

全国审判业务专家

谈办案方法

主编／沈德咏

人民法院出版社

中国法制出版社

谈办案方法

——

全国审判业务专家

谈办案方法

主编 / 沈德咏



图书在版编目 (CIP) 数据

全国审判业务专家谈办案方法/沈德咏主编. —北京: 人民法院出版社, 2010. 5

ISBN 978-7-5109-0085-3

I. ①全… II. ①沈… III. ①审判—工作—基本知识—中国
IV. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 060270 号

全国审判业务专家谈办案方法

主编 沈德咏

责任编辑 陈燕华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550583 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 573 千字

印 张 32

版 次 2010 年 5 月第 1 版 2010 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0085-3

定 价 68.00 元

版权所有 侵权必究

序 言

为了进一步发挥审判业务专家在人才强院中的示范引领作用，推动全国各级法院法官以全国审判业务专家为榜样，钻研审判业务，提高司法理论水平和正确办案能力，根据法〔2009〕377号《最高人民法院关于授予孔祥俊等45名同志“全国审判业务专家”称号的决定》精神，人民法院出版社精心组织审判业务专家编写了《全国审判业务专家谈办案方法》一书。这是最高人民法院创新法官培训方式、提倡法官教学、案例教学、现场教学的一次有益尝试，对于建设一支政治坚定、业务过硬、一心为民、公正廉洁的高素质人民法院队伍具有十分重要的意义。

近年来，全国法院以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，深入贯彻落实科学发展观，坚持“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”，按照“从严治院、公信立院、科技强院”工作方针，全面加强队伍建设，广大法官的理论水平和司法能力进一步增强，大局观念和为民意识进一步提高。为了激励广大法官干事创业、岗位成才，营造尊重知识、尊重人才的良好氛围，最高人民法院决定在全国法院系统开展审判业务专家评审工作，评选出一批政治立场坚定、司法能力突出、专业造诣深厚的高层次审判人才。他们是司法审判队伍的领军人物和中坚力量，代表了当代人民法院审判工作的水平，展现了新时期人民法官的风采。

审判是人民法院最基本、最重要的职能，也是体现人民法官素质最直接、最有效的载体。公正高效的审判是建立在科学的裁判方法论的基础上的。古人云，“工欲善其事，必先利其器”。可以说，法官裁判的方法论已成为法官职业自治乃至整个法治的基本前提之一。首先，科学的裁判方法是实现司法公正的重要保障。法官掌握了科学的裁判方法，在司法过程中就增强了能动性，能够面对各种各样的复杂情况，做出合法、合理、合情的公正判决，达到法律效果与社会效果的有机统一。科

学的裁判方法不仅可以帮助法官正确地进行法律思维，而且可以限制和约束法官裁判中的任意性，规制法官的自由裁量权。其次，科学的裁判方法是提高法官司法能力的重要手段。王胜俊院长强调指出，为了适应当前形势任务的需求，必须进一步提高广大法官认识和把握大局的能力、认识和把握社会矛盾的能力、认识和把握社情民意的能力、认识和把握法律精神的能力、认识和把握经济社会发展中的新情况新问题的能力。法律的生命在于经验而不在于逻辑，增强这五个方面的司法能力，不能仅仅依靠书本知识，关键要靠日积月累的裁判方法和经验。法官司法能力的核心，就在于科学裁判方法的形成和熟练掌握。再次，科学的裁判方法是提升司法公信的重要途径。专家型法官的重要特征，就是对类型化案件法律关系本质的把握，同样的案件采用相同的方法裁判，通过裁判的一致性向当事人和社会展示公平和正义，维护法律的安定性和可预见性。法官通过科学的裁判方法，使相似情况下的案件得到基本相同的裁判结果，法律规则体现的公平正义精神不断得以重现，从而增强审判的有效性和权威性，从根本上提升司法的公信力。

