

《当事人民事诉讼权利研究——兼谈中国民事诉讼现代化之路径》一书乃作者对当事人民事诉讼权利的法理之维与现实之维进行深入探讨的成果体现。全书分为上、中、下三篇，通过“需求—满足—选择”这一分析框架的建立，当事人民事诉讼权利的生成机制及基本体系由此形成，通过对两大法系当事人民事诉讼权利之比较法考察，他们在凸现当事人程序主体地位方面所采取的不同、相似或相异的制度进路及其旨趣由此显现，通过对重塑当事人权利机制对于中国民事诉讼现代化之特殊意义的阐述，个案意义上的当事人民事诉讼权利之功能分析由此完成。本书在当事人民事诉讼权利问题上所展现出来的独特研究方法视角对我国民事诉讼法学理论研究范式产生积极影响。

Civil Procedure  
Series



民事程序法论丛

# 当事人民事诉讼权利研究

## ——兼谈中国民事诉讼现代化之路径

黄娟 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

Civil Procedure Series

# 当事人民事诉讼权利研究

——兼谈中国民事诉讼现代化之路径

黄娟 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

当事人民事诉讼权利研究:兼谈中国民事诉讼现代化之路径/黄娟著. —北京:北京大学出版社,2009.5

(民事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15207 - 2

I. 当… II. 黄… III. 民事诉讼法 - 研究 - 中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 070889 号

书 名: 当事人民事诉讼权利研究——兼谈中国民事诉讼现代化之路径

著作责任者: 黄娟 著

责任编辑: 李铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15207 - 2/D · 2301

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 18.25 印张 294 千字

2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 31.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 论丛总序

本丛书的宗旨在于：大胆假设，小心求证；专注制度，推动立法。

2008年4月1日开始实施的修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》之所以仅仅是局部性的，而非全面性的；之所以未达预期的效果，而难免令人有失望之感，究其缘故，固然有诸多或种种，然而深层次上的原因，不能不被认为是，学术研究未能跟上立法之需求也。

反观我国的民事诉讼法学研究，起初营营碌碌于注释法学，后来迅速遭到诟病，认为这种研究长此以往，难脱原地踏步之嫌；于是乎，取而代之的乃是所谓的理论法学，以抽象思维见长的学者们，纷纷登台发表高见，短时间内，竟一扫注释法学之积弊，法学研究的面貌因之而焕然一新。然而，时间稍长，人们便发现，坐而论道原本是一件更为轻松的事，难点还在于，将放飞的思绪从辽阔的天空中收回，屏心静气地进行艰苦卓绝的制度构建。

具体的制度构建全然有别于潇洒的理论畅想，它需要有透彻的理论把握，敏锐的时代触感，宽阔的学术视野，务实的精心构筑，以及弥漫于全书中的价值说服力。这样的理论研究，显而易见，是多了一份枯燥，少了一份浪漫；然而，这样的理论研究，同样显而易见的，乃是真正的理论升华，培植了真正的学术之根。

德国学者海德格尔通过对“真理”一词的词源学考察表明，真理的古希腊语是 *aletheia*，原意是“无蔽”。可见，真理的本质就在于无蔽，而无蔽就是敞亮，敞亮就是本真。我们这套丛书，就是试图将我们各位作者本真的制度构想——无论是全面的抑或局部的，敞亮开来，达至无蔽，然而同时还要绝对地说：我们距离真理很远。



因为我们距离真理很远,所以我们欢迎批评;因为我们贡献的是本真,所以我们能够收获真诚的争鸣——正是在争鸣中,民事诉讼法才能在妥协性的智慧中,扬帆远航。

此为序。

# 序

中国的民事诉讼法已经蹒跚地走过了六十个年头了。

六十年来,仁人智士从不同的角度研究了或正在研究民事诉讼法的若干层面。其动因就在于使我国的民事诉讼法更加健全和完善。即将出版的黄娟博士的这本书,也是为此而作出的贡献之一吧。

