



西南政法大学多元纠纷解决机制丛书

总主编 唐 力

本书是教育部人文社会科学课题“审判荫影”下调解合意诱导机制研究——以我国民事诉讼法调审合一程序为基础（项目编号：10YJA820096）的最终研究成果

Law

诉讼调解合意 诱导机制研究

唐 力 等 ● 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

Law

诉讼调解合意 诱导机制研究

唐 力 毋爱斌 谷佳杰 高 翔 易晓东 ● 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

诉讼调解合意诱导机制研究/唐力等著. —厦门:厦门大学出版社, 2016. 10
ISBN 978-7-5615-6250-5

I. ①诉… II. ①唐… 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(2016)第 235279 号

出版人 蒋东明
责任编辑 甘世恒 邓 臻
美术编辑 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市金凯龙印刷有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 14.75
插页 2
字数 220 千字
版次 2016 年 10 月第 1 版
印次 2016 年 10 月第 1 次印刷
定价 60.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

本书是教育部人文社会科学课题“审判荫影”下调解合意诱导机制研究——以我国民事诉讼法调审合一程序为基础（项目编号：10YJA820096）的最终研究成果



目 录

绪 论:问题与方法	1
一、问题缘起	1
二、选题价值	3
三、研究进路	4
四、研究方法	6
第一章 我国诉讼调解的历史变迁与实践考察	8
一、调解制度的历史变迁	9
(一)“调解初创”期:1931—1949 年	9
(二)“调解为主”期:1949—1982 年	14
(三)“着重调解”期:1982—1991 年	18
(四)“自愿合法调解”期:1991—2003 年	20
(五)“调解复苏”期:2003—2012 年	23
(六)“调解重构”期:2012 年至今	29
二、诉讼调解的实践考察	35
(一)诉讼调解制度的实施状况	36
(二)诉讼调解制度的评估分析	47
第二章 诉讼调解合意生成的法理基础	53
一、协商性司法的理论分析	53
(一)协商性司法理论的兴起	53
(二)互利的正义:协商性司法的正当性基础	58
(三)对话与妥协:协商性司法的基本运作机理	64
(四)程序性:协商性司法的制度框架	66
二、诉讼与调解之法理及程序构造	69



(一)“合意”与“强制”:解决纠纷的不同构造	71
(二)审判模式中合意生成的契机	78
(三)我国诉讼调解中合意生成的制度悖论	81
(四)我国诉讼调解制度改革的路径选择	84
三、诉讼调解合意诱导机制的理论模型	94
(一)调解合意生成的法理	97
(二)我国诉讼调解的实践检视	103
(三)我国诉讼调解合意生成之程序保障	108
第三章 调审程序分立及其程序结构	118
一、调解作为审判权运行方式的必要性	120
(一)调解是我国法院解决民事纠纷的传统,积累了丰富的经验 ..	120
(二)现代司法应当为民众提供更为便利的司法服务	121
(三)我国社会治理的需要	122
二、审判程序与调解程序分立设置	124
(一)调解先行的程序关系	124
(二)调解失败后的程序转换	127
三、调审分离后的审判程序	128
(一)基本原则体系	129
(二)对审的程序结构	130
(三)构建安定、可预测的诉讼程序	130
(四)完善的判决结果归责体系	132
四、调审分离后的调解程序	132
(一)裁量适用调解	133
(二)调解程序的结构	136
(三)程序的经过不具有拘束力和“扩张性”	138
(四)多元化的调解模式	139
(五)调解的方式	141
(六)调解合意的生成方式	143
第四章 审判程序对调解合意生成的引导	145
一、审判程序预测功能对合意生成的引导	145



(一)我国审判程序检视	146
(二)审判程序改革与合意生成机制的构建	154
二、案例指导制度对合意生成的引导	158
(一)案例为当事人提供了协商的参考依据	161
(二)案例在一定程度上能够修正当事人的诉讼预期	162
(三)案例能够更容易促成当事人合意的形成	162
第五章 费用及时间成本对调解合意生成的引导	164
一、费用成本对调解合意生成的引导	165
(一)诉讼费用制度一般分析	166
(二)我国诉讼费用政策的文本分析	171
(三)诉讼费用促成调解合意的正向激励机制	173
(四)诉讼费用制裁对合意形成的引导	178
二、时间成本对调解合意生成的引导	184
(一)时间成本的一般分析	184
(二)构建多轨纠纷解决机制满足当事人的程序利益需求	186
第六章 法院附设调解机制	191
一、法院附设调解的实践与模式选择	191
(一)法院附设诉前调解兴起的现实基础	193
(二)对法院附设诉前调解两种实践模式的分析	196
(三)两种调解机制的性质与模式选择	198
(四)司法性法院附设诉前调解机制设立的构想	202
二、法院附设型人民调解及其运作	206
(一)什么是法院附设型人民调解	207
(二)法院附设型人民调解为什么兴起	210
(三)法院附设型人民调解机制的效果评估	213
(四)法院附设型人民调解实践存在的不足	216
(五)法院附设型人民调解机制的完善	218
三、非讼调解协议司法确认程序	220
(一)对非讼调解协议相关司法解释的评价	221
(二)司法确认程序性质的认识	223



