

## 形成诉权行使方式的反思与重构

宋史超

**内容提要:**形成之诉的基础是形成诉权,但形成诉权的行使方式并不限于提起形成之诉。就形成诉权而言,起诉方式能够实现法律关系变动的明确性、安定性,并实现对法律关系变动的司法介入和控制。德国法并不禁止形成诉权的仲裁行使。仲裁方式能够实现与起诉方式相当的效果。判断某种具体的形成诉权能否仲裁行使,需要考虑《民法典》的规定、纠纷是否具有可仲裁性、形成诉权是否符合仲裁程序的特点。形成诉权人为诉讼被告时,形成诉权的行使方式存在“抗辩说”与“反诉说”之争,应当肯定以抗辩方式行使形成诉权。抗辩方式能够实现与起诉方式相当的效果,符合《民法典》的规定和民事抗辩体系,并有助于实现纠纷一次性解决。本诉判决理由对形成诉权抗辩的认定同样具有终局性。如果仅因为形成诉权有“诉权”之名就只允许起诉行使、不允许仲裁行使或抗辩行使,就陷入了概念法学的窠臼。形成诉权行使方式的多元化,也有助于减少诉源和促进纠纷多元化解决。

**关键词:**形成诉权 形成之诉 仲裁 抗辩

宋史超,东南大学法学院讲师。

### 一 问题的提出

在诉的基本理论领域,近年来取得的重要进展是辨正了形成之诉的实体权利基础。传统理论认为形成之诉对应形成权,新近研究<sup>[1]</sup>则正确地指出:形成权分为普通形成权(又称简单形成权、单纯形成权)和形成诉权两种类型;前者以通知相对人的方式行使,后者以诉讼方式行使,只有形成诉权才对应形成之诉。行使普通形成权引发的诉讼,例如行使合同通知解除权引发的诉讼,不是形成之诉,而是确认之诉。<sup>[2]</sup>

[1] 参见刘哲玮:《普通形成权诉讼类型考辨——以合同解除权为例》,《中外法学》2014年第5期,第1336页;李辉:《形成权诉讼与形成之诉关系辨析》,《法学论坛》2016年第1期,第76页。

[2] 参见张海燕:《合同解除之诉的解释论展开》,《环球法律评论》2022年第5期,第87页。

“形成诉权—形成之诉—形成判决”的新共识正确描述了民事权利类型与民事诉讼类型的关系,但形成诉权的行使方式有待进一步研究。通说将形成诉权定义为以起诉方式产生、变更、消灭民事法律关系的权利,<sup>[3]</sup>这似乎默认形成诉权的行使方式仅为提起形成之诉。但立法和司法中,形成诉权的行使方式复杂且存在争议。一方面,形成诉权能否仲裁行使,存在争议。尽管有《民法典》的明文规定,但理论界多持怀疑态度,认为形成诉权有特殊性,仲裁与诉讼的替代关系并不适用于形成之诉。<sup>[4]</sup>《民法典》将部分形成诉权的行使方式表述为诉讼与仲裁,部分则仅表述为诉讼,这一立法安排也有待解释。另一方面,司法实践中形成诉权人并不总是主动地提起形成之诉变动法律关系,而是倾向于在相对方起诉时以诉讼被告的身份提出形成诉权的抗辩。例如,在原告起诉要求履行合同时,被告主张意思表示存在瑕疵并要求撤销合同。<sup>[5]</sup>

学界对形成之诉和形成判决的研究已经比较充分,形成诉权的起诉行使已基本达成共识,目前亟需明确仲裁行使和抗辩行使的合法性。研究冠以“诉权”之名的形成诉权能否以仲裁方式和抗辩方式行使,探讨形成诉权行使方式的多元化,具有三方面的正向效应。第一,促进民事权利理论的完善。研究民事权利必研究其行使方式,形成诉权是呈现为诉权形式的特殊民事权利,其行使方式如何构造,属于民事权利理论的重要命题。第二,服务《民法典》的正确适用。我国《民法典》规定的形成诉权多达二十余种,且涉及若干重要民事法律制度。研究形成诉权的多样化行使方式,关系《民法典》的正确适用。第三,有助于减少诉源。如果形成诉权可以通过仲裁方式和抗辩方式行使,那么权利人就不必提起形成之诉,这无疑有助于减少当事人和法院的诉累。下文从《民法典》等民事实体法中的形成诉权规范出发,对形成诉权仲裁行使、抗辩行使的合法性与程序构造进行研究。

## 二 起诉方式对于形成诉权的意义

提起形成之诉、获得形成判决,是形成诉权的基本行使方式,这也是思考形成诉权行使方式多元化的起点。必须厘清起诉方式之于形成诉权的功能与效果,如果仲裁方式和抗辩方式能实现同等的功能与效果,那就应肯定这两种行使方式的正当性。

### (一) 实现法律关系变动的明确性与安定性

形成之诉和形成判决的意义在于实现法律明确性(Rechtsklarheit)和法律安定性(Re-

[3] 例如,“(形成诉权)指必须提起诉讼,通过生效裁判才能发生效力的形成权”,《民法学》编写组编:《民法学》(第二版·上册),高等教育出版社2022年版,第74页。“形成权的行使方式有不同,如撤销权必须采用诉的方式行使……”,梁慧星著:《民法总论》(第六版),法律出版社2021年版,第77页;“所谓通过诉讼行使的形成权,是指形成权必须要到法院提起诉讼,经过法院的确认才能发生权利变动的法律效果。”王利明、杨立新、王轶、程啸著:《民法学》(第六版·上),法律出版社2020年版,第176页。

[4] 参见任重:《形成判决的效力——兼论我国物权法第28条》,《政法论坛》2014年第1期,第56页;李辉:《形成权诉讼与形成之诉关系辨析》,《法学论坛》2016年第1期,第72页。

[5] 2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第42条是对这一争议问题的回应,其明确承认了撤销抗辩的合法性。这是否适用于其他形成诉权抗辩,有待明确。

chtssicherheit)。<sup>[6]</sup> 起诉方式在这方面的功能,可以通过与普通形成权对比说明。

普通形成权存在行使效果不明的缺陷。例如,合同一方当事人发出解除通知后,对方否认解除的效果,主张解除事由不具备,此时合同是否解除就成了未知数,只有通过事后的诉讼(确认解除之诉)才能解决。<sup>[7]</sup> 《民法典》第 565 条增设合同解除确认之诉的规定,正是针对《合同法》时代通知解除效果不明问题的解决方案。<sup>[8]</sup>

以起诉方式变动民事法律关系,彻底解决了法律关系是否变动不明确的问题。形成之诉意味着法院对私权变动进行“事前审查”(vorgängige Kontrolle)。<sup>[9]</sup> 判决生效时法律关系方才变动,这就解决了双方对法律关系变动认识分歧的问题。<sup>[10]</sup> 对于形成诉权人和相对人而言,如果有生效的形成判决,那么法律关系确定变动;如果没有生效的形成判决(形成诉权人未起诉或起诉但败诉),则法律关系确定不变动。形成诉权的行使需要裁判者前置的审查与判断,形成诉权人不能绕过诉讼和裁判变动法律关系。法律关系变动与否,由法院生效判决明文表述,这就排除了后续争议的可能。<sup>[11]</sup>

