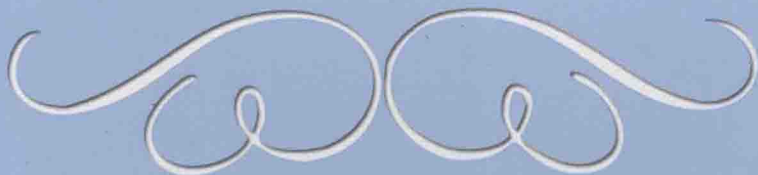


契合与超越系列

总主编◎李祖军



民事调解规范化研究



李祖军 等 著

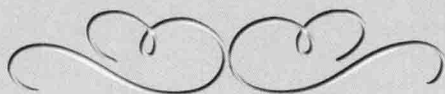


厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

本书是西南政法大学校级重大课题“民事调解规范化研究
(项目编号: 2011-XZZD01)的最终成果

契合与超越系列

总主编◎李祖军



民事调解规范化研究

李祖军 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

图书在版编目(CIP)数据

民事调解规范化研究/李祖军等著. —厦门:厦门大学出版社, 2015.6

(契合与超越系列)

ISBN 978-7-5615-5411-1

I. ①民… II. ①李… III. ①民事纠纷—调解(诉讼法)—规范化—研究—中国
IV. ①D925.114.4—65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 030622 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总编办电话:0592-2182177 传真:0592-2181253

营销中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门大嘉美印刷有限公司印刷

2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:17 插页:2

字数:296 千字 印数:1~1 200 册

定价:48.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

作者简介：

李祖军，1984 年 7 月毕业于西南政法大学法学系，获法学学士学位；1987 年 7 月毕业于西南政法大学研究生部，获法学硕士学位；1999 年获得西南政法大学法学博士学位。现为西南政法大学法学院教授、博士生导师。



序 言

民事调解制度作为纠纷解决中一项重要的内容,其鲜明的特征是有利于化解纷争,降低诉讼成本,节省司法资源,有着民事诉讼制度所不及的优势。眼下,中国处于现代化转型期,完善的民事调解制度有助于推动法治国家、法治社会和法治政府的建设。然而在一个儒家思想盛行两千年的国度,封建社会对纲常伦理的极端追求形成了“重刑事轻民事”、“重实体而轻程序”的法律观念。这种深刻的观念烙印既是信手拈来的本土资源,也是挥之不去的思想重担。在传统观念荫影下成长的民事调解制度,深刻体现了“以和为贵”的思想,确实也在一段时期内发挥出了定分止争的作用。但是,民事诉讼调解制度的发展方向也被局限在儒家思想的范畴内。这种狭隘的状况在瞬息万变的今天显得脱节严重,并有待与现代法治的完美融合。故而,梳理原有民事诉讼调解制度的运行轨迹,弥补我国民事调解的缺憾,使得民事诉讼调解制度更加规范的实施是写作本书的基本目标。

就目前我国民事诉讼调解制度而言,其弊端至少表现在以下几个方面:指导思想的单一化与政策的多样化倾向严重;制度体系尚未完整地建立,在专注制定法院调解、人民调解等法律的同时,忽略了其他非诉讼调解制度的设立,如公证调解、行政调解等,造成了民事调解制度体系的失衡,限制了其功能的充分发挥;民事调解程序运行的规范保障缺失,造成了当事人在调解中的“反感”,权利“打折”的负面效应未能消除,调解制度的优越沦为羁绊。从上述弊端可知,破解困境的首要任务在于扭转偏离轨道的指导思想和政策。“以调压判”、“调解为主”在历史上的特定时期无疑功不可没,但其生命力注定无法永恒,难以适应当今社会和经济的现状。现代法治旨在保障全体民众民主和平等的基础上,尽可能地促进人类的福祉。因此,在保留“以和为贵”的传统思想的同时,充分赋予当事人意思自治的权利。在此基础上,全面构建和完善民事诉讼调解体系,确立特殊领域的民事调解制度和规范,以满足市场经济对民事调解制度的专业化需求。



