

Xiamen University Law Review

厦门大学

法律评论

2016年上半年卷 总第二十七辑



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

厦门大学法律评论

2016年上半年卷 总第二十七辑

主编 周 赟



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第二十七辑/周贇主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2016. 3

ISBN 978-7-5615-5975-8

I. ①厦… II. ①周… III. ①法学-研究-文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 054587 号

出版人 蒋东明

责任编辑 李 宁

装帧设计 蒋卓群

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181253(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门市明亮彩印有限公司印刷

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 15.75

插页 2

字数 376 千字

版次 2016 年 3 月第 1 版

印次 2016 年 3 月第 1 次印刷

定价 58.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

《厦门大学法律评论》编委会

编委员会主任：徐崇利

编委会成员（以姓氏首字母为序）：

陈 鹏 陈喜峰 李 刚 刘志云
吕英杰 马 腾 孙丽岩 魏磊杰
吴旭阳 徐振东 郑晓剑 郑永宽
周 贇

学术编辑：

陈雪梅 柯宇航 刘玉姿 王能萍

编辑者言

编辑者将怀着对作者和作品的温情与敬意,持守对法治及其理论的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》(以下简称《评论》)参与中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的理论平台包括:学术专论;学术评论(包括学术批评、立法评论、案例评析等);学术译作;学术随笔;法律教育评论;司法官来稿(视稿源情况可以分别是“检察官来稿”“法官来稿”“代理人来稿”等)。

在必要且可能时,编辑者将就某一特定主题以专题研讨的形式展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限。编辑者希望作者可以借此从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。所刊稿件若确因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》上发表的文章均可能被《高等学校文科学术文摘》转载或摘编。

《评论》已加入“中国期刊全文数据库”(CJFD)、北京万方数据股份有限公司“万方数据”库(WANFANG DATA)、“中国法律知识总库”以及 DOI 系统。所有在《评论》上发表的文章均被同步编入如上数据库。编辑者就此敬请作者于惠赐作品时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括 CJFD 的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请用 word 文档形式发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn。

七、编辑部电话:0592-2187782。

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、籍贯、所在机构、学位、职称、通信方式,并请附上中英文标题、摘要和关键词。作者的以上信息,仅当文章录用并刊发时一并载明,以便读者与作者通联。

《厦门大学法律评论》编辑部

DOI 简介

DOI(Digital Object Identifier),即文献数字对象识别号,为美国出版商协会(The Association of American Publishers,AAP)于1994年建立,1997年成为数字资源命名的一项标准。DOI能让学术文章永久寻址,实现文献永续存在。

《厦门大学法律评论》从2013年起,通过台湾元照出版公司提供的平台,正式加入DOI系统,所有本刊刊发的文章将正式获得全球唯一且永续的“身份证号”。

DOI之特色可以简要地从如下几个方面进行介绍:

- 唯一且永续存在的标识符:DOI的意义在于,替数字文献加上固定的寻址,避免文献搜寻结果为“该资源已经被移除或无效”,解决大量网络信息链接失效的问题,增加引文的正确性。
- 文献跨入国际DOI学术圈:透过国际的DOI系统进行解析,跨越单一平台或数据库的局限走入国际,提升论文的能见度与学术影响力。
- 提高作品的引用率:对学术期刊及其文章而言,DOI可永久成功链接的特性,让服务质量提升;对搜寻服务来说,在学术文献中加入DOI,会提高检索结果的正确性,导引读者取得全文,提高文献被引用的机会。
- DOI的呈现方式:在文献标题处以脚注形式加上,具体如 doi:10.3966/102559312013020213001。

目 录

学术专论

政府推动型人民调解的意涵变迁(1931—2010)

- 法学研究的历史社会学进路…………… 曾令健(1)
- 论自贸区的司法功能定位及政治远景…………… 陈洪杰(17)
- 环境守法导则:一种新型环境合作治理模式…………… 邓可祝(30)
- 法律制度的惯例实践
- 基于制度法律理论的分析…………… 贾焕银(47)
- 最高人民法院司法解释权:释法抑或造法…………… 齐 玓(66)

学术评论

大学校园自治法规范之研究

- 中华大学个案…………… 曾建元(78)
- 多元结构下欧洲基本权利保障体系:
- 欧盟法与欧洲人权公约间交互式发展与影响…………… 范继增(111)
- 预付式消费服务合同中拒绝受领的法律效果
- “孙宝静诉上海一定得美容有限公司服务合同纠纷案”评释…………… 刘 洋(153)
- 台湾地区与大陆妨害性自主犯罪的立法、司法观照…………… 王焕婷(172)
- 当代中国社会稳定问题研究述评…………… 王若磊(198)
- 职务发明奖励制度的困境解读与理论反思…………… 肖 冰(213)

