

西南政法大学法社会学与法人类学书系

大邑洞解



透过法社会学
与法人类学的观察

张永和 洪磊 | 等著
刘楠 陈寒非



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南政法大学法社会学与法人类学书系

透过法社会学与法人类学的观察

大邑洞解



张永和 洪磊 等著
刘楠 陈寒非

图书在版编目(CIP)数据

大邑调解/张永和等著. —北京:法律出版社,
2011.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2289 - 5

I. ①大… II. ①张… 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(2011)第 136257 号

©法律出版社·中国

责任编辑/谢清平

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/14.25 字数/402千

版本/2011年7月第1版

印次/2011年7月第1次印刷

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 销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn 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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2289 - 5 定价:34.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

题记：

只要你亲历实证调研，并审美那些鲜活素材，或许你会有属于自己的问题和思想，尽管这样的工作看上去并不那么优雅。

内容简介

调解已然成为今天中国司法工作不能回避的话题,并褒贬不一。

有关法院调解的论述,无论是宏观的评议,还是微观的描述都有见诸文字。但往往仅仅从一个方面入手,而不能对法院的调解工作从总体上进行把握,也就不能看到一个真实的法院调解工作,不能真实地看到法院干警在调解工作中做出的成就,也不能冷静地发现法院调解工作中的不足和需要完善的地方。所以,对一个法院调解工作,从各个方面进行观察论述非常必要。

本书所做的就是通过全方位、全过程的观察,从法官、律师、当事人、民众的角度;按照当事人或法官对调解或判决的选择、调解过程中法官以及其他各个方面对调解所起到的作用,深刻地解析了法院的调解工作是如何开始、如何进行直至如何完结的全过程,告诉了人们一个真实的法院调解工作。

目 录

第一部分 法院调解基本理论及历史发展

- 第一章 纠纷解决机制与法院调解制度 /3
- 第二章 中国法院调解制度的历史沿革 /13

第二部分 调解主体及行为方式

- 第三章 法官倾向于调解的原因分析 /25
- 第四章 法官的素质与调解技巧 /52
- 第五章 法官在调解中的地位分析 /73
- 第六章 当事人在调解中的自主性 /94
- 第七章 律师和法律工作者的地位及作用 /113
- 第八章 调解方式问题 /135
- 第九章 强制调解问题 /151

第三部分 法院调解其他相关问题

- 第十章 调解主要阶段及案件类型 /187
- 第十一章 调解与判决结案方式比较 /214
- 第十二章 县法院和人民法庭的调解工作比较 /252

第四部分 法院调解实效及评价问题

- 第十三章 法院调解实效 /285
- 第十四章 法院调解评价 /309

第五部分 中外法院调解制度比较研究与改革探索

- 第十五章 中国法院调解与ADR之比较 /335

第十六章	我国法院调解与日本民事调停制度之比较	/347
第十七章	法院调解制度改革	/362
第六部分	大调解纠纷解决机制	
第十八章	“大调解”行动与“大调解”机制	/387
第十九章	大邑县新旧“大调解”联动工作机制比较	/402
第二十章	“大调解”机制中法院的角色定位	/413
第二十一章	“大调解”机制中的人民调解	/427
第二十二章	“大调解”机制中行政调解	/437

第一部分

法院调解基本理论及历史发展



第一章 纠纷解决机制与法院调解制度

第一节 纠纷解决机制相关理论

一、社会纠纷

纠纷(dispute)是人类生存中的一种常态现象,在最普遍意义上是指人们的对抗状态。一定程度上与“冲突”、“争端”、“争议”等词具有类似含义。对其比较有代表性的定义如下:

第一,指一定范围内社会主体相互之间丧失均衡(equilibrium)关系的状态。包括对争(contention)、争论(dispute)、竞争(competition)、混争(disturbance)、纠纷(conflict)五种基本类型。^[1]

