

“职业之道·法律职业技巧快速指南”丛书



中华全国律师协会审定·英国律师协会推荐律师必读书目

法律调解之道

Mediation

[英] 迈克尔·努尼 / 著

杨利华 于丽英 / 译 于丽英 / 审校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华全国律师协会审定·英国律师协会推荐律师必读书目

法律调解之道

Mediation

[英] 迈克尔·努尼 / 著

杨利华 于丽英 / 译 于丽英 / 审校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



“法律职业技巧快速指南”丛书

图书在版编目(CIP)数据

法律调解之道/[英]努尼著;杨利华、于丽英译,于丽英
审校. —北京:法律出版社,2006.4
(职业之道——法律职业技能快速指南)
ISBN 7-5036-6274-3

I. 法… II. ①努…②杨…③于…④于… III. 调解
(诉讼法)—基本知识 IV. D915.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 026706 号

©Noone, Michael

This translation of *Mediation* is published by arrangement with Cavendish Publishing Limited.

《法律调解之道》一书中译本的出版得到卡文笛什出版公司的授权,翻印必究。

著作权合同登记号:

图字:01-2003-8392

©法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/889×1194 毫米 1/32
版本/2006 年 5 月第 1 版

印张/5.25 字数/110 千
印次/2006 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/yangyang@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939647

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

重庆公司/023-65382816/2908

西安分公司/029-85388843

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6274-3/D·5991 定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

关于作者

迈克尔·努尼 (Michael Noone)

文学学士、法学学士、法律硕士，生活在澳大利亚悉尼，做过大律师、法律教师、司法官员和调解员。他曾主持过数以百计的调解、调停和裁判并且参与过众多的调解培训课程。他是《损害赔偿》(Remedies)一书的作者(和布鲁斯·克切(Bruce Kercher)教授合著)以及《损害赔偿——评论与材料选编》(Remedies-Commentary and Materials)的作者(与布鲁斯·克切及迈克尔·提尔堡(Michael Tilbury)教授合著)。

丛书编者序

我们律师的看家本领就在于技能……;在于实用、有效、有说服力、有创造力、能把事情办好的技能。

卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)

这一套法律技能著作的诞生反映出法律教育的重点已经从以传授法律知识为中心转移到与业务相关且能解决问题的技能的教与学上来。

英国的法律教育在过去 15 年间经历了显著的变化,因为人们日益关注法律教育是否能为学生进行法律实务提供充分的教育,并且这种关注在极大程度上来自法律行业。同时,许多法律教育者也表示,对学生的培训集中在实体法上的做法令人担心,因为这种培训既无益于提高思维的敏捷性也不能提高判断能力,而这些能力恰恰是深入学习的基础。

目前,提供诊所式的实践和指导的法律技能课程成为大学法律课程中越来越重要的部分。英格兰和威尔士的有关部门都对它们的资格课程的内容和形式做了根本性的修改,增加了对实务技能的直接指导。在苏格兰,从 1980/81 年起就有了强调学习实务技能的《法律实务证书》(Diploma in Legal Practice)。

但是,英国的法律技能教育还处于幼儿时期,还需要向其



他较早采用实用的、以经验为基础的教学方式的国家学习许多经验,这些经验的价值对英国的法律教育者来说是无法估量的。许多法律教育者现在面临着开设新的法律技能课的挑战。英国的技能教育者与国外的教育者之间早已进行了思想交流,这是发展进程中很重要的一部分。此外,专门为英国的大学和专业学校的法律技能教育而设计的“本土出产”的著作和材料也同样重要。

在法律教育课程中引进技能教育不仅关系到学生在法律学校中能学到什么,还关系到他们如何才能学到这些知识。同样的,这也关系到哪些书会真正有益于那些希望能学好这些课程的学生。

这套新书是满足这种需求的一种尝试和努力。每本书都会引导读者循序渐进地培养一种特定的法律技能;包括从设计到通过不同的方法实施,直到对结果的评价。每本书都包含着大量的实践操作和如何改进实践的指导。每本书都描绘出如何进行有效的法律实践的理论体系,并将理论与实践联系起来,这很有用并且意义重大。

这些书的作者都是在各个法律教育领域具有多年实践经验的技能教育者。他们勾绘出了整个普通法世界中相关的文化和实践。不过每本书都是专门为英国的法律学生和法律实践而写的,以英国法为应用范围并以法律协会规定的法律实践课程标准为背景。

