

陈桂明:形成之诉独立存在吗--对诉讼类型传统理论的质疑

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E9\\_99\\_88\\_E6\\_A1\\_82\\_E6\\_98\\_8E\\_\\_c122\\_486303.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_99_88_E6_A1_82_E6_98_8E__c122_486303.htm)

形成之诉是一个缺乏实质内容并为了分类而设置的概念，就其本来意义而言只存在实体法上的形成之诉，即形成诉权的形成之诉。诉讼类型“三分说”将诉讼类型与实体权利一一对应的分类方法是不合理的，权利保护请求权说的废弃则使与形成权相对应的形成之诉失去了存在的基础。认为形成之诉由法院通过判决直接变更法律关系观点，违背了审判权的本质和法院的任务。

形成之诉与给付之诉、确认之诉相区别的判决的对世效力和形成力诸特征，实质上是其审判对象??形成权本身的特性，且趋于模糊。法院在形成之诉中的主要任务是确认原告主张的形成权是否存在，至于变更法律关系则是由形成权构成要件确认后当然发生的，只不过形式上是由法院判决宣告而已。因此，作为诉讼类型的形成之诉并不独立存在，而实体法上的形成之诉究其实质属于确认之诉，至多属于确认之诉的特殊情形。【关键词】诉讼类型；形成之诉；确认之诉；形成权；形成诉权；权利保护请求权

一、认真对待诉讼类型理论 诉讼类型理论属于诉讼法学上的基础理论。把诉讼区分成不同的类型，有利于明确不同类型诉的争议焦点；有助于法院明确对案件的审判范围和判决内容。[1]而且，不同的诉讼类型在诉讼标的、诉的利益和判决效力等方面也可能会有诸多不同。因此，深入研究不同的诉讼类型必然会促进审判实践和相关诉讼基础理论的发展。历史上各国都比较重视对诉讼类型理论的研究，使其不断地推陈出新，以适应审判

实践的需要。罗马法针对每一种具体的实体法法律关系制定一种特定类型的诉讼，例如追还所有物之诉、出售人之诉、买受人之诉等；大陆法上正统的按起诉书分类的方法，把诉讼分为对物诉讼、对人诉讼以及混合诉讼；法国法上对物诉讼又分为对动产的诉讼和对不动产的诉讼；英美法由于历史原因有一种独特的分类方法，即普通法诉讼和衡平法诉讼[2]。目前德国、日本和我国包括台湾地区的通说把民事诉讼分为给付之诉（Leistungsklage）、确认之诉（Feststellungsklage）和形成之诉（Gestaltungsklage）三种类型，即“三分说”。有学者认为，“这是诉讼制度漫长发展史中的一大终点”。[3]笔者认为这种给诉讼类型理论过早地贴上封条的做法未免过于武断。随着诉讼实践和诉讼制度的不断发展，诉讼类型的传统理论也应当有被不断丰富甚至颠覆性批判的可能。实际上，这种分类方法只是德国的通说。而日本、我国包括台湾地区尽管也持“三分说”，但在一定程度上讲，只是过于仿效德国法所致，并不能因此说明“三分说”已经成为世界范围内主流的学说。在英美的诉讼法上直至今日未在一般意义上使用“形成之诉”这种分类。[4]深受大陆法影响的前苏联和俄罗斯民事诉讼法学主流学者不承认形成之诉独立存在，主张把诉讼分为给付之诉和确认之诉两种类型，即持“二分说”。即便在日本，也有学者认为，给付之诉、确认之诉、形成之诉的分类，并不是一种依据这三种诉讼类型就可以将所有诉之类型都涵盖在内的分类，或者说，这种分类并不是一种达到除此之外的其他分类都不能成立的程度地全括性分类。除了这三种类型，也并不是不能对判决内容作出区分了。依照见解的不同，有观点提倡“命令诉讼”、“救济诉讼”等

类型。而且，对于执行法上之诉，未必都能容易地被纳入到这三种诉讼类型之中。[5]我国台湾地区学者陈计男教授认为，“关于诉讼之类型，传统上依原告起诉请求判决之内容，分为给付之诉、确认之诉与形成之诉三种类型”。“时至今日，这种分类方法是否完善，实值研究。盖就事件之起诉程式及诉讼程序而言，此三种诉讼无甚不同。惟诉讼之解决，贵在迅速、公正与省时。在此目的下，有无按诉讼之性质，依不同之起诉方式与诉讼程序，予以迅速、经济而又合乎程序保障的处理之可能？如何分类？如何定其程序？应属民事诉讼法的新课题，有待将来的研究发展”。[6]应当说，我国民事诉讼法学者近年来对诉讼基础理论的研究比较重视，也取得了一定的成果。但是，大陆学者对诉讼类型的关注是不够的。迄今为止，似乎只有张晋红教授在其专著《民事之诉研究》中设专章“诉的种类”予以研究，并有许多创新。除此之外，对诉讼类型的研究都只是在教科书中蜻蜓点水，且无多少学术创见。必须承认的是，这些没有多少属于我国学者自己的诉讼类型理论如同其他诉讼基础理论，其存在的问题是不容忽视的：第一，在基础理论上往往采取大陆法系的学说，在具体制度上则易受英美法系的影响，结果造成基础理论与具体制度“两张皮”，前后矛盾；第二，对基础理论的研究还只是停留在抽象的表述上，对与具体制度之间的衔接关注不够，这必然大大削弱了基础理论的重要作用，结果又必然导致对基础理论的忽视；第三，新中国成立后废除旧法制，抛弃西方国家的一切立法文明，简单地引进前苏联的法律思想和做法，今天似乎又彻底地抛弃前苏联以及俄罗斯的立法成果和学说，言必称德日英美，可见我国民事诉讼法