学术译作

- 法律与发展研究的经验教训…………… [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈 著 郭晓明 译(224)

Contents

Academic Monographs

The Changing Meanings of The People's Mediation From 1931 to 2010

—The View of Historical Sociology in Legal Research Zeng Lingjian (1)

On Judicial Process' Role and Political Future of FTZ Chen Hongjie (17)

Environmental Compliance Guidelines: A New Governance Model

for Environmental Cooperation Deng Kezhu(30)

The Conventional Practice of Legal Institutions

—The Analysis Based on Institutional Theory of Law Jia Huanyin (47)

Judicial Interpretation Power of the Supreme People's Court: Law

interpreter or lawmaker Qi Ding(66)

Academic Review

On Autonomy Legal Norms in University: A Case Study of

Zhong Hua University Zeng Jianyuan (78)

The Pluralism Architecture of European Fundamental Rights Pro-

tection: The Interactual Development and Influence between

the EU Law and European Convention on Human Rights Fan Jizeng (111)

The Legal Effects for Rejection of Acceptance in Consumer

Contract of Service by Payment in Advance

—Review on the case of “Sun Baojing vs. Shanghai Yi

Dingde Co. for Service Contract Disputes” Liu Yang (153)

On the Difference in Infringe on Sexual Atonomy Crime in

Legislation and Justice between Taiwan and Mainland Wang Huanting (172)

A Literature Review on the Study of Social Stability Issues of

Modern China Wang Ruolei (198)

The Institutional Predicament and Its Solution of the

Employee Reward System in China Xiao Bing (213)

Academic Translation

The Lessons of Law-and-Development Studies Brian Z. Tamanaha (224)

政府推动型人民调解的意涵变迁(1931—2010)*

——法学研究的历史社会学进路

曾令健*

摘要:人民调解制度及其运行一直为政府力量所推动,故既有制度及其实践均可概括为“政府推动型人民调解”,探讨其意涵变迁对制度发展的面向选择极为重要。在新中国成立之前,人民调解的政治意义较为明显,社会意义相对薄弱;在改革开放之前,制度的社会意义有所提升,基本形成政治意义与社会意义并重之格局;改革开放以降,初期出现了重视社会意义及“去政治化”倾向,近年又呈现重新强调政治意义之趋势且势头明显。在尝试渐进式改革的人民调解自治化过程中,在未来相当长的时期内,还需要坚持制度实践及改革的政府推动传统。

关键词:人民调解;政府推动;制度意涵;历史社会学

The Changing Meanings of The People's Mediation From 1931 to 2010

—The View of Historical Sociology in Legal Research

Zeng lingjian

Abstract: The establishment and working of the people's mediation have been forced by government, which goes by the name of *the people's mediation forced by government*. It's significant to research the changing meanings of *the people's mediation forced by government*, as for the institutional development. Before the establishment of the PRC, the political significance is more obvious than the social one. Before the *Reform and Opening-*

* 文章 DOI:10.3966/615471682016030027001。

* 曾令健,男,1981年生,四川广安人,西南政法大学副教授、硕士生导师、法学博士,重庆市人民检察院第一分院法律政策研究室副主任(挂职);研究领域:法律适用学、司法制度、诉讼法学、法律社会学。本文系国家社科基金西部项目(13XFX015)的阶段性成果。

up, the social significance is as important as the political one. Since then, the social significance becomes more and more important and the political one has been weakened, but the political significance is being taken seriously again in recent years. Of course, the tradition of institutional working and improvement forced by government should be upheld in the future of gradual reform of people's mediation.

Key Words: the people's mediation; forced by government; institutional meaning; historical sociology

导 论

人民调解是法学、社会学、历史学、人类学的重要研究对象。早期研究着重于制度历史、制度规范及实务操作诸方面,晚近作品更侧重于制度实践与发展面向。有学者认为,人民调解经历着从“附属型纠纷解决机制”逐步迈向独立纠纷解决机制的嬗变;^①有研究在不刻意区分民间调解与人民调解的语境中分析了人民调解的改革路径;^②有观点指出,重视人民调解制度的专业化与再组织,需要通过一系列的制度性安排将专业化的调解组织与既有网络调解和国家组织网络联结起来,以盘活国家治理资源、提高人民调解效能。^③分析人民调解的制度实践是讨论制度发展的面向选择之基础,也只有在制度实践的基础上剖析制度性质及其意涵变迁,方能公允地看待制度发展问题。

