

— 民 民商法学专题研究书系 —

ZHONGGUO TIAOJIE JIZHI
YANJIU

中国调解机制 研究

尹力 著

知识产权出版社

浙江省哲学社会科学规划课题
宁波大学人才基金资助出版

— 民商法学专题研究书系 —

ZHONGGUO TIAOJIE JIZHI
YANJIU

中国调解机制 研究

尹力 著

知识产权出版社

内容提要:

本书分三篇。第一篇主要揭示调解的一般意义、本质特征、模式、制度价值及其基本原则。第二篇对我国的人民调解机制、法院调解机制及商事调解机制的现状进行了制度和运作层面上的分析,就其中的关键性问题进行了重点评估,指出存在的缺陷和成因。第三篇为结论,指出中国调解机制完善的总体思路是制度本身的完善与制度的良好运作相结合,具体路径是分别完善我国的人民调解机制、法院调解机制与商事调解机制,形成一个内部和谐、能够相互协调与配合以最大程度发挥其在纠纷解决中的独特优势的中国调解机制。

责任编辑:何 薇 责任校对:董志英

装帧设计:SUN 工作室 责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

中国调解机制研究/尹力著. —北京:知识产权出版社,2009.1

ISBN 978-7-80247-203-7

I. 中… II. 尹… III. 民事纠纷-调解(诉讼法)-研究-中国
IV. D925.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 160885 号

中国调解机制研究

尹 力 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:hjb@cnipr.cn

发行电话:010-82000893, 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8107

责编邮箱:hewei@cnipr.cn

印 刷:北京富生印刷厂印刷

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm × 1230mm 1/32

印 张:8.25

版 次:2009 年 1 月第 1 版

印 次:2009 年 1 月第 1 次印刷

字 数:222 千字

定 价:22.00 元

ISBN 978-7-80247-203-7/D·728 (2239)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

本书是浙江省哲学社会科学规划课题“调解制度研究”(项目编号NQ05ZF02)的最终研究成果。本书的出版获得了宁波大学人才基金(项目流水号2005345)的资助,特致谢忱!

人类社会生活中的各种纠纷或争议往往产生于各类社会主体之间,本质上体现为人际纠纷。人际纠纷有时是源于社会主体一方利益、需求或目标的满足与另一方利益、需求或目标的满足之间不可调和的冲突,有时是人们持有的根深蒂固的信仰、价值或价值观的不可调和的差异造成的。纠纷现象本身无所谓好与坏,只有纠纷的后果才能区分为正面的与负面的。纠纷的正面后果包括纠纷双方之间新的沟通渠道的发展、新的有效管理纠纷和解决问题的办法的引进与发明以及提升现有关系等。纠纷的负面后果包括对弱势一方的剥削和对强制性解决方案的不服以及因此而产生的不满、双方关系的破坏、双方生理和心理的损伤,大量的时间、金钱、生产力和有价值的人力资源的浪费。^①

正是基于纠纷所存在的负面后果,每个社会才都为解决纠纷建立了各项制度,其性质、结构和运作都是该社会的文化、哲学、世界观以及社会模式和经济政治组织的一种反映。一般而言,处理纠纷的方式有两种:一是当事人合意方式,主要为当事人之间的和解与妥协;二是第三人作为介入人居于纠纷当事人之间处理纠纷,诸如斡旋、调解、法院或仲裁机构的裁定等均属此

① [英] 迈克尔·努尼:《法律调解之道》,杨利华、于丽英译,法律出版社2006年版,第3~4页。关于纠纷的积极机制的阐述还可参见徐静村、刘荣军:“纠纷解决与法”,载《现代法学》1999年第3期,第3~8页。

