



诉讼法学文库
2008

8

◎总主编 樊崇义



THE LITIGATION FUNCTIONS IN MODERN SOCIETY

现代社会中的诉讼功能

◎张爱球 著

 中国人民公安大学出版社

●诉讼法学文库 2008 (8)

总主编 樊崇义

现代社会中的诉讼功能

The litigation functions in modern society

张爱球 著

中国人民公安大学出版社

北京

图书在版编目 (CIP) 数据

现代社会中的诉讼功能/张爱球著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.10

(诉讼法学文库. 2008; 8)

ISBN 978-7-81139-263-0

I. 现… II. 张… III. 诉讼—研究 IV. D915.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 145148 号

现代社会中的诉讼功能

The litigation functions in modern society

张爱球 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2008 年 10 月第 1 版

印 次: 2008 年 10 月第 1 次

印 张: 14.125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 350 千字

印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-263-0/D·228

定 价: 32.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zhs@cppsuo.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^①

我国 1999 年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第 25 期。

现代社会中的诉讼功能

础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时,对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用,忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法

《诉讼法学文库》总序

律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，因此对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动的公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此，随着我国法治进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实际工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

《诉讼法学文库》自2001年面世以来，得到了诉讼法学界专

家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚恳的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后，另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任

樊崇义

2007 年元月于北京

序

诉讼功能既是诉讼科学领域中的一个十分重要的诉讼法理问题，又是现代社会功能结构中的一个必要组成部分。爱球同志运用法社会学、法哲学等原理，借鉴结构功能主义、系统论、语义学等工具和方法，对现代社会中的诉讼进行功能分析，探讨现代社会中诉讼功能的发生、发展的内在机理、理论逻辑及其主要表征，为诉讼法律科学的发展开辟了新的学术空间。为此，作为他的指导老师，我谨对爱球同志的博士论文《现代社会中的诉讼功能》成书出版问世致以诚挚的学术祝贺。

探索现代社会中诉讼功能发生的一般规律是诉讼法哲学研究的一个重要使命。从人类社会历史发展的角度观察，诉讼既是一个古老的、历史的范畴，又是现代社会的一个不可或缺的社会控制机制。从现代社会有机整体的角度观察，诉讼不仅是一个重要的法律现象，更是社会有机整体中一个重要的功能结构现象。开展诉讼功能研究，有赖于借助社会整体、社会结构、社会进化、结构及功能分化、国家与社会分离运动等分析工具，来构筑一个逻辑清晰、体系严密的研究范式。诉讼体系是诉讼功能发生的机制实体，做好诉讼功能体的静力学解剖，是揭示诉讼体系的功能发生机理的重要前提。因此，值得关注的是，社会整体是诉讼结构体系存在的环境，社会整体及其他社会结构对诉讼体系的资源供给及其对诉讼体系的功能需求，是现代社会中诉讼功能发生的外在根据；诉讼体系是作为一种传导机制来建构其与社会整体之间结构功能关系的；同时，

现代社会中的诉讼功能

基于诉讼体系的物理解构,对诉讼体系内的主要结构要素及其形式进行系统的内在结构功能分析,也是揭示现代社会中诉讼体系功能发生的内在结构机理的必要步骤。

现代社会中的诉讼功能既是人类社会进化发展的结果,也是人类社会诉讼现象发生、发展的结果。因此,对现代社会中诉讼功能进行动力学分析也是认识现代社会中诉讼功能历史发展逻辑的应有之义。运用社会进化理论、社会结构及其功能分化理论、社会与国家关系原理、法社会学原理以及现代化、全球化等重要理论成果和分析工具,有助于研究观察随着社会结构及其功能的不断分化,诉讼结构产生、成长、发展的一般规律性,有助于认识不同社会结构状况下诉讼的体系特征和功能特征,探索诉讼功能产生、发展的一般规律性,从而为揭示现代社会中诉讼功能形成的社会机理铺平道路。

对诉讼功能的经验表现进行实证分析既是对现代社会中诉讼功能发生、发展规律的确证,又是对现代社会中诉讼结构功能因果关系进行系统分析的最终落脚点,同时也是对现代社会中诉讼功能展开研究的实践意义之所在。为了便于开展对现代社会诉讼功能表现进行实证分析,对现代社会中诉讼功能表现进行系统分类,分别对诉讼在现代社会的政治领域中和市民社会领域中的功能表现进行归纳、分析,注意对诉讼在现代社会中的负功能现象进行探讨等,都是十分必要的。

