



JOURNAL OF JUSTICE

第五辑 (2010)

徐昕 主编



调解的中国经验

Chinese Experience on Mediation



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



JOURNAL OF JUSTICE

《司法》第五辑



调解的中国经验 专号

Chinese Experience on Mediation

主 办 北京理工大学司法高等研究所
Institute For Advanced Judicial Studies

本辑执行主编 毋爱斌

编辑委员会

常 怡 陈瑞华 范 愉 傅华伶 贺卫方 季卫东

梁治平 龙宗智 王亚新 徐 昕 於兴中 张卫平



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

司法. 第五辑/徐昕主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2010. 11
ISBN 978-7-5615-3747-3

I. ①司… II. ①徐… III. ①司法-工作-中国-文集 IV. ①D926-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 232758 号

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)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

厦门金凯龙印刷有限公司印刷

2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

开本: 787×960 1/16 印张: 28.75 插页: 2

字数: 500 千字 印数: 1~2 000 册

定价: 40.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



编者按

调解是最古老的纠纷解决方式之一。中国传统法律文化向来以“和为贵”、“无讼”、“中庸”为特征,调解在纠纷解决中自古以来就发挥着重要作用。而在当下冲突多发的社会转型时期,调解更是焕发出勃勃生机。但目前重视调解的政策是否有效,却值得深思。实际上,近年来国家大力倡导的“大调解”基本停留在理念和口号上,远不能应对纠纷频发并日益呈现的多样化、复杂化、扩大化、激烈化的现实。最重要的原因在于,晚清以来,由于革命、建设等基层权力结构的重建和改造,民间调解资源遭受了严重破坏,士绅调解、宗族调解、乡治调解等传统民间调解所依靠的自治性权威结构被摧毁,而作为替代的人民调解并不具备足够的纠纷解决权威。此外,不加区分地对待法院调解与法院外调解是否适当,亦需反思;调解文献的理论性不足,急需提升,如此种种,皆构成本书的问题意识。

《司法》第五辑推出“调解的中国经验”专号,旨在总结和反思数千年特别是近几十年来中国的调解实践,探索本土调解经验,对比其他国家和地区的调解制度,为中国调解制度的完善提供样本,从而促进调解发挥更大的作用。全书共发表文章 30 余篇,调解专题 22 篇,分为调解的理论、实证调研、比较研究、调解技术四部分,还包括经典文献 1 篇、评论 4 篇、书评 4 篇、人物 1 篇,其中经典文献、人物是新增栏目。

● 调解的理论

2010 年 4 月 30 日,“新时期调解创新与理论”学术研讨会在世纪伟人邓小平的故里四川广安召开。来自大陆、香港和台湾的学者三十余人以及司法实务界七十多人参加会议。研讨会对调解制度进行了深入研讨,内容涉及调解的理论实务、经验与教训、传统与现实、制度与运作等方面。会议纪要详



细和真实地再现了研讨过程。

毋爱斌以全国各地人民调解的实践创新为研究蓝本,探讨调解的中国经验,提出人民调解制度的未来发展方向以实现自治性为目标。

汤维建教授在明确现代调解与传统调解制度联系与区别的基础上,以构建和谐社会为视角,对中国调解制度的现有类型、缺失以及现代调解制度的指标性特征进行论证,力图构建中国特色的现代型调解制度。

樊堃教授从调解的历史发展入手,分析了调解在传统社会和毛泽东时代的发展背景,进而讨论新时期中国文化、法律、经济和社会结构等因素的变化,最终强调了现代法制进程中继续强调调解的重要性,并描述了转型社会调解理念、调解制度和调解模式的创新。

单振强以个案为基础,对“管闲事”这种特殊的民间调解机制进行分析,并由此角度反思人民调解制度的不足,进而借鉴“管闲事”的机制提出了人民调解制度的改革思路。

曾令健讨论了共产主义运动与人民调解兴起的历史关联性,提出人民调解制度产生的根本原因在于满足政治斗争与武装革命背景下解决纠纷的需要,其产生与战时资源的严重匮乏、司法力量的薄弱、传统调解的结构性破坏以及社会动员的政治考量等方面尤为相关,是传统调解被压制后的结构性替代物。

