



调解

Mediation in
Comparative Perspective

中国与世界

徐 昕○主 编



中国政法大学出版社



国家社会科学基金重点项目

调解

Mediation in
Comparative Perspective

中国与世界

徐 昕○主 编

黄艳好○执行主编



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

调解：中国与世界 / 徐昕主编. — 北京：中国政法大学出版社，2013.6

ISBN 978-7-5620-4861-9

I. ①调… II. ①徐… III. ①调解（诉讼法）—司法制度—研究—中国 IV. ①
D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第141381号



- 书 名 调解：中国与世界 TIAOJIE: ZHONGGUO YU SHIJIE
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 北京华正印刷有限公司
- 规 格 720mm×960mm 16开本 28.75印张 470千字
- 版 本 2013年8月第1版 2013年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4861-9/D·4821
- 定 价 69.00元
- 声 明 1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。

■作者

前言、第 25 章	徐 昕	北京理工大学法学院教授，司法研究所主任
第 1 章	陈柏峰	中南财经政法大学法学院教授
第 2 章	於兴中	美国康奈尔大学法学院教授
第 3 章	傅华伶	香港大学法律学院教授
第 4、21 章	徐 昀	燕山大学文法学院副教授，法学博士
第 5、6 章	曾令健	西南政法大学应用法学院讲师，法学博士
第 7 章	明克胜	美国福特汉姆大学法学院教授
第 8 章	罗金寿	江西师范大学政法学院讲师，法学博士
第 9、12、22 章	吴 俊	清华大学法学院博士研究生
第 10 章	潘炫明	美国哥伦比亚大学访问学者，香港中文大学法学博士
第 11 章	黄艳好	北京理工大学博士研究生，司法研究所研究人员
第 13 章	周建华	北京理工大学法学院讲师，法国蒙彼利埃第一大学法学博士
第 14 章	程 蕊	法国里昂让·穆兰第三大学比较法研究所博士候选人
第 15、18 章	毋爱斌	西南政法大学 2010 级博士研究生
第 16 章	张 勤	汕头大学法学院副教授，汕头大学地方政府发展研究所兼职研究员
第 17 章	熊易寒	复旦大学国际关系与公共事务学院副教授，政治学博士
第 19 章	王启梁	云南大学法学院教授，博士生导师
	张熙娴	云南省高级人民法院法官
第 20 章	韩 宝	甘肃政法学院民商经济法学院讲师
第 23 章	田 璐	西南政法大学法学院讲师，法学博士
	吴 俊	清华大学法学院博士研究生
	徐 昕	北京理工大学法学院教授，司法研究所主任
第 24 章	樊 堃	香港中文大学法学院助理教授

前言

调解是最古老的纠纷解决方式之一。中国传统法律文化向来以“和为贵”、“无讼”、“中庸”为特征，历史上曾经出现官府调解、乡治调解、宗族调解、民间调解等多种形式的调解，自古以来在纠纷解决中调解就发挥着重要作用。而在现代社会，尤其是当下冲突多发的社会转型时期，作为多元化纠纷解决机制中最重要的类型，调解更是焕发出勃勃生机。

但长期以来，调解面临各种问题，存在较多缺陷，影响其功能的充分发挥。以人民调解为例，人民调解的纠纷解决能力急剧下降，人民调解员年均处理民间纠纷不到一件，人民调解委员会受理的纠纷与法院受理一审民事案件的数量比由1980年代初的17:1降至目前的1:1。纠纷解决能力急剧下降，其最重要的原因就在于，晚清以来，由于革命、建设等基层权力结构的重建和改造，民间调解资源遭受了严重破坏，士绅调解、宗族调解、乡治调解等传统民间调解所依靠的自治性权威结构被摧毁，而作为替代的人民调解并不具备足够的纠纷解决权威。而当前的调解政策是否有效、纠纷解决的公共政策是否合理、不加区分地对待法院调解与法院外调解是否适当、调解与法治的冲突如何平衡等问题，亦值得反思。实际上，近年来国家大力倡导的“大调解”基本停留在理念和口号上，远不能应对纠纷频发并日益呈现的多样化、复杂化、扩大化、激烈化的现实。此外，调解文献的理论性不足，实证研究薄弱，导致现有研究的水准不足，无法适当地回应实践需要。如此种种，皆构成本书的问题意识。

本书力图有所进展。在总结和反思数千年特别是近几十年来中国调解实践的基础上，从法学、政治学、社会人类学、经济学等跨学科视角出发，着力提升调解的理论研究水平，并立足本土资源，借鉴域外经验，为中国调解

