

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织



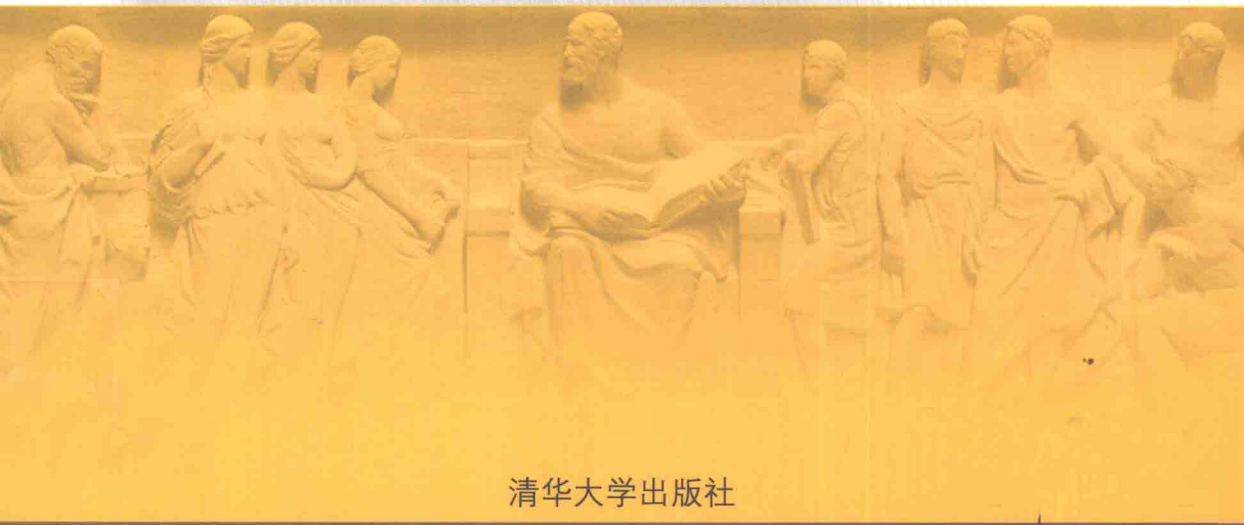
纠纷解决|原理与实务系列教材

SERIES TEXTBOOK ON DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

调解实务与技能



赵云 著



清华大学出版社

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织

纠纷解决原理与实务系列教材

调解实务与技能



赵云 著

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

《调解实务与技能》为纠纷解决原理与实务系列教材之一,它适用于法律院校学生和实务工作者(调解员、仲裁员、法官)等。

本教材由两编组成。第一编:调解技巧的基础和调解员的职业伦理,阐述了调解机制的基本运作方式,对调解员的要求及必须遵循的职业伦理。第二编:调解的十个阶段,将调解工作分为十个阶段,并对调解员在每个阶段开展的工作和技巧作出详尽的论述,旨在训练参与调解培训人员如何实际开展调解工作,并提高使用调解机制解决争议的实际操作能力。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

调解实务与技能/赵云著. --北京:清华大学出版社, 2011.5

(纠纷解决原理与实务系列教材)

ISBN 978-7-302-25329-7

I. ①调… II. ①赵… III. ①调解(诉讼法) - 中国 - 教材 IV. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 068000 号

责任编辑:李文彬

封面设计:闻·竞工作室

责任校对:王凤芝

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:9 字 数:182 千字

版 次:2011 年 5 月第 1 版 印 次:2011 年 5 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:25.00 元

产品编号:041120-01

纠纷解决原理与实务系列教材

编审委员会

(按姓氏音序排序)

蔡彦敏	陈桂明	程 慧	丁相顺	范 愉
冯玉军	傅郁林	郭文杰	郝银钟	韩大元
胡红玉	胡苏薇	江 伟	蒋惠岭	金俊银
李 冰	李 浩	李文彬	刘荣军	彭文浩
齐树洁	邱星美	史长青	汤维建	王承杰
王福华	王亚新	肖建国	肖建华	徐 昕
杨华中	杨荣新	杨晓蕾	章武生	宗俊峰
赵旭东	朱景文			

