

普通形成权诉讼类型考辨

以合同解除权为例

刘哲玮^{*}

摘 要 形成之诉的诉讼标的是形成权。但形成权又包括普通形成权和形成诉权,我国通说认为以解除权为代表的普通形成权也是形成诉讼的诉讼标的。根据对疑难案件的分析,若将以普通形成权为诉讼标的的诉讼都作为形成之诉,将可能在确定裁判效力、决定合并审理等事项上引发不必要的争议,增加当事人和法院的诉讼成本。因此,形成之诉的诉讼标的应当只限于形成诉权。

关 键 词 形成之诉 普通形成权 形成诉权 判决效力 诉的合并

一、问题的提出

在我国民事诉讼理论界看来,形成之诉是与确认之诉、给付之诉并列的三大诉讼类型之一。权威教科书认为,形成之诉是指原告要求法院变动或消灭一定法律状态(权利义务关系)的请求。人们关于形成权的纠纷,形成了形成之诉,其逻辑联系是形成权——形成之诉——形成判决——形成力。^{〔1〕}此学说堪称中国民诉学界的通说。在此基础上,民诉法学界关于形成之诉也形成了一些共通的看法,例如形成之诉的双方当事人对特定民事关系的存在无争议,只是对是否应当变动该法律关系存在争执,因此形成之诉的诉的利益是该法律关系实际存在且依法允许变动;根据形成权是由实体法还是程序法规定,形成之诉可以分为实体法上的形成

^{*} 北京大学法学院讲师。本文的写作,得到了曹志勋、傅郁林、葛云松、马丁、任重、吴沅桦、吴泽勇、袁琳、袁中华、赵秀举等师友的鼓励、帮助和批评,在此一并表示感谢。

〔1〕 张卫平:《民事诉讼法》(第3版),法律出版社2013年版,页172。

之诉和程序法上的形成之诉等等。^{〔2〕}

然而,在形成之诉的基础框架确定后,关于其具体规则的讨论却十分稀少,且很少引起共鸣。盖因形成之诉在民诉理论界并不是重要问题,其实际的制度价值无法与给付之诉等同视之,多数学者对其并不关心。而如果不与具体的民事实体问题结合,民诉理论的讨论对于实务界也没有实际的指导意义,终究成为学界的自说自话。^{〔3〕}因此,本文关于形成之诉的诉讼标的的考辨,也将采取此种与实体法结合的路径,以最典型的形成权——《合同法》中规定的合同解除权为例展开。

形成之诉的诉讼标的应为形成权,对于这一通说,笔者并不持异议。本文希望讨论的核心问题是,形成之诉的诉讼标的是否可以包括普通形成权?对于这一问题,德国学者早已给出了明确的否定回答,但在中国,相关的回答却并不确定,甚至充斥着矛盾。因此,本文将着重论证,在中国法的背景下,为什么不能将普通形成权纳入形成之诉的诉讼标的。

二、形成之诉的诉讼标的:形成权抑或形成诉权

如前所述,中国学界关于形成之诉的诉讼标的,一般均认为是民事实体法上的形成权。^{〔4〕}形成权是指依照权利人单方意思表示即可生效从而改变相应法律关系的权利。根据权利行使方式的不同,有普通形成权(einfaches Gestaltungsrecht)与形成诉权(Gestaltungssklagerecht)之别。普通形成权依照一方意思表示即可行使,而形成诉权则须通过诉讼方能行使。^{〔5〕}之所以会存在形成诉权与普通形成权的区分,强调形成诉权必须通过诉讼方能实现,是因为“其影响相对人利益甚巨,或为创设明确的法律状态,有由法院审究认定形成权的要件是否具备的必要。”^{〔6〕}中国的民事实体法中规定有“请求人民法院”或“向人民法院提出”的形成权,大多属于此类。例如《合同法》第74条规定的撤销权(因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为)。但是,并非所有包含这种语句的法律条款均是形成诉权,例如《合同法》第96条规定的合同解除权,虽然

〔2〕 同上注,页175;李浩:《民事诉讼法学》(第2版),法律出版社2014年版,页147;江伟主编:《民事诉讼法学》(第2版),北京大学出版社2014年版,页22。

