



# 诉讼调解的 司法效用研究

梁平 陈焘 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

河北省社会科学重要学术著作出版资助项目

中央高校基本科研业务费资助

# 诉讼调解的 司法效用研究

梁平 陈焘 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

诉讼调解的司法效用研究 / 梁平, 陈焘著. —北京: 法律出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8651 - 4

I. ①诉… II. ①梁… III. ①调解(诉讼法)—研究—中国 IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 258541 号

诉讼调解的司法效用研究

梁平 著  
陈焘

责任编辑 孙东育 黄琳佳  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 14 字数 330 千

印次 2015 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978-7-5118-8651-4

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序 言

司法改革是国家政治体制改革的重要组成部分,对推进国家治理体系和治理能力现代化具有十分重要的意义。2013年,最高人民法院主导下的人民法院第三个五年改革落下帷幕;2014年,中央全面深化改革领导小组明确提出纵深推进财税、司法、户籍改革,并指出在中央层面顶层设计和政策指导下进行,我国司法改革进入了“深水区”。以此为“风向标”,司法制度研究的问题意识日益突出、具体,研究风格更为適切、务实,在探究基础理论的同时,对实践中的司法现象予以高度重视,并立足于中国的司法图景,积极为制度改革献计献策。

此种转型,既源于司法改革的决策及其实施过程中对理论知识和司法技术的倚重,亦出自学术界对中国司法命题的觉醒性认知以及致力于实践性司法的时代使命,但根本上在于司法具有现实性,应当与特定的社会条件相适应,若脱离具体的社会语境空谈理论,对司法实践或许并无实际裨益。同时,制度改革成效如何,亦需透过现实的司法运行状况来认知并接

受其检验,若无视或忽视司法的现实样态而一味地谈改革,则无异于“闭门造车”,甚至因“朝令夕改”而导致“南辕北辙”。因此,司法制度研究与改革,均不可忽视司法的实践性本质,不能割裂司法与社会的天然联系,应立足于现实社会中运行的司法,考究其客观样态及其实际效用,从而使司法充分地发挥其功能。社会学分析方法为洞察和研究司法的客观运行提供了方法论,但学者对个别问题的实证研究多停留于方法、视角等的创新层面,鲜有学者认识到“司法效用”的重要性,迄今尚无学者将之作为一项理论命题予以深入研究。

司法效用即司法的效能和功用,是研究司法运行结果及其对社会的波及效应的理论工具,是分析民众对司法的利用率以及透过司法裁判结果来研究司法实现其既定目标之能力、司法功能实现程度、司法裁判结果产生的影响、社会对司法裁判结果的评价或接受与排斥的态度等的综合性概念。司法效用分析包括法律和社会两个不同的维度,其分析要素主要包括司法功能、司法主体、司法依据、司法行为、司法结果评价等,吸收了司法之法律效果与社会效果的概念,但外延与内涵均比后者广泛。司法效用理论的价值和意义在于,通过对与司法有关的诸多因素的综合考量,特别是同时立足于法律与社会的视角,为法官的裁判行为提供司法方法,可作为分析司法程序运行以及司法改革成效的理论指导。

调解被誉为“东方经验”,诉讼调解与司法判决相并列,是法院终结纠纷的重要方式,但理论界与实务界对其争论持久不息,其中不乏针锋相对的立场和观点。然而,实践中的诉讼调解尽管波折迭起,但作为一种纠纷解决方式,其实际效用不容否认。如何理性、客观、全面地审视诉讼调解,形而上的理论思辨自然是必要的审视视角,但运用司法效用理论对其现实运行状态予以综合分析,亦不失为一种可行的观察方法,而且更具针对性。秩序是法与社会共同的价值追求,作为一种民主、开

放、以“合意”为根本特征的程序,诉讼调解可满足当事人双方均为了谋求更广泛的利益而回归社会的强烈愿望,可为他们提供“法律阴影下”权利谈判与交易的“市场”,使其在多种法律化权利的优化组合中,得出各取所需且符合社会公共价值的、经交涉所得的比较正义,从而使个体权利、法律秩序与社会秩序的诉求均得到满足,使法律文明秩序与社会文明秩序相契合。因此,法律与社会维度中诉讼调解的司法效用具有统一性,但达此目标亦需一定的内外部条件。

