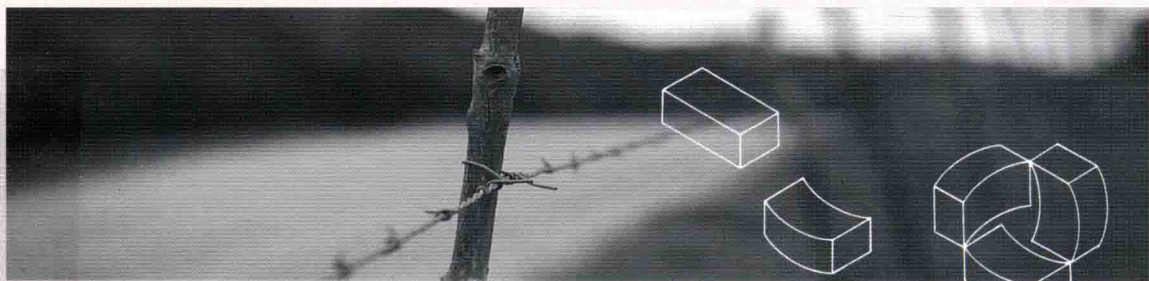


上大法学文库

史长青 著

现代调解制度

法制与自治



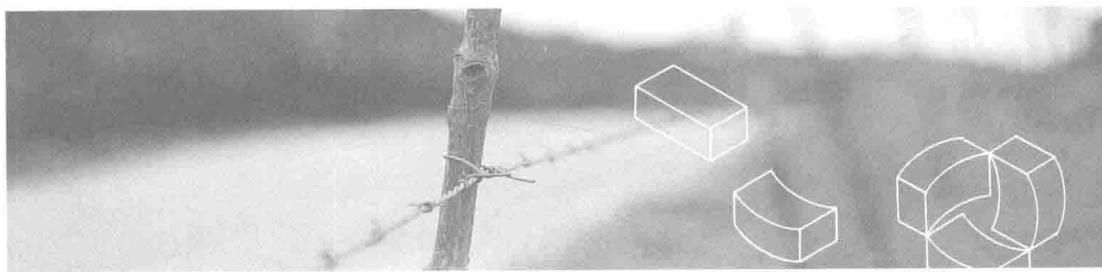
上海三联书店

上大法学文库

史长青 著

现代调解制度

法制与自治



 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

现代调解制度:法制与自治/史长青著. —上海:上海三联书店, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5426 - 5344 - 4

I. ①现… II. ①史… III. ①调解(诉讼法)—司法制度—中国—文集 IV. ①D925.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 234342 号

现代调解制度:法制与自治

著 者 / 史长青

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199) 中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 24175971

印 刷 / 上海肖华印务有限公司

版 次 / 2015 年 11 月第 1 版

印 次 / 2015 年 11 月第 1 次印刷

开 本 / 710 × 1000 1/16

字 数 / 280 千字

印 张 / 18.75

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5426 - 5344 - 4/D · 300

定 价 / 49.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021 - 66012351

序 调解的多元视角

李 浩

在这本关于调解制度的新著中,作者力图用新的视角观察、分析现代调解制度,尤其是我国的调解制度。

法治(制)的视角

在社会冲突论者看来,所有的社会冲突与纠纷都起源于冲突一方想获得某些事物,而另一方拒绝或抵制这样做。纠纷的范围极其广泛,从日常生活到政治生活,可以说凡是法律可以触及的领域都潜伏着形形色色的纠纷。乐观的法律人相信,在如此纷繁复杂的情境之下一定能够找寻得到那种“争端解决机制”。作为有效的问题解决策略,它应当更公平,也应当能让双方满意——调解就属于这样的策略。

众所周知,调解是中立第三人以当事人的需求和利益为依据,在双方或多方当事人之间促进沟通交流的过程。在我国,调解制度由诉讼外调解和诉讼调解两大部分组成,前者还被分为人民调解、行政调解等。其中,人民调解是运用最广泛的纠纷解决机制,人民调解逐渐形成“社区——乡镇”组织网络。近些年中,我国的调解制度还实现了向专业领域的渗透和拓展,以医患关系纠纷调解、交通事故纠纷调解、环境纠纷调解、劳动纠纷调解为代表的专业性、行业性纠纷调解为当代的人民调解注入了新的元素,“东方经验”又找到了新空间。

