(15ZDC029)

作者简介:杨翔(1964—),男,湖南汨罗人,博士,教授,博士生导师,湖南省高级人民法院副院长,主要从事法理学、诉讼法学研究。

①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》,《法学评论》1996年第4期。

②《民事诉讼法》第93条规定:“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。”

③《民事诉讼法》第96条前段规定:“调解达成协议,必须双方自愿,不得强迫。”

④《民事诉讼法》第99条规定:“调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的,人民法院应当及时判决。”

⑤根据《民事诉讼法》第194、195条的规定可知,诉讼外形成的调解协议,除非经由司法确认,否则不具有强制执行力,调解协议所约定的权利义务的履行,有赖于当事人的自觉履行。

⑥作为对照,其它法学领域的法律家长主义已经有了专门的研究。例如,诉讼中的法律家长主义、刑法中的法律家长主义、行政管理中的法律家长主义、侵权法中的法律家长主义、转基因领域的法律家长主义、精神病强制医疗中的法律家长主义、物权法领域的法律家长主义、公司法领域的法律家长主义、就业促进法领域的法律家长主义。

认为,造成这一现象的原因如果不是因为论者实际上运用了法律家长主义而不自知^①,则很可能是源于一种对法律家长主义的误解和偏见——“说到法律父爱主义,人们一般会联想起中国传统的家长制”^②,由此导致“在中国的法律话语体系中,家长主义非但没有确立起合法地位,相反往往成为人们攻击和批判的对象”^③。因此,首先应指出,本文所要讨论的法律家长主义与古代中国的家长制是完全不同的^④。

我们认为,上述误解和偏见阻碍了学理上深化对主动调解、强制调解等问题的认识。因此,揭示民事调解中存在法律家长主义的做法,肯定法律家长主义作为分析工具的地位和作用,探索法律家长主义在民事调解中的意义和限度,在当前调解方式在社会治理中一路高歌猛进之时,便具有了特别的理论和现实意义。

一 法律家长主义的基本理论

法律家长主义,是指为了被干预人的利益、福利和需要,而对其自由和权利施以法律上的干涉,从而强迫其促进自我利益或阻止其自我伤害^⑤,有时被称为政府对公民强制的爱。

(一) 法律家长主义的理论基础

本来,个人的事务应由个人自主决定,个人对其自主决定承担责任,乃是私法领域的基本要义。原则上,在不违反法律,无害于第三人的情况下,任何人都不得干涉行为人的自主决定权。但法律

家长主义恰恰以限制和干预行为人的自由的方式,来达到实现和维护行为人利益的目的,因而构成个人事务由个人自主决定原则的例外。根据哲学家沙伊姆·佩雷尔曼所提出的“惯性原理”^⑥,法律家长主义者毫无疑问负有证成法律家长主义合理性的责任。就一般意义上而言,法律家长主义之所以具有合理性,其理论依据主要在于以下三个方面。

其一,个人的有限理性。基于人的主体性地位,个人的自主选择应当得到尊重,他人不得干涉。然而,个人并非总能做出最正确的决定。“强制、虚假信息、兴奋或冲动、被遮蔽的判断、推理能力不成熟或缺”等因素^⑦,都可能导致行为人做出不理性的决定。此外,人仅仅具有有限的理性也已经得到了行为经济学的普遍认同,尤其是在专业分工高度发达、知识呈现高度碎片化的现代社会,知识的短板、经验的不足等因素,经常会导致个体难以做出完全符合自身利益的决定。

其二,不同社会主体的强弱之别。伴随着法律家长主义理论兴起的,是法律上“人”的形象从抽象的人到具体的人的转变。近代民法^⑧认为,法律面前人人平等,不受年龄、性别、种族、财富、社会地位、受教育程度、职业等因素的影响,也可以说近代法是以“商人”为模型,将“人”一概视为是“极其利己,狡猾至极的理性的人”,是“强而智”的人。然而,随着经济的发展,社会分工的进

①这一判断并非毫无依据。首先,就法律家长主义而言,其更多的是作为法哲学领域的研究对象,在具体部门法领域则较少探讨。此外,即使在我国法理学界,诚如孙笑侠所言,“法律家长主义在中国长期受冷落,没有人作研究,最多只是在介绍当代西方法律思潮时一笔带过”。参见郭春镇:《法律父爱主义及其对基本权利的限制》,法律出版社2010年版,序言,第1页。其次,虽然近年来已有一些学者对之进行了一定的研究,但这种研究还“处于刚刚起步的阶段”。参见黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010年第5期。基于此种研究现状,部门法学者对法律家长主义有些陌生,应当说亦无可厚非。

