

民事诉讼中诉之正当性审查

袁中华*

摘要 以主张责任的视角审视,可以发现大量实务案件中原告的事实主张都存在不恰当或者不充分的问题,对此最为恰当的司法应对措施为诉的正当性审查制度。诉的正当性审查原理要求原告应当就其承担主张及证明责任的事实进行实质性主张。其相关的审查、释明和驳回诉讼请求等制度构建的理论基础则在于辩论主义、法律观点指出义务以及诉讼效率。为更好地提升诉讼效率和诉讼公正,应当建立诉的正当性审查制度及其相应的配套的争点整理程序,并从解释学上明晰事实主张的具体化要求,以及民法典中核心请求权基础规范的要件事实。

关键词 正当性审查 主张责任 要件事实 法律观点指出义务

诉的正当性(Schlüssigkeit der Klage),指原告应当就其承担主张及证明责任的事实进行实质性的主张。^{〔1〕}这一术语对于我国学术界似乎有些陌生,相关的研究也颇为罕见,至于司法实践更是付之阙如。^{〔2〕}但在德国、日本和我国台湾地区的司法实务中,诉之正当性审

* 中南财经政法大学法学院副教授。本文为国家社科基金“请求权视角下民事诉讼与民法典问题对接研究”(项目编号:19BFX082)的中期研究成果。

〔1〕 Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 16. Aufl., 2004, § 94 Rn. 20. 所谓“Schlüssigkeit”,原意指说服力、逻辑性,国内译法并不统一,有“正当性”“有理性”“法律有理性”“法律合理性”“一贯性”等多种表达。鉴于“有理性”及类似表达可能会与事实和证据方面的“诉之有理由”发生冲突,台湾地区通行译法“一贯性”又较为拗口,笔者还是使用“正当性”这一较容易理解的译法。但必须指出的是,这里所谓诉之正当性仅指表面正当性,与诉讼要件中的“诉之合法性”为不同层次的问题。

〔2〕 根据笔者检索的结果,目前尚无专门的文献就这一问题进行集中研究,仅有吴泽勇等人在论及其他问题时有涉及。参见吴泽勇:“先诉民间借贷再诉不当得利案件的程序法问题”,《法律适用》2018年第21期,第58页;段文波:“我国民事庭审阶段化构造再认识”,《中国法学》2015年第2期,第215页;吴香:“请求权基础思维及其对手”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2020年第2期,第97页。

查其实是民事诉讼中较为通行的做法。这种审查制度立基于辩论主义,对于诉讼效率的提升以及口头辩论(庭审)的实质化和集中化有着非常重要的价值。有鉴于此,笔者试图从我国司法实践中当事人事实主张的各种乱象出发,探讨引入这一制度的必要性与可行性。

一、主张责任视角下的司法乱象

自九十年代审判方式改革以来,证明责任(举证责任)概念及其重要性已经被我国学术界和实务界广为接受,而与之关联的主张责任却似乎并未引起必要的关注。主张责任指当事人因未主张有利于己的主要事实,致使该事实被法官认为不存在所带来的不利益或者风险。^{〔3〕}它是民事诉讼中辩论主义第一原则“未经当事人主张的主要事实,法院不得作为裁判基础”的体现。这种约束机制的存在,使得庭审得以更好地实现实质化和集中化。依段文波之归纳,主张责任在民事诉讼法上的价值主要在于:有助于法院判断是否进行证据调查及实质性审理;有助于实现实质性争点的整理程序;有助于避免庭审走过场、实现庭审实质化;可以作为裁判依据之民法规范这驾马车的两个车轮之一。^{〔4〕}

尽管辩论主义(包括主张责任)在学界已经广为接受,但鉴于其在民事诉讼立法上并无明确体现,^{〔5〕}因而对于司法实务还缺乏足够的影响。绝大多数法官并不知晓这一概念,自然也谈不上如何运用。因此,如果以主张责任的视角来观察中国民事诉讼的审判实务,那么其结论无疑是非常糟糕的。主张责任与证明责任的分配原则上是一致的,因此日本法上往往将主张责任与证明责任合二为一称之为“主张及证明责任”。^{〔6〕}根据主张责任的要求,原告和被告应当分别提出请求原因(权利发生要件)事实和抗辩(权利妨碍、消灭、阻却要件)事实。以上述标准观察我国司法实践,其结果可谓混乱不堪,大量案件中当事人的事实主张都存在不恰当或者不充分的问题。这种乱象大致可以区分为以下几种类型。

1.原告主张的事实无法契合任何权利发生要件。这种情况可能是由于原告误解了民法的相关规范,或者尽管知道所提起的诉并无实体法规范可供支持但仍然执意起诉。例如下述“胚胎案”。

案例 1:原告沈新南、邵玉妹主张其子沈杰与儿媳刘曦在南京鼓楼医院施行体外受精—胚胎移植助孕手术后,鼓楼医院冷冻保存了 4 枚受精胚胎,其后沈杰与刘曦因车祸不幸去世。后因与刘金法、胡杏仙(刘曦父母)对上述 4 枚受精胚胎的监管权和处置权发生争议,原告诉至法

〔3〕 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 307 页。

〔4〕 参见段文波:“要件事实理论下的主张责任”,《法学评论》2006 年第 5 期,第 61 页。

〔5〕 尽管现行《民事诉讼法》第 12 条确立了辩论原则,但这并非德日意义上的辩论主义。

〔6〕 参见(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 331 页。

院,认为沈杰与刘曦死亡后,根据法律规定和风俗习惯,胚胎的监管权和处置权应由其行使,要求法院判如所请。^{〔7〕}

在本案中,先不论其所存在的当事人适格、诉的利益、诉讼请求的恰当性等问题,^{〔8〕}至少就原告主张的事实和其实体法主张(监管权和处置权),根本无法找到任何与之相契合的实体法规范。笔者推断,原告想主张的是其对于胚胎所享有的继承权,但又明知继承法上的“财产”并不包含胚胎,因此主张所谓的监管权和处置权来打法律的擦边球。对于这种诉,法官应当明确告知其本案争议的法律问题为遗产继承问题,并要求原告重新对事实主张和诉讼请求进行修正。至于胚胎本身是否可以成为继承的对象,这是一个涉及法的续造或者新型权利确认的法律问题,应当留待最终的实体裁判去解决。但本案中法官似乎并未察觉到原告事实主张中所存在的问题,最终裁判原告胜诉。

2.原告主张的事实无法契合其主张的权利发生要件,但可以契合其他权利发生要件。这种情形属于法律上的认识错误,其最为典型的体现是大量的民间借贷转诉不当得利案件。这类案件可以分为几种类型,其中一种是在民间借贷诉讼过程中原告将诉讼请求变更为基于不当得利的返还请求。^{〔9〕}例如下述案例。

案例2:原告陈某起诉时主张,其借款人民币1095700元给被告邹某后被告到期后未归还,所以要求对方归还本金及利息。诉讼过程中原告变更诉讼请求为要求被告归还不当得利款项731000元及利息183789.3元,其理由在于借贷关系成立后被告一直未履行还款义务,被告在收到原告汇给的人民币1095700元款项后不承认双方之间的借款关系,因此取得该款项无合法依据,由此构成不当得利应当予以归还。一审法院认为,被告不能证明其收取款项有法律根据,故认定被告的取得构成不当得利,被告应将取得的不当得利及孳息返还原告。^{〔10〕}

