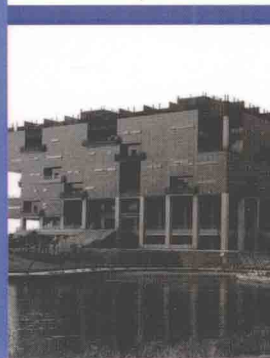




高校社科文库
University Social Science Series

教育部高等学校
社会发展研究中心

本书是教育部人文社会科学重点研究基地
教育部高等学校社会发展研究中心
“高校社科文库”系列出版的高水平
学术成果，具有较高的学术价值和
影响力。



纠纷解决的 法律机制研究

A Study on Legal Mechanism
of Dispute Resolution

邵俊武/著

光明日报出版社



高校社科文库
University Social Science Series

教育部 高等学
社会发展研究

汇集高校哲学社会科学优秀原创学术成果
搭建高校哲学社会科学学术著作出版平台
探索高校哲学社会科学专著出版的新模式
扩大高校哲学社会科学科研成果的影响力



纠纷解决的法律机制研究

A Study on Legal Mechanism
of Dispute Resolution

邵俊武/著

光明日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

纠纷解决的法律机制研究/邵俊武著. —北京:光明日报出版社,2011.4
(高校社科文库)

ISBN 978-7-5112-1042-5

I. ①纠… II. ①邵… III. ①民事纠纷—调解(诉讼法)—研究—中国
IV. D925.114.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 043050 号

纠纷解决的法律机制研究

著 者: 邵俊武 著

出 版 人: 朱 庆

终 审 人: 武 宁

责任编辑: 刘书永 宋 悦

封面设计: 小宝工作室

责任校对: 李剑楠 海 宁

责任印制: 曹 净

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市东城区(原崇文区)珠市口东大街5号,100062

电 话: 010-67078245(咨询), 67078945(发行), 67078235(邮购)

传 真: 010-67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E-mail: gmchs@gmw.cn

法律顾问: 北京市华沛德律师事务所张永福律师

印 刷: 北京大运河印刷有限责任公司

装 订: 北京大运河印刷有限责任公司

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社发行部联系调换

开 本: 690×975 1/16

字 数: 280千字

印 张: 15.5

版 次: 2011年4月第1版

印次: 2011年4月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5112-1042-5

定价: 40.80元

版权所有 翻印必究

本书系广东省哲学社会科学“十一五”规划项目成果
本成果出版得到了广东工业大学文法学院的资助



序

在多元化纠纷解决机制中律师能否有所作为？

刘桂明

作为受命于危难忧烦之际、效力于是非曲直之间的律师，在为维护当事人的合法权益时，究竟应该是以诉讼为主还是以调解位重，应当说是一个见仁见智的选择。对律师来说，似乎又是一个并不难回答的问题。

但是，最近读到邵俊武教授的新作《纠纷解决的法律机制研究》一书时，我有了一个新的问题：在多元化纠纷解决机制中，律师能否有所作为？律师究竟可以有何作为？律师应该有何作为？

去年的此时，河南省司法厅和河南省高级人民法院联合下发了《关于充分发挥律师在诉讼调解工作中积极作用的意见》（下简称《意见》）。按照《意见》要求，律师要努力促进当事人之间、当事人与法官之间的相互沟通与理解，向法官提出有利于调解的意见和建议，配合人民法院促成调解。《意见》发出后，立即在社会各界引起了轩然大波，赞成者有之，观望者有之，质疑者更有之。平心而论，两个法律部门联合发文的初衷不可谓不好，权威不可谓不大，思路不可谓不高。但是，为什么《意见》发出后还会引起如此表态不一的“意见”呢？

显然，在官方和律师之间的沟通方面出现了问题。一方面是官方对律师缺乏足够而有效的情况介绍，另一方面也是律师对自身的职能乃至责任缺乏足够而有效的职业认同。同时，因为其中参与联合发文的法院并非律师的管理部门，所以律师对官方尤其是法院的天然抵触心理使他们对《意见》的设计初衷与制度效力产生了怀疑。于是，有律师就质问：“法院是律师的上级吗”、“当和事佬是律师的职能吗”。

