

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：X2009120063

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

法治进程中的法院调解研究

——以调判关系为中心

Study on Court Mediation in the Process of Chinese Legalization

——Focus on the Relation between Mediation and Judgment

李雪松

指导教师姓名：齐树洁教授

专业名称：法律硕士

论文提交日期：2013年03月

论文答辩时间：2013年 月

学位授予日期：2013年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2013年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为(法治进程中的调解制度新解读与法律规制)课题(组)的研究成果,获得(法治进程中的调解制度新解读与法律规制)课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

在当前中国社会矛盾高发的转型社会里，法院调解得以强势回归。最高人民法院提出了“调解优先”的司法政策，2012年新修改的《民事诉讼法》确认了这一点。但在理论界，对“调解优先”的质疑之声极高，认为强化调解有违法治精神。司法实践中，法院调解的运行出现了极端化的倾向，由此也带来了一些负面问题。从现有的有关调解的研究成果来看，大多限于对调解的功能主义分析，或者将其作为一种社会现象予以描述，这无助于调解问题的改进。如何从法治的角度来认识和处理法院调解，便成为理论界无法回避的焦点问题。基于此，本文从法治的角度出发，正面阐释调解与法治的关系，并以调判关系为核心，进一步研究在我国法治化进程中法院调解应如何运行的问题。

本文除引言和结语外，共分为五章。

第一章为问题的提出，叙述法院“调解优先”的由来与实践，概括由此引发的调解与法治关系的争议。

第二章分析经典法治理论和现代法治理论下的不同调解观，论证现代调解的正当性。我国传统的法院调解确实有违现代法治的理念，必须实现法院调解的现代化转型。

第三章研究调解应具有优先性的问题。调解与判决作为两种不同的纠纷解决方式，在法治进程中都扮演着重要角色，缺一不可。我国当前司法实践中过多地强调“调解优先”，可能造成不良后果。强调“调解优先”，应当有其合理的边界。

第四章分析调解与审判应否分离的问题。在诉讼中，强调绝对的调审分离并不具有合理性。对于调审合一可能导致的强迫调解、审判不公等问题，需通过有关的配套制度予以解决。

第五章论证的是法官在调解中的角色问题。为了避免调审合一的弊端，应当对法官在调解的角色予以合理定位，并建构对法官的相应的约束机制。

关键词： 调解优先；法治理论；调审关系

ABSTRACT

In recent years, judicial mediation has got a strong recursion in China. The Supreme People's Court put forward the judicial policy of "mediation preference", which was confirmed by the revised Civil Procedure Law in 2012. However, many scholars are questioning the justification of "mediation preference" and consider it to be a serious violation of spirits of rule of law. Extreme exercises of judicial mediation appear in judicial practice, which leads to some negative problems. Most of present research on mediation focused on functional analyses of mediation or description of mediation phenomenon, and this is not helpful to promotion of mediation. It is an unavoidable issue for the theoretical circles to reasonably comprehend and manage judicial mediation. Hence, this article demonstrates the relation between mediation and rule of law, and emphasizes on the relation between mediation and judgment, analyzing the question of how to run judicial mediation during the law-rule process.

This article includes five chapters. Chapter 1 brings forward the issue to study, which introduces the origin of "mediation preference" and related practice and sums up the disputes about the relation between mediation and rule of law. Chapter 2 analyzes different views on mediation based on traditional theories and modern theories of rule of law, and justifies modern mediation. In China, traditional practice of judicial mediation can not accord to modern spirits of rule of law and should be changed accordingly. Chapter 3 is about the justification of mediation preference. Both mediation and judgment, as different disputes resolution ways, play the important role during the process of legalization. The excessive emphases on "mediation preference" in China's judicial practice can lead to unfavorable consequences. Rational limits to mediation preference should be set up. Chapter 4 analyzes the issue of whether mediation and judgment should be separate. Absolute separation of mediation and judgment is not justified. The syncretism of mediation and judgment may result in many problems such as unwilling mediation and unfair

justice, which can be settled by other related systems. Chapter 5 discusses the role of judges in mediation. The role of judges in mediation should be defined reasonably and relevant restriction systems should be established to avoid the abuse of judicial right.

