



民事诉讼法学的发展与走向

重点与展望

DEVELOPMENT AND TREND OF
JURISPRUDENCE OF CIVIL PROCEDURE
EMPHASES AND PROSPECTS

中国政法大学民事诉讼法研究所 著

非外借



中国政法大学出版社

民事诉讼法学的发展与走向

重点与展望

DEVELOPMENT AND TREND OF
JURISPRUDENCE OF CIVIL PROCEDURE
EMPHASES AND PROSPECTS

中国政法大学民事诉讼法研究所 著



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

民事诉讼法学的发展与走向：重点与展望/中国政法大学民事诉讼法研究所著. —北京：中国政法大学出版社，2018. 8

ISBN 978-7-5620-8475-4

I. ①民… II. ①中… III. ①民事诉讼法—法的理论—研究—中国 IV. ①D925.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第187846号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 31
- 字 数 500千字
- 版 次 2018年8月第1版
- 印 次 2018年8月第1次印刷
- 定 价 99.00元



编写说明

习近平总书记在党的十九大报告中指出：“中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。”2018年3月9日，最高人民法院院长周强在第十三届全国人民代表大会第一次会议上所做的《最高人民法院工作报告》中有一组数字格外引人注目：在过去五年即2013年至2017年，各级法院审结一审民事案件3139.7万件，同比上升54.1%，审结一审商事案件1643.8万件，同比上升53.9%。可见，民商事案件近年来的增幅是相当惊人的，远远超过了国家GDP的增长速度。然而，在这巨额数字的背后有一个不容忽视的问题，我国司法界对于审判质量的要求在标准尺度上，是要让每一个案件的当事人都能感受到司法的公平与正义。在社会正处于转型时期以及现实条件下，这种执着与追求固然具有理想主义色彩，但它留给我们学者的一大命题是，这种司法需求与理论供给之间存在着严重的不平衡性，特别是符合中国国情与各种类型案件多元化需求的诉讼法理论成果远远不能满足现实需求。勤奋、睿智与开拓共为推动学术进步与理论发展的三大引擎。宋代苏轼有言曰：“博观而约取，厚积而薄发。”为了有助于将司法界对理想的追求变为现实，我们理论界应当积极贡献学术上的2.0。法院办案质量的高低，除了考验法院的体制、环境机制以及法官的专业素质以外，实际上也是在考验民事诉讼法学理论供给侧的适时保障能力。为了有效实现这一目标，在教学、科研与实践相结合的基础上，我们组织广大教师积极参与学术理论研究，在各自相对擅长的领域，撰写论文，编辑出版，体现出了鲜明的专题研究特色。不足之处，尚望读者批评指正。