第二,从法律意义上认识社会冲突,我们所力图揭示的是这样的机理:社会冲突——无论是统治阶层内部的冲突还是统治阶层外部的冲突都是与现实统治秩序(从而也是与法律秩序)不相协调的,严重的社会冲突都危及着统治秩序或法律秩序的稳定。^[2]

第三,可以权且将冲突看作是对有关价值、稀有地位的要求,权力和资源的斗争,在这种斗争中,对立双方的目的是要破坏以至伤害对方。^[3]

第四,是双方当事人根植于实际生活中的真正利害关系的对立而施行的相反的、对向的行为。^[4]

总体来说,纠纷就是指利益主体基于不同的利益差别和矛盾而在实现各自利益的过程中发生的争夺及对抗状态。

[1] [日]千叶正士:“法与纠纷”,转引自刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第3页。

[2] 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,法律出版社2004年版,第20页。

[3] [美]科塞:《社会冲突的功能》,孙立平等译,华夏出版社1989年版,前言。

[4] [日]六本佳平:“纠纷与法”,转引自刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第4页。

纠纷在人类社会中长存不止,主要有两个方面的原因:一是个人利益需求与社会外部供给之间的矛盾。“各种利益之间之所以发生冲突与对抗,就是由于个人和个人,个人和集团、联合、社团在竭力满足人类的各种需求、需要和愿望时发生的竞争。”〔5〕从这个角度看,人的利益需求和社会资源的稀缺性是纠纷发生的主要原因。人类为了生存,必须满足自身衣食住行等利益的需要,在这一过程中,人的利益需要不仅要受到生产力水平的约束,又要受到资源总量和社会制度安排的制约。因此,在人类利益实现的过程中,人的需要始终同外部世界发生矛盾,纠纷也就不可避免地会产生。在这个意义上,一切的纠纷都根源于生产力和交往现实之间的矛盾。二是人的生物本性对制度的逆反本能。从生物遗传学和精神科学的角度看,人的先天生物本能与后天习惯、制度之间的冲突是诱发纠纷的根本动因。博登海默认为,有两种欲望或冲突深深地植根于人的精神之中:首先,人具有重复过去去被认为是令人满意的经验或安排的先见取向;其次,人倾向于对一些情形作出逆反反应,在这类情形中,他们的关系是受瞬时效应、任性和专横力量控制的,而不是受关于权利义务对等的合理稳定的决定控制的。〔6〕我们可以看到,前一种欲望是一种惰性的,总是驱使人们保持现有的秩序;后一种欲望则主要体现为一种破坏性欲望,要求改变现状,而且,在人们受到他人专横对待时,这种改变现状的欲望会显得特别强烈,这种欲望聚集到一定程度就会引发社会纠纷。

任何社会角色都存在于一定社会结构中,无论是个人还是团体客观上都受一定的制度化价值的规制。各类社会主体对制度化规制的认同是社会结构得以维系的基础。但是,对制度化规制的认同并不意味着社会主体完全服从于在现实制度下的利益分配格局。对这种格局进行重构的冲动在一定程度上就是纠纷产生的动机。因此只要人类社会存在,就会存在纠纷。随着社会的进步,人们之间利益关系日趋复杂,纠纷增多更是正常的现象。

〔5〕 [美]庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第35页。

〔6〕 [美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第215页。

纠纷并非像人们所想象的那样对人类社会完全是负面的,其具有正反两方面的价值。一方面,纠纷引发社会动荡,制造社会紧张,破坏人们对社会安宁和稳定的期待,具有一定的破坏性。因此,一个社会如果不能及时、有序、公正地解决纠纷,不仅会阻碍社会发展,而且有可能导致社会解体和混乱。“凡是人类建立了政治或社会组织单位的地方,他们都力图防止出现不可控制的混乱现象。因为,在一个混乱不堪的世界,人类试图过一种有理性、有意义、有目的的生活的所有努力将受到挫折。因此,有序的生活方式要比杂乱的生活方式占优势。”〔7〕但另一方面,纠纷也具有一定的正面意义,可以使人们相互之间的仇恨和矛盾得以宣泄,从这个角度看,纠纷具有社会的“安全阀”作用。从更深层的意义上看,纠纷实际上是一个社会自我整合、自我修复并进行制度创新的内在动力;在不断的纠纷和整合中,一个新的社会秩序得以生成,这也是人类社会得以发展进步的根源所在。