另一方面,起诉方式使法律关系更不易变动,从而保障了法律安定性。第一,诉讼需要付出时间成本,取得生效的形成判决时法律关系方才变动,形成诉权人不能像普通形成权人那样“瞬时”变动法律关系。第二,诉讼需要付出金钱成本(诉讼费用),而且原告还要在败诉时终局承担该费用,相较而言普通形成权的行使是“免费”的。第三,形成诉权人的起诉只有在胜诉时才能变动法律关系,起诉仅为法律关系变动的必要条件而非充分条件,这就进一步降低了形成诉权的行权意愿。因此,起诉方式从时间成本、金钱成本、诉讼结果不确定性三方面提高了形成诉权行使的门槛,降低了形成诉权行使的概率,从而保障了法律安定性。

## (二) 实现司法权对私权变动的介入与控制

从外部视角来看,起诉方式实现了司法权对法律关系变动的实质介入。按照私法自治原则,民事法律关系产生、变更、消灭都应当由当事人自主决定。当事人通过双方法律行为(如合同)或单方法律行为(如行使普通形成权)自主变动民事法律关系,它们都是当事人的自主事务,不涉及法院或司法权。

起诉方式将司法权置入民事法律关系变动体系中。泽克尔(Emil Seckel)系统提出了形成权的概念,将形成之诉的构造解释为“双重构成”:形成诉权人的法律行为(Rechtsgeschäft)和法院的国家行为(Staatsakt)共同作用,实现民事法律关系的变动。<sup>[12]</sup> 起诉本质上“收紧”法律关系变动的权限——要想实现法律关系变动,当事人的行权和法

[6] Vgl. Schlosser, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, 1966, S. 230.

[7] 参见肖建国、宋史超:《〈民法典〉合同司法解除规则的程序法解读》,《浙江社会科学》2020 年第 12 期,第 51 页。

[8] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 237 页。

[9] Vgl. Bötticher, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, in: Caemmerer/Nikisch/Zweigert (Hrsg.), Festschrift für Hans Döle, 1963, S. 58.

[10] Vgl. Sogo, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, 2007, S. 101 ff.

[11] Vgl. Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2018, § 17 Rn. 12.

[12] Vgl. Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, 1903, 1954 Neudruck, S. 49 ff. 参见申海恩著:《私法中的权力:形成权理论之新开展》,北京大学出版社 2011 年版,第 201 页以下。

院的准许缺一不可。<sup>[13]</sup> 起诉模式本质上是将“权利人申请+法院准许”作为私权变动的前提,这就使法院一定程度上取得了对私法关系变动的控制权。<sup>[14]</sup> 形成之诉是典型的民事私权与法院司法权协同的制度。

总而言之,对于形成诉权来说,起诉方式起到了三方面的效果:起诉意味着私权变动要进行事前审查,从而实现了法律关系变动的明确、无争议;起诉意味着权利人行权的门槛拔高,有利于保障法律关系安定性;起诉意味着法律关系变动需要法院准许,从而实现了司法权对私权变动的介入与控制。如果仲裁方式和抗辩方式也能实现上述功能,那么就应当认可这两种方式。

### 三 形成诉权的仲裁行使

#### (一) 形成诉权与仲裁关系的迷思

形成诉权的仲裁行使,是指形成诉权人以申请仲裁的方式行使形成诉权,要求仲裁庭作出变动民事法律关系的仲裁裁决。关于形成诉权能否以仲裁方式行使,我国立法规定和理论研究存在明显背离。

以《民法典》为代表的民事立法明文肯定形成诉权仲裁行使。例如,《民法典》总则将法律行为撤销权的行使方式表述为“请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”;《民法典》合同编将违约金调整的方式规定为“人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加/予以适当减少”。事实上,将法院和仲裁机构并列为形成诉权的行使机构,是20世纪80年代以来我国民事立法的传统。《民法通则》第59条就将重大误解和显失公平的救济表述为“一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销”,《合同法》第54条延续了这一表达。《合同法》第114条规定法院和仲裁机构都可以调整违约金。

与立法者积极肯定不同的是,理论界对形成诉权的仲裁行使多持怀疑态度。例如,学者就形成诉权仲裁行使提出两点反对理由:一是仲裁的民间性与形成诉权的要求有较大差异;二是认为权利行使规定属于强制法律规定,当事人没有处分权,不能依照意思自治将涉及形成诉权的民事案件转交给仲裁机构。<sup>[15]</sup> 更激进的观点认为,如果形成权的行使方式由诉讼扩展到仲裁,就“悖离了形成诉权的真正内涵,不是严格意义上的形成诉权”。<sup>[16]</sup>

#### (二) 形成诉权仲裁行使的证成

##### 1. 德国法上的形成诉权仲裁行使

在我国广为流传的说法是,形成诉权在德国法上只能诉讼行使、不能仲裁行使,但是

[13] 参见申海恩著:《私法中的权力:形成权理论之新开展》,北京大学出版社2011年版,第108页。

[14] 在民法典编纂过程中,违约方司法解除权制度引发了争议。肯定说的一个理由是,该权利不是“解除权”,而是需要法院审查和判断的“申请解除权”。参见王利明:《论合同僵局中违约方申请解约》,《法学评论》2020年第1期,第34页。

[15] 参见任重:《形成判决的效力——兼论我国物权法第28条》,《政法论坛》2014年第1期,第56页。

[16] 李辉:《形成权诉讼与形成之诉关系辨析》,《法学论坛》2016年第1期,第72页。

在中国因为有民事实体法的明文规定而可以仲裁行使。<sup>[17]</sup> 考虑到形成之诉和形成诉权都是源于德国法的概念,有必要对德国法上的形成诉权行使方式一探究竟。

德语中,形成诉权(Gestaltungsklagerecht)一词的确是由“形成”(Gestaltung)和“诉权”(Klagerecht)组合而成,也有教科书将形成诉权解读为以起诉方式(Klageerhebung)行使的形成权。<sup>[18]</sup> 但实际上,德国法允许形成诉权的仲裁行使。

在德国民事诉讼法学体系中,形成诉权能否仲裁行使的问题,属于“客体可仲裁性”(objektive Schiedsfähigkeit)的问题。《德国民事诉讼法》第 1030 条是关于客体可仲裁性的核心规定,该条第 1 款规定为:“任何财产法请求权(vermögensrechtlicher Anspruch)都可以成为仲裁协议的对象。”形成诉权属于这里的“财产法请求权”。对该款规定的法典评注指出:“当然,这里的‘请求权’是诉讼法概念,也包括确认之诉和形成之诉。”<sup>[19]</sup>“请求权是指争议标的,并不限于《民法典》第 194 条第 1 款意义上的实体法请求权,而是也包括关于其他权利的争议;因此权利保护形式(给付、确认、执行)完全不具意义。”<sup>[20]</sup>可见,《德国民事诉讼法》第 1030 条本质上要求争议标的是财产法(而非家事法)性质即可仲裁。变动财产法律关系的形成诉权,满足客体可仲裁性的要求,完全可以通过仲裁方式行使。

除民事诉讼法外,德国的民事实体法也支持形成诉权仲裁行使。形成诉权可仲裁行使的例证遍布德国民事实体法。《德国民法典》第 343 条的违约金调减权是形成诉权,<sup>[21]</sup>但可以仲裁行使;<sup>[22]</sup>《德国股份公司法》第 246 条的公司股东会决议撤销权是形成诉权,<sup>[23]</sup>但可以仲裁行使;<sup>[24]</sup>《德国商法典》第 140 条(2024 年修订后第 134 条)的股东开除权是形成诉权,<sup>[25]</sup>但可以仲裁行使。<sup>[26]</sup>变动身份法律关系的形成诉权不可以仲裁行使,这是因为它不符合可仲裁性的要求,而非因为形成诉权不可仲裁。<sup>[27]</sup>

认为德国法上形成诉权不能仲裁行使的一个论证是,德国实体法将形成诉权的行使方式表述为“通过法院判决”,并以修订前《德国商法典》第 117 条为例证。<sup>[28]</sup>该条第 1 分句(2024 年修订后《德国商法典》第 116 条第 5 款第 1 分句)的规定为:“如果存在重大

[17] “德国民事实体法中关于形成诉权的规定都表述为‘通过法院判决的方式’”,任重:《形成判决的效力——兼论我国物权法第 28 条》,《政法论坛》2014 年第 1 期,第 56 页;“德国民事实体法上不支持通过仲裁实施形成权”,毋爱斌:《仲裁案外人权益救济机制的立法展开——基于我国〈仲裁法〉〈民事诉讼法〉修订和〈民事强制执行法〉制定的协同考量》,《政治与法律》2023 年第 12 期,第 117 页;“另外区别于德国,在我国,‘形成诉权’的固定内涵亦包括通过仲裁方式行使的形成权”,薄燕娜、李钟:《论合同解除权的行使——〈民法典〉合同编第 565 条评释》,《法律适用》2021 年第 6 期,第 9 页。

[18] Vgl. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 20 Rn. 43.

