



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

诉调对接的理论探索

——以丹凤模式的考察为基础

赵旭东 ★主编
董少谋 ★副主编

★ Theoretical Exploration of Combination of Litigation and Mediation ★



诉调对接的理论探索

——以丹凤模式的考察为基础

* Theoretical Exploration of Combination of Litigation and Mediation *

赵旭东*主编

董少谋*副主编

百晓锋*执行主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

诉调对接的理论探索 / 赵旭东主编. —北京:法律出版社, 2015. 2

(西北民商法学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7566 - 2

I. ①诉… II. ①赵… III. ①法官—工作—丹凤县—文集 IV. ①D926.17 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 036234 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京易丰印捷科技股份有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/10.5 字数/312 千

版本/2015 年 4 月第 1 版

印次/2015 年 4 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 重庆分公司/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 - 7566 - 2

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任:李少伟

编委会副主任:高在敏 赵旭东

编委会执行主任:程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔

赵旭东 赵林青 高在敏 韩 松

董少谋 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。该文库自 2010 年至今已出版专著、论文集、译著等学术著作十多部。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法学教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生 2000 多名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中五分之四以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师占教师总数的一半以上,有 15 名教师分别在全国性的各有关法学研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女/性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学机构,设有民商事法律科学研究中心、私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家

事制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目 10 项,项目内容涉及集体所有权法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院的部分科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为国家或省部级科研项目及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会

2014 年 12 月

本书为《诉调对接的丹凤模式研究》项目最终成果,由委托单位商洛市中级人民法院、丹凤县人民法院以及陕西省重点学科建设专项资金共同资助出版。

一种经由司法的非正式控制(代序)

—

纠纷的解决究竟以何种方式最为妥当?如果这是一个元命题,那么,项下的子命题还应包括诉讼与调解究竟以何者为优?诉讼的方式与非诉讼方式如何衔接?以及现代社会的纠纷解决机制应当如何构建才更接近科学与理性?等等。季卫东教授在研究调解制度的发展机制问题时曾提出这样一个问题情境,即“遵从法律和侧重调解之间的纠葛”,“是将其视为一种制度上的对立,还是看法政策上的悖论,看法各有不同”。他认为:“如果采取前一种立场,迟早会得出两者择一的判断。反之,后一种视角却有可能促使我们反思以往的思维模式和理论的缺陷,激发我们寻求新的解释。”^{〔1〕}

在我国,自改革开放以来,与经济建设从计划经济转向市场经济的基本方针不同,在法制建设领域所追求的目标是法律体系的逐步完善和司法制度的健全与规范。因此,在改革开放初期,理论的关注点也大多是制定法的逻辑性与自足性,以法律(制度)的制定和保障法律的实施为核心任务,纠纷的解决也是以合乎法律规范为基本理念,鼓励当事人更多地利用诉讼的方式。在这种理念支配下,调解的方式曾经一度受到强烈的排斥和抵触,导致法院的“调解率”大幅下滑,^{〔2〕}曾经辉煌的人民调解制度也一度徘徊于衰

〔1〕 季卫东:“调解制度的法律发展机制——从中国法制化的矛盾情境谈起”,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第1页。

〔2〕 我国法院民事、经济案件的调解率1989年为69%和76%,到2001年迅速滑落到36.7%和30.4%,2002年以后,随着国家司法政策的转变,调解率又迅速上升。参见范愉:“调解的重构(上)——以法院调解的改革为重点”,载《法制与社会发展》2004年第2期,第113页。

落的边缘。^{〔3〕}但是,这种人为造成的“诉讼纯化”的现象并不能改变因社会自身需求而形成的发展规律,自20世纪90年代,特别是21世纪以来,以纠纷解决的“多元化”为基本命题的社会实践和理论研究逐渐形成一股热潮,而且以不可阻挡之势蓬勃发展。

