

# 论离婚诉权保障\*

冉飞<sup>1</sup>, 吴可<sup>2</sup>

(1. 重庆市九龙坡区人民法院 民三庭, 重庆 400050; 2 重庆工商大学 教务处, 重庆 400067)

[摘要] 从深圳的一起离婚案的处理观点分歧入手, 通过对诉权基本内涵的考证, 论证了对离婚诉权限制的非正当性, 并对我国《婚姻法》及有关法律的相应条款提出了完善的构想。

[关键词] 诉权; 离婚诉权; 限制; 非正当性

[中图分类号] D923.8 [文献标识码] A [文章编号] 1672-0598(2008)02-0086-04

## 一、问题提出

据报道, 深圳市民林某以妻子在外通奸致孕为由, 要求法院主持进行亲子鉴定, 并判决与妻子离婚。女方拒绝进行亲子鉴定, 深圳市福田区法院经过审理, 最后裁定驳回了原告的起诉……林某向广州中山医科大学法医鉴定中心了解, 该中心明确表示, 在怀孕期间可以查明亲子关系, 亲子鉴定技术对母婴均无任何不良影响……

## 二、观点之分歧

裁定驳回起诉, 是指人民法院在审理过程中发现所受理的案件不符合起诉条件, 即不该受理的案件却已受理, 而对其所作的一种裁定。那么该案能否驳回起诉或者不予受理呢? 类似案件中又应该如何处理呢? 对此问题, 至少有以下几种不同的观点:

1. 应不予受理, 已经受理的, 应裁定驳回起诉。因为我国《婚姻法》第三十四条有明确规定: “女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月, 男方不得提出离婚……”

2. 应予以受理。因为我国《婚姻法》第三十四条后段有明确规定: “……女方提出离婚的, 或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的, 不在此限。” 女方因通奸致孕或者通奸致孕分娩不足一年的, 属于人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的情形, 应予以受理。

3. 应区别情况来裁定是否受理或者驳回起诉。女方在怀孕期间和分娩后一年内, 男方提出离婚

的, 男方应提供证据证明女方系通奸致孕等有属于人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的情形, 女方不同意进行亲子鉴定, 而男方又提不出其他证据的, 视为没有证明, 人民法院应当裁定不予受理或者驳回起诉。

4. 应区分情况裁定是否受理或者是否驳回起诉。女方在怀孕期间和分娩后一年内, 男方提出离婚的, 男方应提供证据证明有人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的情形, 但如果男方提出女方系通奸致孕, 并申请法院进行亲子鉴定, 该鉴定对母胎(或母婴)均无任何不良影响, 而女方又不配合鉴定的, 根据证据远近及诚实信用原则, 应视为男方主张的该事实成立, 法院应予受理。

以上四种观点尽管各有差别, 但有一点是共同的, 即认为照顾女方在怀孕期间和分娩后一年内的特殊情况, 从保护妇女和子女合法权益的原则出发, 必须对男方在此期间的离婚诉权予以严格限制, 男方在此期间不得就离婚问题主动行使诉权。

笔者认为, 以上观点是值得商榷的。在任何情况下, 都不能对当事人的离婚诉权予以限制, 也就是说, 无论是男方还是女方起诉离婚, 无论女方是否在怀孕期间和分娩后一年内, 无论是否通奸致孕, 法院都应该受理; 甚至在判决不准离婚和调解和好的离婚案件, 无论是否有无新情况、新理由, 无论原告是否在六个月内又起诉, 法院也都应该予以受理。对离婚诉权予以限制, 其本身的正当性是值得怀疑的, 是与诉权保障格格不入的。

