

民事诉权保障论纲

王 晓

(沈阳师范大学 法学院 辽宁沈阳 110034)

摘要: 诉权相对于依法享有的具有直接、具体物质利益或者精神利益的实体性人权而言,是保障实体性人权实现的手段、方法或途径,是一种程序性人权。在我国,民事诉权并未得到宪法、民事诉讼法等立法的明确保护,在民事诉讼中法官侵犯当事人诉权的行为应否受到法律制裁也缺乏法律规定。民事诉权立法上的缺失,导致民事诉权的司法保障情况也令人堪虞。民事诉权不仅具有保护公民合法权益,也具有制约审判权进而保障当事人最大限度地接近司法正义的功用。因此,作为根本法的宪法应对诉权进行明确规定,以昭示诉权的基本人权属性;民事诉讼法则应当落实宪法的规定,通过规范诉权要件、完善主管制度、健全释明权、构建诉讼保险制度以及完善民事诉讼法律责任体系,对民事诉权进行周延的保护。

关键词: 民事诉权; 基本人权; 诉权入宪; 法律责任

中图分类号: D915.2 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2016)06-0058-10

19世纪前半叶德国普通法时期,产生了最早的诉权学说“私法诉权说”,而后出现了“公法诉权说”、“宪法诉权说”、“多元诉权说”以及“诉权否定说”等多元学说。20世纪80年代初期,在借鉴苏联二元诉权说的基础上,学界提出了中国特色的“二元诉权说”,与之相对一些学者主张或支持“一元诉权说”、“新诉权说”、“宪法诉权说”以及修正的“抽象诉权说”。在众多的诉权学说中,虽然每一种学说都被指存在一些缺陷,都难以达到自圆其说的效果,但并不妨碍从权利角度对诉权展开研究。“各种权利的性质千差万别,因此必须把各种不同性质的权利加以整理分类,使之成为一个比较系统完整的体系”。^①在诉权权利体系中,根据权利保护立法位阶的不同,诉权可分为宪法层次的诉权和诉讼法层次的诉权;诉讼法层次的诉权又可细分为民事诉权、刑事诉权和行政诉权。然而,不论法学理论界和实务界对民事诉权这一术语如何熟悉,今天的民事诉讼法学领域出现了诉权理论研究的“真空”,^②对民事诉权理论的研究已陷入僵局,^③诉权仍然是一个性质与特点都会引起激烈争论的概念。^④纵观我国的相关研究,学界从不同的视角、运用多样分析工具,抽象揭示了诉权理论研究的不同侧面。对与实践联系较为紧密的民事诉权保障,尽管一些学者从不同角度进行了论证,但是与诉权理论的研究本旨之间仍存在较大的差距,“如何构建和完善诉权保障机制成为当下诉权理论研究亟须回应的现实问题。”^⑤

收稿日期: 2016-09-26

基金项目: 本文系辽宁省法学会一般项目《民事诉权滥用行为的认定及其救济程序研究》(LNFHX2016B010)的阶段性研究成果。

作者简介: 王晓(1980-),女,浙江温州人,法学博士,沈阳师范大学法学院副教授、硕士生导师,研究方向: 民事诉讼法学。

①谢怀栻《论民事权利体系》,载《法学研究》1996年第2期。

②参见江伟、陈刚、昭明《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,前言第5页。

③参见严仁群《回到抽象的诉权说》,载《法学研究》2011年第1期。

④参见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第115页。

⑤吴英姿《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,载《中国社会科学》2015年第6期。

一、民事诉权保障的法治视角

(一) 民事诉权保障的宪法视角

诉权与基于契约关系产生的请求权不同,“对抗的是国家权力,是一种宪法性的权利,在权能形态上应当具有高于国家权力的特性。”^①可见,诉权的保障应该是人权保障的应有之意。从本质上而言,诉权反映出个人权利和国家权力之间的制约关系,体现出个人权利的行使不受国家权力的非法干预并要求国家及时履行司法救济的根本要求。^②一方面,民事诉权的权利本质在于限制公权力,进而防止民事权益纠纷的解决偏离司法轨道,最终使得权利得到权力的尊重和保障;另一方面,在权利发生争议或受到侵害之时,将案件提交法院进行裁判。诉权是公民向审判机关提出的权利救济权,是公民平等、普遍、无一例外地享有的一项基本权利。“诉权是基本人权的救济手段,诉权又是救济性的基本人权”。^③日本、美国、德国等^④许多国家的宪法直接或者间接对诉权进行了规定,虽然有关诉权的宪法规定以及有关诉权的称谓各异,但是诉权的基本涵义是相同的,即请求法院公正审判的权利。在上述国家的宪法中,诉权被确定为公民的基本权利,并明文规定无条件保障当事人诉权的享有和实现。《世界人权宣言》《美洲人权公约》以及《欧洲人权公约》等人权宣言和人权公约^⑤也对诉权予以了确认和保障。

我国《宪法》第33条第3款明确规定“国家尊重和保障人权”,由此在宪法文本中出现了两个不同的语词,即“人权”和“基本权利”,^⑥从表面上分析两者是一致的,都共同指向宪法规定的权利。宪法规定的权利主要分布在我国《宪法》第一章“总纲”、第二章“公民的基本权利和义务”以及第三章“国家机构”的宪法规范中,这些基本权利是实体性人权,权利主体享有直接、具体的物质利益或精神利益。公民的实体性人权受到侵犯而不能得以实现,则需要行使诉权要求法院进行公正裁决。诉权即是保障实体性人权的程序性人权,是一种救济性权利。我国《宪法》第33条第2款、第125条、126条等条款,分别就“公民法律面前一律平等”、“公开审理”、“人民法院依法独立行使审判权”进行了明确规定,在一定程度上体现了宪法对诉权乃至民事诉权的保护,但宪法的默示保护对诉权这一重要的救济性人权而言力度仍显不足。诉权并不是在诉讼中产生,而是人之为人固有的一项权利。结合域外诉权的宪法保护以及根据我国法治建设的需要,应拓宽对诉权的宪法保护,使诉权在宪法面前能够与国家权力平等。