而在西方国家,对替代诉讼的纠纷解决方式的研究还要早些。根据意大利法学家M.卡佩莱蒂的描述,西方国家的“接近正义”运动有过三次浪潮,第一次浪潮始于20世纪60年代,为解决当事人因无力获得信息及律师代理等接近正义的经济方面的障碍,建立了诸如法律援助等制度;第二次浪潮始于20世纪70年代初期,为了解决诉讼组织上的障碍并保障集团权益能够得以伸张,建立了集团诉讼制度;第三次浪潮始于20世纪70年代后期,以ADR程序来弥补传统诉讼程序在当事人接近正义方面的不足。^{〔4〕}根据范愉教授研究,ADR方式起源于美国。早在19世纪中叶,在商事纠纷的解决过程中就曾鼓励当事人通过和解与妥协的方式解决纠纷,但美国联邦法院系统真正接受ADR方式则是在1925年的《联邦仲裁法案》之后,但还主要是运用于劳动争议与家事纠纷的解决。此后,ADR方式有过一个持续上升的发展过程,直至1998年10月,克林顿总统签署了《ADR法》(Alternative Dispute Resolution ACT of 1998),ADR方式才取得了正式的法律地位。在这一过程中,ADR方式得到迅速发展与传播,时至今日,已经成为西方各国推动司法改革的指导性理念并呈现出持续发展的强劲势头。^{〔5〕}特别值得一提的是日本学者在这一领域的贡献。有日本学者指出:“日本的回避诉讼的体制一方面是出于文化传统,另一方面也被视为统治者处心积虑的制度安排。其结果是法院和律师等司法制度作用相对较低。”^{〔6〕}因此,在日本,并没有出现类似西方国家的“诉讼爆炸”现象,相反,其核心的问题是如何更好的利用诉讼,发挥司法的社会功能。正是在这样的背景之下,日

〔3〕 参见沈恒斌主编:《多元化纠纷解决机制原理与实务》,厦门大学出版社2005年版,第131页。

〔4〕 参见〔澳〕娜嘉·亚历山大主编:《全球调解趋势》,王福华等译,中国法制出版社2011年版,第5页。

〔5〕 参见范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第95~103页。

〔6〕 参见范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第214页。

本学者对调停制度的研究路线并非脱离诉讼而寻求其他的解决纠纷的途径,而是如何借重诉讼制度使调停更具有法律程序的意义,换言之,即调停的法律化、规范化和更加完备的制度化。如日本著名学者小岛武司提出的“正义的综合体系”的概念,井上治典提出的“并列配置论”,^[7]田中成明主张的“多元化调整形态”,^[8]以及棚濑孝雄对纠纷解决的“过程分析”,^[9]等等。其中,棚濑孝雄的著作《纠纷的解决与审判制度》对“决定”与“合意”在纠纷解决过程中的相互关系有着十分细致的分析。他认为纠纷解决的“决定性”与“合意性”所追求的目的与方向具有相对性,但是,在具体的形成过程中却呈现一种相辅相成的状态,从而为客观地认识“决定”与“合意”的价值及其相互关系开辟了一个新的视角。

二

纵观人类社会纠纷解决的历史,以官方和民间的不同视角,大体上可以分为正式的和非正式两种方法体系,虽然这两种方法体系事实上经常处于相互交织的状态,但真正显性地表现为如庞德所说的“通过法律的社会控制”,则只有在现代社会才能变为现实。因为,只有在现代社会才会营造出“法律无所不在”的法治局面。^[10]从纠纷解决机制的层面讲,诉讼机制与非诉讼机制这种二元结构的组织体系在现代社会也发生了解构与重组,一种诸如模糊逻辑类型的中间状态的机制在必然意义上粉墨登场。最先引起世人关注的似乎是发端于美国的 ADR 机制,^[11]这种机制与其说是“非诉

[7] 参见陈刚主编:《自律性社会与正义的综合体——小岛武司先生七十华诞纪念文集》,陈刚、林剑锋、段文波等译,中国法制出版社 2006 年版,第 15~16 页。

[8] 参见陈刚主编:《自律性社会与正义的综合体——小岛武司先生七十华诞纪念文集》,陈刚、林剑锋、段文波等译,中国法制出版社 2006 年版,第 16 页;及【日】小岛武司、伊藤真编:《诉讼外纠纷解决法》,丁婕译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 226~229 页。

[9] 参见【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 2004 年版,第 4~10 页。

[10] 参见【美】劳伦斯·M. 弗里德曼:“法治、现代化和司法制度”,载宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 94 页。

[11] 中国学者对此说不能不有所抗拒,因为,不仅在中国古代即存在由官府导演的调停制度,而且在现代社会,司法的过程也往往结合了民间的方式,如“马锡五方式”。

讼”的方法体系,不如说是司法引导下的多种纠纷解决方法的综合体,所谓“法院附设ADR”实际上就是ADR机制的典型模式。而在中国,诉讼与调解之间的争拗曾经一度几乎达到了互不相容的境地,但纠纷解决的社会实践并没有因为这种教义式的分歧而停止自己前进的脚步,直至被称为“诉调对接”的纠纷解决机制呈现在世人面前。

