

行政调解制度的“供求均衡”

——一个新的研究路径

冯 之 东

(北京大学 法学院,北京 100871)

摘要:在当下中国以“强制性”为主导,并伴有“诱致性”因素的制度变迁进程中,“大调解”机制的建构呈现出高歌猛进之态势,与此相对应,其中的行政调解却只是处于相对“低迷”的复兴之中。而“制度供求均衡”之研究路径在纠纷解决理论中的运用,正是探析和解决这一现状的有效途径。

关键词:行政调解;制度供求均衡;纠纷解决;社会治理

中图分类号:DF714 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2010)06-0019-09

一 问题的提出:行政调解制度供求的失衡

“调解”是一种重要的解纷^①机制,调解制度在人类社会的发展历程中发挥了非常重要的作用。尽管也曾伴随着世事更迭而经历了太多的起降沉浮,但调解制度解决纠纷的“社会功能”和改造社会的“政治功能”,却始终如一、不同程度地体现在中国执政者的社会治理实践之中^②。毫无疑问,在这个意义上,作为一种由行政主体主持进行的调解制度,“行政调解”同“司法调解”、“人民调解”等其他调解形式一道,携手扮演着特定的历史性角色。特别是在当下中国,基于广大民众解决纠纷的强烈诉求、社会治理的严峻现状和改良社会治理方式的迫切需要,执政者对行政调解的制度重建给予了前所未有的重视,并以构建“大调解”机制的形式,淋漓尽致地表达着这一执政理想。

传统行政法学认为,行政调解是指“行政机关主持,以国家政策法律为依据,以自愿为原则,通过说服教育等方法,促使双方当事人友好协商,互让互谅,达成协议,从而解决争议的行政行为”^{[1]480}。从实在法角度看,这种定义与有关法律规定是基本吻

合的^③。但必须明确,自 20 世纪 40 年代以来,世界范围内的公域之治模式总体上经历了“国家管理—公共管理—公共治理”的转型轨迹,而公共治理是由开放的公共管理与广泛的公众参与二者整合而成的公域之治模式,具有治理主体、治理依据和治理方式的多元化等典型特征^④。在此世界性潮流的影响下,当代行政呈现出从“权力本位的强制行政”向“服务本位的非强制行政”转化的发展趋势。与此相伴,行政权的活动领域日益拓宽,行政主体多元化取代单纯的国家行政,已成为新的历史选择^⑤。在我国,许多社会组织因法律、法规的授权也在实施着行政职能,并调解着众多社会纠纷。可见,行政调解主体不再局限于“行政机关”,而是早已扩展到了“行政主体”。同时,尽管行政主体进行调解的主要依据依旧是国家法律和政策,但由于二者均为渗入了执政者主观意志的逻辑系统,不可能覆盖所有的社会事务和社会纠纷及其相关社会关系。因此,在法律和政策所不及之处,公序良俗也在扮演重要角色。无疑,对行政调解的概念界定必须反映上述公域之治变迁的历史现实。

收稿日期:2010-08-10

作者简介:冯之东(1976—),男,甘肃靖远人,北京大学法学院宪法与行政法学 2008 级博士研究生。

因此,笔者将行政调解定位为:在行政主体的主持下,以国家法律、政策和公序良俗为依据,以自愿为原则,通过“说理使之心服”^⑥的方法进行调停、斡旋,促使当事人友好协商,达成协议,消除纠纷,进而提供社会关系协调化、社会秩序规范化等公共产品的一种社会治理方式。

实事求是地讲,作为一种社会治理方式,行政调解制度在社会治理实践中即使获得了实效,也不一定就必然能立竿见影地减少公民对诉讼制度或其他解纷制度的需求,其效果更可能是减缓诉讼需求的增加和控制涉法涉诉上访的数量。在这个意义上,行政调解很可能是一种对于社会非常必要但却不易看出显著政绩的解纷制度和社会治理措施。尽管没有进行成本收益分析,但行政调解制度的收益并非一定是比诉讼或其他制度更为有效的解纷方式。笔者以为,行政调解的功用主要还是在于为纠纷当事人提供了诉讼制度之外的其他选项,增加了当事人对各种解纷方式进行比较和选择的机会,因此实际上增加了他的“自由”,可以降低他乃至社会的解纷费用。从社会效果来看,这会促使他理智地进行收益成本的比较分析。对于司法机关来说,也可以从民众的大量选择中获得一些相关信息,对制度实施及时地进行针对性改革和完善。因此可以说,行政调解与诉讼以及其他解纷制度之间有一种长期的制度互补又相互竞争的关系^[2]。

问题在于,尽管我们对行政调解制度的社会功能、回应社会需求的能力及其弊端和缺陷已有大致清醒的认识,但行政调解所呈现的令人失望的制度功效还是让人感到意外。不仅在制度实践层面,而且在理论建构层面,行政调解制度这一“公共产品”的“供给”现状既未能有效回应“改良治理方式、规范社会秩序”的执政者需求,也未能有效回应“化解纠纷、救济权利”的公民需求。同时还必须看到,即便是在“大调解”机制内部,相较于高歌猛进的法院调解和人民调解而言,当下的行政调解着实处于相对低迷的复兴态势之中。

