

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第13卷·第1輯 (2012)

主题研讨

傅郁林

刘哲玮

安妮·德罗

张嘉军

周翠

黄国昌

纠纷解决的新展望

导言

我国民事纠纷解决模型的反思与重构——从三鹿毒奶粉事件切入

罗伯特·雅格滕贝克 荷兰和欧洲的法院附设调解——发展中的比较研究

社会化：法院调解的新走向

调解在德国的兴起与发展——兼评我国的人民调解与委托调解

纷争解决机制之旧挑战与新视野——以英国Private Ombudsman对台湾地区
“金融消费者保护法”之影响为例

论文

沈明

凌斌

章永乐

田雷

潘晓

王俊

经济危机与经济学的危机——从波斯纳的研究切入

界权成本、洛克世界与法律经济学的视角转换

近代中国宪政建设中的政治吸纳/整合缺位
——以1914年北洋政府宪制改革为中心

跨省监督——中国宪政体制内的表达自由

第三部门法的“社会企业”运动——欧美两种路径下的制度演进

客观处罚条件视域中的交通肇事罪研究

评论

肖厚国

康静

李燕

文明的法律如何发端——阿喀琉斯盾牌上的审判

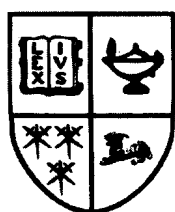
国际法断片化背景下的条约解释——论《维也纳条约法公约》
第31条第3款(c)项中的“当事国”问题

子产铸刑书史料释义



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 13 卷 · 第 1 辑 (2012)

《北大法律评论》编辑委员会 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论. 第13卷. 第1辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京: 北京大学出版社, 2012. 3

ISBN 978-7-301-20194-7

I. ①北… II. ①北… III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第022299号

书 名: 北大法律评论(第13卷·第1辑)

著作责任者: 《北大法律评论》编辑委员会 编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-20194-7/D·3056

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印刷者: 北京富生印刷厂

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 21.5印张 397千字

2012年3月第1版 2012年3月第1次印刷

定 价: 43.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

编辑委员会

李诗鸿 王 志 岳 林 曹志勋 史志强
赖骏楠 李 扬 茅少伟 徐凌波 徐 斌

行政助理

刘 莪 梁洁艳

本辑主编

徐 斌

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向,也不反映北京大学的立场。特此声明。

《北大法律评论》编辑委员会

《北大法律评论》第 13 卷 · 第 1 辑(总第 24 辑)

目 录

主题研讨:纠纷解决的新展望

- 傅郁林 导 言 (1)
- 刘哲玮 我国民事纠纷解决模型的反思与重构
——从三鹿毒奶粉事件切入 (4)
- 安妮·德罗 罗伯特·雅格滕贝克 韩静茹 译
荷兰和欧洲的法院附设调解
——发展中的比较研究 (31)
- 张嘉军 社会化:法院调解的新走向 (49)
- 周 翠 调解在德国的兴起与发展
——兼评我国的人民调解与委托调解 (64)
- 黄国昌 纷争解决机制之旧挑战与新视野
——以英国 Private Ombudsman 对台湾地区“金融消费者
保护法”之影响为例 (93)

论文

- 沈 明 经济危机与经济学的危机
——从波斯纳的研究切入 (127)
- 凌 斌 界权成本、洛克世界与法律经济学的视角转换 (159)

章永乐	近代中国宪政建设中的政治吸纳/整合缺位 ——以 1914 年北洋政府宪制改革为中心	(179)
田 雷	跨省监督 ——中国宪政体制内的表达自由	(200)
潘 晓	第三部门法的“社会企业”运动 ——欧美两种路径下的制度演进	(221)
王 俊	客观处罚条件视域中的交通肇事罪研究	(241)

评论

肖厚国	文明的法律如何发端 ——阿喀琉斯盾牌上的审判	(286)
康 静	国际法断片化背景下的条约解释 ——论《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 (c)项中的“当事国”问题	(299)
李 燕	子产铸刑书史料释义	(320)

编后小记	(335)
------------	-------

Peking University Law Review
Vol. 13, No. 1 (2012)

Contents

Symposium: New Perspectives to Dispute Resolution Mechanism

Fu Yulin

Prevailing Opinion (1)

Liu ZheWei

Reflection and Reconstruction of the Model of Dispute Resolution in
China: An Analysis Basing on Sanlu Milk Powder Scandal (4)

