



ENFORCEMENT LAW
强制执行法系列

和谐文化理念视角下的 中国仲裁制度研究

乔欣 主编

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



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



中国社会科学出版社

和谐社会理念视角下的 中国仲裁制度研究

王利军 著

（北京）中国社会科学出版社





法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



ENFORCEMENT LAW
强制执行法系列

和谐文化理念视角下的 中国仲裁制度研究

乔欣 主编

撰稿人：

乔欣 赵健 李莉
段莉 赵玲 宋明志



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

和谐文化理念视角下的中国仲裁制度研究/乔欣主编. —厦门:厦门大学出版社, 2011. 5

(强制执行法系列)

ISBN 978-7-5615-3890-6

I. ①和… II. ①乔… III. ①仲裁-制度-研究-中国 IV. ①925.704

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 066505 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@public.xm.fj.cn

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:24 插页:2

字数:470 千字 印数:1~2 000 册

定价:36.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

目 录	
第一章 和谐文化理念与多元化纠纷解决机制·····	(1)
一、和谐文化理念释义·····	(1)
(一)和谐理念的渊源·····	(1)
(二)和谐社会的内涵·····	(6)
二、和谐文化理念与纠纷解决多元化·····	(16)
(一)和谐文化理念视角下纠纷及其解决的意义·····	(16)
(二)和谐文化理念视角下纠纷解决机制的多元化·····	(19)
(三)和谐社会的治理结构与纠纷解决途径的多元化·····	(27)
三、和谐文化理念与和谐仲裁·····	(29)
(一)仲裁发展的历史轨迹·····	(30)
(二)和谐文化理念视角下仲裁理念的重塑·····	(33)
(三)和谐文化理念视角下仲裁功能的完善·····	(39)
第二章 以和谐文化理念为背景的仲裁制度基础理论研究·····	(45)
一、仲裁性质理论·····	(45)
(一)仲裁性质学说综述·····	(45)
(二)仲裁性质学说思考——和谐社会仲裁性质抉择·····	(48)
二、现代化仲裁理念下的仲裁基本原则与制度·····	(52)
(一)仲裁自愿原则与相应基本制度·····	(53)
(二)仲裁公正原则与相应基本制度·····	(58)
(三)仲裁效率原则与相应基本制度·····	(62)
(四)仲裁国际化原则·····	(68)
三、仲裁权理论·····	(72)
(一)仲裁权概念与特征·····	(72)
(二)仲裁权的行使及救济·····	(77)
四、友好仲裁理论·····	(80)
(一)友好仲裁理论概述·····	(80)
(二)友好仲裁价值分析·····	(83)

(三)和谐之维——构建我国的友好仲裁制度	(84)
五、仲裁裁决效力论	(86)
(一)仲裁裁决法律效力的内容	(86)
(二)仲裁裁决法律效力的基础	(90)
(三)仲裁裁决法律效力的范围	(90)
(四)仲裁裁决法律效力的阻断	(92)
第三章 仲裁机构的性质与特征	(95)
一、国际著名仲裁机构的性质与特征	(95)
(一)国际著名仲裁机构的性质	(96)
(二)国际著名仲裁机构的特征	(101)
二、我国仲裁机构的行政化问题	(102)
(一)我国仲裁机构的性质现状	(102)
(二)我国仲裁机构行政化的原因	(103)
三、我国仲裁机构的性质	(109)
(一)我国仲裁机构应当是独立的民间组织	(109)
(二)我国仲裁机构应当是非营利法人	(113)
(三)我国仲裁机构应当是公益性法人	(115)
第四章 争议可仲裁性研究	(116)
一、争议可仲裁性的内涵	(116)
(一)争议可仲裁性之概念解析	(116)
(二)争议可仲裁性之特征	(118)
(三)争议可仲裁性之意义	(121)
二、争议可仲裁性标准的确立	(123)
(一)争议可仲裁性标准的立法例比较	(123)
(二)仲裁范围的扩大化趋势及其对可仲裁性标准的影响	(127)
(三)制约争议可仲裁性标准确立的因素	(136)
(四)争议可仲裁性标准的确立	(140)
(五)小结	(147)
三、可仲裁性标准在特定类型争议中的解释与适用	(148)
(一)与反垄断法有关的争议	(149)
(二)与证券法有关的争议	(151)
(三)与知识产权有关的争议	(153)
(四)与破产有关的争议	(155)
(五)家庭法领域的有关争议	(157)