作者简介

赵云,中国政法大学法学学士,法学硕士;荷兰莱顿大学法学硕士;荷兰鹿特丹伊拉斯莫斯(Erasmus)大学法学博士。现为香港大学法律学院副教授,香港国际仲裁中心仲裁员,亚洲域名争端解决中心专家,中国国际经济贸易仲裁委员会网上争议解决中心专家,广州仲裁委员会仲裁员,中国政法大学香港联谊会常务副主席,国际空间法学会会员,亚太法律协会会员,香港因特网论坛创始理事会成员,北京国际法学会会员。国际空间法学会 Prof. Dr. I. H. Ph. Diederiks-Verschoor 奖和亚洲国际法发展基金会 SATA 奖的获奖者。在外层空间法,仲裁与争端解决,国际经济法等领域以中英文在国际、国内法学杂志上发表超过 60 篇文章,4 本专著以及 50 多篇国际、国内会议文章。专著包括《电子商务的争端解决》(Martinus Nijhoff, 2005),《电子商务的自由化和法律》(北京大学出版社,2005)和《外空商业化和外空法的新发展》(知识产权出版社,2008)等。

总 序

范 愉

这里奉献给读者的,是一套有关纠纷解决的系列教材,内容涉及纠纷解决原理,谈判(协商,negotiation)、调解(mediation)等非诉讼纠纷解决方式和各种专门性纠纷解决机制方面的法律实务。教材的主题是古老的,但是作为法学院教育和法律实务部门的培训的教材,又是全新的。教材所阐释的是现代的多元化纠纷解决机制,同时也是对人类社会传统资源的一种继承与升华。

孔子云:听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。作为一位地方官吏,孔子在承担司法和纠纷解决职责时,也会像任何一位法官那样,遵循公平正义之道、按照法律规则和程序进行审理并作出裁判;而这一点往往会被人们所忽略。实际上,中国古代的孔子和美国现代的霍姆斯大法官一样,都承认诉讼是“必不可少的恶”——虽然恶,但必不可少。法律是为国家强制力保障的权利和义务,是人类行为的底线,由于社会存在利益纷争,存在各种形式的恶,存在不守法的人和行为,就需要国家司法机关通过诉讼主持正义,保护被恶所践踏和侵害的善,为缺少理性的纠纷当事人作出裁判,恢复被纠纷和冲突破坏的秩序,因此,诉讼是不可避免的。

然而,孔子在忠实于自己职责的同时,更满怀着对人类社会的一种悲天悯人的关怀,以及一种对诉讼的批判和社会责任感。他深刻地看到了纠纷与诉讼中的“恶”,确信这种以国家权力和法律规则为名义的、最正当、最权威的纠纷解决方式,存在着种种局限与弊端,远不如他毕生追求的中庸、和谐、宽容、仁爱等美德。因此,孔子的政治理想是通过道德教化和人类社会自身的努力使诉讼减少乃至消弭。毋庸置疑,孔子的理想不仅在他所处的时代、而且在人类的漫长历史上从未实现过,即使在古代中国的熟人社会,即使在儒家伦理被奉为国学的时代,不仅大规模的社会冲突(如农民战争)总是阶段性地发生,而且在日常生活中,道德礼教也并不能阻止民间社会纠纷频繁、诉讼不断。自古以来,与“无讼”理想同在的,是载入史料的“健讼”、“缠讼”的事实;与官府不遗余力的“非讼”、“诫讼”之努力并行的,是没有终结的“上访”和“京控”文化。在今天社会转型、市场经济和法制建设进程中,随着权利意识的高涨、熟人社会的解体、利益冲突的加剧和价值观的多元化、道德失范、社会风险的增加,毫无疑问,纠纷和诉讼的增加不可避免。此外,不可否认,孔子在非讼的同时,没有正面肯定诉讼对于社

会的积极意义和价值,这种价值取向似乎与现代法治社会格格不入。对于深受法治理想话语浸染的现代公众、特别是法律人而言,诉讼的消失往往会被视为正义的消亡,他们不仅不可能信奉无讼理想,而且总要将其作为中国入权利意识淡漠、忽视法律、崇尚人治的经典证据。