Annie de Rooand & Robert Jagtenberg Translated by Han Jingru

ADR in the European Union: Provisional Assessment of Comparrative
Research in Progress (31)

Zhang Jiajun

The Socialization: The New Shifting of Court Mediation (49)

Zhou Cui

The Emergency and Development of the Mediation in Germany: With
Discussion of the People's Mediation and the Court Annexed Medica-
tion in China (64)

Kuo-Chang Huang

A New Perspective for a Persistent Challenge to Dispute Resolution
Mechanism: The Case of Private Ombudsman in England & Its Influ-
ence on Financial Consumer Protection Act in Taiwan (93)

Articles

Shen Ming

- Economic Crisis and Economics' Crisis: A Critique Inspired by Richard
Posner's Studies (127)

Ling Bin

- The Change We Need in Law and Economics: A New Perspective of
Delimitation Cost (159)

Zhang Yongle

- On the Absence of Political Absorption/Integration in Modern Chinese
Constitutional History: With a Focus on the 1914 Constitutional
Reform (179)

Tian Lei

- Trans-Provincial Muckraking: The Freedom of Expression in the PRC's
Constitutional Regime (200)

Pan Xiao

- Reshaping the Laws Affecting the Third Sector: The Evolving Legal
Framework for Social Enterprises in Europe and the United States ... (221)

Wang Jun

- On the Traffic Accident Crime under the Theory of Objective Punish-
ment Condition (241)

Notes & Comments

Xiao Houguo

- How the Civilized Law Originated: The Trial on Achilles' Shield (286)

Kang Jing

- Treaty Interpretation under the Fragmentation of International Law:
"Parties" in Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law
of Treaties (299)

Li Yan

- Annotations of Historical Documents on Zichan's Casting Penal Code ... (320)

- Afterword** (335)



主题研讨：
纠纷解决的新展望

《北大法律评论》(2012)

第13卷·第1辑·页1—3

Peking University Law Review

Vol. 13, No. 1, 2012, pp. 1—3

导 言

傅郁林*

Prevailing Opinion

Fu Yulin

调解作为一种纠纷解决的途径,在不同国度、不同法域、不同文化背景中,沿着不同的路径,发展到20世纪晚叶,已受到全球的普遍关注。本期收入的四篇文章,只是当代关于调解和纠纷解决主题的浩瀚研究中的沧海一粟,但至少在研究对象、研究视角和信息范围等方面有局部的典型意义,文章之间大致可以形成某种或对话或碰撞或印证或互补的关系。

读者从这些文章中将不难发现,欧美学者对于调解的研究始终是在司法外即ADR的语境下展开的。由掌握司法权的法官行使调解权,亦即由同一裁判者担任同案调解员,不仅在西方法治理念中是无法想象的,而且在纠纷解决的理论中也是无法接受的。无论是始终不存在司法调解的美国引入“法院附设调解(或称法院建议调解)”模式,还是原本存在法院调解的欧洲大陆引入外部专业调解模式,其基础都是共同的:“首先,法官不允许在另一方当事人不在场的情形下听取一方当事人的单方陈述。这几乎是所有西方国家民事诉讼的共通性基本原则。当事人必须受到平等对待,并且任何一方当事人都有权针对对方的主张进行反驳。相比之下,调解员却可以通过单方会面[或秘密会议(cau-

* 北京大学法学院副教授。

cus)]的方式了解到每一方当事人不会向对方当事人透露的潜在的、敏感性问题。这些信息对于设计和决策代表当事人双方潜在利益的进一步解纷路径至关重要。其次,不同于法官,调解员通常有更充裕的时间讨论所有隐含的或者与涉诉纠纷存在这样或那样联系的问题,即使他们并不是法律问题。与之相反,法官通常受到法律界限的限制。法官在审查一项调解协议时,必须保证该协议遵循合法原则。不同于法官裁决权阴影笼罩下的协商过程,调解员是一个真正意义上的服务者和促进者,其无权强制当事人达成违背其真实意愿的协议。再次,相较于法官,调解员通常具备一些心理学的知识背景,可以借此更加有效地处理诸如愤怒、害怕等情绪问题。此外,调解员可能要为其违反所属调解组织职业准则的行为承担责任。而法官却极少可能被追究责任。在西方权力分立的制度结构下,法官享有豁免权,即使其在自己审理的案件中担任调解员时也如是。(见安妮·德罗、罗伯特·雅格滕贝克:“荷兰和欧洲的法院附设调解:发展中的比较研究”一文)留德中国学者周翠在“调解在德国的兴起与发展”一文中对德国原有司法调解模式的实践状况的介绍,进一步澄清了同在“司法调解”符号下的德国司法调解与我国调审合一模式的司法调解之间的重大差异,而且《德国调解法》(政府草案)作为德国调解制度发展趋势的风向标,正在进一步推动纠纷解决的社会化即非司法化。