②孙笑侠,郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期。

③黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010年第5期。

④古代中国的家长制,是指在一个具有血缘关系的亲属团体中,由谁来担任家族统率的问题。在家长制下,父祖是统治的首脑,有关经济、法律、宗教事务等一切权力都集中在他的手中,该权力可以用来支配包括其妻妾子孙以及子孙的妻妾、未婚的女儿孙女、同居的旁系单亲属、家族中的奴婢等家族中的所有人口。又由于,古代法律对作为家族统治权的家父权的承认和支持,这一权力几乎不可撼动,是绝对的、永久的。参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第6页。

⑤张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第463页。

⑥作为一种论证理论,其要旨略谓:诉诸既存之实务“实践”者,无需证成,改变既存之实务“实践”者,需要证成。参见舒国滢:《走出明希豪森困境》,载罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,中国法制出版社2002年版,译序,第12页。

⑦Joel Feinberg, *Legal Paternalism, Chap. 5 in Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, 1980, pp.110-129.

⑧所谓近代民法,是指经由17、18世纪的发展,并于19世纪欧洲编纂民法典而获得定型化的一整套民法的概念、原则、制度、理论以及思想体系,近代民法以形式正义为基本理念,强调抽象的人格、财产权保护的绝对化以及私法自治。现代民法则是近代民法在20世纪新的时代背景下的延续和发展,现代民法以实质正义为基本理念,强调具体的人格、财产所有权的限制、私法自治的限制和社会责任。参见梁慧星:《从近代民法到现代民法》,《中外法学》1997年第2期。

一步细化,到了现代社会,仍然恪守抽象的人的概念,忽视在实然层面的确存在人与人之间强弱之别的做法,已经很难实现法律的公正。换言之,现代民法开始关注“人”的具体性,对法律上人的形象的认识实现了从“强而智”的人到“弱而愚”的人的转变。法律家长主义就是为了实现对“弱而愚”的人的救济所提出的一种理论。

其三,一种功利主义的考量。个人事务由个人自主决定的教义承载着私法领域的基本价值——自由价值。如果将这种自由价值予以绝对化的理解,那么只要行为人的行为未损害他人利益,则无论基于何种理由,均不得对行为人的自由施以限制,即使该行为人的决定对其并不完全有利甚至有害也是如此。然而,正如美国加利福尼亚大学戴维斯分校哲学教授杰拉尔德·德沃金(Gerald Dworkin)所说,所谓自治,迄今为止是一个“亟需在法学和哲学上进行反思的概念”,它不仅仅是一个非此即彼(all-or-nothing)的概念,更是一个程度上(more or less)的概念^①。换言之,对自由价值存在着量化的理解的可能,这为从“成本-收益”的角度证成法律家长主义提供了可能。具体而言,在法律家长主义下,并不将自由价值预设为丝毫不可损害的元价值,如果对行为人的限制虽然一方面减少了其消极自由,但另一方面却增加了其积极自由^②,且当所得大于所失时,这种限制就可以被认为是合理的,自由并非在任何时候都比利益更为重要^③。

(二) 法律家长主义的特征与分类

法律家长主义具有以下特征:其一,法律家长主义构成一种对自由的限制。法律家长主义在本质上是一种对自由的限制或强制,构成个人事务个人决定的例外。其二,法律家长主义之所以限制自由,是出于增进行为人福利或避免造成对行为人自身损害的目的。这一点将法律家长主义与损害原则区分开来。作为除法律家长主义之外限制自由的另一重要原则,损害原则之所以限制行

