



JiNan
University

暨南大学
法学文库

张晓薇 著

民事诉权正当性与 诉权滥用规制研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



JiNan University
暨南大学法学文库

民事诉权正当性与
诉权滥用规制研究

ISBN 978-7-5118-5980-8



9 787511 859808 >

上架建议 法学著作·民事诉讼法

定价：24.00 元



JiNan
University

暨南大学
法学文库

民事诉权正当性与 诉权滥用规制研究

张晓薇 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉权正当性与诉权滥用规制研究 / 张晓薇著.
—北京:法律出版社,2014.2
ISBN 978-7-5118-5980-8

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼—研究 IV.
①D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 018743 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/9.375 字数/227千

版本/2014年3月第1版

印次/2014年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5980-8

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书为广东省普通高校人文社会科学重点
研究基地重大项目“知识产权司法资源优化配置
研究”(项目编号:11JDXM82003)成果。

目 录

第一部分 现实篇

第一章 研究诉权正当性问题的缘起	003
一、诉权正当性研究与经济转型的辩证应合	003
二、诉权正当性研究与纠纷解决诉讼化的时代磨合	013
三、诉权正当性研究与诉讼机制价值取向的现实碰撞	018
第二章 诉权正当性问题在民事诉讼制度中的失范	021
一、起诉条件在诉权正当性问题上的应对与失范	021
二、上诉审程序在诉权正当性问题上的应对与失范	031
三、审判监督程序在诉权正当性问题上的应对与失范	038
四、诉讼费用制度在诉权正当性问题上的应对与失范	045
第三章 诉权正当性问题尴尬的原因	064
一、民事诉讼制度整体发展预判的缺位	064
二、民事诉讼制度价值取向的失衡	068
三、诉权理性定位的立法空缺	071

第二部分 理 论 篇

第四章 诉权正当性与诉权滥用问题的法系探讨	077
一、诉权正当性与诉权滥用的大陆法系视角	080
二、诉权正当性与诉权滥用的英美法系视角	122
三、比对：诉权正当性法系认识的差异	136
第五章 诉权滥用定界的域内探讨	140
一、诉权学说路径之定界	140
二、诚信原则学派之定界	146
三、既有研究存在的问题	151
第六章 诉权正当性与诉权滥用的定界	161
一、对价与衡平：纠纷解决、诉权与国家公共资源分配	161
二、诉权正当性的定界	166
三、诉权正当性内涵的展开	169
四、诉权滥用的概念	188
第七章 诉权正当性标准确立的功能与意义	203
一、诉权正当性标准与诉权宪法性保障的理性更正	203
二、诉权正当性标准与法官权限的良性互动	205
三、诉权正当性标准与诉讼制度配置的组合优化	212

第三部分 建构篇

第八章 域外考察：诉权滥用的预防机制与规制机制	221
一、诉权滥用的预防机制	222
二、诉权滥用的程序性规制	233
三、诉权滥用的实体性规制机制	247
第九章 诉权正当性与我国民事诉讼机制的协调与整合	253
一、诉权正当性与诉讼外机制的协调与建构	254
二、诉权正当性与诉讼制度的协调与整合	261
参考文献	277

第一部分 | 现实篇

第一章 研究诉权正当性问题的缘起

我国市场经济的确立,所有制的改革,带动了产权主体的多元化和权益归属的多元化;人与人的交往方式从一种源于共同体的内在的道德和心理约束方式,转变为强调人与人之间的外在的利益约束和法律调整的新方式。市场经济的发展阶段要求和强调的是法律提供权利确立的依据和权利行使的保障,同时,也注重培养民众的权利意识,改变过去单一计划经济体制对民众个体权益的漠视及束缚,恢复商品生产经营者之间的自由平等竞争的关系。在这种背景下,赋予权利的重要性大于限制权利,保障权利的重要性大于规范权利;市场经济体制为权利的赋予提供了必然的理由。正是这一“必然”,使我国在现实中因权利扩展的初级性抵制着权利的社会本位,也正是这一“抵制”带来权利赋予和权利规范的失衡,但是法律却缺乏相应的规制手段,加之纠纷解决诉讼化趋势的推波助澜,在主流观点仍在讨论诉讼文化之“厌讼”时,滥诉已经不期而至。

一、诉权正当性研究与经济转型的辩证应合

任何权利的规定,原则上只是确定一种规范,将人们的行为纳入一定的范围,而不是具体规定权利主体如何行使权利以实现权利的内容,这容易为权利人滥用权利留下空隙。现今,我国正处于市场经

济的转轨时期,法律制度尚未健全,人们正确的权利观念还未完全树立,因而在现实生活中滥用诉权的现象时有发生,干扰了市场经济的有序运行,阻碍了改革开放的进程。

(一) 市场经济与权利配置的应然关系

市场经济是一种以竞争为主要方式、以有效分配社会资源和追求效益为目的的经济模式。市场经济强调资源市场化配置,鼓励人的个性、创造性的发挥;市场经济以市民社会为背景,国家和社会应充分地尊重个人的权利,为个人权利的实现提供保障。