学界的研究态度还不是十分的成熟。这些问题的存在严重阻碍了我国民事诉讼理论和立法的发展，也难以形成我国在民事诉讼理论和立法成果上对世界文明的贡献。受德、日学理影响，我国诉讼类型传统理论也持“三分说”。但有所不同的是，大陆法上的形成之诉，我国更多地表述为变更之诉。在大多数的著述里，形成之诉与变更之诉是作为等同的概念而被使用的。笔者最初也是不加思索地接受了“三分说”。但是，随着对形成之诉的生成、形成之诉的特点以及具体制度上存在形成之诉与确认之诉难以判断的情形等方面的考察，笔者对“三分说”的合理性尤其是形成之诉是否独立存在提出了质疑。其后随着对更多资料的掌握，最初痴人说梦般的怀疑与诉讼类型“二分说”不谋而合??发现前苏联和俄罗斯不少学者也持诉讼类型“二分说”，而不承认形成诉讼。这足以使得笔者有更多的信心和勇气来批判性地对待“三分说”，寻求证明形成之诉不是独立的诉讼类型的论据。

二、形成之诉是缺乏实质内容并为了分类而设置的概念

不同的学者对形成之诉的定义主要有两种不同的表述：一种是作为诉讼类型的形成之诉；一种是仅指形成诉权的诉讼。通过对形成权的“伟大发现”[7]和形成之诉的出现及其互动的历史的考察，不难得出这样的结论：形成之诉最初是作为民事权利类型之一的形成权的特殊情形??形成诉权行使的途径而出现的。“一般来说，形成权的行使就是向特定的形成相对人表达形成宣告，从而取得形成的效果。但是在有些情况下，立法规定还可以通过法院的判决来达到形成的效果，此时形成权人不能依靠单方行为达到目的，而是提起一个特别的形成之诉。”[8]这一类法律规定必须以起诉的方式通过法院作出

确定判决来实现的形成权，在民法学理上被称为形成诉权。我国《合同法》规定的债权人撤销权、《公司法》规定的股东大会决议撤销权等即是。而这种形成诉权的诉讼就属于形成之诉。其后在权利保护请求权说上演变成为作为诉讼类型的形成之诉。随着形成之诉的外延不断扩大，越来越多的诉讼被吸收到形成之诉中，最终使得形成之诉内容混杂、特征模糊。就连持“三分说”的学者也不得不承认，从“此前一直作为给付之诉或确认之诉的一种予以理解”的诉讼中分离出来的形成之诉，“仍然残留着未成熟的部分，也保留着一些不透明之处”，甚至有学者干脆认为形成之诉是一种包含各种各样的诉讼类型，并在这一限度内，具有“为了进行分类的类型”的意味。[9]需要指出的是，在对形成之诉进行讨论时应当对这两种定义进行区分。本文中出现的“形成之诉”在没有特别指出是形成诉权的形成之诉时，均指诉讼类型的形成之诉。由于形成之诉是一个缺乏实质内容并为了分类而设置的概念，因此，这个概念本来就处于一种不安全的状态。传统上作为诉讼类型的形成之诉往往分为有以变更实体法上法律关系为标的的和改变诉讼法上的法律效果为标的的两种形成之诉。此外，还有以创设法律状态为标的的，但在法律上并没有规定变更的形成要件，可否变更由法院的裁量来认定，这实质上是以判决的形式作出行政处分的非讼案件，此种诉称为形式上形成之诉。

1. 实体法上的形成之诉。这类诉包括：婚姻的撤销、离婚等大部分人事诉讼案件；公司成立无效、公司合并无效、撤销股东大会决议等公司法上的诉讼。
2. 诉讼法上的形成之诉。主张撤销裁判或者主张撤销准用裁判效力的行为之诉叫做诉讼法上的形成之诉。再

审之诉、撤销法院调解之诉、撤销仲裁裁决之诉均属于这种诉。

### 3. 形式上的形成之诉。

在依据传统诉讼程序作出处理的诉中，也存在着如下一些情形，即法律并未对要件事实做出具体的规定，而将作出何种判决完全委身于法官裁量的情形，如共有物分割之诉、确定土地地界之诉、确认父亲之诉等，由于这些诉只有在法院作出判决后结果才能产生通用的效力，因此可也被称为形式上的形成之诉。由于形成之诉学说是建立在权利保护请求权说的立场上，因此在概念上均将实体法上的形成之诉和诉讼法上的形成之诉机械地列入形成之诉，但两者的差异却是十分明显的：第一，实体法上的形成之诉形成的效果是实体法上的内容。与此相对，诉讼法上的形成之诉属于排除诉讼法上效果的诉讼。第二，实体法上的形成之诉能够产生广泛的形成效果，即该效果不单单作用于当事人，而诉讼法上的形成之诉则没有这个特点。例如离婚诉讼，当原告离婚的形成判决成立之后，不仅要求当事人承认离婚这一效果，同时还要求所有与当事人有一定关系均承认这种效果。从这层意义上说，离婚的效果应以这种广泛性为前提。与此相比较，诉讼法上的形成之诉只有在与要求将已经存在与诉讼法上的一定效果恢复原状的诉讼相联系时，才能够产生形成之诉。并且，在大部分情形只需要相关的诉讼判决的效力仅仅及于当事人之间。所以，这类诉讼具有相对性的效果。不仅于此，我国大陆学者甚至认为所谓诉讼法上的形成之诉并非独立之诉。[10]既然这两类诉讼具有如此大的区别，则将两者合二为一构成统一的形成之诉理论，会造成只追求技巧而忽略、误解事物本质的危险。因此，为了摆脱形成之诉理论的混杂和含糊，形式缺陷，需要舍弃这

