



南京大学
NANJING UNIVERSITY

南京大学法学文丛

作为人权的诉权理论

吴英姿 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

作为人权的诉权理论

吴英姿 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

作为人权的诉权理论 / 吴英姿著. —北京: 法律出版社, 2017. 5

(南京大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0751 - 4

I. ①作… II. ①吴… III. ①个人—诉讼—权益保护—研究—中国 IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 070160 号

作为人权的诉权理论

ZUOWEI RENQUAN DE SUQUAN LILUN

吴英姿 著

策划编辑 高山

责任编辑 汤子君

装帧设计 鲁娟

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 20

字数 280 千

版本 2017 年 5 月第 1 版

印次 2017 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0751 - 4

定价: 58.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 001

上篇 走向人权的诉权理论

第一章 诉权人权论的基础 017

- 一、理论基础：权利哲学 017
- 二、分析框架：人权理论 019
- 三、人权理论对诉权的解释力 024

第二章 诉讼制度发展与诉权概念的嬗变 030

- 一、从罗马法到中世纪欧洲法的诉权 030
- 二、近现代欧洲诉权概念的形成与理论发展 042
- 三、诉权的人权化：“二战”以来诉权理论的发展 053
- 四、现代型诉讼催生诉权的社会化 056

第三章 正义观演进与诉权人权论 058

- 一、西方法哲学正义观念的演化 058
- 二、中国司法公正观念的变迁 066
- 三、关于程序正义的误读 068
- 四、司法的沟通理性与诉权人权化的必然 078

第四章 人权诉权本体论 081

- 一、诉权的属性与特质 082
- 二、诉权与审判权的关系 087
- 三、诉权的消耗 089

第五章 诉讼契约 097

- 一、既有研究检讨 098
- 二、诉讼契约的法理基础辨析 100
- 三、诉讼契约与民事契约比较 104
- 四、诉讼契约类型化分析 107
- 五、诉讼契约的边界 115

下篇 诉权保障的理论与实践

第六章 司法的限度与诉权的边界 121

- 一、诉权的边界问题 121
- 二、纠纷的可诉性与司法能动空间 123
- 三、纠纷司法救济的限度 137
- 四、司法机能范围与诉权实现程度 137
- 五、法官的“为”与“不为” 146
- 六、诉权保障、司法限度与司法权威 151

第七章 我国民事诉讼中的诉权保障问题 155

- 一、当代中国司法的政法传统与诉权的地位 155
- 二、“调解—判决”二元结构 163
- 三、二元结构中的诉权和审判权 165
- 四、程序异化与程序失灵 169