在多元化纠纷解决体制中,审判的基础性作用是毋庸置疑的,审判作为民事权利保护的最后一道防线,支撑和维持着包括调解在内的诉讼外纠纷解决方式的运

转。但反过来,调解能够有效分流民事纠纷,减缓法院压力,有助于实现司法社会化和民主化理念,而且能够为当事人提供参与纠纷解决过程的机会,使其在解决纠纷中有实质性的参与,为当事人提供一个自我决定的平台。然而,过去一段时期,调解运用的泛化也带来一些隐忧,例如,用调解结案率考核法院、法官放任甚至诱发了违法调解,侵犯了公民诉权;再如,发达的调解与人治并存,削弱了判决的权威等等。如何重新安排调解与审判的关系,一直是我国调解制度构建中没有完成的作业。

应该肯定的是,当代中国面临着各种各样的矛盾和冲突,社会矛盾的关联性、聚合性、敏感性不断增强。然而,立法的滞后性与司法的有限性,使得正式的纠纷解决制度时常无法解决诸如城市拆迁及医患关系纠纷等新型纷争,司法出现了“短板”。调解制度正是在经济转型和社会转型的背景之下大显身手的,至少,它显著地分流了司法的压力,在缓解法院人力不足、解决法官面对行业性、专业性纠纷调解经验不足方面都显示出其优势。调解作为司法的必要补充和得力助手角色一再显现出来。更重要的是,调解制度为当事人提供参与纠纷解决过程的机会,使其在解决纠纷中有实质性的参与,为当事人提供一个自我决定的平台。对那些因长期性、综合性社会关系发生的纠纷(如家事纠纷),以及有着保守个人隐私和商业秘密需要的案件而言,由于调解具有面向未来的特性,因而更适合于调整当事人不愿和不能中断相互关系的争议。可以说,调解制度在民事诉讼法之外为人们增加了一种接近正义的途径。

在调解与审判各有其守备范围的共识下,审判归审判,调解归调解,将调解与审判分离,这既符合各自规律,也有利于整体上构建现代纠纷解决机制。因此,理想的状态是,让调解与审判错位竞争,各司其职、各得其所。这就要改革国家监督调解的方法。不仅是中国,几乎所有的国家都存在调解体制过于正式的弊端,调解在程序上与审判及仲裁在程序的正式性上没有差异,调解在“审判阴影”之下亦步亦趋。现实需要的是由国家监督的具有足够灵活性,以区别于正式审判的调解制度。而且,还要采取必要控制措施保证在接近正义方面不打折扣。

当事人自治的视角

自新中国成立以来,调解始终在社会治理中占有一席之地,调解与政治高度契

合,均系在协商中寻求妥协的艺术,都是在双方不同的利益追求和冲突中寻求各自都能接受的让步,兼顾和整合双方利益的方法。因而,调解制度始终无法脱离意识形态,找到自身独立的位置,成为一种单纯的纠纷解决方法。在改革开放之后,各种利益的纠葛导致的冲突渐趋复杂化,以“说理——心服”为主轴的传统调解虽然也能勉强介入到现代纠纷之中,延续以往的社会治理及维护社会秩序功能,但由计划经济向市场经济的转型所带来的经济自由化、市场化,公民权利意识的高涨及道德束缚的弱化,凡此种种的因素都将纠纷解决置于最优先的位置。加之,国家权力从基层组织的渐次抽身,星罗棋布的调解组织功能退化,传统调解在一定程度上失灵了。能否寻找到一种现代的新型调解,填补诉讼外纠纷解决领域的空白,就是一个关键问题。

构建一种与现代纠纷解决需求相适应的调解制度。与纠纷解决的压力需要相适应,20世纪90年代以来西方国家的调解制度传入我国之后,一定程度上颠覆了传统的公法纠纷解决观,关注程序利用者的利益成为中国调解制度发展的一个非常重要的向度。与纠纷解决需要相适应,当事人对调解的选择也使得调解具备了可变性,因势而变、因时而变,顺应社会及纠纷当事人的选择,妥协模式、治疗模式和管理模式调解都是调解制度与时俱进的进化的结果。

