

# 论人权的司法救济

莫 纪 宏

(中国社会科学院法学研究所副研究员、博士 北京 100720)

**摘要:**法律所保障的人权是应然权利与实然权利的结合,现实的人权即法律上的人权。诉权是法治社会的第一制度性人权,人权的司法救济以宪法诉讼的存在为前提。对人权的司法救济要求扩张诉权的内涵和外延,使诉权在宪法面前能够与国家权力平等。

**关键词:**人权 诉权 司法救济

人权,一般理解为“人作为人”应当享有的权利,其最根本的价值就在于通过现代法治社会制度上的设计,使其能得到彻底的实现。其中,司法具有保障人权实现的最终救济功能。

## 一、人权的道德应然性与法律应然性

在自然法学说看来,人权为天赋的,不可剥夺的。这种人权观实质上是强调了人权的应然基础是“天赋”,但是,从逻辑上来看,如果说是“天赋”人权,这种人权必须具有确定性,也就是说,“天赋”了哪些具体的明确的人权。如果这个问题在逻辑上不能加以澄清,“天赋”人权论便缺少实质的保护意义。通常,从逻辑上来看,所谓人权的应然性主要来自两个方面,一是制度的确认;二是制度外价值的要求。制度外价值的要求一般可以总称为道德性人权,这种人权不具有普遍的意义。道德性人权的应然性从属于道德的特性。制度所确认的人权是通过制度的力量来创造的,可以依靠制度手段加以保障。在制度效力所及的范围内,人权的应然性是可靠的。

在人权价值的实践过程中,人权的道德应然性与制度的应然性并不(主要是通过法律的要求获得的)总是一致的。人权的道德应然性与制度应然性既有逻辑上一致、产生合力的一面,也存在人权的道德应然性与制度应然性逻辑方向相背、形成斥力的一面。

法律所保障的人权是人权应然性与实然性的结合,因此,法律上的人权构成了现实的人权。法律上的人权应然性是实然性的基础,而实然性是应然性逻辑上的必然产生的结果,二者之间不存在逻辑上的矛盾。但是,由于法律上的人权应然性与道德上的人权应然性存在价值上的差异,因此,作为实然性的法律上的人权仍然可能受到道德上的人权应然性的限制,从而产生人权保护价值上的错位。如刑法中所规定的杀人罪,其目的是通过刑法制度来保护公民的人身权利不受非法侵犯。杀人罪对杀人者是毫无例外予以适用的。但是,从社会道德观来看,对恶人的惩处是可以接受的价值,杀死作恶多端的人往往在社会道德的层次上不视为犯罪。因此,一旦法律对杀死作恶多端者的人判处刑罚,可能就会引起社会道德价值的非议。不过,由于法律对人权价值的保护是建立在平等保护基础上的,因此,法律所确立的人权观具有

主导道德人权观的作用,然而却不能从逻辑上代替道德人权观。人权的法律应然性与道德应然性的差异始终是决定人权价值内涵不断发生变化的逻辑动力。

## 二、司法权是市民的权力

通过法律对人权予以保护使得人权的应然性与实然性有机地结合了起来。如果法律上的人权不具有实然性,法律上的人权在本质上只不过是立法者道德人权观的简单反映。法律上的人权之所以不同于道德上的人权,根本点在于公民可以对法律上所确认的人权寻求法律措施的保护,而且法律制度必须为人权保护提供一切可能的手段。

法律上的人权的应然性与实然性随着立法对人权的确认而当然同时成立,也就是说,任何在法律中所确认的人权都有两个方面的逻辑特征,即应当享有的和可以享有的。对于“应当享有的”这个法律上的人权的应然性特征在立法上便可以加以解决,但是,“可以享有的”这一法律上的人权的实然性特征则必须依据一定的保障条件,也就是说,当“可以享有的”法律上人权实现的可能性受到挑战时,必须建立具体的法律上的救济制度来保障法律上的人权的实然性。司法制度正是保障法律上的人权实然性的具体法律制度。

