



福州大学“东南法学”系列专著

民事诉讼程序 类型化研究

张旭东 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

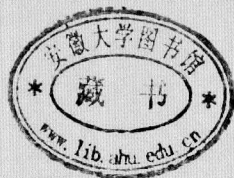
国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



福州大学“东南法学”系列专著

民事诉讼程序 类型化研究

张旭东 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼程序类型化研究/张旭东著. —厦门:厦门大学出版社, 2012. 12
ISBN 978-7-5615-4437-2

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼-诉讼程序-研究-中国
IV. ①D925.118

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 243693 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:16.75 插页:2

字数:309 千字 印数:1~1 200 册

定价:39.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

法律植根于文化之中,它在一定的文化范围内对特定社会在特定的时间和地点所出现的特定需求作出回应。^① 程序的设置应当与纠纷的类型相适应。

治学者谓:“学术始于方法,终于方法。”学术者,非只是简单罗列,乃知识体系化是也。又,学术体系化取决于学术方法,是故,学术方法左右学术价值。^② 本研究以类型化的方法构建民事诉讼程序及其体系。

^① [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》(第二版),顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第155页。

^② [日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第1页。



前言

我国现行民事诉讼立法和实践基本上都是围绕一般诉讼程序展开的,民事诉讼法规定的诉讼程序几乎可以等同为一般诉讼程序,而民事诉讼同时也沦为一元化的“程序规则”。这种一元化的程序规则与社会的多元化和纠纷的多元化之间的矛盾日益突出,在法制健全的社会中,一般诉讼程序吞噬各种特别诉讼程序的状况必须加以改变。为了保证民事诉讼程序设置更专业化、精细化,更具科学性,民事诉讼程序研究应结合实体法理论的发展以及司法实践的需求进行调整、改革和完善,因地制宜地加强其他诉讼制度的建构,实现民事诉讼程序精细化、多元化。程序的设置应当与纠纷的类型相适应。恺撒的归恺撒,上帝的归上帝,大家各司其位。这样整个诉讼机能才能真正活起来,诉讼活动才能更具有有效性和目的性。

民事诉讼程序的设置应当与纠纷的类型相适应,这是诉讼制度的一个基本原理,也是程序制度改革的一个方向。本书立足于以类型化方法构建我国民事诉讼程序及其体系。本书的主要内容:(1)梳理了民事诉讼程序类型化发展的进程;(2)廓清了民事诉讼程序类型与民事诉讼程序类型化的关系;(3)探讨了民事诉讼程序类型化的动因及标准;(4)以类型化方法建构民事诉讼程序及其体系,将各民事诉讼程序之间的脉络关联表现出来;(5)分析了类型化的各民事诉讼程序。本书的主要特色和创新:(1)指出民事诉讼程序类型化研究的目的,在于按照一定的标准对社会纠纷进行归类总结,从而为相应诉讼救济途径的设计或诉讼体系漏洞的弥补奠定社会实证基础;(2)注重在诉讼程序的设计中,根据各类案件的不同特征,在程序的提起以及运作的各个环节上进行繁简有别的设置,保障不同途径各自的个性差异和相应优势,以体现类型化解决的制度优势;(3)通过对各种民事诉讼程序样态的类型化处理,民事诉讼程序亦变得分门别类、井井有条,能够很好地洞察、显现此诉讼程序类型与彼诉讼程序类型的相通或是相异,有效地加强了民事诉讼程序科学化特质;(4)注重实体法与程序法相结合,发掘实体法中的程序规范,探求实体权利的保护对于诉讼程序的特殊要求,体现了法律的科学性、法律技术的精致化,突出了纠



纷解决功能；(5)民事诉讼程序研究并不局限于目前立法所限定的范围，而是以发展的眼光，结合多元化社会的需求，结合实体法的立法和学理的不断发展，构建具有开放性的民事诉讼程序类型；(6)结合2012年《中华人民共和国民事诉讼法(修正案)》最新的立法动态及司法实践，分析修正案中的若干条文，提出自己独立的见解。

