

民事诉权学说探析

戴 锐

(北京大学 法学院,北京 100871)

[摘要] 诉权,从词义上理解似乎是公民进行诉讼的权利。诉权理论自提出以来,学术界的争论就没有断过,各种学说层出不穷。关于诉权性质以及内容的争论尤其激烈。诉权理论与民事诉讼其他理论范畴有着密切的关联,诉权理论的混乱影响到民事诉讼整个理论体系的和谐。有必要对各种诉权学说的内涵及其反对观点进行比较完整的概括和介绍,在此基础上通过引入诉讼要件的理论,对两种主要的诉权学说进行评析,分析其不足之处,从而得出关于诉权内涵的合理见解。

[关键词] 诉权; 诉权学说; 诉讼要件; 诉讼审理

[中图分类号] D915 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2008)01-0054-06

一 诉权说的历史沿革

(一)一元诉权说

1、私法诉权说

历史上最早出现的诉权学说就是私法诉权说。该学说认为诉权就是民事实体请求权在审判中的运用和表现,是当事人在诉讼中主张的民事实体请求权。该学说盛行于公法学说还不太发达的德国普通法时代,以萨维尼(Savigny)和温德雪德(Windscheid)为代表。

这一学说的缺陷是十分明显的,(1)诉权是对于国家司法机关(法院)的权利而非对于被告的权利,诉权与实体法上的权利应当有所区别;(2)在消极确认之诉中,原告对于被告并没有主张任何实体法上的权利,而只是请求法院对原告之间争议的法律关系或者法律事实予以确认,私法诉权说对此无法自圆其说。(3)法院受理案件之前必须查明原告有无实体权利,而这恰恰是需要经过审理才能确定的。

2、公法诉权说

由于当事人提起诉讼的指向是审判机关,因此学者开始认为诉权并不是实体法上请求权所派生出来的权利,而是一种公法上的权利,公法诉权说由此而生。公法诉权说包括抽象诉权说、具体诉权说(权利保护请求权说)、本案判决请求说和司法行为请求权说等学说。

(1)抽象诉权说

该学说认为,诉权是当事人向法院提起诉讼请求合法判决的权利;诉权仅限于发动诉讼程序;任何人不管实体权利是否受到侵犯,均享有诉权。由于诉权的内容在于请求法院作出裁判,而非要求就具体权利内容请求法院作出裁判,所以,称为抽象的诉权说。

抽象诉权说同样存在理论上的不足之处:1)这个学说的根本缺点,就在于使诉权的内容空洞化。由于不要求为具体内容的判决,在法院作出的是驳回起诉的判决时,也视为当事人的权利得到了满足。2)没有说明何人在何种情况下可以提出诉讼,也没有说明法院在何种条件下可以作出胜诉判决,这其实同样无法限制法院滥用其审判权。3)并且诉权如果是指任何人均可起诉而请求法院作出裁判,则仅能认为是拥有起诉的自由,尚难称为权利。^[1]这种抽象诉权实际上就是诉讼权利能力,没有独立存在的价值。

(2)具体诉权说(权利保护请求权说)

作为对抽象公权说的修正,诉讼法学者又提出了具体诉权说。该学说认为诉权是个案诉讼中原告向法院请求作出特定内容的判决的权利。该学说和公法诉权说的区别在于,将原告的具体权利主张作为诉权的内容。由于没有说明被告是否也享有诉权,该学说很快被改进的权利保护请求权说所吸收。^[2]

权利保护请求说认为诉权在提起诉讼之前就存在于当事人双方,是当事人请求法院作出“利己判决”的权利,原告起诉仅仅是主张判决请求权存在于自己一方,而由法院根据具体的诉讼要件来判断请求权存在于原被告中的哪一方。

该学说认为诉权必须具备各种要件:针对原告的起诉规定了“起诉要件”:原被告有诉讼行为能力或由法定代理人合法代理、案件属于法院主观和管辖、没有重复起诉等。而对于是否判决原告胜诉,则规定了“权利保护要件”,具体包括实体的权利保护要件和诉讼的权利保护要件,实体的权利保护要件是指诉讼标的要件,即原告主张的实体私法请求权存在或者不存在。但仅有此要件会导致和私法诉权说同样的后果,除了此要件外,还规定了诉讼的权利保护要件即当事

