

将来给付之诉的理据研究

——胎儿生活费请求权之诉的 另一种实现路径

隋璐明*

目次	
引言	权之诉
一、生活费请求权之诉中胎儿诉讼主体资格的厘定	三、将来给付之诉的制度价值及边界
(一) 生活费请求权之诉的请求权基础	(一) 将来给付之诉的制度价值
(二) 生活费请求权的权利主体	(二) 将来给付之诉的可诉性要件
(三) 胎儿的民事权利能力与民事诉讼主体资格	(三) 将来给付之诉的限度及隐忧
二、对现有胎儿生活费请求权之诉的反思	四、胎儿生活费请求权之诉的重塑
(一) 诉的分类及将来给付之诉的确立要件	(一) 胎儿生活费请求权之诉的可诉性
(二) 程序法检视下的胎儿生活费请求权之诉	(二) 胎儿生活费请求权之诉的重塑
	五、结论

摘要 无论是《民法通则》时期,还是《民法总则》出台后,根据法律规定胎儿都是生活费请求权的权利主体,根据民事权利能力与民事诉讼主体资格有限分离或相统一的解释论,在生活费请求权之诉中胎儿都具有诉讼主体资格。胎儿生活费请求权是以出生为条件的给付请求权,从诉讼法的视角检视,胎儿未出生之前该权利还未现实地到来,如果依据现在给付之诉的诉讼形态实现胎儿的生活费,既会产生概念误用的问题也会因胎儿娩出时为死胎而产生的法效回复使被告为实现实体公正而陷入诉累,而让法院代管生活费的举措既不可行也与诉讼制度不契合。通过对将来给付之诉制度价值和可诉性要件及边界的推介,得出胎儿生活费请求权之诉当为依附性附条件的将来给付之诉,胎儿的生活费请求权及一次性纠纷解决为该诉的合法性基础。当然,将来给付之诉的实现路径需要通过对当事人提起诉讼的时间、方式、法院的审查要件、判决及执行等的重塑来实现;也需要债务人异议之诉及定期金变更判决之诉等保障其有效运行。

关键词 生活费请求权 胎儿诉讼主体资格 将来给付之诉

* 西南政法大学博士研究生。

引 言

《民法总则》出台前，立法者和有关学者对胎儿民事权利能力的问题颇有争议，概而述之，就胎儿是否具有民事权利能力而言，学界持有肯定说和否定说两种立场，肯定说认为《民法通则》中完全否定胎儿民事权利能力的价值取向已是明日黄花，法律应当吸纳生命伦理的精华并本着尊重生命和生命平等的法治精神〔1〕认可胎儿的民事权利能力；当然，由此衍生出的胎儿民事权利能力该如何定性并如何立法则是肯定说无法回避的问题。否定说认为胎儿是没有意志的，而意志是法律主体的根据，〔2〕并且通过胎儿具有请求预留份的权利来认定主体资格的思路是不合逻辑的，故此，胎儿不应当是法律主体。《民法总则》第16条的规定一锤定音，其顺应了世界立法趋势采纳了肯定说进而确定了胎儿的民事权利能力。根据立法解释论，胎儿享有的是部分民事权利能力〔3〕且仅享有民事权利不承担民事义务；此外，胎儿的民事权利能力契合附法定的解除条件说或者限制的人格说，〔4〕即如果胎儿娩出时为死胎的，胎儿的民事权利能力将自始不存在。其中，部分民事权利能力的范围是开放式的，那么，胎儿到底在何种情况下具有民事权利能力的问题就为司法能动提供了制度空间和法律依据，同时也为后续的立法提供了方向指引。

不同于遗产继承、接受赠予等权利已被明确地规定到法条中，《民法总则》第16条未予明确胎儿的民事权利能力是否适用于生活费请求权案件。鉴于我国请求权基础体系还未达到较为完备的阶段，且胎儿的部分民事权利能力的范围也是开放式的，同时，在我国司法实践中存在着胎儿生活费请求权的司法诉求，因此，探究在生活费请求权案件中，胎儿是否具有民事权利能力不仅会为日后的立法提供理论的支撑，也会对统一司法裁判的尺度有所裨益。此外，如果胎儿具有生活费请求权的民事权利能力，胎儿就相应地具有了诉讼主体资格，〔5〕鉴于胎儿的民事权利能力具有附条件解除的特性，倘若法院依据现在给付之诉的诉讼形态在胎儿未出生时就对其进行权利上的救济，当胎儿娩出时是死胎的情况下，必然会因胎儿实现权利的法效回复〔6〕引发概念误用、多次诉讼等程序上的问题。因此，应当从程序法的视角出发考虑通过何种诉讼形态对其进行救济才能有效避免法效回复引发的后续法律问题。具体而言，当双方当事人就胎儿生活费请求权发生争议时，具有诉讼主体资格的胎儿应当在何时提出诉讼请求？原告应当以怎样的诉讼请求向法院提起诉讼？法院应当如何裁判？做出裁判后，如何执行并实现权益？通过比较评析各种实现胎儿生活费请求权的诉讼形态，进而寻得最优路径就是本文的旨趣所在，毕竟追求程序的合理化是民事诉

〔1〕 参见朱晓峰：《民法典编纂视野下胎儿利益的民法规范——兼评五部民法典建议稿胎儿利益保护条款》，载《法学评论》2016年第1期，第179页。

〔2〕 参见李锡鹤：《胎儿不应有法律上利益——〈民法总则草案〉第16条质疑》，载《东方法学》2017年第1期，第11页。

〔3〕 杨立新在《〈民法总则〉中部分民事权利能力的概念界定及理论基础》（《法学》2017年第5期）一文中提出部分民事权利能力的概念，认为民事权利能力已经突破要么全有要么全无的界限，存在中间状态，即部分民事权利能力。部分民事权利能力的外延包括胎儿、死者、设立中法人、清算中法人、设立和清算中的非法人组织。

〔4〕 参见王洪平：《论胎儿的民事权利及权利实现机制》，载《法学论坛》2017年第4期，第38页。

〔5〕 一般情况下，民事主体资格和民事诉讼主体资格是统一的，依照此逻辑，在请求生活费案件中，当胎儿具有了民事主体资格时，就当然地具有了民事诉讼主体资格。

〔6〕 所谓法效回复，即已经发生的法律效果回溯性的复原，就如同其从来就没有发生过一样。就胎儿权利实现之法效回复而言，是指胎儿已经实现的权利，因胎儿出生时为死体，而溯及地消灭胎儿所享有的民事权利。

讼制度发展的内在动力之一。^{〔7〕}

一、生活费请求权之诉中胎儿诉讼主体资格的厘定

（一）生活费请求权之诉的请求权基础

生活费不同于婚姻家庭法律关系中的抚养费,依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第21条的规定,抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。可知,生活费是抚养费的下位概念。生活费请求权亦不同于抚养费请求权或扶养费请求权,引发三者的法律事实各异,且三者分属于不同的民事法律关系,本质上实属迥异。抚养费和扶养费请求权属于父母子女、夫妻之间因人身关系而衍生出的请求权,而生活费请求权本质上属于损害赔偿权,引发该权利的法律事实为侵权行为,譬如,交通事故侵权、医疗事故侵权等。前两者属于婚姻家庭法的范畴,后者则属于侵权法的领地。由此,生活费请求权之诉应当属于民事侵权之诉。

