

论诉讼标的及识别标准

张卫平*

—

任何一本有关民事诉讼的教科书,也都毫无遗漏地在“诉”这一部分中给出了诉讼标的的定义,并阐述了诉讼标的的基本含义。在法律院系恢复以后的首批公开出版的民事诉讼法教程中就提到了诉讼标的这一概念,并把诉讼标的作为诉的要素之一。^[1] 尽管诉讼标的作为诉的要素应当说是一个十分重要的概念,但在民事诉讼实务中似乎并没有引起多大的关注,在大多数审判人员的意识中,诉讼标的的概念不过是学术圈内的游戏符号而已,与具体的诉讼操作没有什么关系。实践当中对诉讼标的的认识的虚无主义和冷漠也使学术界无真正关怀的内在动力。实际上学术界对诉讼标的的探讨一直处于“冬眠”状态。给人的感觉是诉讼标的无论在学术界还是在审判实务界都没有多大争议,其实并非如此。由于特定的诉讼运行环境掩盖了诉讼标的所隐含的重大和复杂的问题,不管是学术界还是实务界都远远没有厘清诉讼标的这一基本问题,许多有关诉讼标的的认识和处理是似是而非的。许多问题还是只有在人们的实践过程中才能真正提出来。笔者无意遭遇了如下的案件也才开始对诉讼标的的问题的进一步研究。

案件概括如下:摩托车所有人A与对方当事人B就该摩托车转让达成协议,以10000元价格出卖,标的物交付时,买方B先支付价款4000元,一年届满时再支付其余的6000元价款。双方在未办理摩托车过户手续的情况下,A将其摩托车转让给了B。此后虽过一年,但B并未支付其余的6000元价款。A一再催要,B以无钱为由一再拖欠。于是A向某法院起诉,要求法院判决B给付其余价款6000元。诉讼中,B抗辩:根据该市旧车车辆转让暂行条例,凡属旧车车辆转让一律应当办理过户手续,未办理过户手续的,其买卖合同无效。由于支付摩托车的价款须以摩托车买卖合同成立为前提,双方由于未办理过户手续,致使买卖合同不能成立,其要求B给付买卖价款的请求也自然无法成立。在此种情况下A便提出要求对方返还摩托车,且由于摩托车已由B使用一年多磨损很大,故还要求赔偿4000元。法院经过审理,判决B返还其正在使用的摩托车,并赔偿A人民币2000元。B不服上诉,二审法院驳回上诉,维持原判。

此案件虽就此了结,但却提出了一系列的问题:(1)A从最初主张的要求B支付买摩托车的价款,改为主张返还摩托车和损害赔偿,是诉讼标的变更,还是诉讼理由的变更?(2)如果是诉讼标的变更,那么原来的诉讼标的是什么?变更后的诉讼标的又是什么?变更后的诉讼标的有几个?判断诉讼标的的多少的根据或标准是什么?(3)如果是诉讼理由的变更,那么该案的诉

* 西南政法大学教授。

[1] 参见常怡主编:《民事诉讼法教程》,重庆出版社1982年出版,第125页。

诉讼标的是什么?(4) 诉讼标的与诉讼请求是否为同一物,如果是同一物,那么变更诉讼标的是否意味着撤回一个原有的诉讼请求,而又重新提出一个新的诉讼请求?

仅仅从本案的实体争议的处理而言,应当说法院的判决是基本正确的。因此,有的人以为即使不深究上述问题也能作出正确的处理。但我们如果从民事诉讼程序的角度深入考虑一下,就可以发现深究与否与原判决结果有很大的差异:(1) 如果仅仅是诉讼理由的变更,那么法院所裁判的标的是什么?是争议的买卖合同关系,还是所有权关系和损害赔偿关系?判决理由应当如何写?(2) 按照最高法院《民事诉讼法收费办法》第6条的规定,“原告提出两个以上诉讼请求、被告提出反诉、第三人提出与本案有关的诉讼请求,人民法院需要合并审理的,案件受理费根据不同的诉讼请求分别计算收取”。很显然在收取诉讼费用时就涉及诉讼请求同一性的判别问题。如果诉讼请求等于诉讼标的,则就是诉讼标的性质和多寡的判断基准的问题。如果上述案件的诉讼标的即诉讼请求发生了变更,由原来的一个诉讼标的变更为两个,则诉讼费用的收取当然也要相应地发生变化。在本案的实际处理中,一审法院并没有以诉讼标的或诉讼请求的变更以及变更后诉讼标的的数量来收取诉讼费用。(3) 按照最高法院收取诉讼费用的规定,当原告撤诉时,案件受理费由原告承担。在上述案件中,如果是诉讼标的变更,则这种变更是否意味着原告首先撤回了原来的诉讼请求后,再提出了两个新的诉讼请求呢?如果是那样,原告就要承担原来提起诉讼时所预交的案件受理费的一半,即人民法院诉讼费用收取办法中所规定的减半征收。从整个民事诉讼来看,诉讼标的所涉及的问题远远不止这些,我们把它稍加整理可归纳如下:

1. 诉讼标的与诉讼时效的关系。所谓诉讼时效是指在法定期间内不行使权利的权利人时期尚失在诉讼中胜诉权的法律制度。诉讼时效的期间因所保护的权利的性质不同而有所不同。按照我国民法通则的规定,特别诉讼时效的期间为一年。普通诉讼时效的期间为二年。由于诉讼标的直接与所主张的权利有关,因此,对诉讼标的性质的不同认识就关联到当事人起诉时,法院能否受理该案件的问题。