[19] Vgl. Schlosser, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl. 2014, § 1030 Rn. 2.

[20] Vgl. Münch, in: Münchener Kommentar ZPO, 6. Aufl. 2022, ZPO § 1030 Rn. 13.

[21] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 11.

[22] Vgl. Gottwald, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 343 Rn. 15.

[23] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 9.

[24] Vgl. Schäfer, in: Münchener Kommentar AktG, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 34, 35; Schäfer, in: Münchener Kommentar AktG, 5. Aufl. 2021, AktG § 248 Rn. 9.

[25] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 6.

[26] Vgl. Karsten Schmidt/Fleische, in: Münchener Kommentar HGB, 5. Aufl. 2022, HGB § 140 Rn. 90.

[27] Vgl. Münch, in: Münchener Kommentar ZPO, 6. Aufl. 2022, ZPO § 1030 Rn. 17-21.

[28] 参见任重:《形成判决的效力——兼论我国物权法第 28 条》,《政法论坛》2014 年第 1 期,第 56 页。

事由,一个合伙人的经营管理权可以依其他合伙人的申请由司法裁判取消。”该款确实使用了“司法裁判”的术语,但这一表达并不能否定其可仲裁性。查阅该规定的法典评注可知,学界通说和实践做法都认可,如果合伙人之间存在仲裁协议,则通过仲裁程序来取消合伙人的经营管理权。<sup>[29]</sup>

对德国法的正确理解应当是,在可仲裁性的范围内,仲裁和诉讼成立替代关系,关于形成诉权的规定亦不例外。立法对财产性法律关系变动采用“起诉”“法院判决”表述的,“起诉”可以被“申请仲裁”替换,“法院判决”可以被“仲裁裁决”替换。<sup>[30]</sup>将仲裁和诉讼隔离的做法是不可取的。<sup>[31]</sup>需要反思的是,法学术语往往浓缩了概念的最主要特征,但并不一定穷尽其内涵。形成诉权有“诉权”的称谓,主要是相对于只需以通知方式行使的普通形成权而言的。形成诉权大多数情况下以诉讼方式行使,但并非只能诉讼行使,不能仲裁行使。

## 2. 仲裁行使的正当性证成

在原理层面探讨形成诉权能否仲裁行使,应当从两方面进行考虑:仲裁方式是否具有与起诉方式一样的效果,能否实现形成诉权的制度功能;以仲裁方式行使形成诉权,是否符合仲裁的程序特点。

仲裁方式同样能够实现法律关系变动的明确性与安定性。就实现法律关系变动的明确性而言,仲裁和诉讼没有差别,只不过是申请仲裁代替了提起诉讼,仲裁裁决代替了法院判决。没有变动法律关系的仲裁裁决时,当事人可以信赖法律关系没有变动;有仲裁裁决时,当事人可以信赖法律关系确定变动。“形成诉权+仲裁”的组合同样能够避免形成权行使后当事人各执一词的情况,实现法律关系变动的明确性。在实现法律关系安定性方面,仲裁方式甚至还要强于诉讼方式。商事仲裁的金钱成本往往高于诉讼,当事人以仲裁方式行使形成诉权的意愿要低于以诉讼方式行使,法律关系变动的概率进一步降低。

司法权对法律关系变动的介入和控制,可以由仲裁机构代行。仲裁是替代诉讼的民事纠纷解决机制,仲裁的基础是当事人的合意(仲裁协议),并由国家强制力予以支持(仲裁裁决可以强制执行),仲裁兼具民间性和司法性。<sup>[32]</sup>在符合《仲裁法》可仲裁性规定和仲裁协议有效的前提下,仲裁机构行使仲裁权,替代法院行使司法权。基于诉讼与仲裁的替代关系,仲裁机构有权根据民事实体法的规定,对形成事由进行审查判断,并据此作出变动裁决或驳回裁决。

仲裁的民间性与形成诉权不冲突。根据《仲裁法》第2条的规定,可仲裁性的标准是纠纷的实体法性质而非诉讼类型。只要形成诉权相关争议属于“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”,就满足可仲裁性的要求。诉的

[29] Vgl. Jickeli, in: Münchener Kommentar HGB, 5. Aufl. 2022, HGB § 117 Rn. 87.

[30] 中国法亦有类似现象,术语采用“诉”或“诉讼”的,未必排除仲裁。例如在诉讼程序和仲裁程序中,债务人都可以行使诉讼时效抗辩权;在没有特别规定时,仲裁程序亦适用诉讼时效的期间、效果和中止中断事由(《民法典》第198条)。但没有必要将“诉讼时效”这一术语纠正为“诉讼仲裁时效”。

[31] 德国没有单行的仲裁法,仲裁程序一直由《德国民事诉讼法》第十编规定,民事诉讼法教科书一般也包括仲裁程序章节。

[32] 参见江伟、肖建国主编:《仲裁法》(第四版),中国人民大学出版社2023年版,第20页。

类型是以权利保护形式为标准的理论分类,<sup>[33]</sup>与实体法性质并无瓜葛。仲裁的民间性意味着涉及社会公共利益的纠纷不可仲裁,有的形成诉权涉及公共利益,但也有相当多的形成诉权不涉及公共利益(如变动合同法律关系的形成诉权)。

民事实体法将变动法律关系的权限授予法院的,有效的仲裁协议可以将这种权限转授给仲裁机构。法院作出形成判决,本质上是运用司法权变动私权关系,其基础不是特殊的法官权力(*besondere Richtermacht*),而是民法等实定法的授权。<sup>[34]</sup>基于仲裁替代诉讼的制度定位,如果存在有效的仲裁协议,民事实体法对法院行使司法权变动民事法律关系的授权,就被转化对仲裁机构行使仲裁权变动民事法律关系的授权。换言之,法院行使司法权变动民事法律关系的基础是民事实体法的授权,仲裁机构行使仲裁权变动民事法律关系的权限来自民事实体法和当事人仲裁合意的双重授权。

总而言之,形成诉权与仲裁程序并不存在性质上的冲突。以仲裁方式行使形成诉权,同样能实现与起诉方式相同的效果,实现形成诉权的制度目的,亦符合仲裁作为替代性纠纷解决机制的定位。仲裁的民间性和民事实体法的规定,都不构成拒斥形成诉权仲裁行使的理由。

