

起诉条件与实体判决要件

张卫平*

内容提要:现行民事诉讼法关于起诉条件的设置标准过高,实质是将实体判决要件等同于起诉条件以及诉讼开始的条件。为此应当改革起诉制度,将起诉条件与实体判决要件相剥离,实行实体判决要件的审理和实体争议审理并行的“二元复式结构”。在改革起诉制度的同时,法院内部机构也应当调整,取消现行的“立审分立”原则,不再设立立案庭。

关键词:起诉条件 实体判决要件

根据民事诉讼的处分原则,诉讼程序应当由当事人启动:一审程序因为当事人起诉而开始;二审程序因上诉人的上诉而开始。按照现行民事诉讼法第108条的规定,当事人的起诉必须符合以下条件:(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;(二)有明确的被告;(三)有具体的诉讼请求和事实、理由;(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。除此之外,不得违反“一事不再理”、没有仲裁协议排斥法院审判等也属于起诉的条件。有的学者将这些条件称为“起诉的实质要件”,而将民事诉讼法第109条规定的要求相应地称为“起诉的形式要件”,即:起诉应当向人民法院递交起诉状,并按照被告人数提出副本。书写起诉状确有困难的,可以口头起诉,由人民法院记入笔录,并告知对方当事人。按照我国民事诉讼立案制度的要求,只有原告的起诉符合民事诉讼法规定的起诉条件的案件,人民法院才能受理,因此,是否符合起诉条件是法院是否受理该案件的关键。正是因为民事诉讼法规定了起诉的条件,“受理”成为了我国民事诉讼制度中一个特有的概念。按照我国学者的定义,民事诉讼中的受理,是指人民法院通过对原告起诉的审查,认为符合法定条件,决定立案审理,从而引起诉讼程序开始的职权行为。^[1]实际上,法院对当事人的起诉受理后,才是诉讼程序的真正开始。法院受理案件或审查起诉的行为属于立案工作的一部分,关于审查受理的一系列相关规定构成了“审查立案”制度。与此相关联,在法院内部组织机构方面也有相应的专门机构——立案庭或告诉申诉庭,实行“立审分立”的原则。^[2]立案机构负责处理有关“立案工作”的诸多事项,除了一审案件的审查立案和登记立案外,还负责处理申诉、上诉、抗诉的立案事项。立案制度以及相应的立案机构的设立体现了我国民事诉讼制度和审判体制的一大特色。

在程序上,法院在收到起诉状后或者原告口头起诉后(简易程序),应当严格依照起诉的条件逐项进行审查,如果起诉符合民事诉讼法规定的条件,法院应当在7日内立案,并通知当事人。如果法院审查后认为不符合起诉条件的,应当在7日内裁定不予受理。在审判实务中,法院一般是首先告知原

* 清华大学法学院教授。

[1] 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2004年版,第264页。

[2] 最高人民法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》第5条。

告不予受理,如果原告仍然坚持起诉的,裁定不予受理。原告对裁定不服的,可以在裁定书送达次日起10日内向上一级法院提起上诉。如果法院在立案后才发现起诉不符合条件的,则应以裁定驳回起诉。^[3]不予受理和驳回起诉的裁定书由负责审查起诉的审判人员制作,报庭长或者院长审批。^[4]裁定不予受理、驳回起诉的案件,原告再次起诉的,如果符合起诉条件,法院应予受理。^[5]

由于起诉条件与立案的内在关联,使得起诉条件成为民事诉讼一审程序开始的要件,也即诉讼开始的要件。然而,能够如此设置诉讼开始的要件吗?或者说起诉应当设置这样的条件吗?笔者认为,这种诉讼程序结构的建构,实际上把诉讼程序开始的要件与法院做出实体判决的要件混淆起来了,这就导致了起诉条件的“高阶化”和诉讼程序开始的“高阶化”。实体审理程序的前移,导致了审理程序在观念上与实在的悖论,在观念上,法院对起诉条件的审查程序并不是诉讼程序的一部分,因为如果起诉不符合条件,诉讼就不能开始,但审查过程或程序却是现实存在和已经发生的,然而这部分程序的存在却在观念上被否定了,成为一种“诉讼前程序”,由于这一原因,这种“诉讼前程序”的正当性或正义性就容易被人们所忽视,成为一块“灰色区域”或“灰色程序”。正是因为起诉条件设置的“高阶化”,以及起诉条件审理程序的“灰色化”,也就有了具有我国特色的“起诉难”问题。

一、“诉讼要件”与诉讼开始的要件

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”(即实体判决要件),^[6]也就是法院对当事人的实体请求或实体权利义务争议做出裁决的前提条件。显然,这里的“诉讼要件”并不是指诉讼开始的要件,而是可以对本案实体权利义务争议进行判决的要件,其法律效果在于,如果不具备对本案实体请求或实体权利义务争议判决的要件,也就不能够对原告的实体请求或实体权利义务争议做出判决。按照日本民事诉讼法学家高桥宏志教授的说法,“诉讼要件”这一概念在语词表达上实际上并不准确,它给人的感觉似乎就是指“诉讼成立”或“诉讼开始”的要件。^[7]由于“诉讼要件”并不等于诉讼开始的要件,因此在这些国家,即使欠缺所谓“诉讼要件”也并不影响诉讼的成立,并不影响法院对案件审理的开始。在大陆法系国家,“诉讼要件”的说法虽然已经成为一种约定俗成的概念,但为了不至于引起我国读者的误解,笔者以下使用“实体判决要件”以取代“诉讼要件”的说法。^[8]

在大陆法系国家的民事诉讼理论中,实体判决要件通常包括以下内容:1.当事人实际存在。2.具有当事人能力。3.当事人适格。4.当事人实施起诉行为。5.实施了有效送达。6.不属于二重诉讼。7.具有诉的利益。^[9]8.属于法院裁判权范围。9.属于审理本案的法院管辖等。^[10]我国民事诉讼法

