

我国律师调解制度研究

刘 丹

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年9月13日; 录用日期: 2022年11月24日; 发布日期: 2022年12月1日

摘 要

律师调解作为国际上通用的调解方式之一, 是指律师作为中立的第三方主持调解, 提出专业化、令当事人满意的调解建议, 促进当事人达成调解协议, 进而解决纠纷, 减轻诉讼压力。我国律师调解实践早在2006年就已出现, 但直至2017年律师调解制度才正式建立, 所以律师调解制度至今仍处于起步与探索阶段。明晰基础概念, 总结制度实践困境, 借鉴国外先进经验, 制定相应符合我国国情的完善措施, 对律师调解制度的长期发展至关重要。

关键词

律师调解制度, 模式, 阻碍, 外国经验, 完善措施

Study on the Lawyer's Mediation System in China

Dan Liu

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 13th, 2022; accepted: Nov. 24th, 2022; published: Dec. 1st, 2022

Abstract

As one of the international common mediation methods, lawyer mediation refers to that the lawyer, as a neutral third party, presides over mediation, puts forward professional and satisfactory mediation suggestions, promotes the parties to reach a mediation agreement, and then solves disputes and reduces litigation pressure. The practice of lawyer mediation in China had appeared as early as 2006, but it was not formally established until 2017. So the lawyer mediation system is still in its infancy and exploration stage. Clarifying the basic concepts, summing up the practical dilemmas of the system, drawing on advanced foreign experience, and formulating corresponding

improvement measures in line with China's national conditions are crucial to the long-term development of the lawyer's mediation system.

Keywords

Lawyer Mediation System, Mode, Hindrance, Foreign Experience, Improvement Measure

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



1. 律师调解制度概述

随着国际替代性纠纷解决机制(ADR)的发展及我国构建多元纠纷解决机制的潮流, 调解制度开始受到广泛关注与重视, 而律师调解作为调解的新兴表现形式, 也发挥了越来越重要的作用。

我国早就出现了律师调解的实践。在 2017 年律师调解制度正式建立之前, 部分地区如青岛、广州、北京等地已经开始出现律师作为独立的第三方主持调解的现象。2006 年 10 月 12 日, 山东德衡律师事务所成立了国内首个律师调解中心“青岛市涉外律师调解服务中心”, 为我国专业律师调解机构的建立提供了宝贵经验。首先, “青岛市涉外律师调解服务中心”将受案范围暂时限定在“涉外纠纷”, 主要负责主持涉外纠纷的调解。其次, 程序灵活、保护隐私, 充分尊重当事人意愿, 视情采取不公开的调解方式, 快捷、公平、有效解决纠纷。再次, 规定了当事人达成调解协议后, 可向法院申请确认, 有效保障了调解协议的效力。随后各地纷纷建立律师调解中心, 均由律师担任中立第三方主持调解, 以实践推动了律师调解制度的正式确立。

制度是成员共同遵守的规章或准则, 是以法律法规或其他形式明确的系统的办事规程或行动准则, 律师调解实践到律师调解制度需要法律规范的确认。2016 年, 最高人民法院出台的“最高院多元意见”首次以官方文件的形式提出了律师调解的概念, 明确指出要推动律师调解制度的建设。2017 年 9 月, 最高人民法院、司法部颁布《关于开展律师调解试点工作的意见》(以下简称《意见》), 在 11 个省(直辖市)展开律师调解试点工作, 这是律师调解制度在我国正式建立的标志。2019 年 1 月, 为进一步推动律师调解工作的发展, 最高人民法院、司法部又联合出台了《最高人民法院、司法部关于扩大律师调解试点工作的通知》, 将试点工作扩至全国。

1.1. 律师调解定义、受案范围与原则

调解是替代性纠纷解决机制(ADR)的重要形式之一, 指中立的第三方在发生矛盾的当事人之间组织协商, 解决纠纷的社会活动。律师调解为调解的新兴方式, 是由律师作为中立的第三方, 运用自己的专业技能推动双方平等协商, 提出调解建议, 帮助当事人达成调解协议, 从而解决纠纷。

《意见》规定, 律师调解的受案范围为民商事案件, 包括刑事附带民事纠纷, 但涉及身份的案件或性质不适宜调解的案件除外。限制受案性质一是因为民商事案件是如今数量最多的案件, 律师调解适用于民商事纠纷可以有效缓解诉讼压力。二是民事权利的重要体现为处分权, 更尊重当事人的意思自治, 受公权力约束小, 便于发挥律师调解的灵活性[1]。

律师调解原则是指导律师调解员行为的准则。首先, 律师调解员应遵循中立原则。律师调解员作为第三方主持调解, 中立是根基, 也是职业道德与行为规范。律师应做到不偏颇、客观独立地认定案件事

实,进行法律分析,综合考虑案件事实,作出双方认可的调解方案。其次,律师调解员应遵循自愿原则。律师调解员开展工作时,应充分听取和考虑当事人的意思表示,不得干预和阻挠各方当事人同意达成的调解协议,不得以专业知识强迫或威胁当事人接受调解意见。再次,律师调解员应遵循便捷原则。替代性纠纷解决机制的重要价值为便捷高效,律师主持调解时应贯彻落实这一原则,利用专业技能,结合案件情况适当简化调解方式和程序,节约当事人的时间成本,实现调解价值。最后,律师调解员应遵循回避原则。《意见》中规定了应当回避的情形,当事人因此申请律师调解员回避的,律师调解员应当回避;存在回避情形而当事人未申请的,律师调解员应当自动回避。因律师调解员未回避导致调解协议违背一方当事人真实意志的,可以申请撤销该调解协议。