□

序

言

纵观世界各国的民事诉讼制度,如今都在探索更加高效的纠纷解决机制,以适应爆炸式增长的案件数量。整个德国民事诉讼法的发展历史几乎就是简化和加速的历史。美国大力发展的非诉讼纠纷解决机制(ADR)也是一个高效的纠纷解决机制。以上两个国家尝试各种方法,通过不同的方式来提高纠纷解决的效率,显示出问题的紧迫性和必要性。中国法院亦不例外,近年来诉讼案件骤增,法院系统不堪重负,利用调解来化解纠纷成为缓解案件压力的出路之一。但是,就目前的情况而言,我国的调解制度不仅要进行细节上的转变,结构上的转变,更要进行观念、思想上的转变,否则在急剧变化的现代社会,难以达至与法治国家相匹配的制度建构。“工欲善其事,必先利其器”,在建设法治中国的今天,民事调解制度的规范化不得不引起我们的重视。

本书共分为七个专题,所讨论的内容包括了从民事调解的基本背景,到各种基本调解制度规范化的具体研究,再到民事调解的运行保障等内容,清楚地勾勒出我国民事调解亟待解决的核心问题和具体对策,对于重新形塑新时代的民事调解制度大有裨益。

李祖军

2015年4月





目 录

第一章 民事调解规范化概述	1
第一节 民事调解规范化的内涵	2
第二节 民事调解规范化指导原则	12
第三节 民事调解规范化功能设计	28
第四节 民事调解规范化的限度	34
第二章 民事调解规范化的背景	39
第一节 我国民事调解规范化的历史背景	40
第二节 我国民事调解规范化的制度背景	48
第三节 我国民事调解规范化的政治背景	56
第四节 我国民事调解规范化的社会背景	58
第五节 民事调解规范化的全球趋势	63
第三章 人民调解制度规范化研究	65
第一节 人民调解制度概论	66
第二节 人民调解制度规范的基础	79
第三节 人民调解制度内的规范	83
第四节 人民调解制度外规范	90
第五节 人民调解制度规范的目标	98
第六节 结语:让人民调解制度飞起来	102



第四章 法院调解规范化研究·····	103
第一节 法院调解规范化的基础理论·····	103
第二节 我国法院调解的现状考察·····	115
第三节 法院调解规范化的几点建议·····	123
第五章 行政调解规范化研究·····	144
第一节 行政调解制度概述及其现状分析·····	144
第二节 我国行政调解乱象成因的理论深层次分析与反思·····	150
第六章 公证调解规范化研究·····	178
第一节 被误读的公证调解·····	179
第二节 公证调解制度存续之必要性·····	183
第三节 公证调解规范化之路径·····	188
第四节 规范化公证调解与其他调解方式之比较优势·····	209
第七章 民事调解规范运行保障 ·····	219
第一节 调解程序启动规范的运行保障·····	220
第二节 调解程序运行的规范保障·····	229
第三节 调解救济程序规范的运行保障·····	243
第四节 调解履行保证机制·····	251
后 记·····	265



第一章

民事调解规范化概述

民事调解作为传统的纠纷解决方式,因契合了国人特有的心理和行为方式,从而被延续下来,并被吸收为司法制度,作为替代性纠纷解决机制,其在我国多元化纠纷解决机制中占据重要地位。另外,因其灵活、便捷、低成本以及社会效果好的天然优势,自陕甘宁边区时期到新中国成立后一直为我国有关部门关高度重视。不同时期、不同阶段,人们对调解的重视程度有所差异,尤其是诉讼调解的“U”形演变历程,反映了其与我国社会情境和政治要求的内在适应性。21世纪后,由于构建和谐社会和缓解法院案件压力的需要,民事调解再度复兴,成明显的“U”形回归态势。调解作为多元化纠纷解决机制不可或缺的一部分,必须充分发挥其功能。但总体看来,我国民事调解理论研究匮乏、立法不够完善,调解政策极不稳定,运动化倾向严重,时而“过冷”,时而“过热”。“建立在主观、狂热、错误判断和急功近利基础上的运动,不仅难以达到预期目标,反而会带来不可弥补的危害。”^①加之时下过度强调“调解优先”所催生的各种弊端已在司法实践中显现,我们必须审视我国民事调解的历史轨迹,探寻经验,吸取教训,逐步使其常规化、规范化。随着多元化纠纷机制的构建,特别是在逐步走向“争讼超市化”的背景下,促进非诉讼程序尤其是民事调解的规范化确保符合包括程序正义和实体正义在内的正义底线已是大势所趋。同时在调解的全球化语境下,调解制度的现代转型使如何实现民事调解规范化成为世界各国共同面对的重大课题,因此,我们必须探讨如何厘定规范