[3] 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第139条第1款。

[4] 最高人民法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》第12条。

[5] 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第142条。

[6] 参见[日]新堂幸司:《民事诉讼法》,弘文堂1989年版,第203页;[日]高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》下册,有斐阁2004年版,第1页。

[7] 上引高桥宏志书,第1页。

[8] 在国外,还有一个与诉讼要件含义相同的说法——“本案判决要件”,但这一说法也容易引起歧义,所以本文没有使用。

[9] 在大陆法系国家民事诉讼理论中,诉的利益是指原告可以通过诉讼获得本案判决(实体判决)的必要性和有效性。如果对于原告而言,没有做出本案判决的必要性和有效性,原告的诉也就没有诉的利益。见[日]小林秀之、原强:《民事诉讼法》,弘文堂2003年版,第61页。

[10] [日]伊藤真:《民事诉讼法》,弘文堂2002年版,第221页。关于判决要件的种类,学术界有多种观点,这里选择了其中一种观点,以便于比较。

第 108 条也有具体规定。^[11] 应当注意,在诉讼实务中的起诉条件并不是仅仅是指 108 条规定的这些条件,实际上还包括诸如不得违反“一事不再理”、没有仲裁协议排除法院的审判等,属于这些情形之一的,法院将不予受理或驳回起诉。

比较一下大陆法系民事诉讼中的实体判决要件与我国民事诉讼中的起诉要件,两者有许多方面是相同的。1. 在当事人方面,尽管我国民事诉讼法中没有规定当事人能力和当事人适格,但在理论上和实务中均强调原告应当具有当事人能力和当事人适格(正当当事人),只是没有强调被告适格问题,^[12]从法律规定的要求来看,仅仅是有明确的被告即可。在诉讼实务中,不适格的被告往往在受理以后通过变更被告,实现被告的适格化。2. 在诉讼标的方面,民事诉讼法虽没有像大陆法系国家那样禁止“二重起诉”的原则,但在诉讼实务中也坚持不得重复起诉,法院发现属于重复诉讼的,将不予受理。我国民事诉讼理论和实务中还没有认可“诉的利益”这一概念,在立案审查中不会以起诉没有诉的利益为理由而不予受理或驳回起诉,但从法院民事审判权的具体行使来看,有时也会将类似“诉的利益”的内容作为考量的因素之一。3. 在审判权的行使范围方面,同样强调原告起诉的诉讼请求应当属于法院审判权行使的范围。在我国,按照通常的说法,应当属于人民法院主管或属于人民法院主管的范围。在立案中,是否属于人民法院主管是立案机构审查的重点之一,一般认识是,如果不属于法院主管,法院就无权进行审理和裁判,因此也就不能受理。4. 在法院内部的分工方面,也同样强调属于受诉法院管辖这一要件。由于上述基本方面的相同,因此,可以认为大陆法系国家实体判决要件中的主要部分与我国民事诉讼中的起诉条件基本等同。^[13]

通过比较,我们就很容易发现,我国民事诉讼实际上将起诉条件作为诉讼程序开始的条件,并错误地将实体判决的要件等同于起诉的条件,其进一步的后果就是:在还没有开始诉讼程序或在诉讼程序开始之时,便对是否属于法院民事审判权行使的范围、当事人是否适格、是否重复诉讼、是否属于本法院管辖等本应在审理程序中进行审理的事项进行了审查,而这些本都应当属于诉讼开始以后才能进行审查的问题。实际上,当事人管辖异议的提起以及法院管辖异议的处理也都是在诉讼程序中进行,然而在认识和制度规定上,我们又否认此时诉讼程序已经开始。

就笔者掌握的资料来看,国外的民事诉讼法中均没有像我国这样规定起诉条件的。在国外,民事诉讼程序因为原告的起诉而开始,对于原告的起诉几乎没有设定什么条件。如果说有条件也不过是起诉应当向法院提出诉状,诉状要求记载当事人及法定代理人和请求目的及原因,都属于纯形式上的要求。在日本,诉状由原告直接向法院的事务窗口提交,值日的法院书记官将诉状转给按事先规定的案件分配方式确定的法官。法官接到诉状后,仅仅对诉状是否符合法律规定的要求进行审查,而不会对诸如当事人适格、是否属于法院主管、是否属于一事再理、是否具有诉的利益等等属于实体判决要件(诉讼要件)的问题进行审查。实际上法院重视的,最主要是被告的送达地址是否确定以及是否交纳了裁判费和送达费(在国外送达费由当事人承担)。如果诉状记载有问题,法官可以要求原告予以补正。如果原告拒绝补正的,法院可以以“命令”的形式“驳回诉状”。对该命令不服,原告可以向高等法院“即时抗告”(一种简易上诉形式)。从日本的诉讼实务来看,这种驳回“诉状”的情形很少发生,因为补正诉状对原告来讲并不是一个十分为难的问题。一旦法院接受诉状,案件就进入“诉讼系属”状态,即该案件已经处于受法院审判的状态。这种系属状态始于原告起诉,止于判决确定或因当事人和

[11] 最高人民法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》第 8 条规定了法院对当事人起诉的受理条件:1. 起诉人应当具备法律规定的主体资格;2. 应当有明确的被告;3. 有具体的诉讼请求和事实根据;4. 属于人民法院受理案件的范围和受诉人民法院管辖。