五、构建诉权对审判权的制约机制 172

第八章 人权诉权视域下的民事诉讼目的论 179

一、民事诉讼目的论的理论价值 179

二、民事诉讼目的理论发展 180

三、人权诉权视域下的民事诉讼目的 183

四、审判权本位的司法改革与目标置换 185

五、公正解决纠纷目的指导下的诉讼立法与司法 190

第九章 诉权的集体形态:群体诉讼制度 195

一、群体诉讼调查 195

二、群体诉讼运作样式 197

三、群体诉讼的过程 203

四、代表人诉讼制度设计缺陷 205

五、群体诉讼制度重构:社团诉权 217

第十章 “接近正义”与诉讼服务改革 223

一、世界司法改革的接近正义运动 223

二、O 市法院诉讼服务中心改革概况 226

三、诉讼服务中心改革成效 241

四、诉讼服务中心改革出现的问题 246

五、诉讼服务中心改革问题的形成原因 251

六、总体评价及关于进一步深化改革的思考 255

代结语 从诉权保障看民诉法修改 263

一、以诉权保障为视角 263

二、2012 年《民事诉讼法》修正案对诉权保障的增强 265

三、调解优先与诉权保障问题 269

四、程序简化与诉权保障 272

五、以程序保障重构民事诉讼制度 284

参考文献 290

后记 310

导 论

一、问题的缘起

在以审判方式改革为核心的司法改革运动中,伴随各种超越法律的改革举措层出不穷,“行动中”的民事诉讼程序早已脱离《民事诉讼法》的规定。由于各地社会、经济发展,组织环境和法官人员素质差异很大,更重要的是改革的发动往往是自发的、自下而上的,在缺乏统一指导的情况下,很大程度上是“摸着石头过河”。法院根据自己的需要和知识、观念“各显神通”,发明创造新程序,不同法院甚至同一法院不同案件的程序操作上常常出现各式各样的状态。不容否认的是,许多改革举措的确在局部产生了良好的效果,但就法院在程序操作上的任意性和不确定性而言,毕竟与改革所追求的“法治”理想形成悖论。因此,出于统领改革,推广自认为成功的改革经验、规范诉讼程序等考虑,最高人民法院接二连三制定司法解释,使相当数量的改革措施上升为具有普遍适用效力的规范。自此,《民事诉讼法》早已在实践层面被各个法院和法官的花样百出的操作手法所改变,又被最高人民法院司法解释所架空。毫不夸张地说,《民事诉讼法》已经进入“准死亡”状态,修改《民事诉讼法》成为理论界与实务界的共识。全国人大

正式宣布启动民事诉讼法修改工作是2003年。^①针对司法过程中的各行其是,修法的目标之一就是要确立民事诉讼的理想模式,重新建构真正具有普适意义和相对稳定的诉讼法律制度,并在程序的微观运作层面获得一体遵循。^②时至今日,关于修改《民事诉讼法》的研究成果十分丰富,成为近十几年民事诉讼法学和司法制度研究的热点。从修法时机到修法的程度,从修法的整体思路到法典的篇章布局,从基本原则到具体制度构建,都有学者进行了探讨,最高人民法院更是积极推动。在各方努力下,2007年和2012年两个修正案先后出台。然而,新《民事诉讼法》的出台在多大层面上能够实现上述修法目标还是要画一个大大的问号。

对这个问题的担心并非空穴来风。多数学者把司法实践中不严格遵守《民事诉讼法》和司法解释的膨胀归咎于立法的粗简,因此主张从增加《民事诉讼法》条文、立法细化的角度修改《民事诉讼法》。^③这种修法进路的效果如何有待商榷。事实证明,司法解释对《民事诉讼法》的细化并未带来实际运作的确定性与程序规则的统一,各种花样翻新的程序操作方式还在源源不断地以改革名义涌现。这使我们有理由怀疑,修改后的《民事诉讼法》在多大程度上为法官严格遵守,能否摆脱再次被司法解释架空的命运,能否走出“立法—司法解释—修法—司法解释”的怪圈。其实,这个问题不限于民事诉讼范围,而是带有普遍性。比如有学者曾以刑法司法解释为例论证过法律的确切性和可操作性与司法之间似乎没有什么联系;^④有学者在剖析了司法解释的造法冲动后,对修法可能带来法律适用的统一与确定并不乐观,^⑤等等。因此,探讨民事诉讼法生成机理,研究如何把民事诉讼法构建成为一部真正有生命力的法律,其结论也许在一般意义上具有指导性。

对民事诉讼程序实际运作的初步实证研究表明,民事司法实践中存

① 《法制日报》2003年12月18日透露,第十届全国人大法工委将修改《民事诉讼法》纳入本届人大立法规划。

② 王亚新:《程序·制度·组织》,载《中国社会科学》2004年第3期。

③ 比如章武生教授提出:“民法修改,条文数量不是一般的变化,而应有成倍的增长,起码要达到900条。”参见章武生:《走向现代化的民事诉讼制度——对我国民法修改的几点看法》,载《法学家》2004年第3期。