通过对民事诉讼程序类型的科学合理设计，为民事诉权的实现奠定实证基础，以增强权益保护的实效性。这种实体和程序的结合交融就构成了纠纷的处理解决本身。民事诉讼程序类型研究既不能局限于目前立法所限定的范围，也不能局限于程序法的范围，而应当用发展的眼光，结合多元化社会的需求，结合实体法的立法和学理的不断发展，构建具有一定层次性、整体性、系统化、开放性的民事诉讼程序体系。这样一个类型化研究思路一方面有助于对类型化民事诉讼程序在民事诉讼体系中的地位和其独特的功能有充分的认识，同时还有助于造就一个开放的民事诉讼程序体系来实现民事诉讼法对社会发展的回应。



目 录

第一章 民事纠纷与纠纷解决	1
一、纠纷与纠纷观	1
二、民事纠纷及其解决机制	10
三、民事诉讼机能：一种扩张态势	17
第二章 类型化研究：民事诉讼程序研究方法的新尝试	29
一、类型思维及其法学方法论意义	29
二、民事诉讼程序之类型化思维——一种基于 “方法论”的扩展性思考	43
三、民事诉讼程序类型化研究优势功能	50
第三章 民事诉讼程序类型化理论基础	55
一、现代民事诉讼程序价值导向：类型化的内在机理	55
二、民事诉讼程序类型化的法理基础	67
三、民事诉讼程序类型化机能	77
第四章 民事诉讼程序类型化构造	83
一、民事诉讼程序类型化追溯	83
二、当代国外民事诉讼程序类型化及述评	88
三、民事诉讼程序类型化的动因	96
四、民事诉讼程序类型与民事诉讼类型比较	100
五、民事诉讼程序类型化影响因素与立法模式	103
第五章 类型化视野下的我国民事诉讼程序	112
一、我国民事诉讼程序检视	112
二、民事诉讼程序类型化标准	123
三、类型化视野下的民事诉讼程序体系	133



第六章 一般诉讼程序类型化

——以民事简易程序为视角 139

一、现行民事简易程序的反思与重构 139

二、小额诉讼程序研究 146

三、速裁程序研究 156

第七章 特别诉讼程序类型化 167

一、我国特别诉讼程序检视 167

二、家事诉讼程序研究——以未成年人利益保护为研究对象 170

三、劳动争议诉讼程序研究 184

第八章 群体诉讼程序类型化

——以环境诉讼为视角 194

一、群体诉讼的法经济学分析 194

二、环境侵权示范性诉讼制度研究 204

三、环境民事公益诉讼法律制度研究 218

四、公益诉讼独立性研究——以环境公益诉讼为切入点 230

参考文献 251



第一章 民事纠纷与纠纷解决

一、纠纷与纠纷观

(一)一般意义上的纠纷及纠纷观

自有人类社会以来,纠纷总是与人们相伴相随。纠纷作为一种社会现象,其表现形态是多样的,不仅表现为公开的暴力冲突,还包括紧张、敌意、竞争及在目标和价值上的分歧。^①但归根结底最终可归结到利益上的冲突。“现代的社会冲突是一种应得权利和供给、政治和经济、公民权利和经济增长的对抗。”^②因此,纠纷是指社会主体之间在追求或实现某种利益的过程中,其行为与社会既定秩序、制度规定以及主流价值观念相冲突,产生矛盾,进而引起社会失序的现象。

纠纷作为社会生活中普遍存在的冲突现象,曾受到 19 世纪末 20 世纪初许多社会理论家的广泛关注。20 世纪 40 年代中期以后,以帕森斯为代表的结构功能主义者,强调社会成员共同持有的价值取向对维系社会整合、稳定社会秩序的作用,将冲突视作健康社会的“病态”,努力寻求消除冲突的机制。50 年代中后期,随着第二次世界大战后短暂稳定的消退和冲突现象的普遍增长,一些社会学家开始对帕森斯理论的精确性产生怀疑。他们发现许多社会问题并不是均衡模式所能解释的。他们看到了社会不协调的一面,认为社会是动态的,无时不在变化的,整个社会体系处于绝对不均衡中,社会体系的每一个