这种案件在司法实务中并不少见。其原因在于原告往往无法证明借款关系的合意而可能败诉或已经败诉,但如果将案由转换成不当得利纠纷,这种证明责任的不利局面则可能会发生逆转。许多法官都认为,“没有法律上的原因”为消极事实,因此应当由被告就其反面(有法律

〔7〕 参见沈新南、邵玉妹与刘金法、胡杏仙民事其他纠纷案,江苏省无锡市中级人民法院民事判决书,(2014)锡民终字第01235号。如无特别说明,本文中的裁判文书均来源于“无讼网”(www.itslaw.com)。

〔8〕 就该案的相关程序问题的探讨,参见严仁群:“程序性事项释明之探析——以首例冷冻胚胎案为例”,《江苏行政学院学报》2016年第5期,第131—136页。

〔9〕 参见李浩:“不当得利与民间借贷的交集——诉讼实务中一个值得关注的问题”,《清华法学》2015年第1期,第145—160页。

〔10〕 参见陈伟权与邹昭英民间借贷纠纷案,广东省汕头市澄海区人民法院民事判决书,(2017)粤0515民初1375号。

上的原因)承担证明责任。^[11]但这种认识无疑是错误的,规范说之下原告当然需要就“没有法律上的原因”承担证明责任,这点在学术界并无多少争议。^[12]而且,民法主流学理认为,履行请求权应当是第一顺位考察的请求权,主要理由在于其构成要件简单因而较前者更容易实现,^[13]而位于考察顺序的最后而且在体系上用于查漏补缺的不当得利请求权没有理由反而较前者更容易实现。姑且不论其可能存在的证明责任分配及一事不再理问题,仅就原告主张的事实而言,法院也不能支持原告的不当得利主张。因为原告主张借款事实的存在就意味着给付是有理由的,被告获得钱款是有“法律上的原因”,因此根本无法成立不当得利请求权。正如有法官指出,这种主张与不当得利的法律基础相悖。^[14]

3.原告主张的事实不足以契合其所主张的权利发生要件。这种情形主要指根据主张责任的分配,原告主张的事实并不完全。比如根据实体法的相关规范,某个请求权的成立需要 T_1 、 T_2 、 T_3 、 T_4 这四个要件(权利发生要件),但原告所主张的事实仅仅涉及 T_1 、 T_2 、 T_3 而未涉及 T_4 要件。我国法官并未像日本那样普遍经历过要件事实论的训练,而且不少律师和当事人也缺乏法律素养,因此这种漏掉某种事实主张的情形在司法实务中屡见不鲜。例如原告主张产品侵权责任却对产品缺陷只字不提,^[15]要求承担连带责任却对连带的基础缺乏主张,^[16]还有如下述案例中随意提起赔礼道歉请求的做法也几乎泛滥成灾。

案例3:自然之友、中华环保联合会起诉中石油公司、中石油吉林分公司,主张对方利用渗坑偷排生产废水而污染土壤及地下水,其诉讼请求为:①消除危险,将几处渗坑及周边未清除的危险废物进行彻底处置;②恢复原状,即将因被告的行为而影响的土壤及地下水恢复原状;③赔偿土壤生态环境受到损害至恢复原状期间服务功能损失费;④赔礼道歉,在国家级媒体上

[11] 参见黄清龙、赵铭琰与柳朝华、郭志宏不当得利纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2015)民申字第2479号;林家德与林华不当得利纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2013)民申字第2332号;高峰、马超不当得利纠纷案,河南省郑州市中级人民法院民事判决书,(2017)豫01民终15579号;江启源与庄武琼不当得利纠纷案,福建省龙岩市中级人民法院民事判决书,(2014)岩民终字第97号。

[12] 参见张心恬、王文军、陈蔚如:“不当得利‘没有合法根据’要件的证明责任分配”,《政治与法律》2011年第6期,第104—111页。

[13] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社2012年版,第13页。

[14] 参见徐文安与鲁启国不当得利纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2016)浙01民终2179号;张宏金与胡启洋、宋晓红不当得利纠纷案,湖北省鄂州市中级人民法院民事判决书,(2015)鄂鄂州中民二终字第00038号;徐莉与董文军不当得利纠纷案,北京市第三中级人民法院民事判决书,(2015)三中民终字第11655号。

[15] 参见周小芹与扬州市经济开发区健春橡塑制品厂产品生产者责任纠纷案,四川省德阳市旌阳区人民法院民事判决书,(2017)川0603民初437号。

[16] 例如澳洋集团有限公司与江苏江阴农村商业银行股份有限公司票据纠纷上诉案,对其具体分析参见严奇荣:“当事人在起诉时混同不同法律关系的处理”,《人民司法》2010年第18期,第34—36页。类似案件参见宁献求与贵州麻江县金牛生态牧业有限公司债权人代位权纠纷案,贵州省麻江县人民法院民事判决书,(2016)黔2635民初291号;马培娟、马磊等与陆可斌等排除妨害纠纷案,山东省胶州市人民法院民事判决书,(2018)鲁0281民初739号。

发布十日以上的赔礼道歉公告。^{〔17〕}

鉴于赔礼道歉的法律责任仅仅适用于人格权益侵害的情形,^{〔18〕}因此根据原告所提出的第4项诉讼请求,原告就应当补充主张人格权益受损的事实。如无法补充,则其事实主张就根本无法支撑其诉讼标的或者诉讼请求。

4.原告主张的事实不仅符合权利发生要件还符合抗辩要件。由于抗辩要件本身即为否认权利(一般指请求权)之要件,因此当事人提出的事实主张本身会导致自相矛盾的法律后果,对此法院也应当告知其矛盾之处。例如下述案例。

案例4:韦晓东诉称,被告潘福建与其妹妹黄锦英为达到骗取原告财产的目的,合谋谎称黄锦英怀有原告的小孩,要求原告与黄锦英结婚(当时原告尚未与前妻离婚)。同时被告要求原告将两套房产过户至被告名下,将来不用与前妻分割该房产,而且等将来小孩出长大后再过户给小孩。原告在中介的安排下签订了两份阴阳合同,将涉案房产过户到被告名下,但实际上被告分文未付。其后原告多次要求被告写一份证明材料证明上述房产是原告所有,但被告总是以各种理由推托。原告其后做了亲子鉴定,结果显示孩子居然不是原告亲生。据此,原告诉请法院依法判令撤销双方签订的两份《深圳市二手房买卖合同》。^{〔19〕}

根据原告主张的事实,对方存在欺诈行为因此请求撤销房屋买卖合同,表面上看该事实主张符合原《合同法》第54条规定的情形。但原告的主张,其是在被被告欺诈的情形下与被告串通而转移房产给被告,并期待被告在原告离婚以后再转移房产给他。该行为性质为“合法形式掩盖非法目的”(转移财产),又因损害了原告前妻的合法利益而符合“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”的要件,因此依据原《合同法》第52条应当属于无效行为。^{〔20〕}由于无效合同自始不生效力自然也无需判断其是否可撤销,所以合同是否有效的判断在逻辑上应当先于合同可撤销的判断。本案中原告的主张事实,既符合撤销权的发生要件(欺诈),同时又符合合同无效的要件(恶意串通转移财产)使得撤销权无从发生,因此也符合撤销权的抗辩要件(权利妨碍要件)。这种情形下,法官应当就这种法律行为的效力予以释明,否则整个庭审将会变得没有意义。本案中法官尽管也认为该房产买卖合同因双方合谋损害他人利益而归于无

〔17〕 参见中华环保联合会、自然之友环境研究所与中国石油天然气股份有限公司吉林油田分公司、中国石油天然气股份有限公司环境污染责任纠纷案,北京市高级人民法院民事判决书,(2017)京民终538号。

