

“十二五”国家重点图书出版规划项目

湖南省重点图书资助项目

湖南省法治文化精品项目



如何当好调解员系列丛书

主 编 ◎ 谢 勇 廖永安

我国仲裁调解 制度研究

周 杨 著

湘潭大学 出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目

湖南省重点图书资助项目

湖南省法治文化精品项目



如何当好调解员系列丛书

主 编 ◎ 谢 勇 廖永安

我国仲裁调解 制度研究

WOGUO ZHONGCAI TIAOJIE ZHIDU YANJIU

周 杨 著

湘潭大学 出版社

版权所有 侵权必究

图书在版编目(CIP)数据

我国仲裁调解制度研究 / 周杨著. — 湘潭: 湘潭大学出版社, 2017.6

ISBN 978-7-5687-0107-5

I. ①我… II. ①周… III. ①仲裁—调解(诉讼法)—制度—研究—中国 IV. ①D925.114.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第156738号

我国仲裁调解制度研究

WOGUO ZHONGCAI TIAOJIE ZHIDU YANJIU

周杨 著

责任编辑: 刘文情

封面设计: 山和水品牌设计 刘 峰 刘 娟

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭大学工程训练中心

电 话: 0731-58298960 0731-58298966 (传真)

邮 编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn/>

印 刷: 长沙鸿和印务有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 787 mm×1092 mm 1/16

印 张: 12

字 数: 229千字

版 次: 2017年6月第1版

印 次: 2017年6月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5687-0107-5

定 价: 30.00元

“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新
中心平台(矛盾纠纷化解与区域社会治理)建设成果

国家社科基金重大项目“构建全民共建共享的社会
矛盾纠纷多元化解机制研究”(15ZDC029)阶段性成果

“如何当好调解员系列丛书”编委会

主 任 谢 勇 廖永安

副 主 任 李伯超 刘道龙 杨 翔 杨琪君

委 员 (以姓氏笔画为序)

王国征	王湘涛	邓志伟	邓春梅	向远刚	邬欣言	刘刚魁
刘军平	刘友华	刘永革	刘道龙	孙浩波	杨 翔	杨琪君
李立新	李仕春	李伟迪	李伯超	李喜莲	李新华	吴 勇
吴胜坚	何文燕	张立平	张自政	张喜群	邵 华	陈剑文
周青山	胡军辉	侯元贞	禹华初	袁少雄	夏 剑	倪洪涛
郭正怀	黄艳好	彭荣卫	蒋亚文	覃斌武	程 波	傅 军
曾 勇	谢 勇	雷 勇	雷廷玉	廖永安	戴勇坚	魏中发

学术秘书 刘方勇 吕宗澄

总 序

调解，亘古绵延，传承至今，不仅是中华民族的优良传统，也是享誉世界的纠纷解决之“东方经验”。在长达数千年的历史长河中，调解不仅是外显于传统社会的治理模式，也是内嵌于淳朴人心的处事习惯与生活方式；不仅是人们定纷止争的理想选择、思维习惯，也是为人们所称颂的息事宁人、和睦相处的传统美德。更为弥足珍贵的是，源自于东方的调解文化，在发展和传播的过程中，其理念和价值早已为域外文明所接受，成为西方话语主导下的现代司法体系中一个难得的东方元素和中华印记。

穿越数千年，历久而弥新。发源于传统中华文化，扎根于现代司法体系中的调解，在社会转型、矛盾凸显的历史新时期，俨然已成为社会和谐稳定不可或缺的降压阀、消火栓。当前，我国正处于经济社会发展的重要战略机遇期和社会矛盾凸显期，维护社会和谐稳定的任务艰巨、繁重，构建人民调解、行政调解、司法调解“三位一体”大调解格局，已成为推进社会矛盾化解、推进社会治理创新的重要抓手，成为多元化纠纷解决机制中的重要一环。然而，在时代赋予调解更多使命，在社会寄予调解更高期待的同时，调解能否承载起这样的使命，能否满足这样的期待，却还是一个值得探讨和反思的问题，以至于无论是在学术界，还是在实务界，依然还存在不少争议。盖因为调解理论研究及规范建设的相对滞后，使调解的价值局限于传统的小圈子里，使调解的作用止步于调解员的个人经验前，调解的体系化、规则化、标准化建设亟待加强，影响了调解价值理念的广泛认同以及功能作用的充分发挥。以调解员的培训为例，作为调解的主体力量，目前活跃在人民调解、行政调解、司法调解战线上的调解员数以百万计，但是，调解员队伍建设缺乏强有力的理论指导和体系化的培训支撑。调解员队伍规模很大但素质参差不齐，调解程序因地制宜但缺乏必要的规范，调解方法灵活多样但主要囿于直接经验。因此，建立科学、系统、规范、实用的调解员理论体系和调解员培训体系，已经是调解事业可持续发展的关键瓶颈，亟待各方重视，抓紧解决。

