

法官智库丛书

A Series of Judicial Wisdom



Courtroom Mediation

诉讼调解

(第2版)



主 编：沈志先
副主编：盛勇强
陈全国
余 宇



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法官智库丛书

A Series of Judicial Wisdom



Courtroom Mediation

诉讼调解

(第2版)

主 编：沈志先

副主编：盛勇强

陈全国

余 宇



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

诉讼调解 / 沈志先主编. —2 版. —北京: 法律出版社, 2014. 4
(法官智库丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6092 - 7

I. ①诉… II. ①沈… III. ①调解(诉讼法)—基本知识—中国 IV. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 035435 号

诉讼调解(第2版)
沈志先 主编

编辑统筹 大众出版社
策划编辑 韦钦平 朱海波
责任编辑 朱海波
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 沙 磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 28.75
字数 512 千
版本 2014 年 4 月第 2 版
印次 2014 年 4 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/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

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
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6092-7

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法官智库丛书》编委会

主任：应 勇

副主任：沈志先

委员：王信芳 应新龙 孙建国 盛勇强 陈立斌
丁寿兴 顾伟强 虞政平 邹碧华 王国庆
吴偕林 黄祥青 汤黎明 谢 晨 阮忠良
陈全国¹

¹2009版编委委员为：潘福仁、张海棠、郑肇芳、王信芳、应新龙、孙建国、盛勇强、陈立斌、王国庆、黄祥青、汤黎明、邹碧华、陈全国。

序

古往今来,公正是人类的永恒追求和司法的永恒主题。依法独立公正行使审判权,维护人民群众的合法权益,维护我国宪法和法律的尊严和权威,为推进依法治国基本方略、建设社会主义法治国家而努力,是新时期人民法院的神圣职责。随着我国经济社会的转型和利益格局的调整,社会矛盾纠纷呈现出主体多元、数量多发、诉求多样的发展态势,越来越多的权利义务关系和矛盾纠纷,以案件的形式进入司法领域,社会对司法的需求及对公正的期待日益增强。

司法公正应该是程序公正、实体公正、形象公正的有机统一,政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。我们既要注重司法的实践性,即通过对每一个具体的案件明是非、断责任、解纠纷,来实现司法的基本功能;还要注重司法的思辨性,即立足审判实践,加强理性思考,使每一个司法个案的解决,既符合政治方向又符合法律规定,既体现法律精神又体现社情民意。这就要求新时期的人民法官应当是具备社会主义法治理念、娴熟的司法能力和精湛的法律素养,能够不断适应司法新形势,解决司法新问题,善于思考、善于总结、充满睿智的群体。

早在2004年前,上海法院就曾编写了《法官素养与能力培训读本》,作为全市三级法院法官集中系统轮训的教材,该书为提高上海法官的司法能力、规范司法行为发挥了重要作用。今天,新的形势和任务需要人民法院在实现司法公正、构建和谐社会方面,有新的思考和新的作为。上海市高级人民法院在借鉴《法官素养与能力培训读本》编写经验的基础上,组织编纂《法官智库丛书》,其编纂出版的过程,是法官智慧集聚和传承的过程,是法官的法学素养、司法技能与司法经验自我总结提高的过程,也是法官的知识储备自我更新的过程。“丛书”的出版将有利于法官群体互相学习、互相借鉴、共同提高,以造就一支适应时代发展要求的法官队伍。

《法官智库丛书》这一名称,标志着这是一套实践型开放性的学术著作。所谓实践型,是指该“丛书”由上海三级法院审判经验较为丰富的资深法官编写,选择驾驭庭审、诉讼调解、法律适用、证据规则、自由裁量、知产审判、文书制作等系列性的实践主题进行总结,凸显了立足法官审判需求,回应维护社会公平正义、构建社