(六)与侵权行为有关的争议·····	(159)
(七)超过时效的债权债务争议·····	(161)
四、我国可仲裁性立法的完善·····	(162)
(一)我国有关可仲裁性标准的立法评述·····	(162)
(二)我国有关可仲裁性标准的立法完善·····	(164)
第五章 仲裁协议 ·····	(167)
一、仲裁协议法律性质分析·····	(167)
(一)研究仲裁协议法律性质的意义·····	(167)
(二)关于仲裁协议法律性质的几种学说·····	(168)
(三)对仲裁协议性质的再认识·····	(170)
二、仲裁条款独立性理论·····	(172)
(一)仲裁条款独立性理论的确认与发展·····	(172)
(二)仲裁条款独立性的理论基础·····	(177)
(三)仲裁条款独立性理论的适用·····	(178)
三、仲裁协议的有效要件探讨·····	(180)
(一)仲裁协议的有效要件·····	(180)
(二)几种特殊的仲裁协议要件·····	(186)
(三)对我国《仲裁法》关于仲裁协议效力要件规定的思考·····	(190)
四、仲裁协议效力·····	(191)
(一)传统仲裁协议效力理论·····	(191)
(二)瑕疵仲裁协议的效力·····	(194)
五、长臂仲裁协议——对第三人的效力·····	(196)
(一)仲裁协议效力范围传统标准的局限性·····	(197)
(二)仲裁协议对第三人效力范围的扩张·····	(202)
(三)当事人转化和仲裁协议效力·····	(211)
(四)合同相对性例外和仲裁协议效力·····	(217)
第六章 仲裁与调解相结合 ·····	(230)
一、“仲裁与调解相结合”命题分析·····	(230)
(一)“仲裁与调解相结合”概述·····	(230)
(二)“仲裁与调解相结合”研究的意义·····	(232)
(三)“仲裁与调解相结合”的历史沿革·····	(234)
二、仲裁与调解相结合的基础·····	(238)
(一)实践基础·····	(239)
(二)理论基础·····	(243)

三、对仲裁与调解相结合否定论的再分析	(244)
(一)关于“私访”	(244)
(二)关于信息披露	(245)
(三)关于“身份混淆”	(246)
四、仲裁与调解相结合的模式	(248)
(一)几种常见模式介绍	(248)
(二)主要模式——仲裁中调解	(249)
五、仲裁中调解的理论及实务探讨	(250)
(一)仲裁中调解模式的特点	(250)
(二)仲裁中调解制度的价值	(251)
(三)仲裁中调解的程序	(252)
(四)仲裁中调解对仲裁员的要求	(256)
第七章 仲裁与民事诉讼	(258)
一、仲裁独立性探讨	(258)
(一)仲裁独立性内涵	(258)
(二)仲裁制度体系进程与诉讼的博弈	(262)
(三)诉讼的缺陷与仲裁的独立发展	(266)
二、仲裁对诉讼的借鉴与仲裁诉讼化趋势分析	(269)
(一)仲裁对诉讼的借鉴与仲裁诉讼化	(269)
(二)仲裁诉讼化现象分析	(272)
(三)仲裁诉讼化批判与否定之辩证	(277)
三、司法对仲裁的支持与监督	(280)
(一)司法对仲裁支持与监督的必要性	(280)
(二)司法对仲裁的支持	(282)
(三)仲裁的司法监督	(289)
四、基于最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》对 司法与仲裁关系构建的解读	(295)
(一)仲裁协议效力认定	(296)
(二)撤销仲裁裁决	(298)
(三)重新仲裁	(300)
(四)仲裁裁决的执行	(301)
(五)结语:诉讼与仲裁的和谐关系 ——仲裁独立原则下法院的支持与监督	(302)
第八章 仲裁程序的构建	(305)
一、仲裁的一般程序	(305)