这些基本信息不仅成为当代西方国家调解制度研究的常识性和前提,而且中国学者也自20世纪90年代开始即作为推动我国调审分离模式的比较法基础进行过大量介绍。然而,在司法权边界原本模糊“调审合一”模式盛行的中国,特别是当“大调解”实践大倡其道、“着重调解”卷土重来时,西方调解模式和发展趋势重新被强加于中国式调解理念的同时,也一再被误读、误用。张嘉军在“社会化:法院调解的新走向”一文中客观地描述了中国司法制度和中国调解制度的发展动态,具有很强的代表性;作者在主观上也代表了部分国内学者对于这一走势的支持和推崇。在此我无意评论作者基于中国本土现实而提出怎样的主观建议,实际上对于中国问题探索可能不同于西方路径的解决方案也是本人的学术追求。

然而,作为客观信息,这个被一再有意无意误读的事实必须澄清和强调:我国司法实务界正在大肆推行的“司法调解的社会化”与西方国家正在努力尝试的“纠纷解决的社会化”,无论在理念、目标、路径或效果上都是南辕北辙的。简单地说,前者是在司法权与调解权混同中混沌的前提下,将社会纠纷“纳入”司法范畴之内,再把司法(调解)权“分包”给社会,其结果将导致司法权范围进一步扩大和司法特征进一步淡化;后者是在司法权与调解权界线分明的前提下,通过将社会纠纷“分出”司法范畴之外,将司法外调解作为司法权的前置、平行或替代途径,其结果是司法权范围缩小以保持司法的特质。周翠在文章最后“兼评我国的人民调解与委托调解”时,也与德国司法外调解进行了对比,从

中可以再次听到作者在文中开宗明义的申明——“民事程序的首要目的仍然是确认与实现实体权利,而非其他;调解仅在特定案件类型中在维护与实现法和平(Rechtsfrieden)这一层面上发挥作用,德国的探讨与争鸣也正是从这里展开”。

关于中国问题的独特性及其解决路径的探索,刘哲玮在“我国民事纠纷解决模型的反思与重构”一文中进行了卓有创见的尝试。作者以传统纠纷解决模式在毒奶粉事件中的失灵作为切口,深刻地剖析了传统纠纷解决模式划分的理念基础及其在解释和解决中国问题时的困境,特别指出表面上排斥诉讼的ADR的真正目标是替代昂贵迟缓、僵硬专业的对抗性程序,而不(主要)是国家权力,或者国家法和第三方裁断,并由此提出重构我国民事纠纷解决理论模型所选取的区分标准应当是“程序”。据此将纠纷解决机制划分三种类型——正式性机制、自治性机制和任意性机制。无论我本人是否同意这一结论,作者对于纠纷解决原理的扎实把握和在比较研究方法上的贡献值得特别肯定。作者尝试以“程序模型”解释为什么在不同的案件中国家权力会选择不同救济形态来解决纠纷,至少在技术层面上对于准司法解纷机制的正当性论证及其正当化发展方向都有意义。

