

# 调解业务前沿



2024 年 10 月刊



上海市律师协会  
调解业务研究委员会

编委会

孙彬彬 邓哲 胡卫民 李凝未

# 目 录

<b>【业务动态】 .....</b>	<b>3</b>
一、 域外商事调解法律制度概览.....	4
二、 《商事调解工作规范》团体标准在深发布 .....	9
三、 福建省出台《进一步深化消费纠纷多元化解工作意见》 .....	10
<b>【专业文章与案例分析】 .....</b>	<b>11</b>
一、 妈祖在上：民间信仰在基层矛盾纠纷化解中的作用与边界 .....	12
二、 论非诉讼纠纷解决机制的司法属性.....	28
<b>【最新法律法规及政策解读】 .....</b>	<b>58</b>
一、 龙岩市住房和城乡建设局关于进一步完善建设工程定额解释与计价争议调解工作的通 知 .....	59

如您对本资料有任何意见或建议，

请联系：谭书卿 tanshuqing@zhonglun.com

## 【业务动态】



## 一、域外商事调解法律制度概览

来源：人民法院报

作者：罗茂路 简元华 龚荣

商事调解是指在中立第三方的主持下，通过平等协商解决商事纠纷，因有助于推动商事纠纷多元化、快速化解决，为优化营商环境提供支撑而日益受到重视。

### 法律适用及调解方式

许多国家对商事调解的法律适用及调解方式作了详细规定。

法律适用。一是适用商事调解专门法。如加拿大安大略省的《商事调解法》对商事调解的程序和范围作了规定。其调解范围包括商品交易服务、保险、货物或旅客运输等纠纷。二是适用调解综合法。代表国家有俄罗斯、韩国、澳大利亚、日本、美国等。2010 年，俄罗斯联邦通过《关于调解员参与的替代性争端解决程序》，规定在民事（包括商事）纠纷中可以适用调解程序。

调解方式。一是由法院主导调解。在美国，法院可以建议当事人通过调解解决争议，如果调解不成功，双方将恢复诉讼。澳大利亚大部分州法院规定，可以直接开展调解而无须事前获得争议双方的同意。韩国地方法院规定，可以强制当事人进行调解。二是由专业调解机构调解。韩国设立了 60 多个行政调解委员会，每年登记处理纠纷 1000 余件。澳大利亚设有澳大利亚国际商事仲裁中心等机构提供商事调解服务。

### 调解组织的设立与管理



许多国家对商事调解的组织设立及管理制定了相应的法律制度。

组织设立。一是以公司名义注册成立。如澳大利亚以公司的形式注册成立商事调解机构。二是按民法规定设立。如俄罗斯的商事调解机构要按照《俄罗斯民法典》的规定进行登记。三是经行政部门认证设立。日本法务省定期开展民间争端解决业务的个人或实体认证，申请人要具备知识和技能并拥有实施该服务的财务基础。

管理办法。一是行业自律。加拿大替代性争议解决协会自创了在全国范围内被广泛接受和认可的替代性争议解决的具体标准。俄罗斯的调解员可以自行创建自律组织，监督组织成员遵守法律法规。调解员自律组织登记簿由俄罗斯联邦政府授权的联邦执行机构负责维护。二是税收管理。韩国的调解机构是非营利性的，但仍需对其提供商事调解服务而获得的收入缴纳增值税和企业税。

### 调解员的准入与管理

许多国家对商事调解员的准入与管理制定了制度。

准入门槛与资格认证。澳大利亚调解员资格由国家调解员认证委员会认证，每隔两年进行续展认证。俄罗斯将调解员分为专业调解员和非专业调解员，退休法官可以直接担任专业调解员。美国加利福尼亚州圣地亚哥高级法院在调解员手册中规定，调解员应当具备获得认可的学院或大学的学士学位，并且必须具有调解经验，提供过或者与他人合作提供过至少 6 次调解服务，每次时长至少 2 个小时。

培训和考核。韩国商事仲裁委员会每年与韩国调解研究学会合作开展共 30 课时的培训。俄罗斯的基础调解培训一般是 120 个小时。澳大利亚相关部门和

机构会对调解员的工作绩效和表现进行评估，其评估方式包括组织联合调解、旁观调解。

投诉与惩戒。美国法院建立了专门的投诉委员会来处理对调解员的投诉。在投诉审查期间，该调解员会被暂时移出调解员名册，直至投诉委员会作出最终决定。

### 调解与诉讼和仲裁的衔接

商事调解与诉讼和仲裁关系密切，三者相互补充，共同推动商事纠纷的最终解决

调解与诉讼。一是法院直接附设调解。澳大利亚法院附设调解，在启动调解程序以及任命调解员之后，调解员将通知双方当事人按调解日程表开始调解。二是法院分送调解。在当事人提起诉讼后，韩国法院会对适合调解的案件进行分类，分送给相关机构。三是法院将案件转介调解。在俄罗斯，如果案件已经进入诉讼，当事人可以主动申请法院转介进入调解。

调解与仲裁。加拿大仲裁机构设计了“调解—仲裁”模式，分为五个阶段：“调解—仲裁”协议、调解阶段、过渡阶段、仲裁阶段、和解协议或裁决。该模式十分严格，参与此种模式的调解员和仲裁员首先要完成 16 个小时的专业培训。韩国法律规定，当事人可以在仲裁程序中的任何时候，根据韩国商事仲裁委员会的调解规则，以书面协议的形式要求对全部或部分争议进行调解，调解员应为不同于仲裁庭的成员。

### 调解的程序

许多国家对商事调解的程序启动、终止等作了规定。

程序启动。俄罗斯调解程序自当事人就调解程序达成协议之日起开始。在加拿大不列颠哥伦比亚省，根据最高法院的民事规则，法官可以命令当事人参加法官主导的和解会议，启动调解。

调解周期。韩国商事仲裁委员会规定只需一方当事人提出申请即可开始调解，韩国国内纠纷调解期限为 2 个月，跨国纠纷调解期限为 3 个月。在俄罗斯，争议提交法院或仲裁庭后转介调解程序的，调解期限不得超过 60 天。

证据披露。在加拿大，大多数证据在调解中可以在“无损权益”的基础上予以披露。根据调解保密要求，调解过程中的陈述和文件不能在调解程序之外被引用或用作证据，除非双方当事人都同意放弃该权利。

程序终止。在俄罗斯，调解程序可因下列情形终止：双方达成调解协议；双方达成终止调解程序的协议；调解员认为调解程序不适宜继续进行，并向当事人发送书面声明；一方或多方当事人向调解员发送书面申请，拒绝继续调解程序；调解程序期限届满。

### 调解协议的执行效力

商事调解协议由法定组织机构主导产生，可分为以下几种执行方式

按合同规定执行。在美国，和解协议的效力与一般的合同相同，如果一方当事人拒绝履行和解协议中的条款，其他当事人可以在法庭上提出强制履行和解协议的请求。

向法院申请执行。在韩国，法院调解达成的调解协议，与法院裁判具有同等效力，可以依据《民事调解法》执行。行政机关主持的行政调解，也与法院调解具有同等效力，当事人可以向法院申请执行。

经法院确认后执行。在澳大利亚，由于调解机构主导民间调解，各方当事人达成的和解协议在法律上无强制执行力，各方当事人可约定共同前往法院，通过“即时和解”制度，在法官面前再次达成和解协议，经过该法官亲自确认后，使该和解协议产生类似于判决的法律效果。

经公证后执行。在澳大利亚，各方当事人还可将和解协议送至公证机构，由公证机构公证后再提交法院予以执行。在俄罗斯，调解协议经过公证，就具备了执行效力。

### 调解费用收取与救济

许多国家规定了商事调解的收费办法，并制定了商事调解的救济制度。

收费办法。一是按诉讼费标准收费。日本法院的调解收费与诉讼收费相类似，即按照案件标的金额进行收费。二是按调解时间收费。美国的调解员计费通常以小时为单位，每小时的费用因调解地区、调解员的背景与经验不同而有所差别。

调解救济。澳大利亚新南威尔士州的民事诉讼法对参与调解程序的各方的义务作出了规定，被转介进入调解程序的当事人负有真诚地参与调解的义务。如果一方或多方当事人违反法律或和解协议，受害方可以启动诉讼程序，恶意参与调解的一方可能会受到法律处罚。

（作者单位：重庆市第三中级人民法院）



## 二、《商事调解工作规范》团体标准在深发布

来源：深圳特区报

近日，由深圳市司法局、光明区司法局、深圳市商事调解协会、光明区商事调解协会、深圳市标准技术研究院等 5 家单位联合起草的《商事调解工作规范》团体标准发布，为全国首个，有效填补了商事调解工作统一标准方面的空白。

据介绍，《商事调解工作规范》内容主要涵盖商事调解的基本要求、调解组织、调解员、调解当事人、调解协会、调解程序、制度保障和工作指导等方面，适用于指导民办非企业单位的商事调解组织开展商事调解工作。

据统计，截至目前，深圳市共成立民办非企业单位型商事调解组织 35 家，成立事业单位型商事调解组织 1 家；商事调解员 2374 名，共受理 7.7 万余宗案件。

《商事调解工作规范》的发布，将强有力推动商事调解工作规范从实践探索向规则转变，对日后深圳市商事调解立法提供可借鉴的经验做法。未来，深圳市司法行政部门将不断完善商事调解的制度建设，积极营造更加公平有序的法治化营商环境。

### 三、 福建省出台《进一步深化消费纠纷多元化解工作意见》

来源：中国消费网

近日，福建省消费者权益保护委员会、省司法厅、省市场监管局、省高院、省检察院、省公安厅等六部门联合印发《进一步深化消费纠纷多元化解工作意见》，提出四方面举措，推动消费纠纷多元化解工作向高质量发展。

一是明确各部门职责，强化信息共享，源头治理，推进消费纠纷解决机制的职能优化与有效衔接，形成多元化解合力，从源头上预防和化解纠纷。

二是明确消委会（消协）和市场监管部门调解达成的协议，可向人民法院申请司法确认。同时，优化诉讼服务，对适宜调解的案件人民法院可以委派调解组织调解。

三是凝聚多元合力，建立专业人才库和专家辅助人制度。选拔专业技术、检测检验、认可认证专家，为重大民生类消费纠纷案件调解提供专业意见。建立调解专家库和人民调解员队伍，推进消费纠纷调解员队伍专业化发展。

四是强化部门协作，定期或不定期召开会议，沟通交流消费维权工作中的问题，发布消费者权益保护白皮书。建立跨部门综合治理协作机制，健全消委会（消协）与法院的诉调对接机制，与检察机关的公益诉讼协作等机制，提升重大民生消费领域纠纷解决的质量和效率。

## 【专业文章与案例分析】



## 一、 妈祖在上：民间信仰在基层矛盾纠纷化解中的作用与边界

作者：陈科霖 张 倩 深圳大学政府管理学院

来源：《公共管理评论》杂志 2024 年第 3 期

### 一、问题的提出

民间信仰是介于一般宗教和一般信仰形态之间的“俗文化”，属于传统文化的范畴（林国平，2007）。在中国古代，民间信仰与官方意识形态常常处于对立的状态，但封建时代“皇权不下县”的特征使得民间信仰在传统农业社会的乡村治理中仍有着凝聚社会和规范行为的重要作用。随着国家权力的下沉、现代化进程中法治理念的深入和社会理念的多元分化，民间信仰所具备的参与基层社会“治理”的传统功能逐步式微。而中国国家治理“有限社会资源”同“超大规模治理资源需求”的矛盾特征（唐皇凤，2005），又使得“一统”的普适性制度规范和“地方”的特殊性治理诉求之间存在着紧张关系。因此，基层矛盾纠纷调解中出现的“合法不合情，合情不合法”“无证据纠纷化解难”“双方都有理”等棘手难题亟须在正式的法治规范的基础上寻求具备影响力的民间规范的介入。基于此，更值得关注的问题在于：民间信仰在基层矛盾纠纷化解中能够发挥什么样的作用？其在基层矛盾纠纷化解中有着怎样的作用机制和适用边界？

