

# 确认之诉的限缩及其路径

刘哲玮\*

---

**内容提要：**确认之诉在域外的历史演进过程决定了其具有补充性、预防性和反转性的特征，需要予以限缩。我国理论界认为确认之诉的诉讼标的是争议的民事法律关系，未对其作具体限定，实务中法院从司法解释和具体案件两个维度将其扩张到各种有争议的法律效力问题。确认之诉的扩张导致诉讼标的功能失灵，无法有效地解决禁止再诉、诉的合并与变更等程序问题，也使得其与给付之诉和形成之诉的界限不明，更可能对行政登记制度产生冲击，影响民事实体法律秩序的稳定。为了限缩确认之诉的范围，大陆法系国家抽象出了确认利益的概念，将其作为特殊的诉讼要件。由于缺乏明确的法律规则、成熟的理论框架和专门的审查程序，我国短期内无法复制确认利益的路径，更宜从诉讼标的上直接限缩确认之诉，原则上只允许对特定的诉讼标的提起，并审慎地建构例外规则。

**关键词：**确认之诉 诉讼标的 确认利益 诉的类型

---

## 一、问题的提出

在我国民事诉讼法的权威教科书中，确认之诉与给付之诉、形成之诉并称为诉的三大类型。具体而言，确认之诉是指原告要求法院确认其主张的法律关系存在或不存在的诉讼。<sup>〔1〕</sup>以权威教科书为代表的学界通说往往还会强调以下内容：第一，确认之诉的对象（诉讼标的）仅限于法律关系，而不能是一般的事实。第二，确认之诉分为积极的确认之诉（确认法律关系存在）和消极的确认之诉（确认法律关系不存在）。第三，确认之诉的判决不具有给付内容，胜诉判决不产生执行力。<sup>〔2〕</sup>

上述理论通说却无法解决司法实务中的部分困惑，甚至可能遭遇质疑。首先，是否所有的法律关系都可以作为确认之诉的对象？实务中发生过确认鉴定结论无效、<sup>〔3〕</sup>确认债权

---

\* 北京大学法学院副教授。

〔1〕 参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2016年版，第186页。

〔2〕 参见上引张卫平书，第186页；李浩：《民事诉讼法学》，法律出版社2016年版，第113页；王福华：《民事诉讼法学》，清华大学出版社2015年版，第176页以下。

〔3〕 “自贡市自流井区国有资产经营投资有限责任公司诉四川廉正工程咨询有限公司服务合同纠纷案”，《最高人民法院公报》2013年第2期。

已过诉讼时效〔4〕等诉请,如何从理论上剖析此种诉讼的合法性?其次,确认之诉是否一定不能发生强制执行效力?不少实务法官认为,物权确认的判决天然需要执行,如果在确认物权归属后还要再作出给付判决,那必然会造成司法资源的浪费,也会增加当事人的诉累。〔5〕第三,确认之诉与其他诉讼的关系是什么?例如,在债务人与第三人恶意串通订立合同转移财产、损害债权人利益时,债权人是否既可以根据合同法第74条提起撤销权之诉,又可以根据合同法第52条第2项提起确认合同无效之诉?〔6〕

要解决这些问题,既需要利用比较法的经验,从宏观层面探讨确认之诉应有的特征、功能,也需要结合我国立法司法现状,从微观层面分析确认之诉实际的诉讼标的。本文将对此作出考察,同时尝试论证我国司法实务中确认之诉较之理论学说存在着膨胀,并已经产生了诸多风险,应予以严加限缩的命题,进而根据目前我国实务和研究现状,认为限缩确认之诉的具体路径应当是原则上只允许对特定的诉讼标的提起确认之诉。

## 二、确认之诉的历史演进与具体特征

### (一) 确认之诉的历史演进

任何民事诉讼都可以视为法院代表公权力机构对当事人主张的法律关系或民事权利的加持背书。因此,确认之诉原本可以作为统摄一切诉讼的上位概念。〔7〕然而,确认之诉却与给付之诉、形成之诉并列成为诉的一种类型,这并非逻辑推理的结果,而是历史的自发演进。

欧陆法史中,现代意义上的确认之诉是十分晚近的产物。在古代日耳曼法中,诉讼程序只有两种,或为要求损害赔偿或罚金的侵权行为之诉,或为原告诉请将被告放逐法外的刑事诉讼。〔8〕在后来的发展中,无论罗马法中诉讼程序经过何种技术上的变迁,作为其核心义项的“一诉讼一规范”模式在洪流中却从未改变。〔9〕罗马法中的法定诉讼和程式诉讼都要求原告严格地按照法定的诉权或大法官制定的程式进行诉讼,而法定诉权和制定程式都是现代意义上的给付之诉的形式。抽象地确认各种法律关系的确认之诉明显与其具有互斥性,无法找到踪迹。

直至德国普通法时代的晚期,确认之诉才逐渐登上历史舞台。普鲁士法中存在的“起诉催告程序”可以被视为确认之诉的雏形。〔10〕1864年《普鲁士民事争议诉讼程序草案》

〔4〕“李会诉宁阳县农村信用合作联社等确认之诉纠纷案”,山东省宁阳县人民法院(2013)宁民初字第2482号民事判决书。

〔5〕例如,蒋先华等:《具有给付内容的确认判决符合执行案件受理条件》,《人民司法·案例》2012年第24期,第58页。

〔6〕指导案例33号“瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制药有限公司等确认合同无效纠纷案”的原告先提起了撤销合同的形成之诉,后来又改为确认合同无效的确认之诉。类似的案例还可参见“陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案”,《最高人民法院公报》2010年第10期。

〔7〕事实上,所有的驳回判决都应被视为一种确认判决,即便是在给付之诉和形成之诉中,驳回判决也产生一般确认判决的效力。参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德:《德国民事诉讼法》下册,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第656页。

〔8〕〔美〕孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社2003年版,第66页。

〔9〕参见马丁:《罗马法上的“诉”:构造、意义与演变》,《中外法学》2013年第3期,第568页。

〔10〕参见〔日〕谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第209页。

(Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat) 第224条中规定的不以权利侵害为前提的诉讼,确定了以即刻确认的利益为要件的确证方式。1870年《北德意志联邦民事诉讼法草案》(Entwurf einer Civilprozessordnung für den Norddeutschen Bund)第179条追随了这一点。此后德国民事诉讼法第一草案第210条、第二草案第218条和第三草案第223条均保留了这一规则,德国1877年民事诉讼法典第231条正式对确认之诉作出了明确规定。<sup>[11]</sup>该条对大陆法系民事诉讼法典的制定影响深远,被相关国家的民事诉讼法典广泛采用。大陆法系民事诉讼法学界的通说认为,直到19世纪中晚期,确认之诉才成为一种被逐渐认可的诉的类型。<sup>[12]</sup>且上述规定确认之诉的法律条文中,大多都明确要求只有存在法律上的利益时,才可以提起诉讼。因此,确认之诉从被写入大陆法系民事诉讼法典之时起,就与确认利益对其的限缩紧密联系在一起。

英美法中虽然没有类似大陆法系关于诉的类型的明确划分,但在20世纪上半叶也出现了与确认之诉类似的宣告判决制度(declaratory judgment)。美国宣告判决制度的奠基人,耶鲁大学法学院埃德温·波查德(Edwin Borchard)考证发现,虽然此种制度的雏形可以在英国法中找到,但是英国法本身以及大量受英国法影响的国家(包括法国)等并没有承认宣告判决制度的正当性。<sup>[13]</sup>他也是从对德国法的比较研究中,认为有必要建立宣告判决制度,为给付之诉无法实现的功能提供补充。宣告判决制度的确立一波三折,直到1933年,美国联邦最高法院才开始承认州法中宣告判决的合法性,<sup>[14]</sup>1934年美国国会正式通过联邦宣告判决法(Declaratory Judgment Act),这一制度方得以确立。1938年美国联邦民事诉讼规则也通过第57条接纳了宣告判决。美国统一法律委员会认为,宣告判决的目的是为当事人不确定(uncertainty and insecurity)的权利、状态和其他法律关系提供解决纠纷和救济的可能。<sup>[15]</sup>但美国法院在此后的司法实践中,常常在原告的适格性、争议的可司法性、证明责任的分配等问题上,针对宣告判决制度提出挑战。<sup>[16]</sup>

## (二) 确认之诉的具体特征

从两大法系确认之诉制度的发展过程看,确认之诉并非诉讼的常态。与给付之诉相比,确认之诉具有三个明显的特点:

首先,确认之诉具有补充性。确认之诉的出现主要是为了补充某些情况下给付之诉难以实现的功能。大陆法系方面,尧厄尼希认为,确认之诉针对给付之诉的补充功能,主要体现为三点:第一,对绝对权的确认,由于给付之诉以请求权为标的,所以对于特殊的绝对权需要用确认之诉来确定保障。第二,对请求权的确认,此种情形主要适用于赔偿数额暂时无法确定,但有必要先行确定损害赔偿请求权的存在场合。第三,消极的确认之诉,

[11] 参见夏璇:《消极确认诉讼研究:从知识产权确认不侵权之诉展开》,法律出版社2014年版,第68页。

[12] 参见前引[7],罗森贝克等书,第656页;[日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第60页。

[13] E. Borchard, *The Declaratory Judgments—A Needed Procedural Reform*, 28 *Yale Law Journal* 106-108 (1918).

[14] *Nashville, C. & St. L. Ry. v. Wallace*, 288 U. S. 249 (1933).

