



余论 民事诉讼率调节的 公共政策考量

一、对诉讼的不同评价

前一章在讨论诉讼率将来的变化趋势时提到，尽管社会发展导致的社会环境变化对诉讼率具有重大的影响，但是诉讼率的变化不仅仅是被动的回应，我们还可以通过政策和制度上的主观努力，在一定的范围内修正诉讼率的水平。由于这种可能性的存在，所以就有一个如何进行公共政策考量来调节诉讼率水平的问题。如果我们欲通过制度和政策的调整来改变诉讼的数量，那么我们必须先回答一个问题：什么样的诉讼率水平是可欲的？这个问题又取

决于对另外一个问题的回答：如何评价诉讼？^①

一种具有广泛影响的观点是将诉讼和权利联系起来：诉讼就是主张权利、维护权利，积极利用诉讼就是具有权利意识的体现。又由于权利价值的普世性，持这种观点的人们鲜明地主张诉讼、维护诉讼。这种观点的最著名的表达，要数德国法学家耶林的《为权利而斗争》了。在这部经典的著作中，耶林雄辩地论证了“为权利而斗争”的必要性，而在私法领域，斗争的方式主要就是诉讼。他说，原告为保卫其权利免遭卑劣的蔑视而进行诉讼的目的，并不在于微不足取的标的物，而是为了主张人格本身及其法感情这一理想目的，与这一目的相比，诉讼所带来的一切牺牲和劳神对权利人而言，通通无足挂齿——目的补偿了手段。他还说，为权利而斗争（诉讼）是对自己的义务，若无权利，人将归于牲畜，主张权利是精神上的自我保护，放弃权利则是精神上的自杀。同时，主张权利（诉讼）还是对社会的义务，因为主张权利的人就是在自己的权利这一狭小的范围内，维护法本身；在社会利益上，每个人都是为权利而斗争的天生的斗士。^②然而，耶林之所以动情地为诉讼辩护，说明当时存在相反的观点，即认为诉讼是贪欲，是斤斤计较，是道德低下。在《威尼斯商人》中作者对夏洛克的评价可以说就是这种观点的一个代表。

在美国历史上，人们对诉讼的态度也是几经转变，歧见纷呈。在普通法的传统上，诉讼最初被视为一种恶，最多是一种必须的恶（a

^① 在讨论这个问题之前，需要说明的是，本书是一篇法社会学研究，正如我在第一章“方法与资料”一节中所阐明的，严格区分价值与事实并只对事实问题进行描述和解释是这种研究的一个基本立场，但是本章的讨论可能要背离这一立场，因为这里的讨论涉及公共政策的决策问题，这一问题已经超出了单纯的描述与解释，而且不可避免地要渗入本人的价值立场。但是，这一问题的讨论本身又是必要的，对于这种必要性，我要再次提到马克思的教导：“哲学家们只是用不同的方式解释世界，问题在于改变世界。”（《马克思恩格斯选集》，北京，人民出版社，1995。）为了“改变世界”，推进制度与政策的合理化，我打算对这一问题作一个扼要的讨论，也希望通过这里的讨论来突显前面的描述和解释的现实意义。但是为了协调本书研究的基本立场，我将这部分作为论文的“余论”，算是本书的基本任务的扩展和延伸。

^② 参见[德]鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，胡宝海译，载梁慧星主编：《为权利而斗争——现代世界法学名著集》，9、11、12、28、29页，北京，中国法制出版社，2000。

necessary evil)。^① 在 1938 年《联邦民事诉讼规则》制定以前，美国大约半数的州、一半的人口适用的是费尔德法典，该法典的制定本着这样的精神：

……人应当尽可能多地受到保护，以对抗不实的指控……总体而言，诉讼是不利于社会的。它需要配置大量公共人员；需要公民的参与，无论是作为陪审员抑或是作为证人，从而有碍公民自己的事务。结果，在轻率或虚构的诉讼得以续行以前设置审查，至少，如同我们所设计的那样，看来是最为适当的。^②

但是，1938 年的《联邦民事诉讼规则》放宽了起诉的条件，这表明诉讼是一种恶的观念在淡化。20 世纪 60 年代以来，伴随着风起云涌的民权运动的发展，与之相对的另外一种观念在生长，那就是强调权利的保护，认为“诉讼应该被视为不仅是用于分清两个有争议的私权的界限，而且是为了解放那些权利遭到无理践踏的人们的战斗”^③。这种观念的发展在 1977 年达到了顶点，那一年联邦最高法院以 5 比 4 通过决定，赞同诉讼不再是一种恶。^④ 在这种观念之下，诉讼不再是一种恶，而且是一种道德义务，律师挑起诉讼的行为也成了值得鼓励的公共事业。^⑤

自 20 世纪 70 年代后期以来，随着诉讼数量的增长，支持和鼓励诉讼的观念开始受到人们的批评，这些批评列数了美国民众好讼的 (litigious) 品质及其导致的诉讼增长带来的种种危害：它浪费了人们的时间和经历，耗费了不必要的社会财富；它使得诚实正直的人们受到侵扰，不负责任的行为得到犒劳；它撕裂了人类生活中最敏感、最复杂的关系，比如父子关系、医疗关系等，把亲密和亲情转化为仇恨与疏远；它阻碍了技术创新，增加了商业成本，降低了美国公司的国际竞争能力；它增加了法院的负

^① See Walter Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, published by the Penguin Group, p. 2.