2. 诉讼标的是法院审理和裁判的对象。法院的审理是围绕本案的诉讼标的进行的。法院对案件的实体裁决也是对本案诉讼标的的裁决。根据民事诉讼的处分原则,当事人没有主张的诉讼标的,法院自然不能加以审理和裁判。法院的终局判决是对本案诉讼标的的评断。以上述案件为例,就涉及法院究竟对当事人主张的买卖合同关系进行裁判,还是对所有权关系和损害赔偿关系进行裁判的问题。

3. 当事人双方的诉讼活动是以诉讼标的为基础,以诉讼标的为中心展开的。在规范的诉讼过程中作为当事人诉讼活动的核心是证明和辩论。原告对自己主张的证明过程和双方当事人的辩论行为都以本案的诉讼标的为中心。

4. 一事不再理是民事诉讼的一项原则。即当事人不得就已经起诉的案件,在诉讼过程中再行起诉,即使起诉法院也不得受理。如何判断是否再行起诉的根据就是前诉的诉讼标的与后诉的诉讼标的是否同一。

5. 尽管在我国关于判决效力的理论中没有使用既判力的概念,但任何关于本案实体的终局判决都具有对已判事项不得再起诉和再判决的效力。无论在理论上还是在实务上,有关既判力的若干问题中既判力与诉讼标的的问题都是其核心问题,因为诉讼标的决定了既判力的客观范围。要厘清既判力的问题就必须首先弄清诉讼标的的问题。

6. 诉讼标的是判断诉的合并、分离、追加和变更的依据。所谓诉的合并、分离、追加和变更

实际上是诉讼请求的合并、分离、追加和变更,按照通常的观点诉讼请求与诉讼标的等质的话,自然诉讼标的就成了法院判别诉的合并、分离、追加和变更的依据。

正因为诉讼标的在民事诉讼中有如此重要的地位,难怪有的外国学者指出:“对于学习和研究民事诉讼法学的学者来讲,诉讼标的的概念是必经之桥”。^[2]

二

民事诉讼程序作为一种解决民事纷争的手段,其特点是法院在诉讼程序中始终处于相对被动和消极的中立地位,对当事人之间的民事争议进行审理,公正地作出裁决,并保证其裁决的实现。这种在民事诉讼中予以审理和判断的对象就是诉讼标的。^[3]诉讼标的从其最简单的含义上讲就是诉讼的对象。但这种对象本身是指什么则需要进一步阐明。

诉讼标的这一概念如同近代民事诉讼理论中的许多概念一样源于德国。但最初诉讼标的并没有作为诉讼法上的概念,而是视为实体法上的概念,即被看作是基于实体上的请求。在诉讼法学尚未从实体法学中独立出来的当时,诉讼法上的请求权与实体法上的请求权是同一的。即诉讼上的请求都是以实体上的请求为基础,没有实体上的请求权就没有诉讼上的请求。这种认识与诉的种类有关,由于当时德国只有给付之诉,而给付之诉的确是以实体法上的权利为基础的,没有实体法上的请求权就不能提起给付之诉(实体权利严格而言包括实体权利本体和实体请求权两部分,实体请求权是为实现实体权利本体而由实体法所具体规定的手段)。但随着诉讼法的发展,诉的种类的增加,诉讼标的与实体请求划等号的认识和做法都无法掩盖这样的矛盾,即在消极确认之诉(原告要求法院确认与被告之间不存在一定法律关系的诉讼)中,提起诉讼的人本身并没有实体法上权利,在这种诉讼中原告并不是要求被确认的实体法律关系的权利主体,但为何有这种诉讼存在呢?在这里必然存在一种区别于实体法上的请求权而独立存在的诉讼法上的请求权,从权利的内容来看也就是作为诉讼法概念的诉讼标的。只有这样才能解释为什么在消极确认之诉有诉讼标的的存在,而没有实体法上的请求权存在这一客观现象。正是这样,法院在受理案件时,只是审查原告的起诉是否符合起诉的条件,而不是以原告是否享有实体权利或实体上的请求权。这种认识成为将诉讼标的从实体法范畴中解放出来的钥匙,使之成为独立的诉讼法上的概念。制造这把钥匙的人就是德国著名的民事诉讼法学家赫尔维希(Hellwig)。

赫尔维希是第一个从诉讼法的角度阐述诉讼标的涵意的德国学者。按照他的观点,诉讼标的是指原告在诉的声明中所表明的具体的权利主张(Rechtsbehauptung)。赫尔维希也成为在诉讼标的理论中权利主张说的鼻祖。这种观点认为,民事诉讼所应解决的争讼,是一种私人之间法律上的争讼。即一方当事人主张特定的权利或法律关系存在(在消极确认之诉中主张法律关系不存在),而对方则主张不存在(在消极确认之诉则主张存在),并由法院裁判的争执。因此,审判的对象就是关于私法上的权利或法律关系的主张,也就是诉讼标的。在德国关于诉讼标的还有另一种称为“要求说”的观点。这种观点认为,民事审判并不总是针对权利主张有无理由作出裁判,有时只及于所判决的要求是否合法,甚至只是准许原告的请求。法院对诉讼标的

[2] [日]井上治典:《新民事诉讼法》,日本评论社1987年版,第6页。

[3] [日]高桥宏志:《诉讼标的——划分诉讼最小单位的标准是什么》,《法学教室》,1994年第9号。

的判断,就是对原告声明有无理由的裁判。因此,裁判的对象实际上就是请求法院予以裁判的要求。^[4]从实质上看,权利说和要求说没有什么根本的差异。在日本,大多数学者主张权利主张说,而在德国大多数学者则主张要求说。之所以有这种差异,与德国民事诉讼法理论中将声明作为区分诉讼标的的标准有关。

