

洪冬英 著



当代中国 调解制度变迁研究

上海人民出版社

洪冬英 著



当代中国 调解制度变迁研究

图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国调解制度变迁研究/洪冬英著. —上海:
上海人民出版社, 2011
ISBN 978 - 7 - 208 - 09941 - 8

I. ①当… II. ①洪… III. ①调解(诉讼法)—司法
制度—研究—中国 IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 070267 号

责任编辑 曹培雷
封面装帧 甘晓培

当代中国调解制度变迁研究

洪冬英 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www. ewen. cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷有限公司印刷

开本 635 × 965 1/16 印张 19.25 插页 2 字数 237,000

2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 09941 - 8/D · 1870

定价 35.00 元

目 录

导 论	1
第一章 中国传统调解制度构建的背景	6
第一节 调解制度的历史探源	6
一、纠纷与调解的语意解读	6
二、传统调解制度的建构缘由	8
三、中国传统的纠纷解决路径	10
第二节 传统调解制度的文化根基	14
一、调解方式与传统古代社会结构的和合性	15
二、调解方式与传统文化价值观的同一性	17
三、调解方式与传统地方治理的契合性	20
四、调解方式在社会民众纠纷处理中的正当性	26
第三节 对传统调解制度的现代性诊断	29
一、传统调解制度的价值影响	29
二、传统调解制度的制度影响	31
第二章 现代中国调解制度的产生与变迁	35
第一节 以人民群众为本位的制度构建(革命根据地 年代)	35
一、早期法院调解制度的创立	35
二、早期人民调解制度的建立	44
第二节 以人民为本的调解制度(1950—60 年代)	58
一、法院调解制度的形成	58

二、人民调解制度的形成	69
第三节 以人为本的调解制度(1980—90 年代)	74
一、法院调解制度的重建	74
二、人民调解制度的重建	84
第四节 当前司法改革中法院调解制度的新动向	91
一、法院调解制度经历的三个阶段	91
二、人民调解制度经历的新转向	93
三、在现代化背景下民事司法改革的大方向	97
四、当前法院调解制度改革的新动向	98
 第三章 中国调解制度的实践及研究现状	105
第一节 现代法院调解制度与理论	105
一、法院调解状况的实证研究	105
二、法院调解的理论热点	113
三、法院调解改革的路径与目标	133
第二节 人民调解制度的理论	156
一、人民调解制度的定位	156
二、人民调解制度作用的定位	162
三、人民调解制度的当代价值	168
第三节 调解与其他纠纷解决方式的关系	171
一、调解与仲裁	171
二、信访作为纠纷解决方式时与调解的关系	178
 第四章 当代和谐社会中调解制度的构建	183
第一节 和谐社会中调解的功能与价值	183
一、调解中的公正与权利	184
二、调解中的人际关系与事际关系	186

目 录

三、调解中的对等与估价	187
第二节 和谐社会调解制度的理性构建	190
一、现代调解制度的社会基础	190
二、现代调解制度的原则定位	192
三、现代调解制度的立法选择	197
第三节 无法回避的遗留问题	214
一、调解中自愿选择的困境	214
二、调解中道德情感的维度	222
参考文献	229
附录:相关法律法规	235
后 记	302

导 论

中国的调解制度作为一种悠久的法律传统在世界范围内受到广泛的关注。

调解是中国自古以来解决纠纷的重要方式,这是就调解最主要的功能而言。《辞海》把调解定义为“通过说服教育和劝导协商,在查明事实、分清是非和双方自愿的基础上达成协议,解决纠纷。在我国,调解是处理民事案件、部分行政案件和轻微刑事案件的一种重要方法。”^①

调解(mediation),指双方或多方当事人之间发生民事权益纠纷,由当事人申请,或者人民法院、法庭、群众调解组织认为有和好可能时,为了减少讼累,经法庭或者群众调解组织从中排解疏导、说服教育,使当事人互相谅解,争端得以解决。^②在众多的中文著述中,关于调解的定义具有代表性的还有:

(1) 调解是在第三方主持下,以国家的法律、法规、规章和政策以及社会公德为依据,对纠纷双方进行斡旋、劝说,促使他们互相谅解,进行协商,自愿达成协议,消除纠纷的活动。^③

(2) 调解是指双方发生纠纷时,由第三者出面主持,依据一定的规范,用说服、教育、感化的方式进行劝解、说和,使当事人双方深明大义,互谅互让,协商纠纷解决,以息事宁人、和睦相处,维护社会的安定与和谐。^④

① 《辞海》,上海辞书出版社 1990 年版,第 453 页。

② 张友渔主编:《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 589 页。

③ 江伟、杨荣新:《人民调解学概论》,法律出版社 1994 年版,第 4 页。

④ 胡旭晟、夏新华,《中国调解传统研究——一种文化的透视》,《河南政法管理干部学院学报》,2000 年第 4 期。

(3) 调解是在第三方协助下进行的,当事人自主协商性的纠纷解决活动。^①

(4) 调解是一种自愿的、非约束性的、私人的争议解决程序。^②

(5) 调解是由作为调解人的第三者根据争议当事方的请求,尽量协调当事方的分歧,并达成和解协议而解决争议的一种方式。^③等等。

以上这些论述,无不以调解的功能为角度进行诠释,由此,调解不仅是初民社会独特的纠纷解决方式,更是目前美国乃至全世界范围流行的ADR(Alternative Dispute Resolution)即非诉讼纠纷解决方式运动中的主要方式。在英文中,与“调解”相对应的表述则有“mediation”和“conciliation”,《中国大百科全书·法学卷》中用“mediation”一词,而在法律出版社出版的中英文对照版的《中华人民共和国民事诉讼法》单行本则用“conciliation”来对应中文中的调解。查阅一下关于这两个词的区别:

The distinction between mediation and conciliation is widely debated among those interested in ADR, arbitration, and international diplomacy. Some suggest that conciliation is “a nonbinding arbitration,” Whereas mediation is merely “assisted negotiation.” Others put it nearly the opposite way: conciliation involves a third party’s trying to bring together disputing parties to help them reconcile their differences, whereas mediation goes further by allowing the third party to suggest terms on which the dispute might be resolved. Still others reject these attempts at DIFFERENTIATION and contend that there is no consensus about what the two words mean—that they are generally interchangeable. Though a distinction would be

① 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第176页。

② 王长生:《仲裁与调解相结合的理论实务》,法律出版社2001年版,第51页。

③ 尹力:《调解含义界说》,《贵州师范大学学报》(社会科学版)2004年第4期。

convenient, those who argue that usage indicates a broad synonymy are most accurate. ①(中文译文)。

施奈德(Michael E. Schneider)教授经过研究发现,当事人邀请来协助他们找出解决争议的方案,但并没有授予其决定权的人被称为“conciliator”,也时常被称为“mediator”。而“mediator”一词通常是美国人的习惯用语,“conciliator”一词通常是英属英语国家人们的习惯用语。人们试图区分过这两个词的不同之处,至少在国际公法领域这种区分被尝试过。其中有影响的是卡普兰(Neil Kaplan)的区别。②他认为,“conciliation 是一个第三者努力将当事人集合在一起,并协助他们弥合争议的一种程序。”根据他的理解,在履行职责时,“conciliator”远比“mediator”消极得多。而“mediator”被认为是自愿的、非拘束力的、私人的争议解决程序,“mediator”的职责是帮助当事人寻求和达成商定的和解,并且以各种方式为当事人的协商进程提供便利和协助,他允许当事人控制谈判的进程,克服情绪上的障碍,协助当事人明确争议的问题和寻求各方都接受的方案,他还可以帮助当事人评价各自的是非曲直。在美国,还存在着两种不同的 mediation,一种称之为协助性的 mediation(facilitative mediation),目的在于帮助当事人达成商业性的和解或以利益为基础的解决问题的方案;另一种称之为评价性的 mediation(evaluative mediation),目的在于分析评价争议的法律后果,从而帮助当事人达成和解。这两种调解都没有固定的规则,而是由当事人自行制定规则。③

