

# 转换与选择之进路：商谈式民事诉讼模式

陈文曲，陈哲

(中南大学法学院，湖南长沙，410083)

**摘要：**学界对我国现行民事诉讼模式的定位存在着一定偏差。我国民事诉讼模式受多重因素影响，现阶段应是一种多元化的民事诉讼模式，但此种模式弊病诸多，究其原因是一缺乏一套完整理论来统摄。在纠纷解决体系中，现代民事诉讼表现为一种规范化的全面合理性沟通平台，而哈贝马斯提出的交往合理性以及商谈伦理与现代诉讼的本质特征不谋而合。商谈式民事诉讼模式正是交往合理性的体现，或许此种模式不失为我国民事诉讼模式转型之进路。

**关键词：**诉讼模式；交往合理性；商谈；共识；纠纷解决

**中图分类号：**D915.2

**文献标识码：**A

**文章编号：**1672-3104(2017)03-0055-08

关于诉讼模式的研究，学界最初主要着眼于刑事诉讼模式抑或是立足于整个诉讼模式，对民事诉讼模式的研究已沉寂较长一段时间，但这并不能说明我国民事诉讼模式的研究已走到尽头，现有民事诉讼模式选择已有定论。我们认为，当下各种民事诉讼模式转型建议缺乏一套完整的理论作为支撑，因此，本文尝试运用哈贝马斯提出的交往行为理论作为研究工具，为我国民事诉讼模式选择与转换探索方向。

## 一、我国民事诉讼模式定位及其缺陷

### (一) 关于我国现行民事诉讼模式定位的学说

我国民事诉讼的模式应当如何界定，学界仍未达成相应的共识。一种观点认为是职权主义民事诉讼模式。该观点认为我国当下的民事诉讼模式在很大程度上仍源于前苏联，虽已做较大改革，但并未摆脱前苏联诉讼模式的影响，民事诉讼模式的根本性结构并未发生实质性变化。人民法院仍可对当事人诉讼权利及实体权利的处分加以干涉，即使对法院发现案件事实的权力加以限制，从本质上来说并没有排除法院对案件进行调查的权力<sup>[1]</sup>。另一种观点认为我国属于亚职权主义民事诉讼模式。该观点认为我国民事诉讼模式是对前苏联民事诉讼制度的沿袭，仍属于职权主义模

式，但近几年司法改革以及民事诉讼法的修订弱化了法院的职权、强化了当事人对案件的作用。因此，应当认为是吸收了当事人主义模式中部分元素的一种“亚职权主义模式”<sup>[2]</sup>。第三种观点认为我国民事诉讼模式应定位为混合主义民事诉讼模式。我国的民事诉讼模式并非两种典型诉讼模式之一，两种模式均是极端的诉讼模式，任何一种都不能与我国民事诉讼模式的特征完全吻合<sup>[3]</sup>。现阶段我国民事诉讼模式应视为“混合主义”民事诉讼模式。这是通过对两种典型的诉讼模式取长补短而形成的另一种独立的诉讼模式。

这些观点均反映出我国在不断地吸收当事人主义民事诉讼模式中突出当事人作用方面的内容，但同时具有职权主义民事诉讼模式相应的基础和鲜明特点。不同之处是对当事人在诉讼中发挥作用的认知程度不一，从而导致对我国民事诉讼模式定位的不同。

### (二) 对学界定位的反思

上述观点均注意到我国民事诉讼中职权主义诉讼模式的特点及其背后的国家权力的积极作用。但细致分析，上述定位难以全面反映中国民事诉讼模式现状。

其一，上述观点基本局限在立法层面，对司法实践关注度不够，有较强的文本导向。要分析中国民事诉讼模式的基本特征，除了要观察现有立法中所确认的相应制度之外，更要把视野转向司法现状。上述观点基本上是以我国《民事诉讼法》修改脉络以及现行

收稿日期：2016-12-09；修回日期：2017-02-15

基金项目：湖南省社会科学课题“‘商谈式’诉讼模式研究”(XSP17YBZC203)；中南大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“‘商谈式’诉讼模式研究——以审判为中心为背景”(2016zzts178)

作者简介：陈文曲(1969-)，男，湖南耒阳人，法学博士，哲学博士后，美国萨福克大学法学院访问学者，中南大学法学院副教授，法治湖南建设与区域社会治理协同创新研究员，主要研究方向：民事诉讼基础理论，证据法和司法伦理；陈哲(1993-)，男，湖南株洲人，中南大学法学院硕士研究生，主要研究方向：民事诉讼法基础理论，司法制度