[15] *Uniform Declaratory Judgments Act*, 12 U. L. A. 595.

[16] See P. Low & J. Jeffries, *Federal Courts and the Law of Federal State Relations*, 6<sup>th</sup> ed., Foundation Press, 2007, pp. 18-19.

指向一定权利不存在的诉讼，以便潜在的债务人消除可能存在的危险。<sup>[17]</sup>除此以外，家庭法、公司法方面的一些特殊的法律关系（例如亲子关系、股东会决议）等，也有通过确认之诉来获得法律效力、避免争议发生的可能。美国法上的宣告判决也被普遍视为一种替代的（alternative）救济方式，为无法提起给付之诉的人提供救济。<sup>[18]</sup>

其次，确认之诉具有预防性。通过确认之诉可以固定法律关系，预防冲突发生。无论是德国法中对损害不够明确的赔偿请求权的确认，还是美国法中的宣告判决所强化的目标，都体现了预防功能。日本学者甚至认为，确认之诉是对权利之现状尚还满意之人为了防止纠纷的激化而预先提起的诉讼。<sup>[19]</sup>强调确认之诉的预防性，是为了明确确认之诉的提起条件，避免确认之诉的滥用。由于所有的权利人都有获得司法背书的冲动，强调确认之诉的预防性功能，是为其启动披上了合法化外衣，通过考察其是否具有防止未来诉讼发生的功能，来实现确认之诉的价值。

最后，确认之诉具有反转性。与给付之诉的原告必然是请求权的主张者、形成之诉的原告必然是形成权的主张者不同，确认之诉的原、被告身份完全可能发生反转：确认合同有效之诉的原、被告在确认合同无效或者债务不存在的诉讼中可能完全颠倒。消极确认之诉的存在，使得可以提起确认之诉的主体并不以权利人为前提，甚至不以权利或法律关系的发生为前提，因而极大地扩大了确认之诉的启动可能。为此，必须有更为严格的限制条件来确保确认之诉不致增加法院和对方当事人的诉累，同时也更加有必要探究消极确认之诉中诉讼标的的识别方法。

总之，无论是在大陆法系还是普通法系，确认之诉都是在诉讼法发展到相当成熟的阶段以后，为了迎合实务的需求，针对给付之诉不能直接解决的某些专门问题，应运而生的特定诉讼类型。<sup>[20]</sup>由于其定位的补充性和预防性以及主体资格上的反转性，虽然确认之诉的诉讼标的可以是各种法律关系和权利，但大陆法系和普通法系都会对其启动设置一定的门槛，将其适用空间限定在专门的范围之内，以避免泛化滥用的风险。

### 三、我国确认之诉的实证考察

在作为法律继受国的我国，确认之诉和形成之诉是与给付之诉一起，作为三大诉的类型一并进入中国民事诉讼法学理论和实务的视野，其中并没有从给付之诉的空白地带中发现确认之诉的过程。加之诉的基础理论在教学科研和司法实践中并未得到最根本的重视，我国的确认之诉并没有体现出明显的预防性和补充性的特征，也并未太多考虑反转性对起诉的影响。通过对我国确认之诉诉讼标的进行实证考察，可以清晰地看到，确认之诉在我国的应用已经发生了膨胀。

[17] [德] 尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第186页以下。

[18] Charles Alan Wright, Arthur R. Miller et al., *Federal Practice and Procedure*, 4<sup>th</sup> ed., West, 2011, § 2758.

[19] 参见前引[12]，高桥宏志书，第60页。

[20] 当然，大陆法系的确认之诉与英美法系的宣告判决也有一些区别。例如，宣告判决在英美法上可以作为一种预防性救济使用，从而在确认对象的范围上较之大陆法系有所扩大。参见肖建国：《香港民事司法救济论——以比较法为视角的研究》，《北京科技大学学报（社会科学版）》2000年第2期，第74页以下。但两大法系在具体功能上的差异并不影响确认之诉在整体上较之于给付之诉的补充地位。

### （一）《民事案件案由规定》中的确认之诉

最高人民法院以我国民事实体法和民事诉讼法为主要依据，结合长期司法实践经验，于2000年10月30日发布了《民事案件案由规定（试行）》（法发〔2000〕26号），2008年2月4日正式发布了《民事案件案由规定》（法发〔2008〕11号），2011年2月18日又发布了《关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》（法〔2011〕42号）。虽然关于案由能否体现诉讼标的和诉的类型，理论界有诸多争议，<sup>〔21〕</sup>但是最高人民法院领衔的我国司法实务部门依然认为，民事案由是民事诉讼案件的名称，反映案件所涉及的民事法律关系的性质，是人民法院对诉讼争议所包含的法律关系进行的概括。<sup>〔22〕</sup>通过观察我国民事案由体系中的确认案由，可以大体了解确认之诉在我国的适用类型。

在2011年修订后的《民事案件案由规定》中，有11种三级案由明确使用了“确认”一词，分别是第32项物权确认纠纷，第67项确认合同效力纠纷，第127项请求确认人民调解协议效力，第153项确认不侵害知识产权纠纷，第228项企业出资人权益确认纠纷，第242项股东资格确认纠纷，第274项请求确认债务人行为无效纠纷，第279项破产债权确认纠纷，第286项证券权利确认纠纷，第332项确认票据无效纠纷，第402项申请确认仲裁协议效力。四级案由中也存在一些确认纠纷，例如第21项收养关系纠纷中的第（1）项即为确认收养关系纠纷，第48项共有纠纷中的第（1）项为共有权确认纠纷。需要强调的是，某些案由虽然没有明确使用“确认”一词，但其实依然应当视为确认之诉，典型如第14项婚姻无效纠纷，其完整的表述应当为“确认婚姻效力纠纷”。仔细考察上述案由，可以发现确认之诉的对象和范围非常广泛：由于有第67项确认合同效力纠纷的存在，包括劳动合同、调解协议在内的所有的合同效力问题都可以通过确认之诉的方式提起；而在婚姻关系、亲子关系、继承关系等家事纠纷中，案由制度也完全允许对各类亲属关系予以确认；在可以确认的权利类型上，包括物权、股权、证券权利等各类绝对权也均可以作为确认的对象。<sup>〔23〕</sup>唯一的限制表现在侵权领域，2008年的《民事案件案由规定》将“确认不侵权纠纷”作为一类独立的案由，但2011年最高人民法院将其修改为“确认不侵害知识产权纠纷”，并认为确认不侵权纠纷只发生在知识产权领域，让这一表述更为严谨。<sup>〔24〕</sup>从历史解释看，这其实代表了最高人民法院的政策选择，即侵害知识产权以外的侵权纠纷，不宜提起确认之诉。

值得注意的是，如果严格按照民事诉讼的学理分析，上述案由中有部分案件其实并不属于确认之诉的范畴。例如，根据我国法律和司法解释，对人民调解协议的确认和对婚姻

〔21〕 参见郭翔：《论民事案件案由的几个理论问题》，载张卫平主编：《司法改革论评》第二辑，中国法制出版社2002年版，第192页以下；宋旺兴：《论民事案由确定制度的完善》，《法律适用》2012年第2期，第68页；马登科、廖浩：《民事案由制度的检讨与重构》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2012年第2期，第97页以下。

〔22〕 曹建明主编：《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》，人民法院出版社2008年版，第1页。

〔23〕 具有相对性的债权由于可以通过确认合同效力的诉讼来间接解决，因而一般不存在直接确认债权的诉讼。但在特殊情况下，最高人民法院也认为有直接就债权提起确认之诉的必要：最高人民法院在《关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》（法释〔2012〕9号）中指出，税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉，人民法院应依法受理。

〔24〕 最高人民法院民事案件案由规定课题组编著：《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》，人民法院出版社2011年版，第269页。

效力的确认，应属非讼程序。<sup>[25]</sup>前者已经在2012年民事诉讼法修订时被纳入到特别程序，而后者根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2001〕30号，下称“婚姻法解释一”）第9条的规定，也具有明显的非讼特性。<sup>[26]</sup>但是，这种区分在民事诉讼理论界之外似乎并未得到太多的重视。无论是民事实体法学者还是司法实务部门，几乎都未意识到上述案由的非讼性，而是将其理解为确认之诉。<sup>[27]</sup>除了民事诉讼法学理论的影响力等原因之外，另一个可能的原因在于无论是实体法学者还是我国司法实务界都没有意识到确认之诉原本应当具有严格的限制，以至于民事诉讼法需要设立专门的非讼程序来对某些特殊法律问题的确认宣告予以回应。<sup>[28]</sup>总之，从最能够体系性地反映最高人民法院关于确认之诉范围态度的《民事案件案由规定》来看，我国确认之诉具有广泛的适用性，其诉讼标的可以是各类法律关系和绝对权。除了在侵权纠纷中对消极确认之诉的范围予以较为明显的限缩外，并未限制其他确认之诉的提起。

## （二）司法实务中的确认之诉

在我国的司法实务中，确认之诉更是广泛存在。除前述案由规定中允许确认的对象外，<sup>[29]</sup>实务中还存在对其他事项的确认。

第一，对法律行为效力的确认。除了导致法律关系产生的法律行为外，其他法律行为并不能直接等同于法律关系或权利，原本不应成为确认之诉的对象，但我国立法和司法中都存在直接确认法律行为效力的情形。立法方面，公司法第22条规定股东等利害关系人可以对股东会、董事会的决议提起确认无效之诉。此种确认之诉也得到了《民事案件案由规定》的认可。民法总则第132条第2款明确将决议作为一种法律行为，民法理论认为这属于数人行为中的特殊类型，即共同行为。<sup>[30]</sup>因此，对该类行为的确认应属于对法律行为的确认。而司法实务中，确认对象也超越了特殊的法律规则，扩展到其他法律行为。例如，我国法院并不排斥当事人直接起诉解除合同，也会在判决中直接确认合同解除。如果单纯从确认的对象上看，此类确认之诉确认的并非是合同法律关系本身，而是解除行为的效力