[收稿日期] 2007-12-28

[作者简介] 戴锐(1980-),男,湖南溆浦人,北京大学法学院博士研究生。

人适格(请求权利保护的资格)和诉的利益(请求权利保护的利益)要件。

具体诉权说将一般的诉讼要件与权利保护要件严格区分,尤其是在诉的利益方面开创了民事诉讼法学独有理论,创立了民事诉讼法学与民事实体法学相分立的独立基础。^[3]具体诉权说同样存在着很大的缺陷:依据该学说,原告有要求法院按照自己的请求作出胜诉判决的权利,但实际上法院是根据案件展示出来的证据并适用实体法律而作出判决的,通过审查具体的权利保护要件来判断是否给予原被告以保护,而并不是必须依据当事人的主张作出胜诉判决。这就不符合权利义务关系的一般法理:负有义务的人不得对自己的义务为裁判而决定权利人的权利是否存在;如果当事人的诉权还需要法院来判断是否能够行使,这就不能称其为一种权利。

(3)本案判决请求权说(纠纷解决请求说)

抽象诉权说所谓的诉权其实相当于诉讼权利能力;具体诉权说又有将当事人诉权绝对化之嫌,因此出现了对两种学说的缺陷进行折衷的本案判决请求权说,该说认为诉权是当事人要求法院就自己的请求是否正当作出判决的权利。所谓的本案判决包括承认请求的判决和驳回请求的判决。这种诉权不拘泥于原告的权利主张是否正当,即使原告所主张的权利是正当的,但如果没有正当的利益或必要,也照样不被承认。因此,这种诉权的要件相当于从权利保护请求权说的权利保护要件中除掉实体要件之外的诉讼要件。^[4]该说的立论基础是解决纠纷的诉讼目的论,此说诉讼目的由原告请求有利自己判决的保护个人私权目的,转换为当事人请求法院就私权纠纷为法律解决以止争的公益目的,私权的保护只是民事诉讼制度实施的结果与反射。

该学说克服了抽象诉权说和权利保护请求权说的许多缺陷,但是也招致了学者们的批评。按照此说,只有法院在判决之后才知道当事人有无诉权,在诉讼过程中并不知道当事人是否有诉权。这是很成问题的,因为当事人既然已经起诉,如不承认其诉权的存在那么其依据又是什么呢?^[5]

(4)司法行为请求权说

与前述三说一样,该说也属于公法诉权说,认为诉权是对国家机关的公法上的请求权;诉权不依附于民事权利而是独立于民事权利之外。不同的是,该说认为诉权并非存在于诉讼之外的权利,而是诉讼开始后实施诉讼的权能;是任何人请求国家司法机关为司法行为(依实体法和诉讼法审理和裁判)的权利。与抽象诉权说不同,此说认为诉权具有发展的内容,即诉权因起诉而开始,依当事人提出的攻击防御方法在诉讼程序上诉权逐渐开展,依各阶段而演变出其形态,直至裁判为止。^[6]与权利保护请求权不同,司法行为请求权为任何人所享有,而权利保护请求权则只须在一定条件下才能为特定一方当事人所享有。^[7]

此说和实现私法秩序的民事诉讼目的论相协调,认为民事诉讼的目的是实现法律秩序而非保护当事人私人权益。诉经合法提起之后,司法机关根据诉讼法和实体法作出有利于原告或者被告的判决,并非对当事人的诉权履行义务,而

是国家司法机关运用司法权,实行司法行为的结果。原告在请求司法保护时所享有的权利仅仅是公法派生的“第三人利益”,即当事人是受益人而非权利人,诉权不是个人的权利。^[8]

学界一般认为该说有以下缺点:1)诉权应自诉讼程序外部进行运用的权利,而非只于诉讼内行使,否则无法解释当事人何以能起诉;2)诉讼中法院是根据案件展示出来的证据并适用实体法律而作出判决,诉讼的目的并非是为了判断诉权的有无,没有必要承认诉讼内的诉权;3)有学者认为在诉讼上有发展演变者实为自由心证的形成过程,而不是诉权,加上此说没有揭示出行使诉权所需具备的要件,因此和抽象诉权说难以区分,具有与其相同的缺陷。

(二)多元诉权说——二元诉权说

多元诉权说以二元诉权说为代表,该说认为诉权有两层含义,一种是程序意义上的诉权,就是提起诉讼的权利,即起诉权,另一种是实体意义上的诉权,是指原告对被告的实体上的要求获得满足的权利,即胜诉权。两者是相互依存的关系:没有起诉的权利也就不可能有满足诉的权利;同样如果原告没有满足诉的权利,那么起诉的权利对原告来说也就没有保护被侵害权利的价值。