〔18〕 参见程啸:《侵权责任法》(第二版),法律出版社2015年版,第675页。

〔19〕 参见韦晓东与潘福建房屋买卖合同纠纷案,广东省深圳市福田区人民法院民事判决书,(2011)深福法民三初字第2492、2493号。

〔20〕 更准确地说,本案中原被告的行为在性质上应判断为通谋虚伪行为。通谋虚伪行为可以被区分为表面行为和内部隐藏行为,前者无效而后者是否无效需要另行判断。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第257页。本案中的表面行为为即房屋买卖合同自然应当无效,其内部隐藏行为为借名合同(由被告代持房屋)也因为侵害第三人利益而应归于无效。

效，^[21]但依然将争点确定为欺诈是否存在并予以审理，这种做法并不恰当。

立足于主张责任，我们可以发现司法实践中大量案件的事实主张都存在着严重问题。但悖谬的是，几乎很少有法官意识到了这个问题，或者即便意识到了这个问题（如案例4），依然还是走完了全部的诉讼进程并最终作出裁判。那么，是否有更恰当的方法能更有效率地处理这种案件？答案就是诉的正当性审查制度。

二、大陆法系正当性审查原理

（一）正当性审查制度概况

要满足诉的正当性，原告主张的请求原因事实应当足以支撑其诉讼上请求（诉讼标的）。^[22] 法院对原告的诉进行正当性审查，即先假定原告在起诉状中所主张的事实全部为真（无需口头辩论）的前提下，依照本案相关联的实体法规范（该规范应当根据原告的事实主张和诉讼请求确定）的证明责任分配去判断原告主张的事实是否具有足够的说服力。如果结论为肯定，则认为其通过正当性审查，由此可以进入后面的程序环节（口头辩论）；如果结论为否定，则应当认为其不具有正当性（例如上文中的四种情形），对此法官应当释明要求原告补充相关事实或者变更诉讼请求，如果不补充或不变更则应以诉明显无理由判决驳回该诉。

诉之正当性审查，本为德国民事审判实务的通行做法，并在规范层面也得到了确认。例如《德国民事诉讼法》第331条第2款就规定，在被告缺席时，如果认为原告诉之申请（Klageantrag）为正当（rechtfertigt），即依其申请而作出判决；认为不正当时，驳回其诉。^[23] 对此，德国学理认为，该条中所谓正当，即是通过正当性（Schlüssigkeit）审查。^[24] 诉的正当性主要集中于事实主张层面，但又区别于事实主张的具体化及诉的有理由。事实主张的具体化义务要求当事人对于主张或者抗辩的相关事实应当尽可能详细和具体地为陈述，^[25] 其具体化程度应当达到让立案法官能够通过诉状或附带材料将原告所主张的法律关系与其他同类法律关系区分（比如相同当事人在同一天签订其他多份借款合同）。^[26] 事实主张的具体化是诉的正当性审查的前提，如果不满足具体化要求则法院将基于诉不合法驳回起诉（但允许再诉），无需进入到下一个环节（即正当性审查）。而诉的有理由则是最终的实体判断，其判断顺序在正当性审查之后，具有正当性的诉才可以进入口头辩论环节，由当事人进行攻击防御（事实主张和证据主张）后由法院判断原告所提起的诉是否有理由（即是否胜诉）。

[21] 参见韦晓东与潘福建房屋买卖合同纠纷案，见前注[19]。

[22] 参见邱联恭：《争点整理方法论》，三民书局2001年版，第59页。

[23] 参见丁启明译：《德国民事诉讼法》，厦门大学出版社2016年版，第82页。

[24] Rosenberg (Fn. 1), § 94 Rn. 20.

[25] 参见姜世明：“具体化义务”，《月旦法学教室》2006年第41期，第14页。

[26] 参见曹志勋：“立案形式审查中的事实主张具体化”，《当代法学》2016年第1期，第131页。

这种正当性审查模式其后为日本学术界和实务界所重视,并被日本司法实务界占据主导地位的“要件事实论”学说继受。^[27]我国台湾地区在2001年修订其“民事诉讼法”时,采集中审理主义将审理划分为争点整理阶段和集中调查证据阶段。台湾地区学术界普遍认为,在争点整理阶段法官需要为诉的正当性审查,方能实现集中审理目标。^[28]而如果原告所提起的诉未通过诉的正当性审查,且释明后也未予被恰当补正,则属于照“民事诉讼法”第249条第2项的“诉显无理由”。相关裁判文书对此指出:“在法律上显无理由者,系指依原告于诉状内记载之事实观之,在法律上显然不能获得胜诉之判决者而言。申言之,必须依据原告所诉之事实‘不经调查’,即可认其诉在法律上显无理由而应受败诉之判决者,始足当之。”^[29]就这种情形,法院可不经言词辩论直接以判决驳回该诉。^[30]

(二)正当性审查的程序构造及其理论基础

正当性审查的程序大致可以分为三个阶段,分别是审查、释明和驳回。我们先讨论审查问题。正当性审查的理论基础根植于民事诉讼最为核心的基本原则——辩论主义。辩论主义的核心意涵在于,由当事人而非法官来提出事实和证据。辩论主义第一原则要求,未经当事人主张的事实,法院不得作为裁判依据。^[31]该原则表面上看似乎是对法官的约束,由此法院不得为职权事实调查。但作为硬币的另一面,这个原则也可以表达为另一个逻辑上完全等值的命题:“只有当事人主张的事实,才能作为裁判的依据。”为了胜诉,当事人需要就裁判上所必需的事实进行充分主张,否则就会招致不利裁判。由此,第一原则也可以称之为主张责任条款。主张责任的分配取决于实体法规范的构成,而且与证明责任的分配几乎完全一致。核心实体法规范(完全性法条)的表达形式是“T(构成要件)——R(法律后果)”,由此主张某法规范的法律后果的当事人,需要就该规范的前提性构成要件进行主张和证明,这也是罗森贝克规范说的核心意旨。^[32]

当事人应该主张与构成要件事实相对应的具体的生活事实。具体而言,原告应当主张请求原因事实——即与请求原因(权利形成规范的构成要件/权利形成要件)相对应的具体事实,被告则应当主张抗辩(权利妨碍、消灭、阻却要件)事实,而法官有义务对这种事实主张是否完备予以审查。无论是在德国还是中国,当事人在起诉状中均无需表明其试图适用的实体法规范(尽管司法实务中这种做法并不少见),而且即便援引了实体法规范对法官也不发生拘束力。因此,对于案件中所应当适用的实体法规范往往需要法官根据当事人在起诉状中主张的请求

[27] 参见许士宦:《争点整理与举证责任》,新学林出版股份有限公司2012年版,第133页。

[28] 同上注,第132页以下;邱联恭,见前注[22],第58页。

[29] 我国台湾地区“最高法院”96年台上字第2510号民事判决书,转引自姜世明:《民事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司2018年版,第477页。

[30] 参见姜世明,见前注[29],第466—467页。

[31] 参见新堂幸司,见前注[3],第307页。

[32] 参见(德)莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第104页。

原因事实和诉讼请求去判断。在实体法规范被确定后,法官就得依职权审查,即根据实体法规范的要件事实去判断当事人在主要事实层面是否尽到了主张责任。这种审查就原告而言是正当性审查,就被告而言是重要性(Erheblichkeit)审查。^[33]