类。调解与法院诉讼虽同属于第三人介入解决争议的方式，但是在法社会学的理论中往往将它们看做两种相互对照的纠纷解决机制。

从实践的视角看，法院诉讼并不是一个优先选择，人们首先会力图避免纠纷，回避不了的时候多采取协商和交涉的办法去化解之，通过自行谈判来解决其纠纷，以尽量避免与纠纷无关的任何人卷入。如果经过双方的努力没有结果，他们就会向第三者求助，这时存在各种纠纷解决机制可供选择：调解^①是在有第三者介入状况下的双方交涉；仲裁是在交涉基础上的第三者判断；当这些非正式的社会控制方式都缺乏效果时，诉讼被作为最后手段而采用。^② 诚如澳大利亚最高法院首席法官萨谬尔·格里菲思在 Courts of Conciliation Bill 1892 法案的二读宣言中所言：

“大多数与好争讼的人打过交道的人都明白，在纠纷出现的起初如果存在一个能够将双方拉到谈判桌上的双方的共同朋友，那么矛盾常常就很容易迎刃而解了。……值得提倡的是，他们可以指定一个专职人员，一个在存在纷争的邻里之间可能都愿意向他寻求帮助解决纷争的人……而这些人将运用他们的智慧和经验来驾驭那些可能倾向于争讼的人的信心。”^③

举世公认的是，在中国以及其他东方国家，调解的实践已存在了很多个世纪，并成为区分远东法系的重要依据之一。^④ 在进入现代法治社会后，调解在经历了自身的创造性转化后仍然在东

① 必须予以界定的是，作为一种独特的纠纷解决方式，调解广泛运用于民商事纠纷的解决，本书在讨论有关的调解问题时都将此作为一个预设的前提。

② 季卫东：“程序比较论”，载《比较法研究》1993年第1期，第15页。

③ 萨谬尔·格里菲思在 Courts of Conciliation Bill 1892 法案的二读宣言中作了这一综述。引自[英]迈克·努尼著，杨利华、于丽英译：《法律调解之道》，法律出版社2006年版，第3页。

④ 详细内容参见[法]勒内·达维德著，漆竹生译：《当代主要法律体系》，上海译文出版社1984年版，第483页；[德]K. 茨威格特、H. 克茨著，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译：《比较法总论》，法律出版社2003年版，第507~514页。

方展现其在纠纷解决方面的独特魅力。即使是在西方,在其较早的争议解决实践中也可以找到调解的印迹。例如,挪威早在1797年就建立了遍及城乡的调解组织,并成为解决民事案件诉讼前必经的程序。丹麦则在1816年就仿照挪威建立了相同的诉讼外调解制度。德国历史上曾强调法官的和解劝试义务,1844年曾在离婚程序中设立和解劝试义务,这一制度在其现行的民事诉讼制度中的家事审判程序中仍可以看到。甚至在美国,调解也有很长的历史。早在1636年,位于波士顿西南的狄德汉姆的清教创立者在其盟约里就提供了一种非正式的调解体系。在美国建立初期的弗吉尼亚,立法机关就已经注意到诉讼所具有的费用昂贵及过分延迟等缺陷而鼓励其居民采用包括调解在内的其他方法解决争议。其后,在19世纪初期,美国西海岸的中国移民、中西部的斯堪的纳维亚移民以及纽约的犹太移民都建立起了调解委员会以解决他们各自社区内所产生的争议。^①不过,西方社会真正开始关注调解却是在20世纪七八十年代的时候,以英美法系国家掀起的一场所谓的“选择性或替代诉讼的纠纷解决方式(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)”运动为标志,其影响力持续至今。调解被公认和推广为ADR最重要的途径之一,也有不少西方学者对调解进行了跨文化的研究。许多律师已把业务扩展到调解的领域,提供专业性或自愿性服务的调解机构如雨后春笋般纷纷建立起来。

调解之所以在东西方都获得青睐,美国总统亚伯拉罕·林肯的一段话道出了其中真味,即:“劝阻诉讼吧,尽可能地说服你的邻居达成和解,并告诉他们那些名义上的胜利者因损失了诉讼费和浪费了时间而成为真正的失败者。”这实际上代表了调解所获得的社会心理上的认同。

^① Peter Lovenheim, *Becoming a Mediator—An Insider's Guide to Exploring Careers in Mediation*, Jossey-Bass, 2002, pp. 6~7.

