



顾培东 ■ 著

社会冲突 与诉讼机制

(修订版)



法律出版社
LAW PRESS CHINA



社会冲突与诉讼机制

顾培东 ■ 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会冲突与诉讼机制/顾培东著. —修订本. —北京:
法律出版社, 2004. 7
(师林文丛)
ISBN 7-5036-4988-7

I. 社… III. 顾… IV. 诉讼—制度—研究
V. D915.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 060815 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑/法学教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2004年6月第1版

印张/7 字数/185千
印次/2004年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/edu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939660 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777 中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792 中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.Chinalaw-book.com 中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4988-7/D·4706 定价: 16.00 元



顾培东，1956年11月生，江苏省建湖县人。博士生导师。1978年考入西南政法大学。1984年西南政法大学研究生毕业。1987年调入四川省经济体制改革委员会，任研究员、秘书长等职。1995年辞职从事执业律师工作。现任四川康维律师事务所律师。兼任中国社科院法学研究所客座研究员、西南政法大学客座教授、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员等职。二十多年来，主要从事法学及经济学研究，主要著(译)作有：《法学与经济学的探索》、《从经济改革到司法改革》、《大陆法系》(合译)等。在国内外发表学术论文100余篇。自1992年起享受国务院特殊津贴。1995年被评为首届杰出青年法学家。

修订说明

十四年前的冬天,我背上一袋资料,蛰伏于都市一角,隔绝室外的喧嚣,一任思绪在“诉讼”这一关键词的引领下,狂奔四突,于是有了这本书。

在写作本书之前,无论是理论研究,还是实际工作,我与“诉讼”已绝缘多年。萌生写作之意,一方面是因为其时中国市场为取向的改革出现了“倒春寒”,我曾倾注心力的经济改革理论研究已难以为继;寄寓着我社会理想的现实研究遭受冷遇后,我不得不改弦易辙,转而进入到纯理论的“虚拟世界”,以求在这“虚拟世界”中宣泄自己的理想情怀。另一方面,我对当时诉讼法学研究以及法理学研究的状态一直心怀不满,始终认为,诉讼法研究中缺少理论素养,经验性判断和教条化注释使诉讼法学显得干瘪苍白,缺少生气;而法理学则多少有些虚玄空泛,不着边际,与部门法学之间缺少应有的对应,从法理学的论述中难以形成对实际运作的合理想象。基于这些背景性因素,写作前,我为本书预设了两个基点:其一,在内容上,以诉讼制度的一般性内容为研究和叙说对象,揭示和描述诉讼制度的共同性机理及应然状态,而不具体涉及某一国家的司法实践,尤其不评价中国的诉讼制度及其运作状态。这样既可避免在现实评价中出现偏误,又能延展本书的学术生命力。其二,在方法上,运用法理学(法哲学)、法社会学、法经济学的基本原理,解析和诠释诉讼制度的基本要素,在诉讼制度与法理学(法哲学)、法社会学、法经济学之间建立起

合理的、内在的联系,借此提升诉讼法学的理论素养,同时也为法理学(法哲学)等理论学科增添某些现实性。前一点,取决于在写作过程中对材料范围的守持,因而不难达到;而后一点,则受制于本人的理论功力,实现的程度只能说是差强人意。不过,从法学界此后出现的对部门法研究的一些成果看,这种研究进路还是得到了一定程度认同。

