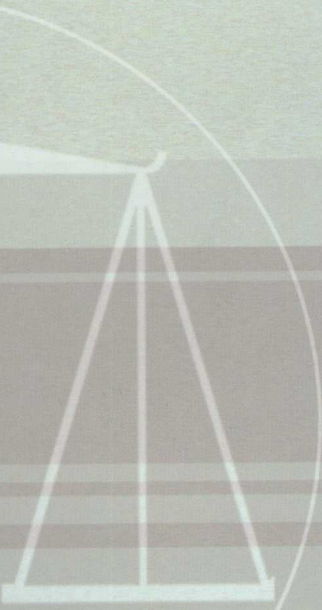


形成中的 民事诉权研究

● 丁兆增 / 著



XINGCHENGZHONGDE
MINSHISUQUAN
YANJIU

 吉林人民出版社

福建师范大学《民事诉讼法学》
省级立项精品课程基金资助出版

形成中的 民事诉权研究

江苏工业学院图书馆
藏书章

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

形成中的民事诉权研究/丁兆增著.

—长春:吉林人民出版社,2008.5

ISBN 978-7-206-05719-9

I.形… II.丁… 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 069822 号

形成中的民事诉权研究

著 者:丁兆增

责任编辑:贺 萍 封面设计:张沐沉 责任校对:李 斌

吉林人民出版社出版 发行 (长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

电 话:0431-85378031

印 刷:长春永恒印业有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:8.25 字数:205 千字

标准书号:ISBN 978-7-206-05719-9

版 次:2008 年 5 月第 1 版 印 次:2008 年 5 月第 1 次印刷

印 数:1-3 000 册 定 价:20.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

前 言

近年来，我国正处于转型关键时期，社会各阶层分化迅速，国家政治体制、社会经济结构及人们的思想观念发生了巨大变化，人民群众的权利意识与法律意识不断提高，民事交往更趋复杂、频繁，民事纠纷也日益增多，各种新型民事法律关系不断出现，形成中的民事权利或新类型的民事权利推陈出新，女性的贞操权、性权利、日照权、电视观众正常收视权、男性生育权、同居权、蒙羞权、结婚自由权、亲吻权、消费者知情选择权、性骚扰、男女退休年龄平等权等新型民事权利的诉讼或纠纷不断涌现。新类型民事案件呈现出保护公民的宪法性权利与保护公民的基本人权化的趋势。另外，公益诉讼类型案件的增多亦是我国新类型民事案件的发展趋势。形成中的民事权利或新类型民事权利受到侵害或发生争议时，民事主体享有平等、充分地寻求司法救济的权利。法谚云：“没有救济的权利不是真正的权利。”（A right without remedy is not right）如果某一权利受到侵害后，被侵权者根本无法诉诸司法裁判机构，也无法获得任何有效的司法救济，那么，该权利的存在将毫无意义。因存在着现行民事实体法与程序法的严重滞后

性，在法律无明确规定的前提下，法院裁量权较大、法官主观性强、法院的立案门槛高等原因，导致我国涌现的许多新类型民事案件或者被法院不予受理或者被驳回诉讼。甚至对于同性质的案件不同地方法院出现不同的审理结果，^① 出现了因人为操作原因而使权利保障不同。针对现行法律的禁锢和乏力，要想对这些利益予以司法保护，就须对我们的现行的民事诉讼法加以修改，以期能在司法实践中提供强有力的立法支持。基于此，本书从探讨民事诉权的有关问题出发，主要研究了形成中民事诉权的概念、特征、在司法实践中的发展趋势，探讨了形成中民事诉权存在的现状与解决问题方式、手段，还对形成中的民事诉权在现实的可能滥用提出了规制的建议。通过对上述问题的研究，以期达到为人民法院在实践中如何能更好地面对不断涌现的民事纠纷提供理论依据，并且能对未来民事诉讼法在当事人诉权方面的立法修改提供一些笔者个人的建议。

① 福建省霞浦县人民检察院以国有资产流失为由向霞浦县人民法院提起民事诉讼被法院裁定不予受理，而浙江省浦江县人民检察院同样以国有资产流失为由向法院提起民事诉讼被法院受理。

