

刘文会 著

当前纠纷解决理论 法哲学基础的反思与超越

——在权利与功利之间



中国政法大学出版社

013058714

D925.114.1

01

当前纠纷解决理论 法哲学基础的反思与超越

——在权利与功利之间



中国政法大学出版社



北航

C1665226

D925.114.1

01

图书在版编目(CIP)数据

当前纠纷解决理论法哲学基础的反思与超越 / 刘文会著. -- 北京: 中国政法大学出版社, 2013.7

ISBN 978-7-5620-4904-3

I. ①当… II. ①刘… III. ①民事纠纷—调解(诉讼法)—法哲学—研究—中国 IV. ①D925.114. 1

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第163052号

- 书 名 当前纠纷解决理论法哲学基础的反思与超越
DANGQIAN JIUFENJIEJUE LILUN FAZHEXUE JICHU DE FANSI YU CHAOYUE
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 6.375印张 165千字
- 版 本 2013年7月第1版 2013年7月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4904-3/D·4864
- 定 价 22.00元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

自序

一种温情守护着未来

不同的观念塑造出不同的世界。

谁也不希望置身于彼此怒目而视、相互警惕的环境里，而是愿意生活在充满温情和善意、温良与恭俭的社会中。如果主要在“喻于利”中寻找的意义，大家将不得不在处处与人争利的重压下举步维艰；如果倾向于在“喻于义”中安放未来的价值，生活中自然会多出更大的空间照进阳光、照亮笑容。

当然，即使在充满温情的社会中，也同样会有皱起的眉头，会有愤怒，以及非理性的行为，比如不快和恨怨、纠纷与冲突——但这些内容绝不应构成日常生活的主要部分，更不应因此伤及到对未来的期望和信心，并阻挡住大家为美好前景积极行动的激情和意志。纠纷与冲突的发生，通常意味着温情的减少。但在一个运行良好的社会中，一种根据道义与权利观念设计出来的、完善的纠纷解决机制，完全可能使被损害的关系得到有效修复和弥合，为更多温情的产生创造契机。

在想要走上法治这条康庄大道的今天，我们应当从权利、道义这样的角度来思考和行动，以更加妥帖地安顿好自己和他人的身，及人生。因为，权利与道义中蕴含着理性和宽容，蕴含着对未来的渴望和梦想的虔诚，能够使人从平凡走向不凡。

让我们每个人都在新的一天，新的一月，新的一年，在自己的心中不停地期待更多的温情，这种期待本身便是一种改造

社会的“正能量”。而当保障权利、维护道义的各项体制与机制，在中华大地上不断被有效构建起来的时候，国人由此释放出的人性自由伸张的力量，将成为促进个体发展和社会进步的生机与活力，中华民族的伟大复兴也定将成为美丽的现实。

——《未来中国法治新图景》

目 录

自 序 一种温情守护着未来	1
引 言 当前纠纷解决理论中人的主体价值的失落	1
一、完整的人的形象的两个基本面向	2
二、社会转型的实质是人的转型	4
三、当前纠纷解决理论的制度主题及人的主体价值的 失落	6
第一章 对当前纠纷解决理论与实践困境的反思	11
第一节 从当前纠纷解决的实践困境谈起	12
一、纠纷解决的实践困境：用数据说话	12
二、对造成目前困境之原因的简要归结	22
第二节 理论综述：当前纠纷解决理论研究的基本思路 及其问题	24
一、综述一：追求“全面”的综述	25
二、综述二：以研究立场为视角的综述	36
三、本研究的意义、特点和主要理论任务	41
第二章 从基本概念看当前纠纷解决理论的功利主义 法哲学基础	45
第一节 纠纷概念的功利主义取向及其问题	45

