



北理法学文库

BIT Legal Series

主编 / 曲三强

副主编 / 李寿平 张艳丽

司法调解：合同还是判决？

从中法两国的比较视野出发



周建华 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

司法调解：合同还是判决？

从中法两国的比较视野出发

周建华 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

司法调解：合同还是判决？ / 周建华著. —北京：
中国法制出版社，2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3665 - 6

I. ①司… II. ①周… III. ①调解（诉讼法） - 司法
制度 - 研究 IV. ①D915. 140. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 065563 号

策划编辑 周林刚

封面设计 杨泽江

司法调解：合同还是判决？

SIFA TIAOJIE: HETONG HAISHI PANJUE?

著者 / 周建华

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 × 1230 毫米 32

版次 / 2012 年 5 月第 1 版

印张 / 10 字数 / 262 千

2012 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3665 - 6

定价：30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66067024

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

北理法学文库

主编：曲三强 副主编：李寿平 张艳丽

编委会

（按姓氏拼音排列）

卞建林	陈兴良	郭明瑞	韩大元
何勤华	胡云腾	黄 进	季卫东
姜明安	李仁玉	梁慧星	林中梁
刘春田	马怀德	邵景春	许章润
张恒山	张守文	张卫平	赵秉志

目 录

导 论	1
一、ADR 兴起的原因：解决司法危机	1
二、中法两国 ADR 类型的核心：调解	4
三、调解的历史	6
四、调解与现代法官的衡平职能	15
五、调解与混合式程序模式	21
六、论述思路	26

第一部分 司法调解的主持人

第一编 司法调解的传统主持人：法官	31
第一章 法国法官对调解的陌生和犹豫	32
第一节 “大调解”和“小调解”的失败	32
一、大调解和小调解	32
1. 大调解	32
2. 小调解	40
二、治安法官的职业化	42
1. 治安法官管辖权限的扩充	44
2. 治安法官组织结构的变化	47

2 司法调解：合同还是判决？

第二节 司法调解的再次失败	52
一、虚设的调解职能	52
二、邻近法官——治安法官的创造性继任者	57
1. 亲民司法理念	58
2. 邻近法官	62
第二章 中国法官的调解偏好	67
第一节 司法调解的成功	68
一、中国法官的真实调解偏好	68
1. 马锡五审判方式	68
2. 调解为主，审判为辅	71
二、中国法官的“伪”调解偏好	74
1. 调解型审判方式	76
2. 司法调解的特殊功能	78
第二节 司法调解的复兴	82
一、司法调解的“动荡年代”	82
二、司法调解的程序化	91
第二编 司法调解的新主持人	94
第一章 法国司法调解的新主持人	94
第一节 司法调解员	96
一、司法程序之外的调解员	96
二、名称的变更：从“调解员”到“司法调解员”	106
第二节 司法调停员	113
一、调解（conciliation）中的新类型：调停（médiation）	113
二、调停的改革	122

三、家事调停	129
第二章 中国司法调解的新主持人	133
第一节 人民调解	134
一、人民调解的起源、发展	134
二、人民调解的实践改革	138
1. 乡镇司法调解中心	141
2. 人民调解办公室	144
三、人民调解发展的新阶段	146
1. 人民调解协议的效力	147
2. 人民调解与司法程序的链接	149
3. 人民调解员的职业化	152
4. 人民调解程序的规范化	154
第二节 司法调解主持人的改革	157
一、法院内的改革	157
二、法院外的改革	166

第二部分 “公平”的调解

第一编 调解的合同本质	175
第一章 当事人的合意	175
第一节 调解中合意的优势地位	175
一、调解的程序合意	179
二、调解的实体合意	183
第二节 例外情形：调解的强制合意	186
一、调解前置程序中的强制合意	188

4 司法调解：合同还是判决？

1. 选择性调解前置程序·····	189
2. 强制性调解前置程序·····	190
二、调解条款的延伸合意·····	196
1. 法国判例对调解条款强制约束力的确认·····	196
2. 调解条款约束力在中国适用的可行性·····	203
 第二章 调解的保密性和对等性·····	207
第一节 保密的调解·····	207
一、保密原则的确立·····	208
1. 调解保密原则在法国·····	208
2. 调解保密原则在中国·····	212
二、调解保密原则的内容·····	217
1. ADR 的保密原则·····	217
2. 司法调解的保密原则·····	223
第二节 对等的调解·····	229
一、对等原则·····	230
1. 法国法律的调解对等原则·····	231
2. 中国法律的调解对等原则·····	237
二、诚实信用原则·····	242
1. 适用领域的扩展·····	242
2. 对等调解的实现·····	252
 第二编 调解的司法本质·····	259
第一章 司法权的适度介入·····	259
第一节 法国司法调解中司法权介入的加强·····	260
一、调解程序启动的新动力·····	260