民间信仰领域的案例研究多聚焦于宗教信仰和民族习惯法在少数民族地区矛盾纠纷化解中的机制作用。如甘南藏族矛盾纠纷化解中的“吃咒”机制（杨雅妮，2017），甘肃回族的“清真寺调解”机制（拜荣静，2011），新疆维吾尔族的“库尔班大叔调解室”，云南白族的“神判调解”机制（桑爱英，

2014)，贵州侗族、苗族的“民歌调解”机制（冷传莉和陈桐，2024），贵州苗族、布依族的“寨老调解”机制，四川彝族的“德古调解”机制，云南傣族的“滚套调解”机制，以及四川羌族的“团吃调解”机制等（罗兴佐和何晓龙，2019）。不同于具有强制度性特征的宗教信仰，民间信仰具有弱制度性和弱组织性，但其对于社会治理特别是矛盾纠纷化解的作用并不逊于宗教（赵俊娟，2023），并且仍然具备基层矛盾纠纷治理的现代性价值（石文杰和马华，2024）

对于同时受正式规范与非正式规范影响的基层治理而言，社会规范理论（Social Norm Theory）提供了一个可行的研究理论视角。Cialdini 等将社会规范区分为描述性规范和指令性规范（Cialdini et al., 1990），其中指令性规范更加倾向于关注规范的应然层面，并依靠社会评价对人们的行为产生显著影响（Brauer and Chaurand, 2010）。例如，在妈祖信仰者看来，欺骗妈祖的人会“遇浪翻船，天地不容”，因此在强大的指令性规范影响下，社会成员往往不会因为短期的“机会主义利益”而去冒长期的“社会道德风险”。可见，在特定的条件和环境下，民间信仰具备平衡作为正式规范的法律与作为非正式机制的基层矛盾纠纷化解之间的张力和冲突的功能。

基于前述问题意识和理论视角，本文以东南沿海地区代表性的妈祖信仰为例，选取其发源地福建省莆田市秀屿区湄洲镇为调研对象，以期对民间信仰在基层矛盾纠纷化解中的作用机制和适用边界进行深入探究。本文的研究资料主要来源于笔者 2023 年 11 月至 2024 年 3 月期间在福建省莆田市湄洲镇的田野调研以及本文修改过程中的补充调研。调研期间，笔者采用参与式观察、深度

访谈、半结构式访谈等方式与当事人、调解员等相关人员展开了总计 27 次访谈，对“妈祖评理室”案例进行了深入考察，获取了真实详细的一手资料。

## 二、“妈祖评理室”建立的背景

### （一）源远流长的妈祖信仰

湄洲岛的妈祖信仰源于北宋时期，至今已有千余年的历史。妈祖原名林默，28 岁时因救助渔民不幸遇难并“升天”为神。随着历代皇帝的不断加封，“天后”这一民间信仰将东南沿海地区塑造成重要的地方文化共同体。近代以来妈祖文化不断外传，已经成为全球沿海广大地区华人同胞的共同精神支撑。

由于福建沿海地区较早发育出了发达的商业文化，“福建会馆”和“天后宫”就成为福建人内部调解商业矛盾、团结同乡力量的重要载体（牛新原，2022）。因而妈祖宫庙不但是地方的文化中心，也成为地方的社会治理中心。在当地，妈祖一度发挥着化解矛盾纠纷的作用。其具体表现为，岛民在产生矛盾时，常有人会提出到妈祖面前去发誓，这种“庙前起誓”的解纷方法之所以有用，L 村 L 书记认为其核心在于：

说假话的人不敢去发誓，他可能就会转移话题。他可以在你面前撒谎，但是他也不会愿意在妈祖面前（撒谎），因为他的信仰在这里。到最后总会有心虚的人不敢去。（LJJ231221）

虽然“庙前起誓”的解纷方法日渐式微，但妈祖信仰仍是岛民身份认同的重要标志。特别是“林”姓岛民，他们常常会称自己与妈祖是“本家”。时至今日，湄洲岛上与妈祖相关的节日及仪式活动仍然非常丰富，例如每年三月廿三妈祖诞辰的春祭妈祖大典，九月初九妈祖羽化升天纪念日的海祭妈祖祈福大



典以及“天下妈祖回娘家”“妈祖巡安”等。对于这些活动及仪式，湄洲岛的民众总是抱有高度的热情，将妈祖的事视为头等大事，个人的恩怨都可以暂且放下：

妈祖一有事情（指妈祖的活动）大家全部都出来，这时他们肯定不会吵架，比如说妈祖今天要巡游或者妈祖庙有什么事，肯定不会说在妈祖面前吵架。大家都是发自内心地想把这个活动搞好了。（CM231124）

## （二）顺势而成的“妈祖评理室”

尽管妈祖信仰的传统调解功能已不如往昔，但妈祖信仰依然是湄洲岛社会文化生活的核心。妈祖信仰内含的价值观无疑是其“社会多元化”的底色之一，“立德、行善、大爱”的妈祖精神是湄洲岛重要的内生性治理资源。在“妈祖评理室”成立之前，司法所老所长就常在调解工作中谈及妈祖。

以前我在调解过程中经常会讲这样一段话，“这里是湄洲，妈祖诞生的地方，我们生长在妈祖的脚下。我们做的每一件事情妈祖尽收眼底，所以说我们做事情要有规矩。因为我们得到她灵光的庇佑，我们只能用做好事这种行动去报答她。”这是调解过程中最好的说辞。（HWF231124）

而当下湄洲岛的矛盾纠纷复杂多样，涉及经济、文化、情感等多个层面。在这种情况下，一个能够综合考虑多元文化和社会需求的调解机构显得尤为重要。因而，“妈祖评理室”是基于湄洲岛深厚的妈祖信仰和实际的社会需求搭建的矛盾纠纷化解平台。“妈祖评理室”创新性地将“立德、行善、大爱”的妈祖精神融入矛盾纠纷治理，基于妈祖信仰提供的共同的文化和价值基础，帮助岛民在多元利益中找到平衡，从而有效解决纠纷。在这个维度上，“妈祖评理室”可以看作是对传统“庙前起誓”调解功能的现代延伸和制度化。

### 三、民间信仰何以嵌入矛盾纠纷化解：“妈祖评理室”的实践

“妈祖评理室”不仅仅是一个调解纠纷的场所，更是一个传统道德、法治理念和民间信仰交互的场域。通过前期调解员对矛盾纠纷各方的“背靠背”工作，将当事人请进“妈祖评理室”；借助环境与仪式设置，营造矛盾纠纷化解的氛围；在调解过程中让妈祖“出场”，借助妈祖精神的道德隐喻使当事人进入纠纷解决的逻辑，并基于共同的文化和信仰使矛盾纠纷各方达成共识，实现矛盾纠纷的化解。

#### （一）适时“出场”的妈祖：调解过程中的缓冲带

司法所借助多元化的矛盾纠纷应对协同机制实现矛盾纠纷的分流，其中较为棘手的矛盾纠纷的应对方法主要是通过前期的“背靠背”工作，在这部分工作相对成熟后，就将纠纷当事人请进“妈祖评理室”。在走进“妈祖评理室”之前，矛盾纠纷双方往往带有情绪冲突，难以“心平气和”地坐下来参加调解。正如调解员在访谈中指出的：

有时候当事人情绪非常激动，我们去做工作甚至都会被骂，而且双方“叫价”完全不在一个频道，可以说每个案子都是一个“难题”。但是我们坚持用公理心去评判，只要有调解的可能，我们都会尽量把当事人“请进来”。

(TJY231128)

在调解过程中，妈祖何时“出场”，以什么样的方式“出场”并无相对固定的模式，取决于调解员在调解过程中对当事人情绪、态度及整体氛围的即时感受和判断。在访谈过程中，每次问及调解员会在什么时候搬出妈祖时，调解员的回复往往是“这个没有固定的，都是说到了就用一下”“没有说一定要什么时候用一下妈祖，看感觉，感觉有合适的机会就会说一下”

(TJY231130)。但在进一步调研的过程中，也有调解员表示“调解的过程中就还是凭我的经验，如果说感觉‘推不动’了，我就会考虑把妈祖请出来‘推一推’” (TJY240324)。

“推一推”展示了妈祖“出场”的逻辑：首先，基于“背靠背”的预调解工作，调解员摸清了矛盾双方的基本情况和诉求，对调解开展的方向有了初步的把握；其次，调解员在此过程中可以不断渗透“妈祖”元素，从而缓和当事人的情绪与抵触心理，为把矛盾双方请进“妈祖评理室”创造了可能，如案例一所示。

### 【案例一：欠薪纠纷】

某村有一聋哑人 A 给别村的 B 做工，但 B 由于各种原因拖欠其工资。后 A 上诉至法庭，但 B 声称其无偿还能力，A 转而寻求调解。在进入妈祖评理室前，调解员从法律层面向 B 介绍其行为的利害关系，并在此过程中不断穿插着妈祖，如“我们生活在妈祖脚下，你做的事不要愧对于妈祖”，“我们都是喝着妈祖水长大的，做人做事要有良心”这类话语对其进行劝说。在此攻势下，B 同意进“妈祖评理室”调解，在其能力范围内分期对 A 进行偿还，双方遂达成和解。

在案例一中，妈祖并不是在走进“妈祖评理室”后才出场的，在进入“妈祖评理室”前，妈祖就已经在调解员的劝导过程中出场，这一特征在很多案例中均有体现。同样，妈祖也可能在进入“妈祖评理室”后才出场，这在接下来的案例二中就有所体现。

### (二) 营造解纷氛围：环境及仪式设置

走进湄洲镇司法所“妈祖评理室”，映入眼帘的首先是墙上的妈祖画像，“立德、行善、大爱”的字眼围绕在妈祖身侧。两侧墙面的内容也各有其用意，一侧张贴着湄洲镇的矛盾纠纷解决制度及各类规范，彰显着“妈祖评理室”的严肃性及规范性。另一侧则展示了过往在“妈祖评理室”调解成功的当事人及调解员合照，增强进入“妈祖评理室”的当事人的信任感。这种环境设置传递出一个强烈的心理暗示——这里是解决问题的地方。正如当事人 H 女士在访谈中指出的，走进“妈祖评理室”的确给她带来了不同的感受：

（妈祖）会起到一个压制我们的作用，不能在妈祖面前乱讲话。我们去评理室肯定把实话说出来，人家才知道你需要什么，往哪个方向去调解。

(HLL231117)

在当事人及调解员都进入“妈祖评理室”后，司法所的调解员会组织评理室内的调解员及当事人全部起立，面向妈祖画像进行致意仪式。环境及仪式设置中对妈祖“在场”的强调，暗示着调解过程中应当遵守以妈祖精神为参照的道德及行为准则。基于此，“妈祖评理室”巧妙地将民间信仰融进了矛盾纠纷化解过程，妈祖的象征性意义在这里得到了现代的体现与延续。致意仪式结束后，调解正式开始。