1.2. 律师调解的本质

对于律师调解是否作为一种独立的调解类型,学术界尚有分歧。第一种观点认为,根据调解主持者分类,律师调解是由律师作为中立的第三方主持调解工作,区别于人民调解、行政调解、诉讼调解、仲裁调解等,是独立的调解类型。就如最高法、司法部负责人回答记者会时所言:“建立由律师作为中立第三方主持调解的工作机制,完善与人民调解、行政调解、诉讼调解、商事调解等既相独立又互相衔接的律师调解制度”。第二种观点主张律师调解不是独立的调解类型,而是以律师身份参与到各种类型的调解中,律师调解的四种模式分别是律师参与诉讼调解、行政调解、人民调解的体现。

要把握律师调解的本质,首先要区分“律师参与调解”与“律师调解”的概念。当前的司法实践中,律师从事调解业务共有两种途径:一种是“律师参与调解”。此时律师扮演的是代理人角色,参与到由法院、仲裁庭、行政机关等机构主持的调解中,以实现己方当事人的利益最大化为目的,配合调解工作的进行。另一种即为“律师调解”。律师作为中立的第三方引导调解工作的进行,公平公正地推动各方当事人进行平等协商,达成各方满意的调解协议。这两种方式在律师的立场与地位上有明显区别,所以第二种将“律师调解”等同于“律师参与调解”的观点有失偏颇。

要把握律师调解的本质,其次要明确律师调解在调解机制中的地位。律师调解与其他调解方式互相独立又互相补充。律师调解的独立地位体现在,实践中当事人可根据自身需要选择任何一种调解方式,包括律师调解。律师调解对其他调解方式的补充体现在:公共法律服务中心(站)的律师调解工作室为人民调解与行政调解范围内的案件提供了专业保障,当人民调解委员会与行政机关接到受案范围内但又难以解决的案件时,可以引导当事人进行律师调解,使案件在基层得以解决;法院附设型律师调解在诉讼中与诉讼调解构成了完整的诉讼中调解体制,保障当事人调解的权利,鼓励和支持以调解方式解决纠纷。

要把握律师调解的本质,还要从制度层面入手,了解律师调解制度在整个纠纷解决机制中的作用。诉讼制度、仲裁制度和调解制度都是有中立的第三方参与的纠纷解决机制,其中调解的权威性最低、法律性最弱[2]。而律师调解制度弥补了传统调解制度专业度低、公信力低的不足,能够与诉讼制度、仲裁制度形成协同与衔接,构建多元纠纷解决的“联动机制”。首先,律师调解制度的受案范围是民商事案件,法院、仲裁机构在接到适合律师调解的案件时,可在征得当事人同意后将案件移送或委托至律师调解机构;当律师调解中心接到行政纠纷、刑事纠纷或其他不适宜律师调解的案件时,可以建议或告知当事人选择仲裁或诉讼,实现优势互补,实现多元纠纷解决机制的有效互动。其次,律师调解的价值之一是便捷高效,当案件久调不决时,应及时梳理好律师调解的退出机制,将案件分流或回流至行政处理、司法裁判、仲裁程序中去[3]。最后,法院对律师调解制度的作用最为重要,一方面律师调解的部分案件来自于法院委托,另一方面是法院的确认与执行是律师调解协议效力的保障,所以律师调解制度的发展离不开法院的支持与协助(图 1)。

