



JiNan
University

暨南大学
法学文库

张晓薇 著

民事诉权正当性与 诉权滥用规制研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014037393

D915. 204
30



JiNan
University
暨南大学
法学文库

民事诉权正当性与 诉权滥用规制研究

张晓薇 著



D915.204
30



北航

C1725388



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉权正当性与诉权滥用规制研究 / 张晓薇著.
—北京:法律出版社,2014.2
ISBN 978-7-5118-5980-8

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼—研究 IV.
①D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 018743 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

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

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/9.375 字数/227 千

版本/2014 年 3 月第 1 版

印次/2014 年 3 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5980-8

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书为广东省普通高校人文社会科学重点
研究基地重大项目“知识产权司法资源优化配置
研究”(项目编号:11JDXM82003)成果。

目 录

第一部分 现 实 篇

第一章 研究诉权正当性问题的缘起	003
一、诉权正当性研究与经济转型的辩证应合	003
二、诉权正当性研究与纠纷解决诉讼化的时代磨合	013
三、诉权正当性研究与诉讼机制价值取向的现实碰撞	018
第二章 诉权正当性问题在民事诉讼制度中的失范	021
一、起诉条件在诉权正当性问题上的应对与失范	021
二、上诉审程序在诉权正当性问题上的应对与失范	031
三、审判监督程序在诉权正当性问题上的应对与失范	038
四、诉讼费用制度在诉权正当性问题上的应对与失范	045
第三章 诉权正当性问题尴尬的原因	064
一、民事诉讼制度整体发展预判的缺位	064
二、民事诉讼制度价值取向的失衡	068
三、诉权理性定位的立法空缺	071

第二部分 理 论 篇

第四章 诉权正当性与诉权滥用问题的法系探讨	077
一、诉权正当性与诉权滥用的大陆法系视角	080
二、诉权正当性与诉权滥用的英美法系视角	122
三、比对:诉权正当性法系认识的差异	136
第五章 诉权滥用定界的域内探讨	140
一、诉权学说路径之定界	140
二、诚信原则学派之定界	146
三、既有研究存在的问题	151
第六章 诉权正当性与诉权滥用的定界	161
一、对价与衡平:纠纷解决、诉权与国家公共资源分配	161
二、诉权正当性的定界	166
三、诉权正当性内涵的展开	169
四、诉权滥用的概念	188
第七章 诉权正当性标准确立的功能与意义	203
一、诉权正当性标准与诉权宪法性保障的理性更正	203
二、诉权正当性标准与法官权限的良性互动	205
三、诉权正当性标准与诉讼制度配置的组合优化	212

第三部分 建 构 篇

第八章 域外考察:诉权滥用的预防机制与规制机制	221
一、诉权滥用的预防机制	222
二、诉权滥用的程序性规制	233
三、诉权滥用的实体性规制机制	247
第九章 诉权正当性与我国民事诉讼机制的协调与整合	253
一、诉权正当性与诉讼外机制的协调与建构	254
二、诉权正当性与诉讼制度的协调与整合	261
参考文献	277

第一部分 | 现实篇

第一章 研究诉权正当性问题的缘起

我国市场经济的确立,所有制的改革,带动了产权主体的多元化和权益归属的多元化;人与人的交往方式从一种源于共同体的内在的道德和心理约束方式,转变为强调人与人之间的外在的利益约束和法律调整的新方式。市场经济的发展阶段要求和强调的是法律提供权利确立的依据和权利行使的保障,同时,也注重培养民众的权利意识,改变过去单一计划经济体制对民众个体权益的漠视及束缚,恢复商品生产经营者之间的自由平等竞争的关系。在这种背景下,赋予权利的重要性大于限制权利,保障权利的重要性大于规范权利;市场经济体制为权利的赋予提供了必然的理由。正是这一“必然”,使我国在现实中因权利扩展的初级性抵制着权利的社会本位,也正是这一“抵制”带来权利赋予和权利规范的失衡,但是法律却缺乏相应的规制手段,加之纠纷解决诉讼化趋势的推波助澜,在主流观点仍在讨论诉讼文化之“厌讼”时,滥诉已经不期而至。

一、诉权正当性研究与经济转型的辩证应合

任何权利的规定,原则上只是确定一种规范,将人们的行为纳入一定的范围,而不是具体规定权利主体如何行使权利以实现权利的内容,这容易为权利人滥用权利留下空隙。现今,我国正处于市场经