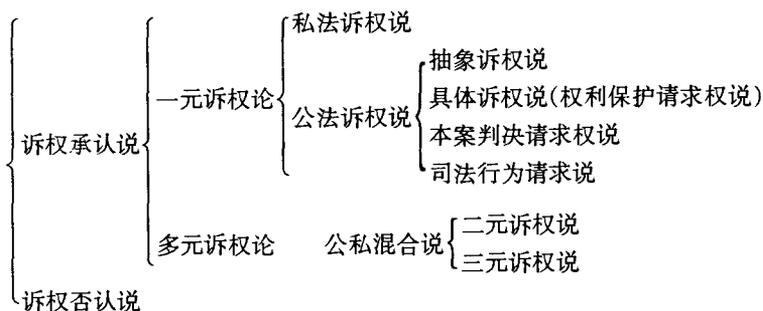
学者对这种诉权学说的批判是尖锐的。二元诉权说其实是私法诉权说、抽象诉权说和权利保护请求权说这三大原初诉权说的简单综合。程序意义的诉权和抽象诉权说无异,而实体意义诉权则是私法诉权说和权利保护请求权说的共同衍生。这种简单的糅合只会使它继续受三大诉权说固有的缺陷。二元诉权说并没有超越具体诉权说,实际上只不过是将其具体诉权说的程序保护要件和实体保护要件作为两种诉权分开定义。^[9]

(三)诉权否认说

鉴于每种诉权学说至今都存在着理论缺陷,有的学者提出了诉权否认说,否认诉权的存在。该说主张以“法律地位”代替诉权的概念,认为当事人之所以能够请求司法机关就其发生的实体权利义务的争议作出裁判,仅仅是基于其“法律上的地位”而已,不是基于诉权。实际上国家创设民事诉讼制度,以公权力解决私权纷争,国民对此国家权力应予服从,任何人都可以随时利用民事诉讼制度以公权力解决纷争,当事人此项法律上的地位并非国家司法机关有何权利义务关系。^[10]否认诉权说的理由还有就是随着诉权成立与否问题被主要作为诉讼要件论加以议论,逐渐使诉权论失去了讨论的意义。^[11]

学界对此学说的批评大致如下:1)一是干涉当事人诉的自由;二是违背宪法的规定。2)现代国家的民事诉讼制度,对于可起诉的一切民事案件,法院应予审理并应裁判;在此制度下当事人的法律地位与在行政法范畴内仅消极的期待行政机关为适当的行政措施的情况,绝不相同;当事人对司法机关应有起诉的权利,法院相应地负有裁判的义务,此项关系非“法律地位”所能解释。^[12]持诉权否定说的许多学者后来或许感到主张过分而放弃了该说。

诉权学说的沿革可以简要列表如下:



二 各种诉权学说小结——一个分析诉权理论的思路

各种诉权学说产生的分歧主要归结为以下几个方面:

(1)诉权的公、私法属性。除了私法诉权说认为诉权是实体请求权的延伸属于私权外,抽象诉权说、权利保护请求权说和纠纷解决请求权说都认为诉权是指向法院,要求法院进行审理裁判的权利,在性质上属于公权;至于二元诉权说,有的学者认为起诉权为公法上的权利,而胜诉权则是私法上的权利。因此诉权是一种公私法相结合的权利。^[13](2)诉权为公民一般地享有,还是为具体纠纷中的涉及人,抑或具体诉讼中的当事人享有。抽象诉权说认为诉权是全体公民都享有的一项权利,而私法诉权说、权利保护请求权说和纠纷解决请求权说则认为诉权是具体纠纷中的涉及人所享有的,诉讼内诉权说认为诉权为具体诉讼中的当事人所享有。(3)在一起具体的诉讼当中诉权是为原告独有,还是当事人双方都享有。抽象诉权说认为诉权为双方享有,权利保护请求权说和纠纷解决请求权说也认为双方均享有诉权;私法诉权说主张的诉权则只能为请求权的权利主体即原告享有,按照二元诉权说的逻辑,诉权也只能是由原告一方享有。(4)在是否对诉权内容进行了阶段性(起诉阶段-审判阶段)划分方面也有区别。抽象诉权说和私法诉权说没有进行这种划分;权利保护请求权说虽然侧重于强调诉权的胜诉权性质,但其区分了起诉要件和权利保护要件,实际上也就对诉权的内容进行了阶段性的区分;纠纷解决请求权说承继了权利保护请求权说的诉讼要件论,因此实际上也作出了区分;二元诉权说则明确地将诉权划分为起诉权和胜诉权。(5)对于审判阶段“胜诉权”的性质存在着争论。权利保护请求权和二元诉权说都认为原告具有要求法院作出有利于其的判决,获得实体上请求满足的权利;而纠纷解决请求说则明确否认原告具有这种权利。