\* [收稿日期] 2007-12-17

[作者简介] 冉飞(1972-), 男, 重庆市人, 法学硕士, 二级法官, 重庆市九龙坡区人民法院民三庭庭长。

吴可(1982-), 女, 重庆市人, 研究实习员, 重庆工商大学教务处。

### 三、对离婚诉权限制的非正当性分析

诉权是指当事人为维护自己的合法权益, 要求法院对民事争议进行裁判的权利, 诉权一词起源于罗马法中的 *actio*。在古罗马, 因案件性质的不同采取不同的诉讼形式, 以诉权 (*actio*) 的形式来受理案件。在当时, 对诉讼的形式要求十分苛刻, 某一纠纷事态如不符合现存的某种诉讼形式中诉权所要求的形式要件时, 将不会得到受理和救济。<sup>[1]</sup> 为了对付由于社会发展所带来的新的事态, 不断有新的诉权被追加进来。诉权作为类型化的诉讼形式, 被作为构筑私法体系的一个重要道具来使用。<sup>[2]</sup> 到了近代, 人们才真正开始对诉权理论进行深入研究, 并逐渐形成了三大诉权学说。

#### (一) 私法诉权说 (实体诉权说)

该学说由德国历史法学派的鼻祖——萨维尼所主张, 并得到温德塞德 (Windscheid) 的继承, 该学说认为: 权利不必等到法院的判决才得以发生, 而是作为客观的事实, 在裁判之前就已经存在。个人的权利是诉权产生的前提。民事诉讼的目的在于权利保护, 实际上就是保护已经存在的私权, 而这种私权在受到侵害时能转化为排除侵害的请求权, 而这种请求权得不到满足时, 才会由于权利人向法院诉求而转化为诉权。但是, 该学说至少在以下两点上难以自圆其说: (1) 诉权的指向对象是国家司法机关而非个人, 如果诉权属于私权, 就无法向国家提出请求; (2) 在消极的确认之诉上, 原告并未向被告主张私权的存在。<sup>[3]</sup> 同时, 由于不承认诉权是独立于实体权利之外的程序性权利, 将享有实体权利作为行使诉权的前提, 这等于要求原告必须享有实体权利才能起诉, 法院在受理案件之前必须先查明原告有无实体权利。这种观点既不符合诉讼的实际, 又不利于保护当事人的权益。因此, 这种产生于 18 世纪后期的诉权理论, 到 19 世后半叶, 逐渐被其他诉权学说所取代。

#### (二) 公法诉权说

该学说强调诉权的公法性, 认为诉权是个人和社会组织请求国家保护的权力, 是一种公权。公法诉权说又因持论者意见相左, 出现了几个流派。

##### 1. 抽象诉权说

抽象诉权说是公法诉权说的最初形态, 以德国学者德根科宝 (Degenkolb) 为代表, 该学说认为诉权是当事人能够向法院提起诉讼, 请求某种合法裁判的权利。由于这种学说将诉权看作与民事权利无关, 没有具体设定谋求判决的种类和内容, 故称之为抽象诉权说。

##### 2 体诉权说 (权利保护请求权说)

该说的代表人物是德国学者拉邦德 (Laband)。该学说认为诉权的根据在于权利保护请求权, 表现为判决请求权和强制执行请求权; 提起诉讼是人格权的发展, 诉权的存在需具备权利保护的要件主要有实体要件和诉讼要件, 实体要件是指诉讼标的的要件, 诉讼要件又包括当事人适格要件和法律上正当利益要件。<sup>[4]</sup>

##### 3 本案判决请求权说 (纠纷解决请求权说)

该说在日本的代表是兼子一, 在德国的代表是艾尼克·布莱 (Enich·Bley)。该学说认为诉权是当事人要求法院就自己的请求是否适当作出判决, 即本案判决的权利。<sup>[5]</sup> 该说的立论在于将民事诉讼的目的定位于解决纠纷, 在该目的指导下, 原告在利用民事诉讼制度时, 有权要求法院就自己提出请求的适当与否作出判决。