类机械性并列的想法。所以，不少学者探索与此相对的诉讼法上的形成之诉为何会产生诉讼上的形成效果的根据，并在此基础上建立与实体法上的形成之诉不同的理论。日本学者面对这一局面，提出了称之为救济诉讼的概念，将角度集中在统一的、整体性的诉讼上的形成之诉之上。而且，理论上还致力于探明其固有的问题，并力求明确与包括实体法上的形成之诉在内的其他诉讼类型的区别。新堂幸司教授认为，对于无效的判决及仲裁裁决，也可以认定其“再审之诉”或“撤销仲裁裁决之诉”的救济，但是对于无效的判决而言，应当也可以将其他诉讼的前提问题来审查其无效与否，因此再审之诉及撤销仲裁裁决不是形成之诉。[11]三月章教授在论及形成之诉时抛弃了诉讼法上的形成之诉。而且对于诉讼法上的形成之诉，三月章主张将其作为新的救济之诉来重新予以掌握。因此，究其各种形成之诉，只有实体法上的形成之诉才是称得上所谓的形成之诉，或者说，认可形成之诉的范围就限于实体法规定形成诉权的场合。[12]这又重新回到了形成之诉最初产生的本义上来，即形成诉权的诉讼。由于形成诉权只有在法定的情况下才予以承认，因此不同国家对于形成权的不同态度就决定了形成之诉范围的大小。形成权有其缺点，因为如果想要达到改变法律关系效果的意思表示被对方当事人否认时，则只有经过法院审理之后才能知道意思表示是否达到想要取得的效力。直到判决作出时为止，当事人的法律地位处于不明确状态。法律关系的不明确性对于整个社会经济秩序也是不利的，例如一方当事人解散合伙的意思表示是否生效，其不明确性将不利于合伙的经营。所以法国法主张最好不给与当事人形成权，只给他们修改法律关

系的诉权。诸如婚姻解除、合同解除在法国都必须向法院起诉并获得确认判决才能实现。而反观我国，当事人之间通过协议而无须通过法院判决就能解除合同甚至婚姻。因此，婚姻解除权、合同解除权在我国是属于一般的形成权，而不是形成诉权。通过对我国民事法律的观察，可以发现，我国规定的形成诉权是很少的。由此决定了我国形成之诉的情形少之甚少，其实际的制度价值无法与给付之诉、确认之诉等同视之。

三、诉讼类型与实体权利相对应的合理性值得怀疑

持诉讼类型“三分说”的学者认为，诉讼类型与民事实体权利的种类是一一对应的。给付之诉对应于请求权，确认之诉对应于支配权，形成之诉对应于形成权。我国民法学者也认为民事诉讼作为民事权利的公力救济途径分为给付之诉、确认之诉和形成之诉，分别对应于请求权、支配权和形成权。

[13]依笔者的见解，实体法上的权利与诉讼类型并非一一相对应，上述这种观点的合理性是值得质疑的。“在一概被称为实体法上的权利的各种权利之间，事实上又必然存在着性质上的差异。因此，机械地将这些权利等同起来，用共同的图解来划分这三种类型，其间就必然会埋下理论观点方面的隐患”。[14]民事权利体系有多种不同的分类，根据权利的作用划分，民事权利除了支配权、请求权和形成权三种类型之外，还有一种很重要的权利就是抗辩权，那么这种民事权利与什么样的诉讼类型相对应呢？即便是同属一种权利类型的民事权利，也会又很大的差别，比如一般形成权与形成诉权在行使方式上就相差很大。况且，新的民事权利种类随着社会生活的发展有可能会被发现。比民事权利更具普适性的民事诉讼显然难以与千差万别、千变万化的民事权利一一



量身定做。反过来，现在日本不少学者所提出的救济诉讼和命令诉讼等新型的诉讼类型也找不到与之相对应的民事权利，因为其中一些诉讼类型的审判对象是诉讼权利而不是民事权利。即便在现有的三种诉讼类型中，确认诉讼的审判对象并不与支配权严格相对应，而形成诉讼更是如此。以形成权作为审判对象的诉讼不尽是甚至大多数不是形成诉讼。抵销权属于一般的形成权。当事人一方无须向法院提起诉讼就可以直接向对方主张抵销并产生债务抵销的后果。但是如果对方当事人对此有争执，一方当事人向法院提起的诉讼属于确认之诉而不是形成之诉。学者将诉讼类型与实体权利相对应的理论基础在于权利保护请求权说。这一点在形成之诉与形成权的对应性上体现得最为典型。应当承认，形成之诉概念的产生和理论的建立，与形成权的发现具有很大的关系。民事诉讼制度在建立之初，其机能相当有限。从具体形式上看，只有必须强制性地从对方手上取得一定物品时，才能利用诉讼制度。因此，民事诉讼最初只有给付之诉这一种类型。[15]其后，随着民事诉讼制度的发展尤其在裁判上救济范围的扩大，逐渐认识到只要在观念上确认权利关系也能解决现存的纠纷，并进而明确对将来不改变其利益也有意义，于是开辟了权利的观念性确定这一解决纠纷的崭新途径。1877年德国民事诉讼法在实定法上明文规定了与给付之诉不同的确认之诉，公开承认这种公权力解决纠纷的诉讼类型。因此可以说，给付之诉是自罗马法以来就存在或被认可的诉之本来形态，而确认之诉则是从19世纪中叶才开始被认可的诉的类型。从历史上看，这一诉讼类型的出现是以实体法规定的权利内容获得明确化，以及宣扬一旦法院宣告权利人享有这