目 录

第一章 形成中民事诉权的来源	(1)
——从民事诉权的有关问题谈起	
第一节 民事诉权概述	(1)
第二节 民事诉权的性质	(11)
第三节 民事诉权的学说	(24)
第四节 民事诉权的行使与保护	(39)
第五节 民事诉权的法律依据	(54)
第二章 形成中的民事诉权问题提出	(61)
第一节 形成中民事诉权提出的实践与 理论需要	(61)
第二节 形成中的民事诉权概述	(72)
第三章 形成中的民事诉权的表现	(83)
第一节 形成中民事诉权的发展趋势	(83)
第二节 形成中民事诉权在我国现阶段 存在的问题分析	(96)
第四章 形成中的民事诉权的保障	(122)
第一节 从立法角度健全与完善民事 诉权制度	(122)

第二节 从提高法官综合素质角度来保障	
形成中的民事诉权制度	(125)
第三节 从构建现代诉讼文化角度来保障	
形成中的民事诉权制度	(129)
第五章 形成中民事诉权滥用的法律规制	(136)
第一节 滥用诉权的概述	(137)
第二节 滥用形成中民事诉权的法律规制	(143)
第六章 形成中的民事诉权发展	(148)
第一节 《物权法》的施行对民事诉权产生	
的影响	(148)
第二节 民办高校学生的受教育权的诉权	
保护	(164)
附 录 有关涉及民事诉权的司法解释	(185)
结 语	(249)
参考文献	(251)
后 记	(255)

第一章

形成中民事诉权的来源

——从民事诉权的有关问题谈起

第一节 民事诉权概述

一、民事诉权的内涵

诉权作为民事诉讼法学中重要的理论基石，指导整个诉讼程序的启动、设置、运作，体现在一审、二审乃至再审的整个诉讼过程的始终。通说认为，民事诉权的概念起源于罗马法中的 *actio*，而现代意义上的诉权则在近代资本主义社会产生后才出现，学者们对诉权深入研究也只有 100 多年历史。虽然说诉权源于罗马法，但在古罗马时代，它只不过是根据不同性质的案件采取的不同诉讼形式，只具有开始诉讼的机能的含义，并没有在实质上赋予权利人有何种诉讼地位。

诉权是当事人向法院请求通过民事诉讼来解决民事纠纷和保护民事权益的基本权利，也即是当事人请求以国家公权力的方式来解决其私权纠纷和保护其私法权益的一种权利。因非诉权是连接民事实体法和民事诉讼法之间桥梁

的一种基本权利，这就决定了诉权的内涵应当具有实体内容和程序内容两个方面。^① 在民事诉讼理论中，一般认为民事诉权具有双重含义，即诉权包括程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。也有人将此称为诉权的双重法律意义或者诉权的二重性。所谓程序意义上的诉权，是指当事人进行诉讼，实施诉讼行为的权利。在程序层面，从权利的角度来说，诉权的行使，或者起诉权或反诉权的行使，原则上取决于诉权主体的意志，法院等不得以职权为诉权主体主动行使诉权或者提起诉讼，否则构成对他人诉权的侵犯。通常情况下，诉权主体即民事实体争议的主体。在特定情形中，法律也可明确规定，第三人为了维护实体争议主体的实体权益而成为诉权主体，在诉讼中第三人则为形式的诉讼当事人，这种情况则不构成对他人诉权的侵犯。在现代社会，为了维护公益的需要，许多国家法律明确规定公共利益的维护者（如检察院）可以或者应当提起公益性民事诉讼。所谓实体意义上的诉权，是指当事人通过诉讼满足其诉讼请求的权利。在特定的民事纠纷中，诉权的具体实体法内容是由诉权主体自行确定的，这一具体实体法内容限于私益的事项，既然具体实体法内容构成了诉权的实体内容，那么从尊重权利的角度来说，对于这一实体内容法院就得尊重，法院的审判范围就得受其限制，不得对这一实体内容予以变更或替代而作出判决。但是，对于具有公益因素的实体法事项，诉权主体的自行处分权则受到一定限制。

^① 江伟、单国军：《关于诉权的若干问题的研究》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》第1卷，法律出版社1998年版，第223～229页。

程序意义上的诉权与实体意义的诉权的独立性表现在：首先，程序意义上的诉权与实体意义上的诉权产生的时间不同。实体意义上的诉权，在实体法律关系发生时起权利主体就具备了，只是在一定的条件下才表现出来。而程序意义上的诉权，则是在某种民事权益受到侵害或者发生争议时才会产生。所以，实体意义上的诉讼总是早于程序意义上的诉权。其次，程序意义上的诉权在起诉时可以独立存在，程序意义上的诉权是由民事诉讼法规定的，原告只要具备民事诉讼法规定的起诉条件，就具有了程序意义上的诉权，人民法院对他的起诉就应当接受，开始审判活动。至于当事人是否具有实体意义上的诉权，不是在诉讼开始之前审查，而是在审理过程中查明。可见，程序意义上的诉权和实体意义上的诉权各有其独立性。