会主义和谐社会发展要求的实践特色。所谓开放性,是指该“丛书”坚持司法观点的与时俱进以及主题内容的与日俱增,首批出版的这七本书,只是阶段性成果,随着司法实践的不断深入,“丛书”的内容将不断扩充,它将长期编纂下去。所谓学术性,则是指“丛书”素材虽多取自于上海法院审判之实践,研究视野却不囿于上海之一域;目标虽着眼于服务司法实践之需求,研究内容却不局限于实证之分析,而具有一定的法学理论深度和理论研究成果价值。

《法官智库丛书》的出版也为人民法院加强民意沟通,开展学术交流提供了新的渠道。“丛书”的特色之一就是由法官编写,写法官的工作,把法官的思维方式、审判心路历程、法官对应用法学的研究,通过“丛书”向社会公开,为法律工作者、法律院校师生、人民调解员等提供了解法官思维的路径、研究法学课题的素材、解决法律争议的方法、评判法律问题的尺度。“丛书”的出版还能让社会公众看到法官是如何依法明断,定分止争,知晓裁判背后的法律原理和法律精神。这既为提高公民的法治意识提供了帮助,也有助于保障公民对司法工作的知情权、参与权、表达权和监督权,从而实现人民法院在民意沟通质量和效果上的进一步提升。

“丛书”的编纂出版凝聚着上海三级法院法官的心血,我衷心期待上海法院有更多的法官,在繁忙的断案之余,润泽笔墨,利用该“丛书”的平台,积极奉献自己的司法智慧,为把人民法院建设成为最讲理、最文明、最公正的司法场所而共同努力。

上海市高级人民法院院长、大法官



二〇〇九年十月十六日

2014 年修订版前言

本书自 2009 年第一版问世以来,受到业内同仁的欢迎和社会公众的关注。但随着法治的完善,审判实践的发展,书中的有些内容已“落伍”须加以修订,其目的在于维护本书及《法官智库丛书》的生命周期。

近几年来,随着经济社会快速发展,利益格局的调整,各种矛盾纠纷凸显,诉讼案件数量增多,为了适用人民群众的司法需求,全国人大常委会于 2010 年 8 月 28 日颁布《人民调解法》,确认了多元纠纷解决机制;2012 年 3 月 14 日第二次修正《刑事诉讼法》,明确人民法院审理附带民事诉讼案件、自诉案件,可以进行调解;同年 8 月 31 日第二次修正《民事诉讼法》,其中规定诚实信用原则、完善调解与诉讼相衔接的机制等,最高人民法院也适时制定了相关司法解释,为修订本书提供了法律依据。与此同时,上海法院为推动以诉调对接为核心的多元纠纷解决机制的健全和完善,多举措提高法官的诉讼调解能力,探索和积累的新经验,为修订本书提供了丰富的素材。据于此,我们组织了本书的作者,在现有框架结构的基础上,根据新施行的《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》以及相关法律、司法解释,以及司法实践中的一些成熟经验予以修订和补充。

本书修订中不免还有不当之处,敬请读者批评指正。

编者
二〇一四年三月

2009 年版前言

2007 年以来,为贯彻执行最高人民法院《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》,上海各级法院以“案结事了”作为审判工作追求的目标,高度重视诉讼调解在人民法院审判工作中的地位和作用,密切结合本地实际情况,积极探索诉讼调解机制,完善诉讼调解制度,创新诉讼调解方法,提高诉讼调解水平,大力推进诉讼调解工作,积累了丰富的经验。为进一步提高法官的调解能力,上海市高级人民法院党组决定组织力量编写诉讼调解能力培训教材,对全市法官进行全员轮训。2008 年下半年,以盛勇强副院长为组长的教材编写小组开始了调研和论证工作。上海各级法院近八十名法官参加了相关工作,其中六十余人参与撰写,其间数易其稿,今天终以《法官智库丛书》的首部著作付梓问世。在该书成稿的过程中,恰逢全国法院调解工作经验交流会召开,最高人民法院王胜俊院长发表了关于全面加强调解工作,正确认识把握“调解优先、调判结合”原则的内涵,努力完善中国特色社会主义调解制度的重要讲话,不仅为今后人民法院调解工作指明了方向,也为本书的修订奠定了基础。

