

■ 洪冬英 著



法学理念·实践·创新丛书

实现正义的选择与规范

 中国人民大学出版社

013070683

D925. 104
103

■ 洪冬英 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

实现正义的选择与规范

D925.104
103



北航

C1678091

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

实现正义的选择与规范/洪冬英著. — 北京:中国人民大学出版社, 2013

(法学理念·实践·创新丛书)

ISBN 978-7-300-17958-2

I. ①实… II. ①洪… III. ①民事诉讼—研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 205571 号

法学理念·实践·创新丛书

实现正义的选择与规范

洪冬英 著

Shixian Zhengyi de Xuanze yu Guifan

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2013 年 6 月第 1 版

印 张 17 插页 1

印 次 2013 年 6 月第 1 次印刷

字 数 320 000

定 价 49.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



北航

C1678091

序 言

正义 (justice) 是人类社会的共同追求。查士丁尼《法学总论》的第一句话就是:“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。”^① 正义包含正义和司法两层含义。

正义如何实现?“从学术的角度分析,‘司法公正’包含了三个方面的结构:第一,一个‘公正’(fairness)的理想状态,第二,一套‘正义’(justice)的司法制度,第三,一种以合理性和正当性为标准来矫正不公的‘衡平’(equity)方式,用一句话表达,司法人员遵循‘正义’的法律制度,辅助以‘衡平’的矫正方法,合理判决以达到司法的‘公正’。”^② 笔者很认同徐爱国教授的这一论断。从民事诉讼的角度来说,人们关于正义的理想是相同的,但民事诉讼与各国的政治体制、社会现实密切相关,所以世界上有统一实体法却无统一民事诉讼法。在正义实现过程中,既有选择,更需要规范。

为什么调解成为替代诉讼的选择?这种选择既可以是脱离诉讼的纯粹调解,也可以是诉讼中替代裁判的调解。相对于诉讼(裁判),调解显然更为个人化和个别化,因为一旦进入诉讼(裁判),纠纷便被程序化地限定,要点被格式化,对纠纷内容的陈述被仪式化,这是诉讼(裁判)的过程限制。诉讼对客观性的强调,对规则的一往情深,损害了其解决难题的能力。而“调解在实践中的运作是在第三方促进下的一个讨论、澄清和妥协的过程……在调解中,焦点不是正式的和实体性的权利,重点在于这样一个过程:鼓励当事各方共同致力于以妥协和谅解的精神达成他们自己的

① [罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,5页,北京,商务印书馆,1989。

② 徐爱国:《“司法公正”的结构解析》,载《人民法院报》,2013-07-05,第7版。

解决。调解人的介入使双方纠纷转为三方互动”^①。

实现正义在于民事诉讼制度的不断规范。证据是法庭认定事实的依据，民事诉讼中的证据制度是关于确定有争议的案件事实的方法和程序的规则。证据制度承载了发现真实、程序公正、诉讼效率、解决纠纷等目的。证据种类的科学划分是证据制度规范使用的前提，诉讼中的证人证言、推定、预决事实的效力等规范是必然要求。这和调解程序的完善同属于“正义的司法制度”。

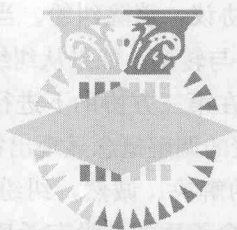
实现正义离不开法院和法官对合理性和正当性的追求——衡平。“以事实为根据，以法律为准绳”也可概括为“法官知法和发现真实”。人们对正义的追求使法院和法官承载了过重的期望，这种期望需要在制度完善和相对理性的利益衡量中寻求实现。

① [美] 博西格诺等：《法律之门》，8版，邓子滨译，704页，北京，华夏出版社，2007。

目 录

第一章	传统调解制度溯源	1
	第一节 调解的历史基础	3
	第二节 调解的功能	11
第二章	法院调解的规范	21
	第一节 融合与独立——大调解中的法院调解改革路径	23
	第二节 论多元化纠纷解决体系中法院调解的定位	35
第三章	法院调解的应有辐射	46
	第一节 对类型化案件的影响——以劳动争议为例	48
	第二节 对社会调解的引导——建立律师调解机制	59
第四章	司法对诉讼外纠纷解决机制的支持	78
	第一节 调解协议效力的司法审查	78
	第二节 商事仲裁裁决的司法监督 ——以修改后的《民事诉讼法》为视点	93
第五章	证人证言制度的解构	106
	第一节 证据种类	106
	第二节 儿童证人	110
	第三节 当事人陈述	118
	第四节 从我国的证人证言制度谈人证制度的构建	131
第六章	证据规则三论	142
	第一节 论书证复制件的证据效力	142
	第二节 民事诉讼中推定的合理规制	152
	第三节 论预决事实	166

