

211工程三期“区域与都市法制”重大项目资助
区域与都市法制研究丛书 叶必丰 总主编



特殊正义

阶层分化

司法多边主义

以中国社会阶层化发展趋势为主线

杨 力 著

当代中国社会冲突

司法多边主义

司法特殊正义

司法运作机制

法治边界

多元程式装置

公共事件斡旋

疑案裁判衡量

案例运作机制

政治决策评估

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

“一带一路”倡议与“21世纪海上丝绸之路”
——中国对外开放新格局的构建



塑造多边主义

以中国社会主义现代化强国建设为基础

傅 强 著

世界图书出版公司

211工程三期“区域与都市法制”重大项目资助
区域与都市法制研究丛书 叶必丰 总主编

司法多边主义

以中国社会阶层化发展趋势为主线

杨 力 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法多边主义:以中国城市化进程的阶层趋势为主
线/杨力著. —北京:法律出版社,2010.9
(区域法治丛书)
ISBN 978-7-5118-1002-1

I. ①司… II. ①杨… III. ①司法制度—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 141546 号

区域法治丛书	司法多边主义	杨 力 著	责任编辑 王旭坤 装帧设计 乔智炜
--------	--------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16
版本 2010 年 9 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京外文印刷厂

印张 13.75 字数 208 千
印次 2010 年 9 月第 1 次印刷
编辑统纂 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1002-1
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:28.00 元

献给我的父母

该书系司法部法治建设与法学理论研究中青年课题的研究成果
(项目名称:当代中国社会分层与现代法律秩序生长)
(项目编号:06SFB3001)

特此致谢!

序

我在 2008 年 4 月下旬首次与杨力君相逢于上海交通大学法学院,立即对他的敏锐、精干以及成事之才留下了非常深刻的印象,这种印象在后来推动法学教育改革等举措时不断得到证实。当我了解到他的经历以及在学术方面突飞猛进的绩效时,再次产生了惊叹之感。从律师到法学教师,从中国政法大学的博士后研究到最高人民法院的进修,杨力君只在短暂的数年之内就迅速完成了人生的一大旋回,在某种意义上,本书正是他在事业转型之际的心路历程的记录。因此,在很多论述的字里行间,读者都可以发现实务与理论互相碰撞所激起来的火花。

这本著作的出发点是 20 世纪 90 年代中期以后的中国社会分层以及利益团体与价值观的多元化现象,焦点则聚集在国家秩序内在的特殊与普遍的矛盾上,并试图为疑难案件的审理提供必要的司法指针,即所谓“司法多边主义”。作者认为,社会多元化的本质在差异,但“一视同仁地对待所有当事人”的普遍正义理念却不能适当地反映相关的差异,因此,必须在法律思考过程中加强利益衡量的因素,把阶层作为分析的单位和权衡的标准,从而追求一种与个别情形相符的特殊正义。在这里,权衡并非单边的阶层司法行为,也不是双边的交涉,而是一种在“扩散的互惠性”基础上从整体上权衡各阶层利害得失的统筹兼顾。于是正义或者不正义的两分法判断

势必让位给多些正义或者少些正义的程度性计测和调节,多层多样的规则构成、当事人之间或当事人与地域社会之间的必要的商谈以及合法性检验也就具有重要的意义。

在现代自由主义宪法学说中,多元性不仅不会导致特殊正义,相反,更需要一种普遍的制度安排来防止所谓“多元无知”之类的倾向。在这里,公私二分法具有重要的意义。私法领域之中,只要不妨碍他人的合法权益,任何主体都享有利益主张和价值偏好的充分自由,特殊性或者差异得以保留。但就公共事务而言,个人必须服从多数人的决定以及普遍性规范,并无特殊的余地。然而 20 世纪以来,公私二分的基本框架有所动摇,领域之间的界限已经流动化了。例如,私人财产中那些来自政府支付的组成部分日益增大、女权运动要求公权力介入家庭内部以防止微观层面的暴力、国有企业也适用本属私法范畴的破产清算程序(实际上破产法本身也显示了公法化特征),等等。这些因素势必迫使普遍正义的理念带有相对性,迫使司法增强情境思考的动机。正是在诸如此类趋向的延长线上,杨力君提出了“司法多边主义”的主张,试图通过互惠和协调的机制来扬弃公私两分的框架,充分显示了一种敏锐的感悟力和奔放的想象力。