诉讼标的在许多学者的认识中与诉讼请求或诉讼上的请求是等值的。因为诉讼请求就是原告通过法院向对方提出的权利主张。诉讼请求的概念在外国民事诉讼有广义和狭义之分。从广义上讲,诉讼请求是向法院提出的,要求法院予以判决的请求(当事人希望法院对其请求作出与之相应的确认、给付、形成这些具体的判决)。而狭义的请求仅仅指原告向被告主张的法律上的利益。诉讼标的自然也相应地有广义和狭义之分。诉讼标的不仅是民事诉讼中法院裁判的对象,也是裁判对象的最基本和最小的单位。^[5]所谓最基本的单位,意思是指诉讼标的是当事人向对方所主张的法律上利益所不能再细分的具体事项,如果再细分就不能构成一个完整的诉讼请求。在一个案件中当事人可能会提出若干法律上的利益,这些利益按照某种根据可以加以划分,在不能再划分时的基本单位就是诉讼标的。法院总是根据每一个具体诉讼标的来作出判决的,不大可能笼统地对原告所主张的法律上的利益作出判决。无论是德国,还是日本、奥地利、意大利等等大陆法系国家的民事诉讼法中都没有使用诉讼标的的概念,而多数情况下是使用诉讼请求的说法。

关于诉讼标的的概念、诉讼标的的识别、诉讼标的与实体请求的相互关系、诉讼标的与既判力的关系、诉讼标的与诉的合并及诉的变化的相互关系等等的认识被总称为诉讼标的理论。在大陆法系国家民事诉讼理论体系中诉讼标的理论是十分重要的组成部分。我国民事诉讼理论虽然有关于诉讼标的的叙述,但还谈不上比较系统和精密的理论体系。

我国民事诉讼的理论体系基本上以原苏联的民事诉讼理论体系为蓝本构建的,从民事诉讼的法理念到理论框架都是原苏联的移植。^[6]关于诉讼标的的观点也是从原苏联引进的。原苏联著名的民事诉讼法学家A·克列曼在其代表性著作《苏维埃民事诉讼》中对诉讼标的表述是,诉讼标的,在确认之诉中就是纠纷中的法律关系;在给付之诉中,就是原告所力求强制实现的原告人对被告人的实体法上请求。^[7]原苏联民事诉讼体制和理论尽管在基本模式和理念上与其旧的体制和理论有很大的差异,但在诉讼体制的形式结构和诉讼理论中的许多概念仍被“批判性”地加以了继承。诉讼标的就是所继承的部分概念之一。而这些被继承的诉讼理论大都来源于德国,诉讼标的、请求权、诉权、诉、诉的要素等等都是直接源于德国民事诉讼理论。从关于诉讼标的的表述即可看出与德国的理论没有多大的差异。我国关于诉讼标的的认识直接来源于原苏联,克列曼教授的《苏维埃民事诉讼》一书在五十年代以及八十年代初对我国民事诉讼法学界有十分重要的影响。

“文革”后最初的民事诉讼教材关于诉讼标的的定义是,所谓诉讼标的是指当事人向对方

[4] 张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼理论研究引论》,成都出版社1992年版,第83页以下。

[5] [日]新堂幸司:《民事诉讼法》,日本弘文堂1990年第2版补正版,第204页。

[6] 参见张卫平:《转换时期我国民事诉讼理论体系的逻辑发展与契合》,《湘江法学评论》第1卷,湖南出版社1995年版,第235页以下。

[7] [苏]A·克列曼:《苏维埃民事诉讼》,法律出版社1958年版,第199页。

所提出并争议的法律关系或一定的民事权益。^[8]由柴发邦教授主编的《民事诉讼法学》(法学教材编辑部编审)可称得上是新中国民事诉讼法学体系化的教材,在该书中关于诉讼标的非定义性表述为:民事诉讼的双方当事人,因民事权利义务关系发生纠纷,或者他的民事权益受到侵害,以诉讼的形式,要求人民法院对争议的民事法律关系通过审理,作出裁判或调解,并受裁判或调解协议的约束。这种需要裁判或调解的民事法律关系,就是本案的诉讼标的。由于案件的诉讼标的不同,当事人争议的内容以及请求人民法院作出裁判或调解的实体权利和义务也不一样。在诉讼活动中,第三人通过人民法院向本诉的原告和被告同时提出的实体权利要求,被告反诉时提出的实体权利要求,也都有其诉讼标的。^[9]这些表述尽管不够简炼,但也基本说明了诉讼标的的含义。只是在我国民事诉讼法学界使用了“争议的法律关系”这一说法,而没有将诉讼请求与诉讼标的划等号。诉讼请求似乎更强调了原告一方的行为。而争议的法律关系则自然联系到当事人之间。

三

诉讼标的理论的核心问题是识别诉讼标的的根据,即以什么为根据区别诉讼标的彼此。这也是诉讼标的理论中最基本的问题。本文第一部分所罗列的所有问题都与该基本问题有关。只要科学地回答了诉讼标的的识别问题,上述问题也就迎刃而解了。

按照赫尔维希的观点,一个法律构成要件产生一个(实体)请求权。而有多少个(实体)请求权就有多少个诉讼标的。例如,A与B之间发生了侵权损害赔偿法律关系,则就具有一个法律构成要件,也就构成一个损害赔偿请求权。一旦受害人起诉,该损害赔偿请求就是本案的诉讼标的。假设同一受害人又在另被同一加害人侵害时,则又构成新的诉讼标的。由于受害人两次被侵害,受害人就取得了两个请求权,从而具有了不同的诉讼标的。因此,受害人既可分别起诉,也可合并起诉;法院则合并审理作出判决。从法律关系的角度讲,上述情形也构成不同的法律关系,同样其诉讼标的也不相同。尽管赫尔维希将诉讼标的与实体请求权区分开来,使之成为独立的诉讼法上的概念,但他却未能完全摆脱实体法上请求权的制约,独立的诉讼法上的诉讼标的仍然是以实体法上的请求权为基础。即诉讼标的的识别根据是实体法上请求权,有多少个实体法上的请求权,就有多少个诉讼标的。因为实体法上的请求权是以实体法律关系要件为基础的,因此,实际上诉讼标的的就是由实体法律关系来决定的。争议的实体法律关系有多少个,相应的诉讼标的就有多少个。