诉调对接机制究竟起于何时,并无一种确切的说法,有的学者认为诉调对接机制是基层人民法院在司法实践中逐渐形成的一种新制度,最早源于江苏南通于2003年创立的大调解机制,^[12]但有的学者却认为诉调对接只不过是现代人的提法,作为一种传统的纠纷解决机制它在中国历史上早就存在了。^[13]但无论如何,一个基本的事实是不容忽视的,即诉调对接机制在司法实务中的空前繁荣和迅速传播,以至于理论界也不能等闲视之,越来越多的学者加入了这一“新生事物”的热议之中。从某种意义上说,诉调对接机制足以和西方国家的ADR机制相媲美,因为它实际上也是司法资源与民间资源优化配置的一种纠纷解决机制,更为难得的是,它得益于中国本土文化的孕育,更适合中国的国情、社情和民情。

所谓诉调对接,从字面含义看似乎不存在解释上的困难,不过,如果将“诉”和“调”简单地理解为诉讼和调解,则未免有些望文生义了。目前学界对诉调对接主要有两种定义:第一种认为诉调对接是诉讼调解与其他调解方式的对接,第二种则认为诉调对接是指法院的诉讼与人民调解的对接,主要通过诉前调解和法院确认人民调解协议的方式进行运作。^[14]相对于这种从实务操作的角度对诉调对接进行定义的方式而言,笔者更愿意从较为抽象的基本理念的角度来认识诉调对接,即诉调对接是指在司法机关主导下,在政府相关机构和民间组织的支持和参与下,在当事人及其社会关系的配合下,以协商、调解等非诉讼方式解决纠纷的机制。诉调对接中的“诉”应当是司法机制的代称,既包含法院,也包含具有司法功能的政府机构;而

[12] 参见钟三字、陈晓霞:“我国诉调对接纠纷解决机制的制度构建”,载《重庆理工大学学报(社会科学)》2013年第2期。

[13] 参见王亚明:“‘诉调对接’的法文化探析”,载《贵州警官职业学院学报》2007年第1期。

[14] 参见王旭之:“诉调对接的现状与困境与出路”,载《法制与社会》2012年第8期,孙霞:“‘诉调对接’初探”,载《唯实》2007年第10期。

“调”则是民间机制的代称,既包括人民调解组织,也包括其他民间调解机构。将司法机制与民间机制加以整合、贯通,就形成了诉、调之间的对接模式,调解或协商是诉调对接的基本表现形式,主要由一定的调解组织来负责开展,但并不排除司法机关(法院或具有司法职能的行政机关)的参与,甚至于法院在其中还居于主导性地位。至于“诉前调解”,或者“先行调解”,都可以看作是诉调对接机制的具体运作方式。

将诉调对接看作一种纠纷解决的基本理念,不仅是因为这种纠纷解决机制本身具有相当的灵活性和开放性特点,而且还蕴含着一个带有导向性的理论命题的揭示,即本文开头所提出的“纠纷的解决究竟以何种方式最为妥当”的命题。其实,无论是中国传统的纠纷解决文化还是西方国家兴起于20世纪的ADR机制,抑或是作为国家权力体现的诉讼制度,对于纠纷的解决都是以社会成员合作关系的维系和社会的和谐稳定为基本价值目标的。在这一点上,本来就是以当事人合意解决纠纷为目的的调解机制自不待言,即使是奉行“程序正义”的诉讼制度其实也从来都是鼓励当事人和解或者以调解作为最优的纠纷解决方式的。最新修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第122条就明确规定:“当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。”尽管人们对“先行调解”这一概念的技术性操作有着不同的理解,但是,在优先考虑以调解方式解决民事纠纷这一点上应该是没有争议的。^[15] 调解或和解所带来的结果是纠纷的实质性解决,而不是拘泥于程序的制约去寻求一种纯粹外观上的正义,对于程序优先或程序正义的观念而言,这无疑是一种涉及原则立场的挑战。然而,程序构建的目的并不在于程序的本身,作为工具的理论或制度的合理性与正确性最终还要以实践的效果作为检验的标准,对于纠纷的解决而言尤其需要这样的一种理性思维。

[15] 相关的文章可参见:潘剑锋:“民法修订背景下对‘诉调对接’机制的思考”,载《当代法学》2013年第3期;赵刚:“关于‘先行调解’的几个问题”,载《法学评论》2013年第3期;赵旭东:“法院分层调解机制的建构理念与运作程序”,载《中国社会科学院研究生院学报》2014年第1期。