司法过程如果对不同利益集团进行不同的对待,很容易滑入“阶级司法”的泥潭而不能自拔,或者造成一方一是非的规范碎片化状态。对这种危险,作者是有所认识、有所预防的。他的思路是通过商谈达成共识、通过正当性论证实现整合,最终形成一个虽然并非普遍规范,但却可以连贯的衡量标准。作者认为,通过把法政策学与法解释学结合起来的特殊正义的运作机制,完全可以形成一种动态生成的裁判规范体系。这些裁判规范虽然可以不断反映不同阶层的利益诉求,但却又具有整体性,颇类似于我国最高人民法院颁布的司法解释群。从结构的角度来看,这样一种多元协调整合的制度安排似乎接近于国家法团主义的设想。更形象地说,司法将呈蜂窝状。我认为这是个很有意思的主张,值得进一步探讨。

是为序。

季卫东

2010 年初于南洋公寓

目 录

序 001

导论 001

- 一、梳理与批判 001
- 二、思路与观点 003
- 三、方法与路线 005

第一章 论题中心新维及其问题意识 007

- 一、当代中国社会冲突的趋向与分析 007
- 二、“司法特殊正义”的论题中心转向 009
- 三、“司法运作机制”何以成为论题中心 011
- 四、论题中心转向后的问题意识群 015

第二章 司法多边主义的基本框架 020

- 一、阶层分化的趋势、现象与回应 020
- 二、单边主义与多边主义的立场选择 021
- 三、司法多边主义的理论基石 024
- 四、现实主义角度提供的佐证 032
- 五、司法理念流变提供的合理解释 034
- 六、必须解决的三个角色冲突 039

第三章 司法多边主义的扩展论证 043

- 一、以最高人民法院为主要考察对象 043
- 二、多边纠纷解决与积极的司法 046
- 三、多元规则的形成与能动的司法 063
- 四、多边政策推进与政治的司法 073

第四章	司法多边主义的法治边界	083
	一、基于乡村司法运作的考量	083
	二、当下乡村司法理念的基本评价	084
	三、阶层地位获得与乡村司法过程	089
	四、乡村司法理念的转变与协调	094
第五章	司法多边主义与多元程式装置	099
	一、殊殊的共同体与司法程式装置变革	099
	二、司法知识竞争格局的构造	101
	三、初审法院与上诉法院的职能配置	108
	四、群体性权利救济机制的形成	113
第六章	司法多边主义与公共事件斡旋	119
	一、社会公共事件与危机中的司法斡旋	119
	二、司法救济的必然与司法的低效	121
	三、斡旋中的司法作业流程与底线规则	123
	四、风险应对系统的经验与模式	126
第七章	司法多边主义与疑案裁判衡量	131
	一、结构化趋势与疑案裁判的衡量	131
	二、疑案裁判讨论兴奋点的转移	133
	三、阶层化趋势与疑案衡量基准的回应	137
	四、寻找更强理由的类型思维和商谈机制	143
	五、疑案衡量形成裁判规则的合法性论证	151
第八章	司法多边主义与案例运作机制	157
	一、碎片化现象与案例指导运作难题	157
	二、案例指导运作的基本问题	159
	三、作为司法解释权的复位、边界及机制 创新	177
	四、必要的澄清：公法与私法案例运作差别	182

第九章 司法多边主义与政治决策评估	190
一、广角化社会认同与司法决策评估悖论	190
二、垃圾箱决策理论的解释	194
三、从有限理性出发的决策评估作业	197
四、作出政治决策的递进评估机制	199
 主要参考文献	205
 后 记	210

