

先行调解的规范与适用

中国社会科学院法学研究所研究员 教授 徐卉

新民事诉讼法第一百二十二条规定：“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。”这一新增条文，使先行调解制度被正式确立为民事程序机制，为诉讼当事人又提供了一条纠纷解决方式。

先行调解的程序定位

先行调解，是指法院在民事诉讼程序开始之前对双方当事人之间的民事纠纷进行的调解。就其性质而言，先行调解属于替代诉讼的纠纷解决机制，在程序上既独立于诉讼程序，同时又与诉讼程序紧密相连。概言之，先行调解既不同于诉讼外的调解，也不同于诉讼中的调解。

长期以来，由于立法疏漏，我国的法院调解制度是调审合一，不仅调解法官和主审法官重合，而且也没有独立的调解程序，因此，存在着“调解与审判功能混淆”的问题，并一定程度存在“以判压调”、“以调拖审”的现象。先行调解制度的正式入法，即旨在通过构建独立的诉前调解程序，实现“调审分离”。

事实上，伴随着正义内涵的扩展和对法院功能的重新认识，许多国家纷纷探索对替代性纠纷解决方式（ADR）进行吸收、整合，使之成为法院解决纠纷机制的组成部分，即司法ADR。在某些法定条件下，司法ADR还被设计成诉讼程序的前置阶段，如日本的民事和家事调停，我国台湾地区的诉前调解等。在我国的司法实践中，各地法院探索实行的诉前调解，将诉讼中的调解向立案前延伸，通过调动社会组织积极参与调解，灵活运用协助调解、委托调解等机制，满足了当事人对于纠纷解决的不同要求。

总之，作为司法ADR，先行调解具有准司法性质，是以法院为管理、监督甚至主持机构，与诉讼程序相关联但又与审判程序截然不同的裁判外纠纷解决制度，其作为案件进入法院后的非审判纠纷解决途径，基于当事人的自愿选择，在诉讼开始之前就进行，与审判途径相辅相成，共同承担着解决纠纷的司法职能。

先行调解程序的基本原则

1.自愿原则 作为先行调解的一般原则，自愿原则是指当事人在先行调解程序中，有权按照自己的意愿选择是否进入先行调解程序、选择调解的内容、自主决定是否让步等。自愿性是调解的根本特性，自愿原则体现了法院对于当事人诉权的尊重。

2.合法原则 合法原则是指人民法院和双方当事人的调解活动及其达成协议的内容，必须符合法律的规定，包括程序合法与实体合法。在先行调解的过程中，人民法院、调解组织与当事人必须遵循民事诉讼法等法律法规、司法解释规定的程序，达成的调解协议内容不得违反法律的禁止性、限制性规定，不得损害国家利益、社会公共利益和第三人的合法权益，不得违反公序良俗。

3.保密原则 保密原则是指先行调解程序中的法官、当事人及其他参与人对调解过程负有保密义务，不得泄露给本案当事人以外的人。调解的私密性促使双方尽可能表达其真实意图。出于同样的原因，调解记录也不允许用于调解失败后的诉讼，除非经双方当事人同意。

4.效率原则 诉前先行调解潜在的问题或风险，主要是拖延诉讼及妨碍行使诉权。为避免这些问题，应当明确先行调解坚持以效率、快捷为原则，避免案件在立案阶段积压，并注意切实保障当事人的自愿，不片面追求和解或调解率。

先行调解程序的构造

1.先行调解程序的适用范围 在这方面，借鉴日本和我国台湾地区有关法律规定，结合我国已

有的立法规定,可根据诉讼人数、案件性质、争议内容、标的金额的不同,将案件分为强制调解、自愿调解和不适用调解三种类型:(1)强制调解,指根据法律规定,在诉讼程序开始之前必须先由法院主持下进行调解的案件种类。根据程序基本权保障原理和程序与纠纷相一致原理,我国强制先行调解的案件范围应当包括离婚纠纷、收养纠纷、监护纠纷、继承纠纷、扶养纠纷、抚养纠纷、赡养纠纷、宅基地纠纷、相邻关系纠纷、不动产共有人或利用人相互间因建筑物或其共有部分的管理发生的纠纷、劳务合同纠纷、交通事故引起的损害赔偿纠纷、合伙协议纠纷、争议金额比较小的其他财产纠纷等。但是,根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解,或者显然没有调解必要,或者向对方当事人送达需要通过公告送达或向国外送达的除外。(2)不适用先行调解的案件类型,根据最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第2条,对适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件,婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件,人民法院不予调解。(3)自愿调解的案件类型,则是指除了强制先行调解和不适用调解的案件类型之外,其他案件均可按照当事人的意愿,由当事人选择是否进行调解。

2.先行调解程序的启动 在先行调解中应明确当事人在程序中的主导地位,因此,先行调解程序原则上依当事人申请调解而启动。同时,如一方当事人申请先行调解,对方当事人未明确拒绝的即视为默示认可。此外,对于属于法律规定的强制调解的案件,则由人民法院依职权启动先行调解程序,这类案件无论当事人是申请调解还是提起诉讼,都必须先经过调解程序。

3.先行调解的进行 先行调解原则上在法院进行,也可灵活掌握,在当事人能够接受的其他地方如纠纷发生地、当事人所在地进行。由于先行调解处理的案件尚未进入诉讼系属,不便由各审判庭来负责管理,所以应设立专门负责先行调解的协调管理机构,根据当事人的选择,具体安排不同的调解主体,进入调解程序,决定调解员的回避等事项,并对经由不同调解程序达成的调解协议进行审查,同时,对不能达成调解协议的案件进行审查,决定受理或裁定不予受理。

4.调解结果及效力 先行调解包括调解成功和调解不成两种结果。调解成功,一是当事人之间达成调解协议,二是当事人根据调解协议向法院申请确认。调解协议对双方当事人具有法律约束力,任何一方不得随意反悔;法院调解书一经制成,产生与生效裁判同样的法律效力。先行调解不成的,应当转入诉讼程序,及时进行裁判。

5.调解费用 先行调解旨在为当事人提供一种低成本的纠纷解决途径,因此先行调解不预收诉讼费。如果当事人通过先行调解达成了协议当场及时履行或者原告撤回起诉的,不再收取诉讼费;如果当事人申请司法确认,需要法院出具调解书的,收费也应当低于正常的诉讼案件收费标准,实践中某些法院仅收取标准诉讼费的10%至20%。

先行调解程序实施的保障机制

作为探索社会矛盾化解的一种新方式,先行调解程序的顺利运行需要相应的保障机制,其中,常设性法院附设调解机构的设立及其可持续发展是关键。对此,可以借鉴日本、韩国的经验,从社会人士(如选择退休法官、检察官、人民调解员、仲裁员等)中选任一定数额的民间调解员,制定调解员名册置于法院,以供申请先行调解的当事人挑选。当事人可以从名册中挑选出一至三名担任调解员;当事人无法确定的,由法院代为指定。根据案情,法院可以指派调解法官担任调解委员会主席,另选两名调解员组成合议庭。法院负责调解员的选聘、培训和管理,报酬方面可以按照工作日支付。同时,为了发挥制度的灵活性,法院可以选聘一些具有专业知识背景的临时调解员;对于特定案件,法院可组织临时调解员进行调解,给当事人以专业化的服务。在此所涉及的机构组建、经费保障和调解员的职业化等问题,都至为重要。

新民事诉讼法通过设立先行调解程序,开启了多元化纠纷解决机制的制度化进程,但只有建立了完备的保障机制,才能让制度正常运行,实现审判与调解的良性互动。