而其后法官释明权的行使则立基于程序保障理念。根据法官知法原则,法律适用为法官分内之事,在案件中应当适用何种实体法规范为法官职责所在。尽管当事人有权就法律适用问题发表自己的看法,并对对方当事人进行辩论,但其观点不能对法官产生约束力。如果严格贯彻该原则,在原告未就相关的主要事实予以充分主张时,法官基于其对本案实体法律关系及主要事实的认识,可以诉无理由为由直接驳回该诉或者在证据调查后驳回该诉。但无论哪种操作,都会发生突袭性裁判问题。因为当事人在起诉时并不知晓自己的事实主张存在不充分或者其他问题,其对于败诉裁判是缺乏预期的。因此,基于程序保障的理念,法院更为恰当的做法是就相关法律问题向当事人释明,其理由在于法律观点指出义务。该义务指法院欲适用当事人在辩论中没有提出的法律观点作为判决的基础时,必须就此向当事人指出并给予其表明意见的机会的义务。^[34]正如日本学者高桥宏志所言:“只有法院就自己可能采用何种法的构成向当事人作出阐明,并与此相应地保障当事人进行充分的主张及举证活动,才符合防止突然袭击的理念。”^[35]法官释明的范围,应该包括本案中所争议的实体法律关系的性质及相关效力问题,以及与此关联的本案的事实主张或者诉讼请求所存在的问题。而在德国法上,法律观点指出义务的立法理由不仅仅在于防范突袭性裁判这一“司法之癌”,而且还在于《德国基本法》第103条第1款所规定的听审请求权。所谓听审请求权,系指当事人在诉讼中就案件的事实问题、法律适用问题以及程序问题,有向法院充分陈述自己的意见和主张的权利。^[36]在德国法上,听审请求权包括三个方面的内容:一是知悉权,即请求法院提供充分的诉讼信息的权利;二是陈述权,即要求在法院面前陈述的权利;三是要求法院履行知悉和审酌义务的请求权。^[37]尽管这种权利看上去似乎仅仅与事实和证据问题相关,但法律的适用(例如“被告的行为在性质上属于违约行为还是侵权行为”)必然影响到事实和证据的主张。如果当事人对法律适用缺乏参与,就无法预测法院有关法律适用的初步判断,必然影响其根据法律构成要件准确提供事实与证据。^[38]因此,基于听审请求权,当事人也可以期待法官对法律观点在诉讼之中予以告知,而非在裁判理由阶段才告知。

[33] 这种审查针对的是被告的主张在实体法上的正当性,审查被告据以答辩的主张本身是否足以导致将原告的请求认为无理由而驳回。参见许士宦,见前注[27],第140页。

[34] 参见熊跃敏:“民事诉讼中法院的法律观点指出义务:法理、规则与判例”,《中国法学》2008年第8期,第119—127页。

[35] 高桥宏志,见前注[6],第366页。

[36] 参见刘敏:“论听审请求权”,《法律科学》2008年第6期,第105页。

[37] 参见蓝冰:《德国民事法定听审请求权研究》,知识产权出版社2019年版,第11—12页。

[38] 参见熊跃敏,见前注[34],第123页。

而直接以诉无理由判决驳回原告诉讼请求的理论基础在于诉讼效率,即避免不必要的证据调查,较高费用的支出以及诉讼的迟延。^[39]在我国司法实践中,即便原告在起诉时就明显缺乏理由(例如就相关主要事实缺乏主张,或者对于法律关系认识错误),法院对此的一般处理也是在最终裁判时才判决原告败诉(如前述案例4)。但这种做法明显是缺乏效率的。在法官就法律观点予以开示之后,如果原告依旧未就相关事实或者诉讼请求予以修正或者补充,那么后面所启动的审前准备程序及庭审程序都会变得没有意义,因为原告必然遭受败诉判决。从这个意义出发,在缺乏正当性时直接以诉无理由判决驳回原告诉讼请求可以明显提升诉讼效率。

三、我国正当性审查制度的建构

(一)建构正当性审查制度的必要性

在诉讼效率和诉讼公正两个维度,我国民事诉讼都存在不小的可提升空间。首先,正如前述民间借贷转诉不当得利等案件所展现的,我国存在着大量浪费司法资源的不当诉讼。而这些案件一般都会走完包括审前程序、开庭审理程序等全部诉讼流程后才能最终结案,漫长的诉讼过程无论对于当事人还是法官而言都是一种沉重的负担。但由于原告的起诉往往并未违反《民事诉讼法》第119条的起诉条件,现行法规范层面对此缺乏有效的应对措施,法官也只能听之任之。^[40]

其次,由于民事诉讼缺乏有效的争点整理程序,也使得庭审的集中化难以实现,从而难以提升诉讼效率。尽管我国学者早在20年前就已经提出应当在审前程序中实现争点整理功能,^[41]但直到现在我国审前准备程序最主要的程序构造还仅仅局限于证据交换,对于争点整理并无必要的程序规范。而我国台湾地区早在2000年就以促进审理集中化为目标,对其“民事诉讼法”做了大量修订,第268、270、271等条文明确了法院需要对争点予以整理和简化。^[42]其学术界所构建的“争点整理学”则立足于法解释论,阐述了在诉讼标的的表明和特定、诉的声明(诉讼请求)的表明和特定、事实和证据的争点整理等多个层次如何开展争点整理。^[43]但就这些问题,由于我国现行民事诉讼法及相关司法解释几乎没有规定,我国司法实

[39] 参见刘明生:《民事诉讼之程序法理于确定判决之效力及救济》,新学林出版股份有限公司2016年版,第126页。

[40] 严格来说,即便起诉赵薇在电视里瞪他这样的案件,根据现行法也是符合立案条件的。相关案情及司法处理,参见“上海高院回应赵薇被诉‘瞪眼’:不予立案”,载腾讯网,<https://ent.qq.com/a/20150611/058207.htm>,最后访问日期:2020年6月2日。

[41] 参见王亚新:“民事诉讼准备程序研究”,《中外法学》2000年第2期,第129—161页。

[42] 参见邱联恭,见前注[22],第6—8页。

[43] 参见许士宦,见前注[27],第45页以下。

践基本上是跟着法官的感觉走。^[44]

最后,尽管这些不当诉讼案件的最终裁判在实体公正层面往往并无可指摘之处,但由于当事人在庭审中并未得到充分表达意见的权利就遭致了败诉裁判,这种屡屡发生的突袭性裁判对于司法的公信力也造成了不小的损伤。易言之,由于当事人缺乏充分的程序参与,所以对于程序自身的公正性自然也难以产生足够的信任。但就当事人未主张相应的主要事实或者主张缺乏实体法根据的情形,现行法上并无应对措施。2020年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2019〕19号,以下简称新《证据规定》,对应的2002版简称为旧《证据规定》)仅仅规定了举证问题的释明(第2条,第30条),并同时废止了旧《证据规定》中本已存在的法律适用方面的释明权(第35条)。这种限缩法官诉讼指挥权的做法,无疑将进一步妨碍程序公正的实现。

上述效率和公正方面的缺陷,可以借助于当事人事实主张具体化在一定程度上得到缓解,^[45]但要真正彻底地克服,则需要诉的正当性审查及其相应的配套制度。通过构建诉的正当性审查制度,可以明确本案中的诉讼标的(实体权利或法律关系)及实体法上的规范依据(给付之诉中为请求权基础规范),并以此结合法解释学操作确定本案中的要件事实及主要事实,并进而确定本案双方无争议的事实以及争议焦点。正如段文波所言,这种审查“旨在排除不必要的审理和证据调查,系一种以最短的审判路线达致判决的裁判方法”。^[46]如此才能有效克服我国司法实务中长期存在的庭审无的放矢和无谓证据调查这两大弊端,^[47]从而实现庭审的集中化和迅速化。

