

第三人撤销之诉制度研究

韩 艳 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

©2015 年度浙江省“151 人才工程”培养研究成果

第三人撤销之诉制度研究

韩 艳 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

第三人撤销之诉制度研究 / 韩艳著. —杭州: 浙江大学出版社, 2017. 6

ISBN 978-7-308-17066-6

I. ①第… II. ①韩… III. ①民事诉讼法—研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 137210 号

第三人撤销之诉制度研究

韩 艳 著

责任编辑	石国华
责任校对	杨利军 於国娟
封面设计	刘依群
出版发行	浙江大学出版社 (杭州天目山路 148 号 邮政编码 310007) (网址: http://www.zjupress.com)
排 版	杭州星云光电图文制作有限公司
印 刷	浙江省良渚印刷厂
开 本	710mm×1000mm 1/16
印 张	11.5
字 数	210 千
版 次	2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-308-17066-6
定 价	38.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

目 录

绪论 问题的提出	(1)
第一章 第三人撤销之诉制度的理论基础	(4)
一、诉讼出发点——诉权理论	(4)
(一)世界各国诉权理论的嬗变	(4)
(二)诉权理论的中国阐释	(7)
(三)诉权理论对于第三人撤销之诉的正当性解说	(11)
二、诉讼终结点——判决效力理论	(14)
(一)既判力相对性及其扩张性	(14)
(二)判决形成效力及其对世性	(18)
(三)反射效力理论对第三人之影响	(19)
(四)判决效力扩张对于第三人撤销之诉的合理性解说	(20)
三、诉讼原点——程序保障理论	(21)
(一)程序保障理论之基本内涵	(21)
(二)程序保障理论对于第三人撤销之诉的必要性解说	(22)
第二章 第三人撤销之诉制度的现实基础	(24)
一、当事人诉讼模式引发的负面效应	(24)
(一)辩论主义之缺陷	(25)
(二)处分原则之不足	(26)
二、现有救济途径的内在缺陷	(27)
(一)事前救济途径难以满足正当程序的需求	(27)
(二)事后救济途径的局限性	(30)
三、社会客观现象的紧迫召唤	(31)
(一)虚假诉讼的泛滥	(31)

(二)司法实践的困惑	(34)
第三章 第三人撤销之诉制度的性质与功能定位	(36)
一、第三人撤销之诉的性质定位	(36)
(一)关于第三人撤销之诉性质之争	(37)
(二)关于第三人撤销之诉性质定位	(45)
二、第三人撤销之诉的特征定位	(52)
(一)关于第三人撤销之诉特征不同观点	(52)
(二)关于第三人撤销之诉特征之界定	(56)
三、第三人撤销之诉的功能定位	(59)
(一)第三人撤销之诉功能之纷说及评析	(59)
(二)第三人撤销之诉功能界定	(62)
第四章 第三人撤销之诉制度的主体与客体	(69)
一、第三人撤销之诉的主体界定	(69)
(一)关于第三人撤销之诉适格原告之争议	(69)
(二)第三人撤销之诉适格原告类型化	(74)
二、第三人撤销之诉的客体分析	(83)
(一)关于可撤销判决	(83)
(二)关于可撤销裁定	(90)
(三)关于可撤销调解书	(92)
(四)关于其他法律文书	(93)
第五章 第三人撤销之诉制度的程序设计	(95)
一、第三人撤销之诉的构成要件	(95)
(一)主体条件	(95)
(二)程序条件	(98)
(三)实体条件	(99)
(四)时间条件	(107)
(五)管辖法院	(108)
二、第三人撤销之诉的起诉与受理	(110)
(一)第三人撤销之诉的起诉条件	(110)

