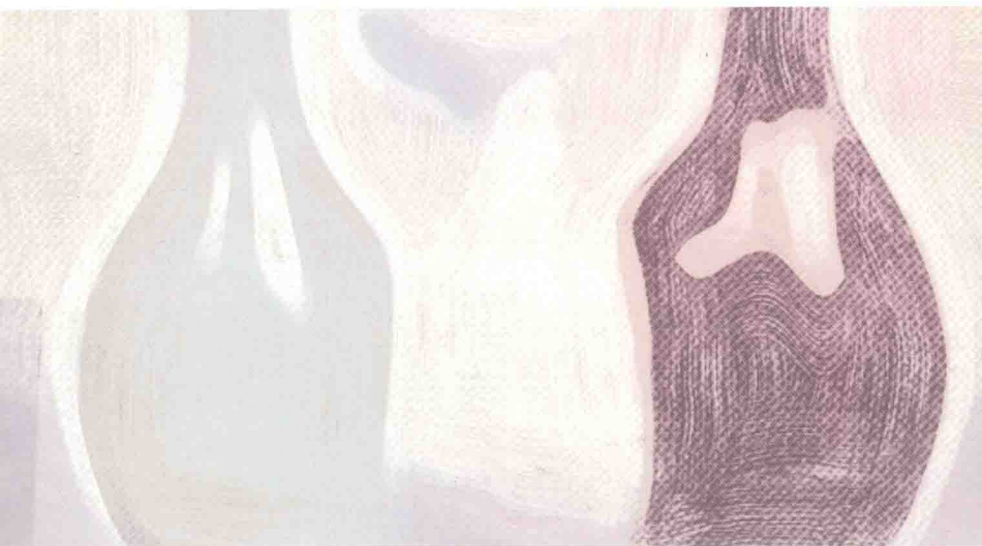


传统使命的现代转型： 诉权保障理念、制度与程序

叶楦平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

传统使命的现代转型： 诉权保障理念、制度与程序

叶楦平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

传统使命的现代转型:诉权保障理念、制度与程序 /
叶楦平著. —北京:法律出版社,2016.3
ISBN 978-7-5118-9263-8

I. ①传… II. ①叶… III. ①民事诉讼—权利—研究
—中国 IV. ①D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 054409 号

传统使命的现代转型:
诉权保障理念、制度与程序

叶楦平 著

策划编辑 刘文科
责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2016 年 6 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 10.375 字数 301 千
印次 2016 年 6 月第 1 次印刷
编辑统筹 财经出版分社
经销 新华书店
责任印制 吕亚莉

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9263-8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

缩略语表

缩略语	全称
法律法规及规章	
2012 年《民事诉讼法》	《中华人民共和国民事诉讼法》(2012 年修订)
1991 年《民事诉讼法》	《中华人民共和国民事诉讼法》(1991)
《民事诉讼法(试行)》	《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(1982)
《海事诉讼法》	《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(2000)
《仲裁法》	《中华人民共和国仲裁法》(1995)
《劳动争议调解仲裁法》	《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(2008)
《公证法》	《中华人民共和国公证法》(2006)
《法院组织法》	《中华人民共和国人民法院组织法》(2007)
《检察院组织法》	《中华人民共和国人民检察院组织法》(1983)
《法官法》	《中华人民共和国法官法》(2001)
《检察官法》	《中华人民共和国检察官法》(2001)
《民法通则》	《中华人民共和国民法通则》(1986)
《合同法》	《中华人民共和国合同法》(1999)
《物权法》	《中华人民共和国物权法》(2007)