〔3〕 在这方面的一个反例是任重最近关于形成判决效力的分析,他以《物权法》第28条为例,将调解书排除在具有形成力的文书范围之列,这种观点对于法院选择裁判方式具有十分重要的价值。参见任重:“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。

〔4〕 尽管在我国,诉讼标的的识别理论尚存一些争议,但主要是存在于给付之诉中。而对形成之诉,学界通说是采取实体法说,即以形成权作为判断的标准。参见张卫平:“论诉讼标的及识别标准”,《法学研究》1997年第4期。

〔5〕 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,页505。马丁博士认为,“形成诉权”的名称容易让人误将这一民事权利视为诉讼法意义上的权利,笔者同意这一判断。但由于民法学界对该概念已经基本形成共识,且目前尚未有更精确的译法,因而权从此名。但的确有必要强调,“形成诉权”是“形成权”而非“诉权”的下位概念,因而其本质上是一种私权。

〔6〕 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,页79。

也包含了“可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”的内容,但这只是一种关于提起诉讼的注意规定条款,而非独立的形成诉权的法律条款。〔7〕

那么,是所有民法上的形成权都可以成为形成之诉的诉讼标的,还是只有形成诉权方能成为形成之诉的标的呢?

大陆法系民诉理论对此已有回答。德国法一致认为,只有形成诉权方能构成形成之诉的诉讼标的。民法方面,梅迪库斯在阐述形成权的分类时,就强调“通过行使形成诉权获得的判决方为形成判决”。〔8〕民诉方面,罗森贝克也在其民事诉讼法教科书中指出,并不是所有的形成权都可以适用形成之诉和形成判决,而毋宁是只有那些不能通过单方意思表示行使的,而必须以起诉和支持性判决为前提的形成诉权才能适用。〔9〕日本学者也继受了这一观点。新堂幸司就在其教科书中明确的以合同解除权为例,认为对于解除效果产生争议时,原告只要对作为解除效果之前提的标的物之所有权提起确认之诉,或者直接提起返还标的物之给付之诉即可,而并不具备提起形成之诉的利益,因而不能构成形成之诉。〔10〕我国台湾学者黄立也在分析解除权时提出“当事人间于解除之意思表示有效与否有争执时,虽须诉请法院裁判,但法院认为此项意思表示有效者,解除之效力,仍于此项意思表示达到他方时即已发生,非自判决确定时始行发生”。〔11〕我国其他一些学者也持此种观点。〔12〕

但是在我国,更普遍的观点是,只要是以实体法上的形成权为对象提起的诉讼,均为形成之诉。有的教科书明确以合同解除权为例,说明只要是通过判决变更法律关系的诉讼,均为形成之诉。〔13〕有的教科书则略为含蓄,但认为形成判决“是确认原告具有实体法上的形成权”,〔14〕从中可以推测,类似确认解除权和解除效果的判决也属于形成判决,构成形成之诉。通说的影响不仅仅体现在民事诉讼法学界中,一些民法学者也受此影响,认为普通形成权虽然不是形成诉权,但并不排除权利人可以通过向法院提起形成之诉的方式行使其权利,就如同解除权的行使除“通知对方”的方式以外,也可以采取提起形成之诉的方式一样。〔15〕而最高人民法院在其公报案例的裁判要旨中明确提出“解除权在实体方面属于形成权,在程序方面则表

〔7〕 注意规定作为一种立法技术,在我国目前主要还是刑法学者在讨论,参见张明楷:《刑法分则的解原理(下册)》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,页622—682。

〔8〕 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,页76。

〔9〕 (德)罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》(下册),李大雪译,中国法制出版社2007年版,页666。

〔10〕 (日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,页149。

〔11〕 黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,页526。

〔12〕 例如,王福华:《民事诉讼法学》,清华大学出版社2012年版,页165;胡振铃:“关于形成之诉的若干问题探讨”,《武汉科技学院学报》2006年第10期;王明华:“论《物权法》第28条中‘法律文书’的涵义与类型”,《法学论坛》2012年第5期;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。