正是基于以上考量,爱球同志的这部著作是颇具深厚的学术意味的。全书不仅选题新颖,分析透辟,论证充分,深刻揭示了人类社会诉讼现象的功能进化和现代社会诉讼的功能机理,而且旁征博引,精当地吸收了相关学术领域的重要发展成果,折射出作者丰厚的学术素养和扎实的学术功底。在爱球同志的博士论文答辩会上,张文显教授、公丕祥教授、吕世伦教授、李龙教授等知名法学家组成的答辩委员会给出了这样的一致评价:本文开创了法理学与部门

序

法学相融合的崭新境界。我十分赞同，同时也感到十分欣慰。我衷心祝愿爱球同志继续孜孜以求，勇于探索，锲而不舍，努力在法学研究领域收获新的成果。

是为序。

夏锦文

2008年6月16日于南京仙林

(25)	现代社会中诉讼功能的主要发生机理 (二)
(133)	现代社会中诉讼功能的主要发生机理 (三)
(166)	现代社会中诉讼功能的主要发生机理 (四)
(166)	现代社会中诉讼功能的主要发生机理 (一)
(170)	现代社会中诉讼功能的主要发生机理 (二)
(170)	现代社会中诉讼功能的主要发生机理 (三)

目 录

序	(1)
导 论	(1)
一、概念辨析	(1)
(一) 诉讼	(1)
(二) 功能	(13)
二、分析工具	(22)
(一) 社会结构及其功能进化	(22)
(二) 国家与社会的分离运动及其结构图式	(35)
三、研究方法及其意义	(44)
(一) 研究方法	(44)
(二) 理论和实践意义	(48)
第一章 现代社会中诉讼功能的发生机理	(50)
一、社会系统与诉讼结构	(52)
(一) 社会系统结构分化与诉讼结构	(53)
(二) 社会经济与诉讼结构	(54)
(三) 社会政治与诉讼结构	(55)
(四) 社会文化与诉讼结构	(63)
二、作为传导机制的诉讼体系	(68)
三、作为功能发生机制的诉讼体系	(73)
(一) 诉讼体系解构	(74)

现代社会中的诉讼功能

(二) 诉讼体系要素的结构功能分析	(76)
(三) 诉讼形式机制	(133)
四、诉讼功能机制特征及其与非诉讼纠纷	
解决机制的功能比较	(166)
(一) 诉讼功能机制的主要特征	(166)
(二) 非诉讼纠纷解决机制及其功能特征	(176)
(三) 以诉讼机制为主导的多元化纠纷	
解决机制的功能整合	(182)
第二章 现代社会中诉讼功能的发展机理	(185)
(一) 社会进化与诉讼功能的产生、发展	(185)
(二) 原始社会中的诉讼功能	(194)
(三) 传统社会中的诉讼功能	(202)
(一) 传统社会中的诉讼及其功能发展	(203)
(二) 中国传统社会中的诉讼及其功能品格	(214)
(四) 现代社会中诉讼功能的发展	(242)
(一) 关于现代社会	(242)
(二) 诉讼体系及其功能的历史转型	(249)
(三) 韦伯和昂格尔的解说	(254)
(四) 现代诉讼功能形成的复杂社会机理	(261)
(五) 西方法律传统对现代社会中诉讼	
功能形成和发展的历史贡献	(273)
(五) 现代社会中诉讼功能的全球化	(288)
(一) 关于全球化	(288)
(二) 第一次全球化浪潮中诉讼法律全球性	
重构及诉讼功能全球化趋势	(294)
(三) 现代诉讼体系的全球性重构和诉讼功能	
全球化的社会机理	(299)
(四)	(299)