在现代法治社会中,司法的国家职能主要是解决争议。争议在法律上一般以诉的形式出现,由于争议可以完全社会化,因此,以解决争议为职能的司法制度便成为公民个人依法确认自身所享有的人权的实然性的唯一有效的手段。如果说立法制度体现了代议制基础上的代表的权力,行政制度体现了政府的权力,那么,直接推动司法制度发展的动力则来自公民个人。因此,公民个人通过司法制度所确立的有效程序实质性地主导着法律争议的逻辑方向。司法权显示了市民社会中公民对国家权力自发的控制权。没有公民个人对司法活动的积极参与,司法制度便失去了活力,因此,可以说,相对于立法和行政而言,司法权是市民的权力。

## 三、诉权是现代法治社会中第一制度性的人权

人权的道德应然性往往缺少对应性的实然性保障,即便这种道德应然性转化成法律上的应然性也不可能获得完全的实然性内涵。从法律制度上看,相对于政府的保障责任而言,唯一可以从平等性和穷尽性来保障法律上人权的实然性的只有诉权,也就是法律制度应当保证公民个人可以享有自由地陈诉保障人权要求的权利。这种权利相对于其他法律上的人权而言是基础性,也是绝对的。如果一种法律制度不能绝对地保障公民提出保障人权要求的权利,那么,法律上所确定的人权也就不具有实然性的价值,法律上的人权应然性也就无法得到实然性的支撑,法律在保障人权中的作用就不可能超越于道德对人权的保护水平。所以说,诉权是现代法治社会中第一制度性的人权,只有诉权是可以要求政府承担无限的保护责任的,这种保证责任不仅是可能的,也是现实的。

作为第一制度性的人权,诉权充分体现了人民的意志与人民利益相统一的原则。从立法的民主性来看,所谓民主的议会只能以代表的意志代替人民的意志。因此,法律的内容是由代表的意志决定的,当然基于代议制的理论可以得出相当于人民意志的体现的近似结论。但是,从逻辑上来看,实际上是用部分判断代替了全称判断。诉权的重要特征是给予了每一个公民个体以制度上的表达自己意志的途径,包括对立法机关的立法作出评价的意志都可以通过宪法诉讼的途径得到体现,因此,诉权可以更直接地通过法律制度来保障每一个公民自由表达自己的意志,通过个体意志最大化的法律表达来形成人民整体意志的最大值。没有这种诉权所

具有的终极对抗国家权力的性质,人民的意志势必会在国家机关代行人民权力的过程中被削弱。所以说,人民主权原则也可以通过法律权利+诉权的简单公式表现出来。这是民主社会的国家和社会合法性的基础。相对于诉权作为制度内的第一人权而言,表达自由应当是制度外的第一人权。因为不管作为什么样性质的人权,如果不允许公民将自己是否拥有人权的真实状况表述出来以获得必要的法律和制度的保障,那么任何性质的人权都不具有实质的意义。

#### 四、宪法诉讼是人权司法救济的前提

从现代宪政理念出发,诉权是宪法和法律所保护的其他性质的人权的保障性人权。因为法律上人权的实然性取决于政府对法律上的人权应然性的保障,也就是说,政府依据宪法所行使的国家权力与宪法所保障的基本人权处于平等的地位。由于政府依据宪法规定所享有的国家权力很容易疏忽对宪法所保障的人权的保护,因此,必须在宪法制度上建立一种救济性的人权保障机制,使得政府依据宪法规定所享有的国家权力不能随意超越于宪法的规定。要做到这一点,只有通过诉权的彻底性才能实现。即公民应当依据宪法有权将政府行使国家权力侵犯宪法所规定的基本人权或者是未依据宪法的规定有效地履行人权保护责任的行为通过宪法评价的方式予以纠正,所以,依据宪法对宪法和法律所规定的人权作出保护应当是法律上的人权保护最有效的手段。普通诉讼一般只能解决政府具体行为不符合宪法所规定的保障人权要求的问题,但是,只有当政府的抽象行为(尤其是立法机关的法律)也必须符合人权保护的要求时,才能真正地在法律制度上使人权保护穷尽法律上的所有措施。如果公民不能依据宪法来保障自己的人权,这就意味着立法权或者是政府的其他权力在宪法面前相对于人权而言拥有特权。因此,缺少宪法诉讼制度的法律上的人权保护只可能促使政府部分地履行保障人权的责任,而不是全部。故在没有宪法诉讼制度存在的情况下,由于诉权受到制度的限制,使得法律上的人权实然性产生严重的瑕疵,人权的法律保护也就会失去有效性。所以,不建立宪法诉讼制度,法律上的人权应然性就无法彻底地向实然性转化,法律上的人权与道德上的人权就难以划分价值界限。