〔13〕 王娣等:《民事诉讼法》,高等教育出版社2014年版,页57。

〔14〕 李浩,见前注〔2〕,页316。

〔15〕 韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,页681。

现为形成之诉”，^{〔16〕}更是为“普通形成权可以作为形成之诉的诉讼标的”成为中国通说提供了最强大的后盾。

在这两种观点中，笔者赞同以形成诉权作为形成之诉的诉讼标的。但是，笔者坚决反对“因为德国如此，我国也应这般”的观点和论证。前述大陆法系的通说与我国的通说的不一致，并不构成我国通说错误或需要调整的理由。如果根据我国通说，司法实践能够正常运行，法律适用能够圆满自洽，就并无调整的必要。只有需要通过我国的司法实践中的真实案例来发现以所有形成权作为形成之诉的通说存在的弊病，方能对我国的通说构成冲击。

由于在实务中，形成之诉的诉讼标的的功能主要表现在两个方面：第一，明确判决的效力范围；第二，判别诉的合并、分立、追加、变更的依据。^{〔17〕}因此，有必要从这两个角度来考察普通形成权作为形成之诉的诉讼标的，是否会产生相应的弊病。下文将以《合同法》规定的解除权为例，结合我国司法实践中的真实案情，来阐明为什么在我国，以解除权等普通形成权作为诉讼标的的民事诉讼不能构成形成之诉。需要特别强调的是，在绝大多数常态案件中，本文讨论的命题并无实践价值，惟有在少数疑难案件中，对这一问题的不同回答方能体现出理论的差异性，从而彰显正确理论的解释力。诚然，这样的案件很少，因而显得有些特别和诡异，但它们却十分重要，正是依靠这些偏难怪险的疑难案件，问题的价值和答案的分野方才由模糊渐渐走向清晰。

三、形成判决的效力范围

判决的效力范围，主要包括判决效力的客观范围、主观范围和时间范围三方面的内容。

（一）判决效力的客观范围

判决效力的客观范围，是指判决对哪些法律关系具有拘束力。这虽然是判决效力中最重要的问题，也存在着较大的争议，但就本文讨论的合同解除而言，却并无太大的讨论空间。因为无论将这种诉讼视为形成之诉抑或确认之诉，其诉讼标的都是十分明确的，即合同解除权。因而，对于仅就解除权争议提起的诉讼而言，法院判决效力的客观方面都并无太大争议。如果法院支持合同解除的诉求，则发生合同解除，合同法律关系终结的效果；反之亦然。从这一层面看，解除权作为形成之诉的诉讼标的，似乎亦无不可。这也解释了为什么在绝大多数常态案件中，以普通形成权作为诉讼标的，究竟是确认之诉抑或形成之诉，并无太大区别。

（二）判决效力的主观范围

判决效力的主观范围，是指判决对哪些主体之间的法律关系发生效力。形成判决效力的主观范围具有重大特点，是其与确认之诉和给付之诉的重大区别。通说认为，给付之诉和确认

〔16〕 “崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案”，《最高人民法院公报》2007年第3期。

〔17〕 诉讼标的还有很多其他功能，具体可参见张卫平，见前注〔1〕，页177；但由于形成之诉的特殊性，最重要的功能当属判决效力范围和诉的合并变更。

之诉的判决的效力具有相对性,只对参加诉讼的当事人发生效力。形成判决则不同,形成力具有绝对效力,不仅及于当事人,也及于一般第三人。^[18]

我国的这一理论认识与大陆法系理论一脉相承。德国经典教科书也认为,与既判力只针对当事人不同,形成判决的效力必须针对任何人,“单单因为它的职能和它的标的就必须针对所有的人发生效力”。^[19]德国法上经常举的例子是,撤销股东大会决议的诉讼,一旦判决生效,其他股东不得以并非诉讼当事人为由而否认形成判决的效果。然而,如前所述,德国的例子并不能直接成为我国的证据。通过比较研究,我们很容易观察到,德国法上规定的形成诉权一般只存在于家事案件和商事案件中。家事案件中法律关系确定并不仅仅关系到当事人私权的实现,还关系到社会基础伦理的稳定,因而需要较强的确定力;商事案件必须强化交易安全和秩序,亦需要对社员关系赋予较强的确定力。从这一角度看,与其说是形成判决的形成力本身具有的对世性,毋宁说是德国法规定的形成诉权的案件特质决定了其应当具有对世性。^[20]相比之下,我国的形成诉权范围较大,在包括《合同法》在内的民事法律中,也保留了形成诉权的痕迹。因此,在中国法背景下,并不能直接以案件类型来划分形成之诉和确认之诉、形成判决和确认判决的标准。就合同案件而言,合同本身的相对性决定了即便赋予其对世效力,合同案件的判决效力也很难拓展到合同当事人以外的民事主体,确认判决和形成判决之间并无太大差异。那么,是否还有必要以此为由将行使普通形成权的诉讼排除在形成之诉以外呢?让我们结合案例,以合同的解除权来展开讨论:

案情:甲将自己的一间房屋租赁给乙,合同约定可以转租,后乙将该房屋转租给丙。由于乙长期拖欠房租,甲向法院起诉解除租赁合同。乙未进行答辩。法院最终判令甲乙之间的租赁合同解除。甲持该判决起诉要求丙腾退房屋,丙提出,根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《租赁合同解释》)第17条的规定“因承租人拖欠租金,出租人请求解除合同时,次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的,人民法院应予支持”,^[21]丙现在愿意代替乙缴纳租金,从而抗辩甲的合同解除权,避免腾房。^[22]

本案中法院做出的解除合同的先诉判决,如果是具有对世效力的形成判决,则对丙亦有拘束力。丙原本基于两个有效的租赁合同对房屋的有权占有,亦因为甲乙合同的解除,而成为无权占有,因此法院可以在后诉中直接判决丙腾退房屋。丙如果想要行使司法解释赋予的解除

[18] 张卫平,见前注[1],页392。

[19] (德)奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,中国政法大学出版社2003年版,页342;(德)汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,页331—332。

[20] 这也是某些具有公利益的特定的法律规定的确认之诉的既判力也会具有对世性的原因,参见穆泽拉克,见前注[19],页332。

[21] 此条规定了次承租人对出租人解除权的抗辩权,该抗辩权的要件为:第一,转租合同有效;第二,次承租人以完全清偿作为抗辩基础;第三,出租人已经行使合同解除权。参见朱巍:“论房屋转租——以《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》为视角”,《河北法学》2010年第5期。

[22] 案情改编自“陈宏图与吴崧房屋租赁合同纠纷上诉案”,北大法宝引证码CLI.C.314894。

抗辩权,只能以原审裁判存在错误,剥夺了其辩论机会,侵害其实体权利为由,申请再审或提起第三人撤销之诉。

相反,如果解除合同的先诉判决只是具有相对性的确认判决,则该判决对丙并不产生形成力,丙依然可以在甲对其提起腾房请求的后诉中,以代替乙支付房租作为解除抗辩,从而阻断甲的解除权,继续有权占有房屋。从《租赁合同解释》的立法目的看,赋予次承租人以解除抗辩权,显然是通过突破合同相对性,以便更好地保护次承租人的利益。因此,将解除合同之诉确认为确认之诉,也更符合立法目的,且通过诉讼一次性解决纠纷,避免再审等救济程序的启动,也有利于提高诉讼效率。

诚然,在合同解除方面,我国《合同法》和司法解释中关于合同之外的第三人享有抗辩权的规则并不十分多见。^{〔23〕}但这种案件却再次说明了形成之诉的诉讼标的只能是形成诉权。这是因为形成诉权所变更的法律关系对相关人及社会利益具有重大影响,法律需要明确规定当事人行使此种形成权的条件和程序,从而确保法院通过诉讼程序作出的形成判决,能够正确、稳定地产生变动法律关系的效力,该法律关系一经变动,则应当得到全社会的认可和尊重。而确认之诉只是当事人对既有法律关系和权利的认可,始终以当事人自己的意思表示为前提,因而其效力也不能直接及于诉讼以外的第三方。简言之,形成诉权的产物——形成判决具有公权性,故而在程序严格的基础上,具有更强的效力;而确认判决则更多的是私权自治在民事诉讼中的体现,需要充分尊重当事人的处分权,同时也就通过效力范围的限制,来保护当事人之外第三方主体的权益。解除合同等普通形成权并不需要司法的更多介入,因此应当以确认之诉的方式提出,其判决也无法产生对世的形成力。