种权利，人们就必须遵从这种权利的守法精神为必要条件的。20世纪以来，诉讼制度中才在引入仅以观念性权利的判定及宣示的方式来解决纠纷的诉讼类型即确认之诉之后，又引入了另一种同属观念性裁判的诉讼类型——形成之诉。随着德国民法典的制定，实体法理论不断发展，形成权作为民事权利的重要类型横空出世。这可以说是形成之诉概念产生的最直接也是最重要的原因。民法学者依照法律所授予权限的内涵，大多把民事权利划分为支配权、请求权和形成权或者支配权、请求权、形成权和抗辩权。形成权的行使一般无须相对人的协助，仅凭权利人的单方意思表示即可完成，具体有解除权、终止权、撤回权、抵销权、提存权、选择之债的选择权、买回权、先买权、违约金增减请求权、要约受领人的受领权和拒绝权、第三人利益合同之第三人的拒绝权、继承接受权、婚姻关系撤销权，等等。从历史沿革上看，形成之诉“是随着后来民法学领域形成权理论的发展才开始被学说及判例所认可”的。[16]我国台湾学者林诚二教授甚至认为，“形成权理论的发展，究其实，乃是原欲求此权能与诉讼法有关联性存在，使得诉讼法上的形成之诉有实体法的依据”。[17]由于建立在权利保护请求权说基础上的学说不断发展，才使得应将这类诉讼与给付之诉及确认之诉区别开来，构成第三种诉讼类型——可称其为形成之诉——的主流意见不断高涨，最终得到承认。权利保护请求权说对形成之诉这一第三种诉讼类型的确立有着重大的贡献。“该学说采纳了当时实体法中形成权的概念，认为所谓的形成之诉属于形成权的一种（需要以诉请求的形成权），形成之诉即将其作为审判对象的一种诉讼。”[18]权利保护请求权说（Theorie vom

Rechtsschutzanspruch) 在1880年由近代公法学者Laband及诉讼法学者Wach提倡以后，由Hellwig、Stein、Seuffent等学者继续主张，一度成为德国学术界的通说。该学说是一种诉权学说，认为诉权是当事人就具体内容请求法院作出利己裁判的权利。根据这一学说，诉权的存在必须要具备权利保护要件，这种权利保护要件可以分为实体要件和诉讼要件。也就是说，该诉权学说发现了诉讼上的权利保护要件，将诉权和实体法上的权利予以区分、确认，承认诉权是依据公法产生的权利的同时，将原告的具体权利主张作为诉权的内容，并以个案来解释诉权的具体化。建立在权利保护请求权说基础之上的诉讼标的同一识别说（旧诉讼标的理论）将实体法上的权利与诉讼类型做对应的考察：给付之诉的审判对象为请求权，确认之诉的审判对象为支配权，形成之诉的审判对象对应为形成权。权利保护请求权说只是诉权各种众说纷纭学说中的一种。权利保护请求权说由于自身所存在的理论上的不足，而受到了本案判决请求权说和司法行为请求权说的挑战，在支配诉权理论领域数十年之后逐渐被废弃。[19]随着该学说的不确定性甚至销声匿迹，建立在该学说之上的形成之诉岌岌可危，或者说直接失去了赖以存在的基础，也就在所难免了。

四、形成之诉与审判权的本质和法院的任务相悖 正如前文所述，深受大陆法影响的俄罗斯并不完全接受诉讼类型传统学说“三分说”，而更多的是持“二分说”??把诉讼类型分为给付之诉和确认之诉，不承认形成之诉作为一种独立的诉讼类型而存在。[20]俄罗斯学者认为，民事诉讼中的诉，在实体层面上，根据诉的目的划分为两种，即给付之诉（又称为执行之诉）和确认之诉（又称为承认之诉）。不同诉

的实体权利本质应该说是有所区别的。这种区别在于，不同的诉由于引起争议的权利关系和原告向被告所提出的请求的性质不同而有所区别。[21]在“三分说”学者看来，形成之诉的实质在于法院似乎可以用自己的判决来变更、终止或者创立当事人的权利和义务。但法院的使命却不是创立权利，不是创造、变更或者终止公民或组织的主体权利。[22]“判决不应当改变实体的法律状况，而应当只是对其做出确定。

”[23]对于一些学者认为变更或者消灭法律关系是由法院进行的，而且除了适用当地法律规范所规定的事实以外，在“变更形成”的要件中还包括有作为法律事实的法院判决，前苏联学者阿布拉莫夫指出这一断言是不正确的，因为“法院未负有以自己的权力来变更或者消灭法律关系的使命，它只是有权决定这样的问题：法院所确定的、有法律规范所规定的那些事实能否引起法律关系的变更或消灭”，[24]有法国学者也认为，调查并确定法律关系的基础条件才是形成判决的真正司法活动，至于形成判决中改变法律地位的那一部分可以说是行政行为，完全可以由行政官员担任。行使审判权的法院只能根据法律查明事实，解决纠纷，保护当事人的合法权益。法院的使命就是保护现实存在的权利和合法权益，这些权利和利益的产生，不是根据法院的判决，而是发生在法院的判决之前，并且不依法院判决为转移。[25]在所有情况下，法院只是用自己的判决来保护原告拥有的现实存在的权利，而不能创立或者终止双方当事人的权利和义务。不能认为法院判决可以直接变更当事人之间的某种法律关系，否则就违背了审判权的本质和法院的任务。之所以出现变更之诉（形成之诉）这种论点，克里曼指出，是因为法律允许主

体权利所有者在一定情况下可以以自己单独一方的意思表示来变更或终止某种法律关系。但是，在一定的情况下，根据法律，这种变更或终止法律关系，只能在法院的监督下完成。这样的权能，通常叫做变更的权能。如果这种权能被某个人争执或者侵犯，这种权能也同任何其他权能或者主体权利一样，也要得到保护。即使在这种情况下，法院的任务也并没有改变，仍然如故。在这一方面，法院本身什么也不能创造，不能变更，而只不过是保护变更或者终止有争议法律关系的权利，也就是保护现实存在的权利和法律保障的利益。