(二) 民事诉权保障的程序法视角

在人权体系中,宪法中规定的财产权、劳动权、人格权等实体权利,显然是一种实体性人权。实体性人权的实现,“还必须依靠某种手段、方法或途径,它们派生于人权,但又不直接涉及实体的利益和需要,这就是程序性人权。”^⑦程序性人权一般包括程序保障请求权、接受公正审判、提起诉讼等权利,其中诉权是最重要的程序性人权。诉权作为一项程序性人权或程序性权利,其价值取向在于:一是为了保证审判的公正性,要求审判机关保持中立与独立;二是保障公民接受公正的审判,并得到公正审判,实现程序和结果的公正。

审判权的依法独立、公正行使是诉权保护的前提条件,如果“审判权没有基本的独立,诉权保护就仅有形式意义或具有极大的不确定性。”^⑧中共十八届三中、四中全会从程序、体制、机制等方面对保障

^①莫纪宏、张毓华《诉权是现代法治社会第一制度性权利》,载《法学杂志》2002年第4期。

^②参见王晓《依宪治国视阈下的民事诉权理论体系研究》,载《中国社会科学院研究生院学报》2015年第2期。

^③江伟、王铁玲《论救济权的救济——诉权的宪法保障研究》,载《甘肃政法学院学报》2006年第4期。

^④参见《日本宪法》第32条,美国宪法中有关正当程序和同等保护等条款,《德国宪法》第19条等。

^⑤例如《世界人权宣言》第8条、10条,《美洲人权公约》第8条、10条等,以及《欧洲人权公约》第6条。

^⑥有学者指出:人权和基本权利之间的关系是,一方面人权在内容上具有不确定性,但却构成了基本权利的目标和实质内容的源泉;另一方面,基本权利并不单纯是实证宪法中的权利,而且还暗示着一个愿望,也就是说,它们是这样的权利,即有愿望或动机,以人权为自身的圭臬,单个或全部基本权利必然提出一个主张,要求人权在宪法中加以实现。Vgl. R. Aley, Grundrechte, in: H. J. Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg 1999, S.527. 转引自张龔《论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法理学理论为背景》,载《法学家》2010年第6期。

^⑦孙笑侠《论法律程序中的人权》,载《中国法学》1992年第3期。

^⑧高翔《保障依法独立公正审判的结构分析与路径整合》,载《人民法院报》2015年1月28日。

依法独立公正审判作出了系列部署,我国审判权行使保障体系得以形塑。在我国的法治建设过程中,依法独立公正审判日益得到更好的保障。但在民事诉讼程序中,当事人之间纠纷的发生与纠纷的司法救济,两者并不必然发生关联。在现代法治国家,审判机关恪守“不告不理”的原则,并不具有主动保护公民权益的功能。只有当事人通过行使诉权启动诉讼程序后,审判机关才能行使审判权以保护公民的权益。显然,从诉讼法上而言,民事诉权是一种“中介权”,使得权利与权力、实体和程序产生相连或衔接。在诉权缺失的情况下,公民寻求司法救济和公正解决纠纷的手段会受到影响,随之影响到审判权力的启动和运作。^① 现行立法对法律程序中民事诉权的保护进行了明确规定,通过扩展诉权的范围、丰富诉权的内容,从质和量的意义上完善了诉权保障机制。通过“保障当事人依照法律规定享有的起诉权利”、“强调当事人起诉权遭到否定后的救济权利”、“增加规定反诉的构成要件”以及“扩大检察机关行使法律监督权的范围”等内容,现行法不仅较好地保证了当事人可以接受、获得公正审判,而且更好地促进了当事人在诉讼程序中对诉权的有效行使。可见,民事诉权这一程序性人权,不仅是实体性人权的屏蔽,也是最原始形态的人权,^②在法律程序中的地位极其重要。程序法虽然从多方面对诉权的保护进行了规范,但始终未明确诉权的法律地位,也未对保障诉权有效行使的制度进行周延规定。

(三) 民事诉权保障的实体法视角

民事诉讼是程序法和实体法共同作用的场域,在这个“场”中,程序权利的权源是宪法和民事诉讼法,实体权利的权源是宪法和民事实体法。作为程序权利的诉权,是一种绝对权,任何公民都享有此项权利,但实体权利一般只能由当事人享有。相对于诉权的权利义务关系仅限于当事人和法院之间而言,实体权利是因当事人之间义务的履行而得以实现。如前所述,诉权作为一种程序性权利,通过诉讼程序得以行使,同时诉讼程序也依靠诉权予以启动,但这并不能否认诉权与实体权益之间的关联。当事人之所以进行诉讼目的在于启动诉讼程序、获取公正审判,保障利益主体的实体权益。在这个诉讼过程中,实体权益伴随着诉权的行使。从诉权子权利的功能来看,当事人之间行使诉权的目的并不仅仅在于起诉或应诉、上诉或再审。原告起诉的目的在于利用诉讼制度保护实体权益和解决民事纠纷,但不排除当事人为了某种目的而虚构某种实体权益或民事纠纷;被告为防止既有的权益被“合法”地克减或消灭而参加诉讼,同时为了抵抗原告的诉权其可以行使反诉权,因此被告的应诉、反诉行为也是为了保护自己的合法权益。有独立请求权第三人提起诉讼参与到正在进行的程序中来,是为了主张自己的实体权益;无独立请求权第三人参加诉讼的目的也在于保护自己的权益,以避免法院判决其承担民事责任。上诉人行使上诉权,而使得整个诉讼程序进入二审阶段,在这个阶段中,不管是上诉人的上诉,还是以原审地位列明的当事人的应诉,其根本目的仍在于保护自己的实体权益。即使当事人行使再审理权,也与当事人行使诉权其他子权利的目的是一致的。综上,诉权的基本属性是程序性权利,不直接包含但渗透着实体因素。

