



诉的基础理论 与案例研习

A C T I O

Basic Theory
and Case Study

刘哲玮 著



诉的基础理论 与案例研习

A C T I O

Basic Theory
and Case Study

刘哲玮 著

图书在版编目(CIP)数据

诉的基础理论与案例研习 / 刘哲玮著. -- 北京 :
法律出版社, 2021 (2021.9 重印)
ISBN 978-7-5197-5638-3

I. ①诉… II. ①刘… 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(2021)第 095183 号

诉的基础理论与案例研习
SU DE JICHU LILUN YU ANLI YANXI

刘哲玮 著

责任编辑 赵明霞
装帧设计 马 帅

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法商出版分社
责任校对 晁明慧 王 皓
责任印制 胡晓雅
经 销 新华书店

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印张 19.5 字数 272 千
版本 2021 年 8 月第 1 版
印次 2021 年 9 月第 2 次印刷
印刷 三河市兴达印务有限公司

地址:北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址:www.lawpress.com.cn

投稿邮箱:info@lawpress.com.cn

举报盗版邮箱:jbwq@lawpress.com.cn

版权所有·侵权必究

销售电话:010-83938349

客服电话:010-83938350

咨询电话:010-63939796

书号:ISBN 978-7-5197-5638-3

定价:78.00 元

凡购买本社图书,如有印装错误,我社负责退换。电话:010-83938349

序

民诉基础理论有什么用？

—

我正式进入民事诉讼法学专业学习研究大门，应该从 2003 年到北京大学跟随潘剑锋教授攻读硕士研究生算起。但严格来说，彼时却并非我学习理解民诉基础理论的起点。当时选择民诉方向，其实很大程度上是受 90 年代司法改革热潮的影响。2006~2010 年我继续跟随潘老师攻读民诉方向博士学位。当时司法改革的热度已经褪去，但北大法学院的学术风气依然是以社会科学来观察法律现象，加上诉讼法学方向导师组兼容并包的胸怀，让我颇为自由地读了几年社会学、政治学的“大书”，其间也承蒙傅郁林教授和沈明、刘忠二位师兄的推荐，翻译了一些司法制度和替代性纠纷解决方法（Alternative Dispute Resolution, ADR）的经典著作。回过头看，除了特定时空环境下的学术氛围外，当时对民诉基础理论没有产生兴趣的另一个重要原因是，中国并无民诉法学基础理论的作用空间。虽然也曾经仔细拜读过江伟、张卫平、刘荣军等前辈学者们关于诉权、诉讼标的、诉讼目的等基础理论的介绍和林剑锋、许可等老师翻译的日本民诉教科书，脑袋里记住了很多学说和概念，但一方面无法与中国司法实践相结合，另一方面也并不能辨析出大陆法系国家基础理论不同学说之间的分歧焦点。而且，这似乎并非我一个人的问题，而是我们那一代博士生的共同困惑。我至今依然清晰地记得，当时北

大和清华的民诉法学博士生有一个联合读书会，一次在读完诉讼目的文献后，一位师姐感慨，为什么要区分不同的诉讼目的，为什么民事诉讼不能既维护私权，又解决纠纷，从而维护私权秩序呢？

2010年北大博士毕业后，我到清华大学法学院跟随张卫平教授从事博士后研究。张老师聪慧睿智，一面推动司法改革，一面深耕规范研究；一边翻译介绍大陆法系民诉基础理论，一边运用政治学经济学哲学分析工具剖析司法体制，真是大家风范，学人楷模。张老师在鼓励我继续阅读社会科学文献的同时，也反复强调民诉学科自身知识建构的重要性。也是在这段时间，卢佩、志勋、任重、冯珂、金印等北大清华的师弟师妹先后赴德国留学，使我在面临诉的基础理论生发的问题时有了可以直接求助的对象。

尽管如此，我依然无法感受到民诉基础理论的实际功用，所以博士后研究报告依然选择了实务导向的电子司法研究。而真正激发我对民诉基础理论研究热情的，是2012年我回北大法学院任教后的两个变化。

