

# 回到抽象的诉权说

严仁群\*

---

**内容提要：**为诉权附加要件会导致其名不副实、无意义并隐含悖论。这是附条件诉权说的重大、致命缺陷。在程序伊始，法院面对的是“无知之幕”。要正当地走出这种状态，要给权利人以救济，就必须接受所有原告的起诉，对所有程序和实体事项的审理都应当在程序内进行。所以，不附要件的抽象诉权说有其深刻的内在合理性。作为修正型的抽象诉权说，司法行为请求权说能够应对针对抽象诉权说的所有批评，且有更多实益。基于抽象的诉权说，诉权与诉讼要件、裁判请求权等的关系能够厘清。

**关键词：**附条件诉权说 抽象诉权说 司法行为请求权说

---

诉权理论在学界向来有着尊崇的地位。权利人需借助诉权才能获得司法救济，所以诉权的重要性不言而喻。然而，目前对于诉权理论的研究已陷入僵局。如法国学者所言，诉权“这一术语，不论法律界对其如何熟悉，却仍然是一个性质与特点都会引起激烈争论的概念”。〔1〕每一种参与竞争的诉权学说都被指有缺陷，无法自圆其说，〔2〕似乎没有明显占优的胜出者。〔3〕

学者们在为某一种诉权学说辩护时，通常会对其他诸学说逐一展开批判，即采用各个击破的批判方式。本文将采用一种新的分类方法：根据是否为诉权附加要件，是否认为必须具备一定的条件才能拥有诉权，将既有的诉权学说划分为附条件诉权说和无条件诉权说。这种新的归类方法可以使我们清楚地看到，某些差异似乎很大的学说同属于附条件诉权说这一阵营，而且都具有重大的、致命的缺陷，而以往我们孤立地观察它们时却未曾察知这些缺陷。这些新的发现促使我们重新审视在国内从无支持者的无条件诉权说，重新检视以往对无条件诉权说的批评。我们会发现，不为诉权附加要件的背后是有深刻考量的，而对无条件诉权说的批评多数是不能成立的，个别曾经有攻击力的批评也已被它们化解。因此，对附条件诉权说的集体性批判和对无条件诉权说的重新评估，有助于打破目前的理论僵局，有助于真正击倒各种新、旧附条件诉权说，同时又能从根本上证成无条件诉权说，或实质性地提升其说服力。考虑到论证的完整性，本文还将对诉权否定论进行批判。尽管有日本学者称“诉权否定说的支持者或许是感到其主张太过分了而放弃了

---

\* 南京大学法学院副教授。

〔1〕 [法] 让·文森、塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国法制出版社2001年版，第115页。

〔2〕 参见江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社2007年版，第49页。

〔3〕 尽管如此，国内研究者仍大多倾向于源于前苏联的二元诉权说，也有人认同具体诉权说。但大致形成共识的是诉权否定论不能成立。

该说”，〔4〕但其他国家或地区的诉权否定论者未必也放弃了其观点，更何况国内对诉权否定论的批判并不充分。在无条件诉权说内部，抽象诉权说之内在合理性及实际意义应予充分肯定，其瑕疵已被另一种抽象的诉权说（司法行为请求权说）所消解。后者更为合理，也有更多的实际意义，在德国已居通说地位。

需要说明的是，由于民诉学界对于诉权的讨论最早也最为充分，所以本文虽会顾及其他学科学者所提出的观点，但主要的分析对象仍然是民事诉权论中的诸学说。

## 一、附条件诉权说的重大缺陷

### （一）附条件诉权说

到目前为止，关于民事诉权最主要的学说有六种，即私法诉权说、具体诉权说、本案判决请求权说、二元诉权说、抽象诉权说和司法行为请求权说。先分析前四种学说。

私法诉权说认为诉权是私权（尤其是实体请求权）因遭受侵害而产生的变形物或派生物，属于私权的一种属性。〔5〕这一学说将诉权紧紧维系于实体权利。换言之，在该说的主张者看来，没有实体权利就没有诉权，拥有诉权是以具有实体权利为条件的。

具体诉权说认为诉权是要求获得胜诉判决的权利，即要求通过判决保护实体权利的权利。这种学说同私法诉权说一样，也为诉权的享有设置了条件：一是实体权利保护要件，即原告主张的私法权利关系存在；二是诉讼权利保护要件，即有诉的利益、当事人适格。

本案判决请求权说认为诉权是请求法院作出本案判决的权利。它同样认为享有诉权应该具备一定的条件，但仅要求有诉的利益和当事人适格这两项。

二元诉权说认为诉权包含程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。前者是指原告向法院提起诉讼的权利和被告针对原告请求的事实和法律根据进行答辩的权利。实体意义上的诉权是指原告可以通过法院向被告提出实体上请求的权利和被告可以通过法院反驳原告提出的实体上请求或提出反诉的权利，“通常称为胜诉权和反驳原告提出的实体请求的权利”。〔6〕“当事人适格的，即有程序意义上的诉权。”〔7〕因此，当事人适格是程序意义诉权之要件。原告、被告若要享有实体意义上的诉权，也需具备条件，即其所主张或否认的实体权利的存在或不存在。〔8〕

可见，这四种诉权学说都为诉权附加了一定的条件，从这个角度看，可以将它们归入同一阵营：附条件诉权说。

其他一些学者对诉权所作的界定大致也可归为附条件诉权说。例如，有学者称“诉权的产生和存在，离不开‘权益受到侵害’这一前提条件”。〔9〕如果将诉讼权等同于诉权，那么以下表述也属于这一阵营：“诉讼权所关注的主要问题是公民如何启动和参加司法程序，又可称为‘接受审判权’……是指任何人在其权利受到侵害时请求法院予以公正审判的权利”。〔10〕

值得注意的是，一些论者在高举人权旗帜的同时，仍然为诉权附加了要件。如有人称，“诉权作为一项制度性基本人权，必须得到充分的保障。除……几种情况应由法律明确予以排除的以

〔4〕〔日〕谷口安平：《口述民事诉讼法》，成文堂1987年版，第74页。转引自江伟、邵明、陈刚主编：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第33页。

〔5〕参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑峰译，法律出版社2008年版，第176页以下。

〔6〕前引〔2〕，江伟主编书，第47页。

〔7〕张卫平：《民事诉讼：关键词的展开》，中国人民大学出版社2005年版，第124页。

〔8〕参见常怡主编：《新中国民事诉讼法学研究综述（1949—1989）》，长春出版社1991年版，第182页。

〔9〕徐静村、谢佑平：《刑事诉讼中的诉权初探》，《现代法学》1992年第1期。

〔10〕张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务》，《中国法学》2006年第1期。

外，其他案件一经起诉到法院，法院都应当予以受理。”〔11〕这种观点即认为有无诉权是因案而异的，诉权是有条件的。

法国新民事诉讼法典第31条所界定的诉权也是附条件的。该条规定：“对某项诉讼请求之胜诉或败诉有正当利益的人均享有诉权，但法律仅赋予经其认定的有资格提出或攻击某项诉讼请求或者有资格保护某种特定利益的人以诉讼权利的情形，不在此限。”〔12〕

## （二）诉权概念之名不副实与无意义

设若某一案件经历了二个审级的管辖异议程序、关于原告是否适格的庭审程序、〔13〕证据交换程序以及实体性庭审程序，双方当事人进行了充分陈述和辩驳，一审法院最终认定原告主张的实体权利不存在，判决驳回其诉讼请求。如果将附条件诉权说放到这一诉讼过程中考察，就可以发现它们的第一个共性问题。