[12] 正是因为没有明确被告适格的程序法性质,所以导致被告不适格时法院处理上的难题,即应当以裁定驳回起诉,还是以判决驳回诉讼请求。

[13] 参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社 2002 年版,第 33 页。

解或原告撤诉而导致诉讼终结之时。^{〔14〕}

在起诉条件中置入了实体判决的要件,或将实体判决要件作为诉讼开始的条件,其积极意义在于能够在诉讼开始的阶段即阻止那些不属于法院主管、法院管辖、原告不适格、有仲裁协议排斥法院审判的案件进入诉讼程序,有利于防止原告滥诉给法院造成不必要的审理负担,以及减少因为原告滥诉使被告受到的涉讼拖累。但另一方面,必须清醒地认识到这样的制度设置也同样导致了以下问题:

1. 由于我国民事诉讼法将实体判决要件置入了起诉的条件之中,就抬高了诉讼开始的门槛和起诉的门槛,导致了起诉或诉讼开始的“高阶化”,也就发生了只有在我国才有的所谓“起诉难”的现象。“起诉难”实际上是“立案难”或者说“受理难”,在诉讼尚未开始时,便因为起诉条件没有满足,而将起诉人拒之门外,不能不导致司法审判疏远民众,民众“投诉无门”的感觉,对大众心理产生了消极影响。

2. 对这些涉及案件的实体问题的调查和审理需要一定的时间和程序,将它们的审理置于短暂的起诉审查阶段是不合适的。例如,当事人是否适格、法院审判权行使的范围以及当事人之间是否存在仲裁协议而排除法院裁判等,对这些实体问题的审理应当给予当事人双方充分陈述甚至辩论的机会。对于是否具有实体判决的要件事实的调查也不完全是法院职权调查的事项,其中部分主张和事实的诉讼资料应当来源于当事人,适用民事诉讼辩论原则的要求。而按照我国民事诉讼法的制度设计,关于起诉条件的审查完全属于法院职权调查的事项,法院只是单向地对应一方当事人,而不是通过公开的诉讼程序,在开放的程序(例如辩论程序)中更加中立地判断有关起诉条件(实质上的实体判决要件)的事项,这自然会影响裁判的程序公正性。

3. 起诉条件等同于诉讼开始要件的制度结构,给我国民事诉讼设置了程序上的实质和形式悖论,即原告起诉,法院认可予以受理的,诉讼开始在形式上是合法的,但这并不意味着诉讼开始在实质上也是合法的,一旦法院在进一步审理中发现,或者被告关于否定起诉条件的主张得到了法院的认可,只要没有做出判决,这以前所实施的诉讼程序都将是违法的。例如,关于原告适格的问题,如果法院一开始没有发现原告不适格,或者没有认可被告关于原告不适格的抗辩,而是在开庭审理以后通过庭审辩论,认可了被告关于原告不适格的抗辩,由于将起诉条件设定为诉讼开始的条件,必然使已经开始的诉讼程序在合法与非法之间处于不确定的状态。此外,它在诉讼实践中还会发生这样的尴尬:法院受理了案件,诉讼进入了庭审阶段,被告却依然对是否符合起诉的条件(受理的条件)提出异议,例如不属于民事诉讼的事项,但法院却认为是否符合起诉条件或应否受理在立案审查时已经解决,庭审仅仅涉及实体权利义务的争议问题,而被告依然坚持如果不能解决起诉条件的认定问题,就不能做出判决。

4. 将实体判决要件置入起诉条件,还导致法院在裁判处理上的逻辑混乱。在实务中,如果法院认为原告的起诉不应当受理,首先应告知不符合起诉条件,法院将不予受理,希望原告撤回起诉。原告坚持起诉的,法院裁定不予受理,当事人不服该裁定的,可以提起上诉。但受理以后,仍然有可能在审理中发现不应当受理,而驳回起诉,因为关于是否符合受理条件的确认往往要在审理之中,而不是审理开始之前,当事人对驳回起诉的裁定还可以上诉。但这一切都是在实际受理以后才发生的。

在起诉条件的设定上,也许我们一直存在这样的认识,即如果我们不将属于法院主管和本法院管辖作为起诉的条件,那么,法院有什么权力对本案进行审理裁判呢?如果不考虑法院主管和管辖问题,便开始诉讼程序,使案件“系属”于法院,岂不有可能导致法院越权审判吗?因此,只有原告起诉的案件属于法院主管、属于本法院管辖,原告的起诉才是正当的,才能够避免越权审判。笔者认为,这种认识严重误读了法院主管、管辖与法院审理权、裁判权的关系问题。法院主管和某法院的管辖权实质是法院对案件实体问题的裁决权,不属于法院主管,就意味着法院没有权力对该争议关系做出实体上的裁决;该法院对此案没有管辖权,也意味着该法院不能对此案件的实体问题做出裁判;不属于法院

〔14〕 藤木英雄等主编:《法律小辞典》,有斐阁1972年版,第597页。

主管和本法院管辖并不意味着法院不能对该争议关系审理,^[15]也只有经过审理,法院才能够知道该争议是否属于法院民事审判权行使的范围内,是否属于本法院管辖,如果不属于法院主管的,则裁决驳回当事人的诉(不是诉讼请求),不属于法院管辖的可以移送给有管辖权的法院。因此,不能将法院对实体判决要件的审查程序排斥在民事诉讼审理程序之外,使之成为“诉讼前程序”。