中国政法大学民事诉讼法研究所所长 毕玉谦

2018年4月8日

001 诉权论之展望——孙邦清

001 一、诉权论国内外学说及要点

003 二、我国诉权论之问题及立案登记制下的挑战

005 三、理论改进与展望

015 当事人制度：实体与程序的分离与统一——史 飏 曹乙木

015 一、诉讼形态中当事人之基础：当事人能力

019 二、复数当事人的诉讼形态：共同诉讼制度

025 三、群体当事人的诉讼形态：代表人诉讼

029 四、复杂诉讼形态的三方结构：第三人制度

039 结 语

040 管辖权异议实证研究——郭晓光

040 一、管辖权异议的主体

047 二、管辖权异议的客体

053 三、受理异议、主管异议、管辖权异议的区别



058 四、管辖权异议案件审理程序

062 我国民事公益诉讼制度的立法完善——刘金华

062 一、民事公益诉讼制度基本理论

069 二、域外民事公益诉讼制度之比较

076 三、提起民事公益诉讼的主体

089 四、民事公益诉讼的案件范围

093 五、民事公益诉讼的程序规则

105 对我国民事诉讼法架构下证据制度的检讨与
塑构——毕玉谦

105 引言

106 一、从证据法则的法典化议题谈起

108 二、对我国现行民事诉讼证据制度的反思与整合

110 三、在民事诉讼法架构下设置证据制度的若干疑难问题

115 四、对现行民事诉讼架构下证据制度检讨与塑构的基本思考

137 “真实”的保障与限度——我国民事诉讼中当事人
真实陈述义务之重构——纪格非

137 一、“真实”的起点与困境

139 二、“真实”的路径

143 三、真实义务在我国的困境

147 四、真实义务的内容与功能之再界定

151 五、我国民事诉讼真实义务的具体构建

162 会议型审前程序的实质化——韩 波

- 162 一、审前程序改革的理论预设
- 171 二、证据交换表层化问题及其解决
- 175 三、会议型审前程序的实质化

179 论裁判形成过程之司法公开——杨秀清

- 179 一、问题的提出
- 181 二、裁判形成过程公开的理论解读
- 191 三、裁判形成过程公开的必要性
- 197 四、裁判形成过程公开需解决之问题

204 简易程序：问题与改革路径——王 娣

- 205 一、我国民事简易程序适用现状及问题
- 212 二、我国民事简易程序的法理基础
- 217 三、域外民事简易程序规定的借鉴
- 219 四、我国民事简易程序改革的路径

226 我国民事诉讼审级制度及二审程序构建——赵言荣

- 226 一、民事诉讼审级制度构建的一般原理
- 230 二、民事审级制度程序构建比较研究
- 239 三、我国现行两审终审制的基本内容及特点
- 244 四、我国审级制度的改革与重构

253 我国民事再审程序立法的检讨与展望——李 响

- 253 一、再审程序成长的烦恼
- 261 二、再审程序实践的困境



274 三、再审程序发展的展望

282 论我国民事再审制度之缺陷及完善——康万福

282 一、我国民事诉讼再审理论基础缺陷

292 二、我国民事再审制度缺陷

318 三、完善民事再审制度之总体思路

324 四、完善民事再审制度之设想

337 非讼程序理论与制度研讨——刘芝祥

337 一、非讼程序基本概念探讨

343 二、非讼程序基本价值探讨

357 三、非讼程序基本原则探讨

369 执行权、审判权、司法权关系——以强制执行
为核心——邱星美

369 一、执行权之性质

378 二、执行权性质理论缘起与价值

382 三、审判权构成与特征

387 四、审判权、执行权与司法权之关系

398 小 结

399 “未成年子女交出请求权”及其司法裁判
类型研析——杜 闻

399 一、“未成年子女交出请求权”——“亲权（监护）”
的有机组成部分

407 二、涉及“监护”的司法裁判类型

416 结 论

417 论“未成年子女交出请求权”案件中的
执行标的——杜 闻

417 一、“未成年子女交出请求权”为“监护（亲权）”的组成部分

418 二、执行标的的判断取决于“民事法律关系客体”的范围

424 三、“民事（执行）强制措施”适用的对象并非“执行标的”

427 结 论

429 论实现“未成年子女交出请求权”之
“执行保障性措施”——杜 闻

429 一、“执行保障性措施”的含义解析

431 二、在此类案件中，不得对执行债务人的人身实施直接的强制执行

432 三、不宜对此类案件中的被执行人适用“管收”制度

436 四、债务人拒不履行时，执行法院不宜直接判定相关之怠金及债
不履行所致赔偿金数额438 五、应对此类案件中的被执行人适用“列入法院执行失信名单”
制度

440 六、可对“交付未成年子女的行为”实施直接的强制执行

442 结 论

445 在新《民事诉讼法》语境下试论涉外民事诉讼
程序——以涉外民事诉讼管辖程序为主——张 弘

446 一、涉外民事诉讼程序概述

451 二、涉外民事诉讼程序相关问题的修订



457 三、我国有关涉外民事诉讼管辖程序的规定

461 四、涉外民诉管辖程序的实施困境

464 五、涉外民诉管辖程序的完善

466 结 论

467 以司法视角析民事诉讼与仲裁的关系——乔 欣

467 引 言

468 一、或裁或审制度下的民事诉讼与仲裁

473 二、仲裁司法审查中相关问题探究

479 三、仲裁保全程序与民事诉讼程序的衔接

诉权论之展望

孙邦清*



一、诉权论国内外学说及要点

诉权源于罗马法中的“Actio”，但是在罗马时代，它只不过是根据不同性质的案件采取不同的诉讼形式。诉权论由萨维尼等学者倡导，是在与诉讼目的论的联系中展开的。^{〔1〕}