④ 刘艳红:《观念误区与适用障碍:新刑法实施以来司法解释总置评》,载《中外法学》2002年第5期。

⑤ 洪浩:《造法性民事诉讼司法解释研究》,载《中国法学》2005年第6期。

在大量的“非正常运作”现象,即与法律规定不符或不完全符合的程序运作,包括对法定制度的变通(正式制度的非正式运作),法定制度以外经常发挥作用的做法(非正式制度),法律没有规定的属于法官自创发明的做法(制度创造)等。^①而观察这些程序的运作过程又发现,法官对程序变通操作并非法律规定不明确、不具体,而往往是出于外来力量的干预或者法院自身利益的考虑。程序流动性的根本原因在于影响和参与程序运作诸力量较量的结果。可见,导致程序流动的决定性因素并非立法的粗陋,甚至与立法的完善无关,^②而是影响规则形成的诸力量在不同案件中此消彼长,博弈未达到均衡;特别是构成民事诉讼法律关系基本构造的一方——当事人诉权的力量过于弱小,且无论在法律技术还是利益诉求能力上均缺少来自律师等社会力量的支援和补强,尚不具有抗衡和制约审判权的能力。

一个法律制度总体上是由一般规定(规范)和适用规范的个殊行为(事实)构成的综合体。作为法律秩序的要素,规范与事实互为条件且相互作用,缺一不可。如果规范所包含的“应然”内容只是停留在纸上,并不对人们的行为产生影响,“那么法律只是一种神话,而非现实”。^③尽管社会转型和法律的发展为内生性民事诉讼制度的产生提供了契机,但目前的制度形成更多的是情境化的,很难说达到了最优模式,某种制度对这个地区的纠纷解决十分有效,对那个地区也许就没有合理性。一个基本的判断是,内生性民事诉讼程序规则还在发育初期,作为一个自创生系统^④的民事诉讼法尚未形成,诉讼法本身还不能成为诉讼行为“合法性”的唯一依据。

上述认识奠定了本书的基础,形成了本书的问题意识。一个基本的

① 吴英姿:《民事诉讼程序的“非正常运作”——兼及民事诉讼法修改的实践理性》,载《中国法学》2007年第4期。

② 赵钢因此早就指出:“从严格意义上说,当前我国民事经济审判工作中的主要问题,并不是什么审判方式的改革,而是一丝不苟地严格按照现行民事诉讼法的规定进行审判。能够做到这一点就是很了不起的事情。”参见赵钢:《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1期。

③ [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第238~239页。

④ 法律自创生理论是一种理解法律权威性的循环理论,说明使人们接受“是法律决定什么可以成为法律”的机理。参见[德]贡塔·托衣布纳:《法律:一个自创生系统》,张骞译,北京大学出版社2004年版,第11页。

理论假设是:导致我国民事诉讼法规定的正式制度不能正常发挥作用的根本原因是,司法结构中诉权力量单薄而审判权过于强大,缺乏制约。本书的研究主线也因此明确为:把诉权置于权利哲学的领域,梳理诉权观念和诉权保障理论发展的历史脉络,考察诉权在不同时代属性的嬗变。然后结合当代权利哲学、正义观,站在人权理论高度,论证当代诉权的人权属性。在重构诉权理论体系的基础上,对民事诉讼目的、民事诉讼结构和诉权保障机制等民事诉讼法基本原理问题进行批判研究,并结合实证研究揭示民事诉讼制度运作中的问题,探索我国民事诉讼诉权保障机制的构建路径。完善民事诉讼法律制度,拉近民事诉讼法规范与事实的距离,首要的问题是构建权力制约机制,包括改变目前容忍外部力量任意干预诉讼过程的司法结构,逐步构建起诉权对审判权的制约机制。

二、既有研究梳理

关于诉权的探讨是大陆法系民事诉讼法学理论中的一个恒常主题。诉权理论由于其基础性、复杂性,至今仍然是法学家们争议的焦点。私权诉权说开诉权理论的先河,而公法诉权说批评它以实体权利框定诉权的局限性,主张诉权是国民对国家的公权利观念。具体诉权说用诉权存在实体要件和诉讼要件充实公法诉权说的内涵。而二元诉权理论在具体诉权说基础上,从实体意义上的诉权和程序意义上的诉权两个方面阐释诉权的含义。^①当代涌现了司法行为请求权说、本案裁判请求权说、裁判请求权说、纠纷解决请求权说等理论。这些无论在论证思路还是概念内涵的界说上,基本上不出私权诉权说、公法诉权说之左右。在20世纪80年代为制定《民事诉讼法》进行理论准备的过程中,我国学者也对诉权理论倾注了大量的心血。眼下关于诉权的理论研究已经明显分为民事诉讼法学者和宪法法理学者两大阵营。前者以历史上出现过的诉权诸学说为研