实体法所规定的权利,如果没有诉讼法上的程序手段作为支撑,只能是虚幻的。一旦诉权的实现受到限制,就会影响实体权利的实现;无程序权利支持的实体权益,同样不能产生完整的民事权利。在诉权的实现过程中,法院的地位至关重要。诉权是当事人与法院这一重要民事诉讼法律关系的桥梁,法治国家通常规定不同责任形式来保障这一法律关系的动态平衡。我国的民法等实体法已经形成了较为完备的规范民事法律行为的责任体系,但在民事诉讼法等程序法中,则存在一系列无具体法律后果的程序性规范。没有制裁的规则是没有价值的。法院在诉讼过程中拥有裁判权和指挥权,其诉讼行为在诉讼程序运行中起着决定性作用,因此为了调整和维护民事诉讼法律秩序,法院违反民事诉讼法的行为应当受到规制。在审判权力非法侵犯民事诉权的情形中,除对审判人员进行道德谴责和纪律处分以外,还应确立并落实民事诉讼法律责任制度来制裁程序违法行为。民事诉讼法律责任制度的适用,不仅契合民事责任体系完善和发展的要求,也能显现出它在诉讼程序中保障人权、接近正义的价值和功能。

^①参见左卫民、朱桐辉《公民诉讼权:宪法与司法保障研究》载《法学》2001年第4期。

^②参见徐显明《人权研究》,山东人民出版社2002年版,序言。

二、民事诉权保障的价值功能

诉权是“现代法治社会中的第一制度性人权”。^① 如果民事诉权得不到有效保障,其他各项基本人权在很大程度上只能是一种停留在“自然状态”中的道德性基本人权,^②很难成为一种现实的权利,更不能获得切实的制度性权利的周延保护。

(一) 保护公民的民事权益

权利与救济不可分,法律救济是主观利益诉求成为客观权利的必要条件。申言之,如果某一项权利在受到侵犯后,当事人无法诉诸司法程序,则此项权利的存在意义也将会被淡化。在民事诉讼程序中,启动法律救济程序的这项权利是诉权。无诉权即无权利,诉权是其他权利存在的前提,是人成为“法律上的人”的基础性权利。在现代社会,随着经济的迅猛发展和公民权利意识的普遍提高,权利内涵的发展已经远远不能满足权利外延的拓展,“人的尊严和自由借助权利话语逐渐成为社会进步和制度建设的核心价值。”外表和谐之下忽视公民权益,进而过度挤压公民自由的秩序是不稳定的,其结果有可能会最终导致最终的不和谐。^③ 为了更好地保障公民的权利和其他法益,应当将民事诉权保护的范畴从权利扩展至权益。通过宪法意义的诉权保护机制,将缺乏相应实体法规范保护、尚未上升为实体权利的合法权益,纳入法律救济的范畴,这不仅可以通过调适实体法的滞后性、弥补实体法的缺陷,而且还能契合社会发展和公民权益保护的时代需求。

(二) 制衡公权力的违法行使

有学者认为“授予法官以绝对的权力,无疑为司法专横打开了大门,使法官极易出现漫无拘束的恣睢放纵,使法官把自己的放肆和任性当作法律,”因而绝对的裁判权实际上成了“破坏法制的锐利武器。”^④在诉讼过程中,主体之间通过不同的权力、权利相互制约为动力,推动诉讼程序不断向前推进。如果某一主体的权力超越于其他主体权利之上,使得整个诉讼程序的进程依赖单方权力的推动而缺乏必要的制衡,^⑤则容易滋生司法腐败。因此,为平衡二者(私权利和公权力)的力量对比,必须通过诉权的行使,以求达到公权与私权之间的平衡。在现代法治社会,诉权与生俱来、不具有依附性,“独立于并且高于司法权,具有充分对抗包括司法权在内的国家权力的权能,”^⑥一切国家权力都不能任意剥夺诉权。在民事诉权与审判权的定位上,诉权制衡着审判权的行使,“审判权的行使以保障当事人诉权的充分实现为宗旨;”^⑦诉权在诉讼结构中是本位的。基于上述认识,以正当程序为基础,法院应当充分保障当事人在诉讼程序中的意思自治,真正使得当事人成为启动程序、推进程序和终结程序的主导力量。在诉讼制度构造中,民事诉权是平衡权利与权力博弈的关键性因素。它的存在和行使,一方面使得法院不能随意限制甚至恶意剥夺当事人的诉权,另一方面当事人可以通过行使诉权对法院的判决提出“抗议”,从而将审判权纳入制度、程序的框架。

(三) 保障诉讼权利的有效行使

民事诉讼权利,是民事诉讼法律规范所规定的民事诉讼法律关系主体所享有的实施一定行为的权利。^⑧在诉讼程序中,诉讼行为是行使诉讼权利的动态过程。诉权作为人权的重要内容,是宪法上的基本权利,针对的是国家司法机关的权力;诉讼权利是诉讼法上的权利,只能在诉讼程序中得到体现并在诉讼法中加以规定,是针对不特定对象的一种权利。诉权是诉讼权利的抽象概括和权源,需要通过一系列具体的诉讼权能来体现,在诉讼程序中,“民事诉讼法律所规定的当事人的诉讼权利就是为了体现诉权

