民事诉权合同研究

——兼论我国司法裁判经验对法学理论发展的影响

巢志雄

【摘　　要】诉权是程序法上的主观权。在不违反程序法的前提下，当事人有权依意思自治原则对诉权进行自由处分。诉权合同是当事人进行诉权处分的表现形式。我国民事司法实务对诉权合同的合法性予以认可，并且自发形成了较为成熟的裁判经验。宪法诉权说和诉权人权论等观点不符合经验性常识，是一种误导。我国司法裁判经验与法国、德国、日本等传统大陆法系国家的诉权理论及其司法实践不谋而合，而我国民事诉权理论的研究却远未能满足司法实务要求。民事诉讼研究中的"理论脱离实践"问题亟需得到改变。

【关 键 词】民事诉讼；诉权；诉权合同

【作者简介】巢志雄，法学博士，中山大学法学院副教授，中山大学司法体制改革研究中心研究员。

【原文出处】《法学家》(京)，2017.1.32～47

【基金项目】本文获得中央高校基本科研业务费专项资金资助。

在大陆法系民事诉讼法学理论中，"诉权合同"是指合同当事人对因合同的履行可能发生的纠纷而预先通过合意方式处分诉权的约定，包括放弃诉权、限定诉权的行使时间、限定诉权的行使条件等多种形式。"诉权合同"的研究与"诉权"理论紧密相连。国内学界对诉权问题的研究较晚，并且多以介绍、归纳、批判域外的诉权学说为主，加之在一段时期内受前苏联民诉法学的影响，对民事诉权理论的研究始终没有形成一套规范的理论体系。[①]对于"诉权能否放弃"、"诉权合同是否有效"、"诉权合同的构成要素"、"诉权合同的审查标准"等基本问题，理论界远没有达成共识。与此同时，我国司法实践已先于理论研究自行探索与上述问题有关的司法经验。

一、未能明说的经验：我国司法裁判中的诉权合同审查

诉权合同在现实生活交往中，通常以"不得向法院起诉"、"自愿放弃起诉"、"自愿放弃诉权"、"不再发生争端"、"不再提出诉求"、"不再追究"、"一次性了结"、"一次性补偿"等表述形式出现在合同中。这些合同有些是当事人之间据以建立法律关系的"元合同"，也有一些是为了解决合同纠纷、侵权纠纷等而专门订立的合同，例如补偿协议、赔偿协议、调解协议、和解协议等。这些合同的表现形式多样，合同条款的语言表述往往不符合法律专业标准。

笔者以"放弃诉权"、"一次性了结"、"不再追究"、"不得起诉"等关键词检索北大法宝裁判文书数据库和中国裁判文书网，经过对500多份检索结果的逐一筛查，最终确定有66份裁判文书符合本文的研究范围。笔者对上述检索结果的筛查使用两个标准：其一，诉争合同符合诉权合同的基本特征；其二，法官在判决理由中对诉权合同的法律效力问题有较为明确的阐述。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(一)对诉权合同的合法性审查适用《合同法》的规定

法院适用《合同法》对诉权合同进行审查,实质上表明我国民事司法对"诉权"的私法属性予以认可。当事人在意思自由的情况下达成合意,合同即成立。当事人订立合同只要不存在第52条违反法律、行政法规的强制性规定、损害公共利益、以合法形式掩盖非法目的等情形的,合同即为有效。在所有66个案例中,绝大多数案例都适用《合同法》以及合同法基本原理来审查诉权合同的合法性。例如:

在杨文成与宁河县东棘坨镇人民政府劳动争议上诉案中,上诉人在合同中承诺"自愿遵守本协议并就此事自愿放弃诉权",法院认为:"(协议书)并未违反有关规定,当属合法有效。现上诉人主张《协议书》不是上诉人自愿签订的,该协议明显违反法律强制性规定的依据不足,本院不予支持。"②

在姚忠文与黎时华身体权纠纷上诉案中,当事人在《和解协议书》中约定"四、乙方(姚忠文)承诺就本协议劳动争议、人身损害赔偿事宜放弃一切诉权,放弃向人民法院起诉权利,放弃向劳动部门提出仲裁权利,不得就此事再向任何国家机关信访及控告",法院二审认为:"姚忠文与黎时华达成的《和解协议书》是双方当事人自由真实的意思表示,并未违反法律和行政法规的强制性规定,且已经履行完毕,本院予以确认。姚忠文主张《和解协议书》的第三条和第四条无效,理据不足,本院不予支持。"③

在周康金等与谢俊兴生命权纠纷上诉案中,当事人在调解协议中承诺"乙方自愿放弃起诉和追究第三方责任等权利,并不得以任何理由反悔和纠缠。"对此,法院认为:"《人民调解协议书》是周康金、罗淑珍与谢俊兴在自愿协商的基础上达成的,且经询问,周康金、罗淑珍承认该协议书上的签名确系自己所书,签名时没有人对自己进行胁迫,周康金、罗淑珍也未举证证实上述签名系受欺诈所签,故周康金、罗淑珍以该协议书程序及实体均违法为由请求确认该协议无效,没有事实及法律依据,本院不予支持。"④

以上裁判意见在全部66个案例中具有强烈的代表性,表明我国民事司法对诉权合同的审查并不存在"另辟蹊径"或者"区别对待"的情况。诉权是程序法上的一项重要权利,从权利属性来看,它与实体法的权利并不存在属性上的差别,两者都是私法权利,同样适用《合同法》对合同的合法性问题进行审理。还有一种不常见的情形,法院主动要求案外人向法庭作出诉权放弃的承诺,保证不对本案的诉讼标的另行提起诉讼。例如:

在黄家某与杨立某机动车交通事故责任纠纷上诉案中,该起交通事故另一伤者李某某向法院出具承诺书,承诺"就该起交通事故不再另行提起任何诉讼"。在法院主持下,本案当事人达成如下调解协议:"黄家某与杨立某之间的纠纷一次性了结,双方均不得再向对方主张权利。"⑤

无论是当事人自行订立的诉权合同,还是经公证赋予强制执行效力的合同,或者法院主动要求当事人所作的诉权放弃承诺,我国民事诉讼立法和司法实践已承认这类合同的合法性。因此,"诉权不得放弃""诉权合同一律无效"等观念过于武断,失之片面。

(二)诉权处分须以明示方式为之

当事人通过合同约定放弃诉权或者对诉权的行使设定条件,该意思表示必须以明示的方式作出,并且应当清晰、无歧义。

在王海成诉施云侵犯著作权纠纷案中,法院认为:"音乐作品的著作权人将著作权中的财产权利授权中国音乐著作权协会管理后,其诉讼主体资格是否受到限制,取决于其与该会订立的著作权集体管理合同是否对诉权的行使作出明确的约定。王海成继承王洛宾音乐作品的著作财产权后,在其与中国音乐著作权协会的