基于此,笔者在本文中无意讨论改良行政调解制度的具体措施,而只是依托当下中国“化解矛盾纠纷以构建和谐社

会”、调整行政权能以加强社会治理”的时代背景,在对“大调解”机制进行深入考察的基础上,试图以新制度经济学中“制度供求均衡”的理论框架为研究路径,最终摸索出一条探讨行政调

二 国内“行政调解”理论研究的滞后

笔者所言的“滞后”包括两层含义:在整个解纷制度体系内,相较于其他解纷制度的研究现状,行政调解研究呈现出了滞后;在行政调解制度内部,其理论研究相对于其制度实践呈现出了滞后。自20世纪50年代以来,在纠纷解决的理论研究中,众多西方学者在对借助诉讼制度解决纠纷、实现权利救济这一传统法治实践加以考察的基础上,也认识到了社会治理对运用行政权解决纠纷、实现权利救济的特殊需要。因为,行政主体自身在行使行政职权、实施行政管理的过程中,必然会涉及大量的私人之间的纠纷与部分以“私人不服行政活动”为基本形式的私人同行政主体之间的纠纷。在此意义上,解决纠纷的实质就是通过行政过程以实现私人之某种不利的救济^⑦。毋庸置疑,为解决纠纷,专门设计包括行政调解在内的“行政性ADR”,即使耗用现代行政法的大量精力,也是值得的^{[3]731}。当然,有关国外纠纷解决理论研究的状况,迄今已有大量介绍性文献^⑧,此处不再赘述。

显然,“仅仅关注现有国家法律规则如何解决纠纷、国家法律规则不周的情形下如何改善规则”还是远远不够的。“国家的治理如何达成善治,恐怕是法律人关注纠纷的司法解决背后更为深层次的关切”^[4]。在这种关切的引导之下,面对日益沉重的解纷负荷和亟待改善的社会治理现状,法律人必须作出反思:行政主体运用行政权能的“行政调解”,这一特定社会治理方式在社会治理过程中将扮演什么角色,发挥何种功能?然而,尽管在构建“大调解”机制的时代背景下,行政调解现已成为当下中国的一个理论热点,但针对这一源于现实情境的疑问,学界源于研究方法和研究路径上的桎梏,并未能给出理想的答案。

针对中国目前“行政调解”制度的现状,学界最关心如下几个问题:现实中存在何种状态的行政调解?理论上应该有什么样的制度?以及国家应该如何改革以实现理想状态?显然,这是一种“制度供给”的研究思路。持此思路的学者往往基于阅读国内外文献,采用规范的研究方法,对不同国家的行政调解制度加以文本比较,在价值评判之后予以借鉴,并向决策者提供一种“自上而下”的改革建议,以达致“扩大行政调解适用范围、构建行政性ADR体

系”的制度上的应然状态。无疑,这是中国法学界研究中国行政调解制度的“主流”范式。范愉、何兵和林莉红等学者在对理论层面展开的研究中,阐述了“行政调解”制度及相关领域的基本概念、范畴和理论框架,并进行了系统论证^⑤。应松年、湛中乐、王锡锌、朱最新、金艳等学者在对实务层面的考察中,既有对行政调解制度的专门探讨^⑥,也有对行政调解与人民调解、司法调解等调解型解纷制度之间的衔接互补,以及与诉讼和行政性 ADR 等其他解纷制度之相互关系的综合性考察^⑦。同时,湛中乐等学者还对行政调解制度在诸如高等教育、知识产权、环境保护、医疗纠纷等不同领域的解纷现状,进行了理论探讨^⑧。

无论是“理论层面”的研究,还是“实务层面”的分析,对于洞察中国行政调解制度及其解纷效果,都提供了非常重要的启示,其中不乏品质很高的研究成果。而且,二者相得益彰,“理论层面”的研究,尽显理想主义的功能性作用,而“实务层面”的分析是对中国法治化程度的真切感知,为进行正确的学理分析提供了知识上的补充。当然,我们必须看到,“制度供给”的研究思路还是存在不少缺陷:部分研究对相关理念、功能和发展现状缺乏全面和动态的把握,忽略我国社会的特点及当事人能力、社会成本、法律文化等因素,对我国面临的特殊问题和社会环境缺乏深度分析和对应性研究,因此难以提出有说服力和建设性的改革提案;部分研究脱离实际,个别建议和主张对制度设计、改革产生了不利影响,导致基层实践中出现了将行政调解法庭化、公开化、市场化等违反“行政调解”制度基本规律的做法,潜伏着在多元化旗帜下向国家法一统回归的危险;众多研究仅仅局限于因“诉讼爆炸”而另辟蹊径以“解决纠纷”等推动行政调解兴起的表面原因,而忽略了对其在多元价值取向特别是社会治理功能的探讨。显然,上述不足如不及时修正,必然会产生新的问题,也会使对于行政调解的制度预期根本无从实现。但是,真正最为突出的问题,还是研究思路的单一化。

从应然意义上讲,与上述通过经验方法研究行政调解“制度供给”之路径既相呼应又相交叉的,还有一种“制度需求”的研究视角,即研究国家、社会或公民是否需要、为何需要以及如何利用“行政调解”制度以实现对社会治理和纠纷的解决。这是一种

