

起诉难：一个中国问题的思索

张卫平*

内容提要：我国起诉难问题主要源于我国特有的一种超法律规范的司法政策限制。这种司法政策限制主要是基于我国的现实状况、实质正义优先、传统意识以及治理习惯等因素。但这种调整以牺牲法律和司法的权威性以及法律的普遍性为代价，不利于我国的法治建设。在我国从传统法治转向现代法治的过程中，随着法律调整范围的扩大和法律体系的完善，这种政策性调整的适用应当逐步加以限制以至最终取消。

关键词：民事诉讼 起诉 受理 司法政策

引言

“起诉难”的说法，按照一般约定俗成，多使用于民事诉讼的语境之中，尽管在行政诉讼案件和刑事诉讼的自诉案件中也有起诉的问题。在民事司法领域历来有“三难”的说法，即起诉难、再审难和执行难，不少人认为“三难”问题集中反映了广义民事诉讼中“始”与“终”即一头一尾两个阶段的主要病灶。“三难”问题几乎是伴随着改革开放后民事诉讼法的实施而出现和存在的。在笔者看来，“三难”问题虽然发生在司法的不同的阶段，但实际上却在某种程度上反映了我国司法的相同问题，是典型的“中国问题”，如起诉难和再审难就更多地反映了裁判机关在民事诉讼中所面临的困境与尴尬。因此，对起诉难问题进行考察与分析，可能有助于充分认识民事诉讼起诉制度的实然与应然，有利于了解起诉难问题存在的制度环境和社会因素。同时，对起诉难原因的分析也可以用来间接解读再审难甚至执行难的部分原因。

起诉难问题已经议论了许多年，在人们的印象中似乎已成为老大难问题。一些人对起诉难的原因进行了分析，也给出了旨在化解起诉难的“药方”，其中也不乏洞见。但笔者依然认为，这些议论似乎还没有真正揭示起诉难发生和存在的基本原因，不少议论仍然停留于感性或表象的描述。人们对于起诉难的内涵也没有予以深究，便将之作为一种当然的命题进行论证，因此难免无的放矢、隔靴搔痒。

笔者也曾撰文讨论过起诉难问题，^{〔1〕}认为现行民事诉讼法关于起诉条件的设置存在“高阶化”的问题，指出这一问题的实质是人们在制度设计时将实体判决要件等同于起诉条件以及诉讼开始的条件。实体判决要件的审理本应在诉讼开始后的程序中进行，而我国现行制度却将实体判

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 张卫平：《起诉条件与实体判决要件》，《法学研究》2004年第5期。

决要件的审理置于诉讼开始前,使其成为一种“诉讼前程序”,导致了理论和制度上的混乱和矛盾,也导致了起诉难的发生。文章认为,应当将起诉条件与实体判决要件予以剥离,改革起诉制度,实现起诉和诉讼开始的“低阶化”,将实体判决要件(诉讼要件)的审理纳入诉讼程序,由此化解起诉难。该文采规范分析的视角,即从民事诉讼的一般原理、诉权的行使以及应然的司法体制和司法环境出发对现行起诉制度予以反思。但是,有人指出这些论述过于理想化和超前,是从制度原理自然推出的某些结论,而文中关于取消立案庭的政策建议,更是引起轩然大波。

对制度问题的分析可以归为两大类:一类是规范分析,即基于事物的应然和某种价值前提所进行的推论;另一类是实证分析,即考察事物是什么,是对事物的实然状态的描述和生成原因的分析。实证分析有助于了解问题产生的社会环境和现实,发现问题存在的机理,这也往往是规范分析容易忽略和忽视的。从整体上讲,只有了解问题发生和存在的环境因素,才能判断为实现应然的建构所需要进行的作业并预测实现应然状态的可能性。基于此,为了弥补该文实证分析的不足,本文试图从实证分析以及民事诉讼制度之外的秩序或制度视角探究起诉难问题,解析其实质所在,并在此基础进行法理上的规范分析。

一、起诉难的涵义分析

“起诉难”的说法经常见诸报端和论文之中,但就笔者所收集到的公开发表的文章来看,几乎没有人对起诉难的涵义进行细致的分析和界定,似乎起诉难是一个众所周知的事实。其实,起诉难在涵义上是需要加以认真分析和界定的,否则就难以解析起诉难的真正原因。

就字面涵义而言,起诉难当然是指提起诉讼困难。不过起诉难显然不只是一方行为的结果状态,它更多地是当事人和法院之间相互作用发生的结果状态。起诉作为一种当事人向法院递交起诉状的单方行为,如果没有法院的相应反应和作用是不会发生所谓难易问题的。人们实际上是从不同的层面来感受起诉难的。其一,是指当事人提起诉讼,即向法院递交起诉状至法院认可起诉这一过程的不便、复杂、繁琐等(对起诉状的反复更正、补充,对起诉审查的长时间等待等)所引发的人们的心理感受;其二,是指尽管当事人提起了诉讼,而且也自认为符合起诉的条件,但诉讼却难以进入实质审理阶段的情形。如果说前一层面是形式上的,则后一层面就是实质上的。从舆论所报道的情形来看,起诉难反映的主要是第二层面的涵义。起诉过程的不便、复杂、繁琐虽也反映了起诉难的一面,但毕竟在符合形式条件的情况下,起诉最终还是能够被受理的。而第二种情形反映的即是当事人认为符合起诉条件,却依然有可能不予受理或暂不受理的客观现实。因此,确切地说,问题应当是“受理难”,而非起诉难。事实上,由于推行简便的柜台式受理,且许多法院都有起诉告知,加之法律服务的跟进,第一个层面上的起诉难已经逐渐淡化,而第二层涵义上的起诉难却依然是社会关注的焦点,并被视作司法中的一个社会问题。