第七章	医疗纠纷的证据制度	181
	第一节 论医疗侵权诉讼证明责任	181
	第二节 医疗事故鉴定法律效力问题研究	196
第八章	规范中的法院与法官	209
	第一节 法院文化	209
	第二节 法官的职业美德和义务	216
	第三节 利益衡量在民事诉讼中的运用及规制	223
	第四节 代表人诉讼制度的完善 ——以职权型示范诉讼为补充	233
	第五节 民事诉讼发回重审制度之探讨 ——以 2012 年《民事诉讼法修正案》为视角	243
	第六节 财产保全功能有效实现的障碍及探讨	255



实现正义的选择与规范

第一章 传统调解制度溯源

对于调解的定义，众多学者给出的说法颇多，但绝大多数从调解的功能——解决纠纷的角度予以诠释：“调解，指双方或多方当事人之间发生民事权益纠纷，由当事人声请，或者人民法院、法庭、群众调解组织认为有和好可能时，为了减少讼累，经法庭或者群众调解组织从中排解疏导、说服教育，使当事人互相谅解，争端得以解决。”^①“调解是在第三方主持下，以国家的法律、法规、规章和政策以及社会公德为依据，对纠纷双方进行斡旋、劝说，促使他们互相谅解，进行协商，自愿达成协议，消除纠纷的活动。”^②这是比较传统的关于调解的概念，前者突出了调解主体为人民法院、法庭及群众调解组织，强调调解的目的在于减少讼累，解决争端；后者突出了调解依据（以国家的法律、法规、规章和政策以及社会公

① 张友渔主编：《中国大百科全书·法学卷》，589页，北京，中国大百科全书出版社，1984。

② 江伟、杨荣新：《人民调解学概论》，4页，北京，法律出版社，1994。

德为依据),强调自愿达成协议,消除纠纷。当代调解制度经过几十年的发展,伴随中国社会的发展与转型,如果从纠纷解决的角度出发,调解的概念也需要调整:“调解是在第三方协助下进行的,当事人自主协商性的纠纷解决活动。”^①范愉教授的调解概念显现出符合时代特征的开放性与包容性,同时亦着眼于纠纷的解决。诚然,纠纷的解决是调解最主要的功能。“没有什么事物是不包含矛盾的,没有矛盾就没有世界”^②,纠纷在人类社会及发展中不仅无法避免地存在着,纠纷对“秩序”的破坏具有进步意义,纠纷的解决也蕴含着更新与创造社会秩序的可能性与现实性。调解是解决纠纷的途径之一,“每一个社会都有其广泛的可替代的选择,以应付由个人纠纷引发的冲突。诉讼只是从回避到暴力等诸种可能中的一种选择。纠纷和解的各种方式,以及任何文化中社会认可的选择,传达出人保持着所钟爱的理想,表达了他们对自己的看法,也反映了他们与他人关系的质量。它们显示出,无论人们是希望回避还是鼓励冲突,是压制还是温和地解决这一冲突,最终,社会最基本的价值观在纠纷和解过程中被揭示出来”^③。由此,一个社会或国家以调解制度解决纠纷显示了该社会和國家的基本价值取向。纠纷的解决既着眼于微观的对纠纷当事人的权利义务的判定,同时又是一个“多层次主观效果的综合体”,主要包含四个层次:首先,化解和消除冲突;其次,实现合法权益和保证法定义务的履行;再次,使法律或统治秩序的尊严与权威得以实现;最后,在更高层次上,纠纷的解决意味着社会冲突主体放弃和改变藐视、对抗社会统治秩序和法律的心理态度,增强与社会的相容性,避免或减少冲突(至少是同类冲突)的重复出现。以调解解决纠纷无疑具备上述功效。

调解,于中国的传统和现实均是实践、经验,进而上升为制度或是带有原理性的纠纷解决机制。只有把握住历史发展的脉络,才能凝练富有指导意义的经验和理论,所以,分析当下的大调解及司法调解的改革,对于制度的历史分析和现实考察都十分必要。

