

胜诉权消灭说的“名”与“实”

霍海红*

摘 要 源于苏联的胜诉权消灭说,在我国民法学上长期居于通说地位,但我们的理解存在“名”与“实”的混淆。除苏联法学的强大影响,我国胜诉权消灭说之“名”的形成基于两点:一是对权利消灭说、诉权消灭说和抗辩权发生说存在极深误解,它为胜诉权消灭说的出现提供了可能和空间;二是坚持起诉权与胜诉权相区分的二元诉权说,该说构成了胜诉权消灭说的论证和表达框架,也是其名称的直接来源。胜诉权消灭说之“实”在于允许和要求法官职权审查和援用时效,它构成与其他三种效力学说的本质区别,也是决定胜诉权消灭说价值和命运的根本所在。随着法官职权援用时效被禁止,胜诉权消灭说已“名存实亡”,但由于二元诉权说的通说地位仍在,法律人和普通人使用“胜诉权”表述的习惯仍在,因此,胜诉权消灭说至少在目前仍做到了“实亡”而“名存”。

关键词 胜诉权消灭说 二元诉权说 职权主义 私人自治

我们可以就问题达成一致意见,哪怕我们并不能就该问题的答案达成一致意见。^{〔1〕}

——〔印〕阿玛蒂亚·森

源于苏联的胜诉权消灭说,在我国民法学上长期居于通说地位,^{〔2〕}只是近些年来多遭

* 吉林大学法学院副教授。本文为吉林大学杰出青年基金项目(2010JQB16)和教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目(10JZD0029)的阶段性成果。傅郁林、吴泽勇、周建华、巢志雄、李国强、丰霏、别良辉、赵丽君、何金泽、畅冰蕾、冯世儒、付新华、李扬、梅迪、吴文皓等师友阅读了本文的初稿,提出了批评意见,在此一并致谢。当然,文责自负。

〔1〕 (印)阿玛蒂亚·森:《理性与自由》,李风华译,中国人民大学出版社2006年版,页513。

〔2〕 参见佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,页79;王作堂等:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,页125;马原主编:《中国民法讲义》(上册),全国法院(转下页)

批判。^[3]然而,既有批判多着眼于列举胜诉权消灭说概念和逻辑的难以自圆之处,对于胜诉权消灭说自身仍缺乏全面的理解和变迁解释,而理解实际上构成了批判的前提,甚至是一种更有力的批判。直接促使笔者写作本文的是如下事实:我们对权利消灭说、诉权消灭说和抗辩权发生说等效力学说立法例存在诸多误解,这些误解性论说反过来又常常成为我们支持胜诉权消灭说的“有力”理由。这一事实促使笔者关注胜诉权消灭说的本质,澄清诸多对效力学说甚至是对诉讼时效制度的误解。本文试图展示,抛开苏联法学对我们的影响,胜诉权消灭说之“名”的形成源于两点:一是我们对权利消灭说、诉权消灭说和抗辩权发生说存在极深误解,它使得胜诉权消灭说的出现成为必要;二是我们坚持起诉权与胜诉权相区分的二元诉权说,它成为胜诉权消灭说的论证和表达框架,也是其名称的直接来源。然而,胜诉权消灭说之“实”在于允许和要求法官职权援用和审查时效,它构成了胜诉权消灭说与其他三种学说的本质区别,也是决定其价值和命运的根本所在。随着法官职权援用时效被禁止,胜诉权消灭说已“名存实亡”,但由于二元诉权说在民事诉讼法理论上的通说地位仍在(尽管质疑之声日涨),法律人和普通人使用“胜诉权”表述的惯性仍在,胜诉权消灭说至少在目前仍然做到了“实亡”而“名存”。

一、三种效力学说的“稻草人谬误”

我国学者常常先列举权利消灭说(以日本民法为代表)、诉权消灭说(以法国民法为代表)和抗辩权发生说(以德国民法为代表)三种学说立法例,接着指出我国民法未选择任何一种,而是另外继承了苏联民法的胜诉权消灭说。遗憾的是,我们或者并不解释理由,或者将论证立足于对三种学说的误解之上。基于这些误解,其他学说立法例漏洞百出,而胜诉权消灭说则能够一一避免,于是,在既有三种学说外“另觅他途”的必要性和可能性论证均告完成。胜诉权消灭说的“胜利”,在“客观效果”上构成了逻辑学上的“稻草人谬误”,论证者为了使对手的论证易于驳倒,先歪曲对手的论证,然后根据所驳倒的被歪曲的论证得出结论说,对手的论证被驳倒了。^[4]

(接上页)干部业余法律大学1986年印刷,页165;凌相权、余能斌:《民法总论》,武汉大学出版社1986年版,页205;唐德华主编:《民法教程》,法律出版社1987年版,页118;李由义主编:《民法学》,北京大学出版社1988年版,页156;彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1997年版,页136;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2007年版,页193;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2007年版,页209;郭明瑞主编:《民法》,高等教育出版社2007年版,页146。

^[3]参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,页744-745;李永军:《民法总论》,法律出版社2006年版,页745;郑云瑞:《民法总论》,北京大学出版社2007年版,页319;汪渊智:“论诉讼时效完成的效力”,《山西大学学报》2002年第3期,页49。

^[4]参见(美)赫利尔:《简明逻辑学导论》,陈波等译,世界图书出版公司2010年版,页97。

(一) 权利消灭说

日本民法被视为权利消灭说的典型,一方面源于日本学者的表述“日本民法的时效,发生权利本身的取得或者消灭的效果”,^{〔5〕}另一方面源于《日本民法典》规则表述给人的印象,如第167条规定:“债权因十年间不行使而消灭;债权或所有权以外的财产权,因二十年间不行使而消灭。”^{〔6〕}日本民法的确是从“权利消灭”角度来理解消灭时效效力的,而这一进路很大程度上与《日本民法典》将取得实效与消灭时效作“一体”规定的立法技术相关,由于时效效力必须兼顾两种时效,因而从取得时效的“权利取得”推论到消灭时效的“权利消灭”也就不足为奇。但这并不意味着,日本民法作此种处理会使消灭时效效力的实际效果不同于其他国家。

其一,日本民法和实践禁止义务人清偿后以时效为由主张不当得利返还。《德国民法典》第214条、《法国民法典》第1235条、《意大利民法典》第760条等都对此作出明确规定。《日本民法典》虽无此规定,但通过第146条“时效的利益不能预先放弃”及其学说和判例实现了与德、法、意等国民法完全相同的效果。日本学者我妻荣就指出,可以从第146条反推出时效利益可以“事后放弃”,而已经履行的行为可以被视为“放弃”,并认为这种“放弃”规则构成了对日本民法未规定“履行后不能要求返还”这一缺陷的弥补措施。^{〔7〕}

其二,日本民法学对消灭时效和除斥期间虽都冠以“权利消灭”的效力表述,但真正称得上“权利消灭”的其实只是除斥期间,消灭时效则名不副实。除斥期间是指关于一定的权利的法律预定的存续期间,除斥期间当然发生效力,当事人不援用,法院也必须以此为基础作出裁判。因为这是权力本身的存续期间。^{〔8〕}而对于消灭时效,《日本民法典》第145条明确规定:“时效非经当事人援用,法院不能依时效裁判。”

其三,仅根据“权利……消灭”的条文表述或者日本学者“权利消灭”的学术论述来推断“权利消灭”的真意“证据不足”。如果《日本民法典》第167条果真表达了我们眼中的“债权消灭”的涵义,为什么第三编“债权”之第一章“总则”之第五节“债权的消灭”,仅列举了“清偿”、“抵消”、“更改”、“免除”、“混同”等原因,并没有“时效完成”这一原因。反倒是被我们视为“诉权消灭说”典型代表的法国民法规定了“时效完成”这一债的“消灭”原因(《法国民法典》第1234条)。

