

北京市社会科学基金项目成果

SAFEGUARD MECHANISM
ON PROCEDURE OF CIVIL TRIAL
AND MEDIATION



民事审判 与调解程序保障机制

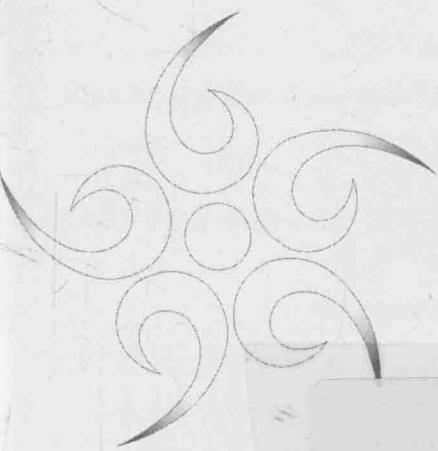
毕玉谦 等著



中国政法大学出版社

北京市社会科学基金项目成果

SAFEGUARD MECHANISM
ON PROCEDURE OF CIVIL TRIAL
AND MEDIATION



民事审判 与调解程序保障机制

毕玉谦 唐 俊 黄海涛 刘鹏飞 著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民事审判与调解程序保障机制/毕玉谦等著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 4

ISBN 978-7-5620-5954-7

I. ①民… II. ①毕… III. ①民事诉讼—审判—研究—中国②民事纠纷—调解—(学/法)—研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第068265号



- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 11.625
- 字 数 270千字
- 版 次 2015年4月第1版
- 印 次 2015年4月第1次印刷
- 定 价 39.00元

■ 序 言

PREFACE

自从人类间产生民事纠纷或其他利益冲突时起，调解作为第三人介入纠纷解决机制的一种方式便应运而生。在人类社会发展的历史长河中，调解的诞生与成长既是一种法律现象，又是一种文化现象。调解与审判同为人类社会解决纠纷与冲突的手段与方式。按照现代社会的精神与理念，审判体现的是法律至上，强调的是社会法治化条件下法律的实施与法效的实现，其追求的是法律上的正义，较为具有理想主义色彩。而调解体现的是法律调和基础上的协商主义，调解追求的是社会利益的包容性与交涉的现实性、妥协性，较为具有现实主义色彩。与审判的程式化、对抗性、公开性相比较，调解具有非诉性质、非程式化特点以及非公开化特征。

在现代社会条件下，调解与其他司法外纠纷解决机制或方法被定性为“替代性”，或统称为 ADR 程序，与具有司法属性的审判相区别。从形式上来看，调解及其他纠纷解决机制或方式在应对和处理社会矛盾与冲突的过程中，大有不仅替代，甚或取代司法审判的趋势，至少是限缩了审判被运用的空间领域。

鉴于审判程序本身的痼疾，当政者有权对司法审判与其他纠纷解决机制之间在社会关系领域发挥作用的定位重新进行规划和调整，当事者也有权选择调解等更为低廉、高效的纠纷解决方式的权利，如果出现这种局面，调解确实会对审判形成压力并构成挑战。不过，真正意义上的挑战来源于调解在其进化和成型过程中对审判程序的正当性造成的内伤与损害，最为典型的事例莫过于在审判过程中为促成当事人和解而采用的诉讼调解模式。而问题的另一面则是，通过司法审判是实现社会公平与正义的必然的且唯一的路径，而这种公平与正义是法律上的公平与正义，严谨的程式化、审判的公开性以及非人格化的评判机制是对纠纷作出裁判的前提与保障。而调解因与法律的实施和适用无涉，甚至在不问任何是非标准和前提的条件下，以当事人之间的相互妥协与退让来成全这一利益上的交易，故与社会的正义无关。

调解与其他司法外纠纷解决机制具有的“替代性”是对本应提交审判解决的案件的分流，反而在一定程度上促进了司法审判品质的提升和效率的提高。当然，由于各国或地区的社会状况千差万别，司法审判与调解及其他司法外纠纷解决机制的分工如何，各自发挥功能性作用所涉及的领域和层面如何，即取决于现实需求，也取决于决策者的意志和判断力，还取决于具体国情的适应性。

社会纠纷解决机制在总体上自古以来就是一个综合的社会性系统工程。在历史上，从来都没有过任何一个国家的法院能够仅仅通过审判就能够应对所有的纠纷与争端，也从来没有任何一个国家仅仅通过调解的方式就能够解决社会上的所有纠纷。从既往调解运动兴起与成长的编年史来看，调解正持续不断地占据原本归属于审判的传统领域和空间领域，然而，这不过是