### （三）“对的人”激发道德隐喻：“立德、行善、大爱”

在“妈祖评理室”中，妈祖“立德、行善、大爱”的精神内核始终营造着评理室中和谐、包容的氛围。在调解过程中，妈祖每次“出场”无不体现为一种道德隐喻——希望当事人之间要立德、行善、大爱，做好人、做好事。调解员利用这一道德隐喻引导当事人从道德角度重新考量问题，触动双方内心的道德约束进而考虑和解。调研过程中，资深调解员 Z 女士就指出：“‘妈祖评理

室’可以通过撬动人性来给他以道德（约束），舆论的谴责施加在法治的基础上，再去给他做思想工作。（有些人）可能在其他地方乱扯皮，但是在妈祖面前他会说妈祖见证，我没讲假话，所以妈祖信仰还是有支撑作用的。”

（ZJZ241214）结合先前调解员有关“推一推”的表述也可以看出，调解员将妈祖“请出”，实际上就是为了使双方的思路跳出原有的“纠纷逻辑”，转向“妈祖精神”的面向，建构当事人间的沟通基础。

### 【案例二：装修做工摔伤纠纷】

A 受雇于 B，到其家中做装修。一日，A 请 C 一同到 B 家中做工，过程中，C 不慎坠楼，要求村民 A、B 进行赔偿。A 与 B 均认为自己无法律责任。但 C 伤情严重，急需用钱治疗，三方就赔偿金额僵持不下。起初 A、B 两方态度消极，不愿接受调解。在收到法院传票后，二人主动开始寻求调解，但均认为赔偿金额过高。调解员再次搬出妈祖，“我们都是喝妈祖水、吃妈祖饭长大的”“都是信妈祖的，人家摔成这样生活也不容易”等。最终三方达成和解。事后 B 说，“我们是妈祖故乡人，我看他摔了，我看他要很长时间赚不到钱，我就出于好心同意了。”

在调解过程中，“对”的人——对一方或多方当事人而言有权威的亲友、乡贤乃至基层干部——发挥的作用也十分重要。在调解进展难以推动时，

“对”的人往往能够以其自身的权威结合“妈祖精神”的道德隐喻，推进矛盾纠纷调解继续开展。例如，在案例二中，“我们都是喝妈祖水、吃妈祖饭长大的”和“都是信妈祖的，人家摔成这样生活也不容易”这些言辞并不直接解决法律责任归属问题，而是借由“对”的人激活共同的妈祖信仰所蕴含的道德隐喻，从而将焦点转移到道德的维度上。而 B 对其和解原因的解釋一定程度上也

能够说明，这种道德隐喻能够影响当事人的行为。可以看出，“妈祖评理室”中的环境设置、宣誓仪式对妈祖共同信仰的强化，以及“立德、行善、大爱”的妈祖精神作为指令性规范对矛盾纠纷双方当事人心理的隐喻，共同构成了矛盾双方的共识基础，从而为后续调解过程中共识的达成起到了奠基性作用。

#### （四）催化共识达成：在多元中“求同存异”

在妈祖评理室中，妈祖并不介入事实的澄清，而是通过其道德隐喻和象征意义的催化作用，促成当事人之间的心理和道德共识。调解过程中，妈祖的形象和道德隐喻被调解员巧妙地引入，营造一种心理压力和道德约束，最终通过共同的文化和信仰促使双方达成共识。

#### 【案例三：离婚纠纷】

村民 A（女）与村民 B（男）按照湄洲岛当地习俗举办婚礼，在双方亲属见证下，B 支付给 A 聘金 136000 元，但二人并未领结婚证。后双方感情破裂，B 要求 A 全款返还聘礼。A 认为双方存在事实夫妻关系，属正常离婚，无须返还聘金。评理员结合实际，认为双方感情确系破裂。在调解过程中，A、B 双方仍剑拔弩张。此时评理员请妈祖“出场”，“希望你们不要在妈祖面前吵架，妈祖看着呢”“双方各退一步，日后好相见”。司法所 Y 所长指出，“气氛烘托到了，调解一般就会有所突破，谁都不能不给妈祖面子。”最后 A 返还部分聘金，双方和平分手。

在这个案例中，“不要在妈祖面前吵架”这句话创造出一种特定的情境，即在妈祖的注视下展开调解，创造出妈祖“在场”的概念。“妈祖看着呢”则暗示着任何不合理或过激的行为都在妈祖的“注视”之下，从而降低了双方的冲突程度，使其能够采取更加理性和宽容的态度。而“气氛烘托到了……谁都



不能不给妈祖面子。”这句话则解释了妈祖“出场”的核心在于将当事人对妈祖的尊重和敬畏转化为达成和解的动力，从而平和地达到预期的和解效果。

如此一来，“妈祖评理室”通过降低矛盾冲突性、激发纠纷双方共同的道德信仰、催化共识达成逐步实现了复杂棘手矛盾纠纷的化解。与此同时，“妈祖评理室”调解结果的有效执行更是进一步提升了司法所在村民中的影响力，“妈祖信仰”与“依法调解”在“妈祖评理室”的结合，有效实现了基层矛盾纠纷化解中个案正义（社会效果）与司法普遍正义（法律效果）的有机统一。

#### 四、“妈祖评理室”的纠纷化解机制

基于对湄洲镇“妈祖评理室”的案例分析，本文观察到湄洲镇通过将地方传统的妈祖信仰融入现代社会治理中，形成了一套独具地方特色的基层矛盾纠纷解决机制。在“妈祖评理室”，调解人员通过道德规范和社会规范的双重引导，逐步构建矛盾双方的共识基础，并在此基础上推动矛盾双方达成共识。

##### （一）观念视角：以道德规范构建矛盾双方的共识基础

##### 1. “妈祖评理室”的环境与仪式：构建氛围营造当事人善意沟通环境

在矛盾纠纷发酵后，双方当事人之间已然难以建立信任关系，甚至存在沟通障碍。但有效的沟通恰恰是矛盾纠纷双方达成共识的基础，信任感是矛盾纠纷“冤屈”一方（矛盾双方可能都认为自己有“冤屈”）得以“伸冤”并对矛盾纠纷调解结果认可和服从的关键（陆益龙，2013）。因此，走进“妈祖评理室”的第一步就是营造沟通的氛围，尽可能提高纠纷当事人之间的信任感。

首先，通过引入妈祖的画像及其精神，“妈祖评理室”在环境设置上营造出一种基于法律法规并结合妈祖精神共同化解纠纷的氛围。其次，在致意仪式的设置中，妈祖信仰成功引入矛盾纠纷化解的场域，而作为湄洲镇民众的共同信仰，妈祖的“在场”则意味着其道德规范的“在场”。进而，“妈祖面前不敢造次”的道德规范就成为调解场域中的潜规则，在妈祖“注视”下，当事人的行为和言语受到约束，不仅降低了直接冲突的风险，同时也为双方当事人构建了一个有着“妈祖面前不能造次”共识的沟通平台。

## 2. 妈祖的适时“出场”：基于信仰道德约束推动矛盾双方达成共识

出于对妈祖的敬畏，任何妈祖信仰者在妈祖面前都不能有过激的、不正当的言行。“妈祖面前不敢造次”的这一规范保证了当事人在“妈祖评理室”中克制其情绪，这一规范同样也制约着对方当事人的行为，从而为当事人提供“安全感”，成功地营造了相对平和的解纷氛围。

妈祖信仰强调道德的重要性，与前期对信息及诉求的隐瞒或夸大不同，“妈祖面前不讲假话”的规范使得当事人更有可能选择说出相对真实的情况及诉求，开诚布公地讨论问题，从而提高解决纠纷的效率和公正性。此外，在此规范下，对方当事人说辞的可信度也一定程度上增加了。

在“妈祖评理室”的调解过程中，调解员会借助妈祖引导当事人思考其行为是否符合道德准则，即当事人“做人做事”是否“对得起妈祖”。调动当事人聚焦于其内心的道德准则，促使当事人从道德层面重新考虑问题。同样地，这一规范反过来为当事人的退让提供了心理安慰以及在道德上正当化的理由，即当事人在原本诉求上所做出的退让是为了“做一个对得起妈祖的人”，从而实现“就坡下驴”式的化解

## （二）行动视角：以社会规范催化矛盾双方的共识达成

### 1. “背靠背”策略：降低矛盾双方的冲突程度

在湄洲镇，“妈祖评理室”的定位是解决较为棘手的矛盾纠纷。而这类棘手的矛盾纠纷中，当事人之间往往就事实层面无共识，双方情绪紧张且态度消极抵触，极易发展为对立态度，使得矛盾纠纷双方存在沟通上的困难。

因此，在进入“妈祖评理室”前的“背靠背”环节，即在进入“妈祖评理室”前，并不组织当事人之间见面，而是由调解员与各纠纷当事人分别开展工作，从事实、法律、情理等多个层面对当事人进行劝导。这种策略一方面有效地防止了当事人直接对峙可能引发的情绪反应；另一方面，调解员能够在单独与当事人交流的过程中更加深入地厘清双方的立场和情绪状态。此外，妈祖也有可能在此环节以“做人做事要对得起妈祖”的规范“出场”来缓和当事人情绪并改善其解决问题的态度。

### 2. “对”的人参与：将信仰约束融入社会道德规范

在“妈祖评理室”的调解过程中，“对”的人不仅仅是简单的说服者，更是妈祖精神的传递者和信仰约束的施加者。“对”的人能够通过其社会影响力和道德权威，将妈祖信仰的约束力转化为当事人的行为规范，促使其在调解过程中遵循共同的道德准则和行为规范，最终推动矛盾双方达成共识。

“对”的人的参与还能够增强调解的权威性和合法性。例如，当调解涉及历史遗留问题时，村里的德高望重的老人或地方精英代表着当地的社会道德和传统文化，他们作为“对”的人的劝说往往比单纯的法律条文更具说服力。在

“对”的人的参与下，妈祖信仰的道德规范在调解过程中得以具体化和实践化。

综上所述，图 1 呈现了“妈祖评理室”化解矛盾纠纷的过程与机制。

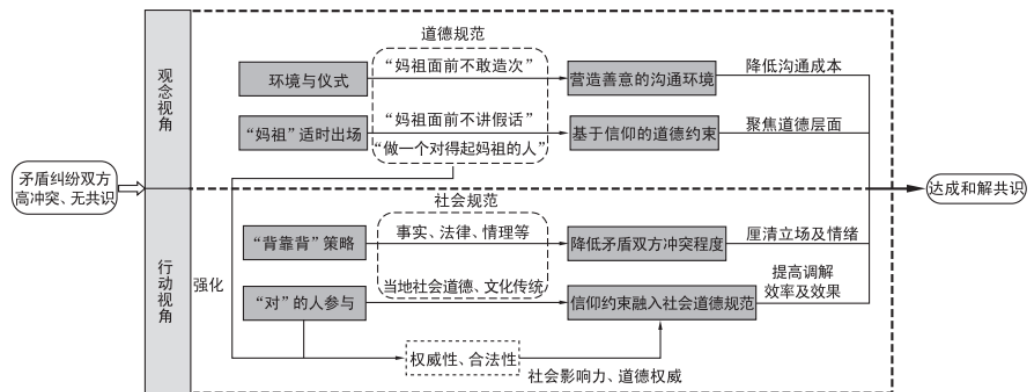


图 1 “妈祖评理室”化解矛盾纠纷的过程与机制

## 五、结论与讨论

### （一）研究结

本文聚焦于湄洲镇“妈祖评理室”这一地方民间信仰参与基层矛盾纠纷调解的案例，深入探讨了妈祖信仰在现代社会治理中的应用及其效果。在矛盾纠纷之初，双方当事人“高冲突、无共识”；通过“背靠背”工作，双方当事人转向“低冲突、无共识”状态；随后，将双方当事人请进“妈祖评理室”，借助环境和仪式设置，建立基于妈祖信仰的共识基础，最后不断地借助妈祖“出场”，使双方最终达成共识，从而实现矛盾纠纷的有效化解。通过具体案例分析，本文得出以下几点研究结论。