[26]所有所谓变更之诉，法院都是用自己的判决来保护原告拥有的现实存在的权利（分割共有财产的权利、所有权、离婚权），而不能创设或者终止双方当事人的权利和义务。

[27]克里曼提到的“变更的权能”实际上就是指形成权中的形成诉权。在改变法律关系之诉即形成诉讼中申请保护的也就是形成诉权。近年来，德国法学理论认为，不应该把改变法律关系与实体法分开考虑。它们的论点是实体法给予当事人改变法律关系的权利，但这种权利必须通过诉讼程序行使。各国实体法都认为当事人有权共同修改他们之间无论使用合同成立还是法律规定而产生的法律关系。当事人能以协议撤销他们订立的合同或就侵权行为损害赔偿义务达成协议。但是就这项权利与公共利益发生冲突时，就会受到限制，例如按照大多数国家的法律，婚姻关系不能以协议终止。法律规定了特定的离婚理由，理由是否存在由法院确定。这是因为离婚权涉及公共利益。在这种情形下，诉讼法就发生了作用：打算离婚的人必须起诉，由法院来确定离婚理由之一是否存在，经过诉讼程序，法院确定婚姻理由确实存在，就宣

告双方当事人离婚。因此，所谓的形成之诉只不过通过法院判决实现了实体法上给予当事人改变法律的民事权利（即形成诉权）。由于形成诉权是通过法院裁判得以实现的，因此容易造成似乎是法院判决自身改变了当事人之间的法律关系的假象。假设法院认为原告对被告主张的形成诉权并不存在，那么法院就不能做出改变原被告之间的法律关系。有学者曾直率地指出：“所谓变更之诉，就是根据变更的权能而提起的诉讼”，而且“根据变更之诉作出的判决，如果他是在不存在变更的权能的情况下作出的，应当予以撤销”。[28]

### 五、形成之诉与其他诉讼类型的区别日趋模糊

我国学者在谈形成之诉如何区别于确认诉讼时，往往过于简单地认为：形成之诉对于现存的民事实体法律关系并无争议，争议的是现存的民事实体法律关系应否变更；确认之诉在于确认某法律关系是否存在。然而从国外和我国台湾地区关于无效之诉属于形成之诉还是确认之诉争论不休的情况看，形成之诉与确认之诉的区别并非如其概念上的不同那样简单。传统理论认为，形成之诉与确认诉讼、给付之诉相比，主要具有以下几个特点：1．形成之诉通常只有在法律规定的情况下才予以承认，学者称之为“形成之诉限制之原则”（Der Grundsatz von numerus clauses gestaltungsklage）。私法上的权利关系的发生或消灭，通常是基于法律行为及其他法律要件而产生的，对其变更没有必要请求判决。然而，在有的情况下，不必说对当事人之间，就是对第三者关系也有必要既明确又统一产生变更效果。因此，法律规定在把一定的原因作为变更要件的同时，又不能依一定原因事实或当事人的意思表示（例如撤销、解除等）而产生现实的变更效果，而是让当事人以诉

讼主张其形成要件的存在，但以判决尚未被确定之前仍保持原来状态，等到用判决宣告变更时才产生变更的效力。因此，这种实体法上的形成之诉以法有明文规定、不得透过解释而扩大范围为原则，只有在法律专门规定并以法院判决才能变更法律状态的情况下，才予以承认。对于确认之诉与给付之诉而言，只要存在着权利，当事人就可以提出要求对其进行确认之诉或者给付之诉，尽管在这两种诉讼中也存在着因诉的利益之因素而遭驳回的情形，但作为诉的形式而言，给付和确认却是以一般的形式而存在的。[29]笔者认为，上文论证形成之诉的法定性显然已经把形成之诉局限于形成诉权的诉讼。正是由于实体法上形成诉权的法定性决定了诉讼法上形成之诉的法定性。因此，形成之诉的法定性并没有独立的意义，不能作为与确认之诉、给付之诉的重要区别。其实，“形成之诉原则上只对特别的、多数在实体法中对之作了规定的情形才合法”。[30]换言之，并非所有的形成之诉都必须在实体法上作出明确规定才合法。目前有不少学者对形成之诉限制之原则提出了质疑。依据这个原则，除了身份法和公司法领域，一般人因一般个人间的交易关系发生的诉讼，几乎没有能提起形成之诉的可能。但是，德国民事诉讼法教授Schlosser认为，对于某一诉讼的性质是否为形成之诉，可以类推解释方法对法律进行解释。Schwab教授在Rosenberg-Schwab民事诉讼法教科书中也表达了类似的观点。[31] 2. 形成判决具有对世效力。实定法规定的形成之诉多集中在诸如身份关系、公法关系、行政关系等必须强调明确性法律关系的领域中，而且，在这些领域中，由于牵涉到多数人的利害关系，因此也需要特别强调法律关系的划一性，

故而基于这种诉讼的判决在多数情况下都具有对世效力。传统意义上的形成之诉有具有广泛效力的形成之诉和无广泛效果的形成之诉之分。（1）具有广泛效力的形成之诉。形成判决专门针对将来产生的实体法上的法律状态的变更，例如离婚之诉或撤销婚姻之诉的判决等等。另外，尚有不少形成判决产生溯及既往的法律性变更，如否认子女之诉及认领之诉等。这些诉讼就效果发生的时间而言存在差异，但这些形成判决都有广泛性效果则是明文规定的。（2）无广泛效果的形成之诉。与前者相对，若干诉讼在实定法上并无明文规定具有广泛性效果，而只被解释为形成之诉的现象（其形成效果只有相对性），例如撤销诈害行为的诉讼等。这表明形成诉讼只能说在多数情况下具有对世效力，在一些场合并没有广泛效力。显然，对世效力也不能成为形成之诉与确认之诉、给付之诉典型的区别。为了解释形成之诉的形成判决所具有的对世效力，有日本学者把无广泛效力的形成之诉成为类似的形成之诉，把有广泛效力的形成之诉成为真正的形成之诉。这样一来，所谓真正的形成之诉其范围就进一步缩小，甚至比形成诉权的诉讼范围更小，其制度价值就变得越来越有限。[32] 作为形成之诉概念的定义而言，出于防止导致概念的混乱之考虑，在当下这种“将对世效力与原告适格的法定性作为形成之诉的判断标准”的观点已经趋于衰弱。我国台湾地区邱联恭先生也认为“应该进一步反思传统的诉讼类型三分法的妥当性以及突破长年沿袭的‘形成判决=对世效’或‘确认判决=相对效’等模式”。[33]

