

“仲调结合”之实践创新及其法理正当性*

张立平 张舒琳**

Study on Legal Legitimacy of the Combination of Arbitration and Mediation Practical Innovation

Zhang Liping Zhang Shulin

摘要: 在我国的民商事纠纷仲裁实践中,“仲调结合”已发展出仲裁委员会及其调解中心、仲裁庭等在内的多元组织形式,仲裁调解贯穿仲裁程序及裁决执行、仲裁调解与仲裁外纠纷解决机制相结合、仲裁调解与当事人和解相衔接等机制。这些实践创新具有法理正当性,是我国对外贸易仲裁重视调解传统的逻辑发展,与仲裁的自治性、灵活性特点相适应,且与“仲调结合法制化”命题相契合。由于调解所具有的整体事实观,以及通过当事人合意而在法律实施上所具有的合理性,在纠纷解决和权利保护上有着其自身的特有优势。调解在仲裁中的广泛和深入扩张,较大地提升了仲裁的纠纷解决

* **基金项目:** 本文为国家社科基金项目“新农村多元化纠纷解决机制研究”(08BFX065)、湖南省教育厅重点项目“和谐社会与农村纠纷解决机制研究”(08A077)、湘潭大学人文社会科学研究基地重点项目“法制现代化视野下的“三调联动”机制实证研究”(10fx06001)之阶段性成果;“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新中心平台建设成果,湖南省社科基金重点委托项目“法治湖南框架下调解理论创新与规则之治研究”(项目号:12WTB30)。

** **作者简介:** 张立平(1963—),男,湖南湘乡人,湘潭大学法学院·知识产权学院教授。张舒琳(1991—),女,湘潭大学法学院·知识产权学院民商法专业(知识产权方向)在读硕士研究生。

功能和效率，并有利于为仲裁服务向农村地区的拓展打开通道。

关键词：仲调结合 实践创新 法理正当性

Abstract: The arbitration practice in resolving civil and commercial disputes in China has developed mechanism of mediation through arbitration, enforcement of arbitration decision, combination of mediation in arbitration and other dispute resolution, and combination of mediation in arbitration and private settlement by arbitration committee and the subordinate mediation center, diversified dispute resolution organizations. Those mechanisms are of legality and are logical development of mediation tradition of Chinese arbitration, and adaptive with the characters of autonomy and flexibility of Arbitration. Because of the perspective of whole facts dealing function, and the comprehensiveness of law enforcement through agreement of the parties, mediation in arbitration has strong advantages in dispute resolution and right protection. Utilizing Mediation in arbitration can enhance the ability of arbitration to resolve dispute and enables arbitration to the countryside.

Keywords: Combination of Arbitration and Mediation Innovation in Practice Legality

“仲裁与调解相结合”（以下简称“仲调结合”）的民商事纠纷解决方式因为在实践中被证明行之有效而得到广泛运用和发展，^①其内涵和功能已一定程度上超出《仲裁法》之规定。但目前对于这些实践创新尚缺乏理论上应有的关照和回应，理论和实践的差距不利于为仲调结合提供立法升华和制度保障，也不利于及时抑制和防范某些弊端。本文仅就我国“仲调结合”机制的产生与发展，及其在市场经济条件下的实践创新作一扼要的梳理和描述，并就这些实践创新是否具有法理正当性做些尚为粗浅的探讨，抛砖

① “仲裁与调解相结合”是一种复合型的纠纷解决方式，有广义与狭义之分。在国际民商事仲裁中，广义的“仲裁与调解相结合”泛指仲裁与调解的各种结合形式，包括“先调解后仲裁”、“影子调解”、“仲裁中调解”、“调解失败每方当事人提供一个最后仲裁方案”、“调解与仲裁共存”、“仲裁后调解”等。其狭义是指当事人为了解决争议，先启动仲裁程序，在仲裁程序进行过程中，由仲裁员对案件进行调解，调解不成或调解成功后再恢复进行仲裁程序。狭义的仲裁与调解相结合也称“仲裁中调解”，其英文原文为 Arb-Med。在这种程序中，由同一人士担任仲裁员和调解员，如果是机构仲裁，则管理仲裁程序的机构和管理调解程序的机构是同一个机构。（参见王生长：《仲裁与调解相结合的理论实务》，法律出版社2001年版，第78-80页。）本文所指的仲裁与调解相结合是从广义而言，并包括我国仲裁“新实践”中发展出的执行中调解、仲调对接等新的形式。

引玉。

一、我国“仲调结合”的历史回顾与实践创新

(一) 我国“仲调结合”历史的简要回顾

“仲调结合”在中国贸促会 20 世纪 50 年代开始的仲裁实践中即受到重视。中国贸促会成立之初设立仲裁部时，贸促会第一任主席南汉宸提出我国仲裁制度要学习苏联，但同时也要重视我党在老区处理民事纠纷的经验，借鉴马锡五审判方式重视调解的做法，对于对外贸易纠纷也可用调解的方式解决。并且说如果能通过调解友好解决，即使没有裁决书，仲裁机构也是有成绩的。

1953 年，仲裁部通过调解成功解决了中国粮油出口公司向芬兰公司出口的大米生虫产生的货物买卖合同纠纷。对外开放之后，我国对外贸易仲裁中调解进一步受到重视，在范围上由对外贸易纠纷扩展到中外合资经营企业纠纷等，方式上由中国贸促会仲裁部调解扩展到当事人双方所在国仲裁机构的联合调解。这些成功实践引起了国际仲裁界的关注和赞赏，被很多国家学习借鉴。1977 年中国纺织品进出口公司与美国帕兰斯棉花合作社在棉花交易中发生 240 万美元的棉花迟装费争议，长期不能解决。1979 年之后美国仲裁协会行政负责人斯特劳和美国仲裁协会的国际贸易仲裁委员会主席霍茨曼访华，对调解提出了质疑，认为如果强调调解，又如何强调依法解决纠纷。当时西方国家认为调解和仲裁应机械地分开，而中国则认为可以有机地结合在一起，西方国家不理解调解与仲裁结合的法理基础是什么。时任贸促会副主任兼仲裁委员会副主任任建新向美国客人介绍了中国民间长期发展的调解实践和仲裁调解的经验。他说明调解不是不讲法律，而是在法律允许的前提下进行调解；调解必须当事人自愿；调解不能久调不决；调解是在法律规定的范围内进行。他还建议将此纠纷由中美两个仲裁机构双方各指定一名调解员联合调解。这一建议得到美国仲裁协会和双方当事人的同意，该纠纷也得以很快地调解解决。美国驻华联络处还为此专门举行了庆功酒会。