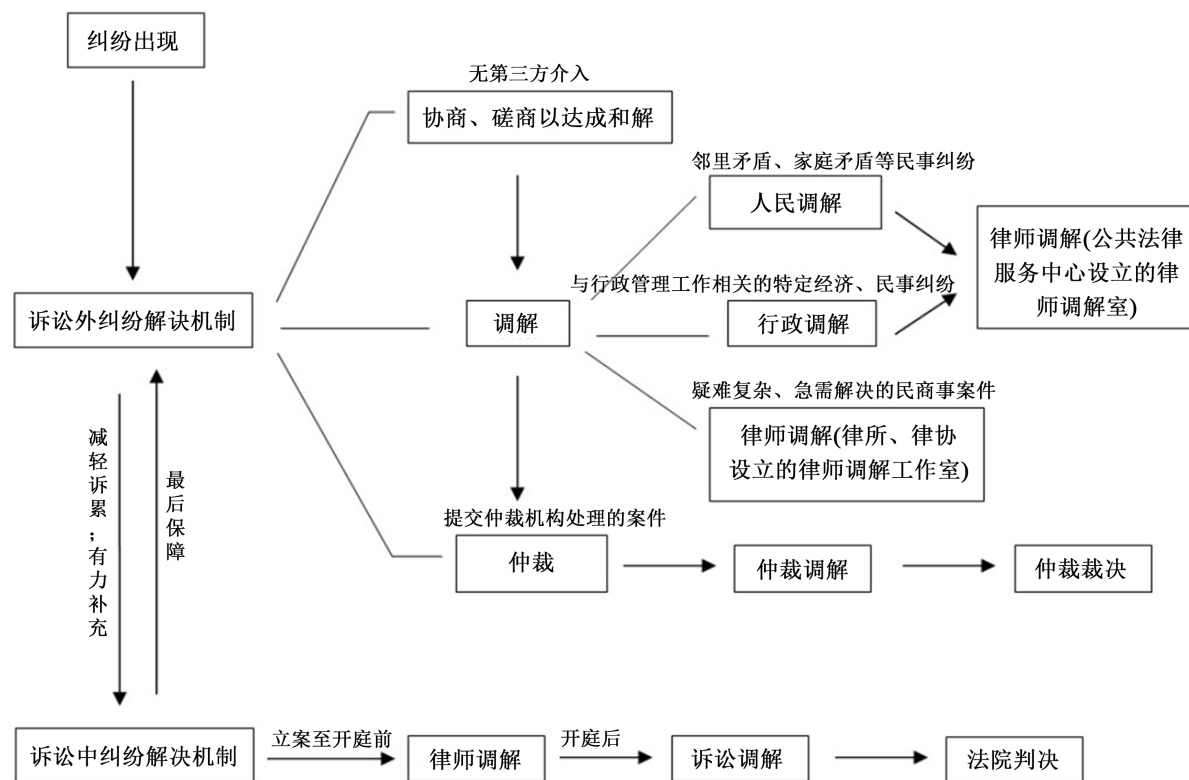


Figure 1. Ideal model of dispute resolution mechanism

图 1. 纠纷解决机制理想模型

1.3. 律师调解的优势与意义

1.3.1. 律师调解优势

随着经济的发展，社会矛盾的复杂性加深，人民群众的各类法律纠纷呈现出从相邻权纠纷、侵权纠纷等向不动产、金融、建筑工程、知识产权等更专业化和资本化纠纷转变。一般的基层人民调解员已经很难调处公司、法人、各类其他组织间的各类复杂新型民间纠纷，律师调解应运而生[4]。律师调解既能够有效避免诉讼的弊端，又能对传统的调解方式进行补充与完善。

第一，律师调解能够弥补诉讼的不足，建立良好的社会关系。当前法院案件过多，压力过重，导致司法资源紧缺，加之诉讼周期长，纠纷难以得到及时有效的解决。律师调解作为调解方式之一，具有传统调解方式的优势：一是更加高效与灵活。律师调解能够节约当事人的时间成本，及时的解决纠纷，“在与审判比较的意义上把降低发现正确解决所需要的成本作为调解的固有长处”[5]。二是填补诉讼的漏洞。诉讼不能解决所有纠纷，有些案件因为缺乏证据等原因导致无法立案，也有些案件标的数额大急需解决，例如金融案件，不适宜选择审理周期长、程序复杂的诉讼。三是调解有利于建立良好的社会关系。诉讼目的是己方利益的实现，而调解追求的是整体利益的最大化，是双方当事人的共赢，调解气氛比诉讼更为和平友爱，有利于和谐社会风气的形成。

第二，在调解系统内部，律师调解也具有不可替代的独特性。其一，律师的专业性强。律师是接受过系统法学教育，通过国家统一法律职业资格考试，依法取得律师执照的专业人员。律师能够利用法学思维与法律知识，依法对双方当事人的行为作出判断，更加公平公正地平衡矛盾双方的利益，作出当事人认可的调解建议。而人民调解与仲裁调解的调解员来自各行各业，看待问题的角度和处理问题的方式与专业人员有所区别，缺乏公信力，不利于调解协议的接受与执行。其二，律师调解的自主性更强。律

师调解是民间调解，律师与当事人处于平等地位，当事人更能够表达自己的真实意志与想法，使得沟通更加快速有效，同时在充分听取当事人意见后作出的调解意见更全面，更容易为当事人所接受。而行政调解与法院调解是由官方参与的调解活动，公权力的介入存在强制调解的嫌疑，不利于贯彻调解的意思自治原则。

1.3.2. 律师调解意义

首先，律师调解制度有利于依法治国总目标实现。党的十九大报告指出，“全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求与重要保障”，而习近平主席也强调：“律师队伍是依法治国的一支重要力量”。由此可知，全面推进依法治国离不开律师队伍的推动与实践，律师调解制度是实现依法治国总目标的重要动力，是构建多元纠纷解决机制的重要部分。

其次，律师调解制度促进了律师行业的发展。一方面，律师调解制度拓宽了律师的业务渠道，为律师增加了新的执业选择，同时促进律师的思维由“单方性”向“整体性”转变，提高了律师队伍的纠纷解决能力；另一方面，律师作为中立第三方主持调解，提升了律师的社会地位，改变了社会公众对律师偏好诉讼与利益至上的传统印象，改善了律师的公众形象。

再次，律师调解制度提高了经济效益。首先，我国面临“诉讼爆炸”的难题，司法资源紧缺，律师调解制度能够有效缓解诉讼压力，实现资源合理分配。其次，律师调解不必经过严格僵化的强制程序，节约了当事人的时间和精力。再次，律师调解追求的整体利益最大化，同样保障了社会经济的总体效益。

