

市场经济 与诉讼文化

李
麒
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

市场经济 与诉讼文化

李 麒 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

市场经济与诉讼文化/李麒著. —北京: 中国法制出版社, 2007. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0059 - 6

I. 市… II. 李… III. ①社会主义经济: 市场经济 - 研究 - 中国②诉讼 - 文化 - 研究 - 中国 IV.

F123.9 D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 094807 号

市场经济与诉讼文化

SHICHANG JINGJI YU SUSONG WENHUA

著者/李麒

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 6 月第 1 版

印张/9.125 字数/206 千

2007 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0059 - 6

定价: 18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010406

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288



作者简介

李 麒，男，1970年10月生，山西省运城市人，中共党员。1993年毕业于山西大学法律系，获法学学士学位，1996年毕业于西北政法学院，获法学硕士学位。1996年7月至今在山西大学法学院任教。现为山西大学法学院副教授、诉讼法学专业硕士生导师，兼取律师，山西大学经济与工商管理学院在职博士研究生。主要研究方向为诉讼法学、法律文化、经济社会史。在《政法论坛》、《法律科学》、《诉讼法学研究》、《诉讼法论丛》、《证据学论坛》、《兰州大学学报》、《山西大学学报》等刊物上，发表学术论文30余篇，主编《刑事诉讼法》（法律出版社2006年版）。

序 言

在文化的广阔视野中，在与市场经济的深刻关联中，来对诉讼法进行多维的探究，是我近年来的一种愿望。我的心情恰如智利诗人聂鲁达诗中所说的那样：“迷惘的篝火，我的渴望在燃烧。甜蜜的蓝风信子在我心灵盘绕。”“呢喃的鸟语，宁静的心房，那是我深切渴望飞向的地方，我欢乐的亲吻灼热地印上。”文化的张力、市场经济的能量、诉讼法所蕴含的人文关怀，以及我那份留存的好奇心、想象力再加上孩子一般的勇敢，使我大胆地尝试着“市场经济与诉讼文化”这一课题的研究。

诉讼文化是指由社会的经济基础和政治结构、生活环境及生活方式所决定的，并对社会经济、政治、生活方式起巨大影响的，与特定民族及时代相联系的，在历史进程中积累下来并不断创新的有关诉讼法和诉讼活动的群体性认识、评价、行为、思维方式和制度承载等的总汇。它是人类文化的重要组成部分，与其他种类的文化一样，根源于人类的物质生活和精神生活，并对人类的生产发展、精神发展起着巨大的影响。诉讼文化是法律文化的下位概念，既有法律文化的共性，又有其个性。它与广大人民群众的利益息息相关，是人权和正义理念的显著标志。诉讼文化是法律文化的重要组成部分，是法律文化中最为生动的领域，透过诉讼文化，我们可以更好地理解法律文化的真谛；诉讼文化的研究也是法律文化研究从法理层面走向部门法律层面这一具体化过程

的切实途径，同时，也使诉讼法这一部门法律的研究更具有人文关怀、整体意识、解释功能和创新价值。

对于诉讼文化的专门研究在我国起步较晚，近年来一些论文对此进行了初步的探索。如胡旭晟先生在《试论中国传统诉讼文化的特质》（载《南京大学法律评论》1999年春季号）一文中，指出中国古代诉讼文化具有无讼的价值观、诉讼的非职业化、伦理性、艺术化等特征。宋英辉、吴卫军先生在《中西诉讼文化比较初论》（载《诉讼法学研究》2000年第一卷）一文中，比较了中西传统诉讼文化的差异，认为中国传统诉讼文化具有伦理性、低程序性等特点。此后，又见十余篇论文以诉讼文化为主题进行探讨。一些法理学、法史学著作也涉及到了诉讼文化的问题，如张晋藩先生的《中国法律的传统与近代转型》（法律出版社1997年版）、苏力先生的《送法下乡》（中国政法大学出版社2001年版）、梁治平先生的《寻求自然秩序中的和谐》（中国政法大学出版社2004年版）等。诉讼法学界对三大诉讼法的修改问题做了深入的研究，提出了不少建议，这可以说是现实制度层面的诉讼文化研究。国外学者对我国的调解制度（包括人民调解和法院调解）表现出了浓厚的兴趣，这些研究成果也涉及到诉讼文化的问题。如柯恩的《现代化前夕的中国调解》（载 *California Law Review*, 1966, vol. 54, 1201-1226）、陆思礼的《毛泽东与调解：共产主义中国的政治和纠纷解决》（载 *California Law Review*, 1967, vol. 55, 1284-1359）、彭文浩的《中国调解制度的复兴：法院调解》（载 *Yearbook on Socialist Legal Systems*. By W. E. Bulter, London, Transnational Juris Publications. Inc. 1989, 145-171）等。这些研究成果对我们了解中国传统诉讼文化的某些方面有很大益处，也有助于对当代诉讼文化的理解，其中包含的信息和资料对深入系统研究传统诉讼文化的现代转型有参考价值。这些都