适应因社会飞速发展而导致的纠纷剧增的结果。从总体上来看,基于成本与效率的衡量,随着各种类型案件的激增,将较为有限的司法审判资源投放在那些对社会或民众个体产生重大影响的案件上不失为一种明智的选择。这已成为两大法系在决定选择调解的路径上所坚持的价值取向。当然,任何调解的方式都只不过是作为审判前的一种过滤器,因为,任何社会组织和个体在解决纠纷的方式上都至少最终有权选择司法裁判,这是一项公认的宪法性权利。因此,调解作为一种具有替代性的纠纷解决机制,这种具有替代性最终能否实现,关键还是取决于纠纷当事人的意愿和因时代的变迁所生成的种种量化元素。

本书在对民事审判与调解程序保障机制的探索和研究中,既放眼于比较法视野的观察与扫描,又导入程序的理性和剖研内在的机理,且亦立足于国情意识和本土化的辨析和塑构,意在为从学理上的深度探寻抛砖引玉,但愿似若溅起些具有斑斓色彩的浪花而聊为所幸。是为序也。

毕玉谦

2015年1月26日

■ 目 录

CONTENTS

序 言 / 1

第一章 调解的源流与审判程序的可被替代性之演进

第一节 现代调解的勃兴及对审判程序构成的挑战 / 1

一、调解的历史轨迹与现代调解的勃兴 / 1

二、审判程序的可被替代性与面临的挑战 / 8

第二节 调解概念的源流与内涵的界定 / 17

一、语义的基本界定 / 17

二、不同法系文化背景对导入调解程序的影响 / 21

三、我国法院调解的基本法意 / 24

第三节 调解方式的选择及对审判程序的影响 / 27

一、有关术语的界定 / 27

二、调解方式的基本类型 / 27

三、类型化架构下的调解对审判程序可能存在的影 响与挑战 / 43

第二章 审判程序与调解程序的程序机能

第一节 程序机能的界定与内涵 / 50

一、程序定义的一般路径 / 50

二、概念构成的要件分析 / 52

三、程序的机能 / 55

第二节 调解性质辩——机能比较的前提探讨 / 60

一、契约性 / 60

二、司法性 / 67

三、契约性与司法性的混合 / 81

四、仲裁式的自治论——第四条认识路径 / 83

第三节 调解程序的机能——从与审判程序机能比较的角度 / 85

一、调解程序机能研究的意义 / 85

二、多维面相下的不同机能预期 / 87

三、从与审判程序比较的角度分析调解程序机能 / 88

第四节 调解程序机能的现状与缺陷 / 99

一、新概念：在“合法性司法”与“非合法性司法”之间 / 99

二、格雷欣定律：非合法性手段的侵蚀效应 / 102

三、外部性问题：非合法性手段的溢出效应 / 106

四、救济的途径单一化：减少还是增加讼累 / 110

第五节 改进与完善调解程序机能的思考 / 113

一、调解定位之辩 / 113

二、应该检讨的构建逻辑 / 118

三、新制度构想 / 122

四、改造的逻辑——代总结 / 130

第三章 审判程序与调解程序的基本分野与协调

第一节 调解程序的特征与属性 / 132

一、调解的特征 / 132

二、调解的法律性质分析 / 139	
三、法院调解的必要条件 / 146	
第二节 调解与审判的基本共性与个性差异 / 151	
一、调解与审判的基本共性 / 151	
二、调解与审判的个性差异 / 162	
第三节 我国现行调解程序设计与政策性预期解析 / 171	
一、现行法院调解制度的程序设计 / 172	
二、现行法院调解制度的政策性预期 / 181	
第四节 审判与调解程序的程序保障理念之异同 / 190	
一、程序保障的重要意义 / 190	
二、审判与调解中程序保障理念的适用 / 192	
三、审判与调解程序保障理念的共同点 / 194	
四、调解与审判程序保障的不同点 / 200	
第五节 从程序保障看我国法院调解制度的完善 / 208	
一、关于调审分离 / 208	
二、关于排除调解事项的重新界定 / 209	
三、关于法官释明义务的强化 / 213	
四、关于回避制度适用范围的扩张 / 213	
五、关于案外人参与调解制度的完善 / 216	
六、关于调解协议生效条件的简化 / 218	

第四章 审判程序与调解程序中的事实认定

第一节 民事诉讼中事实认定的基本要义 / 220	
一、案件事实的界定 / 220	
二、法院认定案件事实的思维模式 / 222	
第二节 审判程序与事实认定 / 226	
一、审判程序中的案件事实 / 226	