为人的自由,其目的是为了避开行为人的行为给公共利益或他人利益造成损害,而不是避开行为人的行为给自己带来不利益。

学理上根据不同的标准,可以将法律家长主义分为不同的种类^④。第一,硬家长主义与软家长主义。这是学理上对法律家长主义所做出的最主要的分类,也被称为强家长主义与弱家长主义。这种分类是以行为人被干预时是否真正自愿为标准。换言之,如果行为人缺少做出最佳决定的能力,法律对之施加一定的干预,且在行为人具备做出最佳决定的能力时很可能同意法律对自己的自由的干预,那么这种干预就是软家长主义的干预。英国哲学家和思想家密尔曾经举出一个被视为是软家长主义的经典案例:一个人要过一座被毁坏的、充满危险的桥,此时有人违背其意愿将其拉回,这种行为并没有真正侵害他的自由,因为他并不想坠入河中^⑤。相反,硬家长主义则要么不管行为人的主观意志,要么直接违背行为人的主观意志对行为人施以强制。第二,纯粹的家长主义与非纯粹的家长主义。家长主义论者根据干预的结果是仅仅有利于被干预人,抑或除被干预人之外还有利于其他人,将家长主义分为纯粹的家长主义与非纯粹的家长主义。如果干预的结果仅仅有利于被干预人,学理上将之称为纯粹的家长主义。反之,如果干预的结果既有利于被干预人,也有利于其他人,则被称为非纯粹的家长主义^⑥。第三,混合的家长主义与非混合的家长主义。家长主义论者根据干预的目的是仅为了保护被干预人,还是既保护被干预人,也保护其他人的利益或社会利益,将家长主义分为非混合的家长主义与混合的家长主义^⑦。非混合的家长主义干预,其目的仅在于保护被干预人;反之,混合的家长主义干预,其目的既在于保护被干预人,也在于保护其他人。

^①Gerald Dworkin. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge University Press, 1988, P.9.

^②有关消极自由和积极自由的划分,参见王振东:《自由主义法学》,法律出版社2005年版,第10-12页。

^③郭春镇:《法律父爱主义及其对基本权利的限制》,法律出版社2010年版,第5页。

^④黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010年第5期。

^⑤John Stuart Mill. *On Liberty* 166, Gertrude Himmelfarb ed Harmondsworth: Penguin, 1974.

^⑥黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010年第5期。

^⑦黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010年第5期。

二 民事调解中法律家长主义的具体分析

从当前的学理、立法与实践来看,民事调解中的法律家长主义集中体现在作为民事调解程序启动机制的主动调解,以及作为民事诉讼程序必经程序的强制调解中。

(一) 主动调解与法律家长主义的契合

民事调解程序的启动,主要有两种方式:其一,根据双方当事人的申请而启动调解;其二,不待双方当事人申请,而由调解组织主动启动调解。与法律家长主义理念相契合的,主要是指后一种启动方式。

首先,就主动调解的目的而言,其一方面常常是为了促使当事人达成真实的调解合意,使得当事人有机会享受到通过调解解决纠纷的各种优势,另一方面也常常是为了避免当事人因实施非理性的诉讼行为而对自身造成损害。例如,有观点认为,考虑到双方当事人在诉讼中的对抗情绪,以及诉讼实践中申请或接受调解被视为是“服软示弱”“心虚理亏”的体现等不利于达成调解合意的因素,应当“在尊重当事人自主选择权的前提下,允许法官对适宜调解的案件主动进行调解”^①。这一观点在学理上具有一定的代表性^②。很显然,上述所列举的不利于达成调解合意的因素被视为是妨碍当事人真意表达的因素,正是由于上述因素的存在,导致原本有意选择调解的当事人“被逼无奈”走向诉讼,其内心真实意愿无法得到畅通的表达。此时调解组织主动进行调解,目的是确保当事人形成或表达真实意思,在目的上显然是“家长主义”式的。

其次,就主动调解与调解自治的关系而言,主动调解在一定程度上干预了当事人的调解自治。例如,有观点认为,“强制调解”这一概念下包含两种类型,一种是“在某些类型的纠纷里将调解作为起诉的必经程序”的强制调解,另一种是“不

经当事人同意即可进行调解”的强制调解^③,可见,其认为主动调解属于强制调解,构成对调解自治的违背。又如,在《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》)的立法过程中,就如何规定人民调解的启动方式,有观点认为,“基于调解自愿原则,人民调解委员会不得主动调解”^④。言下之意,主动调解是有违调解自愿的原则的。有观点认为,未来我国制定《社会调解法》时,在调解程序的启动上,应当以自愿为主,辅之以主动调解和先行调解制度^⑤。从语言结构上分析,论者似乎也认为,主动调解不属于自愿调解,至少没有以“自愿为主”。更有观点直截了当地认为,“调解的主动干预损害了当事人自治原则,在现代纠纷格局之下如果仍让调解人主动介入冲突,则意味着冲突解决者已经为当事人做出了利益选择,这种主动性构成了意思自治原则的落空”^⑥。