有助于我们直面建设社会主义市场经济的伟大实践对诉讼文化及其研究的内在需求,从历史的维度和在文化整体性视野的关照之下,进一步对诉讼文化及其现代转型做整体性和创新性的专门研究。

诉讼文化研究能够提升法学研究的人文关怀。诉讼文化研究从时间维度来看,它把历史、现实和未来紧密地联系在一起。人类的心灵中存在着突破时间壁垒与有限性的愿望,作为时间中的故事,历史记忆提供了超越时空的可能性,人们可以通过时代的变迁,在有涯的不完全的人生中领悟到永恒。法律是公平正义的艺术,法学是理性和经验之学。英国历史学家和法学家梅因说:“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个从身份向契约的运动。”^{*}以文化的眼光看待诉讼,能够使我们更加清晰地认识到,在特定时代的经济、文化、法律和社会条件下人们的境遇,理解人类社会从不自由到相对自由,从拥有较少权利到拥有较多权利的艰难历程。从现实和不远的将来来看,诉讼文化研究的价值还体现在:它能够加深对市场经济条件下诉讼法律现象的认识,有利于培育全民族的守法精神,有利于维护经济、社会发展的法律秩序;它有利于丰富诉讼法学理论研究和文化研究,推动我国传统诉讼文化的现代转型,促进公民理性地行使诉权;有助于完善我国诉讼法律制度和诉讼实践,推进司法改革,通过法治实现社会公平和正义;它有利于完善整体文化体系的建设,丰富文化发展的内涵,把社会主义精神文明建设提升到一个新的水平。

本书五章的内容略述如下:

第一章阐述了文化的定义和特征,评介了几种有代表性的法律文化观,指出了法律人类学对法律文化研究的启示,进而探讨了诉讼文化的结构。认为诉讼文化是由表层的象征要素、中层的制度及实践方式和深层的诉讼意识形态三重结构构成的整体。从

一般意义上讲,诉讼意识形态(特别是诉讼价值观)决定着诉讼制度及其实践方式,诉讼制度及其实践承载和实现诉讼价值,法庭标志等符号象征层面的文化要素,受到价值观、制度及实践的强烈影响,并表征它们。诉讼价值观更具稳定性,制度次之,符号又次之。价值需要制度表达,制度需要价值支撑,价值和制度都需要符号的象征。但是,以下这些现象也会发生:如价值观念由于体验到社会变迁,已经敏感地发生了变化,而制度却迟迟未做反应,便可能通过具体实施过程得到调适;或者,制度由于各种因素发生了变化而缺乏相应的价值观念的支撑,于是得不到真正的贯彻;作为象征意义的符号,也可能因为各种偶然因素,未能准确传达价值观和制度的象征性信息。

第二章是关于中国传统诉讼文化特质的探讨。在介绍了几种有影响的观点之后,阐述了中国传统诉讼文化的基础,指出农业经济与小农经济是她的经济基础,君主制与官僚制是她的政治基础,宗法社会与熟人社会是她的社会基础,天人观与义利观是她的哲学基础。进而对认为中国传统诉讼文化具有无讼的价值取向、低程序化等特征的主流观点提出了质疑,认为不能片面地看待中国传统诉讼文化,而是应当将国家“大传统”的视野和民间“小传统”的视角结合起来,注意制度和实践的一致性和差异性,才能得出比较全面的结论。基于此,提出中国传统诉讼文化具有双重性格:在价值观上的无讼与正义,内部精神上的宗教性与世俗性,制度上的程序与恣意,实践中的贱讼与健讼,思维方式上的直觉与理性以及操作中的恤刑与刑讯,这些具有一定矛盾性的性格组合在一起,使得中国传统诉讼文化总体上呈现出复杂性的特征。为进一步理解中国传统诉讼文化,还特地对中国古代法官责任追究制度、调解传统以及地方司法的一些特征进行了论述。

