

中国的纠纷解决*

郭丹青**

王 晴 译 汪庆华 校

一、概 述

中国的纠纷解决程序,尤其是调解,长时间以来大概是惟一在西方被最广泛研究的中国法律制度的特征。部分原因在于中国政府允许有关法院以外的纠纷解决机制的大量信息流往国外。^①尤其是在美国,对中国式方法的兴趣还随着对一般意义上的非诉讼纠纷方式(ADR)的兴趣而与日俱增。^②甚至美国最高法院的前任首席大法官 Warren Burger 也对中国调解机制加以赞许。^③

* 本文原载 *Journal of Chinese Law*, 1991, vol. 5, no. 2, 245-296。

** 我想感谢 William Jones 和 John Haley 的评论,以及华盛顿大学法律图书馆的管理人员在提供必要的资料时的高质量服务。

① 要得到关于法院运作的可靠信息仍然十分困难。

② 参见例如, M. Holt Meyer & Charles J. Wysocki, *Chinese Mediation*, N. Y. ST. BAR J., April 1985, at 37; William O' Hara, *Dispute Resolution in the Union of Soviet Socialist Republic and the People's Republic of China*, R. I. BAR J., Feb. 1985, at 4 (1985); Kenneth J. Rigby, *Alternate Dispute Resolution*, 44 La. L. Rev. 1725, 1729. Kenneth Karst 认为中国社会是“为维持现有的人际关系而把重点放在调解上”的社会,但是他注意到了“这样一个社会可能不都是甜蜜和光明的”。Kenneth Karst, *Woman's Constitution*, 1984 Duke L. J. 447, 490 n. 166.

③ 参见“美国大法官在上海”,新华社,1981年9月8日,载 British Broadcasting Corporation, Summary of World Broadcasts, Part 3: The Far East [SWB/FE], Sept. 10, 1981, at A1/1.

在西方许多对有关中国纠纷解决机构的研究集中于调解的同时，他们也趋向于接受这样一个看法，即被翻译为“mediation”（调解）的中国式程序，大体上与我们用英语中所说的“mediation”——它是一个程序，第三方促使纠纷双方自愿达成对纠纷的解决方案——相类似。中国和西方的评论者通常注意下述情形，即调解员经常迫使甚至强制双方接受他们建议的解决方法，但是这种现象被视为是反常的或通常令人遗憾的。

本文的目的是说明这种对中国调解的理解是不全面的。通常对调解的描述完全不是错误的——调解的理念，就像对该英语词汇一般的理解一样，是中国理论与实践的重要品质，自愿的原则在学术评论和立法上都得到不断的强调。但是这种品质仅仅是诸多品质中的一种，它与其它使实践中的调解更趋向强制的品质并存。因此，对调解的一般描述需要进一步的丰富，这就是要承认某些以前被认为是反常的因素，比如说强制，实际上它可能是中国调解机制中与众不同的逻辑运作的重要组成部分。因此，在本文涉及中国的制度和实践时使用“mediation”及其同源词汇的地方，他们不应简单地被理解为对“调解”的随意的翻译。调解是否以及在何种程度上“的确”是 mediation，这是本文想要探讨的问题。

二、理论框架

（一）纠纷解决程序的一般分类

纠纷解决的方法一般被置于这样一个变化于两端的领域之中，一端是双方非正式的谈判，另一端是由某些类似法院的机关进行的正式审判。一旦第三方介入——本文关心的是存在第三方的纠纷解决程序——评论者一般会将该程序置于三个类型中的一

种：调解、仲裁以及审判。^④ 调解包括一个努力促使双方自愿达成协议的一方。任何一方都不必须接受调解员的建议。仲裁涉及的第三方由争执双方在纠纷发生前或发生后选出，其所做的裁决通过事先的协议而对双方具有约束力。换句话说，调解对于结果的接受也允许自愿，而仲裁仅仅允许程序上的自愿。在审判中，当事人双方的意志对程序和结果都不能拒绝。权威性的机构——比如说“法院”——自主决定其是否有纠纷的管辖权，并决定案件的结果。^⑤

当然，在现实生活中，这些模式并不如此泾渭分明。^⑥ 当一方“自愿地”决定接受通过调解达成的协议时，这种接受是建立在估量的基础之上，即不接受的结果会比接受的结果更糟。我们是否将这种接受称为“自愿”，取决于我们是否认为将不接受的后果强加于一方的做法是正当的。如果一方不接受这样一种协议的后果是调解员对该方进行打击报复，则我们不会将这种接受称为“自愿”。如果不接受的结果是双方诉诸费钱耗时的审判，其导致的仍可能是对一方不利的重要判决，我们通常将这种对调解协议的接受称为“自愿”。

仲裁的结果也要受审判机构的影响。在这三种模式中，只有审判机构有权力强制执行他们的判决。因此，当仲裁中失利的一方不履行尊重结果的承诺，胜利的一方必须向审判机构申请强制执行并满足这些机构所提出的任何要求。

最后，实际生活中的审判程序可以包含实质性的调解因素。

^④ 参见例如 Stephen B. Goldberg 等，*Dispute Resolution* 7-10 (1985)；Martin M. Shapiro, *Courts, A Comparative and Political Analysis* 3-17 (1981) (讨论“中间人、调解员、仲裁员、法官”的统一体)。

^⑤ 参见 Goldberg 等，前注④，页 8 的图表。

^⑥ 对于各种场所的相关性的简明的讨论，参见 Sally Engle Merry, *Disputing Without Culture*, 100 Harv. L. Rev. 2057, 2064-67 (1987)。

有可能胜诉的一方必须估计到执行判决的困难程度。法官也出于自己的考虑鼓励双方在判决前达成一致的解决方案，因此他们可能会向想反抗的一方明示或暗示表示威胁。

和许多社会一样，中国也有按照惯例被称为调解、仲裁和审判的机构。但如我们所料，实际的机构并不完全符合上面列出的模式，也不与其他国家相同名称的机构完全吻合。每种模式不仅受中国特色的特殊国情，而且也受其他纠纷解决方式的影响。纠纷解决于某一场所而非其他场所不是偶然的。特定的场所有助于特定的实质性规则和实质性结果。相反的，一些具体的社会秩序对于解决纠纷的特定程序来说是可以接受的，而对其他程序来说就是不利的。本文将探讨中国社会与它的纠纷解决机构之间的相互影响。

（二）纠纷解决的两种模式

尽管纠纷解决一般是在调解、仲裁和审判这三种理想型的条件下加以思考，但关于中国的纠纷解决的完整模式仍需要对包括内部纠纷解决方式和外部纠纷解决方式的类别在内的另一线索的引进。

我所指的作为理想型的“外部解纷方式”是，通过第三方（无论是把他称做调解员、仲裁员还是审判员）来解决纠纷，该第三方除了起到纠纷解决者的专门作用外与双方都没有特殊的关系。纠纷解决者对双方个人或集体的财富没有自己的利益。外部

解纷方式在西方社会有关纠纷解决的写作中是支配性的模式。^⑦争执双方被认定为在法律上各自独立并独立于纠纷解决者。

我所说的作为理想型的“内部解纷方式”是一种程序，比如说，一个母公司解决它两个全资分公司的管理者之间的纠纷，或者是总统平息职权交叉的行政机构之间的争议。纠纷解决者具有权威并不是因为其作为纠纷解决者的专门作用，而是因为其与纠纷双方有某些特殊的关系。而且，双方的利益直接对纠纷解决者的利益产生影响。由此，纠纷解决者会更关注于使涉及纠纷三方——纠纷双方和解决者——的集体福利最大化，而不是通过适用与所涉事件有关的规则以决定谁会“取胜”。争执双方都被认为是他们共同上级的钱袋，那么决定从一个钱袋中取出多少而放入另一个里，要考虑的是诸如便利与效率这样的因素，而不是公正与过错。

内部解纷方式和外部解纷方式在程序和结果上会有明显的差异。在程序上，内部解决方式模糊了调解、仲裁和审判之间的界限。由于纠纷解决者与双方具有特殊的关系，因而他处于一种可以将结果强加于双方的位置，而不管他表面上采取了哪种解纷模式。和外部解纷方式不同，比如说，母公司可以解雇分公司经理A，如果他拒绝接受母公司提出的通过“自愿调解”来解决他和

^⑦ 例如，参见 Goldberg 等，前注④，页 8-9 的图表。作者们所提到的“主要的”和“混合的”九种纠纷解决程序的模式恰当地描述了在家庭内部或公司里，由与争执者有极强的利益联系的共同的上级主持的纠纷解决。其他作者强调他们所关注的纠纷的公开性质，并将对家庭内部和公司内部的纠纷或者行政各部门之间的职权之争排除在他们的分析领域之外。参见例如，P. H. Gulliver, *Introduction to Case Studies of Law in Non-Western Societies*, in *Law in Culture and Society* 11 (Laura Nader ed., 1969) (将纠纷定义为通常通过一些标准程序，将最初双方的争议公开化的主张)；Merry, 前注⑥，页 2061 (将纠纷定义为“上升到公共领域的对质”)。本文所涉及的纠纷是提交给第三方解决的，但这个第三方不需要非常“公共化”，而且实际在组织上可能与当事人非常紧密。

分公司 B 的纠纷的话。另一方面，争执双方也可能对不适于作法庭上的诉讼人的纠纷解决者施加特殊压力。如果总部不容易替换分公司 A 的经理，那么如果这些经理感到权利受到总部决定的特定的不法侵害时，他们就可能有效的，只要是暗地的，以不合作相威胁。因此，争执双方在否决“调解”的解决方案时并不完全自由，而纠纷的解决者在强加一个“裁断”的解决方案时也不是完全自由的。

内部解决方式也可能造成与外部解决方式不同的结果。这是因为它们适用的规范不同。在外部解纷领域中，即使是调解的解决方案也在规范的约束之下，这种规范是争执双方相信如果纠纷提交审判时也将适用。因此，只要这种外部的支持具有真正的可能性，任何在外部审判中适用这种规范的人都能勾画出纠纷的结果，即使这种纠纷的双方都对其保密。^⑧

另一方面，在内部解纷领域中，为外部解纷确立的规范可能从不实际应用。相反，适用的标准可能是对双方和纠纷解决者所在的组织有益。举一个具体例子，假如工厂 A 承诺提供一定等级的钢材给工厂 B，后来他发现如果交付次等钢材可以节省 1 万元。如果工厂 B 接受了次等钢材，他制造不同的产品，只损失了 1,000 元。如果 A 没有交付承诺的钢材等级，外部的解纷方式可能需要查明过错是谁。如果合同被维持，A 将损失 1 万元。而如果两家工厂都是同一母公司所有的话，母公司就会指示 B 接受这批次级钢材，因为这样 A 和 B 的总损失就会从 1 万元降低到 1,000 元，过错可能就是无关的了。当然，如果交易成本

⑧ 不过，正如 Owen Fiss 所指出的，有许多理由认为，谈判或调解协议这一用语可能不仅仅反映了当事人对于在审判中所适用的法规的看法。在其他情况下，“财政资源的分配，或者一方支付其费用的能力，总是影响着交涉的过程，其解决的方案就会在寻求与双方的财产不相关的公平的观念方面产生争执。”Owen Fiss, *Against Settlement*, 93 Yale L. J. 1073, 1076 (1984).

是零，在外部解决的制度中可以达到实质上同样的最终结果：A 提供、B 接受多于 1,000 少于 1 万元的数量作为 B 接受这批次级钢材的代价，这对双方都是理性的。不过，在真实的世界中，交易成本从不是零，而且经常高得足以阻碍任何这样的解决办法。^⑨

在对中国纠纷解决的观察中，关键是要看到，虽然在考察个人之间解纷方式时，外部解决的标准模式可能经常是适当的，但是在分析国有及集体企业之间的纠纷时，计划经济体制经常使内部解决的模式更加恰当。

计划经济的传统模式将国家实质上视为一个巨型的纵向一体的制造厂——“中国股份有限公司”。^⑩各政府部门就是公司的分公司，各企业就是工厂。当钢厂认为制铁工厂的交付不符合标准时，他可以诉诸政府行政部门，纠纷最终将提交给双方的直接主管部门解决。^⑪官方最关注的是采取能够最好地完成计划指标的行动。如果铁的质量的确很差，哪一方最有利于精炼它？用次级的铁能否实现钢材工厂的目标？而过错仅仅是为了工资或提升，（实际上，由于我们认为所有的工厂都属于同样的工业“系

⑨ 关于交易成本对法律授权的交涉的影响，参见 Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & Econ. 1, 15-19 (1960)。关于科斯定理的讨论的新发展，参见 Robert Cooter, *The Cost of Coase*, 11 J. Legal Stud. 1 (1982) 以及其中引证的资料。

⑩ 对中国的计划体制的简要的描述可参见 Donald Clarke, *What's Law Got to Do with It? Legal Institutions and Economic Reform in China*, 10 U. C. L. A. Pac. Basin L. J. 1, 5-6 (1991)；更充分的说明参见 Barry Naughton, *China's Experience with Guidance Planning*, 14 J. Comp. Econ. 743 (1990)；Barry Naughton, *Industrial Planning and Prospects in China*, in U. S. - China Trade: Problems and Prospects 179 (Eugene K. Lawson ed., 1988)。

⑪ 该例子取自 John A. Spanogle, Jr. & Tibor M. Baranski, Jr., *Chinese Commercial Dispute Resolution Methods: The State Commercial and Industrial Arbitration Bureau*, 35 Am. J. Comp. L. 761, 764-65 (1987)，并有更充分的描述。他们称之为“行政性解决方法”。

统”，一位经理就有可能从一家工厂提升到另一家）而评估工厂经理的成绩时才加以考虑。

内部和外部的解纷方式都有其特殊的缺陷。外部解纷方式对社会净损失最小化缺乏考虑，可能带来很高的交易成本。例如，需要雇用律师，主张必须得到证据证明。在耗时费力的 Bleak House 一案中，论战的整个花销几乎都被法律酬金所占据。^⑫而且这种社会花销还必须加上非由双方承担的为了解决纠纷的其他成本（例如，司法系统运作产生的由公众负担的成本）。

内部解纷方式——例如在计划经济下出现的情况——也会导致资源的无效配置。在上面关于 A 和 B 的钢材合同的例子里，B 很少会有动力耗费资源去寻找损失最小化的方法——例如，寻找可替代产品的最有利可图的生产线。相反，他的时间大部分花在向母公司提出意外损失不能归责于他的管理因素这种辩解上。^⑬

中国的经济改革缩减了中央计划经济的范围。在某些情况下，这就意味着应用内部纠纷解决方式领域的缩小。不过，内部解纷模式不可能被抛弃。无论企业是否正式的包含在计划之内（他们经常部分在计划之内，部分在计划之外），各政府机关都对

其保持浓厚的兴趣，并受他们的财富的影响。尤其是在许多情况下，中央计划的减弱却意味着地方政府对企业控制的增强。如果两个争执的企业为同一个地方政府所管理，考虑内部解纷模式仍是必要的。有可能在某些特殊情况下内部解纷方式并不是合适的模式，但这只是分析的结论，并不是分析的前提。

（三）分析的结构

观察中国的纠纷解决的一种方法是，对调解、仲裁、审判这些传统的模式作独立的分析：某种解纷模式是保持不变的，而要在这种模式下研究能够解决纠纷的一种或多种机构。^⑭这种方法是，它会使研究者重点研究由不同机构从事的在实质上相同的行为（例如调解）。而若想能够克服这种方法论上的漏洞并发现重要的差异，正如一些作者所为的那样，^⑮研究的整体视角——对解纷模式的分析——就丧失了。

而且，这种以模式为中心的方法容易疏漏争执者的实际经验。本文的论点是，处理纠纷的机构比该机构所应用的解纷模式更重要。争执者会发现他们处于纠纷解决的具体的场所中，而不是抽象的模式中。注意纠纷解决的特殊的第三方场所会使我们更

^⑫ 若要现今的例子，参见 Stephen Labaton, *The Ronan Case: A Giant Legal Battle Over a Tiny Company*, N. Y. Times, Sept. 1, 1989, at B8. 对诉讼费用的有趣的经济分析，参见 Avery Katz, *Judicial Decisionmaking and Litigation Expenditure*, 8 Int' l Rev. L. & Econ. 127 (1988). 对相关文章的评述，参见 Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 27 J. Econ. Lit. 1067 (1989).