济的转轨时期,法律制度尚未健全,人们正确的权利观念还未完全树立,因而在现实生活中滥用诉权的现象时有发生,干扰了市场经济的有序运行,阻碍了改革开放的进程。

(一) 市场经济与权利配置的应然关系

市场经济是一种以竞争为主要方式、以有效分配社会资源和追求效益为目的的经济模式。市场经济强调资源市场化配置,鼓励人的个性、创造性的发挥;市场经济以市民社会为背景,国家和社会应充分地尊重个人的权利,为个人权利的实现提供保障。

一般而言,在市场经济的运行模式中,权利及承载权利的利益的建立有一个逻辑的发展过程,即以对个人权利和利益的合法性承认为起点,以对普遍性的个人之间的利益交换的法律保护为终点。起点阶段被罗尔斯称为自由权利的公正,过程阶段和终点被其称为分配的公正;也就是说,先将个人确定为利益主体,然后在此基础上实现个人利益与社会利益的“合理最大化”。可见,市场经济是一个以个人利益并配备权利为出发点、在竞争与冲突中实现“利益共谋”的系统;它超出了以往社会关系中的一切维系人们关系的准则和规范,它不再是以道德准则及规范处罚的方式进行交往,而是以“权利利益约束”的原则进行交往。基于市场经济之上的现代社会区别于传统人类共同体的一个最大的特点就是,它是为了实现全体社会成员出于个人利益保护而建立起来的系统。

伴随着市场经济的运作,社会经历着向现代化转型的过程;与此同时,人与人的关系历经了从伦理关系向权利利益关系的转变。现代社会建立在人与人之间的权利利益关系之上,利益原则在社会关系中占据主导地位,支配一切。在韦伯看来,伦理关系向利益关系的转变过程是一种从“共同体”向“社会化”转变的过程,也就是从“价值合乎理性”向“目的合乎理性”的转变;目的、手段和附带后果作为

行为的取向,同时既把手段与目的,也把目的与附带后果,以及最后可能的目的相比较,做出合乎理性的权衡。^[1] 韦伯所说的这种目的合理性行为中的“目的”,以利益为主要内容;参加者的社会行为的方式,从事物的本质上讲,一般最符合他们的正常的、主观估计的利益,他们以这种看法和认识作为行为的取向,用有计划地适应利害关系取代内心服从约定俗成的习俗。^[2] 一个社会从基于习俗的、价值的、在千百年的生活中形成的行为,向基于目的的、以利益为取向的、在相互关系中相适应的行为转变,必然在伦理道德上,在文化上产生根本性的变化。^[3] 正如斯密所言:“我们每天所需要的食物和饮料,不是出自屠户、酿酒家和烙面师的恩惠,而是出于他们自利的打算。我们不说唤起他们的利他心的话,而说唤起他们利己心的话。我们不说自己需要,而说他们有利。”^[4] 斯密说明了现代社会是一个人与人之间利益分化、相互冷淡的社会,建立在从自我利益出发的、自愿交易的“经济关系”的基础下,达到和谐与稳定。在这个基本思想的指导下,市场经济国家逐步建立起了一整套制度体系,保护并且不断地扩大个人的基本权利,保护并且不断地扩大个人赖以实现交换的各种基本条件。

但是,如果认为权利行使的动机是“给定的”、“无条件的”,这仅仅认识到了权利的个体层面,而忽略了市场经济环境下,社会权利和社会总体利益在维系个人权利利益的前提下也需要实现最大化。在

[1] [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),商务印书馆 1998 年版,第 56 页。

[2] [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),商务印书馆 1998 年版,第 61 页。

[3] 张晓明:《伟大的共谋——市场经济条件下的利益关系研究》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 68 页。

[4] [英] 亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(上卷),商务印书馆 1974 年版,第 14 页。

此基础上,权利应具备双重性,即权利的个体性和权利的社会性。只有权利的个体性和权利的社会性实现了平衡的状态,才能实现个人利益和社会共同利益有机结合、和谐发展。正如霍布豪斯所言:“把和谐概念作为解决问题的线索,始终如一地按照共同利益来确定个人的权利,并按照构成一个社会的全体个人的利益来考虑共同利益。”〔5〕又如博登海默所言:“(正义)要求给予人们的自由、平等和安全最大程度上与公共福利相一致。”〔6〕如果仅仅满足权利的个体性,是非理性的,不可能实现普遍的公正。〔7〕