一是案例研习课程。2012年，葛云松老师和许德峰老师在北大开设了《民法案例研习》课程，探索教学改革。我作为新教师，也去旁听了几次，顿时感觉奇妙无穷，完全激活了我求学时代记住的那些民诉基础理论。这种案例研习不同于过去民法或民事诉讼法课程上的案例讨论。二者最大的区别在于，传统的案例分析是针对具体的焦点问题展开，有天赋的学生往往因为对问题的敏感，能够迅速抓住焦点而得到表彰，但在案例研习课程上，这种行为却可能遭到“逻辑跳跃”的批评。盖因每一个案例都必须遵循请求权方法的框架，按部就班地对所有请求权和要件予以拆分。这种周延而又精细的要件分析对学生民法思维训练的优势暂且不表，于我而言，最大的好处是不再因实体问题的繁复而失去对略显边缘的程序性问题的聚焦，从而能够将诉的基础理论与鲜活的民事案例直接对接。很多隐藏在实体争议焦点背后的问题，可以从民诉法的视角得窥一二。其实，民法老师在设计案例时可能也并未预设到其中的民诉问题，但无心插柳柳成荫，过去死记硬背的民诉基础理论，在一个具体案件中经过请求权方法抽丝剥茧的分析之后，具备了十分充分的运用空间。经过葛老师和许老师许可，我很快就加入了《民法案例研习》的授课教

师小组，在向两位老师（以及后来也加入该课程的张双根老师、贺剑老师）和当时还在担任助教的茅少伟、孙新宽、吴奕锋等才俊重新学习民法的同时，也得以有机会将民诉基础理论在个案中的运用与民法老师和助教们一起研讨分析，深化理解，校准偏差。

在民法案例研习课程中深入学习三年后，在法学院和葛老师、许老师的鼓励支持下，我和许老师在2016年第一次开设了《民诉案例研习》课程，此后曹志勋博士留德归来回校任教，我们遂每年开设《民诉案例研习》课程，除了继续传授请求权方法外，还尝试将民诉基础理论问题代入案例之中，与同学们共同研讨。从此之后，诉的基础理论不再是僵死的知识，而是具有了高度解释力的分析工具。近年来，越来越多的民诉学者也开始运用这种方法进行研究和教学，更使我感到吾道不孤。

除了民法学方法和理论的冲击之外，另一个让我对民诉基础理论的功效产生信心的因素是其与中国司法实践的贴近。过去的司法实践中，民诉问题甚少，以至于一个“彭宇案”就足以让民诉学界讨论十年之久。一方面，实务中的法官和律师对程序问题的关注明显低于实体问题；另一方面，作为法律问题载体的裁判文书也很难被学术界获取。2015年，中国裁判文书网改版，大量刊登各级法院的司法裁判，批量裁判文书“素颜出镜”，进入法学研究的视野。虽然裁判文书对程序性问题依然语焉不详，但却避免了过去案例评析式的裁判文书往往聚焦实体争议，而遮蔽诉讼法问题的尴尬。有心的学者只要稍微收集裁判文书，就可以发现中国民事司法在程序问题上广泛存在的同案不同判情形。2016年，我又申请到最高人民法院研修学者项目，在为期两年的研修中，与最高人民法院司改办的诸多同人结下了深厚的感情，他们一方面毫无保留地向我披露了司法实践中的一手数据和真实问题；另一方面也给我提供了很多接触地方法院一线法官的平台，让我有更多的机会向实务工作者学习请教。从法官们的提问和吐槽中，我进一步感受到民诉基础理论绝非屠龙之术，对解决中国司法实践中法官的纠结与疑惑大有帮助。