① [美]伊恩·罗伯逊:《社会学》(上册),黄育馥译,商务印书馆 1994 年版,第 25 页。

② [英]拉尔夫·达仁道夫:《现代社会冲突》,林荣远译,中国社会科学出版社 2000 年版,第 3 页。



部分中都包含着冲突与不和的因素,这是社会变迁的来源。他们吸取古典社会学家,特别是马克思、韦伯、齐美尔等人有关冲突的思想,批评和修正结构功能主义的片面性,逐渐形成继结构功能主义学派之后有重大影响的社会学流派之一。科塞在《社会冲突的功能》(1956)中最早使用了“冲突理论”这一术语。他反对帕森斯认为冲突只具有破坏作用的片面观点,力图把结构功能分析方法和冲突分析模式结合起来,修正和补充帕森斯理论。科瑟尔从齐美尔“冲突是一种社会结合形式”的命题出发,广泛探讨社会冲突的功能。他认为,冲突具有正功能和负功能。在一定条件下,冲突具有保证社会连续性、减少产生两极对立的可能性、防止社会系统的僵化、增强社会组织的适应性和促进社会的整合等正功能。达伦多夫认为,社会现实有两张面孔,一张是稳定、和谐与共识;另一张是变迁、冲突和强制。社会学不仅需要一种和谐的社会模型,同样需要一种冲突的社会模型。为此,社会学必须走出帕森斯所建构的均衡与和谐的“乌托邦”,建立起一般性冲突理论。在《工业社会中的阶级和阶级冲突》(1957)中,达伦多夫主要吸取了韦伯关于权威和权力的理论,以此为基础建立其阶级和冲突理论。他认为,社会组织不是寻求均衡的社会系统,而是强制性协调联合体。社会组织内部的各种不同位置具有不同量的权威和权力。社会结构中固有的这种不平等权威的分布,使社会分化为统治和被统治两大彼此对立的准群体。在一定条件下,准群体组织表现为明显的利益群体,并作为集体行动者投入公开的群体冲突,从而导致社会组织内部权威和权力的再分配,社会暂时趋于稳定与和谐。但权威的再分配同时也是新的统治和被统治角色的制度化过程。和谐中潜伏着冲突的危机,一旦时机成熟,社会成员就会重新组织起来,进入新一轮争夺权力(利)的冲突。社会现实是冲突与和谐的循环过程,而“权力和抵制的辩证法乃是历史的推动力”。赖克斯从马克思主义的基本立场出发,反对帕森斯以价值规范为重心的秩序理论,强调物质生活手段的分配应该在建构社会模型时占据优先地位。赖克斯在《社会学理论中的关键问题》(1961)中描述了“统治阶段的情境”:统治集团支配社会生活的各个领域,并运用强制性权力迫使社会整合。在这种情形中,经济分配体系向不同群体分发一定量的物质生活资源;政治权力体系以“防范任何破坏经济分配体系的行为发生”分配权力;终极价值体系确认“这种政治权力体系的合法性”;宗教仪式则具有“促使人们遵从终极价值体系的功效”。他认为,这种货币→权力→价值→仪式的一体化社会结构,是为统治阶级的利益服务的。生活手段分配上的极端不平等,必然造成被统治阶级不满情绪的日益增长,促使其成员将个人利益置于群体利益之下而结成集体行动者。一旦统治



和被统治阶级之间的权力对比发生变化,社会就会由“统治阶段的情境”向“革命情境”运动,最终导致统治阶级的倒台。冲突的双方即使认识到激烈的冲突比适度的让步将会付出更高的代价,从而彼此作出妥协,但这种“休战情境”也是极不稳定的。冲突双方继续寻找能够满足自己单方面利益的手段,一旦找到了这种手段,权力的平衡立即被打破,冲突随即重新取代暂时的和平。柯林斯认为,秩序理论和冲突理论同是有用的理论工具,社会冲突是社会生活的中心过程。与早期冲突论者注重理论和意识形态问题不同,柯林斯强调必须建立假说——演绎的命题系统,并从经验上加以验证。