理清了这几个方面的关键性区别后,笔者拟从诉讼过程的阶段构造这一最为重要的方面入手,对诉权应当具备的条件及在诉讼过程中应处的位置进行一个比较详细的分析。

三 诉讼过程的阶段构造——诉权与诉讼要件论的关系

大陆法系一些国家的民事诉讼理论中有“诉讼要件”的概念,指法院对本案实体权利义务争议问题继续进行审理并做出实体判决的要件,所谓“本案判决要件”。这和诉讼开始要件是有明显不同的。^①

(一)审查受理和起诉要件(诉讼成立要件)

具体诉权说将一般的诉讼要件与权利保护要件严格区

分,尤其是在诉的利益方面开创了民事诉讼法学独有的理论,创立了民事诉讼法学与民事实体法学相分立的独立基础。^[14]而诉权否认说的一大理由就是诉权成立与否问题被主要作为诉讼要件论加以议论。因此笔者拟从诉讼过程的阶段角度,逐一分析各个阶段诉讼要件,以考察诉讼要件论和诉权论关系,及在诉讼要件论发达情况下,诉权论的意义。

感到有必要向法院寻求公力救济的公民可以随时按照诉讼法的规定向法院提起诉讼,提交相应的诉讼资料,法院对这些诉讼资料进行形式审查,查明是否具备起诉要件,然后决定是否受理,法院受理之后诉讼才正式系属于法院。法院进行形式审查的标准就是起诉要件,学者一般认为包括如下几个条件,诉状中必须写明需要记载的事项,交纳规定的手续费,将诉状送达于被告。关于诉状需要记载的事项,大陆法系各国的民事诉讼法典都明确规定必须表明当事人和诉讼标的。^②起诉时所表明的当事人是形式上的当事人,即在诉状中表明的原告和被告。诉状中表明的原、被告就是本起诉讼的具体当事人,并不用查明他们和本案争议的实体法律关系的联系。满足了这个要件,才可以说是解决了当事人确定的问题。诉讼标的从字面上来讲就是法院审理裁判的对象,但是关于这种对象本身的内容,不同的学说有着不同的观点,笔者在审判阶段还将具体论述。在起诉受理阶段,关于诉讼标的只要求能够给出具体的诉讼请求和事实理由,这里支持诉讼请求的事实理由是原告所认为的事实和理由,并且仅指诉讼请求得以特定所需的最低限度的案件事实,法院在审查受理时并不确认其真实性,因而也是一种形式上的要求。当起诉要件(诉讼成立要件)明确不满足时,法院应当给予当事人一定的补正的时间,只有在补正仍不合格时,法院才能驳回诉状。起诉方在法院作出这种驳回时,还享有向上级法院提出救济的权利。由于没有经过实质性审理,因此原告并不丧失对本纠纷再次起诉的权利。正是由于起诉阶段的审查仅仅是形式性的,可以说当事人有要求法院对具体纠纷开启审判的权利,法院必须向当事人承担受理案件的义务。这就如同不动产转移中的登记制度一样,法律规定必须登记的不动产转移,未经登记其转移不生效力,虽然财产权人要向登记机关提出登记申请,但是这种审查仅仅是形式审查,并不能因此而否定当事人的财产处分权。

(二)诉讼审理和诉的合法性要件

诉讼要件不同于起诉要件(诉讼成立要件)。因为诉讼要件是在已经开始的诉讼程序中被法院调查的。诉讼要件达到其目的所必须具备的事项叫诉讼要件,即从原告来说具

备对请求审判的要求被采纳的事项;从法院来说具备对该请求作出本案判决的事项。^[15]