王胜俊院长指出,司法能力不是简单的庭审技巧,而是理念、知识、经验和技能有机结合的本领。善于裁判的能力是高水平的司法能力,善于调解的能力也是高水平的司法能力。如何提高调解能力,在诉讼中通过调解化解纷争维护社会和谐稳定?为总结出规律性的经验和系统化的策略技巧,我们把调解过程分为准备阶段、进行阶段和最后阶段三阶段。每一阶段调解工作的重点不一样。在准备阶段,重在分析纠纷,找出案件的症结所在,确定合适的调解参加人和调解时机;在进行阶段,关键在于运用适当的调解方法,促使双方形成初步的解决方案;在最后阶段,工作的重点是如何突破调解中的障碍,择优形成最终的解决方案。并非每个案件的调解过程都可以清晰地分为这三个阶段,我们这样划分是为了尽可能精确地展现出调解的过程,也便于分析总结调解各阶段的经验与理论,希望是一种有益的探索。

法官主持调解是一门艺术,并非简单地向当事人说教一番或摆摆事实、讲讲法条就能解决问题。法官要更多地运用社会实践经验,更深入地分析当事人心理,更

好地为当事人达成利益的平衡。本书也试图从这些角度对诉讼调解做更全面的分析。同时,本书也详细地介绍了民事、商事、知识产权、海事海商纠纷诉讼调解的策略与技巧,尽管调解的方式方法有雷同之处,却都是根据纠纷案件的实际,灵活具体地运用了调解策略和技巧。它凝集了法官的聪明睿智和实践经验,为本书的特色。此外,本书还扩展了“诉讼调解”的范围,将行政诉讼协调和解以及案件执行、审查申请再审与再审审理中的和解和矛盾化解工作,作了提炼和总结。

在当前各项审判任务都十分繁重的情况下,参加编写的法官都是利用业余时间撰稿,他们为之付出了大量的心血和辛勤的劳动。尤其是要从理论与实际的结合上系统地总结诉讼调解的经验和工作机制,难度较大,加之我们的水平有限,时间紧促,本书不免有疏漏、不当之处,敬请读者不吝赐教。