本书以办案方法和办案经验为主题，由审判业务专家在自己专长的审判研究领域选取相关内容，从提高法官业务水平和办案能力的角度进行深入阐述，尤其注重业务钻研和能力培养，内容涵盖了庭审实践、审判经验、办案技巧心得体会、疑难案件办理思路、解决缠诉纠纷的有效做法以及治学研究成果，等等，是办理各类案件的一本重要参考书。相信本书的出版，能为广大法官和其他法律工作者学习、了解、掌握裁判方法和技艺，进一步提高化解矛盾纠纷和解决实际问题的能力，增强审判业务水平，提供便捷有效的帮助与支持。

* 最高人民法院常务副院长。

目 录

论我国司法调解制度的完善	马建华 (1)
论裁判的逻辑标准与政策标准	
——以知识产权法律适用问题为例	孔祥俊 (15)
也谈法官的培养	王 玟 (29)
减刑假释制度的若干问题与完善对策	王 勇 (39)
论人民法院应对网络舆论的司法策略	
——由“邓玉娇案”引发的若干思考	王 晨 (48)
聚焦“廊坊经验”十大机制	王越飞 (63)
论社会矛盾纠纷的体系化治理	
——基于近两年四川法院能动司法实践的思考	邓修明 (73)
享受审判艺术	
——谈谈审理民商事纠纷案件的点滴体会	叶小青 (84)
关于办理死刑案件审查和判断证据的几点体会	田立文 (98)
我做审判工作的一点体会	乔生彪 (111)
租约仲裁条款并入提单	
——海事仲裁司法审查的理论与实践	刘寿杰 (121)
关于案件审理周期问题的观察与思考	刘新魁 (137)
我亲历的知识产权审判之路	吕国强 (149)
担保法实务中的几个疑难问题	何 志 (161)
公平和正义是我一生的追求	况继明 (177)
秉承法律的使命,最大限度地推行法律效果和社会效果的	
统一	宋鱼水 (189)
保守与能动	
——一个与海事审判方法有关的简单话题	李守芹 (201)

智慧在思辨中凝炼

- 论法官创造性思维之生产 李宝明 (212)
- 民事审判中适用物权法的十个问题 杨永清 (230)
- 关于行政许可司法解释的理解与适用 杨临萍 (245)
- 司法审判的智慧与创新
- 从“东方电子案”谈新型、重大、复杂案件的
审判经验 邹川宁 (275)
- 审判实践中适用死刑的做法和经验 陈华杰 (288)
- 法律的适用与事实认定的统一性
- 以一起房屋的“事实物权”与“法律物权”为例 ... 陈朝阳 (302)
- 论情理法结合的整体性审判模式 武钦殿 (311)
- 办铁案 出精品 构和谐
- 我只是比别人稍勤奋一点 罗水平 (328)
- 中国特色民事审前程序制度初略
- 兼谈纠纷多元化解决 姜启波 (336)
- 刑事大案要案的审判 姜富权 (351)
- 疑难案件中的法律论证 胡建萍 (362)
- 死刑案件附带民事诉讼赔偿调解若干问题 柴建国 (375)
- 心理学知识在诉讼调解中的运用 郭卫华 (391)
- 民事执行中参与分配制度若干争议问题 黄金龙 (405)
- 从职务侵占罪的认定谈刑法适用的思路与方法 黄祥青 (420)
- 关于法官司法理念、理性和理论的思考 童兆洪 (432)
- 构建中国多元化公司治理结构新模式 虞政平 (452)
- 论利益衡量在民事司法中的运用 褚红军 (467)
- 论对具体行政行为的合法性审查 蔡小雪 (485)
- 坚守良知 守望法治
- 二十八年法官生涯的职业感悟 薛江武 (496)

论我国司法调解制度的完善

马建华*

司法调解也称法院调解。它是指法院在审判民商事和部分行政案件过程中主持的调解行为。通过司法调解使得一部分案件的当事人通过法院主持的调解达成和解协议。因此,法院通过调解结案是法院审判工作的重要内容之一。我国法院在审判活动中,探索出了具有自我特色的司法调解经验和做法。这些经验和做法经过不断的实践和认识,逐渐被修订为指导司法调解行为的制度规范。丰富和完善司法调解制度对于规范司法行为、健全司法制度都具有十分重要的现实意义。

