

LunLi Yu ShiZheng: JiuFen、JiuFenJieJueJiZhi Ji QiTa

论理与实证

纠纷、纠纷解决机制及其他

陈奎 梁平 著

河北大学出版社

本著作由华北电力大学中央高校基本科研业务费项目资助出版

论理与实证： 纠纷、纠纷解决机制及其他

陈奎 梁平 著

河北大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

论理与实证:纠纷、纠纷解决机制及其他/陈奎,
梁平著. —保定:河北大学出版社,2011.12

ISBN 978—7—5666—0048—6

I. ①论… II. ①陈… ②梁… III. ①民事纠纷—调
解(诉讼法)—研究—中国 IV. ①D925.114.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 251267 号

责任编辑:王红梅

封面设计:王占梅

责任印制:靳云飞

出版发行:河北大学出版社

地 址:河北省保定市五四东路 180 号

邮 编:071002

印 刷:保定市北方胶印有限公司

经 销:全国新华书店

规 格:1/32 (880mm×1230mm)

印 张:9

字 数:251 千字

版 次:2011 年 12 月第 1 版

印 次:2011 年 12 月第 1 次

书 号:ISBN 978—7—5666—0048—6

定 价:28.00 元

序

纠纷的普遍存在是一个非常引人注目的问题。从短期来看,纠纷对于人们的日常生活及社会秩序的影响往往是负面的,因而,对纠纷解决机制的研究,不仅是理论界与实务界共同面对的课题,也是人们普遍关注的问题。

长期以来,因受千百年来根深蒂固的权力意识的影响,我国的法治建设在从“权力本位”向“权利本位”的转变过程中,可谓路途坎坷。一方面,面对共同的价值追求,权力与法律这两种不同的治理方式尽管存在着共同的建构目标,但因运作模式的差异而存在着较大的张力,尤其是深受经济体制和意识形态的影响,权力对社会的宏观调控总体上依然居于主导地位,这将使得法律发挥作用的空间受到了某种程度的制约,或者说法治进程难免笼罩着权力的阴影,自上而下的体制改革,大体上难以摆脱权力的导向性。从这个意义上讲,“司法中心主义”的纠纷解决机制的形成,具有明显的历史性。另一方面,作为纠纷的主体——当事人,他们在寻求权利救济的过程中,其着眼点往往是飘忽不定的,即不仅表现出了对公正的规则倚重,而且存在着潜意识地追求权力的倾向。这种现象表明,纠纷解决机制的宏观构建,不仅需要认真考量权力与法律各自发挥作用的现实基础,而且应当着眼于当事人的客观追求,综合考量诸如法律、权力、道德、经验等对于纠纷的发生及解决会产生影响的众多因素。

基于对当代中国建构纠纷解决机制的宏观认知,笔者在思量

纠纷及纠纷解决的有关问题时深刻地体会到，尽管纠纷的发生往往与利益有关，立足于法律的视角，虽属于权利义务的现实分配之纷争，但从更深层次的意义来看，这种纷争或许与当事人之间的信息不对称存在着千丝万缕的联系。笔者通过分析信息不对称对于纠纷的发生以及解决的作用，进而认为，重建当事人之间的信赖关系是彻底解决纠纷、恢复当事人之间的私法秩序的重要基础。从信息不对称与信赖关系这两个维度来看，既然纠纷是存在于当事人之间的私权纷争，是以当事人为核心的，那么，正如“解铃还须系铃人”，无论运用怎样的机制，纠纷的解决依然离不开对当事人的必要关注。因此，在崇尚权利的时代，植根于价值观多元化这一思潮中，纠纷解决机制不再仅属程序构造的范畴，而且有必要对当事人的权利予以充分重视。由此观之，所谓“纠纷解决权”，从本质上来看，应属于当事人的一项程序性“权利”，尤其在诉讼机制无法充分地满足当事人解纷需求的今天，这种权利的“自主性”对于当事人根据实际需求选择不同的解纷机制而言更具现实意义。