(二)第三人撤销之诉的审查与受理	(112)
三、第三人撤销之诉的审理	(114)
(一)第三人撤销之诉的审理程序	(114)
(二)第三人撤销之诉的审判组织	(115)
(三)第三人撤销之诉的审理范围	(116)
(四)第三人撤销之诉的审理期限	(117)
四、第三人撤销之诉的裁判	(117)
(一)第三人撤销之诉的裁判处理	(117)
(二)第三人撤销之诉的法律效果	(121)
(三)第三人撤销之诉的救济途径	(126)
第六章 第三人撤销之诉制度与其他制度的界域	(128)
一、第三人撤销之诉与其他事前救济途径功能之辨析	(129)
(一)与第三人诉讼	(129)
(二)与第三人另行起诉	(130)
二、第三人撤销之诉与其他事后救济途径竞合之选择	(132)
(一)与案外人执行异议	(132)
(二)与案外人申请再审	(135)
三、第三人撤销之诉与当事人申请再审之衔接	(140)
(一)当事人申请再审吸收第三人撤销之诉	(140)
(二)例外之规定	(141)
四、第三人撤销之诉与外部救济途径关系协调	(141)
(一)与法院依职权启动再审救济程序之协调	(142)
(二)与检察监督救济之协调	(143)
第七章 滥用第三人撤销之诉制度的防范与规制	(145)
一、第三人撤销之诉规制的必要性	(145)
(一)预防第三人假借撤销之诉而损害原诉当事人的利益	(145)
(二)实现第三人撤销之诉所追求的公平正义的价值	(146)
(三)实现民事诉讼目的,维护司法秩序和司法公信力	(146)
二、第三人撤销之诉滥用行为的界定	(147)
(一)第三人撤销之诉滥用的性质界定	(148)

(二)第三人撤销之诉滥用的认定标准	(149)
三、第三人撤销之诉滥用的规制	(151)
(一)第三人撤销之诉滥用的预防性规制	(151)
(二)第三人撤销之诉滥用的惩戒性规制	(156)
(三)第三人撤销之诉规制的配套协同制度	(160)
参考文献	(168)
索 引	(175)

绪论 问题的提出

第三人撤销之诉制度并非世界各国普遍确立的诉讼制度,目前,仅有法国和我国台湾地区与澳门特区设立该项制度。^① 根据2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第10条之规定,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第56条新增第3款,即“前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理,诉讼请求成立的,应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书;诉讼请求不成立的,驳回诉讼请求”。标志着我国^②在立法中正式确立了第三人撤销之诉制度(从最新规范的总体框架来看,形成了法典单款粗疏规定与司法解释专章规定相结合的模式)。^③ 由此我国建立起一个涵括事前第三人诉讼制度和事后的案外人执行异议制度、第三人撤销之诉制度、案外人申请再审制度在内的全方位、多路径系统保护第三人合法权益的法律救济体系。

然而,该制度从入法之前乃至入法之后,一直伴随着争议。有论者进行梳

①法国是世界上最早在立法中确立第三人撤销之诉制度的国家,著名的1667年《民事诉讼程序敕令》(Ordonnance Civile)中就有类似于第三人异议的救济制度,1806年《法国民事诉讼法典》制定了相对完整的第三人异议之诉制度,第三人撤销之诉制度法律条文直接规定为现行《法国新民事诉讼法》(1975年法令修订)第十六编“上诉途径”第三副编“非常上诉途径”第一章第582条至592条。我国台湾地区参照法国相关规定,在2003年修改的“民事诉讼法”中明确规定了该制度,具体条文为“民事诉讼法”第507条之一至507条之五。澳门特区现行《民事诉讼法典》在第五章第三节第664条至669条中对“基于第三人反对而提起之上诉”作出了相关规定。

②若无特别说明,本书中我国仅指中国大陆。

③2014年12月18日由最高人民法院审判委员会第1636次会议通过的、2015年2月4日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法司法解释》)中,对第三人撤销之诉作了专门规定,具体条文为第292条至第303条。

