

民间法文丛 谢 晖◎主编

唐  
峰  
◎  
著



纠纷  
和解  
研究



中国政法大学出版社

# 纠纷和解研究

唐峰◎著

民间法文丛 谢晖◎主编



中国政法大学出版社

2012·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

纠纷和解研究 / 唐峰著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 11

ISBN 978-7-5620-4083-5

I. ① 纠… II. ① 唐… III. ① 民事纠纷-调解 (诉讼法)-研究-中国 IV. ① D925. 114. 4

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第225809号

---

- 书 名** 纠纷和解研究 JUFEN HEJIE YANJIU
- 出版发行** 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)  
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 编辑统筹** 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印** 固安华明印刷厂
- 规 格** 880mm × 1230mm 32 开本 12.5 印张 335 千字
- 版 本** 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-4083-5/D · 4043
- 定 价** 37.00 元

- 声 明**
1. 版权所有, 侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。



## 总序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则，等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI来源集刊”。此外，自2005年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士学位论文基础上修改而成的。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者在查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



## 第二辑说明

自从“民间法文丛”第一辑九部作品问世以来，得到了学界较好的反响，于是，我们又着手编辑第二辑。编入第二辑的作品，除了原定于第一辑准备出版的谢晖的《大、小传统的沟通理性》外，还有王林敏的《民间习惯的司法识别》、张晓萍的《论民间法的司法运用》、刘昕杰的《民法典如何实现：民国新繁县司法实践中的权利与习惯（1935~1949）》、谈萧的《中国商会治理规则变迁研究》、韦志明的《习惯权利论》以及尚海涛的《民国时期华北地区农业雇用习惯规范研究》等六部作品。在这六部作品中，王林敏、张晓萍和刘昕杰的三部作品，侧重于民间习惯与司法实践之间的关联研究；谈萧和尚海涛的作品，侧重于不同行业习惯法问题的研究；韦志明的作品则侧重于习惯权利这样一个重要的习惯法



范畴问题的研究。这六部作品，都立基于他们的博士学位论文。材料丰富、观点新颖、论证扎实是其共同特点。期待本辑作品的出版，能进一步丰富和推进我国民间法问题的研究。

谢 晖

2010年12月29日于北京





### 第三辑说明

转眼间，“民间法文丛”前两辑已大体出齐，将要推出的第三辑，共有五部作品。唐峰的《纠纷和解研究》一书，是目前我所看到的国内学者对相关问题最系统的研究，特别是作者长期参与纠纷和解工作的经验，使该书既有理论深度，又有操作启迪。淡乐蓉的《藏族“赔命价”习惯法研究》一书，则是我在相关研究领域内所看到的第一部中文博士学位论文。“赔命价”作为藏区解决命案纠纷的重要制度，一直受人关注。作为一位长期生活、工作在藏区的藏族同胞，相信作者对该问题的观点和见解，更有参考价值。陈文华的《民间规则在民事纠纷解决中的适用》一书，聚焦于民间规则在民事纠纷解决中的运用。尽管在行政纠纷，甚至轻微刑事纠纷中，民间规则都有适用的可能，但民间规则的主要适

用场域，还是在解决民事纠纷中。这一客观情势也决定了该选题的研究价值。上述三部作品，都是诸位作者在其博士学位论文基础上修改定稿的。姜世波、王彬合著的《习惯规则的形成机制及其查明研究》，对习惯规则的两个重要问题——作为交往行为规则的形成机制和作为习惯法运用时的查明场域、查明方式等，做出了较为系统的探索，对习惯规则如何进一步升华为习惯法，从而运用于司法提供了一系列可资参考的见解。程泽时的《清水江文书之法意初探》一书，对黔东南清水江流域存留达数百年之久的契约及其他文书进行了较为全面的梳理，并对其中展现的组织、观念、管理、词讼、司法、立法、法理等问题做出了颇有见解的思考。

上述作品的出版，和前两辑作品一起已经形成了一定规模。期待以后能收到从规范学和人类学两个视角更深入地研究民间法问题的作品。

谢 晖

2011年11月21日于西安



## 内容摘要

纠纷解决是人类永恒的研究课题，而中国社会纠纷解决研究具有现实紧迫性。传统的解纷方式需要反思整合，自决解纷存在失范的风险，诉讼解纷可能导致国家专制，和解纠纷应受重视但需规范。国内对纠纷和解的研究，体现了学科多样性、方法的多元性，但却存在几个问题：一是将“私了”等同于“和解”；二是将“调解”等根据“合意”解纷的方式排除在和解的范畴之外；三是将和解/私了等同于民间法，同国家法对立；四是研究者的研究过分局限于某一领域内的纠纷和解，很难有关于“和解”的一般性问题的结论。国外学者也关注纠纷和解，却与西方法治主义即诉讼中心主义的反思相关联。中国人仍然存在着法治=诉讼=国家垄断纠纷解决权=国家法律之治的观念，这种观念在西方已经受到了批判。

根据纠纷解决取决于何方主体意愿，纠纷解决方式可以

分为自决、合决、他决三种。合决即和解，重新界定和解的含义，包括了传统意义上的和解、调解、西方法律制度中的辩诉交易等，但与自决、他决等并列，又与私了、私力救济、自力救济、ADR、恢复性司法等概念有着区别和联系。意思自治是和解的本质和基本原则。无论是私法纠纷解决还是公法纠纷解决中，都存在着当事人的意思自治，而公法纠纷解决中的意思自治，有着社会契约论的政治基础、经济人假设的人性基础和公私难分界的现实性基础，意思自治的扩张应受到尊重。作为一种纠纷解决方式的和解，可以被视为一种制度。就制度视角而言，和解制度包含正式的制度和非正式的制度，而原则问题则是制度中的最根本问题。除意思自治原则外，推定原则和程序监控原则也应作为和解制度的原则。