实际上,对于孔子的思想内涵还可以作出一种辩证的理解或诠释。首先,孔子的非讼思想,不过是对诉讼的终极价值提出了批判,并没有不切实际地试图消灭纠纷,更没有以此推卸自己的职责;在当今社会,也有很多法官同样认为,依法裁判未必等于公平和正义,相比诉讼和判决而言,非诉讼或协商式方式解决纠纷往往具有更好的效果。其次,无讼的理想并非毫无依据的想象,事实上,在人类社会发展的不同阶段、不同地域(社区),都自然地存在着无讼的现象甚至“无需法律的秩序”(美国,埃里克森),通过道德教化、精神疏导、社会公平度的提高,有可能降低纠纷的密度和强度;依靠社区等共同体的自治、宗教戒律、自律机制等形成有效的治理,不仅有可能减少诉讼,而且可能最大限度地减少纠纷带来的风险和社会成本。即使在今天的中国,一些基层人民调解健康运行的地方,也能做到“小事不出村,大事不出乡镇”。最后,在人类社会,纠纷本身是不可能完全消除的,在复杂的现代社会形态下,诉讼作为特定纠纷解决方式的价值本身更是不容否定的,但任何国家或地区,特别是基层或社区,确实可以将最大限度地减少诉讼作为治理目标,作为良好治理效果的标志,作为社会公正的指标,作为社会和谐的象征。当然,这种结果不可能通过禁止诉讼或压制诉求实现,而只能通过合理的风险预防和治理机制,以及在纠纷发生后的及时有效运行的协商和调解等非诉讼解纷机制,减少对国家权力以及强制性、对抗性和高成本的诉讼程序的启动和依赖。在这个意义上,无讼可以视为孔子提出的一种富有哲理和可行的治理之道,是一种在崇尚自然、情理、自治基础上形成的社会可持续发展理念。

尽管西方人并不奉行孔子的价值观和理想,但并不意味着他们都崇尚诉讼,律师出身的美国总统亚伯拉罕·林肯,一次在律师协会的演讲中告诫律师们:劝阻诉讼吧。尽可能地说服你的邻居达成和解。向他们指出,那些名义上的胜诉者实际上往往是真正的输家——损失了诉讼费、浪费了时间。律师作为和平的缔造者,将拥有更大的机会做个好人。其实,在西方法律传统中,诉讼也同样被视为一种“负价值”,并流传着各种谚语,例如,“诉讼会吞噬时间、金钱、安逸和朋友”(Lawsuits consume time, and money, and rest, and friend),“坏的调停胜于好的诉讼”(Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès),等等。遗憾的是,正如美国法社会学家布莱克指出的那样,现代社会已经产生了对法律和诉讼的依赖症,人们选择诉讼往往并不是因为对它的认同或热爱,而是因为法律的触角已经渗透到每一个角落,并逐步将其他机制从人们的选择中加以排除。人类社会对和谐、协商、非对抗纠纷解决方式的崇尚,长期以来一直被法律人“为权利而

斗争”的口号所压抑,并被贬斥为前现代的社会意识。

20世纪60年代以后,世界各国在相对稳定与和平的发展环境中开始重新审视和反思法治与社会治理的规律,非诉讼纠纷解决方式(ADR)运动逐步成为一种世界潮流和全球发展趋势。追求非对抗、自治、效率、便利、参与、协商等价值的多元化理念,促成了大量新型纠纷解决机制的产生和传统调解机制的现代转型,乃至英国在世纪之交的民事司法改革中确立以减少诉讼为目标。如今,适应当代人价值观和利益的多元化需求,除了国家强制和法律诉讼之外,当事人可选择的程序和方式已经越来越多,法律与民间社会规范、诉讼与非诉讼、国家规制与社会自治之间的协调与融合也更加开放和丰富,而法律人在非诉讼领域也有了越来越多的用武之地和社会责任担当。