① 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,176页,北京,中国人民大学出版社,2000。

② 《毛泽东选集》,2版,第1卷,305页,北京,人民出版社,1991。

③ [美]杰罗德·奥巴克语,转引自[美]博西格诺等:《法律之门》,8版,邓子滨译,696页,北京,华夏出版社,2010。

第一节 调解的历史基础

一、调解与历史传统

调解是中国传统社会的主要纠纷解决方式,分为两类:一是诉讼外调解(民间调解),即纠纷发生后,当事人先找亲邻、族长、乡保解决,不达官府;或者一方已告官,乡里抢先调处成功,请求销案,泯纠纷于乡村族里之中。二是诉讼内调解,即当事人告状后发生的调解,具体有官批民调和官府调解两种情形。官批民调即县令等审判官接到诉讼后,认为情节轻微不值得传讯,或事关亲族关系不便公开传讯,便授权“乡保(或族长、亲友)调处,毋使滋讼”;官府调解即审判官或司法机关主持的调解。调解成为民事诉讼的重要甚至是必要环节,是我国传统民事诉讼制度的一大特征。现今我国司法调解实质上是对传统诉讼内调解制度的继承,同时,由于中国古代行政与司法的合一,官府调解事实上兼具行政调解与司法调解的双重特征。如果说大调解是当下转型社会的现实选择,那么此选择亦有着其历史渊源,从民间调解、行政调解、司法调解的并存与联动的角度而言,大调解在我国古代社会也是存在的。调解作为中国传统制度,其生命力根植于中国社会的方方面面,一般认为主要缘于:中国封建自给自足的自然经济;儒家文化倡导的天人合一的和合文化以及由此而产生的无讼观念;充分发达的宗法制度。^①在笔者看来,调解之所以在传统中国长盛不衰,亦可从其文化根基加以分析。

第一,调解方式与传统古代社会结构的和合性。调解作为解决纠纷的途径,其最大的特征在于其自治的性质,虽说中国古代社会以其强有力的、大一统的行政控制为特色,老百姓的自治空间有限,但调解成为中国传统解决纠纷的最大特色,缘于社会结构的“国权不下县”,即国权不下县,县下唯宗族,宗族皆自治,自治靠伦理,伦理造乡绅。在传统中国社会,事实上存

^① 张晋藩先生在其《中国法律的传统与近代转型》中将其归结于:“适应于封闭的小农经济基础和深厚的血缘地域关系;依赖的是宗族势力和专制国家权力;凭借的是礼与法相结合的多种法律资源;维护的是三纲五常的伦理秩序。”

在着两种秩序力量，一种是“官制”秩序或国家力量；另一种是乡土秩序或民间力量。前者以皇权为中心，自上而下形成等级分明的梯形结构；后者以家族（宗族）为中心，聚族而居形成大大小小的自然村落。传统乡村社会是散漫、和谐的自然社会，皇权政治“在人民实际生活上看，是松弛和微弱的，是挂名的，是无为的”^①。而民间纠纷多发生社会基层，作为国家权力没有渗透到的、以宗族自治作为主要运转的中国乡村社会，父权、族权至上，遇有民事权益纠纷，双方当事人自然而然地以调解作为解决纠纷的主要途径，在当地邀集同乡、同族中长辈耆老进行调解、鉴证。

第二，调解方式与传统文化价值观的同一性。中国传统社会大一统的建构为统治者推行统一的社会文化理念奠定了坚实的基础，纵观古代中国，在经历了短暂的春秋战国时期的百家争鸣后，从秦始皇统一中国后在文化思想领域所进行的“焚书坑儒”至清朝皇帝大兴“文字狱”，强烈地宣示了统治者十分注重在思想文化领域的控制，推行他们所认可的社会价值取向，一方面限制不同声音，另一方面不遗余力地宣扬他们精心选中的儒家思想。儒家提出的“德主刑辅”和“三纲五常”等主张成为传统中国的主干原则，强调秩序、追求和谐是其精神所在，由于自上而下地推行和自然经济双重决定，和合观便成为中国人非常执著的追求，“家和万事兴”、“和气生财”等，无不强调一个“和”字，由于儒家文化极力推崇“中”和“和”，因而中华民族一味强调折中和调和，遇事讲究和为贵，和则忍，忍则让，反映在诉讼文化上就是“无讼”。衍生的另一后果便是个人的观念以及个人权利在其中找不到滋生的土壤。让·埃斯卡称：“利用自己的地位，要求自己的‘权利’，这样的做法在中国总是受到鄙夷。在某些方面通过‘让’积累美德之无形资产，从而在今后的其他问题上居于有利地位，这是了不起的艺术”^②。