按照私法诉权说所设定的诉权要件，由于一审法院实体庭审后才能认定原告没有实体权利，因而直到此时才能认定原告没有该说所谓的诉权。但回望一下程序就能发现，原告在没有诉权的情况下经历了一审程序的全过程，就程序和实体问题进行了充分辩论。也就是说，私法诉权说下的诉权既不决定程序的开启，又与诉讼的推进无关。既如此，为什么还要将之称为“诉”权？为什么要使用这一概念？〔14〕即便对前例作反向假设，假设原告胜诉，情况也大致如此。因为在原告胜诉前，他是否有诉权是待确定的，而在这种状态下，程序依然可以开启和推进，他仍然可以进行所有的诉讼活动。

在具体诉权说下，原告被认定没有诉权的时间与私法诉权说一致，因为一审法院认为诉的利益、当事人适格这两项要件都具备（否则不会作实体判决），只是不具备实体权利保护要件。原告同样是在没有诉权的情况下，完整地走完了一审程序。

如果采本案判决请求权说，那么直到关于原告是否适格的程序性审理结束，〔15〕并且认为原告有诉的利益，一审法院才能确认原告有诉权。而此前他是否有诉权是待确定的。但同样是在这种状态下，原告经历了全部的程序性审理过程。

就二元诉权说而言，原告之具有程序意义上的诉权是在程序性庭审结束后才得以确认的，他也是在有无程序意义上的诉权并不确定的情况下经历了程序性的审理过程。原告之不具有实体意义上的诉权，则是在实体审理结束后才得到认定的。原告在并不拥有实体诉权的情况下经历了全部的实体审理过程。

如果采其他附条件诉权说，也会有同样的发现。简言之，各种附条件诉权说下的诉权概念是名不副实和无意义的。而且，在多数人看来是自然之理的“无诉权便无当事人”、“无诉权便无诉”、“无诉权便无民事诉讼”，〔16〕在附条件诉权说下显然不能成立。

〔11〕 喜子：《反思与重构：完善行政诉讼受案范围的诉权视角》，《中国法学》2004年第1期。

〔12〕 法国传统理论认为，享有诉权应当具备三个条件：利益、能力与资格。参见《法国新民事诉讼法典——附判例解释》上册，罗结珍译，法律出版社2008年版，第71页。

〔13〕 例如，在高淳县民政局诉王昌胜、吕芳、天安保险江苏分公司交通事故人身损害赔偿纠纷案中，一审法院曾就原告是否适格两次开庭审理。参见《最高人民法院公报》2007年第6期。

〔14〕 或许有人认为这样的诉权概念可以用作事后的评价工具。但这里所谓的有无诉权不过是胜诉、败诉的同义语，也是一个多余的表述。我们也想象不出它有何实际评价功能。例如不能因为原告败诉就认定他没有诉权，进而认定他是恶意起诉。

〔15〕 在国内，实务和学界的主流观点都认为当事人适格是一个程序性问题。但是否确实如此，尚可推敲。本文忽略此一潜在的争议。

〔16〕 李龙：《民事诉权论纲》，《现代法学》2003年第2期。还有人认为“无诉权便无民事诉讼”和“无诉权便无法官”是法律格言。参见徐昕：《诉权的经济分析》，《云南大学学报（法学版）》2007年第4期。

### （三）于裁判形成之无意义

通过考察在国内有较多拥护者的二元诉权说的两个实例，可以发现附条件诉权说的第二个问题。

案例1：某受诉法院在判决驳回诉讼请求时声称，权利人应当从知道或者应当知道权利被侵害之日起的两年内向法院请求保护自己的民事权利，权利人未在法律规定的期间内主张权利，即丧失了实体意义上的诉权。<sup>〔17〕</sup>

在该案中，既然认定诉讼时效已过，那么根据实体法已可得出原告诉讼请求不能成立的结论。但裁判者却基于二元诉权说的立场，从诉权角度进行了论证。或许可将此诉权论证视为加强性论证，但问题是，实体诉权已丧失的结论仍是依据实体法得来的。也就是说，这是一种叠床架屋式的论证，不仅不必要，而且无意义。

同理，在该案中，如果裁判者基于私法诉权说、具体诉权说的立场进行论证，同样是无意义的。因为这两种学说都为诉权附加了实体要件，没有诉权的结论仍然是依据实体法得出的。

案例2：被告主张原告不适格，对此受诉法院声称，原告在形式上符合民事诉讼法第108条所规定的“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或者其他组织”的起诉条件。“因此，三上公司的原告主体资格是适格的。至于其诉因是否成立、请求能否得到支持，则并不影响三上公司作为原告所享有的程序意义上的诉权。”<sup>〔18〕</sup>

在该案中，既然认定符合起诉条件，认定原告适格，若无其他程序上的障碍，按照民事诉讼法，原告自然可以继续诉讼，法院也应进行实体审理。但法院仍然基于二元诉权说的立场，从诉权角度论证原告可以继续诉讼。而之所以认定原告具有程序意义的诉权，仍然是根据现行法认定原告适格。所以，这种诉权论证也是无意义的。

如果该案采用本案判决请求权说进行论证，同样也是无意义的，因为该说也认为当事人适格是诉权的要件。

### （四）隐含悖论

一般认为，诉权理论讨论的主要是“为什么可以起诉”这一问题。确实，四种附条件诉权说都在试图回答这个问题。例如，持私法诉权说的温德沙伊德认为，在法庭起诉的权利或诉权只是请求权的结果，而非原因。<sup>〔19〕</sup>即他对于前述问题的回答是：因为有实体请求权，所以才可以向法庭起诉。而具体诉权说则似乎给出了最全面的解答：当事人适格，有诉的利益，且有实体权利，才可以起诉。因此，附条件诉权说实际上有一个共同的表达式：具备X，才可以起诉。<sup>〔20〕</sup>

若要将这一表达式适用于具体的诉讼程序，若要据此决定是否准许当事人起诉，首先应审查前提条件是否具备，例如审查当事人是否适格、原告利益是否受到侵害。而要做到这一点就必须进行一定程度的审理，甚至是完整的实体审理。而既然已经进行审理，说明早已进入了程序，早已实际接受起诉。换言之，根据这一表达式，一方面满足条件才可以起诉，另一方面此条件的认定又需经过诉讼和审理。这就是一个悖论。这是附条件诉权说的第三个缺陷。

附条件诉权说的以上三项缺陷显然都是很严重的，尤其第一、三项可谓致命的。<sup>〔21〕</sup>如果

〔17〕 参见“萧山市水电工贸公司债权债务清算小组诉金晓华返还不当得利纠纷案”，金华市中级人民法院（1999）金中民初字第84号判决书。

〔18〕 参见“启东三上发展机电制造有限公司诉启东市运输机械有限公司侵犯知名商品特有名称、虚假宣传纠纷案”，南通市中级人民法院（2004）通中民三初字第0060号判决书。

〔19〕 参见金可可：《论温德沙伊德的请求权概念》，《比较法研究》2005年第3期。

〔20〕 附条件诉权说所附加的要件是充分必要条件，因为它们主张具备这些要件就有诉权，不具备这些要件则没有诉权。

〔21〕 此前对四种主要的附条件诉权说已有较多批评，但都未能指出其根本性缺陷。例如，对私法诉权说的常见批评是它不能解释消极确认之诉。实际上，这充其量只能说明该学说不够周延。

一个学说是自相矛盾的，其核心概念又是无意义的，那么该学说就应该被舍弃。附条件诉权说的这些缺陷已足以迫使其退出诉权学说之竞争，更何况尚有其他至少并不存在如此重大缺陷的学说——无条件诉权说可供选择。