而在原告主张事实不够充分或者不恰当的案件中,通过法官的释明敦促原告补充或者修正事实主张,从而提高当事人对程序的参与程度,避免突袭性裁判。而如果当事人的补充或者修正使得诉具有正当性,法院可以继续审理从而避免当事人败诉后又再次起诉所带来的讼累和司法资源的不当消耗。^[48]而就当事人在释明后依然怠于补充或者修正的情形,法院可在审前程序中以诉明显无理由的判决驳回该诉,从而节约诉讼资源。

(二)正当性审查的制度安排

正当性审查所适用的案件范围,应当排除采取职权探知主义的案件类型。其原因在于,正当

[44] 但也有个别法院试图在改革中通过引入要件事实理论、充实审前准备程序等措施来实现庭审的集中化和实质化。参见范一:“提高民事诉讼庭审质效的现实思路”,载汪明亮、杨严炎主编:《复旦大学法律评论》(第六辑),复旦大学出版社2019年版,第148—164页。

[45] 参见胡亚球:“论民事诉讼当事人具体化义务的中国路径”,《清华法学》2013年第4期,第34—45页;占善刚:“主张的具体化研究”,《法学研究》2010年第2期,第110—122页。

[46] 段文波:“庭审中心视域下的民事审前准备程序研究”,《中国法学》2017年第6期,第215页。

[47] 参见段文波,见前注〔2〕,第215页。

[48] 由于当事人错误地选择了请求权基础从而导致其诉讼请求得不到支持等情形,司法实践中法官往往会作出“留有余地”的判决,在判决书中告知当事人“就xxx问题,可以另行起诉”,而当事人一般也会在败诉后再次起诉。

性审查莫基于民事诉讼的辩论主义,因此不适用辩论主义案件无需为正当性审查。大陆法系学理一般认为,就涉及公共利益的事项应当采取职权探知主义,也即法官可以为职权事实调查和证据调查。^[49]在涉公共利益案件中,即便当事人未恰当的主张相应的主要事实,法官也可以基于真相发现的考虑将当事人未主张的事实予以调查并据此作为裁判对象。《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,法释〔2020〕21号修改)第94条规定了,人民法院就“涉及可能损害国家利益、社会公共利益的,涉及身份关系的”等案件类型可依职权收集证据。上述规定仅明确在证据问题上采取职权探知主义,但鉴于事实和证据的不可分割性(证据本身为事实服务),这些案件类型在事实层面也应当被认为采取职权探知主义。

正当性审查所评价的事实范围,应当包括原告主张的全部事实,与被告是否为自认无关。^[50]尽管正当性审查主要判断的是原告主张的主要事实是否足以支撑起实体法上的法律后果(如某请求权),但鉴于原告在诉状中并不会刻意区分事实的种类,因此其在诉状中的所有事实主张均成为法官评价的范围。法官需要根据诉状记载的事实和诉讼请求去寻找实体法规范,而后又通过实体法规范去评价诉状中的事实和诉讼请求,在这种“目光往返流转”(恩吉施语)中方能确定正当性是否存在。

就正当性审查的程序构造,则可以区分为“审查——释明——驳回”这三个主要程序环节。法官先根据诉讼标的(争议的实体法律关系)相关的实体法规范确定要件事实,而后将本案中的事实(例如被告在开车时玩手机)涵摄于要件事实(过失),从而确定本案中的主要事实之所在并进而评价主要事实是否足以支撑实体法上的法律后果(要件事实之确定参见本文第四部分)。其后,就主张不充分或者不恰当者,法官应当为释明,向当事人告知本案中的实体法律关系、法律行为的性质以及相应的要件事实,并提示当事人在事实主张上存在何种问题。在当事人怠于补充或者修正时,法官可以“诉明显无理由”为由判决驳回该诉。之所以用判决而非裁定,是因为这种裁判判断的是实体问题(实体法上有无理由)而非程序问题。这种在程序早期直接判决驳回的做法在大陆法系诉讼流程中非常特殊,因为原则上程序一旦开启只要不出现例外情形(例如诉讼中止、诉不合法)就会走完整个诉讼流程。^[51]

三个程序环节中,需要着重讨论的是释明问题。在正当性审查中,释明的意义在于可以治愈那些不当的事实主张或者诉讼请求。释明权的行使并非职权主义的本质体现,它属于法官的诉讼指挥权。释明权是对辩论主义的必要的修正,否则对当事人完全放任不管可能会使得

[49] 参见(日)伊藤真:《民事诉讼法》(第四版补订版),曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第214页。

[50] 参见许士宦,见前注〔27〕,第134页。

[51] 直接在诉讼进程中就判决驳回的做法在英美法上较为常见,因为英美法往往是在诉讼进程逐级递进中不断消弭纠纷,其手段主要是即决判决或简易判决。参见(美)理查德·D·弗里尔:《美国民事诉讼法》,张利民等译,商务印书馆2013年版,第537页以下。

诉讼脱离国民的正义情感,妨碍实体正义的实现。^[52]但在这个问题上,我国的规范供给却非常匮乏。旧《证据规定》第35条也仅规定了“当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的”的情形下法官可以通过释明告知当事人变更诉讼请求,但这一规定也只能处理本文第一章中所列举的第二和第四种情形,对其他情形则无能为力。而雪上加霜的是,新《证据规定》第53条却恰恰修改了上述条文,在同样情形下规定“人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理”,从而回避了法官释明。最高法的释义书认为原来的第35条在实践中争议较大,为避免对当事人的处分权和审判中立原则造成冲击,因此改为“以审代释”。^[53]这种做法无疑是因噎废食,尽管在这种情形下释明可能带来一些小问题,但鉴于法官知法原则的存在,释明的正当性是毋庸置疑的。在法官的各种释明活动中,法律释明的风险是最小的,因为它并不直接接触及法官中立原则。^[54]最高法在这个原则性问题上恰恰缺乏恰当的把握。而所谓的“以审代释”却会引发更多的新问题,例如双方当事人对于法律关系的性质或者民事行为的效力并无异议,那么审理如何回到正常轨道?根据本文所阐释的诉之正当性审查原理,法官最佳的做法是在审前准备阶段就解决正当性问题。而将正当性问题交给其后的庭审阶段的辩论来解决,既无必要也不经济。对此,我们理当在后续的立法或者司法解释中予以恰当的修正,解除对于释明权的不当限缩,适度扩张法官的诉讼指挥权。

尽管我们需要讨论的是诉的正当性存在问题的情形,但行使释明权却可能关涉到诉讼标的、事实、诉讼请求和法律这几个相互关联的层面(其关系如下图所示)。首先,由于实体法规范的选择直接影响诉讼标的、诉讼请求、事实主张的选择,因此最为核心并在其他释明中或多或少也会掺杂的是法律适用释明(基于法律观点指出义务)。其次,就诉讼标的的释明,主要体现在:①根据当事人的事实主张和诉讼请求无法确定诉讼标的时(如案例1),可以敦促当事人明晰;②在当事人错误选择了诉讼标的时(如案例2),法院此时基于法律观点指出义务可告知当事人选择错误,并释明相应的法规范的要件与法律效果,这种行为在性质上同时也属于法律适用释明。再次,就事实主张层面,如当事人主张的事实有所欠缺(如案例3、案例6)或不当(如案例1、案例2、案例4),可以基于法律观点指出义务告知当事人根据相应的实体法规范要件事实应当为何(也属于法律适用的释明)以及本案中主要事实无法契合要件事实的原因,而且理论上还应告知当事人可以补充或修正。但由于诚信原则的存在,许多不当的事实主张(如案例1、案例2、案例4)实际上很难去修正,对此更为恰当的做法是法官视案情向诉讼标的或者诉讼请求方向去释明。最后,在诉讼请求层面,如果该请求不够明确(如案例1),可以要求