就一国民事诉讼制度而言,当事人诉讼权利是非常重要的一个层面。它是一个既关乎价值理性同时又关乎技术理性的理论问题。众所周知,民事诉讼法的核心问题是权利和权力的配置,即当事人诉讼权利与法官审判权力的配置。当事人拥有怎样的诉讼权利表明了当事人在诉讼当中拥有怎样的行动空间和自由,同时也反映了当事人在诉讼中的活跃程度。而当事人在诉讼中的活跃程度又恰恰能够在一定程度上展现一定社会民事诉讼之民主、生机与活力。当事人诉讼权利如何配置、这些权利如何实现,关系到的是当事人诉讼中程序利益乃至实体利益的实现程度,以及诉讼程序设计及诉讼立法是否科学、是否合理。对于当事人诉讼权利问题,我国学界一直缺乏较为集中、系统和深入的理论研究,对当事人诉讼权利的理解一般停留在诉权在诉讼当中的具体表现这一层面上,在解释的路径上也一直没有脱离现行立法而最终沦为其注脚。理论研究的滞后与不成熟直接导致了立法上的缺失,当事人诉讼权利体系不完善、诉讼权利规范缺乏科学性、严谨性一直成为制约和阻碍当事人作用发挥、诉权保障乃至民事诉讼功能实现的瓶颈。因此,当事人诉讼权利是一个值得民事诉讼法学界认真对待和全面关注的一个理论课题。

黄娟同志在其博士论文基础上经过修改、充实而完成的《当事人民事诉讼权利研究——兼谈中国民事诉讼现代化之路径》是国内第一部系统



研究当事人民事诉讼权利的专著。该著作内容丰富,文字优美。上、中、下三篇分别从不同的维度展开了当事人民事诉讼权利问题探讨。在上篇,作者从哲学的角度从人之主体性的谈起,详细论述了当事人从法权主体到程序主体的变迁过程,并且以程序需要为核心,从法理学的角度深入剖析了当事人诉讼权利的生成及运行机制。这样一种论述方式突破了以往的当事人诉讼权利研究范式,使人感到耳目一新。在中篇,对两大法系民事诉讼制度当中当事人诉讼权利的比较法考察,展示了同属当事人主义诉讼模式的该两大法系民事诉讼在凸现当事人程序主体地位以及当事人对诉讼程序的主导作用方面种种相映成趣、同时又风格迥异的诉讼权利体系安排,并由此印证了上篇当中有关当事人诉讼权利的基本法则;在下篇,作者将当事人诉讼权利这样一个论题置于中国民事诉讼现代化这样一个背景下来进行一种个案分析,通过对中国民事诉讼现代化历程的梳理和解读,指出当今中国民事诉讼现代化的必由之路是当事人程序自主性的构建,进而论证当事人权利机制的重塑成为其中的一种路径安排,并从宏观、中观和微观三个层面作出了具体策略上的整体构思。整个论述过程显示出作者强烈的历史使命感以及问题意识,立场鲜明并较为完整地回答了在现代化与后现代化的交错当中中国的民事诉讼法制建设应遵守的原则:现代化是必由之路,不能简单地将西方的后现代化视为向前现代的回归而将这两者混为一谈,并以此为由拒绝和排斥中国的现代化。这样一种将民事诉讼领域的论题与中国的现代化理论相结合的研究进路可谓大大丰富与升华了当事人诉讼权利的研究,是对民事诉讼法理论研究的一种方法论上的有益尝试,而且作者的观点或许也能为解决我们长久以来在中国现代化问题上的一些争论提供一种很好的思路。

精到的论述,独特的视角,得体的建议,充分反映了黄娟博士坚实的学术根基。本书的问世,再次证明了一条朴素的真理:一份耕耘一份收获。黄娟博士在读期间,默默无闻踏实勤奋,应是其他在校学子效法的楷模。对于该书的问世,我感到由衷的高兴,相信这一研究成果能对我国民事诉讼法的完善与健全产生积极影响,同时也期待她今后能继续不断完善对这一研究论题的思考与探索,并不断拓展自己的研究领域,为我国民事诉讼法学的繁荣兴盛作出更大的贡献。一孔之见,是为序。