构建一种以理性为前提的现代调解制度。纠纷解决程序无不以纠纷的当事人的理性为前提,纠纷的过程展示出,尽管纠纷初期当事人往往会表现出不惜一战的血脉喷张架势,但出于财产权益及亲情等多种因素考量,他们大多不会为了纠纷而去拼个你死我活、鱼死网破。要相信他们具备预测纠纷结果的能力,从而有可能创造性地超脱自身眼前的现实利益,在与对方的交涉中找到纠纷的根本性解决方案。那么,调解需要做的就是消除愤怒及敌意,并着重其真正需求与选择如何去满足这些需求,在此基础上为他们找到共同利益。这需要调解员的智慧,也需当事人的处分自治,后者是调解自我归责的正当性基础,对当事人自治有一个全面客观的认识,才能更好地维护调解制度的健康持续发展。

构建适用范围有限但却有效的调解制度。通过调解解决的优势在于解纷的效率与效益,解决过程也能够切实体现当事人意思自治精神,解决方案也会更多地包含当事人的真正需求,处理结果易于令当事人满意。因此调解在各纠纷领域中都

有着普遍适用,如家庭、商业、邻里、社区、建筑及国际事务等。但必须看到,调解解决也有其局限或弊端,例如,缺少公开的问责性、只是个案的处理、对其他同类案件的示范效应差等。因此,仍有大量纠纷并不适合通过调解解决,理论上我们可列举如下:对众多人员造成广泛的政策性、公益性的纠纷;案件事实十分复杂的纠纷;纠纷所反映的价值或基本原则不能妥协的案件(如有违公序良俗的纠纷);只有法庭才能提供救济方法的纠纷,如需要诉前保全的纷争等。这些纠纷更适合通过诉讼解决,而不适宜通过调解化解。

调解人伦理的视角

调解员的经历往往塑造不同的调解模式。法律工作者往往站在法律规范的立场上来审视纠纷事实,调解方案往往也以法律上的权利义务为中心;而社会工作者及心理学专家则倾向于促成纠纷当事人行为的转变,由此改善当事人之间的关系,直至理想地完全和解,这与传统上正统的调解技术和战略完全不同。可见,有什么样的调解员,就有什么样的调解,调解员职业或者教育背景与调解员的风格之间存在着关联性。

如果上述命题成立,似乎国家就有必要对调解员的资质及职业伦理做整齐划一的要求,以求得对调解行业统一管理。然而,这里却又存在争议。仅以美国和澳大利亚为例,美国在倡导调解职业的一致性,其《模范统一调解法》就有力推动了调解统一化进程,为调解员的行为制定国家标准的工作也开始启动;然而澳大利亚却截然相反,在那里,鼓励行业和组织中调解的多样化却成为上选,即便存在着有关调解员的资格认证体系,但也是非强制性的,只设置最低标准。

在职业分化的角度,调解员完全不同于法官,他们工作重心不是对纠纷是与非进行判断,其角色更像是催化剂,促进双方交流并解决问题,帮助当事人成功达成协议才是他们的使命。这样,他们就必须具有敏锐洞察力、体察双方当事人的实际需要、具备灵感,并具备超凡的耐心,能够关心他人利益。但这还远远不够,公平和中立是有效调解的基本前提。让当事人感觉调解员在调解时没有偏向任何一方非常重要,否则,其公正与客观性就会受到质疑。因此作者提出,调解人恰切的行为模式应当处于消极中立与积极干预之间。一方面,调解人的价值观可以适当渗透

于调解过程,帮助当事人达成互利共赢的和解方案;另一方面,调解人的力量可以适度介入调解过程,平衡当事人间的力量关系。但不论是价值观渗透还是力量介入,都会将调解人置于偏离中立的伦理困境,而缓解这一困境的策略则在于不断的实践和经验积累。

比较的视角

在具体纠纷调解层面,要在矛盾的双方之间努力寻找共同的价值准则,也就是寻找双方有可能进行情感沟通的文化基础。不同民族和文化在价值观方面可能存在重大差异,这是事实,但是在最基础的价值认知上各方仍然存在共同点。在这个意义上,在相同的文化基础的法域,其调解制度也是相通的,中国大陆与台湾就是如此。早在1929年中国就在施行的《乡镇自治施行法》、《区自治施行法》中规定乡镇、区设立调解委员会“办理民间调解事项,台湾地区乡镇市调解即是其制度余脉,而大陆地区则以革命根据地的经验及社会治理需要为根据创设了独特的人民调解制度。即便经历了几十年的制度疏离,两地人民在调解文化上依然存在共性。以两地百姓选择调解解决纠纷的动机为例,对出发点的考量几乎仍然相同,这些因素包括“上法院太浪费时间和金钱、不想撕破脸皮、判决无法解决问题,以及不希望张扬”,等等。尤其在利用调解解决家庭纠纷方面,两地的价值观也呈趋同之势,例如通过调解有助于改善家庭成员间的沟通,能够缔造以温和方式解决冲突的效果,让夫妻、父母以及子女之间的关系得到展望性的处理而不致中断,等等。