当然,纠纷一旦产生,就意味着既有秩序在一定程度上的被破坏,所以为了维护社会活动的有序,人类一直在纠纷产生时寻找解决纠纷的机制。野蛮时期的同态复仇和文明社会的诉讼审判,都是人类解决纠纷的机制。国家产生后,代表统治阶级意志的国家和法律也必然会从维护国家秩序的立场出发对纠纷的解决方式进行规范,利用国家强制力解决纠纷。可以这么说,纠纷与纠纷解决机制在人类社会的发展史上是相伴而生的。

二、纠纷解决机制

纠纷解决机制是与社会紧密联系在一起的,“无论什么样的纠纷解决制度,在现实生活中其解决纠纷的形态总是为社会的某种条件所规定的。要充分发挥某种制度的作用,必须有适合于它的一定的社会条件存在;反之,如果不存在这样的条件或条件不充分,该制度就会慢慢地变为有名无实”〔8〕

〔7〕 [美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第225页。

〔8〕 [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24页。

纠纷解决机制是指社会为解决纠纷而建立的规则、制度、程序和机构(组织)及相关的活动。狭义的纠纷解决机制,主要指国家通过相关法律、法规建构或界定的,由各种正式或非正式制度或程序构成的综合性解纷系统;广义的纠纷解决机制,还包括非制度化的临时性、个别性纠纷解决活动,以及民间社会自发形成的各种私力或自力救济。^{〔9〕} 纠纷解决机制是现代社会控制的一项重要内容。

在现代社会中,纠纷解决机制外延广泛,既包括非诉讼机制,也包含司法和诉讼机制,在不违背强行法规定的前提下,对民事、行政、刑事等各种案件争端的解决,并不局限于诉讼这一种方式,还包括了调解、仲裁、行政裁决等多种方式。

纠纷解决机制涉及国家和社会的方方面面。就主体而言,主要包括政府、司法机关、社会组织以及普通民众;就途径而言,包括诉讼、仲裁、调解、和解等。在当代中国,构建纠纷解决机制的基本目标是在各级政府的大力支持、各级政府部门的积极参与下,建立以社会为依托、以法院为主导的社会矛盾纠纷预防、处理的各级联络机制,建立由当事人协商、和解、人民调解、劳动调解、行政调解、商事仲裁、劳动仲裁、人事仲裁、诉讼等多种纠纷解决方式共同构成的纠纷解决机制体系,以满足社会主体多样的需求并在实践中加以完善。

三、纠纷解决机制的新发展

在现代法治社会,司法审判和诉讼程序是重要的解决纠纷的手段。在历史的发展中,纠纷解决机制的发展经历了“替代的司法”过程,司法解纷机制在纠纷解决机制中相对于其他机制逐渐占据了主导地位,其他纠纷解决机制一度萎缩,有的甚至消失。但司法和诉讼机制并非完美无缺,有时非诉讼的纠纷解决方式更易达到公平合理的解纷目的。最具代表性的实例是以替代性纠纷解决运动(ADR)为代表的非诉解纷机制近年来在西方受到越来越多的重视。

替代性纠纷解决机制也称非诉讼纠纷解决机制,也有的学者称为可选择性纠纷解决机制,起源于美国,英文表达是ADR(Alternative Dispute

〔9〕 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第80页。

Resolution),最初是指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的、民事诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序或机制的总称。^[10]对于非诉讼纠纷解决机制的研究和实践,以美国为代表的许多国家取得了可喜的进步,对正处于社会改革和转型期的中国具有重大的现实意义。