^⑬ 这是对一个问题更一般的特殊的显示：

由于缺少可普遍适用的规则，企业的精力不得不从提高效率 and 产品质量转向了交涉。企业寻租而非寻利。他们寻找利用规则增进金融利益的方法而不是单纯遵守规则。

Gene Tidrick, *Planning and Supply*, in *China's Industrial Reform* 175, 198-99 (Gene Tidrick & Jiyan Chen eds., 1987) (省略脚注)。一般参见 Anne O. Krueger, *The Political Economy of Rent - Seeking Society*, 64 Amer. Econ. Rev. 291 (1974).

^⑭ 参见例如 Jerome A. Cohen, *Chinese Mediation on the Eve of Modernization*, 54 Calif. L. Rev. 1201 (1966); David Hunter, *Chinese Labour Dispute Arbitration Procedures: An Early Review in Zhejiang Province*, 11 Comp. Labor L. J. 340 (1990); Stanley Lubman, *Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China*, 55 Calif. L. Rev. 1284 (1967); Michael Palmer, *The Revival of Mediation in the People's Republic of China*: (1) *Extra-Judicial Mediation*, in *Yearbook on Socialist Legal Systems* 1987, at 219 (W. E. Butler ed., 1987) [在下文中称 Palmer, *Extra-Judicial Mediation*]; Michael Palmer, *The Revival of Mediation in the People's Republic of China*: (2) *Judicial Mediation*, in *Yearbook on Socialist Legal Systems* 1988, at 143 (W. E. Butler ed., 1989) [在下文中称 Palmer, *Judicial Mediation*]; Spanogle & Baranski, 前注⑭ (仲裁)。

^⑮ 参见例如 Lubman, 前注⑭, 页 1329. (“尽管在共产主义的中国的资料中，调解似乎是作为单一的、定义清楚的纠纷解决方法而被讨论的，但是他也随着调解机构的类型而产生相当大的变化。”)

清楚地看到纠纷解决的一种表面上的模式如何隐藏在另一种模式之中。它使我们无需关注如何划分某种纠纷解决的具体类型。相反，我们只需研究他自身的特点。因此，本文将采用一种以机构为中心的方法考察中国的纠纷解决。

三、纠纷解决的机构

(一) 法院^⑩

1. 概述

中国的法院系统具有一般管辖权的法院和专门法院组成。^⑪通常对初审有一次上诉的机会，第二次审理是 *de novo* 的，而判决是最终的，没有第三审，即使是仅仅就法律上的问题而言。^⑫

具有一般管辖权的法院具有四级。每一级法院都可以作为初审法院，根据案件的重要性以及双方当事人的地位确定管辖。^⑬

该结构的最顶层是最高人民法院（SPC）。在其之下，即省级，是 30 个高级人民法院（HLPC）。每个省、自治区（例如西藏或新疆）和直辖市（例如北京或上海）设有一个高级人民法院。

^⑩ 本段关于法院的论述见 Clarke，前注⑩，页 57-69 中的详细研究的基础上，但是已被精简、修改和更新。

^⑪ 法院系统的结构可见于中华人民共和国人民法院组织法（修改稿），载《中华人民共和国法规汇编》[FGHB]，1983 年，页 4（以下称法院组织法）。

^⑫ 当事人仍旧可以通过一种被称为申诉的程序对抗已经产生法律效力的判决。申诉实质上是向做出判决的法院或他的上级法院提出的重新审查该案的一种请求。也可以向检察院申诉请求重审。现在还没有清晰的标准确定提起申诉的理由和次数。关于一般的申诉以及与上诉的关系，参见 Margaret Y. K. Woo, *The Right to a Criminal Appeal in the People's Republic of China*, 14 Yale J. Int'l L. 118, 133-141 (1989)。

^⑬ 例如，中级人民法院管辖有外国人被起诉或者作为被害人的所有刑事案件的初审。见《中华人民共和国刑事诉讼法》（下文中称刑事诉讼法），第 15 条。载法规汇编（1979），页 87。

在高级人民法院之下是 381 个中级人民法院（ILPC）。^⑭ 它们设在省级以下的地区、省辖市以及直辖市之内。

在底层是 0.3 万个左右^⑮ 基层人民法院（BLPC），设在县一级。每个法院设有一名院长、一名副院长和几名法官。为了解决郊县的当事人参讼的困难，基层法院可以在城外设立以其为总部的分支机构，即所谓的人民法庭（PT）。人民法庭的决定就是基层法院的决定，对其应该上诉到基层法院之上的法院而非基层法院自身。^⑯ 到 1990 年底全国大约有 1.85 万个人民法庭。^⑰

专门法院的管辖范围由其主管内容所决定，不受行政区划的限制。^⑱ 他们的人员由中央委任，而非由某一级的人民代表大会选举。专门法院包括军事法院、海事法院、林业法院和铁路法院。

中国大约有 0.35 万个法院，干警为 21.5 万人，其中有 12.5 万人是法官。^⑲ 法院院长通常由同级人民代表大会选出（例如市、县或省），但是副院长以及其他法官则由同级人民代表大会

^⑭ 该数字取自任建新：“最高人民法院工作报告”，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》[NPCSC Gazette] 第 2 期，页 109、115。译文见于 Foreign Broadcast Information Service, Daily Report: China [FBIS-China], May 2, 1989, at 83.

^⑮ 参见任建新，前注⑭，页 122。

^⑯ 法院组织法，前注⑭，第 20 条。

^⑰ 参见任建新：“最高人民法院工作报告”，载《法制日报》，1991 年 4 月 12 日，第 2 版，译文见于 SWB/FE, Apr. 25, 1991, at C1/1.

^⑱ 大约有 132 个专门法院。参见 Chang Hong, *Top Judge Feels Law Has Made Big Gains*, China Daily, Oct. 3, 1989, at 4, col. 1.

^⑲ 见上注。我估计法院的数量为 3,500，而不是根据 1989 年资料使用的 3,358，如果加上正文中所给的人民法院的数字并为专门法院和增长留有余地的话。1988 年，当时最高人民法院院长郑天翔在对全国人民代表大会的报告中提到，到 1987 年底有 3,435 所法院。参见郑天翔：“最高人民法院工作报告”，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》，1988 年第 4 期，页 24、34。1990 年和 1991 年的最高人民法院工作报告都没有包含法院数量的信息。

常务委员会选出。^⑥ 这种体制的效果是法院的人员掌握在同级政府手中。^⑦ 中国的法官没有任期保障，而且最高法院之下的法院的法官也不是由中央政府任命。因此，基层法院的法官由县级政府所掌握，高级法院的法官由省级政府所掌握，最高法院的法官由中央政府所掌握。^⑧

中国的法院通过三种基本的组织形式听审和判决案件。首先，独任法官审理简单的民事和刑事一审案件。其次，负责其他案件审理的是由几名法官或者由法官以及从群众中选出的人民陪审员组成的合议庭。合议庭的成员，无论是外行的或是职业的，在参加合议庭决定时都享有同等的权利，决定由多数票通过。实际上，人民陪审员的角色似乎主要是一种形式，不能指望他们反对主审法官的意见。^⑨ 第三，每个法院都设有审判委员会，他是法院内部的最高决策组织。他由法院院长、副院长、各专门法庭的庭长、副庭长以及普通法官组成。审判委员会有权决定他认为应由其决定的个别的案件，以引导听审的法官或合议庭作出特定

⑥ 该项规则的例外是中级人民法院，其所有的法官包括法院院长通常都由省级人民代表大会常务委员会选举产生。在少数民族地区和城市，在省级和县级之间还可以有一级人民代表大会。如果这样，该人代会及其常委会即根据上面的标准程序选举中级人民法院的人员。

⑦ 在职务上，法院院长由同级人民代表大会选举；副院长及其他法官由同级人大常委会委任。不过人民代表大会很少起到作为中国共产党地方组织的橡皮图章以外的作用，尤其是在由负责公共安全事务的同级党委处理的司法行政事务中。参见下注 61-64 以及相关正文。

⑧ 许多中级人民法院没有同级人民代表大会。例如，地区就是直属省级政府以下的行政单位，其建立是因为便利省政府管理，并没有他们自己的人代会。在这种情况下，中级人民法院的法官由省级人代会正式委任。参见前注⑥。

⑨ 例如，参见刘守海：“陪审员两地书”，载《法制日报》，1988年8月25日，第一版。其中作者回忆了他作为人民陪审员的经历。审判以后但在合议之前，有人通知他法院院长已经就如何处理该案作了决定，并且提供了一份等待签字的判决书。在另一个案件中，他冒险对审判长的结论提出了疑问，结果失去了陪审员的职业。

的判决。^⑩

除了通过审判处理案件，法院能够并且也被鼓励引导双方当事人达成调解协议。法院有权在以下两种案件中应用调解手段：民事案件以及告诉才处理的轻微的刑事案件。^⑪ 在1991年《民事诉讼法》修改以前，该法律要求法院“着重调解”；当调解的努力失败时，才进行审判。^⑫ “民事案件”的种类一般认为包括民法和婚姻法所涉及的财产和人身纠纷，亦包括经济法和劳动法涉及的纠纷。^⑬ 《刑事诉讼法》规定，在告诉才处理的案件中，例

⑩ 对审判委员会在下文有详细的讨论：参见下注⑤-⑨及相关的正文。

⑪ 刘志涛编：《人民调解实用大全》，页15，1990年（下文中称《调解大全》）。有可能后一范畴被扩展为包括可以提起自诉的所有案件。“民事案件”的范围应被理解为也包括诸如企业之间的合同纠纷，这在中国大概被认为是“经济”案件。在何种程度上“行政”案件——法院有权管辖的公民与政府机关之间的纠纷——可以被调解尚不清楚。《行政诉讼法》（ALL）第50条直接规定：“人民法院处理行政案件不适用调解。”不过，后面第67条规定，当案件涉及对损害的赔偿请求时，可以适用调解。见《中华人民共和国行政诉讼法》，载《中华人民共和国国务院公报》（下文中称行政诉讼法），1989年，页297。译文见于Stephen G. Wood & Chong Liu, *China's Administrative Procedure Law: An English Translation with Comments*, 43 Admin. L. Rev. 89 (1991); PRC, *Administrative Litigation Law, China L. & Practice*, No. 5, 1989, at 37.

⑫ 参见《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》第6条，法规汇编（1982），页133。第6条在修改后的民事诉讼法中是第9条。它以前规定，人民法院应该“着重调解”，现在规定他们应该“根据自愿和合法的原则进行调解”。见《中华人民共和国民事诉讼法》（以下称民事诉讼法）第8条，载《人民日报（海外版）》，1991年4月15日，第二版。译文见于SWB/FE, May 8, 1991, at C1/1; *China L. & Practice*, No. 5, 1991, at 15。这儿的翻译由我本人完成。

北京市中级人民法院经济庭认为，“着重”调解意味着法院在审理每一个案件之前都要进行调解。参见梁钦汉：“处理经济纠纷案件应着重调解”，《法学研究》，1981年第4期，页13。这篇文章写于旧的民事诉讼法之前，由此看来“着重调解”已经成为对法院有指导意义的固定的政策。

⑬ 参见《调解大全》，前注⑩，页15。

如诽谤以及虐待家庭成员，法院“可以”进行调解。^③ 调解也可以在上诉法院进行。

法院调解的一个重要特点是调解协议一旦送达双方当事人，即具有与法院判决同等的效力。^④ 而且实际上，它还具有更强的效果。比如在理论上，既然它是自愿达成的，因此不能上诉。^⑤ 而且，在离婚案件中，法院有权要求调解形式是法院调解。^⑥

2. 纠纷解决机构的缺点

中国的法院作为纠纷解决的机构具有一些局限性，因为它们经常不能或者不愿执行法律的标准。首先，法官可能缺乏胜任该工作的必要教育。中国现在大约具有 7 所“政法学院”以及 33 个大学法律系，每年培养大约 4,000 名法学学士。^⑦ 由于在 60 年代中期到 70 年代晚期之间几乎没有法学教育，^⑧ 适于从事法官职业的人员出现了巨大的断层。^⑨ 现在的毕业生才 20 出头，

③ 参见《刑事诉讼法》，前注①⑨，第 13 条、127 条。在自诉案件中，被害人（在某些案件中由他人代表）必须作为起诉人。

④ 参见《调解大全》，前注①⑨，页 17。

⑤ 参见同上，前注①⑨，页 17；Palmer, *Judicial Mediation*，前注①⑨，页 161。

⑥ 参见《中华人民共和国婚姻法》（以下称婚姻法），第 25 条，载《法规汇编》（1980），页 3。

⑦ 参见 James Kraus, *Legal Education in the People's Republic of China*, 13 Suffolk Transnat'l L. J. 75, 85 (1989)。法学学士在中国是四年的本科教育。