① 范愉:《调解年和调解运动》,载《河南社会科学》2010年第1期。



化的内涵,重塑民事调解理念,设计民事调解功能,并确定民事调解规范化的路径和底线,以构建“公正、高效、权威”的民事调解纠纷解决体系。

第一节 民事调解规范化的内涵

民事纠纷解决机制的“公正、高效、权威”不仅取决于民事调解的法律规范的有无,更加取决于民事调解法律依据的优良和科学程度,以及民事调解的规范化程度、程序公正的含量和正当化水平。“合情、合理、合法只是社会道德与良知对司法调解作出的理想化预言,而真要实现这种预言,仍需要依靠一套规范性的操作程序,包括从调解的启动直至最后的达成。”^①民事调解规范化则是保障民事调解制度合情、合理、合法,实现调解“公正、高效、权威”理想的最佳和唯一路径。本课题所研究的民事调解的规范化主要指在对民事调解纠纷解决作用、地位理性认识的基础上,通过科学定位民事调解制度的性质、功能,重新塑造民事调解理念,类型化整合重构现有调解机制,设计规范化民事调解程序、方法、效果评价以及运行保障措施,并合理进行权力配置和人员、机构配置,构建符合民事司法运行规律的系统化、体系化调解制度。民事调解规范化改革的实质是对传统的民事调解制度进行科学总结,是将行之有效的经验升华并抽象为一般性的原则或规则,对民事调解活动进行规范,以更好地发挥民事调解制度定分止争的功能优势,特别是其有效化解社会矛盾,维护社会和谐稳定的功能优势。这种规范化改革根本指向在于发展高质量的调解,并试图使民事调解逐步制度化和法律化。具体应当从如下几个方面理解:

一、理性认识民事调解的作用和地位

1. 民事调解不是万能的,具有很大的局限性

民事调解高度依赖当事人之间的合意,本质上是一种“共识正义”,在化解社会矛盾方面的优势契合了构建和谐社会的时代背景,一跃成为当下民事纠纷场域中一颗耀眼的“明星”,尤其是处于“社会矛盾凸显期”,由于上访事件、群体性事件等使得社会矛盾在一定程度上逐渐尖锐化,加之其他社会矛盾化解机制乏力,使得调解被视为社会矛盾的“减压阀”,但调解也不能被过分神

^① 张莉:《我国司法调解制度的困境与对策》,载《武汉大学学报(社会科学版)》2008年第1期。





话,多年的司法实践表明民事调解本身具有极大的局限性:一方面,民事调解只能适用于特定的案件类型,特别是即使适宜调解的案件,如有任何一方当事人持有异议,民事调解则难以发挥定分止争的功能。另一方面,调解还具有两面性,调解在化解纠纷方面具有诸多优势的同时,还存在诸多劣势,^①如(1)调解的参与者无法获得充分的程序保障,事实的查明也均在较大的局限性,权利救济不足,易导致调解不公,且存在权力的严重失衡,调解便存在被操纵或被滥用的可能,难免出现强制调解、乱调解、履行率不高等痼疾。(2)调解不成功可能会产生额外的费用,以及不公开的调解程序难以避免法律规避现象等。(3)调解的中立性和公平性难以得到有效保障,导致其公信力不足,其调解的实质效力低下,无法真正从根本上“定分止争”,导致民事调解又被称为“廉价的正义”。(4)在不宜调解或调解不成的案件中,调解显然影响了纠纷解决的效率,甚至阻碍了当事人及时、有效地行使诉权。(5)调解对法治存在多大程度的破坏作用,具有较大争议,多数学者对民事调解的正当性提出质疑,甚至有学者提出“调解往往允许对现行法律规定的背离,虽然达到了解决纠纷的目的,但法律或统治法律秩序的尊严和权威所受到的损害未必能得到修复”,^②“缺乏正当性或者失去了正当性的权利或权利行使的制度不可能长久维持”^③。因此,我们在重视民事调解纠纷解决优势的同时,必须清醒地意识到调解的局限和不足之处,对其合理定位,既不能过分推崇民事调解,也不能忽视调解应有的作用和功能。