张雪莲基于历史考察,提出人民调解制度基于抗战政策的需要和司法调解的功能缺位而产生,这一制度的缘起、发展、定型于抗日战争时期的陕甘宁边区,并梳理了该时期人民调解的制度规则、技术及局限。

调解于2009年底引入税务行政复议救济规则。许炎博士以税务行政复议为例,检讨了调解的作用、实践中的适用及存在的问题。她发现,尽管调解已适用于税务行政复议中,但碍于现行税务行政复议规则及其他相关立法的局面,调解对纳税人权利的保护十分有限。在中国,纳税人权利得到完全保障尚待时日,但这值得进一步努力,因为纳税人权利实现的过程就是宪政实现的过程。

“赔钱减刑”引起了激烈争论,丁萧分析了与该现象具有直接利益关系的三方主体——人民法院、被害人和被告——以及影响其选择的制度和社会因素,以此探寻该现象出现的社会根源。

权力与诉因是各类纠纷解决机制中起决定作用的两个因素。贺林波运用博弈论模型,分别分析了协商、调解和诉讼三种主要的纠纷解决机制中不同信息状态下当事人最优的策略选择,认为只有在权力与诉因配置合理的情况下,



各类纠纷解决机制才能发挥合理解决纠纷的作用。

张勤、元鑫从调解的正当性、调解制度的历史沿革、基层调解的制度构建等方面对基层调解的相关研究进行了梳理,并建立了当前乡村基层社会调解状况的一般性描述框架,以便在此框架中搜寻有关信息,进一步推进相关研究。

● 调解的实证调研

《法律在山乡回荡》一文再现了一起民事案件的庭审和调解全过程,分析了案件审理的场域特点、调解策略与技术的运用,揭示了调解在消解、虚化司法仪式感的同时从裁判合法性的角度重构了司法公信力,发掘了调解在沟通国家法与民间法的同时不仅导致国家法的虚置,还可能埋藏着其他社会隐忧。

刘刚从调研所发现的现象出发,提出人民调解制度偏离的命题,并对其存在原因进行历史性和现实性分析,进而指出这种偏离的三大弊端,最后提出五大建议,以实现人民调解制度民间性的回归。

陈斯、段体操基于东莞法院的调解实践,提出将社会力量引入司法调解的推进构想。陈葵、黄琪概括了东莞市第二人民法院在构建司法ADR方面的探索,包括实现司法调解规范化、加强诉讼与非诉讼纠纷解决机制相衔接等实践。其主要做法是在立案庭附设调解速裁中心,并通过该中心的整合与协调,为纠纷解决搭建“转介”平台,从而实现案件繁简分流。

陈琦华、包蕾描述了上海浦东新区法院的诉前调解实践,既肯定了“调解优先”的作用,也讨论了“调解优先”是否是对法治的偏离、是否意味着调解万能以及其与司法职业化是否相矛盾等问题。

● 调解的比较研究

顾维遐博士介绍了2009年香港民事司法改革,以《高等法院诉讼规则》的亮点制度调解制度为研究对象,分析了调解制度的兴起对香港律师执业方式和职业习惯的冲击,认为改革带来的不仅是挑战,更是机遇,问题的关键在于实务界能否抓住机遇、成功转型,在争端解决的服务平台上多方面发挥不同角色。潘炫明介绍了香港诉讼调解改革的发展历程,阐述了诉讼调解的基本特点和具体程序规范,并进一步分析了改革过程中的重要背景因素及其对内地的启示。香港民事司法改革采取“自愿调解”与“转介调解”结合的诉讼调解模式,通过程序保障和法官的积极介入促进调解在民事诉讼中的运用。法律界

认为这是一次重要的变革。

日本家事调停制度经过半个多世纪的探索和建设取得了一定成果。日本东京家庭裁判所调停委员、曾任中央学院大学教授的重松一义先生系统梳理了日本家事调停制度的发展历史,阐述了美国经验对日本家事调停的影响及启示,介绍了相关立法情况,并以相应数据和事例说明了日本家事调停各阶段的状况,最后指出未来需要解决的新课题。