综上分析可知,主动调解完全符合法律家长主义的特征,与法律家长主义的理念相契合。与此同时,就主动调解在法律家长主义谱系中的定位而言,因其实际上意在帮助当事人达成真实合意,而不属于对当事人的主观意志不管不顾。换言之,在调解组织主动进行调解而当事人拒绝时,主动调解应当停止。因此,主动调解属于软法律家长主义。由于主动调解的目的和主动调解所产生的结果,都常常超出了被干预人的范围,而与及时化解社会矛盾、有效维护社会和谐稳定等联系在一起,因此主动调解又属于非纯粹的、混合的法律家长主义。

(二) 强制调解与法律家长主义的契合

所谓强制调解,是指调解在此时成为诉讼(诉前强制调解)或审判(诉中强制调解)的必经程序,未经调解,案件不予受理或不予审判的调解形态。真正意义上的强制调解只包括诉前强制调解,不包括诉中的强制调解。本文仅分析诉前强

①李喜莲:《法院调解自愿原则的实现路径》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期。

②类似观点参见刘敏:《论民事诉讼诉前调解制度的构建》,《中南大学学报(社会科学版)》2007年第5期;唐力:《在“强制”和“合意”之间:我国诉讼调解制度的困境与出路》,《现代法学》2012年第3期;史长青:《调解制度中的强制性因素研究》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2007年第4期。

③李德恩:《民事调解理论系统化研究——基于当事人自治原理》,中国法制出版社2012年版,第116页。

④王胜明,郝赤勇:《中华人民共和国人民调解法释义》,法律出版社2010年版,第228页。

⑤汤维建:《关于制定〈社会调解法〉的思考》,《法商研究》2007年第1期。

⑥王福华:《现代调解制度若干问题研究》,《当代法学》2009年第6期。

制调解。

首先,就强制调解的目的而言,通过为适合调解的案件设置一道诉讼前的必经程序,以达到将适合调解的案件经由调解解决的目的,是强制调解的目的之一。这一目的也被一些学者称为强制调解的“福利目的”。在这一问题上,论者的家长主义立场有时较之于主动调解而言更为明显。例如,肖建华和杨兵即认为,虽然在我国纠纷解决传统中调解扮演着重要的角色,但仍有许多当事人对调解不甚了解,强制调解恰好能为这部分当事人提供体验调解优势的机会,且在民众权利意识不断勃兴,但理性程度却并未相应提升的情况下,强制调解亦可为争议各方保留必要的“冷静期”,避免“赌气官司”的出现^①。实际上,国际经验早已显示,强制调解具有明显的社会福利属性,强制调解实际上是一种面向弱势群体所提供的纠纷解决工具,并以其所具备的社会福利属性,实现对弱势群体在程序和实体上的“双重增权”^②。我国香港地区近年来进行了备受瞩目的民事司法改革^③,其中补充完善了诉前强制调解,并以在调解不成时由败诉方负担胜诉方的律师费为强制的手段,这一制度安排对于一些事实上享有权利但却无力支付高昂的律师费的人而言无异于雪中送炭。

其次,就强制调解与调解自治的关系而言,因法律规定调解是进入诉讼程序的必经阶段,在案件未经调解的情况下,无论当事人内心究竟是否真正有意将案件交由调解解决,当事人的诉权都无法依其自由意志有效行使,这明显符合“不顾当事人的主观意志而限制其自由的行为”的特征。在这一点上,与主动调解是否真正违反调解自治尚且存有不同^④,对于强制调解在程序上的非自愿性以及当事人自由行使诉权造成的妨碍,学理上几乎不存在异议。

综上所述可知,强制调解同样与法律家长主

义的理念相契合。同时,由于强制调解不问调解当事人的内心意愿为何一概要求调解当事人首先经由调解,调解不成才能诉讼,因此强制调解属于典型的硬法律家长主义。又由于强制调解除“福利目的”之外,还有着替代审判以节约呈短缺之势的司法资源、促进多元正义实现、引导或改变纠纷解决文化等目的,在客观上也能产生有利于社会资源的合理分配等后果,因此强制调解中的法律家长主义又属于非纯粹的、混合的法律家长主义。

三 我国民事调解中法律家长主义干预的必要性及其限度

在民事调解中,主动调解和强制调解契合法律家长主义的理念,然而其意义何在,为何有必要在民事调解中进行法律家长主义式的干预,值得进一步分析。此外,既然民事调解以遵循调解自治为基本教义,自治构成民事调解领域的最高(但不是唯一)价值,那么作为一种对调解自治构成限制的理论,如何为主动调解和强制调解中的法律家长主义划定妥适的界限,也构成无法回避的问题。