然而，尽管当事人对纠纷解决机制的需求是多元的，但这并不意味着各种机制的建立在当事人的自治性活动中能够自发地形成。与之恰恰相反，程序构造的公法性，决定了私益的享有者——当事人——没有能力自觉地完成纠纷解决机制的整体建构，或者在这方面难以形成普适性的制度设计。因此，如前所述，在这种情况下，人们必然会寄希望于国家权力，国家权力也应当积极地予以回应并有所建树，比如多元化纠纷解决机制的立法化，司法权对诉外解纷机制的必要引导和积极扶持等。如果从纠纷解决机制多元化的司法推进这一路径来看，丰富而坚实的理论支持必然是不可或缺的。比如在“依法治国，建设社会主义法治国家”的新的历史时期，围绕纠纷解决机制这一课题，有必要对司法的现代性、人们对法律的基本态度、司法权、司法能动性、司法

社会化、法院的功能定位、机制建设的意志力等予以重新审视。除此之外,通过司法实践探索纠纷解决机制问题,还需要运用实证研究方法,对现实中的多元化纠纷解决机制之组织机构建设和运行机制进行实地考察,以期获取更丰富的研究素材,使得立足于本土化的理论探讨更具针对性、更富有说服力。为了达到这一目的,笔者在探讨纠纷解决机制这一命题时,采取了理论阐释与实证调研相结合的方法,在论述中重点对一些基础概念进行了冷静的法学分析,将之作为进一步立论的基础。

就写作风格而言,为了保证文中的观点既不“人云亦云”又不至于情绪化,在理论分析部分,笔者没有急于从概念出发进行有目的地“三段式”推理论证,而是更侧重于对所感兴趣的命题如同散文写作那样娓娓道来,从而在“共识”中进行反思,使得认识渐渐清晰起来,进而纠正观念上的一些误区,为一些曾被边缘化的问题“正名”。当然,从某种意义上来讲,这种写作风格可能是比较冒险的,因为我们在日常的阅读训练中,更习惯于先浏览小标题,对所论述的对象或结论有个大概了解,然后再去品味对其论证的部分;自然,大多数写作也遵循了这一惯常性规则。然而,这种写作方式,对于尝试性的理论探索而言,或许未免有些不够开放,思维亦显得有些拘谨。在“冒险”与“拘谨”中,笔者最终选择了前者,即便有些论题不够成熟或者有失偏颇,能作为一个问题引起方家的指点与批评,也是一件幸事。当然,在行文过程中,笔者明显地感受到,对纠纷解决机制进行面面俱到的论证也是非常困难的,因此,本文舍弃了“大而全”的著书思路,仅对自己长期以来有所感触的问题力求予以透析。最后,在实证研究部分,笔者将大量的精力用于归纳各地法院的具体做法,这些从司法实践中寻找到的经验性成果,其意义在于,一方面,帮助读者更全面地了解法院对于纠纷解决机制的特色性摸索,另一方面,这些做法中折射出的理论难题,将是我们进一步深入研究的问题来源。

由于时间仓促及水平有限，文中难免存在一些问题和错误，
敬请广大读者批评指正。

作者 谨识
2011 年 10 月

目 录

序	(1)
第一章 纠纷理论	(1)
一、纠纷与信息不对称	(2)
(一)信息不对称之于纠纷发生	(3)
(二)信息不对称之于纠纷解决	(13)
二、纠纷与信赖	(19)
三、纠纷解决权	(27)
四、纠纷解决权多元配置实务研究之基本问题	(57)
(一)司法的现代性思考	(58)
(二)人们对法律的基本态度	(62)
(三)多元化纠纷解决机制的研究路径	(69)
(四)诉讼外纠纷解决机制的证据制度	(78)
(五)组织机构建设	(84)
(六)多元化纠纷解决机制实务模式的总体探讨	(87)
第二章 纠纷解决权多元配置之组织机构建设	(99)
一、多元化组织机构建设现状的宏观论证	(100)
二、组织机构解决纠纷的能动性探讨	(117)
三、法院在构建多元化纠纷解决机制中的功能定位	(138)
(一)司法与司法权	(139)
(二)司法权的特性	(142)
(三)司法社会化	(145)