⑧ 参见 Jerome A. Cohen, *Notes on Legal Education in China*, 4 Lawasia 205 (1973)（理解今天中国的法律教育的首要一点是要看到它并不存在）；一般参见 Timothy Gelatt & Frederick Snyder, *Legal Education in China: Training for a New Era*, 1 China L. Rep. 41, 41-50 (1980)。

⑨ 1980 年，邓小平对有能力司法官员的严重短缺表示了感叹。参见邓小平：“目前的形势和任务”，载《邓小平文选 1975-82》，1983 年，页 203、227。

又太年轻了。^⑩ 相当一部分法官是转业的军官，^⑪ 一些法院在人力短缺的时候甚至让他们的书记员出任“代理审判员”。^⑫ 现在还不存在规定清晰的（哪怕是模糊的）任职标准的职业司法机构。也不存在所有法官都必须具有的客观的资格。^⑬ 1990 年 8 月，据最高人民法院院长的估计，到 1991 年，40% 中国法官将仍缺少大学教育——而在法院院长和副院长之中这个比例还会更高。^⑭

⑩ 参见黄明利：“司法改革问题之我见”，《政法论坛》，1985 年第 1 期，页 71，译文见于 Joint Publications Research Service, China Report: Political, Sociological and Military Affairs [JPRS-CPS], Oct. 10, 1985, at 42, 46。

⑪ 这些军官不论自愿与否都简单地被分配到法院。1988 年，当时最高人民法院的院长要求全国人民代表大会给予法院更大的权力以拒绝不合格的人员的进入，并请求地方党委、人大和政府不要再分配这样的人员给法院。参见郑天翔，前注②④，页 36。

⑫ 李玉明：“书记员不能以‘代理审判员’身份办案”，《法学》（上海），1990 年第 11 期，页 39。书记员经常是新进的法律毕业生，他们下一步的工作前景就是助理审判员，他们可能比法官更懂法律。

⑬ 1988 年，最高人民法院院长郑天翔宣布法官法正在起草。参见郑天翔，前注②④，页 36。据他的继任者任建新所言，这部法律将为法官制定一套全国统一的资格标准。参见苏宏宇、于新年：“法院改革和建设是完成审判任务的重要保证”，《法制日报》，1988 年 7 月 19 日，第一版（对任建新的引述）。1989 年任建新再次宣布法官法正在起草。参见任建新，前注②④，页 118，以及 1991 年的有关内容，参见任建新，前注②④，页 2（这次称为“审判员条例”）。

⑭ 参见 Ren Jiansin *Stresses Need to Educate and Train Court Personnel*, in SWB/FE, Aug. 28, 1990, at B2/1。级别和教育程度之间的明显的反向关系可以解释为在选择干部时政治可靠性占首要地位。许多法院院长和副院长都是很少受过高等学校教育的复员军官。

其他资料确证了这种一般情况。1989 年，一位作者断言，在所有的法官和代理人中，只有 10% 受到过大学以上的教育。参见 Li Maoguan, *Why "Laws Go Unenforced"*, Beijing Rev., Sept. 11-17, 1989, at 13, 15。最高人民法院的院长在 1989 年向全国人民代表大会的报告中说，30% 的“法院干部”毕业于高等教育机构。参见任建新，前注②④，页 119。“法院干部”一词不仅仅指审判人员。

司法上对法律的无知在中国这样的体制下尤其具有破坏性，因为它很难得到补救。中国的司法程序基本上是纠问式的，他将大量的主动权赋予法官而非双方当事人和律师。重要的任务只是找到适用的法律。法律和规范由各种使人摸不着头脑的政府和准政府机构发布，无法找到现时的综合性的索引。^{④⑥}也没有案例报告的规范体系以使法官能够了解其他法院如何处理相同的问题。^{④⑦}通常并不存在直接切题的制定法规则，存在的是相互冲突的规则。在这种情况下，我们无法推测一位未经训练或训练不当的法官会如何选择处理这一问题的方法，判断哪种辩论重要或不重要也没有意义。

其次，即使法官受到足以从事该工作的教育，他们也可能因腐败或有偏见而不愿做出正确的判决。官员腐败在中国是一个严

④⑥ 关于法律滞后问题的一个异常的例子见于敖毅：“被冷落的新的‘治安管理处罚条例’”，载《法制日报》，1989年1月17日，第二版。作为中国最重要的制定法之一的治安管理处罚条例（SAPR），规定了各种公共秩序的违法行为，授权警察审理和处罚违法者。治安管理处罚条例最初颁布于1957年（法规汇编（1957，7-12），页245），但是在1986年做了一些实质性的修改后重新颁布（法规汇编（1986），页151）。这次重新颁布伴随着一次重要的、甚至不可避免的宣传运动。不过，1987年和1988年出版的一些权威的法律书籍仍旧将1957年的治安管理处罚条例作为现行法，而且一本书中甚至建议他应该修改以适应现实情况。

④⑦ 最高人民法院的确出版了最高人民法院公报，它是包含有指示、解释和案例（一般是被认为具有特殊的指导意义的地方法院的判决）的期刊。除此之外，法官无疑具有得到不公开的案例报告的途径。但是，据我所知，没有根据主要内容对案件进行编目的刊物，因此案例报告不会起到它们应有的作用。

对最高人民法院公报的作用的有意义的介绍见于Liu Nanping, “Judicial Review” in *China: A Comparative Perspective*, 14 Rev. Socialist L. 241, 246-250 (1988).

重的问题，^{④⑧}并已经扩大到了司法领域。^{④⑨}不过，很难用严格的方法量化它以提供有意义的比较视角。新闻报道中的数量只体现了政府将问题公开化的愿望，并不必然是它的量值。由于缺少可靠的数据，因而我们对这一法律执行的障碍，也只能注意到它的存在，而不能将它的程度具体化。

第三，即使法官能够也愿意作出正确的判决，他们的判决也可能被法院内部的更高层的权威所漠视。各级法院都设有由院长领导的审判委员会。^{⑤①}它作为一个机构享有法院内部最高的决定权。^{⑤②}官方的政策认为，“司法独立”并不意味着特定的法官或听审的法官不受外来压力（例如同一法院的资深的法官）的影响，而是至多意味着法院作为一个机构整体不受外来压力的影响。^{⑤③}在不同的事务中，审判委员会有权不考虑实际听证和进行

④⑧ 对中国和国外的相关评价的介绍，参见John P. Burns, *China's Governance: Political Reform in a Turbulent Environment*, 1989 China Q. 481, 490 n. 33以及其中所引用的资料；Nicholas Kristof, *Leaders in Beijing Bar Their Kin from Using Family Ties for Profit*, N. Y. Times, July 29, 1989, § 1, at 1, col. 1; Julia Leung, *Greased Palms Lubricate Wheels in China*, Wall St. J., July 20, 1989, § 1, at 10, col. 1; Chief Procurator [:] *Anti-Corruption Struggle Will Be "Long" and "Arduous"*, 新华社, in SWB/FE, Nov. 28, 1989, at B2/1.

④⑨ 任建新，前注②，页120；郑天翔：“最高人民法院工作报告”，载《中国法制报》，1986年4月23日，第二、三版（提交给六届人大四次会议的报告，1986年4月8日）；黑龙江人民法院工作报告，载《黑龙江日报》，1990年5月19日，第七版，译文见于FBIS-China, May 10, 1990, at 80, 81; Kyodo News Agency, *Bribery Attempts on Court Officials Increase*, 译文见于FBIS-China, July 28, 1989, at 27; *Law Officials Trample on Law*, China Daily, July 21, 1989, at 3.

⑤① 参见法院组织法，前注①⑦，第11条。

⑤② 尽管法院组织法第8条实际上没有用这么多的语言这样表述，但从其他的中国的资料中可以明显地看出来。参见下注⑤③、⑤④以及其所引用的资料。

⑤③ “认为合议庭和审判员能够独立的审判，厅长和院长不能过问的观点是与我国法律要求的法院独立审判的原则相悖的。”见于“最高人民法院院长江华谈人民法院独立审判问题”，载《中国法制报》，1981年5月29日，第一版。对人民共和国第一个十年期间司法独立的理论和实践的研究，参见Jerome A. Cohen, *The Chinese Communist Party and "Judicial Independence"*: 1949-1959, 82 Harv. L. Rev. 967 (1969).

审理的法官的决定，并命令他们作出不同的判决。^⑤ 法律期刊中的报告显示，在许多法院，审判委员会决定案件已成为惯例，其造成的结果是“审者不判，判者不审”。^⑥

第四，法院作为一个整体受制于大量的外来压力，尤其受地方政府指示的影响。法官如果不按照某些威胁者的意愿判决的话，就可能受制于各种不愉快的结果。在这里，我将只考察法院的一种具有特殊制度基础的脆弱性，那就是地方党和政府具有的指示法院做出判决的权力。

地方党组织通过它的政法委员会处理司法事务，^⑦ 其在传统上负责公安局、检察院、法院以及其他方面的司法行政工作和民事事务。政法委员会的主要职务经常由地方公安机关或党政机关

⑤ 地方党的权力机关、审判委员会以及听审的法官之间的关系可以被表述如下。党委有权利，甚至有责任介入法院工作并提出建议。他具有实际上的权力，但没有权利命令法院做出特定的判决。（如果他没有实际的权力这样做的话，中国的情况就会非常不同了。）审判委员会既有权利也有实际的权力命令听审的法官做出特定的判决。

⑥ 孙洁冰：“当前法院实施独立审判的阻力及对策”，《现代法学》，1989年第1期，页44、45。对审判委员会的当前角色的其他批评，参见李少平：“改‘先定后审’为‘先审后定’”，《法学研究》，1990年第2期，页39；王新如：“审判委员会定案应予改变”，《政治与法律》，1989年第1期，页24。

⑦ 根据中共中央关于成立政法委员会的通知（中央文件1980年第5号），政法委员会会同其他部门，“指导各政法部门的工作”（包括法院）并“正确处理重大疑难案件。”该文件引于“中共中央关于加强政法工作的通知”，（1982年1月13日，下文称1982年政法通知），重印于《中共年报1983-1984》，8-3，8-6（台北，1984）。

中共中央政法委员会在1988年将政法领导小组重新命名以作为减弱其影响的举措的一部分。1989年以后，他又被恢复了。参见Willy Lam, *Legal, Security Apparatus to Be Strengthened*, South China Morning Post, Apr. 4, 1990, at 10, 载FBIS - China, Apr. 4, 1990, at 22。相似的法律地位上的变化在地方也有所发生。参见 *Change in Status of Legal Organs in Sichuan*, in SWB/FE, Feb. 13, 1990, at B2/2（宣布县级、省级的政法领导小组重新转变为委员会并相应的在地位上有所提升）。

的领导担任。^⑧

地方党委书记或党委负责审批法院对案件的处理在中国有长期的实践。^⑨ 这是党的领导原则的具体体现。现在官方的理论是，党的领导应该体现在立法以及一般政策的制定上，而不应介入特定案件的审理。^⑩ 但是事实证明打破旧有习惯是很困难的。

⑧ 赵震江等：“论法律实效”，《中外法学》，1989年第2期，页1、5。一位大城市的有见识的公安干部告诉我，该城市的政法委领导也是检察院的领导，但是他补充说这与领导来自司法机关的分支没什么差别。

1959年，一位模范法官这样写道：

当我处理的案件需要逮捕判刑、政策性较强以及涉及到村、社干部时，我都做到在事前和在处理过程中向党委请示，事后向党委报告……凡是党委给我的指示，我都认真学习和贯彻执行。

⑨ 刘泽钧：“我对审判工作的体会”，《政法研究》，1959年第1期，页48，引自Jerome A. Cohen, *The Criminal Process in the People's Republic of China: 1949-1963*, at 501 (1968)。上面描述的远非反常的实践事实上有一个名字：“书记批案”。一般参见Hungdah Chiu, *Structural Changes in the Organization and Operation of China's Criminal Justice System*, 7 Rev. Socialist L. 53, 59-61 (1981)（讨论了书记批案制度的持续情况）。这一制度在最高人民法院于1979年对地方法院的一系列指示中得到了正式的赞同：“重大的案件以及涉外案件应请求同级党委审批”。见于“人民法院审判民事案件程序制度的规定（试行）”，（最高人民法院，1979年2月2日），第6章第2节，载《执行工作手册》（孙常立编辑，1988年），页73、81。（以下称1979年民事程序规定）

⑩ 参见张志东：“取消党委审批案件”，《中国百科年鉴》（1981年），页189。一位中国的作者陈述了如下的理论：“众所周知，我国的宪法由党中央的负责同志和各界要人组成的起草委员会起草和讨论。除此之外，他还由最高国家权力机关人民代表大会通过，体现了党和人民的意志，代表了全体人民的共同利益。如果国家法律对任何一级的党的决定都要服从，那么事实上就等于党和人民的整体利益服从地方或小组的利益。这个理论是荒谬的，其实践是危险的。”董立坤：“谁也不能居于法律之上”，《社会科学》，1980年第1期，页7、10。1980年，最高人民法院院长江华说：“党委在加强对政法部门的领导时，主要是在路线、方针和政策的领域。没有必要审批具体的案件。”见于“保证法院依法独立审判，废除党委审批案件做法”，《人民日报》，1980年8月25日，第一版。但是参见1979年民事程序规定，前注⑨，页81。江先生也提到了1979年党中央发布的指示党委要遵循刑法和刑事诉讼法的规定文件。同上。

法官会发现，如果他们不按照政法委员会或其他一些地方掌权者的意愿去做，他们就有可能失去工作。^⑤对法院人员的任免权形式上属于地方人民代表大会。不过在实践中，他相对于地方党的组织部门来讲就如同橡皮图章。^⑥真正的权力掌握在地方党的领导层手中。^⑦“这种由他们享有的人事权如同达摩克利斯之剑悬在那些想依法办事的人的头上。”^⑧“如果法院坚持依法办事，对于特定案件没有按照令这些领导满意的方式处理，某些领导就会利用他们的权力专断地换掉法院的领导。”^⑨

第五，任何判决都需要被执行，然而法院缺乏自主的执行权。^⑩对任何确定了被告执行法院的判决通常都很困难，更不用说是具有广泛的社会关系和政治权力的被告了。实际上，在1988年，前最高法院院长将难于执行法院判决描述为“司法行