2. 将民事调解定性为有效化解纠纷的法律技术手段

民事调解是多元化纠纷解决机制下的一种重要纠纷解决方式,就其本质属性而言,民事调解就是一种解决民事纠纷的法律技术手段。现在的问题是,我国正处于从人治向法治转型的特殊时期,司法机关具有了行政、政治和司法的复合品行,司法被誉为“政治的晚礼服”,也就使得司法机关在某种程度上必须实现特定政治性要求的职责,如中央领导一再强调政法机关要切实履行好首要政治任务,为中国特色社会主义事业营造和谐稳定的社会环境。因而在处理民事纠纷时不仅要考量法律效果,更要考量社会效果和政治效果。在这种政治生态下,必然导致对民事调解的畸形定性,即“调解结案成了一种民

① 齐树洁:《民事程序法研究》,科学出版社2007年版,第105~106页。

② 牡丹:《诉讼调解的经济分析——以法院为中心》,载《政法学刊》2006年第10期。

③ [日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第12页。



事司法目的,而不是解决纠纷的手段”^①。反映在司法实践中,则表现为将调解率作为考核指标,驱动纠纷解决机构和人员特别是法院、法官极力营造实现这一指标的环境,助推民事调解,甚至强制调解。因此,实现民事调解规范化,应当将民事调解定性为手段而非目的,从民事司法自身运作规律研究民事调解在法律上的实效性和规范性,而不应扭曲司法应有的特性,将其与某一时期的政治要求简单化、庸俗化对应,更不能以易变的政治形势和社会意识为中心,完全将政治形势作为推行民事调解的风向标。2012年8月31日通过的新《民事诉讼法》第122条以国家基本法的方式确立了先行调解原则,即“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”。这一规定使得先行调解由司法政策上升为民事诉讼法的一项原则,更加强了对民事调解的重视程度,但无论如何,我们必须将其定位于法律技术手段并在此前提下进行调整。

3. 民事调解是民事裁判的有益补充和必要辅助

“民事诉讼法将调解与审判两种性质迥异的纠纷解决方式,共同作为人民法院行使审判权的方法,将其置于同一程序中,造成了两种关系的紧张和冲突。”^②近年来,随着调解的复兴,各级法院从政策上强力推进“调解优先”,并将调解结案率作为法官绩效考核的重要指标,使得调解制度在运行中严重异化,甚至导致“差的调解胜过好的判决”“摆平就是水平”等观念在司法实践中盛行,使得调解极度升温,“重调解、轻判决”倾向严重。冷静、合理地规范审判关系,并将其改造为与我国诉讼机制相协调的调解制度是当务之急,其核心在于对民事调解的功能和地位进行重新定位,特别是必须认识到:“现代社会调解的功能就是通过其自身的特点和优势,在解决纠纷方面起到对诉讼审判制度补偏救弊、分担压力和补充替代作用。”^③从我国乃至世界民事调解的政策来看,民事调解的兴起无不与诉讼爆炸和司法资源的有限有着密不可分的关系,亦即任何国家鼓励调解皆归因于国家无力为每一位当事人提供及时优质的司法服务。由此,可以看出,民事调解在功能上是较大程度地是缓解法院的案件压力,实行案件分流,弥补法院解决纠纷能力的不足。因此,必须将民事调解定位于对民事审判的有益补充和必要的辅助手段,切不可过分拔高调解

① 张卫平:《民事诉讼回归原点的思考》,北京大学出版社2011年版,第62页。

② 廖中洪:《民事诉讼改革热点问题研究综述 1991—2005》,中国检察出版社2006年版,第408页。

③ 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35页。





的地位,甚至将其作为民事审判的替代制度。在我国司法改革的整体框架内,民事调解的复兴和规范化改革,也应当是民事诉讼改革的辅助手段,且民事调解的规范化改革仅能在一定程度上缓解法院积案的压力和低效率、高成本的弊端,并不能从根本上解决我国司法制度的固有缺陷。在建构“公正、高效、权威”的纠纷解决体系的过程中,民事诉讼制度改革相对于民事调解制度改革而言更为重要和艰巨。从根本上打破我国民事司法改革的僵局,实现“接近正义”,其关键仍在于进一步改善司法独立性、提升司法公信力,力争做到“案结事了”。