(四)法院的功能定位	(149)
四、多元化纠纷解决机制的组织机构建设实证研究	(154)
(一)领导体制及参与机构之实证研究	(155)
(二)诉讼外调解网络体系之实证研究	(156)
(三)法院调解网络体系之实证研究	(158)
(四)组织机构协调衔接之具体工作制度	(164)
第三章 纠纷解决权多元配置之机制建设	(169)
一、机制建设之“意志力”研究	(170)
二、不同纠纷解决途径之调解机制考察	(180)
(一)当事人和解	(181)
(二)民间调解	(182)
(三)律师调解	(185)
(四)群众组织调解	(187)
(五)企业调解	(188)
(六)法律服务中心调解	(188)
(七)人民调解	(189)
(八)行政调解	(190)
(九)行业协会调解	(191)
(十)其他社会组织主持的调解	(192)
(十一)仲裁	(193)
(十二)诉讼	(193)
三、不同性质案件之调解机制考察	(203)
(一)民商事案件	(203)
(二)刑事附带民事案件、行政附带民事案件	(205)
(三)刑事自诉案件	(206)
(四)行政案件	(207)
(五)国家赔偿案件	(207)
四、机制建设之调解主体及人文化调解考察	(208)

五、纠纷解决主体调解权力来源之具体方式	(213)
(一)委托调解	(214)
(二)邀请调解或协助调解	(216)
六、机制建设之程序衔接问题考察	(217)
(一)人民调解与司法的衔接	(218)
(二)行政调解与司法之衔接	(219)
(三)行业调解与司法的衔接	(219)
(四)民商事仲裁与司法的衔接	(220)
(五)信访机制与司法的衔接	(221)
(六)人民调解与行政调解	(221)
七、机制建设之效力衔接问题考察	(222)
(一)诉讼外纠纷解决机制的效力保障	(223)
(二)司法确认程序的若干问题	(224)
第四章 纠纷解决权多元配置之成功模式解析	(229)
一、声名鹊起的“莆田模式”	(229)
(一)“莆田模式”之形成及其特点概述	(229)
(二)“莆田模式”之理论评析	(231)
(三)“莆田模式”之启示	(233)
二、独具风格的“陵县模式”	(235)
(一)“陵县模式”之背景	(235)
(二)“陵县模式”之特点	(237)
(三)“陵县模式”之评析	(239)
(四)“陵县模式”之推广意义	(241)
三、齐头并进的“潍坊经验”	(242)
(一)“潍坊经验”具体做法之理论评析	(243)
(二)“潍坊经验”之特点	(246)
(三)“潍坊经验”之成效	(247)
(四)“潍坊模式”之启示	(248)

四、快速成长的“东莞模式”	
——以凤岗司法所人民调解为例	(250)
(一)人民调解工作现状	(250)
(二)人民调解工作流程	(252)
(三)人民调解的调处方法和技巧	(255)
(四)人民调解与司法调解、行政调解、 劳动争议调解有效衔接机制	(258)
五、耳目一新的河南“社会法庭”	(260)
(一)“社会法庭”之特点	(261)
(二)“社会法庭”之优势	(262)
(三)“社会法庭”的创新价值	(264)
六、纠纷解决权多元配置模式之理论评析	(267)
(一)视角转移：以当事人的解纷需求为中心	(268)
(二)理念转变：整合机制，形成化解纠纷的合力	(270)
(三)权力主导：多元化纠纷解决机制运行的内在动因	(272)
(四)人文解纷：各地实践模式的突出特点	(274)

