

起诉条件前置审理论

段文波^{*}

内容提要：从比较法观之，我国民事诉讼法规定的起诉条件相当于德日民事诉讼法上的诉讼要件。当下，德日学理上几乎都是基于特定的审理构造来认识诉讼要件的本质，即在一体化的复式平行审理诉讼结构下，视其为本案判决的前提要件；或在单层阶段诉讼结构下，视之为本案审理的前提要件。但是，我国民事诉讼采用的是以单层阶段为主、复式平行为补充的混合结构，因而不能简单地套用上述德日学理来解释我国起诉条件的本质。此外，我国的立案程序具有原发性，其并非肇端于大陆法系的诉讼要件理论，而是源于解决起诉难的实践需求。采用何种程序审理诉讼要件及起诉条件，取决于其属性与功能。在二元诉权论的框架内，作为国家干涉甄选纠纷的标尺，起诉条件之本质乃是诉权行使要件，具有职权调查性与先决性，因此将其作为前置审理对象也未尝不可。

关键词：起诉条件 诉讼要件 前置审理 立审分立

近十年来，我国民事诉讼起诉条件及其审查模式饱受诟病。学界普遍认为，我国的起诉条件相当于德日之诉讼要件，却采取了与德日不同的前置审查模式，不仅提高了立案的门槛，也无法为当事人提供充分的程序保障，进而主张以德日诉讼要件的审理程序为参照，对我国的起诉程序加以改造，即将我国起诉条件中与诉讼要件相对应的部分剥离出去，与本案要件一起在口头辩论程序中后置审理。^{〔1〕}如此，不仅降低了立案的门槛，也通过口头辩论程序为当事人提供了必要的程序保障。现代大陆法系民事诉讼普遍采用复式结构，实行口头辩论一体化原则，诉讼要件的判断与实体权利的判断同步进行。如果以现代大陆法系通行的民事诉讼审理流程为参照，上述观点与建议无疑具有通用性。但当前对于我国起诉条件及其审查程序的批判仅着眼于程序外观上的静态比较，对于诉讼要件审查程序的演

* 西南政法大学教授。

本文是2015年国家社科基金西部项目“迈向制度理性的民事庭审阶段化构造研究”的阶段性成果之一。

〔1〕 参见张卫平：《起诉条件与实体判决要件》，《法学研究》2004年第6期，第65页以下。

变及其原因、诉讼要件的属性等均未作探究。现代大陆法系对诉讼要件的并行审查程序是由罗马法的前置审查程序演变而来的，但导致这一演变的原因是什么，这一演变是否代表着诉讼要件审查程序的必然趋势，当前的研究均未涉及。

迄今为止，对于诉讼要件的认识都是以德日目前的通说为参照。但并非诉讼要件的本质决定其审理程序，而恰恰相反，是诉讼要件的审理程序决定其本质。在罗马法等两阶段诉讼构造中，诉讼要件前置独立审理，因此具有诉权成立要件的性质。相反，在废止两阶段划分的现代民事诉讼程序构造中，本案要件与诉讼要件被置于同一程序中并行审理，因此便不能再将诉讼要件理解为诉讼（法律关系）成立要件。准此，应该在我国审理构造的情境下认知起诉条件，而非简单地套用德日诉讼要件的本质来改造我们的审理流程。就作为本案判决的前提而言，诉讼要件与起诉条件具有共通性。在单复混合结构下，我国起诉条件兼为本案审理的前提要件。缺乏起诉条件则无从获得本案审理的机会，就此而言立案受理制似乎剥夺了当事人接受裁判的权利。然而，这是以逻辑的事物代替事物的逻辑。虽接受裁判的权利在诉讼中表现为口头辩论的程序保障，但对于起诉条件等程序性事项应适用职权调查原则，毋庸上述程序保障。

就我国当前的立案制度改革而言，如果试图废除立案庭，改变当前的审理流程，“期日制”无疑是改革的方向。^{〔2〕}但是，在不废除立案庭，保持现有审理方式不变的情形下，理论上是否可能仍由立案庭继续审理我国混合了德日起诉要件与诉讼要件的“起诉条件”^{〔3〕}呢？在认可起诉条件大致可以通约为诉讼要件的前提下，本文拟从诉讼要件的审理程序入手，探究诉讼要件本质的流变过程，探察其职权调查性与先决性，进而以我国当前的审理构造为前提，分析我国起诉条件的本质与特性，尝试评价将起诉条件作为诉前纠纷予以先行解决之可能性。

一、我国立案受理制的历史与现状

根据我国民事诉讼法的规定，当事人起诉必须符合法定的条件，而是否符合法定条件由法院进行审查。符合条件的，法院应裁定受理，反之则不予受理。^{〔4〕}受理的法律效果便

〔2〕 民事诉讼法学界的多数观点认为，我国起诉难的重要原因是起诉条件高阶化。十八届四中全会也明确提出，“改革法院案件受理制度，变立案审查制为立案登记制”，以解决起诉难的问题。尽管笔者一直认为我国民事案件并不存在起诉难的问题，即便存在，也并非起诉条件高阶化引起的，但是两大法系皆无立案庭这样一个专门的机构，如果非要取消立案庭并将起诉条件中所涉诉讼要件后置审理，那么改革的路径只能是参照大陆法系通行的期日制，即仅保留诉讼要件在逻辑上的先决性，外观上与实体要件同步审理。参见段文波：《起诉程序的理论基础与制度前景》，《中外法学》2015年第4期，第891页以下。该文旨在为立案登记制改革提供一种审理的理念模型。但是，如同技术更新一样，理念上的先进未必催生实践中的改革。当前，随着经济下行压力加大、矛盾纠纷增多，全国法院案件数量近年来持续大幅增长，始终保持高位运行。特别在实施立案登记制之后，法院受理案件数量大幅上升，“案多人少”矛盾愈发凸显。在审判压力仍然过重的情形下，削弱甚至废除立案庭并不现实，还可能会将大量的案件推向庭审，从而加重庭审的负担。在这种背景下，立案庭在民事审判中的作用不减反增，承载了案件繁简分流的甄别重任，成为案件分流的第一道阀门，由此势必强化实质性审查的内容。因此，如果仍然保留立案庭并令其发挥案件分流的作用，那么诉讼要件后置审理的改革宜当“缓行”。在具备现实合理性的基础上，本文试图探究这么做是否具有价值上的正当性，为立案制度改革提供另外一种“保守疗法”。

〔3〕 参见我国民事诉讼法第119条和第120条。

〔4〕 参见柴发邦：《民事诉讼法学新编》（高等学校法学教材），法律出版社1992年版，第293页。

是让案件处于诉讼系属的状态,即进入本案审理阶段。这种起诉立案的体制被称为立案受理制或立案审查制。在这种体制下,法院的审查和受理具有极其重要的意义。受理标志着该案件诉讼程序的开始,并产生了诉讼法律关系。^{〔5〕}无诉即无审判,但有诉未必有审判。当事人的起诉仅仅是敲了敲法院的大门,但却未必持有打开诉讼的钥匙。起诉是当事人行使诉权的诉讼行为,受理是人民法院决定立案受理的职权行为。两者的结合点或诉讼成立的基本点正是起诉条件。^{〔6〕}我国对于起诉条件的审查,外观上采用前置职权书面审查模式。

(一) 我国立案受理制的历史经纬

我国民事诉讼法将起诉受理明确规定为程序的一个独立阶段,从而使得我国民事诉讼流程在外观上呈现出立案、审理两阶段的程序划分,立案成为案件审理的前提条件。尽管当前这种两阶段的模式被认为助长了“起诉难”而广受诟病,但从其起源上看,立案程序的独立化恰恰是为了解决“起诉难”,防止滥诉并保障当事人正确行使诉权。^{〔7〕}

