



行政调解、和解制度研究

和谐化解法律争议

湛中乐 等著



法律出版社
LAW PRESS CHINA



行政調解、和解制度研究

和裁化解民事爭訟

羅少雄 馬建



法律出版社

行政调解、和解制度研究

和谐化解法律争议

湛中乐 等著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政调解、和解制度研究:和谐化解法律争议 / 湛中乐等著. —北京:法律出版社, 2009. 5
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9451 - 6

I. 行… II. 湛… III. 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(2009)第 059981 号

行政调解、和解制度研究——
和谐化解法律争议

湛中乐 等著

编辑统筹 独立项目策划部
责任编辑 王旭坤
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京外文印刷厂

责任印制 张宇东

开本 A5

印张 9

字数 290千

版本 2009 年 5 月第 1 版

印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9451 - 6

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

行政调解、和解制度在当前的经济和社会生活中,越来越成为行政机关解决民事经济纠纷和部分行政争议的重要手段。^① 随着“和谐社会”的理念在国内及世界的倡导推广,国内外在本领域的研究也会随之深入。我们认为,在建设“和谐社会”的进程中,基于公开、平等、合意原则之上的非强制性行为方式实现行政目标的行政行为,将得到强调和推广,因为这些行为方式更有利于调动行政相对人的积极主动参与,有利于公共目标的实现。

《行政调解、和解制度研究》是我负责和主持的 2007 年度中国法学会部级重点研究课题(2007 年 4 月 23 日批准,编号 B0703)。之所以选此课题进行研究,是因为本课题的研究具有极其重要的理论价值与实践意义。行政调解、和解制度作为一种准司法性制度,其建立与完善将丰富我国行政行为的形式与内容,有助于较彻底地化解民事纠纷,并促进工商、土地等部门行政争议的解决,维持社会秩序,减轻法院负担,节省司法资源,有助于我国法律纠纷解决制度的扩展与完善;此外,行政调解、和解制度以当事人双方自愿、平等协商解决矛盾为基础,体现市场经济民主平等、意思自治的原则精神,对其研究将促进市场经济体制的发展和完善。通过课题研究,提出关于建构非强制性行政调解、和解领域的理论模式,这将更加有利于当代中国行政改革和政府职能转变,以及为“和谐社会”的实现提供理论支持,通过系统建构行政调解、和解制度的

^① 关于行政调解和行政和解的基本含义,在本书的相关章节中作了专门的界定。特别需要指出的是,为了不至于含混不清和后面研究的需要,本书的行政调解、行政和解均有其特定含义。比如说,主要将行政调解局限于行政机关或行政主体对民事争议的处理,而事实上,根据现有的法律规范,对于一些特定的行政争议(包括系统内部的行政争议)同样是可以进行行政调解的。但是应该承认将其区别开来是为了不至于使得这两种情形下的行政调解相混淆。另外,对于行政和解的理解亦然。

基本理论,为相关行政部门的实践提供理论指导。本课题将在行政法领域回应党和政府提出的“和谐社会”的理念及制度构建,提出关于建构和谐非强制行政领域的理论模式,并在分析我国目前行政调解、和解制度理论滞后的基础上,通过与国内外类似或者相关制度的比较研究,结合现实社会对行政调解、和解的需要,构建未来行政调解、和解制度的基本理论;对于实践中遇到的各类民事、行政纠纷,提出具体的行政调解、和解原则、程序及救济机制等方面的综合制度构想。

本课题得到中国法学会的批准立项后,我组织了几位博士研究生和硕士研究生进行多次讨论。结合当初课题招标的设计方案,对课题的具体内容和研究进展以及调查研究等工作进行了细化和分工安排。

本课题具体从以下几个部分开展研究:(1)背景分析及理论基础;(2)国内外行政调解、和解制度之比较;(3)行政调解、和解制度与法院调解、民间调解、诉讼法上的和解与辩诉交易的异同;(4)行政调解、和解制度与行政复议、行政诉讼制度等纠纷解决机制之区别与衔接;(5)我国各具体行政部门(如公安、工商、环保、卫生等行政部门)执法中行政调解、和解的实践与运用分析;(6)我国行政调解、和解制度的整体建构及立法建议。