起诉难虽然是一个社会问题,但这一问题的社会性并不是从当事人起诉与起诉成功或受理的比例关系来看的。相反,从法院受理案件的统计数据来看,绝大多数符合起诉条件的案件法院都是受理的。起诉难问题的社会性主要还是因为人们对“起诉易”应然性的普遍认同。从比例关系的角度来看,起诉难问题与再审难和执行难有所不同,再审难问题与申请再审的数量和再审受理数量的比例有直接关系,而申请执行的案件数量与有效执行的比例关联就更大一些。

起诉难反映了大众的一种心理感受,而这种心理感受又源于具体当事人或第三人(这里的第三人是指当事人以外的人)在起诉条件上的认知与法官认知的差异,即当事人或第三人认为起诉已经符合民事诉讼法规定的条件,包括积极条件(应当具备才能够提起诉讼的条件)和消极条件(一旦具备便不能起诉的条件),但法院依然不予受理。当事人和第三人与法院或法官对起诉合法

性的认识，既包括法律适用方面，也包括对案件事实的判断方面。由于法律规定多数都是抽象的，且法官的认知依据较为丰富（包括相关司法解释、司法惯例以及学理解释等），因此在法律适用方面就会发生当事人或第三人对抽象法律规定的认识与法院认识不一致的情形。在案件事实层面也存在当事人与法院或法官之间判断不一致的情形。例如，关于起诉条件中“原告须是与案件有直接利害关系的人”，就涉及如何理解直接利害关系的法律解释和事实认定的问题。

与上述情形不同，法院不予受理或暂不受理，或者说当事人与法院或法官对当事人起诉合法性、有效性的认知差异也可能不是由于起诉人和法院对既定法律、法规、司法解释甚至司法惯例认知的差异，也就是说，即使起诉符合法律、司法解释的规定，法院依然可能不予受理或暂不受理。这种情形又可以分为两大类：

一类是基于司法人员的不正当动机和目的实施的有意阻止诉讼审理以实现个人利益的情形。对于这种违法不受理所导致的起诉难，解决的根本方法当然是消除司法腐败和司法不端，应主要对司法的行为主体予以治理。这种情形所涉及的问题属于如何实现正当司法的问题。

另一类情形是，起诉虽然符合法律、司法解释的规定，但法院依据其内部规定、文件等等司法政策性规范对某些案件的起诉予以限制。这种限制并非基于司法人员的不当动机，而是根据现实社会形势包括政治、经济等因素的考量所进行的限制，而且这种限制也有其根据，因而可以称之为“合法性限制”。这里的“合法”是从广义上讲的，因为这种限制不是依据法律、法规、司法解释的既有规定，而是基于相对“隐性”的司法政策。比较典型的是三鹿等 22 家奶粉企业因销售含有三聚氰胺的奶粉所引发的纠纷。据报道，2009 年 3 月 25 日，石家庄市新华区人民法院正式对一名三鹿奶粉受害患儿家长的民事索赔诉讼给予立案。这是自去年 9 月 11 日三鹿等 22 家奶粉企业三聚氰胺奶粉事件爆出以来，全国法院正式受理的第一起民间索赔诉讼。其实，早在去年 9 月 22 日，河南省镇平县一位孙姓家长就向河南省镇平县人民法院提起民事赔偿诉讼，但当地法院对这起诉讼至 2009 年 3 月 25 日尚未给予任何答复。^{〔2〕}此后全国又有少数几起被媒体披露的三聚氰胺奶粉受害者索赔诉讼案件，但法院也都没有受理。这些案件毫无疑问是符合起诉条件的，但在司法实践中的处理是既不明确告知不受理，也不明确告知受理，使案件一直处于起诉后的“冷藏”状态，这种做法基本上已经成为一种司法潜规则，成为一种制度经济学意义上的制度安排。除了有毒奶粉纠纷外，还有许多涉及所谓“敏感问题”的起诉也都没有受理，如董彦斌诉广电总局因删节香港电影《色·戒》而要求赔偿、^{〔3〕}吴桂贤诉某出版社名誉侵权案^{〔4〕}等，法院也没有受理。

此外，法院基于息讼、减讼或替代纠纷解决方式的指导思想和认识对当事人起诉的适量控制，也可能导致起诉难。例如，在息讼、减讼观念的指导和政策导向的影响下，法院的相应做法可能是尽量劝当事人不要提起诉讼，这种行为也必然增加起诉的阻力。又如，由于法院审判年度中的“季节性”因素，一些法院在习惯于每年的年终前一段即不再受理案件，而是等待来年受理。这主要是由法院强调所谓“结案率”^{〔5〕}所致。这种情形也给当事人的自由起诉造成障碍，形成起诉难。由于在原因上易于消除，其形式违法性也十分明显，因而由此所发生的起诉难似乎

〔2〕 王毕强：《法院首次受理三鹿奶粉民间索赔诉讼》，<http://www.eeo.com.cn/Politics/by-region/2009/03/26/133464.shtml>。

〔3〕 2007 年 11 月 13 日，中国政法大学博士研究生董彦斌向北京市西城区法院起诉华星国际影城和国家广电总局，称前者提供的删节版《色·戒》，其剧情结构不完整，侵犯了消费者的公平交易权和知情权；称后者没有建立完善的电影分级制，违反社会公共利益。他要求两者道歉，并赔偿精神损失 500 元。该案实质上涉及电影审查制度这一可能涉及意识形态的敏感问题。但仅就起诉条件而言，该起诉是符合条件的。

〔4〕 吴桂贤在文化大革命期间曾任国务院副总理。该案也被认为可能涉及文革时期的政治敏感问题而没有受理。

〔5〕 结案率是指受理案件数量与审结案件数量之比。在实践中，结案率的高低是对法院和法官的一项重要评价指标。

不再为人们所关注。

以笔者的观察来看,人们所抱怨的起诉难主要是指虽有既定的法律、法规和司法解释,并且起诉符合这些规范,但法院依然不予受理的情形。笔者重点分析此种情形。

二、起诉难的原因分析

关于起诉难的原因,以往的观察和研究结论大体上指出以下几点:1.在司法上没有确立“司法最终解决”的观念;2.在起诉条件方面规定过于严格,混淆了实体要件与起诉要件,法院在审查起诉阶段便开始了对实体要件的审查;3.法官对起诉条件的理解过于教条、僵化;4.对当事人的诉权重视不够;5.片面强调结案率,以至形成以能否结案决定能否立案的所谓“不结不立”的情形。^{〔6〕}如前所述,起诉难有多重涵义,相应地其原因也就有所不同,因此,泛泛地谈起诉难问题并挖掘其原因难以做到有的放矢。且以往的分析尚欠深度,没有挖掘问题的深层原因,也就谈不上进一步的分析。