## 二、对诉权否定论之否定

抽象诉权说的对立面，除了同属诉权肯定论的附条件诉权说外，还包括诉权否定论。

一种诉权否定论认为，诉权观念是“19世纪权利意识过剩的产物”，属于一种“基于夸张的权利意识所产生的幻想”，国民与诉讼制度之间的关系，“既不是严格意义上的权利义务关系，也不是恩惠关系，只不过是如下事实的反映，即国家从其所关心的视角出发运营诉讼制度，而国民服从国家裁判权”。“诉权不过是诉讼制度目的的主观投影，并将这种认识作为诉权理论的核心，如此一来，就产生自觉否定诉权之结果。”〔22〕

这种否定论存在以下问题：

其一，即便恰如否定论者所述，19世纪是一个权利意识过剩的年代，也无法证明诉权观念确乎是“19世纪权利意识过剩的产物”。所谓诉权是“基于夸张的权利意识所产生的幻想”，是带有很强主观色彩的一种评价，无法加以验证。“幻想”之说有主观擅断之嫌。

其二，自从公法诉权说出现以来，人们讨论诉权时所论及的关系，不是国民与诉讼制度的关系，而是国民与国家的关系。国家可以成为某些法律关系的主体，而诉讼制度则不能。所以，诉权否定论者的说法实际偏离了主题，或是偷换了概念。我们在论及“权利义务关系”时往往是就两个或多个主体而言的，而对国民与某一制度，他们之间是否有权利义务关系则无从谈起。讨论国民与某制度之间的关系，往往论及的是国民可否利用该制度，怎样利用，利用的效果如何等。

其三，所谓“国家从其所关心的视角出发运营诉讼制度，而国民服从国家裁判权”，可能并非“事实”。在一个法治状况很差的 国家，尽管可能有诉讼制度，但对许多国民来说，所谓“国民服从国家裁判权”可能只是妄言。然而正是在这样的国家，诉权显得尤为重要。

其四，“诉权不过是诉讼制度目的的主观投影”之说难谓属实。这一带有文学意味的说法的大意应该是，有了诉讼制度之后，人们才有了诉权的观念。就某些年代而言，确实是诉讼制度出现在先，诉权观念出现在后。然而这并不意味着诉讼制度是“因”，诉权是“果”。时间上的先后并不表明因果关系的存在。〔23〕相反，另一种情况是可能存在的：某种合理的诉权学说的出现，导致立法者不断检视法院应承担的义务，不断修正和完善诉讼制度。

另一种诉权否定论认为，“诉权存在与否的标准应该取决于另一个因素，即诉权的权利人对于侵犯其诉权的人有无制裁可以援用。……诉权应与损害赔偿请求权密切结合；在大多数国家，损害赔偿权并不存在或很难实现，所以诉权的存在也就没有多大的实际意义。”〔24〕

这种诉权否定论的问题在于：其一，此说若成立，只能证明诉权的相关制度不完善或未确立，并不能就此证明诉权不存在或不必要。其二，如果诉权确实存在，且很少有对诉权的损害发生，那么赔偿请求权是否存在倒也无关紧要。其三，权利受到损害时，救济途径并非只有赔偿一种。如果侵犯诉权的行为得到了纠正，诉权得到了维护，那也不失为对诉权的一种救济。其四，即便诉权目前不存在，也并不代表它不应存在。不能将实然误作应然。

诉权否定论者还有另外一种表述：“何时可以使用诉讼制度，提起诉讼，有所谓诉讼要件论，

〔22〕 转引自前引〔5〕，新堂幸司书，第177页以下。

〔23〕 这方面休谟早已有说明。参见〔英〕休谟：《人类理解研究》，关文运译，商务印书馆1957年版，第58页。

〔24〕 沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社2002年版，第213页以下。

有关诉讼要件之理论现在已经很发达,何人何时可以请求法院裁判,均根据诉讼要件之理论予以解决即可。……根据诉讼要件理论,谁可以使用国家之法院,谁不可以,已经一清二楚,何必再搬出诉权此一概念。”〔25〕

这种否定论有两方面的问题:其一,诉讼要件论并不讨论何时可以提起诉讼,它只讨论在哪些情况下不能作实体性判决。诉讼要件包括诉的利益、当事人能力、当事人适格、诉讼能力、依法起诉(诉状满足法定要求)、法院对纠纷有审判权、〔26〕受诉法院对案件有管辖权、无已经发生既判力的裁判等,它们是法院作出实体判决的前提条件,是决定诉是否合法(而非是否有理由)的要件。其二,这种否定论即便能够成立,也只能驳斥本案判决请求权说、具体诉权说、二元诉权说,而不能驳斥其他诉权学说(私法诉权说和无条件诉权说),因为只有这三种学说将某种诉讼要件列为诉权的条件。

### 三、抽象诉权说的可采性与瑕疵

最早作为附条件诉权说对立面的是抽象诉权说,它认为诉权是指当事人能够向法院提起诉讼,并获得与诉相对应的某种裁判的权利。该学说未为诉权附加任何条件,认为任何人都可以无条件地提起诉讼。〔27〕

#### (一) 诉权无条件之理由

为诉权附加某种要件,导致附条件诉权说具有若干重大、致命缺陷。这就反向证明了抽象诉权说的合理性。但仅认识这一点尚嫌不够,还应当深入理解为什么诉权应是无条件的。

权利人在权利遭受侵害时应该获得司法救济,这通常是毋庸置疑的。〔28〕但我们不能因此就认为拥有实体权利是享有诉权的条件。因为就具体个案而言,在原告刚刚提交起诉状时,法院对案件的真相是什么,原告是否真的是权利人,通常一无所知。在程序之初,法院面对的是“无知之幕”。此时不存在任何给定的权利,甚至有些权利还是有待司法生成或创设的。法院要正当地揭开这“无知之幕”,就只能无条件地接受当事人的起诉,然后通过程序的推进,在给予双方程序保障的情况下审理和确认原告有无实体权利。只有进入程序的审查才是正当的审查。而法院必须无条件地接受起诉并加以裁判,实际就意味着当事人拥有无条件的诉权。应当记住一位英国法官在19世纪说的话:“任何人都能提起诉讼,即使他根本没有权利。”〔29〕

同样,固然可以说当事人必须适格,必须有诉的利益,才能要求获得实体判决,但也不能因此将它们设定为诉权的要件。〔30〕因为对于任何个案来说,当事人是否适格、是否有诉的利益,也不是给定的。法院在刚刚面对当事人时,在这方面也同样处于“无知”状态。“司法裁判争议,有很大一部分都是围绕着‘讨论实体问题’的周边来进行的,而且这一部分讨论在实践上具有很

〔25〕 邱联恭:《口述民事诉讼法讲义》(二),2006年台湾自版,第113页。

〔26〕 我国民事诉讼法上的主管概念大致与之相当,但它不限于民事纠纷审判权。

〔27〕 我国1911年制定的《临时约法》第9条规定:“人民有诉讼于法院,受其审判之权。”至少该条文字面上没有为诉权附加条件,从而为无条件诉权说的部门法化留下了空间。此外,法国学者在这方面也有所表述,称“难道我们不能认为诉诸法院这种法定权力是一种无条件的权力吗”?前引〔1〕,让·文森等书,第149页。

〔28〕 即使持其他民事诉讼目的论,这点大概也是不容否认的。但有人主张权利之应获得司法救济,也可有例外。有些权利“缺乏相应的义务承担者,尤其是诸多经济、社会、文化权利缺乏实在法意义上的义务承担者,并因此缺乏可诉性或司法上的可主张性”。夏勇:《权利哲学的基本问题》,《法学研究》2004年第3期。

〔29〕 Attorney General v. Sudeley, 1 Q. B. 354, 359 (1896).