制度的完善指明方向，从而促进调解发挥更大的作用。全书分为调解的理论框架与历史考察、比较法视野下的调解、调解的中国经验、调解的制度完善四编，共二十五章。

第一编 调解的理论框架与历史考察

调解研究的方法论缺陷是调解理论提升的重要障碍。第1章是调解的文献综述，但不求面面俱到，而侧重于方法论的反思。陈柏峰在系统梳理社会功能分析、文化解释和权力技术分析三种研究范式的基础上，指出既有研究因材料来源或方法缺陷而缺乏对“作为生活实践的调解”的关注，难以全面理解底层调解实践，进而倡导一种深入底层/村庄调查研究的实证方法。

如何基于中国经验，构建深度的调解理论？本书试图从社会学、人类学、哲学等跨学科视角以及司法改革、审判理论等基础法学理论切入。第2章，康奈尔大学法学院於兴中教授从人民调解的“广安经验”如何理论化的问题出发，探讨了学术概念的生成路径以及由概念发展学说的哲学方法。

第3章旨在加深对影响法治因素的理解，试图厘清调解在法治发展中的定位。香港大学法律学院傅华伶教授通过梳理司法调解兴起、消退和复兴的演变过程，解释了民事司法改革初期司法调解如何在政治边缘上获得了机遇和空间，分析了推动司法调解向司法判决转变的各项因素，审视了肖扬时代民事司法改革第二个阶段的推动力，以及后肖扬时代民事司法改革停滞甚至部分倒退的原因，由此强调调解应在法律的阴影下得到合理地运用，法院最核心的功能仍是发现法律、运用法律、倡导法律。第4章提出民事审判结构理论，以此揭示“调解优先，调判结合”内在的转换逻辑，并从社会结构、“政法型”司法体制、民事审判结构三大层面对该政策进行反思。徐昀认为，该政策将会从正反两方面产生“叠加效应”，对民事审判结构、司法体制、社会结构转型施加双倍的负面影响，“调判结合”仍然是当前最恰当稳健的应对方式。

第5章基于结构主义视角，概括了人民调解的结构样态，认为在人民调解的过程与结果层面均突显合意、契合和自治等诸特征。曾令健提出，在积极型国家与乡土社会的二元划分的语境下，人民调解是一条制度性通道，“行动者—结构”分析框架和迈向实践的人民调解研究是可能拓展的方向。进而，

他在第6章将人民调解的既有制度及实践概括为“政府推动型人民调解”，梳理了人民调解制度的产生、发展以及演变过程，论述了新民主主义革命时期、新中国成立后至改革开放前夕、改革开放以降的制度意涵变迁。而在人民调解自治化的渐进式改革过程中，在未来相当长的时间内，还需要坚持制度实践及改革的政府推动传统。

近年来，官方转向调解优先，审判的作用受到轻视，第7章对此进行了深刻分析。福特汉姆大学法学院明克胜（Carl Minzner）教授认为，这种转变明显是应对中国特色制度下产生的压力的内部政治反应，也是因“维稳”需要而产生的自上而下的专制式反应。这种重视短期“维稳”的做法将带来长期的严重后果——司法制度逐渐崩溃，甚至国家的动荡。该章还反思了中国法学研究，提出法律学者应拓展视野，关注法律外的领域，才可能完整地理解法律体系的运作并预测未来的走向。

历史使人明智。民国时期是调解由传统转入现代的关键阶段，故本书专门讨论。第8章，罗金寿通过梳理民国时期调解制度的历史脉络，介绍和分析了息讼会、区乡镇坊调解委员会、法院调解等制度的建设及运行情况。这些对于现实具有诸多启示意义。

第二编 比较法视野下的调解

调解并非只是“东方经验”，而是古往今来世界各国诸民族纠纷解决的普遍做法。比较出真知。“中国的问题，世界的眼光”，不只是本编的基本视角，也是全书的用意所在。

台湾、香港对中华传统的继承胜于大陆，在调解方面亦有相当的经验可供借鉴。第9章，吴俊介绍了中国台湾地区的纠纷调解体系，包括社会团体运作的调解、行政调解（调处）、仲裁调解及法院调解，进而建议大陆的调解应当迈向法治促进型调解。第10章，潘炫明描述了香港诉讼调解改革的发展历程，分析了诉讼调解的基本特点及程序规范，讨论了改革过程中的重要背景因素及其对内地的启示。香港民事司法改革采取“自愿调解”与“转介调解”结合的诉讼调解模式，通过程序保障和法官的积极介入促进调解在民事诉讼中的运用。