导 论

当代中国社会变迁研究,基本建立在泽兰尼(Szelenyi)的“理性再分配”与倪志伟(Victor Nee)的“市场转型论”两大经典理论之上,共同点在于强调转型社会中的市场机制将在初兴后的较长时期内,扩大社会不平等程度。与此相应,改革开放30年来的影响力远远超出设计者的预想,随着城市化进程中的阶层急剧分化与重组,利益多元趋向愈加显著。同时,实现新的均衡并臻于成熟仍需较长时间,加之近年来端倪初现的局部骚乱、行业罢工、民企逃债、拆迁纷扰等一系列危机接连袭来产生诸多波及效应,使得中国法治化进程面临如何持续获得各个阶层充分信任与深刻认同的重大挑战。基于此,作为社会稳定后卫的司法,其政策、制度乃至理念的主流,亦很难再完全取决于“某一方面”的主观愿望或停留在传统的通识性和普适化标准,究竟是追求为所有人提供完全相同的正义,抑或应当对多元的阶层利益有所思量;此外,还需要怎样调适不同利益主体的相互作用及其复杂关系,以及在运作机制上作出必要的回应。无疑,对诸如此类问题的探讨对于构建公正高效权威的社会主义司法制度具有重要的理论和实践意义。

一、梳理与批判

国内学术界为数不多的涉及利益多元与司法制

度相关性问题的研究,主要有三条进路:

1. 司法制度进路:基于当前司法制度的政策导向及其自身特性,选择不同角度展开理论研究。代表性观点有:郑成良的“权利公理理论”,其认为司法应秉持公共导向而非个人导向的合理利益预期以及利益平衡;季卫东从最高人民法院的角色演化出发,探讨不同利益集团生成后应当如何使“司法为民”这一政策软着陆,进而提出“司法积极主义”的理念;贺卫方、李雨峰分析了利益发展失衡所致关系疏离的社会风险,从传媒与司法、知识与司法以及法院制度建设等方面深刻地洞察现状并针砭时弊;徐昕则另辟蹊径,从私人救济角度进行了新问题研究。

基于这一进路的文献,已经认识到当代中国形成了代表不同利益的阶层,司法“认同”语境发生了明显变化,继续模糊地强调“国家利益”、“社会利益”或“个人利益”,都无法恰如其分地解决“认同”问题。可其不足之处是,仍然缺乏对于“利益多元”所处现实社会环境的纵深刻画,进而未能系统形成一种有关“利益多元”的通说性阐释,从某种程度上影响了研究成果的基础理论价值。

2. 法社会学进路:运用社会学的实证方法,通过样本调查、个案分析甚或戏拟方式,揭示当下中国某一类进入司法领域的利益主体行为方式。沿循这一进路的学者,多用白描的手法如实记录不同利益背景下的主体进入司法过程的真实状况。主要成果包括:朱苏力、于建嵘、强世功、赵晓力等选择对乡村熟人社会的个案及调查分析,展现了“送法下乡”、“纠纷解决”、“剪裁事实”等利益分裂状态下的地方性司法现实;黄宗智系统地梳理了近代以来农村居民的纠纷解决方式,从过密性理论分析其文化和经济依附性;周伟、陈颐、姚建平、陈映芳则分别从弱势群体、进城务工人员、城镇亚贫困成员及中产阶层等方面进行了实证调研和分析。

基于这一进路的文献,为认识利益多元与司法制度的相关性提供了大量的第一手数据资料,具有重要的学术价值。但是,这一进路的研究大都偏向于现象的描述及概括性结论的获得,较少针对目前司法理念是否应当有所转变这一根本性问题展开深入细致的研究分析。

3. 程序法进路:选择在诉讼法等程序法基础上所作的“程序规范”研究。其中,最有代表性的包括:台湾邱联恭一以贯之地从其“程序保障论”核心理念出发,认为司法现代化应有体认不同阶层舆情之能事,而其实现路径即在于强化可诉性程序之保障;王亚新通过对地

方基层法院的实证分析,剖析转型社会利益结构剧烈变化背景下地方法院如何经由程序、制度及组织等方面推动程序体系转型;张志铭从社会主义法治理念与司法改革关系的高处入手,提出了应对不同利益集团冲突的程序性解决框架,如协同主义模式、公益诉讼制度等;范愉、应星、齐树洁等从司法权力多面性、权利倾斜性配置、集团诉讼等不同角度围绕利益分化后的权利救济与多元纠纷解决机制加以研究。

