

# 法制与调解的悖论

季卫东

## 一、问题的提出

在我国，调解一直是解决纠纷的一种最主要方式。1979年加强法制以来，调解的绝对优势也没有动摇。人民调解委员会受理案件数与法院民庭受理一审案件数的比值虽然从1980年的10.8:1缩小到1986年的7.5:1，但是受理调解的案件总数仍然居高不下。而且，调解委员会和调解员的数目仍在增长之中。到1986年，律师与审判人员的总人数是16万人，而调解员总数是61万人。如果再考虑到近几年法院受理的民事案件中也有80%是采取调解方式解决的，那么我国纠纷解决机制中的调解倾向可以说是登峰造极。

优先调解已经成为一个事实，并且制约着法制化的方向。1982年公布的《民事诉讼法》（试行）第6条明确规定，“人民法院审理民事案件，应当着重进行调解；调解无效的，应当及时判决”，这就是着重调解的原则。具体说来是：（1）法院对受理的民事案件能调解的应尽量进行调解（第97条）；（2）在审理过程中可以再次调解（第111条）；（3）第二审法院审理上诉案件也可以进行调解，调解成立后，原审法院的判决即视为撤销（第153条）。同样的原理也贯穿在国内仲裁程序（1983年合资企业法实施条例第109条）和涉外经济合同纠纷处理（1985年涉外经济合同法第37条第1款和第2款）之中。

我国的法制受到优先调解和广泛实行调解这一环境的制约，同时又深刻地反作用于调解制度，使之更加规范化、更加体现法律精神。到1985年底，96%的调解员已受到两次以上的业务培训。<sup>①</sup>调解的法律化处理的色彩得到强调，例如明文规定法院如果发现人民调解委员会的调解违背政策法律，应当予以纠正（《民事诉讼法》（试行）第14条第3款）。值得注意的是以政策作为评价调解正当性的标准，实质上包含着强化正规司法机关对于调解的干预的可能性。作为司法机关和人民调解委员会之间的纽带的专职司法助理员人数，在1981年是26900人，1984年为35000人，1986年又增加到42173人。<sup>②</sup>以司法助理员为中心组成的乡镇法律服务所，1985年底近20000个，1986年底有20984个，到1987年发展到23700多个，调解民间纠纷900000多件，进一步促进了调解本身的制度化和规范化。<sup>③</sup>

调解的最本质的特征是始终尊重当事人意志，使当事人在自愿的前提下参加调解过程，在互相理解的基础上达成共识，从而使纠纷得到解决。调解人的作用主要是在当事人双方之

① 《人民日报》（海外版）1985年12月27日。

② 《北京周报》（英文版）1981年11月23日第4期；《中国法律年鉴1987》。

③ 《人民日报》（海外版）1985年11月15日；《中国法律年鉴1987》27页和《法制日报》1988年4月0日。

间沟通意见,发现共同点和进行劝导说服。因此调解形成的是一种缺乏规范的、带有很大任意性的自律秩序。在当事人地位平等、表达自由和完全自愿的状况下,调解可以成为一种非常具有民主色彩和实效的纠纷处理方式。但是如果当事人地位不平等,或者调解人过于积极地动员自己所拥有的社会手段(例如行政上的身分和权力、舆论控制机制等),那么通过说服这一范畴的媒介作用,也可以使调解带上专制恣意的色彩。调解的规范化可以从实体法和程序法两方面弥补这一缺陷,但却同时有可能损害当事人自律这一调解的根本特性。

自愿与强制、和解与判决、中庸之道与黑白分明——人们往往通过这些对比的概念来论述调解和审判的不同实效或相互作用。而我国广泛推行调解的既定事实和法制化的政策指向,以及调解本身的法制化和法制中的优先调解,使上述对比概念具有某种特殊和崭新的含义。但过分强调调解是否就有碍于法制?为什么中国社会长期存在一种强调调解的倾向?其中是否有什么必然性原因?