经由近年来中外法律的交流，我们已经了解到，在调解这一领域，不少后发国家，调解的学科化或科学化发展趋势十分明显。社会学、心理学、神经学等研

究成果在调解领域的广泛应用，不仅大大提升了调解的科学化水平，还使调解成为了一门新兴的综合学科。体系化、标准化的调解课程不仅是调解员培训必修的课程，也成了法学院学生的常规课程。调解学科的兴起，还催生了一个行业或职业。在一些国家，调解已经商业化，成为了人们可以终身为业的一种职业。我们不得不承认，在调解的现代转型上，实际上在不少方面我们已经落后了。这也引起了我们的忧思，为何我们的文化传统在异域他乡就可以演变为一门学科、一门生意、一种职业呢？实用主义的引导与作用，或许是一个答案。而从技术层面而言，精细化的研究始终是一个不可逾越的基础。如果我们再不警醒，再不转变调解的研究方式，再不提升调解的精细化研究水平，长此以往，调解话语权的流失似乎是必然的，调解是否有可能成为又一个纯粹的西方话语呢？

基于这样的使命感，我们策划出版了“如何当好调解员系列丛书”。我们希望以“如何当好调解员”为切入点，一方面，对我国调解传统文化及其应用展开精细化的研究，探索调解由传统向现代转型的路径，努力掌握调解的话语权；另一方面，也希望抓住调解员这一核心要素，从调解经验总结、调解经典案例评析、调解社会心理学应用、调解策略梳理等多维度构筑我国调解员严密、科学的培训体系，为大力加强调解员队伍建设，全面发挥调解在促进社会矛盾纠纷化解、社会治理创新中的作用提供有力的智力支持。

本套丛书也是湖南省调解理论研究与人才培训中心推出的首项成果。2012年1月9日，在时任中共湖南省委书记周强同志的高度重视、亲切关怀、殷切期望下，湖南省司法厅与湘潭大学共建的湖南省调解理论研究与人才培训中心正式成立，旨在立足湖南、辐射全国、面向世界，在充分挖掘传统调解文化和开发本土调解资源的基础上，合理借鉴域外经验，综合借助法学、社会学、心理学、历史学等研究方法，大力推动法治框架下调解基础理论研究与创新，积极推进社会治理创新背景下调解人才队伍建设，力争为构建适应我国现代化进程和具有普世价值意义的调解话语体系作出一分贡献。

我们期待，这一套丛书的出版，能够为调解的理论研究和规范化建设添砖加瓦，也能够为吸引更多的人投身调解这项事业添薪加火。期待与您一路前行。

谢勇
二〇一二年元月八日

（谢勇：湖南省人大常委会副主任，湘潭大学法学院名誉院长，教授、博士生导师）



前言	1
1 选题由来	1
2 文献梳理	4
3 研究重点及内容	7
4 研究方法	10
第一章 仲裁调解的源起、发展及困境	12
1.1 仲裁调解的源起	12
1.1.1 ADR 运动中仲裁调解的兴起	12
1.1.2 我国仲裁调解的早期实践	14
1.2 仲裁调解的发展	18
1.2.1 域外仲裁调解的发展	18
1.2.2 我国仲裁调解的发展	31
1.3 仲裁调解的困境	37
1.3.1 正当性付之阙如	38
1.3.2 类型趋于单一	38
1.3.3 缺乏规范化设计	38
1.3.4 国际化程度不高	39
第二章 仲裁调解的法理探究	40
2.1 仲裁调解的类型化分析	40
2.1.1 先调解后仲裁	40