(三)司法确认裁定的既判力问题	225
(四)关于司法确认的救济问题	227
(五)司法确认程序与调解协议争议诉讼程序之关系	229
(六)完善调解协议司法确认程序的建议	230
后 记	232



绪论

问题与方法

一、问题缘起

诉讼调解又称法院调解,是我国民事审判中最具有特色的一项制度。我国现代意义上的调解制度直接渊源于抗日战争时期中央苏区和陕甘宁边区及各解放区人民政权的司法制度,尤其是以马锡五审判方式为基础的诉讼调解制度,“在新中国成立后的一段时间内,充当着我国主要的社会纠纷解决方式”。^①新中国成立后,1950年7月26日,最高人民法院在全国司法工作会议中明确指出:“人民法院必须始终重视调解工作,诉讼中的调解是我国审判制度的一个必要组成部分。”此后,诉讼调解制度在司法政策层面备受青睐。1958年毛泽东提出了“调查研究、调解为主、就地解决”的“十二字基本方针”,后发展为“依靠群众、调查研究、调解为主、就地解决”的“十六字方针”,改革开放后发展为“着重调解”,以及“自愿合法调解”。这些诉讼调解的司法政策对法院调解工作产生极为重要的影

^① 李荣棣、唐德华:《试论我国民事诉讼中的调解》,载《法学研究》1981年第5期。



响。近些年来,全国民事一审调解结案率基本上保持在50%左右。由于调解的作用被任意放大,以至于民事诉讼立法和实务操作表现为“调解型”的程序结构,在本应表现为当事人主张、证明,法院居中裁判的程序结构,“蜕化”为法官形成“正确”的解决方案说服当事人接受该方案的所谓“合意”的程序结构,在这里,当事人接受法官提出的解决方案的“合意”构成了程序展开的主要目标。这种在裁判程序中所实施的带有一定“强制性”的诉讼调解,不免会产生消极后果:当事人任意反悔、拒不履行已生效调解书所约定的义务,以及为了避免法官违法调解而不得不在制度上提供再审救济等,这些都使得调解所具有的灵活、经济、迅速和更符合实际情况的解决优势在一定程度上被消解,以至于在实践和理论研究上引发了对诉讼调解制度的深刻反省。

对此,学术界对诉讼调解的相关问题进行了深入分析和探讨,提出了一些建设性的改进思路,比如提出了“调审程序分离”“取消诉讼调解、完善诉讼和解”等观点;司法实践也进行了有意义的改革尝试,比如法院建立的“调审对接机制”“人民调解员进法院”“立案调解”等。从既往学术研究和司法实践改革的总体情况来看,其主要是注重对调解与判决法理的研究,特别是侧重在审判程序中诉讼调解对法院判决正当性影响的分析和调审分离的制度论证;法院近期的改革也多是基于形势上的需要而并非是对调审关系的科学构建。这些研究和改革无疑是重要且具有积极意义的。然而,既往的研究和实践改革忽略了这样一个事实:审判程序中设置调解制度是我国基本国情所决定的,这不能从调解法理与判决法理存在冲突而不适宜合一程序这种简单的逻辑判断来否认诉讼调解的正当性。因此,也就没有注意深入研究在审判程序中如何引导当事人达成合意的制度设计,特别是缺乏研究在以判决为中心的诉讼程序中如何为形成调解合意而建立有效的诱导机制。实质上,高的调解结案率是司法政策对法院审判权运行方式的引导以及科层管理的内部治理机制的双重作用下的产物。尽管通过与法院内部的秩序结构对接,司法政策可以体制化地对法院审判权产生激励效应,但是这种激励效应却具有单一性,对在调解中起“决定”作用的当事人则几乎不产生作用,这就出现了尽管法院