[52] 参见高桥宏志,见前注[6],第357页。

[53] 参见最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第502页。

[54] 参见任重:“我国民事诉讼释明边界问题研究”,《中国法学》2018年第6期,第230页。

当事人明确;如果诉讼请求缺乏实体法根据(如案例3),法院应当释明相应的实体法规范并告知当事人可以变更或撤回该项诉讼请求;而如果诉讼请求因原告同时提出的抗辩事实而陷入不当(如案例4),可以释明当事人相应的法规范及告知当事人可以变更诉讼请求。

上述释明的情形原则上均不构成释明权的滥用。释明权滥用的标准是该权力的行使有损当事人之间的公平以及对法院的信赖。^[55]而上述情形基本可以划入消极释明(澄清已有诉讼行为的释明)而非积极释明(促使当事人作出新的诉讼行为)的范畴,^[56]对此法官有义务通过释明来保障诉的正当性。易言之,当事人对于法官的这种释明是存在合理期待的。正如有学者所言:“当当事人提出之声明、事实与证据不明了或不完全,或忽略其某重要之法观点与事实观点,法院应如同当事人之合理期待将上述事实阐明。”^[57]但如果法官为促成诉之正当性,积极主动地敦促当事人提出某种事实主张,或者要求其变更为某种诉讼请求,那么这种积极释明行为则可能存在滥用释明权的风险。至于是否构成滥用,还需要结合个案的具体情形和诉讼法的学理去判断。^[58]从比较法的经验来看,往往需要较长时间的判例累计和学术总结后,才能在这个问题上形成较为确定的标准。

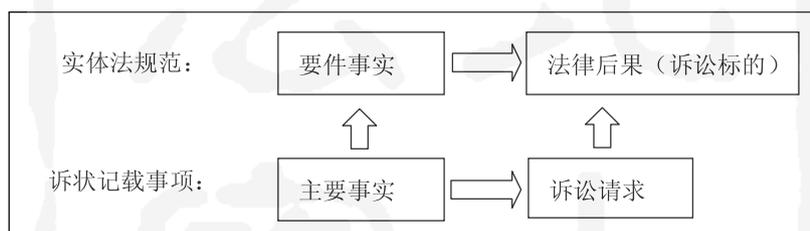


图1 诉的各要素之间的关联

(三)正当性审查的配套程序

就正当性审查的配套程序,则应当构建立案审查阶段的事实主张具体化义务以及完整的争点整理程序。事实主张的具体化本为诉的正当性审查的前提。通俗的说,事实主张的具体化要求原告把案情说清楚(例如是6月10号所签订的那个货物买卖合同而非其他时间其他类

[55] 参见张卫平:“民事诉讼‘释明’概念的展开”,《中外法学》2006年第2期,第139页。

[56] 消极释明和积极释明之区分,参见姜世明:“法官阐明制度发展之评估——评‘最高法院’九五年台上字第九八六号民事判决”,《台湾本土法学杂志》2007年第100期,第83—100页;熊跃敏:“民事诉讼中法院释明的实证分析——以释明范围为中心的考察”,《中国法学》2010年第5期,第133—142页。

[57] 刘明生,见前注[39],第121页。

[58] 相关学理阐释,参见肖建华、陈琳:“法官释明权之理论阐释与立法完善”,《北方法学》2007年第2期;任重,见前注[54],第229页以下。

型的合同),学理上的要求是“足以与其他同类法律关系区分的识别说”。^[59]而正当性的要求则是原告对于事实的主张至少从表面看起来是在实体法上有理由的。前者一般是在起诉的形式审查阶段处理,后者则往往是立案之后于审前程序中处理。在学理上,前者如不通过则无需启动后者,对此法官可以诉不合法为由驳回起诉。

而完整的(广义)争点整理程序则不仅仅包括诉的正当性审查,还包括在此之前的诉讼标的的表明和特定,及其后的被告主张的重要性审查等程序环节。现行的庭前会议和证据交换程序无法恰当实现争点整理功能,对此理论上可以考虑建构类似于日本法上的辩论准备程序或者准备的口头辩论程序那样较为正式的审前准备程序。^[60]由此传统的证据交换以及调查取证申请功能都可以融入该程序,而更为重要的是实现实质性的争点整理。这种争点整理首先是诉讼标的(审判对象)的表明和特定,从而为后续的其他程序定下基调。基于处分权主义,诉讼标的(通说为实体法上法律关系)应当取决于当事人的选择。尽管我国诉讼法上并不要求当事人在起诉之时就明确诉讼标的所在,但司法实务中法官在立案环节往往会给案件确定案由,而这种案由基本都是实体法上法律关系。尽管案由并不直接指向实体法上具体请求权,但一旦案由被确定,例如“买卖合同纠纷”,那么其请求权也就不难找寻。^[61]法官在起诉审查阶段依职权确定案由,并由此影响诉讼标的的确定,这无疑是有悖于处分权主义的。但立案庭所确定的案由其实并不能拘束审判庭的法官。在争点整理阶段,法官依然有必要去结合案件中的生活事实及诉讼请求去检索相应的请求权基础规范或者其他完全性法条(在确定之诉或形成之诉的场合)。因此诉讼标的问题理应放在争点整理阶段处理。法官应在尊重当事人意思自治和遵守实体法规范的前提下初步确定诉讼标的,并在后续的正当性审查中视情况进行修正(具体参见前述释明部分)。其次,在就原告所提起的诉的正当性审查后,应当对于被告主张事实为重要性审查。这种审查类似于正当性审查,即审查被告在答辩中所主张的全部事实是否在形式上(假定其为真)足以导致原告的诉无理由。如果结论为肯定,则被告的主张就被认为具有重要性,程序才有进一步延续的必要。例如就原告基于借贷合同关系所提出的还款请求,被告主张借贷关系不存在,或者主张其性质应该是委托合同关系,那么上述主张应当被视为否认,并由此具有重要性。被告还可以主张已经还款(权利妨碍抗辩),或者主张合同存在违法事由而无效(权利消灭抗辩)或者主张时效抗辩(权利阻却抗辩),也同样具有重要性。但如果被告在自认(如认可存在借贷关系)的基础上仅仅表示“无力偿还”,则该事实主张不应被认

[59] 参见(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,第35页;曹志勋,见前注[26],第131页。

[60] 两者的主要差别在于,后者要求公开开庭,程序保障更为严格且法官拥有更大的权力。参见孟醒:“争点整理实效化的模式探索与完善”,《中南大学学报(社会科学版)》2010年第1期,第75—86页。

[61] 也有学者指出,登记制下的我国立案程序不应将诉讼标的明确作为起诉要件审查,法院应当在受理案件之后,将诉讼标的纳入诉讼要件审查的范围。参见曹志勋:“民事立案程序中诉讼标的审查反思”,《中国法学》2020年第1期,第283—303页。

