

论法院调解程序中的法官角色

中文摘要

将“角色”这一社会学和心理学词汇运用到司法领域，分析司法主体的行为过程具有重要的程序意义。近几年，“调解优先、调判结合”成为民事审判的指导原则，推动了我国司法实践中的调解热。用角色分析和过程分析的方法来呈现法官在法院调解过程中的角色特点和角色冲突，分析影响法官角色形成和扮演的主客观因素，有助于透过法官个体审视法院调解制度的合理性。法官在法院调解制度中的角色冲突弱化了法官应有的审判职能，不利于程序法治与司法正义的真正实现，而法官自身的强制性与裁断性又极易侵犯调解案件当事人的合意和自治，破坏法院调解的效果，使调解变质。因此，法官应回归审判者的基本角色，不再担任调解人。同时，调解制度目前仍然值得探索，可以借鉴其他国家的诉前调解制度或是委托调解制度，但是不论是何种制度，前提应是实现“调审分离”，应当选择法官之外的合适的调解人，并围绕调解人的角色定位来探索和设计制度。

关键词：法官角色 法院调解 角色扮演 角色冲突

作者：高源

指导老师：孙莉

On the Role of the Judge in Conciliation Proceedings of Court Abstract

It is of important proceeding meaning to apply “role”, a word of sociology and psychology, to judicial field, and analyze the behavior of the main part. In recent years, “prioritizing mediation and combining mediation with judge” has become the guiding principle of civil justice, which has promoted the mediation heat in judicial practice of China. The role character and conflict of judge in court mediation is shown by role analysis and proceeding analysis; the subjective and objective factors of the forming and playing of the role of the judge is analyzed, and rationality of the mediation system of court is examined by the judge. The role conflict of the judge in the mediation system of the judge reduces the proper judicial function of the judge, which goes against the actual realization of the procedural rule of law and judicial justice. Also, the compulsoriness and adjudication of the judge itself may easily infringe upon the will and autonomy of the parties involved, which may destroy the effect of court mediation. Therefore, the judge should return to the basic role of a adjudicator instead of a mediator. The mediation system which separates mediation from adjudication should be explored again on the independence, neutrality and professionalism of the mediator.

Key words: the role of the judge; court mediation; role play; role conflict

Written by: GaoYuan

Supervised by: SunLi

目 录

引 言	1
(一) 研究意义	1
(二) 研究现状	2
(三) 研究方法与写作体例	4
一、角色之定义：社会期望与个人表演	7
二、角色之扮演：过程与结果	9
(一) 程序的启动	9
(二) 合意的形成	10
(三) 调解的结案	11
三、角色之冲突：角色间与角色内	13
(一) 强制性与合意性的冲突	14
(二) 依法裁判与纠纷解决的冲突	15
(三) 消极保守与积极全面的冲突	16
(四) 正义实现者与秩序维持者的冲突	17
四、角色之受制：客观因素与主观因素	18
(一) 剧本规定	18
(二) 其他演员的期望	27
(三) 观众的要求	29
(四) 角色的主观因素	31
五、角色之应然：法官角色回归与调解人角色定位	34
(一) 回归法官的基本角色	35
(二) 调解人角色的正确定位	37
结 语	44
参考文献	45
攻读学位期间发表的学术论文	48
后 记	49

引言

最高人民法院 2010 年印发《关于进一步贯彻调解优先、调判结合原则的若干意见》的通知，将“调解优先、调判结合”原则上升为民事审判的指导原则；2012 年、2013 年最高人民法院工作报告显示，一审民事案件调解与撤诉结案率分别达到 67.3% 和 64.6%，¹并进一步强调应坚持调解优先、调判结合，提高调解质量，健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制，推动完善人民调解、行政调解、司法调解相结合的大调解工作体系；“法官妈妈”陈燕萍的先进事迹报告会之后，“和谐司法、天下无讼”成为司法界的风向标……近几年我国司法中的“调解热”现象值得我们理性思考。

（一）研究意义

德沃金有句名言：法院是法律帝国的首都，法官是帝国的王侯。²法官是法治的决定性要素，一方面，法治就其本意而言，是一种规则之治、制度之治，法治制度的建构应当尽可能地剔除主观的、人为的因素。另一方面，任何制度都是通过人来执行的，这对于司法而言也不例外。法官在司法体制中扮演何种角色、居于何种地位，也就从根本上涉及到法治能否真正实现。³因此，司法制度中的“人”就起着至关重要的作用。现代法治的技术化和精密化以及行为主义特征，使得法治在相当程度上依赖于主体的操作，法官将法律由理想王国带入现实王国，是沟通法律规范与社会生活的桥梁，从某种意义上讲，法官的工作效果关乎一国法治的进程。

对于任何一个实行法治的国家而言，法官不仅是必需品，而且起着举足轻重的作用。法官是法庭辩论剧的最重要角色，他参与整个庭审过程并最终做出判决，研究法官角色具有重要的理论价值和现实意义。研究法官角色的内涵和影响法官角色形成的社会因素，有利于揭示法官的职业本质和社会的角色期待，有利于正确认识和理解法律与社会的互动关系，有利于探索出角色转变以及整个司法改革的正确方向，有利于总结法官的司法经验，完善我国的法律制度。

¹ 《新华社受权发布：最高人民法院工作报告》，资料来源：http://www.gov.cn/2012lh/content_2094545.htm，最后访问时间：2013 年 3 月 30 日。

² [美]德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 361 页。

³ 胡玉鸿：《在政治、法律与社会之间——经典作家论法官的角色定位》，《西南政法大学学报》2004 年第 6 期。

我国法院调解中的法官角色具有特殊性。法官的本质角色是裁判者，法治要求法官角色保持中立性、独立性，运用法律知识和法律思维去裁判案件，法官应超脱纠纷成为法律的监护人。而在法院调解过程中法官担当的角色是居中调解人，法官以法律思维和司法官员的身份进入纠纷，在调解过程中作为调解人却应综合运用情理、道德促进纠纷双方合意的形成，如果最终调解不成，法官将重新回到审判席上再次审理案件。法院调解中法官的多重角色以及角色间的转换赋予了角色以特殊性，并且产生了研究这一特殊角色的必要性。

（二）研究现状

“角色”一词的引申义最先运用在社会学中，最早提出角色理论的是德国社会学家奥格·齐美尔，他认为心理学研究个体心理的不同，而社会学研究个体间相互作用的心理现象，他具体分析了社会交往关系中形成的个性特征，这些特征类似于“角色”的概念。随后，美国的哲学家和社会学家乔治·米德则将社会互动理论进一步发展出社会角色理论，米德认为人的行为有外在沟通和内在思维的一枚硬币的两面，通过角色担当和“想象性排演”而选择有利合作的行为。进入 20 世纪 30 年代，西方则涌现出一批研究社会角色的专著和文章，经过不断完善和发展，角色已经超越舞台角色初始意义，从人的概念发展成为一种包括以角色权利和角色义务为核心内容的静态社会地位展示和动态行为模式，一种人际互动时由社会需要所规定的个人行为模式。⁴其中，特纳在早期角色剧场理论基础上发展的“结构角色理论”最具影响力，特纳独创性地用一系列“主趋势命题”来构建角色，描述了角色在互动中的一般性规律。⁵

具体到法官角色的研究，国内主要有两本著作：陆而启的《法官角色论——从社会、组织和诉讼场域的审视》和吴英姿的《法官角色与司法行为》。前者从社会变迁和制度发展这两个背景出发选取了社会、组织和诉讼三个场景，详细论述了法官在不同场景中的不同角色以及各个角色之间存在的冲突，认为法官的多重角色背后存在着法律、道德和制度等构成的多重角色规范，涉及到法律与道德、法律与政治、立法与司法等多维度的问题，并提出了法官权力运行过程的专业化和职业化是法官走出多重角色困境的必然途径的观点。后者则明确提出，法官在社会中扮演的角色，决定了他

⁴ 陆而启：《法官角色论——从社会、组织和诉讼的场域的审视》，法律出版社 2009 年版，第 26 页。

⁵ [美] 乔纳森·特纳：《社会学理论的结构（下）》，邱泽奇等译，华夏出版社 2001 年版，第 52 页。

的司法行为和具体行动策略。作者主要运用故事社会学的研究方法，通过对特定的基层法院的调查，对个案发展过程进行动态描述，展示了中国当代法官在司法实践中扮演的实然角色，包括法官的职业角色、单位人的角色以及受个性影响的经验型法官、军人型法官和学院型法官等个体角色。基于上述调查，作者对中国法官的实然角色进行了自己的解读，她认为社会转型时期司法的超负荷、审判的合法性危机、社会纠纷解决机制的低效造成了法官自身的角色紧张，使得法官不得不向公众、向行政上级寻求角色认同。

国内其他学者对于法官角色的研究大多侧重于分析法官在不同生活关系中、不同情境中的不同角色以及多重角色间的相互冲突，“作为社会人的法官分化为‘法律世界中的法官’、‘权力结构中的法官’、‘社会文化中的法官’三种角色，潜伏着角色冲突的可能性。角色规范的主导性、司法是否独立、法律精神与文化观念的吻合程度是影响法官角色冲突的重要变量”⁶；也有学者着重描述中国当代法官的角色特征，如孙笑侠先生认为，中国法官角色的行政化表现在法官所处的行政化司法体制是、法官群体内部行政化管理制度和法官的行政化思维方式三个方面⁷；部分学者还研究了法官的角色意识与法官文化，提出了三种类型的法官角色意识，分别是正义使命意识、实现法律正义意识和政权工具意识，进而不同法治程度的国家也有不同的法官文化⁸；另外，还有学者致力于促进司法改革中的法官的角色转变，即从“运动员”转变为“裁判员”，从附属人格转变为独立人格，从“工具论”转变为“独立价值论”，从主动参与者转变为被动裁判者，由普通公务员转变为职业司法官，从纠纷解决人转变为正义分配人，由规范适用者转变为规范创制者，由法律维护人转变为法律发展人，由秩序维持者转变为自由与权利的保护者，从实质公正的追求者转变为程序公正与实体公正共同的维护者⁹。

国内外学者对纠纷解决理论和制度的研究成果非常丰富。日本学者棚濑孝雄在《纠纷的解决与审判制度》一书中对于纠纷的类型、准审判过程的功能及标准、调解的类型等理论作了充分阐述，并提出调解程序或纠纷解决方式的本质特征为“合意”，他认为正是合意的充分程度产生了判断型调解、交涉型调解、教化型调解和治疗型调

⁶ 秦策：《法官角色冲突的社会学分析——对司法不公现象的理性思考》，《南京师范大学学报》1999年第2期。

⁷ 孙笑侠：《法律家的技能与伦理》，《法学研究》2001年第4期。

⁸ 庄晓华：《法官文化及其分类研究——以宪政文化为视角》，《理论学刊》2006年第3期。

⁹ 蒋惠岭：《论法官角色的转变》，《人民司法》1999年第2期。

解等不同类型的调解。强世功编的《调解、法制与现代化》一书中，汇集了不同学者从不同角度对中国调解制度的研究，其中包括对调解机关功能和类型的研究、对调解程序型式化的研究¹⁰；有的学者通过对中国法院调解制度变迁的叙述，总结出中国社会调解热的社会历史原因¹¹；有学者指出中国的调解制度中存在强烈裁断性色彩、程序合理性缺失以及调解滥用和执行力弱等诸多问题，评价中国的法院调解制度是一种法律治理化的新传统¹²；还有学者通过对乡村社会调解方式、场景的调查，分析场景与权力的关系。¹³

目前，学者对于法官角色的研究，使我们对法官在不同领域、不同情境中的不同角色及其决定因素有了深层次的了解。但是并没有太多学者在动态的层面上、在程序运行的过程中对法官角色进行全面的分析。并且，将法官角色置于法院调解程序中，通过角色的分析来透视法院调解制度，这仍是一个全新的视角。

（三）研究方法 with 写作体例

1. 司法剧场化的启示——角色分析法

“角色”一词来源于戏剧，指演员扮演的剧中人物，也比喻生活中某种类型的人物和戏曲演员专业分工的类别。美国的哲学家和社会学家乔治·米德最先将“角色”一词运用到社会学和心理学的研究中，用来讨论个人与社会的关系，认为人的行为有外在沟通和内在思维的一枚硬币的两面，通过角色担当和“想象性排演”而选择有利合作的行为。¹⁴

“角色”运用到司法领域则蕴含了程序自治的意义。程序是一种角色分派的体系。程序参加者在角色就位之后，各司其职，互相之间既配合又牵制，恣意的余地自然受到压缩。程序自治就是通过各种角色担当者的功能自治而实现的。¹⁵现代司法改革的趋势应是从司法广场化到司法剧场化。司法广场化和司法剧场化的比喻暗含了角色的程序意义。司法广场化是一种人人直接照面的、没有身份和空间间隔、能够自由表达意见和情绪的司法活动方式，例如古代的“弃市”、“游街示众”，近现代的“公审大

¹⁰ 强世功：《调解、法制与现代化——中国调解制度研究（上）》，中国法制出版社 2001 年版，第 45 页。

¹¹ 强世功：《调解、法制与现代化——中国调解制度研究（上）》，中国法制出版社 2001 年版，第 94 页。

¹² 强世功：《调解、法制与现代化——中国调解制度研究（上）》，中国法制出版社 2001 年版，第 78 页。

¹³ 强世功：《调解、法制与现代化——中国调解制度研究（下）》，中国法制出版社 2001 年版，第 437 页。

¹⁴ 陆而启：《法官角色论——从社会、组织和诉讼的场域的审视》，法律出版社 2009 年版，第 26 页。

¹⁵ 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 17 页。

会”、“批斗大会”等等在广场或露天空间进行的司法活动。在这样一种特定的广场集会中，有时甚至分不清人们的角色和身份的差别，所有参与集会的人形成一个具有独立人格的公共主体——一个“公共的大我”。虽然司法的广场化体现司法民主，但是不符合法治应有的理性和程序正义。司法的剧场化则是指在以“剧场”为符号意象的人造建筑空间内进行的司法活动类型。剧场是一个专门用于舞台戏剧表演的与外界间隔的独立空间，人们在剧场内活动时必须遵守已经预设的制度、规范和程序。剧场也严格划出舞台与看台的距离界限，使得演员与观众的角色与活动也完全分离。剧场的这些特征与司法活动的场所——法庭，有很多类似之处。法庭也是一个与外界间隔的独立空间，也限定了诉讼参与人与一般旁听人的角色及活动的界限，庭审过程也是由法官、检察官、律师和当事人等按照一定程序参与角色表演的活动。¹⁶

