

# 民事诉讼调解新论

郭晓光 著

NEW STUDY ON  
JUDICIAL MEDIATION

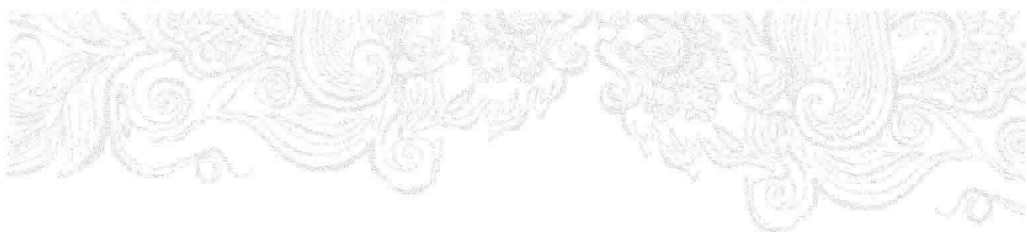


中国政法大学出版社

郭晓光 著

# 民事诉讼调解新论

NEW STUDY ON JUDICIAL MEDIATION



中国政法大学出版社

2013·北京

## 图书在版编目 (C I P) 数据

民事诉讼调解新论 / 郭晓光著. — 北京:中国政法大学出版社, 2013. 8

ISBN 978-7-5620-5005-6

I. ①民… II. ①郭… III. ①民事纠纷—调解(诉讼法)—研究—中国 IV. ①D925.114.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第211187号

---

- 书 名 民事诉讼调解新论 Minshi Susong Tiaojie Xinlun  
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)  
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 8.125 印张 200 千字
- 版 本 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-5005-6/D·4965
- 定 价 28.00 元

- 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。

# 目 录

## CONTENTS

引 言 纠纷解决机制的一般理论 .....	1
一、纠纷及民事纠纷 / 2	
二、纠纷解决机制及民事纠纷解决 机制 / 4	
第一章 民事诉讼调解制度概述 .....	8
第一节 民事诉讼调解的概念界定 .....	8
一、调解的概念和特征 / 8	
二、民事诉讼的概念和特征 / 14	
三、民事诉讼调解的概念和特征 / 19	
第二节 民事诉讼调解的性质 .....	31
一、民事诉讼调解性质的不同观点 / 32	
二、民事诉讼调解性质的再认识 / 33	
第三节 我国民事诉讼调解制度的历史与 发展 .....	36
一、中国古代的民事诉讼调解制度 / 36	