基于这一进路的文献,能够动态地关注利益多元的发展情势,特别是从不同角度构建出一些颇为精致的程序治理结构,在微观上具有竞胜意义。然而,缺陷在于较多偏重于规则和制度的构建,很少从更为贴近现实的司法运作机制深入研究应当如何化解利益多元导致的社会冲突。

本研究将在学术界已有研究成果的基础上,从当前中国社会阶层分化产生利益多元的背景出发,考察其引发社会冲突所面临的困境与症结所在,深入探讨旨在协调不同阶层利益以实现司法特殊正义的纠纷解决、规则形成与政策推进的运作机制,从新的理念和思路,为推动法治与社会和谐发展提供对策建议。

二、思路与观点

引入已在社会学界成为通说的“阶层”作为利益多元的阐释标准,进而从司法理念及其运作机制两个方面完成理论证立与实践证成。主要包括两个思路:

一方面,记录和描述不同阶层对利益纠纷的发展预期,以及相应传统司法理念的认同程度、司法运作机制的客观评估,等等。同时,针对现有司法理念习惯于“一视同仁地对待所有当事人”而非更多考虑作为不同阶层利益的心理状态,系统归纳司法的判断、分析和操作过程中出现的重大偏差,提炼出中国司法理念及其运作机制的问题意识群。

接下来,深入研究转变司法理念与改善运作机制所依赖的立场选择、理论基石、现实依据和历史流变提供的合理解释。在此基础上,通过系统梳理改革开放30年来纠纷解决、规则创设与政策推进司法三大基本功能的历时性经验,验证理论构建的历史必然,从而完成阶层利益多元背景下的司法发展模式——“司法多边主义”的初步证立。

同时,选择乡村司法理念转变为主线,展开顺应阶层利益多元司法理念的正当性论证,特别论证应当如何避免“阶层司法”危险,包括

司法的价值判断、裁量权以及规则体系在归纳性发展之后的连贯化调整,解决不同阶层的利益诉求可能导致的司法碎片化问题,明晰新的司法理念的法治边界。

另一方面,着眼于能够关照代表特殊利益的各个阶层多元需求的特别运作机制,针对近年来司法改革中的现实问题,沿着阶层分化的结构化趋势、碎片化现象以及偶发的社会公共事件等线索,系统提出能够真切实现不同阶层的特殊正义的若干运作机制。

概言之,此项研究的重点是当前中国阶层利益多元背景下的司法理念转变及创设新的运作机制的原因分析,以及司法理念转变的法治边界、旨在实现特殊正义的司法运作机制创新等。其难点在于:基于阶层利益多元进行的司法理念转变及运作机制创新,如何能较好地解决司法的整合化,以避免不同阶层的利益诉求可能导致司法制度的四分五裂。

基于此,拟提出的主要观点包括:

第一,阶层利益多元发展的深刻变化使得司法正义的分配,应当走出传统司法为所有当事人提供相同正义的“均码正义”供给模式,而将公平正义作为一种公共产品放在社会关系中考察,更多关注体现不同阶层利益的“特殊正义”。这样,每一项制度甚至每一个案件都有改进的余地。此可谓之向“司法特殊正义”的司法理念转变。

第二,司法特殊正义实现乃至相应司法运作机制创新,都有赖于选择“司法多边主义”的立场。即要求司法应从总体上权衡各个阶层的利益得失,而不是双边地逐个评估,更不是像单边主义那样只考虑几个举足轻重的特定阶层利益;同时,作为司法承受者的当事人,将会逐步接受经由这种权衡所达成的裁判结果,意识到随着时间的推移将给他们带来大致相等的收益,进而产生司法认同。

第三,司法多边主义法治边界的要义在于:(1)适时顺势地把握“司法特殊主义”向“司法普遍主义”的渐次回归;(2)通过程序化解可能造成司法碎片化的“结构性利益冲突”; (3)坚持特殊利益保护的渐进立场和因循利导地消化阶层利益冲突;(4)裁判所产生的“系统性结果”相对“具体个案后果”的考量权重应有所提高;(5)不可逾越司法权力作为一种判断权的本质,从而排除任意的权宜。