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

合同中未约定放弃诉权，故其行使诉权不应受到限制。”⑥

在该案中，王海成曾与中国音乐著作权协会签订“音乐著作权合同”，其中约定“王海成同意将其音乐作品的公开表演权、广播权和录制发行权授权中国音乐著作权协会以信托方式管理”。在该合同中，王海成并未将著作权侵权之诉的诉权明确地转让给音著协，也没有放弃诉权的意思表示。王海成在全国范围不断地提起著作权侵权诉讼，上述裁判意见也随之原封不动地出现在多份裁判文书中。⑦

诉权合同的意思表示除了须以明示、明确的方式作出外，还必须清晰、无歧义。例如，

在杭某与叶某民间借贷纠纷上诉案中，杭某出具给叶某借条一份，借条载明：“今借到叶某人民币145000元，用于生意用途，将于2010年底前还清。”同日，叶某出具给被告承诺书一份，承诺书载明：“杭某给本人所写借条，如果到截止日期未能归还，本人绝不对其追究法律责任。”一审法院认为：“原告承诺放弃诉权，但无法约束国家公某力机关的介入，因此承诺书上的‘杭某给本人所写借条，如果到截止日期未能归还，本人绝不对其追究法律责任’不具有法律效力。”二审法院认为：“对于承诺书的法律效力如何认定的问题，上诉人认为该承诺书使被上诉人对本案没有诉权，而被上诉人称其系在上诉人的胁迫下才出具，不追究法律责任系不追究上诉人的违约责任。结合承诺书上下文，并不能推定被上诉人因此而放弃要求上诉人承担民事责任的权利，上诉人的主张也与承诺书的内容不符，而根据被上诉人的解释，‘如果到截止日期未能归还，本人绝不对其追究法律责任’系不追究上诉人的违约责任，更符合承诺书的文义。故上诉人主张依据承诺书可以不承担还款责任，缺乏依据，本院不予采信。”⑧

杭某与叶某民间借贷纠纷上诉案是一个较为典型的案例。该案一审法院认为诉权放弃合同不受法律保护，因为这种合同排除国家公权力对民事纠纷的“介入”。这种裁判观点忽视了现代民事诉讼的当事人主义立场，国家“介入”民事纠纷的前提是当事人依意思自治原则将纠纷提交给司法机关裁判，即当事人行使诉权。有鉴于此，二审法院并未径行认定诉权合同不合法，而是在默认其合法性的前提下审查是否具有“胁迫”等可撤销情形。同时，二审法院把目光聚集在合同条款的解释上，即应当如何理解“本人绝不对其追究法律责任”。二审法院认为，这一条款应当被解释为不追究因逾期还款而导致的违约损害赔偿责任，而非放弃追索本息。因此，该条款不足以认定当事人具有放弃诉权的意思表示。

对合同条款的含义进行解释是一项颇具“危险性”的工作。《合同法》为法官提供了多种合同解释方法，比如文义解释、目的解释、体系解释等。法官可根据案情选择恰当、合适的解释方法。在这个问题上，法官的自由裁量权颇大，不同的解释方法有可能导致不同的结果。例如：

在王正林诉苏文华健康权纠纷案中，原告在合同中承诺“不再追究被告其他任何责任和任何费用”，法院认为：“该协议内容明确，系双方真实意思表示，不违反法律规定，本院予以确认。原告主张的相关合理费用均在公安机关调解前产生，被告已根据协议约定支付原告损失，原告也应遵守协议约定即不再追究被告任何责任和任何费用。现原告起诉至法院，要求被告赔偿原告相关损失，但其未提供相关证据证明原告在签订调解协议时受欺诈、胁迫等情形导致协议无效或可撤销。”⑨

在该案中，法院认定“不再追究被告其他任何责任和任何费用”属于诉权放弃合同，合法有效，也不存在可撤销情形。这一合同条款与杭某、叶某民间借贷纠纷上诉案“绝不对其追究法律责任”的表述相似，但是法官采取不同的解释方法得出不同结论。我们大致可以根据裁判理由来推测，王正林案的法官采取了文义解释，而杭某案的法官采取了目的解释。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(三)诉权处分不得以概括性的方式为之

当事人对诉权予以放弃或限制,应当针对具体的争议事项或诉讼标的,不得概括性地、无具体指向地放弃或限制诉权。在我国民事司法实践中,已经出现此类案例。例如,

在陈本忠与陈本坚返还代垫款纠纷上诉案中,本案双方当事人与案外共六人系亲属关系,六人在共同签订的"和解协议"第6条约定"甲、乙、丙、丁、戊、己六方特别声明:基于相互之间的亲情,除本协议第一条的案件外,就本协议生效之前甲、乙、丁、戊、己方互相之间的恩恩怨怨、债权债务、其他权利等,权利人自愿放弃权利……任何一方不得再就以前的恩怨、争议、纠纷等提起诉讼、控告、申诉、争吵等令对方不开心之事。"法院认为:"协议第六条是当事人对自身权利的自由处分,此约定对各方均有约束力。关于被上诉人陈本坚在协议第六条中放弃的权利的性质问题,由于起诉的权利是每个民事主体寻求最后权利救济的手段,即使民事主体通过协议的方式放弃起诉的权利,但是由于协议本身可能存在无效或可撤销的情形,而上述情形应由法院作出最终的认定,所以单就起诉的权利而言是不能以协议的方式放弃。"[10]

在该案中,双方当事人在与案外人共同签订的协议中明确约定"任何一方不得再就以前的恩怨、争议、纠纷等提起诉讼",这一约定内容应当被理解为当事人放弃诉权的意思表示。但是,该放弃的意思表示缺乏明确的对象指向,不是针对某个具体的争议、法律关系或者诉讼标的,它实质上"剥夺了"民事主体寻求权利救济的手段。对于这个问题,我们有必要进一步辨析,为何概括性的诉权放弃应属无效,而具体的诉权放弃却合法有效?其理论依据在于前者放弃的是公法上的客观权,后者放弃的是私法上的主观权。根据法国法学家狄骥(Duguit)和耶兹(Jèze)的诉权理论,公法上的诉权是一种普遍的、非私人的"客观权力",如果某个公民以笼统的、概括性的方式宣称自己放弃一切诉诸法院的权力,那么这种弃权行为是无效的。但是,当事人可以针对具体的法律关系放弃这种私法上的主观权。[11]

该案的裁判理由并未明确阐释为何对"概括性放弃诉权"要区别对待,实际上,我国民诉法学理论至今也没有触及这一问题。

(四)诉权处分须严格遵循合同相对性

当事人在合同中所作的诉权处分意思表示仅对合同相对人有效。换言之,民事司法对诉权合同的效力审查也需遵守合同相对性原则。当事人在合同中承诺放弃针对第三方的诉权,该承诺无效,第三方不能据此提出原告无诉权的抗辩。例如:

在钦州国星油气有限公司滩涂污染损害赔偿纠纷系列案中,多位原告(养殖户)都曾经与当地管委会签订"借款合同",其中约定"事件发生原因是受全区文蛤养殖流行病毒影响,与管委会在老人沙的抽沙无关;钦州港管委会借款5万元给上诉人恢复生产"。一审法院认为:"借款合同的内容也已清楚地表明,原告已明确地放弃了因文蛤死亡向责任方索赔的权利,这种对自身权利进行处分的做法,不损害国家、集体和他人之合法利益,故应为法律所允许。"二审法院则认为:"两被上诉人不是1998年10月12日'借款合同'的当事人,根据合同相对性的原则,合同中关于文蛤死亡与管委会抽沙无关的约定,其效力也只及于合同的特定当事人,不能因此得出上诉人放弃了因文蛤死亡向被上诉人索赔的权利这一结论。"[12]

该案一审法院认为,原告(养殖户)与案外人管委会签订的《借款合同》中有关原告放弃就滩涂污染事件向责任人提起诉讼的权利之约定合法有效。二审法院认为,根据合同相对性原则,该放弃诉权的意思表示仅对合同相对人有效,上诉人对责任人的诉权不受借款合同影响。在我国民事司法实践中,提出"诉权处分须遵循合同相对性"裁判意见的案例不多见。这一裁判意见具有代表性,对诉权合同的司法审查方法提出了富有创造性的见解。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(五)对诉权处分的范围应作严格解释

诉权处分需明确针对何种纠纷事项或诉讼标的而作出。如果诉权合同约定不清晰,法官应当对诉权处分的范围进行严格解释,而不能扩大解释。例如:

在肖某昭与深圳市友联运输实业有限公司债务纠纷再审案中,双方当事人在另案的"执行和解协议书"中约定"甲乙双方不得再以任何理由、任何方式要求对方赔偿损失"。本案需查明该条款是否仅包括双方签订此协议时可以预见到的双方之间的承包合同纠纷?涉及其他双方作为共同被告被起诉的案件中,该条款有无约束力?法院认为:"就合同条款而言,不应该作扩大解释。本案审理的争议,是被申请人向周某雄等人履行债务之后,有没有追偿权利的问题,而非"执行和解协议书"中的争议。因为上述协议书的争议内容,是在福田法院、深圳中院两级法院的判决书中认定的。"[13]

在审查诉权处分的范围时,法官可根据当事人签订合同的时间、地点、方式,结合诉权处分条款的内容来综合认定。如果诉权合同对其处分范围的表述存在歧义或不同理解,那么原则上应当采取严格解释,而非扩大解释。

(六)诉权处分不得违反公平原则

司法实践中,法官可适用《合同法》第54条关于合同撤销权的规定来审查诉权合同是否可撤销。"显失公平"是诉权合同可撤销的一种情形。例如:

在王妮、范国朋、范红诉刘志振撤销人民调解协议纠纷案中,当事人之间的调解协议约定"刘志振一次性赔偿原告王妮、范国朋、范红32000元,各方以后互不追究其他任何责任"。一审法院认为:"被告刘志振仅赔偿原告王妮及其丈夫范根朝32000元明显偏低,原告王妮、范国朋、范红与被告刘志振签订的人民调解协议书是被告刘志振利用三原告没有经验情况下签订的,显失公平,应予撤销。"[14]

"显失公平"的司法裁判标准一直存在很大争议,不同法官对"公平"的理解也不一样。在诉权合同的"显失公平"认定方面,同样表现出这一现象。例如:

在柏老明与邵阳县杨家山煤矿请求确认人民调解协议效力上诉案中,双方签订尘肺病补偿协议,其中约定"本补偿为上述双方就柏老明所患贰期尘肺病的一次性补偿,本补偿远低于法律规定的标准,当事人柏老明自愿放弃。"二审法院认为:"承诺书约定的内容符合权利义务相一致的原则,不违反法律、行政法规的强制性规定,也无证据证实存在导致该承诺无效的其他情形,应认定该承诺书是双方当事人合法有效的真实意思表示,柏老明诉请确认承诺书无效的依据不足。"[15]

在笔者检索的裁判文书中,尘肺病、煤矿事故、工伤案件占了相当的比重。在这类案件中,劳动者为了及时得到经济赔偿,往往与用人单位签订赔偿协议,其中特别约定"一次性解决"、"保证不再要求赔偿"、"放弃一切其他诉求"等条款。在多数情况下,劳动者无法得到法律援助,自身也缺乏法律知识和经验,基本上没有与用人单位进行谈判和议价的能力。对于这些合同条款能否认定为"显失公平",主要取决于法官的自由裁量。在柏老明案中,双方签订的补偿协议已明确载明"远低于法律规定的标准",这让主审法官陷入两难:补偿协议远低于法定标准,符合显失公平的特征;但是,当事人明知补偿远低于法定标准,仍然同意签订协议,法官又有必要基于意思自治原则予以尊重。诉权合同是否"显失公平",其审查标准的弹性很大,取决于个案的情况和法官的自由裁量。

(七)诉权处分不得存在重大误解

"重大误解"是诉权合同可撤销的另一种情形。例如:

在长葛市定达实业有限公司与王松超工伤保险待遇案中,双方当事人签订赔偿协议,其中约定"由甲方(定达公司)一次性赔偿乙方(王松超)各项费用共计10000元(不包括甲方已支付医

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

疗费30000元在内);本协议一次性终结处理协议,双方因此事故所产生的权利义务终结。乙方及其家属不得以任何理由再提出任何赔偿权利,否则应承担违约金四万元。"对于该合同条款的效力,法院认为:"协议是在工伤认定和劳动能力鉴定等之前所签订,被告王松超对应得到的赔偿项目、金额不明了,属对行为内容有重大误解。"[16]

当事人对诉权合同的内容存在"重大误解"的情况多发生在工伤、交通肇事和其他人身损害赔偿案件。人身损害赔偿案件的赔偿项目繁多,赔偿金额的计算标准较为复杂,双方当事人都出于便利和快速解决纠纷考虑,常常以签订一次性赔偿协议方式来了结。但是,受害方在签订协议时,可能没有意识到伤残程度、赔偿项目等问题,一旦出现了签订合同时没有预见到的情况,受害方可能会再次主张权利。对于"重大误解"的审查标准,也主要取决于个案的情况和法官的自由裁量。例如:

在张姚与姚玉美等健康权纠纷上诉案中,当事人在协调协议中明确承诺"张姚保证调解过后,不再追究对方任何责任。此调解为一次性调解,调解过后双方不再因此事再发生纠纷。"上诉人张姚事后发现自身伤情加重,因此提起诉讼。法院认为:"张姚在与姚玉美等达成调解协议时,虽对其自身的伤情估计不足,但其并未因此而遭受较大损失,不存在重大误解或显失公平的情形。依前述法律及司法解释的规定,张姚达成的调解协议合法有效。因张姚与姚玉美在该协议中约定本次纠纷一次性解决完毕,故张姚再依本次纠纷的事实,向姚玉美等主张权利,缺乏法律依据。"[17]

我国民事司法适用《合同法》第54条关于合同撤销权的规定,对诉权合同是否具有"重大误解"、"显失公平"情形进行审查。从法律适用方法来看,这意味着法官默认诉权合同并不违反《合同法》第52条关于合同无效的规定,因为确定合同的合法性是判断有效性的前提。此类案件的裁判意见也从另一角度证明诉权合同的合法性并不为我国民事司法所否定。