文化同源性,也让中国各地区能够分享彼此的调解发展经验。以中国大陆与台湾地区为例,两岸长久的隔绝使得两地的调解制度沿着各自的制度逻辑发展,相互没有交集,但随着近三十年来两岸同胞长期隔绝状态被打破,台湾地区的调解经验在时隔几十年后重回我们的视野。人们发现台湾地区与祖国大陆同根同源,拥有共同的历史文化遗产,在调解制度设计上具有很多相同或相似的地方。至于两者之间的差异,则完全可以成为彼此构建纠纷解决制度的参照系,两地有着共同的调解基础价值,只是在具体的制度上存在差异而已。

本书提示了两个颇值得我们关注的台湾地区调解制度的运作状况,一是台湾乡镇市调解的制度资源供给与调解萎缩现象之间的关联性。调解人资格、调解人

伦理、当事人行为规制的欠缺,让台湾的民案调解渐趋萎缩,这在反向促使我们重视对调解制度资源的供给。第二个现象是,台湾乡镇市调解与家庭暴力纠纷的高度契合性和制度优势,弥补了公权力在此领域的不足,这给我们的启示在于,要重视家事调解的专业性特点,关注家事调解中对人际关系的调整,纠纷解决中既重理性也重感情,治标更治本。

史长青老师读博期间,我为她选定的博士论文题目是调解原理研究,尽管这个选题有不小的难度,具有很大的挑战性,但经过坚持不懈的努力,她还是相当出色地完成了她的博士论文。本书是她在博士论文的基础上,对调解制度的进一步研究的成果。改革开放后,从事法学研究的人越来越多,学术研究也越来越具体、细致,因而研究者要想取得成就,一定要有自己的专攻,要在某个方面确立自己的比较优势。应当说,史长青老师在调解研究方面已经取得了一定的成就,我真诚地希望她能够持续关注这一问题,继续进行这方面的研究,取得更多、更好的成果。



目 录

C O N T E N T S

序 调解的多元视角(李浩) / 1

第一部分 调解与法制

第一章 调解与法制——悖而不离的现象分析 / 3

一、调解与法制的悖论 / 3

(一)“自下而上的正义”与“自上而下的正义”
之争 / 3

(二)调解与法制:纯化抑或融通 / 7

二、调解的法制化 / 9

(一)调解在法制社会中的生存环境与发展契机 / 9

(二)调解法制化的内在视角 / 10

(三)调解法制化的切入点 / 11

三、法制化中的调解优先 / 14

(一)调解优先的表现形态 / 14

(二)调解优先的根源 / 17

结论 / 22

第二章 交涉与合意:论诉讼的本质——一种诉讼法哲学探析 / 24

一、问题的提出及基本立论 / 24

二、交涉与合意在纠纷解决场面中的样式 / 26

- (一) 诉讼中的私力因素从幕后走向前台 / 26
- (二) 贯穿纠纷解决始终的交涉与合意 / 28
- 三、揭示诉讼本质的理论创新和立法实践:民事诉讼的新动向 / 30
 - (一) 棚濑孝雄的“裁定模式”理论模型 / 31
 - (二) 德国民事诉讼立法和理论界出现的“合作主义”动向 / 32
 - (三) 英国 1999 年《民事诉讼规则》有关交涉与合作的规定 / 34
- 四、体现诉讼本质的制度走向:刑事诉讼的新发展 / 35
 - (一) 关于刑事调解 / 36
 - (二) 关于辩诉交易 / 37
- 五、结语 / 39

第三章 调解制度中的强制性因素研究 / 40

- 一、调解制度中存在的强制性因素 / 40
 - (一) 功能强制 / 41
 - (二) 程序强制 / 43
- 二、强制性调解的理论争议 / 45
 - (一) 否定论 / 45
 - (二) 限制论 / 47
 - (三) 衡平论 / 47
- 三、强制性调解的现实需要 / 49
 - (一) 法官依职权交付调解有助于妥善解决特定纠纷 / 49
 - (二) 法官依职权交付调解有助于纯化审判程序 / 50
 - (三) 强制性调解有助于实现效益最大化 / 51
 - (四) 调解的适度制度化能够避免更大的不公平 / 52
- 四、强制性调解的制度界限 / 53