### (三) 形成诉权仲裁行使的类型化分析

形成诉权在性质上与仲裁不冲突,但并非所有形成诉权都可以仲裁行使。认定哪些形成诉权可以仲裁行使,需要坚持形式标准和实质标准并重,并进行个别决疑。

#### 1. 形成诉权仲裁行使的标准

首先,《民法典》关于形成诉权行使方式的规定,是辨识特定的形成诉权能否仲裁行使的形式标准。《民法典》对形成诉权的行使方式有两种表述——“请求人民法院或者仲裁机构”与“请求人民法院”。采用前一种表述的形成诉权,当然地可以仲裁行使;采用后一种表述的形成诉权,法典的表述应当解释为对仲裁行使既未肯定亦未否定,需要进行进一步的实质判断。

能够仲裁行使的形成诉权应当满足可仲裁性的要求。《民法典》第 2 条将民事法律关系二分为人身关系和财产关系。《仲裁法》第 2 条将仲裁范围限定为“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”,第 3 条第 1 款明确“婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷不可仲裁”。人身关系涉及公序良俗,由民间性的仲裁机构变动人身法律关系,难以承担保护社会公共利益的制度要求。

其次,需要考察形成诉权是否契合仲裁程序的特点。第一,与法院管辖权不同,仲裁机构的仲裁管辖权以当事人的仲裁协议为基础。如果某一形成诉权的行使不容易达成仲裁协议,或无法保障形成诉权人有真实有效的仲裁意思,那么不应承认仲裁行使。第二,仲裁程序缺乏有力的追加第三人机制,<sup>[35]</sup>在保护案外人方面力有不逮。故涉及案外人权益的形成诉权不能仲裁行使。第三,仲裁的费用往往高于诉讼(尤其是国际仲裁),如果

[33] 参见[日]伊藤真著:《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 112 页。

[34] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 2.

[35] 参见汪蓓:《仲裁第三人程序准入制度的检视与完善》,《华东政法大学学报》2021 年第 3 期,第 130 页。

仲裁的高收费使得形成诉权实际上无法行使,那么也不应承认仲裁行使的合法性。

## 2. 能否仲裁行使无争议的形成诉权

根据上述判断标准,以下形成诉权是否能够仲裁行使,应不存在争议。《民法典》在婚姻家庭编和总则编规定了若干变动人身关系的形成诉权,常见的有离婚(第1079条)、撤销婚姻(第1052条与第1053条)、亲子关系承认与否认(第1073条)、<sup>[36]</sup>解除收养关系(第1114条与第1115条)、变更监护人(第36条)等。按照形式标准,《民法典》对上述形成诉权的行使方式均使用“请求(申请)人民法院”而非“请求人民法院或者仲裁机构”的表述。按照实质标准,变动人身关系的形成诉权不符合可仲裁性的要求。上述形成诉权皆不可通过仲裁方式行使。

与之相对的是,《民法典》总则编和合同编规定了一系列“请求人民法院或者仲裁机构”的形成诉权,主要有第147条-第151条的法律行为撤销权、第533条的情事变更司法解除或变更权、第580条的违约方司法解除权、第585条的违约金司法调整权。这些形成诉权变动的是合同等财产法律关系,符合《仲裁法》第2条可仲裁性的要求,且变动合同法律关系的形成诉权也契合仲裁程序的特点。实务中,变动合同法律关系的形成诉权往往被“打包”进整个合同纠纷而置于仲裁之下。例如,当事人在合同本文中约定“关于本合同发生的一切争议由某仲裁机构裁决”的,<sup>[37]</sup>则关于合同的撤销权、<sup>[38]</sup>司法解除或变更权、违约金调整权等形成诉权,均应向仲裁机构申请仲裁,当事人并不需要逐一约定这些形成诉权的仲裁行使。

## 3. 需要个别决疑的形成诉权

此外,还有部分形成诉权的仲裁行使问题比较复杂,需要个别决疑。

第一,债权人撤销权。债权人撤销权旨在否定债务人的不当处分财产的行为,有消灭债务人与相对人之间财产法律关系的效果,这符合可仲裁性的要求,但《民法典》第538条、第539条将债权人撤销权的行使方式表述为“请求人民法院”。

债权人撤销权的特殊之处在于主体关系,其呈现为债权人对抗债务人与相对人的局面。在实践中,债权人与债务人之间可能存在仲裁协议,但债权人、债务人、相对人三者之间几乎不可能达成仲裁协议——债权人一般事前不会知道相对人的存在,事后相对人也不会同意债权人以仲裁方式撤销自己与债务人的法律关系。如果只是债权人和债务人之间存在仲裁协议,而撤销的法律关系的当事人是债务人和相对人,相对人可能主张仲裁机构无仲裁权。

[36] 关于亲子关系承认与否认诉讼的性质,存在形成之诉说和确认之诉说之争,参见刘颖、谢妮轩:《亲子关系异议之诉的解释论展开——以〈民法典〉第一千零七十三条为中心》,《河南财经政法大学学报》2023年第6期,第115页以下。如果承认婚生子女推定制度,则诉讼属于形成之诉。

[37] 例如中国国际经济贸易仲裁委员会的示范仲裁条款为“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会(贸仲)……”;北京仲裁委员会的示范仲裁条款为“因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均提请北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心按照其仲裁规则进行仲裁……”。

[38] 合同存在欺诈时,仲裁条款是否还有效,素有争议。参见王克玉:《合谋欺诈视角下的合同仲裁条款独立性问题研究》,《法商研究》2014年第3期,第47页以下。但《民法典》第507条规定“合同不生效、无效、被撤销或者终止的,不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力”,似乎倾向于肯定立场。

在实体法上,撤销权制度需要平衡三方之间的利益关系。站在相对人的角度,其法律关系被债权人撤销已经是一种不利益,诉讼方式可以补足这种不利益的正当性。仲裁和诉讼的一大区别在于,仲裁机构的管辖权以当事人的自愿为基础,法院的管辖权则是强制性的。在相对人没有仲裁意思的情况下,如果仅凭债权人与债务人之间的仲裁协议就仲裁撤销债务人与相对人之间的关系,对相对人而言过于严苛。<sup>[39]</sup>在这个意义上,以仲裁方式行使债权人撤销权的空间很小,《民法典》采用“请求人民法院”而非“请求人民法院或者仲裁机构”的表述,并无不当。

第二,变动具有人身属性的财产关系的形成诉权。人身关系和财产关系不是截然两分的,有的财产关系兼具人身属性,也存在变动这类财产关系的形成诉权。例如,离婚财产诉讼分割,变动的是财产关系,但又以婚姻关系的消灭为基础。<sup>[40]</sup>

《民法典》第 1087 条对离婚财产分割的表述为,“离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成的,由人民法院根据财产的具体情况,按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。”法条本身没有赋予仲裁机构裁决的权限。但肯定说和否定说都能从第 1087 条找到依据。《民法典》将“协议处理”作为财产分割的首选方式,那么双方达成仲裁协议也可以解释为“协议处理”的一种方式。由于夫妻双方对夫妻共同财产有完全的处分权,似无理由禁止双方合意以仲裁程序分割析产。在涉及公司股权和境外财产时,财产分割具有商事争议的复杂度,仲裁分割可以发挥仲裁专业性强的特长。否定说则着眼于财产分割需要考虑子女抚养、婚姻关系中的过错等问题,这些都是人身法律关系中的事实,适合职权色彩更强的家事审判来查明,奉行当事人主义的民间性的仲裁程序无法胜任保护未成年人的要求。