首先，地方民间信仰通过特定载体和仪式可以有效进入矛盾纠纷化解的场域。在“妈祖评理室”中，妈祖像和相关仪式营造了庄重的调解氛围，使当事人在精神上产生共鸣，从而降低冲突程度，为调解初始阶段奠定信任基础。而妈祖信仰中的“立德、行善、大爱”理念，则体现为“妈祖面前不敢造次”

“妈祖面前不讲假话”等共同的行为规范。因此，民间信仰激发了矛盾纠纷双

方对共同社会规范的遵从，降低了双方当事人的冲突性，并在后续矛盾纠纷解决中发挥了特殊的创造共识基础的作用。

其次，调解员在调解前期通过“背靠背”的方式，深入了解矛盾背景和各方诉求，对矛盾纠纷进行预处理。进入正式调解过程后，调解员和“对”的人巧妙借助妈祖信仰的道德隐喻，引导当事人从道德和情感层面重新审视问题，从而促使矛盾双方达成共识，体现出了能动的行为主体利用社会规范在调解过程中发挥的基础性作用。

最后，尽管民间信仰在调解中发挥了重要作用，正式的法律和权威的作用依然不可或缺。法律提供了解决纠纷的基础框架和最后的裁决依据，而民间信仰更多地发挥着辅助和心理上的支持作用。对于法律和道德共同调解的模式，也需要根据具体情况灵活应用，既要发挥民间信仰的积极作用，也不能忽视正式法律程序的权威。

## （二）进一步的讨论：民间信仰在基层矛盾纠纷化解中的适用边界

民间信仰在基层矛盾纠纷化解中虽然能够发挥特殊的作用，但其在应用条件和应用范围层面仍然存在着一定的适用边界。首先，民间信仰作为一种“非正式权威”，其发挥作用的前提条件是矛盾纠纷双方具有相同的信仰基础。而在当事人信仰存在差异的情境下，民间信仰在矛盾纠纷化解中能够发挥的作用可能会受到限制。例如，不同信仰之间的矛盾纠纷，通常解决难度较大（罗兴佐和何晓龙，2019）。本研究所涉及的相关案例就存在着类似的现象。

### 【案例四：土地归属权纠纷】

某村村民 A 与其住宅周边的尼姑庵在多年间持续存在土地归属权的争议。因当事人 A 的父亲去世后未能留下证据，调解多次未果。在进入“妈祖评理

室”后，调解员考虑到尼姑的佛教信仰，在调解过程中采取借由妈祖引申到佛祖的策略开展调解。例如，“妈祖和佛祖是一家的，你们信佛的肯定也是以和为贵”“看在妈祖面子上，大家各退一步”。虽然双方在长达 5 个小时的调解后最终达成和解，但尼姑庵这一方认为自己实际上是吃亏的，而在谈及妈祖是否发挥作用的问题上，尼姑庵住持回答道：“我们是看在佛祖面子上，不是妈祖面子上”“佛祖比妈祖还大呢”，其言语间透露出虽然其接受和解，但其对调解结果依然不满。

在此案例中，妈祖并未像调解员所预期的那样发挥其作用，原因在于，妈祖信仰与佛祖信仰虽存在共通之处，但信仰有着高度个人化的特征，且涉及当事人深层的情感认同。尽管调解员试图通过“妈祖和佛祖是一家”的概念来找到共同的文化和宗教基础，但在持其他信仰的当事人心中，妈祖的影响力及约束力都相对有限。可以看出，民间信仰在基层矛盾纠纷化解中发挥作用的前提在于矛盾纠纷双方共同的信仰基础。由于民间信仰对矛盾纠纷各方的约束相比于公权力的约束更加“软性”和“道德化”。因此，民间信仰在化解矛盾纠纷中的作用的效度取决于当事人对该信仰的“虔诚程度”。

与此同时，基于民间信仰的“非正式”调解与司法机关的“正式”调解之间还可能存在着合法性（legality）的张力。根据现行法律法规，基层司法所主持的行政调解仅有《行政诉讼法》等少数几部法律法规作为法律依据，进一步的相关规定匮乏，目前仍处于立法的相对缺失状态。但近年来基层调解的改革正在朝着整合各种调解力量，推行“一站式”矛盾纠纷调解中心的改革方向努力。特别是最高人民法院、司法部关于印发《关于充分发挥人民调解基础性作用推进诉源治理的意见》的通知明确提出要“探索创设更多契合需要的新型人



民调解组织”，这为“妈祖评理室”的案例注入了合法性基础，使民间信仰融入基层矛盾纠纷化解具备了相关的法理依据。从法律性质上说，调解协议的本质是民事合同，即使没有“妈祖”在场，当事人也可能出现反悔现象。但“妈祖”的出现使当事人双方反悔的概率大大降低，在这个意义上而言，民间信仰对于促成矛盾纠纷的成功化解以及后续调解协议的有效执行仍然发挥了重要的作用。

基层复杂矛盾纠纷涉及深层的个人关系和道德考量，单靠法律手段难以完全解决。因此情、理、法并存的纠纷解决模式仍是基层社会所需要的，这也恰是人民调解生命力的来源（熊易寒和林佳怡，2022）。利用民间信仰这一“地方性资源”为基层矛盾纠纷化解赋能，将成为未来研究值得关注的一个新面向。

## 二、论非诉讼纠纷解决机制的司法属性

作者：蒋惠岭 同济大学法学院

来源：《政法论丛》杂志 2024 年第 5 期

我国的多元化纠纷解决机制分为两大类：一类是诉讼制度，另一类是非诉讼制度。我国实务界并没有在官方文件中使用在外国已经使用多年的“替代性纠纷解决机制”或 alternative dispute resolution，而是使用了“多元化纠纷解决机制”（具体体现在 2014 年的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中）。这是因为我国并没有将诉讼与非诉讼这两类机制区分谁主谁次，而是将两者放在同一个平面上共同发展。特别是在近二十年的司法体制改革过程中，我国一直将纠纷解决机制作为国家治理的一个环节进行建设，将其中的非诉讼纠纷解决机制作为与司法制度（诉讼制度）共生共存共发展的治理方式。我国法院系统从 2004 年的第二个“五年改革纲要”到 2019 年的第五个“五年改革纲要”都明确而坚定地将多元化纠纷解决机制的发展放在十分重要的位置上。第五个“五年改革纲要”要求，“深化多元化纠纷解决机制改革，坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，推动从源头上减少诉讼增量。完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决体系，促进共建共治共享的社会治理格局建设。”这一规定也是落实党的十八届四中全会提出的“健全社会矛盾纠纷预防化解机制，完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制”的相应部署。

经过近二十年的司法改革，我国的多元化纠纷解决机制进入了一个关键时期，特别是其中作为改革重头戏的非诉讼纠纷解决机制发展中遇到了一些困难，理论支持方面也出现了一些缺失。本文试图从“司法属性”出发，对于非诉讼纠纷解决机制改革的成功之处以及在发展过程中遇到的困难进行分析，以期为实现司法改革的目标提供较为坚实的理论支持，并解决改革进程中遇到的一些现实困难。

## 一、非诉讼纠纷解决机制种种

通常所说的非诉讼纠纷解决机制亦可简称为“非诉机制”或“非诉解纷机制”，与英语世界中的 alternative dispute resolution 及其中译名“替代性纠纷解决机制”含义相近。顾名思义，非诉纠纷解决机制是以诉讼之外的方式实现解决纠纷的目的。反观司法制度或诉讼制度，相关表述中并没有直接出现“纠纷”“解决”之类的词语，而更多的是司法、审判。尽管诉讼机制也有解决纠纷的功能，但直接用“非诉讼纠纷解决机制”作为一类机制的统称，由此足以可见这些机制非常明确的目的性。从非诉讼纠纷解决机制产生、形成、发展的过程也可以看出，它所强调的就是要代替正式的诉讼程序来解决纠纷，而不是强调代替诉讼机制去证据查清事实、解释和适用法律、创设法律先例等。非诉讼纠纷解决机制有多个类型，而且各国的具体制度、称谓、运行、效力也不尽相同。就我国近二十年来的成效来看，虽然各国的非诉讼纠纷解决机制的范围有一些差别，但以下几种方式是各国普遍认可的重要机制。

### （一）仲裁

仲裁是指仲裁机构或仲裁员依据当事人自愿达成的协议对提交其仲裁的争议进行审理并作出有约束力的裁决的活动。根据《中华人民共和国仲裁法》规

定，当事人申请仲裁应符合有仲裁协议、有具体的仲裁请求和事实理由、属于仲裁委员会受理范围等条件。仲裁具有独立、专业、高效、灵活、保密等突出特点，其裁决具有强制执行力。最典型的仲裁是适用《仲裁法》的民商事仲裁，而我国的劳动仲裁、农村土地承包经营纠纷仲裁、体育仲裁等又有自己的一些特别之处，但这些都属于仲裁类的非诉讼解纷机制。目前，仲裁成为国际上认可度最高、国内发展迅猛的一种非诉机制。

## （二）行政裁决和行政复议

行政裁决是指行政主体依照法律授权和法定程序对当事人之间发生的与行政管理活动密切相关的民商事纠纷进行裁决的具体行政行为。行政裁决是学界所称“行政司法”的一种形式，而行政司法可以包括更多由行政机关依照法律授权作为第三方对民事、行政争议进行审理并作出裁决（决定）的行为。“行政司法”一词在我国官方文件中并无正式采用，但作为非诉讼纠纷解决机制中的一个效力等级较高的分支比较充分地体现了所有的司法属性。

目前，我们的行政裁决制度已逐步成为一种稳定、成熟的解纷机制。其主体是法律法规授权的行政机关，其裁决的民事纠纷通常与行政管理密切相关，包括损害赔偿纠纷、权属争议纠纷、补偿争议、政府采购活动争议、侵权纠纷等。行政裁决机制具有一定的被动性，属于依申请而实施的行政行为，行政机关不得自行启动裁决程序。行政裁决的程序与诉讼程序、仲裁程序比较相似，包括申请与受理、调查与审理、裁决与救济等板块。行政复议在学术上也被当作“行政司法”的一种形式，是行政复议机构根据当事人的申请，对行政机关的行政行为进行的复核议决。虽然学界有时把行政复议比作英国的“行政裁判所”制度，但其中国特色也是十分明显的。

### （三）调解

调解是非诉讼纠纷解决机制中历史最为悠久的方式，是由第三方主持进行、当事人自愿参加并在第三方的调停之下努力达成调解协议的纠纷解决活动。调解具有程序上的便利性、方式上的灵活性、结论上的可接受性、过程上的保密性等优势，在世界各国得到普遍认可和广泛应用。尽管调解协议的效力可以得到法律上的保证，但协议自身并不具有强制力。实际上，在调解协议达成之时，从理论上讲对该协议的一般期待是无需国家强制力便可以自动履行的，否则也就无法自愿达成调解协议了。如果当事人在事后对调解协议的内容反悔或不自动履行的，则可视为产生了一起新的纠纷。

当前，《中华人民共和国人民调解法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》是规范相关领域调解活动的三部重要法律。虽然目前在其他多个领域都有调解活动如行政调解、商事调解、行会调解等，但由于立法进程或其他原因尚未形成位阶较高的法律。尽管如此，我国仍然将现有的各类调解制度都纳入社会治理体系和法治现代化进程中一体建设。

