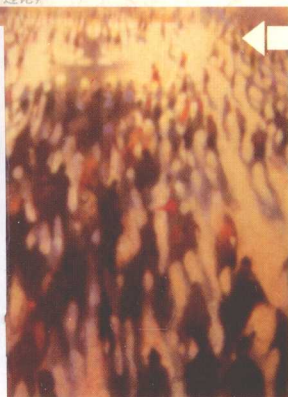


本书在对传统民事诉讼构造理论进行回顾与反思的基础上，试图提出一种在论证上更为充分的民事诉讼构造观。全书共分五章，其内容与脉络如下：第一章对传统民事诉讼构造理论进行了回顾，指出传统民事诉讼构造理论存在着价值困惑与路径困扰。接着在第二章开始对民事诉讼价值观的历史变迁进行考察，在此基础上选择以哈贝马斯的商谈正义观作为构造民事诉讼程序的价值目标。在完成了对民事诉讼构造观的价值选择后，第三章紧接着开始寻找建构民事诉讼构造观的论证路径。通过对西方哲学领域常用的契约方法的考察，选择了哈贝马斯的法律商谈理论作为建构民事诉讼构造观的方法论基础。在确定了民事诉讼构造观的价值目标和论证路径后，第四章开始正式提出诉审商谈主义的民事诉讼构造观。主张民事诉讼在程序构造上，应当鼓励诉权和审判权在符合商

Civil Procedure
Series



民事程序法论丛



诉审商谈主义

基于商谈理性的民事诉讼构造观

段厚省 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

013026244

D915.204
26

Civil Procedure Series

诉审商谈主义

基于商谈理性的民事诉讼构造观

段厚省 / 著



北航

C1633455

D915.204
26



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

诉审商谈主义:基于商谈理性的民事诉讼构造观/段厚省著. —北京:北京大学出版社,2013.3

(民事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 22256 - 0

I. ①诉… II. ①段… III. ①民事诉讼 - 研究 IV. ①D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 040863 号

书 名: 诉审商谈主义——基于商谈理性的民事诉讼构造观

著作责任者: 段厚省 著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 22256 - 0/D · 3288

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 16.5 印张 258 千字

2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 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 电子信箱: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，平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。

目 录

导论	(1)
一、研究的意义	(1)
二、研究的目的	(11)
三、研究的范式	(23)
四、研究的体例	(29)
 第一章 对既有民事诉讼构造观的回顾与反思	(33)
第一节 概念的辨析与统一	(34)
一、民事诉讼构造	(34)
二、民事诉讼模式	(35)
三、民事诉讼体制	(39)
第二节 既有民事诉讼构造观概览	(40)
一、既有民事诉讼构造观的两个发展阶段	(40)
二、第一阶段的民事诉讼构造观	(41)
三、第二阶段的民事诉讼构造观	(52)
四、小结	(58)
第三节 既有民事诉讼构造观的价值困惑	(59)
一、既有民事诉讼构造观的价值取向	(59)
二、既有民事诉讼构造观的价值困惑	(65)
第四节 既有民事诉讼构造观的路径困扰	(69)
一、既有民事诉讼构造观的路径解析	(69)
二、既有民事诉讼构造观的路径困扰	(79)



第二章 商谈正义观与民事诉讼构造的价值选择	(94)
第一节 概述	(94)
第二节 正义观的历史变迁	(97)
一、蒙昧时代的正义观:来源于自然的正义	(98)
二、权威时代的正义观:来源于历史的正义	(101)
三、启蒙时代的正义观:来源于自然法、功利主义与直觉观念的正义	(104)
四、法治时代的正义观:来源于法律规范的正义	(108)
五、反思时代的正义观:来源于商谈的正义	(112)
第三节 我国民事诉讼构造应当追求的正义观	(118)
一、我国当下的正义观	(118)
二、我国民事诉讼构造应当以商谈的正义作为价值目标	(121)
三、商谈正义观下的程序正义与实体正义	(125)
第三章 法律商谈理论与民事诉讼构造的路径选择	(130)
第一节 从抽象契约理论到法律商谈理论	(131)
一、罗尔斯的抽象契约理论	(131)
二、哈贝马斯的法律商谈理论	(145)
第二节 司法裁判中的法律商谈问题	(155)
一、裁判的确定性与合理性之间存在张力	(156)
二、先于法律商谈理论的四种解决方案	(159)
三、法律商谈理论的解决方案	(163)
第三节 诉审商谈主义的提出	(168)
一、法律商谈理论的补强	(170)
二、诉审商谈主义的提出	(173)
第四章 诉审商谈主义的民事诉讼构造观	(178)
第一节 诉审商谈主义的程序品格	(179)
一、平等	(180)
二、自由	(183)
三、理性	(186)