看待人民调解的制度性质,绝不能囿于文本表述,同样需要立足于制度实践。人民调解制度及其运行一直为政府力量所推动,故既有制度及其实践均可概括为“政府推动型人民调解”。侧重调解组织专业化、社会化发展的制度实践也反映出政府在制度运行及演进中发挥的支配作用及其作为制度推动者的实质性地位。实践表明,政府推动的着力点及其运行还存在着区域差别。^④在调解政策转向之际,探讨政府推动型人民调解的意涵变迁对分析制度发展的面向选择极为重要。

法律制度的意涵涉及制度的基本性质及其法律、社会、政治诸意义,可谓制度性质与多维意义的综合体。迄今,专门探讨中国司法制度的意涵的作品极为有限。本文将沿着历史社会学的进路,关注制度建设及运行背后的历史因素与社会要素之交集,在“历史意识”与“社会学意识”的指引下,“探寻过去与现在、事件与运行、行动与结构的相互渗透交融”,^⑤分析人民调解制度在不同历史时期、社会背景、政治环境中的意涵变迁,并展望人民调解的制

① 参见范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第468~577页。

② 参见徐昕:《迈向社会和谐纠纷解决》,中国检察出版社2008年版,第102~114页。

③ 熊易寒:《人民调解的社会化与再组织:对上海市杨伯寿工作室的个案分析》,载《社会》2006年第6期。

④ 对四川广安的调研发现,政府推动型是该地人调工作中最显著的特征,这几乎体现在人员、经费、管理等各个层面。详见曾令健:《社会变迁中的“大调解”——政府推动型人民调解的个案考察》,载《厦门大学法律评论》(第21辑),厦门大学出版社2013年版,第359~380页。

⑤ [英]丹尼斯·史密斯:《历史社会学的兴起》,周辉荣、井建斌、赵怀英、徐瑞芝、刘玉群译,上海人民出版社2000年版,第4页。

度发展面向。

有必要对本文提倡的“历史社会学的进路,关注制度建设及运行背后的历史因素与社会要素之交集”做些说明。该种研究路径侧重于制度建设及其运行的背景分析,尤其是影响制度建设及其运行的那些历史性、社会性要素的考察。换言之,通过描述乃至重构制度建设及其运行的历史性与社会性因素,揭示“为什么选择此种制度建设思路以及为什么体现出该种运行逻辑,而非他种建设思路与运行逻辑”。质言之,对历史社会学进路的运用,更大程度上实为因果意义上的阐释。具体至本项研究主题,则研究旨趣自然是“为什么该时代之历史背景、社会状况下会呈现出该种制度意涵而非彼种制度意涵,以及制度意涵在不同历史因素、社会要素作用下历经的变迁过程”。

还需要说明的是,本文为什么截取1931年至2010年作为研究时段?从直观层面看,缘于两份标志性文件,即《苏维埃地方政府的暂行组织条例》(1931年)与《中华人民共和国人民调解法》(2010年),这两份文件不同程度地规范了人民调解尤其是地方政府与调解工作。具言之,这两个时间点的选择还有深层次的原因。

在时间起点的选择上,本文的基本出发点是,基层纠纷调解是否成为特定政权之常规工作。如果撇开政权建设及维护而仅仅从共产主义运动论起,那么将纠纷解决视作共产主义运动之一项内容者,可从20世纪20年代的农民运动中寻找蛛丝马迹。海陆丰农民协会祭出的三记重拳,就包括成立仲裁部且成功地解决多起农民之间的纠纷。但是,该时期的农民协会政权可谓昙花一现,甚至无论按照国民党的法统抑或是按照共产党当时的策略,均不具有合法性。^①此外,虽然1927年的广州起义建立了第一个城市苏维埃,即“广州公社”,但起义爆发仅两天就失败了,将纠纷解决作为社会治理之常规、持续性工作则不存在。1931年,中华苏维埃政权创建并存续了较长时间,特别是随着《苏维埃地方政府的暂行组织条例》的颁布,纠纷解决遂成基层政府社会治理的常规内容。