社会矛盾的解决主体多种多样,法院是担当该职能的最专门、最重要的社会组织。社会矛盾的解决方式多种多样,调解是最尊重当事者权利和意愿、管理和实现管理成本最低的方式。法院调解则是占尽了各种优势和条件,成为解决社会矛盾中十分重要、不可或缺的选择。

在我国,司法调解已经发展成为法院审判中与判决同等甚至更重要的一项制度。2009年7月,最高人民法院院长王胜俊在全国法院调解工作经交流会上提出:“法院调解是重要的诉讼制度,是人民法院行使审判权的重要方式。”^①这是对司法调解的最新定位,是我国进行司法改革过程中对司法实践的一项理论总结。这一认识对于法院创新调解机制,提高调解能力,推动建立大调解工作格局都将具有重要的指导意义。

当前,在建立法院大调解工作格局实践中,认真总结延安根据地时期和建国后几十年法院调解工作中的经验、做法,积极借鉴他国法院有关司法调解的制度、模式,对于我们探讨司法调解工作规律,完善我国司法调解制度都将具有重要意义。

* 法学博士,吉林省高级人民法院副院长。

① 王胜俊院长2009年7月在全国法院调解工作会议上的讲话——《全面加强法院调解工作推动法院工作科学发展》。

一、认真总结我国法院调解工作是完善司法调解制度的前提和基础

在我国司法实践中，强调和坚持调解解决民商事纠纷是一项传统和特色。这一做法在当今世界备受赞誉，被赋予“东方经验”的美称。回顾我国司法调解实践的经历和过程，可以分为如下几个阶段。

（一）马锡五审判方式的确立

20 世纪 40 年代初，在中国共产党领导的陕甘宁边区地方政权建设时期，陕甘宁边区高等法院在解决辖区民事纠纷工作中，就总结创立了以马锡五名字命名的以调解为主解决纠纷的审判模式。马锡五审判方式的特点是深入农村、调查研究，就地审判、不拘形式，群众参加、解决问题。总的精神就是联系群众。1943 年制定的《陕甘宁边区民刑事事件调解条例》规定，凡民事一切纠纷均应厉行调解，凡刑事案件除 23 个严重罪名外均得调解。马锡五审判方式在其他边区和解放战争期间解放区司法实践中得到大力推广，并且在全国解放后相当长的时间里对全国法院审判工作都有重大影响作用。建国后，由于尚没有法律可作审判依据，用调解方式解决民事纠纷，就仍然是人民法院审判的重要手段和方法。

（二）“调解为主”方针的确立

1963 年 7 月最高法院召开的第一次全国民事审判工作会议确定了民事审判工作“调查研究，就地解决，调解为主”的工作方针，即著名的“十二字方针”。1964 年十二字方针发展成为“依靠群众、调查研究、就地解决、调解为主”的十六字方针。1965 年 12 月，在最高人民法院召开的第七次全国司法工作会议上，杨秀峰院长讲话中针对人民法院审理民事案件问题提出，对于大量民事纠纷案件，也要认真处理。方法就是加强人民法庭工作，加强调解工作，依靠群众把问题解决在第一线。改革开放初期，1978 年 12 月最高法院召开第二次全国民事审判工作会议。会议贯彻党的十一届三中全会发展社会主义民主、健全社会主义法制的基本方针，认为民事审判工作的根本任务就是正确处理人民内部纠纷，发展安定团结的大好形势，防止人民内部矛盾的激化。会议还提出要加强对调解委员会的业务指导。1979 年 2 月，最高法院制定《人民法院审理民事案件程序制度的规定（试行）》。规定重申了“十六字方针”，要求“处理人民内部矛盾”，要以“调解为主”。这一阶段，法院审理民事案件的法律依据仍不健全，法院的审判工作仍然以政策为依据。以调解为主的方针，是法院审理民事案件的工作原则和政策依据。