一、国内外纠纷概念的定义方式之比较	45
二、对纠纷原因和本质进行利益解释的反思	59
第二节 纠纷解决概念的功利主义体现及其问题	77
一、对秩序概念的正确理解	77
二、对纠纷解决概念秩序论取向的检讨	79
第三章 当前纠纷解决理论中功利主义的人的形象 及其超越	89
第一节 纠纷解决理论的法哲学基础源自于一定的人的 形象	90
一、人的形象的概念	90
二、纠纷解决理论对人的形象的设计	92
第二节 当前纠纷解决理论中功利主义的人的形象	95
一、追求利益的人	96
二、孤立的人	99
三、注重行为结果的人	102
第三节 超越的契机：权利论视野下的人	104
一、对权利概念的正确理解	105
二、当代中国社会中权利意识的扩展	110
三、当前正在转型中的几种人的形象及其特点	112
第四章 当前纠纷解决理论法哲学基础的重塑： 在权利与功利之间	116
第一节 何谓在权利与功利之间	116
第二节 对纠纷意义和纠纷解决目的的正确理解	120
一、纠纷的意义	120
二、纠纷解决的目的论	122

第三节 多元化纠纷解决机制设计的基本原则	126
一、不能真空原则	126
二、多元化及竞争原则	128
三、不同纠纷解决机制间的合理涵盖与衔接原则	130
四、秩序与自由科学辩证关系之下的合理调控原则	133
第四节 几个新命题	133
一、纠纷预防的重点应当是对相关主体进行心理 方面的疏导与干预	134
二、初始纠纷当事人是当然的纠纷解决主体	137
三、纠纷解决过程的实质是相关主体围绕初始纠纷 所展开的次级纠纷过程	141
四、各种纠纷解决方式间应当存在合理的竞争	144
第五章 案例指导制度的法理基础和制度完善	148
第一节 案例指导制度的法理基础	148
一、案例指导制度的基本内涵及其历史发展	148
二、案例指导制度的主要功能	157
三、指导性案例的效力及其法理基础	163
第二节 完善案例指导制度的实践路径	175
一、指导性案例的法律效力和适用机制	175
二、高起点建设指导性案例的形成、发布和检索系统	178
结 语：纠纷解决与人的自由发展	180
一、人的自由发展是社会繁荣的基础与前提	180
二、纠纷解决理论和实践与人的自由发展	182
主要参考文献	184

引言

当前纠纷解决理论中人的主体价值的失落

我们身处一个变革的时代。随着现代化进程的逐步推进,转型时期的中国社会里人与人之间的关系模式正经历着剧烈调整,不断有新的利益诉求产生,人们对更高程度的自由、更大范围的权利需求日益增长。这些显著的变化成为引发社会纠纷的新的动力和原因,纠纷的数量急剧增长,纠纷的类型不断更新。这种状况给新时期中国社会的治理带来了巨大的压力。当然,机遇与风险并存,在压力之下会激发出更为强劲的发展动力,成为提升发展阶段和发展水平跃进的契机。这种深刻的社会转型对包括法律制度在内的各种社会治理机制提出了相应的变革要求,要按照新的方向和目标革新现有的制度框架与规范体系。因此,各种改革的声音和思路不断涌现,改革方案不断出台。在这个充满机遇与挑战的社会转型进程中,人们逐渐从中摸索出一些成功的道路与模式,积累了大量宝贵的理论与实践经验,但另一方面,行进的脚步中不时也显得有些凌乱而不够稳健。体现在纠纷解决理论的研究中,各种或新奇或老旧的观点,你方尚未唱罢我方便已早早登场;纠纷解决实践方面,一种方案还远未展示出具体的实践效果或其效果尚待进一步检验时,另外与之具有明显差别的新方案又开始施行。