3. 形成判决具有形成力，而不具有给付判决的执行力、确认判决的既判力。确实，随着形成判决的做出，形成效果即产生，例如离婚，无需



任何强制措施。形成判决往往不像给付判决那样使被告承担履行的义务，而只是造成了法律关系的改变。但是，给付判决也能产生改变法律关系的效力，比如延长时效期间，或成立能强制执行的权利。同样，判决的强制执行性也不是区别两类判决的基础。因为即使是改变法律关系的判决有时也须用附加措施的帮助，即使用强制执行程序才能完成收效。也就是说，“变更判决不是绝对的无执行力，有的变更判决也是由执行效力可言的”。[34]尽管也有学说认为，形成判决之具有形成力而没有既判力，但是，为了防止不当得利或损害赔偿请求的产生，对于法院作出的“形成要件存在”之判断也有必要赋予其不可争执的效果，因此形成判决的既判力是应当予以肯定的。[35]不仅如此，笔者认为，形成判决的形成力实际上就是形成诉权产生法律关系变更的形成力。所谓的形成判决（实则确认判决）不过是确认了原告的形成权从而发生了形成的效果而已。综上所述可以看出，形成之诉的上述典型特征实质上大多源自或者直接属于形成权的特征。而且这些特征在形成之诉日趋相对化，尤其是与确认之诉的区别逐渐模糊。正是由于形成之诉与确认之诉之间区别的模糊性，已经导致了学者在撤销股东大会决议之诉、确认股东大会决议无效之诉以及确认股东大会决议不存在是否属于不同的诉，无效之诉包括婚姻无效之诉和股东大会决议无效是形成诉讼还是确认诉讼等诸多问题上的争论。不少学者认为，在定义上，婚姻关系无效之诉、收养关系无效之诉、公司股东会决议无效之诉不属于形成之诉，而属于确认之诉。但是有争议的是，这些诉的判决具有对世效力，所以就其实质而言，这些诉又存在着类似形成之诉的一面。[36]在我国台湾

地区，学者大都认为婚姻无效之诉、股东会决议无效之诉的性质为确认之诉；[37]在日本，民法学者大致上认为都是确认之诉，但是民事诉讼法学者却大部分认为这两个诉讼应该是形成之诉；德国的学者不分民法或者诉讼法学者，大部分认为是形成之诉，很少有人认为是确认之诉。[38]此外，“在学说上既存在认为其是确认之诉的观点，也有将其视为形成之诉的见解。总之可以说，这些诉讼是处于确认之诉与形成之诉之间并同时具有两种性质的诉讼。”[39]

### 六、形成之诉究其实质属于确认之诉

主张“二分说”的前苏联学者认为，形成之诉的内容无非就是有关是否要求被告履行一定的民事义务的问题，这些内容可以分别归入给付之诉或确认之诉中。一切形成之诉事实上要么属于确认之诉，例如离婚之诉应归为确认之诉??确认原告的离婚权利存在；要么属于给付之诉，例如分割共同财产之诉应当归为给付之诉??给付属于原告的那部分共有财产。因此按照诉讼目的将诉分为两类，即给付之诉和确认之诉是最全面也最是有根据的。[40]

克里曼也认为，当原告提起变更当事人之间现存法律关系的诉讼时，这个诉讼可能是确认之诉或者执行之诉（给付之诉），这要看原告是否提出判令给付的请求，例如，由于被告物质状况的改变而请求变更父母赡养费数额的诉讼，就是执行之诉，亦即判令给付的诉讼。关于确认合同无效的诉讼，也绝对不是变更之诉：它并不是创立任何的权利和义务，诉讼的目的只是请求法院确认当事人之间不存在合同所约定的相互的权利和义务。因此它是一种确认诉讼，亦即请求确认的诉讼。至于请求从查封财产中剔除某项财产的诉讼，是请求确认原告对于被不正确地查封的财产的所有权，也就是说

，它是确认之诉。[41]主张“三分说”的学者认为，形成之诉不能归入确认之诉与给付之诉中，它是一种独立的诉讼。其反对“二分说”的主要理由是，“变更”不是法院可随意创设一种新的法律关系，而是根据实体法的规定，对原有法律关系的变更。由于出现新的法律事实，使原有法律关系从发生根本上发生了动摇，法院在诉讼中承认这种事实，因而发生了变更原有法律关系的结果。没有法院判决来承认这种事实，这样的结果就不会发生。如离婚之诉，虽然法院在审理时要首先确认离婚权存在与否，但确认本身并不是最终的法律效果，解除婚姻关系才是离婚之诉的终极法律效果。笔者认为这项理由并不充分，恰恰证明了这种原有法律关系的变更就是确认之诉的后果。诸如撤销权等形成诉权的行使“所以须经由诉讼为之，系因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”。[42]也就是说，法院审理的是确认原告对被告在实体法所规定的形成权是否存在，具体而言，“一是首先确认请求变更的法律关系是否存在，是否有效，二是确认法律规定的变更条件是否成就。”[43]法院一旦确认原告的离婚权存在，离婚权作为形成权必然要产生解除婚姻关系的效果，只不过是这种形成诉权必须要通过法院判决这个途径而已。其实，普通形成权与形成诉权在其法律后果上并无二致，只不过是行使的途径不相同。换句话说，就是二者所发生的法律后果与各自的行使途径并无关联。正如德国学者所言，“在很多情况下为了法律利益的安全，一项形成的效果，也就是根据单方行为改变当事人之间法律关系的效果，必须经过法院检查性的判决，或者对于符合法律设定的前提条件