较为稳妥的方案是,允许在满足特定要求的情况下以仲裁方式进行离婚财产分割。首先,仲裁分割财产应在离婚判决生效后进行,即先诉讼离婚、后仲裁分割财产。这样能保证人身法律关系既不是仲裁的标的,也不是仲裁的先决问题,从而满足可仲裁性的要求。其次,受限于仲裁程序保护未成年人权益的先天不足,仲裁分割适用于不存在子女抚养问题的离婚财产分割案件。再次,如果婚姻关系中一方经济处于显著弱势地位,仲裁的高收费会成为打压弱势方的武器,故不应承认仲裁分割的合法性。其他变动具有人身属性的财产关系的形成诉权,仲裁行使亦应以仲裁程序不触及人身关系为前提。

第三,变动法人内部法律关系的形成诉权。形成诉权可变动民事主体之间的法律关系,亦可变动法人内部法律关系,这类形成诉权能否以仲裁方式行使,亦存在较大争议。<sup>[41]</sup>

[39] 例如有学者指出,“如果某种形成诉权涉及第三人利益,那么宜将裁判主体限制为法院,如债权人撤销权的裁判主体应限制为法院。”房绍坤:《法院判决外之法律文书的物权变动效力问题研究》,《法商研究》2015 年第 3 期,第 142 页。

[40] 离婚财产分割诉讼的性质,取决于原告的诉讼请求。如果原告仅仅要求分割,那么判决仅变动所有权法律关系,故属于形成之诉;如果原告要求分割财产,并要求对方根据分割结果返还无权占有的财产,那么属于形成之诉和给付之诉的复合,判决具有强制执行力。相关讨论见范加庆:《离婚诉讼财产分割判项执行力的判断规则》,《人民司法》2023 年第 11 期,第 106 页以下。

[41] 不仅仅是公司法形成之诉,所有公司法纠纷都存在能否仲裁的困惑。参见张子学:《公司法纠纷可仲裁性初步研究》,《中国政法大学学报》2019 年第 4 期,第 48 页以下。

从性质上说,公司内部法律关系也属于财产法律关系,符合可仲裁性的要求。<sup>[42]</sup> 但《民法典》和《公司法》对相关形成诉权的行使方式,均采用了“请求人民法院”而非“请求人民法院或者仲裁机构”的表述。

变动法人内部法律关系的形成诉权的仲裁行使,存在两方面的障碍。首先,这类形成诉权很难达成真正有效的仲裁行使约定。实践中最主要的约定方式是公司章程。但问题在于,公司章程不是全体股东意思表示一致的产物,而是多数决的产物,章程中的仲裁条款无法保证每个股东都有真实的仲裁意思,尤其是可能违背小股东的意志。

其次,仲裁行使可能会淡化相关形成诉权的制度功能。以公司决议撤销诉权为例,公司决议往往体现公司管理层、大股东的意志,撤销诉权是小股东监督公司治理和制约大股东、管理层的制度工具。如果允许仲裁行使,那么仲裁的高收费可能使本欲谋求撤销公司决议的股东望而却步,使得相关形成诉权的立法目的落空。<sup>[43]</sup> 在这个意义上,公司法形成诉权是司法对公司治理进行监督和介入的手段,司法监督的效果是仲裁难以等价替代的。<sup>[44]</sup> 公司决议撤销诉讼还经常出现追加第三人的情况,需要将与撤销有利害关系的主体纳入程序。这对于第三人制度不发达的仲裁程序而言,是难以胜任的。

综合上述因素,对于公司法形成诉权的仲裁行使,理应从严把握。不过,公司法的强制性不如家事法,比较法上亦有支持仲裁行使的做法。<sup>[45]</sup> 如果各公司内部法律关系主体都确有真实的仲裁意思,且仲裁亦能实现对公司治理的有效监督,则可以允许以仲裁方式行使。

## 四 形成诉权的抗辩行使

### (一) 被告行使形成诉权方式的争议

#### 1. 反诉说与抗辩说的争议场景

中国法上的形成诉权抗辩行使问题,主要存在于合同诉讼。<sup>[46]</sup> 一方当事人基于合同法律关系提起给付之诉的,对方可能:(1)主张合同订立存在意思表示瑕疵,行使《民法典》第147条至第151条的法律行为撤销权;(2)主张适用《民法典》第533条要求变更或解除合同;(3)主张适用《民法典》第580条解除合同;(4)主张适用《民法典》第585条调

[42] 例如,针对公司决议撤销,最高人民法院编写的公司法司法解释释义书指出,股东事先在章程中约定仲裁条款,或事后达成仲裁管辖协议的,仲裁撤销有效。其理由是,法律行为撤销权可以仲裁行使,那么决议撤销权也可以仲裁行使。参见杜万华主编:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第118页。

[43] 仲裁的高收费使得权利人对行使权利望而却步,这方面的典例是“OFO退还押金事件”。参见许文韬:《网络用户服务协议中仲裁条款的效力》,《人民法治》2019年第10期,第44页。

[44] 其实,《仲裁法》第2条“合同纠纷和其他财产权益纠纷”的表述并没有明文列举公司纠纷,可认为暗含了立法者对公司纠纷能否仲裁解决的犹疑态度。

[45] 例如德国法上,对于《德国股份公司法》第246条的公司决议撤销诉权,如果全体股东都同意仲裁撤销(而非仅仅公司章程规定),仲裁协议亦有效。Vgl. Schäfer, in: Münchener Kommentar AktG, 5. Aufl. 2021, AktG § 248 Rn. 9.

[46] 为行文简便,下文探讨在诉讼程序中抗辩行使形成诉权,但原理与结论亦适用于在仲裁程序中抗辩行使形成诉权。

整违约金。<sup>[47]</sup> 关于被告行使这些形成诉权的方式,一直存在抗辩说与反诉说的争论。前者认为,这些形成诉权在诉讼中按照权利抗辩的规则行使即可,无需提起反诉;<sup>[48]</sup> 后者认为形成诉权不同于普通形成权,必须以反诉的方式行使。

反诉说和抗辩说的争议集中体现于《民法典》第 147 条至第 151 条的法律行为撤销权。我国司法实践大多肯定以抗辩方式行使合同撤销权,乃至认为在不反诉撤销的情况下不审查合同效力是错误的。<sup>[49]</sup> 2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称“《九民纪要》”)第 42 条明文肯定撤销权抗辩行使。<sup>[50]</sup> 理论界则不乏反诉说的支持者。如认为“单纯的抗辩不能发生形成权行使的效果”;<sup>[51]</sup> “撤销权的行使应采取诉讼请求或者仲裁请求的方式。如果当事人只是以抗辩的方式主张,尚未为足。”<sup>[52]</sup> 关于违约金调减亦存在类似争议。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第 64 条沿袭《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第 27 条,明确当事人既可以反诉申请调整违约金,也可以抗辩申请调整违约金,学界多持赞成观点,但亦有认为须提起反诉。<sup>[53]</sup>

被告以反诉方式行使形成诉权是没有争议的,但反诉也意味着形成诉权人需要垫付诉讼费用,并在败诉时终局承担。其次,反诉比抗辩的程序更复杂,且限于一审法庭辩论终结前。基于上述考虑,形成诉权人存在偏好抗辩、怠于反诉的可能。<sup>[54]</sup> 能够反诉行使不是拒绝抗辩行使的理由,反诉说与抗辩说的正当性需要深入分析。

## 2. 反诉说与抗辩说的理论剖析

现有研究往往只是指出某一权利属于形成诉权,进而主张其只能起诉行使,不能抗辩行使。这本质上还是认为形成诉权有“诉权”之名就应当诉讼行使,并没有作实质论证。反诉说给出的一个较为实质的理由是,反诉可以实现获得独立裁判的需要。以违约金调整为例,法院应当就违约金是否调整、调整数额作出裁判,因此应当提出反诉,以诉讼请求的形式请求法院判决。以抗辩方式主张违约金调整的,法院不会作出实体性裁判。<sup>[55]</sup> 为何法律行为撤销不能以抗辩方式行使,亦存在类似认识——“撤销权为形成诉权,在判决或仲裁裁决作出时,才发生撤销的法律效果”。<sup>[56]</sup>