宪法审判制度是公正的司法制度不可分割的组成部分。宪法审判是现代司法的重要特征之一。现代司法是市民的产物,司法的终极目标是为了保障公民权利。司法是人权法律保护的最后屏障。因此,在现代司法制度下,诉权应当具有穷尽性和彻底性。绝对的诉权是市民社会的第一个体人权。在传统的司法制度下,诉权是从属于司法权的;而在现代司法制度下,诉权是独立于司法权的一种人权,并且具有高于司法权的法律效力。如果存在着不能成为诉的对象的领域,那么,法律就缺少终极意义上的权威性。所以,现代司法要求诉权具有开放性,允许一切普通司法制度解决不了的法律问题都应当在宪法审判制度中找以最终的法律救济途径。司法是社会利益的平衡器,司法权的合宪性优先于司法独立和司法公正等具体的法律价值。司法实行了以追求实体价值为特征的目标价值理论作为法理基础的传统司法向以程序价值为特征的平衡价值理论作为法理基础的现代司法的过渡。司法权的合宪性允许司法中的矛盾价值形态在法律规定的秩序内存在。用允许司法误差存在的司法矫正机制来替代司法确定性的价值期待。所以,从诉权的无限性来看,只要是现行的司法制度无法处理的诉,都应当获得制度上的终极性的保障,这就是宪法诉讼的范围。现代司法制度应当为人权保障提供绝对的法律保障机制。

宪法审判是现代宪政的基础。现代宪政是以民主作为组织形式,以人权作为生存方式,以

法治作为秩序手段,以自由作为人生意义的政治理念。宪法审判制度是组合宪政要素的技术措施。

目前,在我国三大普通司法审判制度下,存在着大量的无法由这三种普通司法审判制度加以解决的案件,如行政机关与司法机关间的权限争议,国家机关因履行职责的行为遭到新闻舆论的批评而对新闻单位提起的名誉权诉讼,公民无故被剥夺选举权,依据没有法律上的明确授权而产生的法规行事而造成的对公民权利的侵犯,等等。这些案件目前只能处于不可诉或者是无法妥善处置的状态。结果,在实践中,就产生了对国家权力机关介入司法审判活动的呼声。但是,由于我国各级国家权力机关并没有建立起很好地实施宪法的法律机制,结果就出现了国家权力机关以普通的司法手段监督司法机关审判活动的弊病的出现。例如,当前在司法监督中的一个热点问题就是如何看待人大个案监督的问题。从现代司法的特点来看,由于司法权本身也是可诉的对象,所以,对法院判决的终极性的法律挑战是具有正当性的基础的。但是,从法治原则出发,人大的个案监督应该是宪法审判意义上的,而不是作为最高司法机关的面目出现。如果人大所进行的个案监督,仅仅立足于对法院认定的事实和适用法律的准确性进行更正,这就产生人大是否比最高的司法机关具有更强的司法能力和水平的问题。很显然,对于一个缺少司法业务专门训练的代表机关来说,要证明人大比最高司法机关更容易维护法治原则在法律上是非常困难的。人大作为立法机关,可以通过对个案产生的法律问题是否合宪进行审查,这是一种法律监督或合宪性的监督,而不是用人大的代表性来证明个案监督更能够适应法治原则的要求。从人大监督是合宪性监督的意义上来看,个案监督实质上具有了宪法审判的职能。值得注意的是,由于目前国家权力机关对司法审判活动的监督没有从宪法审判的角度入手,结果在实践中有的地方就出现了人大为了监督司法机关的审判活动而成立的司法案件的监审团,严重地妨碍了司法独立。有鉴于此,必须在我国建立宪法审判制度,也就是说,我国司法改革的重点应当跳出狭义改革的怪圈,引进法律违宪审查的概念,保证司法审判制度自身逻辑的完整性。