据司法厅介绍说，《意见》对涉及弱势群体利益的案件指出要重点做好调解工作，以促进弱势群体利益得到尽快解决，免受诉讼之累。民事案件、刑事



附带民事诉讼案件、刑事自诉案件、轻微刑事案件，都是律师应当积极引导当事人达成庭外调解，或配合人民法院在诉讼过程中达成调解的领域。此外，当事人情绪激化、严重对立的案件，案情复杂、双方都难以形成证据的案件等也是调解的重点。

在我看来，律师当“和事佬”也无妨。如果说将军决战岂止在战场，那么同样的道理，律师决战又岂止在诉讼？随着“和谐社会”理念的构建与司法人民性的张扬，努力追求为当事人实现调解的职业目标，也应当被认为是律师业务的“第二战场”。

根据我国《律师法》第二条规定，律师接受委托或指定，为当事人提供法律服务，应当致力于维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会的公平和正义。所以，不论是诉讼还是调解，只要能够达到这“三个维护”，就算是大功告成了。如此看来，以调解实现当事人的正义诉求，同样也是律师的法定职能，更是律师职业定位的应有之义。尤其需要看到的是，律师成为“和事佬”将自然而然地带来几个方面的双赢乃至多赢效应。

一是节省时间。首先应当承认，在当下各级法官尤其是基层法官普遍人手短缺、诉讼爆炸、任务繁重而判决结果又常常未能如愿平息纠纷的情形下，司法调解对于实现法律要求的“定纷止争”目标具有其他方式无可比拟的作用。在有关学者和实践者看来，司法调解将以当事人之间私权冲突为基础，以当事人一方的诉讼请求为依据，以司法审判权的介入和司法审查为特征，以当事人之间处分自己的权益为内容，实际上是公权力主导下对私权利的一种处分和让与。相比那些漫长反复的诉讼来讲，案件如果能够以调解方式结案，不仅将节省自己与当事人的时间，而且还往往能够达到双方当事人都不上诉、不申请再审、不再上访的皆大欢喜之结果。

二是降低成本。大量的事实表明，通过律师有效代理，借助律师职业智慧，成功实现司法调解，减弱诉讼过程中的矛盾冲突，这对当事人而言，不仅是一种对原有目标设定进行重新选择的尝试，更是一种对经济成本实现有效降低的探索。而对那些弱势当事人来说，如果避免诉讼之累等同于锦上添花的话，那么降低成本就相当于雪中送炭。

三是提升形象。有人说，宪法是妥协的产物，而律师则是矛盾的产物。确实，在我们的社会现实中，律师看起来处处充满矛盾。人们羡慕律师，社会却又处处排斥律师；社会需要律师，却又没有赋予律师应有的执业权利；一些法官、检察官看不起律师，却在辞职后干起了律师……当然，我说律师是矛盾的



产物，未必就完全是这个含义。更重要的是指，律师是化解矛盾的高手。在法治社会中，在市民社会里，律师的确在处理和化解公与私的矛盾、权利与义务的矛盾、甲方与乙方的矛盾方面，能够发挥相当的作用。同时，为了避免给社会、给政府、给国家带来更多的麻烦，律师也是解决麻烦的高手。化解矛盾也好，解决麻烦也罢，均表明律师在履行职业责任与承担社会责任方面可圈可点，而其中担当“和事佬”的职业表现则更显示了律师的崇高使命感。