[25] 关于确认婚姻关系效力的案件是否属于非讼程序，我国民诉学界较少讨论，而是将其归入到家事案件，在承认其中既有诉讼程序又有非讼程序的前提下，作为一类特别程序探讨其审理特征。参见赵秀举：《家事审判改革的方向与路径》，《当代法学》2017年第4期，第125页。但也有学者明确主张，宣告婚姻无效案件具有非讼性质。参见王亚新等：《中国民事诉讼法重点讲义》，高等教育出版社2017年版，第306页。

[26] 最高人民法院对确认婚姻效力纠纷的程序定性存在不一致之处：在阐释“婚姻法解释一”时，认为属于非讼程序（参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《婚姻法司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第38页），但是在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2003〕19号）第5条的理解中，又认为这是一个诉讼程序，存在明确的实体权利争议（参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释二的理解与适用》，人民法院出版社2004年版，第60页以下）。

[27] 我国主流婚姻法教科书均认为确认婚姻无效属于确认之诉，例如陈苇主编：《婚姻家庭继承法学》，中国政法大学出版社2011年版，第9条；余延满：《亲属法原论》，法律出版社2007年版，第196页以下。而在2012年民事诉讼法修订前，最高人民法院颁布的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》（法发〔2009〕45号）第23条就明确将确认调解协议案件当作确认之诉处理。

[28] 参见江伟、肖建国主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2015年版，第380页。

[29] 截至2017年5月5日，根据在中国裁判文书网的检索，确认合同效力纠纷的裁判文书共达58183份，物权确认纠纷的裁判文书34744份，股东资格确认纠纷的裁判文书7310份。

[30] 关于共同行为的介绍，参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第209页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第133页以下。也有少数学者认为，公司决议并不构成法律行为，而只是法律行为最终效果的意思形成。参见徐银波：《决议行为效力规则之构造》，《法学研究》2015年第4期，第168页。

及其法律后果。<sup>[31]</sup>

第二,对法律行为构造要素效力的确认。法律行为的构成要件通常由若干构造要素组成,当这些要素完全具备时,特定的法律效果才会产生。<sup>[32]</sup>如果说法律行为相较于权利和关系已经显得过于细微而不应成为确认之诉的对象的话,那么具体的构成要素自然就更加琐屑,除非法律有特别规定——例如民事诉讼法第187条规定的对当事人行为能力的确认——否则不应成为法院直接确认的对象。但是,在我国司法实务中,当事人也会就专门的构造要素(主要是意思表示)的效力争议提请确认,并得到法院的认同。例如周益民诉上海联合产权交易所、华融国际信托有限责任公司股权转让纠纷案,<sup>[33]</sup>原告认为华融国际信托有限责任公司在上海联合产权交易所发布了股权转让信息公告,后来又变更了公告内容,对股权转让的交易方式作出更改,导致原告最终未能购得相关股份。原告遂诉至法院,要求“确认两被告于2009年9月22日变更银联数据公司2.43%股权挂牌转让信息公告的行为无效,以联交所2009年8月28日发布的挂牌信息为依据”。根据最高人民法院针对本案的裁判要旨,该案中的股权转让信息公告是一项要约邀请,只能作为一项意思表示,<sup>[34]</sup>原告要求确认变更要约邀请的行为无效,这既非对法律关系或权利的直接确认,也不构成对法律行为的确定,而只是对法律行为中构成要素的确认。但上海两级法院均对此予以了审查,并经过详细说理,认为该变更行为有效。由此可见,包括最高人民法院在内的法院系统并不排斥对以意思表示为代表的法律行为构造要素效力的确认。相反,法院往往对该行为进行了充分的审理,并直接在裁判主文中回应了当事人的确认请求。

第三,对特殊权利的确认。除了《民事案件案由规定》中规定的对物权、知识产权、股权等权利的确认外,司法实践也允许对一些特殊的民事权利予以确认。最为典型的是对诉讼时效抗辩权等的确认。实务中对此做法不尽一致,有的法院认为诉讼时效是否届满属于事实问题,因而对此类确认抗辩权法律效果的诉讼裁定驳回起诉,<sup>[35]</sup>但也有法院对此进行了实质审查,认为“通过确认判决消除这种法律上的不稳定性,亦不存在违背常理及对诉权滥用的问题”,并最终作出确认已过保证期间和诉讼时效的债权为自然之债、原告无须再承担责任的判决。<sup>[36]</sup>

第四,对知识产权以外其他权利的不侵权的确认。《民事案件案由规定》将不侵权诉讼限定在知识产权领域中,绝大多数不侵权诉讼的实务操作遵循了这一规定。但是,也有个别案件侵犯的并非知识产权,依然得到了法院的审理。最典型的是确认不侵犯商业秘密的案件。商业秘密并不属于传统知识产权的范围,在普通法国家甚至直接被认定为一种财产权。<sup>[37]</sup>

[31] 解除权虽然是形成权,但并不构成形成之诉,而应当属于确认之诉的审理范围。参见刘哲玮:《普通形成权诉讼类型考辨——以合同解除权为例》,《中外法学》2014年第5期,第1329页以下。

[32] 参见常鹏翱:《法律事实的意义辨析》,《法学研究》2013年第5期,第13页。

[33] 《最高人民法院公报》2011年第6期。

[34] 根据合同法第15条,要约邀请是一种意思表示。但也有研究者认为,要约邀请不是意思表示,而是事实行为。参见王利明:《合同法研究》第1卷,中国人民大学出版社2002年版,第212页。支持意思表示说的论证可参见隋彭生:《论要约邀请的效力及容纳规则》,《政法论坛》2004年第1期,第86页。

[35] 参见前引〔4〕,李会案。

[36] 参见“中国信达资产管理公司沈阳办事处与中国中钢集团公司保证合同纠纷一案”,辽宁省高级人民法院(2007)辽民三初字第103号民事判决书。

[37] 参见王铁梅:《商业秘密权及其法律属性》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2005年第1期,第37页。

《民事案件案由规定》也未将侵害商业秘密纠纷放置在二级案由知识产权合同纠纷或知识产权侵权纠纷下，而是放置在不正当竞争纠纷中。实务中也存在确认不侵害商业秘密的案件。例如上海华明电力设备制造有限公司等诉贵州长征电气股份有限公司确认不侵害商业秘密纠纷案，<sup>[38]</sup> 该案最初在上海二中院立案后迅速被驳回起诉，后经上诉，上海高院指令二中院继续审理。又如，2015年，最高人民法院在一份裁定中明确否定了辽宁高院的驳回起诉裁定，认为确认不侵害商业秘密案件可以立案受理。<sup>[39]</sup> 尤其值得注意的是，最高人民法院在该裁定的裁判理由中指出：“确认不侵权之诉，通过确定权利人与被指控侵权人之间侵权法律关系的存在与否，防止权利人滥发侵权警告函等滥用权利的行为给被指控侵权人合法权益造成损害，平衡权利人与被指控侵权人的程序利益。”这一论断完全可以适用到所有确认不侵权诉讼之中，为实务中确认不侵犯其他权利的诉讼扫除了可能的法律障碍。

第五，对事实的确认。我国民事诉讼理论界通说均认为，事实并不构成确认之诉的审理对象。<sup>[40]</sup> 然而，在我国的司法实践中，也存在直接以事实作为确认对象的案件。例如，在某些案件中，法院在判决主文中直接确认原告为实际出资人，此即确认了原告的出资事实，且在裁判中明确写明原告具体的股权份额须另案解决。<sup>[41]</sup> 由于权利必须具有明确的客体，作为本案争议对象的股权，其份额和价值如果得不到确定，甚至需要另案解决，那么该权利就只是一种虚幻抽象的存在。如此一来，这场诉讼确认的对象就很难说是具体的民事权利，而是变成了原告是否参与出资的事实行为。完全可以视为法院审理并确认了某种特殊事实状态。<sup>[42]</sup> 又如，在一起公报案例中，当事人的诉讼请求包括确认被告“私自存款行为无效”，这一请求本质上是希望法院确认被告存在非法占有原告钱财的事实，而非对被告与银行之间存款法律关系的判断。法院在裁判理由中认定被告的存款行为系保管行为，否认了存在非法占有的事实，最终判决驳回了原告的诉讼请求。<sup>[43]</sup>

除了法院的态度外，当事人对于确认之诉的认识也值得关注，毕竟确认对象取决于原告提出的诉讼请求。部分案件的当事人提起的确认之诉，尽管被法院认为不具有可诉性，裁定驳回起诉，但也可以反映出社会公众对确认之诉范围的理解。最典型的是对证据效力的确认请求。在一起公报案例中，<sup>[44]</sup> 原告请求法院确认被告作出的鉴定结论无效，法院认为，证据是否采信应当由法院在诉讼过程中作出认定，直接起诉鉴定机构要求确认鉴定结论无效的，不属于人民法院民事诉讼受案范围，进而以民事诉讼法第119条第4项“不属