(一) 民事调解中法律家长主义干预的必要性

对民事调解中法律家长主义干预的必要性的分析,可以围绕法律家长主义的理论依据进行。换言之,在民事调解中,调解当事人的有限理性状态、强弱界分状态以及功利主义考量后的利益增量状态是否客观存在,是证成法律家长主义干预必要性的前提。

首先,民事调解当事人的有限理性。这主要源于以下两个方面的原因。其一,大部分纠纷的当事人并非法律专家这一客观现实,导致调解当事人的有限理性。当前,我国全民科学文化教育水平并不高^⑤,纠纷发生之后,选择诉讼还是选择

^①肖建华,杨兵:《对抗制与调解制度的冲突与融合——美国调解制度对我国的启示》,《比较法研究》2006年第4期。

^②王福华:《论诉前强制调解》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2010年第2期。

^③王寰:《香港法院附设ADR与内地法院调解比较研究》,《湖南科技大学学报(社会科学版)》2015年第6期。

^④当然,就主动调解是否干预了当事人的自由,学理上也存在截然不同的观点。代表性观点参见范愉:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社2005年版,第360页;王胜明,郝赤勇:《中华人民共和国人民调解法释义》,法律出版社2010年版,第228页;邱星美,王秋兰,王立等:《我国调解的立法、理论与实践问题研究》,中国政法大学出版社2014年版,第115页;杨瑞:《乡镇司法所调解程序诉讼化之反思——以湖北省若干乡镇司法所样本的分析》,《法学评论》2014年第5期。

^⑤孙笑侠,郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期。

调解,大部分当事人常常缺少必要的知识来做出符合自身利益的最佳选择。其二,即使当事人具有一定的法律知识,熟知不同纠纷解决方式的差异和优劣,但由于调解的价值在整个社会认知层面的异化,当事人也常常难以做到“心口如一”。纠纷发生后如何解决,并非仅仅取决于当事人主观上的偏好,还承载着许多纠纷解决方式偏好之外的其他考量,有时后者甚至成为如何选择纠纷解决方式的主导性因素。例如,在一个熟人社会逐渐瓦解,同时“为权利而斗争”的观念早已深入人心的时代,“有理却不声高”的行为——这里指不选择对抗激烈的诉讼而选择和谐友好的调解,不但不为人所理解,反而很可能被视为是“心虚理亏”的表现。这种整个社会认知层面的异化常常是根深蒂固的。正如一些行为经济学家和心理学家研究所表明的那样,人类的思维存在固有的认知局限,常常为系统性的错误思维所困扰,且这种错误的思维几乎无法摆脱^①。上述两个方面的原因,导致调解中当事人的有限理性,法律家长主义的干预因而成为必要。

其次,民事调解当事人的强弱界分。法律家长主义兴起的理据之一,就是要通过公权力的家长式干预,来完成对“福利国”语境下的弱者的保护和救济,实现矫正正义与利益的再分配。矫正不公应以矫正前存在不公为前提,具体到民事调解中则是指,在民事调解中是否存在调解当事人之间的强弱界分的状态。学理上,一方面承认对于“福利国”语境下的弱势群体的确存在倾斜性保护的必要,但另一方面,考虑到私法的根基就在于“一视同仁”,如果“福利国”语境下的强弱界分的状态被广泛承认,将导致过度的利益再分配,局部的矫正正义将危及整体的制度正义。因此,即使有必要承认“福利国”语境下的利益再分配,也应当由法律对之予以类型化的处理^②。例如,目前为学理和各国立法所承认的,主要包括消费者-生产者、出租人-承租人、劳动者-用人单位、高度危险作业的从业者-高度危险作业的受害人等