〔30〕 有学者认为,诉权是“公民在认为自己的合法权益受到侵犯或有纠纷需要解决时,享有的诉诸于公正、理性的司法求得救济和纠纷解决的权利”。左卫民:《诉讼权研究》,法律出版社2003年版,第2页。此表述将“存在纠纷”设定为诉权要件,实际也就是将诉的利益设定为诉权要件。因为如果当事人之间实际没有纠纷,原告就没有诉的利益。

大的意义。”<sup>[31]</sup> 这些周边问题往往还很复杂。在高淳县民政局诉王昌胜、吕芳、天安保险江苏分公司交通事故人身损害赔偿纠纷案中，<sup>[32]</sup> 原告是否适格这一争点就耗费了两级法院和当事人很多时间和精力。在美国 EOS 工程公司诉新绛发电公司等侵权纠纷案（以下简称“EOS 案”）中，当事人围绕是否存在重复起诉的问题也进行了两个审级的诉讼。<sup>[33]</sup> 要正当地就这些外围问题得出结论，也必须无条件接受当事人的起诉，然后依据正当程序进行审理。如果法院先行对这些问题进行审查和认定，然后才决定受理或不受理（立案或不立案），那么作出决定之前的审查过程就是程序外的“程序”，是不正当的，即便它非常短暂。

另外，一般认为对某些事项或纠纷，例如纯粹的学术争议或政治问题，法院是没有审判权或裁判权的。西方国家也是如此。例如，在尼克森诉美国案中，这位美国前联邦法官质疑参议院审理其弹劾案的程序。对此，美国联邦最高法院认为该案所涉纠纷是法院无权裁判的政治问题，从而驳回起诉。<sup>[34]</sup> 尽管如此，也不能将法院对纠纷有审判权列为诉权的要件。因为在具体的个案中，原告所请求裁判的事项是否确属学术争议或其他司法机关无权裁判的事项，未见得是很清晰的，未见得是没有争议的。<sup>[35]</sup> 对此，法院也应当在接受起诉后，依据正当程序进行审查，必要时应当召集当事人进行言词辩论（尼克森诉美国案就是如此）。

由此可见，无论我们认为当事人应当基于何种正当理由进行诉讼，无论我们认为应当具备何种诉讼要件才可以要求实体审理和实体裁判，都不能将该种理由或诉讼要件设定为诉权的要件。因为在具体个案中，是否存在这种理由或具备这种诉讼要件，可能本身就是需要诉讼和审理的。不为诉权附设要件的背后，实际是立法者和司法者的无奈。就任何个案而言，他们都没有上帝之眼，都不能在当事人刚走进法院之时就确知案件的情况。但是，他们又相信至少有部分原告是真实的权利人，是应当获得救济的，或者至少有部分案件是应给予实体裁判的，所以他们不得不向所有起诉者敞开程序之门。

程序伊始之“无知之幕”，以及该帷幕只有在程序内才能正当地渐次拉开，决定了程序法和实体法之间的根本差异。遗憾的是，我们常常忽视这种差别，仍会不自觉地混同实体与程序。私法诉权说之从谈论实体权利转而谈论诉权，就包含有这种混同（同样以实体权利为诉权要件的具体诉权说、二元诉权说在相当程度上也是在走私法诉权说的老路）。这种话题的过渡包含着不可忽略的思维“缝隙”。伴随着该话题转换的，是时空、场景的急剧转换。转换之前的是实体（法）的时空，在这个场景里我们通常不为探知案件真相所苦，通常能确知我们论及的主体拥有某种权利。转换之后则是程序（法）的时空，在这里，一切都是待探究和确认的。只有到了程序之门行将关闭时，才可能与实体时空一致或近似。如果权利人因为举证不能或诉讼策略失误，最终未能证明其权利，而法院又未依职权调取证据，则程序之终局状态与实体之实际状态是完全背离的。在实体法的空间里坐谈司法救济，往往是不切实际的。我们必须有程序思维，必须深切认识程序固有的特点，必须清醒认识到在程序之初，一切都处于“零状态”。

## （二）抽象诉权说的实益

### 1. 真正凸显现行立案程序的缺陷

现行民事诉讼法第 108 条、第 111 条分别规定了起诉的积极条件和消极条件，符合积极条件

[31] 前引 [1]，让·文森等书，第 120 页以下。

[32] 参见《最高人民法院公报》2007 年第 6 期。

[33] 参见最高人民法院（2003）民四终字第 2 号民事裁定书。

[34] See *Nixon v. United States*, 506 U. S. 224 (1993).

[35] 例如，曾有原告诉称被告出版的字典有很多错误，这是学术争议还是产品质量争议？参见“陈丁祥诉上海书城及商务印书馆图书质量纠纷案”，[2006]沪二中民一（民）终字第 1747 号。

且不具备消极条件的,法院才予以受理。显然,这种立案程序有违抽象诉权说,侵犯了当事人的无条件的诉权。按照抽象诉权说,诉权的享有是无条件的,只要有起诉,法院就必须受理,对于起诉的受理不能附条件。“对于外观上具备诉之行为,法院必须开始诉讼程序,并在该程序内对诉讼要件存在与否展开调查。”〔36〕

与我国现行立案程序有相似性的是普鲁士的审判程序。按照该程序,任何原告,在法官办理控告前,都应当使法官深信他是有诉权的,否则法官就会简单地以决定的方式驳回原告。马克思对此的评价是:“不承认私人在他的私事方面有起诉权的法律,也就破坏了市民社会的最起码的基本法。起诉权由独立的私人的理所当然的权利变成了国家通过它的司法官员所赋予的特权。……法官首先作为官吏来作出决定,然后作为法官来判决。”〔37〕

学界对于现行立案程序普遍持排斥态度。但其实,若坚持附条件诉权说,则未必应该有此态度。例如,按照具体诉权说或本案判决请求权说,法院在接到起诉后,应首先逐一审查诉权要件是否具备,一旦发现没有诉的利益、当事人不合格,就可以认定没有诉权,就可以裁定不予受理。由此,对附条件诉权说而言,现行民事诉讼法的立案程序并不存在所谓“高阶化”问题。〔38〕“原告应与本案有直接利害关系”这一起诉条件,正契合具体诉权说、本案判决请求权说和二元诉权说为诉权所附加的当事人适格这一要件。

另外,有学者主张将起诉条件改称为受理条件,〔39〕但这种主张没有实质意义。因为在现行法下,符合起诉条件的才可以受理,所以,起诉条件实际就是受理条件。当然,“起诉条件”这一表述确有问题,任何人只要想起诉,就能起诉,他向法院递交诉状的行为就是一个起诉行为。是否实际起诉是由原告自行决定的,他不能决定的是司法者如何对待他的起诉。所以,现行法下的这个“起诉条件”应改为“起诉合法的条件”。不符合此条件的,应予驳回。另外,认为受理起诉应有条件,这仍是附条件诉权说的观点。

目前西方法治国家对起诉的受理都是无条件的,〔40〕甚至日本、希腊等许多国家的宪法“明确地毫无限制地规定了保证进入法院的权利。在其他国家虽然不存在明确的规定,但是自由进入法院也被赋予了基本的效力”。〔41〕他们只是在如何使用诉权这个概念上有分歧。当然,法国有所谓的“诉讼不受理”制度,可能会使人误以为它们的受理制度与我国的相似。但是在法国,“诉讼不受理”只是当事人的一种防御方法,而且在实体辩论后也可以提出。当事人无资格、无利益、时效已过、属于既判事项等都可构成“诉讼不受理”。实际上,“法院备有登记簿,将向法院提出的所有案件逐一登记其上。案件在庭期表上进行登记即告法院受理了案件”。〔42〕另外,也不能因为看到美国人似乎有这样的表述——“被告提出的不予受理的提议不予支持”,〔43〕就以为美国有与我国相似的受理制度。实际上,“不予受理”只是对 dismiss 的误译,后者是“驳回起诉(不继续进行审理)”之意。〔44〕