从历史上看,我国立案程序经历了从立审合一到立审分立的演变。在上世纪90年代之前,各级法院长期实行立审合一,即谁立案谁审理。这一做法可以溯及到1954年的人民接待室。当时,为缓解审判力量供给不足、不能满足诉讼需求的矛盾,由人民接待室的立案人员直接处理简易案件。但作为权宜之计,这一做法在提高诉讼效率的同时,也从制度上导致了立案审查与司法裁判权力、职能及程序不分。^{〔8〕}后来成立的信访室(科/处)^{〔9〕}也存在同样的问题。随着审判工作的发展,立审合一的弊端逐步暴露出来,表现为法院内部立案权限配置分散,立案主体混乱,加之审判管理滞后,立案缺少规范和监督,导致立案标准不统一、同案不同立、选择性立案^{〔10〕}等起诉“难与乱”的问题。实践表明,立审合一的做法不利于保护当事人依法行使诉讼权利。^{〔11〕}

为解决立审合一带来的弊端,法院系统开始探索立审分立。立审分立是指同一案件的立案与庭审分别由不同的机构和人员进行,其精神实质在于将审判权分解为立案权和庭审权,并使之相互制约,从而强化人民法院审判活动的自我监督功能,保障司法公正。立案是审判活动的起点,是人民法院整个诉讼过程的第一关,其主要功能应当是依法规范立案,防止该立不立、不结不立等问题,为案件的公正审判打好基础,依法保障当事人在立案中的诉讼权利。^{〔12〕}实践中,立案权和庭审权的分离是通过案件受理机构与开庭审理机构的分离实现的。在1987年的第十三次法院工作会上,最高人民法院宣布了一项改革举措,调整信访机构的职能,设置告诉申诉审判庭,负责审查民事、经济、刑事自诉案件的起诉,对符合法定受理条件的,决定立案后移送有关审判庭审理。^{〔13〕}同年9月25日,最高人民法院

〔5〕 参见[苏]阿·阿·多勃罗沃里斯基等:《苏维埃民事诉讼》,李衍译,法律出版社1985年版,第181页,第183页。

〔6〕 参见柴发邦:《中国民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社1992年版,第354页。

〔7〕 参见柴发邦等:《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版,第279页;前引〔4〕,柴发邦书,第296页。

〔8〕 参见傅郁林:《对“立审分离”管理模式之质疑》,《人民法院报》2001年10月24日第3版。

〔9〕 最高人民法院的立案机构称为信访处,高级人民法院为信访科,中级人民法院与基层人民法院为信访室。

〔10〕 受物质利益驱动,一些法院实行办案提成制度,抢办经济案件,不办难办的或者没有经济利益的案件。

〔11〕 参见王靖红:《推行立审分离势在必行》,《人民司法》1994年第9期,第12页。

〔12〕 参见李勇:《立审分立及立案机制的建立和完善》,《人民司法》2000年第12期,第37页。

〔13〕 参见前引〔11〕,王靖红文,第11页。

正式成立告诉申诉审判庭。四川省高级人民法院于1988年率先提出了“立审分立，建立合理的审判运行机制”的观点，并在全省推行立审分立的做法。随后，全国各地法院纷纷设立告申庭。经过司法实践的探索，1997年《最高人民法院关于人民法院立案工作的暂行规定》第5条确立了人民法院实行立案与审判分开原则。1999年9月8日《最高人民法院关于全国法院立案工作座谈会纪要》更是强调，必须坚持和完善立审分立制度，深化立案工作的改革，在1999年底全面实行立审分立。^[14]会议要求，立案机构的设置，各级法院可根据实际情况自行决定，凡条件允许的，应当争取单独设置，设在告诉申诉审判庭内的，立案人员也应相对固定。凡单独设置立案机构的，名称统一为某某人民法院立案庭，设在告申庭内的，名称统一为某某人民法院立案室，并对外公开挂牌。随着立案机构与庭审机构的分立，立案权和庭审权也得以分离。

从上述可以看出，从立审合一到立审分立，是强化权力制约、解决起诉难的实践选择。在“立审合一”下，审查起诉、决定立案与实体审理作为一个诉讼阶段处理，^[15]实践中表现为由业务庭、人民法庭分头立案。^[16]支持立审合一的观点认为，受理庭受理起诉后再移交给审判庭，容易使起诉的受理与案件的审理脱节。^[17]但“立审合一”缺乏必要的权力制约，造成人民群众的诉权不能得到保障，“告状难”问题由此产生。立审分立即在于增强法院内部监督制约机能，革除“立审合一”的弊端，尽力解决“告状难”问题。^[18]

立案机构的独立化在客观上阻隔了立案权与庭审权的混同，使得我国民事诉讼流程在外观上呈现出立案、审理两阶段的程序划分，立案成为案件审理的前提条件。随着案件管理职能由立案机构承担，又进一步强化了立案机构的独立化以及民事诉讼流程的阶段化。《人民法院第一个五年改革纲要》（1999—2003）要求建立科学的案件审理流程管理制度，由专门机构根据各类案件在审理流程中的不同环节，对立案、送达、开庭、结案等不同审理阶段进行跟踪管理，保证案件审理工作的公正高效。在这一要求下，诸多法院突破立案工作的传统模式，改由立案机构负责立案审查、文书送达、庭前准备、排期开庭、审限跟踪、结案归档等程序性工作，实施全面管理。^[19]这种赋予立案机构流程管理职能的做法被视为是一个创新，是对法院立案工作和审判方式改革的深化和发展。立审分立被认为体现了现代科学管理中的分权制衡原则，在人民法院内部形成“统一立案、分类审判”的更符合诉讼法要求的审判体制，使诉讼中的立、审过程相对独立、相互制约，从而强化审判的自我监督功能以保障公正司法。^[20]即使自2008年全国四级人民法院陆续设立审判管理办公室统筹行使审判管理职能以来，立案庭的诉讼流程管理职能亦未有所削弱。当前，立案庭在民事审判中的作用不减反增，甚至承载了案件繁简分流的甄别重任。^[21]立案庭职能的强

[14] 至1999年6月，在全国31个省、自治区、直辖市的3424个法院中，3315个法院成立了立案机构，实现了全部或部分的立审分立，占96.82%。参见《最高人民法院关于全国法院立案工作座谈会纪要》（法〔1999〕186号）。

[15] 参见田代奎：《“立审分立”的理论与实践》，《现代法学》1993年第1期，第67页。

[16] 参见陈友西、薛春宝：《统一立案效果好》，《人民司法》1990年第1期，第44页。

[17] 参见邱伯友：《论民事诉讼的受理》，《法学评论》1989年第3期，第42页。

[18] 参见前引〔15〕，田代奎文，第67页。

[19] 参见《最高人民法院关于全国法院立案工作座谈会纪要》（法〔1999〕186号）。

[20] 参见前引〔12〕，李勇文，第34页。

[21] 参见《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》（法发〔2016〕21号）。

化进一步固化了民事诉讼流程的阶段化。显然,这一实践趋势与废除立案庭以实现诉讼要件后置审理的改革主张渐行渐远。

(二) 我国立案受理制的现状

从程序外观的流程构造上来看,立案庭的诞生标志着对于起诉条件前置书面职权审查模式的确立。首先是对起诉条件的前置审查。通常情况下,起诉条件由立案庭先行审查,案件只有具备起诉条件才转到审判庭进行本案审理。但在立案阶段中疏漏或者误认的起诉条件,也会在本案审理过程中进行审查。审查起诉条件的阶段不同,审查方式亦有所不同。其次是对起诉条件的书面职权审查。在立案阶段,法院并不开庭审理,而是采用单方书面审查的方式对起诉条件进行审查。^[22]在本案审理过程中,由于和本案审理同步并适用同一程序,因此对起诉条件的审查便采用了口头辩论方式。因而,我国尽管存在诉讼的二阶构造,但对诉讼要件的审查与历史上的单层阶段诉讼模式并不相同,而是在单层阶段诉讼的基础上,兼采复式平行诉讼模式。从功能上讲,第二次筛查是补充性和辅助性的,是对第一次审查的查漏补缺,仅是附带适用口头辩论程序,因此在程序外观上并无独立性。换言之,其湮灭于本案程序中。相比之下,起诉条件的第一次审查完全独立于本案程序,因而具有显著的程序标识。