政在经济领域的最突出的问题”。^⑪

为什么执行判决这么困难？首先，对于拒绝服从法院命令的行为几乎没有惩罚措施。^⑫中国的法院没有判决藐视法庭罪的权力，拒绝服从法院的命令不构成犯罪。《刑法》第157条^⑬规定，用威胁或暴力的方法拒绝执行判决构成犯罪。这一规定涵盖了阻碍他人采取执行判决的行动的人，但并未涵盖那些被命令做某事但就是不做的人。^⑭有一份报告提到，某人因拒绝执行判决而被依据《刑法》判刑一年，但该报告并没有提供他是否运用威胁或暴力的细节。^⑮1982年《民事诉讼法》第77条^⑯赋予法院对那

⑤ 郑天翔，前注②，页29。对判决执行问题的抱怨是每年最高法院工作报告的惯常特色。最近的一次，参见任建新，前注②，页2。

其他谈及执行问题的文章包括：丁从汉：“对42件未执行的经济案件调查剖析”，《法学杂志》，1989年第3期，页42；史有勇，前注④；汪青林：“保康法院案件执行不拖不压”，《法制日报》，1988年8月3日，第二版；新华社，Failure to Enforce Laws “Grave Problem”，in FBIS—China, Mar. 28, 1989, at 15；许方、刘建：“松江县法院‘审执兼顾’”，《法制日报》，1989年3月4日，第一版；张建新：“拒不执行法院判决要负法律责任；安阳县法院判处李天生徒刑一年”，《法制日报》，1988年8月3日，第一版。

⑥ 参见丁海湖、陈岫岩：“试论强制执行立法”，《法学杂志》，1989年第5期，页38、39。

⑦ 《中华人民共和国刑法》，法规汇编（1979），页48（以下称刑法）。

⑧ 一位作者建议刑法应增加藐视法庭罪。不过，似乎这一建议也没有涵盖所有的对执行法院判决和命令的故意拒绝。他只建议对“以藐视法庭的方式”拒绝执行法院判决的行为加以惩罚。赵永琛：“在刑法中应增设藐视法庭罪的条款”，《现代法学》，1989年第1期，页56。为什么中国的法律对单纯故意拒绝服从法院命令的行为如此不愿意加以惩罚，这是一个很有诱惑力的问题，但这一问题已超越了本文的范围。

⑨ 张建新，前注⑤，第一版。另一个案件涉及一位实施了被禁止的随后被认定为盗窃的行为——抢占并未判决给他的财产——的当事人持续的犯罪。该当事人还对法院官员施加威胁。参见李周信：“安化县两名民事诉讼当事人拒不执行法院裁定带头哄抢集体茶场”，《法制日报》，1988年8月26日，第1版。我没有发现当事人由于拒绝履行被要求的行为而受到惩罚的案例。

⑩ 前注②。

⑪ 当然，这种威胁到底有多大要依赖于其他工作的合愿性和有效性。既然中国的作者似乎相信任免的权力伴随着影响决定的权力，我估计这种威胁是真实的。

⑫ 赵震江等，前注⑤，页3、5。

⑬ “改善执法的客观条件”，载《法制日报》，1989年4月13日，第一版。据报道一位县委书记在一次政法干警会议上表达了这样的观点：“坐在这里的，我问你——你法院院长，没有我提你的名，你能当吗？你检察长，没有我提你的名，你能当吗？你公安局长，没有我提你的名，你能当吗？我看你们都当不成！”方成志：“人民法院在国家机构中的地位”，《法学杂志》，1985年第4期，页15、16。

⑭ 赵震江等，前注⑤，页5。

⑮ 史有勇：“审判中地方保护主义的成因及对策”，《法学》，1989年第6期，页15。

⑯ 当然，这一问题几乎不仅发生在中国。关于一个典型的美国案件，参见 Ex parte Merryman, 17 F. Cas. 144 (C. C. D. Md. 1861) (No. 9, 487)。在那一案件中，主审法官 Roger Taney 就遭到了军事机关根据林肯总统的命令的简单的拒绝，拒绝服从人身保护令：“我已经实践了宪法和法律赋予我的所有权力，但是这一权力受到了太强烈的武装力量的反抗使我无法克服。”同上，页153。

些“有责任协助执行”民事判决而拒绝这样做的人处以罚款或拘留的权力，但是这大概并不指向判决的实际主体，即通常所谓的“被执行人”。显然，这种空白好像得到了注意，因为1991年《民事诉讼法》修改稿^①第102条规定，当事人自身（和其他人一样）如果拒不履行法院已经发生法律效力的判决或裁定也要被处以罚款或拘留。^②不过，这一条款能够得到怎样的执行还有待观察。

第二，法院经常缺乏能与行政单位对抗以执行判决的足够的政治影响力。它们所具有的影响力来源于每个法官的行政级别。尽管每一级的法院和同级政府被推定为平等，但法院院长的行政级别一般比同级的政府行政首脑稍低。^③这就意味着，后者会获得前者无法得到的来自中央的某些文件。某个官僚系统的低级官员可以对另一官僚系统的高级官员发布命令，这与中国政治制度的一般原则是背道而驰的。^④低级别的法官不可能有权反对，更不用说命令别的高级官员。正如报道的一位县委书记所说的的那样，“你们说，是官大还是法大？我可以肯定地告诉你们，是官大！因为法是人制定的嘛！没有人哪里会有法？没有人，法哪里会大？大在哪里？所以说是官大。”^⑤

第三，地方权威机关的合作是必须的。司法独立如果只是一

① 《民事诉讼法》，前注②。

② 拒绝执行判决是第102条所规定的一系列行为的一种，该行为如果违反了刑法将使行为人负法律责任。除了几乎没有必要将这种规定赋予民事诉讼法之外，我们还看到单纯拒绝执行法院命令似乎也没有触犯刑法本身。与我交谈的几位中国的法官肯定了这一观点。

③ 方成志，前注⑥，页15；Tao-tai Hsia, *The Concept of Judicial Independence* 9&n. 23 (1986) (未刊文)。

④ 一般参见 Kenneth Lieberthal & Michael Oksenberg, *Policy Making in China: Leaders, Structures, and Processes* ch. 4 (1988) (讨论国家权力结构的性质)。

⑤ 方成志，前注⑥，页16。

纸空文的判决则不会有任何用处。地方法院判决的执行也可能得到地方政府机关的支持，如果他们首先反对的判决根本不可能作出的话。不过，即使如此，法院仍然难于调动警力和权威对付顽抗的被告人。在一个案件中，一对老年夫妇将他们的房子转让给第三方，然后又想收回以送给他们的儿子。为了达到他们的目的，他们就重新占住了原来的房子。新的房产所有人向法院起诉并在一审和二审中都获得了胜诉。但是，被告人拒绝搬出，理由是他们已经老了。由于怕他们会自杀，法院最终决定在法院判决生效的期间内，他们可以在该房屋内居住直到死亡，然后判决才生效。报道这一案件的作者批评了法院，但也表达了与其同样的态度，他认为当判决的执行“确实引起困难”时，应该考虑“适当的延期”。^⑥

执行的最大的问题来自于对地方政府辖区之外的法院判决的执行。这种判决的执行对于地方政府来说实质上是一种自愿的事务。

中国的地方法院实际上被认为仅仅是地方政府的工具，虽然在法律上不然。法院在财政上依赖于地方政府，他们的人员安排表面上 (*de jure*) 是依据地方人民代表大会的意愿，实际上 (*de*

⑥ 苏楠：“法院的判决在某些地方难以执行”，《法制日报》，1989年1月3日，第四版。这种原则与实用主义的冲突在美国最高法院审理 *Brown v. Board of Education* 一案中表现得最为剧烈 349 U. S. 294 (1955)，该判决要求公立学校“以从容而谨慎的速度”废止种族歧视。同上，页301。该提法的提出者自身也承认，作为一个宪法问题，法院认定了对个人权利的侵犯但却没有提供即刻的救济，这种主张是“完全没有原则的”，“根本无法辩护的”以及“彻底错误的”。参见 Philip Elman, *The Solicitor General's Office, Justice Frankfurter, and Civil Rights Litigation, 1946 - 1960: An Oral History*, 100 Harv. L. Rev. 817, 827, 828 (1987)。对法院的提法的批评，参见 Robert L. Carter, *The Warren Court and Desegregation*, 67 Mich. L. Rev. 237, 243 (1968) and Louis Lusk, *Racial Discrimination and the Federal Law: A Problem in Nullification*, 63 Colum. L. Rev. 1163 (1963)。

facto) 是依据地方党组织的意愿。^⑦ 这就导致了两种原则的冲突：无论设在何处的法院，在法律上都被授权在其管辖范围内颁布可以约束任何人的判决；不过，在中国的政治体制中，X省的A县不能对Y省的B县发号施令，正如加利福尼亚的Del Mar市不能宣布Connecticut的Groton为无核区一样。^⑧ 由于法院与地方政府的一体性，他们的判决要受制于后一种原则，而非前一种。

地方政府经常反对执行外地的判决。^⑨ 由于经济改革，地方比以前更依赖于本地的资源。地方企业是地方政府税收的基础。^⑩ 因此，确保他们的财务情况良好就十分重要。最高人民法院院长对这种现象抱怨道：

某些地方——主要是基层党和政府的领导人——要求法院的判决必须有利于处于该地的一方。否则，他们就责难法院“胳膊肘往外拐”。如果外地的法院在一项诉讼中判决本地一方败诉，要求其承担经济责任、偿还债务或赔偿经济损失，本地某些领导就会阻碍法院判决的执行。^⑪

财政承包体制的实行，即地方政府每年必须上缴固定的款项给中央从而可以保留剩余的税收，^⑫ 使地方政府更不可能允许资

^⑦ 参见前注⑥。

^⑧ 参见 John Glionna, No Issue Is Too Big or Too Small for Del Mar, L. A. Times, June 24, 1990, at B1 (报道1989年Del Mar市议会宣布该市为无核区的决定)。

^⑨ 参见穆小迁、刘建：“谁在为被告充当后台？”载《法制日报》，1988年4月5日，第三版。

^⑩ 参见丁海湖、陈岫岩，前注⑥，页38；史有勇，前注③，页16。

^⑪ 史有勇，前注③，页15（引用了最高人民法院院长任建新在1988年10月的讲话）。任建新的前任者在1986年4月用几乎同样的语言（用同样的通俗的表达式）作了同样的抱怨。参见郑天翔，前注④，第三版。

^⑫ 参见 Lieberthal & Oksenberg, 前注⑭，页139。

源流出本地的管辖范围之外。因为既然地方政府通常是企业收入的首要权利人，当他们的企业给付外地的当事人以款项时，他们就要承受损失。^⑬

如果地方法院不利于外地的当事人的现象是普遍的，那就很容易理解为什么最公正的地方政府也会有很好的理由怀疑不利于本地企业的外地判决的公正性。他们会很自然地不愿意协助执行。有时，外地法院的人员出差（由胜诉方出钱）到败诉方所在地区执行判决，但是没有地方政府的合作，外地法院的人员只是陌生土地上的陌生人。他们没有关系、没有权威的介绍信、没有影响，也没有权力。^⑭

在地方政府坚决反对的情况下，得到地方法院的合作是非常困难的。跨辖区的合同可能无法强制执行。^⑮ 在一个案件中，尽管最高人民法院下达了两个具体的命令，地方法院仍拒绝协助执行外地的判决。^⑯

面对这样的地方保护主义，地方政府开始达成协议，以确保对彼此的企业像对他们自己的企业一样进行保护。例如，据报道，上海已经和九个省签署了协议“以保护双方企业的合法权利和利益”。^⑰ 只要双方在持续的合作中获益，这些协议就能够起

^⑬ 参见丁海湖、陈岫岩，前注⑥，页38。

^⑭ 参见河南省新乡市中级人民法院：“树立全国法院一盘棋思想，积极协助外地法院搞好执行工作”，载《法制日报》，1988年4月5日，第三版。

^⑮ 参见要建春：“摒除地方保护主义，依法维护企业权益”，载《法制日报》，1989年4月14日，第三版。

^⑯ 参见陈世彬，“大悟县法院坚持地方保护主义，拖延三年拒不协助执行外地判决”，载《法制日报》，1988年6月4日，第一版。

^⑰ Yang Jisheng, “East - West Dialogue” in China——the Strategy of Unbalanced Economic Development on the Mainland in Perspective, 《瞭望》(海外版), 1989年第9期, 页5, 载 FBIS - China, Apr. 10, 1989, at 37, 39.