〔36〕 前引〔5〕,新堂幸司书,第171页。

〔37〕 《马克思恩格斯全集》第19卷,人民出版社2006年版,第359页。

〔38〕 张卫平:《起诉条件与实体判决要件》,《法学研究》2004年第6期。

〔39〕 同上文。

〔40〕 “起诉状到达收发室后,收发人员盖章即发生诉讼系属的效力,如时效中断等。继之法官必须加以审理。”前引〔25〕,邱联恭书,第34页。

〔41〕 [德]卡尔·海因茨·施瓦布、埃朗根彼得·戈特瓦尔特、雷根斯堡:《宪法与民事诉讼》,载[德]米夏埃尔·施蒂尔纳编:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第152页。

〔42〕 但法国的“诉讼不受理”这一术语确实存在问题。明明早已受理了案件,如何其后(甚至在实体辩论后)又说“不予受理”?这一问题的根源应该在于其传统诉权理论和新民事诉讼法第31条都属于附条件诉权说。

〔43〕 [美]玛蒂尔德·柯恩:《作为理由之治的法治》,杨贝译,《中外法学》2010年第3期。

〔44〕 Black's Law Dictionary 537 (9th ed. 2009).

## 2. 为设置诉权救济途径提供理论支持

现行法未规定法院在不履行受理、裁判义务时所应承担的法律责任。<sup>[45]</sup>这在客观上助成了起诉难的问题（三大诉讼均有此问题，只是程度不同）。例如，一些法院对于部分民事案件，既不受理，又不作裁定，而且没有谁为此承担责任。对这种行为，目前只能认定它违反了民事诉讼法第111条（它规定对符合条件的起诉必须受理）。如果采抽象诉权说，则应当在法律中明确就无条件诉权作出规定，并规定拒绝受理、拒绝裁判的法律责任。由于拒绝受理和裁判是对法治原则的严重破坏，并严重损害司法机关的公信力，所以应设立拒绝受理、裁判罪，或将这种行为明确纳入渎职罪的范畴。西方国家很少有拒绝受理、裁判行为的发生，但仍有国家（例如法国）规定了这样的罪名。<sup>[46]</sup>这种罪的责任主体通常应该是具体负责受理、裁判案件的法官，但如果实际是某法院拒绝裁判，则责任主体应该是该院院长。

此外，还应该为诉权遭受侵害的当事人设置直接的救济途径。例如，如果原告遇到拒绝受理（在现行法下是既不受理又不裁定）或拒绝裁判的情况，允许其直接向上级法院、最高法院或宪法法院（如果有此法院）<sup>[47]</sup>起诉。

或许有人认为，附条件诉权说也能为前述救济途径之设立提供理论支持。但实际上，附条件诉权说不但不能提供支持，相反还能为拒绝受理、裁判的行为提供辩护。因为拒绝受理、裁判的法院或法官可以声称，由于诉权的某一要件不具备，所以原告没有诉权，不能起诉，法院自然可以不予受理、裁判。<sup>[48]</sup>

## （三）不合理的指责

在诉权论争中，抽象诉权说遭受了多种批评，但多数是不能成立的。

第一种批评是：“如果诉权是这么抽象的权利，那么如同是否具有起诉之自由一样，无需将诉权作为特别的权利予以构成。”<sup>[49]</sup>国内有人直接指其“空洞无物”。<sup>[50]</sup>但这种批评是有问题的。其一，抽象诉权说下的诉权或许较为“单薄”，但仍是具有明确内容的，即任何人都可以无条件地起诉，法院必须予以受理，必须作出与诉相对应的某种裁判。如果我们想到还有很多人认为起诉必须符合一定条件才可以被受理，就应该知道抽象诉权说并不空洞，它是有实质性内容的。其二，一个概念的内涵并不是越丰富越好，不能为了追求内涵的丰富而将其无法承载的内容强加给它，那样会扭曲概念。诉权是不能附加要件的，这在客观上造成了诉权之“抽象”。但这种抽象是必要的。其三，批评者的这种表述表明他们是区分“自由”和“权利”的，既如此，他们所说的权利应该是指严格意义上的权利，即一种请求权。因为自由和权力（能力）、<sup>[51]</sup>豁免一样都可能被指称为（广义的）权利。<sup>[52]</sup>按照广被接受的霍菲尔德的观点，严格意义上的权利是指有权利要求他人做某事或不做某事，而自由则是自己有权决定做或不做某事。严格意义上的权利是与

[45] 在狭义的法律层面没有这方面的规定。《人民法院审判纪律处分办法（试行）》第22条规定对“违反法律规定，擅自对应当受理的案件不予受理”的人员可给予记过处分。“擅自”一词耐人寻味。

[46] 法国刑法典第434-7-1条规定：“司法官、司法建制中任职的任何人，或者任何行政当局，在其受到请求之后，拒绝作出公正裁判，或者在其上级发出警告或命令之后，仍拒绝作出公正裁判的，处7500欧元罚金并且在5年至20年内禁止担任公职。”《法国新刑法典》，罗结珍译，中国法制出版社2003年版，第163页。

[47] 向宪法法院起诉，其前提通常是诉权已然入宪。对于诉权应否入宪，本文不作讨论。

[48] 尽管拒绝裁判者的这种辩解不无漏洞，但附条件诉权说客观上为其提供了理论武器。

[49] 前引[5]，新堂幸司书，第176页。

[50] 参见前引[4]，江伟等主编书，第150页。

[51] 国内通常将power译为权力，但也有人译为能力。例如，[英]雷蒙德·瓦克斯：《法哲学》，谭宇生译，译林出版社2009年版，第53页；前引[23]，休谟书，第57页。译为“能力”更合乎霍菲尔德使用这个词的原意。

[52] 参见[英]H. L. A. 哈特：《法理学中的定义与理论》，载其著《法理学与哲学论文集》，支振锋译，法律出版社2005年版，第40页。

义务相对应的，但是自由则并非如此，与之相对的是无权利。从抽象诉权的内容看，它显然是一种请求权，是有对应的义务主体的。所以，该诉权不是自由，而是严格意义上的权利。<sup>[53]</sup>

第二种批评是：“仅仅停留在任何人都可以起诉这一点，而没有对诉权的要件作进一步的说明，因此没有多大的价值。”<sup>[54]</sup>这个批评的问题在于它有一个预设，即诉权必须是附要件的，而这并非是不证自明的（批评者事实上未给出证明）。实际上，如前文所述，这个预设是错误的，诉权恰恰是不能附加要件的。

第三种批评是：“过分强调诉讼法的独立性，而忽略了诉讼法与实体法之间的合理关系。”<sup>[55]</sup>这种批评的问题在于：其一，没有证据表明，抽象诉权说的论者是要刻意强调诉讼法的独立性。至于它是否在客观上凸显了诉讼法的独立性，则当别论。而这种“凸显”又未必是错误的。其二，即便是“强调”，也未见得过分。未曾为诉权附加（实体）要件，就是过分强调诉讼法的独立性？难道程序法须“片刻”不离实体法？“寸步不离”实体法的程序法还有独立性可言吗？如前文所述，私法诉权说、具体诉权说和二元诉权说都将诉权紧紧维系于实体法（都含有实体要件），正是这种维系，导致其隐含了重大缺陷；这种维系还包含了对实体与程序的混同。