从角色的角度对法院调解的过程进行分析和研究，注重调解过程中的角色分工和个体的角色扮演，既能体现程序正义，也能适应司法剧场化的整体趋势。

2. 从制度分析到过程分析

日本学者棚濑孝雄在其著作《纠纷的解决与审判制度》中提及两种不同的研究角度：“制度分析”与“过程分析”。“制度分析”的研究角度是把注意力集中在给社会相互作用过程以方向性并将其定型化的种种规范、制度及其抽象化上，这种研究角度的缺点是容易忽略现实中使这些规范、制度运作的个人。“过程分析”的研究角度则将研究的焦点放在现实中构成这些过程的个人行动层次上去，从参加该过程的个人行动层次上力图把握其现实形态的研究方法，具体地说，就是把这些个人的行动与他们的动机、周围环境中的各种状况等因素结合起来加以考察，并在此基础上弄清制度在实际上运行过程。¹⁷

从“制度分析”到“过程分析”的研究角度的转换为纠纷解决的研究提供了一种全新的思路——从制度转向个人。法院调解是纠纷解决的一种途径，法院调解的过程是具有不同利益和社会背景的当事人和法官之间的相互作用过程，把焦点对准调解过程中的个人，分析影响其行为和决策的种种具体因素，例如社会环境、利益所在、社会关系等等，这一研究角度比起单纯分析法院调解的制度，更能全面、生动、丰富地认识法院调解这一纠纷解决过程。

¹⁶ 舒国滢：《从司法的广场化到司法的剧场化》，《政法论坛》1999年第3期。

¹⁷ [日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第6页。

3. 写作体例

本文第一部分首先对“角色”一词的概念进行界定，角色主要包含社会的客观期望和个体的主观表演两个部分，下文对角色影响因素的论述也围绕这一基本理论展开。

第二部分主要以法院调解程序的展开过程为线索，描述在法院调解的程序启动、合意的形成、调解的结案过程中法官扮演的不同角色。

第三部分在第二部分的基础上，将法官在法院调解过程中由于既调又审产生的角色冲突明确呈现出来，主要表现为强制性与合意性的冲突、依法裁判与纠纷解决的冲突、消极保守与积极全面的冲突、正义实现者与秩序维持者的冲突。

第四部分分析法官角色的影响因素，这一部分以角色理论为基础，从社会的客观期望和个体的主观表演两个角度来分析，社会的客观期望又分为剧本规定、其他演员的期望和观众的要求三个具体的影响因素。

第五部分提出了本文的观点，要消除法官的角色冲突，就应使法官回归基本角色，不再兼任调解人，并以调解人的角色定位为核心，探索“调审分离”的调解制度。

一、角色之定义：社会期望与个人表演

社会学中的角色概念是从戏剧舞台用语中借用来的，基于社会与舞台、社会中的人与舞台上的演员有着惊人的相似之处，将社会生活比作舞台表演这一比喻成为 20 世纪符号互动论¹⁸者建构社会角色理论的基石。尽管用舞台上的角色来比喻社会中的人十分贴切，但这个概念本身却似乎只能意会难以言传。因此，乔治·米德在将角色概念正式引入社会心理学时，从未对角色加以明确的界定。当然，也有学者对角色的概念界定作出尝试，例如美国学者蒂波特和凯利认为，角色这一概念可以从以下三个方面加以理解：首先，角色是社会中存在的对个体行为的期望系统，该个体在与其他个体的互动中占有一定的地位；其次，角色是占有一定地位的个体对自身的期望系统；最后，角色是占有一定地位的个体外显的可观察的行为。¹⁹本文将采用周晓虹教授对角色的定义作为理论基础：因为社会中的个体总是处于一定的社会位置上，或者说具有一定的社会地位，社会对每一个处于一定社会地位上的人有着一定的要求，我们称此为社会期望，与此相应，当个体依照社会对他的要求去履行其义务，行使其权利时，我们又称他是在扮演着一一定的角色，其社会行为乃是一种角色行为。因此，可将角色定义为：角色就是指处于一定社会地位的个体，依照社会客观期望，借助自己的主观能力适应社会环境所表现出来的行为模式。²⁰从定义可看出，“角色”一词包含两个主要成分：社会的客观期望和个体的主观表演，社会的客观期望决定了角色的共性和社会性，个体的主观表演则决定了角色的个性。

社会的客观期望是指社会中的每一个个体总是处在一定的社会位置上，具有一定的社会地位。社会对每个处在一定社会地位的个体有着一定的要求，即社会对个体的客观期望。社会的客观期望具体表现为剧本的规定、其他演员的期望以及观众的要求。剧本规定即社会为特定社会角色所指定的规范，剧本规范着角色的活动范围、基本权

¹⁸ 符号互动论，是一种通过分析在日常环境中的人们的互动来研究人类群体生活的社会学理论派别，它主要研究的是人们相互作用发生的方式、机制和规律。社会心理学家米德被认为是符号互动论的开创者，另外代表人物还有托马斯、库利等。后来，布鲁默和 G·库恩等发展了米德的思想，并形成了以布鲁默为首的芝加哥学派和以库恩为首的衣阿华学派。参见[美]乔纳森·特纳：《社会学理论的结构（下）》，邱泽奇等译，华夏出版社 2001 年版，第 22-35 页。

¹⁹ 周晓虹：《现代社会心理学》，上海人民出版社 1997 年版，第 360 页。

²⁰ 周晓虹：《现代社会心理学》，上海人民出版社 1997 年版，第 361 页。

利、主要功效以及角色的特征等，剧本的规定是角色行为的主要社会依据；其他演员的期望即同类角色对特定角色的要求和愿望，它制约或规定角色在互动过程中的协调与配合，同时对角色产生类比性制约；观众的要求即知晓角色行为，并受角色行为直接或间接影响的其他社会角色对特定角色的要求与愿望，这些要求与愿望是对角色行为评价的参照依据。²¹

个体的主观表演指每个人在采取一定的行动时，都会想象与之互动的人及其他人对自己的期待和要求；在完成某种行为之后，还会揣摩对方及其他人对自己的评价。当个体依照社会对他的要求去履行义务、采取行动时，就是在扮演一定的角色。个体的主观扮演受自我相关性和角色扮演技能的影响。自我相关性即角色对自我的各种利益的注重或影响，包括观念偏好、情绪偏向以及个人的禀性特征等；角色扮演的技能包括理解、表达、判断等能力。

²¹ 顾培东：《社会冲突和诉讼机制》，法律出版社2004年版，第114页。

二、角色之扮演：过程与结果

尽管社会和舞台之间有着太多的相似性，社会生活中的每一个个体和戏剧中的角色也有着内在的联系，但在社会学领域，“角色扮演”并不是一个没有争议的词语。关于“角色扮演”的争议主要表现为“结构角色论”与“过程角色论”的分歧。在结构角色论者看来，个体的行为是由其在社会结构中的地位及与此地位相关的社会期望规定好的，他承担角色的过程不过是这种被结构化的行为的释放过程，因此“角色行使”比“角色扮演”更能恰当地反映角色承担的真实情形；而过程角色论者认为，角色是通过互动创造的，而互动是一个过程，因此只有从动态、从角色扮演的全过程来分析角色，才能建立合理的角色理论，人们在社会生活中承担角色并不是单纯的角色行使，而的的确确是一种角色扮演或角色创造。²²笔者认为，应将结构角色论与过程角色论这两种观点结合起来，将角色的静态行使与动态扮演相结合来全面分析角色，而“角色扮演”一词实际上可包含“角色行使”这一层含义，角色扮演正是基于社会结构中的地位和社会期望，并在互动中创造的一个过程，因此，本文在对法官角色以法院调解程序的展开为线索进行过程分析时，仍使用“角色扮演”一词。

（一）程序的启动

虽然调解基于当事人自愿，但是法官的职权大于当事人的处分权，法官仍然是启动法院调解程序的主导者。这不仅基于我国的现行法律规定，也基于法官自身的调解偏好和上级的直接指示。

1. 基于法律规定

《中华人民共和国民事诉讼法》规定：“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）、“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）、“第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解”（第172条）。2012年《民事诉讼法修正案》第122条规定：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先

²² 周晓虹：《现代社会心理学》，上海人民出版社1997年版，第368页。

行调解，但当事人拒绝调解的除外”。这些法律规定体现了调解优先的原则，而法官查清事实的责任、司法的权威、调解无效法官重新成为案件裁判者，这些因素都使得法官的主导地位得到加强。

2. 基于法官的调解偏好

除了法律规定中强调调解优先，法官自身也因为种种因素对调解也有着一定的倾向性，在司法实践中倾向于调解优先。这成为法官主导调解程序启动的内心动力。

首先，法官的调解偏好来自于司法政策。最高人民法院 2010 年发布的《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》中明确强调，应牢固树立调解意识，进一步增强贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的自觉性，完善调解工作制度，抓好重点环节，全面推进调解工作。在司法实践中，由于司法政策中明确了调解优先的原则，法官在受理案件后、开庭前，都会询问当事人是否愿意调解，这已经成为司法实践中的必经程序；其次，法官的调解偏好来自于考核制度，调解率、结案率、撤诉率成为考核法官工作实绩的主要指标，特别是当案件事实不清或适用法律困难时，法官对于直接判决有心理障碍，调解更成为法官躲避错案风险的避风港；另外，调解结案对法官最直接的好处就是可以简化审理程序、减轻工作负担，调解结案迅速简便，没有上诉风险，容易执行甚至不需执行。因此，不管是学院型的法官还是经验型的法官，在司法实践中都会主动地启动调解程序。

3. 基于上级指示

司法实践中，经常会出现一些“交办案”、“矛盾激化案”。当案件涉及敏感问题时，有关方面会给法院特别的交代，法官则必须采取调解方式来处理；当案件的当事人有较大的对立情绪时，为了避免矛盾激化，法官习惯按照请院长、庭长的指示或者审委会的讨论决定，对案件启动调解程序。由此可以看出，某些法院调解的情形中，法院并不是真正的主导者，真正主导和强制调解程序的往往是法官背后的权力，这些权力来自法院内部行政组织体系，表现为上级指示、批示等形式。

（二）合意的形成

在法院调解中，法官为了促使纠纷当事人合意的形成，需要作为当事人之间意思沟通的中介，并且对纠纷、对当事人的主张作出实质性的判断，并动员一切可能的资源来强制性解决。法官作为调解人进行的工作大致包括三个方面：中介、判断和强制。

中介是指在当事者之间搭桥以方便他们的对话，工作重点是调整双方对情况认识的差距，为合意的形成创造条件；判断是指法官针对当事人的主张作出实质性的判断，并争取合意以此判断为核心逐渐形成；强制是指法官为了形成合意而不断地动员自己直接或间接掌握的资源来迫使当事人接受解决方案。²³

为了帮助当事人疏通意思以促进合意的形成，法官需要综合运用情理、道德、社会规范、法律规则和法律原则进行说服教育，并且进行党和国家政策的动员和宣传，基于社会常识、法律规范、当事者潜在的合意作出判断，必要时法官还会利用自身的权威性强制当事人接受解决方案，多管齐下，促进合意的形成。更重要的是，将调解与审判的界限彻底打通之后而展现出来的“超越法律”的各种可能性，使得法官可以攫取更大的权力空间来从事策略性行为：法官可以在处置各种利益冲突之时任意地在调解和审判的不同场景中来回切换，“边调边审”、“边审边调”，进而“以判促调、压调、诱调”，将审判的强制性因素融入调解过程并拟出问题的解决方案，向当事人给出不作让步将受不利判决的暗示，压制或诱使当事人向该方案靠拢并形成调解合意，使得当事人不得不自愿牺牲掉自己的部分（甚至是大部分）正当利益，同时又在当事人合意的掩护下名正言顺地剪裁法律。²⁴因此，在合意形成的过程中，法官既是说服者、教化者，又是动员者、宣传者，更是强制者。

（三）调解的结案

长期以来，法院调解承担着重要的政治和社会功能。调解不仅是一个解决纠纷的过程，而且是向当事人宣传党的政策和法律的手段，是维护社会治安的工具。法院是服务型法院，法官也承担了社会治理、解决纠纷的重要任务。以说服教育为基本工作方式的法院调解，比判决更有利于实现社会治理的目标。法官基于这一角色要求，积极追求调解的结案率，违背当事人自愿原则、强行调解的现象时有发生。

纠纷的解决有多层次的内涵：首先是化解和消除纠纷，这是纠纷在形式上的化解和消除。一方面，尽可能使争议权益的事实状态及相关的法律规则得到纠纷当事人的认同，消除纠纷双方对争议权益的事实状态以及与之相联系的法律规则的认识差异。另一方面，尽可能运用强制手段，包括暴力性强制手段来遏止纠纷。其次是实现合法

²³ [日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第85页。

²⁴ 陈洪杰：《从程序正义到摆平“正义”——法官的多重角色分析》，《法制与社会发展》2011年第2期。

权益和保证法定义务的履行。一方面，恢复权益的原有状态，排除权益行使的障碍，或者促使纠纷当事人继续履行应履行的义务；另一方面，补偿纠纷给权益或义务的实现所造成的实际损失。再次，法律或统治秩序的尊严与权威得以回复。这种尊严和权威的回复不仅体现于前述具体权利和义务得以实现以及损失得到补偿，还反映在对纠纷当事人漠视和亵渎法律或统治秩序的行为作出必要、恰当的制裁。在更高层次上，纠纷的解决还意味着纠纷当事人放弃和改变藐视以致对抗社会统治秩序和法律制度的心理与态度，增强与社会的相容性，避免或减少纠纷的重复出现。这种意义上的纠纷解决，其效应不仅在于消除主体在个别纠纷中的对抗，而且还体现于主体自我抑制、解决纠纷能力的增强和对整体社会秩序认同程度的提高。²⁵现代法治国家更注重对这种效果的追求。根据这一目标，在纠纷的解决过程中，应尽可能充分地展示和阐释作为法律评价依据的具体社会秩序的原则和要求，并借助于适当的形式扩大展示和阐释的效果，强化纠纷主体和其他社会成员对这些原则和要求的认识。而我国的法院调解作为纠纷解决的重要途径，由于其社会治理的目的，以及强烈的裁断色彩导致合意的欠缺，基本上是停留在第一层面，即追求纠纷在形式上的化解和消除，暂时性地平息纠纷，而法官作为调解人，追求的是平息纠纷、案结事了，无暇顾及个人权利的保护、法律尊严和秩序的回复和社会主体的内心认同。