第一章 纠纷理论

无交往则无纷争，静如潭水。然而，交往是不可避免的，正如货币史的发展历程所表明的那样，源于资源与所有者之间的不完全结合，所有者之间需要互通有无，物质交换是一种常态，即使原始社会的平均分配，人与人之间的交往也在频繁地进行着。除了因物质分配引起的交往外，无物质内容的交往（或者交流）不仅存在于亲属之间，而且逐步向陌生人群体扩大。这些与物质分配有关或无关的交往，与高度文明的现代社会不同之处仅在于交往的内容、方式、手段等。交往是否能够平和、顺利地进行，首先取决于交往各方的态度、言辞、对同一事物的认知与理解、利益是否协调、权利义务是否对等充分等。此外，还与外部环境存在着不可忽视的牵连：一方面，上述关于交往的各种关键要素均可能不同程度地受到外部环境的影响，比如时空变化引起交往各方对同一事物的立场发生变化；另一方面，在既定的时空范围内，即便一切要素保持着同质性、量的积累也处于可忽略不计的状态，因外部事件的突然侵入，也会对交往各方的行为乃至权利义务产生重大影响。从这个层面上来讲，交往与意外事件，均可能引起各方既定的预期总是处于微妙的动态中，而且具有随时可能激化的危险，这是从最宏观的意义上对纠纷产生根源的一些描述。

此外，侵权现象时有发生，这也是引起纠纷的重要原因。站在被侵权者（受害者）的角度，侵权行为大体上可以归入意外事件，但并不完全等同于意外事件，因为某些看上去似侵权、法律上

确实可界定为侵权的现象，被侵权者并非是一概无法预知、无法避免的。相反，可能有些侵权行为，被侵权者对其具有一定的认知，或者放任发生或者予以默认，甚至存在着积极追求其发生的心理，比如故意造成交通事故以期获得保险理赔，故意受伤害以获得对方高额的赔偿，等等。至此，我们发现，被侵权者未必是受害者，相反可能因此而受益。这些起初看上去属个例的情形，随着利益诉求的变异以及社会交往的深层次发展而有所扩大，其动机固然与利益有关，同时也与规则有关。归结起来，无论常态的侵权还是这些个例，基本上可以表明，纠纷的产生，存在着无比复杂的因素。这些因素部分被法律所评价而上升为法律纠纷，而部分可能被法律有意无意地予以过滤，从而游离于法律之外。就法律可评价的纠纷而言，由于各种主观规避与客观局限，也可能脱逃于现实的法律规制之下。这种现象，给予普通公民及法律研究者留下了无限纠结的思考。

一、纠纷与信息不对称

平静地、谨慎地去思索，纠纷的产生与纠纷各方的信息不对称存在着千丝万缕的关系。此处所说的“信息”，与“消息”的概念基本相同，是指一切可能引发当事人感性认知、理性决断、自由行动的资源或资料。这些资源或资料，在任何时候都不可能清澈见底地呈现在人们的面前。除了时间、空间的局限性之外，我们将研究的视线聚焦在熟人社会的范围，此时也不难发现，信息的本质是客观的，但其形态并非必然是显性的。任何信息呈现于当事人面前，必须经历信息发现、感官认知、客观表述的过程。当然，在这个过程中，总是不可避免地存在着主观臆断的可能与风险，包括误解、歪曲、虚构、想象等。对于主观臆断的信息，本不属于此处探讨的范畴，因为这种“无中生有”对于人脑对信息的客观加