更为新近但也极为缺失的研究立场。这种研究视角要求学者必须关心如下问题:在现有的制度框架内,当事者如何利用既有途径来解决自己的问题?何种因素决定了中国公民是否以及如何利用行政调解来化解纠纷、救济权利?在社会治理的具体实践中,执政者是否需要以及如何利用行政调解来协调社会关系、规范社会秩序、提升执政行为的公信力,以达致其执政目标?针对上述问题,理论界应该关注会对行政调解制度是否被利用以及如何被利用产生重大影响的内在因素:对该制度的认同程度以及利用该制度的行动能力;与执政者和公民分别相对应,便是执政者的“意识形态”和“执政能力”与公民的“法律意识”和“法律能力”。总之,不同于“制度供给”的“自上而下”的研究进路,“制度需求”更多关注处于社会基层的民众和当局主导下的社会治理实践,并坚持一种“自下而上”的研究路径。它更少在规范意义上推崇法律移植,而是更多从经验上关注中国社会中“自生自发”的制度形式。

在“行政调解”制度之外的学术研究领域中,已零星出现了运用“制度需求”之研究路径的理论文献^⑨。同时,也有学者已经认识到,在开展行政调解制度的理论研究时,应充分考虑我国公民的解纷习惯与实际需求。“纠纷发生之后向政府或行政主管机关求助,是我国基层民众长久以来的习惯与传统,体现了当事人在无法求助于自治和民间规范的调整时(包括民间机制的缺失、无能和处理失败),对行政权威的依赖和需求”^[5]。但非常遗憾的是,迫于“制度供给”研究思路在上述领域的强大惯性和深远影响,许多学者有意无意地忽视了执政者对行政调解的反复强调以及适用领域,忽视了民众对“行政调解”的切实需求及其具体内容。显然,正是对“制度需求”的严重失察,几乎造成“制度供给”的研究呈现无的放矢之状,进而使得对于“制度供给”回应“制度需求”的考察根本无从谈起,导致下述问题也将无从解答:在现阶段,行政调解以及其他行政性 ADR 的制度供给,在多大程度上回应了公民解决纠纷、救济权利以及执政者调整行政权能、加强社会治理的需求?如果供求失衡,现有的制度建设思路应当如何调整?这就引发了“行政调解”制度的学理建构相对于实践需要的滞后,进而导致该制度在实践运行中的混乱和失衡。上述问题给学界提出了一个具有挑战性的新命题:建立新的理论研究路径,以探求行政

调解制度供求之间的辩证关系和有机互动,并为实现其在社会治理进程中的动态平衡提供理论基础和智识储备。

三 回应现实:“制度供求均衡”之研究路径在行政调解制度重构中的运用

社会民众渴望解决纠纷、救济权利,而现行诉讼机制能力有限,非诉机制又尚待建构;同时,执政者在不同场域、通过不同形式的强调和重申,充分无疑地表达了其对行政调解制度寄予的厚望^⑤。显然,执政者和民众对行政调解都存有强烈的诉求,这既是行政实务界不断实践进取的不竭动力,更是重构行政调解制度的优良智库。诚如前述,当下有关行政调解的理论研究还有诸多不足,而相应的制度实践在“纠纷解决”和“社会治理”的层面更是呈现出制度供求的“失衡”,但毋庸置疑的是,这都为行政法学以及纠纷解决的理论研究向社会发展进程贡献新知识提供了重大契机。

笔者所主张的“制度供求均衡”之研究路径,来源于“新制度经济学”,即用主流经济学方法分析制度的经济学。在该学科之中,处于核心地位的是制度变迁理论,它涉及制度变迁的起源、动力、过程、形式、制度移植、路径依赖等要素。其精髓在于:制度变迁是制度的创立、变更以及伴随着时空变化而被打破的方式,各种制度的交错变迁构成了一定时期的制度演进史;作为一种稀缺要素,制度在国家经济增长和社会发展的过程中,具有决定性的作用;制度变迁的动机就在于相对节约交易费用,降低制度成本,提高制度效益;制度变迁就是高收益制度取代低收益制度的演进过程,可以运用微观经济学的“需求—供给”框架来分析和探讨制度是否均衡^⑥。

制度均衡是指影响制度需求和制度供给的因素一定时,制度供给能够适应制度需求;反之,制度非均衡就是制度供给与制度需求出现了不一致。在制度均衡状态时,人们无意且无力改变现有制度安排,制度均衡是人们的行为相互作用的僵持平衡状态。而制度非均衡就是对制度均衡条件的破坏,是人们意欲改变而又尚未改变的制度状态,其实质是由于现存的制度安排和结构的净收益小于另一种可供选择的制度安排和结构,即出现了一个新的盈利机会,人们发现新制度能够实现现存制度所不能实现的人们相互合作的剩余收益。此时,就会产生新的制度需求与潜在的制度供给,并造成潜在的制度需求和

供给大于实际的制度需求和供给^{[6]98}。制度非均衡是引起制度变迁的动力,制度变迁是联结制度非均衡与制度均衡的中介。从制度变迁的历史过程来看,制度非均衡是常态,而制度均衡则是暂时、相对的。甚至可以说制度均衡只是制度非均衡的特殊表现形态。由此,就可大致绘制出制度变迁的“路线图”,即制度的“非均衡—均衡—新的非均衡—新的均衡”。