到有效的作用，并且比通常的对地方政府的虔诚的劝告更切实实际。^⑧ 不过，他们实质上也是无法强制执行的。

(二) 庭外的纠纷解决

由于法院的弱点（实际上，经常是枝节问题），法院以外的机构在中国的纠纷解决中就相当重要。

1. 非正式的解纷机构

社会生活中日常的摩擦引起的纠纷和争议很少会上升到由正式的解纷机构负责这一层面。在这方面，中国与其他的社会无异。不过，只是因为中国不同的历史、文化以及政治经济体制，第三方解决纠纷得以进行的特定方式则有所不同。

在非正式的处于第三方地位的纠纷解决者中，最明显的候选者就是邻居、亲戚和朋友。在这种最接近的圈子之上，纠纷还可能交由中国式的地方显要人物处理。在宗族势力很强的地区，解纷者还可能是宗族的长老。^⑨

显要人物的另一个重要类型是在地方上有权力的共产党干部及治安干部。1967 年对中国调解状况的一项调查显示，尽管在农村公社存在着正式的调解委员会，“民事纠纷的大部分仍由生产小组组长或生产队队长以及治安防卫干事所处理。”^⑩ 他们所承担的角色也不仅仅是促成自愿的协议。地方官员，例如公安局

⑧ 参见一位作者建议的“解决办法”：“解决这一问题（法院判决无法执行）的最好办法是有关单位和有关人员真正做到依法办事”。苏楠，前注⑦，第四版。

⑨ 关于传统中国社会中家族、行会及其他非国家的纠纷解决机构，尤其参见，H. G. Liu, *The Traditional Chinese Clan Rules* (1959); Sybilie Van Der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis* 80-111 (1966); Kung-chuan Hsiao, *Compromise in Imperial China* (1979); Cohen, 前注⑭。

⑩ Lubman, 前注 14, 页 1336; 并参见上注所引的资料, 页 181。另一个研究发现，在 1964 年的一个公社里，“党和公安的官员趋向于独占了 [调解员] 的角色……在 B 队，所有的队干部在一定程度上都被视为潜在的调解员。”A. Doak Barnett, *Cadres, Bureaucracy and Political Power in Communist China* 403 (1967)。

长的权力和威望就是他们能够经常违背一方或多方当事人的意志而强迫执行一种解决方法，而且这种解决方法不能被有效地上诉到诸如法院的其他机关。^⑪

尽管人民公社已经解体，没有正式司法权力的地方官员仍有可能在农村的纠纷解决中具有重要的作用。1989 年的一项研究这样描述福建农村党委书记的角色：

作为林庄的实际上的统治者，叶书记的行为就像是中国封建时代的慈善的县官，即所谓的父母官。靠这种能力，他逐字地为村民解释法律和命令，主持他们的诉讼，并按照他认为合适的方法实施制裁。^⑫

在这样一个非正式的体制中，区分调解、仲裁、审判的努力是没什么意义的。地方干部能够在何种程度上强加一个决定依赖于许多因素：经济改革是否使村民更独立于官员、该干部或者纠纷的一方是否属于一个有势力的家族、到最近的法院的距离，诸如此类。很有可能，干部及纠纷的双方都被卷入一个复杂的交易关系中，给他方制造麻烦的愿望就能够在其中产生重要的影响。一句话，当叶书记按照他认为合适的方法实施制裁时，他对何为可接受的结果的理解会有力地影响他对于何为合适的看法。他是一个政客，不能不考虑整个村庄的利益。

在城市，由于警察根据《治安管理处罚条例》享有治安处分权，轻微的刑事案件的调解就可以由其主持。^⑬ 如果违法者对自

⑪ 参见 Lubman, 前注⑭, 页 1337。

⑫ Huang Shumin, *The Spiral Road: Change in a Chinese Village Through the Eyes of a Communist Party Leader* 107 (1989)。

⑬ 前注⑭。

己的行为作出了使被害人满意的合适的补救，警察能够决定不对该事件作进一步的追诉。

2. 人民调解委员会

(1) 概述

人民调解委员会 (PMCs) 和法院一样，是中国最为人们熟知的解决纠纷的机构。从中国的资料中很难确定人民调解委员会与解决纠纷的其他机构相比有多么重要。提交到法院的民事纠纷中，大多是由人民调解委员会解决的。^④ 虽然对处理纠纷的不同场所的资料进行统计所得的数字必须慎重使用——统计样品仅仅包括那些由留有纪录的机构解决的纠纷——不过仍很清楚，由官方和半官方的组织例如人民调解委员会进行调解在解决纠纷的技术中占有重要位置。即使人民调解委员会不是惟一的调解机构，也显然是主要的调解机构。

除了“文化大革命”的短暂期间，人民调解委员会在法律期

④ 根据一项资料，从1981年到1984年，人民调解委员会调解的民事纠纷数量大约是人民法院受理的数量的10倍。参见柴发邦、李春霖：“改革与完善人民调解制度”，载《政法论坛》，1986年第1期，页50。也有对从1981年到1986年的同样的比例的报道。参见 Han Yue, Wang Yan, Yang Xiaobing, *People's Mediation Unique to China*, Beijing Rev., Nov. 30-Dec. 6, 1987, at 15, 17.

另一项资料报道，从1981年到1988年底，人民调解委员会总共调解5,760万件民间纠纷，平均每年720万。这个平均数是每年人民法院受理的一审民事案件数量的7.6倍。参见斯奇：“在改革中发展、创新、完善的人民调解制度”，载《法制日报》，1989年7月15日，第三版。

还有另一项资料报道，从1982年到1988年，调解委员会解决了5千万民事案件，是同时期提交法院的案件（大概为民事案件）的“5到10倍”。参见 Gao Aming, *China's Mediation System Unique*, China Daily, Oct. 10, 1989, at 4.

湖南省常德县的报道显示，其人民调解委员会处理的民事和轻微刑事案件数量是当地人民法院处理数量的22倍。参见“我县是怎样加强人民调解工作”，载郭象等，《人民调解在中国》，1986年，页230。在江西省南昌市，人民调解委员会处理的民事案件是地方法院的16倍。参见“我们是如何抓好城市人民调解工作的”，载同上。

刊上一向都是被不吝笔墨的毫无异议的赞颂的主体。对中国“人民调解”的优点的典型陈述可以参见近期出版的手册：

人民调解的现有制度……是我国社会主义法律体系建设的伟大创造，它是具有中国特色的法律制度，它是我国司法体制的重要组成部分……它在解决人民内部矛盾、增强人民之间的友谊和团结、促进社会主义物质和精神文明建设方面起到了重要的作用……它得到了国际法学界的称赞，被誉为“中国司法体制的最有特色的制度”。^⑤

另一篇文章对调解的优点做了一系列的表述：它体现了中国追求和谐与谦让的传统美德，它缓和了社会矛盾，^⑥ 增强了团结，它具有处理那些法律疏于规定的案件的必要灵活性，它为群众简化了司法程序，减轻了法院的受案负担，它为当事人掌握他们自身的权利和利益提供了最大的可能，而且由于建立在双方合意的基础上，它还提供了相对来说易于执行的解决方法。^⑦

不过，最近中国的法学者开始怀疑这种对调解的含情脉脉的观点。他们的反对意见可以概括为以下几点。

首先，有人认为对调解的强调已经导致对那些权利受到侵害的人的正当救济的剥夺，法院在那些应当予以审判和处理的案件上花费了大量的时间进行调解。因此，调解减轻了法院的负担一

⑤ 《调解大全》，前注③，页11。

⑥ 正是基于这些理由，调解在“文化大革命”期间受到了批评。

⑦ 参见郑齐祥等：“‘着重调解’的提法应予修改”，《法学》（上海），1990年第2期，页26-28。对中国关于调解的正统观点的英文表述，参见 China's Legal System: A General Survey 200-212 (Du Xichuan & Zhang Lingyuan eds., 1990)。

说甚至可能是站不住脚的。^⑧

第二，有人批评调解员经常无法分清谁是谁非，他们提出的解决方案往往只是和稀泥，没有对事实和法律的清楚理解。^⑨ 这类仅仅注重双方达成协议的调解被批评为是“无原则的”调解。

第三种意见与第二种稍有矛盾：即调解员忽视了自愿的原则，试图通过不合法的压制策略将决定强加给当事人。^⑩ 这种强制调解实际上确实存在，这在对调解协议“上诉”的现象中可见一斑。

本文这一部分将介绍调解和人民调解委员会，然后探讨他们在今天的中国的角色，以提供一个对上述赞同意见及反对意见的合理性进行评估的基础。

(2) 历史背景以及现在的规则体系

中华人民共和国的调解委员会最初在 1954 年获得了一个国家制定法的基础，也就是人民调解委员会暂行组织通则（调解通则）的颁布。^⑪ 不过，这并不是调解委员会的开始。调解组织在有的区域内已经存在多年，到调解通则颁布为止，多数的市级、省级和大区地方政府已经发布了他们自己的规范和指示。^⑫ 例如，到 1953 年，华东地区已经有 4.6 万个调解委员会，覆盖了 80% 的城镇。^⑬

《调解通则》的第 3 条用 35 年未变的语言规定了人民调解委

员会的管辖范围和任务：调解人民内部普通的民事纠纷和轻微的刑事案件，并开展有关国家法律 and 政策的宣传和教育。^⑭ 人民调解委员会在地方政府和基层人民法院的领导和指导下开展工作。^⑮ 调解的决定应基于争执双方的完全自愿，法院不得以没有进行调解为由而拒不受理案件。^⑯ 另一方面，调解程序和结果必须符合国家政策和法律。^⑰

调解基本上是用来解决人民内部的纠纷，^⑱ 这里的人民被定义为包括那些与工人和农民结盟的阶级，排除了那些被认为对社会主义有根本敌意的阶级。^⑲ 因此，调解要遵循如下原则，即自愿原则、劝说原则、说服教育原则和民主原则。

随着政治运动，尤其是 1957 年后半期反右运动的肇端，人民调解委员会就让位于“调处”，即成为似乎将调解、仲裁、审判的因素联合在一起的地方政府机构。考虑到有关这一机构的信息极少，这一中国的词汇大概最好不予翻译，^⑳ 但是由于缺乏更好的词汇，整个讨论中我将应用“settlement”一词。调处机关是否正式取代了人民调解委员会尚不明显，我没有发现人民调解委员会被正式废除的证据。不过，他们的确变得不那么突出了。明显的是，与人民调解委员会不同，调处机关能够对争执方强制执行裁决，而且对刑事案件比对民事案件更为关注。^㉑ 他们主要的工作是“约束、管理和改造”那些“大法不犯、小法常犯”的

⑧ 季卫东：“法制与调解的悖论”，载《法学研究》，1989 年第 5 期，页 21、22；郑齐祥等，前注⑦，页 26。

⑨ 郑齐祥等，前注⑦，页 26。

⑩ 同上。

⑪ 《人民调解委员会暂行组织通则》，（1954）。《中央人民政府法令汇编》，页 55。

⑫ 韩延龙：“我国人民调解工作的三十年”，载《法学研究》，1981 年第 2 期，页 44。

⑬ 同上，页 44。

⑭ 关于管辖的更多内容，参见下注 136-141 及其正文。

⑮ 《调解条例》，前注⑩，第 2、10 条。

⑯ 同上，第 6 条。

⑰ 同上，第 6 条。

⑱ 同上，第 1 条。

⑲ 关于“人民”与“敌人”的对立，参见下注 169 及其正文。

⑳ 中国大百科全书法学卷以及任何法律辞典都不包含有关调处的条目。

㉑ 韩延龙，前注⑫，页 46（区分调解与调处）；《调解大全》，前注⑩，页 30。

人。接下来是1958年的人民公社时期，多数的调处机关简单地合并到地方治安联防委员会，这是调处机关具有强制性权威的象征。他们负责执行“公约”——以工作单位或村庄为基础制定的地方规范。他们的角色大概可以从1960年河北省定县关于调处活动的报告中很好地看出来：总共大约有5,300件纠纷得到处理，其中有542件为“寻衅滋事，不服从领导”，124件是“消极怠工”。^⑩

可以公开得到对调处机关权力的最完整描述来自于1944年一份晋察冀边区的规范，^⑪其将调处权力赋予县辖的区公所。这些权力包括对违法者（大概包括嫌疑犯）进行两天的拘留，以及强制进行体力劳动和罚款。调处的决定和法院判决一样，如果在一定期间内没有上诉，则取得法律效力并可以执行。虽然笔者没有看到50年代的有关调处的文件，但可以合理地推测，40年代的模式影响了50年代后期对调处的一般理解。1981年的一篇文章引用了一套1958年的规范，证明“调处委员会”可以实施劳动改造的惩罚措施，^⑫即一种在当时没有最高期限的拘禁形式。^⑬而且，该文还断言，50年代的调处原则和40年代的没有区别。^⑭

^⑩ “河北省五地区社会主义爱国公约和人民调处工作的检查报告”，1961年5月，引自韩延龙，前注⑩，页46。

^⑪ “晋察冀边区行政委员会关于区公所调处案件的决定”（1944年6月1日），载《中国新民主主义时期根据地法制文献选编》，第3册，页643（韩延龙、常兆儒编辑，1981年）。该决定见于同时期的另一个文件：“晋察冀边区行政委员会关于加强村调解工作与建立区调处工作的指示”，载同上，页640。

^⑫ 参见“中共河北省委员会关于制定爱国公约、建立调处委员会暂行办法（草案）”，（1958年9月12日），引自韩延龙，前注⑩，页47。

^⑬ 参见“国务院关于劳动教养问题的决定”（1957年8月1日），载《中华人民共和国法律全书》（以下称中国法律全书），1989年，页1573。

^⑭ 参见韩延龙，前注⑩，页47。

50年代后期调处对调解的取代是暂时的。60年代早期，调解重新占据支配地位，取代了调处。^⑮这两个机构不能长期并存，这表明尽管调解的理念与调处的现状相距甚远，但调解的现状，包括其对符合法律和政策的强调、其对轻微的刑事案件的管辖、以及它的教育功能，都是与调处十分接近的。

随着1966年“文化大革命”的到来，人民调解由于被贴上阶级调和工具的标签而重新遭受了挫折。^⑯对阶级敌人的专政变成分析冲突的决定性的模式，在最微小的事件中也能被认为有必要的政治意含。^⑰

调解委员会在70年代晚期80年代早期得以恢复。大量的赞扬调解机构的文章出现在期刊上，调解委员会和调解员的数量也开始了持续的稳定增长。不过，其制定法的基础还和以前一样，直到1989年人民调解委员会组织条例（调解条例）^⑱通过。调解条例没有对人民调解委员会的机构做大的改变。他们的工作继续受地方政府和基层法院的领导，尽管现在被表述为他们的日常工作接受由地方委任的司法助理员的指导。^⑲自愿的原则以及忠实于法律和政策的原则得到了保持。^⑳

人民调解委员会之上的行政权威为司法行政机关（也就是国家司法部的地方分支，而非公安部或法院），同时应接受所在地

^⑮ 同上。

^⑯ 同上。

^⑰ 例如，参见，Chen Jo-hsi, “Chairman Mao Is a Rotten Egg,” in *The Execution of Mayor Yin and Other Stories from the Great Proletarian Cultural Revolution* 37 (1978)，其中描述了一个小孩在家里玩耍时喊“反动口号”而引起了恐慌。

^⑱ 参见《人民调解委员会组织条例》，1989年国务院公报，515号（以下称调解条例）。

^⑲ 参见《调解条例》，前注⑱，第2条。

^⑳ 同上，第6条。

的基层人民法院的“专业指导”。^⑭ 地方司法行政机关负责为调解员提供一些法律教育和实际训练，并检查他们的工作。人民调解委员会日常工作的指导由地方委任的司法助理员负责，^⑮ 他们除了宣传法律和规范的其他责任之外，还帮助组建调解委员会以及培训调解员。司法助理员也可以参与调解那些地方的人民调解委员会由于某些原因无法处理的案件。由司法助理员主持的调解被认为是一种行政调解。

(3) 街道人民调解委员会

根据调解条例，有权在其地理区域内调解出现的纠纷的人民调解委员会，在城市由居民委员会组建，在农村由村民委员会组建。^⑯ 按照规定，他们由 3 到 9 人组成。^⑰ 尽管要求委员会委员都要选举产生，但与其他选举程序一样，无疑这里在很大程度上也受政府的控制。例如，调解条例规定，在少数民族地区，一些调解员应该是当地少数民族的成员。^⑱