类型。进一步归纳起来,这种类型化主要是以预测能力、控制能力、信息的搜集和消化能力为标准的,即以上述能力较强者为“强”,而以上述能力较弱者为“弱”。循此思路,似乎很难说在调解当事人之间存在这种“福利国”语境下的强弱界分。因为,在通常情况下,调解当事人之间对于纠纷如何解决,一般并不会在预测能力、控制能力、信息的搜集和消化能力上存在明显的差异,或者说即便这种差异在一些具体的个案中确实存在,也是难以实现类型化的。有鉴于此,在民事调解中实施家长式干预的必要性,通常不能从调解当事人之间的强弱界分得到证成。但是,这一认识也不是绝对的。在整个纠纷解决领域,不少制度安排的确蕴含着对弱者施以救济,以实现纠纷解决过程中的公正的旨趣。其中,最为典型者当属于法官的释明义务,以及律师的强制代理制度。此外,不同于民法上仅仅存在民事权利能力、民事行为能力,在诉讼法上除诉讼权利能力、诉讼行为能力之外,尚且还存在“诉讼实施能力”或“辩论能力”的概念^③,以表明不同主体因本能、体能、智能、财能的差异,确实会存在实质上不平等、不公正的情形。诉讼乃至是整个纠纷解决的全过程,虽然不同于侵权法意义上的高度危险作业,但其中亦充斥着风险和不确定。此正如奥地利著名诉讼法学者克莱因所揭示的那样,对于不精通法律而又没有精通法律的朋友可供委托的穷人而言,当事人在诉讼中所享有的权利有时候甚至会成为伤害到自身的武器^④。上述讨论虽然针对的是诉讼,但是在调解的语境下也不乏说明意义,因为在调解中同样存在着协商辩论,辩论能力的差异为调解中当事人之间的强弱界分提供了可能,成为证成民事调解中家长式干预必要性的理由之一。

最后,民事调解中当事人的功利主义考量。民事调解中当事人对家长式干预的功利主义考量所指的问题是,虽然调解中家长式的干预不同程度地违背了调解正当化的根基——调解自治,但假设这种干预所带来的结果为当事人所满意,此

①Gerd Gigerenzer, 栾胜华, 刘永芳:《人非理性且难教化? 论支持自由家长主义的证据》,《心理学报》2019年第4期。

②吴元元:《法律父爱主义与侵权法之失》,《华东政法大学学报》2010年第3期。

③何文燕, 梁宏辉:《诉讼实施能力初论》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期。

④鲁道夫·瓦瑟尔曼:《社会的民事诉讼——社会法治国家的民事诉讼理论与实践》,载米夏埃尔·施蒂尔纳:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第91页。

时家长主义的干预就是必要的,这种观点允许将自治“和其他的考虑进行平衡,因此剥夺了它的最高地位”,“很多受益人对自治和帮助的需要兼而有之,而且程度变化不同,不是一种利益完全排除另一种”^①。与此相反,将自治预设为元价值和最高价值的观点认为,自治是比个人福利更重要的事情,不存在为了个人福利的提升而在自治上做出妥协和让步。观察调解实践,应当说民事调解中当事人的功利主义考量是客观存在的。从实践来看,正如大量研究所印证的那样,即使是对调解持排斥心态的当事人,一旦因为强制调解进入调解程序后,都可以成为积极参与调解的人并能取得不错的效果^②。一些拒绝前往调解机构申请调解的当事人,在调解组织主动上门调解时常常也不会拒绝^③。当纠纷发生时,相较于面对面发生尖锐的对抗,人们更期待有一个权威的第三者能够从事事实上、法律上、情理上进行说服工作^④。同时,从理论上而言,唯调解自治的马首是瞻的调解类型,在调解本身已经多元化的当下,一定能够在调解体系中找到一席之地,但这种完全放任当事人自治而不做任何形式的介入的调解形式能否成为一般情形,是否能够主导整个调解制度的发展方向则仍然值得商榷^⑤。由此可见,民事调解中自治与个人福利之间的功利主义考量,在学理上以及实践中都是广泛存在的,构成在调解中施以家长式干预的必要性的理由之一。

(二) 民事调解中法律家长主义干预的限度

在民事调解中家长主义式的干预虽然存在合理性与必要性,但其毕竟构成调解自治的例外,为避免其过度侵蚀调解自治的根基,应当为其划定妥适的界限。我们认为,应通过遵循以下原则来实现这一目的。

首先,软家长主义优先于硬家长主义原则。民事调解中主动调解和强制调解都与法律家长主义的理念相契合,在目的和方式上具有同一性。

其所不同的是,主动调解蕴含的理念是软法律家长主义,其目的是帮助当事人做出真实的决定,因此在主动调解的场合,当事人仍然享有拒绝调解的权利。基于此,主动调解虽然在当事人未主动申请时就启动调解,不属于完全放任当事人自治的调解类型,但在总体上仍然不失为自治型调解。而强制调解蕴含的理念则是硬法律家长主义,无论调解当事人是否具有真实的调解意愿,法律均要求其将案件交由调解解决,当事人不享有拒绝调解的权利。显而易见,硬法律家长主义下的强制调解,较之于软法律家长主义下的主动调解,在对调解自治的违背上走得更远。调解自治毕竟是调解领域的基本价值,这就意味着如果为了增益当事人福利的目的,不得不在一定程度上违背调解自治,也应当尽可能减少这种做法所可能造成的不良影响。有鉴于此,无论是在理念上还是在制度安排上,但凡能够通过主动调解实现目的的,都不宜采用强制调解的方式,此即澳大利亚查尔斯特大学应用哲学与公共道德研究中心教授克雷尼格(John Kleinig)所谓的“优先选择最少限制的方式”^⑥。换言之,蕴含着软家长主义的主动调解优先于蕴含着硬家长主义的强制调解,主动调解构成对强制调解的限制,强制调解仅在主动调解的作用范围之外发挥作用。