[38] 上海市第二中级人民法院（2008）沪二中民五（知）初字第108号民事裁定书。

[39] “丹东克隆集团有限责任公司与江西华电电力有限责任公司侵害商业秘密纠纷申请再审案”，（2015）民申字第628号民事裁定书。

[40] 但也有学者分析发现，特定的事实可以作为确认之诉的标的，包括涉及身份关系、确定事物的法律特征、确定不法行为的发生和确定文书真实性的事实。参见江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第239页以下。

[41] 参见“陈振华与沈阳捷通消防车有限公司股东资格确认纠纷案”，沈阳市中级人民法院（2014）沈中民三初字第903号民事判决书。

[42] 当然，此种对事实的确认也并非都能得到法院的支持。在一起同类的股权确认案件中，沈阳市的一家基层法院就认为，关于原告是否出资的争议是事实问题，并不构成法院主管的对象，因而最终裁定驳回起诉。参见“陈汝耕与沈阳现代工业炉制造有限公司股东资格确认案”，沈阳市和平区人民法院（2015）沈和民三初字第02052号民事裁定书。

[43] 参见“蒋鲜丽诉陈马烈、《家庭教育导报》社返还公益捐赠纠纷案”，《最高人民法院公报》2003年第4期。

[44] 前引〔3〕，自贡市自流井区国有资产经营投资有限责任公司案。

于人民法院主管范围”为由，驳回了起诉。

### （三）我国确认之诉的膨胀

综上所述，我国确认之诉的对象已经超越了民诉法理论限定的“争议的民事法律关系”的范围。这既可以归因于部分法律和司法解释创制的特别法规则，也可以归咎于部分法官适用法律不当，但无论如何，司法实务者并不完全理解和认同民诉法理论框定的确认对象却是一个不争的事实。无论是最高人民法院的规范性文件还是司法实践中的裁判文书，都将关注度更多地放在了“效力”问题上，因而导致确认之诉的范围发生了膨胀。法院潜在的逻辑是，由于效力问题涉及法律适用的判断，因而只要当事人之间就某一效力发生了实质争议，且该争议的判断需要借助民事实体法律，则无论该争议的对象是法律行为还是法律关系、实体权利乃至部分事实，都有可能成为确认的对象。具体而言，我国可能作为确认对象的争议具有下列特征：

首先，该项争议必须与法律效力有关。这也可以解释为何确认之诉的范围是如此广泛，以婚姻、亲子、监护为代表的身份争议，以合同、物权、股权为代表的财产争议均可以构成确认的对象。盖因这些法律关系或法律行为都可能存在法律效力上的争议。至于这一争议的性质究竟是什么，法院在所不问——如果有法律或司法解释的明确规定固然更好，但即便没有，也不会对法院的审判构成障碍——以至于可能出现多个确认对象指向同一利益的情形。例如，在公司股东会通过增资决议后，股权遭到稀释的股东既可能请求确认自己有效的股权份额，也可能请求确认股东会通过的增资决议无效，由于满足在法律效力上具有争议的要件，法院均予以受理。<sup>[45]</sup>而在对某些事实确认的特许上，更体现出法官们在确认之诉中关注的重心是法律效力。

其次，该项法律效力争议的判断需要适用民事实体法。普通公众可能未必能准确地区分公法与私法、实体法与程序法的界限，因而会将更广泛的法律效力争议引入到民事确认之诉中。我国法院将其排除的主要依据是民事诉讼法第119条第4项，因此如果该效力争议不涉及民事实体法的适用，即会遭到排除。前述涉及鉴定报告效力的确认案件中，原、被告之间争议的焦点并不是纯粹的事实认定或者自由心证，而是一个不具有资质的鉴定人独立完成的鉴定报告在加盖了具有资质的鉴定机构的公章后，是否能够产生法律效力。这当然涉及到法律效力的争议，但由于并不涉及实体法，因而被法院排除出确认之诉的范畴。这也可以解释为何确认之诉与某些实现宣告或确认目的的非讼程序的区分在实务界和实体法学者眼中并不明显。因为婚姻效力、调解协议效力等案件最终的确定依然需要适用婚姻法、合同法等民法规则，因此与解决实体争议的诉讼没有显著区别。相反，纯粹由程序法规制的民事诉讼行为（例如司法实务中经常引发争议的送达行为的效力）则往往直接由法院审查判断，不会构成确认之诉的标的。

正因为法院在确认之诉中关注的是发生争议的法律效力问题，因而除了侵权案件外，积极确认之诉与消极确认之诉在立法上并无太大差异。大量的案由均直接以“确认某某效力纠纷”为名的现状，证明法院认为重要的是“争议”，只要存在效力争议，则既可以积极确认，也可以消极确认。如此一来，确认之诉就摆脱了补充性、预防性的从属地位，膨胀

[45] 参见“黄伟忠诉陈强庆等股东资格确认案”，《最高人民法院公报》2015年第5期。

成为可以解决一切民事实体法律效力争议的诉讼形态。

#### 四、限缩确认之诉的必要性

我国司法实务中的确认之诉的确认对象——也即确认之诉的诉讼标的——与大陆法系和普通法系相比存在着较大的区别。域外国家由于诉讼发达史的原因，将确认之诉定位为给付之诉的补充，只允许纠纷在无法通过给付之诉解决的情形下方可以提起确认之诉，确认对象范围小，而我国的确认之诉的对象则明显呈现出强大的兼容性：由于法律效力争议是一个极具吞噬性的概念，因而足以将除请求权之外的各种纠纷全部囊括其中。必须承认，以美国法和德国法的经验来否定中国的实践，在逻辑上并不可取。但是，哪怕站在中国法的本土立场上，将确认之诉的对象扩张到如此庞大的范围也将带来各种难以调和的问题，确有限缩的必要。

##### （一）诉讼标的功能的失灵

传统诉讼标的理论认为，诉讼标的的功能主要在于：确认审判的对象，禁止重复起诉，厘清既判力范围，识别诉的合并变更等。<sup>[46]</sup> 确认之诉的诉讼标的的过于广泛，除了在审判对象的确定上并无大碍外，在其他功能上都将产生理论上或实务中的冲突，从而导致上述功能的失灵。如前所述，作为确认之诉诉讼标的的确认对象在我国存在理论界与实务界不尽一致的局面，理论界通说认为确认对象应当是发生争议的法律关系或权利，以下称“理论说”；实务界则扩张至各种可能导致法律效力发生争议的事项，以下称“实务说”。由于“理论说”没有准确说明积极确认和消极确认同一对象是否有所区别，也未阐述被确认的法律关系与该法律关系项下具体权利之间的关系，而“实务说”又太过细微具体，任何法律问题都可以作为确认对象，因而无论采取哪一种标准，都会导致诉讼标的功能的失灵。

##### 1. 禁止重复起诉与既判力范围

由于诉讼标的是诉的核心要素，因而在识别此诉与彼诉，进而确定诉讼系属和既判力范围上有标志性的作用。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2015〕5号，下称“民诉法解释”）第247条第1款第2项明确肯定了诉讼标的的诉讼识别功能，因而在诉讼系属和既判力的确定上，都需要考察诉讼标的的同一性。确认之诉的诉讼标的的将在下列两种情况中对这一功能造成影响：

第一，确认之诉与确认之诉之间的识别。按照“理论说”的观点，争议的法律关系构成确认之诉的诉讼标的。但积极确认和消极确认是否构成同一诉，“理论说”并未给出答案，实务中的操作也不尽一致。例如，原告请求确认合同法律关系有效，被告反诉请求确认合同法律关系无效，我国法院的处理就明显不一。有法院认为构成同一个诉，因而不受理被告的反诉，将其主张仅仅视为抗辩；<sup>[47]</sup> 有法院却认为反诉成立，直接受理并予以审理。<sup>[48]</sup> 法院之所以会产生分歧，除了诉讼费用等绩效上的考虑外，最主要的原因恐怕还是

[46] 参见前引〔7〕，罗森贝克等书，第670页以下。

[47] 例如“欧定华与欧定东确认合同有效纠纷案”，广西壮族自治区高级人民法院（2015）桂民申字第1485号民事判决书。

[48] 例如“周兰芬、杨德义与庆元县财政局确认合同无效纠纷案”，浙江省丽水市庆元县人民法院（2013）丽庆商初字第272号民事判决书。

未能准确理解确认之诉诉讼标的的识别方法和识别意义。而如果根据“实务说”的观点,所有法律效力争议都可以作为确认之诉的对象,则更可能造成在同一法律关系中,当事人可以针对不同的法律行为提起不同的确认之诉。例如,甲向法院起诉,请求确认合同有效或无效,而乙向法院提起反诉,请求确认合同早已解除。两个确认之诉的对象指向同一合同法律关系,但根据“实务说”,本诉的确认对象是合同效力,而反诉的确认对象是合同解除的效力,因而此类反诉在实务中往往会得到受理。<sup>[49]</sup>然而,可以想象,如果是在甲请求确认合同效力的前诉已经胜诉后,乙再另行起诉请求确认合同已经解除,其能否得到受理就会存在疑问。根据“实务说”受理反诉的逻辑,由于此时确认之诉的诉讼标的是解除行为,而非合同法律关系的效力,前诉的既判力无法遮断,自然应当受理。但如果真的受理,则既有违“民诉法解释”第247条第1款第3项“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”之规定,也可能作出相互矛盾的裁判。