我在本书中对诉讼制度应然性的研究,实际上是我对诉讼这一现象及诉讼制度主要元素的本原状态的最朴素思索与追问;而论述的过程,则同时是消释我累积多年的思维块垒的过程。我从社会冲突的消极性、负面性引申出诉讼的社会意义;从解决和消除社会冲突的若干方式比较中映证出诉讼的特殊价值及诉讼的某些内在规定性。论证了诉讼的社会意义后,又转而对诉讼价值目标进行讨论。需要说明的是,诉讼公正的价值目标,犹若哥德巴赫猜想,任何对它的论证都可能接近真理,但任何论证如果不重复他人的结论,也必定只是一家之言,因为“公正”本身就是“普洛修斯的脸”,变幻莫测。我对这一价值目标的论述自然也没有太多的原创性,但我力图使这一论证过程的每个环节都源出于自己的心智和思索,即便是对前人的至理名言,也一定用自己的思维加以过滤,最终能够使我在本书中所表达的“诉讼公正”是我理想中所希图实现的那一种“诉讼公正”。至于诉讼的效益价值,此前在国内法学界鲜见有详细的论述。说本书在国内法学界最早系统论及这一主题,大概不算为过。对这一主题的敏感,一方面导源于我对经济学理论有粗浅的了解和浓厚的兴趣,另一方面或许与我当时不曾感觉、后来有所显现的商业潜质有一定关系。在我看来,“投入产出”、“成本与收益”所体现的商业规律既然适用于理性化的经济活动,当然也可能成为支配诉讼活动走向的内在力量,并进而成为评价诉讼活动的一个客观标尺。不仅如此,依我的偏执之见,既然公正目标在许多个案诉讼活动中难以得到具体评价,那么,可量化的效益目标则具有更大的实用意义。以效益作为衡量公正的依据,或在两个价值目标之间奉行“以公正为本、以效益

为用”的原则,也许与实践逻辑更有契合之处。延续对诉讼价值的探讨,我又对诉讼中两大主体在诉讼活动中的行为取向及行为方式进行了探讨。从社会学和心理学角度分析诉讼主体的一般性、惯常性的活动模式与状态,藉此观察诉讼制度与主体行为之间的对应关系。对诉讼强制及诉讼监督的讨论,虽然没有具体涉及到中国司法现状,但很大程度上反映出我对中国司法现状的某种焦虑。在写作时,我思维中始终保持着对司法现状的某种想像。因此,本书中对这两个主题的论述,实际上所表达的是我内心中匡正现实偏误的社会企求。

总之,本书的写作,毋宁说是我带着在读书期间、尤其是在就读研究生期间所形成的对诉讼这一现象的若干思考,所进行的一次在理性王国中的负重旅行。稿成后,我有一种难以言状的畅达舒展之感。

本书初版十余年来,不断有人提及或引述。这多少实现了我当年对本书所寄予的期望。在法学界“群众性著书运动”二十年长盛不衰的境况下,能有此效果,我颇感自慰。十多年来,与本书内容相关的各种著作,尤其是西方“舶来品”大量问世。应当说,可以充实本书、佐证书中一些观点的知识资源极为丰富。但此次修订中,我并未利用这种条件,引据六经以证我,而仅对原书中一些今天看来不尽恰当的表述进行了局部性修改。这样做的原因并不完全是出于我的疏懒,更在于,我对那种被圈内人士认定为“学术规范”的写作方式已有厌倦之感。

十多年后的今天,我已从一个诉讼制度的研究者变成诉讼活动的直接实践者。大量的诉讼实践,使我对本书中所涉及的一些内容有了更为深刻的感受。在此过程中所形成的思考也分别以专题论文形式予以表达。所不同的是,这些论文完全舍弃了蕴含于本书中的“曲径通幽”的言说方式,而毫无避讳地直陈我对中国司法制度的具体诉求。虽人微言轻,反响甚弱,但处在学术与政治双重边缘之外尚能发出这样的声音,那份古道热肠,总还是有几分可爱。

又是一个寒流涌动的冬日。窗外的喧嚣如涛声依旧。本书的再

版,权且充作我残旧的昨日船票。抖落尘封,略加粉饰,未知能否凭此而登上今天法学界宿旧与新锐们相拥相惜的客船?

顾培东

2003年11月于成都

目 录

修订说明

第一章 社会冲突的法学考察 (1)

一、社会冲突的界定 (1)

(一)冲突的社会学定义 (2)

(二)冲突的法学本质 (3)

二、社会冲突的根源 (6)

(一)冲突的个性根源 (6)

(二)冲突的社会根源 (9)

(三)社会冲突的综合根源 (11)

三、社会冲突的价值评断 (13)

(一)社会学理论对冲突功能的评价 (13)

(二)社会冲突功能的法学评价 (15)

四、结论 (16)

第二章 社会冲突的诉讼机制 (18)

一、自然状态的社会冲突与作为法律事实的社会冲突 (18)

(一)社会冲突成为法律事实的根据和条件 (18)

(二)作为法律事实的社会冲突 (22)

二、解决社会冲突的诸手段 (25)