其四,日本学者“消灭时效的溯及力”的表述并不能直接表征我们理解的“权利消灭”。比如日本学者山本敬三就指出:“在消灭时效的情形,自权利人明知或者应当知道自己的权利受到侵害之日起权利消灭。因此,债务也从该时刻起消灭,以后的利益以及迟延损害金就没有必

〔5〕 (日)我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,页402。

〔6〕 《最新日本民法》,渠涛译,法律出版社2006年版。本文直接引述的法典条文均源于该译本。

〔7〕 我妻荣,见前注〔5〕,页420。

〔8〕 同见前注,页405-406。

要支付了。”〔9〕我国有学者根据该表述认定“权利消灭说”的成立。〔10〕然而,这种因果解说却无法解释为何作为抗辩权发生说典型代表的德国民法也存在类似规定。《德国民法典》第217条规定:“主请求权完成消灭时效时,对取决于主请求权的从给付的请求权也完成消灭时效,即使这一请求权所适用的特别消灭时效尚未完成也是如此。”

我们对“权利消灭说”的误解主要源于对法典条文的字面理解和对时效规则的断章解释,只见“债权……消灭”规定,不见“时效利益抛弃”规定。我们或者认为权利消灭说与时效利益抛弃原则相冲突,〔11〕或者认为日本民法中权利人接受义务人的履行构成不当得利,〔12〕或者仅因为《民法通则》第138条“超过时效期间自愿履行不受诉讼时效限制”的规定而否定其属于日本型的权利消灭说,〔13〕等等。我们似乎已经忘记了解释的规则:“由字义已经‘明确地’得出某种意义,这种确认本身经常已经是一种解释的结果”,“在探求某用语或某语句于某文字脉络中的意义为何时,法律的意义脉络(其前后关系)是不可或缺的。”〔14〕对权利消灭说的误解影响我们对胜诉权消灭说的选择的一个证据就是,我国学者描述胜诉权消灭说时通常会特别指出“不消灭实体权利”,仿佛这是胜诉权消灭说的显著特点,甚至不少学者将《民法通则》第138条视为胜诉权消灭说的立法表述,〔15〕对各国民法的通行条款给予了过分关注。

(二) 诉权消灭说

《法国民法典》第2262条规定:“一切物权或债权的诉权,均经30年的时效而消灭,援用此时效者无须提出权利证书,他人亦不得对其提出恶意的抗辩。”〔16〕我国学者便是根据这一条文将法国民法视为诉权消灭说的典型立法例。〔17〕然而,根据“诉权”字样进行的界定可能受到法典另外两个条文的挑战。第1234条规定:“有下列情况之一时,债消灭:清偿;更新;自愿免除;抵消;混同;标的物灭失;……时效完成,此项情形在第二十编中规定。”第2219条规定:“时效,为在法律规定的条件下,经过一定的时间,取得财产所有权或免除义务的方法。”这产生了三个问题:第一,如果仅从字面含义看,法国民法似乎陷入了“诉权消灭说”和“权利消灭说”的矛盾之中。第二,第2262条在法典中位于第二十编“时效及占有”之第五章“时效期间”,直接将该条作为效力条款看待缺乏依据。反倒是第2219条更像效力条款,因为该条作为第一章“一般规定”的首条存在。第三,从第1234条和第2219条看,法国民法与日本民法似乎

〔9〕(日)山本敬三:《民法讲义I:总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,页390。

〔10〕参见冯恺:《诉讼时效制度研究》,山东人民出版社2007年版,页233。

〔11〕参见尹田:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,页448-449。

〔12〕参见刘凯湘主编:《民法总论》,北京大学出版社2011年版,页373。

〔13〕参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,页249。

〔14〕(德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页220。

〔15〕李由义主编,见前注〔2〕,页156-157;魏振瀛主编,见前注〔2〕,页193;郭明瑞主编,见前注〔2〕,页146;王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版,页174。

〔16〕《法国民法典》,马育民译,北京大学出版社1982年版。本文直接引述的法典条文均源于该译本。

〔17〕魏振瀛主编,见前注〔2〕,页193;江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,页252;王利明等:《民法学》,法律出版社2011年版,页157。

都是“权利消灭”视角,这主要是因为《法国民法典》和《日本民法典》都采取了将消灭时效和取得时效作一体规定的模式。

如果硬要在日本法、德国法和法国法中总结出三种学说并将法国法冠以“诉权消灭说”,法国法独一无二的“程序”视角倒是与“诉权消灭”标签相符合。只有法国法在民事诉讼法中对消灭时效效力给予关注。《法国民事诉讼法典》第32条规定:“由没有诉权的人提出或者针对其提出的任何诉讼请求,均不予受理。”^[18]第122条规定:“当事人可根据下述任何情况之一请求法院宣告对方当事人的诉讼请求不可受理,即无需对诉讼请求进行实体审理:无资格、无利益、时效期间已过、已过预定期限、既判事由。”诉讼不受理作为一种“程序警控工具”,“所针对的是当事人的诉权本身,其目的是对不具备诉权的当事人予以惩罚”。^[19]法国法基本继承了罗马法在该问题上的逻辑,因为在罗马法上,“因时间流逝而消灭的不是我要求清偿的权利,而是我要求法院强制执行的诉权”,^[20]而罗马法学者则于其教材中的“诉讼的消灭”一节谈消灭时效。然而,法国法的程序逻辑并不意味着消灭时效完成等于法官必然不受理起诉,因为“诉讼不受理”由债务人提出(根据《法国民事诉讼法典》第123条,债务人可于诉讼的任何阶段提出),而非由法官依其职权提出;程序逻辑也不意味着终极效果上不同于抱持实体视角的德、日民法,诉讼不受理只是“一种回避实体辩论的方法,其特点是由程序形式来体现”,^[21]德国法就是“实体辩论”,而法国法则是“程序形式”,其相同结果是权利人的权利不能得到实现。

我国学者言及诉权消灭说时常常只点到“权利存在,诉权消灭”即止,并未具体阐明诉权“如何”消灭。较少出现的解说也常存有误解,某些批判带有“自说自话”的意味。有学者认为诉权消灭说与诉权宪法化趋势相冲突,^[22]有学者认为胜诉权消灭说是为强化诉权保护而对诉权消灭说的推进或延伸,^[23]还有学者认为诉权消灭说无法解释法官不能主动审查和援用时效的问题。^[24]事实上,这些批判都立基于诉权消灭说等于“法律不允许权利人起诉”或“法院可依职权不予受理”这一前提,而该前提只是被我们误以为存在。我们对诉权消灭说的理论认识常常不是对法国法的体系性理解和追根溯源,而是在胜诉权消灭说框架下进行的“想象”。“法官不得主动援用时效”规则(《法国民法典》第2223条)的存在实际上使得以起诉权为思考

[18] 《法国新民事诉讼法典》,罗结珍译,法律出版社2010年版。本文直接引述的法典条文均源于该译本。

[19] (法)卡迪耶:《法国民事司法法》,杨艺宁译,中国政法大学出版社2010年版,页361、362。

[20] (英)尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,页131。

[21] (法)让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》(上),罗结珍译,中国法制出版社2001年版,页207。