人民调解委员会之下的调解机构的设置在调解条例里没有提及，但是很明显得到了允许。在企业内部的车间以及村庄或住宅区的小组层级上，可以存在调解小组。在其之下，每名调解员可以被委派负责村子里或城郊或公寓单元里每 10 户左右的家庭。^⑲

^⑭ 参见《调解大全》，前注⑪，12 页。

^⑮ 参见《调解条例》，前注⑫，第 2 条。

^⑯ 参见《调解大全》，前注⑪，页 12。宪法也含有这种效力的条款。参见《中华人民共和国宪法》（1982 年），第 111 条，转引于中国法律全书，前注⑫，页 3。

^⑰ 参见《调解条例》，前注⑫，第 3 条。

^⑱ 同上，第 3 条。

^⑲ Palmer 注意到了十户一组与帝国时期和民国时期行政控制上的保甲制度的相似性，他写道：“不难得出，每十户或院的调解员不仅要调解纠纷，还要作为行政或政治控制的中介。”Palmer, *Extra-Judicial Mediation*, 前注⑬，页 269。关于清代中国的保甲制度，参见 Kung-chuan Hsiao, *Rural China: Imperial Control in the Nineteenth Century*, 25-83 (1960)。

这一制度就是所谓的“三级调解网”。^⑳

(4) 单位人民调解委员会

尽管宪法和其他创设调解委员会的法规都没有规定其在城市企业中的设置，但实际上从 50 年代开始调解就已经在企业中实行了。^㉑ 据报道，到 1987 年年底，企业内部调解委员会的数量已达到 13.3 万，并拥有在业余时间从事调解工作的一百万余名企业职工。^㉒ 报道说内蒙古包头的一家企业在 80 年代中期已经有 2,000 多名调解员，负责着其管辖范围内的 7.5 万多名职工和家属。^㉓

现行的调解条例允许但并不要求在单位中建立人民调解委员会。^㉔ 这就承认了这类已经大量存在的人民调解委员会，但同时也代表了对经济改革政策的一种妥协，因为改革的目标是使工作单位更趋向于单纯的经济实体，而非地方政府的分支机构。

由于在中国城市社会中单位的重要性，企业的调解委员会无疑将出现和继续存在，尽管他们缺少法律的基础。通过单位，城市的人员接受了各种各样的福利，比如便宜的住房、特殊的工资补贴、配给的优待券、戏票、假期、医疗保健、孩子入托以及养

^⑳ 晓生：“人民调解委员会建设和委员的选任”，《法制日报》，1989 年 9 月 8 日，第三版。

^㉑ 贾京平：“简论健全我国人民调解法制”，《法学》（上海），1986 年第 10 期，页 58、59。

^㉒ “人民调解委员会发挥了积极作用”，《法制日报》，1989 年 5 月 6 日，第一版。1986 年的一篇文章说，有 170,000 个企业内部的调解委员会，但该文章对调解员的数量也提供了相同的数字。参见贾京平，前注⑲，页 59。

^㉓ Palmer, *Extra-Judicial Mediation*, 前注⑬，页 257。

^㉔ 《调解条例》，前注⑫，第 15 条。

老金。除了通过单位，并没有其他有效的方法分配这些福利。^⑬除此之外，政府还要依靠单位进行社会控制。单位保管着其人员的档案，这些档案跟随着公民的一生，包含了国家想要了解的所有信息。单位的介绍信也经常是旅行和进入几乎所有公共设施中的必需。计划生育政策也是通过单位实施的，结婚也需要得到单位的同意（尽管婚姻法对此没有规定）。^⑭

在中国，因为许多城里人的社会生活都围绕着工作单位展开，所以许多纠纷的当事人都是同一单位的成员。因此，由于单位领导有权对顽抗的一方施加压力进行制裁，单位就是解决纠纷的很自然的场所。^⑮

(5) 人民调解委员会的管辖权

人民调解委员会一般调解民事性质的微小纠纷，尽管他们也可以负责处理一些不能由法院审理的案件，例如婆媳之间的不和。^⑯根据最初的1954年的授权立法，人民调解委员会还有权调

解轻微的刑事案件。不过这种权力达到何种程度还有些混乱。

一般的理解是人民调解委员会可以调解任何在效力上属于自诉的刑事案件，^⑰1954年调解通则尤其将“轻微的刑事案件”包括由调解解决纠纷的范围内。这一条款大概起因于1979年刑法颁布以前中国刑事法律的巨大空白。那时通过的许多制定法将严重的行为比如反革命和腐败规定为犯罪，但是几乎没有将微小的抢劫或偷窃这类行为规定为犯罪的国家立法。只有1957年通过的《治安管理处罚条例》（SAPR）^⑱允许警察对那些实施了被认为是轻微犯罪的行为的人施以惩罚。^⑲

“轻微犯罪”包括某些伤害、偷窃、虐待家庭成员、诈骗和诽谤等诸如此类的案件。^⑳不过，取代1954年《调解通则》的1989年《调解条例》将“轻微的刑事案件”从可以调解的纠纷范围中划去了。尽管如此，由于某种不明显的原因，《调解条例》颁布以来，有关调解的学术评论仍旧断言，“轻微的刑事纠纷”

^⑬ Cf. Deborah Davis, *Chinese Social Welfare: Policies and Outcomes*, 1989 China Q. 577, 581 (注意到中国的福利政策“将大多数社会福利利益视为对工作地位的报酬”)。

^⑭ 一位24岁的工人写给法制日报编辑信箱栏目的信，在信中他抱怨说，尽管婚姻法规定他可以在22岁结婚，而他的工厂说他必须等到25岁才行。违反工厂规定就会被罚款或辞退。编辑的回答是，尽管从法律解释上讲他有权利立即结婚，但是工厂的规定是合理的、可以理解的，他应该等待。参见给编辑的信，“厂规与国法相抵触，该执行哪一个？”《法制日报》，1988年9月27日，第四版。

^⑮ 关于中国工作单位在职工生活方面的权力的更多情况，一般参见 Andrew G. Walder, *Organized Dependency and Cultures of Authority in Chinese Industry*, 43 J. Asian Stud. 51 (1983)，以及他在 Andrew George Walder, *Communist Neo-Traditionalism* (1986) 中的详细分析前注46。Community Mediators Heal Family Discord, China Daily, M51 (1983), na Q. 577, 581。

^⑯ 中国有关调解的文章经常提到这样的纠纷。例如参见《调解大全》，前注31，页391；Wen Jia, *Community Mediators Heal Family Discord*, China Daily, 1989年3月18日，第一版。

^⑰ 中国的“自诉”可以简单地和不太恰当地作如下概括。《刑法》规定有三种案件法院告诉才处理：不严重的诽谤（第145条），暴力干涉婚姻自由而未造成死亡后果（第179条），以及虐待家庭成员而未造成严重的伤害或死亡（第182条）。不过，法院也可以没有检察院的参与“直接受理”其他“不需要侦察的轻微的刑事案件”，例如故意伤害、拒绝执行法院判决、遗弃被赡养人。《刑事诉讼法》，前注⑬，第13条；“最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知”（1979年12月15日，以下称1979年管辖通知），载《中国法律全书》，前注⑬，页228。尽管制定法没有规定在后种类型的案件中谁作为起诉人并承担举证责任，习惯上是由受害方负责。（在不需要侦察的轻微的刑事案件中）给予受害方或其法定代理人以起诉的权利和举证的责任，不仅能够有效地打击犯罪保护人民，而且能够减轻检察院的负担并简化诉讼程序。杨实：“略论自诉案件的范围”，《法学研究》，1990年第5期，页37、38。

^⑱ 前注⑬。

^⑲ 1957年治安管理处罚条例在Cohen，前注⑬，页200-237中有详细的讨论。

^⑳ 李春霖、潘夏明：“人民调解问题争议之我见”，《政法论坛》，1990年第2期，页16、18。

仍属于人民调解委员会的调解范围。^⑭

3. 行政机关

行政调解是中国的一个法律范畴，指由政府机关的官员而非法院或人民调解委员会（在中国的调解理论中，后者不被看成是政府机关）实施的调解。

（1）司法行政机关以及司法助理员

一种类型的行政调解是由司法行政机关^⑮实施的，该机关的任务包括公布法律、教育公民以及指导律师、公证人和人民调解委员会的工作。司法行政的地方机关就是司法助理员。

司法助理员在职务上接受地方司法局的“领导”和地方法院的“指导”。^⑯他们的责任尤其包括（inter alia）：

- a) 管理人民调解委员会的工作；
- b) 指导和检查人民内部的调解工作，参加疑难纠纷的调解，接收和处理与人民调解工作有关的来信和上访。……^⑰

因此，除了检查人民调解委员会的工作之外，司法助理员自己也可以进行调解。由于司法助理员是政府官员，所以这种调解

^⑭ 例如上注，页 18。

^⑮ 这一词语表示中央司法部和他在地方的相应部门。

^⑯ “司法助理员工作暂行规定”（以下称司法助理员规定），第 2 条，见于《调解大全》，前注⑮，页 819，译文见于 T. Chiu, *China Trade Documents* 163 (rev. 2d ed., 1988)；并参见邹获华：“司法助理员体制改革迫在眉睫”，《法学》，1986 年第 9 期，页 62、63。“司法助理员规定”由司法部于 1981 年 11 月颁布，但据我所知尚未正式出版。

^⑰ 《司法助理员规定》，前注⑮，第 3 条；邹获华，前注⑮，页 63；一般参见张大成：“我对司法助理员工作的几点意见”，《法学》（上海），1986 年第 5 期，页 47。列举的其他责任是：

- （3）结合实际需要，进行有关政策、法律、规范和道德的相应的宣传和教育；
- （4）调查和研究在管辖区域内发生的纠纷的原因、特殊性质及一般表现，以提出预防的方法；
- （5）了解群众对于现行法律规范和司法工作的意见和需要，并向上级汇报。

在性质上被认为是行政的。不过，司法助理员不能代行其所指导的人民调解委员会的角色，他们只能调解特别困难的案件。他们也不能代替法院的角色，对当事人发号施令或强制执行他们的解决方案。不过，这两方面的现象却都是相当普遍的。^⑱据一项报道，当河北省的一户农民丢失了上百公斤小麦时，仅仅享有对村调解委员会建议权的司法助理员，反而命令对所有的村民家里进行搜查。^⑲

其他的问题还包括司法助理员中普遍偏低的法律训练水平以及他们人数的短缺——大概只有 5 万左右。^⑳每个司法助理员大约要指导 20 个人民调解委员会。因此，他们经常没有足够的时间处理提交他们的案件。^㉑

在实践中，司法助理员的位置处于调解委员会和法院之间。理论上，他或她和调解委员会一样不享有强制实施纠纷解决方案的权力，不过，现实要复杂得多。中国法律期刊上的文章反映了两种观点：一些作者抱怨说，司法助理员在强制促成他们所处理的案件的解决时，已经僭越了法院的职权。^㉒另一些人则认为，在当事人拒绝达成调解协议时，司法助理员应该有权强制解决纠

^⑱ 参见《调解大全》，前注⑮，页 21。

^⑲ 参见 Zhong Hua, *People's Mediation Needs Improvement*, China Daily, 1986 年 12 月 22 日，第二版。

^⑳ 司法助理员的数量在 80 年代有了相当大的增长。据估计到 1981 年底有 16,000 余名。参见 *Justice Minister on Judicial Administration*, in SWB/FE, Aug. 5, 1982, at B11/8。一份资料报道在 1988 年后半期，有大约 50,000 名司法助理员，参见 Yang Xiaobing, *Mediation: A Defense Line Against Crime*, Beijing Rev., Oct. 24-30, 1988, at 24, 24；而另一份资料则显示 1989 年 7 月这一数字为 43,618，参见斯奇，前注⑮，第三版。

^㉑ 张大成，前注⑮，页 47。每名司法助理员负责 20 个人民调解委员会，这一数字与其他资料提供的 1989 年人民调解委员会（大约 100 万）和司法助理员（大约 5 万）的数量相适合。

^㉒ 《调解大全》，前注⑮，页 21。

纷——进行裁决。^⑭

据某位作者所言，司法行政机关在中国的法律体制中是不正常的，因为在所有的政府行政机关中，只有他们缺乏通过行政裁决实施法律的权力。^⑮该作者建议，在调解不成功的某些案件中，司法行政机关（通常是管辖区的司法助理员）应该有权就该纠纷作出会产生行政决定效力的权威性的裁决。

赋予司法助理员对某一纠纷作出行政裁决的权力会在实质上改变现有的纠纷解决体制，即使这些裁决可以被上诉到法院。在现有的制度下，只有法院（或仲裁机关，如果双方同意仲裁）可以对纠纷当事人强制实施解决方案而不顾其意愿。法院的判决是基于对各方情况的实质上的价值衡量。如果案件通过行政诉讼提交法院，法院就可能不愿意或不能考虑这些价值。因为这时不再是一个公民对另一个公民要求补偿。而是一个公民要求法院约束一个进行非法或错误行为的行政机关，这个行政机关可能与法院处于同一行政级别。而且，由于行政行为的被告不是与原告实际发生纠纷的一方，也无法进行司法调解。^⑯

行政裁决自身不能产生中国法律理论中所谓的“强制性”的效果。当败诉方不上诉而只是拒绝执行行政裁决时，作出裁决的行政机关必须向法院申请强制执行的命令。虽然中国的法律条文在这一点上不是很清晰，到了这一阶段，被告人大概很难提出有

^⑭ 姚自修：“司法行政调解裁决权刍议”，《法学》，1986年第2期，页38；张大成，前注⑭；邹荻华，前注⑭。

^⑮ 姚自修，前注⑭，页38、39。一位司法助理员在一篇文章中抱怨道，司法助理员被称为“四不像”：没有审判权，不像法官；没有治安处分权，不像公安民警；没有起诉权，不像检察官；不是调解委员会，不像调解主任。张大成，前注⑭，页47。

^⑯ 参见《行政诉讼法》，前注⑭，第50、67条（规定法院审理的行政案件不适用调解，除非涉及损害赔偿）。

效的辩护。^⑰

因此，建议赋予司法行政机关对纠纷进行行政裁决的权力，其结果就是将决定权委托给可能比法官有更少法律训练的人，并且回避了民事诉讼法中试图确保当事人在法庭上平等论争的条款。不过，这似乎就是近期由司法部颁布的一系列规范产生的效果。^⑱