二、民事诉讼审理的二元构造

我国民事诉讼关于起诉条件的这种“高标准”设定或“高阶化”与人们对民事诉讼审理的对象和基本构造的认识有关。一些人一直存在这样的误解,即法院对案件的审理就是对案件实体问题的审理,存在着“程序问题的审查”和“实体问题的审理”对应的概念,法院的审理在“程序”与“实体”两个层面上对应分界。由于起诉或诉讼开始的条件的认定属于“程序问题”,因此,不应当属于法院“审理”的对象范围,法院的“审理”的展开一定是在法院受理案件以后,审理程序本身并不包含法院对起诉条件的审查程序。也就是说,民事诉讼审理是单一的构造——对案件争议实体问题的审理。这就往往使我们陷于一种困境之中,即既然关于起诉条件的审查是程序性的、非实质性的,那么法院的审查判断对象就不应当包括实体问题。然而民事诉讼法关于起诉条件的规定又包含着实体问题,例如:1. 关于法院主管以及民事审判权行使的范围。法院主管问题的实质是法院审判权行使的范围,某一争议是否属于法院可裁判的对象,涉及该争议关系的性质,争议关系的性质问题无疑是实体问题,不能正确判断争议关系的性质,便无法确定法院是否能对此行使司法裁判权。一旦确定为法律关系的争议后,还需要进一步从该争议的法律关系性质上判断是否属于民事案件,只有该争议属于民事案件,才能适用民事诉讼程序,对该争议做出民事裁判。因此,关于主管问题的判断不可能不涉及实体问题。2. 受诉法院的管辖权。从表面上看,管辖问题似乎离实体比较远,但实际上管辖问题同样涉及实体问题。最典型的是关于合同案件管辖法院的确定问题。按照民事诉讼法第 24 条,合同纠纷的管辖法院是被告住所地或合同履行地人民法院,而合同履行地的确定又因合同的性质不同而有所不同。例如,购销合同当事人在合同中没有明确约定履行地点的,以约定的交货地为合同履行地;加工承揽合同,以加工地为合同履行地;财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地(有约定的除外);补偿贸易合同,以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地;借款合同,贷方所在地为合同履行地(有约定的除外);在明确合同性质时,法院必须在审查合同具体的权利义务后方能断定。因此,只要民事诉讼法设定了上述起诉条件,就不可避免地要涉及到案件实体问题的审理。3. 当事人适格。尽管民事诉讼法没有明确规定将当事人适格作为起诉的条件,但却规定了原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织,而直接利害关系的有无就直接涉及了原告是否适格的问题。进一步,既然要求了原告的适格问题,也就不能回避被告的适格问题,被告适格的问题同样涉及实体问题。一般情况下,给付之诉和变更之诉(形成之诉)中,如果不是争议法律关系的主体也就不是适格的当事人——适格的原告和适格的被告。^[16]基于此,我们就不可能从程序问题和实体问题二分法来区分审理的对象,并以此为基础构建审理程序的结构。

众所周知,审判权的行使最终体现在对争议法律关系的裁决上,但在法院对争议法律关系进行裁决之前在逻辑上要解决的问题是法院审判权行使的范围、受诉法院管辖权、当事人适格等问题,如果这些问题没有解决,受诉法院便没有权力裁决该争议或即使裁决也没有实际意义(在原告或被告不适

[15] 人们往往把“审查”与“审理”区分开来,实际上审查也是审理的一种形式,只不过“审查”往往不是法院在双方当事人面前实施的行为,具有单向性和封闭性。其他的审理行为如开庭审理——法庭调查或法庭辩论中的行为,则是在双方当事人面前实施的行为。

[16] 张卫平主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社 1998 年版,第 133 页。

格的情况下)。因此民事诉讼在一审审理程序中就必须解决法院能否或有必要做出实体判决的问题。只有法院有权、也有必要对本案争议法律关系做出判决时,法院才能对法律关系权利义务争议进行进一步审理,并最终做出判决。这就要求民事诉讼审理实际上是由两部分构成,一部分是解决法院能否和有必要做出判决的问题;另一部分是法院如何对争议的法律关系做出判决的问题。这也就构成了民事诉讼审理的二元构造——实体判决要件的审理(也称为诉讼要件审理)和对本案诉讼请求判决的审理(也称为本案要件审理)。^[17]从我国民事诉讼的审理内容来看,也同样存在这样的构造。但问题在于,我国民事诉讼法和民事诉讼理论并没有把实体判决要件的审理程序纳入民事诉讼的审理程序,即没有承认实体判决要件的审理是在民事诉讼审理程序之中的,而是置于民事诉讼审理开始之前,因为起诉条件被视为是民事诉讼审理程序或民事诉讼程序开始的要件。这样一来就发生了审查起诉条件的程序实际成为一种“前民事诉讼程序”的现象。

这样一种“程序外程序”的现象在我国民事诉讼中并非只有一审程序才存在,在再审程序中也实际存在。作为一种特殊的救济程序,再审程序也同样包含两个内容:一是关于是否符合提起再审条件的审查;一是对已经裁判的争议法律关系或争议再次进行审理裁判。在我国民事诉讼中重视的是提起再审的条件,主要是再审理由的规定,但却没有关于对再审提起条件进行审查的程序,人们似乎认为只有符合再审条件,再审程序才能开始,没有意识到对已经裁判的争议是否应当再次进行审理的审查或审理也应当是再审程序的有机组成部分,因此,再审程序也是一种二元审理构造。正因为我们这种认识上的误区,导致我国民事诉讼法再审理由审查的程序上的缺失,^[18]这方面法定程序的缺失就使这一阶段出现了“灰色区域”,成为司法腐败的高发领域。