[22] 参见邹开亮、肖海:《民事时效制度要论》,知识产权出版社2008年版,页190。

[23] 冯恺,见前注[10],页239-240。

[24] 参见汪渊智:《民法总论问题新探》,中国社会科学出版社、人民法院出版社2005年版,页399-400。

基点并无实质意义,对该规则的忽视是我们误解诉权消灭说的重要根源。

(三) 抗辩权发生说

抗辩权发生说的典型立法例是德国法,《德国民法典》第 214 条“消灭时效完成后,债务人有拒绝给付的权利”^[25]已成经典表述。德国学者言及时效效力时都提到关键词“抗辩权”,如“时效不是权利消灭的原因,它只给予义务人一个抗辩权”,^[26]“债务人在消灭时效届满后有权拒绝给付,这是一种技术意义上的抗辩权。”^[27]这些表述既点出了抗辩权发生说的核心——赋予义务人实体抗辩权,也显示了学说名称的直接由来。在三种学说立法例中,我们一直与抗辩权发生说保持着相对“友好”的关系且日渐升温。这可能有三个原因:第一,抗辩权发生说不像权利消灭说、诉权消灭说那样给人以“走极端”的印象,其遭受的误解也相对较少;第二,民国时期以来我们对德国立法的继受以及上世纪 80 年代以来对台湾地区学者著述的参考,使抗辩权发生说具有并巩固了“先占”优势;第三,在近些年来私人自治已成共识的背景下,抗辩权发生说天然的私人自治“公示”效果为其赚足了“人气”。

当然,如果说一直以来我们对抗辩权发生说没有任何误解或者理解已足够到位,似乎也不尽然,指出某些误解并增进理解的精致化,不仅有助于理解抗辩权发生说曾遭冷落的现实,也会有助于未来对抗辩权发生说的立法表述和司法适用。

首先,我们在表述时效效力时使用的“抗辩权”经常与抗辩权发生说的“抗辩权”不一致。抗辩权发生说的“抗辩权”是指“实体抗辩权”,而不是义务人援用时效后的自然效果。学者们在表述诉权消灭说、胜诉权消灭说时也可能提到“抗辩权”,但其却不具有界分效力模式之功用,如有学者指出:“诉讼时效制度是直接针对权利人不行使自己权利的状态予以规范的制度,所以时效完成后应直接对权利人产生法律效果,至于义务人获得拒绝履行抗辩权是其反射效果,而不是直接效果。事实上,即使采诉权消灭说的立法也能导致义务人拒绝履行抗辩权的发生。”^[28]虽然该表述对于反思效力模式划分限度时具有警示效果,但如此理解抗辩权发生说中“抗辩权”之时也是走出抗辩权发生说逻辑之际,它包含着取消时效效力模式划分的取向,因为所有效力模式最终都表现为“义务人不必履行义务”。

其次,我们通常只在表述抗辩权发生说时才强调法院不得主动援用时效,而在其他效力模式的描述中却极少提及,客观上便给人这样一种印象:法官不得主动援用时效是抗辩权发生说的独特之处并基于此与诉权消灭说、权利消灭说相区别。如有学者指出:“抗辩权产生说,认为消灭时效届满后,权利人仍然享有起诉权,法院不能主动援用时效制度,也不能驳回权利人的起诉。义务人以时效届满为由行使抗辩权,法院应驳回权利人的主张。该说避免了诉权消

[25] 《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社 2004 年版。本文直接引述的法典条文均源于该译本。

[26] (德)拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社 2005 年版,页 334。

[27] (德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,页 102。

[28] 汪渊智,见前注[24],页 399-400。

灭说与实体权利消灭说存在的弊端,体现了私法自治的理念,充分尊重了当事人的意思。”〔29〕这种印象不仅未能把握抗辩权发生说的真谛,而且使胜诉权消灭说未承受足够的反思压力,因其在职权援用上似乎并非特立独行,相反可能与权利消灭说和诉权消灭说构成“多数派”。

最后,我们对抗辩权发生说立法例的认定有时存在简单化倾向。我国有学者认为,根据《苏俄民法典》(1964)第87条第1款,诉讼时效在起诉前过期,是拒绝应诉的理由。这表明苏俄民法也采取了抗辩权发生说。〔30〕这种观点应该是基于我国学者对《苏俄民法典》第87条的翻译而形成:“诉讼时效在起诉前过期,是拒绝应诉的根据。如果法院、仲裁署或公断法庭认为造成诉讼时效过期有正当原因,则对于被侵犯的权利应予保护。”〔31〕但我国翻译的几本苏联民法教材,却将该条款表达为“诉讼时效在起诉前期满,是驳回诉讼的理由。”〔32〕如果不着眼于字面表述,而是结合苏俄民法典的相关条款综合考虑,第87条第1款应为“法官驳回诉讼”而不是“当事人拒绝应诉”。其一,虽然“拒绝应诉”之前看似缺少了“主语”,但从第87条第1款和第2款综合来看,拒绝应诉的主语也应为法院、仲裁署或公断法庭。其二,民法典第82条规定:“法院、仲裁署或公断法庭,不论双方当事人声请与否,均应适用诉讼时效。”当事人拒绝应诉与第82条的法官职权援用显然冲突,法官驳回诉讼倒是与第82条保持了一致。

二、作为“包装”的二元诉权说

一般认为,苏联的胜诉权消灭说直接源于其民事诉讼法理论的二元诉权说,而我国同时继承了胜诉权消灭说和二元诉权说。二元诉权说作为胜诉权消灭说的表达框架取得了“至高无上”的地位,仿佛该框架本身就会产生不同于其他三种效力学说的实际效果。实际上,二元诉权说只是体现了胜诉权消灭说的“程序路径”而已。

(一) 二元诉权说 + 胜诉权消灭说: 苏联渊源与中国继承

二元诉权说由苏联学者顾尔维奇首倡,他主张诉权应该包含三个部分:①程序意义上的诉权;②实质意义上的诉权;③认定诉讼资格意义上的诉权。〔33〕苏联民事诉讼法理论保留了前两种涵义,逐步形成了后来通行的二元诉权说。〔34〕苏联民法学者也是在二元诉权说框架内

〔29〕 郑云瑞,见前注〔3〕,页319。

〔30〕 参见马原等主编:《中国民法教程》,中国政法大学出版社2001年版,页218;梁慧星,见前注〔13〕,页249;张弛:“论诉讼时效客体”,《法学》2001年第3期,页53。

〔31〕 《苏俄民法典》(1964),中国社会科学院法学研究所民法研究室译,中国社会科学出版社1980年版。本文直接引述的法典条文源于该译本。

〔32〕 参见(苏)格列巴诺夫、科尔涅耶夫主编:《苏联民法》(上),中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,页256;(苏)斯米尔诺夫等:《苏联民法》(上),黄良平、丁文琪译,中国人民大学出版社1987年版,页225。

〔33〕 参见(苏)顾尔维奇:《诉权》,康宝田、沈其昌译,中国人民大学出版社1958年版,页224。

〔34〕 参见(苏)阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1954年版,页216-217;(苏)多勃罗沃里斯基:《苏维埃民事诉讼》,李衍译,法律出版社1985年版,页178。

阐述诉讼时效效力的,比如,“超过诉讼时效期限所消灭的不是程序意义上的诉权而是实体意义上的诉权。实体意义上的诉权就是有权在法院的帮助下对于从某种主体权利所产生的要求权获得强制执行。诉讼时效期满后,享有主体权利的人已经不能取得法院的强制制裁,他不能获得对自己有利的判决——法院驳回他的诉讼。”^[35]胜诉权消灭说俨然构成了二元诉权说理论价值超越民事诉讼法学的经典例证。

我国民事诉讼法理论完全继承了二元诉权说。早期的权威教材《民事诉讼法教程》明确指出:“诉权就是原告提起诉讼的权利和获得胜诉的权利。对原告来说,这两种权利往往结合在一起,因为没有提起诉讼的权利,就不可能有胜诉的权利;反之,如果原告没有胜诉的权利,就是提起诉讼,对原告也不会有实际意义。”^[36]我国民法学者对《民法通则》第135条“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间”的解释就完全在二元诉权说框架下展开:

时效期间届满后,当事人向人民法院起诉的,只要符合《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》关于起诉的规定,人民法院就应当立案受理,而不应当通知不予受理或裁定驳回起诉。只有在受理以后,才能查明时效期间是否届满,是否存在能够引起诉讼时效中止、中断的法定事由,是否有可以延长时效期间的正当理由。人民法院经过调查审理,如果认定原告的诉讼请求已超过诉讼时效期间,又没有中止、中断或延长的情况,则应判决确定原告人丧失了胜诉权。^[37]

(二)胜诉权消灭说的“程序路径”

以二元诉权说为表达框架表征了苏俄民法在诉讼时效效力上的“程序”路径。从程序路径看待诉讼时效可追溯到罗马法,罗马法的程序路径主要源于其实体与程序混合的“诉权”或“诉”概念,“诉讼不仅具有主观法的一般特点,而且存在着大量不同类型的诉讼,它们有着自己名称,有的是为权利而设置,有的则是为法律关系而设置,这要看表现得较为明显和确切的是权利还是法律关系;甚至,人们经常用说有没有诉讼权利或诉权,表示有还是没有权利。”^[38]难怪英国学者梅因爵士发出“实体法首先是从程序的缝隙中逐渐渗透出来的”^[39]感慨,日本学者谷口安平也提出“诉讼法乃实体法发展之母体”^[40]的论断。除法国法对罗马法发扬光大的继承外,英美法也对消灭时效进行了程序性解说,比如,著名的《布莱克法律词典》就对诉讼时效作如下定义:“诉讼时效是指一项法定期间,在该期间经过之后诉讼或起诉不能

[35] (苏)坚金、布兰兰斯:《苏维埃民法》(1),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1956年版,页319。

[36] 柴发邦主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1983年版,页190。

[37] 马原主编,见前注[2],页165。类似表述参见王作堂等,见前注[2],页125;佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,页317;彭万林主编,见前注[2],页137。

[38] (意)彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,页85-86。

[39] 转引自(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,页34。

[40] (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,页65。

再在法院提起。”^[41]英国学者甚至明确指出:“时间的经过被视为一个程序问题而不是一个实体问题,时效会被作为防御而被承认。”^[42]

德国法的抗辩权发生说是罗马法程序传统的一个“著名的例外”。德国法是罗马法的重要继承者,德国“普通法”的主要渊源就是查士丁尼的各种法律汇编,^[43]拉德布鲁赫甚至感叹道:“一个伟大的民族为了一个外国的、异国语言的、千年之久的法典而放弃了她的祖国的法律。”^[44]但是,德国学者对立法中“民族精神”的强调,对日耳曼法等其他普通法法源的吸收,再加上对其逻辑抽象能力的极致发挥等,使得德国民法在诸多方面作出了影响深远的“创新”,诉权概念上的“另起炉灶”就是其中之一。创始人温德沙伊德认为,实体权利在先或者说是创造者,而诉讼在后或者说是被创造者。《德国民法典》就是以此为基础而设计的主要由其可诉性是不言而喻的实体法上的请求权组成的系统。^[45]随着实体请求权从诉的概念中分离,民事诉讼被视为私人在裁判上行使私法权利的过程或手段,诉权成为实体请求权被侵害时的“变形物”或“派生物”,产生了所谓“私权诉权说”。^[46]在此意义上,德国民法赋予义务人实体抗辩权是德国学者发现请求权概念和重塑诉权概念的自然结果。

苏联民法的胜诉权消灭说总体来说仍是一种“程序”进路,这是事实。但有两点必须指出:第一,胜诉权消灭说的程序特色与抗辩权发生说的实体逻辑虽然不同,但从苏俄法和德国法都在实体法中规定消灭时效规则的立法技术看,二者的差异不应被过分放大。胜诉权有类似实体权利的特质,只是严实包裹着诉权的外衣。第二,胜诉权消灭说虽与诉权消灭说同属“程序”进路,但是二者的差异也至为明显。二者看似都从诉权角度予以阐释,但所依据的诉权概念其实不同。法国法的诉权是纯粹程序性的,而苏联法上的诉权却是实体与程序“二元”的。我们更倾向于从程序角度理解法国法的诉权消灭说(尽管这其中充满了误解),而从“准实体”角度来理解苏联的胜诉权消灭说。正是基于这两点,胜诉权消灭说的程序逻辑是远不如法国法彻底的,甚至在某种程度上只是“话语上”的,这恐怕是我们能够从追随苏联模式从容转向效仿德国模式的便利条件,也是我国程序法学者鲜有对诉讼时效问题感兴趣的原因所在。

(三)二元诉权说之反思

诉权作为民事诉讼法理论的“猜想级”问题,固然学说林立、争论不断。不过学说争论的表象之下往往也掩盖了作为前提的共识,目前大陆法系通常都是在“国民与国家(代表国家的

[41] Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West, a Thomson business, 8th ed., 2004, p. 947.

[42] John Weeks, *Preston and Newsom on Limitation of Actions*, Longman Group UK Ltd, 4th ed., 1989, p. 12.

[43] 参见(德)萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,页29-30。

[44] (德)拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,页60。

[45] 参见(德)策尔纳:“实体法与程序法”,载(德)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,页102。

[46] 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,页175-176。

法院)”之间“要求裁判与接收裁判”的意义上谈论诉权的。^[47]至于“私法诉权说”、“公法诉权说”(具体又包括抽象诉权说、具体诉权说、司法请求权说、本案请求权说等)学说,都是学者们在特定历史阶段、基于特定立场、并有特定侧重而提出的“枝权学说”,目的在于解释“要求裁判与接收裁判”背后的根据和逻辑(究竟是基于公法的权利,还是实体权利的变形等等);所谓“诉权否定说”也并非否定诉权的实质即要求裁判本身,而是否定诉权概念及其解释的必要性,在该学说看来,在公力救济取代私力救济之后,赋予当事人以诉权是不言而喻的。就此而言,对诉权概念的否定恰好彰显出诉权应有的程序和公法属性。

我国民事诉讼法学界已开始反思继承于苏联的二元诉权说,不少学者认为,实体意义上的诉权实际上与实体请求权并无实质区别,因而无独立价值;应当强调诉权的“程序”和“公法”属性;诉权是启动和运行民事诉讼程序的根据,反映了国民与国家的关系。^[48]有法理学者甚至明确提出了“将诉权理论的发展引向诉讼过程之中,转‘诉权——实体权利’为‘诉权——诉讼权利’”^[49]的学术建议。当然,承认诉权的程序和公法属性,并不会也不可能否认其与实体的关联及其服务功能,实体法学者早已接受了“诉权是私权通向公权力的桥梁”^[50]的观念。笔者完全赞同对诉权作“程序”和“公权”的理解,并试图指出,在反思二元诉权学说乃至胜诉权消灭说时我们应注意如下五个事实:

第一,二元诉权说并非区分“程序与实体”、“起诉与审理”的有效途径。我国学者在论证二元诉权说的意义时曾指出:“在实际工作中,由于有些人没有严格区分这两种诉权,因而错误地剥夺了某些当事人的诉权。例如,有的审判人员认为原告起诉的事实根据不足就不受理其案件。……另外,有些当事人没有程序意义上的诉权,但由于审判人员在接受起诉时不加以审查。因此错误地开始了诉讼程序。”^[51]即使上述问题是事实,该“错误”与是否坚持二元诉权说也无实质关联。相反,二元诉权说可能加剧这两种错误的发生。一方面,“诉权”术语在国人观念中本来就与程序或起诉有关(我们将诉权消灭说理解为起诉权消灭说并非偶然),此时将这一概念中区分出程序意义和实体意义,难免让人产生误解,或导致区分的困难。^[52]另一方面,二元诉权说“在强调诉权的实体意义上,为立法限制当事人的诉权提供了理论依

[47] 参见(意)卡佩莱蒂等:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社2000年版,页24;(德)尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,页196;(日)新堂幸司,见前注[46],页179;王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,三民书局2010年版,页267。