第四,从纠纷解决角度看,阶层分化逐步形成了稳定的“分殊的共同体”,为司法多边主义运作预设了前提。但是,多元化规则、必要的商谈机制和合法性检验的现实运作,都需要多种程式装置的改良与更

新,司法知识竞争格局的构造、初审法院与上诉法院的职能配置以及群体性权利救济机制的构建是其中最为重要的三个新的问题;此外,以群体性为主要特征的“社会公共事件”日渐增多,使得完善应对重大公共事件的司法斡旋机制亦成为必要。接之,顺着规则形成的维度分析,阶层分化的“结构化趋势”,要求司法特殊正义的实现仍然应沿循制度化轨迹以产生稳定预期,通过利益衡量形成裁判规则方式,建立可重复适用的普适化权利救济机制。同时,短时期内难以避免的“碎片化现象”又启示我们,阶层分化的坐标往往相互交叉且很难划出绝对的界限,许多如同碎片利益阶层的特殊正义实现,还要推行个性化的案例指导这一示范诉讼机制。另外,从政策推进的进路分析,逐渐稳定的阶层分化还产生了“广角化社会认同”,司法的政治决策往往产生悖论后果,所以应当从多元认同的角度意识到政策推进可能产生的现实弊端,以及对未曾预料或隐含的实施成本给予足够的思量。

毋宁说,司法多边主义的理论建构最主要表达的是顺应利益多元发展趋势,司法理念应从“均码正义”走向“特殊正义”。基于此,需要建立多边主义的立场,即司法功能应有选择地从总体上权衡各个阶层的利益得失,以防止纠纷解决、规则形成和政策推进的具体运作过程出现重大偏差。

三、方法与路线

此项研究力图整合学术界已有三条进路的优长,以实现理论研究、实证分析以及运作机制探讨相结合、结构与实践相结合以及法学视角与社会学视角相结合。具体如下:

1. 利益多元认同调查。以主流学说的阶层划分为基准,细致地分析阶层利益多元分化对当代司法运作现实的影响,及其必然导致的司法理念与运作机制的论题中心转向,即二者之间的前因变量和后果变量。不同阶层利益的前因变量可能存在交互作用,因而还将涉及调节变量的分析。

2. 类化处理归纳问题。鉴于利益多元乃至碎片化现象及偶发公共事件的冲击效应,使得司法治理方式亟待作出重大改变,它涉及司法领域的多个方面。为使论题中心聚焦,需要将经过上述分析所得的结论,特别是当前司法在判断、分析和操作过程中出现的若干重大偏差进行类型化处理。拟把司法三大基本功能(纠纷解决、规则形成、政策推进)作为分析纬度,形成三个方向的问题意识群,作为后半部分运

作机制研究的切入点。

3. 多边主义结构构建。收集和整理相关的理论研究成果,并结合这些理论产生的历史背景,构建最为适合当前利益多元发展与司法制度建设以及制定应对问题的基本框架。例如,司法多边主义对乡村熟人社会差序格局“中心—边陲”模式的改变,及走出现有“规则之治与纠纷解决”的问题讨论格局,等等,借此构建能够适应变动不居的现实环境,而又不失于法治边界的司法理念及机制运行的系统理论。

4. 理念机制模拟假设。假设司法多边主义立场能够为司法机构决策层所接受,即司法机构无论是纠纷解决、规则形成还是政策推进功能能从总体上权衡各个阶层的利益得失,那么,在其他条件(阶层利益变量、期待认同变量和司法资源配置变量等)不变的情况下,模拟这一理想情景对司法特殊正义及其运作机制的影响,并借助国内地方及海外成功经验以缩短试错过程,将之与现行司法理念和运作机制进行比较优越研究。

5. 问题主义跨科作业。从司法理念转变后亟待解决的司法运作机制重大问题入手,跨越现有的专业、学科及知识体系疆界,逐一探讨司法知识竞争格局、初审与上诉法院职能配置、群体性权利救济机制、公共事件司法斡旋机制、疑案衡量形成裁判规则、案例指导运作及其示范诉讼机制以及司法政治决策评估机制等诸多新的问题,提出具有可操作性的对策建议。