从制度供求的角度看,制度非均衡的类型主要有“制度供给不足”与“制度供给过剩”两种形态。“制度供给”是为规范人们的行为而提供的法律、伦理或经济等多方面的准则或规则以及其他各项制度安排,是一种“公共产品”的供给。一切制度供给都有可能影响收入分配和资源配置效率,而制度供给及其内容和速度主要取决于社会各既得利益集团的权力结构或力量对比^⑦。本文中的“制度供给”是指为有效实施社会治理和解决纠纷,由国家和社会公权力主体提供的“行政调解”的具体制度安排。研究重心在于考察组织推进体制改革的执政权在现有宪法秩序和行政行为的价值体系中有多大的制度创新意愿和能力,它根据什么原则重构和制定具体操作规则,以及新制度将对收益及其分配与资源的配置效率产生何种影响。同时,需要明确的是,该领域的制度安排决不能由国家垄断,“公共治理”的本质和社会对“善治”的追求,都决定了行政调解的制度供给及其影响因素的“多元化”。

“制度需求”,是于某一时期内特定制度纯收益水平下,人们对制度安排需要的数量^[7]。人们之所以对制度或制度变迁有需求,是因为制度或制度变迁不但能给个人或集团带来收益,而且能够维护和稳定执政者之既得利益。人们对制度的需求受预期收益的支配:如果他从制度安排中得到了小于预期的实际收益,就会出现收益的机会损失,这种损失实为一种机会成本。因此,尽管制度系“公共产品”,但人们仍然需要付出一定成本才能获得制度收益。就本文而言,“制度需求”源于执政者和公民两个层面。前者是指在实施社会治理的过程中,执政者对于能够有助于提供“协调社会关系、规范社会秩序”等公共产品的行政调解——特定“社会治理方式”——的迫切需要;后者是指公民在纠纷发生后,对借助于以解决纠纷、救济权利、实现利益最大化为目标的行政调解——特定“解纷方式”——的强烈期盼。执政者

与公民从实施社会治理和解决社会纠纷的制度安排中所能获得的收益与他们对制度的需求所要付出的成本之差,就是制度的纯收益。制度的纯收益越大,二者对制度需求的欲望就越高,对制度安排的需求量就越大;反之亦然。如果行政调解制度的纯收益为零,人们就丧失了对其的需求积极性;如果对制度需求的成本高于制度收益,人们不但丧失积极性,反而还会抵触、甚至力求改变现行的制度安排。

一项合理可行的制度不仅能够科学配置和优化既有的社会资源,充分发掘利用潜在的社会资源,更应该有效地提供协调社会关系、规范社会秩序的公共产品,实现并保障社会的公平与正义。显然,正义的实现,离不开公共利益的彰显,离不开社会纠纷的解决。如何在当下中国成功地构建一套结构完整周全、内外进退有据、公正高效权威的行政调解制度,进而实施能有效回应社会治理需求的最佳“制度变迁”;如何打造真正的“为人民服务”的政府,切实“让人民生活得更加幸福、更有尊严,让社会更加公正、更加和谐”^⑦,让“正义成为社会主义制度的首要价值”^⑧,这是当下中国执政者必须解决的重大现实问题,更是广大民众翘首期盼的社会愿景。而运用“制度供求均衡”之研究路径探求行政调解制度重构的可行性值得肯定。

行政调解制度变迁中的强制性制度变迁是以执政者为主体、自上而下的制度变迁类型。一般情况下,由于执政者推动制度设计和实施的力度大,制度出台的时间短,政府权威能保证较好的制度运行;但这种制度变迁方式不是相关利益主体通过重复博弈形成的,决策者或影响决策的利益集团会利用制度供给的机会为自身牟利,这必然会产生信息不对称下的“搭便车”行为;另外,政府的制度安排基于经验而有可能不是根据现实需要,以至于出现低效率的、不适应制度环境的现象。然而,行政调解制度在当下中国的复兴,却因为强制性与诱致性混合其中,而与此大异其趣。

根据新制度经济学原理,诱致性制度变迁必须由某种在原有制度下无法得到的获利机会引起,而既有的制度不均衡将产生获利机会。因为制度结构由多个制度构成且紧密相关,所以一个特定制度不均衡就意味着整个制度结构不均衡;一个特定制度的紊乱,也将因此引起其他相关制度的失范。如果人的理性无限,且建立新制度无需成本,那么社会可

立即从一种均衡结构转到另一种均衡结构。然而,人的理性有界,而设计最佳制度和实现所有必要的制度变迁,又是一个耗费成本的过程。况且,具有不同经验和在结构中具有不同作用的个人,对制度不均衡之程度和原因的感知也不同。因此,要使一套新的行为规则被接受和采用,个人之间就需要谈判以取得一致。而此时的问题也正在于,尽管某个制度结构中的基本特性,在个别制度变迁累积到一个临界点时会发生变化,但整体制度变迁由此必然演变成为一种漫长的进化^[8]。这样一种缺乏国家主导作用且必然会增大社会交易成本的制度变迁过程,对于当下中国而言是无法操作、更是无力承受的。