[48] 参见刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,页256;张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,页32;李浩:《民事诉讼法学》,法律出版社2011年版,页164。

[49] 丰霏:“诉权理论的发展路向”,《中外法学》2008年第5期,页755。

[50] 彭诚信:《主体性与私权制度研究》,中国人民大学出版社2005年版,页242。

[51] 柴发邦主编,见前注[36],页192。

[52] 已有学者指出了这种困难,参见顾培东:《法学与经济学的探索》,中国人民公安大学出版社1994年版,页227;常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2008年版,页168。

据”,^[53]并可能引发或加剧“实体要件”与“起诉要件”的混淆,进而加剧“起诉难”。^[54]

第二,苏联学者在以二元诉权说解释胜诉权消灭说时,在逻辑概念使用上并不完全一致。如诺维茨基指出:“因诉讼时效而消灭的是要求权,即是指程序意义上的诉权,而不是要求权所由产生并借以为根据的实体民事权利本身”,“诉讼时效所消灭的并不是起诉权,即并不是向法院提出请求的权利,而是诉权,即取得审判上的保护的意义上的诉权。”^[55]这与坚金、斯米尔诺夫等学者使用的二元诉权说(如前所述)存在差异。前者所谓程序意义上的诉权指向“权利得以强制执行”的意义,与其对应的是“实体权利”本身;而后者所谓程序意义上的诉权指向“起诉的权利”,而将“权利得以强制执行”称为实体意义上的诉权。换句话说,前者程序意义上的诉权却是后者实体意义上的诉权。这种概念使用的不一致与其说表明了学者们涵义理解上的“个人性”分歧,不如说暴露了二元诉权说存在指称不明和界限不清的“一般性”局限。

第三,苏联学者肯定二元诉权说的原因之一就是解决类似“不能剥夺起诉权”等难题。顾尔维奇曾明确指出:“把起诉权和实质意义上的诉权混为一谈就会造成上述后果。例如,有时把诉讼时效届满认为是起诉权的消灭;不作出驳回诉讼的实体判决(这种判决保护着被告的利益),而是终止案件,这样实际上就是使被告不能受到审判保护;实体权利存在与否的问题仍然没有得到解决。”^[56]但随着《苏俄民法典》(1964)的出台,这一问题已不存在,法典第81条规定:“法院、仲裁署或公断法庭,不管诉讼时效是否过期,均得受理有关保护遭受侵犯的权利的请求”,从而修正了《苏俄民法典》(1922)第44条“起诉权,逾法律规定之期间而消灭”^[57]中的“不确切术语”。换句话说,在诉讼时效问题上,肯定起诉权后,胜诉权概念已不再必要。

第四,我国学者对“实体权利”与“胜诉权”及其关系的理解并不一致。有学者在指出胜诉权消灭时强调实体权利并不消灭,^[58]有学者同时指出实体请求权消灭和胜诉的权利消灭,^[59]但也有学者明确主张胜诉权与实体权利只是名称不同。^[60]这与其说是学者们对胜诉权理解差异的表现,不如说是二者并无实质差异的证据。首先,“胜诉权消灭而实体权利不消灭”并非同一逻辑框架内推演的结果。对胜诉权消灭的强调源于对起诉权消灭结果的避免,而对实体权利不消灭的强调则源于对不当得利返还结果的防止。看上去各司其职的胜诉权与实体权

[53] 参见刘荣军,见前注[48],页262。

[54] 混淆实体要件和起诉要件而导致起诉条件的“高阶化”,是导致“起诉难”的重要原因。参见张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,页70-72。

[55] (苏)诺维茨基:《法律行为·诉讼时效》,康宝田译,中国人民大学出版社1956年版,页249、155。

[56] (苏)顾尔维奇,见前注[33],页224。

[57] 《苏俄民法典》(1922),王增润译,新华书店1950年版。另一中文译本与此基本一致:“超过法律规定的期限,不能提起诉讼。”参见《苏俄民法典》(1922),郑华译,法律出版社1956年版。

[58] 佟柔、赵中孚、郑立主编,见前注[2],页78;凌相权、余能斌,见前注[2],页205-206。

[59] 郭明瑞主编,见前注[2],页144。

[60] 参见谢怀栻:《民法总则讲要》,北京大学出版社2007年版,页201。

利究竟是何关系之类的困惑与追问,一直被束之高阁。其次,胜诉权因二元诉权说的渊源,直接被贴上“程序”标签,这与实体权利的“实体”标签显然不同。也许在学者们看来,胜诉权与实体权利既然对应于程序和实体,解决不同的问题,追问胜诉权与实体权利的区分没有必要。

第五,我们一直更习惯于在关联的内部寻求区分,而不是在区分的基础上寻找关联。^[61]二元诉权说在我国被坚持不能不说是这种倾向的一个实例,它将与实体请求权并无实质差异的实体诉权和起诉权这两种完全不同的权利置于统一的“诉权”概念下。这里存在两个问题:一是,胜诉权术语的创造并没有改变起诉权与实体请求权并存的事实以及它们之间的关系,因而显得多余,它可能只是“将旧问题改变称谓而已”。^[62]二是,胜诉权术语的出现反映出实体法与程序法“分离”的绝对化和过度化,我们试图在程序法或实体法逻辑内全面反映本来分别属于实体或程序领域的问题。胜诉权更像是程序法为完成“自给自足”而对实体请求权进行的“改头换面”,或者是实体法为彰显诉讼时效的诉讼结果指向而对程序法诉权逻辑的“拿来主义”。

三、法官职权援用时效:胜诉权消灭说之“本质特征”

在胜诉权消灭说的描述中,二元诉权说出尽风头,但只要仔细推敲就会发现,法官职权援用时效才是独特而令其他立法例国家学者印象深刻的地方。^[63]我国学者在表述胜诉权消灭说时偶尔也会提及职权援用,或在言及其他学说时提及法国民法、日本民法中禁止法官主动援用,却并未继续追问职权援用与胜诉权消灭说的关系。一方面,我们过于注重概念和法条的字面比较,而缺乏对各种效力模式后果的具体关注。由于未对相关概念和条文准确理解,“胜诉权消灭”与“诉权消灭”、“权利消灭”、“抗辩权发生”已经呈现出如此的不同,以至于职权援用的差异已不重要。另一方面,胜诉权消灭说的理论逻辑应为,时效已过意味着权利人的胜诉权已经消灭,因而权利人不能胜诉。但要贯彻这种逻辑,仅依靠当事人提出时效抗辩是不够的,只有赋予法官职权援用的“权力”和“责任”才能够自圆其说,而实践中真正做到“胜诉权消灭”甚至需要法官百分之百地贯彻职权援用。正是在这两种意义上,法官可依职权援用时效在客观上构成了胜诉权消灭说的本质特征。

(一) 法官职权援用时效的规则及其反思

《苏俄民法典》(1964)第82条规定:“法院、仲裁署或公断法庭,不论双方当事人声请与否,均应适用诉讼时效。”《德意志民主共和国民法典》第472条第1款规定:“公民或企业依照

[61] 这是笔者对中国语境中证明责任概念使用现状进行分析后得出的一个初步结论,参见霍海红:“证明责任概念的分立论——基于中国语境的考察”,《社会科学》2009年第6期,页95-103。