主体是和解的结构要素之一。和解纠纷，需要纠纷解决的主体承担当事人和第三人的不同角色。学界在法人的和解当事人资格问题上存在争议。法人可以作为民事主体，自然可以成为民事纠纷和解的当事人主体；法人作为公法纠纷的主体，它可以和解因违反公法行为而引起的民事责任问题，因民事责任的和解进而影响到司法机关对违法犯罪法人公法责任的追究，法人也可以直接同国家司法机关进行辩诉交易来解决刑事责任问题；检察官与犯罪人辩诉交易和解权及公诉、自诉主体权利平等性要求，都可以说明法人具有或应具有公法纠纷和解的当事人资格。和解中的第三人，不同于诉讼上的第三人，也不同于民法上的第三人。和解中的第三人具有中介、判断、强制功能。根据“官”与“民”的界分，第三人可以分为官方第三人和民间第三人。在当下中国，公、检、法、司这些机关及其工作人员都可以称为“官方第三

人”。对公安机关来讲，目前在角色定位上存在着角色冲突，权威也是弱化的，这也导致了和解的偏好。民间第三人分为官方化的第三人，典型如人民调解委员会，而如混混、痞子等纯粹的民间第三人也是活跃在纠纷解决舞台上的重要力量。在一定意义上讲，社会是由“官”、“匪”、“民”三者利用纠纷解决进行共治的社会。

规范是和解的结构要素之二。和解纠纷，需要纠纷解决的规范依据。根据“官”与“民”的界分，社会规范可以分为国家规范和民间规范，同时还存在一类软规范——关系规范。这三种规范在纠纷和解中各有其功能，国家规范可以为和解提供制度性支持，可以成为权利诉求的基点，可以成为和解方案的直接依据，可以作为当事人在和解中攻防策略的工具。民间规范则可以支持当事人的权利诉求，可以成为和解的直接依据，可以支撑国家规范，可以传承多元的文化。而由关系、人情、面子三要素组成的关系规范，则可以转移争议，模糊事实，可以确认、改变明规则，增加解纷方案可接受性，可以促使自由裁量权向确定性转换。三种规范是互动的，国家法与民间法的互动呈现不同的具体样态，而关系规范是国家法和民间法互动的变量之一，作为和解主体的纠纷解决者的个性也是规范互动中的一个变量，这两个变量在纠纷自决、裁决中也都发挥着自己的作用。

事实是和解的结构要素之三。和解纠纷，需要纠纷解决的事实根据。纠纷和解中的事实，不同于裁决中的事实，它可以具有事实要素概括性特征，可以缺少一般性的事实要素而具有模糊性，实际上是“类型化”的事实，而不需要像裁决中的事实那样具备基本的事实要素；它可以具有证明要求意会性特征，不需要像裁决中的事实那样需要证据证明；它

的面向具有未来性，可以解决未来的事实，而不像裁决那样只解决先前的事实；它的事实包含的法律关系可以具有复杂性，而不像裁决那样，以不同的法律关系来确定不同的诉讼；它的事实的规范意义可以具有共生性，而不像裁决那样规范意义上是独断的；它的认知主体是双方当事人，具有二元性特征，而不像裁决那样认知主体是法官，具有一元性特征。

类型分析，从另一个角度有助于深入把握和解。根据我国现行法律规定和实践中的和解情形，依和解的纠纷的法律性质，和解可以分为非法律性纠纷和解与法律性纠纷和解，而后者则又可分为民事和解、行政和解、刑事和解。这些类别的和解，都有许多问题需要研究。为了更好地把握这些“和解类型”，对于民事和解，以法院调解为着力点，比较了法院调解书与判决书的不同，认为调解书很难说“法理”，因而调解和审判应该分离；而对于刑事和解，则以轻伤害案件和解为着力点，比较了我国现行刑事诉讼中自诉和公诉程序的不同，主张应在公诉程序中重视和解；对于行政和解，则以违反治安管理行为的和解为着力点，比较了《治安管理处罚法》中的调解与和解，质疑了两者效力不同的法律规定的合理性。

功能分析，是本书对和解的第三个分析视角。和解的功能可以分为个别功能和社会功能。前者是指和解方式在个案纠纷解决中的功能，如解决纠纷、形成规则、归属责任、恢复关系等；而后者则指和解这种纠纷解决方式在社会中的功能，如复合双重正义、效益考量选择、适应社会结构等。

由于和谐社会的构建是中国共产党的政治理想，而依法治国则是治国方略，因此，探讨和解与和谐、法治的关系尤为必要。构建和谐社会，要尽量预防各种纠纷，又需要妥善

解决各种纠纷，需要自决、和解、裁决“三元一体”的纠纷解决机制。尊重和解实际上是尊重人权，和解可以促进人的全面发展。将和解与法治对立的观点，其根源于西方国家主义，具有西方法治主义色彩，要重构法治的和解，中国的问题应中国式解决。







民间法文丛

## 目 录

总 序 .....	1
第二辑说明 .....	5
第三辑说明 .....	7
内容摘要 .....	9
导 论 .....	1
一、选题缘由 / 1	
(一) 中国社会纠纷解决研究具有现实紧迫性 / 1	
(二) 传统解纷方式需要反思整合 / 3	
(三) 个人的经历与思考面向 / 6	
二、研究现状 / 7	
(一) 国内现状 / 7	