当然，必须予以明确的是，东西方在调解的发展路径上存在很大区别。东方是循着历史的足迹在前行，虽然其间有过彷徨和犹疑以至于对调解作出过一定程度的修正；而西方则主要是在现代基于解决纠纷的多元化需求的背景下去发展调解。可以肯定的是，在当代东西方，调解已发展为一种愈益重要的纠纷解决形式。在这个过程中，东西方呈现出相互影响、相互融合的发展态势，以至于中外调解逐渐处于相同的语境之下，即 ADR 或者现代法治社会的语境。换言之，调解这种非正式的纠纷解决方式在当代东西方社会都无可避免地处于法律的阴影之下了。也因此，在对我国调解制度的研究中运用比较研究方法不仅具有必要性，同时还具有可行性。

在我国，调解作为一种独立的纠纷解决方式，又可以体现为各种不同的具体形态。例如，根据介入争议的第三人身份的不同，调解可以分为民间调解、行政机关调解以及法院调解，人民调解和商事调解机构的调解都属于非常典型的民间调解形式。在当代 ADR 的语境之下，调解在现代法治社会相对于诉讼和仲裁而言毕竟是一种新型的纠纷解决方式，要在我国建立一个内部和谐的调解制度，不仅许多基本问题有待理论上进一步探讨和厘清，例如，调解的内涵和外延以及调解的类型、特点、基本原则等；而且各个具体的调解形态又分别有其个性，它们之间的差异也是不容忽视的。因此，只有在共性与个性都予以阐明的基础之上，才能得出建构我国调解制度这个大系统的切实可行的建议，理论的研究也才会具有现实意义。

在本书的写作过程中，我的学生戴恩潮、陈刚强、马利英在调研及资料整理方面协助做了大量工作，对他们的辛勤劳动表示衷心的感谢！此外，我所任教的宁波大学在经费等各方面提供了大力的支持，诸多同事也给予了帮助，在此一并致谢！当然，更要感谢我所有家人的陪伴和支持，没有他们，我的生活将是单调而暗淡的，也将丧失很大一部分工作的原动力。本书编辑何薇女

士待人热情周到，并且善解人意，她对于工作的认真负责更自不待言，特别要对她表达我诚挚的谢意。

无论主观上如何努力，基于作者的视野及能力的局限性，本书定有诸多不足，恳请读者不吝赐教，以使我得以将其一一予以修正。

目 录

第一篇 总论篇——调解基本问题之讨论

第一章 调解含义辨析	(3)
第一节 外文著述关于调解的定义	(3)
第二节 中文著述关于调解的定义	(7)
第三节 调解一般特质之揭示	(8)
第二章 调解模式界分	(14)
第一节 根据介入调解的第三方性质所区分的 调解模式	(14)
第二节 根据调解的功能所区分的调解模式	(17)
第三章 调解与其他争议解决方式之比较 ——兼及调解的程序优势和制度价值	(21)
第一节 调解与协商	(21)
第二节 调解与仲裁	(22)
第三节 调解与审判	(26)
第四节 调解的比较程序优势和制度价值	(34)
第四章 调解的基本原则	(41)
第一节 当事人意思自治原则	(41)
第二节 合法性与合情理性相协调的原则	(44)
第三节 保密原则	(47)

第二篇 分论篇——中国调解机制现状之解析

第五章 人民调解制度	(61)
第一节 人民调解制度的历史分期	(63)