理归纳,并总结出了争议的两个阶段。第一个阶段,为肯定引入论和否定引入论之争。前者着眼于我国民事诉讼中虚假诉讼和恶意诉讼问题的解决,是从现实出发的立场^①;后者以既判力理论为核心,认为在建立健全既判力制度的前提下并无引入第三人撤销之诉的必要,并且引入该制度只会使既判力制度在我国民事诉讼中的最终建立更加遥遥无期^②。随着《民事诉讼法》第56条第3款的出台,讨论进入第二个阶段,即否定适用论和肯定适用论之争,这场争论也更加精细和富有成效。由于立法已经为学术讨论提供了规范素材,因此这一阶段的讨论已经由立法论进入解释论范畴。^③讨论涉及的领域包括民事诉讼基础理论及制度、第三人撤销之诉程序及制度构建、民事司法实践适用及实务操作等各个方面。在此背景下,需要我们深入思考并积极回应的问题是:第一,设立第三人撤销之诉制度的法理基础是什么?即该制度设立的正当性基础是什么?第二,移植仅法国等少数国家(地区)特有的第三人撤销之诉制度,是否会面临“水土不服”境况?即该制度在我国设立的可行性基础是什么?第三,相较于域外国家或地区的对应性制度,我国的第三人撤销之诉制度性质和功能该如何定位?第四,在我国设立第三人撤销之诉制度,应遵循怎样的程序设计以契合该项制度的应然特性?第五,第三人撤销之诉制度与其功能相近的第三人诉讼制度、案外人执行异议制度以及案外人申请再审制度如何科学区分衔接?什么情况下可另行起诉,什么情况下只能申请再审,什么情况下可提起第三人撤销之诉等?第六,在司法实务中,如何防范和杜绝滥用第三人撤销之诉的行为?

作为一项新创设的制度,其适用难度是可想而知的,由抽象走向具体从而最终形成规范化运作,既需要理论上的探索,更需要判例的积累和总结。为了给第三人撤销之诉制度提供基础性理论依据以及为该制度的适用提供更为科学的基本框架与路径,本书将对第三人撤销之诉制度进行全面系统的研究。全书围绕需关注和回应的问题展开,共分为七章,基本内容如下:第一章首先从第三人撤销之诉制度的理论基础展开,从诉讼出发点的诉权理论、诉讼终结点的判决效力理论以及诉讼原点的程序保障理论出发,对第三人撤销之诉制度建立的正当性、合理性以及必要性进行解说,理清第三人撤销之诉制度建立的各

①主要是立法者的观点,参见:最高人民法院民事诉讼法修改研究小组,《中华人民共和国民事诉讼法》修改条文理解与适用[M],北京:人民法院出版社,2012;江必新,最高人民法院民事诉讼法司法解释专题讲座[M],北京:中国法制出版社,2015。

②持本观点的有:陈刚,第三人撤销判决诉讼的适用范围:兼论虚假诉讼的责任追究途径[N],人民法院报,2012-10-31(007);张卫平,第三人撤销判决制度的分析与评估[J],比较法研究,2012(5);张卫平,中国第三人撤销之诉的制度构成与适用[J],中外法学,2013(1)。

③任重,回归法的立场:第三人撤销之诉的体系思考[J],中外法学,2016(1):140。

种理论基础,为具体制度的构建提供坚实的基础与方向。第二章关注第三人撤销之诉制度的现实基础,清晰地认识到辩论主义以及处分原则等当事人诉讼模式引发的负面效应、现有事前事后救济途径的内在缺陷以及局限性、社会客观现象中呈现的虚假诉讼以及司法实践的困惑等,都召唤着当下第三人撤销之诉制度的建立。第三章探讨第三人撤销之诉制度的性质与功能定位。在对各家观点进行辨析后,提出第三人撤销之诉从性质上而言是一种具有独立之诉属性的特殊救济程序;第三人撤销之诉的特征可以概括为“三性”,即启动主体的特定性、诉讼事由的独特性和法律效果的特殊性;从功能定位的角度,就第三人的维度考察,第三人撤销之诉具有程序保障和权益保障之双重功能,就法院的维度而言,第三人撤销之诉具有纠正错误裁判和一次性解决纠纷之双重功能。第四章对第三人撤销之诉制度的主体与客体进行分析界定,在考虑原告适格的正当性基础时,应考虑第三人利益保护、生效裁判稳定、原审当事人利益保护等诸多价值因素;同时我国设置第三人撤销之诉原告适格的条件必须是前诉当事人以外的案外第三人、具有撤销之诉的利益、因不能归责于自己的事由而未获得适当的程序保障。在第三人撤销之诉的客体方面,只能针对已经发生法律效力判决、裁定、调解书。对一审、二审及再审裁判或调解书均可提起撤销之诉,裁判所涉及的民事权利类型应是财产型权利而非人身型权利,对于非讼案件判决、对未参加登记的权利人对人数不确定代表人诉讼案件的生效裁判以及损害社会公共利益行为的受害人对公益诉讼案件的生效裁判不能成为第三人撤销之诉的客体。生效仲裁裁决应纳入第三人撤销之诉制度的客体范围。第五章对第三人撤销之诉制度的程序进行设计,区分第三人撤销之诉的构成要件和起诉条件,采取“复式审查”方式完成立案工作。对第三人撤销之诉的审理程序、审判组织、审理范围、审理期限进一步明确,对第三人撤销之诉的裁判处理、法律效果以及救济途径进一步细化。第六章理清第三人撤销之诉制度与其他制度的界域:在保护第三人合法权益的法律救济体系内应遵循事前保障机制优先适用原则;执行阶段,应遵循执行救济机制优先适用以及竞合时按照启动程序的先后择一适用原则;在处理第三人撤销之诉与外部救济措施之间关系时,应遵循内部救济优于外部救济原则。第七章对滥用第三人撤销之诉制度进行预防与规制,对滥用行为进行预防性规制和惩戒性规制,并建议为保障第三人撤销之诉制度的有效运行,我国《民事诉讼法》应建立或完善职权告知制度、法官释明等配套协调制度。