(八)判驳与裁驳的疑问

从以上具有一定代表性的案例来看,我国民事司法对诉权合同的裁判意见是有章可循的,并非判定绝对无效。但是,这66个案例的判决主文却出现了让人困惑的现象,即多数判决一方面认可诉权处分合同合法有效,另一方面却又作出"判决驳回诉讼请求"的裁判结果。诉权是当事人启动民事诉讼的前提,也是案件具有可受理性的必要条件。当事人若无诉权,该案件就不能受理。大陆法系民事诉讼立法和理论中,这称之为"诉不受理"。[18]对于当事人没有诉权,或者诉权受限的情形,法院应当作出"诉不受理"的裁判结果。

在我国民事司法中,"诉不受理"的裁判结果应当是"不予受理"或者"驳回起诉"的裁定。换言之,本案不可受理,不应进入实体审理程序。根据案件的审理流程,如果"诉不受理"情形是在立案时发现,就应当直接作出不予受理的裁定;如果"诉不受理"情形是在实体审理时发现,则应当作出驳回起诉的裁定。"不予受理"和"驳回起诉"这两种裁定的法律效果是一致的,即本案不应进行实体审理,法院不对案件的实体问题进行裁判。

在66个案例中,仅有个别案例正确区分裁驳和判驳在"诉权合同"案件的适用。例如:

在赵洪章与赵树仁借款纠纷上诉案中,当事人在合同中约定"双方协议同意,赵树仁愿以600元现金付给赵宏章,赵宏章同意接受此条件,并自愿放弃起诉权,不再追究赵树仁的任何责任,赵宏章接到赵树仁的现金后立即撤诉;协议订立后,双方任何一方不得反悔,反悔无效。"一、二审法院立案庭均认为:"上诉人在协议上约定自愿放弃起诉权,且已在高龙法庭撤诉,现又到法院起诉要求赵树仁归还4200元的诉讼请求于法无据",[19]分别并作出了驳回起诉和驳回上诉的裁定。

我国民事司法实践中的这一现象,其根源在于

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

法官对诉权的法律性质的理解仍然比较模糊。虽然民事法官可以援引《合同法》和合同法原理对诉权合同的合法性、有效性进行审查,但是如何处置“诉权”却是纯粹的程序法问题,法官难以获取理论支持。我国民事诉权理论研究不足,甚至,诉权理论在当前的民事诉讼教科书中“退居二线”。诉权理论未能真正解释清楚其理论脉络,更加无法满足民事司法的实践需求。

二、相形见绌的理论:我国民事诉权理论的不足

诉权是民事诉讼理论体系中最难理解的概念之一,但又是民事诉讼理论体系得以自立门户、站稳脚跟的基石。在研究民事诉权理论时,学者基本认同这样的观点:现代诉权理论起源于对罗马法“诉(actio)”的解读。但是,罗马法的“诉”为何物?罗马法的“诉”与现代诉权概念之间属于何种知识谱系?现代诉权理论体系(特别是大陆法系)的理论脉络如何?这些问题都未能得到充分研究。

(一)对罗马法的“诉(actio)”认识不足

研究罗马法,首先应当注意罗马法是动态的,而非静态的某个法律文本或者某部罗马法学家的著述。不同时期的罗马法呈现截然不同的面貌,更重要的是,法律理论和体系结构存在着巨大差异。我国对罗马法“诉”的研究动辄指向《优士丁尼国法大全》,从中摘取只言片语作为某种学说的脚注,实际上,这是非常危险的做法。

罗马法的法律渊源由两部分组成:市民法和裁判官法。相应的,罗马法的“诉”也分为“市民法之诉”和“裁判官法之诉”。裁判官法之诉与市民法之诉是并存和对偶的关系。这种并存和对偶表现为两种“诉”的制度产生时就带有的结构性差异。这两种“诉”的制度代表不同的罗马法“诉”的理论,各自遵循不同的运作原理。

对于“市民法之诉”,“诉”是指当事人依据市民法已经规定的“诉”的种类(或称“权利”内容)向法院提起诉讼的权利。如果市民法没有相关的“权利”与“诉”的规定,那么当事人就无法提起“市民法之诉”。“市民法之诉”的原理可以总结为:“有权利即有诉”和“无权利即无诉”。在这个意义上,可以说市民法上的诉权是“实体权利”的延伸。

对于“裁判官法之诉”,“诉”是当事人就某一事实要求法官予以裁判的权利,至于法官是否受理该案件,则需考虑当事人主张的利益是否有给予司法保护之必要。换言之,裁判官受理案件的判断标准是当事人对本案是否具有“利益”。因此,“裁判官法之诉”的基本原理可以总结为“无权利亦可有诉”。从这个意义上,我们可以说裁判官法上的诉权是一种独立的权利,当事人提起裁判官法之诉并不需要以权利规范的存在为前提。但在优士丁尼《国法大全》里,“裁判官法”的独立地位不复存在了,大部分“裁判官法”被优士丁尼法典吸收,转变为“市民法”。与此同时,“裁判官法之诉”作为“诉”的来源,也随之废弃,甚至裁判官职位也被撤销了。“裁判官法之诉”的废弃意味着罗马法上“诉”或“诉权”理论的重要变化,“有权利即有诉权”和“无权利即无诉权”成为法官判断当事人是否享有“诉权”、能否提起诉讼的唯一标准。正是在这个背景下,现代罗马法学家才感叹“通过诉权形成法律,这曾经赋予诉讼理论以一种在优士丁尼法典中并未得到保留的意义”[20]。

对于罗马法文本的解读,需要建立在历史的语境下进行。罗马法的诉权观念不仅包括“有权利即有诉权”和“无权利即无诉权”(市民法之诉),还包括“无权利亦可有诉权”和“有权利未必有诉权”(裁判官法之诉)等情形。

(二)对诉权概念史的研究缺失

德国民事诉权理论是在罗马法“市民法之诉”的基础上发展起来的理论体系。德国法学家在解读罗马法的“诉”时,几乎完全忽略了裁判官法之诉。这与德国历史法学派有着密切的关系。德国的历史法学派主张法律是民族精神的表现,法学家的任务主要是研究“纯粹的罗马法”,以使它更广泛地适用于德国,这直接促成了19世纪后半叶一股具有建构性的概念法学思潮的形成。

历史法学在研究罗马法上的局限性直接影响了德国法学家对罗马法“诉”的概念的理解。温莎伊德

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(Windscheid)于1856年出版《罗马私法中的诉:以现代法为视角》,他用新创造的"请求权(Anspruch)"概念来替换了罗马法上"诉"的概念,并且将"请求权"这一新的法律概念定义为实体法的而非程序法的概念。当事人享有的"诉权"是实体权利在诉讼领域的延伸,依附于实体权利而存在。很显然,温莎伊德对"诉"的理解局限于罗马"市民法之诉",因为温莎伊德的研究文本是《国法大全》,而《国法大全》就是纯粹的、统一的罗马市民法。这种对罗马法"诉"的解读,其结论只是反映了罗马法"市民法之诉"的原理,德国法学家称之为私法诉权说。