受中国仲裁调解的影响，1980 年联合国国际贸易法委员会制定了贸易法委员会调解规则。联合国大会于 1980 年 12 月 4 日通过的 35/32 决议中“建议在商事关系上产生争端而当事各方寻求通过调解解决争端时使用联合国国际贸易法委员会调解规则”。1982 年，国际仲裁协会在汉堡召开四年一度的国际仲裁大会，美国仲裁协会的霍茨曼主动要求在大会上发言，介绍与

中国贸促会通过联合调解解决纠纷的经过和结果，引起世界各国仲裁机构代表的广泛重视。^①以后贸促会调解中心与瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院、伦敦国际仲裁院、阿根廷调解中心、德国汉堡调解中心、美国仲裁协会调解中心、意大利仲裁协会等先后分别签署了调解合作协议或联合调解协议。^②由于仲裁调解在我国对外贸易仲裁中的成功经验，1995年施行的《仲裁法》明确肯定了民商事仲裁中“仲调结合”的纠纷解决方式，该法第51条规定：“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。”“调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”立法的肯定为我国“仲调结合”的进一步发展和实践创新提供了法律依据和制度基础。

（二）市场经济条件下“仲调结合”的实践创新

随着我国对外开放的深入和社会主义市场经济体制的建立，民商事纠纷大量增加，多样化和复杂化的纠纷涌现，对民商事纠纷的仲裁解决提出了新的要求。为尽可能地保证各种民商事纠纷的公正、公平、合理、高效解决，许多仲裁机构都努力寻求各种有效的纠纷解决手段，促进了我国“仲调结合”的实践创新。广州、北京、湘潭等地的仲裁机构还为此相继制定了专门的《仲裁委员会调解规则》。“仲调结合”的形式不仅多样化，而且贯穿仲裁程序始终及其裁决的执行，并与仲裁外调解、当事人和解等手段相衔接。由于这些实践创新的广泛性和复杂性，予以全面而精准的描述和概括未免为时尚早，也不大符合理论认知的自身规律，而且亦非本文所能及。因此选取具有代表性的样本作简要的梳理和分析，在当下可为便宜之计。本文选取的样本是湘潭仲裁委的“仲调结合”实践，其“仲调结合”机制系在参酌广州、北京等地有益经验的基础上形成，其形式的多样化较为典型和全面，故权且以此为例。

湘潭仲裁委员会自2000年开始即对“仲调结合”进行有益探索，如稀释裁决的比重，注重当事人的“自行和解”、“先行调解”等。湘潭仲裁委员会于2002年成立了“湘潭仲裁委员会调解中心”，制定并多次修订了专

^① 参见董有淦：《仲裁与调解相结合的创举》，载《中国对外贸易商务月刊》2002年第5期。

^② 上引董有淦文。

门的《湘潭仲裁委员会调解中心调解规则》和《湘潭仲裁委员会调解规则》，并制定其他配套制度。2013年5月，湘潭仲裁委员会在《湘潭仲裁委员会调解规则》和《湘潭仲裁委员会仲裁规则》中对“仲调结合”机制作作了规定。^①通过一系列规定，逐步构建了以仲裁委员会及其调解中心、仲裁庭和仲裁部（秘书处）等在内的多元组织形式，调解贯穿仲裁过程和裁决的执行，衔接仲裁外纠纷解决机制及当事人和解等多种机制。其主要内容包括：

1. 无仲裁程序启动依据的调解中心调解

没有仲裁协议或者仲裁协议无效的民商事纠纷，湘潭仲裁委员会下设调解组织可以根据当事人的申请作为调解案件受理。湘潭仲裁委员会工作人员在为当事人提供法律咨询时，如该当事人有调解意愿，经征求其他当事人的意见也愿意调解的，可以先调解。

湘潭仲裁委员会通过仲裁调解扩大了《仲裁法》对于我国民商事仲裁主管纠纷的范围，因而也就较大地扩张了“仲调结合”机制在纠纷解决上的范围和功能，使得那些不属于《仲裁法》第2条所规定的“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”，亦即不能作为仲裁案件受理的不少“侵权赔偿纠纷以及其他涉及当事人可处分权利的争议”，以及无《仲裁协议》、仲裁条款受理依据或依据无效的民商事纠纷，均可通过不同形式的仲裁调解、当事人和解以及仲裁确认的方式予以处理。同时，即使当事人没有主动提出申请，调解组织和仲裁工作人员亦可根据当事人的意愿主动先行调解。

2. 仲裁立案后组庭前的仲裁员或调解员调解

湘潭仲裁委员会《调解规则》规定仲裁员应当询问当事人是否同意在组庭前进行调解。当事人同意调解的应该调解。湘潭仲裁委员会还规定争议标的额在人民币一万元以下的纠纷，只要当事人不拒绝调解的，应当先行调解。无论哪类纠纷，只要在此一阶段存在调解的可能，及时调解解决都是需要和应当允许的。这一机制正是适应了对于已经进入仲裁程序的纠纷，尤

^① 除2013年5月，再次修订《湘潭仲裁委员会调解规则》由湘潭仲裁委员会直接提供外，以上所述有关湘潭仲裁委员会“仲调结合”的规范性文件及资料，均载 <http://www.xtac.org/index.asp>。访问时间：2014年5月8日。为避免不必要的繁琐，在后文引用前述有关规定中的条款和内容时，亦不作重复注释。

其是那些不经事实和法律审理即可调解解决的纠纷，予以及时解决的需要。

3. 开庭前的仲裁庭调解

湘潭仲裁委员会《调解规则》规定了开庭前的调解，即某些在立案后组庭前未能调解解决的纠纷，可以进行调解。进入庭前准备阶段后，有利于调解解决的因素可能增加，比如当事人已经选定仲裁员，并进行了证据交换，对案件事实和有关法律有新的了解和认知，对可能出现的不利裁决结果有了一定的评估和把握；仲裁庭对如何化解纠纷也有了较为清晰或某些初步的考量；申请人已表示愿意变更、放弃部分仲裁请求，被申请人已表示愿意满足对方主要请求，出现双方互谅和解的可能性。如果当事人一方或双方明确表示愿意调解的纠纷，那么仲裁庭应当及时激发、把握和提供调解解决的契机和途径。