的确认性判决，才能生效。” [44]很显然，所谓形成之诉的判决只是检查性判决或者确认性判决而已。因此，依笔者的观点，形成之诉不能成为独立的诉讼类型，也不能分别归入确认之诉和给付之诉，而只属于确认之诉，最多只能是确认之诉中比较特殊的情形而已。确认之诉是原告请求承认他拥有争议的权利或者请求承认存在或不存在所争议的法律关系的诉。 [45]形成之诉就是原告请求承认他对被告拥有形成权。对于这一点，我国台湾地区曾华松先生也认为，“形成之诉者，要求法院确认私法上形成权存在，同时因形成权之行使，依判决宣告法律关系发生、变更或消灭之诉”。 [46]这也就是说，法院在形成之诉中的任务是确认形成权存在，而导致法律关系发生、变更或消灭的根本原因是在于形成权的行使。反过来，原告提起形成之诉如果遭到败诉判决，则属于判断原告私法上形成权不存在的消极确认判决。在上面的论述中，笔者一再地强调所谓的形成之诉只能是实体法上的形成之诉，而实体法上的形成之诉只能是形成诉权的诉讼。因为一般形成权在行使后由于对方的争执而提起的诉讼属于确认之诉。只有必须以诉行使的形成权所提起的诉讼才是所谓的形成之诉。而这里的形成之诉也是确认之诉。而从确认之诉的定义出发，确认之诉是对存在争议的法律关系的确认，是在法律关系有无彼此中作出选择，在一定程度上也可以理解为对某种法律关系的变更。需要指出的是，这与“确认之诉原型观”不同。“确认之诉原型观”认为，确认之诉是诉的基本类型，给付之诉和形成之诉都是确认之诉的特殊形态。贯穿任何判决中的判决效基本原型是既判力，而诉的形式之基本原型则是仅仅以既判力为对象的确认之诉。 [47]但

笔者认为，“给付判决是在对作为诉讼对象的权利或法律关系存在与否作出确认的基础上，命令债务人履行给付；形成判决也同样地在确认权利或法律关系的基础上产生形成效力”[48]，也就是说，给付之诉和形成之诉都是主张请求权或者形成诉权的存在，都需要法院作出确认判决，但给付之诉是在确认原告请求权存在的基础上进一步做出有具体数字计量的可执行的给付判决，前后有不同的审理内容，而法院对形成之诉只要确认原告主张的形成权存在就直接依照形成权的内容作出观念上的判决就可以了。所以，给付之诉有其独立的价值，而形成之诉与确认之诉同属于观念性裁判的诉讼类型，与确认之诉有天然的血缘关系，实际上只是确认之诉的特殊形态。把形成之诉作为确认之诉或者确认之诉的特殊情形来处理，对实践也很有益处。正如前面所提到的，在形成之诉与确认之诉分立的情况下，由于形成之诉与确认之诉之间区别的模糊性，导致了学者在撤销股东大会决议之诉、确认股东大会决议无效之诉以及确认股东大会决议不存在是否属于不同的诉等诸多问题上的争论。[49]有学者认为，由于股东大会决议的撤销事由、不存在事由与无效事由之间区别是较为模糊的，因此，给予这种区别的模糊性容易导致原告在选择诉讼时产生错误，进而由原告负担基于这种错误而产生的危险，因此对股东大会决议诉讼的诉讼标的应予以一元化。其优点就是可以让原告避免负担这种危险。若是基于非一元化说的立场，原告自己判断为无效事由，进而提起确认股东大会决议无效之诉，而法院作出的判断是撤销事由，那么原告就不能获得胜诉，不仅仅如此，如果撤销诉讼的起诉时间已经超过诉讼时效，那么在败诉后原告也不能提起

撤销诉讼。而且，也可以避免出现原告滥用权利的情形，即在一个诉讼中，败诉后的原告又提起其他的再诉，例如在撤销股东大会决议诉讼中，原告败诉后提起确认股东大会不存在之诉。就诉的分类而言，将撤销股东大会决议之诉与确认股东大会决议无效之诉以及确认股东大会决议不存在之诉的诉讼标的予以一元化的理解的做法也就意味着，将在此前通说分别作为形成之诉予以对待与作为确认之诉予以对待的两种不同类型诉讼予以一元化的理解。在这一点上，这种一元化的理解与通说发生了严重的冲突。有人认为，这种诉既不是形成之诉也不是确认之诉，而是一种特殊种类之诉，或者是一种包含确认与形成在内的复合形态之诉。[50]笔者反对这种特殊种类之诉或复合形态之诉的理解。其实这个问题可以变得很简单，就是在承认形成之诉本身就属于确认之诉的情况下，对撤销股东大会决议之诉、确认股东大会决议无效之诉以及确认股东大会决议不存在之诉作一元化处理。同样，如果明确形成之诉就属于确认之诉，那么对上文对无效之诉的性质究竟属于形成之诉还是确认之诉的争论就不复存在。

【注释】陈桂明为中国人民大学法学院教授；李仕春为《中国法学》杂志社。[1]参见张晋红：《民事之诉研究》，法律出版社1996年版，第141?142页。[2]参见沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社2002年版，第215?216页。[3][日]三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，台湾五南图书出版公司1997年版，第45页。[4][日]高桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，第61页。[5][日]高桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，