^① 关于三大诉权学说和二元诉权说的历史发展,及二元诉权说对三大诉权学说的承继关系,详细可参见顾培东的《论诉权》一文,参见顾培东:《法学与经济学的探索》,中国人民公安大学出版社1994年版;刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第250页;刘家慧:《诉权意义的回复》,载《法学评论》2000年第2期;江伟、单国军:《关于诉权的若干问题的研究》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第229页。

究对象,检讨各学说得失,力求从诉讼法独立性的角度论证诉权概念。^①后者以《世界人权宣言》《经济、社会、文化权利国际公约》《公民权利和政治权利公约》等国际人权保护文件和德国、日本等国的宪法文本为研究对象,用人权理论或宪法基本权利原理诠释诉权。^②因为理论的出发点不同,两个阵营之间几乎没有对话。在日本,或许是由于宪法诉权说是在美国宪政思想和美国式司法制度强行推动下产生的,因此在感情上引发部分民事诉讼法学者的抵触。他们刻意强调传统诉权理论与人权诉权说渊源之不同,认为前者源自德国民事诉讼理论,后者来自美国,二者非属同一范畴。因此拒绝吸纳诉权人权或宪法诉权论的理论研究成果。谷口安平、新堂幸司、三月章都持类似观点。比如三月章认为宪法规定的“接受裁判的权利”与德国在特定的历史条件下产生的诉权渊源不同,后者并没有得到宪法的承认。谷口安平认为传统诉权理论通常是从实体法方面思考诉权的,宪法诉权论却完全不是这样。新堂幸司则担心把诉权当作宪法上权利讨论会导致诉权内容“重量化”、散漫化而难以把握。^③有的宪法诉权论者则绕过传统诉权理论新造了一个“裁判请求权”概念。

民事诉讼法学界研究诉权理论的逻辑起点是“公民为什么可以起诉”,多从诉讼法独立性立场,以诉讼法与实体法关系为进路展开讨论,关注的焦点是诉权概念的界定。比如江伟曾经尝试从“实体法与程序法关系”角度寻找诉权理论的突破。其问题意识和论证思路是,从传统诉权概念被提出的使命来探寻诉权的基因。认为传统诉权理论从“为何可以诉讼”问题出发,其核心命题是论证诉讼法相对于实体法的独立性地位(即理解实体法和诉讼法的关系),因此是诉权理论赋予了诉讼法学独立的学科地位,构成民事诉讼法学理论的基石。并认为,不同的诉权学说表达的是对实体法和诉讼法关系的不同理解,即诉权究竟是依据实体法产生的

① 代表性的著作如江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版;张家慧:《诉权意义的回复》,载《法学评论》2000年第2期;李龙:《民事诉权论纲》,载《现代法学》2003年第2期;严仁群:《回到抽象的诉权说》,载《法学研究》2011年第1期;等等。

② 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版;周永坤:《诉权法理论纲》,载《中国法学》2004年第5期;任昶兴:《在价值与技术之间:一种诉权的法理分析》,法律出版社2010年版;等等。