为解决“立案难”并保障当事人诉权,十八届四中全会明确提出“改革法院案件受理制度,变立案审查制为立案登记制”,揭开了深化立案程序改革的序幕。嗣后,最高人民法院先后发布《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见》与《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》,以推进立案登记制改革。起诉是当事人的诉讼行为,是诉的外在表现形式,是以书面或口头形式向法院提出审判请求。《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》第1条规定,人民法院对依法应该受理的一审民事起诉实行立案登记制。第2条则规定,对符合法律规定的起诉,人民法院应当当场予以登记立案。那么,什么是“符合法律规定的起诉”呢?根据上述规定第4条,首先诉状必须合规,必须具备必要的记载内容,比如“明确的”被告的详细信息、具体的诉讼请求和事实理由、证据及其来源。其次必须提交相关的材料,即该规定第6条所列事项,包括当事人的“身份”证明、授权委托书与起诉状副本等。那么,起诉的条件是否仅指诉状与提交材料合规呢?从法律的效力位阶来看,此处所谓“符合法律规定的起诉”,应是指符合民事诉讼法的规定,在其规定不明或有所欠缺而需要补充时,则根据上述规定具体实施。因此,合法的起诉意味着必须符合我国现行民事诉讼法第119条和第120条的规定,并在具体操作上,辅以上述最高人民法院的司法解释。《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)第208条重申,人民法院接到当事人提交的民事起诉状时,对符合民事诉讼法第119条的规定且不属于第124条规定情形的,应当登记立案。此外,起诉不得构成重复起诉,否则亦不予受理。

如果据此认为我国民事诉讼起诉制度放弃了立案审查,而代之以登记立案,实属重大

[22] 单方书面审查方式对应于日本法中的单方书面审寻方式。单方书面审寻方式是一种与口头辩论相对的审理方式,多用于裁定程序,不适用口头和公开原则,仅审寻一方当事人。参见〔日〕三木浩一、笠井正俊、垣内秀介、菱田雄乡:《民事诉讼法》,有斐阁2013年版,第140页。

误解。所谓“登记”立案，并非意味着以登记方式受理案件，登记仅仅是法院接收当事人起诉材料的事实行为，是对当事人实施诉讼行为的证明，确保当事人的诉权行使有案可稽。法院登记接收诉状、出具书面凭证并注明收到日期之后，尚需对当事人起诉行为是否合法加以审查。对于合法的起诉，当场立案，反之则予以释明或书面裁定不予受理并说明理由。对当场不能判定起诉是否合法的，区别情形处理。因而，登记并不意味着起诉合法，但在一定程度上可以起到倒逼立案庭对于当事人的起诉行为是否合法加以审查的作用。立案登记只是在起诉与受理之间植入了登记环节，并没有降低起诉的条件，也并非取消审查，其本质仍然是立案受理制。

与我国相比，大陆法系国家通常以诉状的受理与送达以及缴纳诉讼费用作为起诉条件，并不会审查法院管辖等诉讼要件，从诉讼系属、进入本案审理的角度而言，其条件相对宽松。同时，此种程序将诉讼要件与本案要件并行审查，由于对本案要件的裁判必须经过口头辩论程序，使得诉讼要件的审查在外观上也获得了口头辩论程序的保障。与之相较，我国的前置审查模式近来则饱受诟病，批判主要指向两个方面：其一，侵害当事人诉权。论者指出，在实务中，有些法院工作人员没有严格区分两种意义的诉权，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予受理。^[23] 在理论上，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据”。^[24] 其二，缺乏程序保障。例如，德国民事诉讼法规定，原则上应对诉讼要件的存在进行言辞辩论。^[25] 相比德日诉讼要件审理适用口头辩论程序而言，我国立案受理制的程序保障显得单薄。

二、起诉条件前置审理侵害诉权之质疑

从民事审判权的界限及诉权的产生历史、学说发展的脉络来看，起诉条件经历了从诉权成立条件转向诉权行使条件的变迁过程。即便当下通行的宪法诉权说也认为，诉权是公民享有的一种普遍资格，但诉权行使是有条件的。此外，起诉条件之严宽取决于一国法院的功能和起诉条件的作用。我国现行起诉条件旨在实现案件分流、排除无益诉讼，起诉条件作为案件接受本案审理和判决的基本要求，并无过当。

（一）诉权行使有条件

首先，民事审判权的界限客观要求诉权的行使需要具备一定的条件。从诉讼观即诉讼与法律孰先孰后的问题来看，可以将大陆法系称为规范出发型民事诉讼。因此，当事人要求法院解决的纠纷（或要求法院保护的权利）必须具有法律意义。换言之，其必须具备可诉性，即构成法律上的争讼。民事实体法是采用法律要件与法律效果形式规定的法律规范。某个纠纷即案件事实只有符合民事实体法规定的法律要件时，原告才可以主张与此相符的

[23] 参见霍海红：《胜诉权消灭说的名与实》，《中外法学》2012年第2期，第359页。

[24] 参见刘荣军：《程序保障的理论视角》，法律出版社1999年版，第262页。

[25] 例外情况在第281条第2款第2句以及第128条第4款。见[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178页。

法律效果,并请求法院以判决形式实现该法律效果。这也是民事审判权的界限所在。^[26]一方面,国家设置民事诉讼制度以解决纠纷和保护私权,但限于人力和财力,又必须对民事纷争进行筛选,确有必要时始作进一步审理。换言之,诉权之行使并不必然启动审判权,司法请求权必须具备完整的诉讼要件才能得到合法的保护。另一方面,民事诉讼不是万能的,民事司法管辖权的范围本身就是有限的。因此,启动诉讼程序必须具备一定的条件,以免随意启动或滥用诉讼程序。^[27]

其次,从诉权的产生历史来看,诉权的成立或行使需附有条件。诉权一词可以溯及罗马法上诉的制度。在罗马法初期,并非所有案件都可以提交法院裁判。只有符合法定裁判类型的案件才能提交裁判,即以诉为出发点把握诉讼。^[28]《优士丁尼法学阶梯》中写道,所谓诉,意指向法院主张自己应得之物的权利。因此,罗马法又被称为诉权制,有诉始有救济,诉权存在于权利之前。^[29]这不仅表明了诉权的来源,还划定了诉权的界限。藉此所形成的大陆法传统是当事人行使诉权以请求法院救济和保护,但诉权之成立或行使都是有条件的,而非无条件的。^[30]

再次,从诉权学说的发展来看,占支配地位的诉权理论均认为诉权的成立或行使必须具备一些法定条件。早期,诉权学说深受程序法与实体法关系的影响。^[31]在私法优位的时代,诉权乃是私权被侵害而转换所生的权利,系请求权强制力的表现。^[32]随着人们重新认识诉讼法和实体法的关系,诉权不再被视为请求权的衍生物,而是一种公法上的权利。公法诉权说最早的表现形式为抽象诉权说,因其过于空洞,遂被具体诉权说所取代。^[33]因为以具体的权利主张为内容,所以这种诉权又被称为权利保护请求权,^[34]并长期占据德日的通说地位。该说认为诉权成立必须具备一定的条件,即当事人适格与诉的利益。其后,随着宪法诉权观的兴起,诉权被认为是公民请求国家司法机关依法审判的权利并受宪法保障,即裁判请求权。理论上,这是任何人均可请求法院作出裁判的公法权利,是宪法所规定的人人享有的一种普遍的资格,^[35]因此是无条件的,但在面对具体案件时,并非拥有这种普遍资格的人都拥有起诉的权利。诉权理论的产生,本身就意味着程序法与实体法的分离,从而使诉权有主客观之别。^[36]主观的诉权因出生而取得,不能移转和消灭,客观的诉权则是对特定诉讼标的享有的诉权,可以移转和消灭。^[37]由主观的诉权转化为客观的诉权,必

[26] 参见[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第14页。即使在英美法中,也并非任何案件都可以诉至法院。案件必须是可以运用司法权加以解决的,即具有可司法性。参见江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第346页。

[27] 同上引江伟等书,第346页。

[28] 参见[日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第225页。

[29] 在罗马法中,每种诉(actio)都有其固有名称,实体利益或者权利必须与某一特定名称的诉相结合,才能够得到司法保护,即每一种权利和法律关系的诉讼保护都必须依据与之相应的诉权。