(一)申请与受理·····	(305)
(二)组成仲裁庭·····	(308)
(三)仲裁案件的审理和裁决·····	(311)
二、合并仲裁·····	(316)
(一)合并仲裁概述·····	(316)
(二)合并仲裁的国际实践·····	(322)
(三)合并仲裁的法律问题·····	(331)
(四)我国合并仲裁程序制度的构建·····	(341)
三、在线仲裁·····	(345)
(一)在线仲裁概述·····	(345)
(二)在线仲裁的发展状况·····	(346)
(三)在线仲裁面临的法律问题及其解决·····	(347)
(四)评《贸仲网上仲裁规则》·····	(353)
四、重新仲裁·····	(356)
(一)重新仲裁概述·····	(356)
(二)重新仲裁制度的域外立法考察·····	(360)
(三)我国重新仲裁制度的现状·····	(366)
(四)我国重新仲裁制度中的不和谐因素及问题的解决·····	(368)
(五)重新仲裁的法律效果·····	(372)
后记·····	(376)



第一章 和谐文化理念与多元化纠纷解决机制



一、和谐文化理念释义

(一) 和谐理念的渊源

1. 中国传统的和谐思想

和谐之意在我国古代最早用来形容音乐之美。在《辞源》里,“和”的本意是“相应也,从口,禾声”,指说话时口形、舌位、气流等一气呼应而发出清晰圆润之声;吃饭时食物经浸润、咀嚼而便于消化吸收等等。“谐”即和,“和韵之言也”,就是不出杂音。追溯“和谐”的词源,可发现其最早出自《左传》。据《左传》记载襄公十一年,郑国曾经赠送给晋国乐师、乐器、乐队等,晋侯将乐队的半数赐给大臣魏绛,愿意与他一同享用,这是因为魏绛曾经教晋侯“和诸戎狄,以正诸华”,晋侯说道:“八年之中,九合诸侯,如乐之和,无所不谐。”魏绛说:“夫乐以安德,义以处之,礼以行之,信以守之,仁以厉之,而后可以殿邦国,同福禄,来远人,所谓乐也。”晋侯坚持按照以前的规定对魏绛进行赏赐,“魏绛于是乎始有金石之乐”。这里的“和谐”所指乃是音乐,是说晋国在当时与各诸侯国关系处置得当。

和谐社会的思想,早在两千多年前,孔子、老子、庄子等中国古代的思想家们就曾提出过。孔子“和而不同”的社会理想以及仁爱和谐的大同社会政治理想,代表了中国人在文明早期对社会和谐的向往和思考。《周官·太宰》中记载:“太宰之职,掌建邦之六典,以佐王治邦国。一曰治典,以经邦国,以治官府,以纪万民。二曰教典,以安邦国,以教官府,以扰万民。三曰礼典,以和邦国,以统百官,以谐万民。四曰政典,以平邦国,以正百官,以均万民。五曰刑典,以诘邦国,以刑百官,以纠万民。六曰事典。以富邦国,以任百官,以生万民。”天官冢宰因为辅佐周王,总管国政,在众官中最为显要。冢宰属官首先是太宰,大之上曰“冢”,冢宰乃百官之首,太宰自然也十分重要。《周官》中六官各有分工侧重,分理社会系统的不同方

面,又都彼此相连,通过天官冢宰系统职官的调谐,一一成为社会管理链条中的不同环节。从总体上讲,整个周官系统都是为了追求社会的和谐,希望通过对社会的管理,达到一个更高的境界。