但事实上,对“mediation”和“conciliation”的严格区分在现代争

① 《牛津现代法律用语词典》(*A Dictionary of Modern legal usage*, Bryan A. Garner), 法律出版社 2003 年版,第 554 页。

② 王生长:《调解与仲裁相结合的理论与实务》,法律出版社 2001 年版,第 46—47 页。

③ Neil Kaplan, Jill Spruce & Teresa YW Cheng, *Hong Kong Arbitration Cases and Materials*, Butterworths, 1991, at pp. 223 September 2000. 转引自王生长:《调解与仲裁相结合的理论与实务》,法律出版社 2001 年版,第 47 页。

议解决体系中并没有特殊的实际意义,随着调解在全世界的迅速发展,人们更注重的是调解在纠纷解决中的实用价值,“正如联合国国际贸易法委员会所指出的,‘mediation’和‘conciliation’只是表达和习惯的不同,两者之间的含义应该是趋同而不是扩大,甚至可以互为换用。”^①在香港,调解被定义为是“一种自愿的、非约束性的、私人的争议解决程序”,在该程序中第三人帮助当事人达成他们自己商定的和解方案。调解在香港始于1982年。1982年香港立法机关通过修订的《香港仲裁条例》第一次明确提到“conciliation”这个词语。据称“mediation”和“conciliation”两个词在香港开始使用时产生了一些困难,因为这两个词语的不同之处并不清晰。但在《香港仲裁条例》中,“conciliation”被认为包含了“mediation”的含义。^②

当代调解制度有其特殊性,区别于中国传统的调解。传统调解是一种纠纷解决的方式,也体现了一种社会秩序的安排,调解在中国体现了传统儒家文化的追求自然秩序和谐的理想,调解与儒家的“无讼”思想是吻合的。但调解发展到当代,已具备了区别于传统调解的功能,在中国共产党的领导与发展下,当代中国的调解不仅仅是传统调解的简单延续,而是在新民主主义革命时期及在新中国的建立与发展中发挥着其不可替代的作用。“尽管共产党继续运用调解,但他们已经实际上改变了调解纠纷的传统方式。他们重新界定了调解的身份和作用并在转变调解的过程和功能上取得了部分的成功。共产党将自己定位于对抗儒家所强调的和解,对抗中国人避免与政府遭遇的传统。他们给调解输入了正确和错误的绝对标准,而不是像以前一样允许通过调解达成不扰乱狭窄社会情境中微妙的人际关系网的和解。共产党通过对调解者的纠纷观和用于解纷的标准的指导使

① 王生长:《调解与仲裁相结合的理论与实务》,法律出版社2001年版,第50页。

② 《香港仲裁条例》第341章第2(1)条。

得调解的政治功能如此无所不至,以致往往掩盖了调解的解纷功能。政治介入取代了调解的消极性。简言之,共产党已将调解纳入他们重新安排中国社会并动员群众支持执行党的政策的努力之中。”^①

本书所称的“当代”,特指 20 世纪 30 年代至今,主要是因为我国现行的调解制度发端于中国共产党领导的陕甘宁边区政府时期,并随着新中国的建立立法上得以确立,随着新中国的发展而发展,当然也随着中国社会的曲折发展而不断起伏,所以当代调解制度与中国传统调解制度有着千丝万缕的联系,但又有着迥然不同的内涵,它是对中国传统调解制度的扬弃。近七八十年来,调解制度在中国的发展有其独特的发展轨迹,或受到推崇,或遭到冷落,其间的变化有着太多的缘由,学界与实务界也一直对相关的问题进行深入的探讨,这些都值得去思考、挖掘。并且,调解在当今以诉讼解决纠纷的机制已经相当发达的时候,还能够充分发挥重要作用,它是富有生命力的。因为正如棚濑孝雄所言:“欲充分发挥某种制度解决纠纷的功能,必须有适合于它的一定社会的条件存在,反之,如果不存在这样的条件或条件不充分,该制度就会慢慢地变为有名无实,或者实际上的纠纷解决过程逐渐向适合于既存社会条件的方向转化。换言之,无论什么样的纠纷解决制度,在现实中其解决纠纷的形态和功能总是为社会的各种条件所规定的。”^②我们完全有理由相信,当代调解制度经过发展、经过创新,将在和谐社会的建设中发挥重要作用。