一般而言,在市场经济的运行模式中,权利及承载权利的利益关系的建立有一个逻辑的发展过程,即以对个人权利和利益的合法性承认为起点,以对普遍性的个人之间的利益交换的法律保护为终点。起点阶段被罗尔斯称为自由权利的公正,过程阶段和终点被其称为分配的公正;也就是说,先将个人确定为利益主体,然后在此基础上实现个人利益与社会利益的“合理最大化”。可见,市场经济是一个以个人利益并配备权利为出发点、在竞争与冲突中实现“利益共谋”的系统;它超出了以往社会关系中的一切维系人们关系的准则和规范,它不再是以道德准则及规范处罚的方式进行交往,而是以“权利利益约束”的原则进行交往。基于市场经济之上的现代社会区别于传统人类共同体的一个最大的特点就是,它是为了实现全体社会成员出于个人利益保护而建立起来的系统。

伴随着市场经济的运作,社会经历着向现代化转型的过程;与此同时,人与人的关系历经了从伦理关系向权利利益关系的转变。现代社会建立在人与人之间的权利利益关系之上,利益原则在社会关系中占据主导地位,支配一切。在韦伯看来,伦理关系向利益关系的转变过程是一种从“共同体”向“社会化”转变的过程,也就是从“价值合乎理性”向“目的合乎理性”的转变;目的、手段和附带后果作为

行为的取向,同时既把手段与目的,也把目的与附带后果,以及最后可能的目的相比较,做出合乎理性的权衡。^{〔1〕} 韦伯所说的这种目的合理性行为中的“目的”,以利益为主要内容;参加者的社会行为的方式,从事物的本质上讲,一般最符合他们的正常的、主观估计的利益,他们以这种看法和认识作为行为的取向,用有计划地适应利害关系取代内心服从约定俗成的习俗。^{〔2〕} 一个社会从基于习俗的、价值的、在千百年的生活中形成的行为,向基于目的的、以利益为取向的、在相互关系中相适应的行为转变,必然在伦理道德上,在文化上产生根本性的变化。^{〔3〕} 正如斯密所言:“我们每天所需要的食物和饮料,不是出自屠户、酿酒家和烙面师的恩惠,而是出于他们自利的打算。我们不说唤起他们的利他心的话,而说唤起他们利己心的话。我们不说自己需要,而说他们有利。”^{〔4〕} 斯密说明了现代社会是一个人与人之间利益分化、相互冷淡的社会,建立在从自我利益出发的、自愿交易的“经济关系”的基础下,达到和谐与稳定。在这个基本思想的指导下,市场经济国家逐步建立起了一整套制度体系,保护并且不断地扩大个人的基本权利,保护并且不断地扩大个人赖以实现交换的各种基本条件。

但是,如果认为权利行使的动机是“给定的”、“无条件的”,这仅仅认识到了权利的个体层面,而忽略了市场经济环境下,社会权利和社会总体利益在维系个人权利利益的前提下也需要实现最大化。在

〔1〕 [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),商务印书馆 1998 年版,第 56 页。

〔2〕 [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),商务印书馆 1998 年版,第 61 页。

〔3〕 张晓明:《伟大的共谋——市场经济条件下的利益关系研究》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 68 页。

〔4〕 [英] 亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(上卷),商务印书馆 1974 年版,第 14 页。

此基础上,权利应具备双重性,即权利的个体性和权利的社会性。只有权利的个体性和权利的社会性实现了平衡的状态,才能实现个人利益和社会共同利益有机结合、和谐发展。正如霍布豪斯所言:“把和谐概念作为解决问题的线索,始终如一地按照共同利益来确定个人的权利,并按照构成一个社会的全体个人的利益来考虑共同利益。”〔5〕又如博登海默所言:“(正义)要求给予人们的自由、平等和安全最大程度上与公共福利相一致。”〔6〕如果仅仅满足权利的个体性,是非理性的,不可能实现普遍的公正。〔7〕

因此,权利在法的规范下,是被法律赋予的,它直接来源于人们的社会关系,必须遵循社会的法则。正如罗尔斯所言:“社会的每一成员都被认为具有一种基于正义,或者说基于自然权利的不可侵犯性,这种不可侵犯性是何别人的福利都不可逾越的。正义否认为使一些人享受较大利益而剥夺另一些人的自由是正当的。”〔8〕对此,我国一些学者也做出回应,“权利是由利益的差别和冲突所导向的利益主体的选择活动与外部客观可能性相联结的一种社会关系。这种关系的一端是为了取得权利以满足需要所进行的积极选择行为的个体;另一端则是在一定程度上和一定范围内提供客观可能性的社会。主体的权利依赖于他的意义选择和社会能够提供的意义选择的范围。”〔9〕