## 2 民事诉讼调解新论

- 二、辛亥革命后到中华人民共和国成立前的民事诉讼  
调解制度 / 43
- 三、新中国的民事诉讼调解制度 / 47

## 第二章 民事诉讼调解的价值与功能 ..... 54

### 第一节 民事诉讼调解的价值 ..... 54

- 一、和谐 / 55
- 二、效率 / 56
- 三、效益 / 58

### 第二节 民事诉讼调解的功能 ..... 60

- 一、民事诉讼调解功能概述 / 60
- 二、民事诉讼调解的具体功能 / 61

### 第三节 民事诉讼调解与民事诉讼二者目的、功能比较 ..... 63

- 一、民事诉讼的目的、功能及民事司法权的性质 / 63
- 二、民事诉讼调解与民事诉讼二者目的、功能之  
比较 / 74

## 第三章 民事诉讼调解与判决的关系 ..... 80

### 第一节 民事诉讼调解与判决关系的现状 ..... 80

- 一、“调解优先”原则的形成过程 / 81
- 二、司法实践中落实“调解优先”原则的举措 / 82
- 三、调解优先原则形成的社会背景 / 84

### 第二节 理性看待“调解优先”原则 ..... 86

- 一、民事诉讼调解的优势与不足 / 86
- 二、判决的优势与不足 / 88

三、理性看待调解优先原则 / 88	
第三节 民事诉讼调解与判决关系之重新定位 .....	89
一、正确看待诉讼调解和判决的社会效果 / 89	
二、合理构建诉讼调解与判决的正确关系 / 90	
<b>第四章 民事诉讼调解的原则及其反思 .....</b>	<b>93</b>
第一节 民事诉讼调解原则概述 .....	93
一、我国现行《民事诉讼法》关于民事诉讼调解原则的 规定 / 93	
二、“调解原则”与“调解之原则”辨析 / 94	
第二节 自愿原则 .....	96
一、自愿原则的内涵 / 96	
二、自愿原则与调解前置 / 98	
三、自愿原则在实践中的走样与变形 / 100	
第三节 合法原则 .....	101
一、合法原则的内涵 / 101	
二、对程序合法原则的反思——程序上应有灵活性 / 102	
三、对实体合法原则的反思——实体上要有宽容性 / 104	
四、以“不得违反法律的强制性规定”取代 “合法原则” / 106	
第四节 查明事实、分清是非原则 .....	107
一、查明事实、分清是非原则的立法现状 / 107	
二、对查明事实、分清是非原则的反思 / 108	
三、结论 / 110	

第五节 公开与保密原则 .....	110
一、调解公开原则的立法现状 / 110	
二、对调解公开原则的反思 / 112	
三、确立调解保密原则（不公开调解原则）的合理性与 必要性 / 116	
第六节 禁止反悔原则 .....	122
一、关于反悔权的立法现状 / 122	
二、反悔权的弊端 / 122	
三、最高人民法院对反悔权问题的修正 / 125	
四、对最高人民法院相关司法解释的评析 / 126	
五、关于反悔权的立法建议 / 130	
<b>第五章 调审合一与调审分离 .....</b>	<b>131</b>
第一节 我国现行民事诉讼的模式 .....	131
一、民事诉讼模式概述 / 131	
二、我国民事诉讼模式和民事诉讼调解模式 / 134	
三、调审合一型诉讼模式和调解模式存在的基础 / 135	
第二节 调审合一的弊端 .....	137
一、理论上的困境 / 137	
二、功能上的障碍 / 143	
三、实践中的弊端 / 143	
第三节 民事诉讼调解制度改革的学说及评价 .....	147
一、我国民事诉讼调解制度改革观点 / 147	
二、我国民事诉讼调解制度改革观点的比较分析 / 152	

第四节 调审分离的必要性与可行性 .....	156
一、调审分离的必要性 / 156	
二、调审分离的可行性 / 160	
三、调审分离的域外实践 / 169	
<b>第六章 民事诉讼调解制度的比较和借鉴 .....</b>	<b>176</b>
第一节 域外民事诉讼调解制度 .....	177
一、大陆法系国家和地区的民事诉讼调解制度 / 177	
二、英美法系国家的民事诉讼调解制度 / 186	
第二节 域外民事诉讼调解制度比较分析 .....	189
一、总体评价 / 189	
二、借鉴 / 190	
<b>第七章 调审分离视角下的审前调解 .....</b>	<b>191</b>
第一节 审前调解的概念与审前调解的实践 .....	192
一、审前调解的概念 / 192	
二、我国各地法院审前调解的实践 / 194	
第二节 审前调解的主体 .....	199
一、审判的主体 / 199	
二、调解的主体 / 200	
三、审前调解的主体 / 201	
第三节 审前调解的主持方式 .....	202
一、自主调解 / 202	
二、协助调解 / 204	
三、委托调解 / 206	



第四节 审前调解的阶段及种类 .....	210
一、诉前调解 / 210	
二、立案调解 / 211	
三、庭前调解 / 211	
第五节 审前调解的程序设计 .....	212
一、审前调解的对象 / 212	
二、审前调解的劝告 / 216	
三、审前调解程序的启动 / 217	
四、审前调解的进行 / 217	
五、审前调解的期限 / 218	
六、审前调解的结束 / 219	
七、审前调解协议的效力 / 220	
<b>第八章 民事诉讼和解制度的构建 .....</b>	<b>225</b>
第一节 诉讼和解的含义 .....	226
一、我国现行法律关于诉讼和解的规定 / 226	
二、诉讼和解的概念 / 227	
三、诉讼和解的构成要件 / 227	
四、诉讼和解与私法上和解的区别 / 228	
五、诉讼和解与庭外和解的联系与区别 / 229	
六、诉讼和解与诉讼调解的联系与区别 / 232	
七、诉讼和解与执行和解的区别 / 233	
第二节 诉讼和解的性质和效力 .....	234
一、诉讼和解的性质 / 234	
二、诉讼和解的效力 / 235	