① 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 120—121 页。

② [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 21 页。

第一章 中国传统调解制度 构建的背景

第一节 调解制度的历史探源

一、纠纷与调解的语意解读

在中国传统“和合”文化的背景下,以孔子为代表的儒家学说强调“和为贵”、“知和而和”^①;而以老子为代表的道家学说倡导“知足”和“不争之德”^②。这些除了正面的倡导文化的价值观外,也隐含着排斥纠纷、视纠纷为罪恶的价值观。此观念视“纠纷”、“矛盾”为“秩序”的对立物,把纠纷作为不必要、不正常的恶,即对纠纷采取完全否定的态度。不可否认,纠纷有时表现为恶,一定的纠纷会对社会产生不利乃至重大影响。但对纠纷持否定态度却不能排除纠纷的存在。在漫长的人类社会发展过程中,“没有什么事物是不包含矛盾的,没有矛盾就没有世界。”^③“由于情感恩怨、利益归属及价值取向等因素的存在,人类社会从其产生的那一天开始,便伴随着各种不同的纠纷和冲突。”^④纠纷不仅不可避免,同时,纠纷对“秩序”的破坏有其进步意义。美国社会学家科塞具体指出:低暴力、高频度的冲突的积极意义在于:第一,提高社会单位的更新力和创造力水平;第二,使仇恨在社

① 《论语·学而》。

② 《老子·第六十八章》。

③ 毛泽东:《矛盾论》,《毛泽东选集》第1卷,人民出版社1991年版,第305页。

④ 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版,第24页。

会单位分裂之前得到宣泄和释放；第三，促进常规性冲突关系的建立；第四，提高对现实性后果的意识程度；第五，社会单位间的联合得以加强。前述一切，会使社会整体的整合度和适应外部环境的能力得到提高和增强。冲突具有“清洁社会空气”的作用，“它通过允许行为的自由表达，而防止了被堵塞的敌意积累的倾向”。冲突是社会怨气的“排气孔”，如果冲突和纠纷能够有序化解决，使积压的不满情绪及时、有序地释放，则冲突对一个社会来说，起到了一种“安全阀”的作用。^①适度的纠纷在解决过程中还具备维持秩序和形成政策乃至上升为法律的功能，因为纠纷既存在破坏与冲击良好社会秩序的一面，也蕴含着更新与创造社会秩序的可能性。

由此，人类社会在发展过程中，纠纷解决机制也在不断地被认识、发展。纠纷解决是通过特定的方式和程序解决纠纷和冲突，恢复社会平衡和秩序的活动和过程。纠纷解决机制的基本功能是解决纠纷。19世纪英国法学家威廉·马克白认为，对于一项纠纷的“解决”，可以看作是一种权威或关于孰是孰非的有拘束力的决定，即关于谁的观点在某种意义上能够成立，谁的观点不能成立的一种判定。^②按此学说，纠纷解决机制着眼于微观的对纠纷当事人的权利义务的判定。而我国学者顾培东先生却不这样认为，他阐述了纠纷的“解决”应当是一个“多层次主观效果的综合体”，具体说来包括以下四个层次：首先，化解和消除冲突；其次，实现合法权益和保证法定义务的履行；再次，使法律或统治秩序的尊严与权威得以实现；最后，在更高层次上，纠纷的解决意味着社会冲突主体放弃和改变藐视、对抗社会统治秩序和法律的心理与态度，增强与社会的相容性，避免或减少冲突（至少是同类冲突）的重复出现。显然顾培东先生的见解更具全面

① 参见[美]科塞：《社会冲突的功能》，北京，华夏出版社，转引自顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，第16—17页，四川人民出版社1991年版。