续表

缩略语	全称
《环境法》	《中华人民共和国环境保护法》(2014)
《侵权责任法》	《中华人民共和国侵权责任法》(2010)
《担保法》	《中华人民共和国担保法》(1995)
《婚姻法》	《中华人民共和国婚姻法》(2001)
《继承法》	《中华人民共和国继承法》(1985)
《收养法》	《中华人民共和国收养法》(1998)
《著作权法》	《中华人民共和国著作权法》(2001)
《专利法》	《中华人民共和国专利法》(2000)
《商标法》	《中华人民共和国商标法》(2001)
《公司法》	《中华人民共和国公司法》(2006)
《证券法》	《中华人民共和国证券法》(2006)
《破产法》	《中华人民共和国企业破产法》(2007)
《保险法》	《中华人民共和国保险法》(2003)
《海商法》	《中华人民共和国海商法》(1993)
《票据法》	《中华人民共和国票据法》(2004)
《劳动法》	《中华人民共和国劳动法》(1995)
《劳动合同法》	《中华人民共和国劳动合同法》(2008)
《农地承包法》	《中华人民共和国农村土地承包法》(2003)
《土地管理法》	《中华人民共和国土地管理法》(2004)
《房地产法》	《中华人民共和国城市房地产管理法》(2007)
《消费者保护法》	《中华人民共和国消费者权益保护法》(1994)
《税收征管法》	《中华人民共和国税收征收管理法》(2001)
《刑事诉讼法》	《中华人民共和国刑事诉讼法》(2013)
《国家赔偿法》	《中华人民共和国国家赔偿法》(1995)

续表

缩略语	全称
《选举法》	《中华人民共和国选举法》(2004)
《出入境管理法》	《中华人民共和国公民出境入境管理法》(1985)
《入出境管理法》	《中华人民共和国外国人入境出境管理法》(1985)
《劳动争议条例》	《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》(1993)
《人民调解条例》	《人民调解委员会组织条例》(1989)
《人民调解工作规定》	司法部《人民调解工作若干规定》(2002)
司法解释(最高人民法院颁布)	
《适用解释》	《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2014)
《环境公益解释》	《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(2015)
《立案规定》	《关于人民法院登记立案若干问题的规定》(2015)
《适用意见》	《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(1992)
《仲裁法解释》	《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(2006)
《审判方式改革规定》	《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》(1998)
《司法确认程序规定》	《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(2011)
《公开审判若干规定》	《关于严格执行公开审判制度的若干规定》(1999)
《执行回避制度若干规定》	《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》(2011)

续表

缩略语	全称
《合议庭工作规定》	《关于人民法院合议庭工作的若干规定》(2002)
《合议庭职责规定》	《关于进一步加强合议庭职责的若干规定》(2009)
《法庭规则》	《中华人民共和国人民法院法庭规则》(1993)
《级别管辖异议规定》	《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》(2009)
《第三人管辖权异议批复》	《关于第三人能否对管辖权提出异议问题的批复》(2003)
《证据规定》	《关于民事诉讼证据的若干规定》(2002)
《法院调解规定》	《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(2004)
《专利诉前禁令》	《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》(2001)
《商标诉前禁令》	《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》(2002)
《审理期限规定》	《关于严格执行案件审理期限制度的若干规定》(2000)
《简易程序规定》	《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(2003)
《督促程序规定》	《关于适用督促程序若干问题的规定》(2001)
《审判监督程序适用解释》	《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》(2008)
《执行程序解释》	《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(2008)
《执行工作规定》	《关于人民法院执行工作若干问题的规定》(1998)

续表

缩略语	全称
《执行回避制度若干规定》	《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》(2000)
《委托执行规定》	《关于委托执行若干问题的规定》(2011)
《暂缓执行规定》	《关于正确适用暂缓执行措施若干问题的规定》(2002)
《查封规定》	《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(2004)
《执行期限规定》	《关于人民法院办理执行案件若干期限的规定》(2007)
《合同法解释一》	《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(1999)
《担保法解释》	《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(2000)
《人身赔偿解释》	《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2004)
《婚姻法解释一》	《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(2001)
《婚姻法解释二》	《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(2004)
《劳动争议解释》	《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(2001)
《劳动争议解释二》	《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(2006)
《著作权解释》	《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2002)
《专利规定》	《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》(2001)

续表

缩略语	全称
《商标法解释》	《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2002)
《虚假陈述赔偿规定》	《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》(2003)
《联动意见》	《关于建立和完善执行联动机制若干问题的意见》(2010)
《涉港澳送达规定》	《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》(2009)
《建立衔接机制意见》	《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(2009)