2. 律师调解制度模式

2.1. 四种律师调解模式

《意见》以调解工作室的设立地点为依据，划分了四种律师调解模式：

第一种是在人民法院设立律师调解工作室，即在人民法院内部诉讼服务中心或法庭设立专门的律师调解场所，经当事人同意，将适宜律师调解的案件移送律师调解中心。

在人民法院附设型律师调解工作室模式中，最大的争议在于律师调解的启动时间。一种观点认为，《意见》未规定律师调解启动时间，案件立案登记后或审理过程中，只要法官或法庭认为适宜律师调解员调解的，经当事人同意，均可移交律师调解室。而另一种观点认为，只要进入诉讼程序，即使当事人同意律师调解，调解工作也应当由承办法官一并负责，避免司法资源的浪费，延长纠纷解决的时间。笔者认为两种观点都有其合理性，但也存在不足。第一种观点，法官或法庭随时可以将案件移交给律师调解室，与律师调解制度减轻诉讼压力的价值相悖，也容易成为法官逃脱责任、怠于履职的借口。第二种观点，进入诉讼程序一般以立案登记为标志，法院附设型律师调解需经过法院的价值评判进而移交，禁止立案登记又要求法院进行价值评判在现有的法院流程中是无法实现的。

综合上述两种观点，笔者建议将律师调解启动的时间定在庭前准备程序中，即立案登记后至开庭前。此时案件已交至承办法官手中，承办法官对案件事实、复杂程度已经有了基本了解，认为案件适宜律师审理且在律师调解受案范围内的，在取得当事人同意后，可以交由律师调解员调解。这一律师调解的启动时间既发挥了法院的主导与监督作用，又不过分占用司法资源，尽最大程度发挥律师调解减轻诉累的制度价值。

第二种在公共法律服务中心(站)设立律师调解工作室，即在县级、乡镇的公共服务站设立调解工作室，律师调解员进行公益性法律服务。公共法律服务中心(站)是将县、乡镇的法治宣传、法律援助、律师、公证、司法鉴定等资源整合，采用实体、网络、热线的方式为公众提供法律服务的“一站式”平台。律师调解工作室的建立使得基层群众得到免费的专业法律服务，将法治成果惠及大众。

第三种是在律师协会设立律师调解中心，即在省、自治区、设区市的律协设立律师调解室，案件由当事人申请或人民法院移送。律师协会是律师自律性组织，全国设立全国律师协会，省、自治区、直辖市或设区市可以设立地方律师协会，律师必须加入地方律师协会。

第四种是在律师事务所设立律师调解工作室，即律师可将调解作为一项业务在律所开展，同时能够接受法院与行政机关委托的案件，这也是最贴近律师服务市场化的一种模式。

2.2. 四种模式优劣评析

法院附设型模式的优劣最为突出，也是学界研究的重点。法院附设型律师调解在调解结果与调解协议确认上有突出优势。法院是官方司法机关，法院的专业性使得当事人对律师调解更加信赖，对调解结果也会更加认同，且律师调解流程在法院监督下，有效保障调解过程及实体结果的公平公正，同时调解协议可及时得到确认，调解协议的法律效力和执行力得到保障。

法院附设型律师调解的劣势同样明显。首先，律师调解制度的最大优势在于专业化与职业化，能够解决更为复杂和困难的专业案件，而法院的主要目的是分流案件，尤其基层法院的案件数量多但法律关系大多比较简单，不需要太专业的业务知识就可以解决，人手不足是其主要难题所在[6]。法院附设型模式将专业的律师调解员等同于人民调解员，不能发挥律师调解制度的专业价值。其次，律师容易与法官进行利益勾结。实践中许多律师进入法院进行律师调解，是期待能够与法官进行接触、沟通，学习法官的判案思路，提高代理业务的胜诉率或间接得到案源[7]。而律师在法院内调解一定程度上影响法院的权威与专业度，故而法官愿意与律师进行经验分享与指导。因此，法院附设型律师调解使得律师与法官接触可能性加大，不利于律师业务的公正性。

在公共法律服务中心(站)设立律师调解工作室，能够从基层解决矛盾，节约司法资源，纠纷解决及时有效。同时，行政司法机关监督律师调解员开展调解工作，有利于调解程序的规范及调解结果的公平公正。但此种模式的最大不足在于，律师调解费低，律师积极性不高，出现律师调解员缺少的现象。

律协是律师的行业协会，被称为律师的“娘家”[8]。首先，律协有能力整合当地律师资源，将调解实力强、积极性高的律师纳入律师调解中心，并根据律师的专长进行业务领域的分工，当事人在律师协会可以获得专业度高的律师调解服务[9]。其次，律师协会不容易与当事人发生利益输送，不会偏袒任何一方当事人，调解结果公正性高。

在律师事务所设立调解工作室是最符合传统律师业务的一项，也是律师调解市场化的初步体现，是现阶段律师调解员最易接受的模式。律师能够充分利用专业知识，选择适合纠纷解决的调解方式，灵活性强，节约当事人的时间与精力；但律师事务所的独立性较强，外部监督弱，容易出现引导诉讼从而获取更高利润的情况。律师事务所一般为合伙企业或个人独资企业，企业以追求利润为主要目的，在调解费低廉的情况下，调解质量无法保障，会阻碍律师调解制度的发展。