## 二、优先调解的理由

一些西方学者倾向于从儒家“和为贵”的哲学传统来解释现代中国优先调解的现象。有人通过对清朝调解制度的考察来解释优先调解现象的连贯性,<sup>①</sup>并认为解放后司法制度改革使得法院更易于为老百姓所利用,因而引起案件激增和积压。为了减轻法院负担,同时也为了继承革命根据地通过吸引群众参与调解而争取对于现有秩序的支持的经验,优先调解就成为一种显然合理的选择。还有人注意到争取群众支持这一政治动机,认为在实际上已经在调解中确立了先决性的是非标准,从而根本改变了传统的调解模型。<sup>②</sup>

国内法学界关于优先调解的理由的主要论述可以概括为:(1)人民调解是政法工作的“第一道防线”,可以使大量纠纷在基层得到解决,减少讼累;(2)调解方式灵活易行,在缺乏成文法规定的条件下自然地成为解决纠纷的适当形式;(3)通过调解可以进行政策法规的宣传教育;(4)调解是组织人民群众直接参与社会民主管理,实现基层自治的重要的民主制度。

一些积极主张加强法制的青年研究者却对调解的实际效果提出了疑义。他们认为:着重调解的绝对化使调解产生了变质和功能衰弱,主要表现为威压性调解和“和稀泥”式调解的存在,其结果使调解失去了当事人自愿自治、处理结果合情合理的优点。法院久调不决使纠纷处理的代价增大,因而调解既缺乏公正程序的保障,又未得简易节约的形式上的利益。法院着重调解虽然意在便利人民,但由于处理结果的不可预测而引起当事人疑虑,反而妨害当事人利用诉讼来主张权利。

关于优先调解的理由,固然可以从当事人的理性选择、社会的既存制度、政府的法律政策以及文化传统等不同角度来加以说明,但一旦面对我国调解的现实,就多少显出其局限性。比如减轻法院负担的说法可以用来解释人民调解委员会的功能,但却难以说明法院久调不决的行为模式。思想教育和民主参与的说法并不能令人信服地处理好自愿与说服这两个范畴的关系。关于法律的简略化和解决纠纷的非正式化之间内在关系的思考已经触及到问题的关键所在,可惜仅流于就事论事。我认为,要理解我国强调调解机制,必须重视更带根本性的

<sup>①</sup> J·A·柯恩,《中国现代化前夕的调解》,载《加利福尼亚法律评论》1966年第54期,第1222—1226页。

<sup>②</sup> S·卢布曼,《毛泽东和调解》,载《加利福尼亚法律评论》1967年第55期,第1287页。

抽象研究，把分析的焦点放到自发秩序和人为秩序的组合方式上来。

### 三、人为秩序对于自发秩序的适应和依存

我国封建社会的法律秩序的形成，可以说是通过两次运动实现的。第一次是“从习惯到官僚法”。<sup>①</sup>这一转变自礼崩乐坏的春秋末期始，经战国时代，至秦始皇“置天下于法令刑罚之中”<sup>②</sup>而告成。秦代车同轨、书同文，所建立的正是一种单一的、以早产的中央集权政治为核心的人为秩序。与统治一个文化多元性的大国的复杂任务相比，刑赏的制裁装置未免过于简陋，而分封制的血缘纽带和社区自治机制又已被破坏。在统治者感到手段贫乏的时候，专制暴政就势在必然，最后导致农民的揭竿而起。汉承秦制又吸取其教训，进行了法制改革，这就是被称为“以礼入法”的第二次革新运动。其主要思路在于通过亲子之情、天伦之理使成文法体系社会化，通过社会内在的自序化、微观调节机制，克服官僚法制的僵化。

国家通过自由裁量来保持人为秩序与自发秩序的衔接关系。为了防止裁量权的滥用，历史上主要出现了两种限制方式：第一种是选任贤人和道德约束，第二种是分权制衡和严格程序。前者以中国为代表，后者以美国为典型。前一种制度适应和利用了自发秩序而缺乏自我改善的复杂化，后一种制度与自发秩序保持着一种互换性，由此实现了自身的复杂化。