② [美]戈尔丁：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店出版社1987年版，第217页。

性,即纠纷解决不仅具备解决纠纷的基本功能,同时也具备维护社会秩序和调整社会规范的社会功能。一个国家的纠纷解决机制是其进行社会治理能力的体现,是一个国家的法治程度和和谐程度等方面的综合体现。

二、传统调解制度的建构缘由

由于利益和需求的多样性,人类历史上的纠纷解决机制也呈现多元化。总的说来,权利救济是指当法律确认的权利无法正常实现、发生纠纷时,通过特定的机制和程序消除障碍,给予救济,使权利及法律预期的目的得以实现。应当说,权利救济的概念比纠纷解决的内涵和外延更为狭窄,但实际上两者通常体现为同一个过程、同一个目的;纠纷解决基本上可以涵盖权利救济,但所涉及的范围和功能更大。建立多元化纠纷解决机制是人们的自然选择和历史习惯。公力救济、社会救济和私力救济构成多元化的纠纷解决体系。公力救济是利用公权力进行权利保护,在现代法治国家表现为民事诉讼;私力救济就是俗称“私了”,较为文明的方式是双方进行协商,并达成协议,通常情况下,和解协议并不具有强制执行力。社会救济,传统意义上分成调解与仲裁,仲裁在我国又称公断,即纠纷双方在纠纷发生前或发生后达成协议或者根据有关法律规定,将纠纷交给中立的民间组织进行审理。而调解在我国的运用非常普遍。中国传统纠纷解决机制的特征体现多元化的明显特征:

(一) 纠纷解决的多元化途径

在古代中国,由于“无讼”文化的倡导,虽然民事诉讼在较早时期就产生,但这并不是解决纠纷的首选。除此之外,主要是通过和解和调解来解决纠纷。(1)和解。在长期的中国封建社会中,把“讼庭无鼠牙雀角之争,草野有让畔让路之美,和气致祥”作为治世目标,鼓励

纠纷当事人通过忍让、忍耐来“自行和解”。(2)调解。调解是中国传统社会的主要纠纷解决方式。调解分为两类:一是诉讼外调解(民间调解),即纠纷发生后,当事人先找亲邻、族长、乡保解决,不达官府;或者一方已告官,乡里抢先调处成功,请求销案。泯纠纷于乡村族里之中。二是诉讼内调解,即当事人告状后发生的调解,具体有官批民调和官府调解两种情形。官批民调即县令等审判官接到诉状后,认为情节轻微不值得传讯,或事关亲族关系不便公开传讯,便授权“乡保(或族长、亲友)调处,毋使滋讼”;官府调解即审判官或司法机关主持的调解。调解成为民事诉讼的重要甚至是必要环节,是我国传统民事诉讼制度的一大特征。现今我国法院调解制度实质上是对传统诉讼内调解制度的直接继承。(3)诉讼。相传“五帝”时期就有了相对独立的民事诉讼。中国古代民事诉讼管辖分为中央、地方、基层三级。中央一级在西周由“司徒”专司,汉唐以后由户部分掌。地方各衙属大多有专司民事诉讼的属吏或机构,如隋唐时期州刺史下属的司户参军、县令下属的司户佐、主簿;明代省布政司中的“理问所”;明清府州县之户、礼、工“三房”,等等。

值得一提的是,近年来西方ADR(替代性纠纷解决)制度成为中国学界的热门话题,但据学者考证,ADR作为制度安排并不存在于古代西方,西方古代或传统的纠纷解决方式主要是诉讼。所以与古代西方比较,纠纷解决的多元化是中国古代的纠纷解决机制的特征,其中调解是最大的特色所在。

(二) 多元化纠纷解决的依据

第一方面,中国古代传统社会长期的自治与吏治并存。基于无讼思想以及政府简约理念,国家正式机构仅解决有限的社会纠纷(主要是刑事方面的),大部分民事纠纷包括部分刑事纠纷交由民间自行解决,实行民间自治。人们对正式权力的态度具有服从与回避、抵抗的双重性。所以传统社会国家对纠纷解决的策略是“无讼是求、教化