在中国社会发展已经跨越过基础性的阶段,人们的权利意识不断生发并迅速成长的今天,对相关理论体系的构建及其实

践提出了更高要求。我们应当将诸多观念有效地统合起来,凝聚形成具有最大社会共识的行动原则与时代精神,这种认识的相对统一,也将为接下来创建理论和积极实践提供坚实的精神基础。这是超越目前较为混乱的纠纷解决理论和实践的基本背景与动力来源。伴随着中国社会越来越充满活力地发展,纠纷解决理论到了提升自身精神基础和实践价值的时候了。

一、完整的人的形象的两个基本面向

认识自我、揭示人类自身的本性,是理论研讨的永恒主题。“天下熙熙,皆为利来;天下壤壤,皆为利往。”^{〔1〕}一个利字揭示出了人性中的主要面向之一:功利。以功利取向为线索的确能够解释人类大部分行为的基本动因。缺少了这个因素,人类的许多行为将难以获得有效理解。但同时也要认识到,如果仅以这个要素来把握人,会有许多让人难以理解的事实发生,如在任何时代都存在的所谓舍生取义的行为,等等。

从人们日常生活中发生的纠纷里经常可以看到,当事人明明知道发生某些纠纷,或者在发生纠纷以后寻求纠纷解决的过程中,许多做法对自己明显是不利的,但仍然坚持这种选择。^{〔2〕}可能有人认为当事人的这种行为不够理性,但只要认真观察就会发现,

〔1〕 《史记·货殖列传》。

〔2〕 如在前几年发生的张海超开胸检查尘肺事件便是一例。据《北京青年报》2009年7月27日对这个事件的追踪报道显示,尽管在河南省总工会的过问下,新密市总工会已成立专门工作组,并多次前往张海超家中看望慰问,积极配合新密市委、市政府调查协调此事,鼓励张海超“到法定的职业病鉴定机构重做鉴定”,也告诉他“经多部门协调,到郑州市职业病防治机构复诊或鉴定都不再需要用人单位提供有关证明”,“新密市工会将根据鉴定结果,根据现行法律法规做相应处理。”但张海超对于这种特别关照下的“变通”之举却并无接受之意。张海超甚至对外放出狠话,“必要时,愿意二次开胸验肺。”张海超表现出的执拗让所有人都感到惊奇。

事实上当事人的行为是经过认真思考才做出的。不过这一前一后出现的两个理性概念的内涵有所不同，前者主要指一种经济理性，后者是我们经常听到的所谓“为了争一口气”，用电影《秋菊打官司》中通过主人公秋菊之口作出的朴素表达叫做“讨一个说法”。虽然随着法治进程的逐步推进，人们已经慢慢学会并开始习惯运用维护自身权利与尊严这样的现代语言来表达自身的诉求，但还是不如“讨一个说法”这样的表达来得清晰、贴切和响亮，能够直达中国人的心底。

可见，人的行为之中并不都是功利主义十足。为了成就一种更为自由和有尊严的生活状态，才是理解人及其生活基本方向的主要内容。而功利方面的诉求并不构成人生活的根本目的，只是达到这些目的的条件与手段。人类的生物性属性规定了，只有满足功利性需求才能使个体的生存成为可能；人类的社会性属性规定了，精神性要素才能体现出人生存的意义与价值。正是基于这种判断，才使人从根本上不同于其他生物，获得了人之为人的独特属性，并使人类社会的发展呈现出一种整体上的方向感和意义归属感。确实，人生来便处于各种枷锁的束缚中，既包括物质方面，也包括精神方面。但人的内心中一直存有向往自由生活的冲动、激情与渴望，成为随时准备采取行动

（接上页）张海超表示：“不是我不讲道理，是职防所开始就要求我必须提供这些东西，没有就不行，说是法律就是这么规定的，必须严格执行。现在怎么又可以‘特事特办’了。我就想通过‘合理合法’方式得到一个复诊和鉴定结果，这个结果要有法律效力。这既是为了自己的将来，也为了其他有相同经历的工友。私营企业可以不讲良心，作为政府职能部门、执法部门不能不作为。”张海超说，他采用极端的做法来证实自己，也是对现行职业病防治法规缺憾的挑战，尽管道路会很坎坷，但他会坚持为自己讨回一个说法。从上述张海超所表达出的多重需求可以看出，其行为具有明确的权利意识属性，也含有公共意识的内容，体现在纠纷当事人身上的这些变化及其内容，应当成为纠纷解决理论重点阐释的因素。