为具有重要性,法官对此应当表明法律观点,并在被告未提出进一步的具有重要性的事实主张的情形下,裁判被告败诉。再次,在通过事实层面的正当性和重要性审查之后,法官可以为证据层面的争点整理,具体而言包括:①确定与主要事实相关联的间接事实,以及与主要事实和间接事实分别关联的直接证据和间接证据,并明确事实问题方面存在何种争议;②就有争议的事实,判断是否存在证据证明(包括本证和反证)。^[62]在上述过程中,应当在法官的指挥(包括必要的释明)下允许当事人辩论、提出和交换证据、以及申请取证,从而实现争点收集、争点讨论和争点确认三项功能。^[63]最后,在理论上还可以探讨的是,在上述争点整理的第一个环节中法官为证据的可证性审查,即审查由间接证据支撑的间接事实(假定其为真)是否能够推认主要事实存在,如果答案为否则无需为具体的证据调查。^[64]但鉴于该制度仅为学理所主张,而且这种做法也有过于重视程序效率而忽视程序公正之嫌,对此至少应该在较为完备的审前准备程序运行一段时间之后再讨论是否应当设置。

四、正当性审查的审查要旨

在上述正当性审查环节中,其核心问题在于法官用什么标准去审查。正当性审查针对的是原告主张的生活事实是否足以支撑其诉讼标的(实体权利或者法律关系),因此其审查要旨在于以下两点:这种事实主张必须是具体的生活事实而非抽象的要件事实;这种生活事实要能够涵摄于相应的实体法上的要件事实。由此,在解释学上需要明确事实主张具体化的标准,并确定法规范的具体要件。

(一)事实主张具体化的标准

有别于起诉阶段形式审查中的事实主张具体化,在正当性审查中也需要为事实主张具体化的审查。正如德国学者穆泽拉克所言:“原告应在诉状中完备地陈述他所主张的法律后果来自于哪一事实群。但不允许要求原告在诉状中报告满足他所申请的法律后果所适用的法律条文的事实构成要件所需要的所有事实。”^[65]其原因在于后者是诉的正当性要求。主张及证明责任的分配本身是一个法规范的解释问题,与具体的诉讼情境无关,它所确定的要件事实是抽象的。但具体到个案去判断当事人是否尽到主张责任,则需要将当事人所主张的具体生活事实涵摄于要件事实。因此,当事人在诉讼中不能主张抽象的要件事实而应当主张与要件事实对应的具体生活事实(即主要事实)。^[66]例如当事人如果仅主张对方“违反合同义务”或者

[62] 参见许士宦,见前注[27],第147页。

[63] 参见孟醒,见前注[60],第75—86页。

[64] 参见段文波,见前注[2],第203—220页。

[65] 穆泽拉克,见前注[59],第36页。

[66] 参见胡亚球,见前注[45],第34—45页。

“违约”是不恰当的,甚至主张对方“瑕疵给付”或者“迟延履行”也是不恰当的,但可以主张“对方交付的房屋存在进户门有划痕、墙面空鼓、阳台栏杆生锈、阴阳角不直等质量问题”。〔67〕

民事实体法规范的构成要件一般都是纯粹的事实要件,但也有不少规范的构成要件中包含有评价性要件,例如《民法典》第7条中的“诚信原则”,第8条中的“公序良俗”等,而最为典型的则是《民法典》中频频出现的“过错”。就评价性要件,作为评价对象的具体事实才是主要事实。〔68〕这种主要事实,又可以分为评价根据事实和评价妨碍事实,分别由本证方和反证方主张。例如,原告主张的“医院误诊,将肠粘连误诊为幽门梗阻”〔69〕这种事实就是可以被评价为“过错”的评价根据事实。

相较于“过错”,“因果关系”要件则更为复杂,因为它兼具事实性和评价性。在侵权法上,“因果关系”原则上需要先区分为责任成立的因果关系和责任范围的因果关系,然后在这两个层面中分别考察条件关系(条件因果关系)和相当性。〔70〕相当性为法律问题所以由法官职权判断,而条件关系原则上是事实问题因而需要当事人主张,对其判断则需要结合评价根据事实、评价妨碍事实和经验法则。〔71〕而经验法则又可以区分为一般经验法则和特殊经验法则,前者为免证对象而后者原则上依靠鉴定意见去证明。但就条件因果关系的主张而言,往往只需要当事人在诉状中表明“A导致B”或“A引发B”即可,例如“被告操作渝A33259号吊车钢管作业,因操作不当,渝A33259与上空高压线接触,致原告被电击伤”。〔72〕

(二)《民法典》侵权责任编的要件事实

要件事实确定的关键在于主张及证明责任的分配。就如何分配而言,首先取决于诉讼标的的选择。就诉的三种类型中最为经典同时也是案件数量最多的给付之诉而言,在旧诉讼标的理论下,其诉讼标的指当事人所主张的实体法上请求权。由此在给付之诉中,需要审查原告所主张事实是否能够涵摄于民法上相应的请求权的构成要件。在形成之诉和确认之诉中也采用类似原理,即审查原告主张的事实能否涵摄于相应的形成诉权或其他权利及法律关系。在确定诉讼标的后,相应构成要件的确定(也即主张及证明责任的分配)主要依赖于与之相关联的实体法规范的法解释学操作。鉴于我国大量民法规范往往在表达上并未充分考虑证明责任分配,这种操作一方面需要原则上坚持罗森贝格“规范说”去解释《民法典》规范,另一方面则需要在解释时更为

〔67〕 杭州华盛达房地产开发有限公司、朱文清商品房预售合同纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2017)浙01民终4138号。

〔68〕 参见伊藤真,见前注〔49〕,第211页。

〔69〕 原告岳耀华诉被告信阳市第一人民医院医疗损害赔偿纠纷案,河南省信阳市平桥区人民法院民事判决书,(2010)平民初字第1151号。

〔70〕 参见王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第236—237页。

〔71〕 就因果关系的具体分析,参见王倩:“环境侵权因果关系举证责任分配规则阐释”,《法学》2017年第4期,第90页以下。

〔72〕 周为与陈兵、中国太平洋财产保险股份有限公司重庆分公司健康权纠纷案,重庆市九龙坡区人民法院民事判决书,(2016)渝0107民初4919号。

灵活,尤其是需要结合规范目的分析而非局限于文义解释和体系解释方法。^[73]

鉴于请求权在民法中的基础性地位,我们需要就《民法典》中核心的请求权基础规范的要件事实进行系统整理。但限于篇幅,这里仅以《民法典》侵权责任编为例展示其要件事实及如何审查。《民法典》侵权责任编第一章规定了侵权责任的一般条款。就最为核心的过错侵权责任的要件事实,尽管学术界存在三要件与四要件之争,但根据《民法典》第1165条第1款的表达,“行为人因过错侵害他人民事权益”可解读出“行为、权益侵害、责任成立的因果关系、过错”这四个要件,而“造成损害”可解读出“损害、责任范围的因果关系”这两个要件。这种理解也契合于学者所主张的将“权益侵害”要件化的观点。^[74]而所谓“违法性”要件并未明确体现于规范层面,因此不宜将其作为构成要件对待。实际上,即便是德国法上,违法性也仅是一个被推定存在的要件因而无需原告方证明,被告则需要就其反面即违法阻却事由承担证明责任。^[75]根据《民法典》第1165条第2款,推定过错责任请求权的要件并未剔除“过错”,它仅仅是将该要件转而由原告方证明(证明其反面,即“无过错”)。易言之,所谓推定过错责任仅仅是过错责任的一种特殊形态,其特殊性体现在“过错”的证明责任分配。而根据《民法典》第1166条,无过错责任请求权的要件事实则剔除了“过错”要件。但《民法典》第1165条第2款和第1166条都是不完全法条,还需要结合其他法规范(主要体现在《民法典》侵权责任编第四章之后)而确定最终的要件事实和具体请求权。《民法典》第1167条所规定的排除妨碍请求权,其要件仅仅需要“加害行为、危及权利人的人身财产安全”,而无需“损害”要件。