当然，从律师表示质疑的声音中，我们不难发现这样的潜台词：一是对省高院参与发文存有抵触情绪，二是担心自己的业务创收大幅下降。其实，这个质疑是没有必要的。因为省司法厅相关负责人说，《意见》不是法律、法规，而是一个建议性质的政策，不会强求律师、当事人参加调解。出台《意见》的目的是，提高司法效率，避免更多的社会矛盾。如果当事人不同意调解，司法机关完全尊重他们的意愿，继续走司法程序。而且，司法机关也不会对律师制定一些条条框框，不会命令他们必须让当事人调解。至于对律师的收入影响问题也不会存在，《意见》提出，律师在与当事人签订委托代理协议时，可以根据纠纷的具体情况，在充分平衡当事人利益、自身利益与社会利益关系的前提下，就以调解方式结案情况下的律师服务收费进行协商约定。也就是说，如果调解案件，律师费可以由律师与当事人商量，达到双方都满意。而非调解案件，律师收费是有标准的。因此，也就不存在律师收入低的问题。

更加难能可贵的是，律师担当“和事佬”不仅可以有效地实现当事人的目标，而且还可以获得司法行政机关的有关表彰和物资奖励。

可以预计，尽管省司法厅与省高院的联合发文在操作程序上还有商榷之处，但律师担当“和事佬”的创意，将为律师业赢得社会更好的口碑和带来更多的成果。

如此判断，如此结论，在邵俊武教授的新作《纠纷解决的法律机制研究》中，同样得到了佐证。

因为在邵俊武教授看来，和解与协商在给当事人自主解决纠纷机会的同时，也为当事人的实力博弈提供了空间。如果任由当事人自己掌控，必然导致弱势一方当事人的合法权益在和解与协商的名义下大打折扣。因此，必须对当事人的和解与协商加以必要规范，以保证国家法制的实现、社会正义与公平的彰显。

而律师的参与正是为了规范当事人的和解与协商，丰富并完善多元化纠纷解决机制，从而有效地维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社



会的公平和正义。

针对律师能否担当“和事佬”的争议，有专家介绍说，在国外，律师作为中立第三人参与调解早已经成为ADR（非诉讼纠纷解决程序）中的主要力量，中国的律师却还停留在讨论能不能的问题上，这说明律师明显落后于法院。事实上也正是如此，专门用一个文件倡导律师要在诉讼调解工作中发挥积极作用，反过来正好说明目前律师在这方面工作做得不够。分析起来，这其中既有意识上的缺乏也有制度上的缺失。”

因为在许多人的传统眼光里，好律师似乎就是要在法庭上唇枪舌剑、咄咄逼人。这确实是律师的一面，但并不是全部。

于是，我们可以就此得出如下结论：懂法律的律师是一个合格的律师，懂仲裁的律师是好律师，懂调解的律师是更好的律师。

作为一位职业律师，要做到懂法律是基本要求，懂仲裁则是专业要求，那么，懂调解呢？

在本书中，邵俊武教授既没有将更多的笔墨倾注在对纯理论问题的论述方面，也没有较多地引用外国立法进行纠纷解决机制的比较研究，而是围绕纠纷处理过程中的具体问题，有针对性地运用法学理论进行分析与探讨，并在此基础上反思具有符合中国特色与需要的纠纷解决制度的构建，提出进一步完善制度建设的意见和建议。其中，尤其是在分析与研究和解与协商机制的公正保障、诉讼机制的改良、仲裁机制的完善等方面，既有独立而深刻的主张，也有实用而有可行性的构想，值得关注与赞赏。

可以说，本书正是一部让律师能够从理论与实务上了解调解、运用调解、完善调解的潜心之作。在多元化纠纷解决机制的运行与探索中，律师能否有所作为、如何作为，本书将告诉我们一个令人舒心的参考答案。

拉拉杂杂，絮絮叨叨，总而言之，言而总之，都是为了鼓吹律师开辟“第二战场”。同时以此祝贺俊武教授的新作出版。不言为序，不敢为序，权且代序。

（作者为中国法学会民主与法制社副总编）



CONTENTS 目录

绪 论 / 1

第一章 和谐社会与纠纷解决的基本理论 / 16

- 第一节 关于纠纷的界定 / 16
- 第二节 和谐社会与社会纠纷的辩证关系 / 22
- 第三节 和谐社会与纠纷解决机制 / 28
- 第四节 纠纷解决机制构建的基本原则 / 31
- 第五节 多元纠纷解决机制的基本类型 / 36