1. 命令当事人与调解员会谈的权力·····	260
2. 调解可能性的积极评估·····	261
二、调解进程运作的指导·····	264
三、调解协议的最低限度审查·····	268
1. 司法审查方式的趋同·····	268
2. 协议效力的多样性·····	270
3. 调解协议的合同无效途径·····	273
第二节 中国司法调解中司法权介入的减弱·····	276
一、规范调解程序启动权·····	277
二、规范调解程序进程·····	279
三、调解协议的弱化审查·····	282
第二章 调解程序中公共秩序的遵守·····	287
第一节 调解程序中的公共秩序概念·····	287
一、法国·····	287
二、中国·····	292
第二节 调解程序中公共秩序的审查·····	299
一、合意完整的程序审查·····	299
二、调解协议的实体审查·····	306

导 论

“大致而言，我们的司法制度习惯于产生一种‘非黑即白’的二元体制：刑法领域，判决有罪或无罪（包括免于起诉）；民法或商法领域，判决承担责任或驳回诉讼请求，即判决当事人是否承担损害赔偿……只在极少数情况下，才可能产生一个衡平处理的结果或灰色的结果。”^① 法国库伦（Coulon）法官的这段论断揭示了 ADR（Alternative Dispute Resolution，中文译为“替代诉讼纠纷解决机制”）在法国全面展开前的国内司法状况。ADR 对中法两国而言都是来源于普通法系国家（主要是美国）的一个外来词；它同时流行于法国和中国。^②

一、ADR 兴起的原因：解决司法危机

ADR 的兴起旨在帮助司法脱离它的“困境”。西方国家的司法“困境”主要与诉讼爆炸有关。在英国和美国，人们抱怨诉讼成本

① J. -M. COULON, *Quel intérêt pour la justice civile ?*, PA, 13 juil. 1999, p. 5 et s., spéc. p. 5.

② 法语中表示“纠纷”意思的词语有三个：conflit, litige, différend。在这三个词语中，différend 所涵盖的范围最广，包括任何领域的争议事项；litige 涵盖的范围则最小，指进入诉讼程序的争议事项；而 conflit 则介于前二者之间，指求助于某种固定化的诉讼内或诉讼外的解决主体的争议事项。ADR 在法国也被翻译成不同的法律术语：MARC (modes alternatifs de résolution des conflits), MARL (modes alternatifs de résolution des litiges), MARD (modes alternatifs de résolution des différends), RAD (règlements alternatifs des différends), SORREL (solutions de rechange au règlement des conflits) ... 其中，MARC 是法语中使用频率最高的替代 ADR 的术语。

的昂贵和程序的复杂。美国人还抱怨民众陪审团的潜在危险和法律职业群体的过度膨胀；他们认为法律职业者是法庭上一群唯利是图的人。相比普通法系国家，法国司法的诉讼成本比较低，却经常因为程序缓慢受到指责。20 世纪 70 年代的一项调查报告表明法国民事司法因为“太缓慢、太昂贵、太复杂、太遥远，且经常不确定”遭受到严重的信任危机。^①

近年来法国法学界对于 ADR 的发展提出新的理论阐释：不仅仅将其限于解决司法危机的直观目的，而是开始探索 ADR 对传统司法、诉讼、社会调整、甚至法律基本理念的挑战。这种探索对于法国法学界本身而言也是一种挑战，因为法学家们已经习惯于研究一种“由国家授权的法官主持下的国家立法起源的法律”^②。根据学者的阐释，ADR 的发展与司法新理念——“多元化司法”（*justice plurielle*）和“亲民司法”（*justice de proximité*）亲密相关。具体而言，ADR 的运行旨在形成一种非形式化的（*informelle*）、协商的（*négociée*）、友好的（*amiable*）、商定的（*convenue*）、合意的（*consensuelle*）、替代（*alternative*）的司法。^③ 这些替代性纠纷解决方式揭示了现代法律制度的深刻转变和调整（*régulation*）的新概念，即试图实现“从强迫性法律秩序到协商性法律秩序，专制型调整方式到合意型调整方式的转变”^④。这种转变正好契合法律至上

① Y. BARAQUIN, *Les Français et la justice civile, enquête psychosociologique après des justiciables*, coll. Ministère de la justice, La documentation française, 1975.