因此,权利在法的规范下,是被法律赋予的,它直接来源于人们的社会关系,必须遵循社会的法则。正如罗尔斯所言:“社会的每一成员都被认为具有一种基于正义,或者说基于自然权利的不可侵犯性,这种不可侵犯性 is 任何别人的福利都不可逾越的。正义否认为使一些人享受较大利益而剥夺另一些人的自由是正当的。”〔8〕对此,我国一些学者也做出回应,“权利是由利益的差别和冲突所导向的利益主体的选择活动与外部客观可能性相联结的一种社会关系。这种关系的一端是为了取得权利以满足需要所进行的积极选择行为的个体;另一端则是在一定程度上和一定范围内提供客观可能性的社会。主体的权利依赖于他的意义选择和社会能够提供的意义选择的范围。”〔9〕

回应于权利的个体性和社会性,权利的社会定位也在 19 世纪末

〔5〕 [英]霍布豪斯:《自由主义》,商务印书馆 1996 年版,第 106 页。

〔6〕 [美]博登海默:《法理学——法律哲学及其方法》,张智仁译,上海人民出版社 1992 年版,第 281 页。

〔7〕 参见[英]霍布斯:《利维坦》,商务印书馆 1985 年版,第 98 页。

〔8〕 [美]罗尔斯:《正义论》,中国社会科学出版社 1988 年版,第 25 页。

〔9〕 王人博、程燎原:《权利及其救济》,山东人民出版社 1998 年版,第 63 ~ 64 页。

从权利的个人本位转向了权利的社会本位。财产权利和契约自由权利的个人主义受到限制。财产所有人决定使用财产的权利不再是完全自由的和不受限制的,法院在司法实践中也倾向于适用禁止滥用权利的原则。同时,权利的社会本位伴随着福利国家的兴起得到了认同;虽然“福利国家……构成对传统西方的法律制度、诉讼程序、法律价值、观念和规则以及思想方式的严峻挑战,”^[10]但是,“展现在法律发展中的福利、合作主义及公有公社的趋向结合在一起修改了自由主义社会的每一个根本因素。”^[11]

总体而言,我们可以这样归纳发达国家市场经济体制和个体权利之间的逻辑关系:市场经济体制的形成进程为“先发展,后转型”,即市场经济自然成熟,利益交换关系机制自发形成,在市场发展条件下利益关系发展的必要的基础上,逐渐发展出国家对市场经济有意识的干预,即对个体之间的利益、个体与国家之间的利益进行有针对性的调整。^[12]回应于个人利益之权利,权利在历经个人本位的充分发展后,在国家适当干预的条件下,实现向社会本位的转移,既保障个人权利的充分度,又和社会利益需求相协调,换言之,个体权利受到了国家有意识的合理干预。

(二)经济转型背景下权利赋予与权利规范的失衡

我国是一个从计划经济向市场经济转变的国家,通过国家的力

[10] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第42页。

[11] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第205页。

[12] 张晓明:《伟大的共谋——市场经济条件下的利益关系研究》,中国人民大学出版社2002年版,第9页。

量建立起市场经济体系;这一转变始于1979年的经济体制改革,通过所有制改革和经济运行体制改革,使公有经济以及国有经济在国民经济中的比重逐步缩小,同时加大非公有制经济在国民经济中的比重,最终确立市场经济的主导地位。针对原有经济体制积累了大量社会利益存量、形成了既定利益关系结构和既得利益阶层的情况下,我国经济体制改革的任務就是确立和实现市场经济体系,回到市场经济体制的轨道,重新培育个人利益主体作为微观的经济个体,并改变既成的利益关系结构,在市场基础上建立起多层次的利益调节机制。

总体而言,我国从传统的计划经济体制向市场经济体制的变迁,是制度的一种重新安排,是制度的变迁。在新制度经济学派代表人物诺思看来,制度是一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范;制度变迁是制度的替代、转换与交易过程。^[13]从理论上,可以将制度变迁的方式分为诱致性变迁和强制性变迁,所谓诱致性变迁是由个人或一群人,在响应获利机会时自发倡导、组织和实行,而强制性变迁是由政府命令和法律引入和实行。^[14]我国在推行市场经济的进程中,面临着从计划经济向市场经济转型的国家所面临的共同任务:第一是经济“存量”的转型,将集中在原体制中的现代经济资源大部分转交私人所有;第二是经济“增量”的发展,迅速放开原有体制的束缚,释放被长期压抑的经济潜力,以新机制创造新增的