回应于权利的个体性和社会性,权利的社会定位也在 19 世纪末

〔5〕 [英]霍布豪斯:《自由主义》,商务印书馆 1996 年版,第 106 页。

〔6〕 [美]博登海默:《法理学——法律哲学及其方法》,张智仁译,上海人民出版社 1992 年版,第 281 页。

〔7〕 参见[英]霍布斯:《利维坦》,商务印书馆 1985 年版,第 98 页。

〔8〕 [美]罗尔斯:《正义论》,中国社会科学出版社 1988 年版,第 25 页。

〔9〕 王人博、程燎原:《权利及其救济》,山东人民出版社 1998 年版,第 63~64 页。

从权利的个人本位转向了权利的社会本位。财产权利和契约自由权利的个人主义受到限制。财产所有人决定使用财产的权利不再是完全自由的和不受限制的,法院在司法实践中也倾向于适用禁止滥用权利的原则。同时,权利的社会本位伴随着福利国家的兴起得到了认同;虽然“福利国家……构成对传统西方的法律制度、诉讼程序、法律价值、观念和规则以及思想方式的严峻挑战,”^[10]但是,“展现在法律发展中的福利、合作主义及公有公社的趋向结合在一起修改了自由主义社会的每一个根本因素。”^[11]

总体而言,我们可以这样归纳发达国家市场经济体制和个体权利之间的逻辑关系:市场经济体制的形成进程为“先发展,后转型”,即市场经济自然成熟,利益交换关系机制自发形成,在市场发展条件下利益关系发展的必要的基础上,逐渐发展出国家对市场经济有意识的干预,即对个体之间的利益、个体与国家之间的利益进行有针对性的调整。^[12] 回应于个人利益之权利,权利在历经个人本位的充分发展后,在国家适当干预的条件下,实现向社会本位的转移,既保障个人权利的充分度,又和社会利益需求相协调,换言之,个体权利受到了国家有意识的合理干预。

(二) 经济转型背景下权利赋予与权利规范的失衡

我国是一个从计划经济向市场经济转变的国家,通过国家的力

[10] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第42页。

[11] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第205页。

[12] 张晓明:《伟大的共谋——市场经济条件下的利益关系研究》,中国人民大学出版社2002年版,第9页。

量建立起市场经济体系；这一转变始于1979年的经济体制改革，通过所有制改革和经济运行体制改革，使公有经济以及国有经济在国民经济中的比重逐步缩小，同时加大非公有制经济在国民经济中的比重，最终确立市场经济的主导地位。针对原有经济体制积累了大量社会利益存量、形成了既定利益关系结构和既得利益阶层的情况下，我国经济体制改革的任務就是确立和实现市场经济体系，回到市场经济体制的轨道，重新培育个人利益主体作为微观的经济个体，并改变既成的利益关系结构，在市场基础上建立起多层次的利益调节机制。

总体而言，我国从传统的计划经济体制向市场经济体制的变迁，是制度的一种重新安排，是制度的变迁。在新制度经济学派代表人物诺思看来，制度是一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范；制度变迁是制度的替代、转换与交易过程。^[13] 从理论上，可以将制度变迁的方式分为诱致性变迁和强制性变迁，所谓诱致性变迁是由个人或一群人，在响应获利机会时自发倡导、组织和实行，而强制性变迁是由政府命令和法律引入和实行。^[14] 我国在推行市场经济的进程中，面临着从计划经济向市场经济转型的国家所面临的共同任务：第一是经济“存量”的转型，将集中在原体制中的现代经济资源大部分转交私人所有；第二是经济“增量”的发展，迅速放开原有体制的束缚，释放被长期压抑的经济潜力，以新机制创造新增的

[13] [美]道格拉斯·C. 诺思：《经济史中的结构与变迁》，陈郁、罗华平等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第225～226页。

[14] 林毅夫：“关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁和强制性变迁”，载[美]R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺思等：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第384页。

可分配社会财富。^[15] 在这种情况下,为了保障资源配置的效率,政府承担着衔接不完全的计划和不完全的市场的任务。^[16] 由此可见,我国采取的是强制性变迁的方式。换言之,作为市场经济后发展的我国,市场经济发展的进程表现为“确立”和“转型”并行的模式,先将发达国家转型后出现的国家对市场过程经济干预的模式引入我国原有的经济体系,运用改革的表现方式变革过去的计划体制,并推动早期市场化和现代化的双重发展,主要的手段体现为通过法律的形式重新分配资源,赋予个人主体权利并配备保障权利实现的相关机制,建构和实现新生的利益关系。法制进程在市场经济的发展氛围下得到了快速的推进。国家通过颁布大量的法律赋予民众权利,权利的保障被放在首要的位置;同时,权利的获取和保障又带动了社会结构的变革,两者互为表里。市场经济的确立,所有制的改革,带动了产权主体的多元化和权益归属的多元化;人与人的交往方式从一种源于共同体的内在的道德和心理约束方式,转变为强调人与人之间的外在的利益约束和法律调整的新方式。市场经济的成型和发展阶段要求和强调的是法律提供权利确立的依据和权利行使的保障,同时,培养民众的权利意识,改变过去单一计划经济体制对民众个体权益的漠视及束缚,恢复商品生产经营者之间的自由平等竞争的关系。在这种背景下,赋予权利的重要性大于限制权利,保障权利的重要性大于规范权利;权利是给定的、无条件的,我们甚至可以这样认为,这种背景下,权利是个体性的,而非社会性的。