总之，我国优先调解体现了人为秩序对于自发秩序的适应和依赖。优先调解传统的形成具有以下四种因素：第一，对复杂的社会进行微观调节；第二，减少正式法律制度的负担；第三，缓和政府由于手段贫乏而形成的结构性压抑感；第四，追求一种社会性实质正义。正因为如此，尽管情况变化可以引起某一因素的强弱消长，优先调解的法律化与非法律化的过程会交替出现，但这一传统却得以巍然不动。

### 四、法制化社会中调解制的理论

了解法制化社会中的调解实践和理论研究对于我们开拓思路是非常必要的。近年来，世界各国对法院外解决纠纷方式期待很高，长期以来被认为与司法正义相对立的调解也得到重新评价。关于法制社会中调解的意义，大致有以下几种观点：

(1) 站在法制化的立场上，把调解等法院外解决纠纷制度看作是申张司法正义的媒介或辅助。

(2) 站在民主化的立场上，把调解看作是公民参与司法的一种重要形式。通过调解制度，使近代审判制度所排斥的非专业法官得以复活，使司法脱离权威主义而更体现社会的共识和协作，从而能达到审判制度难以达到的境界，真正解决纠纷。<sup>③</sup>但是需要指出，也有一些学者认为非正式的解决纠纷方式反而会增强国家权力、扩张社会控制。<sup>④</sup>

(3) 站在制度多元论的立场上，强调在多种多样的解决纠纷机构的竞存中充分发挥它们各自固有的功能，从而形成一种互相补充的综合性的纠纷处理体系，以实现社会整体的宏

① R·昂格尔，《现代社会的法律》（1976）第96页。

② 《汉书》卷48《贾谊传》。

③ M·加兰特，《立法及其不满》（1980）。

④ R·埃布尔，《非正式正义的政治》导言（1982）第6页。

观正义。<sup>①</sup>但是强制性的审判程序和自治性的调解的不同性质如此明显,在法制化社会中怎样保证调解不在审判正义的同化压力下变质,实在是一个关键问题。一些学者试图从抗辩程序入手把握审判和调解的共性和区别<sup>②</sup>,但并没有彻底解决问题。

(4)站在调解与审判同属于自治秩序的共同基础论的立场上,主张追求一种能结合利己动机和协同动机的自治型调解,并把这种调解与审判并列为支持法制社会的两大动力。这种自治性调解可以理解为一种利益的自主调整的过程,其中既反映当事人的个人爱好,也反映当事人在辩论过程中所援用的包括法律规范在内的多种多样的社会规范。调解的程序原理就是通过辩论形成的规范命题,即所谓“日常辩论规范”。审判过程中也存在类似的程序原理,只是在那里日常辩论规范服从审判规范,最终一切取决于法官的判断。<sup>③</sup>

从这些不同观点中我们可以获得一些重要的启示。首先,现代的法院审判无论如何改进,都不免存在着制度上的局限性,需要调解这样简便易行、通融灵活的解决纠纷方式,来实现审判制度力所不能及的社会功能。第二、调解无论其制度化的程度如何,都必须与审判程序保持原理上的不同,否则调解的固有功能就会陷入麻痹状态,最终失去其存在的真正价值。第三、防止调解变质的关键在于,调解人积极的劝告不能有威压效果;当事人的协定及其所援用的社会规范,只要不违反强行法,就应该具有优于任意法的效力。总之,必须强调在当事人自愿共识基础上自主解决纠纷。第四、调解及其他法院外解决纠纷方式或多或少存在着“非法制化”的因素。<sup>④</sup>因而在法制化进程中,应当对调解和审判进行制度上的区分,限制审判中过分注重调解的做法,以免妨碍法律程序的健全。

所谓调解与审判的制度的区分包括两层意思:一是法院内的调解应该单独程序化,而不要和法官的审判程序混在一起。法官不妨单独进行调解,但必须注意调解与审判在程序原理上的差异。二是人民调解的制度化应该排斥行政和审判程序,侧重于保证当事人自主性,以维持自发秩序的机制,避免全面法制化的僵化。