② J. - B. RACINE, *Introduction, Pluralisme des modes alternatifs de règlement des conflits, Pluralisme du droit*, L'HERMES, 2002, p. 9 et s., n°2.

③ G. CORNU, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Rapport synthèse, RIDC, 1997, p. 311.

④ L. CADIET, *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, in M. DELMAS - MARLY (dir.), *Variations autour d'un droit commun - Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée*, 2002, p. 89 et s., p. 92.

主义衰退和福利型国家危机之后向契约型社会过渡的需求。

ADR 在我国的发展也具有帮助司法脱离“困境”的使命。只不过,我国的司法困境不同于西方的司法困境。“诉讼爆炸”在中国只是个别现象^①,而非普遍现象。然而,中国司法遭遇着一种更严重的危机,即实定法和现实的断裂。上世纪 80 年代开始,中国法律的现代化成为法学界热议的论题和国家关注的焦点,由此掀起第二次法律西方化浪潮,旨在建立法治社会。与上世纪初的第一次法律西方化运动相同,第二次运动也存在对西方法律条文的直接而简单的移植。条文很容易移植,然而法律文化是无法移植的。法律文化的滞后性决定了这些“移植”过来的新法律短时间内难以被人们所接受。于是,在实定法和现实之间出现了断裂。中国的实定法表现出强烈的不适应性。实践中,法律的推行遭遇到重重阻碍,特别是在习惯法盛行的乡村地带。

19 世纪是法国司法争取和加强独立的世纪;司法独立在法国的今天已不再是问题。然而在中国,司法独立还是个未决的问题。尽管司法改革在司法独立方面已取得不错的成绩,但是人们对司法的不信任仍然没有消除。实践中,司法判决经常遭遇到当事人的反抗,或是因为法官的违法行为,或是因为实定法和现实的断裂延伸出的判决和期望之间的差距。纠纷有时并没有随着司法判决的宣告而得到解决;相反,当事人之间的矛盾由于反复的申诉得到激化。一个“非黑即白”的判决无法满足当事人的需求。如此看来,一个灵活变通适用实定法产生的“灰色”结果更合适。ADR 正好能实现这个结果,从而帮助中国司法走出困境。正如范愉教授所言,

^① 特别是在北京和上海。例如,北京朝阳区法院 2004 年受理 31533 件案件,该院当时仅有 94 名法官。

ADR 是中国法律现代化的必要条件。^①

二、中法两国 ADR 类型的核心：调解

法国著名法学家科尔纽（Cornu）先生言：鉴于各国的司法概念和法官职权的差别，“ADR 在各国的发展将契合该国的本土法律制度”^②。实践中，各国揭示的 ADR 的概念和范围存在差别。例如，美国 1998 年 ADR 法案（Alternative Dispute Resolution Act of 1998）界定 ADR 必须为具有中立的第三者介入的纠纷解决方式。我国学者对 ADR 的界定是比较广泛的，包括仲裁、调解、和解、行业自控手段、行政主体介入的解决手段等等。^③法国学者则认为 ADR 不限于第三人介入的纠纷解决手段，同时包括当事人自己协商解决纠纷的方式。

具体而言，法国学者关于 ADR 的界定存在两种方式：第一种是将仲裁和独立的行政机构处理纠纷的具有准裁判性质的方式也纳入 ADR 的范畴之内^④；第二种则只囊括纠纷解决的非裁判性质的手段，首当其冲的是调解^⑤。更多的人倾向于第二种定义，即把仲裁排除在 ADR 的范畴之外。

仲裁被排除在 ADR 范畴之外，是由仲裁的裁判化（juridictionalisation）、机构化（institutionalisation）、司法化（judiciarisation）

① 范愉：《当代中国 ADR 的发展》，载江平主编：《比较法在中国》（2004 年卷），法律出版社 2004 年版。

② G. CORNU, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 同第 2 页注③, p. 311.

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 483 页及以下。

④ S. GUINCHARD etc., *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 1005 et s.

