

172621



訴 权

M · A · 顧尔維奇 著



中国人民大学出版社



訴 权

苏联 M·A·顧尔維奇著

康宝田、沈其昌譯

李光謨 校

中国人民大学出版社

1958年·北京

М. А. Гурвич
ПРАВО НА ИСК

Издательство Академии Наук СССР,
Москва—Ленинград 1949

本書根据苏联科学院出版社1949年莫斯科—列宁格勒版译出

訴 权

苏联 М. А. 顧尔維奇著
康宝田、沈其昌译 李光諒校

*

中国人民大学出版社出版

(北京西便门大街26号)

北京市書刊出版業營業許可証出字第071号

中国人民大学印刷厂印刷

新华書店發行

*

号:1760—III 开本:850×1168 1/32 印张:7¹/₂ 插页2

字数:171,000

册数:(平装)1—1505(879+26+1100)

(精装)1—1238(88+1200)

1958年4月第1版

1958年4月第1次印刷

定价(7):1.20元

統一書号: 6011.66

圖書分类号: 61022

目 录

前 言	1
第一章 訴权概念的歷史簡述	5—45
第二章 起訴权(程序意义上的訴权)	46—135
第一节 起訴权的概念和实现起訴权的条件的概念	46
第二节 起訴权的前提	55
第三节 关于案件程序不适当的问题	76
第四节 作为起訴权前提的法律利益的意义问题	78
第五节 实现起訴权的手續(条件)	91
第六节 实现起訴权的程序上的后果	98
第七节 濫用起訴权的问题	127
第三章 实質意义上的訴权的问题	136—187
第一节 关于所謂“訴訟动机”的学說	136
第二节 对“訴訟动机”理論的批判和实質意义上 訴权的概念	143
第三节 相对的法律关系中产生的訴权	163
第四节 絕对的法律关系中产生的訴权	177
第五节 财产返还之訴和对它的訴訟保护	183
第四章 認定訴訟資格	188—222
第一节 积极認定訴訟資格意义上的訴权	188

第二节	認定訴訟資格的事实在訴訟中的意义。	
	A. X. 荷姆斯坦和B. M. 高尔敦的学說	189
第三节	民事訴訟法典第166条 以及該条規定准許更換 訴訟当事人的意义	200
第四节	苏維埃民事訴訟中的权利承受問題	216
結 束 語		223—227

“……訴訟只是法律的生活形式……”

卡尔·馬克思

前 言

关于訴权的問題，在民法和民事訴訟法的理論中有不少著作研究过，这个問題始終被看作是民事訴訟中的一个極其重要的問題，即关于民法和民事訴訟法的相互关系問題，关于用审判方法实现民事权利这样一种活动的法律性質和本質的問題。

我們对本書任务的了解也是这样的。在这本書里我們为自己規定的主要任务就是：揭示作为法院对具体民事案件行使审判权活动的产生前提的那些事实的法律意义；闡明这些事实对于訴訟如何了結所起的影响；然后还要分析实体权利（表現为帶有強制力的法律命令形式的实体权利）的本質，确定这种強制力的作用及其产生条件对于通过法院来实现強制力的形式的意义。

我們充分意識到这些任务的高度理論性以及为完滿和全面地解决这些任务所存在的困难。但是，正如所有一切科学任务一样，在这裏，把握真理也在于逐漸地、相对地認識真理^①。本書作者希望這本書的缺点能为今后的研究工作所弥补，从而使本書有可能成为民事訴訟的科学研究道路上的一个界标。这种思想給予了本書作者以克服他所必然遇到的許多疑难和障碍的勇气。

① “列宁全集”，第14卷，人民出版社1957年版，第134—137頁。

不論这些困难是怎样地出奇，可以说其中绝大部分是同有关诉权的概念(或者更确切些说，诉权的各种概念)的术语分不开的。

必须坦白地承认，诉权作为一个法律术语，并不属于法学的幸运儿之列。它代表着若干在内容上和意义上根本不同的概念，这些概念在法的漫长发展时期里(从古罗马直到现在)相互交替或者同时并存。例如，把诉权理解为实体权利的请求(即“实质意义上的诉权”)，或是理解为取得审判保护的程序上的权能；而在后一种了解上有一些人认为诉权是抽象的权能，即不以请求之有无根据为转移的权能(“抽象意义上的诉权”)，而另一些人则又认为它是要求有利判决的权能，即必然同诉讼请求的根据性相联系的权能(“具体意义上的诉权”)。除去“诉权”这个术语(例如民事訴訟法典第166条^①)之外，在法律中和审判实践中还可以遇见一些同它相近的用语，例如：“向法院的请求权”(民法典第2条；民事訴訟法典第2条)，“起诉权”(民法典第44条；民事訴訟法典第100条的附则)，“取得审判保护的權利”(1922年11月11日全俄中央执行委员会颁布的“苏俄民法典施行法”第8条附则2；民法典第170条；民事訴訟法典第2条)，“起诉和应诉的權利”(民事訴訟法典第113条)。所有这些用语的涵义都是很不明确的，这就容易使人们对法律的规定和法院的指示加以各种各样的解释，从而也就造成了实际法律工作中的各种争执和困难。