近现代关于诉权的学说有诉权私权说、公法诉权说，公法诉权说在发展的过程中，又经历了抽象的公法诉权说（抽象诉权说）、具体的公法诉权说（具体诉权说、权利保护请求权说）、本案判决请求权说（纠纷解决请求权说）、司法行为请求权说（诉讼内诉权说）等学说的演变，苏联及我国则主张二元诉权说。私法诉权说认为，诉权是私法上权利的延伸和变形，是一种私权，是私法上权利在审判上行使的过程或手段。公法诉权说认为诉权在性质上不是依据私法上的请求权派生的权利，是一种公法上的权利。抽象诉权说是公法诉权说的最初形态，认为诉权是当事人向法院提起诉讼、请求合法审理和判决的权利。具体诉权说指在个案中原告向法院请求特定内容的胜诉判决（利己判决）的权利，但不能说明被告是否也有该权利。权利保护请求权说认为诉权是个人对国家所享有的通过民事诉讼实现权利保护的要求权，是当事人请求法院作出“有利于自己的判决”的权利。本案判决请求权说主张，诉权是要求法院为本案判决的权利，具体说，就是当事人要求法院就自己的请求是否正当作出判决的权

* 孙邦清，中国政法大学教授，法学博士。

〔1〕〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第175页。



利。司法行为请求权说为德国目前的通说，该说认为，诉权是指请求国家司法机关依实体法和诉讼法审理和裁判的权利，是任何人对于作为国家司法机关的法院得请求作出裁判的公法上权利，它并非是存在于诉讼外的权利，而是诉讼开始后实施诉讼的权能。二元诉权说认为诉权具有程序意义和实体意义两重诉权，程序意义诉权是原告向法院提起诉讼和被告进行答辩的权利，实体意义上的诉权是指原告通过法院向被告提出实体上要求的权利和被告可以通过法院反驳原告请求和反诉的权利。在域外，诉权的研究渐渐不受重视，诉权日益繁杂难懂，由单纯的功能发展到学术上的哲学思维。^{〔1〕}在大陆法系国家及地区，诉权论随着发展被消解于诉讼要件论中。^{〔2〕}

我国目前通说持二元诉权论，且对其进行了重新诠释，认为域外诉权理论主要是从单一的实体法的角度或诉讼法角度来进行论证的，带有很大的片面性，并且过分拘泥于抽象理论的研究，脱离了具体制度与民事诉讼的实践。因此，必须从诉讼法与实体法相结合的角度，立足当事人权利保护的立场来构建诉权理论，并实现诉权论的实践化。从这一观点出发，我们认为诉权是当事人基于民事纠纷的发生（即民事权益受到侵犯或与他人发生争议），请求法院行使审判权解决民事纠纷或保护民事权益的权利，其完整内涵包括程序意义和实体意义两个方面。程序涵义是指在程序上向法院请求行使审判权的权利，实体涵义则是指保护民事权益或解决民事纠纷的请求。诉权的内涵应当既包括国民请求实体正当或合宪权益的实体涵义，也包括在程序方面请求法院依法给予诉讼保护的程序涵义。^{〔3〕}

理论界对侵害诉权的研究主要针对无正当理由拒绝审判、非法增设诉权行使要件、对于受到侵害的“形成中的权利”不予保护、超出或变更诉讼请求进行判决等方面，^{〔4〕}认为我国对诉权的保护极为薄弱，立法上对诉权的保障极为不周，司法实践中诉权保护不足和侵害诉权的现象也相当严重。其具体体现在：（1）由于宪法的可诉性或司法化问题一直没有得到很好的解决，因而对于公民所享有的民事实体法没有作出具体规定的宪法性权利，在受到行政机关、社会组织或者他人侵犯时，公民无法通过行使诉权的方式请求司法救济，诉权的宪法保障力度因而极为微弱。（2）对于某些民事权利，民事实体法本应作出

〔1〕 李木贵：《民事诉讼法》（上），元照出版公司2010年版，第1~25页。

〔2〕 [日] 新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第176页。

〔3〕 江伟主编：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第69页。

〔4〕 参见江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，前言。

规定,但却由于各种原因而未予规定或者规定得不够完善,致使当事人诉权的行使受到了很大阻碍。或者,有些民事实体法虽然规定当事人享有某些特殊的民事权利,但却没有规定相应的法律救济程序和途径,致使当事人难以充分行使其诉权。(3) 现行民事诉讼法中的很多规定不利于为当事人充分行使其诉权提供有效保障,表现于诉权行使的条件,诉讼权利平等原则、辩论原则等基本原则,合议制度、回避制度等基本制度,管辖制度、保全制度、证据制度等具体制度以及简易程序的设置等诸多方面都存在缺陷,并且案件受理费和其他诉讼费用等诉讼成本过高,导致当事人对诉权的行使望而却步。(4) 司法实践中,法院侵犯诉权的行为也时有发生。例如,非法增加诉权行使或提起诉讼的条件^{〔1〕}、对于本来具有诉的利益案件却认为不具有诉的利益而不予受理、以诉讼文书不能送达为由而拒绝受理等。^{〔2〕}