(三)判决效力的时间范围

判决效力的时间范围,是指判决作用的时间界限,即判决确定的法律关系是在某一标准时点上的权利义务关系,从而明确前诉与后诉之间既判力作用的范围。在这一意义上,确认之诉与形成之诉存在着显著的区别。确认之诉是对既有民事权利和法律关系的认定,因而判决是对过去的回应;而形成之诉则是对法律关系的变更,判决是面向未来的创造。那么,以普通形成权为诉讼标的的诉讼,其判决的标准时又当如何确定?依然以合同解除权的案件为例进行讨论。

案情:某房地产经纪公司与某信息科技有限公司于2008年4月签订合同一份,约定由信息公司在其所属网站上为房产公司制作、刊登广告,时间为2008年5月8日至2009年5月8日。广告费分四期支付。2008年8月8日第一期合同期满后,房产公司向信息公司发出告知函,认为信息公司提供的服务项目使用下来效果一直不佳,要求信息公司立即停止广告制作事宜,并将网页上属于房产公司的内容全部删除。2008年9月15日,房产公司起诉要求

〔23〕 但也并不鲜见,例如在转租合同中,除了《租赁合同解释》已经确定的租金代为清偿的解除异议权,实务部门也在呼吁增加次承租人对出租人解除权的其他限制,例如因租赁物损害而解除合同的异议权。参见王秋良、蔡东辉:“合法转租之次承租人利益保护的若干问题”,《政治与法律》2003年第6期;毛海波:“不合法转租合同效力认定及当事人的利益保护”,《上海政法学院学报》2011年第1期。

解除双方的合同。一审法院于2009年2月6日作出判决,内容为涉案合同于本判决生效之日起解除。房产公司对该案判决上诉,请求改判涉案合同于2008年8月8日解除。二审法院于2009年4月27日判决维持了一审判决。之后,信息公司就同一合同再次提起诉讼,认为在前案判决生效前,系争合同的效力尚未解除,如其擅自终止服务可能构成违约,故一直未间断地履行合同,直至2009年5月7日收到二审判决书,而系争合同约定的服务期间是至2009年5月8日止,因此其实际上已经全部履行了合同,故请求法院判令房产公司支付剩余款项。法院审理认为,根据前案的生效判决,系争合同于判决生效之日即2009年4月27日解除,在此之前,系争合同仍为有效,当事人仍应履行。〔24〕

本案中值得关注的与时间有关的问题有二:①合同解除的时间应当是判决生效的时间,还是解除意思表示到达的时间。②如果法院认为8月8日的告知函不发生解除的意思表示,应当如何确定诉讼中解除合同的时间。

首先,不难看出,一、二审法院都将以合同解除权提起的诉讼作为形成诉讼,直接用判决赋予其形成效力,也即必须等到判决生效,方才发生解除效力。而原告的上诉请求已经明显表明其希望提起的是确认之诉,以告知函作为合同解除的时间。两相对比,对于本案这样的继续性合同,如果采取形成之诉说,将解除时间与判决生效时间捆绑在一起,必然导致已经没有履行必要的合同权利义务持续存在,为当事人之间继续产生纠纷埋下伏笔。相反,如果采取确认之诉说,在判决中明确解除的具体时间点,既有利于解除效力的确定,也有利于纠纷的一体化解决。

第二,法院在一、二审裁判中未按照原告的主张将8月8日作为解除权发生效力的节点,是因为其认为告知函并未明确地表示解除合同,法院不能从中认定存在明确的解除意思表示。与之类似,实践中也有很多案件,当事人在起诉前并未向对方发出过解除通知,而是直接向法院提起解除合同的诉讼。既然在起诉前不存在解除通知,是否可以将此类诉讼视为形成之诉呢?本文认为,此时依然视之为确认之诉为宜。因为事实上,原告希望确认的是在诉讼的标准时前,解除通知已经到达被告,发生解除效力;而非希望通过判决,在判决生效之时方发生解除效力。而解除通知具体到达被告的节点,就是法院完成向被告送达起诉状副本的时间。〔25〕