工无任何裨益,但对于纠纷的产生与解决却具有非常重要的价值。为了便于讨论,此处粗略地从两个层面分析信息不对称对纠纷的作用。

(一)信息不对称之于纠纷发生

信息,在人际交往中具有非常重要的作用,直接制约着交往的目的和效果,同时也是发生纷争的重要原因之一。承认信息的客观性及客体地位,这是探讨的一个必要的先决条件。任何信息,无论对主体是否具有直接或间接的价值,首先必须承认它的客观存在,也就是说,立足于现实的信息,由此进一步探索它对其他信息的影响,否则,研究将处于“剪不断、理还乱”的状态。同时,信息也是作为客体而存在的,它并不具有如同意识流那样的易变性,而是在一定的时空范围内处于相对静止的状态,是可被认知和掌握的。在此基础上,我们将社会交往的主体——人,与信息相比的显著特点,主要归为意识能动性。然后,从不同层次分析由于信息不对称引起人们之间产生纠纷的几种基本形态。

第一层次:忽略人的意识能动性,不同交往主体对同一信息不对称地掌握,亦即信息的主体之间存在隔阂。这种不对称,直接影响到不同主体对信息的了解,属于信息的结构性失衡,必然导致社会交往主体对同一事物的真实情况了解地不够充分。处于该层次的信息不对称,即便社会交往主体之间不存在主观上的意识作用,也往往容易导致摩擦,进而产生纠纷。因为他们之间的谈判、交流基本上处于事实上的完全不对等状态,而且难以达成彼此可以弥合的共同理解,也就是说存在着对事实认知的根本分歧。比如最为典型的确认之诉,双方所争议的诉讼标的是确定的,但对其是否存在产生分歧,这种情况下,似乎只能在“是”与“否”之间作出明确的结论,而难以出现折中的结果。这是从结果的角度推断信息不对称对于交往可能造成的后果。

如果从行为过程的先后次序进行顺向推理,信息不对称可能造成两种基本的交往状态。其一,交往主体在进行磋商谈判、甚至在试探性接触的过程中,双方基本上对于这种事实性认知的分歧有一定警觉或了解,那么,在谈判的过程中,双方都会有意识地表述自己的见解,以求得与对方达成共识。如果达成了基本共识,而且是对信息本身的客观性共识,则后续交往行为大体上不会出现纠纷,因为这种情况下,信息对于双方均是透明的,而且彼此的理解都是“正确”的。相反,如果在谈判的过程中,对于分歧难以达成共识,就客观因素而言,则导致的结果是谈判失败,后续交往行为就无从谈起,自然无纠纷发生。这种状态,实质上是交往主体对信息不对称具有一定的潜意识,并在谈判中尽力求得对方的理解而达成弥合,或者因无法弥合而造成交往中的权利义务无从真正产生,是交往的常态,但一般不会发生纠纷。

与之相比,非交往主体意识下的“信息伪装”是信息不对称交往的另一种形态,同时也是最容易导致纠纷发生的一种形态。在“信息伪装”状态下,交往主体对于彼此掌握的信息的失衡或者本身的偏差处于无知觉状态,他们各自的意识中固执地坚守自己对同一事物的认知,而且有充分的自信认为对方具有相同的认知。这种情况下,对于信息本身的不对称性,双方在谈判中都处于无意识,谈判中依然会出现一些分歧,但基本上不会涉及到所隐藏的不对称信息,因此,如果因其他分歧而造成谈判失败,则这种伪装的信息永远处于蛰伏状态,对双方的权利义务也不会产生影响。但若谈判成功并在双方之间产生具体的权利义务,这种伪装的信息,可以说自谈判达成之刻起就为当事人未来的合作埋下了不定时炸弹。比如,简单的买卖合同中,双方对包装物由哪一方回收达成了一致,此时可能由于处理包装物的成本费用及所产生的收益对于一般买卖合同而言无关紧要,当事人均未提出明确的处理办法,但意识中基于惯性思维均有一套自己所认可的习惯性