#### (三) 二元诉权说

二元诉权论起源于前苏联的民事诉讼理论, 由顾尔维奇和多勃罗沃里斯基所倡导。顾尔维奇在其发表的著作《诉权》一书中指出, 诉权是表示多种不同概念的术语, 至少包含以下含义: 一指程序意义的诉权即起诉权; 二是实体意义上的诉权, 即处于能够对义务人强制实现的状态中的主体权利; 三是认定主体资格意义上的诉权。<sup>[6]</sup> 以后苏联民诉理论界保留了诉权的前两种含义, 并成为通行的理论。苏联的二元诉权论传入我国后, 被我国民事诉讼法学界所普遍接受, 几乎成了我国民事诉讼法学诉权论的唯一学说。所谓二元诉权说, 是指诉权具有程序意义和实体意义这两重诉权。程序意义上的诉权, 是指当事人进行诉讼, 实施诉讼行为的权利; 实体意义上的诉权, 是指当事人通过诉讼实现诉讼请求的权利。程序意义上的诉权与实体意义上的诉权, 在法律依据、享有时间、表现形式、审查阶段、确认方式、法律后果上是不同, 但二者又是一个统一体的两个方面, 互相依赖, 相辅相成, 是形式与内容、手段与目的关系。<sup>[7]</sup> 当然, 我国也有学者对二元诉权说提出了质疑, 如认为二元诉权说是对西方诉权学说的简单糅合, 使人们对诉权无法作统一的科学的描述, 并且认为在实践中, 区分诉权的双重含义既无必要, 也不可能。<sup>[8]</sup> 笔者认为, 诉权是指当事人基于民事纠纷发生的事实, 能够要求法院对其纠纷进行裁判的权利。下面以离婚诉权为例, 谈谈对诉权基本内涵及诉权保障的理解。

1. 诉权发生的根据在于民事纠纷的存在和自力救济的禁止。原始社会无真正的婚姻形态, 也就

无离婚之说。在奴隶社会和封建社会,从总体上说,实行的是男子专权离婚主义,男子可以随意离弃妻子,无须诉讼;而在中世纪欧洲基督教国家实行禁止离婚主义,“上帝配合的人不可分开”<sup>[9]</sup>婚姻不可解除。只有到了近现代,随着妇女在政治、经济、文化、社会和家庭中地位的逐渐提高,妇女在包括离婚在内的婚姻问题拥有发言权后,才会出现丈夫妻子在离婚问题上可以真正均衡对抗的纠纷,而现代法治国家又禁止任何一方专横地强加意志于另一方,此时只能将离婚纠纷提交法院,离婚诉权就形成了。

2 诉权是一种程序权利。所谓程序权利,表现在:(1)诉权的存在不是由实体权利决定的。在最初的诉权理论中,认为诉权是实体权利,没有实体权利就没有诉权,然而很难解释这样一个事实,当法院判决原告没有实体权利而败诉时,原告却又已经行使了诉权。可见诉权不是一种实体权利。诉权是国家赋予当事人将纠纷提交国家(法院)进行裁判的权利。(2)诉权只能向行使国家审判权、能够操作诉讼程序的法院提出。(3)法院审查当事人是否具有诉权需从程序上进行审查,原告起诉,一旦当事人适格。并且诉讼标的适合于通过法院作出判决的,法院就应该受理。至于离婚案件,只要配偶一方向配偶另一方提出的离婚请求的,就不存在当事人不适格和不适于法院作出判决的情况,法院就应该受理。至于夫妻感情是否破裂,或者是否女方处于怀孕期间和分娩后一年内,男方提出离婚的,此时基于感情与责任的衡平考虑,判决是否准予离婚,属于实体上去解决的问题,不应在起诉时予以审查,否则会将诉权和实体权利混在一块,花费大量诉讼资源,而又没有解决纠纷,漠视诉讼设置其本身的最基本职能。而一旦出现通奸怀孕,而女方又予以否认的情况,情况会变得更为复杂,必须立案通过诉讼程序进行审理才可能查清,如果属实,婚姻的责任基础和感情基础均不存在,此时应当判决准予离婚,而不是应该受理,如果不属实,从男子应承担婚姻的基本责任及从保护妇女儿童的基本权益出发,应判决不准离婚,而不是驳回起诉。判决不准离婚和调解和好的离婚案件,原告在六个月内又起诉离婚的,同样应该首先受理,至于有无新情况、新理由,只有在实体审理中才能查清楚,如果由立案庭对行有无新情况、新理由的审查,一则有违其职责,二则也勉为其难,特别是我国基层法院多设有派出法庭,据笔者了解,多数派出法庭是每一年度移送本庭所有案卷交基层法院本部