(四)小结

原告以普通形成权为诉讼标的提起的诉讼,本质上应当认定为确认之诉,而非形成之诉。法院作出的生效判决也应当是确认判决,其判决的效力只及于参加诉讼的双方当事人,也是对既有权利状态的确定,而不能通过判决直接产生变更法律关系的对世效力。只有当原告主张的是法律明确规定的形成诉权时,由于立法者对其功能、条件和法律后果的重视与强调,方应通过形成之诉的方式提出,并在得到法院支持后,获得具有对世形成力的形成判决。

〔24〕 案情改编自姚蔚薇、刘丽园:“从一起不应发生的诉讼看合同解除权的行使与效力”,载 http://www.a-court.gov.cn/platformData/infoplat/pub/nolcourt_2802/docs/201011/d_911219.html,最后访问日期:2014年4月10日。

〔25〕 参见薛文成:“论合同解除及合同解除权的行使”,《东方法学》2008年第1期。

四、形成之诉与诉的合并

本文讨论的诉的合并,仅限于诉的客观合并,也即同一原告对同一被告提出的多个诉,法院将其合并到同一诉讼程序中的审理与裁判。诉的合并在法律程序上存在多个条件,例如管辖要件、同一程序要件等,但最为重要的是其本质的要件,即存在着多个诉。因此,要确定是否发生诉的合并,需要首先识别当事人是否提出了多个诉。诉讼标的也因此发生作用。

由于对于形成权的行使,对方当事人可能提出一些抗辩事由,希望阻却形成效力,由此引发的诉讼中,形成权与抗辩(权)的关系就可能构成诉的合并。此外,形成权只是产生变更法律关系的效果,而并不直接产生给付的法律效果。因此在司法实践中,形成权的行使往往伴随着请求权,亦可能引发诉的合并。通过诉的合并制度来考察形成权的运行情况,有利于厘清普通形成权和形成诉权之间的关系,从而准确判断相关诉讼的诉讼标的。

(一)形成权与抗辩权的合并审理

法律在规定形成权的同时,为了保护相对方的利益,往往也赋予其形成抗辩权,也即“法律赋予形成权的关系人以行使自己的形成权来作出回答的可能性”。^[26] 这种权利相当于针对请求权提出的抗辩权,因此被称为形成抗辩权。

以合同解除权为例,《合同法》第96条第1款后句规定:“对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”此条说明,解除相对方有异议权,并可以通过提起确认之诉来请求法院确认合同解除权是否发生效力。2009年5月施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《解释二》)第24条还具体规定:“当事人对《合同法》第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议,但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的,人民法院不予支持;当事人没有约定异议期间,在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持。”该条进一步明确了合同解除异议权的时间条件,必须在约定异议期内或解除合同通知到达后三个月内起诉确认合同解除的效力。

《解释二》确立了合同解除异议权的行使的两种可能:第一为相对方收到合同解除通知后,向法院起诉确认解除合同无效。民法学界关于解除合同异议的权利性质存在着争议,本文采程序权利说,认为该确认之诉的诉讼标的并非一种实体民事权利,而是对合同法律关系的确定。^[27] 第二为解除方向法院提起了合同解除之诉,诉讼中相对方向法院提出异议,要求确认

[26] (德)梅迪库斯,见前注[8],页77。

[27] 《解释二》的起草者认为“异议权是一种请求权,是请求撤销合同解除行为。”参见沈德咏、奚晓明主编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,页176;也有学者认为是一种形成权,参见汤文平:“论合同解除、债权抵销之异议——《〈合同法〉解释(二)》第24条评注”,《东方法学》2011年第2期;另有研究者认为这种确认之诉的发动并非基于实体权利,而仅仅是一种程序上的异议权,因此向法院请求确认的也不是任何一种实体权利,而只是原合同的法律状态,参见贺剑:“合同解除异议制度研究”,《中外法学》2013年第3期。