第三节 诉讼和解的比较研究 .....	236
一、大陆法系国家和地区的诉讼和解制度 /	236
二、英美法系国家和地区的诉讼和解制度 /	241
三、两大法系诉讼和解制度比较 /	242
第四节 以诉讼和解取代庭中调解的具体构想 .....	243
一、对我国现行诉讼和解制度的反思 /	243
二、诉讼和解的程序 /	246
三、和解协议的确认模式 /	249
四、诉讼和解既判力的有无 /	250
五、诉讼和解制度的立法表述 /	250

## 引言

# 纠纷解决机制的一般理论

“诉讼调解是我国诉讼制度的重要组成部分，是人民法院行使审判权的重要方式。”<sup>〔1〕</sup> 民事诉讼调解制度是民事诉讼制度的重要组成部分，而民事诉讼制度是民事纠纷解决机制的重要组成部分。“不同类型的民事纠纷要求不同的民事纠纷解决方式来解决，民事纠纷的有效解决，在于民事纠纷解决方式的特点能与民事纠纷的特点相适应。”<sup>〔2〕</sup> 民事诉讼案件是民事纠纷的诉讼化反映，诉讼是纠纷解决的方式之一，通常被认为是最后一道防线。民事纠纷发生后，其中相当数量是通过和解、调解、仲裁等方式解决的，其余部分通过民事

---

〔1〕 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》第2条。

〔2〕 潘剑锋：“论民事纠纷解决方式与民事纠纷的适应性”，载《现代法学》2000年第6期。

诉讼进入到法院。因此，应当将民事诉讼案件及其解决机制纳入到纠纷及其解决机制的一般理论的框架下研究。

### 一、纠纷及民事纠纷

何谓“纠纷”？“纠”字的本意是指用三股线拧成绳子，《说文·系部》：“纠，绳三合也”。<sup>〔1〕</sup> 它的引申含意是指缠绕。故，纠者，事之缠绕不清之谓也。“纷”字的本意是指旗子上的飘带，<sup>〔2〕</sup> 它的引申含意是指杂乱、众多的样子。故，纷者，众多之貌也。

纠纷被公认为是社会学上的概念。社会学意义上的纠纷涵盖的范围非常广泛，在一定意义上说，整个社会就是由纠纷组成的。这就是所谓社会冲突理论。德国著名社会学家鲁尔夫·达伦多夫（Ralf Dahrendorf）在其著作《工业社会中的阶级与阶级冲突》中率先提出了社会冲突理论，其基本观点是：其一，每个社会在每一个方面都时刻处在变迁过程之中，社会变迁是普遍的；其二，每个社会在每一个方面都经历着社会冲突，社会冲突是普遍的；其三，社会中的每一个成分都对社会的瓦解与变迁发生积极作用；其四，每一个社会都以一部分成员对另一部分成员的压制为基础。<sup>〔3〕</sup> 可见，社会冲突理论与马克思的阶级斗争理论以及矛盾的普遍论是相似的。按照社会冲突理论以及马克思主义的社会发展观，纠纷是普遍存在的。

---

〔1〕《古代汉语词典》编写组编：《古代汉语词典》，商务印书馆1998年版，第822页。

〔2〕《古代汉语词典》编写组编：《古代汉语词典》，商务印书馆1998年版，第402页。

〔3〕〔德〕鲁尔夫·达伦多夫：《工业社会中的阶级与阶级冲突》，斯坦福大学出版社1959年版，第161～162页。转引自汤维建等：《群体性纠纷诉讼解决机制论》，北京大学出版社2008年版，第1～3页。