第二,确认之诉与给付之诉之间的识别。确认之诉与给付之诉的关系一直是我国实务操作的难题。由于“理论说”笼统地将法律关系或权利作为确认对象,不免出现被确认的法律关系与该法律关系中具体的请求权是否属于同一诉讼标的的争议,例如甲起诉乙要求确认合同无效后,乙又向法院起诉甲要求依合同履行义务。实践中有的法院认为二者诉讼标的同一,不再受理后诉,也有法院认为前诉的诉讼请求不能涵盖后诉的诉讼请求,因而裁定合并审理。<sup>[50]</sup>类似的例子还有由同一生活事实构成不同法律关系的情形。例如,甲乙等人共同出资设立某公司,后工商登记显示甲已将在该公司的股权转让,且得到股东会同意并作了股东变更登记。甲主张对这些情况自己均不知情,遂以乙等作为被告提起诉讼,请求因侵权赔偿股权价值损失。乙抗辩称甲并未真实出资,其原有的股权系自己出资。法院经审理认定乙等侵权成立,作出支持甲之诉请的生效判决。乙又以甲为被告提起后诉,请求确认甲只是名义股东,从未实际出资。<sup>[51]</sup>前、后诉分别属于侵权纠纷和股权纠纷,构成不同的法律关系,显然并非同一诉讼标的,但法院依然简单地以违反“一事不再理”裁定驳回起诉,被理论界认为在说理上还需加强补充论证。<sup>[52]</sup>这些争议都说明“理论说”容易引发诉的识别上的争议,不能周延地解决诉讼系属和既判力范围的问题。<sup>[53]</sup>但如果采取“实务说”,问题将更加突出。它实质上允许对法律关系的一个确认之诉再拆解为针对多个构成要件的确认之诉,其与给付之诉的关系只会更加扑朔迷离。

[49] 例如“内蒙古镶黄旗金丰矿业开发有限公司与北京美中德科房地产开发有限公司、内蒙古镶黄旗美中德科矿业开发有限公司油气资源合作勘探开发合同纠纷案”,最高人民法院(2013)民一终字第35号民事裁定书;“靳孝琪与北京京顺房地产有限责任公司等确认合同无效纠纷案”,北京市顺义区人民法院(2015)顺民初字第08232号民事判决书。

[50] 例如,“威海鲲鹏投资有限公司与威海西港房地产开发有限公司、山东省重点建设实业有限公司土地使用权纠纷管辖权异议案”,《最高人民法院公报》2006年第5期。该案中山东高院认为构成重复起诉,而最高人民法院认为不构成。

[51] “孙里元与李渠生股东资格确认纠纷上诉案”,河北省邯郸市中级人民法院(2014)邯市立民终字第229号民事裁定书。

[52] 参见王亚新、陈晓彤:《前诉裁判对后诉的影响——〈民诉法解释〉第93条、第247条解析》,《华东政法大学学报》2015年第6期,第14页。

[53] 应当承认,“民诉法解释”第247条第1款第3项给予了法官在处理既判力问题上更充分的“弹药”,也降低了诉讼标的的识别问题在实务操作中的重要意义。但是,功能武器的填充并不意味着逻辑漏洞的弥补,确认之诉在诉讼标的的识别上的矛盾和混乱的问题依旧存在。

## 2. 诉的合并与诉的变更

诉讼标的是诉的合并和变更的依据。我国民事诉讼法中对于此类行为并无太多的直接规定，因而需要借助部分关联制度来理解诉讼标的的具体意义。在诉的合并方面，最直接的体现是关于诉讼费用的计算与收取。《诉讼费用交纳办法》（国务院令 481 号）并未直接规定确认之诉的缴费标准，实践中的处理方式也十分混乱，既有按件收取，也有按照标的的金额收取，且以财产案件按标的金额收取为主。<sup>[54]</sup>若采取“理论说”，确认请求与给付请求同时提出时，法院如果将其作为诉的合并分别计费，很难令当事人满意。<sup>[55]</sup>而如果根据“实务说”推演，原告就同一法律关系基于不同的构成要件提起了多个确认请求后，法院将其视为诉的合并，进而多次收取诉讼费用，同样令当事人难以接受。

在诉的变更方面，则需要结合限制性条件加以探讨，即诉的变更必须发生在特定程序和特定阶段。由于“理论说”并不区分积极确认和消极确认在诉讼标的识别上的差异，因而在下列情形中将引起混乱：甲与乙订立借款合同，甲在一审时请求（1）确认借款合同有效；（2）乙返还借款 1 万元。一审法院认定借款合同无效，驳回了甲的诉讼请求。甲在二审中改变请求为（1）确认合同无效；（2）基于不当得利请求权要求乙退还无因给付款 1 万元。一种观点认为，从诉讼请求的角度看，甲请求确认的对象都是合同关系，而给付要求并未改变，二审法院完全可以继续审理。另一种观点则认为，由于对合同效力的确认请求已经截然相反，应当理解为诉的变更。而根据民事诉讼法第 140 条和“民诉法解释”第 251 条，二审程序并不允许诉的变更，二审法院只能撤销原判发回重审。同理，如果采取“实务说”，甲在提起确认合同无效的诉讼中，一审主张的事由是无行为能力，败诉后二审改以内容违法为由继续主张合同无效，也会引起能否允许诉的变更、是否必须撤销原判的分歧。

可见，无论是采取“理论说”还是“实务说”，我国确认之诉的对象都不会稳定，既无法发挥诉讼标的理论在诉讼系属、既判力、诉的合并变更等理论和制度中的基石作用，也易与其他诉讼（包括其他确认之诉）发生混淆和重叠。诚然，我们可以采取创造例外规则、允许预备合并等方式处理上述障碍，但一方面我国的现有立法未必全面地建立了直接解决障碍的具体规则，因而只能由理论界和一线法官通过法律续造来解决问题，必然导致司法实践的不统一；另一方面，即便立法者制定了统一的例外规则，研究者依然有必要审视这一并不周延的理论现实。

### （二）对关联制度的不利影响

确认之诉的膨胀，还将导致其与关联制度的衔接上出现阻碍，妨碍关联制度发挥应有的功能：

#### 1. 对其他诉讼的影响

确认之诉与形成之诉原本都是为了补充给付之诉的不足而产生的制度，但一旦确认之诉变得包治百病，对所有法律效力争议问题皆可确认，将立即挤占给付之诉和形成之诉的空间，使得它们无法发挥应有的作用，进而对诉讼乃至执行的正常运行产生冲击。

首先，确认诉讼的胜诉判决是否可以产生执行力？传统通说认为，确认判决仅仅是对

[54] 参见魏乐陶：《确认之诉案件受理费收取的实践审视及合理化重构》，载《全国法院第 25 届学术讨论会获奖论文集》上册，人民法院出版社 2013 年版，第 424 页。

[55] 有当事人直接以此作为上诉理由，认为确认之诉不能按照给付之诉收取诉讼费用。参见“王明健与焦作市仁和清算有限公司破产债权确认纠纷案”，河南省焦作市中级人民法院（2016）豫 08 民终 187 号民事判决书。

法律关系或权利的确权，并不能够作为执行根据。然而，由于确认之诉诉讼标的的扩张，我国司法实务中不少纠纷解决直接以确认之诉的形式进行，法院在判决确认了合同效力或者权利归属后，当事人持该确认判决向法院申请执行时，如果法院遵循法理告知其必须另行提起给付之诉，不仅当事人会感到陷入法理形式主义的怪圈，法官自己也会产生平添诉累之疑问。不少法官撰文论证确认判决在特定情形下也可产生执行效力。<sup>[56]</sup>

其次，确认之诉能否产生中断诉讼时效的效力？民法通则第135条仅仅规定诉讼时效是向人民法院请求保护民事权利的期间，并未明确中断事由是否只限于给付之诉，民法总则第188条从之。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第1条则明确将诉讼时效作为针对请求权的抗辩权，第14条也强调中断诉讼时效需要提出“保护相应民事权利的请求”。从逻辑上说，只有向法院提出特定请求权的给付之诉或者明确将确认对象限定为请求权的诉讼，才会产生中断诉讼时效的效果。如果当事人提出的是笼统的对合同法律关系的效力进行确认的诉讼，并未明确具体的请求权，似不应认为产生中断诉讼时效的效果。<sup>[57]</sup>然而，我国实务中，针对合同效力的确认之诉中断诉讼时效的案例并不鲜见。<sup>[58]</sup>最高人民法院在一份裁定中也认为，原告提起确认股权转让合同无效的诉讼虽然败诉，但可以引起侵权损害赔偿请求权诉讼时效的中断。<sup>[59]</sup>如此一来，在是否能够发生诉讼时效中断的效力的问题上，确认之诉与给付之诉的边界区分已经变得十分模糊。

再次，确认之诉的胜诉判决是否可以变更既有的法律关系？这一问题涉及到确认之诉与形成之诉的关系。最为典型的例证是关于确认判决能否发生物权变动的效力的问题。物权法第28条规定，人民法院的法律文书可以发生物权设立、变更、转让或者消灭的效力。有观点主张，确认判决可以发生物权变动的效力。<sup>[60]</sup>司法实务中，也有很多法院作出确认判决后，认为权利人自此成为物权人，因而发生物权变动的效力。此种观点在借名买房、借用宅基地建房的案件中尤为突出。理论界虽然对此已有反驳，认为只有形成之诉的胜诉判决方能发生物权变动效力，<sup>[61]</sup>且得到了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2016〕5号，下称“物权法解释”）第7条的认可，但能否改变司法实务中已经形成的观点，恐难容乐观。在指导案例33号中，最高人民法院