^② [美] 史蒂文·苏本等：《美国民事诉讼的真谛》，蔡彦敏等译，61~62 页，北京，法律出版社，2002。

^③ Walter Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, published by the Penguin Group, p. 52-53.

^{④⑤} See Walter Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, published by the Penguin Group, pp. 5, 35.

担，使得现行的司法制度无法正常运转；等等。^① 与此相反，另外一些学者则反对这种看法。他们认为，通过统计数据的深入分析和国际对比，并不能说明美国存在“好讼”的性质或存在诉讼爆炸；虽然总体上案件有所增长，但是其中有相当一部分是非竞争性案件（uncontested cases），绝大多数案件是和解结案的；在侵权案件中，美国虽然存在较大的司法开支，但是因此减少了社会的其他控制手段，比如行政手段的开支；关于产品责任风险降低了美国公司的国际竞争力的论断并没有统计数据的支持，相反，有证据表明，这使得人们更愿意购买美国的产品；调查的数据表明，一般公众希望有更多的、更便利的司法救济渠道。^②

在我国，理论上对诉讼也存在着不同的评价。在我国传统上，一般认为主流的意识形态是完全否认诉讼的价值的。作为传统的官方意识形态的儒家哲学是极力贬抑讼争的，这种意识形态背后的认识论是，“争”乃恶之道、乱之源，必须防杜。而“讼”是“争”的发展结果和高级阶段，自然也是应当被防范的。在我国当前的制度和政策制定中，应该说，这种观念还有着深厚的影响。

另外，在毛泽东有关矛盾的哲学思想的指导下，新中国成立以来以来的制度和政策体现着一种对矛盾和纠纷的独特理解。日本学者高见泽磨在《现代中国的纠纷与法》一书中对这种理解有专门而独到的分析。他说，中国人认为纠纷来源于矛盾，矛盾是不断转化的，根据矛盾性质的不同，纠纷可以划分为不同的形态。由于矛盾是转化的，所以纠纷也处在不断的转化之中，如果处理不好，普通的民事纠纷可能转化为严重的刑事案件，可能导致械斗、流血、自杀等严重危害社会安定的事件。在这种观念中，诉讼是纠纷的一种形态，是矛盾没有在萌芽阶段得到有效化解的结果，因此可以推断，诉讼不是一种可欲的事件。^③

① See Walter Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, published by the Penguin Group, p. 2; Marc S. Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and don't Know (and Think We Know) about Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. Rev. 4.

② See Marc Galanter, *Real World Torts: An Antidote To Anecdote*, 55 Md. L. Rev. 1093.

③ 参见 [日] 高见泽磨：《现代中国的纠纷与法》，何勤华等译，北京，法律出版社，2003。

但是，自 20 世纪 80 年代后期以来，伴随着“权利本位”、“权利神圣”等意识形态的流行，人们逐步将权利和诉讼联系甚至等同起来，道德上对诉讼的评价也因此逐步提升。我们看到，秋菊打官司一度成为出现频率极高的话语，媒体上对于那些五分钱官司、两毛钱官司，也多持赞誉的态度。在很多文献中，比如《中国法律年鉴》以及理论文章等，也将诉讼率上升视为受害人权利意识在增长，视为公共权力对弱者的救济。总之，诉讼一度因作为“为权利而斗争”的手段而获得了道德上的正当性。但是这种观念或者思潮在本世纪以来，受到了一些学者的批评，政策上也开始强调化解矛盾和维护稳定的重要性。

上述简要的介绍表明，在不同的时代、不同的社会环境中，以及其中具有不同立场的人们，对诉讼以及诉讼率的水平和变化的评价是不一样的。正是这些不同的评价，导致了不同时代、不同国家的人们采取了形式多样的制度和政策，或者抑制诉讼，或者促进诉讼。我国当前处于全面的社会转型时期，包括纠纷解决在内的各项制度和政策面临着重大调整的要求和契机，因此，如何结合当下的特殊环境和特殊任务对诉讼作出相应的评价，是制度和政策调整的前提和要求。