Key Words: Mediation Preference; Theories of Rule of Law; Relation between Mediation and Judgment

厦门大学博硕士论文摘要库

目录

引 言.....	1
第一章 问题的提出	2
第一节 调解复兴下的法院“调解优先”	2
一、法院调解的相关政策与立法	2
二、法院调解的实践发展	5
第二节 “调解优先”引发的争议	6
一、理论纷争	6
二、研究角度	6
第二章 调解与法治	8
第一节 经典法治理论下的调解观	8
一、调解无法产生“规则之治”	8
二、调解无法实现“完全正义”	9
三、调解会减损“权利”	10
第二节 现代法治理论下的调解新解	10
一、调解符合法治的多元化理念	11
二、调解也是实现正义的方式	12
三、调解并不损及当事人的权利	13
第三节 法院调解的现代化转型	15
一、充分尊重当事人的自治	15
二、保障当事人的诉权	15
第三章 关于调解的优先性	17
第一节 调判关系的历史演变	17
一、“调解为主、判决为辅”	17

二、“着重调解、判决补充”	18
三、“自愿合法调解、调判并重”	19
四、“调解复兴、调判结合”	19
五、“调解优先”	20
第二节 调解优先性问题的思考	20
一、调解优先的弊端	20
二、调解与判决的定位	22
三、调解优先的边界	23
第四章 关于调审关系	25
第一节 调审分离论与调审合一论	25
一、理论之争	25
二、相关立法与实践	26
第二节 调审关系模式的比较法考察	28
一、调审分离模式	28
二、调审合一模式	29
三、发展趋势	29
第三节 调审分离的非必然性	30
一、调审合一弊端的非现实必然性	30
二、调审分离的弊端	32
三、调审分离的不可操作性	33
第五章 关于法官在调解中的定位	34
第一节 我国法院调解中的法官角色现状评析	34
第二节 调解中法官角色的比较法考察	35
一、美国	35
二、英国	36
三、法国	37
四、德国	37
五、日本	38

六、台湾地区	38
第三节 法官在调解中的合理定位	38
一、法官在调解中的重要作用	39
二、法官积极调解的边界	39
三、调解中法官滥用职权的规制	40
结 语.....	43
参考文献	44
后 记.....	48

厦门大学博硕士论文摘要库

Contents

Preface	1
Chapter 1 Issue to be discussed	2
Subchapter 1 “Mediation preference” in the context of mediation revival	2
Section 1 The policies and legislations related to court mediation.....	2
Section 2 Court mediation in practice.....	5
Subchapter 2 Discussion about “mediation preference”	6
Section 1 Arguments in theory	6
Section 2 Perspective of research	6
Chapter 2 Mediation and rule of law	8
Subchapter 1 Views on Mediation based on traditional theories of rule of law	8
Section 1 Mediation cannot produce “control of rule”	8
Section 2 Mediation cannot realize “complete justice”	9
Section 3 Mediation may damage “rights”	10
Subchapter 2 Views on Mediation based on modern theories of rule of law	10
Section 1 Mediation accords to multi-dimensional conception.....	11
Section 2 Mediation is also among the ways to realize justice.....	12
Section 3 Mediation does not damage the rights of parties	13
Subchapter 3 Modernization of court mediation	15
Section 1 Full respect for autonomy of parties	15
Section 2 Provide guarantee to the right of suit of parties.....	15
Chapter 3 Research on mediation preference	17
Subchapter 1 The evolvement of the relation between mediation and	