中国自近现代以来,尽管从未实现过的儒家“无讼”理想一直遭到各种进步思想的批判,但是调解却在各种意识形态和体制下保持着旺盛的生命力,这并不是因为中国社会保留着礼俗和中庸传统,毋宁说是由于近现代以来从西方国家移植而来的诉讼制度缺少与之匹配的程序公正理念、社会环境及文化,始终没有成为中国人实现正义的理想方式,在这种背景下,调解等非诉讼机制(也包括信访)作为一种替代性机制或解纷方式,可以在司法、行政和民间社会中发挥特殊作用,弥补法律和正式制度、资源的不足,成为社会秩序稳定发展不可或缺的一种缓冲、调节、更生机制。

另一方面,由于我国法制进程起步较晚,而司法体制和诉讼程序的现代化尚未完成,因此,社会对于法治的理解和宣传自始就带有强烈的理想甚至迷信色彩,在建构现代法律体系的进程中,社会和法律人都执著于诉讼的积极价值,而对其负面意义、局限性、成本和风险则三缄其口。在纠纷解决中,人们习惯将“法律途径”解释为诉讼或司法途径,并将其视为唯一正当、有效的解纷方式。将法律与国家规制和司法活动等同,将立法和司法视为法律与社会治理的全部。因此,在20世纪90年代的法制建设、普法和司法改革中,人们不断地对“无讼”理想大加鞭挞,而以诉讼取代调解一度成为社会的主流观念和法律人的理想。

然而,社会发展的规律和纠纷解决的现实是不依人的意志而转移的,当社会转型期纠纷的复杂性、多发性与法律和诉讼机制的危机相遇时,人们不得不承认,一方面,任何一个社会都不可能通过不断增加司法的量的供给,满足社会无限增长的需求,因为这种供求失衡不仅不可能根本上消除,而且可能会通过机制的便利而被更多地诱发,乃至陷入一种恶性循环和诉讼依赖;另一方面,即使进入诉讼程序,也未必能得到期待中的正义结果,而以高昂的成本赢得“零和”结果,乃至两败俱伤的结局屡见不鲜,更何况道德成本、关系破损、民间规范的失落和“案结事不了”等社会效应。正因为如此,非诉讼纠纷解决机制(ADR)的意义并不是仅仅为了应对所谓“诉讼爆炸”,即从量上扩大司法的利用,更重要的是人

们有了更多的选择和可能,使纠纷解决从国家和法律人的垄断下向社会开放,从事后的救济提前到预防与早期介入,让当事人、社会力量、专业人员等都参与其中,从而使纠纷解决更加经济、及时、合理,并兼顾法律与道德、情理和各种利益的协调,真正达到“案结事了”。这种多元化纠纷解决机制的理念,实际上是孔子的理想和与现代法治社会的治理理念的交汇点。其目的不是为了全面取代或消灭诉讼,而只是对诉讼依赖和单一化思路的拨乱反正,重新认识和发挥调解等非诉讼机制的功能和价值。

随着 ADR 的发展及其影响的扩大,世界各国的纠纷解决研究和教育也在逐步普及和拓展。在司法、行政和民间性 ADR 协调发展的格局下,来自各种专业背景的调解人和仲裁员开始形成了一个新型职业群体。为此,许多专门性的纠纷解决学位课程、职业教育项目和培训应运而生,成为调解人或仲裁员资格准入的前提或职业保障。很多大学法学院开设了纠纷解决理论和实务技能课程,甚至已经将其列为必修课。而法官和律师职业群体,顺应多元化纠纷解决机制的发展和司法社会化趋势,不仅积极推动 ADR 与诉讼程序的衔接,自身也成为调解或和解的积极参与者或推动者,并导致法律专业技能和职业伦理的重要转变。纠纷解决人员的职业化、专业资格准入和教育培训,尽管有着多元的价值、目标和路径,但共同之处在于,通过不断加强广大纠纷解决的实务工作者的职业伦理、行业自律和技能,提高非诉讼纠纷解决机制的公信力和实际功能,使社会公众和当事人熟悉、信任、乐于选择 ADR 解决纠纷,推动其扩大和普及,并由此实现社会的多元化和善治。因此可以说,纠纷解决教育和培训是打造善治基础的一项社会工程。