①莫纪宏、张毓华《诉权是现代法治社会第一制度性权利》,载《法学杂志》2002年第4期。

②参见苗连营《公民司法救济权的入宪问题之研究》,载《中国法学》2004年第5期。

③参见柯阳友、吴英旗《诉权入宪:构建和谐社会的宪政之道》,载《西南政法大学学报》2006年第1期。

④刘家兴主编《新中国民事程序理论与适用》,中国检察出版社1997年版,第27页。

⑤参见李湘刚《诉权理论与公民诉权》,载《求索》2011年第2期。

⑥江伟、王铁玲《论救济权的救济——诉权的宪法保障研究》,载《甘肃政法学院学报》2006年第4期。

⑦赵钢《正确处理民事、经济审判工作中的十大关系》,载《法学研究》1999年第6期。

⑧参见江伟、汤维建主编《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2000版,第39页。

的具体诉讼权能。”^①如果没有诉权,当事人接近法院、寻求司法救济的权利则将得不到有效保障,从这一方面来看,诉权是当事人享有诉讼权利的前提条件。在诉讼程序层面上,当事人通过起诉权、应诉权、上诉权等子权利,启动相应的审判程序,为当事人答辩权、辩论权、提供证据权等诉讼权利的行使提供了空间。但诉权在启动一审、二审、再审程序后并没有消失,而是隐含于诉讼程序之中,成为当事人随时启动后续程序的潜在动力。当事人实施诉讼行为、行使诉讼权利,则是诉权在程序中的具体外在表现形式。即使在撤回诉讼的情况下,“撤回诉讼并不触及有争议的权利,原告所希望的仅仅是熄灭诉讼、熄灭诉讼程序,但仍然保留其权利”。^②当事人可以再次起诉,行使和处分自己的诉讼权利。

(四) 最大限度地接近司法正义

公民基本人权的保护和实现,除了需要法律的具体化规定和积极引导外,更有赖于民事诉权构建的司法救济屏障。民事诉权既是基本人权之组成部分,又是保障其他基本人权实现之手段,从某种意义上讲,民事诉权的实现程度直接决定或影响着基本人权的保障。^③诉权的功能在于将主体间的纠纷提交一个社会权威、通过双方都能接受的程序与标准来解决,这个程序中包含了双方说理的起码的公平与公正。^④作为不可替代的基本权利,民事诉权彰显了权利的绝对性和基础性。在司法是社会公平正义的最后一道防线理念的支配下,每一位公民当其权利遭到任何侵害时,应当且可以诉诸法院并得到司法救济。有学者考证,从人类政治文明的演进历程来看,公民的基本人权受到侵犯却无法获得合法、合理救济的两个主要原因中,公民诉权受到限制、纠纷无法接近司法的原因是占第一位的,法院审判不公才是第二位的原因。^⑤的确,在司法过程中,国家理应为每一位公民敞开司法之门,而不得为公民接近司法、走向正义肆意设置条件,更不得无端将其拒之门外。只有如此,公民的基本人权在受到侵害时,才能够通过这一司法渠道获得公正的法律救济。在这一意义上,公民享有的民事诉权正是为了保障宪法规定的基本人权具有“实然性”而存在的。

三、民事诉权保障的具体路径

(一) 根本保障: 诉权入宪

我国的宪法规范中,2004年宪法修正案的亮点之一是“人权入宪”。“国家尊重和保障人权”这一宪法条文规定在了“公民的基本权利和义务”章节的开端,突出了人权在国家生活中的坐标与功能。作为法律救济权的诉权与人权是密不可分的,人权是诉权存在的基础;诉权既是人权的重要组成部分,又是保障人权实现的手段,可以说保障公民诉权的实现是公正司法的第一步。然而,公民诉权并没有被规定在宪法的基本权利体系中,与之相对应,“公民所应当享有的基本程序权利,未能在诉权的统帅下形成一个有机统一的体系或整体。”^⑥在分析宪法修正案第24条人权条款的效力时,有学者认为,在我国的宪法实现中,一方面,人权条款具有为基本权利的实现提供更直接而广泛的价值基础,基于此人权条款可解释为基本权利保障的概括性条款;另一方面,人权条款为宪法未列举权利的保护起到了补充作用,可以依照该条款提炼现有条款中隐含的新型权利类型。^⑦所谓宪法未列举的权利,是指宪法文本没有列举而应由宪法加以保护的默示基本权利。在我国,人权条款以间接规范的形式为新型宪法权利的推定和宪法未列举权利的保护提供了规范依据和基础,不仅“承载着人之为人、维护人性尊严的功用,而且作为宪法原则引领整个宪法权利体系”。^⑧因此,我国的人权条款为宪法未列举权利提供了“安身

①田平安、柯阳友《民事诉权新论》,载《甘肃政法学院学报》2011年第5期。

②[法]让·文森、塞尔日·金沙尔《法国民事诉讼法要义》(下册),罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第104页。

③参见江伟、王铁玲:载《论救济权的救济——诉权的宪法保障研究》,载《甘肃政法学院学报》2006年第4期。

④参见周永坤《诉权法理研究论纲》,载《中国法学》2004年第5期。

⑤参见左卫民、朱桐辉《公民诉权:宪法与司法保障研究》,载《法学》2001年第4期。

⑥田平安、柯阳友《民事诉权新论》,载《甘肃政法学院学报》2011年第5期。

⑦参见韩大元《宪法文本中“人权条款”的规范分析》,载《法学家》2004年第4期。

⑧张薇薇《“人权条款”:宪法未列举权利的“安身之所”》,载《法学评论》2011年第1期。

之所”,“不应被解释为是对其他权利之存在的否定”。^① 前已述及,诉权作为一项权利,具有保护公民的民事权益、制衡法院的审判权、保障诉讼权利的有效行使等重要价值,未被宪法规范所列举,却迫切需要得到宪法的全方位保护。“国家尊重和保障人权”将对我国的诉权立法起到重要的指导作用,意味着人权条款可以作为宪法未列举权利的文本依据,从而为现有文本中欠缺的基本权利提供立法基础,以维护人性的基本尊严。