我们认为,本课题的研究重点主要在以下几个方面:(1)关于“如何在行政调解、和解制度构建中贯彻‘和谐’理念,化解纠纷、平衡当事人的利益”。行政调解是一种纠纷解决机制,在这种处理过程中,情、理、法三者往往混合在一起,而且混合的程度随纠纷当事人、利害关系人以及社会一般成员的利益所在、他们相互间的力量对比关系及其他纠纷解决过程的关联等状况的不同而不同,但法律在这种混合中,总是存在着发挥影响的契机,故这将成为本研究关注的重点之一。(2)关于“依法行政与行政调解、和解制度”。行政调解、和解通常是由行政机关或司法机关居间主持的,行政机关或司法机关作为国家的象征其提出的解决方案对于当事者具有不可忽视的分量,常常具有事实上的影响力,而行政机关主持下的调解,以及行政机关或司法机关主持下的和解是否必须严格遵守“依法行政原则”,无疑是一个研究重点。(3)关于“行政调解与其他相关制度的区别与衔接”。行政执法实践中往往存在调解与处罚并存、以调代罚、先调后罚等现象,故如何去衔接各类纠纷处理机制将是课题的

重点。

我们认为,本课题研究难点及创新之处体现在以下方面:(1)关于“行政调解、和解的适用范围”。传统上,调解仅适用于公权力主体处理平等主体之间的民事纠纷,但随着现代行政执法理念的转变,有关部门也逐渐开始引入从传统调解制度发展出来的行政和解制度来处理行政主体与行政相对方之间的行政纠纷,这是本研究的一个重要突破。(2)关于“行政调解的效力”。行政调解是与行政处罚、行政命令相并列的一类行为,它和民事合同等法律行为的效力必然存在区别,那么其是否具有形成力、拘束力、形式上的确定力、执行力等方面将是本课题研究的难点之一。(3)关于“行政调解、和解过程中的程序与协商机制”。行政调解、和解是双方或者多方主体间就某一争议进行协商、谈判,进而达成谅解和共识的过程与结果,它是当事人之间和平地化解纠纷或者争议的一种方式。本课题运用博弈论理论来分析其中行政裁量权的运用过程,这具有创新意义,也是研究难点之一。(4)关于“行政调解、和解中相对人权利保障及救济制度”。尽管行政调解、和解通常不具有执行力,但行政主体在主持调解、和解过程中难免出现瑕疵,或者以强制性手段做替代或者威胁,将影响到相对人对调解、和解选择的自愿性,故研究如何去为相对人提供一种充分且适当的法律救济途径,将是本课题的难点及创新之一。(5)关于“构建行政调解行政纠纷机制”。在对国内目前行政复议解决行政纠纷制度不力分析的基础上,我们认为由行政主体调解行政纠纷来弥补现行行政复议的不足,并可尝试在复议制度中引入和解机制,这将对行政调解、和解制度的重要理论创新。

在研究方法上,本课题研究立足于国内行政调解、和解制度实践,综合运用归纳法、综合分析法及一些法律推理技术,结合个案并针对其中案件事实的形成及法律判断展开推理分析;还采用定性和定量分析相结合、博弈论方法、利益衡量法进行解析。具体方法如下:(1)规范研究与实践研究结合。首先,从规范的层面上研究公民权与政府公权力之间的法律关系;其次,通过具体的事例分析非强制性行政权力运行状况。(2)本土研究与比较研究结合。本课题以我国本土研究为主,立足于国情探索我国行政调解、和解制度法制化的具体路径,并结合发达国家对于民事、行政纠纷解决的方式进行比较研究。

从2007年8月起,课题组人员先后进行了国内法律、法规有关行政调解、和解规定的规范梳理,有关行政调解、和解的论文、著作的专门整理与分析,有关行政调解、和解的实际案例的收集与分析,还安排人员去一些实务部门作专门的调查与访谈。期间形成了若干篇研究报告与资料汇总,作为阶段性成果。2008年3月顺利通过了中国法学会研究部组织的重点课题中期检查与评估。自此以后,再由课题组人员根据原来拟订的大纲进行写作,初稿完成后,又经过了多次讨论修改,形成了课题的最终研究成果——《行政调解、和解制度研究》。该成果按照标书约定,于2008年8月提交给了中国法学会。11月底中国法学会组织专家进行了评审,并于12月向课题组颁发了重点研究课题结项证书。为了让课题研究成果发挥它的实际效用,我们决定在原来课题成果的基础上进一步修改、补充,使其公开出版。这样,就在原来最终研究成果的基础上,增加了一些现实生活中的案例,并将现有法律、法规中涉及调解、和解的规范整理出来,以让读者一目了然,也可为相关研究者提供参考便利。