⑤ L. CADIET, *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, 同第 2 页注④, p. 91.

on) 倾向决定的。“仲裁的裁判化倾向主要表现为仲裁规则对仲裁程序的形式和期间予以越来越多的限制, 有时甚至组织对纠纷审查的二审机制。仿照国家法官在诉讼程序不同阶段介入权力的扩充, 赋予仲裁庭越来越大的权力, 如预防性强制手段的采用, 直至针对仲裁裁决的救济程序启动。仲裁已经失去其固有的灵活、快捷优势。随着仲裁的机构化, 仲裁成本的增加成为必然趋势, 而这成为阻碍人们求助仲裁的重要因素。”^① 仲裁是“由第三人通过实施当事人授予的裁判使命, 解决两个或多个当事人之间的纠纷”^②; 其结果——仲裁裁决是一种“具有既判力的裁判行为”^③。

根据法国学者的定义, ADR 所涉及的是“以直接或间接的方式寻求当事人之间纠纷的协商解决, 其解决的结果并不是由国家设立的法官判决的”^④, 同样也不是由“其裁判职能来源于合同”^⑤的私人法官(juge privé)——仲裁员裁决的。于是, 调解成为法国 ADR 类型中的“核心”。调解是指“当事人在获得或没有第三人帮助的情形下, 自行在司法程序内部或外部, 试图减少分歧以寻求友好的纠纷解决结果”^⑥。调解员不拥有任何强制权力。

① L. CADIET, *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation*, Mélanges C. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 123 et s., n°9.

② Ch. JARROSSON, *La notion de l'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, 1987, p. 372.

③ 同上注②, p. 196.

④ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p. 67.

⑤ “相比国家法官同时拥有法律裁决(jurisdictio)和执行裁决(imperium)的权力, 仲裁员只拥有前者, 即作出法律裁决的权力。仲裁员没有权力强制执行自己的裁决。” Ch. JARROSSON, *La notion de l'arbitrage*, 同上注②, p. 101.

⑥ J. JOLY - HURARD, *Conciliation et médiation judiciaire*, préf. S. GUIN-CHARD, Presses universitaires d'Aix - Marseille, 2003, p. 31.

中国的 ADR 范畴包括仲裁。但是，仲裁对中国而言是个比较新的事物。1994 年仲裁法的颁布将仲裁与行政机构分离，创立仲裁与诉讼的新关系，西方意义上的仲裁才得以建立。因此，鉴于仲裁的发展处于初期阶段，另一种传统方式——调解在我国的 ADR 类型中占有非常重要的地位。与学术界支持的 ADR 概念相对应，官方提出了类似的概念——“大调解”，即建立包括民间调解、司法调解、行政调解等在内的协商解决纠纷的国家网络。

三、调解的历史

ADR 的发展成为中法两国，甚至各国纠纷解决体制的重要组成部分。但是，ADR 并非全新的事物，而是比国家司法还要古老的事物。曾经，国家司法取代了自发或非正式司法；今天，这些古老司法的方式又被重新发现和启用。所以，ADR 的出现并非完全创造新的司法形式。调解的发展正能说明这点。

在中国，调解不仅具有悠远的历史，而且在纠纷解决中始终占有显著的地位。在封建帝国时期，受到儒家思想的影响，中国古代法律的最终目的在于消除法律，追求“大同世界”的实现。在“大同世界”里，所有的事物和谐相处。和谐是原则^①，对抗和谐的纠纷被禁止。实践中，纠纷的产生是不可避免的。对于这些纠纷，封建王朝的统治者用尽一切方法来予以消除。这一理念决定了

^① “对儒家来讲，和谐乃是实在界的基本状态和构成；而冲突则不隶属于实在界，它不过是一种不自然的失序与失衡，是没有永久意义的。在儒家的眼光里，这个世界是一个变化和发展的过程。不错，世界确有相异、相对、不合、敌视等现象，但儒家坚持：整个宇宙、人类社会、个人生活的大方向是趋于和谐与统一的。”[美] 成中英：《论中西哲学精神》，上海东方出版社 1991 年版，第 175-177 页。

古代法律的“无讼”价值观。孔子言：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。”^①

封建王朝的统治者采取各种措施抑制诉讼的增长。首先，在意识领域，他们大力宣扬儒家“无讼”理念，教导老百姓厌恶诉讼。提起诉讼的人被斥为诉讼的挑衅者。^②但是，仍然有“顽固分子”提起诉讼；此时，统治者则通过对起诉条件采取各种形式上的限制规定再度阻止诉讼的提起。^③民法和民事程序的刑事化也构成对诉

① 《论语·颜渊》。

② “淳安县词讼繁多，大抵皆因风俗日薄，人心不古，惟己是私，见利则竞。以行诈得利者为豪雄，而不知欺心之害；以健讼得胜者为壮士，而不顾终讼之凶。而又伦理不悖，弟不逊兄，侄不逊叔，小有蒂芥，不相能事，则执为终身之憾，而媒孽讦告不止。不知讲信修睦，不能推己及人，此讼之所以日繁而莫可止也。”陈义锺编校：《海瑞集》，中华书局1962年版。