在明确识别诉讼标的之后,我们再来分析上面第一部分所提到的问题。在A与B之间所发生的摩托车纠纷中,最初纠纷的核心是围绕关于该摩托车的买卖关系,即买卖价款的支付和买卖合同是否成立的问题。A向法院提起的诉讼请求是要求对方支付其价款,其实体请求权的根据是买卖合同关系,此时的诉讼标的就是有争议的买卖合同关系。当对方指出该买卖合同不能成立后,A便提出返还摩托车和赔偿损失。由于返还摩托车所依据的是A对摩托车的所有权,即所有权法律关系,其诉讼标的明显区别于基于买卖合同的法律关系,因此构成另一个新的诉讼标的。而A在对摩托车拥有所有权的基础上又对B违法使用该摩托车造成摩托车损

[8] 参见常怡主编:《民事诉讼法教程》,重庆出版社1982年版,第125页。

[9] 参见柴发邦主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1983年版,第184页。

失,提出要求 B 赔偿损失的请求。这种损害赔偿请求权是基于 AB 之间的损害赔偿法律关系,于是又构成一个区别所有权法律关系的诉讼请求即诉讼标的。在本案中基于所有权的诉讼标的不同于基于损害赔偿的诉讼标的, A 对摩托车的所有权只是一种支持基于损害赔偿请求成立的理由。由于 A 所提出的返还摩托车以及损害赔偿的请求是两个不同的诉讼标的,且也区别于最初所提出的关于要求 B 支付出卖摩托车价款的诉讼标的,因此,已经构成诉讼标的的变更和诉讼标的的合并。诉讼标的的变更,即将基于买卖关系的诉讼请求变更为基于所有权的诉讼请求和基于不法侵害的诉讼请求。诉讼标的的合并是指后两者的合并。

A 对诉讼标的的变更包含着撤回原来的诉讼请求,提出新的诉讼请求这两个方面。虽然我国民事诉讼理论中关于撤诉的定义比较含糊,或者说就没有定义何谓撤诉。但从其关于撤诉的内容表述来看,撤诉中的撤回起诉就是指原告撤回诉讼请求。^[10]按照这种认识,在本案中, A 变更诉讼标的时首先是撤回了原来的诉讼请求,然后又提出了两个与之不同诉讼请求,从而完成了诉讼标的的变更。根据最高人民法院关于诉讼费用收取的办法,在实务上,就应该是由 A 承担因撤诉所致的案件受理费,然后再预交按新提出的诉讼请求(诉讼标的)分别计算的案件受理费。

从判决的既判力角度看,既判力的确定力只及于已作终局判决的诉讼标的,因此,在本案中,如果法院仅就 A 所提出的返还请求和损害赔偿请求作出终局判决的话,则该判决只对返还请求和损害赔偿请求这两个诉讼标的的发生既判效力, A 对这两个已判之诉讼标的的再行起诉,法院不能受理,该法律上的效果就是判决的既判力。但由于未就原告最初提出的关于买卖关系的价款支付请求作出终局判决,因此,上述判决对原来的变更前的诉讼标的就不发生既判力。如果 A 再就关于摩托车价款支付再行提起诉讼,并不受既判力的拘束,也不违反一事不再理的原则。从撤诉的角度看,当事人撤回起诉视为没有行使诉权,当然还可以再起诉(过去有关撤回起诉便不得再起诉的司法解释值得再探讨)。至于 A 的诉讼请求能否成立是另一回事。

四

一种理论和方法在此种情况下可能是正确的,但在另一种情况下却可能是错误的,或者不完善的。上述关于诉讼标的的识别理论和方法就是如此。在一般情况下,以实体法上的请求权为识别根据的确能够正确地将不同的诉讼标的加以区分,对审理和判决都具有合理性。不过这种识别方法的合理性却在遭遇一个并不复杂的案件时受到了挑战。

这个案件就是外国民事诉讼法学者们经常提到的“电车案件”。受害人 A 在乘坐电车时,因电车突然刹车,至使 A 受伤。A 为了求得赔偿,便向法院提起诉讼。这一案件如果在我国的诉讼实务中,似乎很容易解决,原告向法院提起损害赔偿请求,法院对该请求进行审理,如果该请求符合损害赔偿的要件,法院作出判决,令加害人予以赔偿。但如果深究,就会发现作为损害赔偿的实体请求权却有两个,即基于不法行为产生的请求权和基于债务不履行产生的请求权。这种状况称为“请求权的竞合”。从法律关系的角度看,由于请求权的不同,其法律关系性质也不相同,一个是侵权法律关系,另一个是债权债务关系。根据诉讼标的的识别的方法,实体请求权或争议的实体法律关系的不同,诉讼标的也不相同。这样就实际存在着两个诉讼标的。问题是,