综观中国传统文化,“和”即和睦之意,含有和衷共济、政通人和、内和外顺等意蕴;“谐”即为相合之意,强调顺畅、协调,力避抵触、冲突。因此,“和谐”指和睦协调之意,即矛盾双方在一定条件下达到统一、协调、调和。《尔雅》曰:“谐,和也。”《广雅》曰:“和,谐也。”“和”与“谐”可以互训。在《论语·子路》中孔子曰:“和者,谓心不争也”;在《论语·颜渊》中又说到诉讼,“吾犹人也,必也使无讼乎”。儒家重视和,也提倡无讼,即以不争的心态为主观基础。儒家提倡在全社会培养起利国利他的思想来实现国家安定和社会和谐。毫无疑问,这种价值观塑造了中华民族特有的集体主义精神。“和谐社会理论是中国传统文化在当代的一种升华。如果用一个字来概括中国全部的古代哲学,就是‘和’字;如果用两个字来概括就是‘和谐’。”^①

和谐与秩序、稳定和协调的价值取向一致,而与混乱、冲突和无秩序相悖。所谓“和而不同”意味着“和”与“同”本质上不同,“和”并不是意味着同一和无矛盾;有差异才有“和”的必要,才需要通过“和”的努力使相互矛盾、存在差异的事物和人际关系达到协调——即“和而不同”以及“和衷共济”的境界或状态。和谐是中国社会自古以来追求的最高价值目标,是社会治理期待达到的最佳理想状态。同时,对和谐的推崇也表明社会力求通过平和的方式和手段争取使纠纷当事人达到和谐、互利、共赢的理念。这些方式里既包括必要的妥协、宽容和谦让,也包括理性的是非判断和利益平衡。在这个意义上,“和谐”是目的、手段和结果的统一。

2. 西方文化中的和谐思想

“和谐”也一直是西方哲学的核心论题之一,从古希腊哲学家毕达哥拉斯的社会公正与社会和谐到柏拉图的理想国,从亚里士多德的城邦政治到卢梭的社会契约理论,从法国的空想社会主义到马克思、恩格斯的科学社会主义,从亚当·斯密的经济和谐到格林的政治和谐再到罗尔斯的正义论,以及后来以美国学者马斯洛为代表的社会均衡论和以帕森斯为代表的协和社会论、以吉登斯的第三条道路、亨廷顿为代表的现代化理论等等,西方思想家或多或少都涉及比较宽泛意义上的社会和谐问题,从不同角度和层面探讨构建和谐社会理论及其理想模式。其中亚里

^① 参见徐显明:《和谐社会与法治和谐》(代序),载徐显明主编:《和谐社会构建与法治国家建设——2005年全国法理学研究会年会论文选》,中国政法大学出版社2006年版,第1~2页。

士多德和马克思的思想和理论最具代表性。^①

古希腊先哲亚里士多德是西方最早思考和谐问题的思想大师之一,其著作蕴涵着深邃的洞察和哲理的思辨,其名著《政治学》对城邦社会的和谐进行了诸多设计和种种构想,这些珍贵的思想观点对当前的和谐社会理论研究和具体实践都产生了重要而深远的影响。亚里士多德最早提出了一个民主和理想的政治共同体之间关系的理论命题。他在考察不同政体类型时指出,“显而易见,最好的政治共同体是由中产阶级的公民构成……与寡头政体相比,民主政体比较安全,也比较长久”^②。