纠纷(或冲突)既然是社会进程中的一种不可避免的现象,那么,我们又应如何正确对待纠纷(或社会冲突)?对纠纷的基本认识影响着对纠纷的态度,社会学与法学对纠纷(或冲突)有着截然不同的认识和评价。

社会学者从历史发展的动态过程中观察纠纷(或冲突)对于社会发展的促进意义,从而充分肯定了纠纷(或社会冲突)的积极功能。也就是说,社会学者所关心的是社会冲突增强特定社会关系或群体的适应和调适能力的结果,而不是降低这种能力的结果。社会冲突绝不仅仅是“起分裂作用”的消极因素,社会冲突可以在群体和其他人际关系中承担起一些决定性的功能。由于这些公众群体对冲突给予很高的积极评价,他们不仅把注意力集中于冲突现象,而且对这种现象给予肯定性评价。冲突被认为是社会结构中固有的。^①伊曼努埃尔·康德在其《世界公民意图中一般历史的理念》的第四原理里写到,“在一种田园牧歌式的牧羊人的生活里,尽管十分和睦、知足和相亲相爱,一切天才将仍然永远蕴藏在它们的胚胎之中:人像吃草的绵羊一样温顺善良,他们几乎不会为自己的生存创造出比他们的家畜的生存具有更大的价值……因此,感谢大自然的桀骜不驯、嫉妒忌和争胜好强的虚荣心、无法满足的拥有欲和统治欲!没有它,人类的优秀的天然素质将永远不会发育,将会永远微睡不醒。人们想要和睦;但是,大自然更加了解,什么东西对人的种类更好:它想要不和。”一段康德的语录尚不能证明什么,但康德关于“天然素质”的概念确实值得人们深思。社会就是意味着统治,统治就是意味着不平等,而不平等带来冲突,冲突构成进步的源泉,这种思想是富有意义的。

在纠纷与社会秩序关系的相对把握中,人们已经习惯自然地将纠纷与秩序完全对立。尤其是法学家们,更不愿从纠纷的积极意义上来理解纠纷与秩序的关系,而是偏向对纠纷做完全的否定性评价。法学从现存社会制度和社

^① [美]科塞:《社会冲突的功能》,孙立平等译,华夏出版社1988年版,第5页。



会秩序出发认识纠纷(或冲突)的反社会性,认为冲突危及统治秩序和法律秩序,从而把冲突视作一种消极存在。正如有学者所言,“在法学意义上认识社会冲突,我们所力图揭示的是这样的机理:社会冲突——无论是统治阶层内部的冲突还是统治阶层外部的冲突都是与现实统治秩序(从而也是与法律秩序)不相协调的,严重的社会冲突都危及着统治秩序或法律秩序的稳定。”^①从法学实践层面来看,人们认识纠纷(或冲突),其主要目的在于抑制冲突的负面效应,防止、减少、解决冲突,冲突具有作为社会控制实践对象的可能和价值。故社会总是意味着行为的规范化。对于这一点,一切分析的结论都是一致的。但是,规范化不可能是虚无缥缈的空中楼阁,因而极力需要通过包括诉讼在内的多种手段解决纠纷(或冲突)。

法人类学家 Laura Nader 和 Harry F. Todd 的“纠纷三阶段”理论为我们完整地理解纠纷的处理机制以及纠纷与秩序的关系提供了一个较为精致的框架。^② 这一理论把纠纷过程分为三个阶段:

第一,“不满”(grievance)阶段。这是一种单向的、一个人把某种情况视为不正义的过程,是冲突发生的前奏,当事者认为自己的利益受到了侵害产生不满情绪,并可能采取某些单方面的行动。在这一阶段,感觉不满的当事人可能选择的反应包括:“忍受”、“回避”和“提出谴责或问题”。“忍受”意味着在维持与侵害者原有关系和被认知的侵害依然存在的前提下,放弃与对方进行争议乃至向对方提出问题的机会,从而在自己内心或己方内部“处理”了纠纷。“忍受”往往是当事者在对争议可能获得的收益和付出的成本以及力量对比关系做了计算之后的选择,因而经常是“理性的”,也是一种普遍存在的纠纷处理方式。“回避”也可称为“退出”,尽管也包括了“忍受”的因素,但当事人采取了与对方切断关系的选择。“忍受”和“回避”使纠纷暂时或长期处于潜在状态,甚至就此消灭,因此,它们都可能是纠纷处理的方式。“提出谴责或问题”是指向对方提出问题、进行指责以表达自己的不满,这是一种更为常见的选择。如果对方就此同时作出了立即改变自身行为、“忍受”或“回避”的反应,纠纷就此停留或消灭;但对方采取争执或对抗的态度或行为,纠纷过程就进入了下一个“冲突”阶段。总之,“不满”是民事纠纷发生的前奏阶段,也是一个动态的过程,随着当事人作出的不同反应,或者导致纠纷的停止或消灭,或者致使纠纷

^① 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,法律出版社 2004 年版,第 17 页。

^② 转引自王亚新:《纠纷,秩序,法治——探寻研究纠纷处理与规范形成的理论框架》,载王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社 2001 年版,第 209~226 页。



升级。

第二,“冲突”阶段(the conflict stage)。冲突是一个双向的过程,是一个纠纷双方相互作用的过程,往往由双方一系列的对抗或争斗行为组成。在这一阶段,当事人自行处理并可能使纠纷终结的情形主要包括“交涉”与“压服”。“交涉”是现代文明社会最为普遍使用的纠纷解决方式,在“交涉”过程中,纠纷当事人往往会使用说服、讨价还价等方式以达到合意、相互妥协,从而解决纠纷。以“交涉”方式解决纠纷的正当性基础在于当事人的意思自治和合意。“压服”是纠纷一方当事人凭借实力强制对方完全服从自己意志的纠纷处理方式。在一般情况下,“压服”被认为是现代社会中难以容忍的、缺乏正当性的纠纷处理方式,它只能使纠纷潜在化或暂时消灭。尽管“压服”一般被认为是现代社会中不具有正当性、缺乏稳定性的纠纷处理方式,但由于民事纠纷的特殊性,这种纠纷处理方式在民事领域的一定范围内仍然是合理的和必需的。

第三,第三者介入的“纠纷”阶段(the dispute stage)。如果纠纷当事人不能自行处理并终结纠纷的话,纠纷之外的主体就会进入纠纷过程并充当纠纷处理的第三者,纠纷就从冲突阶段进入了“纠纷”阶段。第三者的介入可能是应当事人的要求,也可能出于第三者的主动。第三者介入使纠纷具有了三方作用的性质,这意味着纠纷对周围或社会的影响达到了相当程度,也意味着纠纷的进行和处理过程被置于更为广阔的公共空间之中。一般而言,第三者是指区别于纠纷当事人却又介入了该纠纷过程,并能够从中立的立场给纠纷带来解决或终结的主体。理想情境中的第三者应该绝对的中立于纠纷及纠纷当事者,作为现代社会各种正式制度中的法官、仲裁员和调解人员相对地接近于这种意义上的第三者,但在个别正式制度化和许多非制度化的第三者介入和参与处理纠纷的情形中,也存在着与纠纷本身或者纠纷当事者有着种种关系的主体介入纠纷,并发挥了从中立位置上解决纠纷的功能。