从笔者对起诉难各种情形的分析来看,起诉难的一个重要方面即在于前述“合法性限制”。因此问题就转化为,为何当事人的起诉符合民事诉讼法和司法解释的要求,但根据司法政策和法院对社会因素的考量却要予以限制?对于这一原因的分析,虽然有学者指出是因为没有确立“司法最终解决原则”,但却没有进一步的分析说明,不能不说是一个遗憾。^{〔7〕}

由于这一问题与司法政策的调整直接关联,因此需要从法院的司法政策考量着手。在行使民事审判权方面,法院的司法政策措施在动态上基本体现出限制性和消极性,即司法政策总是在民事诉讼法和相关司法解释的条件范围内对案件的受理予以限制,这种限制总是针对某些具体案件或某个类型的案件,在某一特殊期间也会对案件的受理进行总量控制。例如,关于非法集资案件、上市公司虚假信息侵权纠纷案件、涉及“三线企业”的纠纷案件、采矿权纠纷案件、小产权纠纷案件、土地使用权纠纷案件、破产纠纷案件、毒奶粉侵权纠纷案件、自然灾害如地震所引发的赔偿案件以及涉及敏感的社会、政治、经济问题的案件等,法院都会严格限制对案件的受理。^{〔8〕}对于这些涉及敏感问题的案件,法院根据社会时期和形势的不同,其相应的司法对策也有所不同。从比较法的角度看,我国司法中对案件受理的这种政策性调整极具“中国特色”。

政策性限制的典型实例即因上市公司虚假陈述所导致的证券侵权纠纷案件。我国法院对此类案件的处理经历了从驳回起诉(2001年9月20日前)、暂不受理(2001年9月21日—2002年1月14日)、有条件受理(2002年1月15日—2003年1月31日)到进一步扩大受理(2003年2月1日以后)四个阶段。在2001年前,尽管按照民事诉讼法的规定这类案件完全应当受理,实体法上也没有障碍,但法院根据当时的情况却不予受理,理由是法院还缺乏审理这类案件的经验。此后,最高人民法院又将政策调整为暂不受理、有条件受理和进一步扩大受理。政策性调整的另一个典型实例就是前述含三聚氰胺的奶粉导致消费者受侵害的案件。就涉及三聚氰胺奶粉侵权的个案来看,尽管完全符合起诉条件,但法院迟迟不予受理。2009年3月初,最高人民法院常务副院长沈德咏表示,法院已做好准备,随时会依法受理索赔的民事诉讼案件。正是在这一表态以后,才有了石家庄市新华区人民法院对毒奶粉侵权纠纷案件的第一次受理。

对于这些案件不予受理或予以冷处理,显然不是因为“经验不足”或“没有做好准备”。经

〔6〕〔7〕 参见王福华:《民事起诉制度改革研究》,《法制与社会》2001年第6期。

〔8〕 例如最高人民法院经济庭于1991年9月29日作出的《关于南宁市金龙车辆配件厂非法集资纠纷是否由人民法院受理问题的答复》指出,作为非法集资纠纷,在政府联合工作小组做了大量工作的情况下,如将该纠纷交法院处理,将会拖延时间,不利于纠纷及时解决。因此,该纠纷仍由人民政府和有关主管部门处理为宜。

验从来都是经历之后的积累，对于任何一个新型的案件，法院都可能缺乏经验，但不可能不受理、不裁判。“没有经验”和“没有做好准备”不过是一种司法策略性上的托辞。从这两个案件来看，法院需要等待，等待政府或政府有关部门的政策处理。在上市公司虚假陈述所导致的证券侵权纠纷案件中，法院需要等待国务院、证监会等有关机关的处理意见。这些机构要考虑和评估如果通过司法解决这类纠纷，会造成什么样的社会影响，对中国的经济发展、上市公司的运营、股市波动以及股民利益、心态会产生什么样的影响，要考虑股民在法律上维权给政府所造成的社会压力。在三聚氰胺奶粉侵权案件中，法院同样要等待，各级法院要等待政府的解决方案。没有政府的表态、没有政府的解决方案，法院就不可能受理这些案件并作出裁判，法院所要做的是配合政府处理好纠纷，维持社会的安定。这就引出了一个从法理上看颇有些怪异的问题：在法理上，法院依据消费者权益保护法、民法通则以及相关的实体法便可以作出裁决，对于一个法律争议案件，法院依法审理、裁判便是，与政府的处理没有任何关系，为何要以政府的态度和解决方案为前提呢？各级法院为何不能依据现有法律独立进行审理并作出裁判呢？

关于这一问题的深层原因，笔者认为有以下几点：

其一，源于我国现实社会法治的特殊性。

我国法治的特殊性在于，虽然我国已经明确向法治社会迈进，并将法治作为我国的治国方略，但人们对法治社会的理解还存在相当大的差异。就现实来看，我国更符合实质法治社会〔9〕的特征。实质法治的重要特征是，第一，在这样的法治中，虽然也是在一定程度上或常态上依照法律治理社会、管理国家，但法律本身还不是一个自足的系统，需要特定政治、经济、道德、宗教等价值的指导；第二，为体现个别公正，法律的一般性与普遍性常常被打破；第三，司法者可以依据法律之上的价值，如经济或政治等，作出变通的裁决；第四，不满足于程序公正，致力于追求实际结果的公正，或者说将追求实际结果的公正置于优越的地位。〔10〕