四、自治	(191)
第二节 诉审商谈主义的程序要义	(193)
一、程序建制之于诉审商谈的意义	(193)
二、诉审商谈的形态划分	(196)
三、不同商谈形态对言语行为有效性的要求	(200)
四、交往行为的促成与策略行为的制止	(205)
五、作为商谈成果的可预测性裁判	(214)
第五章 诉审商谈主义的中国境遇	(216)
第一节 既有程序建制与诉审商谈主义	(216)
一、既有程序建制的构造变迁	(217)
二、民事审判方式改革中的商谈因素	(218)
三、既有程序建制内的商谈空间	(221)
四、以诉审商谈主义改造既有程序建制	(224)
第二节 人民法院高度组织化与诉审商谈主义	(227)
一、人民法院的高度组织化	(227)
二、人民法院高度组织化对诉审商谈的阻碍	(241)
三、诉审商谈主义对人民法院高度组织化的消解	(244)
第三节 司法场域的资本交易与诉审商谈主义	(246)
一、司法场域的资本交易	(246)
二、司法场域资本交易对诉审商谈的阻碍	(250)
三、诉审商谈主义对司法场域资本交易的消解	(251)
参考文献	(253)
致谢	(258)

导论

一、研究的意义

(一) 程序之于法治事业的意义

程序之于法治事业的意义,已为各法治发达国家的历史所证明。在英美法系国家,源自英国《大宪章》的“正当程序”之宪政精神,在美国上升为正式的宪法条款。早在启蒙时期,爱德华·柯克爵士在重述英国法时就说过:“‘王国的法律’就意味着普通法,而普通法则要求‘正当程序’。”^①1791年,继受了英国法中正当程序精神的美国联邦宪法第五修正案规定:“未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或者财产。”1868年,第十四修正案将这一要求扩大适用于各州。^②在大陆法系主要国家中,德国《民事诉讼法典》于1877年颁布,而《民法典》则于近20年后的1896年才颁布。第二次世界大战后的1947年,日本宪法将属于程序权利的诉权上升为宪法权利,在第32条明确规定:“任何人在法院接受审判的权利不得剥夺。”^③日本学者谷口安平则公开宣称:“程序是实体之母,或程序法是实体法之母。”^④以上体现程序之于法治意义的比较法资料,可谓比比皆是,学者可信手拈来。可见,程序以及程序法作为现代法

① [英]爱德华·柯克:《英国法律总论》,伦敦,1648年版,第250页。转引自[美]约翰·V.奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成、陈霜玲译,商务印书馆2006年版,第6页。

② [美]约翰·V.奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成、陈霜玲译,商务印书馆2006年版,第70—71页。

