



中国传统调解模式探微 ——兼与现代调解相比较

王 钢

摘 要：作为一种有效的争议解决机制，传统调解制度在我国社会历史进程中起到了相当重要的作用。中国传统调解制度在具体模式上与现代调解存在很大差异，如调解员的介入方式和主持调解的过程。此外，中国传统调解模式并非都是以当事人为主导，中国传统调解员在很多时候会对调解程序及实质问题进行主动掌控，比如给出实质性建议等。

关键词：调解；模式对比；传统与现代；文化变迁与传承

引 言

中国古代社会的调解制度是古代最完备、最有特色、普及率最高的制度。在长达2000多年的封建社会，调解这种平和的争议解决模式受到了统治阶级的高度重视，我国历史上的大部分封建王朝都设立了专门的调解机构，如秦汉两朝的“秩、嗇夫和三老”，唐代的“乡正、里正和村正”，等等。调解是争议之外的中立主体在当事人的邀请之下，出面辅助当事方通过谈判方式解决纠纷的一种替代性争议解决模式^①。众所周知，调解的过程及结果都是不公开的，这是其所具有的私密性；相对于只有双方当事人参加的谈判机制而言，在调解员的帮助之下，当事人往往能就争议解决的方案达成一致，而且最终大多都能自动履行调解协议，这使得调解具有了高效性的特点；相对于诉讼、仲裁等程序而言，调解又具有低成本的特点；最后，即使调解未能达成协议，当事人在调解中所表达的观点也不会作为对其不利的证据在后续程序，如诉讼或仲裁中加以使用，这又使得调解具有了低风险的特点。这种种特点和优势最终使得调解在很长的社会历史进程中都作为中国民众解决日常争议的重要选择而发挥着积极的作用。那么，中国传统调解机制到底践行着怎样的规则或模式？或许，对于历史点滴的探访可以起到一斑窥豹的作用。

一、一则历史故事引发的思考

春秋战国时期，周王室衰微，诸侯国群雄并起。大小诸侯国常常会因为各种各样的原因而肆意发动战争。然而在很多时候，不管战争的胜负如何，都必然使得“池鱼”中的百姓颠沛流离、家破人亡。这也成为一个历史法则。相传在春秋末期，当两个诸侯国之间将欲再起战端之际，终有一位名士因为不愿看到百姓再遭涂炭而主动出面调停。为此他还设法调集了自己的数千兵甲，以备不时之需。之后，在他所召集的“三方会谈”中，他对两位国君晓以利害，进行劝说，而且明确表示自己主动介入纷争并非为了一己私利，而是为百姓计。并且为了制止战争，他和他的武装会毫不犹豫地加入受侵略的一方。或者是受到此人的劝说，或者是耽于有第三方加入之后战争情势的制衡，两国最终决定休战言和^②。这一历史故

^① Stephen B. Goldberg, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, Aspen Publishers 2002, p. 111. 鉴于民商事调解与诉讼及仲裁附带调解等程序的区别，文中所提到的调解未作特别说明都仅指民商事调解程序。

^② Bruce E. Barnes, *Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific*, University Press of America 2006, p. 12. 一说为我国春秋末期战国初年墨翟的故事，见《墨子·公输》。

事也因此成为千古美谈。感动之余,揭开历史的面纱,可以发现这其实是中国古代较早的一次成功的调解实例。其实,诚如前述,中国古代的调解实践可能还要更早。中国古代调解可考的历史可追溯至《史记·五帝本纪》中有关舜在继位之前对于“历山之农者侵畔,河滨之渔者争坻”。以身为范、主动进行调处,并最终使得“历山之农者……期年畊亩正。河滨之渔者……期年而让长”^①。

二、传统与现代调解模式的比较

数千年风雨飘摇之后,这些生动的历史记载,却正好可以使今人得以从各种角度对其进行深入剖析。单单从古今调解制度的模式对比来看,我国古代践行的调解和今天的调解,虽然名称相同,但却可能存在着质的差别。一般而言,现代调解制度体系中暗含着以下基本属性:

(一) 调解的当事人意思自治性

从前述有关调解定义的表述中可以看出,现代调解程序是以当事人意思及其合意为主导的,非经当事人共同同意或邀请,调解员是不可能介入当事人之间的纷争的,否则将被视为是对私人事务的无理干涉^②;这是现代调解体系中当事人意思自治原则的最直接体现。当事人意思自治,是现代民商事法律制度的精髓之一,也是整个现代民商事调解制度的基本原则之一。当事人意思自治原则贯穿于调解制度的始终;调解程序的发起需要以当事人的自愿为前提;调解员一般也都由当事人自行选择、指定和变更;调解中的信息披露和交流,完全仰赖当事人的意思自治;调解程序的推进离不开当事人的意愿;甚至调解程序的终止和调解协议的达成都由当事人双方来掌控。一句话,调解程序的方方面面大都仰赖于当事人的意思自治及其合意。这已为很多国际、国内调解立法及调解规则所确认^③。从另一个侧面看,这也是调解程序非约束性的直接体现,调解程序的非约束性正是调解机制自愿规则的应有之意。