²⁵ 顾培东：《社会冲突和诉讼机制》，法律出版社 2004 年版，第 29 页。

三、角色之冲突：角色间与角色内

个体的角色行为不仅与自身的社会地位或由此决定的身份相关，而且也与和他互动的他人的社会地位或社会身份相关，这种相关造成了角色的多重性与复杂性。角色的多重性与复杂性使得在现实的社会生活中，处于一定社会地位上的个体通常并不只是在扮演一种角色，而是要同时扮演好几种角色。由于角色行为的多样性，个人同时扮演着不同的角色，就必然会产生角色冲突的问题。角色冲突一般可分为两种：角色间冲突和角色内冲突。角色间冲突指个体必须同时扮演过多的不同角色，由于缺乏充分的时间和精力，无法满足这些角色所提出的期望而产生的冲突；角色内冲突指两个或两个以上的角色伙伴对同一角色抱有矛盾的角色期望所引起的冲突。²⁶法院调解中法官所承担的多重角色，既包含角色间冲突，也包含角色内冲突。

法官在法院调解过程中同时扮演审判者与调解者，这两者的冲突是最显著、最激烈的冲突。《民事诉讼法》第9条规定：“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85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”。从法律条文中可以看出，法官进行调解的前提是“案件事实清楚，分清是非”，这就需要法官以审判者的身份对案件进行独立、理性的判断，在调解未果的情况下，法官的身份再次发生转换，由调解者转变为审判者。法官在法院调解中兼具审判者与调解者的身份，并不断发生转换，不同的角色也就意味着同时担负着规则之治和纠纷解决的双重任务，既要依法裁判又要综合利用情理、道德、政策等进行说服教育；既要通过正当的程序、严密的论证来保证判决的正当性，又要简便、迅速、灵活地处理纠纷、化解矛盾；既要保持中立的形象、排除外界干扰独立判决，又要积极帮助纠纷双方进行沟通，促进合意的形成。这种“调审不分”的制度导致在法院调解中扮演调解者的法官，虽说是具有中立性的第三者，但他与一般调解者不同之处是他的身份具有潜在的强制力量。这种调解者已不是原始意义上的调解者，而是与审判者具有实质的联系，判决权与主持调解权融为一体。法官在同一诉讼结构中的双重身份，决定了法官在调

²⁶ 周晓虹：《现代社会心理学》，上海人民出版社1997年版，第378页。

审结合的模式中要想真正把握自己的身份是相当困难的。此外，在程序上，许多法官仍然普遍存在将调解视为法院的职权和与审判并行的结案方式而非当事人自治解决纠纷的传统司法理念，以拖压调、以判压调、以诱促调、以骗促调的现象仍未得到真正有效的抑制。²⁷

（一）强制性与合意性的冲突

审判者与调解者之间的角色冲突首先表现为强制性与合意性的冲突。调解作为一种纠纷解决方式最本质的特征是“合意”，当事人的处分权是调解正当性的基础。“审判外纠纷解决发挥优点的前提是合意必须出于当事者的自愿，如果合意不纯粹，即合意是在某种外部压力的影响下得到的话，合意本身就不能使纠纷的解决正当化。”²⁸因此，调解人的重要职责就应是以适当且谨慎的介入帮助当事人沟通，尊重当事人的合意，在自愿的基础上进行调解。而法官固有的裁判者身份却与这一要求格格不入，由法官担当调解人的后果就是使调解带有显著的强制性。美国学者柯恩将调解人分为两类：“有一种调解人，他在拒绝沟通的当事人之间保持联系，只起到跑腿的作用。与此相反，还有一类调解人，不仅要实现当事人间的意思沟通，而且要确定重点，决定事实问题，提出具体的合理的解决方案——甚至恐怕还要作出暂时的或规劝性的判断——对当事人一方或双方施加强大的政治、经济、社会、道德上的压力，以使其不得不‘自愿地’接受调解方案。”²⁹中国的法官就属于后一种类型的调解人，职权主义下的法官主宰、控制和支配着整个调解过程，调解的方式和时间基本上由法官决定，当事人被置于被劝说者的位置，基本上否定了当事人自己的选择、参与和决定的权利。³⁰

法律规定间接赋予了法官强制性。法律规定法官进行调解的前提是“案件事实清楚、分清是非”，法官做出判决的基础是“案件事实清楚、证据充分”，可以看出调解与判决的前提并无很大的差别。法官在调解之前需要对案件事实进行调查，必然形成了自己的判断，这种判断必然会带入到之后的调解工作中。并且，法律规定在调解不成的情况下，法官应当进行判决，纠纷当事人是否接受调解、是否接受法官的调解意见必然会受到很大的影响。法官在整个法院调解过程中的强制性是贯穿始终的，大大

²⁷ 刘晓红：《构建中国本土化 ADR 制度的思考》，《河北法学》2007 年第 2 期。

²⁸ [日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 80 页。

²⁹ 强世功：《调解、法制与现代性——中国调解制度研究（上）》，中国法制出版社 2001 年版，第 81 页。

³⁰ 姚志坚：《“调解热”与法院调解制度的现代转型》，《法律适用》2005 年第 9 期。

地占据了纠纷当事人的合意空间。

法院调解中法官与当事人的话语中也体现了强制性，法官相对于当事人拥有一定的话语霸权。从话语分析的角度，基层法院法律运作过程中的话语形式主要有三种：其一，法律话语，即一种关于财产、权利、对自我和私人物品的保护、产权归属、事实和真相的话语；其二，道德话语，即强调家庭与社会关系中的道德责任和道德义务的话语形式；其三，治疗话语，即强调个体疾病或性格弱点以及针对这些弱点的帮助和支持的话语形式。³¹而在中国的法院调解中，法官与当事人之间很难达成法律上的共识，法官不得不交替使用法律话语、道德话语、治疗话语，另外还大量运用政治话语进行政策和意识形态的宣传、动员，例如“依法调解”、“维护社会主义道德风尚”、“处处都要讲个人情”等话语。法官在调解的过程中，多重于道德上的论证、情理上的说服、政策上的动员。法律话语往往在道德论证、情理说服、人情面子机制统统失效之后，才以“最后杀手锏”的方式出现。实践中调解的过程是法官和双方当事人三者之间的博弈过程，对于那些没有足够时间和金钱进行诉讼的人，或者缺乏法律知识的人，在交涉中常常处于劣势，致使调解的结果缺乏实质上的公正性。³²而法官作为调解人，有时恰恰利用当事人的劣势，在法律的名义下，交替使用法律话语、政治话语、道德话语，以增强说服力。正如美国学者柯恩所形容的：“中国的调解者发挥了这样的作用：他把互不理睬的当事人联系在一起，从另一角度来看，他不仅仅建立了当事人的联系，而且找到了争议点，确定了事实上的问题，尤其是他提出了合理的解决方案——甚至是提出可能的和建议性的决定——动用了强有力的政治、经济、社会和道德上的压力，并施加于一方或双方当事人身上，使他们最终保留小的争议但达成‘自愿的’一致意见。”³³

（二）依法裁判与纠纷解决的冲突

审判者首先应具备理智和智慧，而调解者首先应具备德行和经验；审判者必须具有一言九鼎的权威，而调解者则是要有让双方当事人坐下来认真谈判的协调耐心和能力；对审判者的要求，必须首先是法律专家，精通法律业务，用专业术语来解释生活

³¹ [美]萨利·安格尔·梅丽：《诉讼的话语》，郭星华等译，北京大学出版社2007年版，第153页。

³² 耿宝建：《“定纷止争”莫忘“定分”》，《法学》2005年第8期。

³³ [美]柯恩：《现代化前夕的中国调解》，王校红译，载强世功编：《调解、法制与现代化（上）》，中国法制出版社2001年版，第88页。

中的纠纷，而对调解者的要求，首先是人情练达，要了解不同主体的人情需要；审判者应坚持根据法律要求裁判案件，调解者则要坚持当事人的自主选择——只要这种选择不违背法律原则和精神，不侵犯他人利益、公共利益和国家利益等等。

这种角色的不同，就导致了规范运用的差异，而适用规范的不同又加剧了角色的冲突。法官作为审判者应当严格依照实体法和程序法进行审判，在法庭上，即使可以创造性地拓展实体法的基准，也必须隐藏在法律的忠实解释这一原则背后。而调解者在调解纠纷时则不一定严格遵守法律规定，调解者为了与当事人进行沟通、促进当事人合意的形成，有时会偏离法律规定，更多地利用道德、情理、常识等作为依据进行调解。谢晖先生将这些依据称为“民间法”，通过调解解决纠纷的方案，更适宜于选择民间法来处理纠纷，民间法的基本特点是以维系熟人之间的情感为解决纠纷的基本原则或前提。民间法的存在形式多种多样，既有通过长期的、自发的文化积累而形成的习惯法，也有通过人们主动合作而制定的乡规民约、企事业单位章程、规则，还有行业、协会的习惯、标准和章程，更有不同民族所信仰的宗教规范等，另外还包括官方的非正式经验。³⁴适用规范的不同加剧了法官在调解中的角色冲突：民间法注重情感，它不同于作为审判依据的法律规范，法律规范的基本使命是通过分配权利和义务，使人们在利益上的增减而维系交往的秩序和利益时代的道德，而民间法则以情感为先导，利益原则必须从属于情感要求，更照顾到熟人情感的需要。尽管法官作为审判者应当坚持根据法律要求裁判案件，但是法律的理性和专业化增加了使当事人接受的难度，通俗易懂且符合情理的民间法更利于调解人的说服劝导。

（三）消极保守与积极全面的冲突

法官是以定纷止争、依法裁判为专门职业的人。“定纷”是“止争”的基础，对纠纷作出法律上的判断应当优先于纠纷的解决，因为法院独立行使司法权，为了防止司法权力的扩张和滥用，保护公民个人权利，司法程序的启动具有被动性，法官对案件的审理具有保守性，在民事诉讼中法官应基于案件当事人的起诉范围进行裁判，在刑事诉讼中还规定了一些“法院不告不理”的自诉案件，这些都体现了法官角色的被动性、保守性。而法官一旦被委以“解决纠纷、化解矛盾、社会治理”的重任，法官就不能继续保持角色的被动性和保守性，必须全面地调查、了解情况，掌握纠纷发生

³⁴ 谢晖：《论民间法与纠纷解决》，《法律科学》2011年第6期。

的各方面原因，积极地在当事人之间进行斡旋，化解矛盾、实现社会治理。“调解制度的生命力在于调解机关能采取积极的措施：调解机关能主动受理潜在的案件，克服通往正义之途中的种种障碍，扩大司法范围，针对当事人的主张和立场做说服和劝导工作。”³⁵

（四）正义实现者与秩序维持者的冲突

法官的基本使命是实现正义，这里的“正义”首先是指法律的正义，法律正义包括实体正义和程序正义，要求法官和诉讼参与人必须严格遵守法定的程序，法官审判案件不受任何机关、团体和个人的干扰，法官的判决应当保持公正性和一致性，同等案件应当同等对待。而调解程序相对于审判程序更加注重秩序的维持和恢复，调解程序的优点在于节约成本、灵活简便地处理纠纷。纠纷当事人凭借对调解人的信任，通过其协调、斡旋、相对自由地约定纠纷解决过程，谋求纠纷核心问题的化解。调解贯彻的是彻底的当事人主义，不必经过繁冗而僵化的程序，形式灵活多样，不注重纠纷解决的过程，只追求纠纷消除的结果。³⁶因此，调解者在调解过程中为了提高效率，尽快化解纠纷、恢复秩序，一方面对程序方面并不重视，在调解过程中也并不独立，调解者会邀请能够帮助纠纷解决的纠纷当事人以外的人参与调解，包括村干部、单位领导、当事人亲友等；另一方面，审判的最终目的是保护当事人的权利，正义的实现要求审判者对当事人利益的最大限度地保护，而调解合意的达成的前提必然包含着妥协与让步，一般情况下是原告让出部分实体权利以换取对方自动履行义务，因此调解者为了促成合意的达成和纠纷的尽快解决，必然会牺牲当事人的部分利益。调解过程中没有严格的程序和证据要求，也没有严格依据法律规定的要求，没有对当事人利益的最大保护，正义的实现往往要打了折扣，因此也被西方学者称为“次等的正义”、“正义的双重标准”。

³⁵ 强世功：《调解、法制与现代性——中国调解制度研究（上）》，中国法制出版社2001年版，第43页。

³⁶ 李昌道：《司法调解与和谐社会》，《复旦学报》2007年第2期。

四、角色之受制：客观因素与主观因素

社会学上的角色主要由社会的客观期望和个体的主观表演构成，影响角色形成、角色扮演的客观因素主要来自剧本规定、其他演员的期望、观众的要求，另外还受角色的主观因素的影响和制约。乔纳森·特纳用舞台演员的角色扮演来描述社会行动者的角色扮演：正如演员在舞台上明确的角色，社会行动者也占据明确的位置；正如演员必须按照写好的剧去演戏，行动者在社会中也必须遵守规则；正如演员必须听从导演的命令，社会中的行动者也必须听凭权贵和大人物的摆布；正如演员在舞台上必须对彼此的演出相应地作出反应，社会成员也必须互相调适各自的反应；正如演员必须与观众相应，社会行动者也有必要充当多种他人或“一般化他人”的角色；正如技能不同的演员赋予角色以独特的解释意义，具有不同自我概念和角色扮演技巧的人拥有独特的互动方式。³⁷

在法院调解中，影响法官角色的形成和扮演，造成法官角色冲突的原因主要有以下几个方面：

（一）剧本规定

1. 法律文本

法官在法院调解程序中依照的法律文本，主要是指我国有关法院调解的现行法律规定，这些法律规范着法官角色的活动范围和活动方式、基本权利义务、角色的特点等。这方面的法律规定主要集中在《民事诉讼法》的第85条到第91条。