③ 清康熙年间徽州知府吴宏“词讼条约”：“凡民间口角细事，亲邻可以调处，些微债负，原中可以算清者，不得架词诬告。其有户婚、田土不明，必待告理者，代书务宜问明原告，照依事情轻重，据实陈诉。如隐匿真情，移轻作重诬告者，审实拿代书严究。

所告事情，务必开明起事年月，不得混写上年、先年等字，希图含混。

词讼止许一告一诉，临审再各投到呈一纸，不得重复渎陈。词内务要遵用新颁副状格纸，照式写，附入正词之内。正状批发，副状存宅，以便随时查阅。如无副状者，不准。至各诉词并到呈内，必开明某月某日某人具某事词，奉批云云字样。不开者，不准。

妇人必真正孀妇无嗣，及子幼而事不容缓待者，方许出名告状，仍令亲族弟侄一人抱告。如有夫男之妇，擅自出头者，定拿夫男重责。

词内不许混引远年及赦前旧罪，擦拾人罪。违者，不准。

告词投到正副各词，俱要代书戳记。如无，不阅。

关系钱粮并编审之事，俱开手本具禀，亦不得混写无益不关紧要之话。”

（清）吴宏：《纸上经纶》卷五，“词讼条约”，载郭成伟、田涛点校整理：《明清公牍秘本五种》，中国政法大学出版社1999年版，第219-220页，转引自顾元：《衡平司法与中国传统法律秩序——兼与英国衡平法相比较》，中国政法大学出版社2006年版，第148页。

讼的限制。^① 现实中诉讼的高昂成本则成功打消贫穷当事人欲提起诉讼的意图。^②

“任何统治者要想维护其统治都必须要求有安定的社会环境，良好的社会秩序。虽然户婚田土之争、轻微的刑事纠纷不足以从根本上动摇封建的统治基础，但这些纷争得不到妥善解决也会大大影响生产发展和社会安定。因此，历代统治者都以儒家思想作为束缚劳动人民的精神枷锁，提倡‘礼’、‘德’。”^③ 对于民事纠纷，封建统治者在诉讼启动前或诉讼过程中大力推广一种友好解决的方式，即调解（或称为调处）。“早在西周的铜器铭文中，已有调处的记载。秦汉以降，司法官多奉行调处息讼的原则。至两宋，随着民事纠纷的增多，调处呈现制度化的趋势。明清时期，调处已臻于完善阶段。”^④

① 民法的刑事化，如《唐律疏议》中，“诸祖父母，父母在，而子孙别籍（另立门户）、异财（分家产）者，徒三年。……”（《户婚律》）“诸买奴婢、马、牛、驼、骡、驴，已过价，不立市券（契约），过三日笞三十；卖者，减一等（笞二十）。……”“诸负债违契不偿，一（一匹绢）以上，违二十日笞二十，二十日加一等（笞三十），罪止杖六十，三十加二等（杖八十）；百又加三等（徒一年）。各令备偿。”“诸受寄财物，而辄费用者，坐赃（犯赃）论减一等（一尺笞十，罪止徒二年半）……”“诸侵巷街、阡陌者，杖七十。若种植垦食者，笞五十。各令复故。”（《杂律》）转引张中秋，《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1999年版，第91页。

关于民事程序的刑事化，中国古代法律不区分刑事程序和民事程序。民事程序也适用刑事程序的纠问式规则。在程序中，法官是唯一的主体。其他参与者则毫无例外都为问讯和惩罚的对象；他们只有一项义务，就是对法官陈述事实。

② 山东曲阜孔庙碑刻“忍讼歌”：“世宜忍耐莫经官，人也安然己也安然。听人挑唆到衙前，告也要钱诉也要钱。差人奉票又奉签，锁也要钱开也要钱。行到州县细盘旋，走也要钱睡也要钱。约邻中证日三餐，茶也要钱烟也要钱。三班人役最难言，审也要钱和也要钱。自古官廉吏不廉，打也要钱枷也要钱。唆讼本来是奸贪，赢也要钱输也要钱。听人诉讼官司缠，田也卖完屋也卖完。食不充足衣不全，妻也艰难子也艰难。始知讼害非浅鲜，骂也枉然悔也枉然。”转引自范愉，《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第71页注1。

③ 常怡主编：《中国调解制度》，重庆出版社1990年版，第43页。

④ 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第283页。