吴俊针对欧文费斯《反对和解》一文,解读了费斯反对和解的理由、背景以及费斯对司法的态度,并根据纠纷解决的时代发展进行学术批评,最终提出纠纷解决学理论下处理调解、ADR与司法关系的三原则。杨瑶瑶介绍了美国平等就业机会委员会通过调解解决平等就业纠纷方面的制度和经验,并归纳了鼓励当事人选择调解的十大理由。

●调解的技术

Sarah E. Hilmer 系统分析了调解的各个阶段,包括调解前会议、调解员的开场白及介绍、当事人陈述阶段、确定争点和设置议程阶段、探究和澄清阶段、私人会谈、联合会议和商谈以及最后调解协议的达成,其中还涉及各阶段对调解方案的达成所发挥的作用与调解员可能采取的诸如树立可信度、积极聆听、总结和重组语言等技巧策略。

吴俊以一起调解个案为例,分析了调解由合法性原则向依法调解原则的转变,并对依法调解遵循一定的过程、机理进行介绍,最后提出奉行依法调解原则是调解制度由临时性调解向规范化调解转型的重要契机。

●评 论

王亚新教授以美国“民事诉讼调研项目”、英国“接近正义之多种路径”和日本“法化社会中的纠纷处理与民事司法”大型调研项目的介绍为出发点,以“测量社会和谐程度”为目标,提出在更大范围内采用更为系统精致的调查方法以测量中国社会和谐程度的思考。

刘思达从几年前“人民法院”改名之争出发,阐述了“人民”二字在当前中国司法实践中的意义与表现,对司法专业化与大众化路线之争作出深度的分析,专业化与大众化并没有理念上的矛盾,而是具体制度和权力关系上的矛盾,并提出司法改革的深入需要改革者正确对待理念背后的种种制度问题和



权力关系。

冯晶以刘涌案为例对媒体的法制报导进行深入分析。在该案中,通过两个阶段的媒体与媒体之间、媒体与受众之间议程设置,媒体和受众彼此影响和作用,最终形成了声势浩大的舆论浪潮。舆论对案件最后的改判起到了重要作用。

《司法》继续刊发“睡龙先生学术批判系列”,相信其犀利的文字既能为读者提供智识的愉悦,也有助于渐进推动中国学术的规范化。

●书评

“更多的法律意味着更多的正义吗?面对习俗、道德、惯例、礼节乃至宗教训令,法律能够垄断所有的社会规范吗?”程蕊为我们解读了法国现代思想和法律思想最杰出大师之一——Jean Carbonnier 的法社会学代表作《柔性的法》。在该书中,作者期望告诉读者,“对法律的爱在过分的情况下可予以克减”,“法律正如一张弓,只有足够柔韧,它才能够射出最远的箭,那就是正义”。

《吉迪恩的号角》,讲述了美国宪政史上穷人如何平等地获得律师辩护的故事。彭海青、刘陶然、廖峻以不同的视角、别样的风格对该书进行解读,令人回味。

从第5辑开始,本刊增设经典文献和人物专栏,前者发表司法经典文献,后者介绍司法研究领域的影响性人物。

●经典文献

《法国民事诉讼程序的起源》是法国著名法学家 Ernest Désiré Glasson (1839—1907)的经典作品。该书根据翔实的历史文献,还原了法国民事诉讼程序发展的历史过程。该书首先介绍了法国古代司法制度的组织架构与历史变迁;其次论述了法国民事诉讼程序的来源,重点论述罗马法、教会法、国王敕令以及法学家的著述对现代民事诉讼程序形成的影响;接着分析封建时期民事诉讼程序的各种特征,从审前程序、庭审程序、判决、上诉程序和执行程序各诉讼阶段分别展开;最后介绍君主集权制时期的民事诉讼程序。全书资料翔实,对于大陆法系民事诉讼法和司法制度的研究意义重大。法国民事诉讼法是大陆法系民事诉讼程序现代化的先驱,而中国民事诉讼法研究却极少涉及法语文献,忽视了法国民事诉讼程序作为现代大陆法系民事诉讼法鼻祖的重要地位。该书一定程度上弥补了空白,并在某些学术问题上呈现了与国内主