4. 庭审中的仲裁庭调解

湘潭仲裁委员会《调解规则》规定仲裁庭在开庭审理的任何阶段，当事人均有调解意愿或同意调解的，应当当庭进行调解；当事人均要求或者同意给予适当时间考虑调解方案的，可以休庭。

一般而言，经过开庭审理，无论双方当事人及其代理人以及仲裁人员，对于案件事实和是非责任都有了较为清晰的认识和评估，有的纠纷在案件事实和法律处理上已经十分清楚，进行调解的阻力已大大减弱，仲裁员进行调解的策略、方式和手段运用也更为妥当准确，因此这一阶段势必出现更多的纠纷得到调解解决的可能，只要把握得当，很多纠纷即可不经裁决而得以顺利解决。因此，仲裁庭审中调解机制的设置其重要性自不待言。

5. 裁决前的仲裁庭调解

湘潭仲裁委员会《调解规则》规定为帮助当事人权衡“调”与“裁”的利弊得失，促成和解，仲裁庭可以将拟裁决的内容告知一方或双方当事人，并要求其在仲裁庭规定的期限内对是否继续调解予以回复。并且调解期限可以适当延长。

某些纠纷由于各种因素的影响，即使已经经过开庭审理，当事人亦未必能对是否选择调解解决和接受何种解决方案作出妥当的判断；但是一旦仲裁庭作出裁决，当事人又可能悔之晚矣。因此开庭审理后和裁决正式作出前，仍然存在调解解决的可能。

但当事人是否选择或接受调解的某种方案，又依赖于对最终后果的清晰认知。在这种情形下，通过仲裁庭在案件处理信息上的必要传递，“将拟裁

决的内容告知一方或双方当事人”，并对其是否接受调解予以限期回复，以便当事人作出正确的选择，保证调解的有效进行和裁决的及时作出，也就不失为一种合理的机制安排，有利于最大限度地推进纠纷的和谐解决。

6. 裁决书生效后及执行中的仲裁委员会调解

湘潭仲裁委员会《调解规则》第32条规定：“裁决书送达后，当事人对执行裁决书有和解愿望的，本委可以根据当事人的请求就执行的事项、标的额、方式、期限进行调解。当事人约定由本委转账支付执行款为和解条件的，本委可以提供必要的帮助。”

民事权利的可处分性，决定了民事纠纷在任何阶段，只要在不违背国家法律的禁止性和自愿原则的前提下，都可以通过当事人处分权的行使，使纠纷得到协商性解决。即使对于已经生效的仲裁裁决，无论在执行前或执行中，只要当事人有和解的意愿，就应允许当事人自行和解或及时通过调解的方式，促成当事人达成执行中的和解协议。当然，在这一阶段，由于仲裁程序已经终结，在实践中也就只能由仲裁委员会指派有关调解组织或仲裁部（秘书处）人员进行。同时，当事人达成和解协议的，亦应依照民事诉讼法有关执行和解的规定处理，而不能以仲裁调解方式结案。

7. 仲裁与仲裁外调解或当事人和解的对接联动机制

湘潭仲裁委员会《调解规则》规定当事人在湘潭仲裁委员会之外达成和解或调解协议后请求仲裁委员会制作仲裁法律文书予以确认的，可以进行仲裁确认。立案受理后至裁决前，当事人自行和解或者在律师主持下达成和解协议的，可以请求湘潭仲裁委员会或仲裁庭根据其和解协议制作仲裁法律文书。在仲裁过程中，当事人的自行和解，不属于仲裁机构自身的调解所致，在本质上不能归属于仲裁调解，其和解协议不具有法律上的强制性。为保证仲裁的纠纷解决效率，也就需要一定形式的对接，实现和解协议内容在法律效力上的程序性转换。这一机制有利于较大地增强“仲调结合”的功能，实现“一调终局”或“一和终局”的最佳效果。

由以上分析可见，“仲调结合”实践创新导致仲裁纠纷解决功能的扩张，这种扩张较大地超越了《仲裁法》的有关规定，这种超越不仅体现在通过调解较大地扩张了《仲裁法》所规定的案件主管范围，更体现在仲裁调解组织形式的多样化，仲裁调解对于整个仲裁程序的穿透以及与仲裁外纠纷解决机制、当事人和解的衔接等方面。

对于“仲调结合”在我国对外贸易仲裁中的简要历史回顾，以及湘潭

仲裁委员会“仲调结合”的扼要描述和分析，可以反映出“仲调结合”在我国的实践创新具有历史和现实的合理性与正当性。从历史的角度看，它是我国对外贸易仲裁重视调解传统，于市场经济条件下在民商事仲裁中的逻辑发展；从现实的角度看，则与我国民商事仲裁所处的特定环境，需要通过适当方式谋求一席之地以展现自身优势密切相关。并且，由于这些实践创新通过制定《调解规则》、《仲裁规则》及其他配套性规范而进行，契合了“仲调结合法制化”的命题，也适应了仲裁的自治性、灵活性特点，因而尽管其较大地超越了《仲裁法》原定的纠纷解决功能，却能得到仲裁实务上的肯认、传播和发展。

“仲调结合”的这些实践创新固然具有历史和现实的合理性与正当性，也似乎与法制化的命题相契合，但从法治背景下的仲裁制度而言，仅此还不足以证明“仲调结合”在理论上的正当性。“仲调结合”的正当性问题还与仲裁中的程序正当性，纠纷解决中的权利保护等诸多方面有关，如调解员是否可以继续充任仲裁员，仲裁员是否可以-direct调解案件，较多的调解是否会导致仲裁程序运作的失控，是否与当事人的权利保护相冲突等。故其不仅在国际民商事仲裁中素有争议，在我国的民商事仲裁中也存在诸多分歧，需要予以进一步的理论回应实为必要。