第二章 和解与协商机制的公正保障 / 43

- 第一节 和解与协商解决的基本类型 / 44
- 第二节 和解与协商解决的优势 / 63
- 第三节 和解与协商解决的适用 / 67
- 第四节 对诉讼和解的规范 / 73
- 第五节 诉讼外和解与协商解决的公平正义保障 / 88

第三章 行政复议机制的强化 / 97

- 第一节 行政复议在我国行政救济制度中的特殊作用 / 97
- 第二节 行政复议的现状 / 104
- 第三节 行政复议与行政诉讼关系的反思 / 106
- 第四节 行政复议与行政诉讼关系的重构 / 116



第四章 诉讼机制的改良	/ 122
第一节 诉讼机制的可接近性	/ 122
第二节 民事诉讼机制的简易化发展	/ 136
第三节 诉讼调解的规范化	/ 147
第五章 仲裁机制的完善	/ 184
第一节 仲裁机制解决纠纷的优势与缺陷	/ 184
第二节 仲裁的司法监督之反思	/ 187
第三节 仲裁机制的完善建议	/ 194
第六章 多元化纠纷解决机制的具体应用研究	/ 200
第一节 医疗纠纷概述	/ 200
第二节 现行医疗纠纷解决机制反思	/ 207
第三节 域外情况	/ 214
第四节 我国医疗纠纷解决机制的构想	/ 221
后 记	/ 235



绪 论

通常意义上，人们把权利与救济并列，即所谓有权利必有救济，无救济则无权利。这种认识主要基于实体法权利的视角而得出，即任何一项实体法权利都应有相应的救济机制加以保障，否则，该项实体法权利仅停留在立法层面，只是一种权利的宣示，而难以使之在现实生活中具体实现，难以成为权利主体实际享有的具体法益。在现实生活中，权利如果能够得到顺利实现，权利的存在实际上是一种无形的状态，人们无需为权利而斗争。只有当权利的行使遭遇障碍并发生纠纷时，人们才会诉诸救济机制以寻求对权利的保障。因此，权利虽然仰赖于救济机制的保障，但权利并不直接对应救济，只有那些在行使与实现过程中发生争议的权利，才需要诉诸救济机制。在此种意义上，纠纷在权利与救济之间起着媒介的作用。在权利实现的过程中，权利是引发纠纷的原因和基础，权利隐含在纠纷之中，人们首先面对的是纠纷，只有通过救济使纠纷得到解决，纠纷中所包含的权利才可能得到正确认定和全面保护。因此，纠纷的解决在法治国家就有着至关重要的意义。

一、制度研究的基点：健全、完善的纠纷解决机制是社会制度的必需

社会矛盾与纠纷是与人类相伴相生的一种社会现象，这是任何国家、任何社会在任何历史阶段中都会面临的一种普遍现象，只是在不同的国家、不同的历史时期，各种社会矛盾与纠纷发生的特点不同，相应的处理和解决的手段与方法也有所差别而已。也正因为如此，妥善处理和解决各种社会纠纷，是一个历史性和世界性的普遍问题，是人类无法回避的社会问题。

从表面上看，社会矛盾与纠纷影响社会秩序的稳定与和谐，造成一定范围内的社会冲突，甚或引发社会成员关系的离散，而处理和解决社会矛盾与纠纷又会耗费各种社会资源，因而是一个社会的消极和负面的因素。但是事实上，对于社会的发展和进步来讲，社会矛盾与纠纷具有某种独特的积极意义，它不



仅能够充分、及时地暴露和反映社会某一方面存在的问题，促使人们及时处理和解决之，并可使社会在处理和解决这些矛盾与纠纷的同时，改进和完善社会制度，从而消除影响社会进步与发展的各种障碍，甚至有些时候，某些典型纠纷的处理不仅可以对全社会产生示范效果，有效提升人们的价值观和法律意识，还可以推动立法的发展和进步。可以说，在一定意义上，正是不断涌现的各种社会矛盾与纠纷，刺激了社会的发展与进步。