我国现行纠纷解决体系包括调解、协商和解、行政处理、仲裁与诉讼等,但是各种方式之间没有形成良性互动、功能互补、程序衔接、彼此支持的局面。由于缺少一种纠纷解决的长效机制,现实中各种纠纷解决方式各自为政、各显神通、“头痛医头、脚痛医脚”的做法,导致社会纠纷解决机制的现实困境的产生。^[11]最近一个时期以来,党和国家高度重视社会公平和纠纷化解问题,提出“构建社会主义和谐社会”这一新的理念和目标,对纠纷及其解决机制的研究成为学术界的热点问题。2005年10月,最高人民法院发布的《人民法院第二个五年改革纲要》提出,“与有关部门共同探索新的纠纷解决方式,促进建立多元化的纠纷解决机制”。2009年下半年以来,社会矛盾化解成为当前政法工作的三项重点工作之一,探索适合中国国情的纠纷解决方式因而也就具有了极高的实践意义和价值。2010年8月28日《中华人民共和国人民调解法》由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过,这也可以被视为探索具有中国特色社会矛盾纠纷解决机制的立法尝试。

第二节 法院调解制度基本理论

一、调解理论概述

《简明不列颠百科全书》将“调解”定义为:在双方冲突时,由第三方帮助减少分歧或寻求解决纠纷的方法。^[12]《牛津法律大辞典》将其定义为:一种寻求解决雇主与雇员争议的程序……为此目的建立机构或任命个人,但他们仅仅是把当事人召集在一起,以求影响他们获致解

[10] 范愉:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社2005年版,第1页。

[11] 沈恒斌:《多元纠纷解决机制的原理与实务》,厦门大学出版社2005年版,第14页。

[12] 《简明不列颠百科全书》,中国大百科全书出版社1986年版,第710页。

决。^[13]《美国法律辞典》将其定义为:第三方旨在促进争议的解决而进行的干预,调解通常是非对立性的,用第三人来帮助当事人达成自愿的协议,调解不涉及诸如调查事实方面的问题,调解使当事人的不同主张得到协调是其目的。^[14]美国法学家戈尔丁把调解归类到“类法律式的解决纠纷”中,所谓“类法律式的解决纠纷”是必须区别于通过双方协商或谈判来解决纠纷,它总是包含第三者在内。他认为调解的目的是通过对当事人权利、要求或利益之间进行调整或妥协来实现纠纷的解决。^[15]英国法社会学罗杰·科特威尔(Roger Cotterell)将调解的特点归纳为:其一,在调解中,双方通常选择一个彼此都能接受的第三方;其二,第三方并不试图运用现有的法律规范来解决双方的冲突,而是针对冲突双方提出的观点和要求策划一种妥协与和解的办法;其三,调解人力求提出明智的、冲突双方都能接受的解决冲突的建议,避免使双方中任何一方认为这一建议是完全错误的,并使双方都对结果感到满意。^[16]

棚濑孝雄把纠纷解决过程的类型概括为两条基轴:一是合意性—决定性,并分为根据合意的纠纷解决(如调解、和解)和根据决定的纠纷解决(如审判、行政裁决);二是状况性—规范性,并分为状况性纠纷解决(典型的例子是国家间的纠纷解决,完全依靠实力的对比)和规范性的纠纷解决(如审判)。^[17]调解制度就属于第一种类型的状况。劳拉·纳德德尔等人(Laula Nader and Harry E Todd)主张,区分各种纠纷解决处理类型——审判、仲裁、调解、交涉、强制、回避、忍受——最关键的变量是第三方是否介入以及第三方介入后所导致的解决结果的类型。^[18]

二、法院调解概述

按照我国学界的通说,可以依据调解主持者将调解分为法院调解、

[13] 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第193页。

[14] [美]彼得·G. 伦斯特洛姆:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第28、229、230页。

[15] [美]马丁·P. 戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第212、221页。

[16] [英]科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第239页。

[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7~10页。

[18] 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第275页。

行政(机关)调解、仲裁(组织)调解和民间(组织)调解;依据与诉讼之间的关系,还可以将调解分为诉讼调解和诉讼外调解,法院调解属于诉讼调解,其他组织的调解均为诉讼外调解。需要注意的是,法院调解与诉讼调解不是一回事,诉讼调解是与诉讼外调解相对应的,而法院调解是与行政调解、仲裁调解和民间调解相对应的。