二、我国诉权论之问题及立案登记制下的挑战

诉权论旨在解决“为什么可以提起诉讼”^{〔3〕},而在我国,诉权论旨在解决诉权保障即“起诉难”的问题,并试图将民事诉讼目的或者功能——实体权利之保护——加入到诉权的内核中。二元诉权论是我国民事诉讼法理论的一个特色,尽管是苏联的舶来品。由于此前我国关于诉权的讨论主要集中于诉权的二元性,加大了理解的难度,诉权日益繁杂难懂,即使是专业的学者、法官都难以掌握。^{〔4〕}此外,依据二元诉权论的逻辑,任何概念都可能具有二元性或者三元性,尽管这种逻辑是合理的,但并非必要,如诉权论的实体内涵完全可以由民事诉讼目的论及民事诉讼之功能涵盖之。并且,诉权论的实体内涵与实体法上的请求权并无二致,也未能合理解释实体意义上的诉权与实体请求权的区别。从此角度而言,实体内涵似乎并无存在的必要性。此外,二元性也会陷入实体诉权不存在而程序诉权存在(一个事物既存在又不存在)的理论解释困境。我国理论界均秉承二元论通说,其背后深层次的原因之一有可能是我国的诉权理论在建立之初就吸收了苏联的二元诉权论观点。学界前辈可能是为保持

〔1〕 非法增加诉权行使要件的典型例子是《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》规定投资人以自己受到虚假陈述侵害为由必须提交行政处罚决定或者公告,或者人民法院的刑事裁判文书。

〔2〕 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2004年版,第17页。

〔3〕 李木贵:《民事诉讼法》(上),元照出版公司2010年版,第1~25页。

〔4〕 李木贵:《民事诉讼法》(上),元照出版公司2010年版,第1~25页。



理论观点的一致性而将民事诉讼的功能或者目的加入到诉权的内涵中，或许是为实体权利之保障而扩展诉权的内涵。因此，二元论诉权的合理性与必要性尚需进一步讨论。当然，学界对二元论的讨论并未使诉权论偏离其重心——诉权的保障。这种聚焦式研究推动了诉权论的推广，使诉权保障理念获得重视，但不利之处是诉权论的内涵很难为立法者和实务者所能够理解。也正是学界先辈对诉权论的孜孜以求，才有了今天立案登记制下“起诉难”之解决，诉权保障也才得以落到实处。^{〔1〕}

过去的司法实践中，从某种意义上说，立案审查的制度下，公民行使诉权可能会遭遇各种障碍。因为在立案审查阶段某些案件立案“门槛”过高，导致很多纠纷被挡在法院大门之外，失去了司法救济的机会，使当事人的矛盾无法通过司法化解，进而寻求更为极端的方式解决，造成诸如上访、聚众抗议等事件频发。

2015年《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》标志着中国司法机关正式实行立案登记制。立案登记制旨在保证当事人诉权、解决民事诉讼中起诉难这一问题，符合社会现实的需要。因为，立案登记制的建立意味着立案时法院不再对起诉的条件进行实质审查，只要诉状符合形式要件进行登记就已经立案。目前，最高人民法院推行的立案登记制要求各级法院做到“有案必立、有诉必理”，这一改革是新中国法制史上的大事，基本解决了诉权保障问题。在我国，诉权论最主要的意义是保障当事人顺利起诉的权利，但在诉权保障已经基本解决的情况下，诉权论的研究方向应作何改变是学界面临的问题。在现代法治国家已经解决起诉权的背景下，诉权论不在其理论研究范围之内也是顺理成章之事。在我国，当前立案登记制下的诉权行使尚有待解决的障碍，以及滥用诉权问题，因此，依然需要赋予诉权论重要的理论价值与实践价值。