二、诉讼的利弊分析

对诉讼的不同评价，是以对诉讼后果的不同认识为基础的。而多种评价同时存在，说明诉讼可能产生多方面的后果，因此，要正确评价诉讼，就需要对诉讼多方面的后果进行描述和分析。结合诉讼的性质和功能以及人们关于诉讼的不同评价来看，诉讼的利弊主要体现为三对矛盾的范畴之间的关系，即：个人主义与社会秩序，国家与市民社会，法治与效率。接下来，我就分别从这三个方面对诉讼进行一个初步的价值分析。

（一）社会秩序与个人主义

人们对诉讼的评价是针对诉讼的各项特征而言的，所以，要讨论诉讼的利弊，首先需要分析诉讼的特征。诉讼的首要特征，体现为关于民事权益的争议。这一特征又包括两层含义：一是诉讼是一种以特定形式进行的争议，这种争议意味着争议双方没有忍让、妥协，意味着关系出现裂痕、

秩序受到破坏。二是争议的起因是民事权益，这在我国古代文献中被称为“利”，和“义”相对。由于是和“利”联系起来的，所以诉讼通常也就意味着“计较”。

由于诉讼具有这样一种特征，所以人们在评价诉讼时，通常就和社会秩序的维护、权利意识、主体意识等问题联系起来。在前现代社会中，普遍存在一种倾向，就是限制个人对利益的诉求，强调家庭、家族、社区等共同体的和谐关系与稳定秩序。在中国古代的认识论中，“利”和“争”是破坏社会秩序的，“争”乃恶之道、乱之源，所以要贬低“利”，反对“争”。由此可见，诉讼不是作为诉讼本身被反对的，而是因为诉讼体现了贪利和好争的品质，而这种品质破坏了社会的和谐、稳定与秩序，所以要反对诉讼。^①和诉讼一起遭到否定性评价的，还有其他方式的利益计较和利益争夺，商业、手工业地位的低下就是这种认识论的逻辑后果。

在现代社会中，“利”和“争”逐步得到了肯定性的评价，这种肯定在古典自然法学中有充分的体现，而耶林的《为权利而斗争》将这种评价提高到了极至。但是，这种态度的转变，并非关于权利与秩序的关系的认识论有了本质上的转变，而是因为个人主义的发展，导致个人的“利”和“争”成为具有某种先验属性的价值，为了维护这种价值，不惜破坏社会的和谐与稳定。从实际的结果来看，个人主义确实为此付出了代价。在整个欧洲的19世纪，“上帝死了”，个人主义不断发展，一切价值被“重估”，传统秩序分崩离析，社会动荡不安，人们悲观失望。正是在这种背景下，涂尔干开始了他的经典著作《社会分工论》和《自杀论》的研究，提出了“失范”这个概念；康德、黑格尔、马克思、韦伯等思想家也都从不同角度深切地关注着人类未来的命运。当然，联系到本书的主题，这种代价的另一个表现就是诉讼率不断增长。

但是，社会的进一步发展表明，个人主义和社会秩序之间并不是不可调和的。在发达的资本主义国家，我们看到，尽管权利和诉讼被肯定甚至被鼓励，但是社会的稳定和秩序依然能够得到较好的维持（当然问题也是存在的）。个人主义和社会秩序得到了较好的统一，并不意味着前现代社会中的认识论错了，而是社会条件发生了变化。一个变化是，尽管特殊主义和集体意识在逐步衰落，但是个人主义价值观却在逐步发展，普遍主义

^① 参见本书第二章第三节的讨论。

的法律规则在逐步建立和完善，社会在另一个层次上得到了整合，涂尔干所讲的有机团结取代了机械团结、职业道德取代了集体意识，韦伯所讲的普遍主义取代了特殊主义、法理型权威取代了魅力型或者传统型权威，帕森斯所讲的五组模式变量的转换等，指的就是这种社会整合的特点。另一个变化是吉登斯所描述的，虽然人们从集体意识中解放了出来，社会逐步原子化和陌生化，但是工业革命带来了信息技术的发展，社会监控手段越来越发达，社会管理者（公共权力）有能力维护以“国家—公民”二元结构为特征的社会的稳定和秩序。^①

个人主义和社会秩序获得统一的可能性尽管存在，但是由集体意识向个人主义转变的过程中的阵痛仍是不可避免的，因为以一种新型的、普遍主义的价值体系重新完成社会整合需要一个过程，而在这个过程中，原有的价值体系逐步瓦解，以至难以承担维系社会团结的任务；发达的监控手段的使用如何和个人主义的国家观协调起来等，也需要一个长期的试错过程。强调这一点对于我国当前的公共政策考量尤其具有重要的意义，因为我国目前正处在这样的一个社会转型时期。马克思曾说，社会……规律……既不能跳过也不能用法令取消它自然的发展阶段。但是它能缩短和减轻分娩的痛苦。^② 如何“缩短和减轻分娩的痛苦”，也许就是我国当前公共政策所要努力的方向。