去实现意义世界规定的人生理想的主体。这便是历史上的人类生活本质的真实写照。因此，在认识和解释人的行为的全部意义时，要综合考量物质性和精神性两个方面的因素，并合理定位二者之间的基本关系。一种能够有效解释人类行为的理论，应当是涵盖了主体的功利诉求和精神指向的结构，二者缺一不可。

二、社会转型的实质是人的转型

正是具备上述基本形象的一个个每天都在思考和行动的人，构成了复杂的人类社会。他们在不同地域上通过世世积累、代代相传的经验与智慧，创造出一个又一个性质不同的文明，并历史地守护着自身的文明特性及其所开辟出来的价值方向。这一切不会在某个点上停顿下来，一切都将继续，其间还充满了多种可能性，甚至是偶然性。面对着不断变化的生存条件，人类的个体与群体在不断适应外界环境的过程中，也在不断主动或被动地调适着自己的价值观与文明方向，努力使自身具有更强的适应能力，接近或达到一种更加理想的状态。从而，这种调整与变革在社会整体意义上的发生，便是通常所谓的社会转型了。

社会转型的动力来自哪里，其实质内容又是什么呢？揭示其中的规律性内容，对人们认识自身的现状及其变革，具有很大的启发与指导意义，而对这些内容的认识和把握是否到位，在一定程度上决定了特定文明最终的历史命运。有鉴于此，社会转型问题成为各个学科共同探讨的主题，构成支配剧烈变革的20世纪思想发展的一个基本背景。观察一下人类历史各个主要文明中曾经发生过的或大或小的转型即可发现，转型的动力源于因变化而产生的一种对比感，这是文化发展的一个规律性

的内容。这种变化可能直接源自于自然环境，也可能是由于人文环境的较大改变。由于生存环境的变化，会产生以自身所在的文明模式及其价值方向为基础，与异质文明间的反复对照。这种思考的主要内容包括对自身的重新审视，对异质文明的性质及其与自身的关系的定位，并在这种思考中抉择自己未来行进的具体方向与道路。如果异质文明模式所展示出来的行进方向具有足够的吸引力，这时自身或主动或者被动的社会转型——其深层意义是文明模式及其价值方向的变革——便会现实发生。诚如费孝通先生所言：“怎样才能自己一分为二，自己观察自己？我想最好的办法还是多看到一些和自己社会不同的社会……看自己常是从看别人引起的。”〔1〕在各种力量的综合作用下，人的观念和行为逐渐开始变化，随之社会中的价值系统会发生一定程度的调整。

可见，“社会转型不仅指的是社会经济形态乃至人们生活方式在社会学意义上的外在形态的变化，它乃是全民族的精神状态、价值观念的深刻变化”。〔2〕进一步可以说，社会转型的实质乃是人的转型，社会变迁集中地体现在生活于其中的人的形象的变化上。其中不仅包括人们利益诉求的具体内容和实现方式，以及世界观方面的精神追求，都与以往有所不同。纵观人类发展的历史，无论是何种生存环境，也无论前方将冒多大的风险，人总是在寻求一种更为理性和自由的生存状态，这也是社会转型的基本动力。