就诉权对诉讼的影响而言，程序意义上的诉权为诉讼成立要件，实体意义上的诉权为权利保护要件。两者相辅相成，是形式与内容、手段与目的之关系，二者共同构成了诉权的完整内容。在现代，随着学者们对诉权概念的不断深入研究，诉权内涵有了许多新的解读。根据《新编法学词典》解释，诉权是指当事人起诉请求的权利或权能。作为法学基本理论的诉权有两层含义。一是广义的，泛指公民向国家机关提出请求依法保护自己的合法权益，它包括民事、刑事、行政诉权；二是狭义的，专指民事诉讼的诉权。学术界对民事诉权概念的阐述各有不同，不同历史阶段有不同说法，在同一历史阶段中，学者也有不同观点。有学者统计民事诉权的概念至少有九种。^① 笔者认为比较有

① 李龙：《民事诉讼标的理论研究》，法律出版社2003年版，第121页。

代表性意义的民事诉权主要有五种。第一种观点认为,民事诉权是指公民、法人或其他组织向人民法院起诉和应诉,请求人民法院以国家审判权保护其合法权益的权利。^①第二种观点认为,民事诉权是当事人进行诉讼的基本功能,它的内容决定于国家法律制度,包括程序意义上的诉权和实体意义上的诉权,为原告和被告双方当事人享有,并贯穿于整个诉讼过程中,在诉讼各阶段表现为不同的诉讼权利。^②第三种观点认为,民事诉权是指民事纠纷的主体所享有的,请求国家司法机关公正地解决他们之间存在的民事纠纷的权利。^③第四种观点认为,民事诉权是由诉的法律制度所确定的,赋予当事人进行诉讼的基本权利。^④第五种观点认为,民事诉权是指特定民事利益主体对特定的民事纠纷享有以当事人名义提起和参加民事诉讼并请求法院依法行使审判权的权利。^⑤第六种观点认为,民事诉权是指当事人因民事实体权利义务关系发生争议或者处于不正常的状态,请求法院作出裁判,确认民事实体权利义务关系,排除侵害的权利。^⑥以上观点虽在字面上表述各有不同,但实质内容却差异不大。总结学术界对民事诉权的不同解析,笔者认为民事诉权,是国家法律赋予社会主体在其民事权益受到侵害或与他人发生争议时,请求审判机关通过审判方式保护其合法民事权益的权利或权能,是一项民事权益

① 王怀安:《中国民事诉讼法教程》,人民法院出版社1992年版,第247页。

② 刘家兴:《民事诉讼法教程》,北京大学出版社2001年版,第23页。

③ 江伟:《民事诉讼法》,北京大学出版社2002年版,第37页。

④ 柴发邦:《民事诉讼法》,北京大学出版社1992年版,第57页。

⑤ 田平安:《民事诉讼法》,中国政法大学出版社1999年版,第133页。

⑥ 李龙:《民事诉权论纲》,载《现代法学》2003年第2期。

发生争议或纠纷的当事人获得司法审判的请求权。民事诉权亦可称为司法救济权。民事诉权的基本内涵是一项请求权；是一项当事人请求人民法院行使审判权以保护其民事权益的权利的请求权；是一项民事实体权利争议的司法保护或者司法解决请求权。

二、民事诉权的基本特征

通说认为，民事诉权应该具备如下几个特征：民事诉权的行使须以民事诉讼法和民事实体法为依据；民事诉权为纠纷当事人平等享有；民事诉权的行使贯穿于诉讼的全过程；民事诉权的内容包括进行诉讼的权利和满足诉讼请求的权利。结合民事诉权的内涵与学界各种观点，笔者认为民事诉权基本特征有如下：

1. 民事诉权是因某一个具体的纠纷而引发的，但并不是“无争议便无诉权”