市场经济发达国家的经验告诉我们,市场经济确立之后,随之而

[15] 张晓明:《伟大的共谋——市场经济条件下的利益关系研究》,中国人民大学出版社2002年版,第5页。

[16] 陈天祥:“论中国制度变迁的方式”,载《中山大学学报》(社会科学版)2001年第3期,第87页。

来的就是社会秩序的转型,即传统社会向现代社会的阶段性转变,权利在历经个体层面的发展后,权利之社会意义的实现才能最大程度上实现权利以及权利所负载的利益的最大化,因而,权利的社会性最终会取代权利的个体性而成为权利的首要内涵。换言之,个体权利的过度发展,是非理性的,易导致权利的争斗和利益冲突的极端化;只有在合理规范个体权利的基础上,才可能实现权利的共谋和利益的最大化。历经二十多年的改革开放,确立市场经济体制,我国的社会形态正从传统的农业社会向现代的工业社会迈进。伴随着国家大量颁布法律,赋予民众权利,社会的现代化转型带来了权利觉醒和权利斗争的时代特征。^[17] 这样的权利语境实践着权利的个体发展。加之,我国先行确立市场经济体系,随后改革相应的法律体系以适应市场经济体制的需求;因此,市场经济体制形成和发展的初期为权利的赋予提供了必然的理由。而正是这一“必然”,使我国这一市场经济后发展国家在现实中因权利扩展的初级性抵制着权利的社会本位的现代转型,也正是这一“抵制”带来权利赋予和权利规范的失衡。在主流观点仍在讨论诉讼文化之“厌讼”时,滥诉现象已经不期而至。

具体而言,作为协调社会各种利益并保护被确认为合法利益之权利的法律,^[18]在新的历史条件下,得到了相当的发展。在法律制度建设方面我国做了很多工作,突出的表现就是颁布了大量的法律、法规,初步建立了我国的法律体系。伴随着形式多样的法律的出台,保障公民利益之权利得到相当的发展。同时,没有救济就没有权利;随着公民法律权利的增长,诉权,这一救济权利的权利,在民众权利意识的萌发阶段,得到保障。法律的大量出台以及法律上所确立的权利义务,使

[17] 参见夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社2000年版,第615~620页。

[18] 孙国华:“法与利益之关系”,载《中国法学》1994年第4期。

民众过去不曾被认可和保障的权益获得了确认,在权利受到阻碍时,民众可以通过司法救济的手段,根据法律所赋予的诉权,获得权利的再确认和保障。同时,当事人的诉权被视为民众实现和保障实体权利的手段,从这层意义上而言,行使诉权保障权益是权利人的当然权利。而正是这一个“当然”,却突出地反映出我国当前对权利合理限制的困难和权利的社会本位的弱化;诉权,这一作为权利保障的权利,也不例外。

诉权的行使具有超乎寻常的正当性。当事人行使诉权具有绝对的正当性,其来源于我国市场经济体系的建构和发展过程中对权利的重视。民众权利及其意识的型塑,是当前的重要任务;在这种逻辑式样下,当事人行使诉权的宽泛性得到了立法的正面回应。诉权行使得得到法律规范的保障,公民在意识到自己的某种权利受到侵害的时候,可以自愿选择是否运用诉权来寻求法律的救济,特别是在权利复苏的时代,诉权的行使被认为有绝对的正当性。有言论甚至以“公民享用你的诉讼权”来倡导“公民在行使诉讼权的时候只管行使,无论公民如何行使,因为是基于法律的授权,也都是正当合法的”。^[19]

对权利保障重要性的过度强调在相当程度上促就和纵容了滥用诉权的发生。权利的过度膨胀以及保障权利之诉权的绝对性,带来了现实不得不直面的问题,那就是公民通过诉讼途径保护合法权益的意识逐步增强的同时,公民借助诉讼这一合法的外在形式谋取不正当利益或者损害他人利益的动机也同样得到了“强化”,而这正是滥诉的问题。个人本位的法律权利观念向社会本位的法律权利观念的转变,必然要求个人行使权利的同时必须符合社会准则,尊重社会其他主体的利益。因此,当事人的诉权在行使的过程中又要受到法律规定的合理限制,从而保障其他当事人的诉权得到应有的承认、尊

[19] “公民享用你的诉讼权”,载 <http://www.gansudaily.com.cn/20031229/12/2003C29A00065002.htm>。