不过,即使在技术上解释或解决了诉外纷争解决机制的正当性挑战,准司法解纷机制在合宪性方面依然面临着种种似是而非的质疑。黄国昌在“纷争解决机制之旧挑战与新视野——以英国 Private Ombudsman 对台湾金融消费者保护法之影响为例”一文中回应了这种质疑。我国台湾地区“金融消费者保护法”草案旨在建立“片面强制管辖”与“片面拘束力”模式的初衷,受到了来自“司法院”以“‘违宪’侵害了金融机构诉讼权与程序选择权”为由的质疑,从而导致草案所设置之争议处理机制实质上沦为“调解机制”,最初规范设计之原意几已丧失殆尽。作者不仅通过详细评介了英国的 Private Ombudsman 程序机制,否定了台湾地区初衷设计存在“违宪性”问题,而且进一步对民事程序法学进一步拓展的研究方向提出了若干建议。作者大胆追问:“诉权保障的角色,是程序机制设计之‘价值前导’还是‘规范紧身衣’?”并就提出“各个借由立法所建构之替代性纷争解决机制之‘合宪性’的分析框架,是由组织、程序、效力以及寻求司法审查之可能性与范围等角度,综合地检讨分析,难以抽象而一义地划定。”中国大陆也因受制于对“审判权由人民法院统一行使”的宪法规定的狭隘解读,难以在建立健全准司法权性纠纷解决机制及其上诉型司法审查/司法救济模式上有所突破。黄文提出的这一理论和方法对于祖国大陆地区建立相关制度的合宪性论证也相当有启发性。作者最后呼吁对纷争解决行为模式进行法社会学考察,由抽象价值分析向具体实践考察迈进,这同样也是中国同行着力改进的一个重要方面。

(初审编辑:曹志勋)

《北大法律评论》(2012)

第13卷·第1辑·页4—30

Peking University Law Review

Vol. 13, No. 1, 2012, pp. 4—30

我国民事纠纷解决模型的反思与重构

——从三鹿毒奶粉事件切入

刘哲玮*

Reflection and Reconstruction of the Model of Dispute Resolution in China: An Analysis Basing on Sanlu Milk Powder Scandal

Liu ZheWei

内容摘要:我国民事纠纷解决的传统模型是以解纷主体为区分标准,提炼出公力救济、社会救济和私力救济三种模式。但三鹿毒奶粉事件却反映出该模型无法准确地界定和描绘国家权力无孔不入的中国社会中各种解纷机制的本质差别。作为传统模型理论基础的“国家与社会”范式,无法与(后)全能主义的中国社会耦合,更可能造成解纷机制同质化的后果。承认国家权力在纠纷解决领域中的弥散,并不妨碍理论模型的建构。程序模型以程序的充分性和适用性为划分标准,强调应当强化我国民事诉讼程序的正式性,为纠纷解决体系树立参照标尺。

关键词:纠纷解决 传统模型 程序模型 国家权力

* 刘哲玮,清华大学法学院博士后研究人员。韩静茹博士关于相关文献的搜集和梳理,曹志勋博士和杨微波博士在阅读初稿后的批评和建议,都对本文帮助良多,深表感谢。

现在不是旧社会了,你要相信组织相信政府;咱们还有公检法,工青妇,报纸杂志电视台,有给你这样的人说理的地方!〔1〕

一、导言

如何合适地解决民事纠纷,对于我国法学界来说,并不是一个新鲜的话题。通说认为,民事纠纷是社会生活中产生的一种矛盾,这种矛盾的产生,是源于不同的民事主体,对同一民事权利或民事权益有不同的看法或主张。而民事纠纷的解决,可以通过当事人自己、社会及国家三种渠道,实现自力救济、社会救济和公力救济。其中自力救济是指由当事人自己解决民事纠纷,主要包括自决与和解;社会救济主要包括调解和仲裁,是基于纠纷主体的合意,并依靠社会力量来解决民事纠纷的机制;而公力救济主要就是指民事诉讼。〔2〕这一通说迄今依然是我国法学界的主流观点,在法学研究中占据着统领地位。〔3〕

随着本届中国共产党中央委员会将构建和谐社会作为政治愿景和奋斗目标,纠纷解决的地位得到突飞猛进地提升。2006年10月,中国共产党十六届六中全会通过《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,其中针对如何解决纠纷,专门指出“健全社会舆情汇集和分析机制,完善矛盾纠纷排查调处工作制度,建立党和政府主导的维护群众权益机制,实现人民调解、行政调解、司法调解有机结合……把矛盾化解在基层、解决在萌芽状态”。随之而来的是全国各地各部门对纠纷解决的高度重视,并形成了多种解决纠纷的新路径新方法。尽管这一实际意义上的纠纷范围并不仅限于民事领域,但毋庸置疑的是,在纠纷世界中权重最大的当是本文所指的民事纠纷。