本课题的具体分工如下:第一章、第二章由湛中乐、刘书燃负责;第三章由周佳负责(王悦也参加了部分讨论);第四章由苏宇负责;第五章由周佳、苏宇负责;附录部分由王悦、谢珂珺负责。全书初稿完成后,经过数次集体讨论修改,最后由湛中乐统一进行修改定稿。

最后,我要衷心感谢中国法学会研究部领导和工作人员对本课题研究工作所给予的大力支持,他(她)们从组织对课题招标材料的评审、课题中期研究进展的检查监督和课题最后结项的验收等付出了很多努力。衷心感谢为本课题招标材料评审和验收工作评审作出辛勤努力但并未透露姓名的专家学者们,感谢他们对本研究团队工作的信任与肯定。衷心感谢为我们的调查研究提供便利的北京市海淀区人民政府法制工作办公室、北京市海淀区城市管理监察大队的领导与工作人员,还要对为本书的出版而付出辛劳的法律出版社的王旭坤编辑、曹萍编辑和责任校对人员等表示诚挚谢意。

湛中乐

2009年3月于北京大学陈明楼

目 录

第一章 和谐:调解、和解制度之社会背景	1
一、和谐社会理念在法学领域的贯彻	2
(一)和谐社会与法治国家的兼容并建	2
(二)现代法治国家的重要目标:利益平衡与纠纷化解	3
二、契约型社会中“多元化纠纷解决机制”的创新和建设	4
(一)中国传统民间纠纷的解决机制——民从私约与调解	4
(二)现代诉讼意识、契约意识与纠纷解决方式多元化	6
三、多元化纠纷解决机制之社会基础	8
(一)利益多元化与纠纷多元化局面的形成	8
(二)多元化纠纷解决机制所需社会资源	9
(三)多元化非诉纠纷解决机制之特点	10
四、“多样化调解、和解制度”与和谐社会的构建	12
(一)多样化调解制度	13
(二)多样化和解制度	14
(三)行政法领域之调解、和解制度	18
第二章 非强制行政:行政调解、和解制度之行政法基础	20
一、公权力(行政权)的契约化与非不可处分性理念的转变	20
(一)行政法的契约品质	20
(二)现代公权力(行政权)的可处分性转变	21
二、非强制行政与行政法领域中的纠纷解决机制	23
(一)和谐社会需要非强制行政方式的广泛运用	23
(二)现代行政法理论之关于非强制行政的内涵与价值	23

(三) 非强制行政行为的特点	24
三、行政调解、和解制度中应贯彻的行政法基本原则	25
(一) 传统“依法行政原则”的桎梏与超越	26
(二) 非强制行政与行政法基本原则的扩展	28
第三章 行政调解制度研究	34
一、行政调解的概念分析	34
二、行政调解的特征、原则和功能	36
(一) 行政调解的特征	36
(二) 行政调解的原则	39
(三) 行政调解的功能	42
三、行政调解与相关概念的关系	47
(一) 行政调解与法院调解	47
(二) 行政调解与人民调解	49
(三) 行政调解与行政裁决	51
四、行政调解的效力与救济制度	57
五、其他国家和地区行政调解制度比较与借鉴	58
(一) 大陆法系有关国家的行政调解制度	58
(二) 英美法系有关国家和地区的行政调解制度	63
(三) 其他国家和地区行政调解制度对我国的借鉴意义	66
六、我国现行行政调解制度构架	68
(一) 我国行政调解制度的种类	68
(二) 我国行政调解制度的基本内容	71
七、我国行政调解制度实践分析	74
(一) 公安行政中的行政调解	74
(二) 环保行政中的行政调解	84
(三) 商标侵权中的行政调解	87
八、我国现行行政调解制度存在的问题	90
(一) 行政调解制度内容简单、对象含糊	90
(二) 法律文件种类形式多样, 层次参差不齐	91
(三) 行政调解程序缺失	92
九、我国行政调解制度的完善	92