纠纷是指社会主体间的一种利益对抗状态。社会纠纷是社会矛盾的外化，也是社会迅速发展打破原有平衡所必然产生的现象。纠纷是不可避免的，只要有人类社会存在就有纠纷，但纠纷并不像人们所想象的那样仅具有负面效应，而是具有正反两方面的意义。就负面效应而言，纠纷的发生会带来社会秩序不同程度的紊乱，纠纷意味着矛盾和冲突，纠纷意味着对和谐的破坏。纠纷出现后，如果人们能设法去补救它，社会和谐裂痕自然会缩小、甚至弥合；反之，一个社会如果不能及时、有序、公正地解决纠纷，不仅社会裂痕会扩大不说，还可能会抑制社会的发展，甚至还可能造成整个社会结构的分裂和解体。就纠纷对社会的正面意义而言，纠纷可以使人们相互之间的仇恨和不满得以及时宣泄，起到社会的“安全阀”作用，在不断的纠纷与冲突中，新的秩序得以生成。纠纷也是社会生气与活力的表征，一个过于平静与沉寂的社会一定缺乏生机与活力。纠纷在打破人们安宁生活的同时，满足了人们喜新厌旧、追新猎奇的需要，安宁与冲突是人类生活的基本需求，人类恐惧激烈的冲突，却也渴望必要限度的冲突。<sup>〔1〕</sup>理解了这一点，我们就会明白，纠纷并不必然意味着“恶”，当然也并不必然意味着“善”，它是人类社会的常态，有了纠纷并不可怕，关键是如何防止和减少纠纷的发生，以及快捷有效地解决纠纷。

纠纷是普遍存在的，但并不是所有的纠纷都具有受法律的评价性。法律是一种重要的乃至是最后的社会控制方法，法律虽然也是普遍的，但由于受各种因素的制约，它不可能渗透于纠纷的各个层面。有些纠纷适合用法律来调整，有些纠纷则不适合用法律来调整。适合用法律调整的并且已经存在相关的调整性法律规范的纠纷，为“法律纠纷”；反之，不适合用法律调

---

〔1〕 何兵：《现代社会的纠纷解决》，法律出版社2003年版，第6页。

整的或者尚无相关法律予以调整的纠纷，为“非法律纠纷”。诉讼制度关注的是法律纠纷，对非法律纠纷，则通常情况下并不过问。<sup>〔1〕</sup>

民事纠纷是法律纠纷的重要组成部分。民事纠纷，又称民事冲突、民事争议。从法律的角度而言，民事纠纷是私法纠纷（私权纠纷），即就私法关系发生的纠纷。所谓私法关系是指涉及法律上平等地位的主体之间的法律关系，亦即双方当事人基于法律上的平等权利地位而形成的民事法律关系。因此，民事纠纷是指平等主体之间发生的以民事权益、义务或民事责任为内容的法律纠纷。同其他纠纷相比，民事纠纷具有这样一些特点：纠纷主体之间的法律地位平等；纠纷内容是对民事权利义务及民事责任的争议；纠纷形成的原因是民事实体法的违反；纠纷具有可处分性。

## 二、纠纷解决机制及民事纠纷解决机制

正如季卫东教授所言：“有社会就有纠纷，于是需要防止和解决纠纷的场所、机构、程序以及相关的规则。”<sup>〔2〕</sup>既然纠纷不可避免，就需要解决纠纷的机制。关于什么是纠纷解决机制，范愉教授曾经有过全面的论述，她认为：纠纷解决机制，是指一个社会为解决纠纷而建立的由规则、制度、程序和机构（组织）及活动构成的系统。狭义的纠纷解决机制，主要是指国家通过相关法律、法规建构或界定的、由各种正式与非正式制度或程序构成的综合性解纷系统。广义的纠纷解决机制，还包括

---

〔1〕 汤维建等：《群体性纠纷诉讼解决机制论》，北京大学出版社2008年版，第3~4页。

〔2〕 季卫东：“当事人在法院内外的地位和作用（代译序）”，载〔日〕棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第V页。

非制度化的临时性、个别性纠纷解决活动，以及民间社会自发形成的各种私力或自力救济。纠纷解决是通过特定的方式和程序解决纠纷和冲突，恢复社会平衡和秩序的过程。在人类社会发展的任何阶段，都需要与之相适应的纠纷解决机制。社会越复杂，纠纷解决的方式、手段也就越丰富。<sup>[1]</sup>