如果不能清楚地理解“诉权”这个术语或类似的字眼的涵义，也就是说，如果不能清楚地理解这些有关的权能的内容、它们的产生和消灭的条件、这些权能存在或不存在所引起的法律后果，那末就不能正确地适用包含有这个术语或类似字眼的法律。

因此，迫切要求从理论上探讨苏维埃民事訴訟中的诉权问题，不

① 这里我们所引用的条文都是“苏俄民法典”和“苏俄民事訴訟法典”的条文(直接指明其他加盟共和国法典的条文时除外)。

是沒有原因的。在蘇維埃法中，作為從程序上保護各種民事權利的手段，訴訟的意義是巨大的；審判保護是“蘇聯憲法”所確認並實際保證的蘇聯公民、國家組織、合作社和公共組織的權利和利益的可靠保障；提供審判保護應當符合這樣的條件：一方面，審判保護應該便於廣大群眾取得，另一方面，審判保護應該是有最大效能的。這些根本要求也就決定了需要調整審判保護的、首先是調整提供審判保護的基本原則的一定規則。

從科學上研究這些作為問題材料的規則是必要的，但是，由於術語的不確定，這種研究所遇到的困難也是很大的。訴權這一概念的多義性，給研究者布下了一個真正的迷宮，這座迷宮里道路交錯亂雜，很容易使研究者脫離正道，誤入迷途，或者有時使他貪便宜走了近道，但是實際上沒能真正解決問題。

要想克服這些困難，不了解“訴權”這一術語所包含的概念的歷史來源是不可能的。

同時還必須指出：資產階級的學者們雖然對於這個概念研究了許多年，可以說，將近一百年（從薩文尼算起直到現代的這方面的最新著述），到現在却越來越多地聽見他們叫囂說：這種研究徒勞無功^①；蘇維埃民法和民事訴訟接受了這個概念，這個概念存在於我們的法律和審判實踐之中，儘管由於它的多義性^②而造成了在解釋和適用它的時候的不少困難。當然，在研究訴權概念的蘇維埃人面前，不可能不產生這樣一些問題：這個概念是在什麼條件下產生的？它是怎樣並且為什麼發展起來的？由於什麼原因它在資產階級法中喪失了自己的意義？喪失到怎樣的程度？

① E. B. 瓦西柯夫斯基：“民事訴訟教程”，1913年俄文版，第1卷，第74節；諾伊納爾：“私法和訴訟法”，1925年德文版，第6頁。

② 參看“民事訴訟教科書”，1940年俄文版，第115—116頁。

只有确切地了解这一概念的真正内容和意义，了解它在历史过程中的形成情况，我们才能解决下面的问题，即：在与资本主义完全不同的新的基础上成长起来的苏维埃社会主义的法中，在不容许人剥削人的社会中，这个概念保存下来多少？它的内容有了一些什么改变？

因此，我们就从对诉讼权概念发展史的概貌的批判性叙述来开始我们的研究。

第一章 訴權概念的歷史簡述

1. 訴權問題在它各種不同的意義上，曾經成為許多著作的對象，這些著作反映着這個概念在民法和民事訴訟歷史中的漫長而複雜的發展道路。但是，本書的任務卻不是要詳盡地評述與此有關的著作。為了解決這裡所提出的任務，只需要闡明訴權概念的發展和它的各種形式的形成所經歷的主要歷史階段也就夠了；這樣，就可以進而解決以下的問題，即：這些形式在蘇維埃民事訴訟中保留的程度如何？在蘇維埃法中是否產生了具有同以前不一樣的新內容的訴權概念？

2. 和大多數的民法制度一樣，訴權的概念也是起源於羅馬法的。

大家知道，羅馬法的發展，應當歸功於最高裁判官的活動；在解決應該把什麼認為是權利的問題上，最高裁判官享有無上的權力。最高裁判官的告示中並不指明權利產生和消滅的根據，它僅僅指出提供法律保護的前提條件^①。