流意见不同的观点。Glasson 是巴黎大学法学系名誉主任,1882 年入选法兰西人文与政治科学研究院院士,代表作还有《法国民事诉讼理论与实践(二卷)》、《法国法律与司法制度史(八卷)》、《巴黎最高法院的政治功能:从查理七世到大革命》、《盖尤斯与罗马法原始文献研究》等。

●人物

本辑刊发杨振侠回忆人民检察事业垦荒者、检察理论奠基人王桂五先生的文章,全面介绍了王老对检察事业、检察理论发展和教书育人等方面的重要贡献。

本书编于重庆,出版时我已北上。近期在京渝双城辗转,旅途颠簸,行程仓促,令人感慨。纵行色匆匆,不曾失诗性正义;纵旅途颠簸,不敢忘独立之思想,自由之精神。诗性是穿越风浪的轻舟,正义是法律人的根本追求,自由是治学之基石,独立是为人之底线。只要坚守这些,自然海阔天空;也只有坚守,方有尊严立足于世。人生如戏。但有戏剧有故事有经历,人生才不会苍白平淡无奇。XZ 老校区搬迁事件就像一出戏剧,现实的生活突然被转换成舞台:天空暗淡,气氛肃然,雾锁山城,阴雨连绵,各色人物,登台表演,言行诡异,真相渐露。有人慷慨激昂,转移视线;有人落井下石,挑拨离间;有人声泪俱下,尽忠献媚;有人无中生有,编造谣言;有人公开反驳,支持鼓励;有人无可奈何,沉默寡言……正可谓:

歌乐小世界,人生大舞台;
世道虽艰险,公道在心间;
文革风重现,法治路漫漫;
心底无私念,天高地亦宽。

本书是我主持的国家社科基金重点项目“中国特色的人民调解制度研究”(10AFX010)的阶段成果,也是我筹建司法高等研究所(IAJS)的首期成果。建立司法高等研究所也是我多年来的追求,尽管个人能力有限,但期望广泛借助法学界同仁及社会各界的力量,“立足司法,推动法治,影响社会”,努力使之成为中国司法研究的中心和中国司法改革的思想库。

徐 昕

2010 年 7 月 14 日



Contents

目 录

编者按

调解的理论

- 1 “新时期调解创新与理论”学术研讨会纪要
- 37 人民调解的中国经验/毋爱斌
- 51 论中国调解制度的现代化转型/汤维建
- 64 调解的传统与创新/樊堃
- 77 管闲事
——一种民间调解的运作机制/单振强
- 93 共产主义运动与人民调解的兴起
——作为结构性替代物的人民调解制度/曾令健
- 102 抗战时期的人民调解制度:规则、技术及局限/张雪莲
- 109 调解与税务行政复议救济/许炎
- 121 “赔钱减刑”现象的法社会学分析/丁萧
- 131 权力与诉因:纠纷解决机制的二重维度/贺林波
- 142 我国基层调解研究综述/张勤、元鑫

调解的实证调研

- 160 法律在山乡回荡
——法官如何调解案件/文礼均、陈华丽
- 168 人民调解制度的偏离与回归/刘刚



174	转型期司法调解的推进路径 ——以东莞法院为视角/陈斯、段体操
186	转型社会中司法 ADR 的构建 ——以东莞市第二人民法院实践为视角/陈葵、黄琪
193	“调解优先”理念在法院的实践 ——以上海市浦东新区人民法院 诉前调解制度为视角/陈琦华、包蕾
	调解的比较研究
206	香港调解制度的发展 ——对 2009 年香港民事司法改革的初评/顾维退
218	香港诉讼调解改革述评/潘炫明
233	日本家事调停制度的半世纪历程/重松一义
245	反对调解的理由及其消解 ——读欧文·费斯《反对和解》/吴俊
	调解的技术
258	论调解的不同阶段/ Sarah E. Hilmer
271	法律的调解之道 ——基于对一起人民调解案的分析/吴俊
	经典文献
282	法国民事诉讼程序的起源/Ernest Désiré Glasson
	评 论
350	测量社会的和谐程度/王亚新
355	论中国司法实践中的“人民”/刘思达
361	法制报道中的刘涌效应/冯晶
383	睡龙先生学术批判系列(五篇)/睡龙先生