二、审判程序中探求案件事实的路径与程序法则 / 227

第三节 调解程序中对案件事实的发现与查明 / 231

一、域外调解程序中对案件事实的发现与查明 / 231

二、我国调解程序中对案件事实发现与查明的实证考察 / 243

第四节 程序保障机制的短板：我国调解程序与案件

事实认定的非对称性 / 257

一、关于法院调解中真实原则的存废 / 257

二、对我国调解程序中案件事实的基本认知 / 261

三、调解程序中对案件事实的认定及基本状态 / 263

四、调解程序的功能与对案件事实认定之间的冲突 / 266

五、我国民事诉讼中审判与调解同质化现象及其弊端 / 270

第五节 问题的透视、解析与建议 / 277

一、对事实认定程序保障机制内在缺陷的机理性透视 / 277

二、对改进与完善程序保障机制的基本思考与设想 / 279

三、关于建立审判程序中的事实认定与协调调解程序之间程序保障机制的构想与建议 / 283

第五章 审判程序与调解程序的展开与程序保障机制的建构

第一节 调解制度中的权力（利）平衡与制度保障

——以处分权为视角 / 296

一、调解制度中“隐性限制处分权现象”的观察 / 296

二、处分权与法院权力在调解制度中的博弈与平衡 / 302

三、调解制度结构性障碍的改革路径 / 311

第二节 事实效用论视角下事实调解制度的构建 / 317

一、法院调解事实效用论的实践背景 / 318

二、案件事实的制度优势激活效用 / 322

三、案件事实的程序结构优化效用 / 326

四、事实效用视角下法官的能动与界限 / 330

五、结论 / 335

第三节 诉调对接的模式趋向与困境破解 / 336

一、诉调对接模式类型的实证分析 / 337

二、多样模式背后的共同趋向 / 339

三、共同趋向的根源追问 / 343

四、权威还是合意：同构化困境破解 / 349

后 记 / 361

■ 第一章

■ 调解的源流与审判程序的可被替代性之演进

第一节 现代调解的勃兴及对审判程序构成的挑战

一、调解的历史轨迹与现代调解的勃兴

人类社会是一个具有多层次结构、通过内在矛盾的解决而发展着的，并在自我调节、自我戒律的基础上发挥持续进化功能的有机系统。受人类早期的传统文化及宗教意识的影响，神明裁判和决斗曾一度被作为人民解决利益纷争的主要手段。自从人类产生民事纠纷或其他利益冲突时起，调解作为第三人介入纠纷解决机制的一种方式便应运而生。调解在古代文明中就已产生。^{〔1〕}据有关史料记载，近四千年以前调解就开始作为人类解决纠纷的手段。^{〔2〕}这种古老的纠纷解决方式最初系由部落中的酋长、长老，或家族的族长，或社区拥有威望的人士担当调解人。

〔1〕 Pamela A. Kentra, "Hear no Evil, See no Evil, Speak no Evil: The Intolerable Conflict for Attorneys Mediators between the Duty Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct", 1997, B. Y. U. L. Rev., p. 719.

〔2〕 参见〔美〕肯姆伯里·K. 考瓦：“美国调解的发展：成熟的管理塑造未来”，载〔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262页。

在罗马法时期的诉讼上,在诉讼开始之前,当事人可以进行和解,诉讼已经发起,被告已经被原告传唤,和解依然可以进行,只要在法官未作出生效判决之前,当事人的和解都是被允许的。^{〔1〕}当年就像在今天一样,法官鼓励当事人达成和解被认为是他的一项职责。在丹麦,克里斯汀五世在位时于1683年制定的相关法律,第一次规定在所有的民事案件中均可采用调解方式解决。后来,丹麦为了鼓励人们减少纷争于1795年要求在所有的案件中使用调解。^{〔2〕}可见,诉讼调解具有悠久的历史。

除了调解在审判程序上的运用以外,其他类属于司法性质或由政府主导的调解也具有悠久的历史。例如,早在法国大革命时期,法国就开始由各地的治安法官(juge de paix)担任调解人,强制性地处理多种类型的民事纠纷。^{〔3〕}后来,那不勒斯王国于19世纪20年代在意大利首先设立了这种治安法官。即每个城镇会从当地社区内具有名望的人中选出一名调解人,任期为两年,其工作不计报酬。在任期内,不得从事任何其他职业,尤其是不得以律师身份从事法律事务。从历史的角度看,这种调解人是借鉴法国1790年设立治安法官(juge de paix)的经验而来的,这种治安法官不是职业法官,而是通过选举产生的任