学者们对于法院调解有不同的定义,例如“法院调解,是指在法院审判人员的主持下,双方当事人就发生争议的民事权利义务关系自愿进行协商,以达成协议,解决纠纷的诉讼活动”。^[19]“法院调解,是指在人民法院审判人员的主持下,双方当事人就民事争议通过自愿协商,达成协议的活动和结案方式”。^[20]“法院调解,是指在人民法院审判组织的主持下,双方当事人自愿平等协商,达成协议,经人民法院认可后,终结诉讼程序的活动”。^[21]“法院调解原则,是指在民事诉讼中,双方当事人在人民法院审判人员的主持下,自愿协商,达成协议,以调解方式解决民事争议的准则”。^[22]

法院调解由法院主持完成,这一点与人民调解不同。同时,它也是司法权行使的结果,与行政调解也有差异。具体来说,法院调解具有以下几个特征:

(一) 法院调解具有自愿性

自愿性是我国法院调解的原则,是意思自治原则在诉讼中的体现。自愿性体现出的合意是法院调解的意志灵魂。因此,当事人在进入诉讼后可以自由选择是否调解,是否同意法院出具的调解方案等。如当事人在诉讼中对调解提出异议,法院必须将案件移到审判程序继续进行。

(二) 法院调解具有灵活性和简便性

根据我国民事诉讼法的规定,法院制作的调解书只需写明诉讼请求、案件事实和调解结果,不像判决书那样必须依据法律作出严格论证和分析。而且,我国民事诉讼法还规定,对于调解和好的离婚案件、调解维持抚养关系的案件以及能够及时履行的案件,可以不制作调解书。这

[19] 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第528页。

[20] 常怡主编:《民事诉讼法学》(修订版),中国政法大学出版社1998年版,第201页。

[21] 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编制》,法律出版社1995年版,第246页。

[22] 李祖军、王世进主编:《民事诉讼法学》,重庆大学出版社2006年版,第148页。

种简易性往往有利于调解的达成和纠纷的解决。

(三) 法院制作的调解书具有司法上的约束力

与人民调解不同,法院的调解书具有强制执行的效力,一方当事人不履行义务时,另一方当事人可以向人民法院申请强制执行;另外,调解书与判决书一样,在调解书中确定的内容也要遵循“一事不再理”的原则。同时,由于调解协议是在当事人自愿的前提下达成的,一旦签收即发生法律效力而不能提起上诉,当事人对调解书持有异议也不能提起上诉,只能申请人民法院再审。

我国现行法院调解制度由1991年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》和1992年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》予以全面规定。在我国目前的法律实践中,进行调解的法官和进行审判的法官是同一人。在调解的过程中,法官负责调解工作,在审判程序中,法官又成为判决者。

总体而言,近年来在法律规定、司法制度、司法政策的指引下,全国各地法院的调解工作呈现出这样的局面:民商事案件的调解在全面推进中,轻微刑事案件的调解是在探索建设中,刑事附带民事诉讼案件的调解是要求加大力度。优先调解、提高调解率、调解贯穿诉讼全过程已经成为各级和各地法院审理案件的基本方式,调解结案率明显上升,2009年全国两会上最高人民法院2008年工作报告公布的数字显示:2008年全国各级法院经调解结案的民事案件3167107件,占全部民事案件的58.86%。^[23]调解结案率较之前十年,提高了十几个甚至二十个百分点。^[24]在这个意义上,我国“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”的司法调解机制正在形成,确实起到了减少社会纠纷,化解社会矛盾的作用。

三、“大调解”概述

“大调解”是近些年来出现的一个司法热门词汇。长期以来,我国各调解方式之间由于缺乏必要的衔接、配合、沟通机制,在实践中往往各

[23] 《最高人民法院2008年工作报告》。

[24] 比较的数据来源于《中国法律年鉴》和《中国统计年鉴》公布的数据。