书 评

- 403 莫患弓软,服当自远
——读卡尔波尼埃《柔性的法》/程蕊
- 412 由吉迪恩案透视美国刑事法治发展的要素
——评《吉迪恩的号角》/彭海青
- 420 号角是如何吹响的
——读《吉迪恩的号角》有感/刘陶然
- 424 如何吹响宪政的号角?
——评《吉迪恩的号角》/廖峻

人 物

- 429 检察脊梁 人生楷模
——记人民检察事业垦荒者,检察理论
奠基人王桂五/杨振侠
- 445 《司法》杂志稿约

CONTENTS

Editor's Note

Mediation Theory

- The Content of the Symposium on Innovation and
Theory of the Mediation in New Period (1)
- Chinese Experience on People's Mediation Wu Aibin(37)
- Discussion on the Modernization Transformation of
Chinese Mediation System Tang Weijian(51)
- Mediation Tradition and Renovation Fan Kun(64)
- Meddle: the Operation Rules of a Kind of Folk—Me-
diation Shan Zhenqiang(77)
- Communist Movement and the Rise of People's Me-
diation: People's Mediation System as Structur-
al Alternative Zeng Lingjian(93)
- The People's Mediation System in Anti—Japanese
War: Regulation, Skill and Disadvantage Zhang Xuelian(102)
- Mediation and Tax Administrative Reconsideration Xu Yan(109)
- The Analysis of the Phenomenon of “Compensate the
Money, Reduce the Penalty” in Legal Sociology Science
..... Ding Xiao(121)
- The Power and the Cause of Action: the Two Key
Factors in All Kinds of Disputes Solution Mech-
anism He Linbo(131)
- Review on the Chinese Grass—roots Mediation Re-
search Zhang Qin, Yuan Xin(142)

Mediation Empirical Investigations

- Law Echoes in the Countryside: Analysis of a Civil
Mediation Cases Wen Lijun, Chen Huali(160)
- Deviation and Return of the People Mediation System
..... Liu Gang(168)
- The Development Path of Judicial Mediation in the
Period of Social Transformation: From the Per-
spective of Dongguan's Court Chen Si, Duan Ticao(174)
- The Structure of Judicial ADR in Transitional Socie-
ty: From a Perspective of Judicial Practice of
Dongguan Second People's Court Chen Kui, Huang Qi(186)
- Mediation Priority Concept in the Practice of Count;
View as the System of Medication before Litiga-
tion in Shanghai Pudong Count Chen Qihua, Bao Lei(193)

Mediation Comparative Study

- Development of Mediation System in Hong Kong Gu Weixia(206)
- A Review of the Reform on Litigation—Mediation in
Hong Kong Pan Xuanming(218)
- The Half Century Course of Japanese Family Dispute
Conciliate System Sigemaci Kazuyosi(233)
- Opposition to Mediation and its Opposition;Based on
the Analysis of Owen M. Fiss's Against Settle-
ment Wu Jun(245)

Mediation Skills

- Discussion of the Different Stages of a Mediation
Process Sarah E. Hilmer(258)
- Mediation and the Rule of Law: From the Analysis of
a Case Resolved by the People's Mediation Wu Jun(271)

Classic

Origin of the Frenche Civil Procedure Ernest Désiré Glasson(282)

Commentary

On the Measurement of the Level of Social Harmony
..... Wang Yaxin(350)
Discussion of the “People” in Chinese Judicial Prac-
tice Liu Sida(355)
The Liu Yong Effect in the Legal Coverage Feng Jing(361)
Mr. Shuilong’s Academic Critical Series Mr. Shuilong(383)

Book Review

Elastic Bow Sends the Arrow Much Further: The
Impression of After — reading “Flexible law” of
Professor Carbonnier Cheng Rui(403)
Perspect the Elements of the Development of Ameri-
can Criminal Law from the Gideons Peng Haiqing(412)
How did the Trumpet Blow Liu Taoran(420)
How did the Constitutional Trumpet Blow? Liao Jun(424)