合同解除无效。本文重点讨论第二种情况。

由于法律和司法解释中采取了“向法院提出异议”、“向人民法院起诉”的表述方式,因而实务中对于解除异议是否必须以起诉方式提出存在争议。这决定了在解除方通过诉讼向相对方发出解除通知时,相对方的异议是否还必须以反诉的方式提出,从而形成诉的合并?对此存在两种解释方案:①广义解释认为,异议的方式应当包括诉讼方式和非讼方式,都可以阻断解除权的效力,因此在诉讼中提出反驳,亦应当作为提出异议的有效形式。^{〔28〕}②狭义解释则认为,既然法律已经明确规定了文义,必须以起诉的方式提出异议,在原告提出解除诉讼时,应当以反诉而非反驳的方式提出异议。

尽管民法学界对狭义解释存在广泛的质疑,但一方面,这种观点已经存在于司法实务之中;^{〔29〕}另一方面,这些质疑大多是从降低当事人维权成本,提高诉讼效率等价值角度出发,而缺乏法解释学层面的解释。

而如果从诉的基本原理的角度观察,通过将解除合同的请求界定为确认之诉,我们或许可以找到反对狭义解释的更好理由。在原告提出的确认之诉中,其诉讼请求为确认解除权的效力或确认合同解除,而被告提出的异议,其诉讼请求是确认解除不发生法律效力。虽然在诉讼请求上的表述不尽一致,但二者本质上均是对合同法律关系是否解除的确认,不过一为积极确认,一为消极确认,是一个硬币的两面。故而,原被告双方的请求属于同一诉,根本不能构成诉的合并。狭义解释要求被告的异议必须以起诉方式提起的荒谬之处也可见一斑。同时,由于解除合同的诉讼与异议主张属于同一诉讼标的,法院一旦判决确认解除合同后,被告不能再根据《合同法》第96条第1款后句再次提出异议确认之诉。

相反,若认为原告向法院提起的解除合同的诉讼是一项形成之诉,而被告提出的解除异议是一项确认之诉,则二者的诉讼标的虽然存在牵连,但由于性质上的不同,加之时间上的先后关系,并不能直接被认定为同一个诉,就可能发生诉的合并,从而给法律适用和解释造成障碍:①如果法院坚持狭义解释,强制当事人以反诉方式提出异议,在诉的原理上并无不妥。②既然可以发生诉的合并,则也可以发生诉的分离,在原告起诉解除合同后,相对方还可以再另行提起解除合同的异议之诉。

(二)形成权与请求权的合并审理

形成权行使后,往往会伴随着恢复原状、赔偿损失等请求权的行使。以解除合同为例,当合同解除后,根据《合同法》第97条,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施、并有权要求赔偿损失。原告可将形成权和请求权一并向法院提起诉讼,构成诉的合并,如果法院支持了形成权主张,则继续审理请求权;反之则无需继续审理请求权,可以直接判决驳回原告的所有

〔28〕 参见杜晨妍、孙伟良:“论合同解除权行使的路径选择”,《当代法学》2012年第3期。

〔29〕 例如,“某某某诉某某某买卖合同纠纷案(2011)绍越商初字第1849号”,北大法宝引证码CLIC.837164。该案中原告起诉解除合同,被告在答辩书中明确请求驳回诉讼请求,但法院以“原告解除合同的通知已到达被告,至今已逾三个月,且被告在此期间内未起诉确认解除通知的效力,故原、被告之间的合同关系已经解除”为由,判决支持原告的请求。

诉讼请求。对于常态性案件,区别形成之诉抑或确认之诉对于法院的审理并无太大意义,但对于疑难案件,我们又能体会到以普通形成权为诉讼标的的案件只应是确认之诉的观点的价值所在。

案情:甲与乙订立了房屋买卖合同,后甲向法院起诉,认为乙已经向中介表示了不打算出卖房屋,因此请求乙返还预付款。诉讼中房屋被乙的妻子申请异议登记,无法办理过户手续。甲在起诉前,并未向乙发出解除合同的通知,在诉讼过程中,也一直主张是乙解除合同,经法院释明后仍然不愿意增加解除合同的诉讼请求。最终,法院认为,根据甲的主张,足以认定他主张解除合同,因此判令:①解除合同;②乙返还预付款和利息。^{〔30〕}