第三，调解方式与传统地方治理的契合性。通过科举制度而步入中国封建社会统治阶层的中国儒生，也即中国的官僚，是古代中国大一统社会的混凝土、黏合剂，他们是皇帝统治的工具，“明主治吏不治民”。对他们而言，对皇

① 秦晖：《传统中华帝国的乡村基层控制：汉唐间的乡村组织》，载黄宗智主编：《中国乡村研究》，第1辑，北京，商务印书馆，2003。

② 转引自柯恩：《现代化前夕的中国调解》，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，95页，北京，中国法制出版社，2001。

帝负责是第一位的，因此，政绩是他们的目标，父母官是他们的定位，定分止争是他们能力的体现。由于家与国被安排在一个同质的序列当中，于是，孝道便成为治国的最高原则，教化则是地方官的基本职责。这种格局一直保持到帝国的终了而没有根本性的改变。^① 历代统治者极其明确的“无讼”的价值取向使得他们大力提倡“息讼”，并且将此作为衡量地方官吏政绩的一条标准。从当权者的角度，历朝历代在追求太平盛世的过程中，为达到“民安其俗，厚赏不行，重罚不用”的目标，竭力将禁止民众诉讼、降低诉讼案件数量作为判断“太平”的重要标准。许多经邦治世方略，都引入“安定”的意识作为目的论证，历史上的文景之治、贞观之治等都充分体现了这一点。因此，诉讼的数量与繁简是考核官吏政绩的重要标准，州县官都注意贯彻“调处息讼”的原则，息事宁人，以维护“安定”之秩序。正如孔子所谓“名不正，则言不顺；言不顺，则来不成；事不成，则礼乐不兴；礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足——《论法》”，这是从民应“安定”的要求出发的。史书中也是不断赞扬那些替纠纷的当事人做“和事佬”，进行调解的官员，这些官员甚至可以包括从华夏文明初期的神话人物以至清朝的士大夫。即使纠纷进入诉讼阶段，也是完全由官吏来操纵的。为政者如父母，人民是赤子，这样的比喻自古以来就存在于中国的传统之中，“父母官”、“亲民官”是对地方官吏的褒称，意味着他是照顾一个地方秩序和福利的总的家长。正如日本学者滋贺秀三先生所说：“知州知县担负的司法业务就是作为这种照顾的一个部分一个方面而对人民施与的，想给个名称的话可称之为‘父母官诉讼’……从父母官型诉讼中产生不出 jus、Recht 系列的概念来，这对中国来说确实是一种宿命。对于在中国的传统中生活的人们，法律（Gesetz）是容易理解的，而法=权利（Recht）却是一个陌生的概念。”^② 所以，在诉讼中，老百姓听任官吏操纵是完全应该的。

第四，调解方式在社会民众纠纷处理中的正当性。当无讼实际上成为衡量社会秩序是否走向和谐稳定的基本尺度，诉讼所代表的将是无穷的纷争和对平静恬美的礼制社会的破坏，与无讼相对，频繁的兴讼势必导致“世风日下”，“人心不古”。由于统治者不遗余力地宣传与控制，“无讼”的观念已深入人心。表现在老百姓对待诉讼的态度上就是贱讼、厌讼和惧讼。贱讼是在无讼与息讼思想的共同作用下反映出的具有普遍性的一种观