如果抽象诉权说的价值被重估，该说在国内还可能受到这样的指责：鼓励诉讼，甚至鼓励恶意诉讼。但这样的批评也是不客观的。其一，国家普惠制地确认诉权，并不等于鼓励民众动辄兴讼，正如国家确认罢工自由并不是为了鼓励罢工。其二，滥用诉权的行为在西方法治国家和我国都存在，很难说在有诉必理的西方国家滥用诉权的情况比我国要严重，也很难证明滥用诉权的现象系因采某种诉权学说而造成，或与之有紧密关联。其三，我国法律虽然规定了若干受理条件，实务者也多信奉二元诉权说，但并未有效地杜绝滥用诉权的现象。而且，虚假诉讼近年来明显增多。其四，抽象诉权说并不否认应当制裁滥用诉权者。和其他权利一样，抽象诉权说下的诉权也不是绝对的。国家可以在规定诉权的条文之后，紧接着规定滥用诉权行为的构成要件，及滥用诉权者的法律责任。但受理起诉仍然是无条件的，对滥用诉权的认定也只能在程序内进行。

#### （四）无法应对的指责

对于抽象诉权说还存在着另一种批评：如果法院作出了驳回起诉的裁定，原告的诉权也已经得到了满足吗？

法院裁定驳回起诉，可能有两种情况。一是原告的起诉不合乎程序法的规定，此时驳回起诉是理所当然的。但这时诉权仍可谓已经实现。因为原告的起诉已经得到了法院的正确回应，没有得到满足的是原告的胜诉希望，而这原本就是不应予以满足的。所以这种情况下，前述批评并不恰当。另一种情况是原告的起诉本不该被驳回，法院却驳回了起诉。此时，按照抽象诉权说，原告的诉权确已实现，原告应该接受这样的裁判结果。但这与现实显然不太可能一致，通常没有哪个原告会满足于这样的错误裁判。因此，就这种情况而言，前述批评对抽象诉权说是有攻击力的。抽象诉权说大概很难合理地应对这样的指责。<sup>[56]</sup>

## 四、另一种抽象的诉权说

作为附条件诉权说和诉权否定论对立面的还有另一种学说，即司法行为请求权说。该说认为

[53] 如果法律上明确规定了诉权，我们甚至可以将它界定为 power（能力）。因为就具体的当事人而言，一旦其实际行使诉权，向某法院提起了诉讼，那么他就与该法院形成了法律关系，这种法律关系之形成不取决于受诉法院的意志。

[54] [日] 兼子一等：《条解民事诉讼法》，弘文堂1986年版，第758页。转引自前引〔2〕，江伟主编书，第47页。

[55] 前引〔4〕，江伟等主编书，第14页。

[56] 抽象诉权说能作的回应或许是：抽象诉权仅指当事人可以无条件起诉，法院必须无条件受理和裁判。至于裁判之对错，完全可以通过其他概念另行考量。但这样的回应似乎较为勉强。

“任何人都可以向法院求助并寻求法院裁判。他具有要求恰当处理他的申请的权利”。<sup>[57]</sup>“双方当事人不仅享有获得正确裁判的希望，而且还享有要求国家作出正确裁判的真正公法权利。”<sup>[58]</sup>“诉权是当事人对应于诉讼具体状况与阶段，可以要求法院作出所有法律上必要行为之权利。”<sup>[59]</sup>该说同样没有为诉权附加条件，因此，批评者指其“具有复活抽象诉权说之性质”，“又回到了抽象诉权说的起点”，<sup>[60]</sup>倒也并非妄言。它确实也是一种抽象的诉权学说。

#### （一）对抽象诉权说缺陷之弥补

在司法行为请求权说下，诉权或司法行为请求权包括两层含义：其一，无条件诉诸法院的权利；其二，要求法院公正审理和裁判的权利。<sup>[61]</sup>相应地，法院的裁判义务也表现在两个方面。其一，必须通过裁判对起诉作出终局性的回应。裁判有两种，一是程序性裁判（裁定或诉讼判决）。终局性的程序裁判（例如驳回起诉的裁定）通常是因认定某些诉讼要件不具备而作出的，它导致案件未经实体判决而结束。二是实体性裁判（判决或本案判决）。<sup>[62]</sup>其二，必须依据正当程序进行审理，依据实体法作出公正裁判。

由此可见，司法行为请求权说在内容上要比抽象诉权说丰富，是修正型的抽象诉权说。它更为合理。提起诉讼的当事人通常不是超然的起诉者，不可能只是要求法院给一个裁判。要求公正的裁判应该是绝大多数起诉者的愿望，而且是正当的愿望。所以，司法行为请求权说对于抽象诉权说的修正，是将抽象诉权说下超脱的当事人变成普通人，是一种“常人化”的改进。

由于司法行为请求权说完全涵盖了抽象诉权说的内容，而且也曾“遭到与抽象诉权说一样的批判”，<sup>[63]</sup>所以，本文第三部分为抽象诉权说所作的辩护性论证同样适用于司法行为请求权说。不但如此，司法行为请求权说对抽象诉权说的“常人化”改造还弥补了抽象诉权说的漏洞。

#### （二）更多的实益

司法行为请求权说有更丰富的内容，所以比抽象诉权说有更多的实益。主要表现在，它能够敦促立法者和司法者强化审理过程和结果的公正性。其中一个重要方面是，法院在受理起诉后，对于程序性问题的处理也应尽量符合正当程序的要求。例如，在处理较复杂的管辖争议时，应当开庭审理，以确保双方当事人充分行使关于程序问题的辩论权。在EOS案中，最高法院对于诉讼标的的界定不同于过往法院的传统观点，因此，裁判前应当适当开示心证，在这方面给当事人充分的发表意见的机会，否则有突袭裁判之嫌。在大陆法系，“原则上应对诉讼要件的存在进行言词辩论”。<sup>[64]</sup>我国缺少这方面的意识。

基于同样的道理，司法行为请求权说能够进一步凸显现行立案程序的缺陷。现行立法中不予受理的裁定，不但在短短七天内作出，而且原告在起诉时可能根本未曾料及法院会裁定不予受理，更没有料到法院裁定不予受理的理由，因此其提交的起诉状可能未能有针对性地进行论述。在此期间，只有裁判权的存在，当事人（尤其原告）的权利处于空白状态，他完全是被动的裁判接受者，辩论权没有获得保障。从司法行为请求权说的角度看，这显然不正当。即便此类裁定所判断的事项很简单，也应该给当事人说明和辩驳的机会，更何况实际上这些事项未必简单。

[57] [德] 奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第196页。

[58] [德] 罗森贝格等：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第17页。

[59] 前引[5]，新堂幸司书，第177页。

[60] 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社2002年版，第147页。

[61] 当然，这种表述是有一定的模糊性的。因为司法者有时会遇到实体正义和程序正义相冲突的情况，此时就很难说当事人有权要求程序正义和实体正义之兼得。

[62] 诉讼判决和本案判决都是大陆法系部分国家的用语，前者是仅对诉讼问题的裁判，后者则是针对实体问题的裁判。

[63] 前引[5]，新堂幸司书，第177页。

[64] 前引[57]，尧厄尼希书，第178页。

### （三）司法行为请求权的开放性

尽管司法行为请求权这种抽象的诉权是民事诉权论争的产物，但也存在将它的适用范围扩展到其他领域的可能。<sup>〔65〕</sup>事实上，近年来其他学科的学者也试图将诉权引入行政诉讼法、刑事诉讼法领域。<sup>〔66〕</sup>但他们对民事诉权的“移植”或推广大多是在没有辨明应采哪一种民事诉权论的基础上贸然进行的。<sup>〔67〕</sup>