(一)何谓社会冲突的“解决”	(26)
(二)社会冲突的自决与和解	(30)
(三)仲裁与调解	(35)
(四)诉讼	(39)
三、诉讼机制	(42)
(一)诉讼类型与社会冲突	(42)
(二)诉讼程序与社会冲突	(46)
(三)诉讼的适用与社会冲突	(49)
第三章 程序公正:价值、模式及实现	(52)
一、程序公正的价值	(52)
(一)程序公正与法律的正义	(54)
(二)程序公正的社会导向意义	(56)
(三)程序公正与冲突的解决	(60)
二、程序公正的模式	(62)
(一)理想化的公正	(62)
(二)形式的公正	(66)
(三)实质公正	(66)
(四)主观的公正	(69)
(五)过程的公正	(71)
三、程序公正的实现	(74)
(一)冲突事实的真实回复	(75)
(二)执法者的中立	(78)
(三)对冲突主体合法意志的尊重	(79)
第四章 诉讼成本与诉讼效益	(81)
一、投入产出:诉讼所无法回避的规则	(82)
(一)冲突主体的诉讼成本与效益	(83)
(二)国家(社会)的诉讼成本与效益	(86)

(三)成本与效益关系对主体行为的影响·····	(87)
二、影响诉讼成本与效益的诸因素·····	(90)
(一)诉讼周期·····	(90)
(二)诉讼费用水平·····	(92)
(三)诉讼程序的繁简·····	(95)
(四)裁判结果的公正率·····	(97)
三、主体间诉讼成本与效益的边际影响及综合优化·····	(99)
(一)主体间诉讼成本与效益的边际影响·····	(99)
(二)边际影响中的取向·····	(102)
(三)诉讼成本与效益的综合优化·····	(103)
第五章 法官职业行为分析·····	(107)
一、走下圣坛的法官·····	(107)
(一)古典主义的偶像·····	(108)
(二)行为主义的尖刻·····	(110)
(三)现实主义的信心·····	(112)
(四)法官:双重人格的载体·····	(114)
二、法官行为的功能分析·····	(116)
(一)宣告、解释还是创造法律·····	(117)
(二)认可或发现事实·····	(123)
(三)法律职业的“巴尔干化”与法官的功能·····	(126)
三、法官行为的社会分析·····	(128)
(一)职业阶层与法官行为·····	(129)
(二)社会赞同与法官行为·····	(130)
(三)宗教和政治信仰与法官行为·····	(133)
(四)物质待遇与法官行为·····	(134)
四、法官行为的心理分析·····	(135)
(一)法官心理特征的影响因素·····	(135)
(二)情感冲动型·····	(137)

(三)经验偏见型	(137)
(四)利他求偿型	(137)
(五)温和精细型	(138)
(六)桀傲自尊型	(138)
第六章 诉讼机制中的冲突主体	(139)
一、冲突主体诉讼行为的法哲学根据	(139)
(一)实体权益根据说	(140)
(二)公法行为根据说	(144)
(三)诉讼行为的综合根据	(147)
二、冲突主体诉讼行为的实践制约与障碍	(149)
(一)主体的行为意志	(150)
(二)主体的行为能力	(152)
(三)诉讼行为的社会条件	(156)
三、冲突主体诉讼行为模式的理性趋势	(158)
(一)诉讼发动机制的变化	(159)
(二)主体诉讼境遇的改善	(161)
(三)诉讼行为效益的提高	(162)
第七章 诉讼强制及其效用	(163)
一、从法律强制到诉讼强制	(163)
(一)抽象的强制:作为法律属性的强制	(164)
(二)诉讼强制:抽象强制的现实化	(166)
(三)“无强制性”法律规范与诉讼强制	(168)
二、冲突的解决与诉讼强制	(170)
(一)裁决≠冲突解决	(171)
(二)“二次冲突”与诉讼强制	(173)
三、诉讼强制适用及其效用的影响和制约因素	(175)
(一)裁判的公正性与诉讼强制	(176)