百年来，美国在成熟的法治空间滋生出替代性纠纷解决机制（ADR），并引领了ADR发展的世界性潮流。本书以两章的篇幅介绍美国的调解。第11

章，黄艳好回顾了美国调解制度从产生到衰落再到复兴的发展历程，全面介绍了法院附设调解、法院和解、民间调解和行政调解等实践中调解的具体类型，并在此基础上，概括和分析了美国调解不同于中国调解的特点和优势。第12章基于美国平等就业机会委员会（EEOC）的经验，介绍美国的行政调解。EEOC将调解程序融入行政性的就业歧视控诉处理机制，从调解利用者即当事人选择纠纷解决方式的立场践行“调解优先”，提供了程序化、专业化、规范化的调解服务。进而，吴俊倡导中国迈向行政程序法治，并附设职权领域的调解机制。

对于欧洲的调解，本书以法国为例，包括第13章、第14章。周建华介绍了法国调解的产生与发展，分析法国调解发展缓慢的原因。法国调解制度给予中国的启示主要有：推进法院委托调解的改革，强化法院委托调解的运用；厘清调解与政治的关系，减少政治对调解的干预；法国调解注重调解员的客观和中立，中国调解的改革应重在保障当事人的合意，并规范目前问题良多的调解员制度。程蕊则着力研究富有特色的法国劳资调解委员会，介绍其组织结构、运作方式、救济途径等方面的经验，提出在劳动立法规定、管辖设置、人员选任及经费保障等方面可能的借鉴。

第三编 调解的中国经验

本编是全书的重点，主要运用法社会学、法人类学等跨学科方法对调解进行实证研究，旨在探索当下中国调解可能的经验及面临的挑战。

第15章是关于人民调解中国经验的总体概括。毋爱斌广泛收集全国各地人民调解的实践创新样本，从网络化、行业化、专业化和社会化四方面进行类型化分析，提炼出调解的中国经验，进而提出人民调解制度的未来发展方向以实现自治性为目标。

当传统遭遇现代，调解将呈现何种面貌？这是调解研究必须回答的基本问题。第16章选择传统文化相对兴盛的潮汕地区，关注基层调解最重要的领域——村落调解。张勤教授利用历史文献和粤东饶平、普宁、陆丰3个县市30个村的统计数据，描述了村调解委员会的历史变迁，并考察了潮汕地区别具特色的老人协会，进而分析村调解委员会在村级权力结构中的地位与作用，以期把握新时期基层调解的内涵和特征。

既关注乡村，也关注都市。与潮汕相比，上海是现代都市的代表。多年

来,上海的人民调解经验受到广泛认可。熊易寒教授在第17章,对上海杨伯寿人民调解工作室进行实证考察,揭示出上海近年来人民调解社会化的实质乃是对人民调解的再组织,发掘了人民调解的复兴基础不在于熟人/半熟人社区,而在于依托基层政府的组织资源,转向半程序化的合意型治理。

接下来的几章从人民调解转向法院调解。第18章讨论司法ADR浪潮下兴起的法院附设型人民调解,毋爱斌分析了该机制兴起的原因及其功能,考察其实践运作的状态和结果,进而提出完善路径。第19章、第20章运用法社会学和法人类学进行调解的经验研究。第19章从制度转向个案,王启梁、张熙娴以云南E县民一庭调解案件为样本,展示了基层法官在调解过程中所采取的行动和手段,包括各种正式和非正式程序的运用、话语建构方式、场景安排和氛围营造等,进而解读隐藏的行动逻辑。第20章是西北地区S省3个基层法院的实地观察,韩宝揭示了基层法院的司法过程具有明显的调解倾向,在探究原因的基础上,讨论了中国基层法院语境下当事人在调解中的作用。

第21章回到应当如何对待法院调解的基础问题。徐昀利用民事审判结构理论,对相当一段时期内法院调解遵循的“调判结合”原则进行反思。由于调解与判决之间的矛盾,该政策会导致法院对调解有所偏好而忽略审判。

第四编 调解的制度完善

在对调解进行理论思考、历史考察、比较研究和实证分析的基础上,完善调解制度成为本书必须直面的问题。但我们并不力求提出全面而宽泛的改革措施,而是从调解立法、制度样本、经验推广、制度创新和发展方向等关键问题入手,力图解决调解发展的核心问题。

《人民调解法》是中国第一部人民调解的专门法律,有助于规范并推进调解工作。但由于该法定位为“规范”而非“促进”人民调解工作上,使其总体上偏于保守。第22章对这部法律进行了系统深入地评价,吴俊认为该法缺乏立法的系统考虑,在法政策上失当,且部分规定脱离实际,进而提出借鉴域外经验,制定统一的“调解法”。