依民事诉讼的基本理论可知,民事之诉的构成和识别标准必然包括当事人和诉讼标的^{〔8〕}等要素。依据旧诉讼标的论(旧实体法说),诉讼标的为实体法所规定的表面性权利^{〔9〕}或者实体法上的权利或法律关系。^{〔10〕}虽然该学说在面对同一事实引发请求权竞合的情况下无法避免一个事件双重给付的常识性错误;但是,“我国学界普遍认为,我国立法和司法实践基本上采旧诉讼标的理论”^{〔11〕}。就因侵权行为引发的生活费请求权而言,无涉请求权竞合的情况,故此,利用旧诉讼标的说来确定生活费请求权之诉的诉讼标的并无不妥。就生活费请求权之诉而言,生活费请求权即为诉讼标的,而支持一方当事人向他方当事人主张生活费请求权的法律规范为生活费请求权的请求权基础。识别该请求权基础对于明晰生活费请求权之诉的要件事实和适格当事人是十分重要的。生活费请求权的请求权基础有以下几个:首先《民法通则》第119条的规定:“侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。”其次,《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第17条第2款和第3款规定的受害人致残或者死亡的,赔偿义务人应当赔偿被扶养人生活费。再次,《消费者权益保护法》第41条、第42条规定的经营者提供商品或服务,造成消费者伤亡的,应当支付由其扶养的人的生活费。同时,《最高人民法院关于审理触电人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第4条第1款第9项和《医疗事故处理条例》第50条第8项也构成生活费请求权的请求权基础。

（二）生活费请求权的权利主体

逐条分解生活费请求权之诉的请求权基础可知,生活费请求权的权利主体应当为受害人的被扶养人。根据不完全性法条中的定义性法条^{〔12〕}及法律解释可以将受害人的被扶养人划分为三种

〔7〕 参见[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1986年版,第45页。

〔8〕 诉讼标的,也被称为诉讼上的请求,是指在本案判决主文中,应当被做出判断之事项的最小基本单位。

〔9〕 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第23页。

〔10〕 参见陈荣宗:《民事诉讼法与诉讼标的理论》,台湾大学法学丛书编辑委员会1977年版,第336页。

〔11〕 郝伟明:《论诉讼标的与请求权规范之竞合——以旧诉讼标的的两岸实践为视点》,载《法商研究》2016年第3期,第103页。

〔12〕 定义性法条属于不完全性法条的一种,此类法条的功能在于对其他法条构成要件上所使用的概念,加以界限或阐释。

类型：第一，与受害人存在现实的法定扶养关系的人，具体包括未成年子女和丧失生活能力且无生活来源的成年近亲属，如《人身损害赔偿司法解释》第 28 条第 2 款规定的“被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属”；第二，受害人实际扶养的人，如《民通意见》第 147 条规定的受受害人实际扶养又没有生活来源的人。第三，受害人尚未扶养的人即胎儿，如“王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿纠纷案”中法官对《民法通则》第 119 条中“死者生前扶养的人”解释为包括尚未扶养的人和实际扶养的人，其中尚未扶养的人为胎儿。

前两类被扶养人有明确的法律依据，并无异议。但是，《民法总则》出台前，胎儿作为生活费请求权的权利主体尚存争议的空间。因为，依据《民法通则》第 9 条有关“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务”的规定“明确否认了胎儿的民事权利能力，使其作为民事主体的资格缺失”^{〔13〕}。依照民事诉讼主体资格（当事人能力）与民事权利能力相统一的一般逻辑，胎儿不具有民事诉讼主体资格。虽然，我国《继承法》第 28 条规定了胎儿的特留份制度，诉讼法学者以特定情况下民事诉讼主体资格和民事主体资格分离的理论解释这一法律现象。^{〔14〕}与此同时，有民事诉讼的研究者就借机主张民事诉讼法有全面确立胎儿诉讼主体资格的必要。^{〔15〕}然而，尽管学者的理论探讨充满着人文关怀和美好愿景，但鉴于我国特殊的权力构造、司法体制、法官权限等国情，在全面否定胎儿诉讼主体资格的时代，法官原则上仅在有明确实体法规定的情况下才会认可胎儿的民事权利能力进而肯定他的民事诉讼主体资格。

但是，本文认为《民法通则》第 119 条的规定就是胎儿享有生活费请求权的请求权基础。理由如下：其一，从比较法的视角观之，德国已经认可了胎儿作为生活费请求权的权利主体。就侵权行为引发的损害赔偿权的权利主体而言，《德国民法典》第 844 条第 2 项的后半段规定“在受害人被害当时第三人虽为尚未出生的胎儿的，亦发生赔偿义务”。结合该条前半段的内容，可以得出该赔偿义务就是胎儿出生后所应当享有的具有定期金性质的生活费。其二，从最高法院的态度上看，其已经认可胎儿是生活费请求权的权利主体。《最高人民法院公报》在“王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿纠纷案”的裁判中已经认可了“因事故发生而导致死者尚未实际抚养的子女的生活费请求权”^{〔16〕}。其中，“尚未抚养”即为尚未出生的胎儿。由此看来，最高院不仅不否认胎儿请求生活费的民事主体资格，甚至鼓励提倡司法实践中认可胎儿在请求生活费时的民事主体资格。其三，从法律解释的角度分析，胎儿属于“死者生前扶养的人”这一概念的外延。虽然将胎儿纳入“死者生前扶养的人”的范畴，与《民法通则》第 9 条存在立法上的抵牾，但是，一方面这可以用民事诉讼主体资格与民事权利能力有限分离的理论解释其合理性，另一方面这种扩大解释并没有超出法律文义的射程范围，并不属于法律续造。其尊重了文义，具有法律解释的正当性，并不

〔13〕 参见杨显滨：《论胎儿利益的民事立法保护》，载《法学杂志》2011 年第 11 期，第 118 页。

〔14〕 需要说明的是，民事主体资格和民事诉讼主体资格相分离的理论背后是有民事诉讼基本理论作为支撑的，最为有力的支撑就是民事诉讼具有独立的价值，并非民事实体法的附属物。由此理论衍生出了很多后续的民事诉讼理论，如抽象诉权说、新诉讼标的理论、纠纷解决的诉讼目的等。

〔15〕 如胡振玲曾在《胎儿之当事人能力初探》一文中，从胎儿并非不能特定化的主体、赋予胎儿当事人能力是保护胎儿利益的需要、赋予胎儿当事人能力并不以实体法承认民事权利能力为必要、以胎儿之母亲为当事人的非合理性等四个方面论述了确立胎儿诉讼主体资格的正当性。

〔16〕 “因事故发生而导致死者尚未实际抚养的子女的生活费请求权”就是指在事故发生前死者妻子就受孕但还未出生的胎儿的生活费请求权。（参见《最高人民法院公报》2006 年第 3 期第 37 页）

会影响法律的安定性及尊严。^[17] 其四,有观点认为《侵权责任法》第16条有关死亡赔偿金的规定已经取代《民法通则》第119条有关生活费的规定,故此,再将《民法通则》第119条作为胎儿生活费请求权之诉的请求权基础显然违背新法优于旧法的原则。本文不赞同该观点,因为新法优于旧法的适用前提是同位阶法律就同一事项存在冲突,然而死亡赔偿金请求权和被扶养人生活费请求权并非非此即彼的冲突关系。例如在某案件^[18]的判决中,法院既支持了原告提出的死亡赔偿金也支持了原告提出的胎儿生活费请求权。即使对死亡赔偿金采取“逸失利益赔偿说”中的“扶养丧失说”^[19],就胎儿生活费请求权之诉而言,为了保障胎儿的利益,胎儿生活费请求权也完全可以从死亡赔偿金中析出进而单独作为独立的诉讼请求,待死者近亲属就死亡赔偿金另诉或者一并起诉时可以将胎儿生活费从死亡赔偿金中剔除。鉴于《侵权责任法》第16条没有生活费的文义表示,故此引用《民法通则》第119条作为胎儿生活费的请求权基础并无不妥。综上,胎儿应当为生活费请求权的权利主体,其请求权基础为《民法通则》的第119条。