举一个具体的例子吧。我国民法学教科书的教科书和论文在讨论诉讼标的识别学说时，一般都是按照德国法学的发展顺序，介绍旧实体法说、诉讼法说、

新实体法说的不同理论。或许是习惯了后发国家的“弯道超车”，我们往往都会认为理论是越新越好，因而主张摒弃旧实体法说，尤其是旧实体法说在请求权竞合上的不足，理论界也会照搬“电车事件”来予以证成。然而，在没有掌握请求权方法之前，至少我个人对于旧实体法说、诉讼法说与新实体法说之间的区别并未真正辨析清楚，尤其对诉讼法说和新实体法说这些新诉讼标的理论运行的前提条件也并不清楚，而所谓的经典案例“电车事件”在中国的司法实践中也并不真正存在。而通过案例研习课程掌握了请求权方法后，这套德国式的民法分析方法与德国法上诉讼标的识别理论的不同学说能够完美契合。再观察中国实践，就会发现，目前中国法官并未完全掌握请求权方法，并无可能在实体审理时对与诉讼请求有关的所有的请求权进行全面检索，巨大的结案压力也让即便具备检索能力的法官没有动力去主动检索，在此情况下，如果采取新说理论，反而会阻断当事人的实体权利获取司法救济的机会。因此，我十分坚定地得出了目前中国诉讼标的理论应当坚持旧实体法说，否则对当事人和法院都会带来灾难的结论。相反，德国学者担心的旧实体法说的重要缺陷（主要是请求权竞合）在中国司法实践中本身不构成显著问题，且也可以通过其他补丁予以完善，无须过多的担心。

二

正是基于上述两方面的原因，我的研究兴趣发生了较大程度的转向。如果用时下流行但我个人未必完全赞同的学术术语来说，就是从“社科法学”转向了“民法教义学”，研究工具从自己曾经非常喜欢但也未必娴熟的社会科学理论逐渐转化为“重剑无锋，大巧不工”的法解释学方法，研究对象也从中国特有的法律现象——例如我曾经十分关注并撰写过论文的调解制度、人民陪审员制度、审判公开制度等——转向民事诉讼法和司法解释中规定的诉讼制度及其在司法实践中的运行结果（裁判文书）。本书就是这一转向后研究成果的汇集。

具体来说，第一部分主要收录的是两篇对民诉基础理论的研究。民诉基础理论的内容其实相当丰富，包括诉讼标的、诉的类型、诉讼要件、诉讼行为、

诉权、既判力、当事人适格、证明责任等等。然而，介绍梳理容易，真正要对基础理论问题加以研究却十分困难。因为中国民事诉讼法的绝大多数基础理论问题其实都是承袭外国法研究的成果，需要澄清乃至发展的空间并不太多。因此，大多数民诉基础理论适合由教科书加以介绍，很难作为中国学者自己的研究成果。本书第一部分中的两篇文献，其实是对确认之诉和形成之诉两种特殊的诉的类型的研究，并希望借此澄清中国法上一些未必准确的认识。诉可以分为确认之诉、给付之诉和形成之诉三种类型已经是中国民事诉讼法的常识，但由于这一理论分类完全承袭大陆法系，因此，对于为何要进行这种划分，理论界并未给出清晰的回答，进而也产生了确认之诉和形成之诉在实务中被误用的情形，并引发一些实务难题。本书的研究旨在强调：(1) 确认之诉的提起必须具有必要性，在欠缺此种必要性的情况下确认之诉不能得到受理；(2) 大陆法系限缩确认之诉的方法是确认利益，但中国法上无论理论界还是实务界，对于确认利益并无深切直观的认识，因而应当首先从诉讼标的上予以严格限制，只有司法实践中认为确有必要并进行充分说理后，方能突破限制，提起确认之诉；(3) 形成之诉的诉讼标的是形成诉权，而不能是普通形成权；(4) 针对普通形成权法律效果提起的诉讼，只能属于确认之诉，而确认之诉本应受到限缩，因而普通形成权原则上应当直接行使，无须通过诉讼方式确认其效力。其实，上述成果大都是大陆法系民诉基础理论中细节内容的重述，之所以要对其进行研究，是因为中国法并未系统的承继相关理论内容，因而需要特别的说明澄清。其实针对给付之诉，我也一直在酝酿就其诉讼标的做一基础研究，基本观点是在中国现实情境下，应当坚持旧实体法说，不宜盲目跟风适用外国法上可能占据通说地位的各种新说（诉讼法说、事件说）。但因为给付之诉是整个诉讼标的和诉的基础理论研究的焦点，需要回应的文献太多，而自己又勤奋不足，所以一直未能成篇。