诉权作为公民的基本人权,任何人都不得非法侵害和阻碍其行使,为确保诉权免遭侵害及有效行使,有必要在宪法中增加保护诉权的明确条款。宪法对权利的宣示具有确立、解释和统一等功能,经宪法确立的基本权利是宪法的中心之所在,是公民最基本的人权,任何人都不得侵犯。正如卡佩莱蒂所言“将特定的权利和保障载入国际文件和宪法文件,其主要目的之一在于,这些文件对公民、法院具有教育上的影响。对公民而言,公民可以得知这些权利如此的基本、如此的重要;对于法院而言,必须强化保护这些价值准则的审判工作。”^②宪法可以成为诉权行使的终极根据,^③为了保障公民基本权利不被侵犯,建立诉权宪法保护制度的第一步是由宪法确认公民诉权,并保障公民诉权的宪法权利地位,从而对公权力形成制约。宪法应成为公民基本权利受到侵害时,获取和实现救济的可靠基石和坚实屏障。

从一般理论上而言,“人权是以人的尊严与自由为核心的价值体系,只要是为人尊严的维护所必要的权利与自由都应该纳入国家保护的范畴”,^④将诉权从人权转变为宪法上的基本权利,已是当今大多数法治国家的一个普遍的社会现象。从当下世界各国宪法发展的趋势来看,为了防止诉权受到侵害或剥夺,成文宪法国家以最高位阶的宪法来确立和巩固诉权的地位,不成文宪法国家通常将诉权作为不成文宪法原理,而将之纳入宪法的保护范畴。由于各国立宪背景、法治理念的不同,对诉权的规定也不尽相同。关于诉权宪法化的主要模式,可分为明示模式、默示模式和其他模式。^⑤ 诉权宪法化的模式存在一些差异,但在立法规定比较简略、注重公正审判权的保护方面则存在共性。显然,这也是我国在设计诉权宪法条款时需要斟酌的主要方面。^⑥ 诉权入宪的方式,可以采取日本、意大利等国家的明示模式,通过宪法修正案的方式进行规定。具体而言,在现行宪法“公民的基本权利和义务”一章中,增加一个条款,该条款的主要内容应包含:一是明确诉权是公民的基本权利;二是明确任何国家机关、法人和社会组织都不得限制和侵害公民诉权;三是明确公民就合法权益受到侵害时,有向人民法院请求公正审判的权利;四是明确诉权的行使受人民法院和人民检察院的保护。

(二) 程序保障: 诉权的程序法保护

诉权保护的内容涉及从宪法到部门法、从实体法到程序法的方方面面,民事訴訟法的完善便是这个系统工程的重要组成部分。2012年8月,第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了新修订的民事诉讼法,对该法进行了第二次修正。在这次民事诉讼法修正之前,法学理论界曾对本次民事诉讼法修改提出了三份专家建议稿,^⑦这三份专家建议稿一致认为在立法时应当明确当事人的诉权。然而,或因国内诉权理论研究的不够成熟、对诉权理论研究之实用价值的质疑,最终《民事诉讼法》(第二次修正)并没有采纳专家建议稿的意见。虽然立法未能明确之规定当事人的诉权,但对诉权保障进行了一定的回应。实现诉权的全面保护,除了明确诉权的宪法保障外,还应在《民事诉讼法》总则中对当事人诉权进行原则性规定,明确“当事人因民事权益受到侵害,或者与他人发生争议,依法可向人民法院提起诉讼,获得公正、及时审判”,以使得民事诉权的保障能够真正落到实处,同时应从如下四方

^①Joseph F. Kadlec, Employing the Ninth Amendment to Supplement Substantive Due Process: Recognizing the History of the Ninth Amendment and the Existence of Nonfundamental Unenumerated Rights, B. C.L. Rev., Vol. 48, 2007, p.396.

^②[意]莫诺·卡佩莱蒂等著《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社2000年版。

^③参见汤维建《诉权入宪与诉权的“四化”趋势》,载《团结》2008年第5期。

^④韩大元《宪法文本中“人权条款”的规范分析》,载《法学家》2004年第4期。

^⑤参见刘敏《裁判请求权研究》,中国人民大学出版社2005年版,第29页。

^⑥参见姜建明《论作为基本人权的公民诉讼权》,载《学海》2004年第2期。

^⑦三份专家建议稿分别是江伟、孙邦清主持起草的《民事诉讼法修改建议稿第六稿》(法律出版社2008年版)、杨荣馨主持起草的《〈中华人民共和国民事诉讼法〉(修改稿草案)专家建议稿》(清华大学出版社2012年版)以及张卫平主持起草的《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿(修订稿)》(厦门大学出版社2011年版)。

面完善民事诉讼的相关制度,进而保障当事人独立、合法和合理地行使诉权。

第一,合理设置诉权要件。2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确指出“变立案审查制为立案登记制”,此种制度转变有利于当事人诉权得到充分保护。虽然“任何人都能提起诉讼,即使他根本没有权利”,^①但不容忽视的是,当事人享有充分诉权保障的同时滥用权利的现象也较为普遍。^②滥用权利不仅是对他人权利的侵害,也是对公权力的损害。在保障诉权合法有效行使的同时,应有力规制民事诉权滥用的行为。^③在国家司法评价领域,在制度上预先设置关口,对因主体的起诉行为而提交到法院的诉请进行筛选。一是当事人适格。具体诉讼案件的当事人是否适格,“应该从该原告主张的诉讼标的(民事权利或者法律关系)在他所起诉的当事人之间予以解决是否适当而且有意义来决定”。^④适格当事人提起的诉讼,法院有责任受理并作出公正判决;反之,不符合诉权要件,据此驳回当事人诉讼请求。二是诉之利益。诉之利益是当事人提起的诉应当具有的运用诉讼程序进行救济的必要性和实效性。必要性是指法院有无必要通过诉讼程序来解决当事人之间的纠纷,实效性则是指法院能否通过诉讼程序实际解决当事人之间的纠纷。^⑤如果当事人为保护合法权益而提起诉讼,法院可就该纠纷是否具有诉之利益进行衡平,以判断对合法权益的保护有无必要性和实效性。随着现代型诉讼的大量生成,新型的纠纷方式和特殊的权利侵害手段难以适时地纳入现行法律体系的规范框架之中,导致法律关系的不稳定。诉之利益标准既能够规范现有权利司法救济之必要性和实效性,又可以将形成中的权利不断引入诉讼,通过裁判变通地实现权利的生成并使其得到有效保护。