(三) 胎儿的民事权利能力与民事诉讼主体资格

有关胎儿民事权利能力的立法并非一以贯之,相反,以《民法总则》为分水岭,可以将胎儿民事权利能力的界定分为两个时期:否定胎儿民事权利能力的《民法通则》时期和肯定胎儿民事权利能力的《民法总则》时期。《民法通则》时期,依照上文的论证,胎儿是侵权引发的生活费请求权的权利主体,为了维护其权利的实现,胎儿应当具有提起诉讼进而保障权利的民事诉讼主体资格,根据“有民事权利能力的人必定有民事诉讼权利能力,但有民事诉讼权利能力的人不一定有民事权利能力”^[20]的“民事主体与诉讼主体有限分离论”^[21]可以得出:《民法通则》时期,虽然胎儿并不享有民事权利能力,但其具有生活费请求权之诉的诉讼主体资格。

不同于《民法通则》时期,依据民事权利能力与民事诉讼权利能力有限分离的学说来解释胎儿于生活费请求权案件中的诉讼主体资格一般。《民法总则》时期,依据对《民法总则》第16条的逻辑推演,可以得知在生活费请求权案件中,胎儿不仅享有民事权利能力也享有民事诉讼主体资格。理由如下:首先,《民法总则》实施后,“《民法通则》中的分则性规定,与其他民事基本法不相抵触者,继续适用”^[22],因此,作为分则性规定的《民法通则》第119条仍然有效。其仍为胎儿生活费请求权的请求权基础。其次,从立法语言上分析,《民法总则》第16条中的“等”字增加了该条的弹性,其立法目的就是表明胎儿的民事主体权利不局限于“继承和赠与”的情形。再次,立法语言的弹性意味着法律条文的意义,^[23]有利于“胎儿利益保护”表明了此法律条文的意义,同时,“胎儿利益保护”的情况起码应当与例示的“继承和赠与”具有同质性。何为同质性?解释这个问题需要引入胎儿的物质性人格利益、精神性人格利益和财产利益这三类利益图谱。^[24]其中,物质性人格利

[17] 参见王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第173页。

[18] 案号为(2015)鄂夷陵民初字第01672号的陈维龙、李承玉、岳娇娇、陈玉鲜与陈定洋、陈明华、宜昌市夷陵区文化体育局、中国太平洋财产保险股份有限公司宜昌中心支公司机动车交通事故责任纠纷一审民事判决书。

[19] 此说认为死亡赔偿金的性质及功能为维持死者近亲属未来的生活水平,具体而言,即死者近亲属的扶养费。此外,有关死亡赔偿金性质的学说还有精神抚慰说、继承丧失说等。

[20] 张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2004年版,第138页。

[21] 谭启平老师将民事权利能力与民事诉讼主体资格并不会同时存在,无民事权利能力却有当事人能力的学说称为民事主体与诉讼主体有限分离论。

[22] 李宇:《〈民法总则〉与其他民事法的适用关系》,载《法学》2017年第10期,第18页。

[23] 参见朱涛:《民法典编纂中的立法语言规范化》,载《中国法学》2017年第1期,第232页。

[24] 朱晓峰在《民法典编纂视野下胎儿利益的民法规范——兼评五部民法典建议稿胎儿利益保护条款》一文中提出了这一类型的分类。

益是指胎儿的生命权、健康权等，精神性人格利益是指名誉权等，财产利益则是纯获利益的如继承和赠与等情况。所谓的同质性应当是指财产利益，而非物质性人格利益或者精神性人格利益的情形。因胎儿的生活费请求权属于财产利益，从生活费的用途上看，其与继承与赠与一般，都是为了维持胎儿出生后的生活、消费，从人类繁衍进程上讲，生活费与继承与赠与一般，皆有为物种的延续提供物质保障的属性和功能，而非用于添补损害。因此，胎儿的生活费与继承和赠与具有同质性，都是财产利益。在生活费请求权的案件中，胎儿应当具有民事权利能力，同时，根据民事权利能力与民事诉讼主体资格相统一的原理，在请求生活费的案件中，胎儿应当具有诉讼主体资格，有权作为原告提起生活费请求权之诉。

二、对现有胎儿生活费请求权之诉的反思

（一）诉的分类及将来给付之诉的确立

在不同语境下，诉具有不同的意涵。从司法实践的角度出发，诉是原告将请求提交到法院，并要求法院对其请求做出一定裁判内容的要式诉讼行为。就理论而言，诉按照原告请求内容和法院裁判方式的不同，会有不同的分类。诉讼形态是反映诉的分类的基本概念，其与当事人的诉讼请求休戚相关，并以权利保护的方式作为划分不同形态的标准。

最早的民事诉讼形态仅为给付之诉，随着民事诉讼逐步脱离民事实体法，消极确认之诉和积极确认之诉共同型构的确认之诉这种诉讼形态逐渐确立，随着实体法中形成权的确立，民事诉讼以形成之诉加以回应。概言之，诉讼形态历经了从罗马法时期的给付之诉，再到19世纪给付之诉和确认之诉并存，发展到给付之诉、确认之诉和形成之诉三分的态势。虽然，日本学界对此“三足鼎立”的局面是否还有突破或者继续进化的可能还存在争议。^[25]但是随着民法上定期金、预期违约及附条件请求权等制度与权利的确立及发展，给付之诉这一诉讼形态又被细分为现在给付之诉和将来给付之诉的分类理论已达成共识。由此，理论上的诉可以被分为现在给付之诉、将来给付之诉、积极确认之诉、消极确认之诉和形成之诉等类型。从方法论上讲，诉的分类的发展和细化“带有理性进化主义方法论的印迹”^[26]，背后蕴含着对来自自足性结构的突破与发展。其中，民事诉讼法的独立及实体法的发展构成了诉讼形态细化和生成的直接动因。

将来给付之诉是指原告就未届履行期或条件未成就的请求权提前提起诉讼，以期提前定纷止争并待期限到来或条件成就时直接向法院申请强制执行的诉讼形态。虽然，该诉讼形态与原则上原告只能就于口头辩论终结前已届履行期或条件成就的请求权提起诉讼的诉讼原理相悖且有其合理性，^[27]但是，该原理也肯定了例外情况的存在。原因如下：首先，将来给付之诉虽然是对尚未到来的请求权进行审理，但是并不违反实体法上“到期履行”的原则。尽管将来给付之诉是对将来

[25] 三月章认为“现行民事诉讼制度承认给付之诉、确认之诉和形成之诉三种诉讼类型。由此可以认为，这是诉讼制度漫长发展史中的一大终点”。（参见《日本民事诉讼法》第45页）高桥宏志则认为“给付、确认、形成之分类并不是一种依据这三种诉之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之程度的全括性分类”。（参见《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》第68页）

[26] 参见郭武：《论中国第二代环境法的形成和发展趋势》，载《法商研究》2017年第1期，第86页。

[27] 林剑锋老师从将来给付之诉不符合实体法“到期履行”的原则、法院无法预测判断导致先前民事判决做无用功、一旦判决后的实体法律关系发生变动被告为了维护利益需要提起执行异议之诉会加重诉累等三个方面论证了将来给付之诉不能作为原则适用的论点。（参见林剑锋：《既判力视角下定期金判决变更之诉的解释论展开》，载《现代法学》2017年第6期，第133页。）