西南政法大学教授、博士生导师 田平安

2009年3月10日于安怡斋

# 目 录

绪 论 .....	(1)
-----------	-----

## 上篇 当事人诉讼权利之法理分析

序 言 .....	(11)
第一章 当事人诉讼权利与诉权 .....	(13)
第二章 当事人诉讼权利分析之逻辑起点 .....	(27)
第三章 对当事人诉讼权利生成及运行机制的一般性考察 .....	(64)

## 中篇 两大法系民事诉讼当事人 诉讼权利之比较法考察

第一章 诉讼程序的启动:起诉权 .....	(113)
第二章 诉讼准备及其保障:相关资源获取权 .....	(118)
第三章 庭审对抗:攻击防御权及其平衡 .....	(130)
第四章 判决外终结诉讼方式的寻求:诉的撤销 及诉讼和解权 .....	(138)
第五章 对法院各种事项裁决的再救济:申诉和异议权 .....	(145)





## 下篇 中国民事诉讼现代化与 当事人权利机制的重塑

第一章	中国民事诉讼现代化的路径选择:一种问题意识 .....	(167)
第二章	当事人程序自主性的构建:中国民事诉讼从 传统到现代的必由之路 .....	(204)
第三章	当事人权利机制的重塑:一种关于中国民事 诉讼现代化的整体构思 .....	(230)
结 语	.....	(268)
参考文献	.....	(271)
后 记	.....	(283)

## 绪 论

民事诉讼作为一种社会现象,其产生、发展和演变可以说是伴随着人类社会的历史发展的车轮隆隆向前的。一方面,它可以称得上是一种社会实践,一种人类改造其周遭的物质世界以及他们自己的精神世界的实践,民事诉讼的出现及其演变过程从一个向度反映了人类解决自身冲突的实践过程,在这个领域,尽管国家介入私人生活得到高度正当化与合法化,但其介入的方式及其程度也不断得到反思和调整<sup>①</sup>;另一方面,按照进化论者的观点,人类的民事诉讼实践过程也是一种人类社会文明史的记录,这不仅仅表现在诉讼的出现结束了人类以野蛮为其要征的自力救济的历史,更具深刻意蕴的是,从诉讼方式的变迁中折射出来的是诉讼中对人应有的、德沃金所声称的道德权利<sup>②</sup>的尊重,以及对平等、民主、人权及自由观念的崇尚。当然,这些都是在近现代意义上的国家建立以后才出现的。在这当中,国家权力的浓墨重彩在诉讼当中日渐消退,强权作用下的纠审机制逐渐被平等氛围下的对话机制所取代;而且,为了能够保持诉讼这一纠纷解决方式的生命力,制度的设计者们总是在努力对诉讼程序不断作出调整以适应社会形势的变化以及社会大众的需要;在固守基本的程序价值理念的前提下,诉讼程序的刻板性也在逐渐得到改善或弥补,其设计也愈来愈倾向于人性化,以此来激发社会公众接近司法、接近正义的热情。

---

<sup>①</sup> 这方面主要体现为当事人在诉讼程序中意思自治空间的保留及扩大,以及法官审判权力的自我约束。参见常怡、黄娟:《现代诉讼的法理性透视》,载《现代法学》2003年第1期。

<sup>②</sup> 参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,北京:中国大百科全书出版社1998年版。