1、诉的合法性要件的含义与分类

经过起诉阶段,诉讼系属于法院,具备了进入实体审理阶段的初步条件。但是在此之前,从逻辑顺序上来看,在进行本案判决之前,诉讼还必须满足诉的合法性要件(有的学者将其称为广义的诉讼要件。^[16]也有学者认为诉讼要件过于笼统,采用实体判决要件的说法更为准确。^[17]

按照涉及的诉讼主体的不同,诉的合法性要件可以分为:(1)关于法院的诉的合法性要件:属于法院裁判权的范围;属于审理本案的法院管辖。(2)关于当事人的诉的合法性要件:当事人实际存在;具有当事人的能力;具有诉讼能力;在无诉讼能力的情况下具有有效的法定代理;当事人适格或者具有诉讼实施权(Prozeßführungsrecht);(3)关于诉讼对象的诉的合法性要件:不属于重复诉讼(争议案件没有同时存在其他法院系属,对争议的标的的存在已发生实质既判力的裁判);具有诉的利益(关于客体的诉的利益/狭义的诉的利益);起诉的合法性,包括诉具有必要内容和委托代理人起诉时授权的有效性。^[18]

还有学者将当事人适格或者说具有诉讼实施权作为关于主体的诉的利益,和关于客体的诉的利益一起归为诉的利益(权利保护利益),而将其他要件作为形式要件。^[19]因为当事人适格和诉的利益都需要根据具体诉讼的情况,并紧密结合请求的内容来作出判断的诉讼要件,在这一点上,诉的利益与作为“与案件内容无关”之一般性事项的其他诉讼要件形成鲜明的对比。^[20]诉的利益是从“纠纷解决的必要性及实效性”之请求客观层面来予以考虑的概念,而当事人适格是从“纠纷解决的必要性和实效性”的当事人主观层面来予以把握的概念,两者在内在方面存在着联系。^[21]

2、诉讼审理

即使诉被有效提起,也只有诉合法的情况下才会发生实体辩论和实体裁判。这种审理结构可以称为复式审理结构。虽然在实际时间上对诉的合法性要件的审理和民事争议的审理不是绝对的前后关系,受诉法院对诉的合法性要件的审理和对民事争议的审理往往是同时并行的。但从这种先后的逻辑顺序上来讲,即使本案的审理先于诉的合法性要件的审理结束,得出驳回请求的结论,仍应进行了诉的合法性要件的审理才能正式作出。诉的合法性要件属于判决事项,原则上要求以口头辩论的形式进行审理。诉的合法性要件的审理对象是诉讼程序上的事项,因此称为“诉讼审理”,其判决称为“诉讼判决”(Prozeßurteil)。诉讼审理适用于诉讼系属中的各个阶段,在初审的口头辩论期日之前和上诉审中都可以进行。原则上应当对诉的合法性要件进行言词辩论,法院根据言词辩论的结果作出判决。如果审理结果表明不具备诉讼要件,诉的系属就被视为不合法的,不合法的诉将被诉讼判决驳回,但此时不能同时进行实体驳回;如果审理结果证明具备诉讼要件,则可以作出诉合法的中间判决,也可以在本案最终判决的理由中叙述,实体审理可以开始或者继续进行。

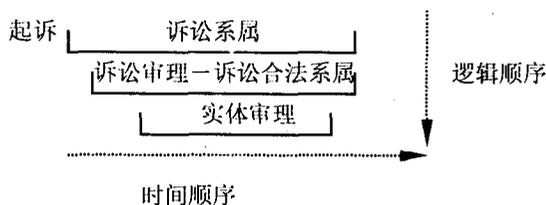
(三)实体审理和权利保护要件(本案要件)

诉讼审理完成之后,就可以开始实体审理(本案审理),法院判断当事人是否具备权利保护要件,以决定是否承认当事人诉讼上的请求。当事人诉讼上的请求就是本案的审理对象,因此权利保护要件是关于诉讼标的的保护要件。它实际上就是原告主张的请求权、形成权和请求确认的民事法律关系存在或者不存在的要件,其依据在于民事实体法所规定的法律关系的构成要件。这个要件是当事人在实体上胜诉败诉的关键,也是法院作出具体的本案判决的原因。