(二) 调解员的中立性

现代调解制度第二个明显的特点就是,作为第三方的调解员应该始终保持中立的立场^④。其在调解中的相关行为应做到不偏不倚。遍查现有调解著述中有关调解的定义,可以发现几乎所有的调解定义中都少不了“中立第三方”这样一个字眼。所有论著在对调解员的行为规范进行描述时,也常常会见到有关“中立性”的明确表述^⑤。虽然,时至今日,理论及实务界也难以对调解员中立做出明确的界定,因为调解实践中的中立确实很难做到,但从大部分调解员及当事人都相信调解员中立是调解员行为规则的主要内容和基本标尺。通常认为,采取中立的姿态有利于帮助调解员建立信任、树立公正的形象,从而有利于促使当事人达成和解。

一般认为,除非当事人有类似要求,调解员不应该将主要精力放在提供建议上,而应该着眼于调解进程及为了当事人的利益而保持中立^⑥。中立性是调解过程中当事人各方建立信任和维系在调解框架下解决争议的强大动机的关键因素。此外,调解员对待当事人的方式也会对调解进程及当事人的心理状态产生重要影响。故而,调解员在调解时应该谨慎从事,而不应当使当事人感觉到调解员有失中立或公正,从而避免激怒当事人并导致调解进程终止的情况产生。当然,调解员中立不仅仅需要调解员有关中立性的信念支持,调解中立还在很多时候仰赖于调解员保持中立的娴熟技巧。

(三) 调解过程应以当事人为主导,调解员只起辅助性作用

与前述调解中的当事人意思自治原则相一致,在调解的过程中,非经当事人同意,调解员绝不应该对争议本身的是非曲直发表个人观点,即使调解员认为该观点完全出于中立和公允,但是也可能招致当事人的反感和质疑^⑦。在现代调解模式下,调解员应更多地关注和负责调解的程序问题,而对争议解决的结果不享有建议权,其建议也无约束力。众所周知,法院诉讼和仲裁庭仲裁都是(准)司法性的争议解决模式。从法律规定上讲,法院判决和仲裁裁决对于当事人都具有极强的约束力,当事人有义务接受此类裁判的约束。在诉讼和仲裁中,当事人固然有权表达自己对于纠纷的意见,这种表达也是几乎所有争议解决模式的必经程序,但是无论如何,在现有诉讼和仲裁模式下,司法判决和仲裁裁决都是由

① 司马迁:《史记·五帝本纪》(卷一),中华书局出版社2009年6月,第33~34页。

② Boule L. *Mediation: Principles, Process, Practice*, Butterworths 1996, p. 11.

③ Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law, 2002, Article 11. Also see the Arbitration and Conciliation Act, Indian, 1996, Article 76. And see UNCITRAL Conciliation Rules, 1980, Article 15.

④ 中立并不意味着调解员不应调解中的力量失衡进行矫正,而且即使调解员对力量失衡进行矫正,也仍然是站在促成和解的立场上,而非站在弱势方的立场上。See Bernard Mayer, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*, Jossey-Bass Publishers, 2004, p. 17.

⑤ Boule L. *Mediation: Principles, Process, Practice*, Butterworths 1996, p. 18.

⑥ 基于调解员自身调解方式及风格的不同,及当事人对调解员角色认识上的差异,可以将调解员划分为辅助型调解员和评估型调解员两种,前者只是在调解中起到程序性辅助作用,而后者还可以在适当的时候向当事人给出实质性建议。很多调解过程都是调解员对两种方法的综合运用。

⑦ James A. Wall, Jr. John B. Stark, Rhett L. Standifer. "Mediation: A Current Review and Theory Development", *The Journal of Conflict Resolution* 2001, 45(3), p. 375.