档案室,立案庭对异庭六个月内又起诉的离婚案件的案卷查阅都有困难,更不用说新情况、新理由的实体审查了。该种案件如果在开庭审理后查明确无新情况、新理由的,就可从实体上判决不准离婚,而不是驳回起诉。可见,对离婚诉权予以限制有违解决纠纷和仅从程序上予以审查的原则,也不利于诉讼效益的提高。

3 诉权由双方当事人平等享有。诉权是一种程序性权利,双方当事人都有将纠纷提交法院解决,向法院起诉的权利,至于是否享有实体权利或利益,法院是否判决其败诉,不是诉权的内容,尽管诉权有保障合法的实体权利或利益使之得以实现的作用。不应存在一方当事人享有诉权,而另一方当事人则被剥夺或被限制诉权的情况。而在离婚案件中,同样不能剥夺和限制任何一方当事人的诉权,不能因为其不能从法院判决中获得胜诉利益就对其诉权予以限制和剥夺。

4 诉权是随着历史的发展而发展的。诉权不是一种静止的概念,它随历史的发展而不断发展,奴隶社会中奴隶是权利客体,作为人的基本权利都被剥夺或随时被剥夺,更不用说享有诉权了,当时诉权主体和解决纠纷的范围都非常狭隘。随着社会的发展进步,从总的趋势上说,享有诉权的主体逐步扩展到全体国民,诉权所解决纠纷的范围也在逐步扩大。离婚诉权的出现,则是近代的事情。既然诉权是不断发展的,对诉权的保障在不断加强,那么,对离婚诉权的限制,也应该随着社会的发展、技术手段和法律制度的完善而逐步取消。如果说二十年前因技术手段的局限还无法对是否通奸致孕等应予离婚的情况作出科学的鉴定,难以对此提出证据,对男子在女方怀孕期间和分娩后一年内起诉离婚的离婚诉权作出限制,与不作出限制的结果都是一样——男方此时提出离婚都离不成的话,那么,在与二十年前相比,技术手段已高度发达的今天,还对离婚诉权予以限制的合理性就不能不让人怀疑。

5 诉权是宪法予以保障的权利。如果从宏观上把握诉权的话,诉权应该是当事人有接受裁判的权利的重要内容。在德国和日本,一些诉讼法学者将诉权与接受裁判的权利同等看待。<sup>[10]</sup>接受裁判权在许多国家的宪法中有明确规定,如日本宪法第32条就规定:“任何人都有接受裁判的权利。我国宪法虽然没有明确规定接受裁判权,但从国家授权法院具有解决民事纠纷的职能看,公民之间发生民事纠纷而请求法院解决时,法院不应加以拒绝。因此,在制定其他部门法规范时,不应该对当事人诉

讼(包含离权诉权)进行不应有的限制。

6 诉权具有任意性和自由性。诉谓任意性是指诉权的行使是由本人决定的,是否行使是一种权利,可以放弃。即使当事人在实体上具有胜诉的利益,但如果其考虑到诉讼风险、诉讼成本及感情因素等,也可以不行使诉权。所谓自由性,是指即使当事人行使诉权给对方造成损失也不需要另外承担其他责任。因为人们对法律的认识和解释是有差异的。如果要求当事人都能准确地理解法律,那就不会有纠纷(包括离婚纠纷)的产生,也就没有设置诉讼制度的必要。如果要求当事人都能准确理解法律,并且确实拥有胜诉权时才能主动行使诉权(包括离婚诉权),以提起诉讼,那就必然会影响诉讼的功效。