诉讼标的通常由权利主张面和权利根据面构成,因此对其的审理必须坚持处分原则和辩论原则,法院不能擅自进行职权干预。

四 从诉讼要件角度分析各种诉权学说

诉讼过程的阶段构造可以分为起诉后的诉讼系属阶段、诉讼系属期间的诉讼审理阶段和系属期间的实体审理阶段。从案件的时间流程上来看,起诉是诉讼程序的开端,诉讼审理在起诉后诉讼系属的阶段展开,在罗马法早期实行“阶段性诉讼”的方式时,实体审理是严格在诉讼审理之后进行的,而在现代的大陆法系国家,采用“复式审理构造”,实体审理和诉讼审理是并行的。从逻辑顺序上来看,应该是先起诉后进行诉讼审理最后才进行实体审理,这种关系可以用下图来表示:

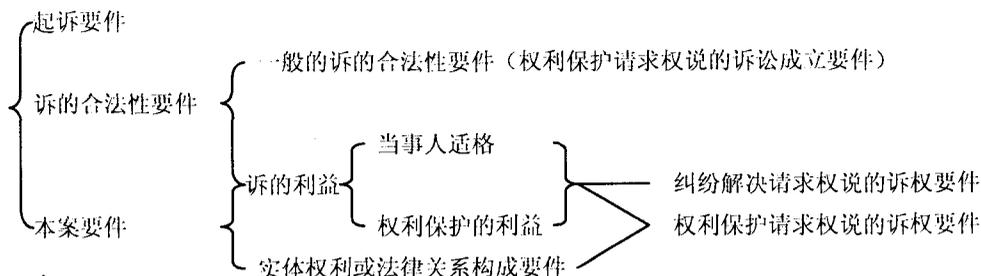


在各个诉讼的阶段,法律规定了不同的要件。在国外,对原告的起诉几乎没有设定什么条件,向法院提出诉状,诉状中记载当事人及法定代理人和请求目的及原因,交纳诉讼费等都属于纯形式上的要求,与其说是起诉要件不如说是起诉的方式。关于诉讼审理的要件即诉的合法性要件,如前所述分为诉的利益和一般的诉的合法性要件两类。关于实体审理的要件则是本案要件,即作为诉讼标的的法律关系存在或不存在。

权利保护请求权说认为诉权是就具体内容请求法院为自己有利判决的权利。其判断诉权存在的要件包括本案要件和诉的利益要件,又统称为权利保护要件。由于诉权存在的要件包括了本案要件,因此在以上权利保护要件都得到满足时,原告的诉权就存在,法院自然必须作出有利于原告的判决;同理,如果被告满足了权利保护要件,则被告的诉权存在,法院有义务作出有利于被告的判决。纠纷解决请求权说则从纠纷解决的民事诉讼目的论出发,认为诉权的目的是为了需求解决纠纷的本案判决,而不是像具体诉权说那样站在私权保护的立场,认为诉权的目的是为了求得利己判决;法院为本案判决(无论原告胜诉还是败诉),均是承认原告有诉权的结果。^[22]所以本案要件不属于纠纷解决请求说的诉权

存在要件,诉权存在要件仅包括诉的利益要件。关于这两种

学说间的关系可参见下图:



如上所示,权利保护请求权说认为诉的利益应属于本案要件(权利保护要件)中的诉讼的权利保护要件。因此在欠缺该要件时法院应当以诉无理由作出驳回判决。而纠纷解决请求权说认为诉的利益(权利保护利益)的存在是诉权的要件,而诉权之存在为诉的合法性要件之一,从而认为诉的利益是诉讼要件之一。^[23]因此在欠缺该要件时,应当作出诉不合法的驳回判决。

笔者认为权利保护请求权说将胜诉权作为诉权的实质内容,以胜诉权的有无来判断诉权的有面无临理论上的巨大难题,即胜诉权的有无只有在法院经过实体审理,作出实体判决之后才能确定,这就无法回答在此之前的整个诉讼系属过程中诉权存在与否的问题,也偏离了当事人因何提起诉讼的主题。最明显的就是若法院作出原告败诉判决,则原告的诉权就不存在,那么原告又是据何起诉,参与审理的呢?此说在这点上与私法诉权说的面临的困境一样。只不过因为胜诉权要件的内容中加入了诉的利益,因此才和实体请求权要件有所不同;并且认为权利指向的对象是法院和被告;并且将一般的诉的合法性要件作为诉讼成立要件,作为判断胜诉权存否的前提,从而和私法诉权说区别开来。纠纷解决请求说在诉权要件中去除了实体权利构成要件,从而使得认定诉权的有无成为本案判决的前提条件。由于诉权属于诉的合法性要件,因此其有无需要在诉讼审理中进行审查,这同样无法回答在此之前原告是据何起诉,参与审理的。