（二）国家与市民社会

诉讼的另一个特征是，诉讼是由第三方通过强制性的裁决来解决争议的，这种强制性包括程序上的强制性和实体处理上的强制性。这一特征意味着三层含义：一是双方当事人不能通过合意解决争议，而从博弈论的角度看，合意的方式对双方来说，都实现了最优战略的选择。因此，第二层含义是，诉讼的结果通常不能使双方都满意，所以强制性成为这种纠纷解决方式的必要条件。三是由于强制性成为必要条件，所以必须赋予第三方很大的权力，这种权力即审判权，第三方即代表公共权力的法院或者法官。

^① 参见 [英] 安东尼·吉登斯：《民族—国家与暴力》，北京，三联书店，1998。

^② 参见《马克思恩格斯全集》，第23卷，11页，北京，人民出版社，1972。



为了使讨论更具有操作性，我这里将讨论置于这样的语境中进行：社会呈现为国家、集体和个人的三元结构；和这种结构相对应，社会权力（广义）呈现为公共权力—社会权力—合意这样的三元结构；诉讼体现了这三种主体和三种权力之间的互动关系。在这样的语境中，可以通过一个案例来描述诉讼的上述特征。假定张三和李四同属于一个集体，这个集体可以是一个社区、一个家庭、一个宗族、一个商业联盟，等等，如果张三和李四之间产生纠纷，并将纠纷提交给法院解决，这一事件意味着一系列的后果：第一，这意味着张三和李四通过合意解决纠纷失败；第二，这意味着张三和李四所在的集体无法解决纠纷，无力维持本集体的和谐与秩序；第三，这意味着张三和李四以公民的身份直接面对国家，在国家—公民这样的二元结构中互动；第四，国家将以普遍主义的法律规则来处理纠纷，张三和李四在集体中的人格和情感关系将被法律规则排除在外；第五，通过纠纷的处理，法律规则得以实现，普遍主义的社会秩序得以维护，但是由于这种处理不是基于合意，所以处理结果很难同时使双方满意，由于诉讼需要更大的交易成本，双方的总收益没有实现最大化。

那么如何基于这种特征来评价诉讼的利弊呢？首先，诉讼意味着双方当事人横向的、相互的交涉失败，这种失败的原因是多方面的，比如缺乏诚信、缺乏对话和沟通机制、集体组织受到破坏、集体权威受到削弱，等等，转而求助于国家。在诉讼过程中，双方是分别和国家进行互动的，证据的提出、法庭的辩论，等等，都是把法官当成倾听者，而不是向对方陈述。因此，诉讼规模的扩大，可能导致弱化人们横向的交往、合作和互助的能力，形成彼此之间的畏惧和不信任。当然，也可能反过来，诉讼规模扩大是结果，后者是原因。布莱克曾经通过一个案例描述过这种状态，称这是对法律的沉湎。1964年，纽约市的一名年轻女子凯蒂·吉诺维斯在她的公寓楼附近遭受一名歹徒的攻击和强奸。事发当时，她的38位邻居没有一位出来干预，其中有的竟然亮着灯在窗口袖手旁观。当警察赶到时，吉诺维斯已经死亡。事后，吉诺维斯的邻居解释说，他们本以为早就有人给警察局打了电话。事实上，案件发生时确实有人给警察局打了电话，但那时已经于事无补了。据说该歹徒在行凶过程中不时张望，生恐有人干预，而且，只要有人哪怕敲一敲窗子或者开一开门，他就会放弃。但

是，始终没有人这么做。^① 本案反映了沉湎于法律的社会的一种通病，布莱克称之为“吉诺维斯综合症”（Kitty Genovese Syndrome）。这类案件在我国也多次见诸报端，这一点从以下几个报道的标题就可以说明：《镇海轮渡口一病妇跳海 百人观望竟无人相救》^②，《一女投水近百市民漠然旁观 新华社记者英勇救人》^③，《莫让“见死不救”成常态》。^④ 但要说明的是，我国的情况不是由于诉讼过多导致的，而是由于公共权力一度深入社会的每个角落，损害了社会成员之间自发形成的合作和互助机制。或者说，我国是通过行政的方式实现了个人和国家的直接面对和垂直互动。

其次，诉讼意味着公共权力对私人关系的介入。私人关系有多种类型，比如商业关系、家庭关系、亲戚关系、邻里关系，等等，争议原因可能是金钱方面的，也可能是感情方面的。如果起诉，就需要将案情详细地介绍给审判者，让审判者介入到当事人的关系中来。如果诉讼的领域过度扩张，就可能导致公共权力对私人空间的侵害和挤压，至少可能带来这样的风险，从而带来法治的危机。^⑤ 我们知道，法治是法律、公共权力和个人之间维持的某种平衡，为了维护这种平衡，法治的治理模式中通过一些技术手段，比如公法与私法的划分、隐私权等，划定了公共权力行使的界线。^⑥ 但是，诉讼领域的扩张，可能使公共权力突破这种界线，挤压市民社会的自治空间，破坏国家与市民社会之间的力量平衡，导致法治危机。