明显地重视调解,却无法大幅提升调解结案率的情况^①,这种局面的形成只能归咎于诉讼调解中对当事人行为选择“合意诱导”规则的建设不完善。一言以蔽之,我国现有的诉讼调解制度呈现出“政策激励单一,合意诱导缺乏”的格局特点。本书正是从这一诉讼调解的核心问题出发,探讨和论证审判程序中调解合意形成的诱导机制,使调解在具有浓厚“和合文化”底蕴的我国发挥其应有的作用。

二、选题价值

诉讼中的调解制度是继承和发扬了我国的法律传统,更是儒家文化的产物,调解在中国就体现了传统儒家文化的追求自然秩序和谐的理想;同时,我国传统上的重实体、轻程序;实体公正优于程序公正的正义观念,也将深刻地影响着我国诉讼制度的设计。以正当程序理念为基础、寻求法律上纠纷正确解决的判决程序固然重要,但是,以追求纠纷实体上更符合实际情况的解决效果和符合中国传统正义观念的调解,却是中国转型时期诉讼制度不可或缺的基本内容。诉讼调解所具有的丰富含义和比较容易与时代精神相结合的灵活性,注定了其较长一个时期在我国民事诉讼制度中存在的价值。对这一主题的研究,第一,有助于我们对调解法理与判决法理有更为深入和精细的把握,理解两者在程序与实体以及纠纷解决正当性方面的不同要求和存在的可融合性契机,以便更加合理地进

^① 从之前媒体对各法院的高调解率报道来看,当下诉讼调解率应当在60%以上甚至更高。然而,全国法院民事一审案件的调解率直到2010年才超过40%,且近十年的调解率上升较为平缓,并没有媒体报道宣传的一路攀升的效果。此外,法院科层制管理带来的“一级压一级”的绩效考评指标犹如“达摩克利斯之剑”,各级法院系统在司法统计调解率时或多或少都存在数据“失真”的情况,使得最终得到的调解率数据偏高。在调研过程中,通过采访高级人民法院、中级人民法院和部分基层人民法院的部分法官来进行调研,得出的结论是:在上级绩效考评的压力下,很多法院统计的调解率数据都或多或少有虚假成分。



行制度性安排;第二,通过本课题的研究,能够更好地探究在以判决为中心的诉讼程序中调解合意的形成机制,在重视纠纷有效解决的背景下,能够使制度设计有利于当事人对调解的利用和审判程序中调解合意形成机制的建立;第三,本课题的研究,还有利于合理安排法官在调解中的位置,消除法官因目前的“调审合一”程序所带来的角色混同所产生的负面影响,弱化调解合意的“强制性”,为调解合意的形成提供正当性基础。本课题研究的另一个层面的重要意义还在于,调解是如何实现其除解决纠纷功能之外的更具现实意义的功能的。

三、研究进路

本书围绕着诉讼调解“合意诱导”规则展开研究,在坚持应用理性思辨、历史分析等常规研究方法的同时,重点运用实证研究、系统论等理论资源进行研究,以“问题”为导向,以“诉讼调解制度变迁与实践→影响诉讼调解制度实效性关键在于当事人缺乏→合意诉讼调解合意生成的法理基础→合意生成的前提为调审程序分立→审判程序、费用及时间成本对调解合意生成的引导→法院附设调解机制”为基本思路,倡导立足本土经验、面对中国问题的学术方向,就诉讼调解合意诱导机制展开研究。本书除绪论外,共分为六个部分。

第一章为诉讼调解政策的历史变迁与实践。现行的民事诉调解制度产生于抗日战争时期,其从萌芽发展至今,可以划分为“调解初创”期(1931—1949年)、“调解为主”期(1949—1982年)、“着重调解”期(1982—1991年)、“自愿、合法调解”期(1991—2003年)、“调解复苏”期(2003—2012年)、“调解重构”期(2012年至今)。2012年修订的《民事诉讼法》创设了“立案调解”和“庭前调解”,加上原有的“庭审调解”,已经形成一个以“调解为中心”的程序。实践中法院调解已经出现扩大化适用的趋势,其产生的影响不可小视。但考察当下高的诉讼调解结案率的原因,主要是司法政策对法院审判权运行方式的引导以及科层管理的内部治理机制的



双重作用下的产物,而在调解中起“决定”作用的当事人则几乎不发生作用,这根本上制约了诉讼调解制度的适用。这只能归咎于诉讼调解中对当事人行为选择“合意诱导”规则的建设不完善。