裁判者依法裁量而来的,其间并不主要考虑当事人的个人观点。相反,调解机制中调解员和当事人却处于平等的地位,调解员的角色更多只是程序性辅助的作用。调解员需要想方设法推进调解程序和促进调解协议的达成,但却不能高高在上地“发号施令”。因为在调解体系中,从一开始就没有设置“裁判者”这样的角色,因此也就没有所谓上下之分,调解员和当事人都是完全平等的主体。所以在整个调解过程中,调解员所能使用的最主要方法就是居中调和,用各种调解技巧促使当事人自行达成和解。Christopher Moore 就曾指出:“最好的和解协议应当是由当事人自己达成的。”^①通常情况下,调解员只能对当事人提供程序上的帮助而不是给予实质性的建议。

通过以上分析可以发现,代表着中国古代调解模式的“义举”和今天践行的调解模式存在着质的不同,比如缺乏现代调解应有的自愿性,且有违当事人主导和第三方中立普遍原则,从中也可以解读出中国传统调解模式的具体情形:

首先,在上述调解实践中,调解程序的发起并非出于双方当事人的自愿,或者说只是出于那位名士的一厢情愿,而后由双方“当事人”被动接受。这与现代调解的当事人自愿特性是完全对立的,尤其是对现代意义上的民商事调解实践而言,当事人的调解自愿也常常被赋予非常重要的地位。

其次,在此次调解中,该调解员更多地只是在表达自己对于争议的看法——不否认这些看法的确是出于公心,但却没有太多考虑当事双方对于争端本身的态度和观点。其实,这在很多中国传统调解实例中是极为常见的现象。反之,如果调解人对某项纠纷没有既成观点,他也就不会太主动请缨,介入纠纷的调解了。正是因为他或她有了对于争议的看法,他们才会甘愿冒着别人“多管闲事”的数落,秉承公心对争议进行调处。于是,就出现了很有意思的现象:在现代调解体系下,一般只存在两派观点,即表现为双方当事人各执一词。而在中国传统调解模式中,却完全可能存在三派观点,因为调解人完全可能持有与当事人双方都不相同的观点。甚至,调解员的观点在很多时候还会占据主导。

再者,该调解人还一度险些丧失调解员应该严格保持的中立身份,这就明显地与现代调解的调解员中立规则相去甚远。从对上述历史故事的回顾可以发现,他的立场是与战争的发动者相对立,转而帮助被侵略方。但是这种由调解员实施的对一方当事人的威胁行为定然难以被现代民商事调解程序所容忍和苟同。因为,在民商事争议调解的过程中,事情本身的是非曲直与调解员并无直接关系。

此外,在漫长历史进程中,尤其是以唐、元、明、清四朝为典型代表和重要阶段,中国传统调解制度还逐渐衍生出了较为鲜明的强制性特征^②。其中最典型的有如明朝初年户部颁行的《教民榜文》中的有关规定:“民间户婚、田土、斗殴、相争一切小事,不许轻便告官,务要经本管里甲老人理断。若不经由者,不问虚实,先将告人杖断六十,仍发里甲老人量断。”^③应该看到,现代整个民商事争议解决的过程中,这种具有强制因素的调解已经越来越少了。即使是在国家给予特殊关注的劳动争议的解决过程中,劳动争议调解也并非其中的必经程序^④。传统的强制调解模式显然已难以适应现代社会的需要。

当然,并不是说传统调解的所有属性都与现代调解格格不入,比如传统调解与现代调解在私密性规则方面就存在着广泛的一致和相同的精神内核。应当说这是调解机制在面对人们隐私权时所作的明智抉择。总体而言,私密性是调解有效进行的保障之一。严格的私密制度是当事人在调解过程中开诚布公的重要前提和关键因素。调解的成功不仅在于当事人讨价还价的技巧和态度,还仰赖于他们对自己潜在信息的披露程度,只有在此基础上,调解员才能帮助当事人拟定双方都满意的和解方案,而这一切在很大程度上取决于如何打消当事人信息披露的后顾之忧。调解的私密性正好可以满足这种需要。但是,还应理智地看到,传统调解的调解员主动介入模式,本身就可能构成对当事人私隐的干涉。传统调解模式的私密性更多地只是涉及调解进行过程中及结束后,调解员对相关信息的保密问题。

三、表象背后的思考

对此相关问题的思考如果就此止步,问题其实并未真正解决。关键在于,为什么中国传统调解规则 and 现代意义上的调解规则竟然存在如此大的反差?或者说为什么践行了数千年的中国传统调解模式如今却不再能很好地适应现代社会的需要?是古今中国老百姓心态的变化,抑或是世人习惯的变迁,或者其他诸多的猜测和解释。笔者认为,真正的答案存在于对以下问题的思考:

(一) 文化的变迁和传承

“所谓文化乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及其他人类作为社会成员而获得的种种能力、习性在内的

① Christopher Moore. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass 2003, p. 78.