编者

二〇〇九年九月

目 录

第一编 导 论

第一章 诉讼调解概论 / 3

第一节 纠纷及其解决机制的一般理论 / 3

一、纠纷 / 3

二、纠纷解决机制 / 5

第二节 解析诉讼调解 / 9

一、诉讼调解及其内在结构 / 9

二、诉讼调解的性质 / 14

三、诉讼调解制度的价值诉求与功能定位 / 15

四、诉讼调解与其他纠纷解决机制的比较 / 19

第二章 诉讼调解制度 / 23

第一节 从历史的视角看诉讼调解制度 / 23

一、中国古代传统调解制度 / 23

二、清末至新中国成立前的诉讼调解 / 27

三、新中国成立后的诉讼调解 / 29

第二节 从全球的视角看诉讼调解制度 / 32

一、代表性国家和地区的法院调解制度 / 32

二、代表性国家和地区的诉讼和解制度 / 35

第三节 我国当今诉讼调解的法律规范 / 39

一、《民事诉讼法》、《民事诉讼法意见》对诉讼调解的规定 / 39

二、其他司法解释、规范对诉讼调解的规定 / 41

第四节 我国当今诉讼调解的程序设置 / 44

一、诉前调解 / 44

二、民事诉讼调解 / 49

- 三、执行和解 / 52
- 四、行政侵权赔偿诉讼、刑事自诉、刑事附带民事诉讼中的调解 / 52
- 第五节 诉讼调解制度的发展与未来 / 54
 - 一、诉讼调解的广泛运用 / 54
 - 二、法治背景下的诉讼调解 / 55
 - 三、调解程序的规范化 / 56
 - 四、调审分离的基本结构 / 57
 - 五、诉讼调解配套措施的跟进 / 59
- 第三章 诉讼调解的原则 / 61
 - 第一节 自愿原则 / 61
 - 一、自愿原则概述 / 61
 - 二、自愿原则的适用 / 61
 - 第二节 合法原则 / 63
 - 一、合法原则概述 / 63
 - 二、合法原则的适用 / 63
 - 第三节 中立原则 / 64
 - 一、中立原则概述 / 64
 - 二、中立原则的适用 / 65
 - 第四节 诚实信用原则 / 67
 - 一、诚实信用原则概述 / 67
 - 二、诚实信用原则的适用 / 69
 - 第五节 效率原则 / 70
 - 一、效率原则概述 / 70
 - 二、效率原则的适用 / 71
- 第四章 诉讼调解参加人 / 73
 - 第一节 诉讼调解中的法官 / 73
 - 一、法官在诉讼调解中的地位和作用 / 73
 - 二、法官调解应当具备的基本能力 / 75
 - 三、法官的心理品质塑造 / 77
 - 第二节 调解中的当事人 / 79
 - 一、概述 / 79
 - 二、调解中当事人的心理分析 / 80
 - 第三节 诉讼调解中的代理人 / 83

- 一、代理人的角色特点 / 83
- 二、律师在调解中的作用 / 84
- 第四节 诉讼调解中的其他参与者 / 85
 - 一、与诉讼调解利益关联人 / 85
 - 二、与诉讼调解无利益关联人 / 86

第二编 诉讼调解策略与技巧

第一章 诉讼调解准备阶段的策略和技巧 / 89

第一节 分析纠纷 / 89

- 一、纠纷的可调解性 / 89
- 二、纠纷的可调和性 / 91

第二节 管理纠纷 / 92

- 一、对症下药、找出争议焦点 / 92
- 二、发现共同利益 / 93
- 三、确立调解目标 / 94
- 四、选择调解策略 / 95

第三节 确定合适的调解参加人 / 96

- 一、调解人选的确定 / 96
- 二、当事人的确定 / 98
- 三、合适的其他诉讼参与人 / 98

第四节 选择的必要——确定调解合适的时机、时间和地点 / 99

- 一、选择调解时机 / 99
- 二、选择适当的地点等因素 / 100

第二章 诉讼调解进行阶段的策略与技巧 / 102

第一节 诉讼调解进行阶段的方式选择 / 102

- 一、开庭调解 / 102
- 二、委托调解 / 102
- 三、信函调解 / 102
- 四、电话调解 / 103
- 五、上门调解 / 103

第二节 诉讼调解进行阶段的基本程序 / 103

- 一、开场前 / 103

- 二、实施调解 / 104
- 三、形成初步方案 / 105
- 第三节 诉讼调解进行阶段的策略、技巧与方法 / 106
 - 一、调解的策略选择 / 106
 - 二、调解策略的运用 / 107
 - 三、诉讼调解的常用方法 / 109
- 第四节 调处群体性纠纷、集团纠纷的策略与技巧 / 112
 - 一、调处群体性纠纷的策略及思路 / 112
 - 二、调处群体性纠纷的方法及技巧 / 113
- 第三章 诉讼调解最后阶段的策略与技巧 / 116
 - 第一节 寻求解决方案 / 116
 - 一、最后阶段的引导和说服技巧 / 116
 - 二、突破最后障碍 / 117
 - 三、调解方案的择优和完善 / 117
 - 四、控制调解的节奏和期限 / 118
 - 五、调解的保密问题 / 118
 - 第二节 主持当事人签订调解协议、和解协议 / 119
 - 一、调解协议的签订 / 119
 - 二、调解协议的确认 / 120
 - 第三节 制作调解书 / 123
 - 一、调解书的性质和种类 / 123
 - 二、调解书的效力 / 124
 - 三、调解书制作的规范性要求及需注意的问题 / 125
 - 第四节 防止虚假诉讼 / 128
 - 一、虚假诉讼概述 / 128
 - 二、如何防止和处理虚假诉讼 / 130