在实质法治社会的模式和框架之中，司法也必然是以实现实体正义为价值追求。这里的实体正义不是以实体法的指示为标准，而是国家治理者和管理者所追求的价值效果。按照美国学者昂格尔的观点，法律规范中所指示的正义属于法律正义，与实体正义相对。法律正义属于一种规定性的规则，而实体正义属于工具性规则。〔11〕昂格尔指出：“在实体正义中，每一个裁决之所以被证成，是因为它被设计为一种推进某种被接受的目标的最好的选择。在一个特定的裁决与目标之间的关系就是方法与目的之间的关系。”〔12〕在我国，实体正义就是国家管理者所要实现的价值目标。在这样的观念指导下，司法必然会在实体正义与法律、法规以及程序相冲突时选择实体正义，而不是循规蹈矩。目前法院在司法中对社会效果的强调和对法律效果的轻视就是这种实体正义观念和价值追求的反映。例如，在含有三聚氰胺的奶粉所引发的纠纷中，法院之所以要等待，就是期望能够在实体上使这些纠纷的处理更符合政府管理者所认可的社会效果，即使民事诉讼法有关于受理起诉的法定期限规定，也可以不予适用而将案件置于“冻结”之中。从这种角度就比较容易理解，为什么在司法政策上我国更强调诉讼中的调解。在政策制定者看来，与直接适用法律、法规相比，调解解决纠纷更有利于实现实体正义。在这种情形下，正像昂格尔指出的那样，实体正义使立法与裁判之间不存在任何界限，比起规定性规则——法律而言，这里只有关于什么

〔9〕 本文是在广义上使用法治这一概念的，只要将法律作为治理社会、管理国家的主要机制，就是法治。从这个意义上讲，当前我国社会也是法治社会，属于法治社会的一种类型。参见高鸿均等：《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社2002年版，第97页。

〔10〕 参见高鸿均等上引书，第100页。

〔11〕 [美] 罗伯特·M·昂格尔：《知识与政治》，支振锋译，中国政法大学出版社2009年版，第130页。

〔12〕 同上书，第130页。

应该实现的选择以及任何完成选择的工具理性的判断。在实体正义的情形下,协议是否应予履行取决于对协议的强制执行对已经设定的目标是有益还是有害。^[13]在实体正义之下的法律同样如此。

在这样的法治类型中,法律本身不是目的,而是手段。以民事诉讼中代表人诉讼制度为例,尽管民事诉讼法规定了有效率解决多数人或群体性纠纷的代表人诉讼机制,但为了维护社会的稳定、避免酿成群体性事件,不仅在某些诉讼类型中(如上市公司虚假信息披露导致的侵权诉讼)明确限制代表性诉讼的适用,在其他诉讼中也尽量予以限制。可以看出,在司法机关法律适用方面,政治性、社会性的价值要求依然是首要的,司法政策的调控必须服从于特定政治、经济以及长期社会情势的需要,满足这种需要就是一种法治社会实体正义的要求。

其二,源于特定权力架构下司法制度与司法能力的有限性。

我国现实法治社会的上述特征也决定了我国司法的特殊地位。从政治权力配置而言,更明确地讲,就是我国特殊的权力架构决定了我国司法的特性,决定了司法机关必须服从于这种社会特质和其他权力的要求。对某些涉及社会、政治、经济等有影响力案件,司法权必须服从于其他权力的调控而不能独立进行裁判,即司法没有最终解决问题的能力。虽然在一般情况下,司法机关可以按照法律、法规的要求进行裁判,但它无法对所有法律上的争议作出最终裁决。现行的权力架构体制决定了司法机关——法院只能从属于最高权力机关。在目前我国所处的转型初期,法院不可能完全独立,司法不可能独立,法官也不可能独立,其根本原因也在于此。体制的现实决定了法院只能处于从属地位,也决定了中国的司法机关并非单纯的“司法”,还需要“司政策”。尽管在一些人的理想和观念中,司法应当具有最终裁决的能力,甚至可以具有实体上的创制能力和作为,并具有一种更为广泛的权力制约作用,但由于我国还不是自治型法治国家,这样的想法是极其乌托邦式的,司法实践中的一些尝试最终也以失败告终。显然,不能简单地将我国现实中的法院与西方法治国家的司法机关相对应,也不能简单地将我国的法官与西方法治国家的法官相等同。在社会转型初期,人民法院还只能部分扮演行政机关那样的角色,实际上是一个配合各级政府处理纠纷解决的行政化的机关,所以在体制上必然具有行政化的色彩。相对于自治型法治社会国家的司法机关而言,我国司法机关在现实社会舞台上的角色实际上是一种“旦角”的扮相。下级法院在一些敏感的事件上必须请示上级法院,需要等待上级法院的指示,如同行政机关上下级之间的关系一样,于是就有了下级法院向上级法院的“请示”制度。法院的这种行政化体制可以说与原有的政治体制本质上具有一致性。因而在转型的过程中,也必然发生走向新型或现代法治和维系传统法治之间的矛盾紧张,越是接近新型或现代法治,这样的紧张就越加突出。法官也是如此,在转型前和转型的初期阶段,法官也只能是解决纠纷的行政性工作人员(这一点从国家公务员法中也可以看得很清楚)。在这一时期,法官实际上都不可能摆脱这样的角色安排,在涉及政府权力的运作时,既不需要也难以作出独立的司法判断。

其三,源于我国法律调整范围和作用的有限性。

虽然进入了21世纪,我国的公法和私法都有了很大的完善和发展,尤其是在民事法律方面,但一方面,我国在法律调整方面依然存在缺失,另一方面,也存在虽有法律,但实际上并没有真正得到贯彻实施的情形,尤其是在经济文化不发达地区。法律未能真正得以实施的原因很多。第一,是法律制定的错位,即将适合于他国的法律原则和规范运用于我国的法治社会之中。我们现有的许多法律是以适合于其他法治社会的法治理念、法律逻辑为模型而制定的,因而无法在我国目前的法治社会中有效运作。如果按照美国法学家诺内特和塞尔兹尼克对法治社会的类型划分,