③ 转引自刘敏:《裁判请求权研究——民事诉讼的宪法思考》,中国人民大学出版社2003年版,第76页。

④ [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第8页。



治事业的核心或者基石,已为各法治发达国家的历史经验和当下现实所证实,乃是各国法治意识的共同结构。对于法学者来说,已经成为常识。

而在我国漫长的法制历史中,虽亦有程序制度,但程序制度可为掌权者随意更改变通;虽偶有程序意识,但从未形成正当程序的观念;清末民初的法制变革,虽欲引进法治发达国家的经验,进行法治建设,然而种种因素所致,未竟其功。1949年以后之数十年,法治建设事业命运多舛,各种斗争和运动交替登场,国民人性之恶一度淋漓展现,既有之道德规范尚且不能自保,又何来法治一说。直到近三十年来,法律以及权利意识才渐渐在国人心中成长。而法治亦在有识者艰辛努力之下,逐渐成为国人所追求的事业。然而即使如此,重权力而轻权利,重刑事而轻民事,重实体而轻程序的观念,作为一种历史传统,在国人法律意识中的惯性存在远未消除。即使在法学者中,对于程序法的认识也不统一。一些程序法学者对于程序意义的强调,多少带有学科本位的色彩;而一些实体法学者对于程序的认识,还停留在工具理性的水平。但即使在这种对于法律和法治的意识环境中,程序之于我国法治事业的意义,也早已为部分有识者洞察。例如,季卫东教授著有《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,认为程序乃是制度化的基石^①;孙笑侠教授则著有《程序的法理》一书,宣称:“当代中国法的现代化实际上就是中国法的形式化或称制度化的过程。当今中国正在进行的推行法治的运动,实际上就是中国法形式化或制度化的过程。中国法形式化或制度化的突破口则是中国法的程序化。”^②可见,程序之于我国法治事业的意义,并非无人能识。而在有识者的努力下,对于程序法的建设,虽然难以速成,但毕竟有期可待。至于我们当下所能做以及所应做的,恐怕仍然是对我国程序法建设的路径探寻。一方面,我国学界当下之研究,尚未成熟。例如,前引法社会学和法理学者,虽对于程序法的意义和内在精神有所洞察,但对于程序法的机体建构则仅大略言及,一些主要的问题,还待探讨。而一些研究程序法的学者,对于我国建构程序法制的路径问题,尚无统一认识。各人分别从

① 季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,中国法制出版社2004年版,序言。

② 孙笑侠:《程序的法理》,商务印书馆2005年版,第11页。



比较法学的视角、历史的视角、文化传统的视角、社会学的视角以及经济学的视角等展开自己的论述,所得结论自然也千差万别。这些结论相互之间尚有争论,又如何能够担当起引领程序法制建设的重任?另一方面,我国当下程序法制建设的实践,因少有理性引领,故既有之做法,多为被动应对之举,治标而不治本。基于此,探寻一种能够担当起引领我国程序法制建设的精神理念,或者思想、主义,仍应为学人孜孜追求的目标。

(二) 诉讼程序之于程序法的意义

程序法除诉讼(司法或审判)程序外^①,还包括选举程序、立法程序以及行政程序等,但诉讼程序被一些学者认为是最为重要的程序。例如,季卫东教授认为“审判程序”是最重要、最典型的程序,因为审判程序“存在着诉答(pleading)和证据的完整制度”^②。当然,这一解释显得简单了些,从中难以看出为什么诉讼程序因为有着完整制度,就应当是最重要的程序,抑或其他程序难道就一定欠缺着完整的制度吗?当然,季卫东教授肯定还有着更为完整的论证环节,他只是出于著述篇幅的原因,省略了而已。而孙笑侠教授在其所著《程序的法理》一书的体例安排中,总共三篇的内容,司法程序就占了整整一个中篇,宪法程序和行政程序仅仅被安排为下篇中的一部分内容。可见在孙笑侠教授的程序观中,诉讼程序也是被作为最为重要的程序来看待的。实际上在孙笑侠教授《程序的法理》一书中,具有总论性质的上篇的内容也主要是围绕着诉讼程序而展开的。因此我们似乎可以说,在孙笑侠教授的程序观中,诉讼程序占据着最为重要的地位,具有自明性。

以上两位学者的观点也许是受到英美法系国家一些观念和实践的影响。英美法系国家在经验主义的思维下,形成了判例法的传统,这一传统

^① 在这里使用的“诉讼程序”概念,与其他学者所用的“司法程序”或者“审判程序”应具有大致相同的内涵。但从文义上看,诉讼程序是从当事人的角度来看待程序,强调诉和诉权的作用,体现出当事人在程序中的地位和作用,而司法程序则从司法者的角度来看待程序,强调司法权和司法者在程序中的地位,审判程序与此类似,是从审判者的角度来看待程序,强调审判权和审判者在程序中的地位和作用。因此,诉讼程序强调当事人与法官在地位上的平等,强调程序活动的对话性质,而司法程序和审判程序则强调法官地位的优越性,强调法官在程序活动中的独白性质。因本书是以诉权和审判权之间的商谈(论辩)为讨论的主题,所以选择了“诉讼程序”这一概念。