近年来,在建构和谐社会和科学发展观的背景下,我国多元化纠纷解决机制进入了一个新的发展阶段。司法机关、行政机关、仲裁机构、各种民间社会组织和行业组织以及传统的人民调解组织都在适应当代社会纠纷解决的实践需要,不断创新机制、完善程序,提高纠纷解决的技能和规范性。为此,调解等纠纷解决业务和技能培训的需求不断增加,标准不断提高,而法律院校也开始在法律硕士培养方案中将法律谈判课设立为实践必修环节,标志着非诉讼纠纷解决实务课程即将开始全面进入法律教育领域。

然而,众所周知,中国自古以来就重视书本知识和学历教育,而对于经验、技能的总结、传承则相对鄙视,实务教育与培训历来十分薄弱。在学术性和体系性法学教育中,各种实务技能并未获得应有的重视,迄今为止,国内绝大多数法学院系尚未真正展开纠纷解决课程,仅有一些侧重讲授原理和制度、法规的“调解法学”或“调解学”课程,由于脱离实践,法律学生很难由此获得对非诉讼纠纷解决机制的价值认同、知识、兴趣和行为规范,遑论成为调解或纠纷解决的能手。而实务界同样缺乏高水准的纠纷解决培训教材,在多数调解培训中,或者以介绍

实体法和现行制度为主,或者直接采用国外的调解教材和教学模式,由于缺少针对性和中国实践特色,效果往往不尽如人意。

针对我国纠纷解决培训的实际情况,汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND)和中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC),组织国内一些有关专家学者,并参考实务部门的培训需求和经验,编写了这套纠纷解决专门教材。

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND),为本套教材的编写、出版提供了资助。为此,教材编审委员会和出版单位深表感谢。

这部系列教材的策划和推动者都是我国大学法学院最早成立的纠纷解决研究机构,它们始终致力于为我国多元化纠纷解决机制的理论研究、实践、教育培训和制度建构作出贡献,近年来与法院、司法行政部门、仲裁、人民调解、各专业领域、行业协会以及从中央和地方的不同行政机关,实务部门和民间社会团体展开了全方位的合作,在理论研究、立法、司法解释和制度建构、创新以及实务培训等方面进行了大量的尝试和努力,取得了诸多成果。这套系列教材,原则上定位为研究生和本科生的必修或选修教材,同时能够作为其他有关实务部门的培训教材。本书在编写中注重理论体系与实务技能培训相结合,国际标准与中国纠纷解决的实际相结合,在教材内容上兼顾原理、制度、法律与实务技能,适应法学院教育及实务部门调解培训的需要和各自的特点。注意根据我国国情和实际,社会主体和当事人的行为方式、文化传统和价值观,针对我国法学院学生及实务工作人员的知识结构和实际需要,设计教材的内容和重点。教材具有独创性和前沿性,根据法律制度、纠纷性质、纠纷解决的专门化或专业性、程序和方式等不同标准,形成有区别但又相互关联的教材体系。同时,注重研究借鉴当代世界各国ADR理论与实践经验,充分反映国际最新信息和研究成果,力图使其达到国际同类教材的水准,但力戒盲目照搬和简单模仿。

我们衷心希望,这部教材能为在我国普及多元化纠纷解决机制的理念,传播和系统阐释非诉讼纠纷解决原理,促进各国纠纷解决制度和经验的交流借鉴,提高法律学生和实务工作者的操作技能作出应有的贡献。

目 录

第一编 调解技巧的基础和调解员的职业伦理

第一章 引介	1
第一节 解决争议的主要方式	1
第二节 调解机制	2
第二章 调解与谈判	5
第一节 引言	5
第二节 谈判理论和技巧	7
第三节 调解的适用	11
第四节 适用调解的考量	14
第五节 调解的策略	15
第六节 调解员的基本要求和作用	17
第七节 调解员的沟通技巧	20
第三章 调解员的职业伦理	25
第一节 职业伦理的概念	25
第二节 保密	26
第三节 公正	29
第四节 称职	32
第五节 其他伦理准则	34
第六节 伦理困境问题	36

第二编 调解的十个阶段

第四章 准备阶段	40
第一节 启动调解程序	40
第二节 调解员的准备工作	41
第三节 准备阶段的目的	46
第五章 介绍阶段	49
第一节 引言	49
第二节 调解场所和有关氛围	50