首先，可以将司法行为请求权扩展到行政、刑事领域。扩展到行政领域可能没有什么障碍，扩展到刑事领域则会受质疑。一种可能的质疑是，大多数刑事案件只能由检察院提起公诉，如何能说任何人都可以请求法院裁判？其实，这种质疑的背后仍然是附条件诉权说的思维在起作用。按照附条件诉权说（私法诉权说除外），只有检察院才有诉权，因为只有它是公诉案件的适格“原告”。实际上，将司法行为请求权用于刑事领域并不存在困难。假如有一个自然人诉诸法院要求法院宣告被告犯有渎职罪并判处其刑罚，法院仍然应当受理这样的起诉（只是一个行政性的登记手续），但可以很快裁定驳回起诉。更何况，这种起诉出现的可能性很低。此外，如果考虑到少数案件既可以自诉又可以公诉，以及个别案件到底应是公诉还是自诉可能还存在争议，<sup>〔68〕</sup>我们就更能理解司法行为请求权说的合理性。它要求法院一概受理公民的起诉，然后在程序内公正地审理和裁判，而不是置之不理或者武断地告知是公诉案件或自诉案件。另外，司法行为请求权还可以为批判自诉案件起诉难的现象提供新的批判工具。

由此，司法行为请求权就可能成为一般性的诉权，进而为诉权入宪提供了可能。本文虽不讨论诉权应否入宪，但仍需赘述的是，诉权入宪的关键问题是如何入宪或何种诉权入宪。如果宪法文本上的诉权只是某种附条件诉权说的翻版，那么这种入宪不但没有意义，而且还扩张了附条件诉权说的重大、致命缺陷，将之“推广”进了宪法。遗憾的是，国内学者主张入宪的诉权多是附条件的。例如，有人称诉权“是一项宪法性的公法权利……只有在司法不能和司法解决无效率由法律明确予以排除的少数案件，法院才可以不受理”。<sup>〔69〕</sup>

## 五、诉权的周边概念

有一些容易与诉权混淆的概念，对它们的不恰当理解间接损害了诉权概念的准确性，客观上也造成了混乱。基于抽象的诉权说的立场，可以厘清它们与诉权的关系。

### （一）可诉性及诉讼要件

习惯上，人们有时会说，纯粹的道德、学术、宗教、政治问题等是不可诉的。但这实际上是指某些问题不宜或不应由司法机关处理，即认为法院对某些纠纷或事项没有审判权。如前文所述，法院对纠纷有审判权只是一项诉讼要件，不能把它作为诉权的要件。所以，因原告提出了一个不可诉的事项就说其没有诉权，是不恰当的。另外，“可诉性”这个词确实容易使人将其与诉权混同。所以，如需述及某一事项不可诉，毋宁直接表述为法院对该事项没有审判权。

明确区分可诉性与诉权，并不是否认可诉性问题的重要性。事实上，列明哪些事项不可诉或

〔65〕当然，附条件诉权说也可以作这种拓展。但由于它们都附加了要件，这些要件可能又是因部门法而异的，所以在拓展时需要考虑行政诉讼、刑事诉讼各自的特点，相应地予以调整。故其拓展不如无条件诉权说方便。

〔66〕例如，前引〔9〕，徐静村等文；赵正群：《行政中之诉与诉权》，《法学研究》1995年第6期。

〔67〕当然，也有学者在基本未考虑民事诉权诸说的情况下就对诉权展开了一般性论述。参见周永坤：《诉权法理论纲》，《中国法学》2004年第5期。关于民事诉权的学说，该文只提及《中国大百科全书·法学卷》中对诉权的表述（二元诉权说）。

〔68〕例如，实务上对于轻伤害到底是自诉还是公诉案件有争议，各法院的做法也未尽一致。

〔69〕前引〔11〕，喜子文。

法院对哪些事项没有审判权是非常重要的，<sup>〔70〕</sup>但是它的重要性需另作专题探讨。

人们也可能将当事人适格等其他诸多诉讼要件与诉权概念混同，从而有使诉权成为一个“变色龙似的词汇”的危险。<sup>〔71〕</sup>这种混淆的实例很常见。例如，最高法院有裁判称：“金利公司主体不适格，不享有提起本纠纷之诉权，对其起诉应予驳回。”<sup>〔72〕</sup>同样，设若某业主委员会起诉物业公司，被告就原告能否作为当事人提出异议；设若某原告针对被告已拥有一份可强制执行的债权公证文书，但他仍然就该债权向法院起诉。后二例涉及的诉讼要件分别是当事人能力和诉的利益，法官在处理案件时也很可能动用诉权概念。

人们之所以可能将诉权与诉讼要件相混淆，根源仍在于一些附条件诉权说将诉讼要件设置成诉权要件。由于不能将它们作为诉权要件，因此就不能在诉讼要件不具备时称当事人没有诉权。诉权与诉讼要件是两个不同层次的概念。当事人行使诉权能引发诉讼程序。针对原告的起诉，法院可能以程序裁判或实体裁判作为回应。但若法院认定不具备诉讼要件，则只能作出程序性裁判，终结诉讼。

## （二）诉讼权利

诉讼权利与诉权在字面上很相似，对它们之间的关系可以从两个角度进行分析。

首先，正是由于诉权的实际行使才可能导致程序的启动，才使当事人进入程序，才使当事人实际享有诉讼法所规定的诉讼权利，否则诉讼权利仅仅是纸面上的。通俗来讲，第一层含义的诉权（司法行为请求权）是叩门的权利，而诉讼权利则是入门后的权利。就此而言，没有诉权也就难谓有诉讼权利。

其次，由于诉权或司法行为请求权的第二层含义强调的是法院应公正审理，据此，法院应当确保当事人拥有充分、必要的诉讼权利。由此，可以认为诉权是指向甚至涵盖诉讼权利的。现行法所规定的部分诉讼权利可看成是对诉权的要求的具体化。<sup>〔73〕</sup>但是，这种具体化往往是不完善的，所以还不能将两者完全等同。这里所谓的“涵盖”只是抽象意义上的，并不是说它已经事实上明确给出了诉讼权利的清单，只能说它要求充分赋予当事人诉讼权利。诉讼权利的具体清单上到底有哪些项目，需要立法者、司法者作合理规定和解释，这是一个多角度考量的过程，不是诉权理论所能单独决定的。

对于诉权与诉讼权利的关系，我们不必耗费过多精力去研究。应该做的是一方面研究诉权应有的内涵，一方面基于程序保障等理念和恰当的经验总结，尽可能周到地规定和保障当事人的诉讼权利。如果能做到这一点，即使搁置这个话题，应该也无大碍。

## （三）英美法上的“诉权”

容易造成困扰的当代英美法上的相关概念是“诉权”（right of action）。从字面上看，它当然是诉权之意。但按照权威英文法律词典的解释，它有两种含义：一是指可通过诉讼强制实现的权利；二是指将某一特定案件提交法院的权利。<sup>〔74〕</sup>前者是实体性权利，这种意义的“诉权”是我们未曾想到的。后者则似乎就是诉权，但是否确实如此，仍需斟酌。通过检索可以发现，虽然英美学界经常讨论“诉权”的第二种含义，但多是就某一特定实体权利或事项而论的，或是关于如