Characters

Procuratorial Backbone and Life Model: the Pioneer
of Chinese Procuratorial Cause and Founder of
Procuratorial Theory: Wang Guiwu Yang Zhenxia(429)

Instruction for Soliciting Contributions (445)

“新时期调解创新与理论” 学术研讨会纪要

2010年4月30日,“新时期调解创新与理论”学术研讨会在世纪伟人邓小平故里四川广安召开。会议收到参会论文70余篇,39篇入选会议论文集,内容涉及调解的经验、传统、历史、哲学、理论、实务、制度、规则等各方面。来自大陆、香港和台湾的学者30余人以及司法实务界70多人参加了本次会议。

主题一:人民调解的广安模式

主持人:徐昕

报告人:王正力

评论人:张南宾、於兴中

徐昕(西南政法大学教授):小平故里,春光明媚,“新时期的调解创新与理论”学术研讨会隆重召开。此次会议由四川省广安市司法局、西南政法大学司法研究中心、香港大学法学院、香港亚太研究所中国法制研究计划共同主办。会议第一阶段研讨主题为人民调解的广安模式。我对这一模式很有感情,因为全程参与了该模式的创建与发展。首先请观看广安市人民调解会联合会创立与发展的专题片,然后请广安市司法局党组书记王正力局长做专题报告。

主题发言

王正力(广安市司法局党组书记、局长):创建人民调解新机制,促进矛盾纠纷大调解——四川省广安市首创人民调解委员会联合会制度

当前,我国正处于政治、经济、文化转型时期,政治经济体制和社会关系结构发生深层次变化和调整,各种利益关系和社会关系不断分化重组,跨区域、



跨行业、跨专业的矛盾纠纷时有发生,社会矛盾日益复杂,人民调解的“解纷”功能重新回到人们的视野。为顺应社会矛盾纠纷新形势需要,我市在广集民智、科学定位的基础上,大胆探索创新,在全国首创市县人民调解委员会联合会,引起了社会各界的广泛关注。现我着重从以下四个方面介绍:

一、维稳新形势催生了市、县(区市)人民调解委员会联合会诞生

组建市、县(区市)人民调解委员会联合会的创意,始发于一起溺水身亡的群体性纠纷。2008年6月29日,广安市武胜县15岁的初中生陈某,在广安区北辰湖公园玩耍时,不慎坠湖溺水身亡。死者父亲邀约数十人聚集到公园管理单位要求赔偿,群体性事件一触即发。为防止矛盾的激化升级,避免第二个“瓮安事件”,市委副书记、政法委书记余仪同志当即指示市司法局牵头组织调解。为维护社会稳定,及时化解这起群体纠纷,我局大胆探索创新,临时组建了跨县域行政区划的市级调解组织,及时开展纠纷调处工作。经过8小时的艰苦调解,终于促成双方当事人达成调解协议,成功化解了这起跨县域行政区划的复杂纠纷。

由此可见,原有的乡镇(街道)、村(居)、企业人民调解组织已不能有效化解此类疑难复杂的矛盾纠纷,亟须探索建立跨区域性、行业性、专业性的人民调解组织。为总结推广“6.29”联合调解的经验,我市组织相关部门有识之士和有经验的人民调解员,在徐昕教授及其团队的指导下,在法律框架内研讨论证,首创了市县人民调解委员会联合会。

二、人民调解委员会联合会的法理基础

(一)法律依据

《宪法》、《民事诉讼法》、《人民调解委员会组织条例》等法律、法规规定了村(居)人民调解委员会是人民调解组织的基本形式。司法部《人民调解工作若干规定》第10条规定可以在乡镇(街道)设立人民调解委员会,并可以根据需要可以设立区域性、行业性的人民调解委员会。广安探索建立的市、县(区市)人民调解委员会与此规章相符。但是,法律法规对区域性、行业性人民调解委员会由谁设立、怎样设立不明确,实践中缺乏可操作性指引。全国不少地方的区域性人民调解组织是由行政机关直接建立,这使得行政调解与人民调解混淆不分,且不利于人民调解组织发展与形成自治力。广安模式的探索恰好解决了该问题,并拓展了人民调解组织形式。

(二)法律性质