第二节	人民调解的功能演进	(70)
第三节	人民调解制度的内容及其运作	(79)
第四节	人民调解制度及其运作中存在的问题	(94)
第六章	法院调解制度	(102)
第一节	法院调解在中国的法律地位	(102)
第二节	法院调解与诉讼和解及法院附设调解的区别	(105)
第三节	法院调解制度及其运作	(110)
第四节	法院调解制度及其运作中存在的问题	(118)
第七章	商事调解机制	(125)
第一节	商事调解概说	(125)
第二节	中国商事调解制度及其运作	(131)
 第三篇 结论篇——完善中国调解机制之构想		
第八章	完善中国调解机制的总体思路	(145)
第一节	完善中国调解机制的指导思想	(145)
第二节	完善调解机制之关键 ——调解立法模式的选择	(146)
第九章	完善中国调解机制的具体建议	(157)
第一节	人民调解机制的完善	(157)
第二节	法院调解机制的完善	(175)
第三节	商事调解机制的完善	(185)
结 语		(216)
参考文献		(218)
附 录		(225)

第一篇 总论篇——调解基本问题之讨论

调解作为一种纠纷解决方式在当今获得世界范围内的关注，是与 ADR 的兴起与发展紧密相连的。ADR 发轫于 20 世纪 70 年代中期的美国，并随即在美国引发了一场“ADR 运动”。^①之后，ADR 在欧洲大陆各国和日本、韩国、澳大利亚等国逐渐盛行起来。由于 ADR 方式的灵活性与多样性，对 ADR 的分类不可能详尽无遗，但从目前来看，一般认为诸如调解、仲裁、调解—仲裁、小型审判、早期中立评估、事实发现、简易陪审团审判、租借法官等都是 ADR 的方式。^②这些具体的 ADR 方式的共同特点已被公认，主要有自愿性、保密性、前瞻性、灵活性、简便性和可复合性等。但是，ADR 本身并没有固定的定义，一般认为，ADR 这个术语应该是涵盖解决争议过程的一个广阔领域，在这个领域内，每种方法都是相对于诉讼的另一种选择，当事人、律师和法官经常采用目前的 ADR 程序或创造一种新的方法，不断满足解决法律争议的整体需要。因此，为了涵盖这些新方法，ADR 技术还在不断地扩展。ADR 最大的特点也就在于其方式的

① Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, Kluwer Law International, 1996, p. 264.

② 甚至还有将这些方式都统称为调解的，但必须明确的是，本书只是在狭义上使用“调解”一词，即特指一种具体的 ADR 方式。

多样性、灵活性,^①也正是在这个意义上,任何使 ADR 制度化和规范化的想法都不符合 ADR 的宗旨及其所追求的目标。

ADR 在当代已逐渐成为解决民商事争议的主流方法,诉讼往往成为“选择性的”或“替代的”,而这些其他争议解决过程却是“正常情况”。^②“在所谓适合审判的纠纷中,通过当事者之间的交涉、第三者的斡旋及通过调解、仲裁等‘准司法机关’而达到解决的,与通过审判解决的相比,占压倒性多数。”^③ADR 已经被广泛地接受为一种非诉讼程序中的捷径,并呈现出职业化趋势,表现为出现了一批专门提供 ADR 服务的律师和机构。

调解这种传统的非诉讼程序之所以被公认为现代 ADR 中最具代表性的一种方式,主要是由于 ADR 程序的灵活性与当事人的自主性,ADR 在程序上的快捷、成本低廉等相对于诉讼的优势在调解这种方式中得到了最完美的体现。

总体上讲,调解是一种在一个中立第三方的帮助下由当事人自己解决其纠纷的、贯穿了德化、和为贵等原则与精神的纠纷解决方式,具有区别于其他纠纷解决方式的独特的价值和优势地位。

① [美] 克里斯蒂娜·沃波鲁格:“替代诉讼的纠纷解决方式(ADR)”,载《河北法学》1998年第1期,第58页。

② Christian Bühning-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, Kluwer Law International, 1996, p. 262.