的请求权是否存在进行判断进而赋予其执行力,但是该执行力的实现是附期限或者条件的,即将来给付之诉的执行力要等到期限到来或者条件成就时才会产生,故此将来给付之诉只是对尚未到来的请求权进行“提前审理”而非“提前履行”,其并不违背实体法上“到期履行”的原则。其次,法院并非不能对将来的请求权存在与否做出预测判断。正如法院有权依据不可能完全的证据资料做出与过去发生的客观真实不可能完全相同的回顾判断一般,法院也能依据较为脆弱的证据资料对尚未发生但存在一定证据基础的事实做出预测判断。证明责任理论同样能为法官于事实真伪不明时的裁判提供理论支撑。再次,将来给付之诉也存在实体法和程序法上的理论支撑。民事实体法不仅保护到期的利益,也保护尚未到期的利益,如定期金制度、胎儿生活费请求权等;民事诉讼法中一次性解决纠纷的效率原则为尚未到来的请求权提前与其他诉讼合并审理提供了诉讼理论上的支撑。最后,我国已经存在有关将来给付之诉的立法和司法实践。分而述之,就立法而言,《民事诉讼法》第248条^[28]的规定被认为是定期金判决变更之诉的法律依据,由此可知,我国民事诉讼立法已经确立了变更之诉制度。从制度发生学的角度观之,变更之诉制度的确立是为了解决法官在运用将来给付之诉时可能产生的预测判断与实际不符进而有违实质公正的问题。故而,变更之诉的存在可以作为我国存在将来给付之诉的间接证据。如果《民事诉讼法》第248条可以被视为将来给付之诉的间接法律依据,那么《侵权责任法》第25条^[29]所确立的定期金制度则为我国将来给付之诉的直接证据,因为定期金制度作为将来反复给付的制度属于一种典型的将来给付之诉。此外,就司法实践而言,我国法官也曾做出“如果逾期不腾房,某某就应按每月若干元给付房屋使用费”^[30]的代偿给付判决,其中代偿给付被认为是将来给付之诉的一类。^[31] 综上,虽然将来给付之诉在我国没有明确规定,但是将来给付之诉作为现在给付之诉的例外情况已然存在且不一定非要入法,况且该制度已经被民事实体法上的定期金等制度所吸纳。

(二) 程序法检视下的胎儿生活费请求权之诉

通过检索相关案例可知,^[32]胎儿生活费请求权之诉的诉讼请求为请求支付被扶养人生活费若干元,由诉讼请求可知该诉讼的诉讼标的为生活费请求权,承接上文该诉讼的请求权基础则为《民法通则》第119条的规定。其中,生活费的定义至关重要,其决定着胎儿生活费请求权的定性及权利实现的诉讼形态。

英美法系的生活费为 alimony,根据《布莱克法律辞典》可知,生活费是指夫妻双方解除婚姻关系时,一方为了维持另一方的生存所支付的费用。根据我国现有的法律规定,生活费应当为父母对未成年子女所支付的抚养费的一部分。由此可知,生活费应当是解决已经出生的自然人衣食住行等基本生存问题而产生的费用,换言之,虽然胎儿可以被视为生活费请求权的主体,但是,当且仅当胎儿出生后生活费才会现实地产生。因此,胎儿的生活费请求权的性质应为附条件的请求

[28] “裁判发生法律效力后,发生新的事实,当事人再次提起诉讼的,人民法院应当依法受理。”

[29] “损害发生后,当事人可以协商赔偿费用的支付方式。协商不一致的,赔偿费用应当一次性支付;一次性支付确有困难的,可以分期支付,但应当提供相应的担保。”

[30] 参见郑刚主编:《最新执行案例评析》,人民法院出版社2001年版,第276页。

[31] 林剑锋老师通过引用日本的相关资料认为代偿给付属于预先提出请求的情形之一,而预先提出请求即为将来给付之诉的必要条件。(参见林剑锋:《既判力视角下定期金判决变更之诉的解释论展开》,载《现代法学》2017年第6期,第134页。)

[32] 如案号为(2015)鄂夷陵民初字第01672号的陈维龙、李承玉、岳娇娇、陈玉鲜与陈定洋、陈明华、宜昌市夷陵区文化体育局、中国太平洋财产保险股份有限公司宜昌中心支公司机动车交通事故责任纠纷一审民事判决书。

权,该条件非解除条件而应当为成立条件。另外,民事判决中有关胎儿生活费的计算方式(每年的生活费 \times 18年)也能佐证胎儿生活费请求权为以胎儿出生为成立条件的请求权。

由上文可知,《民法总则》通过后,在因侵权引发的胎儿生活费请求权纠纷中,胎儿具有民事行为能力且具有民事诉讼主体资格,有权作为原告提起诉讼。在司法实践中,基于一次性解决纠纷的便利原则及效率价值,胎儿提起的关于生活费的请求往往会与其他诉讼请求(死亡赔偿金、丧葬费、精神损害赔偿等请求权)一并提起,法院会一并受理和判决,其构成了诉的合并。此外,法院会将胎儿的生活费请求权视为已经到来的请求权进行审理并与其他诉讼请求一并判决,当判决生效后,当事人有权依生效的判决立即申请强制执行并获得权利的救济,而不论胎儿是否出生,生活费请求权是否已经现实地到来。此时,这种以现在给付之诉的诉讼形态审理下的胎儿生活费请求权之诉就会产生如下问题:第一,概念误用的问题。不同于将来给付之诉是对尚未到来的请求权进行审理和判决而适用的诉讼形态,现在给付之诉只能针对已经到来的请求权进行审理和判决。胎儿的生活费请求权在胎儿尚未出生前是未现实地到来的,而法院却用现在给付之诉进行审理,存在明显的概念误用问题。第二,当法院判决支持胎儿的生活费请求权并使此权利得到实现后,如果胎儿娩出时为死胎的,那么根据法效回复的理论,该生活费就构成了不当得利。一方面,当事人通过诉讼来解决纠纷需要经过“权利的觉醒”和“诉讼的决断”^[33]两个阶段,如果任一阶段出现松动,被告的实体权利就得不到救济。另一方面,从诉讼效率和一次性解决纠纷的视角来看,当事人单就一个侵权事实,需要通过多次诉讼才能最终解决纠纷,不符合诉讼经济。

综上,如若将胎儿生活费请求权之诉定位为现在给付之诉不仅会产生概念误用的问题,也有可能给被告带来诉累。前者是后者的逻辑前提,具体而言,正因为法官用现在给付之诉对尚未到来的生活费请求权进行裁判,才致使给付生活费的判决于胎儿未出生时就生效并且获得执行,由此在胎儿娩出时为死胎的情况下,使得原告已获得的利益失去事实基础。依据现有《民事诉讼法》的救济制度,被告可以视情况行使以下权利:其一,生活费执行完毕后胎儿为死胎的,被告有权依据《民事诉讼法》第200条第1款申请再审;其二,生活费还在执行过程中胎儿为死胎的,鉴于我国还未规定债务人异议之诉的制度,被执行人尚不能通过案外人或者申请执行人异议之诉获得救济。故此,被告人只能通过再审寻求法律救济。然而,从理论上分析,再审的功能在于因裁判存在错误或者重大瑕疵时需要推翻前诉进而重新认定事实或者法律关系。其中,法院于前诉认定的事实应当为已经发生的事实而非尚未发生的事实,然而,在胎儿生活费请求权之诉中,法官认定的事实为“胎儿将会出生”这一尚且未发生的事实,故此,被告依据再审之诉似乎有不妥之处。此外,被告若想依据不当得利之诉获得救济也有不宜之处,毕竟判决具有终局效力,非经法定程序不得变更或撤销,故此,在原审判决未撤销的情况下,被告通过不当得利之诉获得救济就显得更为艰难。总之,将胎儿生活费请求权之诉定位为现在给付之诉就会引发“多米诺骨牌效应”进而导致很多程序上的抵牾。这种抵牾不仅表现为难以与现在给付之诉的理论进行衔接,也表现在难以使被告通过再审等获得救济,退一步讲,即使被告勉强能够通过再审获得救济,那么被告也会陷入诉累进而耗费时间和金钱。