^② 季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,中国法制出版社2004年版,第18页。



的“核心矛盾是,判决似乎产生于规则之前”。^① 在没有外在的实体法规则作为衡量裁判公正与否的标准之情形下,程序正义成了裁判正义唯一的外观。也即,若产生裁判结果的程序是正义的,那么裁判的结果就是正义的。因此普通法系国家对于程序正义的要求,远远高于具有制定法传统的国家。以至于在现代最为发达的普通法国家之一的美国,一切社会纠纷,包括政治上的分歧,乃至关于立法效力的争论,都可以通过司法程序来解决。这使得诉讼程序在法律程序体系甚至整个法律体系中都具有优越地位,被视为正义的最终给出者。由于美国经济和社会的发达,使得人们认为它的一切制度和观念都是先进的,都可以作为衡量本国某一理论、制度和实践正确与否的标准。因此一些学者自觉或者不自觉地接受了美国的诉讼程序优越观,将其作为自明的公理看待。而在大陆法系国家,由于有着体系庞大的实体法规范作为裁判的依据并因此作为衡量裁判结果公正与否的标准,诉讼程序便难以获得像是在英美法系国家尤其是美国那样的优越地位。当然,这并不是说大陆法系国家不重视诉讼程序,而是说诉讼程序未能取得作为正义的给出者那样崇高的地位。

若我们就类似于选举这样的宪法程序,以及立法程序、行政程序和诉讼程序在现代民主国家法治事业中的地位来看,除了行政程序具有完全的工具理性,可以被诉讼程序审查,也即行政程序的地位在理论上可能低于诉讼程序外,选举程序和立法程序的重要性,一点也不低于诉讼程序。试想,若没有符合国民正义观的选举程序,则难以产生合法的立法机关,若没有合法的立法机关,法律又从何而来。也许通过不正义的选举程序产生了一个目的在于履行立法职责的机关,但是这个机关既然是非法的,它所制定出来的规范又怎么能够被视为法律呢?若是连法律都没有,法官从何而来,诉讼程序从何而来,裁判的依据又从何而来?此为其一。其二,即使有了合法产生的立法机关,但若没有一个符合国民正义观的立法程序,或者虽然有这个程序,但是未被遵守,则这个立法机关所产生的旨在发挥法律作用的“规范性文件”,恐怕也不能够被视为法律。若没有法律,诉讼程序又如何存在且如何展开?基于此,我们在讨论诉讼程序之于

^① [美]约翰·V. 奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成、陈霜珍译,商务印书馆 2006 年版,第 2 页。



整个法律程序的意义时,不能想当然,而要在充分论证的基础上,得出相应的结论。

我认为,在讨论诉讼程序之于法律程序体系的意义时,应当从诉讼程序的分工和特点出发。

就诉讼程序在法律程序中的分工来看,我们首先可以从反面出发,提出这样一个问题,也即:若有了选举程序和立法程序,也有行政程序,但是却没有诉讼程序,会产生什么样的结果?这个结果可能就是,国民选举出了立法机关,立法机关也制定了法律,但是行政机关可以随意违背法律,人民也可以随意违背法律。因为没有一个司法程序存在,行政机关的错误行政行为无法被追究,国民的违法行为也无法被追究,国民应当享有的法律上规定的权利当然也无法获得保障。整个社会乱成了一锅粥,人们又回到了丛林时代。而有了诉讼程序后,情况就不一样了。对于行政机关的错误行政,国民可以起诉到法院要求裁判,一方面纠正行政机关的错误,另一方面维护国民受损的权利。而对于国民自身的违法行为,受害人当然也可以诉诸法院,请求通过诉讼程序来保障其依法应当享有的权利。这样,我们的社会就又回到了法治的时代,我们就又走出了丛林,再次迈入文明社会。因此,现代法治国家的诉讼程序,乃是法律强制性的最终体现,因此也是其他一切程序达至其最终目的之保障,进而是法治事业成功与否的最终保证,也是文明社会免于堕落丛林的关键屏障。实际上,即使在原始社会,都存在解决纠纷的程序。即使没有实体上的规范,只要有纠纷,就必须有解决纠纷的程序。这种程序也许表现为某种仪式,但不可否认,在人类社会早期,对于程序的需要先于对实体规范的需要。而实体规范,也正是通过一次次纠纷的解决程序而逐渐生成的。所以前引日本学者谷口安平才有“程序法是实体法之母”这样的判断。他所说的“程序法”,指的不是选举程序、立法程序或者行政程序,而是诉讼程序。