诚然,不同历史时期、不同历史和文化背景下的民事诉讼活动不可避免地要带上显著的时代烙印,而从评价机制的相对性来看,任何一个时代的东西在当时看来都是具有相对合理性的,正如吉尔兹笔下所描述的“地方性知识”<sup>①</sup>那样,它们都可看作是当时的人们社会实践的一种存在,是当时的人们对世界的一种感知与认识,以及对自身命运的安排。作为不同时代或者成长于不同文化背景下的人,对于这种“地方性知识”,所能够做的或许仅仅是阐释,或者是一种言说,在某种意义上,它是不需要、也无法作出任何评判的。尽管如此,笔者却认为,在某一个层面上,对诉讼制度的评价却是可以进行的,那就是,在该种制度安排下人在诉讼当中的际遇。因为,人类社会发展的历史本身就是一部人们不断改变自身受奴役之命运、不断争取自由的历史。从道德层面上说,人是生而平等且自由的,当人们选择法治作为一种社会治理方式的时候,当法律始终被期待着在社会冲突的协调、化解中担负着重要角色的时候,表面上对人们在诉讼活动中的行为进行规范的诉讼法律制度是对人们自由的一种约束,但是,这实质上却是人们在通过公共权力解决纠纷方面争取更大自由的表现。“人为自然立法,就是探究自然界的实然规范世界,获得对外部世界的自由,做自然界的主人;人为自身立法,就是探究人类社会的应然规范世界,获得社会关系的自由,做自身的主人。”<sup>②</sup>通过诉讼制度对人们行为方式的调整,特定的诉讼秩序便得以形成,也只有在这种业已形成的秩序当中,整个诉讼活动的开展才有可能富于效率并且能够让其中的参与者获得对他们来说相当重要的安宁感。<sup>③</sup>但是,从历史上看,制度在创造一种秩序的同时,也有可能对人的自由进行限制、剥夺,没有体现对在诉讼当中的尊严应有的尊重,甚至本末倒置,从根本上抹杀当事人在诉讼中的应有的主体地位,以至于造成当事人在诉讼中的“人格残缺”。虽然这种情况在近现代社会随着民主政制的建立、法治思想与人权观念的逐步渗透已经不多见,但是,受立法者本身价值偏好、历史文化传统、立法技术等

<sup>①</sup> 参见[美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识——阐释人类学论文集》,王海龙、张家瑛译,北京:中央编译出版社2000年版。

<sup>②</sup> 高兆明:《制度公正论——变革时期道德失范研究》,上海:上海文艺出版社2001年版,第182页。

<sup>③</sup> 关于秩序对于人类生活的意义可以参见[美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社1999年版,第10章,以及[英]彼德·斯坦·约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,北京:中国人民大学出版社1989年版,第2章。

因素的影响,在制度中作为主体的人在诉讼中各种正当的利益需求仍有可能得不到应有的关注,当事人在诉讼中应有的权利也仍有可能得不到充分展现与保障,或者从制度中无法保证当事人在诉讼中的自主性与自治性,以至于造成当事人在诉讼中的“性格残缺”。正因为如此,制度理性以及制度科学才成为今天追求法治与社会进步的人们进行更深层次思考与探寻的主题之一。那么,制度中出现这些现象其根源在哪里呢?或者说,要想比较妥当地解决这些问题,其切入点在哪里呢?

从抽象的意义上而言,支撑诉讼的两大基石是国家的审判权与公民的诉权,而具体的诉讼活动是依靠特定时空范围内法官的审判权与当事人诉讼权利的互动来展开的。一方面,公民诉权实现有赖于审判权的有效行使,并且,国家欲达到通过诉讼来调控社会关系、稳固既存秩序或营造新秩序之目的<sup>①</sup>,也有待执掌于法院(或法官)之手的审判权才能够正常运作。另一方面,司法的消极之本性决定了司法程序的开启、进展的主动权却只能掌握在特定的当事人手中,即审判权的运行必然要受制于当事人诉权的行使状况。“没有当事人就没有法官”、“不诉者不判”这些直白却内涵深刻的法谚一直都在诠释着这个道理。从诉权与审判权之间的这种关系当中,可以透视出政治学意义上的政治国家与市民社会、国家权力与公民权利之间永远存在的一种二律背反:国家权力基于一定的合法性、通过一定的方式和程序介入到私人纷争的解决过程当中,但是,在私人纠纷被纳入到正统的、程式化的公力解决轨道的同时,却必须为纠纷的当事人保留出一块相对自治的空间。<sup>②</sup>这种状态的形成,首先可以从法治社会、市民社会与政治国家的分野理论中得到某种解说。市民社会(civil society)在西方学术界原本是指伴随着西方社会的现代化进程而出现一种与国家相分离的社会自组织状态,它是私人活动的一种抽象,与作为公共领域的抽象的政治社会形成对应。最早在这一意义上使用这个概念并赋予其新的含义的是黑格尔,在他看来,市民社会是现代世界的产物<sup>③</sup>,