第一章 第三人撤销之诉制度的理论基础

第三人撤销之诉制度从设立之初就带有理论上的“悖论”特征,如与既判力理论的紧张关系、法的安定性与程序保障的冲突、程序保障与纠纷一次性解决的冲突等。这种“悖论”特征使民事诉讼法学界对该制度设立的理论基础颇有争议。因此本书首先对与第三人撤销之诉相关的民事诉讼基本原理进行关注和研究。以理清各种理论上的障碍,为具体制度的构建提供坚实的基础与方向。

一、诉讼出发点——诉权理论

诉权理论是民事诉讼理论的元命题,诉权理论的研究是基于探究“为何可以提起诉讼”这一命题展开的。研究的意义在于解释各种诉讼现象发生的原因和机理,理清实体法与诉讼法之间的关系、平衡国家权力和私法权利之间的关系,诉权理论所要研究的最根本问题就是诉的正当性问题。

(一)世界各国诉权理论的嬗变

拉丁文“actio”作为高度抽象化的“诉权”概念使用,最早的定义来自于古罗马优士丁尼《法学阶梯》中的表述:“朕剩下要谈论的是诉权。而诉权只不过是
通过审判诉求某人应得之物之权(actio autem nihil est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur)。”^①然而,事实上古罗马人在使用 actio 时并没有将其“权利化”,也未进行程序法与实体法的区分。将 actio 演化成一种理论则应归功于德国理论法学家们的杰出贡献。以萨维尼为代表的私法诉权说宣称,诉权是实体权在审判过程中的作用,是实体权之变形,是实体请求权固有强制力的表现,或者说是因私权被侵害后转换生成。在继后的德根科尔贝的倡导下,抽象诉权说得到了人们的普遍接受。这一学说认为,诉讼是抽象的司法请求权,这一权利的享有和行使不受实体法上利害关系存在与否的影响。抽象诉权说反映了

^①[古罗马]优士丁尼.法学阶梯[M].2版.徐国栋,译.北京:中国政法大学出版社,2000:455.

欧陆普通法程序权与实体权分离运动的成果。为弥补抽象诉权说与“私权”的过分脱离,拉邦德等学者在抽象诉权说业已垦拓出的“公法权利”的地基上营建了具体诉权说理论。他们认为,诉权是具体的司法请求权,是当事人就权利争端的具体内容请求法院为利己判决的权利,它存在于诉讼系属之前,归属于原被告之一方(胜诉方),诉权的拥有与否取决于是否具有法院裁判确认的实体权,因而诉权的存在必须具备权利的保护条件。私法诉权说、抽象诉权说、具体诉权说被誉为诉权学说史上“传统的三驾马车”,在理论上既带有古代诉权的特征,又受到种种改造,服务于当时的法律制度,但现代诉权的平等、普遍、全面的特征基本上还没有得到体现。真正可以划作现代诉权理论的学说开始于19世纪末期以后,这些理论至少在形式上日益趋近于诉讼实践。^①