〔70〕 但不可诉的事项越多，公民获得司法救济的范围也越窄。如果以本土特殊情况为由将明显应属于审判权范围内的纠纷列为不可诉事项，则是对法治的破坏。

〔71〕 [美] W·N·赫菲尔德：《司法推理中应用的基本法律概念》上，陈端洪译，《环球法律评论》2007年第3期。

〔72〕 参见“辽宁金利房屋实业公司、辽宁澳金利房地产开发有限公司诉大连远东房屋开发有限公司国有土地使用权转让合同纠纷案”，最高人民法院（2005）民一终字第95号民事裁定书。

〔73〕 诉权是当事人对法院的权利，而有些诉讼权利则是针对对方当事人的。

〔74〕 Black's Law Dictionary 1438 (9th ed. 2009)。为叙述方便，笔者将两种含义的顺序颠倒了。英国法律词典的解释与之相似。参见 [英] L. B. 科尔森：《朗文法律词典》，法律出版社2003年版，第372页。

何判断制定法是否暗含了关于某事项的私人“诉权”。他们常常讨论这种判断的标准，以及曾确立此种标准的 *Cort v. Ash* 案。<sup>[75]</sup> 因此，英美在使用该概念时，指涉的实际只是某一事项或权利的“可诉性”，或针对该事项的法院审判权。而“法院有审判权”仅是一项诉讼要件。无论在英美还是大陆法系，即便不具备此“诉权”，法院也必须对诉作出裁判，但仅是程序性裁判。

值得注意的是，英美的这一“诉权”概念完全不同于英国古老的令状制度，虽然它们似乎都涉及是否可诉的问题。在当今的美国和英国，只要当事人提起诉讼，法院都会给予裁判。而在爱德华一世颁布《第二威斯敏斯特条例》之前，“尽管当事人的案件符合人们承认的基本法律原则，但是既有的令状里没有适合他们案件的令状，因此，当事人只能在没有得到起诉令状的情况下垂头丧气地离开文秘署”。<sup>[76]</sup> 简言之，没有令状是不能启动程序的，更不要说裁判了。我国也曾有与英国古老的令状制度相似的制度。在《民事案件案由规定》实施前，对于原告的起诉，立案庭如果不能在《民事案件案由规定（试行）》中找到一个对应的案由，常常会不予受理。《民事案件案由规定（试行）》列出的几百个案由实际相当于英国早期的各种令状。

#### （四）裁判请求权

国内对于裁判请求权的研究主要是从比较法角度展开的，从没有论及它与诉权的关系，似乎它们是全然没有关联的。但是，裁判请求权常被认为包含了诉诸法院的权利和公正审判请求权。单就诉诸法院的权利而言，它们是很相似的。所以，在不与诉权作比较的情况下就直接引入裁判请求权的概念，不免显得有些突兀。

从内容上看，如果认为裁判请求权的两项权利是未附加条件的，那么可以认为它就是司法行为请求权。但事实上，国内学者是为裁判请求权附加了要件的。按照他们的解释，裁判请求权是指任何人在其权利受到侵害或与他人发生争执时享有请求独立的司法机关予以公正审判的权利。显然，是否具备“权利受到侵害”这个要件，一般要等到审理完毕或审理较为深入时才能确定。所以，它类似于私法诉权说、具体诉权说和二元诉权说下的诉权。<sup>[77]</sup>

## 结 语

长期以来，诉权被认为是必须附加条件的。然而，我们从未认识到为诉权附加要件会导致其名不副实、无意义而且隐含悖论。这些缺陷是严重和致命的。我们必须抛弃附条件诉权说，即便主张诉权是一种人权，即便主张诉权应当入宪。诉权否定论不具有说服力，也应予以舍弃。在程序之初，当事人是否适格，是否有诉的利益，所诉纠纷是否属于法院有权裁判的事项，谁是实体权利人，都不是给定的。法院要走出“无知”状态，要正当地揭开“无知之幕”，就必须接受所有的起诉，然后在程序内正当地审理。抽象诉权说不为诉权附加条件，正是因应了这样的要求。对于抽象诉权说的指责大部分是不合理的。该说有实在的内容，它要求对所有起诉都予以受理。该说能够为诉权救济途径的设立提供理论支持，能够真正凸显现行立案程序的缺陷。所以，抽象诉权说的实际意义在本土尤为明显。司法行为请求权说也没有为诉权附加要件，且它是一种更合理的抽象的诉权学说。因为它对抽象诉权说有所补充，从而弥补了其缺陷，同时又具有更多的实益。不附加条件的诉权可方便地拓展至行政诉讼和刑事诉讼领域，成为一般性的诉权。如果诉权

[75] 422 U. S. 66 (1975). For example, see Tamar Frankel, *Implied Rights of Action*, 67 Va. L. R. 553, 560; Donald H. Zeigler, *Rights, Rights of Action, and Remedies: An Integrated Approach*, 76 Wash. L. R. 67, 85.

[76] [英] 梅特兰：《普通法的诉讼形式》，王云霞等译，商务印书馆 2009 年版，第 99 页。

[77] 相对于这三种诉权（说）来说，它较为缓和，因为它所附加的另一个或然性要件是“与他人发生争执”。查明这个要件是否具备通常不需要进行深度审理。

入宪，入宪的必须是不附加构成要件的诉权，尤其应当是司法行为请求权，否则便会将附条件诉权说的错误带进宪法。无条件诉权说可以使我们厘清诉权与周边概念的关系，可以使我们认识到在谈及诉讼要件时不应动用诉权概念，国内对裁判请求权的界定实际上与附条件诉权说无异。因此，相对于有重大、致命缺陷的附条件诉权说，无条件诉权说显然是合理的选择。

我们曾经在诉权理论上寄予了太多的希望，希望它内容广泛、极具包容性。将实体事项和程序事项都囊括其中的具体诉权说正是其中的典型。但这一希望是不现实的。诉权的内容是有限的，它仅指无条件诉诸法院的权利和要求法院公正审理的权利。对哪些事项法院无权裁判，诉讼要件应该如何设置，诉讼权利的完整清单应当是怎样的，既判力的客观范围应当如何，诸如此类的诉讼法上的重大问题远不是诉权理论所能决定或单独决定的，需要对它们另行进行多角度的考量。我们不能过度偏好复杂的理论，简单而实用的理论也应是我们所渴求的，简单之下可能隐含着深刻的道理。我们应当克制为诉权附加各种程序或（及）实体要件的冲动。不能因为诉权重要，就在构筑诉权理论时贪求宏大和“包罗万象”。必须为诉权卸下附条件诉权说给它施加的重负，回到抽象的诉权说。

---

**Abstract:** It has been insisted that right of action should have some conditions, but attaching one or more conditions to right of action would make it unworthy of its name, meaningless, and paradoxical. Those defects are severe and fatal. All the theories of conditional right of action should be abandoned, even if they regard right of action as a human right or argue it to be a constitutional right.

At the beginning of litigation, court is in the state of ignorance. It must accept a case unconditionally and hear all the procedural and substantial issues in due process. For this reason, theory of abstract right of action, which does not annex any requirement to right of action, has inherent rationality. Most of criticism to it is unreasonable. It can strongly sustain remedy to right of action and truly highlight the defect of setting conditions for filing and accepting a case. Theory of right of demanding judicial action does not attach requirement to right of action either, but it is a revisionary abstract theory of right of action, which makes up the defect of the theory of abstract right of action and has more practical significance.

By the two kinds of abstract theory, we can clarify the relationship between right of action and condition of making substantial judgment, right to judicial verdict. The right of action contains only two kinds of right, i. e. , unconditional right to bring an action, and right of demanding impartial judicial trial. We should wipe off the heavy burden on right of action exerted by theories of conditional right of action and return to abstract theory of right of action.

**Key Words:** theory of conditional right of action, theory of abstract right of action, theory of right of demanding judicial action

---