[62] (德)魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,页91。

[63] 参见(德)何意志:《法治的东方经验:中国法律文化导论》,李中华译,北京大学出版社2010年版,页284。

本法享有的请求权受时效的限制,在本法或其它法规规定的期限届满后,不得再诉请法院强制执行。”〔64〕《朝鲜民法典》第268条规定:“裁判机关或仲裁机关,即使当事人未主张民事时效利益,亦应适用时效。”〔65〕当我们今天提到胜诉权消灭说的苏联渊源时,也往往着眼于其“职权干预”特征:“胜诉权消灭说主要来源于苏联民法理论和立法的规定,后在社会主义国家民法典中被采用。其历史背景是,上述国家实行计划经济和单一公有制的经济制度,无论是在经济领域还是法律领域,国家干预色彩浓重,因此,体现在诉讼时效制度的适用上,即规定法院应主动援引诉讼时效的规定进行裁判。”〔66〕我国民法虽然没有明确规定法官可依职权援用时效,但学者们普遍将《民法通则》第135条作此解释:“时效届满,权利人的胜诉权消灭,其起诉权和实体权利则不消灭。无论当事人是否了解时效的规定或是否提出时效抗辩,司法机关均应依职权调查诉讼时效问题,如果原告的请求或权利适用诉讼时效,且时效期间已经届满,又没有应予保护或延长时效期间的特殊情况,就应判决对其权利不予保护。这种做法,由苏联首先实行,并为我国和其他社会主义国家采纳。”〔67〕

就笔者所见范围,我国《民法通则》采取了或者至少在实践中贯彻了法官职权援用有两个明显的证据。一个证据是,最高人民法院《关于民事诉讼当事人因证据不足撤诉后在诉讼时效内再次起诉人民法院应否受理问题的批复》(1990年3月10日)指出:“上海市高级人民法院:院(89)沪高民他字第5号关于张珠英诉彭绍安债务纠纷案撤诉后能否立案受理的请示报告收悉。经研究,我们同意你院审判委员会的意见。原告张珠英以暂因证据不足为由申请撤诉,在一审人民法院裁定准许撤诉后,张珠英在诉讼时效期间内又提出新的证据再行起诉,人民法院应予受理。”根据民事诉讼法一般原理,当事人撤诉是对自己诉讼权利的处分,并未处分自己的实体权利,因此,当事人撤诉以后,还可以再行起诉。〔68〕因此,该批复绝不是对撤诉一般原理的重复确认,它的目的在于解决诉讼时效已过给撤诉后再行起诉带来的难题,而该难题在时效的私人抗辩语境下并不存在,如果义务人不提出时效抗辩,这根本就不是一个问题;如果义务人提出抗辩,那也是实体审理的问题。就实质而言,这是一则与“撤诉”无关的批复。

另一个证据是,实务界曾明确主张已过时效的案件不宜调解结案:

诉讼时效制度是法律的强制性规定,不属于两可性规定,不因当事人的意志而改变。如果以调解的方式处理,就意味着法院对于权利人不行使权利超过法定期间的,还保护或者部分保护权利人的权利,这种做法,以当事人的一致改变了法律的规定,实属不妥。所

〔64〕《德意志民主共和国民法典》,费宗祯译,法律出版社1982年版。

〔65〕《韩国民法典 朝鲜民法》,金玉珍译,北京大学出版社2009年版。

〔66〕奚晓明主编:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社2008年版,页77。

〔67〕佟柔主编,见前注〔37〕,页317。

〔68〕参见张卫平:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2011年版,页223;全国人大常委会法制工作委员会民法室:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,页257。

以,对于超过诉讼时效,又没有中止、中断和延长理由的案件,可以判决的方式、撤诉的方式结案,不宜以调解的方式结案。至于当事人之间在撤诉后达成的协议,不属诉讼内事情,自然不受时效限制。〔69〕

如果立法不允许法官主动援用时效,对超过时效的案件进行调解显然不是问题,是否援用时效与是否进行调解均属当事人自治的范畴,正所谓“一个(权利人)愿打,一个(义务人)愿挨”。只有基于允许和要求法官职权援用时效的背景下,时效的职权援用才会与调解的私人自治产生严重冲突。换句话说,实务界提出的这个问题虽是难题,但却出于法官职权援用时效规则的“制造”。

为防止将已过时效的诉讼请求直接拒之门外而扭曲胜诉权消灭的本意,产生如《苏俄民法典》(1922)第44条引起的误解,《民事诉讼法贯彻意见》第153条特别作出规定:“当事人超过诉讼时效期间起诉的,人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的,判决驳回其诉讼请求。”允许当事人起诉并非将“抗辩”任务完全交给债务人由其“自治”,相反,该条款进一步明确了法官职权援用的立场,将“法官职权援引”分为两个步骤进行,一是在当事人起诉时初步查明时效期间是否已过(只要不涉及如何理解和确定起算规则,起止时间确定便意味着这一工作完成),二是在后续开庭审理中进一步查明时效中止、中断、延长等事由是否存在以便最终确定是否已过时效。可作为佐证的是,一本《立案指南》曾明确指出:“案件的诉讼时效是立案审查的一项重要内容,但是超过诉讼时效的案件丧失的只是胜诉权而不是起诉权。当事人坚持起诉的,人民法院应当受理,受理后查明无中止、中断、延长诉讼时效期间事由的,可以判决驳回诉讼请求。”〔70〕

分开两个步骤可能有两个基本考量:第一,初步查明时效期间经过是审查起诉时可完成的,但中止、中断等事由是否存在至少要等到被告提交答辩状之后才有可能;〔71〕第二,以经过时效为由不予受理当事人的起诉不符合强化当事人诉权保护的现代理念和发展大势。然而,允许权利人在请求已过时效后起诉,法官却又依职权援用和审查时效,并在无法定事由时无需义务人主张而直接判决驳回诉讼请求,至少会引发如下质疑:①权利人在权利已过时效时仍可起诉,法院也受理并收取诉讼费用,但权利人却不能胜诉,权利人明知不能胜诉为何还要起诉?〔72〕这种做法增加当事人成本、浪费司法资源,并给人留下诉讼程序“自欺欺人”的印象,获得一种“似是而非”的满足。②允许权利人起诉却不放弃职权援用时效的立场真能体现诉权保护?保护诉权是为给受损者提供司法救济之可能,在允许起诉的同时又依职权援用时效而驳回诉讼请求的做法充其量只是提供了保护诉权的“形式”,因为职权审查和援用时效已构

〔69〕 彭士翔:“关于诉讼时效的几个问题”,《法律适用》1987年第4期,页7。

〔70〕 王志毅主编:《立案指南·民事卷》,中国民主法制出版社2003年版,页31。

〔71〕 王作堂等,见前注〔2〕,页125;柳经纬主编:《民法》,厦门大学出版社2008年版,页172;高富平主编:《民法学》,法律出版社2009年版,页253。

〔72〕 参见李永军,见前注〔3〕,页745。

成剥夺诉权的“实质”。③如果义务人不提出时效抗辩,权利人胜诉的唯一机会竟是法官未依职权审查和援用时效的“失职”。法官未查明时效已过的事实或者中止、中断的事实,义务人或权利人能否以此为由提出上诉或者再审(因为这完全可归咎于法官的“失误”)?④职权援用时效使得审查时效的阶段产生了“分裂”。审查起诉时无法直接完成的任务成了法官受理已过时效请求的理由,但这显然不符合诉权保护的本意,因为按照该逻辑,如果审查起诉时能够彻底完成时效审查,受理诉讼就不被允许,如此,胜诉权消灭说也就变成了“起诉权消灭说”。

(二) 职权援用规则的体系制约与历史背景

德国学者拉德布鲁赫曾指出:“每一种法律思想都不可避免地带有它得以型塑的‘历史气候’的标记,大多从一开始就被不知不觉地限定在历史可能性的界限之内。”^[73]胜诉权消灭说在我国长期居于支配性地位就是对此论断所作的生动注脚。在某种程度上,对胜诉权消灭说,我们与其说是“选择”,不如说是“被决定”。除了当时“全能政府”的政治体制^[74]和“集中计划”的经济体制^[75]等宏观的背景因素,仅从法律制度的微观层面看,我们对法官职权援用时效的“自然”选择,主要源于两个因素:

首先,我们对苏联的职权主义民事诉讼模式进行全面借鉴,该模式也因与我国古代的“纠问”传统^[76]以及革命根据地时期确立起来的“马锡五审判”传统^[77]相兼容而备受推崇。在苏联民事诉讼中,“法院在解决案件的争议不受双方当事人请求范围的拘束”,“根据当事人的主张,法院就可以决定必须加以确定的事实材料的范围。同时法院也可以根据职权主动地增加一些对案件的解决有重大意义的法律事实,设法加以查明。”^[78]在我国,“对民事诉讼实行国家干预,这是我国民事诉讼法的一个特点。……我国民事诉讼中的国家干预,是指人民法院代表国家依法对当事人的诉讼行为实行监督,不受当事人诉讼行为的影响”,“只有收集和调查一切能够反映案件情况的证据,才能正确认定案件事实,正确地处理民事纠纷。为此,凡是能够证明当事人之间争执的法律关系的产生、变更或者消灭的各种事实的证据,都要全面地加以收集调查。”^[79]于是,法官主动援用时效并查明事实只是民事审判中的无数职权行为之一。

其次,我们对诉讼时效制度过度坚持公共利益的目标定位,缺乏对私人利益的直接观照。在苏联学者眼中,“诉讼时效可以保证民事法律关系的明确性和稳定性;提高民事流转参加者的纪律性,推动他们在行使属于他们的权利和履行义务方面的积极性;有助于加强合同纪律,加快资金的周转,加强对履行债务的相互监督;可以保证法院、仲裁委员会和在仲裁法院所通

[73] (德)拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,页32。

[74] 政治学家邹谠教授提出“全能主义”概念来表示以强力政治组织控制社会生活各领域的状态。参见邹谠:“中国二十世纪政治与西方政治学”,《经济社会体制比较》1986年第4期,页19-22。

[75] 参见吴敬琏:《当代中国的经济改革教程》,上海远东出版社2010年版,页3-37。

[76] 参见张晋藩主编:《中国司法制度史》,人民法院出版社2004年版,页237、427。

[77] 参见张希坡:《马锡五审判方式》,法律出版社1983年版,页42-44。

[78] (苏)克列曼:《苏维埃民事诉讼》,刘家辉译,法律出版社1957年版,页77、88。

[79] 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,页96-97、228。

过的决定的正确性,因为如果在这种期限提起诉讼,就有更大的可能保存证据,法院和仲裁机关就能够利用这些证据来认定案件的事实情况。”^[80]我国学者在言及诉讼时效的意义时,集中于如下四点:第一,有利于稳定社会、经济秩序;第二,可以促使权利人早日行使权利;第三,有利于改善企业经营、加速资金流转;第四,有利于法院核查证据,便于进行审理。^[81]正是对公共利益的极度推崇,决定了时效抗辩的提出不能完全委之于私人,因为诉讼时效并非义务人的私事,而且一旦义务人未提出抗辩,诉讼时效所追求的宏大目标岂不落空?

形成鲜明对照的是,大多数国家或地区都否定法官职权援用时效。大陆法系不少国家民法典都以专条规定“法官不得依职权援用时效”,如《法国民法典》第2223条,《日本民法典》第145条,《意大利民法典》第2938条,《葡萄牙民法典》第303条,《荷兰民法典》第三编第322条,《阿根廷民法典》第3964条,《魁北克民法典》第2878条,《路易斯安那民法典》第3452条等。英美法也持相同立场,《美国联邦民事诉讼规则》第8条第3款明确规定:“在对先行诉答文书提出诉答时,当事人应积极提出如下抗辩:合意和偿还、仲裁和仲裁裁决、风险承担、共同过失、破产免责、强迫、禁止反悔、缺乏约因、欺诈、违法、共同受雇人的伤害消灭时效、许可、支付、免除义务、既判力、欺诈防止法、诉讼时效法、放弃权利以及构成其他无效或积极抗辩的事项。”^[82]英国学者也明确指出,诉讼时效法最基本的原则是法院不能主动援用时效,而要由被告通过防御提出时效问题。^[83]

与苏联、民主德国、朝鲜等社会主义国家选择职权援用的制约因素相对应,大多数国家或地区对职权援用的否定或对私人抗辩的强调,也源于两个因素:

首先,与大多数国家民事诉讼采取当事人主导模式相关。在德国法上,“当事人通过请求决定着法官审查的范围;法官不应超出当事人的请求”,“仅由当事人决定诉讼材料认定的必要性并对其进行确认;当事人没有提出的事实法院不可以予以考虑,除非该事实是显而易见的。”^[84]在美国法上,“对抗制是美国诉讼制度的基础。基于对抗制,诉讼程序由当事人启动并为当事人所控制。对抗制的典型模式就是,由当事人(原告和被告)承担调查、呈示证据和提出辩论的责任。当事人之间的纠纷通常是由一名法官——一个中立、无偏私的被动的裁判者——倾听当事人双方的陈述,并基于当事人所呈示的内容而作出裁断。法官的作用相当于

[80] 参见(苏)斯米尔诺夫等,见前注[32],页217;(苏)格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编,见前注[32],页250。

[81] 参见佟柔、赵中孚、郑立主编,见前注[2],页79;王作堂等,见前注[2],页125;江平、张佩霖,见前注[2],页116;马原主编,见前注[2],页165-166;唐德华主编,见前注[2],页118-119;李由义主编,见前注[2],页154;顾昂然:《立法札记》,法律出版社2006年版,页254;谢怀栻:《民法总则讲要》,北京大学出版社2007年版,页201。

[82] 《美国联邦民事诉讼规则·证据规则》,白绿铉、卞建林译,中国法制出版社2000年版。

[83] David Oughton, John Lowry and Robert Merkin, *Limitation of Actions*, LLP Reference Publishing, 1998, p. 75.

[84] (德)罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》(上),李大雪译,中国法制出版社,页523,页527。

一个公断人,力图确保律师遵守程序规则。”〔85〕时效抗辩仅由当事人提出,不过是这些国家坚持当事人主导模式的一个再自然不过的表现而已。

其次,与对诉讼时效制度的私人自治定位有关。德国民法典《立法理由书》就指出:“消灭时效之要旨,并非在于侵夺权利人之权利,而是在于给予义务人一保护手段,使其毋需详察事物即得对抗不成立之请求权。”〔86〕日本学者言及时效制度实体法意义时主要强调两点:一是社会的法律关系的安定(对当事人生活关系的保护和对第三人的保护),二是权利行使的懈怠——躺在权利上睡觉的人不值得保护。〔87〕美国学者谈到“时效法的目的”时,也着眼于原被告之间的利益平衡,如避免被告因必要证据已不可用、记忆减退或重要证人消失等原因而遭受损失,没有时效规则,被告可能处于不道德的原告的控制,因为原告可能会保存支持自己主张的证据而等待未来对手丢掉可用来防御的证据。〔88〕这表明,大多数国家主要着眼于私人之间的利益平衡和相互博弈,从而间接实现公共考量。诉讼时效抗辩是一种“行动的权利”,一种依靠义务人自身法律意识和自主选择去具体实践和实现的权利。诉讼时效制度只是赋予义务人表达自己立场的机会,而并不要求义务人必须利用这种机会,〔89〕因而有“良心抗辩”之称。〔90〕

四、私人自治转向之后:胜诉权消灭说之“名存实亡”

2008年最高人民法院发布了《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(以下简称《诉讼时效规定》),成为《民法通则》和《民法通则贯彻意见》之后对诉讼时效制度的最大扩展。该司法解释第3条明确规定:“当事人未提出诉讼时效抗辩,人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动使用诉讼时效的规定进行裁判。”这表明私人自治理念已正式入主诉讼时效制度,甚至在“法官时效释明”问题上比德国法和日本法走得更远。〔91〕

(一)胜诉权消灭说之“名存”而“实亡”

除去了法官职权援用时效,胜诉权消灭说已在实质上背离了当初的苏联传统,自身的独特性和重要性已经极度下降,私人自治转向构成了对胜诉权消灭说的消解或反对力量。〔92〕如今

〔85〕 (美)史蒂文·苏本、玛格丽特·伍:《美国民事诉讼的真谛:从历史、文化、实务的视角》,蔡彦敏、徐卉译,法律出版社2002年版,页29。

〔86〕 (德)梅迪库斯,见前注〔27〕,页91。

〔87〕 (日)山本敬三,见前注〔9〕,页346。

〔88〕 Calvin W. Corman, *Limitation of Actions*, Little, Brown and Company, 1991, pp. 11-13.