以上就诉讼程序在法律程序体系中的意义讨论,具有宏观性和抽象性。从微观的层面来观察,诉讼程序比其他任何程序,都更与国民个体的法律生活息息相关。就诉讼程序不同于其他法律程序的特点来看,它既然是法律强制性的最终体现,则意味着它除了体现自身外,还是实体法律的体现者。在没有进入诉讼之前,人们可能对于法律没有认识,也没有感觉,或者虽然知道有法律,但是却感觉不到法律最为重要的性质——强制



性,但是在进入法院之后,这一切就都发生了变化。他将会看到法律上的权利、义务以及制裁等抽象概念,变成了可以感受到的具体行动。因此诉讼程序的展开,乃是法律在人们眼前的客观展示。基于此,我们可以说,国民对于法律的认识,是从诉讼开始。这是一个方面。另一方面,诉讼程序建构了一个平民的法律场域,它使得参与者可以直接就涉及自身的法律问题进行对话,在这个对话中,除了法律规范外,道德、文化、宗教、历史等一系列因素都可能进入场域,成为对话的内容,最后形成一个符合国民一般正义观或至少符合参与者最低正义要求的解决问题的方案,这个方案不仅对参与者过去发生的行为作了评价,而且也将引导着参与者下一步的行动。因此,只有诉讼程序是每一位国民身边的法律,是国家法律的直观化。诉讼程序的好坏,左右着国民对于法律的观感和理解。

从以上较为宏观和较为微观的两个层面来理解,我们可以说诉讼程序是法律程序体系中最为重要者,离开了诉讼程序,法治国的其他法律程序,乃至整个法律体系,都将失去支撑,难以挺立。因此,要考察法律程序问题,诉讼程序可作为其典型来看待。

(三) 诉讼构造之于诉讼程序的意义^①

现在我们继续对诉讼程序的内部构造进行简单分析,以期确定诉讼构造对于诉讼程序的意义所在。诉讼程序之启动,乃是因为当事人之间发生了争议,这一争议无法在当事人之间完全自治地解决,因此要诉诸一个权威的第三方,也就是审判机关来解决,法官就是审判机关的代表。因此,整部诉讼程序,就是当事人诉权与法官审判权之间相互关系的安排,

^① 这里所说的诉讼构造,是指诉权和审判权之间的关系构造,与其他学者所说的诉讼模式概念,以及张卫平教授所说的诉讼体制概念,在内涵上有接近的地方,但并不完全重合。关于诉讼模式,国内学者的界定不完全相同,有谓是对特定民事诉讼体制所表现出来的基本特征的概括(张卫平),有谓是法院审判行为(职权行为)与当事人诉讼行为之间的关系(陈桂明),有谓是支持民事诉讼制度和程序运作所形成的结构中各种基本要素及其关系的抽象形式(江伟、刘荣军),有谓是对支撑民事诉讼活动整个过程的审判权、处分权和检察权的配置关系的理论抽象与概括(汪汉斌)等(参见韩波:《民事诉讼模式论:争鸣与选择》,载《当代法学》2009年第5期)。以上各种界定中,第二种观点与我所说的诉讼构造概念最为接近。而张卫平教授在对其所说的诉讼体制概念进行解释时说,体制是“一定社会规范系统的总体性和抽象性,一定的体制反映该系统的特征。民事诉讼体制反映了民事诉讼系统的总统框架和结构,抽象地表达了一定民事诉讼规范系统的总体性”(参见张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》,法律出版社2007年版,第11页)。据此,诉讼体制的概念,是一个比较模糊和抽象的概念,其内涵似乎比我这里所说的诉讼构造的概念更广一些。