三

诉调对接在中国的兴起并不是国家的统一部署,而是由基层司法机关或政府机构在处理各类社会矛盾或纠纷的过程中逐渐形成的一种工作机制,其传播的迅速和广泛,也说明了这种工作机制出现的必然性与合理性。陕西省丹凤县的诉调对接工作起步并不是很早,据丹凤县法院的负责同志介绍,是在2008年迫于解决不断增加的案件压力特别是涉诉上访的问题,而由法院发动开展起来的,他们称之为“矛盾纠纷关口前置,法官工作阵地前移”(当时他们称为“诉前调解”)。这就说明,在丹凤县,诉调对接的发动和司法机关工作思路的变化是密切相关的,换言之,这种工作机制是由司法机关主导的工作机制,司法机关是诉调对接机制的先行者。丹凤县的诉调对接工作之所以引起我们的特别关注,倒不纯粹是因为他们所取得的成功业绩,(丹凤县法院于2009年曾受到最高人民法院的通报表扬)更重要的是他们有一套较为完善并切实可行的工作制度。例如,法院与社区之间的双向互动式工作机制:当事人到法院起诉的,如果法院认为适宜调解,经当事人同意后将案件交由社区进行调解,同时指派一名法官跟踪案件,一跟到底,直至纠纷的彻底解决;反之,如果是社区受理的纠纷,也可以联系预先安排的协调法官进行协助,甚至直接参与纠纷的调解。在这种工作机制下,纠纷往往能够得到及时、顺利的解决,且不伤情感、不留后患,因此受到人民群众的普遍欢迎。由法院率先发动的诉调对接工作机制也受到当地政府的充分肯定和提倡,2013年8月,丹凤县委县政府发布了《关于进一步加强矛盾纠纷诉调对接联动机制建设的实施意见》并为此专门成立了矛盾纠纷调解工作的领导小组,从而为诉调对接工作的常规化和规范性运作提供了组织保障,使这种脱胎于解决法院案件压力和涉诉上访的工作机制成为一种常规性的社会治理方法。丹凤县的经验也提醒我们,虽然诉调对接从理论上讲具有共同的内涵和一致的理念,但从实践层面讲,却不一定要强求一致,“适合自己的才是最好的”,这条生活定律在纠纷解决的具体实践中或许也是可以适用的。

正是由于被丹凤县的特色实践所吸引,经过西北政法大学民事司法改革研究所和民商事纠纷解决机制研究所与商洛市中级人民法院、丹凤县人

民法院充分协商,确定了《诉调对接的丹凤模式研究》这一课题。此后,课题组多次前往丹凤县进行了深入的考察,举行了各种形式的研讨会,并派出研究生蹲点实习。参与和支持该项目的单位有陕西省高级人民法院、洛南县人民法院、西安交大法学院、西安仲裁委员会、陕西省的多家律师事务所以及陕西省法学会民事诉讼法研究会、仲裁法研究会、西北政法大学科研处、侵权法研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所,等等。商洛市中级人民法院张晓建院长、杨成哲副院长、丹凤县人民法院齐国均院长对课题组的工作给予了热情的鼓励、支持和帮助。在此,笔者谨代表课题组一并表示由衷的感谢!

在项目进行期间,课题组的活动和阶段性研究成果在《西部法制报》、《西部法学》、《人民法院报》、《甘肃政法学院学报》等报刊上已有公开发表或报道,这个文集是该项目的最终成果,也是我们基于丹凤县的实践就诉调对接机制进行系统化研究的初步尝试,希望能够为诉调对接这一新生事物的理论研究做出微薄贡献。

赵旭东

2014年10月25日

目 录

一种经由司法的非正式控制(代序)	(1)
------------------	-------

理 论 研 究

诉调对接语境下的合意机制	赵旭东(3)
诉调对接在当代中国的实践及思考	李 政(30)
诉调对接实践形态	百晓锋(57)
“诉—调”与“调—诉”	李 红 李 茜(75)
诉调对接与社会管理研究	易 萍 赵文婷(93)
诉调对接制度的构建研究	韩红俊 钱玢洁(124)
民事司法的目的与基层人民法院的功能	董少谋(150)
对少数民族纠纷协助调解人的若干思考	李 军(168)

2 目 录

纠纷的社会化解决机制研究

..... 刘克毅 麻婷婷(188)

协助调解人研究

..... 童雅琴 贺宇秀 李泽文(198)

实 践 观 察

丹凤模式:创新诉调对接机制的成功实践

..... 杨成哲(213)

丹凤诉调对接模式的实证分析

..... 任慧慧(223)

丹凤法庭实习札记

..... 丁 俐 牛 静(240)

韩国民事调停制度及其“诉调对接”

..... 谢鹏远(267)

附 录

附录一:丹凤县人民法院诉调对接调研报告(节选)

..... (295)

附录二:丹凤县人民法院《关于进一步加强和规范诉前调解工作的意见(试行)》(节选)

..... (307)

附录三:丹凤县《关于进一步加强矛盾纠纷诉调对接联动机制建设的实施意见》(节选)

..... (311)

编后语 (315)

理 论 研 究