尽管国家干预可以补救持续的制度供给不足,但问题是,由于国家干预会同时引起国家的费用和效益,国家是否有动机和能力去设计和强制推行诱致性制度变迁所不能提供的制度安排,这本身就值得怀疑。根据韦伯的定义,国家可在特定时空内“自然垄断”性地合法使用强制性手段,其基本功能是提供法律和秩序,并保护产权以换取税收。作为垄断者,国家可以比竞争性组织以低得多的费用提供上述制度性服务。因此,当存在国家时,社会的总收入将大于个人不得不自我提供服务或从其他竞争性组织得到这种服务时的社会总收入。虽然国家不能决定一个制度如何具体运作,但却有权力决定特定制度的存与废^{[9]225}。显然,行政调解制度是一种公共产品,而“搭便车”问题又是创新过程所固有的问题,因此,如果诱致性创新是行政调解制度重构的唯一来源,那么社会的制度供给将必然低于社会最优。从国家长治久安、经济增长的根本执政目标出发,如果执政收益高于执政费用时,理性的执政者必将努力建立新制度,以矫正和补充制度供给的不足。当下中国“大调解”机制如火如荼般的构建,以及执政者对行政调解的再次垂青,就充分印证了这一点。

特定制度从特定制度集合中突显而出的基本条件就是,从生产和交易费用两方面考虑,它比该制度集合中的其他制度更有效;同时,社会中各项制度彼此关联,不参照其他相关制度,就无法估价某个特定制度的效率。与此相照应,由于司法诉讼制度在解决纠纷和治理社会的实践中,未能实现执政者和社会民众对其的制度预期,因而迫使其放下身段,明确自身的合理定位,进而在形式意义上放弃对解决纠纷和社会治理的垄断权,由此实现诉讼制度与行政

调解等行政性 ADR 以及其他非诉机制相互衔接的多元化解纷机制和社会治理模式。显然,在这一过程中,除去执政者借助体制优势发挥主导作用之外,包括司法权、行政权等权力主体以及其他各类社会主体之间的博弈也是不可或缺的。

特别是执政者对现行解纷理念和制度安排的调整和变更甚或替代,都不乏对广大社会民众尤其是纠纷当事人向往非诉解纷机制的观照;对行政调解制度实践中经验做法的肯认和推广,都不乏对个人或群体在响应获利机会时自发倡导、组织和践行之现实的正视。尽管“有些制度不均衡可以由诱致性创新来消除,然而,作为经济学最基本的假设,经济生活中的‘理性人’在面对现实选择时,他将挑选‘较多’而不是‘较少’。这就使得许多制度不均衡将由于私人和社会在收益、费用之间的分歧而继续存在。因此,还须统治者基于预期收益高于强制推行制度变迁的预期费用的动机,以有效消除制度不均衡”^[10]。况且,即便是自发性的制度变迁,通常也需要政府来加以促进和规范。因此,当下由执政者借助执政权威推动——同时也契合于民众意愿——的行政调解制度的复兴,正是在经历着一场基于制度供求不均衡而生发的以强制性为主导、并伴有诱致性因素的“制度变迁”:公民基于解决社会纠纷、实现权利救济而激发的实现利益均衡的执着期待,这正是实现“诱致性”制度变迁的根本源泉;而执政者基于提升执政能力、巩固执政地位而产生的实现“善治”的强烈愿望,更是实现“强制性”制度变迁的强大推动力。

“在我们的社会中,其实并不缺乏进步,特别是在某些灾难和悲情的氛围中,这种进步往往更加明显”^[11]。关键是,如此进步能否积聚和保持,能否避免伴随着“特殊时期”的结束,一切又回归到“从前”的不幸结局。显而易见,社会进步的成果需要制度加以固化,而制度的最终形成则需要点滴的社会进步加以累积。行政调解的制度变迁也不例外。尽管当下中国的解纷机制和社会治理方式都亟待改进和调整,但即便如此,在具体的社会治理实践中,为实现制度由不均衡到均衡的跨越,各类社会主体都在以自身独有的方式,为重构和实现行政调解的最佳制度选择,而有意无意地贡献着自身的努力。

首先是行政调解的理论研究者、制度设计者和实务工作者。尽管既有的解纷机制就总体而言效果

不尽理想,但这其中必然涉及意识形态的因素、集团利益的冲突以及社会科学知识的限制等多方面原因。一旦执政者认识到制度失效的原因所在,则必然会基于“获利”的动机,有意调整意识形态,协调集团利益格局,并丰富和改良社会科学知识。更何况,有目共睹的经济增长将由于制度性服务供求变动而废弃某些现行的制度安排,新制度将因此而创造以捕捉伴随经济增长和社会进步而至的获利机会。实事求是地讲,就当下中国而言,相关主体基于现有的体制性资源,毕竟还是初步建构了运用行政调解制度解决纠纷、实施社会治理的理论分析框架,探寻出了一些在特定时空、特定领域中行之有效的运作模式,积累了一些实用可行、有一定推广和借鉴价值的经验做法;而且应该值得肯定和期许的是,这种“制度供给”层面的“建构”、“探寻”和“积累”,还在继续不停地扩大和延伸着。