选择2010年作为研究的时间节点,除《中华人民共和国人民调解法》于该年颁布之外,也因该法实为当代中国第一部全面规范人民调解的基本法律。故而,2010年势必成为探讨人民调解制度时一个瞻前顾后的基点。正所谓“历史的进展成螺旋式,愈至后端积累的分量逾重,内容也更复杂”^②。故而,考察当前制度表达及其实践既显得极为重要,也愈发困难,尤其概括、评价近年的制度实践并且与前70年之制度表达及实践整合起来。毕竟,意欲清晰地洞察制度建构及其运行背后的历史因素与社会要素之交集,适当的历史积淀是必要的。唯须指出,对现行制度实践的系统归纳与全面评价保持必要的谨慎与一定程度的保留,还有待其运行相对平稳。

^① 参见张鸣:《乡村社会权力和文化结构的变迁(1903—1953)》,陕西人民出版社2008年版,第82~83、91页。

^② [美]黄仁宇:《赫逊河畔谈中国历史》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第231页。

一、共产主义运动与人民调解的兴起^①

中国的共产主义运动可溯至“五四运动”时期,但对中国共产党而言,纠纷解决成为常规性的社会治理内容却始于革命根据地建立之后。1931年,中华苏维埃政权《苏维埃地方政府的暂行组织条例》规定:“乡苏维埃有权解决未涉犯罪行为的各种争执问题。”据不完全统计,在抗日战争与解放战争时期,各根据地与解放区出台乡村调解规定达二十余项。^② 中国共产党明确地将取得国家政权之前统治的数十年作为“人民调解工作”的形成期,将政治纲领、目标输入纠纷调解的技术得以发展,群众调解的发展受到了热情的赞扬,这些内容并被视作重大成就。^③ 共产主义运动的兴起,尤其是政权的建立及维护,对人民调解制度的产生、发展有着根本性的影响;运动本身也成了考察人民调解意涵的极好视角。

虽然人民调解的思想萌芽可溯至土地革命时期,其制度化却产生、定型于抗日战争时期的陕甘宁边区,是由边区法律、边区政府的文件、边区高等法院的指示、命令等为渊源而构成的一项具有相对稳定内容的法律制度。^④ 人民调解制度的产生在于满足政治斗争与武装革命的时代背景下解决纠纷的客观需要。

战时边区的社会矛盾、政治形势、利益格局与价值观念相对复杂,这也导致纠纷解决复杂化。为建立抗日联合战线,国共两党在农村土地等核心问题上达成了一定的“共识”。这在根据地与国统区内均有体现。不同于土地革命时期二者在土地问题上针锋相对,战时双方的土地政策出现了相似乃至合作的局面。^⑤ 新民主主义革命在很大程度上是围绕土地而展开。土地政策变化导致了“敌我两分”等原本明晰、扼要的立场划分和阶级对立在实践中趋于复杂。在减租减息运动下,如何处理原本属于阶级矛盾的纠纷变得愈发紧要,毕竟田土租佃纠纷在一定意义上上升至关乎统一战线的原则性立场。^⑥ 这对司法提出了更高的要求。1942年的一起窑产纠纷先经区政府调解,后经吴堡县司法处、绥德专署(高等分庭)、政府审判委员会三级五次处理,最终和解结案。这折射出当时纠纷解决考虑因素之复杂性,如

① 本部分删减版曾以《共产主义运动与人民调解的兴起——作为结构性替代物的人民调解制度》为题刊于徐昕主编:《司法》(5),厦门大学出版社2010年版,第93~101页。

② 数据源自于常怡主编:《中国调解制度》,重庆出版社1990年版,第12页。

③ [美]陆思礼:《毛泽东与调解:共产主义中国的政治和纠纷解决》,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第145页。

④ 侯欣一:《陕甘宁边区人民调解制度研究》,载《中国法学》2007年第4期。

⑤ 详见黄琨:《中国共产党土地革命的政策与实践(1927—1929)》,载《长白学刊》2006年第4期;刘一民:《抗战时期国共两党在土地政策上的合作与互动》,载《湖南师范大学社会科学学报》2005年第6期。

⑥ 民事纠纷以土地纠纷为最,债务、婚姻纠纷次之;民事立法主要涉及土地租佃、土地典当、地权、婚姻、债务。详见侯欣一:《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》,中国政法大学出版社2007年版,第207~208页。

土地政策、统战原则。^① 政治格局复杂化给战时司法施加了更多的负载。^②

战时边区物质匮乏,出于联合抗战也为了促使共产党从没收地主土地切实转向减租减息,国民党承认中国共产党的合法地位并每年拨给八路军60万元,以缓减边区财政压力。^③ 另外,国民党也曾多次运用取消拨款等经济钳制手段。^④ 其间,“几乎没有衣穿,没有油吃,没有纸,没有菜,战士没有鞋袜,工作人员在冬天没有被盖,国民党用停发经费和经济封锁来对待我们,企图把我们困死”^⑤。边区高等法院曾尝试过强调司法裁判规范化与审判人员专业化的司法改革,^⑥但因利益冲突、社会观念、物质条件等缘由而未竟事功。