根据纠纷是通过合意解决还是裁决解决这一标准,第三者对纠纷的处理又可分为“调解”(mediation)和“审判”(adjudication)两大类型。作为“调解者”(mediator)的第三者在介入纠纷或使纠纷终结时都必须得到双方当事人的同意,因而,这种方式又被称为“根据合意的纠纷解决”。在审判型的第三者纠纷处理机制中,作为判定者(adjudicator)的第三者经一方当事人的请求就可以强制性地介入和能够以裁决强行地终结纠纷,其在纠纷处理过程中具有特殊的位置和功能。日本学者棚濑孝雄根据判定者作出决定规范性程度的高低将这种纠纷解决机制分为四种类型:(1)“非合理的决定过程”,即把决定委诸于偶然的情况或者非人力所能控制的自然现象的场面;(2)“实质的决定过



程”,即第三者根据纠纷中各方实质上的是非曲直来作出决定,其决定基准包括当事者在内的社会成员一般接受的实质性道德准则及正义感;(3)“先例的决定过程”,即把对过去事例的决定适用于与过去事例类似的眼前纠纷;(4)“法的决定过程”,即将纠纷前存在的一般性规则适用于眼前纠纷。其中,第一种类型是存在于远古社会的“非理性决定过程”的神判,第四种类型是与第一种类型截然相反的“法的决定过程”,这个类型就是西方法律传统中关于判定者最为纯粹的形态,即在高度的专门化、制度化的审判程序中,判定者处于一个非常消极的位置。判定者倾听双方当事者的辩论,却很少积极地发挥中介或促进沟通的作用,因为这些作用被理解为已经预先设计进了程序本身。判定者一般也不形成自己的解决方案,而只是在双方提出的方案中做最后的选择。在现实中很难看到这样的纯粹形态,西方社会的司法审判制度就是按照这种判定者作用的观念设计的,它的正当化机制集中体现在当事人主义的程序结构之中。第三者介入的纠纷解决方式早已成为西方学者关注的热点问题。20世纪后半期以来,以美国为代表的西方国家出现了“诉讼爆炸”的社会现象,由于司法诉讼程序被认为具有高成本、低效率、过于专业化形式化、容易与当事人的日常生活逻辑产生隔阂以及容易被律师所操纵等缺陷,以调解型第三者纠纷解决模式为理论原型的“替代性纠纷解决机制”(Alternative Dispute Resolution,简称 ADR)应运而生,人们试图以正式司法制度外的纠纷处理来代替法院的处理。ADR 在西方各国的民事争议、劳动争议、消费者争议、医疗争议和交通事故争议等领域广泛使用。调解型第三者纠纷解决模式逐渐成为西方社会解决民事纠纷的有效方式。^①

(二)和谐社会语境下的纠纷及纠纷观

现代纠纷(或冲突)论在坚持不和谐是社会的固有特征的理论基础上,认为可以通过社会秩序的调整来缓解冲突,并在冲突与缓解的互动中寻求发展,保持一种动态的平衡与和谐。现代冲突理论强调社会冲突的“正”功能,比功能主义更具有建设性。它认为冲突不仅导致了社会不和谐,它还具有社会整合的作用,其兴趣在于冲突通过怎样的机制推动变革,阻止社会系统的僵化。现代纠纷(或冲突)论在承认社会冲突的普遍性的同时,将社会和谐作为了研究落脚点,并建设性地认为社会冲突具有社会整合的功能,是社会变迁的动力。稳定本身是个中性词,可能意味着良性的秩序,也可能意味着保守、滞后、

^① 蔡仕朋:《法社会学视野下的行政纠纷解决机制》,载《中国法学》2006年第3期。



不公平、酝酿着危机的秩序。表面的稳定可能在为激烈的社会动荡酝酿爆发力,良性、持续的政治发展才能为社会与政治稳定提供长治久安的活力。

“安全阀”理论是现代纠纷(或冲突)论的重要成果。它认为社会应该保持开放、灵活、包容的状态,通过可控制的、合法的、制度化的机制,使各种社会紧张得以释放,社会诉求得以回应,社会冲突得以消解。因此,冲突自身是一种释放敌意并维持群体关系的机制,可以使用“安全阀”这个概念来描述为社会不满提供释放途径的合法冲突机制。释放不满是“清洁空气”,通过允许自由表达而防止敌意倾向的堵塞和积累。另外,“安全阀”机制一定程度上还可以转移矛盾的焦点,避免矛盾的积累。^①也就是说,社会紧张不仅可以向不满的原始对象发泄,也可以向替代目标发泄,避免对体制的冲击和整体不和谐。