[10] 参见前引 [9], 柴发邦主编书, 第 298 页以下。

当受害人行使不法行为请求权时,法院审理和裁判的诉讼标的是不法行为请求或有争议的侵权法律关系。如果该请求成立,法院判决加害人给付 1000 元。那么在该判决以后,受害人能否再提起以债务不履行而要求赔偿的诉讼请求呢?按照上述诉讼标的的识别方法和判决的既判力,后诉的诉讼标的不同于前诉的诉讼标的,前诉判决的既判效力当然就不及于后诉的诉讼标的,受害人对同一事件提起不同的诉讼请求就是应当受理和裁判的。如果请求成立,法院将判决债务人赔偿债务不履行所造成的损失。这就导致虽只发生一个违法事实却要加害人两次给付。^[1]这显然是不合理的,但从诉讼标的的理论来看却是符合逻辑的。由于同一案件中存在两个诉讼标的,就可能有以下的排列组合:(1)先提出基于侵权的诉讼请求,然后追加基于债务不履行的诉讼请求;(2)先提出基于侵权的诉讼请求,然后将其变更为基于债务不履行的诉讼请求,形成诉讼标的的替换;(3)一开始就同时提出基于侵权的诉讼请求和基于债务不履行的诉讼请求,形成诉的合并;(4)先提出基于侵权的诉讼请求,判决后再提出基于债务不履行的诉讼请求;(5)先提出基于债务不履行的诉讼请求,判决后再提出基于侵权的诉讼请求等等。不管哪一种情况都是不合理的。

为了解决诉讼标的的识别方法上的问题,本世纪三十年代,德国著名诉讼法学家罗森贝克等人提出不以实体请求权作为识别诉讼标的的根据,而以诉的声明和案件事实。按照罗森贝克提供的识别方法和标准,在实体请求权发生竞合时,如果诉的事实理由和诉的声明只有一个,则不管在实体法上存在着多少个请求权,其诉讼标的的只有一个。在上述案件中,诉的声明是要求加害人赔偿损失,至于是基于不法行为所产生的请求权,还是基于债务不履行所产生的请求权,这些都是诉讼请求的权利根据,而不是诉讼标的的。只要法院对是否应当赔偿作出了判决,当事人就不能再就这一诉的声明和事实要求法院作出裁判。依据新诉讼标的的理论,原来作为诉讼标的的不法行为请求和债务不履行请求就变成了一种攻击防御方法,即人们对事实依据的法律上的评价。再比如,关于返还某物的给付诉讼中,原告所提出的请求可以是基于原告对该物的所有权,也可以是基于双方之间就该借贷关系的解除。如果按照传统的诉讼标的的识别方法,不同的法律关系所存在的请求权就生成不同的诉讼标的,它们分别由物权和债权所决定。故就应该有两个诉讼标的:基于所有权关系的和基于借贷关系,也就难免法院对同一给付请求的二次判决。而以新理论,不管是基于所有权关系,还是基于借贷关系,其诉讼请求都是要求返还,借贷关系和所有权关系不过诉讼请求的的不同理由而已。因为这种识别方法和标准区别于原有的方法和标准,因而被称为新诉讼标的的理论,由于该识别方法和标准脱离了实体法上的请求权,所以该理论又称为“诉讼法说”。原来关于诉讼标的的识别方法和标准的理论就称为旧诉讼标的的理论、传统诉讼标的的理论,现在也称为“旧实体法说”。^[2]新诉讼标的的理论的意义在于避免了当实体请求权竞合时,法院的二重判决。新诉讼标的的理论的登场被外国民事诉讼法学界的一些学者认为是二十世纪民事诉讼法学理论最大的变更。^[3]三十年代中期,新诉讼标的的理论被介绍到日本,但在一开始却因被认为不符合日本民事诉讼法的解释理论,而未受到日本理论界的重视。第二次世界大战以后,日德两国恢复学术交流,从此,在日本才真正掀起对诉讼标的的理

[1] 参见[日]高桥宏志:《诉讼标的的论》,《法学教室》1990年4月号。

[2] 参见[日]三月章:《民事诉讼法》(第二版),弘文堂1985年版,第103页;[日]高桥宏志:《诉讼标的的论》,《法学教室》1990年4月号。

[3] [日]三月章:《民事诉讼法研究》第1卷,第103页。

论的大论战。^{〔4〕}

在日本的论战中,人们对诉讼标的的认识逐步从诉讼标的一元化,即所有的诉讼都可以用单一的诉讼标的概念加以统一,过渡到根据诉讼的种类不同而有所不同。把诉讼标的的识别方法和标准与不同诉讼种类的不同的机能上。

对于给付之诉,学者们认为,其诉讼的机能不在于确定实体法上的各个请求权,而在于解决当事人之间的是否履行义务。从原告的立场看,原告关心的是能否向被告获得请求,而不是关注哪一种请求权能满足其权利要求。因此给付之诉的诉讼标的就是指原告可以向对方请求为一定给付的权利主张。换句话说,就是原告要求取得对方为相应给付的法律上的地位。^{〔5〕}因此,给付之诉的诉讼标的就是要求一定给付的请求,即诉的声明。

确认之诉是指当事人要求法院确认某种法律关系存在或不存在,因此,确认之诉在机能上便不同于给付之诉,其诉讼标的应当是原告在诉讼的声明中所表示的一定权利或法律关系是否存在的权利主张(法律上的主张)。该权利或法律关系的主张仍然是由实体法上的权利和法律关系所决定。因此,识别确认之诉的诉讼标的的方法和标准就仍应适用传统诉讼标的的理论。^{〔6〕}当原告所要求确认的法律关系不明确时,就造成诉讼标的的不特定,法院也就不可能对原告的要求作出判决。相反,原告的要求确认的对象是明确的,例如,要求确认与被告之间不存在借贷关系,那么该诉讼标的就是有争议的借贷关系。从原告的角度讲,即关于要求确认借贷关系不存在的法律上的主张。