目 录

第三章 现代社会中诉讼功能的现象考察	(334)
一、现代社会中诉讼功能的考察视角	(334)
(一) 显功能与潜功能	(335)
(二) 目标功能与现实功能	(336)
(三) 正功能与负功能	(337)
(四) 主要功能与次要功能	(338)
(五) 单一功能与综合功能	(339)
(六) 一般功能与具体功能	(339)
(七) 普遍功能与特殊功能	(341)
二、诉讼在社会政治领域中的功能表现	(342)
(一) 诉讼对政治国家整体的结构功能	(343)
(二) 诉讼对国家行政体系的结构功能	(346)
(三) 诉讼对立法及司法法律体系的结构功能	(350)
三、诉讼在市民社会领域的功能表现	(379)
(一) 诉讼与市民社会领域的结构关系	(379)
(二) 诉讼对市民社会的结构功能	(381)
四、现代社会中诉讼的负功能表现	(395)
(一) 关于诉讼负功能	(395)
(二) 诉讼负功能发生的机理分析	(397)
余 论 当代中国诉讼功能的观察与思考	(403)
一、当代中国诉讼功能的观察	(404)
二、当代中国诉讼功能发展问题的思考	(410)
(一) 当代中国诉讼功能的目标建构	(410)
(二) 当代中国诉讼功能发展中应注意 处理好的若干问题	(413)
参考书目	(424)
后 记	(434)

导 论

诉讼及其功能表现是现代社会中一种十分复杂的社会现象。对现代社会中的诉讼进行系统的功能分析研究,深入探寻其功能发生、发展的社会机理,考察其在现代社会中的功能表现,是法学理论、诉讼法学理论体系中的一个基础性问题,甚至关涉到哲学、社会学、政治学、经济学等诸多领域。因此,相关概念的语义辨析,功能分析理论逻辑的建构,分析工具及研究范式的选择等,对顺利开展本课题研究就显得非常重要。

一、概念辨析

研究和认识现代社会中的诉讼功能,就是在现代社会这一特定的时空背景下对诉讼进行功能研究分析。为此,描述现代社会是一个什么样的社会背景,解读作为现代社会重要特征的全球化运动规律,对诉讼这一复杂现象进行概念定位,探索功能的概念解说等,都是研究现代社会中诉讼功能的必要条件。

(一) 诉讼

诉讼的概念认识是诉讼法学许多基本理论问题,如诉讼目的、价值、功能等问题分析、研究的逻辑起点。不仅如此,对诉讼内涵本质的把握决定着诉讼功能研究的目标方向和纵向深度,对诉讼外延特征的认识决定着诉讼功能研究的横向广度。

恰如法律的概念为人们既十分熟悉又十分陌生一样,面对诉讼的概念,人们难免会遇到同样的困惑。虽然,中外法学界和诉讼法

律实践领域对于何为诉讼,已形成趋于一致的认知,而且,诉讼这一概念在法律实践甚至其他社会实践中,在法学领域甚至其他学术领域中,被经常而又广泛地加以运用,但是,究竟什么是诉讼?或者说诉讼的概念究竟是什么,或者诉讼的本质属性是什么?诉讼的外延到哪里等,这些与诉讼概念有关的基本问题,人们并没有取得清晰完整、明确一致的认识。在诉讼法学理论和诉讼实践中,诉讼概念呈现出多样化的表述。这些多样化的表述主要有:解纷说、官司说、争议说、审判说、司法说、程序说、法律说、阶段说、工具说和社会控制说等。

解纷说。持这一观点者认为,诉讼是“讼争的一方或双方将致讼的原因、内容、主张及理由告知听讼之人,以求讼的息解活动”。^① 这种说法是对诉讼这一古老的范畴所作出的比较传统的描述。这一诉讼概念将解决社会争议这样一种特殊活动作为诉讼概念的主要内在规定性,认为诉讼作为一种特定的人类活动,是指人类选择用来解决社会争议的一种专门活动。因此,从其初始意义上讲,诉讼就是一种人类用以息解纷争的活动。这种活动并不需要以某种强制力——国家权力作保证,不需要职业诉讼人士——法官等参与或主持,不需要有特定的诉讼场所——法院,不强调遵循某种严格的程序,也没有以事先存在的法律规范——制定法作为解决纷争的依据。

官司说。在中国传统观念中,诉讼习惯上是“打官司”、“告状”的别称。从汉语字面上解析,“诉”,告诉,向某人或某机构反映、诉说;“讼”,纷争、争议。无争讼,就无诉。所谓的“打官司”、“告状”就是提起诉讼主张、请求的意思。因此,有所谓诉讼就是“因纷争告于官署,以分曲直。”^② 《牛津英语辞典》中