1. 法国诉权理论

在法国传统法学理论中,权利与诉权一元论长期占据着主导地位,诉权被看成是动态的实体权利,两者没有性质上的区别,即“没有诉权就没有权利”或者亦可说“没有权利就没有诉权”。^②但随着对司法法认识的深入以及司法实践的发展尤其是行政诉讼的激烈发展,这一理论的逻辑性受到质疑,促使程序法学者开始反思诉权的内涵。

现代法国诉权理论认为:诉权理论所揭示的是,个人在什么条件下可以获得法院承认或确认其权利,因此诉权理论构成了私权与诉讼程序的结合点。^③法国人认为,司法法属于保障法,因为其旨在确保通过司法实现实质性主观权利。为了让各类作为创设法的法律确立的实质性主观权利在司法上得到实现,司法法本身为法律主体规定了一种特殊的权力,即诉权。诉权,首先是自由诉诸司法的权利,这是基本自由层面意义上的。这是国家权力机关的特定义务,国家权力机关必须采取一切措施,确保公民确实获得了司法救济。其次,从诉讼程序层面上而言是一种进行诉讼的权力。这是承认诉讼权利为一种基本自由的直接结果,诉讼权力是诉讼权利的延伸。最后,从实施层面而言,诉权体现在诉讼行为中的请求与防御。任何人不得干预他人行使诉权,诉权的行使与否由本人决定,不具有任何强制性和义务性;即使诉权行使后,原告败诉给对方造成了损失,也不会因此承担过失行使诉权的责任,除非故意滥用诉权,导致他人

^①李祖军. 民事诉讼目的论[M]. 北京:法律出版社,2000:99—100.

^②法国新民事诉讼法典[M]. 罗结珍,译. 北京:中国法制出版社,1999:6(中译本导言).

^③[法]让·文森,塞尔日·金沙尔. 法国民事诉讼法要义(上)[M]. 罗结珍,译. 北京:中国法制出版社,2001:20.

利益损害。可见,法国诉权理论的核心就是自由的权利。^①当然,在强调诉权独立性以及区分诉权与主观权利的差异性时,不能绝对割裂二者,它们之间确实存在必要的联系。《法国民事诉讼法典》第31条就规定,要求诉权以存在诉讼利益为前提。

2. 德国诉权理论

德国法学家们创造了体系化的诉权理论。除诉权学说史上“传统的三驾马车”——私法诉权说、抽象诉权说、具体诉权说外,学者们还创设了权利保护请求说、本案判决请求说和纠纷解决请求说、司法行为请求说(或称诉讼内诉权说)。

随着第二次世界大战之后国际社会对人权的普遍重视,学界开始从宪法的高度来认识诉权。这时宪法诉权说应运而生,又可称为司法保护请求权说。该学说主张,诉权是国民请求国家司法机关依照实体法和诉讼法进行审判的权利,现代法治国家原理要求宪法保障任何人均可向法院请求司法保护的權利。宪法诉权说的基本原理来自于“法治国”理论,法治国的基本主张是要求国家统治权的行使必须受到宪法及法律的约束。权利救济请求权作为一项基本权,不只是要求国家消极地不予侵害,还可更积极地要求国家应建立一套保障权利的诉讼制度。^②我们也可以看到,德国在立法上作出了一系列保障诉权的规定。如1949年的《德国基本法》第103条规定了听审请求权,该条第1款规定,“任何人在法庭上有请求法院依法听审的权利”。因此,法定听审请求权保障作为程序法上的基本原则,具有宪法上的地位,法院有义务使得当事人能够在诉讼中以充分的和恰如其分的方式陈述他们所持有的看法。听审请求权被认为是司法程序领域法治国家概念的结果,是典型的程序基本权利,是法院程序的大宪章。法定听审请求权包括当事人受通知权、知悉权、到场权、陈述权、证明权、突袭性裁判禁止请求权、意见受尊重权等一系列子权利。从德国诉权理论发展路径可以看出,诉权因公法的发达而变得更为重要,并且也从公民对法院的一种单项权利、具体权利扩大到宪法高度的公民对国家的一种整体性权利、程序性权利和基本人权。

3. 普通法系诉权理论

普通法系并没有诉权理论。在英美法中,与民事诉权比较接近的专门术语是“民事救济权(right of civil remedies)”或“诉诸司法的权利(right of access to

^①蔡肖文. 诉权理论的中国阐释[M]. 北京:中国政法大学出版社,2016:44-46.