第三章是市场经济条件下的诉讼文化。其中包括市场经济的

定义和特征、市场经济的文化之维、市场经济条件下诉讼文化的基本特征。指出：不同的经济形态产生了不同的诉讼文化，反过来，不同的诉讼文化也对经济起着推动或制约的作用，市场经济是中国现代化在经济制度上的必然选择，它必然带来社会各个方面的深刻变革。诉讼文化也不例外，也正在经历着从传统到现代的变迁。市场经济催生着与传统自然经济和计划经济形态之下不同的诉讼文化，它也需要现代诉讼文化的支撑。如果说市场经济构成了诉讼文化变迁的经济因素，那么，民主法治构成了诉讼文化现代化的政治法律基础，人本主义构成了诉讼文化现代化的哲学价值观基础，和谐社会则是诉讼文化现代化的社会功能要求。诉讼文化现代转型的核心内容是诉讼文化三重结构的现代化。具体而言，包括深层的诉讼观念（价值观、思维、认识、情感等）的转型；中层的诉讼制度及实践方式的重构和转型，表层的诉讼象征（如法庭设置、法庭仪式等）的完善。从应然的角度来看，市场经济条件下诉讼文化应当具备的基本特征有：第一，自由、民主、公正、效率的诉讼价值追求，科学的诉讼思维模式，以及正当的诉讼心理等构成了现代诉讼文化的观念层面特征；第二，合理的诉讼制度安排和实践等构成了现代诉讼文化的制度和实践方式层面的特征；第三，明确和得当的诉讼象征构成了现代诉讼文化的符号层面的特征。同时，对诉讼价值、诉讼心理、诉讼思维等与诉讼制度的现代化进行了较为细致和有新意的探讨。

第四章围绕人本主义这一市场经济条件下诉讼文化的核心价值而展开。阐述了西方人本主义从传统到现代的转向，中国传统民本思想的精要及当代从民本到人本的历史转换。提出：以人为本在认识到民众是国家政权之根基的基础上，进一步尊重人民创造历史的地位和作用，认识到对个体独立人格、自由和创造性的尊重，在此点上是对中国传统民本思想的继承和超越。以人为本

体现了对人的自然属性和理性及其力量的肯定，并注重人的社会属性，吸收了西方传统人本主义的合理精神，对其抽象性和幻想性的因素进行了扬弃。以人为本关注人的文化及其全面发展，正确处理了科学、物质和人文的关系，吸收了西方现代人本主义对经济社会中人的精神状态等的批判成果，而又抛弃了现代人本主义的对人类命运悲观基调，以人为本在对待人类社会发 展前途和命运上持着积极向上和科学的态度。以人为本总结了我国现代化进程中的经验和教训，确立了今后经济社会发展的价值观和指导原则，具有现实性和长远性。因此，“以人为本”是不同于中国传统民本思想、西方传统人本主义和现代人本主义的一种新思想，是以马克思主义唯物史观为指导的对各种相关思想精华的凝结和提升，故可以称为新“人本主义”。然后，以人本主义为理论基点，探讨了诉讼权力与诉讼权利的关系、人本主义与司法独立的健全、人本主义与陪审制度的关系等重要话题。

第五章集中阐释了诉讼文化在构建和谐社会中的功能以及所需要的变革。其中包括对和谐社会特征的多角度认识、对中国传统法律文化和谐观念的反思、对市场经济条件下社会转型中产生的纠纷概况描述等。在此基础上，探讨了和谐社会与多元纠纷解决机制的建立，还对具有法律人类学所称的“民间法”特点的“原生态调解”进行了分析；通过回顾民国时期审级制度的变化和理论争议，思考了和谐社会与我国现行审级制度的完善；重视被害人权利，重建社区和谐成为刑事司法改革的新方向。国际范围内兴起的恢复性司法运动，正是这一方向的集中的和概括的表现。作为一种新的诉讼文化现象，恢复性司法与我国构建和谐社会的目标相契合，恢复性司法是值得认真对待的一种国际思潮和运动。因此，在这里对恢复性司法的特征和我国的应对提出了看法。