③ [日] 棚濑孝雄著,王亚新译:《纠纷的解决与审判制度》,中国政法大学出版社1994年版,第2页。

第一章 调解含义辨析

由于调解的具体形式和运作方式因地因时存在不同程度的差异,^①例如,有些国家通过立法建立了较系统的调解组织,构成司法体系的一个重要组成部分,有些国家的调解则只是作为非正式的民间组织或活动而存在;有些国家的调解是一种区别于其他争议解决方式的特定制度,有些国家则把调解作为一系列非诉讼程序的总称;有些国家调解应用广泛,并区分为诸如民间调解、行政调解、律师调解、法院调解等不同形式;有些国家的调解则形式比较单纯,范围上比较狭窄。因此,有必要对调解的含义进行较为深入的辨析,以揭示出调解的本质含义。

探讨中外著述对调解的不同定义,无疑有助于理解调解的含义。

第一节 外文著述关于调解的定义

一、概念论者的定义

在对调解下定义时,一些外国学者使用一些强调某种价值追求、原则及目标的概念上的术语来定义调解,这种定义通常被称为“概念论者的定义”。此种定义通常有高度标准化的内容,但可能没有反映调解的实践情况。一个典型的概念论者对调解的定

^① 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176页。

义是：“调解可被定义为调解参加人在一个或者多个中立的人的协助下，系统地确定发生争议的问题以找到不同的可选择解决方式，考虑替代的方式，并在一致同意的前提下自愿达成一个能满足他们需要的解决方案。”^① 再例如，“调解是一个中立的第三者为当事人之间的磋商提供各种方便和机会，并且指导当事人合意地解决他们之间的问题的程序”。^② 概念论者的定义包括了调解想要实现的许多理想，但是却无法准确地反映调解在实践中的各种不同做法，因而这种定义有许多可疑因素。在很多情况下，调解并未将争议中的问题系统地分离出来并考虑最能有效解决争议的那个可供选择的方案，它只是为了达成妥协而进行的“讨价还价”。调解与其说是能满足所有当事人的需要，毋宁说是能快速、有效地处理案件。另外，像“中立”“一致同意”等词语也存在一些问题，它们很难有一个固定不变的能够获得公认的界定，亦即如果不对上述词语所表达的含义的程度进行分析，就可能会产生一些误解。

二、描述性的定义

调解的第二种定义不是根据理想化的概念或理论，而是根据实践中所发生的情况来对调解作出解释，这种定义被称为“描述性的定义”。描述性的定义中内容标准化的程度较低，因为在描述性定义者看来，在丰富多彩的调解实践中，那些概念论者们所热衷的调解的价值、原则和目标是经常被忽视或被放弃的。一个典型的描述性定义是：“调解是一个当事人与调解

① Folberg J and Taylor A, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflict without Litigation*, Jossey-Bass, 1984, p. 7.

② Laurence Boulle and Miryana Nestic, *Mediation: Principles, Process, Practice*, Butterworths, 2001, p. 5.

人一起讨论并试图解决当事人之间歧义的争议解决程序。”^①此外，以下两种定义也都是对调解所进行的描述性的界定，其分别是“在中立第三者的介入下，争议当事人就争议解决达成协议的一种形式”^②以及“当事人在一个行为受调解规则指导的中立第三者即调解人的帮助下，就他们之间的商事争议达成和解协议的一种程序”。^③

三、综合性的定义

调解的第三种定义则尝试从以下几个方面来探讨调解的含义：（1）承认调解能够同时根据其在运用中所体现的特点和它的深层理念来进行定义；（2）在定义中应该包含那些在调解这个名称下绝大多数实践所具有的一些有限的共同特征；（3）列举某些仅是在一部分调解实践中所追求的目标，这是由于调解实践存在多样性的特点；（4）对调解定义产生影响的使用调解的目的；（5）探讨一些存在争议的调解的特点。这种定义还特别强调了调解的核心特点：它是一个由当事人作出决定的程序；在此程序中当事人得到第三者即调解人的协助；调解人努力促进作出决定的程序；调解人帮助当事人达成他们都同意的解决结果。因此，在某种意义上也可以说调解是一个作出决定的过程，而不是一个解决争议的程序。因为调解并不总是用于纠纷的解决，在与纠纷的解决有关时，即使当事人作出了有关决定，也不能说争议已经得到解决。

① Laurence Boulle and Miryana Nesic, *Mediation: Principles, Process, Practice*, Butterworths, 2001, p. 7.