前面提到的两点，可以认为是诉讼的“弊”，但是相比和解与集体调

① 参见 [美] 唐·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，84~88页，北京，法律出版社，2002。

② 参见刘向红、赵颖硕：《镇海轮渡口一病妇跳海 百人观望竟无人相救》，载《现代金报》，2004-04-15。

③ 参见禹志明：《一女投水近百市民漠然旁观 新华社记者英勇救人》，载新华网，2004-02-14。

④ 参见周东飞：《莫让“见死不救”成常态》，载《江南时报》，2003-07-14。

⑤ See Sally Engel Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans*, Chicago: Univ. of Chicago Press (1990), pp. 181-182.

⑥ 参见 [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，233页，北京，中国政法大学出版社，1999。

处，诉讼也有积极的一面。首先，诉讼有利于维护个人的权利。这种维护可以通过多种渠道实现：一种是通过诉讼解决了个案，使得个案中受到损害的权利得到救济，被损害的法律秩序得以恢复；另一种是诉讼的终局性、排他性和强制性，使得诉诸诉讼成为可置信的威慑，法律的要求在谈判中成为有效的筹码，从而实现法律对社会关系的影响。于后一种情况，诉讼虽然只是被威胁使用，但是要使这种威胁有效，必须使诉讼成为易获得的（accessible）；而要使诉讼是易获得的，就必须在道德上肯定诉讼的正当性，同时在制度设置上使诉讼便利可用。当然，在诉讼不易获得（inaccessible）的情况下，和解也可能达成，但这是以权力弱小的一方作出较大的让步来实现的，换言之，是以损害权利为代价来实现的。费思（Owen M. Fiss）在其著名的论文《反对和解》中提到，财富的不平等可能在三种情况下影响和解的结果：一是贫穷的当事人无力收集和分析有关的信息以预测审判的结果；二是贫穷的当事人可能急需用钱而被迫和解；三是贫穷的当事人可能因为无钱起诉而和解。总之，和解通常是基于权力的不平衡而达致的强迫同意，实现的正义极其有限。^① 另外，一些学者特别强调调解对于维护妇女、少数民族等弱势群体的权利十分不利。^②

其次，诉讼的过程和结果使得法律规则中抽象的权利义务规定得以通过具体生动的形式向社会昭示出来，便于人们理解和遵守，维护和促进实体私法体系的实现。而这一作用的意义，对于发达的现代社会来说，是无论如何都不能低估的。在韦伯的理论中，正是这种作用形成了以法律规则为依据的、普遍的、统一的社会秩序，这种秩序有助于人们进行可核算的投资，进行长期的经营和规划，从而使商品生产得以蓬勃发展。^③ 我国当前正处在统一市场的建立和完善阶段，普遍主义法律秩序的建立意义尤其重大。但是考虑到诉讼规模的扩大将带来前面提到的各种负面效果，所以，如何处理诉讼扩张的速度和范围可能是公共政策上需要着力权衡的地方。

^① See Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 Yale L. J. 1073.

^② 参见 [美] 史蒂文·苏本等：《美国民事诉讼的真谛》，蔡彦敏等译，221页，北京，法律出版社，2002。

^③ 参见 [德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》（下），林荣远译，1~216页，北京，商务印书馆，1998。

(三) 法治与效率

诉讼还程度不同地具有依法裁判和程序公正的特征。这个特征来源于诉讼的两个目的：一是因为审判权是一种很大的权力，为了防止这种权力被恣意行使，就需要通过严格的依法裁判和刚性的诉讼程序来限制法官的自由裁量权；二是要使强制性的裁判获得正当性的支持，也需要依法裁判和程序公正，当然其前提是法律是已获得正当性支持的普遍性规则，程序是符合当时人们所信奉的公正观念的纠纷处理方式。

诉讼的这种特征是法治的要求，严格贯彻这种要求是防止司法权力异化、维护个人权利的必要条件。但是，这种特征同时也是诉讼的局限性，是法治的局限性。关于这种特征体现了法治原则的要求这一点，目前的研究和论述已经很多，而且已不存在原则性的争议。我这里打算讨论后一方面，即诉讼因为贯彻依法裁判和程序公正而具有局限性。

