



从逻辑到经验

民事诉权的一种分析框架

相庆梅 | 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

从逻辑到经验

因果分析的一种分析逻辑

陈旭 | 著

中国人民大学出版社



D915.2/11

2008

从逻辑到经验

民事诉权的一种分析框架

相庆梅 | 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

从逻辑到经验:民事诉权的一种分析框架 / 相庆梅著.

—北京:法律出版社,2008.3

ISBN 978-7-5036-8322-0

I. 从… II. 相… III. 民事诉讼—权利—研究

IV. D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 037810 号

© 法律出版社·中国

从逻辑到经验:民事诉权的一种分析框架

相庆梅 著

责任编辑 高 山 刘文科

装帧设计 李 瞻

开本 / A5

版本 / 2008 年 3 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 / 北京北苑印刷有限责任公司

印张 / 10.25 字数 / 264 千

印次 / 2008 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 / 法学学术出版分社

经销 / 新华书店

责任印制 / 陶 松

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 / 0755-83072955

书号:ISBN 978-7-5036-8322-0

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

诉权,作为“因何可以提起诉讼”的问题是一个与普通百姓日常生活有密切联系的实践性课题,也是权利高扬时代的一个重要话题。而由于民事诉讼法的公法性质,民事诉权作为制约国家公权力——法院审判权的重要武器之一,其是否真正成为社会主体所具有的一项公法权利,也成为我们衡量一国民事诉讼法是否具备现代性的标志。

然而,正是基于诉权作为国民重要公法权利的性质,其研究必然要考虑权利法哲学研究领域的最新动向和理论成果,也正是在比较和思考世界范围内法哲学思潮的层出不穷和权利学理论的日新月异时,笔者强烈感受到诉权理论在中国成长所面临的复杂性和困惑。这是因为,诉权作为公民重要的公法权利,其要素和实现机理无不折射出特定语境所带给它的痕迹。例如,在西方自由资本主义高度发展的时代,以公民个人权利为基点的自由主义思潮蓬勃发展,各种人类普适的价值,如法治、权利等被广泛追求。体现在民事诉讼中,诉权的充分张扬

成为这一时代民事诉讼法的主旋律；而在资本主义发展到成熟时期，福利国家开始出现，后现代法哲学兴起，国家对权利的干预和公共利益的实现越来越受到关注。在这样的背景下，公民诉权的意义也发生了变迁，体现在 ADR 的兴起以及由此而产生的对当事人诉讼的抑制等方面。同时，在这一时期，随新型纠纷，如环境污染等纠纷的出现，又给传统意义上的公民诉权提出了新的挑战。其中，公益诉讼、政策形成性诉讼开始大量出现就是一个重要的标志。

与之相对，我国目前仍然是一个现代化建设刚刚展开，公民权利意识仍处在成长期，整个社会发展仍带有强烈前现代性的传统国家。法院解决纠纷的功能虽然已受到公民的重视，但在很多地区，尤其是农村，仍有拒绝采取诉讼方式解决纠纷的观念存在；而从国家的角度而言，对公民诉权的关注也并不令人满意，甚至可以说，诉权在很大程度上还未真正成为公民的权利，而更多表现为一种不一定获得国家回应的请求。对此，我们从学者们对当下中国民事诉讼中起诉难、民事司法救济缺失等问题的探讨上不难发现。

显然，作为法制后发型国家的中国，由于其发展的特殊性，已表现出传统、现代、后现代这三个不同语境的交错，即中国正处在一个传统文明尚保持强大影响力，现代化建设正在进行，却已经处处弥漫后现代气息的阶段。我们看到，后现代法学者所提出的人权不外是启蒙时代西方文化的产物，没有客观性和普遍性，不应强加于其他文化和民族的观点，对正着重强调权利本位的中国现代化建设形成巨大冲击力的同时，甚至对本书，即对作为民事诉讼法制核心概念之一的诉权的研究，提出了关于研究意义的质问。而传统法律则自中国现代化法制变革之初，就从未停止过对这种主要以西方法治经验为蓝本的改革举措的质疑。在当今法学界，则以“本土资源论”为代表学说，并认为“社会中的习惯、道德、惯例、风俗等从来都是一个社会的秩序和制度的一部分，因此也是其法治的构成性部分，并且是不可缺少的部分”。