① 一般认为,现代意义上的审判其功能主要有两种,一种是通过对现实权利的确认或救济来回复发生振荡的社会关系,维护现有的社会秩序,此为司法保守性的一面;另一种是通过所谓的“法官造法”来创设新权利,此为司法能动性的一面。

② 之所以说这种自治是相对的,是针对诉讼当中对当事人行使其处分权的合理限制而言的,而这种合理限制的正当性基础是、也只能是第三人的合法权益以及社会公共利益。

③ 参见〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆1961年版,第182节。



它的出现标志着现代世界的来临。黑格尔笔下的市民社会是一个有着高度自律性的市场体系,它具有独立性,但是由于市场本身的缺陷它又不是一个完全自足的社会,其内部存在的非正义缺陷需要国家建立一套政治秩序方能解决。所以,从黑格尔的学说中可以导出“国家高于社会”这样一种关于国家与社会相互关系的论点。在这方面,洛克的结论恰恰相反,虽然他也主张市民社会与政治国家在学理上的分野,但是,他认为国家是社会的产物,是社会与其订立的一纸契约框定了国家本身及其存在的终极意义。故而,在洛克的言说中,市民社会是先于、外在于国家的,并对国家享有最高的裁判权。<sup>①</sup> 在这里,笔者无意对这两种观点孰是孰非进行评判,或者说,它们根本就是无法进行简单评述的。因为,基于一定的哲学理念,这两种观点可以看成是从不同的角度对同一个问题的思考,彼此之间在侧重点有所差异。前者关注的是市民社会个体行为动机的纯粹自利性而又可能导致伦理层次上的不自足性,在这当中,国家作为一种精神的象征而被赋予了道德上的正当性与现实中的合法性;后者所关注的则是强势的国家权力对个体权利侵蚀的可能,因而强调国家的合法性基础有赖于民意。其实,这些多方位的思考也就折射出市民社会因其自身的缺陷而对国家产生的,在一定程度上既依赖于它,但同时又与国家自觉保持着相对的独立,并且坚决排斥国家权力的入侵这样一种“既爱又恨”之情结。应该说,市民社会与政治国家在学理上的分野是西方世界理性的产物,它展示了个体的人在一个社会当中各种不同的角色需求以及人类在满足这种需求之道路的探索,同时也反映了人类对自身弱点的清醒认识以及一种执著的道德追求。而在现实世界里,市民社会与政治国家之间的这种分野或关联则是通过法治来完成的,而且,恰恰是市民社会与政治国家的互动发展,才奠定了法治运行的社会基础。<sup>②</sup> 法治形成的前提是国家的存在,并且正是通过法治,市民社会的内在缺陷才能够以一种相对合理、在内容与外观上基本符合社会正义的方式来弥补;而市民社会的存在是法治得以存在、发展和不断完善的动力之源与价值依归。法治的一些本质规定性,诸如,法律至上的社会理念、对国家权力的分割与制衡

<sup>①</sup> 参见邓正来:《市民社会与国家——学理上的分野与两种架构》,载邓正来、〔英〕J. C. 亚历山大编:《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》,北京:中央编译出版社1999年版,第77—100页。

<sup>②</sup> 马长山:《市民社会与政治国家:法治的基础和界限》,载《法学研究》2001年第3期。

意识以及社会成员的多元价值追求等,都来源于市民社会的客观需要,“市民社会作为公民和社会团体的联合体,它承载着整个社会物质生产和人的自身的生产的任务,在这一生产过程中,无论财产权利的确认还是人身权、契约权利的保护,都十分自然地产生了自由、尊严、平等、效率和产生纠纷时公平解决的天然需求。法治因应了市民社会的这一急迫需求才获得了自身存在的合法性。”<sup>①</sup>因此,寻求这两者之间良性互动关系的形成,是一个法治社会必须应对的课题,而且也是其法治程度的一个衡量尺度。该种良性互动关系的形成,要求“在法律规定的范围内,国家的权力与市民社会的权利可相互作用,任何一方都不应当、也不可能将对方置于自己的绝对控制之下,两者的关系应当统一在有利于整个社会健康存在和发展的有机平衡的状态之中”<sup>②</sup>。所以,它最终归依于国家权力与公民权利之间关系的理性认识和正确把握。对此,有学者指出,国家权力与公民权利之间是一种对立统一的关系,其具体内容主要是指:国家权力与公民权利其行使界域得到合理划分,国家权力根本统一于公民权利,公民权利足以制约国家权力,国家权力足以防止公民权利的滥用。<sup>③</sup>