^②许育典. 司法独立作为权利救济请求权在法治国的落实检讨[J]. 澳门法学,2011(2).

courts)”。^① 1873—1875年英国颁布的《司法法》，受欧陆法律思维的影响，引入了一个与诉权概念有所关联的概念——“诉因”，当事人的诉求必须具备一项构成诉因的事实，用以描述具有法院强制力保障的公民权利。虽然没有专门的诉权概念，但并不影响普通法原则与诉权理论之间的借鉴和相互影响。英美法学者在谈及诉权的根本问题“为何可以提起诉讼”时，总是抽象地从宪法和法律的角度谈论所谓“绝对的诉权”，并常常引用美国著名法学家 G. 勒斯基的论断来说明，“社会每一个成员都有权通过法院强制实现对于社会的其他成员的任何请求。如果某人有一项请求，并确有正当根据认为这项请求是合乎实际的，那么他便有权向法院起诉以实现这一请求”^②。

4. 日本诉权理论

日本民事诉讼法理论主要来源于德国，故其诉权理论也几乎引自德国各种学说。在日本早期成为通说的是权利保护请求权说；在两次大战间隔期间，在德国没有市场的本案裁判请求说在日本大受欢迎。第二次世界大战之后，日本的兼子一教授接受了美国的解决纠纷说，并改进为纠纷解决请求权说，取代权利保护请求权说而长期成为日本的通说。兼子一教授认为，诉权不在于私权的保护，而在于纠纷的解决。存在于抽象诉权与具体诉权之间的是本案判决请求权，即诉权是当事人要求法院就自己请求是否正当作出判决的权利点。^③ 20世纪，日本著名的民事诉讼法学权威三月章教授引进并提倡德国的司法行为请求权说。日本学界在此基础上吸收有关宪法和现代法治的内容，在《日本国宪法》第32条规定，“任何人在法院接受审判的权利不得剥夺”，将“接受审判的权利”与诉权相结合，从而在宪法与诉讼法的连接上建构宪法诉权理论。^④

（二）诉权理论的中国阐释

1. 中国诉权理论概况

我国诉权理论是在吸收和移植苏联诉权理论的基础上形成和发展起来的。20世纪50年代，苏联以顾尔维奇为代表的民事诉讼法学者们提出了三元诉权说。他们认为，诉权是表示多种不同概念的术语，不应对诉权作单一的解释。程序意义上的诉权，主要指起诉权，所涉及的是针对一定案件而表现出来的向

①[美]彼得·G. 伦斯特洛姆. 美国法律辞典[M]. 贺卫方, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 226.

②常怡. 比较民事诉讼法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 136.

③[日]兼子一, 竹下守夫. 日本民事诉讼法[M]. 白绿铉, 译. 北京: 法律出版社, 1995: 3—4.

④邵明. 现代民事诉讼基础理论: 以现代正当程序和现代诉讼观为研究视角[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 111.

法院提起民事诉讼的权利能力。实体意义上的诉权,即处于强制实现状态的民事权利。认定诉讼资格意义上的诉权,即获得正当当事人资格意义的权利,包括积极诉权资格(针对原告而言)和消极诉权资格(针对被告而言)。^①苏联多勃罗沃里斯基等所著的《苏维埃民事诉讼》(法律出版社1985年版)中提出的二元诉权说认为:作为程序意义上的诉权是提起诉讼的权利;作为实体意义上的诉权,是指原告对被告的实体法请求获得满足的权利,即满足诉的权利或胜诉权。诉权具有程序意义和实体意义双重属性。苏联的二元诉权说为我国民事诉讼法学界所普遍接受,几乎成为定论,并被许多学者沿袭至今,形成了将诉权分为程序意义上诉权与实体意义上诉权的流行观点。