（1）程序性规定缺失

直观涉及法院调解的法律规定，会发现其明显的缺陷就是缺少程序性规定，《民事诉讼法》对我国法院调解制度的规定数量不多、过于宽泛，仅对调解的原则、调解的方式、调解协议进行了概括性地规定，基本没有涉及到调解程序。

季卫东先生指出调解中程序规则的重要性，他认为交涉行为为避免由实力不均决定胜负，保障对话和争论的自由，无论如何需要一定的程序性规则。如果缺乏交涉的

³⁷ [美]乔纳森·特纳：《社会学理论的结构》，邱泽奇等译，华夏出版社2001年版，第48页。

程序性规定或没有对其作出保障的话，就会出现当事人间的交涉力量的失衡、调解人的恣意以及国家公权力的支配和干预，进而损害当事人的合意。³⁸调解程序应当尊重纠纷双方的合意，保证调解中自主的交涉和争论，在重视纠纷当事人之间的横向交流的基础上，调解人进行适当的介入，在纵向上帮助纠纷双方沟通并形成合意。我国的法院调解制度缺乏程序性规定，法院调解制度虽具有诉讼性质，却带有反程序的色彩，强化了调解的强制性、法官的主导地位和当事人的妥协，造成法院调解中各方力量的失衡，损害了调解的自愿原则，影响了纠纷解决的有效性。

（2）既有法律规定尚不合理

第一，调审不分造成法官角色冲突混同

《民事诉讼法》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）、“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）。法官作为审判者对案件进行调查和事实认定，在分清是非的基础上以调解人的身份进行调解，如果调解不成，调解人将再次回到审判席上对案件作出判决，法官在整个过程中往返于审判者、调解者这两个角色之间，造成角色的冲突与混同，很容易造成案件的拖延、司法效率的低下，不利于纠纷的迅速、有效解决，甚至造成矛盾的激化和升级，有悖调解的降低诉讼成本、灵活处理纠纷的初衷。

第二，调解时间和调解场域规定不合理导致法官角色俗化扭曲

根据我国《民事诉讼法》的规定，法官可以在诉讼程序中的任何阶段进行调解，但是诉讼法强调调解必须在“事实清楚、分清是非”的基础上进行，这一点是不合理的，除了会造成法院调解程序的调审不分、法官角色的混同，从调解的效果角度来看，庭前调解优于法官调查结束后再进行调解。庭审程序的公开性、对抗性和当事人在法庭调查、法庭辩论中对自己主张和理由的不断重复，强化了当事人的对抗心理。同时，对某一观点的不断重复会强化和巩固当事人对自己主张的信心，使得当事人之间很难达成合意。因此，庭前调解更适宜，也更容易成功，法官可以抓住当事人尚未有机会公开地、反复地提出自己的主张和依据的时机进行调解，当事人比较容易接受劝说而改变态度。³⁹

³⁸ 季卫东：《调解制度的法律发展机制——从中国法制化的矛盾入手》，《比较法研究》1999年第3期。

³⁹ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第113页。

《民事诉讼法》第八十六条规定：“人民法院进行调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持，并尽可能就地进行”，“就地进行”是对法院调解的场所的规定。强世功先生在对基层法院和派出法庭进行调研的过程中，描述了一种“炕上开庭”的乡村民事调解模式，即由法官连同村干部及其他当地负有声望的人，到当事人的家里进行调解，因调解地点就在当事人家里的炕上，因此称为“炕上开庭”，这属于法院调解“就地进行”的一种形式。“炕上开庭”的形式可追溯至“马锡五审判方式”，“马锡五审判方式”的特点即是法官调查案件事实，听取群众意见，主要采取调解手段，在田间地头开庭，贴近民众、反映民意，是“走群众路线”的典型。“炕上开庭”的场所在炕上，相当于一个缩小化的法庭，但是却没有法庭应有的布置、仪式和氛围。强世功先生认为权力关系的展开受到场景的影响，法律的仪式化和戏剧化是法律权力必不可少的一部分，它是这种权力得以展开的策略，没有这种仪式化或戏剧化的策略，法律要么变成赤裸裸的暴力而受到抵制，要么失去神秘性和神圣性而被弱化。⁴⁰法庭是法律运作特有的场景，在空间布局上，法官高高在上，凸显在法庭的中央，而两方当事人则位于两侧与法官形成相等的适度距离，这种法律关系的空间布局营造了庄严神圣的氛围，再加上法官制服、法庭纪律、程式化的语言，都使法律关系的展开依照法律面前人人平等、法律神圣不可侵犯的逻辑进行运作。而在“炕上开庭”的场景下，没有固定的法庭布局，法官、当事人、村干部还有邻里乡亲作为旁听人员全部挤在一个空间内，没有法庭应有的严肃氛围，法律权力关系的展开自然受到多重因素的影响，既要服从乡村社会的尊卑等级秩序，又要考虑到群众的认同度。这一场景还包含了多种复杂的关系，除了法律关系，还有官民关系、主客关系、村民之间的人情关系等等。法官需要把自己置于乡村情理社会中，丢设法言法语和法律逻辑，调解的过程实际上变成道德话语的征服过程，法官则扮演了说服者、教化者，连同村干部一同宣传政策、进行社会治理。在“炕上开庭”的场景中，留给法律的空间很小，正义的实现和法律无关而存在于乡村社会的土壤中，法官则不得不忘却自己的审判者身份。

2. 社会文本

影响法官调解角色的社会文本因素，主要表现为中国的社会转型这样一个大的时代背景。改革开放以前，我国的社会结构属于总体性社会，分化程度很低，国家对社会实行全面控制，政治、经济和意识形态三个中心高度重叠。司法活动呈现行政化、

⁴⁰ 强世功：《调解、法制与现代性——中国调解制度研究（下）》，中国法制出版社2001年版，第437页。

政治化的倾向，总体性意识形态同时承担着社会整合和工具理性的双重功能，也成为司法活动的指导思想和基本原则。社会对法律的需求是有限的，司法机构也仅仅被当作与各级政府、职能部门和人民调解委员会一起发挥作用的另一个解决纠纷的机构。法官主要在“群众路线”、“调查研究”、“实事求是”等主流意识形态的指导下审判案件，调解为主的审判活动更突出政治性，而非程序性和技术性。大量的社会纠纷通过单位内部协调和人民调解所消化，法院受理的案件数量不多，难度不大。对于法官来说，社会对他们的角色期望是比较单纯和一致的——好法官的标准是：到群众中去、深入调查、实事求是、善于做当事人思想工作等。⁴¹

改革开放带来了中国的社会结构转型，国家政权从社会生活中逐步退出，总体性社会渐渐褪色，随之而来的是社会自我消解纠纷能力的低下以及断裂社会利益的失衡，社会生活呈现失范状态。

（1）社会自我消解纠纷能力低下

社会自我消解纠纷的能力主要是指私力救济和社会救济，即在没有任何公权力介入的情况下，纠纷主体自行解决纠纷，或者借助社会力量解决纠纷的能力。⁴²社会自我消解纠纷能力的低下首先表现为社会凝聚力下降、社会无法发挥内部调控与整合作用，无法为其成员提供有效的解决纠纷的渠道。在农村，生产秩序发生了根本性的变化，传统的以宗族为单位的生产互助模式已经不复存在，农民以户为单位被置入新的市场秩序中，传统的道德、风俗、习惯、乡规民约等基本上被摧毁，加上利益动机和经济标准无可置疑地成为社会生活准绳，民间宗法礼俗并没有成为乡村社会的主流秩序，宗族等旧的民间解纷机制并没有复生。⁴³农民几乎成为没有任何组织依托的个体，没有共同意识，没有道德舆论的约束力，而只是个人利益的计算。当发生纠纷时，农民无法就近找到可以充当解纷人的组织或个人。在城市，单位社会结构正在发生变化，单位在政治、经济、文化各个领域对其成员的控制力开始松弱，人们的单位意识也在弱化。当纠纷发生时，人们不再把单位领导或单位内部的调解机构当作首选的解纷者。

社会自我消解纠纷能力的低下还表现为社会缺乏共同体公认的价值标准和行为规范。改革开放前，国家总体性意识形态长期充当社会行为规范和整合工具，致使道德、习惯、乡规民约等社会规范几乎消亡。改革开放以后，国家权力在一定程度上退

⁴¹ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社 2008 年版，第 292 页。

⁴² 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社 2008 年版，第 331 页。

⁴³ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社 2008 年版，第 333 页。

出了社会，在生产、消费、文化及其他私人生活等诸多领域，国家总体性意识形态不再具有普遍的有效性。

社会自我消解纠纷能力的低下，使得社会在很大程度上更期待法律和国家强制力的调控，对公力救济的需求远远大于社会自治性调整，当纠纷出现时，民众只能向政府、司法机关等公共机构寻求纠纷解决途径，以至于上访、信访和诉讼案件大幅度增加，造成司法的超负荷，法官承担了大量的解决纠纷的任务，客观上造成了法官角色的紧张与冲突。

（2）断裂社会利益失衡

“断裂社会”是指由于在不同的阶层和群体之间缺乏有效的整合机制所导致的社会现象：不同时代的成分并存，相互之间缺乏有机的联系；不同时代的多元价值诉求同在，且相互之间无法沟通协商。⁴⁴中国社会的断裂现象主要表现为两极分化严重：在农村，农民成为几乎没有任何组织依托的个体；在城市，单位制组织迅速向一种准利益团体形式转化，同时还出现了下岗工人等无归属群体。社会转型出现的贫富差距和利益冲突，频繁地诱发和加剧社会冲突的激烈程度。不同的利益个体缺乏共同的社会规范和共同使用的语言，当事人之间难以对话。

法官在处理这样的案件过程中不得不承担起均衡当事人利益的工作，而利益均衡机制毕竟是一项政治社会工程，法官在个案中的努力有时是杯水车薪。法官只能尽量采用调解、说服的方式化解矛盾，解决纠纷。因此也出现了司法实践中被冠以“调解高手”称号的模范法官形象。

3. 政治文本

影响法官调解角色的政治文本，主要指由于不存在法律与政治的分化性结构带来的司法政治化，表现为司法行为的政策性与运动式，以及法官考核标准的政治因素渗透，带来法官审判职能的退化和社会治理职能的强化，进而带来法官的角色转变。

中国的法官袍上有四个金色的纽扣，法院解释为，第一个纽扣象征忠于党，第二个象征忠于人民，第三个象征忠于法律，最后象征忠于事实，可见，中国法官首先被期待扮演政治家的角色，他不仅要考虑法律如何被适用，还要像政治家那样有大局意识，要考虑社会稳定、人民满意的问题。司法角色是中国法官的基本角色，是显性的角色，是宪法及法官法等正式法律制度所规定、法官行使职权时的正式身份；政治角

⁴⁴ 孙立平：《失衡——断裂社会的运作逻辑》，清华大学出版社 2004 年版，第 115 页。

色是非基本角色，是隐性的角色，即未得到法律制度确认，由中国政治制度和政治文化所赋予，但由法官实际扮演、内化于法官的司法行为中的角色。⁴⁵这两种角色在司法实践中常常相互冲突，使法官感到无所适从。

司法的政治化的根本原因在于中国不存在法律与政治的分化结构，尽管当代中国政治体系有了现代意义上的立法权、司法权、行政权的划分，但是中央集权格局下的政治权力体系下，这种角色分化程度仍然很低。

中国政治体系内在结构的特点是：政党居于中心位置，由内向外依次是行政系统、人大系统、司法系统，构成一个同心圆。这样的结构意味着，靠近权力中心越近，越容易取得信任并获得更多资源。由于司法系统处于政治体系中远离政治权力中心的、较为边缘的位置，要想获得更多的权力和资源，就必须获取信任并受其制约，⁴⁶法院在人事和财政等方面不独立，受控于同一层级的党委和政府，在司法决策上法院很难拥有独立的意志。在法院外部，党通过宪法、法律表达意志，并对司法机关起着思想上、组织上和干部人事上的领导作用以及在具体事务上的沟通和协调功能，我国目前主要是由党的政法委员会、党的组织部门等机构来实施。各级党的政法委员会是公、检、法三家的协调机构和事实上的领导机关，在司法实践中调阅、批示、讨论、协调案件，并对重要的案件进行审判，形成了办案的实际程序，甚至成为有些案件事实上的裁判者。在法院内部，由法院领导组成的法院党组在建议人事任免、决策院内事务等方面起着核心的领导作用，法院内部的管理体制也是行政式服从关系的制度，具体表现为：司法决策过程中的集体决策制；法官之间的行政等级制度；上下级法院关系行政化。⁴⁷从制度逻辑上看，内部行政管理应当是为了支撑法院实现其审判职能的，是辅助性的，而实践中，我国的审判制度则融入内部行政管理制度，反而成为法院行政管理制度的一个有机组成部分。⁴⁸司法权还必须接受人大的监督，因为司法权力源于人大的授权，应该对人大负责，受人大监督。人大对法院的监督主要通过法院向人大报告工作和进行个案监督两种形式。法律规定我国人大对法院有人事任免权、听取报告权、质询权、视察权、特定问题调查决定权。

由于不存在法律与政治的分化性结构，司法在社会中发挥的作用主要是充当社会

⁴⁵ 罗金寿：《社会转型时期的中国法官角色》，《司法》2007年第1期。

⁴⁶ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第265页。

⁴⁷ 贺卫方：《中国司法管理制度的两个问题》，《中国社会科学》1997年第6期。

⁴⁸ 陆而启：《法官角色论——从社会、组织和诉讼的场域的审视》，法律出版社2009年版，第148页。

治理的工具，司法行为具有政策性与运动式的特征。法院工作要“围绕大局”、“为中心工作服务”、“有利于社会稳定”，政府提出“稳定压倒一切，发展高于一切，领导服务一切”，法院要做“服务型法院”。服务意味着法院不是单纯的运用法律判断是非的机构，司法过程是党的政策贯彻落实的过程。司法改革也是通过运动方式推行的：首先是高层理论动员，然后是层层开会传达，第三步是各级法院成立领导组织，负责将本院的工作情况和上级法院的指示精神上传下达，并具体制定本院的落实措施，第四步是动员与培训。⁴⁹

