



司法调解语言及其效用研究

RESEARCH ON THE LANGUAGE OF JUDICIAL MEDIATION AND ITS UTILITY

程朝阳◎著



中国政法大学出版社

司法调解语言及其效用研究

RESEARCH ON THE LANGUAGE OF JUDICIAL MEDIATION AND ITS UTILITY

程朝阳◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

司法调解语言及其效用研究/程朝阳著. —北京：中国政法大学出版社，
2015. 8
ISBN 978-7-5620-6249-3

I. ①司… II. ①程… III. ①调解（诉讼法）—法律语言学—研究
IV. ①D90-055

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第195584号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	12
字 数	300 千字
版 次	2015 年 8 月第 1 版
印 次	2015 年 8 月第 1 次印刷
定 价	42.00 元



本书为法治建设与法学理论研究部级科研项目成果
本书由“山东省民商法重点学科”出版基金资助

内容摘要

首先需要说明一点：本书是关于司法（法庭）调解语言的使用（话语）研究，司法调解话语作为本研究的核心概念，贯穿于整个著作始终，将各章节内容串联成一个有内在逻辑联系的意义整体。本书的主体部分包括司法调解话语本体（结构、行为）和司法调解话语在法庭特定语境下的功能，即司法调解话语与各种语境要素（目的、角色、权力、修辞）之间的互动两个维度。当然，这种所谓本体与功能/效用的（或语境互动的）区分，并不是彻底的、绝对的，在具体章节针对具体问题展开论述的过程中，两者常常会相互交错、相互参照、相互补充。

因此，本书在结构安排上，除作为引论和导入部分的第一章、第二章和作为结论部分的最后一章（第九章）之外，文章的主体按照侧重内容和分析角度的不同可划分为两大部分：第一部分包括第三章和第四章，第二部分包括第五至第八章。相比较而言，第一部分主要是一种去语境的（de-contextual）、本体的、静态的分析，第二部分则更多的是一种语境的（contextual）、功能的、动态的研究，两个部分结合在一起，试图通过一静一动、本体与功能并举的分析，全面揭示出我国司法调解语言及其使用的真实面目。这两大部分共同构成了本书的



核心。

在第一章的引论部分，我们将对学界就本书所涉及的论题——调解——所做的一般性研究进行介绍，将现有研究成果归类为两种（或三种）不同的理论路径，并简要论及它们各自的优势和不足（缺陷），继而提出本书所要采取的独特的“语言学”进路。接下来的第二章是对本书内容的一种概要式的介绍，首先对本书所属的法律语言学这一学科的产生、发展和研究现状做了一番粗略的梳理，目的是为本书将要展开的我国司法调解语言的语用研究提供一个完整的学科背景和理论框架。随后，作者比较详细地介绍了法律语言学（或司法语用学）的一个十分重要的分支——本书将要具体完成的司法调解语用学研究的一些基本情况，包括本书的主要内容、理论基础和研究方法等，以作为对本书正文的一种导入。

本书正文的第一大部分，即本书的第三章和第四章，是对我国法庭调解话语的一种静态分析，换言之，主要是一种脱离语境的、将语言（话语）作为对象的描述性研究。第三章（司法调解的语言结构）描述了整个法庭调解话语的结构，包括宏观上与整个调解过程相关的结构模式和微观上与具体的调解话语活动、话语行为相关的话语互动模式。第四章（司法调解的语言行为）是关于调解话语行为本身的论述，在这一章中，作者对与话语行为相关的各种理论、研究成果进行了梳理，并结合实际语料，具体分析了不同话语行为的功能和作用。

从第五章开始一直到第八章，是本书正文的第二大部分。如果说正文前一部分的内容主要是一种脱离语境的、本体的、静态的分析，那么这一部分的内容则更多的是一种语境结合

的、功能的、动态的研究。第五章（司法调解语言与角色）作为第二部分的开始章节，首先论述了法庭调解话语作为一种机构话语的性质和特征。本书作者认为，法庭调解话语作为机构话语的典型形式，主要是由法庭话语中的角色、话语目的、话语策略、话语中的权力使用等要素构成和决定的，并通过这些要素与各种话语之间的互动展现出来。因此，第五章的余下部分以及第六章、第七章、第八章可以说是对我国司法调解话语机构性质的进一步延伸和拓展，都是以调解话语的机构性作为论述的基础和前提的。在第五章随后的内容中，作者分别从社会学和语言学的角度具体考察了调解话语中的“角色”（话语活动中的社会角色和话语角色）概念，以及我国司法调解活动中的角色扮演与调解语言使用之间的互动关系。