作为非诉讼纠纷解决机制的调解是一种独立的调解程序，这与我国诉讼程序、仲裁程序、行政裁决程序、行政复议程序中的调解的法律地位有很大区别。上述程序中的调解活动直接依附于正式的法律活动，其法律效力亦依附于正式的法律活动的效力。虽然经诉讼调解在人民法院办结的民事案件中占有较大比例，但这种依附于诉讼过程并由法院主导的调解并不宜作为非诉讼纠纷解决机制的一种。所以，我们可以把这种有即时裁定、判决、裁决、决定等公权力行为作为接续和后盾的调解称为“硬调解”，而独立存在、不依附于后续裁

判、决定的调解（如人民调解、行会调解）称为“软调解”。这一软一硬之别也为诉讼与非诉讼纠纷解决机制作了区分。在实践中也有观点将这些程序中嵌入的调解归入非诉机制之中，但实际上它所具有的强硬后盾已经让司法确认、合同效力等“待遇”失去了实际意义。

不过，随着诉调对接制度的发展和“一站式多元解纷机制”的建立，人民法院越来越依靠法院以外的力量（特别是特邀调解组织和特邀调解员）完成案件的诉前调解或诉中调解工作，具体方式包括“委派调解”或“委托调解”。这些相对独立的调解与以往完全由法官或司法人员主导的诉讼调解有所区别，所以实务界也会把这些基于诉调对接而延伸的调解活动包括在非诉讼纠纷解决机制体系之内，从而也可以用“司法属性”的理论进行分析。

#### （四）早期中立评估与专家评审

早期中立评估（ENE）最早产生于上个世纪七十年代美国的 ADR 运动中。作为一种不具法律约束力的非诉解纷方式，中立评估活动通常由在相关领域具有丰富经验的专业人士主持，双方当事人共同参加，针对进入诉讼但尚未开始审理的案件以及尚未进入诉讼但确有必要和需求的案件，由专业人士（中立评估员）听取双方关于案件的陈述后公平公正地对当事人的案件进行评估。评估员可以根据双方当事人的共同申请出具中立评估报告，对案件中的优劣势问题、过错分配、案件未来走向等作出评价并提出建议。这样的评估报告可以为当事人厘清案件争议焦点、认清案件本质，纠正当事人对案件的错误认知，从而帮助当事人作出后续的正确决策。

我国法院在本世纪初引入了早期中立评估制度，主要应用于医疗事故纠纷、产品质量纠纷、建设工程纠纷等。2016 年，最高人民法院在《关于人民法



院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》中要求各级法院“积极探索民商事纠纷中立评估机制”，而且一些地方已经做了大胆尝试，甚至形成了立法规范，其中深圳的立法与实践较有代表性。《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例》创设了中立评估机制，规定案件进入诉讼但尚未开展审理前，当事人可以委托中立第三方就矛盾纠纷中的事实认定、法律适用及处理结果预测等作出中立评估。第三方评估机构的评估报告可以作为当事人和解、调解的参考。在各地实践中，早期中立评估通常与调解、仲裁、诉讼等解纷方式并列使用，优势互补，形成合力，充分体现了纠纷排查与化解并重的现代纠纷解决理念。

行政裁决过程中也会交叉使用中立评估机制，作为辅助行政裁决的专业意见。例如，《天津市行政裁决规定》规定，市一级的行政裁决机关应当建立专家库，支持和保障本系统裁决机关开展第三方评议工作。裁决机关可以邀请法律工作者、相关专家学者等对行政裁决案件提出第三方评议意见，作为裁决机关审理行政裁决案件的参考。受邀第三方评议人员应当对所知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私等依法履行保密义务，并适用关于裁决人员回避的规定。建设工程纠纷中广泛采用的“专家评审机制”或“审裁机制”也属于评估机制的一种。在建设工程合同履行中发生纠纷时，当事人根据双方约定将争议提交专家评审组出具评审意见。虽然这种评审机制在国际上已广泛采用，但在我国作为一项制度还是本世纪初的事。2009 年，北京仲裁委员会制定了《北京仲裁委员会建设工程争议评审规则》，规定当事人可以约定将争议提交评审组进行评审。评审组由三名有合同管理和工程实践经验的专家组成。目前，评审机制在建设工程纠纷解决领域已成为与诉讼、仲裁、调解并列的第四种常用机制。需要说明的是，虽然审裁机制的结果是一份裁决，但这种裁决并没有约束力。

无论是中立评估还是专家评审（仲裁），与目前广泛应用的专业鉴定有所区别。专业鉴定虽然也有预防甚至化解纠纷的功能，但专业鉴定的结论通常作为一种证据进入诉讼程序，而且仅限于专业性较强的问题。中立评估作为一种便捷性很高的非正式的纠纷机制更能满足纠纷当事人的期待。

#### （五）公证赋强机制

公证赋强机制是通过公证赋予债权文书强制执行效力的机制。根据《公证法》的规定，公证机关根据当事人的申请，在债务人承诺自愿接受强制执行的前提下，对以给付为内容的债权文书进行公证。如果债务人不履行义务，债权人可以不经诉讼直接向人民法院申请强制执行而实现债权。在赋予债权文书强制执行效力后，相关的司法机关无需再经诉讼程序，当事人也无需受诉讼之累，既节约司法资源，又降低了当事人的诉讼成本，因此越来越受到各界认可。

严格说来，公证赋强并不是直接的纠纷解决方式，而只是一种以强制执行力为后盾的纠纷预防机制，因为作出赋强公证时纠纷可能尚未发生。对于尚未发生的纠纷，自然不会存在纠纷解决方式，似乎也没有必要谈“司法属性”问题，但公证活动的法律服务属性以及赋强公证产生强制执行力却又无法轻易将其与司法属性分开。不过，尽管作为广义司法制度的赋强公证的作用不可忽视，但在本文中暂不讨论这一机制的“司法属性”，而是留待以后研究。

有一种观点尚需提及，即 2000 年最高人民法院和司法部下发《关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》后，在论及公证的司法属性时，笔者借用了一种通俗的比喻，将公证称为“静态的司法”，将审判称为“动态的司法”。当时之所以如此强调公证的司法性，主要因为公证

制度是我国司法制度中的一个组成部分，是通过证明、确证活动来辅助、调节其后发生的诉讼活动的，所以其司法属性体现在其静态作用上而非直接实施纠纷解决活动。此后，这一观点在公证领域产生一定影响，进而更加巩固了公证在司法制度中的地位。

#### （六）协商和解

协商和解是非诉纠纷解决机制中应用最广、方式最灵活的一种机制。几乎在所有合同示范文本中的争议解决条款中都能见到关于协商和解的表述。例如，《政府和社会资本合作项目特许经营协议（编制）范本（2024）》第 79 条“争议解决方式”规定，“协商解决分歧。若甲、乙双方对于由于本协议条款引起或与本协议有关的条款的解释，包括关于其存在、有效或终止的任何问题产生任何争议，应尽力通过友好协商解决、调解等形式解决该等争议。”在通过协商、谈判方式解决纠纷时，无需中立第三方的介入，也没有决定性的权力参与，而是通过双方的友好协商达成一致。只有在协商不成时，才会诉诸第三方采取其他适当的方式如调解、仲裁来解决纠纷。在这种情况下，协商和解实际上仍是纠纷双方继续谈判的一种形式。即使双方当时已经发生纠纷，在争议开始时期或矛盾刚出现阶段，双方仍可通过交流沟通协商，寻求共同的解决方案，以避免进一步的冲突和争议。这也可以视为针对纠纷中争议的问题开启了新的谈判程序。那么，尽管谈判活动对于化解矛盾、达成和解十分有效，但总体上仍属于双方的“合同行为”，不具备其他非诉纠纷解决方式所具有的司法属性。因此，本文暂不讨论协商和解这种解纷方式的司法属性。

## 二、司法属性的内容

面对诸多类型的法治活动，法学理论的一项重要任务是正确区分司法属性与立法、执法活动的属性，阐述其特点，指导相关的法治活动。例如，山东省人民政府 2023 年 12 月 31 日发布省政府 354 号令《山东省房屋使用安全管理办法》，这种行政立法行为具有很强的“立法属性”（另一方面是“行政属性”）。上海市松江区生态环境局行政处罚决定书公告（沪 0117 环罚公告〔2022〕01 号）对上海某浴场有限公司违反《上海市社会生活噪声污染防治办法》规定的行为罚款 12600 元，该行为具有完全的行政属性。如果某一个人民调解委员会就一起邻里纠纷进行调解并形成人民调解书，这种活动便具有一定的司法属性。另外，仲裁活动的司法属性早已为国内外所接受，律师辩护活动也被纳入“大司法制度”之中或称为“法律服务”从而获得了一定程度的司法属性。

司法属性虽然不是一个法律术语，但在理论研究中会经常使用，专指最能体现司法制度本质的基本属性。如果不具备这些属性，司法便不能成其为司法。“司法”的传统定义是国家的司法权力基础上的制度和活动，而其他具有较强司法属性的制度可以作为广义司法制度中的一部分，也可以称为“准司法”“民间司法”或“非正式司法”。中文里的“司法”在法学理论上至少有两种含义。第一种含义专指审判机关的审判活动以及与审判直接相关的活动包括直接服务于审判工作的管理活动，在英语文献中用 judicial system 表述，又称狭义司法。第二种含义则是指包括法院在内的履行法律职能的各类主体围绕纠纷解决而实施的一系列法律活动，包括审判、刑事侦查检控、刑事执行以及司法行政、法律服务、非诉纠纷解决、民事执行等，英文用 justice system 表述，又称广义司法。以“司法属性”关联两种定义会发现，广义司法在很大

程度上以狭义司法为基础，将主体扩及所有相关制度，因此本文所讨论的非诉讼纠纷解决机制也因与狭义司法密切关联而纳入广义司法之中（有时称为“准司法”）。但是，因为不同类型的非诉讼纠纷机制所体现的司法属性在范围、强度方面不尽相同，所以下面仅从一般意义上对“司法属性”中的六项突出的表现形式加以阐述。

第一，为纠纷而存在。国家法律机器的每一个零部件都有其相应的功能，而司法在其中承担的是定分止争功能。纠纷是人与人之间因权力或权利方面的不同见解而形成的冲突，是社会生活中的秩序震荡，更是对法律效能的检验。有了纠纷才有司法，没有纠纷也就无需司法。就社会生活而言，出现争议、纠纷、冲突是一种正常现象，它既有消极作用，又有积极作用，但公正解决纠纷、化解矛盾可最大程度地发挥其积极作用，减少其消极作用。在法治语境下，一个纠纷通常包括两部分内容，即事实争议和法律争议。如果一项纠纷只有事实争议而没有法律争议，司法便无用武之地；而既没有事实争议也没有法律争议，这在很大程度上便属于精神领域或者无法律后果的纠纷。当然，人民法院依照《民事诉讼法》审理特别程序案件时，也没有直接针对某一项纠纷，如调解协议效力确认、宣告死亡、宣告失踪等，但由于社会生活的连续性以及对预先决定的需求，即使并无争议的事项也可以成为一起司法案件（特别程序案件）。

第二，以程序为轨道。纠纷解决与普通的行政管理、执法活动的重要区别在于是否有一套保障纠纷活动公正进行的程序。从程序的启动到当事人的资格，从纠纷一方当事人的申请到对方当事人的答辩，从证据的形式到证明力判定，从解纷主导人员的自身资质到职业道德标准，从平等陈述意见的权利到不