亚里士多德认为和谐社会是法治社会。他认为通过法律规范人们的行为,在全社会形成一种平等、公正的良好氛围,使政府和社会赢得社会成员的普遍信任,从而克服信任危机,最终实现人与社会的和谐共存。亚里士多德在《政治学》第五卷第八章中提出城邦必须严格树立法律的权威,不容许任何对违法行为的宽容,尤其要注意到那些容易被人们忽视的细节,“有如小额费用的不断浪掷,毕竟耗尽了全部家产”。^③ 人生活在社会中,社会要正常运转,就必须有一定的法律规范。所有社会成员,包括执行权力的公务人员和权力施及对象的一般社会成员,都应该自觉以法律为行为准则,依法享有权利并承担义务。只有这样,才能妥善处理个人与社会的关系。亚里士多德说:“多数合法行为几乎都出于德性整体,法律要求人们合乎德性而生活,并禁止各种丑恶之事。”^④

马克思同样提倡和谐,并将“和谐社会”提到了理论高度。马克思在他的《1844年经济学—哲学手稿》、《德意志意识形态》、《共产党宣言》等书中,一再“提倡社会和谐”^⑤。在《1844年经济学哲学手稿》中,马克思认为:“共产主义是人和自然界之

① 参见张钰:《亚里士多德社会和谐思想解读》,载《安徽文学》2008年第7期。

② 参见[古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆2005年版,第410~502页。当然,亚里士多德实际上并不赞成完全的民主制,他赞成的是混合了君主制、贵族和民主制的混合政体。但是也正是他在《政治学》中对古希腊民主政体最为精当的描述为启蒙运动之后的民主构想提供了历史根据。

③ 参见[古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆2005年版,第407页。

④ 参见[古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆2005年版,第166页。

⑤ 参见叶志坚:《〈共产党宣言〉与和谐社会构建——重读〈共产党宣言〉的几点认识》,载《中共福建省委党校学报》2007年第1期。何萍:《论构建和谐社会的马克思主义哲学资源》,载《学术月刊》2006年第9期。

间,人和人之间的矛盾的真正解决,是存在和本质、对象化和自我确证、自由和必然、个体和类之间的斗争的真正解决。”^①马克思还认为,共产主义的理想目标就是建立一个既摆脱了人对人的统治,又摆脱了物对人的奴役,扬弃了它们之间的异化和对立的人与人、人与物之间相互统一的和谐社会。^②

对于和谐社会,也有一些社会学家或直接或间接、或系统或零星地描述、阐述过。今天再回过头来重温一下这些观点,可以很清楚地看出:它们都是对和谐社会理论的支撑。这些理论主要有三^③:

(1) 社会均衡论(theory of social equilibrium)

这种理论认为社会生活的现象和结构虽然处在运动之中,但其结构具有相对的稳定性。这种稳定性在社会中形成的一种特定现象,从而使社会体系得以均衡发展。这种理论认为社会是一个自我平衡的系统。在社会系统内部有一套维系、保持、调适和修复社会均衡状态的整合机制。一旦社会系统的某些部分遭到外部或外部力量的破坏而产生失调时,其他部分会自动予以调节并纠正失调,从而使社会系统重新回到均衡状态。这种理论的持有者认为:平衡是社会的常态,变迁是暂时的,变迁最终是为了实现平衡。后来的“社会均衡”者又把均衡分为稳定的均衡和不稳定的均衡两大基本类型。使用“社会均衡”这一概念最为系统的是美国社会学家 T. 帕森斯,影响最大的是 V. 帕累托。

(2) 协和社会论(concord society)

这种理论认为,社会应当是为了共同利益而互相合作、协调行动的社会。该理论由美国人类学家 R. 本尼迪克特在 1941 年讲演时首次提出,由美国人本主义心理学家 A. 马斯洛作了进一步阐述。他们把各种社会视为一个统一的整体,把社会成员之间“协和”的程度作为区别不同社会的尺度,提出了“高协和”社会和“低协和”社会的概念。所谓“高协和”社会,是指人们和睦相处,合作共事,财富的分配大体上是平均的。在“低协和”社会里,人们动辄争斗,彼此仇恨,取得财富的手段是压倒别人,在财富的分配上往往是两极分化。其实,上面提到的帕森斯在阐述其均衡论思想的时候,也有着“协和社会论”思想的表达。在他看来,社会就像是一个由不同零件组成的机器,在机器运作的时候,各个部件发挥着各自不同的作用,也正是它们各自不同的运作才使机器正常地运行。社会也是一样,各组织、各部门在社会中都承担着一定的功能,只有它们协作、分工,社会才能正常地运转下去。