重和保护。^[20] 在这种情形下,一旦权利人滥用其所享有的诉权,就造成了对其他当事人诉权行使的妨碍,应受到法律的处罚。但我国现有的法律规范却难以做到体系化规制诉权滥用行为。我国针对民众的法律行为进行了原则性的规范,但是并不具体言及诉权滥用行为的规制:(1)《宪法》第51条规定:中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、集体的利益和其他公民的合法自由和权利;(2)《民法通则》第106条规定:公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任;(3)《民事诉讼法》第13条第1款规定:民事诉讼应当遵循诚实信用原则,以及第49条第3款规定:当事人必须依法行使诉讼权利,遵守诉讼秩序。同时作为对民事诉讼法第13条第1款诚信原则规定的回应,民事诉讼法第112条规定:当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。以及第113条规定:被执行人与他人恶意串通,通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的,人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。总体而言,宪法第51条的规定,虽然包含权利不得滥用这一原则,但是,宪法规范对诉权滥用的规制没能具体和明确。同时,我国民事诉讼法仍缺乏具体的针对诉权滥用的界定性条款和规制性条款,尤其缺乏对诉权正当性的判断标准。

权利行使—滥用权利—处罚滥用者、保护受害者,这本是一个顺理成章的过程,但在我国并非这么简单:现有的法律制度未对诉权以及滥用诉权进行明确界定,对滥用诉权者的处罚和对受害者的保护也缺乏相应的法律规定,受害者在受到侵害后难以寻求法律保护,而

[20] 参见王福华:“民事诉讼诚实信用原则论”,载《法商研究》1999年第4期。

滥用诉权者缺乏法律责任的相应承担,从而造成了权利滥用者的恣意和受害者的无助,这无疑又在客观上促使和纵容了诉权滥用。

二、诉权正当性研究与纠纷解决诉讼化的时代磨合

权益最大化带来了权益之间的冲突,这种冲突因主体之间的利益对抗而呈现为纠纷。纠纷的解决对促进市场经济的良性发展有着重要的意义。随着市场经济的发展壮大,传统纠纷解决途径的功能逐步被诉讼方式取代。这一取代有其客观性和积极的意义,但是,也为当事人诉权滥用、法院案件积压提供了滋生的温床。

(一) 纠纷解决诉讼化的客观性

在计划经济的调节下,我国的社会结构相对单一,社会关系相对简单,纠纷出现较小,纠纷的类型相对固定化。在这种社会条件下,纠纷解决的模式强调多元途径,即司法途径、行政途径和民间途径等等。就民事纠纷而言,三种途径处于并存的格局;司法机关处理一般的民事诉讼案件,行政主管部门处理其职责范围内的计划、经济合同纠纷以及单位系统内部的矛盾等等,日常纠纷、家庭矛盾等等较为琐碎的民事纠纷,则通过人民调解委员会等民间机构给予调解和处理。在这种格局下,通过诉讼解决纠纷并不是决定性的手段和必然性的选择,原因在于:

第一,行政性纠纷解决手段的强大。计划经济通过行政性手段干预经济关系,大多数经济纠纷不需要通过诉讼的方式解决,只需行政主管部门出面就可以解决。

第二,诉讼途径对调解的重视。实体法体系以及程序规则的严重空缺,导致法院难以通过判决的方式定分止争,而是尽量使用调解的手段解决当事人之间的争议,调解成为案件审理的先行程序,调解为主和着重调解,即只有在调解不成的情况下,法院才对案件进行审

理和判决。实践中的“久调不决”的现象又进一步加剧了诉讼解决纠纷这一途径的衰弱。

第三,案件审理的超职权性带来民众对诉讼解决纠纷途径的回避。法院在案件审理上,采取超职权主义模式,当事人在诉讼中的自主权和处分权得不到重视,“法院更像是一个对民事纠纷的解决进行管理,并对当事人行使权力的行政机关”;^[21]在这种状况下,民众更多地回避诉讼途径,而选择其他解决纠纷的方式。

20世纪80年代以来,伴随着改革开放的步伐,计划经济的基础逐步瓦解,市场经济体制得以确立和全面发展。过去的社会关系发生了根本性的变化,市场经济的导入带来了社会的转型,权利与义务的关系在市场经济体制强调的所有制改革、市场经济自由平等竞争的情形下,从行政性关系转变为纯粹的民事关系。个体权利和利益获得的独立和解放,使追求权益最大化具备了正当性,正如学者所言,现代社会的人们总想最大限度地控制或把握自己的生活权利。^[22]权益最大化带来了权益之间的冲突,这种冲突因主体之间的利益对抗而呈现为纠纷。纠纷的解决对促进市场经济的良性发展有着重要的意义。但随着市场经济体制的确立,传统纠纷解决途径中的行政调控和人民调解的功能逐步被诉讼方式取代:第一,行政性调控的功能被弱化。随着市场秩序的建立和逐步完善,行政的调控方式被市场自行运作替代,同时,过去通过行政方式调控的民事和经济的纠纷,因为市场要素也逐步被法律程序处理。第二,人民调解的弱化。随着改革开放的不断深入和市场经济的不断发展,原有的社会组织形式逐步解体,在农村,村民委员会代替人民公社和生产大队,