然而,将来给付之诉的诉讼形态就能恰当地回应胎儿的生活费请求权且不会带来概念误用、被告深陷诉累等程序法上的问题。其一,胎儿是侵权引发的生活费请求权的权利主体,具有民事

[33] 权利的觉醒是指对特定对手提出要求或进行利益主张的认识和这种利益主张由客观的规范所保障的认识。诉讼的决断是指一方面审判以外的手段已经不适合用来实现权利这样一种消极选择方式;另一方面又以审判抱以好感或给予较高评价为媒介而进行积极选择的方式。(参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第216页。)

主体资格,也具有诉讼主体资格;其二,胎儿的生活费请求权是附条件的请求权,在其出生之前并不能现实地到来;其三,如果在口头辩论终结前,胎儿还未出生的,该生活费请求权之诉当为将来给付之诉;其四,法官用将来给付之诉的诉讼形态实现胎儿生活费请求权之诉时,应当做出待胎儿出生后一次性给付或者分期给付胎儿若干元生活费的判决。由此,就会避免胎儿娩出时为死胎后所带来的后续法律问题,平衡胎儿及被告人之间的权益,同时也能与受害人的其他请求一并审理,进而一次性解决纠纷,符合诉讼经济。

当然,有观点指出“为了避免法效回复后返还不能或者不愿返还、拒绝返还的风险,也为了平衡胎儿及加害人之间的利益,提出应当建立附停止条件的交付,具体而言,当法院判决支持胎儿生活费请求权时,赔偿义务人应当将生活费暂交法院代管,当胎儿娩出为活体时,由法院转交给权利主体,当胎儿娩出为死体时,法院裁定不再执行原判决”。^[34]虽然这种方法能够有效避免胎儿娩出时为死体后由法效回复引发的实体问题,但是,从民事诉讼法的角度检视,该观点依然会存在如下问题:首先,该建议缺乏可行性。依据《宪法》和《人民法院组织法》的规定,除了上级人民法院对下级法院的审判具有监督职能外,各级人民法院的职能主要是审判案件,当然,人民法院内部的执行部门有依申请人的申请实施强制执行的职能,但是,查封、扣押等强制执行措施是执行法官在执行立案、审查具备执行要件后才依据具有执行力的执行依据采取的法定行为。而法院代管生活费是没有法律依据的,其既不属于法院审判的职能范围也异于法院的执行措施。那么,法院就缺乏代管生活费的动力及法律依据,不具有现实的可行性。其次,区别于确认之诉、形成之诉的权利保护方式,给付之诉之特殊功能就在于具有执行力,而依据现在给付之诉获得的判决往往在判决生效后就能够申请被告履行进而实现权利,法院的代管行为仍然有别于权利立即实现,故此,法院的代管不能与现有制度及诉讼形态有效地衔接。

三、将来给付之诉的制度价值及边界

通过上文的分析可知,胎儿生活费请求权之诉为胎儿于还未出生时就其还未现实到来的生活费请求权向法院提起的民事侵权之诉,如果胎儿于言辞辩论终结之前还未出生,那么,该诉讼的实现方式当为将来给付之诉,法院应判决待胎儿出生后给付生活费。如果胎儿于言辞辩论前出生的,那么将来给付之诉就应当转变为现在给付之诉,法院当做出给付某某生活费的判决。此时不禁要问,既然胎儿的生活费请求权只有在胎儿出生后才现实地到来,那么,为何要在胎儿还未出生时便提前起诉?解答这个问题需要阐释将来给付之诉的制度价值及可诉性要件。

(一) 将来给付之诉的制度价值

制度是历史的产物,将来给付之诉的制度由1796年《普鲁士国家普通邦法》(ALR)最先确立,随后历经曲折最终被1898年《德国民事诉讼法》所认可,之后逐渐被大陆法系的典型国家与地区如日本、我国台湾地区所采纳并被作为现有民事诉讼制度体系的一部分,再到当下我国对将来给付之诉理论的介绍及研究。将来给付之诉的制度价值在这一过程中并非一成不变,而是因各国所处的时代背景、法律传统及研究视角的不同显得迥然有别。

1796年《普鲁士国家普通邦法》意图通过细密立法达到限制法官自由裁量权的目的,进而“把对理性的信仰推向极端,把未来也置于其调整之下”^[35],此时,将来给付之诉的制度价值就在于迎

[34] 参见王洪平:《论胎儿的民事权利及权利实现机制》,载《法学论坛》2017年第4期,第42页。

[35] [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第177页。

合立法者限制法官权力的理念并为了使法官充当“自动售货机”的角色提供制度支撑。因 ALR 的规定束缚了法官而备受质疑,1877 年《德国民事诉讼法》就顺势删除了为权力配置而设定的将来给付之诉。1898 年《德国民事诉讼法》再次规定将来给付之诉,其制度目的已不再关注权力配置层面的问题,转而将目光转向程序法本身的独立性及有效回应、配合实体法的相关规定的层面上。具体而言,将来给付之诉的制度目的是顺应抽象诉权说中的权利保护请求权说彰显诉讼法的独立地位,但是该独立地位也是有限的,其不能摆脱与实体法纠缠万千的关系。我国台湾地区学者认为将来给付之诉的制度目的在于“有效地实现、保护权利”,“使债权人预先取得执行依据,待到将来清偿期届至,可随时申请强制执行”^[36]。王锡三先生认为“将来给付之诉主要是保护原告利益的实际需要”^[37]。学者赵刚认为将来给付之诉的制度目的在于高效地实现权利,一方面实体法不仅保护现实权利也保护期待权利,另一方面从纠纷解决到取得执行名义需要耗费一定时间,因此,“将来给付之诉既有理论的合理性,也有实践的必要性”^[38]。概言之,将来给付之诉的制度价值无外乎提前定纷止争、及时高效地保障权利。由此,将来给付之诉的制度价值的重心由关涉权力配置、程序法与实体法的关系转向了纠纷解决及当事人权利保护的层面。

当下,将来给付之诉的类型逐渐增多,其制度价值也随之增加。一般而言,将来给付之诉可分为附期限的将来给付之诉和附条件的将来给付之诉。附期限的将来给付之诉是指给付请求权因期限还未现实地到来时,就预先提起诉讼要求法院提前判决的诉讼。譬如当事人就尚未到来的定期给付金提起的诉讼。附条件的将来给付之诉为条件尚未成就时就提前提起要求法院判决之诉。依据该附条件的将来给付之诉是否与其他诉讼合并提起为依据,可以将其分为独立性附条件的将来给付之诉和依附性附条件的将来给付之诉。需要与其他诉讼合并审理的附条件的将来给付之诉被称为依附性附条件的将来给付之诉,文中胎儿给付生活费之诉因需要与其他当事人提起的譬如给付赔偿金等的诉讼一并提起,故此为依附性附条件的将来给付之诉,该类将来给付之诉的诉讼请求因与其他诉讼请求具有事实上或者法律上的牵连性,以共同诉讼的方式审理便于查清事实和纠纷的一次性解决。因此,时下将来给付之诉的制度目的不仅为提前定纷止争、及时保障权利的实现,对于特定类型的将来给付之诉而言其也具有一次性解决纠纷的制度价值。