此外，诉权论中对通过管辖制度侵害诉权的研究尚处于空白。由于当前对管辖制度的研究大多从权力——管辖权——的角度来研究，忽视从权利——诉权——特别是诉权保障的角度来研究。即使从权利本位型的角度研究，也大多只是从便利当事人诉讼的角度来研究，尚未上升到诉权保障的理论高度。^{〔2〕}这种权力本位型的研究割裂了管辖制度与诉权的内在联系，其导致的直接后果就

〔1〕 江伟教授、陈刚、邵明、单国军、刘敏等学者关于诉权之专著对于诉权保障贡献巨伟。

〔2〕 近年来，学者重视从保障公正审判的角度来研究，将公正审判的保障作为确定管辖的一项基本原则。参见江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社2004年版，第62页。

是,管辖制度对当事人的诉权保障以致诉讼人权保障功能不足,管辖制度缺乏诉权所蕴含的“人文精神”,管辖制度的设置不科学、不公正并导致司法不公^{〔1〕},成为损害司法权威的重要制度障碍。因而,管辖制度的具体程序规则涉及诉权的保障,更可以说,公正的管辖法院是诉权的重要构成要素。

三、理论改进与展望

(一) 诉权的一元内涵

就字面意思来说,“诉权”是指“可以为诉的权利”。在英美法中,与民事诉权比较相近的术语是“民事救济权(right of civil remedies)”“诉诸司法的权利(right of access to courts)”等,即指国民利用诉讼程序处理案件的可能性。^{〔2〕}无论采何种诉权学说,诉权的概念都包含向法院提起诉讼的权利。如《公民权利和政治权利国际公约》(International Covenant on Civil Political Rights)第14条第1款规定,法院面前人人平等,在审理被告人的刑事指控或确定当事人的民事权利与义务时,人们有权获得依法设立、有管辖权、独立、公正的法院的公正、公开的审理。国际公约定义的诉权为广义的诉权,包括诉诸法院的权利、获得有管辖权的法院及时公正审判的请求权。其中最基本的程序保障要求是起诉权,深度的程序保障是法院须依法设立、独立、有管辖权,审判须及时、公正。最基本的程序保障即狭义的诉权,即诉诸法院的权利,是当事人基于民事实体权益发生纠纷而请求法院审判的权利,其基本内涵是提起诉讼的权利和应诉的权利。^{〔3〕}其中,提起诉讼的权利为首要,因为起诉权的行使必然导致对方之应诉权,因此,理论界大多将诉权简化为起诉权。

当然,现代意义诉权尚包括对法院的法治化标准,譬如法院依法设立(不能临时设立)、有管辖权、独立、公正等基本的法治要求,这些标准使得诉权与封建社会的起诉权区别开来。起诉权在封建社会亦存在,如我国古代封建社

〔1〕 司法不公包括实质的不公正与形式上的不公正。管辖制度不公首先导致形式上的不公,但未必导致实质的不公。

〔2〕 参见〔美〕彼得·G. 伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1999年版,第226页。

〔3〕 诉权对于原告与被告而言有不同的含义。如《法国民事诉讼法典》第30条规定,对于提出某项请求的人,诉权是指其对该项请求之实体的意见能为法官所听取,以便法官裁判该请求是否有依据的权利;对于他方当事人,诉权是指辩论此项请求是否有依据的权利。



会对于起诉的权利也有充分的保障，如拦轿或者衙门前击鼓告状。^{〔1〕}但其与法治意义上的诉权相去甚远，根本区别在于法治框架下法院的设置。因此，在我国起诉的障碍基本消除后，诉权论研究的重心应相应迁移。

（二）立案登记制下的诉权法典化

我国民事诉讼法典并未规定直接规定诉权，但在相关条文中规定了诉权行使的审核制。现行民事诉讼法典关于立案的规定于在《民事诉讼法》第 119、120、121、123、124 条中。上述规定并非无障碍的立案登记制，诉权保障之民事诉讼法典化应予强化。

1. 立法并未厘清起诉要件与诉讼要件

从域外相关规定看，其诉权的保障在于起诉的无障碍登记制，即诉状提交于法院之时，诉讼法律关系即开始，产生起诉的效力，法院即有裁判的权利义务，而非在诉状送达对方时。法院无条件接受诉状，起诉唯一的法定条件是提供符合形式的诉状，这是立案登记制的核心要求——起诉条件。