其次是遭遇社会纠纷、寻求权利救济的广大公民。尽管在他们中间不乏因纠纷发生、私权受侵而实施过激举动甚或违法犯罪之人,但是伴随着“公民社会”的渐趋形成^⑤,大多数民众还是日益显现出了合法表达解纷诉求、有效实施“理性维权”的意识和行动。而贯穿和渗透于维权过程之中的民间“智慧”(当然也包括特定情境下不得已而为之的“急中生智”),越发突显其维权方式的日臻成熟。这既可以弱化公民“仇官”和“仇富”的极端情绪,又有助于改变公权力视对方为“刁民”和“暴徒”的非常心态,无疑有助于实现公民维权实践与“以合法方式表达合法诉求”这一社会期待之间的契合^⑥。显然,这种“契合”在“制度需求”层面会有力地促进社会治理实践迈向良性的发展轨道,从而有利于实现制度供求的均衡。

最后是各类公权力主体。公权力主体不但可能是特定行政纠纷中的一方当事人,而且在行政调解的制度实践中,其也可能是肩负着解纷使命的解纷主体,扮演着社会治理的重要角色。尽管其核心目的可能还不是为了解决公民的行政纠纷和救济公民权利,而更主要的还是在于为其自身创造能便捷高效行使公权和实施社会治理的氛围和环境。但“当事人”和“解纷者”二重身份的兼备,使得他们既会因为“解纷者”的制度性定位而更加积极地摸索预防和化解行政纠纷的方法和渠道,而且还会借助“当事人”的特定身份,去了解和熟悉相对人即广大公民的

解纷诉求,并因之“有的放矢”地践行解纷活动,由此取得更为明显的解纷实效。无疑,这也是对“制度供给”层面的特殊贡献。例如,甘肃省于2007年在定西市开始实施的“调解协议诉前司法确认机制”试点工作^④,使得包括行政调解在内的调解制度之功效得到了根本性的提升,其核心作法和经验得到了执政者高层的肯认^⑤。

显然,在任何社会中,个人都会面临不确定性和灾难发生的可能性。作为社会成员所遵循的行为规则,制度可以被设计成人类对付各种“变数”和增加个人效用的手段。就此而言,源于反思和解决社会纠纷等相关问题的制度以及制度变迁可以提供有用的服务,我们就很有必要将由此而产生的各种进步积累起来。以上三类主体在解纷实践中的各种积极行动,从客观上推进了对既有制度的改良或革新,并在此基础上有利于形成和巩固新兴的行政调解制度。显然,他们都在以自身的具体行为践行着诱致性的制度变迁。同时,他们积极而有效的实践,又无形中强化了执政者的决心和信心,从而在根本上促进了执政者主导下的强制性制度变迁。更令人乐观的是,产生于上述社会治理实践和制度变迁过程中公民之间以及“官民”之间在“制度供给”与“制度需求”层面的一系列“互动”,无疑将是长期性的,更是建设性的。而这一切正是从“制度供求均衡”的进路出发,以制度供给和制度需求为双重视角,为实现行政调解制度重构而展开理论研究的实践基础。

四 结语

无疑,笔者写就此文就是试图在方法论上呼应近年来中国法治研究的新趋势,进而对当前社会治理进行理论上的反思。近年来,重视本土问题,重视经验研究,并在此基础上提出合理的制度建设对策,成为中国法治研究的趋势^⑥。相应地,在一贯重视探讨制度供给的同时,以自下而上的视角关注社会需求成了法学研究的时代潮流。因为,“如果司法制度为的是回应历史过程中不同诉讼人的需求,是因此的制度累积,”那么就“不应架构性地按照单一司法理念来设计包括司法在内的广义的纠纷解决机制”;“这也要求更多借助社会科学的研究方法,更多的交叉学科研究,更多的经验研究,更多的因果关系分析,更多的成本收益分析,而不是粗陋的价值判断和法条主义解释,来研究司法制度”^[12]。

当然,仅此还不够。在准确认知执政者和公民

之制度需求的基础上,必须有针对性地强化对制度供给的学理研究,以实现制度供给对制度需求的有效回应,并最终达成制度供给的均衡。因为,真正同制度发生密切联系的人,是那些需要践行相关制度的人;制度的供给只有合乎制度需求,才有可能得以有效实施。制度的设计者如果无视社会需求,“屁股决定脑袋”式地改良制度,则必将后患无穷。当然,在制度建设中回应社会特别是公民的需求,并非一味顺从特定需求,否则会走向理论与制度建设的民粹主义。毕竟,通过强化或者弱化特定制度供给来引导制度建设,也有不可或缺的意义^[13]。

此外,还有一个需要注意的问题。在新制度经济学分析制度均衡与否的过程中,由于制度及其变迁的实现源自于制度“供求”之间的相互博弈和影响,所以并不能将“制度供给”与“制度需求”这一对彼此相互对应的概念特意割裂开来,而是应该将有关二者的研究置于制度变迁“需求—供给”的分析框架之中来进行。在这一分析过程中,因跨学科的因素,可能存在着分析框架的构成元素在两学科之间无法逐一对应的现实问题。如果对此不加以明确,一旦将之生硬地套用于法学研究之中,就完全有可能将既有缺陷进一步放大。最为典型的表现就是,用供给与需求的分析范式来分析制度均衡,易使人误认为制度的供给与需求是不同主体的行为。但事实上,制度决定者固然可以被视为具体制度的供给者,而制度的形成主要还是有赖于社会主体之间的博弈互动,制度决定者本身也要在该制度下存续和运作,并受其约束。而机械运用制度供求分析范式的理论研究,却很有可能严重忽视上述真相。