[47] 违约金调整权是形成诉权而非普通形成权。普通形成权只需以意思表示方式行使,如果违约金调整是普通形成权,那么违约方只需通知守约方就能调减违约金数额,无需法院或仲裁机构介入。这显然与《民法典》第 585 条“人民法院或仲裁机构根据当事人的请求增加或减少”的规定相违背。

[48] 如庄诗岳:《权利抗辩的法理证成与规则辨正》,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2022 年第 5 期,第 96 页;刘子赫:《〈民法典〉第 580 条第 2 款(违约方司法解除权)诉讼评注》,《云南社会科学》2023 年第 1 期,第 121 页。

[49] 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2022)新民申 1109 号民事裁定书。

[50] 该条规定:“一方请求另一方履行合同,另一方以合同具有可撤销事由提出抗辩的,人民法院应当在审查合同是否具有可撤销事由以及是否超过法定期间等事实的基础上,对合同是否可撤销作出判断,不能仅以当事人未提起诉讼或者反诉为由不予审查或者不予支持。”

[51] 徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注》(精要版),中国人民大学出版社 2022 年版,第 143 页。

[52] 韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 249 页。

[53] 对违约金调整权抗辩行使的批评,见谭启平、张海鹏:《违约金调减权及其行使与证明》,《现代法学》2016 年第 3 期,第 42 页。

[54] 参见谭启平、张海鹏:《违约金调减权及其行使与证明》,《现代法学》2016 年第 3 期,第 42 页。

[55] 参见谭启平、张海鹏:《违约金调减权及其行使与证明》,《现代法学》2016 年第 3 期,第 42 页。

[56] 徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注》(精要版),中国人民大学出版社 2022 年版,第 143 页。

“独立裁判必要说”夸大了独立裁判的重要性。以抗辩方式行使形成诉权时,法院也要作出回应和判断,只是不会单独作出判决,而是在本案判决的判决理由中予以论述。形成诉权人的诉求是实现法律关系变动,法律关系变动是构成独立的判决,还是在本案的判决理由中表述,只是一个裁判技术问题,二者都是可接受的。

抗辩说的一个理由是,允许形成诉权抗辩行使可以促进全面解决纠纷和避免矛盾裁判。最高法院编写的《九民纪要》的配套释义书指出,如果在被告未提起反诉时对撤销权不予审查,那么其另案诉请撤销合同时,“前案判决可能要通过审判监督程序来纠正,如此既不利于一揽子解决纠纷,也不利于维护裁判之间的协调性、统一性”。<sup>[57]</sup> 这一论理值得商榷,法院在被告未反诉撤销时对撤销不予审查是否构成错误判决,不能一概而论,需要分两种情况讨论。

如果被告既没有反诉撤销,也没有以抗辩方式行使撤销权,法院不应依职权审查合同撤销问题。实体法上,形成诉权属于形成权的下位概念,形成权抗辩属于权利抗辩,抗辩人不仅需要主张相关的事实,还要有相应的行使权利的意思表示。<sup>[58]</sup> 处分原则下,当事人有在诉讼中决定是否行使权利的自由。撤销权人不行使撤销权的,法院不能依职权撤销。如果被告未反诉撤销,但以抗辩方式行使撤销权,法院应否审查合同撤销问题,恰恰取决于形成诉权抗辩行使的合法性。如果认为可以抗辩行使,那么应当审查合同撤销问题,否则构成错误判决;反之,如果认为形成诉权不能抗辩行使,那么就不构成错误判决。因此,正确的逻辑是,形成诉权能否抗辩行使,决定了法院是否需要一揽子审查撤销问题、不审查是否构成错误判决;不能倒置逻辑,通过预设后者来论证形成诉权可以抗辩行使。

支持抗辩说另一个理论是,形成诉权本质上属于私权,合同撤销是单方法律行为,法院的判决是撤销生效的条件,合同撤销之诉本质上不是形成之诉,而是确认之诉。<sup>[59]</sup> 然而,将合同撤销判决定性为确认判决,不无疑问。确认判决旨在确认既存的法律状态,判决生效前后实体法律关系保持不变,合同撤销判决并不符合确认判决的这一特点。将法院判决理解为撤销生效的条件,仍然是判决生效时法律关系方告变动,这依旧符合形成判决的构成标准——判决生效前后实体法律关系不同。总而言之,将合同撤销判决定性为确认判决,虽然能得出形成诉权可以抗辩行使的结论,但这一定性本身似难以自圆其说。

### 3. 作为参考的德国法方案

形成诉权的概念源于德国法,德国法并不将形成诉权的行使方式限于起诉或反诉。通说认为,形成诉权人为诉讼被告时,无需明确提出变动法律关系的诉的声明,只需要作出变动法律关系的意思表示。<sup>[60]</sup> 如果被告是以这种方式行使形成诉权,那么法院无需在

[57] 最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第294页。

[58] 参见陈刚:《论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设》,《中国法学》2014年第5期,第213页。

[59] 参见陈俊达:《合同撤销抗辩的法教义学分析——对九民纪要第42条之证成》,《南海法学》2020年第4期,第31、32页。

[60] 反诉意味着被告必须提出自己的诉讼请求并由法院作出反诉判决。在德国法上,如果给付之诉的被告要行使形成诉权,其不需要明确地提出诉请(braucht aber nicht ausdrücklich beantragt)、法院不需要在判决主文中明确表述(nicht ausdrücklich in den Tenor des Urteils aufgenommen)。这显然不符合反诉的要求,而是仅需要在诉讼中作出行权的意思表示。Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 92 Rn. 12; Roth, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl. 2016, vor § 253 Rn. 106.

判决主文中明确宣告法律关系的变动。由于法律关系变动实际上是隐藏在判决理由中,这样的判决被称为“隐藏的形成判决”(verdecktes Gestaltungsurteil)。典型情形是《德国民法典》第 343 条的违约金司法调减。通说认为,法院对违约金调减的宣告是“隐藏的形成判决”,但同时又认为,以起诉、反诉、抗辩(Einrede)的方式主张都是合法的。<sup>[61]</sup>

“隐藏的形成判决”是允许被告以抗辩方式行使形成诉权的结果。判决主文是对原告诉讼请求(诉的声明)的回应,被告抗辩没有资格写入判决主文,只能写入判决理由,故而称为“隐藏”;尽管如此,该判决也在生效时变动民事法律关系,具有与形成判决一样的效果,故而属于“形成判决”。只有承认形成诉权可以抗辩行使,才会出现“隐藏的形成判决”——在判决理由中宣告法律关系变动的判决。

## (二) 形成诉权抗辩行使之证成

### 1. 《民法典》规定文义解释的结果

支持形成诉权抗辩行使的直接论据是《民法典》的规定。《民法典》将形成诉权的行使方式表述为“请求人民法院”“请求人民法院或者仲裁机构”,而非“向法院提起诉讼”“向法院提起诉讼或者向仲裁机构申请仲裁”。被告以抗辩方式行使诉权,在“请求人民法院”“请求人民法院或仲裁机构”的文义范围之内。