第二,完善民事诉讼受案范围。民事诉讼的受案范围直接决定和影响民事诉权保障的范围。现行民事诉讼法规定民事受案范围只限于民事法律关系争议,此外最高人民法院以司法解释、会议纪要的形式对民事案件的受理范围作出了限制性规定,这些都在一定程度上限制了诉权的保障范围。随着全面依法治国的大力推进,人们对拓宽诉权保护范围的需求渐进强烈。现行《民事诉讼法》中要求法院保障当事人起诉权的立法规范,尤其是该法第123条有关立案登记制的规定,都体现了国家进一步保障公民诉讼权的方向和路径。基于人权保障之宪法要求,即使对于未被法定化的合法利益,也应当诉诸司法获取救济。根据经济社会快速发展的客观要求,法院在依法司法的前提下,应积极主动保障当事人诉权,妥善解决具体案件,而不是一味地回避。^⑥这就要求改变当前司法实践中法院不受理民事利益纠纷案件的做法,通过合理解释法律,适用法律原则作出判决,以满足民众对合法利益的司法诉求。

第三,规范释明权的行使。释明权,“在本质上是法院对其消极地位的适度反弹或‘反抗’”,^⑦即通过法院的解释或者提问使得当事人不明确的主张得以明确。释明权属于法院的职权,属于诉讼指挥权的范畴。^⑧当然,法院释明权必须在不损害法院中立这个基本原则的前提下展开,法官应尽可能通过探求当事人真意,为诉权的实行提供机会和便利。在我国当下的民事诉讼中,为了加强对民事诉权的保障,应从释明权入手发挥法院在保护诉权方面的能动性。至于法官的释明范围,则主要包括以下三个方面。一是诉讼请求不明确时的释明。如果当事人作出的诉讼请求自相矛盾、不明了,法院无法正确理解其真实意思,足以影响法院作出公正裁判。此时,法院应通过释明,使其明确化。当事人的诉讼请求明显毫无意义的,或者带有欺诈行为的,法官可以通过释明,使其消除。二是法律关系竞合时的释明。当事人在起诉时,出于对法律关系竞合的无知或理解不当,仅对事实进行陈述而未明确依据何种法律关系提起诉讼。此时,法院有义务向当事人说明竞合的法律关系在诉讼时效、证明责任分配、赔偿标准等方面的不同之处,供当事人选择并决定适用何种法律关系。三是变更当事人时的释明。民事诉讼中当事

①Attorney General v. Sudeley, 1 Q. B. 354, 359(1896).

②参见王晓、任文松《民事诉权滥用的法律规制》,载《现代法学》2015年第5期。

③近来有关规制诉权滥用的代表性成果可参见王猛《民事诉讼滥诉治理的法理思考》,载《政治与法律》2016年第5期。

④李龙《民事诉讼当事人适格论》,载《现代法学》2000年第4期。

⑤参见刘敏《论诉权保障范围的扩展》,载《法律适用》2011年第10期。

⑥参见公丕祥《能动司法:当代中国司法的基本取向》,载《审判研究》(2010年第2辑),法律出版社2010年版,第17页。

⑦张卫平《民事诉讼法》,法律出版社2004年版,第60页。

⑧参见蔡虹《释明权:基础透视与制度构建》,载《法学评论》2005年第1期。

人的地位应当是当事人行使处分权的结果,向谁主张权利是当事人行使处分权的结果。但因当事人法律知识的欠缺、诉讼意识的薄弱等,可能存在不能恰当地列举当事人的情况。基于对当事人诉讼主体地位的尊重,法院应行使释明权,由当事人决定是否变更。

第四 构建诉讼保险制度。19世纪诉讼保险制度诞生以来,经过一百多年的商业模式运作,相关国家的成功经验已经表明,诉讼保险制度的社会性成因来自脚踏实地的保障当事人获得权利救济机会的设想。^① 诉讼保险制度是一种有效地保障公民接近正义的制度,其建立不仅有助于减轻国家因实施法律援助所产生的财政压力、将诉讼风险进行社会转化,而且有助于消解诉讼费用昂贵带来的弊端。^② 促进公民接近正义的最大化。对于诉讼保险制度“仅仅从理论上建构‘美好的’制度是远远不够的,回到中国问题,回到司法实践,回到现实世界,这是任何研究不可逾越的必经之途。”^③ 我们应当且只能针对现实提出适当的解决方案。因此,在设立诉讼保险制度时,一方面要借鉴国外的有益经验,另一方面也要结合我国实际情况。具体而言,我国的诉讼保险制度应对以下几个方面内容予以规定:一是诉讼保险的经营模式。国外的诉讼模式有自主定价与购买模式、政府指导模式和利益协同模式,^④ 三种模式各有利弊,应结合具体情况确定适合的诉讼模式。环境侵权诉讼、消费者权益诉讼等公益性诉讼,涉及众多主体但利益分散,可以采用利益协同模式;医疗诉讼、劳动纠纷等诉讼,出于强化对经济能力处于劣势之群体利益保护的需要,可考虑采用政府指导模式;其他诉讼,则可采用市场化较为明显的自主定价与购买模式以及利益协同模式。^⑤ 二是诉讼保险制度的险种设置。根据诉讼事由的不同,可规定相应的机动车诉讼保险、劳动诉讼保险等险种。三是诉讼保险的责任范围。为了更好地发挥诉讼保险保障当事人顺利进行诉讼的目的,其责任范围应当既包括案件受理费、申请费等诉讼费用,还应包括代理费用。四是诉讼保险制度的免责事由。诉讼保险设置的目的在于保障合法、有效的诉讼行为,因此对于被保险人滥用诉权、恶意撤诉等行为产生的费用,保险公司可以免责。五是诉讼保险的赔偿限额。为了对当事人滥用民事诉权进行控制,保险公司仅对限额内被保险人的诉讼费用损失进行赔偿,超过限额的则由被保险人自行承担。六是诉讼保险的保险费率。不同类型诉讼的诉讼风险是有差异的,因此在诉讼保险中可以实行差别化费率,即根据具体险种来设定诉讼保险的费率。诉讼保险制度的建立,可以确保“民众接近司法获得公正裁判的利益,不能因费用原因而受到阻碍。”^⑥