得阻挠解纷程序正常进行的义务……法律法规为仲裁、调解、评估以及其他非诉机制确立了一系列程序规则。在不同的非诉解纷机制中，程序规则的严格程度、公正标准会因该项机制的特点而有所不同。例如，调解活动中比较讲究过程的灵活性和当事人的自治性，所以对程序正义的要求标准就不象仲裁那样严格。《人民调解法》对于调解员的资格要求除了公道正派、热心人民调解工作、有一定文化水平、政策水平和法律知识外，并无其他更多要求，而且在调解过程中可以邀请当事人的亲属、邻里、同事等参与调解。这些关于资质、回避、中立的标准虽然相对较低，但也已符合作为调解机制司法属性的最低要求。司法的被动性也是一项突出的程序特征，与立法、执法有重大区别，俗称“不告不理”。司法是一种救济性活动，被动启用、事后救济成为司法活动的另一个基本属性。尽管司法机构在履职过程中为追求化解纠纷的最佳效果而有一些主动出击措施或“司法延伸”活动，但这只是为了提高司法的整体效能，但不会成为司法的本质属性。我们知道，法律制度中的事前预防、事中实施、事后救济等渠道均已有全面设计，除事后救济外，其他法律功能的实现均已做安排，而只有事后救济、被动受理才能成为司法的重要属性。

第三，须有第三方介入。与立法、执法不同，司法框架中往往需要一个中立的第三方提供支撑。“徒法不足以自行”只是阐明了法与人的关系，而纠纷中的各方主体与解纷者之间还需要形成一个符合司法属性的结构。这里运用的是一种沟通理论，即第三方作为纠纷双方之间的阻断层、减震器以发挥防冲击、防硬着陆、打开宣泻口、增加回旋余地等作用，这在需要第三方裁决的案件中尤其突出。如果只有双方利益的代表者协商化解纠纷，则容易回到两方谈判的关系结构，而一旦形成纠纷，双方谈判成功的可能性便愈发减小，甚至连

继续沟通的渠道也可能被堵死。如有第三方居中裁判（或调解、斡旋）时，双方所承受的沟通压力大幅度减少，裁决（调解）结果的可接受度也会提升。因此，判断一项活动是否具有司法属性，有第三方的介入是根本标准之一。同时，纠纷解决第三方主体介入还引出了司法的另一项根本属性，即审判的独立性。没有独立的纠纷解决主体，便没有公正解纷的组织条件。一方面解纷第三方主体自身应具备独立的人格，即组织方面的独立性，更为重要的是解纷主体须具有意志方面的独立和自由而不是依附于他人的指挥或命令。

第四，法律专业性至上。顾名思义，司法乃司掌法律之义，故无“法”可“司”即无司法，而且司法活动只服从法律。“司法属性”与法律专业性关系的紧密度远远超过了立法和执法与法律专业性的关系。在立法中，立法者考虑最多的是民意，其结果是将民意转化为法律；在执法中，执法者考虑最多的是政策，而只需谨防越权与滥权。在司法中，司法机关依照宪法和法律独立行使审判权，不受非法干涉。同时，法律是一门科学，也是一个职业。司法的职业化提出了最高的法律专业标准，这与立法、执法有很大不同。尽管法律专业性在非诉讼纠纷解决机制中的体现远不如诉讼机制高，但法律的基础作用和标准仍在其中发挥关键作用。例如，仲裁裁决机制比诉讼机制更具灵活性，但仍然需要通过司法审查这一关；而调解协议也需要在司法确认环节接受法律标准的检验，不合法定条件者则会拒绝。换句话说，非诉讼纠纷解决机制通过各种力量综合发挥作用，但法律永远都是最后一道屏障。因此，我国将仲裁、调解、鉴定等纳入广义的“法律服务”范畴，也是因为它们的各种解纷优势都与法律专业性密切相关。

第五，兼具解纷能力。以诉讼机制解决纠纷，重在法律方面的判断最终实现化解纠纷的效果。而以非诉机制解决纠纷，重点转移到“解决纠纷”上，所以解纷能力大兴其道，而法律适用能力的重要性相对减弱。但无论如何，解纷能力应当与法律适用能力同时成为司法属性的一部分。解纷能力在非诉纠纷解决机制中尤其重要，在诉讼机制中也是一种重要的补充能力。对于调解机制来说，解纷能力尤其关键，甚至决定着调解机制的生命力。调解员需要通过各种调解技能去发现纠纷双方的利益结合点，了解双方诉求之间的差距，运用高超的谈判和调解技能，努力促成双方达成调解协议。为提高调解技能，调解机构特别重视对调解员的业务培训，培训内容包括纠纷解决机制、调解法律底线、调解技能、调解员职业道德等。另外，解纷工作人员的独立精神、公正心态以及高尚的职业道德也是一种基础性解纷能力。

第六，最强法律效力。在各类法律活动中，司法被称为公平正义的最后一道防线，在法律上拥有终局裁判的权力。这并不是司法的特权，而是法治原则的安排和要求。司法的目的是依法裁判案件、解决纠纷，是法律过程的最后一个环节，自然应当获得与其他活动不一样的效力。如果不赋予其较强效力，司法定分止争的效能将难以发挥，权利义务的确定性和社会关系的稳定性也将难以维护。同时，由于司法活动以及非诉讼解纷机制已经获得了独立性、公正性、专业性、程序性等方面的机制保障，所以赋予司法解纷结论相应较高的效力也有一定正当性。司法机关的裁判直接获得强制执行力，仲裁机构的裁决也具有强制执行力（但需经过法院的审查），行政复议和行政裁决具有有限的强制执行力（但需经过行政诉讼的合法性审查），调解组织的调解协议在具有合同效力的基础上经过司法确认也可以获得强制执行力（但对普通的民事合同不



能申请司法确认)。早期 中立评估、专家仲裁是较为特别的非诉机制,其解纷功能不是通过拘束性的“效力”实现,而是通过专业领域的权威性和说服力实现。换句话说,即使中立评估不具有约束力或强制执行力,它仍然可以在专业性较强的领域中发挥解纷功能。

综合分析司法属性的以上六种表现可以看出,司法属性的基本逻辑还在于审判独立、地位中立、司法公正这三项最重要的价值。尽管这些价值并没有单独作为司法属性的突出表现,但这些价值具有更基础、更重要的地位,其他属性都在为其提供支撑和验证。离开独立、中立、公正的价值,司法便不复存在。

### 三、非诉讼纠纷解决机制的其他属性

如前文所述,各种非诉讼纠纷解决机制均有较强或较弱的司法属性。这与机制的目的、权威来源、行为方式、质量保证等直接相关。那么,除了司法属性外,非诉机制身上还体现哪些属性和规律呢?这里重点论述两个属性,即治理属性和服务属性。

#### (一) 治理属性

国家治理体系有很多组成部分,而法治是国家治理体系的骨干工程。在社会治理过程中,制定规则、确立边界是治理活动的依据,实施规则、实现目标是治理活动的重心,而决疑断惑、定分止争、化解矛盾、解决纠纷是治理活动中的救济,起到修复社会关系、平衡回归起点的作用。这三个环节逻辑完整,环环相扣,缺一不可。法治中国战略中“科学立法、严格执法、公正司法”的表述也反映了这三个环节的整体性和关联性。而在解决纠纷这个环节,体现最

突出的属性便是它的司法性。当发生纠纷时，各种纠纷解决机制共同发挥这个特定阶段的治理作用。其中，诉讼活动多以法律为手段发挥治理功能，而非诉讼纠纷解决机制本身便承担起较强的治理功能。在这方面，这些机制的司法属性与治理属性是同时发挥作用的。

## （二）服务属性

非诉讼纠纷解决机制除具有司法属性和治理属性外，它还是国家、社会、市场、个人为受纠纷之困的当事人提供的一种法律服务，是为了纠纷当事人的利益而作的利他性付出，具有可以衡量、计算、支付、交换和实现的价值。国家的诉讼制度作为社会的公共产品提供给诉诸司法的当事人，适当收取一定费用（如案件受理费、执行费），但成本主要由国家承担。尽管国家收取的这部分规费远不能补足国家司法资源的耗费，但这至少说明诉讼所提供的就是一种法律服务。在英国，即使是在刑事案件中也开始向被告人收取相应费用，便是体现“使用者付费”（users pay）的原则。在非诉讼纠纷解决机制中，国家对于多数机制都没有投入资源，而是努力发挥社会自治、市场配置、个人劳动的功能，或者直接从纠纷当事人那里获得成本补偿。当然，政府可以以购买法律服务的方式（财政负担）维持某些解纷机制的运行和发展。例如，《人民调解法》规定，人民调解委员会调解民间纠纷时不收取任何费用。县级以上地方人民政府对人民调解工作所需经费应当给予必要的支持和保障。《劳动争议调解仲裁法》规定，劳动争议仲裁不收费，劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

近几年来，商事调解市场化改革在全国部分试点地区启动。2023 年深圳出台《关于规范商事调解收费的实施办法（试行）》，旨在优化调解资源配置，

激发商事调解市场活力。截至 2023 年 12 月，深圳共成立 18 家商事调解组织，登记在册调解员 1674 名（其中涉外调解员 301 名），共受理案件 21810 宗，总标的约 329.8 亿元。但是，由于对这一全新法律服务模式的“服务属性”认可不高，市场化进程仍然不够顺畅，商事调解的活力受到制约。而该《办法》的实施可以全面解决市场化收费问题，这也是“服务属性”得到认可的一项间接成果。总之，非诉解纷机制本来就属于有偿的法律服务，提供服务者所付出的成本及相应收益应当由使用者补偿。

#### 四、非诉解纷主体的司法属性

按照司法属性的标准来观察非诉机制的主体时可以发现，当前我国的非诉机制主体基本上遵循司法属性而发展，但也存在需要完善、矫正、引导 的方面，如解纷主体的独立性和中立性缺乏制度保障，仲裁调解机构的公信力不高，解纷人员的专业资质标准尚未建立，行业的职业道德要求不够严格，非诉解纷机制特别是调解机制还难以在法律服务市场上形成竞争力等。作为介入解纷程序的第三方，非诉讼解纷主体首先在结构上缓解了纠纷双方的天然对抗性，也增加了纠纷解决的可能性，但还须具备另外一些司法属性才能保证非诉机制科学发展“不走样”，包括主体资格独立、解纷能力强、公信权威高等。

##### （一）主体资格独立

所谓资格独立，是指非诉解纷主体应具备独立的法律资质，以其完整的组织（适合于解纷的完整的理解）并以自己的名义独立实施解纷活动，独立享受权利和承担义务。就司法属性而言，独立是公正履行职责的前提和保障，是获得公信和权威的基本条件。

我国《仲裁法》第八条明确规定，“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第十四条规定，“仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。”在我国目前主要实行机构仲裁的模式下，依法成立的仲裁委员会便是独立的仲裁者，而《仲裁法》对仲裁委员会独立性的要求并不比人民法院低。至于能否在我国普遍采用“临时仲裁”的模式，则需要对仲裁独立问题进行重新认识。目前，我国部分地区已经开始试点推行临时仲裁，我国对于临时仲裁的担忧之一便是因缺乏机构监督而导致临时仲裁“过度”独立。尽管各国根据各自的国情设立本国的仲裁模式，但从仲裁的司法属性来看，临时仲裁并没有背离仲裁的司法属性，只是面对临时仲裁需要建立相应的程序保障和监督机制以防出现权力滥用而损害仲裁的公信力。目前，影响我国仲裁机构独立地位的关键问题之一仍然是仲裁事业的行政化管理体制。虽然我国目前已设立了 282 个仲裁机构，仲裁员和机构工作人员 8 万余人，但我国绝大多数仲裁机构并没有真正实现“民间化”，而是继续在行政机构的权力影响下运行。这不仅违背非诉机制的司法属性，同时会对法律服务的市场化形成负面影响。目前，一些仲裁机构已经实行改革，试图脱离行政化的旧体制且已取得积极效果，但全面的改革与提升还有赖于非诉解纷机制司法属性的全面接受和落地。