严格来说,温莎伊德的贡献在于对"诉"的解读,而非对"诉"的分解。在温莎伊德看来,"诉"就是"请求权",程序法上的"诉权"并未成为一个独立的、具有概念法学意义上的法律概念,因为"诉权"在实体法一元论的框架下并不发挥建构法律体系的功能。德国法学家真正进行的"诉"之分解研究起源于一场关于罗马法"诉"的含义的著名争论,这场争论发生在温莎伊德和穆瑟之间。温莎伊德站在民法的立场,认为"诉"是"请求权(Anspruch)";穆瑟则站在诉讼法的立场,认为"诉"是"诉权(Klagerecht)"。这场争论也被认为是私法诉权说和公法诉权说这两种对立学说的起源。[21]

公法诉权说确立了"诉权"概念的独立地位,并且发展出对诉讼法学具有建构意义的"诉权"理论,并在19世纪末20世纪初成为了德国民事诉讼法学理论的通说。公法诉权说经历了"抽象的公法诉权说"、"具体的公法诉权说"、"本案判决请求权说"、"司法行为请求权说",甚至"诉权否定说"的发展过程。

"抽象的公法诉权说"旨在把程序法的"诉权"与实体法的"权利"彻底分离,并认为"当事人获得与诉相对应的某种判决即构成诉权之内容"。[22]"具体的公法诉权说"(也称实质的诉权说、权利保护请求权说)主张将诉权定义为"请求胜诉判决"的权利。当事人行使诉权的目的应当是"获得渗入纠纷实质的有关事件的判决",纠正抽象诉权说单纯追求判决的诉讼目的。[23]为此,民事诉讼法学应当对"提起诉讼"与"胜诉判决"进行理论上的区分,换言之,必须建立诉的要件和诉权要件两个理论框架才能实现具体诉权说的理论意图。德国和日本的诉讼法学家在权利保护请求权的指引下,耗费大量时间精力来建构这套精致的诉权理论体系。

"本案判决请求权说"将诉权定义为向法院请求作出本案判决的权利,本案判决不需要顾及是否支持原告的诉讼请求。在日本,兼子一将"本案判决请求权说"改称为"纠纷解决请求说",即诉权是关于纠纷解决的请求权。这一学说改变了民事诉讼的本质特征,因为解决纠纷是一种客观性社会制度追求,而非主观性权益保护的内容。即使当事人获得的是驳回起诉的裁定,其诉权也得到了满足。由此,本案判决请求权说将具有主观利益的要素的诉权渗入客观制度目的之中。[24]

"司法行为请求权说",也称为"宪法诉权说"、"诉权人权论",这一学说回到了抽象诉权说的原点。按照"司法行为请求权说"的观点,诉权是一项作为宪法性权利的司法行为请求权;而民事诉讼的目的则是维护法秩序。这一学说在日本获得了广泛的认同,究其原因,是诉权作为宪法性权利的观念与美国法极为接近。日本学者斋藤秀夫试图把诉权建构为一个连接宪法与诉讼法的概念,并主张应当将宪法所保护的积极受益权纳入诉权的内容之中。[25]"宪法诉权说"和"诉权人权论"完全剥离了诉权理论应当关注的"实体法"和"程序法"、"实体权利"和"诉权"之间的关系问题,不可避免地导致诉权理论的空洞化。如果以主观权与客观权的权利类型来判断,"司法行为请求权说"和"抽象诉权说"都是将"诉权"这一主观权抽象为"客观权"。所谓"客观权"是指以公权力保障的公民在社会生活中享有的当然权利,这种权利只取决于公民的身份。一般来说,宪法上的权利都属于"客观权",例如居住权、游行示威权、迁徙权、财产权等等。对于具体个人来说,享有宪法性的"客观权"并不意味着享有了"权利"。换言之,将"诉权"抽象为"客观权",虽然表面上人人都享有

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

诉诸法院的权利，但是具体个人又无法当然地行使该项权利。

德日民事诉权理论始终在以上几种学说中来回转圈，每一种学说都存在自身的缺陷，却又试图占领诉权理论的学说制高点。至于“诉权否定说”，这更是诉权理论走向极端的表现。否定“诉权”概念对诉讼法的发展毫无助益。

(三)对法国民事诉权理论知之甚少

法国民事诉讼法对诉权的理论研究、诉权理论的立法化和诉权理论的司法实践，都有着较为成熟的经验。我国民诉法研究对法国民事诉权理论仍然十分陌生。概言之，法国现代诉权理论有两个基本观点：第一，诉权的性质是程序法上的主观权；第二，诉权与实体权利是“非对称关系”，两者既有必要联系，也存在特定情形下的分离。

第一，诉权是程序法上的主观权。19世纪，法国传统诉权理论将诉权与诉权旨在保护的权利紧密地连接在一起，其基本观点是：“无诉权即无权利”、“一个诉权对应一个权利”、“诉权是权利的构成”。现代诉权理论否定了过去这些不符司法实践的观点。现代诉权理论则把诉权视为一种独立的权利，诉权与实体法上的主观权已经完全分离，诉权作为“纯粹的提出诉讼请求的权利(Pure faculté à la demande)”而独立存在。

同时，法国现代诉权理论也没有采纳狄骥、耶兹等公法学家将“诉权”视为公法性质的“客观权”的观点。法国现代最具影响力的民诉法学家莫图尔斯基(Motulsky)认为，当事人因行使诉权而产生的诉讼关系是一种个体之间的、非普遍化的关系，因此不能把“诉权”看作普遍的、永恒的权力，也不能把“诉权”看作任何人享有的受客观法调整的法律地位。[26]莫图尔斯基认为“诉权”是一种“程序上的主观权”[27]，它仍然是一种私法上的权利，其意义在于当个人权利或法律地位遭受侵害时，当事人得诉诸法院要求获得保护。对于原告来说，诉权是“对实体问题的意见陈述能为法官所听取”的权利。法国《新民事诉讼法典》第30条采纳了莫图尔斯基的观点，把诉权定义为“对于提出某项诉讼的人，诉权是指其对实体问题的意见陈述能为法官所听取，以便法官裁判该请求是否有依据的权利。对于对方当事人，诉权是指辩论此项诉讼请求是否有依据的权利。”[28]

第二，诉权与实体权利的非对称关系。法国现代诉讼法理论已经坦然接受了这种非对称的扭曲关系，诉权与实体权利的关系表现为三种形式：“有权利即有诉权”、“有权利但无诉权”以及“无权利但有诉权”。