其次,法律保留原则。法律保留原则,原本是行政法上的基本原则,是依法行政的重要内容,是指行政机关只有在法律有明确规定的情况下才能做出行政行为^⑦。法律保留原则要求,对基本权利的限制必须通过法律实施。强制调解要求当事人在起诉之前必须首先将案件交由调解解决,否则其诉权无法有效行使,显然构成对诉权的限制。当事人所享有的诉权属于基本人权,是与生俱来的^⑧。因此,强制调解的实施必须以法律的明确规定为前提。中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》(中办发

①孙笑侠,郭春镇:《美国的法律家长主义理论与实践》,《法律科学》2005年第6期。

②唐力:《在“强制”和“合意”之间:我国诉讼调解制度的困境和出路》,《现代法学》2012年第3期。

③王汉生,王迪:《农村民间纠纷调解中的公平建构与公平逻辑》,《社会》2012年第2期。

④赵信会:《民事诉讼模式的基本定位与民事诉讼法的修改》,《河北法学》2005年第2期。

⑤史长青:《现代调解制度:法制与自治》,上海三联书店2015年版,第55页。

⑥黄文艺:《作为一种法律干预模式的家长主义》,《法学研究》2010年第5期。

⑦黄学贤:《行政法中的法律保留原则研究》,《中国法学》2004年第5期。

⑧吴英姿:《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,《中国社会科学》2015年第6期。

[2015]60号)关于在有条件的基层法院进行调解程序前置探索的规定,虽然属于真正代表时代潮流的制度设计^①,在内容上具有合理性,但如果在调解实践中试点法院仅以中办发[2015]60号文件作为实施强制调解的依据,则又有违法律保留原则之嫌。我们认为,既然强制调解构成对诉权行使的妨碍,而诉权属于基本人权,因此任何形式的强制调解均必须以法律的明确规定为前提。具体到我国现阶段的具体情况,由于强制调解目前仍然处于探索阶段,并没有强制调解的法律规定,因此宜由全国人大或全国人大常委会授权相关法院进行强制调解的改革试验,以使得蕴含着硬法律家长主义干预的强制调解,能够尽可能地遵循法律保留原则^②。

再次,实质合理性原则。实质合理性原则,又称为合目的性原则,是指对于某一类型的纠纷而言,将其规定为强制调解的案件的确有助于实现增益当事人福利的目的,能够使得当事人因诉权被限制所导致的损失小于因诉权被限制而带来的收益。需要说明的是,对于强制调解而言,上述遵循法律保留原则仅仅是其正当化的理据之一,并不意味着只要遵循了法律保留原则强制调解就是正当的。遵循法律保留原则,仅仅使强制调解具有形式上的正当性,至于强制调解实质上的正当性,或者说强制调解的合目的性,则应当诉诸于强制调解的案件范围这一问题。有关强制调解的案件范围,学理上莫衷一是,且不同观点之间孰优孰劣亦颇难判别。我们认为,有关哪些案件适合强制调解这一问题并不是一个纯粹的逻辑推演问题,在面对这一问题时,“法解释学、法经济学、比较、历史等方法都失去灵光,而实证方法却因能较准确把握社会满意度和心理接纳度而凸显出价值”,“调解被纳入各国司法体系,走的几乎都是指定地域到全境适用的试验路径”^③。因此,在

进行强制调解的立法之前,应当首先进行强制调解试验,并对强制调解试验的过程进行充分的评估,严格遵循调解的实践理性来确立强制调解的案件范围。

最后,人格尊严原则。近代法实现了“从身份到契约”的转变,现代法为实现矫正正义,强调身份的再发现和利益的再分配,因而在一定程度上实现了“从契约到身份”的回归。然而,无论如何强调身份的再发现,一条始终不可逾越的底线就是要遵循人格尊严原则,将人作为人看待,而不能无限倒退到古代中国的家长制或古罗马的家父权制,否则法律家长主义的干预将丧失其“善”的品格。遵循人格尊严原则要求,在民事调解中无论是主动调解还是强制调解,都不能进行无意义的反复调解,不能久调不决。在调解时机的选择上,不能因调解而影响当事人作为人所应当享有的正常的生产生活,例如不能在农忙时调解,不能在工作时调解^④,不能在深夜上门调解,等等。总之,不能以增益调解当事人福利的名义,剥夺当事人的主体性地位,损害当事人作为“人”所应享有的人格尊严。