四种律师调解模式为当事人提供了充分的选择空间，当事人可以根据自身经济水平、案件性质、案件诉求自由选择，满足人民群众在专业法律服务方面的需求。

3. 律师调解制度发展阻碍

3.1. 法律规范的缺失

我国的律师调解已进入全国试点阶段，但缺乏立法层面的支持，不利于律师调解制度的推行。任何一项制度都需要法律予以确认与支撑。最高法、司法部联合出台的《意见》虽然确立了律师调解制度，但部门规章的效力有限，不利于律师调解制度的全方位发展，完善法律层面的保障迫在眉睫。

学界中部分观点认为，《律师法》28条第(五)项“接受委托，参加调解、仲裁活动”是律师调解制

度的法律支持。但本文上述已详细分析过“律师参与调解”与“律师调解”的不同，两种制度中律师地位差异明显，不可混为一谈，将两种制度混淆实际上违背了律师调解制度的设计意义与价值，是对律师调解制度本质的曲解。另一部分观点则将《律师法》28条第(六)项“接受委托，提供非诉讼法律服务”作为律师调解制度的法律根基。项规定或许可以作为法院与行政机关委托律师调解模式的依据，但难以涵盖当事人直接申请律师调解的情形，因此也不能为律师调解制度提供全面的保障。

《意见》虽然对律师调解制度进行了较为全面的规定，但缺少统一具体的实施方案。首先，律师调解员资质、收费均由各地方自主决定，实践中各地区政策不一，各自为政，不利于我国律师调解制度的发展。其次，各地方自主性强，地方行政机关与司法机构的态度与当地律师调解制度的发展息息相关。有些地方对律师调解制度不重视，敷衍消极地制定当地律师调解细则，或直接照搬《意见》内容，导致律师调解工作难以进行；反之，有些地方积极性过高，对律师调解制度过度创新，超出了《意见》的体制框架，反而使律师调解工作产生紊乱[10]。再次，《意见》中未规定律师所在律师事务所及其人员的回避机制，律师调解员怠于履行调解义务、引导当事人将案件委托给同一律所工作人员代理诉讼的风险存在。

3.2. 传统观念的影响

社会公众对调解制度与律师身份信任度低。相比于调解这一民间调解方式，大多社会公众更愿意选择官方的权威机构处理纠纷，调解制度仍需推广与普及。除此之外，人们对律师职业也存在抵触，认为律师只注重经济利益而罔顾案件的事实公正，不认可律师公正独立的第三方身份。

律师的诉讼思维与调解思维存在冲突。首先，律师通常代表一方当事人诉求，在法律框架内实现己方当事人的利益最大化，长期实践中形成的法律服务思维、表达技巧、办案方式与律师调解制度要求的职业道德有所出入，且越是资深律师越根深蒂固、难以转化。而《意见》中又明确规定，各地应自主确定律师调解员的准入资质。实践中看，大多省市规定有三年或五年以上的执业经验的律师才能主持调解工作，从而可知律师调解员思维模式转化之难。其次，律师分析案件习惯严格依据法律，重视法律意义上的公平公正，而调解不仅涉及到法律，更需要律师综合考虑双方当事人身份、社会关系、道德标准、心理期待等全方位因素，从而做出更加周全、让各方满意的调解建议。综上所述，律师主持调解工作仍存在思维与实践上的困境。

3.3. 律师调解报酬低

《意见》首次明确了律师调解的收费标准，可以将其分为市场化收费、政府购买服务与财政支持三种[11]。市场化收费是指，在律所设立的律师调解室模式中，直接接受当事人的申请调解纠纷的，可以低价有偿的收取律师费；政府购买服务是指，在公共法律服务中心与律师协会设立的律师调解室模式中，当事人直接申请的，律师调解员通过政府采购服务收取费用；财政支持是指，在人民法院设立的律师调解工作室，律师调解员通过政府采购服务收取经费，并纳入人民法院专项预算，对法院进行预先财政支持。

由《意见》规定的收费模式可知，国家现阶段对律师调解服务的性质定位偏向为公益，唯一带有市场化色彩的存在于律师事务所的律师调解室，其收费标准也限制为低价。从律师调解制度的早期推广来看，律师调解费用低，的确能够吸引更多当事人选择，能够实际地减轻诉讼压力，实现制度设计意义。但着眼于律师调解制度的长期发展，收费低却未必能够实现律师调解制度的可持续性。律师调解制度的主持者为律师，而律师的传统业务例如律师代理、担任法律顾问等的经济利益均高于律师调解，且执业中当事人认可度高、职业荣誉感强。律师调解业务相比于传统法律业务来讲，执业过程中尊重与认可度

低，且执业荣誉感差、报酬少，严重打击律师调解的积极性。即使律师早期响应国家律师调解的号召，长期实践中难免会出现不愿参与、消极调解以暗示当事人诉讼等弊端，不利于律师调解制度的长期稳定发展。

4. 国外律师调解制度

4.1. 英美法系律师调解制度

4.1.1. 英国诉讼费罚则

英国《民事诉讼规则》确立了诉讼费罚则，即考量纠纷解决过程中，当事人是否存在没有合理或合法依据却拒绝调解的现象，这种调解可以是律师代理参与的调解，也可以是律师主持的调解。