[21] 章武生、张卫平等:《司法现代化与民事诉讼制度的建构》,法律出版社2000年版,第462页。

[22] 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社2000年版,第615页。

出现“非组织化”的现象。^[23] 在城市,单位体制变革使个人和单位逐步分离,个体生存被融入市场提供的环境之中;过去单位形成的“组织”发生了质变,对其成员的管理,基于成员与组织之间的契约关系,而非人身依附关系。在新的社会组织形式的生成中,原有组织形式所负载的通过人民调解等民间途径的方式控制和解决纠纷的职责弱化。第三,诉讼作为体现权利觉醒的标志被时代赋予了当然性和合理性。

伴随着行政调控和人民调解在纠纷解决上功能的衰退,诉讼作为纠纷解决的途径却得到了强化。正如学者所言,随着我国经济生活市场化程度的提高,社会的法制化水平也在不断提升。在这种社会经济条件下,原来的民事经济纠纷解决方式已经越来越不适应社会形势变化的要求,必须对之进行变革和调整,即由原来的用行政手段来处理纠纷转变为用司法途径解决纠纷。^[24] 纠纷解决的诉讼途径得到强化,有其必然性和积极性的意义:

第一,公民诉讼观念增强带来的必然。权利意识与诉讼行为之间存在着正比例的相关关系,诉讼率可以作为权利意识发达程度的衡量指标。^[25] 伴随着我国大量法律的颁布,民众权利得以确认和保障的同时,公民权利意识伴随着法律赋予权利的增长而拓展;公民权利意识的增强,在权利不安定时寻求权利保障和救济之观念随之增强,因而诉讼观念不仅只属于学者的认知内容,而且已经逐步普遍化为公民的意识。^[26] 民众开始积极地利用诉讼的救济方式实现权利,

[23] 参见何兵:《现代社会的纠纷解决》,法律出版社2003年版,第52页。

[24] 张卫平等:《司法改革:分析与展开》,法律出版社2003年版,第5页。

[25] 季卫东:“法律秩序的传统与创新”,载[日]川岛武宜:《现代化与法》,申政武、渠涛等译,中国政法大学出版社2004年版,代译序,第3页。

[26] 参见章武生、张卫平等:《司法现代化与民事诉讼制度的建构》,法律出版社2000年版,第462页。

纠纷解决的诉讼化迎合了民众法意识的需求。

第二,权利保障的绝对性带来的必然。民众从过去的身份关系转变为一种平等的民事关系,加之我国尚处于市场经济发展的初级阶段,法制任务更多的是赋予民众以符合市场经济体制发展的权利,并为权利的实现提供保障和救济。一旦权利受到侵害,原有安定的民事关系发生破坏,民众当然可以利用诉讼的武器维护自身的权益。

第三,新型纠纷需要司法的最终裁决。规范性秩序和权益的调控机制随着市场经济秩序的完善也在逐步发展之中,但是,这一过程难免具有滞后性,诸多民事以及经济关系得不到法律提供的保障和规范。在这种情形下,利用诉讼的方式,一方面可以解决当事人之间存在的争议,另一方面则可以通过司法最终解决体现权威性和强制性,并弥补权益的调控机制。

(二) 纠纷解决诉讼化的消极性和非理性

随着法治主义在我国的深入倡导,纠纷解决诉讼化获得积极的和正面的对待;但是,其他纠纷解决途径功能的衰退所带来的纠纷解决诉讼化,其单一性必然导致诸多消极性的出现,而正是这一消极性,一方面抵消了诉讼化的积极性,另一方面为法治带来了更大层面的难题,其中,以民众滥用诉权、法院案件积压为甚。

民众权利意识和法律意识的不断提高以及对司法积极功能的认识,促成了民众对纠纷解决诉讼途径的认同,这是纠纷解决诉讼化积极的一面。但是,纠纷解决诉讼化在相当程度上导致了民众在选择纠纷解决途径上的单一性和诉讼途径选择的强制性,而单一性和强制性潜在地推动了民众对诉权的滥用。纠纷解决的诉讼化使相当一部分不需要通过诉讼途径解决的纠纷,由于其他纠纷解决方式的弱化,也不得不通过诉讼途径实现定分止争的效果。在现实生活中,许多小型纠纷或者只需要“讨个说法”的纠纷大量存在,它们本可以通

