

# 第八章 行政法的和解理念

## ——行政糾紛的契約化解決

瘦的和解勝於胖的裁判。

——西方法諺

By working out our differences, intergovernmental cooperation can trump conflict.

——Craig Weinaug

(County Administrator, Douglas County, Kansas)

政府與人民的友好合作，不是基於雙方的爭吵而是在於雙方的和解。

——筆者題記

### 內容提要

契約既可作為確定和實現權利的手段，也可用來解決糾紛、緩和衝突。和解，即人民合作互惠精神之具體體現，作為一種糾紛解決方式蘊含了自主協商、互諒互讓、真實合意等內涵。中國行政法對和解基本上採取了否定的態度，卻並不可取。通過對和解在中西方的歷史境遇的考察和比較以及中國行政法制歷程的檢討，在行政法中確有必要確立和解理念。和解的確立，不僅可以彌補行政審判留下的缺憾，有利於義務的自覺履行和行政目的之實現，而且還可以積極促進政府與人民信任合作關係的形成。和解，存在結果性的和解與過程性的和解、正式的和解與非正式的和解、行政程序中的和解與行政爭訟中的和解、雙方當事人的自行和解與有第三方參加的調解等多種類型。行政法應在和解的觀念和制度等方面有所創建從而揚長避短，在繼受傳統文化和借鑑西方經驗的基礎上有所超越從而成就一種法治之下的和解。

爲使利益主體不致在無情的利益衝突中一無所獲或至毀滅，契約自誕生伊始，就具有了這樣一種意蘊：人們與其在暴力衝突中兩敗俱傷，不如相互妥協，用退讓求得生存和保全利益。<sup>1</sup>契約，蘊含了一種和解的精神。我們完全可以借助作爲理念以及作爲手段的和解來對付衝突和處理紛爭。在一個奉「官民合作」爲圭臬的和諧時代，爲維持政府與人民的相互信任關係，促進雙方的和諧與合作，確有必要通過契約及其所蘊含的和解理念，來化解政府與人民之間可能發生、正在發生或將要發生的衝突和糾紛。

但是在中國行政法領域，人們對於和解的認識還存有某種偏見與局限，這在一定程度上阻礙了和解與行政法的結合，也阻礙了行政法制的發展。歷史與現實的碰撞、中國與西方的對照、觀念意識與制度實踐的脫節等諸多原因，迫切要求解決和解與行政法可否結合以及如何結合的問題。基於此種考慮，本章主要結合中西方和解的歷史與現實以及行政糾紛的解決等內容，探討和解理念在行政法中的確立、繼受與超越，從而避免和解可能出現的局限與弊端，使和解達到一種與行政法治相熔鑄的新境界。

## 一、和解之境遇——歷史與現實的中西方觀照

一部人類社會的發展史，就是一部社會衝突解決的歷史。正是有了衝突的存在，人們才不斷尋求解決衝突的種種辦法。當然，在不同的歷史時期以及不同國家中，統治者對衝突解決的效果追求會有所不同：有時側重於化解和消除衝突，有時側重於合法權益的實現與義務的履行，有時則強調法律或統治秩序的尊嚴與權威的回復。大體而言，「早期社會中的統治者較爲注重衝突的化解和消除，以及對統治秩序尊嚴的維護；在崇尚權利本位的近代社會中，法定權利和義務的實現更受重視；而現代社會中，統治者的著眼點又主要在於貫徹社會秩序的原則和要

---

<sup>1</sup> 參見江山：《人際同構的法哲學》，中國政法大學出版社2002年版，第222頁。

求，以及保護公民的合法權益。」<sup>2</sup>效果追求的側重點不同，會影響統治者對解決衝突手段的選擇。在紛爭的解決歷史上，曾出現過自決、和解（包括調解）、仲裁和訴訟等多種手段。和解，作為一種社會糾紛的解決手段，則或多或少地總處於被選擇的範圍之內，和解的歷史亦可謂淵遠悠長。當然，由於文化觀念的差異、法律體系的不同等諸多方面的原因，和解在中西方社會以及在不同的歷史時期有著互見其異的歷史際遇。

### （一）近現代西方和解理念之演進

對西方和解的歷史，我們則以近現代為考察對象。在古代西方社會，由於受古希臘、古羅馬時代權利觀念的影響，和解並不發達。雖然在短暫的時期裏曾偏好和解，卻從未像中國那樣始終對和解傾注著極大的熱情。在近代社會，隨著資本主義經濟的發展，人權的勃興，法律制度（包括訴訟制度）的發展和完善，在嚴格法治主義觀念的支配下和解受到相當程度的抑制，但從近代到現代尤其是當代卻有了一個極大的改變。和解，在近現代西方社會的發展經歷了一個由否定到肯定、由私法邁入公法的過程。

#### 1. 近代對和解的否認

發軔於原始社會的和解，在近代西方社會卻遭到否認甚至拋棄。在近代資本主義社會，西方法治理論強調對政府權力的嚴格限制，強調司法審判對權利的保障功能，在「審判即是權利的實現」這一觀念下，司法審判被認為是保障公民權利（契約自由權利）的唯一屏障，從而將訴訟與和解相對立。<sup>3</sup>在審判過程中，司法表現出極大的被動性和受限制