我国近几年法院调解的复兴，也带有明显的政策性与运动式的特征。2002年9月，中共中央办公厅、国务院办公厅转发了《最高人民法院、司法部关于进一步加强新时期人民调解工作的意见》，最高人民法院和司法部分别制定了关于人民调解的司法解释及规定，并共同召开了全国人民调解工作会议。这标志着我国的纠纷解决机制开始了一次较大的调整，司法政策出现了明显的变化。此后，第18次全国法院工作会议对调解工作进一步做出部署：全国各级人民法院尤其是基层人民法院要学习好、贯彻好、领会好这两次会议的精神，努力提高调解水平。除了加强法院对人民调解的指导外，还提出各级人民法院要进一步深化民事审判方式改革，建立和完善与人民调解相衔接的简捷、经济的诉讼程序。2003年7月4日最高人民法院审判委员会通过的《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》，规定了必需先行调解的几类民事案件。⁵⁰司法政策的贯彻还需要通过各种激励机制及工作指标实现的，对于调解的推动也不例外。例如，全国法院系统评选的全国法院系统指导人民调解工作先进集体和个人、法院调解先进单位和个人，对法院和法官的调解行为无疑是一种极大的激励和引导。

在司法政策和舆论对法院调解制度的宣传中，司法直接作为政治的体现形式，“司法民主化”、“司法大众化”经常被津津乐道，强世功先生认为这种提法本身就是错误的，“当我们将马锡五审判方式理解为‘人民民主’的体现形式时，实际上将他原来在私法领域中的效用扩大到整个司法领域，尤其扩大到公法领域，这实际上在民主政治与司法审判之间建立了一种全新的关系：法律不是通过司法审判这种独立的、理性的、专业化的、保障不受偏见的技术来捍卫民主政治的最后成果，而是将民主政治中

⁴⁹ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第278页。

⁵⁰ 范愉：《调解的重构——以法院调解的改革为重点》，《法制与社会发展》2004年第3期。

的利益争夺直接带到法律实践中，他意味着阶级政治从立法领域不加改变地直接延伸到司法审判的领域。立法与司法之间的区分不见了，司法成为立法的新形式，是阶级斗争的新形式”。⁵¹法律的逻辑发生转化的同时，法律的功能也发生了转化，社会治理成为司法的重要任务，因此法院承担审判和调解的双重工作，必然时刻需要行政工作的合作和支持，法庭的审判工作与行政工作和基层群众工作的分工与相互独立性就没有了，法院和法官的审判职能逐步退化。

为了配合治理的需要，法院在行使审判权审理案件的同时，还要承担大量的社会职能，其中最重要的职能是维护社会稳定。政府用社会纠纷量的多少，特别以是否有上访、信访及其他激烈形式表现出来的纠纷多少作为判断标准，考察法官的工作实绩。在这些压力下，法官反复接受“注意工作方法”、“讲求审判与执行艺术”、“防止矛盾激化”的训诫，已经内化到角色的扮演中，形成了政治化、行政化的思维方式。

4. 历史文化文本

不同的历史文化背景下特定社会的习俗、伦理规范、价值观念，孕育不同的法文化，从而产生不同的角色期待，影响法官角色的形成和演变。

(1) 儒家文化的无讼倾向

中国传统社会对诉讼一贯持排斥的态度。中国传统社会的主流思想儒家思想强调和谐，以好讼为耻。这首先表现为对法的消极评价。根据儒家观点，法律制度不是中国文明的最高成就之一，而是令人遗憾的必需物，法律由强权支撑，大多数纠纷的最优解决方法不是经由君主的强权，而是经由道德上的说服。其次表现为对诉讼的批判。儒家的价值观强调的不是个人的权利而是社会秩序的调节和群体的存续，而诉讼代表着对和谐的破坏，并使人好讼而无耻，只关注自身利益，从而有损于社会的利益。⁵²统治者对于诉讼采取的政策也是严惩好讼之人，认为人们对法庭如果毫不畏惧就只会关心自己的利益，争议就会无休止，进而影响到统治地位，这种态度使得审理是对诉讼当事人和证人的羞辱，并加剧了人们对法庭的恐惧心理。再次表现为儒家所倡导的“礼”对于调解解决纠纷的强烈倾向。“秩序、责任、等级与和谐的观念”是主流社会规范“礼”的核心，而“和谐”是这些观念中最重要的，这种强调身份及维持群体和谐的习俗性的伦理行为规则大大抑制了对于权利的主张和诉求，并使主张权利被看作

⁵¹ 强世功：《权力的组织网络与法律的治理化》，《北大法律评论》2000年第3卷第2辑。

⁵² [美]柯恩：《现代化前夕的中国调解》，王校红译，载强世功编：《调解、法制与现代化——中国调解制度研究（上）》，中国法制出版社2001年版，第95页。

是对基本伦理规则的破坏。因此，一旦和谐遭到破坏，让步、调和是最好的修复方式。

(2) “官僚法”的惯习和偏好

中国传统社会的法文化背景属于典型的“官僚法”的法文化背景：首先，从称谓上讲，古代州县官员掌管司法事务，“父母官”是旧时对州县官员的称谓。这样一种称谓与儒家思想中的“天下国家”有关，“天下之本在国，国之本在家，家之本在身”，儒家思想认为，个人价值的实现应与“家”、“国”结合起来，礼治社会的和谐是最高追求。而“父母官”的称谓也反映出中国古代社会浓重的“家国观念”，皇帝是子民万众的最高家长，作为朝廷命官的州县官员则是他在地方上的代理人，也成为庶民百姓的父母官。⁵³因此，中国古代司法官群体从来也不会视自己为独立的中立裁判者，而是作为一种科层式权力体制下的封建官僚群体以及作为“民之父母”的“青天”而存在，其司法权的行使必然受到“上承君恩”、下合民意力量的支配。⁵⁴其次，从职能上讲，中国古代社会司法与行政合一，法官并非法律家，他们接受训练的内容是儒家经典，他们处理案件也只是其行使行政职能、治理所辖民众的手段而已。

中国传统社会“官僚法”的法文化背景对中国现代法治仍有很大的影响，表现为司法的依附性、法官的官员化等诸多方面。而处于这样一种“官僚法”的法文化背景之下的法官自然不能独善其身，在角色的形成及扮演过程中呈现出明显的行政化色彩：法官作为国家公权力的一部分在司法中表现出强制性和绝对主导力、控制力，法官的官员身份决定其对行政权力的附属性和服从性、服务性。正如有学者所描述的：“在被学者们定义为‘官僚法’的法文化背景中，法来源于权力从而权大于法的逻辑和法律的治民取向传统影响深远，它一方面促成了司法角色群体对权力的依附状态和心理偏好的长期存在；另一方面又瓦解着中国现代权利立法的价值追求，进而使司法角色群体在民众对法律的恐惧和失望感的氛围中畸形发展。”⁵⁵

(3) 国家法与民间法隔膜带来的法文化冲突

中国现代的法律理念和法律制度大部分是从西方法移植而来的，国家法与乡村社会传统的习惯法是存在距离甚至是背离的，两者缺乏一种共同信守的理念或文化基础，处于一种陌生的相互隔膜之中。国家法与民间习惯法两者不同的法文化的冲突，

⁵³ 贺卫方：《中国古代司法判决的风格与精神——以宋代判决为基本依据兼与英国比较》，《中国社会科学》1990年第6期。

⁵⁴ 管伟：《古代中国能动司法的实践及特征》，《浙江工商大学学报》2010年第4期。

⁵⁵ 程竹汝：《法治发展的逻辑——司法角色制度的优先性》，《上海社会科学院学术季刊》2002年第2期。

延续到法律实践中，则表现为法律合法性的缺失、法律与社会的脱节。国家法随着国家政权进入乡村，在与民间习惯法的交涉中处于强势地位，但始终受到民间习惯法的抵触。然而，作为在一定地域具有普适性的行为规范，法律要得到社会一般人的认同和自觉遵守，它必须是符合大多数人的利益和意愿的。所以在乡村，情理的有效性直到今天也没有随着国家法律的增加而被削弱，在解决纠纷方面，乡村社会还是依赖于风俗和习惯，寻求的是他们心中的情理正义。再加上社会参与立法的程度低下，法律的实施缺乏必要的社会基础。

国家法与民间习惯法的不相适应，导致了法律在执行过程中的困难和紧张，而法院调解不失为一个两全之策：一方面，调解是一种实践的操作，可以在实践中背离法律的某些原则，但是他并没有改变司法政策或意识形态；另一方面，在调解的过程中，法律又可以作为一个有效的工具渗透到乡村社会的治理中，在解决法律问题的同时解决社会问题，从而使法律通过调解的渠道参与到社会的总体性的治理实践中，改变乡村社会，使之逐步符合现代国家法的规范和要求。⁵⁶因此，特别是基层法院的法官，在司法实践中更多地扮演着“说服者”、“解释者”的角色。为了让当事人理解并接受裁判，法官会在法与情理之间寻找结合点，以此说服当事人，从而使审判既合法又合情理。

（二）其他演员的期望

其他演员的期望即同类角色对特定角色的要求和愿望，它制约或规定角色在互动过程中的协调与配合，同时对角色产生类比性制约。法官在法院调解中兼具审判者与调解者的双重身份，同类角色应当包括法律职业团体、纠纷解决机制的调解人。在我国，法律职业化程度不高，独立、自治的法律职业化团体没有完全形成，因此对法官角色的影响不大。我国纠纷解决机制除了法院调解，主要是人民调解，我国的人民调解组织对政府的依赖性强，主要作为社会治理的工具，人民调解员的角色也基本不构成对法官角色的影响。但是，在我国适用法律进行裁判、抑或调解纠纷的，不只是法官一个人，法官的身后还存在一个机构、一个组织、一群人，如合议庭、审判委员会、上级法院和政法委等“无面目的法官”，他们同样参与、指导、控制审判或调解的过程，这种类型的“同类角色”对法官角色有非常重大的影响，决定了法官在法院调解

⁵⁶ 强世功：《权力的组织网络与法律的治理化》，《北大法律评论》2000年第3卷第2辑。

中成为主导者和强制者。

之所以法官背后存在众多“无面目的法官”，首先是因为中国法官的单位人身份。特纳在研究组织中的角色时，指出角色具有组织标准决定趋势：当角色被安置于组织中后，组织目标就成了角色分化、评价、补充性、合法性或预期、一致赞同、安置和充分判定的重要标准。⁵⁷单位是中国社会的一个基本细胞，单位的基本功能是国家分配资源的渠道，个人依赖单位获得各种资源。在单位社会和中央集权格局下的政治权力体系中，法院虽说是一个独立的裁判机构，但同时也是一个单位，法院内部机构设置与其他机关、事业单位的同构性，以及政府把法院与各部委办局一视同仁地加以管理和考核就是最好的证明。单位制下的法院具有多重的社会功能，单位是单位成员从事职业活动和进行社会活动的场所，也是国家控制人们行为的主要机构。在“单位——社会——国家”三位一体的社会结构里，法院不可能独立于国家，法官也不可能独立于法院。而且，在单位组织里，法官面对的不是一个单纯的法院，而是法院及其背后的国家。法官在社会中扮演的角色不可能是独立于国家与社会的“社会正义的维护者”，法官是一个单位人。

单位制度对法官的影响具体表现在：一是法官的单位人心态；一是司法行为的单位化现象，表现为在特定情况下，法官的审判权上交给法院集体行使，比如请示汇报、审委会讨论和院长出面协调案件等。

法官的单位人心态主要体现在完成任务、尽快且安全地结案、尽量将风险转移给单位承担，因为完成单位分配的任务是单位人获得物质资源与非物质资源的依据，因此法官面对纠纷优先考虑是否能尽快、安全地结案；单位对单位人角色扮演的评价是法官角色扮演中的重要影响因素，法院对法官工作成绩的评价依据是各项指标——结案率、发回重审率、改判率等等，因此，判决还是调解、如何解决纠纷能获得单位的肯定是法官需要衡量的重要因素。正如苏力先生所观察到的：“在中国，基层法院法官在处理司法时一个主要的关注就是如何解决好纠纷，而不只是执行已有的法律规则。他们会在当时当地各种条件的制约或支持下，权衡各种可能的救济，特别是比较各种救济的后果，然后作出一种法官认为对诉讼人最好、基本能为诉讼人所接受并能获得当地民众认可的选择。在这里，诉讼根据、法律规定的法官职责、有关法律的程序规定和实体规定都不是那么重要，重要的是把纠纷处理好、结果好、保一方平安；

⁵⁷ [美]乔纳森·特纳：《社会学理论的结构（下）》，邱泽奇等译，华夏出版社2001年版，第53页。

有关的法律规定往往只是法官处理问题的一个正当化根据，或是一个必须考虑甚或是在一定条件下必须有意规避的制约条件。”⁵⁸

审判委员会讨论是司法行为单位化的典型表现。审委会实际上形成了法院内部的一个小群体，是为了特别目的而特别设计的群体。群体不仅仅是人群临时或长期的聚合，更展示了成员相互联系的独特模式。每个群体都有自己的特征，从属于群体的个体成员虽然在人格、信仰和价值观方面各不相同，但是通过共享群体的意义与规范，群体中的人就产生了一种作为群体成员的认同感。群体成员有共同的认同及团结一致的感觉，对群体中每个人的行为都有相同而确定的目标和期望。⁵⁹审委会在作出决策的过程中最显著的特征就是群体中的遵从以及风险转移的效果。虽然法律规定审委会成员地位平等，拥有同等的表决权，审委会的决策以多数意见作出决定，不同意见可以记入讨论笔录，但是实际上绝大多数讨论的结果是形成一致意见，即使在个别讨论过程中，成员之间曾产生重大分歧，但是最后往往以少数派放弃自己的观点告终。这是因为群体中的遵从效应，社会学意义上的遵从是指与习惯、规则或普遍意见一致的行动。群体内部遵从的压力是强大的，足以改变群体中持不同看法的人的观点。群体成员有明显的遵从群体期望的倾向，有的是因为感觉到群体其他成员的选择一定有很好的理由，有的是担心不遵从会遭到其他成员的排斥。⁶⁰另外，审委会成员之间现实的身份与地位高低差异始终存在，例如审委会可能由院长、庭长、审判长等组成，成员的遵从带有浓厚的对领导服从的色彩。审委会讨论的另一重要特征是风险转移的效果，这源于法官对单位依赖的两面性：一方面法官对单位负有服从与忠诚义务，包括对单位利益的服从和对单位领导的服从；另一方面产生了单位对外代替法官承担责任和抵御压力的责任。法官的司法行为常常遭遇来自社会的强大压力，这种压力不仅会来自普通百姓，而且会通过信访、上访转而来自可以决定法院发展前途和法官命运的权力机关。法官的策略是将风险提交单位来应付，法院则扮演着各个法官的保护人角色。