当事人之间程序关系的安排,则被降为次级的关系。因为当事人之间难以自治地解决争议,而将争议提交审判机关裁判的事实本身,意味着诉讼就是当事人双方说服法官的活动,意味着当事人之间在诉讼中的互动行为,其目的都是为了说服法官,争取审判权的支持。因此,诉讼程序区别于其他法律程序的最为重要的特征,就是诉讼程序体现为一种对象交流的结构,其全部内容都由诉权和审判权之间的关系构成。这种诉权与审判权之间关系的构造,就是本书所要研究的诉讼构造问题。

基于此,我们可以说诉讼构造问题,乃是诉讼程序中具有基础性和框架性的问题,一切其他的问题,例如当事人、管辖、诉讼标的、合议庭的组成、事实的证明、法律的寻找、裁判的做出、审级制度等,都必须在诉讼构造的框架内才能展开,据此我们也可以说诉讼构造问题乃是上述诸问题的载体,是有关上述诸问题的理论得以成立和展开的土壤。例如,某一当事人是否合格,须由法官做出决定,而这个决定的形成过程,就是当事人诉权和法官之审判权相互对话的过程。而对于合议庭的组成,当事人也并非没有发言权,他可以申请某一法官回避,而是否回避,则由法院依法决定。这个决定形成的过程,当然也是诉权和审判权对话的过程。又例如诉讼标的的确定,首先由当事人提出,而后由法官通过阐明义务的履行来表达其意见,接着经过一轮或者多轮这种互动,最后确定本案要审理和裁判的诉讼标的。再如事实的证明,事实由当事人主张,并由当事人提供证据展开证明,法官则一方面指挥当事人的证明活动,另一方面又通过对当事人证明活动成功与否进行评价而确定将要作为裁判基础之事实。至于法律的寻找也是这样,当事人在提出诉讼标的之时,已经对法律进行了初步的寻找,而法官对于法律的适用,则意味着最终完成了法律寻找的过程。在从对法律的初步寻找到最终确定需要适用的法律之间,当事人和法官之间不断对话,交换意见。以上对诉讼中各子问题解决过程的简单分析,即可看出,诉讼程序中全部的子问题,均须纳入诉权和审判权的构造中才能得以解决,而我们可以反过来说,诉权和审判权之构造的目的,就是为了顺利解决民事诉讼之上述诸问题。因此,我们才说诉讼构造问题,乃是诉讼程序中具有基础性和框架性的问题,这一问题解决好了,就为其他问题的解决铺好了轨道,只要程序沿着这个轨道行进,一切其他的问题都会迎刃而解;若诉讼构造问题解决得不好,则其他问题的解决或



多或少都会遭遇障碍。

(四) 对诉讼构造问题继续研究的必要性

诉讼构造既然是诉权和审判权之间关系的构造,那么当下所有关于诉讼构造的理论观点,都不过是对诉权和审判权之间某一个立足点的选择。这个点或者距离诉权较近,因此被学者称作当事人主义;或者距离审判权较近,因此被称作职权主义,那些距离审判权过近的理论观点或者做法,甚至一度被称作超职权主义;而较为晚近出现的在诉权和审判权之间比较靠近中间但稍微趋向于审判权的理论观点,则被称作协动主义或者协同主义,以上这些理论观点,在我国均有论者。^①此外,我国一些学者还提出了协商性司法的概念,其在涵义上若不是所谓协动主义或协同主义的近亲,至少也是它们的表亲。这一观点还与主张者所处时代的执政者提倡的所谓“和谐社会”的理念,有着更近的亲缘关系。也即,其主张者是从“和谐社会”的政策表述获得启发,然后再到张卫平教授所说的域外之协动主义观点那里去寻求理论上依据,最后制造了一个土洋结合的理论怪胎。而那些提出和谐主义诉讼模式的人,则似乎不是在探索诉讼构造这样的学术问题,而是在向其所处时代的执政者献媚,我们也许可以称之为诉讼构造的“五斗米”观点。^②