通过以上分析,我们是否可以从中领悟出这样一番道理:在现代社会,由于市场逻辑和国家逻辑是截然不同的,前者的核心是自治,后者的逻辑则是强制干预,所以,它们之间不可避免地存在一种张力。市场经济与宪政观念之间是存在某种契合点的,比如市场秩序的自发性以及不受政府干预的“私人领域”的形成等这些特征都产生了限制公权力以及保障私权利之要求,但另一方面现代国家存在之内在道德上的正当性与外在形式上的合法性又决定了在观念上被认为是代表着社会整体利益与社会通常正义,其权力必须是足够强大而有能力克服市场之种种缺陷的。而这些都是需要通过法治来完成。故而,在任何一项既涉及公权力同时又涉及公民个体权利的制度当中,尤其需要对这两者恰当地进行一番平衡,同时尊重市场规律及其赖以生存的诸如自由、机会平等市场伦理,以此来保护私权利并促使其他恰当行使,并在符合一种大体的社会正义的前提下使其得到合理实现。这也可被视为所有制度安排的出发点之所在。民事

① 郑强:《市民社会与法治》,载《外国法译评》2000年第4期。

② 同上。

③ 参见童之伟:《公民权利国家权力对立统一关系论纲》,载《中国法学》1995年第6期。



诉讼制度更是如此。

我们不妨来关注一下民事诉讼活动的实质性内容。民事诉讼其实就是经过当事人的授意,由特定的司法裁判机关对他们之间业已存在的权属纷争或者不明的法律状态作出具有法律效果的裁决或确认。从当事人的角度来讲,他们凭借着对国家正统司法程序的某种信赖,希望通过司法程序得到一个最终的法律裁决(尽管这个裁决不一定能获得其心理上的认同),这也可以说是民事诉讼之“当事人目的”。因此,他们(至少有一方)的参诉行为体现了对诉讼制度的主动利用,是其积极行使诉权的结果。那么,作为一项制度的积极利用者<sup>①</sup>,在整个诉讼程序中,他们基于其特定的角色必然有一定的程序利益与需求,其中基本的利益需求主要体现在两个方面:其一,在诉讼当中双方当事人能够被同等对待(equal treatment)。而这其中核心的问题就是在诉讼的任何环节、任何问题上,双方的利益需求得到法律的同等程度关注,双方在法律上被赋予的对抗机会均等,并且在可利用的诉讼手段上获得同等的法律保障。这种在诉讼中的对抗机会均等的理念应该说是同市场经济的价值观念相吻合、相适应的,同时也正是诉讼正义的根本体现,缺乏这一条,整个诉讼制度大厦便会丧失其应有的平衡。其二,当事人在诉讼当中应有的自治空间能够得到尊重与保留。在分析此问题时,需要我们换个思维角度,从审判权自身的属性出发来进行考察。从立法者制定诉讼制度的初衷来看,或者说民事诉讼之“国家目的”,是希望通过在一个个具体的案件中审判权的运作,通过法官对法的适用,来维护现有社会关系的稳定,促成法对社会生活的调整和控制;与此同时,通过诉讼制度在许许多多具体案件当中的实施,给当事人乃至社会公众动态地展示司法过程的全貌,使整个社会对司法形成了一个大的认知。根据审判权运作的规律及其功能,它在诉讼当中所起到的作用主要有:指挥诉讼进程,维持正常的诉讼秩序;确定裁判事实;对当事人之间的纠纷作出部分或全部法律裁决。因而,审判权具体包含以下三大权能:诉讼指挥权、裁判的事实根据确定权以及最终裁决权。尽管如此,如前文已经提到的,在不同社会文化背景下,以及历史发展的不同时期,审判权运作的方式是有很大差别的,虽然从客观效果来