[56] 参见王磊：《确认之诉具备执行条件的几种情形》，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/10/id/1108100.shtml>；张祖明：《混合诉讼中确权之诉的可执行性探析》，<http://www.jsfy.gov.cn/llyj/gdjc/2014/08/01181139108.html>；赵彬：《隐名股东确认案件可否执行？》，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/11/id/1146166.shtml>，最后访问时间均为2017年6月5日。虽然上述作者大多错误地将确认调解协议的非讼程序与确认合同效力的诉讼程序等量齐观，但并不妨碍他们以此为论据来反驳确认判决没有给付内容就没有执行力的命题。

[57] 有民法学者认为债权人只要在诉讼中主张权利，就产生中断时效的效果，但也强调应当明确主张权利，如债务人提起不存在债务的消极确认之诉后，债权人应诉并坚持债权的行为可构成诉讼时效的中断。参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第510页。

[58] 例如，“陈永尔与毛伟民股权转让纠纷案”，宁波市海曙区人民法院（2016）浙0203民初327号民事判决书。该案中，原告先提起合同确认之诉，败诉后又提起给付之诉，被告在后诉中抗辩主张诉讼时效已过，法院最终认为确认之诉构成诉讼时效的中断。

[59] 参见“王农跃等与石光强等股东滥用股东权利赔偿纠纷案”，（2013）民申字第519、546号民事裁定书。

[60] 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第79页。

[61] 例如房绍坤：《导致物权变动之法院判决类型》，《法学研究》2015年第1期，第90页；任重：《形成判决的效力——兼论我国物权法第28条》，《政法论坛》2014年第1期，第55页以下；程啸：《因法律文书导致的物权变动》，《法学》2013年第1期，第81页以下。

明确肯定了债权人可以通过请求确认债务人与第三人之间恶意串通损害债权人利益的合同无效的方式来保护自己的权益，且没有时效限制。<sup>[62]</sup>这一观点实质上混同了确认之诉和形成之诉，而且用确认之诉架空了合同法关于撤销权及其除斥期间的规则。由于确认之诉的膨胀，形成之诉的意义被严重削弱，以至于有学者发出了形成之诉是否真的独立存在的质问，认为形成之诉的实质其实是对形成权的确认而已。<sup>[63]</sup>

## 2. 对行政登记制度的影响

行政登记作为一种特殊的行政许可制度，是对申请人申请的特定事项在审查批准的基础上，记载于簿册并发放相应证书，确认特定权利义务关系的一种法律制度和行为。<sup>[64]</sup>登记簿具有公示效力，通过对社会秩序有重要影响的民商事活动纳入登记体系，可以提高行政监管的效率，维持社会秩序的稳定。

判决是司法机关行使国家审判权的结果，因而具有拘束力。在普通的给付之诉中，法院判决并不直接发生法律效力，还需要等待当事人履行判决或法院强制执行判决，因此法院的裁判并不会与行政登记产生直接冲突，相反，很多给付判决的内容恰恰需要行政机关变更登记方能实现。然而，确认判决却有可能与行政登记发生抵牾。例如，民政部门登记为有效婚姻，后法院经审判确认为无效婚姻。二者皆是公权力机关作出的有拘束力的认定，如何解决二者之间的冲突，就成为立法者必须面对的问题。婚姻关系、收养关系等身份关系由于涉及的主体较为单一，因而尚可根据时间顺序，坚持后者优先的原则；但是，对于可以反复流转的财产权益的冲突，由于涉及第三人利益保护和社会交易安全，就需要更加细致的处理。物权法第6条确认了不动产登记的公示公信效力，公司法第33条第3款也明确了公司登记的效力，就它们与确认判决之间的关系，公司法和物权法的司法实践提供了两种不同的处理方案。这两种不同的方案会产生不同的效果。

隐名股东在我国公司法实践中一直存在，但立法上直到2005年公司法修改后，尤其是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（下称“公司法解释三”）生效后，才明确了隐名股东的存在，并对其权利予以承认。但是，围绕着隐名股东的资格，一直存在着“实质说”和“形式说”的论争。<sup>[65]</sup>由于商法的外观主义特性，如果严格采取“实质说”，对隐名股东的各种权利均直接承认，就会否定工商登记的意义，对市场秩序形成冲击。<sup>[66]</sup>“公司法解释三”十分审慎地平衡了二者的关系。一方面，认可隐名股东的权利，允许隐名股东向名义股东主张合同法、公司法和侵权法上的权利（第24条第1款、第2款，第25条第2款），另一方面，强调工商登记的公示原则，认为非经变更登记，隐名股东的权利不能对抗包括其他股东在内的第三人，即第24条第3款实质上确定，即便隐名股东获得针对名义股东的确认判决，但是未经公司其他股东半数以上同意，依然

[62] 吴光侠、高晓亮：《〈瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案〉的理解与参照——恶意串通逃债的行为无效》，《人民司法·案例》2015年第18期，第10页。民法学者对此的批评，参见茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期，第164页以下。

[63] 陈桂明等：《形成之诉独立存在吗？——对诉讼类型传统理论的质疑》，《法学家》2007年第4期，第115页。

[64] 司坡森：《试论我国行政登记制度及其立法完善》，《政法论坛》2003年第5期，第158页。

[65] 参见蒋大兴：《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》，法律出版社2001年版，第462页以下。

[66] 公司法学者猛烈地批评“实质说”是不顾公司法的特质，用物权模式处理股权。参见邓峰：《物权式的股东间纠纷解决方案——〈公司法〉司法解释（三）评析》，《法律科学》2015年第1期，第184页。

不能变更股东登记,第25条第1款则参照物权法第106条的善意取得规则,认为名义股东处分登记于其名下的股权时,隐名股东即便获得确认判决,也不能对抗善意第三人。这种安排实际上将确认之诉的既判力主观范围限制在隐名股东和名义股东之间,在对外关系上依然尊重公司登记。从诉讼策略上看,此种安排大大限制了确认之诉的意义,必然鼓励隐名股东积极地提起变更公司登记的给付之诉,从而在判决内容实现后取得对世的效力。

与之相对的是物权法上不动产登记与司法确认判决的关系。物权法第33条规定,因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。虽然最高人民法院明确表明,不动产物权的设立、变更、转让和消灭应当依法由国家权力机关确认,因而该条的适用范围应当限缩于动产,<sup>[67]</sup>但或许是因为不动产统一登记制度的建立过程步履维艰,或许是因为人民法院解决纠纷的使命要求,实务中人民法院经常通过确认判决来确认不动产的归属。如此一来,当确认判决与不动产登记之间发生冲突时,是维护司法权威还是维护登记公信,成为横亘在裁判法官和执行法官面前的一个难题。在执行过程中,金钱债权人通过胜诉判决查封了债务人名下的不动产,自以为经过拍卖就可以大功告成时,案外人突然手持一份确认判决,主张该房产并非被执行人所有,提出执行标的异议。执行法官必须在登记机关和确认判决的两难之间作出抉择。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2015〕10号)第26条第1款第1项认为执行法院应当认可确认判决中对物权的确认,实际上赋予了确认判决对抗第三人的效力。<sup>[68]</sup>

此种与前述公司登记大相径庭的解决方案,会存在以下两方面的问题:第一,可能对国家的不动产政策形成冲击。随着我国房地产市场的火爆,房地产主管部门针对部分城市的交易出台了一系列的直接限购政策,此外在税收、贷款等方面也有针对性的抑制政策。现实生活中,当事人采取借名买房、假离婚、假赠与等多种方式来规避此类政策。这些规避方式必然导致房地产登记人和实际出资人甚至实际占有人的分离。如果允许实际出资人通过确认之诉的方式来获得具有对世性的物权确权判决,则有影响国家的不动产限购政策发挥作用的风险。第二,可能诱发虚假诉讼。虚假诉讼在我国的概念尚不够明晰,但实务界的通说均强调虚假诉讼是指民事诉讼当事人采取虚构法律关系、捏造案件事实的方式提起民事诉讼,使法院进行错误裁判或执行,以获取非法利益,妨害司法秩序的行为。<sup>[69]</sup>由于能

[67] 最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第135页。此外,最高人民法院也曾在一份判决书的裁判理由中再次重申,对于权利人提出的登记于他人名下的不动产物权归其所有的确权请求,人民法院不宜直接判决确认其权属,而应当判决他人向权利人办理登记过户。该裁判理由后被上升为公报案例的裁判摘要。参见“大连羽田钢管有限公司与大连保税区弘丰钢铁工贸有限公司、株式会社羽田钢管制造所、大连高新技术产业园区龙王塘街道办事处物权确认纠纷案”,《最高人民法院公报》2012年第6期。

[68] 虽然司法解释对此作出了诸多限制,例如该确认判决只对金钱债权人发生阻断执行效力,确认判决的生效时间必须在执行根据生效之前,但从其文义看,只要“该法律文书系就案外人与被执行人之间的权属纠纷……判决、裁决执行标的归属于案外人”,法院就应当支持案外人提出的执行异议,从而阻碍债权人实现债权,并无须顾及债务人在债权发生或被追诉时的财产登记状态。司法解释的起草者也明确肯定了这一解释方案,认为如果“另案生效法律文书确认执行标的归属于案外人或者向其交付、返还执行标的的,不能执行已经生效判决确认属于案外人的财产”。参见刘贵祥、范向阳:《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》,《人民司法·应用》2015年第11期,第33页。