在这一现实背景下,纠纷解决也从法学研究的冷僻角落走向前台,成为近年来研究的热点。围绕着纠纷解决中的许多技术性问题,学者们作出了很多有价值的探索。然而,在民事纠纷解决的基本理论框架上,前述关于纠纷解决模型的通说观点却很少遭到质疑。不仅如此,在这一模式划分的基础上,研究者还提出了要建构多元化的纠纷解决机制,将公力救济、社会救济和私力救济都视为纠纷解决的方式之一,动员一切可以动员的力量解决纠纷,从而为时下盛行的各种“大调解”模式站桩助阵。然而,从近年来社会生活领域中暴露出的现实案例看,此种观点却是值得商榷。一方面,通说中的模型划分是一种学理的推衍,其中的逻辑虽然完善,但某些区分标准的设定却值得推敲;另一方面,通说模型是一种普适性的理论体系,是否适用于饱含特色的中国社会,也值得商榷。

〔1〕 梁左:室内电视剧《我爱我家》第十八集台词,1995年。

〔2〕 参见柴发邦:《中国民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社1992年版,第13页。

〔3〕 新近的研究成果大多也采取了这一理论结构,参见徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第123—124页。

因此,本文希望以2008年轰动全国的三鹿三聚氰胺奶粉事件(以下简称毒奶粉事件)为线索,反思以解纷主体为划分标准的民事纠纷解决传统模型,在承认国家权力干预了大部分民事纠纷的前提下,以程序要件为标准重构纠纷解决的模型,使其更符合中国社会生活的真实逻辑。全文共分五部分,第一部分为导言。第二部分将对毒奶粉事件做一概述,以为后续讨论提供必要语境,之所以选择毒奶粉事件作为切入点,一方面是因为该案作为公共案件,材料披露较为翔实,且现在距在案件发生已经三年有余,围绕案件中民事赔偿的各种争议已基本尘埃落定;另一方面是因为在这一案件中,各种纠纷解决机制都曾登台亮相,对本案的考察基本可以视为对我国纠纷解决方式的全景观察。当然,作为一起在全社会有重大影响的事件,作为一起受害人范围很广争议标的金额很高的事件,作为一起因为婴幼儿人身损害而引发的事件,其本身的特殊性也不容否认。因此,本文并非是以该案作为论证我国纠纷解决模式的唯一根据,而是以此为线索,揭示出在我国民事纠纷解决中可能为既有的理论模型所忽略的要素。第三部分将梳理传统纠纷解决模型,即以解纷机构性质而作出的公力救济、社会救济和私力救济的划分,并重点分析此种划分在现实中的失灵。第四部分是对传统模型失灵的反思,传统模型失灵的原因在于西方理论无法解释我国纠纷解决机制的同质化现象,而其根源则是作为传统模型的理论基础的“国家与社会”范式 and 传统模型适用对象与现实中国的不相容性。无论是传统模型本身,还是其衍生的其他关联模型,只要不承认国家权力在民事纠纷解决领域的垄断性地位,就无法准确描述各种纠纷解决机制的差异,以至于调动一切力量建立的多元化纠纷解决机制最终在本质上只是一种机制。最后,第五部分将重构我国民事纠纷解决的理论模型,在承认国家主导纠纷解决的前提下,通过分析ADR的语源,选择了“程序”作为划分纠纷解决机制的关键参数,并以“是否具有完整充分的程序”和“是否必须严格执行程序”为标准,将各种纠纷解决机制划分为正式性、自治性和任意性三种,以此分析我国的纠纷解决实践,对毒奶粉事件中某些反常现象予以解释,并展望了达到理想图景所需要的努力。

二、毒奶粉事件综述

2008年夏秋之际发生的毒奶粉事件中涉及食品安全、行政公开、新闻自由、危机处理等丰富的法律问题,牵涉刑法、经济法、侵权法、诉讼法等多项法律规范。从民事纠纷解决的角度看,这起事件的本质依然是一起典型的侵权案件。以三鹿集团为代表的众多奶粉企业生产的有毒有害的乳制品直接侵犯了消费者的健康权甚至生命权,因此引发了这一场震惊全国的纠纷。

2008年9月11日,三鹿集团迫于舆论压力,发表声明称:“自检发现2008

年8月7日前出厂的部分批次三鹿婴幼儿奶粉受到三聚氰胺的污染,市场上大约有700吨。”随后,国务院成立处理三鹿牌婴幼儿奶粉事件领导小组,启动国家重大食品安全事故I级响应机制处置三鹿奶粉污染事件。毒奶粉的受害人迅速在全国各地以不同方式提出赔偿请求。^{〔4〕}但由于当时的首要任务是救治医疗受害幼儿和追查收缴毒奶粉,因而赔偿事宜并未被三鹿集团和有关部门提上议事日程。只有部分患儿家长在追偿过程中,通过个别谈判的方式,获得了赔偿。^{〔5〕}而全社会更多地关注如何统一地解决赔偿问题,很多保险业、制药业、奶粉业等产业界的相关人士和政府官员、学者、律师、记者都积极地参与赔偿方式的谋划,除了司法诉讼途径外,先后提出过采取公益信托、保险基金、社会捐助、政府赔偿等方式来实现对患儿家庭的赔付。