〔89〕 参见霍海红:“论我国诉讼时效效力的私人自治转向——实体与程序双重视角的观察”,《现代法学》2008年第1期,页68。

〔90〕 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页700。

〔91〕 在日本和德国,法官是否得进行时效释明存在争议。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,页263;(德)梅迪库斯,见前注〔27〕,页102。

〔92〕 我国民事诉讼辩论原则也因背离苏联的客观真实原则和干预原则而面临同样困境。参见霍海红:“论中国式辩论原则之消解”,载张卫平主编:《民事程序法研究》(第5辑),厦门大学出版社2010年版,页83-97。

胜诉权消灭说只是表达了其他三种学说的共同点,已经“名存实亡”。抗辩权发生说如今被推到前台,甚至《诉讼时效规定》第3条被认为足以表征抗辩权发生说。^[93]第3条虽具有“革命性”意义,但对于立法设计还远不够。抗辩权发生说的“比较优势”在于技术操作性,而非私人自治立场,它明确告诉义务人和法官该如何行为,禁止法官职权援用的规定甚至都不再绝对必要。日本学者我妻荣就指出:

日本民法的时效的效果,为谋求于由此接受利益者的意思的调和,只有依该人的主张才发生其效果。民法欲通过无‘当事人的援用’无法构成‘裁判’的基础的理论(第145条)来达成这一宗旨。法国民法(第2223条)、瑞士债务法(第142条)与此类似。与此相对,像德国民法的消灭时效那样,因时效的完成,不是权利消灭,只是义务者取得抗辩权时,这个问题就自身得到解决。^[94]

也许在理论界和实务界看来,抗辩权是我国民法学早已采用的权利概念,《诉讼时效规定》第22条甚至明确使用了“抗辩”的表述,并已与第3条自然结合在一起。但这只是一种“解释”的逻辑,而非“立法”的逻辑。

按照抗辩权发生说确立规则,就要改变《民法通则》第135条“向人民法院请求保护民事权利的期间”的模糊表述,确立如《德国民法典》“债务人有拒绝给付的权利”的精确表述。近年来两部代表性的民法典学者建议稿均采取了德国式表述,梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿·总则编》第194条规定:“时效期间届满,义务人可以拒绝履行给付。”^[95]王利明教授主持的《中国民法典学者建议稿·总则编》第234条规定:“权利人于法定期间内继续地不行使其权利,期间届满后,义务人有权拒绝履行给付。”^[96]只是,基于我国曾经允许法官职权援用时效的独特现实和学者们对此的强烈批判,两部建议稿都较德国民法典多规定了“法官不得主动援用时效”,以确保私人自治能够被“明文”固定,从而彻底与《民法通则》第135条划清界限。《中国民法典草案建议稿·总则编》第191条规定:“时效必须由其受益人或者受益人的代理人通过诉讼或者仲裁主张,才能适用。法院或者仲裁庭不得依职权适用时效。”^[97]《中国民法典学者建议稿·总则编》第237条规定:“非经当事人主动援用时效抗辩,人民法院或者仲裁机构不得以诉讼时效作为裁判的依据。……”^[98]可以预见,我国未来民法典将采取抗辩权发生说的立法表述和论证逻辑,所谓胜诉权消灭说将成为一个多余的理论解说。

(二)胜诉权消灭说之“实亡”而“名存”

胜诉权消灭说已不再风光无限,确立德国式效力规则已成共识,但如果就此断言胜诉权消

[93] 奚晓明主编,见前注[66],页77-78。

[94] (日)我妻荣,见前注[5],页402。

[95] 梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿及立法理由·总则编》,法律出版社2004年版,页248。

[96] 王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》,法律出版社2005年版,页397。

[97] 梁慧星主编,见前注[95],页244。

[98] 王利明主编,见前注[96],页417。

灭说的思维方式已彻底退出历史舞台,似乎言之过早。我们固然否定了作为核心特征的职权援用,但在表述方式或论证思维上,胜诉权消灭说的“影子”仍时有出现。一方面,学者们虽声称坚持抗辩权发生说而否定法官职权援用,但仍没有摆脱胜诉权消灭说的表达模式:

对权利人来说,时效届满之后,权利人的实体权利和诉权均不发生消灭。时效期间届满后,其实体权利仍然存在,只是这种权利已经转化为一种自然权利。但基于该权利,权利人仍然可以接受义务人的履行,并且时效届满不导致诉权的消灭,权利人仍然可以基于其程序意义上的诉权向法院提起诉讼。只要符合起诉的条件,法院应当受理。^[99]

该表述除否定法官职权援用可供识别外,更像是以胜诉权消灭说话语包装下的抗辩权发生说。事实上,的确有学者主张否定职权援用后,胜诉权消灭说可转为“胜诉权抗辩发生说”。^[100] 另一方面,即使《诉讼时效规定》颁布之后,法官仍使用既有的论证话语,“胜诉权”表述依然出现在诸多民事判决书之中。^[101] 这表明,作为胜诉权消灭说之“包装”的二元诉权说无论在理论界还是实务界都仍占有很大市场,普通人更是对“胜诉权”耳熟能详,胜诉权消灭说可能在较长时期内做到“实亡”而“名存”。^[102] 俄罗斯民法学在此问题上与我们类似,他们一方面坚决改采“诉讼时效的适用取决于争议当事人的意志”的立场,另一方面又认为“要求法院进行审理的权利(程序意义上的诉权)与时效期是否届满无关,而取得强制保护的权利(实体意义上的诉权)则是另一回事了,它只能在诉讼时效期内得到实现”。^[103]

也许本文会遭受这样的质疑:既然法官职权援用时效才是问题的关键所在,而这种做法已被规则明确否定,那么使用抗辩权发生说与使用胜诉权消灭说的表达,又有何差别呢?胜诉权消灭说的“实亡”而“名存”,又有何不可呢?不就是一种学说吗?的确,法官职权援用被否定后,最急迫的操作性问题已经解决,但这绝不意味着全部,别忘了我们只是确立了法国二百多年前、德国一百多年前就已确立的规则而已。也许本文应了苏力教授“学者的议论往往只是有助于理解问题,而不是解决问题”^[104]的论断,然而,谁又能否定理解问题的重要性呢?否定了理解问题的重要性,是否意味着学者的自卑或者自负呢?

(责任编辑:傅郁林)

[99] 王利明等,见前注[17],页158。

[100] 参见傅静坤主编:《民法总论》,中山大学出版社2002年版,页204。

[101] 笔者于2011年4月12日在北大法宝案例数据库“民事案例”中,输入“审结日期20100101-20101231”和检索词“胜诉权”就检索到193个判决书。

[102] 观念学说的变迁是缓慢的,其路径依赖程度常常超出我们的想象。参见霍海红:“主观证明责任逻辑的中国解释”,《北大法律评论》(第11卷第2辑),北京大学出版社2010年版,页521-539。

[103] 参见(俄)苏哈诺夫主编:《俄罗斯民法》(1),黄道秀译,中国政法大学出版社2011年版,页435。

[104] 苏力:《制度是如何形成的》,北京大学出版社2007年版,页66。