司法人员不足表现为专职司法队伍缺失。除了少数学过西方法律实务的老党员及部分新培养的司法人员外,没有专修法律的工农干部大量参与司法,行政人员兼任司法人员是普遍现象。^⑦ 由是,纠纷解决迟延、不依法办事及干预司法的现象时有发生。司法技术层面倾向于探索简便办法,如不拘泥于烦琐的法律程序、让群众参与司法、强调具体问题具体分析、强调中国的实践经验等。^⑧ 在资源有限的情况下,寻求低成本的纠纷解决手段具有现实必然性。

传统的中国社会具有若干“自发型”“内生型”纠纷解决机制,并形成独立品格的解纷场域。在家庭、家族、村庄、行业等不同领域内都有相应的纠纷解决机制,且从个人、团体和政府的角度来考察,这种在正式法律框架之外解决大多数纠纷的制度是可以容忍的。^⑨ 传统调解的产生、运作与特定社会结构密切相关。当共产主义运动蓬勃开展时,传统调解赖以存在的社会基础被改变,乃至彻底颠覆,如废除保甲制、削弱地主经济、经济的合作制转变、塑造新型社会权威、通过教育改革形塑新人等。^⑩

在社会基础与纠纷解决的关系中,人民调解制度不过是传统调解之社会基础被打破、传统调解被部分压制以致难以发挥纠纷解决功效时,为达至社会治理而寻求的一种结构性替代物。传统调解的推动力量更多来自于基层社会共同体,而人民调解的推动力量则源自于

① 案情及相关分析,可参阅刘全娥:《论陕甘宁边区司法机构对疑难案件的处理——以一桩窑产争执案为例》,载《当代法学》2010年第3期。

② 关于战争与司法的研究,可参阅罗金寿:《战争与司法——陪都时期重庆的法院及审判》,西南政法大学2010年博士学位论文。

③ 刘一民:《抗战时期国共两党在土地政策上的合作与互动》,载《湖南师范大学社会科学学报》2005年第6期。

④ 详见李建国:《试论陕甘宁边区的通货膨胀与反通货膨胀措施》,载《抗日战争研究》2007年第2期。

⑤ 毛泽东:《抗战时期的经济问题与财政问题》,载《毛泽东选集》(3),人民出版社1991年版,第892页。

⑥ 侯欣一:《陕甘宁边区高等法院司法制度改革研究》,载《法学研究》2004年第5期。

⑦ 毛泽东曾指出:“司法也该大家动手,不要只靠专问案子的推事、审判员。”转引自杨永华等:《陕甘宁边区法制史稿(诉讼狱政篇)》,法律出版社1987年版,第73页。

⑧ 详见侯欣一:《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》,中国政法大学出版社2007年版,第249~256页。

⑨ [美]柯恩:《现代化前夕的中国调解》,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第104~113页。

⑩ 黄正林:《1937—1945年陕甘宁边区的乡村社会改造》,载《抗日战争研究》2006年第2期。

国家的正式权力,其强力介入才将人民调解在传统调解的“瓦砾”上推行开来。推行人民调解有改造与再利用传统资源之意,毕竟人们对作为历史记忆的传统调解并不陌生。传统民间调解与官方审判间存在纠纷解决的“第三领域”,该领域治理思路采取“集权的简约治理”。在毛泽东时代,这种半正式行政方法及国家发起结合社会参与的治理传统仍部分发挥作用。^① 人民调解也部分含有此种内涵。边区政府要求大力发展人民调解来解决纠纷。^② 在马锡五审判方式中,人民调解与法院裁判常常界限模糊,法院裁判中大量运用人民调解的策略、技术、方法及语言。^③