（三）观众的要求

观众的要求即知晓角色行为，并受角色行为直接或间接影响的其他社会角色对特定角色的要求与愿望，这些要求与愿望是对角色行为评价的参照依据。在法院调解中，

⁵⁸ 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第181页。

⁵⁹ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第170页。

⁶⁰ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第176页。

纠纷当事人的愿望和要求，社会公众对法官行为的舆论评价和对于法官角色的期待，是影响法官角色的重要因素。

美国政治学家和社会学家彼得·布劳认为，社会赞同是人们在社会交往中所取得的基本报酬，在许多场合下，它比某种物质报酬更为重要。人们渴望社会对他们的决定和行动、他们的观点和建议表示赞同，别人赞许性的同意有助于证实他们的判断，证明他们行为的合理性，以及坚定他们的信念。⁶¹因此，为了取得社会的赞同，人们不断改进和矫正自己的行为，以期与社会赞同的评价体系相一致。社会赞同对法官行为的影响更为显著，这是因为：法官行为具有更广泛的社会性，社会感知环境宽阔，因此社会赞同的价值比一般主体的行为更高；法官解决纠纷的行为在本质上是对某一行为或某一要求作出是非判断，这种判断要求有更高的社会赞同基础；法官的裁判以及在诉讼过程中的行为不仅应受制于法律评价，而且不可避免地受制于社会评价；法官的社会赞同度影响法官的权威性，进而影响到解决纠纷的有效性。

在中国，长期以来，民众对法官角色的期待，最根本的就是“为我做主”，法官是“父母官”。不管是在审判中还是在法院调解中，民众都希望法官在解决纠纷时能够“合情合理”。日本学者滋贺秀三认为，所谓情理，就是中国式的正义平衡感，是深藏于个人心中的感觉而不具有确定性，但它却引导听讼者的判断。情理就是用糅合了的理和义成分的人情来判断是非、对错，“合情合理”往往是个人内心的感受和评价，它所表达的正义观并非西方社会以个人主义为前提，依靠法律维系、注重制度安排，谋求公平、稳定的社会合作系统的价值和制度，而是一种个人的道义尺度。⁶²因此，在法院调解中，纠纷当事人的争论主要指向道德上的合理性，他们所期待的法律正义表现为一种个人化的实质正义，而非正式法律所指向的制度性的正义。

对当事人认可和社会赞同的注重和追求，必然导致法官在调解中对下述因素的偏重：第一，冲突主体对结果的接受度。法官尽可能运用调解手段，并详尽地解释法律、说服劝导纠纷当事人；第二，裁判的道德、习俗基础。法律逻辑与乡土社会的逻辑难以沟通，法官与当事人很难达成法律上的共识，因此法官必须考虑对道德和习俗的尊重，并且时常放弃对法律规则的恪守，交替使用法律、政治、道德等多种资源，以保证裁判得到当事人的理解、认可和广泛的社会赞同；第三，公正舆论倾向。舆论是由

⁶¹ [美]彼得·M·布劳：《社会生活中的交换与权力》，李国武译，商务印书馆2012年版，第115页。

⁶² 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第120页。

多数人的集合意识形成的共同意见。若干种意见或一定群体聚集公议产生的“意识回旋状态”即舆论生态。当多种角色在不同社会群体中传播意见时，就容易把个人意见的空间逐步扩大，甚至成为多数人的意见。在社会舆论生态中，合群心理使得多数人的意见对少数人意见有巨大的意志支配力，往往具有人云亦云的感染力，能够有效征服少数人的意见而形成最初的意志合力。公正舆论所表现出的同情、支持或反对、嫉恨的倾向也是法官追求社会赞同所无法忽视的因素。一般来说，在没有充分信心能够使公众舆论倾向发生逆转的情况下，法官不愿把自己的裁判建立在与公众舆论倾向完全相反的基础上。因此，有学者将法院调解称为一种“模糊的法律产品”——法律事实是模糊的，适用的法律条文是模糊的，法官角色也是模糊的，“按照某种现代化的法治理想建构而成国家法与民间社会发生了逻辑上的错位，法律之网不能覆盖社会的每个角落，而又缺乏其他权力来占据这一空间。基层法官试图沟通与粘合两种逻辑，从而制造出了一种模糊的法律产品：它以法律的名义作出，以法律的权威作保证，却趋向了一种严格意义上的非法律逻辑”。⁶³

（四）角色的主观因素

角色的主观因素主要指个体主观扮演中的角色扮演技能和自我相关性的影响。法院调解中影响法官角色的角色扮演技能主要包括法官的专业知识、职业技能、职业认知能力、法律思维能力、判断推理能力、劝导能力、协调能力等等；自我相关性主要涉及法官个人的利益要求、主观偏好和情感禀性倾向。

法官的角色扮演技能的核心应是完善的职业理性，表现为法律化的思维和技术、对公众道德舆论保持理性的距离、对来自权力组织体系的干扰有力地排除，当法官作为调解人时，还应掌握一定的调解技术，包括劝导能力、说服能力、协调能力，这就需要法官除了掌握法律专业知识之外，还要有一定的社会学、心理学基础，了解纠纷发生的社会根源，并且掌握并利用纠纷当事人的心理进行调解，这实际上对法院调解中的法官提出了更高的要求，法官兼具审判者、调解者双重身份，意味着需要具备更强的角色能力。目前，我国法官的职业化程度较低，并没有形成真正意义上的职业共同体。我国法官的整体素质不高，法官的角色扮演能力与他们的受教育背景、知识结

⁶³ 杨柳：《模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察》，载强世功编《调解、法制与现代性——中国调解制度研究》，中国法制出版社2001年版，第498页。

构、社会经历、工作经验及价值观都有密切联系。从法官来源上看，目前我国的法官主要是从三种途径进入法院：学校分配、部队转业或复员、社会招干或者其他单位调入，⁶⁴尽管非法律专业出身的法官会在社会经验等方面占有优势，但是我国法官整体的法律专业化、职业化的缺乏还是很明显的。从法官的录用条件来看，在相当长的一段时期，法院录用法官的条件不是具有法律专业知识，甚至也不要求有很高的文化水平，只要能够看得懂条文及工作报告即可，关键在于考查其政治思想和道德品格是否合格，是否对革命忠诚，能否奉公守法、能否吃苦耐劳等，法官的业务能力主要是是否有分析问题和解决问题的能力、能否贯彻党的政策等。但是，随着法律制度的完善和司法改革的推进，对法官专业化程度要求越来越高。《法官法》规定法官资格必须具备法律专业本科文凭，就是强调法官角色录用规范中的法律专业技术资格。《法官法》第9条规定了担任法官必须具备的条件：（1）具有中华人民共和国国籍；（2）年满二十三岁；（3）拥护中华人民共和国宪法；（4）有良好的政治、业务素质和良好的品行；（5）身体健康；（6）高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科具有法律专业知识，从事法律工作满二年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满三年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满一年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满二年。

中国还没有形成真正的法律职业共同体，因此法律运行的程序化和技术化水平相应较低，法官对其角色的自我认同度低，角色意识不足。法官的角色意识主要指法官如何对自己进行角色定位，如何认识自身的历史使命。法官的角色意识包含两个层面：首先，法官如何看待自己与法律的关系，这决定着法官在审理案件中自由裁量权的发挥程度，影响着法官的法律功能；其次，法官如何对自己在政治国家中进行定位，这决定着法官运用司法权影响政治经济文化发展，影响社会、国家和民族命运的政治功能。法官角色意识分为三种类型：第一种，法官的使命是实现正义，法官不仅适用法律，而且有权审查法律是否符合基本正义原则，对于恶法，法官有权不予遵循；第二种，法官自身的使命在于实现法律正义，至于法律是否具有正当性，则非法官职权范围之事；第三种，法官认为自己是现有政权的工具，其使命就是遵循领袖的意志，维

⁶⁴ 吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第62页。

护政权稳定。⁶⁵目前，中国法官的角色意识基本属于第三者类型，工具意识占很大比重，这也决定了法官在司法行为中难以排除权力干扰，法官服务并听命于政府，化解矛盾、维护社会稳定、宣传党的政策。

角色扮演是否受到角色自我相关性的影响？这就涉及到法官行为是否受到个人倾向的影响问题。在西方社会，古典主义将法官形象塑造成一个权威、公正、非人格性的偶像，后来的行为主义和现实主义并不完全认同法官的古典主义偶像形象，他们认为法官行为受个人倾向的影响，法官个人的社会价值、政治态度以及情绪感受、甚至宗教信仰都会影响法官的行为。正如贝卡利亚略带夸张地说过，法官的一顿早餐将影响到他对案件的判决。又如弗兰克在《法律 and 现代精神》中指出，“法律规则并不是美国法官判决的基础，因为司法判决是由情绪、直觉的预感、偏见、脾气以及其他非理性的因素所决定的。因此，法律规则方面的知识在预测某个法官所作的判决时几乎不能提供什么帮助。”⁶⁶因此，现实总是法官的规范行为与法官受个人倾向支配行为的一种综合体，尽管前者往往居于主导地位。

在法院调解中，法官的职业化、专业化水平尚未完善，更难以掌握调解方面的技术知识，法官兼任审判者、调解者，对法官的角色技能提出了更高的要求，法官在角色的冲突中感到不知所措、力不从心，而调解相比审判的相对较低的专业法律技术知识，使得大多数法官在事实不清或适用法律困难时倾向于调解；调解带来的避免错案风险、减轻工作负担的好处，带来了法官的调解偏好；法院的各项工作指标，如结案率、改判率、发回重审率，是法院对法官进行奖惩的依据，因此法官不得不在角色扮演中考虑到这方面的因素，并逐渐内化为对自身角色的认知；社会认同度关系法官的形象，因此法官在角色扮演中小心翼翼地迎合观众的口味。

⁶⁵ 庄晓华：《法官文化及其分类研究——以宪政文化为视角》，《理论学刊》2006年第3期。

⁶⁶ [美]E·博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1998年版，第154页。

五、角色之应然：法官角色回归与调解人角色定位

特纳在论述角色与个人的关系时，强调个体总在寻求消除角色间的紧张，避免自我概念与角色之间的矛盾冲突。当出现角色矛盾与冲突时，角色表现为两种趋势：消除角色紧张趋势和角色淡处理趋势。行动者趋于努力去减轻由于角色矛盾、角色冲突和角色不适而引起的角色紧张，并提升对角色高度恰当的满足感。当在情境中扮演的角色与自我概念相悖时，这些角色就会被淡处理，角色扮演也会显得投入不足。⁶⁷中国社会转型的时代背景下，面对社会矛盾的突出、社会利益的失衡以及新型社会关系的产生，社会缺乏自我调控、自我消解纠纷的能力，这些复杂的问题统统涌向法院，法院承担了解决纠纷、社会治理的重要任务，法官则不再专注于依法裁判，不同的角色期待之间存在的巨大差异，导致了法官的角色紧张和原有角色的淡处理。司法的政治化倾向要求法官角色官员化、行政化，法官同时也是政治权力组织体系的一员，对内服从于法院内部的管理制度，对外受其他行政权力的制约和支配；社会民众以他们心中朴实的情理正义观要求法官“为民做主”，法官则选择暂时抛弃法律逻辑而运用道德、情理来说服、解释、劝导，以获得社会民众的认同；法官自身能力的不足，遇到事实不清、适用法律困难的案件时，直接做出判决往往会面临上诉、重审和错案追究的风险。如何满足这些“非法律”的角色期待？法院调解制度恰恰提供了一种渠道，在法院调解中，法官可以不拘泥于法律规定和法定程序，在法外空间寻找纠纷的解决方法，既是国家政策的宣传者、动员者并服从与行政管理，又是解决社会纠纷的调解者、说服者、教化者，然而这些角色均与法官原有的审判者角色相冲突，一方面继续保持传统的“包青天”形象，另一方面承担起向当事人和其他人解释法律、传播法律精神的责任，在面对不可调和的利益冲突时，法官要进行艰苦细致的调解、劝说工作，有时还要充当倾听者、安抚者和劝慰者。法官在实践中必然产生了角色紧张和混乱，既淡化了法官的“审判者”本色，也在扮演“调解者”的过程中产生了错误的倾向。

⁶⁷ [美] 乔纳森·特纳：《社会学理论的结构（下）》，邱泽奇等译，华夏出版社 2001 年版，第 55 页。

（一）回归法官的基本角色

消除角色冲突的有效方法是个人角色的再定义。个人角色再定义，是指改变自己对所承担的角色需求的知觉。个人角色再定义的实施方法很多，比如，对于自己所扮演的角色按照重要性程度进行排序，优先满足重要的角色需求；对于角色进行明确的分离，尽量避免工作和家庭生活的互相影响与干扰；快速进行角色转换，在需要扮演另一种角色时，迅速抛开对于前一种角色的认知，专心履行新角色的职责和义务。⁶⁸因此，消除法官角色冲突，首先应当在法官的多重角色中选择占主导地位的角色，优先满足主导角色的角色需求。法官的基本角色是审判者，是法律的维护者，是正义的实现者，是程序的遵守者。因此，法官的任何角色扮演都应以其职业化和专业性为底色。法官职业角色的理想化内涵包括：

1. 定分止争以裁判为专职之角色

《牛津大词典》对法官的定义是：法官是对其职责是裁判纠纷和其他提交给法院决定的事情的人的总称。我国的《法官法》第2条规定：法官是指具备法定条件、经过法定程序产生、在审判机关中从事审判工作的人员。由法官的定义就可以看出，法官的首要职责对案件进行事实认定、法律适用、中立公正地裁决。由于中国的法官在审判的同时，还要承担行政管理和社会治理的职责，因此法官在实践中经常“不务正业”：《人民法院报》曾有报道《好法官补起墙窟窿》，讲的是河南省浚县法院善堂镇法庭法官苏建新与其同事为化解一起邻里纠纷，亲自动手将原告刘某新房墙壁上的两个大窟窿补好，终于促成原、被告达成谅解，罢诉息讼。徐显明教授批判了法院的这种“不务正业”：当法院主动请缨，为政府的一时中心工作保驾护航时，法院就已不再是法院而变成镖局了；当法院院长大谈特谈法制宣传工作时，法院院长就已不再是院长而变成司法局长了；当法官在工作日内走出法院，扫街植树，理发修车，给旅客送开水，帮农民搞麦收时，法官就是在亵渎自身的神圣。⁶⁹法官是行使国家审判权的司法人员，应始终明确裁判案件的首要职责，始终以司法场域为第一阵地。