[13] 前引[11],昂格尔书,第130页。

我国的法律制定在很大程度上依据的是自治性法治社会的理念和法律逻辑，而我们现实的法治社会，虽然还不能说刚好可以归入所谓“控制法”（pressure law）的法治社会，但的确带有这一法治社会的特征，如法律与政治不能分离、依然强调法律道德主义、法律被认同于国家并服从于以国家利益为理由的各种要求。在这种法治社会中，法官必然服从于国家利益之名。^[14]从充分实现人类的基本价值要求以及权力制约的目标而言，人们认同自治型法治社会的理念、理想和法律逻辑，而且将其作为我国社会发展的方向，因此也就必然会按照理想化的法律模式、逻辑进行立法。但一个悖论是理想化的法律无法根植于现实之中，而人们又需要法律来引导社会的转型和发展。这就导致了现实中矛盾的发生。为了避免矛盾的发生或存在，要么将法律束之高阁，要么接受法律约束所带来的痛苦，而前者的情形常常发生。第二，已有的部分法律不能适应社会的快速变化，这就导致如果完全或严格实施这些法律有可能导致实质上的不公正，因此只能在适用时将这些法律规定虚无化，而以更具有灵活性的政策和行政方法来加以调控。第三，由于保障立法统一的机制的缺失（如立法解释、法律审和判例法等）和立法技术的滞后，部分已经制定的法律、法规之间相互矛盾、冲突，也导致法律、法规难以适用。

其四，基于意识上和方法论上的实用主义、相对主义和特殊主义。

通过司法政策对起诉设限，仅仅是一种个别调整。这种调整除了制度上和其他环境性的因素外，人们在意识上和方法论上的实用主义、相对主义和特殊主义是这种司法政策特殊调整的哲学基础。^[15]实用主义最基本的特点是强调行为的有效性而非行为方式或手段的原则性；相对主义的基本特点是强调事物的运动、变化的特性而忽视或轻视事物的规定性；特殊主义则强调事物的特殊性和差异性而忽视或轻视事物的一般性和普遍性。因此，实用主义、相对主义和特殊主义三者之间具有内在的一致性。实用主义、相对主义和特殊主义都以具体事物的灵活处置为原则，即通常所说的“具体问题具体处理”。在认识论上，虽然矛盾具有普遍性和特殊性，但一旦重视或倾向于事物的特殊性，就会自然推导出实用主义的方法论，必然是具体问题具体处理。尽管我们在传统的哲学原理上坚持事物矛盾的普遍性和特殊性相统一的辩证原理，但由于对事物的处理总是具体的，因此特殊性总是占有优势地位，特殊性也就必然成为行为的原则。虽然在对待事物时当然要考虑功效和特殊性，然而一旦在实用、特殊和相对方面走向偏倚、形成“主义”，法的原则、法的普遍性、司法的统一性就都会被消解、虚无化或边缘化。这也是我国传统法律所具有的一个特点。正因为如此，即使超越法律，对起诉的政策设限也能够得以实施，因为在认识上已经消除了规范所设置的一般约束和障碍。其实不仅是在起诉问题上，在法律适用的其他许多问题上都能看到这种认识论和方法论的影响。^[16]

基于上述几个方面的原因，司法裁判的功能在现实上受到了限制，因此必然要在审理起诉阶段将不能裁判或暂时不能裁判的起诉案件事先拒于实体审理的大门外，以免造成实体裁判上不能或暂时不能的尴尬。如果司法机关能够独立判断，则既无需等待，也无需为起诉设置高门槛，而是可以敞开诉讼大门，面对任何诉讼案件。因而，起诉难在我国现实社会就成了一种客观必然。

也许有人会提出，法院也可以在受理后判断能否在实体上作出最终裁决，为何一定要在起诉

[14] [美] 诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社1994年版，第35页。

[15] 实用主义、相对主义和特殊主义并非从哲学流派的角度，而是从其术语的一般含义上来使用的，表达一种认识和方法论的趋势和特点。

[16] 需要说明的是，我国司法实践中的实用主义与英美法的实用主义有所不同。英美法的实用主义是法律适用的意识倾向和理念，是一种尊重先例、重视案件的具体性、相对轻视制定法和一般逻辑的意识，这种实用主义依然是在广义上的法律范围之内。我国司法实践中的实用主义体现在对法律的认知意识，而不是法律的司法适用。关于英美法中的实用主义，参见[英] P. S. 阿蒂亚：《英国法中的实用主义与理论》，刘承楚等译，清华大学出版社2008年版，第7页以下，第23页以下。

审查阶段作出判断?笔者认为大概有以下几个原因:其一,不同程序阶段的公开性存在差异。一旦受理就需要开庭进行审理,司法政策的调控是对既有法律适用的限制,显然不能在法庭公开审理。而在起诉审查阶段就不同了,起诉审查阶段实际上处于非公开阶段,不会将政策考量与法律的直接冲突暴露出来,这本身也符合司法政策调整的特性。其二,是否受理的问题涉及司法的“能”与“不能”,是一个职权审查处理的问题,无须当事人双方攻击防御,因此没有必要在受理后的庭审中加以解决。其三,与司法资源有关。在起诉审查阶段把关,有助于节省司法资源。