[30] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第180页。

[31] 参见王锡三:《民事诉讼法研究》,重庆大学出版社1996年版,第38页。

[32] 前引[26],江伟等书,第7页。

[33] 同上书,第28页。

[34] 前引[24],刘荣军书,第253页。

[35] 同上书,第255页。

[36] 参见王锡三:《近代诉权理论的探讨》,《现代法学》1989年第6期,第16页。

[37] 同上文,第18页。

须具备法律规定的行使要件。^[38] 当事人行使诉权的方式谓为起诉，因此起诉条件实际上是当事人行使诉权的条件。^[39]

（二）设置诉权条件的宽严程度

若诉权行使的条件过于严苛，则不利于当事人行使诉权；反之，若过于宽宥，则容易滋生滥诉，徒增被告应诉负担，消耗法院司法资源。因此，必须在宽严之间寻求一个合理的“度”。

比较而言，德日的起诉条件一般是诉状的提交与送达以及预缴诉讼费用，诉讼要件一般包括当事人、诉讼标的和法院三个方面。从内容的覆盖面上来说，我国的起诉条件确实包含了德日诉讼要件的大部分内容，但这并非造成实践中起诉难的主要原因。立案的功能在于决定哪些纠纷可以通过诉讼的途径予以解决，而诉讼解决纠纷的范围与司法权在国家权力体系中的地位密切相关。我国司法独立性尚嫌不足，尽管某些案件在法律上属于司法解决的范围，但实际上已经超出了法院的纠纷解决能力。对于这类案件，法院多依据“隐性”的司法政策对起诉予以限制。^[40] 除此之外，执法不严也是造成实践中立案难的重要因素。也正基于此，本次最高人民法院贯彻中央精神所实施的立案登记制改革并未降低立案的条件，而是将重点放在严格执法之上。有观点认为，在起诉时就要求当事人提交对证明案件事实以及当事人实体权利具有决定性作用的证据，实质上限制了公民诉权的行使，^[41] 主张原告起诉时提出的证据应限于证明其诉之合法性，将起诉状“应当”记明证据和证据来源等改为“可以”记明。^[42] 应当说，上述将证据和证据来源由必要记载事项修改为任意记载事项的观点具有一定的合理性。但也应当看到，在诉状中记载证据和证据来源有利于促进争点整理，发挥促进诉讼的功能，而且基于立案审查的形式性，这一必要记载事项并不会对当事人诉权的行使造成实质性障碍。同时，相比较期日制下诉状送达被告之后方才给予原告司法救济的机会而言，我国立案受理制即使在诉状不能送达时仍然受理案件，显然更利于保护原告的诉权。

起诉条件的宽与严，还与起诉条件的作用有关。对于具有政策形成机能的英美法院而言，其起诉条件要低于仅具有权利保护机能的大陆法系的法院。诉讼要件之功能在于案件分流，即令真正值得作出本案判决之案件得到实体审理。我国的起诉条件同样发挥了案件分流的功能，其旨在将无益诉讼挡于法院大门之外。从某种意义上而言，与后置审理诉讼要件相较，前置审理起诉条件能够更好地发挥“过滤”作用。由于采取前置审查模式，即在诉状送达被告、本案审理之前进行审查，因而并没有给予被告责问的机会。与后置审查模式（在本案审理程序中进行审查）相比，前置审查模式不仅节约了本案判决，亦节约了本案审理程序。通过专门机构和专门人员前置审查起诉条件，有助于业务庭集中审理值得

[38] 前引〔26〕，江伟等书，第168页。

[39] 参见李祥琴：《论诉权保护》，《中国法学》1991年第2期，第106页。

[40] 参见张卫平：《起诉难：一个中国问题的思索》，《法学研究》2009年第6期，第67页；前引〔39〕，李祥琴文，第107页。另见《广西壮族自治区高级人民法院关于当前暂不受理几类案件的通知》（桂高法〔2003〕180号）。

[41] 参见蒋秋明：《诉权的法治意义》，《学海》2003年第3期，第118页。

[42] 参见前引〔26〕，江伟等书，第270页，第325页。

本案审理和判决的案件。与德日诉讼要件相比,我国现行起诉条件乃是案件接受本案判决的基本要求,并无过高、过当之嫌。而且,对于绝大多数民事案件而言,并不难满足。总体而言,我国的起诉条件并不算苛刻。^[43]

三、起诉条件前置审理程序保障缺失之质疑

如前所述,我国民事诉讼采用单复混合结构对起诉条件进行审查。虽然审查对象同一,均为起诉条件,并且均可独立声明不服,但在程序外观上存在巨大差别,即在立案阶段对起诉条件适用书面单方审查,在庭审阶段则适用本案程序中的口头辩论。从程序保障的角度来说,前者书面、间接、不公开、不对审,而后者则类似于德日对诉讼要件的审查,适用口头、直接、公开、对审程序。认为我国起诉条件审理欠缺程序保障的观点,便是针对起诉条件在立案阶段的单方书面审查提出的。但从制度的演变过程来看,口头辩论的审理程序是为本案要件准备的,起诉条件和诉讼要件原本就无需享有本案要件的程序保障。

(一) 程序保障与辩论主义

当前主流观点认为,对诉讼要件的审查模式必须符合程序保障的要求。^[44]所谓程序保障,其意义因论者和适用情形的不同而有所不同。一般而言,它指的是为了将宪法所保障的接受裁判的权利落到实处,保障当事人作为程序主体的地位的一种理念。作为程序主体的人所拥有的各种权能称为当事人权。在这个意义上,程序保障等同于当事人权的保障。而当事人权的核心则是辩论权。所谓辩论权,是指当事人提出裁判基础资料的权利,即获得主张和举证机会的权利。辩论权以及保障辩论权的诸权利相当于德国的审问请求权,包括当事人在诉讼过程中享有的就法院裁判所依据的事实、证据和法律陈述意见和主张的权利。^[45]藉此,程序保障的问题就是保障当事人申请、主张和举证的权利。

考查案件受理程序是否对当事人欠缺程序保障,宜区分原告与被告分别进行。就原告而言,其起诉时可以而且应当在诉状中提出具体的诉讼请求、事实和理由,并提供相应证据。原告对不予立案裁定不服的,可以通过上诉程序予以救济。与德日不同之处在于,我国对起诉条件的审理采用的是单方书面审查方式,没有采用口头方式。但这种以义务形式强制原告行使辩论权的方式,也难言欠缺程序保障。

从被告角度而言,由于前置审查没有给被告提供主张的机会,似乎存在程序保障的不足。但起诉条件作为职权调查事项,原本即无需考虑当事人(包括被告)是否主张。况且,一概由法院审查原告之诉是否具备起诉条件,不待被告费心而径直将扰人之起诉挡在法院大门之外,于被告而言乃是至上的程序保障。反过来看,如若直至本案审理程序中两造辩论之后,法院方才探明原告之诉欠缺诉讼要件而加以驳回,此时被告已然被拖入讼累之中。同时,对于在前置审查中法院未能发现的诉之不合法情形,被告仍可在后续程序中提出抗

[43] 通过逐一分析我国起诉条件,笔者认为,其并不存在虚高或畸高的问题。参见段文波:《论民事一审立案程序》,《法学评论》2012年第5期,第142页以下。

[44] 参见傅郁林:《中国民事诉讼立案程序的功能与结构》,《法学家》2011年第1期,第113页。

[45] 参见蓝冰:《法定听审请求权保障视角下的我国民事救济制度改革》,《宁夏大学学报(人文社会科学版)》2007年第4期,第113页。

辩。因而，与德日相比，我国提前审查起诉条件，对于保障被告利益，防免其遭受无益诉讼之困扰，可谓有过之而无不及。在对被告的保障方面，日本也有诉讼系属前驳回诉讼的判例。即使诉状适式，诉不合法已然明确，而当事人全无可能通过日后诉讼活动使诉合法时，法院可在诉状未经送达被告之前驳回诉讼。上述判例之理由即在于，法院对不合法之诉，没有必要考虑被告驳回请求判决的利益以及防御利益。反之，如若必须送达不合法之诉的诉状，不仅会增加法院的事务负担，对接受送达的被告而言也是无益的负担。^[46]