2008年12月25日,石家庄市政府新闻发布会,通报三鹿资产情况,石家庄市政府发言人、副秘书长王建国披露,毒奶粉事件爆发后,“三鹿集团于9月12日全面停产,截至10月31日,经过财务审计和资产评估,三鹿集团净资产为-2.01亿元。”这意味着三鹿集团已经丧失了赔付能力,然而在12月19日,三鹿集团在石家庄市政府的协调下,从地方融资平台借款9.02亿元,付给中国奶业协会,用于支付患病婴幼儿的治疗和赔偿费用。同年12月29日,新华社正式披露,三鹿集团等22家责任企业将通过中国乳制品工业协会支付患病婴幼儿的治疗和赔偿费用,对近三十万名确诊患儿给予一次性现金赔偿,具体方案为:死亡患儿获赔约20万元,重症患儿3万元,一般治疗患儿2000元,同时企业还共同出资建立医疗赔偿基金,患儿今后一旦出现相关后遗症,发生的医疗费用由该基金报销。赔偿金的发放部门在各地并不统一,原因在于三鹿集团等奶业企业委托各地政府,各地政府再指定具体的政府部门去负责,因此有的地方为卫生部门,有的地方为消费者协会,有的地方为工业促进局,也有的地方为街道居委会。如果不同意该赔偿方案,患儿家长需要签署《拒绝接受患儿赔偿金登记表》。而同意该方案的患儿家长则在受领赔偿金的同时签署回单,内容为

今收到××单位代为发放的22家生产企业一次性赔偿金××元(人民币××元),对赔偿事项无异议。(注:一式三份,监管人、省工作组代办单位和中国乳制品工业协会暂存)

〔4〕从目前的报道看,全国第一起对三鹿提出民事诉讼的案件是在2008年9月18日,患儿小涛委托北京德衡律师集团(北京)事务所的季成律师,向河南省镇平县人民法院起诉石家庄三鹿集团股份有限公司,索赔医疗费等共计15万元。除此之外,还有不少患儿的父母通过媒体呼吁、发律师函等方式,向三鹿集团主张赔偿。

〔5〕例如,前述提出15万索赔金额的诉讼第一案的原告小涛,最终与三鹿达成了3万元的赔偿协议。

2009年1月22日,新华社发布消息称,已有262,662名患儿家长领取了赔偿金,并与代表侵权企业的中国乳制品工业协会(以下简称乳协)签订了赔偿协议,这个比例占患儿总数的90.7%。^[6]然而,显然还有相当一部分幼儿家长并不接受这一赔偿方案,在公益律师的协助下,他们先后向最高人民法院、河北省高级人民法院、石家庄市中级人民法院以及各地的基层人民法院提起侵权损害赔偿之诉,但均未获得立案裁定。直到2009年3月,最高人民法院副院长沈德咏在做客强国论坛时公开表态称,人民法院已经做好了这个方面(审理毒奶粉赔偿)的工作准备,随时会依法受理赔偿的诉讼,随后,石家庄市中院等人民法院先后正式受理了毒奶粉的赔偿案件,并组织了开庭。但在这些案件的审理过程中,三鹿集团的破产案件也正在进行之中,并先于赔偿案件完成了破产财产的清算分配,随后在工商行政部门注销,因而患儿的民事赔偿最终以诉讼终结的方式非正常结束。^[7]

从这一历时近两年的纠纷中,我们可以看到,传统意义上各种纠纷解决方式都有所体现:从个别化的谈判和解,到作为社会性团体的行业协会作为第三方介入,再到最后的以国家强制力为后盾的民事诉讼。同时,我们也可以看到,在通说之外的其他纠纷解决方式,也在本案中扮演着重要的角色。不管是濒临破产的三鹿竟然能够在事件爆发后获得9亿元的贷款并几乎全部用于赔付幼儿损失,还是赔偿协议的签订和最后的发放,这些过程中都显然有政府行政力量的参与和引导;而在面对无物之阵的诉讼困境时,如果没有以“公盟”为代表的公益律师的组织、咨询和代理服务,本案的解决也可能是另一种模样。