第三节 调解场所的位置安排	50
第四节 问候	50
第五节 调解员的开场白及注意事项	51
第六章 双方当事人陈述阶段	54
第一节 当事人陈述及发言顺序安排	54
第二节 调解员的聆听技巧	55
第三节 调解员在陈述阶段的工作	56
第七章 确定议程阶段	59
第八章 双方沟通阶段	63
第一节 双方开展对话	63
第二节 调解员沟通阶段的技巧	64
第九章 单方会议阶段	71
第十章 解决争议阶段	77
第一节 提出解决方案	77
第二节 分析方案的可行性及方案实施	78
第三节 调解员在解决争议阶段的工作	79
第十一章 达成协议阶段	82
第一节 订立调解协议书	82
第二节 撰写调解协议书的技巧	83
第三节 协议的法律效力及达成临时协议	85
第十二章 调解结束阶段	88
第十三章 调解员自我分析阶段	90
参考文献	93
附录	95
附录 A 美国仲裁协会的调解员行为准则	95
附录 B 澳大利亚国家调解标准	99
附录 C 香港国际仲裁中心的一般道德守则	108
附录 D 香港律师会调解员道德守则	110
附录 E 香港国际仲裁中心调解规则	111
附录 F 香港律师会调解协议模板	114
附录 G 澳大利亚仲裁调解学院有关调解员在整个调解流程中 可以使用的语言范例	118
附录 H 香港国际仲裁中心——指导受训调解员的指引	121
附录 I 香港国际仲裁中心——评核指引备忘录	125
后记	127

第一编 调解技巧的基础和调解员的职业伦理

第一章 引 介

重点问题

- 争议解决的主要形式
- 调解的特征
- 中国的主要调解模式与机制
- 比较人民调解委员会与人民法院的调解
- 选择适当的解决争议机制的主要因素

日常生活中,争议随时随地都存在。应运而生的就是争议解决方式。争议解决是一个复杂的问题,涉及的内容多而且广。在现代文明社会中,争议解决方式呈现多样化的趋势,但基本上主要是谈判、调解、仲裁和诉讼这四种形式。第三方的介入在争议解决中起到至关重要的作用。而调解、仲裁和诉讼三种机制的区别也正是该第三方的地位和作用。调解机制在中国历史悠久,它是由调解员作为公正中立的第三方帮助双方当事人在良好的气氛下,达致既能满足双方所需,又为其接受以致解决争议的和解活动。本章作为引介,分别探讨了争议解决的主要形式,调解的特征,中国的主要调解机制及其构成要素。

第一节 解决争议的主要方式

日常生活中,争议随时随地都存在;个人之间、团体之间、不同组织之间、不同社群之间以及不同国家之间都会发生争议。应运而生的就是争议解决方式。人们通过

多种方式来解决相互之间的争议。而随着争议的不断变化和发展,争议解决方式也在不断地进步。从最原始战争、决斗等方式,发展到现在通过文明方式来解决争议。战争、决斗等都是具有破坏性的,也是被现代文明社会所不认可的。文明的争议解决方式则是希望通过和平的方式,促进双方当事人的沟通和交流,增进相互的理解,扫除相互之间的理解障碍,实现争议的解决并从而实现社会的和谐。

争议解决是一个复杂的问题,涉及的内容多而且广。在现代文明社会中,争议解决方式呈现多样化的趋势,但基本上主要是谈判、调解、仲裁和诉讼这四种形式。谈判由双方当事人直接接触,试图解决相互之间的争议。谈判的讨论和研究并不仅仅限于法学领域,而且更多地出现在商业领域中。有关谈判的理论和实践往往能够在有关商学院的课程中找到,谈判在现实生活中能够起到关键的作用,而且绝大多数争议能够通过该机制得以解决,但不可否认的是,还有相当多的争议在没有第三方的介入之下不能很好地得以解决。因此,第三方的介入在争议解决中起到至关重要的作用。调解、仲裁和诉讼这三种机制正是由此应运而生。而三者的区别也正是该第三方的地位和作用。此外,还存在一些其他争议解决的模式,这些模式都是基于以上基本形式略加改变而引申的。例如,将调解和仲裁有机地结合在一起,希望能够在调解不能解决的情形下,尽快通过仲裁解决争议,或者将调解达成的协议通过仲裁裁决的形式确定下来,使调解协议具有可执行性。