每本书的设计目的都是作为大学或者专业学习的法律技能课程的辅助读物,或者作为对课程本身的结构和内容的示范。因此,我向各位学生和技能教育者推荐这些书,希望你们能喜欢。

朱莉·麦克法兰(Julie Macfarlane)

安大略省伦敦市(London, Ontario)

前言

调解(Mediation)是关于纠纷双方当事人聘请经验丰富之第三人——调解员——以辅助他们探讨达成双方都能接受之化解分歧方案的制度。

相比较通过裁判方式来解决包括个人、商业、工业和社区纠纷而言,调解现在已被公认为灵活而且更便宜的替代性方式。在21世纪即将来临之际,调解应当被视为常见的纠纷管理和解决机制供当事人选择,并且在很多情况下,与诉讼相比,更好的保护当事人的利益。因此,掌握成功调解的必要技能对所有律师都是必要的。

过去的5年,有关调解的课程已经开始在法学院和法律继续教育中相继开设。其中大多数是培训课程,几乎仅仅完全以教授一套特定的调解模式及其技巧为其现实目标。本书则试图超越这些仅以综合介绍当今职业调解员所运用的技术和技巧的教育方式,同时也试图展现出调解实际运作的原理和机制。为了能够更好地将理论与实际联系起来,有必要对那些已在当代世界调解发展进程中有影响的个人和机构所推崇的哲学理论加以评判。

本书分为三个部分:

第一部分:调解的定义和原理。第1章解释了调解的概念、运作方式及其合理性。同时也介绍了调解的不同模式,并



且举例说明调解是如何与其他纠纷解决方式在同一纠纷中相继运用的。第2章则阐述了调解参加人不同的角色。第3章描述并解释了当今西方世界盛行的调解基本程序。

第二部分:调解的战略、战术和技术。第4—7章则通过参考一些典型的案例来解释、分析、评述调解员在调解开始前以及调解过程的各个阶段所运用的技术和技巧。

当然,本书认为,除非能够在实践中对这些技术加以运用并取得实际效果,否则学习技巧仅仅靠演练或者重复是不能取得效果的。像调解这样的复杂活动,调解员必须因势利导,针对不同情况采取适当措施以促使当事人不断接近达成解决纠纷协议的最终目标。

调解涉及一系列选择:行动、回应以及恰当地运用各种技术和战略。成功的调解员不仅要掌握各种专业技术,而且还要时刻准备将这些技术运用到新的情况中去。

第三部分:调解技术的检验和评估,则为读者提供了一个必要的练习和自我评估机会。

在作者理解本书所描述的有关调解的技术、战术和战略过程中,曾经得到了无数人的帮助。除了在澳大利亚主持调解的经历外,作者还于1991年赴加拿大和美国、1995年赴南非学习。访问期间,通过会见调解员、观摩调解,以及跟随新南威尔士律师公会、澳大利亚商业纠纷中心和科罗拉多州玻尔得市商业纠纷解决协会参加在科罗拉多州玻尔得市举行的培训班等这类活动,使得作者获得了对调解的更加深刻的认识。案例分析和模拟题目基本上都来自于作者的个人经验,但是其中提及的当事人和事件都是虚构的。

对《孙子兵法》的引用摘自(托马斯·克利里)的译本(*The Art of War*, translated by Thomas Cleary, Shambhala, Boston & London, 1988, ISBN 0-87773-452-6 (pbk))。第

一章开头对萨缪尔·格里菲思(Samuel Griffith)的引用则摘自《昆士兰议会辩论》(Queensland Parliamentary Debates, Legislative Council, 1892年)。第二章开头对《老子》的引用则摘自约翰·海德(John Heider)《领导之道》(The Tao of Leadership)中关于老子《道德经》(Tao Te Ching)的译文和改编(Bantam books, 1986, ISBN0-533-27820-7 (pbk))。

迈克尔·努尼(Michael Noone)



目录

丛书编者序

前言

上篇 调解的定义和机制 1

第1章 什么是调解	3
1.1 冲突和纠纷	3
1.2 调解	5
1.3 当代调解的发展	8
1.4 调解和其他纠纷解决模式	10
1.5 当事人应该何时选择调解?	18
1.6 调解如何成功,为什么会成功?	22
1.7 调解程序和调解技巧是可以学到的吗?	23
1.8 第一个案例研究	24
1.9 当代辅助性调解的简明定义	27
第2章 调解的参加人	28
2.1 参加人和纠纷当事人	28
2.2 当事人的角色	28