因此,我们在借用该分析框架来研究行政调解的制度均衡抑或非均衡之时,一定要灵活运用,以保证该分析框架的合理性,进而确保分析结论的正确性。具体到研究过程中,那就是必须明确行政调解制度的“供求”不能简单地分割为不同主体的行为。执政者可以被视为行政调解制度的当然供给者,但行政调解制度的形成和实施显然还有赖于在该制度下存续运作、并受其约束的各类社会主体之间的博弈互动。当下中国的各类社会成员乃至执政者自身和各级施政者,都可能均沾和共担因该制度有效实施而带来的制度收益和正常交易费用,同样也都可能共同背负因该制度发生变迁而增加的交易成本,更应该共同面对和承担因该制度实效不佳而带来的

负面效应。

注释:

- ①出于叙述方便的考虑,笔者于本文中“纠纷解决”简称为“解纷”,如“解纷实践”、“解纷机制”等。
- ②参见(美)陆思礼《毛泽东和调解共产主义中国的政治和纠纷解决》,许旭译,王笑红校,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。
- ③已经设定行政调解的现行规范性法律文件,基本上都将行政调解主体限定在基层人民政府和相关职能部门,即行政机关。从行政调解的特征看,这种定义也揭示了行政调解的一些基本特征,如“以自愿为原则”、“行政调解是一种诉讼外调解”等。
- ④参见罗豪才、宋功德《公域之治的转型》,《新华文摘》2006年第1期。
- ⑤特别是自20世纪70年代以来,在英美国家,第三种组织在参与公共事务的治理和公共服务等方面的作用日渐突出,成为实现公共利益不可或缺的力量。显然,其在行政调解制度实践中,也毫不例外地发挥着重要的作用。参见石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2006年版,第182页。
- ⑥日本学者高见泽磨认为,在中国解决纠纷,无论是通过诉讼还是非诉讼手段,都具有调解性质这一共同特征,并可称之为“说理一心服”模式。纠纷解决的过程恰似一幕讲道理的第三人(说理者)与听别人讲理从而由内心服从的当事人(心服者)表演的戏剧。参见[日]高见泽磨《现代中国的纠纷与法》,何勤华、李秀清、曲阳译,法律出版社2003年版。
- ⑦在考察行政救济法时,存在着两种观点:一种认为行政救济法是关于该救济的程序的法;一种认为行政救济法着重于探究行政过程中产生的私人方面财产性损失的补救制度,包括国家赔偿和损失补偿两种制度。参见(日)盐野宏著《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第1页。
- ⑧如朱景文《现代西方法社会学》,法律出版社1994年版;王亚新《纠纷、秩序、法治——探寻研究纠纷处理与规范形成的理论框架》,《清华法律评论》1999年第二辑;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;范愉《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版。
- ⑨如范愉《行政调解问题刍议》,《广东社会科学》2008年第6期;林莉红《行政救济基本理论问题研究》,《中国法学》1999年第1期;陆益龙《纠纷解决的法社会学研究:问题及范式》,《湖南社会科学》2009年第1期;马柳颖:《行政纠纷调解机制构建的法理分析》,《法学杂志》2009年第4期;何兵《和谐社会与纠纷解决机制》,法律出版社2007年版。等等。
- ⑩在单项研究中如朱最新《社会转型中的行政调解制度》,《行政法学研究》2006年第2期;金艳《行政调解的制度设计》,《行政法学研究》2005年第2期。等等。
- ⑪在综合研究中如应松年《构建行政纠纷解决制度体系》,《国家行政学院学报》2007年第3期;湛中乐等著《行政调解、和解制度研究——和谐化解法律争议》,法律出版社2009年版;王锡铎《规则、合意与治理——行政过程中ADR适用的可能性与妥当性研究》,《法商研究》2003年第5期;吴英姿《“大调解”的功能及限度》,《中外法学》2008年第2期。等等。
- ⑫如湛中乐等著《公立高等学校法律问题研究》,法律出版社2009年版;安玉萍、黎海鹰《论专利侵权损害赔偿中的行政调解》,《山东大学学报》2004年第4期;付兴艳《浅析环境纠纷中的行政调解》,《2007年全国环境资源法学研讨会(年会)论文集》;舒广伟《现行医疗纠纷行政调解制度的实证分析》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)第32卷第6期。等等。
- ⑬如程金华《中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角》,《中国社会科学》2009年第6期;关键、盖小荣、郑宇同《ADR解决中国医患纠纷的可行性分析:医患双方的调查》,《医学与哲学》(人文社会医学版)第29卷第10期。
- ⑭2006年10月,中共十六届六中全会通过的《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》提出,要“完善矛盾纠纷排查调处工作制度,建立党和政府主导的维护群众权益机制,实现人民调解、行政调解、司法调解有机结合,更多采用调解方法,综合运用法律、政策、经济、行政等手段和教育、协商、疏导等办法,把矛盾化解在基层、解决在萌芽状态”。在此前后,执政者核心领导层又多次在不同重大场合、通过不同形式,对于行政调解的社会治理功能进行高调宣示。
- ⑮一般认为,英国经济学家罗纳德·科斯的《企业的性质》是新制度经济学的开山之作。参见卢现祥、朱巧玲主编《新制度经济学》,北京大学出版社2007年版,第一章。
- ⑯在社会经济发展和制度变迁的过程中,影响制度供给和创新的因素主要包括:宪法秩序、制度设计成本、现有知识积累及其社会科学知识的进步、实施新制度安排的预期成本、现存制度安排、规范性行为准则和上层决策者的净利益。参见姚作为、王国庆《制度供给理论述评》,《财经理论与实践》2005年第1期。
- ⑰十一届全国人大三次会议《政府工作报告》提出:“我们所做的一切都是要让人民生活得更加幸福、更有尊严,让社会更加公正、更加和谐”。http://news.sina.com.cn/c/2010-03-05/112019797023_7.shtml,最后访问时间:2010年4月9日。
- ⑱温家宝在十届全国人大五次会议记者招待会上,回答法国《世界报》记者的提问时说:社会主义初级阶段有两大任务,一是