目 录

缩略语表/1

第一章 诉权保障的理论、目标及路径/1

第一节 诉权理论的传统及现代走向/1

第二节 诉权保障的目标及路径:接近社会
正义与民事司法改革/22

第三节 诉权滥用的规制与诚实信用原则/45

第二章 诉权保障与诉讼制度改革/61

第一节 民事检察监督制度改革/61

第二节 检察监督方式的创新:民事检察建议
的具体适用研究/75

第三节 庭审中心主义与合议庭制度改革/92

第四节 公正审判与民事管辖制度改革/112

第五节 事实发现与证据制度改革/131

第六节 经验证明的规则:推定的适用/152

第三章 诉权保障与诉讼程序改革/164

第一节 从立案审查制到立案登记制/164

第二节 从审前准备活动到审前准备程序/172

第三节 集中审理主义与争点整理程序改革/183

第四节 民事诉讼发回重审制度改革/225

第四章 诉权保障与新型诉讼/246

第一节 小额诉讼/246

第二节 第三人撤销之诉/255

第三节 案外人执行异议之诉/263

第四节 民事公益诉讼/274

第五章 诉权保障与多元化纠纷处理机制/294

第一节 立案登记制改革与多元化纠纷处理
机制/294

第二节 农村群体性纠纷及其处理机制/303

第一章 诉权保障的理论、 目标及路径

第一节 诉权理论的传统及现代走向

诉权又称为判决请求权或者司法保护请求权,是当事人向法院提起诉讼,请求法院启动诉讼程序,以判决的方式保护其合法权益的权利。当事人因其合法权益受到侵犯或与他人发生争议,请求法院启动民事诉讼程序,以保护其合法权益的请求就是诉。对于当事人来讲,诉权是进行诉讼的前提,也是其合法权益获得司法保护的前提;对于法院来讲,诉权是民事诉讼程序启动、发展和终结的重要动力,也是审判权行使的前提条件。可以说,诉权是研究诉讼问题的起点,也是诉讼实践的起点,离开诉权,就没有诉讼。因此,诉权历来受到大陆法系国家理论研究的高度重视,尽管它是因其研究难度而被称为“哥德巴赫猜想”级的理论难题,但是许

多学者都致力于攻克该难题,试图对诉权进行准确而富有意义的阐释,因而形成了各种各样的诉权理论学说。传统诉权理论主要致力于解释诉讼法与实体法之间的关系,其使命在于为诉讼法独立于实体法而奋斗,随着这一使命的完成,诉权的理论意义已经得到了普遍的认可并受到了高度的重视,诉权的理论研究也逐渐开始转向诉权的有效行使、有效保障和有效落实等具有现实意义的问题。

一、诉权概念的产生

(一) 诉权概念的起源

通常认为,现代意义上的诉权概念起源于德国,是指“可以进行诉讼的权利”。不过,著名罗马法学家温德沙伊德认为,诉权的概念可以追溯到罗马法上*诉(actio)*的概念,根据他的定义,“诉讼(*actio*)只不过是通
过审判要求获得自己应得之物的权利”,并特别赋予拉丁文“*actio*”一词以“权利”的含义。据此,后世的许多学者直接将罗马法中的“*action*”译为“诉权”。

罗马在很早的历史时期就有了丰富的成文法。公元前450年左右制定的《十二铜表法》中就有了若干条关于“诉”的规定。温德沙伊德认为,在罗马法中,“诉”(*actio*)有多种不同的解释。依使用环境的不同,“诉”(*actio*)可以分别被理解为行为(特别是原告的行为);(与他人)协商;法庭的审理;争议性的法庭审理,特别是涉及侵害人的争议性的法庭审理,也就是我们称为诉讼的法庭起诉;并非某种事实,而是被看作合法权利的法庭起诉或诉讼。^①其中,前五种解释是对事实的描述,而第六种解释则与权利相关,即进行诉讼或起诉的权利。按照优士丁尼《法学阶梯》的解释,所谓诉或诉权是指“向法院主张自己应得之物的权利”。^②