(三) 实体保障: 法官违反诉权保障义务的法律责任

法律责任作为保障法律实施的机制,是一种针对过去的、因违法行为导致的否定性法律后果,乃是法律规范不可缺少的内容。概览我国的立法规范,似乎只有实体法才能规定法律责任。程序法中的一些法律规范因未明确违法者的法律责任,而仅具有倡议性的功效,由此导致该法的贯彻执行与依法治国的基本要求存在差距,这在一定程度上助长了实践中违法程序法行为的发生。程序法与实体法一样都属于行为模式,这种行为模式可以被反复适用,一旦出现违反行为模式的不法行为,则应有相应的责任后果。^⑦ 法律责任的单一化与实体化,应该而且已经逐渐开始成为不明智、不科学的过去。^⑧ 法律制裁中的违法,不仅包括违反实体法,也应当包含违反程序法。因此,民事诉讼中的程序违法也须承担相应的法律责任。在民事诉讼领域中,为了调整民事诉讼法律关系、维护民事诉讼法律秩序,对法官违反民

①参见[日]小岛武司《法律扶助、律师保险的比较法研究》,中央大学出版社1977年版,第347页。转引自罗筱琦《诉讼保险制度再探》,载《现代法学》2006年第4期。

②参见Neil. Andrews: A New Civil Procedural Code for England: Party-control “Going, Going, Gone” C. J. Q. Vol 19, January, Sweet, & Maxwell, 2000.

③徐昕、徐昀《非正式开庭研究》,载《比较法研究》2005年第1期。

④自主定价与购买模式,是指由保险公司设立诉讼保险的险种,任何人都可以通过交纳保险费购买自己所需的险种。政府指导模式,是指由政府确定诉讼保险的具体内容,即某一诉讼保险险种的设置及收费标准等都必须经政府许可,保险公司只有在经政府许可后才可以将某一险种市场化。利益协同模式,是指保险公司在向被保险人进行诉讼保险理赔后,取得了向律师收取部分胜诉利益的权利。

⑤参见罗筱琦《诉讼保险制度再探》,载《现代法学》2006年第4期。

⑥唐力《司法公正实现之程序机制——以当事人诉讼权保障为侧重》,载《现代法学》2015年第4期。

⑦参见李喜莲《也论民事诉讼法律责任制度》,载《现代法学》2014年第6期。

⑧参见田平安《民事诉讼法律责任论》,载《现代法学》2002年第2期。

事诉讼法进而侵犯当事人诉权的行为,需要以消极的法律效果评价。正是从这个意义上而言,法官实施了违反程序法的诉讼行为,应承担民事诉讼法律责任。

“公安、检察院、法院和一切国家机关,都必须依法办事。可见,这里所说的追究法律责任,特别着重的是国家机关工作人员。”^①设立民事诉讼法律责任,对法官侵犯当事人诉权的行为进行追究,^②主要是出于以下三个方面的考虑。第一,符合民事诉讼诚实信用原则的客观要求。德、日学者对诚实信用原则是否适用于法官的裁判行为,未能达成一致意见。在我国,2012年修改后的《民事诉讼法》第13条第1款增加规定“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”,从理论上而言,诚实信用原则除了适用于当事人以外,也规制法院的审判行为,但学界对此有争议。在我国特殊的语境之下,作为一种教化性、指引性很强的原则,将法院纳入诚实信用原则规范的范围同样有助于回应社会对司法品质提升的诉求,^③有助于法官遵循诚实信用原则的要求以加大保障当事人诉权的力度。第二,实现诉讼公正。在我国当前的民事司法实践中,仍存在一些违反程序非正常运作的现象,例如应当依职权调查取证而不调查取证,应当回避而不回避,以及严重超审限等法官实施的程序性违法行为并不少见。显然,程序性违法行为除了具有破坏程序规则,还会损害法律程序的正当性,进而破坏基本的司法正义。民事诉讼法律责任制度的建立健全,能够有效规制法官的程序违法行为,不断推进诉讼程序、保障当事人诉讼权益,同时也体现了民主政治的要求。^④第三,整合现有法律规范。不同位阶的立法,对法律责任和法律制裁制度的构建和运行提供了不同的立法依据。相对于《宪法》的原则性规定,《人民法院组织法》《法官法》等宪法性文件,对法官审判责任进行了较为详实的规定,《国家赔偿法》则对违法审判的国家赔偿予以了明确。除此以外,民事诉讼法的相关章节对诉讼法律责任作了一些零散规定。^⑤“没有责任就没有完整的法律,更没有对法律的敬畏,”^⑥在前述立法规范的基础上,对民事诉讼法律责任作进一步的完善,具有可行性。在法律程序中,民事诉讼法律责任是指民事诉讼主体因违反民事诉讼法所规定的义务而应承担的不利法律后果,根据法律责任类型和性质的不同,可分为民事诉讼程序法律责任和民事诉讼实体法律责任。