二、国际民商事仲裁中“仲调结合”正当性的概说与评析

（一）“仲调结合”正当性肯定说

对于“仲调结合”的民商事纠纷解决方式，虽然在国际民商事仲裁中也有较多使用，但对其是否具有法理正当性仍多有争论。肯定论的观点，多从不同视角论证其对于纠纷解决的积极效果和可行性。

肯定说的第一个理由是财富论，其认为调解人调解不成充任仲裁员有利于减少不必要的费用和加快争议的最终解决。^① 财富论认为不能过分夸大调解员因调解不成继续充当仲裁员的负面性，生硬地区别调解人与仲裁员的作用可能不切实际，会拖延争议的最终解决和增加不必要的费用。因为调解失败后，由另一人来审理案件因对于案情不了解而得重新熟悉。因此可以允许当事人约定，在调解失败后，调解人可以继续参与争议的解决，但他必须以

^① 参见[英]施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第665-666页。

仲裁员的身份出现。赫曼博士在讨论联合国国际贸易法委员会仲裁规则时指出，当事人可以通过协议的方式对不允许调解人继续充当仲裁员的规定予以修正。“如果调解的尝试早期失败，或者调解人对争议标的的了解，与其被视为可能的不利条件，不如说是一种财富时，这样的修正是可以接受的。”

第二个理由是效益论，其认为单纯的仲裁要花费太多的时间和精力，而“仲调结合”则有利于节省纠纷解决的成本，产生良好的效益。^①

第三个理由是职责论，其认为仲裁员调解案件是属于其职责范围内的事情，并不会造成其职责和角色相混淆，相反会更方便当事人，更有利于纠纷的解决。^②

第四个理由是信任论，其认为“仲调结合”是当事人的选择，是基于当事人对仲裁员的信任，也是对当事人意愿的尊重。^③

第五个理由是渐进论，其认为在仲裁中进行调解时，仲裁员形成自己的观点需要一个渐进的过程，并非在当事人完成陈述后的瞬间便立即对争议作出决定。因此仲裁员在调解过程中与当事人会见，谈论自己对有关问题的看法，有助于当事人发现自己在该案中的弱点，促进相互了解，纠正误解和疏忽，从而有利于纠纷的解决。^④

第六个理由是二重获得合意论，其认为不仅调解，而且仲裁都存在着“合意”上的困难，即纠纷处理的开始和最终解决方案的达成，均须获得当事人的合意。^⑤ 对立消除型的调解可以分为判断型、交涉型、治疗型、教化型，但因种种困难往往在四种调解模式之间出现反复流动的不安定态势，而表现出“合意的贫困化”，可能出现合意向“同意”变质、合意的“好意”

① 参见 The Rt. Hon. Sir Michael Kerr, *Reflections on 50 Years' Involvement in Dispute Resolution*, 64 *Arbitration* (August 1998), p. 175.

② 参见 Pieter Sanders, *The 1996 Alexander Lecture, Cross - Border Arbitration - A View on the Future*, 62 *Arbitration* (August 1996), p. 173.

③ 参见王生长：《SCC 规则和 CIETAC 规则的比较》，载《中国国际经济贸易仲裁委员会中国涉外年刊》1992 年版，第 59 - 60 页。

④ 参见 Michael E. Schneider, *Combining Arbitration with Conciliation*, ICCA Congress Series no. 8, *ibid*, p. 76.

⑤ 周成泓：《仲裁与调解相结合纠纷解决制度之正当性探析》，载《贵州警官职业学院学报》2005 年版第 3 期。

化及合意向“恣意”的变质等现象。^① 仲裁无疑同样会存在着“合意”的困难，因为一是当事人对纠纷的解决持有不同利益，二是对仲裁主体的适格性、公正性可能存在怀疑。因此为获得合意，不得不在仲裁合意的取得和方案的承认这两个环节上都缓和和对合意内容的要求，最终仅以获得较弱的合意为目标。^② 强调当事人的主体性，并非就是可以唯我独尊，要互相尊重，互为主体；强调合意性，并非就是要简单的“你好”、“我好”，而是要求大同，存小异；强调交涉性，也不是指单纯的利益交易，而是一种“在法律的阴影之下的交涉”。^③ 由于调解具有较多的灵活性，而仲裁具有一定的法律强制力和类似法院判决的效力，二者又均存在合意取得上的困难，通过调解的结合增加仲裁的灵活性，以最大可能地获取当事人的合意为目标也就势在必行。仲裁与调解相结合是现代替代性纠纷解决方式（ADR）的一种，其目的在于扬仲裁与调解之长，避二者之短，通过尊重当事人的自律性，充分发挥当事人自发的秩序形成能力，赋予当事人灵活地调整程序和实体规范的可能^④，以增强仲裁的灵活性。

（二）“仲调结合”正当性否定说

否定“仲调结合”的观点则尽力从不同角度揭示其可能产生的负面作用。否定说的第一个理由是侵害论，其认为“仲调结合”是对程序正义的侵害。仲裁员担任调解员和一方当事人私下会见所获取的信息，使得对方当事人没有机会进行辩论，如果将此信息用于以后的仲裁，在程序上即构成不能容忍的重大违规。^⑤

第二个理由是混淆论，其认为“仲调结合”混淆了仲裁程序和调解程序的区别。这是两个完全不同的程序，调解员的职能和仲裁员的职能有着本质不同，前者是帮助他人作出决定，后者则是由第三人独立作出有拘束力的

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1994版，第52-73页。

② [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1994版，第102-110页。

③ 季卫东：《法治秩序的建构》，法律出版社1999年版，第385页。

④ 周成泓：《仲裁与调解相结合纠纷解决制度之正当性探析》，载《贵州警官职业学院学报》2005年第3期。

⑤ 参见 Street Laurence, *The Language Dispute Resolution* (1992) 66 *Australia Law Journal*, 194, p. 197.