英国法院在 2002 年 2 月首次应用于个案 *Dunnett v. Railtrack*。Dunnett 女士的三匹马在穿越农场靠近铁路线的一个大门时被火车撞死，Dunnett 女士认为该大门应当配有足够的锁扣设置以保证铁路沿线的小路能够使用，而不致于伤及其农场中的马匹[12]。Dunnett 女士一审败诉后提起上诉，上诉法院建议本案调解处理，Railtrack 公司认为胜诉几率大，拒绝调解。虽二审结果维持原判，但法官认为 Railtrack 公司未努力履行化解义务，在诉讼费的负担上进行了惩罚[13]。

这种诉讼费形式的经济杠杆一定程度上减轻了诉讼压力，为律师扩展了调解市场，促进了调解制度的应用。

4.1.2. 美国健全的律师调解立法

律师在美国纠纷解决机制中发挥了重要作用。全球最大的司法仲裁与替代性纠纷解决机构 Judicial Arbitration Mediation Service (JAMS) 中 60% 以上的仲裁员与调解员由律师担任，可见现代调解法律化与职业化趋势。

美国的律师调解立法健全。美国立法始终走在世界前列，《替代性纠纷解决法》是世界上首部以规范非诉讼纠纷解决机制为主要内容的专门性法律，促进了美国替代性纠纷解决机制的快速发展[14]。随后，美国制定了《统一调解法》(Uniform Mediation Act)，《职业行为示范规则》(Model Rules of Professional Conduct)和《美国律师协会调解员行为标准》(AAA-ABA-SPIDR Joint Standards of Conduct for Mediators)等规范，这些法律对律师调解的各个方面作了明确规定[15]。美国法律的完善为律师调解制度的运行与发展提供了法律依据与保障，也为我国立法提供了宝贵经验。

4.2. 大陆法系律师调解制度

4.2.1. 德国律师回避、培训与鼓励机制

德国规定了律师调解的回避制度。《民事诉讼法》第 41 条规定，律师担任调解员的，应在诉讼中回避。《联邦律师法》也 43 条也明确，任何一方的代理律师都不得担任律师调解员主持调解。德国重视律师调解技能的培训，德国律师协会和法学院会提供专门的培训律师调解业务的教材，这些教材都由经验丰富的律师撰写，充分展示了德国律师丰富的调解经验[16]。德国也规定了律师调解员的鼓励机制。德国律师调解员收费以是否成功分为两类：失败的调解案件 10 欧元，成功的案件不仅可以收取 20 欧元，一般还可获得额外奖励。

4.2.2. 日本民事调停制度

2003 年修订的《民事调停法》建立了律师可以充当法官的制度，即律师可以被任命为民事法庭法官，但这种权力仅限于律师参与调解。同时，法院设立“调停委员会”，具有纠纷处理经验的律师和其他专业人员可以被选为调停委员会成员，但主要成员为律师。当事人或法院可以根据案件情况适用民事调停

程序，调停成功后，调停委员会出具的调解书将等同于判决的效力，调停失败，则调停委员会做出替代调停的决定或直接进入审判程序。

日本的律师调解员在民事调停的过程中占据强势的主导地位，甚至可以告知当事人即使法院审判，结果也会和调解书相同，通过专业知识劝说当事人接受调停结果，这也是非专业调解员能够难以达到的效果。

4.3. 国外律师调解制度借鉴

英国、美国、德国、日本的律师调解制度都走在世界前列，通过完备的法律体系或特色制度推动律师调解制度的发展，但我国借鉴时应立足本国国情，有选择地借鉴与吸收。

英国的诉讼罚则利用经济杠杆促使当事人选择调解而非诉讼，成果显著，《意见》中也有类似规定：一方当事人无正当理由不参与调解，或者有明显恶意导致调解不成的，人民法院可以根据具体情况对无过错方依法提出的赔偿合理的律师费用等正当要求予以支持。但同样应限制惩罚的情形与数额，在调解的自愿原则与减轻诉累的制度价值中找到平衡点。

美国立法速度始终居于世界前列。法律虽然存在滞后性，但美国的立法始终坚持做到与社会、经济发展相一致，努力在最短时间内为新兴制度提供法律保障。美国《替代性纠纷解决法》推动了ADR在美国的兴起，引领了世界多元纠纷解决机制的潮流，早于欧盟十年。而对现阶段律师调解制度立法尚未健全的我国来说，美国制定的法律规范能够为我国提供立法模版，加快我国律师调解制度立法的进程。同样，美国与时俱进的立法思想同样值得我国反思与改进，不要让法律规范的缺失阻碍良好制度的运行。

德国的回避机制也适用于我国，《意见》中明确规定了律师调解的回避事项，但同我国一样，未规定律所及其人员的回避机制，回避体系不完善。德国的培训与鼓励机制有利于提升律师调解员的调解能力与积极性，对我国有启示作用。首先，德国从学生阶段就重视对律师调解能力的培养，将调解能力纳入系统的法学培养体系中，整体提高了律师调解员的执业水平。其次，调解成功的案件报酬高于失败的调解，并且给予奖励，可以增强律师调解员的荣誉感和责任心，促进律师调解成功率的提升，逐步加深当事人对律师调解制度的信任，实现减轻诉累的效果。我国也可以采用德国制度的培养和鼓励机制，调解制度越发重要，提前培养法学生的调解能力有利于其适应各种工作要求，有益无害，设定奖励机制能够提升律师调解员的积极性，提高律师调解案件的质量。