美国学者 Roy Hofheinz 认为,经济、社会、文化诸要素均不足以单独解释中国共产主义运动何以在如此广袤的土地上取得成功,决定运动命运之根本因素在于共产党的组织优势及其行动。^④ 中国共产党的这种优势也体现在人民调解中:传统的调解侧重于维系既有秩序;人民调解则有社会动员的政治意涵。人民调解制度何以实现社会动员?一方面,调解者的阶级化。调解者的人选与社会新权威的塑造有关。传统的调解者是士绅、村庄首领、宗族头领、行会头领及地方知名人士。人民调解中的调解身份开始出现较大的变化。共产主义运动兴起后,原有的精英型调解者在新的社会结构中不再被认可,或被镇压,或被改造。调解者由新的地方精英、地方干部等担任。文献表明,不限于村主任等新型地方干部,劳动英雄、有威望的老人、绅士等也被号召参与调解。^⑤ 传统绅士参与调解要受相关制度和措施的约束、指引,以遵循共产党的调解原则。另一方面,调解活动的组织化与制度化。在改造边区农村时,保甲制度被民选的乡(市)村两级基层政权取代,个体劳动由是转向集体劳动,土地改革完成了地主、富农、中农、贫农的新分类体系。^⑥ 基层政权与人民调解存在组织性同构,调解的组织化与制度化变成社会动员机制建设的一部分。人民调解不再像传统调解那样散漫、无组织。为突显调解组织建设的阶级性,确保社会动员的有效性,还特别注意根除地主阶级操纵的调解团体。^⑦

边区事宜均服务于政治较量与武装斗争,司法亦莫能外。共产主义运动以打破既有社

① 参见[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第107~130页;[美]黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第78、87页。

② 详见谢觉哉:《关于调解和审判》,载王定国等编:《谢觉哉论民主与法制》,法律出版社1996年版,第136页。

③ 陕甘宁边区的人民调解与法院裁判的关系,以及导入传统元素后的马锡五审判方式何以推开中国法律治理化之新传统,可参阅强世功:《权力的组织网络与法律的治理化》,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第234~246页。

④ Roy Hofheinz, Jr., *The Ecology of Chinese Communist Success: Rural Influence Patterns, 1923—1945*, in A. Doak Barnett, ed., *Chinese Communist Politics in Action*, Seattle: University of Washington Press, 1969, pp. 3~77; Roy Hofheinz, *The Broken Wave: The Chinese Communist Peasant Movement, 1922—1928*, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

⑤ 谢觉哉:《关于调解和审判》,载王定国等编:《谢觉哉论民主与法制》,法律出版社1996年版,第136页。

⑥ 黄正林:《1937—1945年陕甘宁边区的乡村社会改造》,载《抗日战争研究》2006年第2期。

⑦ 《泰兴村司法考察报告》,转引自[美]陆思礼:《毛泽东与调解:共产主义中国的政治和纠纷解决》,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第144页。

会结构、建立新的社会秩序为己任,并在破除旧体制之时企划新图境。在20世纪以降的中国缺乏动员一个生机勃勃之社会的能量和资源的背景下,共产主义运动将传统的调解逐步制度化并作为社会动员的重要手段。通过分析共产主义运动与人民调解的勾连、耦合及传统调解与人民调解的交织、迭替,方追溯了人民调解的政府推动传统,并勾勒出制度伊始的政治意涵。

二、全能主义中国的人民调解

近代中国“全面的危机感导致了全面解决所有问题的方案,政治行动者选择全面解决问题的方案,从事全面性的社会变革,全能主义就在这个革命过程中产生,新中国成立以后更进一步的巩固与发展,传统权威主义政治系统遂演变成了现代全能主义政治系统”^①。现代全能主义政治系统的演变就是党政权力向基层社会的渗透史。在幅员辽阔的中国实现全能主义治理,势将选择官僚化、部门职能专业化以及文书工作形式化的“官僚政治”进路,或称之为社会治理的“科层制化”。韦伯意义上的官僚体制运行有如下特点:在专业化的基础上,由规则确立职业分工;职务等级具有固定结构;职务执行信赖于文书形成及其管理;职务工作应以职业培训为前提;官员应当是全职的;依规则履行职务。^②倘若从规范认同、工具理性与意识形态诸角度视之,近现代中国之社会治理科层制化与现代科层组织的交集处则体现在形式层面。^③然而,正是组织形式的交集与意识形态的介入性,是洞察人民调解与社会治理科层制化的两个重要维度。

有学者认为,作为掌握政府权力的官僚能够以国家或民族利益为借口随意侵夺民众自由的政治制度,官僚政治势将导致技术上的官僚主义;对于“一个私有财产制不存在的社会,一般生产大众皆有政治发言权的社会,任何一种当作社会体制看的官僚政治形态是绝计无法生根的”^④。从社会体制的角度讲,这是富有说服力的。该论断集中于价值判断与官僚化作风,该官僚政治是与民主政治相对应的。^⑤这也与韦伯意义上的官僚制有所区别。从社会治理及全能主义政治的实现角度看,科层制化是一个不赖的选择。官僚制有许多批判者,甚至包括韦伯本人,但科层制的高效率却无法被否认。社会治理的科层制化是中国近百年来一直坚持的道路,它是国家权力向基层社会渗透的直接途径。晚清时,州县是最小的行政单元,有限的州县长官是中央政府的代表,州县长官因公务需要常常在乡镇、村庄寻找代理