决定，二者职能的混淆会损害调解的效力和仲裁决定的独立性。^①

第三个理由是失控论，其认为调解难以控制程序的有效进行和保证其公正性。在调解程序中，当事人及其代理人都可以自由发言，这种无序和自由会让调解员难以控制程序；由于未经宣誓，调解员所获信息的质量也难以保证；仲裁员在仲裁程序中可能使用其在调解阶段获得的材料，也会妨碍当事人畅所欲言，从而对调解不利。^②

第四个理由是危险论，其认为“仲调结合”难免产生实际上的偏袒。若仲裁员调解失败转而充任仲裁员，将会受到当事人的言辞而非证据的影响，考虑只有一方当事人知道而另一方当事人不知道的情况。更为严重的是，如果仲裁员在调解过程中接收了当事人提供的材料或者探知到当事人出价的底线，在裁决时也难免会有实际上的偏袒。^③

（三）对“仲调结合”正当性争论的对象、焦点与不足

综观上述观点，其争论的对象主要是仲裁员与调解员合一的正当性，所涉及的情形一是由仲裁员直接主持调解，即仲裁员直接充当调解员；二是调解员在调解不成时，继续充当仲裁员对案件进行仲裁。争论的焦点有三：一是“仲调结合”是否会混淆仲裁员和调解员的不同角色；二是会否违背仲裁的程序和实体公正原则；三是能否提高纠纷解决的效益。^④ 这些争论对于“仲调结合”实践创新有直接的理论针对性，也一定程度上阐释了无仲裁程序启动依据的调解中心调解、仲裁立案后组庭前的仲裁员或调解员调解，以及裁决执行中的仲裁部（秘书处）人员调解的机制的正当性。调解组织、仲裁部（秘书处）的调解人员可能本身就是仲裁员，当纠纷调解不成时，原调解员可能在仲裁程序中继续担任仲裁员。仲裁部（秘书处）调解已经裁决的案件，也可能出现原仲裁员继续充当调解员的情形。但这些争论在理论的逻辑上不关涉仲裁与仲裁外调解或当事人和解的对接联动，因为这些“仲调结合”的方式只是对其他调解主体调解结果或当事人和解在仲裁上的

^① 参见 Goldberg, *Green and Sander, Dispute Resolution*, pp. 246 - 267.

^② 参见 David C. Elliott, *Med - Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?* 62 *Arbitration* (August 1996), p. 177.

^③ 参见 Roger Pitchforth, *National Report - New Zealand*, Speech Delivered at the Nagoya Symposium, *ibid*, pp. 411 - 432.

^④ 周成泓：《仲裁与调解相结合纠纷解决制度之正当性探析》，载《贵州警官职业学院学报》2005年第3期。

效力转换，一般不会涉及仲裁员与调解员合一的问题。因此，这些争论虽然具有理论上的深刻性和具体性，对于我国“仲调结合”正当性具有重要的理论价值，但它们尚不能涵括我国“仲调结合”的各个方面。

在上述的争论中，本文比较同意肯定论的观点，因为否定论对于调解员继续充任仲裁员的担忧是可以根据当事人的自愿选择以及仲裁调解的程序化规制而得到缓解的。^①“仲调结合”的发展本身就证明这些担忧并不是主要的问题。现代社会中调解员、仲裁员的选任空间很大，完全可以实现调解员和仲裁员由不同人员分别担任，即可缓解角色混淆问题。而且在当事人同意的情况下，调解员继续担任仲裁员也是当事人的自愿选择，这种选择本身就是建立在当事人对于这些可能出现的风险的理性考量之上。即使仲裁员同时也是调解员，其可能出现的问题也不是那么紧要，一方面二者的合一本身就存在如肯定论者所言的诸多益处，另一方面仲裁员自身对其行为也会基于职业的伦理，以及仲裁规则的约束而加以理性的注意和考量。如果事情真如否定论者所担忧的那么紧要，程序和实体的正义经常地因为角色的同一而受到损害，这些实践创新可能也早被当事人所拒绝。

即使如此，国际民商事仲裁中的这些争论并不能涵括我国“仲调结合”的各个方面，而且也不能充分照应调解在仲裁中的广泛和深入扩张是否与法治背景下的当事人权利保护存在背离。因此，对于我国“仲调结合”的实践创新，尚需在前述所论的基础上，从理论上解决以下两个层面的问题：一是调解作为纠纷解决方式在仲裁中广泛扩张的正当性，二是调解向仲裁深入扩张的正当性，才能为我国仲调结合的新实践在正当性上提供较为全面的理论支持。

三、调解在仲裁中广泛和深度扩张的正当性

（一）调解作为一种纠纷解决机制的权利保护功能

“仲调结合”实践创新的核心内容是调解在仲裁机制中的扩张，这种扩张不仅存在于仲裁中，也是调解在各种民事纠纷解决机制中日益受到重视的表现。我国当前在各地兴起的“三调联动”或“四调联动”机制等，不仅

^① 如2013年《调解规则》第26规定：“组庭前调解不成的案件，主持调解的仲裁员不得担任审理本案的仲裁庭成员，但双方当事人共同选定其为独任或首席仲裁员的除外。”

包括各种调解机制内部联动,也包括各种调解机制与其他纠纷解决机制之间的联动。诉调对接、仲调对接便是这种联动机制的组成部分。^① 调解的广泛扩张,在客观上主要是来自于民事纠纷的日益多样化、复杂化和数量剧增所带来的纠纷解决压力。但理论上如何解释调解扩张的正当性,则是一个较为复杂的问题。肯定论者比较一致的观点认为:一是从程序方面而言,当事人对自己的权利具有处分性,调解正是在尊重当事人私权处分性前提下的一种纠纷解决方式;二是从效益方面而言,纠纷的调解解决压缩了不必要的纠纷解决过程,从而节省了当事人和国家、社会的纠纷解决成本;三是从文化方面而言,“和谐”是人类社会的美好追求,而纠纷的调解解决能“案结事了”,使原本由于纠纷造成的震荡复归于平静;四是从历史方面而言,我国有重视调解的悠久传统,通过调解解决纠纷也行之有效;五是从国际实践而言,西方发达国家ADR兴起,调解这种纠纷解决方式也日益受到重视。^②

上述观点从不同的视角为调解的扩张提供了独到的阐释说明,但对于调解在诉讼、仲裁中的扩张,其阐释说明并不充分。现代法治是以权利为本位的法治,任何纠纷解决机制的确立和建构,其正当性都不能无视权利保护这一最为宏观而又具体的标尺。因此论证调解扩张的正当性不应只是停留在“传统”、“和谐”、“经济”、“案结事了”、“域外ADR”等与权利保护缺乏直接关联的层面,而必须对调解是否亦如裁决之类纠纷解决方式一样,具备权利保护的功能,甚至还有某些特有优势。只有如此,才能更加有力和根本地消除调解在现代法治背景下作为一种纠纷解决方式的种种话语冲突和理论质疑。