从诉讼制度的历史来看,也曾经存在过必须有诉讼成立要件,诉讼才能开始的时期。这就是古代罗马法时代。^[19]古代罗马法的诉讼虽然不同时期程序有所不同,但大体上诉讼可分为两个阶段:第一个阶段,由国家的司法官(裁判官)对“诉”是否具有诉权进行审查,即该“诉”是否具备在“本案程序”(实体争议审理的程序)进行审理的要件进行审查。通过这一审查之后,再确定争点以及审理的日程。争点和日程得到当事人同意之后,案件才移送给争议裁判的法院,从而进入诉讼的第二个阶段。在罗马早期,判决实体争议的法院的法官并不是专职的法官,而是由普通百姓担任的裁判官。到罗马后期,虽然裁判官换成了受法定证据法则严格约束的国家裁判官,并对案件进行审理裁判,但依然保留了由判决实体争议的法院对本案诉的争议进行判决的做法。因此,在古代罗马诉讼中,第一阶段(相当于实体判决要件审理阶段)和第二阶段(实体争议的审理)是截然分开的。第一阶段是第二阶段开始的前提,没有第一阶段,就没有第二阶段,这种结构的诉讼也被国外学者称为“阶段式诉讼”(更为形象的说法是“跃层结构”)。在那时,如果欠缺实体判决要件(诉讼要件),则实体判决当然无效。也就是说,不具备实体判决要件而开始的实体争议审理程序也是无效的。后来,这种观点受到人们的批评,认为要使判决无效必须通过特别的程序,以便保证判决的稳定性。在德国普通法时期,欠缺实体判决要件不再导致判决的无效,而是通过“无效抗告”程序宣告判决无效,被宣告无效的判决从始就是没有效力的。这样一来,就切断了判决当然无效与实体判决要件之间的联系,实体判决要件的审理比重逐渐下降。^[20]

现在,在大陆法系的国家中如德国、日本、韩国都没有采用阶段式审理结构,而是采用所谓“复式审理构造”,即在民事诉讼程序中,实体判决要件的审理与本案实体争议的审理是并行的,而不是必须首先审理是否具有实体判决要件,只有在确认具有实体判决要件以后再启动实体争议的审理,而是同

[17] 前引[6],高桥宏志书,第2页。

[18] 参见张卫平:《民事再审事由审查程序的法定化》,《法学》2000年第2期。

[19] [日]柏木邦良:《诉讼要件研究》,《民事诉讼杂志》第19号(1973年);中山幸二:《诉讼要件的性质》,载早稻田大学大学院《法研论集》第37号(1986年),转引自前引[6],高桥宏志书,第1页。

[20] 前引[6],高桥宏志书,第2页。

时并行的,所以笔者将其称为“复式结构”。这种结构与古罗马时代的“跃层结构”有明显的差异。在日本民事诉讼中,对于原告提起的诉讼,如果法院判断缺乏实体判决要件时将以判决驳回原告的诉,因为实体判决要件的欠缺不同于起诉条件的欠缺,因此法院只是驳回诉,而不是驳回起诉。驳回“诉”并不等于驳回诉讼请求,法院驳回诉讼请求是对实体请求审理后的判决,是因为原告的诉讼请求不能成立,而不是原告的“诉”缺乏实体判决要件。如果诉讼中,法院或当事人对实体判决要件有疑问时,就应当停止本案实体争议的审理,集中审理是否具有实体判决要件。但由于是“复式结构”,因此即使对是否具备实体判决要件存在疑问的情形下,已经开始进行了本案实体争议的审理,该审理程序的进行也并不违法。

三、起诉条件的低阶设定与立案制度的改革

如上所述,由于我国现行民事诉讼法将实体判决要件与起诉条件实际上等同起来,导致提高了起诉和诉讼开始的“门槛”,并进一步导致了实体判决要件审理程序的“前程序化”,因此,在现行民事诉讼法修改之际,应当对起诉条件进行调整,并明确设定实体判决的要件。

起诉作为一种诉讼行为,原本应当是当事人要求法院对诉讼请求进行审理和裁判,实质是启动民事诉讼程序。对于当事人的诉讼请求是否属于法院裁判的范围、是否属于本法院管辖、原告是否适格、诉讼请求是否成立等问题应当是在诉讼程序开始以后进行审理的问题。因此,只要原告的起诉在当事人方面指向明确,便于法院审查判断即可。即使诉讼请求不明确也不妨碍诉讼程序的开始,关于诉讼请求的整理可以在诉讼程序中进行。也就是说,起诉的功能应当定位于单纯的诉讼程序启动,所有程序问题和实体问题的实质调查、审查都应置于诉讼开始以后。国外一般将起诉的条件设定为:向法院提交起诉状;诉状应当记载当事人、法定代理人以及请求的目的和原因。这种“低阶化”的条件使得国外的法条表述和诉讼理论中几乎没有关于所谓“起诉条件”的表述和议论,只有“起诉方式”的说法。在他们看来,上述有关起诉的规定实在是谈不上“条件”,而只是一种方式上的要求。^[21]当然,即使作为一种方式上的要求,当事人也有可能不遵守,如原告的诉状中存在瑕疵,没有记载被告、以及请求目的等,法院可以要求当事人予以补正,原告坚持不予补正的,法院可以驳回诉状,原告不服可以提出即时抗告。诉状如果不能送达,法院也同样可以驳回诉状。由于这些事项并不复杂,因此法院可以不经过口头辩论程序直接做出驳回诉状的裁决。

如果在我国民事诉讼中重新调整起诉的条件,实现起诉的“低阶化”,也就意味着法院受理条件的“低阶化”,甚至“无阶化”。与此相应,法院的内部组织分工也就应当加以调整。现在,法院在审判的内部分工上实行“立审分立”原则,即将法院的立案工作与审判工作分开,由不同的组织机构进行。法院的立案庭或告诉申诉庭专门负责立案工作,各审判庭只负责对已经立案的案件进行审理和裁判。^[22]所谓立案工作,按照最高法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》包括了以下内容:1. 审查民事、行政案件、刑事自诉案件的起诉,决定是否予以立案;2. 对刑事诉讼案件进行立案登记;3. 上一级法院对上诉案件(民事、刑事、行政)、检察院抗诉的案件进行立案登记;4. 对本院提起再审、上级法院指令再审和检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件进行立案登记。除此之外,立案工作实际上还包括对当事人申诉的审查。

[21] 笔者认为,起诉作为一种当事人行使诉权的行为,严格而言无所谓条件,实际上也许应该称为“受理的条件”更为准确,即满足法律设定某些条件,法院才能受理,否则不予受理。