② Karl Mackie and others, *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*, Butterworths (2nd edn), 2002, p. 48.

③ Pieter Sanders, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, Kluwer Law International, 2001, p. 69. See also Peter Lovenheim, *Becoming a Mediator - An Insider's Guide to Exploring Careers in Mediation*, Jossey-Bass, 2001, p. 1.

在纠纷的解决这样的意义上去定义调解是不确切的，容易引起误解，而着眼于作出决定来定义调解则有利于调解的形象及其可接受性。对于许多对调解程序半信半疑的人而言，“作出决定”的提法比“解决纠纷”更让他们放心，因为后一种表达很容易使人联想到斗争与妥协、胜利与失败，而前一种表达则不会让人联想到上述言外之意，可能使某些当事人放心地进入调解程序。在所有调解的案例中，当事人都有作出决定的机会，这是调解程序的主要目标。在当事人并未就实体问题达成和解的案例中，他们仍然可以就程序问题（例如下一次在何地解决他们的问题）作出决定。就其实质而言，调解应是一种协助作出决定的形式，这使得调解人不能将有约束力的决定强加于当事人，由此也提出了调解人在提供帮助时应受到某种限制的问题。据此，第三种定义对于调解的阐释是：“调解是一个作出决定的过程，在这一过程中，当事人得到调解人的协助，调解人试图改善作出决定的过程并协助当事人达成一个双方均同意的结果。”^①

综上所述，概念论者的定义为调解的使用者和从事调解实践的人强调了调解不同于其他作出决定的程序、为调解程序所特有的较高目标和价值，这是它值得肯定之处，但是它的缺陷则是忽略了调解的实践情况，它是观念上的定义而不是经验的定义；描述性的定义，其优点在于它是建立在实践基础之上的，反映了客观现实，其缺点则是由于没有反映调解的价值追求以及忽视了调解的深层理念而使得这种定义流于表面化，因而也是无益的；关于调解的综合性定义，由于它提供了一个更为广阔的了解调解的视野，因而是更为合理和更有价值的。尤其可取的是，综合性的定义强调调解是一个作出决定的过程，实际上是强调了调解的有

^① Laurence Boulle and Miryana Nesic, *Mediation: Principles, Process, Practice*, Butterworths, 2001, p. 5.

用性（无论是否达成完全的和解），以及与其他程序相结合的调解的价值，因而是相对全面和务实的。

第二节 中文著述关于调解的定义

在有关中文著述里，关于调解的具有代表性的定义有如下一些，通过列举，可以看出，它们虽然强调一些共性的东西，但是又各有侧重。

“双方或多方当事人之间发生民事权益纠纷，由当事人申请，或者人民法院、群众组织认为有和好的可能时，为了减少讼累，经法庭或者群众组织从中排解疏导、说服教育，使当事人互相谅解，争端得以解决，是谓调解”。^①

“在第三者主持下，以国家法律、法规、规章和政策以及社会公德为依据，对纠纷双方进行斡旋、劝说，促使他们互相谅解，进行协商，自愿达成协议，消除纠纷的活动”。^②

“所谓调解，就是指双方发生纠纷时，由第三者出面主持，依据一定的规范，用说服、教育、感化的方式进行劝解、说和，使当事人双方深明大义，互谅互让，协商解决纠纷，以息事宁人、和睦相处，维护社会的安定与和谐”。^③

“调解是在第三者协助下进行的、当事人自主协商性的纠纷解决活动。调解是谈判（交涉）的延伸。二者的区别在于中立第三者的参与；而其中的中立第三者，即调解人的作用也是区别于审判和仲裁的关键因素——调解人没有权利对争执的双方当事

① 《中国大百科全书（法学卷）》，中国大百科全书出版社1984年版，第589页。

② 江伟、杨荣新主编：《人民调解学概论》，法律出版社1994年版，第1页。

③ 胡旭晟、夏新华：“中国调解传统研究——一种文化的透视”，载《河南政法管理干部学院学报》2000年第4期，第22页。