(一) 优化行政调解的组织, 增强调解人员专业化	92
(二) 健全行政调解的程序	94
(三) 明确行政调解效力	95
第四章 行政和解制度研究	96
一、行政和解的概念	96
二、行政和解的类型	98
(一) 撤诉模式与契约模式	98
(二) 诉讼中和解和复议中和解	108
三、行政和解的特征	113
(一) 行政和解的双重属性: 实体法律行为与诉讼行为属性	113
(二) 行政和解的主体结构: 多方主体的互动	114
(三) 行政和解的有限性	115
(四) 和解结果的灵活性	116
(五) 外部审查的必要性	117
四、行政和解与相关概念的比较	117
(一) “行政和解”与诉讼法上的“和解”概念	117
(二) 行政和解与行政调解	119
(三) 行政和解与辩诉交易	121
五、行政和解的功能和意义	123
(一) 行政和解制度的直接功能	123
(二) 行政和解制度的间接意义	124
六、行政和解的原则与程序	125
(一) 自愿原则及相关程序	127
(二) 合法原则及相关程序	127
(三) 利益保护原则及相关程序	128
(四) 外部审查原则及相关程序	130
第五章 我国行政调解、和解制度模式的构建与分析	132
一、行政调解制度: 作为一种解决民事争议的行政行为模式	132
(一) 自愿原则及其相关程序设定	133
(二) 公平原则及其相关程序设定	134

(三) 行政调解的程序总瞰	135
二、行政和解制度:作为一种行政争议的纠纷解决机制	138
(一) 启动环节	139
(二) 协商环节	141
(三) 撤诉或协议环节	142
(四) 瑕疵救济环节	150
(五) 总体上的立法建议	153
 附录一:调解、和解案例	159
第一部分 行政过程中的调解案例	159
第二部分 行政复议中的和解案例	187
第三部分 行政诉讼中的和解案例	199
 附录二:法律法规中有关调解的规定	251
第一部分 法律中有关调解的规定	251
第二部分 行政法规中有关调解的规定	259
第三部分 重要的地方性法规中有关调解的规定	270

第一章 和谐:调解、和解制度之社会背景

中国共产党十六大明确把“社会更加和谐”作为全面建设小康社会目标之一提出来,党的十六届四中全会从适应我国社会变化、巩固共产党执政的社会基础、实现党执政的历史任务出发,第一次在党的文献中提出构建社会主义和谐社会的战略任务。胡锦涛同志在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会的能力专题研讨班上强调指出,我们所要建设的社会主义和谐社会应该是“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”的社会。^①这一重要论述,对于我们不断认识和把握新形势下和谐社会建设的特点和规律具有十分重要的意义。和谐社会是人类社会几千年来孜孜以求的理想社会模式和精神家园,也是以中国共产党为代表的马克思主义者为之奋斗的社会理想和目标。

由上可知,构建和谐社会是当代中国的主旋律,但和谐社会并非是没有纠纷的社会。和谐社会之所以能够长期得以维持,是因为它具有一套解决社会矛盾的固有机制和长效机制。这种机制能够使社会长期处于和谐状态,即使发生了影响和谐的问题,它也能够迅速地加以解决,使社会归于和谐。

所以说,纠纷的产生或出现是社会的常态,也是社会赖以存在之规则产生与运作的起点。这个判断对于作为社会下位概念的和谐社会也是当然成立的。随着我国改革的深化和经济的迅速发展,逐步打破原有经济体制中的种种弊端,并同时调整相关利益关系,形成多元化的经济成分和利益主体,不可避免在社会当中形成各种矛盾和冲突,具体可表现为劳动纠纷、消费者权益纠纷、医疗纠纷、土地纠纷,等等。面对社会中出现的各种矛盾和纠纷,我们不应该回避,而应该努力去寻找和建立

^① 参见虞云耀:“民主法治与构建社会主义和谐社会”,载《人民日报》2005年9月7日第9版。

化解这些矛盾或法律纠纷的法律制度和多元化运作机制,实现一种法治状态下的社会和谐。

一、和谐社会理念在法学领域的贯彻

(一) 和谐社会与法治国家的兼容并建

我们前引胡锦涛同志关于社会主义和谐社会的“六条基本特征”的论述是相互联系、相互作用的。其中,“民主法治”居于首要位置,制约和影响其他特征。社会主义民主是社会主义和谐社会的制度之源,只有发展社会主义民主,保证人民依法行使民主权利,才能为社会主义和谐社会建设提供广泛的力量支持,使社会主义事业充满生机和活力;社会主义法治是社会主义和谐社会的基本保障,只有以法律手段来治国理政,使国家权力的行使和社会成员的活动处于严格依法办事的状态,经济、政治、文化发展与社会全面进步才有基本的秩序保障,整个社会才能成为一个和谐的社会。