[69] 这种观点对虚假诉讼采取了较为宽泛的界定,认为凡是存在恶意虚构事实的起诉行为均构成虚假诉讼。参见李浩:《虚假诉讼与对调解书的检察监督》,《法学家》2014年第6期,第66页;张艳:《虚假诉讼类型化研究与现行法规定之检讨——以法院裁判的案件为中心》,《政治与法律》2016年第7期,第152页。

够直接获得对抗不动产登记的确权判决，当事人就有用此类判决实现套利的动机，双方在毫无争议的情形下向法院提起对不动产物权的确认之诉，自然见怪不怪。

## 五、限缩确认之诉的路径选择

无论是从实现诉讼标的内部功能的角度，还是从与其他关联制度的外部衔接来看，都应当检讨目前我国司法实务中放任确认之诉膨胀的做法，并考虑如何对其作出限定。事实上，我国学者在介绍确认之诉时，也并未放任确认之诉的膨胀，往往都会强调原告在提起确认之诉时，必须具有确认利益。<sup>[70]</sup>值得反思的是，为什么理论界一直倡导的用确认利益来限缩确认之诉的方法在我国实务中并没有取得应有的效果。

### （一）确认利益的路径

用确认利益来限制确认之诉是大陆法系的传统路径。<sup>[71]</sup>德国民事诉讼法第256条第1款在奠定确认之诉的正统性地位时，就同时提出只有在确认之诉“对于原告有法律上的利益时，原告才可以提起”。这一路径被其他大陆法系国家或地区的民事诉讼法典所继受。例如，我国台湾地区民事诉讼法第247条就明确规定，“非原告有即受确认判决之法律上利益者，不得提起之。”奥地利民事诉讼法典第228条也有类似规定。<sup>[72]</sup>日本虽未在法典上直接规定确认利益，但通过学理和判例也完全建立了确认利益的概念内涵。例如，新堂幸司在其教科书中，从确认手段的妥当性、确认对象的妥当性、应解决纠纷的成熟性和被告选择的妥当性四个角度，结合《日本最高裁判所民事判例集》20余个判例，详细分析了确认利益的判断方法。<sup>[73]</sup>总的来说，大陆法系国家或地区允许对各种法律关系和权利进行全面的确认，<sup>[74]</sup>但是在受理诉讼后又通过抽象的“确认利益”概念，对不满足确认利益的诉请予以排除。确认利益作为诉讼利益，属于诉讼要件审查的范畴，如果不满足该要件，诉将因不具备合法性而被直接驳回。

以确认利益为限制路径也是我国民事诉讼法学理论界较为推崇的一种方法，但是这条路径在我国却并未真正发挥限制确认之诉的功能，其原因主要有以下几点。

首先，我国没有关于确认利益的法律规则。与德国法不同，我国民事诉讼法从来没有明确规定诉的利益。最高人民法院也从未在任何司法解释、指导性案例及类司法解释的规范性文件中使用这一概念。截至本文写作时，最高人民法院的公报案例中没有一个提及“确认利益”，“诉的利益”也只有一个民事案件涉及，<sup>[75]</sup>且仅仅是在论及当事人适格时作

[70] 参见前引〔1〕，张卫平书，第190页；前引〔2〕，李浩书，第115页以下；前引〔2〕，王福华书，第164页。

[71] 美国法上的宣告判决其实也有确认利益的要求，但没有直接使用这一概念。墨菲大法官曾经在一份裁决中强调，只有在当事人双方之间的实质争议有足够的紧急性（immediacy）和现实性（reality）时，才能启动宣告判决诉讼。See Maryland Cas. Co. v. Pacific Coal & Oil Co., 312 U. S. 270 (1941)。

[72] 参见〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚等译，法律出版社2001年版，第105页。

[73] 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第194页以下。

[74] 参见前引〔7〕，罗森贝格等书，第656页。

[75] 参见“江西省南昌百货总公司、湖南赛福尔房地产开发公司与南昌新洪房地产综合开发有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案”，《最高人民法院公报》2013年第1期。在最高人民法院作出的裁判中，明确提到确认利益的只有一个案件，即“中国信达资产管理公司深圳办事处与大鹏创业投资有限责任公司、湖南湘能电力股份有限公司等借款合同纠纷上诉案”，（2009）民二终字第119号民事判决书。而在该案中，最高人民法院是用具有确认利益来保证了原告的诉权。

为修辞工具使用。缺乏成文规则导致大多数审判法官在实务中并没有真正意识到在确认之诉的诉讼要件中，还须审查确认利益。而即便意识到这一要件的法官，也陷入无法可依的境地。他们并不倾向直接援用理论界创造移植的概念来作为裁判依据，而多以不属于法院主管范围或违背诚实信用原则为由驳回起诉。<sup>[76]</sup>

其次，我国没有关于确认利益的成熟理论。虽然同样没有法条的明文规定，日本却依托成熟的理论在司法实务中扎实地建立了确认利益阻碍确认之诉的路径。但在我国，并没有成熟的关于确认利益的理论阐述。不仅民事诉讼法教科书对确认利益语焉不详，专业研究文献也屈指可数。迄今为止，直接以确认利益为篇名的期刊论文仅有1篇，<sup>[77]</sup> 而以其为关键词的期刊论文也不过6篇。且这些文献大多是以前述新堂幸司的分析框架为纲，结合中国的案例进行本土化技术分析。<sup>[78]</sup> 这种研究方法并无不妥，但是无论从质量还是数量上，都不足以说服更多的法官接受这一命题。一个颇为致命的问题或许在于，由于缺乏法律的确切规则，理论研究往往只是提出了识别确认利益的抽象原则，例如“对象和方法的妥当性”，但是究竟何为妥当，以及是否存在例外规则，<sup>[79]</sup> 却缺乏详细的展开，这自然会使得办案法官在面对具体案件时无法高效统一地将确认利益作为分析工具来剖析案件。<sup>[80]</sup> 而更具中国特色的问题在于，由于我国实务中立案高阶化造成的起诉难的现状，理论界往往更倾向于强调诉的利益的积极作用，即在现代社会更应当体现为保障当事人接受裁判的权利，促进新的民事权利的生成。<sup>[81]</sup> 沿着这种扩张保护的诉的利益观，对诉的利益之于限制起诉的消极功能往往强调不够，也就很难推导出要用确认利益来限制确认之诉了。

最后，我国没有判断确认利益的程序环节。不同于大陆法系国家的诉讼要件与本案要件相分离的复式平行审理模式，我国保持了罗马法的传统，采取单层阶段诉讼的结构，<sup>[82]</sup> 主要由立案庭来处理诉讼要件。由于确认利益的判断往往需要结合实体事项，在单层阶段审查结构中，立案庭没有掌握充足的信息，也不具备充裕的时间，更没有机会接触对方当事人，根本无力完成确认利益的审查。而等到案件进入审判庭，审判法官的关注重心已经转为实体法律问题，在程序法上既无明确规则又无成熟通说的确认利益，更难以成为审查的对象。“立案登记制”虽然为我国实行平行审理提供了契机，但现有规则并未放弃立案条件，审判环节也无针对诉讼要件的程序改革，因而短期内由审判庭法官用专门机制审理包

[76] 例如“黄盛萍与赵益森生命权、健康权、身体权纠纷案”，天津市东丽区人民法院（2014）丽民初字第6235号民事判决书。具体的理论分析可参见邬砚：《确认之诉中诉的利益的内涵》，《人民司法·案例》2014年第12期，第38页。

[77] 黄文官、谷佳杰：《“恶人”先告状，法院应受理——论民事法律关系义务人的确认利益》，《福建警察学院学报》2011年第3期。

[78] 类似的例子还可以在分类研究诉的利益的文献中找到，例如刘敏：《论诉的利益之判断》，《国家检察官学院学报》2012年第4期，第125页以下。

[79] 事实上，大陆法系学者都普遍认为，在妥当性的判断上只存在“一个大致性的标准，而并不具有绝对性的意义”。参见前引〔12〕，高桥宏志书，第308页。

[80] 在最近的一篇论文中，张卫平尝试归纳了关于识别确认对象妥当性的五个基础命题，可以视为我国确认利益研究的一个进步。饶是如此，论文在承认这些基础命题往往存在例外的情况下，对例外也仅仅作了举例，尚未形成更具普适性的规则。参见张卫平：《诉的利益：内涵、功用与制度设计》，《法学评论》2017年第4期，第8页以下。

[81] 例如，常怡、黄娟：《司法裁判供给中的利益衡量：一种诉的利益观》，《中国法学》2003年第4期，第87页以下；廖永安：《论诉的利益》，《法学家》2005年第6期，第91页。

[82] 参见〔日〕高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》，张卫平、许可译，法律出版社2007年版，第3页。

括确认利益在内的诉讼要件，尚不现实。

## （二）诉讼标的的路径

笔者并不反对从确认利益的路径来限缩确认之诉。但必须承认，由于以上原因，短期内这条路径并不具备成功移植的可能。在此种情形下，为应对确认之诉过于膨胀的现实困境，我们必须思考次优路径的选择。既然我国确认之诉的膨胀主要表现在确认之诉的诉讼标的的过于广泛，直接限缩确认之诉的诉讼标的，能够成为有效抑制膨胀现状的方法。具体而言，首先回归到给付之诉一统天下的局面，原则上禁止确认之诉的提起，可以解决前述确认之诉膨胀后引发的各种问题；再例外地允许提起确认之诉，可以促使当事人和法院在确认之诉的诉讼要件上要么严格适用既定法的规则，要么经过详细的说理来论证受理确认之诉的必要性，从而为确认利益的中国化分析提供有益的素材。