就我国当下有关诉讼构造的理论主张来看,具有如下一些特点:第一,在当下的中国,有关诉讼构造的观点并不统一,并且相互之间难以说服。由于诉讼构造问题的基础性和框架性,这种不统一将会导致论者在所有其他有关的民事程序问题上的认识也不统一。如此各说各话的现状,自然会降低民事诉讼理论对于民事诉讼立法和民事诉讼实践的推进价值。第二,我国当下之诉讼构造理论观点,难以摆脱其既有的路径依

^① 当事人主义、职权主义和超职权主义,曾经是我国学理对英美法系的民事诉讼构造观、大陆法系民事诉讼构造观、前苏联、东欧以及我国民事诉讼构造观的大体一致的分类。但是张卫平教授对此有不同的看法,根据他的研究,英美法系和大陆法系在实质上都属于当事人主义,他认为更确切的称谓应当是当事人主导型的诉讼体制;而前苏联、东欧和我国的民事诉讼构造则属于职权主义,他认为更确切的称谓应当是职权干预型诉讼体制。协同主义则是我国一些学者的提法,张卫平教授的著述中称之为协动主义。以上张氏观点可见张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》,法律出版社2004年版。

^② 以上各论者观点,在国内相关的数据库中都可检索到,此处不再一一引注。另外学者韩波著有“民事诉讼模式论:争鸣与选择”一文(《当代法学》,2009年第5期),对以上各种观点进行了综述,读者若要概览国内有关民事诉讼构造或者民事诉讼模式的理论观点,亦可参阅该文。



赖。此种路径依赖体现在三个方面：

一是过于依赖比较法学的方法，也就是对民事诉讼构造甚至整个民事诉讼程序中的问题，都习惯性地向域外寻求解决问题的理论支持，以域外之经验作为正确与否的标准，而其所经常考察的，无非是英、美、法、德、日等西方发达国家的相关制度、理论以及实践。这种路径的缺点之一就是容易忽视中国现实与域外经验之间的差异，直接采拿来主义做法。而对这种差异有所察觉的学者，为了能够实现拿来主义，又过于强调我国之现实与域外现实之间的共性，有意无意地掩盖其中的差异性。这种路径的另一个缺点是，在采拿来主义的时候，容易跟着域外的理论观点起舞，对于域外任何一种新的主张，都不加辨别地予以引进。以至于域外观点在其本土可能寂寂无闻，但是在中国却受到追捧，并且可能出现域外之不同观点移兵中国，相互论争的情形。

二是过于依赖“经济基础决定上层建筑”的研究范式。经济基础决定上层建筑是马克思主义者尊奉的基本原理，而马克思主义又是中国的官方哲学。因此在官方主导下，我国几乎全部的社会科学乃至人文科学，都一度将“经济基础决定上层建筑”奉为圭臬。直到当下，民事诉讼法学界有关诉讼构造的研究，仍然以此作为基本的研究范式。例如，在考察域外相关理论和制度时，总是要和其经济基础联系起来，去考察其经济基础为何，然后论证说正是它们具有那样的经济基础，所以才会形成那样的制度、理论和观念。而在考察我国的法律问题，也总是先要对我国当下的经济基础例如所有制形式和经济体制等作一番考察，然后再得出结论说在如此这般的经济基础上，应该采如此这般的理论观点，建立如此这般的制度。即使在主张引进域外某一种理论观点时，也总是先对该理论观点所在国家的经济基础和我国当下的经济基础先做一番比较考察，然后得出结论说两者具有某种程度的相似性，进而也应当引进人家上层建筑中的一些做法，所以应采纳人家的那种理论观点，云云。

以科学的态度来看，经济基础和上层建筑的划分具有一定的合理性，经济基础决定上层建筑的论断也具有一定的科学价值。但是否经济基础和上层建筑的联系就是如此直接和密切，以至于经济基础的一举一动都时刻伴随着上层建筑的一摆一摇？实际上经济基础决定上层建筑的论断，只是相关领域各种理论方法之一，其科学性在产生这一观点的国家以