在罗马法时代,实体法和诉讼法尚为一体,请求权和诉权不分,诉实

^① 金可可:“论温德沙伊德请求权的概念”,载《比较法研究》2005年第3期。

^② 宋旭明、叶榭平:“罗马法诉权概念之审思——基于文本与逻辑的视角”,载《法学评论》2009年第4期。

际上包含现代意义上的实体请求权和诉权的双重属性与意义。诉讼与权利的特殊关系特别地表现在诉权与实体权利合二为一的“诉”当中。对于各项罗马法律制度的发展来说,更多依靠的是寻求法律手段以使享有主观权利的人获得保护,而不是去探求实体权利的各种关系。^① 罗马法中的每一种法律关系都有自己特有的诉讼形式作为保护措施和救济手段,甚至经常从救济的角度出发,以是否存在相应的诉来判断是否存在特定的权利。以最常见的买卖关系为例,买受人的权利分别来自买物之诉(*actio empti*),而出卖人的权利则来自卖物之诉(*actio venditi*)。在这种逻辑之下,罗马法中的每一种诉讼几乎都有着自己独特的称谓,以此来表示该诉所保护的特定权利。

在罗马早期,罗马法是以诉为出发点来理解诉讼的,只有符合法律规定的、具有相应的“诉”的规定的权益受到侵害才能请求保护,^②即“有诉才有救济”。因此,并非所有的纠纷都可以提交法院进行裁判。当然,这种严格的诉的形式显然无法适应社会发展和权利发展的需要。因此,到了罗马共和国昌盛时期,执政官可以通过授予当事人以新的“诉”来保护新的权利,执政官可以在自己发布的告示中宣布当事人可以根据特定的条件合法地要求进行哪些诉讼。因此,这一时期,对于一些法律没有规定的权利或义务,当事人也可以通过诚信诉讼(*actio in ius*)请求裁判官保护,例如,许多无名契约都能得到裁判官的保护。

综上所述,在罗马法中,诉内含实体请求权和诉权双重意义,有诉才有救济,因而没有必要追问当事人“为何可以提起诉讼”,也没有必要在诉之外设立独立的诉权概念。实际上,罗马法中的“诉”是要确定“可以进行诉讼的”权利的范围,以实现“有诉才有救济”,它只不过是根据不

^① 宋旭明、叶楦平:“罗马法诉权概念之审思——基于文本与逻辑的视角”,载《法学评论》2009年第4期。

^② [日]中村英郎:“论民事诉讼制度的目的”,陈刚译,载《外国法学研究》1998年第4期。

同性质的案件赋予不同的诉讼形式,具有赋予开始进行诉讼的功能,但并没有实质上赋予权利人以何种地位。^①而现代诉权概念则在于确定实体法和诉讼法的关系以及诉讼法是否具有独立存在的价值。因此,尽管人们认为诉权的概念起源于罗马法中的诉(*actio*),但在两者之间还是存在本质区别的。

(二)现代诉权概念的产生

现代诉权概念是实体法和诉讼法划分的产物。在诸法合为一体的时代,没有实体法与诉讼法的区分。进入18世纪以后,随着民主国家的兴起,西欧各国渐渐强化了中央集权,司法权也从国王法院、领主法院和宗教法院向国家统一法院集中。而文艺复兴时期法学的兴盛大力推进了部门法运动的兴起。在此情况下,随着国家权力的强化,国家开始颁布法典,通过法典化运动将国家权力渗透于市民社会之中。其中,民法典的日渐发达与完善,使民法成为独立的部门法,而民法学也逐渐成为一门独立的法学。同时,为了保障日益增长的实体权利,司法权也在不断地扩大和强化,为诉讼法和诉讼法学的诞生奠定了基础。自此,诸法合体的法律体系开始走向部门法划分的时代,实体法和诉讼法在体系上逐渐开始分化,并成为相互独立的部门法。

实体法和诉讼法在形式上相互区分、互相独立的情况下,两者在实质上究竟具有什么样的牵连关系呢?即当事人提起诉讼的权利究竟是依据实体法产生的,还是依据诉讼法产生的。对此问题,仁者见仁,智者见智。如果认为当事人是因为享有实体法上的请求权,所以才“可以提起诉讼”,那么由此得出的答案就是,诉权依据实体法而产生,诉讼法是实体法的附属法,本身并不具有独立性;而如果认为当事人不是依据实体法上的请求权,而是依据诉讼法才“可以提起诉讼”,则诉讼法是与实