大陆法系民事诉讼理论中的形成之诉与我国民事诉讼理论中的变更之诉相近。所谓相近是指两者的结果都将导致原有法律关系变化,即依照法院的判决使法律关系发生、变更或消灭。不同的地方在于,在大陆法系民事诉讼理论中,强调形成之诉即为当事人要求取得具有形成效果(法律关系发生、变更或消灭)的形成权。在理论上形成之诉的法律效果是基于当事人所拥有的形成权。而我国民事诉讼理论在对待形成之诉并不在乎形成权,直接把变更之诉的效果视为法院判决的作用。^{〔7〕}了解这种差异才能进一步认识形成之诉的诉讼标的。按照传统诉讼标的的识别方法,形成之诉的诉讼标的是其形成权。新的理论认为,形成之诉的纠纷本质不是追求在实体法上是否存在形成权,而是请求法院是否准许当事人获得所主张的形成效果。因为形成判决的机能不在于确认一定的法律关系的权利,而在于创设、变更、消灭法律关系或权利。因此,实体法上的形成权不能成为诉讼标的,形成之诉的诉讼标的是求得形成判决的法律地位的权利主张,构成形成权的事实及形成权本身只是形成诉讼中攻击和防御的方法,及判决所依据的理由。诉讼标的的识别标准是应以原告在诉的声明中所表明形成效果。^{〔8〕}

五

新诉讼标的理论虽然在上述涉及请求权竞合时较好地避免了同一请求两次给付或两次判决的矛盾,但并没有给诉讼标的的论争打上休止符,人们在发现了传统诉讼标的理论的缺陷之后,又开始挑新诉讼标的理论的不足。这些直接针对新诉讼标的理论的基本方法的指责,主

〔4〕 参见张卫平:《诉讼标的理论的变革与发展》,《外国法学研究》1989年第2期。

〔5〕〔6〕〔8〕 参见前引〔2〕三章章书,第114页,第126页,第138页以下。

〔7〕 参见前引〔10〕柴发邦主编书,第194页以下。

要集中在以下几点:

1. 如前所述,新诉讼标的理论的特点在于将诉讼标的与原因事实分离,在判断诉讼标的时只考虑诉的声明,即原告的权利主张,而排斥原因事实。问题是在请求给付金钱或替代物的诉讼中,如果不一并斟酌原因事实的话就无法判断诉讼标的是否同一。如果将原因事实纳入识别标准,即罗森贝克最初所主张的二元说,则又会遭遇原传统诉讼标的所面临的困境。

2. 新诉讼标的理论在方法论上的一个作法是将诉讼标的与实体法上的请求权割裂开来,使诉讼标的完全与实体法上权利无关。问题在于诉讼请求不可能脱离实体法上的权利。传统诉讼标的理论虽然有缺陷,但过错并不在传统诉讼标的理论方法论上,而在人们对实体请求权认识和处理上的缺陷。正确地处理了实体请求权竞合上的问题,也就修补了传统诉讼标的理论的不足,而不是提出割裂诉讼法与实体法内在联系的新诉讼标的理论。

3. 在大陆法系民事诉讼中,既判力被称为检验诉讼标的理论的一块试金石。^[19]所谓试金石,就是指任何诉讼标的的理论其正确性都必须在既判力方面有合理的解释。仅仅解释了实体请求权竞合与两次判决的矛盾等问题,还不能说该理论已经成立。学者们指出,新诉讼标的理论经不起既判力的检验,新诉讼标的理论没有妥当地处理诉讼标的的识别标准与既判力客观范围的一致性问题。新诉讼标的理论的识别标准是诉的声明,但在决定既判力客观范围时,又突然改变态度,按其事实关系的多寡来决定既判力的客观范围。例如,当原告请求对方给付金钱时,从新诉讼标的理论来讲只有一个诉讼标的,即关于给付金钱的法律上的主张。至于是基于买卖的原因事实,还是基于票据关系在所不问。但如果原告在诉讼中只提出票据关系,而没有提出买卖关系时,对票据关系的判决是否也及于买卖关系呢?按照新诉讼标的理论当然应当对两个关系均有拘束力,因为诉的声明只有一个。但票据关系不能成立,并不意味着买卖关系也不能成立。不允许当事人就买卖关系提起诉讼是欠缺合理性的。如果承认没有既判力又与新诉讼标的理论的识别标准相冲突。

一种新的理论总是在对原有理论的批判中产生的。见于新诉讼标的理论的上述缺陷,学者们提出单纯从诉讼法领域去找寻诉讼标的的识别标准不是治标的方法,要治本还得重新回到实体法与诉讼法的联系上,从正确处理实体请求权入手,只要实体请求权的问题解决了,诉讼标的的识别问题也就迎刃而解。基于这种思路就发端了新实体法说的构想。

在德国,尼克逊教授在研究实体请求权竞合理论时发现,传统的实体请求权概念存在相当大的缺陷,正是这种缺陷导致了诉讼标的理论上的矛盾。他认为,凡基于同一事实关系发生的,以同一给付为目的的数个请求权存在时,实际上只存在一个请求权,因为发生请求权的事实关系是单一的。在前面提到的“电车案件”中,所谈到的基于侵权行为的赔偿请求权和基于债务不履行的赔偿请求权的所谓竞合,并不是真正的竞合,不过是请求权基础的竞合。而真正的请求权的竞合是因不同事实关系所发生的数个请求权。例如,前述买卖合同关系和为给付金钱而成立的票据关系。不过他认为当请求权竞合时,如果其中一个请求权行使后,其他请求权便随之消灭。^[20]