目前,我国学者对于诉权的理解主要是照搬或适当融合外国已有的诸学说,主要观点有:(1)二元论。20世纪80年代初,我国学者开始建构自己的民事诉讼理论,遂将苏联的二元论修正为新二元论:程序意义的诉权(起诉权)和实体意义的诉权(胜诉权)。该说认为诉权是指具有特定利益的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。^②(2)一元论。20世纪80年代中期后,国内有学者提出一元论,认为诉权是基于实体法律关系的争议而由国家赋予的权利,是当事人用以维护自己正当民事权益的权利。诉权不是两种不同权利构成的复合权利,在诉讼的整个过程中,诉权始终作为单一的权利而展示其内容。诉权的实质是司法保护请求权。^③(3)人权(宪法)论。2002年开始,我国学者开始接受诉权是宪法性权利,属于基本人权范畴。人权(宪法)论认为,民事诉权是当事人向法院行使的请求权,是国民平等享有的一种宪法权利,包涵着程序内涵和实体内涵。^④

2. 契合中国国情的诉权理论追问

纵观国内外诉权理论的演变与发展,我们发现在诉权理论的形成过程中,古老的罗马法概念 *actio* 为了承担起构建现代私法体系的重任,不断被后人诠释和重构着。*actio* 将实体因素贡献给了私法实体法,为完善权利法理论提供了

①[苏联]M. A. 顾尔维奇,诉权[M]. 康宝田,沈其昌,译. 北京:中国人民大学出版社,1958:223-224.

②田平安. 民事诉讼法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:133. 类似定义又如常怡主编. 民事诉讼法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:57;谭兵,李浩. 民事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,2009:60.

③谭兵,肖建华. 民事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,2004:57.

④江伟. 民事诉讼法学[M]. 上海:复旦大学出版社,2002:52;江伟,肖建国. 民事诉讼法[M]. 4版. 北京:中国人民大学出版社,2008:45.

“主观权利”等元素,民法理论核心概念之一请求权(anspurch)就是从 actio 脱胎而来;而民事诉讼法理论中的诉权理论成了 actio 的现代归宿,最终转化为今天公法上的宪法(人权)诉权说。

中国学者虽然接受了诉权的概念,但这套理论背后的真正意义并没有得到真正的阐释。诉权的本质到底是什么?中国究竟需要什么样的诉权理论?这是值得我们深思的。诉权理论的诞生,本质上是要解释权利与诉之间的关系问题。然而,在 actio 没有被权利化或者说当人们还没有意识到权利这一概念时,actio 就是一种在争端中赋予某一方当事人以一种肯定性评价的国家制度,即决定“什么是某人应得的”这一价值判断是 actio 或者说诉这一制度的本质所在。因此我们说诉权的本质指向社会秩序的正当性。易言之,诉权的本质就是指一套实现社会秩序正当性的解决争端的国家制度体系。^①

第一,诉权是宪法赋予公民的一项基本权利。当事人所享有的民事诉权的法的依据是宪法,是宪法赋予公民所享有的请求司法救济的基本权利。诉权“宪法化”,是现代宪政发展趋势之一。二战后,诉权(或司法救济权)被许多国际人权公约确定为基本人权,许多国家和地区亦将诉权上升为宪法上的基本权利,通过宪法或宪法性判例、解释确立了获得正当程序或者正当程序审判权。如《世界人权宣言》第8条和第10条、《德国联邦宪法》第103条第1款、《意大利宪法》第24条、《日本宪法》第32条、我国台湾地区“宪法”第16条等。^②《法国宪法》虽然未直接规定当事人的诉权,但辩护权在法国被认为是“天赋人权”。^③众多学者亦接受了宪法(人权)诉权说理论,强调国家必须严格保障公民向法院行使请求权的权利,并将这种权利视为人权,一种天然的绝对的权利。乃至有学者宣称诉权是“现代法治社会中第一制度性人权”。^④

在法治社会,国家向公民开放民事诉讼作为权利救济的方式,是国家向公

①蔡肖文,《诉权理论的中国阐释》[M].北京:中国政法大学出版社,2016:176.