(一) 强制性调解与当事人的“接受裁判权” / 53

(二) 强制性调解与当事人自治 / 54

五、强制性调解在我国的走向 / 56

(一) 调解的强制性参加在我国是否可行 / 56

(二) 现行调解制度合意贫困化的原因及对策 / 57

第四章 通过当事人自治发展调解优势 / 60

一、当事人自治之意涵 / 60

(一) 应然的绝对性与实然的相对性 / 61

(二) 结果的绝对性与过程的相对性 / 62

二、通过自治塑造优势 / 63

(一) 更多灵活和非正式 / 63

(二) 更充分参与 / 64

(三) 更好的解决方案 / 65

(四) 以人为本 / 66

(五) 迅速廉价 / 67

(六) 保密 / 68

三、自治的风险与规避 / 69

(一) 自治的风险 / 69

(二) 风险规避 / 71

结语 / 73

第五章 ADR 对司法职能的冲击——从裁判到和解 / 74

一、ADR 引入司法系统的动因：传统抑或结构原因 / 75

(一) 普通法国家的结构性原因 / 76

(二) 大陆法国家：既非结构原因，也非传统 / 77

(三) 我国法院调解复兴的原因：传统文化与意识形态 / 79

二、ADR 进入司法系统产生的影响 / 80

- (一) 美国正在消失的审判 / 80
- (二) 中国正在上升的调解(和解)率 / 83
- (三) 从普通法国家的管理型法官看法官角色变迁 / 84
- (四) 从美国的“多扇门法院”看法院性质转变 / 85
- 三、“和解文化”背景下司法职能的重新定位 / 86
 - (一) 法院促进和解的正当性基础 / 87
 - (二) 正确看待和解与裁判的关系 / 92
 - (三) 时间维度上的司法职能变迁 / 94
- 结语:从裁判到和解,一个“公”与“私”的合作 / 96

第二部分 调解人行为规范

第六章 调解人干预行为刍议 / 101

一、调解人干预行为的类型 / 101

- (一) 调解人干预:过程、内容与结果 / 101
- (二) 积极干预与消极干预 / 103

二、调解人干预程度的影响因素 / 106

- (一) 当事人对调解人权威的心理依赖 / 106
- (二) 纠纷的性质 / 108
- (三) 纠纷的公益性程度 / 109
- (四) 调解程序的设计 / 109

三、干预的潜在风险及其规避 / 110

- (一) 风险之所在 / 110
- (二) 规避风险的策略 / 111

结论 / 113

第七章 调解人行为模式——在消极中立与积极干预之间 / 115

一、调解人中立的含义辨析 / 115

二、调解人价值观的隔离与渗透 / 117

- (一) 隔离还是渗透 / 118
- (二) 价值观渗透的风险及其规避策略 / 120
- 三、调解人力量介入的正当性与策略 / 122
 - (一) 当事人力量不均的现实 / 122
 - (二) 调解人力量介入的困境与缓解策略 / 123
- 结论 / 126

第八章 调解人行为规范的国际视野与国内现象解读 / 127

- 一、调解的多元发展与统一规制的国际背景 / 127
 - (一) 规制上的紧张关系 / 128
 - (二) 职业上的紧张关系 / 130
 - (三) 程序上的紧张关系 / 132
- 二、调解人行为规范的国内外立法 / 133
 - (一) 国外有关调解人行为规范的规定 / 133
 - (二) 我国有关调解人行为规范的规定 / 149
- 三、加强和完善我国调解人行为规范的现实必要性 / 151
 - (一) 我国调解人行为规范的现实状况 / 151
 - (二) 调解人行为直接影响个案调解的成败 / 155
 - (三) 调解人行为潜在地影响调解行业的健康发展 / 163
- 四、制定一部统一的调解人行为法典的功效与意义 / 167
 - (一) 关于调解人行为法典的功效 / 167
 - (二) 制定一部强制性伦理法典的必要性 / 170