鉴于对司法效用理论的研究尚未系统化,运用司法效用理论审视诉讼调解,首要的问题是对何为“司法效用”予以充分的理论阐释。因而,本书结构总体分为两部分:一是司法效用理论研究,解析有关概念,明确“司法效用”的内容,确定其分析维度,进而深入探究司法功能、司法主体、司法依据、司法行为、司法结果评价等分析要素,初步形成较为系统化的司法效用理论;二是诉讼调解的司法效用研究,基于民众对诉讼调解认知度的实证调研以及1980~2012年间诉讼调解与司法判决发展态势的数据比较,再现诉讼调解的历史变迁和现实样态,在此基础上,从外部运行机理、内部程序结构等层面分析诉讼调解司法效用的发挥空间,进而在民事诉讼法谱系中探讨诉讼调解可能的发展趋势。

为此,理论分析与实证分析是主要的研究方法,而价值分析所注入的道德衡量有效地避免了研究过程和结果陷入法律工具主义,但立足社会视野中考察司法或者说法社会学分析是理论建构和实证研究的基调,贯穿于本书的始终。司法效用是衡量和评价司法运行的一种理论视角,其突出特点在于纠正对法官思维、司法程序、裁判方法等的简单化、直线性认识,以及对法律与司法功能的迷信,乃至割裂法律与社会的联系性,试图运用法律和通过司法对社会进行单向改造,而忽略了法与社会的相互形塑。对司法效用分析要素的探讨即表明司法是一项复杂的社会性工程,司法效用是诸多因素的综合产出,该理论的建构与运

用均具有解析性,是对司法运行过程中各种关键要素的综合考量以实现司法之公正和法律法规之正义品性。诉讼调解作为一种客观的司法现象,对其进行主观认知和客观史料相结合的实证考察,可充分地再现诉讼调解的现实图景,是深刻地分析其效用发挥的现实条件和可能空间的基础和客观依据。可以说,诉讼调解的研究成果汗牛充栋,而司法效用理论体系的初步建构,以及基于对诉讼调解图景的实证考察,运用司法效用理论对其展开分析,专注于中国的司法问题,着力于视角与方法创新,侧重于理论突破和实践运用,是笔者多年来从事纠纷解决和司法制度研究的学术基点,本课题研究亦秉承这一风格。