第二部分是民诉基础理论在具体司法实务中的应用。与基础理论研究本身的困难相比，用民诉基础理论去分析中国司法中的具体问题，并得出相应的解释方案，其门槛要低了许多。但从实际功效上，基础理论研究容易晦涩空洞，而通过基础理论分析却能够直刺要害，解决具体问题，与实务界和理论界

的法律同人对话沟通,彰显民诉基础理论的力量。本书第三章对确认他人恶意串通合同无效之诉的研究,就是运用诉讼要件理论对这种确认之诉能否提起以及可能面临的现实问题进行的分析,并结合民法上债权撤销权的知识,得出了应当限制此类确认之诉的结论。第四章对诉讼抵销实现路径的研究,也是沿袭诉的类型,对形成权和请求权的具体诉讼形态予以分析,进而在对比大陆法系民事诉讼法典关于诉讼抵销的特别规则后发现,当抵销主动债权存在争议时,中国法上应通过反诉的方式对其予以确定,而不能固守诉讼抵销是一种抗辩的大陆法系通说。第五章对公司决议诉讼裁判的研究,则是运用既判力理论,对确认公司决议无效之诉和撤销公司决议之诉两种公司决议诉讼进行研究,并对《公司法解释四》相关规则予以评析,强调应当将决议效力作为最小审判单位,从而确保商法追求的商事交易的安全稳定。第六章对离婚损害赔偿之诉的研究,也是运用诉讼要件和诉的合并理论,对当时有效的三个婚姻法司法解释中相关条文的分析,尝试厘清离婚之诉与离婚损害赔偿之诉之间的区别与联系。第七章对管辖协议的研究,其实是希望对诉讼契约这种特殊诉讼行为的理论内容进行探索,由于诉讼行为基础理论的薄弱,因此主张首先借鉴民法上法律行为理论来对管辖协议的性质和生效要件予以体系化构造。第八章是对追加当事人这一民诉法上基本制度的要件梳理,第九章和第十章都是对财产保全制度法律效果的具体研究,前者在分析方法上主要通过比较法资源,进而提出一种立法论对策,而后者则是从法教义学角度对查封在公法和私法上不同法律效果的具体构建。这三章其实都是对法院在民事诉讼中特殊审判行为的观察。与普通法系和大陆法系国家不同,中国法院在诉讼程序中拥有独特的主导权,因而有必要针对其在裁判之外的其他审判行为予以理论建构。

第三部分则是我个人编撰的教学案例,以体现民诉基础理论在教学实践中的应用。民诉基础理论如果不通过合适的教学方法传递给学生,那么这些基础理论就会变成空洞的概念名词,被任性随意的使用。作为一名北大教师,我一直认为教学是我首要的工作。这不仅仅是北大法学院很多老师身体力行的教导,也是因为我的确能够从教学中增进对民诉基础理论的理解和研究。

北大法学院近年来的教学改革，在教学和考试环节都有较大的革新。在教学方面，开设了系统性的案例研习课程，而在考试方面，无论是课程的期中期末考试，还是研究生推免和复试，题目类型都偏重应用，传统强调记忆的简答、论述逐步被侧重理解与分析的案例题替代。在这些题目中，虽然也保留了一些记忆性的知识，但更加强调对知识和理论的体系性把握。一个典型的例证是，近年来北大法学院的很多课程的考试都尝试开卷的方式，允许学生携带法条和教科书，这也与国家法律职业资格考试的改革趋势一致。因此，民诉基础理论在具体应用于司法实践之前，首先就可以应用于教学实践中，让未来的法律人提前掌握理论和运用理论分析疑难问题的能力。