第六章（司法调解语言与权力）对法庭调解机构话语中一个十分重要的变量——权力作出了探讨。本章从“权力”概念的社会学考察开始，描述了话语与权力之间的关系和前人对法庭话语中的权力问题的研究，并在此基础上通过真实的语料示例，对法庭调解话语与权力互动作出了自己的论述。

在第七章（司法调解语言与目的）中，作者从学者们对人类行为的目的性、话语中的目的问题的研究出发，认为法庭调解话语行为属于目的性、社会性的行为，以此为基础具体论述了法庭调解话语中的目的和目的关系，以及目的和目的关系与话语运用之间的互动。

在第八章（司法调解语言与修辞）中，作者认为，调解就是一门言辞说服的艺术，说服性是调解话语的基本属性。作者接着对西方古典修辞学中以理性说服为特征的人文传统进行了考察，认为代表这一传统的亚里士多德（Aristotle）的说服



修辞学思想与调解的说服力有着内在的一致性、契合性，亚里士多德修辞学中论及的说服技巧可以创造性地运用于法庭调解话语实践，以增强调解话语的说服力，实现调解活动的说服目的。

第九章是本书的结论部分，尝试着对我国司法调解活动中的语言使用的合法性和规范性问题做出初步的分析，并总结了本书的主要内容、重要发现和可能启示，指出了本研究的特点与创新之处，以及其中存在的不足和未来研究的设想。

目 录

内容摘要 / 001

- 第一章 引论：调解研究的语用学进路 / 001
 - 第一节 调解研究的三种理论路径 / 003
 - 第二节 “乡土进路”的调解研究 / 008
 - 第三节 调解研究的语用学视角及其理据 / 011

- 第二章 司法调解与语言 / 024
 - 第一节 法律与语言研究 / 031
 - 一、语言作为对象的研究 / 037
 - 二、语言作为过程的研究 / 038
 - 三、语言作为工具的研究 / 039
 - 第二节 司法调解语用学——本书研究概述 / 042
 - 一、理论基础 / 042
 - 二、研究框架和分析方法 / 078
 - 第三节 几点说明 / 089
 - 一、语料 / 089
 - 二、语境要素 / 091
 - 三、术语使用 / 092