## 五、人权国际保护的司法意义

人权国际保护是由诉权的穷尽性决定的,它体现了在现代法治社会中诉权在保障人权实现方面的开放性。即诉权的无条件性是保证政府履行人权保障责任的基本要件。在诉权与民族国家的司法权力两者之间,诉权应当具有优先性。诉权的优先性使得人权相对于政府权力而言具有优位的价值,并且是目的性的。即在政府权力与人权之间,政府权力只具有手段性的意义,人权必须是政府权力逻辑运动的最终走向。诉权优先使得人权优位获得了制度上的保障,也使得政府不能成为政府权力的所有者,而是依据宪法行使保障人权功能的国家权力的受委托者。

从诉权的开放性来看,目前在欧洲理事会下的欧洲人权法院以及欧盟下的欧盟法院所掌握的司法权实质上是成员国宪法和法律所规定的公民诉权的延伸,没有成员国对公民个人诉权的无限性的承诺,上述国际性人权司法保障机构就无法开展正常的活动。因此,从诉权在保障人权方面的作用来看,国际人权公约中所确立的国际性的人权司法保障机构实质上是通过对成员国所承诺的诉权的无限性与成员国自身的人权司法保障体系相互作用的产物,并没有超出民族国家宪政理念框架范围之外。国际性的人权司法保障机构不能在超越于成员国主权的范围之外获得司法意义,从保障成员国法律上的人权实现的角度来看,国际性的人权司法保障

机构仍然是在完成成员国内法中的诉权保障的角色。人权的国际保护使民族国家的法律制度上的诉权的内涵和外延得到了最大程度的扩展和外化。

## 六、保障人权的司法救济最终性的途径

目前在我国,人权在司法上所受到的保护还不具有完全的开放性和终极性,国家权力相对于人权的特权地位非常明显,人权还没有成为法律制度的明确目的。这种人权司法保障的瑕疵主要表现在:(1)法律上的诉讼时效过于短暂,以至于道德上的人权应然性在法律上的诉讼时效制度之外仍然起着比较强烈的支配作用,法律上的人权应然性与道德上的人权应然性逻辑上的距离太大,形成明显的逻辑冲突;(2)再审诉讼难以立案,形成了当事人告状无门和经年累诉的局面,诉权不能得到有效的扩展,国家权力的至上性得到了司法制度的庇护;(3)上诉期限过紧,不利于公民充分利用诉权来维护自己的合法权益;(4)行政终局裁决制度的存在,使得一部分人权保护案件无法进入司法审判程序,尤其是劳动教养制度不符合人权的司法最终救济原则;(5)缺少宪法诉讼制度,立法行为和重要的国事活动在事实上具有超越于人权之上的法律权威,存在着过多的不能诉的领域,诉权的内涵比较狭窄;(6)人权的国家保护缺少诉权的保证,致使在人权领域内的国际合作范围有限,诉权无法成为制度上的第一人权。

解决人权的司法救济最终性,主要应当扩展诉权的内涵和外延,使诉权与国家权力在宪法面前具有平等的法律地位,因此,以下措施是必要的:(1)放宽诉讼时效,加大司法在保障人权中所应当承担的法律责任;(2)建立“有诉必理”制度,使老百姓告状有门;<sup>①</sup>(3)延长上诉时限,扩大诉讼时效中断的范围,保证公民充分行使诉权;(4)合并现行的行政复议制度和行政诉讼制度,成立行政法院,使得行政行为完全受到司法的监督;<sup>②</sup>(5)建立宪法法院,负责法律、法规的合宪性审查;<sup>③</sup>减少在批准国际人权公约时对国际性人权保障司法机构的管辖的保留,以此敦促“依宪治国”目标的实现。<sup>④</sup>

应当看到,人权是市民社会政府应当给予公民的最低生存保障。现代民主社会中的法治政府绝不能仅仅局限在保障人权的水平上来履行自身为人民服务的功能,必须通过各种有效措施来积极地保障发展人的权利机制,最大限度地为公民追求最大限度的幸福提供制度性的保障条件。充分的诉权是防止政府功能异化的制度保证。

### 注释:

人权,英文为“human rights”,与“权利”一词容易混淆含义。人权不能简单地解释为“人享有的或者应当享有的权利”,而应当突出“把人当作人看待”所必须具有的权利。参见刘升平、夏勇主编:《人权与世界》,人民法院出版社1996年版,第1~7页。在目前的人权研究中,基本上是将人权理论与权利理论混用的,因此,存在着人权泛化的现象。