上述观察社会转型所形成的相关认识和结论，成为构建的纠纷解决理论的坚实基础。

虽然任何社会都会产生相对主流的价值观，成为人们世界

〔1〕 费孝通：《人的研究在中国》，天津人民出版社1993年版，第14页。

〔2〕 龚群：《当代中国社会伦理生活》，四川人民出版社1998年版，第3页。

观的基本来源和努力实现的人生方向，但具体到每个人，会有不同的体现方式和实现道路。尤其是在当今民主而多元的社会中，每个人追求的人生目标，其具体内容和实现方式表现出更多的差异性，这种状况必然导致相关主体间纠纷的多发。任何社会也都会为自身制定出一整套应对纠纷的制度与规范，以解决不断产生的纠纷，但不同文明与地区的纠纷解决机制及其运行方式大为不同。

随着社会转型与观念的变化，及由此所导致的社会控制方式与方向的调整，这些纠纷解决机制必然随之发生相应的变革，以适应即将或者正在发生转型的“新人”之间可能产生的新类型纠纷之解决的需要。但这种转型的成功完成，需要人们对已经存在的人与社会，及作为目标的新人与新社会的发展前景形成合理判断，并在此基础上确立与之相适应的新的法哲学理念，为纠纷解决机制的具体设计提供基础和依据。“哲学并不站在它的时代以外，它就是对它的时代的实质的知识。同样，个人作为时代的产儿，更不是站在他的时代以外，他只在他自己的特殊形式下表现这时代的实质，——这也就是他自己的本质。”〔1〕理论要紧紧把握时代的脉搏，对时代提出的问题努力探索并给予科学回答。纠纷解决理论更需如此，因为这是一个实践性非常强的领域，在某种程度上可以说，它涉及到了社会里的每一个人的命运，肩负着整个社会转型交给它的历史重任。

三、当前纠纷解决理论的制度主题及人的主体价值的失落

可见，时代脉搏清晰地体现在人的形象的变迁中，我们必须牢牢抓住这条线索，展开对纠纷解决问题的探索，从中寻求

〔1〕〔德〕黑格尔：《哲学史讲演录》（第1卷），贺麟、王太庆译，商务印书馆1959年版，第56～57页。

真正的解决之道。遗憾的是,当前纠纷解决理论的主要关注点似乎并不在此。在主流的研究中,较少能够看到正在发生上述变革的具体的人的身影,也不见对纠纷产生的具体原因和发生发展过程的耐心描述。看不到运用这种思路开展相关制度实验及矫正的探究,更看不到纠纷当事人表现在纠纷及其解决过程中所切实经历的喜怒哀乐。目前纠纷解决理论中的主要关键词是利益和秩序,^[1]得到重点论述的主题是制度,包括各种新制度的构建,以及对现有制度缺陷的反思和完善对策。

问题的实质在于,虽然这种状况显示的不一定是人们有意遗忘的结果,但在当前的研究视角中,有一些根本性的方向和内容被不当地忽视了。人们似乎忘记了,制度设计的目的是为了了解人与人之间的争议,指向期望的生活目标的实现。因此可以说,一切制度的中心问题是人的问题。纠纷解决理论的对象同样是人的问题,它的法哲学基础来源于对人的形象的相应界定:包括当前的形象及对未来走向的基本期望。纠纷解决机制的具体设计者也是这样思考问题的。因为,纠纷是由人的态度与行为直接引发的,要由人来具体解决。具体而言,纠纷解决过程中所运用的规范由人根据相应的立法目的,结合对人的行为与心理状况的判断来制定;所依赖的组织与机构由人来组建;而作为引发纠纷的当事人,他们对纠纷及解决纠纷所依据的制度和规范持有何种态度,也会在一定程度上影响到纠纷解决的最终结果和社会效果的实际内容。可见,真正能够决

[1] 笔者将目前这种纠纷解决理论的研究思路称之为是一种基于利益考量的利益论,一种诉诸社会稳定目标的秩序论。接下来笔者将会运用大量篇幅详细分析其实质和缺陷,并进一步追究这种视角更深层次的背景,它是基于对当代中国人的形象的一种功利主义定位形成的,并构成指导当前纠纷解决理论与实践的法哲学来源,只不过其中的种种判断不符合历史车轮将要驶往的方向。