做法,而且始终认为对方也是这样认为的。这种貌似达成一致的认识,在合同履行过程中转化为双方实实在在的权利义务之时,纷争随时可能产生。换言之,以往的研究中,往往将纠纷的产生与当事人的主观意识联系在一起,认为纠纷既然发生在特定的当事人之间,则必然受控于当事人“自觉”的程度。其实,这种探索,过分地夸大了当事人对于纠纷发生的可预见性(包括潜在的)和可控能力,将纠纷的根源片面地集中在当事人主观上的故意与过失的程度,这是不符合事实的,对于客观地分析纠纷与信息之间的关系也是无益的。应当承认,信息脱离于当事人的主观意识,并被主观意识所忽视,这种“伪装”会引起大量的纠纷发生,而一旦发生纠纷,则双方在感情上均认为对自己是不公平的,将原因几乎毫无保留地归因于对方,这是超出当事人意识范围的信息不对称引发纠纷的基本态势。

单纯地从信息的角度分析,上述情形简单地可以概括为:信息完全脱离了当事人的掌控能力,是当事人无法预见但在权利义务的实现过程中不可避免的。这与意外事件的本质区别在于,意外事件是人际交往过程中新出现的事件的突然介入,而文中所论述的情形,该信息自交往之初已经存在,且潜伏于后续行为之中,只是因人类自身认知能力的局限性而无法一览无余地观测到。相应地,从当事人的角度来看,容易使人们将上述情形与“误解”联系起来。其实,误解并不是无意识,而是因沟通不畅或其他原因造成的理解错误,它是在意识的作用下做出的决定。探讨信息与意识完全脱离引发纠纷,除了深刻地认识信息不对称与纠纷发生的一种常见情形外,其意义在于对于当事人双方立场根本对立的纠纷,我们不仅需要探索当事人对纠纷的心理状态,而且有必要超越心理归因,促使双方在对话中进行合作性地沟通,掌握他们对纠纷产生的客观因素的分歧。

第二层次:具有主体意识且包含利益因素的信息不对称而引

发的纠纷。这类纠纷的发生与当事人的主观意识是密不可分的，当事人一方或双方存在着故意或过失。但必须注意，当事人的这种主观故意与过失，其目的并不在于促使纠纷的发生，而恰恰相反，他们的行为比第一层次更为谨慎，对于信息的掌控更为周全，且事实上进行着信息占有的质与量上的竞争，其目的在于从大量信息流中筛选出对自己有利的信息作为谈判的筹码，并对劣势信息予以过滤，期望由此达成合作的行为模式，实际上是基于权利义务协商的需要对信息的有意筛选。由此达成的共同的行为模式，纠纷未发生则属侥幸，而纠纷发生当属必然。那么，怎样看待交往主体对信息的有意操纵与纠纷发生的关系呢？对此，有必要重申，交往主体之间形成权利义务所围绕的中心依然是“信息”，而且这些信息决定着他们对相同事物在理解上的取舍，而利益的驱动只是这种行为的表现形式。换言之，人们之间任何形式的交往（包括情感交流），均源自于对方对己方某种需要的满足，而这种交往是否成功，不单纯地依赖于对方是否能够提供特定的某种需要，更重要的是己方是否能够明确地、充分地、完整地、客观地向对方传递自己的这种需要，以及对方是否能够“雷同”地去获悉和理解这种需要，然后根据自己的情况按照上述理想的标准予以反馈，并确定己方予以获悉和理解，即信息在一个回合内实现了从“己方（发出）——对方（获悉、理解、再发出）——己方（获悉、理解）”的传递。如果能够达到这种理想的境界，信息在任何交往主体之间是透明的、对称的，那么，由此形成的权利义务、利益等也是完全对等的，纠纷发生的可能性将大大降低。然而，现实中的信息传递并不能达到这样的理想状态，除了人们的传递能力（比如语言本身的局限性）之外，有意识地阻扰信息不折不扣地传递，从而造成信息不对称，这为纠纷的发生埋下了伏笔。具体而言，有意操纵而造成信息不对称所引发纠纷的情形大致可分为以下几种：