二、厘清民事调解规范化的基本思路

只有通过规范化与法制化,才能促进和保障民事调解的健康发展,通过法律政策确立其正当性,并克服其固有的弊端,预防其被滥用,从而保障其正常运作。“如果根本不知道道路会导向何方,我们就不可能智慧地选择路径。”^①因此,笔者认为民事调解规范化必须首先厘清基本目标定位,进行确定基本思路,从宏观上进行顶层设计,解决根本性、长远性和基础性的重要问题,并在此基础上将其具体化为规范化的主要内容和详细方案。

1. 构建真正确立当事人主体地位的民事调解制度

基于民事纠纷的可处分性,现代调解的本质和前提是当事人行处分其程序权利和实体权利。合意解决纠纷的行为,核心在于强化当事人的主体地位,充分尊重其在调解程序中的主导性和自治性。虽然调解必然伴随着第三方甚至是国家公权力的介入,但仍必须遵循私权自治原则为当事人的自治保留空间和渠道,并强化当事人的主体性和自律性。调解的当事人自治性和主体性,奠定了纠纷解决结果的正当性基础。就调解运作过程,其实质“乃是当事人双方在诸多实体利益和程序利益面前,进行选择 and 取舍的过程,调解结果也因此而水到渠成地形成”^②。只有充分尊重当事人的主体地位,使当事人对调解协议认同,才能确保调解协议的自觉积极履行,发挥调解的各项功能。因此,民事调解规范化的首要任务在于引导、规范自治,真正确立当事人的主体地位,这就要求合理协调当事人与调解组织特别是法院、人民调解委员会、仲裁委之间的关系,将调解组织的任务定位于搭建平台、协助沟通、创造机遇、促进调

① [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第63页。

② 汤维建:《论中国调解制度的现代转型》,载陈桂明、田平安:《中国民事诉讼法学六十年专论》,厦门大学出版社2009年版,第267页。



解,而非通过对纠纷解决的主导强势压制当事人使纠纷得到暂时的、形式上的化解。这就要求充分尊重当事人的意愿,包括程序选择权和实体权利处分权。在程序的启动方面,要赋予当事人实质的程序选择权,包括调解程序启动、中止甚至是调解人和调解适用规则的选定,克服实践中是否选择调解特别法院调解的决定权实际掌控于调解机构的弊端。在实体权利处分方面,主要指调解协议能否达成、达成何种协议应由双方当事人主导。

2. 民事调解应坚守正义底线

现代司法权威的提升要求其决定过程必须是公正的,“某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造和废除”^①,因此将民事调解置于正义的要求之下,是我国民事规范化的必然选择。“公平、正义是人类及人类社会追求的最高价值,但社会治理和纠纷解决中必须充分认识到正义的多元性。”^②因此,必须注意的是,民事调解中的正义与刚性的民事审判正义有着实质性的区别,不能用司法公正的标准对其进行检测。一方面,民事调解因当事人的合意即当事人对自身权利的让渡而获得正当性,非真正的正义,甚至有学者将其称为“廉价的正义”;另一方面,这种正义的判断标准,除了法律之外,还包含了情感、道德、诉讼成本、诉讼风险等非法律因素,即民事调解中的正义标准更加多元化,显得变幻莫测。具体来讲,民事调解对正义的要求更加多元化、个性化,必须适应当事人的实际需求、感受、利益和价值取向。基于调解正义的高度抽象性和合意性,对其进行判断时应当主要从程序上加以考量,即调解协议的达成,无论从实体上衡量看似多么不正义,只要遵循的是程序正义标准,是当事人在充分了解案件相关信息并在合理评估的基础上所自愿达成的,并且没有违反法律法规的强制性规定,那么就应当认定为是符合正义的。亦即民事调解的正义只能用看得见的正义标准衡量,从程序上确保当事人自主选择纠纷解决方式、依据和结果,其最低限度的要求在于调解不能无原则地和稀泥,必须“在不违反基本原则的前提下,本着客观、公平的原则,引导当事人从实际出发,达成公平合理的让步与和解”^③。