(二)裁判的法律基础与诉讼强制	(177)
(三)裁判义务或责任的内容与诉讼强制	(179)
(四)冲突主体的责任能力与诉讼强制	(180)
(五)社会协助与诉讼强制	(182)
(六)强制中的制裁与诉讼强制	(183)
第八章 诉讼机制中的社会监督	(186)
一、司法独立的相对性	(187)
(一)从政治原则到技术原则:	
司法独立的现代根据	(187)
(二)审判权力的社会分享	(189)
(三)诉讼的封闭与开放	(191)
二、社会监督的社会和个性原因	(192)
(一)法律系统自监督功能的局限性	(192)
(二)政治责任和政治参与	(195)
(三)利益的实际关联	(197)
(四)伦理取向和情趣偏好	(197)
三、社会监督的类型	(199)
(一)政府监督	(200)
(二)政党监督	(201)
(三)法学家监督	(203)
(四)新闻舆论监督	(205)
(五)公众监督	(207)
结语:社会监督的价值与实践难题	(208)
索引	(210)

第一章 社会冲突的法学考察

本书的宗旨在于从法哲学意义上研究社会冲突与诉讼机制,更具体地说,是运用法哲学原理分析和研究解决社会冲突的诉讼机制以及诉讼机制形成和运作过程中的若干因素。

众所周知,在理论领域中,社会冲突并非是法学,而是社会学理论的直接研究对象。作为塔尔科特·帕森斯、罗伯特·K·默顿等人功能整合理论的对立,冲突理论独树一帜而成为社会学理论中的重要流派。尽管冲突理论在解释社会过程方面明显具有矫枉过正的偏激,但这种偏激如同功能整合理论对社会环境构想的虚幻化一样,得到了社会学理论的宽容。

然而,由于学科之间理论视角的差异,社会学理论对社会冲突本质特征、形成根据以及功能和意义的评价并不能为相应的法学研究提供理论基石。社会学冲突理论的倡导者们力图超越现实社会制度和社会结构,用冲突说明和解释一切社会现象和社会过程;而法学研究,特别是对诉讼制度的研究则要求具体到现实社会制度和社会结构,从既定的社会秩序要求出发,认识和评价作为特定社会现象的社会冲突。弥合由学科不同而形成的理论差异是没有必要且不可能的,但认识并揭示这种差异,并从社会学与法学比较的角度考察社会冲突,则应成为本书研究的逻辑始点。

一、社会冲突的界定

理论对象的界定根据不同,对象的内容也不一致。因此,对“冲突是什么”这一基本问题的回答,法学应有别异于社会学的结论。

(一)冲突的社会学定义

美国著名社会学家乔纳森·H·特纳在对冲突论进行研究的过程中发现,多数冲突论的宗师们,从格奥尔格·齐美尔(G. Simmel)到拉尔夫·达伦多夫(Ralf Dahrendorf)以及刘易斯·A·科塞(L. A. Coser),在殚精竭虑构造自己理论体系的过程中,却疏于对社会冲突这一现象作出必要的界定。^{〔1〕}因此,情感色彩很浓的词汇,如“仇恨”、“紧张”、“敌对”等往往被用于表述冲突者的心态;而实意明确的一些消极词汇,如“暴力”、“争执”、“抗议”等则藉以表达冲突的现实状态。更为抽象的一些用语,如“竞争”、“分歧”、“革命”等亦是描述或构画冲突的语言符号。科塞曾把冲突分为现实冲突和非现实冲突。现实冲突是指由于现实的要求得不到满足而形成的冲突,冲突的对象是妨碍满足的事物,冲突的对象即为冲突的根据。非现实冲突则是指没有具体对象,而仅仅是为了发泄某种情绪的冲突。显然,即便是科塞为现实冲突所作的这种解释也不能使人们建立起确定的“冲突”概念。至于非现实的情绪发泄式的冲突,更难以与人们在实际生活中所建立的“冲突”体验相吻合。

达伦多夫以及其他一些冲突理论的主张者所以拒绝对冲突作出明确的界定,主要同其泛社会化冲突的理论体系相关。因为只有把社会生活过程中存在的哪怕是些微情绪变化都纳入“冲突”范畴之中,才有可能把一切社会现象都视为、并归因于冲突。含糊或宽泛的冲突概念为达伦多夫、科塞等人的泛社会化冲突理论提供了依托。

当然,也有一些社会学家为冲突作出了相对明确的定义。克林顿·F·芬克认为,冲突是“任何两个或两个以上的统一体由至少一种对抗性心理关系形式或至少一种对抗性互动关系形式相连接起来的社会情况或社会过程。”^{〔2〕}芬克的定义旨在强调冲突的两个基本要