起诉条件是指提起诉讼的条件，即符合法定形式的诉状。诉状记载的事项分为必要记载事项和任意记载事项。必要记载事项是指诉状必须记载的事项，这些事项包括：当事人及法定代理人、诉讼请求及理由。任意记载事项是指诉状内可以任意记载的事项，包括确定管辖及适用审理程序的理由，审前准备程序的事项包括证据资料等。诉讼要件，又被称为实体判决要件，是法院对当事人的实体请求或实体权利义务争议作出裁决的前提条件。诉讼要件包括形式要件与实质要件。形式要件包括管辖、当事人能力、诉讼能力、代理权等。实质要件包括民事主管、一事不再理、诉之利益、当事人适格等。如果不具备诉讼要件，亦裁定驳回起诉。如果具备诉讼要件，法院应作出实体判决。诉讼要件是在立案之后对案件实体权利义务进行审理后方可能查清楚的要件。

我国民事诉讼法典混淆了起诉条件与诉讼要件，将诉讼要件纳入起诉条件，导致起诉条件扩大化。第 119 条规定的四个要件中，第 1 项原告适格和第 4 项法院民事司法权及管辖权是实质要件，第 2 项被告明确和第 3 项诉讼请求和事实理由是形式要件。该条规定的起诉条件不仅包括诉状的必要记载事项，也包括当事人适格、管辖以及主管等诉讼要件。该条将实体判决要件置入起诉条件的做法，与立案登记制的要求相悖。起诉条件与诉讼要件的混淆会导致立案登记制在操作层面出现混乱，为此，今后的立法应当厘清起诉条件与诉讼要

〔1〕 瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》（第 2 版），中国政法大学出版社 2004 年版，第 446 页。

件,将此二者严格区分开来,删除目前起诉条件中的诉讼要件,并同时增加任意记载事项的内容。其实,《民事诉讼法》第120条和第121条是对起诉要件的规定,现行法对起诉条件与诉讼要件的混淆客观上导致了诉权行使的高门槛化,是“起诉难”的根本成因,与立案登记制的内在要求背道而驰。

2. 现行法典关于不予受理、口头告知性不予立案的规定是诉权的桎梏

根据《民事诉讼法》第123条规定,人民法院对于当事人的起诉如符合前述条件,应予受理;若不符合条件,必须出具书面法律文书裁定,不予受理。立案登记制的实质含义是立案不审查诉讼要件及实体法律关系,必须无条件接收诉状,即使审查也不能影响当事人行使诉权。原先的立案审查改为立案后审查,审查起诉是否符合诉讼的形式要件、实质要件。从字面意思理解,不受理就是不立案,从此角度而言,现行民事訴訟法典规定的不予受理似乎并不符合立案登记制。从法理言之,登记立案后发现不符合起诉条件的,只能是驳回起诉,而非不予受理。因此,不予受理之裁定并不符合诉权保障的基本要求。

《民事诉讼法》第124条第1~5款分别规定了法院对特定类型案件口头告知原告应提起行政诉讼、申请仲裁、向行政机关申请解决、向有管辖权的法院起诉等。上述规定针对行政诉讼案件、由仲裁机构及其他机关主管或管辖的案件、已生效裁判案件等在人民法院民事主管范围之外案件的处理。这种处理并不符合民事诉讼法诉讼要件,而非起诉条件,依照民事诉讼法理,应依法受理并依法驳回起诉。该条规定的口头诉讼处理方式——“告知”——在程序上并不提供任何救济途径,亦不会留下程序痕迹,进而可能被理解为法院无须出具不予受理的裁定,实际上还是“不收材料、不出具法律文书”的老路,是对诉权的严重侵害。

3. 对诉权的限制应最小化

目前,立案登记制并非全面的立案登记^[1],仍有其消极范围。《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》规定,立案登记制的排除范围具体包括:违法起诉和不符合起诉条件的,涉及危害国家主权和领土完整、危害国家安全、破坏国家统一和民族团结、破坏国家宗教政策的,以及其他不属于人民法院主管的所诉事项。上述诉权受到限制的案件包括:政治敏感类、政策敏感类、涉及社会突发、热点敏感案件的起诉,无法回避。政治敏感案件,有针对国家领导人等政治人物、特殊党政单位的起诉等;有特殊主体提起的具有政治目的的起诉,如国际组织提起的具有政治目的的起诉;有诉讼内容涉及民族、宗教、

[1] 在目前国情背景下,立案登记制已经使目前的诉权保护可能性达到了极致。