第68页。[6]陈计男：《民事诉讼法论》（上），三民书局2006年9月修订四版，第217页。[7]德国当代著名法学家Hans Dolle教授把关于形成权的理论称为是20世纪法学上的重大发现，参见[德]Hans Dolle：《法学上之发现》，王泽鉴译，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第四册，中国政法大学出版社1998年版。[8][德]卡尔·拉伦茨、曼弗瑞德·沃尔夫：《德国民法中的形成权》，孙宪忠译注，载《环球法律评论》2006年第4期。[9][日]高桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，第61页。[10]参见江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第151?158页。[11][日]新堂幸司：《新民事诉讼法》，弘文堂平成10年，第183页。[12][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106页。[13]王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》，法律出版社2005年版，第49?50页。[14][日]三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，台湾五南图书出版公司1997年版，第97页。[15]也有学者认为首先出现的是确认之诉。[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106页。[16][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106页。[17]林诚二：《论形成权》，载杨与龄主编：《民法总则争议问题研究》，清华大学出版社2004年版，第57页。[18][日]三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，台湾五南图书出版公司1997年版，第53页。[19]具体可参见江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第16?23页。[20]我国早期的民事诉讼法教科书往往提及或介绍这种前苏联学

者的“二分说”，将之作为与“三分说”并列的学说来看待。参见江伟主编：《中国民事诉讼法教程》，中国人民大学出版社1990年版，第59?60页。[21]张家慧：《俄罗斯民事诉讼法研究》，法律出版社2004年版，第52页。[22]张晋红：《民事之诉研究》，法律出版社1996年版，第137页。[23][德]沃尔弗拉姆·亨克尔：《程序法规范的正当性》，载米夏埃尔·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6页。[24][前苏联]阿布拉莫夫：《苏维埃民事诉讼》，中国人民大学审判法教研室译，法律出版社1956年版，第205页。[25][前苏联]克里曼：《苏维埃民事诉讼》，王文相、王增润译，法律出版社1957年版，第175页。[26][前苏联]克里曼：《苏维埃民事诉讼》，王文相、王增润译，法律出版社1957年版，第175?176页。[27][前苏联]阿·阿·多勃罗沃里斯基等著：《苏维埃民事诉讼》，法律出版社1985年版，第175页。[28]转引[前苏联]阿·阿·多勃罗沃里斯基等：《苏维埃民事诉讼》，法律出版社1985年版，第176页。[29][日]高桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，第61页。[30][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187页。[31]陈荣宗等：《婚姻无效与股东会决议无效之诉讼》，载民事诉讼法研究基金会：《民事诉讼法之研讨（四）》，三民书局有限公司1993年版，第13?16页。[32][日]三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，台湾五南图书出版公司1997年版，第59页。[33]陈荣宗等：《婚姻无效与股东会决议无效之诉讼》，载民事诉讼法研究基金会：《民事诉讼法之研讨（四）》，三民书局有限



公司1993年版，第35页。[34]张晋红：《民事之诉研究》，法律出版社1996年版，第179页。[35][日]高桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，第67页。此外，三月章教授同样认为形成判决即便既判力所生之作用非常有限，但也不能将既判力应当发生的作用完全切断。见[日]三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，台湾五南图书出版公司1997年版，第57页。[36][日]高桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，第62?63页。[37]比如我国台湾地区学者王甲乙先生即认为，股东会决议无效之诉应当属于确认之诉而非形成之诉。见王甲乙：《法人内部纠纷涉讼之研究??当事人适格及保护必要为中心》，载王甲乙：《民事暨行政诉讼研究》，司法周刊社1996年版，第229页。[38]陈荣宗等：《婚姻无效与股东会决议无效之诉讼》，载民事诉讼法研究基金会：《民事诉讼法之研讨（四）》，三民书局有限公司1993年版，第11页。依陈荣宗先生的观点，婚姻无效之诉与股东会决议无效之诉则属于形成之诉。[39][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109页。[40][俄]特列乌什尼科夫?姆?克主编：《民事诉讼法学》，莫斯科Cnapk出版社1998年版。转引自张家慧：《俄罗斯民事诉讼法研究》，法律出版社2004年版，第54页。[41][前苏联]克里曼：《苏维埃民事诉讼》，王文相、王增润译，法律出版社1957年版，第172?173页。[42]王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第98页。[43]张晋红：《民事之诉研究》，法律出版社1996年版，第178页。[44][德]卡尔?拉伦茨曼弗瑞德?沃尔夫：《德国民

法中的形成权》，孙宪忠译注，载《环球法律评论》2006年第4期。[45]王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，三民书局1986年版，第242页；[日]高桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，第59页；[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104页。有学者认为只是确认某种法律关系是否存在，参见常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社1994年版，第10页；也有学者认为是请求确认特定的权利关系存在与否，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46页。[46]曾华松等：《确认诉讼实务问题之研究》，载民事诉讼法研究基金会：《民事诉讼法之研讨（八）》，三民书局有限公司1997年版，第5页。陈计男先生也持同样的观点，参见陈计男：《民事诉讼法论》（上），三民书局2006年9月修订四版，第223页。[47]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47页；[日]兼子一：《民事诉讼法体系》，酒井书店昭和29年版，第144页以下。[48][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108页。[49]对于股东大会决议瑕疵的救济途径，德国采取“二分法”，即股东大会决议无效之诉和撤销股东大会决议之诉，我国2005年10月27日修订的《公司法》第22条也规定了股东大会决议无效之诉和撤销股东大会决议之诉两种情形；日本则采取“三分法”，即在“二分法”的基础上增加股东大会决议不存在或不成立之诉。我国台湾地区在立法上采取“二分法”，但学说和判例承认决议不存在为决议瑕疵的类型之一。[50][日]高

桥宏志：《民事诉讼法??制度与理论的深层分析》，林剑峰译，法律出版社2003年版，第63?66页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)