[22] 在实行“立审分立”原则之前,立案工作由各个审判庭进行。1997年4月最高法院颁布《关于人民法院立案工作的暂行规定》,第5条规定:人民法院实行立案与审判分开原则。第6条规定:人民法院的立案工作由专门机构负责,可以设在告诉申诉审判庭内,不设告诉申诉审判庭的,可以设立。1998年7月2日,最高法院院长肖扬又在当年全国高级人民法院院长座谈会上指出“健全立审分立、审执分立、审监分立制度”。

在法院的立案工作中,明确区分了审查、决定是否立案的工作与“立案登记”工作的不同,即“审查立案”和“登记立案”的不同。^[23]对属于“立案登记”的案件不存在法院“审查”的问题。实际上立案庭的大量工作是对起诉的审查以及相应的处理,“审查立案是立案工作的重点”。^[24]一旦起诉条件降低,法院对起诉的审查就基本上没有什么实质意义了,对起诉的“审查立案”就转化为简单的“登记立案”。这样一来,如果仅仅是立案登记,立案庭这样的主要从事“审查工作”的专门机构是否还有存在的必要就有疑问了。

“立审分立”的实质是要加强立案工作,也就是强化法院对起诉条件的审查和相应的处理,强调立案对审案的制约,试图解决“起诉难”的问题。但由于起诉条件的“高阶化”,对立案的强调实际上却反过来强化了“起诉难”,因为立案必然强调起诉审查的规范,必然要“严把受理关”。从表面上看,“立审分立”是一种权力分散或分立,但这种权力分散的结果由于不是相互制约性的,因此反而导致权力多元,造成新的权力,也就进一步扩大了司法腐败的新领域。我们不可忘记,腐败是权力的影子。现实情况是,立案阶段成为极少数人新的谋财之道,“把关”往往就成为一把闪着金光的钥匙,蜕变为索取。在反腐败方面,我们仅仅注意如何防止权力的滥用,而没有注意减少权力或尽可能少的设置权力。防止司法腐败的一个釜底抽薪的办法,就是减少权力,减少权力的控制。“立审分立”原则是现行制度下的产物,立审分立的一切必要性都是在现行起诉制度下才具有的,一旦改革了现行的起诉受理制度,将起诉条件“低阶化”,把原起诉中设定的条件改为实体判决的条件,并将这种条件的审查后移到诉讼开始后的审理程序中,“立审分立”的原则也就失去了存在的意义。由于实体判决要件的审理很难与本案实体权利义务的审理割裂开来,因此,在审理构造上,也就不能像古代罗马诉讼那样实行“跃层结构”或“错层结构”,即将实体判决要件的审理与本案审理分立,而应当借鉴大陆法系国家的“复式结构”,即实体判决要件的审理与本案实体争议审理并行。

四、实体判决的要件及其审理

国外民事诉讼的这种“宽进”或“低进”的制度设计是我们应当借鉴的,但这样的制度设置需要有“实体判决要件”审理制度的配合,否则必然会导致审判权的滥用以及裁判的非实效性。在民事诉讼法修改中,应当注意将原来作为起诉的某些条件(大多数条件)变更为实体判决的要件,并将对该要件的审理判断后移于诉讼程序之中。

关于诉讼要件的系统论述的源头可以追溯到德国普通法末期著名诉讼法学家彪罗(Oskar Bulow)。彪罗在其著作《诉讼抗辩与诉讼要件》(1868年)一书中以古代罗马诉讼的“二阶结构”为前提,论述了诉讼要件与诉讼法律关系成立要件的关系,^[25]将罗马诉讼中先行程序审理的事项(诉讼要件)作为诉讼法律关系成立的要件。^[26]虽然现在大陆法系国家民事诉讼已经废弃了罗马诉讼的“二阶结构”,但彪罗关于诉讼要件的体系化论述在与“权利保护请求权论”——一种诉权理论——整合后,又成为现代民事诉讼的理论基石之一。权利保护请求权论将诉权理解为“胜诉判决请求权”,诉权的要件也就是胜诉判决的要件。胜诉判决请求权的要件包括了两个方面:作为请求理由的实体权利保护要件和诉讼上的权利保护要件,如权利保护的资格、权利保护的必要性、当事人适格等。按照这一理论,无论欠缺哪一方面的要件都应当判决驳回请求。如果在审理中,请求无理由时即没有实体上的权利保护要件时,可以忽略诉讼上的权利保护要件的审理而直接驳回请求,也就是直接做出实体判

[23][24] 参见纪敏主编:《法院立案工作及改革探索》,中国政法大学出版社2000年版,第66页。

[25] 彪罗关于诉讼要件与诉讼法律关系之间相关联系的论述,可参见张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼研究引论》,成都出版社1993年版,第55页。

[26] [日]高岛义郎:《诉讼要件的类型化与审理方法》,载《民事诉讼讲座(2)诉讼的提起》,弘文堂1974年版。

决。^[27] 后来由于实体判决请求权理论^[28]的兴起,在一些国家和地区,权利保护请求权论被取而代之,按照实体判决请求权的理论,审理中法院不能省略权利保护要件的调查,而直接判决驳回请求。

实体判决要件即法院能够对争议或诉讼请求做出判决的条件,如果在诉讼中法院经审理查明欠缺这些条件之一的,法院便不能对争议或诉讼请求做出实体判决,应当以裁定的方式驳回诉。