法国法按照诉讼标的对“诉”进行了分类，而诉讼标的的类型主要取决于涉及的“权利”性质。根据权利性质的不同，可以分为“对人之诉”、“对物之诉”和“混合之诉”；根据权利内容不同，可以分为“不动产之诉”和“动产之诉”，“所有权之诉”和“占有之诉”。既然诉权是为了保护当事人的某种权利或者法律地位，诉权和诉讼程序必然也带有诉争权利的特征。“有权利但无诉权”也确实客观存在，因为权利人可能被剥夺诉权。这些情况是传统诉权理论无法解释的。最典型的例子是自然债权。债权人无法起诉债务人，要求债务人归还债务。

法国《新民事诉讼法》第30条明确把“诉权”与作为诉讼标的之实体法上的“主观权”分离。“诉权”与“权利”的独立、分离关系使以下情况在理论上成为可能：“无权利但有诉权”。例如检察院对其提起的民事诉讼不具有实体法上的“主观权”，但是检察院仍然享有诉权。检察院提起的民事“公诉”不是为了保护实体“权利”，而是为了维护法律秩序。[29]

三、大陆法系的视角：关于诉权的契约化安排

自从“诉权”的概念被定义为一种主观权以来，诉权就被认为是附属于当事人个体的权利。当事人有权像对待实体法上的主观权一样，按照自己的意志对诉权(程序法上的主观权)进行处分。这是诉权契约化的理论基础。

(一)法国民事诉权合同的理论与实务经验

在法国民事诉讼理论中，有三种情形可以认定当事人不具有诉权，即诉权的消极要件有三：诉权的安排、诉权的转移和诉权的消灭。此处，“诉权的安

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

排”即当事人签订的诉权合同,它是法官审查当事人诉权的依据之一。

当事人在签订合同时,往往会为合同履行过程中可能发生的争议预先安排、设计纠纷解决的方式和途径。只要内容不违反法律的强制性规定,当事人就相关的诉讼程序性事项进行的预先安排就是合法有效的。[30]当事人对诉权的安排有两种:一是以非诉讼的方式解决纠纷,双方约定自愿放弃诉权;二是双方约定以诉讼方式解决纠纷,并就诉权的行使方式进行约定。与后者相比,放弃诉权的情况需要倍加审慎,因为放弃诉权的约定更容易出现违反法律强制性规定的情形。

1.合同中的诉权放弃

法国民事诉讼理论认为,耗时长久、对外公开和不可预见是民事诉讼的基本特点,而且有些纠纷(如商事案件)并不适合采取诉讼方式来解决。诉讼带来的这些不利因素可能会使当事人尽量避免行使诉权。当事人或者选择自愿达成“和解协议”,或者签订仲裁协议,将纠纷提交仲裁。

法国法认可当事人之间订立的以解决纠纷为内容的协议,称之为“和解协议”。《法国民法典》第2044条把“和解协议”定义为:“当事人之间订立用以解决现有纠纷,或者预防将来发生纠纷的合同。”以“和解协议”的方式解决纠纷更有效率,也无须第三方介入。当事人签订和解协议就使纠纷具有了既判力的效果。换言之,不得以和解协议中已决事项作为诉讼标的向法院提起诉讼,因为当事人的诉权已经消灭。另外,当事人签订仲裁协议也将导致诉权的放弃。如果一方当事人不顾仲裁协议的约定,直接向法院提起诉讼,那么该诉讼是“不可受理的”。

2.合同中的诉权限制

当事人可以在合同中对诉权进行适当的安排,但是这种诉权安排的自由度稍低于放弃诉权的情形,因为如何对待诉权是法官的职责,并不纯粹是当事人的个人权利。当事人对诉权进行限制性安排时,应当顾及国家司法制度和诉讼秩序。一方面,诉权安排条款是对合同自由原则的限制;另一方面,诉权安排条款的自由度取决于司法审判权的强度,即审判权越强势,则诉权安排的自由度就越小。

当纠纷尚未发生时,当事人享有的诉权只是一种期待权。此时,当事人可以在合同中约定将来行使诉权的地点和时间。约定将来行使诉权的地点是指选择对本案具有管辖权的法院;约定将来行使诉权的时间涉及诉讼时效的约定。诉讼时效属于法律强制性规范,当事人不得变更或预先放弃。但是,这并不妨碍当事人于诉讼时效届满后抛弃时效利益。

首先,放弃诉讼时效的约定是无效的。放弃诉讼时效的约定对债务人非常不利,因为债权人可以永无休止地向债务人追索尚未清偿的债权,即便债权未获清偿纯属债权人的疏失亦然。这一原则被法国民事司法进一步发展为:“当事人约定延长诉讼时效的条款也是无效的,因为这是一种部分放弃诉讼时效的行为”。[31]放弃诉讼时效的约定不但于债务人极不公平,而且会侵害公共利益和民事司法秩序,因此被立法和司法严格禁止。

其次,缩短诉讼时效的约定是有效的。缩短诉讼时效的约定对债务人较为有利,它要求债权人承担更多的勤勉义务。但是这种约定必须给债权人留下合理的行使诉权的时间,如果诉讼时效的缩短对债权人行使诉权构成实质上的严重障碍,则这种约定是无效的。

近年来,《法国民法典》对诉讼时效的合同安排又进行了重大修改。根据2008年6月17日通过的第561项法令,《法国民法典》新增加了第2254条关于“诉讼时效的合同安排”的条文,其内容为:“双方当事人可以自行缩短或者延长诉讼时效的期限,但是不得缩短至一年以下,也不得延长至10年以上。除了法律规定的诉讼时效中止或中断之情形,当事人也可自由约定诉讼时效中止或中断之情形。”这项关于诉讼时效的新规则赋予当事人处理诉讼时效问题的更多自由,同时也保障了合同的安定性与当事人意思自治原则。[32]

法国民事司法实践在诉权合同的审理上,形成了较为成熟的裁判经验。法官审查诉权合同应当站

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

在“无偏私”和“中立”的立场，并且以平等原则和诚实信用原则来评价合同效力。[33]对于诉权合同的合法性，法国通常要求符合以下四项标准：第一，诉权合同必须为书面形式；第二，当事人具备处分诉讼权利的意志自由；第三，有处分诉权的明确意思表示；第四，诉权处分只能针对已经发生的或者未来可能发生的具体民事争议。[34]

2011年11月3日，法国最高法院在审理关于《法国民法典》第1184条“合同解除之诉”的诉权放弃案件中，法院认为当事人可以约定诉权放弃条款，但是同时指出“诉权放弃条款必须表述清晰、明确、无歧义、外行人可理解(compréhensible pour un profane)”。[35]该案是近年来法国民事司法关于诉权合同审查标准的一个重要判例，引起学术界的广泛关注和讨论。[36]

(二)德国民事诉权合同的理论与实务经验

德国民诉法学关于民事诉权合同的讨论与德国民事诉权理论密切相关。从19世纪末开始，德国诉权学说就逐渐从“脱离实体法”转变为“脱离私法”，包括诉权在内的所有程序权利都容不得当事人自由处分。随着公法诉权说遭到越来越多德国学者的批判，诉权处分否定论的学说早已被扬弃。目前，德国学者不再争论诉权能否自由处分，而是致力于探讨诉权自由处分的界限问题。