诉讼一直以来在争议解决中占据非常重要的地位,由法官代表国家权力来解决双方当事人之间的争议,依据法律和事实,实现公平正义。争议当事人均可聘请律师,按照法律程式为其进行诉讼,争议当事人的发言权受局限,必须依据法律程式。^①而从商业社会中发展起来的仲裁体制在现今的商事交易中仍然发挥着重要的作用,仲裁员的存在很大程度上增强了争议解决第三方的专业化和提升争议解决的效率。根据《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》),仲裁裁决是最终的,仅在有限的几种情形下可以向法院申请撤销。仲裁裁决可以在多个国家或地区获得当地的法庭协助执行。^②但是,该机制的发展越来越朝着诉讼的方向;不论从证据的提交,还是整个程序的进展,都越来越正规,这也说明该机制并不当然意味着金钱和时间的节省。

第二节 调解机制

一、调解的主要特征

调解机制在中国历史悠久,得到广泛的应用,也为广大民众所熟悉。它是由调解

^① 江仲有:《解决冲突与调解技巧》,43页,香港,香港大学出版社,2010。

^② 同上书,36页。

员作为公正中立的第三方帮助双方当事人良好的气氛下,达致既能满足双方所需,又为其接受以致解决争议的和解活动。该机制的优点在于其非正式性,省时省钱。调解的特征主要包括:(1)各方参与的自愿性。即争议各方当事人自愿参与调解,以期友好解决纠纷。(2)调解员的公正中立性。调解员不应倾向于争议的任何一方,也不应该对争议的任何一方有偏见,或与争议的任何一方有任何利害关系。(3)调解活动的保密性。调解活动应当在私人和保密的环境下进行,各方在调解过程中披露的保密信息不可在后续的仲裁或诉讼中披露,亦不可作为证据使用。

二、中国主要的调解模式

在构建和谐社会的进程中,不可否认的是,调解机制将发挥着独特的作用。应该说,调解经过发展,在现今的中国社会,已经形成了具有自身特色的调解体系。具体而言,中国的调解主要可以分为如下几种模式。

第一,人民调解,即人民调解委员会对民间纠纷进行调解。该制度早在20世纪20年代就已经出现。新中国成立之后,人民调解制度作为司法制度的一项重要内容得到高度重视。之后在1982年的《中华人民共和国宪法》中得以确认:“居民委员会、村民委员会设人民调解、治安保卫、公共卫生等委员会,办理本居住地区的公共事务和公益事业,调解民间纠纷,协助维护社会治安,并且向人民政府反映群众的意见、要求和提出建议。”应该说,人民调解将大量的民间纠纷在其萌芽状态就予以解决,避免了矛盾的激化,有效地维护了社会稳定和正常的生产、生活秩序,是具有中国特色的司法制度。

第二,诉讼调解或法院调解,即人民法院对其受理的民事案件、经济案件以及轻微刑事案件进行的调解,属于诉讼内调解。^① 此类调解体现的是人民法院在审判过程中行使审判权的一种方式,可以贯穿于整个诉讼的全过程。人民调解委员会的调解与人民法院的调解的区别,主要在于调解的效力不同。在人民调解委员会主持下达成的调解协议只能对双方当事人有约束力但没有强制执行力。可是,在人民法院主持下达成的调解协议将在签收调解书后立即生效,与判决书一样具有法律效力。如果一方不履行调解协议的义务,另一方可以直接申请人民法院强制执行。^②

第三,行政调解,可以分为两种。一是由基层人民政府,即乡、镇人民政府对一般民间纠纷的调解。二是其他国家行政机关依照法律规定对某些特定民事或经济或劳动纠纷等所进行的调解。

第四,仲裁调解,即仲裁机构对其受理的仲裁案件进行的调解。^③

^① 在诉讼中,由审判人员承担调解工作。参见《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(2004年11月1日),第1条规定“人民法院对受理的第一审、第二审和再审民事案件,可以在答辩期满后裁判作出前进行调解。在征得当事人各方同意后,人民法院可以在答辩期满前进行调解”。