在日本,第一个从实体法角度反思诉讼标的是奥田昌道教授。他认为,传统实体请求权的竞合实际上是人们观念上的请求权竞合,作为实在的请求权其实只有一个。例如,在要求返

[19] 前引 [2] 井上治典书,第 6 页。

[20] 参见前引 [14] 张卫平文。

还不动产的诉讼中,基于债权的请求权和基于物权的请求权都是人们对同一请求权法律性质上的不同看法,而不是存在两个请求权。^[21]另一位日本民法的教授上村明广也从实体法的角度阐述了诉讼标的的识别方法,但其论证的方法与奥田教授有所不同。他是从实体法规范竞合和实体法秩序的实质来认识这一问题的。他认为,在多个实体法规范包容的场合,如果实体法秩序的实质是只认可一次给付时,实体的请求权就只有一个。^[22]除此之外,日本还有不少民法学者和诉讼法学者从实体法与诉讼法的联系来探讨诉讼标的的问题。在日德学术界,新实体法说已经处于统治地位,但在诉讼实务方面仍只是少数地方法院采取新诉讼标的理论和新实体法理论。^[23]由于诉讼标的系民事诉讼理论中的基本概念,因此,诉讼标的理论探讨就必然涉及有关的周边问题,例如,诉讼标的与诉的各种形态,诉讼标的与实体请求权,诉讼标的与既判力,诉讼标的与诉讼政策,诉讼标的与诉讼系属等等。如果不考虑诉讼标的与其他制度、概念的关联,独立地考察诉讼标的的常常是徒劳的。关于诉讼标的理论目前还未见到有统一结论的迹象。^[24]

六

在我国,法学研究实际上就象无的之箭,法理学以及其他实践性不那么强的学科诸如法社会学、法经济学、法哲学等也许要好一些。原因之一是我国没有实行判例公开制度,即使有一部分公开的案例,也不能反映整个法律制度具体实施的一般情况,尤其是程序操作过程。作为实体法的研究还可以仅就法律条文本本身进行一番学理性研究,而程序法由于更突出地体现在诉讼过程的运动状态中,因此,没有大量公开的判例便无法了解运动中的活的程序法。许多从事研究的学者只能从个体经验感受极其有限的诉讼运行实况。这也是诉讼法学研究滞后和被实务界轻视的原因之一。民事诉讼法理论既缺乏指导性,又缺乏批判性和监督性(通过对实务的学术上的批判实现一种间接监督)。论及诉讼标的,笔者(当然也包括所有的人)对于实务中对诉讼标的的具体处理也可以说缺乏全面的了解。从笔者的有限的了解来看,不同的法院、不同的法官和不同的律师对诉讼标的的认识和处理都有较大的差异。尽管在实务处理当中,实际上已经存在诉讼标的识别的问题,但似乎并未引起关注。民事诉讼理论研究这些年来的被动性和法条解释性也使民事诉讼理论界虽然在教科书中给出了民事诉讼标的的概念,但实际上并未真正提出问题和回答问题。

从国内民事诉讼法教科书对诉讼标的的论述看,我国的诉讼标的理论应当说属于传统诉讼标的理论,即以有争议的实体法律关系为诉讼标的,实际上是以实体法中的请求权为识别诉讼标的的同一性的标准。在有关民事诉讼的规范中也明确地指明诉讼请求为诉讼标的,例如最高人民法院关于诉讼费用收取办法。但在民事诉讼实务中,据笔者所知,一部分审判人员对待诉讼标的的态度是模糊的。在诉讼中,在涉及诉的变更和追加、合并时往往没有考虑到诉讼标的的变化,

[21] 参见[日]奥田昌道:《请求权概念的生成和展开》,创文社1979年版,第313页。

[22] 参见[日]上村明广:《请求权与诉讼标的》,《民事诉讼法杂志》第17号,第189页。

[23] 参见[日]高桥宏志:《诉讼标的论》,《法学教室》1990年4月号。

[24] 参见[日]新堂幸司:《殊了的诉讼标的的论争》,《法学教室》第74号(1986年);[日]铃木正裕:《诉讼标的的论争的回顾与现状》,载《民事诉讼法的争点》(新版),第174页。

连传统的诉讼标的理论也没有贯彻。把诉的变更(诉讼标的的变更)视为诉讼理由的变更就是比较突出的表现。但在某些请求权竞合的情况下,又实际上采取了在国外视为新诉讼标的理论的作法。例如,在涉及请求返还物的诉讼中,审判人员往往并不考虑是基于所有权关系还是基于借贷关系,就是说没有把这两种不同性质的法律关系看作是不同的诉讼标的,只是把要求返还物作为审判的对象,所有权关系的存在和借贷关系的终了不过是诉讼请求的原因而已。这种作法当然符合新诉讼标的理论的要求。在实务中审判人员也不可能意识到此种情形属于实体请求权的竞合。其具体操作只是跟着感觉走。

目前实务中对诉讼标的的认识和处理虽存在模糊和混乱,但却又未能引起足够的重视,这种现象可作以下解释:

1. 民事诉讼程序运行的非规范性和民事司法的非精密性,使审判人员在审判实践中不太注重诉讼标的同一性的识别问题,尽管诉讼标的的识别关联到诸多问题,但民事诉讼程序运行的非规范性和民事司法的非精密性掩盖了这些问题。非规范性和非精密性一方面体现在审判人员在处理程序问题时的主观随意性。另一方面又为审判人员的主观随意提供了空间。例如,本文前述的摩托车返还及损害赔偿请求案中,在审判人员的观念中,只要当事人之间关于摩托车的争议能够解决就行了,至于是诉讼标的的变更,还是诉讼理由的变更就不必深究了。如果讲究规范司法和精密司法,就必然会深究诉讼程序中的理论问题。如判决的效力是否及于判决的理由,判决效力的主客观范围。