〔1〕 J. M. Kelly, *Roman Litigation*, Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 150, 转引自〔英〕西蒙·罗伯茨、彭文浩:《纠纷解决过程:ADR与形成决定的主要过程》(第2版),刘哲伟、李佳佳、于春露译,北京大学出版社2011年版,第20~21页。

〔2〕〔丹〕维贝克·温德莱伍:《丹麦调解制度:回顾与展望》,载〔澳〕娜嘉·亚历山大主编:《全球调解趋势》(第2版),王福华等译,中国法制出版社2011年版,第115页。

〔3〕参见〔英〕西蒙·罗伯茨、彭文浩:《纠纷解决过程:ADR与形成决定的主要过程》(第2版),刘哲伟、李佳佳、于春露译,北京大学出版社2011年版,第9页。

期为两年的非法律专业人士。每当发生民事纠纷，当事人就会被强制首先交由这种治安法官来促成当事人就纠纷达成和解。^{〔1〕}德国实行联邦制，各个州拥有相当的行政权力。由各个地方政府设立调解服务机构并向民众提供调解服务在德国已有近二百年的历史。但这类调解大多数更倾向于采取职权讯问型的具有干预性的模式。^{〔2〕}然而，自近代以来，工商业的兴起与繁荣导致国家体制也随即发生了变革，政府管理和干预社会的力量与能力不断加大，司法裁判逐渐成为国家用来作为解决社会矛盾和民事冲突的主要方式。

在美国，调解的历史可以追溯的殖民时期，但它首先正式被采用是发生在1913年，当时美国劳工部将其用于处理劳资之间的纠纷。之后，调解在解决劳资关系纠纷中被广泛利用。到了20世纪60年代中期，调解在美国社会其他领域受到推广和运用。例如，联邦政府制订了社区纠纷解决计划并为此提供资金保障。^{〔3〕}1913年，在美国的克里夫兰，当地市政法院（municipal court）的调解机构被授权促使无力聘请律师的当事人就其小额诉讼达成调解。那些诉讼标的额在35美元以下的案件首先须经过调解。在调解过程中，法官鼓励当事人亲自出庭而无须律师代理，在这一非正式的法律程序中，法官“根据常识”处理分歧，尽量营造和谐气氛，压抑当事人的好斗本能。调解程序是自愿的，没有固定的形式，其全部目的就是鼓励当事人相互

〔1〕 Elisabetta Silvestri, "Alternatives to or within Formal Procedures in Italy", C. J. Q., 1989, 8 (Jan), p. 46.

〔2〕 参见〔德〕D. 詹森：“调解中的当事人意思自治？在仲裁员良好做法之前作出的实证结果”，载《法社会学》1988年第17期，第328页。

〔3〕 Pamela A. Kentra, "Hear no Evil, See no Evil, Speak no Evil: The Intolerable Conflict for Attorneys Mediators between the Duty Maintain Mediation Confidentiality and the Duty Report Fellow Attorney Misconduct", 1997, B. Y. U. L. Rev., p. 719.

妥协、解决纠纷。最终的裁判文书将完全按照当事人的合意制作，如果调解失败，纠纷将最终通过审判加以解决。这种调解模式被认为是美国现代调解运动的兴起之作。^[1]

在德国，自 1924 年以来，其调解制度（Guterverfahren）在区法院（Amtsgericht）被改为必要的（Notwendig）、义务的（Obligatorisch）、先行的（Vorangehend）程序。调解程序规定在民事诉讼程序中，因此，除调解程序另有规定的以外，仍适用通常诉讼程序的规定。调解程序作为非涉诉争的手段，并无诉讼系属（Rechtsabhängigkeit）的观念，只有事件系属（Anhängigkeit）的观念而已，因此无提起反诉的余地，其审理实行非公开主义。法院得强制当事人亲自出庭。^[2] 根据意大利《民事诉讼法》第 321 条规定，发生纠纷的当事人必须先将争议提交一位被称为调解人（conciliatore）的法官来调处。意大利约有八千个调解办公室，调解人并非职业法官，而是根据意大利《宪法》第 104 条由享有特定自治权力的立法机构任命的非法律专业人士，调解人任期 3 年，不计任何报酬。调解人不得从事其他职业，例如，他们不得同时做法官，也不得成为警方的一员。^[3]

20 世纪 50 年代至 60 年代，调解在普通法系许多国家已被间接或直接地纳入司法程序。这些新发展包括法官主张的调解，法官在和解失败后将对案件进行审判，以及法院指定调解人在最后可能取代调解的审判前主持强制调解。在直接的司法调解中，法官通过司法和解会议或类似会议在当事人之间促成协议

[1] J. Auerbach, *Justice Without Law? Resolving Disputes without Lawyers*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 96 ~ 97.