权力与权利是民事诉讼中的核心范畴,也是民事诉讼中的主要矛盾。法官不履行民事诉讼法规定的程序义务,侵犯当事人的程序性权利(诉权),这种程序违法行为应当承担相应的程序法律责任。民事诉讼程序法律责任的后果主要表现为:一是宣告法官违反民事诉讼法的诉讼行为无效。上级法院可以撤销下级法院的违法裁判,如根据《民事诉讼法》第170条第1款第4项之规定,原一审判决严重违法程序,裁定撤销原判决。在此种情形下,法院所进行的程序因违反法定程序,侵犯当事人的权利(诉权),而不产生法律约束效力。二是明确法官违反民事诉讼法的诉讼行为应重作。法院因该回避而不回避、该公开开庭而未公开开庭、未开庭即判决等程序行为被确认无效后,如果此程序行为对诉讼公正的实现确有必要,则意味着该程序行为必须重作,例如上文所述的因程序违法引起的重审、再审等。

缺乏制裁性的程序约束机制并不能有效地约束审判权力,也无法有效地实现权利对权力的制约,故而有必要对故意违反程序法的法官个人设定必要的法律责任。法官个人的法律责任主要是民事诉讼实体法律责任,又可细分为刑事责任、民事责任、行政责任和国家赔偿四个方面。一是刑事责任。在民事诉讼中,法官有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判等导致审判不中立、暗箱操作,侵害当事人诉权的行为,构成犯罪的应当依法追究刑事责任。虽然在西方国家,很少发生法官拒绝受理、裁判的行为,但是法国仍规定了法官拒绝受理、裁判的刑事责任。^⑦我国现行立法未规定法官在不履行受理、裁判时所应承担的刑事责任,但拒绝受理和裁判不仅是对当事人诉权的剥夺,也是对法治原则的严重破坏,所以应当将法官拒绝受理、裁判的行为纳入渎职罪的范畴。二是民事责任。实践中,经常出现原审法院违反诉讼程序

①杨玉清《关于法律责任的几个问题》,载《法学研究》1957年第1期。

②参见王晓、任文松《社会主义法制下检察权的设计》,载《山东师范大学学报》2010年第5期。

③参见张卫平《民事诉讼中的诚实信用原则》,载《法律科学》2012年第6期。

④参见王晓《法官选举制度的民主性研究》,载《山东师范大学学报》2010年第1期。

⑤例如,《民事诉讼法》第8条要求法院对当事人之诉讼权利实行平等保护,第43条第3款对审判人员依法办案作出了规定等。

⑥张越《法律责任设计原理》,中国法制出版社2010年版,第20页。

⑦参见《法国刑法典》,罗结珍译,中国人民公安大学出版社1995年版。该刑法典第434-7-1条。

致使案件发回重审的情形,为消除该程序违法行为所造成的不利影响,上诉的案件受理费以及已进行的违法的第一审程序的诉讼费用等不应由当事人负担。由于法官在适用法律时基于主观及客观原因,导致适用法律不当的行为,不仅会给司法公正性带来重大的损害,而且会给当事人造成人身及财产损失。因此,主审法官应通过赔偿的方式承受司法权违法适用的侵权后果。在诉讼程序中,法官因故意或重大过失行为,影响和侵害当事人诉权的顺利行使和有效行使,进而导致当事人支出额外的诉讼费用、误工费等,应由主审法官承担补偿(赔偿)责任。三是行政责任。法院内部监察部门应有对法官处分的权力,对潜在的程序违法者进行警告和威慑;对违反法律程序的法官通报批评,扣发工资、奖金、津贴等;暂停履行职务、建议主动辞职等;特定条件下,可对法官进行强制免职,应由法官惩戒委员会提请人大依“弹劾程序”作出。^①四是国家赔偿。法官因滥用权力而造成违法审判,侵犯当事人诉权的行为,应当追究相应的刑事责任,同时在此种情况下,应赋予当事人提起国家赔偿的权利。《西班牙宪法》第106条规定“凡人民因判决错误或司法官渎职所受之损害,得依照法律规定要求赔偿。前项赔偿,应由国家负责”。相对于刑事错误判决主要侵犯人身权益不同,民事裁判错误更多地是侵犯当事人的财产权益,明确当事人因法官违法审判、侵犯诉权,进而侵害其财产权的行为,有权向国家提起赔偿,实际上也是对当事人宪法权利的一种认可和保护。

Subject: An Outlined Study on Protection of Civil Right of Action

Author & unit: WANG Xiao(Shenyang Normal University Law School ,Shenyang Liaoning 110034 , China)

Abstract: Compared to substantive human rights with direct ,specific material or spiritual interests ,the right of action is a kind of procedural human right ,which is a means to guarantee the realization of substantive human rights. In our country ,the Constitution and the Civil Procedure Law has not explicit protect the civil right of action ,and in the civil litigation ,the behavior that judges violate litigant 's right ,should be punished by the law is also lack of regulation. The lack of legislation of the civil right of action ,has been leading to the judicial safeguards of the civil right of action been worrying. The civil right of action not only has the protection of citizens' legal interest ,but also has the function to restrict judicial power and maximize guarantee the parties to close judicial justice. Therefore ,as the fundament law of constitution should to clear define the civil right of action ,in order to declare the basic attribute human right of the right of action. The Civil Procedure Law shall implement the regulations of the Constitution ,through specification requirements of the right of action ,perfect supervisor system ,develop interpretation power ,and construct system of lawsuit insurance and perfect legal responsibility system of civil procedure ,to circumference the protection of the civil right of action.

Key words: civil right of action; fundamental human rights; writing human rights into the constitution; legal responsibility

[责任编辑:刘加良]

^①参见熊秋红《法官责任制的改革走向》,载《人民法院报》2015年7月22日。