虽然社会矛盾与纠纷可以起到刺激社会发展的作用，但是，社会矛盾与纠纷毕竟对现存的社会秩序还是会造成一定的冲击，如果任其发展演变而得不到有效地处理和解决，则会对社会秩序造成严重的震荡，甚至造成严重的社会混乱，不仅阻碍社会的发展，甚或引起社会的倒退。而如果没有有效的法治手段的处理和解决，社会矛盾与纠纷的处理会被各种丛林法则所控制，就会导致弱肉强食和社会不公的结果。因此，任何一个法治的社会，都力图将各种社会矛盾与纠纷纳入到制度性处理与解决的轨道上。虽然在一国之内，各种利益诉求与社会的价值观念可以是多元的，但国家法制的统一性，能够保证多元的社会利益诉求与多元的社会价值观之间关系的协调，能够维系作为最大公约数的社会整体利益的完整，从而能够保护最大范围的人们的共同利益和追求。由于法制所具有的对多元的社会利益与价值诉求充分吸收与整合的功能，可以最大程度地平息已经发生的各类社会矛盾与纠纷。因此，将各种社会矛盾与纠纷的处理与解决纳入法治的轨道，在矛盾与纠纷处理与解决的过程中可以充分彰显法制的精神，公正、合理地分配各种权利和利益。这就要求对社会矛盾与纠纷处理的结果应当能够与国家的法律制度相统一，能够体现社会的正义与公平。同时，通过法制途径与手段处理和解决各种社会矛盾与纠纷，也可以对整个社会产生示范和扩散的效应，避免类似纠纷与矛盾的后续发生，或防止类似纠纷与矛盾的激化。

二、纠纷解决方法的检视：纠纷解决应当避免走入误区

在构建各种纠纷解决机制的过程中，有几种错误的倾向应当引起我们的重视。

（一）纠纷解决机制万能论

总体来讲，纠纷解决机制具有消解社会纠纷、吸收社会不满、析出社会正义等方面的重要功能，因此，作为一个完善的社会制度，必要的、健全的纠纷解决机制是必需的。但从和谐社会的角度讲，不能过度迷信它的作用，更不能



陷入纠纷解决机制万能的误区。因为，面对因为各种原因引发的形形色色的社会矛盾与纠纷，任何一种纠纷解决机制都有其局限性。

1. 任何一种纠纷解决的方法都无法完全对应所有的纠纷类型。纠纷的种类不同，纠纷解决的方法也应相应的不同。任何一种纠纷解决的方法可能都不是万能的，对某一特定类型纠纷有明显效果的纠纷解决方法，对其他类型纠纷的解决或许适得其反。

2. 任何一种纠纷解决机制都只是一种事后救济手段。虽然纠纷解决的结果可以在一定程度上起到预防纠纷发生的作用，但是，这种作用只是一种间接作用。纠纷解决机制无法在纠纷尚未发生时，即发出预警并预先采取必要的措施；即使建立了完善的纠纷解决机制与相关管理部门之间的联动机制，纠纷解决机构也只能就已经发生的问题，提示相关管理机构采取相应的措施，改进和加强相关的工作，预防同类情况的再次发生。对于已经发生的纠纷而言，这种联动机制无法改变已经发生的事实，无法溯及既往。况且，由于纠纷解决机构与相关管理部门之间的职能与分工不同，纠纷解决机构无权节制相关的管理部门，纠纷解决机制的这种提示能否为相关管理部门所接受，还要取决于相关管理部门的认识和态度，这使得其作用必然大打折扣。总之，完善的纠纷解决机制对于各种社会纠纷的处理和解决只是一种可能的善后，一个和谐的社会应当以尽可能减少纠纷的发生为追求目标，完全寄希望于各种纠纷解决机制善后功能的发挥，或许能够疏流，但难以堵源。