《民事诉讼法》中所确立的民事司法原则与制度为概括的对象,而并未从实践角度出发来观察中国民事诉讼模式的司法现状,缺乏相应的实证研究。即使有些学者对司法实践中的具体问题偶有涉及,也并未对其进行全面关注,难以科学、系统地分析当下我国民事诉讼的基本模式架构。这种偏重于文本的分析方法对于目前的司法环境来说并不可取,“法律规定”与“司法实践”脱节这一特点相较于西方法治发达国家而言在我国表现得尤为明显。诚信原则条款的形同虚设就是最佳例证。<sup>①</sup>其二,对域外诉讼模式研究不够细致化。部分学者对于域外诉讼制度往往是粗线条、大范围的研究,对其核心把握不够准确,得出的研究结论也难免有失偏颇。多数情况下我们对西方法治发达国家司法制度的研究处于走马观花状态,常通过一些短时间的考察来获取信息,甚至通过影视文艺作品获得对域外司法制度的感性认识<sup>[4]</sup>。这种粗线条研究方式可以使国人对域外司法制度有大致地了解,但这种考察方式有本质性缺陷<sup>②</sup>——不够全面与具体<sup>[4]</sup>。此外,我们更多的是将注意力集中到欧美当事人主义诉讼模式,而对职权主义诉讼模式研究鲜有涉及。其三,对亚职权主义诉讼模式以及混合主义诉讼模式的定位缺乏理论基础。我国民事诉讼模式虽具有当事人主义模式的部分特征,但并不能因此对其重新进行类别划分,那只是停留在制度表层。两种典型的诉讼模式都是立足于长期的社会发展、具有深厚理论基础的诉讼模式<sup>[2]</sup>。我们因此认为,我国民事诉讼模式在不断的司法改革中吸收了当事人主义模式的特点就是一种混合主义民事诉讼模式的观点,是有失偏颇的。

关于我国民事诉讼模式定位,我们认为应当从现行民事诉讼制度着手,来感知现有的民事诉讼模式。

其一,我国民事诉讼模式不是职权主义模式。职权主义模式具有如下特点:①对于诉讼权利和实体权利当事人不能任意处分;②法院有权直接依据职权调查和收集证据,揭示案件事实真相;③对于当事人并未提出的诉讼主张,法院可直接审理,并作出裁判<sup>[5]</sup>。反观当下我国民事诉讼模式,首先,法院无限制当事人的处分权,《民事诉讼法》也对当事人的处分权进行了规定<sup>③</sup>。其次,我国《民事诉讼法》对辩论原则同样作出了规定<sup>④</sup>。此条文虽与西方诉讼模式中的辩论主义即约束性辩论不尽相同,但约束性辩论的基本精神要义已不断深入我国法官的内心。因此,我国民事诉讼模式并不具有职权主义诉讼模式的典型特征。

其二,我国民事诉讼模式经过长时间发展,其形成过程中蕴含了较多历史因素。我国现行民事诉讼模式的建构过程受到前苏联民事诉讼模式和马锡五审判

模式<sup>⑤</sup>的双重影响,后者的关键就是“依靠群众的力量,最大限度地发现案件事实”<sup>[6]</sup>。即使现行《民事诉讼法》削弱了法院对当事人诉讼行为进行干预的职权,但法官仍在查明案件真相的前提下作出裁判<sup>[2]</sup>。

其三,我国民事诉讼模式还受到外来法治因素的影响。中国民事诉讼制度历来就不尽完善,因此在法律理论、司法制度的建构方面一直处于与世界民事诉讼的信息交流当中。苏联解体后,英美当事人主义模式中的某些思想和制度也随之影响我国。可以说,我国的民事诉讼模式是在受到多重外来法治文化的冲击下立足于本国实际而形成的一种具有多样性的诉讼模式。

其四,我国民事诉讼模式受政策因素的影响较大。中国社会主义法制的奠基者董必武在20世纪50年代初期主导了以群众路线和政策思维为主要方针的司法改革。我国司法改革一路走来,受到诸如“改革开放”“三个代表”“科学发展观”“构建和谐社会”等政策因素的影响,表现在法律制定的文本和民事诉讼实务中。这些政治因素,大多出于维持社会平衡的考量。

基于上述分析,我国民事诉讼模式应当是同时具有历史因素并受外来法治因素的影响以及顺应政策考量的一种多元化的民事诉讼模式。

### (三) 对当下我国民事诉讼模式缺陷的分析

这种多元化的民事诉讼模式具有一定的中国特色,是我国在不断的改革与探索过程中形成的,但该模式与现代诉讼本质与理念有一定差距。

首先,重权力,轻权利。我国民事诉讼在发展中越来越重视当事人的权利,但是这种“打补丁”的方式并不能从根本上解决“重法官权力,轻当事人权利”的问题。在国家本位主导下,法官不仅是居中裁判者,同时扮演着案件事实发现者的角色。从现代基本法治理念来看,法官不应应对案件本身有过多的干预,法官不是案件的唯一认识主体,案件的认识主体应当是法官与当事人,两者是一种平等的主体间关系。当事人往往是案件的主角,他们对案件有直观、清晰的认识,因此,法官只有注重自己倾听的过程,才能更加全面地把握案件。当事人在“说”的权利得到保障后,其观点与诉求能充分表达,法官的裁判才易被当事人接受。重权力除了体现在“重视法官权力”,另外就是党政权力对于民事司法干预较多,这主要体现在不同阶段的党政方针与政策对民事司法活动的影响。

其次,重实体,轻程序。这在司法实践中仍然是一种普遍现象,因忽视程序性问题造成错判的案件屡见不鲜。我国《民事诉讼法》第170条(4)规定:原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序

的, 裁定撤销原判决, 发回原审人民法院重审。该法条本身就体现了对程序问题的轻视。对此完全可以理解为: 民事诉讼中主要是处理实体争议, 只要案件事实认定清楚、处理结果正确, 在程序上不严重违反法定程序即可。在立法上都有“重实体, 轻程序”的倾向, 在司法实践中对程序性问题的重视程度可想而知。个案的影响一般不具有普遍意义, 但若是在立法与司法过程中均对程序问题存在轻视, 才是最可怕的。