(2) 共同的上级行政机关

解决纠纷的受欢迎的方法是通过纠纷双方共同的上级行政机关进行。由于这实质上是一种内部的解纷方式，所以共同的上级有许多方法促成其决定的执行，无论该决定是否通过被称为“调解”的程序而正式做出。

例如，对商业纠纷的调解依据的是1989年的《商业经济纠纷调解试行办法》。^⑲《试行办法》涵盖了双方都是国有或集体企业——具有共同上级行政机关的企业——的贸易纠纷，并可以在解决上述企业与非商业的经济组织以及私营企业之间发生的经济纠纷时“参照”应用。^⑳

《试行办法》要求管理商业的各级政府部门建立调解机关。^㉑

^⑰ 例如，《民事诉讼法》第168条规定，法院仅仅在一份有利于债权人的公证文件“确有错误”时，才应拒绝赋予其强制执行力，因此这似乎排除了对其性质的全面的再审查。另一方面，中国的法院在实践中可能不会对“确有错误”和“有可能错误”作清楚的区分。

^⑱ 《民间纠纷处理办法》（1990年4月19日）（以下称《纠纷办法》），载《国务院公报》1990年第597号。我将“民间”译为“among citizens”而非“among the people”是因为在毛泽东理论的语言体系中，后者具有特殊的、有限的含义。第3条将民间纠纷规定为“公民之间关于身份、财产利益或其他产生于日常生活中的纠纷”。纠纷办法在下注182-183及其正文中有更详尽的讨论。

^⑲ 《商业经济纠纷调解试行办法》（商业部，1989年11月23日），载《国务院公报》，1989年第1014号（以下称1989年《试行办法》）。

^⑳ 同上，第5条。

^㉑ 同上，第2条。

对纠纷调解的管辖权根据共同上级优先的原则进行分配：如果双方有共同的上级行政机关，该机关就有管辖权实施调解。^⑭一句话，《试行办法》对内部纠纷解决方式表示了明显的偏好。第19条规定，当双方属于同一行政系统而一方不执行调解协议时，他的领导就会受到纪律惩戒。当双方属于不同的系统时，受害方就可以请求顽抗方的行政上级对之施加纪律惩罚。不过，那些上级可能会发现以损害其亲自委任的下属为代价来取悦外来方几乎没有什么利益。何况，由于中国行政系统在财政上通常的自给自足性质，在财政上损害了其下属机关也就损害了上级部门本身。

(3) 工商局

当商业合同的双方，例如国有企业，发生他们自身无法解决的纠纷时，就可能依据案情的重要性以及标的数额，由中央或地方的工商行政管理局（ICAB）^⑮进行调解。^⑯当事人可以选择由工商局进行调解，或由其进行仲裁（必须先有调解的努力），或直接向法院提起诉讼。^⑰调解和仲裁都不是起诉的前提条件。工商局调解的结果与法院调解的结果具有重要的共同特点：他们在送达双方时产生法律执行力。^⑱

^⑭ 同上，第10条。

^⑮ 关于工商行政管理局（或 SCLAB）的更多内容，参见 Spanogle & Baranski，前注11。

^⑯ 参见《中华人民共和国经济合同仲裁条例》，《法规汇编》（1983），页527，第10条（以下称《仲裁条例》）。

^⑰ 1981年《经济合同法》第48条规定，纠纷的任何一方“可以向国家指定的合同管理机关申请调解或仲裁。”这些“机关”经常是指工商行政管理局。参见“国务院批转国家经委、国家工商行政管理局、国务院经济法规研究中心关于执行经济合同法若干问题的意见的请示的通知”（1982年5月4日），周德武编：《经济合同法实用知识手册》，页393，1988年。

^⑱ 参见《中华人民共和国经济合同法》，《法规汇编》（1981），页1，第52条（以下称《经济合同法》）；《调解大全》，前注⑭，页19。

通过各级工商局解决纠纷的显著特色在于，与法院一样，工商局是一个外部的纠纷解决者。在传统体制中，同一部门控制的两个企业之间的合同纠纷会通过该部门内部解决。^⑲而1983年发布的规范将工商局定为对企业之间的经济纠纷有管辖权的适格主体。^⑳国家工商行政管理局直属国务院，不属于任何部委。又因为工商局不拥有任何企业，自身不从事商业活动，所以它能像法院一样运作。

许多纠纷既能够诉诸工商局解决，也可以根据1989年的《试行办法》由其共同的行政上级解决。^㉑尽管两种模式的关系不很明显，但任何一种都不是另一种的前提条件。如果双方从事的是非商业的，比如工业、农业、或服务业活动，那么1989年的《试行办法》就不适用了，工商局就会成为有管辖权的解决部门。同样的，《试行办法》也不适用于双方都是私营企业的情况。有趣的是，1983年赋予工商局以解决纠纷的管辖权显示了对于外部解决方式的偏好，但是6年以后，当改革已被认为有了极大的发展时，《试行办法》的颁布又似乎是向内部解决方式的回归。这隐含了许多有迷惑力的可能性。大概工商局无法针对许多国有企业作出或执行判决，所以由其共同上级负责的内部解决方式是惟一有影响力的解决办法。《试行办法》的颁布也反映了这样一个观点，即国有企业之间的纠纷应该与私营企业之间的纠纷采取根本上不同的方式处理。

(4) 其他部门

中国的法律和行政图景中还有一定数量的其他行政机关，其拥有各种在他们管辖事务的范围内执行他们的裁决的权力。邻里

^⑲ 参见 Spanogle & Baranski，前注⑭，页777。

^⑳ 参见《仲裁条例》，前注⑭。

^㉑ 1989年《试行办法》，前注⑭。

关于维修界墙的纠纷可能会向当地的房产局提出。担心临近工厂的污染的农民可能会向当地环保局控告。在所有这些案件里，有关的行政机关在按照有利于一方或另一方的办法决断以前，大多会努力促成调解解决。^⑩

四、纠纷解决中的自愿和强制

(一) 专政、民主以及法律的作用

关于解决公民间普通民事纠纷的正确方法和在这些程序中法律的作用问题，传统的中国的法律理论是自相矛盾的。这种矛盾起因于毛泽东对“敌我”矛盾和“非敌我”矛盾的著名的区分。^⑪

敌我矛盾是具有根本利益冲突的双方——“人民”和“敌人”——之间的矛盾。人民是“赞同、支持和服务于社会主义建设事业的阶级、阶层和社会团体”，而敌人是那些“反对社会主义革命，敌视和破坏社会主义建设”的人。^⑫ 这种矛盾只能通过

^⑩ 对于由各种行政机关进行的纠纷解决的更多的讨论，参见 Lester Ross, *The Changing Profile of Dispute Resolution in Rural China: The Case of Zouping County, Shandong*, 26 Stan. J. Int'l L. 15, 55-60, (1989)。

^⑪ 关于这一理论被最普遍的引用的资料，参见毛泽东：“关于正确处理人民内部矛盾的问题”，《毛泽东选集》（第5卷），1977年，页363，译文见于5 Selected Works of Mao Tse-tung 384 (1977)。选集中所载的版本是对最初的1957年的讲话的相当程度上的编选。

毛泽东的矛盾理论的起源已经成为许多争论的对象。参见 Stuart R. Schram, *The Political Thought of Mao Tse-tung* 43-46 (1963); Arthur Cohen, *The Communism of Mao Tse-tung* 14-28 (1964); Frederic E. Wakeman, Jr., *History and Will: Philosophical Perspectives of Mao Tse-tung's Thought* 295-301 (1973); Stuart R. Schram, *The Thought of Mao Tse-tung* 61-67 (1989)。

^⑫ 毛泽东，前注^⑪，页364；同时参见 Yee-Ful Lau, Wan-Yee Ho & Sai-Cheung Yeung, *Glossary of Chinese Political Phrases* 301, 465-66 (1977)（对“人民”和“敌人”的定义）。

一方或另一方的取胜来解决。

非敌我矛盾是那些具有根本上相同的利益的双方——人民——之间的矛盾。这种矛盾不是由一方或另一方的被击败而解决，而是通过双方的互动达到一个比矛盾最初发生所处的层次更高的新的层次上的团结。例如，一个在分配父亲的遗产时争夺他姐姐的权力份额的儿子，会由于继承法关于男女平等的条款而受到教育，而该女儿也可能被说服接受较少份额的财产，理由是她的兄弟在父亲年老时尽了更多的赡养义务。通过这种方法，不仅纠纷得到了解决，双方也对他们的社会义务和国家法律有了比以前更高的认识。

与矛盾的理论紧密联系的是毛泽东关于专政和民主的观点。专政是对敌人实行的，与强制相联系。民主是人民内部实践的，与说服和教育相联系。

两种不同的方法，一种是专政的一种是民主的，应该用来解决两种在本质上不同类型的矛盾——我们与敌人之间的矛盾以及人民内部矛盾……为了解决各阶层人民内部的问题，“我们应使用民主的方法、说服的方法，而不是强制的方法”。^⑬

最后，上述理论往往将法律与专政、强制联系在一起。当然，毛泽东有时也会这样讲，似乎法律和法院在解决人民内部的非敌我矛盾时占有一席之地：

我们的国家机关是无产阶级专政的国家机关。拿法院来说，它们是针对反革命行为的，但又不完全是针对反革命行为的。它们不得不处理包括人民内部纠纷在内的许多问题。看来，我们再过一万年也需要法院。那是因为阶级消亡以后，仍会有先进和落后之间的矛盾，仍会有人们之间的竞争，仍会有打架，各种各样

^⑬ 毛泽东，前注^⑪，页371。在这里毛泽东引用了他在1949年的讲话《论人民民主专政》。

的混乱也可能发生——如果没有了法院，那该怎么办？^⑭

不过，他的关于矛盾的讲话以及后来的阐释首要的指向是，法律、强制是和对敌人的专政联系在一起的，而“人民”是通过“以维持社会秩序……为目的而发布的伴随着说服和教育……的行政命令”来规范的。^⑮这在80年代早期的严打运动中可以清楚地看出来：“法律的首要功能……是镇压敌人。”^⑯“政法机关……是专政机关……如果他们偏离了打击和惩罚，那他们就不再是专政机关了。”^⑰“运用法律武器对敌人实施专政是加强社会主义民主与法制的内在组成部分”。^⑱

普通民事纠纷无疑属于人民内部的非敌我矛盾的范畴。不过，由于法律和对敌对阶级专政强制的传统上的一致性，人们还是很难接受法院和法律是处理这种纠纷的适当的机构的观点。由此就可以理解下述的现象，即在民事纠纷中人们广泛求助于非法院的纠纷解决机构，以及处理普通民事纠纷的机构不愿真正地强加或执行强制性的惩罚。同时，也可以由此理解被称为“调解”的程序如何显示出与具有强制力的审判通常相关的特征。将一个程序称为“调解”可能只是为了将他认证为解决人民内部矛盾的适当手段。如前所示，即使中国共产党的传统的法律理论也认为，在人民内部偶尔的强制是必要的，尽管这种强制与专政强制

有“原则上的区别”。^⑲

（二）调解协议的法律效力

调解协议的法律效力问题在中国的调解理论和实践中是个头疼的问题。据称一般的规则是，法院调解的协议一经送达当事人，就产生了“法律约束力”，它与法院判决具有同样的效力。同样的实践在美国也是普遍的，而且实际上，两边同意的判决可能会将控诉尚未提交以前就已经达成的协议直接转换成法院的命令。^⑳中国的当事人可以在法院调解协议送达以前的任何时间里反悔。^㉑

在这里必须注意的是，中国的法院判决与普通法系的法院判决不具有相同的效力。中国的法律对于仅仅不遵行法院判决的行为一般并不给予惩罚。^㉒相反，受害方必须就强制执行向法院提出独立的申请。强制执行允许采用例如扣押工资或冻结银行账户等措施。

通过其他调解机构达成的协议就被认为是没有这样的法律约束力的。不过，这种一般命题的具体的含义是不明显的。它可能仅仅意味着调解协议就像双方签订的合同，它们的“法律约束力”只有在被随后的法院判决认定时才产生，而这一随后的法院判决正好就是法院调解或赞同的协议。另一方面，它也可能意味

^⑭ 毛泽东：“在中国共产党第八届中央委员会第二次全体会议上的讲话”（1956年11月15日），载《毛泽东选集》（第5卷），前注⑭，页312、319。

^⑮ 毛泽东，前注⑭，页369。同时参见Lubman，前注⑭，页1302；Palmer，Extra-Judicial Mediation，前注⑭，页229-230。

^⑯ 崔敏：“学会使用和用好法律武器”，《法学杂志》，1983年第5期，页13、14。

^⑰ 宋涛：“对罪犯的打击惩罚是‘综合治理’的重要措施”，《法学杂志》，1983年第5期，页10、12。

^⑱ 孙国华：“运用法律武器发挥专政职能”，《法学杂志》，1983年第6期，页10。

^⑲ 毛泽东，前注⑭，页366。

^⑳ Judith Resnick, *Judging Consent*, 1987 U. Chi. Legal F. 43, 47.