① 樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第3页。

② 《辞源》,商务印书馆1983年版,第2886页。

对诉讼有两种表达,其中一种解释,Lawsuit,指“在法庭上提起某种主张,法律上的控告”。^① suit本身就有请求、告诉、起诉的意思。这种解释与汉语中“打官司”的意思基本一致。在中国的司法实践中,经常有提起诉讼的说法。这里的诉讼是指一种请求、控告或主张。通过请求、控告或主张的提出,希望得到某种正义的满足。这一诉讼表述强调了诉讼是由一方或双方当事人提出,由“官方”主持解决纷争的一种特殊活动。这种诉讼的解释是在解纷说的基础上,增加了“官”因素,强调“官方”参与并居中听讼是诉讼的一个重要特征。这一诉讼表述反映了古老的诉讼,从民间自发的、偶然的形态,转化为以政治权力为背景的、官方主持的、解决纷争的特殊活动。

争议说。持这一观点者认为,诉讼是一个名词性概念,是指一种特定的社会争议。人类社会交往活动过程中,人与人之间难免发生一些争议。不同的争议有不同的解决方法,如调解、仲裁以及司法审判等。其中,这种解释将诉讼定义为一种接受审判的争议。伦斯特洛姆就认为,诉讼(Litigation)是“在法院里争辩的案件。诉讼是为了实现法定权利或维持某种法律救济而作出的一种民事法律行为的这样一种争议,它径直被提交审判并根据呈递给法官和陪审团的证据作出判决”。^②《牛津英语辞典》中对诉讼的解释也包括这一说法:“诉讼,即争议”,但说明了现在较少使用。^③这表明诉讼曾作“争议”解。按照我国的汉语的字面解释,这种说法不无道理。所谓诉讼就是告诉之讼,即告由官府处置之讼。

① The Oxford English Dictionary Second Edition CLARENDON PRESS OXFORD Volume VIII p. 720.

② [美]彼得·C. 伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,贺卫方译,中国政法大学出版社1999年版,第27页。

③ The Oxford English Dictionary Second Edition CLARENDON PRESS. OXFORD. Volume VIII p. 720.

审判说。诉讼就是审判活动，即“依照法律的规定，在法庭前开展的各种审判行动”。^① 这种观点强调了诉讼的法定性、程序性，包含了诉权这一重要的诉讼要素。诉讼重合于审理，比较接近于诉讼的解纷说和官司说。它们之间的共同点在于，认为诉讼是解决纷争的一种活动，审判说所包含的法定性、程序性和诉权要素是解纷说和官司说所不具备的形式特征。但这一解说只是将诉讼活动统一于司法机关的审判活动，客观上排除了审判之外的司法活动作为诉讼内容的可能性，因此，将诉讼等同于审判客观上压缩了诉讼概念的外延范围。

司法说。持这种观点者认为，诉讼是“司法机关在当事人和其他诉讼参与人参加下，依法定程序，为处理案件而进行的活动”，^② 即诉讼被概括为司法机关的特定司法活动。所谓民事诉讼，就是“人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法审理和解决民事纠纷案件和其他案件的各种诉讼活动，以及由此所产生的各种法律关系的总和”。^③ 所谓刑事诉讼是国家专门机关查明犯罪和追究犯罪的活动。诉讼概念的这一解释不仅强调了诉讼活动是国家司法机关开展的一项专门活动，还拓宽了诉讼活动的覆盖范围，既包括了解决争议的司法审理活动，也包括不直接表现为解决争议的其他司法活动。这一定义将诉讼从以解决争议为内在规定性的活动拓展为司法机关的一般司法活动。司法从内容看，原来主要是指一种法律适用活动。韦伯认为：“‘司法’我们则想象为把那些制订为章程的准则和通过法学家的思维劳动由它们派生出来的各种‘法律原则’，‘应用’到具体的‘事实’中去，事实被概括

① The Oxford English Dictionary Second Edition CLARENDON PRESS. OXFORD. Volume VIII p. 1037.

② 《辞海》，上海辞书出版社1989年版，第1023页。

③ 常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社1996年版，第6页。