本书从文化的一般原理开始，以市场经济条件下诉讼文化的现代化为中轴，落脚于诉讼文化的社会功能；对诉讼制度和现象进行了经济的、文化的和历史的思考；对一些相关的重大问题在比较与借鉴的基础上，提出了自己的分析和见解。作为一种尝试，愿能让同道者有所启迪，对现实有所裨益，更欢迎读者的批评和指正。

李 麒

2007年5月于太原

目 录

第一章 文化 法律文化 诉讼文化	(1)
(一) 文化的定义与特征	(2)
(1) 文化的定义	(2)
(2) 文化的特征	(9)
二、法律文化的视野	(17)
(一) 几种有代表性的法律文化观	(18)
(二) 法律人类学对法律文化研究的启示	(23)
三、诉讼文化的视角	(28)
(一) 纠纷与诉讼	(28)
(二) 诉讼文化的结构	(30)
(三) 诉讼文化研究的意义	(35)
第二章 中国传统诉讼文化的特质	(38)
一、代表性观点	(38)
(一) 胡旭晟先生对中国传统诉讼文化特质的认识	(38)
(二) 宋英辉、吴卫军先生的中西传统诉讼文化比较观	(42)
二、中国传统诉讼文化的基础	(43)
(一) 中国传统诉讼文化的经济基础: 农业经济与小农经济	(45)
(二) 中国传统诉讼文化的政治基础: 君主制与官僚制	(47)
(三) 中国传统诉讼文化的社会基础: 宗法社会与熟人社会	(49)
(四) 中国传统诉讼文化的哲学基础: 天人观与义利观	(51)
三、中国传统诉讼文化的双重性格	(53)
(一) 无讼与正义	(55)
(二) 贱讼与健讼	(61)
(三) 世俗与宗教	(66)
(四) 程序与恣意	(73)
(五) 直觉与理性	(77)
(六) 恤刑与刑讯	(79)
四、中国传统诉讼文化释例	(83)
(一) 中国古代司法官责任制度	(83)

目 录

(二) 中国古代的调解传统	(96)
(三) 从水案透视清代地方司法特征	(101)
第三章 市场经济条件下的诉讼文化	(110)
(一) 市场经济的文化之维	(110)
(1) 市场经济的含义和特征	(110)
(2) 市场经济的文化维度	(115)
(二) 市场经济条件下诉讼文化的基本特征	(131)
(1) 诉讼文化的观念层面和制度层面	(132)
(2) 诉讼文化的符号层面	(150)
第四章 人本主义——市场经济条件下诉讼文化的核心	
价值	(155)
一、从传统到现代：西方人本主义的发展	(155)
(一) 西方传统人本主义	(156)
(二) 西方现代人本主义	(160)
二、从民本到人本：中国传统文化的变迁	(167)
(一) 中国传统文化的民本精神	(167)
(二) 以人为本的新“人本主义”	(173)
三、人本主义与诉讼文化	(177)
(一) 人本主义与诉讼权利的扩展	(177)
(二) 人本主义与司法独立的健全	(191)
(三) 人本主义与陪审制度的推行	(197)
第五章 和谐社会——市场经济条件下诉讼文化的社会	
功能	(201)
一、和谐社会的解读	(201)
(一) 和谐的蕴涵和反思	(201)
(二) 和谐社会的特征	(207)
二、诉讼文化在构建和谐社会中的功能	(214)
(一) 市场经济条件下社会特征和纠纷的变化	(215)

目 录

(二) 和谐社会与多元民事纠纷解决机制	(219)
(三) 和谐社会与审级制度	(230)
(四) 和谐社会与恢复性司法	(246)
主要参考文献	(265)
后 记	(277)