3. 纠纷解决机制的作用有局限性。纠纷解决机制能够努力实现个案的公正处理，但难以实现社会的公平。任何形式的纠纷解决机制都只能直接作用于特定的纠纷，完善的纠纷解决机制能够倾尽所能，通过对具体纠纷的解决，尽可能实现对个案的公正处理，但它却无法改变整个社会的现状，无法触及纠纷发生的源头，无法对社会公共事务实施直接管理，而只能通过对具体纠纷的裁断和处理，间接地实现对社会事务的影响。事实上，基于特定条件的限制，纠纷解决机制有时也难以实现个案的公正；甚至在某些特定情况下，即使是完善的纠纷解决机制有时也无法实现个案的公正。在各种社会矛盾与纠纷中，有些是因为当事人不能正确行使其权利造成的，而有些则是因为制度性缺陷造成的。对于前一种纠纷，纠纷解决机制具有较强的处理能力；但对后一种纠纷而言，则必须从制度层面加以调整，才能使纠纷得到妥善的处理。因为纠纷解决机制仅仅是一种程序性机制，必须结合相应的实体制度规范才能发挥作用，如果这种制度规则本身存在严重的问题，社会不公已经被制度化，那么，不论多



么公正完善的纠纷解决机制也无法让一个恶法升华成为一种社会正义。毕竟任何一种纠纷解决机制都无法替代社会管理的所有政策与策略。

也正是因为上述原因,任何一种纠纷解决机制都无法从根本上控制和减少纠纷的增量,无法使所有的社会纠纷与矛盾从根源上得到彻底解决。

(二) 调解解决机制理想化

在我国,漫长的封建统治的历史,长期的儒家思想的熏陶,先天缺少法制的历史积淀,赋予了调解解决纠纷以深厚的历史文化依托和现实的发展空间;更由于封建司法官僚政治的腐败,使得司法审判等国家公权掌控下的纠纷解决机制无法正常输出社会正义,老百姓对诉讼解决纠纷的方式退避三舍,冤死不告状,屈死不告官。

改革开放后开始的现代化法制发展运动,给全社会注入了新的社会发展动力,并将国家的发展目标从宪法的高度明确定位为建设社会主义法治国家。但是,社会经济的迅速发展与政策制度的不断革新,使得社会矛盾与纠纷呈现频发和高发的态势,而我国短暂的法制发展历史仍无法完全卸载厚重的历史包袱,无法充分满足人民对现代法制的极度渴求,激情燃烧的理想遭遇艰苦卓绝的现实,会使人们产生挫折感,并逐渐在社会上弥漫出一种对法治的失望和对法律的不信任。面对日益复杂的各类纠纷与矛盾,原有的各种制度性纠纷解决机制均遭遇到一定的挑战,全社会因此更加关注构建新的社会矛盾与纠纷处理和解决机制,并探索着各种纠纷解决的途径,在这种大背景下,形式灵活且方式简便的调解解决纠纷的方式以其独特的作用得以复兴,重新受到各方的青睐:从官方而言,法律的刚性规范对长期以来习惯依政策办事、唯领导意志是从的传统观念与工作方法形成了严重冲击,极大地制约和限制了官方对具体问题的灵活处理,影响了官方对各种法外利益的特别安排,而调解所具有的形式简便、方式灵活的特点,顺应了官方力图挣脱法制束缚、规避法律刚性规则限制的现实需求;从民众而言,依法维权但屡屡受挫以及法律工具主义的负面影响,使得他们感到法律似乎只是管制民众的利器,不是保护自身利益的盾牌,而现行制度下的诉讼期限较长、诉讼负担的过重也使民众视司法审判为畏途,比较之下,调解则为他们提供了一个公力救济之外的法外谈判空间和获取可能利益的机会,为此他们也愿意接受调解解决的方式。

在目前的社会基础与法制条件下,与其他纠纷解决机制相比,调解具有一定的优势:一方面,社会转型期引发的各种社会不公与利益冲突呈普遍多发性,原有的各种纠纷解决机制难以全面应对;另一方面,法制发展的滞后性和