2006年10月党的十六届六次全体会议审议通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》(以下简称《构建和谐社会决议》),鲜明地提出了实现社会和谐,建设美好社会,始终是人类孜孜以求的一个社会理想,也是包括中国共产党在内的马克思主义政党不懈追求的一个社会理想。当人们审视和谐社会建构的理论问题的时候,习惯上总是把化解矛盾达到和谐作为一个预设前提来对待的。因此,在讨论和谐社会建构所涉及的诸理论问题的学术文献中,人们大致就将冲突问题排除在外了。其实,从现代冲突理论的视角看和谐社会的建构问题,是可以获得一个独特的观察视角的。一方面,和谐的意义之所以得以成立,就是因为它是相对于冲突而言的。在特定的意义结构中,如果没有冲突,和谐的价值前提就丧失掉了。和谐与冲突的对应关系结构,决定了离开冲突就无所谓和谐。另一方面,和谐是对冲突得到解决的结果的称谓。如果我们把和谐当作一个过程来看,从和谐的起点、进展到结果三个阶段,冲突都与之如影随形。和谐的提出是因为要将冲突化解,和谐的进展是要将冲突的程度降低,和谐的结果就是一定冲突的终结。再一方面,达成和谐的动力机制与冲突总是相互伴随的。没有冲突,就没有需要和谐的双方或多方将各自的不一致摆上台面的空间,这个时候,冲突的潜在性就不为人们所留意地威胁着和谐。这个时候,也存在着和谐,但是和谐的达成可能只是一种幻象。只有存在冲突的各方将冲突或不一致摆上台面,并寻求一个大家都基本接受的妥协方案,和谐才可能由虚幻走向真实。可见,离开冲突是无法谈论和谐的。

作为一个从传统向现代转变的当今中国社会,阶级、阶层的重新建构及它

^① [美]科塞:《社会冲突的功能》,孙立平等译,华夏出版社1988年版,24~26页。



们之间存在的必然矛盾和冲突,是我们所必然面对的事情,绝对不能以回避的态度将社会冲突掩盖起来。权利与利益的分配,在今天是一个难题。因此,由权利和利益分配的不平等导致的社会冲突,将会必然地存在于社会的各个领域之中。这是我们理解转型中中国社会的一个历史处境。根据马克思主义基本原理和我国社会主义建设的实践经验,根据新世纪新阶段我国经济社会发展的新要求和我国社会出现的新趋势新特点,我们所要建设的社会主义和谐社会,应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。民主法治,就是社会主义民主得到充分发扬,依法治国基本方略得到切实落实,各方面积极因素得到广泛调动;公平正义,就是社会各方面的利益关系得到妥善协调,人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理,社会公平和正义得到切实维护和实现;诚信友爱,就是全社会互帮互助、诚实守信,全体人民平等友爱、融洽相处;充满活力,就是能够使一切有利于社会进步的创造愿望得到尊重,创造活动得到支持,创造才能得到发挥,创造成果得到肯定;安定有序,就是社会组织机制健全,社会管理完善,社会秩序良好,人民群众安居乐业,社会保持安定团结;人与自然和谐相处,就是生产发展,生活富裕,生态良好。这些基本特征是相互联系、相互作用的。^① 今天我们讨论和谐社会的建构,就应当在和谐社会建构的冲突认知、化解冲突的平台建设以及将冲突约束在引导社会发展的范围内达成共识。