	judgment	17
Section 1	“Priority to mediation, assisted by judgment”.....	17
Section 2	“Emphases on mediation, complemented by judgment”.....	18
Section 3	“Unconstraint and legal mediation, same emphases on mediation and judgment”.....	19
Section 4	“Mediation revival, combination of mediation and judgment”.....	19
Section 5	“Mediation preference”.....	20
Subchapter 2	Reflection on the issue of mediation preference	20
Section 1	Disadvantages of mediation preference.....	20
Section 2	Orientation of mediation and judgment.....	22
Section 3	Boundary of mediation and judgment.....	23
Chapter 4	Research on the relation between mediation and trial ...25	
Subchapter 1	Separation or syncretism of mediation and trial	25
Section 1	Arguments in theory.....	25
Section 2	Relevant legislations and practice.....	26
Subchapter 2	Comparative Study on the relation between mediation and trial	28
Section 1	The model of separation of mediation and trial.....	28
Section 2	The model of syncretism of mediation and trial.....	29
Section 3	The trend.....	29
Subchapter 3	Non-inevitability to separate mediation and trial	30
Section 1	Non-inevitability of unfavorable consequences of syncretism of mediation and trial.....	30
Section 2	Disadvantages of separation of mediation and trial.....	32
Section 3	Non-manueverability of separation of mediation and trial.....	33
Chapter 5	The role of judges in mediation	34
Subchapter 1	Comment on the role of judges in court mediation in China	34
Subchapter 2	Comparative research on the role of judges in mediation	35

Section 1	American.....	35
Section 2	Britain	36
Section 3	France.....	37
Section 4	Germany.....	37
Section 5	Japan	38
Section 6	Taiwan	38
Subchapter 3	The due role of judges in mediation	38
Section 1	The important influence of judges in mediation.....	39
Section 2	The boundary of positive mediation by judges.....	39
Section 3	Limits to misuse of authority of judges in mediation	40
Conclusion	43
Bibliography	44
Postscript	48

引 言

调解是人类生活中最常见的一种纠纷解决方式。随着 ADR 的兴起与发展, 调解作为一种最具代表性的 ADR 方式, 在世界范围内获得了广泛关注和推崇。调解的正当性得到公认, 不再被视为对公民诉权的剥夺, 并且, 随着社会的发展, 调解的法律地位日益提高。在西方国家日益重视调解制度的同时, 我国虽然具有丰富的调解资源和传统, 但实际上, 调解的利用状况、法律地位和制度创新等方面反而远远落后于许多西方国家。

进入 21 世纪以来, 面对着我国社会转型期矛盾高发、案件复杂难解的局面, 领导层越来越意识到司法资源的有限性和多元化纠纷解决机制的重要意义, 遂积极促进调解, 带来了调解的快速复兴。在诉讼领域, 法院调解的功能和价值也得到高度强调和重视, 最高人民法院甚至提出了“调解优先”的民事审判工作原则, 2012 年最新修改的《民事诉讼法》也贯彻了“调解优先”的理念, 调解贯穿于诉讼全过程。实践中, 调解被各级法院推向了极致, 调解率的高低成为一项重要的法官业绩考核标准, 不少法院甚至走向“零判决”。在调解强势发展的进程中, 质疑声始终相伴左右: 调解主要适用于熟人社会, 而现代已无社会基础; 强化调解导致人们法律虚无主义意识扩展和蔓延、影响裁判水平的提高、侵害当事人的权利; 强化调解对我国刚刚起步的法治而言是负面效应大于正面效应; 等等。

事实上, 在调解发展过程中, 中外法学家都对调解与判决的关系问题存在激烈争执。只不过因我国正处于法治化进程中, 我国目前的法院调解实践中出现了不少问题, 不仅损害了私权, 而且威胁到法治, 从而使类似的争执更为突出。如此, 如何正确认识调解与判决的关系, 尤其在我国的法治化进程中如何合理处理二者的关系, 就变得尤为重要。从法治的角度对法院调解理论展开研究, 力图对调判关系进行合理的定位, 便是本文研究的初衷所在。

第一章 问题的提出

第一节 调解复兴下的法院“调解优先”

一、法院调解的相关政策与立法

法院调解制度发端于我国新民主主义革命时期。新中国建立后一直至 20 世纪 90 年代之前，法院调解一直是我国法院解决民事纠纷的主要方式。但 90 年代开始，随着我国民事经济审判方式改革的逐步推进，传统的调解型审判模式逐渐向判决型审判模式转变，加之这一时期的主流思想将法治理解为“规则之治”，法律和司法判决的正当性日益被重视，调解的重要地位遭到冷遇，法院调解率逐年下降。自 90 年代后期以来，面对大量积案和审判力量严重不足等现实，人民法院开始调整自身的理念和政策，法院调解逐步入复兴时期。例如，上海市第一中级人民法院早在 2000 年 7 月就在全院下发了《关于加强法院调解工作的若干规定》；随后，最高人民法院也相继出台了《关于人民法院民事调解问题的若干规定》、《关于人民法院民事调解工作的若干规定》等关于强化调解的司法解释。2006 年，为了促进和谐社会建设，中央强调要建立和完善多方面、多层次的纠纷解决机制，要重视调解化解社会矛盾纠纷的作用，构建大调解工作体系。^①自此，全国各地纷纷开展大调解机制的建设工程。在这样的背景下，曾经衰落的