由上可见,权利保护请求权说和纠纷解决请求权说由于强调各自的诉权要件,因此虽然克服了抽象诉权说过于笼统,内容空洞的缺陷,但是其必然会导致对诉权本身的审查成为诉讼程序的内容,诉权成为程序内的诉权的结果。而将诉权看成是程序内的诉权就丧失了解释缘何可以开启诉讼的能力。并且将法庭审理的内容看成是调查诉权的有无并没有必要,因为诉讼的目的是为了解决纠纷,而不是为了查明诉权的有无;诉的利益是法律为了平衡原告和国家及被告的利益而设定的一项由法官掌握的衡平法则,没有必要解释成诉权的要件;原告和被告围绕包括诉的利益在内的诉的合法性要件所展开的言词辩论其实就是在行使与之相关的诉讼权利,没有必要将其看作是诉权的具体权能。

五 关于诉权学说的总结

(一) 诉权的内容

综上所述,笔者认为所谓诉权只能限制在诉讼开启阶段,定义为当事人启动诉讼的权利,法院对这种行使权利的

行为只能履行受理的义务。为了避免原告滥诉,损害被告和国家的利益,法院可以在诉讼程序进行过程中考察原告之诉的诉的利益要件,以平衡原告、被告和国家三者间的利益。此外,原告在起诉之初所缴纳的受理费本身也是防止其滥诉的一个保障。和抽象诉权说那样的起诉的自由不同,笔者主张的诉权说是具体的,其行使主体是诉状上记载的原告,其主张的理由则是诉状上确认的诉讼请求。有人会提出这样的批评,即原告开启了诉讼,然而法院对其作出败诉判决,则与原告利用诉讼制度的初衷不符。笔者在诉讼目的论方面主张程序保障主义下的纠纷解决说。原告开启了诉讼,被告应诉答辩,两者在诉讼程序中享有平等的程序保障权,在两者实现充分的辩论和对抗,在程序限度之内查明的事实的基础上由中立的法院作出的定分止争的判决,必须为两者接受,这不仅是从两者的利益考虑,也是出于安定秩序的国家目的。所以认为如果对原告作出败诉判决就不符合赋予原告诉权的本来目的,实际上是单纯从原告出发的一种诉的利益观,是无法令人接受的。

(二) 诉权的根据

如果诉权在诉讼程序开始之前就存在于纠纷涉及人之中,那么其根据是什么呢?是实体法还是诉讼法呢?笔者认为诉权的根据应当来自于宪法的规定。

虽然许多国家的宪法都没有明确规定诉权,但法治国家的长期传统表明司法救济之获得是公民的一项基本权利。根据“没有救济就没有权利”的逻辑,并且由于国家对私力救济的禁止,获得司法救济的权利可以说是所有其他权利获得保障的前提。而现代法治国家是指具有规制国家各项权力的基本规范的立宪型国家,同时是平等保护公民和国家机关遵守法律的权利保护型国家。因此法治国家基本上都规定了公民有获得司法救济的权利,以及在此范围内由国家提供经济帮助的基本权。这就向当事人及诉讼参与者提供了利用公正的法治国家司法程序的保障。^⑨

(三) 诉权和当事人程序基本权的关系

当事人除了应有诉权外,还有正当程序请求权,或者称为法的听审请求权,也可以称为接受公正裁判的权利,或者说是司法保障请求权。在美国,法的听审请求权来自正当程序条款。在英国,则是古老的自然正义原则。普遍认为,这种要求公正审判的权利包括:人人都有在自己参与的审判程序中提出申请、主张事实和提出证据的权利,相对方应能对此获得通知并陈述意见;作出裁判的法庭必须是中立和独立的;裁判必及时作出。这种接受公正审判的权利是法治国家

的公民都享有的。权利可以称为是一种不受侵犯与阻碍的自由活动的能力。^[24]诉权和当事人的程序基本权虽然都源自于宪法的规定,但是和当事人的程序基本权不同,诉权是当事人开启诉讼程序的权利。如果将当事人的程序基本权也视为诉权的内容,必然会偏离当事人因何可以提起诉讼这个主题,也是诉权的内容散漫化。

[注释]