再次, 重结果, 轻效果。我国法官对案件的处理是在国家本位主义思想的支配下完成的, 法官只需查明案件事实, 正确适用法律, 就能够达到法律的公平正义, 这似乎并无不妥。但这是一种典型的目的理性主导下的审判。单向度地以追求案件裁判结果而不以达到良好的整体裁判效果为目的的审判将带来许多问题。良好的裁判效果要求同时兼顾法律效果与社会效果。如“彭宇案”<sup>⑥</sup>就是单向度地保障法律效果而对案件作出裁判后的社会效果较为轻视的实例。此外, 重结果的这种状态与我国案多人少以及职级晋升以办案数量为基础的司法现状密不可分, 法官只能竭尽所能在有限的时间内尽量多办案。这种重量不重质的办案模式在一定程度上难以真正解决问题。现代法治意义上的法官不能仅仅作为案件处理机器, 他们除了是案件裁判者更是案件问题的解决者, 案件经过法院处理后, 当事人要能够真正地服判息讼。

最后, 重调解, 轻分流。十八届四中全会提出“以审判为中心”的司法改革。在刑事诉讼领域内强调以审判为中心是为了纠正过去办案中“以侦查为中心”“以卷宗为中心”等问题。在民事诉讼中同样需要强调以审判为中心, 这是为了纠正我国民事诉讼办案模式中出现的“以调解为中心”的问题。立案登记制实施后, 更多的民事案件涌入法院, 审判法官为保证于期结案又能应对案件考核, 对案件进行“强制”调解的积极性往往很高。造成这种局面的原因在于我国并未有完善的案件分流机制, 很多案件在立案前就可以进行分流, 但由于缺乏相应的有效机制, 法院重调解在很多情况下是迫于无奈。

## 二、对我国民事诉讼模式缺陷的出路探寻

我国现行民事诉讼模式的缺陷如何解决, 学者间有不同看法。有学者认为: 我国民事诉讼模式应当采用以大陆法系为代表的当事人主义。虽然这种诉讼模式存在着一定的缺陷, 但从本质上来看, 基本正确反

映了市场经济社会中民事纠纷解决的本质, 体现了民事实体法律关系与民事诉讼法律关系内在的统一。<sup>[2]</sup>此外, 我国民事诉讼模式是对前苏联民事诉讼模式——大陆法系民事诉讼模式典型的“批判性”继承, 保留了其基本形式与结构。我国目前法学理论以及法律术语的表达与大陆法系更为相似。大陆式的当事人主义诉讼模式在日本、韩国和我国台湾地区得到了较好发展, 在我国大陆地区也应不例外<sup>[2]</sup>。

我们认为, 我国的民事诉讼模式确实受到前苏联的影响, 但是前苏联的诉讼模式对于我国来说仍是舶来品, 不能够完全适应中国的法治发展, 因此我国民事诉讼模式的转型仍以前苏联民事诉讼体制为基础的话, 就不能从根本上解决实际问题。还有, 即使是与大陆法系国家法律术语与理论规范更加相似, 但我国与大陆法系国家的法律术语更多的是名称一致, 其基本内涵与大陆法系其他国家有较大偏差。最后, 中国大陆地区与日本、韩国以及中国台湾地区实际情况并不相同, 中国大陆具有多文化、多民族等特点, 当事人主义诉讼模式放诸上述地区能够解决问题, 但在中国大陆水土不服, 故因地制宜地构筑符合中国大陆基本情况的诉讼模式才是根本。仅以上述地区对大陆式的当事人主义诉讼模式无根本性排斥而认定其同样适用中国大陆, 明显有失偏颇。从另一种角度而言, 以当事人主义模式为我国民事诉讼模式转型蓝本, 诉讼程序的对抗性必将增强, 虽说当事人的诉讼权利能得到充分保障, 但由此将引发诉讼成本上升及诉讼效率降低这两个问题。因此, 大陆法系的当事人主义模式并不能解决中国的实际问题。

另有学者提出了和谐主义诉讼模式。这种诉讼模式并不局限于从诉讼程序上解决纠纷, 其将诉讼视为一项社会福利制度, 可从根本上化解当事人双方的纠纷。和谐主义诉讼模式是以消除纠纷为目的的一种全新的诉讼模式, 能让受损的社会关系回复到或者达到真正和谐的状态<sup>[5]</sup>。

和谐主义诉讼模式注重了纠纷解决过程中的关键, 即和谐。纠纷作为一种不和谐的状态, 需要对其进行扭转。但这种模式同样存在弊病。首先, “和谐”是在党中央贯彻落实“和谐社会”这一治国理念时提出的, 将其以一种理念引入到诉讼中, 并非诉讼基础理论研究的成果, 且缺乏相应的诉讼基础理论支撑。其次, 和谐主义诉讼模式主张让纠纷彻底消除, 显然是一种乌托邦式的理想状态, 要想实现谈何容易。

田平安教授提出, 我国应向协同型民事诉讼模式<sup>⑦</sup>转变。该模式是指在民事诉讼中应最大限度地发挥法官与当事人的能动作用, 法官与当事人协同来推进民

事诉讼程序<sup>[3]</sup>。也有人认为协同主义诉讼模式能在程序公正和实体公正之间取得平衡,且与我国市场经济体制、社会主义民主政治等国情相适应<sup>[7]</sup>。