第三章 司法调解的语言结构 / 094

第一节 法庭调解话语的宏观结构 / 097

第二节 法庭调解话语的微观结构 / 106

第三节 小 结 / 112

第四章 司法调解的语言行为 / 115

第一节 作为社会行为的话语行为：几个关键词 / 117

一、行为与社会行为 / 117

二、互动行为与作为互动行为的对话 / 121

第二节 作为意义单位的话语行为：从奥斯汀到塞尔 / 124

第三节 话语行为的分类 / 128

第四节 法庭调解话语行为研究——以“是吧”一词为例 / 130

一、调解人的话语行为 / 133

二、被调解人的话语行为 / 159

第五节 小 结 / 163

第五章 司法调解语言与角色 / 165

第一节 作为机构话语的法庭调解语言 / 165

第二节 角色理论：社会学的考察 / 171

第三节 话语中的角色 / 176

第四节 法庭调解话语与角色 / 183

一、法官的角色 / 188

二、当事人的角色 / 196

第五节 小结：法官怎么就是法官？ / 200

第六章 司法调解语言与权力 / 203

第一节 社会学意义上的权力概念 / 205

第二节 话语与权力 / 213

第三节 法庭话语与权力研究 / 220

第四节 法庭调解话语中的权力运作 / 228

一、话轮分配与管理 / 229

二、打断与重叠 / 231

三、重复 / 235

四、有力话语与无力话语的使用 / 238

五、使用评论 / 240

六、话题管理与控制 / 242

七、重述 / 244

八、提出警告、维持秩序 / 245

九、使用问话 / 247

第五节 小结：调解真的是中立的吗？ / 251

第七章 司法调解语言与目的 / 257

第一节 人类行为目的论 / 258

第二节 话语行为目的观 / 264

第三节 话语行为目的研究 / 266

第四节 法庭调解话语中的目的和目的关系 / 269

第五节 法庭调解话语与目的 / 272

一、目的与话语结构 / 273

二、目的与话语内容 / 279

三、目的与话语方式 / 284

四、目的与话语策略 / 286

第六节 小结：以沟通性消解目的性？ / 291



司法调解语言与修辞 / 296

第一节 法庭调解话语的说服力 / 299

第二节 西方古典修辞学的人文传统：亚里士多德的说服修辞 / 301

一、亚里士多德的修辞定义 / 304

二、亚氏修辞的三种属类 / 305

三、说服论证的三种技术手段或形式 / 307

第三节 法庭调解话语中的说服修辞探析：以亚里士多德的古典修辞学为视角 / 311

一、调解导入阶段 / 312

二、事实陈述阶段 / 314

三、问题澄清阶段 / 317

四、提议办法阶段 / 320

五、挑选办法阶段 / 322

六、达成一致阶段 / 325

第四节 小结：修辞学死了吗？ / 328

总结：司法调解语言研究的启示、问题及其他 / 332

第一节 主要发现 / 337

一、在法庭调解话语的结构方面 / 337

二、在法庭调解参与者（交际主体）的话语行为互动方面 / 338

第二节 可能的启示 / 345

第三节 关于司法调解语用学 / 350

第四节 本书的创新与不足 / 351

参考文献 / 353



第一章

引论：调解研究的语用学进路

中国传统法律文化素以民间百姓“厌讼”、“恶讼”、“畏讼”，官家政府遏制“兴讼”、“好讼”、“架讼”，追求“两和”而达致“无讼”的理想社会状态为特征，因此，通过调解方式而非诉讼途径（俗称“打官司”）解决争端，自古以来就是中国百姓和庙堂官府的优先选择。虽然事实上调解并非只是“东方经验”或“东方一枝花”，而是古往今来世界各国诸族人民纠纷解决的普遍实践，^{〔1〕}但是和欧美国家相比，由于深受经由漫长的

〔1〕 例如，我国台湾地区和香港特区很好地继承了中华传统文化，其中就包括调解息讼的传统。据学者研究，我国台湾地区重视借助民间力量发展调解，社团调解和仲裁调解较为发达，同时，行政调解亦发挥着纠纷解决的中坚作用，这是我国台湾地区调解制度的一个十分重要的特色。香港地区以坚持由法庭以外的专业人士进行调解，即所谓的转介制度（referred system）为特征，调解制度则朝着市场化、职业化的方向发展。尽管两地制度有所不同，但他们都有公正的司法和成熟的法治与之衔接和配合。美国的调解制度最早可追溯至美国的殖民地时期，近年来更是以替代性纠纷解决机制（ADR）的形式在其发达的法治空间快速成长，几乎成为纠纷解决的主要手段，并引领了ADR发展的世界潮流。在法国，通过调解的方式解决劳资纠纷一直是其传统做法，确立了劳资纠纷调解委员会制度，有着悠久的历史。法国的劳资纠纷调解委员会（Conseil de Prud'hommes）制度起源于中世纪，其作为特别的初级审判机构，专门负责调解和审理私法领域雇主和雇员之间以及雇员相互之间的工作合同纠纷。近年来更是获得了极大的发展，在裁决劳动争议，疏导劳资矛盾方面功不可没。参见徐昕主编的《调解：中国与世界》（中国政法大学出版社2013年版）第9~11章的相关论述（第168~169、179~187、188~197页）。



人治社会日渐累积成熟的人治模式和根深蒂固的人治思维的影响,加上“法治”不彰的社会现实,使得这种“和为贵”的思想在现代中国社会依旧根深蒂固,以至于调解息讼在现代中国的纠纷解决机制中仍占有非同寻常的重要地位,尤其是近些年来,“回到调解”更是成为中国民事司法改革最醒目的变化之一。^{〔1〕}