^① 2006 年 11 月 27 日，中共中央政治局常委罗干同志在全国政法工作会议上的讲话中强调：要建立和完善多方面、多层次的矛盾纠纷解决机制，不能把矛盾都引向司法渠道，要求各级党委、政府发挥政治优势，注重发挥调解手段化解社会矛盾纠纷的作用，着力构建在党委领导下，以人民调解为基础，加强行政调解和司法调解，三种调解手段相互衔接配合的大调解工作体系。因此，所谓大调解，大致指“人民调解、行政调解（协调）和司法调解的整合和联动”（苏力. 关于能动司法与大调解[J]. 中国法学, 2010, (1): 5.）。不过，正如李祖军教授所言，大调解中的“大”为很不确定的概念，站在不同的角度有不同理解：从人民法院的角度看，对内所称的大调解是全员、全面、全程的诉讼调解，除法院自己调解外，还包括委托协助调解，对外所称大调解则强调诉讼调解与其他单位、其他调解手段的有效对接；从司法行政机关的角度看，大调解主要指人民调解；从党委的角度看，则指党政领导，政法综治部门牵头协调，司法部门指导，其他部门参与，各种手段相互配合、相互协调，纠纷排查和处理各种矛盾的机制（参见：李祖军. 调解制度论：冲突解决的和谐之路[M]. 北京：法律出版社，2010. 212.）。本文这里所称的大调解，乃指一般意义上的人民调解、行政调解和司法调解三位一体的调解体系。

附带一提的是，大调解概念与西方的 ADR 概念有共通之处，但不能等同。ADR（Alternative Dispute Resolution）概念源于美国，原指 20 世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决机制的总称，现在已引申为对世界各国普遍存在着的、民事诉讼判决以外的非诉讼纠纷解决方式或机制的总称。调解是 ADR 中最重要的组成部分，很多国家甚至将调解作为 ADR 的同义词，但 ADR 的外延更广泛，除了调解，还包含协商、仲裁等多种方式（范愉,等. 调解制度与调解人行为规范[M]. 北京：清华大学出版社, 2010. 12.）。

法院调解进一步得到强调和重视。2007年，最高人民法院确立了“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”的方针，法院调解强势展开。

2009年3月10日，最高人民法院院长王胜俊在最高人民法院工作报告上首次提出了“调解优先、调判结合”的原则。同年7月，最高人民法院在全国法院调解工作经验交流会上正式确定了该原则。王胜俊院长在该会议上强调，全面加强调解工作，是继承中华民族优秀文化和发扬人民司法优良传统的必然要求，是发挥中国特色社会主义司法制度优势的必然要求，是维护社会和谐稳定的必然要求；调解是高质量的审判，调解工作做好了，能够实现化解纠纷与保护权利的有机统一，实现尊重当事人主体地位与维护法治权威的有机统一，实现便捷灵活与严格程序的有机统一，实现办案法律效果和社会效果的有机统一，完全符合现代法治精神和司法要求；调解是高效益审判，成功的调解，既能满足当事人解决纠纷的要求，又能满足当事人追求公正的要求；既可以减轻当事人的讼累，解决当事人诉讼难的问题，又可以节省大量的司法资源，缓解巨大的审判压力；调解能力是高水平司法能力。^①中央政法委员会于2009年8月《关于进一步加强和改进涉法涉诉信访工作的意见》中提出，要建立和完善司法调解与人民调解、行政调解、仲裁等的衔接机制，依靠基层党组织、基层政权组织和其他社会组织，通过自愿协商和调解的方式化解矛盾纠纷；法院要把调解作为处理民商事案件、刑事附带民事案件、执行案件的优先选择；有条件的地方要设立人民调解、行政调解、司法调解的联调窗口，引导当事人通过人民调解、行政调解的方式解决矛盾纠纷；对必须进入司法程序的，要坚持调解优先、调判结合，努力做到案结事了。^②2010年6月，最高人民法院印发了《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》，要求各法院牢固树立调解意识，进一步增强贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的自觉性；完善调解工作制度，全面推进调解工作，“各级法院特别是基层法院要把调解作为处理民事案件的首选结案方式和基本工作方法。对依法和依案件性质可以调解的所有民事案件都要首先尝试通过运用