我们认为,该模式有其可取之处,例如提倡法官与当事人应当共同努力解决纠纷,法官要充分尊重当事人的辩论权以及处分权等。但对于法官权力和当事人权利如何分配并未提出明确的解决方案<sup>[8]</sup>。此外,该诉讼模式缺乏理论来源与根据,似空中楼阁,缺乏根基。这种模式在短时间内确能解决我国的实际问题,但长此以往,必然会出现无据可依的局面,这将会导致整个诉讼模式陷入到自相矛盾的境地。退一步说,协同主义是协调各方诉讼行为的一种诉讼理念,很难称其为一种新的诉讼模式<sup>[9]</sup>。因此,该模式同样不能作为中国民事诉讼模式改革的出路。

### 三、交往理性语境下的民事 诉讼本质特征分析

在现代法治国家里,已没有绝对的当事人主义或者职权主义,两者有趋向融合之势,这种趋同正是商谈诉讼模式的显现,同时也引发了我们对民事诉讼模式本质特征的探寻。在此,我们将引入哈贝马斯交往行动理论,来全面阐述现代民事诉讼应有的本质特征及内涵:诉讼即全面理性的规范化沟通平台。

#### (一) 全面理性——彰显交往合理性的行为

哈贝马斯将世界分为客观世界、主观世界和社会世界。客观世界可以说是一切真实命题的相关物。主观世界是指意识状况或精神状况的世界。社会世界是可以与现存规范的关系来予以阐明的规范和价值的总和。三个世界一同构成了交往过程中共同设定的关系系统且彼此之间相互联系<sup>[10]</sup>。

在哈贝马斯看来,不同的行为指涉不同的世界,并以此与不同的世界建立联系。我们认为民事诉讼行为同样也指涉其对应的世界并为之建立联系。哈贝马斯根据行为所指涉的世界不同,将其划分为目的合理性行为、规范合理性行为、戏剧合理性行为以及交往合理性行为。目的合理性行为是指通过在一定情况下使用有效的手段和恰当的方法,行为者实现了一定的目的,或进入了一种理想状态。规范合理性行为概念涉及到的,不是孤立的行为者的行为——这些行为者在他的周围虽有其他行为者,但原则上还是处于孤立的地位——而是社会群体的成员,他们的行为具有共同的价值取向。规范是一个社会群体中共识的表现。服从规范的核心意义在于满足一种普遍的行为期待,所有成员都有权利期待某种行为。戏剧行为概念所涉

及的,既不是单个的行为者,也不是某个社会群体的成员,而是互动参与者,这些参与者互为观众,并在其对象面前进行“表演”。因此,戏剧合理性行为往往依附于目的合理性行为以及规范合理性行为当中。交往合理性行为概念所涉及的是行为者在行为的语境下进行沟通,这样便可以在达成理解的基础上把他们已经制定的行为计划与他们实际做出的行为协调起来。在交往行为当中,语言处于特殊的位置<sup>[10]</sup>。由此可总结交往行为的特征为:主体间性、言语性、程序性以及开放与可误性。

我们将民事诉讼这一行为置入合理性这一哲学语境中进行分析,其关键是要厘清诉讼这一行为的行为类型。在以目的合理性为主导的行为中,行为者所指涉的是客观世界。客观世界强调的是“真”,即事实的发现。在职权主义诉讼模式中,对法官而言,诉讼程序只是查明案件事实的一种手段,以达到其对案件作出裁决(实质正义)的目的。在职权主义模式当中,所有的程序均围绕法官发现事实、认定事实、作出裁判这一过程来进行,程序法规范是按照以发现“真”——查明案件事实——实现实质正义为目标而予以设计的。如此,职权主义诉讼模式强调的是法律事实与客观真实的一致性以及能否最大程度地提高诉讼效率。规范合理性主导的行为中,行为者指涉的是社会世界和客观世界。社会世界是由规范语境以及价值准则构成的,有效规范所适用的行为者(有效规范同样被他们所接受),同样也属于社会世界。规范合理性行为就不再是单向度地只与客观世界发生联系,与社会世界也发生联系,因此,其指涉两个世界。在当事人主义诉讼模式当中,当事人双方对所主张的案件事实进行举证、论证、质证。当事人双方对事实的主张涉及了客观世界,遵循了程序法规范,涉及了法律规范的世界。民事诉讼不仅只存在于诉讼行为主体与客观世界的认知关系当中,还体现在各诉讼主体之间主体间性的行为,各参与者必须在法律规定的范围当中进行互动,从而发生着一种规范调节的主体间性关系<sup>[11]</sup>。由此可见,两种典型的诉讼模式均是片面地指涉了其中的一个或者两个世界,并未全面展现现代民事诉讼的本质。

交往合理性行为的前提是语言这一媒介,它所反映的是言说者即行为者与世界之间的关联。在沟通过程中,言说者与其听众同时与三个世界发生联系,使得其相互间处在同一语境之中。那么民事诉讼究竟能否认定为一种交往合理性行为呢?答案是肯定的。民事诉讼的本质与交往合理性行为的本质内涵不谋而合,即首先要求言说者以其他人可理解的方式对事实、法律规范以及价值准则进行表述;其次是言说者要告