日本民事调停制度同我国法院附设型律师调解类似，但调停委员会中律师的权力远远大于法院附设型调解中律师调解员的权力。民事调停制度中，律师充当法官的角色，在案件审理过程中地位强势，作出的调解书等同于判决的效力。而法院附设型律师调解中，律师仅仅是作为中立的第三方引导调解的进行，提出调解建议供当事人参考，将当事人同意的方案制作调解书等待当事人确认，这份调解书在未得到司法确认的情况下仅具有民事合同的效力。民事调停制度可能会比我国法院附设型律师调解效率高，但是律师和法官的混同不适合在我国适用。首先，这种模式会引起社会公众的抵触，律师作为诉讼代理人的形象根深蒂固，法官则是最具公信力的司法人员，二者的混同不仅会降低法官的公信力，律师调解制度也容易遭受抵制。其次，笔者也不支持律师与法官过多接触，容易滋生腐败，有损于公平公正的法治风气。

5. 律师调解制度完善

5.1. 完善律师调解立法

首先，完善《中华人民共和国律师法》。在立法模式方面，首要任务是要完善《律师法》。律师法是律师制度的法律根基，是律师的基本行为准则，规定了律师制度的宏观框架，任何一项与律师有关的

制度都应得到《律师法》的立法确认。完善《律师法》从两个方面入手：一方面应扩大《律师法》28条规定的律师业务范围，明确将律师调解作为一项独立的律师业务予以补充，使律师调解制度得到明确的地位保障。另一方面在《律师法》第四章“律师的业务和权利、义务”中，比照第29~31条增加律师调解的执业要求，体现律师调解地位的独立性与重要性，有利于调解制度的全国推广。

其次，补充《律师职业道德和执业纪律规范》(以下简称《规范》)。《律师职业道德和执业纪律规范》是详细规定律师职业道德与纪律的规范性文件，律师执业活动必须符合此规范。美国学者 Carrie Menkel-meadow 指出，不同形式的 ADR 需要更多特定具体的伦理和标准以满足它处理纠纷的需求^[17]。而 Barbara Wilson 予以赞同，认为“调解的专业化计划要求它应当拥有一个伦理基础，调解人需要重新审视自己的伦理基础并为他们的工作找出一个更为适当的道德话语框架”^[18]。

现行版本的《规范》是2001年修正版，具有滞后性，未能包含新兴的律师调解制度的执业道德与要求，应在《规范》中增加“律师调解中的纪律”，同第四章“律师在诉讼、仲裁活动中的纪律”，规定律师调解的执业规范，包括律师调解员的中立地位、着装语言、回避原则、证据原则等。

最后，颁布《中华人民共和国调解法》(以下简称《调解法》)。对于律师调解制度具体法律文件出台，存在两种建议。一是制定《律师调解法》单行法规，同《人民调解法》，规定律师调解制度运行的具体规范。第二种则是建议制定统一的《调解法》，将散见于各法规中的各类调解制度予以汇总与规范，为整体调解制度提供法律支撑。

律师调解制度是调解制度的方式之一，依托调解这一诉讼外纠纷解决机制发展，从属于调解制度体系。我国调解制度体系中包含了多种调解类型与方式，各调解方式有共性也有差异，相互依托与补充，任何一项制度都不能割裂存在。我国现有“分散式立法”严重影响了调解优势的发挥，制定统一的《调解法》确有必要^[19]。《调解法》的制定有利于实现调解体系的融合，有利于明晰各调解方式的定义，厘清各调解方式的界限，更有利于律师调解制度的专业优势的发挥，实现律师调解制度的光明发展。

在《调解法》中律师调解制度部分，应当对律师调解的受案范围、工作程序、人员资质、收费标准、回避机制、法律效力、奖励机制进行统一和明确的规定，尤其应补充律师调解员所在律所及其人员的回避事项，保障调解的效率与质量。

5.2. 实现律师费市场化

一是律师费市场化意义。律师调解本质上是律师利用专业技能提供法律服务的活动，知识付费时代，服务提供者有权收取其适当的报酬。无论在何种纠纷解决机制下，报酬是否“适当”的判断标准应交由市场决定。一方面，律师费用市场化使得律师的投入与收入挂钩，能够激发律师调解员的积极性，增强律师调解员的责任心，使得更多的律师加入到律师调解员队伍中来，增强律师调解员队伍的专业性与稳定性，也更能获得当事人的信任与认同。另一方面，律师市场化能够形成竞争机制，逐渐淘汰业务不良的律师调解员，发展补充优秀的律师进入，增强律师调解员的荣誉感，同时促进律师调解员整体素质的提升，有利于律师调解制度的长远发展。