第二章为诉讼调解合意生成的法理基础。首先,协商性司法是一种新的程序主义,它强调通过对话、协商、妥协实现纠纷的有效解决。其是以当事人意思自治为基本指导原则,强调理性对话来实现纠纷解决中公权力与私权利的合作。其次,从制度结构意义上看,纠纷解决方式在强调当事人责任并通过严格遵守程序规则的决定型程序结构中,也潜藏着促成合意形成的机会,关键是合理构建程序制度,形成和谐的程序结构体系。最后,诉讼调解应当建立起以当事人“处分权”为中心的诉讼调解规则体系。在以当事人处分权为基础的诉讼调解,应当构建起尊重当事人处分权的规则体系,在调解协议的形成方面,坚持“自愿原则”的基本调解法理和法则。我国诉讼调解合意生成的程序构建上,应当遵循调解保密原则、调解豁免原则和意思自治原则。

第三章为调审程序分立及其程序结构。诉讼调解是我国民事诉讼的重要组成部分,应当实施调解程序与审判程序“有限分离”,即仅仅是程序上的分离,调解程序与审判程序不再合一程序设置,而是分别设置。当事人起诉到法院的案件在解决纠纷程序方面就有两种选择,一是由调解员主持调解,二是由审判员主持审理并作出判决。主持审理的法官不主持调解,主持调解的法官不主持审理。调解程序的设置和审判程序设置应当符合各自不同法理和规则要求。

第四章为审判程序对调解合意生成的引导。审判程序具有预测功能,当事人或其诉讼代理人能够对审判结果作出一个大致的预判。在我国,还存在着调审合一程序结构模糊了审判规则、起诉受理程序阶段“诉讼化”、审前准备程序虚无化和无法“集中”开庭审理等影响审判程序预测功能的因素,因而应当消除上述不利影响因素。同时,进一步发展完善案例指导制度,发布通过公正的审判积淀高质量的司法判例,提升对诉讼调解合意生成的引导,弥补我国诉讼程序对裁判结果可预测性的缺失。

第五章为费用及时间成本对调解合意生成的引导作用。审判程序较高的时间成本和费用成本,是当事人能够达成合意的最重要的激励因素。



诉讼费用正向激励机制可以采取将诉讼程序区分类别依程序的繁简度标准来加以征收和分段计收的政策,以促进当事人理性选择程序,能够诱导当事人积极选择合意方式并在诉讼的早期阶段达成协议,解决纠纷。诉讼费用的制裁机制,则对当事人予以规则上的警示,也可反向激励当事人减少程序耗费并向合意方向努力。在时间成本促进调解合意生成上,应当改变我国现有审限制度,通过促使法院和当事人诉讼促进义务的履行来防止诉讼拖延。如此可以增强当事人选择非讼的解决方式,即选择和解的意识。

第六章为法院附设调解机制。法院附设调解增加了审判荫影下诉讼外调解达成的可能性,为进入法院的案件提供了多样化的纠纷解决机制,为诉讼与非讼一体化搭建了平台,对当事人将产生极大的吸引力。法院主导型诉前调解模式应当成为我国诉前调解制度化构建的基本走向,在此基础上实行调审分离。法院附设型人民调解模式,也是当前诉调对接的一种重要模式,为法院审判、诉讼调解、人民调解机制的衔接和多元化纠纷解决机制构建提供很好的示范性作用,也为人民调解制度的发展路径提供新的选择。司法确认程序为诉讼外调解合意达成提供后防保障。

四、研究方法

为配合上述研究路径,本书主要采取以下研究方法:

1. 实证分析法。对民事诉讼调解的研究,离不开中国的实践。如果单纯地从逻辑以及理论出发,则会使得制度构建变得僵化和脱离现实。诉讼调解制度作为民事审理程序的重要组成部分,其实效性考察尤为重要。本书重点收集全国每年的法院系统诉讼调解结案数据。本书作者还于2014年7月至8月到重庆市、广东省部分法院就诉讼调解制度实施状况进行专项调研;2015年5月至8月,又以地理区域为划分,选取东、中、西部部分法院,如广东省惠州市中级人民法院、增城区人民法院、萝岗区人民法院、惠东区人民法院;河南省信阳市中级人民法院、平桥区人民法