知听者需要理解的内容; 然后是言说者在做出言说行为后其言说内容因其言说行为而被理解; 最后是言说者能够与言说对象达成理解(共识)<sup>[12]</sup>。我们认为纠纷是交往失败的结果<sup>[17]</sup>。而诉讼就是要修复这种因交往失败而破裂的社会关系以及对破坏交往行为的行动者进行责任分配。交往合理性行为将语言作为沟通的媒介, 而民事诉讼强调直接言辞原则以及辩论原则的落实, 语言沟通在民事诉讼中有着举足轻重的地位。由此可见, 民事诉讼的本质应当是对话和交往, 从而达成共识, 进而解决纠纷、化解分歧, 在此, 真理(客观世界)、正义(社会世界)、真诚(主观世界)得到最佳整合。因此, 民事诉讼本质上是交往合理性行为, 并不是单向度的指向某一个或两个世界。当各民事诉讼主体的行为指涉客观世界时是对事实客观性的宣称, 指涉社会世界时是对规范(程序)正当性的宣称, 而指涉主观世界时, 则是对主体真诚性的宣称。综上, 民事诉讼程序模式的基本理念为: 各诉讼主体在主观真诚的前提下, 努力寻求客观真实与维护程序的正当、合法与有效的共存<sup>[11]</sup>。

## (二) 规范化的纠纷解决平台

现代社会, 交往行为是人们生活中不可或缺的一部分, 交往有成功也有失败。交往成功为下一轮交往提供了共识基础, 交往失败需要新的交往平台继续交往。交往的失败导致矛盾、摩擦, 进而形成纠纷。现代社会的纠纷解决是搭建不同交往平台(或沟通平台), 如调解、和解、谈判、仲裁、诉讼, 但唯有诉讼才是规范化的纠纷解决平台<sup>[17]</sup>。作为调解、和解以及谈判来说, 它更加强调当事人之间的利益博弈, 容易由工具理性异化为策略性行为。仲裁虽然建立在意思自治基础之上且有较为完整的程序, 但由于其外在程序缺乏保障(国家公权力支持), 相较于诉讼而言其规范性明显较弱。因此, 诉讼与其他纠纷解决方式比较, 表现为更加规范。

首先, 外在程序规范化——建制化的程序, 出于不可强迫的义务感而选择。这种选择是出于其所遵从的法律具有合法性。现代诉讼——规范化的纠纷解决平台——首要解决的是外在建制化的诉讼程序为何能得到大家的遵从并适用。实定法不能仅仅通过合法律性而取得它的合法性基础; 合法律性不问法律承受者的态度和动机。也就是说, 实定法之制定是法律共同体之间合理的推动并得到普遍承认的。因此其遵守的是其自身推动并承认的法律, 这种承认出于不可强迫的义务感而遵守。民事诉讼是立足于双方当事人在其共同形成合意而产生的法律规范下, 经由双方当事人共同选择的结果。在此, 在已经进入到的民事诉讼阶

段, 程序正当与否并不是各行动者(程序遵循者)所论证的对象, 但由于其所遵循的程序是其共同接受(立法论证)的——良法的来源, 故其能够成为当事人彼此间行动的一项指导性规范, 构成民事诉讼程序所必须跨入的客观世界之外的另一个世界——法律规范的世界, 社会世界以及规范世界在此得到充分整合<sup>[11]</sup>。

其次, 标准化的纠纷解决场所——人民法院与专业化、职业化的队伍。纠纷双方基于对法律的信服选择人民法院这一特定场所, 法官是法律的代言人、正义的化身, 当事人发自内心地感受到人民法院是一个真正的“摆事实、讲道理”的场所。法院是具有特定符号的工作场所, 并有着专业化、职业化的法官及辅助人员队伍以及专有的法律意蕴。人民法院是代表国家进行审判的机构, 与调解、谈判、和解等纠纷解决方式相比, 其具有国家强制力这一特征。作为现代民事诉讼中解决当事人纠纷的法官, 应具备扎实的法律功底, 并树立正确的职业伦理观。除拥有法官应有的专业法律知识外, 是否具有相关的社会经验以及司法实践经验同样是重要的标准<sup>⑥</sup>。显然, 这比其他纠纷解决方式的专业性和规范性更强。通过法官这一特定主体作为中间者解决纠纷, 其结果更稳定也更具权威性。人民法院作为纠纷解决场所更具法律意蕴, 这也是人民法院作为纠纷解决最后场所的重要原因。人民法院解决纠纷, 是当事人在主观真诚这一前提下进行客观事实的认定和法律规范的适用, 而其他纠纷解决模式更多是一种策略性行为, 考虑更多的是道德层面和经济成本高低等因素。

最后, 内在程序规范化——参与者视角的程序日益规范。现代诉讼是立足于主体间的事实认定以及规范使用, 借助言语积聚共识、化解分歧的场所。言语的目的是为了达成共识。哈贝马斯把共识当做有效主张之正当性的必要条件。司法的过程就是一个寻求真理——商谈——通过语言这一媒介来相互理解、达成理性的共识从而协调人与人之间关系的过程<sup>[13]</sup>, 即寻求事实上的真理以及法律上的真理的过程。而我们难以解决的问题往往是事实上真理的寻求, 哈贝马斯以商谈的方式解决了事实上的真理问题。在哈贝马斯看来, 在通过商谈来交往的过程中的人在施行其言语行为时, 必须满足若干普遍有效性要求并假定它们可以被验证。这些言语的有效性要求可总结为: 表达的可领会性、陈述的真实性、表达的真诚信与言说的正当性等<sup>[10]</sup>。这种内在有效性要求基于参与者为视角来设计程序, 并需要通过外在实定法将其固化, 使其成为一种能够操作的具体化程序。内在程序的规范化在民事诉讼规则上也能体现, 民事诉讼本质上也应是一种