① 参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，7页，北京，中国政法大学出版社，1996。

② [日] 滋贺秀三：《明清时期的民事审判与民间契约》，16页，北京，法律出版社，1998。

念，是封建统治者所刻意营造的思想上的一种倾向，同时也是被人们所普遍接受与认同的观念，其存在于每个人的诉讼观念之中。正如宋代著名诗人陆游曾为其子孙留下告诫：“纷然争讼，实为门户之羞。”^①人们羞于诉讼，普遍认为有词讼入官是丢人的事。贱讼观念的主要表现就是对“健讼”、“教唆词讼”行为、“讼师”这一职业存在着普遍的反感。正如费孝通先生所描述的：“在乡土社会里，一说起‘讼师’，大家会联想到‘挑拨是非’之类的恶行。作刀笔吏的在这种社会里是没有地位的。”^②厌讼是老百姓在观念上所反映出来的对于官方司法的不信任。前述官方的体制设置以实现息讼为目的，造成人们对于诉讼缺乏信心，强制地压制诉讼所带来的负面效应就是，百姓寻求私力救济。在这样的法律制度下，传统的中国人不愿意出人头地，不愿意充分表现自己，“一忍不为少，百忍不为多”，在他们看来，忍让才是无灾无祸的主要源泉。忍让所带来的就是厌讼，虽然人们在饱受不公时也曾寄希望于皇权的庇护，也曾渴望“包青天”的出现，但结果却并不如意。所以，人们便持这样的诉讼态度：“天下事受得小气，则不至受大气，吃得小亏则不至于吃大亏”。惧讼是司法现实留给百姓的最深刻的烙印。古代民众不到万不得已绝不会诉讼的，老百姓习惯于说打官司是“不蒸（争）馒头蒸（争）口气”，也体现了对于诉讼的价值定位。配合整个社会所倡导的无讼观，统治者在司法制度方面设置重重障碍，人为地造成不讼或少讼。^③

① 《陆游诸训》，北京，中央民族大学出版社，1996。

② 费孝通：《乡土中国 生育制度》，54页，北京，北京大学出版社，1998。

③ 具体的做法是：其一，规定各种名目的不可起诉或限制起诉，否则，当事人和受害人都要受罚。《唐律疏议·斗讼》“越诉”条讲：“诸越诉及受者，各答四十。”唐律还规定，因犯除可告发狱官虐待等事外，不可举报其他事；八十岁以上的老人、十岁以下儿童和重病都除可告举谋反等罪外，其他的也不可起诉。其二，禁止一些利于诉讼的行为。唐律规定，起诉人指控的事实必须完全真实，不可有疑；帮助他人拟具起诉状，不可与所告事有出入；不可帮助卑者控告尊亲属等；否则，就要受到制裁。《唐律疏议·斗讼》“告人罪须明注年月”、“为人作辞牒加状”和“教令人告事虚”条分别讲：控告他人“指陈实事，不得称疑。违者，笞五十”；“诸为人作辞牒，加增其状，不如所告者，笞五十”；“教令人告缙麻以上亲，及部曲、奴婢告主者，各减告者罪一等；被教者，论如律”。明、清两代还另设“教唆词讼”罪，打击教唆他人进行诉讼的行为。其三，有些规定虽无直言不可诉讼，但其内容足以令不少人望讼却步。如唐律规定，被告、原告和证人都在刑讯范围之内，他们都有被拷的可能。《唐律疏议·断狱》“拷囚限满不首”和“诬告人流罪以下引虚”条讲：受案后，首先拷问被告；在拷问被告“限满而不首”的情况下，就要“反拷告人”，即拷讯原告；甚至还还可拷打证人，“即拷证人”。唐后也有相似的规定。

二、传统调解制度对后世的影响

传统调解制度构成了中国法律生活中最经常、最主要的内容之一，它是中国古代最具有文化代表性和最富有文化韵味的司法形式，其内涵之丰富与深邃非其他司法形式可比，它更是中国亘贯古今、具有强大生命力、为世界所瞩目的法律传统。

第一，传统调解制度的价值影响。

传统的调解制度，无论是民间调解还是官府调解，它是无讼思想在面临纠纷时的反映，也是古代社会人际关系中和谐观的真实内涵。在推崇“礼”的封建社会中，天下大和就应当是父慈子孝、兄友弟恭、夫妻和谐、乡邻相亲，为此就应当防止、排除不孝忤逆、见利忘义等不道德现象，而调解制度是实现这一理想的社会价值观念最行之有效的司法制度。它确立了对后世中国影响极大的两大原则：

一是“息事宁人”原则。“息事宁人”原则是古代调解的首要原则，也是其直接目标。对于调解者来说，他们的主要目的并不是明断是非，而是平息争端，将大事化小、小事化了，以防矛盾扩大，影响社会安定。事实上，古代调解，所谓“息事宁人”，多半是“和稀泥”，清代名幕汪辉祖曾说：“勤于听断善矣。然有不必过分皂白可归和睦者，则莫如亲友之调处。盖听断以法，而调处以情。法则泾渭不可不分，情则是非不妨稍措……或自矜明察，不准息销，似非安人之道。”^①直至今天，“息事宁人”在社会纠纷解决中也是影响极大的，符合事物发展规律的“息事宁人”之“息事”，实质上就是解决纠纷，“宁人”即当事人从内心接受解决方案，就是有效、彻底解决纠纷，维护社会稳定。