^② 参见江仲有:《解决冲突与调解技巧》,50页,香港,香港大学出版社,2010。

^③ 在仲裁中,由仲裁员承担调解工作。参见《仲裁法》,第51条规定“仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成的,应当及时作出裁决”。

此外,还存在其他很多种不同的调解,例如劳动争议调解委员会的调解,民间自发的调解等。应该说,调解随时都可以存在,简便易行,只要双方当事人同意,由第三方从中协调,帮助双方解决纠纷,就可以认为是调解。

以上多种争议解决机制的存在,各有优劣势。至于应该采取哪种机制,应该结合争议的具体情形来决定。具体而言,主要因素包括:争议的性质,争议的数额大小,当事人的时间,争议的法律上和事实上的复杂程度,当事人之间权利的平衡情况,当事人对于谈判的熟悉程度以及经验多少,当事人的背景和财力等情况,当事人的目标为何,是否需要确立先例,当事人之间的关系如何,是否需要继续保持良好关系,是否涉及隐私问题,当地的文化传统,等等。

本书不拟就调解机制的历史、理论等作探究,而是立足于调解员,从调解员的角度出发,探讨有关调解的一些具体技巧和对策,以期提高具体调解工作的效率。此外,必须注意的是,调解有两种不同的模式,评估式调解和便利式调解。有关这两种调解模式将在第二章谈及。由于国际社会对于后者的使用更为推崇,也更为大多数争议当事人所采用。本书主要针对便利式调解作出介绍,当然评估式调解在中国也会经常运用,但只要掌握了便利式调解模式,一般对于评估式调解就比较容易掌握和运用了。

关键术语

争议解决方式 谈判 调解 仲裁 诉讼 调解员 人民调解 诉讼调解
行政调解 仲裁调解

复习思考题

1. 争议解决的主要形式及其构成要素。
2. 调解的主要特征及优点。
3. 中国争议解决的主要机制及其构成要素。
4. 人民调解委员会在争议解决中所扮演的角色。
5. 人民调解委员会的调解与人民法院的调解有何不同?

第二章 调解与谈判

重点问题

- 利益型谈判与竞争型谈判
- 谈判的七大要素
- 利益型谈判的主要原则
- 调解的模式与适用
- 调解员的基本要求、作用和沟通技巧

调解可以说是谈判的延续。调解的本质在于公正独立的第三方帮助争议双方互相沟通,使之能够直接谈判,解决争议双方自己的争议。调解员的存在旨在帮助双方当事人进行直接谈判。之所以能够起这个作用,就在于调解员与当事人及争议没有利害冲突,当事人完全可以让一个没有利害冲突的第三人帮助其沟通,以调解员的知识和技能来为争议的解决发挥作用。从这方面来说,谈判的技巧和理论在调解过程中发挥着重要作用。一般而言,许多人都认为,调解能比较快地解决争议;涉及的费用较低;其具体程序不公开,较灵活;双方当事人调解中能互相看到对方的观点,因此,双方关系能够较好地维系;当事人能控制整个进程,可以决定何时开始,何时结束,是否接受某项条款等;当事人的解决方案比较灵活,有时在其他机制中是不能存在的。本章首先探讨谈判的主要形式,技巧及成功谈判的重要因素。掌握了谈判的技巧后,本章继续探讨调解的适用与模式及调解员在调解过程担任的角色及所需的技巧。

第一节 引言

应该说,在大多数情形之下,“争议”与“冲突”这两个词完全可以等同。但是在争议解决的理论中,往往会将其作进一步的区分。争议是冲突发展到一定阶段的产物。在最初阶段,双方当事人之间产生冲突,此时,双方或许没有意识到冲突的存在,所以说,可以将此时的冲突界定为潜在的争议。之后,双方当事人意识到冲突的存在,并为此类冲突在情感上产生了不快,这可以被界定为冲突发展的第二个阶段。再之后,双方当事人在感到不快的时候,开始向第三方表达不满;该第三方可以是当事