商谈即一种寻求真理的过程。在探求这种基于共识而产生的真理过程中必将发挥各个主体的作用,它以主体间的相互关联为结果,同时要求主体间能够相互理解,共享知识,并在彼此信任的基础上最终达成共识。但是,我们在寻求共识的时候又要避免陷入“明希豪森困境”<sup>⑨</sup>,因此,在任何一段时间中通过商谈而达成的共识都不是绝对的,而是暂时的和可误的,此时达成的共识只是商谈过程的一个中止符。这种中止的存在并无不妥,相反它正好是人类理性的体现。这是由于个人的存在和个人的理性是有限的,且超越于个人理性之上的集体理性或普遍理性并不存在<sup>[14]</sup>,形成这种商谈式的共识就是我们所称的共识性真理。这种通过主体间在真诚的情况下互相理解所形成的共识可以说就是正义的,即商谈正义。

可见,通过外在建制化的程序与内在规范化程序的统一来保障程序的合法性与合理性,作为法官,不仅仅是作为诉讼主体存在,更是保障在一定时间、空间下交往有效性条件实现的有效力量。这突显了诉讼与其他纠纷解决方式相比的规范性。

#### 四、商谈式民事诉讼模式的基本内涵

我们认为,应当基于哈贝马斯的交往理性以及商谈伦理构建出一种既具时代性,同时又能适应我国法治环境的新型民事诉讼模式,即商谈式民事诉讼模式。这种模式的基本理念为:追求全面理性,防止理性碎片化,以信服为追求,力求案结事了。

##### (一) 立足诉讼主体间性,法院与当事人良性沟通

主体间性是一种“主体-主体”交互关系。在哈贝马斯看来:在以语言为媒介交往的过程中,人与人之间的关系是互为主体<sup>[15]</sup>。民事诉讼本身就是一种交往活动,交往强调主体间性。主体间性意味着交往主体双方处于平等地位,规范和价值能否得到普遍认可,只有从第一人称复数视角出发,才能加以判断<sup>[16]</sup>。规则或规范的有效性来源于主体间的承认。因此,倘若法官仍旧不能抛弃自己为唯一司法主体身份的观念,得到的案件结果也将因此而丧失意义,案件想要得到更好的解决也并非易事。由此可见,在各方都处于平等的地位时,法庭中的论辩才更具意义。在哈贝马斯看来,论辩实践(在民事诉讼中体现为辩论)在一种言语者共同实践的普遍化的理想角色承担中发挥其作用。作为交往行动的反思形式,论辩实践在所谓社会本体论上的特征在于参与者视角的完全可逆性<sup>[16]</sup>,这种可逆性就是告诉当事人:案件并不是由法官说了

算,自己同样享有案件的主导权。

在民事诉讼这一商谈活动中,各方的话语权应得到充分的保障。司法不能陷入哈贝马斯所称的“独白式”交往行动,应充分保障各诉讼参与人能够对案件进行充分的论辩。法官在案件的审判过程中不能唱“独角戏”,律师以及当事人的参与要能够发挥实质性的作用。体现在民事诉讼的构造上,应以等边三角形来突显主体间性(如图1所示)。

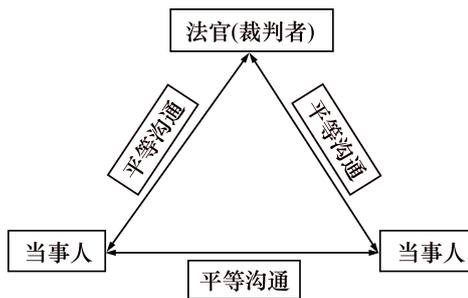


图1 民事诉讼法构造图

纠纷的产生是交往的失败或是交往的异化<sup>[17]</sup>,若不及时进行纠正很容易引发社会问题。吸收社会大众、法学界专家学者参与到纠纷解决当中来,而不是法官“独白式”的解决,能够有效并充分地保障判决的正确性、合理性、合法性<sup>[18]</sup>。

##### (二) 展现语言的三大功能,坦诚地摆事实、讲道理

现代语用学已揭示语言具有表达、表现和调节三大功能。生活世界同时构成了言语情境的视域和诠释成就的源泉,而它自己也只有通过交往行动才能进行再生产。因此,本身作为一种交往行为的民事诉讼主要是以语言为媒介来表现客观事实、表达情感以及调节人与人之间的社会关系。从哈贝马斯三个世界理论出发,商谈式诉讼模式暗含了民事诉讼的本质因素。其通过语言这一媒介对外在的客观世界进行描述,对当事人的主观世界清晰表达,从而,语言的功能在民事诉讼中得以全面有效地发挥。商谈式民事诉讼模式是以理解为取向的语言使用,法官与两造当事人对言语活动之有效性有不同主张,要么表示同意,要么说清楚其对他人主张的异议来发挥作用。当事人的言语行为之所以具有调节作用,是由于当事人在提出自己的有效性事实时,也作出了足够可信和坦诚的担保,保证将会用恰当的理由来兑现所主张的事实。此外,强调言语功能的全面有效发挥的另一重要的原因在于,在当事人发生民事纠纷时,当事人会面临两种选择:或者是中断双方的关系,或者是转向策略性行动,尚未解决的纠纷要么拖延不决,要么见个分晓。<sup>⑩</sup>而走

出这种困境的一条出路是通过语言这一媒介对策略性互动的规范性调节, 对此民事诉讼当事人双方要能够达成理解。总而言之, 就是立足于两造当事人以及法官这三方主体之间能够通过语言这一媒介来坦诚地摆事实、讲道理, 从而达到解决当事人双方之间纠纷的目的。