② 前述传统调解的非自愿性主要指调解员系主动介入争议,而未经当事人邀请。此处所谓的强制性是从国家对于调解的制度设计上来说的。

③ 自《皇明制书》上,转引自吴向红:《中国古代遗失物制度的法律运行与观念流变》,载《法学》2006年第1期,第59页。

④ 参见《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第5条。

一种复合整体。”^①受到中国社会经济、政治、历史等方面的长期作用，在中国特有的“以和为贵”的传统思维和“和合”文化的影响之下，大部分民众都习惯于对他人不请自来的调解报之以善意理解的心态，而不会感到明显的不适和抵触。比如清朝时期就曾有过亲友主动介入叔嫂之间的田产之争，而使双方互有妥协，从而免于对簿公堂的记载。时至今日，这种由争议双方共同熟悉的第三方非经邀请主动介入纠纷的调解实例也屡见不鲜，此种情况尤其是在农村及家族生活中，较为常见。经常会看到文学作品中有关调解人趁着夜色（为保密起见），进入族中某一家庭，主动对这一家庭内部发生的纠纷，如夫妻纠纷、婆媳纠纷等，进行“说和”的情节。但是，不可否认的是，这种深深植根于中国传统乡土文化的调解模式，伴随着其所依附的文化土壤的逐渐“变质”，已经面临着极其严峻的考验，甚至有人认为这种传统的调解模式已经让位于西风东渐的新型调解模式。后者，自然带有非常明显的西方文化烙印。基于之前笔者进行的对现今社会民众是否愿意接受他人不请自来的好意劝说的调查可以发现，现代人普遍表示他们很难接受他人对自己事务的主动介入和干涉。

如果文化方面的分析仍然被认为失之宽泛，那么导致上述情况更深层次的原因应当是隶属于文化范畴的民众法律意识的变化。与此有关的法律意识，更集中地表现为隐私观念和自主意识的增强。

（二）隐私观念的产生及强化

从某种意义上讲，人类文明滥觞于积淀在人性深处的“羞耻之心”。正是有了羞耻心，“隐私”这一文明时代的精神特质才得以凸显。在西方谚语中被称作“柜中骷髅”的隐私，不言而喻，就是指个人不愿公开的私人秘密或个人信息。隐私是人类本性所固有的，隐私观念也伴随着自由主义思想观念在近代得以确立。考察从隐私到隐私观念再到隐私权确立的过程，会发现隐私权涵纳了人类物质文明和精神文明发展的双重成果。对公民的隐私权进行法律保护，是社会文明和进步的重要标志，隐私权包括隐私保密权、隐私支配权和隐私保护权。在发生民商事争议后，争议主体会有很多可供选择的方法来处理他们之间的问题，或诉讼、或仲裁、或谈判、或调解，等等。只有在当事人选择以调解方式解决争议且指定某人为其调解的情况下，调解员才可以介入争议的解决、“干涉”别人的“私隐”。与传统调解的主动介入模式相区别，现代调解制度对于当事主体争议解决主导权的尊重，实际上就是对于他们解决争议选择权和隐私权的终极尊重。

（三）自主意识的增强

与此有关的就是人们的自主意识。自主意识指主体的自我意识。它是人对于自身主体地位、主体能力和主体价值的一种自觉意识，是人之所以具有主观能动性的重要根据。自主意识和自由意志是主体意识的重要内容。自主意识是一种多维度、多层次的复杂心理现象，它包括自我认知、自我体验和自我控制三种心理成分。其中，自我控制意识一个很重要的表现就是主张自己的问题自己解决而反对其他主体随意干涉。没有人愿意做傀儡。大到国家，小到个人，都有一种与生俱来的自主意识。这种与生俱来的自主意识的不断强化，使得人们在面临争议解决模式的选择时，自然会产生一种实现自我选择和控制的心理需求，而不是由任何外人“不请自来”地介入。相比之下，争议外主体介入的动机仅仅是较为次要的考虑因素。今人所保有的类似心态和意识，最终使得传统调解模式越来越面临着日益严峻的挑战和考验。

结 语

中国的调解制度是中国传统文化数千年沉积后的结晶，传统调解制度对于中国而言，远非西方古代的神明裁判制度所能比拟和可以轻言废弃的。然而随着时代的变迁，传统调解机制的这种调解员主动介入模式、非中立模式，及调解员主导模式已经明显不符合当今文化的特质和现代人的法治意识。随着现代法治观念的普及和个体自主意识的增强，这种传统调解模式，在现代社会已经变得举步维艰。为了适应中国社会新时代发展的需要，调解这种饱受考验的争议解决模式自然有必要实现相应的变革。今天国人对于传统调解制度最明智的态度仍然是“扬弃”，即批判地继承。

■作者简介：王 钢，西北大学法学院讲师，武汉大学法学博士；陕西 西安 710127。

■基金项目：国家社会科学基金项目（11CFX052）；陕西省教育厅社科基金项目（12JK0008）

■责任编辑：车 英

^①爱德华·泰勒：《原始文化》，连树声译，广西师范大学出版社2005年版，第4页。