德日现代民事诉讼中，诉讼要件和本案要件是在口头辩论程序中并行审理的。关于判断诉讼要件是否齐备的时间，诉讼法并未专门规定，通常遵从诉讼的一般原则，以最终的口头辩论终结时作为基准时。^[47] 由于审查的期间跨度较大，自愈或治愈的可能性有所提升，因而在外观上容易给人以程序保障厚重的感觉。现代民事诉讼法是通过必要的口头辩论原则对当事人权与辩论权加以保障的，该原则来源于辩论主义，是口头主义与辩论主义结合的产物，包括口头、公开、对审等原则。从外观上看，其程序保障的力度的确更大。但是，只有对本案请求作出判决才需要口头辩论的程序保障，而对于程序性事项作出裁定并不必经口头辩论程序，是否适用由法官裁量。前者称为必要的口头辩论原则，而后者称作任意的口头辩论，即使适用也只是作为书面审理的补充而已。^[48] 此外，自古罗马以降，诉讼要件便具有职权调查性。原则上，法院应当依据职权审查诉讼要件之存否。法院甚至可以在对主诉作出裁判之前，不经言辞辩论就以裁定形式确认诉讼途径的合法性。^[49]

（二）依职权调查诉讼要件及其具体样态

诉讼要件审查的职权性来自于诉讼要件本身的公益性。在罗马法时代，诉讼要件系判决有效要件，如其有欠缺，则判决无效。为避免因诉讼要件欠缺而导致判决无效，诉讼要件均须先行依职权加以确认。随着诉讼要件地位的下降，欠缺诉讼要件的判决由无效主义转向撤销主义，但为了避免忽视诉讼要件欠缺而作出的本案判决因违法而被撤销的危险，同样需要职权调查。^[50] 具体而言，诉讼要件的职权审查具有如下三个特点：

首先，对诉讼要件存否得依职权调查，通常毋庸当事人主张。一般而言，如何审理和调查诉讼要件，取决于诉讼要件的功能和属性。诉讼要件的趣旨多种多样，包括但不限于裁判权界限、司法资源的高效分配等诉讼制度运营者或潜在利用者的利益。多数诉讼要件是为了确保判决在内容上与程序上的正当性，具有一定的公益性，因此原则上属于职权调查事项，不待当事人主张，法院便可依职权调查其存否。^[51] 如有欠缺，法院可命令其补正；如不补正，则直接作出驳回诉讼的判决不再继续审理。而对于公益性较弱的事项，比如仲裁条款、诉讼费用的担保提供申请等，法院在当事人提出并作为抗辩的主张时再行审查即可，被称为抗辩事项。^[52] 因此，如何审理和调查诉讼要件，关键在于判断该诉讼要件

[46] 参见前引〔22〕，三木浩一等书，第44页。

[47] 〔日〕中村宗雄：《民事诉讼要论》，敬文堂1973年版，第149页。

[48] 〔日〕吉村德重、竹下守夫、谷口安平编：《民事诉讼法》，青林书院1994年版，第155页。

[49] 〔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22页。

[50] 〔日〕坂口裕英：《驳回起诉与驳回请求判决》，《讲座民事诉讼（6）》，弘文堂1984年版，第89页。

[51] 前引〔49〕，穆泽拉克书，第81页。

[52] 〔日〕松本博之：《民事自白法》，弘文堂1994年版，第117页。

公益性的强弱,即区别该诉讼要件是职权调查事项还是抗辩事项。

需要说明的是,消极的诉讼要件并不等同于抗辩事项。抗辩事项是指被告没有主张就不能作为审查对象的要件事项,因此诉讼要件中的仲裁协议即属于抗辩事项。而我国虽然有管辖权异议或管辖错误抗辩的提法,但管辖权有无系法院应依职权斟酌的事项,因此并非真正意义上的抗辩。在可以发生应诉管辖时,为了妨碍应诉管辖需要当事人积极主张,但仅具有催促法院职权调查的意义。^[53]此外,对妨诉抗辩的概念,学界也存在着误用。现在,被告主张诉讼要件欠缺或诉讼障碍存在时,其向法院提出的驳回诉的申请多被称为妨诉抗辩。但原初意义上的妨诉抗辩乃是被告可据以拒绝应诉的情形。^[54]必须注意,因为抗辩人无权拒绝本案审理,所以将仲裁协议的抗辩作为妨诉抗辩实际上属于一种误用。这只是一一种习惯性的表述方式。^[55]

其次,依职权探知判断资料。围绕法院作出判断所依据的基础资料的来源存在两个对立的原则,即职权探知主义和辩论主义。^[56]对于诉讼要件的判断资料的收集原则,日本和德国的通说认为原则上采用职权探知主义,诸如裁判权、诉讼能力、专属管辖、非二重起诉、当事人实在、当事人能力、诉讼能力、代理权等。^[57]对于主要涉及被告利益和公益性较弱的诉讼要件,可以例外地适用辩论主义。^[58]也有学者主张,某诉讼要件属于辩论主义型,也并不意味着其前提事实全部都适用辩论主义,即职权审查型。^[59]这多少受到了德国型职权调查收集方式的影响,但对日本的学说并没有产生太大影响。^[60]我国民事诉讼法所规定的各项起诉条件均属于公益性较强的职权探知事项,适用职权探知主义。法院在判断资料的来源上不受当事人提出原则的约束,可依职权予以收集。

再次,采用自由的证明模式。日本通说认为,对于职权调查事项,自由证明即可。其理由在于,与本案审理不同,诉讼要件的调查属于前提性问题,而其前提事实多为诉讼程序内易于把握的事实以及形式上的事实。为了审理之简易迅捷,与其要求适用严格的证据调查程序,毋宁信赖法官的自由裁量,使其能够针对各事项便宜地选择适当的方法。^[61]

我国起诉条件的审查采用裁定程序,而非判决程序。相对于判决程序而言,裁定程序具有附随性,所以又称作附随的裁定程序。判决程序以原告对被告之“权利主张”为审判的对象,裁定程序的审理对象是一方当事人围绕附随事项提出的申请正当与否。虽然同样

[53] 日本旧民法第206条第2项规定,法院管辖错误的抗辩也称为妨诉抗辩。

[54] 前引[22],三木浩一等书,第339页。

[55] 关于妨诉抗辩的规定,见日本民事诉讼法第75条第4款:被告在原告提供诉讼费用担保之前可以拒绝应诉。[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6页。

[56] 也有采用职权调查说的观点。但通说认为,所谓职权调查意味着法院可否依职权调查某事项,与判断资料的收集原则属于不同层面的问题。见[日]兼子一:《民事诉讼法体系》,酒井书店1965年版,第205页;[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143页。

[57] [日]新堂幸司、福永有利:《注释民事诉讼法(5)》,有斐阁1998年版,第43页。

[58] 前引[56],兼子一书,第205页。比如仲裁协议等抗辩事项、职权调查事项中的任意管辖与权利保护的利益等。

[59] 其特点在于,对诉讼资料的收集原则上适用辩论主义,但法院不受当事人自白、拟制自白拘束,也不受判断资料提出时期的限制。见[日]吉野正三郎:《集中讲义民事诉讼法》,成文堂1998年版,第122页。

[60] 另一个观点是片面的职权审查说,即不论公益性之强弱,只要与公益有关,仍然适用职权探知主义。

[61] [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第374页。相反的观点认为,不论是程序上的事项还是实体法上的事项,重要性都难分伯仲,即使对于职权调查事项也需要严格的证明。

以公平适正的裁判为理念，但上述两种程序的差别与是否存在实质性利害对立的当事人密切相关。本案程序中，因为存在围绕权利存否的独立当事人，所以需要采用充分听取双方陈述的对审方式。反之，在附随程序中，非以权利关系的确定为内容，法院仅仅应答一方当事人的申请，所以毋庸采用对审的形式，非公开即可。^[62] 起诉是要形成案件受理关系，就此而言，只涉及一方当事人，即原告与法院之间的关系，因此单方审查即可。