### (三) 追求全面合理性, 防止片面理性和程序异化

现代民事诉讼作为一种规范化的纠纷解决平台, 它是交往失败或异化后人际关系修复的保障平台, 若民事诉讼再异化为一种功利性或策略性行为的话, 人际关系的修复将无从谈起, 整个社会将难以和谐, 进而恶化为社会动荡。规范合理性行为是行动规范的源泉, 为行动中的个体提供方向<sup>[18]</sup>。规范合理性停留在那种非此即彼的哲学概念模式上, 其对于问题的看待陷入传统的二元论模式当中。作为民事诉讼来说, 如果仅以一种二元论模式来解决纠纷, 诸多案件将无法进行, 事实常常无法被还原, 但问题仍需解决, 故作为规范合理性主导下的这种交往行为将不能妥善地解决问题。而交往理性是融三种理性于一体的全面理性行为, 不具片面性。对于民事诉讼来说, 它是诉讼各主体之间主体间性的充分体现, 使一种有效性主张的取向成为可能。民事诉讼各主体在交往理性的驱动下通过言说行为达成商谈性共识, 最终圆满解决纠纷, 化解矛盾。

### (四) 形成共识性裁判, 积聚共识、化解分歧

当事人双方是案件的参与者, 判决的合理可接受性问题预设了争讼双方的特殊重要性。法官、当事人双方在相互尊重的前提下进入一个“互相合作的寻求真理的论辩过程”, 这是当事人双方通过沟通、对话来产生个案真理的过程。无论在沟通过程中双方当事人目的是什么, 他们都对案件公平判断的商谈过程作出了贡献。对于案件结果具有决定意义的不是诉讼过程中双方当事人的主观心态或是客观行为, 而是各种理由的说服力。诉讼的过程是一个说理的过程, 是对有关法律问题的澄清。关于事实问题亦是如此。民事诉讼确保的不是案件结果的确切性, 而是“依赖于程序的法律的确切性”。在民事诉讼过程中, 起决定性作用的不是任意的意见, 而是相关的有说服力的理由。此时, 民事诉讼已经具有普遍商谈的意义——法官与其他并未直接参与案件的视角仍可以互相转化。所以对于个案的诠释虽然总是与当事人的利益有着直接的关联, 但原则上, 它也是能够为社会大众所接受的<sup>[19]</sup>。由此可见, 整个诉讼过程是一种融贯性的体现, 法律的确切性是由融贯性所保障的。

具有融贯性的民事诉讼程序为每一个案件只规定

了一个答案, 并且是唯一正确或者最佳的答案。这种正确性是指诉讼双方对争议案件中有疑问的有效性主张达成一种无强制的同意。而这种达成一致的过程要求保证某种理想的言谈情境, 从而确保同意的无强制性。这种程序主义的确切性所要求的是当事人双方能够确信, 通过一个体现公平正义的沟通——商谈程序, 当事人双方能够得到的是能够根据有说服力的理由来支持其所主张的结论, 确切性在于法律适用的程序<sup>[19]</sup>。商谈不能无限地进行下去, 也就是说诉讼需要在某个特定时机结束。

### (五) 整合内部与外部沟通, 法律共同体进行通力合作

哈贝马斯认为: 法律共同体指的是想借助于法律来调节其生活的那些具体的共同体<sup>[16]</sup>。这个概念有如下含义: 其一是法律共同体。所指涉的群体很广泛, 任何人都可以成为法律共同体中的一员。其二是其一定共同需要借助于法律来调节生活, 这就要求该群体要表达出主体间共享的生活形式, 表达既定的利益和集体目标。能够看出, 在该群体之间我们仍然要承认其主体间性(主体间的差异)。而我们可以通过法律来减少主体间的差异性过于突出, 必须承认差异性的存在, 但并不是主导。由此看来, 法律共同体所指涉的范围是整个社会群体, 而不是我们通常所理解的法官、检察官、律师、法学家等司法工作人员。

多元化纠纷解决机制的建立是为了更好解决纠纷, 使案件繁简分流。作为法律共同体的一员, 当事人既可以选择非诉讼纠纷手段也可以选择民事诉讼作为纠纷的解决方式。当选择了诉讼作为纠纷解决的平台和手段, 社会大众与法官便处在同一群体范围内。当我们面对法官的裁判时, 希望能够依照法律来解决问题, 法官此时俨然成为了正义的化身、法律的代言人。既然如此, 民众当然希望通过处于同一共同体中解决问题的同一规则即法律来解决问题。此时, 各主体间就形成了一种合作关系, 从而修复在交往失败或是异化时我们受损的人际关系。这种法律共同体之间通力合作的关系正是现代民事诉讼模式应当推崇的, 与和谐社会的主题具有一致性, 体现出民事诉讼的民主性、开放性与公开性——看得见的正义。因此, 民事诉讼的内部沟通与外部沟通的整合就是化解司法独立性与司法开放性的张力之所在。

#### 注释:

① 以现行《民事诉讼法》中第13条所确立的诚实信用原则为例, 我国《民事诉讼法》明确规定民事诉讼应遵循诚实信用原则。但在民事诉讼中, 当事人双方和法官是否真能诚实守信? 这项原则由于缺乏追责机制的保障, 导致实践中该条文形同虚设。