面对后现代和传统从不同角度形成的对“权利”这一现代化语境中

经典语词的冲击,探讨如何构建现代化的诉权体系,就成为一个容易显得“落伍”的问题。但是,正是因为面临着不同制度和思想的冲击,将诉权这一传统的论题作为研究对象才能显出其间所蕴涵的崭新意义。

当然,具体到中国的社会和司法实践而言,诉权研究的价值无疑也是巨大的。从实践意义上而言,诉权不仅是社会主体在民事纠纷发生时,获得司法救济的基础,是实现我国人权保护宪法原则的重要手段,也是法治国家发展的基本要求。可以说,从经验层面,社会走向法治的过程,人权进化的过程的重要条件与表现之一就是诉权制度的完善。^①从理论价值而言,诉权是整个民事诉讼制度的基点。无诉即无审判,而诉发动和推进的基础即是源于民事诉权的存在;诉权与民事诉讼理论法学中的其他理论如诉讼标的论、诉讼价值论等也有密切的内在联系,不同的诉权理论决定了诉讼标的理论、诉讼价值论的不同内容;从民事诉权最终实现的角度观之,更与民事诉讼程序的具体展开方式息息相关。因此,民事诉权的研究对于整个民事诉讼理论体系的完善以及深化民事诉讼具体制度都具有极其重要的意义。

然而,从民事诉权的研究现状看,由于法制发展本身的局限,我国民事诉讼法学研究更多的是关注具体制度的构建,如证据制度、程序问题等,对于基本理论,包括诉权的研究却呈现出表层化的特点。正如有学者指出的那样“在中国大陆民事诉讼法学界,诉权问题,一直为民事诉讼法学者们所重视,但深入研究诉权的人寥寥可数;基本上停留在一般的解释与表述,因而有关诉权的一系列问题长期悬而未决”。^②近年来,随着学界对基础理论关注的增加,诉权研究虽然取得了一定的进步,但是仍然“仅仅停留在抽象研讨层面,即主要探讨诉权的内涵和性质,并且即使在这一层面也没有深入系统”。^③因此说,在民事诉权理论中,许多基

① 周永坤:“诉权法理研究论纲”,载《中国法学》2004年第5期。

② 常怡:《新中国民事诉讼法学研究综述》,长春出版社1991年版,第181~184页。

③ 江伟、陈刚、邵明:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第3页。

本问题仍没有得到理论上的论证和分析。例如,民事诉权存在的合理性和正当性,民事诉权究竟要解决什么问题,民事诉权的构成要件与逻辑构造,民事诉权的实现途径等。理论研究缺失所导致的问题在实践中已大量出现,以致社会主体诉权遭受侵犯或滥用诉权都成为司法实践中的常见现象。为此,通过诉权理论的研究,以保证国民的主体地位,使其充分、平等地享有接近法院的权利,真正确立并保障其诉权得以实现,显然极具现实性和紧迫性。

序 言

相庆梅在攻读博士学位期间,对民事诉讼的基本理论,特别是对诉权理论非常感兴趣,她以诉权为题撰写自己的博士论文,本书就是在她博士论文的基础上修改而成的。

民事诉讼法学理论体系中,诉权理论无疑是非常重要的,但是在我国民事诉讼法学研究领域中,诉权问题却一直居于边缘化的地位。诉权是整个民事诉讼展开和发展的起点,在保障国民接近司法成为世界性司法改革潮流的当下,诉权的重要性更显突出。作者将诉权作为研究对象,其选题和研究精神是值得鼓励和肯定的。

翻开本书,我们不难发现作者对诉权这一复杂理论的执著思考,并可以发现其精华所在。本书最大的亮点是汇集古今中外相关诉权理论并进行细致梳理、追问,在完成对各理论的分析以及追根溯源后,再提出自己对诉权理论的改造性分析。这种研究进路需要大量的资料,颇费精力,但辛苦之后所能占据的优势也是很明显的,作者有很多“自己

的”观点。本书综合运用了跨学科研究法、语义分析法、比较分析法、逻辑分析法等研究方法。这些研究方法的运用,对探讨诉权的深层次含义,论证诉权对于整个民事诉讼法学理论体系以及对于民事诉讼具体制度的影响都是非常重要的。

本书没有满足于对诉权进行“就事论事”的阐述,而是力图从多个角度,包括诉权的逻辑构造、构成要件和保障等方面去研究诉权,最后还结合整个社会的多元化发展细致地分析了当前进行诉权研究的重要性。