四、诉讼要件审理构造的历史考察

从历史上看，诉讼要件经历了从单层阶段审理模式向复式平行模式的演变。在罗马法时代，诉讼要件的审理适用独立的程序，表现为纵向切割的单层阶段构造。而现代德日民事诉讼将诉讼要件与本案要件置于口头辩论程序中并行审理，亦即采用横向切割的双层构造。当前主流观点以诉讼要件审理的演变为参照，认为我国诉讼要件的前置审理构造早已过时，且不利于当事人的诉权行使与程序保障。但从诉讼要件审理构造的历史演变中可以发现，这种转变只是历史上的一个偶然事件，并非出于诉权或程序保障的原因。下面将梳理诉讼要件审查模式的嬗变过程，揭示上述转型的或然性与形成原因。

（一）阶段化前置审理模式

1. 罗马法

因所处的具体时期不同，罗马法时代的民事诉讼略有差异，但其总体特征为两阶段式构造，即作出争点裁定的预审程序与之后的审判程序相分离。预审程序专门审理诉讼要件是否存在，而审判程序则不再审理上述要件。相反，与本案有关的要件不能在预审程序中审理，而只能委于争点裁定后的审判程序。之所以将诉讼要件与本案要件的审理判断在程序构造上截然分开，与诉讼要件在罗马法中的重要性直接相关。按照罗马法的规定，一旦发现欠缺诉讼要件，则本案程序自始无效，并且任何人得于任何时候主张本案判决无效。为防止动辄因诉讼要件欠缺而导致判决无效，法院自然会将审理重心放在诉讼要件上，只有在确定诉讼要件齐备后，方开始本案要件的审理。随着判决无效制度退出历史舞台，诉讼要件不再是诉讼有效要件，阶段审理构造也日益式微。

2. 德国普通法

与罗马法一样，德国普通法时代的民事诉讼亦采用两阶段的诉讼构造，并且继受了罗马法的判决无效制度，即忽视或误认诉讼要件的欠缺而作出的本案判决当然无效。其第一阶段与第二阶段明确分离，分别对应诉讼要件的审理与本案要件的审理。^[63] 第一阶段采用职权探知主义，与罗马法大致相同。在确定诉讼要件存否之后，达致证据裁定程序，而与诉讼要件有关的抗辩则应在证据裁定之前主张。与罗马法不同的是，第二阶段的程序进一步细分为若干阶段并适用法定序列主义，首先是原告主张，按照详细的事实主张、证据申请、证据抗辩、证据判决、证据调查的顺序进行审理。接着按照被告抗辩、原告再抗辩、被告再再抗辩的顺序审理本案，并作出本案判决。第二阶段的本案审理适用辩论主义，即

[62] [日] 林屋礼二：《判决程序与裁定程序的交错》，《讲座民事诉讼（4）》，弘文堂1985年版，第45页。

[63] [日] 柏木邦良：《诉讼要件与诉讼内纠纷》，《民事诉讼杂志》1973年第19号，第66页以下。

当事人提出主义。

3. 汉诺威诉讼法

作为德国现行民事诉讼法的直系祖先,1850年的汉诺威诉讼法维持了将诉讼要件与本案要件分别审理的宏观构造。原则上,当事人必须在本案前即最初的程序阶段中主张欠缺诉讼要件,一旦进入本案审理程序,便不能再就诉讼要件欠缺问题纠缠不休。而被告有权在作为抗辩提出的诉讼要件问题尚未解决前,拒绝应诉和本案辩论。相应地,法院可以对诉讼要件存否作出独立的判决,当事人可以提起独立的控诉。但是,汉诺威诉讼法限缩了判决无效抗告事由的范围,使之仅包括诉讼要件中的诉讼能力、法定代理权、专属管辖三项,其他诉讼要件则不再构成上述事由。自此,罗马法以降诉讼要件与判决无效之间的紧密关系在一定程度上被消解。

(二) 并行审理模式

1. 德国现行民事诉讼法

德国1877年民事诉讼法改革了汉诺威诉讼法,但并没有完全废除诉讼要件审理与本案审理的阶段性,而是将诉讼要件作为妨诉抗辩的事由,被告主张诉讼要件欠缺的,必须在进入本案辩论之前提出。法院可开特别辩论加以审理,并在欠缺诉讼要件时判决驳回诉讼,反之则判决妨诉抗辩无理。在妨诉抗辩被处理之前,被告可拒绝应诉和本案辩论。可以说,1877年德国民事诉讼法保留了单层阶段诉讼的影子,作为妨诉抗辩的事由,诉讼要件原则上应于本案前的独立阶段审理。但与此同时,德国民事诉讼法废止了程序阶段化构造以增强诉讼的一体性和灵活性。

被告提出妨诉抗辩可以拒绝本案辩论,由此将会造成诉讼迟延。为了促进诉讼,德国1924年民事诉讼法废除了上述规定,规定被告未必在本案前,而是在诉讼中任何时候都可以提出妨诉抗辩责问欠缺诉讼要件。至此,单层阶段诉讼几乎消亡。除了对妨诉抗辩的判断可以独立上诉,对诉讼能力、法定代理权等采职权调查以外,诉讼要件完全丧失了独立存在的意义,其审理亦被淹没于本案程序之中。

2. 日本民事诉讼法

日本1890年民事诉讼法完全继受了1877年德国民事诉讼法关于诉讼要件的规定,采用了单层阶段诉讼与双层并行诉讼的混合构造。被告需要在本案辩论前或同时提出妨诉抗辩,但逾时提出几无遭受失权之虞。法院应开独立的辩论加以审理,并且当事人对妨诉抗辩欠缺理由的中间判决可以独立上诉。受1924年德国民事诉讼法修改影响,日本于1926年废止了妨诉抗辩制度所呈现的单层阶段诉讼构造,根除了妨诉抗辩制度。藉此,独立审理诉讼要件的程序构造完全消弭,完成了向双层并行诉讼构造的转变。

目前,我国民事诉讼法对起诉条件设置了通则性的独立规定,即第119条和第120条,包括主管、管辖、原告适格、诉讼系属等。对于案件是否具备起诉条件,法院应以裁定为之,并决定是否受理该案。当事人对于起诉受理过程中不予受理的裁定,可以单独提起上诉声明不服。在诉讼中,对于法院针对起诉条件欠缺所作出的驳回起诉裁定,当事人也可以提起单独的上诉。此外,对于法院针对被告提出的管辖权异议所作出的裁定,当事人可以独立提起上诉。就审理程序而言,起诉条件与本案要件在外观上可谓泾渭分明。起诉条

件的审查程序采用书面单方审查方式，先于本案审理，并有别于本案审理所采用的对审口头辩论模式。这种将诉讼要件作为诉前纠纷独立审理的模式可谓其来有自，实际上，其颇为类似于罗马法的单层结构。

制度是历史的产物。罗马法曾将诉讼要件作为诉讼成立要件，欠缺诉讼要件而开始的本案程序及其判决自始无效。有鉴于此，法律给予了高度关注，特意区分诉讼要件与本案的审理，并采用了独立的诉讼阶段。后来，由于强调判决和程序安定性的呼声日益高涨，欠缺诉讼要件的判决并非当然无效，只有通过没有时间限制的无效抗告程序，才能宣告判决无效。自此，判决当然无效和诉讼要件的直接联系被切断，诉讼要件的性质和机能也随之发生了变化，逐渐不再以独立的形式出现。^[64]同时，审查诉的合法性的程序在整个诉讼中也不再举足轻重。根据审理对象之间的逻辑先后关系分阶段推进审理的诉讼观日益崩塌，诉讼要件与本案审理融为一体，同步进行，独立审理诉讼要件的阶段化诉讼构造彻底消亡。而与此同时，口头审理方式取代书面审理方式登上历史舞台，^[65]由于诉讼要件与本案要件并行审理，在本案审理采用口头辩论的情况下，也为诉讼要件审理适用口头辩论程序提供了可能。但纵观诉讼要件审理程序的演变，现代民事诉讼将诉讼要件与本案要件并行审理是诉讼要件地位式微的结果，至于诉讼要件的审理适用“口头辩论”程序只是个美丽的意外，而非额外重视诉权和程序保障使然。^[66]