- ② 如一个外国人在对中国的民事司法制度进行短期考察后就声称已经全面了解中国的民事制度一样,我们对西方的巡察式了解也必定会存在诸多谬误。
- ③ 《民事诉讼法》第13条第2款规定:当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。
- ④ 《民事诉讼法》第12条规定:人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。
- ⑤ 马锡五审判方式是指抗日战争时期,马锡五同志任陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长时创造的群众路线的审判方式,是抗日民主政权创立的一种将群众路线的工作方针运用于司法审判工作的审判方式。马锡五审判方式的特点:一是深入农村、调查研究,实事求是地了解案情;二是依靠群众、教育群众,尊重群众意见;三是方便群众诉讼,手续简便,不拘形式;四是坚持原则,依法办事,廉洁公正。人们把这种贯彻群众路线,实行审判与调解相结合的办案方法,称之为“马锡五审判方式”。
- ⑥ 法院对彭宇案作出了判决,在社会上引起极大的反响,大家对中华传统助人为乐的美德重新审视,民众对自己的价值观重新定位,以致类似老人倒地事件发生时出现需要思考“扶不扶”的情况。“彭宇案”冲击了中华传统美德,扭曲了社会意识形态,产生了极不好的影响。
- ⑦ 它是在充分尊重当事人辩论权和处分权的前提下,针对因诉讼程序复杂化和专业化所造成的当事人行使诉讼权利的困难和不便,以及因主体滥用程序权而导致的诉讼迟延和高成本等弊端,为促进案件真实的发现,为节约有限的司法资源,而确定法官与当事人必须协同行使诉讼权利和履行诉讼义务的一种诉讼模式。
- ⑧ 这就好似让一个连恋爱都未谈过的人来处理离婚诉讼案件,最终结果可想而知。法官若仅仅只具备“法律书本知识”,在面对案件时无异于纸上谈兵。
- ⑨ 明希豪森困境由德国哲学家阿尔伯特提出,指作为论证的大前提也面临着证成上的追问,因而导致论证上的无限递归。在某种意义上,可以说明希豪森困境是演绎论证的困境。
- ⑩ 这也突出了现存两大经典诉讼模式的弊端,当事人主义诉讼模式很大程度上会通过拖延诉讼的方式来达到其目的;职权主义诉讼模式则是无论通过何种方式都要达到水落石出的目的。

### 参考文献:

- [1] 张卫平. 转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析[M]. 北京: 法制出版社, 2007.
- [2] 张卫平. 民事诉讼基本模式: 转换与选择之根据[J]. 现代法学, 1996(6): 4-40.
- [3] 田平安. 我国民事诉讼模式构筑初探[J]. 中外法学, 1994(5): 41-45.
- [4] 左卫民. 中国民事诉讼模式的本土构建[J]. 法学研究, 2009(2): 107-120.
- [5] 黄松有. 和谐主义诉讼模式: 理论基础与制度构建[J]. 法学研究, 2007(4): 3-23.
- [6] 韩波. 民事诉讼模式论: 争鸣与选择[J]. 当代法学, 2009(5): 133-148.
- [7] 张珉. 协同主义诉讼模式的法理分析[J]. 理论建设, 2006(4): 52-55.
- [8] 高志刚. 民事诉讼模式正当性反思——一个实践哲学的视角[J]. 法学论坛, 2011(1): 83-89.
- [9] 王福华. 民事诉讼协同主义: 在理想与现实之间[J]. 现代法学, 2006(6): 137-145.
- [10] 尤尔根·哈贝马斯. 交往行为理论(第一卷)[M]. 上海: 世纪出版集团, 上海人民出版社, 2004.
- [11] 韩德明. 合法化, 合理性与正义程序[D]. 南京: 南京师范大学, 2003.
- [12] 莱斯利·A·豪. 哈贝马斯[M]. 北京: 中华书局, 2014: 1.
- [13] 刘峰. 道德共识何以达成——哈贝马斯的商谈伦理及其现实道路[J]. 武汉科技大学学报(社会科学版), 2011(6): 643-647.
- [14] 程德文. 现代司法的合理性——哈贝马斯商谈论之司法观[J]. 金陵法律评论, 2006(秋季卷): 51-65.
- [15] 宋雅萍. 论主体间性[J]. 马克思主义哲学研究, 2008(00): 198-207.
- [16] 尤尔根·哈贝马斯. 在事实与规范之间[M]. 北京: 生活, 读书, 新知·三联书店, 2014.
- [17] 陈文曲. 现代纠纷解决的基本理念: 为权利而沟通[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2015(2): 115-120.
- [18] 孙桂林. 哈贝马斯的法律商谈理论及其中国化的意义[J]. 法学杂志, 2010(03): 81-84.
- [19] 高鸿钧. 商谈法哲学与民主法治——《在事实与规范之间》阅读[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 155-163.

## Transformation and selection approach: Civil litigation mode of negotiation

CHEN Wenqu, CHEN Zhe

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

**Abstract:** Currently in the academic circle, there is some deviation about the position of China's civil litigation mode. The civil litigation mode in China is affected by many factors, and it is a diversified mode at this stage. However, this mode also has many defects, the reason for which is the lack of a set of complete theory. In the dispute resolution system, modern civil litigation is manifested as a standard, comprehensive and rational communication platform. Civil litigation mode in talks is the embodiment of the communicative rationality; Communicative rationality and discourse ethics put forward by Habermas happens to coincide with essential feature of modern litigation, and perhaps this kind of mode can yet be regarded as the route of the transformation of civil litigation mode in our country.

**Key Words:** litigation mode; communicative rationality; discourse ethics; consensus; dispute resolution

[编辑: 苏慧]