相信作者对于诉权理论的研究,尤其是对于诉权概念、属性以及诉权论和其他民事诉讼基本理论关系的梳理,对于拓展民事诉讼基本理论研究会起到应有的作用。同时,也希望本书的出版,有助于推进我国民事诉讼法学界对诉权理论开展全方位多层次的探讨。

作为作者攻读博士学位期间的导师,对于这部博士学位论文的出版表示由衷地祝贺。

陈桂明

作者简介

相庆梅，女，1974年2月生于江苏东海，本科就读于苏州大学法学院，学习法律，1994—1999年先后在江苏省连云港市连云区法院和东海县政府法制办工作。1999年考取西南政法大学民诉法学硕士研究生，2002年毕业后到北方工业大学法律系任教至今。2003—2006年在职攻读中国政法大学博士并获得民诉法学博士学位。撰写和参编了《侵权案件中的诉讼证据运用》、《离婚案件中的诉讼证据运用》、《新中国民事诉讼法学改革热点研究综述》等专著，以及《民事诉讼法原理》、《民事诉讼法学》等三部教材。在《现代法学》、《比较民事民事诉讼法学》和《诉讼法学研究》等杂志和刊物上发表专业学术论文二十余篇。

目 录

前言 / 1

第一章 民事诉权概念的考察 / 1

一、诉权学说的发展、变迁 / 2

(一) 私法诉权说 / 2

(二) 公法诉权说 / 3

(三) 诉权否认说 / 7

二、与诉权概念相关的几个问题 / 7

(一) 诉权的公、私属性问题 / 8

(二) 诉权成立是否需具备一定的要件 / 11

(三) 诉权要件是否包括实体要件 / 12

(四) 诉权是否包括诉讼内的权利 / 21

(五) 关于诉权宪法议论的问题 / 23

(六) 对诉权否定说的分析 / 25

三、诉权的来源 / 27

(一) 各诉权学说对诉权来源问题的探讨 / 27

(二) 诉权的来源——从人权角度的展开 / 32

四、诉权与相关概念的关系 / 36

(一) 诉权与裁判请求权 / 36

(二) 诉权与诉讼权 / 37

(三) 诉权与诉、起诉 / 38

(四) 诉权与诉讼权利 / 39

第二章 民事诉权论与其他民诉基本理论的关系 / 42

一、诉权论与民事诉讼法律关系理论 / 42

(一) 诉权和审判权关系是民事诉讼法律关系的重要内容 / 42

(二) 诉权和审判权关系的辩证分析 / 43

(三) 对相关民事诉讼法律关系理论的评析 / 47

二、诉权论与诉讼法实体法关系理论 / 50

(一) 不同诉权学说下的两法关系 / 50

(二) 诉权论与诉讼法实体法关系理论的关系 / 52

(三) 诉讼法和实体法关系的辩证分析 / 53

三、诉权论与诉讼目的论 / 59

(一) 不同诉权论与诉讼目的论的关系 / 59

(二) 诉权论与诉讼目的论的关系 / 60

四、诉权论与诉讼标的论 / 63

(一) 两种不同的诉讼标的理论 / 63

(二) 诉权论与诉讼标的论的关系 / 63

(三) 相对化诉讼标的理论对诉权之影响 / 65

五、诉权论与正当程序理论 / 67

(一) 正当程序理论的基本内容 / 67

(二) 诉权论与正当程序理论的关系 / 68

第三章 民事诉权构成论 / 71

一、诉权要件概述 / 71

(一) 不同诉权学说对诉权要件的理解 / 71

(二) 从权利法学视野中的权利要件到诉权要件 / 72

二、纠纷可诉性 / 75

(一) 影响纠纷可诉性范围的因素 / 76

(二) 民事纠纷可诉性问题的本质 / 81

(三) 主要国家关于民事纠纷可诉性问题的法律规定 / 83

(四) 我国民事纠纷可诉性范围确定的原则 / 85

(五) 我国民事纠纷可诉性范围的具体探讨 / 92

三、诉之利益 / 104

(一) 诉之利益的概念 / 104

(二) 诉之利益的本质 / 105

(三) 诉之利益的具体判断标准 / 107

(四) 对我国民事诉讼法关于诉之利益的立法建议 / 115

四、当事人适格 / 115

(一) 当事人适格理论的发展历史 / 116

(二) 当事人适格理论的功能 / 118

(三) 当事人适格判断标准的主要学说及其评析 / 118

(四) 当事人适格判断的具体情形 / 128

(五) 对我国民事诉讼法关于当事人适格的立法建议 / 150

五、关于诉权要件的其他理论问题 / 151

(一) 诉权要件的性质 / 151

(二) 诉权要件与相关概念的关系 / 153

(三) 诉权要件的审查 / 155