（三）“着重调解”民事审判原则的确立

1982年3月，我国第一部诉讼程序法典《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》（以下简称《民事诉讼法（试行）》）颁布。这是我国开始法制建设的重要标志之一。它使得我国民事审判工作从“依靠政策”走到了“依照法律”，实现了质的、历史性的飞跃。从此，民事审判工作也进入到了一个严格按照诉讼程序办案的新阶段。《民事诉讼法（试行）》确立了“着重调解”民事审判原则，规定“人民法院审理民事案件，应当着重进行调解；调解无效的，应当及时判决”。“调解”民事纠纷案件，从过去的解决人民内部矛盾的民事政策，转变为依照法律审理民事纠纷案件的民事审判原则。“调解上升为国家立法，成为重要的法律制度”。^①为贯彻《民事诉讼法（试行）》和《婚姻法》，最高法院在1982年7月召开第三次全国民事审判工作会议。会议要求各省市自治区视本地实际情况，在进行试点工作中，注意抓好调解工作和就地办案工作。这项工作为后来的民事审判工作中的调解活动积累了丰富的经验。

（四）调解“自愿、合法”原则的确立

1991年4月我国正式颁布《中华人民共和国民事诉讼法》。这部法律吸收了近几十年来对民事审判活动的经验、体会和理论认识，各项原则和制度均得到了丰富和完善。《民事诉讼法》重申了法院调解工作，规定法院审理案件时“应当根据自愿和合法的原则调解；调解不成的，应当及时判决”。《民事诉讼法》确立了调解要坚持“自愿、合法”的工作原则，使纳入到民事审判中的调解工作更加规范。这是对我国的诉讼调解原则的一次重大调整。

随着法律法规的不断被制定出来，法院的审判依据越来越明确、具体，审判人员对民事案件当事人的调解也从过去解决纠纷的一种主要方法、手段，转变为审结案件的一种重要形式。这一时期，由于国民经济的发展，各种社会经济关系开始越来越丰富，人民法院的民事、经济案件呈急剧上升态势。1987年召开的第十三次全国法院工作会议指出，近年法院受理的民事、经济纠纷案件大幅度增加，已占受理案件总数的80%以上，并预计这种增长趋势在相当一个时期还会继续。针对这一状况，1992年12月召开的第十六次全国法院工作会议提出，采取多种形式加强调解工作。其中最重要的一种方式就是在各级法院成立“经济纠纷调解中心”来应对民事审判形势，进而

^① 王胜俊院长2009年7月在全国法院调解工作会议上的讲话——《全面加强法院调解工作推动法院工作科学发展》。

确立了一种民事调解新模式。

但在 20 世纪 90 年代中后期，由于案件数量的剧增，法院审判力量相对不足，在进行改革的尝试中司法实务和法学理论界对调解的认识出现了一些分歧。“一步到庭”、“当庭宣判”等追求审判速度和效率的做法被提出和要求。相应地，对调解工作的重视程度被减弱，调解工作受到了弱化。出现了案件该调不调，能调不调，调解结案率下降等现象。在理论认识上和审判实践中，都不同程度地出现了“重判轻调”的倾向。这些做法部分地导致了上诉、申诉率的上升和信访压力的增大。

（五）“调解优先、调判结合”原则的确立

为了实现诉讼调解规范化，解决各地做法不一影响司法统一等法院司法实践中存在的问题，最高法院在全面调查研究的基础上于 2004 年 9 月颁布《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》，提出了“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”的工作方针。民事调解工作因此更加有章可循，民事调解制度更加丰富完善。之后的四年里，最高法院都把这一原则作为指导法院调解工作的标准。最高法院院长肖扬在对全国人大的报告上和在全国高级法院院长会议上都着重强调这一司法调解新原则。