“天赋人权”说由于强调了人权的道德基础的先验性,因此,不能视为道德性人权,而只能归结为“神授人权”的范畴。道德性人权必须基于提倡人权的道德者的要求而形成。

李步云先生将人权形态分为“应有”、“法定”和“实有”三种,但是,这样的分类似乎没有区分权利与权利所指向的利益之间的不同。参见《中国人权百科全书》“应有权利”、“法定权利”和“实有权利”词条,中国大百科全书出版社1998年版。

参见张庆福主编:《宪政论丛》第1卷,法律出版社1998年版,第350页。

从广义上来看,诉权也可以视为表达自由的一种,但是,诉权是受到制度所设定的专门程序保障的表明公民个人是否真实地享有人权的自由权利。

在现代社会中,如果强调公民权利至上就应当承认国家机关履行职责的行为是完全可诉的,如果存在着不可诉的国家行为,那么,这就意味着国家行为具有超越于公民权利之上的特权,人民主权原则就受到了挑战。当然,强调诉权的绝对性并不意味着单个的公民可以自由地对任何国家行为提起诉讼,而是指国家行为应当受到司法手段的监督。

从某种意义上说,现代司法权应当由两部分构成:一是公民的诉权,二是国家司法机关的检察权和审判权,但是,相对于国家司法机关的检察权和审判权而言,公民的诉权更具有主动性,是公民个人直接参与制度创造的最有效的途径,所以,又可以说,现代司法权是人民的权力。参见[日]中村义孝编:《法国的“法治国家论”与宪法法院》,载《宪法论丛》第1卷,法律出版社1998年版,第350页。

目前我国民事诉讼法所规定的诉讼时效只有两年,在实践中很显然不利于保障公民权利,并造成了诉讼时效届满后的权利纠纷不断。

根据《公民权利和政治权利国际公约》的规定,任何人不经司法程序人身自由不得予以限制,而我国现行的劳动教养制度显然不符合这一要求。如果全国人大常委会批准该公约,必须对此作出保留。

海南省人民法院在司法审判的实践中对申诉复查案件创建了“有诉必理”的原则和“来信申诉听证”以及“申诉复查听证”两种制度,很好地适应了诉权开放性和穷尽性的要求,受到了当地群众的欢迎,在保障人权方面发挥了重要的作用。

人权的司法保护是国际人权公约的基本精神,也是WTO中的TRIPS条约的要求,我国要批准两个人权公约和加入WTO,如果不准备改变目前行政权力的主导地位,可以考虑在行政系统内部建立行政法院,使得我国的人权法律保护体系与国际社会人权法律保护体系保持一致性。

我国目前只有《行政复议法》和《立法法》为法律、法规的合宪性审查提高了制度上的可能性,但仍需要具体的制度设计。1999年4月29日,第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国行政复议法》再一次深化了我国宪法所确定的人人平等原则的内涵,规定不仅行政机关的具体行政行为侵害公民、法人和其他组织的合法权益,受害人可以向行政复议机关提起行政复议,而且受害人在对具体行政行为提起行政复议时,还可以对行政机关作出违法的具体行政行为所依据的行政决定提请行政复议机关进行复议。2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国立法法》作为规范我国立法机关立法活动和立法秩序的法律,又一次将我国宪法所规定的人人平等原则推进到一个前所未有的高度。该法第90条规定:国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。这一规定意义非同小可。它从制度上保证了公民依据宪法和法律所享有的权利不受国家机关违法行为的侵犯,即便是立法活动,也必须依据宪法和法律的规定进行,而不能随意超越宪法和法律的规定任意而为。它表明,在我国,宪法的最高法律权威得到了进一步实现,依据宪法规定而产生的各种国家权力与宪法所保障的公民各项权利具有平等的宪法地位,公民权利真正地具有了依据宪法规定对抗违法行使的国家权力的现实可能性,能较有效地防止国家机关在宪法面前获得超越于公民权利的特权。

我国在批准国际人权公约时,都没有接受公民个人有向有关保障国际人权公约的机构申诉的权利的条款。

责任编辑 董之伟