(3) 社会系统论(society system)

① 参见《马克思恩格斯选集》(第 42 卷),人民出版社 1979 年版,第 120 页。

② 参见谭培文:《马克思主义和谐社会的理想与现实的二维解读》,载《湖南工业大学学报》2007 年第 1 期。

③ 参见邓伟志:《论和谐社会》,载《学习时报》2005 年 1 月 3 日。

这种理论认为,人类社会是一个复杂的大系统,相互交叉,彼此渗透,形成错综复杂的网络。社会系统记者认为,最基本的系统是“生产力—生产关系”和“经济基础—上层建筑”。20世纪60年代,美国学者V.贝塔朗菲和巴克莱又把个人或群体为了达到既定的目标,不断调节、校正自己行为的过程,称作“社会系统的反馈过程”。

3. 社会主义和谐文化理念的价值观

奴隶社会、封建社会和资本主义社会都出现过“和谐”这一社会历史现象。历朝历代的“盛世”,就可以说是一种和谐社会。但这样的和谐社会都是“传统的和谐社会”。我们要构建的社会主义和谐社会是“现代的和谐社会”。传统的和谐社会与现代的和谐社会有两个重大区别:一是前者往往以牺牲个人利益来换取社会的和谐局面,后者则是以人为本的社会,能够协调好社会整体利益与个人利益的关系,能够整合好社会各阶层之间的关系,因而能够激发整个社会的活力;二是前者建立在少数群体剥夺多数群体、少数人统治多数人的基础之上,缺乏社会公平和正义,是不能长久的,后者则是建立在社会公平和正义基础上的,具有可持续性。^①

党的十六届四中全会提出构建社会主义和谐社会的重大命题,并明确了“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”的总要求。《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》(简称《构建和谐社会决定》)指出,社会和谐是中国特色社会主义的本质属性,是国家富强、民族振兴、人民幸福的重要保证,是我们党以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,全面贯彻落实科学发展观,从中国特色社会主义事业总体布局和全面建设小康社会全局出发提出的重大战略任务,反映了建设富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家的内在要求,体现了全党全国各族人民的共同愿望。《构建和谐社会决定》围绕建设和谐社会的总要求,从发展社会事业、保障公平正义、建设和谐文化、完善社会管理、增强社会创造力等方面提出了一系列重大举措,明确了构建和谐社会的着力点,进一步丰富了社会主义和谐社会建设的内涵。可以说,构建社会主义和谐社会是我国当前及今后社会建设治理理念的集中表达。

在此基础上,学术界也从不同角度阐述了和谐社会的具体含义。有学者从社会学意义上对和谐社会加以界定,认为和谐社会是一个社会资源兼容共生的社会,是社会结构合理的社会,是行为规范的社会,也是社会运筹得当的社会。“和谐社会”就是说社会系统中的各个部分、各种要素处于一种相互协调的状态。“和谐社会”实际上是一种整体性思考问题的观点,要求我们把工作视野拓展到政治、经济、社会、文化等各个方面,运用政策、法律、经济、行政等多种手段,统筹各种社会资