<sup>2</sup> 柴發邦主編：《體制改革與完善訴訟制度》，中國人民公安大學出版社1991年版，第15頁。

<sup>3</sup> 對這種將訴訟與和解相對立的傳統法學思維，有人就認為「這種片面的理解值得重新考慮。如在訴訟中程序進行到一定階段而形成和解的局面所表現出來的、直接促進當事者自己構成相互間的關係這樣的一種功能，也應該看作訴訟的本質要素之一。」[日]棚瀨孝雄：《糾紛的解決與審判制度》，王亞新譯，中國政法大學出版社1994年版，第120-121頁。

性，法官的作用受制於當事人的處分，他們既不能向當事人告知自己的意見和價值，也不能主動向當事人提議進行和解，更不能積極促成當事人的和解。公民也不斷被教化：要通過法律維護自己的權利，權利是通過訴訟鬥爭而取得的。德國著名學者耶林在《為權利而鬥爭》中宣稱，「在社會利益上，每個人都是為權利而鬥爭的天生的鬥士」，積極主張通過訴訟的形式爭取權利，強烈反對對不法侵害的容忍與私下和解，嚴厲地批判了「和為貴」思想，認為這種思想與法的核心相抵觸，必須加以剔除。「這種（和解）思想氾濫之處，法將成爲一紙空文。因爲法需要爲自身生存而與不法行爲進行抵抗，而上述見解正相反，宣傳對不法行爲的膽小鬼式的逃避。」<sup>4</sup>這一為權利而鬥爭的思想，可以說是該時期人們法治思想的彰顯，這種「視鬥爭爲天職，視訴訟爲手段」的觀念，導致和解在近代西方社會的萎縮。在當時，學術界和司法界大都認爲，訴訟上（即便民事訴訟）應禁止任意訴訟，訴訟程序的審理方法、順序、訴訟行爲的方式與要件等，均應由法律加以規定而不允許當事人任意變更。<sup>5</sup>

## 2. 現代對和解的肯認

近代西方社會否認和解的現象在現代社會發生了改變。20世紀初，隨著社會經濟的發展，混合市場經濟代替了早期的自由市場經濟，與此同時，社會關係亦由簡單走向複雜，社會利益主體由單一走向多元，社會糾紛型態也日益多樣。與現實的情形相對應，人們對權利義務觀念及其標準的認識也發生了變化，權利義務的實現途徑也發生了改變。人們越來越認識到，社會的複雜性、利益的多樣性決定了獲得正義、實現權利的途徑也必須多樣化。因而，西方正統的法律理論——以嚴格的形式理性法爲核心、以法律實證主義爲依據的法律形式主義——自20世紀後半葉受到來自各方面的強烈批評，法律的目的性、靈活性、開放性和參

<sup>4</sup> [德]魯道夫·馮·耶林：〈為權利而鬥爭〉，胡寶海譯，載梁慧星主編：《民商法論叢》（第2卷），法律出版社1994年版，第22頁。

<sup>5</sup> 參見陳桂明、李任春：〈訴訟契約論〉，載《清華法律評論》（第2輯），清華大學出版社1999年版，第198頁。

與性或者說法律的政治、社會導向受到了人們的關注，與嚴格判決模式相對應的調解在實踐和理論上開始受到人們的青睞。<sup>6</sup>在糾紛解決上，人們終於認識到：和解的方式不應因其存在「和稀泥」和妥協而受到非議；通過妥協和讓步，能使那些難以簡單地「一刀兩斷」而了結的糾紛得到相對符合情理的解決，更符合實質正義的要求，更易於實現當事人的權利。實踐也表明，並非那種明斷是非的判決能夠取得最佳的結果（即當事人從判決中獲得一切或一無所獲、非黑即白的結果），相反那種因自由談判達成的訴訟和解卻更能達到多方滿意的結果。<sup>7</sup>因而，和解不再被人們看作是對法治的破壞與違背，而被認為是鼓勵謙讓妥協的現代人文精神的彰顯，是根據特殊情況溫情地解決糾紛的有效方式。「瘦的和解勝過胖的裁判」（Ein Mager Vergleich ist Besser als ein Fetter），亦生動地反映了和解的作用以及這一時期人們對和解的認同。與過去將訴訟與和解相對立的傳統觀點相反，西方各國對訴訟上的和解普遍持有肯定和鼓勵的態度，同時與觀念上的轉變相一致，和解制度也在西方各主要國家亦得以建立。

### 3. 由私法領域進入公法（行政法）範疇

和解，在西方的發展還經歷了由私法逐漸進入公法的過程。西方社會對和解的承認，早期僅限於私法領域，行政法領域對和解的認同則稍晚些。和解理念及其制度，在經過一番爭論後最終在上個世紀中後期被各國行政法所承認和接受。

公法與私法相區分，但二者並非截然兩分或對立，它們具有諸多的共通性，其共通性決定了私法中的有益制度，亦可為公法所借鑑吸收。<sup>8</sup>依此而論，和解作為解決私法領域糾紛的一種有效方式，也就順理成章

<sup>6</sup> 參見強世功：〈「法律不入之地」的民事調解——一起「依法收貸」案的分析〉，載強世功編：《調解、法制與現代性：中國調解制度研究》，中國法制出版社2001年版，第553頁。

<sup>7</sup> 參見范愉：《非訴訟糾紛解決機制研究》，中國人民大學出版社2000年版，第148頁。

<sup>8</sup> 參見[日]美濃部達吉：《公法與私法》，黃馮明譯，中國政法大學出版社2003年版，第13頁。