因此,我们尚需从以下方面对于调解作为一种纠纷解决方式是否能够实现权利保护予以较为具体的阐释和说明:一是较之于裁决,调解是否难以保

^① 如湘潭仲裁委员会、湘潭市司法局制定了《仲裁调解与人民调解对接联动具体实施办法》,而该办法又是根据中共湘潭市委办公室、市人民政府办公室印发的《湘潭市社会矛盾纠纷调解对接联动工作实施办法》(潭办发[2007]15号)和市中级人民法院、市人民政府法制办公室、市司法局、湘潭仲裁委员会联名印发的《关于仲裁调解与人民调解、司法调解、行政调解对接联动的办法》(潭仲发[2007]6号)。这些文件所反映的内容和相互关系,典型地显示了调解在纠纷解决中的广泛扩张状态。

^② 这些观点存在于诸多相关的论文或著作,此处只是对这些关于调解正当性理论观点的一个大致概括,因这些观点的不集中性及大体周知,为概述得尽量简要,故不作具体注明。

护当事人的权利。换言之，即是否就如一些观点所指，调解难免就是“和稀泥”；是否容易发生久调不决、强制、欺骗；是否导致将当事人程序和实体权利视同儿戏。二是调解在诉讼、仲裁等纠纷解决机制中的广泛运用，是否就会造成这些机制的萎缩，妨碍其发展，甚至造成实体法的虚置，破坏规则之治，^① 进而损害法治的目标。这两个问题在本质上是同一问题的不同方面，因为运作中的“和稀泥”、“久调不决”、“强制”、“欺骗”以及调解的大量运用所造成的程序萎缩、实体法虚置等，最终还是会损害当事人在实体和程序上的权利。所以调解作为一种纠纷解决方式，对于权利保护的正面价值是否大于负面价值，如果答案是肯定的，则应当给予其在法治背景下如同裁决一样的正当位席，进而其在诉讼、仲裁等不同纠纷解决机制中的广泛扩张，也就无可置疑。

西方法治国家一直将调解视为一种与规则之治背道而驰的纠纷解决方式，但是近几十年来一反常态将调解广泛运用，这说明调解与法律秩序的贯彻和实现之间并不存在严重的紧张关系。质疑论者的种种担忧，可能主要还是基于一种对于法治目标的强烈关怀而所作的未必准确的逻辑推导。如果调解果真对规范性秩序具有较大的破坏性或相悖性，现代西方法治国家就不可能接受，遑论在强调“王权”、“王法”绝对权威的中国古代。而调解在中国古代实际就是与“依法裁决”相对应——起着相互补充作用的——国家法律规则和秩序得以有效实施和实现的另一方式。

在国家法律规定的前提下，纠纷的解决无论采取第三方裁决，还是第三人促成当事人谈判达成协议，甚至纯粹地由当事人理性沟通而达成和解等任何手段，都不可能离开法律的既定规范。调解解决和自行和解中的当事人一样会遵守法律规则。既然纠纷已经处于既定规范的阴影之下，那么当事人显然会援用规范维护自身在规范中已经被赋予的利益或避免不利于己的法律后果。我们不难发现裁决只不过是裁决主体第三方的意志使一定的国家法律规范得到实施，而调解或和解则是通过当事人自身的意志来实现法律规范。

调解与裁决在国家法律规范的贯彻和实施上，又有着其各自的利弊，采用的是两种不同的纠纷解决思维模式。裁决所采取的是一种“法条主义”

^① 田平安、吕辉：《“调解优先”质疑论》，载《河南大学学报（社会科学版）》2013年第1期。

的思维进路，其优势是在国家法律规范的贯彻和实施上具有严格性，但也存在明显的弊端，即对于纠纷事实的认定具有基于既定法律规范上的“要件事实”的切片性，在法律的理解和适用上则因第三方意志性和强制性容易导致的不准确性和不全面性。这也是民事纠纷在裁决解决时何以当事人往往具有较多的抵触情绪和难以执行的根本原因所在。而调解则是一种“整体性”思维，这种“整体性思维”正是由其纠纷解决上的“合意主义”进路所决定的。这种“整体性思维”不仅体现在对于纠纷事实的整体性了解和认知上，也体现在协议的达成中通过当事人合意形式而对于国家法律规范的贯彻实施上。在“合意主义”下，民事纠纷解决的思维，一般来说不仅必然要表现为纠纷事实上的整体考察，也必然地要表现为对于法律理解和援用上的交往理性，否则所谓的“合意”是很难达成的。在纠纷的调解解决中，调解主体为寻求合法而又较为合理的纠纷解决方案，一方面需要对于纠纷事实全面的了解，如纠纷发生的原因、纠纷演变的历史过程、当事人的性格和情感、纠纷所涉及的某些社会连带关系以及纠纷发生和发展过程中的某些具体细节等；另一方面，当事人势必要援用这些规范以维护自己的合法权益，而且在最终厘定纠纷解决方案时，当事人势必要经理性的考量和同意。这就必然使得调解中法律的适用比裁决更为精当和合理。同时，在法律规范欠缺的纠纷解决中，当事人也必然要尽可能地通过交往理性，将纠纷的解决建立在符合一定的道德、习惯、民情和公序良俗且较为合理的基础之上。纠纷处理都要在权利义务、是非责任分明的情况下进行。一定的让步或给予都不可能是糊涂的和无原则的，给予者或者被给予者，让步者或者受益者之间，应当也必须彼此内心清楚，知恩知歉。由于调解使得当事人之间的权利义务关系的处理不仅要合法而且合理，较之于裁决在很多情况下更为精当和全面，并且通过交往理性获得当事人对自身权利义务、是非责任的内心认知和认同，故而调解才具有纠纷解决上的和谐性和彻底性^①。