^① 参见青连斌:《和谐社会中国新主题》,载《北京日报》2005年3月7日。

源,综合解决社会协调发展问题^①。有学者运用系统论的方法描述和谐社会的本质特征,并将和谐社会这种社会系统各个组成部分或者社会体系各个要素相互协调的稳定状态概括为权力的合法性、文化的包容性、社会基础的稳固性、社会成员的流动性等等。^②也有学者指出,和谐社会实质上也是一个民主与善治的社会、秩序与法治的社会、公平与正义的社会、宽容与友善的社会、诚实与信任的社会。^③还有学者认为,和谐社会要求把治国理政的视野,拓展到经济、政治、文化、社会和人的发展的各个方面,同时运用经济的、行政的、法律的、政策的、道德的等各种手段来统筹各种社会资源,综合解决社会协调发展的问题。更有学者从政治发展的角度,分析和谐社会所蕴含着的政治取向的转变,认为这个转变是从人们之间的社会分裂转变为各个社会阶层之间的合作,从社会和国家对人们人格的忽视转变为对人们人格的尊重,从否定传统转变为承认传统,从忽视私人权利转变为肯定和重视私人权利,从单纯的政治管理转变为社会治理。

尽管不同时期对和谐社会的内涵认识不尽相同,但其中包含了许多相同的内容。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。其中,社会结构的稳定合理是基础,社会利益的协调平衡是核心,社会生活的规范有序是保障。在这个意义上,和谐生活既是人与人之间、人与自然之间、人与社会之间的全面和谐,也是一种社会理想、治国方略,还是一种社会运行机制、社会治理系统。

(二)和谐社会的内涵

如果说在传统社会里,人们所谓的和谐是“一种低层次的自在性的统一,其中对立的各种关系尚未经过完全充分的发展”,那么今天倡导的社会主义和谐社会则是“其内蕴的各种矛盾关系充分展开以后经过博弈与均衡所形成的一种高层次的动态、稳定、内生的自为性和谐”^④。

1. 和谐社会是民主法治的社会

社会主义和谐社会最首要的内涵和基本特征中,第一条也是最重要的一条就

^① 参见朱力:《什么是和谐社会》,载《金陵瞭望》2004年11月26日。

^② 参见刘卫平:《和谐社会:系统思维的实践诠释》,载《湖湘论坛》2007年第5期。

^③ 参见俞可平:《社会公平和善治:建设和谐社会的基石》,载《光明日报》2005年3月29日。

^④ 参见李海青:《正义、共识与良序——和谐社会的人学解读》,载《求是》2005年第1期。

是民主法治。“民主是和谐之源,法治是和谐保障。”^①民主法治在和谐社会的全部内涵和基本特征中具有统揽全局、支撑全局的作用,而不仅仅是其中的某一方面、某一部分。和谐社会与法治社会互为表征,只有在一个崇尚民主、奉行法治的社会,构建和谐社会的其他要素才能够得到真正的实现,和谐社会的其他要素特征都包含着对法治的需求和依赖,人与社会、人与自然的许多问题最终都归结于法治问题,需要通过法治来解决。^②

(1) 和谐是法治社会的秩序和目标

法治,即法律主治,是一种贯彻法律至上、严格依法办事的治国原则和方式。它要求整个国家以及社会都要以法律为管理国家、治理社会的最高权威。法治以法律的规范性、强制性为特点,通过立法和法律实施等活动,调整社会关系,平衡社会利益。

传统中国的法,几乎都是将和谐作为价值追求的首要目标。法律的基本功能,就在于排除有损于和谐社会关系的种种威胁,扫清迈向和谐社会路途中的种种障碍。法以和谐作为基本的价值,是中国传统文化在法律领域内的集中体现。在传统中国人或中国社会看来,法的理想就是要实现人与人、人与自然之间的和谐。所谓“大同社会”,其实就是依赖于道德的宣扬与教化,依赖于礼仪的示范和遵守,通过法律的方式予以惩戒或救济,实现无争无讼的和谐社会。成熟的市场经济体制必须具备及时解决纠纷的机制和功能,以确保交易安全,稳定社会关系,实现社会的公平正义。