四 结语

正在发生的全球范围内的调解勃兴的过程,就是人们对民事调解的正当化根基——调解自治进行再认识和再定义的过程,伴随着这一过程的推进,学理上对调解自治的认识将更为科学、理性。无论何时,调解自治作为民事调解基本理念的地位都应得到承认,但却不应当将之予以绝对化的理解,不能将调解自治理解为完全放任当事人自我决定而不做任何形式的干预。果真如此,将产生自治的异化。正如英国学者 William Sorley 所说:“自由的扩大并不一定会促进人类的平等。一个把不干预私人活动确定为政府政策之主要原

^①参见范愉在第三期“金杜-明德法治沙龙”上的发言。

^②例如,2019年12月23日,十三届全国人大常委会第十五次会议听取《关于授权在部分地区开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作的决定(草案)》的说明。最高人民法院院长周强作说明表示,最高人民法院拟在部分中基层法院和专门法院进行为期两年的民事诉讼程序繁简分流改革试点。由于部分改革措施需要调整适用现行《中华人民共和国民事诉讼法》的规定,需要经过全国人大常委会授权,才能开展试点工作。

^③王福华:《现代调解制度若干问题研究》,《当代法学》2009年第6期。

^④杨翔,奉鑫庭:《民事调解主动调解机制论》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期。

则的社会制度,可能会生产出高度不平等的社会形式。”^①美国心理学家艾里希·弗洛姆也深刻地描述了自由所带给人们的不安、无助、孤单与焦虑,指出个人在摆脱经济及政治纽带的束缚从而获得了积极意义上的自由的同时,也摆脱了曾经带给他安全感和归属感的纽带,“他自由了——也就是说,他孤立无助,备受各方威胁”^②。

由此可见,理想的状态应当是在承认调解自治作为调解的基本价值旨趣的前提下,在自治与强制之间建立衡平关系,既不是纯粹的自治,也不是无节制的强制^③。作为一种法律干预理论,法律家长主义有助于实现上述理想的衡平关系,具有“福利国”语境下的正当性。同时,具体到我国

当前的社会治理中,承载着“以人民为中心”思想的“枫桥经验”的重拾,实际上也是法律家长主义的具体体现。“枫桥经验”从产生至今已有五十余年,“跟它同时代产生的先进典型绝大多数已经零落”^④,而“枫桥经验”却仍然焕发着青春活力,发挥着重要的功能。这表明随着传统经验与现代法治在历史进程中的不断交融和积淀,法律家长主义早已成为国家治理体系与治理能力现代化进程中不可或缺的智识和思想资源。但即便如此,仍应当为法律家长主义划定妥适的界限,避免超法律家长主义对调解当事人造成过度的干涉,动摇调解自治的根基。

On Several Issues of Legal Parentalism in Civil Mediation

YANG Xiang & FENG Xin-ting

(School of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: Behind active mediation and mediation procedure before trial, there is the concept of legal paternalism. But so far, legal paternalism in civil mediation is still an important proposition that has not been specially discussed in theory. In view of this, it is necessary to clarify the basic position of legal paternalism, revealing, restoring and affirming its significance as an analytical tool, and to carry out a serious discussion on the issue of legal paternalism in civil mediation. Legal paternalism in mediation has its positive significance, but it must be limited to the extent necessary to prevent undue interference in personal freedom.

Key words: civil mediation; legal paternalism; mediation autonomy; limitation

(责任校对 王小飞)

^①W. Sorley, *The Moral Life*, see E. Bodenheimer, *Jurisprudence—The philosophy and Method of Law* (Revised Edition), Harvard University Press, 1974, p.199.转引自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第452页。

^②艾里希·弗洛姆:《逃避自由》,刘林海译,上海译文出版社2015年版,第41页。

^③史长青:《调解制度中的强制性因素研究》,《烟台大学学报》2007年第4期;王福华:《现代调解制度若干问题研究》,《现代法学》2009年第6期。

^④何柏生:《作为先进典型的“枫桥经验”及其当代价值》,《法律科学》2018年第6期。