2.1.2	先仲裁后调解·····	44
2.1.3	仲裁与调解融合·····	44
2.2	仲裁调解的价值·····	46
2.2.1	意思自治原则的体现与延伸·····	46
2.2.2	异质 ADR 的有机性融合·····	48
2.2.3	实现最大效率的资源配置·····	52
2.2.4	社会经济文化需求的回应·····	54
2.3	仲裁调解的法理基础·····	55
2.3.1	商谈原则及其哲学基础·····	57
2.3.2	商谈原则对独白式纠纷解决理论的批判·····	62
2.3.3	商谈原则并不会瓦解司法领域的特殊性·····	69
2.3.4	商谈理论对仲裁调解的意蕴·····	74
第三章	仲裁调解的主持者：分离还是合一？·····	77
3.1	对自然正义侵害论和职责混同论的反驳·····	77
3.1.1	身份合一有损自然正义吗？·····	78
3.1.2	身份合一造成“职责混同”吗？·····	81
3.2	来自经验调查的支持·····	82
3.3	来自司法领域的启示·····	87
3.4	身份合一的制度完善·····	90
3.4.1	以当事人合意为本位·····	90
3.4.2	加强身份转换的程序设计·····	92
第四章	仲裁调解的方式：“私访”及其规制·····	95
4.1	一起关于“私访”的案例·····	95
4.2	一项关于我国仲裁调解中“私访”的问卷调查·····	99
4.2.1	“私访”的偏好及效果·····	100
4.2.2	调解时间和地点的选择·····	101
4.2.3	仲裁机构派员调解·····	103
4.2.4	调解信息的运用·····	104
4.3	“私访”的合理形式·····	108
4.3.1	案外人参与调解的必要限度·····	108

4.3.2	调解时间和地点遵从约定	109
4.3.3	谨防滥用和强迫调解	109
4.4	“私访”与信息披露	110
4.4.1	仲裁中的信息披露规则	111
4.4.2	仲裁调解的保密原则与信息披露	112
4.4.3	“私知”信息运用的程序规制	117
第五章	仲裁调解的效力：实质审查与形式审查	119
5.1	仲裁调解结果的形式载体	119
5.1.1	和解协议	119
5.1.2	仲裁调解书	121
5.1.3	和解裁决书	122
5.2	仲裁庭的审查	126
5.2.1	仲裁庭实质审查的正当性依据	127
5.2.2	涉及案外第三人权益的审查	129
5.2.3	超出仲裁申请事项的审查	130
5.2.4	和解欺诈的审查	131
5.3	司法机构的审查	133
5.3.1	仲裁裁决撤销和不予执行的悖论	133
5.3.2	仲裁调解司法审查的问题与出路	135
5.3.3	仲裁调解司法审查的构建与完善	137
结论		139
附录：调查问卷		141
参考文献		157
后记		181

前言

1 选题由来

笔者将仲裁调解制度作为研究对象，最直接的原因来自对我国非诉讼纠纷解决机制（ADR）的关注。在我国 ADR 实践当中，仲裁和调解相结合的混合式 ADR 颇具特色，具有实践范围广、积淀时间长的特点，可以说已经成为我国纠纷解决实践的重要部分。虽然我国《仲裁法》自 1994 年颁布以来只有 20 多年的历史，但在实践中，仲裁调解早在 20 世纪 80 年代就开始为我国仲裁机构所广泛运用，更为重要的是仲裁中调解是我国所首创并为其他国家所借鉴，被世界各国誉为来自中国的经验。

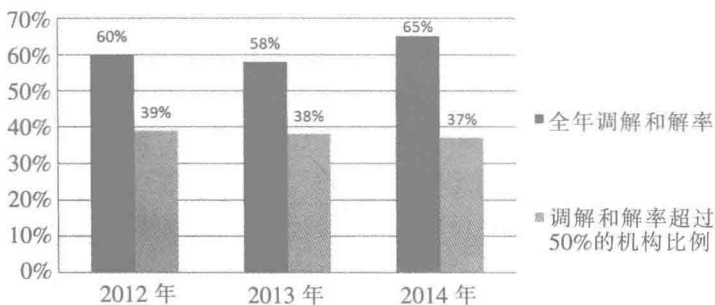


图 1 2012—2014 年全国仲裁机构调解和解情况

2012 年，全国 219 家仲裁委员会以调解和解方式结案的案件数为 57832 件，占案件总数的 60%。其中，调解和解率超过 50% 的有 86 家仲裁委员会，占总数的 39%。2013 年，全国 225 家仲裁委员会以调解和解方式结案的案件数为 60112 件，占案件总数的 58%。其中，调解和解率超过 50% 的有 85 家仲裁委员会，占总数的 38%。2014 年，全国 235 家仲裁委员会以调解和解方式结案的案件数为 74200 件，占受案总数的 65%。其中，调解和解率超过 50% 的有 87 家仲裁委员