从诉权具有精神利益考虑，无争议只代表不得行使诉权，但不代表无诉权。相反，诉权作为一种自由，出于其权利属性，不行使也得满足这种自由上的利益。如，民事主体的一项民事权益与其他主体发生了争议，根据民事实体法和民事程序法的规定该民事主体的具有诉权，因此其可以作为适格的当事人提起诉讼、参加诉讼，要求人民法院作出利己的裁判，这时该民事主体所享有的诉权是具体的，该具体诉权会因具体案件的结束而丧失。但诉权是抽象的权利，不论诉权的行使与否，只要承认其存在，就是对其权利利益的一种满足。而就其行使而言，其利益的满足也是实现在实施行使诉权的行为过程中的，而非表现在

诉讼请求得以满足上。这是由诉权作为程序性权利的属性所决定。简而言之，诉权虽然总是针对某一具体的纠纷而言，但根据民事主体享有诉权的无条件性与诉权抽象性特点，诉权可以在具体纠纷之外存在于民事主体之中。所以有学者认为，作为一种理论，我们现在所说的诉权，都是一种起诉权，是一种行使中的诉权。而真正的诉权，作为一种静态的权利，是一种潜在的权限。^①

2. 民事诉权行使具有特殊性

民事诉权的特殊性表现在：

其一，诉权行使的依据是民事程序法与民事实体法。

行使诉权目的在于对民事实体权利义务关系的变更与确认，而并非在于其取得受二者的限制。民事诉权是法律赋予当事人的一项司法救济的权利，当事人要为自己的权利进行诉讼活动必须享有诉权。民事程序法为自然人和社会组织在他们的民事权益受到侵害或者与他人发生争执时请求司法保护提供了基本保障。通过程序法规定当事人可以根据什么条件向人民法院提起诉讼，应当到哪个法院提起诉讼，按什么程序进行诉讼活动，审理期要多长，当事人诉讼主体地位如何确定，如何提供证据、质证，诉讼费用应当交纳多少等，民事程序法是进行民事诉讼活动的前提和基础。另外一方面，民事实体法上的请求权是诉权的依据，也就是说，行使诉权主要以民事实体法的请求权作为依据，但是民事实体法的请求权并不是引起民事诉权的前提，许多形成中的民事权利并非是法定权利，但仍可由民事诉权给予保障。对此，本书将在下面章节中予以

^① 张卫平：《法国民事诉讼法理中的诉权理论》，载《法学评论》1997年第4期。

介绍。

其二，诉权行使具有时空性。

当事人须在法律规定的时间范围内向有管辖权的法院行使诉权。从民事诉权来讲，当事人基于民事纠纷的存在，就拥有了实体法上的请求权，但是否行使诉权却不一定，如果当事人没有将这种请求权向法院提出，要求保护与这种请求权相联系的实体权利，那么当事人就并没有行使诉权。

其三，诉权行使的统一性与连贯性。诉权行使贯穿于诉讼的全过程，而不只是诉讼开始阶段的权利，还包括审判阶段与执行阶段。当事人从起诉、受理到开庭审理、一审审判、上诉、二审终审判决、执行等，一环紧扣一环，并且统一于整个民事诉讼程序中。

其四，诉权行使的互动性。原告对于诉权的行使致使案件被告也相应地行使诉权，原告在启动诉权的行使上表现为起诉、上诉等，而被告则相应地行使应诉权及程序上的抗辩权。在诉讼当事人之间，诉权的行使呈螺旋式的攀升状（DNA式的攀升）。两者行使诉权互不干涉，但也彼此牵制，在矛盾中促成了双方诉权的行使完结。而在两者间起牵制作用的则是审判权干预下双方的诉讼权利与诉讼请求。^①

3. 民事诉权请求裁决的公正性

由于诉权是将实体权益争端引渡到审判权面前的中介或桥梁，它向审判权提供任务和作用的对象。因此，可以

^① 王云飞、丰霏：《权利本位范式下的民诉权再评议》，载《大连海事大学学报》2004年第2期。

说当事人行使诉权,提出主张或举证力图说服的,不是对方当事人,而是作为裁判者的法官,目的是要求作出公正裁决。当事人行使诉权可以对审判机关产生约束力,只要这种权利的行使符合法定条件,均应产生相应的法律后果;审判机关也有义务保证这种结果的发生。可见诉权和审判权是诉讼机制中彼此联系不可分割的两个方面。诉权靠审判权实现,审判权在当事人行使诉权的过程中得以充分有效地行使。审判机关依法履行职责,是诉权充分行使的保障。^①