和这种颇受推广的司法实践相对照,20世纪90年代以后的很长一段时间,中国法学界却对司法调解一直持批评态度,他们和美国耶鲁大学教授欧文·M. 费斯(Owen M. Fiss)一样,认为调解与现代司法和法治目标相悖,是“二流的正义”^{〔2〕},其势

〔1〕 香港大学法律学院教授傅华伶认为,“回到调解是近年来中国民事司法改革最醒目的变化之一。民事司法改革的起源可追溯至1979年,而尤以2006年之前那10年为甚。这一政策转向的标志就是从着重判决回到着重调解。在2006年,最高人民法院公开承认司法改革的部分失败,并发布了一系列司法解释来引导法官通过法院调解来解决争端。这一政策出台之后,地方法院纷纷调整其激励机制以鼓励和奖励法官在解决争端时优先适用调解。律师和法学家也开始重新发掘法院调解的效率、效益及其人道精神。”他指出,我国的司法调解经历了兴起、消退与再度兴起这样一个演变的过程:自新中国成立至20世纪80年代末,中国共产党意识形态要求法院通过民主方式解决纠纷,通过说服与教育当事人的方式,而不是通过依法判决的方式解决争端。在这一意识形态的影响下,法院普遍将调解作为解决争端的基本方式;自1988年以后的将近20年,最高人民法院通过一系列旨在使民事诉讼程序正规化和职业化的改革,使得各级法院实现了一定程度的机构自主,民事司法领域的职业化与法治逐步建立起来,直接导致20世纪80年代末到21世纪初法庭调解稳定而又显著的下降;然而,由于上述改革缺乏真正的政治资源,司法改革的进程和民事司法的独立性都没有加强。随着社会冲突的加剧,出于司法效率的考量,近年来着重于对法院调解的推广,出现了法院调解的回归。参见傅华伶:“回到调解?中国民事司法改革的局限”,载徐昕主编:《调解:中国与世界》,中国政法大学出版社2013年版,第27~28页。相关论述亦见范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第417页;武红羽:《司法调解的生产过程——以司法调解与司法场域的关系为视角》,法律出版社2010年版,第1~4页。

〔2〕 Owen M. Fiss, “Against Settlement”, *Yale Law Journal*, Vol. 93, 1984, pp. 1073-1090. 转引自徐昕主编:《调解:中国与世界》,中国政法大学出版社2013年版,第309页。

必会给法治和审判造成冲击，不利于我国法官的职业化，“并在指出司法调解存在的各种实际问题之后，提出了各种否定或改革调解的提案”。但随着诸多实证研究（如有学者号召“到村庄生活中研究调解”^{〔1〕}）的展开，民事诉讼法学界日渐关注司法调解中当事人的意思自治这一重要方面，基于对调解这种纠纷解决方式的社会效果的现实主义考虑，开始对调解制度的存在及其功能和价值予以肯定，“但其讨论多限于制度的设置方面，比如主张以和解代替调解、完全施行调审分立，等等”。^{〔2〕}到21世纪以后，由于受欧美等法治国家不断高涨的ADR（替代性纠纷解决）运动之影响，加之国家权力机关为防止社会矛盾集中爆发危及国家和社会稳定，出于对有效抑制纠纷化解社会矛盾的需要而对调解重又产生兴趣，中国学界因此更加重视并加强了对调解的研究。

第一节 调解研究的三种理论路径

按照强世功的归纳梳理，学界对调解的研究大致沿着以下三种路径或范式展开，即调解的社会功能分析、文化解释和权力技术分析，这样三类不同的研究进路构成了中外学者理解调解制度和调解实践的三种不同的理论路径或立场。功能主义的进路试图消除附着在文化概念上的形而上学的迷雾，将文化理解为一种社会功能的反应，由此建立不同文化之间的共同性。但是，这种功能主义的理解所采取的概念框架或分类体系恰恰是特定文化的产