中国共产党十七大为实现落实依法治国基本方略，加快社会主义法治国家建设步伐，提出“深化司法体制改革，优化司法职权配置，规范司法行为，建设公正高效权威的社会主义司法制度，保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权”。这一重大战略决策，推进中国的司法改革进入到了“体制创新和机制创新”的新阶段。2009 年 3 月最高人民法院发布《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》。对于司法调解工作，纲要提出对刑事附带民事审判工作要“强化诉讼调解”，对健全多元纠纷解决机制要“扩大调解主体范围、完善调解机制”，“加强诉前调解与诉讼调解之间的有效衔接”。

2009 年 5 月最高法院在召开全国法院进一步学习宣传“东营经验”电视电话会议上，明确提出“要进一步贯彻‘调解优先、调判结合’的原则，推动建立多元纠纷解决机制，真正实现定纷止争，案结事了。”至此，根据社会发展形势和法院审判实际，最高法院确立了司法调解原则新原则。可以说，与之前的调解工作原则相比较，新原则更加强调和突出了调解的地位和作用。

回顾在我党领导的近 70 年司法事业中，法院调解工作也经历了摸索、认识、定位、实践，再摸索、认识、定位、实践的过程。虽然这个过程有时表现为反复，但这正是我们认识和实践的基础和成就，正是我们正确认识司

法调解规律，制定正确司法调解原则、制度的基础、条件。

二、积极借鉴国外及台湾地区的司法调解制度是完善我国司法调解制度的必要条件

我国司法调解制度的健全和完善，除了要积极探索、积累成功的经验、吸取失败的教训外，国外及台湾地区在解决社会纠纷的办法和方式也是值得我们学习和借鉴的重要来源。

20 世纪五、六十年代，西方发达国家普遍出现了“诉讼爆炸”局面。面对法院庞大的诉讼案件，各国都开始把目光放在法院外的其他社会力量上

调解的程序则由法院的规则来决定。调解员由原、被告双方从调解员名册中选出,组成一个共同参加调解的调解委员会。该调解委员会由3人组成,其中原告挑选一名、被告挑选一名和双方共同选出一名中立调解员。在大约30分钟的调解时间里,先由双方当事人的代理人说明案件概要事实和各自主张,然后调解委员进行适当的询问。在此基础上,双方代理人分别对该案提出调解方案意见。调解委员会经过协商,归纳调解方案,向当事人做出通知,并要求在一定期限内答复同意或反对。

只要有一方对调解方案予以拒绝,该案件就转入法庭审理。拒绝调解的当事人,如果在判决中没有得到比调解结果更有利的判决,将要承担拒绝调解以后对方当事人所支付的诉讼费用。^①

此外,美国法律还设计了法院附设仲裁方式和法院“调解——仲裁”方式。法院附设仲裁是由法院强制或建议,对纠纷进行诉前阶段的仲裁,但该仲裁裁决不是终局性的;“调解——仲裁”方式是将调解与仲裁结合在一起的制度。

(二) 英国的可选择程序

法院努力维持其作为裁判机关的“纯洁性”,而不愿过多地介入ADR机制。^②英国的司法ADR起步很晚,并且主要是把ADR作为一项案件管理的手段来运用。1999年4月英国《民事诉讼规则》才把ADR制度引入法院系统。该规则规定,对争议额在5000英镑以下的小额请求,法院可依当事人申请或依职权决定中止诉讼一段时间,以便当事人通过ADR或其他方式达成和解。这一期间法院暂停诉讼程序,法院也可以在其认为适当时考虑暂停诉讼程序。

(三) 日本的家事调解

日本司法ADR最为发达。1956年日本制定了《民事调停法》,1996年新的《民事诉讼法》强化了裁判所的和解功能。为使纠纷能够在相互谅解的气氛中得到解决创造条件,《日本民事诉讼法》确立了“辩论兼和解”制度。日本法院ADR的主要形式是调解。调解适用范围较广。《家事审判法》规定,除了不适用调解的纠纷事项,如禁治产宣告等之外,其他所有的人事诉讼事件和其他普通家庭事件都可以进行调解。^③法律还规定了调解前置制

① 白绿铉:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1996年版,第116页。

② 林振通:《域外司法ADR机制考察》,载<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=232780>,访问时间2010年1月19日。