[2] 参见蔡章麟：“论调解制度”，载杨建华主编：《民事诉讼法论文选辑》（下册），五南图书出版公司 1984 年版，第 780 ~ 781 页。

[3] Elisabetta Silvestri, “Alternatives to or within Formal Procedures in Italy”, C. J. Q., 1989, 8 (Jan), p. 47.

的行为实际上是司法管理主义 (judicial managerialism) 逐渐受到欢迎的一种表现。^{〔1〕}但总体上而言,直至 20 世纪 70 年代之前,普通法国家的法官仍然站在十分狭隘的角度来理解自身的定位,即仅仅是主持审判并作出判决,但早在 20 世纪上半叶的初始阶段,活跃在法庭上的律师却悄然地将诉讼作为之后促成当事人和解的策略武器,使得“调解”以一种近乎模糊的概念和现象重新登场。^{〔2〕}

现代意义上的调解是指自 20 世纪 70 年代从美国发起,至 80 年代现身于澳大利亚和英国,随之在 90 年代又波及欧洲大多数大陆法系国家和南非的一场革新运动。^{〔3〕}时至 20 世纪,最早应用于解决劳资关系纠纷的调解在美国已经开始发展成为一种引人注目的社会性纠纷解决机制。随后,调解经过多方努力被引入法院以解决民事纠纷,与此同时,社区调解的推广应用推动了立法和社会改革的进程。^{〔4〕}另外,社会上一些非政府组织或个人也在从事调解事务。1976 年 4 月,在美国明尼苏达州的圣保罗召开的庞德会议 (Pond Conference),事后被许多人视为开启现代调解运动的标志。庞德会议的召开体现了当代 ADR (Alternative of Dispute Resolution, 即“非诉讼纠纷解决”) 运动的兴起,而 ADR 运动的主题就是尽量避免采取将司法作为解决

〔1〕 M. Galanter: “A Settlement Judge is not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States”, *Journal of Law and Society* 1, 1985, 12 (1), pp. 12 ~ 15.

〔2〕 参见〔英〕西蒙·罗伯茨、彭文浩:《纠纷解决过程:ADR 与形成决定的主要过程》(第 2 版),刘哲伟、李佳佳、于春露译,北京大学出版社 2011 年版,第 3~4 页。

〔3〕 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 2 页。

〔4〕 Dorothy J. Della Noce, Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, “Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications Forpractice and Policy”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2002, p. 40.

民事纠纷的首选手段，而尽可能向当事人提供可替代的纠纷解决机制。^{〔1〕}庞德会议之后，调解在美国社会的各个领域飞速扩张。从20世纪70年代至80年代，美国部分联邦法院开始尝试设立法院附设ADR。时至20世纪90年代，美国国会颁布了数部法律以推动联邦政府使用ADR。其中第一部法律是1990年的《民事司法改革法》（Civil Justice Reform Act, CJRA），该法堪称美国ADR发展史上最重要的里程碑，为民事诉讼程序改革和推广ADR提供了法律保障，这次改革更是被评价为美国历史上第一次“基础性的改革”。1998年又通过了《ADR法》（Alternative Dispute Resolution Act），旨在对第一部法律加以强化与补充，明确要求所有联邦地区法院都要关注调解。这些规定开创了联邦政府对诉讼案件利用调解的先河。从此，美国各个法院都把ADR作为改革计划的重要组成部分，美国联邦法院开始大规模地推广应用法院附设ADR。今日，美国法院附设ADR实质上已经为美国民事诉讼中不可缺少的部分。

在一些大陆法系国家，自20世纪90年代以来，在审判程序过程中采用调解也不乏其例。1991年，意大利国会通过决议设立治安法官，由其对小额案件进行审判，同时，他们还被授权在一方当事人提出申请的条件下对数额不限的民事纠纷享有调解的权力。^{〔2〕}1995年2月8日，法国国民大会通过了95-125号法律，并在随后的新民事诉讼法典的改革中允许法官指定一名调解员进行最长期限达三个月的调解。依据该法，调解始终

〔1〕 Susan A. FitzGibbon, “Appellate Settlement Conference Programs: A Case Study”, J. Disp. Resol., 1993, p. 59.

〔2〕 参见〔意〕朱塞佩·德帕洛、路易吉·科米内里：“意大利调解：坐等诉讼爆炸？”，载〔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244~245页。