③ 参见邵明:《民事诉权释论》,载 <http://www.chinalawinfo.com/>,最后访问日期:2006年6月10日。

还是依据诉讼法产生的。然后结合当代法律与司法实践发展中实体法与诉讼法交错的领域越来越多的现实,主张从实体法与诉讼法合理关系角度重新审视诉权问题,“以避免诉权仅仅具有孤立的程序内涵和价值而不具有实体内涵和实现实体法目的的价值”。其理论宗旨指向“揭示实体法与诉讼法对立统一的辩证关系”。继而主张,“从民事实体法规定的裁判标准与民事诉讼法规定的诉讼形式在民事纠纷解决过程中相互渗透、共同作用、合力决定当事人的诉讼地位和法院裁判结果”的关系来探寻诉权的本质内核,最终承认诉权应当具有程序含义和实体含义。所谓诉权的程序内涵,就是请求法院行使审判权(的权利),其意义在于启动诉讼程序和促使法院行使审判权;所谓诉权的实体内涵,即保护民事权益或解决民事纠纷的请求,其意义在于划定了法院裁判对象和既判力客观范围。^① 为避免被人质疑重陷“二元诉权理论”的窠臼,主张其诉权理论的特质是“超越实体法和程序法的层面”,从而不可避免地应当纳入宪法基本权利的范畴。但在如何理解跨越实体法和诉讼法的诉权实际上是超越二者的宪法基本权利方面,其论述出现了理论上的跳跃或者说逻辑断裂。严仁群从诉讼法的独立性出发,以不能为诉权行使附加条件为由,主张回到抽象诉权说,推崇德国学者主张的“司法行为请求权说”。^② 但民事诉讼实践反复证明,司法过程是实体法与诉讼法共同作用的“场”,举证责任分配规则等许多程序问题离开实体法则独木难支。这给过分强调诉讼法独立性的研究进路亮了黄灯。更重要的是,这样的讨论因为缺少权利法哲学的关照,也没有能够将诉权理论与司法制度发展演变的历史连接起来——比如未能真正理解德国的司法行为请求权说产生的特定背景及其被德国学者抛弃的原因——而多少有些误入歧途:或者过分依赖实体法上的权利,与民事诉讼目的问题纠缠在一起,而又因为国家设立司法制度目的与当事人运用司法制度目的重心不同而陷入左右为难的境地;或者拘泥于诉权之于诉讼法及诉讼法学科独立性的意义,试图用实体法和程

① 江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,前言。

② 严仁群:《回到抽象的诉权说》,载《法学研究》2011年第1期。

序法的关系来解释诉权,似乎脱离了权利的范畴,分析工具的有效性令人怀疑。

一些民事诉讼法学者开始将诉权引入宪法和人权领域。比如笔者曾在《诉权理论重构》一文中通过反思罗马法诉权(action)的本质,揭示法定诉讼时代诉权概念的先天不足。继而从诉权与审判权的相互关系角度,对传统诉权理论忽略诉权主体(当事人)的主体性地位、以法律规定的实体权利框架诉权、把诉权视为审判权的产物等方面的缺陷进行批判。最后提出用人权理论来重新建构诉权理论的观点。不过此文的重心放在传统理论批判上,用人权重构诉权理论的论证尚未实质展开。^①左卫民更进一步,提出“诉讼权”概念。他把诉讼权界定为在内涵和外延上都要超过诉权的一个概念,包括两层含义:一是启动司法程序、要求法院行使司法权的权利;二是要求以诉讼形式(而不是以其他方式)解决纠纷的权利。在性质上属于公民基本权利、应然权利,适用于刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼等一切诉讼领域。在解决“为什么赋予公民诉讼权”的问题时,左卫民采纳了人权诉权观,认为“诉讼权是权利享有这一事实自身的逻辑产物或延伸产物。再用人权观念来辅助论证。其核心论据是:没有救济、没有诉讼权就没有其他人权,所以:(1)诉讼权是人权体系中的重要部分;(2)必须在法律上设置权利救济机制。”^②然而,就为什么应当把诉权界定为人权而不是一般的权利,作者语焉不详。这些讨论主要是把诉权视为一种道德权利进行论证,就人权理论之于诉权理论的正当性、有效性方面的论证不足。导致人权诉权理论更像一套“道德话语”,法理内涵不足。