①对于诉讼要件的分类和称谓及对诉的利益之称谓,各国之间,国内学者之间,不同学说之间存在着很大的差异,非常混乱,比较典型的观点如下:如兼子一认为诉讼要件(广义)分为诉讼要件(狭义)和保护权利要件,保护权利要件又分为:实体要件/保护权利的资格和利益。参见[日]兼子一,竹下守夫.民事诉讼法(新版)[M].白绿铨译.北京:法律出版社,1995.49-51.张卫平教授认为诉讼要件分为起诉要件和实体判决要件。参见张卫平.民事诉讼法[M].北京:法律出版社,2004.272-273.李龙教授认为权利保护要件分为实体要件和诉讼要件;诉讼要件又可以分为当事人适格要件和法律上正当利益要件。参见李龙.民事诉讼标的理论研究[M],北京:法律出版社,2003.131.

②德国民事诉讼法第253条规定,起诉以书状之送达为之;书状应记明下列要点:(1)当事人和法院;(2)提出的请求的标的与原因以及一定的申请;(3)在法院管辖决定于诉讼标的的价额,而诉讼标的并不是一定的金额时,诉状应记明诉讼标的的价额,并且要表明,是否有不能把案件交付独立法官的原因。日本民事诉讼法第133条规定,提起诉讼,应当向法院提出诉状。诉状记载下列事项:(1)当事人及法定代理人;(2)请求的目的及原因。法国民事诉讼法第54条规定,诉讼之提起,以当事人提出传唤状或向法院书记官提出共同诉状而为之。第56条规定,除规定执达员文书的应载事项外,传唤状应载有以下各项内容,否则无效:(1)指出已向哪一法院提起诉讼;(2)诉讼标的并陈述理由;(3)指明如被告不出庭应诉,将受到仅依起诉方提供的材料作出的判决;还包括对诉讼请求所依据之文书、材料的说明。

③如意大利宪法第24条第1款、日本宪法第32条。在英国,自由地接受裁判是与普通法和自然法的基本理念相一致的。在美国,联邦宪法承认公民在所有的州都平等地享有

接受裁判的权利。1948年《世界人权宣言》第10条规定,人人享有“完全同权”的、公正的审判程序的权利。1966年《关于公民权利和政治权利的国际公约》第14条第一款。《欧洲人权公约》第14条。

[参考文献]

- [1] [6][12][22]孙森焱.诉权学说及其实用[A].杨建华.民事诉讼法论文选辑(下册)[M].台北:五南图书出版公司,1984.56.62.63.67.
- [2] [10]刘荣军.程序保障的理论视角[M].北京:法律出版社,1999.253.255.
- [3] [7][14][23]陈荣宗,林庆苗.民事诉讼法[M].台湾:三民书局,1996.79.81.79.333.
- [4] [15][日]兼子一,竹下守夫.民事诉讼法(新版)[M].白绿铨译.北京:法律出版社,1995.4.49-50.
- [5] 李龙.民事诉讼标的理论研究[M].北京:法律出版社,2003.132.
- [8] 潘剑锋.民事诉讼原理[M].北京:北京大学出版社,2001.56.
- [9] 常怡.比较民事诉讼法[M].北京:中国政法大学出版社,2002.148.
- [11] [16][日]中村英郎.新民事诉讼法讲义[M].陈刚等译.北京:法律出版社,2001.7.153.
- [13] 谭兵.外国民事诉讼制度研究[M].北京:法律出版社,2003.117.
- [17] 张卫平.民事诉讼法[M].北京:法律出版社,2004.272.
- [18] [德]奥特马·尧厄尼希.民事诉讼法[M].周萃译.北京:法律出版社,2003.177-178.
- [19] 陈计男.民事诉讼法论[M].台北:三民书局,1994.251-252.
- [20] [21][日]高桥宏志.民事诉讼法-制度与理论的深层分析[M].北京:法律出版,2003.281-282.207.
- [24] 张千帆.宪法学导论[M].北京:法律出版社,2004.466.

On the Theories about Right of Action

DAI Rui

(Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: Right of action is the right for a citizen to start the proceeding. Since the emergence of the theories about right of action, the dispute on them is very furious, especially on what is the property of the right. The theory about right of action has close relationship with the other doctrine in the civil proceeding, and the confusion in this area will definitely lead to the collapse of the whole doctrine system. The content of various theories about right of action and also the refutation should be introduced, and through the analysis about the conditions of action of right, the reasonable answer of what the right of action is will be achieved.

Key words: action of right; theory about right of action; condition of proceeding; hearing of condition of proceeding