五、起诉条件前置审理的正当性

因为罗马法上欠缺诉讼要件所作出的判决无效，所以在开始实体审理之前必须最终确认其是否齐备。法官确认诉讼要件齐备并作出争点裁定后，始生诉讼系属之效力。因而，在罗马法的阶段性诉讼程序下，诉讼要件当然具有先决性。在阶段性诉讼程序消亡之后，尽管诉讼要件的审查程序发生了变化，但诉讼要件的先决性却保留了下来。诉讼要件的先决性及其较之本案要件具有的诸多特殊性，使得诉讼要件在审理程序上具有独立性。

（一）性质上的先决性

首先，从德日的学说及实践看，诉讼要件具有先决性。就诉讼要件与本案要件的审理顺序而言，因为现代德日程序本身并没有分为两个阶段，所以两者可以并行审理。问题在于，如果尚未确认诉讼要件存在，法官能否作出本案判决？德国的主流观点认为，只有当满足合法性要件时才允许作出驳回诉讼请求的实体判决。^[67]只有当诉合法时，法院才应裁判诉是否有理由，所以，只有对诉的合法性没有疑虑时，才开始真正的对席辩论。^[68]如果法官确认诉不合法，则应以判决驳回诉讼。^[69]对于缺乏诉讼要件所作出的实体裁判，可以上

[64] 前引〔55〕，高桥宏志书，第3页。

[65] 关于口头并行审理方式取代书面审理方式的历史经纬，参见段文波：《一体化与集中化：口头审理方式的现状与未来》，《中国法学》2012年第6期，第133页以下。

[66] 囿于视野有限，笔者暂未看到关于上述转型过程中诉权与程序保障发挥作用的论述，因此不敢断言全无作用。

[67] 前引〔49〕，穆泽拉克书，第85页。

[68] 同上书，第58页。

[69] 同上书，第70页。

诉。^[70]在日本,虽然现行民事诉讼法规定诉讼要件的调查与本案审理同时进行,但是通说认为,应先审查诉讼要件存否,确定其存在后方可审查本案请求是否有理由。如果已先行明确诉讼要件欠缺,则不能进一步进行本案审理,而应以诉不合法为由直接判决驳回诉讼。如果法院已经判明诉讼要件欠缺,而仍然作出本案判决,则该判决违法,并由此构成上诉撤销之理由。^[71]质言之,诉讼要件具有先决性。所谓先决性,即在进入本案审理之前应当先行审理诉讼要件,或者至少应该在本案判决之前判明诉讼要件是否存在。相反的观点认为,诉讼要件确定不存在时始能驳回诉讼,而存否不明时则应继续审理本案请求。^[72]因为民事诉讼是私人纠纷,若被告不争议,法院亦可不加理会。但是,这种观点显然忽视了诉讼要件的公益性。如果被告不争议,法官便不闻不问,那么当判决效力及于第三人时,势必会产生重大不妥。^[73]实际诉讼中,未必最先开始审理诉讼要件,也未必是在明确具备诉讼要件之后方才开始本案审理。但是,在作出判决的基准时——最终的口头辩论终结时,若诉讼要件欠缺且未能补正,或存在诉讼上障碍而未能消除的,即使已经开始本案审理,也不能作出本案判决,^[74]续行本案审理也毫无意义。此时法院应当直接终止本案审理,驳回诉讼。^[75]一般而言,在实体判决之前对诉讼要件先行作出裁判,是符合当事人和法院利益的。^[76]

其次,从诉权角度来看,诉讼要件具有先决性。日本通说(本案判决请求权说)认为,不能省略调查诉讼要件而径直作出驳回请求的本案判决,即认可诉讼要件与本案判决之间的逻辑先后关系,禁止跳跃。^[77]二元诉权论同样认可诉讼要件的先决性,比如,苏维埃的立法和审判实践首先将诉权视为提起诉讼的权利,其次才是满足诉讼请求的权利。在逻辑上,起诉的权利先于满足诉讼请求的权利,因此起诉条件亦为本案权利保护要件之前提。^[78]我国诉讼法学者承袭苏联诉讼法学者的观点,坚持诉权的二元论,^[79]诉的二元论以及诉有二重性,^[80]并确定了先有诉后有诉权等观点。^[81]虽然我国各种民诉理论著述对诉权概念的表述很不一致,但是各种表述均肯定二元诉权论以及对诉权作程序意义上和实体

[70] 前引[25],尧厄尼希书,第180页。

[71] 事后诉讼要件欠缺被治愈的除外,比如没有代理权的人提起的诉讼被事后追认。

[72] 这意味着法院不必在诉讼中先行判断诉讼要件之存否。诉讼要件与其他判决无效事由、再审事由、判决撤销事由一样,既有强制性的,也有任意性的。其中,不乏因当事人丧失责问权而治愈瑕疵的现象,对此则应适用所谓诉讼程序瑕疵的评价。

[73] 前引[59],吉野正三郎书,第122页。

[74] 前引[47],中村宗雄书,第144页以下。

[75] 前引[22],三木浩一等书,第337页。

[76] [德]罗森贝克等:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第683页。

[77] [日]岩松三郎、兼子一:《法律实务讲座民事诉讼编》第2卷,有斐阁1958年版,第53页。权利保护请求权说认为,诉讼要件为权利保护要件,其与实体性权利保护要件处于同等地位。任一要件欠缺时,法院均应作出驳回请求的本案判决。如果已经先行明确请求没有理由,那么可以省略诉讼性权利保护要件的审理,而径直作出驳回请求的本案判决。

[78] [苏]克列曼:《苏维埃民事诉讼》,刘家辉译,法律出版社1965年版,第206页。

[79] 对于诉权的认识,我国民事诉讼理论界也曾出现过起诉条件说,即诉权是允许提起诉讼的条件。参见柴发邦:《民事诉讼法学》,北京大学出版社1992年版,第56页。

[80] 通说认为诉包括了两个方面,即程序意义上的诉和实体意义上的诉。

[81] 前引[31],王锡三书,第141页。

意义上两种诉权的划分。^[82]申言之，诉权即原告提起诉讼和获得胜诉判决的权利。^[83]程序意义上的诉权均指起诉权。^[84]提起诉讼的人未必都享有诉权，必须具备一定的条件——起诉权利之先决条件，才能行使起诉权。^[85]由此观之，起诉条件可谓是诉权成立或行使要件。前提要件的特征即在于非明确而不得进一步审理，存否不明时不得推进审理。

再次，从诉讼要件的本质看，诉讼要件具有先决性。立足于诉讼行为的价值评价，戈德施密特将诉讼要件作为诉的许可性要件。^[86]所谓诉的许可性，系与诉的理由性相对，意指是否许可判断诉的内容。日本学者则进一步将诉的许可性要件作为诉的合法性要件，以对应诉的有理性要件，并确立了评价的先后逻辑顺序，使得诉讼要件理论更为缜密和科学。^[87]德国目前并不存在包含抗辩事项的诉讼要件的提法，而是将抗辩事项称为诉讼障碍，以与诉讼要件相区别。^[88]前者应由法院依职权加以注意，毋庸当事人主张，因此又叫程序前提条件。它既是本案判决的前提条件，又是本案审理和证据调查的前提条件。^[89]日本的通说持本案判决前提要件说。所谓诉讼要件，即法院就原告对被告提出的权利主张之当否作出本案判决的前提要件或必要条件。在诉欠缺诉讼要件时，法院没有必要对本案请求进行审理，因而原则上不对本案作出判断，直接驳回诉讼。^[90]其理由在于，诉讼要件涉及公益，法院只有在确定其存在后始能进入本案请求的审理，不得不问诉讼要件存否便作出驳回请求的本案判决。^[91]即使在诉讼要件存否之前先行判明欠缺本案要件，也不得省略诉讼要件的审理判断而径直驳回请求。^[92]

最后，从对纠纷管理提供概念的角度而言，诉讼要件理论具有先见之明。从民事纠纷国家管理的利益或必要性层面进行考察，国家的利益以诉讼要件的形式优先于私人利益被发现。如果诉讼要件欠缺，本应驳回诉讼，但为了避免之前的本案审理全部无效，出于诉