诉权理论研究因宪政理论、法理学、人权法学理论的滋润而有很大突破。在西方国家,尤其是德国,宪法诉权说是在“二战”后反思纳粹时期法学理论,包括一度成为德国诉权理论通说的“司法行为请求权说”的背景下提出的。宪法诉权说将诉权定位于宪法规定的公民基本权利范畴,认为是宪法上的“接受裁判权”的体现。该学说因人们在特定历史时期对获

① 吴英姿:《诉权理论重构》,载《南京大学法律评论》2001年春季号。

② 左为民等:《诉讼权研究》,法律出版社2003年版,第19~20页。

得公正审判权利的重视与强调而备受关注。中国学者莫纪宏是较早从宪政角度论证诉权人权性的中国学者。他通过分析人权的道德形态与法律形态的价值区分,论证只有人权的法律形态才能将人权的应然性与实然性有机地结合起来。诉权是法律所保障的人权的实然状态,是一种法律救济权,因此是现代法治社会中第一制度性人权。从人权保障角度出发,诉权应当上升为宪法权利,并有绝对性。在权能上,诉权有能力对抗国家权力,是公权力的基础。^① 李琦从人权角度,以“个人在政治国家中的自主性”为基点,讨论了“法律上的防卫权”概念。其所谓的法律上的防卫权是一组权利的合成,包括获得公正的、公开的和及时的审判权的权利,对席辩论权,程序抗辩权,获得法律帮助权和获得国家赔偿权等权利,性质上属于程序性的、第二性的、救济性的权利。^② 从内涵上看,法律上的防卫权与诉权比较接近,但在性质上又与诉讼权利交叉重叠。

此后,从宪法角度讨论诉权问题似乎成为多数学者的共识。^③ 刘敏全盘接受了日本学者的观点,提出独立于诉权的“裁判请求权”概念,认为裁判请求权是宪法上的基本权利,是一种区别于“民事诉讼法上的诉权”,并高于后者的一种宪法上的基本权利。所谓裁判请求权的内容包括“诉诸法院的权利”和“公正审判请求权”两个方面。^④ 但他在论证过程中陷入了某种逻辑不自洽。比如,一方面,他强调裁判请求权不是诉权,但由于其研究的视域局限于民事诉讼领域,尽管申明其采用的核心概念是“民事裁判请求权”概念,但很难在论述过程中始终与“诉权”保持明确界限,他把诉权界定为裁判请求权与诉讼权利之间的“中介性权利”,但却没能进一步解释“中介性权利”的法律属性与制度内涵,致诉权概念归于虚化。在讨论到裁判请求权的具体内容时,很多地方事实上与诉权相重合。另一方面,他让裁判请求权的内涵包罗万象,不仅涵盖了诉权固有的内涵,还囊括了申请回避权、处分权、程序参与权、程序平等权、司法权的独立

① 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第301~312页。

② 李琦:《论法律上的防卫权——人权角度的观察》,载《中国社会科学》2002年第1期。

③ 冉思东:《民事诉权制度:一种私权的公力救济》,载《现代法学》2007年第2期;杨玉荣:《诉权宪法保护的价值理性分析》,载《学习与探索》2007年第3期;任瑞兴:《诉权的宪政之维》,载《河北法学》2010年第8期;等等。

④ 刘敏:《裁判请求权研究——民事诉讼的宪法理念》,中国人民大学出版社2003年版,第25~35页。

性、司法公正、依法裁判等或者属于司法原则,或者属于诉讼权利的内容,陷入新堂教授批评的概念内容“重量化”“散漫化”,因内涵过多而外延难以把握。难怪作者对裁判请求权性质的界定自相矛盾——前文站在宪法层面将该权利定义为“源权利”,后文又在民事诉讼法层面将它定义为“救济权”“程序性权利”等。导致核心概念范畴呈现出双重性和模糊性问题。可见,用裁判请求权来替代诉权不仅没有必要,而且给理论的自洽带来麻烦。这无疑削弱了研究的学术价值。