实践中的司法多姿多彩,学术研究无止境,更多的开创性工作尚需继续努力,同时因笔者水平所限,文中难免存在不足,敬请读者批评指正。

作者 谨识

2014年11月16日

# 目 录

## 序言 001

## 第一章 司法效用理论 001

### 第一节 司法效用概念解析 002

#### 一、司法之真正含义 002

#### 二、效用之概念辨析 006

#### 三、司法效用之内涵 012

### 第二节 司法效用一维性与司法效果二分法之反思 029

#### 一、司法效用一维性及其局限 029

#### 二、司法效果二分法之反思 035

### 第三节 司法效用的二维性 093

#### 一、法律文明秩序建构与司法效用的法律维度 093

#### 二、社会文明秩序建构与司法效用的社会维度 097

#### 三、司法效用二维性与司法效果二分法之比较 104

## 第二章 司法效用的分析要素 114

### 第一节 司法功能:司法在社会结构中的意义 115

#### 一、司法功能的认知惯性 116

#### 二、诉讼目的论与司法功能的多维审视 122

三、我国司法的应然功能 131

四、司法功能的单一性及其实现 138

第二节 司法行为:能动与克制之司法哲学观 142

一、司法哲学观:不同语境中能动司法之解读 144

二、反思与弥合:司法效用理论中的司法哲学观 151

三、能动与克制:实践中的司法行为 162

第三节 司法结果:司法公正之二维评判与运用 170

一、司法公正的理论阐释 171

二、司法公正之二维评判 179

三、基于司法效用的法律论证 188

### 第三章 诉讼调解司法效用实证考察 199

第一节 民事一审案件诉讼调解总体发展态势 200

一、基于绝对指标的分析 200

二、基于相对指标的分析 212

第二节 婚姻家庭继承案件诉讼调解与司法判决的适用与发展态势 221

一、婚姻家庭继承案件占结案总数的比重 221

二、基于绝对指标的分析 224

三、基于相对指标的分析 232

第三节 合同案件诉讼调解与司法判决的适用与发展态势 239

一、合同案件占结案总数的比重 239

二、基于绝对指标的分析 241

三、基于相对指标的分析 255

第四节 权属侵权案件诉讼调解与司法判决的适用与发展态势 263

一、权属侵权案件占民事一审案件结案总数的比重 263

|                                 |         |
|---------------------------------|---------|
| 二、基于绝对指标的分析                     | 266     |
| 三、基于相对指标的分析                     | 277     |
| 第五节 三类案件诉讼调解与司法判决的适用与发展态势比较     | 286     |
| 一、三类案件占民事一审案件结案总数比重发展态势比较       | 286     |
| 二、基于绝对指标的分析                     | 293     |
| 三、基于相对指标的分析                     | 308     |
| 第六节 民事二审案件诉讼调解与司法判决的适用与发展态势比较   | 317     |
| 一、基于绝对指标的分析                     | 317     |
| 二、基于相对指标的分析                     | 328     |
| 第七节 民事审判监督案件诉讼调解与司法判决的适用与发展态势比较 | 336     |
| 一、基于绝对指标的分析                     | 336     |
| 二、基于相对指标的分析                     | 345     |
| 第八节 不同审级诉讼调解与司法判决的适用与发展态势比较     | 351     |
| 一、民事一审、二审、审判监督案件结案总数发展态势比较      | 351     |
| 二、民事一审、二审、审判监督案件调解率发展态势比较       | 358     |
| 三、民事一审、二审、审判监督案件判决率发展态势比较       | 362     |
| 第九节 地方法院的诉讼调解态势                 | 365     |
| 一、地方法院诉讼调解率分析                   | 366     |
| 二、地方法院诉讼调解实践的个别化分析              | 370     |
| 三、诉讼调解结案案件的强制执行                 | 373     |
| <br>第四章 诉讼调解司法效用的发挥空间           | <br>378 |
| 第一节 诉讼调解司法效用的运行机理               | 379     |
| 一、诉讼调解生成与演进中的秩序诉求               | 380     |

二、“政治—司法”逻辑下诉讼调解的异化 386

三、基于司法政策的制度供给 390

四、结语 393

第二节 诉讼调解司法效用之程序模式 393

一、诉讼调解与“调解型”审判方式 393

二、法律文明秩序与“判决型”审判模式 401

三、契约社会纠纷解决的程序构造 408

四、结语 417

第三节 民事诉讼法谱系中诉讼调解之可能未来 418

一、法律文明秩序迈向与社会文明秩序的契合 418

二、“基于理由的共识”与“交涉的正义” 423

三、诉讼调解与“沟通的程序” 427

四、结语 431

后记 433

## 第一章

### 司法效用理论

司法效用即司法的效能和功用,是指司法主体(法院)通过个案裁判所产生的现实结果以及该结果与法律价值、法律规则、民众需求、社会主流价值之间的契合程度,是反映法律规则是否得以适用、立法价值是否得以实现、司法功能是否充分发挥、民众司法需求是否得到满足、司法的现实结果与社会主流价值是否契合的综合性工具。司法效用具有法律与社会之二维性,此“二维”在法律文明秩序与社会文明秩序的构建和维护中既具有一致性,同时也存在某种紧张关系,所谓司法“法律效果与社会效果相统一”之理论命题与实践困惑即因应严格适用法律规则与社会正义诉求存在不一致或冲突而引起广泛关注。因此,对司法效用的正确评价以及由此对司法运行过程的倒逼性考量,应充分地认识到司法效用的二维性以及二者的关系;同时,基于当前两种不同建构立场和话语权之反思,我国司法改革应以民众的现实需求为立足点和归宿,唯此,才能更好地发挥司法效能并产生良

好的司法效用。

## 第一节 司法效用概念解析

“司法效用”即“司法的效用”，语词结构上，由“司法”与“效用”这两个实词构成。因此，分析“司法效用”的基本内涵，应首先对“司法”与“效用”作出明确的界定。

### 一、司法之真正含义

一般而言，“司法”被作为一个约定成俗的词使用，我国《宪法》以及《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》等法律中均未出现该词。学理上，“司法”有广义与狭义之分，学者根据不同的语境和讨论对象作出必要的说明。