4. 诉权为双方当事人所享有,民事纠纷的双方都享有诉权

民事纠纷是平等主体之间的纠纷,即私权的纠纷。由于纠纷的主体在法律地位上是平等的,因而在纠纷发生以后,法律也应当赋予双方当事人以平等的救济权。纠纷的双方都可以首先向法院行使诉权,启动诉讼程序,而不管该当事人在诉讼中的地位如何,也不管他在纠纷中是否真正享有实体权利。纠纷双方在诉讼过程中,都平等地享有各种进行诉讼的权利,包括起诉权、反诉权、扩张诉权、抗辩权;同时纠纷双方当事人也平等地享有要求法院作出利己裁判的权利。^②

5. 民事诉权的行使具有阶段性

诉权是诉讼程序的基础,当事人在不同的诉讼阶段享有不同的诉权,且贯穿于诉讼的全过程。民事纠纷是“不告不理”,没有当事人的诉权,诉讼程序根本不会启动。诉

① 王红岩、严建军:《广义诉权初探》,载《政法论坛》1994年第5期。

② 李龙:《民事诉权论纲》,载《现代法学》2003年第2期。

权是法律赋予双方当事人的一种司法救济的权利，这种权利在诉讼开始以前当事人已经享有，在纠纷没有得到司法的最终解决以前是不会丧失的。正因为如此，才使不同阶段的诉讼程序之间相互连接，而具有连续性。同时，也只有诉权贯穿于诉讼的全过程，才能与贯穿审判程序全过程的审判权相适应，构成协调一致的法律机制。民事诉讼必须是当事人的诉权与法院的审判权相结合才能正常运作，因为民事诉讼的运行仅有当事人的诉权是不够的，法院的审判权也是必不可少的。

6. 民事诉权具有任意性和自由性

诉权的任意性是指诉权的行使由其本人所决定的，不具有任何义务性。任何人都不得干涉他人行使诉权。当然这种观点也受到一些人的指责，《为权利而斗争》一书的作者耶林就认为不能无视权利的行使，诉权的行使对个人以及对社会来讲都是一种义务。如果只是为了维护个人所拥有的特权，那么法的规定就不能全面得到实施。但主张诉权的任意性的学者当然不同意这种观点，认为当事人不行使诉权自然有其自己的考虑。例如，诉讼的风险、无力承担诉讼费用以及有可能达成和解等等，因此强迫当事人行使诉权是不明智的。所谓诉权的自由性，是指诉权行使后原告败诉时即使给对方造成了损失，也不会承担因过失行使诉权而产生的责任。在有些情况下，当事人对自己是否应当行使诉权往往缺乏正确的认识，有可能因认识的错误而行使诉权，但由于人们对法律的认识或法律的“解释”是比较微妙的，因此不能对当事人在行使诉权时作过于严格的要求，让诉权行使人承担因此种过失所造成的对方的损失。这种损失不是指原告败诉所应当承担的民事责任，

而是指被告在诉讼中所受到的损失。这一点与诉权的任意性是密切联系在一起的。当然,关于这一点也有例外。如果当事人是故意滥用诉权,损害他人的利益,使他人受到损失时,滥用诉权的人就要因此而承担损害赔偿责任。^①

三、诉权的外延

民事诉权保障的民事权益除法定权利外,还包括许多形成中的非法定权利。民事诉权的外延包括起诉权、上诉权、反诉权和申请再审权。另外,从诉权的二元性出发,也可将实体意义的诉权划分为期待胜诉权和申请执行权。就期待胜诉权而言,期待胜诉,是每个当事人都有的一种主观愿望,但既是一种期待,一种愿望,就表明它不一定成为现实。因此与之相关的期待胜诉权归根到底只是一种意思上的自由权,而并非现实的权利,得不到法律的保障,因而也没有实际的意义。就申请执行权而言,其本身包含着一种强制属性,这一点与期待胜诉权又有不同,申请执行权是以胜诉方获得胜诉判决为前提。^②

从司法实务角度分析,诉权的外延不断在扩展。人民法院受理民事案件范围的扩张,是近年来我国民事审判实践中出现的新趋势,其主要表现是人民法院受理的民事案件,无论从性质、类型、特征以及数量等方面,都呈现出与传统民事案件显著的差异,出现了许多新型的民事案件。在传统的法律关系领域,出现了一系列具有新特征的案件。

① 张卫平:《法国民事诉讼法理中的诉权理论》,载《法学评论》1997年第4期。

② 杨春:《民事诉权内涵探析》,载《南京航空航天大学学报》2002年第4期。