這一點也就決定了羅馬法學家的法律思想的性質。他們所感到興趣的，並不是在他們所考察的某種場合下是否有民事權利存在的問題，而是在訴訟程序中可以實現什麼的問題^②。由此可見，這裡所

① 參看И·А·鮑克羅夫斯基：“羅馬最高裁判官法起源”，1902年俄文版，第189頁。

② 參看鄧恩堡：“學說叢集”，1906年俄文版，第1卷，第127節第4目。

出現的并不是民事权利的体系(按照И·А·鮑克罗夫斯基的說法,民事权利只是“訴訟的投影”),而是民事訴訟的体系。最高裁判官法是一种把实体法原則和程序法原則緊密結合并混合起来的裁判規則。羅馬的法学家对于民事法律关系的存在、内容和效力这样一些实体法問題和有关通过訴訟实现民事权利的条件和形式以及訴訟行为的后果等程序法問題,是不加区别的。

但是,最高裁判官法所特有的法律思想体系,比产生它的条件存在得更为長久;尽管制法过程起了变化,但是这个体系却仍然保留在尤士丁尼法中,以后又貫穿在現代科学、实践、法律用語和立法中。

毫無疑問,正是这些观点決定性地促成了所謂“实質意义上的訴权”理論的产生。这种理論的始祖是薩文尼——所謂“历史法学派”的代表,按照馬克思恰如其分的說法,这个学派“用昨天的罪惡来为今天的罪惡辯护”,并且宣称“……农奴反抗鞭答的任何呼号都是反叛行为——只要这种鞭答是傳統的、歷經岁月的和历史允許的……”^①。

薩文尼把由于侵权行为而产生的、目的在于消除这种侵害的权能的内容,添到訴权的概念里面去。薩文尼指出了这些在性質上同債相近似的权能的实体法的本性;他認為不允許把这种权能同起訴的行为混为一談,起訴的行为及其条件和形式,应当包括在程序法的范围之内。同时,薩文尼認為,在提起訴訟以实现訴权之前,訴权只是某种潜在能力,只是債的法律关系的胚胎,这种胚胎只有在提起訴訟之后,才变成成为真正的債。B·M·高尔敦說:“从这种观点来看,訴权就其主觀傾向說,自然只能是对付对方当事人、对付被告、对付侵犯某一主体权利的人的权利。”^②

① “馬克思恩格斯全集”,第1卷,參閱人民出版社1956年版,第454頁。

② B·M·高尔敦:“訴权”,載“法学通报”杂志,1906年俄文版,第2册,第136頁。

薩文尼的理論並沒有闡明起訴——即不以起訴人實際有無發生爭執的權利為轉移的訴訟行為——的法律根據。這種理論也大大地縮小了訴訟和訴訟法的範圍。既然這種理論把訴權看作是實體權利的一個發展階段，即只有在通過訴訟實現它的時候才出現的一個階段，那末，關於訴權出現的前提的學說以及關於法院判決實際效力的學說，就是屬於民法範圍以內的东西了①。

然而，正是由於薩文尼的理論所主張的實體權利對程序權利的吞并，所以，這種理論才在普魯士訴訟條例時代被利用來作為法官預先檢查原告是否具有“訴權”的這種程序的根據。如果法官根據訴狀材料發現原告沒有訴權，那末，他就用自己的絕對命令（*per decretum*）終止案件程序；原告就不能得到保護。

大家知道，這種“公平裁判”的形式是如何地激怒了馬克思。他在“福格特先生”一文中寫道：

“我看到了這種可怕的事：按照普魯士的審判組織規則，任何原告，在法官確定受理訴訟的程序即准許案件進行之前，都应当在陳述自己案件的案情時，做到使法官相信他是完全有訴權的……如果法官願意承認有訴權，那末法官就准許案件進行，開始辯論程序並作出判決解決案件。如果法官否認有訴權，那末，他就直接按照處分裁決的程序用命令駁回原告的訴訟……”。馬克思繼續說：“應該認為，不承認私人對自己私人案件的起訴權的立法，是違反市民社會最起碼的基本原則的。這樣，起訴權就從理所當然的獨立的私人權利變成為

① 薩文尼的理論是民法理論中把強制看作是權利固有屬性的整個派別的理論基礎。

對於有關實質意義上的訴權的各種理論以及從它們對蘇維埃民法和民事訴訟的理論的意義出發對它們所作的評論，我們將在本書第三章研究實質意義上的訴權時再作比較詳細的論述。

国家通过法官所恩赐的特权了”^①。

3. 在历史上接着薩文尼理論之后出現的有关实体权利和实体权利的保护(訴訟)之間相互关系的思想的發展阶段,是温德雪德在他的著作“从現代法的观点看羅馬法的訴訟权”(Die Actio des römischen Rechts vom Standpunkt des heutigen Rechts —— 1856 年德文版)一書中所提出的所謂“請求权”的学說。