会, 占总数的 37%。^①

表 1 2014 年我国仲裁机构调解和解案件情况^②

仲裁委员会分布	受理案件数量	案件标的额 (万元)	调解和解 案件数量	调解和解 结案比例 (%)
华北片区 (合计)	11519	4313696	6193	54
东北片区 (合计)	10134	1197252	6548	65
华东片区 (合计)	22758	4429483	10522	46
东南片区 (合计)	13569	2765261	7888	58
中南片区 (合计)	27402	3021504	21639	79
华南片区 (合计)	12681	4484304	3957	31
西南片区 (合计)	7563	1806197	4215	56
西北片区 (合计)	6305	586586	4061	64
总计	113660	26566433	74200	65

通过以上数据我们可以得知, 近年来全国仲裁案件大部分通过调解和解方式结案, 2012—2014 三年仲裁调解和解率平均值高达 61%; 全国仲裁机构中调解和解率占受案总量一半以上的接近 40%。从地域分布上来看, 除华南片区外, 其他片区的仲裁机构调解和解结案比例均接近或超过 50%。^③ 国内仲裁机构以调解和解方式结案量的高位运行, 体现了仲裁调解在我国商事纠纷解决中发挥的巨大作用, 是弥补法院资源短缺的重要途径。

与国内仲裁机构调解和解如火如荼进行的情况相比, 我国仲裁调解书在国际上的遇冷更引人注目。联合国 1958 年通过《承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》) 始终没有将仲裁调解书纳入可承认与执行的外国仲裁裁决的范畴, 因此, 即使是一份高质量的仲裁调解书要想在国际上得到承认与执行也是举步维艰。2011 年, 一份由西安仲裁委员会制作的裁决书在香港遭遇了

① 该统计数据摘录自国务院法制办 2012、2013 和 2014 年《全国仲裁工作有关情况》。

② 该统计数据摘录自国务院法制办《2014 年全国仲裁工作有关情况》。

③ 华南片区主要包括了广东、广西和海南三个省份。根据国务院法制办《2014 年全国仲裁工作有关情况》的统计数据, 2014 年华南片区 22 家仲裁机构受案量为 12681 件, 其中涉外案件 931 件, 而这些涉外案件中有 915 件是由广州仲裁委员会受理的。广州仲裁委员会受理涉外案件占当年全国的涉外案件受案量 1785 件的 51.2%。由于国际上仍有不少国家只承认仲裁裁决的效力, 对于仲裁调解书是否给予承认或执行并没有明确。因此在涉外案件中, 为了方便当事人在境外申请执行, 仲裁庭往往采用仲裁裁决的形式结案。因此, 在涉外案件受理量最多的华南片区, 调解和解结案率低于全国平均水平。

一波三折,为我们在发展仲裁调解制度的道路上再一次敲响了警钟^①,英美法系的法官对我国内地仲裁裁决的程序审查开出的“问题清单”为我们带来了挑战。

仲裁调解书在国际执行力上的困境折射出国际社会对于仲裁调解的不同观点,综合来讲,反对仲裁调解的观点主要有侵害论、混淆论、失控论、危险论等,其中侵害论和混淆论是影响力最大的学说。侵害论者的观点主要以自然公正和正当程序为依据对仲裁调解制度予以批评,他们认为同一人在同一纠纷解决方案中既担任仲裁员又担任调解员,或者调解员从与一方当事人私下接触得到的信息未经辩论便予以采信,都将损害程序的正当性。混淆论的观点认为仲裁和调解是两种不同的程序,两种程序的混同将对调解的效力与仲裁的独立性造成损害。失控论和危险论也都表达了对仲裁中加入调解程序的担忧和质疑,他们认为调解的无序性和不可预见性令当事人感到不安,仲裁员在裁决时也难免受到调解的影响从而在作出仲裁裁决时对一方当事人有所偏袒。^②