第三编 民事纠纷的诉讼调解

- 第一章 传统民事纠纷的诉讼调解 / 135
 - 第一节 婚姻家庭纠纷的调解 / 135
 - 一、婚姻家庭纠纷概述 / 135
 - 二、离婚纠纷的调解 / 136

三、赡养纠纷的调解 / 138	
四、析产、继承纠纷的调解 / 139	
五、遗嘱纠纷的调解 / 140	
第二节 劳动争议纠纷的调解 / 141	
一、劳动争议纠纷概述 / 141	
二、追索劳动报酬纠纷的调解 / 145	
三、缴纳社会保险纠纷的调解 / 148	
四、违法解除劳动合同纠纷的调解 / 150	
第三节 损害赔偿纠纷的调解 / 153	
一、损害赔偿纠纷调解概述 / 153	
二、财产损害赔偿纠纷的调解 / 155	
三、人身损害赔偿纠纷的调解 / 156	
第四节 民间借贷纠纷的调解 / 160	
一、民间借贷纠纷概述 / 160	
二、民间借贷纠纷的调解 / 162	
第五节 涉消费者纠纷的调解 / 167	
一、涉消费者纠纷概述 / 167	
二、涉消费者纠纷的调解 / 170	
第二章 房地产纠纷的诉讼调解 / 174	
第一节 房屋买卖合同纠纷的调解 / 174	
一、房屋买卖合同纠纷概述 / 174	
二、房屋买卖合同纠纷的调解 / 177	
第二节 房屋租赁合同纠纷的调解 / 182	
一、房屋租赁合同纠纷概述 / 182	
二、房屋租赁纠纷的调解 / 187	
第三节 物业管理合同纠纷的调解 / 190	
一、物业服务合同纠纷概述 / 190	
二、物业管理费纠纷的调解 / 192	
三、物业安保纠纷的调解 / 194	
四、前期物业服务合同纠纷的调解 / 196	
五、物业公司履约纠纷的调解 / 197	
第四节 相邻关系纠纷的调解 / 199	
一、相邻关系纠纷概述 / 199	

- 二、相邻关系纠纷的调解 / 202
- 第五节 建设工程合同纠纷的调解 / 206
 - 一、建设工程合同纠纷调解概述 / 206
 - 二、建设工程勘察合同、设计合同纠纷的调解 / 207
 - 三、建设工程施工合同纠纷的调解 / 209
 - 四、建设工程监理合同纠纷的调解 / 212
 - 五、建设工程分包合同纠纷的调解 / 214
 - 六、建设工程纠纷中几类特殊情况的调解 / 215
- 第三章 涉农民事纠纷的调解 / 219
 - 第一节 涉农民事纠纷诉讼调解概述 / 219
 - 一、影响涉农民事纠纷调解的因素 / 219
 - 二、城乡经济一体化发展进程加速对涉农民事纠纷的影响 / 220
 - 三、涉农民事纠纷诉讼调解的方法 / 221
 - 第二节 土地承包权纠纷的调解 / 222
 - 一、承包土地四至纠纷的调解 / 223
 - 二、土地承包经营权抵押纠纷的调解 / 223
 - 三、土地流转费纠纷的调解 / 224
 - 四、要求落实土地承包经营权纠纷的调解 / 225
 - 五、土地承包经营权流转纠纷的调解 / 226
 - 六、农转非产生利益冲突纠纷的调解 / 226
 - 第三节 农村宅基地使用权纠纷的调解 / 227
 - 一、农村宅基地使用权纠纷概述 / 227
 - 二、农村宅基地使用权纠纷的调解 / 227
 - 三、农村住宅转让纠纷的调解 / 228
 - 四、宅基地纠纷调解应注意的问题 / 229

第四编 知识产权和商事纠纷的诉讼调解

- 第一章 知识产权纠纷诉讼调解 / 233
 - 第一节 知识产权纠纷诉讼调解概述 / 233
 - 一、知识产权纠纷的本质与管理策略 / 233
 - 二、知识产权纠纷在诉讼调解方面的特点 / 234
 - 三、知识产权纠纷的调解方法 / 236