[13] [美]道格拉斯·C. 诺思:《经济史中的结构与变迁》,陈郁、罗华平等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第225~226页。

[14] 林毅夫:“关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁和强制性变迁”,载[美]R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺思等:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第384页。

可分配社会财富。^[15] 在这种情况下,为了保障资源配置的效率,政府承担着衔接不完全的计划和不完全的市场的任务。^[16] 由此可见,我国采取的是强制性变迁的方式。换言之,作为市场经济后发展的我国,市场经济发展的进程表现为“确立”和“转型”并行的模式,先将发达国家转型后出现的国家对市场过程经济干预的模式引入我国原有的经济体系,运用改革的表现方式变革过去的计划体制,并推动早期市场化和现代化的双重发展,主要的手段体现为通过法律的形式重新分配资源,赋予个人主体权利并配备保障权利实现的相关机制,建构和实现新生的利益关系。法制进程在市场经济的发展氛围下得到了快速的推进。国家通过颁布大量的法律赋予民众权利,权利的保障被放在首要的位置;同时,权利的获取和保障又带动了社会结构的变革,两者互为表里。市场经济的确立,所有制的改革,带动了产权主体的多元化和权益归属的多元化;人与人的交往方式从一种源于共同体的内在的道德和心理约束方式,转变为强调人与人之间的外在的利益约束和法律调整的新方式。市场经济的成型和发展阶段要求和强调的是法律提供权利确立的依据和权利行使的保障,同时,培养民众的权利意识,改变过去单一计划经济体制对民众个体权益的漠视及束缚,恢复商品生产经营者之间的自由平等竞争的关系。在这种背景下,赋予权利的重要性大于限制权利,保障权利的重要性大于规范权利;权利是给定的、无条件的,我们甚至可以这样认为,这种背景下,权利是个体性的,而非社会性的。

市场经济发达国家的经验告诉我们,市场经济确立之后,随之而

[15] 张晓明:《伟大的共谋——市场经济条件下的利益关系研究》,中国人民大学出版社2002年版,第5页。

[16] 陈天祥:“论中国制度变迁的方式”,载《中山大学学报》(社会科学版)2001年第3期,第87页。

来的就是社会秩序的转型,即传统社会向现代社会的阶段性转变,权利在历经个体层面的发展后,权利之社会意义的实现才能最大程度上实现权利以及权利所负载的利益的最大化,因而,权利的社会性最终会取代权利的个体性而成为权利的首要内涵。换言之,个体权利的过度发展,是非理性的,易导致权利的争斗和利益冲突的极端化;只有在合理规范个体权利的基础上,才可能实现权利的共谋和利益的最大化。历经二十多年的改革开放,确立市场经济体制,我国的社会形态正从传统的农业社会向现代的工业社会迈进。伴随着国家大量颁布法律,赋予民众权利,社会的现代化转型带来了权利觉醒和权利斗争的时代特征。^[17] 这样的权利语境实践着权利的个体发展。加之,我国先行确立市场经济体系,随后改革相应的法律体系以适应市场经济体制的需求;因此,市场经济体制形成和发展的初期为权利的赋予提供了必然的理由。而正是这一“必然”,使我国这一市场经济后发展国家在现实中因权利扩展的初级性抵制着权利的社会本位的现代转型,也正是这一“抵制”带来权利赋予和权利规范的失衡。在主流观点仍在讨论诉讼文化之“厌讼”时,滥诉现象已经不期而至。

具体而言,作为协调社会各种利益并保护被确认为合法利益之权利的法律,^[18]在新的历史条件下,得到了相当的发展。在法律制度建设方面我国做了很多工作,突出的表现就是颁布了大量的法律、法规,初步建立了我国的法律体系。伴随着形式多样的法律的出台,保障公民利益之权利得到相当的发展。同时,没有救济就没有权利;随着公民法律权利的增长,诉权,这一救济权利的权利,在民众权利意识的萌发阶段,得到保障。法律的大量出台以及法律上所确立的权利义务,使

[17] 参见夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社2000年版,第615~

620页。

[18] 孙国华:“法与利益之关系”,载《中国法学》1994年第4期。