德国学者的代表性观点有：施洛瑟认为民事诉讼的目的主要在于私权利的实现，在“法无禁止即许可”的私法原则下，诉权合同的合法性无须置疑；穆泽拉克认为除非诉权合同违反了强制性的程序法，否则原则上应承认其合法性；瓦格纳认为主观权的实现是民事诉讼的主要目的，当事人对于其实体权利固然有决定权，对程序法的权利也应当有处分权；罗森贝克等人在所著的权威教科书中也认为在当事人享有处分自由的范围内，应承认诉讼契约的效力。[37]

德国民事司法实务基于私法处分行为的尊重，广泛地承认诉讼契约的合法性。诉权合同，包括诉权的排除和限制，均被德国民事法院认可。只要诉权合同是当事人的真实意思，合同不违反强行法的规定、不违反公序良俗，则原则上认定有效。[38]由此可见，德国民事司法实务关于诉权合同的见解，与法国民事司法实践的基本观念吻合。

日本以及我国台湾地区民事诉讼理论紧跟德国的步伐。日本学者兼子一认为：“既然权利主体可以放弃实体权，那么当其与对方当事人约定放弃在裁判上行使该权利时，也未必违反公序良俗。如果当事人违反合意起诉，法院应当驳回诉。”[39]新堂幸司也认可这种观点，并认为当事人不得对于未特定的纠纷达成一律不起诉的协议，即诉权不得“一般放弃”。同时，法官有权对诉权合同进行审查，以确保协议符合意思自治，不违反公平原则和诚实信用原则。[40]东京地方法院1994年12月22日否定了一项诉权放弃条款的效力，因为原告是在“极度绝望(决定自杀、离家出走)”的情况下签订了有关精神损害赔偿的不起诉协议。[41]从法院的裁判理由来看，这个不起诉协议之所以被判定无效，其并非诉权不能放弃，而是诉权放弃的合意有违意思自治原则，也不符合公平原则。这一裁判思路与我国民事审判经验如出一辙，都采取合同法的法律方法来审查诉权合同的效力。

我国台湾地区的理论与实务与德国、日本基本一致。例如，沈冠伶认为当事人对诉权的处分不涉及公益，应无不许之理，这是民事诉讼处分权主义的应有之义。[42]台湾地区“民事诉讼法”第376-1条规定，诉权合同应当针对具体的民事争议作出，不得进行概括性的约定。这与我国大陆地区民事审判经验极为相似，海峡两岸法院不约而同地提炼出相同的裁判经验。

四、规范与完善：司法裁判经验与法学理论的交融

如前所述，我国民事司法实务审理诉权合同争议已经形成了以下裁判经验：

1.对诉权合同的合法性审查适用《合同法》的规定。实际上，我国民事司法基本上已经认同“诉权”的私法属性，至少在民事诉讼语境下是如此。学术界关于公法诉权说、宪法诉权说、诉权人权论等观

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

点,对诉权概念的描述是从公法的层面来展开,基本上无法指导民事司法实践,甚至对民事司法实务造成干扰。大陆法系民事司法实务也都与我国裁判观点类似,没有哪个国家的民事司法实践会将诉权视为绝对的、公法上的权利。

2.诉权处分须以明示方式为之。我国民事司法实务要求当事人对诉权的处分必须以明示的方式作出,不允许以默示方式进行。诉权是一项重要的私法权利,其主要功能是实现实体法上的主观权(实体权利)。如果当事人放弃诉权,当然意味着其实体权利不能得到司法保护。因此,诉权的重要性不言而喻。民事司法实践对当事人处分诉权的判断比较谨慎,必须根据当事人明确的意思表示来认定。但是,诉权处分是否必须采用书面方式?受制于我国裁判文书并未全面公开提供检索,本文无法作出明确回答。对此问题,法国和我国台湾地区就存在不同观点:前者认为诉权处分必须以书面方式,而后者认为不必如此。[43]

3.诉权处分不得以概括性的方式为之。我国民事司法认为:当事人对诉权的处分只能针对具体的法律关系或诉讼标的进行,不能概括地放弃一切诉权。这一裁判经验与大陆法系司法实务的通行做法不谋而合。法国、德国、日本、我国台湾地区的诉权学说和司法裁判意见均持相同观点。当事人若以概括性的方式放弃诉权,意味着当事人放弃的是公法性质的客观权,其法律效力与当事人概括地放弃一切财产权、放弃一切选举权类似,都是无效的。对于这个问题的理解,需要先对诉权概念作出主观权与客观权的区分,但是我国民诉法学理论尚未对这一基础又极为重要的理论问题进行深入的阐述。

4.诉权处分须严格遵循合同相对性。我国民事司法将诉权合同视为合同的一种,意味着诉权合同也要遵守合同的相对性原理。合同外的第三人能否依据诉权合同主张当事人已经放弃或者限制了诉权?很显然,这违反合同相对性,当事人无权对第三人作出放弃或限制诉权的意思表示。

5.对诉权处分的范围应当严格解释。诉权处分需明确针对何种纠纷事项或诉讼标的而作出。如果诉权合同约定不清晰,法官应当对诉权处分的范围进行严格解释,而不能扩大解释。在缺乏诉权理论资源的情况下,我国民事司法实务的这一见解具有相当的原创性,体现了司法智慧。

6.诉权处分不得违反公平原则。我国民事司法实务经常用合同法的公平原则来审查诉权合同,查明诉权合同是否因违反公平原则而可撤销。一种情况是当事人签订诉权合同时的“情势”,是否缺乏经验,是否滥用优势地位等,另一种情况是对实体权利的处分进行审查,例如是否明显低于法定赔偿标准等,这主要取决于个案的情况和法官的自由裁量。

7.诉权处分不得存在重大误解。诉权合同存在重大误解是我国民事司法实务认定诉权合同可撤销的理由。这一裁判经验要求当事人对诉权放弃或限制的法律后果能够充分理解,能够完全理解诉权处分条款的含义。法国最高法院判例要求诉权合同必须达到“外行人可理解”的程度,即为此意。

当然,我国民事司法实务对诉权合同的审理程序仍有待进一步完善,特别是对裁驳和判驳的普遍性混淆,反映了我国民事司法实务对诉权处分的法律效果存在理解上的偏差。另外,司法实务对审理诉权合同的诉讼程序仍有待细化,例如该事项是抗辩事项还是依职权查明事项、对诉讼时效产生何种影响等。

与我国民事司法实务丰富的裁判经验相比,我国民事诉权理论的不足就十分明显了。长期以来,我国民事诉权理论研究受困于简单翻译而来的诸种学说,并没有取得明显的实质性进展。学术研究对诉权概念的起源、早期学说史、现代诉权理论体系缺乏严谨的研究。再加上前苏联民诉法学的影响,明显割断了诉权理论的大陆法系渊源,导致我们对诉权概念的认识呈现片面化、碎片化的现象。这种理论研究状况给我国民事司法实践造成了相当的困扰,部分学者不加甄别地倡导“宪法诉权说”、“诉权人权论”、“诉权绝对论”,这背离了我国民事司法实