应该承认,这些质疑有其合理的成分,其指出的一些制度缺陷在我国仲裁调解实践中也确实不同程度地显现出来。但是,对于这些批评也需要给予细致的分析。这些缺陷到底是源于仲裁调解制度的固有属性,还是源自仲裁调解制度囿于特定发展阶段尚不完善,或者源自具体运作过程中被某种社会力量的扭曲。没有对我国仲裁调解实践的准确描述和细致评价,任何的质疑与批评可能都是浮光掠影,甚至有以西方的概念样板来不合理地衡量中国的制度之嫌。所以任何对仲裁调解的怀疑与批评都要经过彻底的检验,区分根本性缺陷和可弥补的缺陷。前者对仲裁调解制度构成根本性的质疑,后者只会促使我们进一步去完善该制度,继续发挥仲裁调解的优势。

作为仲裁制度的基本法,我国《仲裁法》对仲裁调解制度进行了规定,但涉及的条文仅第51和第52条。条文中虽然对仲裁调解的条件、方式、效力和终止等做了规定,但内容简单,很多规定直接来源于我国民事诉讼法上关于调解的规定。另外,对于仲裁调解保密性、信息披露、效力等核心问题,现行《仲裁法》也缺乏有效的制度设计。例如我国仲裁调解中的“私访”问题饱受争议,主要原因是我国《仲裁法》缺乏对调解方式进行细致的规定,将关键环节都交

^① 2011年,香港特别行政区上诉法院的三名法官对高海燕诉 Keeneye 公司一案进行判决,认定曾以违反香港公共政策为由拒绝执行的西安仲裁委员会仲裁裁决应当被承认和执行。该案在一审中曾被原审法院法官作出过完全相反的认定,原审法院法官认为西安仲裁委员会在仲裁中的不当调解行为违背香港的公共政策,因此判定撤销执行西安仲裁裁决的执行令。

^② 参见王生长:《仲裁与调解相结合制度研究》,对外经贸大学博士学位论文,2000年,第112页。

由仲裁员自由裁量,导致实践中不规范的调解行为发生。这是一种典型的可弥补的缺陷,是可以通过制度调整进行修正和完善的。

随着我们研究的深入与仲裁制度的发展,细化仲裁调解程序性规定必然会被提上日程,这一缺陷也会得以弥补,仲裁调解中的关键问题也将迎刃而解:仲裁与调解是不是两种根本不同类型的制度,以至于水火不容,不能被结合在一起?仲裁调解中主体身份的混同问题是不是不能在制度上实现有效的区分?“私访”对仲裁调解带来的不公正难道不能在程序上作出弥补?仲裁的效力应如何确定?而回答这些问题之前有两个基础性工作要做:一是细致描述仲裁调解制度作为一种纠纷解决方式的发展历程——没能系统了解仲裁调解实践,任何质疑都可能是错失焦点的;二是为调解进入仲裁奠定法理学基础——不了解调解深入各种制度的大趋势及其理论根基,任何怀疑都可能是缺乏远见的。

本书正是建立在这种逻辑之上逐步展开的,系统地考察我国仲裁调解制度的运行状况,客观地对其予以评价,回应这些批评之声,并提出中肯的制度改进建议,正是本书的目的所在。

2 文献梳理

我国仲裁制度发展起步较晚,影响力和作用力尚不突出:《仲裁法》颁布 20 多年来,我国在直辖市、省会市和其他设区的市共依法重新组建了 235 个仲裁机构,数量虽然庞大,但从每年全国仲裁机构受理的经济案件数来看远不及全国法院民商事案件的受案量^①;我国现行《仲裁法》及相关法律法规还比较简单,立法部门还没有把仲裁提高到作为争取国际经济竞争主动权的高度予以考虑和关注;司法部门对仲裁过度担忧与干预,在处理诉讼与仲裁的衔接关系问题上还缺乏创新的胆识和勇气;仲裁机构在制定仲裁规则、队伍建设以及资源配置等方面还不够完备,尤其是专业化建设方面尚不完善,缺乏吸引力和竞争力;仲裁协会至今仍没有成立,大大影响了仲裁机构作为整体力量的健康发展和壮大;老百姓缺乏对民间机构的信赖,解决纠纷往往过于依赖法院以及政府部门的作用。因此

^① 如 2011 年全国仲裁机构受理的经济案件数 88473 件,与全国法院民商事收案 5020306 件相比,前者仅为后者的 1.76%。平淡的表现不仅出现在国内仲裁领域中,仲裁涉外案件数量也与法院数量不可同日而语,2011 年全国各仲裁委员会共受理港澳台案件和其他涉外案件 1413 件,占仲裁案件的 1.6%,仅为全国法院涉外案件 37215 件的 3.8%,2012 年的情况大体相当。最高人民法院网站 <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-4212.html>,访问时间:2012 年 1 月 4 日。