(二) 将来给付之诉的可诉性要件

“到期履行”为民法的基本原则,该原则涵摄到诉讼法领域或者权利的司法救济范畴,就表现为“到期起诉”。为此,“到期起诉”也是民事诉讼法的一项基本原理。如果任由当事人就没有到期或者条件尚未成就的请求权提前提起诉讼,一方面会突破民法及民事诉讼法的原理,另一方面会侵害被告的期限利益。为了平衡原告和被告之间的利益,同时也为了避免法院提前判决引发“徒劳诉讼”进而浪费司法资源,当事人提起将来给付之诉时不仅要具备一般的诉讼要件(如主管和管辖、当事人适格等),还需要具备可诉性要件——诉的利益。

将来给付之诉的诉的利益由代表实体利益的诉讼标的和代表程序利益之提起诉讼的必要二要件构成。作为规范出发型的国家,原则上实体法上的请求权即为诉讼标的。就案件的司法裁判而言,法院应当从“请求权本身的适格性以及起诉的必要性二方面着手”^[39]。本文将影响将来给

[36] 沈冠伶：《将来给付之诉》，载《月旦法学杂志》2002年第83期，第14页。

[37] 王锡三：《民事诉讼研究》，重庆大学出版社1996年版，第165页。

[38] 赵刚、冯勋胜：《将来给付之诉要论》，载《法制与社会发展》2002年第2期，第69页。

[39] 吕太郎：《将来给付之诉》，载《台湾本土法学杂志》2000年第12期，第135页。

付之诉的利益的两个要素——请求权的适格性(诉讼标的)和起诉的必要性纳入动态体系论的范畴,具体而言,两者缺一不可,需要通过两个要素之间的协同作用来明确、判定某个案件是否适用将来给付之诉;不能将两个要素理解为非黑即白的机械关系,更不能割裂两者之间此消彼长的协调性。其中,请求权本身的适格性要求构成请求权基础的要件事实已经成立,并且期限的到来或者条件的成就需要具有一定的概然性。概然性的大小与起诉的必要性之强弱呈负相关关系。起诉的必要性则取决于被告对债务履行的态度、行为等。

依据请求权之不同类型,将来给付之诉可以分为附期限的将来给付之诉和附条件的将来给付之诉。从各国相关立法和学说的演进上看,附期限的将来给付之诉因期限必然到来的特征而一贯得到立法和学说的认可,附条件的将来给付之诉则不然,因其条件是否成就属不确定的事实,故此,我国台湾地区的“立法”并不认可,“司法”实践对附条件的将来给付之诉也全面否定。但是,随着我国台湾地区“民事诉讼法”的修改,将来给付之诉的范围实现了扩张,理论上也认可了附条件的将来给付之诉并试图对其进行类型化的探讨,如有学者将所附之条件划分为原告的行为、确定的判决、行政官的许可等。

本文认为确定将来给付之诉的可诉性要件需要对其进一步细化分解。具体而言,依据附条件的将来给付之诉是单独被提起还是与现在给付之诉合并提起为标准,可以将附条件的将来给付之诉分为独立性附条件的将来给付之诉和依附性附条件的将来给付之诉。对于独立性附条件的将来给付之诉和附期限的将来给付之诉而言,其起诉的必要性是指被告由不履行之态度和表示,若从被告的态度或者客观条件上评估,被告确实于将来无法履约的,原告就具有提起将来给付之诉的必要,请求权基础事实的成立及条件成就的概然性也是必要条件。对于依附性附条件的将来给付之诉而言,请求权的适格性要求请求权基础事实成立且条件的成就具有概然性,此外起诉的必要性则因合并审理所带来的实益而不必关注被告对债务的态度。其中合并审理带来的实益是指纠纷的一次性解决,避免矛盾判决。

(三) 将来给付之诉的限度及隐忧

从功能论上分析,将来给付之诉的可诉性要件具有确立其适用范围和边界的功效,上文已述,可诉性要件不仅与将来给付之诉的分类有关也与请求权的适格性和起诉的必要性有关。前者属于在先的影响要素,后者则为后续的影响要素。具体而言,应当在确立将来给付之诉分类的基础上,再根据各类将来给付之诉的要求探究其是否存在诉讼标的及起诉的必要性,进而驳回不属于将来给付之诉的起诉,以防止滥诉及徒劳诉讼。具体而言,将来给付之诉可以通过类型化的构建划定其边界和限度。

1. 附期限的将来给付之诉。附期限的将来给付之诉是指原告于请求权的期限尚未到来之时就向法院提起诉讼,诉请法院判决待期限到来时被告应当履行给付义务,该给付义务不仅包括金钱给付也包括物的给付及行为给付。附期限的将来给付之诉的诉讼标的为双方当事人于合同中约定的附期限的给付请求权;附期限的将来给付之诉的起诉的必要性则取决于是否构成我国《合同法》第108条^[40]所规定的预期违约制度,换言之,被告是否明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务。故此,当一方当事人预期违约时,另一方当事人就具有了提起附期限将来给付之诉的可诉性。

2. 独立性附条件的将来给付之诉。独立性附条件的将来给付之诉是指原告于条件还未成

^[40] “当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的,对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”

就时就向法院提起诉讼，诉请法院判决待条件成就时被告应当履行给付义务。诉讼标的因案而异，起诉的必要性则取决于被告的态度及实际的履行能力。例如，在房屋租赁合同中，双方约定的如果承租人不搬出房屋则每月缴纳若干元赔偿金的条款即为诉讼标的，承租人明确表示不搬出的行为则构成起诉的必要性。出租人即可依据合同向法院提起独立附条件的将来给付之诉。

3. 依附性附条件的将来给付之诉。所谓依附性即为将来给付之诉需要与其他诉讼合并起诉。具体是指，当事人于条件尚未成就之时就出于一次性解决纠纷的需求与其他诉求一并向法院提起诉讼，诉请法院于条件成就时判决被告履行给付义务的诉讼形态。此类将来给付之诉的诉讼标的应当有明确的法律依据，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第42条有关法院认可在判决保证人承担保证责任或者赔偿责任时，应当在判决书主文中明确保证人享有担保追偿的权利。一次性纠纷解决和诉讼经济、高效解决纠纷则为起诉的必要性。

虽然将来给付之诉具有制度上的价值并能通过类型化的方法确定其适用边界，但是将来给付之诉在我国的实践还存在些许隐忧：

其一，将来给付之诉的良好运行需要相应的制度加以保障，如债务人异议之诉等，然而，我国《民事诉讼法》并没有设立与之相配套的制度。譬如，附条件的将来给付之诉有可能引起执行立案时执行依据不明的问题，如何解决该问题，我国对此没有规定。再如，无论是附期限的将来给付之诉还是附条件的将来给付之诉，债务人提前履行完毕，债权人在期限到来、条件成就后再次向法院申请强制执行的，债务人的权益如何保障？毕竟从理论上进行推演，执行请求权是公法上的权利，债务人自行履行的行为并不能阻断公法上的执行请求权。

其二，我国学界对于将来给付之诉的研究并不细致、深入，有关将来给付之诉的研究与司法实践之间欠缺关联，^{〔41〕}这可能与理论研究的落后导致诉讼实践的保守有关；^{〔42〕}教科书中大多将其纳入给付之诉的体系化框架中并未将其独立介绍且着墨不多；^{〔43〕}理论研究中往往局限于将来给付之诉的某个部分而未形成体系化的理论构造，比如，有的专门研究将来给付之诉的利益，有的则专门关注定期金判决变更之诉的既判力问题，有的则集中探究与将来给付之诉密切相关的变更之诉；思想是行为的先导，鉴于没有系统理论支撑，司法实践往往无所适从且难以与理论勾连。