不完善的现状，无法保证制度性纠纷解决机制对各种社会纠纷的有效吸纳和妥善处理。而调解方式因其参与的自愿性、过程的商谈性、形式的灵活性、结果的可控制性等特点，可以在一定程度上克服制度性纠纷解决机制刚性过强（如严格的主管与管辖限制、严格的程序规范要求、严格的合法性处理结果等）和法律依据的不足等缺陷。因此，国家尝试在全社会打造“大调解”的纠纷解决体制。但是，我们也应当清醒地看到，调解毕竟是一种替代性的纠纷解决机制，国家不能因此放缓或者削弱制度性的纠纷解决机制（如诉讼与仲裁）的发展与建设，而应保障社会对制度性纠纷解决机制需求的供给，保证民众在任何一种纠纷解决机制中都能得到公正的对待，并可以无限制地选择和重返制度性纠纷解决机制。目前，包括诉讼在内的制度性纠纷解决机制供给的不足，只是社会在特定历史时期的暂时现象，随着法治国家建设的不断推进，必然有所改善。

也正因为如此，在这样的一种社会背景下，过分夸大调解解决的作用，不仅会消解人们对国家法律的信心，也会阻碍法治国家建设的进程。

1. 调解难以完全保证国家输出正义的畅通。人类社会经历了一个公力救济取代普遍的私力救济方式来解决社会纠纷的历史发展过程。通常情况下，公力救济是国家公权主导下单一作用的纠纷解决制度，而调解即使是法院主持下的诉讼调解也只是国家公权与当事人私权处分权共同作用的一种纠纷解决机制，诉讼调解之外的其他调解机制则大多是由当事人主导下进行的。公力救济一方面可以避免和防止由于弱肉强食式的暴力或非暴力压制，严重损害社会弱者的正当利益和生存空间；另一方面，国家也能够通过它将社会公平与正义的价值理念传递到全社会，以营造和维护良好的社会秩序。而在各种的纠纷调解解决的过程中，调解虽然也可在纠纷解决的过程中起到维护社会公平和法律正义的作用，但由于调解的实施是在当事人各方自愿的基础之上进行的，调解的结果受制于当事人意思自治的内容，因此，它对社会成员实力实际不平等的修正能力是有限的，难以充分体现和反映社会的公平与正义。

2. 调解结果的不确定性不能为其他纠纷解决方式提供准确参照。通过公力救济方式最终作出的裁断，因为其严格的法定性要求，不仅能够使法律得到充分的实施，其结果具有较强的可预测性，也可作为其他同类案件处理和解决时的参考，其他社会成员也可参照公力救济的结果，主动、正确地调整 and 选择其恰当的行为方式，依法自觉规范其行为，避免和防止因某些不可预测的事而导致其权利的丧失。而调解由于其结果主要建立在当事各方对其法内利益相



互让步的基础上,这种形式对于纠纷的处理和解决虽然具有一定的积极意义,但从严格依法的角度而言,其结果难以准确反映法律规范的原貌,难保不失真或扭曲,因此,其结果对于其他同类案件也就不具有可效仿性与推广价值,不能成为其他纠纷解决的参照。

3. 调解方式可能为当事人实力决定纠纷解决结果提供了机会。因为调解给了当事人相互协商的更大的自主权,同时也为当事人之间实力的博弈提供了施展的空间,调解中弱势的一方难免无力抵御来自强势一方施加的压力,甚至可能会屈服于对方当事人的实力(势力)而被迫就范,社会公平与正义可能因此被异化。

调解也会给其他社会力量干预诉讼对纠纷的处理打开方便之门。调解现已成为当下社会中的一个强势话语,社会各界都十分关注并极力倡导调解,甚至行政官员和司法官员的政绩也要与之挂钩,调解因此被赋予了许多牵强的象征意义,承受了许多不能承受之重。在这些因素的共同推动下,在正常的诉讼过程中,受司法独立的限制,各种社会力量对纠纷的处理难以有所作为,此刻则可能借调解之机涉足于纠纷的调处,并促成调解协议的达成。应该说,这种外力的作用对纠纷的调处解决并非没有益处,但却无法排除其可能为了实现调解的目标而迫使当事人接受调解的隐忧。