可以说,仲裁在我国的春天一直没有到来过,在国际仲裁市场上更是难以占有一席之地。在这样的大背景下,作为仲裁法规定的一项制度,仲裁调解理论上的贫困和规范上的缺乏都是显而易见的。

笔者曾在中国知网进行相关搜索,题名中含有“仲裁”和“调解”的文章共34篇。从作者的身份看,仲裁机构研究人员撰写的有14篇,高校科研工作者撰写的有9篇,硕士研究生撰写的有11篇;从成果载体看,博士学位论文1篇,硕士学位论文8篇,期刊13篇(其中只有1篇发表在CSSCI法学期刊上,其他都属于一般刊物),内部出版物12篇(北京仲裁委员会主办的《北京仲裁》6篇、广州仲裁委员会主办的《仲裁研究》6篇)。除了发表在刊物上的文章和学位论文以外,还有王生长的专著《仲裁与调解相结合制度研究》(即上述的博士学位论文)以及散落其他书籍中的专题,如杜新丽教授在《国际商事仲裁理论与实践专题研究》一书中的“调解在仲裁制度中的规则与应用”,等等。在上述成果当中,有一些成果具有相当高的学术价值,如王生长、杜新丽教授的上述专著、廖永安教授的《论仲裁调解书撤销制度的确立》^①、曹志勋博士的《我国仲裁调解案外人救济途径评述》^②等论文。此外,从已经翻译成中文的国外相关文献来看,有价值的非常少,主要有克里斯汀·布赫林·乌勒的《关于国际商业纠纷仲裁与和解的一项调查——仲裁的优势》《仲裁员担任调解员:一些最近的实证见解》^③、佐藤安信的《日本新仲裁法:它将引起日本调解仲裁实践的变革吗?》^④等论文。

总体而言,关于仲裁调解的研究成果数量不多,研究的内容、观点和方法也有失偏颇。在研究内容上,多注重中国式的仲裁调解,对世界仲裁发达国家在仲裁调解方面的探索和成就介绍不多;多注重论证中国式仲裁调解的正当性,而对如何进一步加强我国仲裁调解的规范化和程序设计重视不足。在研究观点上,大部分文章把仲裁调解等同于中国式的仲裁调解并视之为中国对世界的贡献,而事实上我国的仲裁调解只是诸多仲裁调解模式中的一种;缺乏对我国的仲裁调解制度的批判精神,只片面分析其优点,对现行制度的缺陷研究较少,因此也很难提

① 廖永安、张庆霖:《论仲裁调解书撤销制度的确立》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2011年第2期。

② 曹志勋:《我国仲裁调解案外人救济途径评述》,载《北京仲裁》第75辑。

③ 该两篇文章均载克里斯多夫·R. 德拉奥萨、理查德·W. 奈马克主编:《国际仲裁科学探索——实证研究精选集》(美国法律文库),陈福勇、丁建勇译,中国政法大学出版社2010年版。

④ 佐藤安信:《日本新仲裁法:它将引起日本调解仲裁实践的变革吗?》,谢慧译,载《仲裁研究》2006年第4期。

出改革的路径与对策。在研究方法上,缺乏对仲裁调解实然状况的关切与调查,陷入了理论研究与实践经验相悖的困境。

在已有的研究成果中,王长生的博士学位论文,即后来正式出版的《仲裁与调解相结合制度研究》,是不能一笔带过的。作者凭着对仲裁实践的熟悉、对仲裁资源的掌握和对国外仲裁情况的了解,以仲裁调解为题,形成了近20万字的博士论文,在仲裁实务界和理论界产生了广泛的影响。在这篇论文中,作者结合当时的国内外仲裁形势,探讨了仲裁与调解相结合的基本理念、仲裁与调解相结合在中国的起源和发展、仲裁与调解相结合在世界上的发展、仲裁与调解相结合的理论交锋、仲裁与调解相结合的实务操作、中国仲裁与调解相结合的立法建构等内容。可以说,该文对我国仲裁调解作为与诉讼调解相独立的调解类型、仲裁调解的实践创新、仲裁与调解相结合正当性的理论基础、仲裁调解的制度建构、仲裁调解理论研究、国内各仲裁机构仲裁规则的制定以及未来我国《仲裁法》的完善,都具有重要的意义。该文也突破了概念分析、逻辑演绎等研究方法,通过采访一些资深的仲裁员,把访谈笔录作为附件对文章观点进行证成,这是难能可贵的。但是,文章难以避免地存在一些不足:

第一,从结构上看,第一章至第三章主要论述“经济纠纷的解决机制”“解决争议的替代方法”“调解和仲裁的基本理念”,与“仲裁与调解相结合制度”联系不够密切,有迟迟不入主题之嫌;第四章至第七章写的是“仲裁与调解相结合的基本理念”“仲裁与调解相结合在中国的起源和发展”“仲裁与调解相结合在世界上的发展”“仲裁与调解相结合的理论交锋”,都属于仲裁与调解相结合的基础问题;第九章专门介绍了“联合国国际贸易法委员会的调解立法”,似应属于第四章“仲裁与调解相结合在世界上的发展”的内容,即同样不属于论文的核心内容;只有第八章“仲裁与调解相结合的实务操作”和第十章“中国仲裁与调解相结合的立法建构”,才真正属于“仲裁与调解相结合制度”的研究。可见,该论文在结构上比较松散,实践价值也非常有限。

第二,从观点和内容上看,该文始终为我国实践中仲裁调解制度进行辩护,没有对运行中的缺陷进行总结和剖析,缺乏合理的程序设计;尽管该文介绍仲裁调解的不同类型,以及世界上一些国家和联合国国际贸易法委员会的调解立法范例,但是很少甚至没有予以适当的引进和借鉴;该文对仲裁调解程序中的诸多重要问题如信息披露等没有给予足够的重视,更没有进行程序规范,对于仲裁调解程序的规范化和灵活性之间如何保持适当的平衡,没有给出答案和建议。也正因为这样,该文的立法价值也大打折扣。

第三,从研究对象和援引资料上看,该文主要针对涉外仲裁,对国内仲裁实务涉足较少,使得该文的适用价值和可行性建议有所限制。该文尽管进行了大量的访谈,也引用了大量的资料,但对无论是在机构的数量上还是受理案件的数量上占绝对多数的国内仲裁涉及不够,更没有进行广泛深入的调研。这也是该文的重大缺憾。

尽管存在上述问题,但该文的学术价值不容忽视。事实上,国内作为当时唯一的一本关于仲裁调解制度研究的专著,几乎所有的后期作品都对该文进行了引用,却没有文章能够超越该文。本书的许多研究也同样建立在该文的基础之上,并试图在研究的重心、研究的方法、援用的材料、具体的主张方面有所超越。

3 研究重点及内容

国内外仲裁机构经过不断地探索,创造了诸多仲裁和调解相结合的新模式。这些林林总总的模式可以根据仲裁和调解启动的先后顺序不同,分为先调解后仲裁模式、先仲裁后调解模式以及仲裁调解相融合模式。按照仲裁员身份是否合一,又可分为同一人担任仲裁员和调解员、非同一人担任仲裁员与调解员两种模式。目前我国仲裁机构主要采用仲裁和调解相融合的模式,通常仲裁员和调解员都由同一中间人担任。这种模式的调解和仲裁程序没有严格的时间界限,调解员与仲裁员由同一人担任,调解贯穿仲裁的全过程。^①此外,仲裁机构附设调解、选择性先调解后仲裁也在国内一些仲裁机构的仲裁规则中有所体现,当事人可以约定选择适用具体的调解程序。本书以仲裁中调解作为主要研究对象,既是缘于对仲裁中调解模式是仲裁和调解相结合中最原始、最纯粹研究对象的假设,也是基于该模式在我国实践领域中最广泛运用的地位。当然,本书并不排除在完善仲裁调解具体制度中对其他模式的分析与借鉴,只有直面我国仲裁调解的现实和存在的不足,同时进行相关制度的比较研究和借鉴,并进行制度化的建设和改造,才能对我国仲裁调解的发展提出可行和有益的建议。

法律制度不是静止的事物,而是一个价值理念、制度设计与实践运作的有机关联互动过程^②,对法律制度的研究离不开对理论基础、法律文本和实践经验的全方位考察。本书不愿在仲裁调解的概念、特征上花太多的笔墨,因为这些内容

^① 另外,根据仲裁调解中的内容作出仲裁裁决的,称之为合意裁决,也是仲裁中调解的一种形式。

^② 彭小龙:《非职业法官研究:理念、制度与实践》,中国人民大学2009年博士学位论文,第9页。