因此，调解作为一种纠纷解决机制也有权利保护的功能，而且在很多情况下相较于诉讼和仲裁来说其在权利保护上反而有自身独特的优势。

（二）调解在仲裁中广泛扩张的正当性

当然，调解贯彻法律方面也存在自身的某些弊端，例如在当事人对相关

^① 参见张立平：《为什么调解优先——以纠纷解决的思维模式为视角》，载《法商研究》2014年第4期。

法律规范无知而发生是非和责任的认知错误误导当事人，或者调解人员欺骗、诱导当事人，或者久调不决等不合法、不公正或无效率的情形。但是这些弊端是可以通过一定救济机制得以缓解和矫正的。在现代法治背景下，实际上无论调解还是裁决，对于纠纷的解决和当事人法律权利的保护，是各有利弊相得益彰的。

第一，调解恰好可以弥补裁决在纠纷解决功能上的某些不足和负面作用。就民事纠纷的解决而言，裁决的功用主要在于处理那些难以通过当事人合意解决的纠纷。在难以通过合意解决的情况下，必须及时地通过裁决强制解决，这是及时维护当事人权利，高效解决纠纷的需要。同时，裁决的存在对于促进当事人达成合意也会起着客观的后盾作用。裁决前的调解中采取的“裁前告知”之所以奏效，正是后盾作用的外在显露。但是由于裁决在纠纷解决思维上的“切片性”和机械性，不仅大多数的民事纠纷通过裁决的方式解决并非最佳选择，而且有些纠纷由于事实认定和法律关系上的复杂性，也不适宜通过裁决的方式解决。在湘潭仲裁委员会有关调解人员的经验介绍中，即有此类较为典型的事例：

湘潭仲裁委受理了本地某大型企业申请的产品质量纠纷案，被申请人是北京某公司。案件的双方当事人在对产品主设备的质量问题进行诉讼的同时对配件的质量问题进行仲裁。申请人认为主设备和部分已交货的配件根本不合格；被申请人则提出法院对主设备都没有认定质量问题，仲裁庭无权作出配件质量不合格的裁决，双方僵持不下。

该案的仲裁员提出了“仲裁既不能与判决结果相对抗，又不要被判决结果所左右”的主张，并建议将产品质量问题委托省质量技术监督局鉴定。通过质量鉴定，双方距离马上拉近，都表示愿意接受仲裁庭调解。仲裁员处处为双方着想，促进双方沟通，最终不仅使申请仲裁的争议达成了统一的调解协议，同时双方还在仲裁庭商议对已向省高院上诉的主设备质量争议撤诉，将撤诉和解的协议一并写入仲裁调解文书。^①这个案例充分说明调解在仲裁中的运用能够增加仲裁过程的灵活性，充分尊重当事人的意愿，从而实现仲裁和调解的互补，甚至化解一些疑难的纠纷。

第二，仲裁中调解的负面价值也是较小的和可控的。所谓“和稀泥”

^① 朱培立：《灵活的调解技巧和谐的双赢结局乃仲裁之最佳追求》，<http://www.docin.com/p.188529614.html>。访问时间：2014年5月12日。

的现象虽然存在，但多数情形下只不过是基于旁观者视角的理性误差。调解往往是以一方或双方当事人在某些权利上作出让步，达成妥协而告终，这就难免使人产生一种“和稀泥”的感觉。但这种观感其实是一种错觉，其原因是先入为主地认为纠纷解决应该局限于严格依制定法裁决的范围之内。调解是通过斡旋、说服、劝解和教育使当事人之间达成合意来解决纠纷的，其本质是充分尊重当事人在纠纷解决上的自主性。既然是当事人在自主的前提下解决纠纷，当事人是否作出某种让步也是自主的理性选择。当事人的自主理性选择往往有着宽广的价值考量，而不是局限于在法定权利义务之中。当事人可能考量了该纠纷产生的历史、现状与未来；也可能考量了纠纷发生的各种直接与间接的原因、纠纷解决的方式与结果所牵涉的各种社会连带关系，以及这些关系与自身的利益直接或间接的影响。当事人在纠纷解决中的决定总是要基于自身利益的权衡和考量的。一些情况下，一方当事人作出了较多的让步似乎使权益未得到切实的维护，但实际上对于该当事人而言却可能是最为恰当的结果。例如当事人经过充分估计在裁决后很难执行的案件，在另一方当事人愿意尽力给付的前提下，与其花费更多的成本继续争执，便不如在调解中接受较为现实的方案；再如在长期商业交往的当事人之间，权利方如在做出种种考虑后放弃一定的权利，则可能意味着更多的商业机会和未来利益；又如涉及熟人关系的纠纷中，若一方当事人在纠纷解决中过于强调法定权利，而面临的可能是人际关系的恶化，不如表现出一定程度的“宽宏大量”。正因为当事人自己的选择才是最符合其利益的选择，调解较之于裁决，才往往更为接近纠纷本身的事理，更能实现“法与情理”之间的内在统一，实现法律效果与社会效果的统一，从而实现“案结事了”。因此，对于所谓的“和稀泥”的现象不必过度解读。

第三，“强制”^①或“欺骗”调解的现象虽然在一定程度上存在，但得逞的可能性却不大。当事人基于利益的切身性，对于调解人员提出的有损其利益的建议有着本能的警惕，调解人员进行“强制”或“欺骗”，并非是一件轻而易举的事情。另外现代社会的纠纷解决中经常有律师或法律工作者的

^① 在调解的启动中，一些国家规定有“强制调解”的方式，即调解的启动并非根据一方或双方当事人的自愿，而是由一定机构根据纠纷是否具有可能调解解决的性质和特点，以决定该纠纷强制性地进入调解程序。本文所指的“强制”，是调解进行中的强制，即在调解过程中采取违背当事人自愿达成实体性合意的手段进行调解。

参与，即使当事人没有聘请法律专业人员担任代理人，也可能在作出决定前咨询某些法律专业人士。而且现代社会公民的文化素质和法律意识已得到较大的提高，被欺骗的可能性进一步降低。最后调解同样可以程序化，通过程序的规制也可以控制这些现象的发生。