发展社会生产力；二是推进社会的公平与正义，特别是要让正义成为社会主义制度的首要价值。<http://www.cctv.com/community/20070318/101270.shtml>,最后访问时间 2010 年 1 月 9 日。

- ⑲中国体制在充分显现“集中力量办大事”之独特优势的同时，也集中暴露了权力系统的呆板和僵硬，以及社会自治能力的缺失和孱弱等固有弊端。本应在各项社会治理过程中发挥重要作用的民间组织几乎付诸阙如。但随着市场经济体制的建立和完善，日益觉醒的广大民众借助于网络等新兴媒介，已开始逐步摆脱为世人广为诟病的涣散、失语和麻木等沉疴痼疾。以汶川地震后的抗震救灾为例，我们已经可以看到民间力量开始了更有明确自主意识的行动，诸多 NGO 组织都曾进行了如何使得救灾活动更具有可持续性的探索，并为此而尝试新的途径。相关实例举不胜举。无疑，上述趋向也毫不例外地出现在了公民遭遇社会纠纷之后进而维权的系列实践之中。
- ⑳就改革开放以来近三十年的情况来看，维权民众的诉求绝大部分都是合法合理的。以“信访”为例，原国家信访局局长周占顺有一段经典的评论：“群众信访 80% 以上是有道理的或有一定实际困难的，应予解决；80% 以上是可以经过各级党委、政府的努力加以解决的；80% 以上是基层应该解决也可以解决的”。参见龚忠智：《谁在为民说话？》，<http://www.chinavalue.net/Article/Archive/2009/4/6/168970.html>,最后访问时间：2010 年 1 月 22 日。同时，民众维权方式也亟待规范。温家宝在十届全国人大四次会议闭幕之后的记者招待会上指出，处理新时期的社会矛盾，既要采取有力措施，依法维护群众合法权益；又要教育和引导群众，通过合法形式表达合理诉求。<http://www.china.com.cn/chinese/zhuanti/2006l.htm>,最后访问时间：2010 年 1 月 22 日。
- ㉑这项在全国法院系统内较早推行的“确认机制”是指，人民调解委员会、行政机关等非诉调解组织对特定矛盾纠纷调解达成协议后，经当事人申请，人民法院经过审查认为协议内容符合法律规定，出具法律文书确认该调解协议，赋予该调解协议以强制执行效力的机制。
- ㉒2009 年出台的《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第二十条规定：经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的，可向法院提起诉讼。第二十五条规定：法院依法审查后，决定是否确认调解协议的效力。确认调解协议效力的决定送达双方当事人后发生法律效力，一方当事人拒绝履行的，另一方当事人可以依法申请法院强制执行。
- ㉓就此领域而言，可参见苏力的相关著述，如《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 2004 年版；《也许正在发生：转型中国的法学》，法律出版社 2004 年版；《司法制度的合成理论》，《清华法学》2007 年第 1 期；《曾经的司法洞识》，《读书》2007 年第 4 期。

参考文献：

- [1]熊文钊. 现代行政法原理[M]. 北京：法律出版社，2000.
- [2]苏力. 关于能动司法与大调解[J]. 中国法学，2010，(1).
- [3](英)卡罗尔·哈洛，理查德·罗林斯. 法律与行政[M]. 杨伟东，等译. 北京：商务印书馆，2004.
- [4]沈岿. 行政法理论基础回眸：一个整体观的变迁[J]. 宪政手稿，2008，(2).
- [5]范愉. 行政调解问题刍议[J]. 广东社会科学，2008，(6).
- [6]卢现祥，马洪. 西方新制度经济学(修订版)[M]. 北京：中国发展出版社，2006.
- [7]李松龄. 制度需求的概念[J]. 经济研究与评论，1999，(3).
- [8]胡军，盛军锋. 强制性、诱致性制度变迁及其它——兼论中国改革方式的理论基础[J]. 南方经济，2002，(9).
- [9](美)道格拉斯·诺斯. 经济史中的结构与变迁[M]. 陈郁译. 上海：上海三联出版社，1994.
- [10]邓大才. 制度变迁的类型及转换规律[J]. 宁夏大学学报，2001，(5).
- [11]孙立平. 用制度积累进步的成果[EB/OL]. [2010-01-22]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_442f3a4a01009r0e.html.
- [12]苏力. 司法制度的合成理论[J]. 清华法学，2007，(1).
- [13]程金华. 中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角[J]. 中国社会科学，2009，(6).

[责任编辑：苏雪梅]