[82] 前引〔4〕，柴发邦书，第54页。但是也有反对的观点，见前引〔6〕，柴发邦书，第283页。

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

[84] 前引〔6〕，柴发邦书，第278页。

[85] 前引〔4〕，柴发邦书，第62页；前引〔5〕，多勃罗沃里斯基等书，第179页；前引〔7〕，柴发邦等书，第277页。

[86] [日]坂口裕英：《诉讼要件论与诉讼抗辩》，《民事诉讼杂志》1970年第16号，第387页。

[87] [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152页。

[88] 前引〔52〕，松本博之书，第117页。

[89] 前引〔76〕，罗森贝克等书，第676页。

[90] 前引〔59〕，吉野正三郎书，第117页以下。

[91] 前引〔56〕，兼子一书，第150页。将诉讼要件视为诉讼阻却事由的见解认为，只要被告没有提出驳回诉讼请求，就不承认诉讼要件的先决性。将诉讼要件视为原告胜诉要件的观点认为，只要没有确认诉讼要件存在便可以作出驳回请求的判决。折中的观点则认为，对于部分诉讼要件，可根据其趣旨与机能例外地在其存否不明或同时明确不存在时驳回请求。[日]中森宏：《诉讼要件与本案的审理顺序》，载《民事诉讼法的争点》，有斐阁1978年版，第146页。也有日本判例没有判断诉讼要件，而直接判决驳回请求，参见宫崎地方法院昭和46·12·6《判例时报》1982年（9月）第654号，第36页。

[92] [日]片野三郎：《诉讼要件的审理顺序》，《民事诉讼法的争点》，有斐阁1998年版，第172页；前引〔61〕，新堂幸司书，第170页；前引〔55〕，高桥宏志书，第2页；前引〔59〕，吉野正三郎书，第117页以下。此外，还有其他少数派观点，诸如西姆巴赫认为诉讼要件与本案要件具有同等价值，任何一个都是原告胜诉要件。因此在判断诉讼要件存否之前，可以作出驳回请求判决。但在日本并未看到支持同等价值说的观点。参见[日]上北武男：《诉的利益之相关考察》，《民事诉讼杂志》1975年第21号，第113页以下。

讼经济的考虑,在本案审理前应先行确认诉讼要件是否齐备。^[93] 判明诉讼要件欠缺时不能继续审理本案,而且之前的本案审理也不合法。

(二) 程序上的独立性

诉讼要件相比本案要件而言具有诸多特殊性,从而为将其作为一个独立纠纷加以解决提供了必要性和可行性。在我国现行民事诉讼法中,诸如管辖权异议之类与诉讼要件有关的诉讼内纷争的解决都有独立的程序构造。对起诉条件在本案前先行确定,以及对不予受理作出独立的裁判可以单独上诉等规定,都显示出诉讼要件纷争的特殊性。首先,法院依职权调查诉讼要件,毋庸当事人主张。法院可依职权调查证据且不认可裁判上自认等效力。其次,诉讼要件的内容虽然也会涉及实体法上的事实,但多半与诉讼法上的事项有关,有时则仅仅涉及本案的请求原因是否特定了权利主张。即便是在实体法上的事实存否成为审理对象时,也绝不仅是诉讼标的之权利关系存否的问题。再次,法院审理判断诉讼要件不需要任何特别的前提要件。从外观上来看,只要诉一经提起,便可以立即开始审理。因此,即使没有裁判权和管辖权的法院也可以合法地判断是否存在管辖权与裁判权的问题。此外,诉讼要件是本案审理的准备,因此而实施的诉讼行为与本案中的诉讼行为有所不同。例如,不用预定当事人需要具备某种能力,甚至不存在的团体与原告没有指名的人也可以成为当事人。因此,即便是不能合法有效实施与本案有关诉讼行为的无能力人,同样可以合法有效地实施诸如接受送达或上诉等诉讼行为。职权调查主义对无能力人发挥了监督和保护的作⽤,藉此保障审理判断的公平适正。并且,诉状中没有记载的法定代理人或代表人也可以合法参与诉讼主张自己的权限。最后,诉讼要件齐备时可以作出中间裁判,反之则应以诉讼判决或裁定加以终结。对此,当事人可提起独立之上诉以声明不服。^[94] 日本也有学者主张为了解决围绕诉讼要件的纠纷,可以将一定种类的诉讼要件作为整个诉讼中的“诉讼内纠纷”,并适用与本案不同的特殊程序处理。^[95]

现代民事诉讼法也不乏将诉讼要件作为独立纠纷的立法例。德国民事诉讼法通过妨诉抗辩对诉讼要件设置了通则规定,即被告应当于本案辩论前或同时提出妨诉抗辩。^[96] 对诉的合法性问题,法院可以命令进行单独辩论或分离辩论。^[97] 如果诉不合法,则驳回诉讼或移送案件。不论是否分离辩论,法院都可以中间判决或在终局判决中确认诉讼合法。^[98] 该中间判决独立产生既判力并可以独立被声明不服。^[99] 相比之下,日本民事诉讼法虽然缺乏对于诉讼要件统一的明文规定,但不乏与移送、管辖、诉讼引受时当事人的审寻等相关的个别规定,曾经还认可对中间判决单独提起上诉。^[100]

[93] 前引〔50〕,坂口裕英书,第95页。也有从诉讼经济角度出发的反对观点认为,诉的利益与当事人适格等旨在排除无益诉讼并保护被告利益。

[94] 前引〔63〕,柏木邦良文,第70页以下。

[95] 同上文,第66页。

[96] 本案的口头辩论开始之后,被告只能提出不能放弃的或者无过失且不能在本案辩论前主张的妨诉抗辩。

[97] 前引〔49〕,穆泽拉克书,第82页。

[98] 前引〔25〕,尧厄尼希书,第182页。

[99] 前引〔76〕,罗森贝克等书,第386页。

[100] 见前引〔63〕,柏木邦良文,第66页。盖因被当事人滥用导致诉讼迟延,1926年修法时改为只能与终局判决一起接受上诉审的判断。

结 语

诉讼要件审理的先决性是历史形成的，罗马法的两阶段式诉讼构造决定了诉讼要件审理的先决性。虽然罗马法诉权体制解体了，但是诉讼要件却保留了职权调查性和审查先决性的烙印。在现代复式并行审理的民事诉讼结构中，审查先决性并没有表现在程序阶段性划分的先后顺序上。但这并未否定诉讼要件的先决性，诉讼要件仍是本案判决的前提要件，只是这种先决性没有凸显于程序外观上而已。在我国，起诉条件是当事人行使诉权的前提条件，发挥着防止滥诉的作用，并具有很强的公益性，因此将其作为诉前纠纷前置审理也未尝不可。当然，若将来废除立案庭，从阶段化审理向大陆法系并行审理转型，诉讼要件的先决性也将随之从外观上的前置性变为逻辑上的隐蔽状态。

Abstract: From the perspective of comparative law, the “suit filing requirement” provided for in Chinese Civil Procedure Law is equivalent to the “litigation element” in Japanese and German civil procedures. In contemporary Germany and Japan, scholars mostly identify the nature of litigation element on the basis of the trial structure it is relying on; if the trial structure is a consistent compound – parallel structure, the litigation element will be considered as the prerequisite for the judgment of the case; and if the trial structure is a seriatim progressive structure, the litigation element will be considered as the prerequisite for the trial of the case. Nevertheless, the trial structure in China is a mixed structure constructed by taking seriatim progressive structure as main reference and compound-parallel structure as assistance, thus it is inappropriate to simply copy the German and Japanese theories to explain the nature of the suit filing requirement in China. In addition, the docketing procedure in China is an indigenous product originating from the practical needs of solving the suit filing problem, rather than from the litigation element theory of the civil law system. The procedure for adjudicating the litigation element and the suit filing requirement should be decided by the nature and function of such element and requirement. Under the framework of the dual theory of litigation right, suit filing requirement, as a symbol of the state’s selection of and interference in disputes, is in essence the requirement needed to implement litigation right. It can be investigated by the court sua sponte and can be decided in advance. Therefore, the suit filing requirement can be adjudicated by the court in advance.

Key Words: suit filing requirement, litigation element, adjudication in advance, separation of docketing and trial