^㉑ 送达需要的重要性在一场争论中有所阐明。该争论涉及一个已经与其妻子达成离婚调解协议但在协议送达前强行与其发生性关系的男子是否构成强奸罪的问题。一方认为由于协议尚未送达，双方仍旧是婚姻关系，因此根据刑法第139条该行为不构成强奸罪。（第139条由于没有对强奸进行定义，并不必然导致这一结论）不过，该行为会根据第182条而构成虐待家庭成员罪。另一方更倾向于认为在任何情况下的强迫性交行为都是强奸，但是强调他发生在离婚决定已经同意生效之后。参见刘德法：“离婚中的‘丈夫’能否成为强奸主体？”《法学》，1990年第9期，页49。

^㉒ 前注⑭-⑲及其正文。

着一方在任何时候都可以反悔调解协议，并将案件提交法院以根据相应的标准进行听审，就好像调解协议从未存在。这会使调解协议比普通合同的效力还要小。而且，一方或双方对调解协议的局部或完全履行的效力如何，也是不清楚的。

从中国的有关资料得来的证据是混杂的和不清的。让我们单独对人民调解（由人民调解委员会进行的调解）加以考察。《调解条例》第9条的规定是这样的：“双方应当执行由人民调解委员会主持达成的调解协议。”

“经过调解，双方没有达成调解协议或达成调解协议以后反悔的，任何一方都可以请求基层人民政府处理，也可以向人民法院提起诉讼。”

新的《民事诉讼法》第16条的相应部分与其相似但并不相同：“当事人对调解达成的协议应当履行；不愿调解、调解不成或者反悔的，可以向人民法院起诉。”

这些看起来很简单条款引发了不少问题。首先，“应当”的意义在中国的法律理论中仍未确定，尽管它在中国的立法中被广泛地使用。据一位作者所言，“‘应当’是一个一般性的要求，不具有强制性。”^⑩上面所举的《调解条例》的第9条似乎的确考虑到了反悔调解协议的可能性。

不过，其他作者认为应当是与必须同义的，而且在谈到《调解条例》的第9条和《民事诉讼法》的第14条时尤其这样主张。他们断言，如果调解协议没有被履行，他们（像法院判决一样）

就可以被强制执行。^⑪

这种观点的问题是它使非法院调解的协议（通过法院之外的调解达成的协议）与法院调解的协议等同。所有中国其他的资料，无论是学术的还是立法机关的，都坚持他们之间是存在区别的。

不过，仍需考察这种区别到底有多大。假如一方反悔非法院调解的协议，另一方根据《调解条例》第9条第2款请求基层人民政府“处理”或起诉到法院，那么这种向政府或法院提出的申诉的确切性质到底是什么，政府或法院用以对该事件作出裁决的标准又是什么？

政府对申诉的处理根据是1990年司法部颁布的《民间纠纷处理办法》^⑫（纠纷办法）。首先，纠纷办法将政府负责的纠纷的具体处理权交给了地方司法助理员。尚未经过调解的纠纷要首先由人民调解委员会进行调解。政府不能处理已经由一方向法院提起诉讼的纠纷，但是在政府的纠纷处理程序已经启动之后一方又向法院提起诉讼的，会产生什么样的后果则不很清楚。

通过司法助理员，政府按照两种情况对纠纷作出裁决。首先，调解没有达成协议的，该案即按照“以事实为基础，以法律、法规、行政条例和政策为准绳”的原则裁决。^⑬《民事诉讼法》第7条^⑭在形式上使用了相似的语言，规定了法院用以裁

^⑩ 李春霖、潘夏明，前注④，页20。当然，有时“应当”似乎意味着“必须”。年龄达到16岁的公民申办身份证明的义务也用“应当”来表述，参见《中华人民共和国居民身份证条例》，第2条，法规汇编（1985），页35，他不能被推定为政府打算使之随意化。

^⑪ 前注⑩。

^⑫ 《纠纷办法》，前注⑩，第4条。

^⑬ “人民法院审判民事案件，应该以事实为根据，以法律为准绳。”《民事诉讼法》，前注②，第7条。

^⑭ 潘剑锋：“谈谈离婚诉讼的几个问题”，《法制日报》，1988年8月26日，第三版。作者关注的“应当”出现于婚姻法第25条，前注⑤，涉及在离婚请求中调解的优先性。作者认为调解在某些情况下不应被理解为必需，例如一方在国外已另结婚、投敌叛国或被判处死刑等。

决案件的标准。一句话，司法助理员应当向法官一样裁决案件，尽管要参考更为广泛的规范性的材料（《民事诉讼法》第7条没有提及法规、行政条例和政策）。

当调解达成了一个后来被一方反悔的协议时，如果该协议符合法律、法规、行政条例和政策，他就应该被坚持，否则，他就应被宣布无效，而换成另一个解决方案。^⑮这一条非常重要，因为实际上它要求司法助理员对最初的调解协议给予相当的尊重。中国的法律总是要求调解协议符合法律和政策，但是这从未被解释为任何纠纷都有惟一的调解方案，这不同于任何纠纷都有法律上所需要的惟一的判决结果。因此很大范围内的调解方案都能够被认为是根据法律和政策作出的，任何处于这种可能的范围之内的协议因此都会被司法助理员所坚持。

与“应当”被双方执行的调解协议相比，政府的裁决“必须”被执行。不过，在司法助理员的裁决和法院的判决之间有一些区分。首先，一方在司法助理员作出裁决后15天之内可以将原始纠纷向法院提起诉讼。^⑯这种表述似乎是说法院会对该纠纷重新进行审理而非仅仅审查司法助理员的裁决，尽管很难确信这种情况在实践中会不会发生。其次，即使一方不提起诉讼，地方政府的强制执行权力也要限于采取“职权范围内”的必要措施。^⑰

法院处理反悔调解协议的案件时应用的标准更不清晰。《民事诉讼法》第16条仅仅规定“人民调解委员会调解民间纠纷，如有违背法律的，人民法院应当予以纠正。”^⑱这可能或也不可

^⑮ 同上，第18条。

^⑯ 同上，第21条。

^⑰ 同上。

^⑱ 同上，第16条。

能暗示没有违反法律 and 政策的调解协议应该被维持。这当然是某些作者所持的观点，他们认为法院诉讼中一方可以将调解协议提出来作为对其有利的论据。如果该协议是“正确的”或“基本正确的”，法院就应该维持他。^⑲这再一次暗示了对调解协议的尊重。

（三）强制调解

非法院调解的协议是否得到法庭诉讼的尊重至关重要，因为有相当多的证据显示，调解“协议”有时会强加给不情愿的一方。^⑳一篇文章不仅仅谈到了“反悔”协议的当事人，还谈到了“不服”协议的当事人。如果协议确属自愿，那么这种表述就没什么意义。

还有，强制达成的调解协议不应仅仅被视为一种反常。这种现象是与该体制作为整体的内在逻辑性紧密相连的。

一般的调解机构以及特殊的人民调解委员会大概最适于被视为一种小额索赔法院。与小额索赔法院做出的裁决一样，他们的裁决也能够被更高级的法院审查，不论是完全重新审查还是给予一定的尊重。

持这种观点有许多原因。中国的法院完全不受理轻微的案件^㉑，而同时又没有处理小额索赔的法院系统。惟一可能的替代就是人民调解委员会或司法助理员。因为即使在轻微案件中，允许顽固的施恶者逃脱其错误行为应有的惩罚也是不公平的，所以自愿的原则便趋于服从遵守法律和政策的原则。

我们已经看到中国的调解理论非常强调调解协议对法律和政

^⑲ 参见李春霖、潘夏明，前注⑭，页20-21。

^⑳ 柴发邦、李春霖，前注⑭，页53；季卫东，前注⑭，页22；郑齐祥等，前注⑭，页26；“非法调解的恶果”，载《中国法制报》，1985年9月30日，第二版。

^㉑ 吴玛利：“对新时期人民调解工作的初步探讨”，《法学》，1987年第4期，页50；邹获华，前注⑭，页63。

策的遵守。仅仅双方的同意是不够的；一味强调调解仅使当事人满意的做法被批评为“无原则的调解”。调解被认为要分清正确和错误，保护参与者的权利。为了适应遵守法律和政策的目的，已经有一些相关的努力在为调解员提供法律培训。

假定调解员和参与法院外的纠纷解决过程的其他人——也应该说不包括大多数法律学者——看来，由于法院体制存在的缺陷，调解中的强制因素可以被接受，这种假定是似是而非的。实际上，由于在应用法律和强制解决“人民”之间的纠纷的问题上的反复摇摆，法院和人民调解委员会在解决民事纠纷时应用的程序已趋于殊途同归。

许多学者注意到了法院和人民调解委员会在解决纠纷时的相似性。^⑮ 法院有许多想通过调解解决案件的动机。他们不仅经常在制定法上鼓励甚至要求在审判以前进行调解，^⑯ 而且在许多法院，通过调解解决的案件的比例是评估法官的工作表现的重要标准。^⑰ 除此之外，由于法院缺乏有力的执行权力，法官们可能有道理相信，对每一方都赋予些好处的调解协议，其得到执行的可

能性会比判决更大。^⑱

五、结 论

很明显，在中国，一般在“调解”的名义下进行的机构设置和实践在纠纷解决的领域内非常重要。不过，同样明显的是，在中国所谓的调解，与在有关非诉讼纠纷解决方式（ADR）的著作中，所谓的调解是非常不同的，以至于简单地使用这一英语单词而没有更进一步的解释会产生严重的误导。贯穿本文，“mediation”被用作对“调解”的方便的翻译，但他并没有传递出很多的实质性信息。

随着中国调解的制度化，调解已经越来越相似于审判了。这既因为调解的强制性质，也因为诸如法院一类的审判机构本身的弱点。但是调解的强制性质不仅仅起因于它充当了小额索赔法院的角色。大概同样重要的是这样一个事实，即随着调解的制度化，它已经成为国家的工具。中国的国家政权无论是在纠纷解决中还是在市场内，一般仍不习惯于那种让个人自行其是的理念。

为什么制度化会导致国家控制？在原则上，中国政府不允许不服从政府的指挥组织存在——即使是集邮俱乐部、校友联合会也不例外。^⑲ 因此，任何在能够为国家所见的层次上运作的调解

^⑮ Lubman, 前注⑭, 页 1357-58; Palmer, *Judicial Mediation*, 前注⑭, 页 158-59.

^⑯ 《民事诉讼法》，前注②，第 6 条；《婚姻法》，前注②，第 25 条（对离婚请求优先调解）。

^⑰ 韩述之：“人民法庭设置及工作的几个问题”，《法学》，1990 年第 10 期，页 18、19；黄尚恒：“民事诉讼内‘着重调解’宜改为着重裁判”，《政治与法律》，1988 年第 5 期，页 58、59；郑齐祥等，前注⑦，页 27。这可以解释为什么在许多一方似乎可以赢得所要求的一切的案件中，仍旧达成自愿的或调解的解决方案。David Zweig, Kathy Hartford, James Feinerman & Deng Jianxu, *Law, Contracts, and Economic Modernization: Lessons from the Recent Chinese Rural Reforms*, 23 Stan. J. Int'l L. 319, 340-342 (1987) (Case 1).

^⑱ 这是对 Maine 地区小额索赔法院的研究的发现。Craig A. McEwen & Richard J. Maiman, *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent*, 18 Law & Soc'y Rev 11 (1984).

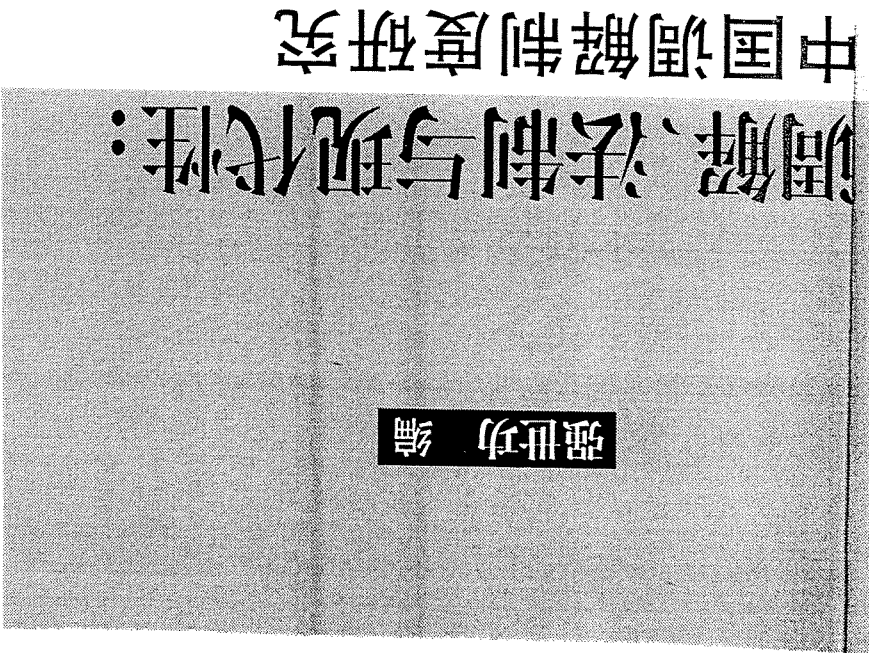
^⑲ 即使是政府允许存在的非共产主义政党的领导人也领取国家工资，并由共产党委任。参见 John P. Burns, *The Chinese Communist Party's Nomenklatura System: A Documentary Study of Party Control of Leadership Selection, 1979-1984*, 36-40 (1989); James D. Seymour, *China's Satellite Parties* 80 (1987).

机构必须处于国家的指导之下。^⑩

一旦机构接受国家指导的原则得到了承认，随之而来的（按照流行的意识形态的逻辑）就是它应该遵循和执行国家规范。在这种逻辑中几乎没有“私法”——即那些纠纷的当事人可以依照其利益而选用或放弃，而国家又对其选用不作干预的规则——的空间。传统的和今天的中国法律，在被用来规制行为并且当事人不能自行决定选择与否的意义上几乎都是“公法”。调解机构不得不依照这种法律，如果促使双方达成的协议没有包含国家规范体现的价值，这种做法得不到允许，这是没有什么奇怪的。

然而，正如传统中国的非国家的调解机构产生于个人的某种愿望——即避免向地方法官申诉时无法控制其结果一样，我们也可以期望在中国始终会有对在官方“调解”机构范围之外进行调解的需求。因此，有报道说越来越多的人要求律师在纠纷中进行调解，这是一个值得注意的趋势，因为在一定程度上，中国的律师自身就是国家机器。国家会逐渐地趋向于强调他们也应遵守国家规范，不能进行“无原则的调解”。在这种情况下，律师也即将成为官方的调解机构，那些想逃避国家法规之强制的人将不得不又一次另寻他法了。

^⑩ 当然，在希望控制纠纷解决的程序这一点上，中国政府并不是惟一的。参见 Merry，前注⑥，页 2069-2071（讨论政府在控制纠纷解决中的利益）。中国与许多其他国家区别之处在于，其决心禁止不受其领导的组织的存在，而非简单地通过拒绝提供资金或其他形式的协助而使之处于竞争上的不利地位。



Mediation, Legality and Modernity:
Mediation in China

中国法制出版社

责任编辑 李仕春 崔羽

图书在版编目 (CIP) 数据

调解、法制与 Modernity: 中国调解制度研究/强世功编
—北京: 中国法制出版社, 2001.9
ISBN 7-80083-836-6

I. 调… II. 强… III. 调解 (诉讼法) - 司法制度 - 研究 - 中国 IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 053546 号

周解、法制与 Modernity: 中国调解制度研究
Mediation, Legality and Modernity: Mediation in China
译者/强世功

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168 毫米 32
印张/18.375 字数/436 千
2001 年 9 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN7-80083-836-6/D·801

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)