这种学說是在“……随着商業、农業和工業的發展,随着与此具来的資產階級的社会权力的發展,民族意識到处都振奋起来……”^②的条件下形成的。在德国,振奋起来的民族自覺心在法的領域中的表現之一就是:要求摆脱羅馬法的無所不包的統治的渴望(在德国,羅馬法曾經在各个方面被当作統一的、規定一切的典范思想而为人們所遵守)。

温德雪德認為必須澄清和闡明那些被人們毫無根据地附会到羅馬法身上去的現代的有关权利的概念,同时也必須摆脱那些陈旧过时的、妨害民族的法的發展的羅馬法原則,所以他在自己的著作中把关于权利的現代概念同羅馬法中的訴訟权的概念对立了起来。

他肯定說,在羅馬法中,审判保护的賦予产生权利,与此不同,在現代的法的意識中,权利被認為是本原 (prius), 而对权利的审判保护則只是它的結果 (posterius)。按照温德雪德的看法,这种区别是由于羅馬長官的特殊独立地位所造成的,这一点同現代法院不同,現代法院的活动服从于法律。按照温德雪德的意見,羅馬的訴訟权 (actio)也就不是保护权利的手段,而是权利的独立表現。温德雪德肯定地認為:对于羅馬人來說,有決定性意義的,并不是通过审判实

① “馬克思恩格斯全集”,俄文版,第12卷,第1部分,第484—485頁。

② 恩格斯:“暴力在历史中的作用”,參閱人民出版社1953年版,第4頁。

現权利的活動以外和以前存在的权利，而是用訴訟方法，即長官所規定的起訴方法實現意志的可能性。因此，按照溫德雪德的意見，羅馬法的訴權概念現在已經被新的現代概念所代替了，這種概念溫德雪德稱之為“請求權”(Anspruch)。

以後，由於對請求權這一概念的探討而揭明，在這個概念同溫德雪德所發現的羅馬時代的訴權概念之間，原來並沒有實質的差別。羅馬法中的訴權如果沒有權利，也和權利(請求權)沒有審判保護一樣，都是不可能的事。如果從權利存在這個事實中總是產生要求用審判方法實現這種權利的權能(訴權)，或者相反地，如果要求通過審判實現權利的權能(訴權)總是導致權利的存在，那末，當法律秩序規定：“你有訴權”或“你有權利”的時候，問題只能歸結為用語的不同，而不能歸結為本質的不同，因為在這兩種情況下都是有甲也有乙，在第一种情況下，有的是訴權和權利，而在第二種情況下，有的是權利和訴權。溫德雪德的發現純粹是術語的改變，即用一個名稱代替另一個名稱。

同時，由於把作為根據的請求權同作為它的結果的訴權(與羅馬法不同，在羅馬法中訴訟保護是權利的根據)對立起來，也就產生了民事權利同要求用審判方法實現民事權利的權利之間的相互關係問題，這一問題的解決，決定了民事訴訟法理論進一步發展的任務和性質。

溫德雪德把請求權同羅馬時代的訴權(actio)對立起來，這就大大地削弱了權利的強制屬性對於權利的意義；他把權利強制屬性的作用貶低到“權利影子”的意義的地步(他說：“訴權對於我們充其量只是權利的影子——一種完全溶化在權利之中的東西”^①)。但是，這

① 溫德雪德：“從現代法的觀點看羅馬法的訴權”，德文版，第229頁。

样的回答,并没有解决控告权(訴权)的本質的問題,既然把这种权利从作为它的結果的請求权的概念中分立了出来,就应当給予它以法律上的說明并確認它在法的理論中的地位。

温德雪德學說的批評家之一穆特尔(Muther)在他的著作“羅馬訴权之研究”(Zur Lehre von der römischen actio —— 1857年德文版)一書中曾經試圖填充这个空白。穆特尔为他那个时代的法選擇了請求权,即無訴权的权能这个概念,同时論証了羅馬时代的訴——最高裁判官事先約許的作为保护所提出的請求的手段の訴——的法律性質,他反对与权利無關的訴的概念。

但是,如果最高裁判官約許在一定条件下給予保护,那末,这就是說,作为国家司法职能代表者的最高裁判官在这些条件具备时就必須提供这种保护;这就意味着,权利人享有向最高裁判官請求提供这种保护的權利。