《民法典》侵权责任编第四章到第十章就各类特殊侵权作出了规定。根据《民法典》第1202条,基于产品责任的损害赔偿请求权的要件事实应当为“产品存在缺陷、损害、两者之间的因果关系”。^[76]根据《民法典》第1208条并结合《道路交通安全法》第76条,在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内采取的是无过错责任,即请求权的成立仅仅需要“加害行为、损害、前二者之间的因果关系”这几个要件。但在该限额范围之外,机动车之间发生交通事故的采取过错责任,其请求权的要件与《民法典》第1165条基本相同,机动车与行人之间发生交通事故则采取无过错责任,其请求权的要件事实则无需“过错”要件。^[77]根据《民法典》第1218条,基于医疗侵权的损害赔偿请求权的要件事实应当为“诊疗活动、损害、前两者之间的

[73] 参见袁中华:“规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第79条为线索”,《法学研究》2014年第6期,第147—161页;徐涤宇:“民事证明责任分配之解释基准——以物权法第106条为分析文本”,《法学研究》2016年第2期,第103页。

[74] 参见龙俊:“权益侵害之要件化”,《法学研究》2010年第4期,第24页以下。

[75] 参见(德)马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》(2004年第5版),齐晓琨译,法律出版社2006年版,第85页。

[76] 就该问题的分析,参见刘鹏飞:“反思与重述:产品缺陷的证明责任分配”,《当代法学》2019年第5期,第46—55页。

[77] 参见张新宝:《侵权责任法》(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第246页。但也有相反观点认为系推定过错责任,参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第461页。

因果关系、过错”。由此该请求权实际上与过错侵权的请求权在构成要件上并无本质区别。^{〔78〕} 前述“过错”要件又可以结合第 1219 条和第 1221 条区分为伦理性过错和技术性过错,并可以借助于第 1222 条的相关情形予以推定。^{〔79〕} 而医疗产品责任请求权的构成要件与《民法典》第 1202 条基本相同,有所差别的仅仅在于赔偿义务主体。根据《民法典》第 1223 条,环境侵权请求权的要件事实可以确定为“污染环境、破坏生态的行为、损害、二者之间的因果关系”。^{〔80〕} 就高度危险责任请求权的要件事实,根据《民法典》第 1236 条应当确定为“高度危险作业行为、损害、二者之间的因果关系”。动物致害请求权的要件事实,根据《民法典》第 1245 条应当确定为“动物的特殊危险实现、损害、二者之间的因果关系”。^{〔81〕} 就物件致害请求权的要件事实,根据《民法典》第 1252 条,其要件事实应当确定为“建筑物、构筑物或者其他设施倒塌或塌陷、损害、二者之间的因果关系”。

在具体的审查操作中,法官将上述分析所确定的要件事实与案件中的主要事实相互印证,即可确定该案中原告所提起的诉是否满足正当性。例如在下述案例中,原告主张基于产品责任的赔偿请求权,其要件应当包含“产品存在缺陷、损害、两者之间的因果关系”。而在原告的事实主张中,“被告出售的混凝土不合格”可涵摄于“产品缺陷”要件,“各项损失计 859600 元”可涵摄于“损害”要件,“原告无奈只有为被告行为造成的后果采取土建修复工程,从而造成……”可涵摄于因果关系要件。由此,该诉可以通过正当性审查。

案例 5:原告主张其于 2011 年 10 月使用了被告出售的混凝土后,承建工程出现质量问题。经权威部门鉴定,系被告出售的混凝土不合格所致。被告为此与浙江杭州固特建筑加固技术有限公司签订加固合同加固工程作为补救措施,但加固协议未征得原告同意的情况下约定加固工程中的土建部分暂由原告修建。为保证工程顺利完工,原告无奈只有为被告行为造成的后果采取土建修复工程,从而造成了巨大损失。现原告将所欠被告其他合格商品混凝土货款折抵后,再要求被告赔偿伪劣商品混凝土所造成的各项损失计 859600 元。^{〔82〕}

五、结 论

早在 21 世纪初,张卫平就提出了民事诉讼体制转型的宏大命题。他认为,传统的以国家干预和职权主义为特色的民事诉讼体制已经无法适应经济和社会的发展,其改革方向应该是

〔78〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义及适用指南》(下册),中国民主法制出版社 2020 年版,第 1861 页。

〔79〕 就该过错推定条款的证明责任问题的分析,参见纪格非:“医疗侵权案件过错之证明”,《国家检察官学院学报》2019 年第 4 期,第 159—176 页。

〔80〕 就环境侵权中因果关系的证明责任问题,参见王倩,见前注〔71〕,第 90 页以下。

〔81〕 参见袁中华,见前注〔73〕,第 147 页以下。

〔82〕 参见浙江万峰建设集团有限公司与徐州腾宇混凝土有限公司产品生产者责任纠纷案,江苏省丰县人民法院民事判决书,(2013)丰顺民初字第 0520 号。本案中原告的事实主张可同时符合产品责任请求权和违约损害赔偿请求权的构成,也即存在请求权竞合,但原告明确选择了前一个请求权。

以约束性辩论原则(辩论主义)和处分权主义为核心的当事人主义诉讼模式。^{〔83〕}时至今日,辩论主义在学术界也已经基本形成共识,但在规范层面却依然未得到明确确认和严格贯彻。如何推进这种转型,是摆在我们面前的重大课题。而诉的正当性审查制度,恰恰契合于辩论主义的第一原则。该第一原则本身既可以理解为当事人的负担,也可以理解为对法官的约束,即法官必须在当事人主张的事实范围之内裁判。因此正当性审查制度的建立,其意义不仅仅是排除或者修正那些轻率诉讼或者不当诉讼,更重要的是,通过这种审查使得法官在诉讼之初就必须确定诉讼标的和要件事实,由此整个诉讼得以沿着民事实体法给定的要件事实的范围而展开攻击防御,从而实现庭审的集中化和实质化。唯有此,我们才能真正贯彻辩论主义,从根本上促进我国民事诉讼体制的转型。

Abstract: From the perspective of the burden of opinion, we can find that the plaintiff's factual claims in many cases in China's judicial practice are inappropriate or inadequate. The most appropriate judicial response to this is the legitimacy censorship system of the lawsuit. The principle of the censorship of the legitimacy of the action requires the plaintiff to make a substantive opinion on the facts that he bears the burden of proof and claim. The theoretical basis of the relevant system construction of censorship, interpretation and rejection of claims lies in the doctrine of proposing, the obligation of legal point of view and the efficiency of litigation. In order to improve the efficiency and justice of litigation, we should establish the censorship of the legitimacy of claim and the procedure of sorting out issues in contention, and clarify the concrete requirement of factual claim and the essential facts of the central claim in the civil code from the perspective of hermeneutics.

Key Words: Legitimacy Censorship; Burden of Opinion; Essential Facts; Legal Obligations of Specification

(责任编辑:刘哲玮)

〔83〕 参见张卫平:“我国民事诉讼法的发展与体制性制约的分析”,《法律科学》2001年第5期,第104—114页。