(四) 对我国民事诉讼法关于诉权要件规定的分析 / 157

第四章 民事诉权构造论 / 160

一、诉权逻辑构造的概括描述 / 161

二、诉权“自由权” / 163

(一) 诉权自由权的诉讼法理意义 / 164

(二) 诉权自由权在我国民事诉讼立法中的具体实践 / 165

三、诉权“要求权” / 168

(一) 诉权要求权之民事起诉权 / 168

(二) 诉权要求权之反诉权 / 175

四、诉权“权力权” / 182

(一) 不起诉契约 / 182

(二) 诉之撤回 / 190

(三) 诉之撤回协议 / 198

五、诉权“豁免权” / 199

(一) 诉权限制的原因 / 200

(二) 诉权限制的主要内容 / 202

第五章 诉权运行论 / 217

一、诉权的设定与获得 / 217

(一) 宪法上的诉权设定 / 218

(二) 民事诉讼法上的诉权设定 / 221

二、诉权的保障 / 224

(一) 诉权主体的发展水平与诉权保障 / 225

(二) 权力主体的发展水平与诉权保障 / 235

(三) 公法的发展水平与诉权保障 / 249

(四) 诉讼外纠纷解决方式与诉权保障 / 277

余论 / 285

参考文献 / 298

后记 / 314

第一章 民事诉权概念的考察

诉权的概念起源于罗马法中诉 (action) 的制度,是指“可以进行诉讼的权利”,罗马法也因此被称为诉权法。不过,在罗马法时代,诉不过是类型化的诉讼形式,并不具有相当实体法上的权利的意义。^①但是,由于实体法和诉讼法尚处于合体状态,大法官便可通过他的主导地位,创造新的诉讼方法或诉权,确立与其相适应的实体权利,^②因而,也可以说,诉实际上包含着现代法理上的实体法上的请求权和诉讼上的诉权的双重性质。^③

从历史背景上看,现代诉权理论是近代西欧国家法典化运动和司法权不断扩大和强化的产物。具体而言,民事实体法的法典化和国家司法权的强

① [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第65页。

② 周相:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第856页。

③ [日]中村宗雄:“从诉讼法学立场对实体法学的学术方法及其构造提出的质疑”,载《早稻田法学》(第26卷)第4册。

化,为诉的制度的分解创造了客观条件,实体法和诉讼法在形式上也才有了一定程度的独立性。而当诉讼法以诉讼程序法的形式出现在法律体系中以后,人们为了说明实体法和诉讼法的关系,首先以诉权,即“为何可以提起诉讼”这一问题,开始了诉讼法本质论的探求。

一、诉权学说的发展、变迁

谁掌握了定义,谁就掌握了命运。^① 从中外法律词典关于诉权的各种各样的定义看,也基本可以领略到该定义下所蕴涵的对诉权理解的巨大差异,以及基于该差异而引起的对于整个诉权理论的影响。例如,《牛津法律大辞典》认为,“诉权是提起诉讼的权利。一个人是否享有诉权,取决于他是否要求向他人要求给予救济或补偿的、可强制执行的权力”。^② 《元照英美法词典》认为,诉权是“为实现自己的权利或寻求法律救济而在法院就特定案件提起诉讼的权利”。^③ 《布莱克法律辞典》则认为,“诉权是提起诉讼的权利。一项法律上的诉权产生并建立于一项交易或某些事实状态之上。诉权是通过司法程序获得补救的权利”。^④ 而从学术界看,自诉权产生之日起,关于诉权究竟是什么性质的权利,其含义为何,更是曾经形成了若干截然不同的理论流派。

(一) 私法诉权说

这种学说认为,民事诉讼实际上是民事实体法上的权利在审判上行使的过程或方法,诉权是实体法上的权利,尤其是实体法上请求权的强

① 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第290页。

② [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社1998年版,第775页。

③ 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1201页。

④ *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, Published by West Publishing Company, 1979, 1190.