人民调解的广安模式,是课题组参与的司法改革行动项目的实践成果。几年来,项目组在四川广安进行人民调解制度的地方性试点改革,取得了一定经验,并提炼出人民调解的广安模式。第23章全面介绍人民调解广安模式

的实践运作和制度创新，概括了建立专家库、搭建调解组织发展平台、促进人民调解的规范化、完善人民调解组织网络体系等四大制度优势和自治性、社会化、法治化等三大发展理念，同时也看到了完善人民调解制度所面临的种种困难。

第24章从调解的历史发展入手，描述了调解在传统社会和毛泽东时代的发展基础和模式。在此基础上，香港中文大学法学院樊堃教授分析了转型时期中国文化、法律、经济和社会结构等因素的变化，进而讨论转型社会调解在理念、制度和模式等方面的发展和创新。她认为，在继续加强法制建设的同时，应强调调解理念的自治性和调解解决社会纠纷的功能；应强化商事调解在中国的运用，加强专业调解员的队伍建设；还应继续发展和完善调解与仲裁、审判等其他争端解决方式相结合的模式。

人民调解制度向何处去？古老的调解在现代中国如何焕发出新的生机和活力？这是本书贯穿始终的核心问题。在全面深入研究的基础上，本书最后一章力图回答这一基本问题。人民调解制度面临纠纷解决能力较低等严重问题，既有制度本身的缺陷，更有体制方面的深层原因，即它是一种外生型和政府控制型调解，缺乏民间调解制度本应具有的内在活力。人民调解制度的发展方向是迈向社会自治型的人民调解，实现从外生型调解向内生型调解的转变，充分保障调解的自愿性、自发性和自治性，使其真正成为群众自我管理、自我教育、自我约束、自我服务的纠纷解决机制。同时，积极发展多种形式的民间调解机构，只要有助于解决纠纷，皆可大胆尝试。

本书是我主持的国家社科基金重点项目“中国特色的人民调解制度研究”（10AFX010）的最终成果。感谢各位参与者的支持。四川省广安市人大常委会主任余仪先生、广安市司法局王正力局长等广安的朋友，不仅为调研提供了极大的便利，而且促成了“通过试点推进调解制度改革”的司改行动。参与调研，合作试点，召开研讨会，建立长江调解事务所……课题组成员，我在西政指导的博士生和硕士生，乃至我在北理指导的研究生，都在广安这片充满光荣与梦想的土地上，留下了美好的回忆。本课题在调研期间，我离渝北上。重庆剧变，转眼间物是人非，倍感人生如戏，亦表明坚守独立思想自由精神，乃学者的唯一选择。到北京后，我继续从事司法研究机构的建设，更集中关注司法改革领域，开展司法改革行动项目，组织撰写《中国司法改革年度报告》及司改专项报告。本书亦属司法改革系列项目之一。建设司法

研究所是我多年以来的追求，期望联合学界同仁及社会力量，“立足司法，推动法治，影响社会”，努力使之成为中国司法研究的中心和中国司法改革的思想库。

徐 昕

2013 年 3 月 17 日

两会闭幕，微博仍禁言之时

于北京昆玉湖畔

目 录

前 言	1
-----------	---

第一编 调解的理论框架与历史考察

第 1 章 调解、实践与经验研究	3
第 2 章 调解实践的理论化：从概念到哲学	21
第 3 章 回到调解？中国民事司法改革的局限	27
第 4 章 “调解优先”的反思 ——以民事审判结构理论为分析框架	53
第 5 章 结构主义视角下的人民调解	73
第 6 章 政府推动型人民调解的制度转型（1931~2010）	87
第 7 章 逆法而动	96
第 8 章 民国时期的调解制度	134

第二编 比较法视野下的调解

第 9 章 台湾地区的调解：比较与借鉴	151
第 10 章 香港特区的调解：比较与借鉴	170
第 11 章 美国的调解：比较与借鉴	188
第 12 章 美国的行政调解：基于 EEOC 的经验	198
第 13 章 法国的调解：比较与借鉴	210

第 14 章	法国劳资纠纷调解委员会制度	220
--------	---------------------	-----

第三编 调解的中国经验

第 15 章	人民调解的中国经验：类型化考察	235
第 16 章	权力网络中的村落调解组织	249
第 17 章	基层治理体系中的人民调解 ——以上海市杨伯寿工作室为个案	287
第 18 章	法院附设型人民调解及其运作	309
第 19 章	法官如何调解及其行动逻辑	324
第 20 章	基层法院调解动因的实证分析 ——一种调解中心主义的司法过程？	351
第 21 章	“调判结合”的困境 ——以民事审判结构理论为分析框架	374