#### （一）广义的司法

从广义上讲，司法又称为“法的适用”，是指国家司法机关依据法定职权和法定程序，具体应用法律处理案件的专门活动，不同于其他国家机关、社会组织和公民实施法的活动，具有职权的法定性、程序的法定性、裁决的权威性等特点。<sup>①</sup>因此，所谓“司法”即国家司法机关以案件为中心进行的法的适用的活动，其具有三个层面的特定内涵：

一是司法主体的限定性。只有国家司法机关进行的“法的适用”活动，才可称为“司法”，其他任何主体也存在“法的适用”行为，但其行为的性质有别于司法主体，具有不同于“司法”的特性，因而，这些主体的

---

<sup>①</sup> 参见刘作翔：《法理学视野中的司法问题》，上海人民出版社2003年版，第2～3页。

行为不能被称为“司法”。

二是司法主体行为的特定性,即“法的适用”。换言之,司法主体从事的“法的适用”之外的其他行为或活动均不可称为“司法”,但这并不意味着“法的适用”是司法主体唯一的行为。事实上,一方面,“法的适用”本身是一个意蕴深刻、内涵丰富的概念,是由数个行为构成的综合体,在实践中涉及多个具体的行为主体(即“司法者”个人),因而,司法行为是由一系列“法的适用”行为的集合;另一方面,“法的适用”并非一项孤立的活动,其不仅涉及人、财、物等硬件环境,而且还需要充分的制度、文化等软环境的支持,因此,司法主体的行为大体上包括将法律适用于案件的核心行为和与之相关的辅助事项,唯独上述的“核心行为”才可谓之“司法”。当然,按照学理分析的一般思路,又可将司法行为分为广义和狭义,但严格地讲,尽管司法主体从事的“辅助事项”是为“法的适用”服务的,且必不可少,但这些事项未必直接地作用于个案,将其纳入所谓“广义的司法行为”是不准确的,司法行为仅指司法主体将法律直接适用于个案的行为。

三是“案件”是司法主体从事司法行为的纽带。司法主体与司法行为之间通过“案件”发生关联,如果不存在具体的案件,司法主体便失去了其存在的意义,司法主体的司法行为便无从发生。因此,“案件”的存在,赋予了司法特定的功能,限定了司法主体特定的职能,明确了司法行为的具体指向和基本内容。

上述三个层面,宏观上限定了“司法”的界限,使这一抽象的概念趋于清晰、具体。但对这一概念不惜笔墨予以近乎累赘的解读,其意义并不限于此。何为“司法”,堪称一个古老的话题,尤其是自近代资产阶级革命提出“三权分立”学说以来,对其研究日渐弥新,虽不乏老生常谈,但却仍饶有兴趣,也令无数学人颇伤脑筋,似乎难以识别“庐山真面目”,因为无论理论还是实践中,对“司法”外延的研究视角可谓无穷,针

锋相对的观点也林林总总,这种复杂而近乎混乱的状态,既反映了“司法”之繁景,也表明达成“共识”存在很大难度。繁荣景象固然值得庆幸,歧见固然可彰显学术的生命力,但这些“歧见”也可能鱼目混珠,对学术研究形成障碍甚至引入歧途,特别是对于以实践理性为特征的司法而言,既要善于接纳歧见,也需要尽可能地形成共识,只有这样,才有助于司法这一独特的实践性事业。如何理性地对待“歧见”和致力于形成共识,关键在于从内涵上对“司法”予以正确地理解和把握,“司法”的内涵便是一个根本性的问题,对与“司法”有关的任何问题的探讨,均不应偏离其内涵。有感于此,前文对司法内涵的基本理解,贯穿于本书的整个论述中,是行文的支点。

## (二)狭义的司法

司法主体、司法行为、案件是“司法”的三个基本节点,对“司法”的广义或狭义理解,源于对司法主体的不同认识,因为“司法行为”“案件”尽管也具有复杂性,但其指向是特定而单一的,仅是理解的视角不同而已。与此不同,“司法主体”即何为“国家司法机关”,无论法律文本还是理论与实践,均因情势而定。