调解组织的独立性面临的挑战与仲裁有所不同。我国的调解组织既有法定设立的情况（如人民调解、劳动调解、民非调解组织的调解），也有市场化设立的情况，同时还有很多调解组织是各种协会、商会、团体、组织附带设立的。根据民事诉讼法第二百零五条的规定，只有“经依法设立的调解组织调解达成调解协议”才能得到司法确认，而此处的“依法设立”又当作何理解呢？

未作法人登记或行政批准而由协会商会设立的调解中心、调解委员会能否视为“依法设立”呢？从调解机制本身的特点出发，特别是从当前努力推动“将非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的形势下，更是从调解机制的司法属性出发，各类具有调解职能的商会、协会、行会、团体等内部设立的调解机构，应当视为依法设立的调解组织。对于上述机构中因种种原因并没有专门设立调解组织，但其章程中原本就有调解纠纷职责并最终该机构的名义出具调解书的，也应当认可其为“经依法设立的调解组织调解达成调解协议”。另外，调解活动以当事人自愿为基础。如果双方当事人未达成合意，调解便无法开始，开始之后也无法推进，即使推进到一定阶段也难以达成协议。何况，调解协议形成之后自身并没有强制执行力，还需要人民法院确认才能执行。这些制约、监督机制的设置与调解机制本身的特征相匹配，同时也包容了调解组织独立资格的较松标准。

## （二）法律地位中立

非诉讼纠纷解决机制的中立地位是其司法属性的基本要求。非诉讼解纷机构在成立时必然与其他机构有所关联（如开设单位、审批机构、主管部门等），但在解纷活动中必须保持中立，不受其他机构的不当影响和干预。不论是仲裁机构还是调解组织乃至中立评估机构，一旦其中立地位受到动摇，其公正性便难以保证，解决纠纷的功能必将受到损害。解纷主体的管理体制问题、利害冲突问题、经费来源问题等，都是可以影响其中立地位的因素。

但是，非诉机制毕竟不能等同于诉讼制度，中立地位的标准也会有所松动，从而为非诉机制的其他属性留下存在的空间，否则非诉机制就难以称其为非诉机制了。这一点在仲裁机制中表现并不明显，因为国内国际对于仲裁制度

提出的标准是最接近诉讼制度的。但是，调解制度的中立性并没有那么严格，这与调解制度本身的特点分不开的。例如，《民事诉讼法》第九十八条规定，“人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解。”《人民调解法》第二十条规定，“人民调解员根据调解纠纷的需要，在征得当事人的同意后，可以邀请当事人的亲属、邻里、同事等参与调解，也可以邀请具有专门知识、特定经验的人员或者有关社会组织的人员参与调解。”这与审判活动对法院中立地位的要求便有了较大差别。

### （三）非诉解纷人员能力要求

由于非诉解纷的实施者最终还要落到具体人的身上，包括仲裁员、调解员、中立评估员等，因此为实现非诉机制的司法属性，本文有必要特别阐述一下解纷人员的执业资质和能力问题。

我们注意到，《仲裁法》对于仲裁员的要求比对法官的要求还要高（例如担任审判员八年以上方可申请担任仲裁员），这种设计的理由便是：仲裁是民间非诉纠纷解决机制，没有国家权力为其背书（这里不包括强制执行），所以只有提高仲裁制度在其他方面的要求，方可弥补权力后盾方面的不足，也才能获得和保持自己在民间解纷机制中的应有地位。当然，非诉机制工作人员的选任标准因机制不同而有区别，选任程序和方式也不尽相同。例如，仲裁机构的仲裁员聘任条件较高且需要经过培训方可聘任，而对调解员的条件要求则相对要低一些。不过，从各种机制的实际情况看，最需要建立资质条件、认证标准、认证制度的还是调解员队伍。目前，由于调解员入门门槛不高，在一定程度上影响了调解工作的质量和调解公信力。因此，在未来的改革中应当建立调

解员的资质认证机制，建立统一的培训、考选、聘任程序以确保调解质量。特别是在对调解员的法律资质没有苛刻要求的情况下，调解的解纷能力和综合素质便应当有更高的标准。另外一点值得注意的是，不论是仲裁员还是调解员，有一项共同的要求便是他们的工作背景、工作经历、相应经验等。与司法机关专设机制培养法官的模式不同，目前我国并没有设立专门的培养机制来培养仲裁员、调解员，这就需要更多地依托于仲裁员、调解员在接受聘任之前便有丰富的专业经历和长期的实践积累。

## 五、非诉解纷程序的公正标准

不同非诉解纷机制对于程序正义的要求标准有所不同，但其中一些基本要素是相同的，或者说这些程序应当遵循最低的程序正义标准。尽管这些非诉解纷机制的程序标准与诉讼的程序正义标准有所差别，但仍然应当为其确立最低标准。

### （一）仲裁程序的正义标准

仲裁程序是各种非诉机制中与诉讼最接近的一种程序，如仲裁活动中的申请、立案、组庭、审理、裁决等。目前有一种观点认为，仲裁程序的司法属性体现得过强致使仲裁存在过度“司法化”的问题，各项程序越来越接近诉讼程序甚至有过之而无不及。导致此观点所诟病的这种现象的产生原因有很多，其中重要原因之一便是仲裁裁决在接受人民法院的司法审查时，法院所把握的审查标准具有较强的甚至完整的诉讼属性，从而引导仲裁机构不由自主地向诉讼标准靠拢，程序正义的标准似乎更高了。

但是，任何一种事物都是因其与其他事物相比较而具有特色，从而才获得了独立存在的正当性。仲裁与诉讼相比较而言，除了具备司法活动的一般特点之外，主要就是以其自主（自治）性、灵活性、专业性而获得其他纠纷解决机制所不具备的地位。在这些特色中，有的是司法属性的体现，有的则是其治理属性或服务属性的体现。在这里，凡是由司法属性衍生的特点都与诉讼活动比较接近。

## （二）调解程序的正义标准

有一种观点认为调解程序中基本不存在程序正义问题，这种观点在一定程度上反映了调解极大的灵活性和自治性。但既然作为国家司法制度的组成部分，司法属性的本质对调解制度仍然有基本的程序正义要求。这些要求在《人民调解法》中有一些典型的体现，在一些地方制定的多元化解纷机制的地方性法规中也有相应体现。这里择其要者简述如下。

第一，调解员有权自主选择调解方式。由于调解程序的结构简单明了，所以具体的调解工作方式便成了调解程序正义的主要表现形式。根据相关规定，调解员在调解过程中应当充分听取双方当事人的意见和理由，耐心向当事人讲解有关法律、法规和国家政策，加强疏导，在当事人平等协商、互谅互让的基础上，帮助当事人自愿达成调解协议。必要时，调解员可以向当事人提出公平的调解方案。这些都与人本主义的程序正义观非常贴近。

第二，当事人享有调解权利并履行调解义务。当事人在调解程序中依然有明确的权利和义务。《人民调解法》规定，当事人在调解过程中可以自主地选择或者接受人民调解员，可以根据自己的意愿接受调解、拒绝调解或要求终止调解，可以要求人民调解活动公开进行或者不公开进行，可以自主表达自己的



意愿并在自愿基础上达成调解协议。该法还规定了当事人在人民调解活动中应当如实陈述纠纷事实，遵守调解现场秩序，尊重人民调解员，尊重对方当事人行使权利。

第三，调解不成则应终止调解并告知后续程序。经过调解，如果调解员发现难以达成调解协议，则应当尊重当事人的意愿终止调解，并告知当事人可以依法通过仲裁、行政、司法等途径维护自己的权利。这是调解机制中的一项重要程序正义原则。这一原则要求调解员不得违反当事人的意思自治原则，在明确无法达成调解协议的情况下，应当及时终止调解，不得滥用调解程序的控制权，变相违反当事人的意思自治，久调无果，久拖不结，以致影响当事人进一步寻求救济的权利实现。

### （三）行政裁决与行政复议

由于行政裁决和行政复议都属于可以作出决定的非诉纠纷解决机制，所以其程序正义标准与仲裁、诉讼相似，比调解更为严谨。

行政裁决和行政复议的程序包括申请与受理、调查与审理、当事人陈述理由、行政裁决或决定等环节。虽然这些环节与正式的诉讼程序是相似的，但在具体执行中并不像诉讼程序那样严谨。《天津市行政裁决程序规定》便直接规定，对于行政裁决案件的中止审理、终结审理、文书送达等问题，参照《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定执行，这一点显示了其十分明显的司法属性。“行政司法”在我国只是一个学理概念，但在英国、美国早已出现在立法中了。英国的行政裁判机构称为“行政裁判所” (Administrative Tribunal)，而美国行政机构内的行政裁决者就干脆称为“行政法官” (administrative law judge)。尽管英美的行政裁判所、行政法官与中国的行政裁决、行政复议并

不完全一样，但其职能和工作方式却是相似的，都体现了这种非诉解纷机制较强的司法属性。学理上将此类机制称为“准司法”，这一方面说明这种制度与正式的诉讼制度具有一定的相似性，同时也暗喻了其与司法诉讼的差异。

## 六、非诉解纷结论的效力

司法裁判、仲裁裁决、行政决定的效力在法律上早已明确，其“司法属性”已得到了最佳实现，本文不再赘述。那么，非诉纠纷解决机制中的调解协议效力如何体现司法属性呢？

### （一）2002 年之前的人民调解协议

1982 年的《民事诉讼法（试行）》（已失效）第十四条规定，“人民调解委员会依照法律规定，根据自愿原则，用说服教育的方法进行调解工作。/当事人对调解达成的协议应当履行；不愿调解或者调解不成的，可以向人民法院起诉。/人民调解委员会调解案件，如有违背政策法律的，人民法院应当予以纠正。”1989 年的《人民调解委员会组织条例》（已失效）第九条规定，“人民调解委员会主持下达成的调解协议，当事人应当履行。经过调解，当事人未达成协议或者达成协议后又反悔的，任何一方可以请求基层人民政府处理，也可以向人民法院起诉。”

在这里，虽然法律法规规定了人民调解协议“应当履行”，但这只是倡导性而非强制性规定，所以人民法院在审理涉及人民调解协议案件的案件时并没有赋予其相应的效力。在当时的司法实践中，法院对于经过人民调解的案件仍然需要从零做起，先前达成的调解协议没有任何作用，甚至也不能成为案件的证据。

## （二）2002 年之后的人民调解协议

2002 年，最高人民法院《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》明确规定，经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容并由双方当事人签字或者盖章的调解协议，具有民事合同性质。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除调解协议。同时，该司法解释规定了调解协议的有效条件，包括当事人具有完全民事行为能力、意思表示真实、不违反法律、行政法规的强制性规定或者社会公共利益等。

从此之后，人民调解协议的效力终于从自愿性、倡导性走向了约束性、强制性，其司法属性得到了一定程度的体现。将人民调解协议作为合同对待是一次革命性的进步。试想，如果双方当事人通过平等协商谈判形成的协议均能获得合同的拘束力，而在第三方调停下形成的调解协议却不能产生任何效力，调解合意如同未曾发生，这显而易见是违反逻辑的，也完全抹杀了调解机制的司法属性。