2. 拥有独特专业知识、技能和思维方式之角色

司法是一门专业化极强的艺术，法官的职业化角色要求法官必须由具备深厚的法学理论功底和丰富的司法实践经验的社会精英所组成，经由规范的法科学习、法律训

⁶⁸ 王丹、刘希宋：《角色理论视角下的工作家庭冲突及其解决策略》，《学术交流》2009年第10期。

⁶⁹ 徐显明：《司法改革二十题》，《法学》1999年第9期。

练和司法实践而养成他们特殊的工作习性和生活态度。因此，法官最重要的角色是法律人，具备专业的法律知识、司法经验和法律思维，运用法律技术、依照法定程序理性地处理案件。法官以法律为唯一的上司，法官在审理案件时应以法律文本为依托，严格按照法律条文的文本意思对法律作出理解，只有在法律的文义不明时，方有依其他法律解释方法进行修正的机会。法律规则是法官判决的正当性基础，也是法官独立、公正司法的盾牌。通过捍卫法律的概念和逻辑，法官们可以巧妙借助成文法律背后所蕴含的立法权力支撑，在目前中国司法权地位式微的制度背景下，以法律推理的科学性对抗外界对司法的干预。也正是在这种意义上，“法律解释不仅仅是追求真理的手段，更主要是一种行使权力的技术。也正是通过这一套技术，法律知识和传统才可以与政治权力相抗衡。”⁷⁰

3. 坚守独立性、中立性之角色

程序中立原则早在古罗马时代的自然正义原则中得到经典的阐述。自然正义有两项基本要求：第一，任何人不得在自己的案件中充当法官。第二，任何人为自己的辩护应当被公平听取。前者突出“三方组合”，后者强调“兼听则明”的程序内涵。首先，法官的中立和被动是查明真相的必要条件，而当事人主义有利于法官保持中立，这也进一步使法官较易保有较高的权威及威望。拉德布鲁赫认为，法官应严格遵守当事人主义，不得干预控告人准备其控告，以及被告人和其律师准备其辩护，而只在主审程序中指挥审判以及最后作出判决。否则，基于预审程序卷宗，法官必定在主审程序开始之前，已对事实状况有一个主观印象，因而有从不偏不倚的法官角色突然滑向控告一方的危险。⁷¹其次，法官中立被动也保证了诉讼程序的平衡性，体现了诉讼的民主要求，有利于保障当事人的诉讼权利，防止法官滥用司法权。因此，诉讼程序中，法官应是程序的居中裁判者，组织引导庭审活动有序进行，不偏不倚听取控辩双方出示证据、相互质证、互相辩论，并在此基础上作出公正裁判。

4. 担当司法正义使命之角色

国际司法培训组织主席、以色列最高法院大法官斯洛默·列文博士认为，法官不仅要知道法律的技巧，还要有更广泛的文化眼光，了解社会知识，他必须忠实于司法独立的原则，维护法律的尊严，通过客观地适用法律排除一些不适当的干扰和影响。

⁷⁰ 强世功、赵晓力：《双重结构下的法律解释——对8名法官的调查》，载梁治平主编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第228页。

⁷¹ [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第125页。

法官在现代社会中的使命不仅要为公众提供一种服务，还要提供正义，他必须有能力把一些纯粹的法律概念和具体的个案中的利益沟通起来，它永远不能忘记他处理的是人类的命运。因此，法官应树立正义使命的角色意识，保证裁判的实体正当性和程序正当性，并以法官职业道德为角色规范约束自身的角色行为，公正不阿、清正廉洁、忠于职守、惩善扬恶、弘扬正义。

5. 职业共同体内同质化和自治性之角色

法官应具有独立的地位，并形成内部同质化的职业共同体，即拥有共同的知识背景、职业术语、思维方式、工作程序和判断标准而形成的法官群体的同一性。⁷²法官独立行使审判权，这就要求法官应具备一定的“独行者”气质。法官应理性地运用法律，警惕地站在行政机关和国民之间裁决他们的行为，剔除行政思维意识，收缩大众司法意识。一方面去除行政化思维模式中的主动性和职权主义，回归司法被动性和中立性；另一方面，树立正确的“司法为民”的理念：“司法为民”并不是对民意的一味盲从，也不是代替当事人行为，而是在坚持司法职业化的基本标准、遵循司法基本规律的基础上，突出强调坚持司法工作的群众路线，突出强调民众知晓司法、参与司法、监督司法，突出强调司法必须以维护人民群众的合法权益为归依。法官角色的独立性决定了法官的超然性，法官应具有法律人的与众不同的“非道德性”，即与大众道德有明显反差的一面，加拿大最高法院首席大法官安东尼奥·拉默指出法官是特殊的公众人物，取得公众信任和受到公众欢迎之间是有区别的，法官的作用是裁决而不是取悦，是作出判决而不是进行宣传，是忠实于法治原则而不是屈从外界压力。⁷³司法独立性的增强带来法律职业共同体的形成，而法律职业共同体的发展和成熟又成为司法独立的重要保障。法律职业共同体带来了法官群体在价值取向、道德良心、知识背景上的同质化，与法治理念相适应的职业共同思维方式的形成，广博精湛的司法经验和技能的造就，职业自尊感和职业自我认同的增强，以内部同质化和自治性抵制法外因素的干涉。

（二）调解人角色的正确定位

排除不适当的角色是消除角色冲突的重要步骤。法院调解中法官角色所带有的强

⁷² 王晨光：《法官的职业化精英化及其局限》，《法学》2002年第6期。

⁷³ [加]安东尼奥·拉默：《法官的角色与作用》，于秀艳译，《人民司法》1999年第11期。

制性、裁断性特征，与调解的合意性的本质不符，违背了调解解决纠纷的自愿原则，影响了调解的效果，而法官兼任调解者的角色也影响了其审判者的角色扮演，弱化了法官的审判职能。因此，角色的错位导致了角色的冲突，要消除法官的角色冲突，就必须改变我国调审不分的现状，法官应回归审判者角色不再担任调解人。但是由于我国特有的社会背景、历史文化背景，调解制度在弥补国家法的合法性不足、增强司法的可接受度、衔接现代法与民间习惯法方面仍具有无法替代的作用，在现阶段仍应积极探索符合法治原则和精神的调解制度。

我国的法院调解是一种诉讼外的替代性纠纷解决方式，属于一种司法型 ADR。ADR (Alternative Dispute Resolution)，即替代性纠纷解决机制，这一概念源于美国，原指 20 世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式，现已引申为对世界各国普遍存在着的、民事诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序和机制的总称。美国 1998 年《ADR 法》将 ADR 定义为：代替性纠纷解决方法包括任何审判法官的判决以外的程序和方法，在这种程序中，通过诸如早期中立评估、调解、小型审判和仲裁等方式，中立第三方在论争中参与协助解决纠纷。司法 ADR 是 ADR 的一种形式，司法 ADR 即法院附设 ADR (court-annexed ADR) 是指以法院为主持机构，或者在法院的指导下，所采取的与诉讼程序不同的非诉讼纠纷解决程序。司法 ADR 的种类有很多，但最普遍的司法 ADR 形式为法院附设调解制度，⁷⁴法院附设调解制度是一种虽然以法院为主持机构、但与诉讼程序截然不同的程序，同时与法院的诉讼程序又有一种制度上的联系。它对于法院纠纷解决功能的替代是最为直接和显著的，也是 ADR 扩大司法利用最重要的途径，美国、德国、法国、日本等很多国家都有这项制度，各国的法院附设调解制度在调解程序、调解人的组成上有一定的区别，但是无一例外的是都强调与审判的本质区别，法院附设调解通常是吸收社会人士或律师进行，即使是法官主持，也强调其不同于审判法官的身份，在调解程序中法官也不直接介入双方交涉的过程，而这正是解决我国调审合一、法官角色混乱问题的突破口。

针对我国法院调解制度造成的困境，国内学者纷纷提出了对我国的法院调解制度进行调整和改革。大部分学者呼吁调审分离，倾向于将法院调解限定在诉前进行，提倡建立诉前调解机制，只是在诉前调解的主体方面存在不同思路：有些学者主张在法院内部实行“调审分离”，分别设立庭前调解法官和庭审法官：“我们可以利用已经划

⁷⁴ 陈艳恩：《浅议替代性纠纷解决机制》，《学术论坛》2010 年第 7 期。

分好的庭前准备程序和庭审程序这两个阶段进行调审分离，将调解放在庭前准备程序之中，庭前准备人员和庭审法官分别设立，在规定范围内的案件均应由庭前准备人员主持调解。庭前调解工作由庭前法官或经授权有调解权的助理法官和书记员主持，庭审法官则负责案件审理，不参与庭前程序。庭前准备人员在从事程序事务性工作过程时，在征询双方当事人同意或在双方当事人自愿的基础上进行调解，如当事人不同意调解，或调解不成功则将案件转入庭审程序”⁷⁵；有些学者则主张建立委托调解制度，由法院委托人民调解委员会或其他民间调解组织进行诉前调解：“调解的推广可依赖于人民调解网络。人民调解委员会的设置在中国比较普遍，且比较贴近老百姓的生活，能随时随地接受人们的申请，人民调解委员会可以成为联系当事人和调解员的桥梁。调解员的候选人可在调解委员会注册、登记，并由委员会制作成名单。当纠纷送交到委员会时，委员会将让当事人在名单中选择，以方便调解的进行”⁷⁶。学者提出的这两种改革思路，在我国的实施均存在一定的局限性和制度性障碍，第一种改革思路是在法院内部、利用庭前准备程序进行“调审分离”，单独设立庭前调解法官和庭审法官，这首先不符合我国目前“案多人少”的实际情况，其次由于司法的行政化倾向和法官的单位人本质，设立单独的庭前调解法官进行调解，也难以改变调解的裁断性、强制性色彩；第二种改革思路是由法院委托人民调解委员会进行诉前调解，实际上我国已有“委托调解”的制度设置和相关规定，最高法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第3条确定了委托调解的做法：经各方当事人同意，法院可以委托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进行调解，达成调解协议后，法院应当依法予以确认。但是在实践中，由于调解人组成的局限性以及近年来人民调解委员会组织的衰退和对政府、法院的依附性，法院委托调解的实施效果并不乐观，法官仍是调解程序的实际控制者。因此，不管是庭前调解还是委托调解，“调审分离”的改革重点应放在“调解人”的角色定位上，相关的制度和法律规定都应以此为中心展开，在法官之外挑选合适的调解人。

1. 调解人的独立性

“调审分离”不仅是调解程序和审判程序的分离，还应强调调解人和审判法官的

⁷⁵ 刑志：《我国调解制度的法律困境与出路选择》，《内蒙古社会科学》2004年第5期。

⁷⁶ 周建华：《法国的调解——比较与借鉴》，《学习与探索》2012年第1期。

分离。调解人的独立性是保障调解程序的非诉讼化、非职权化的关键。我国已设立的委托调解制度将法院委托调解的个人或组织称之为“独立调解人”，可见我们的立法机关和制度设计者已经意识到了调解人独立的重要性，但是此意识也仅仅停留在称谓上。“独立调解人”的任务是在接受法官的委托后“独立”完成任务，这里的“独立”是一种无法独立于法官控制范围的“独立”，独立调解人的工作职责包括配合案件承办法官审查诉讼资料，明确争议焦点以确定调解方案；协助案件承办法官进行庭前调解及诉中调解；就调解中发现或发生的事实或情况，及时与案件承办法官沟通以确定新的工作方案。这些规定显然不是保障其“独立”进行调解，而是强调他的调解须时刻与法院沟通，保持一种“依附性”。由于法律未对调解员制度作出具体的规定，委托调解中调解员和法官的分工没有明确的规定，无论是请进来还是托出去，调解员的介入都是在协助法官完成调解工作。一旦发生错误，调解中的失误还是由法官承担，对法官实行的错案责任追究制使得法院在具体操作中自然要把委托调解控制在自己的范围之内，这也是一种权责统一。

要想实现调解人的真正独立，法律应明确法官和调解人的分工和各自职责，划定各自的行为界限，另外在调解人的选任上，应排除与司法机关存在依附关系的个人或组织，例如我国的人民调解委员会。我国的人民调解委员会的性质是调解民间纠纷的群众性组织，受政府司法行政部门和基层人民法院的指导，人民调解委员会在人、财、物各方面主要依靠国家供给，在调解手段方面主要依靠政治话语进行“教育”、“疏导”，在业务上还需要基层人民法院的指导，对政府和法院有很强的依赖性，因此由人民调解委员会担任调解人难以保证独立性。独立调解人的选任上，可以借鉴法国的委托调解制度，法国的法院附设调解制度带动了民间调解组织的发展，法国存在众多的民间调解组织，例如巴黎仲裁与调解中心（CMAP），鉴定、仲裁和调解研究院（IEAM）等等。法官在征得当事人的同意后，可以指定第三人即民间调解员听取和调和当事人的意见，从而寻求解决方案，法官可以将委托的指令给予某个自然人或某个调解协会；如果是后者，协会将负责提供适合调解任务的人员名单。法国的民间调解人不依附于任何司法机关，他们或属于某调解协会，或是独立职业者，拥有一种相对于国家的独立关系，“独立”的特征预示其能在更广泛的空间里享有自由的发展余地。⁷⁷