本部分收录的前六个案例，都曾作为考试案例和作业案例在北大法学院教学过程中使用过，而通过批阅试卷和作业发现的一些学生的常见错误，也记录在后，供读者参考。其中，最后一个案例其实是我和曹志勋老师主持《民诉案例研习》课程的一份关于多数人诉讼中当事人地位如何确定的案例分析报告，更多的体现了北大《民诉案例研习》课程的特色和分析框架。多数当事人理论本身也是民诉基础理论中的重要组成，这份报告没有专门分析必要共同诉讼、普通共同诉讼、有独立请求权第三人和无独立请求权第三人等不同类型的基本概念，而是基本沿用中国法通说，构建了一个较为高效的确定当事人地位的分析框架。经过北大几年的教学实践，该课程取得了较为良好的反馈。承蒙李昊教授青睐，这份案例报告也在《燕大法学教室》创刊号上得以发表。

我当然不敢夸口说读完本书就能理解民诉基础理论有什么用，或者就一定可以运用民诉基础理论完成案例分析。但这确实是我自己在北大任教九年来学术工作的一个总结。民诉基础理论很多，我自己的研究远远无法覆盖，但也可以作为一个挂一漏万的例子，来体现民诉基础理论在中国司法实践中面临的困境和可能的变革方向。当然，由于本书是一个较长时期的工作成果汇总，其中大多数研究内容是逐次形成，也曾以论文或报告的形式发表过。而2020年《民法典》的实施和2021年最高人民法院对民事司法解释的大范围修订，都使得一些研究已经过时。当然，用一种“高情商”的说法，也可以说我的部分研究得到了立法机关和最高人民法院的回应，对法律和司法解释中存在

的问题予以完善。作为一项阶段性总结,我无意也无力对这些问题全部删改。但为了确保读者阅读时的流畅和准确,对于法典和司法解释发生修订之处,都通过脚注方式,说明了变化内容,并简单分析法律和司法解释修订对研究的影响,一些存在重要修订之处,也在正文中予以了相应的增删。

三

年少求学功力不足,阅读学术书籍力有不逮时,往往喜欢转进到前言后记,看着作者对一连串熠熠生辉的名字致敬或致谢,仿若读到《水浒传》中好汉排行榜的快感,尤其是当看到原来作者与某某教授也有联系,更是有一种发现草蛇灰线的快感,仿佛自己也置身于作者构建的虚拟的共同体之中。但年纪越大,对这种姓名崇拜越是无感,甚至于恐慌。一方面,中国传统文化似乎总是鼓励含蓄而非公开表达,个人化的感谢在序跋中的展现,虽然作者本身诚意满满,但却难免有沾光之嫌;另一方面,也很担心由于无心的疏忽,或是遗漏了对自己有重要帮助的人士,或是在排序先后上未必合理,增加了无法挽回的遗憾。因此我心底虽然有万语千言,但在这里却未敢将引领、提携我走上学术道路,从知识、方法到人品上给予诸多指导的老师前辈、和我畅所欲言即便观点不同方法有异但却能肝胆相照心有灵犀的学友同侪、默默无闻甘做嫁衣给我不成熟的作品提出各种扎实恳切的修改意见却又包容鼓励力促发表的刊物、出版社乃至自媒体的编辑们……的大名一一列出。就请允许我把最真诚的感激都埋藏在心底,在未来的学术生涯和日常交流中以具体的行动回馈报答您们吧。

最后,我特别想在这里感谢的,是两个平时很难有机会表达敬意和谢意的群体。某种意义上,这本书其实是为他们而写:

一是中国民事司法的实践者,即人民法院、仲裁机构和律师事务所争议解决组中从事民商事争议解决的法律人。是你们讲述的故事,提出的问题,和做出的判断,让我坚信尽管我国与西方国家在司法制度和诉讼传统上都有诸多不同,但民诉基础理论的解释力可以也应当具有普适性。而这本书中提出的理论和见解是否能够解决中国司法中的真实问题,也有待你们的检验。