三、如何看待起诉难

在人们的普遍意识中,起诉难似乎已经预设了一个否定性前提,即起诉难与人们对起诉的要求直接相违背,人们的正当要求是起诉应当不难。起诉不难是一种正常状态,而起诉难是一种非正常状态,因此,应当采用相应的对策化解起诉难问题。但是,在对起诉难的含义进行分析之后,就会发现这样的认识其实是十分含混和模糊的。起诉难作为一个问题本身存在多个层面的涵义,而不同层面的起诉难其原因也不同。如果起诉难因法官的私利追求、法官司法水平和职业道德低下、司法地方保护等司法制度的消极因素所致,则对应的措施应当是提高法官素质、制止和防止司法腐败、克服司法的地方性等司法制度的改进问题。如果起诉难属于起诉程序过于繁杂所带来的问题,那么,在这个层面上起诉难恐怕不能算一个理论问题,也不能算是一个社会问题。事实上,因为法院经费与案件受理费之间的牵连关系,^[17]有的法院甚至还希望起诉变得更容易一些。如果是基于司法政策的限制所发生的起诉难,问题就比较复杂了。从司法政策制定者和实施者的角度来看,既然法院对某些案件的处理采取了符合特定情势要求的司法调整以符合特定政治、经济、社会的要求,从而实现一定意识形态下的实体正义,就很难说这种情形下的起诉难具有否定意义,相反,从实现特定意识下的实体正义的角度来看,这种限制恰恰具有积极意义,是一种积极的“阻尼”,而非消极的阻力。现实的司法制度也为实现这种限制提供了条件。在这个意义上的起诉难就不是一个需要化解的问题,所谓解决起诉难的问题就可能是一个“伪命题”。但从人们的一般认识来看,显然人们并不认同和接受这一理解。那么,如何理解这一问题呢?

笔者认为,人们对现实中起诉限制的司法调整之所以具有“问题意识”,主要原因在于:其一,人们不能理解或充分理解具体诉讼案件中的司法政策调整。在人们的普遍意识中,法律、司法解释应当被完全和充分执行,司法政策应当服从于法律、司法解释。并且,相对于法律、既定的司法解释而言,司法政策多是隐性的,往往采取一种内部指示的方式,通过司法现有的行政化机制发挥着指导和命令作用。其二,人们对我国司法的特性缺乏了解和存在误解,往往从现代法治社会即自治型法治社会应有的司法地位和纠纷属性的单一性来理解法院在纠纷解决中的机能和独立性。这些认识与现实的差异导致人们对起诉难的否定性认识。于是问题就转化为,应该如何看待现实中的司法政策调整以及司法在我国社会中的应有相位。后一问题是一个涉及司法体制的问题,关于这一问题已有不少文章论及,笔者也有这方面的论述。就法治的基本公理而言,如果司法机关不能取得足够的权威,便不足以防止政府权力的滥用。因此本文不再赘述此问题。

关于如何看待现实中的司法政策调整,首先,从前文的分析来看,现实中的司法政策调整是有其内在根据的,即司法政策调整体现了对实体正义的追求,而且这种对实体正义的追求被置于相当高的地位,基于中国的现实情况尚不能完全否定其现实合理性。应当看到,在我国的现实情况

[17] 虽然诉讼费用由当事人直接交给财政,但这些费用会按照一定的比例返还给法院,所以,诉讼费用的多少与法院的利益存在关联关系。国务院颁布《诉讼费用交纳办法》(2007年4月1日起施行)试图改变这种关联关系,但实际上一些地方依然维系了原有做法。

形下，许多表面上涉及法律争讼的纠纷，其中往往牵涉政治和其他社会因素，也的确不是司法机关能够独立加以处理和解决的；在我国，法律调整和规范的作用还十分有限，许多社会关系还依赖于行政性、政策性的规范加以调整；司法机关的现实地位也使其还不完全具备独立判断的能力。在诸多现实环境之下，基于对实体正义的追求，加之我国传统的实用主义、相对主义和特殊主义意识的强化，司法政策超越法律、法规、司法解释进行调整是自然的结果。在这个意义上，司法政策已经不再是实现法律的工具，而是直接实现某种意识形态、价值判断、特定道德要求的工具，成为法律调整的补强措施。

虽然这样的政策调整对于实现实体正义具有实效性，但这种超越性调整也有其重大代价，必然伤及法律的权威性，是以牺牲法律的权威，甚至牺牲人们对法治的信仰和信赖为代价的。“追求实质的正义必然严重地侵蚀法律的普遍性。”^{〔18〕}诚然，司法政策的调整作用无可置疑，只要有法律、法规，在它们的实际运用中就必然存在根据具体情况进行裁量的问题。如何裁量才能符合社会、政治、经济发展以及各种利益衡平的要求是司法政策所必须考虑的，也是司法政策存在的根据。但司法政策的调整应当限于法律、法规的范围内，而不能超越法律、法规。只要承认法律、法规的规范性和强制性，那么司法政策的调整就不能是超规范性的。应当注意的是，现实中司法政策调整超规范的一个理由是，现行法律不能满足现实社会关系调整的需要。但问题是，对现实法律、法规之间冲突、矛盾和法律滞后的弥补可以通过其他方法，如立法机关对法律的解释、对法律、法规的及时修正、司法判例的指导等，即使其他方法不能弥补，也不宜用超规范的司法政策调整来实现。对于一个以建设法治国家为目的的国家而言，这样做无异于饮鸩止渴，将最终导致法律虚无主义的蔓延。以政策调整全面取代法律规制不仅不能实现从传统的人治向法治转型，反而会进一步强化传统的人治方式。

其次，现实中对起诉受理的司法政策性限制是以追求实体正义为目标和合法性根据的，虽然抽象地讲实体正义当然应当作为司法的一个价值目标，但实体正义需要通过法律加以确定，通过法律程序加以体现，而不是直接通过超越法律和法律程序的方式加以实现。否则，就会因为实体正义的抽象性——在无实体法律予以具体化的情形下——很容易被一些意识形态性的、超实定法的抽象意识、价值判断和道德要求所替代，也特别容易为权力者滥用权力提供方便，容易为某些追求个人利益、集团利益的个人和集团所利用。在我国特有的司法与地方权力关系架构下，这种政策限制容易被用来达到司法地方保护主义的目的。法治社会的基本理念就是要防止权力滥用，防止以个人意志取代法律。就原理而言，法治当然是“一种法律的统治，而非人的统治”。从法治的制约原理出发，通过司法裁判实现和体现法律，不仅是为了实现权利义务，而且也是对权力的制约，有助于防止权力滥用。通过超法律的司法政策性调整来限制诉权的行使，将大大削弱司法制约权力的功能。尤其是这种政策性限制一旦脱离或演化为一种非政策性的、受利益驱动而随意限制的司法惯习时，其危害性是显而易见的。