在请求权体系中,请求权和抗辩是一组相对的概念。<sup>[62]</sup>但《民法典》中关于形成诉权行使方式的“请求”,并不是指“要求相对人为或不为一定行为”意义上的请求权,而是指形成诉权人向法院作出行使形成诉权的意思,申请法院变动民事法律关系。如果采取反诉方式,行使形成诉权构成一项独立的诉讼请求,要求法院以单独的判决的形式判断;抗辩方式同样能够体现行使形成诉权的意思,且可以抵达法院和相对人,只不过不需要法院单独作出判决。换言之,反诉和抗辩只是手段的不同,是请求法院行使司法权变动民事法律关系的不同形式。以抗辩方式行使和以反诉方式行使形成诉权的实质内容相同,都是通过“权利人请求+法院批准”来实现法律关系变动,并没有降低形成诉权行使的门槛。

简言之,《民法典》将形成诉权的行使方式规定为“请求人民法院”“请求人民法院或者仲裁机构”,这是形成诉权抗辩行使的法定依据。这个意义上,“形成裁判请求权”是比“形成诉权”更精确的术语。<sup>[63]</sup>

### 2. 抗辩行使能够实现与起诉行使相同的效果

形成诉权抗辩行使,同样能保障法律关系变动的明确性和安定性,实现对私权变动的司法介入与控制。在形成诉权抗辩行使的场景,法院同样要对法律关系变动进行事前审查和司法确定。法院作出支持被告抗辩的判决的,当事人确信法律关系已经变动,反之则可以信赖法律关系没有变动。“没有判决,法律关系就不变动”的公式同样适用,只不过

[61] Vgl. Gottwald, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 343 Rn. 1, 13.

[62] 参见王泽鉴著:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社 2009 年版,第 137 页以下。

[63] 值得注意的是,尽管形成诉权(Gestaltungsklagerecht)仍是当代德国法学的主流表达,但也有教科书同时使用“形成申请权”(Gestaltungsantragsrecht)的术语。尽管这可能是因为部分形成诉权是通过非讼程序而非诉讼程序行使,但也揭示了形成诉权与诉讼并不是完全绑定的。Vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 28 Rn. 23.

这里的判决不仅包括形成判决,还包括采纳形成诉权抗辩的判决(即德国法上的“隐藏的形成判决”)。这样就保障了当事人对法律关系是否变动的明知和确信。抗辩行使同样需要经历诉讼程序,同样需要付出金钱成本和时间成本,法律关系安定性仍能得到维护。<sup>[64]</sup> 形成诉权抗辩行使,同样是经法院的准许才变动民事法律关系,同样能够实现司法对私权变动的审查控制。

### 3. 符合民事抗辩体系的逻辑

关于民事抗辩体系的构成,我国民事实体法学者和民事程序法学者已基本达成共识。权利抗辩是基于有消灭或延缓请求权的权利提出的抗辩,其需要作出行使权利的意思表示,而不能仅仅主张相关事实。抗辩权抗辩和形成权抗辩是权利抗辩的主要类型。<sup>[65]</sup>

形成诉权抗辩是形成权抗辩的子类型。形成诉权可以通过消灭基础法律关系来消灭请求权,从而对抗请求权的行使。就这个功能而言,形成诉权和普通形成权没有任何差别,因此应当作为形成权抗辩的下位概念。普通形成权抗辩只需要向相对人作出意思表示,形成诉权抗辩的特殊性在于,变动基础法律关系的主张需要法院许可方才生效。故形成诉权抗辩只能发生于诉讼中,而普通形成权抗辩既可能发生于诉讼过程中,也可能发生于诉讼外。只有承认形成诉权抗辩的合法性,权利抗辩和形成权抗辩的体系才完整无缺。

### 4. 促进纠纷一次性解决

允许形成诉权抗辩行使,会提高诉讼中被告行使形成诉权的可能,这对于纠纷一次性解决具有积极意义。形成诉权抗辩行使在这方面的效益,需要结合判决遮断效加以分析。

我国民事诉讼立法和司法解释未规定判决遮断效。如果不承认判决遮断效,那么即使被告未在前诉中行使形成诉权,也不妨碍其在判决生效后提起形成之诉或在执行程序中提出被执行人异议(之诉)。这样就产生了衍生诉讼的问题:形成诉权人在前诉中不积极行权变动法律关系,而是在前诉判决生效后谋求变动,既产生了浪费司法资源的二次诉讼,又挑战了前诉生效判决的权威。此时,如果允许形成诉权抗辩行使,那么后续提起形成之诉的数量就会减少,从而实现在一个诉讼中解决纠纷。

近年来学者主张引入德日法上的遮断效规则,督促形成权人在诉讼中及时行权。如果承认判决遮断效,作为被告的形成诉权人在诉讼中不行使形成诉权的,既无权再次提起形成之诉,也无权在执行程序中行使形成诉权。<sup>[66]</sup> 承认遮断效的语境下,同样应当允许形成诉权抗辩行使。如果禁止形成诉权抗辩行使,被告就必须以反诉方式行使形成诉权,否则将因遮断效永久丧失行使的可能。这种“不反诉,即失权”就产生了强制反诉,<sup>[67]</sup> 而强制反诉在中国民事诉讼法中找不到依据。可见,如果禁止形成诉权抗辩行使,虽然还可以借助判决遮断效禁止二次诉讼,但产生的强制反诉欠缺合法性。

[64] 抗辩不收取诉讼费用,这个意义上抗辩行使的门槛确比反诉行使的门槛更低,但这在整体上无损于法律关系安定性之维护。

[65] 参见陈刚:《论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设》,《中国法学》2014年第5期,第213页。

[66] 新近对判决遮断效的研究都认为形成诉权也适用遮断效,参见王福华:《论民事判决的遮断效力》,《中国法学》2021年第3期,第283页;刘颖:《既判力标准时的形成权行使的规制路径》,《现代法学》2022年第2期,第82页。

[67] 参见严仁群:《既判力客观范围之新进展》,《中外法学》2017年第2期,第555页。

### 5. 判决理由对形成诉权抗辩的认定具有终局性

形成诉权抗辩行使时,法院并不需要单独作出判决,而是在本案判决的判决理由中认定形成诉权是否成立、法律关系是否变动。与独立的形成判决相同,法院在本诉判决理由中认定的形成效果,同样不可再争议。

形成诉权抗辩成立与否,决定了本案争议的法律关系是否变更或消灭,决定了本案判决结果。无论是原告还是被告,都不能就形成效果的认定再行争议、提出不同的主张。提起与判决理由中形成效果<sup>[68]</sup>不同的后诉构成《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》(下称“《民诉法解释》”)第 247 意义上的“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”,而在宽泛理解“诉讼标的相同”的语境下,前后诉围绕同一法律关系,属于“诉讼标的相同”且当事人相同,进而构成矛盾型重复起诉。<sup>[69]</sup> 如果允许提起后诉,就有可能作出与前诉形成效果认定相矛盾的判决——形成诉权要么成立,要么不成立;形成效果要么发生,要么不发生。由于前后诉当事人相同,这种矛盾判决在既判力相对性的语境之下也是不能容允的。

退一步说,即使认为判决理由不发生既判力,或从严认定《民诉法解释》第 247 条的“诉讼标的相同”,现行法下形成诉权抗辩认定的终局性仍能通过免证效力获得保障。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 10 条规定“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实”具有免证效力。由于形成诉权抗辩直接关乎本案诉讼的胜败,故该抗辩成立与否的事实属于裁判所确认的基本事实。如果在前诉判决生效后继续就形成诉权问题进行诉讼,那么被告可以根据前诉生效判决,主张前诉判决对形成诉权抗辩认定的事实为免证事实,而且这一事实实际上也不可能“有相反证据足以推翻”。如果认为既判力不限于判决主文、承认诉讼争点效力,<sup>[70]</sup> 那么对形成诉权抗辩的认定,作为案件的主要争议点之一,也具有争点效资格。