其三，将来给付之诉有可能加重当事人的诉讼成本。从理论上讲，虽然法官存在运用证据资料和证明责任法则进行预测判断和判决的可能，但是口头辩论终结后发生的事实同样存在与预测判断相异的情况，如若发生法官预测判断与实际不符的情况，必将使得前诉法院的审判失去实体上的正当性，由此，因将来给付之诉的判决有失公正的当事人必将需要通过变更之诉等程序寻求救济，这势必会加重当事人的诉讼成本。

〔41〕 2002年沈冠伶老师于《月旦法学杂志》上发表了题为《将来给付之诉》的一篇文章。作者以解决司法实践中的问题为出发点，通过梳理将来给付之诉的制度目的及特别的诉讼要件进而得出案件的处理基准。2014年，东吴大学法律学系助理教授刘明生同样写了一篇题为《将来给付之诉》的文章，着实值得仔细玩味。与沈冠伶老师那篇《将来给付之诉》的逻辑结构类似，刘明生老师同样也是以一则案例入手，以小见大，仔细深入地分析了德国将来给付之诉的三种类型及各自的容许性。

〔42〕 参见赵刚、冯勋胜：《将来给付之诉论要》，载《法制与社会发展》2002年第2期，第72页。

〔43〕 如在新堂幸司的《新民事诉讼法》中，将来给付之诉被纳入给付之诉的介绍范围，并仅用“若预先主张应当在将来实现的给付义务，则为将来给付之诉”一句话带过。

四、胎儿生活费请求权之诉的重塑

(一) 胎儿生活费请求权之诉的可诉性要件

虽然从概念的界定上分析,胎儿生活费请求权之诉为应然的将来给付之诉。但是,如果该诉讼不存在可诉性要件或者超出将来给付之诉的边界,恐怕仍不能将胎儿生活费请求权之诉轻率地定位为将来给付之诉以免事倍功半。以下将从胎儿生活费请求权之诉属于何种类型的将来给付之诉、它的可诉性要件等几个方面揭示其诉讼形态。

1. 胎儿生活费请求权之诉属于依附性附条件的将来给付之诉。上文已述,依附性附条件的将来给付之诉是指当事人于条件尚未成就之时,出于一次性解决纠纷的需求与其他诉求一并向法院提起诉讼,诉请法院于条件成就时判决被告履行给付义务的诉讼形态。司法实践中,尤其是在侵权损害赔偿案件中,原告通常会将胎儿生活费请求权与精神损害赔偿请求权、死亡赔偿金等请求权一并向法院提起诉讼,依据旧诉讼标的理论,不同的请求权构成不同的诉讼。其次,就胎儿生活费请求权之诉而言,因胎儿尚未出生,故此胎儿生活费请求权尚未现实地到来,其属于将来给付之诉;再次,原告以共同诉讼的方式提起诉讼的目的即为希望法院能够一次性解决纠纷;故此,该类诉讼为依附性附条件的将来给付之诉。

2. 胎儿生活费请求权之诉的可诉性要件取决于它属于何种类型的将来给付之诉。因胎儿生活费请求权之诉属于依附性附条件的将来给付之诉,所以该类诉讼的可诉性要件中的诉讼标的和起诉的必要性具体是指:《民法通则》第119条所确立的胎儿生活费请求权和一次性解决纠纷的需求。对于前者而言,根据法条的结构分析可以将胎儿生活费请求权的权利发生要件界定为侵权行为、侵权人有过错、受害人死亡、侵权行为与受害人死亡存在因果关系、侵权行为发生时孕妇已经受孕、胎儿为受害人生前应当扶养但尚未扶养的人。后者则要求原告应当将该诉讼与请求精神损害赔偿等的诉讼一并提起。

(二) 胎儿生活费请求权之诉的重塑

既然胎儿生活费请求权之诉为应然的将来给付之诉,那么理应以将来给付之诉的实现路径对其进行重构,具体而言,需要通过对当事人提起诉讼的时间、方式、内容,法院的审查要件,判决及执行等要素的界定来实现重塑。

1. 提起诉讼的时间及方式

胎儿生活费请求权之诉起诉的必要性要求原告应当于胎儿未出生之前将胎儿生活费请求权与医疗费请求权等诉讼请求一并提起。既然,给付胎儿生活费之诉是应然的将来给付之诉,那么,原告提起的诉讼就应当符合将来给付之诉的概念、制度价值和可诉性要件。首先,将来给付之诉要求法院对尚未到来的给付请求权进行审理。故此,原告只有在胎儿未出生时提起的诉讼才符合将来给付之诉的概念。其次,“民事诉讼之给付诉讼仅于例外之情形,为了保障原告有效权利之保护,于符合法定之要件,始承认原告提起将来给付之诉”。^{〔44〕}因此,将来给付之诉的制度价值就在于及时有效地保障原告的利益;就给付胎儿生活费请求权之诉而言,为了保障胎儿出生后所享有的生活费上的权益,并且为了实现一次性解决纠纷的理念,在侵权损害赔偿案件中,原告应当在胎儿未出生之前将胎儿生活费请求权与请求支付医疗费、损害赔偿等诉讼请求一并提起。因为,若等胎儿出生后再允许原告提起给付生活费之诉,冗长、烦琐的诉讼程序势必会延误胎儿权利的保

〔44〕 刘明生:《将来给付之诉》,载《月旦法学教室》2014年总第146期,第18页。

护。同时,另诉也会加重双方当事人的诉累并耗费法院的司法资源。

2. 法院需要特别审查的诉讼要件

就胎儿生活费请求权案件而言,法院需要特别审查的诉讼要件为:(1) 孕妇受孕的时间;(2) 原告提起诉讼的方式。大陆法系民事诉讼的基本理论认为,诉讼要件是诉的合法性要件,同时也是法院做出本案判决所需的要件;^[45]如果,某个案件欠缺诉讼要件,那么,法院将会做出裁定驳回起诉的诉讼判决,进而避免法院因对本案要件的审理而浪费司法资源。将来给付之诉的可诉性要件即诉的利益,诉的利益当属诉讼要件之一,就胎儿生活费请求权案件而言,诉的利益就是原告预先提起胎儿生活费请求权之诉的必要性。赵刚老师认为“不宜也无须将有预期提起的必要限制得过死,而应根据具体案件的情况,对给付义务的目的、性质、对原告的重要性以及被告的行为和态度等方面的因素综合决定”。^[46]就胎儿生活费请求权之诉而言,原告预先提起的必要当为上文已述的诉讼标的的概然性和起诉的必要性。具体而言,诉讼标的的概然性应当为侵权行为已经发生、侵权人确有过错、受害人已经死亡、侵权行为与受害人死亡存在因果关系、侵权行为发生时孕妇已经受孕、胎儿为受害人生前应当扶养但尚未扶养的人,起诉的必要性则要求原告应当将该诉讼与请求精神损害赔偿等的诉讼一并提起。鉴于侵权行为已经发生、侵权人确有过错、受害人已经死亡、侵权行为与受害人死亡存在因果关系等要件属于一般侵权行为同样具有的要件,因此其并不属于胎儿生活费请求权之诉的需要特别审查的诉讼要件。只有侵权行为发生时孕妇已经受孕、胎儿为受害人生前应当扶养但尚未扶养的人才是该诉讼需要特别审查的诉讼要件。如果法院通过审查认为孕妇是侵权行为发生后才受孕的,应当以诉不合法为由驳回胎儿生活费请求权之诉的诉请。