限缩诉讼标的的路径，首先需要改变确认对象“实务说”过分细化的做法，回归到“理论说”将确认对象界定为法律关系或实体权利的立场上来。同时，鉴于“理论说”过于宽泛，没有回应法律关系与实体权利之间的关系，还需要根据不同的实体争议，审慎仔细地确定其诉讼标的：

首先，亲属法中的确认之诉应当将法律允许确认的亲属法律关系作为诉讼标的，而不宜扩张适用。目前明确允许确认的亲属关系主要包括《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释〔2011〕18号）第2条规定的对亲子关系的确认，收养法第25条规定的对收养关系的确认。但是，在判断法律是否允许确认时，应当持谨慎态度，不宜将所有带有“确认”或“无效”文字的法条都理解为可以据此提起确认之诉。例如，婚姻法第10条关于婚姻无效的规则就不属于确认之诉，而是宣告婚姻无效的非讼案件。又如，在监护权案件中，根据民法总则第31条第1款，对监护人的确定有争议的，有关主体可以向法院申请指定监护人。这似乎是对监护权的确认之诉。但该条第3款建立了“政府兜底”规则，即在监护权确定之前，“由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人”。因此，监护权发生争议时，当事人提起的并不是确认之诉，而是变更监护法律关系的形成之诉。

其次，物权法中物权确认诉讼的诉讼标的应当限缩为无法登记物的物权。由于物权法第33条明确规定可以对物权的归属和内容争议请求确认，<sup>[83]</sup>在尊重现行法和实践需要的前提下，可以允许当事人对部分物的物权权属进行确认。但为了避免与登记制度发生冲突，确认对象应当限缩解释为无法登记的不动产（如在建工程、油气管道等）和无须登记的动产。凡是可以登记的财产，都应向原告释明，变更诉讼请求为要求变更登记，落实《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号）第10条第1项和“物权法解释”第6条的相关规则，不允许对可以登记的不动产直接提起确认之诉。担保物权、共有等领域也应类推适用。同时，应当类推公司诉讼的规则，将这类确权判决的主观范围严格限定在参加诉讼的当事人之间，不能拓展确权判决的对世效力。

再次，债权法中的确认之诉应当统一限定诉讼标的和起诉条件。我国目前对债权法中确认对象的规范相对混乱。最高人民法院将确认不侵权的案由限定在知识产权领域，而对

[83] 民法学界多倾向于认为该条并非实体意义上的，而是一种程序权利，但只有少数学者从诉讼法意义上指出该程序权利需要限制。参见王洪亮：《实体请求权与诉讼请求权之辨——从物权确认请求权谈起》，《法律科学》2009年第2期，第106页以下。

合同纠纷的确认之诉却完全敞开大门。事实上,由于债权纠纷在本质上都是对请求权及其基础法律关系的认定,因而宜打破实体法的藩篱,在诉讼上作出统一的限定。

一是原则上不允许独立地提起关于债权的积极确认之诉。原告如果认为自己的债权成立,就应当通过提起给付之诉直接实现自己的债权。无论是允许其确认债权抑或确认基础的法律关系或侵权法律关系,均无必要。<sup>[84]</sup>

二是应当统一消极确认之诉的诉讼标的。消极确认之诉的重要功能就是给予债务人通过司法方式来明确债务的机会,此种机会不仅应当存在于知识产权案件中,也应扩及所有的债务人。但消极确认之诉体现了确认之诉的反转性,使得债务人也可以利用诉讼作为武器侵扰债权人,因而务必要提高起诉门槛:一方面,将债权法下的消极确认之诉统合为“债务不存在”之诉,将其诉讼标的界定为被告在诉前交涉中主张过的债权。我国司法实务中对消极确认之诉普遍是以原告提起的具体主张来作为审查对象,只不过“实务说”完全遵从于原告的主张,而“理论说”则认为应当从其主张中抽象出具体的权利主张或法律关系主张。然而,考虑到消极确认之诉的反转性特征,其确认对象应当考虑到债权人的利益,即不以原告的主张而以被告在诉前交涉过程中提及并可能存在的债权为对象,从而将可能影响债权效力的要素在一次诉讼中全部解决,避免将其再细分为合同成立争议、合同效力争议、合同解除争议、合同履行争议等多个诉讼,防止债务人利用消极确认之诉干扰债权人的权利实现,提高纠纷解决的效率。<sup>[85]</sup>另一方面,参照目前已经有司法解释规范的确认不侵权诉讼,设立消极确认之诉的起诉门槛,规定债务人只有在确有必要的情形下,才可以提起确认无债务关系的诉讼。根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕21号)第18条的规定,专利不侵权诉讼的原告为了证明享有确认利益,需在起诉时证明两个要件:一是权利人发出了侵权警告;二是权利人经合理期限未撤回警告也未提起诉讼。这一做法既可以保护民事主体免遭自以为是的债权人反复纠缠,又可以防止债务人对债权人的突然袭击,完全可以扩展到所有的债权纠纷中,即只有当原告在起诉时证明被告已经发出了索债要求,但又没有在合理期限内放弃索债主张或提起诉讼后,方可以提起确认债务不存在之诉。<sup>[86]</sup>这一做法虽然将确认不侵权之诉的纠纷类型从知识产权案件扩展到了所有侵权甚至债权纠纷,但通过确认对象和确认利益的结合,压缩了我国案件数量最多的合同纠纷中确认之诉的使用可能。

最后,关于公司法、证券法、票据法等部门法中的确认之诉,由于上述部门法的特殊性,对其法律或司法解释中明确规定允许确认的事项,可以准许提起确认之诉,诉讼标的可以是法律行为的效力(如公司法第22条规定的确认公司决议效力之诉),也可以是具体

[84] 但在给付之诉中,可以允许当事人就基础关系的效力提起中间确认之诉,以提高审判效率。我国虽然并无这方面的具体规则,但最高人民法院其实已经在规范性文件肯定了这一做法。在《第一次全国民事再审审查工作会议纪要》(法〔2011〕159号)中,最高人民法院提出:“当事人同时提出确认之诉和给付之诉,且确认之诉是给付之诉前提条件的,原判决在正文里仅对给付之诉作出判定,但在判决理由中对确认之诉进行了分析认定的,不属于遗漏诉讼请求的情形。”相关理论分析,可参见傅郁林:《先决问题与中间裁判》,《中国法学》2008年第6期,第166页以下。

[85] 此种做法也符合日本法的观点,参见前引〔10〕,谷口安平书,第210页。

[86] 要求原告在起诉时提供初步证据证明某些要件,并不违反立案登记制的原理。例如,在第三人撤销之诉中,“民法法解释”第292条明确规定,起诉时应当提交证据材料证明:(1)因不能归责于本人的事由未参加诉讼;(2)发生法律效力判决、裁定、调解书的全部或者部分内容错误;(3)发生法律效力判决、裁定、调解书内容错误损害其民事权益等事项。

的法定权利（如“公司法解释三”第24条第2款确定的投资权益）。但法律或司法解释规定之外的事项，不宜再单独允许确认其效力。例如，票据法和相关司法解释虽然规定了很多票据无效的事项，但并未专门规定当事人可以直接提起确认票据效力的诉讼，因而不宜再提起票据效力确认之诉，以免与主张实现票据权利的给付之诉或公示催告程序发生矛盾和冲突。

在既有的法律规则之外，原告如果再对其他事项单独提出确认请求，法官原则上应当全部驳回起诉，只有当原告提出了充分的理由，且法院也认为确有必要时，才可以在裁判文书中详细论证对该诉讼受理的必要性后，进行实体裁判。高层级的法院也应当关注此类必要性理由的论证，并通过指导性案例等方式提炼出其中具有可行性的裁判规则，向其他法院告知推广。此种必要性论证和裁判规则的提炼，既是突破法律规定创建例外规则的必然要求，也是建构我国本土的确认利益判断规则的必经之路。

---

---

**Abstract:** The historical development of declaratory judgment shows that it is complementary to the coercive relief and could remove the uncertainty in advance, thus preventing unnecessary litigation in the future. As a preventive and supplemental instrument, which could be employed by both parties, the scope of declaratory judgment should be properly limited. Chinese scholars in civil procedure law share the notion that the subject matter of declaratory relief should be confined to the controversial civil legal relationship. However, Chinese courts have seemed to open the door to wider use of declaratory judgment in both judicial interpretation and legal practice. Such expansion of declaratory judgment has led to the following problems. Firstly, it would render the function of subject matter of litigation inapplicable. Secondly, it would blur the boundary between declaratory relief and other types of action. Thirdly, it would have a negative impact on the system of administrative registration and undermine the stability of market order. To keep declaratory judgment within bounds, countries in Civil Law system develop a concept of “specific interest to declaratory judgment” and make it a rule in the code of civil procedure law. It serves as a special litigation requirement to achieve the declaratory judgment. However, it is unpractical for China to replicate such concept without the support of a clear rule, a mature legal theory and a specialized judicial procedure. It is more appropriate to restrict the availability of declaratory judgment by restricting the subject matter of litigation. In principle, the declaratory relief could only be sought if the form of action has been expressly established in the current law, and judges should remain cautious to develop any exceptions.

**Key Words:** declaratory judgment, subject matter of litigation, specific interest to declaratory judgment, type of civil action

---

---