首先，实行依法裁判限制了诉讼的范围。由于法律是通过权利和义务的技术来安排人们之间的关系的，所以如果诉讼要依法进行，就必须运用权利、义务的话语进行活动。然而实际生活中的纠纷并不是以权利、义务的形态存在的，所以要使得一件纠纷进行诉讼处理成为可能，就必须将生活中的事实“翻译”为法律上的事实，或者说将生活中的关系和事实贴上法律上的权利和义务的标签，这个过程被学者们称为“命名”(naming)。在第三章中，我曾讨论过命名问题，指出各方为了使案件的处理朝着有利于自己的方向发展而如何在命名问题上展开竞争的情况。我这里要在另一个方面进行讨论，就是命名过程的存在，使得诉讼本身具有了局限性。这种局限性首先体现为，命名使得诉讼活动专门化、技术化了。因为命名需要专门的经验、知识和技术，普通民众难以直接利用。由此导致的结果是，一方面，诉讼将增加活动成本；另一方面，可能出现代理人主导诉讼的情况。再有一个结果是，这种知识的需要，可能导致诉讼中的实质不平等，因为人们所实际拥有的知识状况的差别可能是很大的。^①

命名的另一个结果是，“翻译”可能完全扭曲纠纷本身，使得诉讼的处理无法解决实际问题。一个发生于实际生活中的纠纷通常是非常复杂的，对于当事人来说，纠纷中的每一个细节都是有意义的，但是翻译的过

^① See Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *Law & Society Rev* (1974), pp. 95-160.

程却是一个“瘦身” (narrowed) 的过程, 纠纷中的许多细节可能都被视为在法律中没有意义而被舍弃了, 以致最后“翻译”的纠纷已经不是当事人能够认可的纠纷了, 在这种情况下就可能出现法官所审的和当事人所争的不是一码事的情形。在初级关系下发生的矛盾中, 这种情形比较普遍。比如家庭纠纷和邻里纠纷, 在很多情况下, 双方的争议可能在法律上没有对应的权利、义务, 翻译根本就无法完成, 但是问题 (grievance) 又确实存在。有时起诉的问题仅仅是导火线, 是骆驼背上一根草, 而真正的问题可能是长期以来的积怨, 可能是错综复杂的, 而这些积怨因为无法命名而在“翻译”过程中被舍弃了。如果法庭仅仅对那根“导火线”作出裁判, 那就不会触及真正的矛盾, 问题当然也就不会真正得到解决。比如说, 邻居 A 将邻居 B 告上法庭, 数落 B: 第一, 去年借我 100 元钱未还; 第二, 上个月弄坏了我家的椅子; 第三, 曾答应教我弹吉他, 可是不兑现; 第四, 昨天踢了我一脚。对这些问题, 法官会要求原告分开起诉, 有些事件还是不能受理的, 但是对原告来说, 这些事情只有合起来才是有意义的, 如果分开, 任何一件事情都没有意义。

对于这种翻译上的困难, 苏力教授曾经在《送法下乡》中进行了讨论, 并分析了几个很有典型意义的实例, 比如说, 秋菊的“说法”、“不能往那个地方踢”等在法律上很难翻译, 因此很难给予救济, 当真正把村干部抓起来时, 这又不是秋菊的真正所愿。还有一个案例是, 一个老太太起诉和儿子脱离母子关系又不愿意起诉儿子虐待罪, 这个要求也让法律很为难。在对一起耕牛纠纷案件的分析中, 苏力教授对法官如何将生活中的事实“搭伙”裁剪为 (narrowing, naming) 法律中的“合伙”进行了深入、细致的分析。苏力教授将这种困难归咎为法律移植, 认为正是因为移植而来的法律概念体系本土化程度不够, 使得中国基层和乡土社会中大量的纠纷很难翻译为法律问题。苏力教授的分析是精辟和独到的, 我想进一步指出的是, 这种困难的根源并非法律移植, 而是法治的治理模式, 法律移植只不过加剧了这种困难的程度而已。因为这种困难不只是在我们这种大兴法律移植的、后发的非西方国家中存在, 即使是在当前的法律概念体系生长之地的西方国家也是存在的, 而且不见得就比我国更容易克服。对此, 前面提到的富勒的研究可以说是从理论上解释了这种困难的根源, 而法人类学家 Merry 则通过社区研究方法从经验证实了这种困难的存在及其严重性。Merry 在其著作中通过大量案例说明, 当人们把大量的家庭纠纷、

邻里纠纷、感情伤害等提交法院要求权利救济时，得到的常常是令人沮丧的结果，因为他的证据不符合法定的格式，或者是他的要求没有对应的权利类型，或者他的指控仅仅是导火线因而离开了社会关系的整个发展过程就没有实际意义，等等。^①