为先;抓大放小,重刑轻民;主官裁断,幕友辅助”^①。形成这种策略的原因在于:一是社会关系单一,纠纷远较现代社会少;二是在治国理念上采纳儒家非讼思想,抑制讼案的形成;三是在组织上依托宗族、乡保等民间自治组织,将大部分民事纠纷消化于民间,四是在司法技术上,由于公务人员编制限制,职官需要私募刑名幕友,为主官分解案件负担。^②这导致了纠纷解决方式的分化,形成自治与吏治并存的格局。第二方面,习惯法(民间法)与国家法的互动机制的长期存在。这种纠纷解决的依据二元化也使纠纷解决的方式多元化。国家法是指由特定国家机构制定、颁布、采行和自上而下予以实施的法律,这部分法律在中国古代国家中只占一部分,另一部分则是与国家法不完全一致的习惯法,由于其根植于民间,故有时比国家法显得更为重要、真实、有效和稳定。形成这两种规范体系是由中国社会治理的特点决定的,如韦伯所说,中国的治理史是“皇权试图将其统辖势力不断扩展到城外地区的历史”。但同时又是失败的,“出了城墙之外,统辖权威的有效性便大大地减弱,乃至消失。”^③

三、中国传统的纠纷解决路径

调解是中国传统的纠纷解决的主要路径。我们今天所说的调解,在中国古代并没有相同的表达,查阅《辞源》可以看到相近的词语。调和,“和合、协调。《墨子·节葬》下:‘是故凡大同之所以不攻小国者,积委多,城廓修,上下调和。’《荀子·修身》:‘血气刚强,则柔之以调和。’”调停,“谓居间和解。宋苏辙《栾城集》后集十三《颍滨遗老传》下:‘自元祐初革新庶政,至是五年矣,一时人心已定,惟之丰旧

① 王亚明:《多元纠纷解决机制的法文化探源》,载《理论与现代化》2006年第6期。

② 何兵:《现代社会的纠纷解决》,法律出版社2003年版,第8—17页。

③ 马克斯·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第109页。

党,分布中外,多起邪说以摇撼在位。吕微仲(大防)与中书郎刘莘老(摯)二人尤畏之,皆持两端为自全计,遂建言欲引用其堂,以平旧怨,谓之调停’。”^①

根据《中国大百科全书》法学卷所载:调解(mediation),双方或多方当事人之间发生民事权益纠纷,由当事人声请,或者人民法院、法庭、群众调解组织认为有和好可能时,为了减少讼累,经法庭或者群众调解组织从中排解疏导、说服教育,使当事人互相谅解,争端得以解决,是谓调解。调解可以分为法庭调解和人民群众调解两种主要形式。^②黄宗智提出“民事调判”的概念,包括官方的审判、民间的调解,以及所谓的“第三领域”。其中民间调解是指非官方、非正式的调解。^③

(一) 官府调解与民间调解

调解作为一种解决纠纷的重要途径在中国的历史源远流长,我们一般可以将其归纳为官府调解和民间调解。民间调解可追根溯源至初民社会。民间调解包括乡里调解、宗族调解、邻里亲友调解等。发展到西周时,官府中就设有“调人”、“胥吏”的官职,专司调解,平息诉讼。如《周礼·地官司徒·调人》中记载:“调人,掌司万民之难而谐和之。凡过而杀伤人者,以民成之。鸟兽亦如之。……凡有斗而怒者,成之。不可成者,则书之。”当时的做法已是设置专门的职官尽量“谐和”人们之间的纠纷,只有当调解不成的时候才要“书之”上报官府。到秦汉时期,县以下的乡、亭、里设夫,承担“职听讼”和“收赋税”两项职责。“职听讼”即调解民间纠纷。唐代沿袭秦汉制度,县以下的乡里民间纠纷先由坊正、村正、里正调解,调解未果,才能上诉到县府,元代法律明文规定村舍的社长具有调解的职能,《至元新格》规

① 《辞源》(修订本)第4册,商务印书馆1983年版,第2905—2906页。

② 张友渔主编:《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第589页。

③ 黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版,第10页。