二是道德教化原则。传统调解制度的基本方法是进行道德教化，古人认为讼之根源在于道德堕落，所以调处息讼的最佳方法便是对争讼者进行道德感化，晓之以理，动之以情，用通俗易懂的方式向老百姓宣讲纲常道德之原理，使其品德由卑劣变高尚，以促使其自觉、自省、自责，从而止讼。这是正本清源的方法。所以，几千年来形成的道德教化、重视道德宣

^① 转引自胡旭晟、夏新华：《中国调解传统研究——一种文化的透视》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2000（4）。

传工作也是我国一大传统。

用历史的眼光来审视传统调解制度，应该说它与其所处的社会相适应，有其存在的合理性。从先秦到清末，传统调解制度都在发挥作用，传统调解制度对社会矛盾的缓和、社会秩序的稳定，当事人讼累的减轻以及邻里关系的协调等方面的作用是显而易见的。它的具体内容和形式尽管有变化，但它的基本原则和社会效用却始终如一。因为它有利于封建统治阶级意志所体现的社会在既定的框架内发展演变，尽管它所维护的制度秩序未尽合理。

但传统调解制度的负面影响也是非常深刻的。由于大量的民事纠纷通过调解解决，因而不仅使人们青睐“律学”睥睨法学，而且也使本来已成为实体法的附庸的程序法更不健全。实体法的正常运行有赖于程序法的健全，但程序法的缺失或是简陋，使实体法不能充分有效适用，对此状况及恶性循环，沈家本先生曾指出：“举凡法家言，非名隶秋曹者，无人问津。名公巨卿，方且以为无足轻重之书，屏弃勿录，甚至有目为不祥之物，远而避之者，大可怪也”；又说“中国民刑不分由来已久，刑事诉讼虽无专书，然其规程尚互见于刑律，独民事诉讼因无整齐划一之规，易为百弊丛生之府。若不速定专律曲防，事制政本讼理未必可期，司法前途不无障碍。”^① 另外，传统调解制度自始至终乃是以儒家伦理道德为依据的，这样在调解纠纷的过程中，调解主持者本身的道德修养以及由此产生的威望成为能否解决纠纷的关键因素，从而也使传统的调解制度实质上成为“人治”的工具。一旦纠纷产生，官府调解是“青天老爷为小民做主”，民间调解则是于家长、族长或德高望重者面前请求“一言定是非”，这种处理方式，显然不是完全的居中解决纠纷，而是调解者的价值观等决定了纠纷的解决，谁更有威信谁说了算，这种崇尚“人治”观念的积淀表现在今日社会，便是一些当事人面对纠纷就企望以某些人能够“摆平”来解决。

第二，传统调解制度的制度影响。

源远流长的传统调解制度有着其强大的生命力，清末的变法运动及其对西方法律制度的移植，并未改变其在纠纷解决机制中发挥的作用。

中华民国时期，导入了以判决和强制执行为轴心的民事诉讼制度，但

^① 沈家本：《寄簪文存》卷七。

是这种审判制度对中国社会的影响，一方面是受到了传统无讼、息讼观念的阻碍，另一方面更是受到了遭受侵略战争和内战之状况的制约。同时，审判上的和解与为此目的而设立的调解制度，与村落的纠纷解决和维持治安的制度并列存在，由地缘、血缘、同业的组织解决纠纷的情况也存在。如果这种解决方式失败了，再采用向法院起诉的方式。