二是规定公益性律师调解中律师费的支付方式。虽然不同模式律师调解员报酬均应市场化，但报酬实际支付者可以不同。在各方当事人协商一致直接交由律师事务所的律师调解中心解决纠纷时，一方或多方当事人应支付全部报酬；而在法院、律协、公共法律服务中心(站)设立律师调解工作室或法院、行政机关委托律师事务所调解员进行纠纷解决时，从律师调解减少诉累的目的性及维护社会和谐的公益性考量，可以由当事人支付低价费用，政府采购方式予以补贴，减少当事人的成本，鼓励当事人选择律师调解。

5.3. 完善律师调解员准入与培养机制

一是降低律师调解员准入年限。《意见》中并无直接规定律师准入年限,而是交由各地方自主规定,实践中普遍准入年限为三年以上。各地方规定体现了对律师调解制度及律师调解员队伍专业度的重视,但新兴制度不一定以传统制度为基石。律师调解与传统的代理、顾问等业务相互独立,每项业务或多或少都有其独特要求,由于传统观念的影响,资深律师未必在调解业务上超出初级律师,且律师职业年限并不能完全代表其职业能力与水平。因此,律师取得职业资格证书后,应同时具有律师代理、担任法顾以及律师调解的资格,放低准入机制更有利于律师调解员素质的培养与提高。

二是加强律师调解技能的培训。不论是年轻律师或是资深律师,想要进入律师调解队伍,都应具备基本的调解技能,可以通过将调解课程纳入教育体系、开展岗前培训、中期考评、终期考核等培养与选拔机制提高律师调解员能力,不断明确律师调解员的资质标准,为当事人提供更加专业与完善的纠纷解决建议。

三是设立律师调解奖惩机制。首先,律师协会作为律师行业监管者,可以对调解成果突出的律师进行表彰或物质鼓励,增强律师调解员的竞争意识和荣誉感,能够提高律师担任调解员的积极性。其次,当律师调解存在影响调解公正性的行为时,根据其行为的严重程度,对此律师调解员进行通报批评、罚款、剥夺律师资格等惩罚,形成有效震慑。

5.4. 加强律师调解制度的宣传与引导

国家应积极引导公众正确认识律师职业与调解工作,加大对律师调解制度的宣传,包括开展法律宣讲会、颁布政策等方式。社会公众对调解制度的认识及对律师的信赖均影响律师调解工作的进行,所以宣传应双管齐下,消除社会公众内心的顾虑。国家多元化纠纷机制的建立离不开人民群众的支持与响应,只有人民认可的制度才会得到长久持续的发展,因此面向社会公众的普及宣传至关重要。

6. 结语

虽然律师调解制度在运行上有着重重困难,但随着国家的大力支持,行政与司法机关的积极配合,律师调解员的不懈探索,律师调解制度一定能够发挥其专业高效的价值,推动我国依法治国总目标的实现。

参考文献

- [1] Menkel-Meadow, C. (1997) No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities. *South Texas Law Review*, **38**, 412-415.
- [2] Menkel-Meadow, C. (1997) The Silences of the Restatement of the Law Governing Lawyers: Lawyering as Only an Adversary Practice. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, **10**, 631-642.
- [3] Fayed, R. (2004) ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution". *Journal of Empirical Legal Studies*, **1**, 843-912. <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2004.00025.x>
- [4] Wilson, B. (2010) Mediation Ethics: An Exploration of Four Seminal Texts. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, **12**, 140-141.
- [5] (日)棚懒孝雄,著. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新,译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 54.
- [6] 康明. 商事仲裁与调解相结合的若干问题[J]. 北京仲裁, 2007(1): 90-123
- [7] 王琼、顾潇斐、邓邯. 构筑多主体协同调解机制研究[M]//张海棠. 程序与公正: 上海市诉讼法学研究会文集(第三辑). 上海: 上海社会科学院出版社, 2007: 549.
- [8] 肖文斌. 律师调解制度研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2010.
- [9] 蔡惠霞. 德国调解制度新发展评析[N]. 人民法院报, 2013-07-12.

-
- [10] 姚敏利. 浅析律师调解试点改革中调解与法律确认对接机制的完善[J]. 新西部, 2017(12): 89-90.
- [11] 于红梅. 多元化纠纷解决机制模式下的律师调解制度研究[D]: [硕士学位论文]. 青岛: 青岛大学, 2017.
- [12] 丁洁, 詹昀刚. 律师调解的现实困境与解决路径探讨——以浙江省杭州市试点实践为视角[J]. 中国司法, 2018(12): 39-44.
- [13] 赵青航. 律师调解的大格局[J]. 中国律师, 2018(5): 20-23.
- [14] 邓彰红. 论我国法院附设律师调解制度的困境与出路[J]. 湖南警察学院报, 2019, 31(4): 74-80.
- [15] 范乔波. 律师调解制度研究[D]: [硕士学位论文]. 大连: 辽宁师范大学, 2019.
- [16] 李子涵. 多元路径下的律师调解制度[J]. 淮海工学院学报(人文社会科学版), 2019, 17(11): 4.
- [17] 孟晟. 论新时代律师调解制度的完善[D]: [硕士学位论文]. 武汉: 华中师范大学, 2019.
- [18] 杨雨潇. 律师调解制度构建之探析[J]. 法制博览, 2019(31): 121-122.
- [19] 于兴江. 制定《调解法》健全多元矛盾化解机制[J]. 法制博览, 2020(10): 180-181.