③ 《日本民事调解法》第2、13、16、22条,载白绿铉编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第197~198页。

度。只有经过调解但达不成协议才可向法院起诉。

民事调解法则规定,发生有关民事纠纷时,当事人可以向法院提出调解申请,由法院设立的调解委员会进行调解。适当时,法官也可单独进行调解。如经过调解双方当事人达成协议,则记载在笔录上,视为调解成立。记载的笔录同审判上的和解具有同等的法律效力。^①另外,日本法律还制定了金钱罚则来保障调解制度的实行。当事人如同意调解进入该程序后,但无正当理由不按时参加的,将予以罚款。^②

(四) 德国的诉讼和解与法院外和解

20世纪90年代后,由于诉讼案件大量增加而产生的压力,德国开始重视司法ADR的解决方式。德国先后制定了司法简便化法和司法负担减轻法,通过提高小额诉讼案件适用ADR的标的额,鼓励当事人在起诉前经过庭外和解方式解决争议的程序,以简化诉讼程序,减轻法院负担。^③

诉讼和解是双方当事人在法院审理过程中达成和解协议,来解决他们之间的争议,因而避免法院作出“对席的判决”。法律规定,在言词辩论之前设置一个和解辩论程序,并且要求在任何程序中法官都应当注意和好解决诉讼或者某些争点。相对于判决,和解还有一个优点,就是当事人可以超出诉讼标的范围确定他们的法律关系并且未参与程序的人也可被牵连在其中。为了保障和解的自愿性,法律同时规定,法官不应该迫使当事人和好解决争议,而只是提出“和解建议”。法官应特别避免他想节省与判决相连的工作“耗费”这一嫌疑。^④

法院外和解也叫律师和解,是指律师在其委托人的授权下以他所代理的当事人的名义达成的和解。这种和解是当事人双方必须通过相互的让步消灭他们之间的争执或消灭法律关系的不明之处。该和解依当事人的申请能够被法院宣告为可执行。立法者通过这一法律制度促使在法院外终结诉讼并减轻法院的负担。

(五) 台湾地区的调解委员会

台湾地区的司法ADR也主要是法院附设调解。这一制度历史比较久远。早在中华民国的民事诉讼律草案中对调解就有了规定,尽管规定得极为简单。1930年2月《中华民国民事诉讼法》公布,同年1月《民事调解法》

^① 《日本民事调解法》第2、13、16、22条,载白绿铨编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第198~199页。

^{②③} 林振通:《域外司法ADR机制考察》,载<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=232780>,访问时间2010年1月19日。

^④ [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克著,周翠译:《德国民事诉讼法基础理论》,中国政法大学出版社2005年版,第172~178页。

公布。1935年修正的民事诉讼法增订调解制度,将民事调解法内容并于简易诉讼程序中。1968年台湾地区修订“民事诉讼法”时,参考《日本民事调停法》有关规定,将调解程序单独设立一章。1990年8月对调解程序进行了修正。2000年2月修正“民事诉讼法”时进一步加强了调解程序的规定。^①

台湾地区现行的法院调解制度主要包括:

1. 部分强制制度。一部分案件在起诉前应经过法院调解。原来规定,简易程序事件须经过法院的调解,但这样的规定没有考虑案件的性质或者当事人间的关系,因而调解的功效未能积极发挥出来。修正后的《民事诉讼法》根据案件性质、居处环境、一定亲谊、标的数额、有非讼色彩等因素,重新调整强制调解的范围,规定11种事件除有第406条第1项各款所规定情形之一者外,应于起诉前经法院调解。

2. 调解委员会制度。原有的调解人制度仅规定当事人得推举调解人,法院得选任调解人。但实践中该规定并未得到重视和执行,调解工作大多仍由法官承担。由于审判的案件繁多,调解成效并不明显。修正后的民事诉讼法,为加强调解制度,增强民众参与程度,促进司法民主化理念,将“调解人”改为“调解委员”,并大幅修改调解委员参与调解的条文,以提高法院的调解功能。地方法院将本管辖区域内适于为调解委员的人选列册,以供选任。调解委员的人数、资格、任期及聘任、解聘等事项,法律授权由“法院”决定。^②