过相关部门或者民间组织的居中调解得以解决,并不需要通过诉讼的方式。但是,其他纠纷解决途径在法治主义和法律至上的今天,由于其在功能上的弱化、权威性的下降以及效果上的非终局性,退出了历史的舞台。在这种情况下,大量的纠纷不得不通过向法院起诉的方式谋求解决的途径。但是,并非所有的纠纷都能够以法律调整 and 解决,只有符合法律规定的纠纷才具有法律纠纷的含义和法律解决的效果。^[27] 有的纠纷根本不符合诉权要求而起诉,寻求法律解决是不当的,也是没有意义的;可对民众而言,他们更多的是看重纠纷解决的结果和排除冲突的意义,而不是明确自己是否具备符合程序法之诉权后再起诉的理性。一旦否认了他们的诉讼途径,他们将会失去解决纠纷的唯一机会,积压的不满情绪难以得到及时、有序地排解,这对于社会而言将是极不安全的。在这种境况下,滥诉问题成为纠纷解决诉讼化的负面产物,却难以得到及时的阻止和革除。

“市场经济就是法治经济”强调了法律对社会生活的全面干预,一方面,各种社会生活和经济运行中的问题皆希望通过立法得以解决和规范,实现“法律至上”;另一方面,利用诉讼程序解决纠纷成为国家在法治建设环境中最为鼓励的纠纷解决方式。在这种情形下,国家将纠纷解决权集中在司法机关,鼓励通过司法和诉讼途径解决纠纷,强调诉讼途径解决纠纷的合法性,并对其他的纠纷解决方式及其结果的合法性和正当性持保留态度,赋予了司法机关和程序在资源配置上的最优化。^[28] 在这种强调诉讼正义和司法权威的氛围下,利用诉讼获取权利的保障必然演变为现实,最为直接的证据就是历年来我国法院受理案件的数量逐年攀升。仅2012年1月至9月人

[27] 参见徐静村、刘荣军:“纠纷解决与法”,载《现代法学》1999年第3期,第6页。

[28] 参见范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第474页以下。

民法院受理一审民商事案件就高达 5579231 件。^[29] 突出纠纷解决的诉讼化,法院大门敞开,对于民众而言,有了更加接近法院、接近正义的机会,对于国家而言,纠纷解决的终局性为现代化国家的建设以及社会的稳定有序发展提供了法律的保障。但是,随着纠纷解决的诉讼化加剧,不可避免的问题就是由于法院自身解决纠纷能力的限制,面对案件受理量的不断攀升,案件积压问题日渐突出。仅以 2012 年 1—9 月数据为例,未结案就高达 478947 件。^[30]

三、诉权正当性研究与诉讼机制价值取向的现实碰撞

当事人诉权不正当行使的现象已经在我国出现,而司法实践与诉讼机制对此的回应却是十分有限的,诉权滥用的防范和规制措施的缺乏又使遭受诉权滥用行为侵害的受害方当事人难以获得司法的救济。

有权利的地方,就会有权利被滥用的情形发生。权利是最能把法同现实生活联系在一起的范畴。那么,如果将权利与权利滥用两者之间的逻辑放在法律的领域,特别是在民事诉讼方面,是否就能产生当事人滥用诉权的问题呢?思维的逻辑必须有事实的支持和验证。现在,我们很容易在媒体上看到和听到满含着褒扬之意的话语“法律意识已经觉醒,一纸诉状将某某推上了被告席”。启动诉讼真的就是法律意识增长、重视权利保障的标尺吗?伴随着对权利的呼唤、法律意识的培养,不当诉讼的现实也不期而至,不请自来,并呈现出多种表现形式。表现一:当事人缠诉,反复起诉或撤诉或申请再审

[29] “2012 年 1—9 月人民法院审理一审案件情况”,载最高人民法院网, <http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>。

[30] “2012 年 1—9 月人民法院审理一审案件情况”,载最高人民法院网, <http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>。

等等。表现二：随意提起没有根据的诉讼。表现三：一方当事人捏造事实、伪造证据，出于诬告对方、损害对方名誉或者商誉的目的提起诉讼。现实中，大量存在一方当事人捏造事实、伪造证据，诬告对方，损害对方名誉或者商誉，借此打击竞争对手的现象；有的原告对无辜的当事人提起诉讼，然后借以炒作，提高自身的知名度。表现四：当事人无故拖延诉讼。当事人找理由不在指定期日出庭参加诉讼，出庭后说没带证据，或故意说有新证据，造成诉讼的人为迟延，增加对方讼累。较为突出的表现是，有些企业为达到拖垮竞争对手的目的，恶意的滥用法律赋予当事人的诉讼权利来拖延时间，一方当事人从开始时的申请回避，到提出管辖权异议、申请鉴定、取证等，不管有没有理由，一直不停地向法庭提出各种要求，拖延诉讼，让对方陷在官司中，社会形象受到负面影响。表现五：原告主体不合格。司法实践中常表现为原告主张了不属于自己主张的权利。即没有原告资格，却错误地以原告的身份主张权利。表现六：故意错列被告。将与本案无关的自然人或组织故意错列为被告，在司法实践中，“宁可错告一百，不可漏告一人”的现象大量存在；被错列的被告如置之不理，很可能因“缺席判决”导致败诉。还有的原告方当事人，在真正的被告没有履行债务的能力或者财产不易查明的情况下，为将来生效裁判文书能切实得到执行，往往会追加经济实力雄厚，信用状况良好的当事人为共同被告，其目的是希望将经济实力雄厚的单位或个人牵扯进来，以实际执行将来的生效判决。还有的当事人为了争管辖权或者送达的方便而追加共同被告。这样做的原因在于，多列被告不需多缴诉讼费，而错列被告也不用承担责任，同时还避免了因应诉主体未列而被法院驳回的危险。表现七：为获取高额赔偿而择时诉讼。权利人明知对方在侵权，却不加以制止，等到对方不断投资发展起来，有一定规模再去起诉，以达到获取高额赔偿的目的。表现八：以拖延一审判决进入执行程序为目的的上诉。在司法实践中，给付之