法治不仅是一种现代社会治理的理念,也是由具体的制度、实践、观念、法律意识、社会关系构成的社会体制。同时,法治又通过这些理念和制度达到理想目的和社会秩序,在这个意义上,法治既是形成法治秩序的手段,也是借这些手段实现的一种社会治理结果。法治的理想应是建立一个和谐的社会,社会和谐是法治所追求的秩序和目标,这种和谐是有序、稳定和合理的,同时充满了差异、分歧、矛盾、活力和发展的契机。在法治进程中,尽管传统文化仍然会在具体的制度设计、途径的选择和社会主体定性上产生潜移默化的影响,但其不应成为中国人实现法治精神和实践的障碍。

(2) 法治是构建和谐社会的前提

“法治社会”与“和谐社会”都是对一定社会所具有的特征的描述。“法治社会”

^① 参见虞云耀:《民主法治与构建社会主义和谐社会》,十届全国人大常委会法制讲座第十五讲讲稿, <http://npc.people.com.cn/GB/15097/3679341.html>, 访问日期:2008年11月8日。

^② 参见张文显:《加强法治,促进和谐——论法治在构建社会主义和谐社会中的地位和作用》,载《法制与社会发展》2007年第1期。

与“和谐社会”具有内在的关联性,但因其预设背景、运作规范、人性的假定及价值的取向上各有不同,因而二者之间并非完全同质^①。

从价值层面来说,和谐社会与法治社会的价值范畴是互相关联的,法治是和谐的前提。法治维系的秩序是和谐社会的存在基础,法治的人权观念是和谐社会的权利基础,法治的正义观念是和谐社会的价值基础。

从制度层面来说,在我国当前历史条件下,和谐社会是不能脱离法治的和谐,是法治背景下的和谐,只有不断完善各项法律制度,建立良好的法治基础,积极推动社会主义国家法治建设,才能从根本上构建社会主义和谐社会。构建和谐社会,在法律上要求:一方面,要解决法律体系内部不协调的问题,使其成为一个部门齐全、结构严谨、程序合理、完整统一的有机整体^②;另一方面,就是法律法规的制定和实施,要体现对个人意志、利益和选择权利的充分尊重,对个人自主性和独立性的充分保障。

(3) 和谐社会对法律的制度需求

法律在构建法治社会、和谐社会中的立法方式与 20 世纪 60 年代和 70 年代的“第一法律和发展运动”所倡导的集中立法形成鲜明对照(Seidman, 1978; Galanter, 1974; Trubek, 1972)。“第一法律和发展运动”发起了一个全面的立法改革项目,该项目涵盖了从世界范围内移植过来的法律的公共和私人纬度的现代化。

的确,许多发展中国家原始的法律框架都是从欧洲移植过来的。几个世纪以来,欧洲人主要依赖在罗马法和后来的欧洲民法的框架下实现的自下而上的立法,以及在商法的框架下实现的私人部门立法。但是 18 世纪的启蒙运动带来了巨大变化(启蒙运动是 18 世纪的一个哲学运动,它强调运用理智来审视先前被接受了的信条和传统,该运动带来了许多人道主义改革——译者注)。旧秩序中的律师和法官被认为是君主政体的化身。当时占支配地位的、被夸大的理性主义认为——正如梅利曼(Merryman, 1985, 28)所言——取消一项法令就可以抹掉历史。法国和欧洲其他国家的革命者希望,未来的议会在制定所有法律的时候,都应该基于这样一个假定,即议会是社会意愿的制度形式,从而实现一个更美好、更繁荣的社会的最好机制。这些法律行为清晰、连贯、完整,普通人也可以理解从而在他们自己的生活中应用。法官可以选择手边法典的适用条款来应用法律;他们不能解释法律,从而不能介绍过去的理念和做法(Merryman, 1985; North and Weingast, 1989)。具有讽刺意味的是,这种集权式的立法降低了公众的参与。这种自上而下

^① 参见胡玉鸿:《法治社会与和谐社会:能否共存及何以共存?》,载《法治研究》2007 年第 1 期。

^② 参见 2005 年 7 月 16、18 日在河北大学举行的“和谐社会与宪政建设”研讨会简讯,载《法学》2005 年第 8 期。