4. 调解主体与调解依据的多元性和调解结果的多样化会造成社会认同的混乱。由于调解并无法定主管的限制,各种社会主体均可运用调解方式参与对纠纷的处理,而不同的调解主体对纠纷调处所依据的准绳各有不同,其中既有法律法规,也有村规民约、风俗习惯、行业惯例、宗教信仰等,因此形成的调解结果也必然多样化。当然,从积极的方面看,多元的调解依据因为能够更好地契合特定当事人与特定纠纷的特点,对纠纷的处理能够起到更好的定纷止争的作用。然而,从另一方面看,现代社会信息发达,社会成员流动频繁,任何一个环境都无法做到完全的封锁与闭塞,人们能够直接或者间接地了解到其他地区人们的社会生活状况,同类的纠纷经由不同的调解主体适用不同的依据进行调处后,如果其结果与人们所了解的其他地区同类纠纷处理的结果差距过大,民众不仅会对纠纷处理的公正性心存怀疑,也会对公平正义的制度产生疑惑。

从理想的角度而言,一个法制完善、司法公器能够正常输出社会正义的情况下,调解解决各种社会纠纷是一种有益的制度补充,既能够有效弥补公力救济供给的不足,又可以克服公力救济形式单一的局限,为不同类型的纠纷提供



更适合的纠纷解决方式。但是，调解毕竟是一种非常规的纠纷处理方式，是在国家司法公权之外的一种纠纷解决机制，虽然在现行制度内也存在其他国家机关调处纠纷的机制，如行政机关的调解解决等，但司法公力救济制度的完善仍是一个法治国家必不可少的制度建设，是其他各种纠纷解决机制作用的基础和效力的保障，它们的有机结合、共同作用，既能为社会提供各种纠纷有效处理和公正解决的合法途径，也能避免民众因诉求无门、公正难寻而采用极端手段自力救济，更能防止各种黑恶势力通过纠纷的解决渗透到社会生活中来。

（三）压制方式解决纠纷扩大化

近几年，由于暴力抗法现象在一些地方和一些领域呈多发态势，面对频发的各种社会纠纷与矛盾，尤其是为了遏制群体性纠纷的发生和蔓延，有些地方政府常用的话语或手段就是“加大执法的力度”、“加大打击的力度”，似乎只有加大了执法的力度或者加大了打击的力度，处理起来才会更有效。据媒体报道，有的地方在对城管进行执法培训的教材中传授在执法过程中如何“注意要使相对人的脸上不见血，身上不见伤，周围不见人……”。^①但从实际效果观察，这种高压式的暴力执法方式收效甚微，并且可能引发其他的违法行为发生，^②甚至引起矛盾激化，导致更为严重的暴力对抗和武力抵制。

在现实生活中，相当多的纠纷（尤其是群体性纠纷）的发生往往与政府信息公开的不通畅有关。有些部门在涉及民众权益事务的决策过程中，有意或无意地屏蔽了民众的知情权，以至纠纷发生时的参与者往往不是“一小撮人”，而是不明真相的社会大众。当纠纷发生后，相关部门如果能够及时指派相关人员到场说明情况，公开真相，进行耐心的说服和解释工作，通常都会消除误解，平息事态。但遗憾的是，有些地方的政府面对纠纷与矛盾，首先不是作足说明和解释的工作，而是直接派出防爆警察和警犬到现场进行威吓，甚至武力对峙，错误地将政府直接摆在了民众的对立面，本来民众只是想通过聚集请愿的方式提出某种诉求的活动，结果升级为一场政府与民众之间的暴力冲突。

众所周知，对于确已发生的暴力违法行为，地方政府采取必要的措施予以强行制止，不仅是必要的，而且也能够得到民众的普遍认同与积极拥护；但对

^① 本报记者张东锋，实习生熊巧：“网友曝光城管‘打人不见血’教材”，《南方都市报》2009年4月22日A32版。

^② 如上海发生的城管殴打水果摊主致其瘫痪的现象。参见“殴打摊主致瘫沪5城管被刑拘”，《南方都市报》2009年7月30日A16版。