第一章 文化 法律文化 诉讼文化

第一章 文化 法律文化 诉讼文化

诉讼文化是法律文化的组成部分，法律文化又是文化之树的一枝。因此我们的探究的确应从文化开始。

人是文化的人，文化是人的文化。人，生而自由，然而又无往不在枷锁之中。或许文化就是这样一种柔和而坚韧的枷锁。为了自由人们创造了文化，以为可以睥睨自然，为万物标立尺度。然而文化又以它特有的力量塑造人们，它提供生活方式、思维模式、行动逻辑；它历练价值与意义，审视光荣与梦想，赋予秉性与态度。造物主使世界上没有两片相同的叶子，文化使每个独立的个体，千差万别。但是正像叶子终归是叶子一样，文化的巨大魔力，甚至使痛苦与欢乐这些情感的细节也打上模式的印记。文化，它有着守旧的惯性，又蕴涵着创新的潜力；它受制于社会经济结构，又可能成为变革的号角。在创造和塑造、约束和挣脱、守旧与革新的重奏中，人在发展，文化在变迁。文化的复杂性，往往使研究者望而生畏，然而它的无可比拟的张力，又激发着探索的热情。

一、文化的定义与特征

(一) 文化的定义

在古汉语中，文化是“文”和“化”这两个相关词素的意义复合。“文”通“纹”，有条纹、纹理之义，可引申为文字、文章、文采、条文、典章等；至于“化”字，则有变、改、化生、造化等意思。文化就是“以文化之”的含义。如《周易》中有“观乎天文，以察时变；观乎人文，以化成天下”之语，就是说观察自然物象可以知道时序变化，观察社会典章，可以化育成就天下之人。又如刘向《说苑》有“文化不改，然后加诛”的说法，此处文化指的就是“文治和教化”。

在西方“文化”一词来源于拉丁文的“Cultura”，英文写作Culture，主要有两层含义，一是对植物的栽培、培养以及对人的心灵以知识、情操、风尚的化育；二是指经过耕作、培养、教育等发展而来的事物，以区别于自然形成的事物。

我们现在通用的“文化”一词，是近代翻译家在译介西方相关语汇时，借用的中国古已有之的“文化”这一词汇。^{〔1〕}应当指出，无论是中国古代典籍中的“文化”一词，还是拉丁文的“Cultura”，都还不具备现代学科层面的文化的意义。法国著名历史学家年鉴学派代表人物之一的费尔南·布罗代尔通过对文明史的考察，认为：“文化一词由来已久（西塞罗已经谈到‘精神文

〔1〕 冯天瑜、周积明：《中国古文化的奥秘》，湖北人民出版社1986年版，第12页。

化’),只是到了十八世纪中叶才真正具有知识的特殊含义。”〔1〕将文化作为一种社会现象而展开深入系统的研究,是十九世纪以来随着社会学、人类学的勃兴而开始的。文化成为人类学、社会学的关键术语,并由于人类学、社会学的文化研究的丰硕成果,“文化”一词逐渐向哲学、历史学、法学等诸多学科进行强有力的渗透和扩张。由于视角和方法的差异,文化又成为纷争最多的概念。有学者指出,文化的定义在1952年便已经增加到一百六十多个。〔2〕还有学者称:“据说文化的定义多达260种。”〔3〕如果再加上后来的新定义,更是难以统计了。

我们列举数种文化定义,已可以管窥这方面的多样性。这些定义向人们展示了人类生活的丰富性和复杂性。

1. 文化的社会学定义

《中国大百科全书》社会学卷说:“广义的文化是指人类创造的一切物质产品和精神产品的总和。狭义的文化专指语言、文学、艺术及一切意识形态在内的精神产品。”

英国当代著名社会学家吉登斯说:“文化是社会学中最为重要的概念之一。文化指的是一个社会的成员或者是一个社会中群体的生活方式。它包括艺术、文学和绘画,但也涉及更广泛的范围。例如,其他与文化有关的内容有人们的服饰、习俗、工作方式与宗教仪式等。”〔4〕

〔1〕〔法〕费尔南·布罗代尔:《资本主义论丛》,顾良等译,中央编译出版社1997年版,第125页。

〔2〕参见田汝康:《多维视野中的文化理论》的序言,庄锡昌等编,浙江人民出版社1987年版。

〔3〕〔日〕名和太郎:《经济与文化》,高增杰等译,中国经济出版社1987年版,第41页。

〔4〕〔英〕安东尼·吉登斯:《社会学》(第四版),赵旭东等译,北京大学出版社2003年版,第58页。