<sup>①</sup> 从司法的消极性来讲,主动利用诉讼制度的只能是指启动诉讼程序的当事人,而非法官。



看都是产生一个具有法律拘束力的裁决。那么,这种差别主要体现在哪些方面呢?以笔者的观点,这主要体现在审判权对诉讼程序进展的实质影响力上,而这又包含两个方面,一是诉讼程序进展的主导权<sup>①</sup>是掌握在法官手中还是掌握在当事人手中;二是法官在控制诉讼程序的运行时给当事人的意志保留了多大的自主空间,比如在哪些事项上当事人有自主权或者由双方合意决定,换句话说,法官的审判权的运作在多大程度上受当事人意志的影响。由此可见,在诉讼制度中,法官的审判权与当事人的诉讼权利之间存在着一种天然的张力,从表面上看,似乎这两者都在尽可能更大程度地影响纠纷的最终处理结果。而这种张力的形成,从根本上说是源于制度设计者的意志与制度的利用者的意志在某些层面上的冲突。这种冲突可以说是永远无法避免与克服的,因为它来源于一个悖论:在政治国家面前,同时具备“公民”与“市民”两种身份的个体在面对“服从”公权力之选择时却又在不自觉地呼唤着“自治”,以此来对抗公权力对自身事务的全方位侵入而导致自己的意志与声音完全湮没于其中。这也是哲学意义上的一个永远无法解答的难题。当事人这两个方面的利益需求如果得到立法者的关注乃至认可,那么它们就会在诉讼制度中得到满足而外化为当事人在诉讼中的一系列程序性权利。诉讼权利对于当事人来讲有着非同小可的意义,它们不但是其在诉讼中获取其合法利益的有效手段,而且在很大程度上决定了当事人在诉讼当中的法律地位和所受待遇如何,并且还决定了当事人在诉讼中回旋空间的大小。

通过以上分析,我们是否可以得出这样一个结论:诉讼制度的核心问题其实就是一个权力(利)配置问题。它包含两方面的内容,一是法官所拥有的审判权力与当事人诉讼权利的配置,二是对双方当事人依其诉讼地位进行的各自的诉讼权利的配置。并且,在对一种诉讼制度进行客观评价时,我们也可以从中找到一些衡量的尺度。因为,对前者而言,它体现的是一种法治社会所必需的限权(力)理念;而后者向人们展示的是一种公平之理念。这或许可以从西方正义女神的“行头”——一手持天平,一手持利剑当中得到某种印证。所以,当事人的诉讼权利在现代诉讼制

<sup>①</sup> 这里所讲的“主导”指的是对诉讼程序的启动权,它是“行为主体对程序具有的能动作用”,而且其指向的对象不仅仅是诉讼的主程序,而且还包含子程序。参见张卫平:《我国民事诉讼法的发展与体制性制约的分析》,载《法律科学》2001年第5期。





度当中始终是一个值得关注的焦点问题,因为,它关乎社会基本正义的实现,关乎民生(人在诉讼当中的际遇),关乎法律之未来命运,最终,关乎人类自由与自身的命运。同时,从民事诉讼的发展史我们也可以看到,它其实也是一部当事人权利的发展史。从毫无权利的纠问对象到拥有一定自主空间的诉讼主体和权利主体,当事人这种身份的变化也就在其权利空间的不断扩展中得以凸显,其中的意义是无可估量的。因为,它是人类道德追求不断进步的集中反映,而且,“权利发展更实质的意义在于,它意味着支持那些资格、利益、力量或主张并因此使它们成为权利的道德、法律和社会体制的进步,并因此意味着权利社会配置方式的改善,意味着社会正义的增进。”<sup>①</sup>因而,当我们将民事诉讼制度以及现象纳入我们的研究视野时,不得不关注置身于诉讼程序中的当事人的境遇,不得不关注其诉讼权利状况。在这里,或许可以借用一下德沃金先生的名言:我们需要——“认真对待权利”(taking rights seriously)。

<sup>①</sup> 夏勇主编:《走向权利的时代》,北京:中国政法大学出版社2000年修订版,绪言部分,第10页。