^① 王胜俊在全国法院调解工作经验交流会上强调 全面理解和正确把握“调解优先、调判结合”原则 积极推动建设诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制[N]. 人民法院报, 2009-07-29 (1).

^② 中央政法委解读加强和改进涉法涉诉信访工作意见[EB/OL]. http://www.gov.cn/jrzq/2009-08/18/content_1395716.htm, 2009-08-18.

调解方式解决，将调解贯穿于民事审判工作的全过程和所有环节。”2011年5月30日，最高人民法院院长王胜俊在上海召开的全国大法官研讨班上强调，在中国特色社会主义法律体系已经形成、法律制度日益完善的社会条件下，仍要坚持“调解优先、调判结合”的工作原则，因为调解是化解社会矛盾、促进社会和谐的有效方式，具有广泛的社会基础和群众基础，符合中国国情和社会管理的客观规律。^①2012年6月，最高人民法院副院长沈德咏在全国大法官研讨班上表示，要坚持“调解优先、调判结合”工作原则，进一步完善诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制，努力形成化解社会矛盾的整体合力。^②

2012年8月31日新修订的《民事诉讼法》也充分体现了司法中“调解优先”的理念，贯彻了把调解贯穿于诉讼全过程的指导思想。例如，新《民事诉讼法》增设了“先行调解”，其第122条规定：“当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。”^③在第一审程序中，调解覆盖了程序的各个阶段：在“起诉与受理”阶段中，有立案前的先行调解；在“审理前的准备”阶段，有第133条规定的包括立案调解和其他审前调解在内的开庭前的调解；在“开庭审理”阶段，有第142条规定的法庭辩论终结后法院作出判决前的调解。在第二审程序和再审程序中，依然保留了原有的允许调解结案的规定。

^① 最高法：坚持调解优先、调判结合化解社会矛盾[EB/OL]. http://news.xinhuanet.com/politics/2011-05/30/c_121475305.htm, 2011-05-30.

^② 最高法：各级人民法院要始终保持坚定政治立场 [EB/OL]. http://www.china.com.cn/policy/txt/2012-06/25/content_25727497.htm, 2012-06-25.

^③ 对于此“先行调解”的性质，立法没有明确、清晰的解释，但理论上，至少有三种可能的解读：第一种是先于诉讼的调解，即在原告起诉后法院于立案前进行的调解；第二种是先于庭审的调解，即立案后庭审前进行的调解；第三种是先于判决的调解，即在法庭辩论终结后法院作出判决前的调解。有学者认为，先行调解应属立案前的调解，原因在于：第一，先行调解规定在新《民事诉讼法》的第122条中，第122条是在“起诉与受理”一节中，该节总共6个条文，前3条是关于起诉条件和起诉状的规定（第119条—第121条），后3条是关于法院如何处理起诉的规定（第122条—第124条），第122条的位置是在第123条（关于法院应当保障当事人的诉权和受理依法提起诉讼）、第124条（关于不予受理情形及其处置的规定）之前，因此从逻辑上看，应当解释为受理前的调解。如果先行调解是指立案后由法院进行的调解，规制先行调解的条文理应置于第123条关于受理的规定之后。第二，新《民事诉讼法》在“审理前的准备”这一节中，新增了第133条关于案件分流的规定，第133条是这一节的最后一条，根据该条的规定，分流的第二种情形便是开庭前的调解，即立案后开庭审理前的调解。第三，这也有助于疏减诉讼。如果能够通过立案前的先行调解，把一部分纠纷分流到诉讼之外，才能减轻案件持续增加给法院带来的巨大压力。（参见李浩，先行调解性质的理解与认识[N]. 人民法院报，2012-10-17（7）。）

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库