〔1〕 参见[美]乔纳森·H·特纳著,范伟达主译:《现代西方社会学理论》(原名《社会学理论的结构》),天津人民出版社1988年11月版,第244页。

〔2〕 C·F·芬克:《社会冲突理论中的难题概念》,载《解决冲突杂志》第12期(1968年12月),第456页。

素:(1)冲突发生于两个或两个以上的统一体;(2)冲突是对抗性心理关系形式或对抗性互动关系形式的连接。前者为冲突的主体要素;后者(对抗并且连接)则是冲突的实在内容。特纳较为倾心的冲突定义是:“冲突指各派之间直接的和公开的旨在遏制各自对手并实现自己目的的互动”。^[3]特纳反对把诸如矛盾、利益对立或是仇恨这样一些“引起冲突的背景条件”视为冲突本身。十分清楚,特纳所意指的冲突是一种现实化了的、主体对冲突对方及冲突内容均有明确认识的“竞技决斗式”的互动。与此类似,伦德堡(G. A. Landberg)在《社会学基本原理》一书中,则把“对立各方之间沟通的中止”或“沟通断绝”视为冲突的实质形态。^[4]

(二)冲突的法学本质

从法学角度考察,不难发现,西方社会学家无论是否对冲突作出具体的界定,他们所关注的往往都是冲突的外部表现形式(包括可感知的冲突者的心理状态),在表述或说明冲突时都忽视了冲突的社会意义以及认知冲突的社会目的。从冲突的社会意义看,在任何一个有秩序的社会中,冲突——即便是纯粹发生在私人间的冲突——都具有一定的反社会性。无论冲突各方是否具有正义的根据,冲突毕竟与社会秩序的要求是相悖的。这是因为,当社会中的利益、权力以及威望通过一定的方式“合理”分配,^[5]并表现为一种制度和秩序时,围绕利益、权力以及威望的冲突就不再是对个别主体的侵害。马克思就曾把极端的冲突形式——犯罪表述为“孤立的个人反对统治关系的斗争”。^[6]因此,仅仅从具有直接对抗连接关系的冲突双方或多方的行为去描绘或认识冲突是不够的。

再从人们认知冲突的社会目的看,把冲突从诸种社会现象中提

[3] 特纳:《现代西方社会学理论》中译本,第245页。

[4] 参见[美]科塞著,孙立平等译:《社会冲突的功能》,华夏出版社1989年版,第9页。

[5] 社会通常假定既有的利益、权力以及威望分配格局是合理的。

[6] 《马克思恩格斯全集》第3卷,第379页。

炼出来,并加以特定化,其目的除了把握社会发展过程的状态外,在实践层次上的意义主要是为了抑制冲突的负面效应,减少冲突的发生或防止冲突的恶化,并进而实际地解决冲突。这为界定冲突所设定的制约前提是:冲突必须具有作为社会控制实践对象的可能和价值。对社会现实秩序不构成妨害的行为对抗或者未通过实际行为(包括言论)所反映出来的心理对抗不具有“冲突”的性质。

据此,冲突的法学本质应当是:主体的行为与社会既定秩序和制度以及主流道德意识的不协调或对之的反叛。

这一表述所包含或派生的命题有:

I 冲突必须表现为主体的特定行为

补充命题:

A 非行为表现的对抗情绪不构成冲突;

B 冲突的构成可以有,但并不必然要求有敌对主体的互动行为。对广义社会秩序的侵害(在无特定主体,包括自然人和自然人的集合体作为权力、利益或威望的人格载体的情况下)也构成冲突。

II 任何冲突都是既定秩序和制度以及主流道德意识所不相容的

补充命题:

A 无论冲突主体的主观责任如何,冲突本身内含着反社会性;

B 既定秩序和制度以及主流道德意识(由统治阶层所倡导的或为社会多数成员所认同的道德意识)是评价社会现象是否具有冲突属性的依据。

III 冲突的影响决定于行为与既定秩序和制度以及主流道德意识相悖的程度

补充命题:

A 仅仅违反主流道德意识的冲突是浅层的冲突,也是最易发生的冲突;

B 侵害整个社会秩序和制度的冲突是最高形式的冲突。某一或某些社会阶层反叛整个社会秩序和制度的冲突是社会结构整体变