②《世界人权宣言》第8条规定,“人人对于其宪法或法律所赋予之基本权利被侵害时,有权享受国家管辖之法庭之有效救济”。第10条规定,“在确定当事人的民事权利与义务或审理对被告人的刑事指控时,人们有权充分平等地获得独立、公正的法院进行的公正、公开的审理”。《德国联邦宪法》第103条第1款规定,“每个人都可以要求在法庭上进行法定听审”。《意大利宪法》第24条规定,“任何人为保护其权利和合法利益,皆有权向法院提起诉讼。在一切司法程序的每一阶段,任何人皆有神圣不受侵犯的辩护权”。《日本宪法》第32条规定,“任何人在法院接受审判的权利不得剥夺”。我国台湾地区“宪法”第16条规定,“人民有请愿、诉愿及诉讼之权”。

③[意]莫诺·卡佩莱蒂,《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》[M].徐昕,译.北京:法律出版社,2000:97.

④莫纪宏,《现代宪法的逻辑基础》[M].北京:法律出版社,2001:304.

民承担的义务。民事诉权所体现的是公民和国家(法院)之间的公法上的权利义务关系。将民事诉权提升为宪法基本权利,实际上也是承认私人对国家享有公法上的审判请求权(诉权),即承认公民拥有要求国家给予利用诉讼制度的公权(诉权)。因此,与公民民事诉权相对应的是,国家(法院)不得非法拒绝审判的义务。尽管我国宪法没有直接规定诉权,但并不意味着我们不可以从宪法的高度和角度探讨诉权问题。事实上,我国宪法关于法院和诉讼制度的规定以及我国加入的有关人权的国际公约可以看出我国宪法事实上承认公民的诉权。

第二,诉权是程序元素与实体元素的合一。如果仅仅停留在诉权是宪法权利这一高度和抽象的认识,有关诉权的具体行使和保护则往往缺少实效。民事纠纷是有关民事实体权益的争议,与之对应的是诉权的实体内涵,而将民事纠纷引导到诉讼中则为诉权的程序内涵。“通过审判”是诉讼实然的体现,“应得之物”是实体的价值体现。两者相辅相成,共同构成诉权的完整内涵。同时中国的诉权理论应当摆脱诉权权利化的局限,对诉权程序元素和实体元素的解释应直达诉权本质:将诉权的形式定位在解决社会争端、实现社会正当秩序的整体制度上,它不是单纯的程序性权利,而是完整的国家制度;将诉权的实体定位在接近正义、实现秩序的正当性上。

第三,诉权是国家权力与私法权利的统一。诉权理论的意义在于解释各种诉讼现象发生的原因和机理。发展到宪法诉权说,对于诉权的探讨已经从诉讼法与实体法之间的关系跃升为国家权力(公权力)和私法权利的关系探讨。公权力依靠国家的强制力做后盾,以维护公益为目的,代表社会公众的意志,是国家权力或公共权力的总括;而私权利则具有私人性质,以满足个人需要为目的。“公权的存在必须以个人权利为基础和前提,任何公权力的行使只能是为了并实际上促进个人的权利,而不允许为了或实际上导致个人权利的削减;公共领域及公权力的存在必须唯一地以促进私人领域和私权的发展为目的。”^①因此国家权力和私法权利是相辅相成的,公权力来源于私权利的授权,是私权利的保障;私权利是公权力的基础,以公权力为后盾。诉权是一种公权力,体现了公民和国家(法院)之间公法上的权利义务关系,相对应的,法院不得杜绝公民私法权利受到损害时寻求公法救济的途径。无国家权力保障的诉权是空洞的。诉权应是国家权力与私权结合的产物。同时笔者认为中国的诉权理论应对 *actio* 的理解赋予更宽广的角度将其回复到作为人类追求正当秩序的一项活动,而国家和公民在其中一起负有追求秩序正义的义务。

^①[英]伯林.自由论[M].胡传胜,译.南京:译林出版社,2011:56.