在该案中,法院超出诉讼请求的范围,将原告没有主张的解除合同列为判决主文的内容,显然违背了处分原则。但法院缘何一定要甘冒天下之大不韪,在判决主文中增加解除合同的内容呢?该案判决的关键错误依然是将诉讼中解除合同的主张当作了形成之诉而非确认之诉。法官综合案件事实,认为合同已经无法继续履行,且乙对此有过错,因此甲主张返还预付款的主张更符合实体公正,应予支持。但依据《合同法》第97条,甲的返还原物请求权的前提要件是合同已经解除,因此必须对该要件予以认定。又由于甲并未向乙发出解除通知,因而只能将其向法院起诉返还原物的行为解释为其在诉讼中也提出了解除合同的主张。那么,对于该主张,应当如何处理呢?若采确认之诉论,则可以将其作为给付之诉请求权的一个先决要件,因而被给付之诉吸收,故而只需在判决理由中说明即可。若采形成之诉论,则必须将其载入裁判主文,因为根据我国通说,给付之诉可以吸收确认之诉,在给付之诉中不存在裂变出的独立的确认之诉。^{〔31〕}而给付之诉却不能吸收形成之诉,形成判决的形成力必须通过判决主文方能彰显。该案法院坚持将诉讼中提出的形成权作为形成之诉,从而导致必须违反处分原则。

由是观之,如果将诉讼中提起的普通形成权主张视为形成之诉,则但凡以请求权为基础的给付之诉中涉及以该形成权作为构成要件或抗辩主张时,都须将其作为一个独立的形成之诉,与给付之诉合并审理。这不仅对当事人的诉讼能力提出了较高的要求,会增加其诉讼的成本(例如,诉讼费用的增加);同时,也提高了法官的释明义务,并且如本案一样,将陷法官于审判的两难境地。相反,如果将普通形成权的主张视为确认之诉,则应分类处理:如果当事人明确地在诉状中记载了该项诉求,构成独立的确认之诉,法院在判决主文与给付之诉的请求权一并回应;否则就将该权利的行使与否视为要件事实的主张,被给付之诉所吸收,不构成诉的合并。

(三)小结

由于确认之诉本身的优势,原告以普通形成权为诉讼标的提起的诉讼,本质上应当认定为

〔30〕 案例改编自“龚某某与张某某房屋买卖纠纷上诉案”,该案中深圳两级法院都持同一看法,北大法宝引证码 CLIC.314501。

〔31〕 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2002年版,页29。我国也有学者反对这一观点,认为确认问题应当通过中间裁判解决,以诉的合并的方式,而非吸收的方式来处理确认与给付之间的关系。参见傅郁林:“先决问题与中间裁判”,《中国法学》2008年第6期。

确认之诉,而非形成之诉,从而可以较好地解决与相关纠纷合并审理时的问题,尽量避免在一起事件中引入复杂的诉的合并,导致纠纷解决困难的无谓增加。

五、结 论

综上所述,大陆法系民诉理论关于“形成之诉的诉讼标的应当仅限于形成诉权,而不包括普通形成权”的判断,在我国也依然适用。如果将所有以实体法上的形成权为客体的诉讼都作为形成之诉,将可能在确定裁判效力、决定合并审理等事项上引发不必要的争议。

本文通过以上颇显冗长繁琐的论证,来验证一个大陆法系理论已经较为成熟的命题,实践价值或许要高于理论价值。毕竟,对我国司法实务而言,如果能够明确普通形成权提起的诉讼属于确认之诉而非形成之诉,那么在诸如起诉状和裁判文书的写作、诉讼费用的收缴、判决效力的识别等具体技术操作上,恐都还存在改进完善的空间,因而应当确立更加规范的技术标准,提高诉讼行为和审判行为的准确性。而就理论层面而言,虽然尝试着挑战我国现有的通说,但由于大陆法系理论已经存在正确观点,故而并不是一个有新意的发现。

但是,强调普通形成权和形成诉权在民事诉讼上的显著差异,其理论意义或许并不在于对形成之诉的诉讼标的本身的厘定,而是凸显出由于将形成诉权和普通形成权混为一谈,导致形成诉讼并未生成自身的特点的局面。形成诉讼在诉讼要件、审理方式、裁判效力等方面都亟待中国民法学界的研究和挖掘!

(责任编辑:傅郁林)