社会主义和谐社会在本质上是民主、法治社会。和谐社会,就是要尊重人民群众的创造精神,让人民群众的积极性得到充分发挥,使各种积极因素得到充分调动;就是要有效解决各种社会矛盾和纠纷,确保社会的稳定团结;就是要在经济发展的基础上,不断满足广大人民群众日益增长的物质文化需要;就是要以人民群众的根本利益作为一切工作的出发点和落脚点,正确反映和兼顾各个方面群众的利益。说到底,和谐社会就是要充分发扬社会主义民主,实行社会主义民主。因此,社会主义和谐社会在本质上是民主社会。^①

同时,社会主义和谐社会在本质上还要求实行法治。和谐社会要求社会依照既定的规则有序运行,反对社会的无序化与无序状态。法治是社会有序运转的重要保证,是社会和谐发展的基石。法治社会中最重要规则是法律规则。法律是所有社会规范中最具有明确性、确定性和国家强制性的规范。依照法律规则来治理社会,人们就有章可循、有法可依,社会就有了和谐的基础。因此,也可以说和谐社会在本质上是法治

^① 卓泽渊:“怎样理解社会主义和谐社会是民主法治的社会——学习胡锦涛同志重要讲话系列谈”,载《人民日报》2005年3月25日第9版。

社会。^①

反过来,民主法治在构建社会主义和谐社会中具有重要的地位和作用。民主法治通过协调各种社会利益关系来促进和实现公平正义,为人们之间的诚信友爱创造良好的社会环境,为激发社会活力创造条件。民主法治为维护社会的安定有序提供保障,还为人与自然的和谐提供制度支持。这表明,民主是社会主义和谐社会的制度之源,法治是社会主义和谐社会的基本保障,建设社会主义和谐社会和社会主义民主法治国家是兼容的、一体化的进程。

(二)现代法治国家的重要目标:利益平衡与纠纷化解

社会公正是社会文明进步的重要标志,也是和谐社会和法治国家建设的核心价值 and 重要目标。维护和实现社会公正,关键在于妥善处理、协调各种利益关系,在全社会形成合理的利益格局。

中国改革开放 30 年来,所取得的经济成果是世人瞩目的,但是也带来了我国利益主体和利益需求的多样化,使得社会利益关系更加复杂,经济发展过程中所积累的社会矛盾与利益冲突也越来越严重,如居民财富的分配不公、收入差距过大,拆迁补偿不足,官员腐败,医疗、教育费用高昂,住房价格快速飙升以及环境污染严重,都成了社会矛盾与利益冲突的焦点。如果各种利益关系和矛盾不能及时有效地得以调整 and 解决,就会在各个社会阶层和群体之间造成对立,甚至引发社会不稳定。中央提出构建和谐社会,就是希望以最广大人民的根本利益为出发点,通过在民主基础上制定的法律法规,确定利益主体、界定利益范围、指导利益分配、协调利益关系,并对社会困难群众给予救助,从而维护社会公正,避免社会利益之争的激化,使各个阶层实现共赢共荣,共享社会发展进步的成果,从根本上化解目前中国社会存在的矛盾与冲突,平衡社会各阶层、团体之间的利益关系,实现社会利益的公正分配格局,为长治久安奠定基础。

在法治国家促进和谐社会的建设,最根本的不是指望政府来代表所有的利益群体并保护他们的利益,而是要设计一种法律制度并使其充分有效运作,使得各利益群体能够依靠自身力量来维护和实现自己的利益,表现为政府对社会各群体利益的综合考量,从而成为一个均衡的政

^① 卓泽渊:“怎样理解社会主义和谐社会是民主法治的社会——学习胡锦涛同志重要讲话系列谈”,载《人民日报》2005 年 3 月 25 日第 9 版。

府,建成一个和谐的社会。在利益博弈实现平衡过程中,我们更加注重纠纷的最终解决而非仅仅是判断是非,所以法治的和谐是和谐社会的应有之义和逻辑前提,且社会纠纷的解决机制应当更加体现自治与和谐的精神,这与现代社会纠纷解决机制的发展方向是相契合的。