3. 注重民事调解的程序功能

“由公正程序所产生的实体结果,就具有法律上的正当性和合理性,就具

① [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏、何包钢等译,中国社会科学出版社1998年版,第1页。

② 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第37页。

③ 洪冬英:《当代中国调解制度变迁研究》,上海人民出版社2011年版,第183页。





有高度的权威性和不可动摇性,就必然要得到完全的实现”^①,因此,程序的良善是民事纠纷解决机制“公正、高效、权威”的根本保障,良性的运行程序则可有效地阻止程序主体滥用权力或权利并引导甚至倒逼程序主体诚实、正当地从事与事实相应的行为。相反,在某些情况下,不合理的程序可能导致程序的不利益,使实体利益的实现变得毫无价值。尤其对于民事调解,程序保障更为重要。调解正当性的根源来自于“合意正义”,亦即程序充分保障下的当事人自愿,因此调解的程序公正性,特别是对程序选择权是现代调解的重要标志。缺乏程序规制的调解必然导致调解的随意性,影响调解的权威性和正当性。受西方程序正义论的影响,程序本位主义逐渐形成并广为使用,因此,民事调解的规范化必须强调民事调解的程序功能和独立价值,充分考虑民事调解程序自身对正义性和效益性的追求。而且,调解作为一种纠纷解决的程序机制,追求程序正义,本身也是当代程序价值观的基本要求。从我国民事调解的现状来看,我国过于注重民事调解的纠纷解决实质功能,而忽略了民事调解的程序功能。笔者认为,重视民事调解的程序功能,一方面,必须首先确保民事调解程序的正当性。根据这种正当性的要求,不仅程序应该得到正确的操作,即应该按照程序法规定顺序、阶段、步骤进行,而且,参与程序的当事人必须获得充分的程序参与时间和机会。^②另外,还应当在强化民事调解过程中尊重当事人的程序选择权、尊重当事人的人格尊严和确保程序的保密性、公正性。另一方面,在民事调解现有纠纷解决功能的基础上,继续完善扩充民事调解的其他程序功能,如赋予民事调解特别是行政调解和人民调解时效中断的效力,并在有关保全、强制执行、证据调查方面给予相应的保障。

4. 处理好民事调解政策与立法的关系

化解社会矛盾既是一项重大的政治任务,也是一项重大的法治课题。作为有效化解社会矛盾的民事调解制度,既要发挥我国既有的政治优势与制度优势,又要在法治轨道上充分利用法律手段,处理好民事调解政策与法律之间的关系。当前运动式的民事调解司法政策,使得调解制度时而“过热”备受推崇、时而“过冷”备受质疑,在两极间频繁转换并非理性,必须予以规制,合理确定民事调解在多元化纠纷解决机制中的作用和地位,准确定位其制度角色,确立稳定性的民事调解政策。其最佳的规制方式则是通过立法进行,统一在民事调解法或在民事诉讼法中予以规定,因为立法本身具有稳定性,更加强调理