3. 诉讼请求、裁判主文及执行

依据当事人诉讼请求获得支持时法院判决内容或效果的不同,可以将诉讼形态进行不同的分类。如给付之诉的诉讼请求必然是“请求法院判决支付 * * 元”等,而确认之诉的诉讼请求必然是“请求法院判决确认 * * 所有权”等。将来给付之诉不同于现在给付之诉,它提前定纷止争进而将权利的实现顺延到执行程序,这样的技术性措施能够避开概念误用和多次诉讼的问题。故此,将来给付之诉的诉讼请求必须体现以下判决效果:首先,法院需要通过判决确认只有在胎儿出生后,原告的抚养费请求权才能现实的存在,此后,原告才能依据判决申请强制执行;其次,法院的判决除了应当明确执行的条件外,还应当明确执行的方式,如一次性给付或者分期给付,支付方式需要依据当事人的主张、对方当事人的态度及经济条件等各方面因素综合判定;再次,如遇双胞胎或者三胞胎的情况,胎儿生活费应当相应地增加。与此同时,根据《人民法院民事裁判文书制作规范》的规定,“裁判主文内容应当明确、具体、便于执行”^[47]的要求,依据上述分析和将来给付之诉的基本理论将胎儿生活费请求权之诉的诉讼请求和判决主文重塑如下:

[45] 参见[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1页。

[46] 赵刚、冯勋胜:《将来给付之诉要论》,载《法制与社会发展》2002年第2期,第71页。

[47] 最高人民法院关于印发《人民法院民事裁判文书制作规范》《民事诉讼文书样式》的通知(2017-10-9),载北大法宝(http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=274653&keyword=%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%B3%95%E9%99%A2%E6%B0%91%E4%BA%8B%E8%A3%81%E5%88%A4%E6%96%87%E4%B9%A6%E5%88%B6%E4%BD%9C%E8%A7%84%E8%8C%83&EncodingName=&Search_Mode=accurate&Search_IsTitle=0,最后访问时间2018-11-02)。

	重 塑 前	重塑后(一次性给付)	重塑后(定期金给付)
诉讼形态	现在给付之诉	将来给付之诉	将来给付之诉
诉讼请求	请求法院判决支付胎儿生活费 * * 元	请求法院判决被告于胎儿出生后一次性支付 * * 元生活费	请求法院判决被告于胎儿出生后每年/月支付 * * 元生活费,直到十八周岁停止支付。
判决主文	自判决生效后 10 日内支付 * * 元	自胎儿出生后,判决被告一次性支付 * * 元生活费	自胎儿出生后,判决被告每年/月支付 * * 元的生活费,直到十八周岁停止支付。

因重塑后的判决主文表明此判决属于附条件的执行依据,故此,只有待条件成就后法院才会开始强制执行。就该诉而言,申请执行人只有待胎儿出生后,才能以附条件的执行依据和出生证明向执行机构申请执行,法院应当依据上述材料强制被执行人执行,最终保障胎儿生活费请求权的实现。

4. 特殊问题的处理

前述有关当事人提起诉讼的时间、方式,法院的审查、判决和执行都是针对一般情况而言。在特殊情况下,还存在例外。例如,如果胎儿在诉讼的过程中出生的话,那么将来给付之诉就自然变更为现在给付之诉,由此,法院将会做出一次性给付婴儿生活费或者定期金给付判决;判决一般十日内生效,生效后如果被告不履行判决,原告可以立即申请强制执行,如果是定期金给付判决,待到婴儿成年后,判决自动失效。再如,如果法院做出将来给付的判决后,胎儿未能活着娩出的,那么,因附条件的执行依据中的条件未成就,执行依据自动失效。最后,有观点认为胎儿的生活费能够涵盖胎儿期,原告有主张胎儿期生活费的权利;本文不赞同该观点,因为,生活费应当为出生后子女实际的费用支出,如奶粉费用等。胎儿期的生活费并不存在,如果存在,也应当以孕妇的营养费的形式来体现,归根结底,在生活费请求权案件中,胎儿虽然具有民事主体资格和诉讼主体资格,但是,其民事权利的实现是有条件的,即以出生为前提。因此,并无探讨胎儿期需要给予生活费保护的必要。

5. 现实的障碍及化解路径

虽然胎儿生活费请求权之诉没有超过将来给付之诉的适用边界,但是鉴于将来给付之诉在我国适用还存在不少问题的事实,如没有配套的债务人异议之诉作为保障、研究得较少以至于当事人及法官缺乏主动适用的可能、变更之诉会增加诉讼成本等。本文认为还需要通过以下制度的设计来保障胎儿生活费请求权之诉的顺畅运行。第一,完善我国有关强制执行的法律法规,具体而言,应当设立债务人异议之诉的制度;当债务人提前履行生活费给付义务后,债权人仍然依据附条件的执行依据于胎儿出生后申请强制执行的,债务人有权提起债务人异议或者债务人异议之诉寻求救济。第二,当法官以定期金给付的方式判决被告承担责任时,倘若判决后发生情势变更的,债权人或者债务人有权依据《民事诉讼法司法解释》第 248 条有关定期金变更判决之诉的规定寻求救济,虽然变更之诉会增加诉讼成本,但是这是为了实现实质公正所必须付出的代价。

五、结 论

诉讼形态的二维式发展具体表现为:横向上,诉讼形态由原初的给付之诉逐渐演变为给付之诉、确认之诉及形成之诉并存的态势;纵向上,确认之诉又细分为积极的确认之诉和消极的确认之诉,给付之诉则分为现在给付之诉和将来给付之诉。诉讼形态的二维发展态势来自多元纠纷的内

生刺激和诉讼法学精细化研究的外在推动。实现胎儿生活费请求权等附条件的请求权纠纷就是我国将来给付之诉得以“孕育”“萌芽”进而“成长”的内因。为了化解司法实践中实现胎儿生活费请求权处理方式所带来的问题，同时也为了贯彻一次性解决纠纷的理念，进而实现高效的司法正义，运用将来给付之诉重塑实现胎儿生活费请求权的诉讼路径不失为有效之举，但是也需要如债务人异议之诉等配套制度的保障。从本质上讲，将来给付之诉实际上是法院通过预期的裁判来对判决主文做出相对模糊性的处理，如附条件的判决和附期限的判决等，进而通过执行程序来最终确定实在的权利和权益，即提前审理与将来执行的模式。因为，这与判决主文确定性的要求矛盾，所以，将来给付之诉只能适用于有限的法定范围。这也必将成为以后研究的方向之一。

Abstract Whether it is “civil law” period, or “general principles of civil law”, according to the law, the fetus has right to claim for living expenses. No matter it is based on the limited separation of civil right capacity and the qualification of civil litigation or the unified interpretation theory, the fetus has litigant status for living expenses claim. Fetal living expenses claim is the right to request for payment in the condition of birth, from the view of procedural law, if fetus is unborn, the right for living expense is not real arrival, if using the current litigation to implement fetal living expenses, it can cause a misuse of the concept of problems and the defendant will fall into litigation exhaustion because of dead fetus, and let the court keep expenses is neither feasible nor fit with the litigation system. Through the introduction of the value and legality of the litigation system of future prestation, it is concluded that the claim for the right of living expenses of fetus should be a suit for future conditional payment with dependent conditions, and the right of living of the fetus and the settlement of the one-time dispute shall be the legitimate basis of the lawsuit. Of course, the litigation way of action for future prestation needs to be realized through the reconstruction of the time, the way, the content, the review requirements, the judgement and execution of the court.

Keywords The Right of Living Expenses, Fetus Litigation Status, Action for Future Prestation

（责任编辑：赵秀举）