#### 四、对新《婚姻法》的离婚诉权条款及民事诉讼法第 111 条第(七)项的构想

综合上述理由,笔者认为,不妨对现行《婚姻法》第三十四条作如下修改:“女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内,男方提出离婚的,不应判决准予离婚。女方提出离婚的,或者人民法院认为确有必要准予男方离婚请求的,不在此限。而现行《民事诉讼法》第 111 条第(七)项可修改为:“判决不准离婚和调解和好的离婚案件……原告在六个月内又起诉,经审理查明没有新情况、新理由的,判决不准离婚。这种构思的优点在于:

1. 由于法律的预测功能和指示功能,使妻子在怀孕期间和分娩后一年内的起诉的丈夫、或者判决不准离婚和调解和好的离婚案件在六个月内又起诉的原告,能预测到将来判决的结果,从而指示和引导其在起诉前合理选择自己的诉讼行为,决定是否主动行使诉权。

2 能在保证对妇女儿童合法权益进行保障的同时,兼顾男子合法权益的保障。

3 能实质地解决纠纷,提高诉讼效益,不至于将一个在实质上已作实体审理的案件,令人不解地又从程序上作出裁定,驳回起诉或者决定受理。

4 更为重要的是使离婚案中的夫妻双方的诉权都真正得到了保障。

#### [注 释]

当事人适格是指对解决纠纷最为恰当的程序法和实体法主体,其有资格就诉讼标的的内涵的权利义务关系进行诉讼。

婚姻案件在大陆法系中属于人事诉讼的范畴,不适用一事不能再理原则,我国目前尚无人事诉讼的概念,但在立法上也规定了婚姻、收养等有关人的身份能力的诉讼不适用一事不能再理原则。

#### [参考文献]

- [1] (日)谷口安平. 程序的正义与公正 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 1996. 69.
- [2] 刘荣军. 程序保障的理论视角 [M]. 北京:法律出版社, 1999. 248.
- [3] 孙森焱. 论诉权学说及其适用 [A]. 杨建华, 民事诉讼法论文集(下) [C]. 台北:五南图书出版公司, 1984. 494 - 495.
- [4] (日)渡边纲吉. 增补法·诉讼·裁判 [M]. 青林书院, 1985. 68.
- [5] (日)兼子一. 民事法研究(第一卷) [M]. 东京:酒井书店, 1950. 477.
- [6] (前苏联) M·A·顾尔维奇. 诉权 [M]. 北京:中国人民大学出版社, 1958. 50 - 51, 159.
- [7] 谭兵. 民事诉讼法学 [Z]. 北京:法律出版社, 1997. 68 - 69.
- [8] 顾培东. 法学与经济学探索 [M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 1994. 219 - 227.
- [9] 新约·大马福音 [Z]. 第十九条.
- [10] 江伟. 中国民事诉讼法学原理 [M]. 北京:中国人民大学出版社, 1999. 243.

(责任编辑:杨 睿)

## On Protecting the Right of Divorce Action

RAN Fei<sup>1</sup>, WU Ke<sup>2</sup>

(1. The Third Civil Court, Chongqing Jiulongpo People's Court, Chongqing 400050;

2. Dean's Office, Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400067)

**Abstract:** Based on analyzing the arguments about a divorce case in Shenzhen and on investigation of the fundamental connotation of the right of action, the author expounds theoretically the injustice of limiting the right of divorce action. For this reason, the author puts forward tentative ideas about corresponding items on conceiving our MARRIAGE LAW and about amendments on the related law items.

**Keywords:** right of action; right of divorce action; limit; injustice