第四，调解在仲裁中的大量运用并不会造成仲裁机制的萎缩、民事实体法的虚置、破坏规则之治等。首先民商事纠纷的解决是以当事人是否满意为最根本的标准，而不是以发展出更为繁杂的程序为目标。当事人满意是纠纷解决取得“案结事了”，实现法律效果与社会效果统一的基础，离开当事人满意这一标准，其他效果便无从置谈。第二，调解并不意味着不需要程序的规制，在法治背景下，也只有法制化的调解才能获得自身的生命力。调解在仲裁中的大量运用，势必发展出相应的程序规则。调解组织的构成，调解的启动、进行、中止、结束和效力，调解机制之间、调解机制与仲裁机制之间的衔接等，都需要相应的规范，这些规范同样是仲裁法制建设的有机组成部分。第三，调解对于纠纷的解决仍然是以民事实体法的运用为基础的。调解在思维进路上的整体性和纠纷解决上的辩证性，恰恰可以使得民事实体法得到更为精当和合理的运用。在商品经济日益发展，利益主体日益多样化、社会关系日益复杂化的社会环境下，调解的有效进行和健康发展，更是要依赖于民事实体法的不断发展和完善。

总之，较之于裁决，调解通过说服、斡旋、劝解、教育等方式，通过交往理性，促成当事人达成基于自主意志的合意，对于认识纠纷事实和贯彻实施国家法律往往更为精当和全面，因而在纠纷解决和权利保护上有着自身的特有优势。如此看来，调解在具有裁决功能的纠纷解决机制中的广泛扩张，也就具有无可置疑的法理正当性。调解和裁决在纠纷的解决中可以相互弥补，相得益彰，更好地实现纠纷的公正、高效与和谐解决。

（三）调解在仲裁中深度扩张的正当性

既然调解在权利保护上具有其他纠纷解决方式不具有的特有优势，而负面价值可通过“仲调结合”法制化得到有效的控制，也就不仅为调解向仲裁机制广泛扩张提供了正当性，也为调解向仲裁的深度扩张提供了理论前提。

所谓深度扩张，也就是调解不仅可以在仲裁审理过程中得以运用，也可以在仲裁立案前、立案后组庭前、审理后裁决前，以至于裁决生效后的履行和执行中大量运用；不仅可以通过组织形式的多样化和运作过程的程序化设置，贯穿于仲裁机制自身的运作之中，也可以通过如仲裁确认机制与仲裁外

“仲调结合”之实践创新及其法理正当性

其他纠纷解决机制相衔接。而且由于仲裁的民间性、自治性，在程序设置上的灵活性，纠纷解决的特定范围和商业惯例、行业标准的适用等，在其与调解的结合上有着更大的空间。从仲裁所处的人文和经济环境而言，也需要调解在民商事仲裁中的深度扩张，才能充分发挥其纠纷解决的功能和优势，并为仲裁服务于向农村地区的拓展打开一丝通道。“仲调结合”的实践创新，亦彰显出此种效果和需要。如湘潭仲裁委员会仲裁案件受理情况（见下表）的统计即反映了这种效果和需要。

湘潭仲裁委员会 1996—2010 年受理案件情况统计表

年份	受理 案件数 (件)	其中		受案 标的 (万元)	已 结 案 件 分 类					全国 仲裁 机构 排序
		涉外 件数	涉及 国家 和地区		案件总 数 (件)	调解 (件)	自动 履行 (件)	法院 撤销 (件)	不予 执行 (件)	
1996	1			27.3		1	1			
1997	5			10.8			5			
1998	4			60		2	4			
1999	5	1	台	27.4		3	3			
2000	7			190.3		3	5			
2001	31	1	港	3062		10	27		2	66
2002	103			1124.5		86	9.3	1	1	45
2003	111			20591		71	90			57
2004	220			6683.1		133	209			46
2005	255	1	澳大利亚	8235		202	237			50
2006	302			9320	291	256	242	1		54
2007	652			17200	629	578	589			22
2008	666			24500	486	446	439	1		23
2009	681			36000	515	433	495		20	24
2010	692			56856	510	383	490	1		
历年 合计	3735	3		1838877	2431	2607	2845.3	4	23	

从上表可以看出，自 1999 年至 2001 年，该委仲裁案件受理数量极少，

最低时全年仅1件；而且攀升非常缓慢，1996年至2000年连续5年共计才受理22件，受案标的在2000年仅达到190.3万元。2001年攀升较快，亦仅31件，受案标的为3062万元。其标的额之所以显著提升，主要也是因为受理了1件涉港民商事纠纷。2002年迅速提高到103件，以后无论受案数和标的额都攀升较快。2010年达到692件，标的额由2002年的1124.5万元，达到56856万元。而这一发展轨迹，与2000年开始探索“仲调结合”，2002年成立专门的调解中心，以及有关规则的相继制定显然是同步吻合的。

虽然，目前对来自于乡镇的民商事纠纷尚为少见，但个别乡镇工程承包纠纷、医疗纠纷案件的受理，也已开始显示这些实践创新对于我国民商事仲裁向农村地区伸展的价值所在。^①

总之，我国仲裁机构设置于直辖市和省、自治区人民政府所在地的市，以及其他设区的市，社会对于民商事仲裁制度了解和认知的匮乏，以及地区经济、城乡经济发展的不平衡状态，都制约着仲裁法律服务的拓展，妨碍其纠纷解决功能的有效和全面发挥，而调解这一具有悠久历史传统，为社会大众所熟知的纠纷解决方式在仲裁中的广泛和深度运用，也就不失为破解此种困境的有效形式。

结 语

“仲调结合”将调解的纠纷解决方式向仲裁机制中扩张，实际上是我国对外贸易仲裁重视调解传统的逻辑发展。实践创新中较为合理而细致的规定，也彰显了仲调结合法制化的命题，符合仲裁自治性、灵活性的特点和民商事纠纷解决的规律。这些实践创新之所以可能，其根本的原因还在于调解作为一种纠纷解决方式，较之于裁决的方式更能体现当事人在纠纷解决上的自主性，利益衡量上的整体性，纠纷解决思维上的辩证性，更为有效地实现“法与情理”上的内在统一，法律效果与社会效果上的统一，从而更好地实现纠纷的和谐高效解决和当事人权利保护。调解与仲裁的广泛和深度结合，亦适应了我国仲裁环境欠缺，经济发展不平衡的状态，有利于仲裁制度纠纷解决功能的充分发挥，有利于我国仲裁制度向农村地区的伸展，因而具有充分的法理正当性。

^① 《湘潭仲裁委员会1996—2010年受理案件情况统计表》，<http://www.xtac.org/Main.asp?Fl>。访问时间：2013年5月12日。