作为纠纷解决机制这一大概念之下的小概念，民事纠纷解决机制是指缓解、消除民事纠纷的方法或制度，<sup>[2]</sup>是指在一定社会中实行的，有效地解决和消除民事纠纷的一整套综合治理的制度和方式。这些制度和方式，与一定社会阶段的政治经济情况相适应，经历了一个由低级到高级的逐步发展完善过程。<sup>[3]</sup>关于民事纠纷解决机制的类型问题，学术界和实务界存在多种划分方法。第一种分类方法或许可称为通说，即将民事纠纷解决机制划分为自力救济、社会救济和公力救济。①自力救济，也称私力救济，俗称“私了”，是指纠纷主体依靠自己力量解决纠纷，没有第三方协助或主持解决纠纷，其典型方式是和解。但也有人提出了新的看法，认为自力救济包括强制和交涉。强制是指一方当事人依靠自身的实力、不顾他方意愿而强迫其服从自己有关纠纷解决的安排；交涉是指双方通过沟通，以双方共同的决定来处理纠纷，其实质是一种双方的交易活动。<sup>[4]</sup>②社会救济，是指依靠社会力量（第三方）来解决纠纷的方式，比如调解和仲裁等。社会救济主要是基于纠纷主体的合意，请求第

---

[1] 范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第80~81页。

[2] 江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社、北京大学出版社2000年版，第1页。

[3] 常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社2005年版，第23页。

[4] 徐昕：《迈向社会和谐纠纷解决》，中国检察出版社2008年版，第27页。

三方协助或主持解决纠纷。③公力救济，是指利用国家公权力（审判权）解决民事纠纷，其典型是民事诉讼。民事纠纷解决机制，经历了由自力救济到公力救济的发展过程，其中也伴随着社会救济的发展。即使在现代社会，这三种纠纷解决机制也是并存着的。这些纠纷解决机制构成了一个多元化的纠纷解决体系。除此之外，第二种分类方法是，将民事纠纷解决机制类型化为正式的民事纠纷解决方式和非正式的民事纠纷解决方式。第三种分类方法是划分为民事诉讼纠纷解决方式和非诉讼纠纷解决方式。以上分类，从不同的视角对民事纠纷解决机制进行了概括，基本上反映了历史上和现实中的纠纷解决机制的实际情况。除此以外，日本学者棚濑孝雄将纠纷解决机制分为根据合意的纠纷解决和根据决定的纠纷解决。前者是指由于双方当事人就以何种方式和内容来解决纠纷等主要意见达成了合意而使纠纷得到解决的情况。后者是指第三者就纠纷应当如何解决做出一定的指示并据此终结纠纷的场面。<sup>〔1〕</sup>

需要强调的是，纠纷解决机制的多元化是当今世界的潮流。在不同的社会发展阶段，针对不同的社会需求，根据社会主体的选择，建立适应本国或本地区需要的多元化纠纷解决机制，是人类社会发展的共同规律。所谓多元化的纠纷解决机制，是指由各种性质、功能、程序和形式不同的纠纷解决机制共同构成的系统，在这种多元化的系统中，各种制度或程序既有其独立的运行空间，又能形成一种功能互补，以满足社会和当事人的多元化需求和选择自由。<sup>〔2〕</sup>

同时，世界各国的纠纷解决机制之间也是可以进行横向和

---

〔1〕〔日〕棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第10~14页。

〔2〕范愉：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第80~81页。



纵向比较的。由于案件性质、制度设计及文化背景的不同，各国的纠纷处理方式的选择偏好和类型分布会出现很大的差异。但是在考虑处理纠纷的成效时，不同方式以及各种方式之间的不同组合是应该而且可以互相比较的，而这种比较需要统一的分析框架。设定分析的框架必须考虑以下几组最基本的对立概念：合意本位与强制本位，当事人主义与职权主义，程序规范导向与实体规范导向，手续简便化与手续严格化，情节重视与法条重视，常识偏向与专业偏向。任何一种关于纠纷处理的制度或理论都可以在由这些对立概念构成的坐标上定位和比较。同时，这些基本要素的高低错落、浓淡轻重的排列也可以产生出新的理论模式，开辟出司法改革的途径。<sup>[1]</sup>

---

[1] 季卫东：“当事人在法院内外的地位和作用（代译序）”，载[日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第V页。