关于实体判决要件,各国法律并没有统一规定在民事诉讼法的某一条之中,而是分散规定。从国外规定和理论看,它一般包含以下内容:1. 受诉国法院对案件具有管辖权;2. 受诉法院对案件有管辖权;3. 存在双方当事人且具有当事人能力;4. 双方当事人具有诉讼能力,没有诉讼能力者,须由法定代理人代为诉讼;5. 具有诉的利益;6. 当事人系适格的当事人;7. 属于诉讼费用担保情形的,当事人已提供诉讼费用担保;^[29] 8. 不属于重复诉讼的情形;9. 本案诉讼标的的不属于生效判决、调解、和解协议约束的诉讼标的;10. 当事人之间没有仲裁协议排斥法院的审理;11. 当事人之间没有不起诉的协议。^[30] 当下,我国民事诉讼法的修改已经被立法机构纳入日程,关于实体判决要件的这些规定应当引起立法者的关注。

诉讼理论将实体判决要件分为两大类:实体判决的积极要件和实体判决的消极要件。积极要件是指那些确保判决在程序和内容上具有正当性的要件,对于本案实体权利义务争议的判决的做出具有积极的作用。积极要件是从肯定的角度来观察的,即具有这些情形,法院就可以做出实体判决,例如,受诉国法院对案件具有国际管辖权、受诉法院对案件具有管辖权、具有当事人能力、存在诉的利益等,法院才能做出实体判决。消极要件是指如果存在或具有这些情形,例如重复起诉、仲裁协议、不起诉协议等,就将排斥法院做出实体判决。消极要件是从否定的角度观察的,即具有这些情形之一者,法院不能做出实体判决。^[31]

由于实体判决要件的存在与否关系到能否做出实体判决的重要问题,因此诉讼开始后对是否存在实体判决要件的审理是非常重要的。从我国民事审判的实务来看,法院对实体判决要件的审理方式主要是对起诉条件的审查,基本上是一种职权调查、裁判的方式。由于我国的民事诉讼体制或诉讼模式是一种职权主导的体制或模式,因此,在诉讼观念和审判观念上,我们没有区分实体判决要件的职权调查事项和抗辩事项,从而影响了民事诉讼处分原则和辩论原则的贯彻和落实,也自然影响了诉讼的正当性。所谓“职权调查事项”,是指不需要由当事人加以主张、提出,法院就可以依据职权考虑,并予以调查、判断的事项。“职权调查”包含两层意思:一层意思是从法院能否主动予以判断的范围来考虑的;另一层意思是从资料源于法院的角度来考虑的。从第一层意思看,如果不属于法院主动判断的范围,则当事人没有主张的事项,法院就不能主动判断。在这一点上,学者们的认识是一致的。但对于第二层含义存在分歧。有的认为,不属于法院判断事项的诉讼资料法院也不应当依职权进行收集。相反,另一种意见认为法院可以依职权予以收集。前者是日本的通说。^[32] 在德国,实体判决要件的有关事项即使属于职权调查事项,法院也不能依职权进行调查收集,而是通过行使“阐明权”,促

[27] 前引[26],高岛义郎文,第105页。

[28] 该学说为德国学者贝利叶(Bley)首创,认为诉权系当事人请求法院以本案判决(争议实体权利义务的判断)为判决时必须具备的权利,诉权要件除了一般诉讼要件外,仅包含“诉讼上的权利保护要件”,而不包含“实体上的权利保护要件”。参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,台湾三民有限公司1996年版,第80页。

[29] 诉讼费用担保是指法院按照法律的规定,根据被告的请求,命原告就诉讼费用提供担保的制度。通常适用于那些在受诉国没有住所以及经营场所的原告。

[30] 关于实体判决要件参见前引[6],新堂幸司书,第164页;前引[6],高桥宏志书,第4页;[日]伊藤真:《民事诉讼法》(考试对策讲座11),弘文堂2002年版,第221页;[日]吉村德重等编:《民事诉讼法》,青林书院1980年版,第45页;前引[26],高岛义郎文;[日]竹下守夫:《诉讼要件中的几个问题》,载《司法研修论集》,日本评论社1980年版。关于不起诉协议,可参见拙文《论民事诉讼的契约化》,《中国法学》2004年第3期。

[31] 参见前引[26],高岛义郎文,第109页;前引[6],高桥宏志书,第5页。

[32] 前引[26],高岛义郎文,第110页。

使当事人提供诉讼资料,根据当事人提供的资料予以判断。^[33]日本也有学者主张,尽管有些事项属于职权调查事项,例如诉的利益问题、任意管辖问题、当事人适格等问题的调查,应当适用辩论原则,不适用职权探知原则,即由当事人提供有关资料,法院不得依职权收集。^[34]因此,理论学说上又有了“三分法说”,即法院对待这些要件应当分别适用辩论原则(辩论主义)、职权探知主义和职权审查的做法。适用辩论原则的,须有当事人的主张,法院才能判断;适用职权主义的,法院可以主动判断和调查;适用职权审查的,法院可主动判断,但法院不能主动收集做出判断所依据的事实材料。与此相对,我国现行民事诉讼中,关于这些资料法院都可以依据职权收集。

与职权调查事项对应,必须由当事人主张、提出,法院才能调查判断的事项就称为“抗辩事项”。抗辩事项所涉及的都是当事人可以处分的事项,受当事人自认的约束。实体判决要件中的事项大都属于职权调查事项,只有少数属于抗辩事项,如仲裁协议、不起诉协议、诉讼费用担保等。如果在诉讼开始后,被告没有主张这些抗辩事项的,法院不能主动依职权判断它们的存在。例如,被告没有抗辩主张存在仲裁协议,从而排除法院审判时,法院不能依职权进行调查和判断。但我国民事诉讼法因为将管辖问题设定为起诉的条件,在这一问题的处理上也就有所不同,即如果法院已经受理,被告又应诉答辩的,视为法院有管辖权。这样处理的问题是,只有在应诉后被告才可能提出抗辩,在逻辑上抗辩只能在受理以后才能实施。