① [美]邹说:《从传统权威政治系统到现代全能主义政治系统》,载[美]邹说:《二十世纪中国政治:从宏观历史与微观行动的角度看》,香港牛津大学出版社1994年版,第212页。

② 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第278~281页。

③ 有学者据此将中共的官僚系统称作“非韦伯型官僚机构”。详见金耀基:《中共“反科层的组织型模”:历史的与比较的分析》,载《香港中文大学学报》1977年第1期。有学者进而认为,国共两党缔造的官僚系统与现代科层组织相距较远,却与传统中国的官僚政治更为接近。详见金观涛、刘青峰:《开放中的变迁:再论中国社会超稳定结构》,法律出版社2010年版,第304~310页。

④ 王亚南:《中国官僚政治研究》,中国社会科学出版社1981年版,第19、20、37页。

⑤ 王亚南:《中国官僚政治研究》,中国社会科学出版社1981年版,第189页。

人。^①抗战之前,国民党政府在县以下设区,有的省还在区下设乡镇,区、乡镇的官员均属国家正式官员;抗战时期,“新县制”扩充了县政府内部编制,裁撤区署,扩大乡镇机构;战时国民党党组织渗透加强,省、县、区、乡镇、保甲均设党组织。^②新中国成立后,国家权力直抵乡镇、公社,党组织几乎扎根于生产队、社区、单位等每个单元,全国带薪官员达数百万计,顶峰时逾千万之众。^③

质言之,新中国延续了通过科层制化实现全能主义治理的国家建设路径。正如新西兰学者 Pauline Keating 所言,中国的共产主义运动成功地整合了集权主义的国家建设与基层民主这两条貌似背离的治理路径。^④当国家权力试图全面、无消损地渗入基层社会时,基层民主及民众参与成了人民当家作主之一种重要的表现形式。毛泽东指出:“对于人民内部,则实行民主制度,人民有言论、集会、结社等项的自由权。……工人阶级(经过共产党)领导的以工农联盟为基础的人民民主专政。……这就是我们的公式,这就是我们的主要经验,这就是我们的主要纲领。”^⑤在全能主义政治系统中,党政力量推行人民调解正是集权主义的国家建设与基层民主进路相结合的体现。

与早期人民调解制度相仿,新中国成立初期的人民调解在组织建设、人员配置、财物保障、事务管理等方面均由党政力量予以支撑。《松江县人民政府关于建立区村调解组织的通知》规定:“区由正副区长、民政助理、公安助理、妇女主任组成区调解委员会,正副区长为当然主任委员。村由村主席、民政委员、公安委员会、妇女主任组成村调解小组。”《云南省人民政府关于逐步建立和健全区乡调解制度的指示》规定:“区、乡调解委员会、村调解小组,应在县人民政府及区、乡人民政府直接领导之下,进行调解工作,同时接受县、市人民司法机关(法院)业务上的领导和指导。”^⑥

1954年,政务院颁布的《人民调解委员会暂行组织通则》(下称《通则》)有几个显著的变化:在语词方面,党政推动性质有所改变,被表述为“群众性的调解组织”;在建置方面,农村以乡为单位设置调委员,城镇以派出所辖区或街道为单位设置调委会;政府、法院负责指导调委会开展业务。人民调解制度的表述与实践之背离自此开始。虽然人民调解被标识为“群众性的调解组织”,但实践中调解人员却趋于“干部化”(黄宗智语),主要由乡村、社区、街道的干部组成。受党政力量的支配,人民调解制度一度被改组为调处委员会,以处理、改造

① 参见瞿同祖:《清代地方政府》,范忠信、晏锋译,法律出版社2003年版,第1~8页。

② 张鸣:《国民党统治时期的“乡村自治”》,载张鸣:《乡村社会权力和文化结构的变迁(1903—1953)》,陕西人民出版社2008年版,第97~98页;李国青:《南京政府“地方自治”制度设计的演变》,载《史学集刊》2010年第5期;王奇生:《战时国民党党员与基层党组织》,载《抗日战争研究》2003年第4期。

③ 政权下移,强化乡村行政控制的趋向在苏维埃时期就得以延续。张鸣:《红色的个案——苏维埃乡村追求》,载张鸣:《乡村社会权力和文化结构的变迁(1903—1953)》,陕西人民出版社2008年版,第130页。

④ Pauline Keating, *The Yan'an Way of Co-operation*, *The China Quarterly*, No. 140, Dec., 1994; Pauline Keating, *Getting Peasants Organized: Grassroots Organizations and the Party State in the Shaan-Gan-Ning Border Region, 1934—1945*, in David Goodman and Feng Chongyi, eds., *North China at War: The Social Ecology of Revolution*, New York: M. E. Sharpe, 1999.