三、传统模型的失灵

(一) 纠纷解决传统模型概述

如前所述,我国法学界关于民事纠纷解决的通说理论,将纠纷解决方式划分为自力救济、社会救济和公力救济三类。从划分的标准看,此种模式划分的关键是纠纷解决的主体因素。在自力救济中,没有第三方的参与,全凭当事人自行化解纠纷;而在社会救济中,不具有公权力的第三方参与到纠纷解决过程中,或构建对话平台,或提供指导意见,或施加威慑影响,总之通过种种社会性力量的介入,化解消除纠纷;在公力救济中,以国家强制力为依托的第三方介入到纠纷解决过程中,对当事人之间的纠纷加以调处或裁判,从而为纠纷提供具

[6] 2009年3月全国人大召开之际,最高人民法院院长沈德咏称,95%以上的受害婴儿都接受了企业的赔偿。2011年6月中国乳协的最新数据显示,共有271,869名患儿家长领取了一次性赔偿金。

[7] 此后,部分患儿家长还在香港等地提起了对三鹿集团的外资股东新西兰恒天然公司的诉讼,但目前并无终局性的结果披露。且此种诉讼既不属于主流的纠纷解决方法,也不符合我国实体法律规范,因而不在于本文的讨论之列。

有终局性的解决方案。

在此种基本区分的基础上,学者们还总结了三种纠纷解决模式在其他方面的一些区别:第一,在程序启动方面,私力救济和社会救济中当事人的自愿性对程序的启动具有更强的影响,而公力救济中由于国家介入的依据是公权力,也即国家主权,因而并不强调当事人的自愿选择,而是只要根据一方的申请或起诉就可能介入。第二,在最终结果的形成方面,私力救济中,当事人对最终结果的生成具有决定权;而公力救济中,由于国家强制力的干预,因而当事人对裁判结果并无最终的决定权,只能通过诉求主张和证据材料来确定裁判的范围,而对实体结果则必须尊重国家权力的行使结果;至于社会救济则介乎二者之中,尽管第三方的意志对最终的结果形成并无直接的约束效力^{〔8〕},但其无疑将对当事人双方的态度产生影响,甚至可能直接由第三方形成解决方案,当事人所做的只是确认签字罢了。第三,在适用的规则上,私力救济以双方的实力对比为第一规则,公力救济则需要以国家法律为首要考量,而社会救济所要顾及的标准最为广泛,不仅国家的法令规章和双方的实力强弱都是判断因素,社会道德、交易习惯、民风习俗、人情世故等也都可能成为纠纷解决时需要顾及的问题。第四,在具体的程序上,私力救济由于属于私主体之间自行解决纠纷的过程,属于纯粹的意思自治领域,没有任何规范对其程序予以限制;公力救济由于具备国家公权力的介入,因而有专门的程序法对公权力的运行过程实施规范和控制;社会救济的运行,除了国家法令偶尔会颁布指导性规范外,更多的是由各纠纷解决机构自行出台操作流程或程序规则,以便当事人有较为确定的预期,并可同时提高纠纷解决的效率。^{〔9〕}

表1 传统模型中纠纷解决机制的特点

	私力救济	社会救济	公力救济
程序启动	当事人双方同意	当事人双方同意	当事人单方起诉
最终结果	双方当事人决定	第三方具有影响力,当事人具有决定权	公权力机关决定
适用规范	自身实力对比	法律、道德、习惯、人情、实力对比……	国家法律规范
具体程序	无规范	第三方自行规范	国家规范

〔8〕 仲裁属于法定的例外情况,社会救济的典型状态是各类调解,如组织内部的调解、人民调解、行业协会调解等,都明确其结果应当由双方当事人协商一致。

〔9〕 参见柴发邦:《中国民事诉讼法学》,同前注〔2〕,第13—15页;江伟主编:《民事诉讼法原理》,中国人民大学出版社1999年版,第5—13页;潘剑锋:“论民事纠纷解决方式与民事纠纷的适应性”,载《现代法学》2000年第6期。此外,也有学者认为民事纠纷解决机制可以分为私人、共同体、社会 and 裁判四类,参见刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第16页。这与通说并无本质上的区别。