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

践,产生了负面影响。前述学说的提出有其具体语境,其含义指向的是诉权的公法属性(客观权),而非诉权的私法属性(主观权)。依据诉权的公法属性来制定私法的适用规则,这明显是"张冠李戴",将导致我国民事司法实务的混乱,是一种误导。

我国民事司法审判经验为理论研究提供了丰富的素材,理论研究没有道理对这些宝贵的司法知识置之不理。我国民事诉讼研究之所以出现"贫困化"现象,诚如张卫平教授所言,"理论与实践的脱离"是主要原因。[44]我国民事诉讼理论与民事司法实践处于互相隔离的状态,这在诉权合同的法律适用上十分明显。民事司法实践通过法官的智识创造司法知识,不断完善诉权合同的司法裁判规则体系。如果理论研究仍在故步自封、自娱自乐,这只会导致民诉法学理论进一步被轻视、被边缘化。我国民事诉权理论的研究,也应当与司法实践保持联系,彼此取长补短才是促进诉权理论得以完善的正途。

注释:

①相关研究可参见相庆梅:《从逻辑到经验——民事诉权的一种分析框架》,法律出版社2008年版;刘敏:《裁判请求权研究——民事诉讼的宪法理念》,中国人民大学出版社2003年版;江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版;任瑞兴:《在价值与技术之间:一种诉权的法理学分析》,法律出版社2010年版,等等。

②天津市第二中级人民法院(2014)二中民一终字第0214号民事判决书。

③广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民一终字第3292号民事判决书。

④湖南省长沙市中级人民法院(2009)长中民一终字第1406号民事判决书。

⑤湖南省益阳市中级人民法院(2013)益法民三终字第31号民事调解书。

⑥江苏省南通市中级人民法院(2012)通中知民初字第0088号民事判决书。

⑦据不完全统计,载有相同判词的裁判文书至少有20例。例如,广东省东莞市中级人民法院(2013)东中法知民终字第25号民事判决书、江苏省宿迁市中级人民法院(2012)宿中知民初字第0057号民事判决书、广西壮族自治区防城港市中级人民法院(2012)防市民三初字第6号民事判决书、安徽省高级人民法院(2012)皖民三终字第00070号民事判决书、江苏省高级人民法院(2012)苏知民终字第0289号民事判决书等。

⑧浙江省绍兴市中级人民法院(2012)浙绍商终字第605号民事判决书。

⑨四川省兴文县人民法院(2014)兴九民初字第67号民事判决书。

⑩广东省佛山市中级人民法院(2007)佛中法民一终字第414号民事判决书。

⑪Voir Gaston Jèze, Les principesgénéraux du droitadministratif, tome 1, Paris: Berger-Levrault Editeur, 1904, p.87.

⑫广西壮族自治区高级人民法院(2002)桂民四终字第20、21号民事判决书。

⑬广东省深圳市罗湖区人民法院(2008)深罗法民再字第7号民事判决书。

⑭河南省登封市人民法院(2010)登民一初字第370号民事判决书。

⑮湖南省邵阳市中级人民法院(2012)邵中民一终字第56号民事判决书。

⑯河南省长葛市人民法院(2014)长民初字第00902号民事判决书。

⑰江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第3273号民事判决书。

⑱法国《新民事诉讼法典》第32条规定:"不具有诉权的人或者针对不具有诉权的人提起的诉讼,均构成诉不受理。"法国民事诉讼理论通说认为"诉不受理"是一种不涉及实体问题的程序性抗辩,不能把"诉不受理"与实体问题挂钩。这种观点甚至可追溯18世纪末法国民事诉讼的流行教科书。Voir R.J. Pothier, Traité de la procedurecivile, Lyon: Duplain, 1776, p.14.

⑲河南省洛阳市中级人民法院(2009)洛民立终字第235号民事裁定书。

⑳[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

法大学出版社1992年版。第86页。

㉑参见[日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第89页。

㉒[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第176页。

㉓参见[日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1997年版,第15页。

㉔参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,三民书局1996年版,第80页。

㉕参见注㉒,第177页。

㉖Voir Henri Motulsky, Ecrits, étudeset notes de procédurecivile, Paris: Dalloz, 2009, p.98.

㉗同注㉖,第100页。

㉘Code de procédurecivile, Art. 30: "L´actionest le droit, pour l´auteurd´uneprétention, d´être entendusur le fond de celle-ci afinque le jugeladisebienou mal fondée. Pour l´adversaire, l´actionest le droit de discuter le bien-fondé de cetteprétention".

㉙法国有的学者把这种诉讼称为"客观法之诉",因为这种诉讼是为了维护"客观法"的秩序。Voir Loïc Cadiet, Soraya Amrani- Mekki, Jacques Normand, Théoriegénérale du procès, Paris: Presses Universitaivres de France, 2009, no57.

㉚Voir Loï Cadiet, "Les clauses contractuelles relatives à l´action en justice", dans Les Principales clausee des contratsconclus entre professionnels, Aixen Provence: Presses universitairesd´Aix-Marseille, 1990, pp.193-223.

㉛同注㉚,第206页。

㉜《法国民法典》第2254条规定了但书条款,即"诉讼时效的合同安排"之规定不得适用于以下案件:"要求支付工资、拖欠租金、支付抚养费、支付地租、偿还贷款利益,以及其他应当定期履行债务的案件。"这些案件的当事人不得以合同形式调整诉讼时效。在这类案件里,"诉讼时效的合同安排"是无效的。

㉝Voir StéphaneLataste, La contractualisation des règles de procédure: Les règles de proceduresont- ellessolublesdans le contrat? Paris: Maison du Barreau de Paris, Reuniondu 2 fev. 2011.

㉞Voir Cass. com. 7mar. 1984; Cass. com. 16juin. 1987; Cass. civ. 23jan. 2001.

㉟Cass. com. 3 nov. 2011, no10-26203.

㊱Voir Christine Boillot, Le régime des clauses relatives au litige, RTD Com. 2013, p.1.

㊲参见姜世明:《诉讼契约之研究》,《东吴法律学报》第19卷第1期(2007年),第79-142页。

㊳同注㊲。

㊴[日]兼子一:《关于诉讼之合意》,《法学协会杂志》第53卷第12号,昭和10年。转引自注㉒,第189页。

㊵参见注㉒,第189页。

㊶参见注㉒,第189页。

㊷参见沈冠伶:"不起诉协议",《月旦法学教室》2002年第2期,第11页。

㊸同注㊷,第11页。

㊹参见张卫平:"对民事诉讼法学贫困化的思索",《清华法学》2014年第2期,第8页。

参考文献:

[1][日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版。

[2][日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版。

[3][德]赖因哈德·齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法》,常鹏翱译,北京大学出版社2009年版。

[4]Henri Motulsky, Ecrits, études et notes de procedurecivile, Paris: Dalloz, 2009.

[5]Loïc Cadiet, Soraya Amrani- Mekki, Jacques Normand, Théoriegénérale du procès, Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/