诉体现最为明显。胜诉的一方当事人在一审中没有申请采取财产保全措施,对方当事人无论基于对一审判决的内心不服还是明知一审判决是正确的,常常以拖延执行的到来为目的,不惜花费时间精力上诉。上诉期间,败诉的一方往往转移、隐匿财产,最终使二审的判决在执行时变成一纸空文。

总体而言,不当诉讼与滥诉现象在我国的出现已经有了一定量的累积,应引起我们的关注。但不当诉讼与滥诉的现象呈现出表象化、描述化和多元化,没有明确的对诉权正当性的界定和标准,容易模糊滥用诉权行为和正当行使诉权行为之间的界限。对此,需要我们从理论的高度进行定性和分类,需要展开对诉权正当性与诉权滥用的理论研究,从而厘清诉权滥用与诉权正当行使之间的界限,达到保障民众接近司法又防范诉权滥用行为的目的。设立符合我们国家自身司法文化背景的诉权正当性标准以及预防和规制滥用诉权体系,是一项我们必须面对的紧迫任务。可以认为,当前诉权滥用问题研究的必要性已经具备,条件已趋于成熟。

第二章 诉权正当性问题在民事诉讼制度中的失范

一、起诉条件在诉权正当性问题上的应对与失范

(一) 起诉条件的现行规范与应用

在现行民事诉讼制度下,起诉是当事人行使诉权的起点,是当事人依法向人民法院提起诉讼请求的诉讼行为,即当事人认为自己的合法权益受到侵害或者发生了争议,当事人以自己的名义向人民法院提起诉讼请求,要求人民法院给予保护的要求。但是,当事人的起诉并不必然地导致诉讼程序的开始,对于当事人的起诉,人民法院将给予审查,只有符合法定起诉条件的诉讼,人民法院才依法予以受理。通过对当事人起诉的审查,认可当事人起诉的有效性,这一程序以法院的立案为具体表现形式。根据《民事诉讼法》第 119 条的规定,起诉必须符合以下四个条件:

第一,原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。起诉的第一个条件,是对行使起诉权的人所作的资格要求,也是提起诉讼的人获得原告称谓的条件。^{〔1〕}原告必须是有诉讼权利能力的

〔1〕 张卫平主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社 1998 年版,第 272 页。

公民、法人或其他组织；同时原告必须是由于自己的民事权益受到侵害或与他人发生争议向人民法院提起诉讼，即原告与案件存在法律上的利害关系。所谓的“与本案有直接利害关系”，是指公民、法人或其他组织的财产权或人身权或其他权益直接遭到他人的侵害或者直接与他人发生权利、义务归属的争执。^{〔2〕}

第二，有明确的被告。原告必须列明侵犯自身合法权益，或与自己发生民事争议的相对一方的当事人；即原告起诉必须明确指出侵犯其民事权益或与其发生民事权益争议的被告是谁，如果没有明确具体的被告，诉讼程序就无从进行，法院也无法对案件进行审理。

第三，有具体的诉讼请求和事实、理由。原告起诉必须明确指出要求人民法院保护其民事权益的内容，对被告实体权利请求的内容，以及提出诉讼请求的事实依据和理由。这里的“诉讼请求”，是指原告通过人民法院向对方当事人提出的实体权利要求。具体的诉讼请求，是指原告提出的请求，内涵外延应当明确、具体，请求人民法院保护什么、支持什么、反对什么、应清清楚楚、明明白白。事实和理由，是指原告提出请求所根据的事实和理由。事实是指案件事实。案件事实有两种：一种是当事人之间民事法律关系发生、变更和消灭的事实；另一种是当事人的民事权益受到侵害或发生争执的事实。^{〔3〕}

第四，属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

以上四个条件被称为当事人起诉的实质条件或积极条件；《民事诉讼法》第124条规定了民事诉讼的消极条件，即人民法院对下列起诉，分别情形，予以处理：（1）依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼

〔2〕 李国光主编：《民事诉讼法及配套规定新释新解》（第3版），人民法院出版社2006年版，第1009页。

〔3〕 李国光主编：《民事诉讼法及配套规定新释新解》（第3版），人民法院出版社2006年版，第1012页。