二是我在北京大学法学院和国际法学院指导和授课的学生。包括本书在内的我的很多研究心得，你们都是第一读者甚至是唯一读者。而我的一些研究助手还在这一过程中承担了资料检索、文献审校、作业批阅等工作。北大学生的优秀、勤奋和思辨精神自然是无须赘述的，但即便聪慧如你们，在学习民诉时面对繁杂的程序和制度知识时也往往会流露出因为欠缺体系感而产生的困惑无助。因此，帮助你们理解民诉基础理论后去勾连具体制度和关联学科，运用民诉基础理论去分析解决具体案例从而提高分析效率和获得准确结论，是我选择本书研究路径和研究对象的重要力量。至于是否能够达到理想的教学效果，也有待你们的评判。

目·录

第一部分

诉的基础理论研究

第一章 确认之诉的限缩及其路径	003
一、问题的提出	003
二、确认之诉的历史演进与具体特征	004
三、我国确认之诉的实证考察	008
四、限缩确认之诉的必要性	017
五、限缩确认之诉的路径选择	027
第二章 普通形成权诉讼类型考辨 ——以合同解除权为例	035
一、问题的提出	035
二、形成之诉的诉讼标的：形成权抑或形成诉权	036
三、形成判决的效力范围	039
四、形成之诉与诉的合并	044
五、结论	049

第二部分

诉的基础理论之实务应用

第三章 确认他人恶意串通合同无效之诉的合法性检讨 ——最高人民法院指导案例 33 号的程序法评释	053
一、引言	053
二、诉的合法性理论概述	054

三、确认他人恶意串通合同无效之诉的合法性剖析	058
四、保留抑或废除：两种解决方案的权衡	065
五、结论	070
第四章 诉讼抵销在中国法上的实现路径	072
一、问题的提出	072
二、诉讼抵销的既有路径概述	073
三、既有路径无法实现诉讼抵销的原因分析	076
四、诉讼抵销在中国法上的实现路径	083
五、结论	089
第五章 公司决议诉讼的裁判效力范围	091
一、问题的提出	091
二、民事裁判效力理论概述	092
三、对何事生效：裁判效力的客观范围	094
四、对何人生效：裁判效力的主观范围	100
五、从何时生效：裁判效力的时间范围	104
六、结论	105
第六章 独立与合并：程序法视角下的离婚损害赔偿之诉	107
一、引言	107
二、我国离婚损害赔偿之诉的制度框架及实践问题	109
三、独立之诉：离婚损害赔偿之诉与离婚之诉的关系	113
四、诉的合并：离婚损害赔偿之诉的解释学考察	120
五、结论	130
第七章 管辖协议的理论重构	131
一、问题的提出	131
二、管辖协议的性质定位	134
三、管辖协议的意思分解	139
四、管辖协议的要件重构	146
五、结语	152

第八章 追加当事人制度的理论追问与程序构建	153
一、现状描述与现实问题	153
二、追加当事人制度的理论追问	155
三、追加当事人制度的程序建构	163
第九章 财产保全制度的结构矛盾与消解途径	167
一、我国财产保全制度的历史溯源与现状描述	167
二、我国财产保全制度的结构性矛盾分析	170
三、回归诉讼程序：比较法视野下的矛盾消解途径	175
四、建构缓冲机制：技术视角下的矛盾消解途径	181
五、结论	186
第十章 民事司法查封的效力	188
一、问题的提出	188
二、查封效力的发生要件	191
三、查封的双重效力	198
四、结论	205

第三部分

诉的基础理论之案例研习

案例一 隐秘的角落案	209
案例二 平原上的夏洛克案	220
案例三 实业公司与开发中心、食品厂厂房租赁案	238
案例四 张某机场托运行李遗失损害赔偿案	253
案例五 甲公司、乙公司与丙公司确认买卖合同无效案	260
案例六 李某与蔡某股票冻结损害赔偿案	266
案例七 代办托运案	
——复杂诉讼中当事人地位的确定方法	274

第一部分

诉的基础理论 研究