诉讼的裁判之所以要用法律上的权利义务来表达，富勒解释道，是因为司法行为的判断和其他类型的判断（比如投票、行政行为、合同行为等）不同，司法上要使自己的判断获得正当性，就必须具有高度合理性的理由，这种理由不能是他自己的偏好，不能是他的感觉，他必须诉诸外部的、可见的、当事人双方都能够接受的理由，而这种理由只能是法律。如果一个案件只涉及某个权利是否存在或者侵权行为是否存在的判断，那么，只需要用 yes 或 no 来回答就可以了，或者利用 all or nothing（非黑即白）的形式作出判断即可，那么通过诉讼来解决是比较容易的，法官也很容易利用权利、义务的话语来说明自己判断的理由。但是，如果一个事件中包含着多组权利义务关系，法官需要对这些权利义务关系进行综合，那么法官就会感到非常困难。富勒把这种问题称为“多中心问题”（polycentric problem）。富勒举了很多这样的例子，比如，纽约一位富有的女士去世后留下了丰富多样的藏画，按照她的遗嘱，这些藏画将由城市博物馆和国家美术馆平均分配。然而承担这个分配任务的法官实际上是无法完成的，因为一幅画的处置同时涉及另一幅画的处置，法官无法用外在的、双方能够接受的理由来解释自己的判断。^②

其次，程序公正也是诉讼的一个局限性。这种局限性主要体现在诉讼成本上。为了保证程序上的公正，法官必须是中立的、尽可能消极的，当事人双方通过证据提交和辩论来展示案情。但是，这个过程的成本却是比较昂贵的。第一，法官消极中立以及诉讼所特有的技术性，使得当事人通常需要聘请律师作代理人，所以需要承担律师费用。第二，由于诉讼需要再现过去的事实，这个工作通常并不容易。第三，前一个困难又因为诉讼

^① See Sally Engel Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans*, Chicago: Univ. of Chicago Press (1990), pp. 95-96.

^② See Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev., pp. 353-409.



中利益的对抗性而变得更加复杂，诉讼在某种意义上是一种竞赛，双方的对抗使得问题的证明变得复杂。总之，在现代社会中，诉讼是最昂贵的一种纠纷解决方式，就是因为诉讼要按照法治的原则追求最公正的结果。这里所说的昂贵，是就诉讼的总成本而言的，并不因为国家和当事人之间分担比例的不同而受到影响。但是，这里所说的最昂贵，是就成本而言，并不包含成本和收益的比例。也就是说，诉讼的昂贵并不能得出诉讼是最没有效益的纠纷解决方式这一结论。原因是诉讼的产出是很难界定的。首先，对当事人来说，他从诉讼中得到的收益使他遭受侵害的权利得到救济，这种救济又包括两个方面：一是获得经济补偿，二是我在前面讨论过的“法感情”伤害得到抚慰。其次，诉讼活动的收益还具有外部性，体现为促进实体的私法体系的实现，形成稳定、统一的法律秩序。诉诸诉讼的威慑使得和解得以实现，也属于这种外部性的效果。由于存在外部性，所以各国公共财政都承担着一定的诉讼成本，尽管比例不一。但是，无论是诉讼收益的内部性还是外部性，都是难以量化的，而且它们本身又是不断变化的，尤其是诉讼的外部性，在不同的社会条件下其意义是不一样的。考虑到上述因素，在一般的意义上，我们可以说诉讼案件的单位成本是最昂贵的，但是不能说诉讼是最没有效益的。当然，这不排除在某个特定的环境中作出这种判断的可能性。

三、民事诉讼率调节的基本政策

讨论了诉讼的利弊，接下来的问题是如何基于这种利弊的认识确定公共政策考量的原则，发挥制度和政策在诉讼率调节方面的主观能动作用。不过，前面的讨论说明，这个问题并没有简单的答案。公共政策的制定需要综合考虑上述各个方面的利弊，同时还需要不断地试错，不断地根据当时的情势进行微调。鉴于这种情况，我这里只是原则性地阐述一下我的看法。

首先，诉讼（司法）的易获得性（accessibility）应当加强。要实现这一点，可以考虑在执行难、诉讼成本分担、法律援助等方面下工夫，同时需要继续在道德上肯定诉讼的正当性。之所以提出这一点，是因为首先，权利意识和个人主义的发展具有不可逆转的趋势，我本人是不相信通

过道德说教能够让人们退回到前现代时期的集体意识中去的。其次，权利和诉讼在当下仍然是强劲的话语，可疏而不可堵，只有加强权利救济的可获得性，才能增强公共权力的正当性。尽管存在滥用诉权的个案，但是总体而言，社会上的权利救济却是不足的。对于这一点我在本书中已有分析。民工通过跳楼来索要工钱、上访人数居高不下等现象也说明了这一点。再次，加强权利救济也是发展市场经济、加入 WTO 的要求，如果诉讼的威胁是不可置信的，经营活动实际上就很难进行。第四，即使强调诉讼外的纠纷解决，没有事实上的可以自由行使的诉权，这种解决也是很难实现的；即使能够实现，也是以受害者作出很大让步为代价的。最后，只有加强诉讼救济的可获得性，才能使审判权真正为国家所垄断。尽管有学者不赞成国家过度垄断社会权力，但是建立行动能力较强的主权国家毕竟是我国现代化进程的主要任务之一。^①