只有法治才是使用权力最经济的统治方法。^{〔19〕}法律统治的优越性虽然只是一种理性预设和经验、历史证明，但至今人们还没有取得对这种预设的否定性证明。改革开放之后，执政党在政治方面提出了依法治国、建设法治国家的基本国策。从党的十五大到十七大，依法治国的方略没有变化。我们的目标是逐渐实现法治社会的转型。从现实的发展来看，尽管存在曲折迂回的情形，但总体而言这种转型是在不断实现的过程中。因此，原有法治社会中的法律正不断被新的法治社会的法律所取代，法律的错位、矛盾、冲突和对立实际上就反映了这种转型的磨难与阵痛。

〔18〕 前引〔11〕，昂格尔书，第185页。

〔19〕 [英] M·欧克肖特：《政治中的理性主义》，张汝伦译，上海译文出版社2003年版，第110页。

法律体系的不完善、法律规定的欠科学性、欠合理性、法律错位等等不足都会随着社会的进步和进化不断得以克服,法治转型的大趋势也是不容逆转的。虽然有时人们会有意无意地从中国经济几十年的高速发展、西方金融经济危机的发生、西方现代社会病、西方法治的有限性中产生对现代法治价值和功能的怀疑甚至摇摆,并试图寻求一条既能保留原有治理模式,又能保证国家发展、人民福利最大化的道路,但是也应当看到,一方面,我国的发展其实正是改革开放、实现法治转型所带来结果;另一方面,法治的转型是一种制度演化,这种演化是我国改革开放的必然。在我国法治建设进程中,对社会关系的调整正逐步由传统法治社会中的法律、政策调整让位于新型法治社会的法律、法规(实质上的,而非有法律之名实为政策规范)调整,新型法治社会的法律已不再仅仅是工具性的,相反,法律的实现也是法治社会的目的。法律的非工具性或非功利性正是法律的合道德性。因此,司法政策的调整不仅应当弱化,而且应当被严格地限制在法律、法规之内,司法政策不再是法律之外的权力工具,而是实现法律自身价值的工具。

第三,对起诉的司法政策性限制实际上限制了法律在社会中的应有作用,相反却强化了非法律手段(如行政化手段)解决纠纷的作用。虽然我们反对“法律万能论”,但是对于涉及法律的争讼就应当尽量运用法律的方法加以解决,这样才能保证法律规范的效力和作用。对法律适用的限制会形成与显性的法律规范并存及冲突矛盾的隐性制度和秩序,而且这是一种更为有效的制度,因为这种制度总是以案件的特殊性为其适用的前提,从而轻易地取得对具有普遍性的法律规范的优先性。制度和秩序的二元状态是目前我国社会制度规范的现实,起诉方面的政策限制就比较典型地体现了“显性—隐性”的二元化制度和秩序。不仅在起诉方面,在许多由政策介入的领域中可能都存在这样的问题。这种情形在一定程度上反映了我国法治社会转型中原有治理方式的强大惯性作用。从法治的统一性而言,人们很难长期认同这种制度和秩序规范的二元对立,因此,应当注意加以消解。我国目前正处于急剧的社会变迁之中,法律调整的滞后性也愈加突出,但也不能因此而牺牲法律规范的作用,应当做的是如何避免或降低法律调整的“时滞性”。

第四,对起诉的超法律政策性限制必然增加人们对行为结果预期的不确定性。从理性的角度讲,人们在实施某一行为前总是会理性地评价或评断该行为可能发生的后果,这种评断的一个根据就是规范行为的法律规定。法律规定是一种行为指引,如果违背相应的规范就要承担不利的后果。解决纠纷的规范和规则也是一种行为指引,法律的预设性告诉人们一旦发生纠纷是否可以通过诉讼救济自己的权利以及面临什么样的诉讼风险。由于超法律的政策性限制是一种临时性、超法律的措施,因此人们就无法实现其预期,就如临时的交通管控一样。虽然从实证的角度讲,不确定性是法律调控的必然,确定性只是人们想象中的乌托邦,这也是现实主义法学派、批判法学派、后现代法学派、法律怀疑主义者所诟病的,但不能否认的是,作为一种价值追求,通过法律实现相对的不确定性是法律的价值和意义。还应当注意西方后现代法学批判的语境和法治发展的阶段性,不可以脱离这些特定的语境作片面的理解。

最后,司法实践中通过司法政策对起诉受理予以限制,还在于人们对诉讼和裁判功能的某些误识以及对司法的信赖程度不够,对许多纠纷的法律处理过于敏感,加之没有正确理解西方国家纠纷替代解决方式发展的语境,从而将司法裁判边缘化。这样,就有可能将诉讼裁判视为实现特定价值要求的对立面。其实,如果对诉讼和裁判有深入的了解,诉讼裁判对于调整社会、实现特定价值追求恰恰是有益的。以群体性纠纷的解决为例,现有司法政策基本排除代表人诉讼,但实际上,可以说代表人诉讼的方式更有利于解决纠纷,而不是进一步激化和扩展由纠纷引发的社会矛盾。在认识上,不应当将法律的处理与其他方式对立起来,在法律的处理不能满足实体正义要求时,完全可以通过行政的或其他方式加以弥补。本文所举的许多其他纠纷都可以通过这样一种互补的方式解决,如非法集资纠纷、三聚氰胺奶粉侵权纠纷等。