调解的实效不是由外在的强制力,而是由对于相互依存和协作的共识与内在化的共同价值和规范来担保的。正因为如此,有的学者对于在现代社会中调解能否发挥很大的作用表示怀疑。<sup>⑤</sup>另外也有的学者认为,调解中最本质的共性不一定要到超越于纠纷当事人的共同秩序中寻求其渊源,而可以从法律秩序中作为一种普遍要素提炼出来。<sup>⑥</sup>但无论是求诸共同体秩序,还是求诸法律秩序本身,调解的公正和实效都必须以当事人之间在地位对等基础上的协议为前提,否则就需要借助外在的强制力(特别是法律)来实现正义。

我国现代化的一个重要特色是从社会主义原则出发,试图以生产、生活单位为基础重组共同体结构,无论是村民委员会还是居民委员会,都表现了这种努力。其效果可以从婚姻纠纷处理中当事人普遍倾向于所属单位主持调解的事实得到证明。在理论上说,公有制下的普遍平等也保证了当事人间的力量均衡。这些似乎为公正而有实效的调解制度的发展提供了非常有利的条件。但是实际上,由于存在膨大的行政机构,作为管理者的基层干部握有很大的

① L·纳达尔:《不同法律:美国司法制度的替代》(1980)。

② 吉村德重:《法院外解决纠纷的动向及其分析》,载《政法研究》第51卷3、4号第739—741页。

③ 棚濑孝雄:《本人诉讼的研究——探究小额审判的应有模型》(1983)第52—71页,第80、97页。

④ 田中成明:《现代日本法的构图——为法律的活性化而作》(1987)第202—203页,216—217页。

⑤ J·奥尔巴赫:《没有法律的正义》(1983)。

⑥ 棚濑孝雄:《对于自律型调解的期待——法制化社会的调解模型》,载《法律家》(1988),第920、921号,第47页。

# 结社立法问题初探

阎典恒 祖玉琴 杨岳 王绍忠

## 一、结社立法的必要性

在改革开放的新形势下，我国公民的结社热情空前高涨，各类社会团体大量涌现，基本上形成了一个从自然科学到社会科学、从体育卫生到文学艺术、从技术信息到咨询服务、从筹集基金到联络友谊以及各种学科互相渗透融合的社会团体体系。据初步了解，我国目前已有经国家有关部门确认的全国性社团1100多个，地方性社团的数量更大。近年，随着政治体制改革的深入和政府部分职能的转变，经济领域的行业性协会、管理性协会和技术性协会的发展也很快。据不完全统计，到今年3月，全国性工业经济行业协会已有154个，分别挂靠在国家各部委。

这些社会团体的特点是：（一）大多数社团为有关部门筹建的非营利性组织，他们的业务指导关系比较明确；（二）社团的组成，集中了一批学术上有专长，社会上有影响的知名人士，形成一支重要的社会力量；（三）多数团体都在宪法、法律规定的范围内活动，不靠行政手段和行政办法，活动比较灵活；（四）社团的业务活动范围广泛，涉及政治、经济和社会生活的各个领域，在某些方面对政府决策产生了重要影响。

我国社会团体的组建和发展，对推动改革开放，繁荣社会主义政治、经济和科学文化事业，促进国际民间交往，起了重要作用，发挥了群众团体的特殊优势。社会团体的增加，是我国民主制度建设的一项成果。但是，我国的社团及社团活动也存在不少问题：有些社团是由党政机关发起筹办的，其机构设置、人员编制、经费来源等方面套用行政办法，“官办”色彩很浓；一些团体未经任何部门批准和确认，就擅自宣布成立，并开展活动；还有的社团

权力。所以，现行调解制还存在很多问题，盲目的优先调解会妨害现代意义上的法制化。

为了贯彻法治精神，应充分肯定独立人格的价值和当事人自治的原则，限制行政裁量权。这与调解的自治机制并不是对立的。换言之，民主自治是法制化与调解的结合点，是我们安排这两者关系的基础。

（作者单位：北京大学）

责任编辑：林炎