第三部分 台湾地区乡镇市调解

第九章 台湾地区乡镇市调解制度之考察 / 175

- 一、“乡镇市调解条例”的立法变迁 / 175
- 二、乡镇市调解之行政 / 177
- 三、乡镇市调解之业务 / 182

(一) 因当事人申请而启动的调解业务流程 / 184

(二) 因法院移付而启动的调解业务流程 / 185

(三) 因检察署转介而启动的调解业务流程 / 186

(四) 调解程序之续行——调解书审核 / 188

结语 / 189

第十章 实践、制度与理论——台湾地区乡镇市刑案调解范围之扩张 / 190

一、引言 / 190

二、乡镇市刑案调解的适应性 / 191

(一) 从受害人角度分析 / 192

(二) 从加害人角度分析 / 193

(三) 从公权力角度分析 / 193

三、乡镇市刑案调解的界限与突破 / 195

(一) 法定界限及其发展 / 195

(二) 实务与理论上的扩张 / 197

四、乡镇市刑案调解的相关理论 / 200

(一) 乡镇市刑案调解与修复式正义：和而不同 / 200

(二) 关于非告诉乃论案件之刑事部分调解的两种思维 / 202

第十一章 台湾地区乡镇市调解走势之研究——以民案调解为中心 / 206

一、引言 / 206

二、民案调解率走低的实证观察 / 208

三、民案萎缩的深层分析 / 213

(一) “以刑逼民”现象使然 / 213

(二) 乡镇市调解的制度化程度偏低 / 215

四、启示 / 219

第十二章 台湾地区家庭暴力之处理机制——从公力救济到乡镇市
调解 / 220

引言 / 220

一、公权力干预家庭暴力由消极走向积极 / 221

二、公权力介入家庭暴力之局限性 / 223

(一) 法院核发保护令速度过于迟缓 / 224

(二) 保护令内容保守 / 225

三、调解方式处理家庭暴力的适应性 / 230

(一) 家庭暴力对公权介入呈现某种程度的排异性 / 230

(二) 对待家庭暴力调解的态度：从反对到赞同 / 231

四、台湾地区乡镇市调解对于家庭暴力的制度应对 / 233

(一) 乡镇市调解处理家庭暴力的界限把握 / 234

(二) 调解书记载内容的可执行性 / 235

(三) 以调解书弥补保护令核发内容之不足 / 236

(四) 调解程序上的特别设计 / 237

结论 / 238

第四部分 人民调解与司法调解

第十三章 市场经济条件下人民调解的地位重构 / 241

一、人民调解的现状 / 241

二、人民调解在市场经济中的重新定位 / 243

(一) 替代性纠纷解决机制 / 243

(二) 调解作为替代性解纷方式的优势 / 245

三、人民调解制度的完善 / 247

(一) 人民调解功能单纯化 / 247

(二) 建立一套标准的调解规则 / 247

(三) 提高人民调解的司法服务水准 / 248

(四) 保留当事人的二次选择权 / 248

第十四章 群体纠纷的法院调解机制初探 / 249

一、法院调解群体纠纷的正当性 / 250

(一) 调解之于审判的特质 / 250

(二) 群体纠纷与法院调解的契合 / 251

(三) 法院调解群体纠纷产生的积极效应 / 253

二、法院调解群体纠纷的特别程序设计 / 256

(一) 重视律师在法院调解中的作用 / 256

(二) 群体诉讼的法院调解不以调审分立为原则 / 257

(三) 强化法院在调解(和解)中的管理职能 / 258

(四) 允许群体诉讼成立之前达成和解协议 / 260

(五) 关注调解协议的实际履行 / 261

第十五章 中国法官在诉讼调解中的角色变迁(1978—2014) / 263

一、司法职业主义下法院调解的走向 / 263

(一) 职业法官的代际更替已基本完成 / 263

(二) 法官理性选择的背后动因 / 265

(三) 裁判型法官的养成 / 267

二、在法制化与政治化之间摇摆 / 269

(一) 市场经济改革与裁判型诉讼的兴起(1978—1998) / 269

(二) 社会矛盾凸显期调解型法官再度回归(1998—2008) / 270

(三) 调解型法官的巅峰时期(2008—2013) / 272

三、未来的路:调解与裁判关系的再次逆转 / 275

(一) 司法服务政治的传统仍将延续 / 275

(二) 政治气候再次改变 / 276

(三) 判决型审判方式正在回归 / 277

后记 / 280