院、光山县人民法院；重庆市第一中级人民法院、江北区人民法院；贵州省平坝区人民法院等进行调研。调研方法上，通过采取座谈、问卷调查、案例分析等，对设定的调研主题和内容进行定性和定量分析，来保证评估的客观性和公正性，保证结论的合理性和可靠性，保证各项改善建议的针对性和可实施性。

2. 比较分析法。诉讼调解制度是一项世界性的司法制度，因而，域外经验和资料的分析必不可少。本书借鉴了美国、日本、德国等国家和地区的制度，在诉讼费用、ADR、强制律师代理等方面都进行了比较法考察，以期形成可供我国借鉴的比较法经验。

3. 历史分析法。运用文献分析和历史分析梳理诉讼调解政策的源流及发展脉络，提炼出诉讼调解变革的基本规律及存在的缺陷，揭示我国诉讼调解当前社会背景和改革的现实紧迫性。也可以探寻到变化背后的社会因素，从而发现历史变迁的规律，以此使得制度构建能够满足当下社会需求及具有一定前瞻性。

第一章

我国诉讼调解的历史变迁与实践考察

一切制度都是历史的产物。实践证明,对任何一项制度的研究不应脱离历史,“历史往往是从从事任何可理解性研究的起点,并以能够从历史里走出来为条件”,^①“应当在历史过程中把握现实社会问题的根源和实质,因为现实是历史的继续,历史则是现实的过去”^②。民事诉讼调解制度作为重要的纠纷解决方式,被誉为“东方经验”,其性质界定并非仅限于化解纠纷的某种方式或者技术,其亦是社会治理中的体制性或者制度性存在。如此,作为一种社会现象、社会事实,调解制度研究不应局限于程序层面,而应立足于社会治理过程并结合社会转型的背景而展开。

诉讼调解,又称为法院调解,长期在我国国家治理体系和纠纷解决机制中占据着显要位置,尤其通常被当作贯彻党的政策、实现社会管理和争取政治合法性的有效手段,其兴衰甚至可以看作政治因素强弱的风向标。^③它不仅是我国自新民主主义革命时期以来中国共产党领导下所创制的司法传统和经验,更是当前司法实践中备受重视的纠纷解决机制。现行立法将诉讼调解定位于与审判并行的审判权运行方式,并作为民事诉讼法的基本原则加以规定;司法解释还对诉讼调解建构了具体的操作

① [瑞士]皮亚杰著,倪连生、王琳译:《结构主义》,商务印书馆1984年版,第92页。

② [法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德著,李康、李猛译:《实践与反思——反思社会学导论》,中央编译出版社1998年版,第126页。

③ 吴英姿:《“调解优先”:改革范式与法律解读》,载《中外法学》2013年第3期。



规则,而对诉讼调解进行总体规划和理念指导的司法政策更是始终贯穿和践行于诉讼调解实践之中。

现行的民事诉讼调解制度,并非新中国成立后所生成,其系历经长期的革命战争、伴随革命政权的建立而产生,且此种意义上的调解并非传统意义上的概念、内涵与性质的厘定。依照制度产生的背景、功能界定及发展趋向,当代中国的调解制度可以划分为以下六个阶段。

一、调解制度的历史变迁

(一)“调解初创”期:1931—1949 年

我国自古以来就有调解的传统。调解又称调处,是指具有中立性的第三方通过当事人之间的意见交换或者提供正确的消息,从而帮助当事人达成合意,解决纠纷的活动。^① 调解的历史可谓久远,“早在西周的铜器铭文中,已有调处的记载。秦汉以来,司法官多奉行调处息诉的原则。至两宋,随着民事纠纷的增多,调处呈现制度化的趋势。明清时期,调处已臻于完善阶段”。^② 民国时期,调解制度取得新进展,虽然由于时局混乱而未形成全国统一立法,但诸如北京政府颁布的《民事诉讼条例》、广州军政府出台的《民事诉讼律》及其后出台的《民事调解法》均对民事调解制度的发展具有重要意义,可以说,民国时期的民事调解制度在中国民事调解制度史上具有承上启下的重要作用。然则,现代意义上的调解制度却直接渊源于抗日战争时期中央苏区和陕甘宁边区及各解放区人民政权的司法制度,尤其是“马锡五审判方式”的创制与发展更是为调解制度的变

^① [日]棚濑孝雄著,王亚新译:《纠纷的解决与审判制度》,中国政法大学出版社1994年版,第13页。

^② 张晋藩:《中国法律的传统与现代转型》,法律出版社1997年版,第283页。