第二节 知识产权权属争议的调解 / 238

- 一、职务关系中权属争议的调解 / 239
- 二、合作创作中权属争议的调解 / 240
- 三、技术成果权属争议的调解 / 241
- 四、权利冲突中权属争议的调解 / 242
- 五、历史原因造成的权属争议的调解 / 243

第三节 知识产权合同纠纷的调解 / 244

- 一、知识产权许可使用合同和知识产权转让合同纠纷的调解 / 245
- 二、知识产权创作、开发合同纠纷的调解 / 246

第四节 知识产权侵权、不正当竞争类纠纷的调解 / 248

- 一、以维持市场独占地位为目的的诉讼调解 / 249
- 二、以经济赔偿为目的的诉讼调解 / 250
- 三、兼有停止侵权和损害赔偿目的的诉讼调解 / 252
- 四、以执行商业策略为目的的诉讼调解 / 255

第二章 商事纠纷诉讼调解 / 256

第一节 商事纠纷诉讼调解概述 / 256

- 一、商事纠纷的基本特点 / 256
- 二、影响商事纠纷诉讼调解的主要因素 / 257
- 三、商事纠纷诉讼调解的基本方法 / 259
- 四、商事纠纷诉讼调解中应当注意的问题 / 262

第二节 买卖、承揽合同纠纷的调解 / 263

- 一、买卖合同纠纷的调解 / 263
- 二、承揽合同纠纷的调解 / 265

第三节 借款、担保合同纠纷的调解 / 267

- 一、借款合同纠纷的调解 / 267
- 二、担保合同纠纷的调解 / 271

第四节 公司纠纷的调解 / 275

- 一、股权转让纠纷的调解 / 275
- 二、股权确认纠纷的调解 / 280
- 三、股东知情权纠纷的调解 / 283
- 四、公司盈余分配权纠纷的调解 / 285
- 五、公司侵权纠纷的调解 / 287
- 六、公司僵局纠纷的调解 / 290

- 第五节 合伙纠纷的调解 / 293
 - 一、合伙纠纷概述 / 293
 - 二、合伙纠纷的成因和特点 / 294
 - 三、合伙纠纷诉讼调解的方法和技巧 / 295
- 第六节 证券纠纷的调解 / 297
 - 一、证券纠纷的基本特点 / 297
 - 二、常见的证券纠纷类型 / 299
 - 三、证券纠纷调解的策略与技巧 / 300
- 第七节 票据纠纷的调解 / 304
 - 一、票据纠纷的主要特点 / 304
 - 二、票据纠纷调解的技巧 / 306
 - 三、票据纠纷调解应注意的问题 / 308
- 第八节 保险合同纠纷的调解 / 309
 - 一、保险纠纷的特点 / 309
 - 二、各类保险纠纷的调解 / 311
 - 三、保险纠纷调解技巧和方法 / 315
- 第三章 海事海商纠纷诉讼调解 / 318
 - 第一节 海事海商纠纷诉讼调解概述 / 318
 - 一、海事海商纠纷的特点 / 318
 - 二、海事海商纠纷的调解方式方法 / 319
 - 三、调解海事海商纠纷应注意的问题 / 321
 - 第二节 海上货物运输合同纠纷的调解 / 322
 - 一、海上货物运输合同纠纷的特点 / 322
 - 二、海上货物运输合同纠纷的调解方法 / 323
 - 三、海上货物运输合同中几类典型案件的调解 / 326
 - 第三节 货运代理合同纠纷的调解 / 330
 - 一、货运代理合同纠纷概述 / 330
 - 二、货运代理合同纠纷的调解 / 331
 - 三、货运代理合同欠款纠纷的调解 / 332
 - 四、货运代理合同损害赔偿纠纷的调解 / 335
 - 第四节 船舶碰撞损害赔偿纠纷的调解 / 336
 - 一、船舶碰撞损害赔偿纠纷概述 / 336
 - 二、船舶碰撞损害赔偿纠纷的调解 / 338