职权调查事项与抗辩事项的区分,是当事人主导型诉讼体制的产物和要求。在当事人主导型诉讼体制下,根据辩论原则的要求,对某些事项当事人没有向法院主张的,法院不能主动予以调查和判断,^[35]否则必然违背法院裁判的中立性和私权自治的原则。因此,在实现民事诉讼体制的转型中,在民事诉讼法的修改以及民事诉讼的实务中都应当注意职权事项和抗辩事项的区别,以便正确加以处理。^[36]

关于实体判决要件的审理,主要涉及两个技术性问题:其一,实体判决要件审理的顺序;其二,实体判决要件审理与实体争议审理的关系问题。关于前者,国外民事诉讼法中并没有法定的顺序,学者有两种观点:一是主张原则上应当首先审理实体判决要件中不针对具体案件的抽象要件,然后再审理涉及具体案件的特别要件。另一种主张首先审理那些比较容易查清的要件,然后审理相对复杂的要件。这样的观点考虑了诉讼的效率问题,通过简单的审理就能判断缺乏实体判决要件时,也就没有必要再对其他要件进行审理了。

关于实体判决要件的审理与实体争议审理的关系问题,主要涉及在实体判决要件的审理尚未有结论之前,实体问题的事实已经清楚时法院应当如何处理的问题。这一问题的前提是,在诉讼中,实体判决要件的审理与实体审理是并行的,既然是并行的(笔者所谓的“复式结构”),就有可能出现原告的诉讼请求在实体上无理由已经清楚的情况。从理论上,因为实体判决要件是实体判决的前提,因此应当首先查清实体判决要件是否存在,然后对实体权利义务进行审理并做出判决,但由于实体判决要件的问题与实体权利义务问题在案件中并非完全分离的,因此即使单独审理实体判决要件,也会自然牵连到实体权利义务的问题。如果实体请求存在,而实体判决要件还没有查清时,毫无疑问不能直接做出承认实体请求的实体判决;但如果实体请求在实体上无理由的情况已经清楚,而关于实体判决要

[33] 前引[6],高桥宏志书,第7页。

[34] 前引[6],新堂幸司书,第205、399页。

[35] 参见张卫平:《诉讼构架与程式》,清华大学出版社2000年版,第151页;张卫平:《我国民事诉讼辩论原则重述》,《法学研究》1996年第6期。

[36] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中虽然也对法院职权收集证据进行了限制,即“涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项”,但用“与实体争议无关的程序事项”来加以限制并不妥当,因为职权调查的事项并非不能涉及实体争议。另外在范围上也过于狭小,实体判决要件中某些事项的调查显然属于职权调查,法院可以依职权收集有关证据。

件的问题还没有查清时,是否应当直接做出驳回实体请求的实体判决,就是一个问题。对这一问题,日本的通说主张,既然实体判决要件是法院对实体争议做出判决的要件,那么就应当对这些要件认定之后才能做出实体判决。^[37]另有一些学者的观点是,必须根据具体的情形来加以处理,实体判决要件中某些要件没有查清,即使实体请求不成立已经清楚的,也不能做出驳回实体请求的判决,例如关于审判权行使的范围、国际管辖、是否属于民事诉讼的事项、是否有诉讼能力等,因为这些要件的欠缺将导致判决的无效或成为再审事由。^[38]但持不同观点的学者认为,这种观点有点本末倒置,因为实体判决要件的设置就是为防止因不正当诉讼导致被告的讼累和司法资源的浪费,既然已经知道了诉讼请求不能成立就应当予以驳回,继续审理是否具有实体判决要件就没有必要。^[39]笔者同意这种观点。

对当事人的诉缺乏实体判决要件的,法院需根据欠缺要件的具体情形来加以处理,如果该案件不属于受诉法院管辖,则受诉法院应当将案件移送给有管辖权的法院。当事人无诉讼行为能力,其法定代理人没有代为进行诉讼的情形不宜直接驳回当事人的诉,而应当首先告知由法定代理人行使诉讼代理权,如果法定代理人坚持不进行诉讼的,应当驳回诉。根据涉外民事诉讼对等原则,当事人应当诉讼担保而没有提供诉讼担保的,应当告知提供诉讼担保,坚持不提供诉讼担保的,驳回其诉。属于其他情形的,如不属于法院审判权行使范围或不属于民事审判权行使范围、有仲裁协议排除法院审判、属于一事再理、当事人不适格、没有当事人能力、无诉的利益等情形的,应当以裁定驳回诉。关于实体判决要件的审理还涉及诸多技术问题和理论,例如对法院错误认定实体判决要件的司法救济、实体判决要件的设定、实体判决要件与诉权的关系问题等,还需要进一步探讨。本文意在引起学界对此问题的关注,以期引发更深入的研究。

Abstract : The Civil Procedure Law currently in effect has a problem because the standard of the requirements to commence an action is too strict. The essence of this problem is that the substantive requirements of judgment has been treated the requirements to commence an action. This article believes that the system of complaint should be revised, the requirements to commence an action should be separated from the substantive requirements of judgment and the trial of the substantive requirements of judgment should parallel the trial of the essential issues to make the dual-trial structure. During revising the system of complaint, the inside structure of the court should be adjusted. This article suggests that the register division should be cancelled and the principle of the register process being separated from the trial process should be abandoned.

Key words : requirements to commence an action; substantive requirements of judgment

[37] 前引[6],高桥宏志书,第10页。

[38] [日]铃木正裕:《诉讼要件与本案要件》,《民商研究》第57卷(1968年)。日本实行再审之诉的制度,只要当事人的再审之诉具有法定的再审事由,法院就要重新审理。参见张卫平:《民事再审事由研究》,《法学研究》2001年第5期;张卫平:《再审制度:基础置换与制度重构》,《中国法学》2003年第3期。

[39] 前引[6],新堂幸司书,第205页。