根据这种情况,按照穆特尔的說法,这里就有兩個完全不同的权利,誠然,在这兩個权利中,一个是另一个的前提,但是它們却分屬兩個不同的領域,因为其中一个是民事权利,而另一个則具有公法权利的性質。

穆特尔認為,上述論点不仅适用于羅馬法,而且也适用于現代法,在現代法中,实体权利同訴权是不相等的,在它們之間仍然保持着同羅馬法中一样的相互关系。

穆特尔的理論創立了权利的二元概念,这种权利好像被割裂为兩種相互保持联系、但又在性質、內容和主体方面各不相同的权利,民法上的实体請求权和公法上的要求保护这种权利的請求权。

4. 訴权理論的进一步發展是沿着曲折的道路前进的。这种發展,由于出現了不以实体权利的存在为轉移的抽象訴权的理論而中断了。

在我国的書刊^①中公正地指出,这种理論的思想根源是乔治·耶里涅克的著作中所展現的法治国家的思想,即国家自己約束自己的思想;同时也指出了这种理論的階級意义:资产階級的法的理論認為向法院提出請求的能力是主体享有的公法权利,这种說法的目的是造成一种假象,看上去似乎国家政权对臣民承担法律保障,但这种保障却掩盖着有产階級和無产階級之間实际的經濟上的不平等和由此而产生的实际的不平权。

在俄国革命前的訴訟理論書籍中,资产階級教条主义法学的代表人之一B·M·高尔敦被看作是抽象訴权理論的拥护者^②,他認為訴权就是要求法院作出(而法院根据法律必須作出)判决的权利,因此也就是要求作出具有法律規定的效力的、客觀上正确的判决的权利。在这里,訴权被看作是要求国家作出公正判决的公法上的請求权。这种权利凡是具有要求法院解决民事糾紛的权利能力的人都能享有,而不問实际上在这一糾紛中究竟是他本人一方的理由正当还是对方的理由正当。在这种意义上說,高尔敦的訴权概念同普通民事权利能力的概念一样,是抽象的;按照高尔敦的說法,訴权是普通民事权利能力的一种表現。

但是,必須指出,高尔敦的理論有一个重要的特点把它和西歐的理論严格划分开来,这就是:高尔敦并不把訴权看作是人的一般的权能、一般的权利能力,而是就某一項具体糾紛提起訴訟的能力;按照高尔敦的学說,只有当原告对于用审判方法保护某項發生糾紛的权利一事有着法律利益时,才有訴权。从利益——即某种好处——这一概念的定义出發(与此相应,从原告在訴訟上的法律利益——即法院

① “民事訴訟教科書”,第114頁。

② 參看B·M·高尔敦:“訴訟之訴”,1906年俄文版,第92、109、110、113—115、196—198、205、258和356頁。

判決的法律效力為他提供的好處——的概念的定義出發),高爾敦認為,訴訟中的法律利益是產生訴權所必需的,不論給付之訴或確認之訴都是一樣。

如果對於法院判決有着法律利益,那末就有訴權。如果沒有利益,就沒有訴權,也就談不到起訴和訴訟程序。因此,訴權就具有每一訴訟程序的法律根據的意義。沒有訴權的結果就是——終止案件的審理,即取消訴訟程序。高爾敦說:“因此,只有當某個人提起訴訟並由此爭取到法院判決的法律效力,從而獲得確定和鞏固自己的實體權利的好處時,才能認為訴訟對他有法律利益”。“當確認之訴的法院判決的法律效力給一個人提供了確定和鞏固他的實體權利的好處(通過對侵權行為的預防和保證有可能無阻礙地實現實體權利)時,確認之訴就是對他有法律利益的”。“只有在這種意義上,產生訴權所必需的法律利益才是可以理解的……”。作者肯定地說:“法律利益就是……實現民事權利的利益。”

由此可見,按照高爾敦的主張,利益的存在是同發生糾紛的一定民事法律關係(侵犯這種法律關係或不承認這種法律關係)聯繫在一起的^①。如果不是涉及到一定的法律關係(侵犯這種關係或不承認這種關係)的話,就不可能確定,從而也就不可能證明利益的存在。這裡不能不看到訴權的某種具體化形式,這種具體化把高爾敦所理解的訴權同抽象的訴訟權利能力(在抽象訴權的原意上所正確理解的抽象的訴訟權利能力)的直接表現區別開來。

5. 在19世紀末20世紀初,抽象訴權的理論開始遭到反對。

反對這種理論的根據是,抽象訴權實際上不是一種權利,而只是一種為法律秩序所保障的、任何一個有權利能力的人都享有的能力。

① 參看B·M·高爾敦:“確認之訴”,1936年俄文版,第207頁。