2.3	调解中法律代理人的角色	29
2.4	调解员的角色	31
2.5	所有调解员应当具备的基本能力	32
2.6	所有调解员都应当具备的基本交流技能	37
2.7	讨论点	47
第3章	调解的程序	49
3.1	公平和灵活的过程	49
3.2	调解阶段和进程概览	50
3.3	联合调解	54
3.4	合适的期限	54
3.5	调解过程中的问题和缺陷	55
3.6	问题	62
中篇	调解的战略、战术和技巧	63
第4章	调解之前	65
4.1	同意调解和选择调解员	65
4.2	调解参与者的准备工作	66
4.3	预备会议	68
4.4	调解的地点	72
4.5	调解协议	75
4.6	问题	78
4.7	调解的阶段	79
第5章	调解的开始阶段	80
5.1	开始阶段的指导方针	80

5.2	调解员的开场陈述	82
5.3	当事人的开场陈述	85
5.4	调解员对双方当事人陈述的总结	91
5.5	初始问题的确认	92
5.6	开始阶段的战略、战术和技巧总结	92
5.7	案例研究	93
 第6章 调解的中间阶段		96
6.1	设定调解议程	96
6.2	第一次联合会议	99
6.3	第一次私下会议	105
6.4	随后的谈判:联合会议或是穿梭外交	110
6.5	中间阶段的战略、战术和技巧总结	111
6.6	中间阶段的案例研究	111
 第7章 调解的最后阶段		118
7.1	寻求解决方案	118
7.2	最后交涉策略	124
7.3	协议备忘录	132
7.4	复查或指引	134
7.5	最后阶段中的战略、策略和技巧的总结	135
7.6	案例研究	136
 下篇 调解技巧的检验和评估		143
 第8章 自我价值评估和模拟		145
8.1	学习调解艺术	145



8.2	模拟调解	145
8.3	角色扮演和调解中的自我评估	149
8.4	调解或者角色模拟后的效果汇报	151
8.5	最后的检查列表	151

上篇 调解的定义和机制

- 第 1 章 什么是调解
- 第 2 章 调解的参加人
- 第 3 章 调解的程序

第1章 什么是调解

“一般说来,与人交往,言语胜于文字,第三者参与之调解胜于人们自身。”

——弗朗西斯·培根文集(The Essays of Francis Bacon),

《谈判》第17章

“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,一个在存有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。”

——萨缪尔·格里菲思,1892年8月16日^①

1.1 冲突和纠纷

冲突是在两个或者两个以上的个人、公司或者集团之间,

^① 萨缪尔·格利菲思(Samuel Griffith, 1845—1920),曾任昆士兰(Queensland)两届总理,并于1891年主要负责澳大利亚宪章草案的起草。1903年,被任命为澳大利亚最高法院首席法官。格利菲思在Courts of Conciliation Bill 1892(Qld)法案的二读宣言中做了这一综述。该法案由格利菲思起草,提出了普通法系中争端自主解决的最初方案。



因为一方利益、需求或者目标的满足与另一方利益、需求或者目标的满足之间不可调和而产生的。源于此类冲突的人际纠纷是我们日常生活中不可避免的一部分。纠纷有时是因为人们持有根深蒂固而不可调和的信仰、价值或者根本不同的世界观造成的。然而,大部分进入诉讼的纠纷是源于人际斗争、家庭不和以及对有限社会、经济和环境资源的无休止竞争。纠纷现象本身不应区分出好与坏,只有纠纷的后果才应该标以正面和负面来加以辨别。

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从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。

纠纷的正面后果则包括纠纷双方之间新的沟通渠道的发展,新的有效纠纷管理和问题解决办法的引进与发明、稳定,乃至提升现有关系等。

纠纷的后果总是受双方选择的解决纠纷的方式影响,有时前者甚至完全取决于后者。暴力作为一种自助的救济方式现在已经基本被法律禁止了,现在解决纠纷方式的主要选择是通过当事人自己的谈判、诉讼、仲裁和调解。

不管选择哪一种纠纷解决程序,公正——同时在程序公正和符合良知的结果方面——应该总是成为所有参与者的最终目标。不应假定特定的纠纷解决程序,相对于其他程序,一定需要体现出更高或更低级的公正,并且认为应该绝对由程序提供者来评判公正与否的观点是傲慢的。法官、仲裁员和调解员等都应当承认存在通向公正的不同路径。在传统的诉讼程序中,公正是通过对实体法律规则、先例之遵从,委托法律代理人之权利,法院执行严格证据规则和非常有限的司法救济方式实现的。将此与调解公正相比,调解公正则强调经