① 汤维建等:《民事诉讼法全面修改专题研究》,北京大学出版社2008年版,第8页。

② 刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第149页。



性,而民事调解政策仅仅是法院、人民工作委员会等纠纷解决组织的工作原则,其效力位阶低于法律,受法律制约。

三、明确民事调解规范化的具体内容

1. 建构系统化、体系化的民事调解机制

一项完善的法律制度的建构,是一个整体的系统工程。虽然我国目前存在各种形式的调解制度,且各种调解制度功能独特,但是从各种调解制度的本质来看,无论是法院调解、行政调解、人民调解,还是仲裁调解、民间调解、公正调解等调解制度,其本质均是 ADR 的一种,重在强调当事人解决纠纷的自治性,其功能具有极大的相似性。从现代纠纷的多元性、复杂性来看,由于“矛盾涉及多层次的社会关系、多样化的矛盾主体、多领域的利益冲突以及体制、机制、政策、法律、观念等多方面的因素,解决这些矛盾纠纷,受到经济、社会、文化发展水平等多方面的制约,不是一种手段、一个部门所能做到的”^①这种矛盾的特征以及各种调解的本质使得现代调解制度的发展趋势要求对各种形式的调解制度进行综合性的概括和抽象,因此,从整体着眼,整合各种调解制度,使其相互补充、相互衔接,形成有机的统一体乃是民事调解规范化的当务之急,特别是通过司法确认程序,实现非诉讼纠纷解决机制和诉讼机制的有效对接,强化司法对其他调解制度的保障作用。“在目前存在的各种调解机制中,法院进行的诉讼调解与法院外进行的各种社会性调解,并不存在内在的联系和程序的衔接。”^②突出表现在各种形式的调解在制度运行中各自为政,一部分纠纷无人问津,而又有一部分纠纷相互争抢,存在的机构也过多,重复劳动以及解决方案严重冲突等现象严重。在这种大背景下,通过构建大调解机制,或完善多元化纠纷机制整合各种纠纷调解资源,实现各种调解间的衔接性和协同性,显然是明智之举,也是形势所迫。需要注意的是,建构系统化、体系化的民事调解机制,不仅应当整合法院调解、行政调解、人民调解、仲裁调解等传统调解资源,还应当注重对如工会、妇联、行业组织等社会其他调解力量的动员和培育,不断拓展民事调解工作的社会参与面,提高民事调解主体的多元性和开放性。

2. 对调解组织和调解人进行合理定位和规范

^① 吴志明:《大调解——应对社会矛盾凸显的东方经验》,法律出版社 2010 年版,第 29 页。

^② 汤维建:《论中国调解制度的现代转型》,载陈桂明、田平安:《中国民事诉讼法学六十年专论》,厦门大学出版社 2009 年版,第 267 页。





调解作为自治性纠纷解决方式,民事调解的公正程度和效益程度与调解组织或调解人的素质、能力和水平有着极大的关系,因此对调解组织和调解人员的角色进行合理定位是实现民事调解规范化的重要措施。从社会契约论的角度来看,虽然在调解过程中,当事人向调解人让渡了部分权利,但就其让渡的权利仅仅是对纠纷解决进程的指挥权,但实质而言,纠纷解决程序和结果的最终控制权仍然掌握在当事人自己手中。因此,调解组织和调解人是不是调解程序的主宰者,其应当作为调解的促进者,为当事人创造“轻松、自由和坦诚”的调解氛围,像催化剂一样促进当事人积极公开地交流信息和进行实质协商,协助其从道德和法律二元层面重构对争议的认识,即“第三方的介入只是从程序上为当事人达成合意提供帮助,而不能从实质上决定纠纷解决的最终结果”^①。在此期间,调解组织和调解人必须中立,既不能像法官一样最终裁决纠纷,也不能提出终局性的建议,其提出的方案只有经过双方当事人同意,表现为民事调解协议才能发生法律效力。因此,调解人员必须将自己的角色与法官区别开来,正如富勒教授所言:“法官与调解人员的区别很简单,法官命令当事人遵守规则,而调解人员说服当事人遵守规则。”^②

当前调解人员的素质参差不齐也是导致调解乱象的重要根源,随着司法确认制度的完善,对调解人员的素质提出了新的挑战,其要求调解人员既要具备审判人员的法律素养,又要具备调解人特有的素养,包括敏锐的洞察力(发掘争议解决的着眼点)、极强的耐心以及谦逊的态度等。这就要求必须规范调解人员的任职条件,特别要提高其法律、专业、行业背景和工作经历等背景门槛。同时,还要强化对调解人员的定期培训,包括调解技巧、调解程序、职业道德和纪律要求等多方面的培训,进而形成职业化、专业化的调解队伍。对于人民调解、行政调解、仲裁调解、公证调解等较为正式的调解员有必要建立资格认证制度,以促进调解人员素质的提升。

3. 重新设计民事调解的功能

民事调解具有特殊的价值和优势,可以在较高程度上弥补诉讼程序的局限和不足,如柔性化解纠纷,节约司法成本,保障接近正义,促进法治建设等。然而,在民事调解司法实践中,调解功能异化现象严重,突出表现在风险规避

^① 李德恩:《民事调解理论系统化研究——基于当事人自治原理》,中国法制出版社2012年版,第21页。

^② Lon Fuller, Mediation: Its Forms and Functions, *Southern California Law Review*, 1971, Vol. 44, p. 305, & p. 308.