^① [日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第69页。

体法在实质上也应当是相独立的法律部门。

总之,现代诉权概念和理论是近代西方国家法典化运动与司法权不断强化的产物。实体法的法典化和中央司法权的强化,为“诉”的分解创造了客观条件,实体法和诉讼法在形式上也逐渐走向分化,走向独立。当诉讼法成为独立的法律形式出现在法律体系中时,人们便开始思考“为何可以提起诉讼”这一问题,这一问题的本质是为了说明实体法和诉讼法之间的关系,至此,理论界开始了诉讼法的本质论的探求。

二、传统诉权理论:为诉讼法的独立价值而奋斗

传统诉权理论中的诉权概念是指 18 世纪末期民事实体法和民事诉讼法在形式上独立以后提出的概念。当时,德国学者通过提出“因何可以提起诉讼”这一命题进行研究,在回答这一问题的过程中形成了诉权理论学说,旨在经诉权理论为出发点说明民事实体法和民事诉讼法的关系。

(一) 私法诉权说

私法诉权说产生于 19 世纪前半叶德国普通法时代末期,著名法学家萨维尼在构建诉讼法体系时,首先提出了私法诉权说。

1. 私法诉权说的理论要点

从私法诉权说的理论论述来看,私法诉权说的理论要点包括:(1)诉权是私法上权利的延伸和变形。私法诉权说认为,诉权是私法上权利的延伸和变形,原告对被告享有的私法上的权利受到侵害而无法自行获得救济时,私法上的该项权利就转为诉权,原告据此可以向法院提起诉讼请求保护其权利。因此,诉权是私法上的权利的作用或效果,是裁判上的手段。^① 提出私法诉权说的萨维尼认为,诉权并不是和亲权、所有权等并列存在的权利,而是依据私法上的个别权利产生的权利,即属于这种

^① 王锡三著:《民事诉讼法研究》,重庆大学出版社 1996 年版,第 138 页。

个别权利的发展过程或变形。^①从中可以看出,萨维尼主张的私法诉权说是建立在罗马法的“诉”的内涵尚未完全分离的基础之上的,因此,“个别权利”中包括实体请求权的功能和作为其延伸的诉讼功能。

(2)诉权不同于实体法上的请求权。在萨维尼之后,德国著名的诉讼法学家温德沙伊德进一步推动了私法诉权说的发展。不过,他从实体法和诉讼法区分的立场出发,认为诉权不是私法概念上的请求权,它是在诉讼系属时发生的从属于实体请求权的权利。其理由是,诉讼应当以实体法认可的请求权为前提,当该项请求权不被他人承认或被侵犯时,权利人才可以向法院起诉,因此,建立诉讼制度旨在实现实体法上的权利。

(3)诉权属于私权。19世纪是“私法至上”时代,公法和公法观念尚不发达,因此,这是一个“私法的解释时代”,以私法解释民事诉讼法问题,形成“私法诉讼观”,即仅从私法或民事实体法的立场来认识和处理诉讼问题。按照这种诉权理论的阐释,建立在诉讼理论基础之上的诉讼法因诉权本身是实体请求权的延长线或派生,所以是从属于实体法的、单纯的程序法;进而诉讼法学也是以诉讼程序理论为核心内容,诉讼程序则是实现实体法的工具。因此,尽管威德肖依特将诉权作为诉讼法上的概念,但他仍是从私法上寻找诉权的根源,并最终将诉权的性质定位于私法权利。^②

2. 私法诉权说的不足

私法诉权说提出现代诉权概念,并阐述了基本理论框架,按这一学说建构的民事诉讼法学体系具有逻辑性和连续性,并为后来民事诉讼法学的发展奠定了最基本的概念和框架。^③但是,诉权私权说也存在巨大的缺陷和不足,现在基本上已经被抛弃。反对者的主要观点是,诉权私权说在以下两种情况下难以自圆其说:一是诉权指向的对象为国家;二

① 江伟等著:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第7页。

② 同上。

③ 同上书,第9页。