基于上述分析说明,和谐社会主要是指社会结构稳定合理、社会利益协调平衡、社会生活规范有序的有机共同体。社会结构的稳定合理是和谐社会的基础;社会利益的协调平衡是和谐社会的核心;社会生活的规范有序是和谐社会的基本保障。和谐社会不光是一种理想模式,也是一种治国方略,还是一种社会运行机制。和谐社会的法律意蕴在于和谐社会必然是一个法治的社会,和谐社会的法律意蕴包括法治、公正、秩序和权威等方面。法治是和谐社会的治理方式,公正是和谐社会的价值依归,秩序是和谐社会的客观基础,权威是和谐社会的根本保障。要想使当代中国社会运行有序化、合理化和稳定化,法治应是社会治理的主线,应以法律作为管理社会的主要工具。同时我们还应该认识到,长期以来,我们浸润在全输全赢的革命思维中,对于双赢的现代社会政治经济游戏既不了解、也不关注。因此,一旦我们处理起社会政治经济文化事务,就习惯于将强势一方的理念强加给弱势的一方,并且以为这样就达到

^① 新华社评论员:《深刻理解构建社会主义和谐社会的重大意义》,新华网, http://news.xinhuanet.com/news_center/2005-02/20/content_2596745.htm, 访问日期:2011-3-7。



了高度的统一,而这种统一就是一种和谐。这是一种错觉。事实上,在现代社会中,社会分工的精细与复杂,社会阶级阶层集团各自在分工与合作的社会建制中获得准确的定位与功用,都是必须在精巧的配合中才能相互连接贯通的。因此,解决社会政治经济文化事务,尤其是在绝对的不一致中化解冲突达到一致,是需要纳入社会关联的双方或多方精致的思量、细密的安排与恰当的方式、高超的技艺来寻找共同认可的手段的。^①

一旦社会秩序被定位为法律秩序,法律就被赋予实现社会有序化的重任。那么,“通过法律建构社会秩序”观是怎样论证法律在控制冲突、建构秩序方面的优势的?这是“通过法律建构社会秩序”观要面对的问题。在法律秩序下,诉讼是最主要的冲突控制形式,法院承担并垄断法律适用的职能。因为:第一,司法权被预设为中立的、非服从的、独立的。如马克思指出的:“法官除了法律便没有别的主上。”司法权只依照法律的逻辑独立运行,不屈从任何法律以外力量的指挥。相应地,司法权的行使者法官被塑造成“良心守护人”的形象,是由充满职业精神和高尚职业伦理的法律人来充当。并且有确保法官中立、独立、公正裁判的健全制度辅助。这样,由现代司法机关垄断司法权,居中裁判、调整冲突,裁判结果能够被冲突双方全部或者部分认可就具有了可能性。对司法权属性的预设及法官行动的制度保障和文化支持,构成由法官作为第三方居中裁判冲突的正当性基础。正是在此意义上,诉讼方式被提升为社会冲突控制的主要方式;第二,作为冲突控制依据的法律只能是预先存在的、公开的、理性的。由于法院的居中裁断只能依据法律,必然对法律提出更为苛刻的要求。“通过法律建构社会秩序”观中的法律被赋予明确性、稳定性、公开性、不溯及既往、强制性等形式优势以及内容上的理性、公正、自由、平等价值取向优势。正是凭借这些预设的优势,法律控制才在多种冲突控制竞争机制中逐步获得主导地位。同时“唯法律是从”的原则要求法官要超然于包括当事人在内的任何法外的根据之上裁断冲突;第三,冲突控制是以直接或间接的国家暴力及威胁作为后盾保障实施的。既然是由第三方进行冲突控制,就必须借助对冲突双方都有效用的力量。近代西方社会法律实现依赖的国家强制力,从性质和职能方面来说,是理性和强制性的双重性统一。法律的强制性意味着暴力、压制、服从。理性意味着法律本身蕴涵了协商、妥协、说服、沟通的意思。柯林斯曾指出,一切谈话都是协商。社会中的各个行动者,为了达到其利益目标,除了动用其握有的权力资源以外,还要尽可能发挥其语言能

^① 任剑涛:《从冲突理论视角看和谐社会建构》,载《江苏社会科学》2006年第1期。