一般而言,国家司法机关指的是法院和检察院,在正式的法律文件中,前者被定义为“国家的审判机关”,后者则为“国家的法律监督机关”。刑事诉讼中,由于公安机关(包括国家安全部门等)、检察院、法院在追诉犯罪中承担着不同的职能,三者是“相互分工、相互配合”的关系,因而,在广义上,司法机关还包括刑事诉讼中的公安机关。

逻辑上,概念的界定标准应具有纯粹性,双重、多重或交叉的标准无法从根本上厘清不同事物之间的本质区别。尽管国家政治权力划分以及由此形成的国家机构,是由国家政体所决定的,我国实行的是由人民代表大会产生的“一府两院”制,同时,民事诉讼、刑事诉讼和行政诉

讼具有不同的诉讼原理,但从三大诉讼中各个国家机关的职能来看,真正意义上的法律适用权仅由法院行使,公安机关和检察院在刑事诉讼中的地位类似于民事诉讼中的“原告”(二者对“原告”的角色进行了分解),其功能在于提起“诉”的行为,使“诉”得以发生,并在与被告人(及辩护人)的交涉中推动“诉”的进程,法律如何适用,这二者均不享有决定权。因此,严格意义上的“司法”,不因上述三大诉讼而导致司法主体的扩张,也不因国家机构设置不同而导致司法主体的多元化。对“司法主体”的理解,必须立足于“司法”的基本内涵,并还原到对“司法”的基本定位中。概言之,对“司法”的基本要素的诠释,解析着“司法”,使“司法”一词具有明确性;反之,对“司法”的诠释,也限制着对“司法”基本要素的理解,二者是相互诠释、相互解析的过程,对任一方的内涵赋予新的内容,将会导致其外延发生变化,同时也对另一方产生连带影响,必然会导致二者不具有同一性。事实上,对“司法主体”的界定,尽管可能会受到法律规范等的影响,但根本上应立足于“司法行为”,看该主体是否从事“法的适用”行为,是否对“法的适用”具有决定权;也应立足于“案件”这个纽带,其“法的适用”行为是否具有裁断性。显然,公安机关和检察院均无法与这一标准完全吻合,此即概念与其构成要素的相互诠释、相互解析、相互限定。

基于这种理解,尽管文中采用了惯常的“广义的司法”与“狭义的司法”的分类,但这仅是形式上的,“司法主体”只能是法院,“司法”的内涵是单一的,只有法院适用法律的活动才可称之为“司法”。在“广义的司法”部分,对“司法”的三个基本节点的解读以及本部分对“司法主体”的分析,使“司法”的内涵得以纯化。自然,也就不存在将司法主体分解为所谓的广义与狭义,然后将之分别镶嵌于“广义的司法”概念中以取代“国家司法机关”的表述,形成学理上所谓的广义与狭义司法之分。当然,学术探讨的严谨性与用语习惯的盖然性并不发生根本冲突,

由于人们日常习惯中对“司法”已形成了这种不同的理解,照顾用语习惯,此处所言之“司法”即所谓狭义的司法,但仍需强调,“司法”仅有“狭义”一义。

## 二、效用之概念辨析

对概念的辨析,既不能离开其本义,同时亦需深刻理解不同学科领域的特定用法,经济学中的效用理论为研究“效用”之内涵可提供恰当的视角。

### (一)效用之语词释义

“效用”一词在法学研究中应用较少,但在经济学中属于一个非常重要的概念。根据《现代汉语词典》的释义,“效用”,意指“(名词)效力和作用”,<sup>①</sup>该词源自“效”,而“效”之义为“(名词)效果;功用”。<sup>②</sup>

以“效”和“效用”为直接解释对象,对有关字词予以进一步释义,“效力:(名词)事物所产生的有利的作用”,<sup>③</sup>“作用:(名词)对事物产生的影响;效果;效用”,<sup>④</sup>而“效果”则是指“(名词)由某种力量、做法或因素产生的结果(多指好的)”,<sup>⑤</sup>“影响:(名词)对人或事物所起的作

---

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆2012年版,第1439页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆2012年版,第1438页。

③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆2012年版,第1438页。

④ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆2012年版,第1744页。

⑤ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆2012年版,第1438页。