人们将起诉难作为一个问题来看待，表明在人们的意识中存在一种对法律普遍性约束的期待，如果没有这种期待，起诉难将不会成为一个问题。虽然从现实来看，由于法律本身的不完备，法律的实际调整作用还十分有限，司法机关的功能由于自身的原因也还没有充分发挥，但从总的发展趋势而言，扩大法律的调整范围，充实和强化法律的调整作用，是我国法治建设的基本方向。过去传统的非法律调整方式应当逐渐让位于法律规范的调整。因此，通过司法实现法律调整的有效性和实在性，是法治建设最重要的实践活动。从现实来看，由于现行法律本身的不完善，还无法完全实现人们所期待的实质正义，但随着法治建设的发展，法律的进化是必然的。必须通过诉讼时刻去“唤醒”法律、激活法律，让法律实际发挥作用。也只有在实际运用中，才能发现法律的不足、推进法律的进化。法院对个别纠纷的裁判并不仅仅起着化解纠纷的作用，更重要的是通过裁判阐释法律的内涵和精神，使法律成为人们如此作为或不作为的指示和路标。应当尽量避免以法外的特定意识下的实质正义来取代法律正义，以防止对法律权威的冲击，对于特定实质正义的追求也应当通过法律的修正将其转化为法内正义。因此，让所有的起诉都变得不难，对于法治进程中的中国而言就是一个正当的、应然的命题。也只有这样才能真正发挥司法机关的作用，促进司法体制和司法机关的转型，使司法机关成为法律的“仆人”，真正服务于法治的需要。

但也要看到，法治建设或演进在我国的进程应当是渐进式的，法律体系的改进与完善需要一个过程。政策性调整向法律调整的转变也需要时间，需要立法和政策制定者根据我国的实际情况，充分考虑两者衔接的过程和具体方式。在传统观念上，我们习惯于政府的大包大揽和直接干预，习惯于以行政化的方式解决一切社会问题，广泛的政策性调整就是这种观念的反映。这种观念的改变也需要一个过程。基于这些因素，政策性调整，包括超法律的限制性调整还会在较长的时间内发挥重要的作用，超法律的政策性调整对于经济发展和社会稳定而言也并非都是消极的，只不过，我们在理念上和大方向上是以转型为目标，逐步收缩超法律政策调整的范围，并最终取消这种限制，以促进法律体系和功能的生长和完善。

在今后一段时间，应当研究在哪些方面应当对政策性调整予以收缩甚至放弃，使之让位于法律调整。在行使诉权方面，不再对起诉设限，让法律发挥实际作用。例如，对于相对单纯的法律纠纷，如含三聚氰胺的奶粉导致消费者受侵害的情形，就应当及时受理当事人的起诉，即使存在行政解决的必要，两种解决方式也是可以并存的。不予受理以及限制代表人诉讼都是观念上的问题。对于那些涉及甚至实质上是政治问题的特殊情形，法院不行使审判权也是合理的，在这方面作出政策限制既符合现实情形，也符合法理。

此外，为了维护法律的权威，应当尽量避免政策调整与法律规范的冲突。例如，在起诉制度方面，法律规定也应该适当照顾现实情形，给政策调整一定的弹性空间，避免政策调整超越法律规定，伤及法律权威。这也是新一轮民事诉讼法修改所必须解决的问题。在民事诉讼法修改之前，可利用司法解释，从技术上解决政策调整的过渡性问题。

结 语

笔者通过对起诉难涵义的分析，从模糊的多重涵义中剥离出基于司法政策调整所形成的起诉限制，并对其发生原因进行了实证分析。这种限制的基本目的是政策制定者试图实现特定的实体正义诉求。这种政策性限制有其现实的客观需要和实现限制的制度条件，在传统法治社会中这样的政策调整是必然的，也有实际意义。但这种政策性调整超越了法律，并非在法律的范围内进行，因此必然折损法律和司法的权威，导致法律秩序与政策秩序对社会关系调整的二元状态，并在特定的认识论的指导下，将法律调整置于边缘化的境地。在我国走向现代法治的社会转型（法

治类型转型)过程中,法律体系将不断完善,法律调整的作用也将不断扩大,因而需要根据现代法治的权力制约基本原理构建一套与现代经济发展中必然生成的“非人格化的交换制度”相一致的司法制度。从这个意义上讲,这一司法制度也不是观念的产物,而是现代社会的必然产物。现代经济交往必须以法律为基础,以现代司法为保障。因此,再继续对起诉实行超法律的政策调整是不合时宜的。在中国社会转型包括法治类型的转型这一大背景之下,笔者认为对起诉的司法限制性调整本身也应当进行调整,逐步限制其适用,并最终予以取消,尽可能使公民、团体在法律框架内的诉求可以自愿地通过诉讼来实现,通过司法裁判最终实现法治的实在性。

Abstract: This thesis analyzes the long-discussed issue of “difficulty in filing a lawsuit” in the area of civil procedure. This issue does not refer to the situation that the court cannot accept and hear a case due to its inconformity with relevant laws. It mainly refers to the situation that the court, considering some external factors, refuses to accept some cases which conform to the required conditions stipulated in laws, regulations and judicial interpretations. This thesis points out that one main reason of this issue is the judicial policy of our country which overcomes law.

The judicial policy represents itself in civil jurisdiction as restriction and negativity. It means that judicial policy always restricts the acceptance of cases which are in line with the suing conditions. The court will restrict the acceptance of some cases, such as cases of illegal fund raising, infringement due to false information disclosed by listed company, bankruptcy disputes, tainted milk tort disputes, indemnification due to natural disaster such as earthquake, as well as cases that involve sensitive social, political and economic issues.

The reasons for the restriction include the specialty of rule of law in our real society, the limited judicial system and judicial capacity under the specified power structure, the limited regulating scope and function of existing law, and pragmatism, relativism and particularism in consciousness and methodology. In the reality of China, such adjustment by judicial policy is relatively reasonable, for some controversies which concern legal disputes actually involve political and other social factors, which cannot be independently handled and solved by judicial departments. In our country, the influence of adjustment and regulation by law is very limited, and numerous social relations are regulated by administrative and policy-based rules. The status of judicial departments decides that they lack the capability of judging independently.

However, the adjustment by judicial policy which overcomes law also bears high cost. It will obviously jeopardize the authority of law, and even sacrifice public's faith and dependence on rule of law. The author believes that in the background of social transformation including the transformation of rule of law, the judicial policy restriction on filing a lawsuit would be limited gradually and finally terminated.

Key Words: civil procedure, filing a lawsuit, acceptance, judicial policy