第四编 调解的制度完善

第 22 章	《人民调解法》的不足与人民调解制度的再完善	401
第 23 章	人民调解的“广安模式”	415
第 24 章	调解的传统与创新	427
第 25 章	迈向社会自治的人民调解	440

第一编

调解的理论框架与历史考察

第1章 调解、实践与经验研究

自人类社会存在以来,各种纠纷便不断地上演,以调解方式解决纠纷是早期人类面对纠纷的普遍选择;在现代民族国家建立和发展的过程中,国家开始试图将调解纳入到自己的治理范围。如果我们放宽视野,很容易发现在“调解”这个看似简单的概念之下,包含了丰富的而繁杂的内容,其中既包括初民社会独特的纠纷解决方式,也包括目前西方国家流行的ADR运动,还包括作为一种悠久传统的中国调解。就中国调解而言,既包括法院调解、司法调解,也包括人民调解和民间调解;既包括传统中国的调解,也包括建国初期的调解和改革开放以来的调解。当前,调解制度及其方式仍然顽强而富有生命力,内容逐渐丰富,方法也日渐多样化,调解研究也因此吸引了法学界、社会学界、人类学界和历史学界的众多学者的注意力。他们从不同的角度和学科背景出发,揭示了调解制度和相关实践背后所反映的问题或隐藏的行为逻辑。本章试图分析这些调解研究的贡献和不足,并展示我所在学术群体的相关研究思路。

一、调解研究的既有路径

按照强世功的梳理,中国调解制度研究是在三种路径或范式下展开的,即调解制度的社会功能分析、文化解释和权力技术分析。^{〔1〕}这三种路径构成了学者理解调解制度和相关实践的三种不同理论立场。

在文化解释的路径下,调解不仅仅是一种纠纷解决的方式,还是特定文化下的产物,中国调解作为一种普遍的制度安排体现了中国人关于社会秩序

〔1〕 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,导言。

的安排甚至宇宙秩序的安排，体现了一种特殊的文化价值趋向，它是传统中国儒家文化的追求自然秩序和谐的理想产物，是中国人生智慧的体现。^{〔1〕}在这一路径下，梁治平根据清代地方诉讼档案、刑科题本、人类学民族志中的相关法律材料展开了对传统中国社会调解制度的讨论，建构出了传统中国社会调解运作的图景。^{〔2〕}梁治平的进路并非不理睬调解的社会功能，但是它更注重的是调解的文化意义，或者说是“制度的文化性格”。所以，它总是追问调解制度背后的文化“根据”。尽管他的研究主要是以清代为背景提出的，但实际上具有更广泛的意义，包括如何看待类似于调解的“小传统”，如何通过调解去理解错综复杂的文化，并在广阔的文化背景下解释调解等习惯法。

梁治平的研究深受海外汉学历史研究的影响，所不同的是，梁治平的研究比海外汉学的相关研究要多一些文化自觉，这也许是由他所处的学术时代背景决定的，他的研究很大程度上是在反对“西方中心主义”、种族式的“中国中心主义”，以及现代人自以为是的“现代中心主义”的背景下进行的。海外汉学中，对梁治平产生了影响的至少包括斯普林克尔和黄宗智。这种影响主要体现在三个方面，一是探讨问题的材料上，与传统中国法律史学不同，而与海外汉学一样，对下层民众生活方面材料的运用较多；二是社会科学方法的借鉴，包括人类学、社会学、心理学等西方社会科学的方法；三是分析框架的借鉴，尽管梁治平对黄宗智所运用的分析框架多有反省，但他最后并没有完全放弃国家——社会的二元框架。

斯普林克尔主要利用人类学民族志中的相关调解记载，将清代的中国村庄想像成一个像宗族和行会一样的实体；认为传统中国的调解就是村首领拥有习惯法上的管辖权，并对村庄内部的纠纷进行管辖；他还生动地描述出了其中的调解运作过程。^{〔3〕}而黄宗智则主要根据清代地方诉讼档案研究认为，清代法律制度的实际运作与政府的官方表达之间存在着“表达”与“实践”的背离。国家在人民面前摆出集儒家的仁者和法家的严肃于一身的“父母官”形象，给人们的印象是多用调解的方法处理案件，用道德教诲子民；但在实

〔1〕 梁治平：《寻求自然秩序的和谐》，中国政法大学出版社2002年版；梁治平编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版。

〔2〕 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第148页以下。

〔3〕 [英] 斯普林克尔：《清代法制导论——从社会学角度加以分析》，张守东译，中国政法大学出版社2000年版，第99页以下。