⑤ 毛泽东:《论人民民主专政》,载《毛泽东选集》(4),人民出版社1991年版,第1475、1480页。

⑥ 转自常怡主编:《中国调解制度》,重庆出版社1990年版,第21页。

罪犯,个别地方甚至将调解组织与治保组织予以合并。^①虽然城市调委会委员由居民代表选举,但是选举活动通常由基层人民政府负责主持。该时期人民调解制度及其实践仍然属于典型的政府推动型人民调解,其制度表达及其实践之间的背离状态延续至今。

不像抗战和解放战争时一切要务围绕武装斗争与政治角力,共和国初期的人民调解更注重纠纷解决等社会治理层面,以便为国家建设提供稳定的社会秩序。这是毋庸置疑的,毕竟国家的“工作重点将是……尽一切可能用极大力量从事人民经济事业的恢复和发展,同时恢复和发展人民的文化教育事业”^②。《通则》明确表示,《通则》制定之目的在于“及时解决民间纠纷……以利人民生产和国家建设”。

此时的人民调解仍富有政治意义。毛泽东指出:“我们决不可因为胜利,而放松对于帝国主义分子及其走狗们的疯狂的报复阴谋的警惕性,谁要是放松这一项警惕性,谁就将在政治上解除武装,而使自己处于被动的地位。在这种情况下,全国人民必须团结起来,坚决、彻底、干净、全部地粉碎帝国主义者及其走狗中国反动派的任何一项反对中国人民的阴谋计划。”^③《通则》也表示,需通过解决纠纷来“加强人民中的爱国守法教育,增进人民内部团结”;除了调解民事纠纷与轻微刑事案件外,“通过调解进行政策法规的宣传教育”也是调解委员会的任务。人民调解的政治意涵在实践中有着深刻的体现。材料表明,调解人员在调解过程中不仅大量宣传党和国家的政策,而且往往在调解中或调解前后与党政机关保持紧密的互动,甚至可能为了解决纠纷而运用高度强制化的手段。^④

该时代的人民调解是作为一种集权的全能治理手段为政府所推行的。随着生产资料的公有制化,基层民众的生产与生活均被高度格式化,个体行动均具有高度的可预测性,政府强力推行下的共同体形态称得上史无前例。在这个“没有社会的年代”,社会隐藏于国家机构及其运行的缝隙之中,个体均需在自上而下织就的权力文化之网中找到自己的位置,其行为与行为意涵也均嵌入全能治理活动之中。整个社会是一个“社会权力体系”,一切社会细胞均富含权力文化的因子。投射在民众意识与时代文化中的一个例证是“颂圣文化”,它甚至发展到一枝独秀的地步,^⑤以致“亿万国民生活的每一具体细节,都完全被捆绑在权力体制和行政运行的需要之上;同时,这种方式更是将控制社会的外在组织结构与控制社会中

① 宋树涛主编:《中国的人民调解》,法律出版社1989年版,第11页。当人民调解制度遭遇削弱或取消时,1963年最高人民法院的一个批复指出,调委会“不仅不应当撤销,而且应当逐步巩固和健全。调解委员会主任、委员,必要时可以由贫协的主任、委员兼任,不能以贫协代替调解组织”。常怡主编:《中国调解制度》,重庆出版社1990年版,第27页。

② 毛泽东:《在新政治协商会议筹备会上的讲话》,载《毛泽东选集》(4),人民出版社1991年版,第1466页。

③ 毛泽东:《在新政治协商会议筹备会上的讲话》,载《毛泽东选集》(4),人民出版社1991年版,第1465页。

④ 相关记载,详见[美]陆思礼:《毛泽东与调解:共产主义中国的政治和纠纷解决》,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版,第159~164、180~192页;[美]黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第36页。

⑤ 参见资中筠:《中国知识分子对道统的承载与失落》,载资中筠:《启蒙与中国社会转型》,社会科学文献出版社2011年版,第11~23页。