苗连营曾经提出“司法救济权”概念,认为司法救济权是宪法上的一项基本人权,是借助司法权的力量得以实现的人权。同时承认,产生于近代的诉权很早就显示出制度化的迹象。只是在宪法成为人权的保障书后,诉权升格为个体的原生需要,也成为宪法上的一项基本人权。但他认为司法救济权与诉权是两个不同的概念,尽管从制度发展史角度来看,司法救济权是从诉权发展而来的,但前者属于宪法范畴,表达的是公民与国家的关系,是公民所享有的对司法制度这一公共产品的使用权;后者则属于诉讼法范畴,体现的是诉讼过程中双方当事人之间的法律关系,表现为起诉权、反诉权、抗辩权、上诉权等。^①他肯定了诉权的人权性质,但混淆了诉权与诉讼权利的概念,其刻意塑造的司法救济权倒是更接近诉权的本来含义。

周永坤旗帜鲜明地将诉权定位于人权范畴,并首次运用人权法理解释诉权。他将诉权界定为:“请求法律救济的权利,是启动与延续诉讼的权利。”认为它是一项与诉讼权利、应诉权、公诉权相区别的权利。他指出:“在法治社会,诉权是高于实在法的道德权利,是一项基本人权。”认为无论从原初形态和逻辑起点看,诉权都是一种高于实在权利的道德权利,诉权入法的历史也证明了这一点。他认为诉权有以下性质:(1)原权利。诉权的功能是救济性质的,但是它的本体却是原权利。(2)主权利。原权利受到侵害或发生纠纷是诉权启动的原因,诉权的存在不以原权利的存在为前提。因此,诉权是主权利。(3)兼具程序性与实体性的权利。就诉

^① 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。

权是一项行动的权利,本身是为了追求一个外在的目标而言,它具有程序性,但是它又不同于程序权利。诉权的行使本身发生在诉讼程序之外,它的功能是将实体权利与诉讼权利相连接,通过它程序权利得以启动,实体权利得到保障。同时诉权本身具有独立的权利内容——要求法院作为、迫使对方当事人应诉等。因此,它具有实体性。^① 他从本体论角度阐释了诉权的结构和功能、人权诉权论等,但认为诉权内容包含起诉权、上诉权、反诉权、申请再审权以及申请宪法解释权和刑事自诉权等,一定程度上与诉讼权利(特别是其中的异议权)相混淆。其人权诉权论的逻辑前提归结于西方自然法学理论过于简单,就人权诉权论是社会进化和法律发展的必然结果并对所有国家都有普遍解释力没能提供足够的佐证。

任瑞兴从诉权概念发展历史、诉权法理基础和诉权保障的中国问题三个层面,对诉权人权理论进行了比较深入的阐述。他回溯了诉权概念在西方司法制度和理论研究中的发展变迁过程,指出基于自然法学、自由主义和三权分立思想的诉权概念经历了一个由私法权利到公法权利,在法治国时代发展成为人权的过程。他主张诉权的属性有应然、法定和实然三个层面。应然层面的诉权是人权;法定层面的诉权由实定法规定的状态决定;实然层面的诉权是实证意义上或现实状态中的诉权。诉权生成的历史逻辑是诉权由具体实然层面逐渐发展为一般实证法层面再到宪法、国际公约上的人权层面。他指出,诉权理论在中国依托权利本位理论获得了长足的发展。在行政诉讼制度建立实施后,诉权所具有的公法权利的性质已经得到法律确认。接着就中国当下诉权发展的复杂性与困难,存在实然状态与法定状态的差异,并就应然层面的诉权价值如何在指导诉权制度的发展,缩小应然、法定与实然三者差距方面的意义进行了论证。^②

总体上看,从宪法和法理学角度研究诉权的成果还是偏少,且囿于学者自身的理论侧重,多为单向度地论证诉权入宪或诉权人权论的正当性

① 周永坤:《诉权法理论纲》,载《中国法学》2004年第5期。

② 参见任瑞兴:《在价值与技术之间:一种诉权的法理分析》,法律出版社2010年版。