2. 调解人的职业化

⁷⁷ 周建华：《法国的调解——比较与借鉴》，《学习与探索》2012年第1期。

调解是一种与调解者个人经验、能力、知识、乃至人格魅力密切相关的实践活动，调解人的素质和能力影响纠纷的有效解决和调解的公信力，一个以专业调解人为主体的调解制度才能获得公众的信任，因此各国的 ADR 制度建设中都非常重视调解人的职业化。美国开设了 ADR 专业课程，由美国律师协会(出版的《法学院纠纷解决课程和项目 2003 年度列表》中，列举了近 200 所法学院校中的关于 ADR 的课程接近 900 门。40 多所法学院的法律诊所项目设置了专门的 ADR 课程。有些法学院成立了针对律师和其他执业人士的关于纠纷解决理论和技能的培训机构，还有些学校提供 ADR 专业硕士学位、资格认证和法学继续教育等项目。⁷⁸法国则推行统一的调解员培训，根据 1992 年家事调解促进协会 (APMF) 主持制定的欧盟章程，培训时间为 210 个小时以上，包括理论培训和两次实习 (纠纷处理的观察实习和专业实习)，培训结束时还要进行论文答辩。通过答辩的人员将获得从事家事调解的资格证书。根据 2003 年第 1166 号法令，法国还设立了“家事调解员”国家文凭，要取得该文凭，必须经过约 490 学时的理论教育，其中调解技术 315 学时，法律 63 学时，心理 63 学时，社会学 35 学时，论文 11 学时；或者 560 学时，除以上 490 学时外，还包括 70 学时的实践培训。⁷⁹我国对调解人的职业化也基本取得共识，一方面，理论界倡导积极开展调解员的人才建设，提高专业水平，有学者建议，为保证人民调解员的素质，应当对人民调解员的选任资格和相应培训作出明确的规定：除现有的关于人民调解员品德的规定外，还应当对人民调解员的年龄和学历作出规定，并规定一定的考核标准；在有条件的地方可以实行人民调解员持证上岗；规定人民调解员必须定期接受专门知识的培训，由有关机关具体组织人民调解员定期接受调解技能和法律知识的培训。⁸⁰另外政府还应为调解组织、调解协会的设立和活动提供条件，促进民间调解组织的发展，吸纳民间调解人才资源，改变我国的调解方式和主体的单一化。另一方面，实务界也积极探索职业调解人的培养方式：江苏省昆山市于 2008 年开始了人民调解员职业化的探索，目前已经形成了一套完整的人民调解员职业化体系，即经人事部门认可，将人民调解员确立为社会公益性岗位，在矛盾纠纷多发地人民调解委员会 (人民调解工作室) 全部向社会公开招聘职业人民调解员，并建立薪酬保障、职业准入、培训考核、

⁷⁸ 刘青、陈巍：《美国调解制度纵览及启示》，《前沿》2011 年第 4 期。

⁷⁹ 周建华：《法国的调解——比较与借鉴》，《学习与探索》2012 年第 1 期。

⁸⁰ 张卫平：《我国替代性纠纷解决机制的重构》，《法律适用》2005 年第 2 期。

名册备案、职称管理等各项职业化管理机制，使人民调解发展成为一个社会行业。⁸¹

职业化要求调解人必须掌握调解的基本技能，包括：（1）营造协商气氛的技能，即在当事人之间建立起信任关系，促使当事人的情绪化思维向理性回归，引导当事人进行换位思考，建立合意达成的基础；（2）发现当事人立场背后利益追求的技能，当事人能否接受一个纠纷解决方案往往取决于该方案是否反映了其核心利益，因此，发现当事人所持立场背后的利益追求非常重要，调解人应该设身处地站在当事人的角度思考问题，发现他们内心真正的追求；（3）提供多种纠纷解决方案的技能，调解人应协助当事人发现或向当事人展示利益实现、纠纷解决的多种可能，并将这些可能与当事人的利益追求相联系，分析各种可能的利弊得失，引导当事人认真考虑对方利益，放弃不会为对方所接受的立场，寻找使纠纷解决的“零和游戏”向“双赢”格局转换的解决方式；（4）评估谈判成果的技能，调解人应在调解的整个过程中注意对双方当事人利益的实现程度、当事人之间的主要分歧的评估，尽力创造当事人双赢的局面。⁸²

3. 调解人的中立性

调解是采用一位中立的第三人帮助争端双方通过谈判达到解决纠纷的目的的一种制度。调解人在调解中，应当同法官在诉讼中一样保持中立、不偏不倚，调解人可以引导但不能代替当事人做决定，调解过程中应当充分尊重当事人的合意。

调解人的中立性要求调解人在调解中以促进为主、评价为辅。调解人在程序中作为“促进者”最能保证其中立地位，作为“促进者”的调解人要求调解人作为调解程序的辅助者，与程序融为一体，是流动的程序的一部分，而并非高踞其上的，对程序有终结权力的程序控制者。调解人在程序中应该成为当事人的“富于同情的倾听者”，引导当事人克服交流障碍，认真聆听对方主张，准确接受对方信息，促使和帮助当事人之间的合作和问题解决，鼓励更为有创意的解决办法以使当事人的利益得到最大程度的满足，为缺乏获得法律信息途径的当事人提供相关的法律信息，提醒当事人努力寻求富有创意的解决结果。⁸³调解人在调解过程中应当始终以中立的第三方的姿态周旋于当事人之间，保持调解过程的有序和顺畅，不对纠纷做出任何评价和任何预测，不对任何一方当事人表示出自己的同情或者气愤，确保调解协议的最终达成完全出于

⁸¹ 刘敏：《人民调解制度的创新与发展》，《法学杂志》2012年第3期。

⁸² 李德恩：《现代调解员角色转换与规制》，《法学论坛》2010年第6期。

⁸³ 莫然：《多面的调解人——论民事调解制度中调解人角色定位及其决定因素》，《暨南学报》2012年第2期。

当事人的自由意志。出于保护相关第三方利益的需要和保证双方当事人的地位平等的需要，调解人可以基于自己对案件的评价提出建议，提示当事人他们所忽略的潜在利益，从弱势方的角度思考问题，并为其提供必要的帮助以真正实现调解程序的平等协商。调解员甚至可以向当事人提示纠纷解决的方案。但是，由于“评价者”的角色更加深入地影响调解的过程和结果，并且很容易向“强制者”、“判断者”变异，从而侵犯当事人的合意自由，这就需要调解人在抑强扶弱以促进当事人之间的平等对话和保持中立以赢得当事人信任之间寻找到一个恰当的平衡点，这对调解人提出了很高的要求，因此调解人在调解中应谨慎评价，以“促进者”为主导角色。

结 语

莎士比亚的《人间喜剧》中有一段著名的台词：“世界是一个舞台，所有的男人女人不过是一些演员，他们都有上场的时候，也有下场的时候，一个人一生扮演着许多角色。”角色是连结个体与社会结构的关键概念，当角色的扮演者都能够各就其位，各司其职，社会自然会井然有序。法官角色关系到个案的审理、程序的正义，关系到法官的专业化和职业化，关系到整个法治的走向。当前我国司法实践中的“调解热”现象应理性看待，不能在“调解优先，调判结合”的指导原则下迷失了角色的本真，更不能忽视法官在法院调解程序中的角色冲突与混乱。唯有将拥有法律专业知识和严密法律思维、法律逻辑的法官真正地置于法庭的审判者席位，使其专心扮演审判者的角色——依法独立审判，司法才会真正有效运转，而“依法”——以法律为根据、以事实为准绳，“独立”——不受其他任何机关、团体和个人的干涉，“审判”——公开、公平、及时地做出判决，正是法治的关键要义。同时，法官回归审判者角色也将使非诉讼纠纷解决机制的改革迈出重要一步，法官不再担任调解人，强制调解、滥用调解的现象将得到缓解，调解的自愿性和意思自治原则将得到强化，而适格的职业化、独立性、中立性的调解人将使得调解程序能真正发挥调和社会矛盾、缓解诉讼压力的作用。

参考文献

一、著作类

1. [美]德沃金:《法律帝国》,李长青译,中国大百科全书出版社 1996 年版。
2. [美]乔纳森·特纳:《社会学理论的结构》,邱泽奇等译,华夏出版社 2001 年版。
3. [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社 1994 年版。
4. [美]萨利·安格尔·梅丽:《诉讼的话语》,郭星华等译,北京大学出版社 2007 年版。
5. [美]彼得 M 布劳:《社会生活中的交换与权力》,李国武译,商务印书馆 2012 年版。
6. [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社 1997 年版。
7. [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1998 年版。
8. 陆而启:《法官角色论——从社会、组织和诉讼场域的审视》,法律出版社 2009 年版。
9. 强世功编:《调解、法制与现代化——中国调解制度研究》,中国法制出版社 2001 年版。
10. 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999 年版。
11. 周晓虹:《现代社会心理学》,上海人民出版社 1997 年版。
12. 顾培东:《社会冲突和诉讼机制》,法律出版社 2004 年版。
13. 吴英姿:《法官角色与司法行为》,中国大百科全书出版社 2008 年版。
14. 孙立平:《失衡——断裂社会的运作逻辑》,清华大学出版社 2004 年版。
15. 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社 2000 年版。

二、论文类

1. 胡玉鸿:《在政治、法律与社会之间——经典作家论法官的角色定位》,《西南政法大学学报》2004年第6期。
2. 秦策:《法官角色冲突的社会学分析——对司法不公现象的理性思考》,《南京师范大学学报》1999年第2期。
3. 孙笑侠:《法律家的技能与伦理》,《法学研究》2001年第4期。
4. 庄晓华:《法官文化及其分类研究——以宪政文化为视角》,《理论学刊》2006年第3期。
5. 蒋惠岭:《论法官角色的转变》,《人民司法》1999年第2期。
6. 舒国滢:《从司法的广场化到司法的剧场化》,《政法论坛》1999年第3期。
7. 陈洪杰:《从程序正义到摆平“正义”——法官的多重角色分析》,《法制与社会发展》2011年第2期。
8. 刘晓红:《构建中国本土化ADR制度的思考》,《河北法学》2007年第2期。
9. 姚志坚:《“调解热”与法院调解制度的现代转型》,《法律适用》2005年第9期。
10. 耿宝建:《“定纷止争”莫忘“定分”》,《法学》2005年第8期。
11. [美]柯恩:《现代化前夕的中国调解》,王校红译,载强世功编:《调解、法制与现代化(上)》,中国法制出版社2001年版。
12. 谢晖:《论民间法与纠纷解决》,《法律科学》2011年第6期。
13. 李昌道:《司法调解与和谐社会》,《复旦学报》2007年第2期。
14. 季卫东:《调解制度的法律发展机制——从中国法制化的矛盾入手》,《比较法研究》1999年第3期。
15. 罗金寿:《社会转型时期的中国法官角色》,《司法》2007年第1期。
16. 贺卫方:《中国司法管理制度的两个问题》,《中国社会科学》1997年第6期。
17. 范愉:《调解的重构——以法院调解的改革为重点》,《法制与社会发展》2004年第3期。
18. 贺卫方:《中国古代司法判决的风格与精神——以宋代判决为基本依据兼与英国比较》,《中国社会科学》1990年第6期。
19. 管伟:《古代中国能动司法的实践及特征》,《浙江工商大学学报》2010年第4期。
20. 程竹汝:《法治发展的逻辑——司法角色制度的优先性》,《上海社会科学院学术

- 季刊》2002年第2期。
21. 强世功:《权力的组织网络与法律的治理化》,《北大法律评论》2000年第3卷第2辑。
 22. 杨柳:《模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察》,载强世功编《调解、法制与现代性——中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版。
 23. 庄晓华:《法官文化及其分类研究——以宪政文化为视角》,《理论学刊》2006年第3期。
 24. 王丹、刘希宋:《角色理论视角下的工作家庭冲突及其解决策略》,《学术交流》2009年第10期。
 25. 徐显明:《司法改革二十题》,《法学》1999年第9期。
 26. 强世功、赵晓力:《双重结构下的法律解释——对8名法官的调查》,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版。
 27. 王晨光:《法官的职业化精英化及其局限》,《法学》2002年第6期。
 28. [加]安东尼奥·拉默:《法官的角色与作用》,于秀艳译,《人民司法》1999年第11期。
 29. 陈艳恩:《浅议替代性纠纷解决机制》,《学术论坛》2010年第7期。
 30. 刑志:《我国调解制度的法律困境与出路选择》,《内蒙古社会科学》2004年第5期。
 31. 周建华:《法国的调解——比较与借鉴》,《学习与探索》2012年第1期。
 32. 刘青、陈巍:《美国调解制度纵览及启示》,《前沿》2011年第4期。
 33. 张卫平:《我国替代性纠纷解决机制的重构》,《法律适用》2005年第2期。
 34. 张卫平:《我国替代性纠纷解决机制的重构》,《法律适用》2005年第2期。
 35. 刘敏:《人民调解制度的创新与发展》,《法学杂志》2012年第3期。
 36. 李德恩:《现代调解员角色_转换与规制》,《法学论坛》2010年第6期。
 37. 莫然:《多面的调解人——论民事调解制度中调解人角色定位及其决定因素》,《暨南学报》2012年第2期。

攻读学位期间发表的学术论文

1. 《“春秋决狱”的法理辨析》发表于《中共山西省直机关党校学报》2012年第6期。

后 记

自研一入学以来，学习法学理论已将近三年，对这门学科的真谛仍然不甚清楚。但是，撰写硕士毕业论文的过程，似乎提供了一些答案：读书、思考、整理、再思考，这应该就是学习法理学的基本环节吧。读书，无论是著作或是论文，不一定追求数量，但是一定要讲究一个“勤”字，感谢我共同学习的同学们，你们的勤奋努力是我努力与追逐的方向；思考，读书后不思考将会一无所获，思考应是法理学理论的常规训练环节，感谢苏大法理学的导师们——周老师、胡老师、孙老师、庞老师，是你们在课堂上用你们卓越的学识来启迪我们的智慧，引导我们不断思考；整理，俗话说，好记性不如烂笔头，整理是将读书的收获和思考的内容保存下来的最有效的方法，也是提升概括归纳能力的重要途径；再思考，这是一个创造的过程，或是分析问题原因，或是厘清理论逻辑，或是思考解决方法，这是出成果的一步，也是前面几步累积的结果。

刚开始接触法理学的很长一段时间，我都有一种茫然的感觉，总觉得别的同学读的书比我多，理论功底比我扎实，学习上也比我用功、勤奋。感谢我的导师孙莉老师，是您一直在鼓励我，不断地发掘我身上的闪光点，让我有继续前进的动力。您话语间闪烁的哲理的光芒，您对我们如同亲人般的关怀，是我的研究生生涯最温暖的回忆，祝您好人一生平安！感谢一直为我默默付出的家人，没有你们的支持和帮助，我不会成为现在的我。

是为记。

2013年4月2日