为鼓励公民积极参与调解,提高调解功效,调解委员履行职务可以支领日费、旅费及相应的报酬。该笔费用由司法院决定,由国库负担。

3. 调解的程序。

(1) 调解的申请。当事人可以在起诉前向法院提出申请调解。但为保障特定案件首先进入调解程序,法律还规定在一定情况下拟制当事人的起诉为调解的申请。所谓拟制申请,即特定案件即使当事人原本没有申请调解的意思,而以法律拟制其作出调解的申请。主要表现为两种情形:一种是拟制起诉为申请调解。包括属于强制调解的事件,而径行起诉的;有起诉前应先经法院调解的合意,但当事人却又径行起诉的。另一种是拟制支付命令申请为申请调解。债务人对支付命令在法定期间内提出异议的,支付命令失去效

^① 陈计男著:《民事诉讼法论》(下),台湾地区三民书局1994年版,第161~162页。

^② “司法院”系台湾的“最高司法”机关,主管民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼的审判及对公务人员的惩戒审议等事项。“司法院”设17人组织的大法官会议,院长为主席,行使解释“宪法”、统一解释法律、命令之职权。“司法院”置院长、副院长各一人,由“总统”提名,经“立法院”同意后任命,另置“秘书长”一人。“秘书长”承“院长”之命处理“本院”事务。自2003年后,“司法院”设大法官15人。

力。这时债权人支付命令的申请,视为申请调解。

(2) 调解日期与调解处所。调解日期由法官依职权决定,调解活动程序原则上在法院进行,如法官认为有必要也可以在法院以外适当的场所进行。

(3) 调解的顺序。除法官径行调解的外,案件应由法官所选任的调解委员一人至三人先行调解。调解原则上先由调解委员进行。待达到相当程度有成立可能或其他必要情形时,再报请法官到场。为使调解程序进行顺利,在法官到场前,赋予调解委员程序指挥权。如双方当事人合意或法官认为适当时,也可直接由法官进行。调解委员有二人以上时,应由法官指定其中一人作为主任调解委员指挥调解工作。当事人对于调解委员人选有异议或双方合意出其他适当人选的,法官得另行选任或依其合意选任。^①

与传统审判方式相比,上述各国及台湾地区实行的司法调解制度、模式都是对法院向外分流案件、多种方式解决纠纷、降低社会治理成本、提高纠纷解决速度的新探索、新尝试。从某种意义上看,这些做法也都是对司法行为的保护。

比较而言,美国的司法 ADR 制度模式比较全面。它把仲裁、调解诉讼外模式积极进入司法程序之中,并予以制度化。实践中,美国司法 ADR 也成为各国建立各自司法调解制度的基础性立法范例进行积极借鉴和模仿吸收。英国的历史传统决定了其对司法制度正统性、“纯洁性”的强调和坚持。司法 ADR 不仅起步晚,而且纳入法院司法活动的范围也很有限,因而对其他各国的影响也比较小。与英国司法 ADR 相比,日本法律更鼓励调解程序的适用,鼓励法官参与调解的主动性。德国的诉讼和解、法院外和解制度,突出了强调社会多主体解决纠纷的制度设计理念。台湾地区的民事调解制度反映了民间调解与司法裁断相结合的特点。

上述司法调解制度和做法虽然是各个国家、地区法院结合本地实际情况做出的探索,但它们仍然反映了社会纠纷、案件诉讼的内在规律。法系的划分及其特点决定了德国、日本和台湾地区司法 ADR 制度与我国法律制度的贴近。中华文化的承继和影响也决定了我们可以积极吸收台湾地区以及日本司法调解制度。

三、我国司法调解制度的完善

(一) 对我国现有调解制度的评价

对于法院的调解实践,当前我们现在正处于一种从自发进行到自觉进行

^① 陈计男:《民事诉讼法论》(下),台湾地区三民书局 1994 年版,第 161~162 页。