〔1〕 陈柏峰：“调解、实践与经验研究”，载徐昕主编：《调解：中国与世界》，中国政法大学出版社2013年版，第15页。

〔2〕 武红羽：《司法调解的生产过程——以司法调解与司法场域的关系为视角》，法律出版社2010年版，第4页。



物,“对‘远方文化之谜’的功能分析实际上是用理解者的文化分类体系来肢解这些被理解的整体文化”,^[1]直接导致了法律人类学中关于调解研究的“外部视角”和“内部视角”的争论和分歧。功能主义进路作为一种侵入式的外在视角,显然需要另外一种自省式的内在视角作为补正,后者认为不能仅仅通过外在的现象观察将调解视为一种纠纷解决机制,而应当进一步地将这种纠纷解决方式放在其自身所处的特定文化背景当中去理解,将其视为一种建构社会事实的文化实践。这使得部分调解研究者着重于揭示调解制度和调解实践的文化意义或文化品格,由此形成了与功能分析相对应的文化解释的方法。在这种文化解释的路径之下,调解不仅仅是一种纠纷解决方式,它还是特定文化的产物,具体就中国的调解而言,它作为一种普遍的制度安排和社会实践,体现了中国人关于社会秩序乃至宇宙秩序的美好愿景和理想构造,体现了一种特殊的文化价值取向,是传统中国儒家文化追求自然秩序和谐的产物和中华民族人生智慧的体现。^[2]然而,文化解释的进路也有自己的局限性,一如强世功所指出的那样,“这种文化解释面临的困难不仅仅是相对主义的诘难,更主要的是面临文化决定论的危险,因为文化的变迁是无法通过文化自身来说明的”,^[3]只能从构成社会系统的各要素之间的相互关系(互动)中得到解释。按照社会系统和社会结构理论,文化不仅仅是决定人们行动的意义体系的一部分,而且也会构成人们行动策略的一部分,是一种行使权力的技术,因此调解制度及其实践

[1] 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2002年版,“导言”第1~2页。

[2] 梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版;梁治平:《寻求自然秩序的和谐》,中国政法大学出版社2002年版。

[3] 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2002年版,“导言”第1~2页。

不仅建构了文化意义上的社会事实，而且会再生产权力关系和社会结构，这就使得调解研究不能仅仅停留在对调解作为一种纠纷解决方式的功能分析或是对调解作为一种特定文化产物的文化解释上，还需要对调解作为一种权力运作面相和社会系统展开做微观分析，这就是调解研究的第三种路径——权力技术分析的进路。

简单说来，上述三种不同的理论路径分别围绕调解的三个不同的主题或方面——功能、文化和技术——展开，基本构成了国内外调解研究之主体。^{〔1〕}当然，不同的理论路径或者理论范式的区分也只是相对的、“理想型”的，不过是研究者为了更好地理解问题而采取的学术方法或者策略。^{〔2〕}在调解研究的上述三种不同的理论路径当中，后一路径更是在批判却又包含前一路径或以前一路径为背景的基础上所做的补充和发展。例如，强世功等人正是因为看到了调解制度的文化解释〔以梁治平、黄宗智、柯恩（Jerome A. Cohen）等人为代表〕和功能分析（一般性的调解研究）的诸多缺陷，因此采取上述第三种理论进路，放弃将调解制度作为体现文化传统普遍性或制度构造普遍性的法律实践来加以处理，而是将它作为中国历史进程中一个独特的“历史事件”、一种“地方性知识”来对待，在福柯（Michel Foucault）的“知识考古学”和“谱系学”的意义上理解调解，运用“关系/事件”的分析方法，将调解和执政党的意识形态、组织技术等结

〔1〕就笔者的资料查询所及，国内的调解研究除上文引注所提及的梁治平、强世功、徐昕等人的编著或专著之外，还有季卫东、王亚新、黄宗智、范愉、何兵等人的著作和论文；海外的调解研究主要包括日本学者高见泽磨、棚濑孝雄、小岛武司和伊藤真等，以及我国台湾地区学者和美国学者的相关研究文献。总体说来，他们的调解研究尽管具体内容不同，但在理论进路上大多不外功能、文化和技术这三个不同的方面。关于国内外学者的调解研究的具体情况，下文还会有详细论述，见第7页注2、第14页注1。

〔2〕强世功也坦承这一点。参见强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2002年版，“导言”第2页。