定能否对纠纷形成科学理解和妥善解决的关键性问题，便是如何定位人的形象。没有对人的形象的合理界定和对人本身道德价值的充分尊重、培育和张扬，基于其上的各种纠纷解决机制将缺乏内在的生命力。比如，在当前越趋多发的劳动争议的解决过程中，如果能够切实地考虑到劳动者的基本处境和合理需求，效果会好很多。在处置群体性事件的过程中，能够认真关注参与其中的各种人群的不同动机与目的，冷静理性地判断相关群体所实施的具体行为的性质，那么通过解决此类对当事人及社会影响都较大的纠纷，能有效改善目前疲于应付的尴尬局面。

当然，强调要抓住相较制度设计而言更为根本性的问题，并不等于可以轻视现有机制的完善和探索建构新机制等方面的研究，只是强调制度主题应当建立在对人自身的认真考察基础上。而直接以制度建构为主题，轻视对作为它的理论基础和实践对象——人的形象的深入考察，这种理论上的急躁只会简化对人的理解，导致制度设计中存在严重缺陷，其社会效果将会如何可想而知。更重要的是，通过这种制度的运行，人的主体地位被削弱了，人性的道德价值遭到了很大程度的贬损。我国正处于社会转型的关键阶段，尤其要避免这些可能的危害。与相对平稳状态的社会发展环境中对制度修修补补的基础性要求不同，转型时代的人及社会结构需要创制出许多新的制度与规范，要求有更为审慎的精神。

每一个国家与地区的纠纷解决理论与实践，都有它要达到的秩序目标及蕴含于其中的道德理想，并欲求通过精心设计的一整套纠纷解决机制及其运行去塑造理想类型的人的形象。所以，纠纷解决理论的直接主题应当是人，而且应当是具体而现实的人。所谓具体而现实的人，不光是指个体的人，也包括由个人组织起来所形成的不同形态的集体意义上的人，他们生活

在当下的社会之中，并向着自己的生活理想努力行进。因此，如前所述，对人的形象的完整理解要求我们绝不能把人简化为一个整体上只追求功利目标，经济理性十足的动物。每个人都处于一定的社会环境中，时刻都在具体地经历着自己生活中的点点滴滴，并珍视自己对生活的每一丝感受，这也是每个人活着，而且可能是较为满意地活着的直接证据。在人的生命历程中努力追求的主要应当是一种更加自由的生活状态，对人的这种基本判断从根本上要求在任何理论的建构中，都应当具有一种理想主义的精神品质，指向未来人心与人性的改善。当然人的形象会随着社会发展做出相应调整，今天站在明亮的路灯下看着月亮发呆的人，与在暗夜中托着两腮对着唯一的光源——月光发呆的古人相比，二者的所思所想肯定存在很大差别。这一切都要求人们在理论建构过程中应当具有一种现实主义的眼光。我国的纠纷解决理论与实践，就是要建立在对当代中国人日常生活的喜怒哀乐以及他们的道德理想的深刻体认基础上。总之，纠纷解决理论与实践的重心应当从制度重新回归到人的主题上来。

近年来，我国的纠纷解决研究在不断地提升自身的理论层次，越来越展示出更大的理论气度，已有部分学者在考虑“建构一个相对系统的纠纷解决理论体系”，^{〔1〕}甚至提出要建构一门“纠纷解决学”。^{〔2〕}当然，这个理想的达成不是仅仅依靠拥有热情与勇气就能成功的。要建构一门学科除了要有相对独立的研究对象和问题领域等基本要素外，最重要的是具有科学的

〔1〕 范愉：《纠纷解决的理论与实践》，中国人民大学出版社2007年版，第3页。

〔2〕 范愉：“纠纷解决研究的反思与展望”，载徐昕主编：《司法的知识社会学》，厦门大学出版社2008年版，第13页。