2010 年通过的《人民调解法》对于调解协议的效力第一次从法律的高度作出了权威的规定。其中第三十一条规定，“经人民调解委员会调解达成的调解协议，具有法律约束力，当事人应当按照约定履行。/人民调解委员会应当对调解协议的履行情况进行监督，督促当事人履行约定的义务。”该法第三十二条规定，“经人民调解委员会调解达成调解协议后，当事人之间就调解协议的履行或者调解协议的内容发生争议的，一方当事人可以向人民法院提起诉讼。”可见，《人民调解法》的规定进一步认可了调解协议的合同效力，并明确规定当事人可以就调解协议的履行以及协议的内容向人民法院起诉。从此，调解协

议达成后即使出现当事人反悔或不履行的情况，司法救济也是完全可以衔接的。

### （三）调解协议效力强于合同

把《人民调解法》规定的调解协议具有“法律约束力”理解为“合同效力”已然是巨大进步，但实际上调解协议并不仅是普通的合同，因为司法确认制度的建立为调解协议赋予了强制执行力，而普通的民事合同并没有这样的“待遇”。二者的这一区别无疑更加突出地体现了调解协议的司法属性。

《人民调解法》第三十三条规定，“经人民调解委员会调解达成调解协议后，双方当事人认为有必要的，可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认，人民法院应当及时对调解协议进行审查，依法确认调解协议的效力。/人民法院依法确认调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请强制执行。/人民法院依法确认调解协议无效的，当事人可以通过人民调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。”在此规定的基础上，2012年修订的我国《民事诉讼法》就确认调解协议案件问题进一步作出规定，经依法设立的调解组织调解达成调解协议，双方当事人自调解协议生效之日起三十日内可以共同向人民法院申请司法确认，其中包括人民法院邀请调解组织开展先行调解的或调解组织自行开展调解的情况。对于裁定确认调解协议有效的，该调解协议即获得强制执行力。一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行；对于因不符合法律规定的条件而裁定驳回申请的，当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院

提起诉讼。上述规定是我国多元化纠纷解决机制改革的重要成果，而这些成果的取得，均得益于调解机制司法属性理论的指导。

既然调解协议有如此之明显的司法属性，那么能不能直接赋予调解协议强制执行力呢？这种观点在起草《人民调解法》过程中也有专家提出过，但最终未获采纳。究其原因有三：一是解纷结论直接获得执行力需要具备标准最高的程序保障，而所有调解活动在程序正义标准方面从来都是比较宽松的；二是解纷主体在独立性、中立性、公正性等方面应当达到最高的标准才有说服力，而调解组织在这方面的标准显然无法满足；三是以司法确认制度补强调解协议的效力，基本上能够认可调解的司法属性，全面发挥调解机制在解决纠纷方面的作用。

## 七、“诉非衔接”中司法属性的体现

在研究非诉讼纠纷解决机制的司法属性时发现，诉讼机制与非诉讼纠纷解决机制的衔接模式（简称“诉非衔接”）可以在最大程度上体现司法属性在其中的指导作用。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，要“健全社会矛盾纠纷预防化解机制，完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制。”这既为非诉讼纠纷解决机制结论的效力提供了出路，也实现了非诉机制的司法属性、治理属性、服务属性最大程度的融合。

### （一）为什么会有“诉非衔接”

实践中常有“诉调对接”“诉仲对接”“诉非衔接”的提法，但很少听到有“诉（讼）行（政）对接”或“诉（讼）执（法）对接”的说法。只所以出

现这种现象，其根本原因便是非诉讼纠纷机制与诉讼机制共同享有的“司法属性”。

从理论上讲，各种非诉讼纠纷解决机制最后都有可能与诉讼机制交汇。例如，申请执行仲裁裁决的，由法院按照民事诉讼法的规定进行审查；当事人对仲裁裁决提出撤销申请的，由法院按照仲裁法的规定进行司法审查。对于调解而言，依法设立的调解组织主持调解达成的调解协议可以申请法院司法确认，法院则根据民事诉讼法的规定进行审查。而起诉到法院的案件通过“诉调对接”机制中的委派调解、委托调解、特邀调解等方式分流给调解组织，由调解组织主持调解实现案结事了。所有这些“有机衔接、相互协调”的解纷活动，都是基于这些活动都具有一定程度的司法属性，也正是这种司法属性奠定了诉讼与非诉讼机制在程序上有机衔接的基础。

“诉非衔接”的正当性还源自于两类机制在主体、人员、程序、效力等方面共同享有的司法属性。不论其司法属性是强是弱，诉非衔接的改革成果验证了我国多元化纠纷解决机制建设总体上是完全遵循司法规律推进的。第一，诉非衔接不只是制度的对接，更是治理方式的对接，是实现国家治理体系现代化的具体措施，是各种治理机制和治理功能相互融合、相互支持的体现。第二，诉非衔接标志着我国司法界对于司法属性理解更加开放、包容、科学，也体现着非诉讼纠纷解决机制改革的积极性。第三，诉非衔接为我国司法制度的延伸性和完整化打下基础，为我国司法理论的发展提供了实践验证。

## （二）委派调解与委托调解

委派调解和委托调解是诉调对接的两种启动方式。无论是委派调解还是委托调解，人民法院和调解组织均应遵循当事人自愿原则，确保调解的公正性和

可接受性，提升当事人的获得感，维护社会的和谐稳定。如果能够通过委派调解或委托调解达成协议，则可以节约当事人的诉讼成本，节约国家的司法资源。

那么，法院委派或委托出去的案件由谁来调解呢？或者说哪些组织可以接受委派、委托呢？为确保让调解能力强、调解伦理好的调解组织提供这项具有很强司法属性的法律服务，人民法院建立了“特邀调解”制度，吸纳符合条件的人民调解、行政调解、商事调解、行业调解等调解组织或者个人成为特邀调解组织或者特邀调解员，接受人民法院立案前委派或者立案后委托进行调解，促使当事人在平等协商基础上达成调解协议、解决纠纷。实际上，特邀调解也是人民法院在良莠不齐的调解资源中按照较高标准进行筛选，最终选择符合法院要求的调解组织和调解员接受法院的委派或委托进行调解。这种制度更象是法院为自己的“后续”移付调解选择了一支信得过的“接盘手”，打造一支可靠的“编外”调解力量，而这一切无不是“司法属性”理论的应用成果。

### （三）司法确认制度

司法确认制度是我国法院多元化纠纷解决机制改革中的一个重要创新。2004 年《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》首次提出司法确认程序机制，随后在一些地方法院率先开始探索。2009 年最高人民法院进一步完善了司法确认制度的案件范围、管辖、确认程序、确认的法律效力等内容，形成了多元化纠纷解决机制改革的总体方案。2010 年《人民调解法》、2011 年《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》以及 2012 年修订的《民事诉讼法》明确规定，双方当事人通过调解组织解决纠纷，达成调解协议

后，可以向法院申请确认调解协议的效力。法院经审查认为合法有效的，可以做出确认裁定书，从而赋予调解协议以强制执行力。

除司法确认外，还有两种体现调解机制司法属性的变通方式，即“无异议调解方案认可机制”和“无争议事实记载机制”。无异议调解方案认可机制是指在给付之诉中，当事人未能达成调解协议但分歧不大的，经当事人各方书面同意后，可由调解员提出书面调解方案并送达当事人，同时告知其提出异议的方式、期限及法律后果。当事人在规定期限内对该调解方案提出异议的，视为调解不成立；当事人未提出异议的，该调解方案即视为双方自愿达成的调解协议。无争议事实记载机制则是指当事人未达成调解协议的，调解员在征得各方当事人同意后，用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实，并告知当事人所记载的内容。经双方签字后，当事人无需在诉讼过程中就已经记载的事实举证。

## 结语

我国在落实“将非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的过程中，有时会产生一种“无力感”。因为作为“民间司法”“非正式司法”的非诉机制自身没有太强的力量挺在前面，因而特别需要党政主要领导的推动和支持，同时也需要科学的理论支撑。司法属性理论的接受和应用为非诉讼纠纷解决机制增强了内在力量，也为我国多元化纠纷解决机制改革提供了验证工具。不同种类的非诉解纷机制有各自的特点，司法属性理论作用于这些不同的机制时也应当更加精细化，当强则强，当弱则弱。改革者应当本着实事求是的科学态度分类指导各种非诉讼纠纷解决机制的发展，通过科学的理论指导和积极的改革实践，以司法



属性理论重新构造“非正式司法”的版图，并最终发展和完善司法理论体系，推动司法体制改革的全面深化。

## 【最新法律法规及政策解读】



## 一、 龙岩市住房和城乡建设局关于进一步完善建设工程定额解释与计价争议调解工作的通知

2024 年 10 月 9 日，龙岩市住房和城乡建设局颁布《关于进一步完善建设工程定额解释与计价争议调解工作的通知》（龙建筑〔2024〕18 号），该通知自 2024 年 10 月 9 日施行。

### 龙岩市住房和城乡建设局关于进一步完善建设工程定额解释与计价争议调解工作的通知

各县（市、区）住建局、经开区住建局，各有关单位：

为进一步完善我市定额问题解答与计价争议调解工作，维护工程建设各方主体的合法权益，营造工程领域良好的营商环境，根据《福建省建设工程造价管理办法》（省政府令第 164 号）、《福建省建设工程定额管理规定》（闽建筑〔2024〕1 号）等相关规定，结合我市实际，现将有关事项通知如下：

#### 一、明确职责分工

定额解释与造价纠纷调解工作应按照属地管理和当面咨询原则实施：

1. 市本级和新罗区工程项目的定额解释与计价争议调解工作由龙岩市建设工程造价管理站（以下简称“市造价站”）负责受理。

2. 龙岩市其他行政区域的工程项目由属地建设工程造价机构负责受理，在定额解释与计价争议调解中，技术力量不足的，可向市造价站申请解释和调解。

3. 各级建设工程造价机构及时收集定额问题，逐级向省建设工程造价总站提出书面意见和建议。社会共性需求的定额解释，以及全省统一定额需要勘误的，由省建设工程造价总站以问题解答形式公开发布。

## 二、规范定额解释

定额解释与计价调解工作按照属地管理和当面咨询原则实施。定额解释仅就我省现行定额在施行过程中存在不明确或歧义时，需要建设工程造价机构解释说明的技术服务活动。全国统一定额、定额编制基础数据、已经取消的定额、招标投标计价与合同价款争议等，不在定额解释范围。具体咨询流程如下：

1. 有关单位或个人需要定额解释的，应当当面或书面向工程项目所在地建设工程造价机构咨询，由当地建设工程造价机构负责对相关情况进行登记。

2. 有关单位或个人应按要求填报《计价问题咨询登记表》，并提交相关资料。表格可在“龙岩工程造价公众号-定额解释”或“龙岩市住建局网站—行业管理—工程造价”栏目处下载。

## 三、做好计价争议调解

工程发承包双方对计价产生争议，需向工程项目所在地建设工程造价机构申请调解的，具体调解流程如下：

1. 发承包双方应当当面或书面向工程项目所在地建设工程造价机构申请调解，由当地建设工程造价机构负责对相关情况进行登记。

2.工程发承包双方应按要求填报《计价争议调解登记表》，并提供与调解问题相关的资料。调解达成一致的，由发承包双方代表签字确认。调解不成的，依照合同约定的其他争议解决方式处理。

3.为提升矛盾纠纷化解能力，营造良好的法治环境，对需要通过司法途径解决工程造价纠纷的问题，鼓励发承包双方到工程造价纠纷调解中心开展诉前调解。

四、本通知自发文之日起施行。

市造价站联系人：罗壬苹，联系电话：0597-2325798。

龙岩市住房和城乡建设局

2024 年 10 月 9 日

附件：

1.计价问题咨询登记表

2.计价争议调解登记表