自20世纪90年代始,司法在我国建设社会主义法治国家进程中的地位和作用日益突出,其所承担的任务也日益繁重。然而,随着社会对司法依赖程度的逐渐增大,人们对司法的期望值也在不断攀升,甚至造成了司法不堪重负的现象。而现代社会的纠纷解决机制是经历“替代的司法”与“司法的替代”而形成的以司法诉讼为中心的包含非诉讼纠纷解决机制的多元有机体系。我们应该通过借鉴古今中外关于平衡利益关系、化解社会纠纷的各方面制度,建立多元纠纷解决机制,分流司法负担,为构建和谐社会创造有利条件。最终,一个社会中纠纷有效解决的程度以及纠纷解决体系的完备与否,将成为衡量社会和谐的重要标尺和评判准则,构成和谐社会的重要基石。

二、契约型社会中“多元化纠纷解决机制”的创新和建设

任何一个社会的秩序都离不开其主体民族文化中所包含的价值观和共识基础。“契约”这一范畴,在不同的历史阶段有着不同的涵义,不同的文化背景下的人们对此也有不同的理解,此种差异反映了社会关系变化和经济文化发展对人们认识的影响。契约型社会采取谈判、协商、互谅互让的妥协方式来解决人民之间的矛盾,让矛盾双方都能接受,从而避免了社会冲突。

中国社会是一个儒家伦理道德占据支配地位的社会,我国传统法学理论和实践似乎都是漠视契约精神的。但是古往今来,与政治社会始终致力于寻找皇权专制、管理路径和社会控制方法一样,民间社会一直都在寻求一种自力解决各种纠纷的路径。在不伤和气的前提达成某种约定,并由此解决各种纠纷,始终都是传统“草根”社会的首选,这也是古代中国民间社会格外重视契约的一种表现。

(一)中国传统民间纠纷的解决机制——民从私约^①与调解

由于受自然环境和社会发展条件的限制,传统中国社会尤其是基层

^① 韩秀桃:“民从私约与纠纷解决——对明代徽州38件契约文书的分析”,载中国法律史学会编:《中国文化与法治》,社会科学文献出版社2007年版。

乡里社会是一个相对封闭的团体,这种封闭集中体现为身处基层乡里社会的一般民众,其日常生产、生活和社会交往的圈子往往被限制在一定的地域范围和一定的身份关系之中。因此,对于一般的民间纠纷而言,尤其是一些相对简单的而且是通过当事双方彼此协商解决的民间纠纷,经常是凭着一种微妙的折中和解艺术而予以平息,坚持个人权利往往被视为对和谐社会的严重破坏,对簿公堂更是受到千夫所指的下策,历史沿袭下来即形成中国民间的“民从私约”纠纷解决机制。

在中国传统社会中,“私法”上的社会关系是由民间缔结的契约自发形成并受其约束和规范的,所以,长期以来在民间流传着“民有私约,约行二主”以及“官有政法,民从私约”的说法。它准确而清楚地表明了民间秩序的建立和维护主要是依靠契约来进行,“官法”对于民间契约行为基本上处于不予干涉的状况,从侧面反映了民间契约行为与民间习惯的密切关系。^①可以说,民间习惯规范着民间契约行为,民间契约实践又来源于民间习惯,并随着社会经济的发展和民间交往的日益扩大,进一步推动民事习惯向前发展,从而逐渐走向成熟和规范,最终被“官法”所接受,产生具有约束力的法的效力。

在我国古代,对于民间契约引发的纠纷处理,传统调解方式亦是广被采用,民间调解主要有两种形式:一是作为基层小吏的乡老、里正主管调解辖区内的民事案件和轻微刑事案件,二是家族、亲族均负有调解民事纠纷与轻微刑事案件的责任。

著名哲学家、教育家孔子相当注重社会大众的和睦共处,“调和”在他的思想中占着举足轻重的地位。古代官方一般将民间纠纷视为“民间细故”,这其中除了纠纷的起因和争议本身较为简单之外,更重要的可能是纠纷当事人各方存在着一定的身份、血缘或者地域联系,这也是民间的纠纷解决机制发生作用的合理依据。在中华民族几千年的历史长河中,“调解”作为纠纷解决的一种方式,在我国有很长的历史,并得到不断的运用和发展,是一项具有中国特色的解决民间纠纷、维护社会稳定的制度,是非诉讼调解的主要方式,被西方学者誉为“东方之花”。

^① 比如,盐业契约是中国传统民间契约中的一种,是盐业这一特种行业中生产、经营实践活动的产物,也是民间对盐业这一行业行为的规范。从盐的生产区域、制盐技术和工艺流程等来看,盐业契约又包括海盐契约、井盐契约和池盐契约等。参见吴斌等:《中国盐业契约论——以四川近现代盐业契约为中心》,西南交大出版社2007年版。