2. 诉讼标的主要涉及的是程序问题,然而,我国民事司法中的重实体轻程序使诉讼标的问题被淡化。人们在审判中对实体结果更为关注,而象诉的合并、分离、变更等等属于诉讼程序处理上的问题就不那么在意。程序正义的观念在部分审判人员思想中尚未植根,诉讼标的问题也就不被重视。

3. 传统的诉讼体制也使诉讼标的问题显得不那么突出。在传统的民事诉讼体制下,其诉讼模式是职权主义的,按照这种模式,法官处于相对主动的地位,即使当事人在诉讼中没有主张的事实理由法官也可以依职权加以判断。而在当事人主义模式下,当事人没有在诉讼中主张的事实理由法官不能作为判断的依据。因此,在诉讼中明确地界定诉讼标的和诉讼理由,识别此诉讼标的与彼诉讼标的的差异性就显得十分重要。在职权主义的诉讼模式下诉讼标的问题就不如在当事人主义诉讼模式下显得那样突出。

4. 诉讼标的问题之所以成其为问题,也在于诉讼标的与其他诉讼理论的联系性,如果没有其他诉讼理论与诉讼标的的联系性和整体性,人们对诉讼标的也不会那样关注。我国民事诉讼法学理论长期以来一直严重滞后于诉讼实践,对于许多问题没有进行理论阐释或建立起一定的理论。诉讼实务一直是跟着感觉走。这样人们也就难以认识诉讼标的在理论上的问题点,而诉讼标的问题仅仅视为诉讼上的技术操作问题,以至出现诉讼标的的处理上随意性和多样化。例如,在我国民事诉讼法理论中关于判决的效力就没有完整的理论,尤其是判决的既判力。既判力的核心是既判力的客观范围,按照既判力的理论,既判力只及于已经判决的诉讼标的,对没有判决的诉讼标的当事人就可以再起诉。这样以来诉讼标的的识别无疑就具有了非常重要的意义。没有既判力的理论或对既判力的认识就不会对诉讼标的问题予以重视。诉讼标的与实体法上的请求的区分、实体请求的竞合、证明责任、诉讼系属、诉的变更、合并和分离等等理论问题均有内在的联系,对这些问题没有较深的认识也不可能对诉讼标的问题产生联想。

当前我国的民事诉讼体制、民事审判方式和人们的诉讼观念随时代的要求正在发生历史

性的变化。不管是刑事诉讼还是民事诉讼都越来越走向规范化和统一化,刑事和民事司法也逐渐精密化。人们法律意识的提高和诉讼观念的转变也对诉讼的公正性和合理性提出了更高的要求。在这种大背景下,诉讼标的问题必然为司法人员和律师所关注,并使民事诉讼法学界直面诉讼标的及其识别问题,探讨和建立与我国诉讼体制相适应的诉讼标的理论。

笔者以为,从我国民事诉讼的实际情况出发,对诉讼标的问题的认识应当从诉的不同类型来考虑,对不同诉的类型,其诉讼标的的识别标准就有所不同。其一,不同的诉,其目的、功能都有所不同,而如何科学地界定诉讼标的与诉的目的和功能有密切的关联。其二,强求诉讼标的的识别标准的统一性往往导致顾此失彼,难以左右照应。其三,对诉的三种基本类型的划分已为我国民事诉讼实务界所接受,并长期在民事诉讼实务中具体适用。依据诉的不同类型来界定诉讼标的的具有理论和实践基础。

给付之诉的诉讼标的应当是当事人关于对方履行给付义务的诉讼请求。至于是基于何种法律关系仅仅是请求的法律依据,即诉讼请求的理由。识别标准应当是发生给付请求的具体事件或行为。例如,前述摩托车返回请求和损害赔偿的请求,这两个请求分别是基于非法占有和损害行为。这就构成了两个诉讼标的。在请求权竞合时因为只有发生了一个行为或事件,也只有一个诉讼标的,从而避免了上述矛盾。一个具体的当事人之间所争议的某种实体法律关系或实体请求权既不是诉讼标的,也不是识别给付之诉的诉讼标的的标准。例如,原告与被告之间发生的关于给付不动产的争议,其诉讼标的是原告关于给付该不动产的诉讼请求,而该请求是基于所有权法律关系,还是基于借贷关系,是请求的不同依据,不是不同的诉讼标的。在民事诉讼实务中,尽管审判员在审理案件中并未在认识上明确给付之诉的诉讼标的与请求理由的区别,但在大陆法系国家中传统认识上请求权竞合的场合,均模糊地把基于不同法律关系的请求权视为同一诉讼请求的不同的诉讼理由,而不作为不同的诉讼标的。因此,在具体处理上绝不可能在请求权竞合时允许再行提起诉讼或同一请求作出两次给付请求的判决。

对于确认之诉和变更之诉,笔者认为因为不存在请求权竞合所带来的问题,因此,对诉讼标的可统一界定。且由于我国民事诉讼理论中的变更之诉并没有强调其形成权与请求的联系,也就没有必要独立地考虑变更之诉的特殊性。确认之诉和变更之诉的诉讼标的应当是当事人要求法院关于确认和变更实体法律关系的诉讼请求。识别确认之诉和变更之诉的标的标准是有争议的实体法律关系。以实体法律关系作为确认之诉和变更之诉的诉讼标准尽管仍然沿用的是传统诉讼标的的理论,但由于用此标准来识别确认之诉和变更之诉不存在理论上和实务操作上的困难和矛盾,因此并不妨碍传统标准的适用。