加强诉讼的可获得性的建设，必然带来诉讼率的增长和案件负担的加重，以及公共财政支出的增加，这或许是一些学者所担心的。但是如果同时加强各类 ADR 的建设，这里所担心的问题或许就不会出现。如果诉讼是充分有效的，那么借助诉讼威胁这个筹码，ADR 解决纠纷的能力就会大幅度增强；反过来，ADR 分流了大量的纠纷，也有助于增进诉讼的可获得性。这种互动关系实现了范愉教授所说的法治的可持续发展。^② 此外，ADR 的建设还可以避免前面提到的诉讼的一些弊端，比如损害个人之间的诚信与合作、挤压私密空间，等等。我国作为后发国家，大量移植了西方的现代法律体系，法律的实施中面临着广泛的“情、理、法”冲突。在这种社会环境中，发展 ADR 还有一个特殊的意义，就是通过 ADR 来缓和这种冲突，减轻现代化进程的阻力。^③ 日本的法制实践也表明，ADR 是可以发挥这种作用的。^④ 由于 ADR 建设和加强诉讼的可获得性对诉讼率具有不同方向的影响作用，所以如果两种措施同时采用，对诉讼率

① 参见胡水君：《法律与社会权力》，中国人民大学 2002 年博士学位论文。

② 参见范愉：《ADR 与法治的可持续发展》，未刊稿。

③ 参见范愉：《浅谈当代“非诉讼纠纷解决”的发展及其趋势》，载《比较法研究》，2003（4）。

④ 参见范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，50~64、369~372 页，北京，中国人民大学出版社，2000。

的影响将大致抵消，但是权利的救济水平却将大幅度提高。

为了防止上述担心的情形出现，还可以考虑采取措施制裁轻率诉讼。根据前面的分析，轻率诉讼在我国还不是普遍的现象，所以现在就强调采取这些措施略微有些超前。但是，可以预见，随着诉讼的可获得性的加强，这种现象将会日渐增多，并可能构成侵害他人自由和浪费司法资源的问题。因此，把制裁轻率诉讼作为加强诉讼的可获得性的配套措施进行考虑是必要的。在我国当前，也有学者开始了这个方向的思考，比如撰文讨论滥用诉权的法律责任等。^① 相对来说，发达国家在这方面的问题更为突出，制度建设方面的知识和经验积累也更丰富，可供我们借鉴和参考。^②

其次，尽管加强诉讼的易获得性建设需要在道德上肯定诉讼行为，但是我主张，舆论导向应该区分不同的领域。对于初级关系领域中的纠纷，道德上虽然不必贬抑诉讼选择，但是也不宜提倡。前面的讨论指出，一方面，这一类矛盾一般并不适宜司法解决；另一方面，这些领域更需要维护人们的信任与合作关系，而诉讼不利于维护这种关系；再有一点是，初级关系通常伴随着人格和情感方面的交往，属于市民社会中比较私密的领域，如果把这个领域中的矛盾提交给审判解决，更容易导致公共权力侵蚀私人生活空间，同时也增大了公共权力异化的风险。但是，在商业领域中，在次级组织和次级关系中，情况则有所不同。一方面，这些领域的关系多是简单关系，权利、义务比较明确，司法上处理起来也比较容易；另一方面，这些领域的私密程度不如初级组织强，有些领域甚至是公共性质的，公共权力介入带来的异化风险要小得多；再就是，我们强调建立统一的法律规则体系以及以此为基础的法律秩序，这主要是针对商业领域和公共领域的。由于存在这些区别，所以这些领域适宜于在道德上肯定诉讼的正当性，由此产生的负面效应也要小得多。

另外，这种区分还有一个特殊的意义，就是可以减轻现代化进程中的

① 这方面的文章比如乐岚：《论诉权滥用》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》，2003（8）；姚旭斌：《侵权纠纷案件的原告滥用诉权应承担民事责任》，载《法律适用》，1996（1）；郭卫华：《滥用诉权之侵权责任》，载《法学研究》，1998（6），等等，共计数十篇。

② See *Abuse of Procedural rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Edited By Michele Taruffo, published by Kluwer Law International (1999).

失范现象，实现马克思所说的缩短和减轻分娩的痛苦。前面的讨论提到，从传统社会向现代社会变迁，意味着一种价值观念体系的衰落和另一种价值观念体系的兴起，以至于在过渡时期，必然存在一个严重的社会整合问题，即刚才提到的失范现象。当前我国在政策上不断强调稳定的意义，就是这一问题的一个反映。而实行这种区分有助于减缓这一问题。通过这种区分，在商业和政治领域，我们可以鼓励诉讼，提倡自由和权利；而在初级关系领域，我们可以鼓励息讼，提倡忍让与和解。当然，这只是过渡时期的政策。随着现代化程度的进一步发展，商业和政治领域的价值观念将不可避免地要渗透到初级关系中来，但是我们的努力可以延缓到来的时间。