#### (三) 抗辩行使的程序问题

当事人以抗辩方式行使形成诉权的,该抗辩决定了基础法律关系是否消灭、原告的诉讼请求能否成立,应当作为争议焦点审理。按照权利抗辩的行使要求,被告不仅要主张形成诉权的事实(形成事由),还需要有行使权利的意思表示,例如“要求撤销合同”“行使撤销权”。如果被告只提出了相关事实而未有行权的意思表示,法院应当释明被告明确是否要行使形成诉权,以防被告因法律认识错误而错失行使。<sup>[71]</sup> 这种释明属于“澄清型释明”而不属于“从无到有的释明”,并不违反法官中立原则。我国司法实践也倾向于通过

[68] 可供参照的是,《德国民事诉讼法》明文规定既判力范围限于诉争请求权(第 322 条第 1 款),但学说尚能通过“隐藏的形成判决”理论肯定判决理由中形成诉权抗辩认定的既判力。中国民事诉讼法未有将既判力范围限于判决主文的规定,就更没有必要否认判决理由中的形成效果了。

[69] 司法实践中,有法院指出,在前诉中以被告地位提出形成诉权抗辩未获支持的,无权再提起形成之诉,因为前后诉构成重复诉讼。参见天津市北辰区人民法院(2020)津 0113 民初 203 号民事判决书、天津市北辰区人民法院(2020)津 0113 民初 5355 号民事裁定书。

[70] 国内质疑判决效力限于主文、讨论引入争点效力的观点的梳理,参见汪蓓:《已决关键争点既判力之理论证成与适用》,《法律科学(西北政法大学学报)》2024 年第 4 期,第 179 页。

[71] 形成诉权抗辩与抗辩权抗辩同属权利抗辩,理应参照后者的释明规则进行释明。关于抗辩权抗辩的释明逻辑,参见张海燕:《论法官对民事实体抗辩的释明》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017 年第 3 期,第 185 页。

“提示性询问、法律规范阐明等庭审行为”来去除答辩中的模糊与矛盾之处。<sup>[72]</sup> 例如,被告主张了合同存在欺诈,但未主张撤销的,法官应主动询问被告是否行使撤销权。

需要特别讨论的是,形成诉权人能否在二审中行使形成诉权抗辩。一般认为,我国民事诉讼二审采取续审主义,二审中仍然可以提出新的诉讼资料和证据资料。<sup>[73]</sup> 《民事诉讼法解释》第321条将二审范围表述为“围绕当事人的上诉请求”,第326条限制在二审中提起反诉,并未限制在二审中提出新的实体抗辩。同样基于实质化解纠纷的立场,应当允许形成诉权人在二审中提出形成诉权抗辩。由于形成诉权抗辩本可以在一审中提出,故二审提出的视为自愿放弃审级利益,直接由二审法院终局判决,不能进行上诉。

根据判决书的结构规则,判决主文是对诉讼请求的回应,形成诉权抗辩是关于诉讼请求能否成立的前提性问题,无论形成诉权抗辩成立与否,法院的回应和判断都应写入判决理由,而非判决主文。法院对形成诉权抗辩的认定具有拘束力。被告不提出形成诉权抗辩的,是否失权取决于是否承认判决遮断效。

## 五 结语

通说对形成诉权与形成之诉的关系的认识,经历了深化与修正的过程。最初,通说将形成权作为形成之诉的实体基础,并不区分普通形成权与形成诉权。之后,在比较法的启发之下,众多学者认识到形成之诉的实体基础只能是形成诉权,不可能是普通形成权。但遗憾的是,这次修正在剔除普通形成权的同时也将形成诉权与形成之诉完全绑定,并否定以仲裁方式和抗辩方式行使形成诉权。很大程度上,这一认识只看到了形成诉权的“诉权”之名,就认为形成诉权只能起诉行使、不能仲裁行使和抗辩行使,可谓犯了典型的“概念法学”的错误——“一旦接受了某个概念,也就必须无条件地接受内嵌于其中的所有后果似的”。<sup>[74]</sup>

正确的逻辑是,形成之诉的实体基础是形成诉权,但形成诉权的行使方式是多元的,既包括最常见的提起形成之诉,也包括申请仲裁,还包括在诉讼和仲裁中提出形成诉权抗辩。形成诉权在性质上与仲裁和抗辩不冲突,这两种方式都能实现形成诉权的设置目的——实现法律关系变动的明确性和安定性,并对法律关系变动进行司法审查和控制。结合《民法典》的具体规定而言,大部分形成诉权可以仲裁行使,部分形成诉权因纠纷不满足可仲裁性要求或与仲裁程序的特点不契合而不能仲裁行使。起诉、反诉和抗辩,是形成诉权人请求法院变动民事法律关系的不同形式,所有的形成诉权都可以抗辩行使。无论是基于民事实体法的立场,还是基于民事程序法的立场,都应当允许形成诉权行使方式的多元化,这既为形成诉权人提供了更多选择,也减轻了法院的受案负担,有利于纠纷的多元化解。

[72] 参见邹碧华著:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,第253页。

[73] 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》(第九版),中国人民大学出版社2023年版,第376页。

[74] [德]鲁道夫·冯·耶林著:《对法学的戏谑与认真:给法学读者的礼物》,张焕然译,法律出版社2023年版,第357页。

---

---

## Rethinking and Reconstructing the Way of Exercising the Formative Action Right

[ **Abstract** ] A formative lawsuit is based on formative action right, but the exercise of formative action right is not limited to filing a formative lawsuit. For formative action right, filing a lawsuit means an *ex ante* judicial review of changes in legal relations to achieve clarity, stability and judicial control of changes in legal relations. China's civil legislation has always expressly affirmed the exercise of formative action right by arbitration, but this affirmation is questioned by the majority of academic opinion. There is no prohibition on the exercise of formative action right by arbitration in German law. Arbitration can achieve an effect comparable to that of filing a lawsuit and is consistent with the positioning of arbitration as an ADR system. Whether a specific formative action right can be exercised by arbitration is determined by taking into account the formulation of the provisions of the China Civil Code, the arbitrability of the dispute, and the formative action right's compatibility with the characteristics of the arbitration procedure. Whether a creditor's right of avoidance, a right to divide property in divorce, or a right to set aside a corporate resolution can be exercised by arbitration is an issue that should be decided on a case-by-case basis. When the holder of the formative action right is a defendant in a lawsuit, there is a dispute between the "defense theory" and the "counterclaim theory". Judicial interpretations expressly provide that some formative action rights may be exercised by defense. There are some problems with the current arguments for both the "defense theory" and the "counterclaim theory". The German law doctrine of "hidden formative judgment" allows for the exercise of a formative action right by defense. Filing a lawsuit, counterclaim and defense are the different forms in which a right holder may request a court to change a civil legal relation, and defense can achieve an effect comparable to that of filing a lawsuit. The recognition of the defense of formative action right is the result of a textual interpretation of the provisions of the China Civil Code. It is consistent with the system logic of civil defense and can facilitate a one-time settlement of disputes. The finding of the defense of formative action right in *ratio decidendi* is also final and an independent formative judgment for counterclaim is not necessary. The exercise of the formative action right by defense should be considered a matter of controversy in the case and should be clarified when necessary, and the defense of formative action right may also be raised on appeal. One would be trapped in the concept of jurisprudence to think that the formative action right can be exercised only by filing a lawsuit but not by arbitration or defense just because it has the name of "action right". Diversification of the exercise of the formative action right can reduce the sources of litigation and promote the diversified settlement of disputes.

---

---

(责任编辑:余佳楠)