南京国民政府沿袭传统做法，对民事调解制度十分重视，在民事纠纷解决机制的设置上，分别确定了法定的调解制度（类似于古代的官府调解和现代的法院调解）和民间调解制度。

“查民事诉讼，本以保护私权，而一经起诉之后，审理程序异常繁重，往往经年累月，始能结案。甚非所以息事宁人之旨。是以晚近各国，均励行仲裁制度，期于杜息争端，减少讼累，意至良善。我国夙重礼让，以涉讼公庭为耻。牙角细故，辄就乡里耆老，评其曲直，片言解纷，流为美谈。今者遗风渐息，稍稍好讼，胜负所系，息争为难，斯宜远师古意，近采欧美良规，略予变通，以推事主持其事，正名为调解，并确定其效力，著之法令，推行全国。庶几间阎无缠累之苦，讼庭有清简之观。”^① 遵循这一原则，国民政府立法院于1930年1月20日公布了《民事调解法》，并定于1931年1月1日起施行，全文共16条，其内容要点如下：一是为求杜息人民争端，减少法院诉讼起见，于第一审法院附设民事调解处。二是民事调解处以推事为调解主任，但经当事人请求，应许其各于具备下列资格之人中，推举一人助理之：（1）中华民国国民年在30岁以上者；（2）有正当职业者，但现任司法官及律师不得充助理员；（3）通晓中国文义者。三是初级管辖及人事诉讼事件，非经调解不和息后，不得起诉；其他诉讼事件，经当事人请求调解者亦同。四是调解由一造请求者，经调解处通知相对人，而相对人无正当理由不到场者，酌科罚鍰。五是当事人均经到场者，调解期限为7日，逾期者以调解不和息论；但经双方同意延期者，不在此限。其相对人受通知后，无正当理由不到场，除在途期间外，经过5日者，亦以调解不和息论。六是调解和息，应由书记官将和息结果，记载于登记簿，与法院判决者，有同等效力。七是不得以任何名义征收费用。简言之，该法规定，民事调解作为对民事诉讼事件和初级管辖民事事件的处理方式，是法定必经程序，不经调解程序，不得提起诉讼。其

^① 谢振民：《中华民国立法史》下册，1033页，北京，中国政法大学出版社，2000。

他诉讼事件，当事人亦可请求履行调解程序。法定民事调解由第一审法院民事调解处主持，由该法院的法官任调解主任，双方当事人各推选一人为调解人。对于一方当事人请求的调解要求，另一方当事人必须按规定的时间内到场；无正当理由而不到场者，须接受罚款。调解结果一旦形成，即具有约束力，其效力与法院判决同。《民事调解法》是中国历史上第一次把调解这一古老做法正式以单独法律规定下来，并且非常明确地规定了具体程序和调解结果等同于法院判决的效力。

而诉讼调解制度即司法调解制度第一次以独立的民事诉讼法律条文形式出现，是在民国政府 1935 年 2 月颁布的第二部民事诉讼法中，即《修正民事诉讼法草案》。该法明确规定了法院调解制度，包括：（1）调解事项。分为强制调解事项和任意调解事项，前者如离婚及夫妻同居、终止收养关系等，后者则包括当事人申请，由法院认可的其他诉讼事项。（2）调解期日。调解应于起诉前进行，具体期日由法院确定。（3）调解组织。由当事人各自推举的调解人员及调解法官组成。（4）调解方式。调解不公开进行，不用开庭。（5）调解结果。期日结束仍不能成立调解，转入诉讼程序；调解成立，其效力相当于和解。

在法定调解之外，各县的区、乡、镇和各市的坊也拥有调解权。根据 1929 年公布实施的《区自治施行法》和《乡镇自治施行法》，区公所、乡公所、镇公所分别设立调解委员会，主持对民事纠纷和部分刑事事件的调解。依据 1931 年公布实施的《区县镇坊调解委员会权限规程》的规定，民事纠纷经当事人同意，刑事案件经被害人同意，即可交由区、乡、镇、坊调解委员会实施调解。但刑事调解仅限于部分涉及婚姻、家庭、继承及个人名誉、信用、财产等轻微案件，包括妨害风化罪、妨害婚姻及家庭罪、伤害罪、妨害自由罪、妨害名誉及信用罪、妨害秘密罪、窃盗罪、侵占罪、诈欺及背信罪、毁弃损坏罪等。这表明在民国时期大量立法中，有关民间调解的立法也成为亮点，开创了中国历史的先河。

中国共产党从 1928 年至 1931 年，在安徽、浙江、江西、福建、湖北、湖南、河南、广东、广西的农村中，相继成立了苏维埃政权，成为革命根据地。1931 年 11 月 7 日第一届全国苏维埃代表大会召开，成立中华苏维埃共和国中央政府，设立了最高法院，在省、市、县、区设有审判部，审理民事和刑事案件。民间的一般案件，被期望由村来解决，并不严格按照审判程序办理；同时，也有由农会解决纠纷的情况。由乡、村、农